

文章编号:1671-1653(2015)01-0052-06

私法自治视域下的表演者权保护

——兼评我国《著作权法》的第三次修改

陈化琴

(广东培正学院 法律系,广东 广州 510830)

摘要:作为一种私权,表演者权法律保护从立法层面和司法层面理应全面体现私法自治精神。表演者权法定主义原则领域属于私法自治的禁区,新的表演者利益关系类型化、职务表演者权利保护、视听表演者权利保护等领域应为私法自治的张扬空间。透视我国《著作权法》第三次修改,私法自治的灵魂在表演者权修法部分得以充分贯彻,符合全面推进依法治国的时代精神。

关键词:私法自治;表演者权;法定主义;《著作权法》第三次修改

中图分类号:D913.4 **文献标识码:**A **DOI** 10.3969/j.issn.1671-1653.2015.01.009

The Protection of the Right of Performer from the Perspective of Autonomy of Private Law

——Comment on the Third Revision of *Copyright Law of China*

CHEN Hua-qin

(Law Department, Guangdong Peizheng College, Guangzhou 510830, China)

Abstract: As a kind of private right, the legal protection of the right of performers from the legislative to judicial levels should reflect the spirit of autonomy of private law. The principle of statutory right of performers does not reflect autonomy of private law. The new type of performer interests, and the rights of performers for work, and audiovisual performers should fully embody autonomy of private law. In the third revision of *Copyright Law of China*, the autonomy of private law can be fully implemented, which conforms to comprehensively promote the rule of law spirit of the times.

Key words: autonomy of private law; right of performers; principle of legality; the third revision of *Copyright Law*

一、问题的提出

表演者权作为目前国际公认的知识产权权利体系中的重要权利,在大陆法系中定位于相关

权,^①在英美法系以表演者的表演为“作品”定位于著作权。两大法系处理方法不同,但是不妨碍在国际公约中及当前学界把表演者权作为知识产权“私权”的定位。我国现行法律文本包括《中华

收稿日期:2015-01-16

基金项目:2014年中国法学会自建项目(CLS(2014)D006)

作者简介:陈化琴(1973—),女,河南南阳人,广东培正学院法律系讲师,华南理工大学访问学者,主要从事知识产权法研究。

《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)中知识产权的权利体系的宣告,《中华人民共和国著作权法》(以下简称《著作权法》)中表演者权位于与著作权有关的权益章节的相关条款,同样说明了我国立法上对表演者权属于私权的认可。私法自治滥觞于罗马法,形成于《法国民法典》的契约自由。在现代民法社会化趋势的背景下,作为公法和私法分野中的私法自治灵魂依然浸淫其中。《民法通则》中,虽然没有见到私法自治的具体文本,但学界通常把第4条的自愿原则解释为私法自治或者意思自治,私法自治精神在我国现在不仅仅被视为学理原则,而是作为民法的基本原则被法律人认同。私法自治原则意味着民事主体在从事民事行为和事实行为时不得受到非法的干涉,在立法上意味着大量的选择性规范的存在,在司法上意味着法官对法益的自由裁量。表演者权的私权属性决定了在表演者权法律保护问题上不管是从立法层面、还是从司法层面都应该最大程度体现私法自治的精神。

目前,我国自2011年开启的《著作权法》第三次修法活动如火如荼。迄今为止,《著作权法》第三次修改草案有2012年3月国家版权局公布的《中华人民共和国著作权法修改草案》(征求意见稿)(以下简称《修改草案》第1稿),2012年7月和10月公布的《中华人民共和国著作权法修改草案》(征求意见稿)(以下简称《修改草案》第2稿、第3稿),2014年6月国务院正式公布的国家版权局提交的《中华人民共和国著作权法》(修订草案送审稿)(以下简称《送审稿》)。修法活动除了遵循“独立性、国际性、平衡性”三个原则^[1]之外,还得注意立法的“适度的前瞻性”原则。就法律的功能而言,科学的立法除了马克思所言的“发现和描述”实践的规律外,还要基于对“经验的总结”而适度的超前,从而起到引领社会发展的导向作用。我国作为一个传统上缺少民法精神土壤的国家,曾经否认私法的存在,甚至把民法作为公法看待,如今仍认为知识产权存在公权化^{[2](P61~68)}的趋势。在党的十八届四中全会全面推进依法治国要求立法科学化的形势下,培植市民社会理念,强化权利意识,回归表演者权的私权本质,全面彰显民法精神,对于法治国家的建设尤为关键。笔者认为,在当下《著作权法》的修法活动中以私法自治的视角审视表演者权利立法理应有现实意义。

二、私法自治的禁区:表演者权法定主义

亚当·斯密在《国富论》中说“每个人,只要他不违背正义的法律,就应允许他去按照他的方式去追求他的利益”。洛克也说过“凡是法律没有规定的,便是允许去做的”。这些都是对私法自治视野下“法无禁止即自由,法无禁止即权利”这一西方谚语的最好诠释。根据易军教授的理解,私法自治表现为“从微观层面讲,它主要适用于仅涉及行为人的涉己行为,无涉第三人的合意行为等场合。在立法上禁令不足,行为人虽不违反禁令但违反公序良俗,以及法定主义模式作用的场合,该命题的适用受到限制。”^{[3](P121~207)}

(一)表演者权法定主义合理性

2003年郑胜利教授提出了知识产权的法定主义原则,后经朱理博士、李杨教授深入论证形成了一个在知识产权学界颇有影响力的观点。参照郑胜利教授的观点,表演者权法定主义是指表演者权的“主体、客体、内容、保护期限等关键内容必须由成文法规定,除立法者在法律中特别授权外,任何人不可在法律之外创设表演者权。”^{[4](P49~54)}对知识产权法定主义原则的援引应该是对古老的物权法定主义原则在知识产权领域的移植。在知识产权几百年的扩张运动中自然权利说和功利主义理论之争一直此消彼长,但功利主义理论在国际上尤其当下我国仍占主流地位。2008年国务院《国家知识产权战略纲要》的公布意味着官方对功利主义理论的首肯。一般认为,知识产权司法程序中的自然权利说无疑强化知识产权早期入法的正义性,而知识产权立法程序中的功利主义理论在经济飞速发展的中国无疑成了官方和民间一致的现实选择。彭学龙教授认为,“知识产权是作为自然权利的法定之权。”^{[5](P14~17)}从其权利的来源来看,源于创新劳动;从其权利的依据来看,源于法律的明文规定。和育东教授认为,在我国自然权利理论比较泛滥的思想背景下,知识产权法定主义作为功利主义的一个简化版在逻辑上有其存在优势。这种提法既回避了“功利”一词容易被人误解的非道德性,又能适应我国法条主义的偏好,抱着矫枉过正的心态,不失为一种明确而妥当的提法。^{[6](P9~14)}笔者认为,对于表演者权法定主义的选择在当下中国确实不失为一种“明确而妥当的提法”。

1. 表演者权立法史上的法定主义选择。在 1961 年的《保护表演者、音像制品作者和广播组织罗马公约》(简称《罗马公约》)缔结之前,表演者权的保护一直采用合同法和劳动法的相对权的保护模式,直至 20 世纪初被录制等传播技术的发展所打破。在新技术的攻势下,表演者和观众的直接交易成本大幅度攀升,表演者失去了对其表演活动的终端的控制权,业界呼唤着表演者权的诞生:呼吁对表演者的绝对权保护模式。在国际上,《罗马公约》首次提供了不同于相对权的保护模式,这种保护模式是基于一种“防止未经许可利用”的模式,却不是专有权的模式。但是随着网络技术的发展,表演者的困境愈演愈烈,在 1996 年的《世界知识产权组织表演和录音制品条约》(WPPT)中正式确认了表演者权绝对权的保护模式。在表演者权的国内立法中,包括我国在内的大多数国家的著作权法或者相关权保护法一概确认了表演者权绝对权的地位。中国《著作权法》1990 年版、2001 年版、2010 年版均把表演者权规定在与著作权有关的权益保护的章节中,严格规定表演者权的主体、客体、内容、权利限制、保护期限等内容,并且呈现出封闭式立法的特点。从对上述表演者权法律保护模式的历史梳理,可以发现,不管是在国际上还是在我国,表演者权的绝对权法律模式选择一直呈现出法定主义的特征。

2. 表演者权绝对权本质和表演产品的公共产品属性。物权法定主义的支持理由有二:其一,物权和债权特性的二元区分决定了物权法定原则;其二,固定的权利体系使当事人在交易过程中更快捷地明确物权的权利内容。^{[7](P188)}笔者认为以上理由对表演者权都是合适的。首先,表演者权在《著作权法》中已明确列为私人产权,从私人产权的绝对权、对世权、支配权的定位上推出表演者权的发生、变更和消灭关系到成千上万人的利益,所以其内容必须由法律规定。其次,固有的权利体系保持了表演者权变动过程中当事人更有效率地确定权利内容。除上述两种表演者权和物权的共性理由外,表演者权的法定主义还有一个特点,即表演产品本质上的公共产品属性决定了表演者权的法定主义。一方面,在当今数字化时代,表演产品一旦公开,表演者很难排除第三人对表演产品的利用行为,同时在一人使用表演产品的同时很难排除另外一个人的使用。也就是说,表演产品本质上属于经济学意义上的公共产品:具有典

型的无排他性、无竞争性。但作为表演者权客体的“表演产品”必须具有排他性和竞争性。所以,在“私有产权”作为激励功能的理论下,法律必须强制赋予表演产品的“私人产品”法律特质,赋予表演者权人享有法律意义上的排除他人干涉的权利,否则其专有权本质将成为空谈。另一方面,本质上作为公共产品的表演产品还意味着:任何表演产品都无一例外地包含前人或者他人的贡献,每一个表演产品都会构成文化传播中的一个环节,由此决定了表演产品在公众的文化生活的传承中具有不可替代的作用,所以,如何合理界定社会公共利益和私人利益的分野,保持二者的相对平衡,需要法律对表演者权内容进行适当限制。由此可见,表演产品的公共产品属性决定了表演者权的立法必须通过法定主义原则进行取舍和重构。

(二)表演者权法定主义的内容

表演者权法定主义的内容保护有二:其一,表演者权的主体、客体、内容、权利保护期限、权利限制应该由法律明文规定,不允许任何人在法律之外创设有关表演者权的任何内容。表演者权在现行《著作权法》立法框架下,其主体限定为通过现场或者机械设备表演文学艺术作品的人,包括自然人和单位。客体限定为对文学艺术“作品”的表演。内容保护包括表演者精神权利和表演者财产权利。具体为表明表演者身份,表演形象不受非法歪曲,现场直播其表演、录制、复制、发行其表演、信息网络传播其表演。表演者的精神权利保护不受期限限制,财产权利自表演完成之日起 50 年内给与法律保护。同时表演者权受到合理使用和法定许可的限制。其二,表演者权法定主义原则意味着司法者应该严格按照现有的法律规范进行裁判,而不是随意利用其他法律比如《民法通则》和《反不正当竞争法》进行裁判,更不允许在法律之外任意裁判。在当前的司法实践中,确实出现了比如作为魔术师的表演者^②、民间社火^③的表演者利益被损害的情形,但是在严格法定主义的法律原则下,法官只能对这类案件中的原告利益保护保持克制的态度。

表演者权法定主义原则也使我们思考与之有关的另一个问题。如果表演者未经作品作者同意擅自表演,也就是对非法表演者而言,表演者是否仍然对其表演享有表演者权?严格的表演者权法定主义原则意味着表演者权产生的法定来源“表

演者的表演活动”。所以,不管是对取得表演权授权的作品的表演还是对未取得表演权授权的作品的表演,表演者均应对其表演享有权利。笔者认为,从表演者权法定主义原则出发,法律宜明文规定,表演者在未获得著作权人授权的情况下仍然对其表演享有表演者权,只不过该表演者权不得积极行使,但享有消极诉权。比如,在该表演被非法传播的场合,该表演者可以主张表演者权被侵害并提起诉讼。

纵观《著作权法》第三次修法的相关草案,有关表演者权立法的相关条款对表演者权的主体、客体、内容、期限、权利限制、权利保护等方面都有详细的规定,有法可依,体现了表演者权法定主义的理念,但是对于表演者在对未经作者授权的作品进行的表演是否享有表演者权的问题上,法律仍然保持一贯的缄默。笔者认为,从法律体系的统一性来看,确为憾事。这种立法上的疏漏,一方面对于表演者权的法定主义原则是一种破坏,另一方面,确实对司法实践中法律的适用形成了一定的困难。所以笔者建议,应该在修法中增加相应的规定。

三、私法自治的张扬:表演者权法定主义的缓和

表演者权法定主义原则为私法自治画了一个不可逾越的禁区。但法定主义原则可能不能应对表演者权司法实践的发展。和育东教授认为,作为主流选择的知识产权法功利主义精髓并不回避知识产权法历史上包括现今的扩张运动,法定主义原则顺应了功利主义的历史和现实呼声,但没有完全把握功利主义的精髓。^{[6](P9~14)}换言之,僵硬的法定主义原则必须留有缓和的空间。而法定主义的缓和地带正是私法自治张扬的领域。

(一)新的表演者利益关系类型化

表演者权法定主义僵化导致法律的滞后,可能会使生活中一些重要的利益关系得不到法律的调整保护。解决此问题的方法有二:其一,在立法中保留兜底条款,比如现行《著作权法》中著作权人的权利内容中的“其他权利”条款,或著作权的侵权行为“其他侵权行为”条款,从而赋予司法者自由裁量权,以保护新的利益关系。其二,采取及时修法的方式。在经过充分民主商谈程序后修法,把最新的利益关系纳入法律的框架。从目前表演者权的立法来看,对表演者权的侵权行为保

护采取了相对开放式立法,采取“其他侵权行为”条款,但是在表演者权利主体、客体、内容部分的立法呈现封闭式立法模式,所以,通过修法方式解决表演者权法定主义的弊端显得尤为紧迫。在《著作权法》的第三次修改的相关草案中,笔者注意到这种变化。第一,对于表演者的定义。修法草案中把表演者限定为自然人,而不是“人”。也就是把中国语境下的“单位”排除了。第二,表演者权的客体。表演者权利的客体不再局限于文学艺术“作品”的表演,包括那些不是“作品”的表演。比如非物质文化遗产中的民俗表演,魔术马戏表演等。应该说这两个修改使中国法和相关的国际公约,包括《罗马公约》、WPPT对表演者作为自然人的规定保持一致,符合这次修法思路中的“国际性”原则。第三,表演者权的内容。增加了表演者的出租权、“二次报酬权”等内容。第四,在合理使用制度中采取列举式和开放式相结合的立法模式,即对表演者权的限制制度增加了“其他限制情形”。

(二)职务表演

职务表演行为在现实生活中一直大量存在,毕竟现实生活中个体演员的数量比较少。但是现行《著作权法》对此类问题没有明确规定,有关联的规定就是单位作为“人”理解为表演者。在司法实务中,一般认为对于职务表演,单位享有除署名权外的作为表演者权的财产权。笔者认为,似有不妥,原因有二:其一,在现行法中把单位视为表演者,这与相关国际公约的规定不一致。特别是与2012年在北京签订的《视听表演北京条约》的规定不一致。其二,单位享有包括署名权之外的全部表演者权利,作为表演者的自然人,似乎仅享有署名权和从单位取得的工资和奖金的权利,这完全是前著作权立法时代的待遇,似乎职务表演中的表演者被《著作权法》遗忘。可喜的是,《修改草案》第2稿、第3稿和《送审稿》均增加了有关职务表演的明文规定。以下以《送审稿》为例。关于职务表演的条款体现在第36条,共有四款内容涉及职务表演的定义,区分了一般的职务表演和集体性的职务表演。总体上树立了职务表演表演者权可以双方约定的原则。约定内容包括表演者权的精神权利和财产权利。在双方约定不明或没有约定的情形下,法律对一般的职务表演和集体性职务表演的表演者权利义务分配进行合理配置,既体现了效率原则又体现了利益均衡原则。应该

说这是表演者权修法活动中私法自治精神的典型体现。

(三) 视听表演

视听表演是指已经固定在视听制品(包括目前中国现行《著作权法》中的录像制品和电影作品以及以类似摄制电影的方法创作完成的作品)中的表演。视听表演者的权利保护在现行《著作权法》中没有明文规定。在司法实践中,倾向于应针对“视听制品”区分“作品”和“制品”采取不同的确权保护体系。^{[8](P79~83)}在本次修法的草案中对此问题均有规定,但是规定差别较大,反映出实务界激烈的利益冲突和学界较大的理论分歧。本次修法活动中取消了录像制品的概念,规定了视听作品的定义。前述视听表演的探讨就简化为对视听作品中的表演者的权利保护问题。当然有关联的还有作品独创性的判断问题。修法语境下的视听表演者的权利包括前述的实质二类视听制品中的表演者的保护问题。在这个问题上,视听表演者面临着视听制作者和著作权人的利益博弈。如何从确保视听作品制作者权利行使效率和三方主体利益平衡的角度设置视听表演者权利的归属是个复杂的问题。

在修法活动的四个草案中,具体条款为《修改草案》第1稿的第33条、第2稿的第36条、第3稿的第36条、《送审稿》的第37条,基本上都包括三款内容。涉及的问题有视听表演者的权利包括哪些权项?这些权项是否可以约定?如果没有约定或者约定不明权利如何配置?首先,从权利包括的具体权项来看,视听表演者的权利应该说和一般的表演者区别不大,都包含了表演者的2项精神权利和4项财产权利,尤其是条文均明文规定的“合理报酬权”、“利益分享权”,既是对前述表演者权二次获酬权在视听表演问题上的落实,也是对传统影视产业表演者通常只拿到一次性的劳务报酬、后续票房再高也和他无关行规的否认,同时又是对当前实践中对演员风险提成薪酬规则新探索的法律肯定。其次,视听表演者权利归属是否可以约定的问题。《修改草案》第1稿确认完全“约定”的原则,包括视听表演者的全部权利,甚至上述的“二次获酬权”。在《修改草案》第2稿、第3稿中,笔者看到立法内容发生了变化,规定其中的财产权利法定赋予制片者享有,完全取消了私法主体的意思自治。但是这种情形在《送审稿》中又形势大转,把财产权利的归属又交给了双方约

定。笔者从中感受到立法者的犹豫不决:在私法自治的形式主义和实质主义之间徘徊,在私权自治和公权力干预之间取舍的两难。当下我国确实缺少权利意识的氛围和相关的著作权集体管理机构的发育,但作为科学立法适度的前瞻性同样也是必不可少的:不能因为目前工会力量和著作权集体管理机构的弱势而剥夺表演者的意思自治的资格。表演者权私权的本质决定了其权力归属应当由双方决定。最后,在双方约定不明时或者没有约定时,法律强制对双方权利义务进行配置。如对合同的形式要求法律强制为“书面”形式;把其中的财产权利赋予制片者,特别点明对其中的“主要表演者”享有署名权和分享收益权。如此规定既确保了权利行使和流转的效率,又从根本上符合视听表演者的利益。

四、余论

总之,作为一种私权,表演者权法律保护从立法层面和司法层面理应全面体现私法自治精神。表演者权法定主义原则领域属于私法自治的禁区,新的表演者利益关系类型化、职务表演者权利保护、视听表演者权利保护等领域应为私法自治的张扬空间。透视我国《著作权法》第三次修改活动,私法自治的灵魂在表演者权修法部分得到了充分贯彻,符合党的十八届四中全会全面推进依法治国的要求。但本文的讨论中,仍有以下几点需要进一步澄清。

1. 本文研究私法自治视域中的表演者权考察的逻辑起点为表演者权的私权属性。从表演者权保护的历史中我们可以看到对表演者权性质的不同理解,本文着眼于主流观点的私人产权观点。从私人产权的角度,作为绝对权和支配权要求的法定主义原则的领域成为私法自治的禁区,而在法定主义原则领域之外则应最大程度的张扬私法自治。本文讨论了新的表演者利益的类型如何通过立法的方式进行扩张,立法技术中如何保留弹性条款给司法裁量留有余地,同时探讨了职务表演和视听表演的表演者权归属问题。当然,表演者权主体可以根据自己意愿促使表演者权利的变动。这个应该说是私法自治最初也是最典型的契约自由的体现。但不属于本文探讨的范围。

2. 从理论角度透视,本论题对表演者权法律保护同样置于知识产权自然权利说和功利主义争论的背景之下。二者之争在历史上包括当代仍是

学界没有结论的问题。本文认为自然权利说对表演者权的早期入法提供了正当理由,但在司法实践中自然权利说给司法留有太多任意扩张的危险。在整个知识产权立法功利主义的背景下,表演者权的功利主义选择似乎可以顺理成章。比较典型的例如表演者身份从对作品的表演者到对非作品的表演者的确定,显然背后涌动着的是中国非物质文化遗产和民间文化的保护和传承利益问题。当然功利主义原则的内容很多,法定主义仅仅作为功利主义的权宜之计。如何完成功利主义

和法定主义的逻辑转换,如和育东教授所言,“仍需研究”^[6](P9~14)]。

3. 全面推进依法治国的举措意味着在包括科学立法在内的整个法治建设进程中,要优先解决一些根本性的问题,比如私法和公法的分野、公权力和私权利的界限等问题。在此层面上,把表演者权的立法放在私法自治的视野中加以审视实为必要。无论《著作权法》第三次修改最后结果如何,对其做私法自治意义的关注仍然有其理论意义和现实意义。

注 释:

- ①我国《著作权法》第 1 条称之为“与著作权有关的权益”,国际上多称之为邻接权。
②北京市第一中级人民法院民事判决书(2010)一中民初字第

10 067 号。

- ③青海省西宁市中级人民法院民事判决书(2003)宁民三初字第 3 号。

参考文献:

- [1]关于《中华人民共和国著作权法》(修改草案)的简要说明[EB/OL]. <http://www.ncac.gov.cn/chinacopyright/contents/483/17745.html>. 2014-10-30.
[2]冯晓青,等. 试论知识产权的私权属性及其公权化趋向[J]. 中国法学,2004,(1).
[3]易 军. 法不禁止皆自由的私法精义[J]. 中国社会科学,2014,(4).
[4]郑胜利. 知识产权法定主义[J]. 中国发展,2006,(3).

- [5]彭学龙. 知识产权:自然权利抑或法定之权[J]. 电子知识产权,2007,(8).
[6]和育东. 从权利到功利:知识产权扩张的逻辑转换[J]. 知识产权,2014,(5).
[7]冯玉军. 法经济学[M]. 北京:中国人民大学出版社,2013.
[8]陈化琴. 对我国视听表演者权利保护的实证分析[J]. 贵阳学院学报,2014,(4).

(上接第 38 页)

工的辛勤汗水。所以外来流动人口不应该因为个人的教育程度低而产生过多的自卑心理,应该在有限的时间里加强文化教育,树立信心,从而更快地融入到城市社会中来。从城市人的角度来讲,

也应当用平等的眼光看待流动人口,以包容的胸怀接纳外来人。只有双方在态度上进行转变,外来流动人口群体才会在生活和工作中感受到更多的归属感与认可感,进而幸福感也将大大提升。

参考文献:

- [1]中华人民共和国国家统计局. 2010 年第六次全国人口普查主要数据公报(第 1 号)[R]. 北京:中华人民共和国国家统计局,2011.
[2]夏 伦. 流动人口收入与主观幸福感的关系研究——基于北京市流动人口的调查数据[J]. 西华大学学报(哲学社会科学版),2015,(3).
[3]张 献,刘力骏. 关于流动人口城市归属感问卷调查报告——

以湖南调查为例[J]. 企业家天地(下旬刊),2012,(5).

- [4]Hagerty, B. M., Lynch-Sauer, Patusky, K. L., Bouwsema, M., Collier, P. . Sense of belonging: A vital mental health concept. Archives of Psychiatric Nursing, 1992, 6(3).
[5]国家人口和计划生育委员会流动人口服务管理司. 中国流动人口发展报告 2010[M]. 北京:中国人口出版社,2010.