

许可权抑或禁止权： 广播组织权的权能研究

王 迁 *

内容提要：将著作权法中广播组织“有权禁止”的规定解释为广播组织权无许可权能的“防止侵害他人权利说”和“遵从国际条约说”均不能成立。前者不能说明为什么其他邻接权及演绎作品的著作权中均含许可权能，后者未能理解国际条约中“有权许可”“有权许可或禁止”“禁止”“有权禁止”等用语的法律效果。TRIPs 协定保护广播组织的条款使用“有权禁止”，是指世界贸易组织成员可以不为广播组织规定财产性民事权利，但至少应规定民事救济。广播组织权在著作权法中被规定为财产性民事权利，应当被解释为具有许可权能。将广播组织的信息网络传播权限定在广播组织自己制作的节目上，虽然会出现权利重叠现象，但可有效解决保护具有许可权能的广播组织信息网络传播权所导致的正当性问题。

关键词：广播组织权 许可权 禁止权 信息网络传播权

引 言

2020 年修正的著作权法大幅扩张了广播电台、电视台（下文简称“广播组织”）享有的广播组织权的权利内容，将转播权的范围扩张至网络同步转播，同时赋予广播组织对其播出的广播、电视的交互式传播权，即信息网络传播权。此次为广播组织增设信息网络传播权，在学界引发了激烈的争论，焦点在于广播组织权的客体究竟为“载有节目的信号”还是节目本身，以及为广播组织规定信息网络传播权是否具有正当性。^{〔1〕}

然而，在这场争论中，一个重要的问题并没有得到充分重视。著作权法规定广播组织权时，其用语与规定著作权以及其他邻接权时的用语均不相同。著作权法第 10 条第 2 款规定

* 华东政法大学教授。

本文系国家社科基金重大项目“媒体融合中的版权理论与运用研究”（19ZDA330）的阶段性成果。本文对 TRIPs 协定中广播组织权条款提出的观点，受益于与美国德州农工大学法学院余家明（Peter K. Yu）教授和德国马普创新与竞争研究所西尔克·冯·莱温斯基（Silke von Lewinski）教授的讨论，在此致谢。

〔1〕 参见王迁：《广播组织权的客体——兼析“以信号为基础的方法”》，《法学研究》2017 年第 1 期；王超政：《论广播组织权客体的界定——兼评“广播信号说”之谬误》，《北方法学》2018 年第 6 期。

“著作权人可以许可他人行使前款第五项至第十七项规定的权利……”，该款提及的第1款“第五项至第十七项规定的权利”均为著作财产权。这意味着著作财产权含有许可权能，著作权人可以许可他人以复制、发行和交互式传播等方式利用其作品。著作权法第39条第1款第3项至第6项为表演者规定各项财产性权利时，用语均为“许可他人……”，这说明表演者权的财产性权利也必然包括许可权能。同样，著作权法第44条第1款规定的录音录像制作者权和第37条第1款规定的版式设计权中也含有许可权能。虽然著作权法规定上述财产性权利时，除版式设计权条款外没有明确提及“有权禁止”即禁止权能，但该权能是不言而喻的，因为许可权能必须以禁止权能为基础。因此，著作权法中的“有权许可”当然隐含了“有权禁止”。

与之形成鲜明对比的是，著作权法第47条第1款在规规定广播组织权时，用语是“广播电台、电视台有权禁止未经其许可的下列行为……”，既没有采用为著作权人、表演者和录音录像制作者规定财产性权利时所用的“有权许可他人”，也没有采用为出版者规定版式设计权时所用的“有权许可或者禁止他人”，而是单独采用了“有权禁止”的表述。从字面上看，广播组织权作为纯粹的财产性权利，就只有禁止权能而没有许可权能。这似乎意味着广播组织对其播放的广播、电视，只有权禁止他人未经许可进行转播、录制、复制以及交互式传播，但没有权利许可他人实施上述行为。那么，这一解释是否恰当，是否恰如其分地反映了广播组织权相较于著作权和其他邻接权的独特性？

2020年修改著作权法之前，广播组织权中的转播权仅能阻止他人通过无线电波和有线电视转播广播、电视，并不能阻止他人通过互联网进行实时转播。^{〔2〕}由于有能力通过无线电波或有线电视进行转播的基本都是广播电台和电视台，在我国的管理体制下，广播电台、电视台之间的纠纷很容易通过行政管理机构的协调获得解决，因此之前很少发生广播电台、电视台因为其他广播电台、电视台未经许可转播而提起民事诉讼的案件。同时，当时广播组织权中也不包含信息网络传播权。这导致修改之前的著作权法中的广播组织权并无太大的价值。因此，在当时纠结广播组织权究竟只有禁止权能还是也包括许可权能，缺乏现实意义。

然而，2020年修正的著作权法实施后，广播组织权的权利范围大为拓宽，具有了较高的价值。广播组织不仅可以阻止他人未经许可通过网络实时转播其播出的广播、电视，^{〔3〕}还能阻止他人未经许可将其播出的广播、电视录制后上传至网络服务器中，供公众点播或下载（即交互式传播）。^{〔4〕}可以想见，在媒体融合时代，广播组织为获得更大的经济利益，不会仅满足于自己播放广播、电视，而是希望利用广播组织权，许可他人通过网络对其播放的广播、电视进行实时转播，以及将其播放的广播、电视录制后通过网络提供交互式传播。广播组织权究竟只限于禁止权能，还是也应包括许可权能，对于广播组织而言成为极为关键的问题。

〔2〕 北京市高级人民法院于2018年颁布的《侵害著作权案件审理指南》第6.5条（广播组织的转播权）规定：“广播组织享有的转播权可以控制以有线和无线方式进行的转播，但是不能控制通过互联网进行的转播。”

〔3〕 参见著作权法第47条第1项。“有线或者无线方式”是一种技术中立的表述，可以涵盖现有的和今后出现的任何远程传播技术，自然包含了互联网。

〔4〕 参见著作权法第47条第3项。著作权法在规定表演者和录音录像制作者的信息网络传播权时，使用的都是“通过信息网络传播”的用语，仅指交互式传播。参见著作权法第39条第1款第6项和第44条第1款；张建华主编：《信息网络传播权保护条例释义》，中国法制出版社2006年版，第93页。对广播、电视的交互式传播只可能有一种途径，就是将其录制后再上传至互联网供公众点播或下载。

一、认为广播组织权无许可权能的理由之辨

参与立法者和部分学术论著认为,著作权法规定广播组织权时只使用“有权禁止”的表述,是为了将广播组织权限于禁止权能,即不包括许可权能。其论述的理由大致可总结为“防止侵害他人权利说”和“遵从国际条约说”,然而两种理由都无法成立。

(一)“防止侵害他人权利说”之辨

早在2001年著作权法修改完成后,参与立法者在解释广播组织权中的转播权时就提出,“节目能否为另一个广播组织使用是著作权和相关权人的权利,广播组织仅有对于转播的禁止权”。〔5〕在2020年著作权法修改过程中,曾考虑过为广播组织权增加许可权能,然而立法者最终放弃了这一方案,其原因在于:“赋予广播组织‘许可权’这样的积极性权利会与原著作权人的权利产生冲突,将广播组织权规定为‘禁止权’这样的消极性权利是合理的”。〔6〕

这一解释也得到了不少学者的支持。有学者认为,“只赋予广播组织禁止权,在某种程度上能够保护版权人和表演者等相关权利人的利益”;〔7〕“采用禁止性模式,授予广播组织的权利会小一些,不容易影响著作权人及其他邻接权人行使权利”;〔8〕“广播电台、电视台在著作权法第47条项下的权利仅仅是一种消极的禁止性权利”,而“明确对于广播组织权的限制性规定”的效果,是“防止广播组织在权利行使过程对上游权利人产生损害和不合理的限制”。〔9〕

按照这一解释,将广播组织权限定为只有禁止权能而无许可权能,是为了避免广播组织对含有他人作品、表演或录音录像制品的广播、电视超出其被许可利用的范围而发放许可,从而损害他人对作品、表演或录音录像制品的权利。因为广播组织播放广播、电视的行为,往往也是播放他人创作的作品(如视听作品),或者是播放他人对作品的表演(如对音乐会的现场直播),或者是播放他人制作的录音录像制品。如果作品、表演或录音录像制品的权利人只许可广播电台、电视台以特定方式播放,则广播电台、电视台无权许可他人以其他方式利用该广播、电视。试举一例,某视听作品的著作权人仅许可某电视台播放该视听作品,并未许可该电视台提供该视听作品的交互式传播,但电视台只要播放了该视听作品,就享有广播组织权中的信息网络传播权。按上述观点,如果广播组织权包含许可权能,则意味着该电视台可以许可他人将其播出的视听作品录制后,上传至网络服务器中提供点播或下载(交互式传播),这就超出了该电视台从该视听作品著作权人处获得的许可范围,从而侵害了该视听作品的著作权。笔者将上述观点称为“防止侵害他人权利说”。

但是,“防止侵害他人权利说”忽略了一个基本事实:广播组织权是一项独立的邻接权,即使对该项权利客体的利用同时涉及著作权或其他邻接权,也不能否定该项权利在行使上的独立性。对于该说的谬误,可举例予以说明。假设某词曲作者创作了一首音乐作品,许可某歌手

〔5〕 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186页。

〔6〕 黄薇、王雷鸣主编:《中华人民共和国著作权法导读与释义》,中国民主法制出版社2021年版,第239页。

〔7〕 胡开忠、王杰:《〈世界知识产权组织保护广播组织条约〉制定中的问题分析》,《知识产权》2008年第4期,第85页。

〔8〕 张弘、胡开忠:《关于中国广播组织权保护制度的立法动议——兼析〈著作权法(修订草案送审稿)〉第41、第42条》,《北京理工大学学报(社会科学版)》2014年第3期,第134页。

〔9〕 朱开鑫、田小军:《论广播组织权的体系定位与制度反思》,《河南财经政法大学学报》2021年第6期,第103页以下。

在演唱会中公开演唱（表演），但并未许可对表演的录制品（录音制品或录像制品）进行交互式传播，也无法推出双方之间存在此项默示许可。试问：（1）该歌手能否自行将演唱会的现场录音上传至网络服务器，供公众在线点播或下载？（2）该歌手能否许可他人将演唱会的现场录音上传至网络服务器，供公众在线点播或下载？

对第一个问题的回答显然是否定的。著作权人许可的是表演权，而不是信息网络传播权，因此表演者不能超出许可范围对其表演的录制品进行交互式传播，否则将侵害著作权人的信息网络传播权。但对第二个问题的回答则是肯定的。表演者权是独立的邻接权，其中包含表演者对其表演的录制品的信息网络传播权。^{〔10〕}如果某音乐网站希望提供其制作的现场演唱会录音制品的网络点播或下载，应当同时获得音乐作品的著作权人和表演者对信息网络传播权的许可，二者缺一不可。此处的关键在于：音乐网站此举需要得到音乐作品著作权人的许可，并不意味着表演者就不能许可音乐网站对其表演的录音制品进行交互式传播，只是需要强调表演者向音乐网站发放的许可，是针对表演者权中信息网络传播权的许可，而不是针对音乐作品著作权中信息网络传播权的许可。因此，除非出现一些特殊情况（比如表演者表示，自己已经从音乐作品著作权人处取得了对该表演的录制品进行交互式传播的专有许可且可以进行转授权，并告之音乐网站无需再向音乐作品著作权人寻求许可），否则表演者就其表演的录制品向音乐网站发放信息网络传播权的许可，并不包含对音乐作品信息网络传播权的许可，并不会侵害音乐作品著作权人的权利。

需要特别指出的是，在《著作权法实施条例》根据我国加入的国际条约修改“表演者”的定义之前，^{〔11〕}著作权法中的“表演者”特指表演作品的人，而表演者表演的作品，有相当数量由他人创作且仍在保护期内。这意味着表演者许可他人利用的表演（含现场表演和表演的录制品），许多都涉及作品的著作权。然而，著作权法为表演者规定各项财产性权利时，仍然包含了许可权能。这说明立法者并不认为赋予表演者对其财产性权利的许可权能会侵害著作权人的权利，以及会导致表演者的许可与著作权人的许可发生冲突。与之相适应，著作权法第39条第2款规定：“被许可人以前款第三项至第六项（即第1款为表演者规定的各项财产性权利——笔者注）规定的方式使用作品，还应当取得著作权人许可，并支付报酬。”这就印证了可能侵害他人（著作权人）权利的是利用表演的人，而不是向利用者发放许可的表演者；导致侵害他人（著作权人）权利的行为是未经著作权人许可而利用表演，而不是表演者发放利用表演的许可。

即使以著作权人对其著作财产权的许可为例，上述对“防止侵害他人权利说”的反驳也依然成立。对于未经作者许可创作的演绎作品（如根据小说绘制的一套漫画，翻译外文小说形成的中译本等），同样存在演绎作品的作者能否自行以网络传播等方式利用演绎作品，以及能否许可他人利用演绎作品的问题。显然，演绎作品的作者不能未经许可自行以网络传播等方式利用演绎作品，但可以许可他人实施该行为，理由是演绎作品的著作财产权中包含许可权

〔10〕 参见著作权法第39条第1款。需要说明的是，能够提供交互式传播的必定是表演的录制品而不可能是未录制的现场表演，因此《世界知识产权组织表演和录音制品条约》第10条和《视听表演北京条约》第10条在为表演者规定信息网络传播权（条约称为“提供权”）时，用语均是“提供以其录音制品/视听录制品录制的表演”。

〔11〕 我国加入的《世界知识产权组织表演和录音制品条约》和《视听表演北京条约》均在第2条（a）款将“表演者”定义为作品和“民间文学艺术表达”的表演者，但《著作权法实施条例》第5条第6项将之定义为“……表演文学、艺术作品的人”，尚未纳入“民间文学艺术表达”的表演者。目前该条例正在修订过程中。

能。相当数量的演绎作品都是以尚在著作权保护期内的作品为基础创作的，对这些演绎作品的利用，当然会同时涉及原作品的著作权，但著作权法不仅规定作品（当然也包括演绎作品）的著作财产权中有许可权能，还规定他人要利用演绎作品必须同时获得演绎作品著作权人和原作品著作权人的许可，这说明立法者并不认为演绎作品著作权人发放利用演绎作品的许可，会导致对原作品著作权的侵害。对此，“防止侵害他人权利说”无法作出合理解释。

由此可见，无论是其他邻接权人，还是利用他人作品创作的演绎作品的著作权人，都不会因为对该邻接权客体和演绎作品的利用涉及在先作品的著作权或其他邻接权，就丧失了许可他人利用该邻接权客体或演绎作品的权能。他们也不会仅因向他人发放了此种许可，就侵害了在先作品的著作权或其他邻接权。“防止侵害他人权利说”的谬误，就在于将上述两个假想例中的第一个问题与第二个问题混为一谈。

（二）“遵从国际条约说”之辨

对于著作权法将广播组织权限定为禁止权能而不含有许可权能的另一解释，是著作权法遵从了国际条约的要求。

《与贸易有关的知识产权协定》（以下简称“TRIPs 协定”）第 14 条（对表演者、录音制作者和广播组织的保护）第 3 款规定：“广播组织应有权禁止下列未经其许可的行为……”，其中仅使用了“有权禁止”而未使用“有权许可”。从字面上看，TRIPs 协定中的广播组织权只有禁止权能而无许可权能。有学者认为，我国著作权法应据此将广播组织权限定为禁止权，而不应设定为许可权。例如，针对 2014 年国务院法制办公室公开征求意见的《著作权法（修改草案送审稿）》将广播组织权规定为“许可权”的情况，^{〔12〕}有学者提出反对意见，理由之一为“在广播组织权国际保护方面尚难认定授权性设权模式的国际经验。一方面，现有公约都采用或允许采用禁止性规范，……另一方面，国际立法趋势并未明显倾向于授权性设权模式”。^{〔13〕}

这一解释缺乏说服力。首先，TRIPs 协定第 14 条第 1 款在规表演者权时，用语为“表演者应有可能禁止下列未经其许可的行为……”，其中仍然只使用了“禁止”而未使用“许可”。如果说著作权法将广播组织权限定为禁止权能是为了遵从 TRIPs 协定，为何著作权法对表演者权的规定就没有遵从 TRIPs 协定？

其次，虽然 TRIPs 协定第 14 条第 1 款和第 3 款在规表演者和广播组织的保护时，分别只采用了“禁止”和“有权禁止”的表述，但其第 2 款规定“录音制品制作者应当有权许可或禁止直接或间接复制其录音制品”，也就是规定录音制作者权中有许可权能。TRIPs 协定在同一条中对三类邻接权采用不同的表述，原因是什么？

与之类似，《罗马公约》第 7 条第 1 款规定：“本公约为表演者提供的保护应包括禁止（下列行为）的可能……”，其中并没有出现“许可”。但其第 10 条规定：“录音制品制作者应当有权许可或禁止直接或间接复制其录音制品”，第 13 条规定：“广播组织应当有权许可或禁止（下列行为）……”，该两条中均包含了“许可”。这也同时意味着《罗马公约》和 TRIPs 协定保护广播组织的用语并不相同，这种差异的原因又是什么？

同时，《世界知识产权组织表演和录音制品条约》和《视听表演北京条约》在为表演者规

〔12〕 该征求意见稿第 42 条规定：“广播电台、电视台对其播放的广播电视节目享有下列权利：（一）许可他人以无线或者有线方式转播其广播电视节目；（二）许可他人录制其广播电视节目；（三）许可他人复制其广播电视节目的录制品。”

〔13〕 前引〔8〕，张弘等文，第 133 页以下。

定各项财产性专有权利时，都使用了“有权许可”的用语。^[14]这又与《罗马公约》和 TRIPs 协定只使用“禁止”一词规定对表演者的保护不同。在《世界知识产权组织表演和录音制品条约》各项有关录音制作者权的条款中，用语是“有权许可”，^[15]而不是《罗马公约》和 TRIPs 协定在保护录音制作者的条款中使用的“有权许可或禁止”。这些差异又如何解释？

我国没有加入《罗马公约》，但加入了《世界知识产权组织表演和录音制品条约》和《视听表演北京条约》，我国著作权法规定的表演者权中的财产权性权利包括许可权能，显然与上述两条约保持一致，而与 TRIPs 协定的规定在字面上不同。如果说著作权法规定广播组织权时只使用“有权禁止”的表述是为了遵从 TRIPs 协定，著作权法规定表演者有许可权能是否就违反了 TRIPs 协定？难道《世界知识产权组织表演和录音制品条约》和《视听表演北京条约》与 TRIPs 协定对表演者权的规定是相互矛盾的，从而导致同时加入这些条约的国家必然违反其中的某些条约？显然，“遵从国际条约说”对上述一系列问题均无法作出合理解释。

二、国际条约单独使用“禁止”和“有权禁止”的意义之辨

对于著作权法为什么在规规定广播组织权时只使用“有权禁止”，“遵从国际条约说”和“防止侵害他人权利说”虽然是截然不同的两种解释，但前者是因，后者是果。赞同该规定者实际上是先认定著作权法的规定遵从了国际条约的要求，再从理论上为其寻求正当性。因此，要判断对该规定的理解是否正确，应当寻根溯源，探究为何国际条约在规规定某些邻接权时只使用“禁止”或“有权禁止”的表述。

（一）国际条约中“有权许可”和“有权许可或禁止”的意义

知识产权作为私权，^[16]当然属于民事权利。其中的人身权利不具有直接的财产属性，因此无所谓“许可”，但知识产权中的财产性权利当然可以“许可”，以使权利人从他人对受保护客体的利用中获得经济利益。因此，国际条约要求缔约方保护相关客体时，常态是规定权利人“有权许可”，如《伯尔尼公约》和《世界知识产权组织版权条约》对著作财产权的规定，^[17]以及前述《世界知识产权组织表演和录音制品条约》和《视听表演北京条约》对录音制作者权和表演者权中财产性权利的规定，都使用了“有权许可”的用语。该用语的法律效果，是缔约方必须在著作权法或其他民事立法（如有关邻接权的单行民事立法）中规定财产性的民事权利，而不能仅对相关客体提供公法上的保护，如规定未经许可利用者的刑事责任，因为公法的保护并不产生可以“许可”的权利。

需要指出的是，虽然上述国际条约只要求“有权许可”而非“有权许可和禁止”，但如本文引言部分所述，权利人对其财产性民事权利进行许可的前提是其可以根据民事法律的规定，禁止他人未经许可而实施相关行为。因此，“有权许可”要求的是同时包含许可权能和禁止权能的财产性民事权利，即专有权利。缔约方实施条约的效果，必须使权利人既可以与其他民事

[14] 参见《世界知识产权组织表演和录音制品条约》第6条至第10条、《视听表演北京条约》第6条至第10条、第11条第1款。

[15] 参见《世界知识产权组织表演和录音制品条约》第11条至第14条。

[16] TRIPs 协定序言指出，“知识产权属私权”。

[17] 参见《伯尔尼公约》第8条、第9条、第11条、第11条之二、第11条之三、第12条、第14条；《世界知识产权组织版权条约》第5条至第8条。

主体进行交易（许可或转让），也可以对其他民事主体行使类似于物权请求权的绝对权请求权，禁止他人未经许可实施相关行为。

1961年缔结的《罗马公约》作为第一个邻接权国际条约，其保护录音制作者和广播组织的条款均要求缔约方规定录音制作者和广播组织“有权许可或禁止”。〔18〕需要注意的是，这两条的用语并不是“有权许可”，而是“有权许可或禁止”，这引起了解释上的问题。有观点认为，《罗马公约》第10条和第13条中的“有权许可”与“有权禁止”是“或者”的关系，即两者择一即可，因此缔约方不为录音制作者和广播组织规定同时具有许可权能和禁止权能的财产性民事权利，而只规定其“有权禁止”，也完全符合这两条的要求。〔19〕

笔者认为，该观点不能成立。国际条约中的“有权许可或禁止”在效果上与单独规定的“有权许可”相同，而与下文将分析的国际条约中单独使用的“禁止”不同。如上文所述，“有权许可”的权利本质上就是财产性民事权利（专有权利），其中必然同时存在许可权能和禁止权能，且两项权能是一个硬币的正反面，互为彼此，不可分离。因此，将要求缔约方规定“有权许可”的表述改为要求缔约方规定“有权许可或禁止”，仅是强调了权利人可以在利用许可权能和禁止权能之间进行选择，也就是既可以发放许可，也可以拒绝许可并禁止他人利用。因此，国际条约要求的“有权许可或禁止”不仅与“有权许可”没有区别，而且与“有权许可和禁止”也没有区别，都意味着缔约方必须规定同时具有许可权能和禁止权能的财产性民事权利。世界知识产权组织编写的《世界知识产权组织管理的版权和相关权条约指南及版权及相关权术语汇编》在解释《罗马公约》第10条时也明确指出：“许可的专有权利”与“有权许可或禁止”这两种表达“具有相同的含义，必须被视为同义词”。〔20〕

欧盟《版权指令》中的用语可以为此提供印证。《版权指令》在设定成员国保护作者、表演者、录音制作者以及广播组织的复制权、向公众传播权（含向公众提供权，即我国著作权法中的信息网络传播权）和发行权的义务时，用语均为“成员国应当规定许可或禁止的专有权利……”。如果将其中“许可或禁止的专有权利”理解为成员国既可以选择规定同时具备许可权能和禁止权能的财产性民事权利，又可以选择规定只具有禁止权能的权利，不仅与“专有权利”的用语矛盾，也会与《版权指令》的立法目的及欧盟的条约义务发生明显冲突。如上文所述，《世界知识产权组织版权条约》和《世界知识产权表演和录音制品条约》保护作者、表演者和录音制作者的条款均要求缔约方规定“有权许可”，缔约方当然必须为作者、表演者和录音制作者规定同时具有许可权能和禁止权能的财产性民事权利。欧盟本身就是两条约的缔约方（当时为欧共体）。《版权指令》序言对此明确指出：“欧共体及多数成员国已经在（两）条约上签字并处于安排批准条约的过程中，本条约亦服务于实施这些新的国际义务。”〔21〕欧盟法院也认为：“《版权指令》的意图就是实施欧盟根据《世界知识产权组织版权条约》和《世界知识产权表演和录音制品条约》所承担的新的义务。因此。《版权指令》中的概念必须

〔18〕《罗马公约》第10条规定：“录音制品制作者应当有权许可或禁止直接或间接复制其录音制品”；第13条规定：“广播组织应当有权许可或禁止……”。

〔19〕前文所引述的观点“广播组织权国际保护方面……，现有公约都采用或允许采用禁止性规范”，表达的就是这一意思。参见前引〔8〕，张弘等文，第133页。

〔20〕WIPO, *Guide to Copyright and Related Rights Treaties Administered by WIPO and Glossary of Copyright and Related Rights Terms*, WIPO Publication No. 891 (E), 2003, p. 150.

〔21〕Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, Recitals (15).

尽可能地根据两条约的规定进行解释。”〔22〕显然，欧盟《版权指令》在为成员国设定保护作者、表演者、录音制作者和广播组织的义务时使用的“成员国应当规定许可或禁止的专有权利”的表述，只能被解释为成员国必须为作者、表演者、录音制作者和广播组织规定同时具有许可权能和禁止权能的财产性民事权利。

（二）国际条约单独使用“禁止”一词的意义

虽然《罗马公约》早在起草阶段就在保护录音制作者和广播组织的条款中使用了“有权许可或禁止”，也就是要求缔约方必须规定财产性民事权利，但各方对于《罗马公约》以何种模式保护表演者却发生了争议。在为缔结《罗马公约》而召开的1961年罗马外交会议上，捷克斯洛伐克代表团提议案，建议对表演者、录音制作者和广播组织的保护采用相同的模式，但遭到了英国的反对。〔23〕这是因为，英国此前的立法已经对表演者提供了法律保护，但并不是赋予其财产性民事权利，而是对未经许可利用表演的行为追究刑事责任。1911年和1956年英国版权法并没有为表演者规定任何权利，但于1925年通过并于1958年修订的戏剧和音乐表演者保护法，将特定未经许可利用表演的行为定为刑事犯罪。〔24〕由于英国并未规定作为民事权利的表演者权，表演者没有财产性民事权利可供“许可”；如果他人擅自利用其表演，表演者并不能对此人提起民事诉讼，而只能请求国家追究此人的刑事责任。

国际条约的缔结必须考虑包容性，以尽可能地吸引各国加入。如果《罗马公约》在保护表演者时也要求缔约方规定表演者“有权许可或禁止”，将导致只对表演者提供刑事保护的英国无法立即加入《罗马公约》。由于彻底改变原有的保护模式并非易事，再加上漫长的修法程序，英国何时符合加入条件将难以预测。英国是现代版权法的起源地，《罗马公约》如不能吸引英国加入，其影响力将大大降低。更何况以英国立法为参照的国家还有许多。英国不加入《罗马公约》，这些国家加入的可能性也不大，这是起草《罗马公约》时必须面对的现实。

正是考虑到英国模式的存在，为了吸引更多的国家（特别是英国）加入，《罗马公约》第7条第1款在规对表演者的保护时采取了一种包容性更强也更为现实的方法，即不要求缔约方为表演者规定财产性民事权利，而是允许以其他模式实现禁止未经表演者许可实施特定行为的效果。这种方法的体现，就是规定“本公约为表演者提供的保护应包括禁止（下列行为）的可能……”。具体而言，如果某一国家在著作权法中为表演者规定了邻接权（民事权利），由于邻接权中的财产性权利既有许可权能，又有禁止权能，表演者自然可以通过对未经许可利用其表演的人提起侵权诉讼等民事救济途径，达到禁止他人未经许可利用其表演的效果，从而使该国立法符合《罗马公约》的要求。至于该国是否也通过刑法等公法禁止相同的行为，则无关紧要。与此同时，英国虽然没有为表演者规定财产性民事权利，但由于未经许可利用表演者的表演将被追究刑事责任，他人当然也被“禁止”未经许可利用表演者的表演，从而通过公法途径达到了《罗马公约》规定的保护水平。这样一来，英国和以英国立法为参照的国家

〔22〕 *Società Consortile Fonografici (SCF) v. Marco Del Corso*, Case C-135/10 (2012), para. 52. 该案本身与广播组织权无关，但该案判决中有关欧盟《版权指令》必须根据两条约进行解释的原则具有普适性。

〔23〕 See Summary Records in Records of the Diplomatic Conference on the International Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations, ILO, UNESCO, BIRPI, p. 136 (para. 1008), p. 150 (para. 1157) and p. 217.

〔24〕 该法规定：未经许可故意对戏剧或音乐作品的表演进行录音或拍摄，或对由此形成的录制品和胶片进行销售、商业出租、公开播放（即机械表演或放映）或广播，以及出于进行违法录制的目的而持有模具的，构成刑事犯罪，应处特定数额的罚金，还可视情况责令销毁相关录制品、胶片和模具。See *Dramatic and Musical Performers' Protection Act*, Section 1-5.

加入《罗马公约》就不存在法律上的障碍了。

罗马外交会议报告为此明确说明：《罗马公约》第7条的上述用语是为了允许诸如英国的国家继续通过刑事立法保护表演者。^[25] 同样道理，如果有的国家既没有为表演者规定财产性民事权利，也没有在刑法中保护表演者的表演，但在行政法规中将未经许可利用表演者表演的行为定为违法行为，处以罚款等行政处罚，也符合《罗马公约》的要求。这样一来，《罗马公约》第7条第1款就具有了极强的包容性，它不问保护表演者的法律手段，只注重禁止未经许可利用表演的实际效果。世界知识产权组织编写出版的《罗马公约和录音制品公约指南》对该规定指出：“该款如此措辞的原因是给实施《罗马公约》的方式留下完全的选择自由，以使成员国选择最适合和最佳实施方式。它们可以基于任何一种或几种法学理论：劳动法、人身权利、反不正当竞争或不当得利等。当然，只要成员国愿意，也可以给予专有权利。……该措辞也使得像英国这样的国家保留它们的保护方法，即通过刑法提供保护，惩罚那些未经许可利用表演的人。这些国家认为这种方法最佳，而且拒绝给予（表演者）版权性质的财产权利。”^[26]

由此可见，国际条约在要求缔约方对特定客体提供保护时单独使用“禁止”一词，就已将各种模式纳入其中，从而在实施方式上最大限度地给缔约方留下自由选择的空间。缔约方实施该规定的方式远多于国际条约要求规定“有权许可”或“有权许可或禁止”的情形。^[27]

（三）著作权法仅为广播组织规定“有权禁止”是对TRIPs协定的误解

虽然《罗马公约》保护广播组织的第13条使用的是“有权许可或禁止”的用语，但由于我国并未加入《罗马公约》，我国著作权法在保护广播组织时并无遵守《罗马公约》的义务。著作权法在保护广播组织时使用“有权禁止未经其许可的下列行为”的用语，是借鉴了TRIPs协定第14条第3款保护广播组织的规定——“广播组织应有权禁止下列未经其许可的行为……”。因此，研究为什么TRIPs协定为广播组织规定的是“有权禁止”而非“有权许可”，对于合理解释我国著作权法中广播组织权的规定有重要意义。在TRIPs协定中，唯有保护录音制作者的规定的用语是“有权许可或禁止”，而保护表演者的规定单独使用了“禁止”，保护广播组织的规定使用了“有权禁止”。与《罗马公约》相比，TRIPs协定为缔约方设定的保护广播组织的义务的用语发生了变化。那么，这一变化发生的原因和意义是什么？

《罗马公约》保护表演者的条款单独使用“禁止”的原因是非常清楚的，主要就是为了便于英国加入。^[28] 但对于TRIPs协定，难以找到直接解释上述转变的资料。然而，从TRIPs缔结的过程仍然可以对此作出合理推断。可以肯定的是，由于知识产权属于民事权利，且以财产性民事权利为主，因此国际知识产权条约要求缔约方对特定客体提供保护时，用语以“有

[25] Report of the Rapporteur-General, Records in Records of the Diplomatic Conference on the International Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations, ILO, UNESCO, BIRPI, p. 43.

[26] Guide to the Rome Convention and to the Phonograms Convention, WIPO Publication No. 617 (E), 1981, p. 34 (paras 7.4-7.5).

[27] 上述分析也可印证上文的结论，即《罗马公约》保护录音制作者的第10条和保护广播组织的第13条使用的“有权许可或禁止”与“有权许可”无异。如果认为“有权许可或禁止”是指允许缔约方在规定财产性民事权利和只规定刑事或行政保护之间进行选择，就会导致《罗马公约》第10条和第13条在效果上与保护表演者的第7条第1款无异，这无法解释为什么在1961年罗马外交会议上，英国反对捷克斯洛伐克提出的《罗马公约》第7条第1款的用语应与第10条和第13条的用语保持一致的建议，以及为什么该建议经过各代表团讨论后，最终被拒绝。

[28] 《罗马公约》是由世界知识产权组织的前身——知识产权联合国际局（BIRPI）、联合国教科文组织和国际劳工组织共同主持缔结的，其谈判过程公开透明，历次会议及外交会议均有各参与方的提案和发言的完整记录，从中可以清晰地了解特定条款甚至具体用语的产生和演变过程。

权许可”或“有权许可或禁止”为主，以单独使用“禁止”或“有权禁止”为例外，且这种例外必有特殊原因。笔者认为，这其中的特殊原因在于美国的现实需要。

TRIPs 协定是世界贸易组织的基础协定之一，是美国将知识产权保护与贸易挂钩的产物，^[29] 是由美国推动与主导的。^[30] 因此，TRIPs 协定对表演者、录音制作者和广播组织的保护，与美国的偏好密切相关。美国长期游离于《伯尔尼公约》之外，直至 1989 年才成为《伯尔尼公约》成员国，^[31] 但至今未加入《罗马公约》。因此，美国版权法没有建立著作权和邻接权的二分结构，其中并不存在被称为“邻接权”的一类权利，其保护的唯一客体就是“作品”。直至今日，美国版权法中也不存在被称为“表演者权”的民事权利。这一点既不同于著作权与邻接权泾渭分明的大陆法系国家，也不同于以英国为代表的其他英美法系国家，后者在 TRIPs 协定缔结之前，多数已在其版权法中规定了作为民事权利的表演者权。^[32]

由于 TRIPs 协定是由美国发起和主导的，美国并不希望因 TRIPs 协定的缔结而实质性地修改其版权法。既然美国版权法没有规定表演者权，美国也必然主张 TRIPs 协定按照《罗马公约》第 7 条第 1 款的措辞对表演者提供保护。^[33] 结果就是 TRIPs 协定第 14 条第 1 款规定对表演者的保护时，单独使用了“禁止”一词，这完全是沿用《罗马公约》第 7 条第 1 款的结果。^[34] 与此同时，美国版权法一方面不存在类似大陆法系国家著作权法中的广播组织权，也就是没有专门为广播组织规定作为财产性民事权利的邻接权，另一方面也不像英国版权法那样，明确将“广播”（broadcast）列为一种受保护的作品，^[35] 而是主要通过电信管理方面的法规禁止未经

[29] See Multilateral Trade Negotiations the Uruguay Round, MTN.GNG/NG11/W/2, Statement by the United States at Meeting of 25 March 1987.

[30] 参见 [美] 苏珊·K. 塞尔：《私权、公法——知识产权的全球化》，董刚、周超译，中国人民大学出版社 2008 年版，第 94 页以下。

[31] 《伯尔尼公约》的基本原则是“自动保护原则”。《伯尔尼公约》第 5 条第 2 款规定：“享有和行使这些权利不需要履行任何手续。”“这些权利”指《伯尔尼公约》规定的各项权利，“手续”包括对作品的登记。但美国版权法在为符合《伯尔尼公约》作出修改之前，长期要求以作品登记作为版权人提起侵权诉讼的条件（参见修改前的美国版权法第 411 条（a）款）。对于未登记的作品，作者虽然名义上享有版权，但无法通过诉讼保护其版权。这与《伯尔尼公约》规定的“自动保护原则”是完全对立的。美国通过《1988 年〈伯尔尼公约〉实施法》修改其版权法，在保留将“美国作品”的登记作为起诉条件的同时，对源于《伯尔尼公约》其他成员国的作品提供自动保护（即在版权保护方面采取“超国民待遇”），从而达到了《伯尔尼公约》的要求。See Berne Convention Implementation Act of 1988, Public Law 100-568, Section 4.

[32] 早期只对表演者提供刑事保护的英国，后来也为表演者规定了民事权利，其《1988 年版权、外观设计和专利法》（下文简称“英国版权法”）第二部分即为“表演者权”，为表演者赋予了一系列专有权利（含财产性民事权利）。See Copyright, Designs and Patents Act 1988, Part II (Rights in Performances), Section 180-184.

[33] 虽然难以找到美国在 TRIPs 协定谈判中作此主张的直接证据，但美国在《世界知识产权组织表演和录音制品条约》的谈判过程中，主张按照《罗马公约》的用语规定对表演者的保护。See WIPO doc. INR/CE/IV/4, Questions Concerning a Possible Instrument for the Protection of the Rights of Performers and Producers of Phonograms: Proposal of the European Community and Its Member States and Proposals for the United States of America, p. 11; WIPO doc. INR/CE/IV/5, Questions Concerning a Possible Instrument for the Protection of the Rights of Performers and Producers of Phonograms: List of Topics and Comparative Table, p. 5.

[34] See Daniel Gervais, *The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis*, 2d ed., Sweet & Maxwell, London, 2003, pp. 157-158 (in para. 2. 142).

[35] 英国版权法并没有大陆法系国家著作权法中的广播组织权（邻接权），而是将“广播”规定为一种法定作品类型，但不以“固定”为构成要件，这使之有别于以“固定”为要件的电影作品。See Copyright, Designs and Patents Act 1988, Section 1 (1); Hugh Laddie, Peter Prescott & Mary Vitoria, *The Modern Law of Copyright and Designs*, 4th ed., LexisNexis, 2011, pp. 451-452.

许可的转播等行为。^[36]因此,美国难以接受 TRIPs 协定以《罗马公约》第 13 条中广播组织“有权许可或禁止”的用语为成员方设定保护广播组织的义务。^[37]

正因如此,TRIPs 协定第 14 条第 3 款保护广播组织的方式可谓独一无二。该款前半句规定:“广播组织应有权禁止下列未经其许可的行为:录制、复制录制品、以无线广播方式转播以及将其电视广播向公众传播”。对“有权禁止”的法律效果,有观点认为它与《罗马公约》第 13 条一样,要求为广播组织规定专有权利。^[38]但专有权利意味着同时具有许可权能和禁止权能的财产性民事权利,该观点既无法解释为什么 TRIPs 协定第 14 条第 3 款前半句没有使用《罗马公约》第 13 条中的“有权许可或禁止”,也无法解释为什么 TRIPs 协定该条款的草案曾出现过“有权许可或禁止”的表述,^[39]但最终被改为“有权禁止”。“有权禁止”也不能理解为与 TRIPs 协定第 14 条第 1 款及《罗马公约》第 7 条第 1 款保护表演者时单独使用的“禁止”具有相同的效果,即成员方提供刑事保护等其他保护途径即可,否则无法解释 TRIPs 协定起草过程中曾使用过的“广播组织应有可能禁止”为何最终被改为“广播组织有权禁止”。^[40]

笔者认为,“有权禁止”的用语可能反映了一种中间立场,即世界贸易组织成员应当为广播组织规定民事救济,因为这样才能使广播组织享有通过民事诉讼制止相关行为的权利(即“有权禁止”),但不必规定财产性民事权利,即不必规定同时具有许可权能和禁止权能的邻接权(专有权利)。例如,我国著作权法规定了对技术措施的保护,^[41]对于规避技术措施的行为,权利人可以通过民事诉讼获得救济。^[42]但技术措施本身并不是与复制权、发行权和信息网络传播权等专有权利具有相同性质的财产性民事权利。因此,权利人对技术措施无所谓“有权许可”,但“有权禁止”他人规避技术措施。TRIPs 协定的制定者希望在要求对广播组织权规定邻接权(财产性民事权利)和要求在保护模式上享有完全自由的国家之间进行调和,^[43]因而采用了国际条约中非常罕见的“有权禁止”。

然而,无论对 TRIPs 协定第 14 条第 3 款前半句要求的义务作何种解释,其在该后半句面前都几乎无关紧要。该款后半句为:“如各成员未授予广播组织此类权利,则在遵守《伯尔尼公约》(1971)规定的前提下,应给予广播的客体的版权所有人阻止上述行为的可能性。”它意味着,如果某世贸组织成员虽然没有规定任何对广播组织的保护,但其著作权立法根据《伯尔尼公约》(1971 年巴黎文本)为作品著作权人规定了内容相同的权利,包括复制权(《伯尔尼公约》第 9 条)、(无线)转播权(《伯尔尼公约》第 11 条之二第 1 款第 2 项)和通过

[36] See 47 U. S. C. § 325.

[37] 有国外学者隐晦地表达了这一观点:“TRIPs 协定第 14 条第 3 款反映了支持和反对为广播提供保护的国家之间的妥协。特别是美国并没有(也不准备)保护广播,而绝大多数其他国家不是通过相关权保护广播(作者权体系国家),就是通过版权来保护。”Silke von Lewinski, *International Copyright Law and Policy*, Oxford University Press, 2008, p. 300, para. 10. 96.

[38] 参见上引 Lewinski 书,第 300 页,第 10. 96 段;Owen Morga, *The Protection of “Related Rights” in TRIPS and the WIPO Performances and Phonograms Treaty*, in Carlos M. Correa (ed.), *Research Handbook on the Protection of Intellectual Property under WTO Rules*, Intellectual Property in the WTO Volume I, Edward Elgar Publishing Limited, 2010, p. 388.

[39] 1990 年 12 月的 TRIPs 协定草案第 16 条第 3 款规定:“广播组织权应有权许可或禁止……。”Draft Final Act Embodying the Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations, MTN. TNC/W/35/Rev. 1, p. 202.

[40] 1990 年 7 月版的“主席报告”第 13 条第 1 款规定:“广播组织应有可能禁止……。”Status of Work in the Negotiation Group Chairman’s Report to the GNG, MTN. GNG/NG11/W/76, p. 12.

[41] 参见著作权法第 49 条第 2 款。

[42] 参见著作权法第 53 条第 6 项。

[43] 参见前引 [34], Gervais 书,第 160 页,第 2. 146 段。

扩音器或其他任何传送符号、声音或图像的类似工具向公众传播广播的作品的权利（《伯尔尼公约》第11条之二第1款第3项），则该成员方就不违反TRIPs协定第14条第3款的义务。^[44]

从法理角度看，该规定的怪异程度令人吃惊。如果国际条约对表演者和录音制作者的保护套用这个模式，就应规定只要为被表演和被录制的作品的著作权人规定了（无线）广播权、复制权和发行权等专有权利，就不必再为表演者和录音制作者规定这些权利。由于多数国家都是先加入《伯尔尼公约》，再加入相关邻接权公约，上述模式将使保护邻接权的国际条约几乎丧失存在的意义，因为几乎所有准备加入邻接权条约的国家都已根据《伯尔尼公约》为作品的著作权人规定了一系列专有权利。显然，TRIPs协定第14条第3款的规定为美国在不改变现有立法模式的情况下符合TRIPs协定上了“双保险”，即该款前半句确保美国无需为广播组织规定财产性民事权利，后半句干脆免除了美国保护广播组织的任何义务，因为美国版权法为保护作品而规定的复制权和表演权达到了《伯尔尼公约》保护相关专有权利的要求。^[45]这就完美地契合了美国国内法的规定。^[46]

TRIPs协定在保护录音制作者时，保留了《罗马公约》第10条保护录音制作者时采用的“有权许可或禁止”的用语，原因在于美国版权法中虽然没有大陆法系国家著作权法规定的录音制作者权，但将录音制品规定为法定作品类型，^[47]录音制作者作为作品的作者享有复制权等专有权利（财产性民事权利）。对于TRIPs协定中为录音制作者规定财产性民事权利的要求，美国版权法已经满足，^[48]因此美国并不反对。

只要充分理解了国际条约为何在对特定客体提供保护时单独使用“禁止”或“有权禁止”，就能清楚地看出我国著作权法规定广播组织权时单独使用“有权禁止”是对TRIPs协定的误解。这种误解体现在以下两个方面：

一是误解了TRIPs协定第14条第3款的成因与法律效果。该款是为了满足美国保持其国内立法模式的需要而产生的，实际效果是该条款不要求但并不禁止成员方为广播组织规定财产性民事权利。因为财产性权利当然具有禁止权能，可以实现广播组织“有权禁止”的法律效果。我国早在1990年著作权法中就已经将广播组织权规定为财产性民事权利，^[49]然而立法者误认为这与TRIPs协定第14条第3款提出的“有权禁止”的要求不符，因此在2001年修改著作权法时将原有用语改为“有权禁止”。事实上，目前世贸组织成员的著作权立法中，绝大多数都规定广播组织“有权许可”或“有权许可或禁止”，^[50]从一个侧面说明了我国著作权

[44] 参见前引[34]，Gervais书，第160页，第2.146段。

[45] 美国版权法为版权人规定了复制权和表演权等专有权利，其中表演权的涵盖范围远广于我国著作权法的表演权，可以规制非交互式传播行为，包括无线广播、有线电视传播和网播。See 17 U. S. C. § 106.

[46] 有学者在解释该条款时指出：“许多国家，特别是版权体系（这里特指与‘作者权’体系相对应的英美法系——笔者注）通过版权保护广播的内容，而没有给广播组织以特别权利。”前引[38]，Morga文，第388页。以英国为代表的许多其他英美法系国家已将“广播”作为一类作品提供保护，而美国版权法既没有规定广播组织权，也没有将“广播”规定为作品，因此该条款显然更符合美国的需要。

[47] See 17 U. S. C. § 102 (a) (7).

[48] 根据美国版权法的规定，录音制品版权人与其他类型作品版权人在享有的专有权利方面，唯一有差异的就是表演权。录音制品版权人享有的表演权只针对“数字音频传输”。See 17 U. S. C. § 106 (6).

[49] 1990年著作权法第42条第1款规定：“广播电台、电视台对其制作的广播、电视节目，享有下列权利：……（二）许可他人播放，并获得报酬；（三）许可他人复制发行其制作的广播、电视节目，并获得报酬。”

[50] 据笔者研究生褚楚和张一明对世界贸易组织成员著作权法保护广播组织条款（或将“广播”规定为一类作品提供保护）的梳理，规定“有权许可”的有77个，规定“有权许可和/或禁止”的有57个，单独规定“有权禁止”的只有17个。而且如下文所述，即使单独规定“有权禁止”的立法，也没有剥夺许可权能。

法立法者对 TRIPs 协定的理解不当。

二是误解了国际条约与国内法的关系。国际条约中的条款并不是供缔约方照搬的，而是供其实施的。因此，对国际条约的要求，各国可以通过不同方式实施。TRIPs 协定第 14 条第 3 款有关广播组织“有权禁止”的规定也不例外。它当然不是要求世贸组织成员只能在其著作权立法中规定广播组织“有权禁止”且不允许其规定“有权许可”。换言之，该款中广播组织“有权禁止”的规定，是对世贸组织成员法律体系的要求，而不是对其著作权法的要求。然而，我国著作权法立法者未能正确地认识到这一点，只是简单地将 TRIPs 协定第 14 条第 3 款的用语照搬进了著作权法，造成了表面上广播组织只有禁止权能而无许可权能的结果。

三、著作权法中广播组织权具有许可权能的正当性

探究国际条约单独使用“禁止”或“有权禁止”的本意，并非仅为了证明我国著作权法立法者的不当理解，它对于合理解释著作权法中的广播组织权条款也具有重要作用。笔者认为，以上文对国际条约相关条款的解释为基础，结合财产性民事权利的基本原理以及对其他知识产权保护体系和国外立法的观察，可以得出结论，即著作权法在规定广播组织权时，虽然只使用了“有权禁止”的用语，但广播组织权必然含有许可权能。

（一）著作权法中的广播组织权应被解释为含有许可权能

首先，国际条约在规定对特定客体的保护时之所以单独使用“禁止”或“有权禁止”，是为了免除缔约方通过规定财产性民事权利实现保护效果的义务，但绝非不允许缔约方只规定财产性民事权利。虽然著作权法立法者规定广播组织权时单独使用“有权禁止”，但该规定毕竟是在著作权法这一赋权性民事立法中出现的，广播组织权在我国也被公认为属于作为财产性民事权利的邻接权，其中的禁止权能已足以使我国履行条约义务。将著作权法中的广播组织权解释为与作者权、表演者权、录制者权和版式设计权一样，同时具有禁止权能和许可权能，不会与 TRIPs 协定产生任何冲突，而将广播组织权认定为只具有禁止权能，则完全无法解释为什么我国选择通过规定财产性民事权利履行 TRIPs 协定第 14 条第 3 款有关保护广播组织的义务。

其次，排除人身权利后的知识产权作为财产性民事权利，其许可权能与禁止权能如同一个硬币的两面。禁止权能是许可权能的基础，如无禁止权能，他人就不可能寻求权利人的许可。许可权能是实现知识产权财产价值的关键，知识产权人当然可以通过自行利用受保护的客体获得经济利益，但只有能够许可他人利用，才能在禁止权能的配合下（即未获许可者不得以相同方式利用），实现知识产权人经济利益的最大化。

再次，专利法第 11 条规定：“发明和实用新型专利权被授予后，除本法另有规定的以外，任何单位或者个人未经专利权人许可，都不得实施其专利……。外观设计专利权被授予后，任何单位或者个人未经专利权人许可，都不得实施其专利……。”其中“未经专利权人许可，都不得实施其专利”的表述，与著作权法第 47 条第 1 款“有权禁止未经其许可的下列行为……”的用语，并无实质性区别。专利法第 11 条并没有同时出现“有权许可”的用语，而且该条是专利法中唯一规定专利权人各项权利的条款，但基于上文所述的设立财产性民事权利的基本法

理，专利权中当然同时存在禁止权能和许可权能。专利法一系列有关专利许可的规定，^[51]也都印证了这一点。同样道理，不能仅仅因为著作权法第47条第1款没有使用“有权许可”的用语，就得出作为财产性权利的广播组织权中没有许可权能的结论。相反，在法律没有明确剥夺广播组织权中的许可权能的情况下，广播组织权作为财产性民事权利当然具有许可权能。

最后，从各国立法的比较来看，绝大多数国家的著作权立法在规​​定广播组织权时，使用的术语都是“有权许可”或“有权许可或/和禁止”，仅有二十个国家的著作权法单独使用了“有权禁止”或“不得未经（广播组织）许可”的用语。^[52]即使是在这些少数国家，上述用语也不意味着广播组织权就只有禁止权能而无许可权能。以丹麦著作权法为例，其第69条规定：“未经广播组织许可，他人不得对声音广播或电视广播进行转播……。”表面上看，该条仅是广播组织“有权禁止”的另一种表述，并没有直接规定许可权能。然而，丹麦早在1965年就加入了《罗马公约》。^[53]如前文所述，《罗马公约》要求缔约方必须规定包含许可权能的广播组织权。同时，丹麦著作权法以类似的措辞规定了表演者权和录音制作者权，^[54]而且丹麦还是《世界知识产权组织表演和录音制品条约》的缔约方，^[55]有义务根据该条约为表演者和录音制作者规定包含许可权能的表演者权和录音制作者权，并有义务根据《罗马公约》规定包含许可权能的录音制作者权。丹麦著作权法又怎么可能剥夺表演者权、录音制作者权和广播组织权中的许可权能，从而使丹麦违反条约义务呢？^[56]

由此可见，在著作权法等民事立法中规定广播组织权时单独使用“有权禁止”的用语，与在国际条约中为缔约方设定保护广播组织的义务时单独使用“有权禁止”的用语，法律效果完全不同。后者意味着给予缔约方选择不为广播组织规定财产性民事权利的自由，而前者仅是从反面表述广播组织权的财产权性质。

（二）广播组织权之许可权能与公共利益的协调

在著作权法第三次修改过程中，围绕广播组织权条款修改的争议焦点在于是否为广播组织增加信息网络传播权。笔者曾撰文提出，对广播组织权的保护应采取“以信号为基础的方法”，保护的客体是载有节目的信号而非节目本身；信息网络传播权的客体只可能是被录制的节目，而不是载有节目的信号，因此不应为广播组织规定信息网络传播权。^[57]但这一意见未被接受，修改后的著作权法为广播组织增加了信息网络传播权。

[51] 例如，专利法第12条规定：“任何单位或者个人实施他人专利的，应当与专利权人订立实施许可合同，向专利权人支付专利使用费。”

[52] 经笔者研究生闻天吉和虞丽莎对世界知识产权组织网站公布的各国著作权法的统计，有87个国家的著作权法将广播组织权规定为“许可权”，有63个国家的著作权法将广播组织权规定为“许可和禁止权”，只有20个国家的著作权法在规​​定广播组织权时没有使用“有权许可”的用语，而是使用了“有权禁止”或“不得未经（广播组织）许可”的用语。需要注意的是，英国版权法和以之为模板的国家是将“广播”作为一类作品保护的，而未规定作为邻接权的广播组织权，但在作上述统计时，也根据其条款的用语进行了相应的分类。

[53] See <https://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/en/documents/pdf/rome.pdf>, last visited on 2022-05-10.

[54] 参见丹麦著作权法第65条（表演者）和第66条（录音制作者）。

[55] See https://wipolex.wipo.int/en/treaties/ShowResults?search_what=C&treaty_id=20, last visited on 2022-05-10.

[56] 同为北欧国家的芬兰和挪威的情况与丹麦类似。参见芬兰著作权法第45条（表演者）、第46条（录音制作者）和第48条（广播和电视组织）；挪威著作权法第16.1条（表演者权）、第20.1条（录制者权）第22.1条（广播组织权）。芬兰和挪威都加入了《罗马公约》（<https://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/en/documents/pdf/rome.pdf>, last visited on 2022-05-11），芬兰还是《世界知识产权组织表演和录音制品条约》的缔约方。

[57] 参见前引〔1〕，王迁文。

该项修改存在正当性问题。虽然邻接权常被称为“作品传播者权”，但仅仅传播作品并不可能产生邻接权。例如，销售作品复制件的书店、放映电影作品的电影院和提供作品在线欣赏和下载的网站，都可被称为作品传播者，^{〔58〕}然而没有哪个国家的著作权法会为书店、电影院和网站规定邻接权。只有形成了有别于被传播客体的新成果，才可能对此种新成果设定邻接权，以保护相关投资和智力投入。表演者权保护的是表演过程中形成的表演者与众不同的动作、表情与声音等；录制者权保护的是首次录制形成的固定在物质载体上的声音或连续画面；版式设计权保护的是版式设计。同样道理，广播组织权保护的绝不应当是被广播组织播放的节目（作品、表演或录音录像制品），而是载有节目的信号，因为只有后者才是有别于节目本身的新成果。

与此基本原理明显相悖的是，广播组织享有的信息网络传播权针对的行为，是将已经录制在物质载体上的节目上传至网络服务器中供公众在线欣赏或下载。换言之，信息网络传播权不可能针对载有节目的信号，而是针对被录制在物质载体上、已经脱离了信号的节目。以电视台播放他人拍摄的电影为例，观众将电视台播放的电影用数码录像机录制后上传至视频网站供公众点播或下载，传播的是电影本身，而不是“载有电影的信号”。该行为与从音像店购入电影光盘后，将其中的电影上传至网络，以及与在电影院播放电影时录制电影并将录下的电影上传至网络，涉及的权利结构本不应有任何区别，即只可能侵害电影作品的著作权，而不可能侵害音像店或电影院在著作权法上的任何权利。然而根据修改后的著作权法，未经电视台许可，将电视台播放的电影录制后上传至视频网站传播，侵害了电视台作为广播组织对其播放的该节目（即该电影）享有的信息网络传播权。这意味着电视台仅仅因为传播了他人拍摄的电影，就对该电影本身，而不是对其在传播电影过程中形成的新成果——载有电影的信号享有邻接权。显然，这样的“赋权”缺乏正当性。

由此，“防止侵害他人权利说”希望通过将广播组织权解释为不具有许可权能，降低为广播组织规定信息网络传播权所造成的不良影响，但这不是解决问题的正确方向。“防止侵害他人权利说”的核心，是不允许广播组织单独发放利用广播、电视的许可，以免损害广播、电视节目的著作权人、表演者和录音录像制作者的利益。然而，损害这些权利人利益的行为，并不是许可本身，而是被许可人在未取得这些权利人相应许可的情况下利用广播、电视。承认广播组织权中有许可权能，并不意味着广播、电视的利用者就只需要经过广播组织的许可。

笔者认为，要走出著作权法为广播组织规定信息网络传播权引发的正当性困境，有两种解决方案。一是采用“以信号为基础的方法”，将广播组织传送的“载有节目的信号”而非广播组织播出的节目定为广播组织权的客体，并相应地删除以节目为客体的信息网络传播权，将转播权规定为广播组织权的唯一内容。但该方案涉及对广播组织权内容的大幅修改，等于完全否定了2020年著作权法为广播组织增加信息网络传播权的合理性，恐难为立法者接受。因此较为现实的做法是采取第二种方案，即对现有规定作限缩性解释，将作为广播组织信息网络传播权客体的“节目”限定为广播组织自己制作（包括参与制作，下同）的节目。此类节目必定是广播组织享有著作权的作品或享有录制者权的录音录像制品，广播组织当然可以对自己的作品或录音录像制品发放信息网络传播权的许可。

〔58〕 这里的“传播”是著作权法第1条“……鼓励有益于社会主义精神文明、物质文明建设的作品的创作和传播”意义上的“传播”，不是指有别于发行权的传播权意义上的“传播”。

第二种解决方案的优势是其能够使 2020 年修改著作权法时新增加的第 47 条第 2 款具有实际意义。该款规定：“广播电台、电视台行使前款规定的权利，不得影响、限制或者侵害他人行使著作权或者与著作权有关的权利。”如前文所述，将广播组织权限于禁止权能，是立法者误解 TRIPs 协定第 14 条第 3 款所致，是立法者刻意的选择，目的在于避免因“赋予广播组织‘许可权’这样的积极性权利”而“与原作者人的权利产生冲突”。^[59]既然立法者认为广播组织只有禁止权能，那么第 47 条第 2 款中“广播电台、电视台行使前款规定的权利”，当然就是指广播组织行使禁止权，立法者不希望广播组织通过行使禁止权而“影响、限制或者侵害他人行使著作权或者与著作权有关的权利”，实际上就是要防止广播组织禁止人们仅利用完全由他人制作的节目。只有将广播组织行使信息网络传播权的对象限于其自己制作的节目，才能实现该立法目的。即使该节目中还包含了他人的作品、表演或录音录像制品，广播组织禁止未经许可录制该节目后提供该节目的点播或下载也具有正当性，因为该节目中存在其对内容作出的贡献。

将广播组织的信息网络传播权的客体限定为广播组织自己制作的节目，当然会使该信息网络传播权的意义存疑。广播组织对自己制作的节目，本就可以作为著作权人或者录音录像制作者享有著作权或录制者权，其中本就含有信息网络传播权，再为广播组织规定对自己制作节目的信息网络传播权，显得多此一举，但至少确保了广播组织仅对自己贡献的内容行使权利，因此也不失为在现行著作权法的框架下解决广播组织权正当性的有效途径。

同时需要指出的是，赞同为广播组织规定信息网络传播权的观点往往引用英国版权法和欧盟《版权指令》等立法。以这些立法为依据发生的有关广播组织权侵权的诉讼，除未经许可直播（涉及对信号的利用）外，基本都涉及未经许可利用体育赛事直播节目（如提供该直播片断的点播），且作为原告的广播组织均参与了涉案体育赛事直播节目的制作。^[60]虽然这些立法并没有明文将广播组织信息网络传播权的客体限定于广播组织制作的节目，但司法实践中保护的仍然是广播组织自己制作的节目。这实际上就是上文提出的第二种解决方案。

由此可见，将著作权法中第 47 条第 1 款规定的广播组织信息网络传播权的客体限定为广播组织自己制作的节目，虽然违背了“以信号为基础的方法”并造成权利的重叠，但这是立法成本最小且最符合公共利益的合理做法。^[61]

结 语

综上所述，著作权法第 47 条第 1 款将广播组织的权利仅规定为“有权禁止”而未规定

[59] 前引 [6]，黄薇等主编书，第 239 页。

[60] See *British Broadcasting Corporation v. British Satellite Broadcasting Ltd.*, [1992] Ch. 141 (英国案例); *Gestevisión Telecinco Sa v. Nit Editorial Information Sporty Sl.*, SAP M 2736/2012 (西班牙案例); *Star India Pvt. Ltd. & Anr. v. Haneeth Ujwal & Ors.*, Lndu 2014 Del 41 (印度案例); Copyright Council Opinion: Quoting a Moving Image and Narration in a Documentary 2016:11 (芬兰版权委员会咨询意见), <https://okm.fi/documents/1410845/3894540/Lausunto+2016-11+Liikkuvan+kuvan+ja+selostuksen+lainaaminen+dokumenttifilmiss%c3%a4>, last visited on 2022-05-12.

[61] 实际上，著作权法第 47 条第 1 款为广播组织规定的复制权（“广播电台、电视台有权禁止未经其许可的下列行为：……（二）将其播放的广播、电视录制以及复制……”），也针对节目本身，而不是载有节目的信号，上文针对信息网络传播权的分析对其完全适用。但因单纯复制广播组织的节目而不进行后续利用，对广播组织的影响很小，实务中也从未发生过纠纷，本文不展开讨论。

“有权许可”，是误解 TRIPs 协定第 14 条第 3 款所致。在著作权法再次修改之前，可以通过法律解释的方法，将第 47 条第 1 款中的“有权禁止”解释为许可权能的反面表述，即作为财产性民事权利的广播组织权同时具有许可权能和禁止权能。这既符合财产性民事权利的基本性质，又遵循了 TRIPs 协定第 14 条第 3 款的本意，且与多数国家的做法相同。对于因广播组织对其播出的节目享有的信息网络传播权中含有许可权能而可能带来的正当性问题，可以结合著作权法第 47 条第 2 款，通过对该项信息网络传播权的范围进行限缩性解释来解决，即广播组织权中的信息网络传播权只能针对广播组织自己制作的节目，以此避免广播组织仅因播出他人制作的节目甚至是已进入公有领域的节目，而对节目内容（而非载有节目的信号）享有信息网络传播权。上述解释既能有效促进节目的利用，又能避免利益失衡，是值得考虑的对策。

Abstract: There are two theories that support the interpretation of “the right to prohibit” of a broadcasting organization in Chinese Copyright Law as meaning that it does not have “the right to authorize”, namely “the theory of preventing infringement on other people’s rights” and “the theory of complying with international treaties”, and neither of them is tenable: the former cannot explain why other neighboring rights, as well as the right to derivative work, contain “the right to authorize”, while the latter fails to understand the legal effects of the terms “the right to authorize”, “the right to authorize or prohibit”, “prohibit” and “the right to prohibit” in international treaties. “The right to prohibit” used in the TRIPS Agreement on the protection of broadcasting organizations means that WTO members are allowed not to provide for the property rights of broadcasting organizations, but they should at least provide for related civil remedies. The right of a broadcasting organization, which is defined as a property right in Chinese Copyright Law, should be interpreted as containing “the right to authorize”. In addition, the scope of the right of making broadcasting available enjoyed by a broadcasting organization should be limited to the programs produced by the broadcasting organization itself. Such an interpretation may lead to the overlap of rights, but it can effectively solve the legitimacy problems caused by the protection of the broadcasting organization’s right of making broadcast available that contains “the right to authorize”.

Key Words: broadcasting organization’s right, right to authorize, right to prohibit, right of making available
