

# 论网络环境中表演权的适用

——兼评《著作权法修改草案(送审稿)》对表演权的定义

王 迁\*

摘 要:《伯尔尼公约》中的表演权可以规制“以任何手段向公众传播对其作品的表演”,其中包括通过网络对作品的表演实施非交互式传播。我国《著作权法》对表演权的定义直接源于《伯尔尼公约》,但立法者为表演权设定的调整范围,仅限于面向现场受众的现场表演和机械表演,并不包括向表演发生地之外的受众进行传送的行为。同时,为了协调各专有权利之间的关系,也不应将表演权解释为可控制非交互式网络传播。《著作权法修改草案(送审稿)》中的表演权同样不涉及网络传播,但其定义应当修改,以避免与国际条约中相同用语的矛盾。

关键词:表演权向公众传播 现场表演 机械表演

从表面上看,我国《著作权法》规定的表演权与网络环境毫无关系。人们对“表演”的印象无非是演员对作品的现场表演和播放作品表演的录音等机械表演。然而,《著作权法》对表演权的定义与《伯尔尼公约》的规定在表述上高度接近,同时《伯尔尼公约》中表演权的调整范围非常广泛,部分网络传播也可被纳入其中。一些国家在实务中也认为部分网络传播行为属于对作品的“表演”。

根据我国《著作权法》的规定,著作权人在网络环境中控制作品传播的主要权利是信息网络传播权。但是,“信息网络传播权”与“通过信息网络传播的权利”并不能划等号,因为它只能控制交互式的网络传播行为,也就是公众可以在其个人选定的时间和地点获得作品的行为<sup>〔1〕</sup>。如将作品置于服务器中使公众自行点击下载。对于通常被称为“网播”(webcasting)的非交互式的网络传播行为,如“网络电台”按照预定的节目时间表定时传播音乐,因公众无法选择获得作品的时间,则信息网络传播权无法适用。与此同时,虽然“网播”的作用与人们所熟知的以无线方式进行的传播——“广播”(broadcasting)和以有线电视方式进行的传播——“有线广播”(cablecasting)相同,都是使受众在同一时间获取相同的作品内容<sup>〔2〕</sup>,但我国《著作权法》中规定的广播权对其也无法适用。原因在于广播权可以控制对作品的初始无线传播(“以无线方式公开广播或者传播作品”)、以无线或有线的方 式转播接收到的无线传播(“以有线传播或者转播的方式向公众传播广播的作品”),却不能控制直接通过有线方式进行的传播。而“网络电台”按照预定的节目时间表定时传播音乐等“网播”行为,并非在接收到以无线方式传出的信号之后,再通过互联网进行传播。

\* 华东政法大学教授,法学博士。本文系笔者主持的国家社会科学基金重大项目“互联网领域知识产权重大立法问题研究”(14ZDC020)的研究成果。

〔1〕 参见我国《著作权法》第10条第1款第(十二)项。

〔2〕 世界知识产权组织在讨论《世界知识产权组织保护广播组织条约》的过程中,将“网播”定义为“‘网播’系指以有线或无线的方式,通过计算机网络,利用能为公众中的成员基本同时获取的载有节目的信号,播送声音,或图像,或图像和声音,或图像和声音表现物,供公众接收的行为。” See WIPO, Doc. SCCR/14/2 Non-Mandatory Appendix on the Protection in Relation to Webcasting to the WIPO Treaty on the Protection of Broadcasting Organizations, Article 2(a).

既然对于非交互式网络传播行为既不能适用信息网络传播权,又不能适用广播权,是否可根据《伯尔尼公约》对表演权的规定,并借鉴一些国家的司法实践,将部分非交互式网络传播纳入《著作权法》中表演权控制范围呢?在学术研究中,出现了对此问题的肯定性回答。如认为“通过网络非互动地对外公开播放‘作品的表演’,很可能也落入了……(表演权定义中)利用某种手段公开播放”。<sup>(3)</sup>还有观点认为,我国《著作权法》对“表演权”定义中“用各种手段公开播送作品的表演”可与信息网络传播权重叠。<sup>(4)</sup>这里所述的“重叠”部分,当然是指交互式网络传播。那么对于非交互式的网络传播,据此观点当然就可以归入表演权的规制范围了。在笔者参与的多次疑难案例研讨中,一些法官也提出了适用表演权,以解决非交互式网络传播的设想。那么,上述观点是否成立?与此同时,正在修改中的《著作权法》(草案)对表演权的定义也发生了变化,但对于修改后的表演权能否适用于部分网络传播行为的问题仍未得到澄清。对此问题的回答,不仅决定了法院在遇到相关纠纷时对专有权利的适用,也将影响著作权人在许可他人通过网络以非交互式手段传播作品时对专有权利的选择。因此,本文试对该问题进行研究。

## 一、《伯尔尼公约》中的表演权可适用于部分非交互式网络传播

要判断《著作权法》中的表演权能否控制非交互式网络传播,需要厘清《伯尔尼公约》和部分国家立法中的表演权为什么可以适用于非交互式网络传播,以及《著作权法》中表演权与之存在的异同。

《伯尔尼公约》第11条规定了表演权,其第1款的内容是:

戏剧作品、音乐戏剧作品和音乐作品的作者享有下列专有权利:(1)授权公开表演其作品,包括以任何手段和方式公开表演;(2)授权以任何手段向公众传播对其作品的表演。<sup>(5)</sup>

显然,《伯尔尼公约》中的表演权可被拆分为两项子权利,分别是该条标题中所称的“公开表演权”(right of public performance)和“向公众传播表演的权利”(right of communication to the public of a performance)。与之相对应,表演权控制两种行为,第一种是演员公开进行的现场表演和通过录音机等设备进行的机械表演,面对的是在表演发生地的受众。<sup>(6)</sup>世界知识产权组织编写的《伯尔尼公约指南》对此指出“包括以任何手段和方式公开表演”涵盖了通过录制品(唱片、盒式磁带、录音磁带和录像带等)进行的播放。<sup>(7)</sup>换言之,所谓“机械表演”属于《伯尔尼公约》中表演权的第一项子权利(“授权公开表演其作品”),而不属于第二项子权利(“授权以任何手段向公众传播对其作品的表演”)

(3) 崔国斌《著作权法:原理与案例》,北京大学出版社2014年版,第428页。

(4) 参见何怀文《中国著作权法:判例综述与规范解释》,北京大学出版社2016年版,第379页。

(5) 这是笔者的翻译,与《伯尔尼公约》官方译文略有差异。官方译文为“戏剧作品、音乐戏剧作品和音乐作品的作者享有下列专有权利:(1)授权公开表演和演奏其作品,包括用各种手段和方式公开表演和演奏;(2)授权用各种手段公开播送其作品的表演和演奏。”

(6) 如果是将现场表演或机械表演传送至不在表演发生地的公众,则属于“以任何手段向公众传播对其作品的表演”。See Sam Rick- etson & Jane C. Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, p. 715, para. 12.13 (2d ed., Oxford University Press 2006).

(7) 世界知识产权组织编《保护文学和艺术作品伯尔尼公约(1971年巴黎文本)指南》(附英文文本),刘波林译,中国人民大学出版社2002年版,第271页,第11.4段(英文文本)。笔者的翻译与该书略有不同。

的适用范围。<sup>(8)</sup>

第二种行为是“以任何手段公开传播对其作品的表演”其可能与非交互式网络传播有关。“向公众传播”(communication to the public)是指向不在传播发生现场的受众传送作品。虽然《伯尔尼公约》本身没有对“向公众传播”进行定义,但《世界知识产权组织版权条约》(简称WCT)的《基础提案》对此清楚地指出,“‘传播’意味着向不在传播发生地的公众进行传送”。<sup>(9)</sup>

由于WCT属于《伯尔尼公约》第20条规定的该公约的特别协定,<sup>(10)</sup>是《伯尔尼公约》在网络环境中的发展,WCT中某一术语的含义必然与《伯尔尼公约》中相同术语保持一致。特别是WCT第8条在规定广义的“向公众传播权”时,明确说明了该条款“不损害”(without prejudice)《伯尔尼公约》中的各项“向公众传播权”,其中就包括上述《伯尔尼公约》第11条第1款第(2)项“授权以任何手段向公众传播对其作品的表演”,<sup>(11)</sup>这就印证了《伯尔尼公约》和WCT中的“向公众传播”具有相同含义,都是指向不在传播发生地的公众进行传送。对《伯尔尼公约》的权威学术著作对此也作出了相同的解释。<sup>(12)</sup>

显然,《伯尔尼公约》有关表演权第二项子权利的用语——“以任何手段向公众传播”(any communication to the public)是一种具有技术中立性质的表述,可以涵盖当时及今后发展起来的任何传播技术,只要其面向的是不在表演发生地的受众。这就意味着无论以何种手段将对作品的表演传送至表演发生地之外的公众,在表面上都属于表演权的控制范围。

然而,正如在一个法律体系之中,“特别法优于一般法”是基本原则,<sup>(13)</sup>在同一部法律之中,特别规定也应优于一般规定。特别法或者特别规定是在遵循一般法或一般规定的前提下,针对需要特别处理的情况制订的,是对一般法、一般规定的细化或含有例外规则。如果有特别法或特别规定的情况下,适用一般法或一般规则,就会使特别法或特别规则失去意义,导致其立法目的落空。这一基本原则在《伯尔尼公约》中同样适用,且极为重要。《伯尔尼公约》并不是一次成形的,而是在80余年的时间内,随着技术进步和社会发展逐步修订、完善,最终演化为1971年的巴黎文本。在此过程中,不断有新的作品类型和权利被加入,早期文本规定的一些权利也得到了更新,由此导致了《伯尔尼公约》中权利结构较为复杂,有些权利表面上可以覆盖另一些权利。如果不优先适用特别规定,以协调各权利之间的关系,就会导致各国立法者无所适从,不知如何在国内法中通过对权利的设置来履行条约义

(8) 有学者认为,“机械表演……还包括使用广播、电视传播形式以外的形式向公众传送作品的表演,如通过有线传输形式传送作品的表演”。冯晓青《著作权法》法律出版社2010年版,第105页。这实际上是将《伯尔尼公约》中表演权第二项子权利调整的行为——“授权以任何手段向公众传播对其作品的表演”视为机械表演,似有不妥。

(9) WIPO, Doc. CRNR/DC/4, Basic Proposal for the Substantive Provisions of the Treaty on Certain Questions Concerning the Protection of Literary and Artistic Works to be considered by the Diplomatic Conference, prepared by the Chairman of the Committees of Experts on a Possible Protocol to the Berne Convention and on a Possible Instrument for the Protection of the Rights of Performers and Producers of Phonograms, Notes on Article 10, para 10.14. 《基础提案》的作用类似于我国全国人大常委会法律委员会对法律草案所作的报告,对条约草案中的每一条文都进行了详细解释。虽然不具有法律效力,但有很强的参考意义。

(10) WCT第1条(与《伯尔尼公约》的关系)第(1)规定“对于属《保护文学和艺术作品伯尔尼公约》所建联盟之成员国的缔约方而言,本条约系该公约第20条意义下的专门协定。”

(11) WCT第8条全文为“在不损害《伯尔尼公约》第11条第(1)款第(ii)目、第11条之二第(1)款第(i)和(ii)目、第11条之三第(1)款第(ii)目、第14条第(1)款第(ii)目和第14条之二第(1)款的规定的情况下,文学和艺术作品的作者应享有专有权,以授权将其作品以有线或无线方式向公众传播,包括将其作品向公众提供,使公众中的成员在其个人选定的地点和时间可获得这些作品。”

(12) “可以合理地推断,‘向公众传播’暗示了公众不在传播发生地”。See Sam Ricketson & Jane C. Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, p. 706, para. 12.06 (2d ed., Oxford University Press 2006).

(13) 参见张文显主编《法理学》法律出版社1997年版,第91页;全国人大常委会法制工作委员会国家法室编著《中华人民共和国立法法释义》法律出版社2015年版,第291页。

务。对《伯尔尼公约》中表演权和“广播与相关权利”关系的解释,就是典型例证。

《伯尔尼公约》第11条之二第1款为文学和艺术作品的作者规定了“广播与相关权利”,其中包含了三项子权利:(1)授权广播其作品,或以其他任何传送符号、声音或图像的无线传送手段传播其作品;(2)授权由原广播组织之外的其他组织以任何有线传播或无线转播的方式向公众传播广播的作品;(3)授权通过扩音器或其他传送符号、声音或图像类似工具向公众传播广播的作品。这些权利控制的行为当然涉及“向公众传播对其作品的表演”。例如,电视台通过无线电波传送歌手演唱歌曲的录音,就属于对音乐作品的广播。<sup>[14]</sup>再如,有线电视台通过有线电视转播其接收到的上述无线广播节目,则属于“由原广播组织之外的其他组织以任何有线传播……的方式向公众传播广播的作品”。上述权利针对的是以特定方式对作品(包括通过对作品的表演)的传播,与表演权针对的“向公众传播对其作品的表演”相比,显然更为具体,属于特殊规则。在这种情况下,应当根据“特别规则优于一般规则”的原则,优先适用“广播与相关权利”。只有当一种“向公众传播对其作品的表演”不属于“广播与相关权利”的控制范围时,才有可能适用表演权。《伯尔尼公约指南》对此明确指出:在表演权调整的公开传播行为中,第11条之二涉及的广播被排除在外。<sup>[15]</sup>研究《伯尔尼公约》的权威学术著作也对此指出:为了避免与第11条之二第1款的重叠,表演权定义中“以任何手段向公众传播对其作品的表演”的用语实际上只涵盖第11条之二第1款未控制的传播形式。<sup>[16]</sup>

将作品直接以有线方式进行初始传播(而不是转播接收到的无线信号)的行为,如有线电视台直接通过有线电视传播音乐会实况,就不属于《伯尔尼公约》第11条之二第1款“广播与相关权利”的控制范围。这是因为初始的有线传播既不属于“广播其作品,或以其他任何传送符号、声音或图像的无线传送手段传播其作品”,也不属于“以任何有线传播或无线转播的方式向公众传播广播的作品”。研究《伯尔尼公约》的权威著作对此指出:《伯尔尼公约》第11条之二第1款第(2)项“授权由原广播组织之外的其他组织以任何有线传播或无线转播的方式向公众传播广播的作品”只适用于通过有线方式对含有受保护作品的(无线)广播节目的再传播。如果一个组织直接通过有线方式向公众传播节目,而不是传播他人的(无线)广播,或者并不是对他人的(无线)广播进行同步传播,都不在第11条之二第1款第(2)项的控制范围之内。<sup>[17]</sup>我国《著作权法》的立法者也明确承认《著作权法》对“广播权”的定义没有包括直接以有线方式传播作品。<sup>[18]</sup>

此类对作品表演的传播,由于“广播与相关权”对其无法适用,就可以被归入《伯尔尼公约》中表演权的控制范围。《伯尔尼公约指南》也对两类公开传播行为进行了区分:对于室内音乐会进行无线广播行为,适用《伯尔尼公约》第11条之二规定的“广播与相关权利”;对于通过电缆传播该音乐会的行为,则由第11条规定的表演权调整。<sup>[19]</sup>研究《伯尔尼公约》的权威学术著作也对此指出:“如果一

[14] 可能有人会认为这是对音乐作品的表演的广播,不是对音乐作品的广播。但这种区分是没有意义的,因为音乐是“歌曲、交响乐等能够演唱或者演奏的带词或者不带词的作品”(《著作权法实施条例》第4条第(三)项),必须经过表演才可能被广播。

[15] See WIPO, *Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Paris Act, 1971)*, WIPO Publication No. 615 (E), p. 65, para 11.5 (1978).

[16] Sam Ricketson & Jane C. Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, p. 718, para. 12.17 (2d ed., Oxford University Press 2006).

[17] Sam Ricketson & Jane C. Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, p. 736, para. 12.38 (2d ed., Oxford University Press 2006).

[18] 胡康生主编《中华人民共和国著作权法释义》,法律出版社2002年版,第64页;姚红主编《中华人民共和国著作权法解释》,群众出版社2001年版,第97页。

[19] See WIPO, *Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Paris Act, 1971)*, WIPO Publication No. 615 (E), p. 65, para 11.5 (1978).

个组织直接通过有线方式向公众传播节目,而不是传播他人的广播,或者对他人的广播并不是进行同步传播,则落入公开表演权的范围,需要根据第11条第1款第(2)项获得授权。”<sup>(20)</sup>

在《伯尔尼公约》中,还有一项专有权利实际上也可被归入表演权,只是公约将其命名为“朗诵权”并进行了单独规定,这就是公约的第11条之三,其第1款的内容为:

戏剧作品、文学作品的作者享有下列专有权利:(1)授权公开朗诵其作品,包括以任何手段和方式公开朗诵;(2)授权以任何手段向公众传播对其作品的朗诵。<sup>(21)</sup>

由于对朗诵权的该条规定在结构和用语上与第11条对表演权的规定完全相同,差别仅在于前者针对戏剧作品和文学作品,后者针对戏剧作品、音乐戏剧作品和音乐作品,因此上文对第11条规定的表演权的各种分析,包括有关“向公众传播”的含义,对第11条之三规定的朗诵权也完全适用。

对于“网络电台”和“网络电视台”按照预定的节目时间表通过网络进行的非交互式传播而言,由于其无法被归入《伯尔尼公约》中“广播与相关权利”所控制的三种行为中的任何一种,只要被传播的内容是对作品的表演,而且是对“戏剧作品、音乐戏剧作品和音乐作品”这三类作品的表演,应当属于《伯尔尼公约》表演权所控制的“向公众传播对其作品的表演”。研究《伯尔尼公约》的权威学术著作也认为通过“网播”向公众传播录制了音乐表演的录音制品,属于《伯尔尼公约》中作者表演权的控制范围。<sup>(22)</sup>

需要指出的是,《伯尔尼公约》并没有专门规定交互式的传播权,是1996年缔结的WCT第8条规定了“向公众提供权”(属于该条中“向公众传播权”的子权利,即我国《著作权法》中的“信息网络传播权”),对“将其作品向公众提供,使公众中的成员在其个人选定的地点和时间可获得这些作品”的行为进行调整。由于该权利专门针对交互式的网络传播,相较于其他各项向公众传播权,属于“特别规定”。根据“特别规定优于一般规定”的原则,当一国的著作权法根据WCT单独规定了“向公众提供权”之后,即使其对表演权和广播权的规定与《伯尔尼公约》完全一致,以交互式手段通过网络向公众传播作品的表演,如提供音乐会的录像供公众下载,也不应再纳入表演权的调整范围,而是优先适用“向公众提供权”。

当然,国际条约并不强求各缔约国采用相同的手段达到其所要求的保护水平。在某一国家批准WCT之后,在立法中增加“向公众提供权”并不是其实施WCT的唯一方法。例如,美国虽然加入了WCT,但其《版权法》并未因此而改变其专有权利的设置并增加“向公众提供权”。对于通过网络传播作品的行为,在美国的司法实践中,是由发行权、展示权和表演权共同规制的。<sup>(23)</sup>其中,“公开表演作品”的定义包含“传输或以其他方式将对作品的表演……进行传播,……无论受众是在同一地点或在分散的地点接收,也无论是否在不同的时间接收”。<sup>(24)</sup>美国法院据此将以数据流的形式对音乐作品

(20) Sam Ricketson & Jane C. Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, p. 736, para. 12.38 (2d ed., Oxford University Press 2006).

(21) 这是笔者的翻译,与《伯尔尼公约》官方译文略有差异。官方译文为“文学作品的作者享有下列专有权利:(1)授权公开朗诵其作品,包括用各种手段或方式公开朗诵;(2)授权用各种手段公开播送其作品的朗诵。”

(22) Sam Ricketson & Jane C. Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, p. 731, para. 12.31 (2d ed., Oxford University Press 2006).

(23) 美国法院认为,通过网络传播作品,只要导致作品的数字文件“转移”,也就是被用户所下载,即构成“发行”,这一认定与我国《著作权法》有显著的区别。See *A&M Records, Inc. v. Napster*, 239 F.3d 1004, 1014 (2001 9th Cir.); *London-Sire Records, Inc. v. John Doe I*, 542 F. Supp. 2d 153, 173-174 (D. Mass. 2008). 美国法院也认为,在网络中展示图片的行为构成受“展示权”控制的行为。See *Perfect 10 v. Google*, 416 F. Supp. 2d 828, 844 (2006).

(24) 17 USC 101, “To perform or display a work ‘publicly’”.

的网络传播界定为“表演”：

(网络)数据流是一种电子传输,它可以使音乐作品在客户端的计算机内存中被接收时播放出来。这种传输,是与电视或电台广播类似的表演,因为这是对歌曲的播放,它能被受众同时收到。<sup>(25)</sup>

美国法院对“表演”的认定和由此对表演权的适用,与《伯尔尼公约》中表演权的第二项子权利的理解是相同的,也印证了《伯尔尼公约》中的表演权是可以规制部分网络传播行为的。

## 二、我国《著作权法》与《伯尔尼公约》中的表演权在解释上的差异

既然《伯尔尼公约》和部分国家《版权法》中的表演权可以适用于诸如“网络电台”定时传播作品表演的行为,我国《著作权法》规定的表演权是否也具有同样的适用范围?要正确地回答这一问题,不但需要分析《著作权法》对表演权的定义,更应注意表演权的立法原意和与其他专有权利之间的关系。

我国《著作权法》对表演权的定义是“表演权,即公开表演作品,以及用各种手段公开播送作品的表演的权利”,<sup>(26)</sup>而《伯尔尼公约》第11条第1款第(2)项官方译文是“授权用各种手段公开播送其作品的表演和演奏”。<sup>(27)</sup>显然,《著作权法》对表演权定义中的“用各种手段公开播送作品的表演”直接来源于《伯尔尼公约》,区别仅在于省略了“演奏”,但这仅是因为官方译文为了适应中文的用语习惯,将《伯尔尼公约》原文中的一个词“performance”译成了两个中文词汇“表演和演奏”。<sup>(28)</sup>如前文所述,《伯尔尼公约》第11条第1款第(2)项可以控制通过网络进行的非交互式传播,那么采用了同样用语的我国《著作权法》中的表演权似乎也当然可以控制这一行为。

然而,《伯尔尼公约》作为一项国际条约,仅要求成员国达到其规定的保护水平,并不要求成员国对公约中的用语作出相同的解释,或使用相同的权利控制同一行为。只要成员国达到了《伯尔尼公约》要求的保护水平,比如对公约要求控制的行为设置了某项专有权利加以控制,即使该成员国对于在立法中使用的与公约相同的术语作出了不同的解释,而且设置的专有权利在名称上也有别于公约中的专有权利,该成员国的立法也并不违反公约。

我国《著作权法》对表演权的定义虽然直接源于《伯尔尼公约》,但也许是由于公约的复杂性和当时对公约的研究刚刚起步,《著作权法》的起草者对“用各种手段公开播送作品的表演”作出的理解与公约的规定存在差异。参与立法者对表演权的定义作出了如下解释:

(对表演权的)定义……说明了著作权法中的表演权包括的两个重要方面“现场表演”和“机械表演”。……“用各种手段公开播送作品的表演”指的是“机械表演”,机械表演指借助录音机、录像机等技术设备将前述表演公开传播,即以机械的方式传播作品的表演。机械表演包括的范围比较广,使用录放设备公开播送录有表演的唱片、录音带、录像带等就属

(25) United States v. Am. Soc. Of Composers, Authors & Publishers, 627 F.3d 64, 74 (2d Cir. 2010).

(26) 《著作权法》第10条第1款第(九)项。

(27) 笔者对该条款的译文是“授权以任何手段向公众传播对其作品的表演”,之所以有别于官方译文,是因为《伯尔尼公约》原文中的“communication to the public”应被译为“向公众传播”,而不是“公开传播”。对于WCT第8条中的“communication to the public”,官方译文也是“向公众传播”。

(28) 《伯尔尼公约》第11条第1款第(2)项的英文原文是“any communication to the public of the performance of their works.”

于机械表演,如宾馆、饭店、商店、歌舞厅为顾客播放音乐、歌舞表演等。<sup>(29)</sup>

这段解释反映了立法者对“用各种手段公开播送作品的表演”在认识上的偏差。如上文所述,《伯尔尼公约》第11条规定的表演权中,第1款第(1)项中的行为——“公开表演其作品,包括以任何手段和方式公开表演”指的是现场表演和机械表演。表演发生地与受众所在地为同一场所。而第1款第(2)项中的行为——“以任何手段向公众传播对其作品的表演”(官方译本为“用各种手段公开播送其作品的表演和演奏”)则是指将对作品的表演传送至不在表演现场的受众,与机械表演并无关系。将“用各种手段公开播送作品的表演”解释为机械表演,且完全没有提及向不在表演现场的受众传送对作品的表演,<sup>(30)</sup>说明立法者并没有意图将那些向不在现场的受众传播作品的表演的行为纳入《著作权法》中表演权的控制范围。因此,虽然《著作权法》对表演权的定义与《伯尔尼公约》相近,但其含义存在实质性差异。我国学者通常也将表演权的规制范围解释为现场表演和机械表演,<sup>(31)</sup>有时还将《伯尔尼公约》中“以任何手段向公众传播对其作品的表演”解释为机械表演,<sup>(32)</sup>这也从一个侧面印证了《著作权法》中的表演权并不涉及《伯尔尼公约》意义上的“向公众传播”。

### 三、《著作权法》中的表演权不能控制网络传播

我国《著作权法》对“广播权”的规定直接移植自《伯尔尼公约》第11条之二第1款对“广播与相关权”的规定,<sup>(33)</sup>对“信息网络传播权”的规定则几乎逐字翻译自WCT第8条“向公众传播权”的后半句。<sup>(34)</sup>如前所述,《著作权法》对“表演权”的规定也直接源自《伯尔尼公约》第11条第1款,因此上文分析的《伯尔尼公约》中的“表演权”与“广播权”及与WCT中的“向公众提供权”(相当于我国的“信息网络传播权”)的关系在我国《著作权法》中同样适用,即根据“特别规定优于一般规定”的原则,凡是已被纳入广播权和信息网络传播权调整范围的行为,不再属于受表演权规制的“表演”行为。

问题在于:我国《著作权法》规定的表演权还能否像《伯尔尼公约》中的表演权一样,规制非交互式的网络传播行为?虽然如上文所述,立法者最初对《伯尔尼公约》中的表演权存在认识误区,但由于《著作权法》对表演权的定义与公约相近,通过对该定义作出适当解释,完全可以纠正偏差,使《著作权法》中表演权的控制范围与公约的规定相一致。然而,这种直接套用《伯尔尼公约》中表演权含义的解释方法难以成立,原因在于《伯尔尼公约》中包括第11条第1款第(2)项在内的“向公众传播权”的体系与《著作权法》的相关规定并不一致,如果按照《伯尔尼公约》第11条第1款第(2)项的含义去解释我国《著作权法》中的表演权,就会产生问题。

如上文所述,所谓“向公众传播”(communication to the public)在《伯尔尼公约》和后来的WCT中

(29) 同注18 胡康生引书,第49-50页。

(30) 在胡康生主编的《中华人民共和国著作权法释义》中后文在介绍外国法和国际条约时,才提及通过有线方式向公众传播作品的表演的行为。

(31) 参见刘春田主编《知识产权法》,中国人民大学出版社2014年版,第80页;吴汉东主编《知识产权法学》,北京大学出版社2014年版,第61页;张玉敏、张今、张平《知识产权法》,中国人民大学出版社2009年版,第123页。

(32) 参见李明德、许超《著作权法》,法律出版社2009年版,第82页;来小鹏《知识产权法学》,中国政法大学出版社2011年版,第114页。

(33) 《著作权法》的立法者指出,“‘广播权’的定义严格遵守了伯尔尼公约的第10条之二第1款的规定”。同注18 胡康生引书,第63页;同注18 姚红引书,第106页。

(34) 《著作权法》的立法者指出,“……著作权法规定的信息网络传播权的定义,直接来自于前述世界知识产权组织版权公约第八条的”。同注18 胡康生引书,第56页;同注18 姚红引书,第99页。

都有其特定含义,是指向不在传播发生地的公众进行的传送。因此,《伯尔尼公约》对各项专有权利的规定中,可以被归为“向公众传播权”的权利包括第11条第1款第(2)项规定的“向公众传播表演”的权利,第11条之二第1款第(1)、(2)项规定的无线传播权、以无线或有线方式进行转播的权利,第11条之三第1款第(2)项规定的“向公众传播朗诵”的权利,以及第14条第1款第(2)项后半句规定的“向公众以有线方式传播电影作品”的权利(见下表的左半部)。与之相比较,我国《著作权法》规定的各项权利中,对表演权的规定与《伯尔尼公约》对表演权和朗诵权的规定对应,对广播权的规定与《伯尔尼公约》对“广播及相关权利”的规定对应。但是,《著作权法》对放映权的规定——“放映权,即通过放映机、幻灯机等技术设备公开再现美术、摄影、电影和以类似摄制电影的方法创作的作品等的权利”完全没有包含《伯尔尼公约》规定的“向公众以有线方式传播电影作品的权利”(见下表的右半部)。

《伯尔尼公约》中的“向公众传播权”	我国《著作权法》与之对应的规定
第11条第1款第(2)项: 戏剧作品、音乐戏剧作品和音乐作品的作者享有下列专有权利: ……(2) 授权以任何手段向公众传播对其作品的表演。	第10条第1款第(九)项: 表演权,即……以及用各种手段公开播送作品的表演的权利。
第11条之二第1款第(1)、(2)项: 文学艺术作品的作者享有下列专有权利: (1) 授权广播其作品,或以其他任何传送符号、声音或图像的无线传送手段传播其作品; (2) 授权由原广播组织之外的其他组织以任何有线传播或无线转播的方式向公众传播广播的作品。…… <sup>(35)</sup>	第10条第1款第(十一)项: 广播权,即以无线方式公开广播或者传播作品,以有线传播或者转播的方式向公众传播广播的作品……的权利。
第11条之三第1款第(2)项: 文学作品的作者享有下列专有权利: ……(2) 授权以任何手段向公众传播对其作品的朗诵。	可归入第10条第1款第(九)项: 表演权,即……以及用各种手段公开播送作品的表演的权利。
第14条第1款第(2)项后半句: 文学艺术作品的作者享有下列专有权利: (2) 授权……向公众以有线方式传播经过如此改编或复制的作品(即拍摄完成的电影作品——笔者注)。	无直接对应项,第10条第1款第(十)项规定: 放映权,即通过放映机、幻灯机等技术设备公开再现美术、摄影、电影和以类似摄制电影的方法创作的作品等的权利。其中不包含“向公众传播权”的内容。

在判断能否将《著作权法》中的表演权适用至非交互式网络传播行为时,必须考虑《著作权法》和《伯尔尼公约》在“向公众传播权”规定方面的差异。《著作权法》分别规定了“表演权”和“放映权”,两者是相互独立的专有权利,前者适用于文字作品、音乐作品和戏剧作品等;后者则适用于美术作品、摄影作品和电影作品。<sup>(36)</sup>这就意味着在我国,对作品的“表演”并不涵盖对作品的“放映”。因此,对文字作品、音乐作品和戏剧作品可以进行“表演”,也可以向公众传播“对作品的表演”。但是,对于电影作品而言,不存在“表演”,只可能进行“放映”。如果将对电影作品的放映称为“表演”,并对其适用表演权,就会架空放映权,使放映权丧失其存在的价值,这显然违背了法律解释的基本原则——要使法律中的用语有意义。<sup>(37)</sup>与此同时,《著作权法》对“表演权”的定义中,后半句是“……用各种手段

(35) 《伯尔尼公约》第11条之二第1款第(3)项规定的权利“授权通过扩音器或其他传送符号、声音或图像的类似工具向公众传播广播的作品”涉及的传播只面向传播发生地的公众,并不属于“向公众传播权”。

(36) 参见《著作权法》第10条第1款第(十)项。

(37) 美国联邦最高法院也曾指出,“根据既定的原则,法院应当尽可能地使一部立法中的每一条款和术语有意义”。Moskal v. United States, 498 U. S. 103, 109-110 (1990)。



公开播送作品的表演的权利”。即使将“放映”归入“表演”(当然,这种解释是错误的),由于电影作品本身就是摄制而成的连续画面,而不是作为电影作品基础的剧本,<sup>[38]</sup>因此只可能“公开播送(向公众传播)电影作品”,也就是使公众感知带伴音或不带伴音的连续画面,而不存在“公开播送电影作品的表演(放映)”。

《伯尔尼公约》第11条第1款第(2)项(表演权中的“向公众传播权”)和第11条之三第1款第(2)项(朗诵权中的“向公众传播权”),在用语上与及第14条第1款第(2)项后半句(针对根据文艺作品拍摄的电影作品中的“向公众传播权”)的差异,也充分说明了这一点。前者的用语是“授权以任何手段向公众传播对其作品的表演/朗诵”,后者的用语是“授权……向公众以有线方式传播……作品”。由此可见,即使将《著作权法》对表演权的规定按照《伯尔尼公约》的规定进行解释,使其能够适用于非交互式网络传播行为,其适用范围也仅限于文字作品、音乐作品和戏剧作品等可以被“表演”且可以向公众传播“对其的表演”的作品,而不可能适用于电影作品。

由于《著作权法》对放映权的定义在结构上与表演权不同,并不包含《伯尔尼公约》中电影作品权利人“向公众以有线方式传播电影作品”的权利,而且通过网络以非交互式手段传播电影也不能被解释为“用各种手段公开播送作品的表演”,在我国的司法实践中,法院也从未将该行为纳入表演权的控制范围。同时,由于对该行为也无法适用放映权或广播权,法院认为应当适用《著作权法》第10条第1款第(十七)项规定的“兜底权利”——“应当由著作权人享有的其他权利”。

在“安乐影片公司诉时越网络公司案”中,被告未经许可对涉案电影进行了“定时播放”(“网播”),即用户只能按照被告预先公布的节目时间表登录网站才能在线欣赏涉案电影。一审法院适用了《著作权法》第10条第1款第(十七)项认定被告侵权。<sup>[39]</sup>二审法院进一步指出:

(涉案的)该种网络传播行为不属于信息网络传播权所限定的信息网络传播行为。同时,因该种行为亦不能由著作权法第十条第一款所明确列举的其他财产权所调整,故一审法院认定其属于著作权法第10条第一款第(十七)项“应当由著作权人享有的其他权利”调整的范围是正确的。<sup>[40]</sup>

可见,二审法院认为对电影作品的非交互式传播既不属于信息网络传播权的调整范围,也不属于包括表演权在内的任何其他专有权利的调整范围,因此对其适用了“兜底权利”。

如果将《著作权法》中的表演权适用于非交互式网络传播行为,会导致对传播不同作品的行为在法律适用上的割裂——对于通过网络以非交互式手段传播对文字作品、音乐作品和戏剧作品的现场表演或其录音录像的行为(如“网络电台”和“网络电视台”按照预定的时间表传播现场诗歌朗诵、歌曲演唱或戏剧表演或其录音)适用表演权;但对于同样通过网络以非交互式手段传播电影作品的行为,如“网络电视台”按照预定的时间表传播影视剧,则不能适用表演权,只能适用“兜底权利”。“网络电视台”按照预定的时间表传播对文字作品、音乐作品和戏剧作品的现场表演或表演的录音,与其传播电影作品当然具有相同的行为特征,对这两种行为仅因涉及的作品类型不同而适用不同的权利,不仅令人难以理解,还带来了许可方面的困难——不同类型作品的权利人及被许可人不得不区分作品类型分别就表演权和“兜底权利”讨论许可事宜,使法律的适用趋于混乱。

[38] 我国《著作权法实施条例》第4条第(十一)项规定“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品,是指摄制在一定介质上,由一系列有伴音或者无伴音的画面组成,并且借助适当装置放映或以其他方式传播的作品。”

[39] 参见北京市第二中级人民法院民事判决书(2008)二中民初字第10396号。

[40] 北京市高级人民法院民事判决书(2009)高民终字第3034号。

基于著作权的绝对权性质,笔者并不赞同随意适用“兜底权利”,而是主张尽可能适用《著作权法》明确规定的专有权利。但是,考虑到对文字作品、音乐作品和戏剧作品的表演和对电影作品进行非交互式的网络传播具有相同的性质,为了法律适用的统一,对《著作权法》表演权的解释采取立法原意,即其只控制面对现场受众的现场表演和机械表演,而对通过网络以非交互式手段传播表演的行为适用“兜底权利”将是更好的选择。当然,如前文所述,《著作权法》的立法者很可能一开始就将“用各种手段公开播送作品的表演”误解为机械表演,但是,只要用“兜底权利”去控制对文字作品、音乐作品和戏剧作品表演的交互式网络传播,《著作权法》就达到了《伯尔尼公约》要求的保护水平。这种“将错就错”的法律解释方法,在《著作权法》修改之前也许是适宜的。

#### 四、《著作权法修改草案》中的表演权与网络传播的关系

在国务院法制办公室公开征求意见的《中华人民共和国著作权法》(修改草案送审稿)(以下简称《著作权法修改草案》)中,表演权被定义为“以演唱、演奏、舞蹈、朗诵等方式公开表演作品,以及通过技术设备向公众传播作品或者作品的表演的权利”,<sup>(41)</sup>同时取消了放映权。这就意味着现行《著作权法》中的“放映”行为属于《著作权法修改草案》中的“表演”。同时,与现行《著作权法》对“表演权”的定义相比,“用各种手段公开播送作品的表演”被改成了“通过技术设备向公众传播作品或者作品的表演”。但它仅指面向现场受众的“机械表演”,还是如《伯尔尼公约》中“表演权”定义中的“以任何手段向公众传播对其作品的表演”一样,能够包容向表演现场之外的受众传播的行为,仍然是模糊的。如果认为《著作权法修改草案》中的表演权能够调整对作品表演实施的非交互式网络传播行为,由于放映权被并入了表演权,且将“播送作品的表演”改为“传播作品或者作品的表演”,不再会出现上文所述的对不同类型作品的相同行为进行不同定性的问题,以及对电影作品的传播不能被称为“传播作品的表演”的问题,在逻辑上似乎是成立的。然而,这种解读忽视了《著作权法修改草案》对现行《著作权法》中广播权定义的修改,及其与表演权之间的关系。

在《著作权法修改草案》中,现行《著作权法》中的广播权被改成“播放权”,内容为“以无线或者有线方式公开播放作品或者转播该作品的播放,以及通过技术设备向公众传播该作品的播放的权利”。<sup>(42)</sup>《著作权法修改草案》的起草者国家版权局对该修改的说明是“……将广播权修改为播放权,适用于非交互式传播作品,以解决实践中网络的定时播放和直播等问题”。显然,由广播权而来的“播放权”专门用于调整非交互式网络传播行为。如果认为修改后的表演权适用于对作品表演实施的非交互式网络传播行为,将导致两项权利之间的冲突。因此,应当参考《伯尔尼公约》中“广播与相关权利”和表演权之间的关系,并适用“特别规定优于一般规定”的原则,将所有非交互式网络传播行为都纳入作为特别规定、专门规制非交互式传播的“播放权”予以调整。这样一来,《著作权法修改草案》中的表演权仍然只能规制面向现场受众的现场表演和机械表演,而不能适用于通过网络传播作品表演的行为。

在这种情况下,《著作权法修改草案》中对表演权定义的后半句“通过技术设备向公众传播作品或者作品的表演”应当修改。如前文所述,“向公众传播”在《伯尔尼公约》和WCT中有特定含义,专指向不在传播发生地的公众进行的传送。面向现场的受众进行现场表演和机械表演均不属于两条约意义上的“向公众传播”。因此将该定义中“向公众传播”解释为仅指现场表演和机械表演,将使其与两

(41) 《中华人民共和国著作权法》(修改草案送审稿)第13条第2款第(五)项。

(42) 《中华人民共和国著作权法》(修改草案送审稿)第13条第2款第(六)项。

条约中的相同术语的含义出现冲突。虽然这并不会产生违反国际条约的问题,因为如上所述,以何种方式实施国际条约并不重要,只要达到了国际条约要求的保护水平即可,但将国际条约中有特定含义的用语在本国立法中作出完全不同的解释,会削弱立法的科学性,还可能导致与国外的交流出现障碍。与之相比,现行《著作权法》对表演权的定义中“用各种手段公开播送作品的表演”毕竟没有使用“向公众传播”的术语,因此留下了作出合理解释的空间。

据此,与此次《著作权法修改草案》相比,2000年的《著作权法修改草案》对“公开表演权”的定义更为可取。该草案将“公开表演权”定义为“通过演员的声音、表情、动作在现场直接公开再现作品,以及通过放映机、录音机、录像机等技术设备间接公开再现作品或者作品的表演的权利”。该定义也纳入了对电影作品的放映,而且其没有使用“向公众传播”的用语。时任国家版权局局长石宗源在向全国人大常委会常务委员会作关于《中华人民共和国著作权法修正案(草案)》的说明时,就明确指出,“参照伯尔尼公约关于著作权人的公开表演权,既包括通过演员的现场表演,也包括通过技术设备公开再现作品或者作品的表演(即机械表演)的规定”。<sup>(43)</sup>显然,该定义仅将现场表演和机械表演纳入其中,而且“通过放映机、录音机、录像机等技术设备间接公开再现作品或者作品的表演”的表述更接近《伯尔尼公约》表演权定义中对机械表演的界定——“以任何手段和方式公开表演”。

综上所述,虽然《著作权法》中表演权的定义源于《伯尔尼公约》的规定,但出于维持法律适用统一性的考虑,其不能像《伯尔尼公约》中的表演权那样,将对作品表演实施的非交互式网络传播行为也纳入其中。《著作权法修改草案》定义表演权的用语欠妥,应予以修改。

**On the Application of the Right of Performance in the Internet:  
Also on the Definition of the Right of Performance  
in the Draft Amendment of the Copyright Law**

Wang Qian

**Abstract:** The right of performance in the Berne Convention covers any communication to the public of the performance of works, including the non-interactive communication via the network. The definition of the right of performance in the China Copyright Law comes directly from the Berne Convention. Nevertheless, the right of performance is intended by the legislature to cover only live performance and mechanical performance, and it does not cover the communication of the performance to the audience absent at the place of the performance. Furthermore, in order to coordinate the relationships among different exclusive rights, the right of performance shall not be interpreted to cover non-interactive communication through network. The same right provided in the Draft Amendment of the Copyright Law also has nothing to do with network communication, but the definition of the right should be revised to avoid the conflict between the Copyright Law and the Berne Convention.

**Keywords:** right of performance; communication to the public; live performance; mechanical performance

(责任编辑:倪鑫煜)

(43) [http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2001-12/04/content\\_5280683.htm](http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2001-12/04/content_5280683.htm) 2017年2月3日访问。