

回应技术变革 修法可更进一步

对《著作权法修正案草案》修订内容的思考

王勉青

- 草案在侵权责任的损害赔偿上充分体现我国在知识产权保护上严保护、强保护的法治导向，但后续仍需关注如何甄别类似放水养鱼，职业打假等利用法律来进行套利的行为，需要通过立法技术和制度配套来进一步细化加以解决。
- 著作权集体管理具有一定特殊性，涉及权利人委托、集体许可、费用收取和分配等多项问题，草案是对费用收取和分配中的问题作出了初步规定。加强著作权集体管理制度建设，对于抑制当前版权产业一些头部企业日趋明显的垄断行为，以及提高市场效益是有积极意义的。
- 草案对合理使用范围保留了封闭式规定，并没有响应理论和实践界呼吁的开放式立法要求，还在判断是否构成合理使用时增加了条件式的要求。这样的制度设定，不但没有反映出当前司法实践在解决这一问题上的成熟经验，也无法应对包括“转换性使用”、戏仿等各种新型创作形式的调整需求。

我国著作权法第三次修改，由于时间跨度长达 10 年，特别是在我国版权产业飞速发展的当下，引发各方关注。从日前公布的《著作权修正案草案》（以下简称草案）来看，今次修改并没有对著作权法进行全局性调整，第六章六十四条的架构，基本维持现行《著作权法》的体例和规模，第五章名称改为“著作权和与著作权有关的权利的保护”，也仅是突出对权利保护的表达而已。在具体条文的规定上，以“能不改就不该”为前提，吸收《著作权法实施条例》《信息网络传播权保护条例》《计算机软件保护条例》《著作权集体管理条例》等法规、司法解释中的一些成熟条款，对与其他法律的衔接作出更加明确的规定。而对于一些法理性规则、司法实践中的共识问题，以及现实中的争议性问题采取搁置的态度。因此，本次修改并没有对著作权法律关系的调整作出方方面面的规定，更像是为适应现阶段我国技术进步和市场需求，回应来自社会实践和司法实证中的紧迫性问题而已。

我国著作权法第三次修改，由于时间跨度长达 10 年，特别是在我国版权产业飞速发展的当下，引发各方关注。从日前公布的《著作权修正案草案》（以下简称草案）来看，今次修改并没有对著作权法进行全局性调整，第六章六十四条的架构，基本维持现行《著作权法》的体例和规模，第五章名称改为“著作权和与著作权有关的权利的保护”，也仅是突出对权利保护的表达而已。在具体条文的规定上，以“能不改就不该”为前提，吸收《著作权法实施条例》《信息网络传播权保护条例》《计算机软件保护条例》《著作权集体管理条例》等法规、司法解释中的一些成熟条款，对与其他法律的衔接作出更加明确的规定。而对于一些法理性规则、司法实践中的共识问题，以及现实中的争议性问题采取搁置的态度。因此，本次修改并没有对著作权法律关系的调整作出方方面面的规定，更像是为适应现阶段我国技术进步和市场需求，回应来自社会实践和司法实证中的紧迫性问题而已。

配套侵权损害赔偿保障制度

本次草案在侵权责任的损害赔偿上充分体现我国在知识产权保护上严保护、强保护的法治导向。一是将法定赔偿金额从 50 万以下提高到 500 万以下这一当前立法的最高保护水平，彰显我国司法保护对著作权侵权行为的态度。二是关于惩罚性赔偿的规定，不仅顺应知识产权保护的各界期待，甚至高于国际条约的一般保护要求。这一修改，不但可以有力打击、惩治著作权侵权行为，也有助于通过震慑、警示作用，化解著作权纠纷。但需要注意的是，从以往我国司法实践中对损害赔偿的适用情况来看，由于知识产权软资产的性质，在无法有效界定知识产权商业价值和侵权损失的前提下，赔偿适用的条件、计算标准等成为一个系统性难题，不但惩罚性赔偿适用少，而且法定赔偿也认定偏低。尽管近年来这一状况有所改善，但如果无法有效解决上述问题，惩罚性赔偿和带有某种惩罚性赔偿的偏高法定赔偿认定依然面临实现障碍，难免使得这些制度规定流于形式规定。同时，惩罚性赔偿制度等形成的利益空间，在起到维护权利人合法利益的同时，也会助长利用制度空间套取非正常利益的模式作法。因此如何甄别类似放水养鱼，职业打假等利用法律来进行套利的行为，需要通过立法技术和制度配套来进一步细化加以解决。

合理改革行政保护机构和职能

本次草案增加关于著作权主管部门的基层设置和行政执法措施的内容。过去我国著作权主管部门的执法手段偏少，也被认为是造成著作权维权难的原因之一。本次修改也是“完善著作权管理体制机制，提升著作权领域治理效能，努力形成政府监管、司法保护、行业自律、社会监督相结合的著作权保护格局”的需要。但著作权领域所调整的法律关系复杂，兼具文化、技术、经济等多重性质和内容。假设按照现有草案中以县为层级的机构设置和职责要求，对著作权领域的行政管理和行政执法在人员的数量和能力上都提出很高要求，将对我国现有著作权主管机构设置和人员配备状况形成非常大的挑战，还需要在未来面临一系列部门交叉、法律冲突、职能衔接、人才数量、执法能力等方面的问题，可能成为不可承受之重。

重视版权各方权益激励的平衡

本次草案在多处体现出我国对于作品传播即版权市场发展的重视。与专利法和商标法相比，著作权产业链中各环节的权利人重叠较少，因此有效保护作品的传播者、使用者利益，对于版权产业的扩张发展尤为重要。草案中对组织、单位权利的加强，法定许可内容和广播组织权权利内容的增加等规定的背后均存有通过立法来促进作品传播的用意。但著作权法是以作者权利保护为本位的，本次草案对于作品传播者、使用者的著作权有关权利在市场中获得保护的重视和强调，特别是对版权产业中作者权利保护并未特别明显加强的情况下，使得作者在著作权法中的地位相形之下受到削弱。

加强著作权集体管理制度建设

关于著作权集体管理制度的修订是本次草案的一大亮点，草案为集体管理组织在市场中更好发挥传播作品的作用提供实施路径。第八条中新增的第二款和第三款是关于著作许可可使用费和费用公示的相关规定，这也是集体管理组织有关纠纷中的焦点问题。以往当作品使用者与集体管理组织对管理组织规定的作品使用费发生争议时，如果无法达成一致，几乎都会触发诉讼机制，在卡拉OK收费等相关事件中，对于集体管理组织规定的作品使用费收费标准是否需要听证，该统一收费的作法是否违反垄断法等发生过激烈辩论。本次草案第一次明确规定，对于使

用费收费标准等争议事项可以通过仲裁或诉讼的方式加以解决，对于缓解市场上日益增多的使用者和集体管理组织之间对于收费一刀切或如何收费的矛盾是非常有益的；同时，草案将集体管理组织的费用相关的一系列公示行为的法律义务层级提高，将有助于对集体管理组织的监督和管理，逐步解决权利人一直以来对集体管理组织的管理成本高、权利金分配低的诟病。著作权集体管理具有一定特殊性，涉及权利人委托，集体许可，费用收取和分配等多项问题，草案是对费用收取和分配中的问题作出了初步规定，但是对于权利人和集体管理组织的委托关系性质，以及对作品流通具有重要意义的延伸管理等内容都未提及。加强著作权集体管理制度建设，对于抑制当前版权产业一些头部企业日趋明显的垄断行为，以及提高市场效益是有积极意义的。

完善著作权合理使用制度

草案对合理使用范围保留了封闭式规定，并没有响应理论和实践界呼吁的开放式立法要求，还在判断是否构成合理使用时增加了条件式的要求。这种重叠性适用的规定，事实上进一步限制了使用范围，也是一定程度上权利人权利扩张的表现。但是草案这样的制度设定，不但没有反映出当前司法实践在解决这一问题上的成熟经验，也无法应对包括“转换性使用”、戏仿等各种新型创作形式的调整需求，使得这些创作行为充满风险和争议。著作权法对于权利归属和内容的规定是对著作财产权益的社会初始配置，不仅关系到创作者权利保障和使用者的使用空间，还事关版权市场交易的稳定和效率。

关注作品后续使用权益分配

本次草案对于展览权中发表权、视听作品的权利归属等方面所作出的规定，解决了一部分困扰版权产业发展的相应问题。但是随着版权产业的细化发展，产业链逐步延伸，关于原创作品在后续使用中利益分配问题，草案没有给出任何回应。尽管有观点认为在现有合同制度和授权机制下，可以期望通过市场调节机制来调整解决，但是实践证明，如果无法通过著作权法对作者在作品后续使用中的权益进行强制性原则规定，将无法阻止资本对于作者权益的剥夺，不但损害作者的利益，也会侵蚀社会公共利益。因此，借鉴国外相关经验，逐步探索作品在后续使用中的利益分配机制，无论是对作者权益保护，还是促进版权产业的发展来说都是非常重要的。（作者系上海大学知识产权学院教授）



《东方法学》 精华推荐

(2020 第 3 期 总第 75 期)

主办单位：上海市法学会
上海人民出版社

【本期关注】

妨害传染病防治罪客观要件的教义学分析

作者：欧阳本祺（东南大学法学院教授、博士生导师，东南大学网络安全法治研究中心研究员）

摘要：在前置法对甲类传染病作了明确界定的情况下，把按照甲类管理的传染病解释为甲类传染病，是实质入罪和反教义学化的表现。以危险方法危害公共安全罪与妨害传染病防治罪在实行行为上具有质和量的区别，妨害传染病防治的行为不可能构成过失以危险方法危害公共安全罪。妨害传染病防治罪的实行行为包括三类：违反医疗措施的行为，隐瞒流行病学史的行为，其他违反传染病防治法的行为。妨害传染病防治罪本质上属于具体危险犯。公共卫生不属于公共安全,但可以借用公共安全的教义学理论来解释公共卫生的公共性。具体危险的判断不能采用客观危险说,而应采用偶然性说。具体危险不是客观的超过要素,而是故意的认识对象。

【理论前沿】

中国(上海)自贸试验区新片区立法保障论

作者：郑少华（上海财经大学法学院教授、博士生导师）

摘要：授权暂时调整（停止）法律适用在新片区的立法中授权主体、被授权主体、授权方式、特定事项、授权期限、调整空间、调整幅度等内容需要进一步明确。新片区“参照”经济特区授权立法，也即“参照”经济特区管理，获得经济特区授权立法。新片区的立法路径有：授权暂时调整（停止）法律适用；参照经济特区授权立法。应分别利用上述立法路径。首先，利用授权暂时调整方法，将新片区总体方案规定的所有改革措施涉及法律调整的规定，由全国人大及其常委会授权国务院、最高法院等进行调整，并适时争取上海市人大及其常委会获得被授权主体。其次，请求全国人大根据新片区主体方案赋予新片区经济特区授权立法。最后，上海市人大及其常委会充分利用相关立法路径修订《中国(上海)自由贸易试验区条例》与颁布《中国(上海)自由贸易试验区新片区条例》，作为新片区运行的“基本法”。

【司法改革】

如何寻找“裁判理由”： 一种系统化的操作

作者：吕玉赞（华东政法大学法律方法研究院助理研究员，法学博士，法学博士后）

摘要：为了充分协调“依法裁判”与“个案正义”之间的张力，裁判理由的获取需要遵循一种从问题性思维向体系性思维逐渐过渡的开启程序。其中，“问题性开启”负责“裁判论据”的开放性寻找；“体系性开启”负责“裁判依据”的体系化检索以及“裁判论据”的教义学处理。而不管是“裁判论据”的寻找还是“裁判依据”的发现，都必须将案件争点作为出发点。因此，裁判理由的寻找最终可以固定为三种具体操作：一是识别个案的争点形态，并将之划分为各种标准的“题头”；二是围绕案件争点，首先运用决疑术获取案例性论据，然后运用论题学获取论点性论据；三是在法律文件引用规范、法律渊源以及教义性知识的基础上，开展裁判依据的法律发现，并将获取的裁判论据纳入法教义学的框架进行评价。