

解读“三步检验法”与“合理使用”

——《著作权法(修订送审稿)》第43条研究

张陈果

内容提要:数字时代的“著作权限制与例外”制度,是圈定著作权合法性的地标,也是权利人、使用人及公众利益取舍、妥协的天平。《著作权法(修订送审稿)》第43条糅合国际通则“三步检验法”和美国“合理使用规则”,形成开放性列举辅以概括性原则的立法体例,却隐含对二者的双重“误读”。通过考察“谷歌案”在中、美、德三国的司法路径,并对我国司法实践的相关状况进行案例研究,可以凸显上述“误读”及其理论成因。本文据此探讨以“三步检验法”为基调构建第43条“开放型”权利限制一般条款的理论雏形。事实上,可以考虑在条件成熟时颁行司法解释,以“合目的性”和“可预见性”重塑“三步检验法”的“第一步”,增加其开放性;修改“修订送审稿”第43条第一款第13项,令其符合三步检验法“第一步”的正当解释;建议借用“合理使用”四大标准来引申和丰富“三步检验法”的“第二步”和“第三步”,同时引入“比例原则”补强其均衡性。

关键词:三步检验法 合理使用 著作权限制与例外 谷歌数字图书馆案 著作权法修订

张陈果,德国不来梅大学法学院助理教授,欧盟法政研究中心研究员。

一 问题的提出

数字时代的“著作权限制与例外”制度,是圈定著作权合法性的地标,也是权利人、使用人及公共利益的重要平衡机制。2012年7月,国家版权局公布了《著作权法(修改草案第二稿)》。2014年6月,国务院法制办公布了《著作权法(修订草案送审稿)》,其中第43条在现行《著作权法》第22条“权利限制”的十二种法定情形之外,增设兜底条款——“其他情形”。同时,该条吸收《著作权法实施条例》第21条:“以前款规定的方式使用作品,

不得影响作品的正常使用,也不得不合理的损害著作权人的合法利益”。据此,我国著作权法的权利限制规范,将以“开放性列举”辅以“概括性原则”予以调整。

上述规定,既体现出国际法通则“三步检验法”(three-step test)的要求,^[1]也糅合了美国“合理使用规则”(fair-use doctrine)的因素。在概念上,美式“合理使用”和加拿大、英国通行的“合理利用”(fair dealing),^[2]统称为“著作权的限制”。^[3]与之相对,大陆法系国家传统上的封闭式列举,称为“著作权的例外”。而“著作权限制与例外”的概念,则是随着版权成为世界问题,著作权理论发展出来的对各国相关制度的统称。^[4]

互联网时代,著作权在全球范围内均受“公众信息分享”、“言论自由”等公共利益诉求的挑战。著作权“限制与例外”的规定,面临更复杂的利益博弈,也需要更多弹性和开放性。各国法院近期的判决都体现出这方面的努力,德国和欧盟法院的判决对权利限制条款的适用近年来尤为摇摆不定,在著作权与公民基本权利两端之间艰难地寻找平衡。例如,联邦宪法法院在 *Germania* 一案中认为,被告在其剧本中大规模引用布莱希特作品的行为属于公民艺术创造的自由而不构成侵权,扩大解释了德国著作权法上的“合理自用条款”,加大对著作权排他性的限制。^[5]而此前德国联邦最高法院(BGH)认为,宪法上基本权利(公众使用权)只能在著作权侵权判定中作为“间接参考因素”。^[6]2009年,欧盟法院(EuGH)在 *Infopaq* 一案中将被告总结相关电子媒体报道并定期以邮件发送客户的行为判定为侵权,体现出对《欧盟信息社会指令》第五条“著作权限制(临时性复制)”的刚性解释,表达了对著作权的网络保护的重视。而2011年欧盟法院对“英超联赛案”的判决,则将使用人的职业和营业自由置于权利人的私益之上。^[7]由此看来,我国《著作权法(修订草案送审稿)》第43条体现的“三步检验法”,意义重大。因为,其目标是均衡、适当地判断著作权保护的界限;而这一界限的划定,进退之间都可能重塑著作权法而触及其根基。

“合理使用”和“三步检验法”是两套时而并行、时而融合,又时而互斥的理论和制度体系。然而,修订草案送审稿第43条的混合模式,一定程度上体现了我们对两套体系的误解和混淆。其一是对“三步检验法”的误解。“三步检验法”是指:“在特定、特殊情形下,使用可以不经著作权人许可的已经发表的作品,不得影响该作品的正常使用,也不

[1] 李明德、管育鹰、唐广良著:《著作权法专家建议稿说明》,法律出版社2012年版,第245-247页;吴汉东:《著作权法第三次修改草案的立法方案和内容安排》,《知识产权》2012年第5期,第16页;吴汉东:《著作权法第三次修改的背景、体例和重点》,《法商研究》2012年第4期,第6页。

[2] 英国版权法上的合理利用规定在著作权法第29-32条,2014年10月最新引入的第30(IZA)“合理引用”和30A(1)“戏仿”,详见 Lionel Bently and Brad Sherman, *Intellectual Property Law*, Oxford University Press, 2010, pp. 221-222。

[3] 但英国文献也有将“合理利用”归为著作权“例外”(exception)的,参见 Lionel Bently, *Intellectual Property Law*, Oxford University Press, 2010, p. 222。

[4] Christophe Geiger/Daniel Gervais/Martin Senftleben, *The Three-Step Test Revisited: How to Use the Text Flexibility in National Copyright Law*, *American University International Law Review*, Vol. 29, Issue 3, pp. 583-625。

[5] 卷宗号 1 BvR 825/98。

[6] 见 BGH Gies-Adler 一案(卷宗号 IZR 117/00),介评见 NJW 2003, 3633, 3635。

[7] *Infopaq* 一案判决卷宗号 C-5/08;英超联赛案(*Football Association Premier League Ltd. und Karen Murphy*)卷宗号 C-403/08, C-429/08。

得不合理地损害著作权人的合法权益。”我国已经加入的《伯尔尼公约》、TRIPS、《世界知识产权组织版权条约》(WCT)、《世界知识产权组织表演与录音物条约》(WPPT)、《北京条约》和《马拉喀什协定》，对“三步检验法”均有明文规定。^[8] 作为成员国，我们理应履行遵守“三步检验法”的国际义务。换言之，我国不仅只能针对特定、特殊情形规定对著作权的限制与例外，而且对相应条款的制定和解释应当适当、合理，不能导致影响作品正常利用和严重损害权利人合法权益的后果。虽然“三步检验法”在各大条约中的文本略有出入，但其第一步——“在特定、特殊情形下”才能对权利做出限制，在德、法、荷等大陆法系国家向来被视为通则。这一通则保障了“著作权限制与例外规定”的稳定性、可操作性和可预见性，既不能罔顾，也无法逾越。据此，大陆法系国家多以穷尽列举的方式来规定著作权的限制与例外，^[9]我国也一直遵循这一立法体例。而修订草案送审稿第43条增设“其他情形”的兜底条款，在措辞上并未反映出第一步“特定特殊情形”的要求，实际上将“三步检验法”限缩为“两步检验法”。这是否符合我国已经加入的各大国际条约之通例，需要仔细论证。

其二是对“合理使用”的误读。美式“合理使用规则”，植根普通法传统，历经百年判决积累而自成一体。其基本特征在于，《美国版权法》第107条列举的四大判断标准，仅是对判例法的高度抽象，著作权限制与例外的合法性判断，几乎全权授予司法机关。^[10]我国现行《著作权法》第22条的穷尽列举的体例，是遵循大陆法系“由立法者来圈定权利例外”的传统，恰恰构成美式“合理使用”的对立面，因此，我国迄今并没有真正意义上的美式“合理使用”规则。事实上，全开放的美式“合理使用”与“三步检验法”两者是否兼容，在大陆法系国家仍然争论不休。^[11]而美式“合理使用”在其他国家的移植过程中亦经历了艰难的适应和调试期。^[12]在我国，“合理使用原则”常常与著作权多重限制与例外中的“合理自用”，发生概念上的混淆，加之第二层规定——“法定许可”制度在我国多年来备

[8] 伯尔尼公约第9条第2款；TRIPS第13条；WCT第10条；WPPT第16条第2款；以及最近的《马拉喀什条约》第11条，介评见王迁：《论马拉喀什条约及对我国著作权立法的影响》，《法学》2013年第10期，第51页下；《北京条约》第11条第2款。

[9] Herman Cohen Jehoram, Some Principles of Exceptions to Copyright, in Ganea/ Heath/ Schriker (Hrsg.), *Urheberrecht Gestern-Heute-Morgen, Festschrift für Adolf Dietz* (《著作权——昨天,今天与明天》, Adolf Dietz 纪念文集), München 2001, p. 382, 386; Manuel Kleinemerk, *Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?* (《德国和欧盟法中的合理使用原则?》) Baden-Baden, 2013, 第57页下, 第58页。

[10] Richard A. Posner/ William F. Patry, Fair Use and Statutory Reform in the Wake of Eldred, *California Law Review*, Vol. 92 (2004), p. 1639, 1644; Pamela Samuelson, Unbundling Fair Uses, 77 *Fordam L. Rev.* (2009) p. 2537, 2540.

[11] 赞成两者兼容的观点 William F. Patry, *Patry on Fair Use, Eagan*, Minn. 2009, § 8:12, § 8:2; Martin Senftleben, “Grundprobleme des urheberrechtlichen Dreistufentests” (《著作权法三步检验法的基本问题》), in GRUR Int. 2004, 200 ff.; 欧洲以往的通说上认为“合理使用”重司法个案判断,因而与三步检验法由立法者掌控“口子开得多大”的成文法思路无法兼容,详见 Cohen Jehoram, “Einige Grundsätze zu den Ausnahmen im Urheberrecht” (《著作权例外的一些基本原则》), GRUR Int. 2001, 807 ff., 808; André Lucas, “For a Reasonable Interpretation of the Three-Step Test”, *EIPR* 2012, 32 (6), 277 ff., 278.

[12] 以色列移植合理使用制度的介评及批评见 Birnhack Michael, The cost of judicial snapshots: the case of Israeli Fair Use, 感谢作者惠赐手稿; 合理使用制度在日本著作权法上的推行及争议见 Tatsuhiro Nakayama, Reconsidering limitations and exceptions in copyright laws—Possibility of Japanese version fair use, a lecture for Copyright Research and Information Center (CRIC), September 19, 2007, *CRIC's monthly publication “Copyright”* December 2007 edition.

而不用、形同虚设,^[13]导致我们常常将“合理使用”与“著作权边界的拿捏”简单划上等级。这是第二重误读。

著作权限制(开放式“合理使用”)和著作权例外(封闭式列举)制度的初衷,都是平衡权利人的私益和使用人的公益,在规范目的上可谓殊途同归。不过,两者最大的差异,一是“开放性”程度的大不相同,二是对立法者和司法者的预期及分工要求有所差别。后者是一种“立法统筹”的“全封闭模式”,^[14]司法机关只能在成文法已经固定的具体情形下对其构成要件加以解释和适用,而不能“法外创新”。^[15]这与美国合理使用“一案一判”、“司法主导”的“全开放模式”互相区别。正因为此,美国直到2008年——即《伯尔尼公约》订立122年之后,才勉强加入该条约。由于两套制度的土壤不同,我国在“引进、糅合”之际,应当先做区分和甄别,再做整理与统合,这是为了厘清此一问题上立法与司法之间位相的需要(合宪性),也旨在减少司法实践中“同案不同判”的现象(合理性)。此亦本文的写作目的。

信息社会数字化浪潮,对各国著作权政策的冲击几乎是同时发端,在各国激发的新课题也大都相仿。而知识产权全球化浪潮,则往往采取刚性成文、自上而下的推行模式,以国际条约义务约束各国立法者。不过,“活”的法律的另一个层面,在于司法实践。因此,借助同一命题、同一案例、同一被告在各国法院判决的比较法分析,比单纯的法律文本比对或许更有意义。2010年以降,中、美、德三国(最高)法院对“谷歌案”的判决陆续出台。鉴于时机已经成熟,本文试横向比较各国对“谷歌案”的判决说理,分析数字时代各国“活的著作权法”上利益平衡的司法实践;并在梳理我国司法实务相关状况的基础上,探讨以“三步检验法”为基调构建我国“开放型”权利限制一般条款的理论雏形,同时反思美式合理使用规则的不足并对其在我国的应用提出修正建议。各部论述,皆以《著作权法(修订送审稿)》第43条的规范内涵与解释适用为中心,渐次展开。

笔者深知,从一种“中国问题”的发现,到某种微观制度建言的提出,需要诸多理论环节。本文的研究方法如下:在对比各国权利限制规范的环节,采微观的比较法视角,自下而上地探析各国司法路径对同一困境的不同处理模式,以期助力于我国权利限制一般条款的理论建构,亦即比较法中的“功能比较”路径。^[16]其出发点,无疑是我国相关规范及其运行的现状与问题。为了发现并归纳这些问题,本文采查阅裁判文书、梳理案例模型的

[13] 国家版权局2012年3月关于《中华人民共和国著作权法(修改草案)的简要说明》(第一稿),第五条第十二项。

[14] 《伯尔尼公约》第9(2)条原文:“It shall be a matter for legislation in the countries of the Union to permit the reproduction of such works in certain special cases, provided that such reproduction does not conflict with a normal exploitation of the work and does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author.”

[15] 例如,德国《著作权法》在第六章44a条以下,详细并穷尽的列举了所有著作权排他性的例外情形,并无兜底条款,也无概括性原则的规定,这是对伯尔尼公约精神的严格遵循。

[16] 就比较法的研究范式,赫叟(Hirschl)分析了四种路径。第一种可谓“一国研究”,即研究其他国家的法律而名为比较法,实际上只能称其为“外国法研究”,其贡献在于把世界地图上尚未明晰的地方绘制和标明。第二种是考虑各国处理同一法律问题的具体办法。第三种是考察同一概念在各国的不同表现,类似达尔文对物种演化的研究。第四种是通过搜集多个样板基于不同“变量”的表现寻求对法律现象的社会科学解释。本文所采比较法路径,接近上述四种方法中的第二种和第三种。详见Ran Hirschl, *On the Blurred Methodological Matrix of Comparative Constitutional Law*, in Sujit Shouhry (ed), *The Migration of Constitutional Ideas* 41, Cambridge University Press, 2006。

方法。而文末对我国著作权法权利限制规范解释与适用的建言,则出于对司法现状、法学理论发展以及适应时代之需的法政策学之综合考量。相信这种以“中国问题”为中心的、深入语境的比较法分析和解释论尝试,能为我国著作权法的修订及其解释适用的方法论改进,提供一些有益的线索,或是一个可能的支点。

二 “谷歌案”:中、美、德三国司法路径比较

(一) 中国:王莘诉谷翔、谷歌案

2011年,北京市第一中级人民法院对王莘诉谷歌、谷翔公司案做出一审判决,认定被告“数字图书馆服务”对原告作品《盐酸情人》等书进行扫描和网络传播的行为构成侵权。^[17]我们知道,法院判定谷歌的行为是否侵权,理应围绕著作权法的相关条款来展开分析。但问题在于,现行法上的所有著作权利限制与例外的具体情形,对该案都显得“文不对题”。现行法上的一般条款,又以封闭、穷尽的具体法定情形为前提,缺乏开放性。^[18]为应对这一困境,一审判决指出:“在特定情形下(第一步),如果他人未经著作权人许可而实施的著作权所控制的行为并未与作品的正常利用相冲突(第二步),也没有不合理地损害著作权人的合法权益(第三步),则通常可以认定此种使用行为构成对著作权的合理使用,不属于侵犯著作权的行为。”^[19]上述措辞虽与国际通则“三步检验法”近似,但对于“特定情形”的定义,以“(法院)决定”取代了“法定”。而对第二步以及第三步的解释,判决书则完全依据“合理使用”四大要素的逻辑展开。即,考察使用的目的和性质、是否以盈利为目的(标准一);被使用作品的性质(标准二);作品被使用部分的数量和质量及其与原作整体的关系(标准三);使用行为对作品市场价值的影响(标准四)。^[20]这与《美国版权法》第107条的规定,从形式到内容都高度重合。

仔细考察该案判决的说理可以发现,法院对谷歌是否“合理使用”的判断,实际上绕开了我国著作权法的成文规定;被告抗辩是否“合理”的衡量标准,名为三步检验法,实为《美国版权法》第107条“合理使用”的成文法规则。这不仅在法律逻辑上耐人寻味,而且反映出我国司法实务对“穷尽列举模式”难以回应时代之需的无奈,以及对美国“全开放模式”的大胆尝试。对此,该案二审判决申明:“在《著作权法》第22条规定的具体情形外认定合理使用,应当从严掌握认定标准。”各标准所涉事实问题,“应当由使用者承担举证责任”。^[21]谷歌公司败诉,因其“并未就复制行为是否构成合理使用提交证据”,其合理

[17] 北京一中院2011年一审判决书(一中民初字第1321号)。

[18] 依据《著作权法实施条例》第21条,以一般条款——“三步检验法”来判断使用行为的合法性,有其限定的前提,即“依照著作权法的相关规定”。而我国现行著作权法第22条(以下)对“权利限制”的列举是具体且穷尽的,并不存在“其他情形”这一兜底条款。《信息网络传播条例》第6条(以下)也采同一立法体例。

[19] 北京一中院2011年一审判决书(一中民初字第1321号)。

[20] 纵观一中院判决的认定标准,分两部分分别考察对原告“复制权”和“信息网络传播权”未经许可的实施是否构成“合理使用”。判决书依次考察了使用行为的目的和功能;是否转化性使用;使用原作品部分的数量和质量及其与原作整体的关系;会否对作品市场销路的造成(潜在)威胁。这一分析框架与《美国版权法》第107条的四大标准相同。

[21] 北京市高级人民法院(2013)高民终字第1221号民事判决书。

使用抗辩“证据不足”。通过接引并“改良”德日民事诉讼法上“证明责任”^[22]规则来平衡权利人与使用者的利益,^[23]司法机关划定著作权边界的自由裁量权获得进一步扩充。

(二)美国:谷歌数字图书馆案

2012年11月,纽约南区地方法院对2004年美国作家协会诉谷歌数字图书馆侵犯著作权案做出初审判决,认定被告大规模扫描图书,^[24]并以 snippets 模式在网上供公众检索的行为,构成“合理使用”。^[25]2015年10月,美国第二巡回法院二审驳回上诉、维持原判。^[26]

一审判决强调,合理使用规则和著作权制度,二者的目的原本就相同。^[27]值得注意的是,在“法律适用”部分,法官阐明《美国版权法》第107条^[28]的性质如下:其一,合理使用是一种“个案判断”,一事一论;其二,该条所列“合理使用”的四大因素,“不是定义,而是指引”,决定权在于法官而非立法者。^[29]二审判决则援引1976年议会采纳第107条时的立法意见书,重申该条仅是判例法的归纳与再现,其不得“扩充或限制法官判定合理使用的权威”。^[30]换言之,美国法上著作权边界的划定,其决定权在于司法机关而非立法者。

在考察标准——“使用的目的、性质、有无盈利目的”时,两份判决均大幅论证被告行为的转换性(transformative)。“数字图书馆”这一新作,被认为不是简单“代替”了原作,而是有所创新。^[31]谷歌让公众无需翻阅全书、仅凭任意字段即可上网检索图书的相关片段,“具有极高的创新性”。^[32]一审判决援引先例,判定被告的盈利性并不妨碍其合

[22] 德国学者雷奥·罗森贝克的《证明责任论——以德国民法典和民事诉讼法典为基础撰写》自2002年被译介到我国以来,其基本理论框架“主观证明责任”和“客观证明责任论”成为庭审证据规则的重要理论资源。后者是指由实体法规范预先确定的、法官在证明过程结束后按照自由心证规则进行证据的综合评价,确定由哪一方对证明不能的结果承担败诉的风险。

[23] 实践中“客观证明责任”经常被滥用,即法院取代立法者,任意分配或倒置证明责任,以此调配控辩双方的证明负担与败诉风险,实际上构成一种价值判断。详见傅郁林:《转型中的中国民事诉讼制度》,载高鸿钧主编:《清华法治论衡第六辑:法治与法学何处去》(下),清华大学出版社2005年版,第85页。

[24] 谷歌最初的计划包括“Partner Program”(通过出版商和作者对图书进行扫描和网络传播)以及“Library Project”(通过各大图书馆建立电子书库),参与该计划的除美国各大图书馆外,还包括德国的巴伐利亚州立图书馆,法国里昂图书馆,奥地利国家图书馆,马德里孔普鲁滕塞大学图书馆等。

[25] 美国谷歌数字图书馆案一审判决,卷宗号05 Civ. 8136 (DC), 判决全文见 http://www.wired.com/images_blogs/threatlevel/2013/11/chindecision.pdf。本文所有网络资料最后访问时间均为2016年9月1日。

[26] 美国谷歌数字图书馆案二审判决卷宗号13-4829-cv, 判决全文见 <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca2/13-4829/13-4829-2015-10-16.html>。

[27] 法官此援引先例 Campbell v. Acuff/Rose Music, Inc. 案, Eldred v. Ashcroft 案和 Blanch v. Koons 案, 见一审判决书, 卷宗号05 Civ. 8136 (DC), 第16页。

[28] 《美国版权法》第107条列举考察合理使用的四大要素依次是:第一,使用目的和性质;第二,被使用作品的性质;第三,作品被使用部分的数量、质量及其与原作整体的关;第四,使用行为对作品市场价值的影响程度。

[29] 美国谷歌数字图书馆案一审判决,卷宗号05 Civ. 8136 (DC), 第16-18页。

[30] 美国谷歌数字图书馆案二审判决,卷宗号13-4829-cv, 第14-15页。

[31] 美国谷歌数字图书馆案一审判决,卷宗号05 Civ. 8136 (DC), 第18页。一审法官援引2007年谷歌拇指图片一案 Perfett 10. Inc. v. Amazon. com, Inc. 对比两案用来判断“转换性使用”是否成立。下文德国法院的判决正是针对谷歌拇指图片索引(Thumbnail)的作出的。

[32] 美国谷歌数字图书馆案一审判决,卷宗号05 Civ. 8136 (DC), 第19-21页;美国谷歌数字图书馆案二审判决,卷宗号13-4829-cv, 第16-21页。

理性,因其“营利的同时,还有促进教育的作用”。^[33] 二审法院针对上诉人“谷歌最终旨在垄断性营利”之控诉,阐明“营利目的”并非绝对判断标准。因为,“在一个高度商业化的国家,第 107 条所列的所有科教、艺术类合理使用都不可能完全杜绝营利”。^[34]

在考察标准三——“被使用部分的数量、质量及其与原作整体的关系”时,谷歌大量扫描图书全文的行为被认定为“临界侵权”。但因其索引结果仅显示图书片段,故“仍属合理使用的范畴”。^[35] 与我国判决不同的是,美国一审法院认为“信息网络传播行为”(后行为)的合理性,可以覆盖“扫描行为”(前行为)的侵权性。^[36] 二审判决则认为,即使全文扫描也可能构成合理使用。因为,所谓“使用的数量”应以用户最终接触的数量为准;使用的“数量”与使用的“目的”——两者之间的比例是否允当才是问题的关键(比例原则)。^[37]

在考察标准四——“使用行为对作品市场价值的影响”时,原告关于数字图书馆将掠夺、替代实体图书市场的指控,法院不予支持。一审判决认为,谷歌图书检索功能,恰能帮助消费者找到图书并方便其订购,从而促进实体图书市场繁荣。二审判决进一步断定,“片段搜索”虽令权利人丧失了部分低资讯需求的读者市场,但由于片段搜索的琐碎性、分散性和小面积等特征,权利人的实质权益并不会受到威胁。^[38]

(三)德国:谷歌图片搜索案

同期,德国也出现了类似谷歌图书案的案例。德国某美术家诉称,谷歌图片搜索引擎(Google Thumbnail^[39])对其个人画作网站提供微缩图片搜索和预览(Vorschaubilder)的行为侵犯其著作权。2010年4月,德国联邦最高法院(BGH)就该案做出终审判决。^[40] 谷歌的抗辩包括两点:其一,网络服务本身对原告的作品不构成著作权法上的“使用”(Verwertung),应属著作权的限制与例外的范畴;其二,原告自己上传图片至互联网,应视为对其作品网络传播的一种“推断的默许”(konkludente Einwilligung)。联邦最高法院最终判定谷歌不构成侵权。

德国著作权法与我国现行法的体例一样,穷尽列举了著作权限制与例外的所有情形;^[41] 德国法教义学对这些情形的构成要件总结了极其细化的判断标准用以指导司法。

[33] 此前谷歌曾凭借图书搜索引擎赚取大量广告费用,2011年谷歌停止该项目的广告经营。判决援引1998年第二巡回法庭 Castle Rock Entm't, Inc. v. Carol Pul'g Grp., Inc. 一案的判决并指出,以盈利为目的的使用并不一定在判断是否合理使用时占取较大分量,见美国谷歌数字图书馆案一审判决,卷宗号 05 Civ. 8136 (DC),第 19-21 页。

[34] 美国谷歌数字图书馆案二审判决,卷宗号 13-4829-cv,第 23-25 页。

[35] 美国谷歌数字图书馆案一审判决,卷宗号 05 Civ. 8136 (DC),第 23 页。

[36] 北京一审判决认为前行为侵权,而后行为“合理”。但北京高院的二审判决后来修正了这一“分两段评价”的路径,和美国法院的判决又保持一致。

[37] 美国谷歌数字图书馆案二审判决,卷宗号 13-4829-cv,第 29-30 页。

[38] 美国谷歌数字图书馆案二审判决,卷宗号 13-4829-cv,第 33-35 页。

[39] 谷歌图片搜索引擎,俗称 Google Thumbnail,借用 Crawlern 技术定位并过滤相关图片,对其制档和压缩,微缩图片被存储在搜索引擎提供者的服务器上。用户搜索图片时,谷歌的压缩图片比源页面图片更快也更易被找到,且不受源页面服务器反应速度的影响。谷歌图片搜索引擎和谷歌数字图书馆计划对著作权边界提出的难题一脉相承,有很大相似性。

[40] 卷宗号 BGH I ZR 69/08; 判决原文见 <http://lexetius.com/2010,1136>。

[41] 德国著作权法第 6 章第 44a-63a 详细、穷尽地列举了包括合理自用、法务和公务使用、残障人士使用的著作权限制与例外的情形,未以任何“等”,“其他情形”的措辞设置兜底条款。

因此,法院一时找不到任何可资适用的限制与例外条款充当准据法。联邦最高法院尝试分析了《德国著作权法》第51条第一款规定的“合理引用”。^[42] 一个可能的抗辩是,谷歌为图片搜索而制档、压缩并储存至服务器上的“拇指图片库”,或可视为《德国著作权法》第4条第二款的“数据库作品”。同时,“图片索引”将构成对原图片在“自己独立作品”中的“合理引用”。不过,德国法上的“合理引用”强调“必须在特定的目的和一定的范围内进行引用”。而这一构成要件,谷歌实难满足,因为其图片和图书搜索功能对作品的使用恰恰都不问具体情形,也没有特定目的。

联邦最高法院最后认定谷歌的抗辩成立,是回避所有著作权限制与例外条款,“舍末逐本”,牵强借用民法典上“推断的默许”这一概念。法院认为,原告将自己的画作上传网站、未采任何技术保护手段,从社会典型性行为来分析,成立“推断的默许”。据此,任何促进、帮助其作品网络传播的服务,都会被推定为符合上传者(即本案著作权人)最初“默许”的意思表示。此外,即使上传图片并非作者本人所为,网络服务提供商也可凭借欧盟法上的“避风港规则”来免责。^[43] 按照这一逻辑,著作权人除非在上传作品时明确表示反对,否则即被推定为“默认许可”搜索引擎使用其作品。这种“选择退出式”(opt-out)的利益平衡方式,对不知情、也不通晓技术保护措施的一般权利人而言,并无现实可能性。^[44] 联邦最高法院此举,毋宁是以节约“交易费用”为目的,选择牺牲著作权人的信息网络传播权。其背后的逻辑是:责令单个权利人在上传作品时即做出否定的意思表示,比网络服务提供商依次问取权利人的首肯,更节约社会成本。因此,法律的天平应倾向于网络及其背后的公众利益。

(四)小结

通过微观比较“谷歌案”在三个不同法系国家的司法路径,可管窥其著作权限制与例外规范的不同模式及其问题:

首先,在以封闭清单穷尽列举著作权限制与例外的国家(如目前的中国、德国),法院在考察新型数字商业模式的“合理使用”抗辩时,常面临困境。即,所有法定的具体情形均可能“文不对题”,无法适用。此时,“三步检验法”作为国际通则意义上的一般条款,为权利人、使用人和公众利益的平衡,提供了弹性空间。对此,中德两国解释路径各异:中国法院适用三步检验法时,对其第一步“特定特殊情形”倾向于扩大解释,突破成文法中封闭的列举而寻求弹性的个案判断,以“法院判定”取代所谓“特定”(“法定”)。为解释“第二步”和“第三步”的构成要件,中国法院又借用《美国版权法》上合理使用的四大标准为参照,这或许是“法律继受国家”糅合两大舶来规则的一种司法创新。由于《德国著

[42] 该条规定,“为了特定的目的,在一定范围内可以对作品进行复制、发行和传播,包括将已发表的作品在‘自己独立的作品’中进行引用”。

[43] 德国联邦最高法院(BGH)在判决中援引欧盟法院(EuGH)2010年3月23日据InfoSoRL(RL 2000/31/EG)对路易威登诉法国谷歌案的判决(C-236/08 bis C-238/08 Tz. 106 ff.)。该案确立了欧盟网络服务提供商著作权法上的“避风港规则”。

[44] Hermann-Josef Omsel, Die Einwilligung im Internet als Rechtfertigungsgrund, Anmerkung zu BGH, Urt. Vv. 29. 4. 2010, I ZR 69/08-Vorschaubilder (《作为适法理由的因特网上的“默认”——兼评BGH判决》), *jurisPR-WettbR* 7/2010 Anm. 1.

作权法》并未明文规定三步检测法,法院不得不借助法教义学的手法、运用民法学基本概念辅以价值判断,做出利益平衡,这是大陆法系国家另一种(并不完美的)司法创新。德国法院未能突破其著作权法上限制与例外规则的封闭性,^[45]而借机发展出弹性条款适用的一般原理,令人遗憾。^[46]新兴科技催生的新的使用方法(事实),与既往旧有科技水平下拟定的规范(法律),从根源上难以匹配,弹性条款付之阙如,“事实”指向未来,而“法律”制定于过往,这恐怕是大陆法系国家封闭系统的症结所在。

其二,英美法系的开放系统与大陆法系的封闭系统,反映出两者在著作权理念上的分歧。前者认为,著作权不同于一般财产权,“权利保护”与“合理使用”最初就共存于一体,如同一个硬币的两面。^[47]而大陆法系国家则从自然权利——尤其是著作人身权的角度,赋予作者绝对的著作权保护。“权利保护”是原则,未经授权的使用是“例外”。这和美国实用主义的知识产权政策大相径庭。

其三,在著作权边界的定夺与利益衡量上,大陆法系将这一问题交由立法者予以事前规制,^[48]而以美国为代表的英美法系则倚重法院个案判断与法官自由裁量的权威。这体现两大法系在此问题上的最大分歧。申言之,美国“合理使用”的要义是遵循先例、法官造法,成文法的约束则在其次。^[49]这和我们一提起“合理使用”就联想到《美国版权法》第107条的思维定势,并不相符。^[50]美国通过遵循先例、积累判例、判决书特定的说理进路与方法,保证法官职业群体对合理使用规则的基本共识,大体能维持其解释适用的稳定与均衡。^[51]而我国是一个成文法传统的国家,目前仍处在诉讼标的通说、既判力规则等司法整合机制阙如的阶段。当数字时代日新月异的科技和商业模式不断挑战著作权独占排他的底线,以致法官“法外寻法”、“司法创新”成为一种不得已的常态,著作权规范就理应进行自我调整和更新。诚然,上述司法创新可能是法院针对新的事实情况所做的法律续

[45] 该案中可能成为谷歌图片搜索合法化理由的著作权利条款包括著作权法 § § 44a, 51, 52a, 53, 53a,但论证结果是均不能适用,见 *Manuel Kleinemerk, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?* (《德国和欧盟法中的合理使用原则?》) Baden-Baden, 2013,第215至226页。

[46] Axel Metzger, *Urheberrechtsschranken in der Wissenschaft: Fair use oder enge Einzelatbestände?* (《学术研究上的著作权利限制:“合理使用”还是单个构成要件?》),载 Matthias Leistner (Hrsg.), *Europäische Perspektiven des Geistigen Eigentums*(《知识产权法的欧洲视角》), S. 101 - 122, S. 114。

[47] Richard A. Posner/ *William. F. Partry Fair Use and Statutory Reform in the Wake of Eldred*, *California Law Review*, Vol. 92 (2004), p. 1643.

[48] 大陆法系著作权法传统上对于司法机关是否可以直接援引三步检验法作为判决依据仍持保留态度,如荷兰最高法院1993年2月24日判决(cable TV III),学界观点见 Herman Cohen Jehoram, “Some Principles of Exceptions to Copyright”, in Ganea/ Heath/ Schricker (Hrsg.), *Urheberrecht Gestern-Heute-Morgen, Festschrift für Adolf Dietz* (著作权——昨天,今天与明天,Adolf Dietz 纪念文集), München 2001, p. 382, p. 387。

[49] 美国判例法上出现过在《美国版权法》第107条四大标准之外另寻标准来判定“合理使用”的先例,例如也考察是否“善意”使用(good faith), *Luther R. Campell v. Acuff-Rose Music, Inc.* 510 U. S. 569, 585 (1994)。

[50] 较早的合理使用判决先例可以追溯到1939年 *Gray v. Russel*, 10 F. Cas. 1035 (C. C. D. Mass/ 1839), 尽管判决原文尚未言及“fair use”这一提法。其他先例如 *Sony Corp. of America v. United City Studios, Inc.*, 464 U. S. 417 (1984); *Harper & Row Publishers Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U. S. 539 (1984); *Luther R. Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U. S. 569 (1994)。

[51] Pamela Samuelson, *Unbundling Fair Uses*, 77 *Fordam L. Rev.* (2009), p. 2540. 对于美国法官判决中书写的 obiter dicta 和 dissenting opinions 对司法系统的整合作用,见 Ruth Bader Ginsburg, *The Role of Dissenting Opinions*, 95 *Minn. L. Rev.* 1 (2010), pp. 1 - 8。

造。但法律续造如缺乏理论指引,一般条款的适用存在问题,则可能导致法律的不确定性、不可预见性,造成同案不同判、管辖地营销等司法体系内部的紊乱。故此,明确我国著作权限制与例外之一般条款——“三步检验法”的框架、功能及其解释与适用的一般步骤,不仅是必要的,而且是紧迫的。

三 “三步检验法”的解释与重构

“修订送审稿”第43条第二款正式将“三步检验法”规定为著作权限制与例外的一般条款(或称“概括性原则”)。这为我们重新界定其属性、结构及每一步标准的理论框架与制度内涵,提供了契机。此种尝试并非易事,因为国际社会对“三步检验法”的理解本身就混乱无序:有的将其视为平衡国际知识产权新秩序的法门;有的主张应从最为弹性的第三步开始倒序判断;有的认为它与“合理使用”就是一回事。^[52]另一方面,由于前文所述概念上的混淆以及历史的特定成因,我国学者对一般条款的研究,整体上仍以美国“合理使用”为中心来展开。现有的研究成果,大多围绕美国版权法的相关理念、判例,及其背后的法经济学原理进行论述。^[53]而对于“三步检验法”的探讨,现有的研究或限于国际法领域的背景介绍^[54],或仅以“合理使用”的立法技术为切入点。^[55]以“三步检验法”为基调的权利限制一般条款之制度建构与解释适用,仍有待跟进。笔者深知,这一尝试既不能脱离我国的司法实务现状,亦不能罔顾既有制度和社会规范环环相扣形成的特定语境。因此,在进一步论述展开之前,还需略微梳理我国司法实务中的相关状况。

(一)我国司法实务中的相关状况

由于“合理使用”在我国的理论和实践中已经成为一种语言定势,笔者仍以其作为关键词之一进行检索,考察我国司法实务中种种性质相异的情形。^[56]通过整理与归纳裁判文书,可以发现下述特征:

其一,“三步检验法”的第一步——在“特定、特殊”的情形下才能对著作权进行限制,在实务中屡遭突破。当规则的概念涵摄过于狭隘时,诸多判决书都对相关概念作了扩大解释。司法实践已多次突破成文法规范的限制。这表明,我国现行法虽采大陆法系传统

[52] Christophe Geiger/ Daniel Gervais/ Martin Senftleben, *The Three-Step Test Revisited: How to Use the Text Flexibility in National Copyright Law*, in *American University International Law Review*, Vol. 29, Issue 3, p. 583; Huaiwen He, *Seeking a Balanced Interpretation of the Three-Step Test-An Adjusted Structure in View of Divergent Approaches*, 40 *International Review of Intellectual Property and Competition Law (IIC)* pp. 274-308 (2009).

[53] 冯晓青:《著作权合理使用之正当性研究》,《现代法学》2009年第4期,第29-37页;熊琦:《论著作权合理使用制度的适用范围》,《法学家》2011年第1期,第86-98页。

[54] 直接以“三步检验法”为题展开分析的最近的中文文献是2012年,张曼:《TRIPS协议第13条三步检验法对著作权限制制度的影响——评欧共同体诉美国版权法110(5)节案》,《现代法学》2012年第3期,第173页。

[55] 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。

[56] 本文检索并整理的案例,来自“无讼案例”、“北大法宝”、“中国裁判文书网”三个数据库。检索关键词包括“著作权限制与例外”、“合理使用”与“三步检验法”,检索的规范包括《著作权法》第22条,《著作权法实施条例》第21条,《信息网络传播条例》第6条,第7条,相关裁判文书检索、整理共83份,以文书所载日期为准,考据截止至2015年12月。

的全封闭模式,但实践中已多次背离大陆法系限定只能由立法者圈定“特定、特殊情形”的教条。^[57] 例如,现行法上课堂教学性合理使用的主体仅限于公立学校的教学人员,客体也仅限于复制权、翻译权和信息网络传播权。^[58] 但在“美国教育考试服务中心诉新东方学校案”中,对于私立且明显以盈利为目的的新东方学校,法院指出:“新东方学校在不使用侵权资料的情况下在课堂教学中讲解 TOEFL 试题应属于《著作权法》第 22 条规定的合理使用相关作品的行为,并不构成对他人著作权的侵犯。”^[59]

在路易·亚历山大起诉的“《新概念英语》网络教学案”中,法院也突破了上述对主体的法定限制,并不简单判定被告作为私立学校就一定侵权。虽然被告最终败诉,但法官是参考《美国版权法》四大标准,对其“在网上全文朗读涉案作品”的行为进行整体权衡,而得出这一结论的。^[60] 上述两个案例,可以视为司法实务对《著作权法》第 22 条第一款第 6 项之主体适用范围的突破。下面这个案例,则体现出该条客体适用范围上的突破:在“北影录音录像公司诉北京电影学院”一案中,法院认定电影学院为教学目的而将小说《受戒》拍摄成电影的行为属于合理使用。这突破了“课堂教学合理使用仅限于翻译权、复制权”的立法原意,而将其扩展到改编权。^[61]

其二,《美国版权法》107 条上合理使用的四大标准,屡次被我国司法实践采纳为弹性判断的准绳,以弥补立法上的不足。这又分为下述三种情形。第一种,是在成文法上限制与例外条款可以适用,但缺乏更为细致的裁判标准时,借用“合理使用”四标准。例如“杨洛书诉中国画报出版社”一案中,法院考察被告出版的《杨家埠年画之旅》一书未经许可而使用杨洛书所作八幅年画的行为是否构成《著作权法》第 22 条第一款第 2 项的“适当引用”。判决书依次分析被告是否“转换性使用”(标准一),被编印年画本身的属性(标准二),引用的章节、数量及其与全书的关联性(标准三),引用行为是否影响原作作品的市场(标准四)。^[62] 第二种,是在法定限制与例外条款因其构成要件过于狭窄、僵化而难以适用,阻碍必要的司法权衡和裁判说理时。例如,上述路易·亚历山大起诉的“新概念英语网络教学案”,法院借用“合理使用”四标准,即为此种情形。第三种,是在现行法穷尽列举的所有权利限制条款均无法适用,出现“法律漏洞”的场合。例如“覃绍殷诉北京荣宝拍卖有限公司侵犯著作权”一案,被告在拍卖过程中对原告作品作为拍卖标的进行了展览、幻灯放映,并复制在拍卖图录中。我国著作权法对“为拍卖目的合理展示作品”确无明文规定,但法院通过法律续造,认定被告的行为构成“合理使用”。^[63] 又如“中国著作权协会诉西安长安影视制作有限责任公司”一案,法院采取合理使用四大标准判定

[57] 德国著作权法穷尽列举了构成例外的具体行为,且学理上认为其解释适用只能采用狭义解释原则,法无明文规定时法官不得认定权利的例外,甚至不允许类推。【德】M. 雷炳德著:《著作权法》,张恩民译,法律出版社 2005 年版,第 297 页。

[58] 胡康生主编:《中华人民共和国著作权法释义》,法律出版社 2011 年版,第 107 页。

[59] 北京市高级人民法院民事判决书(2003)高民终字第 1393 号。

[60] 北京市高级人民法院民事判决书(2008)高民终字第 185 号。

[61] 北京市一中院(1995)知终字第 19 号,《最高人民法院案例公报》1996 年第 1 期。

[62] 山东省高院(2007)鲁民三终字第 94 号。

[63] 北京一中院(2003)一中民初字第 12064 号民事判决书。

电视剧《激情燃烧的岁月》中未经许可使用原告数个音乐作品片段的行为,不构成侵权。

可见,前述“王莘诉谷歌、谷翔公司”一案,法院用美国“合理使用”规则来丰富和引申“三步检验法”,并非特例。^[64]相反,此种司法实践在我国已经积累了一定的经验。对于此种法律续造的规范与进路,有待进一步提炼和整理。

其三,因为权利限制一般条款的制度框架尚未成形,对同一种新型数字使用模式,各地法院的裁判出现了矛盾或相异的情形。例如,过去十余年,电子书刊未经作者许可对其作品进行摘编、转载并(有偿)付诸信息网络传播而引发的一系列案例,北京、江苏和上海各地法院的裁判路径不尽相同。这或许与案例本身各异的事实和法律关系相关。但同属电子书刊这一使用模式,同属未经作者许可将其作品进行电子化扫描和信息网络传播的行为,其侵权还是“合理”,从司法实效来看仍有失衡之虞。例如“陈兴良诉中国数字图书馆案”,^[65]被告(某私营电子图书馆)擅自扫描原告专著并有偿供下载的行为,被判构成侵权,需停止侵权、赔偿损失。而“殷志强诉金陵图书馆案”,^[66]法院认为公立图书馆对其订购的《中国学术期刊(光盘版)》所录原告作品提供打印服务不构成侵权,仅需停止对涉案作品的复制和传播。及至“樊元武诉清华同方光盘股份有限公司”一案,^[67]判决书认为被告(电子期刊)未经许可摘编、使用原告的学术论文,属于“报刊转载法定许可”的情形,不承担任何民事责任。我们知道,《著作权法》第33条第二款的“报刊转载法定许可”在学理上仅限于纸质媒体之间的转载和摘编。^[68]由于被告系经政府特殊程序批准成立的“电子期刊”,法院网开一面,依然视其为著作权法上的“期刊”而非一般网站,享受法定许可的待遇。^[69]

笔者认为,上述三份判决不乏值得商榷之处。第一,“樊元武”一案对权利人的限制令其负担过重。毕竟作者相对于电子期刊与纸质期刊编辑部的双方协议是“局外第三人”;要求作者主动查看期刊入库时编辑部的一揽子免责声明,否则“视为同意”,在现实中显得苛求;作者并未因电子期刊的转载获得新一轮的经济补偿;而且其作品一旦进入电子数据库,现实中很难控制其网络传播。第二,因电子书刊经营者是否经政府特殊程序批准设立而对其作司法政策上的倾斜,这对普通的同业经营者是否公允,是否有利于市场引导的产业升级和科技进步,值得深思。

以此观之,要达成对著作权边界上各方利益公允、精准的平衡,就必须明确著作权利限制与例外的一般条款——“三步检验法”的具体内涵,尤其第二步(“是否与作品的正常使用相冲突”)和第三步(“是否不合理的损害作者的合法权益”),其制度内涵和利益平衡准则,更是亟待明确。这样的努力不仅让我们在规范层面更接近实质公正,而且更易于推

[64] 又如“何平诉教育部考试中心”案,北京市海淀区(2007)海民初字第26273号。

[65] 北京市海淀区人民法院2002年判决,见最高人民法院公报2003年第二期。

[66] 江苏省高院(2005)苏民三终字第0096号。

[67] 上海高院(2006)沪高民三(知)终字第53号。

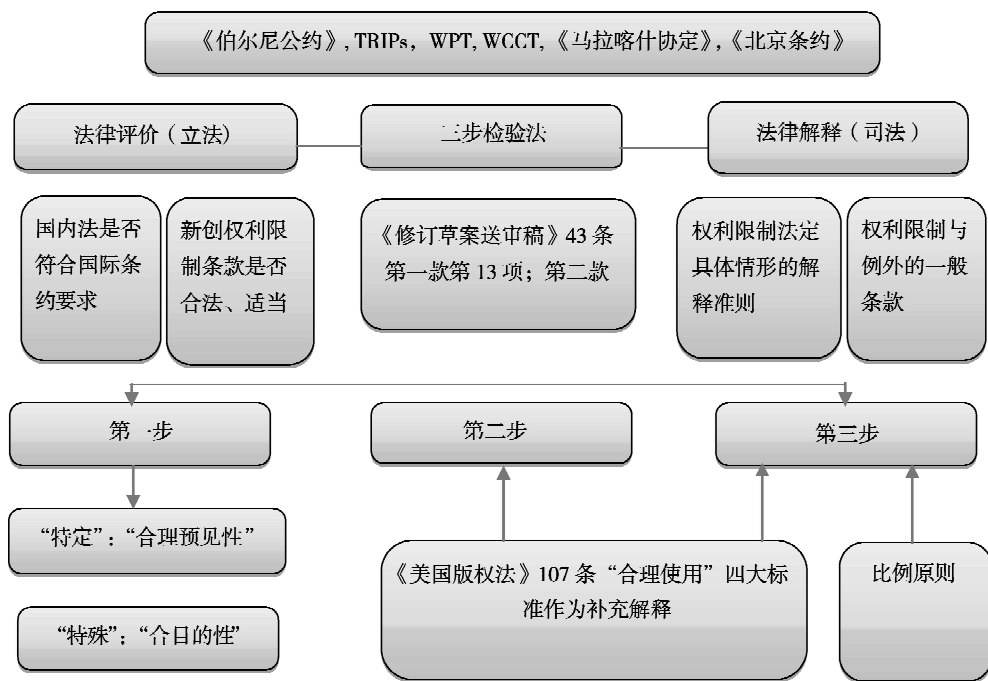
[68] 最高人民法院《关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》(2000)第三条曾经将“报刊转载法定许可”延伸至网络服务商。但最高人民法院在2006年对该解释的第二次修订稿中删除了这一条。因其考虑到,在网络盗版泛滥的情况下,作品一旦进入网络,权利人很快就失去控制。

[69] 崔国斌著:《著作权法——原理与案例》,北京大学出版社2014年版,第630页。

动司法实务形成“法内创新”、“同案同判”的良性循环。

(二)“三步检验法”的解释与重构

从我国司法实务的现状和需要出发,结合目前国际社会对“三步检验法”的探讨和反思,我国著作权限制与例外之一般条款——“三步检验法”的解释与重构,不妨参照下图,渐次展开:



首先明确其属性与定位。可以说,三步检验法是一种对著作权“限制的限制”(Schranken-Schranken)^[70]它既是一种对国内立法中既存权利限制条款的解释规则,^[71]也是在创立新的限制与例外时应当参照的准绳。具言之,在解释论上,“三步检验法”既是(扩大)解释、适用“修订送审稿”第43条第一款所列十二种法定情形的标尺,也是所有法定情形均不能适用时的弹性条款和最终准则。在立法论上,未来以行政法规和司法解释创设网络环境下新的权利限制与例外规范时,“三步检验法”是其允当与否的评价坐标。

值得注意的是,三步检验法不仅旨在“限制”权利的限制与例外规则,也有“创设”和“开拓”新的例外的功能。^[72]著作权法理论有一种观点认为,三步检验法是为了约束而不是为了放开。但这一观点被后来的学理加以发展和改进。其一,三步检验法的约束对象

[70] Andrew F. Christie/ Robin Wright, A Comparative Analysis of the Three-Step Tests in International Treaties, *IIC* 2014, 409; Martin Senftleben, Martin Senftleben, Grundprobleme des urheberrechtlichen Dreistufentests (《著作权法三步检验法的基本问题》), in *GRUR Int.* 2004, S. 200。

[71] 以往这是大陆法系国家的通说,见德国联邦最高法院判决 BGHZ 141, 13, 34-Kopienversanddienst。

[72] Jonathan Griffiths, The “Three-Step Test” in European Copyright Law: Problems and Solutions, *Intellectual Property Quarterly* 2009, p. 489。

不是著作权本身,而是著作权限制与例外制度。如果说这一制度本身是对“著作权的约束”,而它们又是三步检验法的约束对象,那么,三步检验法就是一种“对于约束的约束”,因而具有一种“放开”的功能。^[73]其二,传统观点的出发点是对著作权人的强保护。但信息科技已经全面改写人类文明的储存和传输方式,并激发了巨大的商业价值,产生了新的社会福祉,因此,著作权人的私益保护也就不像百年前那样是绝对化的了。提倡三步检验法的新解,是为了有条件地放开新的著作权限制与例外,是一种与时俱进,而这个条件就是精准和公平的利益平衡。

事实上,为应对数字科技对既有著作权体制的挑战,各国都在寻求以弹性条款平衡多方利益的良方。而措辞相对笼统、抽象的“三步检验法”适逢其时,逐渐成为各国著作权理论的核心议题。^[74]应当承认,“三步检验法”不是封闭性的,而是开放性的,它并不排斥“修订送审稿”第43条第一款的开放性列举模式。^[75]

其二,从规范对象而言,《伯尔尼公约》的“三步检验法”^[76]最初旨在约束各国立法者,它并非一种由法院直接适用的规范。^[77]然而数字科技紧逼至今,著作权合法性边界由法院来一事一论,在国际社会已成大势所趋。诚如《慕尼黑宣言》^[78]所言:“只要在其所属的法律体系内可行,立法者和司法机关均应有权创设新的著作权限制与例外规则”。三步检验法由司法机关直接适用、个案判断,是法律回应社会现实的一种当务之急和时代之需。它既可用于法律规则本身的评断(法律评价),也可直接用于个案当事人的利益平衡(事实说理)。

其三,作为我国著作权限制与例外的一般条款,三步检验法有其特定的规范内涵与适用规则。条件成熟时应制定详备的司法解释,指导审判实务。

“三步检验法”的第一步,规定在“特定、特殊情形”(certain special cases)方能限制著作权。首先,不宜将其僵化地理解为通往第二步和第三步的门槛。换言之,即使没有通过第一步检验,仍旧可以继续考察和适用第二步与第三步,综合各个因素整体权衡。其次,

[73] Christophe Geiger/ Daniel Gervais/ Martin Senftleben, The Three-Step Test Revisited: How to Use the Text Flexibility in National Copyright Law, in *American University International Law Review*, Vol. 29, Issue 3, p. 618.

[74] 欧盟指令历来包含了“三步检验法”,以此作为平衡著作权及其限制与例外的基本法则,如1991年《保护计算机程序欧盟指令》(91/250/EWG)第六条第三款,1996年《数据库著作权保护欧盟指令》(96/9/EG)第六条第三款,《信息社会著作权保护欧盟指令》(2001/29/EG)第五条第五款。

[75] 但全开放模式如美国 Fair Use 和英国的 Fair Dealing 是否违背三步检验法,争议仍较大,见 Achim Foerster, *Fair Use*, Tuebingen, Mohr Siebeck, 2008, p. 191 - 201.

[76] 1967年斯德哥尔摩会议修订《伯尔尼公约》时引进的“三步检验法”。根据会议记录,当时各国提议的著作权利益平衡法则有不同的版本和模式,但最终英国代表团推荐的“三步检验法”获得通过。不过,《伯尔尼公约》第九条第二款仅适用于各国著作权法律对复制权限制条款的限制。

[77] 大陆法系的著作权法,传统上对于司法机关是否可以直接援引三步检验法作为判决依据,仍持保留态度,如荷兰最高法院1993年2月24日判决(cable TV III),评论见 Herman Cohen Jehoram, Some Principles of Exceptions to Copyright, in Ganea/ Heath/ Schriker (Hrsg.), *Urheberrecht Gestern-Heute-Morgen, Festschrift für Adolf Dietz* (《著作权——昨天,今天与明天,Adolf Dietz 纪念文集》), München, 2001, p. 387.

[78] 为达成学术界的共识,2008年,慕尼黑马克斯普朗克创新与竞争法研究所联合伦敦 Queen Mary 大学、欧洲各国三十余位知识产权法教授联名发表《对著作权法“三步检验法”适当解释的声明》,后被译成多国文字,简称《慕尼黑宣言》。详见 Christophe Geiger/Jonathan Griffiths/Reto M. Hilty, Erklärung für eine ausgewogene Auslegung des Drei-Stufen-Tests im Urheberrecht (《对著作权法上三步检验法均衡解释的说明》), GRUR Int 2008, 822 页下。

就“第一步”的文义,“特定”应解释为“可以合理预见的情形”;“特殊”则应理解为“为了特定的目的”而非“数量上的限定”。^[79]对于“特定”和“特殊”的这种解释,是为了拿捏“开放式”的口子开得有多大。具言之,我国著作权法的“开放式”列举,比WTO专家组报告“范围须狭窄、定义要明确”^[80]的尺度来得更宽,比美国合理使用的全开放式又要更窄,可以说是一条中间路线。“为了特定的目的”,强调合目的性,^[81]如促进研究教育和文化传播、扶持特定产业、照顾特定弱势群体,等等。按我国的立法体例,这些“特定的目的”很可能在随后的行政法规、地方性法规和司法解释中加以明确。以“照顾特定弱势群体”举例言之,现行著作权法第四十二条第一款第十二项,仅规定“将已经发表的作品改成盲文出版”这一种情形。而为了照顾盲人的文化接触权,将已经发表的作品转换为有声读物,将一般的电影转换为附加解说的盲人电影,就应当属于合理限制著作权的“其他特定”情形。另一方面,“可以合理预见”,则强调不能对著作权人搞突袭,不能不合理地超出权利人根据所属行业的整体技术水平和竞争情势可能预期且承受的负担。所以这两个限定条件,前者是从使用者利益出发,后者是从权利人利益出发,前者着眼在公益,后者着眼在私益,互相牵制以求平衡。^[82]

上述理解,对旧派观点是一种突破。伯尔尼“三步检验法”^[83]引起国际社会关注,是在其被TRIPS继受、2000年WTO争端解决专家组对TRIPS“三步检验法”出台两部报告之后。^[84]报告认为,“特定”(certain)是指国内法规定的任何一种限制和例外都必须清楚的界定,“应将限制或例外的范围特定化,并事先公示”。“特殊”(special)是指“适用范围是有限的、个别的”,“在质和量上的界限都是狭窄的”。本文对“第一步”的解读显然与其不符。不过,专家组的这一解释,近年来广受学者批评。^[85]诚如杰克森(John H. Jackson)教授所言,WTO争端解决机制并无“遵循先例”的传统,上述解释过于偏颇、狭隘,对后续争议不具备约束力。^[86]盖革(Christophe Geiger)教授则提出,著作权边界的划定,不仅应当考虑权利保护,还应考虑使用人利益和社会公众的福祉;TRIPs精神允许各国因地制宜

[79] 《慕尼黑宣言》第三条。

[80] WTO专家组报告,15th June 2000, WT/DS/160/R (para 6.109)。

[81] 例如英国法上的fair dealing也要求“合理利用”的前提是要符合1988年法案规定的目的,Lionel Bently and Brad Sherman, *Intellectual Property Law*, Oxford University Press, 2010, pp. 221 - 222, p. 224。

[82] S Ricketson and J. C. Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond* (Oxford Univ. Press, 2006), vol. 1, p. 764.

[83] 1967年斯德哥尔摩会议讨论对《伯尔尼公约》的修订时引进了“三步检测法”。会议记录当时各国举荐的著作权利益平衡法则有各大版本,但英国代表团推荐的三步检测法之表述终获得通过。不过,《伯尔尼公约》第九条第二款仅适用于各国著作权法律对“复制权”限制条款的限制。

[84] 即WTO 2000年3月17日的报告(WT/DS114)以及2000年6月15日的报告(WT/DS160/R)。2000年欧共体诉美国版权法110(5)一案中,WTO争端解决专家组报告详细解释了TRIPS第13条规定的三步检验法。国内文献参见张曼,《TRIPS协议第13条三步检验法对著作权限制制度的影响——评欧共体诉美国版权法110(5)节案》,《现代法学》2012年第3期,第173页。

[85] S Ricketson and J. C. Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond* (Oxford Univ. Press, 2006), vol. 1 at 13.21; Anette Kur, Of Oceans, Islands, and Inland Water-How much Room for Exceptions and Limitations under the Three-Step Test? *Richmond Journal of Global Law and Business*, Vol. 8 (2009), p. 317.

[86] John H. Jackson, *The Jurisprudence of GATT and the WTO-Insights on Treaty Law and Economic Relations*, Cambridge University Press 2000, p. 127.

地制定相关公共政策。^[87]因此,《慕尼黑宣言》力主在新形势下突破和重塑“三步检验法”的第一步,而将“特定、特殊”解释为“目的或范围上的可预见性和合目的性”,是顺应时代的进步,也是重振国际社会的信心。

以此观之,目前修订送审稿第43条“其他情形”这一兜底条款,措辞过于笼统,如按旧派的理解,可能引发不必要的国际争端。应将其改成“其他特定情形”,更加符合国际通例。而且,无论依照旧派还是新派的解释,修改后的规范表述都将更为允当。

以上是关于“第一步”的解释。三步检验法的“第二步”(不得影响作品的正常使用)与“第三步”(不得合理地损害著作权人的合法权益)的判定,不妨在一定的前提下借用《美国版权法》第107条所列的四大标准,使之更具可操作性。具言之,后者的标准四(“使用行为对作品市场价值的影响程度”),用于解释前者的“第二步”(是否影响作品的“正常使用”);^[88]后者的其他三个标准(使用行为的目的和性质、是否以盈利为目的;被使用作品的性质;作品被使用部分的数量、质量及其与原作整体的关系),用于解释前者的“第三步”(是否损害著作权人的合法权益,这种损害是否不合理)。可以说,上述方案是对我国相关司法实践“试错”的一种附条件的事后肯认。目前我国法院借用“合理使用”规则,在对其四大标准的取舍以及裁判说理上都显得较为随意。因此,这种“将错就错”的追认是有条件的——即应防止各地法院“试错”失衡、造成“同案不同判”的司法乱象。

在第二步和第三步引入美国合理使用的判定要件,不仅是可行的,而且是合理的。这包含三方面的考虑:其一,尽管合理使用的四要素植根于美国土壤,而三步检验法是各大国际条约的统一口径,但两套制度的预期是一样的,都在于平衡权利人的私益和使用人的公益。其二,“与作品的正常使用不相冲突”(第二步)和“不能无理损害权利人合法权益”(第三步),都是十分抽象的用语,各成员国会有不同的理解和判断标准。我国的司法实践已经积累了按照美国制定法上合理使用四要素来平衡利益的经验,不妨加以整合、作为本土的判例资源。我国在译介相关制度之时,因发生概念上的误会,通常以“合理使用”取代“著作权限制与例外”的通称。^[89]其三,用合理使用的四要件归入到三步检验法的第二步和第三步,与美国国会历次著作权修法听证会上强调四要素应相互配合加以解释,并不矛盾。三步检验法的第一步旨在决定“封闭式”与“开放式”之间的取舍和折衷,即“口子开得有多大”。第二步和第三步的重点,才是利益平衡。而“合理使用”的四个要件,统观之下,都是利益平衡的具体标准,并入三步检验法的后两步是可行的。

我们知道,法学方法论上利益平衡最为经典的准绳即为“比例原则”。督促司法机关在相关问题上公允、均衡的利益衡量,离不开对比例原则的坚守。其实三步检验法“第三

[87] 盖革此一论断的根据是《维也纳条约法公约》第31(3)(C)条。他提出 TRIPS 第13条应联系 TRIPS 第7条和第8条的“权利义务平衡原则”来解释,详见 Christophe Geiger / Daniel Gervais / Martin Senftleben: *The Three-Step Test Revisited: How to Use the Text Flexibility in National Copyright Law*, in *American University International Law Review*, Vol. 29, Issue 3, pp. 600 - 601。

[88] 对三步检验法与合理使用规则本身就有部分重合的学术观点,见 Kamiel J. Koelman, *Fixing the Three-step Test*, *European Intellectual Property Review* 2016, p. 407。

[89] 王迁著:《知识产权法教程》,中国人民大学出版社2014年版,第220页。

步”——是否“不合理”的损害权利人的合法权益,文义上已经体现了比例原则的要求。各大国际条约作为其规范源头,相关条款也都蕴含了比例原则的要旨。^[90]要均衡地协调著作权、使用人(及其背后的新生科技力量),以及社会公众分享信息、欣赏艺术和接受教育的权益,比例原则就不能背离。按照这一原则,未经授意的使用行为是否侵权,一要看使用的目的是否具有合法性。二要其为达此目的所采之手段是否“必要”,即手段之合法性。三要考察手段和目的之间是否合乎“比例”,即考察为达到这一合法性目的,是否存在对权利人损害更为轻微的其他替代性手段。^[91]最后,允许此种使用(著作权限制)所能收获的福祉,总体上应当大于禁止此种使用所带来的弊端。^[92]

至此,笔者也希望在理论界能逐渐形成一个共识,即“三步检验法”并不当然排斥全开放的美式“合理使用”^[93]——尽管大陆法系国家对这一点的争议仍然较大。^[94]“三步检验法”经过重新定位和解释,有望融合各大法系的优点,服务于修订送审稿第43条“开放性列举加概括性原则”的创举。毕竟,从三步检验法进入国际法的历史来看,正是因为其弹性和笼统的特色才被国际社会所接纳的。

四 美式“合理使用规则”的反思与改良

美式合理使用规则虽有其灵活性和包容性,但至少有两弊端:

首先,大陆法系学者批评其缺乏“确定性”和“可预见性”。^[95]合理使用制度的不可预见性导致当事人难以预知自己的行为,反而令一些本可以自由使用的当事人因担心被诉而寻求许可。因此,美式合理使用也不一定如人们想象的一样,任何时候都有利于社会公众。^[96]为了避免这一弊端,美国近期的著作权法研究力图将“合理使用规则”(fair-use doctrine)上升为“合理使用理论”(fair-use theory)。例如,吉布森(James Gibson)教授从历

[90] Anette Kur, Of Oceans, Islands, and Inland Water-How much Room for Exceptions and Limitations under the Three-Step Test? *Richmond Journal of Global Law and Business*, Vol. 8 (2009), p. 317.

[91] Martin Senftleben, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test: An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law*, The Hague/London/New York: Kluwer Law International 2004, p. 226; Christoph Geiger, The Three-Step Test, A Threat to a Balanced Copyright Law? *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 37 (2006), p. 683, 696.

[92] Mike Wienbracke, Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, in *Zeitschrift für das Juristische Studium (ZJS)*. Nr. 2, 2013, S. 148 - 155.

[93] 回溯1967年斯德哥尔摩伯恩公约大会,“三步检验法”初次提案的情形,曾有代表团提议一张著作权限制与例外的“清单”,企图覆盖所有可能的情形,但该提议最终却未获通过。“三步检验法”在其源头上,正是因其弹性和笼统的特色,才被伯恩公约采用。而这一法则最初的提案国是属普通法系的英国。

[94] Achim Foerster, Fair Use, Tuebingen, Mohr Siebeck 2008, S. 191 - 201.

[95] Cohen Jehoram, Einige Grundsätze zu den Ausnahmen im Urheberrecht (《著作权例外的一些基本原则》), GRUR Int. 2001, 807ff., 808; Jan Bernd Nordmann/ Albrecht Conrad, Berichte der Deutschen Landesgruppe für die Sitzung des Geschäftsführenden Ausschusses der AIPPI vom 3. Bis 6. Oktober 2012 Paris-Ausnahmen vom Urheberrechtsschutz und erlaubte Benutzungsformen ueheberrechtlich geschützter Werke in den Branchen der Hochtechnologie und der Digitaltechnologie(Q216) (2012年十月巴黎国际知识产权联合会主席会议上的德国国情报告——《高科技与数字科技领域内著作权的例外与允许的作品使用方式》), GRUR Int. 2010, 953, 969; Heimo Schack, Europäisches Urheberrecht in Werden (《欧洲著作权法的未来式》), *Zeup* 2000, S. 799, 812.

[96] 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,第14页。

史研究的角度剖析其结构性缺失,主张在各个“具体语境”下总结其适用规律;^[97]塞缪尔森(Pamela Samuelson)教授主张针对不同的产业政策来归纳合理使用判例的丛集。^[98]简言之,学者们期图以一种“自下而上”的归纳方法,迫使全开放型的美式合理使用过渡到类型化的阶段。

相比之下,《修订送审稿》第43条第一款列举了十二种权利限制的具体情形,留给社会公众更多的“可预见性”,有其自身优势。这种“列举”可以抵消全开放模式的上述弊端,为权利人和使用人提供指引,降低法律行为的社会成本。这样看来,第43条第一款列明具体情形的模式,不仅不可抛弃,而且殊为重要。因此,在解释和适用该条时,应秉承从“特殊到一般”的适用顺序,优先在第一款所列之法定具体情形内寻求解释。只有当其构成要件过于狭窄、难以适用,且以“扩张性解释”、“体系性解释”、“目的性解释”、甚至类推等方法仍不能适用时,才求诸该条第二款的“一般条款”。对“一般条款”的适用,应当在上文梳理所得的理论框架和解释路径下展开。

其二,美式合理使用判断的结果往往是“全或无”:一旦被认定为“合理”,即排除其侵权的可能性,使用人无须向著作权人支付任何补偿。这在实质公平的层面,确有可以折衷的余地。德国的司法实践和著作权理论都认为,使用人的抗辩即使成立,仍旧可以判令其向权利人支付一定的补偿。这有利于更为精准、公正的利益平衡。^[99]值得注意的是,三步检验法本身并不存在“可以不向权利人支付报酬”之类的表述。我国司法实践也有认定“合理使用”、但仍责令使用人向权利人“赔礼道歉”的先例。^[100]笔者认为,必要时仍然可以适当的形式,判令使用人向权利人支付一定程度的补偿。我国现行法上规定合理使用者“可以不经权利人同意、不向其支付报酬”,根源于引进美式“合理使用”时将其等同为“著作权权利限制一般条款”的误解。我国著作权法原本也没有义务对其原样照搬。在新一轮立法和司法博弈展开的时刻,我们理应保有对“历史误会”进行修正的勇气和智慧。

五 结 论

“三步检验法”和“合理使用原则”,皆为著作权合法性边界的界标,都是协调权利人、使用人以及公众利益的弹性平衡法则。前者源自国际条约法,是一种自上而下的,“立法”引导“司法”的全盘统筹规划;后者是一种自下而上、立足于司法个案判断、由判例法向成文法缓慢积累的范式。“三步检验法”因其广泛的国际接受度以及弹性笼统的释法空间,正被各国倚重,充当为其数字科技和文化产业“适度正名”的天平。上文以《修订送

[97] James Gibson, Risk Aversion and Rights Accretion in Intellectual Property Law, 116 *Yale L. J.* 882, 888 (2007).

[98] Pamela Samuelson, Unbundling Fair Uses, 77 *Fordam L. Rev.* (2009).

[99] Christophe Geiger, “Die Schranken des Urheberrechts als Instrumente der Innovationsförderung-Freie Gedanken zur Ausschließlichkeit im Urheberrecht” (《作为鼓励创新机制的著作权限制——对著作排他性的自由思考》), GRUR 2008, 459 ff.

[100] “何平诉教育部考试中心”案,北京市海淀区(2007)海民初字第26273号。

审稿》第43条、尤其“三步检验法”为中心展开的论述,可以归结如下:

首先,第43条第一款第13项的兜底条款“其他情形”,措辞上并不符合“三步检验法”第一步的要求。建议修改为“其他特定情形”,为日后出台专门的司法解释、从“质和量”两个角度来细化著作权利限制与例外规则,留有余地。

其二,以“合目的性”和“可预见性”重塑“三步检验法”的“第一步”(修订送审稿第43条第一款第13项),增进其开放性和可控性;可以借用“合理使用”的四大标准来解释其“第二步”和“第三步”,(修订送审稿43条第二款),同时引入“比例原则”来补强其均衡性。据此,一种新的使用行为是否侵权,一要看其目的之合法性;二要看其手段之必要性;三要考察手段和目的之间是否合乎“比例”,即是否存在能达到同一目的、但对权利人损害更轻的其他替代性手段。^[101]最后,允许此种使用所能收获的福祉,总体上应当强于禁止此种使用所带来的弊端。^[102]

其三,按照“先特殊后一般”的顺序来适用“修订送审稿”第43条。第一款所列的十二种具体情形应优先适用,通过司法实务的积累,以法教义学的范式来归纳法定情形的构成要件。在穷尽“扩张性解释”、“体系性解释”、“目的性解释”、类推等方法仍不能适用时,才启用该条第二款的权利限制一般条款,作为综合平衡各方利益的最终准绳。

其四,合理使用规则所导致的“全或无”的结果,倘若对权利人造成不合理的歧视,仍应适当补偿权利人的损失。

最后,由法院来适用著作权利限制与例外的一般条款,应防止其损害司法的稳定性和均衡性,力求保证其可预见性。在新的司法解释出台时,不妨以产业政策为导向梳理各个领域内著作权利限制与例外规范的丛集。以信息产业为例,按照搜索引擎、社交网络、视频音频分享平台等领域整理先例,逐渐明确哪些“特定情形”是著作权保护的例外,并依照前文建议的规范体系,平衡各方利益。

[本文为德国联邦和各州学术英才计划研究课题“中国和欧盟的知识产权执行”(Exzellenzinitiative des Bundes und der Länder)(ABPZuK-07/2013)的研究成果。]

[Abstract] Mechanisms for the balance of interests between an author and the users of his works is important for the effective application of copyright law to such new technological and commercial practices as mass digitization projects of the Google Books. One of such mechanisms is the “three-step test” enshrined in the core international intellectual property treaties such as the Berne Convention, TRIPS, WCT and WPPT. The Chinese legislature has adopted

[101] Martin Senftleben, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test: An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law*, The Hague/London/New York: Kluwer Law International 2004, p. 226; Christoph Geiger, *The Three-Step Test, A Threat to a Balanced Copyright Law? International Review of Intellectual Property and Competition Law* 37 (2006), p. 683, 696.

[102] Mike Wienbracke: Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, In: *Zeitschrift für das Juristische Studium (ZJS)*. Nr. 2, 2013, S. 148 – 155.

this test in the proposed Third Amendment to the Copyright Law while introducing an open-ended list of limitations and exceptions, thereby developing a China-specific “two-step test” that skips the first step “in certain special cases”-reflecting the first misreading of the doctrine. In contrast, the court decisions in China have accepted the flexible fair-use doctrine in the U. S. Copyright Law while ignoring the context peculiar to U. S. common Law tradition, thereby unduly expanding the discretionary power of Chinese courts-reflecting the second misreading of the doctrine. This article takes a comparative approach to addressing this divergence rooted in the hybrid mix of the *droit d’ auteur* and common law principles in Chinese Copyright Law. A comparison of court decisions on Google Projects in Germany, U. S. and PRC reveals the causes of the above-mentioned misreadings in the process of legal transplantation in China. In light of the proper interpretation of the three-step test of international treaties and the findings of the WTO Dispute Settlement Body, the author suggests that the Chinese legislature fine-tune Art. 43 of the Chinese Copyright Law (Third Proposed Draft of Third Amendment) to ensure an interest-balancing open clause, reexamine the American fair-use doctrine with more prudent understanding of its context, including the local judicial structure, and integrate judicial systems in China to reduce uncertainty and unpredictability and enhance the efficiency of enforcement in judicial practice.

(责任编辑:姚 佳)