
李扬 著

著作权法基本原理

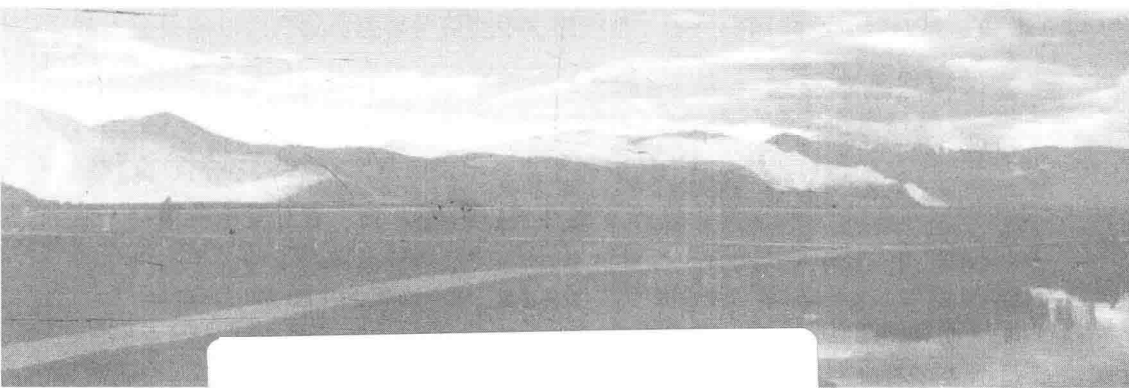


知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

李扬 著

著作权法基本原理



 知识产权出版社
全国百佳图书出版单位

图书在版编目 (CIP) 数据

著作权法基本原理/李扬著. —北京: 知识产权出版社, 2019. 8

ISBN 978 - 7 - 5130 - 6374 - 6

I. ①著… II. ①李… III. ①著作权法—法的理论—中国 IV. ①D923. 411

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2019) 第 147588 号

内容提要

本书在知识产权法定主义观念和整体性知识产权法思想指导下, 利用立法论和解释论相区别的方法论, 集中而系统地探讨了著作权法的各种问题。全书展现了作者独特的学术视角和智慧, 是一本贯通了著作权法基本理论和实践的学术专著。

读者对象: 研究知识产权的高校师生及关注著作权法的各领域人士。

责任编辑: 卢海鹰 可 为

责任校对: 潘凤越

封面设计: 刘 伟

责任印制: 刘译文

著作权法基本原理

李扬 著

出版发行: 知识产权出版社有限责任公司

网 址: <http://www.ipph.cn>

社 址: 北京市海淀区气象路 50 号院

邮 编: 100081

责编电话: 010 - 82000860 转 8335

责编邮箱: kewei@cnipr.com

发行电话: 010 - 82000860 转 8101/8102

发行传真: 010 - 82000893/82005070/82000270

印 刷: 北京嘉恒彩色印刷有限责任公司

经 销: 各大网上书店、新华书店及相关专业书店

开 本: 720mm × 1000mm 1/16

印 张: 29. 25

版 次: 2019 年 8 月第 1 版

印 次: 2019 年 8 月第 1 次印刷

字 数: 510 千字

定 价: 120. 00 元

ISBN 978 - 7 - 5130 - 6374 - 6

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

作者简介



李扬，中南财经政法大学法学学士，北京大学法学硕士和博士，武汉大学法学博士后出站。现任中山大学法学院教授、博士生导师，知识产权法研究所所长，中山大学百人计划引进人才。兼任中国知识产权法学研究会副会长、最高人民法院知识产权司法保护研究中心研究员、深圳国际仲裁院仲裁员、广州仲裁委员会仲裁员、广州知识产权法院专家顾问，等等。在《法学研究》《中国法学》等刊物发表论文若干，在法律出版社、中国社会科学出版社等社出版《商标法基本原理》《法政策学视点下的知识产权法》等著作（含译著）若干。诗歌业余爱好者，在《诗刊》等刊物发表过诗歌，诗歌入选《山湖集》等，出版个人散文诗歌集《献歌》。

自序

《著作权法基本原理》的写作和已经于2018年7月由法律出版社出版(2019年2月出版修订版)的《商标法基本原理》一样,始于2013年中国社会科学出版社出版拙著《知识产权法基本原理 I——基础理论》和《知识产权法基本原理 II——著作权法》之时,至今已经过去6个多年头了。本书除了继续深化、细化著作权领域中诸多常规疑难问题的探讨之外,亦对随科技、经济、国际贸易关系变化而新出现的各种著作权热点问题进行了回应。作为一种制度论,本书坚持了本人一贯提倡的从立法论和解释论两个层面展开讨论的立场。本书虽综合运用了各种研究方法,但比较研究尤见特色。本书作者衷心希望,本书的分析视角、研究技法和结论,能够对知识产权各类从业者有所裨益,尽管本书的可商榷之处亦可能不少。

在此,一如既往地赋诗一首,算是给各位读者的额外福利。

端午节

多么希望
离骚的嘴唇
想要说出的世界
我也会是里面的
一位主人

在那里
琴声舔着洞庭的秋波
一个温暖的名字

将我的身心
咬得累累伤痕

我的声音憔悴
它丈量的
不再是楚国的命运
而是我的小船
和你的
水乡的距离

李扬

2019年6月20日

目 录

第一章 绪论	1
第一节 基本概念辨析	1
一、著作权和版权	1
二、著作权和邻接权	2
三、作品和作品载体	5
第二节 著作权法的趣旨和立法目的	7
一、著作权法的趣旨	7
二、著作权法的立法目的	8
第三节 著作权法的基本原则	10
一、法律原则	10
二、思想与表达区分原则	11
第四节 著作权法、反不正当竞争法、民法之间保护表达的关系	14
一、严格的知识产权法定原则 v. 缓和的知识产权法定原则	14
二、两种立场在著作权法领域中的争论	17
三、日本法上的相关案例	18
第五节 保护著作权和邻接权的国际公约	21
一、《伯尔尼公约》	21
二、《世界版权公约》	22
三、《罗马公约》	22
四、TRIPS	23
五、WCT	24
六、WPPT	24

第二章 著作权的保护客体：作品受保护的要件及种类	26
第一节 作品的定义和受保护的形式要件	26
一、作品的定义	26
二、作品受保护的形式要件	28
第二节 作品受著作权保护的实质要件	30
一、属于思想或者情感的独创性表达	30
二、属于文学、艺术或者科学领域内的表达	37
第三节 虚拟角色及其名称的作品性	38
一、虚拟角色的作品性	39
二、虚拟角色名称的作品性及保护	41
第四节 实用艺术品的作品性	43
一、实用艺术品的概念和分类	43
二、实用艺术品作品性的判断	44
三、实用艺术品保护方法的选择	47
四、《著作权法（修订草案送审稿）》相关条款评述	49
第五节 字体等其他表达的作品性	50
一、“民间”文学艺术作品	50
二、汉字字体的作品性及保护	53
三、违法作品的著作权问题	58
第六节 作品的种类	63
一、作品种类的立法模式	63
二、作品的类型	64
三、区分作品种类的意义	82
第七节 著作权法不保护的客体	83
一、立法、行政、司法性质的文件	83
二、时事新闻	86
三、历法、通用数表、通用表格和公式	88
四、思想、处理过程、数学概念	89
第八节 人工智能生成物的作品性及著作权问题	89

一、人和人工智能的哲学关系	89
二、“人工智能创作工具说”	90
第三章 著作权主体：著作权的归属	92
第一节 著作权的原始归属——作者	92
一、自然人作者	92
二、拟制作者	93
三、作者的推定	95
第二节 著作权的继受归属——继受主体	97
一、继承、遗赠、遗赠扶养协议	97
二、合同	98
三、法律直接规定	99
第三节 特殊作品著作权的归属	99
一、演绎作品著作权的归属	99
二、合作作品著作权的归属	108
三、汇编作品著作权的归属	113
四、视听作品著作权的归属	114
五、职务作品著作权的归属	122
六、委托作品著作权的归属	129
七、美术等作品原件展览权的归属	136
八、作者身份不明的作品著作权归属	137
第四节 著作权法适用的主体范围	139
一、中国主体	139
二、外国主体	139
三、外国邻接权主体在我国 2010 年《著作权法》上的地位	139
第四章 著作人格权	141
第一节 著作人格权概论	141
一、著作人格权与一般人格权	141
二、著作人格权与著作财产权关系的一元论和二元论	143
三、著作人格权的归属	144

四、契约对著作人格权的限制及其边界·····	146
五、作者死亡后著作人格权的保护·····	151
六、我国 2010 年《著作权法》规定的著作人格权特点·····	152
第二节 发表权·····	153
一、发表权的含义和特征·····	153
二、发表权的限制·····	157
第三节 作者身份权·····	158
一、作者身份权的内容·····	158
二、作者身份权和姓名权的区别·····	160
三、作者身份权的例外·····	161
第四节 修改权·····	162
第五节 保护作品完整权·····	163
一、保护作品完整权的内涵和立法例·····	163
二、各种行为样态与保护作品完整权·····	167
三、我国保护作品完整权司法适用存在的问题及其立法论上的出路·····	173
四、保护作品完整权的限制·····	176
第五章 著作财产权 ·····	178
第一节 著作财产权概述·····	178
一、著作财产权产生的规则·····	178
二、著作财产权的法定性·····	179
三、著作财产权的分类·····	180
四、著作财产权的碎片化保护与适当集中保护·····	182
第二节 复制权（包括汇编权）·····	183
一、复制权概述·····	183
二、复制权控制的行为样态·····	184
三、临摹与复制、复制与汇编·····	187
四、新技术对复制权的挑战·····	189
第三节 向公众传播权·····	190
一、向公众提供作品的权利·····	190
二、向公众提示作品的权利·····	199

第四节 演绎权·····	217
一、演绎权概述·····	217
二、演绎权的内容·····	218
三、演绎权中的权利义务关系·····	219
第五节 追续权·····	219
一、追续权的含义和由来·····	219
二、追续权的法律性质和法律基础·····	221
三、追续权的具体内容·····	223
四、我国是否应当规定追续权·····	225
第六章 著作权的限制和保护期限·····	226
第一节 著作权限制概说·····	226
一、著作权限制的依据·····	226
二、著作权限制的特征·····	226
三、著作权限制的分类·····	228
第二节 为了避免过度妨碍他人行动自由作出的限制·····	229
一、个人使用·····	229
二、免费表演·····	234
三、对公开的美术作品、摄影作品等艺术作品和建筑作品的利用·····	235
第三节 出于人道主义关怀和特殊民族政策作出的限制·····	239
一、将中国人以汉语言文字发表的作品翻译成少数民族语言 文字作品在国内出版发行·····	239
二、将已经发表的作品改成盲文出版·····	240
三、为扶助贫困作出的限制·····	241
第四节 为了调整作品载体所有权人和著作权人利益关系作出的限制·····	242
一、美术等作品原件所有权人的展览·····	242
二、计算机程序合法复制品所有人的装载、备份、修改·····	243
三、发行权一次用尽·····	243
四、其他为了调整作品载体所有权人和著作权人之间 利益关系作出的限制·····	243
第五节 出于公益目的作出的限制·····	244

一、为报道时事新闻的利用	244
二、时事性文章的转载	245
三、公开演说等的报道	246
四、为课堂教学目的的复制	247
五、执行公务的利用	252
六、图书馆等的复制和信息网络传播	255
第六节 为了促进作品利用作出的限制	263
一、适当引用	263
二、编纂教科书法定许可	269
三、报刊转载法定许可	271
四、制作、发行录音制品的法定许可	271
五、播放已发表作品或者已出版录音制品的法定许可	274
第七节 著作权限制的其他问题	275
一、《伯尔尼公约》的“三步检验法” v. 美国合理使用四要素	275
二、法定许可与信息化、网络化时代作品等的利用	276
三、恶搞 (parody)	279
第八节 著作权的保护期限	281
一、概说	281
二、著作人格权的保护期限	281
三、发表权和著作财产权的保护期限	282
四、特殊作品著作权财产权的保护期限	282
第七章 著作权的经济利用	284
第一节 使用许可	284
一、使用许可的实质	284
二、专有使用许可权合同成立的形式要件	284
三、使用许可合同中未明确许可的著作权, 对方能否行使	285
四、著作权使用许可合同备案是否具有对抗效力	287
五、被使用许可人和著作权人的诉讼地位	288
六、著作权使用许可中的实务问题及其处理	290
第二节 转让	294

一、转让合同的形式与合同效力	294
二、转让合同未明确转让的权利, 是否存在“默示转让”的可能性	295
三、著作权转让等的登记	296
第三节 质押	296
第四节 出版	297
第八章 著作邻接权	298
第一节 著作邻接权概说	298
第二节 出版单位的权利	299
一、出版单位的权利	299
二、出版单位的义务	301
第三节 表演者权	302
一、表演者权的主体和客体	302
二、表演者权的内容	304
三、表演者和著作权人的关系	306
第四节 录音录像制作者权	307
一、录音录像制作者权主体和客体	307
二、录音录像制作者权的内容	308
三、录音录像制作者和著作权人、表演者的关系	310
四、录音录像制作者与音像出版社、音像复制者之间的 异同及司法实务问题	311
第五节 广播组织权	313
一、广播组织权的主体和客体	313
二、广播组织权的内容	314
三、广播组织和著作权人、表演者、录音录像制作者的关系	315
四、信息化、网络化时代广播组织权面临的新课题	316
第六节 邻接权的限制	316
第九章 侵害著作权的效果	317
第一节 概说	317
一、总说	317
二、两阶段测试法和过滤法	318

第二节 侵害著作权行为的认定	318
一、依据性要件	318
二、类似性要件	320
三、利用行为要件	327
第三节 日本法上的卡拉 OK 法理及其意义	328
一、典型案例	328
二、日本学说界对相关行为的类型化	336
三、卡拉 OK 法理	337
四、卡拉 OK 法理的检讨	341
五、立法论上的讨论：如何规制非直接利用作品者的行为	344
第四节 教唆、帮助侵权行为	346
一、共同侵权行为的一般原理	346
二、美国法上的共同侵权行为：案例与原理	347
三、日本法上的共同侵权行为：案例与原理	350
四、立法论上的问题：如何解决著作权领域中的教唆、帮助行为人的责任	356
第五节 网络服务提供者侵害著作权的责任	357
一、网络服务提供者	358
二、网络服务提供者侵害著作权责任的分类	359
三、网络服务提供者承担教唆、帮助侵权责任主观过错的判断	361
四、网络服务提供者的免责	369
第六节 侵害著作权纠纷案件的管辖和诉讼时效	377
一、侵害著作权纠纷案件的管辖	377
二、诉讼时效	378
第七节 原被告的确定	380
一、原告的确定	380
二、被告的确定	380
第八节 法律责任	383
一、民事责任	384
二、行政责任	398
三、刑事责任	400

第九节 著作权人举证责任的缓和	405
一、被控侵权行为人对其行为具体样态的明示义务	406
二、文书提出命令	408
三、损害计算鉴定制度	413
四、合理损害额的推定	415
五、秘密保持命令	416
第十节 著作权侵权警告	418
一、侵权警告的法律性质	418
二、正当侵权警告的要件：最高人民法院观点	419
三、被警告行为人针对侵权警告的对策	421
四、权利人滥用侵权警告的法律后果	421
第十章 技术措施和权利管理电子信息的特别保护及其限制	423
第一节 技术措施特别保护及其限制	423
一、技术措施的含义、分类和特别保护的由来	423
二、技术措施特别保护的性质	424
三、技术措施特别保护的内容	425
四、技术措施特别保护的限制	427
五、侵害技术措施特别保护的法律责任	429
第二节 权利管理电子信息特别保护及其限制	431
一、权利管理电子信息的含义、性质和特别保护的由来	431
二、权利管理电子信息特别保护的内容	433
三、权利管理电子信息特别保护的限制	434
四、侵害权利管理电子信息特别保护的法律责任	434
第十一章 著作权集体管理	436
第一节 概说	436
一、著作权集体管理的产生	436
二、著作权集体管理组织的性质和设立条件	437
第二节 我国现有著作权集体管理组织及其职能	438
一、中国音乐著作权协会	438
二、中国音像著作权集体管理协会	439

三、中国文字著作权协会·····	439
第三节 著作权集体管理组织和著作权人的关系·····	440
一、著作权集体管理组织和著作权人的关系·····	440
二、授权著作权集体管理组织管理后，著作权人能否行使著作权·····	441
三、延伸性集体管理问题·····	444
第四节 著作权公司与非法的著作权集体管理·····	445
一、问题点·····	445
二、著作权集体管理组织成员重复授权的行为性质·····	445
三、著作权公司与非法的著作权集体管理·····	446
第五节 著作权集体管理中的其他问题·····	450
一、著作权集体管理组织和使用者的关系·····	450
二、著作权使用费的收取标准和转付·····	450
三、著作权集体管理与反垄断法的适用·····	451

第一节 基本概念辨析

一、著作权和版权

虽然历史上对作者权和版权有过起源的哲学基础（人格价值观还是财产价值观）和保护重心（以保护著作人格权还是著作财产权为重心）的争论，对各国的著作权法理论和实践均产生过重大影响，^①但因1886年的《伯尔尼公约》既保护著作人格权又保护著作财产权且至今加入《伯尔尼公约》的国家和地区已达170余个，特别是随着长期不保护著作人格权的美国于1989年加入该公约甚至在1990年的《视觉艺术家权利法》中明确规定纯粹美术著作之作者享有姓名表示权和同一性保持权之后，著作权和版权在一定程度上已经演变为同义语，均包括著作财产权和著作人格权，因而已无再费笔墨探究两者之间区别和联系之实际意义。我国2010年《著作权法》第57条明确规定，本法所称著作权即版权。实务中，除非有相反约定或者其他反证，否则即应对著作权和版权做同一解释。中国台湾地方法院士林分院在1994年度自字第28号判决中即持此种见解：“按版权一词并非法律专用之名词，而系社会通用之名词，契约双方虽具备专门技能，惟均非习于法律之人，其契约上使用社会惯用之版权一词，尤应参酌社会通念以探求其等真意。然在经验法则上，民间向以

^① 参见雷炳德. 著作权法 [M]. 张恩民, 译. 北京: 法律出版社, 2005: 14-36; 罗明通. 著作权法论 (I) (第7版) [M]. 台北: 台英国际商务法律事务所, 2009: 97-111.

版权为著作权之俗称，此种观念在右开契约订定之当时仍为一般大众所公认。纵观四位证人关于合约中版权一词之证述，然将版权、著作权混为一谈，并未特别界定，核与前揭社会通念相吻合。”台湾“最高法院”1995年台上字第6953号刑事判决也认为，“由双方订约动机、价金等因素判断，合约第8条所谓‘版权’概念，亦当可依前述社会通念解为‘著作权’之意”。^①

本书按照我国通俗用法，统一使用“著作权”一词。

二、著作权和邻接权

从大陆法系各国著作权法规定看，著作权存在广义和狭义之别。广义著作权包括狭义著作权和邻接权。狭义著作权即作品创作者享有的权利，以具有独创性的作品为保护客体，目的在于激励作品的创作。邻接权也有广义狭义之分。狭义邻接权是指作品传播者的权利，包括表演者、录音制作者（在我国2010年《著作权法》中，还包括录像制作者）、广播组织的权利。广义邻接权则还包括文学、艺术和科学领域中难以界定独创性或者不存在独创性的思想或者情感表达形式的制作者或者传播者享有的权利，包括拍摄者对不具有独创性的照片享有的权利，录制者对以大自然或者人类社会为对象录制的不具有独创性的录音或者录像享有的权利，出版者对版式设计享有的权利，等等。德国《关于著作权与有关的保护权的法律》采广义邻接权概念，该法第72条规定不具独创性的照片享有自发表后50年的保护期。邻接权保护的目的在于激励思想或者情感非独创性表达形式的制作和传播，其哲学基础虽然和著作权相同，均以功利主义的激励论而不是劳动理论为基础，但二者存在如下区别。

（一）权利原始主体不同

邻接权原始主体一般为表演者、录音制作者、广播组织等作品的传播者。德国著作权法则还规定照片摄制者为邻接权主体，我国2010年《著作权法》和台湾地区“著作权法”则规定出版物版式设计者（出版者）也为邻接权主体，我国2010年《著作权法》甚至将录像制作者规定为邻接权的原始主体。著作权原始主体原则上为作品创作者，即对思想或者情感表达作出独创性贡献的人。

^① 罗明通. 著作权法论 (I) (第7版) [M]. 台北: 台英国际商务法律事务所, 2009: 110-111.

（二）权利客体不同

邻接权客体一般为表演者的表演、录音制作者的录音、广播组织的广播。在德国则还包括摄制者摄制的照片，在我国（含台湾地区）还包括出版者对其出版物进行的版式设计，我国2010年《著作权法》甚至规定录像制品为邻接权客体。著作权的客体则为各种作品。

（三）保护要件不同

邻接权保护目的虽在于鼓励文化传播，促进文化发展和繁荣，但并不以保护客体具有独创性为要件，著作权保护目的在于激励文学艺术科学创作，促进文化进步，以保护客体具有独创性为要件。

（四）权利内容有别

就人格权而言，世界各国著作权法大都规定表演者享有人格权，但并未规定录音制作者、广播组织等享有人格权。1996年12月通过的《世界知识产权组织表演和录音制品条约》（WIPO Performances and Phonograms Treaty, WPPT）第5条也只规定表演者享有人格权。作者则普遍享有著作人格权。就财产权而言，按照上述条约规定，表演者、录音制作者并不享有著作权人应该享有的机械表演权，其虽然享有信息网络传播权（the right of making available to the public），但并不享有完整的向公众传播权（the right of communication to the public）。至于广播组织，则仅享有转播、固定广播、复制固定广播物的权利。著作权除了包括作者身份权、发表权、保护作品完整权等著作人格权之外，还包括复制权、发行权、表演权、展览权、放映权、广播权、信息网络传播权、各种演绎权。一言以蔽之，邻接权的保护范围要窄于著作权。

从立法上看，以德国、法国、俄罗斯著作权法为代表，采狭义著作权概念，严格区分著作权和邻接权，立法上的特征表现为将著作权和邻接权并列，并分别在“著作权”“邻接权”章节下规定权利主体、权利客体、权利内容、权利限制、权利行使、权利救济等内容。相应地，其法律名称并不称呼为著作权法。比如，德国保护著作权和邻接权的法律称为《关于著作权与有关的保护权的法律》，下分“第一部分：著作权”“第二部分：与著作权有关的权利保护”“第三部分：关于电影作品的特殊规定”“第四部分：著作权与有关的

保护权的共同规定”“第五部分：适用范围、过渡条款与最终条款”等五部分。^① 法国将保护著作权和邻接权的法律称为“文学和艺术产权”，下分“著作权”“著作权之邻接权”“关于著作权、邻接权及数据库制作者权的通则”三大卷。^② 俄罗斯民法典第四部分将保护著作权和邻接权的法律称为“智力活动成果和个性化表现方法的权利”，下分“第七十章：著作权”“第七十一章：与著作权邻接的权利”两大章。^③

与上述国家相对，以日本、韩国为代表，采广义著作权概念，与此相应，其法律名称明确称为“著作权法”，将“著作权”区别为“作者的权利”和“邻接权”，并分别在“作者的权利”和“邻接权”下规定权利主体、权利客体、权利内容、权利限制、权利行使、权利救济等内容。比如，日本将保护著作权和邻接权的法律称为“著作权法”，下分“第一章：总则”“第二章：作者的权利”“第三章：出版权”“第四章：著作邻接权”“第五章：私人录音录像补偿金”“第六章：纠纷解决”“第七章：权利侵害”“第八章：罚则”等八章。^④ 韩国也将其保护著作权和邻接权的法律称为“著作权法”，下分“第一章：总则”“第二章：作者的权利”“第三章：邻接权”“第四章：数据库制作者的权利”“第五章：电影制品的特殊规定”“第五章之二：关于计算机程序的特别规定”“第六章：网络服务提供商法律责任的限制”“第七章：著作权管理服务”“第八章：著作权委员会”“第九章：侵权救济”“第十章：附则”“第十一章：刑罚条款”。^⑤ 我国2010年《著作权法》似乎采广义著作权概念，因为从具体规定上看，既有著作权内容的规定，也有邻接权内容的规定，而且法律名称为“著作权法”。问题在于，我国并没有像日本和韩国一样，在广义著作权概念下设计著作权法的篇章结构。我国2010年《著作权法》体例如下：“第一章总则”“第二章著作权”“第三章著作权许可使用和转让合同”“第四章出版、表演、录音录像、播放”“第五章法律责任和执法措施”“第六章附则”。显然，在广义著作权概念下，第三章的内容应该纳入第二章，第三章无法和第四章并列，只有第二章、第四章、第五章才能并列。

考虑到用词的准确性、分类的科学性和保护的完整性，本书作者主张，我国最好采取狭义的著作权概念和广义的邻接权概念，并相应将保护著作权和邻

①②③④⑤ 十二国著作权法 [M]. 《十二国著作权法》翻译组, 译. 北京: 清华大学出版社, 2011.