

# 外国版权客体在本国的保护

阮开欣\*

---

**内容提要：**外国版权客体的保护主要以本国同外国缔结的条约为依据，这尚未在我国受到足够重视。无条约不保护原则是版权地域性的体现，但也有一定的例外。条约关系保护与互惠关系保护是功利主义理论在版权制度中的体现，而利他主义保护的存在主要归功于自然权利理论。外国版权客体的保护资格可以基于属人标准或属地标准。适用属人标准时需要考察作者身份的冲突规范。网络提供行为宜属于属地标准中的“出版”。版权条约在采取国民待遇原则的同时，在特定情况下允许实质互惠待遇以促成国家利益的对等。取低性实质互惠是实现国家利益对等的最灵活方式。我国有必要对“外保条款”予以修改，以利用版权条约中的国民待遇例外机制。著作权立法还应当吸纳限于精神权利的利他主义保护和采取取低性实质互惠方式的互惠关系保护。为遵循无条约不保护原则并避免条约义务之违反，我国司法实践应当认可相关版权条约内容具有直接适用性和优先效力。

**关键词：**版权客体 无条约不保护原则 版权条约 国民待遇

---

## 一、问题的提出

版权客体包括作品（狭义著作权客体）和邻接权客体，其也有“国籍”之区分。版权客体的“国籍”关系到其在保护国的保护资格和保护程度，外国版权客体与本国版权客体的保护可能存在差异。基于版权的地域性，除非国际条约的约束，一国通常只保护本国版权客体（本国版权客体的范围由保护国决定，通常指本国国民创作或首次在本国出版的版权客体）。外国版权客体的保护主要以本国同外国缔结的条约为依据，仅于条约要求的义务范围内提供保护，即遵循没有条约要求的情况下本国不保护外国版权客体的原则（笔者称之为“无条约不

---

\* 华东政法大学知识产权学院副教授。

本文系作者主持的上海市哲学社会科学规划项目“国际知识产权诉讼管辖权冲突问题研究”（2021EFX003）的成果之一。

保护原则”)。基于《保护文学和艺术作品伯尔尼公约》(《伯尔尼公约》)、《保护表演者、录音制品制作者与广播组织的国际公约》(《罗马公约》)、《世界知识产权组织版权条约》(WCT)、《世界知识产权组织表演和录音制品条约》(WPPT)等世界知识产权组织(WIPO)管理的版权条约以及《世界版权公约》(UCC)、《与贸易有关的知识产权协定》(TRIPS协定)等多边或双边条约,日益成熟的版权国际保护体系逐步建立起来。这些版权条约均不同程度地确立了国民待遇原则,以尽量确保本国版权客体与外国版权客体在保护国受到相同的保护。然而,每个版权条约的适用范围有其特定的限制:第一,每个版权条约所适用的客体范围是有限的,不能涵盖所有版权客体。第二,每个版权条约的缔约国数量是有限的,其保护资格范围有所限制。第三,每个版权条约的国民待遇原则存在一定的适用限制,对外国版权客体的特定歧视性待遇是条约所允许的。此外,对于外国版权客体的保护还需考察本国版权法的相应规定,基于保护国的国内法规定可能存在无条约不保护原则的特定例外现象。

版权条约作为外国版权客体在本国得到保护的重要法律渊源,在我国尚未受到足够重视。在司法实践层面,我国法院审理涉外版权侵权诉讼时容易忽视版权条约的具体适用范围,甚至作出违背无条约不保护原则的错误判决。例如,在“英特乐公司诉华南新海公司案”中,<sup>[1]</sup>莱特拉姆公司(美国公司)的涉案视频(由美国公民制作)被认定为录像制品,而非电影或类电作品。法院指出,中国和美国同为《伯尔尼公约》成员国,故莱特拉姆公司对涉案视频所享有的著作权受我国著作权法保护。法院最终作出了被告侵害原告录像制品权利的侵权判决,判令被告承担停止侵权和损害赔偿的责任。该案的关键缺陷在于,法院对《伯尔尼公约》所适用的客体范围存在认知错误。《伯尔尼公约》保护的客体仅限于作品,而不包括邻接权客体。在成员国的国内法将录像制品排除出作品范围的情况下,录像制品在该国的保护不受《伯尔尼公约》的约束。由于我国与美国之间不存在关于保护录像制品的国际条约,美国的录像制品不受我国著作权法的保护,裁判者或应据此直接驳回原告的著作权侵权之诉。

无条约不保护原则未在我国得到完全应用,这与我国立法的缺陷也存在一定关系。我国现行著作权立法关于外国作品保护程度的规定是否遵循无条约不保护原则,尚不明晰。包括我国在内的许多国家在版权立法中规定了外国版权客体的保护条款(笔者称之为“外保条款”),如美国版权法第104条、德国著作权及邻接权法第五部分第一节(第120条至第128条)。对于“一元论”(国际条约具有自动纳入性质)的国家而言,若一国完全遵循无条约不保护原则,则“外保条款”仅具有提示意义。若一国立法不基于条约义务而主动保护外国版权客体,则“外保条款”具有独立意义。在各国的版权立法中,有的“外保条款”仅是本国履行版权条约的象征,但也有“外保条款”明确本国在一定情形下超出版权条约的义务而保护外国版权客体。我国关于作品的“外保条款”在著作权法第2条第2款与第4款,第2款明确外国作品基于属人标准(所属国和经常居所地)享有保护资格,<sup>[2]</sup>第4款明确外国作品基于属地标准(首次出版地)获得保护资格。<sup>[3]</sup>关于外国作品的保护程度,该“外保条款”采用“受本

[1] 上海知识产权法院(2019)沪73民终23号民事判决书。

[2] 著作权法第2条第2款规定:“外国人、无国籍人的作品根据其作者所属国或者经常居住地国同中国签订的协议或者共同参加的国际条约享有的著作权,受本法保护。”

[3] 著作权法第2条第4款规定:“未与中国签订协议或者共同参加国际条约的国家的作者以及无国籍人的作品首次在中国参加的国际条约的成员国出版的,或者在成员国和非成员国同时出版的,受本法保护。”

法保护”这一措辞，这里的“本法”仅指我国著作权法，似乎意味着我国采取全面的国民待遇，即对具有保护资格的外国作品在我国的保护完全适用中国法律。根据该“外保条款”的文义，我国放弃了版权条约所允许的国民待遇例外机制，司法实践也从未依据版权条约对外国版权客体给予差异保护。<sup>〔4〕</sup>但是，也有相反观点认为，“受本法保护”应解释为本法按照条约确定的标准提供保护。<sup>〔5〕</sup>根据该理解，我国现行立法并不妨碍版权条约中的国民待遇例外机制在我国得到适用。

若我国实际超出或者需要超出无条约不保护原则对外国版权客体给予保护，这种超出条约义务的保护是否具有正当性和合理性？司法实践中，法院应如何适用版权条约和“外保条款”认定对外国版权客体的保护？这些问题均待探讨。鉴于此，本文将阐释外国版权客体得到保护的理论基础——无条约不保护原则及其例外，以现行主要的版权条约为分析对象，厘清外国版权客体的保护资格和保护程度，进而检视我国对外国版权客体保护的立法和司法实践，对我国著作权法中的“外保条款”提出修改建议，并为司法裁判者提供相关建议，以期完善我国保护外国版权客体的法律制度，减少这方面的不确定性及法律适用错误。

## 二、理论基础：无条约不保护原则及其例外

### （一）版权地域性与无条约不保护原则

无条约不保护原则是版权地域性的重要体现之一。<sup>〔6〕</sup>理论界对于知识产权地域性的概念阐释早已明确，外国知识产品在本国的保护必须基于法律明文规定，而非当然受到保护。学者科尼胥曾对知识产权地域性的特征作出四点描述，其中一点指出：只有权利授予国的国民可以主张该权利，其他人根据法律享有类似地位。<sup>〔7〕</sup>该句中的“其他人”指外国知识产品的权利人，“法律”指权利授予国所加入的国际条约及其国内法。英国权威著作《科平杰与斯科恩·詹姆斯论版权》在论及版权地域性时指出：通常，版权和相关权的授予仅限于特定的地域，并仅向该地域的国民提供保护。除非与他国的双边或多边条约使保护超出本地域，保护及执行的可能性止于国境。起源于外国的作品在本国的保护也基于这样的条约。<sup>〔8〕</sup>

国内通说几乎将知识产权（包括版权）的地域性概念等同于无条约不保护原则，即除非有国际条约、双边或多边协定的特别规定，知识产权（包括版权）的效力只限于本国境内，

〔4〕 我国关于邻接权客体的“外保条款”对此不存在明显问题，其采用的措辞是“受著作权法保护”，没有体现准据法的国别性。《著作权法实施条例》第33条第2款规定：“外国人、无国籍人根据中国参加的国际条约对其表演享有的权利，受著作权法保护。”第34条第2款规定：“外国人、无国籍人根据中国参加的国际条约对其制作、发行的录音制品享有的权利，受著作权法保护。”第35条规定：“外国的广播电台、电视台根据中国参加的国际条约对其播放的广播、电视节目享有的权利，受著作权法保护。”

〔5〕 参见姚红主编：《中华人民共和国著作权法释解》，群众出版社2001年版，第49页。

〔6〕 版权地域性还体现在权利的独立性和权利效力限于本国原则。参见阮开欣：《论知识产权的地域性和域外效力》，《河北法学》2018年第3期，第90页。

〔7〕 See William Cornish & David Llewelyn, *Intellectual Property: Patents, Copyrights, Trademarks and Allied Rights*, 6<sup>th</sup> ed., Sweet & Maxwell, 2007, p. 27.

〔8〕 See Kevin Garnett, Jonathan Rayner James & Gillian Davies, *Copinger and Skone James on Copyright*, 14<sup>th</sup> ed., Sweet & Maxwell, 1999, p. 16.

没有域外效力,其他国家对这种权利没有保护的义务。〔9〕通说在表述上混同了“权利”与“客体”这两个概念。在此有必要对相关概念予以澄清,以免本文的论述产生歧义。知识产权的客体对应于知识产品,版权的客体则对应于作品以及其他相关客体(表演、录音录像制品、广播等)。版权客体的国别与版权(权利)的国别是不同的概念,前者针对客体的“国籍”,而后者针对权利的保护国。根据知识产权的独立性(也是地域性的体现之一),一个(其起源国是版权条约的缔约国)的作品在各缔约国具有平行独立的权利(即同一客体在各国的权利互不影响),该作品在中国的权利应称为中国版权(中国是保护国),在美国的权利应称为美国版权(美国是保护国),权利的保护国与作品的“国籍”无关。

原则上,一国版权的效力本来就限于本国境内,并不受国际条约的干涉而产生一国权利的域外效力。权利效力限于本国原则也是知识产权地域性的体现之一,但其容易与无条约不保护原则相混同。确实存在一些论著混合表述这两个原则,但也有论著对此作出区分性的表述。例如,马克斯·普朗克研究所编写的《知识产权冲突法原则》在序言第七点明确了知识产权地域性的概念,其对于权利效力限于本国原则和无条约不保护原则采取了明显的并列表述:知识产权的权利行使及执行限于特定地域,并且,任何主权国家在受制于国际条约义务的情况下自由规定无形产品是否受法律保护,以及何种条件下受法律保护。〔10〕综上所述,对于无条约不保护原则的准确描述应是:除非有条约的特别规定,一国版权法只保护本国版权客体,不保护外国版权客体,本国版权客体也不受外国版权法保护。

## (二) 无条约不保护原则及其例外的历史发展

在版权条约产生之前,无偿使用外国版权客体的现象普遍存在。在版权立法初期,未经许可复制和使用外国作品的盗版现象曾长期作为欧洲文化及社会生活的特征。大部分国家并不将盗版外国作品视为不道德或不公平的行为,甚至有些国家一度推崇这种盗版现象,因为这有助于知识传播和本国民众的知识增长。〔11〕当时各个国家的版权法仅保护本国作品,而不同国家对本国作品的限定范围有所不同。部分国家采取属人标准,即将本国作品限于本国国民或居民创作的作品,不考虑作品是否在本国出版,其中有的国家采取严格的国籍标准(如希腊、葡萄牙、西班牙和瑞典),有的国家采取单纯的居民标准(如瑞士和匈牙利),也有的国家一并接受国籍标准和居民标准(如美国、挪威和芬兰)。〔12〕部分国家采取属地标准,即仅保护在本国出版的作品,不考虑作者的国籍或居所,如英国、奥地利、丹麦、荷兰、意大利、墨西哥和智利。也有国家采取混合标准,即对于本国作品范围同时接受属人因素和属地因素,如德国在国籍标准的基础上加入限制性的出版地标准,其不仅保护德国作者创作的作品,还保护德国

〔9〕 参见胡康生主编:《中华人民共和国著作权法释义》,法律出版社2002年版,第2页;吴汉东主编:《知识产权法》,法律出版社2011年版,第13页;王迁:《著作权法》,中国人民大学出版社2015年版,第14页。

〔10〕 See European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, *Conflict of Laws in Intellectual Property: The Clipping Principles and Commentary*, Oxford University Press, 2013, p. 38.

〔11〕 See Sam Ricketson & Jane C. Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, 2d ed., Oxford University Press, 2005, p. 19.

〔12〕 See Stephen P. Ladas, *The International Protection of Literary and Artistic Property*, New York: Macmillan, 1938, pp. 32 - 33; Mireille van Echoud, *Choice of Law in Copyright and Related Rights: Alternatives to the Lex Protectionis*, Kluwer Law International, 2003, p. 49; 上引 Ricketson 等书,第24页。

出版社在德国出版的作品。<sup>[13]</sup>

随着印刷技术的普及以及国际贸易的发展，国际盗版现象日益严重，一些国家开始订立双边协定或少数国家之间的区域协定以使其他国家保护本国作品。据史蒂芬·拉达斯统计，在1886年，15个国家之间存在33项含有版权互惠条款的双边协定，其中法国签订了11项，比利时、意大利和西班牙均签订了8项，德国和英国均签订了5项，瑞士签订了4项，荷兰、葡萄牙、瑞典和挪威均签订了3项，俄罗斯、奥匈帝国、萨尔瓦多均签订了2项。<sup>[14]</sup>不过，由零散的双边协定形成的版权国际保护欠缺统一性和可预期性，实践中对于外国作品保护的甄别需要耗费大量的时间和精力。特别是，这些双边协定有其自身的缺陷：其一，这些协定包含了期限条款，经过一段时间后可能丧失效力，缔约国通告废除条约的时间具有很大的不确定性，通常在重新进行贸易谈判时权利可能突然丧失。其二，这些协定包含了最惠国待遇条款，这意味着每次签订新的双边协定，外国作品的保护都可能发生变化，由此大大增加了版权国际保护的复杂性。

条约并不一定是本国保护外国作品的唯一依据，许多国家为了促使本国作品在外国得到保护，在本国立法中规定了以互惠关系为条件的外国作品保护（以下简称“互惠关系保护”）。其主要存在两种类型：一是实质性互惠关系保护，即若B国实质相同地像A国一样保护A国作品，则A国对B国作品提供保护；二是形式性互惠关系保护，即若B国对本国作品与A国作品给予相同的保护，则A国对B国作品提供保护。1886年前，在采纳互惠关系保护的国家和地区中，小部分国家采取实质性互惠关系保护（如奥地利），大部分国家采取形式性互惠关系保护（如意大利、西班牙、葡萄牙和希腊）。<sup>[15]</sup>不过，当时的司法实践很难有互惠关系保护的实际应用，特别是在技术落后的年代，判断外国作品的起源国是否保护本国作品是极其困难的。为了避免外国法查明的困难，一些国家将互惠关系保护的条件限定为外国作品的起源国存在特定的正式声明，如王室公告或政府法令。<sup>[16]</sup>

国家之间自主形成的互惠关系保护并非无条约不保护原则的唯一例外，个别国家对外国作品予以纯粹的主动保护，不以互惠关系作为保护条件（以下简称“利他主义保护”）。法国在1852年颁布的著作权法令中首次确立了利他主义保护，该法令明确外国作品可以在法国根据作品起源国的法律得到保护，但不能超出法国法律的保护程度。该做法很快得到比利时的效仿，比利时的利他主义保护采取完全的国民待遇原则，除了对作品保护期采取起源国例外。<sup>[17]</sup>

### （三）无条约不保护原则及其例外的内在机理

无条约不保护原则（条约关系保护）与互惠关系保护是功利主义理论在版权制度中的典型体现。根据功利主义理论，版权并非当然受到保护的權利，而是通过法律拟制形成的权利，其目的在于激励版权客体的产生和传播，从而促进文化的繁荣与发展。在自然法的状态下，就个人层面而言，一人可以自由使用他人的作品，就国家层面而言，一国可以自由

[13] 参见前引〔12〕，Ladas书，第32页；前引〔11〕，Ricketson等书，第24页以下。

[14] 参见上引Ladas书，第49页以下。

[15] 参见前引〔11〕，Ricketson等书，第25页以下。

[16] 同上书，第26页。

[17] 同上书，第24页。

利用其他国家的作品。每个国家在考虑保护外国版权客体时，应以本国国民总体利益的最大化作为政策原则。版权条约的诞生与发展一直以来都与国家利益的诉求息息相关，各国经济的现实需求推动着版权国际保护制度的发展。

大多数情况下，由于版权条约以及互惠关系是国家之间经贸合作的重要条件，建立版权保护的合作关系符合各个缔约国的国家利益。作品产出量较高的国家最早感受到了国际盗版现象的威胁。英国和法国不仅是最早建立版权制度的国家（分别于1709年和1791年通过版权法令），也是在19世纪遭受国际盗版最严重的受害国。特别是，大量在外国生产的廉价盗版复制件流入本国，压低了本国正版作品的销售价格，侵害了本国作者的利益。于是，这些国家利用自己的经济优势地位，与其他国家订立双边贸易协定，同时纳入作品保护的互惠条款。英国表现最为积极，先后与汉诺威（1847年）、法国（1851年）、比利时（1854年）、西班牙（1857年）和意大利（1861年）订立了双边协定。<sup>[18]</sup>在作品产量相当的国家之间，版权保护的合作关系至少能有助于各缔约国最大化本国作品的产出和利用。欧洲大多数国家在19世纪建立了版权法，本国作品的产量和输出量随之日益提高，越来越多的国家存在抵制国际盗版的内在需求。双边协定与互惠关系保护未能满足欧洲各国关于版权保护合作的需要，版权保护的基础性国际公约《伯尔尼公约》遂在1886年孕育而生。随着经济全球化的发展，版权国际保护体系的地域范围和规范内容也不断扩张。

但是，在特定的历史时期和现实环境下，条约或互惠关系下保护外国作品并不一定符合一些国家的本国利益。如果本国作品产出量和输出量较小，且对他国的经济依附性较弱，那么作为作品净输入国的国家，允许外国作品的盗版复制件在本国生产和传播可能更有利于本国文化的发展，拒绝与其他国家建立版权保护合作关系符合其自身利益。美国的早期历史是一个典型例证。在1790年通过首个联邦版权法后的一个世纪内，美国一直不存在对外国作品的保护，来源于美国以外的国家（尤其是英国）的大量作品在美国自由印刷和传播。整个19世纪，以英国作者为主的许多外国作者频繁向美国国会提出保护外国作品的请求，但没有起到任何作用。<sup>[19]</sup>直到许多美国作者在国际上享有了较高声誉，美国作品在域外获得保护的需求不断增长，美国才意识到基于互惠关系保护外国作品的利益所在。19世纪后期，不少美国著名作家向国会游说国际版权议案。<sup>[20]</sup>于是美国在1891年通过了《切斯法案》（Chace Act），明确外国作品可基于国际条约或互惠关系在美国享受国民待遇保护。随后，美国很快与欧洲的主要贸易伙伴（英国、法国和德国）签订了版权互惠条约。<sup>[21]</sup>需要指出的是，美国当时对作品保护设置了非常严格的条件，不仅要求版权标识、登记、复制件提存和续展等程序要件，还要求作品必须在美国本土印刷，不符合这些条件的作品不能在美国获得保护。这极大地削弱了外国作品受到保护的可能性，符合美国利益。

[18] 参见前引〔11〕，Ricketson等书，第29页。

[19] See Tyler T. Ochoa, *Protection for Works of Foreign Origin under the 1909 Copyright Act*, 26 Santa Clara Computer & High Tech. L. J. 285, 290 (2010).

[20] See Richard Rodgers Bowker, *Copyright: Its History and Its Law*, New York: The Houghton Mifflin Company, 1912, pp. 347, 355, 359.

[21] See Paul Goldstein & P. Bernt Hugenholtz, *International Copyright*, 4<sup>th</sup> ed., New York: Oxford University Press, 2019, p. 29.

历史上首现的利他主义保护一定程度上也属于功利主义理论的体现。法国在 1852 年法令之前长期与许多国家磋商作品的互惠保护，但大多数努力以失败告终，仅在 1843 年与撒丁岛达成协议，并在 1851 年与葡萄牙、汉诺威和英国达成协议。<sup>[22]</sup> 法国因此转变了通过互惠协定寻求国际保护的思路，决定采取单方保护外国作品的做法。该利他主义保护的做法起到了良好的效果，法国在 1852 年到 1862 年之间签订的互惠协定达 23 项，涵盖了大多数欧洲国家。尤其是曾作为法国作品盗版“温床”的比利时和荷兰分别在 1852 年和 1855 年与法国达成了协定。<sup>[23]</sup>

但是，利他主义保护的存在主要归功于自然权利理论。除了功利主义理论，版权法的正当性基础还包括自然权利理论，其主要基于两种哲学理论论证版权客体应当受到保护。其一是在法国、德国等大陆法系国家较为主流的人格理论。根据该理论，著作权的正当性来源于人类基本需求的满足，版权客体作为人格产物应得到保护。其二是在英国、美国等英美法系国家较为盛行的劳动理论。根据该理论，版权的正当性在于，劳动的投入者应当公正地获得相应回报，版权客体作为劳动成果理应受到保护。法国颁布 1852 年法令的原因之一在于，法国基于人格理论将著作权视作一种自然权利。<sup>[24]</sup> 现行的瑞士著作权及邻接权法自 1993 年生效以来，采取完全的利他主义保护。<sup>[25]</sup> 美国的版权立法和司法实践则不乏劳动理论的体现。<sup>[26]</sup> 美国版权法第 104 条 a 款规定，未出版作品在美国的版权保护不考虑作者的国籍或居所。可见，美国对未出版作品采取利他主义保护，一定程度上反映了自然权利理论。

任何国家的版权法并非纯粹信奉单一的正当性理论。两种正当性理论不同程度地混合体现于各国版权法，偏重于自然权利理论的大陆法系著作权法日益受到功利主义理论的影响，偏重于功利主义理论的英美法系版权法也有着对自然权利理论的体现。作者的精神权利是自然权利理论的典型体现。现代的法国著作权法并非像 1852 年法令那样采取完全的利他主义保护，而是将条约关系或互惠关系作为保护经济权利的前提，利他主义保护仅适用于法国著作权法规定的精神权利。法国知识产权法典第 L111-4 条第 1 款规定：“法国作为缔约方的国际条约除外，经过外交部的协商，确认一国对于在法国首次发表的作品没有提供足够有效保护的情况下，在该国首次发表的作品不能享受法国立法所提供的著作权保护。”该条第 2 款对此规定了“但书”，即这类作品的完整权和署名权不受此影响。<sup>[27]</sup> 德国著作权法也对作者的精神权利采取利他主义保护，德国著作权及邻接权法第 121 条第 6 款规定，外国人享有第 12 条至第 14 条规定的权利（发表权、署名权和完整权），无需符合第 121 条第 1 款至第 5 款的条件（条约关系或互惠关系）。<sup>[28]</sup>

[22] 参见前引 [11]，Ricketson 等书，第 29 页。

[23] 参见前引 [12]，Ladas 书，第 27 页以下。

[24] 参见前引 [12]，van Eechoud 书，第 50 页。

[25] 参见前引 [21]，Goldstein 等书，第 167 页。

[26] See William Fisher, *Theories of Intellectual Property*, in Stephen Munzer (ed.), *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, Cambridge University Press, 2001, p. 174.

[27] Code de la propriété intellectuelle (version consolidée au 1er janvier 2021), <https://wipolex.wipo.int/en/text/582998>, last visited on 2021-08-01.

[28] Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz, geändert durch das Gesetz vom 01. September 2017), <https://wipolex.wipo.int/en/text/462250>, last visited on 2021-08-01.

### 三、外国版权客体的保护资格

#### (一) 保护资格的标准：属人标准和属地标准

基于无条约不保护原则，外国版权客体在本国的保护资格取决于本国所缔结的国际条约。如果本国对某种版权客体予以法律保护，而关于该种版权客体不存在本国所缔结的国际条约，那么本国没有义务保护外国的该种版权客体。如果关于该种版权客体存在本国所缔结的国际条约，那么外国的该种版权客体是否具有保护资格，取决于特定版权客体与条约缔约国之间的关系是否属于条约关于受益者范围所规定的连结点。

根据连结点的不同属性，外国版权客体的保护资格包括两种准入标准，即属人标准和属地标准。前者连结点包括作者的国籍（所属地）或经常居所地，后者连结点包括版权客体的首次出版地、创作地或传播地。以作品为保护对象的《伯尔尼公约》关于保护资格的规定兼容属人标准和属地标准，其第3条第1款a项和第2款规定缔约国的国民和惯常居民属于公约保护的作者（国籍标准和居民标准），第3条第1款b项规定在缔约国首次出版或“同时出版”（同时在缔约国和非缔约国首次出版，时间相距不超过30天视为“同时”）的作品受公约保护（出版标准）。《伯尔尼公约》第4条对电影作品、建筑作品及特定艺术作品规定了额外连结点，包括电影制片者的总部或经常居所地处于缔约国的情形、建筑作品建造于缔约国的情形、附着艺术作品的建筑物建造于缔约国的情形。

以邻接权客体为保护对象的《罗马公约》关于保护资格的规定也兼容两种标准。《罗马公约》第5条第1款规定了录音制品获得保护资格的三种连结点，包括录音制品制作者的国籍、录音制品的首次固定地、录音制品的首次出版地，该条第2款明确“同时出版”视为在缔约国首次出版，该条第3款允许缔约国声明其排除适用固定标准或出版标准（两者选其一）。《罗马公约》第6条第1款规定了广播获得保护资格的两种连结点，包括广播组织的总部所在地和广播发射台所在地，该条第2款允许缔约国声明其采取两种标准兼备的保留做法。《罗马公约》第4条规定了表演获得保护资格的连结点，包括表演的发生地、录制表演的录音制品符合第5条情形的所在地、传送表演（未被录制）的广播符合第6条情形的所在地。

《伯尔尼公约》和《罗马公约》规定的保护资格标准被之后的多数条约所沿用，包括TRIPS协定、WCT和WPPT。少数条约与之不同。UCC与《伯尔尼公约》关于保护资格的规定基本类似，主要区别在于UCC没有规定关于电影作品、建筑作品及特定艺术作品的额外连结点，且缔约国有权自行决定其是否采取居民标准。一些关于特定邻接权客体的版权条约仅采取属人标准，如《保护录音制品制作者防止未经许可复制其录音制品公约》（《日内瓦公约》）、《发送卫星传输节目信号布鲁塞尔公约》、《视听表演北京条约》（BTAP）。

#### (二) 属人标准的适用问题及其界定

属人标准的适用主要存在两点争议，即作者的“转籍”问题和“准据法差异”问题。“转籍”问题，是在作者变更其国籍或经常居所地的情形下，属人连结点的认定可能影响外国版权客体的保护资格。版权条约没有对于“转籍”问题予以规定，而是允许缔约国自行决定属人连结点的认定标准。在1967年保护知识产权联合国际局（BIRPI，WIPO的前身）召开的斯德哥尔摩会议上，时任局长博登豪森认为，“转籍”问题应交由各国及其司法机关，不应由



BIRPI 对该问题作出如何解释公约的意见。<sup>[29]</sup> 1978 年出版的《伯尔尼公约指南》关于公约第 3 条的评注中对此指出：本公约表示沉默。如果国内法也表示沉默，那么法院在需要时必须自行作出判断。<sup>[30]</sup>

关于“转籍”问题，属人连结点的时间认定标准主要存在四种选择：以创作时间为准、以首次出版时间为准、以首次公开传播时间为准和以权利请求时间为准。对于已出版作品，以首次出版时间为准（仅指权利人授意下的出版）是各国较具共识的选择。斯德哥尔摩会议上，第一主委会主席乌尔默主张以首次出版时间为准，该提议得到了各国与会代表的认可。<sup>[31]</sup> 对于未出版作品，以首次公开传播时间为准（包括未经许可的出版和其他公开传播）得到较多国家的认可。由于实践中创作时间的事实查明往往存在困难，创作时间标准难以获得认可。斯德哥尔摩会议的第一主委会上，希腊代表主张以权利请求时间为准，而最终会议报告建议以首次公开传播时间为准。<sup>[32]</sup>

可见，公开利用版权客体的时间是“转籍”问题的主流选择。公开利用的状态具有公示性，以此作为标准有利于公众对于版权状态作出判断。以权利请求时间为准，将使版权保护具有很大的不确定性。尤其是他人使用作品时作者不符合属人连结点，而作者在后主张权利时符合属人连结点，该情形会导致原本合法的行为基于作者状态的事后变化而追溯性地转变为侵权行为，显然不符合法律的可预期性。此外，在公开利用版权客体之前，以创作时间为准应是唯一的选择，不过“转籍”问题在此缺乏现实意义，因为这段时间通常难以产生实质性的侵权行为。

“准据法差异”问题，是鉴于各国版权法关于作者身份的认定规则不尽相同，选取哪国准据法来确定外国作品的作者身份存在争议，适用不同的作者身份认定规则可能影响外国作品的保护资格。大多数国家对作者身份的认定采取自然人规则，即只有实际进行创作的自然人才能享有作者身份。但少数国家在将自然人规则作为一般规则的同时，还不同程度地兼容了拟制作者规则，即雇主或组织基于雇佣关系或特定委托关系享有法律拟制的作者身份，而实际创作的雇员或个人则不具有作者身份。美国的雇佣作品规则是典型代表。美国版权法第 101 条规定了雇佣作品的两种情形，其一是雇员在雇佣范围内创作的作品，其二是基于委托关系形成的九类作品（如视听作品、汇编作品、翻译作品等）。作为大陆法系国家的荷兰也采取适用范围较为广泛的拟制作者规则，荷兰著作权法第 7 条和第 8 条分别规定了基于雇佣关系的雇佣作品和基于委托关系的法人作品。<sup>[33]</sup>

起源于欧洲的《伯尔尼公约》暗含着自然人规则的倾向，最明显的表征在于其关于作品保护期仅采取以作者寿命为基础的计算规则，而没有考虑拟制作者的作品保护期。然而，《伯尔尼公约》缺乏关于“作者”的明确定义，没有要求成员国采取自然人规则。各国有权自行决定采取何种作者身份认定规则，采取拟制作者规则不违反版权条约的义务。《伯尔尼公约》

[29] *Records of the Intellectual Property Conference of Stockholm*, Volume 2, WIPO, 1967, p. 841.

[30] *Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works*, WIPO, 1978, p. 29.

[31] 前引 [29]，WIPO 记录，第 841 页。

[32] 同上引 WIPO 记录，第 841 页，第 1136 页以下。

[33] *Wet van 23 september 1912, houdende nieuwe regeling van het auteursrecht (Auteurswet 1912, tekst geldend op: 01 - 09 - 2017)*, <https://wipolex.wipo.int/en/text/468398>, last visited on 2021 - 08 - 01.

及其他版权条约也没有对作者身份认定的准据法问题施加任何义务，各国在根据属人标准判断外国作品的保护资格时可自行决定准据法确定规则。

因此，在“准据法差异”问题上，适用属人标准判断外国作品的保护资格需要进一步考察本国关于作者身份的冲突规范。主要存在两种选择，即被请求保护国原则和最密切联系原则。笔者举例说明“准据法差异”问题对外国作品保护资格的影响：假设本国采取完全的自然人规则，X国对雇佣作品采取拟制作者规则，本国与X国均为版权条约的缔约国，而Y国不是缔约国，X国报社雇佣Y国公民撰写文章。该文章尚未出版，其最密切联系地为X国。根据属人标准，该文章是否在本国享有版权，取决于本国关于作者身份的冲突规范。如果本国采用被请求保护国原则，那么Y国公民被认定为作者，该文章在本国不能根据属人标准享有版权。如果本国采用最密切联系原则，那么X国报社被认定为作者，该文章则在本国享有版权。

需要指出的是，基于版权的地域性，被请求保护国原则作为版权保护的冲突规范已经被各国普遍接受，而作者身份的认定属于版权（署名权）的归属事项，并非保护事项，无需对其适用被请求保护地法律。虽然目前仅存在个别国家对版权归属采取一定程度的单一准据法，但适当的权属普遍制应当是未来的发展趋势，其更符合公众预期，有利于作品的跨境流通和利用。<sup>[34]</sup>

### （三）属地标准的适用问题及其界定

属地标准的主要争议在于网络技术对于“出版”认定的影响，即网络提供行为（能使公众获得版权客体复制件的交互式传播）是否构成属地标准中的“出版”。虽然《伯尔尼公约》关于“出版”概念的定义不排斥网络提供行为，但公约并没有要求成员国将网络提供行为纳入属地标准中的“出版”概念（本文将此做法称为“网络出版”）。<sup>[35]</sup> 属地标准的确立远远早于互联网的普及，《伯尔尼公约》的制定者并未考虑到“网络出版”。《伯尔尼公约》的属地标准条款可以追溯至1967年斯德哥尔摩文本，1971年巴黎文本作为最后一次实质性版本，仅增加了关于发展中国家的特别条款（第21条以及附件）。为了让“出版”概念应对网络技术的挑战，WCT草案第3条曾规定“网络出版”条款（网络提供行为应当属于《伯尔尼公约》第3条第3款规定的“出版”），<sup>[36]</sup> 而1996年WIPO召开的外交会议上，“网络出版”条款由于各国分歧严重而没有获得认可。<sup>[37]</sup>

各国有权自行决定其属地标准是否涵盖“网络出版”。美国是外交会议上“网络出版”条款的主要支持者，其国内法也采纳“网络出版”。美国版权法第101条对“出版”（publication）的定义与第106条（专有权利的规定）对“发行”（distribution）的定义是一致的，该法下的“发行”包含提供作品下载的交互式传播行为。美国佛罗里达南部地区法院在2011年判决的“柯纳唱片公司诉莫斯利案”<sup>[38]</sup> 中确认了“网络出版”。法院在该案中认定，涉案歌

[34] 参见阮开欣：《涉外知识产权归属的法律适用》，《法学研究》2019年第5期，第198页。

[35] 《伯尔尼公约》关于“出版”概念的定义在第3条第3款：“已出版作品”一词指得到作者同意后出版的作品，而不论其复制件的制作方式如何，只要从这部作品的性质来看，复制件的发行方式能满足公众的合理需要。戏剧、音乐戏剧或电影作品的表演，音乐作品的演奏，文学作品的公开朗诵，文学或艺术作品的有线传播或广播，美术作品的展出和建筑作品的建造不构成出版。

[36] *Records of the Diplomatic Conference on Certain Copyright and Neighboring Rights Questions, 1996*, WIPO, 1998, p. 179, p. 181.

[37] 同上引记录，第680页。

[38] *Kernal Records Oy v. Mosley*, 794 F. Supp. 2d 1355 (S. D. Fla. 2011).

曲《酸爵士夜晚》(包括音乐作品和录音制品)首次出版于澳大利亚的线上杂志。

尽管“网络出版”目前尚未得到各国广泛认可,但笔者认为其属于应然的选择。外国版权客体的保护应当迎合互联网技术的发展,“网络出版”符合版权条约关于属地标准的立法精神。属地标准中“出版”的本质在于使公众能够较长期、稳定地接触版权客体。只要提供复制件的对象能达到一定数量的公众,线下发行和网络提供行为均能符合该本质特征。《伯尔尼公约》第3条第3款分别从正面和反面对“出版”予以定义,其正面定义与网络提供行为相契合,<sup>[39]</sup>其反面定义排除了现场传播和远程的非交互式传播。《伯尔尼公约指南》解释了反面定义中的行为不属于出版的原因,即其仅产生作品的“短暂印象”(fleeting impression)。<sup>[40]</sup>显然,网络提供行为不具有“短暂印象”的特征,不属于反面定义中的行为。需要指出的是,外交会议上的部分代表认为,WCT草案第3条第1款的定义与《伯尔尼公约》第3条第3款的负面定义相矛盾。<sup>[41]</sup>可见,“网络出版”条款未获通过的原因主要在于条文用词的理解争议,而非存在实质性分歧。

随着传统出版向数字出版不断转型,拒绝“网络出版”会使属地标准的地位式微,甚至最终导致其消亡,版权条约也将丧失其规定属地标准的意义,即激励非缔约国的作者首次在缔约国出版其版权客体,从而繁荣缔约国的科学文化。《WIPO管理的版权与相关权条约指南、版权及相关权术语汇编》指出,作为保护资格的出版地标准急剧丧失其重要地位,已经从主要标准转变为次要标准(国民和居民标准已经取代其占主要地位)。<sup>[42]</sup>

“网络出版”的一个重大障碍在于出版地的选取问题,该连结点主要包括以下三种选择:

其一是访问版权客体的网络用户所在地。这意味着,除非设置地域屏蔽措施,存在互联网接入的所有国家均能成为出版地,该连结点不可行。根据《伯尔尼公约》第5条第4款a项,<sup>[43]</sup>若各成员国都是作品的首次出版地,则各成员国(或者保护期最短的成员国)可能均是作品起源国。<sup>[44]</sup>这会导致作品无法享受公约的最低保护标准,<sup>[45]</sup>或者在许多国家仅获得最短期限

[39] 里克森认为,每个用户的电脑可以成为制作数字复制件的工具。“出版”并不在于是谁制作了复制件,而是在于所制作的复制件数量是否足以满足公众需求。如果作者向公众提供作品的复制件,如在可公开访问的网站上提供下载,那么该作品应当被视为已出版。参见前引[11],Ricketson等书,第277页以下。

[40] 参见前引[30],WIPO指南,第28页。

[41] 墨西哥、奥地利、匈牙利等国的代表提出该质疑,其主要理由在于WCT草案第3条第1款的定义可能涵盖不能提供复制件的交互式传播。前引[36],WIPO记录,第680页以下。

[42] *Guide to the Copyright and Related Rights Treaties Administered by WIPO and Glossary of Copyright and Related Rights Terms*, WIPO, 2004, p. 38.

[43] 该项规定:“起源国指的是对于首次在本同盟某一成员国出版的作品,以该国家为起源国;对于在分别给予不同保护期的几个本同盟成员国同时出版的作品,以立法给予最短保护期的国家为起源国。”

[44] 对于作品在所有成员国首次出版的情况,是否适用《伯尔尼公约》第5条第4款a项第2句存在争议。一种观点认为该句可以适用,当不同成员国对涉案作品的保护期存在差异时,所有最短保护期的成员国是起源国。另一种观点认为该句不适用,该句仅适用于所有成员国对涉案作品的保护期均不同的情况。在部分成员国的保护期相同的情况下,应适用《伯尔尼公约》第5条第4款a项第1句,所有首次出版的成员国均是起源国。See Jane C. Ginsburg, *Private International Law Aspects of the Protection of Works and Objects of Related Rights Transmitted Through Global Digital Networks*, WIPO GCPI/2, p. 7 (1998).

[45] 作品在其起源国的保护不受《伯尔尼公约》最低标准的约束。International Literary and Artistic Association (ALAI), *Determination of Country of Origin When a Work Is First Publicly Disclosed over the Internet*, <http://www.alai.org/assets/files/resolutions/country-of-origin.pdf>, last visited on 2021-08-01.

保护,也会抑制非成员国加入公约。<sup>[46]</sup>美国法院在“柯纳唱片公司诉莫斯利案”中采用该连结点,认定网络出版意味着在全球各国同时出版,因此涉案作品符合美国版权法第101条所定义的“美国作品”,从而规避了《伯尔尼公约》的自动保护原则。<sup>[47]</sup>该连结点导致的不利后果成为否定“网络出版”的主要理由。

其二是存储版权客体的服务器所在地或者上传行为实施地。此种连结点也不可取。这类连结点的建立具有较强的任意性,并且难以被外界所知悉。选取这类连结点会导致版权保护资格难以具有确定性和可预期性。WCT草案“网络出版”条款曾规定服务器所在地作为出版地,<sup>[48]</sup>该连结点的弊端可能也是导致“网络出版”条款未被采纳的原因之一。

其三是网络提供行为的最密切联系地。对于“网络出版”选取该连结点,是由国际权威学者金斯伯格提出,他主张网络服务商的办公地为首要考虑因素,其次考虑作者的居所地和其他连结因素。<sup>[49]</sup>笔者赞同选取网络提供行为的最密切联系地,但主张首要考虑因素应为传播版权客体的主要目标市场所在地,这比网络服务商的办公地更具有可预期性。在网络服务商(如谷歌公司等)在多个国家设立办公地的情况下,公众可能难以确定主要办公地或总部所在地。而版权客体的传播对应于特定的网络服务,其主要目标市场所在地更具有公示性和确定性,有利于公众判断版权客体的保护资格。

#### 四、外国版权客体的保护程度

##### (一) 国民待遇的例外情形

为协调各国的利益诉求,版权条约的国民待遇原则在作品保护期、特定客体的可版权性、特定权利内容等方面受到一定的限制。因此,受条约保护的国外版权客体与本国版权客体的保护程度在特定情形下可能存在差异。现行主要版权条约下,国民待遇例外包括以下情形:

第一,作品保护期。《伯尔尼公约》第7条第8款规定了作品保护期的取短规则,即若作品在其起源国的保护期短于保护国的保护期,保护国有权对该作品仅给予起源国的保护期。UCC第4条第4款规定了类似的取短规则,其适用于首次出版于缔约国的作品或作者国籍为缔约国的未出版作品。

第二,实用艺术品的可保护性。《伯尔尼公约》第2条第7款规定了实用艺术品可保护性的互惠待遇:若实用艺术品在其起源国仅作为工业品平面和立体设计享受专门保护,保护国则有权仅对该实用艺术品提供这样的专门保护;不过,若保护国不存在这样的专门保护,该实用艺术品应作为一般作品在保护国获得版权保护。这里的专门保护是指对于实用艺术品提供独立

[46] 参见王迁:《论通过互联网传播作品不构成“出版”》,《上海师范大学学报(哲学社会科学版)》2019年第1期,第5页。

[47] 参见前引[38]案例,第1368页。根据美国版权法第411条,对于美国作品,登记是版权人提起侵权之诉的必要条件。

[48] WCT草案第3条第2款规定出版地国是“为向公众提供这些作品进行必要安排的缔约方”。WCT的基础提案对该条款予以解释:出版地是原始数据文件的建立地和作品访问的提供地。参见前引[36],WIPO记录,第180页以下。

[49] 参见前引[44],Ginsburg报告,第8页。

的注册性保护（如外观设计专利制度）。该互惠待遇存在一定的条件，即保护国必须存在工业设计的专门保护，否则外国实用艺术品的保护仍然回归国民待遇。

第三，特定作品原件的追续权。《伯尔尼公约》第14条之三第1款规定了艺术品原件或作家以及作曲家的手稿上具有追续权，而追续权不属于公约要求成员国规定的权利。虽然成员国没有义务对追续权予以保护，但对保护追续权的国家负有提供互惠待遇的义务。根据《伯尔尼公约》第14条之三第2款，若艺术品原件或作家以及作曲家的手稿的作者所属国保护这类作品的追续权，则保护国有义务对该作者提供对等的追续权保护，但保护的程度限于保护国的法律所允许的程度。

第四，非成员国作者的保护限制。非成员国作者的作品可以基于属地标准得到《伯尔尼公约》保护，但公约第6条规定了此类作品保护的规则：若非成员国没有充分保护某成员国作者的作品，而非成员国作者的作品首次出版于该成员国（首次出版时该作者是该非成员国的国民，且不是成员国的居民），则该成员国有限制保护该非成员国作者的作品；若作为首次出版国的成员国利用了该权利，则其他成员国有权对该作品仅提供与之相同的限制性保护。

第五，邻接权客体的额外专有权利。TRIPS协定第3条第1款、WPPT第4条第1款与BTAP第4条第1款分别对表演、录音制品和广播的保护规定了限制性的国民待遇，即这些邻接权客体的国民待遇仅限于相关条约明确规定的专有权利（但允许缔约国保留的权利除外）。这意味着，若一个缔约国对上述邻接权客体规定了相关条约没有明确保护的专有权利，则该国没有义务对其他缔约国的相关邻接权客体提供这些专有权利的保护。

第六，基于最低保护标准的超国民待遇。若一国对本国版权客体的保护难以符合版权条约的最低标准，其可以仅对外国版权客体提供最低标准的保护，从而形成超国民待遇以满足条约义务。例如，美国版权法对美国作品的版权侵权诉讼设置登记条件，而对外国作品的保护不要求任何登记条件，形成反向歧视待遇以满足条约的自动保护原则。

## （二）互惠待遇

版权条约之所以允许缔约国采取国民待遇例外，主要是因为各国在版权保护的特定方面存在较大差异，采取完全的国民待遇原则对于保护程度较高的国家而言是不公平的，保护程度的差异会导致国家间利益的失衡。因此，版权条约在采取国民待遇原则的同时，有必要在特定情况下允许以实质互惠为基础的差别待遇以促成国家间利益的对等。前文所述的国民待遇例外情形一至四均是版权条约中实质互惠待遇的体现。

版权条约中的互惠待遇条款，根据不同的层面，既可以理解为缔约国的权利，也可以理解为缔约国的义务。就国民待遇原则作为前提的层面而言，互惠待遇条款赋予缔约国采取国民待遇例外的权利，其可以选择互惠待遇，也可以选择国民待遇。例如，美国没有选择利用作品保护期的取短规则，对外国作品的保护期采取国民待遇，这实际上是放弃互惠待遇的权利。就抛开国民待遇原则作为前提的层面而言，互惠待遇条款则是条约的一种义务，缔约国应当至少根据互惠待遇条款的要求对外国版权客体给予保护。若缔约国没有达到互惠待遇所要求的保护程度，则违反了条约义务。

互惠待遇下，外国版权客体的连结點選取既可能基于属人标准，也可能基于属地标准。在

《伯尔尼公约》下，作品保护期的取短规则与实用艺术品的互惠待遇所采取的连结点是作品起源国，即对于未出版作品选取作者的所属国，对于已出版作品选取首次出版国。而追续权的互惠待遇与非成员国作者的保护限制所采取的连结点是作者的所属国。

互惠待遇的方式包括实质互惠和形式互惠。实质互惠是对待保护程度差异问题的主要选择，其旨在使本国对外国版权客体的保护程度与外国对本国版权客体的保护程度完全对等，防止保护程度较高的国家在条约关系或互惠关系中“吃亏”。最能灵活实现国家利益对等的方式是，在外国版权法和本国版权法之间，选取保护程度较低的标准作为外国版权客体的保护依据（笔者称之为“取低性实质互惠”）。作品保护期的取短规则是一种典型的取低性实质互惠，即同时适用保护国和起源国关于保护期的规则，选取两者中较短的期限作为外国作品在本国的保护期。假设A国的作品保护期为作者有生之年加70年，B国的作品保护期为作者有生之年加50年。根据取短规则，B国作品在A国的保护期为作者有生之年加50年，这与A国作品在B国的保护期是对等的，两国在作品保护期方面形成公平的利益交换。

正是由于取低性实质互惠最符合国家利益，大多数保护期较长的国家采行了作品保护期的取短规则。根据《著作权与特定邻接权保护期指令》第1条和第7条，欧盟各成员国对于一般作品的保护期为作者有生之年加70年，而起源于非欧盟国家的作品在欧盟国家的保护期不得超过其起源国的保护期。<sup>[50]</sup>日本著作权法第58条、<sup>[51]</sup>新加坡版权（国际保护）条例第4条、<sup>[52]</sup>加拿大版权法第9条第2款、<sup>[53]</sup>俄罗斯联邦民法典第1256条第4款、<sup>[54]</sup>阿根廷知识产权法律制度第15条、<sup>[55]</sup>也均明确规定了作品保护期的取短规则。

《伯尔尼公约》对于实用艺术品的可版权性也采取取低性实质互惠，即同时适用保护国与起源国的可版权性标准，外国实用艺术品在符合双重标准的情况下才在本国具有可版权性。这实质上就是选取两者中门槛较高的可版权性标准，可版权性门槛越高，意味着保护程度越低。法国最高法院在2020年判决的“郁金香椅案”，<sup>[56]</sup>就是适用该取低性实质互惠的典型案。涉案的郁金香椅是由美国籍著名建筑师埃罗·沙里宁于1957年设计的，他将该实用艺术品的版权转让给了本案原告——美国的诺尔（Knoll）家具公司。一家法国公司生产并销售了80把复制于原告的郁金香椅，诺尔公司遂在法国提起著作权侵权之诉。由于涉案郁金香椅的起源国是美国，且美国关于实用艺术品的可版权性门槛较高，法国法院依据《伯尔尼公约》第2条第7款，对该郁金香椅的可保护性问题适用美国版权法中艺术美感与实用功能的可分离

[50] Directive 2006/116/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on the Term of Protection of Copyright and Certain Related Rights.

[51] 著作権法（昭和45年5月6日法律第48号。2020で改正），<https://wipolex.wipo.int/en/text/578240>，2021年8月20日最后访问。

[52] Copyright (International Protection) Regulations, G. N. No. S 110/1987, <https://sso.agc.gov.sg/SL-Rev/CA1987-RG2/>, last visited on 2021-08-20.

[53] Copyright Act, R. S. C., 1985, c. C-42, <https://wipolex.wipo.int/en/text/541758>, last visited on 2021-08-20.

[54] Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая) (с изменениями, внесенными в соответствии с Федеральным конституционным законом № 107-ФЗ от 30.04.2021 г.), <https://wipolex.wipo.int/en/text/583065>, last visited on 2021-08-20.

[55] Ley N° 11.723 de 28 de septiembre de 1933 sobre el Régimen Legal de la Propiedad Intelectual, <https://wipolex.wipo.int/en/text/188424>, last visited on 2021-08-20.

[56] Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 7 Octobre 2020, 18-19.441.

性标准，还援引美国最高法院在2017年判决的“啦啦队服装案”<sup>[57]</sup>对可分离性标准的阐释。法国法院最终认定，该郁金香椅的形状所具有的功能性（建造的经济性、坚固性和用户舒适性）无法与其艺术美感相分离，不符合美国版权法的可版权性，从而驳回了诺尔公司的著作权侵权之诉。

在缺乏国际条约约束的情况下，本国也可以主动对外国版权客体提供基于互惠待遇的法律保护。对于互惠关系保护的情形，取低性实质互惠也是最合理的选择。德国著作权及邻接权法第121条第4款和法国知识产权法典第L111-4条第1款规定的互惠关系保护均采用这样的实质互惠。两国的互惠关系保护均规定了行政机关对互惠国家的确认机制，如德国是交由联邦司法和消费者保护部长在联邦法律公报上予以公告。我国在著作权法修改的公开征求意见阶段也曾考虑过关于特定版权客体和权利的实质互惠，国家版权局在2012年3月公布的著作权法修改草案第2条第6款，在外国人的追续权、实用艺术品、版式设计、传播录音制品获酬权等方面规定了实质互惠待遇。<sup>[58]</sup>

## 五、我国立法和司法实践的检视与完善

### （一）我国立法的检视与完善

首先，我国有必要对“外保条款”予以修改，以利用版权条约中的国民待遇例外机制。笔者提供两种修改方案：一种是较彻底的修改，即将“外保条款”修改为“外国人、无国籍人的作品、版式设计、表演、录音录像制品、广播、电视等，根据中国同外国缔结的条约或协定享有著作权”。采用“根据条约享有著作权”这一措辞，能避免外国版权客体超出条约要求而在我国享受完全的国民待遇，德国著作权及邻接权法第121条第4款正是采用该措辞。该修改具有较强的灵活性，能解决现行“外保条款”与版权条约关于版权客体保护资格的不衔接问题。现行“外保条款”难以涵盖所有条约中的版权客体的保护资格，如《伯尔尼公约》关于建筑作品的额外连结点（建造地），以后缔结的新条约也可能产生新的连结点。另一种是较保守的修改，即仅将“受本法保护”这一措辞修改为“受法律保护”，这样也能起到避免对外国版权客体仅适用中国法予以保护的后果。该修改去除了准据法的国别性，也秉持了我国法律关于权利保护条款的措辞传统，如我国民法典第3条规定“民事主体的人身权利、财产权利以及其他合法权益受法律保护”。

值得注意的是，若我国接受《伯尔尼公约》所允许的国民待遇例外机制，则作品保护期的取短规则和实用艺术品的互惠待遇在我国具有适用空间。其一，我国关于作品保护期并没有全面采取《伯尔尼公约》的最低标准，某些外国作品在其起源国的保护期可能短于我国。例如，实用艺术品（符合可分离性标准的情况下属于美术作品）与摄影作品在我国的保护期为作者终生加50年，而《伯尔尼公约》仅要求25年的保护期。<sup>[59]</sup>又如，某些作品在我国属于

[57] See *Star Athletica, L. L. C. v. Varsity Brands, Inc.*, 137 S. Ct. 1002 (2017).

[58] 2012年3月公布的著作权法修改草案第2条第6款规定：“外国人、无国籍人的追续权、实用艺术作品、版式设计、本法第25条以及第36条规定的权利，根据其所属国或者经常居住地国的法律适用对等保护。”

[59] 参见《伯尔尼公约》第7条第4款。根据WCT第9条，摄影作品的保护期延长至一般作品的保护期，但WCT的缔约国数量远远少于《伯尔尼公约》，仍有许多国家对摄影作品的保护期短于我国。

自然人作品,在其起源国却属于法人作品,<sup>[60]</sup>其起源国保护期是以出版或创作为起点计算的固定期限(法人作品的保护期不受《伯尔尼公约》约束),可能短于我国以作者寿命为基础计算的保护期。其二,我国著作权法关于实用艺术品的可保护性范围也超出《伯尔尼公约》的要求,对符合特定标准的实用艺术品提供著作权保护,而同类的外国实用艺术品在其起源国可能并不享受版权保护。

其次,我国著作权立法还应当考虑无条约不保护原则的例外,即吸纳限于精神权利的利他主义保护和采取低性实质互惠方式的互惠关系保护。如前所述,无条约不保护原则是以功利主义理论为基础,将实现国家利益最大化作为目标。版权客体的精神权利并非来源于功利主义理论,而是以人格理论为基础的自然权利。一国的人格权立法原则上不受国际条约的影响,我国对外国人赋予的人格权(如名誉权、隐私权)与国际条约没有直接关联,外国人在我国自然享有人格权。作者与表演者的精神权利属于人格权范畴,在我国也应当得到法律保护。保护外国版权客体上的精神权利不会对我国的国家利益产生负面影响,而是体现人格平等的现代法治理念。法国知识产权法典第L111-4条第2款和德国著作权及邻接权法第121条第6款均明确精神权利的利他主义保护,值得我国借鉴。因此,我国“外保条款”中应该加入关于精神权利的特别条款:“外国人、无国籍人的作品、表演依照本法享有人身权”。

随着我国文化产品的制造量和输出量不断提高,促进我国版权客体在外国得到法律保护有利于我国文化产业的发展,符合我国的利益。商务部的数据显示,我国文化产品在2019年的出口额达998.9亿美元,同比增长7.9%,处于平稳快速发展的状态。<sup>[61]</sup>习近平总书记指出,我国正在从知识产权引进大国向知识产权创造大国转变。<sup>[62]</sup>著作权法中纳入互惠关系保护,有助于我国文化产品输出过程中的利益最大化。相比需要经历繁琐程序的条约缔结,互惠关系的确立具有程序便利的优势。我国可以适当借鉴德国和法国关于互惠关系保护的立法例,引入行政机关对于互惠国家的公示确认机制以增加互惠关系保护的可预期性,并且采取低性实质互惠以实现该规则适用的灵活性。因此,笔者建议在我国“外保条款”中加入互惠关系保护的条款:“未与中国缔结条约或协定的国家对中国的作者、版式设计者、表演者、录音录像制作者、广播电台、电视台等提供保护的,经过国家著作权主管部门公示后,本法对该国的公民、法人或者非法人组织提供对等保护”。

最后,我国现行著作权法关于保护资格的属地标准并没有采纳“网络出版”。著作权法第63条规定,“本法第2条所称的出版,指作品的复制、发行”,而著作权法中的“发行”不包括交互式传播。在我国,发行权所控制的行为仅限于线下的实物交易,交互式传播行为由信息网络传播权规制。然而,如前所述,“网络出版”符合版权条约的立法初衷与数字技术发展的现实需求。为了完善外国版权客体保护资格的属地标准,笔者建议删除著作权法第63条,通过行政法规或司法解释明确网络提供行为属于属地标准下的“出版”,并以网络提供行为的

[60] 虽然我国也存在法人作品规则,但具有较多的限制条件,其适用范围远远小于外国的法人作品规则(如美国的雇佣作品规则)。

[61] 中华人民共和国商务部:《历年文化产品进出口情况(2008—2019)》, <http://pic.tradeinservices.mofcom.gov.cn/cultureTrade/lnwh.xlsx>, 2021年8月25日最后访问。

[62] 习近平:《全面加强知识产权保护工作 激发创新活力推动构建新发展格局》,《求是》2021年第3期,第6页。



最密切联系地作为首次出版地。

表面上看,采纳“网络出版”会增加属地标准的连结点,扩张具有保护资格的外国版权客体的范围,似乎与无条约不保护原则相悖,实则不然。非缔约国的国民或居民往往在非缔约国实施网络提供行为,首次出版地处于非缔约国的可能性较大,采取“网络出版”有利于这类外国版权客体丧失版权条约的保护资格,同时有助于公众尽早判断外国版权客体的权利状态。若立法拒绝“网络出版”,虽然非缔约国国民或居民的版权客体已经在线上传播,但其保护资格的确定还有待于实体出版,其权利状态存在很大的不确定性。

## (二) 我国司法实践的检视与完善

在审理涉及外国版权客体保护的纠纷时,法院应当重视我国所缔结的相关版权条约,在正确理解版权条约适用范围的基础上,审查外国版权客体的保护资格与保护程度(是否与我国著作权法的保护存在差异)。然而,我国目前的司法实践对于外国版权客体保护的法律适用存在较多不当之处。

在保护资格方面,不少法院适用属人标准时错误地将著作权人的所属国或住所地作为连结点。例如,最高人民法院在2014年裁定的“华盖公司诉绵阳晚报社案”中指出,涉案图片的著作权人为美国公司,鉴于我国和美国均属于《伯尔尼公约》成员国,故涉案图片享有的著作权依法受我国著作权法保护。<sup>[63]</sup>又如,最高人民法院在2018年裁定的“斯平玛斯特公司诉广益金光玩具厂案”中认为,涉案机器狗构成实用艺术作品,其权利人斯平玛斯特公司为住所在加拿大的法人,加拿大属于《伯尔尼公约》成员国,故涉案机器狗应当受我国著作权法保护。<sup>[64]</sup>此种属人标准的适用混淆了“作者”与“权利人”这两个概念。作者身份的审查才应是法院适用属人标准的关键。作者并不一定是权利人,两者的所属国或住所地并不一定相同。虽然大多数情况下两者为同一主体,但在不少情况下版权的初始归属者与作者身份是分离的,权利人还可以通过权利继受而更替,而作者身份并不会发生变化。

许多法院在适用属人标准时,没有根据我国立法正确处理关于作者身份的法律适用问题。我国涉外民事关系法律适用法第48条规定,知识产权归属适用被请求保护地法律。据此,我国法院在认定外国作品的作者身份时应适用我国法律。我国著作权法原则上采取自然人规则,甚至对于利用组织的物质技术条件并由组织承担责任的软件、工业设计图、地图等功能性作品,予以特殊职务作品的规定(作者身份归于自然人、财产权利均归于组织)。我国的拟制作者规则仅适用于组织主持、代表组织意志并由组织承担责任的的作品。<sup>[65]</sup>不少法院在适用属人标准时认定外国企业为外国作品的作者,不符合我国著作权法关于作者身份的规定。例如,上海知识产权法院在2020年判决的“古兰公司诉奋发玩具公司案”中,<sup>[66]</sup>英国的古兰公司被认定为涉案美术作品“托马斯火车”的作者。有些法院甚至对于版权初始归属或作者身份认定适用作品起源国的法律。例如,北京互联网法院在2019年判决的“娱乐

[63] 参见最高人民法院(2014)民申字第971号民事裁定书。

[64] 参见最高人民法院(2018)最高法民申4397号民事裁定书。

[65] 我国法人作品应原则上限于党政机关以自己名义发布并承担责任的公文类作品。参见王迁:《论“法人作品”规定的重构》,《法学论坛》2007年第6期,第36页。

[66] 上海知识产权法院(2019)沪73民终377号民事判决书。

壹公司诉途歌公司案”中，<sup>〔67〕</sup>对于涉案动漫形象“小猪佩奇”的初始归属适用作品起源国的法律，依据英国1988年版权、外观设计和专利法第11条关于雇佣作品的规定，认定作为原告的英国公司属于涉案作品的作者和著作权人。<sup>〔68〕</sup>又如，上海市杨浦区人民法院在2020年判决的“宽娱公司诉嘀哩公司案”中，<sup>〔69〕</sup>对于涉案动漫影视作品考虑日本关于作者身份认定的规则。

在保护程度方面，囿于“外保条款”的缺陷，我国法院完全依赖国内著作权法对外国版权客体予以保护，从未依据版权条约适用国民待遇例外。司法实践对于版权条约的陌生不仅使我国放弃了利用互惠待遇的机会，还可能导致违反版权条约的结果。前文提到的“斯平玛斯特公司诉广益金光玩具厂案”中，最高人民法院认为，根据《实施国际著作权条约的规定》第6条，外国实用艺术品在我国只能享受25年的保护期。<sup>〔70〕</sup>依该观点处理相关案件，会使我国违反《伯尔尼公约》。其实，由于1990年著作权法尚未对实用艺术品提供保护，国务院于1992年发布《实施国际著作权条约的规定》以使我国符合刚加入的《伯尔尼公约》，该规定第6条正是为了满足公约的最低要求，在当时形成了超国民待遇。随着我国将实用艺术品作为美术作品加以保护，该规定第6条应当随之丧失效力。法院依据该规定对相关外国实用艺术品仅提供25年的保护期，并不符合《伯尔尼公约》所允许的取低性实质互惠。

对于外国版权客体的保护仅适用我国著作权法，在很多方面会产生违反条约义务的问题。我国著作权法中仍零散地存在与条约要求不合之处，尤其是在版权客体经济权利的保护期方面。例如，WCT对于摄影作品要求作者终生加50年的保护期，我国于2007年加入WCT后长期没有符合该条约义务，直到2020年修正的著作权法才将摄影作品经济权利的保护期限从原本的发表后50年延长至作者终生加50年，但该保护期的延长并不适用于新法生效前已经落入公有领域的摄影作品，这仍然不符合WCT的要求。<sup>〔71〕</sup>又如，WPPT对录音制品的保护期限规定为出版后50年，<sup>〔72〕</sup>而我国著作权法对其规定为制作完成后50年。<sup>〔73〕</sup>出版时间可能是制作完成时间的次年甚至更晚，可见我国关于录音制品的保护期没有符合WPPT的要求。再如，TRIPS协定对法人作品的保护期限规定为出版后50年，<sup>〔74〕</sup>而我国著作权法对其规定为发表后50年。<sup>〔75〕</sup>作品发表时间可能早于出版时间，可见我国关于法人作品的保护期未能满足TRIPS协定的义务。

此外，我国关于外国版权客体和本国版权客体的保护资格条款规定得不够周延，也可能违

〔67〕 北京互联网法院（2018）京0491民初1045号民事判决书。

〔68〕 英国采取完全的自然人规则。根据英国1988年版权、外观设计和专利法第11条，雇佣作品的版权归属于雇主，但作者身份仍然归于作为自然人的雇员。法院错误地认定作为雇主的英国公司为“小猪佩奇”的作者。

〔69〕 上海市杨浦区人民法院（2019）沪0110民初8708号民事判决书。

〔70〕 参见前引〔64〕案例。《实施国际著作权条约的规定》第6条规定：“对外国实用艺术作品的保护期，为自该作品完成起二十五年。”

〔71〕 参见王迁：《论我国摄影作品保护期与国际版权条约的衔接——兼评〈著作权法修正案（草案）〉第62条》，《东方法学》2020年第6期，第47页。

〔72〕 参见WPPT第17条第2款。

〔73〕 参见著作权法第44条第1款。

〔74〕 参见TRIPS协定第12条。

〔75〕 参见著作权法第23条第2款。

反条约义务。其一，根据版权条约具有保护资格的个别版权客体并没有被现行“外保条款”所涵盖，我国若不保护这部分版权客体（如建造于缔约国的建筑作品），将违反我国缔结的版权条约。其二，根据著作权法第2条第1款，“本国作品”包括所有中国人的作品，其文义包括首次在《伯尔尼公约》其他成员国出版的中国人的作品。这与版权条约的受益范围有所重合，在其他成员国首先出版的“本国作品”实际上是起源于其他成员国的外国作品，其在我国的保护应受到版权条约的约束。我国著作权法存在一些对“本国作品”的权利限制（如著作权法第24条第1款第11项、<sup>[76]</sup>《信息网络传播权保护条例》第9条<sup>[77]</sup>）。若这些权利限制规定不符合“三步检验法”，<sup>[78]</sup>则我国将违反版权条约。

为了解决上述问题，我国司法实践应当认可，版权条约中关于明确私人权利的条款具有直接适用性（除非具有立法权或准立法权的国家机关表示条约需要转化）。采取条约纳入制的国家中，大多数法院判断条约直接适用性的关键，在于缔约国的意思表示和关于民事主体的救济性权利的规定是否足够明确。<sup>[79]</sup>因此，除非缔约国明确否认，保护外国版权客体的条约内容应当具有直接适用性，无需转化。当然，版权条约不一定完全涉及外国版权客体的保护，没有明确民事主体权利的条款则不具有直接适用性。

同时，在我国著作权法与版权条约不一致的情况下，我国法院对外国版权客体的保护应当优先适用版权条约。我国长期认可民事领域中具有直接适用性的条约内容具有优先效力，如原民法通则第142条第2款规定了国际条约对于我国民事法律的优先地位。我国与美国于1992年达成的《关于保护知识产权的谅解备忘录》第3条第3款明确，《伯尔尼公约》和《日内瓦公约》属于民法通则第142条所指的条约，其效力优先于我国法律。最高人民法院在2012年的司法解释中表示，无需转化的知识产权国际条约具有优先效力。<sup>[80]</sup>需要指出的是，民法通则第142条第2款并未区分条约内容是否具有直接适用性，而是“一刀切”地规定民事领域条约的优先性。然而，民事领域的条约（包括版权条约）不一定完全具有直接适用性。我国民法典没有保留民法通则第142条，可能是出于否定“一刀切”做法的考虑。在版权条约内容具有直接适用性的情况下，法院优先适用版权条约并不违反现行立法。

## 结 语

本国对外国版权客体的保护主要来源于版权条约的义务。我国应当遵循无条约不保护原则

[76] 该项规定：“将中国公民、法人或者非法人组织已经发表的以国家通用语言文字创作的作品翻译成少数民族语言文字作品在国内出版发行。”

[77] 该条规定：“为扶助贫困，通过信息网络向农村地区的公众免费提供中国公民、法人或者其他组织已经发表的种植养殖、防病治病、防灾减灾等与扶助贫困有关的作品和适应基本文化需求的作品，网络服务提供者应当在提供前公告拟提供的作品及其作者、拟支付报酬的标准。”

[78] “三步检验法”规定于《伯尔尼公约》第9条第2款、TRIPS协定第13条、WPPT第16条第2款，要求缔约国对于版权限制与例外的规定需符合三项条件：（1）在某些特殊情况下使用版权客体；（2）不损害版权客体的正常使用；（3）不致非合理地影响版权人的合法利益。

[79] See Dinah Shelton, *International Law and Domestic Legal Systems: Incorporation, Transformation, and Persuasion*, New York: Oxford University Press, 2011, p. 12.

[80] 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释（一）》（法释〔2012〕24号）第4条。

及其例外，基于条约关系或互惠关系对外国版权客体的经济权利予以保护，对其精神权利采取利他主义保护。我国著作权立法应当完善“外保条款”，为我国遵循无条约不保护原则及其例外确立健全的法律基础，确保我国利用国民待遇原则的例外机制，实现国家利益的最大化。司法实践对于外国版权客体的保护资格和保护程度的法律适用存在种种不足，反映了我国实务界尚未充分认知和理解无条约不保护原则以及版权条约的适用范围。我国法院应当认可相关版权条约的内容具有直接适用性，并优先于我国著作权法的适用。这能在一定程度上弥补我国关于无条约不保护原则的立法缺陷，版权条约义务的违反问题也能因此迎刃而解，从而维护我国善意履行国际义务的大国形象。

---

---

**Abstract:** The protection of foreign copyright objects (FCOs) in a country is mainly based on treaties to which the country is a party - a fact which is not paid enough attention to by China. The “no protection without treaty” principle reflects the territoriality of copyright, to which there are some exceptions. The utilitarian rationale in the copyright system underlies the protection based on treaties and the protection based on reciprocity, while the natural right rationale underlies altruistic protection. Protection eligibility of FCOs is based on the personal standard or the territorial standard. Conflict rule regarding authorship needs to be considered for the application of the personal standard. Interactive communication providing copies to the public should be deemed “publication” under the territorial standard. While adopting the national treatment principle, copyright treaties allow material reciprocity in certain cases, so to realize the equality of interests between countries. The rule of lower-protection material reciprocity is the most flexible approach to realize the equality. China should revise the FCOs protection provisions to take advantage of the exceptions of national treatment allowed by copyright treaties. In copyright legislation, China should also adopt altruistic protection for moral rights and protection based on reciprocity. To follow the principle of no protection without treaty and avoid violating treaty obligations, China should accept the self-executing applicability and the preempting effect of relevant articles of copyright treaties in judicial practice.

**Key Words:** copyright object, the principle of no protection without treaty, copyright treaty, national treatment

---

---