# 应对数字网络技术的修法建议

我国于2011年启动《著作权法》第三 次修订。2014年6月,国务院法制办公布 了《著作权法(修订草案送审稿)》。2020年4 至5月,第十三届全国人大常委会第十七次 会议审议《著作权法修正案(草案)》(以下简 称草案)后在人大网进行公布并征求意见。

#### 草案主要修订内容

草案没有改变现行《著作权法》体例。 主要修订内容包括以下六方面。

第一,将"电影作品和以类似摄制电影 的方法创作的作品"修订为"视听作品" 能够涵盖诸如网络游戏动态直播画面、短视 频、真人 CG 电影、重混作品等技术发展带 来的新作品类型。

第二,将广播权定义修订为"以有线或 者无线方式公开播放或者转播作品的权利", 能够涵盖网络直播情形、弥补了网络直播侵 权在现行法下由兜底条款"应当由著作权人 享有的其他权利"规制的不足。

第三、将权利限制中的"将已经发表作 品改为盲文出版"修订为"以阅读障碍者能 够感知的独特方式向其提供发表的作品" 以符合《马拉喀什条约》的要求。

第四,增加了录音制品制作者控制网络 直播的权利以及广播组织的信息网络传播 权,有利于规制网络平台盗播有声读物和电 台、电视台信号的行为。

第五,将《信息网络传播权保护条例》中 的反规避技术措施规则及其例外规定,以及 保护权利管理信息的规定上升至法律层面。

第六,引入惩罚性赔偿制度,大幅提升 赔偿数额,将法定赔偿额上限由五十万元提 升至五百万元。

关于《著作权法 (修订草案送审稿)》 提出的有关修订内容,如增加追续权;调整 视听作品权利归属和收益分配: 在作品类型 中增加实用艺术作品并将其保护期限定为首 次发表后二十五年; 在权利限制中增加符合 三步检验标准的"其他情形"兜底条款;删

- □ 文化产业发展过程中出现的一些作品创作形式不能完全落入十二种权利 限制情形中,增加了作品创作的侵权风险,不利于新作品的创作和传 播,可在权利限制中增加兜底条款"其他情形"。
- □ 文本和数据挖掘的本质是从数据中提取隐含的、潜在的有用信息。文本 和数据挖掘与机器学习紧密相关,在著作权权利限制中明确列出文本和 数据挖掘能更好地促进复杂算法的发展,推动智能社会的形成。
- □ 实用艺术作品通常是工业产品,同时可受到外观设计专利权的保护,保 护期限远短于著作权保护期限,会产生已过专利保护期产品仍受著作权 保护的冲突, 因此可在美术作品之外单独列举实用艺术作品, 并为实用 艺术作品制定较短的著作权保护期限。

延伸性著作权集体管理等, 因涉及文化产 业、著作权人、后续使用者、拍卖行等多方 利益可能引起争议,没有被草案采纳。

#### 草案调整建议

笔者认为草案的主要修订内容旨在应对 数字网络技术带来的新型作品产生、网络平 台盗播、侵权严重等亟需解决的问题,修订 针对性强, 但还可在以下方面做出调整。

## 1.可在权利限制中增加兜底条款"其他

草案权利限制未采纳兜底条款, 权利限 制的情形仅限于第二十二条所列举的十二种 情形,增加的三步检验标准用于限定已列举 的十二种情形, 而不是扩大权利限制范围。 文化产业发展过程中出现的讽刺模仿、鬼 畜、重混等作品创作形式不能完全落入十二 种权利限制情形中,增加了作品创作的侵权 风险,不利于新作品的创作和传播。

我国司法实践已经借鉴美国合理使用四 要素判定法和转换性使用规则进行著作权侵 权案件判定。最高人民法院于2011年发布

的司法意见已提及判定被诉侵权行为合法性时 应考虑作品使用行为的性质和目的、被使用作 品的性质、被使用部分的数量和质量、使用对 作品潜在市场或价值的影响四个要素。北京、 上海、广东地区的法院在进行权利限制的分析 时,已提及"转换性使用",例如认可扫描整 本图书并提供图书片段,以及将缩略图用于电 影海报背景或介绍网络游戏构成转换性使用 如果《著作权法》仍然采用权利限制穷尽式列 举立法模式, 将与司法实践脱节, 无法涵盖技 术和文化发展所带来的所有合理使用情形。因 此可在权利限制中增加"其他情形"的兜底条 款以增强灵活性。

### 2.可在权利限制中明确"文本和数据挖

欧盟 2019 年《数字单一市场版权指令》 已将文本和数据挖掘规定为强制性权利限制, 这一权利限制在草案中尚未体现。文本和数据 挖掘的本质是从数据中提取隐含的、潜在的有 用信息。这些数据可能是受著作权保护的信息 内容。机器学习为提取信息提供了技术基础, 文本和数据挖掘与机器学习紧密相关, 通过数 据挖掘从一项算法任务中获取的信息能更好地 作用于该任务,形成数据形式的新信息。因此

在著作权权利限制中明确列出文本和数据挖掘 能更好地促进复杂算法的发展,推动智能社会

## 像制作者

草案保留了录像制品和录像制作者的提 也就是说,草案仍然区分视听作品和录像 制品的独创性,前者独创性达到著作权保护的 要求,属于作品;后者独创性达不到著作权保 护的要求,属于邻接权保护的客体,录像制作 者享有的经济权利远少于作品著作权人享有的 经济权利。

这一区分将使采用何种路径保护体育赛事 直播节目仍无法取得定论,我国司法实践及学 术界对体育赛事直播节目的独创性高低一直争 论不断,造成司法裁判的不统一。 《著作权法 (修订草案送审稿)》删除录像制品和录像制作 者本可消除作品和录像制品之间独创性高低的 区分, 让满足最低独创性要求的体育赛事直播 节目作为视听作品受到保护。但草案使这一争 议无法从立法层面上消除,将独创性高低标准 交由法官判断,给法律适用的统一性造成困

#### 4.可在作品类型中增加实用艺术作品

实用艺术作品在我国司法实践中一直作为 美术作品受到保护, 但实用艺术作品有不同于 纯美术作品的法律特点,即实用艺术作品需要 同时具有实用性、艺术性且实用性和艺术性存 在物理或观念上的分离。笔者认为实用性应指 除展现产品外观或传递信息以外的内在实用功 能, 例如能让儿童学会自己大小便的卡通造型 儿童便桶就具有内在实用功能,不同于装饰画 等仅能展现外观的纯美术作品。实用艺术作品 通常是工业产品,同时可受到外观设计专利权 的保护,保护期限远短于著作权保护期限,会 产生已过专利保护期产品仍受著作权保护的冲 突,因此可在美术作品之外单独列举实用艺术 作品,并为实用艺术作品制定较短的著作权保

(作者系同济大学上海国际知识产权学院

## 最新《欧盟举报指令》大幅完善举报者保护制度

对公司等组织的内部人员来说,及时而 精准地发现组织内部的违法行为具有无与伦 比的信息优势。针对不同的情形,由组织内 部人员通过举报将有关的违法行为按一定的 程序在一定范围内予以揭发, 可以有效地预 防违法后果的扩大并尽可能挽回相关组织的 声誉。因此,各国的举报立法往往既注重举 报程序方面的法制建设,又强调对举报者提 供特别的法律保护与激励措施, 并以后者作 为重点对待。鉴于欧盟诸国长期以来在举报 立法方面缺乏协调且存在短板, 尤其是保护 举报者的机制明显不足, 2019年12月份, 一则向举报违反欧盟法的人提供保护的《欧 盟举报指令》(EU Whistleblowing Directive) 在欧盟生效。可以预见,该指令对 我国建立专门的举报制度,完善公司及各类 组织的治理具有参考价值。

欧盟的所有公司, 无论大小, 都要求确 保举报者受到保护, 以免受到任何形式的报 复。此外,雇员在五十人及以上的欧盟范围 内的公司及大部分公共事业企业有义务设置 内部举报及后续机制, 使雇员和某些其他个 体就其关切的问题有渠道进行举报 (《举报 指令》第8[3]条与第8[9]条)。通过风 险评估, 各成员国的立法可以将这一义务的 主体扩大至五十个雇员以下的公司(《举报 指令》第8 [7] 条)。

#### 1. 目的

举报指令的主要目的是保护依《举报指 令》的有关规定举报了违法行为的举报者。 公司不允许对举报者做出与工作相关的现实 的、威胁性的抑或尝试性的等任何形式的报 复(《举报指令》第19条)。因此,欧盟各 成员国的立法在落实《举报指令》时就需要 确保举报者不受到诸如终止雇佣关系、升职 或加薪无望、不公正的否定性业绩考核、调 岗、骚扰或歧视等不合理对待。各成员国的 立法应当将受保护的主体扩大至与举报者相 关联的第三方,比如,同样受到与工作相关 的报复的举报者的同事或者亲属 (《举报指 令》第4 [4][b] 条)。

各成员国的立法向举报者提供保护需 满足以下条件:其一,举报者有合理的理由 相信其举报的涉嫌违法行为相关的信息在举 报时是真实的,且举报者使用了《举报指 令》预见到的举报渠道(《举报指令》第6 [1] 条)。例如,举报人如果有合理的理由 相信举报涉及的信息对揭发违法行为乃属必 不可少, 其将不会被认为违反了保守秘密的 义务。同理,如果举报者有合理的根据相信 举报的信息涉及到指令涵盖的任何领域, 哪 怕事实上与这些领域无涉,举报者仍然受到 保护.

#### 2. 受保护的相关领域

目前,各欧洲数据保护当局采取的立场 是,举报制度必须被限制在某些被允许的领 比如,德国数据保护当局于2019年1 月再次确认, 只有当举报涉及的到如下任一 领域时才可能会为举报制度所容纳:金融事 务(如诈骗、内部会计控制、审计事务、腐 败与贿赂、银行与金融犯罪、内幕交易)、 侵犯人权以及环境问题。欧洲的其他数据保 护当局也确立了类似的限制。在这些受保护 的领域之外的所有其他案件中, 举报要么不 被允许, 要么被要求根据数据保护法进行个

相比之下,举报指令规定的举报可发挥作 用的领域更加广泛。举报指令列举了各类欧盟 条例和指令中的政府采购、金融服务、产品与 市场、洗钱与恐怖主义融资的防范、产品安全 与合规、交通安全、环境保护、放射保护与核 安全、食品安全、动物健康与福利、公共健 康、消费者保护、隐私与个人数据保护、网络安 全与信息系统等领域。从而,对涉嫌违反这些相 关的欧盟条例与指令 (包括为落实指令而制定 的成员国的法律)的行为进行举报的举报者应 当受到保护。此外,举报指令也对损害欧盟金融 利益的违法行为及与内部市场相关的违法行为 (包括违反欧盟竞争法、国家援助法或者公司税 法)的举报予以保护(举报指令第2条)。

#### 3. 新的举报体系

各成员国为落实举报指令制定的国内法须 要求公司设置的内部举报及调查机制具备如下

- (1) 公司有义务设置举报机制并提供给 全体雇员使用:
- (2) 举报制度也可适用于个体经营者、 实习生、求职者、股东以及承包商、分承包商 和供应商。对后面这些机构来说,保护举报者 的措施也扩张适用于这些举报者
- (3) 举报机制可以由公司内部的一个人 一个部门负责运作,也可以由公司聘任的 外部服务机构来负责。
- (4) 举报机制必须以一种安全的方式来 设计、建立与运作,以确保举报者以及举报中 提到的第三方的保密性。并且, 未经授权的雇 员决不允许接触举报系统。
- (5) 内部举报机制必须使书面举报(例 如,通过邮寄信件、有形的意见箱或者线上平

- 台)和(或)口头举报(通过电话或其它语音 信息传送系统) 可行。举报者也有权要求面对
- (6) 诵常、公司有义务在收到举报之日 起七日内通知收悉该举报,并在通知之日起三 个月内做出回应并采取后续行动。

#### 4. 可行的举报渠道

面地进行举报。

举报指令推荐了一条建议规范与等级顺位 相结合的"三步走"的举报渠道。这与此前在 欧盟委员会的草稿中拟定的明确的等级顺位相 比,有所退让。

(1) 内部举报

鼓励举报者首先借助内部渠道向公司举报 违法行为 (举报指令第7条)

(2) 外部举报

在内部举报之后,或者在未事先进行内部 举报的情况下,举报者可以直接向执法部门或 有权机关举报 (举报指令第10条)。

(3) 公开曝光

如果执法部门或有权机关不采取足够的措 施,举报者可以转而寻求公开曝光(举报指令

如果举报者希望立即通知公众,举报指令 第 15 (1) (b) 条规定了一些举报者得到保 护的条件,比如,举报者必须有合理的根据相 信违法行为可能构成对公共利益紧急的或显而 易见的危害,比如外干危及情形或存在不可逆 的损害的危险:又如,举报者必须有合理的根 据相信有遭受报复的风险, 抑或外部举报后违 法行为问题被有效解决的可能性很低 (例如, 证据被隐匿或被销毁,或主管机关与违法者相

(作者系南开大学法学院副教授)