中國大陸著作權法修正草案第二稿的若干問題

蕭雄淋*

摘要

中國大陸幅員廣大，人口眾多，著作權法大幅度修正，世所矚目。2012 年 7 月 6 日大陸國家版權局公布著作權法修改草案第二稿。本文針對該草案有關外國人之保護、著作人之權利、職務著作、權利限制、著作權登記、侵害之救濟等六大問題提出草案中值得商榷之處，以供各界討論。

關鍵字：中國大陸著作權法、著作權法修正草案第二稿、外國人之保護、著作人之權利、職務著作、權利限制、著作權登記、侵害之救濟、著作人權利法定、保護作品完整權、外國非法人組織

收稿日：102 年 3 月 20 日
* 作者為北辰著作權事務所主持律師、臺北大學法律系兼任副教授。

壹、前言

1910 年（宣統 2 年）前清政府頒布了中國歷史上第一部著作權法——「大清著作權律」。1911 年 10 月辛亥革命推翻清朝，民國建立後，該「大清著作權律」仍繼續沿用[1]。在此基礎上，1915 年（民國 4 年），北洋政府頒布了一部「著作權法」。1928 年（民國 17 年），國民政府另頒布「著作權法」，1928 年之著作權法，並於 1944 年（民國 33 年）、1949 年（民國 38 年），均有修正。

1949 年，國民政府在大陸撤退至台灣，中共政權在中國大陸不承認過去國民政府時代頒布的著作權法。但自 1949 年開始，至 1991 年 6 月其第一部著作權法施行前，中國大陸並未頒布完整之著作權法。在這一段時期內，中國大陸有關著作權保護等相關事項，大抵依一些「決議」、「命令」、「試行規定」、「試行條例」等來解決[2]，並未訂定著作權法。

中國大陸之「著作權法」，於 1990 年 9 月 7 日正式頒布，自 1991 年 6 月 1 日起實施。其後分別於 2001 年 10 月與 2010 年 2 月進行過兩次修

---

[1] 依據 1914 年 4 月上海商務印書館再版之秦瑞玠著：「著作權律釋義」一書第 62 頁刊載之《內務部通告》（民國 2 年 11 月 7 日 543 號政府公報）謂：「我國前清著作權律關於翻印仿製他人著作，以及就原著加以割裂、改竄、變匿姓名或更換名目發行他人之著作，亦各著有明文分定罰例，本部前因本律尚無與民國國體牴觸之規定，於民國元年九月間遵照大總統元年三月初十日命令，通告本律應暫行援用，並歷經遵律辦理在案。所有本部先後遵律註冊各著作物，自應受本律完全保護。」另民國元年 9 月 26 日政府公報刊載內務部公告：「為通告事：查著作物註冊給照關係人民私權。本部查前清著作權律尚無與民國牴觸之條，自應暫時援照辦理。為此刊登公報，凡有著作物擬呈請註冊及曾經呈報未據繳費領照者，應即遵照著作權律，分別呈候核辦可也。」

[2] 此「決議」、「命令」、「試行規定」、「試行條例」等之項目，詳見蕭雄淋、幸秋妙、嚴裕欽，「中國大陸著作權法令暨判決之研究」，頁 7-17，經濟部智慧財產局，2012 年 11 月。

訂。第三次之修訂工作，則自 2011 年 7 月開始正式啟動。由國家版權局委託中國社會科學院知識產權中心、中南財經政法大學知識權權研究中心、中國人民大學知識產權學院，分別起草著作權法第三次修訂的專家建議稿，供國家版權局參考[3]。

2012 年 3 月 31 日，國家版權局正式公告擬修法條文草案，作出「關於《中華人民共和國著作權法》（修改草案）公開徵求意見的通知」[4]，以提供社會各界專家學者討論與徵求意見。其後國家版權局並根據各界反應之意見及建議[5]，再修正草案內容，而另於 2012 年 7 月 6 日再公布修改草案第二稿[6]，且第二稿之調整幅度不小。其修法過程公開透明，傾舉國之力為之，極值得讚揚。而第二稿公告後，徵求各界意見，迄於 2012 年 7 月 31 日為止，國家版權局另作成修正草案第三稿，然而第三稿未再公布。

由於中國大陸幅員廣大，人口眾多，著作權法大幅度修正，世所矚目。且中國大陸與台灣均屬 WTO 之成員，雙方來往密切。中國大陸著作

[3] 有關第三次修正的起草過程，詳見李明德．管育鷹．唐廣良著，「著作權法專家建議稿說明」，序言部分，法律出版社，2012 年 10 月。

[4] 請參閱 http://www.ncac.gov.cn/cms/html/309/3502/201203/740608.html（最後瀏覽日：2013/2/28）

[5] 截至 2012 年 5 月 31 日止，國家版權局共收到各界對第一稿之反映意見及建議達 1,600 餘份，請參閱 http://www.ncac.gov.cn/cms/cms/upload/info/201207/759779/134155627509826706.doc（最後瀏覽日：2013/2/28）修改草案第二稿修改和完善的簡要說明。

[6] 修正草案第二稿全文，則請參閱：http://www.ncac.gov.cn/cms/cms/upload/info/201207/759779/134155751827383085.doc（最後瀏覽日：2013/2/28）。有關第二稿之內容，亦可參閱蕭雄淋、辜秋妙、嚴裕欽，「中國大陸著作權法令暨判決之研究」，頁 228-246，經濟部智慧財產局，2012 年 11 月；李明德．管育鷹．唐廣良著，「著作權法」專家建議稿說明，頁 440-463，法律出版社，2012 年 10 月。

權法的修正，對台灣影響亦大。本文爰以中國大陸著作權法修正草案第二稿（下稱「修正草案第二稿」）之內容，作若干討論，以就教各界。

貳、有關外國人之保護

一、有關著作鄰接權之外國受保護人[7]

中國大陸目前已加入與著作權有關的國際公約有：「伯恩公約」、「世界著作權公約」、「保護錄音製品製作者防止未經許可複製其錄音製品公約」、世界貿易組織中的「與貿易有關的智慧財產權協定」（以下簡稱 TRIPS）、「世界智慧財產權組織著作權條約」（以下簡稱 WCT）、「世界智慧財產權組織表演及錄音製品條約」（以下簡稱 WPPT）[8]。

依 WPPT 第 3 條第 1 項規定：「締約方應將本條約提供之保護賦予具備其他締約方之國民身份之表演人與錄音物製作人。」第 2 項規定：「如本條約所有締約方均為羅馬公約之締約方，則前項所謂『其他締約方之國民』應理解為符合羅馬公約所定之受保護資格之表演人與錄音物製作人。關於該等資格之認定，締約方應適用本條約第 2 條之相關定義。」

有關 WPPT 的締約國間對於有關表演人、錄音物之製作人等的受保護之人，如果締約方均為羅馬公約之締約方，依羅馬公約受保護之人的規定。如果非羅馬公約之締約國，原則上僅保護 WPPT 締約國國民。而羅馬公約的受保護之人，範圍較大。依羅馬公約第 4 條至第 6 條規定，

[7] 此權利在修正草案第二稿稱為「相關權」。

[8] 參見大陸國家版權局：關於《中華人民共和國著作權法》（修改草案）的簡要說明。http://www.ncac.gov.cn/cms/cms/upload/info/201203/740608/133325053296183838.doc（最後瀏覽日：2013/3/1）；李明德．管育鷹．唐廣良著，「著作權法專家建議稿說明」，頁 409，法律出版社，2012 年 10 月

表演人只要該表演被錄入錄音物，或被播送，而該錄音物在締約國固定，或該廣播機關在締約國，即應受保護，無待表演人為締約國國民，或在締約國表演[9]。

然而依修正草案第二稿第 2 條第 5 項規定：「外國人、無國籍人的版式設計、表演、錄音製品和廣播電視節目，根據其所屬國或者經常居住地國同中國簽訂的協議或者共同參加的國際條約，受本法保護。」第 6 項規定：「未與中國簽訂協議或者共同參加國際條約的國家的外國人和無國籍人，其在中國境內的表演或者在中國境內製作、發行的錄音製品，受本法保護。」顯然未採取羅馬公約的受保護之人標準。

查世界各國採著作鄰接權之國家，其外國受保護之人，大抵採羅馬公約第 4 條至第 6 條之標準。其中羅馬公約之公約國，其受保護之人，當然須受羅馬公約之拘束，並無待論。值得注意者，為日本在 1989 年 7 月 26 日方加入羅馬公約（1989 年 10 月 26 日生效），而日本 1970 年之著作權法第 7 條至第 9 條，即已採羅馬公約標準[10]。南韓於 2008 年 12 月 18 日加入羅馬公約（2009 年 3 月 18 日生效）[11]，而南韓 1987 年之著作

[9] 羅馬公約第 4 條第 1 項規定：「每一個締約國，於有下列情形之一時，應對於表演人賦與內國國民待遇之保護：(a) 在其他締約國為表演人。(b) 表演被併入受本公約第 5 條保護之錄音物者。(c) 表演並未被固定於錄音物上，而被放入受本公約第 6 條保護之傳播中者。」第 5 條第 1 項規定：「每一個締約國，於下列情形之|時，應對於錄音物製作人賦與內國國民待遇之保護：(a) 錄音物製作人為其他締約國之國民者（以國籍為標準）。(b) 音的最初固定係在其他締約國者（以固定為標準）。(c) 錄音物的最初發行係在其他締約國者（以發行為標準）。」第 6 條第 1 項規定：「每一個締約國，於有下列情形之|時，應對於傳播機構賦與內國國民待遇之保護：(a) 傳播機構之主事務所設於其他締約國者。(b) 為傳播之傳播設備設於其他締約國者。」

[10] 參見參閱：半田正夫・松田正行，「著作權法コンメンタール」，第一冊，頁 438-439，勁草書房，2009 年 1 月。

[11] 參見 http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=17（最後瀏覽日：2013/3/1）。

權第 61 條有關著作鄰接權之受保護之人，即採羅馬公約第 4 條至第 6 條之標準[12]。中國大陸此次著作權法修正，既係適應國際形勢之客觀需要，且遵循國際性原則[13]。然而對著作鄰接權之外國受保護之人，標準尚不如 1970 年之日本著作權法及 1987 年之南韓著作權法，似未顯大國立法之恢宏。

二、有關外國非法人組織之保護

依修正草案第二稿第 2 條第 1 項規定：「中國自然人、法人或者其他組織的作品，不論是否發表，受本法保護。」第 2 項規定：「外國人、無國籍人的作品，根據其作者所屬國或者經常居住地國同中國簽訂的協議或者共同參加的國際條約，受本法保護。」第 3 項規定：「未與中國簽訂協議或者共同參加國際條約的國家的作者和無國籍人的作品，首次在中國參加的國際條約的成員國出版的，或者在成員國和非成員國同時出版的，受本法保護。」此規定引起外國之「非法人組織」，是否在中國大陸受保護之疑慮。

依中國大陸民法通則第 2 條規定：「中華人民共和國民法調整平等主體的公民之間、法人之間、公民和法人之間的財產權關係和人身關係。」第 5 條規定：「公民、法人的合法的民事權益受法律保護，任何組織和個人不得侵犯。」在中國大陸民法通則，非法人之「其他組織」，應不得為著作人或著作權之主體。著作權係私權，其基本原理原則受民法

[12] 1987 年南韓著作權法之中譯，可參見內政部編，「各國著作權法令彙編」，頁 484，民國 79 年 6 月。

[13] 參見大陸國家版權局：關於《中華人民共和國著作權法》（修改草案）的簡要說明。http://www.ncac.gov.cn/cms/cms/upload/info/201203/740608/133325053296183838.doc（最後瀏覽日：2013/3/1）另見李明德．管育鷹．唐廣良著，「著作權法專家建議稿說明」，頁 412，法律出版社，2012 年 10 月。

之拘束。在中國大陸民法通則，非法人之「其他組織」，應不得為著作人或著作權之主體。而中國大陸民法通則第 94 條規定：「公民、法人享有著作權（版權），依法有署名、發表、出版、獲得報酬等權利。」依民法通則，僅公民和法人享有著作權，與著作權法「其他組織」亦得為著作權之主體有異，二者似宜一致。即應將著作權法之「其他組織」得為著作權主體之規定刪除[14]。如果欲保留「其他組織」亦得為著作權主體之規定，則修正草案第二稿第 2 條有關外國人保護之規定，在立法文字上，亦應包含外國法人或「其他組織」在內。

參、有關著作人權利之問題

一、有關著作人權利法定的問題

依修正草案第二稿第 11 條規定，著作權包含人身權[15]和財產權。人身權包含發表權、署名權及保護作品完整權。財產權包含複製權、發行權、出租權、展覽權、表演權、播放權、信息網絡傳播權、改編權、翻譯權、攝製權及「應當由著作權人享有的其他權利」。此「應當由著作權人享有的其他權利」，在現行著作權法第 1 項第 17 款，亦有規定。而此所謂「應當由著作權人享有的其他權利」，學者有謂包含註釋權與整理權，但不包含延續權及公共借閱權[16]；有謂包含注釋權、整理權、以有線方式直接公開廣播或者傳播作品的權利、製作錄音製品的權利、按照設計圖建造作品的權利、追續權、技術措施的保護、權利管理信息的保

[14] 參見蕭雄淋，「兩岸著作權法之比較研究」，頁 34-35，華儒達出版社，1994 年 9 月。
[15] 大陸著作權法的「人身權」，相當於我國著作權法的「著作人格權」。
[16] 參見馮曉青，「著作權法」，頁 115，法律出版社，2010 年 9 月。

護[17]；有謂包含注釋權、整理權、以有線方式直接公開廣播或者傳播作品的權利、製作錄音製品的權利、按照設計圖建造作品的權利，但不包含延續權[18]；有謂「隨著社會的發展，可能會出現一些新的作品利用方式，因此修正後的著作權法規定了這一彈性的條款，如果今後出現的新的作品利用方式與著作權人的權利相關，則這些權利也應當由著作權人享有[19]。

上述學者之著作，對於著作權法有無承認延續權、公共借閱權，即有爭議。對於「應當由著作權人享有的其他權利」，內容究竟如何，竟無一致之通說，使著作權法應規定之最重要內容，成為不確定的狀態。查世界各國著作權法對於著作財產權的內容，均採「權利法定原則」，與「物權法定原則」相當。例如美國著作權法第 106 條、德國著作權法第 15 條至第 27 條、日本著作權法第 21 條至第 28 條，南韓著作權法第 16 條至第 22 條等，對著作權中的財產權利，均有明確之規定。我國著作權法第 22 條至第 29 條規定亦然。修正草案第二稿第 11 條第 3 項第 11 款規定，確有不當。

二、有關保護作品完整權的行使問題

中國大陸現行法著作權中的「人身權」（著作人格權），包含發表權、署名權、修改權、保護作品完整權四種[20]。其中「修改權」之立法目的，原在使作者於作品出版後再版時，出版社應通知作者，使作者得予

[17] 參見李雨峰、王遷、劉有東，「著作權法」，頁 75-78，廈門大學出版社，2006 年 8 月。
[18] 胡康生主編，「中華人民共和國著作權法釋義」，頁 61-67，法律出版社，2002 年 1 月。
[19] 參見吳漢東，「知識產權法」，頁 78，法律出版社，2007 年 8 月。
[20] 參照中國大陸著作權法第 10 條第 1 項第 1 款至第 4 款。

以修改之權利[21]。然而，在修正草案第一稿 ，認為「修改權」本為「作品完整權」的內容，將「修改權」刪除[22]。而於修正草案第一稿第 11 條第 1 項第 3 款規定：「保護作品完整權，即修改作品以及如何表明作者身份的權利」。然而修正草案第二稿第 11 條第 1 項第 3 款改為：「保護作品完整權，即授權他人修改作品以及禁止歪曲、篡改的權利。」

按中國大陸現行著作權法之修改權，本即係為自己著作之再版等，自己有修改作品之權利，而非作品授權他人修改，或允許他人修改之意。伯恩公約於 1928 年增訂第 6 條之 2 有關著作人格權時，起草委員會副主席 Piola Caselli 即謂，伯恩公約第 6 條之 2 之權利，為固有存在於創作者個人手中之權利，應是不可移轉的（incapable of transfer），然而此並不意味作者不得於一定限度內放棄著作人格權之行使，或藉由約定而約束著作人之著作人格權之行使[23]。

基此而論，著作人格權原則上具有一身專屬性[24]，應由著作人行使，而非授權或允許他人行使。然而著作人於一定限度內，得與利用人約定著作人格權不行使[25]。因此修正草案第二稿有關第 11 條第 1 項第 3 款規定：「保護作品完整權，即授權他人修改作品以及禁止歪曲、篡改的權

[21] 參見鄭成思，「知識產權法」，頁 319-321，法律出版社，2003 年，沈仁幹主編，鄭成思版權文集，第一卷，頁 165-169，中國人民大學出版社，2008 年 4 月。

[22] 參見李明德．管育鷹．唐廣良著，「著作權法專家建議稿說明」，頁 64，法律出版社，2012 年 10 月。

[23] Adney, Elizabeth, *The Moral Rights of Authors And Performers – An International and Comparative Analysis*, Oxford University Press, p.125（2006）。

[24] 參見我國著作權法第 21 條、日本著作權法第 59 條。

[25] 我國實務判決承認著作人格權不行使的約定，在一定程度內有約定效力。見台灣高等法院 91 度上易字第 3176 號刑事判決及台灣高等法院 92 年度訴字第 58 號民事判決。有關著作人格權不行使的約定之效力，詳細分析見黃絜，「著作人格權中禁止醜化權之研究」，頁 192 以下及頁 282-286，台北教育大學碩士論文，2012 年 7 月。

利。」其中將「保護作品完整權」認為係「授權他人修改作品」，理論似與各國立法體例及著作人格權之基本理論有違。

肆、有關職務著作問題

依修正草案第二稿，將「法人著作」規定於第 13 條第 3 項，「職工著作」規定於第 18 條，「委託著作」規定於第 19 條。其中「法人著作」與「委託著作」，規定內容大抵沿襲現行法之規定，然而「職工著作」，則有較大的變動修改。

依修正草案第二稿第 18 條規定：「職工為完成工作任務所創作的作品為職務作品，其著作權歸屬由當事人約定（第 1 項）。」「當事人沒有約定或者約定不明的，職務作品的著作權由職工享有，但工程設計圖、產品設計圖、地圖、計算機程序以及受聘於報刊社或者通訊社的記者為完成報道任務創作的作品的著作權由單位享有，作者享有署名權（第 2 項）。」「依本條第 1 款和第 2 款規定，職務作品的著作權由職工享有的，單位可以在其業務範圍內免費使用該作品。」上述「職工作品」相當於我國著作權法第 11 條之「受雇人於職務上完成之著作」，依我國著作權法，如果雙方未約定，著作人格權原則上歸創作者享有，著作財產權原則上歸雇用人享有。然而在中國大陸著作權法修正草案第二稿，則原則上著作人格權及著作財產權均歸創作者享有，僅在特殊著作上著作權歸雇用人（單位），但創作者享有署名權。

此種立法，固係各方利益角力平衡的考慮。然而未來實務上可能將產生適用上之困擾。例如攝影公司所雇用之攝影師為公司所拍攝之攝影作品，如果雙方無約定，著作權屬於攝影師所有，在離職後，攝影師尚

可出版攝影集。亦即創作者除了第 18 條特定的幾種著作外，拿薪水受雇人完成的著作，著作權尚屬於受雇人，與承攬人之委託著作效果相同，給付薪水與按件計酬本來就對價不同，然而法律效果卻可能相同，對於雇用人，似乎未盡公平。再者，對於報刊社或者通訊社的記者為完成報導任務創作的作品的著作權由單位享有，作者僅享有署名權，則報刊、通訊社可以任意歪曲報導的內容，卻要掛上記者的姓名，記者完全不得主張保護作品完整權，對於作者也十分不公平。

按修正草案第二稿第 18 條，既然非屬第 13 條第 3 項之法人作品，則實際之創作者，應為作者，作者應享有完整的人身權。然而對於屬於職工作品之工程設計圖、產品設計圖、地圖、計算機程序以及受聘於報刊社或者通訊社的記者為完成報導任務創作的作品，著作權（包含人身權）卻歸單位所有，在理論上有所矛盾。易言之，既然此類著作非屬於法人著作，人身權應屬於作者，不得轉讓，何以人身權中之發表權、保護作品完整權，卻歸單位所有，僅署名權歸作者所有？亦即著作人僅一人，何以發表權、保護作品完整權和署名權，可以分裂而分別為不同人所有？單位既非作者，其能擁有專屬於作者而不可轉讓的人身權，理論依據何在？係依「法定轉讓理論」，抑或「非作者亦得產生人身權」？修正草案第二稿第 18 條規定，與著作人格權基本理論，似有違背。

伍、有關權利之限制問題

一、立法體例問題

修正草案第二稿於第四章第 42 條至第 48 條規定「權利之限制」，而第二章規定「著作權」、第三章規定「相關權」。足見第四章「權利之限

制」規定，包含「著作財產權」及「相關權」兩種限制在內。然而第四章規定之「權利之限制」，條文文字幾乎指的都是利用「作品」，而非利用「相關權利」。修正草案第二稿亦未見「相關權」之權利限制，有準用第四章「權利之限制」之規定，修正草案第二稿對相關權之限制部分，立法似有疏漏。

依 TRIPS 第 14 條第 6 項規定：「任何會員，對於第 1 項至第 3 項規定之權利，於羅馬公約允許之範圍內，得訂定權利之條件、限制、例外規定及保留條款。但（1971 年）伯恩公約第 18 條規定，對於表演人及錄音物製作人之權利，準用之。」TRIPS 第 3 條第 1 項係有關內國國民待遇原則之規定，會員國僅須適用 TRIPS 第 14 條第 1 項至第 5 項之權利本身，無須適用羅馬公約。然而有關限制與例外之規定，應適用羅馬公約第 15 條第 1 項及第 2 項之規定[26]。

羅馬公約第 15 條第 1 項規定：「締約國得以國內法令，就下列事項，規定本公約保護之例外：（1）個人之使用；（2）時事報導之片斷的使用；（3）傳播機構利用自己之設備，就自己之傳播所為簡短之錄音；（4）專門為教育或科學研究目的之使用。」同條第 2 項規定：「前項情形，締約國仍得以國內法令規定表演人、錄音物製作人及廣播機構之保護，與依其國內法令規定文字及美術著作的著作權保護，作相同的限制。但有關強制授權之規定，不能牴觸本公約。」至於羅馬公約第 15 條第 2 項之解釋，在 1961 年羅馬公約會議的總報告中舉例，如果某一締約國之著作權法，允許對評論目的得自由引用，或為慈善目的得為合理

[26] See WIPO, Standing Committee on Copyright and Related Rights, Ninth Session, Geneva, June 23 to 27, 2003. p. 55.

使用，則締約國亦得給予表演人、錄音物之製作人、廣播機構之保護作例外規定。然而在解釋上締約國在著作權限制的項目，對著作鄰接權亦作相同限制，並非義務，締約國如果認為為評論目的得對著作權加以限制，但是在評論目的，無須擴及於錄音物，並非不可。然而建議締約國最好考慮將例外「逐一列舉」。又第 15 條第 2 項賦與締約國法令立法作與著作權相同的限制，此不包含「強制授權」。亦即「強制授權」的規定，須符合羅馬公約之規定[27]。此外，WPPT 第 16 條，亦對表演及錄音之權利限制和例外有原則性的規定。

一般而言，有關著作鄰接權之限制，理論上標準應與著作財產權限制標準一致，或稍微嚴一些[28]。世界各國有關著作鄰接權之限制的立法，一般多先規定著作財產權之限制，再於後面對著作鄰接權作專章規定，有關權利之限制，準用著作財產權限制規定。德國、日本、南韓，均為此種立法方式[29]。此種立法例，在技術上，較容易符合公約規定，亦照顧到著作鄰接權之特殊性。修正草案第二稿就權利限制包含著作財產權及相關權，但體例僅提及對「作品利用」之限制，似值得商榷。

二、有關權利限制的概括條款問題

修正草案第二稿有關權利限制的個別細緻條款，主要規定在第 42 條。而第 42 條之規定，主要係將現行著作權法第 22 條規定移列，文字

[27] 參見：WIPO，劉波林譯：「羅馬公約和錄音製品公約指南（Guide to the Rome Convention (1961), International Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations）」，頁 48。北京中國人民大學出版社，2002 年 8 月。

[28] 例如有關強制授權或法定授權部分。

[29] 參見德國著作權法第 83 條、第第 85 條第 4 項、第 87 條第 4 項；日本著作權法第 102 條；南韓著作權法第 87 條。

無多大之變動，僅在修正草案第二稿第 42 條第 1 項增加第 13 款：「其他情形」，並於第 2 項規定：「以前款規定的方式使用作品，不得影響作品的正常使用，也不得不合理地損害著作權人的合法利益。」亦即草案先有一概括之「其他情形」，而以公約之「三步測試」原則加以限制。

此種立法方式，表面上符合公約規定，實際上卻容易使利用人陷於無所適從之不確定之狀態。我國著作權法第 44 條至第 63 條有關法定例外之規定，須受第 65 條第 2 項 4 條款之檢驗，已使這 20 年來利用人飽受無所適從之苦，今修正草案第二稿亦步其後塵，實非所宜。較妥善之作法，似可將修正草案第二稿第 42 條第 1 項第 1 款至第 12 款之法定例外規定，作詳細明確之列舉，並參酌世界各國立法，作更多的規定。而第 42 條第 2 項僅係對第 42 條第 1 項第 13 款作限制，此種立法係對社會大眾利用人較負責任之立法。

三、有關註明出處之問題

修正草案第二稿第 42 條第 1 項本文規定：「在下列情況下使用作品，可以不經著作權人許可，不向其支付報酬，但應當指明作者姓名、作品名稱、作品出處，並且不得侵犯著作權人依照本法享有的其他權利……。」即依第 42 條第 1 項 13 種限制規定，均「應當指明作者姓名、作品名稱、作品出處」。按各國著作權法有關著作財產權限制規定，並非每一條均應註明出處。例如修正草案第二稿第 42 條第 1 項第 1 款之「為個人學習、研究，複製他人已經發表的文字作品的片段」，因其具有私秘性質，並未對外公開，立法通例，即無須註明出處。

在立法技術上，註明出處之規定，應獨立條文規定[30]，方能避免修正草案第二稿第 42 條第 1 項有些無須註明出處，亦因第 1 項本文明列而不得不註明，而在第 43 條至第 48 條反而有漏列明示出處之規定。此外，獨立條文規定，亦可能使行為人符合修正草案第二稿第 42 條之要件，而不符合註明出處要件之規定，在法律效果上，僅係侵害署名權而已，而非侵害著作財產權，權利義務較明確。

四、法定例外項目寬嚴不一問題

修正草案第二稿第 42 條第 1 項共有 13 項法定例外之規定，其中規定與各國比較，似需更進一步斟酌。例如：

（一）第 1 款規定：「為個人學習、研究，複製他人已經發表的文字作品的片段」，此個人，似應擴張為「私人」(private)，包含家庭或少數親友的「準家庭」在內[31]。否則家長為小孩影印兩頁故事書，可能亦違反此一規定。又個人之使用，在公約上並不限制於學習與研究目的，娛樂目的，並無不可[32]。且亦不宜限於文字作品，其他作品（如攝影、美術、圖形等），亦無須限制。例如個人收到某一個電傳中的照片，而加以存檔，或在網路下載某一風景區的圖片，似無不可。依目前修正草案第二稿，連為學習目的，而影印圖表，均不符著作權法規定，實在過嚴，一般社會的大眾無從遵守，將喪失法律之尊嚴。

[30] 參見日本著作權法第 48 條、南韓著作權法第 37 條、德國著作權法第 63 條、我國著作權法第 64 條。

[31] 日本著作權法第 30 條及南韓著作權法第 30 條之私人使用，均明文規定為個人、家庭及準家庭在內。

[32] 參見羅馬公約第 15 條第 1 項（a）款。

（二）第 2 款規定：「為介紹、評論某一作品或者說明某一問題，在作品中適當引用他人已經發表的作品，引用部分不得構成引用人作品的主要或者實質部分。」各國著作權法立法，引用之要件，重點在引用的目的性和必要性，且應受到公平慣例的限制。而非引用部分是否構成引用人作品的主要或者實質部分。例如欲評論某詩人的某詩，所引用的該詩，當然為該首詩之主要或實質部分。如果欲寫某一畫家之傳記，且提到某一畫家畫某代表畫之完成過程，當然會引該畫，此幅畫當然亦為「引用人作品的主要或者實質部分」。故修正草案第二稿引用之規定，似乎過嚴，並不符學術或評論界引用之慣例。

（三）第 6 款：「為學校課堂教學或者科學研究，翻譯或者少量複製已經發表的作品，供教學或者科研人員使用，但不得出版發行。」上述規定，僅限於「複製」和「翻譯」之利用，對於「公開傳輸（信息網絡傳播）」部分，卻未處理[33]，將來對推廣遠距教學之使用，規範似有欠缺。

（四）第 12 款規定：「將已經發表的作品改成盲文出版。」依外國立法，尚包含被承認之機關將已發表之作品作成錄音專供盲人使用，或對於瘖啞人將聲音轉化為文字或其他口述影像，應均在其範圍[34]。修正草案第二稿對弱勢者之立法範圍似過窄。

[33] 參見美國著作權法第 110 條第 2 項、日本著作權法第 35 條、德國著作權法第 52a 條、南韓著作權法第 25 條。

[34] 參見日本著作權法第 37 條、第 37 條之 2；南韓著作權法第 33 條、澳洲著作權法第第 135ZP 篠第 3 項至第 6A 項、英國著作權法第 31F 條

陸、有關著作權登記問題

草案確立著作權及相關權的任意登記制度，且規定「登記文書是登記屬實的初步証明」[35]，與美國著作權法相仿。又規定轉讓合同和專有許可合同，登記可以對抗第三人。對於登記進一步強化其效力，也確定登記為著作權之公示標準，與日本著作權法相似。

然而日本著作權法第 77 條採「登記對抗主義」制度，尚包含著作權之設定質權和信託之登記，此部分為中國大陸著作權法修正草案第二稿所無，使著作權設定質權和信託未有保障，亦非所宜。

柒、有關侵害救濟部分

一、得請求行政和刑事救濟之項目問題

依修正草案第二稿第 73 條規定，得請求行政查處或刑事處罰之項目，不包含侵害人身權（即侵害發表權、署名權、保護作品完整權），亦不包含侵害改編、攝製、翻譯等權利，卻包含製作出售假冒他人署名作品的。

按假冒他人署名，由於作品非署名名義人所創作，理論上不侵害署名名義人的署名權，僅係侵害署名名義人的姓名權。此種情形依法尚得加以行政查處，而侵害著作權中的人身權者（包含侵害發表權、署名權、保護作品完整權）或改編、攝製、翻譯等權利，不得請求行政查處，似無一貫的理論和邏輯體系或關係[36]。

---

[35] 修正草案第二稿第 6 條。

[36] 侵害著作權中的署名權與冒名著作，同樣「欺世盜名」，然而在著作權法中，冒名著作受保護程度較侵害署名權為重，似欠缺說服力。

二、有關未能提供證明文件之責任問題

修正草案第二稿第 77 條規定：「著作權和相關權的使用者在下列情形下，應當承擔民事或者行政法律責任：1.複製件的出版者、製作者不能證明其出版、製作有合法授權的；2.網絡用戶不能證明其通過信息網絡向公眾傳播的作品有合法授權的；3.出租者不能證明其出租視聽作品、計算機程序或者錄音製品的原件或者複製件有合法授權的；4.發行者不能證明其發行的複製件有合法來源的。」上述複製、信息網絡傳播、出租、發行他人作品或複製物或相關製品，須証明有合法來源。如果不能証明合法來源，應負擔民事或行政責任。然而著作權法中之財產權的內容，包含複製權、發行權、出租權、展覽權、播放權、信息網絡傳播權、改編權、翻譯權、攝製權。其中展覽、播放、改編、翻譯、攝製他人作品，難道無須証明合法來源？上述修正草案第二稿第 77 條，似須增加第 5 款為概括條款，即針對利用到上述複製、信息網絡傳播、出租、發行以外之其他權利，亦應證明合法來源，否則亦應承擔民事或行政法律責任，似較周延。

捌、結論

中國大陸著作權法自 1990 年制定迄今，已二十餘年。這二十餘年來，中國大陸參加各種國際著作權公約，並為 2012 年視聽表演之北京公約之主辦國，活躍於國際著作權舞台。然而中國大陸一直未有如同 1965 年之德國著作權法、1970 年之日本著作權法或 1976 年之美國著作權法那般體系嚴整、氣勢恢宏，而為各國所仿效學習之著作權法。

近年來，中國大陸經濟日益發展，漸漸為左右世界局勢之大國，其與世界各先進國家著作權交流十分頻繁密切。尤其智慧財產權受到國家的重視，各大學有關智慧財產權之科系、專門學院和研究所林立，著作權法學者人才濟濟，加以傳播科技一日千里，變動迅速，這些因素本是著作權法大幅度修法，建構像美國、日本、德國著作權法等，為世界典範的著作權之重要時機。觀中國大陸國家版權局先後委託三個重量級的智慧財產權研究單位起草著作權法修正草案，並兩次公布著作權修正草案，此次修法過程，仍不可謂不慎重。然而就章節架構、邏輯的嚴密度而言，這次公布之修正草案，與 1976 年之美國著作權法、1970 年之日本著作權法與 1965 年之德國等著作權法，仍有相當差距。

依中國大陸國家版權局 2012 年 3 月公布的修正草案第一稿時的簡要說明，該修法的基本思路是：堅持一個理念、遵循三個原則、追求三個效果。所謂「堅持一個理念」，是堅持集思廣益、解決問題的理念。所謂「遵循三個原則」，是遵循獨立性、平衡性、國際性原則。所謂「追求三個效果」，是追求高效率、高質量、高水平的效果[37]。此次修法過程，集合全國專家立法，並公布草案，確屬集思廣益，然而尚有許多問題並未解決[38]。另外，亦做到獨立性、平衡性和國際性，然而獨立性似乎高於國際性，要求國家利益高於要求文明利益[39]。又其所追求之效果，高效率似乎遠大於高質量、高水平[40]。

---

[37] 李明德．管育鷹．唐廣良著，「著作權法專家建議稿說明」，頁 412，法律出版社，2012 年 10 月。

[38] 如權利法定、合理使用、權利用盡、刑事處罰以遏止侵害……等等問題。

[39] 例如相關權的受保護人、對翻譯權之保護和救濟低於其他權利等。

[40] 例如架構未重新調整，條文文字邏輯並未嚴謹，著作權法中有關著作人之權利及限制，竟然以區區兩個條文解決（第 11 條及第 42 條），可見一般。

中國大陸此次能兩次公布著作權法修改草案，係其法制上極大的進步，期待這次的著作權法修正，有關單位能以廣闊的視野和胸襟，大開大闔，不僅有修正草案第二稿，甚至有第三稿、第四稿、第五稿，乃至於第十稿，使高質量、高水平，遠大於高效率。此不僅嘉惠十幾億人民，更使與中國大陸著作權交流密切的國家或地區因此受惠。