

论著作权法的范式转换

从“权利”到“行为规制”

丁文杰*

摘 要 现行著作权法条文的构造具有浓厚的自然权理论色彩,重视对著作人身权的保护,且在处理著作财产权时拘泥于物权构造。静态思维的权利范式缺乏体系化思维,将著作权误解为对作品这一无体“物”享有的权利。然而,著作权的本质是行为规制,其对私人行动自由的限制程度较高。因此,著作权法的思维方式也需要从静态思维的权利范式转向动态思维的行为规制范式。动态思维的行为规制范式,既可以纠正政策形成过程中的利益倾斜问题,也可以弥补著作权法条文与使用者普遍认知之间的偏差。

关键词 著作权法 静态思维 动态思维 权利范式 行为规制范式

一、问题的提出

在瞬息万变的知识产权法领域,著作权法与技术创新之间有着千丝万缕的联系。从法律史的角度来看,印刷技术的发展推动了以复制禁止权中心主义为特征的著作权制度登上历史舞台,而复制技术和网络技术的普及触发了著作权法的两次重大变革。^{〔1〕}然而,著作权法尚未完全适应复制技术和网络技术所带来的冲击,随着物联网、大数据、人工智能等技术的进步,

* 复旦大学法学院讲师。

〔1〕 关于著作权法的历史考察,参见杨明:“私人复制的著作权法制度应对:从机械复制到云服务”,《中国法学》2021年第1期,第191—194页。

以人的创作为基石建构的著作权法体系再次面临严重挑战。人工智能生成物、〔2〕网络游戏画面、〔3〕体育赛事直播画面、音乐喷泉、深层链接、〔4〕短视频〔5〕等新型著作权纠纷问题,业已成为颇受关注却又悬而未决的难题。

尽管技术创新不断给现有的著作权法体系带来重大冲击,但是实务界和学术界思考新问题的方式并未摆脱传统静态思维的束缚。其一,就司法实践而言,由于欠缺融贯的法理阐述,法院在新型著作权纠纷问题上尚无统一立场。例如,由专业摄像团队摄制并由专业导播实时编辑加工而成的体育赛事直播画面,究竟属于视听作品还是录像制品,不同法院之间存在严重的分歧。〔6〕再如,围绕音乐喷泉是否构成新作品的问题,各级法院之间同样存在较大分歧。〔7〕其二,在学理层面上,由于著作权法学者普遍侧重制度性研究,〔8〕因此在新型著作权纠纷问题上缺乏基本共识而陷入困境。现有研究基础和范式的成熟,〔9〕著作权法极易陷入立场导向的解释论之争。例如,随着人工智能生成的绘画、诗歌、小说、音乐等逐步进入日常生活,其生成内容的作品定性以及权利归属问题引发了学界的持久关注和热烈讨论。然而,有些学者所提出的观点过于武断,不但无视学界已有的共识,甚至偏离学者自己一贯的价值取向和预设的逻辑前提。

静态思维的问题在于其未能从宏观上对著作权法进行整体观察,即缺乏体系化思维。正所谓“一叶蔽目,不见泰山”。即便著作权法属于应用法学,〔10〕但著作权法的研究

〔2〕 参见北京菲林律师事务所与北京百度网讯科技有限公司著作权纠纷案,北京互联网法院(2018)京0491民初字第239号民事判决书。

〔3〕 参见上海耀宇文化传媒有限公司与广州斗鱼网络科技有限公司著作权侵权及不正当竞争纠纷案,上海市浦东新区人民法院(2015)浦民三(知)初字第191号民事判决书。

〔4〕 参见北京易联伟达科技有限公司与深圳市腾讯计算机系统有限公司侵犯信息网络传播权纠纷案,北京知识产权法院(2016)京73民终143号民事判决书。

〔5〕 参见北京微播视界科技有限公司与百度在线网络技术(北京)有限公司等侵害著作权纠纷案,北京互联网法院(2018)京0491民初1号民事判决书。

〔6〕 有些法院采用录像制品说的立场,参见北京新浪互联网信息服务有限公司与北京天盈九州网络技术有限公司侵害著作权纠纷案,北京知识产权法院(2015)京知民终字第1818号民事判决书;而有些法院采用视听作品说的立场,参见北京新浪互联网信息服务有限公司与北京天盈九州网络技术有限公司侵害著作权纠纷再案,北京市高级人民法院(2020)京民再128号民事判决书。

〔7〕 参见北京中科水景科技有限公司与北京中科恒业中自技术有限公司等侵害著作权纠纷案,北京市海淀区人民法院(2016)京海民初15322号民事判决书;北京知识产权法院(2017)京73民终1404号民事判决书。

〔8〕 就民法学而言,制度性研究奠定了民法学的知识基础,提供了民法学最基本的知识平台,为民事立法和民事司法提供了必要的知识准备,并通过其对社会生活的实际影响确证了民法学研究的必要性。但是,过分侧重制度性研究将会导致“自说自话”和“自我封闭”的局面。参见王轶:“对中国民法学学术路向的初步思考:过分侧重制度性研究的缺陷及其克服”,《法制与社会发展》2006年第1期,第88—90页。

〔9〕 参见(美)托马斯·库恩:《科学革命的结构》(第4版),金吾伦、胡新和译,北京大学出版社2003年版,第8页。

〔10〕 参见郑成思:《版权法(上)》,中国人民大学出版社2009年版,前言部分。

不能仅局限于权利范式为主的静态思维,还应当探寻著作权法体系的应然状态。^[11]尤其是,随着大数据、人工智能等技术的迅速发展,动态的网络联系逐渐增强,著作权保护的实效性遭遇空前危机,这就要求著作权法的思维方式由传统的静态思维转向动态思维。^[12]而动态思维促使我们更加深入地思考:著作权的本质究竟是什么?著作权法的体系观究竟如何影响了法律条文的构造?若按照现行著作权法条文的顺序构建体系,究竟会面临何种问题?以及,若不按照现行著作权法条文的顺序构建体系,则应当以何种顺序论述著作权法?本文拟在澄清现行著作权法的体系观的基础上,指出立足于静态思维的权利范式之理论缺陷;进而遵循动态思维的逻辑,尝试从学理层面对著作权法进行体系构建,并就范式转换的现实意义进行阐述。

二、现行著作权法的体系观

(一)现行著作权法的体系观

综观著作权制度的体系观,主要有自然权理论和功利主义理论两种观点。自然权理论关注权利的道德内核和创作者的自然地位,而功利主义理论则聚焦权利对效益增进的驱动功能以及对各种利益关系的调适作用。^[13]毋庸置疑的是,现行著作权法体系的法哲学基础是自然权理论。^[14]尽管有些学者主张,现行著作权法整体上选择了功利主义指导思想,但其也承认在某些制度环节上借鉴了欧洲大陆的一些极富自然权学说或者人格学说色彩的制度规则。^[15]倘若仅从体系构成来看,现行著作权法条文的构造有着浓厚的大陆法系作者权制度的色彩。

英美法系的版权法和大陆法系的著作权法均产生于18世纪工业革命前夕,以作品系个人独立创作的社会现实为立法前提。^[16]但进入19世纪后,版权法和著作权法逐渐分道扬镳,分别演变成版权(copyright)体系和作者权(author's right)体系。其中,版权体系起源于英国,主要为英美法系的国家所采纳;而作者权体系起源于法国,主要为大陆法系国家所采纳。^[17]在法哲学层面,版权体系与作者权体系对著作权的正当性有不同的诠释。一方面,版权体系的国家虽然在建立著作权制度之初或多或少地借用了自然权理论,尤其是洛克(John

[11] 中山信弘「知的財産法研究の回顧と将来への課題」NBL877号(2008年)10-11頁参照。

[12] 法学思维模式的转换受启发于葛江虬老师的一篇文章,参见葛江虬:“‘知假买假’:基于功能主义的评价标准构建与实践应用”,《法学家》2020年第1期,第160页。

[13] 参见杨涛:“知识产权专有性特质的理论阐释”,《法制与社会发展》2020年第3期,第157页。

[14] 参见张玲:“署名权主体规则的困惑及思考”,《中国法学》2017年第2期,第108页。

[15] 参见崔国斌:“知识产权法官造法批判”,《中国法学》2006年第1期,第152页。

[16] 参见孙新强:“论作者权体系的崩溃与重建”,《清华法学》2014年第2期,第145页。

[17] 参见李明德:“两大法系背景下的作品保护制度”,《知识产权》2020年第7期,第3页。

Locke)的劳动所有权理论,^[18]但在19世纪之后,版权体系逐渐地疏离了自然权理论,更多地从功利主义理论^[19]的角度看待著作权。^[20]另一方面,作者权体系的国家虽然在资产阶级革命时期深受洛克的劳动所有权理论的影响,但在19世纪末,这一传统思想却受到黑格尔(G. W.F. Hegel)的人格所有权理论的挑战,^[21]即该理论认为作品虽然具有可商业利用的财产价值,但作品更是作者人格的投射,而且人格作为作品的主要价值优于其财产价值,财产利益应从属于人格利益。^[22]一般而言,在人格所有权理论的影响之下,作者权体系通常是先规定著作人身权,再规定著作财产权。^[23]

众所周知,中国历史上第一部现代著作权法是1910年清政府颁布的《大清著作权律》。^[24]从制度体系的角度来看,其包含大量的作者权体系的特点和痕迹。^[25]其原因是,日本于明治维新时期引进德国、法国等大陆法系国家的作者权制度,随后清政府民政部在修订法律大臣沈家本的授意下,聘请几名日本法学专家,重点参照了1899年的《日本著作权法》以及《德国著作权法》,同时又吸收了英美法系的注册登记原则,最终起草了著作权法草案。^[26]质言之,《大清著作权律》就是移植《日本著作权法》的结果。^[27]其后,北洋政府1915年颁布的《著作权法》,南京政府1928年颁布的《著作权法》,均没有超出《大清著作权律》的范围。现行著作权法是1991年颁布的《中华人民共和国著作权法》,其同样借鉴作者权体系的做法,既规定了著作人身权,也规定了著作财产权。因此,从著作权制度的谱系来看,现行著作权法的条文构造维持了作者权体系中重视人格利益的特征,留有自然权理论的痕迹。

(二)现行著作权法的构造

就著作财产权而言,传统的物权框架为著作权法的构造提供了参考模型。^[28]遵循物权

[18] 参见(英)洛克:《政府论(下篇)》,叶启芳、翟菊农译,商务印书馆1964年版,第18—27页。

[19] 参见(英)吉米·边沁:《立法理论》,李贵方等译,中国人民公安大学出版社2004年版,第138—140页。

[20] 参见李琛:“论《民法总则》知识产权条款中的‘专有’”,《知识产权》2017年第5期,第13页。

[21] 参见(德)黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆1961年版,第50—52页。以黑格尔和康德的人格所有权理论为中心分析其对德国和法国等国家著作权法发展的影响的研究,See Neil W. Netanel, “Copyright Alienability Restrictions and the Enhancement of Author Autonomy: A Normative Evaluation”, *Rutgers Law Journal*, Vol. 24, No. 2, 1993, pp. 347, 374—382.

[22] 参见孙新强,见前注[16],第130页。

[23] 例如《法国著作权法》第121条和第122条,《德国著作权法》第12条至第27条。

[24] 中国著作权制度的历史进程,参见周林、李明山主编:《中国版权史研究文献》,中国方正出版社1999年版。

[25] 《大清著作权律》名称中即用“著作权”一词,原因是该法制定时以1899年的《日本著作权法》为蓝本。参见韦之:“《大清著作权律》关键词辨析”,《电子知识产权》2010年第11期,第65页。

[26] 参见杨明:“制度与文本:《大清著作权律》的历史审视”,《华中科技大学学报(社会科学版)》2013年第5期,第62页。

[27] 参见王兰萍:《近代中国著作权法的成长(1903—1910)》,北京大学出版社2006年版,第99页。

[28] 参见杨涛,见前注[13],第165页。

构造的逻辑,现行著作权法按照著作权客体、著作权主体、著作权内容、著作权利限制、著作权的经济性利用、著作邻接权、著作权侵权的顺序构建条文体系,而该体系具有浓厚的自然权理论色彩。^[29] 尽管我国于2020年完成了《著作权法》第三次修订,但现行著作权法在处理著作财产权时仍然拘泥于物权构造,并没有改变源自19世纪的著作权基本制度框架。

无可否认的是,著作权具有类似于物权的特点,例如在著作权侵权方面承认停止侵害请求权,且在转让、继承和担保权的设定等方面与所有权的规定类似,因而著作权也常被称为“准物权”。^[30] 因此,有些学者认为,无形财产的存在实际上是“物化思维”的产物。^[31] 然而,尽管著作权借用了物权构造,但其属性与物权并不完全相同。著作权与物权最大的区别在于是否适用返还请求权(《民法典》第235条、第460条)。对于物权的客体而言,所有权人要实现物的支配和完整利用,必须拥有排除他人支配或利用的权利。例如,若自行车被他人盗走,其所有权人将不能再骑该自行车。由此,作为所有权的效力,有体物的返还请求权得以正当化。与此相对,著作权的客体具有消费非竞争性(non-rivalrous)特征。所谓消费非竞争性,是指增加额外消费者的边际成本几乎为零。^[32] 换言之,对于著作权的客体而言,第三人无需从权利人手中夺取并占有作品,也可以在任何时间任何地点利用该作品。同时,第三人未经许可利用作品的行为并不会妨碍权利人对该作品的利用。例如,若某小说在未经许可的情况下被他人抄袭,小说的作者并不会因此失去复制、出版小说的自由。因此,尽管现行著作权法采用了物权构造,但其并未规定返还请求权。对于消费非竞争性客体而言,若要实现返还请求权的法律效果,只需设定禁止他人利用的排他权即可。

三、权利范式的现实困境

(一)权利范式的错误认知

静态思维(static thinking)是一种趋于定型化、稳定的思维活动,它要求思维从固定的概念出发,循着固定的思维程序,达到固定的思维成果。^[33] 主流的著作权法研究往往习惯于静态思维的权利范式,其中最典型的是著作权法教科书(或专著)的编纂体例。国内出版的著作权法教科书大部分采用权利范式,即按照现行著作权法条文的顺序构建叙述框架。尽管近年来出现一些尝试采用动态思维的著作权法教科书,^[34]但其在重视著作人身权以及处理著作

[29] 参见付继存:“著作权绝对主义之反思”,《河北法学》2017年第7期,第46页。

[30] 参见张玉敏:“知识产权的概念和法律特征”,《现代法学》2001年第5期,第110页。对此,有学者主张,在尊重知识产权民事属性的前提下,应摆脱长期以来“准物权”思路,而直面知识产权对象自身的独立性。参见李琛:《著作权基本理论批判》,知识产权出版社2013年版,第1页。

[31] 参见马俊驹、梅夏英:“无形财产的理论 and 立法问题”,《中国法学》2001年第2期,第103页。

[32] 纪海龙:“数据的私法定位与保护”,《法学研究》2018年第6期,第81页。

[33] 李准春等著:《现代思维方式与领导活动》,求是出版社1987年版,第156页。

[34] 参见李雨峰、王迁、刘有东:《著作权法》,厦门大学出版社2006年版。

财产权时遵循物权构造这两大基本问题方面,与以往的著作权法教科书并无本质区别。但问题是,著作权法学者对现行著作权法条文的构造都未曾提出这样的质疑:现行著作权法条文的构造具有浓厚的自然权理论色彩,且在处理著作财产权时拘泥于物权构造,其理由是否在于将著作权理解为与所有权具有相同属性的权利?

1. 著作权:积极利用权抑或消极排他权

现行著作权法的条文是将著作权视为积极利用权,即著作权是以权利人自己利用作品的权利作为前提构建的体系。而实际上,这是将著作权误解为与所有权一样包含积极利用权的权利的结果。依据《民法典》第123条的规定,著作权是权利人依法就作品享有的专有性权利。通说认为,著作权是一种专有性的民事权利,^[35]而在法教义学上通常将专有性解释为排他性。^[36]这意味着,所谓专有性权利并非权利人自己利用作品的积极利用权,而是当他人未经许可利用作品时,权利人禁止他人利用行为的消极排他权。^[37]举例而言,甲未经许可擅自基于乙的作品进行二次创作,尽管甲对其二次创作的作品享有著作权,但甲依旧构成对乙作品的著作权侵权。因此,在未经原作者许可创作的情况下,即使拥有改编作品的著作权,也不能擅自利用该改编作品。但是,不妨碍禁止他人未经许可的利用行为。显然,“专有性权利”这一用词使得著作权被误解为包含积极利用权的权利,而这不过是望文生义的结果而已。尽管存在著作权人可以独占地利用作品的情形,但那只是禁止他人利用行为后产生排他效力的结果。^[38]据此,将著作权理解为积极利用权的观点是值得商榷的。

2. 著作权法条文的误导作用

现行著作权法条文的构造极易诱导出倾向于自然权理论的思维模式,使人们误以为只要付出劳动创作出作品,就可以积极利用该作品。如前所述,现行著作权法误将著作权视为积极利用权,并以此为前提构建其条文体系。其结果是,“权利内容”和“权利侵害”被明显地区分,且在条文体系中相距甚远。例如,复制权、表演权、改编权等“权利内容”规定于《著作权法》第10条,而“权利侵害”规定于与之相距较远的《著作权法》第49条。基于权利范式的思维模式,起草者将著作权理解为著作权人自己利用作品的权利,而将“权利侵害”理解为保障“权利内容”的手段,所以才如此安排“权利内容”和“权利侵害”的体系位置。然而,复制权、表演权、改编权等“权利内容”并非著作权人自己利用作品的积极利用权,而是著作权人禁止他人利用行为的消极排他权。就“权利内容”和“权利侵害”的关系而言,从著作权侵权的认定需满足接触、实质性相似和法定利用行为(即权利内容)三个要件可以看出,所谓“权利内容”只是“权利侵害”的构成要件而已。

[35] 参见郑成思:《知识产权法》(第2版),法律出版社2003年版,第12页;吴汉东主编:《知识产权法学》,北京大学出版社2002年版,第68页。

[36] 参见王迁:《知识产权法教程》(第7版),中国人民大学出版社2021年版,第7页。

[37] 持有反对意见的文献,参见李琛,见前注[20],第15页。

[38] 田村善之『機能的知的財産法の理論』(信山社,1996年)5頁参照。

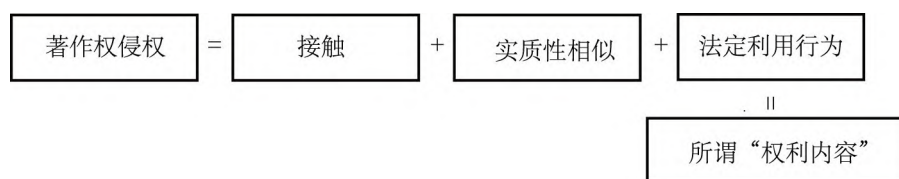


图1 “权利内容”与“权利侵害”的关系

(二) 权利范式的现实困境

现行著作权法条文的构造具有浓厚的自然权理论色彩。倘若按照现行著作权法的逻辑采用静态思维的权利范式,究竟会面临怎样的问题?

1. 著作权保护与行动自由之间的博弈

静态思维的权利范式普遍认为,著作权法是保护作者权利的法律。然而,从法律史的角度看,随着社会、技术环境的变化,著作权法早已从保护作者权利的法律转换为过度限制使用者行动自由的法律。而且,随着大数据、人工智能等技术的发展,著作权法面临着仅靠传统静态思维无法解决的问题,如人工智能生成物的作品定性等新型著作权纠纷问题。

著作权法的起源要追溯到18世纪初的英国。^[39] 随着印刷技术的普及而登场的著作权法,其最初目的是为了保护出版者的利益。但在资产阶级革命之后,人们对出版商工会的反感日益强烈,于是与保护作者利益的思想相结合,制定了著作权制度。当时的著作权法,以复制禁止权为中心,同时设置了对公开使用行为的规制。直到20世纪中期,著作权法的突出特征是复制和传播技术基本掌控在出版者和广播业者手中,并未普及到私人领域。因此,著作权实际上是规制商业竞争的权利,对私人行动自由的介入程度很小。而到20世纪后半期,录音、录像、复印等复制技术逐渐渗透到私人领域,著作权法从原先的规制商业竞争的法律开始转变为规制私人行动自由的法律,这严重引发了损害人们活动自由的问题。而且,随着互联网时代的到来,由于数字化复制技术和向公众传播技术得到普及,并且信息通信网络的日益完备,任何人都可以面向公众传播作品和其他信息,私人领域和公共领域浑然一体化,变得难以区分。其结果是,复制禁止权中心主义和对公开使用行为的规制,作为防止过度干预私人行动自由的机制都不再发挥作用。^[40] 进入21世纪以来,著作权法尚未完全适应复制技术和传播技术所带来的重大冲击,随着物联网、大数据、人工智能等技术的进步,以复制禁止权中心主义为特征的著作权法体系再次面临严重挑战。为此,著作权保护的实效性遭遇空前危机,如何防止著作权

[39] 著作权制度的形成,参见(美)马克·罗斯:《版权的起源》,杨明译,商务印书馆2018年版,第45—63页。

[40] 田村善之「日本の著作権法のリフォーム論——デジタル化時代・インターネット時代の“構造的課題”の克服に向けて」知的財産法政策学研究44号(2014年)66—69頁参照。

法过度插足私人领域也成了棘手问题。^[41]

2. 著作权法条文与使用者普遍认知之间的偏差

如前所述,在现行著作权法的框架内,著作权保护与私人行动自由之间的平衡已遭遇严重挑战。其导致的结果是,著作权法条文与使用者普遍认知之间存在较大偏差。^[42] 例如,倘若严格遵守《著作权法》(2020年,以下同)第24条第1项的文本规定,那么应将私人复制解释为在家庭范围内以非商业性目的进行的复制。由此,不仅是企业内部的复印、发邮件等日常发生的复制,就连在操场上堆砌卡通人物形象的雪人等校园内的复制,都有可能成为著作权法所禁止的利用行为。此外,如果严格解释《著作权法》第24条第2项规定的适当引用,即使是使用者认为不违法的非商业性利用行为,如在抖音平台发布短视频,或者在微信朋友圈上传以他人艺术作品为主要拍摄背景的日常照片,也有可能受到著作权法的限制。虽然上述行为均可能构成侵权,但在现实生活中却很少引起诉讼。其缘由是,权利人难以发现企业内部、校园内的利用行为,或者权利人因维权成本过高而放弃诉讼。换言之,正因为所谓的容忍使用(Tolerated Use),^[43]人们在不知晓著作权法条文的情况下,会错误地认为其行为未涉及著作权问题,或者误以为著作权人不会行使其权利。

然而,依赖于容忍使用的社会秩序,由于缺乏法律制度的支撑,终究还是不堪一击。即便大多数情况下权利人并不会主动提起诉讼,但如果放任日常生活中频繁发生此类侵权行为,就会使得人们普遍认为著作权法的规范毫无意义,从而诱发过度违反法律的结果,形成不必遵守著作权法的风气。著作权法是通过平衡著作权人与使用者之间的利益,从而推动文化发展的制度。如果著作权与使用者的日常行为相抵触的话,就会导致诸多使用者对著作权法产生怀疑,著作权制度的存在本身也就岌岌可危了。^[44] 据此,从长远来看,满足于依赖容忍使用的短期性平衡并不能从根本上解决问题。

四、行为规制范式的突破路径

(一) 行为规制范式的理论基础

动态思维(dynamic thinking)是一种运动的、调整性的、不断择优化的思维活动,它的根本

[41] 关于著作权法的四次浪潮,参见李扬:“著作权法的四次浪潮及其司法回应”,《人民论坛》2019年第10期,第82页。

[42] 有学者指出,如果严格按照著作权法条文的文本规定来适用,则会造成使用者在日常生活中的许多行为均构成著作权侵权的荒唐局面,同时亦会导致法律规定与使用者普遍认知相背离。See Jessica Litman, “The Exclusive Right to Read”, *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, Vol. 13, No. 1, 1994, pp. 29, 34—35.

[43] See Tim Wu, “Tolerated Use”, *Columbia Journal of Law & the Arts*, Vol. 31, No. 4, 2008, pp. 617—618.

[44] See Jessica Litman, “Real Copyright Reform”, *Iowa Law Review*, Vol. 96, No. 1, 2010, pp. 15—16, 18, 25.

特点是根据不断变化的环境、条件来改变自己的思维程序、思维方向,对事物进行调整、控制,从而达到优化的思维目标。^[45] 著作权法学者在学理层面对著作权法进行体系建构时,没有必要遵循现行著作权法基于错误认知构建的体系,而是可以依据动态思维尝试构建多元的著作权法体系。

1. 著作权:“权利”抑或“行为规制”

根据认知语言学,人类在观察和解释现实世界时,往往会受到语言或隐喻的限制。^[46] 就“著作权”一词而言,其作为对无体“物”(作品)享有的权利而被广泛利用。其前提是,世界上存在被人类利用的无体“物”,^[47] 且无体“物”和利用“行为”之间有明显的区别。然而,无体“物”是人们头脑中虚构出来的概念,^[48] 无体“物”与利用“行为”的区别亦是相对的。正如田村善之指出:“在考察通过网络传播特定计算机软件的行为时,现行著作权法的条文将其定性为向公众传播(=行为)特定的计算机软件作品(=无体物)。但在现行专利法中,其定性要依据申请书的权利要求来确定,如果将特定的计算机软件作为发明进行申请,那么网络传播就应当被视为发明的实施‘行为’,而如果将计算机软件的网络传播方法作为发明进行申请,那么网络传播方法就应当被视为发明这一无体‘物’本身。”^[49]

因此,从人的“行为”中分离出来的无体“物”,只是人们头脑中虚构出来的概念。所谓无体“物”的实质,其实不过是从人类多种多样的行为中提炼出相似模式(similitude in pattern),然后为其贴上无体“物”的标签。^[50] 如此一来,首先将任何行为人都共通的抽象要素视作“行为”,例如著作权法将复制、网络传播等要素作为“行为”分离出来;再次将个别行为中具有不同属性的固有要素视作无体“物”,例如著作权法将其称为“作品”,则应当被规制的“行为”就理所当然地变成了对无体“物”享有的“权利”。此类定义方法,实质上是一种将应当被规制的行为清晰明确地予以特定的法律技术。当然,这种法律技术在面临逐一列举特定权利所禁止的行为过于繁杂的困境时,通过抽象地对某种特定的无体“物”赋予权利的做法,实现了侵权行为范围的具象化,使之更容易为人所理解。^[51]

2. 著作权的正当性基础

如前所述,著作权的本质是行为规制,而非对作品享有的权利。著作权需要多元化的正当

[45] 李淮春等,见前注[33],第159页。

[46] 松浦好治「法と比喻」(弘文堂,1992年)3-4页参照。

[47] 参见马俊驹等,见前注[31],第104页。

[48] See Peter Drahos, *A Philosophy of Intellectual Property*, Aldershot: Dartmouth Publishing Company Limited, 1996, p. 18.

[49] 参见(日)田村善之:“‘知识创作物未保护领域’之思维模式的陷阱”,李扬、许清译,《法学家》2010年第4期,第119页。

[50] Wendy J. Gordon(田边英幸译)「INTELLECTUAL PROPERTY」知的財産法政策学研究11号(2006年)6-7页。

[51] 田村善之「muddling throughとしての法政策学—『多元分散型統御を目指す新世代法政策学』中間報告」新世代法政策学研究10号(2010年)277-283页参照。

性基础,以功利主义为基调的激励理论作为积极根据的同时,以自然权理论作为其消极根据,从而使得著作权对他人行动自由的限制获得正当性。具体而言:首先,功利主义理论是著作权的积极根据。著作权作为一种行为规制的特权,仅仅凭借某人创作出作品就对他人的行动自由进行限制,实则让人难以信服。如果仅仅涉及创作者的利益,则使用者的行动自由与创作者的利益相抗衡,无法当然地保护创作者。因此,著作权的正当性基础,除了创作者自身的利益,还应加入有益于更广泛的多数人利益的考虑。换言之,如果对某种搭便车行为不加以规制的话,致力于创作活动的人将大量减少,一般公众就会蒙受利益损失。在此情况下,由于不仅仅涉及创作者的利益,还涉及到公共福祉的问题,著作权可以作为限制他人行动自由的积极根据。其次,自然权理论是著作权的消极根据。因为功利主义理论将公共福祉作为著作权的积极根据,最终著作权将会成为基于公共福祉目的而对人们的行动自由进行规制的特权。然而,为了社会整体的多数人利益而规制他人行动自由的目的手段思维模式,作为著作权的正当性基础仍略显不足。此时,某人创作出作品这一命题,虽然无法单独成为著作权的正当性基础,但以著作权的积极根据即功利主义作为大前提,足以使限制他人行动自由的著作权获得消极根据。^[52]

(二)行为规制范式的突破路径

如前所述,基于静态思维的权利范式的问题在于著作权保护与行动自由之间的失衡,且导致著作权法条文与使用者普遍认知之间存在较大偏差。那么,究竟如何突破权利范式所面临的困境?

1.行为规制范式的认知优势

行为规制范式的认知优势是,认为著作权并不是作者对作品这一无体“物”享有的权利,而是在符合公共福祉的限度内对人们的行动自由进行限制的特权。换言之,著作权的本质是行为规制,其对私人行动自由的限制程度较高。此外,行为规制范式并不拘泥于现行著作权法条文的构造,而是从宏观上观察著作权法的政策形成过程,并通过动态思维来探索新的法学方法论。

如前所述,随着大数据、人工智能等技术的发展,著作权保护的实效性遭遇空前危机。但在现实中,对著作权制度进行根本性改革的行动极其迟缓。其主要原因是,著作权法的政策形成过程中存在结构性的利益偏差。从公共选择理论的观点来看,著作权法的政策形成过程中存在利益表达的非均衡问题。^[53] 即,在立法过程中少数人集中的、容易组织化的利益容易得到体现;相反,多数人分散的、不易组织化的利益却难以得到体现。其结果是,虽然现行著作权

[52] 参见田村善之,见前注[49],第120—121页。

[53] 例如,《企业所得税法》修改过程中,54家跨国公司在2005年初就曾联名上书国务院法制办公室,要求将对外资企业的税收优惠延长5—10年;《邮政法》修订过程中,上海多家民营快递公司联名向全国人民代表大会、国务院、国家发展与改革委员会、信息产业部陈述自身的主张,意图影响立法。参见杨炼:《立法过程中的利益衡量研究》,法律出版社2010年版,第122页。

法体现了高度组织化的权利人的利益,但分散于社会整体的使用者的利益则逐渐被侵蚀掉了。^[54] 正如有学者指出:“一些强势知识产权利益集团基于自身优势可以与政府、媒体和学术机构建立某种利益传达机制,进而能够深度影响政府公共政策的运行;而弱势利益集团由于组织化程度比较薄弱,缺乏真正有效的行动能力,因而他们的利益诉求往往难以得到决策者的重视,这种非均衡博弈可能导致公共政策的利益立场陷入个别利益集团的期待之中。”^[55]

因此,著作权法的修订经常会受到立法游说的影响,其往往会朝着保护权利人利益的方向进行。但值得注意的是,立法游说其实是产业界经济合理行动的结果。产业界的立法游说,在某种意义上可以为立法决策者制定符合时代需要的法律提供有益的最新信息。由此,产业界参与立法过程其本身不应该被谴责,而是要看到其自身存在的意义。

2.立法与司法之间的职责分立

如前所述,著作权法条文与使用者普遍认知之间存在较大偏差。其主要原因是,著作权法的政策形成过程中普遍存在结构性的利益倾斜问题,使用者的利益难以得到体现。法哲学家哈特(H. L. A. Hart)认为,那些即便没有损害赔偿或者刑罚等外部制裁、人们自觉遵守的并认为此种规制是正确的法律,是所谓的不仅具备了外在观点(external perspective),并且取得了内在观点(internal perspective)的法律。^[56] 在此意义上,现行著作权法属于具备外在观点、但尚未取得内在观点的法律。因此,在以动态思维重构著作权法体系时,最为理想的是既可以纠正政策形成过程中的利益偏差,也可以弥补著作权法条文与使用者普遍认知之间的偏差。

立法与司法之间的职责分立,是一种依据现行著作权法中的抽象规范,由法院来纠正政策形成过程中的利益偏差,从而实现著作权人与使用者之间利益平衡的思维模式。既然著作权法的政策形成过程中存在利益倾斜问题,则不应期待通过立法来纠正利益偏差,而应由法院在职责范围内确保私人行动自由的实现。例如,在专利法领域,美国学者伯克(Dan L. Burk)和莱姆利(Mark A. Lemley)认为,作为将政策形成过程的舞台从立法转移到司法的法律技术,我们应着眼于专利法中的创造性、权利要求的内容、等同原则等抽象概念,并将其称之为专利政策的杠杆(Policy Levers)。在此基础上,提倡由司法机关主导的符合创新结构的事后政策。^[57] 此外,利特曼(Jessica Litman)也认为,在政策形成过程中明显存在利益偏差的著作权法领域,只有使著作权人丧失经济机会的大规模商业性利用才应被视为侵权行为,而这种判断

[54] 关于利益集团影响立法的利弊分析,参见曾祥华等:《立法过程中的利益平衡》,知识产权出版社2011年版,第147—151页;杨德桥:“论利益集团对知识产权法的影响:以《著作权法》第三次修改为切入视角”,《法政探索(理论月刊)》2012年第12期,第95—96页。

[55] 刘华、孟琦勋:“公共政策视阈下的知识产权利益集团运作机制研究”,《法商研究》2009年第4期,第127—128页。

[56] 参见(英)哈特:《法律的概念》,张文显等译,中国大百科全书出版社1996年版,第90页。

[57] See Dan L. Burk and Mark A. Lemley, “Policy Levers in Patent Law”, *Virginia Law Review*, Vol. 89, No. 7, 2003, p. 1575.

应当交由司法机关来实现,因为司法机关可以维护在立法过程中难以被反映出来的群体的利益。^[58]

上述观点的特点在于,从立法与司法之间职责分立的角度出发,将形成规范的任务交给在政策形成过程中相对不易受到游说影响的司法机关。换言之,法院应当以有利于保障行动自由的方向对著作权法的抽象规范进行解释,从而纠正政策形成过程中产生的利益偏差,使之更贴近人们对著作权法的普遍认知。这种方向的解释也有望产生附带效果,即著作权法的规范获得内在观点,促使人们自发地遵守著作权法,提高著作权法的实效性。^[59]

五、范式转换的现实意义

(一)体系论:著作权法教科书的编纂体例

随着物联网、大数据、人工智能等技术的进步,著作权法的思维方式需要从静态思维的权利范式转向动态思维的行为规制范式。国内大部分著作权法的教科书均按照现行著作权法条文的顺序构建叙述框架。尽管大部分著作权法教科书在叙述顺序上几乎相同,但其采用的体系观却未必一致。^[60]有些学者在其教科书中明确表示采用自然权理论。^[61]与此相对,尽管按照现行著作权法条文的顺序构建叙述框架,但明确表示采用功利主义理论的教科书亦不在少数。^[62]然而,现行著作权法条文的构造具有浓厚的自然权理论色彩,倘若以此为前提,即使主张自然权理论的学者在其著作权法教科书中采用静态思维,总体按照现行著作权法条文的顺序安排体例,其叙述顺序和具体解释论仍具有逻辑上的一贯性。但问题是,著作权法教科书的叙述顺序依据现行著作权法的条文而采用静态思维,却在具体解释论中采用功利主义理论的教科书,这将很难实现逻辑上的一贯性。例如,王迁在其著作《著作权法》中涉及具体解释论的问题上明确采用功利主义理论,^[63]但在著作权法教科书的叙述顺序上却遵循自然权理论的逻辑,按照现行著作权法条文的顺序编纂体例。因此,教科书的叙述顺序和具体解释论之间存在逻辑上的背离。

[58] See Jessica Litman, *Digital Copyright*, New York: Prometheus Books, 2006, pp. 180—186.

[59] Branislav Hazucha(田村善之=丹澤一成訳)「他人の著作権侵害を助ける技術に対する規律の在り方」知的財産法政策学研究 24号(2009年)66—71頁参照。

[60] 着眼于自然权理论的著作权法教科书,参见李明德:《著作权法概论》,辽海出版社2005年版;李明德、许超:《著作权法》(第2版),法律出版社2009年版。着眼于功利主义理论的著作权法教科书,参见崔国斌:《著作权法:原理与案例》(第2版),北京大学出版社2014年版;王迁:《著作权法》,中国人民大学出版社2015年版。着眼于法定主义理论的著作权法教科书,参见李扬:《著作权法基本原理》,知识产权出版社2019年版。着眼于利益平衡理论的著作权法教科书,参见冯晓青:《著作权法》,法律出版社2010年版。着眼于宪政理论的著作权法教科书,参见李雨峰:《中国著作权法:原理与材料》,华中科技大学出版社2014年版。

[61] 参见李明德,见前注[60],第36—37页;李明德等,见前注[60],第21—22页。

[62] 参见崔国斌,见前注[60],第9—10页;王迁,见前注[60],第9页。

[63] 参见王迁,见前注[60],第162页。

那么,在动态思维的行为规制范式下,究竟以何种顺序论述著作权法?田村善之的专著是依据功利主义理论构建动态体例的典范。^[64]例如,田村善之在其著作《著作权法概说》中认为,著作权需要多元化的正当性基础,以功利主义为基调的激励理论作为积极根据的同时,以自然权理论作为其消极根据,从而使得著作权对他人行动自由的限制获得正当性。因此,在学理层面构建著作权法的体系时,并未按照现行著作权法条文的顺序,即著作权客体、著作权主体、著作权内容、著作权限制、著作权侵权等顺序构建体系,而是采用了独立的编纂体例。具体而言,基于功利主义理论的立场,将著作权视为在符合公共福祉的限度内对人们的行为模式进行规制的政策性权利。既然著作权的本质是行为规制,若不事先确定行为规制的边界,也即著作权的侵权范围(著作权侵权),便无法确定著作权的原始归属问题(著作权主体)。因此,该书按照以下顺序构建了编纂体例:首先论述著作权法所设定的侵权范围,也即著作权侵权的构成要件(作品性、接触、实质性相似、法定利用行为、权利限制)和侵权效果(停止侵权和损害赔偿),然后从权利归属的观点出发论述著作权主体,最后论述著作权的经济性利用。就著作人身权而言,由于无法通过权利移转实现经济性利用,因此将其放在著作权主体篇章中进行论述;就著作邻接权而言,由于其旨在促进作品的经济性利用,因此将其放在经济性利用的篇章中进行论述。^[65]

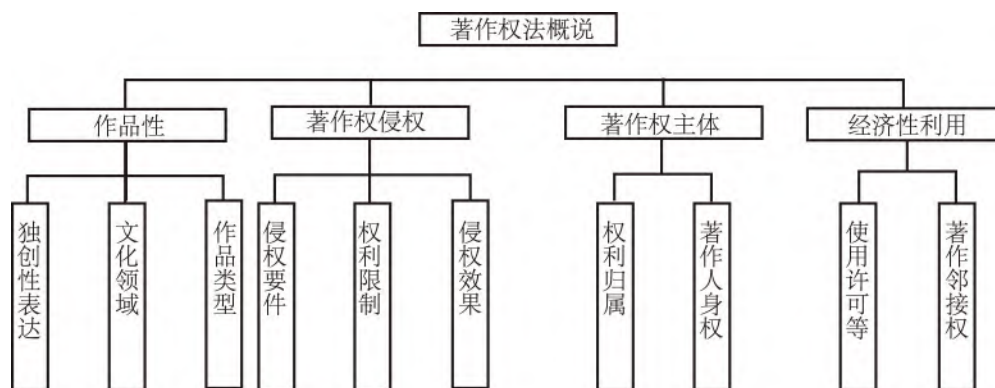


图2 《著作权法概说》的编纂体例

上述编纂体例使得初学者也能有效地理解诸多制度之间的关联性,体系化地掌握著作权法的全貌。针对著作权法缺乏总论的现实问题,该书从独立的理论视角中展开逻辑一贯的体系论述,阐释了著作权法体系性研究的积极意义。从这个角度来看,田村善之的研究可谓具有

[64] 参见(日)田村善之:《日本知识产权法》,周超、李雨峰、李希同译,知识产权出版社2011年版,第409—505页。

[65] 田村善之『著作権法概説(第2版)』(有斐閣,2001年)はしがき iii 頁参照。

先驱般的意义。^[66]

(二)立法论:权利限制一般条款的体系化审视

除了著作权法教科书的编纂体例,行为规制范式对著作权法的立法论也具有明确的指导意义。美国学者曾提出:随着网络技术的普及,人们在日常生活中所做的非商业性利用行为与著作权法条文相抵触的情形频繁出现。因此,为了弥补著作权法条文与使用者普遍认知之间的偏差,我们需要重新审视著作权法的体系。^[67]然而,现行著作权法的体系重构并非纯粹的国内法问题,由于《保护文学和艺术作品伯尔尼公约》(简称《伯尔尼公约》)亦包含诸多实体规定,因此体系重构亦是一个国际法问题。事实上,《伯尔尼公约》实体规定的修订需要获得全体成员国的一致同意,^[68]其基本构造的改革更是一项艰难的任务。那么,在此背景下,究竟通过何种途径弥补著作权法条文与使用者普遍认知之间的偏差?

1.权利限制一般条款的立法困境

现行著作权法采用作者权体系的立法模式,穷尽式地列举了权利限制的情形。倘若在现行著作权法中增设权利限制的一般条款,则可以通过司法途径来弥补著作权法条文与使用者普遍认知之间的偏差。然而,学术界在权利限制的一般条款问题上并未形成令人满意的统一见解。有学者认为立法者应当在类型化条款之外增加一般条款以增加著作权法的弹性,^[69]但也有学者认为一般条款缺乏必要性,因为类型化条款足以解决问题。^[70]在《著作权法》第三次修订中,围绕权利限制中是否引入一般条款的问题,立法决策者采取了谨慎的态度,尽管立法者在《著作权法》第24条中增加了无须经过权利人许可利用作品的第13种情形,即“法律、行政法规规定的其他情形”,但是寄希望于“其他法律、行政法规”增加新的权利限制,显然是不切实际的。^[71]

若从宏观上放眼整个著作权法的政策形成过程,《著作权法》第三次修订增设权利限制的一般条款遭遇挫折,是理所当然的结果。从比较法的视角来看,在2012年的《日本著作权法》修订过程中,日本同样讨论过著作权法中是否应当有权利限制一般条款的问题。日本知识产权战略本部在其报告中指出,在穷尽列举的权利限制条款之外,增设一般条款有一定的必要性。^[72]但在实际的政策形成过程中,产业界的反对意见认为,并没有具体的“立法事实”能够

[66] 山根崇邦「知的財産権の正当化根拠論の現代的意義(1)」知的財産法政策学研究 28号(2010年)199頁参照。

[67] See Litman, supra note 44, pp. 41-47, 52.

[68] 参见《伯尔尼公约》第27条第3款。

[69] 参见蒋舸:“论著作权法的‘宽进宽出’结构”,《中外法学》2021年第2期,第342页。

[70] 参见孙山:“合理使用‘一般条款’驳”,《知识产权》2016年第10期,第63页。

[71] 参见王迁:“《著作权法》修改:关键条款的解读与分析(上)”,《知识产权》2021年第1期,第35页。

[72] 知的財産戦略本部:「デジタル・ネット時代における知財制度の在り方について(報告)」(2008年)11頁参照(<https://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/houkoku/081127digital.pdf>,最后访问日期:2021年12月7日)。

证明该项立法的必要性。受此影响,一般条款的立法活动最终还是以失败而告终。^[73]既然著作权法的政策形成过程中存在结构性的利益偏差,那么通过立法引入权利限制的一般条款,就很可能因为特定利益集团的强烈反对而破产。

2. 权利限制一般条款的功能定位

若采用静态思维的权利范式,著作权法是权利本位的法律。因此,著作权的限制始终属于例外情形,其立法只能采取封闭模式。例如,国内有学者主张,权利限制一般条款的功能是列举具体情形的考量因素,其灵活性只能借助于频繁修法达成。^[74]然而,从立法与司法之间职责分立的角度来看,权利限制的一般条款并不仅仅是著作权的限制条款,它还具有纠正政策形成过程中的利益倾斜、弥补著作权法条文与使用者普遍认知之间偏差的功能。现行著作权法面临剧烈的环境变化,存在着由政策形成过程中的利益偏差引起的结构性问题,因此,若要纠正政策形成过程中的利益偏差,最根本的方法是在现行著作权法中设置权利限制的一般条款,并将其具体化工作交给司法机关。尤其是,随着物联网、大数据、人工智能等技术的发展,现行著作权法的条文将无法应对纷繁错杂的事物。例如,机器学习、^[75]数据挖掘等新型利用行为,都可能需要受到权利限制。然而,穷尽列举的限制条款却很难适应技术变革的步伐。因此,从长远角度讨论著作权制度的立法论时,没有必要将其排除在讨论范围之外。

(三) 解释论:抽象规范的体系化解读

如前所述,在《著作权法》第三次修订中,新增有利于使用者的权利限制一般条款的尝试遭遇挫折。但是,合理解释现行著作权法的抽象规范,通过司法的力量也可以弥补著作权法条文与使用者普遍认知之间的偏差,从而维护私人的行动自由。例如,当出现新型著作权侵权纠纷时,法院可以通过解释现有著作权法的抽象规范,如作品定义条款、权利内容条款、适当引用条款等,得出纠正政策形成过程中的利益倾斜问题的妥适结论,以此来确保使用者的行动自由。

1. 作品定义条款的功能定位

毋庸置疑,作品定义条款(《著作权法》第3条)的立法,总体上朝着有利于著作权人的方向修订。例如,就作品类型而言,网络游戏画面、体育赛事直播画面、音乐喷泉等著作权法尚未明确列举的作品类型是否可以受到著作权保护的问题,在司法实践中引发较大争议。对此,肯定论者认为,著作权法中规定的作品类型的首要意义在于例示性而非限定性,^[76]符合作品属性的新型表达可受著作权保护。^[77]否定论者则认为,法院创设新的作品类型会导致我国与其

[73] 小泉直樹=池村聡=高杉健二「鼎談:平成24年著作権法改正と今後の展望」ジュリスト1449号(2013年)14-16頁参照。

[74] 参见孙山,见前注[70],第56页。

[75] 参见吴汉东:“人工智能生成作品的著作权法之问”,《中外法学》2020年第3期,第653页。

[76] 参见李琛:“论作品类型化的法律意义”,《知识产权》2018年第9期,第3页。

[77] 参见卢纯昕:“法定作品类型外新型创作物的著作权认定研究”,《政治与法律》2021年第5期,第150页。

他伯尔尼公约成员国在保护义务方面的不对等,^[78]并且著作权法设置作品类型兜底条款有违立法与司法的权力配置原则。^[79]然而,《著作权法》第三次修订明确采纳了有利于著作权人的开放式立法模式,即立法决策者将《著作权法》第3条第9项的“法律、行政法规规定的其他作品”改为“符合作品特征的其他智力成果”。这就意味着,封闭式作品类型被改为开放式作品类型,著作权法不再通过对作品类型的规定来限定可以构成作品的表达形式。^[80]

因此,在著作权法领域,政策形成过程被置于黑箱之中,同时以条文解释为主的传统解释论也存在着局限性。法院在利用作品定义条款的抽象规范时,应当充分意识到政策形成过程的利益倾斜问题,并在此基础上展开解释论。第一,在开放式立法模式下,法院在判断新型创作物是否属于著作权客体时,应当审慎适用“符合作品特征的其他智力成果”条款。^[81]《著作权法》第三次修订将作品定义条款从封闭式作品类型改为开放式作品类型,意味着作品类型从创设性条款蜕变为确认性条款。换言之,作品定义条款中设置作品类型的理由,并不是为了创设作品的构成要件,而只是为了确认该条款中例示的作品类型均符合“文学、艺术和科学领域”(以下简称“文化领域”)这一作品的构成要件。如此一来,香水气味、瑜伽动作、园艺设计、食品造型等新型创作物的作品性问题,重要的是判断该新型创作物是否属于“文化领域的独创性表达”,而不是拘泥于作品类型的字面意义。^[82]第二,在作品定义条款中,思想表达二分法是法院用以纠正政策形成过程中的利益偏向、并确保使用者行动自由的抽象规范。与保护思想的专利法不同,著作权法并不保护思想,其原因在于,著作权法不仅对市场竞争行为进行规制,对个人的文化活动也有着广泛的影响。思想表达二分法则是保护的范围限定为具体的表达,承认思想可以被广泛地自由利用,从而在一定程度上防止著作权法对使用者行动自由产生过度的限制。^[83]因此,思想与表达的界分,应以创作时可供他人选择的表达范围之大小,即表达自由度为标准进行判断。如果可供选择的表达方式是有限的,应被视为思想的范围便会扩大,著作权的保护范围则相应缩小;与此相反,如果可供选择的表达方式较为丰富,可以被视为表达的范围扩大,著作权的保护范围也相应扩大。^[84]

但值得注意的是,法院以有利于保障行动自由的方向对作品定义条款进行解释,并不意味着可以过度抬高著作权客体门槛。例如,部分法院和学者对作品定义条款中独创性要件的解释愈发严格,最典型的是,在“凤凰网赛事转播案”中,北京知识产权法院认为视听作品与录像制品的差别在于独创性程度的高低,而非独创性的有无,涉案的中超赛事直播画面独创性不

[78] 参见王迁:“论作品类型法定:兼评‘音乐喷泉案’”,《法学评论》2019年第3期,第10页。

[79] 参见刘银良:“著作权兜底条款的是非与选择”,《法学》2019年第11期,第118页。

[80] 参见王迁,见前注[71],第22页。

[81] 参见梁志文:“作品类型法定缓和化的理据与路径”,《中外法学》2021年第3期,第684页。

[82] 参见卢纯听,见前注[77],第150页。

[83] 参见田村善之,见前注[65],第18页。

[84] 参见丁文杰、张唯瑜:“试论著作权侵权案件中的实质性相似判断”,载许多奇、许凌艳主编:《复旦大学法律评论》(第7辑),复旦大学出版社2020年版,第96页。

足,尚不能构成视听作品。^{〔85〕} 据此,有些学者主张体育赛事直播画面满足较高的独创性标准,才可以作为视听作品获得著作权保护。^{〔86〕} 然而,作品定义条款中的独创性,其功能并非通过抬高著作权客体门槛来确保使用者的行动自由。著作权法所调整的文化领域乃是多样性的世界,其与专利法所规制的技术领域不同,无须追求发展的方向性。^{〔87〕} 为促进文化的多样性,应对作者创作出新型表达这一创作活动进行奖励,通过该奖励,世间能有多种多样的作品被创作出来,也更有助于文化的发展。因此,作品定义条款中的独创性并不要求达到一定高度,而是只要创作出与现有作品有所不同的内容,即满足独创性的要求。正因如此,在“凤凰网赛事转播案”的再审判决中,北京市高级人民法院也认为独创性不存在“高低”的问题,只存在“有无”的判断,并认定体育赛事直播画面属于视听作品。^{〔88〕}

2. 权利内容兜底条款的限缩解释

一般而言,权利内容条款(《著作权法》第10条)的立法,总体上也是朝着有利于著作权人的方向修订。与权利限制不同,著作权法在权利内容中设置了所谓的兜底条款,即《著作权法》第10条第1款第17项规定的“应当由著作权人享有的其他权利”。因此,如果仅考虑权利内容条款的字面意义,在著作权法尚未明文规定的情况下,法院适用兜底条款也可谓有据可依。例如在“足球赛事直播案”中,上海市浦东新区人民法院认为足球赛事直播节目构成类电影作品,被告未经权利人许可以网络方式直播足球赛事节目,侵害了“应当由著作权人享有的其他权利”。^{〔89〕} 然而,从动态思维的角度来看,该问题应作为立法与司法之间职责分立的问题来进行理解,其理由是,法院适用兜底条款认定著作权法尚未明文规定的利用行为构成侵权,意味着法院创设了至今尚未被立法机关承认的新“权利”,即法官造法。^{〔90〕} 虽然,将其归类于兜底条款的法律解释问题也并非不可能,但是创设新“权利”的任务到底应该交由立法程序来实现,还是交给司法机关来自由裁量,该问题的解答仍需要谨慎的考虑和探讨。

如前所述,著作权法的政策形成过程中存在利益偏差,假定存在集中权利人的利益问题,则该利益或早或晚会在政策形成中被吸收。因此,即使没有特意通过司法途径给予保护,也可以依靠立法得以解决。例如《著作权法》第三次修订中,立法者将《著作权法》第10条第1款第11项修改为“以有线或者无线方式公开传播或者转播作品”,意味着无线传播、有线传播、非交

〔85〕 参见北京新浪互联网信息服务有限公司与北京天盈九州网络技术有限公司侵害著作权纠纷案,见前注〔6〕。

〔86〕 参见王迁:“体育赛事现场直播画面著作权保护若干问题:评‘凤凰网赛事转播案’再审判决”,《知识产权》2020年第11期,第30页。

〔87〕 中山信弘『マルチメディアと著作権』(岩波書店,1996年)41-42頁参照。

〔88〕 参见北京新浪互联网信息服务有限公司与北京天盈九州网络技术有限公司侵害著作权纠纷再审案,见前注〔6〕。

〔89〕 参见央视国际网络有限公司与上海聚力传媒技术有限公司著作权侵权纠纷案,上海市浦东新区人民法院(2017)沪0115民初88829号民事判决书。

〔90〕 参见崔国斌,见前注〔15〕,第145页。

互式网络传播等初始传播行为都会受到广播权的规制。^[91] 因此,当著作权人的利益在政策形成过程中容易得以反映时,理应期待通过立法路径予以纠正,而非法院积极适用兜底条款来创设新的权利内容。

3.适当引用条款的扩张解释

如前所述,现行著作权法中并不存在权利限制的一般条款,而是以穷尽列举的方式实现对权利限制的清晰界定。在静态思维的权利范式下,著作权限制条款是对著作权人享有的权利内容加以限制的“例外情形”,理应对其进行限缩解释。然而,以“例外”的穷尽列举条款为由,主张对权利限制条款施以限缩解释略显不妥。特别是,在政策形成过程中存在利益偏差的情况下,既然无法期待现行著作权法中引入一般条款,那么法院对现有权利限制条款中的抽象规范进行扩张解释,也可以实现著作权保护与行动自由之间的平衡。例如,在权利限制条款中,《著作权法》第24条第1款第1项的私人复制条款与第2项的适当引用条款具有高度抽象性,有较大的解释空间。然而,在司法实践中,由于著作权人并不积极对使用者的非商业性利用行使权利,因而涉及私人复制条款的案例极为稀少。因此,难以期待法院通过对私人复制条款进行扩张解释,来纠正政策形成过程中的利益偏差。相比之下,涉及适当引用条款的案例已大量出现,通过对该条款的扩张解释,可以防止出现过度限制使用者行动自由的后果。

美国学者戈登(Wendy J. Gordon)所提倡的市场失灵理论,为适当引用条款的法律解释提供了有益借鉴。^[92] 市场失灵是指市场无法有效率地配置资源的情况,当事人之间无法通过市场交易实现著作权的变动时,合理使用通过限制排他性的著作权,让使用者能够越过权利人的许可而自由利用作品,以此降低公众利用信息的成本。^[93] 在市场失灵理论的框架下,市场失灵并不意味着著作权必然会受到限制,即使存在市场失灵的情形,如果允许某种利用行为会导致作品创作的激励过度受损,则该利用行为并不构成合理使用。换言之,市场失灵与创作激励的组合,可以防止对著作权限制的无限扩大。

我国法院在适用适当引用条款的时候,并未将市场失灵作为理论支撑,因此在著作权人创新激励与使用者行动自由的选择上一直摇摆不定。然而,考虑到著作权法的政策形成过程中难以体现分散的使用者的利益,则应当期待司法能够更加大胆地介入其中。《著作权法》第24条第1款第2项所规定的“介绍、评论某一作品或者说明某一问题”这一要件,并非用以限定适当引用条款的适用场景,而只是根据使用者的表达目的,来判断达成该表达目的的手段是否恰当。既然如此,可以对适当引用条款进行扩张解释。例如,同人作品、^[94] 戏仿类短视频等著

[91] 参见王迁,见前注[71],第26页。

[92] See Wendy J. Gordon, "Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and its Predecessors", *Columbia Law Review*, Vol. 82, No. 8, 1982, p. 1600.

[93] 熊琦:“论著作权合理使用制度的适用范围”,《法学家》2011年第1期,第87—88页。

[94] 参见查良镛与杨治等著作权侵权纠纷案,广州市天河区人民法院(2016)粤0106民初12068号民事判决书。

作权纠纷问题,“法院应当考虑二次创作的分散性和市场失灵的可能性,弹性解释‘适当引用’等合理使用的情形,给有利于社会的作品利用行为提供足够的空间。”〔95〕

六、结 语

体系化思维是人类智慧的自然倾向。法学的体系化思维,是人们理解世界的渴望在法学领域的折射,是人类追求至善的本性使然。〔96〕在人工智能时代,重新审视著作权法的体系问题,“它不仅有助于概观及实际的工作;它也成为借助那些——透过体系才清楚显现的——脉络关联以发现新知的根源,因此也是法秩序继续发展的基础”。〔97〕然而,静态思维的权利范式并未从宏观上对著作权法进行整体观察,即缺乏体系化思维。本文立足于动态思维的行为规制范式,尝试从学理层面对著作权法进行体系化解读,以期能够为著作权法知识体系的建构贡献绵薄之力。

Abstract: The structure of the prevailing copyright law is firmly based on the classical theory of natural rights, attaching importance to personality rights, and adhering to the system of real rights when dealing with property rights. The rights paradigm of static conception lacks systematic consideration, and it misunderstands copyright as the right to the incorporeal “thing”. However, the essence of copyright is behavior regulation, and it restricts the freedom of private actions. Therefore, the conception of copyright law needs to change from the static paradigm of rights to the dynamic paradigm of behavior regulation. The behavioral regulation paradigm with dynamic conception can redress the interest-centric problem in the process of policy formation and make up the discrepancy between provisions of the copyright law and users' general awareness.

Key Words: Copyright Law; Static Thinking; Dynamic Thinking; Rights Paradigm; Behavior Regulation Paradigm

(责任编辑:杨 明)

〔95〕 蒋舸,见前注〔69〕,第342页。

〔96〕 参见李琛:《论知识产权法的体系化》,北京大学出版社2005年版,第17页。

〔97〕 (德)卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第45页。