

我国著作权法定许可制度的反思与重构

管育鹰*

目次

- 一、引言
- 二、我国设立著作权法定许可制度的缘由
- 三、我国著作权法定许可具体情形及实效分析
- 四、我国著作权法定许可制度完善建议
- 五、结语

摘 要 我国《著作权法》中的法定许可制度在构建之初就存在诸多问题,这一制度二十多年的实践表明其并未起到恰当调节权利人与使用人利益关系的作用。在我国《著作权法》进行第三次修改的过程中,应当进一步审视现有法定许可的各种情形,重新构建一种建立在透明有效机制和程序保障之上的、仅针对教育和公共文化机构的法定许可。具体说,应当取消报刊转载、录音制作的法定许可;保留现有教科书法定许可的内容,并将远程教育的网络传播法定许可整合进来、增加非营利性公共文化机构通过网络向注册用户提供本馆舍内绝版作品复制件的法定许可,构成教育目的使用的法定许可;取消录音制品播放法定许可,将针对所有作品的播放法定许可限定于非营利性公共广播组织以教育为目的的播放。

关键词 著作权 法定许可 强制许可 公共利益 教育目的

一、引言

我国《著作权法》中虽无法定许可之定义,但明确列举了几种法定许可使用的情形,而几乎所有关于知识产权或著作权的教科书都把法定许可作为必然述及的基础概念。由于法定许可与合理使用一样无须事先征得权利人许可而直接使用作品,学界通常将二者同列为“著作权限制”而进行论述。通说认为,法定许可是指根据法律的直接规定,以某些方式使用他人已经发表的作品可以不经著作权人的许可,但应当向著作权人支付使用费,并应当注明作者姓名、作品名称和出处的一种制度。⁽¹⁾ 法定许可的概念并非我国独创,世界知识产权组织(WIPO)在其早期公开出版物《著作权及邻接权法律术语专业词典》中即已对“法定许可”(statutory license)作出了阐释,并专门在关于“强制许可”(compulsory license)的解释中指出了其与法定许可

* 管育鹰,中国社会科学院法学研究所研究员,法学博士。

(1) 参见郑成思《伯尔尼公约与我国著作权法的权利限制》载《法律科学(西北政法学院学报)》1992年第5期;吴汉东等《知识产权基本问题》,中国人民大学出版社2005年版,第313-318页;刘春田主编《知识产权法》(第4版),中国人民大学出版社2009年版,第131页。

的不同。⁽²⁾ 不过在某种意义上,我国的法定许可是一个特有概念,因为《著作权法》列举的几种情形中除了播放之外,权利人均可声明不得适用法定许可。⁽³⁾ 正如学者指出的“中国版权法……一般无需权利人同意,只需向权利人付酬;但权利人在发表作品时已声明不许使用的,则不得使用。这既是一种‘法定许可’制度,又给了权利人表示自愿与否的机会。在其他国家,这种制度并不多见”。⁽⁴⁾ 事实上,我国法定许可制度的特殊性除了《著作权法》相关条款明文规定著作权人可以事先声明不得对自己的作品适用法定许可外,还体现在将义务教育目的的法定许可情形(第23条)与合理使用诸情形(第22条)一起归入“权利的限制”部分,而其他法定许可情形则散见于邻接权部分关于作品传播者权利义务的规定中。⁽⁵⁾

那么,我国《著作权法》对法定许可的具体情形作出这些特殊规定的原因、成效如何?尽管学界对著作权限制、尤其是合理使用制度作过系统研究,并在利益平衡、公平正义、成本效益等多学科理论的基础上论述了合理使用制度的合理性;⁽⁶⁾ 但是,对具有中国特色的著作权法定许可制度,自1990年我国《著作权法》通过实施至今,实务和理论界对其做出的探讨还不够充分。已有讨论要么只是针对法定许可某一情形应如何理解适用等具体问题进行分析;要么理不清各国立法以及国际公约中法定许可与强制许可的概念和关系,从而无法通过比较研究对我国法定许可制度做出恰当评价并提出有效改进意见。目前,我国《著作权法》正处于新一轮立法修订中,同时值得我们关注的是,党的十八大以来中国已经进入全面深化改革、建设法治中国的历史进程,实施创新驱动发展战略要求加强包括版权在内的知识产权保护、激励科技和文化创新。在此背景下,对法定许可制度需要做出理论反思以期为下一步的修法提供参考。

二、我国设立著作权法定许可制度的缘由

(一) 法定许可及相关概念的内涵

考察我国《著作权法》设立特殊的法定许可制度之缘由,首先需要从法定许可与强制许可这两个非自愿许可之概念的联系与区别入手。我国著作权上的法定许可概念,可以回溯到《保护文学和艺术作品伯尔尼公约》(以下简称《伯尔尼公约》)的相关规定,即各成员国在某些特殊情况下可以对著作人行使权利设置一定条件。⁽⁷⁾ 尽管《伯尔尼公约》强调所设置条件的效力严格限于对此作出规定的国家,且在任何情况下这些条件均不应有损于作者的精神权利和获得合理报酬的权利,但《伯尔尼公约》并未明确指出成员国对著作人行使权利进行此类限制的目的和要求;换言之,《伯尔尼公约》对法定许可仅划定了底限,其目的、适用条件、程序等具体问题则留给了成员国自由决策。与此同时,《伯尔尼公约》还包括了针对发展中国家的强制许可概念,并要求强制许可除了必须事先申请和告知权利人外,还要遵循复杂的条件和程序。⁽⁸⁾ 对此,有学者指出,“伯尔尼公约上的强制许可目的在于给予科学文化处于落后状态的发展中国家一定的优惠,使其有可能接触、使用本国发展所急需的科学文化知识。从发挥的功能来看,由于颁发强制许可的条件过于苛刻,发展中国家援用强制许可使用外国作品的实例非常少,作用十分有限”。⁽⁹⁾

(2) 参见 WIPO Glossary of Terms of the Law of Copyright and Neighboring Rights, 第248页、第50页, WIPO PUBLICATION No. 828, ISBN 92-805-0071-6, 1983。

(3) 参见我国《著作权法》关于法定许可的条款:第23、34、40、43、44条;其中前三条允许著作人声明不许使用,即可以拒绝适用法定许可“opt-out”机制。

(4) 郑成思《中国知识产权法:特点、优点与缺点》,载《中国社会科学院研究生院学报》1994年第1期。

(5) 参见《著作权法》第四章:出版、表演、录音录像、播放。

(6) 参见吴汉东《著作权合理使用制度研究》,中国政法大学出版社1996年版;王清《著作权限制制度比较研究》,人民出版社2007年版。

(7) 参见《伯尔尼公约》第9条第2款、第11条之二第2款、第13条第1款。

(8) 《伯尔尼公约》的附录规定在特定条件下,允许符合条件的发展中国家为了教育和科研目的而实施翻译和复制的强制许可,该附录条款同时对强制许可做出了详细规定。

(9) 郑成思《知识产权论》(修订本),法律出版社2001年版,第533、534页。

从西方发达国家的国内立法进程来看,非自愿许可之规则早在20世纪初即已设立。美国向来主张“自由市场”和严格的私权保护,但为了应对机械录制新技术对“授权使用”(authorized exploitation)之版权基本原则的挑战,在1909年通过立法确立了最早的录音强制许可制度,以防止唱片公司对音乐作品进行机械录制的垄断;⁽¹⁰⁾其后立法陆续允许在有线电视系统、卫星信号传播等现代大规模传输技术容易导致版权交易市场失灵时依法颁发二次传输强制许可证,以及自动点唱机和公益性公共广播的强制许可证。⁽¹¹⁾在强调作者权保护的大陆法系国家,私人、教育等目的的使用向来属于明文的合理使用情形,但针对复制传播技术的难以控制性,逐渐通过修法引入法定许可来应对已超出原有合理使用范围的大规模私人复制问题;比如德国经过十多年的诉讼和讨论于1965年引入了对声像设备征收版税的法定许可制度,⁽¹²⁾后来版税征收扩大到空白声像带,而且这一制度逐渐为欧洲各国及受大陆法系影响的日本和我国台湾地区所采用。值得注意的是,因复制传播技术一直处于领先地位而率先设立各类非自愿许可制度的美国并未严格区分法定许可与强制许可;只是在1988年的《卫星电视家庭收视法案》之后,美国国会才开始采用“法定许可”的术语替代“强制许可”,⁽¹³⁾而且迄今为止其法定许可证颁发和强制许可证一样须辅以法定的行政审议程序并接受严格的司法审查。⁽¹⁴⁾另一方面,大陆法系各国因成文法传统,对法定许可这一著作权限制制度的适用则必须具有法律的明文规定(statutory)才可为之,因此倾向于采用“statutory license”的概念,其实质也相当于美国法中的“compulsory license”。⁽¹⁵⁾

可见,从非自愿许可这一著作权授权机制的例外之角度考察,无论是英美法系采用强制许可的概念还是大陆法系采用的法定许可概念,其内涵基本相同:即在法律规定的特定情形下无须权利人许可而使用作品,但必须向权利人支付合理报酬(使用费、补偿金)。通常,按照著作权交易的基本规则,使用人必须与权利人通过自由协商方可使用,而权利人可以通过谈判实现利益最大化;因此,特定情形下根据法律规定采取非自愿许可方式必然在实际上给权利人带来一定的损害。为了避免任意适用可能带来的不利后果,在著作权或版权法相对完善的国家,法律上为法定许可或强制许可的条件、适用和救济谨慎地设定具体规则。⁽¹⁶⁾各国因国情不同采用事先通告或者事后严格按照规定程序、设立专门行政或准司法机构对权利人进行救济、集体管理制度的完善等配套措施,都是为了最大限度地弥补因实施非自愿许可给权利人带来的损害;至于是直接依法适用还是需要行政机关按程序审批,是采用法定许可还是强制许可概念等问题并不是重点,怎么保证使用人“必须支付”的义务以及什么是“合理报酬”才是法定许可或强制许可制度要解决的核心问题。

(二) 我国著作权法定许可制度的特殊性

应当说,我国在经济改革开放之初不得不应对外来压力建立知识产权法律制度,国内普遍缺乏知识产权保护意识;尤其是在著作权领域,新闻出版等大量使用他人作品的机构并非产业化的市场竞争者,而更多是承担了文化传播和国家意识形态管制重要事业的单位,因此保护个体私权以激励创作的制度价值并不如方便传播者的利用重要。我国《著作权法》不采取强制许可而是法定许可的概念来设立合理使用之外的著作权限制制度,并将诸多西方国家法律中关于强制许可或法定许可的程序和救济措施相关条款切割出去,又再

(10) Oman R., “Compulsory License Redux: Will it Survive in a Changing Marketplace?” 5 *The Cardozo Arts & Entertainment Journal* 37 (1986).

(11) Jay Dratler *Licensing of Intellectual Property*, Law Journal Press, 1994, Chapter 3: Involuntary Licensing.

(12) Katerina Gaita & Andrew F. Christie, Principle or Compromise? Understanding the Original Thinking behind Statutory License and Levy Schemes for Private Copying, Intellectual Property Research Institute of Australia, Working Paper series No. 04/04, Melbourne, Vic. 2004.

(13) D. Nimmer, *Nimmer on Copyright*, Matthew Bender & Company, Inc. 2014, § 8.18.

(14) 参见李明德《美国知识产权法》法律出版社2014年版,第330、331页。

(15) Florian Pötzlberger, “Google and the Thumbnail Dilemma—‘Fair Use’ in German Copyright Law?” 9(1) *I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society* 158, Footnote 111 (2013).

(16) 典型的例如日本《著作权法》针对教学目的使用、著作权人不明作品使用、广播使用、录音制作使用等法定许可情形,专门制定了“根据裁定使用作品”和“补偿金”的章节,以严格的程序要求防止法定许可的滥用。参见杨和义译《日本知识产权法》,北京大学出版社2014年版,第36、37、52-56页。

加上权利人可以声明不适用的立法方案⁽¹⁷⁾反映了中国立法一贯的粗放性和灵活性:这样既没有违反国际公约要求,又可以基于当时的中国国情以法律的强制性规范免除使用者须事先征得权利人许可的义务,以此鼓励、扶持出版者、录制者、广播者传播事业的发展。可见,1990年的中国《著作权法》在不违反拟加入国际公约之承诺的前提下,在合理使用之外通过法定许可制度对著作权保护进一步进行限制,更多的是个务实地应对国内外情势之策,而不是建立在充足理论基础上的科学的立法选择。

不过,在1990年《著作权法》通过之后,著作权保护力度逐渐加强与新兴的互联网产业急于摆脱侵权风险之际,我国学界开始关注法定许可的理论探讨。其中,将著作权人、使用者和公众间的利益关系抽象为公共利益,并将法定许可制度的设立理由与合理使用一样归因于法律对公共利益维系之考量的观点具有相当的代表性;尤其是,很多观点都强调著作权随着网络技术发展而不断扩张,因此需要放宽法定使用制度以达成权利人、使用人和公众三者之间的利益平衡。⁽¹⁸⁾相对权利平衡理论而言,笔者更同意法定许可制度的目标设定受经济学上交易成本理论的影响,即从挽救市场失灵的反垄断决策过渡到降低交易成本以追求经济效益,正如波斯纳所言“版权保护首先需要权衡限制获取作品以激励创作的成本,如何恰当平衡作品获取与激励是版权法的核心问题”。⁽¹⁹⁾不过,笔者在前文已指出,我国著作权确立非自愿许可的法定许可制度主要是一种务实之举,理论上并无充足的依据,也谈不上具有维护市场竞争秩序的公共利益因素的考量。⁽²⁰⁾事实上,在我国著作权法律制度建立之初,社会各界,包括著作权人自己都对权利的专有性质不甚了解,更谈不上会滥用著作权妨碍信息传播而造成公共利益失衡。应该说,我国当初选择著作权法定许可制度之目的,更多的考虑是尽量减少因建立著作权保护制度而给原有的新闻出版传媒事业带来不利影响;毕竟这些日常需要大量使用作品的机构还承担着国家文化宣传的任务,而且其国有或官方背景使得其在整个社会处于强势地位,要求其即刻改变免费使用作品的思维惯性来运行是不现实的。中国立法者将目光投向《伯尔尼公约》中语焉不详的法定许可正可谓不二之选。

我国《著作权法》规定了法定许可的几种情形:(1)该法第23条所规定的为实施九年制义务教育和国家教育规划而编写出版教科书而使用已经发表的作品;(2)该法第33条所规定的报刊转载或作为文摘、资料刊登其他报社、期刊社已刊登的作品;(3)该法第40条所规定的录音制作者使用他人已经合法录制成为录音制品的音乐作品制作录音制品;(4)该法第43、44条所规定的广播电台、电视台播放他人已发表的作品和录音制品。可见,我国的著作权法定许可制度的要件包括:(1)仅限于法律明确规定的四种情形;(2)仅限于已经发表的作品;(3)必须支付报酬;(4)必须以著作权人没有声明不许使用为前提。这些规定看起来比较完备,但一直以来法定许可制度在我国存在着一定争议。不论当时立法是否迫于外来压力而模糊处理,也不论之后以何种理论来支撑和阐释,我国著作权法定许可制度是具有中国特色的。报刊转载法定许可是我国特有的;对于其他几种世界各国也设立的法定许可来说,我国从条文到具体操作以及社会效果都有不同,这些内容下文将详细论述。这里,我们先着重讨论一下我国《著作权法》自1990年以来未作变动的前三种法定许可制度中的一个突出的特殊之处,即著作权人可以选择“选择退出”(opt-out)。

尽管我国《著作权法》的法定许可制度自始即以“选择退出”相配套,但知识产权法学界直到近些年来才开

(17) 有学者称之为“准法定许可”,参见沈仁干《关于对著作权的限制》,载《中华人民共和国著作权法讲析》,中国国际广播出版社1991年版,第207页。

(18) 参见陶鑫良《网上作品传播的“法定许可”适用探讨》,载《知识产权》2000年第5期;张平《网络环境下著作权法的作用》,载《科技与法律》2000年第1期;张今《数字环境下恢复著作权利平衡的基本思路》,载《科技与法律》2004年第4期;冯晓青《网络环境下著作权保护、限制及其利益平衡》,载《社会科学》2006年第11期。

(19) William Landes & Richard Posner, “An Economic Analysis of Copyright Law”, 18 *The Journal of Legal Studies* 326(1989).

(20) 尽管有观点认为法定许可是为了防止著作权人滥用权利而通过公权力从本属于著作权人的权利中划出一部分由他人行使,为社会文化发展利益和传媒市场竞争秩序维护也是公共利益价值取向;参见李永明、曹兴龙《中美著作权法定许可制度比较研究》,载《浙江大学学报》2005年第4期。

始讨论此机制⁽²¹⁾而且显然此主题在学界的讨论是受美国谷歌图书计划的版权争议、孤儿作品保护等问题的影响。其实,“选择退出”机制来源于北欧国家的“延伸集体授权”(extended collective License,ECL)实践经验。⁽²²⁾与其他旨在解决海量交易高成本的法律制度如法定或强制许可相比,ECL的优势正是可以由集体管理组织与使用者进行谈判取得高于法定或强制许可版税费率的报酬,且权利人可以“选择退出”,⁽²³⁾为此,就连在版权制度建设方面一直自信的美国也对其进行研究。⁽²⁴⁾不过,1990年我国《著作权法》还没有关于集体管理的规定,从这个角度可以说,我国是直接以立法确定“法定许可+选择退出”版权授权机制的首创者。

笔者认为,尽管法定许可制度在很大程度上(主要是在报酬收转方面)依赖于集体管理机制,但二者并不能简单地画等号;将适用于ECL的选择退出机制嫁接在法定许可上,本身即有逻辑上的矛盾:从法理上说,“法定”、“强制”都是不可选择的;而且随着权利人版权意识的提高,越来越多的权利人宁愿采取自愿许可因此都做出声明不得适用法定许可,这种可选性的法定许可制度将形同虚设(这也是各国强制或法定许可并没有“选择退出”的原因)。另一方面,我国《著作权法》的“法定许可+选择退出”机制在二十多年的实践中并无实效(其实支付报酬机制也无实效,下文将述);尽管在很多作品发表时都附有著作权人“不得使用”的声明,但这种声明从未起到退出法定许可的作用。事实上,我国学界并不乏反对这种“不伦不类”之中国式法定许可制度的声音;⁽²⁵⁾中外研究者均有人提出:与“不得使用”之类的禁止性声明相反,权利人可在作品上附加“授权使用(一般附有具体条件)”的积极性声明才可纳入(opt-in)法定许可。⁽²⁶⁾笔者认为,法定许可即是法律按国家利益需要明文规定的强制性许可,既不必“选择进入”(opt-in),也不能“选择退出”,因为这两种方案是默示许可(非自愿许可的一种)而非法定许可;当然,前提是法定许可制度的设计必须基于公共利益需要并遵循严格的程序条件,而即使在具有相对完备法定许可制度的法域,某种使用行为是否可以设立法定许可制度本身就是一件需要慎重考虑并经多方论证的难题。⁽²⁷⁾

三、我国著作权法定许可具体情形及实效分析

(一) 教科书使用法定许可

为教育目的而设立的法定许可在世界各国是通例,因此我国《著作权法》设立此项法定许可在理论上并无太多争议;根据立法机关的解释,这一规定是考虑到教育事业关系国家经济、文化和科学事业的发展,借鉴了德国、日本著作权法的相关规定,将法定许可制度应用到了教育目的的使用之上。⁽²⁸⁾但是,在实践中,我国的教科书法定许可制度存在着付酬程序无法操作、适用范围不明确、版税率确定不科学、支付和收转无法

(21) 参见梁志文《版权法上的“选择退出”制度及其合法性问题》,载《法学》2010年第6期;赵锐《论孤儿作品的版权利用——兼论著作权法修改草案第25条》,载《知识产权》2012年第6期;管育鹰《欧美孤儿作品问题解决方案的反思与比较——兼论我国著作权法相关条款的修改》,载《河北法学》2013年第6期。

(22) 1960年代起北欧国家为广播组织使用作品建立了ECL;参见Thomas Riis, Jens Schovsbo, “Extended Collective Licenses and the Nordic experience: It’s a Hybrid but is it a Volvo or a Lemon?” 33 *Columbia Journal of Law and the Arts* 471(2010)。

(23) Johan Axham, Lucie Guibault, “Cross-Border Extended Collective Licensing: A Solution to online Dissemination of Europe’s Cultural Heritage?” Final report prepared for Europeana Connect, *Universiteit van Amsterdam* (the Netherlands), 2011, p. 43.

(24) 美国在其孤儿作品方案停滞后期将目光投向了ECL制度,参见Maria A. Pallante, “The Next Great Copyright Act” 36(3) *Columbia Journal of Law & the Arts* 315(2013)。

(25) 参见王清《著作权限制制度比较研究》,人民出版社2007年版,第279页。

(26) 参见张今《数字环境下恢复著作权利益平衡的基本思路》,载《科技与法律》2004年第4期;Tyrone Berger, “Copyright in Standards: Open or Shut Case”, *Copyright Reporter*, 29(3) *Journal of the Copyright Society of Australia* 106-112(2011)。

(27) 美国的谷歌(Google)图书计划版权纠纷相关当事人拟定的包括无主作品的使用在内、权利人可以opt-out的和解协议被法官认为是一种事实上的法定许可,必须通过立法而非和解协议来达成;参见美国法院 *Authors Guild v. Google, Inc.* (2011)案裁决,来源: <http://www.nysd.uscourts.gov/cases/show.php?db=special&id=115> 2015年3月1日访问。

(28) 参见《中华人民共和国著作权法释义》,来源: http://www.npc.gov.cn/npc/flsyywd/minshang/2002-07/15/content_297591.htm, 2015年3月1日访问。

落实等关键问题。直到二十多年后的2012年3月,国家版权局在《著作权法》(修改草案第一稿)修改说明中才公开承认,“从著作权法定许可制度二十年的实践来看,基本没有使用者履行付酬义务,也很少发生使用者因为未履行付酬义务而承担法律责任,权利人的权利未得到切实保障,法律规定形同虚设”;可见,我国长期以来缺乏有效付酬和法律救济机制的教科书法定许可制度是失败的。由著作权集体管理组织承担这一机制运作是目前较为理想的做法;⁽²⁹⁾但是,法定许可制度有赖于集体管理制度有效运行,而我国的著作权集体管理制度本身又存在一定问题,如何完善也是《著作权法》第三次修改中十分重要的疑难问题,在此不再展开论述。值得肯定的是,2013年12月1日我国通过实施了《教科书法定许可使用作品支付报酬办法》,迈出了完善此项制度的重要一步。之后,如何向著作权人支付报酬以及支付标准的确立等还需要进一步研究。目前文字作品方面进展较快,比如与时俱进的提高付酬标准,⁽³⁰⁾使用其他领域作品的相关规定还需尽快出台。

其他与此项法定许可适用密切相关的问题还包括如何界定适用法定许可的教科书范围?来自司法界的观点认为,“教科书的使用范围仅指学生课堂用书,教科书的编著须经国家教育行政管理机构授权,教科书须经国家教委或者省级教育行政部门教材审定委员会审定,须为列入国家教育行政管理机构确定的中小学教学用书目录的学生用书。”⁽³¹⁾笔者认为,教科书仅指课堂教学所用的正式教材,即为实施九年制义务教育和国家教育规划而编写出版的教科书,不包含教学参考书、辅导丛书、辅导材料等;也就是说,仅正式的国家规划教材才适用法定许可,其他书籍资料的编写仍需事先获得著作权人的许可。合法的教科书本身就构成汇编作品,具有著作权;这样,在教科书与教科书所采用的作品片段等内容之间,又产生不同的著作权关系。目前,由于教辅市场需求大、利润高,各类教科书及其配套资料的授权关系复杂难判,教辅市场难免成为著作权侵权纠纷发生的重灾区。因此,哪些情形属于法定许可还需结合具体案情加以判断。此外,教材的使用还需要区别于试题使用、商业性使用,我国相关司法经验也已经说明,高考试题等使用作品属于“执行公务”的合理使用,而民间培训机构使用试题汇编出版则不能适用法定许可而构成侵权。⁽³²⁾还需指出的是,随着网络技术在教育事业上的应用,现行《信息网络传播权保护条例》第8条已将教科书法定许可延伸到了网络远程教育中。这里需要明确的是:如何控制使用者的范围、用户认证、下载量限制等技术措施是法定许可网上适用的必要手段。

此外,《信息网络传播权保护条例》第7条为图书馆等公共文化机构复制和在馆舍内提供绝版作品复制件设立了合理使用豁免。笔者认为,随着网络技术和信息传播的需要,拥有丰富文化资源的公共文化机构应当与学校内的资料图书馆一样为教育和文化传播发挥更大的作用。因此,可以考虑增设公共文化机构向注册用户通过网络传播前述条例第7条所称复制件的法定许可。

(二) 报刊转载法定许可

正如郑成思所说的“在一般情况下,作者的作品能够被更广泛地传播(即被多家报刊转载),自己也能够获得更多的报酬,他们是不会反对的”;⁽³³⁾这也是我国著作权法规定报刊杂志转载法定许可的初衷。但是,从这么多年来实践看,这一制度弊大于利,在某种程度上造成了作者、首发报刊和转载者之间利益关系的失衡。有学者指出“在许多国家,除报刊上的时事文章外,转载现象并不多见。转载报刊文章,不是需要经过作者同意,就是需要报刊社同意。自《著作权法》1990年颁布以来,对转摘条款的批评一直存在。《实施国际著作权条约的规定》造成了我国著作权法对国人的保护水平低于外国人的荒唐局面。更令人遗憾的

(29) 比如建立使用者向著作权集体管理组织备案制度是一种选择,参见张洪波《确保教科书法定许可制度下作者获酬》,载《中国新闻出版报》2013年12月9日。

(30) 国家版权局与发改委颁布的《使用文字作品支付报酬办法》已于2014年11月1日起施行。

(31) 江苏省南通市中级人民法院民三庭《适用法定许可的教科书的认定》,载《人民司法》2005年第3期。

(32) 参见(2007)海民初字第16761号(高考试题案)(2003)高民终字第1393号(新东方案)。

(33) 郑成思《知识产权法》(第2版),法律出版社2003年版,第356页。

是,我国著作权法虽然在2001年做了修订,但在转载的问题上依然故我。有必要对转摘条款加以修改,重新协调作者、首发报刊、转摘报刊三方的关系。”⁽³⁴⁾

笔者认为,文摘类报刊的成功很大程度上与我国《著作权法》报刊转载法定许可制度的执行困难有关系:作为同业竞争者的其他原创性报刊,在优秀作品的产出上需要投入大量成本、冒大量风险,而摘编者的成本极低或甚至为零——法定许可要求的支付报酬仅针对作者而非首次刊登作品的报刊,而且即使是作者的稿酬也往往无法落实(作者通常因为种种原因而没有向这些摘编复印者主张权利)。当然,文摘类的报刊在我国是有市场需求的,尤其在信息大爆炸时代,很多文摘体现了编者在选择编排方面的独创性,有特殊而准确的市场定位,节约了消费者大量的时间,甚至创造出了全国著名的文摘类报刊。不过,有市场并不是适用法定许可限制著作权的理由,允许报刊文摘任意互相转载的法定许可制度使得文摘类报刊处于一种竞争上的优势地位,因其无需像需要事先取得许可而首先刊登原创性作品的同业者那样付出相应成本,大量“剪刀+浆糊”炮制的文萃、摘编类报刊杂志充斥市场,极大挤占了原创者的利益空间,打击了著作权人的创新精神,这是不符合公平竞争原则的。微博、微信等新媒体的迅速发展和介入内容产业,使得问题更加复杂化。⁽³⁵⁾在我国提出创新驱动发展的今天,随着文化体制改革的持续推进,非时政新闻类媒体参与市场竞争成为必然。因此,在法律制度的设置上,我们应当考虑更恰当的、有利于文化建设和创新激励的机制。此外,笔者认为在《著作权法》第三次修订的时候,为了法律体系的统一完整,应该同时取消造成中外权利人不平等待遇的《实施国际著作权条约的规定》;但是,我们并不能取消该《规定》中的国际承诺,⁽³⁶⁾因此只能选择提高对中国作品的保护,即取消针对所有作品的报刊转载法定许可制度;至于公众获取信息自由的问题,可以适用个人使用、适当引用、新闻报道、执行公务、教学科研等各类合理使用;此外还有教育目的的教科书、课件、远程教育、公共广播等法定许可(本文后面详述)使用和有关政治、经济等社会问题的时事文章的自由转载,足以保证公众信息获取的自由。

关于报刊转载是否适用于网络转载,在我国曾有过几番争论。有学者认为,网络空间里要取得事前“海量授权”和“海量许可”绝非易事,甚至是不可操作的;网上传播作品若适用法定许可,能够保护甚至增大著作权人获得相应报酬的权益和机会,而且能够促进我国科技、经济、文化信息的传播与交流……“与其一味强调‘授权许可’而作茧自缚,倒不如合理选择‘法定许可’而广种多收,得其实惠。”⁽³⁷⁾正是在这种观点支持下,2000年及2003年的最高人民法院《关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》一度将网络转载视为法定许可(法释〔2000〕48号、法释〔2004〕1号)。但另一方面,反对的意见认为,我国著作权法规定的现行法定许可制度只应限制适用于传统情形下,而不能照搬至网络环境,网络环境下设置法定许可制度应当比传统情形更为谨慎;另外,利用著作权集体管理组织能大大简化作品上网传播的授权手续,“海量许可”不再是困扰,数字图书馆的发展只是暂时受到影响。⁽³⁸⁾所幸的是,随着《信息网络传播条例》的颁布和实施,司法解释专门删除了网上转载法定许可制度(法释〔2006〕11号)。

鉴于笔者已经倾向于取消报刊转载法定许可的意见,对网上转载之法定许可当然也不赞同。如果互联网产业都沉浸在互相转载的海量信息里,等待尚未发育成熟的著作权集体管理组织或版权代理机构去收费分配,那将是对原创性作品权利人权益的极大损害,不利于我国文化实力的整体提升。至于新闻或时事性文章,则现行《著作权法》有合理使用制度对著作权予以限制,所以并不会造成信息交流的不畅。

(34) 刘白驹《报刊转载文章的著作权问题》,载《中国社会科学院院报》2003年1月28日。

(35) 比如近年来引起各界关注的“今日头条”事件,参见赵征南《阎晓宏:规范版权保护 推动媒体融合发展》,载《文汇报》2014年9月16日。

(36) 《实施国际著作权条约的规定》第13条:报刊转载外国作品,应当事先取得著作权人的授权;但是,转载有关政治、经济等社会问题的时事文章除外。

(37) 陶鑫良《网上传播国内一般作品应当适用“法定许可”》,载《法学》2000年第8期。

(38) 参见张离《网络环境下著作权的合理使用与法定许可》,载《西南政法大学学报》2003年第2期。

(三) 音乐作品制作录音法定许可

音乐作品制作录音法定许可是《著作权法》第三次修改中社会关注最多的议题;为此,国家版权局最终提交审议的《著作权法(修改草案送审稿)》删除录音法定许可制度。事实上,笔者认为,社会公众、尤其是音乐作品权利人之所以反应激烈,一是因为对音乐作品制作录音法定许可制度不了解,二是因为对著作权集体管理组织不信赖。

关于音乐作品制作录音法定许可,我国学界讨论不多。有学者认为《著作权法》规定制作录音制品法定许可,是为了防止音乐著作权人与唱片公司签订专有许可协议而垄断唱片市场、提高唱片价格;但此项法定许可规定的“但书”使“法定许可”丧失了其存在价值,应当在《著作权法》修改时删除。⁽³⁹⁾

笔者认为,录音制品法定许可是世界各国通用的以限制音乐作品著作权人复制权(包括机械复制和数字复制)的方式,防止强势唱片公司垄断录音制品市场、妨碍公众获取音乐作品的制度,我国《著作权法》还添加了“选择退出”机制,实际上比其他国家的法定许可宽松(当然,我国法定许可普遍缺乏有效实施机制的诟病除外)。仔细分析,音乐作品制作录音法定许可的适用范围事实上是较为狭窄的,其一,其要求使用对象仅限于音乐作品。根据我国著作权保护客体的分类,音乐作品指歌曲、交响乐等能够演唱或者演奏的带词或者不带词的旋律;其他的比如文学故事、诗歌朗诵等文字作品及戏剧、曲艺等其他舞台表演作品,即使已被合法制作作为录音制品,再使用来制作录音制品时还要经著作权人许可。其二,使用他人已合法录制的音乐作品,不能将他人已录制的录音制品一部分或全部复制到自己的录音制品上,而只能使用该词曲,由制作者另请演员重新演唱、重新制作作为录音制品;实践中各类以“剪辑”等方式为名直接翻录他人已录制的录音制品会构成对著作权人、表演者、录音制作者权利的侵犯。其三,音乐作品制作录音法定许可不适用于对音乐作品表演的录像。音乐作品表演实况的录制发行与著作权人、表演者的经济权利息息相关,因此在任何情形下录像制作者要使用他人音乐作品制作录像制品,都应当事先取得相关权利人许可并支付报酬。尽管如此,由于《著作权法》第三次修改中此项制度引起了音乐作品著作权人的不解、质疑和强烈反对,另考虑录音制品制作的垄断很难形成(事实上其他国家在实践中通常由音乐作品集体管理组织和使用者达成使用协议,基本没有启动过法定或强制许可授权程序),即使形成也可以求助于其他法律救济方式,笔者认为,国家版权局在最终提交国务院法制办公室的修改草案送审稿中索性删除了此项制度也并无不妥。

(四) 广播组织播放法定许可

这里首先要明确的是“广播组织”的定义。笔者认为,由于著作权法受复制传播技术发展影响十分明显,一再针对各种新兴的具体复制传播行为创设新权项的立法思路不够灵活且不能满足实际需要,此次修法应当考虑对著作权经济权利的整合问题。与法定许可相关条款“宜粗不宜细”的粗放型立法模式恰好相反,我国现行《著作权法》以不封闭的立法模式,列举了十余项著作权经济权利以及获得报酬的权利。笔者同意郑成思教授的观点:著作权包括复制权、发行权、传播权和演绎权等类型;⁽⁴⁰⁾为此,可以结合目前技术现状,将“广播权”并入传播权项下,⁽⁴¹⁾涵盖“以无线、有线及其他方式通过任何播放和接收设备向公众单向传输包含作品内容的信息”的各种行为;相应地,广播组织是指通过载有声音、图像的信号而单向传播节目的广播电台、电视台、卫星广播组织、有线广播组织、网络播放组织等。

考察我国现行的广播组织播放法定许可制度,笔者认为需要注意以下几点。其一,《著作权法》第43条第2款的法定许可与该法第44条的法定许可所涉及的范围有所不同:前者针对的是普通作品(理论上包括所有类型的受我国著作权法保护的作品)的播放,而后者针对的是录音制品的播放;无论是哪一种情况,广播组织法定许可使用都仅是对播放者与被播出作品的著作权人(而非表演者、制作者)的法律关系,是对作

(39) 参见王迁《论“制作录音制品法定许可”及在我国著作权法中的重构》,载《东方法学》2011年第6期。

(40) 参见郑成思《知识产权法》(第2版),法律出版社2003年版,第32页。

(41) 另参见王迁《我国著作权法中“广播权”与“信息网络传播权”的重构》,载《重庆工学院学报(社会科学版)》2008年第9期。

品著作权人的传播权作出的限制。⁽⁴²⁾其二,与教科书使用、报刊转载和录音制品制作的法定许可均明确说明著作权人可以“声明不许用”的限制方式不同,法律一方面对普通作品的播放法定许可使用没有附加任何限制,另一方面对录音制品的法定许可使用则设置了“当事人另有约定的除外”之限制条款。其三,关于《著作权法》第44条法定许可明确了“具体办法由国务院规定”(尽管《广播电台电视台播放录音制品支付报酬暂行办法》直到2010年1月1日起才施行),但该法第43条第2款没有提到付酬方式。其四,我国《著作权法》从1990年规定广播电台播放录音制品属于合理使用到2001年改为法定许可,再到2010年明确法定许可使用付酬办法,体现了著作权保护意识的不断提高。有研究者评述“长期以来广播电台、电视台以法定许可方式使用作品并未付酬这一客观事实,在一定范围内使广播电台、电视台背负了恶名,也在一定程度上妨碍了我国广播电台、电视台同境外广播电台、电视台的合作与交流。制定和出台《付酬办法》能够为广播电台、电视台向著作权人支付报酬提供法律依据,有利于解决广播电台、电视台与著作权人在付酬问题上的纠纷,树立广播电台、电视台尊重知识产权的良好形象。”⁽⁴³⁾

笔者认为,我国的播放法定许可制度需要从法律逻辑和制度合理性两个方面进行修正。一方面,第44条录音制品播放法定许可存在两个问题。其一,类似“选择退出”的“当事人另行约定除外”机制几乎无实践操作性;比如,当事人是谁,录音制品当事人约定如何能对广播者产生约束力,关于这一点本文同意此除外条款极可能损害著作权人利益的观点。⁽⁴⁴⁾其二,与该法第43条第2款有逻辑矛盾:第44条所指的著作权人,按照我国《著作权法》不是音乐作品表演者或录制者而是音乐作品的作曲作词者,而录音制品的出版无疑表明其中的音乐作品已经公开发表;这样,既然有了可以适用涵盖所有已发表作品播放法定许可的第43条第2款,第44条显得多余,而“另行约定除外”条件也是语焉不详。

值得注意的是,受音乐著作权人强烈反对录音法定许可的影响,已经提交国务院法制办公室的《中华人民共和国著作权法》(修订草案送审稿)在取消录音法定许可的同时也取消了第44条的录音制品播放法定许可。⁽⁴⁵⁾笔者认为,由于现行《著作权法》及其修订草案送审稿均未赋予录音制作者广播权,⁽⁴⁶⁾若要设立广播组织播放法定许可,则无论广播组织自己找人表演播放,还是直接播放他人的录音制品,均可适用该法第43条第2款针对所有作品的法定许可播放音乐作品;因此,取消《著作权法》第44条的录音制品法定许可对广播组织并没有影响。

另一方面,笔者要强调的是:我国著作权法上针对所有已经发表作品的播放法定许可制度需要重建。正如本文前面所述,广播组织在我国著作权制度建立之初属于半公半私的社会经济角色,随着市场经济的发展和体制改革的深入,这一没有限定适用作品类别的播放法定许可制度争议日盛,尤其是“支付报酬”没有事实上的可操作性使得这一法定许可成了给广大著作权人广播权开出的空头支票。2001年修改《著作权法》时,我国立法机关考虑到“我国电台、电视台的性质和任务并没有改变,1990年制定著作权法时的某些客

(42) 按现行《著作权法》,播放涉及著作权人的表演权、广播权;笔者同意将表演、广播与交互式传送(即目前的信息网络传播之概念)等向公众传播作品的使用方式整合为“传播权”;参见李明德、管育鹰、唐广良《著作权法专家意见稿说明》,法律出版社2012年版,第227、228页。

(43) 参见刘晓霞、何平《广播电台电视台播放录音制品支付报酬暂行办法解读》,载《电视研究》2010年第4期。

(44) 有学者对现行法第44条针对播放录音制品法定许可之“当事人另有约定的除外”表示质疑:“即使可以约定,由于广电部门所处的强势谈判地位,著作权人被迫放弃获酬权的可能性更大。该法定许可极有可能在版权实务中造成损害著作权人的公平获酬权的后果;参见王清《著作权限制制度比较研究》,人民出版社2007年版,第287、288页。

(45) 《著作权法》(修订草案送审稿)第49条规定:“广播电台、电视台依照本法第五十条规定的条件,可以不经著作权人许可,播放其已经发表的作品;但播放视听作品,应当取得著作权人的许可。”

(46) 现行《著作权法》第42条规定:“录音录像制作者对其制作的录音录像制品,享有许可他人复制、发行、出租、通过信息网络向公众传播并获得报酬的权利;权利的保护期为五十年,截止于该制品首次制作完成后第五十年的12月31日。《著作权法》(修订草案送审稿)修改为第39条:录音制作者对其制作的录音制品享有下列权利:(1)许可他人复制其录音制品;(2)许可他人发行其录音制品;(3)许可他人出租其录音制品;(4)许可他人以无线或者有线方式向公众提供其录音制品,使公众可以在其个人选定的时间和地点获得该录音制品”。

观情况依然存在”⁽⁴⁷⁾ 现行《著作权法》第43条第2款仍保留了广播组织播放他人已发表作品的法定许可制度。这一条款实际上在现实中造成了很多问题。比如,各类著作权人的法律保护不均等:现行法第43条第1款对未发表的作品不适用法定许可、第44条针对录音制品法定许可有“当事人另有约定的除外”限制、第46条明确规定视听作品不适用法定许可。又比如,《实施国际著作权条约的规定》第16条规定“表演、录音或者广播外国作品,适用伯尔尼公约的规定;有集体管理组织的,应当事先取得该组织的授权”,⁽⁴⁸⁾因此《著作权法》第43条第2款的法定许可使得中国著作权人受到的保护不及外国著作权人。笔者认为,赋予广播组织过多的法定许可之便利不符合国际规则,不利于著作权保护,我国《著作权法》第三次修改时应取消关于广播组织对所有已经发表作品享有播放法定许可之规定,仅保留“为非营利性学校教育目的”播放已经发表作品(包括中外作品)⁽⁴⁹⁾的法定许可。

(五) 远程教育法定许可

我国2006年7月1日实施的《信息网络传播权保护条例》将义务教育目的法定许可从《著作权法》的教科书编写延伸到了信息网络传播。⁽⁵⁰⁾笔者认为,尽管从法理上说,对著作权进行限制应当由《著作权法》做出明确规定,《条例》作为下位法直接设立法定许可突破了上位法的规定,且其使用报酬究竟由什么政府部门制定也没有相关配套规定,这明显属于立法技术上的缺陷;但是,从实体规则来说,互联网技术正深刻地改变着人们的生产生活,远程教育将成为实施公共教育事业必不可少的手段,因此网络远程教育法定许可制度本身是需要设立的,其内容可以融入《著作权法》关于教育目的法定许可中并予以保留。

四、我国著作权法定许可制度完善建议

综上,笔者认为我国法定许可制度设立的初衷是为了降低这些情形下作品使用的交易成本,以促进相关作品广泛、迅速地传播。但一直以来,除了义务教育目的的教科书法定许可使用外,其他几种争议较大,主要原因是法定许可制度无需事先获得其许可,而在操作时使用人事后是否支付、如何支付报酬长久以来都是未知数,最好的情况是参照国家相关规定中的最低标准、扣除相关机构管理费用后支付给权利人的微薄稿酬,权利人对此基本上没有讨价还价的余地。可见,我国的著作权法定许可制度在作品著作权人和非公益性使用人之间产生了某种利益失衡。根据本文前面部分的分析,笔者提出以下建议。

(一) 保留和完善教育和公共文化机构的法定许可

人才的培养和文化的传承关系到重大的公共利益,世界各国对教育和公共文化机构可以获得为信息收集、整理、保留和提供而复制传播作品的法定许可并无异议。我国《著作权法》应保留一直无太多争议的义务教育教科书编写法定许可,并将《信息网络传播权保护条例》第8条的义务教育远程教学法定许可整合进来,同时取消现行法相关条款中的“选择退出”规定。具体而言,《著作权法》(修订草案送审稿)第47条可进一步修改为“为实施国家义务教育,依照本法第五十条规定的条件,可以不经著作权人许可,编写出版教科书使用已经发表的短小的文字作品或作品片段、音乐作品或者单幅的美术作品、摄影作品、图形作品,或者使

(47) 参见《中华人民共和国著作权法释义》,网址: http://www.npc.gov.cn/npc/flsyywd/minshang/2002-07/15/content_297585.htm, 2015年3月1日访问。

(48) 事实上,从其他法域的实践看,立法给予广播组织的法定许可远不如我国现行《著作权法》的播放法定许可宽泛。比如,在美国限制版权人公开表演或公开展示权的播放强制许可中,只有具有公众教育等非营利目的的公共广播组织(《美国版权法》第118条)才可直接使用(首播)或二次传送(转播)已发表作品,有线和卫星广播组织的法定许可都仅针对转播。

(49) 笔者认为《实施国际著作权条约的规定》相关条款可以整合进《著作权法》中,我国《著作权法》第三次修改后也应当废除该规定以消除中外权利人不平等保护。

(50) 《信息网络传播权保护条例》第8条规定“为通过信息网络实施九年制义务教育或者国家教育规划,可以不经著作权人许可,使用其已经发表作品的片断或者短小的文字作品、音乐作品或者单幅的美术作品、摄影作品制作课件,由制作课件或者依法取得课件的远程教育机构通过信息网络向注册学生提供,但应当向著作权人支付报酬。”

用上述作品制作课件并由制作课件或者依法取得课件的远程教育机构通过信息网络向注册学生提供。”同时,为使非营利性图书馆等公共文化机构为教育和文化传播发挥更大的作用,可将其通过网络向注册用户在线提供绝版作品复制件的行为并入教育目的使用的法定许可,即“图书馆、档案馆、纪念馆、博物馆、美术馆等通过信息网络向注册用户提供的本馆收藏的合法出版的数字作品和依法为陈列或者保存版本的需要以数字化形式复制的作品的,适用前款规定。”

(二) 取消报刊转载法定许可、录音制品制作和播放法定许可

报刊转载法定许可不符合国际惯例,不利于激励原创作品著作权人,修法时应当取消,网络海量使用问题可以采取集体管理方式降低交易成本。录音制品法定许可原本可以保留,但鉴于从域外经验看录音制品制作法定许可实际上未见启用实例,而我国《著作权法》(修订草案送审稿)已应音乐作品著作权人的呼吁取消了此项法定许可,我国《著作权法》宜取消。录音制品播放法定许可并无独立存在的实质意义,应当取消。

(三) 重构播放法定许可

应将现行《著作权法》第43条第2款中无任何目的限制的播放法定许可制度,改为学校和公共广播组织为教育和文化传播目的的播放法定许可。此项法定许可须注意其适用要件:

1. 主体:将使用人限定在非营利的学校、公共文化机构、公共广播组织,这些主体的性质需要结合文化体制改革的总体设立和成果来判断,并非所有自称学校、图书馆、美术馆、档案馆、纪念馆、博物馆、公共广播电台电视台及网络播放室的都是这里所指的非营利教育和公共文化传播机构);

2. 客体(使用对象):受到我国《著作权法》保护的各类作品;

3. 使用方式:任何形式的非交互式播放行为,比如文字和口述作品的诵读或手稿、作品复制件的直接拍摄和展示,音乐、戏剧、影视类作品的播放,美术、建筑、摄影、图形等作品的拍摄和展示,录音录像制品的播放等等;

4. 使用目的:为教育、扫盲、扶贫等传播公共知识的目的;

5. 程序要求:须按照《著作权法》(修订草案送审稿)第50条规定的条件。

(四) 关于孤儿作品的使用

孤儿作品的使用是否设立、如何设立法定许可制度在欧美国家讨论了十来年,至今未有定论。鉴于欧洲文化遗产和传播的紧迫性,欧盟于2012年9月20日颁布了《欧洲议会与欧盟理事会关于孤儿作品许可使用特定问题的指令》⁽⁵¹⁾,但仅限于公共教育和文化机构对欧盟境内发表、实物载体存放在这些机构的孤儿作品之法定许可使用(孤儿作品指令通过后也有一些成员国制定或修订国内法采用ECL方式而非法定许可来实施该指令);此外,孤儿作品状态须满足以“勤勉搜索”等程序和条件。⁽⁵²⁾我国目前的著作权法制环境还远未到为商业使用者设立孤儿作品法定许可的时候;而从理论上说,为学校教育和公共文化传播目的,可以适用上文笔者主张重构的第(一)、(三)两种法定许可使用孤儿作品。当然,由于孤儿作品著作权人不明,适用这两种法定许可产生的使用费需要留存在管理相应作品类型的集体管理组织并由其在权利人出现时转付,这就需要同时建立孤儿作品认定登记等配套机制和著作权集体管理的延伸制度。因此,笔者认为,我国是否设立孤儿作品法定许可使用,前提在于是否有比较完善的著作权集体管理制度;鉴于此问题在目前我国《著作权法》修订中争议极大,本文不再展开论述。

五、结语

经过二十多年实践的经验教训,我国《著作权法》的法定许可制度已完成其阶段性任务,应当逐步退场,

(51) 欧盟孤儿作品指令参见欧盟网站: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/orphan_works/index_en.htm, 2015年3月1日访问。

(52) 参见管育鹰《欧美孤儿作品问题解决方案的反思与比较》,载《河北法学》2013年第6期。

由使用人按照商业惯例与权利人协商订立作品使用合同的自愿授权制度取代。实际上,即使在法定许可或强制许可制度相对完善的国家,此制度作为公权介入私权的手段,其存废一直存在争议;并无证据表明该制度对降低著作权交易成本有效,相反其被指责为一种耗费各方资源、不利于保护激励创新的制度。⁽⁵³⁾当然,由于网络时代的来临,考虑到著作权交易成本,权利人直接授权的自愿许可难度会越来越大,通过著作权集体管理组织的运作来实现著作权的运用和保护将扮演重要角色。近年来,我国也有学者指出,“著作权法定许可存在的意义,在于通过弱化权利排他性的方式降低作品利用的交易成本。然而已有的立法实践证明,著作财产权排他性的弱化虽然能够降低交易成本,但同时也剥夺了著作权人对交易条件的决定权,直接导致定价效率的丧失。因此,降低著作权市场的交易成本,必须以维持著作财产权的排他性为前提,一方面逐步淘汰法定许可制度,另一方面完善著作权集体管理制度,使定价机制建立于权利人自由协商的基础上。”⁽⁵⁴⁾鉴于我国著作权集体管理制度的完善是个非常重大的研究议题,本文不再展开论述。

笔者认为,我国各界应认识到有市场竞争力的文艺和科学作品乃是当今文化和科技产业发展之动力源泉,加强著作权的保护是事关国家文化建设事业长远发展的重大决策。在《著作权法》修订过程中,应注重保护整个版权产业链赖以运行和发展的源泉,即作品创作者及著作权人的利益;对涉及著作权人切身利益的制度设计应当进行谨慎全面的考虑,合理调和相关产业的利益诉求。在信息时代,一方面拥有网络技术和新兴商业模式等优势在互联网业者,正积极地介入新闻、出版发行、广播影视传媒等传统版权产业领域;另一方面传统版权产业也在积极拓展网络环境下的发展机遇以应对挑战。在这一过程中,除了产业界自发形成相应对策和行为规则外,著作权法律制度,无论是立法还是执法、司法也需要做出回应和调整。考察历史上新技术发展从未降低版权保护标准的经验和我国版权产业刚起步的国情,在修改《著作权法》时调整相关规则不应当简单地减损著作权人利益,而是建立起便利著作权人与作品使用者交易的机制、保障著作权人的精神和经济权利。为此,完善著作权集体管理制度比增加强制性的法定许可制度更有利于平衡著作权人与商业性作品使用者的利益关系。

(责任编辑:陈越峰)

(53) Robert S. Lee, "An Economic Analysis of Compulsory Licensing in Copyright Law", 55 *Western New England Law Review* 203 (1982 - 1983).

(54) 熊琦《著作权法定许可的正当性解构与制度替代》,载《知识产权》2011年第6期。