

# 我国职务作品制度的不足与完善

杨延超<sup>1</sup>, 曹满贵<sup>2</sup>

(1, 2 北京大学 法学院, 北京 100871)

**摘要:** 我国著作权法对职务作品的规定, 难以区分职务作品和法人作品, 同时一般职务作品和特殊职务作品也较难区别。此外, 单位和作者之间的利益平衡存在诸多问题, 这些都给司法实务带来极大不便。本文通过职务作品制度的比较法研究, 检讨我国职务作品制度的不足并提出完善意见。

**关键词:** 职务作品; 法人作品

中图分类号: DF523.1

文件标识码: A

文章编号: 1671-1254(2007)05-0036-05

## Deficiency and Improvement of the Assignment Work System in China

YANG Yan-chao<sup>1</sup>, CAO Man-gui<sup>2</sup>

(1, 2. Law school of Peking University Beijing 100871, China)

**Abstract** According to the regulations of the assignment works in Chinese Copyright Law, it is difficult to distinguish the assignment work from corporation work. At the same time general assignment work and peculiar assignment work are also difficult to differentiate. Through comparing the systems of assignment works in other countries, the thesis tries to analyze the deficiency of our system, and presents some improving suggestion.

**Key words** assignment work; corporation work

### 一、我国现行职务作品制度

我国《著作权法》第 16 条是关于职务作品的规定。所谓职务作品, 是指公民为完成法人或者非法人单位工作任务所创作的作品。<sup>[1]</sup> 通说认为, 职务作品的构成要件有以下三个: 1. 作者是法人或者其他组织的工作人员, 即作者与该单位具有劳动雇佣关系。2. 创作作品是法人或者其他组织依单位的工作性质所创作的, 作品属于作者的职责范围。所谓“工作任务”, 是指公民在该法人或者该组织中应当履行的职责。<sup>[1]</sup> 3. 作者依自己的意志创作了该作品, 而不是依单位意志, 否则构成法人作品。<sup>[2]</sup>

学界一般认为第 16 条第 1 款规定的是一般职务作品; 而第 2 款则规定特殊职务作品。二者著作权归属不同, 在一般职务作品中, 其著作权属于作者, 但是《著作权法》也对作者的著作权如下限制: 1. 法人或者其他组织有权在其业务范围内优先使用。

2. 作品完成两年内, 未经单位同意, 作者不得许可第三人以与单位使用的相同方式使用该作品。言外之意, 作者可以许可第三人以不与单位相同的方式使用该作品。3. 职务作品完成两年内, 经单位同意, 作者许可第三人以与单位使用的相同方式使用作品所获报酬, 但是作者必须与单位按约定的比例分配报酬。<sup>[2]</sup> 4. 在职务作品完成两年后, 单位仍然享有在其业务范围内优先使用的权利, 但是作者可以许可第三人与单位相同的方式使用该作品。

根据我国《著作权法》的规定, 在特殊职务作品中, 作品著作权除署名权外归单位所有, 而署名权由作者享有, 但是作者可以要求单位给予奖励。<sup>[3]</sup>

### 二、我国职务作品制度的不足

从上述规定我们可以看出, 我国职务作品制度规定的比较详细。但是, 看似完备的规定也带来了一些问题。

收稿日期: 2007-06-17

作者简介: 杨延超 (1978-), 黑龙江省绥化市人, 北京大学知识产权法博士后; 曹满贵 (1982-), 湖南省耒阳市人, 北京大学法学院硕士研究生。

① 《著作权法实施条例》第 11 条第 1 款。

② 《著作权法实施条例》第 12 条第 1 款。

③ 《著作权法》第 16 条第 2 款。

(一) 法人 (或其它组织) 作品与职务作品难以区分

所谓法人作品 (也有学者称为团体作品<sup>[3]</sup>), 是指由法人或者其他组织主持, 代表法人或者其他组织意志创作, 并由法人或者其他组织承担责任的作品。在法人作品中, 该法人或者其他组织视为作者, 即著作权属于单位而不属于雇员。那么职务作品和法人作品有何区别呢? 一般认为二者有以下不同: 1. 法人作品必须是由单位主持下进行创作的, 职务作品则无此要求。2. 法人作品反映的是单位的意志, 相反职务作品反映的是作者自己的意志。这是两者最大的区别。3. 法人作品的责任由单位承担, 而职务作品则分一般职务作品和特殊职务作品有着不同的规定, 一般职务作品不要求单位承担责任, 而特殊职务作品则要求单位承担责任。

事实上, 法人作品和职务作品都体现了雇主和雇员的雇佣关系, 两者在事实上很难区分。上述区分标准存在以下问题:

1. 某些职务作品往往也是在单位主持下进行创作的。比如大型的新闻采访活动及大型的计算机软件开发等, 常常是在单位的住持下进行创作的。因此, 是否由单位主持不能成为法人作品和职务作品区分的标准。

2. 意志属性难以区分。职务作品固然体现了雇员自己的创作意志, 但是不能说雇员在创作过程完全不受雇主的影响。同样的道理, 在法人作品中, 单位即使有集体意志, 但是它最终还是需要由雇员的意志来体现, 进行创作的毕竟是雇员。况且, 法人是否有集体意志还是一个有争议的问题。<sup>①</sup>

3. 社会责任的承担问题。法人作品的一个很重要的条件是该作品的责任有单位承担, 但问题是在特殊的职务作品中著作权法也规定单位承担责任, 这样的规定使得二者的区分变得非常困难。况且, “由法人或者其他组织承担责任”的含义不明, 是指承担可能的侵权责任吗? 显然不是, 如果这里的责任可以理解为一般的社会责任, 那么责任似乎不是一种独立的要件, 可以忽略。<sup>[3]224</sup>由此可见, 我国著作权法将职务作品和法人作品进行的区分是非常模糊的, 给审判实践带来了极大不便。

(二) 一般职务作品和特殊职务作品之间的区别也很模糊

根据《著作权法》规定, 二者的区别 (法律规定和当事人约定的情形在此不论) 在于: 1. 特殊的

职务作品区别于一般的职务作品的关键是它主要利用了单位的物质技术条件。2. 特殊职务作品必须由单位承担责任, 而对一般职务作品未作此规定。但是, 这一区分的问题在于:

1. 按照《著作权法实施条例》第 11 条的解释, 所谓的物质技术条件, 是指为公民完成创作专门提供的资金, 设备或者资料。立法者之所以作此规定, 是考虑到由于社会经济的不断发展个人无法承担某些费用高昂的作品项目, 同时个人也无法承担作品所可能带来的责任。但是实践证明, 这一立法初衷并没有实现。正如迪兹教授所指出的: “物质技术条件”区分标准过于一般, 通常, 几乎所有的职务作品都需要单位的物质技术条件, 因此, 这种区分在实践中是没有意义的。<sup>[4]</sup>

2. 将单位承担责任作为特殊职务作品成立要件之一也有悖逻辑。法律责任是指责任主体由于其违法行为、违约行为或法律直接规定其应当承担的一种不利法律后果。按照上述规定, 在特殊职务作品制度中, 如果该作品侵犯了他人的合法权益, 则该单位应当承担相应的法律责任。也就是说, 单位承担法律责任的前提是该作品构成特殊职务作品, 其著作权 (除署名权外) 由该单位享有; 反之, 如果该作品不属于特殊职务作品, 那么单位不承担法律责任。实际上, 单位承担责任只是特殊职务作品的特征, 而不是其成立的构成要件。因此, 单位承担法律责任是构成特殊职务作品的结果而绝非原因。把单位承担责任作为其构成要件的观点没有分清因果关系, 违背基本的逻辑。鉴于此, 笔者认为, 著作权法第 16 条对一般职务作品和特殊职务作品的区分理由是站不住脚的。

(三) 《著作权法》第 16 条第 2 款的规定排除了双方通过合同约定由单位享有特殊职务作品署名权的情形, 没有合理平衡单位和作者之间的利益

依据该款规定, 在特殊职务作品中, 作者实际上只享有署名权, 对作品并不享有经济权利, 只能要求单位给予一定的奖励。在实践中, 有时作者并不需要对该作品的署名权, 若允许作者通过约定将其署名权转让给单位, 则能使作者因此获得相应的经济利益。由此可见, 该规定实际上剥夺了作者转让其署名权的权利, 不利于作者权利的使用。同时, 在某些情形下, 单位获得特殊职务作品的署名权更能实现其利益, 但是该条规定却强行将所有特殊职务作品的署名权赋予作者, 排除了双方的约定。因此, 这一

① 郑成思教授认为: 即使在强调版权体系的英美法诸国, 尚未见到有学者的著述论证法人可以运用其“大脑”从事创作的。参见郑成思著:《知识产权法》, 法律出版社, 2003 年版, 第 158 页。

强制性规定使得当事人不能约定署名权归单位, 也不利于保护单位的权益, 违背私法自治原则。

(四) 《实施细则》第 12 条笼统规定“职务作品”的做法也不尽合理

依据该条规定, 职务作品完成两年内, 经单位同意, 作者许可第三人以与单位使用的相同方式使用作品所获报酬, 由作者与单位按约定的比例分配。但根据《著作权法》第 16 条规定, 职务作品分为一般职务作品和特殊职务作品。在特殊职务作品的情形下, 作者只享有署名权, 而其他著作权则由单位行使, 作者只能要求单位予以适当的奖励。因此, 特殊职务作品的许可使用权和获得报酬权属于单位而非作者, 因而不存在作者经单位同意许可他人使用, 以及作者许可他人使用获得报酬的情形。立法者在《实施细则》第 12 条中规定的职务作品实际上是指一般职务作品而非特殊职务作品, 它只是对《著作权法》第 16 条第一款的解释。但《实施细则》笼统规定“职务作品”的做法涵盖了特殊职务作品, 容易造成理解上困难, 因而是不妥当的。

(五) 著作权法在一般职务作品规定中, 赋予单位过大的优先使用权

在上文中, 我们已经论及在一般职务作品中, 单位对作者著作权行使限制的四种情形 (见上文)。立法者基于对单位利益的考虑赋予其在业务范围内优先使用权的规定是合理的, 对于激励单位更多地支持职务作品的涌现意义重大。但是, 这一规定仍有疏漏, 即在作者完成作品的两年内如果不违背单位利益的情形下, 许可他人以与单位相同方式使用该作品, 但是单位无正当理由却不同意时如何处理? 依据《著作权法》第 16 条规定, 作品完成两年内, 未经单位同意, 作者不得许可第三人以与单位使用的相同方式使用该作品。若按此规定, 显然作者不能许可他人使用。这一规定赋予单位过大的限制作品使用的权利, 对于作者的合法权益保护显然不利。

### 三、国内外职务作品立法比较

一般认为, 我国著作权法所规定的职务作品相当于国外的雇佣作品的概念, 当然有学者也有不同观点。<sup>①</sup> 由于各国不同的法律文化和制度的侧重点不同, 国内外对职务作品著作权的归属有三种立法模式:

(一) 职务作品的著作权应归作者享有, 即使有合同约定也不能改变作者对职务作品享有著作权

这类国家奉行作者权体系, 主要是大陆法国家 (日本和我国例外), 如法国, 德国, 俄罗斯等。法国《著作权法》第 1 条第 1 款规定: 创造智力作品的作者对其作品享有专有的, 对一切人都有抗辩力的无形财产权。第 3 款规定: 雇佣合同, 服务合同的存在或者智力作品的作者签订上述作品的行为丝毫不影响作者享有第 1 款确立的权利。由此可见, 作者权体系国家一般将职务作品的著作权赋予作者。<sup>②</sup> 大陆法系国家秉承了康德等人的哲学思想, 认为智力作品是著作人人格的反映, 有智力创作行为产生的权利来源于作品被创作的事实。<sup>[5]</sup> 可见, 在作者权体系国家, 立法者更加重视对付出脑力劳动的实际创作人的保护。

该制度的立法理由在于: 1. 职务作品的著作权归作者享有有利于鼓励公民勇于创造出新的作品, 丰富文化生活, 促进著作权的发展。如果将职务作品的著作权归雇主所有会损伤创作者的积极性。2. 作者权体系国家一般认为, 单位没有意志, 不可能进行创作, 因此也不可能成为作者。因此, 单位要取得职务作品的经济权利必须与作品的作者通过合同方式来取得, 但是“即使作者在转移经济权利之后仍然保留了精神权利。”<sup>③</sup>

作者权体系国家的规定有效地保护了作者的权利, 但是它也有明显的不足, 即过于硬性地规定只有作者才享有著作权, 即使有合同约定情形下作者的著作权仍然受到保护。这一做法不能有效地保护单位的利益, 因为单位对于职务作品的产生付出了一定的投资, 如果禁止其通过合同约定享有一定的著作权, 则会很大程度上损伤其投资热情。

(二) 职务作品的著作权若无相反约定应属雇主所有<sup>④</sup>

持这一观点的国家主要是英美法系国家, 奉行版权体系理论。如美国《著作权法》第 201 条第 2 款规定: 就雇佣作品而言, 雇主或者指示创作作品的其他人被认为是本法上的作者, 享有著作权法之各项权利, 但双方在其签署的书面文件中另有约定

① 徐楝枫和李友根教授认为: 外国法上的雇佣作品对应的, 其实是我国法上的团体作品而不是职务作品。参见徐楝枫, 解亘, 李友根编著: 《知识产权法: 制度·理论·案例·问题》, 科学出版社 2005 年版, 第 230 页。

② 德国法学家 M·雷炳德教授认为: 作为著作权的客体, 作品通过自己所体现的独创性而获得著作权的保护资格, 正因为如此, 著作权的主体必须是那些给予作品独创性的人, 而作者就是那些在内容与形式方面赋予作品以独创性的人。对创作人的人格以及他们为文化生活所带来的价值的尊重要求人们只能把法律保护赋予作者而不是其他人。参见 [德] M·雷炳德著: 《著作权法》, 张恩民译, 法律出版社 2004 年版, 第 181 页。

③ 《伯尔尼公约》第 6 (1) 条。

④ 沈达明教授认为: 英美法援引合同自由原则。如果没有合同或者合同上没有规定, 法院倾向于尽可能查明当事人的意思。大陆法则谋求保护合同当事人之间经济上较弱的一方。参见沈达明: 《知识产权法》, 对外经济贸易大学出版社 1998 年版, 第 14 页。

的除外。英国《著作权法》第 11 条第 1 款也有类似的规定。可见, 在版权体系国家, 著作权被视为阻止他人模仿文学艺术作品的消极权利, 著作权的宗旨不是酬劳著作权人, 而是保证公众从著作人的成果中获取广泛的利益。<sup>[5] 107</sup>显然, 在保护作者或是雇主的问题上, 版权体系国家认为受雇人正是在雇主提供的各种技术条件下才创造了作品, 基于二者之间的法律上的雇佣合同关系, 职务作品的著作权在无相反的规定下应该归雇主所有。

该制度的立法理由在于: 1. 将著作权赋予雇主, 有利于鼓励企业对文化产业的投入。<sup>[6]</sup> 毕竟, 随着经济的发展, 许多项目个人没有足够的资金实力来进行投资, 将著作权赋予雇主能够刺激企业的投资信心。此外, 企业相比于个人来讲也更有能力推广作品的传播, 而这对于现代社会文化事业的发展是极其重要的。2. 将著作权赋予雇主也是现代经济的要求, 它可以降低交易的成本, 促进作品的流通和使用。该理论“合理性的依据之一是它降低了交易成本, 雇用作品不是为公司创作的作品, 因此不需要进行转让, 雇用作品理论本质上预先将作品转化给雇主, 这对于减少谈判和执行转让协议的成本起着重要作用。”<sup>[7]</sup> 3. 作者的利益可以转化为薪金和福利待遇等形式。<sup>[6] 86</sup>对于创作作品的作者, 雇主应该提高其薪金和福利等形式来鼓励作者的创作热情。

版权体系国家的立法模式有利于保护单位的投资利益, 同时也能降低交易成本, 是一种实用主义的观点。但是, 它的缺点是无法解释法人享有著作权精神权利的理由, 同时仅通过薪金和福利补偿并不能有效地保障作者的合法权益。

(三) 职务作品著作权在没有约定的情形下须分不同情况来确定其归属

如在我国, 职务作品被分为一般和特殊两类。前者的著作权属于作者, 但是其著作权受到很大的限制; 后者的著作权中署名权归作者所有, 其它权利属于单位。其立法理由在于一方面, 为了鼓励作者的热情, 促进作品的大量涌现, 一般的职务作品的著作权归作者所有。但是, 基于作者在创作的过程利用了雇主提供的物质条件, 著作权法有规定雇主(该法人或者其他组织)在两年内有免费使用

的权利等, 这样既可以保证创作者的创作热情, 又能兼顾雇主的投资利益。<sup>[5] 108</sup>另一方面, 对于特殊的职务作品, 由于其投资规模较大, 风险较高, 个人无法承担其高昂资金和风险责任。因此, 为了促进雇主的投资积极性立法者将著作权的大部分权利赋予雇主, 而规定作者只享有署名权。

显然, 立法者的初衷是为了综合两大法系不同规定的优点, 避免产生二者的缺点所作的一种中庸的选择。由于立法者对于著作权制度认识的缺乏, 使得这一规定非但没有解决两大理论的缺点, 反而在实践中造成了很大的混乱。实际上, 在我国司法实践中, 一方面, 一般职务作品中可能单位更加希望获得著作权而法律则强行将著作权赋予了作者; 另一方面, 并不是所有的特殊职务作品单位都必须取得著作权, 有时可能将其赋予作者更有利于作品的利用。立法者试图通过立法事无巨细地规定私法制度, 在一定程度上排斥了当事人双方约定的可能, 有违“私法自治”和“法律不及琐碎”的原则。

#### 四、我国职务作品制度的完善

通过对上述三种立法模式的探讨, 我们可以发现, 在职务作品的著作权归属的问题上关键是看立法者在不同的利益之间作何种权衡。<sup>①</sup> 作者权体系更加侧重于保护创作者的权益, 而版权体系则强调保护雇主和公众对知识产权成果地分享。任何法律制度的建立都是利益平衡考量的结果。基于此, 我们在进行著作权立法时应当根据实际情况, 一方面要吸收作者权体系有效保护作者的优点, 同时摒弃它对单位利益保障不足的不合理之处; 另一方面也要重视版权体系国家的实用主义立场, 同时也要避免对作者权益保护的不足。因此, 根据国内外立法模式的比较研究, 笔者建议相关立法作以下修改:

(一) 取消法人作品的概念和相关的条款, 将其在职务作品制度中一并解决<sup>②</sup>

法人作品概念的存在实际上是我国长期计划经济留下的后遗症。在计划经济条件下, 由于各种原因会出现大量的集体作品。但是, 现在我国正在建设社会主义市场经济, 法人作品已经没有存在的必要性,<sup>③</sup> 而且正如上所述, 法人作品的存在反而会职务作品制度产生极大的混淆, 因此, 笔者建议

① 冯晓青教授认为知识产权法的利益平衡体现为立一个有甚至发生冲突的利益主体之间的相互适应性。冯晓青著:《知识产权法前沿问题研究》, 中国人民公安大学出版社 2004 年版, 第 22 页。

② 迪兹教授指出: 本人一直不能理解这种情况(法人作品……笔者注)与一般的职务作品有何区别。因为即使法人有意创作一部作品并承担责任, 但事实却是实际上由自然人创作的, 职务作品仍在那, 本文建议干脆删除第 11 条第 3 款, 并且在一条完整的职务作品条款中解决整个问题。[德] 迪兹:《关于修改中国著作权法报告草案》, 载《知识产权法研究》中国方正出版社 2000 年版, 第 12 页。

③ 郑成思教授认为: 把集体创作现象的实际存在作为承认法人作品的主要利益, 并非非外国承认法人作者的版权法的实际立法理由, 而且有悖于版权制度鼓励创作的宗旨。参见郑成思著:《知识产权法》, 法律出版社 2003 年版, 第 159 页。

取消法人作品制度,最简便的方式就是删掉《著作权法》第11条第3款的规定。这样就可以很大程度上消除司法实践当中的不便。

(二) 确立职务作品制度中的合同约定优先原则,建议《著作权法》第16条作如下规定:职务作品的著作权由法人或者其他单位和作者通过合同约定。没有约定或者约定不明的,作者视为著作权人

职务作品的著作权归属涉及利益平衡的问题,在考量作者利益和单位利益的基础上,提出以上修改建议的理由在于:

1. 知识产权法的本质是私法,知识产权是一种私权,一种民事权利。<sup>[8]</sup>知识产权法既然是民法的一部分,那么就必然受到民事基本原则的约束,而私法的重要原则就是意思自治原则,<sup>[9]</sup>亦即尊重当事人自己的意思表示,法律不应当过多过细地干预私法。传统的职务作品规定是计划经济的产物,但我国已是市场经济国家,因此法律应当适应经济发展的需求,将更多的选择权赋予当事人,毕竟只有当事人自己真正明白其需求。况且,在一个劳动合同机制完善的社会中,单位需要在多大程度上控制作品的使用,完全可以通过合同与作者进行约定。法律只需对无约定时进行原则推定既可。<sup>[6]</sup><sup>[86]</sup>鉴于以上理由,立法首先应当鼓励当事人通过合同来约定双方的权利义务关系。

2. 在双方没有约定或者约定不明的情形下,结合我国的实际情况,应当将著作权赋予作者而非单位。理由在于:①我国是大陆法国家,在谁是作者的问题上应当尽量贯彻自然人为作者的原则。<sup>[3]</sup><sup>[225]</sup>因此,在没有约定或者约定不明的情形下,将著作权给予作者在我国易于被接受,也符合现行的法律制度和公众的观念。②从利益平衡理论的角度来看,我国是一个发展中国家,知识产权在我国仍处于初步的发展阶段。因此,在衡量作者利益和单位利益的问题上,在保证二者有适度的平衡的基础上,首先应当保护作者的利益,从而鼓励作者的创作激情,以创作出更多的优秀作品。毕竟对我国来说,加快知识产权市场的繁荣是第一位的。③在双方没有约定或者约定不明的情形下,将职务作品的著作权赋予作者即实际创作人。这一做法实际上避免了将著作人身权和著作财产权分割开来,回避了法人有无

精神权利的争论,从而避免了理论上的尴尬。

(三) 建议《实施细则》第12条的规定修改为:在当事人对职务作品没有约定其归属或者约定不明的,著作权归作者。但是法人或者其他组织享有以下权利:1. 有权在其业务范围内优先使用;2. 作品完成两年内,未经单位同意,作者不得许可第三人以与单位使用的相同方式使用该作品,但不损害单位利益时,单位无正当理由不得拒绝;3. 职务作品完成两年内,经单位同意,作者许可第三人以与单位使用的相同方式使用作品所获报酬,但是作者必须与单位按约定的比例分配报酬

考虑到职务作品毕竟是作者为完成单位工作任务所创作的,其利用了单位的物质技术等条件。因此,立法在规制双方没有约定或约定不明时将著作权赋予作者的同时,也必须兼顾单位的利益。上述建议不同我国现行规定之处及其理由在于:

1. 规定作者在不损害单位利益的情形下,许可第三人以与单位相同的方式使用职务作品,单位无正当理由不得加以拒绝。这一规定解决了现行规定赋予单位过大限制权的问题,有利于平衡双方当事人的利益。

2. 对职务作品不进行一般和特殊的区分,只规定职务作品中单位享有一定的优先使用权等权利,显然避免了现行规定一般和特殊职务作品区分的模糊。基于公平的理念,此规定使得单位在与作者签订合同时承担更多的义务,符合法律对双方利益的平衡。

#### 参考文献:

- [1] 吴汉东. 知识产权法 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2000. 67.
- [2] 熊英, 袁毅超. 知识产权法全攻略 [M]. 北京: 机械工业出版社, 2005. 130.
- [3] 徐棣枫, 解亘, 李友根. 知识产权法 [M]. 北京: 科学出版社, 224.
- [4] [德] 迪兹. 迪兹教授关于修改中国著作权法报告草案 [A]. 知识产权法研究 [C]. 北京: 中国方正出版社, 2000. 12.
- [5] 郭禾. 知识产权法教科书 [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2003. 107.
- [6] 李琛. 知识产权法关键词 [M]. 北京: 法律出版社, 2006. 86.
- [7] [美] 罗伯特·P·墨杰斯等. 新技术时代的知识产权法 [M]. 齐筠等译. 北京: 中国政法大学出版社, 2003. 328.
- [8] 郑成思. 知识产权法 [M]. 北京: 法律出版社, 2003. 2.
- [9] 刘凯湘. 民法总论 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2006. 28.