

民商法论丛
Civil and Commercial Law Series

著作权的边界

——信息社会著作权的限制与例外研究

The Boundaries of Copyright

● 朱理 著



 北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

民商法论丛

Civil and Commercial Law Series

著作权的边界

——信息社会著作权的限制与例外研究

The Boundaries of Copyright

A Study on the Limitations and Exceptions of Copyrights in Information Society

● 朱理 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

著作权的边界:信息社会著作权的限制与例外研究/朱理著. —北京:北京大学出版社, 2011. 1

(民商法论丛)

ISBN 978 - 7 - 301 - 18036 - 5

I. ①著… II. ①朱… III. ①著作权 - 研究 - 中国 IV. ①D923.414

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 215841 号

书 名: 著作权的边界——信息社会著作权的限制与例外研究

著作责任者: 朱 理 著

责任编辑: 王 晶

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 18036 - 5/D · 2722

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印 刷 者: 三河市北燕印装有限公司

经 销 者: 新华书店

965 毫米 × 1300 毫米 16 开本 17.25 印张 287 千字

2011 年 1 月第 1 版 2011 年 1 月第 1 次印刷

定 价: 28.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

目 录

导 论	(1)
0.1 选题的缘起	(1)
0.2 选题的意义	(2)
0.3 对象定位、总体思路和研究方法	(4)
0.4 已有研究文献的回顾和评价	(6)
0.5 本书的难点和创新点	(8)
第一章 著作权的传统边界	
——著作权权利限制和例外	(10)
1.1 著作权限制和例外的初步界定	
——什么是限制和例外?	(10)
1.2 著作权限制和例外的具体形式	(15)
1.3 著作权限制和例外的正当性——利益平衡的工具	(20)
第二章 著作权传统边界的法律特征	
——边界的弹性与刚性	(46)
2.1 边界的弹性——传统限制与例外的立法模式	(46)
2.2 边界的刚性——传统限制和例外的法律性质	(57)
第三章 著作权边界的基准界标	
——限制和例外的国际标准	(72)
3.1 国际条约中的三步法检验法	
——三步检验法的“三步”发展史	(72)
3.2 世贸组织版权专家组裁决中的三步检验法	
——正确的结论与错误的方法	(97)

3.3	寻找适当的解释方法	
	——利益衡平视野下的三步检验法	(108)
3.4	三步检验法的功能——立法准则与裁判准则	(146)
第四章	对著作权边界的超越	
	——危机中的限制和例外	(151)
4.1	技术措施的越界——扼杀限制和例外	(151)
4.2	合同约定的越界——规避限制和例外	(171)
4.3	如何解决越界问题?	(181)
第五章	著作权边界的重构	
	——我国著作权限制和例外的未来走向	(203)
5.1	我国著作权的现有边界	(203)
5.2	我国著作权边界的立法重构	(221)
5.3	我国著作权边界的司法重构	
	——三步检验法作为裁判标准	(224)
5.4	以三步检验法适应信息社会	(247)
结 论	(252)
参考文献	(256)
后 记	(272)

导 论

0.1 选题的缘起

著作权的边界实质上是指著作权的效力应该在何处终止,使用者的特权应该从哪里开始。在著作权人的权利范围与使用者的特权相碰撞的地方,就是著作权的边界。它通过著作权的限制和例外表现出来。对笔者而言,选择著作权的边界作为研究的主题有两个动因。

直接原因是1999年欧共体在世界贸易组织争端解决机构诉美国《版权法》第110条(5)违反《TRIPs协定》第13条的争端。这一争端的核心理正是著作权权利限制和例外的标准问题。此前,在欧共体向世界贸易组织诉加拿大《专利法》违反《TRIPs协定》的争端中,专家组已经对专利权的限制和例外的标准——《TRIPs协定》第30条的含义和适用作出了裁决。《TRIPs协定》第30条正是从《TRIPs协定》第13条演化而来,在文字上只有稍许差异;而《TRIPs协定》第13条又直接来源于《伯尔尼公约》第9条第2款规定的三步检验法^①。短短的几年中,知识产权权利限制和例外频频成为国际争端的焦点所在。

选择这一主题的另一原因在于,新技术发展对著作权的影响所带来的一系列问题。以往技术发展的结果是威胁到著作权人的利益,因而需要用法律手段扩展对著作权权利范围的保护。当前技术的发展对著作权的影响

^① 所谓三步检验法是指《伯尔尼公约》规定的成员国在制定版权限制和例外时必须遵守的三步检验标准:限制和例外应该“限于某些特殊情形”;“不与作品的正常利用相冲突”,“不致不合理地损害作者的正当利益”。三步检验法后来被规定在《TRIPs协定》、《世界知识产权组织版权条约》(WCT)和《世界知识产权组织表演和录音制品条约》(WPPT)中。

有所不同:新技术的发展虽然对著作权的行使带来了某些威胁,但更给著作权的实现提供了保障手段。技术措施和标准合同的使用都在某种程度上保证了著作权人的利益。在使用技术措施和标准合同的时候,许多著作权人利用其技术和地位优势,规避著作权法对著作权权利限制和例外的规定,扩展著作权的范围。由此产生了一系列后果:著作权越来越物权化;权利限制和例外几乎成为一纸空文。如何看待著作权权利限制和例外的效力问题?技术措施和合同约定能否超越法律规定的限制和例外?对这些问题的思考和解决也是本书选择这一选题的动力所在。

0.2 选题的意义

0.2.1 为什么选择“著作权的边界”——选题的理论意义

著作权的边界通过著作权的限制和例外表现出来。如果说著作权的核心是利益平衡精神,那么著作权的限制和例外则是这一平衡的体现者和实现者。如果把著作权的权利范围看做是著作权人的领土,那么著作权的限制和例外则是这一领土上的界标。它界定了使用者自由行为的空间。

著作权在信息社会背景下获得了巨大的发展。面对新技术的挑战,著作权不停地调整着自身。著作权的限制和例外这一问题恰好构成了著作权与科技和社会发展这一紧张关系的阀门。它的变动与伸缩正是对这一紧张关系所作的反应。每当技术的进步导致著作权人、使用者和社会利益平衡的破坏时,必然在限制和例外领域表现出来,并通过限制和例外的设立、取消或者调整而重新达致平衡。可以说,著作权的限制和例外是著作权的核心和精髓,不研究著作权的限制和例外,就无法深入理解著作权的范围和实质。这是本选题的理论意义所在。

可以认为,著作权的边界及其表现——限制与例外问题——在未来将成为国际上著作权问题的重点研究领域。具体而言,这一论断的根据有如下几点:

A. 随着技术的发展,未来的一段时间里,著作权法对技术的回应主要通过限制和例外来体现。著作权的权利内容在经过了数次扩张之后,已经

基本上达到了与技术的协调对接,增加新权利的要求目前尚不迫切。人们更加关心在当下,使用者对作品可以如何使用?其自由使用的空间有多大?这种关心通过对限制和例外的态度表现出来。

B. 在国际著作权领域,争端的重点将主要围绕权利的限制和例外展开。国际著作权法律制度经过数次调整之后,权利种类在各国基本趋同,分歧更多表现在权利限制和例外领域。这在世贸组织的几个裁决中已经明显表现出来。关于限制和例外的标准在《TRIPs 协定》、WCT 和 WPPT 中已经有了明确规定,如何适用这些规定将成为未来国际著作权法需要澄清的主要问题。

C. 根据 WCT 的规定,各国需要在信息社会中重新调整自己原有的限制和例外,并设立相应的新的限制和例外。在我国,如何在信息社会重构著作权的边界,如何设定限制和例外也是亟待解决的问题。这一切都需要对限制和例外本身进行深入研究。

0.2.2 为什么强调“信息社会”——选题的实践意义

“信息社会”构成本研究的社会背景。信息社会给著作权带来了新的挑战。新技术的发展突破了著作权的传统边界,缩减了著作权限制和例外的范围。因此,使用者从法律规定的限制和例外中获益变得日趋困难。如何防止著作权人利用新技术跨越著作权边界,保证使用者在信息社会中依然能够实施限制和例外允许的行为是现代著作权法必须解决的紧迫问题。

信息社会中新技术的发展为著作权的实现提供了保障的手段。著作权人可以不再依靠法律而独立捍卫自己的权利空间,在实质上压缩权利限制和例外的范围。这突出地表现在两个方面:技术措施的使用和标准合同的适用。

在使用技术措施方面,著作权人不但成功地保护了自己的权利和利益,而且,通过技术措施的限制,著作权人还可能获取法律规定之外的利益。例如,利用技术措施限制使用者进行合法复制、限制用户对作品的合理使用行为等。这些都跨越了法律规定的权利界限,逾越了著作权的传统边界。由于用户在技术上的劣势,他们通常无法破解和规避这些技术措施,只能服从技术措施的安排。技术措施的使用在著作权领域内形成了一种无需法律的秩序(order without law)。

信息社会中标准合同得到了普遍适用。许多著作权人利用其技术和地位优势,在大量的市场交易中使用标准合同,强迫买方接受标准合同中的条款。而这些条款中有许多都与著作权法规定的权利限制和例外相悖:如禁止使用者进行任何形式和任何数量的复制、不允许使用者对作品进行讽刺性使用、禁止以任何形式改动作品等。通过技术措施和标准合同的使用,著作权人可以成功地规避著作权法对著作权权利限制和例外的规定,扩展著作权的范围。这些都是信息社会中著作权限制和例外所遇到的特殊问题。

在这种背景下,我们应该如何调整著作权的边界?法律应该如何应对新技术的挑战?著作权的限制和例外应该作出何种改变才能保证使用者在信息社会依然能够从限制和例外中获益?这是本书意图回答的问题,也是本书的实践价值所在。

综上所述,“著作权的权利限制和例外”是本研究的主线;“信息社会”则构成研究的背景,一些问题都在这一背景下展开,也进一步限定了本主题的范围和关注的核心;“著作权的边界”则突出了本研究的主旨——探讨信息社会中著作权限制和例外的适当界定方法,从而保证使用者能够从限制和例外中获益。

0.3 对象定位、总体思路和研究方法

0.3.1 对象定位

著作权的限制和例外是一个复杂的系统,它由一系列制度所构成。在广泛的意义上,它至少包含以下内容:著作权的思想和表达两分法、著作权保护的独创性条件、著作权保护期限的限制、著作权的权利穷竭、自由使用^①、法定许可、强制许可等。在狭义上,限制和例外仅仅指自由使用、法定许可和强制许可。本书无意构建一个庞大的系统(这也超出了笔者的能力),而是把研究对象定位到这种狭义的解释上。

^① 本书中“自由使用”是指使用者可以不经著作权人同意即可使用其作品,并且无需为此支付补偿。笔者用它来替代我国著作权学界通常使用的“合理使用”一词。关于这种用法的理由和根据,可以参见下文 1.1.3。

这种定位的根据在于:(1)《伯尔尼公约》、《TRIPs 协定》以及 WCT 等与著作权有关的公约都是在狭义上使用限制和例外一词。(2)自由使用、法定许可和强制许可具有同一性质,它们都针对使用者的具体使用行为,都是在著作权权利范围内部分或者全部地排除著作权的效力。^①从这个角度而言,它们更符合我们此前对著作权边界的定义。

0.3.2 总体思路

本书的总体思路是:以著作权的权利限制和例外为主线,根据著作权的“传统界线——界线冲击——界线调整”的逻辑组织本书。在传统界线方面,探讨限制和例外的理论基础,包括限制和例外的根据、种类、法律性质等基本问题;然后以国际公约为依据,探讨限制和例外的国际标准及其理解,探讨其理论贡献与缺失。在界线突破方面,以前一部分为基础,检视在信息社会背景下现有限制和例外的合法性和合理性,探讨技术措施和标准合同对限制和例外的冲击,研究技术措施和合同能否超越法定的限制和例外的界限。在界线调整方面,研究在信息社会背景下,未来的界线应该如何调整,如何才能保证使用者能够继续从限制和例外规定中获益。在每一个阶段,本书都尽力贯彻问题主导的立场。

0.3.3 研究方法

在研究方法方面,本书将综合运用多种研究方法,以期能够取得具有创新性的成果。

首先是经济分析方法。在著作权的限制与例外问题上,无论是限制和例外的理论依据还是具体限制和例外的判断标准,经济分析都能够给予重要启示。例如,限制和例外整体上的交易成本解说、在自由使用具体判断上的市场失灵理论,都是需要给予重视的。国内以前的研究虽然涉及了经济分析理论^②,但是其利用经济分析仅限于解释自由使用的一般合法性问题,没有涉及著名的市场失灵理论,更没有以此为基础提出判断的经济标准。本书试图利用经济分析的工具为限制和例外的具体设定提供有说服力的解

① 具体分析可以参见下文 1.1.3.

② 例如,吴汉东:《著作权合理使用制度研究》,中国政法大学出版社 1996 年版。

释。本书同时也注意到经济分析的弱点,希望能够通过对规范因素的考量去克服它的弱点。

纯粹法学的分析也是研究不可缺少的工具。分析法学上的权利理论将成为本书分析限制和例外法律性质的工具。对于限制和例外的法律属性这个久未解决的问题,本书利用分析法学大师霍菲尔德的权利分析理论进行剖析,并适当借鉴民法法系中的主观权利和客观权利的区分把握限制和例外的法律特性。

法学研究当然不能脱离比较法的视野。虽然他国的立法和司法实践不可能成为我们自己作出选择的直接理由,但是比较法仍可以提供另一种思路,给予我们以智识的启发。因此在本研究中,不可避免地要涉及两大法系在限制和例外上的实践。在适当的时候,本书认为可以借鉴包括美国、英国、加拿大、德国、法国、荷兰等国家的经验。这可以避免思路的单一性。有论者把美国版权法上特有的“合理使用”规则作为著作权例外的普遍规则,以“合理使用”一词包含英国和加拿大等国的“公平利用”和部分大陆法系国家的具体例外,在一定程度上混淆了限制和例外问题上的不同模式。这正是由于缺乏广阔的比较法视野所造成的结果。

谱系学分析也是研究中的重要工具。许多限制和例外都是历史长期发展的产物。在研究中,需要找到其知识的源头,理清其发展的轨迹,才能深入地理解它的现在,并可能正确的预见其未来。在谱系分析中,我们可以看到哪些因素在历史上对限制和例外的形成起到了作用,这些因素又是如何影响了限制和例外的发展。

0.4 已有研究文献的回顾和评价

就笔者的阅读范围而言,从国际上看,从著作权边界的视角来探讨著作权的限制和例外尚不多见,但对于具体限制和例外的研究可谓汗牛充栋。不过,就国内范围而言,除了大量的以“合理使用”为内容的短小论文之外,研究著作权的限制的专著仅有一本。^①该书的研究是在十年前完成的,而技

① 吴汉东:《著作权合理使用制度研究》,中国政法大学出版社1996年版。

术的发展早已提出了新的挑战和问题。国内的这种研究状况与限制和例外本身的重要地位显然不成比例。本书期望能够对这一研究领域有所贡献。

总体而言,在这个研究领域中经典或者有影响力的文献主要有:

A. 专著类

William F. Partry 从使用者特权的视角,分析合理使用的性质与判断标准问题。^① 在 John J. Lawrence 和 B. Timberg 二人编辑的论文集中,许多作者从多个角度对合理使用做了研究,例如,合理使用与言论自由的关系、与美国宪法第一修正案的关系、合理使用与新技术的发展等问题。他们的研究的注意力限于合理使用本身,并且主要以美国的合理使用制度为对象。进入 2000 年以来,国际上对限制和例外的研究取得了一些新的成果。如 Lucie Gubault 的博士论文探讨了著作权的限制和例外与合同的关系问题,即合同安排能够超越著作权限制的问题^②。通过分析著作权权利限制的法律性质和法律对合同自由的限制,她认为目前尚没有法律手段解决权利限制和合同安排这一冲突。她的研究指出了问题的所在,但是没有对这一冲突的解决提供可行的方法。Martin Senftleben 则详细研究了作为著作权限制和例外的国际标准——三步测试法——的历史背景和含义。他的研究对三步测试法的内涵澄清具有重要意义。^③

B. 论文类

Wendy J. Gordon 教授在她的著名论文中,从经济分析的角度解说了合理使用的性质,并对合理使用的具体判断问题做了经济分析^④。这是一个典型的美国式的解释,欧洲大陆国家则很少直接承认这种经济分析的方法。大陆法系国家对著作权例外的论证往往从公共利益和社会利益的角度着眼。Sam Ricketson 教授对著作权限制和例外在国际公约中的表现形式做了

① William F. Partry, *The Fair Use Privilege in Copyright Law*, 2d ed., Washington D. C., BNA Books (1995).

② Lucie Guibault, *Copyright Limitations and Contracts: An Analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright*, Kluwer Law International (2002).

③ Martin Senftleben, *Copyright, Limitations and The Three-step Test*, Kluwer Law International (2004).

④ Wendy J. Gordon, "Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and Its Predecessors", 82 *Colum. L. Rev.* 1614 (1984).

分析,并对限制和例外的种类做了梳理。^①但是,他的分析没有深入探讨限制与例外的标准,他的分析类型也有不合理的地方。Pierre Sirinelli 教授也明确地把著作权的限制和例外作为研究课题,但他没有提出如何解决限制和例外在信息社会中遇到的危机。^②

C. 裁决类

司法实践中的裁决也是本书的重要材料。在这个方面主要有各个国家的判决和世贸组织专家组的两个裁决。专家组的两个裁决有重要的研究价值,他们首次在国际上以权威的方式解读了限制和例外的标准——三步检验法的内涵。在国际上,针对专家组的裁决,有一系列的文章进行了研究,包括许多著名学者。不论专家组的这些裁决是否经得住考验,它必将对国际社会产生影响。

已有文献的特点在于抓住限制和例外的某个具体形式,深入进行研究。但是总体上缺乏整体视野,没有把限制和例外纳入到整个国际化的背景下进行综合研究,更没有找到保证使用者从限制和例外中获益的方法。

0.5 本书的难点和创新点

0.5.1 本书的难点

著作权边界的划定是一个复杂的问题。作为划界标准的三步检验法才刚刚引起国际著作权法学界的重视。实务界对此还没有积累足够的经验。如何清晰地阐明三步检验法的内涵是一个重大难题。另外,面对新技术的挑战,如何保证使用者能够实现限制和例外豁免的行为?各国理论和实践对此提出的解决方案尚处于摸索和试验阶段,没有现成的模式可寻。如何才能找到一种理想的解决方案也是一大难题。

^① Sam Ricketson, “WIPO Study on Limitations and Exceptions of Copyright and Related Rights in the Digital Environments”, SCCR/9/7.

^② Pierre Sirinelli, “Exceptions And Limits To Copyright And Neighboring Rights”, WCT-WPPT/IMP/1, Geneva, December 6 and 7, 1999.

0.5.2 本书的创新点

通过选择新的角度和综合运用多种分析方法,本书在以下方面有所创新。

第一,在国内首次从著作权边界的视角来探讨著作权的限制和例外。本书提出从弹性和刚性两个角度来分析著作权边界的法律特征。在边界的弹性问题上,本书建议采用三步检验法与具体详细的限制和例外结合的方式来构建一种兼具确定性和灵活性的边界。在边界的刚性问题上,本书证明传统的著作权限制和例外属于任意法,并运用霍菲尔德的权利分析方法证明,限制和例外属于使用者的特权。这一分析澄清了前人对著作权限制和例外法律属性的误解。

第二,通过阅读和分析大量原始资料,本书在国内首次深入分析了著作权边界的基准界标——三步检验法的内涵。这个分析将为未来限制和例外的修正提供指导工具。

第三,对于如何保证使用者在信息社会能够从限制和例外中获益的问题,本书在总结美国和欧盟模式的经验和教训的基础上,首次明确提出了解决这个问题的根本方向:对于技术措施妨碍使用者利用限制和例外,需要把限制和例外从特权转变为权利;对于著作权人通过格式合同排除限制和例外的适用问题,需要把限制和例外从任意法转变为强行法。

最后,在我国著作权边界的重构问题上,本书提出,在立法方面,以三步检验法和具体的例外规定相结合的方式重建我国的著作权边界;在司法方面,本书破除了理论界对要素检验法的迷信,证明三步检验法作为裁判标准比要素检验法更具优越性。法院应该在“法无明文规定”的地方,大胆地运用三步检验法去裁判案件。

第一章 著作权的传统边界

——著作权权利限制和例外

著作权的边界通过著作权的限制和例外表现出来。因此,本章的目的在于:通过界定著作权限制和例外的含义,分析限制和例外的具体形式及其正当性根据,展现著作权传统边界的现状。

1.1 著作权限制和例外的初步界定

——什么是限制和例外?

1.1.1 限制和例外这一术语在国际公约中的发展演变

“限制和例外”(limitations and exceptions)这一术语在著作权法律中的出现有一个发展过程。对于这个发展过程,我们可以通过考查主要的几个国际著作权公约来加以说明。

1.1.1.1 《伯尔尼公约》——多样化的表达方式

《保护文学和艺术作品〈伯尔尼公约〉》并没有使用“限制”或“例外”这一称谓。它也没有使用相应的动词形式“to limit”或者“to except”。在需要规定限制或例外的地方,它有时使用动词“to permit”^①或者形容词“permissible”^②,更多的时候则是使用比较复杂的表达方式:例如,“本联盟成员国的

① 参见《伯尔尼公约》第9条(2)。

② 参见《伯尔尼公约》第10条(1)。

立法可以规定在哪些条件下准许”^①，“成员国可以就……作出规定”^②，或者“规定该专有权利的保留和条件”。^③此时，限制和例外尚未成为一种正式的法律术语。

1.1.1.2 《罗马公约》——“限制”和“例外”的初次出现

“例外”在《保护表演者、录音制作者和广播组织国际公约》（《罗马公约》）中首次出现。该公约第15条（1）规定：“缔约国的法律和规章可以就下列使用对本公约提供的保护规定例外……”^④“限制”一词也同时出现在该条第2款中，“缔约国的法律和规章可以……规定……相同种类的限制”。^⑤在该款中，还出现了“强制许可”一词：“但是强制许可仅在符合本公约的限度内才能作出规定。”^⑥

根据《罗马公约》第15条（1），所谓的“例外”包括：

- （a）私人使用；
- （b）在时事报道中少量引用；
- （c）某广播组织为了自己的广播节目利用自己的设备进行暂时录制；
- （d）仅用于教学和科学研究目的。^⑦

可见，公约中的“例外”似乎是指无需获得权利人同意并且无需支付报酬的自由使用。而第15条（2）则规定缔约国法律可以对邻接权人规定与著作权保护“相同种类的限制”，但是“强制许可仅在符合本公约的限度内才能作出规定”。^⑧据此，我们可以理解为，在该条中，所谓的“限制”是一个宽泛的概念，它不仅包括第1款中的“例外”，还包括第2款中的“强制许可”。不过，在《罗马公约》中，“限制”和“例外”都还只是单独使用的，它们尚未结合成为一个完整的法律术语。

① 参见《伯尔尼公约》第10条之二（2）。

② 参见《伯尔尼公约》第11条之二（3）。

③ 参见《伯尔尼公约》第13条（1）。

④ 参见《罗马公约》第15条（1）。

⑤ 参见《罗马公约》第15条（2）。

⑥ 同上注。

⑦ 参见《罗马公约》第15条（1）。

⑧ 参见《罗马公约》第15条（2）。

1.1.1.3 《TRIPs 协定》和两个“互联网公约”^①——完整术语的正式形成

“限制和例外”作为一个完整的法律术语首次出现在《TRIPs 协定》第 13 条,该条直接以“限制和例外”作为标题。它被用来指称对专有权利的约束。在此之后,WCT 第 10 条和 WPPT 第 16 条沿用了这个用法,分别在标题上使用了“限制与例外”的称谓,其含义与《TRIPs 协定》没有差异。至此,“限制和例外”作为一个完整的法律术语正式走入了著作权法律制度中。

1.1.2 “限制”和“例外”的含义解读

由于上述法律文件都没有对“限制”或“例外”的含义给出明确界定,因此这些用语在法律文本和学者的文献中用法有些混乱。^②从《罗马公约》的用法来看,“例外”是指无需获得权利人同意并且无需支付报酬的使用方式,即某种使用本来属于权利人的专有权利范围内,但是法律明确排除了专有权利对该使用方式的效力。这一用法比较符合“例外”的通常含义——“在一般的规律、规定之外”^③。在《TRIPs 协定》第 13 条中,“例外”一词是针对著作专有权利而使用的,因此应该与《罗马公约》的用法做相同的理解。“限制”的通常含义是指规定的范围^④,即没有完全排除规律的适用,只是对规律的适用条件施加了约束。从这个角度看,著作权的强制许可和法定许可应该属于著作权的“限制”,因为它们不是排除专有权利的效力,只是对其效力施加了某种约束——无需权利人的同意,但是要支付使用费。不过,在《罗马公约》中,“限制”一词是在广义上使用的,其范围包括了“例外”和强制许可,即公约把“例外”也看做一种“限制”。但是《TRIPs 协定》第 13 条把“限制和例外”两词连用,我们就不能认为在该条中两者之间存在包含关系,否则只需使用“限制”一词就足够了。所以我们只能把《TRIPs 协定》第 13 条的“限

① 两个互联网公约是指世界知识产权组织 1996 年通过的《版权条约》(WCT)和《表演和录音制品条约》(WPPT)。

② 《TRIPs 协定》在第 13 条、第 17 条、第 24 条和第 30 条都使用了“例外”一词,其中第 13 条、第 17 条和第 30 条都是针对专有权利的效力排除,但是第 24 条的规定则不同。不过,由于只有第 13 条是针对著作权的规定,所以这种混乱对著作权例外的含义分析影响不大。

③ 《现代汉语词典》,商务印书馆 2005 年版,第 842 页。

④ 同上书,第 1480 页。