

著作权法三步检验标准的 误解澄清与本土重塑

万 勇

【摘 要】三步检验标准的表达抽象,具有较大弹性,可以被用来解决国际著作权条约谈判中极为敏感的著作权例外问题,因而在《伯尔尼公约》中被纳入之后,几乎成为后来缔结的所有国际著作权条约或自由贸易协定著作权章节的必备条款。然而,已有研究对三步检验标准存在以下三个误解:开放式例外条款违反三步检验标准;三步检验标准只具有有限权功能;三步检验标准只能由立法机关适用。理论上的误解导致在《著作权法》第三次修订过程中“合理使用”条款反复变动,最终还是采用了较为保守的方案。未来修订《著作权法》时,应当在对三步检验标准正本清源的基础上进行制度改造。

【关键词】三步检验标准;《著作权法》修改;国际著作权条约

【作者简介】万勇,中国人民大学法学院教授、博士生导师。

【原文出处】《上海政法学院学报》(法治论丛),2022.4.42~55

【基金项目】本文系2020年度国家社会科学基金重大项目“健全以公平为原则的产权保护制度研究”的阶段性研究成果,项目编号:20ZDA049。

一、问题的提出

2020年11月11日,第十三届全国人大常委会第二十三次会议表决通过关于修改著作权法的决定。引人注目的是,2020年《著作权法》第24条在第1款开头部分增加了以下措辞“不得影响该作品的正常使用,也不得不合理地损害著作权人的合法权益”,这一措辞吸收了《著作权法实施条例》第21条的相关规定,后者又源于《伯尔尼公约》等国际公约中的三步检验标准。此外,2020年《著作权法》第24条还在第1款的最后增加一项,作为第(十三)项:“法律、行政法规规定的其他情形”。与之不同的是,2020年4月30日公布的《著作权法(修正案草案)》没有新增第(十三)项,但是增加了开头部分的措辞。更早之前,2014年国务院法制办公布的《著作权法(修订草案送审稿)》采取的修改

方式是,在第22条第1款最后增加第13项:“其他情形”;同时,增加第2款:“以前款规定的方式使用作品,不得影响作品的正常使用,也不得不合理地损害著作权人的合法利益”。

对于前述有关“合理使用”^①制度的不同安排,学界展开了热烈讨论。有观点认为,2014年《著作权法(修订草案送审稿)》的规定是对三步检验标准的“误读”,2020年《著作权法(修正案草案)》则是对三步检验标准的“正解”;因为起源于《伯尔尼公约》的三步检验标准并非是开放式“安全阀”,只能是对法律已经规定的具体例外的进一步限制,而不能用来引入新的例外。^②有观点认为,开放式例外条款违反《伯尔尼公约》三步检验标准的第一步对法律确定性的要求,因此,2014年《著作权法(修订草案送审稿)》采用的开放式立法模式违反了国

际公约。^③有观点认为,2020年《著作权法》虽然使用了“法律、行政法规规定的其他情形”这一半开放式措辞,但是由法律和行政法规增加的例外在数量上会极其有限,因此,这已足以确保《著作权法》中的例外属于“特殊情况”,从而满足了“三步检验标准”第一步的要求。^④还有观点认为,三步检验标准是判断成员国立法对著作权例外的规定是否违反国际公约义务的标准,而不是判断某一行为是否构成合理使用的标准。^⑤

三步检验标准自1967年斯德哥尔摩修订会议即被纳入《伯尔尼公约》,然而,在相当长的时期,三步检验标准并未受到学界的关注。直到世界贸易组织于1990年就“欧共体诉美国版权法第110条第(5)款”^⑥作出专家组报告之后,情况才发生变化。知识产权法学界对于三步检验标准逐渐开始重视,围绕这一主题的研究成果也开始丰富起来。

然而,国内外已有研究关于三步检验标准的功能与含义,存在较大的分歧。具体而言,主要体现在以下方面。第一,国内法上的开放式一般例外条款是否违反国际条约。第二,三步检验标准究竟是具有限权/限制功能,还是具有赋权/扩张功能。第三,三步检验标准的适用主体究竟是立法机关,还是司法机关。理论上的分歧不仅导致修法工作与审判活动“被带偏”,而且朝着正确方向迈进的节奏“被打乱”。本文详细考察三步检验标准在国际公约中的变迁与发展,对有关核心争议再予探讨,并提出三步检验标准本土化重塑的基本思路。

二、三步检验标准在国际公约中的发展演进

《伯尔尼公约》是第一个在国际层面规定三步检验标准的法律文件。^⑦后来,三步检验标准相继出现在《与贸易有关的知识产权协定》(以下简称“TRIPs协定”)《世界知识产权组织版权条约》^⑧等多边国际公约以及《北美自由贸易协定》《全面与

进步跨太平洋伙伴关系协定》^⑨等区域自由贸易协定之中,几乎成了国际知识产权公约有关著作权例外的“标配”。然而,仔细考察不同公约对三步检验标准的具体规定,可以发现还是存在一些差异,这直接影响到三步检验标准的适用范围与效力。

(一)《伯尔尼公约》中的三步检验标准

为筹备1967年修订《伯尔尼公约》斯德哥尔摩会议,瑞典政府与保护知识产权联合国国际局^⑩共同成立了研究小组。该研究小组在1964年的报告中,首次建议在《伯尔尼公约》中就复制权的例外增加一个一般条款,原因是如果修订会议希望在《伯尔尼公约》中明确承认复制权,就应当对例外作出合理的规定。研究小组最初曾考虑采用穷尽列举各种可能的例外的方案,不过,后来放弃了此种想法,因为研究小组发现:采用穷尽式列举方式,列出的清单可能会非常长,而且也未必完整;此外,各成员国都只规定了几种类型的例外,如果在公约中作了列举,则可能会鼓励各成员国把清单上的例外全都加以适用,这样做的结果很有可能将导致复制权被废除。^⑪

1965年,政府专家委员会在考虑了研究小组的建议之后,认为:应当在公约中规定某些具体例外。专家委员会最后采纳的,同时也是后来被纳入1967年外交会议预案中的文本草案如下:“本联盟成员国法律得允许在下列情况下复制作品:(a)为了私人使用;(b)为了司法或行政目的;(c)复制不违反作者的合法利益,也不存在与作品的正常利用相冲突的某些特殊情况。”^⑫

在外交会议第一主要委员会讨论期间,多个代表团对上述文本草案提出了修正案。其中有些修正案旨在限制允许的例外,有些修正案则试图扩大例外的范围。最后,英国代表团的提案帮助各方解决了不同修正案之间相互冲突的这一难题。英国代表团的提案删除了上述文本草案的具

体例外(即(a)项和(b)项),只规定一个包含所有可能例外的一般性例外:“在某些特殊情况下,没有不合理地损害作者的合法利益,也不与作品的正常利用相冲突”,可以规定限制与例外。^⑬

第一主要委员会认为:应该把英国提案中的第三个条件放在第二个条件之前,只有这样,在该规定进行解释时,才更合乎逻辑顺序。如果认为复制与作品的正常利用相冲突,则此种复制就完全不能够被允许。如果认为复制与作品的正常利用不相冲突,则下一步就应当考虑复制是否不合理地损害作者的合法利益。^⑭

最后,外交会议接受了这一建议,通过了第9条第(2)款的最后文本:“本联盟成员国的法律可以准许在某些特殊情况下复制上述作品,只要这种复制不与该作品的正常利用相冲突,也不致不合理地损害作者的合法利益”。由于三步检验标准是在复制权的上下文中作出的规定,因此,其适用范围有限,仅适用于复制权。

(二)TRIPs协定中的三步检验标准

TRIPs协定第13条规定:“各成员对专有权作出的任何限制或例外规定仅限于某些特殊情况,且与作品的正常利用不相冲突,也不致不合理地损害权利持有人的合法利益”。与《伯尔尼公约》第9条第(2)款相比,TRIPs协定第13条使用的是专有权,而非复制权。此处的专有权究竟是何含义,直接关系到TRIPs协定第13条的适用范围。对此,有两种不同的观点。

一种观点认为:专有权是指与《伯尔尼公约》相比,TRIPs协定新规定的权利,即第11条规定的出租权。另一种观点认为:专有权是指TRIPs协定“版权和相关权利”章节在第13条之前所涵盖的所有专有权;由于第9条将《伯尔尼公约》第1-21条及其附录也纳入了进来,因此,专有权是指《伯尔尼公约》列出的包括复制权在内的所有专有权,以及TRIPs协定新增的出租权。^⑮按照前一种

观点,由于《伯尔尼公约》并没有规定出租权,因此,TRIPs协定第13条与《伯尔尼公约》没有任何关系。按照后一种观点,《伯尔尼公约》中的已有限制或例外,还需要受到TRIPs协定第13条中的三步检验标准的进一步限制。

应世界知识产权组织大会的要求,世界知识产权组织国际局就TRIPs协定与《伯尔尼公约》的关系组织开展了相关研究,研究成果就TRIPs协定第13条对《伯尔尼公约》有关限制与例外的规定(被纳入TRIPs协定中的部分)的影响得出了如下结论:只要正确加以适用,《伯尔尼公约》所允许的限制与例外都不会与作品的正常利用相冲突,也不会不合理地损害权利人的合法利益。^⑯因此,在通常情况下,就有关专有权的限制与例外的规定而言,《伯尔尼公约》与TRIPs协定之间没有任何冲突。也就是说,对于《伯尔尼公约》中的已有限制或例外,即使其要受到TRIPs协定第13条中的三步检验标准的进一步限制,后者也只是作为一种解释工具,并不会对前者的适用范围有任何影响。

(三)《世界知识产权组织版权条约》中的三步检验标准

《世界知识产权组织版权条约》第10条有两款,这两款都规定了三步检验标准,不过,它们的适用范围不同。

第10条第(1)款使用的措辞是“依本条约授予文学和艺术作品作者的权利”。对于这一措辞的含义,存在两种不同的观点。一种观点是其只包括《世界知识产权组织版权条约》文本所明确规定的权利,即发行权(第6条)、出租权(第7条)以及向公众传播权(第8条)。^⑰另一种观点是其既包括《世界知识产权组织版权条约》文本所明确规定的权利,也包括《伯尔尼公约》中规定的并通过第1条第(4)款的引证而纳入《世界知识产权组织版权条约》的权利。^⑱如果采用第二种观点,将导致第

10条第(1)款与第(2)款的适用范围发生一定的重叠,因为第(2)款使用的措辞是“缔约各方在适用《伯尔尼公约》时,应将该公约所规定权利……”事实上,尽管根据第1条第(4)款,缔约各方有义务遵守《伯尔尼公约》授予作者权利的条款,但《伯尔尼公约》授予的权利并不是“依本条约《世界知识产权组织版权条约》授予的权利”^⑩。

第10条第(1)款与第(2)款还存在以下两个重要区别,前者使用的是“可以”,后者使用的是“应”;前者没有对三步检验标准的适用施加任何限制,后者则使用了“在适用《伯尔尼公约》时”这一措辞。因此,第10条第(1)款实际上赋予了缔约各方享有自由裁量权来引入新的例外,第10条第(2)款则是对缔约各方就《伯尔尼公约》中的例外进行适用作出进一步限制。

关于第10条的议定声明规定:“不言而喻,第10条的规定允许缔约各方将其国内法中依《伯尔尼公约》被认为可接受的限制与例外继续适用并适当地延伸到数字环境中。同样,这些规定应被理解为允许缔约方制定对数字网络环境适宜的新的例外与限制。”由于数字技术和全球信息网络极大地改变了可能正常利用作品的方式以及适用某些例外的结果,因此,在继续适用现有例外之前,基于三步检验标准对它们进行重新检验,其结果可能是:某些例外可以继续适用而无须作任何重要变更,某些例外在新环境下不再适用了,或虽然可以继续适用,但适用条件和范围需适应新环境。与此同时,缔约方也可以制定某些特别适应新环境的新限制或例外。^⑪

三、开放式例外条款违反三步检验标准吗?

开放式例外条款意味着法院在审判实践中可以在成文法所明确列举的例外类型之外认定其他情形构成例外。《美国版权法》第107条项下的合理使用条款是典型的开放式例外条款。有学者认为,开放式例外条款不具有确定性,而三步检验标

准的第一步“某些特殊情况”要求例外明确、具体,因此,开放式例外条款违反三步检验标准的要求;相应地,《美国版权法》合理使用条款违反国际条约。^⑫要讨论开放式例外条款是否符合三步检验标准第一步的要求,首先需要解决的问题是如何解释“某些特殊情况”。

(一)“某些特殊情况”的含义

关于“某些特殊情况”的含义,世界贸易组织专家组在审理“美国版权法第110条第(5)款案”时进行了非常详细的解释。虽然这一解释并不具有权威性,但由于其全面运用了文义解释、体系解释、目的解释等多种解释方法,内容丰富、翔实,因而一直是已有研究展开讨论的起点。^⑬

对于“某些”一词的含义,专家组的结论是:“国内法中的例外和限制必须得到明确的界定。然而,不需要明确确定例外可能适用的每一种情形,只要这些例外的范围是已知的(known)和具体的(particularized)即可。这就可以保证足够程度的法律确定性。”^⑭

至于“特殊”情况是否要求国内法在规制例外时,必须要由某种特殊目的或正当性理由来予以支撑,各方存在一定的分歧。专家组报告认为:“即使某一限制或例外寻求的特殊目的,从规范意义上来看,其背后的合法性理由无法被查明,该限制或例外仍可能符合第一个条件的要求。”^⑮对于专家组报告的结论,学术界产生了较大分歧。以金斯伯格教授为代表的赞成派认为:在解释“特殊情况”时,不应当考虑例外背后的政策性因素。在《伯尔尼公约》第9条第(2)款的起草历史纪录中,从未提及“特殊”这一措辞具有正当性考量的含义;“特殊情况”可以包括没有价值的例外以及值得赞赏的例外,只要它们的范围足够狭窄。^⑯以菲彻尔教授为代表的反对派认为,“特殊情况”这一表达包括两方面内容:第一,所涉及的使用必须是为了一个十分明确的目的,不能是一种泛泛的例

外。第二,目的必须有某些“特殊”的内容。“特殊”是指它被某些明确的公共政策方面的原因或某些其他的例外情况证明是正当的。^⑤冯·莱温斯基教授也明确指出:“限制与例外应当以明确的和合理的公共政策目标为依据。”^⑥

尽管有观点认为,在确定第一步时,不需要考量公共政策因素,这些因素是作为适用后两步时被预见到的。然而,后两步仅间接暗示了公共政策因素,它们的条文侧重于考量例外对作者的经济利益的影响。因此,只靠后两步无法充分保障作者的权利不会被任意剥夺。^⑦

本文认为,不能按照大陆法系对限制与例外的要求来对待国际公约中的三步检验标准,因为这样的话,普通法系显然无法满足要求。更合适的解释是,将“某些”理解为一些,而不是确定。被豁免的特殊情况只需要可以相互区分,以便识别为“某些”特殊情况即可。其次,在特殊情况之间画出分界线的任务,不一定要由立法来完成,也可以交由法院来完成。事实上,从已有的国际法实践来看,就普通法系而言,不能仅仅因为某一事项没有规定在立法中就认为不是“由法律规定”。^⑧

(二)《美国版权法》合理使用条款的理解与定位

《美国版权法》第107条合理使用“四要素”的起源可以追溯至1841年Story法官在Folsom案的判决:“在就此类问题进行判决时,我们必须经常性地审视被选择引用的内容,被使用材料的数量与其价值,以及这种使用对于原作销售可能造成的损害,对原作利润可能造成的损失,或者取代原作的可能。”^⑨经过一个多世纪司法实践的深化总结,前述对合理使用的界定规则成为1976年《美国版权法》合理使用判定的“四要素”。^⑩从上述发展历程可以看出,美国版权法中的合理使用制度源于极其丰富的判例法,并且与之不可分割地联系在一起。一方面,合理使用条款是1976年《美

国版权法》对美国法院在过去一百多年来审理的有关合理使用案件的成文法化;另一方面,随着后续每一个法院判决的作出,一个又一个“特殊情况”将成为“已知的”和“具体的”。

由于法官在适用合理使用制度时,都是在不同的个案基础上予以认定的,因此,直观感觉似乎是有合理使用争议案件的结果十分难以预测。^⑪然而,根据纽约大学Barton Beebe教授以及加州大学伯克利分校Pamela Samuelson教授的研究结果,情况并非如此。Beebe教授认为:有关合理使用制度的已有研究在方法论上存在严重缺陷:基本上只研究几个重点案例,而没有关注其他大量判决的实际状态,这种研究方法不足以解释一个由大量法官、案件和学说构成的复杂系统。对美国法院于1978-2005年间审理的所有合理使用案件进行实证研究之后,Beebe教授得出的结论是:有关合理使用案件的判决结果是可以预测的,并非是不确定的;随着时间的推移,法官可以为更好地适用合理使用制度指明道路。^⑫Samuelson教授将美国法院审理的合理使用案件归类为六个集群,分别是:(1)为促进表达自由进行的使用;(2)为促进创作进行的使用;(3)为促进与学习有关的活动进行的使用;(4)私人使用;(5)为行政或司法目的进行的使用;(6)为促进公平竞争、持续创新以及获取信息进行的使用。位于每一集群中的合理使用案件基本上都有着相似的事实模式,可以预测出合理的结果。^⑬

就美国合理使用制度而言,其充分的法律确定性来自既定的判例法,而不是详细的成文法。因此,合理使用制度本身并不违反三步检验标准;尽管在特定案件中,法院判决可能会以违反三步检验标准的方式来适用合理使用制度。^⑭

(三)开放式例外条款与三步检验标准要求的法律确定性

正如上文所述,三步检验标准最初是由英国

代表团在修订《伯尔尼公约》的外交会议上提出的,英国版权法当时已经采用了“合理利用”(fair dealing)制度,显然,英国代表团提出的提案不会与其本国法上的制度相冲突。美国加入《伯尔尼公约》时,也并未修改版权法中的合理使用制度;与之形成对比的是,美国废除了以往作为版权获得与维护的形式要求。^③此外,美国在就TRIPs协文本进行谈判时,强烈要求,将《伯尔尼公约》中的精神权利条款排除在TRIPs协定的涵盖范围之外,理由是:尽管美国认为其国内法已经履行了《伯尔尼公约》有关保护精神权利的义务,但并不是没有受到质疑;如果将精神权利纳入具有执行效力的“伯尔尼保障条款”^④,美国就可能面临贸易制裁的危险。^⑤规定了三步检验标准的《伯尔尼公约》第9条第(2)款也在“伯尔尼保障条款”之列,但是,其并没有像第6条之二那样被排除在TRIPs协定的范围之外,这显然表明美国代表团认为合理使用制度并不违反三步检验标准。

在缔结《世界知识产权组织版权条约》的外交会议就例外条款进行讨论时,美国代表团表示:其希望条约应当允许美国版权法中的合理使用制度得以在数字环境下继续适用。美国代表团还特别强调:应当将第12条(在正式文本中编号变为第10条)的规定理解为允许缔约各方将其国内法中依《伯尔尼公约》被认为可接受的限制与例外继续并适当地延伸到数字环境中。此外,第12条的规定应被理解为允许缔约方制定对数字网络环境适宜的新的例外与限制。^⑥美国代表团所特别强调的内容没有遭到任何反对,而且还得到了众多代表团的明确支持^⑦,后来这些内容几乎一字不差地成了关于第10条的议定声明的规定。有学者认为,美国代表团在涉及其本国合理使用制度讨论的相关文字,后来成了与三步检验标准有关的议定声明的内容绝非巧合,这表明与会各方并不认为合理使用制度违反三步检验标准。^⑧

从具体条文含义来看,包括合理使用制度在内的开放式例外立法也不一定违反三步检验标准。主张开放式例外条款违反三步检验标准的主要理由是:开放式例外条款不具有法律确定性,因此,不符合第一步“某些特殊情况”的要求。^⑨然而,即使采用较为严苛解释的世界贸易组织专家组也认为,不需要明确确定例外可能适用的每一种情形。^⑩此外,法律确定性并非立法者的专属任务,也可以由立法者与司法者共同完成。事实上,在所有的法律体系中,法律规范的定义和实施都是由立法者和司法者来分担的。即使是采用封闭式例外的大陆法系国家,也需要由法官来解释法律规范,不存在不需要在具体案件中进行解释的例外条款。另一方面,采用合理使用制度的国家,通过既定的判例法,也可以获得充分的法律确定性。

四、三步检验标准只具有有限权功能吗

有关三步检验标准的第二个误解是:三步检验标准只能用来限制公约成员国规定例外,而不能赋权公约成员国制定新例外。换句话说,三步检验标准只能用来对成员国法律已经规定的例外作出进一步的限制。然而,事实真的如此吗?

(一)三步检验标准在《伯尔尼公约》中的原初功能与含义

尽管复制权是版权领域最基本同时也是最早获得国内法承认的一项专有权,然而,《伯尔尼公约》自1886年缔结以来,虽进行了多次修订,但直到1967年斯德哥尔摩文本,在很长的时间里都没有一个一般条款对复制权作出规定。如果要在《伯尔尼公约》文本中纳入一个有关复制权的条款,就还应当对该权利所必不可少的例外找到一个令各方满意的方案。^⑪由于诸多成员国在其国内法中已经规定了与复制权有关的各种形式的例外条款,它们又不希望加以修改,因此,必然要求新增的复制权的一般例外条款的措辞较为宽泛与

灵活,以便它们能够维持国内法中已有的例外。

三步检验标准可以说是应运而生,其内容被认为不够明确,任何人都可以从中看出他所希望获得的解释,这样才能使各代表团在外交会议上达成妥协,同意将其纳入《伯尔尼公约》。^⑤换句话说,三步检验标准的引入[第9条第(2)款],是为了在《伯尔尼公约》中规定一般复制权条款[第9条第(1)款]铺路。因此,三步检验标准的各项条件必须具有充分的弹性,只有这样才能不引起各成员国的反对,从而可以容纳各成员国国内法中已有的有关复制权的各种例外。我们在解释三步检验标准时,必须理解当初三步检验标准被纳入《伯尔尼公约》的这一历史语境。

从文本来看,第9条第(2)款的开头使用的措辞是“本联盟成员国的法律可以”^⑥,这一表达是典型的赋权性质的表达,授权成员国规定复制权的例外,只要这些例外符合三步检验标准。采用同一表达的其他《伯尔尼公约》条款还有诸如第2条第(2)款、第2条第(4)款等。^⑦这些条款规定的内容都是诸如赋予成员国以自由裁量权来决定是否规定固定要件、是否保护官方文件及其正式译本。从各国实际情况来看,有众多国家并未将固定作为获得版权保护的前提条件,也并未授予官方文件及其正式译本以版权保护。也就是说,对于《伯尔尼公约》使用了前述类似表达的条款而言,无论采取何种方式都是属于成员国立法的自由裁量权范围,并不存在违反国际公约义务的问题。

总之,《伯尔尼公约》第9条第(2)款对允许的例外设置了限度,同时,为成员国立法机关留出了必要的灵活性,以顾及需要规范的事实情况以及各联盟成员国的传统的巨大差别。因此,各成员国可以很容易地对该条款作出不同的解释。^⑧

(二)澄清:三步检验标准兼具限权功能与赋权功能

三步检验标准只是规定了允许限制或例外的

规则,没有规定任何具体的限制或例外。与穷尽性地列举严格确定的限制与例外的方式相比,三步检验标准这种规定限制与例外的方式,显然要更符合“合理使用”或“合理利用”制度所赖以确立的开放精神。此外,三步检验标准还为那些遵循民法传统、倾向于在成文法中穷尽列举限制与例外的特殊情况的国家提供了一种更灵活的立法“模式”。^⑨正是三步检验标准的措辞所具有的这种宽泛、模糊的特点,使得《伯尔尼公约》之后的众多国际公约或区域自由贸易协定都纳入了三步检验标准,因为它可以被用来解决极为敏感的著作权例外问题。^⑩

在国际条约中引入三步检验标准,一方面,是为了让成员国可以继续保留其国内法中已经存在的限制与例外,以及赋予其充分的自由制定一些为满足重要的社会或文化需要所必不可少的例外。另一方面,也要对成员国作出一定的限制,否则可能导致出现“漏洞”:成员国通过制定极其宽泛的例外而导致公约要求成员国法律规定的专有权被架空。因此,三步检验标准既有赋权功能,也有限权功能;当然,在不同的法律文本中,可能侧重的功能不同。总体上来看,在《伯尔尼公约》第9条第(2)款与《世界知识产权组织版权条约》第10条第(1)款中,三步检验标准侧重于发挥赋权功能;在TRIPs协定第13条、《世界知识产权组织版权条约》第10条第(2)款中,三步检验标准侧重于发挥限权功能。中国加入了前述所有条约。

五、三步检验标准只能由立法者适用吗

第三项误解是:三步检验标准的适用主体只能是立法机关,不能是司法机关。作出这一判断的学者,可能是把国内法院直接适用国际条约与适用国内法这二者混为一谈。

(一)国际条约在国内的适用

一般来说,将国际条约采纳为国内法的国家,都需要区别哪些条约可以在国内法院直接适用,

哪些不能在法院直接适用。之所以作出此种区分,主要目的是在法院可适用的法律和某些条约之间产生一种阻隔作用,将某些条约排除在法院可适用的法律渊源之外。^⑤国际条约在一国国内是直接适用还是非直接适用,取决于一国的宪法制度,也取决于有关条约本身的性质、用语以及缔约国的意图等问题。^⑥

我国宪法没有对国际条约在国内的适用问题作出规定。但是,一些单行法律,尤其是民商事领域的法律都作了如下规定:“中华人民共和国缔结或参加的条约同本法有不同规定的,适用国际条约的规定,但中华人民共和国声明保留的除外。”^⑦这一规定事实上隐含了一个前提,即在民商事领域法律的管辖事项内,国际条约是可以直接适用的,否则谈何国内法与国际条约冲突时适用国际条约。在我国加入世界贸易组织之后,由于世界贸易组织协定涵盖的事项并不限于民商事领域,因而关于世界贸易组织协定在我国法院的适用问题,在学术界曾有过争议。最高人民法院《关于审理国际贸易行政案件若干问题的规定》规定,法院审理国际贸易行政案件应当依据我国法律作为裁判依据的方式,从而可以反推出:世界贸易组织协定属于非直接适用条约。^⑧基于以上分析,可以得出以下结论:《伯尔尼公约》《世界知识产权组织版权条约》作为民商事领域的国际条约,属于直接适用的条约,TRIPs协定则属于非直接适用的条约。

从实践来看,我国法院已有一系列直接适用国际条约判决的民商事、知识产权案件。^⑨例如,上海市第一中级人民法院在审理一起侵犯著作权的涉外案件时,由于当时我国的《著作权法》规定,按照工程设计、产品设计图纸及其说明进行施工、生产工业品,不属于本法所称的复制,因此,从平面到立体不是我国著作权法所指的复制范围。然而,《伯尔尼公约》第9条第1款规定,“受本公约保护的文学艺术作品的作者,享有授权以任何方式

和采取任何形式复制这些作品的专有权利”,从平面到立体的复制属于复制权的涵盖范围。这样,在涉及复制权的涵盖范围这一问题上,我国《著作权法》与《伯尔尼公约》存在冲突。最后,法院依据《民法通则》第142条第2款、《伯尔尼公约》第9条第1款的规定,适用《伯尔尼公约》,判决被告行为构成侵犯复制权。^⑩

(二)法院对三步检验标准的适用

尽管《伯尔尼公约》、TRIPs协定以及《世界知识产权组织版权条约》都规定了三步检验标准,然而,它们的措辞并不完全相同。《伯尔尼公约》第9条第(2)款使用的是本联盟成员国“法律”,《世界知识产权组织版权条约》第10条第(1)款使用的是“缔约各方……可在其国内法律”,TRIPs协定第13条使用的措辞是“各成员……”《世界知识产权组织版权条约》第10条第(2)款使用的是“缔约各方”,没有特别强调在“法律”中应当如何。有学者认为,即使是公约中使用了“法律”一词,对于普通法系而言,不能仅仅因为某一事项没有规定在立法中就认为不是“由法律规定”。^⑪

欧盟《信息社会版权指令》第5条第5款也规定了三步检验标准:“……例外与限制应只适用于某些不与作品或其他客体的正常利用相抵触,也未不合理损害权利人合法利益的特殊情况。”有学者认为,前述规定使用的措辞是“适用”;此外,《信息社会版权指令》序言第44段也指出:“‘适用’这些例外和限制不得……”由于立法机关并不“适用”限制,它们只“规定”限制,法院才“适用”限制,因此,在欧盟成员国没有将《信息社会版权指令》的三步检验标准转换为其国内立法时,成员国法院也可以直接适用《信息社会版权指令》。^⑫

退一步讲,即使我们认为在国际公约中,三步检验标准是针对立法者而非司法者而规定的。但是,这只是意味着在那些没有将国际公约中的三步检验标准转换成国内法的国家,法院不能直接

适用国际公约中的三步检验标准,而不是说成员国不能在国内法中规定三步检验标准。如果某一成员国一旦在国内法中规定了“三步检验标准”,法院自然可以适用,在这种情况下,三步检验标准是作为国内法上的条款而被适用的。

六、三步检验标准的本土重塑

对于著作权例外,我国《著作权法》长期以来采用的都是封闭式立法模式,规定了12种具体例外类型。《著作权法》自1990年颁布以来,这些具体例外规定基本上就没有做过实质性改动。然而,在过去30多年里,技术发展日新月异,已有的例外规定显然不能适应新情势的变迁,导致利益平衡的天平发生严重倾斜。为了解决法律滞后的问题,一些法院不得不背离成文法规定,直接引入美国版权法上的“合理使用四因素”^⑤或者美国法官创造的“转换性使用”概念作为判决理由。^⑥也有的法院寻找本土资源,对《著作权法实施条例》第21条进行了创新性适用。

《著作权法实施条例》第21条规定:“依照著作权法的有关规定,使用可以不经著作权人许可的已经发表的作品的,不得影响该作品的正常使用,也不得不合理地损害著作权人的合法利益。”从文本来看,“不得影响该作品的正常使用”,“也不得不合理地损害著作权人的合法利益”,显然是照搬了三步检验标准的后两步。“依照著作权法的有关规定”是指依照2001年或2010年《著作权法》第22条,这相当于第一步中的“某些特殊情况”。这样,三步检验标准就被转换成了我国国内立法,成为法院在作出相关判断时必须依据的最终标准。^⑦从法律解释的角度来看,《著作权法实施条例》中的三步检验标准是对《著作权法》第22条规定的12种具体例外所作的进一步限制。判断某一行是否为构成合理使用的最终判断标准,并不单单是看它是否被列举在12种具体例外之中,还要看它是否能够通过三步检验标准的检验。也就

是说,《著作权法实施条例》中的三步检验标准履行的是限制功能。然而,一些法院从扩张功能上来适用三步检验标准,即只要某种行为没有影响作品的正常使用,也没有不合理地损害著作权人的合法利益,即被认为合法,而不管其是否落入《著作权法》第22条规定的任何一种例外类型。^⑧

值得注意的是,最高人民法院也认可了一些法院对三步检验标准的创新性适用。最高人民法院在一项司法政策文件中明确表示:“在促进技术创新和商业发展确有必要的特殊情形下……如果该使用行为既不与作品的正常使用相冲突,也不至于不合理地损害作者的正当利益,可以认定为合理使用。”^⑨2014年6月国务院法制办公布的《著作权法(修订草案送审稿)》第43条更向前迈进了一步,在第1款中增加第13项:“其他情形”;同时,增加了第2款:“以前款规定的方式使用作品,不得影响作品的正常使用,也不得不合理地损害著作权人的合法利益。”前述规定统合了三步检验标准的限权与赋权功能。一方面,已有的12种具体例外仍然需要受到三步检验标准的限制;另一方面,只要符合三步检验标准,新的情形也有机会被认为构成例外。整体上来看,这一立法模式是比较先进的,既具有中国特色、时代特点,也契合国际条约、世界潮流。然而,全国人大常委会于2020年公布的《著作权法(修正案草案)》以及草案二次审议稿又往回撤了。之所以出现此种变化,部分原因是因为知识产权法学界对国际公约三步检验标准的误解,认为开放式例外条款违反三步检验标准,三步检验标准不具有赋权功能,不能由司法机关适用。根据前文的分析,前述理解实际上都是对三步检验标准的误解。最后通过的2020年《著作权法》正式文本往前走了一小步,增加了第(十三)项,但将引入新例外的权限授予法律、行政法规,而非法院。

本轮法律修订工作的完成,从某种意义上说,也

就意味着下一轮法律修订工作的开始。希望在下一轮《著作权法》修改的立法过程中,还是能回到2014年《著作权法(修订草案送审稿)》所确立的正确轨道上来。这也符合世界发展趋势,因为各国“合理使用”制度的改革方向都是增加弹性。^④

首先,删除“法律、行政法规规定的”这一限制性条件,因为中国修法的频率并不像日本那样,每隔一两年就修改一次,而当下的新技术、新商业模式层出不穷,漫长的修法进程将阻碍经济、社会发展。此外,在“其他情形”之前增加“特殊”一词。增加“特殊”一词意味着只有当有关情形具有特殊的正当公共政策目的作为支撑时,才能启动开放式适用的大门。世界知识产权组织编写的指南也认为:“《伯尔尼公约》现行规定的条文清楚地表明:修订会议始终基于某些可明确辨认的公共政策理由采用例外。”^⑤

其次,在解释第二步与第三步的含义时,应当遵循以下原则。判断是否与作品的正常利用相抵触,应考察被告行为是否与原告作品展开直接经济竞争,构成市场替代。判断是否不合理地损害著作权人的合法利益,应借鉴比例原则,考察被告的行为所增进的公共利益与对原告所造成的损害是否成比例。

最后,无论是已经明确规定的具体例外还是其他特殊情形,都要受三步检验标准的约束。不过,推定具体例外符合三步检验标准,如果要推翻此推定,应当由权利人承担举证责任。也就是说,当系争行为属于具体例外所涉事项时,涉嫌侵权人只需要证明其行为符合具体例外条款规定的要件,即可认为其已经完成了侵权抗辩。在此情形下,如果权利人能证明涉嫌侵权人的行为虽符合具体例外条款的规定,但不能通过三步检验标准的检验,则涉嫌侵权人的侵权抗辩不成立。之所以采取此种立法模式,而不是将具体例外条款排斥在三步检验标准的适用范围之外,主要是基于

以下两个原因:第一,正如前文援引的世界知识产权组织研究报告所述,《伯尔尼公约》中的具体例外也要受TRIPs协定第13条三步检验标准的进一步检验,只不过推定二者不会发生冲突。第二,随着科技发展和社会进步,可能出现法律规定的具体例外不再符合三步检验标准的情形。

面对新一轮技术革命与产业变革对版权制度造成的冲击,立法者和司法者都需要一种具有灵活性和适应性的指导工具,以重塑著作权人利益与公共利益的平衡。三步检验标准因其开放性、国际性且不具有法系特征,因而有着广阔的适用空间和发展潜力。如果中国未来在修订《著作权法》时能够立足本土已有实践,借鉴国际经验,对三步检验标准进行适当的制度改造,可以为完善著作权例外制度与建构著作权全球治理体系贡献中国方案。

注释:

①“合理使用”是美国版权法上的特有概念,我国《著作权法》并未采用“合理使用”这一术语,但学术界已经将“合理使用”作为一般概念使用,本文也沿袭这一惯例。

②参见李杨:《著作权合理使用制度的体系构造与司法互动》,《法学评论》2020年第4期。

③参见曾琳:《著作权法第三次修正下的“限制与例外”制度应用研究》,中国政法大学出版社2016年版,第58页。

④参见王迁:《〈著作权法〉修改:关键条款的解读与分析》(上),《知识产权》2021年第1期。

⑤参见梅术文:《网络知识产权法:制度体系与原理规范》,知识产权出版社2016年版,第92页。

⑥WTO, Report of the Panel, United States—Section 110(5) of the US Copyright Act, WT/DS/160/R(June 15, 2000).

⑦Christopher Geiger et. al., "The Three-step Test Revisited: How to Use the Test's Flexibility in National Copyright Law", 29 Am. U. Intl. L. Rev. 3, 583(2004).

⑧参见TRIPs协定第13条、《世界知识产权组织版权条约》第10条。

⑨参见《北美自由贸易协定》第1705条第(5)款、《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》第18.65条。

⑩该机构是世界知识产权组织的前身。

⑪参见[匈]米哈依·菲彻尔:《版权法与因特网》,郭寿康、万勇、相靖译,中国大百科全书出版社2009年版,第407-409页。

⑫参见[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》,郭寿康、刘波林、等译,中国人民大学出版社2016年版,第674-675页。

⑬同注⑪,第410页。

⑭WIPO, Records of the Intellectual Property Conference of Stockholm (June 11 to July 14, 1967), WIPO Publication, 1971, p. 1145.

⑮参见[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》,郭寿康、刘波林、等译,中国人民大学出版社2016年版,第756页。

⑯WIPO, Implications of the TRIPs Agreement on Treaties Administered by WIPO, WIPO Publication, 1996, p. 22.

⑰同注⑮,第771页。

⑱参见[匈]米哈依·菲彻尔:《版权法与因特网》,郭寿康、万勇、相靖译,中国大百科全书出版社2009年版,第755页。

⑲[德]约格·莱因伯特、西尔克·冯·莱温斯基:《WIPO因特网条约评注》,万勇、相靖译,中国人民大学出版社2008年版,第170页。

⑳See WIPO, Guide to the Copyright and Related Rights Treaties Administered by WIPO and Glossary of Copyright and Related Rights Terms, WIPO Publication, 2004, p. 215.

㉑Ruth Okediji, "Toward an International Fair Use Doctrine", 39 Colum. J. Transnatl. L. 1, 117(2000).

㉒专家组报告只在争端当事方之间具有效力,对于世贸组织其他成员并不构成具有约束力的先例。此外,上诉机构可能并不同意专家组所作的法律分析,因此,对于未被提起上诉的专家组报告的效力,应当慎重对待;《美国版权法》第110条第(5)款案的专家组报告就属于前述未被提起上诉的情形。See UNCTAD-ICTSD, Resource Book on TRIPs and Developments, Cambridge University Press, 2005, p. 190.

㉓WTO, Report of the Panel, United States—Section 110(5) of the US Copyright Act, WT/DS/160/R (June 15, 2000), para. 6. 108.

㉔See supra note ㉓, para. 6. 112.

㉕参见[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》,郭寿康、刘波林、等译,中国人民大学出版社2016年版,第679页。

㉖参见[匈]米哈依·菲彻尔:《版权法与因特网》,郭寿康、万勇、相靖译,中国大百科全书出版社2009年版,第412页。

㉗[德]西尔克·冯·莱温斯基:《国际版权法律与政策》,万勇译,知识产权出版社2017年版,第147页。

㉘See WIPO, Guide to the Copyright and Related Rights Treaties Administered by WIPO and Glossary of Copyright and Related Rights Terms, WIPO Publication, 2004, pp. 58, 215.

㉙See Martin Senftleben, M. R. F., Copyright, Limitations and the Three-step Test: An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law, Kluwer Law International, 2004, p. 136.

㉚Folsom v. Marsh., 9 F. Cas. 344-345 (C. C. D. Mass. 1841).

㉛参见吴汉东:《著作权合理使用制度研究》(第4版),中国人民大学出版社2020年版,第322页。

㉜参见[美]朱莉·E.科恩、莉蒂亚·P.劳伦、罗斯·L.欧科迪奇、等:《全球信息经济下的美国版权法》,王迁、侍孝祥、贺炯译,商务印书馆2016年版,第850页。

㉝Barton Beebe, "An Empirical Study of U. S. Copyright Fair Use Opinions: 1978-2005", 156 U. Pa. L. Rev. 3, 622(2008).

㉞Pamela Samuelson, "Unbundling Fair Uses", 77 Fordham L. Rev. 5, 2546-2615(2009).

㉟Christopher Geiger et. al., "The Three-step Test Revisited: How to Use the Test's Flexibility in National Copyright Law", 29 Am. U. Intl. L. Rev. 3, 583, 613-615(2004).

㊱同注㉟,第55、212页。

㊲“伯尔尼保障条款”是指TRIPs协定第9条第1款的如下规定:“各成员应遵守《伯尔尼公约》(1971)第1条至第21条及其附录的规定。”该条款同时规定:“但是,对于该公约第6条之二授予或派生的权利,各成员在本协定项下不享有权利或义务。”

㊳参见[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》,郭寿康、刘波林、等译,中国人民大学出版社2016年版,第538-539页。

㊴WIPO, Diplomatic Conference on Certain Copyright and Neighboring Rights Questions, Geneva, Dec. 2-20, 1996, Summary Minutes, Main Committee I, WIPO Doc. CRNR/DC/102 (Aug. 26, 1997), p. 70.

㊵Ibid, pp. 70-72.

㊶Ibid, p. 168.

㊷Herman Jehoram, "Restrictions on Copyright and Their Abuse", 27 Eur. Intell. Prop. Rev. 10, 362(2005).

㊸WTO, Report of the Panel, United States—Section 110(5) of

the US Copyright Act, WT/DS/160/R(June 15, 2000), para. 6. 108.

④WIPO, Records of the Intellectual Property Conference of Stockholm(June 11 to July 14, 1967), WIPO Publication, 1971, p. 111.

⑤ See Kamiel J. Koelman, "Fixing the Three-Step Test", Eur. Intell. Prop. Rev. 8, 407(2006).

⑥英文文本为:"It shall be a matter for legislation in the countries of the Union".

⑦《伯尔尼公约》第2条第(2)款规定:"本联盟各成员国的法律可以规定,所有作品或任何特定种类的作品除非以某种物质形式固定下来,否则不受保护。"《伯尔尼公约》第2条第(4)款规定:"本联盟各成员国的法律可以规定,立法、行政或司法性质的公文以及这些文件的正式译本受到保护。"

⑧[德]西尔克·冯·莱温斯基:《国际版权法律与政策》,万勇译,知识产权出版社2017年版,第145页。

⑨参见[匈]米哈依·菲彻尔:《版权法与因特网》,郭寿康、万勇、相靖译,中国大百科全书出版社2009年版,第407页。

⑩ Christophe Geiger, "The Role of the Three-Step Test in the Adaptation of Copyright Law to the Information Society", UNESCO e-Copyright Bulletin, January-March 2007, p. 3.

⑪参见左海聪:《直接适用条约问题研究》,《法学研究》2008年第3期。

⑫参见赵建文:《国际条约在中国法律体系中的地位》,《法学研究》2010年第6期。

⑬参见《民事诉讼法》第260条、《海商法》第268条、《票据法》第95条。

⑭同注⑫。

⑮同注⑫;宋建立:《国际条约国内适用的若干问题》,《人民司法》2015年第5期。

⑯参见上海市第一中级人民法院(1999)沪一中知初字第118号民事判决书。

⑰ See Martin Senftleben, Copyright, Limitations and the Three-step Test: An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law, Kluwer Law International, 2004, p. 136.

⑱ Herman Cohen Jehoram, "Is There a Hidden Agenda Behind the General Non-implementation of the EU Three-step Test?", 31 Eur. Intell. Prop. Rev. 8, 409(2009).

⑲参见上海市普陀区人民法院(2018)沪0107民初334号民事判决书。

⑳参见上海知识产权法院(2015)沪知民终字第730号民事判决书。

㉑参见王迁:《知识产权法教程》(第7版),中国人民大学出版社2021年版,第285页。

㉒参见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。

㉓最高人民法院《关于充分发挥知识产权审判职能作用推动社会主义文化大发展大繁荣和促进经济自主协调发展若干问题的意见》第8条。

㉔参见李琛:《论我国著作权法修订中“合理使用”的立法技术》,《知识产权》2013年第1期。

㉕ See WIPO, Guide to the Copyright and Related Rights Treaties Administered by WIPO and Glossary of Copyright and Related Rights Terms, WIPO Publication, 2004, pp. 57, 215.

Misunderstanding Clarification and Local Reconstruction of the Three-step Test in Copyright Law

Wan Yong

Abstract: The expression of the three-step test is abstract and flexible, which may be used to solve the sensitive copyright exception issue in the negotiation of international copyright conventions. Consequently, after being incorporated in the Berne Convention, the three-step test has become an essential clause in almost all international copyright conventions and copyright chapters of free trade agreements. However, there are three misunderstandings about the three-step test: the open clause violates the three-step test; the threestep test has the sole function of restricting rights; the three-step test can only be applied by the legislature. Theoretical misunderstandings led to repeated changes in the "fair use" clause during the third revision of the copyright law, and finally a more conservative approach was adopted. If the copyright law would be revised in the future, it is suggested that the three-step test shall be reformed from the bottom.

Key words: The Three-step Test; Amendment to the Copyright Law; International Copyright Treaties