

从行政征用观点论数字版权的强制许可及其引入

文 / 李永超

[摘要] 版权强制许可作为限制版权扩张以平衡利益的一项制度安排,在数字时代更具必然性和正当性。跳脱私法视域以行政征用的观点探析版权强制许可的本质能多角度、综合化地展示其完整性,并以此为理念从公法视角构建版权强制许可启动的目的要件、行为的程序装置、限权的补偿机制、结果的救济保障等基本制度,将使制度变革的未来选择更具明确性和民主性。

[关键词] 数字版权 行政征用 强制许可 制度引入

随着互联网的迅速发展,传统版权逐步迈进数字版权时代,传统权利主体间的利益平衡也遭受挑战。数字时代的开放性为使用人带来接近作品便利性的同时也伴生着侵权的可能,版权人遂发起扩张版权的“圈地运动”作以回应。在这场以知识和信息为对象的“圈地运动”中,版权的客体和权能得以扩张,权利的身份性和经济性得以强化,相应的公共领域日渐式微、合理使用空间受挤,自由接近作品的成本叠加提高。如何达致相关主体间的利益平衡,已成为数字时代版权领域的重要问题。对此,法律制度与理论研究也多有对策,但效果却不尽如人意,原因之一即在于“版权强制许可”制度的缺失。本文拟以行政征用的视角

分析“版权强制许可”的本质,并在此基础上分析数字时代引入该制度的必然性,旨在进一步为我国引入该制度提出基本构想。

一、版权强制许可与行政征用

1. 版权财产权的社会拘束

18、19世纪宪法普遍认为财产权具有绝对性,与自由皆为人民的基本权利,更为社会法律制度运作的基础。但到20世纪初叶的宪法已认为,财产权的行使应同时顾及社会公共利益的达成,换言之,财产权行使被视为是个人履行社会义务的基础,是因应社

[9] <http://www.niubt.cn/tietie/s1.asp>.

[10] 王辰瑶. 在分散中聚集:有关网络议题特征的实证研究[A]. 北大新闻与传播评论[C]. 第四辑,北京大学出版社,2009年。

[11] [法]古斯塔夫·勒庞:乌合之众——大众心理研究[M]. 宇琦译. 北京:中央编译出版社,2004:12

[12] See Judith S. Donath, Identity and Deception in the Virtual Community, Kollock, P. and Smith M. (eds). Communities in Cyberspace, file:///F:/Identity%20and%20Deception%20in%20the%20Virtual%20Community.mht.

[13] 范士明. 新媒体和中国的政治表达[J]. 二十一世纪, 2008-08-15.

[14] [美]安东尼·吉登斯. 社会学[M]. 李康译. 北京:北京大学出版社,2003:862

[15] See Thomas Poell, Conceptualizing forums and blogs as public sphere, in Marianne van den Boomen etc. Edited Digital Material: Tracing New Media in Everyday Life and Technology, Amsterdam University Press, 2009.

[16] Karsten Giese, Speaker's Corner or Virtual Panopticon: Discursive Construction of Chinese Identities Online, in Francoise Mengin(ed.), Cyber China: Reshaping National Identities in the Age of Information, Palgrave Macmillan, 2004.

[17] 2011年1至2月间,有网帖称网络红人苏紫紫(中国人民大学的本科生和裸体模特)和西单女孩(2011年春晚表演的草根女孩)都是网络推手“非我非非我”炒作成功的(王海涛:《裸模苏紫紫被指身世虚构 推手是西单女孩制造者》[N]. 来源:《都市时报》, http://news.ifeng.com/society/special/rendaluomosuzizi/content-2/detail_2011_01/21/4387514_0.shtml)。这些消息的真伪虽然有待调查,但从一个方面说明现在网络民意强大的影响力,也似乎显示了网络民意(网络红人)背后商业的、社会的、情感的、权力的等诸多影响因素。

[18] 国美争夺战背后惊现网络推手[N]. 来源:《长江商报》, http://tech.ifeng.com/it/special/controlgome/content-1/detail_2010_10/04/2699782_0.shtml.

[19] Daniel J. Solove. The Future of Reputation: Gossip, Rumor, and Privacy on the Internet, Yale University Press, 2007, P.13.

[20] 郭超. 双汇瘦肉精万人道歉大会系公关公司策划[N]. 新京报, <http://news.163.com/11/0410/02/718EFH5J00011229.html>, 2011-04-10.

[21] [美]戴维·波普诺. 社会学[M]. 刘云德, 王戈译. 沈阳:辽宁人民出版社,1986:481

[22] [美]布鲁斯·兰尼斯·史密斯等. 宣传、传播和舆论指南[M]. 王海等译. 广州:中山大学出版社,2008:1

[23] Ananda Mitra, Digital Communications: From E-mail to the Cyber Community, New York: Infobase Publishing, 2010, P.109.

[24] 蒙牛诽谤门[DB/OL]. 百度百科词条, <http://baike.baidu.com/view/4555528.htm>, 2011-02-07.

会经济条件变迁的需要,使得财产权的绝对性被打破,这一理念获得现代文明国家的普遍认同。版权作为一项特殊的权利,其内容包括人身权和财产权。就财产权意义而言,随着科技的日新月异发展,数字时代背景下其经济性更加突出,这就滋生了版权人为逐私利而不断提高作品利用成本的乱象。为此,国家立法通常设定了合理使用和法定许可制度对其予以规制,这即为对版权人课以社会义务的具体表征。

但人民的财产权依然必须予以妥适保障,对其的社会拘束不能违反比例原则的要求,不能超出社会义务的合理范围而让其承受过度的牺牲,否则就有违财产权制度性保障的意旨,应考虑予以损失补偿。因此,立法者在设定相关制度时须合理权衡财产权利人的公益与私益内涵,同时依据限制或牺牲的性质采取不同的协调策略,以确保宪法规定人民财产权保障的精髓。投射在数字版权领域,就需在行政征用的理念下阐释并引入强制许可制度。

2. 版权强制许可的意涵及与行政征用的关联

版权强制许可是指在特定的条件下,由版权主管机关根据相对人的申请,将已发表作品的使用权强制性地授予申请人并给予补偿的行政行为。以版权人的观点分析上述定义可以看出,强制许可是一种“非自愿许可”,其实质是为了社会发展的需要而通过公权力对私权利的限制达致公共利益与个人利益的平衡。其主要特征表现在:首先从性质上看,它是一种具体行政行为,由特定的行政机关运用行政权力做出的具有约束力的行政行为;其次就目的而言,它是为维护或增进公共利益而设;再次从内容上看,它是针对版权之财产权的一种限制,而不是剥夺版权的人身权;最后从条件上看,该许可行为的做出要遵循一定的程序,并给予版权人一定的补偿。

若寻求强制许可的法律依据,《宪法》第13条第3款规定“国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或征用并给予补偿”便是其最高位阶的法律规范。从上述规定并结合行政法理,可以判断出强制许可性质实属于一种行政征用行为。

行政征用,是指行政主体根据法律规定,出于公共利益的需要,强制性地使用相对人的财产并给予补偿的行政行为。^[1]如果对其予以分项描述则主要强调如下几点:首先行政征用是一种具体行政行为,行为

主体是特定的行政主体,是运用行政权对财产权的一种干预和限制;其次行政征用必须符合公共利益的需要,接受正当性的考量;再次行政征用的法定性,其作为一种行政限权的强制性行为,其效果明显对相对人是一种负担,因此征用行为的主体、条件、对象、范围等必须有法律的明文依据;最后行政征用具有有偿性,应对相对人的财产损失支付补偿金。

二、数字时代引入版权强制许可的背景性分析

面对数字化技术给传统版权提出的诸多挑战,现有制度和社会规范的既有调整方式已不能很好回应,需要寻求制度上的变革。而变革中在对版权人权利的保障的同时,如何避免权利的“异化”或纠偏“异化”的权利也是我们需要思考的。^[2]在数字时代背景下选择引入版权强制许可制度既有客观的必要性又有现实的可行性。

1. 引入版权强制许可的必要性

首先是作品“生产流通方式”变革的需要。网络技术的发展导致传统作品的创作方式由单一思想、单一维度的纸质形式向多元思想、多维角度的多元化方式转变,媒介的开放性与互动性产生了“协同创作”等巨大的创新效应,^[3]这种“互文关系”使得创作的“协同者”成为作者群体的一部分,^[4]模糊了作者与读者的界限。

其次是作品使用方式变革的需要。使用者对于作品的使用方式基本分为两类:单纯消费性使用和转化性使用。^[5]在开放、互动的数字时代,使用者由传统的被动型接受者角色逐渐转向为新的“创作者”,使用方式更多地表现在“转换性使用”,这种使作品更具价值、促进社会进步的行为是应该鼓励的。

再次是发展数字图书馆的需要。数字图书馆是信息技术发展在图书馆的高层次运用,其中的大量数字化资源相应会引发一系列的版权问题,版权纠纷的症结就在于权利的许可问题。因此,引入版权强制许可就成了促进图书馆事业发展与繁荣的必然选择。

最后是与国际接轨的需要。环顾世界,无论是西方法制发达国家的法律还是国际组织的公约都有强制许可制度的规定。我国作为《TRIPS协定》《伯尔尼公约》和《世界版权公约》的签署国,应遵守公约中的相关规定,对国内法进行适当的修订,引入强制许

可制度,以充分利用国际公约给予发展中国家的优惠政策,进而促进我国教育、科技、文化水平的提高。

2. 引入版权强制许可的可行性

首先,国外版权强制许可制度的法律实践先例为我国实行强制许可提供了相当成熟的经验。无论是在英美法系国家还是在大陆法系国家,著作权强制许可制度已被采用,虽然各国由于国情不同及经济文化等方面的差异,其在强制许可的具体规定也多有不同,但两大法系的交融也让该制度存在一些共同之处,因此,我国应根据自身情况有选择性地借鉴吸收合理的规定。

其次,技术性支撑及强制许可自身特性。为平衡版权人与使用人间的利益,各国在不同条件下通常采取三种制度:合理使用、法定许可和强制许可。这三种制度的使用条件对于技术的依赖性依次递增,在不同的科技水平条件下各自产生不同的效益。科技水平不高时,合理使用的社会效益最高;科技水平再提高,合理使用的优势递减,法定许可的社会效益最优;科技水平飞跃后,强制许可的社会效益就达到最优,因为此时前两种制度的产出已无法弥补作品利用的控制成本。因此,随着条件与背景的变迁,应有不同制度的最优选择。可以说当今的科技条件为强制许可制度优势的发挥提供了基础。^[6]

再次,完善立法时机的现实性。根据国务院立法工作计划,国家版权局草拟了《著作权法》(修改草案)并于2012年3月和7月两次公开征求社会各界意见。为构建我国著作权权利限制体系系统化、完整化的需要,应该不失时机地引入强制许可制度,这个完善立法的时机可谓是最为难得、最为重要的。

三、行政征用理念下引入版权强制许可的基本构想

如上所述,财产权的社会拘束已为各国现代宪法所接受,并在宪法规范上做出具体的制约条款对财产权予以限制,最为典型的即是行政征收与征用。从公法角度看版权领域的强制许可,就是通过行政权的介入干预版权人对作品所享有的财产权,但这种行政限制必须接受合法性与正当性的考量。笔者就在上述分析的基础上,在行政征用理念的指导下对版权强制许可制度的引入略陈管见。

1. 版权强制许可启动的目的要件

为避免行政权对私权限制的恣意性,法律会在行政征用制度入口处设置启动要件,从不同角度确保行政征用的提出是慎重的,其主要体现在行政征用的公益目的。因此,版权强制许可启动的前提要件也应是公益目的的需要。

对于公益的范畴界定,至今还没有一个明确的判断标准。借用学者伯杰(Berger)的观点分析,版权强制许可的公益目的应考虑以下三个因素:第一,支持提高经济效率,对资源进行最佳利用;第二,考虑征用后价值上的净增量;第三,许可的公共利益是否明显地比被限制权利人的利益重大。^[7]即“政府作为公共利益的保证人,其作用是弥补市场经济的不足,并使各经济人员所作决策的社会效应比国家干预之前更高。”^[8]在公益目的判断制度的具体设置上,我国应在立法上采用列举式和概括式相结合的模式予以规定。如在《著作权法》(修改草案第二稿)的第四章“权利限制”中设专条对强制许可的使用前提——出于学习、教育、科研等公共利益的范围予以规定,以平衡公共利益与版权人的个人利益。

2. 版权强制许可行为的程序装置

在法律赋予政府对公民私产剥夺和限制的权力时,必然同时制定必要的法律规则以规范和限制政府的行为,行政主体必须依法定权限和程序行使权力,权利受到影响的相对人也应可以依照相应程序向相关机关寻求救济。版权强制许可程序大体可分为申请、核准与执行三阶段。第一,申请程序。申请人必须尽到最大限度的谨慎义务后才能向主管机关提出申请,并提供著作权人拒绝授权或未能联系著作权人的充分证据,版权主管机关根据申请调查核实是否满足强制许可相关条件再作出行政决定。第二,核准程序。核准主体可以根据《实施国际著作权条约的规定》由国家版权局担任,这也符合版权许可的行政专业性。同时,为了尊重版权人的程序主体性,增强许可行为的可接受性,在核准时还应赋予版权人一定的知情权与参与权。在涉及重大公共利益时,还可以引入听证程序,以保障公众利益。第三,执行程序。版权强制许可权是一项自由裁量权,但并不意味着可以任意为之,其对版权人的财产权限制时还必须做到必要、适当、有度,即遵守比例原则。^[9]要求审核机关明晰强制许可决定目的的正当性,且采取强制许可手段是实

现该正当性目的的有效手段,如果存在多种实现目的的手段就需判断强制许可手段是不是实现目的的最优手段,即使是,还需要进一步作出利益权衡的判断,除非这种最优手段所产生的社会效益大于版权人受限制的利益方可作出准许的强制许可决定。

3. 版权强制许可限权的补偿机制

没有补偿就不能征用,因此补偿条款被誉为征用的“唇齿条款”或“一揽子条款”。^[10]因此,版权强制许可也应确立有偿取得制度,一方面在于调和私有财产权与公共利益之间因限权而失衡的关系,另一方面在于被许可人作为作品资源的使用者,一般应支付一定的对价,坚持“谁受益谁补偿原则”。关于版权受限后的补偿标准问题,世界各国的规定并不一致,主要有完全补偿、适当补偿、公平补偿三种情况。我国立法应根据申请人获得许可后是否能够产生利润回报的情况,制定一个合理的参考标准,审核机关于实践中再根据利益衡量方法公平地做出自由裁量,决定个案许可中的补偿标准、数额、方式和支付期限等。

4. 版权强制许可结果的救济保障

虽然版权强制许可是以公共利益为依归,但其间

包含的是权力的运用与利益的取舍,这就会造成个案决定偏向一些利益而忽略或伤害另外一些利益,因此需要在许可决定作出之后设置一道屏障来救济被忽略或伤害的利益。其间的利益纠纷主要表现为因强制许可“行为”的合法性引起的纠纷和因“补偿”问题引起的纠纷等两个方面。针对“行为”合法性的救济保障机制,行政相对人(申请人或版权人)可以先申请行政复议,后向人民法院寻求救济,亦可不经过复议直接向法院提起行政诉讼。为衔接国家赔偿法的相关规定,单独请求“补偿”纠纷的解决就需要相对人先通过行政程序——行政调解或裁决予以解决,如果相对人依然不服时,才可向法院提起行政补偿诉讼,即行政先行处理前置。

最后需要指出的是,版权强制许可制度作为数字时代背景下走出利益失衡困境的一种平衡机制,不仅需要继续深化理论研究,更需要循序渐进、审慎稳妥地进行实践。因此,我国若欲全面引入版权强制许可制度,就应把握《著作权法》修改的历史机遇结合国情渐进推行。

(作者单位:浙江大学光华法学院)

参考文献:

- [1] 胡建森. 行政法学[M]. 北京:法律出版社, 2010, 221
- [2] 孟奇勋. “异化”的权利与权利的“异化”[J]. 电子知识产权, 2006, (8)
- [3] 陈起行. 资讯著作的著作性与合理使用——事理、学理及法制面研究[J]. 台湾政治大学法学评论, 2001, (68)
- [4] 李颖怡, 罗鑫星. 网络后现代特性与著作权合理使用制度的调适[J]. 中山大学学报(社会科学版), 2007, (1)
- [5] “转换性使用”的概念来源于美国的司法判例,其判断的标准是“新作品是否仅仅替代了原作的目的,还是增加了新的东西,具有更进一步的目的或不同的性质,用新的表达、意义或信息改变了原作”。具体可参见 *Campbell v. Acuff-Rose Music*, 510 U.S. 569 at 579(1994).
- [6] 邓永妍. 论我国著作权法不应放弃强制许可制度[J]. 合肥工业大学学报(社会科学版), 2008, (2)
- [7] Lawrence Berger. The Public Use Requirement In Eminent Domain[J]. *Oregon Law Review*, 1978, (57)
- [8] [美] 理查德·A·波斯那. 法律的经济分析[M]. 北京:中国大百科全书出版社, 1997: 29
- [9] 城仲模. 行政法之一般法律原则(一)[M]. 台湾:三民书局, 1999: 124
- [10] 侯晓光. 论公用征收[J]. 行政法学研究, 2004, (3)