

# 著作权法研究

——国际条约、中国立法与司法实践

吴伟光 著

清华大学出版社

# 著作权法研究

——国际条约、中国立法与司法实践

吴伟光 著

清华大学出版社  
北京

## 内 容 简 介

本书从国际公约到中国的立法与司法实践的维度,以及从法理、立法与司法的维度两个方面对中国著作权法律制度进行了系统研究和讨论;其中包括对国际公约、国外立法例以及中国立法和相关司法判例的研究、分析和比较。并且从经济、社会和政治的角度对著作权法制度进行了历史发展层面的分析和研究,从而为读者提供一个有机的和立体的著作权法制度研究成果。本书还对著作权法制度中的一些重点和热点问题进行了分析,包括著作权保护的客体、作品的独创性、中文字体的著作权保护、民间文学艺术作品、著作权的限制与例外、权利集体管理制度以及侵权的民事责任和赔偿具体内容等。

本书适合法律本科学士、研究生、法律研究人员及对知识产权感兴趣的读者阅读。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

### 图书在版编目(CIP)数据

著作权法研究:国际条约、中国立法与司法实践 / 吴伟光著. —北京:清华大学出版社,2013

ISBN 978-7-302-32892-6

I. ①著… II. ①吴… III. ①著作权法—研究 IV. ①D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 136439 号

责任编辑:方 洁

封面设计:傅瑞学

责任校对:王荣静

责任印制:宋 林

出版发行:清华大学出版社

网 址: <http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>

地 址:北京清华大学学研大厦 A 座 邮 编:100084

社总机:010-62770175 邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, [c-service@tup.tsinghua.edu.cn](mailto:c-service@tup.tsinghua.edu.cn)

质 量 反 馈:010-62772015, [zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn](mailto:zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn)

印 刷 者:三河市君旺印装厂

装 订 者:三河市新茂装订有限公司

经 销:全国新华书店

开 本:155mm×230mm 印 张:43 字 数:634千字

版 次:2013年9月第1版 印 次:2013年9月第1次印刷

定 价:68.00元

---

产品编号:054150-01

清华大学文科振兴计划后期资助项目  
北京市社会科学理论著作资助

# 前 言

著作权法制度是一项复杂的法律制度,在西方发达国家已经有几百年的历史,并且经历了诸多的历史变迁,因而成为一项具有明显的国际化特征和国家主权性特征的法律制度。

新中国的著作权法制度是在 1979 年的改革开放之后才逐步建立起来的,并且经历了三个较为明显的阶段。第一个阶段是自 1990 年第一部著作权法颁布至 2001 年中国加入 WTO 之前。这一阶段的特征是我国的法律制度包括著作权法制度的建设采取了一定的权宜之计,目的是为了能够成功地吸引外资和外国高新技术,以满足改革开放的需要。因此,著作权法对作品的保护程度与其他发达国家相比相对较低,具有一定的被动性。第二阶段是自 2001 年中国加入 WTO 至 2008 年中国颁布《国家知识产权战略纲要》。在第二阶段,由于加入 WTO 的现实需要,中国的著作权法进行了较大修订,对著作权的保护范围和程度有了很大提高,从法律条文本身来看已经全面符合了《伯尔尼公约》和 Trips 协议的要求,并且与其他发达国家的版权制度基本没有了大的差距。在这一阶段,中国的著作权司法水平也有了很大提升,法官的业务素质和职业规范都有了很大进步,司法判决文书更加注重法律适用和推理过程的准确性。第三阶段是自 2008 年中国颁布《国家知识产权战略纲要》至今,这一阶段的显著特征是中国的著作权法制度走上了自我发展的道路,主要目的不再是为了满足国际社会的压力或者要求,而是为了满足国内产业发展和变革的需要,尤其是转变国家经济模式,建立创新型国家的需要。著作权法正在进行的

第三次修改便是这一发展需要的明确回应,并且越来越多的国内企业,例如音乐产业、电影产业以及互联网络产业都参与了这次修改,因而,这对于我国未来著作权法制度的发展非常重要。

本书是在这一背景之下对我国著作权法制度从总体上到一些重点问题的研究。这一研究遵循两个维度来进行,一是从国际公约到国内立法和司法的维度来研究;二是从法理、立法到司法实践的维度来研究。对这两个维度进行选择的理由是国际公约尤其是《伯尔尼公约》和 Trips 协议以及 2007 年加入的 WCT 和 WPPT 对我国的著作权法制度从立法到司法都产生了直接的影响和约束力,对我国著作权法制度的理解和研究必须将其置于国际维度之下,否则这种研究就是没有国际根基和视野的。而著作权法制度本身又是各个主权国家独立存在的法律制度,国际公约只是主权国家在这一制度上所达成的协议和共识。如果一个国家自身没有对著作权制度有独立的研究和见解,那么在国际交往中就会失去重心和方向。因此从法理、立法和司法实践等角度来研究中国的著作权法制度,目的是从经济、社会和政治等方面理解著作权法制度的本质,从而发展出适合中国政治、经济和社会发展的独立的著作权法理论和制度。这两个维度的结合和相互影响就是中国著作权法制度的具体体现。

本书共有 11 章,分别研究著作权法制度的历史以及基本理论,国际公约以及基本原则,著作权法保护的客体,著作权的内容,著作权的权利主体以及权利归属,邻接权,权利的限制与例外,技术保护措施和权利管理信息,版权集体管理制度,著作权的保护与民事法律救济,以及著作权法制度的特征与未来面临的挑战。

## 缩略语与译文

缩略语或者译文	全称或者原文	备注
WTO	世界贸易组织(World Trade Organization)	
WIPO	世界知识产权组织(World Intellectual Property Organization)	
英国《安妮女王法》	An Act for the Encouragement of Learning, by Vesting the Copies of Printed Books in the Authors or Purchasers of Copies, during the Times therein mentioned	
《大清著作权律》	《大清著作权律》,宣统二年(1910)	
《伯尔尼公约》	《伯尔尼保护文学和艺术作品公约》1886年9月9日签订,1896年5月4日在巴黎补充完备,1908年11月13日在柏林修订,1914年3月20日在伯尔尼补充完备,1928年6月2日在罗马修订,1948年6月26日在布鲁塞尔修订,1967年7月14日在斯德哥尔摩修订,1971年7月24日在巴黎修订,1979年9月28日更改。	
《〈伯尔尼公约〉指南》	《保护文学艺术作品伯尔尼公约(1971年巴黎文本)指南》,刘波林译,北京,中国人民大学出版社,2002。	
《世界版权公约》	《世界版权公约》,(联合国教科文组织1971年7月24日巴黎修订本)	
《保护录音制品公约》	《保护录音制品制作者防止未经许可复制其录音制品公约》(1971)	
《著作权法》(1990)	《中华人民共和国著作权法》,主席令(第三十一号),1990年9月7日通过,自1991年6月1日起施行。	
《著作权法》(2001)	《中华人民共和国著作权法》,主席令(第五十八号),1990年9月7日通过,2001年10月27日修正并公布,自公布之日起施行。	
《著作权法》	《中华人民共和国著作权法》,主席令(第二十六号),1990年9月7日通过,2001年10月27日第一次修正,2010年2月26日第二次修正,自2010年4月1日起施行。	

续表

缩略语或者译文	全称或者原文	备注
《著作权法第三次修改征求意见稿二》	《中华人民共和国著作权法》(修改草案第二稿)(国家版权局 2012 年 7 月)	
Trips 协议	世界贸易组织协定中《与贸易有关的知识产权协议》(1994)	
WCT	《世界知识产权组织版权条约》(1996)	
WPPT	《世界知识产权组织表演和录音制品条约》(1996)	
《视听表演北京条约》	《视听表演北京条约》，由 WIPO 保护音像表演外交会议于 2012 年 6 月 24 日在北京通过。	
《著作权法实施条例》	《中华人民共和国著作权法实施条例》，国务院令 第 359 号，自 2002 年 9 月 15 日起施行。	
《计算机软件保护条例》	《计算机软件保护条例》，国务院令 第 339 号，自 2002 年 1 月 1 日起施行。	
《著作权集体管理条例》	《著作权集体管理条例》，国务院令 第 429 号，自 2005 年 3 月 1 日起施行。	
《信息网络传播权保护条例》	《信息网络传播权保护条例》，国务院令 第 468 号，自 2006 年 7 月 1 日起施行。	
《集成电路布图设计保护条例》	《集成电路布图设计保护条例》，国务院令 第 300 号，自 2001 年 10 月 1 日起施行。	
《卫星公约》	《关于播送由人造卫星传播载有节目的信号的公约 (1974)》(1974 年 5 月 21 日于布鲁塞尔签订)	我国未加入
《华盛顿条约》	Treaty on Intellectual Property in Respect of Integrated Circuits, Adopted at Washington, on May 26, 1989	
《罗马公约》	《保护表演者、录音制品制作者和广播组织的国际公约》(1961 年 10 月 26 日于罗马签订)	我国未加入
《巴黎公约》	《保护工业产权巴黎公约》，1883 年 3 月 20 日达成，1900 年 12 月 14 日在布鲁塞尔修订；1911 年 6 月 2 日在华盛顿修订；1925 年 11 月 6 日在海牙修订；1934 年 6 月 2 日在伦敦修订；1958 年 10 月 31 日在里斯本修订；1967 年 7 月 14 日在斯德哥尔摩修订；1979 年 10 月 2 日修正。	
《字体保护维也纳协定》	Vienna Agreement for the Protection of Type Faces and Their International Deposit	未生效



续表

缩略语或者译文	全称或者原文	备注
《英国版权法》	1988年《英国版权、设计与专利法》 the Copyright, Designs and Patents Act 1988 of United Kingdom	
《法国知识产权法典(法律部分)》	《法国知识产权法典(法律部分)》，黄晖等译，载《十二国著作权法》，北京，清华大学出版社，2011。	
《美国版权法》	Copyright Law of the United States and Related Laws Contained in Title 17 of the United States Code	
美国《1988年伯尔尼公约实施法》	The Berne Convention Implementation Act of 1988	
美国《视觉艺术者权利法》	the Visual Artists Rights Act of 1990	
《民法通则》	《民法通则》，中华人民共和国主席令第37号，自1987年1月1日起施行。	
欧盟《信息社会版权指令》	Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society Official Journal L 167, 22/06/2001 P. 0010-0019	
欧盟《数据库保护指令》	Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases Official Journal L 077, 27/03/1996 P. 0020-0028	
欧盟《追续权指令》	Directive 2001/84/EC of the European Parliament and of the Council of 27 September 2001 on the resale right for the benefit of the author of an original work of art	
欧盟《租赁权指令》	Council Directive 92/100/EEC of 19 November 1992 on rental right and lending right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property.	
欧盟《版权保护期指令》	Council Directive 93/98/EEC of 29 October 1993 harmonising the term of protection of copyright and certain related rights	
欧盟《计算机程序保护指令》	Council Directive 91/250/EEC of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs	
《德国著作权法》	《德国关于著作权与有关的保护权的法律》，许超译，载《十二国著作权法》，北京，清华大学出版社，2011。	

续表

缩略语或者译文	全称或者原文	备注
《法国知识产权法典》	《法国知识产权法典(法律部分)》,1992年7月1日92-587号法颁布,经2009年10月28日2009-1311号法最新修改,黄晖译,载《十二国著作权法》,北京,清华大学出版社,2011。	
联合国《保护非物质文化遗产公约》	联合国《保护非物质文化遗产公约》,巴黎,2003年10月17日。	
《突尼斯示范法》	Tunis Model Law On Copyright for Developing Countries, Unesco, WIPO1976	
《民间文学艺术作品保护示范条款》	Model Provisions for National Laws on the Protection of Expressions of Folklore Against Illicit Exploitation and other Prejudicial Actions, WIPO&UNESCO《保护民间文学艺术作品,防止不正当利用及其他侵害行为的国内法示范法条款》	
《关于涉外知识产权民事案件法律适用若干问题的解答》	《关于涉外知识产权民事案件法律适用若干问题的解答》,北京市高级人民法院,京高法发[2004]49号。	
法释[2002]31号	《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》,2002年10月12日最高人民法院审判委员会第1246次会议通过,法释[2002]31号。	
《北京市高院网络著作权纠纷案件指导意见》	《北京市高级人民法院关于网络著作权纠纷案件若干问题的指导意见(一)(试行)》	
《实施国际著作权条约的规定》	《实施国际著作权条约的规定》,1992年9月25日,国务院令第105号发布。	
《广播电视管理条例》	《广播电视管理条例》,国务院令第228号,自1997年9月1日起施行。	
《保护广播组织条约》	the WIPO Treaty on the Protection of Broadcasting Organizations	未生效
《在WIPO管理的协议下Trips协议的执行》	Implications of the TRIPS Agreement on Treaties Administered by WIPO	
《义务教育法》	《义务教育法》,中华人民共和国主席令第五十二号,自2006年9月1日起施行。	

续表

缩略语或者译文	全称或者原文	备注
法释[2004]1号	《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》,(2000年11月22日最高人民法院审判委员会第1144次会议通过。根据2003年12月23日最高人民法院审判委员会第1302次会议《关于修改〈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〉的决定》修正),法释[2004]1号。	
法释[2004]19号	《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》,法释[2004]19号。	
法释[2006]11号	《最高人民法院关于修改〈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〉的决定(二)》,(2006年11月20日最高人民法院审判委员会第1406次会议通过),法释[2006]11号。	
法释[2005]12号	《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯著作权刑事案件中涉及录音录像制品有关问题的批复》,法释[2005]12号。	
《专利法》	《专利法》,中华人民共和国主席令第八号,自2009年10月1日起施行。	
《个人数据保护指令》	European Parliament and Council Directive 95/46/EC of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data [Official Journal L 281 of 23. 11. 1995]	
DMCA	Digital Millennium Copyright Act	
《知识产权海关保护条例》	《知识产权海关保护条例》,国务院令第572号,自2010年4月1日起施行。	
《侵权责任法》	《侵权责任法》,中华人民共和国主席令第21号,自2010年7月1日起施行。	
《北京市高级人民法院关于确定著作权侵权损害赔偿责任的指导意见》	《北京市高级人民法院关于确定著作权侵权损害赔偿责任的指导意见》,京高法发[2005]12号。	
《消费者权益保护法》	《消费者权益保护法》,中华人民共和国主席令第11号,自1994年1月1日起施行。	
《最高法院通知》(法[2010]431号)	《最高人民法院关于充分发挥刑事审判职能作用依法严惩侵犯知识产权和制售假冒伪劣商品犯罪的通知》,法[2010]431号。	

续表

缩略语或者译文	全称或者原文	备注
《合同法》	《合同法》，中华人民共和国主席令第十五号，自1999年10月1日起施行。	
法释[1999]19号	《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》，最高人民法院，法释[1999]19号。	
《著作权行政处罚实施办法》	《著作权行政处罚实施办法》，国家版权局令第6号，自2009年6月15日起施行。	
法释[2007]6号	《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释(二)》，法释[2007]6号。	
法释[2004]19号	《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》，法释[2004]19号。	
法释[2010]13号	《最高人民法院关于审理旅游纠纷案件适用法律若干问题的规定》，法释[2010]13号。	
《行政处罚法》	《行政处罚法》，中华人民共和国主席令[1996]63号，自1996年10月1日起实施。	
《刑法》	《刑法》，中华人民共和国主席令第83号，自1997年10月1日起施行(1979年7月1日第五届全国人民代表大会第二次会议通过；1997年3月14日第八届全国人民代表大会第五次会议修订；根据1999年12月25日《中华人民共和国刑法修正案》、2001年8月31日《中华人民共和国刑法修正案(二)》、2001年12月29日《中华人民共和国刑法修正案(三)》、2002年12月28日《中华人民共和国刑法修正案(四)》、2005年2月28日《中华人民共和国刑法修正案(五)》、2006年6月29日《中华人民共和国刑法修正案(六)》、2009年2月28日《中华人民共和国刑法修正案(七)》修正、2011年2月25日《中华人民共和国刑法修正案(八)》修正)。	

# 目 录

第一章 著作权法制度的历史与基本理论概述 .....	1
一、现代著作权法的起源与历史背景 .....	1
二、著作权制度的基本理论和目标 .....	5
三、著作权和版权的关系 .....	16
第二章 国际公约以及基本原则 .....	20
第一节 《伯尔尼公约》及其基本原则 .....	20
一、《伯尔尼公约》的历史与主要内容 .....	20
二、《伯尔尼公约》的基本原则 .....	23
三、适用《伯尔尼公约》的连接点 .....	34
第二节 Trips 协议以及与《伯尔尼公约》等公约的关系 .....	40
一、Trips 协议背景 .....	40
二、Trips 协议以及与《伯尔尼公约》等公约的关系 .....	43
三、Trips 协议的基本原则 .....	46
四、国际公约与我国著作权法的关系 .....	50
第三章 著作权法保护的客体 .....	54
第一节 著作权保护作品的法律特征 .....	54
一、著作权保护作品的积极特征 .....	57
二、著作权所保护作品的消极特征 .....	88

第二节 著作权保护客体的具体内容 .....	99
一、概述 .....	99
二、作品的具体类型 .....	101
第三节 中文字体的著作权保护问题 .....	145
一、与字体有关的概念 .....	146
二、中文字体著作权法保护的必要性分析 .....	148
三、中文字体的著作权保护 .....	156
四、公共利益 .....	167
第四节 民间文学艺术作品的保护 .....	174
一、民间文学艺术作品保护的推动力 .....	174
二、国际上民间文学艺术作品法律保护的主要分歧 .....	176
三、我国基于著作权法的特别法保护的可行性 .....	179
四、民间文学艺术作品申报登记制 .....	182
五、我国民间文学艺术作品保护的体系构造 .....	185
<b>第四章 著作权的内容 .....</b>	<b>194</b>
第一节 著作权的获得 .....	194
一、著作权的自动获得 .....	196
二、其他外国人或者无国籍人在我国的著作权的 获得 .....	199
三、港澳台居民在我国大陆地区著作权的获得 .....	200
第二节 作者的精神权利 .....	201
一、作者的精神权利概述 .....	201
二、精神权利的种类与内容 .....	209
三、精神权利的保护期 .....	220
第三节 著作权人的经济权利 .....	222
一、著作权人的经济权利概述 .....	222
二、复制权类 .....	223
三、演绎权类 .....	241
四、传播权类 .....	254
五、其他权利 .....	270

六、经济权利的保护期限 .....	276
<b>第五章 著作权的权利主体与归属 .....</b>	<b>291</b>
<b>第一节 著作权的主体 .....</b>	<b>291</b>
一、著作权主体的概念 .....	291
二、作者 .....	292
三、作者身份的确定 .....	298
四、著作权的继受主体 .....	301
<b>第二节 著作权的归属 .....</b>	<b>302</b>
一、著作权归属的一般原则 .....	302
二、合作作品的著作权归属 .....	303
三、演绎作品的著作权归属 .....	305
四、汇编作品的著作权归属 .....	306
五、电影作品的著作权归属 .....	307
六、美术作品的著作权归属 .....	311
七、委托作品的著作权归属 .....	312
八、职务作品的著作权归属 .....	313
<b>第六章 邻接权 .....</b>	<b>315</b>
<b>第一节 邻接权概述 .....</b>	<b>315</b>
一、邻接权的概念 .....	315
二、邻接权的产生与种类 .....	317
<b>第二节 表演者及其权利 .....</b>	<b>319</b>
一、表演者的概念 .....	319
二、外国或者无国籍表演者 .....	324
三、表演者权利的客体 .....	326
四、表演者权利的内容 .....	328
五、表演者权利的行使与权利保护期限 .....	338
<b>第三节 录音录像制品制作者以及权利 .....</b>	<b>340</b>
一、录音制品的概念 .....	340
二、录音制品制作者 .....	341

三、录音制品制作者权利 .....	343
四、录像制品的特殊问题 .....	351
第四节 广播组织以及权利 .....	355
一、广播组织权利的主体与客体 .....	355
二、广播组织权利的内容 .....	359
第五节 版式设计者及其权利 .....	369
一、权利的主体与客体 .....	369
二、权利的内容 .....	370
<b>第七章 权利的限制与例外 .....</b>	<b>374</b>
第一节 权利的限制与例外的基本理论 .....	374
一、权利限制与例外的理论基础 .....	374
二、权利限制与例外的国际公约基础 .....	380
三、合理使用的性质与协议放弃的合法性 .....	382
四、权利的限制与例外和合法获得的作品 .....	388
五、权利的限制与例外的情形是封闭的还是开 放的? .....	390
第二节 权利例外的具体情形 .....	395
一、个人使用 .....	395
二、为介绍、评论作品或者说明问题而使用 .....	401
三、为报道时事新闻而使用 .....	404
四、新闻报道转载使用 .....	406
五、对公众集会讲话的使用 .....	410
六、课堂教学与研究的使用 .....	412
七、执行公务的使用 .....	416
八、图书馆使用 .....	418
九、免费表演 .....	423
十、对室外公共场所艺术作品的使用 .....	426
十一、翻译成少数民族文字的使用 .....	430
十二、将已经发表的作品改成盲文出版 .....	432
第三节 法定许可 .....	433



一、法定许可概述 .....	433
二、教科书与义务教育网络传播的法定许可 .....	435
三、报刊转载法定许可 .....	437
四、制作录音制品的法定许可 .....	439
五、播放录音制品和其他作品的法定许可 .....	444
六、扶贫目的的信息网络传播的法定许可 .....	449
第四节 三步检验法 .....	451
一、《伯尔尼公约》中的三步检验法 .....	451
二、三步检验法在《伯尔尼公约》、Trips 协议和 WCT 以及 WPPT 中的关系 .....	453
三、“三步检验法”的解释 .....	458
第五节 权利的用尽 .....	462
一、权利用尽原则的概念 .....	462
二、权利用尽的范围 .....	464
三、权利用尽与合同限制 .....	471
<b>第八章 技术保护措施和权利管理信息 .....</b>	<b>473</b>
第一节 技术措施 .....	473
一、技术措施的背景与概念 .....	473
二、对技术措施的保护 .....	482
三、对技术措施的限制 .....	488
第二节 权利管理信息 .....	500
一、权利管理信息的概念 .....	500
二、对权利管理信息的保护 .....	501
<b>第九章 版权集体管理制度 .....</b>	<b>504</b>
第一节 版权集体管理制度的意义与挑战 .....	504
一、版权集体管理组织的定义与功能 .....	506
二、版权法律制度的本质与分歧 .....	513
第二节 我国版权集体管理制度的弊端与改革 .....	518
一、排除市场价格机制的弊端 .....	519

二、法定垄断下的非营利性组织形式的弊端 .....	524
三、版权集体管理制度的改革——回归市场机制 .....	539
四、结论 .....	552
<b>第十章 著作权的保护与民事法律救济 .....</b>	<b>556</b>
<b>第一节 民事侵权与责任 .....</b>	<b>556</b>
一、著作权侵权行为的构成 .....	556
二、直接侵权责任 .....	559
三、共同侵权责任 .....	568
<b>第二节 民事侵权责任中的赔偿金 .....</b>	<b>588</b>
一、民事责任中增加惩罚性赔偿金的必要性 .....	588
二、网络环境下版权保护的困境 .....	591
三、著作权法中赔偿数额分析 .....	600
四、增加惩罚性赔偿金的正当性与可行性分析 .....	607
<b>第十一章 未来——著作权法制度的特征以及面临的挑战 .....</b>	<b>620</b>
一、版权制度的经济基础——制造稀缺 .....	621
二、版权制度的法律特征——专家法律 .....	627
三、版权制度的政治特征——法域特征明显的法律 制度 .....	631
四、新媒体技术给版权制度带来的致命挑战 .....	633
五、新媒体环境下版权法制度的变化 .....	643
六、新媒体环境下版权制度的重构 .....	645
<b>参考文献 .....</b>	<b>650</b>
<b>后记 .....</b>	<b>666</b>

# 第一章 著作权法制度的历史与基本理论概述

## 一、现代著作权法的起源与历史背景

现代著作权法制度的基本功能是将作者的作品这一被认为具有公共物品特征的客体转变成私人财产,并且通过市场的交易来使得作者或者著作权持有人获得报酬。因此现代著作权制度的产生至少需要两个前提条件,一是印刷技术的发展和进步,使得作品能够被较低成本地进行复制和发行从而可以成为市场交易的产品;二是商业的发达,即需要有对于作品的供给和需求的市場存在。如版权法学者戈斯汀所描述的,在印刷机出现之前,极少有人提出作者享有著作权的道德主张。因为盗版者以手抄方式复制他人的手稿,其付出的劳动与作者或者誊录原始手稿的抄写员相同;盗版复制本的成本优势几乎等于零。但是,印刷机以及此后的印刷技术的改进,使得复制件更

加便宜,可以有更多的读者,而更多的读者则带来了在总体上更大收入的可能。随着印刷成本的不断降低,在图书的价格中作者的智力贡献则占有越来越大的份额,从而为著作权的产生和交易提供了市场经济的基础。<sup>①</sup>

一般认为现代意义的第一部著作权法,1710年英国的《安妮女王法》,是现代印刷机的出现以及资产阶级在对抗君主阶级的特权中逐步获得胜利的产物。尽管其实际的名称,即“鼓励学习法”(Act for the Encouragement of Learning),与其实际产生的目的有些不相符。<sup>②</sup> 在17世纪后期和18世纪初的英国,出版商公会得到英国王室的授权对在英国印刷和出版作品享有垄断权利,但是随着王室权力的衰落,出版商公会的垄断权也在1695年随着《经营许可法》的失效而丧失。这时,出版商公会为了维持其垄断权便希望英国立法机关通过一部法律来授予作者或者手稿的所有者以印刷和重印其作品复制件的权利,然后只要这些出版商能够说服作者将其权利转让给他们,那么他们将继续享有垄断权;结果,他们成功地说服了立法机关通过了这部《安妮女王法》。这部法律规定作者享有一段时间的印刷和复制其图书的控制权利,一般为14年,如果作者还存在于世,则期满后延长14年。<sup>③</sup> 我们可以看到《安妮女王法》已经具有了现代著作权法的基本模式和理念,尽管其产生的目的并不完全是我们今天对著作权法制度所希望的,即鼓励创作。

在法国、德国和其他欧洲国家,该制度也有像英国一样大致的经历,随着大革命的到来,法国印刷业的垄断权终止,1791年法国通过立法将作品表演的专有权授予作者本人,这部法律成为法国日后版权立法的基础,法国又于1793年颁布法律,将禁止未经授权而非法复制作者作品的权利赋予了作者本人,这两部法律成为法国之后一百

---

① 参见[美]保罗·戈斯汀:《著作权之道——从古登堡到数字点播机》,金海軍译,32页,北京,北京大学出版社,2008。

② 1709年英国议会通过了世界上第一部版权法——《安妮女王法》,即《为鼓励知识创作而授予作者及购买者就其已印刷成册的图书在一定时期内权利的法》,从其名称就可以得知该法的目的是为了鼓励知识创作而不仅仅是为了保护版权权利人的利益。

③ 参见[澳]布拉德·谢尔曼、[英]莱昂内尔·本特利:《现代知识产权法的演进——1760—1911 英国的历程》,金海軍译,11~12页,北京,北京大学出版社,2006。

多年版权法的基础。在德国,第一部有关版权的立法是1837年普鲁士时期的一部法律,该法规定科学和艺术作品在作者死后的30年内受保护,不受非法复制行为的侵害。之后,在1871年、1876年、1901年和1907年又分别作了修改和补充规定,直到1965年对德国版权法作了全面修改。<sup>①</sup>

根据美国《宪法》的授权,美国国会在大幅度借鉴《安妮女王法》的基础上,在1790年颁布了自己的第一部联邦版权法。该法规定在履行必要的登记手续后,法律赋予一切书籍、地图、图表享有14年的版权保护期,该期限可以延长一次,在保护期内,作品不受任何未经授权而非法印刷、复制、出版和销售行为的侵害。1976年,美国版权法将版权的保护期延长至作者死后50年。直到1989年美国加入了《伯尔尼公约》,为了满足该公约自动保护原则的要求,国会取消了版权法关于强制性登记程序的规定。<sup>②</sup>

我国历史上的文学艺术作品的创作异常发达,其中的文学巨作和文化瑰宝不胜枚举,并且发明了造纸和印刷术,但是在几千年的历史中,我们并没有现代痕迹的著作权法制度。究其原因,可能是因为我国历史上缺少了著作权制度产生的另一个必要因素,即较为发达的、使作品交易成为可能的商品经济。如有学者指出:“西欧自中世纪到现代所经历的经济制度的演变,中国于公元前既已经历过,即自西周至汉武帝初年,中国就次第出现过封建社会、重商主义、重农或农本期间,以及资本主义的萌芽。但是自从汉武帝采取国营政策,对经济活动严加干预,扼杀了萌芽不久的资本主义。”<sup>③</sup>这一形态经济制度支配了中国经济逾两千年,而与西方尤其是西欧经济发展大有不同。国家对经济的控制以及对作品内容和出版的限制使得作品交易的市场很难形成。因此,市场经济的存在与发达,现代的印刷技术以及教育的发达,降低文盲率是版权制度存在和得以发展的重要条件。

中国的第一部著作权法是清政府在1910年颁布的《大清著作权

---

① [美]保罗·戈尔斯坦:《国际版权:原则、法律与惯例》,王文娟译,7~8页,北京,中国劳动社会保障出版社,2003。

② [美]保罗·戈尔斯坦:《国际版权:原则、法律与惯例》,王文娟译,6页,北京,中国劳动社会保障出版社,2003。

③ 侯家驹:《中国经济史》,40页,北京,新星出版社,1998。

律》，该法的颁布实际上并不是当时经济制度发展的使然，而是其刻意学习西方列强的一些制度以能够维持残喘之国运。但是，由于清政府的迅速灭亡，这部法律并没有有效地实施。<sup>①</sup> 1915年，中华民国北京政府在《大清著作权律》的基础上颁布了一部著作权法。1928年，中华民国南京政府又在《大清著作权律》的基础上颁布了一部著作权法，随着国民党政府在大陆的彻底溃败，这部法律被带到了台湾地区，并且在那里至今仍在实施，其间又有多次修订。

新中国的著作权立法是在改革开放之后开始的，如沈仁干先生所介绍的，著作权立法的具体起因是1979年1月，邓小平同志率中国代表团访美期间签订的《中美高能物理协议》，其中提到了版权问题，这促发了对版权立法的具体工作。<sup>②</sup> 在改革开放之前我国也有过几个关于保护版权的规定，例如1950年9月出版总署颁布的《关于改进和发展出版工作的决议》指出，出版业应尊重著作权与出版权，不得有翻版抄袭、篡改等行为。文化部在1959年还颁布了《关于文学和社会科学书籍稿酬的暂行规定》，制定了全国统一的书籍稿酬办法。但是这些规定都不是从权利义务角度出发的法律制度，而是有关行业管理的一些政策规定。在改革开放之后，相比于专利法和商标法，著作权法出台较晚。但是1986年的《民法通则》已经对著作权的保护提出了明确要求。<sup>③</sup> 直到1990年9月7日《著作权法》才得以通过，并且于1991年6月1日开始实施。这次著作权法的立法是我国改革开放并且逐步建立有中国特色的社会主义市场经济的需要。在制订这部法律时，我国还没有加入任何有关著作权的国际公约，但是这部法律在制订过程中还是充分参考和借鉴了《伯尔尼公约》和《罗马公约》。这部法律对作者的精神权利保护较高，但是对经济权利保护水平比较低，不但不能达到发达国家的水平，甚至低于某些发展中国家

---

<sup>①</sup> 据说这部法律一直适用到了1915年，因为与当时民国政体没有矛盾。沈仁干：《版权论》，18页，北京，海天出版社，2001。

<sup>②</sup> 沈仁干：《版权论》，259页。

<sup>③</sup> 《民法通则》第94条规定：“公民、法人享有著作权（版权），依法有署名、发表、出版、获得报酬等权利。”第118条规定：“公民、法人的著作权（版权）、专利权、商标专用权、发现权、发明权和其他科技成果权受到剽窃、篡改、假冒等侵害的，有权要求停止侵害，消除影响，赔偿损失。”

的水平。这反映了我国当时的经济水平和对市场经济制度的理解与发达国家还有一定的差距,还带有明显的计划经济的烙印。<sup>①</sup>之后,我国相继加入了《伯尔尼公约》、《世界版权公约》和《录音制品公约》。2001年12月又加入了WTO,为了达到WTO中Trips协议的要求,我国立法机关在此之前对著作权法进行了大规模的修改并在2001年10月27日通过了“著作权法修正案”,成为我们今天所遵守的《著作权法》(2001)。<sup>②</sup>随着新媒体尤其是互联网络技术的发展对著作权制度的深刻影响,我国著作权法也必须做出回应,这一方面表现在《著作权法》(2001)之中,另一方面表现在2001年修订的《计算机软件保护条例》之中和2006年的《信息网络传播权保护条例》之中,并且在2007年我国加入了WIPO的两个所谓的互联网络条约,即WCT和WPPT。

到今天为止,我国已经建立了基本完整的著作权体系,立法和司法水平已经基本达到了国际上发达国家的水平,这些法律法规主要有:《著作权法》,2001年的《计算机软件保护条例》,2002年的《著作权实施条例》,2004年的《著作权集体管理条例》以及2006年的《信息网络传播权保护条例》,但是在《著作权法》中所规定的有关民间文学艺术作品的保护办法另行由国务院制定的要求,至今还没有实现。<sup>③</sup>

## 二、著作权制度的基本理论和目标

版权制度作为知识产权制度的一部分与同样是财产权法律制度的物权法制度似乎有很大的区别,例如物权法制度已经是十分古老的制度,我们可以追溯到古罗马时代以远以至于甚至都不需要问为什么需要这样的法律制度,就如同我们的语言一样,它们已经存在了,而且一直存在着。对物的占有欲望似乎是根植于人的基因之中,基于这种占有而产生的交换制度也似乎贯穿着整个人类的历史,正

---

① 沈仁干:《版权论》,3、23~25、58页。

② 参见李明德:《知识产权法》,64~65页,北京,社会科学文献出版社,2007。

③ 《著作权法》(2001)第6条:“民间文学艺术作品的著作权保护办法由国务院另行规定”。

如哈耶克所说的“贸易比国家还古老”，<sup>①</sup>贸易的前提显然是对有体物的占有。但是版权制度直到18世纪初才开始出现，而且是人为设计出来的法律制度，并且是带着某些政治目的，“版权法的出现似乎应该有一个前提，那便是只有当媒体技术和市场条件成熟到盗版可以产生利润时，版权才有可能出现。但是当这一条件成熟时，出现的不是现代意义上的版权法，而是有国家强制力做保证的垄断与内容审查制度，在这一制度中禁止盗版只是其中一个功能”。<sup>②</sup>

今天，对于版权法制度的功能和目标有不同的主张，这些不同的主张在版权法制度的内容上、法律的实施上和案件的审理上都会表现出来，这些主张最本地可以分为三种：一是自然权利主义；二是功利主义；三是经济分析主义。<sup>③</sup>

### （一）自然权利主义

自然权利主义关注的是作者个人的权利，认为“创造智力作品的所有人类都应有保护他们的精神和经济利益以及包括对他们作品所有形式的使用的特别权利”。这一主张可以分解成两个部分，便是人格权利部分和经济回报部分，分别对应着作者的精神权利和经济权利。自然权利的主张是文艺复兴和启蒙时代思想的产物，根据自然权利哲学，作者的权利不是由法律产生的，而是存在于人类的法律意识观念之中。自然权利主张主要表现在以法国和德国著作权法为代表的欧洲大陆法系国家之中。尽管美国版权法主要是功利主义原则，但是在法院和学者对版权制度的基本功能进行分析时，自然权利的主张也不是完全没有影响。<sup>④</sup>

以欧洲大陆国家为核心达成的《伯尔尼公约》自然反映出这种思

---

① [美]F. A. 哈耶克：《致命的自负》，胡晋华等译，45页，北京，中国社会科学出版社，2000。

② Geller, Paul Edward. Copyright History and the Future: What's Culture Got to Do With It? [J]. Journal of the Copyright Society of the USA, 2000(47): 209.

③ Lucie M. C. R. Guibault. Copyright Limitations and Contracts—An Analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright[M]. Kluwer Law International, 2002, pp. 7~8.

④ Lucie M. C. R. Guibault. Copyright Limitations and Contracts—An Analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright[M]. Kluwer Law International, 2002, p. 10.



想,在其前述中表明了公约的目的:“本同盟各成员国,共同受到尽可能有效、尽可能一致地保护作者对其文学和艺术作品所享权利的愿望的鼓舞,承认 1967 年在斯德哥尔摩举行的修订会议工作的重要性,决定修订斯德哥尔摩会议通过的公约文本但不更动该公约文本第 1 至 20 条和第 22 至 26 条。下列签字的全权代表经交验全权证书认为妥善后,兹协议如下:……”从这一段文字中我们可以看出公约的重要目的是为了保护作者的权利。自然权利主义虽然有深厚的人权历史和文化根源,但是无法解释版权制度中的某些方面,即不仅仅保护作者个人的权利,而且也为了公众的利益。例如美国历史上著名的版权法学者布雷耶在其著名的论文《著作权的难题》一文中对著作权的自然权理论进行了抨击:“极少有工人所获得的工资接近于其所生产的全部价值,既然由工人创造的价值与他所获得的工资之间的差额,以一种较低的产品价格传递给消费者,那么,这里就不存在任何天然不道德的东西。”布雷耶驳斥了这种未经分析的直觉感受,即所谓的作者的作品就是其财产。他认为,“一般来说,我们并不仅仅依据所付出的劳动而产生或者改变财产权利,甚至并不因此而获得报偿。”<sup>①</sup>现在更多的国家在立法时都不仅仅考虑对个人版权的保护而是从整个社会的利益来考虑,即更加倾向于功利主义思想。

自然权利主义主张还表现在在英国和美国历史上所发生的一系列关于版权是成文法所赋予的权利还是普通法权利之争上。例如在 1769 年的英国 *Millar v. Taylor* 案中,<sup>②</sup>判决认为尽管依据《安妮女王法》,作者对作品诗集《四季》的保护期已经届满,但是作者仍然对该诗集享有普通法上永久的财产权;其他出版商不能出版该诗集。首席法官曼斯菲尔德认为:普通法中存在一种永久性著作权,《安妮女王法》既未将之代替,也没有对之限制保护时间。其观点是建立在自然权利理论之上,而这正是动产与不动产的基础。“作者应当获取其自身之天才与劳动上的金钱利益,这是正当的。他人未经同意不得使用其名字,这也是正当的。应当由他来判断何时出版,或者甚至

<sup>①</sup> 转引自[美]保罗·戈斯汀:《著作权之道——从古登堡到数字点播机》,金海军译,18 页,北京,北京大学出版社,2008。

<sup>②</sup> *Millar v. Taylor* (1769) 4 Burr. 2303, 98 ER 201.

是否出版,这是恰当的。他不仅应当选择出版的时间,而且应当选择出版的方式、数量、规格、印刷内容等,这也是恰当的……”未出版的文字作品之所以享有某种财产权的理由,在效力上同样适用于诸如《四季》之类的已经出版的作品,他拒绝这样的主张,即《安妮女王法》已经取代了普通法。<sup>①</sup>但是在仅仅几年之后的 *Donaldson v. Beckett* 案中却有了 180° 的变化。<sup>②</sup> 在该案中问题之一便是:如果说英格兰普通法给与作者一种在文学作品上的独占权,并且如果他们并不因为作品的出版而丧失该权利,那么,《安妮女王法》是否已经取消了该权利,并且将作者限定在该法律的救济、条件与期限之内? 该案判决否认了在作品上存在普通法意义上的永久的财产权,认为版权是成文法所赋予的权利,并且有期限的限制。特别是曼斯菲尔德法官改变了自己的观点,他写道:“应当对以下两种同样有害的极端均保持警惕:其一,那些富有才识之人,耗时费力为社会服务,因此不应当剥夺他们的正当价值以及因其才智与劳动获得的回报;其二,世界不应当被剥夺发展的机会,艺术的进步也不应当受到阻碍。”在美国 1834 年的 *Wheaton v. Peters* 案中,据说是美国最高法院第一个有关版权案件的判决,在该案中美国最高法院确认了下级法院的观点,即原告不具有普通法意义上的永久的版权;宾州的普通法不能解决版权法问题,州法不能对知识产权给与保护。

至此,关于版权的自然权利主张以及与此相关的普通法上的财产权还是成文法上的财产权之争似乎应该有了比较清楚的结论。但是,问题似乎并不是那么简单,到了 20 世纪末 21 世纪初,由于技术保护措施的出现,作者可以通过技术措施来对其作品进行更大的保护,例如权利的范围以及权利的保护期都可以超出版权法的规定,那么这种做法合法吗? 作者可以通过技术措施将其作品像有体物财产那样给与更大的和永久的保护吗? 对此,我们在技术保护措施一章再进行更为详细的讨论。

① [美]保罗·戈斯汀:《著作权之道——从古登堡到数字点播机》,38 页。

② *Donaldson v. Beckett* (1774) 2 Brown's Parl. Cases 129, 1 Eng. Rep. 837; 4 Burr. 2408, 98 Eng. Rep. 257; 17 Cobbett's Parl. Hist. 953 (1813).

## (二) 功利主义

功利主义认为版权制度的主要目的是通过鼓励新作品的创作和向社会传播来促进社会公共利益的提高。根据功利主义思想,版权制度的目的是尽可能给更多的人带来益处,即“为最大多数人提供最大的益处”。功利主义思想主要是基于英国哲学家边沁(Jeremy Bentham)的思想,即人类的活动是尽可能逃避痛苦并尽可能地寻求快乐。因此政府的主要功能便是遵循这种“快乐—痛苦规则”,为尽可能最大多数人提供尽可能最大的快乐。一般认为美国版权法是这种功利主义思想的代表,并且《美国宪法》中明确地表示这样的主张,即版权立法是为了“促进科学和有用艺术的进步”。<sup>①</sup> 因此一切措施都是为了这样目的,鼓励和保护个体作者是实现公共福利的最好途径,在美国版权法中对作者的回报是第二层被考虑的价值。<sup>②</sup> 在美国版权法的立法过程中,功利主义思想也占据着主导地位,例如在1909年版权立法中的众议院司法委员会的报告中明确阐述,在宪法条款下的版权法的制度不是基于任何关于保护作者对其作品的权利的自然权利理论,而是基于对公共福利的服务以及促进科学和艺术的进步目的,从而赋予版权人一定期限的排他权。<sup>③</sup>

功利主义思想中的激励主张与自然权利主义中的回报主张是有很大的不同的,因为不论是激励还是回报都是体现在对作者的物质利益,所以两者有时是混淆的。但回报是与作者个人紧密联系在一起,是为了对他的创作行为的补偿而不管这种补偿是否对社会有益

---

① 《美国宪法》第1条第八款:“为促进科学和实用技艺的进步,对作家和发明家的著作和发明,在一定期限内给与专有权的保障”。

② Lucie M. C. R. Guibault: Copyright Limitations and Contracts—An Analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright[M]. Kluwer Law International, 2002, pp. 7~8.

③ In its Report accompanying the comprehensive revision of the Copyright Act in 1909, the Judiciary Committee of the House of Representatives explained this balance: The enactment of copyright legislation by Congress under the terms of the Constitution is not based upon any natural right that the author has in his writings... but upon the ground that the welfare of the public will be served and progress of science and useful arts will be promoted by securing to authors for limited periods the exclusive rights to their writings... SONY CORP. OF AMER. v. UNIVERSAL CITY STUDIOS, INC., 464 U. S. 417 (1984) Footnote 10.

处。对于作者的激励则是为了社会的利益来考虑的,如果作品的免费传播对于社会利益来说更好的话,那么从知识产权角度便没有必要给作者经济上的激励。正如美国学者所说的,“在美国的传统上,版权的最终目的不是使得对版权人利益的最大化(很多出版商希望是这样的),而是为了增加公众对知识的获取能力而增强文学与艺术作品的创作和传播”。<sup>①</sup>这种思想贯穿在美国的立法与司法活动之中,例如在 *Sony Corp. Of America v. Universal City Studios, Inc.* 案中美国最高法院认为:“支持原告 Universal 的诉讼请求将不仅仅影响被告 Sony 公司销售 Betamax 机器的能力,而且影响公众获得这种十分渴望的新机器的能力,以及影响那些欢迎这些新机器或者不介意机器持有人对他们的节目进行录制的版权人的利益。这可能相当于将版权法解释为赋予了 Universal 控制这种机器的销售的排他权利。这超出了版权法应有的目的或者国会所期望的目的。”<sup>②</sup>美国法的目的不是仅仅为了版权人利益的最大化,不仅美国如此,其他一些国家例如英国的法律也是这样,例如作为最早的版权法,英国的《安妮女王法》的立法目的是为了鼓励学习,至少其文本是这样规定的。

在美国,更早的案例中也体现出这种功利主义主张,例如在 1954 年的 *Mazer v. Stein* 案中,美国最高法院在解释版权条款背后的经济学理论时就指出:“通过作者和创造者的才智来增加公共福利的最好方式是以对个人回报来鼓励其工作。”<sup>③</sup>这一观点可以看出美国最高法院认为个人回报只是实现目标的手段,而终极目标是增加公共福利。而且这种功利主义思想在美国宪法的制定过程中其创建者便已经做出了有意的选择,例如托马斯·杰弗逊(Thomas Jefferson)就曾公开反对知识产权的自然权利主张。<sup>④</sup>

---

①② Pamela Samuelson. Fair Use for Computer Programs and Other Copyrightable Works in Digital Form: The Implications of Sony, Galoob and Sega[EB/OL]. [2008-08-12] [http://people.ischool.berkeley.edu/~pam/papers/sony\\_galoob.htm](http://people.ischool.berkeley.edu/~pam/papers/sony_galoob.htm).

③ *Mazer v. Stein*, 347 U. S. 201 (1954).

④ Valkonen, Sami and White, Lawrence J. An Economic Model for the Incentive/Access Paradigm of Copyright Propertization: an Argument in Support of the Proposed New § 514 to the Copyright Act (March 2006). NYU, Law and Economics Research Paper No. 06-15. Available at SSRN; <http://ssrn.com/abstract=895554>, p. 10.

这种区别也可以从《世界版权公约》与《伯尔尼公约》的区别看出,美国长期以来没有加入《伯尔尼公约》<sup>①</sup>,而是在1952年主导达成了另一个国际性的版权公约,即《世界版权公约》,并在1971年经过修订。该公约的目的是:“缔约各国,鉴于希望在所有国家保证对文学、科学、艺术作品的版权进行保护;确信适用于世界各国并以公约形式确定下来的版权保护制度有利而无损于现行各种国际制度,并将确保尊重个人权利,促进文学、科学和艺术的发展;相信这种国际版权保护制度将会促进人类精神产品的广泛传播和增进各国的相互了解;决定修订一九五二年九月六日于日内瓦签订的《世界版权公约》,为此特协议如下。”可见《世界版权公约》的目的与《伯尔尼公约》有明显的不同。自然,《世界版权公约》与《伯尔尼公约》的另一个重要区别是《世界版权公约》不对作者的精神权利提供一般性的保护,而精神权利是作者人格权的重要体现。<sup>②</sup>

### (三) 经济分析主义

除了上面的两个理论派别之外,还有一个经济分析主义。经济分析主义是从功利主义中派生出来的,并且在过去的30年里占据着美国知识产权法的重要地位,其中以芝加哥经济学院派所领导的新古典经济学思想为代表。经济分析主义在新媒体环境下越发显得重要,因为在新媒体环境下,承载作品的媒体正在不断丰富,甚至以后还可能达到过剩,<sup>③</sup>那么在这种条件下是否要限制作品的数量成为一个需要解决的理论问题。根据芝加哥学派的思想在一个完美的市场经济中,财产权的归属或者个人所有是在个人之间解决资源配置的

① 美国在1988年11月16日加入了《伯尔尼公约》巴黎文本。

② 《世界版权公约》第1条:“缔约各国承允对文学、科学、艺术作品——包括文字、音乐、戏剧和电影作品,以及绘画、雕刻和雕塑——的作者及其他版权所有者的权利,提供充分有效的保护。”第4条之2:“(一)本公约第一条所述之权利,须包含保证作者经济利益的各种基本权利,包括作者的准予以任何方式复制、上演及广播等项专利权。本条之规定可扩大应用于受本公约保护的一切作品,无论它们是原著形式还是从原著演绎而来的任何形式。”

③ 在模拟技术环境下,媒体的稀缺是公众不能充分获得作品的一个重要原因,但是互联网络技术却在很大程度上解决了媒体稀缺问题,这使得我们必须重新考虑保持作品稀缺的正当性问题。例如下一代互联网络IPv6,将网络地址空间从32位字节扩展到128位字节,这使得地球上每个人都可以被分配一个固定的互联网络地址[EB/OL]. [2008-08-12]. <http://www.answers.com/IPv6?cat=technology&gwp=11&method=3&ver=2.3.0.609>.

最有效的方法,如果对于某一资源没有赋予私人权利或者所赋予的权利不够合理,那么就会使得这些资源的所有人缺少最有效地使用这些资源的动力。一般来说,如果某一财产权具有排他性、可转让性和有效性,那么这些财产权便是有经济效率的。排他性意味着财产的所有人是该财产的唯一获利的人,那么他便有利益驱动来最有效地使用该财产;可转让性意味着对该财产的控制权可以有效地转让到能更好地使用该财产的人手中;而有效性则意味着避免他人对财产的侵占或者剥夺。<sup>①</sup>

但是版权作品一直以来被认为是非排他性和非竞争性的物品,因为一旦作品被创作出来,任何其他使用这些作品的社会成本都是零。因此对这种公共性资源的生产和消费的特点便是供给不足,消费过度。如果没有公共干预,那么这种公共物品的生产便处于亚充分状态,因此,版权法制度便为了解决公共物品的这种缺点,允许作者通过提供这种公共物品而获得利益,使得对这种物品的私人生产成为可能,从而使得社会获得最大利益。从理论上讲,版权法在经济上是合理的,因为它激励作者的创作又同时保证公众对这些作品的获得。<sup>②</sup>

自从 20 世纪 80 年代以来,由于版权贸易的国际化发展以及经济全球化进程的加快,两大法系的版权理念开始发生融合,尤其是美国通过修改其版权法而加入了代表欧洲大陆理念的《伯尔尼公约》,欧共体为了统一大市场的建立,也通过指令等法律工具来协调成员国之间的版权制度,使得以英国为代表的普通法理念与欧洲大陆国家的大陆法理念进一步融合和交汇,而 1995 年 WTO 的成立以及 Trips 协议的达成更使得这一融合有了更好的表现。

Trips 协议认为知识产权的目的是:“知识产权的保护与权利行使,目的应在于促进技术的革新、技术的转让与技术的传播,以有利

---

<sup>①</sup> Lucie M. C. R. Guibault. Copyright Limitations and Contracts—An Analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright[M]. Kluwer Law International, 2002, pp. 12~13.

<sup>②</sup> Lucie M. C. R. Guibault. Copyright Limitations and Contracts—An Analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright[M]. Kluwer Law International, 2002, pp. 13~14.

于社会及经济福利的方式去促进技术知识的生产者与使用者互利,并促进权利与义务的平衡。”<sup>①</sup>从一规定可以看出, Trips 协议基本上是采纳美国法的功利主义思想,这一方面是因为在知识产权领域,美国在整个世界经济和政治中的影响,正如有的学者所说的,整个世界都在按照美国的节律在跳舞;<sup>②</sup>另一方面是因为 Trips 协议顾名思义是与贸易有关的知识产权协议,因此其目的不在于对自然人的权利保护,这使得功利主义思想更为突出。

有学者认为,这两种版权文化的区分,其后果不仅具有哲学意味,而且表现在经济领域中,也就是在文学艺术交易的市场上。欧洲的立法者长期以来就属于版权乐观派,他们总是把版权水杯视为半满的,并且为了保护作者的利益,情愿把权利扩展至任何可能具有经济价值的方方面面。相反,美国的立法者则被认为长期以来就是版权悲观派,他们把版权水杯看作是半空的,并且反对将权利扩展至享有版权作品的新用途上,除非版权所有人表明,为了继续生产文学艺术作品而必须要有这些权利作为一种激励。<sup>③</sup> 保罗·戈斯汀也认为今天即使像法国和德国这样根植于自然权利主义的国家,版权法应该在作者的利益和使用者之间达成平衡的理念也是被广泛接受的。这些欧洲大陆法系国家版权法所追求的公共利益中有对根本自由的保护,包括表达自由,隐私权和促进文化等。<sup>④</sup> 同样,普通法中的版权立法也并非严格的功利主义,从总体上看,普通法系国家在立法上反映出的实践性与大陆法系所运用的哲学逻辑,殊途同归,两个法系都已经将版权权利延伸到了作品经济价值所及的每个角落。<sup>⑤</sup>

---

① 《Trips 协议》第 7 条。

② David Nimmer. Copyright Sacred Text, Technology, and the DMCA[M]. Kluwer Law International, 2003, p. 148.

③ [美]保罗·戈斯汀:《著作权之道:从古登堡到数字点播机》,金海军译,139 页,北京,北京大学出版社,2008。

④ Lucie M. C. R. Guibault. Copyright Limitations and Contracts—An Analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright[M]. Kluwer Law International, 2002, pp. 9~11.

⑤ [美]保罗·戈尔斯坦:《国际版权:原则、法律与惯例》,王文娟译,7 页,北京,中国劳动社会保障出版社,2003。

我们应该注意到,版权制度的本质是通过这种制度设计使得著作权人可以将其作品转变成商品在市场上销售,从而获得经济回报,进而鼓励作者的创作并最终实现社会福利增加的法律制度。这种制度只是鼓励作者创作的制度之一。解决公共物品的供给不足问题可以有三种方式,一是资助(grant);二是奖励(prize);三是财产化(propertisation)。资助又可以分为公共资助和私人资助,公共资助便是政府的资助,通过财政税收中的分配来资助。私人资助便是私人通过资金支持某些创作活动。例如西欧直到18世纪中叶之前都是以这种方式来资助文学艺术作品的创作的;但是这种资助方式的缺点便是迫使创作者符合资助者的喜好。我国在改革开放之前,没有市场经济制度的存在,作者很难通过市场交易手段来获得经济回报,那么在这一时期,作品的创作在很大程度上都是政府资助来完成的。如在1959年全国实行统一的付酬办法的同时,政府为专业作家安排了适当的社会工作,发给他们相当于大学教授的固定工资,并为他们深入实际生活、收集创作素材提供方便。工资是他们生活的基本保证,稿酬变成了奖励性的收入。<sup>①</sup>奖励与资助比较相似,区别是很多人竞争这一奖励;奖励的数额大得足够抵消创作的成本;获奖者获得资助;失败者失去一切,包括创作的投资;创作的成果都属于公众。<sup>②</sup>版权制度只是属于第三种,即财产化的资助制度。

一般认为,中国历史上没有包括版权制度在内的知识产权制度,但是如果认真分析会发现我国并不是绝对地没有这一制度,而只是存在着与我国政治经济制度相应的版权制度。与欧洲国家不同,我国至周朝时期便已经建立了与西方国家公元14世纪可以匹敌的商业经济社会,但是自西汉以降其经济模式基本上是国有制,这种模式从政治和经济上抑制了商品经济的发展,而西方国家的版权制度是基于商品经济发达的制度。因此,我们可以看出我国历史上尽管没有西方式的版权制度,但是文学艺术作品仍然异常灿烂,同时这些作品

① 沈仁干:《版权论》,12页,深圳,海天出版社,2001。

② Khong, Dennis W. K. The Historical Law and Economics of the First Copyright Act. *Erasmus Law and Economics Review*, Vol. 2, No. 1, 35-69, March 2006. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=986202>; p. 45.



作者在人格上仍然受到世代的充分尊重；也就是说在大多数情况下，他们的经济权利尽管无法通过市场交易而得到实现，但是其精神权利部分还是被充分肯定和尊重的。资助、奖励与财产化三种制度并不应该是相互排斥和对立的关系，而是相互补充。对于财产化制度，即著作权法制度，由于其是将作品转变成商品或者服务而向消费者提供，那么消费者的喜好成为这些作品权利人获得回报的重要判断依据，其结果往往是被认为是高雅的、艺术价值很高的文学艺术作品可能并不是大众喜欢的作品而不能通过市场手段获得高回报。例如歌剧表演艺术家可能并不能像流行歌曲歌手那样通过市场获得很高的收入；对此我们不应该谴责著作权法制度本身，而是应该认识到这是市场规则决定的；对于这些不能通过市场途径获得回报的艺术作品，可能国家或者私人资助便非常有必要了。又例如，对于大多数学者而言，出版学术著作并不能获得足够的经济回报，但是学术著作的出版却可以带来学术上的声誉和相应的经济回报，这属于通过奖励方式来鼓励学者的创作。在这三种制度中，资助与奖励制度都可能因为资助或者奖励主体的偏好而对作品内容构成歧视或者审查，因而是不可靠的；相反，版权制度则是通过消费者的喜好而决定作者的回报，离可能的歧视或者内容审查最远。我国历史上并没有现代意义的版权制度，但是文学艺术作品灿若星河，其中政府资助和个人资助成为了主要的经济保障；然而，我们应该注意到像四大名著等这样的一大批伟大作品在当时是不可能得到政府资助的，即使在今天，政府的资助也是有选择和有倾向的，这些都说明著作权制度的重要性。

另外，从上述的经济学理论，我们也应该注意到，著作权法制度与其他的知识产权法制度一样，是市场经济下的法律基础工程；其本质是为作品能够成为商品而在市场上被销售或者被提供；那么有些作品由于自身的特征决定了它们并不是市场上最受大众欢迎的作品，而可能是高雅的小众作品，其结果可能是这些高雅作品的作者并不能像流行作品的作者那样通过市场交易获得可观的经济回报。对于这种情况，我们不应该对版权制度本身提出太多的指责，因为版权制度只是提供了法律制度，而作品的欢迎与否是由市场决定的，而不是由法律本身决定的。如果这些高雅艺术确实因为市场

的原因而处于不利的地位,并且在政策上需要支持,那么应该通过其他途径来完成,例如,国家的专门资金或者民间组织的专项基金等支持。

### 三、著作权和版权的关系

世界各国的版权制度大致可以分成四类,分别是普通法系、大陆法系、混合法系以及其他法系。普通法系的版权制度一般被称为版权法制度,即 the law of copyright。其代表国家是英国,以及受到英国法律影响的其他国家或者地区,典型的有美国、加拿大、澳大利亚、新西兰以及我国的香港特区等国家或者地区;普通法系的版权法制度相对来说更加注重对作品的财产性质的重视和开发,认为作品是其创作者的财产,从而与其他有体物财产一样,重交易和使用。因此,普通法系的版权法有一些共同的特点:一是在保护的客体上更为广泛,一般没有著作权和邻接权的区分,而是将邻接权中的大部分客体都纳入版权保护的范围之内;二是对作品的独创性要求较低,一般认为非复制他人的作品便是独创,如英国在判断作品独创性的标准是“劳动、技能和判断”即可,认为创作者对作品有投资便应该得到保护;三是传统上没有精神权利的保护,认为作品上的权利应该是如何获利的权利,即财产权。

在大陆法系国家的著作权法,即保护作者的法律, the right of authors;是以法国的人权思想指导下的法律制度,其他代表国家是法国,以及受法国人权思想影响的一些国家的著作权法,包括德国、意大利以及其他在历史上与这些国家有联系的国家,例如阿根廷、巴西等其他南美洲国家。大陆法系著作权法的主要共同点:一是强调作者的人格利益,认为作品是作者人格的体现,因此都有对作者的精神权利的保护;二是强调作品是作者的智力成果,受保护的作品应该具有独创性,因而所谓的“前额出汗”的作品在大陆法系国家由于很难构成智力成果而受到著作权的保护;三是将著作权与邻接权区别开来,作品受著作权的保护,而不构成作品的内容由于有劳动或者资金的投入而可能受邻接权的保护。

混合法系的著作权法是指具有普通法系和大陆法系共同特点

的著作权法体系。有学者认为,中国的著作权法属于这种混合体系。<sup>①</sup>我国的著作权法从内容和结构上看与大陆法系的著作权法更为相似,例如有著作权与邻接权之分,有明确的对作者精神权利的保护,以及明确要求著作权所保护的作品应该具有独创性的智力成果;但是在一些条款上,我们似乎也采纳了普通法系的一些做法,例如对于电影作品的著作权归属问题,我们简单地采纳了以制片人为著作权人的做法;另外,在司法实践中,美国的判例对于帮助我们对著作权法理解也有影响。由于我国历史上没有现代意义上的著作权法制度存在,而清末和国民党政府所制定的著作权法仅仅是昙花一现,没有真正产生任何影响;直到1990年,我国颁布新中国的第一部著作权法之前,也没有现代著作权法出现。因此,我国的著作权法制度应该是舶来品,很大程度上借鉴其他国家的制度而建立。由于历史的原因,欧洲大陆法系对我国影响更大,这似乎是因为借鉴成文法条比移植普通法系的判例更为容易。但是,如果在主要依托大陆法系的基础上,能够吸收普通法系的更合理做法似乎更能发挥我国的后发优势,因此,从这个意义上说,认定我国的著作权法制度属于混合法系也未尝不可。这一点在我国著作权法立法过程中也有体现。1986年《国家版权局关于版权法内容的建议要点》反映出,我国的版权法起草者试图吸收不同法律体系国家版权法的长处,并根据我国宪法制订出一部适合中国发展教育、科学和文化事业的版权法。<sup>②</sup>

有学者总结出普通法系与大陆法系版权制度在历史上的主要区别,我们可以作为参考见下表。<sup>③</sup>

---

① J. A. L. Sterling. Lectures in China, June 2010, "Justification, operation and future of copyright: national, regional and international perspectives".

② 沈仁干:《版权论》,15页。

③ Gillian Davies. Copyright and the Public Interest, 2nd, Thomson, Sweet & Maxwell, 2002, p. 327.

普通法系与大陆法系版权制度的主要区别

	普通法系:版权(copyright) (英国、美国)	大陆法系:著作权(authors' rights) (欧洲大陆、拉丁美洲、非洲和日本)
保护的标准	作品必须是作者原创的,而不是复制他人的; 作品本身,而不是与作品相关的作者是保护的关键因素; 原创性的标准低,决定于作者是否花费了足够的独立的劳动、技能和判断来决定是否对该结果给与保护。	作品必须是原创的并且与作者联系在一起;作品与个人创作者无法分离; 对作品保护的是作者的人格; 原创性的标准在历史上较高;要求具有创造因素,与作者的人格联系在一起。
形式要求	要求满足某种形式要求,例如登记或者公开版权通知(已经被废除)。	没有形式要求。
所有权以及权利的转让性	在某些情况下,法律主体可以被视为作者,例如电影制片人和广播组织; 对权利的转让没有限制。	由于在作品中所保护的是作者的人格,作者只能是自然人;法律主体不能是作者; 在权利转让上有限制,精神权利不能转让。
精神权利	历史上不承认精神权利; 今天精神权利已经被承认,但经济权利有优先地位。	精神权利是作者权利的核心,精神权利比经济权利有优先地位。
相关权利	表演、录音制品以及广播被归属于版权作品。	对这些相关权利的特别保护是最近的事情; 录音制品制作者、广播组织这些法律主体不适合大陆法系的作者的概念; 广播组织和录音制品被认为不具有创造性,属于工业产品,缺少对作者权利的保护所需要的原创性。

尽管表中列出了普通法系与大陆法系之间的对比,并且可以看出两者之间的不同点,但是如我们在前面的相关部分已经提到的,由于经济的全球化发展和知识产权保护的全球化趋势,普通法系和大陆法系正在相互融合和借鉴,两者之间的分歧也有不断减弱的迹象,尤其像美国和英国都已经加入了大陆法系特征明显的《伯尔尼公约》,两者的法律的体系也做出了相应调整;例如都对精神权利给予了一定的保护,并且对于像汇编作品这样的作品也都明确要求具有独创性,即一定的创造性,而创造性要求一般被认为是大陆法系国家

法律中的要求。

另外,关于我国的这部法律是应该称为《著作权法》还是《版权法》在立法过程中有过很大的争论。在《著作权法》(1990)制订过程中,前十几稿用的都是“版权法”,但是第18稿后开始使用“著作权法”。使用版权这一概念的理由是学术界最早使用的“版权”这一词汇来表示今天的著作权的,1903年清政府与美国签订的《中美续议通商行船条约》中就使用了“版权”一词,同年与日本签订的《中日续议通商行船条约》中也是使用了“版权”一词。另外,学者认为“著作权”一词为日本人对德文和法人中“作者权”的错译,常被人们理解为是“著书立说”的权利,容易与宪法中有关创作自由和出版自由的权利相混淆。<sup>①</sup>但是在18稿后改为“著作权”一词的理由是,第一,著作权容易被作者所接受,而版权容易被理解为是出版社的权利,把版权解释为出版权的,不仅仅是出版部门,连立法机构的领导也是这样的理解。第二,考虑到与传统的衔接,我国1910年第一部著作权法之后都称为著作权,如果改成版权法学界阻力则较大。第三,台湾地区是使用的著作权法的名称,如果大陆使用版权法会不利于与台湾地区的交流,容易造成误解。<sup>②</sup>因此我国最后就改为《著作权法》了,并且在法律条文中明确将著作权概念等同于版权概念。<sup>③</sup>

① 沈仁干:《版权论》,262页。

② 沈仁干:《版权论》,25~26页。

③ 《著作权法》(1990)第51条:本法所称的著作权与版权系同义语。

## 第二章 国际公约以及基本原则

### 第一节 《伯尔尼公约》及其基本原则

#### 一、《伯尔尼公约》的历史与主要内容

《伯尔尼公约》的主要目的如在其前言中所说：“本同盟各成员国，共同受到尽可能有效、尽可能一致地保护作者对其文学和艺术作品所享权利的愿望的鼓舞，承认 1967 年在斯德哥尔摩举行的修订会议工作的重要性，决定修订斯德哥尔摩会议通过的公约文本但不更动该公约文本第一至二十条和第二十二至二十六条。”从这一内容中可以看出该公约的达成有两个重要目的，即尽可能有效和尽可能一致地保护作者的权利；其背景是当时在国际范围内盗版和侵犯他人著作权问题的广泛存在。如有学者所指出的，历史上国际间的盗版行为不仅仅广泛存在而是还往往得到政府的支持

持或者庇护；而在文学艺术方面发展程度高的国家更容易受到邻国或者文化相近国家的广泛盗版，例如英国在 19 世纪就受到爱尔兰和美国的盗版之困；而法国的作者则受到来自瑞士、德国、荷兰和比利时的盗版。同样，盗版行为也在德语国家之间和意大利语国家或者地区之间广泛存在。因此，为了阻止这种国际间的相互盗版行为是 19 世纪相关国家达成双边协议的主要目的，其中主要的国家是英国和法国，这些双边条约的主要内容中都包括有关保护的主体，保护的作品，国民待遇原则，有关翻译与复制权以及限制，保护期限和形式要件要求等内容。在这些双边条约基础之上，一些核心国家又经过大约 30 多年的努力，在 1886 年 9 月达成了《伯尔尼公约》；其中有 12 个国家参加了这次外交会议：德国、比利时、西班牙、美国、法国、海地、意大利、日本、利比里亚、瑞士、英国和突尼斯。而日本和美国只是作为观察员身份参与的。在签字的 10 个国家中除了利比里亚之外，其他 9 个国家都对该公约的生效加以确认，这样在 1887 年 12 月 5 日该公约生效。尽管这一公约只有 9 个国家签字生效，但是对于其中一些成员国的殖民地国家，例如法国殖民地国家也有效，而且英国签字的时候还代表了澳大利亚、新西兰、加拿大以及印度等国家或者地区，使得这一公约的覆盖领土范围还是相当宽广的。<sup>①</sup> 但是《伯尔尼公约》应该是直到 20 世纪 80 年代之后才成为真正的国际公约，因为直到那一时期，美国、中国和俄罗斯才相继加入该公约，这时其所适用的领土和人口才真正是国际化的。

为了解决国际间的盗版问题，《伯尔尼公约》采取了国民待遇原则和最低保护原则来解决国际间一直存在的对等原则和保护水平的巨大差距。对等原则是国家关系中的基本原则，这在一些国家的法律中还留有痕迹，例如《法国知识产权法典》第 L111-4 条规定：“在符合法国参加的国际公约规定的情况下，经咨询外交部后查明某国对在法国首次发表的作品，无论以何种方式未给与充分有效保护的，在该国首次发表的作品不得享有法国著作权立法之保护。但作品的完

---

<sup>①</sup> Sam Ricketson and Jane Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, 2nd Edition, volume 1, Oxford University Press, pp. 3~82.

整和身份不得受到任何损害。在第一款规定的情况下,应向行政法规指定的公益机构支付著作权报酬。”<sup>①</sup>而最低保护原则则使得加入该公约的各个国家之间的保护水平较为统一。对此我们在下面的基本原则部分再详细介绍。

另外,版权制度与技术发展尤其是信息技术的发展有着密切的关系,因此有学者称:“著作权法从一开始就是技术之子。”<sup>②</sup>从《伯尔尼公约》等公约的历史中我们可以大致发现版权法制度的发展过程以及与技术之间紧密的关系。1886年《伯尔尼公约》达成之时主要是处于印刷技术环境下,所以版权中最主要的权利便是复制权,那个时候还没有广播电视以及磁介质等技术,在纸介质上印刷作品并通过纸介质的转移和发行是传播作品的最为重要的手段。复制权在当时的重要性可以从1886年的《伯尔尼公约》的文本中来表现,在该文本中没有赋予作者复制权的条款,但这是因为复制权在当时已经被认为是当然的权利,甚至都不需要再在文本中赘述。<sup>③</sup>《伯尔尼公约》自从颁布以来大约每20年便修订一次,每次修订都与适应新技术的需要有重要的关系,例如1908年11月13日在柏林修订时增加了音乐作品的录制权,它规定的是作曲者的所谓“机械”权,<sup>④</sup>而这主要是为了应对1898年开始大量使用的代替人来演奏的钢琴乐曲带技术(piano roll)。1928年6月2日在罗马修订时为了适应广播技术的发展增加了播放权,首次确认了“授权通过广播和电视公开传播……作品”的权利,但是在当时这一条款还有些含混,如同播放行为本身一样不成熟,直到1948年的下一次修订时才对这一问题进行了比较充分的讨论,这一权利也分解成几个方面的权利,以便考虑利用这一权利的各种途径和技术。<sup>⑤</sup>1948年6月26日在布鲁塞尔修订时增加了

---

① 《法国知识产权法典》(法律部分),L. 111-4条,黄晖译,郑成思审校,北京,商务印书馆,1999。

② [美]保罗·戈斯汀:《著作权之道——从古登堡到数字点播机》,金海军译,22页,北京,北京大学出版社,2008。

③ 世界知识产权组织:《保护文学和艺术作品伯尔尼公约(1971年巴黎文本)指南》,刘波林译,44页,北京,中国人民大学出版社,2002。

④ 同上书,62页。

⑤ 同上书,54页。



公开朗诵权；1967年7月14日在斯德哥尔摩修订时增加了电影摄制权。技术的发展甚至可以使得一些相关的国际公约变得无足轻重，例如1974年的《卫星公约》，<sup>①</sup>该公约没有关于通过卫星之间广播的规定而只是有关卫星之间的通信的规定，但是随着卫星传播程序承载的信号技术的发展(programme-carrying signals)，这些卫星都可以看成是直接广播的卫星，这使得《卫星公约》的重要性急剧下降。<sup>②</sup>

到了20世纪90年代，距离《伯尔尼公约》上次修订的1971年又是20余年，但是这次WIPO面临的技术问题是新媒体和互联网络，可以实现所有的地球人没有地域限制进行多媒体文本交换的技术，这使得这次修改似乎比以往任何时候都具有挑战性以至于最后不是对《伯尔尼公约》进行修改，而是制定了独立的、被形象地称为互联网络条约的WCT和WPPT。但是，到目前，《伯尔尼公约》仍然是有关著作权保护的最重要的和最根本的国际公约，其成员国数量在20世纪80年代以后有了大幅增加，覆盖了世界上绝大多数的地区和人口。<sup>③</sup>而1995年WTO的成立，其中的Trips协议又将《伯尔尼公约》中的实质性条款进行了移植，使得《伯尔尼公约》的影响力和约束力通过WTO再次得到加强。

## 二、《伯尔尼公约》的基本原则

### (一) 国民待遇原则

国民待遇原则是《伯尔尼公约》中的基本原则，被认为是该公约的两大支柱之一，另一个支柱是公约的最低保护要求原则。<sup>④</sup>关于国

---

① 《卫星公约》第2条(一)规定：“各缔约国保证采取适当的措施，防止任何播送者在该国领土上或从该国领土上播送任何发射到或通过人造卫星但并非为了提供给他们载有节目的信号。这确保证应当适用于以下情况，即起源组织是另一缔约国的国民和播送的信号是接收信号。”

② Mihaly Ficsor. *The Law of Copyright and the Internet—The 1996 WIPO Treaties, Their Interpretation and Implementation*[M]. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 300.

③ 到2011年11月10日，有164个成员国，[http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&-treaty\\_id=15](http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&-treaty_id=15)。

④ Sam Ricketson and Jane Ginsburg. *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, 2nd Edition, Oxford University Press, p. 310.

民待遇原则,该公约第5条1规定:“就享有本公约保护的作品而论,作者在作品来源国以外的本同盟成员国中享有各该国现在给与和今后可能给与其国民的权利,以及本公约特别授予的权利。”国民待遇原则在很大程度上消除了成员国对于本国国民的作品和其他国家的国民作品给与区别待遇的做法,实现了在同盟内消除歧视待遇,实现了同等待遇的目的,这是成员国达成该公约的主要目的之一。理解《伯尔尼公约》中的国民待遇原则,应该注意以下方面。

第一,国民待遇原则所适用的作品类型仅仅限于受本公约保护的作品,而受本公约保护的作品应该是指《伯尔尼公约》第2条1中所定义和列举的作品;这意味着如果同盟中某一成员国对于没有在《伯尔尼公约》第2条1中所列举的作品给与著作权保护,那么这一成员国可以拒绝对来自其他成员国的该作品给与著作权保护。例如计算机软件并没有列入《伯尔尼公约》中的第2条1中,那么即使美国给与其著作权保护,那么像中国等其他成员国也可以拒绝对来自美国的计算机软件给与著作权保护。当然,由于现在受Trips协议的约束,WTO成员都必须对计算机软件给与著作权保护。又例如荷兰司法实践中对气味给与了著作权保护,<sup>①</sup>但是由于气味并没有被列入到《伯尔尼公约》第2条1中,那么荷兰就可以拒绝对来自其他同盟成员国的气味作品给与著作权保护。这也说明了将某一类型作品能够加入到该公约第2条1所列举的作品类型中的重要性。历史上,摄影作品就是经历了较长时间的争论才成为其中的一员的。

第二,有资格在同盟的成员国中获得国民待遇的作品仅仅指以本同盟一成员国为来源国的作品。那么如何确定作品的来源国便是一个非常重要的问题。《伯尔尼公约》第5条4对如何确定来源国给与了规定:“(a)对于首次在本同盟某一成员国出版的作品,以该国家为起源国;对于在分别给与不同保护期的几个本同盟成员国同时出版的作品,以立法给与最短保护期的国家为起源国;(b)对于同时在非本同盟成员国和本同盟成员国出版的作品,以后者为来源国;(c)对于未出版的作品或首次在非本同盟成员国出版而未同时在本同盟成

---

<sup>①</sup> Kekofa BV v. Lancôme Parfums et Beauté et Cie SNC, Supreme Court of the Netherlands (First Chamber), 16 June 2006.

员国出版的作品,以作者为其国民的本同盟成员国为来源国,然而(1)对于制片人总部或惯常住所在本同盟一成员国内的电影作品,以该国为起源国。(2)对于建造在本同盟一成员国内的建筑作品或构成本同盟某一成员国建筑物一部分的平面和立体艺术作品,以该国为来源国。”其中(a)和(b)被称为属地标准,即来源国是作品在其境内首次发行的本同盟成员国。(c)被称为属人标准;即对于未出版的作品或首次在非本同盟成员国出版而未同时在本同盟成员国出版的作品,以作者为其国民的本同盟成员国为来源国;但是如果作者不是本同盟成员国国民时,来源国就是他的惯常居所所在国。因为《伯尔尼公约》第3条2是将作者的惯常居所与国籍同等对待的,即“就本公约而言,不属于本同盟成员国国民的作者,如果在本同盟成员国有惯常居所,应视同该国国民。”另外,对于电影作品和建筑作品,其来源国的确定有特殊的规定,前提是这两种作品都没有在本同盟成员国或者同时在本同盟成员国出版,否则则适用(a)和(b);对于电影作品,因为作者往往涉及多人,如果采纳作者的属人标准,则会出现多个国籍或者惯常居所的混乱情形。<sup>①</sup>

第三,国际间在如何理解“享有各该国现在给与和今后可能给与其国民的权利”这一问题上有所分歧:这里的权利是包括任何有关文学与艺术作品的法律中的权利,或者更宽的理解是包括任何与作者有关的法律中的权利?还是应该狭义上解释仅仅是指公约中所提到的权利类型?学者们认为后者这种狭义解释是不合适的,因为公约中提到的这些权利都是成员国必须给与的,那么就不需要国民待遇原则了,另外,像复制权这样的权利在公约的早期文本中并没有列入,但是复制权显然是最基本的著作权类型,成员国都应该给与其他同盟来源国的作品以复制权的保护。<sup>②</sup>但是,一些国家将一些与作品保护有关的权利,例如公共借阅权或者有关向私人复制收取版权特别费的权利在一些法律中单独规定而不是统一在著作权法中加以规定,那么这些权利是否属于公约这一条款中所说的“权利”?另外,像

<sup>①</sup> 参见《伯尔尼公约(1971年巴黎文本)指南》,刘波林译,29~32页。

<sup>②</sup> Sam Ricketson and Jane Ginsburg. *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, 2nd Edition, Oxford University Press, p. 313.

与版税有关的征税或者向作者提供的资助或者资金奖励等是不是也属于这里的权利?<sup>①</sup> 这一问题没有统一的解释或者答案,但是学者如瑞克森(Sam Ricketson)等认为根据《伯尔尼公约》的前言以及第1条的内容:以下因素应该被用于考虑是否应该适用这里的国民待遇原则:关于有资格获得公约保护的人的身份认定(即同盟的作者以及在某些特定情形中非同盟作者的确认),所保护的客体(即文学和艺术作品),所保护的实质性权利,保护的期限,对这些保护的例外以及所提供的救济。<sup>②</sup> 这些因素可以帮助成员国来理解和确定国民待遇原则的适用范围,但是毕竟这需要成员国之间的共同理解和适用,因此在实践中可能会遇到问题。因此,为了尽量避免这些理解的差异的出现,一些国家则通过另外的公约或者条约来对一些权利进行特别的规定,从而成为明确的国际义务,例如在 Trips 协议以及 WCT 中关于计算机程序和出租权等内容的规定。

第四,国民待遇原则与对等原则不同。根据国民待遇原则,同盟的一个成员国不能因为另一个同盟成员国保护水平较低而对来源于该成员国的作品也给与较低的保护,除非属于公约允许的国民待遇例外的情形。那么,如果仅仅有国民待遇原则,就会在同盟的成员国之间造成保护的不平衡,即来源于保护水平低的成员国的作品在保护水平高的成员国会得到高于来源国的保护,相反来源于保护水平高的成员国的作品则在保护水平低的成员国得到较低的保护。这可能会使得来源于保护水平低的成员国的作品的权利人占到便宜,从而保护水平越高的成员国越会被人占便宜。为了避免这种情况出现,公约采纳另一个原则,即最低保护原则,而这一原则与国民待遇原则有紧密的配合,即作者在作品来源国以外的本同盟成员国中享有各该国根据本公约特别授予的权利。至于这些特别授予的权利,我们在最低保护原则中将详细介绍。

第五,国民待遇原则有例外的规定。《伯尔尼公约》允许在一些情况下,同盟成员国可以不履行国民待遇的义务或者不遵守国民待

---

<sup>①</sup> Sam Ricketson and Jane Ginsburg. *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, 2nd Edition, Oxford University Press, p. 313.

<sup>②</sup> *Ibid.*, p. 315.

遇原则。第一种情况是公约要求成员国提供最低权利(Berne minima)。如果某一成员国对公约作品所赋予的权利不满足公约的最低保护,那么对于同盟其他来源国的作品,该国必须给与不低于公约最低权利的保护,即相对该国的本国作品,其他来源国的作品所获得的权利保护是超国民待遇的。<sup>①</sup>例如在1992年,我国为了加入《伯尔尼公约》而颁布了《实施国际著作权条约的规定》,其中对外国人的作品在一些方面就有超国民待遇的规定。例如其第6条、第7条、第8条和第9条中有关实用艺术作品、计算机程序、汇编作品和录像制品等内容的规定。第二种情况是《伯尔尼公约》明确允许一些情形可以不受国民待遇原则的限制,例如关于保护期则依据对等原则,“在任何情况下,期限将由被请求给与保护的国家的法律加以规定;但是,除被请求的国家的法律另有规定者外,这种期限无须超过作品来源国规定的期限。”<sup>②</sup>这意味着一个成员国,例如美国可以给与其本国的作品的保护期长于对来自中国的作品的保护期。另一个例外是关于实用艺术作品的,即“在遵守本公约第7条第四款之规定的前提下,本同盟各成员国得通过国内立法规定其法律在何种程度上适用于实用艺术作品以及工业品平面和立体设计,以及此种作品和平面与立体设计受保护的的条件。在起源国仅仅作为平面与立体设计受到保护的作品,在本同盟其他成员国只享受各该国给与平面和立体设计的那种专门保护;但如在该国并不给与这种专门保护,则这些作品将作为艺术作品得到保护。”<sup>③</sup>第三个例外是关于追续权的,《伯尔尼公约》第14条之3规定:“1. 对于美术作品原作和作家与作曲家的手稿,作者或作者死后由国家法律所授权的人或机构享有不可剥夺的权利,在作者第一次转让作品之后对作品进行的任何出售中分享利益。2. 只有在作者本国法律承认这种保护的情况下,才可在本同盟的成员国内要求上款所规定的保护,而且保护的程度应限于被要求给与保护的国家的法律所允许的程度。”

---

① Sam Ricketson and Jane Ginsburg. *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, 2nd Edition, Oxford University Press, p. 319.

② 《伯尔尼公约》第7条8。

③ 《伯尔尼公约》第2条7。

## （二）最低保护原则

最低保护原则被认为是支撑《伯尔尼公约》的第二根支柱。根据最低保护原则，同盟的成员国对于来源于其他同盟成员国的作品的保护必须满足公约所要求的最低水平。通过这些必须达到的最低保护的条款，成员国之间的保护水平不至于差距太大，这样才能保证同盟成员国之间的作品得到一定水平的保护，否则仅仅是国民待遇原则不能解决同盟的不同成员国之间保护差距过大的问题。最低保护原则也表明成员国可以给予著作权人高于该公约的要求的保护。该公约第 19 条规定：“如果本同盟成员国的本国法律提供更广泛的保护，本公约条款不妨碍要求适用这种规定。”这一条款是在《伯尔尼公约》柏林修订会议上增加的，再次强调公约规定的权利只是最基本的权利，公约中没有任何规定阻止作者在该公约的某成员国主张更广泛的权利，只要这一国家的国内法规定了这种更广泛的权利，这时便适用该国内法，但是要按照公约的要求给予国民待遇。<sup>①</sup> 最低保护原则主要体现在以下方面。

第一，自动保护的要求，公约第 5 条 2 规定：“享有和行使这些权利不需要履行任何手续，也不论作品起源国是否存在保护。因此，除本公约条款外，保护的程度以及为保护作者权利而向其提供的补救方法完全由被要求给以保护的国家的法律规定。”自动保护的要求显然是对作者权利加强保护的一个表现，另外这一原则也体现了这样一种观念：著作权不再是政府所赋予的权利，不是公共登记的行为而是创造活动产生了著作权。<sup>②</sup>

第二，关于受保护的文学艺术和科学作品的要求。公约第 2 条 1 中对需要给与著作权保护的作品给与抽象和具体的规定，即“‘文学和艺术作品’一词包括文学、科学和艺术领域内的一切成果，不论其表现形式或方式如何，诸如书籍、小册子和其他文字作品；讲课、演讲、讲道和其他同类性质作品；戏剧或音乐戏剧作品；舞蹈艺术作品和哑剧；配词或未配词的乐曲；电影作品和以类似摄制电影的方法表

<sup>①</sup> 《伯尔尼公约(1971年巴黎文本)指南》，刘波林译，80页。

<sup>②</sup> Sam Ricketson and Jane Ginsburg. *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, 2nd Edition, Oxford University Press, p. 322.

现的作品；图画、油画、建筑、雕塑、雕刻和版画作品；摄影作品和以类似摄影的方法表现的作品；实用艺术作品；与地理、地形、建筑或科学有关的插图、地图、设计图、草图和立体作品”。对于这些作品，成员国必须给与著作权保护，除非公约有明确的例外规定。此外第2条3和5还对演绎作品和汇编作品的保护加以要求。

第三，关于保护期的最低要求。在《伯尔尼公约》达成之前，各个国家对作品的著作权保护期差别很大；例如只有比利时、法国和突尼斯的著作权法规定保护期为作者终生加上死后50年，其他国家例如英国则是42年或者作者终生加死后7年保护期（以较长者为准），德国和瑞士是作者终生加死后30年；而西班牙是作者终生加死后80年等。由于国家之间对于保护期分歧较大，直到1908年的柏林修订会议上，才将“本公约给与保护的期限，为作者终身加作者死亡后五十年”这一条款纳入公约中，但是其并没有强制约束力，而只是期望给与保护的期限，不接受这一条款的成员国可以继续保留原来的保护期，但是来自于这些成员国的作品在同盟其他成员国的保护期不能长于其来源国的保护期。<sup>①</sup> 随着接受这一条款的国家不断增多，在1948年的布鲁塞尔修订会议上称为一项公约义务。这一义务不阻止成员国给与更长的保护期，即在作者终身加死亡后50年以上，即公约第7条6规定：“本同盟成员国给与保护的期限，可以长于前几款规定的保护期。”另外，在前面已经提到，保护期是国民待遇原则的一个例外。尽管有关保护的这一条款已经是具有约束力的最低保护的要求，但是公约还是给与一些国家以例外，即公约第7条7规定：“受本公约罗马文本约束并在此公约文本签署时有效的本国法律中规定了短于前述各款期限的保护期的本同盟成员国，有权在加入或批准此公约文本时维持这种期限。”这一对保护期最低要求减损的条款的出现主要是因为有几个国家，尤其使波兰和罗马尼亚在斯德哥尔摩会议期间还不愿意加入布鲁塞尔文本，而是坚持停留在罗马文本中，主要原因是他们不接受作者终身加死亡后50年保护期的条款。在斯德

---

<sup>①</sup> Sam Ricketson and Jane Ginsburg. *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, 2nd Edition, Oxford University Press, pp. 536~539.

哥尔摩会议期间,他们提出了过渡安排的要求,即允许它们加入斯德哥尔摩文本同时有允许它们保留较短的保护期,尽管这一要求遭到了其他一些国家的批评,但是为了考虑到能够使得它们加入到斯德哥尔摩文本从而遵守该文本中的其他条款要比它们继续保留在罗马文本中更好,于是大会增加了这一条款来解决这些国家的特殊要求。<sup>①</sup>

第四,公约规定了成员国必须给与的权利。《伯尔尼公约》中还规定了一些成员国必须给与作者的权利,一是属于精神权利中的署名权和保护作品完整权,即“不受作者经济权利的影响,甚至在上述经济权利转让之后,作者仍保有要求其作品作者身份的权利,并有权反对对其作品的任何有损其声誉的歪曲、割裂或其他更改,或其他损害行为”。<sup>②</sup>但是公约并不要求成员国必须在版权法中保护这些权利,即通过其他法律保护也可以,例如普通法系国家的版权法中经常并不明确保护这些精神权利,而是通过普通法来保护,这也是符合公约的要求的,即“为保障本条所承认的权利而采取的补救方法由被要求给与保护的国家的法律规定”。<sup>③</sup>二是属于经济权利中的重要权利——复制权。公约第9条1规定:“受本公约保护的文学和艺术作品的作者,享有授权以任何方法或者形式复制该作品的专有权。”而且公约为了避免分歧还特别强调:“就本公约而言,任何录音录像制品均视为复制品。”<sup>④</sup>即明确在当时来说这些新型的复制技术和措施也属于公约中的复制行为。三是同样属于经济权利种类中的改编权(the right of adaption);公约第12条规定:“文学和艺术作品的作者,享有授权对其作品进行改编、编曲和其他变更的专有权。”四是向公众传播的权利,即公约第11条对公共表演权的要求:“1. 戏剧作品、音乐戏剧作品和音乐作品的作者享有下列专有权利:(1)授权公开表演和演奏其作品,包括用各种手段和方式公开表演和演奏;(2)授权用各种手段公开播送其作品的表演和演奏。2. 戏剧作品或音乐戏剧作

---

① Sam Ricketson and Jane Ginsburg. *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, 2nd Edition, Oxford University Press, pp. 567~568.

② 《伯尔尼公约》第6条之21。

③ 《伯尔尼公约》第6条之23。

④ 《伯尔尼公约》第9条3。



品的作者,在享有对其原作的权利的整个期间应享有对其作品的译作的同等权利。”第 11 条之 2 对播放权的要求:“1. 文学艺术作品的作者享有下列专有权利:(1)授权广播其作品或以任何其他无线传送符号、声音或图像的方法向公众传播其作品;(2)授权由原广播机构以外的另一机构通过有线传播或转播的方式向公众传播广播的作品;(3)授权通过扩音器或其他任何传送符号、声音或图像的类似工具向公众传播广播的作品。”第 11 条之 3 对公开朗诵权的规定:“1. 文学作品的作者享有下列专有权利:(1)授权公开朗诵其作品,包括用各种手段或方式公开朗诵;(2)授权用各种手段公开播送其作品的朗诵。2. 文学作品作者在对其原作享有权利的整个期间,应对其作品的译作享有同等的权利。”这些权利都需要成员国通过自己的法律加以落实,我国著作权法也对此给予了相应的规定,尽管涉及权利的具体名称并不相同,对此在本书的权利一章我们会专门加以讨论与介绍。

第五,关于权利例外的规定。《伯尔尼公约》中有关对权利的限制与例外可以分为三种情况,一是对保护的客体的排除性规定;二是对作品使用的例外规定,即不经著作权人许可也不需要支付版税便可以使用;三是对作品使用的限制规定,即不需著作权人的许可,但是需要支付版税。<sup>①</sup> 这些有关权利的限制和例外的条款有些是强制性义务,有些是建议性条款,都对《伯尔尼公约》同盟成员国有相应的约束力。对于保护的客体的排除,公约第 2 条 8 规定:“本公约的保护不适用于日常新闻或纯属报刊消息性质的社会新闻。”这一规定是强制性的,因此成员国不应应对这种日常新闻或者社会新闻给与著作权的保护;如果有成员国一定要给与保护,那么也只能约束本国的国民,对其他同盟成员国的国民则没有约束力。另外,对于政治演说和法庭诉讼过程中发表的言论是否给与保护则由成员国自己决定,这意味着对这些客体的排除不是强制性的。<sup>②</sup> 对于权利的例外规定,首先是关于复制权的一般性允许使用的规定,即公约第 9 条 2 的所谓三

---

<sup>①</sup> Sam Ricketson and Jane Ginsburg. *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, 2nd Edition, Oxford University Press, pp. 756~757.

<sup>②</sup> 《伯尔尼公约》第 2 条之 2:1. 政治演说和诉讼过程中发表的言论是否全部或部分地排除于上条提供的保护之外,属于本同盟各成员国国内立法的范围。

步检验法：“本同盟成员国法律得允许在某些特殊情况下复制上述作品，只要这种复制不损害作品的正常使用也不致无故侵害作者的合法权益。”其次，关于公开演讲或者授课的新闻报道的使用，由成员国自己决定是否属于不经许可和支付版税便可以使用；即公约第2条之2的规定：“2. 公开发表的讲课、演说或其他同类性质的作品，如为新闻报道的目的有此需要，在什么条件下可由报刊登载，进行广播或向公众传播，以及以第11条之2第1款的方式公开传播，也属于本同盟各成员国国内立法的范围。”再次，便是关于引用和教学中使用的权利的例外，公约第10条规定：“1. 从一部合法公之于众的作品中摘出引文，包括以报刊提要形式引用报纸期刊的文章，只要符合合理使用，在为达到目的的正当需要范围内，就属合法。2. 本同盟成员国法律以及成员国之间现有或将要签订的特别协议得规定，可以合法地通过出版物、无线电广播或录音录像使用文学艺术作品作为教学的解说的权利，只要是在为达到目的的正当需要范围内使用，并符合合理使用。3. 前面各款提到的摘引和使用应说明出处，如原出处有作者姓名，也应同时说明。”对于引用，公约中的规定是强制性的，即成员国有义务规定这种使用是合法的，但是对于教学中的使用，公约只是允许成员国规定其属于权利的例外，但是不是强制性的规定。

关于法定许可的规定，即公约允许成员国在一些情况下规定他人可以不经权利人的许可便可以使用其作品，但是应该支付相应的报酬，主要是公约的第11条之2(2)和第13条。公约第11条之2(2)是关于广播中使用他人作品的法定许可，即“行使以上第一款所指的条件的条件由本同盟成员国的法律规定，但这些条件的效力严格限于对此作出规定的国家。在任何情况下，这些条件均不应有损于作者的精神权利，也不应有损于作者获得合理报酬的权利，该报酬在没有协议情况下应由主管当局规定。”根据这一条款，成员国可以用法定许可制度来代替作者的专有权。公约第13条是关于音乐作品使用的法定许可，即“本同盟每一成员国可就其本国情况对音乐作品作者及允许其歌词与音乐作品一道录音的歌词作者授权对上述音乐作品以及有歌词的音乐作品进行录音的专有权利规定保留及条件；但这类保留及条件之效力严格限于对此作出规定的国家，而且在任何情况下均不得损害作者获得在没有协议情况下由主管当局规定的合理

报酬的权利”。<sup>①</sup> 根据这一条款,成员国可以采纳法定许可制度,但是前提条件是作词者和作曲者必须之前已经同意对歌词和乐曲共同进行录制。<sup>②</sup> 这一法定许可具有地域性特征,因此其他成员国可以视其为侵权制品而采取相应措施,即“根据本条第一、二款制作的录音制品,如未经有关方面批准进口,视此种录音为侵权录音制品的国家,可予扣押”。<sup>③</sup>

### (三) 自动保护与著作权独立原则

著作权的自动保护是《伯尔尼公约》所确立的一项重要原则,如前面已经提到的,《伯尔尼公约》第5条2规定:“享有和行使这些权利不需要履行任何手续,也不论作品来源国是否存在保护。因此,除本公约条款外,保护的程度以及为保护作者权利而向其提供的补救方法完全由被要求给以保护的国家的法律规定。”这一条款确定了在同盟内著作权保护的自动保护原则和著作权独立原则。

首先,保护不能以履行任何手续为条件;“手续”一词可以包括国内法规定的权利保护要件意义上的行政义务——未履行这些义务将导致丧失著作权。例如,交存作品的复制品,在某一公共机构或者官方机构进行作品注册,缴纳注册费,或者履行其中一项或一项以上的义务。<sup>④</sup> 在世界上,一些国家对著作权的保护需要权利人履行一定的手续,例如我国第一部著作权法,《大清著作权律》第2条规定:凡著作物归民政部注册给照。第4条规定:著作物经注册给照者,受本律保护。<sup>⑤</sup> 1910年的英国《安妮女王法》也规定必须在文具(Stationers)公司的大厅内办理登记手续,并提交作品样本。<sup>⑥</sup> 更有影响的是美国的版权法,如学者所介绍的,在20世纪的大多数时间内,美国实际上是唯一坚持将遵守包括附加版权声明在内的有关手续要求作为版权保护先决条件的国家。1976年《美国版权法》规定了三项手续要求:在

① 《伯尔尼公约》第13条1。

② 《伯尔尼公约(1971年巴黎文本)指南》,2.6(a),63页。

③ 《伯尔尼公约》第13条3。

④ 《伯尔尼公约(1971年巴黎文本)指南》,2.6(a),28页。

⑤ 《大清著作权律》(1910),载《中国百年著作权法律集成》,5页,北京,中国人民大学出版社,2010。

⑥ [美]保罗·戈尔斯坦:《国际版权——原则、法律与惯例》,199页。

享有版权保护作品的公开出版物或者录音制品上附加版权声明；向国家版权局提交出版物或者录音制品的样本；在版权局进行版权登记。但是由于美国在1989年加入了《伯尔尼公约》，其在1989年3月1日生效的《伯尔尼公约实施法》中对美国版权法进行了修改，即上述规定只是针对美国作品，来源国不是美国的作品则不受上述手续的影响。<sup>①</sup>

其次，这一规定仅同依据公约主张的权利有关。这种免于任何手续的自动保护，与作品在来源国受到的任何保护都没有关联。来源国仍然可以完全自由地规定这一作品的权利在该国的享有和行使需要符合它认为适宜的条件和手续，因为这完全由国内法自行规定的问题，但是在来源国境外，本同盟作者可以在本同盟所有成员国请求给与保护，而无须履行任何手续；甚至无须证明已经履行期作品的来源国所要求履行的任何手续。<sup>②</sup>

最后，《伯尔尼公约》第5条3规定：“来源国的保护由该国法律规定。如作者不是来源国的国民，但其作品受公约保护，该作者在该国仍享有同本国作者相同的权利。”这是著作权独立原则的一个表现，即作品在来源国受到的保护，在作者是该国国民的情况下，完全由该国法律确定，公约不提供保护；就其他作者而言，则要给与国民待遇。例如美国的作者在美国享有的版权，完全是由美国版权法决定的，公约对此并不干预，但是中国的作者在美国所受到的保护一方面享有国民待遇；另一方面享有本公约的保护，本公约所规定的最低保护以及自动保护等都要对中国作者加以实现。

### 三、适用《伯尔尼公约》的连接点

什么样的人可以依据《伯尔尼公约》获得在同盟成员国的著作权保护？这是关于适用该公约的连接点问题。根据《伯尔尼公约》的相关规定，这一问题分为几种情况，一是作者是同盟成员国的国民或者有惯常居住地的情况；二是作品首先在同盟成员国出版的情况；三是有关电影作品和建筑作品的特殊规定。

① [美]保罗·戈尔斯坦：《国际版权——原则、法律与惯例》，199～200页。

② 《伯尔尼公约（1971年巴黎文本）指南》，2.6(a)，28页。

### (一) 同盟作者

《伯尔尼公约》第3条规定：“1. 根据本公约，(a)作者为本同盟任何成员国的国民者，其作品无论是否已经出版，都受到保护；”“2. 非本同盟任何成员国的国民但其惯常住所在一个成员国国内的作者，为实施本公约享有该成员国国民的待遇。”这两条内容确定了公约在确定得到保护的连结点上的属人原则，其有两个标准：国籍和惯常居所。根据国籍这一标准，公约同盟成员国的国民受本公约的保护，对于不属于本公约同盟成员国国民的作者，但是在这些成员国的国家又有惯常居所的，其也被视为该国国民而与该国国民作者一样受到公约的保护。采用惯常居所(habitual residence)而不用住所(domicile)的概念是因为住所的概念在不同的国家有所区别，而惯常居所的概念是考虑居住的时间长短；对于惯常居所标准，无国籍人和难民也都适用。<sup>①</sup>

属人原则中的两个连结点标准，尤其是惯常居所标准产生几个不好解决的问题，其一便是作者会不时地更换惯常居所，那么如何确定哪一个惯常居所是符合公约的惯常居所？例如是作者完成时的惯常居所，是作品出版时的惯常居所还是作者要求维护权利时的惯常居所？不论是公约文本还是国际社会对于这个问题都没有一致的答案，但是一般倾向认为对于已经出版的作品，则出版时的惯常居所为这里的惯常居所，对于未出版的作品，则作者要求权利保护时的惯常居所为这里的惯常居所，因为如果以作品完成时的惯常居所为准，则会产生举证困难问题。<sup>②</sup>

例如在“菲利普诉阿曼、中央电视台侵犯著作权纠纷案”中，在关于原告是否享有涉案歌曲的词曲著作权的问题上，法院认为原告是法兰西共和国国民，法兰西共和国及我国均是《伯尔尼公约》的成员国，根据《伯尔尼公约》第3条1(a)的规定，原告作品无论是否已经出版，都在我国受到保护。同时，鉴于原告在我国请求著作权保护，故

① 《伯尔尼公约》(1971年巴黎文本)指南，2.6(a)，24页。

② Sam Ricketson and Jane Ginsburg. *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, 2nd Edition, Oxford University Press, p. 243.

应当依据我国法律确认著作权的权利归属和内容。<sup>①</sup>

在这里,在确定原告菲利普是否是著作权人的问题上,我国法院的这一判决中做了简化处理,即直接适用了《伯尔尼公约》的相关条款,那么产生一个问题,即像《伯尔尼公约》这样的国际公约在我国案件审判中是否可以直接适用?2011年4月1日开始实施的《涉外民事关系法律适用法》第48条规定:“知识产权的归属和内容,适用被请求保护地法律。”根据这一规定,在判断原告是否是本案中的著作权人的问题上,应该适用我国的法律。而根据我国《著作权法》(2001)第2条第二款的规定:“外国人、无国籍人的作品根据其作者所属国或者经常居住地国同中国签订的协议或者共同参加的国际条约享有的著作权,受本法保护。”那么原告的所属国法国与中国共同参加的国际条约便是《伯尔尼公约》和 Trips 协议,而根据《伯尔尼公约》第3条1(a)的规定:“作者为本同盟任何成员国的国民者,其作品无论是否已经出版,都受到保护,”所以应该根据我国《著作权法》(2001)第2条第二款的规定,原告在我国对其作品享有著作权。

## (二) 非同盟成员国作者

对于不属于本同盟成员国的作者,即既不是同盟成员国的国民,也不在同盟成员国有惯常居所,那么他们的作品如果在本同盟一成员国内首次出版(publish),或者已经在不属于本同盟成员国的国家和本同盟一成员国内同时出版,那么该作品受到本公约的保护。即公约所规定的:“作者为非本同盟任何成员国的国民者,其作品首次在本同盟一个成员国出版,或在一个非本同盟成员国和一个同盟成员国同时出版的都受到保护”。<sup>②</sup>这一连结点首次出版地,因此称为属地标准。<sup>③</sup>如学者瑞克森所指出的,20世纪80年代之前,这一连结点有很大意义,因为在那个时候美国、中国和苏联这些大国都还不是《伯尔尼公约》的成员国,但是今天,这些国家都相继加入了该公

<sup>①</sup> 《菲利普诉阿曼、中央电视台侵犯著作权纠纷案》,北京市第一中级人民法院民事判决书,(2008)一中民初字第11472号。

<sup>②</sup> 《伯尔尼公约》第3条1(b)。

<sup>③</sup> 《伯尔尼公约(1971年巴黎文本)指南》,2.6(a),24页。