

# 论著作权法的“宽进宽出”结构

蒋 舸\*

**摘 要** 著作权直接侵权责任成立的体系化分析框架由客体、权能与限制环节构成。该分析框架应当遵循“宽进宽出”的总体思路。“宽进”指放宽准入,让非典型客体和非典型利用方式进入著作权法视野,旨在利用著作权分析框架的认知优势来应对海量信息成果带来的界权挑战,而不是为了扩大保护范围。为了平衡创新者与利用者的利益,著作权分析框架还需“宽出”,允许那些有利于社会福利增长但难以获得许可的分散化和非标准化利用行为免于承担侵权责任。“宽进宽出”的规范寓意包括不过分抬高作品门槛、将临时复制视为复制、将深层链接纳入信息网络传播权范围,以及引入合理使用一般条款。将客体、权能和限制环节以体系化方式进行解读,有助于促成著作权法解释论向功能主义方向发展。

**关键词** 著作权 作品构成要件 专有权利 合理使用

## 一、问题的提出:碎片化研究的窘境

著作权法颁行三十年来,围绕不同环节展开的争论不仅没有趋向共识,反而愈演愈烈。以客体环节为例,既有的独创性和思想表达二分法争议愈加激烈,甚至连原本波澜不惊的固定性、智力成果、处于文学艺术科学领域等要件也纷纷沦为新的论战阵地。又以权能环节为例,临时复制是否构成复制一波未平,深层链接是否属于信息网络传播一波又起。再就限制环节而言,本轮著作权法修改在合理使用一般条款问题上几经反复也未能实现理想状态,立法者的

\* 清华大学法学院副教授。本文系国家社会科学基金项目“创新社会化趋势对知识产权法的挑战及应对研究”(项目编号:17BFX113)的成果。

纠结彰显无遗。<sup>〔1〕</sup>

研究碎片化是阻碍共识的重要原因。一方面,现有研究通常局限于著作权系统内,很少思考著作权分析框架与其他创新利益分配框架有何区别、为何区别以及相关区别对著作权的解释论有何影响。例如人们在讨论“独创性”“思想”“固定性”“智力成果”“信息网络传播”等术语时,注意力往往集中于文本的字面含义、比较法渊源或者经济效果,而不关心各种解释方案对创新利益分配体系内部分工的影响。另一方面,现有研究在考查客体、权能与限制规则时并没有将著作权分析框架视为有机整体。例如虽然有人以现行合理使用规则不够灵活为由拒绝将深层链接视为信息网络传播行为,<sup>〔2〕</sup>却无人在设计合理使用规则时反思著作权限制环节的弹性对著作权权能的影响。

本文认为,只有分别澄清著作权分析框架与其他分析框架的比较优势所在,才能反向推定恰当的著作权准入门槛;本文同样认为,我们只有在把握各环节的理想配合关系之后,才能正确判断每个环节适合承担的任务。本文提倡著作权分析框架采取“宽进宽出”策略:客体和权能环节不应过度抬高门槛,是为“宽进”;限制环节应当足够灵活,是为“宽出”。“宽进”允许法院将非典型客体和非常规利用方式认定为作品和受控行为,“宽出”要求立法者正视合理使用一般条款的必要性。“宽进宽出”能够充分发挥著作权分析框架在界定信息产权方面的优势,维系信息生产者与使用者之间的利益平衡,同时有助于构建逻辑融通的整体解决方案。

## 二、著作权分析框架的认知优势与“宽进”模式

著作权分析框架的“宽进”与“宽出”有着不同的正当性基础。“宽进”的正当性源于著作权分析框架的认知优势,它的任务是回答哪些创新利益分配应当交由著作权分析框架处理。“宽出”的正当性基础则是作品利用方式的多样化,它的任务是回答著作权分析框架何时应当优待利用者。换言之,“宽进”处理外部问题,即著作权分析框架与其他分析框架的分工;“宽出”处理内部问题,即信息生产者和利用者之间的合理利益分配。本部分探讨著作权分析框架放宽准入的理由。

### (一)海量信息成果面临产权难题

如何为海量信息成果界定产权是现代产权制度面临的重大挑战。当今社会每时每刻都在以过去难以想象的规模生产新信息。制造信息产品曾经只是精英掌握的特殊技艺,如今却已成为大众践行的生活方式。科技与市场的点滴改变汇集为汹涌的信息化浪潮,推动社会以加速度产出无尽的信息成果。为这些成果界定恰当的产权边界成为当今社会的重要议题。

问题在于任何产权都不是“免费午餐”,想要获得产权激励收益,就要准备好付出产权界定

〔1〕 国家版权局2012年12月《中华人民共和国著作权法(修订草案送审稿)》第43条第1款在限定列举十二种合理使用情形后,增加了第13项“其他情形”作为一般条款。后续公开草案版本均未包含一般条款。最终通过的《著作权法》(2020年修正)增加了第13项“法律行政法规规定的其他情形”。

〔2〕 参见王迁:“论提供‘深层链接’行为的法律定性及其规制”,《法学》2016年第10期,第26—27页。

成本。产权制度的发展就是对激励收益与界权成本最优性价比的探索之旅。<sup>〔3〕</sup> 信息在物理占有上的非排他性和在开发利用上的非竞争性大大推高了信息产权的社会成本,使其建立与维护比有体物产权更为困难。<sup>〔4〕</sup> 在国家机器不够发达、支付手段不够便捷的时代,信息产权制度显得“性价比”不高,是以现代意义的专利法和版权法直到 15 世纪<sup>〔5〕</sup>和 18 世纪<sup>〔6〕</sup>才出现。社会在信息界权问题上从来都不仅关心激励收益,也会顾及界权成本。

尤其在信息成果井喷的时代背景下,如何降低界权成本更成为制度设计者必须直面的挑战。通过漫长的摸索,我们的社会发明出不同的信息界权制度工具,著作权、专利、商业秘密保护、植物新品种、集成电路布图设计都提供了结构化的界权模式,反不正当竞争法一般条款也提供了非结构化的界权途径。面对储备丰富的工具箱,我们需要为每种界权工具找到效用最大化的适用领域,促使各个具体知识产权部门法与一般条款协同产出最优界权效果。著作权分析框架提供的事后确权模式在系统性降低界权成本方面体现出巨大认知优势,适合广泛用于解决海量的创新利益分配问题。

## (二) 著作权事后界权模式体现认知优势

著作权的突出特征是权利产生的自动性。作者除了需要留下可供追查的“创作完成”证据外,不需要投入成本来明确排他权的效力与边界。作者无需向国家提出申请,国家也无需进行审查与授权。在信息生产者试图控制他人的利用之前,法律对权利有效性和权利范围都将保持理性无知。只在出现两造法庭相争或者各方私自谈判的纠纷场合,法律才集中火力解决排他权边界问题。这是一套典型的事后界权模式。与之不同,专利更加偏向事前界权。早在人们知晓某项技术方案会不会引发争议之前,已经为分辨它能否被授予排他权而耗费了相当可观的界权成本。

著作权和专利在界权模式上分道扬镳是因为二者客体不同。不同客体适合不同界权模式:有些客体适合严格的事先界权(例如药品发明专利),有些客体基本仰赖事后界权(例如长篇小说),还有一些客体的权利边界需要事先初步宣示,待纠纷发生后再细致厘定(例如外观设计)。<sup>〔7〕</sup> 作为整体的创新利益分配制度需要为不同客体匹配不同的模式。

对于界权模式的选择,“客体产生概率”至关重要。所谓客体产生概率,指其他生产者处于类似条件下独立生产出实质相似客体的可能性。当客体产生概率极大时,无论专利法还是著作权法都不乐意为其设定产权,因为这类客体的激励必要性太低而激励成本太高。而当客体产生概率降低到适宜赋予排他权的区间内时,人们就会粗略地按照产生概率设计不同的界权模式。客体产生概率会产生两方面影响:一方面,概率会影响单次事前界权成本。概率越大,

〔3〕 See Harold Demsetz, “Toward a Theory of Property Rights”, *American Economic Review*, Vol. 57, No. 2, 1967, pp. 347—359.

〔4〕 关于信息产权复杂性的详细探讨,参见蒋舸:“知识产权法与反不正当竞争法一般条款的关系——以图式的认知经济性为视角”,《法学研究》2019年第2期,第122—125页。

〔5〕 1474年《威尼斯专利法》(Venetian Patent Act)。

〔6〕 1710年《安妮法》(Statute of Anne)。

〔7〕 参见崔国斌:“知识产权确权模式选择理论”,《中外法学》2014年第2期,第408页。

信息量越小,描述越简单;概率越小,信息量越大,描述越复杂。另一方面,概率会影响客体纠纷几率。概率越大,越容易发生权属纠纷;概率越小,判断客体归属越容易。总体而言,大概率成果更适合事前界权,因为既然社会迟早需要界权,事前界权就不太会导致浪费资源的情况发生;而小概率成果则不太适合事先界权,因为对那些终其生命周期风平浪静的客体而言,事前界权易致资源浪费。

典型技术方案常常是大概率成果。技术创新受到现有技术、自然规律以及商业前景的约束,容易被“不约而同”地发明出来。例如,在贝尔提交关于电话的专利申请两小时后,发明家格雷也到专利局就他独立发明的电话技术方案提出了申请。<sup>〔8〕</sup>这类巧合在发明史上并不罕见。对于这类成果,如果不在纠纷发生前把排他权边界公诸于众,社会将不得不在纠纷发生后耗费大量精力来解决发明人之间的争议。通过高度要式的界权流程,“谁发明了大概率成果”被简化为“谁获得了专利授权”,社会公众的认知负担大大降低。

不过,在当今社会生产的海量信息成果中,更多的还是小概率成果。不仅小说、诗歌、绘画、雕塑等典型作品如此,甚至连计算机程序等带有浓厚技术因素的成果亦如此。对于小概率成果,待纠纷发生后集中火力事后界权才是明智之举。因为既然不容易被不同人分别独立创作出来,就很容易判断是否存在抄袭。而只要知道谁完成在先,就很容易判断谁抄袭在后。在先成果通过发表、存档等非要式手段很容易优先宣示权利,并不需要高度要式的中央审查机制耗费大量社会资源来事先精确划定权利边界。

从社会成本的角度看,既然海量信息成果更加适合遵循著作权事后界权模式,那么著作权门槛就应当足够开放,允许将大量成果收容到著作权适用范围内。或许有人认为,著作权门槛规则(例如作品构成要件或者受控行为的定义)已被给定,我们应当根据既定门槛来确定适用范围,而不是反过来根据适用范围来决定门槛规则。这种思路忽略了在宏观和微观层面澄清规则时的不同思路。就绝大多数微观个案而言,规则确实已经给定;但就立法者或者具备造法作用的重大个案司法者而言,规则内涵却并未给定。在规则内涵并非黑白分明时,我们需要从个别规则在整个体系中发挥的作用出发,给规则赋予足以肩负制度分工的内涵,否则整个规则体系将无法正常运转。如果准入门槛过高,那么本应事后界权的大量信息成果都无法适用著作权分析框架,只能被迫采用其他不恰当的界权工具,甚至无法获得应有保护。分析框架错配将推高界权成本,而错误地拒绝保护更会挫伤创新热情。只有放宽准入门槛才能充分发挥著作权分析框架的作用,让海量的小概率成果无需付出昂贵的事前界权成本就能实现合理的利益分配效果。

值得注意的是,就小概率信息成果的界权而言,著作权分析框架不仅应当优先于专利分析框架得以适用,而且相对于兜底条款同样应当优先。近年来,诸多应当运用著作权分析框架解决的问题被推至兜底条款下解决,原因正是法院对著作权准入把握过于严格,不当抬高作品的

〔8〕 参见(美)苏珊娜·斯科奇姆:《创新与激励》,刘勇译,格致出版社2010年版,第68页。

门槛或者收紧受控行为的范围。当法院认为 90 分钟的体育节目连续画面不具备独创性、〔9〕382 张卡牌组合不属于表达、〔10〕临时复制不是复制、〔11〕只要没有在服务器上生成复制件就不构成信息网络传播〔12〕的时候,这些问题都被著作权分析框架拒之门外,被迫求助于兜底条款。但兜底条款的认知效率极低,除非著作权分析框架的判断结果不符合实践要求,否则就应当拓展著作权的适用范围而摒弃兜底条款。

综上所述,著作权分析框架采取“宽进”模式的理由在于该分析框架相较于其他创新利益分析框架的巨大优势。对于海量的小概率信息成果而言,著作权分析框架提供的思维导图效率最高,只有适当放宽其入口,该分析框架才能在整个信息界权体系中担起应有的重任。

### 三、作品利用方式的非标准化与“宽出”模式

放宽准入的目标是充分发挥著作权分析框架的认知优势,而不是让大量利用作品的行为承担侵权后果。该分析框架在前端将大量客体和利用行为纳入调整范围后,还应当后端提供恰当出口,避免误伤无损社会福利的行动自由。

#### (一)克服市场失灵是合理使用的目标

作为著作权法中最复杂的规则之一,合理使用早已被学者从历史学、法哲学、经济学、宪法学和民法学等多维度进行了解剖。〔13〕综观诸多视角,市场失灵论具有突出的说服力,其核心思想是,当利用者向原作者寻求许可的交易成本显著高于利用行为产生的社会福利时,利用者可以享受免责。〔14〕

如果交易成本足够低,合理使用其实并无存在的必要,因为利用者只需与权利人分享收益即可实现双赢。无论是消费(例如出于阅读目的进行复制)还是再生产(例如出于评论目的引用他人作品),利用行为带来的社会福利增长都既包含来自作者的贡献,也包含源于利用者的

〔9〕 参见北京新浪互联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。

〔10〕 参见暴雪娱乐等与游易科技侵害著作权纠纷案,上海市第一中级人民法院(2014)沪一中民五(知)初字第 23 号民事判决书。

〔11〕 参见蔡骏诉广东省深圳市宜搜科技发展有限公司侵犯著作权纠纷案,广东省深圳市福田区人民法院(2010)深福法知产初字第 70 号民事判决书。北大法宝评述部分认为“临时复制不是我国著作权法意义上的复制行为”。学者观点参见王迁:《网络环境中的著作权保护研究》,法律出版社 2011 年版,第 45—65 页。

〔12〕 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。

〔13〕 参见吴汉东:《著作权合理使用制度研究》(第三版),中国人民大学出版社 2013 年版,第 6—122 页。

〔14〕 完整的市场失灵判断包括三项因素:第一,被告无法通过市场获得许可;第二,将控制权移交给被告有利于公共利益;第三,允许被告继续使用不会实质减损原告的激励。See Wendy 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, pp. 1600—1601. 其中第一个因素最重要也最有创见,这从文章标题对第一个因素的突出可见一斑。

贡献。在此情况下,任何一方都没有理由独占增益,而是应当按照贡献比例分享。被分享的增益会分别转化为对权利人和利用者的激励,引导他们投身于能够促进社会福利增长的创作与利用活动之中。

可问题在于,权利人和利用者之间的交易成本往往异常高昂。以私人使用为例:假设众多爱好者都有意临摹一幅书法作品。临摹本有可能产生各种形式的效用,既有临摹带来的愉悦也包括临摹者技巧提高后创造出更多作品的可能性。但每位临摹者寻找作者、展开谈判并支付许可费的系列活动都伴随着高昂的成本,数额远超临摹者的支付意愿。如果法律强求临摹必须获得许可,临摹者很可能因此而放弃临摹。如此一来,临摹带来的福利增长被抹杀于萌芽之中,权利人也没有因为临摹者守法而获得任何利益。合理使用通过免除临摹者的责任鼓励他们从事有益社会的活动,从而避免双输的局面。尤其在利用活动并不给原作者造成难以负担的损害时,宽容公众从事无法通过市场实现的利用更具正当性。

在上述分析中,交易成本扮演着至关重要的角色。当交易成本相对于支付意愿不太高时,它并不构成利用者向权利人寻求许可的障碍。法律默认权利人可以高效利用作品,即使这一预设违背现实,错误之处也很容易通过许可他人利用作品来纠正。但当交易成本过高时,市场便丧失了纠错能力。即使利用者比权利人更能充分发掘作品价值,利用行为也不被允许。这将导致作品处于欠开发状态,抑制社会福利增长。此时,法律有必要重新配置双方的行动自由,以反映双方在交易成本可以忽略的状态下原本能够达成的共识。<sup>[15]</sup> 合理使用通过允许对作品的自由利用实现了上述目标,反映出权利人与利用者在无知之幕背后的理性选择。

交易成本导致市场失灵的典型场景之一是分散化的利用行为。从分散化利用行为的免责逻辑中,我们能够清晰地体会到市场失灵之于著作权限制的重要性。利用行为越分散,单次利用中的支付意愿越低,交易成本的阻碍作用愈发凸显。正因为如此,著作权法明确列举的诸多合理使用情形都具有明显的分散性。私人使用、适当引用、免费表演等类型化的合理使用情形都可以从分散化导致市场失灵的角度加以理解。通过将众多分散化利用行为明确承认为合理使用,著作权分析框架将大量在权能环节被初步认定为侵权的行为从著作权人控制下解脱出来。以复制为例,权利人并不像权能环节给人的假象一般能够控制所有“以印刷、复印、拓印、录音、录像、翻录、翻拍等方式将作品制作一份或者多份”的行为,而只能控制那些不符合合理使用、法定许可、默示许可等限制条件的复制行为。从被免责的利用行为数量观之,免责出口一直非常宽松,诸多有利于社会但遭遇市场失灵的利用行为都被大开绿灯。

如果将交易成本和市场失灵做广义理解,合理使用的市场失灵理论不仅可以解释私人使用的正当性,还可能解释介绍评论、科研教学、免费表演等其他合理使用情形。篇幅所限,本文不再一一展开。在不同的类型化合理使用场景背后,多多少少都能发现市场失灵的推动力。对于整个合理使用制度设计而言,市场失灵的程度与方式应当成为核心视角。

[15] See Ronald Coase, “The Problem of Social Cost”, *The Journal of Law & Economics*, Vol. 3, 1960, p. 15.

## (二)非标准化利用容易导致非标准化市场失灵

在作品利用领域,除了前述因为利用行为分散化导致的市场失灵之外,还有一类重要的市场失灵原因是利用行为的非标准化。这类市场失灵形态的存在与合理使用制度的设计关系密切,需要重点分析。

与利用技术方案相比,利用作品的形式更加多样、更难预测。大量非标准化利用行为的存在,急遽推高了交易成本,增大了市场失灵的风险。技术方案的后继开发与利用受客观规律影响更大,选择更少,故相对来说更加标准化,而对作品的后继利用则非标准化得多。由于艺术见仁见智,约束相对宽松,作品后继利用不受客观自然规律的严格支配,所以会出现很多超出权利人预期的利用方式。针对同一部作品,有些利用成果与原著只有语种或者篇幅上的差异,属于以翻译或者缩写形式出现的标准化演绎成果;而有些后续开发的具体形式难以确切预见,例如文字作品型同人创作,如果强求开发者取得许可,很可能导致开发者放弃利用原作。

针对标准化利用行为,市场更容易实现有效率的安排。因为标准化意味着权利人和潜在利用者都能预估利用收益,各方在谈判中隐藏信息、漫天要价或者坐地还钱的情况不太容易发生。在此情况下,假如权利人愿意发放许可,这意味着利用者对作品的利用效率更高;即使权利人没有发放许可,也不过揭示出潜在利用者的开发能力低于权利人的自用效率,拒绝许可本身就是市场筛选出的高效利用方式。立法者将作品开发权交给权利人,是因为推定他的开发能力更高。在标准开发模式下,即使权利人本人力有不逮,也很容易通过“招标”引入更高效的市场主体来进行开发。总之,对于标准化利用行为而言,无论是权利人还是利用者进行开发,通常都能实现作品的有效利用。

然而,如果利用行为不具备标准化特征,市场有效配置资源的难度会大大提高,因为非标准化意味着更高的谈判成本和更小的许可成功率。此时,利用者不能获得许可未必意味着权利人利用作品的效率更高,而有可能是交易障碍的结果。这是因为在非标准化利用情形下,哪怕利用者效率更高,但由于他向权利人描述利用行为、取得合理报价、获得利用许可的信息成本大幅攀升,很容易超出利用者的支付意愿,所以无法达成原本有利于社会福利增长的许可。而利用者不能获得许可有可能妨碍作品的有效利用。有学者研究了技术市场上的许可状况,发现当被授予的专利权覆盖范围广泛时,哪怕权利人拥有强大的谈判能力,他们仍然只愿意发放标准化许可,而不愿为处于排他权边缘的非标准化利用“量身定制”许可条件。<sup>[16]</sup>如果说在单项利用行为利润分享空间巨大、总体而言更加标准化的技术领域尚且如此,可想而知在利润分享空间相对狭小、不可预见性更强的文艺作品利用领域,市场失败的可能性更大。

利用方式的非标准化程度越高,越可能出现许可市场的失灵,越有必要通过免除利

[16] See Robert Merges and Richard Nelson, “On the Complex Economics of Patent Scope”, *Columbia Law Review*, Vol. 90, No. 4, 1990, pp. 874—875.

用者责任来促成有效利用。经济生活中的人毕竟不是古典经济学想象的“完全理性人”，而是经过认知科学修正的“有限理性人”——个人和公司均如此。<sup>〔17〕</sup>在多种开发方式可以有效并存、其中有些方式难以被标准化交易覆盖时，权利人受限于认识水平和操作能力只会实现一小部分潜在福利，放任其他开发方式被闲置。此时，明智的做法是将对非标准化利用行为的控制权转交给公众，允许公众充分开发非标准化的利用方式，促进社会总福利增长。如果用洛克的财产权话语重述上述分析，我们会发现财产权的前提是权利人不得浪费社会允许其控制的资源。在洛克看来，权利人仅有权控制他能够利用的资源，而无权控制会被他浪费的资源。只有在“不浪费”的前提下，财产权才既公正又有效。<sup>〔18〕</sup>非标准化利用方式正是很可能被权利人“浪费”的资源，将其交给权利人掌控，有违财产权本意。

莫杰斯与尼尔逊教授在论述专利保护范围时，曾就后续开发空间的控制权做过一个精彩比喻：如果在捕捞前就知道鱼有多少、捕鱼方法是什么，社会不妨将某海域交给一人独占。即使最初握有捕鱼权的人并非高效捕鱼者，他也能够通过市场交易把独占权转让给效率更高的捕鱼者。但是，如果单一开发者并不知道海域中有多少鱼、怎样捕捞才合适，新的开发者在同一海域总能捕获额外产品，那么社会最好不要让单一开发者完全控制捕鱼权。在这种开发方式难以预见的情况下，引入竞争才是更合理的安排。通过让每个竞争者发挥独特能力，尽量提高渔业产量。<sup>〔19〕</sup>当利用方式确定时，独占权的优势明显，能够避免多方竞争造成的租值耗散，但当利用方式并不确定时，独占权带来的则是开发不充分的弊端。随着利用方式非标准化程度的提高，独占权必须受到越来越严格的限制。上述理论尽管源于专利领域，但对理解著作权人对作品利用的控制范围同样富于启发性。

非标准化有助于我们理解近年来合理使用上最为核心的“转换性使用”这一概念。该概念来自美国版权法，最初由勒维尔法官在一篇著名论文中提出，他认为利用行为的合理性主要取决于其转换性，即“在原作上增添价值——以被引内容作为原料，通过新信息、新美感、新洞见或者新理解予以转化”。<sup>〔20〕</sup>受其影响，美国法院从“Campbell案”开始，一改合理使用对商业性的强调，<sup>〔21〕</sup>将重心调整至转换性使用上：“新作品的转换性越强，其他要素的重要性越低。举例而言，[使用的转换性越强，]使用的商业性越不足以否认使用的合理性”。<sup>〔22〕</sup>“Campbell案”后二十余年的司法实践中，转换性使用超越了该案

〔17〕 参见(美)赫伯特·西蒙：《管理行为》，机械工业出版社2017年版，第70—133页。

〔18〕 参见(英)洛克：《政府论(下篇)》，叶启芳、瞿菊农译，商务印书馆2012年版，第22—27页。

〔19〕 See Merges et al., supra note 16, pp. 875—876.

〔20〕 Pierre Leval, “Toward a Fair Use Standard”, *Harvard Law Review*, Vol. 103, No. 5, 1990, p. 1111.

〔21〕 直到“索尼案”，美国最高法院还认为“对版权作品的每次商业使用都是对版权人利益的不当剥削”。See *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 793 (1984).

〔22〕 *Campbell v. Acuff-Rose Music*, 510 U.S. 569, 579 (1994).



试图赋予它的重要性,在整个合理使用判断中获得了绝对的、具有支配效果的重要性。近年来,美国90%以上关于合理使用的判决均涉及转换性使用分析。在支持被告转换性使用抗辩的案件中,有94%的案件最终承认被告构成合理使用。<sup>[23]</sup>在我国和其他国家,转换性使用的重要性也日渐攀升。最初,我国学者在讨论戏仿、<sup>[24]</sup>网页快照<sup>[25]</sup>和数字图书馆<sup>[26]</sup>等具体问题时注意到转换性使用的概念。后来,转换性使用也逐渐成为学术研究的重点。<sup>[27]</sup>遗憾的是,无论在中国还是美国,转换性使用的内涵与标准都不清晰,其正当性基础也缺乏公论。例如在美国,被认定为转换性的使用,其动机和表现形式方面千差万别,体现了极具异质性的政策权衡。这导致转换性使用在美国的版权司法实践中呈现出“先判决再贴标签”趋势,逐渐失去可预见性。实际上,转换性之于合理使用的意义,并不在于转换程度本身的高低,而在于转换是否导致非标准化。如果转换性很高但足够标准化,我们仍可推断权利人是后续利用的最优协调者,将利用行为作为受控演绎加以控制。小说改编电影的演绎就是明显的例证。只有当转换性使用体现出非标准化特征、从而导致交易成本过高时,法院才需要免除转换性使用者的责任。转换性使用近年来在美国合理使用规则体系中“一枝独秀”的地位,表明其背后的非标准化利用问题在版权领域越来越不容忽视。越来越多非标准化利用行为的免责诉求必须得到著作权分析框架的回应。

总之,与技术方案的利用相比,作品的利用更加分散、也更加非标准化,因此更容易出现市场失灵。所以,著作权分析框架不仅应当“宽进”——将大量信息成果的创新利益分配问题纳入著作权范围进行解决,而且需要“宽出”——免除大量市场失灵情形下利用行为的侵权责任。

#### 四、“宽进宽出”的规范意义

著作权分析框架的“宽进宽出”原则不仅是理论推导的结果,而且对立法和司法具有明确的指导意义。本文开篇论述的诸多问题都可以在这一宏观指导思想下获得解答。

##### (一)不应过度抬高客体门槛

著作权分析框架的“宽进”,首先要求对作品构成要件的解释不能过于严格。

[23] See Jiarui Liu, “An Empirical Study of Transformative Use in Copyright Law”, *Stanford Technology Law Review*, Vol. 22, 2019, p. 163.

[24] 苏力:“戏仿的法律保护和限制——从《一个馒头引发的血案》切入”,《中国法学》2006年第3期,第3—16页。

[25] 詹毅:“论网页快照的转化性使用价值——以泛亚诉百度一审判决为视角”,《上海政法学院学报》2010年第25期,第82—90页。

[26] 邵燕:“‘转化性使用’规则对我国数字图书馆建设的启示”,《图书馆论坛》2015年第2期,第82—87页。

[27] 例如熊琦:“著作权转换性使用的本土法释义”,《法学家》2019年第2期,第124页。

近年来,部分法院和学者对作品构成要件的解释愈发严格。一方面,独创性和思想表达二分这类传统有争议的要件常以不利于创作者的方式被解释;另一方面,固定性和智力成果等传统不受关注的要件也越来越经常地被用于排除著作权法保护。

关于独创性标准的讨论早已有之,例如美术作品临摹件的独创性、<sup>[28]</sup>字体<sup>[29]</sup>字库<sup>[30]</sup>的独创性、飞机模型的独创性<sup>[31]</sup>等。在这些问题上,“是否具备独创性”和“是否受法律保护”是同义词。一旦法院否定客体的独创性,客体无法通过其他途径获得保护,直接进入公有领域。然而在近年以体育赛事节目画面为代表的新一轮独创性争论中,情况有所变化。有相当数量的法院和学者认可节目画面的保护资格,但认为保护只能以录像制品制作者权、广播组织权或者反不正当竞争法一般条款为基础,而不属于狭义的著作权保护范围,因为节目画面缺乏独创性。<sup>[32]</sup>新论题的出现意味着多年的独创性讨论不仅没有统一各方认识,反而发展出新的分歧。

思想表达二分法同样处于难解状态。这项规则素来以其含义晦暗而令人苦恼。如汉德法官所言:“过去不曾有人[在思想和表达之间]划定清晰的边界,将来也不会有人具备这样的能

[28] 关于临摹过程中的选择与判断能否带来独创性,支持者参见郑成思:《版权法(上)》,中国人民大学出版社2009年版,第195—207页。反对者参见王迁:《知识产权法教程》(第六版),中国人民大学出版社2019年版,第30—31页。国外也有类似争论。支持临摹构成作品的美国案件有 *Alva Studios v. Robert Winninger*, 177 F. Supp. 265 (S.D.N.Y. 1959)(对罗丹“上帝之手”雕塑的精确缩小件构成作品), *Alfred Bell & Co. v. Catalda Fine Arts*, 191 F. 2d 99 (2d Cir. 1951)(以丧失版权保护的油画为基础制作的铜版画构成作品);更多案件则反对临摹构成作品,例如 *Meshwerks v. Toyota Motor Sales U.S.A.*, 528 F. 3d 1258 (10th Cir. 2008)(汽车的三维电子模型不具有独创性)。

[29] 对计算机字库中单个字体可版权性持肯定意见的,有北京北大方正电子有限公司与山东潍坊文星科技开发有限公司著作权纠纷案,北京市高级人民法院(2005)高民终字第443号民事判决书。持否定态度的,如北京北大方正电子有限公司与广州宝洁有限公司等著作权纠纷案,北京市海淀区人民法院(2008)海民初字第27047号民事判决书。

[30] 认为计算机字库构成美术作品的,有北京北大方正电子有限公司与广州宝洁有限公司等著作权纠纷案,北京市第一中级人民法院(2011)一中民终字第5969号民事判决书。认为不构成美术作品的,参见张玉瑞:“论计算机字体的版权保护”,《科技与法律》2011年第1期,第60页。

[31] 北京中航智成科技有限公司与深圳市飞鹏达精品制造有限公司侵害著作权纠纷案,北京市高级人民法院(2014)高民(知)终字第3451号民事判决书(支持飞机模型具有独创性);北京中航智成科技有限公司与深圳市飞鹏达精品制造有限公司侵害著作权纠纷案,北京市第一中级人民法院(2013)一中民初字第7号民事判决书(反对飞机缩小模型具有独创性)。持反对观点的文献参见王迁:“论等比例模型在著作权法中的定性——兼评‘首例飞机模型著作权侵权案’”,《中国版权》2015年第4期,第5—8页。

[32] 否认节目画面独创性的代表性判决,参见北京新浪互联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;肯定节目画面独创性的代表性判决,参见北京新浪互联信息服务有限公司与北京天盈九州网络技术有限公司案,北京市高级人民法院(2020)京民再128号民事判决书。学术争论参见例如《苏州大学学报(法学版)》2019年第4期关于体育赛事画面独创性的专题讨论。

力。”<sup>[33]</sup>相当多法院对“表达”把握得非常严格,将卡牌组合<sup>[34]</sup>和同人作品中被挪用的原作元素组合认定为“思想”,<sup>[35]</sup>将古籍点校认定为“事实”,<sup>[36]</sup>都排除在著作权保护范畴之外。但相反意见同样存在,最高院即认可古籍点校构成作品。<sup>[37]</sup>争议客体是否落入不受保护的“思想”或者“事实”之范畴,可谓见仁见智。

固定性和智力成果等要件表现出的分歧,近年来也引发很多关注。这些过去不受重视的要件,近年来却越来越显示出限缩著作权适用范围的效力。就固定性而言,上文提及的体育赛事节目信号案中,北京知识产权法院不仅从独创性角度、而且以“随摄随播”为由从固定性角度同样将客体排除在著作权法调控范围之外。<sup>[38]</sup>在一系列涉及网络游戏直播的案件中,法院也以游戏画面“具有随机性”“缺乏确定性”为由,否定其固定性,从而拒绝将其纳入著作权法的利益平衡机制。<sup>[39]</sup>就智力成果而言,随着人工智能生成的新闻、小说、诗歌、图画、音乐等逐步进入日常生活,甚至取得越来越重要的经济分量,其可版权性引发了人们的讨论。但是,与赞同者通常从激励必要性出发论证人工智能生成内容可版权性的进路不同,反对者的策略是釜底抽薪,直接否认人工智能生成内容的“智力成果”属性。<sup>[40]</sup>如果这种反对的理由成立,反对者可谓“一劳永逸”地将人工智能生成内容排除在著作权保护范围之外。随着人工智能生成内容的经济价值越来越大,“智力成果”要件势必引发越来越多的争议。

上述分析展现出近年来作品构成要件日趋严苛的适用趋势,至少在相当一部分法院和学者眼中理应如此。著作权法门槛日渐抬高,入口日趋狭窄,这导致越来越多适合通过著作权调整的客体被排除在外,只能求助其他分析框架。前述体育赛事节目信号、游戏规则、古籍点校、游戏画面、同人创作等一系列客体,都是在有巨大选择安排空间的前提下,由信息生产者创造

[33] Nichols v. Universal Pictures Corporation, 45 F.2d 119, 121 (2d Cir. 1930).

[34] 参见暴雪娱乐有限公司等与上海游易网络科技有限公司著作权权属与侵权纠纷案,上海市第一中级人民法院(2014)沪一中民五(知)初字第23号民事判决书(否认卡牌组合构成作品,因为法院认为其本质是“游戏规则”,属于思想范畴)。

[35] 参见查良镛与杨治等著作权侵权及不正当竞争纠纷案,广东省广州市天河区人民法院(2016)粤0106民初12068号民事判决书(本案通常称为金庸诉江南案,法院认为同人作品中被挪用的作品元素组合属于思想)。持相同观点的判决还有完美世界(北京)软件有限公司等与昆仑万维科技股份有限公司等著作权侵权与不正当竞争纠纷案,北京市第一中级人民法院(2014)一中民初字第5146号民事判决书。这些判决反映了学术界的主流看法,参见例如王迁:“同人作品著作权侵权问题初探”,《中国版权》2017年第3期,第8页。只有少数文献认为被挪用的元素组合构成作品,参见骆天纬:“同人作品的著作权问题研究——以《此间的少年》为例”,《知识产权》2017年第8期,第64—69页。

[36] 参见周锡山与江苏凤凰出版社有限公司等侵害作品复制权、发行权纠纷案,上海市高级人民法院(2014)沪高民三(知)终字第10号(认为古籍点校属于事实,不构成作品)。

[37] 参见葛怀圣与李子成著作权权属、侵权纠纷案,最高人民法院(2016)最高法民再175号民事判决书。

[38] 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。

[39] 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。

[40] 参见王迁:“论人工智能生成的内容在著作权法中的定性”,《法律科学》2017年第5期,第148页。

出的小概率成果。从社会成本的角度看,著作权事后确权模式最为恰当。但是,否定上述客体的作品资格,直接导致关于这些客体的复杂利益分配问题无法在著作权分析框架下解决,而是被推诿给并不恰当的其他分析框架,例如适用范围不清的录制者权分析框架、正当性存疑的广播组织权分析框架或者不够结构化的兜底条款分析框架。我们的社会明明是在经历了成千上万次试错纠错之后,才找到了以可控误判损失来换取巨大便捷收益的著作权分析框架,如果我们因为对所谓比较法渊源、立法本意或者个别概念解释的执念而动辄将其抛弃,这无疑是在浪费认知资源、推高决策成本。

因此,在著作权“宽进宽出”宏观结构的指引下,近年来诸多涉及作品构成要件的争论,均应当以有利于适用著作权分析框架的方式解决。具体而言,作品独创性标准不应被过度拔高。即使针对现行法上存在“电影作品/录像制品”二分结构的电影作品而言,其独创性同样应当从产生概率这一客观视角进行把握。如果处于相同或类似条件下的其他信息生产者不会独立创作出同样的客体,则该客体的事后确权简便易行,适合交给著作权分析框架完成。中超比赛长达90分钟的连续画面明显属于小概率信息成果,假如被告宣称自己没有挪用原告的信息,而是自己独立创作出了完全相同的画面,任何理性人都不会相信。法院反复强调原告在体育比赛转播中受到的限制,包括来自转播手册、比赛流程、观众期待等各方面的限制,并且不断强调体育比赛转播相对于传统电影摄制的选择空间有限。这些论断本身固然没有错误,但却并非独创性关注的重点。独创性的功能,是从客观的产生概率角度筛选出便于事后确权的信息成果,而原告主张保护的连续画面符合该要求,因此并不应当被过度拔高的独创性标准阻拦在作品之外。尤其是,现行法上只有著作权分析框架提供的权能,才能为系争客体提供充分的保护,这进一步强化了该分析框架的正当性。采用其他分析框架要么无法提供必要的保护(例如录制者权),要么保护正当性薄弱(例如广播组织者权),要么认知效率低下(例如兜底条款),均不恰当。

固定性同样不应该成为小概率信息成果运用著作权分析框架的障碍。法律设置固定性要件的意义,在于降低判断客体信息量的难度。从历史上看,在科技不发达的过去,将难以持续固定在有形载体上的信息成果排除在保护范围之外,可能有助于降低著作权制度的运行成本。但是,在录制技术发达的当今社会,固定性所能起到的排除作用微乎其微。我们当然可以为固定性赋予其他的制度功能,比如用它来排除难以被客观化传递的信息(诸如气味、没有落实为文本的创作思路与风格),但这属于值得被单独探讨的话题,并非本文关注的重点。从著作权分析框架“宽进宽出”的宏观结构出发,我们只需要认识到,对于那些信息量不难测算的客体而言,固定性并非是否认可版权性的适当工具。所以,网络游戏画面并不因为“比赛过程具有随机性和不可复制性,比赛结果具有不确定性”就缺乏固定性。尽管人们不能精确预见下一秒连续画面的具体形态,但这并不损害连续画面中来自游戏开发者的贡献具有确定性。特定画面的具体形态难以确定,涉及的是游戏玩家添加其自身贡献的选择空间,与游戏开发者主张保护的内容之固定性并无关系。个中道理,犹如我们不能因为中文小说英译本的具体形态难以预

测,就否认中文小说本身不具有固定性一样。<sup>[41]</sup> 同样,对于音乐喷泉而言,人们毫无必要将“美术作品”的固定性解释得如此严苛,以致否认音乐喷泉的作品地位(然后用其他手段为原告提供保护)。<sup>[42]</sup> 在现代科技条件下,固定性要件是否应予保留都值得讨论。即使保留,需要动用固定性来排除的客体类型也相当有限。如果理论和研究中频繁出现固定性阻碍原告获得著作权保护的情况,人们就应当警惕是否出现了对固定性的滥用。

与之类似,法院在适用思想表达二分法时,也不应当过分拔高表达的门槛。思想表达二分的目标,在于把对社会而言极端重要、赋予排他权有碍社会进步的客体隔离在保护范围之外。典型的思想(例如科学规律)或者事实(例如珠峰高度),能给公众带来巨大的福利,如果被专有,公众很可能无法通过足够方便的许可机制获得利用机会。此时便出现了私有权利对公众福利的封锁效应,这种效应存在于几乎所有的利用方式之上而且无法通过市场解决。正是为了克服市场失灵,法律直接在客体环节这一利益分配流程的前端就将客体排除在保护范围之外,如此一来,人们便无需一一确认利用行为的合理性,而是可以自由利用已被生产出的信息。如果某一客体并不产生阻碍后续福利产生的封锁效应,则没有必要将其认定为“思想”或者“事实”。尤其是如果法院在拒绝著作权保护之后却又动用兜底条款加以保护,这种舍近求远的做法更不值得推崇。因此,无论是复杂的游戏规则,还是同人创作,我们都不妨先将其纳入著作权分析框架,再根据分析框架的指引按图索骥地判断利益天平是应当偏向权利人还是利用者。

## (二)不应过分限缩受控行为

即使客体被承认为作品,如果利用行为不被认定为受控行为,著作权分析框架中的限制、救济和主体规则仍然无法得到运用,结果便是法官需要付出大量认知资源,重构本应由著作权分析框架提供的结构化背景知识。因此,著作权“宽进”模式不仅要求适度放宽作品的准入,而且要求妥善设定受控行为的内涵。这对信息网络传播权和复制权的适用标准均有指导意义。

近年来,权能环节最大的争议非信息网络传播权的适用标准莫属。从《著作权法》定义看,信息网络传播权控制的对象是“以有线或者无线的方式向公众提供作品,使公众可以在其个人选定的时间和地点获得作品”的行为,<sup>[43]</sup>但其中“提供作品”的含义并不明确。互联网领域的沟通在技术层面与传统线下世界存在差异,但在效果上却可以无限逼近甚至超越传统线下世界的传播效果。究竟应当从技术角度还是效果角度评价线上传播行为便成为法律必须回应的挑战。在普通链接为主要的时代,决策者更加注重线上传播行为与传统传播行为在技术层面的差异,强调设链者没有在服务器上生成作品有形载体,因而不构成“提供”行为。对普通链接而言,技术差异恰好与效果差异一致,所以著作权法界很容易接受技术差异对应法律效果差异的

[41] 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。

[42] 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—26页。

[43] 《著作权法》第10条第1款第12项。

推理,不对普通链接课以传播之责。不过,当讨论对象从普通链接转变为深层链接<sup>[44]</sup>时,已有共识很快被颠覆。尽管国内外许多学者与法官沿袭普通链接的思路,以服务器上没有作品载体为由拒绝认定信息网络传播行为,<sup>[45]</sup>但是同样为数众多的法院与学者却秉持截然不同的立场。否认深层链接构成信息网络传播的立场被称为“服务器标准”,<sup>[46]</sup>反对意见则包括“链接不替代标准”<sup>[47]</sup>“用户感知标准”<sup>[48]</sup>“实质呈现标准”<sup>[49]</sup>“法律标准”<sup>[50]</sup>“新公众标准”<sup>[51]</sup>“提供标准”<sup>[52]</sup>“间接提供理论”<sup>[53]</sup>“直接、完整、同质标准”<sup>[54]</sup>等等,均不以设链者将作品上传到服务器作为构成受控行为的前提。

不独我国现阶段就这一问题悬而未决,其他国家也正在经历关于该问题的思考与转型,例如:美国纽约南区法院近期判决已经与服务器标准分道扬镳,<sup>[55]</sup>欧盟也开始从服务器标准转向更复杂的新公众标准。<sup>[56]</sup>在此背景下,我们更有必要思考,究竟是应当坚持服务器标准还是以更加灵活的态度认定信息网络传播行为。

深层链接与普通链接的不同之处在于,普通链接设链者并不承担任何责任——不仅不承担著作权侵权责任,也不承担其他规范导致的责任;而很多深层链接设链者即使无需承担著作权侵权责任,却还需要承担绕开破坏技术措施、间接侵权或者不正当竞争的法律义务。<sup>[57]</sup>可见,对于普通链接而言,创新利益分配的实体问题已经解决,因此在权能环节做出有利于被告

[44] 所谓深层链接,指设链者在自己网页上展示被链网页内容的技术。各种文字聚合与视频聚合类平台均可被视为典型的深层链接设链者。本文不区分深层链接和加框链接。

[45] 例如最初支持服务器标准的美国判决,Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., 508 F. 3d 1146 (9th Cir. 2007)。本文以信息网络传播权泛指网络公开传播行为。

[46] 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著作权侵权纠纷案,北京知识产权法院(2016)京73民终143号民事判决书。

[47] 石必胜:“论链接不替代原则——以下载链接的经济分析为进路”,《科技与法律》2008年第5期,第62页。

[48] 芮松艳:“深层链接行为直接侵权的认定:以用户标准为原则,以技术标准为例外”,《中国专利与商标》2009年第4期,第81页。

[49] 崔国斌:“加框链接的著作权法规制”,《政治与法律》2014年第5期,第74页。

[50] 孔祥俊:“论信息网络传播行为”,《人民司法》2012年第7期,第59页;王艳芳:“论侵害信息网络传播权行为的认定标准”,《中外法学》2017年第2期,第456页。

[51] 范长军:“加框链接直接侵权判定的‘新公众标准’”,《法学》2018年第2期,第42页。

[52] 刘银良:“信息网络传播权的侵权判定——从‘用户感知标准’到‘提供标准’”,《法学》2017年第10期,第100页。

[53] 万勇:“网络深层链接的著作权法规制”,《法商研究》2018年第6期,第167页;万勇:“深层链接法律规制理论的反思与重构”,《法律科学》2020年第1期,第36页。

[54] 杨明:“聚合链接行为定性研究”,《知识产权》2017年第4期,第11页。

[55] See Justin Goldman v. Breitbart New Network, LLC, 302 F. Supp. 3d 585 (S.D.N.Y. 2018)。

[56] BGH GRUR 2016, 171, Die Realität II。

[57] 例如在支持服务器标准的判决中,北京知识产权法院在否认被告侵犯信息网络传播权之后指出,被告完全有可能需要承担其他形式的责任。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著作权侵权纠纷案,北京知识产权法院(2016)京73民终143号民事判决书。

的判断是一锤定音的方案。但对于深层链接而言,创新利益分配的实体问题答案并不清晰,即使法院在权能环节做出有利于被告的判断,仍然没有解决被告是否能够自由利用作品的问题,还需求助其他分析框架。而其他分析框架在调整作品利益分配方面并无认知优势。所以,正确做法是通过将有可能实质侵害权利人利益的利用行为纳入著作权分析框架,首先认可其构成受控行为,继而再运用限制规范将无需承担责任的具体利用情形筛选出来,仅留下确实需要承担侵权责任的利用情形。合理使用规则以市场失灵为理论基础,并且通过国内外的学说与判例积累了大量宝贵的经验,完全有能力区分免责情形和不免责情形。如果出于误判责任的担忧就在权能环节自我设限,相当于因噎废食。法院在权能环节应当维持适当的灵活性,不当一味抬高受控行为的门槛。

实际上,早在信息网络传播权吸引众多研究者的注意力之前,已有其他受控行为引发过激烈争论,这就是“临时复制”是否落入复制权范围之争。电子化环境中的很多作品利用行为无需以持久复制件的存在为前提,因此权利人能否控制生成临时复制件的行为,会对权利人在电子环境下的控制权范围产生重大影响。反对者的主要理由是临时复制往往是客观技术现象、缺乏独立经济价值并且法律调整的可行性不强。<sup>[58]</sup> 这些理由并不能解答如下问题:当转瞬即逝的复制件确实对权利人利益造成重大影响时,权利人的利益如何受到恰当保护? 随着技术发展,这样的顾虑越来越现实,未经许可使用在线软件虽然没有产生恒久固定件,但同样有可能损伤权利人的利益。前文关于信息网络传播权的分析提示我们,限缩受控行为将置法院于被动境地,要么舍近求远地运用其他不太适合的规范进行兜底保护,要么拒绝保护。恰当的做法是先将临时复制纳入复制权的控制范围,再用合理使用、默示许可等规则免除无害临时复制行为的责任。<sup>[59]</sup>

需要简要说明的是,适度放宽权能的意义在于充分发挥著作权分析框架的作用,因此,对于各种权能彼此之间的边界划分,“宽进”理念并不适用。例如在区分信息网络传播行为和广播行为时,法院无需对任何行为采取“宽进”态度,因为二者此宽彼窄,对整个著作权分析框架的作用范围并无影响。此外,著作权分析框架应当获得充分运用,并不意味着无节制地降低适用门槛,如上文分析所示,客体与权能环节的术语解释应当被置于著作权分析框架与其他分析框架的比较背景下进行,而非固执于该术语本身的字面含义或者比较法渊源。在疑难案件中,法官并不能完全依赖门槛术语本身来确定是否适用著作权分析框架,而是在综合术语解释空间和分析框架适用效果的基础上赋予门槛术语恰当的含义。因此,当著作权分析框架并不适合解决问题时(例如对于大数据利用而言,著作权分析框架提供的权能范围可能过宽),法院当然不应当为了扩大著作权分析框架适用范围而强行改变独创性门槛;但当著作权分析框架并无实质不妥时,法院应当维持门槛要件的弹性,允许非典型客体或者非典型利用方式引发的利

[58] 代表性的反对意见,参见王迁:《网络环境中的著作权保护研究》,法律出版社2011年版,第45—65页。

[59] 参见崔国斌:《著作权法:原理与案例》,北京大学出版社2014年版,第389—390页。

益分配问题在著作权分析框架下获得解决。

### (三)不追求绝对类型化的著作权限制条款

要求法院更加灵活地将非典型客体和非典型利用行为纳入著作权分析框架中,并不必然意味着让利用者承担更多的责任。著作权分析框架在前端放宽准入之后,还应当在后端拓宽出口,彼此配合才能达到实体利益平衡。这对于著作权司法的启示,是在适用现行法已经规定的类型化合理使用情形时维持足够弹性。尤其针对如今发达的二次创作,法院应当考虑私人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”等合理使用情形,给有利于社会的作品利用行为提供足够的空间。而对于著作权立法来说,“宽出”的启示在于立法者应当在现行合理使用类型化条款之外增加一般条款。本部分重点论述立法层面的启示。

合理使用规则历来被认为是“整个著作权体系中最棘手的问题”。<sup>〔60〕</sup>著作权法长期以来采取限定列举立法例,仅仅规定了数量有限的类型化合理使用行为,并无一般条款。在最近一轮著作权法修订中,一般条款的命运经历了过山车似的反复,生动地反映了立法者内部意见不一。修改草案第一稿以单独条款的形式引入了一般条款,以三步检验法作为合理使用的裁判规则。<sup>〔61〕</sup>第二稿仍保留了一般条款,只是不再采取单独条款的形式,而是改为与现有十二种类型化情形并列的“其他情形”。<sup>〔62〕</sup>第三稿与送审稿均沿袭此形式。在随后的审议过程中,立法者删除了合理使用条款中的“其他情形”,彻底改回封闭列举模式。而在最终通过的新法中,立法者在原有类型化合理使用情形之外引入了“法律、行政法规规定的其他情形”,可谓貌似开放,实则封闭。

立法过程中的纠结并不令人奇怪。合理使用应当采取封闭还是开放的立法模式,在比较法上并无共识。德国法上的“限制与例外”规定,英国法上的“公平交易”规定,均属封闭型立法模式。人们耳熟能详的美国版权法第107条采取的开放式“四要素”标准,实际上属于比较法上的少数派。

与立法的反复和比较法的多元化相呼应,我国学界在合理使用一般条款问题上的意见也不统一。尽管不少学者赞同引入一般条款以增加著作权法的弹性,<sup>〔63〕</sup>但反对声也不容忽视。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。<sup>〔64〕</sup>也有学者认为一般条

〔60〕 See *Dellar et al. v. Samuel Goldwyn, Inc.*, 104 F. 2d 661, 662 (2d Cir. 1939).

〔61〕 《中华人民共和国著作权法(修改草案)》(国家版权局2012年3月)第39条。草案见李明德、管育鹰、唐广良:《〈著作权法〉专家建议稿说明》,法律出版社2012年版,第422—439页。

〔62〕 《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)第43条。李明德等,见前注〔61〕,第440—463页。

〔63〕 例如,李明德等,见前注〔61〕,第247页;卢海君:“合理使用一般条款的猜想与证明——合理使用制度立法模式探讨”,《政法论丛》2007年第2期,第42页。

〔64〕 参见孙山:“合理使用‘一般条款’驳”,《知识产权》2016年第10期,第56页。



款不适应我国国情,我国缺乏适用一般条款的司法环境,如果强行适用将造成新问题。<sup>[65]</sup>可能正是基于强烈的反对声,加之对法院自由裁量权的担忧和加强知识产权保护背景下对放开著作权限制的谨慎,最终立法才没有引入一般条款。

合理使用是否应当坚持封闭模式?要回答这个问题,研究者不能仅仅关注著作权限制环节,还应当放眼整个著作权分析框架的结构。著作权分析框架是否应当在后端开放,与其前端是否宽松休戚相关。如果前端入口狭窄,受保护客体和受控行为的覆盖面不广,那么后端出口的确不需要放宽。但正如“宽进宽出”理论所示,著作权分析框架的前端入口不可能始终维持狭窄状态,因为著作权分析框架在确权效率方面的巨大优势会将大量利益分配问题吸引到自己的适用范围之内。即使我们暂时堵住入口,这些利益分配需求也并不会消失,它们只会转而寻求确权效率更低的其他分析框架。创新成果确权制度迟早会在信息负担的压力下开放著作权分析框架的入口。一旦我们承认著作权分析框架前端入口需要保持灵活性,就不能对后端出口承受的压力视而不见。尤其在对作品的利用日趋分散化和非标准化的今天,后端出口更是不可能一劳永逸地维持限定列举模式,而必须配合前端入口的灵活化做出调整。科技的发展使得作品产生后续价值的方式越来越多,诸如电子图书搜索、<sup>[66]</sup>数据挖掘、机器学习等诸多新型利用方式都可能需要合理使用来免除责任,对类型化条款的局部修改很难达到目的。

一般条款通常被指责具有法院滥用自由裁量权、保护力度被削弱之弊端,但这两点质疑均不成立:

首先,法院是否享有自由裁量权,并不取决于合理使用制度是否引入一般条款,而取决于现实生活的复杂度是否超越了法条的合理类型化程度。假如答案是肯定的,我们就不应当通过进一步类型化来弥合现实与法条之间的复杂度鸿沟,而需要在法条中引入非类型化条款来应对现实中的额外复杂度。即使立法者拒绝在合理使用环节引入一般条款,也无法避免在其他环节适用一般条款。现阶段,法院经常在反法兜底条款下解决创新利益分配问题,正是现实复杂度超出类型化法条复杂度的现实体现。合理使用的弹性越低,法院越可能拒绝将非典型客体和非典型利用行为纳入著作权分析框架。而这些非典型利益分配问题的不确定性并不会随着其被排除在著作权之外就消失,只不过被挤压到其他规则下,而在其他规则(例如反不正当竞争法一般条款)下,法院甚至无需受制于著作权分析框架的结构化流程,这显然与反对者的期待背道而驰。反对者的本意是限制自由裁量权,但反对的效果却是法院享有更大的自由裁量权。如此悖论,希望足以供反对者正视一般条款的必要性。

其次,引入合理使用一般条款会削弱保护力度的担忧并不成立,相反,引入合理使用一般

[65] 参见詹启智:“论合理使用的‘其他情形’——对著作权法修订草案送审稿的修订建议”,《科技与出版》2014年第9期,第51—53页。

[66] 参见王莘与北京谷翔信息技术有限公司、谷歌公司侵犯著作权纠纷案,北京市第一中级人民法院(2011)一中民初字第1321号民事判决书。

条款的实际效果很可能是加强而非削弱对创作者的保护力度。因为法院拒绝将成果认定为作品或者将利用行为认定为受控行为的理由,常常恰恰是由于合理使用提供的免责范围过窄,以致法院为了让某些同类成果或者同类利用行为免责,不敢依赖合理使用条款,而只能在客体或者权能环节就提前实现免责。例如在关于深层链接的争论中,服务器标准的论据之一便是其他标准会使诸多深层链接行为不当承担责任,只有服务器标准才能“避免将提供‘深层链接’认定为‘信息网络传播行为’对正当行为的误伤,从而实现利益平衡。”〔67〕服务器标准支持者特地指出,按照实质呈现标准认定的作品提供行为中,“只有极少数可能属于合理使用”。〔68〕言下之意,如果把具有实质替代或者实质呈现效果的深层链接统统认定为信息网络传播,现有合理使用制度将无法为应当免责的深层链接行为提供充分的免责出口。这种担忧恰恰说明,如果合理使用制度能够提供充分的免责出口,法院便无需为了避免“伤及无辜”而提高受控行为的门槛。

或许有人会指出,设置灵活的合理使用一般条款有悖于中国在国际条约下承担的义务,因为包括《伯尔尼公约》在内的版权国际条约要求各国国内法上的合理使用制度限于“某些特殊情况”。〔69〕这种顾虑并不必要。作为各版权国际条约规定的“三步检验法”中的第一步,“某些特殊情况”并不排除一般条款。按照权威学者的解释,“应推定国内法规定的所有现行例外都属于‘某些特殊情况’”。〔70〕所以,如果我国在立法上明确了合理使用一般条款,该条款针对的情况就会被推定为符合国际公约的要求。正因为如此,尽管美国版权法第107条针对合理使用采用开放式立法,但并未被认定违反《与贸易有关的知识产权协议》,所以这种担心并不足道。《著作权法》(2020年修正)引入的“法律、行政法规规定的其他情形”无法满足灵活免责的需求,将来修法时应当在合理使用中引入真正的一般条款。

## 五、代结语:体系化解读的优势

一个学科本应在反复解题的过程中经历范式转换,逐步趋近成熟,〔71〕但著作权法却未能通过每年解决数十万真实世界难题而迎来范式转换。我们重技术轻范式,至今在解题方法论上缺乏研究,更难言共识。我们把客体、权能和限制视为各自为政的孤立环节,忘记了将其作为彼此勾连的整体予以研究。实际上,局部知识与整体知识从来只在相互映照中才显露真相,

〔67〕 王迁,见前注〔2〕,第23页。

〔68〕 王迁,见前注〔2〕,第28页。

〔69〕 《伯尔尼公约》第9条第2款,《世界知识产权组织表演和录音制品条约》(WPPT)第16条,《与贸易有关的知识产权协议》第13条。

〔70〕 (澳)山姆·里基森、(美)简·金斯伯格:《国际版权与邻接权——伯尔尼公约及公约以外的新发展》(第二版下卷),郭寿康等译,中国人民大学出版社2016年版,第679页。

〔71〕 (美)托马斯·库恩:《科学革命的结构》(第四版),金吾伦、胡新和译,北京大学出版社2012年版,第1-7页。

各个环节的含义不可能脱离其他环节的配合得以澄清。我们需要关于著作权核心分析框架的整体理念来更好地构建每个单独的环节。

“宽进宽出”便是能够为我们提供整体视野的理念。这套理念的合理性首先表现为它符合著作权分析框架在信息界权体系中的定位。对于肩负重任的著作权分析框架而言,门槛规则假阴性比假阳性危害更大。因为准入假阳性尚可得到限制规范的纠正,而假阴性则会造成规则误用分析框架、降低判断效率,重则拒绝保护,导致激励受损的严重后果。至于限制规范则应当反映利用行为市场失灵的模式。既然伴随作品利用而发生的市场失灵呈现非标准化特征,合理使用一般条款自然必不可少。

最后,“宽进宽出”是需要被灵活运用理念,而非被刻板遵循的教条。“宽进”不意味着盲目降低著作权门槛,“宽出”也不应被理解为一味宽容受控行为。无论是独创性概念,还是信息网络传播权标准,都是著作权分析框架解决创新利益分配难题的工具,必须有助于控制误判率、降低认知负担。著作权制度中的具体环节最终必须服务于制度目的,只有在功能性的、整体性的解释视野中,才能保持活力。

---

**Abstract:** Controversial questions regarding the subject matter, exclusive rights and limitations in copyright law shall be examined in light of a structural understanding of copyright law. For the vast majority of intellectual creations, the more cost-efficient way to delineate the exclusive right is to do it *ex post*, namely after a potential disagreement becomes a real dispute. Among all the regimes provided by intellectual property laws, copyright law fits best to such an *ex post* model. Patent law, in contrast, represents largely an *ex ante* analytical framework. As the prototype *ex post* delineation mechanism, copyright law is bound to be open for a vast number of highly heterogeneous disputes. Accordingly, both the “entrance” and the “exit” of copyright liability should be kept flexible. On one hand, the subject matter and exclusive rights should be interpreted more flexibly than they currently are; on the other hand, we should introduce a general clause for fair use into Chinese copyright law.

**Key Words:** Copyright; Subject Matter; Exclusive Rights; Fair Use

---

(责任编辑:杨 明)