

著作权 疑难问题评析

许超 著



教育出版社



著作 疑难问题评析

ZHUZUOQUAN

YIYANWENTIPINGXI

● 许超 著

浙江教育出版社



图书在版编目(CIP)数据

著作权疑难问题评析/许超著. —杭州:浙江教育出版社, 2000. 7

ISBN 7-5338-3795-9

I. 著... II. 许... III. 著作权 - 法律适用 - 中国
IV. D923.41

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2000) 第 33039 号

责任编辑 张伟建

封面设计 徐 速

责任校对 戴正泉

著作权疑难问题评析

许 超 著

浙江教育出版社出版发行

(杭州市体育场路 347 号 邮编: 310006)

杭州富春印务有限公司印刷

开本 850 × 1168 1/32 印张 8.5 插页 4 字数 200000

印数 1—2150

2000 年 7 月第 1 版

2000 年 7 月第 1 次印刷

ISBN 7-5338-3795-9/G·3779

定 价: 13.00 元

版权所有 翻印必究

目 录

一、谱曲填词的法律问题	1
二、广告的著作权问题	7
三、已出版的作品以全集形式再次出版的问题	10
四、作品标题是否受著作权保护	16
五、印刷线路板布图设计是否受著作权法保护	20
六、影楼拍摄的照片有无著作权	27
七、戏装有无著作权	30
八、合作作者行使著作权问题	37
九、塑像的著作权保护	42
十、制造激光母盘应承担的法律责任	54
十一、关于假冒他人署名的美术作品问题	65
十二、关于某英汉双解词典的著作权纠纷	71
十三、关于某歌舞剧的著作权纠纷	75
十四、数据库保护	80
十五、词书类作品的著作权	87
十六、关于表演者的权利	92
十七、关于非法经营额的计算	97
十八、一起电视剧摄制权的纠纷	104
十九、地毯图案的著作权	110
二十、汇编(编辑)作品的著作权归属	114

二十一、地图的著作权	118
二十二、电脑游戏软件的著作权	124
二十三、教辅读物的著作权	129
二十四、关于标点的稿酬	134
二十五、关于职务作品	138
二十六、著作权同工业产权的关系	149
二十七、著作权同专利权的关系	157
二十八、著作权同商标权的关系	169
二十九、著作权与行政法的关系	176
三十、根据合同关系的内容与性质推定双方权利与义务的原则	185
三十一、过错责任原则	191
三十二、新技术革命与国际著作权保护发展新趋势	198
三十三、评中国第一起著作权集体管理组织参与的诉讼	240
三十四、浅议著作权集体管理组织	250

一、谱曲填词的法律问题

案情简介：

某地出版社的一本青少年教育读物极为畅销，并在省版权局进行了作品著作权自愿登记，还在省内某报上声明：“有关本读物的文字、音像制品的出版和发行活动，均需经版权拥有者同意或委托，擅自出版本读物文字及音像制品，均属侵权行为，将受到追究查处。”这以后不久，省版权局接到该出版社的投诉，称该省有几家音像出版社已经制作或者正在制作该读物的歌曲录音带，出版社请求省版权局予以制止。

省版权局经研究后认为，此案涉及文字作品面世后未经著作权人同意，擅自对其谱曲、演绎成音乐作品，继而出版录音制品的问题。对此有两种意见：第一种，著作权法第三十七条第一款规定：“录音制作者使用他人未发表的作品制作录音制品，应当取得著作权人的许可，并支付报酬。使用他人已发表的作品制作录音制品，可以不经著作权人许可，但应当按照规定支付报酬；著作权人声明不许使用的不得使用。”这种行为应属于该款的规定。第二种，著作权法第四十五条（五）规定，除法律另有规定外，“未经著作权人许可，以表演、播放、展览、发行、摄制电影、电视、录像或者改编、翻译、注释、编辑等方式使用作品的”，是侵

权行为,“应当根据情况,承担停止侵害、消除影响、公开赔礼道歉、赔偿损失等民事责任”。这种行为应属于该条所指的“未经著作权人许可,以改编、翻译……等方式使用作品的”侵权行为。

评析:

歌曲,即由旋律和歌词两部分组成的音乐作品,所引起的著作权问题是一个基本理论问题,但是国内著作权界专门论述此问题的专著并不多见。这种现象不等于说,这个问题在国内著作权界已经十分清楚了,相反,依愚见,很多人对此问题的认识相当模糊,甚至是错误的。理论上的模糊与误解会直接影响法律的公正、有效的实施。由于学识浅陋,本人仅从几个方面试分析如下:

(一) 歌曲的性质

歌曲一般都由旋律和歌词两部分组成。除了词、曲都由同一个人创作的少部分情况外,绝大部分歌曲的旋律和歌词的创作者不是同一个人。因此,就绝大部分歌曲而言,作为音乐作品的歌曲至少涉及旋律和歌词两部作品,至少涉及两人的权利:旋律作者的权利和歌词作者的权利。歌曲的法律问题在于旋律作者和歌词作者之间是一种什么样的关系,是合作作品的关系,还是其他法律关系。

在探讨之前,先看一看国外一些著作权法关于合作作品的规定:

美国版权法第 101 条:“‘合作作品’是两名或多名作者创作的作品,其意图是把他们的创作部分合并成为一个单一体中的不可分割的或相互依存的部分。”

英国版权法第 10 条(1):“在本编中,‘合作作者之作品’系指由两个或两个以上作者合作创作的作品,在该作品中,各作者的贡献无法彼此分开。”

德国著作权法第 8 条(合作著作人)(1):“数人共同创作一部著作并不可能单独使用各自的创作部分的,他们即这部著作的合作著作人。”

意大利著作权法第 10 条:“两个或两上以上的人共同创作的不可分割的作品,著作权归全体合作作者所有。”

日本著作权法第 2 条(十二):“合作著作物,指由两人或两人以上共同创作,并且每个人的创作成果无法分开单独使用的著作物。”

从这些国家著作权法关于合作作品的规定来看,合作作品的构成要件有两点:1. 作者在两人以上;2. 各自的创作部分不可单独利用。作者在两人以上这一点符合歌曲的特点,如上所述,绝大部分歌曲是由不同的人分别创作旋律和歌词部分。但是,从合作作品的第二个构成要件,即各自的创作部分不可单独利用这一点看,显然不符合歌曲的特点,因为歌词和旋律是可以单独利用的,即使旋律、歌词为同一人所作,在实践中也有可能分开利用。因此,从合作作品的构成要件看,歌曲不属于合作作品。

尽管歌曲不属于合作作品,但是现实中确实存在曲作者与词作者为共同创作一首歌曲分别创作旋律和歌词的现象。这种共同创作的行为,在有的国家的著作权法里规定为合成创作。德国著作权法第 9 条(合成著作):“数名著作人为共同使用其著作而互相联合的,其中任何一名著作人均可要求其他著作人根据诚实信用原则许可他发表、使用和改动该合成著作。”从这条规定可以看出,合成作品也是由两人以上的作者完成的,这一点同合作作品的第一个构成要件相同。与合作作品不同的是,合

成作品是由不同的单独作品集合而成,因此合成作品中各作者的创作部分是独立的,当然也是可以分开利用的。

经过以上分析,愚以为,严格地说,歌曲的性质应属于合成作品,而不应属于合作作品。按照合成作品的特征,也能容易地解释为他人作品谱曲或者填词后形成的歌曲之曲作者与词作者之间的关系。试想,今人为古人之作谱曲是常见的现象,由此产生的歌曲的曲作者和词作者如果认定为合作作者,岂不荒唐。

如果能将歌曲定位于合成作品,曲作者和词作者之间的关系就不同于合作作品作者之间的关系了。由于合作作品中各自的创作部分不可单独利用,合作作者之间的关系是一种共同所有的关系,即任何一名合作作者不经全体合作作者的许可,不得单独利用或者修改其共同创作的合作作品。而合成作品作者之间的关系是按份所有的合伙关系。当涉及利用整部合成作品时,需经全体合成作品作者的许可;当仅限于利用各自单独创作的部分时,无需经过其他合成作品作者的许可。就歌曲而言,曲作者利用旋律部分就无需取得词作者的许可,反过来也一样。

(二) 谱曲或者填词属于什么性质的行为

在解决了歌曲的性质属于合成作品,而不属于合作作品的问题后,提出的另一个问题是,谱曲或者填词属于什么性质的行为,是改编行为,还是其他性质的行为。

所谓改编,著作权法实施条例第五条(八)规定:“改编,指在原有作品的基础上,通过改变作品的表现形式或者用途,创作出具有独创性的新作品。”按照这种解释,在改编创作中,改编后的作品(即后创作的作品)是在被改编的作品(即先创作的作品)的基础上经过再创作而产生的。这里说的“在原有作品的基础上”,指后创作的作品利用了先创作的作品独创成分,且这种

独创成分是受著作权保护的。如果仅仅是受先创作的作品的启发,但是没有利用先创作的作品的独创成分,则不属于“在原有作品的基础上,通过改变作品的表现形式或者用途,创作出具有独创性的新作品”,当然也不属于改编创作。

具体到谱曲和填词行为,旋律和歌词是两种艺术形式截然不同的作品。旋律属于音乐作品,歌词属于文字作品。这两种作品的受著作权保护的独创成分是截然不同的。音乐作品的受著作权保护的独创成分主要表现在旋律、节奏、和声等听觉艺术方面;文字作品的受著作权保护的独创成分主要表现在语言的表达与应用方面。这两种作品及其艺术形式的巨大差异导致旋律(音乐)作品的创作不可能利用歌词(文字)作品的受著作权保护的独创成分。同理,歌词创作也不可能利用已经创作在先的旋律的受著作权保护的独创成分。

对此,德国著作权法第 24 条(不受著作权约束的使用)第(1)款规定:“独立著作如系不受著作权约束地使用他人著作创作而成,可不经被使用的著作的著作人的同意予以发表或者使用。”即利用他人作品创作而成的作品,并非都与被利用的作品有著作权方面的关系。关键因素在于利用人利用了他人作品的什么。如果利用了他人作品中作者(著作人)思想的表达,就与原作品有依附性的著作权关系,就必须经原作者许可。如果仅仅受他人作品的启发,所利用的仅仅是他人作品反映的思想,而非作品思想的表达,利用人与被利用的作品之间则不存在著作权关系。这样的典型例子有:受他人的文字作品的启发,创作出一幅美术作品,或者创作出一部交响诗,等等。

(三) 结论

综上所述,为文字作品谱曲,或者为音乐作品填词,同一般

的改编行为不同。旋律同被谱曲的文字作品属于互相独立的两部作品,两者之间不存在改编创作关系。旋律如果单独公开使用,须经旋律作者的许可,无须经过歌词作者的许可。同理,歌词部分单独公开使用的,也只须经过歌词作者的许可,无须旋律作者许可。

旋律同歌词合在一起(带词的歌曲)公开使用,须经过曲作者和词作者的共同许可。词、曲作者之一未许可的,他人不得公开使用带词的歌曲。

著作权法第三十七条第一款的规定,仅适用于不加改变地将已发表的作品制成录音制品,不包含将文字作品谱曲或者将音乐作品填词后制成曲词合一的录音制品的情况。

对于未经著作权人许可,谱曲或者填词后公开复制(包括制成录音制品)发行歌曲作品的,至少侵犯著作权人的复制权和发行权,同时有可能侵犯其人身权利,应适用著作权法第四十六条(二)的规定,即“未经著作权人许可,以营利为目的,复制发行其作品的”,是侵权行为,“应当根据情况,承担停止侵害、消除影响、公开赔礼道歉、赔偿损失等民事责任,并可以由著作权行政管理部门给予没收非法所得、罚款等行政处罚”。

二、广告的著作权问题

案情简介：

原告是某广告公司,被告是某科技有限公司。1994年11月原告职员王某与被告策划部经理协商有关策划被告的科技有限公司说明书问题(无书面协议),王在被告设计草案的基础上,设计了版式图的初稿及二稿,并雇用某艺术学校学生对被告厂区进行了拍摄。1995年4月,被告的科技有限公司说明书正式出版,采用了王的设计方案及其拍摄的5幅照片,而被告说明书在正式出版前未通知王,也未给付报酬。于是,原告诉诸法院。庭审中,王承认其为被告设计样本,属于公司经营范畴,并且利用公司材料及工作条件(有王的书面证言)。原告诉讼请求:第一,判令被告重新印刷公司说明书,并在封底打印上原告的广告公司策划字样,相应收回原说明书;第二,判令被告赔偿原告经济损失5万元,补偿原告商誉损失50万元。被告辩称:原、被告之间无委托协议,认为王的行为属于非职务行为,故不同意赔偿。

最后,法院提出几个问题:

1. 王的行为是否属于职务行为;
2. 依据著作权法的有关规定,原告应享有哪些权利(例如

著作权、署名权);

3. 原告的诉讼请求是否成立(商誉赔偿及其他赔偿)。

评析:

第一,在判定王的行为是否是职务行为之前,应首先确定,被告是否使用了他人的创作。从本案的情况看,被告至少使用了他人拍摄的5幅照片,此外,还部分使用了他人创作的样本设计。根据民法通则的等价有偿原则,被告至少负有向他人支付报酬的义务。

第二,关于王的行为是否是职务行为,取决于王同其工作单位是否是劳动关系和王的行为是否属于其工作单位的业务范围。根据法院案卷中王于1995年4月16日和1995年11月的证词,以及原告1995年8月1日的说明,可以明确认定王是原告的职工,他设计并委托他人拍摄照片的行为是为履行其工作单位工作任务的职务行为。原告及其职工王某同被告之间虽然没有书面形式的委托协议,但是从被告使用他人拍摄的5幅照片及部分样本设计的事实来看,原、被告之间存在着委托合同关系。

第三,根据著作权法的规定(主要是第十条),原告原则上享有著作权法规定的一切著作权权项。但是,在实践当中,尤其是委托创作的实践中,著作权人的所有权项不一定都必须按照一定模式主张。著作权法规定的署名权包含署真实姓名、署假名和不署名几种形式。在两种或者两种以上法律关系并存的情况下,每一种法律关系都要受到其他法律关系的制约。如何平衡各种法律关系,应以不违反社会公序良俗为准。基于以上原因,实践中经常出现著作权人不署名或者署假名的情况。同时,不

能因为行业中的不署名惯例就认为剥夺了著作权人的署名权。就本案而言,被告尽管使用了原告提供的照片及部分样本设计,但王只是“在被告设计草案的基础上设计版式图的初稿及二稿”(引自法院来函),样本中的文字图片和整体设计基本上是被告的职工创作的。因此,在双方没有署名协议的情况下,应根据本行业惯例决定样本上的署名形式。著作权人的署名要求亦不得违反社会公序良俗。

第四,关于原告提出的赔偿要求,应从两个方面考虑:其一,对于被告使用的5幅照片和原告的样本设计,根据民法通则的等价有偿原则,被告应向原告支付相应的费用。支付的数额可参照同业中的惯例。其二,原告提出的补偿商誉损失的要求,取决于本案原告在样本上署名的要求是否成立,因为原告提出的商誉损失同原告的署名权有直接的关系。既然提到商誉损失,就必然涉及什么是商誉,商誉如何表现的问题。商誉,是商业之信誉或者商业之名誉的简称,指企业的产品或者服务给企业本身的信誉和名誉造成的影响。商誉的表现是多方面的,可以在产品质量或者服务质量中体现,也可以在广告或者媒介中表现。就本案而言,原告提出的维护商誉之要求,如果没有误解的话,其实就是要求在本案诉争的样本上署名。如上所述,能否在样本上署名,应以不违反社会公序良俗为准,并根据本行业惯例决定样本上的署名形式。如果根据行业惯例原告应该在样本上署名,应认定被告除对原告负有债务外,还侵犯了原告的署名权,原告的补偿商誉损失的要求应予以支持,赔偿额由法院自由裁定;相反,如果根据行业惯例,原告不应在样本上署名,应认为被告的行为不涉及原告的商誉,原告的补偿商誉损失的要求也就无从谈起了。

三、已出版的作品以全集形式 再次出版的问题

案情简介：

一位已故学者的合法继承人与某出版社联系，拟出版该学者作品的全集。这家出版社了解到，该学者生前已将其部分作品交其他出版社出版过。出版全集的出版社担心，是否会侵犯以前出版单行本的出版社的专有出版权，但是，这家出版社又对全集的出版倍感兴趣，只是不知，如果出版全集，如何能够避免日后可能出现的纠纷。

评析：

单行本与选集、文集、文选、全集等汇编作品的关系，是实践中存在的实际问题。著作权法没有对此加以规定，是因为这类问题过于具体，往往只发生在以出版的方式利用作品的范围。法律的制订必须遵守“法律不及琐碎原则”。从世界各国的经验来看，这个问题是靠作者同出版社之间的出版合同解决的。

（一）单行本与全集等汇编物之间的关系

为了简略并防止歧义起见，本文将出版社一次出版的，且是

一份出版合同标的的作品称为单行本。将出版社分别出版的,且是数份出版合同标的的作品汇集出版的作品,例如选集、文集、文选、全集等,称为汇编作品或者汇编物。

众所周知,单行本的著作权来源于作者。如果将同一作者不同时期出版的作品汇编出版,例如文集、全集等,同样涉及作者的著作权。即使汇编作品或者汇编物包含多名作者的作品,例如文选等,其中各部作品的著作权仍然是创作该作品的作者的权利,不经其许可就汇编出版,属于侵犯作者复制权和发行权的行为。

可能正是出于这个原因,在考虑作者同出版社的合同关系时,一般人都认为,无论是出版单行本,还是出版汇编作品或者汇编物,都必须经过作者的许可,否则是对作者权利的侵犯。1992年国家版权局制定并颁布的《图书出版合同(标准样式)》比较全面地规定了出版合同应规定的内容,但是没有涉及单行本和汇编作品或者汇编物之间的关系,其原因可能就是立法人认为,合同仅限于合同涉及的权利与义务,如果是单行本出版合同,则仅限于单行本的出版权,至于将该单行本汇集出版,应另外取得作者的授权,也就是说,对于出版单行本,作者仍有出版汇编作品或者汇编物的权利。

除此以外,单行本和汇编作品或者汇编物之间还有一层紧密的关系:单行本与汇编作品或者汇编物中的某部作品完全或者基本上完全一样,也就是说,单行本在汇编作品或者汇编物中又得到再现。这种再现同著作权法所说的复制没有任何不同。这也是以上为什么说不经作者许可就汇编出版其单行本,属于侵犯作者复制权和发行权行为的原因。

(二) 专有出版权包含哪些内容

为了解释清楚单行本同汇编作品或者汇编物之间的关系,有必要先介绍专有出版权的内容。

著作权法第三十条规定:“图书出版者对著作权人交付出版的作品,在合同约定期间享有专有出版权。”为了解释何为专有出版权,著作权法实施条例第三十九条规定:“图书出版者依照著作权法第三十条的规定,在合同有效期内和在合同约定地区内,以同种文字的原版、修订版和缩编本的方式出版图书的独占权利,受法律保护。”关于专有权,著作权法实施条例第三十五条的解释是:“取得某项专有使用权的使用者,有权排除著作权人在内的一切他人以同样的方式使用作品,如果许可第三人行使同一权利,必须取得著作权人的许可,合同另有约定的除外。”

从以上规定不难看出,法律、法规规定的专有出版权由四方面要件构成:第一,以同种文字出版利用;第二,以出版图书的方式利用;第三,专有出版即独占出版,也就是排他的;第四,出版物限于原版、修订版和缩编本。

法律之所以赋予出版社专有权利,是因为出版业是一项风险事业。通常情况下,出版社要承担一切出版经费,其中包括印刷、排版、运输、仓储,要向作者支付报酬,此外,还要承担退休人员的退休金,并向国家缴税。一本书如果滞销,以上费用仍需出版社自己承担。而实践中,真正的畅销书只占一家出版社所有出版物中的极小部分。如果出版社没有取得专有出版权,则意味着作者可以同时几家出版社出版同一部作品。这样一来,就保证不了出版社的相对垄断的地位,反而会使出版社面对不公平的竞争,结果将使出版社的高额投入得不到回报。因此,不仅我国著作权法赋予出版社专有出版权,其他国家也有类似的