

广播组织权的客体

——兼析“以信号为基础的方法”

王 迁*

内容提要：在世界知识产权组织主持起草《保护广播组织条约》的过程中，各国都同意对广播组织权的保护应当采用“以信号为基础的方法”。但各国立法并没有真正体现这一方法，其中一些国家采取的“节目保护模式”将“广播”规定为一类作品，保护的实际上是节目，这将导致严重的正当性问题。另一些国家采取的“伪信号保护模式”名义上只保护载有节目的信号，但由于为广播组织规定了针对节目制品的专有权利且规定了至少20年的保护期，其真正保护的仍然是节目。创设广播组织权的理由，在于防止分流广播的听众或观众，从而损害作为节目传播者而非节目创作者或制作者的广播组织的利益。只有将载有节目的信号设定为保护客体，才能既保护广播组织的利益，又不至于造成法律逻辑的混乱、权利归属与授权机制的错位和对公有领域的侵蚀。基于信号的流动性，防止“信号盗窃”的途径是为广播组织规定“转播权”，而非规定以信号中的节目为保护客体的复制权、发行权和信息网络传播权等专有权利。由于“转播权”控制的是同步传播信号的行为，对保护期的规定并无意义。

关键词：广播组织权 信号盗窃 以信号为基础的方法

导 言

在我国著作权法规定的四项邻接权中，表演者权、录制者权和版式设计权的客体是十分清楚的，分别是表演活动、录音录像制品和版式设计。^{〔1〕}但广播组织权的客体究竟为何，从现行立法的用语中则难以得到清晰的回答。著作权法第45条规定：广播电台、电视台有权禁止未经其许可“将其播放的广播、电视”进行转播、录制和再复制。这就意味着

* 华东政法大学教授。

本文为国家社会科学基金重大项目“互联网领域知识产权重大立法问题研究”（批准号14ZDC020）的阶段性成果。

〔1〕 参见著作权法第38条第1款、第42条、第36条第1款。

广播组织权的客体是“广播、电视”。

然而，“广播、电视”（radio broadcast, television broadcast）的含义具有不确定性。无论在中文还是英文中，作名词使用的“广播、电视”既可以被理解为节目，如“听广播（listen to radio broadcast）”、“看电视（watch TV broadcast）”，〔2〕也可以被理解为载有节目的信号，如“通过广播、电视传送节目（transmission of programs by radio or TV broadcast）”。这正如在著作权制度刚刚诞生时，一些国家用“书”（book）描述作品所带来的问题。〔3〕因为“书”既可以指纸张上印刷的文字（作品），如“读书”，又可以指物质载体，如“买一本书”。在理想状态下，即使一个术语在日常生活中有数个含义，它在立法中的含义也应当被严格地限定。〔4〕特别是用于描述权利客体的术语，其含义应当清楚、明确、无歧义。如随着著作权制度的发展，各国著作权法在定义著作权的客体时，不再使用“书”（book），而是使用“作品”（work），正是出于这种考虑。但在尚无新的用语代替“广播”（broadcast）一词来描述广播组织权的客体的情况下，“广播”是指节目还是指信号的问题就显得尤为重要，因为节目和信号的关系就如同作品与载体的关系。只有保护作品的专有权利才是著作权，而保护作品载体的权利则是物权。两者在权利归属、保护方法、地域限制和时间限制等各个方面都存在重大区别。作品与载体的分野直接决定了著作权制度的正当性——保护著作权是为了促进对作品的创作和传播，而不是为了促进其载体的制作。那么，作为广播组织权客体的“广播、电视”究竟是指广播电视节目本身，还是指承载节目的信号？

考虑到著作权法有关保护广播组织权的规定是借鉴国际条约的结果，〔5〕其中“广播、电视”的用语分别与英文的“radio broadcast”和“television broadcast”相对应，如果国际条约对作名词的“广播”（broadcast）有清晰的界定，我国著作权法中的“广播、电视”的含义也可以得到明确。〔6〕然而令人遗憾的是，涉及广播组织权保护的国际条约虽然为广播组织规定了一系列权利，但有的并没有对其使用的各种术语进行定义，如《与贸易有关的知识产权协定》（“TRIPS 协定”），有的仅对英语中作为动名词，用于描述动作的“广播行

〔2〕部分学者在解释著作权法对广播组织权的规定时，认为广播组织权的客体是节目，如“广播电台、电视台对其制作的广播电视节目享有的权利，在著作权法上有时简称作广播组织权”。见李建国主编：《〈中华人民共和国著作权法〉条文释义》，人民法院出版社2001年版，第207页。

〔3〕例如，人类历史上第一部版权法——1710年的《安娜女王法》规定：“书籍（book）的作者……应享有印刷和重印书籍（book）的专有权利”（See the Statute of Anne, Section 2）。美国第一部版权法——1790年《版权法》规定：“……书籍（book）的作者……应享有印刷、重印、出版和销售……书籍（book）的专有权利”（See 1790 US Copyright Act, Section 1）。

〔4〕例如，日常生活人们常将“发行”理解为是出版社的行为，也常把网络中对作品的传播称为“网络发行”。但著作权法第10条第1款第6项将“发行”限定为“以出售或者赠与方式向公众提供作品的原件或者复制件”的行为，这就将“发行”的主体扩大到了书店等非出版社机构，同时排除了网络传播等不能导致作品的原件或复制件转移的行为。

〔5〕著作权法第45条是在2001年修改时形成的（当时为第44条）。而2001年修法的目的是，使我国在著作权保护方面符合《与贸易有关的知识产权协定》（TRIPS协定）的要求，以使我国能够尽快加入世界贸易组织。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43页。TRIPS协定第14条第3款规定：“广播组织有权禁止……未经许可以无线方式转播其广播（broadcast）……”。

〔6〕由于单独使用的“broadcast”既可以指电台的广播，也可以指电视台的广播，为用语简洁起见，以下将“广播、电视”统称为“广播”，将“radio broadcast”和“television broadcast”统称为“broadcast”。

为” (broadcasting) 进行了定义,^[7] 并没有对作为名词, 用于描述广播组织权客体的“广播” (broadcast) 进行定义, 因此上述问题从现行国际条约中无法得到清楚的回答。^[8]

在世界知识产权组织主持缔结《世界知识产权组织保护广播组织条约》(以下简称“《保护广播组织条约》”)的过程中, 其最高权力机构——世界知识产权组织大会要求在该条约中采取“以信号为基础的方法”(signal-based approach),^[9] 这一点得到了广泛认同。^[10] 作为条约讨论基础的各草案、提案或工作文件均将广播组织权的客体定义为“广播组织用于传送节目的信号”。^[11] 例如, 在2005年的《保护广播组织条约》合并案文中,^[12] 第3条“适用范围”明确规定:“依本条约授予的保护仅延及受本条约保护的受益人用以播送节目的信号, 而不延及这些信号所载的作品及其他受保护的客体”。^[13] 该案文对此的解释是:“……为了对该新文本提供的保护范围进行清楚地界定, 新增加了一款。该款明确区分了载体与内容, 受保护的客体是承载节目的信号。本文本所提供的保护与对信号所承载的作品和其他受保护客体的保护是完全不同的。”^[14]

与此同时, 世界知识产权组织还认为, 虽然《罗马公约》等国际条约没有对作为广播组织权客体的“广播”(broadcast) 进行定义, 但这些条约将“广播行为”(broadcasting) 定义为一种“传输”(transmission), 由于“传输”由信号构成, “广播”也只能指信号, 而不是指节目。^[15]

[7] 作为广播组织权保护方面最为重要的国际条约,《罗马公约》将作为名词用的“广播”(broadcasting) 定义为“指供公众接收的声音或图像和声音的无线电传输”, 见《罗马公约》第3条(f)款。《世界知识产权组织表演和录音制品条约》虽然没有规定对广播组织权的保护, 但也对“广播”(broadcasting) 进行了定义——“系指以无线方式的传输, 使公众能接收声音、或图像和声音、或图像和声音表现物; 通过卫星进行的此种播送亦为‘广播’……”, 见《世界知识产权组织表演和录音制品条约》第2条(f)款。

[8] 世界知识产权组织在一份由秘书处起草的文件中也指出: 作为名词使用的“广播”(broadcast) 在上述文件中并未被定义过。See SCCR/8/INF/1, Protection of Broadcasting Organizations: Terms and Concepts, p. 3, para. 9.

[9] See WO/GA/33/10, WIPO General Assembly, Thirty-Third (16th Extraordinary) Session, Report, para. 107; WO/GA/34/8, WIPO General Assembly, Report on the Special Sessions of the Standing Committee on Copyright and Related Rights regarding the Proposed Diplomatic Conference on the Protection of the Rights of Broadcasting Organizations, para. 2 (iv).

[10] 在2001年世界知识产权组织召开的“亚太国家有关广播组织权的区域研讨会”上, 美国政府代表即对此进行了总结:“我注意到, 所有这些国家的提案(指有关广播组织条约草案的提案——笔者注)都清楚地说明, 他们提出的建议都是对广播信号提供保护……。该原则也的确反映在由各个广播组织联盟提出的草案文件中”。WIPO/CR/MNL/01/2, Michael Keplinger, Present Situation Regarding The International and National Protection of The Rights of Broadcasting Organizations, p. 3.

[11] 由于各草案、工作文件和成员国的提案数量众多, 不能一一列举, 此处只举出其中三份最有代表性的文件。一是融合了各成员国提案的合并文本(See SCCR/12/2 Rev. 2, Second Revised Consolidated Text for a Treaty on the Protection of Broadcasting Organizations, Article 3 (0)); 二是2006年为召开世界知识产权组织外交会议(外交会议的目的就是缔结条约)起草的《世界知识产权组织保护广播组织条约基础提案》(“《基础提案》”为附逐条详细说明的条约草案)(See SCCR/14/2, Draft Basic Proposal for the WIPO Treaty on The Protection of Broadcasting Organizations, Article 3 (1)); 三是2014年由世界知识产权组织版权与相关权常设委员会(SCCR)通过的, 至今仍然作为条约讨论重要基础的《保护广播组织条约工作文件》(See SCCR/27/2 REV, Working Document for a Treaty on the Protection of Broadcasting Organizations, Article 5 (b))。

[12] 迄今为止在世界知识产权组织讨论过的条约提案和文本中, 该案文的内容最为详尽。

[13] See SCCR/12/2 Rev. 2, Second Revised Consolidated Text for a Treaty on the Protection of Broadcasting Organizations, Article 3 (0).

[14] See SCCR/12/2 Rev. 2, Second Revised Consolidated Text for a Treaty on the Protection of Broadcasting Organizations, Explanatory Comments on Article 3, para. 3.01 a.

[15] See SCCR/8/INF/1, Protection of Broadcasting Organization: Terms and Concepts, p. 3, para. 9.

这样一来，对上述问题的回答似乎已经非常清楚——不仅未来新条约之中作为广播组织权客体的“广播”是指信号，而且以往国际条约中的“广播”原本就是指信号。因此广播组织权的客体应当是载有节目的信号而不是节目本身。世界知识产权组织在早期的讨论中，甚至认为根本没有必要对作为广播组织权客体的“广播”进行定义。当时作为讨论基础的《保护广播组织条约基础提案》没有对“广播”进行定义，对此世界知识产权组织的解释是：“在新文本中并没有对‘广播’（broadcast）这一术语进行定义。新文本的保护客体是广播，它是承载节目的信号（program-carrying signal），传输（transmission）就是由它构成的。广播（broadcast）体现了广播组织所从事的活动，即‘广播行为’（broadcasting）的结果，而本文已经对‘广播活动’进行了定义。因此，没有必要对‘广播’进行定义。”^[16]

然而，实际情况远未像世界知识产权组织描述的那样乐观。这一方面体现在各国参考《罗马公约》规定的广播组织权在客体上混乱不堪。有的明显以节目为客体（如英国、澳大利亚和欧盟层面的立法），有的虽然明确规定客体是信号，但实际上保护的是节目（如加拿大等国的立法），有的还同时将节目和信号列为受保护的客体（最为典型的莫过于南非版权法对“广播”（broadcast）的定义）。南非版权法规定，“广播”作为名词使用时，意为一种传送声音、图像、标识或信号的电信服务……包括向卫星发射承载节目的信号。^[17]“信号”是用于传送由声音、图像等构成的节目的，这才产生了“承载节目的信号”（program-carrying signal）的术语，但上述规定将“声音、图像、标识”这些构成节目的要素与承载节目的“信号”共同作为被传送的对象，相当于规定著作权的客体是小说与印有小说的纸张，其中的逻辑混乱可见一斑。另一方面，在世界知识产权组织讨论的各项条约草案、提案或工作文件中虽然都明确将保护的客体定为“承载节目的信号”，但在对其规定的具体权利和保护期进行分析之后则可以发现，这种保护本质上仍然是针对节目的，与“以信号为基础的方法”相去甚远。例如，广播组织享有的权利包括“录制权”、“复制（录制品）权”、“发行权”、“（复制品）播放权”和“提供权”（相当于“信息网络传播权”）。^[18]如果广播组织权的客体不是节目，而是“载有节目的信号”，又如何能将流动的“信号”（而非“节目”）录制下来制成录制品，并再次制作“信号”的复制件、向公众发行和供公众点播呢？难道将电视台播放的电影录制在录像带中并出售录像带的行为，是复制了“信号”并在向公众提供“信号”么？

国际上对广播组织权客体界定的混乱，不可避免地对我国正在进行的著作权法修订工作产生巨大影响。从2012年起，我国已先后三次对著作权法修改草案公开征求意见。著作权法修改草案一方面将广播电台、电视台的权利客体设定为“其广播电视节目”，^[19]另一

[16] See SCCR/14/2, Draft Basic Proposal for the WIPO Treaty on The Protection Of Broadcasting Organizations, Explanatory Comments on Article 2, para. 2.06.

[17] Copyright Act of South Africa, Article 1, “broadcast”.

[18] See SCCR/12/2 Rev. 2, Second Revised Consolidated Text for a Treaty on the Protection of Broadcasting Organizations, Article 8, 9, 10, 11, 12; SCCR/27/2 REV, Working Document for a Treaty on the Protection of Broadcasting Organizations, Article 9 (Alternative B). 但后者没有提及发行权。

[19] 著作权法修改草案第一次公开征求意见稿第38条规定：“广播电台、电视台有权禁止以下行为：（一）其他广播电台、电视台以无线或者有线方式转播其广播电视节目……”；著作权法修改草案第二次公开征求意见稿第41条和著作权法修改草案送审稿第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……”。

方面又规定“本法所称的广播电视节目，是指广播电台、电视台首次播放的……信号”。^[20]这相当于声称：节目与信号是一回事。如果以著作权为类比，就如同认为小说与纸张是一回事。如果是这样，区分“节目”（内容）和“载有节目的信号”（载体）还有什么意义呢？

由此可见，即使是在世界知识产权组织提出应对广播组织的保护采取“以信号为基础的方法”之后，对于广播组织权的客体究竟是什么，以及如何体现“以信号为基础的方法”的问题，仍然需要深入研究。

一、节目保护模式之辩

《罗马公约》等国际条约并没有对作为广播组织权客体的、作为名词使用的“广播”（broadcast）进行定义，就为各国以不同方式实施条约有关保护广播组织的要求留下了空间，由此出现了不同的立法模式。其中，一些英美法系国家的版权法将“广播”作为一类作品提供保护。根据其立法中的定义，“广播”的实质是节目，而不是载有节目的信号。

（一）节目保护模式：对广播内容提供保护

英国版权法将作为名词使用的“广播”（broadcast）定义为“对图像、声音或其他信息的电子传输（electronic transmission）”，包括两种情形，一是供公众中的成员实时接收的传输，二是为了向公众的成员呈现而由传输实施者在其指定的时间进行的传输。^[21]与“广播”具有多种含义的情形相似，“传输”（transmission）既可以指传播产生的信号，^[22]也可以指以图像或声音体现的被传播的内容。但英国版权法与大陆法系国家的立法不同，并没有将“广播”规定为邻接权的客体，而是将它规定为一种作品类型。^[23]既然“广播”是“作品”，就应当指节目而非承载节目的信号，因为作品必须是一种表达，而信号本身不可能构成表达。同时，英国版权法还规定：“对影片（film）^[24]或广播的复制包括对构成影片或广播的任何图像的全部或实质性部分进行拍摄”。^[25]该条将“广播”与影片并列，同时认为“广播”可由图像构成，这就说明，作为“作品”受英国版权法保护的“广播”是节

[20] 著作权法修改草案第一次公开征求意见稿第37条规定：“本法所称的广播电视节目，是指广播电台、电视台首次播放的载有内容的信号”。著作权法修改草案第二次公开征求意见稿第40条和著作权法修改草案送审稿第41条规定：“本法所称的广播电视节目，是指广播电台、电视台首次播放的载有声音或者图像的信号”。

[21] See UK Copyright Act, Section 6. 其中第二种情形并非直接面向公众、由公众实时接收的传输，而是指向公众实际传输之前所实施的传输行为，如记者在事件现场将照片和录音通过卫星向电视台所作的传输。See Hugh Laddie, Peter Prescott, Mary Vitoria, *The Modern Law of Copyright and Designs*, 4th ed., LexisNexis, London, 2011, p. 461.

[22] 有关英国版权法的权威著作《现代版权与外观设计法》就将“广播组织发送的信号”作为“电子传输”的典型实例。同上书，第451页。在《保护广播组织条约》讨论之初，世界知识产权组织在总结各国立法时，也据此认为英国的立法“看来是保护信号，而非内容”的。See SCCR/1/3, Existing International, Regional And National Legislation Concerning The Protection of The Rights of Broadcasting Organizations, p. 15, para. 38.

[23] 英国版权法将作品分为三类，第一类是独创性的文字、戏剧、音乐或艺术作品；第二类是录音、影片或广播；第三类是出版物的版式设计。换言之，英国版权法是将大陆法系国家邻接权的一些客体作为作品对之提供保护的。See UK Copyright Act, Section 1.

[24] 英国版权法中的“film”不仅包括我国著作权法中的“电影和以类似摄制电影的方法创作的作品”，还包括我国著作权法中的“录像”。为避免混淆，本文并不将其译成“电影”，而是译成“影片”。

[25] See UK Copyright Act, Section 17 (4).

目，而不是承载节目的信号。

在英国发生的“英国广播公司诉英国卫星广播公司案”中，英国广播公司（BBC）对足球世界杯比赛的电视广播享有版权，其认为英国卫星广播公司在体育新闻节目中使用14至37秒赛事节目片段的行为构成对其在英国版权法中“广播”版权的侵权。显然，被告是将BBC播出的世界杯赛事节目录制之后，从中选取片段编入新闻节目进行播出，使用的并非承载节目的信号，而是节目本身（内容）。但英国法院在判决书中集中讨论的是：被告对节目片段的使用是否可根据限制与例外条款免责，即被告的行为是否属于为报道时事新闻所进行的公平使用，根本未涉及被告利用的是信号还是节目。^[26]有关英国版权法的权威著作《现代版权与外观设计法》对此指出：“人们经常强调广播的版权只与传输或信号有关，而与由其承载的内容无关……。但是，我们认为（英国版权法）第6（1）（b）条‘广播’的定义也指向了广播的内容，因为它提及了‘向公众呈现’。只有图像、声音或其他信息，而不是传输或信号，才能向公众呈现。……受保护的是（广播中）实际出现的图像或声音。”^[27]

新西兰版权法和澳大利亚版权法对此作出了更加清楚的规定。在新西兰版权法规定的作品类型中，包括“通讯作品”（communication work），与英国版权法中的“广播”相对应，^[28]其含义为：“对声音、图像、其他信息或上述内容组合的电子传播……，包括广播或有线节目（broadcast or a cable program）”。该定义清楚无疑地将“通讯作品”与节目划上了等号。

澳大利亚版权法没有像英国和新西兰版权法那样，将“广播”规定为一种法定作品类型，而是将“电视广播”和“声音广播”规定为“作品之外的其他客体”，类似于大陆法系国家著作权法中邻接权的客体。但分析其条文即可发现，其保护机制与英国和新西兰如出一辙。澳大利亚版权法将“电视广播”（television broadcast）和“声音广播”（sound broadcast）规定为广播组织权的客体。^[29]其中“电视广播”被定义为“通过电视被广播的视觉图像”，“声音广播”被定义为“指被广播的声音，但不包括作为电视广播组成部分的声音”。^[30]在规定广播组织的专有权利时，该法使用了“由视觉图像构成的电视广播”和“由声音构成的声音广播”的用语。^[31]这就清楚地说明，受保护的是由“图像”和“声音”构成的节目，而不是承载节目的信号。同时，澳大利亚版权法在定义“侵权复制件”时，还将“与电视广播与声音广播有关的复制件”与作品复制件、录音制品复制件和影片复制件相并列，并将其定义为“广播中的影片或录音的录制品”。^[32]而在规定对“电视广播”和“声音广播”的侵权行为时，将未经许可“对承载广播中图像和声音的任何物品进行利用”也归入

[26] See *British Broadcasting Corporation v British Satellite Broadcasting Ltd*, [1992] Ch. 141.

[27] 前引 [21]，Hugh Laddie 等书，第 482 页。

[28] 新西兰版权法将作品分为五类：（1）文字、戏剧、音乐或艺术作品。（2）录音。（3）影片。（4）通讯作品。（5）出版物的版式设计。See *New Zealand Copyright Act, Section 14 (1)*。对照上文引述的英国版权法规定的作品类型，可以看出，“通讯作品”明显对应的是英国版权法中的“广播”。

[29] See *Copyright Law of Australia, Section 91*.

[30] See *Copyright Law of Australia, Section 10 (1)*.

[31] See *Copyright Law of Australia, Section 87*.

[32] See *Copyright Law of Australia, Section 10 (1)*.

其中。^[33]既然“广播”的复制件是指被播放的影片或录音的复制件，利用承载广播中图像和声音的物质载体如录制电视台所播放电影形成的录像带的行为可以构成对“广播”的侵权，“广播”当然不可能是指信号，而是指被信号承载的节目，因此澳大利亚的“广播组织权”保护的仍然是节目而非信号。

相关案例也证实了这一点。在“第九频道诉第十频道案”中，被告从原告播出的真人节目秀中选取了一些片段，重新编排后播出，使观众能够发现原告在节目制作方面的错误与可笑之处。原告起诉被告侵犯了自己对“电视广播”的版权。此案历经三级法院审理，是有关澳大利亚保护广播组织权的经典案例。然而三级法院都将审理的重点放在了被告是否使用了原告电视广播的“实质性部分”之上。^[34]由于被告使用的只是原告节目的片段，因此“实质性相似”的判断只可能是针对节目内容的。

英国、新西兰和澳大利亚这种保护“广播”内容即节目本身的模式（以下简称“节目保护模式”）是英美法系实用主义立法方式的产物。它对广播组织播出的节目提供保护，甚至将其规定为一类作品，相较于将节目归入影视作品或视听作品，并将承载节目的信号规定为其他客体的立法模式，更符合广播业界和普通公众的直观感受，容易接受——只要广播电台、电视台播出的节目被他人未经许可使用，广播电台、电视台就可以起诉他人侵犯了“广播”或“通讯作品”的版权，无需考虑节目是否属于或包含了其他类型的作品，如文字、音乐、摄影、录音和影片等作品，对广播组织而言确实显得简单易行。

（二）节目保护模式的正当性问题

“节目保护模式”表面上的好处并不能掩盖其一系列本质上的缺陷和正当性问题。首先，传统的文字、音乐和美术等作品的分类标准是表达的形态，即考虑作品的表达方式是文字组合、音符还是以色彩、线条构成的造型等，并不考虑作品的传播主体是出版社还是电视台。与之形成鲜明对比的是，“广播”或“通讯作品”的作品类型与表达形态无关，而是取决于传播主体。换言之，只要播出了节目，无论内容是音乐还是影视剧，电台、电视台都可以对播出的内容主张“广播”或“通讯作品”的版权。这就不可避免地带来了分类标准上的混乱。

其次，电台、电视台播出的节目，既可能是由自己制作的，也可能完全源自于他人。对于前者而言，在独创性要求极低的英美法系国家基本都可构成作品，且权利人都是广播组织自身。在这种情况下，将该节目按照传播主体归为“广播”或“通讯作品”，而不是按照其表达方式归为影视作品等某一类传统作品，虽然会产生分类标准上的问题，但并不会实际影响对该作品的保护。因为无论将该作品归于何种类型，电台、电视台都是作品的权利人，未经许可对节目的录制和播放等行为都将侵犯电台、电视台的权利。但是，如果电台、电视台播出的节目纯粹是他人享有权利的作品，如电影公司拍摄的影视剧等，将播出的节目规定为“广播”或“通讯作品”并对其内容提供保护，赋予其复制权、发行权、表

[33] See Copyright Law of Australia, Section 101 (4).

[34] See TCN Channel Nine Pty Ltd and Others v Network Ten Pty Ltd, 108 FCR 235, 288 (2001); TCN Channel Nine Pty Ltd and Others v Network Ten Pty Ltd, 118 FCR 417, 435 - 437 (2002); Network Ten Pty Ltd v TCN Channel Nine Pty Ltd and Others, 218 CLR 273, 294 (2004).

演权和向公众传播权等专有权利，^[35] 将导致严重的正当性问题。假设有人未经许可录制了电视台播出的一部电影并在放映厅中放映，根据英国和新西兰版权法的规定，该行为不但侵犯了影片的版权，还侵犯了电视台对“广播”或“通讯作品”的版权。^[36] 然而，如果此人从 DVD 中复制了相同的电影并在放映厅放映，其行为只侵犯影片的版权，并不侵犯 DVD 制作者和发行者的权利。上述两种放映行为针对的是同一部电影，无论是电视台还是 DVD 的制作人或发行者都没有对电影内容进行任何改动，只是以不同方式向公众传播电影或提供其复制件。为什么前者一经播放电影，就对电影本身享有了权利，而后者制作、出版 DVD，并不能对电影本身享有权利呢？这种区分是缺乏正当性的。

最后，如果电台、电视台播出的节目不仅纯粹是他人的作品，而且该作品的保护期业已届满，则“节目保护模式”将严重侵蚀公有领域，带来的正当性问题将更加突出。假设一部电影已超过保护期，他人未经许可复制电影 DVD 后在放映厅公开展映，并不侵犯任何人的权利。但如果电视台播放了这部电影，他人在收看时未经许可录制了电影并随后在放映厅放映，仍然有可能侵犯电视台对“广播”或“通讯作品”的版权，这是因为在采用“节目保护模式”的立法中，“广播”或“通讯作品”的保护期是从首次播出当年起算 50 年。^[37] 这就意味着，如果电视台是在电影保护期届满后首次播出该电影的，仍然可以就该“广播”或“通讯作品”获得 50 年的保护。更为严重的是，英国版权法虽然将“广播”定作为一种法定作品类型，但并不要求其具备独创性，^[38] 即在制作和准备广播的过程中无需投入技巧、劳动或创造性。^[39] 该法规定：接收他人广播后立即重新传输（即通常所说的“转播”），只要获得了他人授权，就应被视为与他人广播相互独立的广播。^[40] 这样一来，如果某电视台在一部电影超过保护期后首次播放这部电影，并且许可另一家电视台转播，而有人录制了转播的电影并制作成 DVD 销售，其行为虽然并不侵害影片的版权，但侵害了两家电视台的版权，这样的保护显然缺乏正当性，而且损害了公众利用公有领域中作品的自由。

笔者认为，“节目保护模式”具有上述缺陷的根本原因在于混淆了创作与传播这两类行为，以及相应的创作者与传播者的法律地位。作品是一种智力创作成果，^[41] 直接产生作品的智力活动才是创作行为，^[42] 它的外在表现就是智力成果在数量上的增加，与载体的数量、传播的方式或受众的人数无关。在不改变作品内容或将作品纳入新的创造性表达，也没有对多种作品进行独创性的选择或编排的情况下，无论以何种形式传播作品，都不属于

[35] See UK Copyright Act, Section 17 (1) (4), 18, 19 (3), 20 (1) (c).

[36] 英国版权法规定：“在公共场所播放或放映作品是受录音、影片或广播版权限制的行为”。See UK Copyright Act, Section 19 (3). 新西兰版权法有类似规定。See New Zealand Copyright Act, Section 32 (2).

[37] See UK Copyright Act, Section 14 (2); New Zealand Copyright Act, Section 24 (1); Copyright Law of Australia, Section 95 (1).

[38] 英国版权法在列举三类作品类型时，只要求第一类的“文字、戏剧、音乐或艺术作品”具备独创性，对于第二类“录音、影片或广播”和第三类“出版物的版式设计”都未要求独创性。See UK Copyright Act, Section 1.

[39] 前引 [21]，Hugh Laddie 等书，第 482 页。需要说明的是，新西兰对“通讯作品”（同英国版权法中的“广播”）的保护虽然以英国为模板，但要求其具备独创性。See New Zealand Copyright Act, Section 14 (1) (2).

[40] See UK Copyright Act, Section 6 (5A), 6 (6).

[41] 《著作权法实施条例》第 2 条规定：“著作权法所称作品，是指文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以某种有形形式复制的智力成果”。

[42] 《著作权法实施条例》第 3 条第 1 款规定：“著作权法所称创作，是指直接产生文学、艺术和科学作品的智力活动”。

创作行为,不可能产生新作品。例如,音像公司将电影公司已经拍摄完成的电影制成DVD并销售,虽然需要进行技术上的处理,如转换电影的格式或压缩影像,但它并不会产生新的智力创作成果,即新的电影作品,因为这些技术处理并不会产生有别于已有电影的新表达,如新的连续画面或伴音。在这种情况下,音像公司制作DVD的行为,甚至不能产生对录像制品的邻接权,因为DVD中的连续画面和伴音是复制已有电影的结果,而非音像公司首次制作成的。^[43]即使是不区分影视作品和录像制品,而是将其统称为“影片”(film)的英国版权法,也对此明确规定:“复制在先影片而形成的影片,不能取得版权”,^[44]即不能作为新的“影片”受到版权保护。因此,无论是在大陆法系国家还是英美法系国家,制作和发行电影DVD的音像公司都不能取得独立于电影版权的任何新权利。如果遇到DVD被他人未经许可复制的情况,音像公司只能作为电影权利人的专有被许可人提起诉讼。

电台、电视台播放节目也是如此。在区分著作权和邻接权的大陆法系国家,节目的内容可视情况构成影视作品(如影视剧)、录像(如课堂授课的录像)和录音(如采访录音)等。在将录音和录像都视为作品的一些英美法系国家,节目基本都可构成作品。无论节目是由电台、电视台自己制作还是由他人制作,电台、电视台播放节目的行为都没有改变节目内容、产生新的智力成果。仍然以电影为例,电视台通过电波传播的电影与音像公司制作成DVD传播的电影,在内容上并无区别,电视台不应当仅通过将电影作为节目播放,就对节目内容——电影享有独立于电影著作权的新权利。当然,电台、电视台对众多节目进行独创性的选择或编排,有可能形成整体意义上的汇编作品,^[45]但问题在于,上述采取“节目保护模式”的立法对“广播”或“通讯作品”提供保护时,并不区分其中包含的是单个节目还是节目的集合。换言之,这种保护并不是以节目整体构成汇编作品为前提的。英国是在1956年版权法中首次对“广播”提供保护的,而这一新增加的保护是以版权委员会的报告(史称《乔治报告》,Gregory Report)的建议为基础的。该报告提出:“(广播组织)投入了大量时间和技巧汇集了自己的节目并进行了播放。当他们使用受版权保护的内容时,就要向版权人付费。在我们看来,赋予他们控制以任何手段对这些节目进行任何后续复制的权利是再正当不过的事情了。”^[46]

由此可见,“节目保护模式”的实质是将信号所承载的节目作为一种独立的客体提供保护,并不考虑节目的内容是否由广播电台、电视台制作,也不考虑节目内容本身是否可以作为各类传统作品受保护的状况,同时将播放节目的电台、电视台规定为这类客体的权利人,使其仅通过对节目的播放就可取得独立的权利。这一模式违背了著作权法的基本法理,^[47]

[43] 《著作权法实施条例》第5条第5项规定:“录像制作者,是指录像制品的首次制作人”,这就将仅复制他人已有影像和伴音,而没有自行制作出新的影像和伴音的人排除出了“录像制作者”的范畴。

[44] See UK Copyright Act, Section 5B.

[45] 参见《伯尔尼公约》第2条第5款,我国著作权法第14条。

[46] Report of the Copyright Committee (the Gregory Report), para. 117.

[47] 美国学界有观点认为,之所以应当反对《保护广播组织条约》,是因为其没有将保护范围限于广播组织对已有作品的编排或增加的新内容。See Lisa Mak, “Signaling” New Barriers: Implications of The WIPO Broadcasting Treaty For Public Use of Information, 30 Hastings Communications and Entertainment Law Journal 533, 538 (2008). 这一观点是基于美国版权法对独创性的要求低,从而不区分著作权与邻接权的现实,并不适用于对是否应当将广播组织纳入邻接权保护的讨论。但该观点对于批评“节目保护模式”完全适用,因为“节目保护模式”正是将“广播”当成作品加以保护的。

是不科学的，也不足为我国立法所借鉴。

二、伪信号保护模式之辩

对电台、电视台播放的节目作为独立的客体提供保护，无论这种保护属于著作权保护还是邻接权保护，都会产生“节目保护模式”的上述缺陷。可能正是基于这种考虑，世界知识产权组织大会要求在起草《保护广播组织条约》时采取“以信号为基础的方法”，而且迄今为止形成的各草案、提案或工作文件都明确将广播组织权的客体定义为“广播组织用于传送节目的信号”。这似乎已明白无误地表明，《保护广播组织条约》采用的不是“节目保护模式”，而是“信号保护模式”。与之相似的是加拿大版权法。该法在保护客体的分类方面，采用了与大陆法系国家类似的方法，区分作品与其他客体，即划分了版权与邻接权，并将广播组织权纳入邻接权。^[48] 在规定广播组织权的客体时，加拿大版权法并没有将其命名为导致歧义的“广播”（broadcast），而是称为“通讯信号（communication signals）”。^[49] 该法有关广播组织权保护的第21条标题即为“对于通讯信号的权利”，内容为：“广播组织对于其播送的通讯信号享有版权……”。^[50] 这说明加拿大立法者认为广播组织权的客体并非节目，而是承载节目的通讯信号。

将广播组织权的客体规定为信号而非节目，似乎贯彻了“以信号为基础的方法”。然而，仔细分析后就可以发现，目前声称采用这一方法的法律文件对广播组织权的保护与“节目保护模式”并不存在本质差异。

（一）信号保护与有关广播制品的专有权利

在《保护广播组织条约》的讨论过程中，多数草案、提案或工作文件都为广播组织规定了“录制权”和“复制（录制品）权”，有的还规定了“发行权”、“（复制品）播放权”和“提供权”^[51]（“提供权”在内容上相当于我国著作权法规定的“信息网络传播权”，以下统称为“信息网络传播权”）。明确将“通讯信号”规定为广播组织权客体的加拿大版权法也为广播组织规定了“录制权”和“复制（录制品）权”和“播放权”。^[52]

然而，作为承载节目的信号，必然是流动的，无论是在空中还是电缆中都是如此。唯一对“信号”进行了定义的国际版权与邻接权条约——《与对由卫星传输的、载有节目的

[48] 加拿大版权法的第一部分（Part I）的标题是“对作品的版权和精神权利”，第二部分（Part II）的标题是“对表演者的表演、录音制品和通讯信号（communication signals）的版权以及对表演者表演的精神权利”，明显区分了对作品的版权与对其他客体的邻接权。

[49] 加拿大版权法将“广播组织”定义为“指在从事广播业务的过程中，根据广播业务所在国的法律播出了通讯信号的机构”。Copyright Act of Canada, Article 2, “broadcaster”.

[50] See Copyright Act of Canada, Article 21 (1).

[51] See SCCR/12/2 Rev. 2, Second Revised Consolidated Text for a Treaty on the Protection of Broadcasting Organizations, Article 8, 9, 10, 11, 12; SCCR/27/2 REV, Working Document for a Treaty on the Protection of Broadcasting Organizations, Article 9 (Alternative B) (但未规定发行权); SCCR/27/6, Proposal on a Treaty on the Protection of Broadcasting and Cablecasting Organizations, Article 2 (1) (f), 6 (1); SCCR/24/3, Renewal Version of Revised Draft Basic Proposal for the WIPO Treaty on the Protection of Broadcasting Organizations, Article 8 - 12.

[52] Copyright Act of Canada, Article 21 (1) (a), (b), (d).

信号进行传播有关的布鲁塞尔公约》^[53]（以下简称“《布鲁塞尔卫星公约》”）规定：“信号是由电子方式产生的、能够传送节目的载体”。^[54]“传送节目”意味着信号必须是流动的，否则就无法将节目从一个地点传送到另一个地点。世界上并不存在静止的信号，一波信号一旦通过某种通讯设备被发送，就会在其预定范围内流动。如果达到了其传输距离的极限，这波信号就会消亡。由此可见，信号本身是不可能被固定的，只有被信号承载的节目可以被提取出来加以固定。主张给予广播组织对其广播录制品的播放权的学者也承认，对广播录制品的播放使用的并不是信号本身，而是“信号广播”（signals broadcast）。^[55]显然，所谓的“信号广播”就是指信号承载的节目。^[56]

信号与节目的关系正如海水与海盐的关系，水为溶剂（载体），盐为溶质（内容），人们可以“煮海水为盐”，^[57]将盐从水中提炼出来，但此时水分早已蒸发消失了。在用收音机、电视机等装置接收载有节目的信号之后，用录音或录像设备将其中的节目录制下来，就如同煮海水炼盐，录制的是被信号承载的节目，而不是信号本身——在节目被录制的同时，承载该节目的信号就消逝了。对已经录制在音像载体之上的节目进行复制，或制成音像制品之后发行，或在放映厅利用音像制品播放，或上传到互联网中供公众点播，利用的纯粹是节目本身，与最初传送节目的信号已无任何关系。这正如在煮海水炼出海盐之后，用海盐炒菜或贩卖海盐都与海水无涉。世界知识产权组织从通讯技术的角度，认为广播组织的“信号”是指“任何能够承载信号的、被传送且能被探测到的能量”。^[58]试问“能量”如何会有“复制件”？如何能对“能量的复制件”进行发行、传播？

由此可见，录制权、复制（录制品）权、发行权、（复制品）播放权和信息网络传播权针对的都不是信号，而是被信号所承载的节目。因为只有节目才可能被录制到音像载体之中，并从一个载体复制到另一个载体上，以流动为本质特征的信号本身是不可能被录制或被再次复制的。同样道理，发行是指向公众提供受保护客体的原件或复制件，既然信号不可能被录制并形成复制件，发行权所针对的就不是信号，而是被信号承载的节目。如上文在分析“节目保护模式”时所述，直接翻刻电影 DVD 后销售新的 DVD，与在收看电视台播放的电影时进行同步录制并制作 DVD 去销售，在行为本质上并不存在任何区别，后者提供的并不是信号的复制件，而是电影作品的复制件。在电影院进行放映和通过信息网络进行交互式传播即供公众点播也是如此。行为人通过机械装置面向公众放映的，或者通过网络提供给公众点播的，并不是信号，而是原先由信号承载的节目。

[53] 英文名称为 Brussels Convention Relating to the Distribution of Programme-Carrying Signals Transmitted by Satellite，世界知识产权组织提供的中文译名为《发送卫星传输节目信号布鲁塞尔公约》，See <http://www.wipo.int/copyright/zh/#laws>。该译名虽然简洁，但有失准确，因为条约要求缔约国规制的，是对于由卫星传送的信号进行再传播的行为，而不是首次传送卫星信号的行为。

[54] 《布鲁塞尔卫星公约》第1条第(i)款。

[55] Thomas Dreier, *Reflections on the Draft WIPO Broadcasting Treaty and Its Impact on Freedom of Expression*, UNESCO e-Copyright Bulletin (July-September 2006), p. 8.

[56] 德国著作权法学者莱文斯基指出：“确实，对录制后权利的规定看来是与仅进行信号保护的方法相冲突的，因为信号在被录制后就不存在了”。Silke von Lewinski, *International Copyright Law and Policy*, Oxford University Press, 2008, p. 521, para. 19. 27.

[57] 司马迁：《史记·吴王刘濞传》，中华书局2012年版，第615页。

[58] SCCR/8/INF/1, *Protection of Broadcasting Organizations: Terms and Concepts*, p. 3, para. 9.

广播组织的代表曾一方面强调：广播组织的“邻接权保护的只是信号，而不是由信号承载的节目内容”，^[59] 另一方面又认为，只要使用者是从物质载体中提取节目，而不是从广播信号中提取节目，其使用就不构成对广播组织的侵权。^[60] 这一观点着实荒谬：信号与节目是可以完全分离的，将电台、电视台播出的节目录制下来之后，录制品中并不存在任何信号。此时对录制品的后续利用，仅仅是针对节目而非信号。这与对表演的录制品（如歌星演唱歌曲的 CD）进行利用时，表演者的表演（歌声）与被表演的作品（歌声中体现的音乐作品）难以分离的情况是完全不同的。假设对于一部已超过保护期的电影，某网站提供了在线下载，某电视台进行首播，根据上述广播组织代表的观点，某音像出版社如果将该电影从网站中下载后制成 DVD 销售，并不侵犯任何权利，因为不但电影不再受著作权保护，网站也不会因为提供电影而获得邻接权保护。但该音像出版社将电视台首播的该电影录制下来制成 DVD 销售，就会侵犯电视台的广播组织权，因为电视台作为广播组织，享有录制权和对录制品的复制权和发行权，这种区分的正当性何在？此时电视台广播组织权针对的，实际上就是电影本身。因此，赋予广播组织以录制权、复制（录制品）权、发行权、（复制品）播放权和信息网络传播权等专有权利，必然意味着广播组织权的客体是节目，而非信号。

在起草《保护广播组织条约》的过程中，支持将有关广播录制品专有权利写入条约的代表团可能也意识到了这些权利与“以信号为基础的方法”无法相容，因此他们提出将“信号”定义为“通过电子手段生成，由声音、图像或其表现形式构成的载体”，^[61] 而不是“通过电子手段生成、能够传送无线广播节目或有线广播节目的载体”。^[62] 所谓“由声音、图像或其表现形式构成的载体”在逻辑上是根本不能成立的，因为“载体”是用于承载其他客体的，不是由其他客体“构成”的。正如纸张、录音带、光盘作为载体，是用于承载小说、音乐和电影等作品的，但不可能是由这些作品“构成”的。由不同作品“构成”的只能是作品的集合或汇编作品，而不是“载体”。同样道理，“由声音、图像或其表现形式构成的”只能是节目，而不是传输节目的信号。因此，上述对“信号”的定义实际上是将“信号”的概念偷换成了“节目”，从而架空了“以信号为基础的方法”。

（二）信号保护与对广播的保护期

在为广播组织设置上述权利的同时，有关《保护广播组织条约》的多数草案、提案或工作文件还规定了保护期，即从播出之日的年终起算的 20 年或 50 年。^[63] 但是，保护期与

[59] Werner Rumphorst, *The Broadcasters' Neighbouring Right: Impossible To Understand? - Spontaneous Reaction to Some Key Findings by P. Akester*, UNESCO e-Copyright Bulletin, (July-September 2006), p. 4.

[60] 同上。有意思的是，可能连作者也觉得直接使用“节目”一词，与其自己主张的“广播组织权的邻接权只保护信号”的观点是冲突的，因此只使用了模糊的用语“it”来指代节目，从上下文来看，“从广播信号中提取”的“it”只可能是节目。

[61] See SCCR/27/2 REV, Working Document for a Treaty on the Protection of Broadcasting Organizations, Article 5 (a).

[62] See SCCR/27/2 REV, Working Document for a Treaty on the Protection of Broadcasting Organizations, Article 5 Alternative to (a).

[63] See SCCR/12/2 Rev. 2, Second Revised Consolidated Text for a Treaty on the Protection of Broadcasting Organizations, Article 15; SCCR/27/2 REV, Working Document for a Treaty on the Protection of Broadcasting Organizations, Article 11, Alternative A and B.

“以信号为基础的方法”存在着不可调和的矛盾。信号的本质特征就是流动性，一旦达到了流动能力的极限就不复存在。这与可以借助物质载体长久保护的作品、表演和录音录像制品都完全不同。这正如用中国移动的网络发送一张照片（摄影作品），在中国移动网络覆盖的地域范围内，手机无线通讯信号会将这张照片传送到接收者的手机中，无论是发送者还是接收者都可以保存这张照片，因此对照片的著作权规定保护期是有意义的，以防他人对照片以不同方式进行后续利用。但是，接收者在手机中保存照片之后，传送该照片的信号已经消失了。对已经消失的信号提供长达20年至50年的保护期有何意义？

2005年的《保护广播组织条约》合并案文深刻地反映了这种矛盾。该案文一方面规定了保护期，^[64]另一方面又解释称：“大多数提案均建议计算保护期的起始年份为广播‘首次’播送之年。合并案文中省略了‘首次’的限定，因为草案涉及的是对信号的保护，而信号从性质上讲只能存在一次”。^[65]

既然信号不像作品、表演和录音录像那样能够借助物质载体长久保存，而是只能“存在一次”，而且“存在一次”之后当然就消失得无影无踪了，那么规定超出信号存续时间的保护期，只能说明真正受保护的并不是信号本身，而是被信号承载的节目。同时，即使对于某电台、电视台已经播出的节目，如果该电台、电视台时隔一段时间后再次播出（即通常所说的“重播”），后一次播出产生的信号自然与前一次播出产生的信号不同，相同的是节目本身。信号如水流，都是载体，正如“人不能两次踏入同一条河流”，再次播出相同的节目所产生的此信号也非第一次播出时所产生的彼信号。将保护期设定为从首次播出起算的若干年，就意味着超过该时间后，电台、电视台的重播不再受保护，实际上是防止相同的节目受到过长时间的保护，而不是防止对“只能存在一次”的信号进行的利用。

从上文的分析可以得出一个结论，虽然加拿大等国和《保护广播组织条约》草案声称保护的是广播组织的信号而非节目，但实际上只不过是以保护信号的名义去保护节目，^[66]与“节目保护模式”的本质是相同的。^[67]而对于没有明确说明广播组织权的客体是节目还是信号的各国立法，通过观察其为广播组织规定的专有权利及保护期，就可以得到清晰的结论。如欧盟《出租权、出借权和相关权指令》以及《信息社会版权与相关权指令》在对广播组织提供保护的同时，并没有界定受保护的客体。但前者规定了录制权、在收费场所

[64] See SCCR/12/2 Rev. 2, Second Revised Consolidated Text for a Treaty on the Protection of Broadcasting Organizations, Article 15.

[65] See SCCR/12/2 Rev. 2, Second Revised Consolidated Text for a Treaty on the Protection of Broadcasting Organizations, Explanatory Comments on Article 15, para. 15. 04.

[66] 著名的非政府组织“电子前沿基金会”（EFF）认为：《保护广播组织条约》草案并没有关注对信号的保护，相反，它的基础是其创设的对（广播）录制品的知识产权，以及（防止）对录制下来的广播的后续使用。See Electronic Frontier Foundation Position Paper On The Proposed WIPO Broadcasting Treaty, http://www.cptech.org/ip/wipo/bt/EFF_position_jan07.pdf. 这实际上也是认为该条约草案保护的是节目。

[67] 即使是在最希望促成《保护广播组织条约》的美国，也有国会议员致信美国版权局局长和美国专利商标局局长，对该条约草案表示担忧，理由之一是“条约看来已经超越了（防止信号盗窃）的目的，就广播组织传送的广播，给予了广播组织与作品内容权利人的版权相似的权利”。See Letter from Patrick Leahy and Arlen Specter to Marybeth Peters and Jon Dudas, <http://www.keionline.org/misc-docs/broadcast-treaty.pdf>. 美国也有学者认为，条约草案“允许广播组织就广播的内容获得额外的权利”。See Adam R. Tarosky, *The Constitutionality of WIPO's Broadcasting Treaty: The Originality and Limited Times Requirements of the Copyright Clause*, *Duke Law & Technology Review*, No. 16, p. 6, para. 14 (2006).

的公开传播权和对录制品的发行权，^[68]后者规定了对录制品的复制权和对录制品的“信息网络传播权”。^[69]同时《版权和特定相关权保护期指令》还规定广播组织权的保护期为自首次播送后的50年，^[70]并强调这是为了防止对重播计算新的保护期。^[71]既然为广播组织规定了控制对录制品进行后续使用的权利，而且还存在以首播起算的50年保护期，则这种保护必然是针对节目而非信号的。正是因为上述所谓保护信号的规定实际保护的是节目，笔者将这种保护模式称为“伪信号保护模式”。上文分析的“节目保护模式”所具有的所有缺陷，都同样会在“伪信号保护模式”中出现。^[72]

我国著作权法对广播组织的保护，也属于“伪信号保护模式”。一方面，2001年修改著作权法时，将广播组织权的客体从1990年著作权法规定的“广播电台、电视台制作的广播、电视节目”改为“其播放的广播、电视”，^[73]同时立法者明确指出“广播组织权的邻接权应是基于播放产生的”。^[74]这似乎表明广播组织权的客体不是节目，而是广播组织播出的信号。但另一方面，著作权法又规定广播组织有权禁止“将其播放的广播、电视录制在音像载体上以及复制音像载体”，同时规定了50年的保护期。^[75]如前文所述，这明显是针对广播录制品的权利，即保护的是节目而非载有节目的信号。而三次公开征求意见的著作权法修改草案并未对此作出任何修改，^[76]这同样反映出我国立法者对广播组织权客体认识的模糊性。

三、“以信号为基础的方法”的正当性及其实现途径

从上文的分析可以看出，无论是“节目保护模式”还是“伪信号保护模式”，都存在本质缺陷。而之所以会出现以保护信号的名义保护节目的做法，是因为对“以信号为基础的方法”的正当性缺乏深刻认识，以至于无法实际区分对信号的保护与对节目的保护。笔者认为，要真正理解“以信号为基础的方法”，应当首先了解为什么著作权法要创设广播组织权，并由此将“广播”作为一种独立的客体纳入保护范围。

[68] Directive 2006/115/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on Rental Right and Lending Right and on Certain Rights Related to Copyright in the Field of Intellectual Property (codified version), Article 7.2, 8.3, 9.1 (d).

[69] 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, Article 2 (e), 3.2 (d).

[70] Council Directive No. 93/98/EEC of 29 October 1993 Harmonizing the Term of Protection of Copyright and Certain Related Rights, Article 3.4.

[71] 同上引指令, Recitals (19).

[72] 美国也有学者指出，《保护广播组织条约》草案“将使广播组织通过播放公有领域作品而对这些作品获得额外的权利”。See Patricia Akester, *The Draft WIPO Broadcasting Treaty and Its Impact on Freedom of Expression*, UNESCO e-Copyright Bulletin (April-June 2006), p. 42.

[73] 参见1990年著作权法第42条、现行著作权法第45条（2001年修法时为第44条）。

[74] 见胡康生主编：《中华人民共和国著作权法释义》，法律出版社2011年版，第179页；前引〔5〕，姚红主编书，第250页。

[75] 见著作权法第45条第1款第2项、第2款。

[76] 见著作权法修改草案第一次征求意见稿第38条第1款第2、3项、第2款；著作权法修改草案第二次征求意见稿第41条第1款第2、3项、第2款；著作权法修改草案送审稿第42条第1款第2、3项、第2款。

(一) 对作品、表演和录音录像制品的保护不足以维护广播组织的利益

“广播”是在著作权法发展的历史过程中成为受保护客体的。而著作权法将一种新客体纳入保护范围,必然要有充分的理由,同时要遵循统一的客体分类标准。立法理由应从两方面进行分析,一是原有规定无法对该客体提供保护,二是将其纳入保护范围具有正当性。以著作权法对表演者的保护为例,多数国家的著作权立法之所以单设“表演”这一客体,第一是因为对作品的表演并不被这些国家承认为智力创作,或者认为其独创性高度不够,因此不能作为作品受到狭义著作权的保护。同时,它也明显有异于录音制品等其他邻接权的客体,无法受到其他邻接权的保护。第二是因为将表演纳入保护范围,不仅对维护表演者的正当利益不可或缺,而且对作品的传播大有裨益,^[77]同时也不会与著作权法对作品和其他客体的保护产生重叠或冲突,不会影响利益平衡,从而具有正当性。如果对作品的表演被认为是一种能够产生作品的智力创作,则根本无需将“表演”作为一种单独的客体提供保护。美国版权法就是如此。美国不少版权判例认为:表演音乐作品的行为本身就是创作,可以形成符合独创性要求的作品。美国的汉德法官认为:音乐乐谱并不能决定表演的情况,特别是用什么乐器进行表演。音乐的和谐与陪音都不能显示在乐谱上,而表演者则可以根据自己的天赋进行广泛的选择,这使表演在一定程度上是一种对乐谱的具有独创性的再创作。^[78]因此,任何对音乐作品的乐器演奏和演唱都可以作为演绎作品受到版权保护。^[79]对于录制音乐表演而形成的“录音作品”,^[80]音乐表演者则作为合作作者享有版权。^[81]正因为如此,美国版权法并没有将“表演”规定为一种独立的客体。^[82]

对于广播电台、电视台播出的节目而言,视情况涉及作品(如小说、戏剧、音乐、电影等)及对作品的表演和录音录像制品。无论一个国家是否区分著作权和邻接权,也无论将表演、录音录像制品规定为作品还是作品之外的其他客体,即使该国不规定广播组织权,

[77] 例如,对于由旋律为核心的音乐作品和由舞蹈动作设计构成的舞蹈作品而言,如果没有歌手的演唱和舞者的舞蹈表演,几乎无法被公众欣赏。因为仅仅阅读曲谱和舞蹈动作设计图,是难以完整地领略其中的艺术美感的。对于由文字构成的戏剧剧本和电影剧本而言,虽然直接阅读就能知晓其中内容,但只有通过演员的表演,才能使剧本中的故事情节得以淋漓尽致地展现。

[78] See *Capitol Records, Inc. v. Mercury Records Corp.*, 221 F.2d 657, 664 (2d Cir., 1955).

[79] See Melville B. Nimmer & David Nimmer, *Nimmer on Copyright*, Matthew Bender & Company, Inc, 2003, § 2.10 A (2) (b).

[80] 美国版权法与英国版权法一样,都规定录音(sound recording)是法定作品类型,而不是邻接权的客体。See 17 USC 102 (7).

[81] 美国代表团在讨论《保护视听表演北京条约》的过程中确认了这一点。See WIPO, Doc. INR/CE/IV/8 Committee of Experts on a Possible Instrument for the Protection of the Right of Performers and Producers of Phonograms, Fourth Session, Report, para. 194; WIPO, Doc. INR/CE/IV/3 Committee of Experts on a Possible Instrument for the Protection of the Right of Performers and Producers of Phonograms, Fourth Session, Discussion Paper, para. 44.

[82] 美国在加入TRIPS协定之后,在版权法中新增第1101条,首次明确规定了对表演者的保护。该条规定:任何人不得未经表演者的许可,录制“现场音乐表演”,或对该未经许可制作的录制品进行复制、发行、出租或交易,也不得未经许可向公众传播“现场音乐表演”。但并没有单独规定“表演者权”或将“表演者的表演”单列为一种受保护的客体。需要指出的是,对于“音乐表演”之外的其他表演,如脱口秀、电影演员的表演,是否能形成演绎作品,在美国的司法实践中存在争议。在著名的“加西亚诉谷歌案”中,美国联邦第九巡回上诉法院认定电影演员加西亚的表演形成了演绎作品(See *Cindy Lee Garcia v. Google*, 743 F.3d 1258 (9th Cir., 2014)),但在一片反对声中,美国联邦第九巡回上诉法院撤销了先前的判决,并根据多数意见作出了完全相反的认识(See *Cindy Lee Garcia v. Google*, 786 F.3d 733 (9th Cir., 2015))。同样是对作品的表演,对音乐的表演与对其他作品的表演受到的待遇却不相同,反映了美国司法实践对表演的性质缺乏统一的定性。

该节目本身也可以受到著作权或邻接权的保护。如果广播电台、电视台就是该节目的创作者或制作者，同时该国著作权法不以作品或其他客体被固定在物质载体上作为其受保护的条件的，则广播电台、电视台当然可以视情况作为著作权、表演者权或录制者权的权利人受到著作权法的保护。那么，在著作权法已经能够保护作品、表演和录音录像制品的情况下，为什么还要专门将“广播”设为一种独立的客体加以保护呢？笔者认为有以下几方面原因。

首先，一些国家将相关客体“固定在物质载体”之上作为对其提供保护的先决条件。《伯尔尼公约》第2条第2款允许成员国立法自行决定：是否以作品已固定在物质载体上作为所有作品或特定类型作品受保护的条件的。如果电台、电视台播放事先已经录制好的节目，自然不会引起节目是否已被“固定”的争议。但是，如果进行实时播送，则被播送的相关画面和声音则有可能被认为尚未被固定在物质载体之上。在这种情况下，节目就无法作为作品或录音录像制品受到保护。英国版权法和以此为参照的其他英美法系国家版权法将“广播”单列为一类作品，也与此有关。

英国版权法第1条将作品分为三类，第一类是独创性的文字、戏剧、音乐或艺术作品；第二类是录音、影片或广播；第三类是出版物的版式设计。其中第二类和第三类作品并不需要具备独创性。而任何“广播”都是由声音、画面组成的，在对“录音”（由声音构成）和“影片”（由画面构成）不要求独创性的情况下，英国版权法为什么并不将“广播”视为“录音”或“影片”提供保护，而是单独规定了“广播”这种与“录音”和“影片”并列的作品类型呢？这其中的原因在于立法者希望对电台、电视台进行的实时播送提供保护。英国版权法要求“录音”附着于物质载体，“影片”也必须是指物质载体上对画面或声音的录制品。^[83]而电台或电视台进行的实时播送，在英国并不被认为是在物质载体上的录制品。因此，包括体育赛事现场直播等实时播送形成的连续画面与声音，并不构成英国版权法中的“录音”或“影片”。^[84]这样一来，对实时播送提供保护的唯一途径就是规定对“广播”的保护。英国版权法将“广播”单列为一种作品类型的现实意义之一，就是使电台、电视台的实时播送受到版权法的保护。换言之，作为一种作品类型，“广播”受版权保护的条件的，并不是被固定在物质载体之上。新西兰版权法也有类似规定。^[85]这种保护，类似于我国和其他大陆法系国家著作权法中对广播组织权的保护。

其次，一些国家的著作权法并没有为录音制品制作者规定“广播权”（或广义的“表演权”）或者只规定了获得报酬权而没有规定专有权利，还有的国家没有赋予录音制作者获得报酬权。^[86]这就意味着，对于电台、电视台制作并播放的以声音为内容的节目（如现场采访的录音、演唱会实况录音等），如果他人进行转播，电台、电视台无法以录音制品制作者

[83] UK Copyright Act 5A (1), 5B (1).

[84] 参见前引 [21], Hugh Laddie 等书, 第 451 页, 第 8.1 段。

[85] See New Zealand Copyright Act, Section 14 (1), 15 (1).

[86] 《世界知识产权组织表演和录音制品条约》第 15 条虽然为录音制作者规定了获得报酬权，但允许缔约方声明保留。我国在批准 WPPT 时，就对第 15 条规定的获得报酬权声明保留（参见《全国人大常委会关于加入〈世界知识产权组织表演和录音制品条约〉的决定》）。我国著作权法也因此没有为录音制品制作者就广播录音制品规定“获得报酬权”（或称为“广播获酬权”）。

身份禁止其行为,因为“转播”本身就属于广播行为。^[87]当然,被录制的作品的作者可以依据“广播权”起诉转播者,但除非作者对电台、电视台进行了权利的转让或专有许可,否则电台、电视台并无此项诉权。

第三,如果播出节目的电台、电视台并不是节目的创作者或制作者,同时也不是专有被许可人,则即使不考虑一些国家立法对“固定”的要求,电台、电视台作为节目(作品或录音录像制品)的普通被许可人,对他人未经许可的转播行为也不能自动取得诉权。^[88]在不规定广播组织权的情况下,只能由作品或录音录像制品的权利人提起诉讼,这对于播放节目的电台、电视台而言是不利的。

(二) 广播组织权的意义在于防止分流广播的受众

上述分析只是说明了如果不规定广播组织权、不单列“广播”为保护客体,广播组织在哪些情况下无法借助著作权法对作品和录音录像制品的保护来防止他人损害广播组织的利益。但这只涉及到著作权法创设新客体的第一个理由,即原有规定无法提供保护。但更为重要的理由是:创设该新客体并提供保护具有正当性。例如,早期的著作权法既不保护思想,也不保护表演,但著作权法在演进过程中,创设了“表演”这一受保护的客体,而没有将“思想”也纳入保护范围,^[89]就是因为对“表演”的著作权保护具有正当性而对“思想”的著作权保护缺乏这种正当性。

那么,为维护广播组织的利益而创设“广播”这一新客体的正当性是什么呢?笔者认为,它与电台、电视台业务活动的特征密不可分。电台、电视台的业务就是播出节目。即使这些节目不是由电台、电视台所创作或制作的,或者他们对诸多节目的选择或编排未能形成汇编作品,或者他们只是作为节目的普通被许可人播出节目,他们也获取节目和播出节目进行了投资,如支付许可费、编制节目时间表、购买播出设备以及雇用技术人员等。^[90]同时,播出节目对于受著作权法保护的其他客体——作品、表演和录音录像制品的传播发挥了至关重要的作用。因此,电台、电视台作为传播者,其利益应当受到著作权法的保护。

对于多数电台、电视台而言,其生存和发展所依赖的主要经济收入源于在播放的节目中插入的广告,而广告收入又直接取决于收听率或收视率。即使某一电台、电视台完全依

[87] 《伯尔尼公约》第11条之2第(1)款规定的“广播及相关权”的内容包括:“由原广播组织之外的其他组织以有线传播或无线转播的方式向公众传播广播的作品”。我国著作权法第10条第1款第11项也规定:“广播权,即……以有线传播或者转播的方式向公众传播广播的作品……的权利”。虽然上述规定是用于保护作品著作权人的“广播权”的,但至少说明“转播”属于一种广播行为。

[88] 英国版权法规定:对于非专有被许可人而言,只有侵权行为与被许可的行为直接相关,而且许可人签署书面许可,给予非专有被许可人诉权时,非专有被许可人才能对侵权行为提起诉讼。See UK Copyright Act, Section 101 A.

[89] TRIPS协定第9条第2款规定:版权保护应延及表达,而不延及思想、工艺、操作方法或数学概念之类。我国《计算机软件保护条例》第6条规定:“本条例对软件著作权的保护不延及开发软件所用的思想、处理过程、操作方法或者数学概念等。”虽然著作权法本身并没有对此作出明确规定,但我国司法实践也普遍认为思想不能受到保护。如在“女子十二乐坊案”中,法院指出:“在著作权法的保护范围中,不包括思想、方法、步骤、概念、原则或发现,无论上述内容以何种形式被描述、展示或体现”,见北京市第二中级人民法院(2005)二中民终字第00047号民事判决书。

[90] 正如欧盟委员会在建议制定《出租权、出借权和相关权指令》时所言,保护广播组织的正当性在于,为进行广播需要进行高度组织性工作,并在技术和经济上进行投入。See Commission of the European Communities, Proposal for a Council Directive on Rental Right, Lending Right, and on Certain Rights Related to Copyright, COM (90) 586 Final, p. 55.

靠政府的财政拨款或其他社会捐助，其数额也与收听率或收视率挂钩。因为那些无法吸引听众或观众的电台、电视台或特定频道是无法实现其传播职能的，对其提供资助也就丧失了意义。显然，他人降低收听率或收视率的行为，将导致广告收入或其他收入的减少，这是对电台、电视台利益的最大损害。

需要指出的是，随着技术的进步和传媒业的发展，一些曾经极大损害电台、电视台利益的行为现在已经不再具有这样的后果，或者至少已经不再被视为对电台、电视台利益的主要威胁了。1961年缔结的《罗马公约》为广播组织权规定的权利之中，包括了录制权和对录制品的再复制权。^[91]如上文所述，这样的规定实际上是将节目当成了广播组织权的客体。但背后的原因，仍然是防止对电台、电视台利益的损害。在《罗马公约》缔结的时候，家用盒式磁带录音机和家用录像机尚未出现，因此有能力录制广播电视节目并对录制品进行复制的，主要是电台和电视台。而电台和电视台将其他电台和电视台播出的节目进行录制并对录制品进行再复制，往往是为了重播该节目或利用该节目制作新节目后播出。在当时的技术条件下，一旦听众或观众错过了收听或收看电台、电视台播出的节目，收听或收看重播就是最佳的选择。以电视台根据普通许可方式播放电影为例，当时尚无电影录像带市场，^[92]也没有互联网可以点播电影，观看电视台的首播或重播是足不出户欣赏电影最为便利的方式。因此首播与重播之间存在较为直接的竞争关系，未经许可的重播会分流相当一部分听众或观众，从而实质性地损害电台、电视台的利益。因此，《罗马公约》虽然只规定了“转播权”而没有规定“重播权”，但对录制权和对录制品的再复制权的规定，基本起到了阻止未经许可重播的效果。因为除非电台、电视台是借入或购入其他电台、电视台播放的节目的录制品进行播放，否则要重播其节目，都需要进行录制或对录制品进行再复制。^[93]这样一来，即使进行首播的电台、电视台只是节目的普通被许可人，其他电台、电视台也不能通过对节目进行未经许可的重播而分流首播的听众或观众。

在《罗马公约》缔结半个世纪之后，未经许可的重播对于电台、电视台的影响已经大为降低。这一方面是因为公众获取相同节目内容的渠道大为拓宽。仍然以电视台以普通许可方式播放电影为例，如果观众错过了首播，通过购买DVD或在互联网上点播都可以便捷地在家中实现相同的欣赏效果，其他电视台录制后重播对观众的吸引力并不大。另一方面，随着人类进入信息社会，节目内容极大丰富，节目的时效性也日益提高，其他电台、电视台的重播对首播观众的分流效应并不强。当然，如果电台、电视台是节目内容的创作者、制作者或其专有被许可人，在多数情况下仍然有权阻止其他电台、电视台录制其首播的节目内容后重播，^[94]从我国的司法实践来看，因电台、电视台未经许可重播其他电台、电视台节目而发生的纠纷非常少。2001年著作权法修改草案第35条规定：广播电台、电视台有

[91] 参见《罗马公约》第13条第(b)、(c)款。

[92] 电影录像带市场是在家用录像机普及之后，在上世纪80年代才出现的。

[93] 世界知识产权组织编写的《罗马公约指南》对此指出：《罗马公约》只要求缔约国禁止未经许可的转播，而转播必须是同步进行的广播。但公约中没有任何规定阻止缔约国的法律也禁止重播（deferred rebroadcasting），对于重播可以适用录制权，即广播组织可以禁止未经许可录制其广播。参见刘波林译：《罗马公约和录音制品公约指南》，中国人民大学出版社2002年版，第43页。

[94] 但如上文所述，在未规定录音制作者享有广播权或获得报酬权的国家，电台、电视台作为录音制品的制作者，无法阻止其他电台、电视台对录音制品的重播。

权禁止他人未经许可“将其播放的广播、电视以无线方式重播”。在讨论时,当时的广播电视总局要求将“重播”改为“转播”,^[95]也印证了“重播”对于首播的电台、电视台的利益损害已经不大了。因此,今天著作权法为保护广播组织而规定其权利客体时,制止未经许可的重播已不再是充分的理由。

《罗马公约》规定的“向公众传播电视广播”的权利也是如此。公约规定,广播组织应有权授权或禁止在收取入场费的公共场所向公众传播电视广播。^[96]该权利控制的典型行为,应当是在放映厅等出售门票的场所将接收到的电视节目显示在大屏幕上。如果观众被该场所舒适的环境和良好的观赏效果所吸引,选择不在家中观看电视,则同样会产生分流观众的后果,因为这样的观赏是无法被计入收视率的。然而,在节目传播渠道大为拓宽,人们的生活条件普遍改善的今天,这样的场所还能在多大程度上吸引观众,值得怀疑。^[97]在2005年的《保护广播组织条约》草案的合并案文中,虽然在第7条规定了“向公众传播的权利”的两项备选方案,但对该条的解释性说明清楚地指出:世界知识产权组织版权与相关权常设委员考虑了删除该条款的可能性,而且在讨论中该条款明显只获得了有限的支持。^[98]这就说明放映厅等公共场所向公众传播的行为,在今天对电台、电视台的利益影响已经远低于制定《罗马公约》的时代了,制止这类行为同样不应成为著作权法为保护广播组织而创设权利客体的理由。

(三) 广播组织权客体的唯一性与权利的唯一性

当电台、电视台并非节目的创作者、制作者或专有被许可人时,何种未经许可的行为对其利益构成了严重威胁呢?笔者认为,在当前的技术条件下,只能是对载有节目的信号的利用——转播。根据《罗马公约》的定义,“转播”是指一个广播组织的广播被另一个广播组织同时广播。^[99]因此,“转播”的核心是电台、电视台播出的信号被另一电台、电视台接收之后,进行同步播放。对于以收听率或收视率为生命线的电台、电视台而言,未经许可的转播无疑会分流听众或观众,导致收听率或收视率的下降。尤为重要的是,这种影响不但不会随着技术的发展逐渐减弱,相反会不断加强。卫星可以将信号进行大范围的转播,而互联网则可以实现真正无地域限制、由任何网络终端接收的转播。显然,如果放任未经许可的转播,进行初始传播的电台、电视台的利益就会受到严重损害。

事实上,讨论《保护广播组织条约》的主要动因就是所谓的“信号盗窃”(signal theft),^[100]即未经许可截取广播组织的信号进行利用。而《罗马公约》对电台、电视台的保护仅限于无线广播,这是因为基于当时的技术背景,电台、电视台主要借助无线电传送信号,因此《罗马公约》将作动名词使用的“广播”(broadcasting)定义为“供公众接收

[95] 参见全国人大法律委员会前主任王维澄2001年10月27日所作的关于修改著作权法的决定的报告,载前引[74],胡康生主编书,第278页。

[96] 《罗马公约》第13条第(c)款。

[97] 《罗马公约指南》对此指出:“一旦绝大多数家庭里有了电视机,这一问题(即在收取入场费的公开场所播放接收到的电视节目——笔者注)也就不那么严重了”。见前引[93],刘波林译书,第44页。

[98] See SCCR/12/2 Rev. 2, Second Revised Consolidated Text for a Treaty on the Protection of Broadcasting Organizations, Explanatory Comments on Article 7, para. 7.06.

[99] 《罗马公约》第3条第(g)款。

[100] See Matthew D. Asbell, *Comment and Recent Development: Progress on the WIPO Broadcasting and Webcasting Treaty*, 24 *Cardozo Arts & Ent. L. J.* 349, 361 (2006).

的声音或图像和声音的无线电传播”。^[101] 在这种情况下，公约中作为广播组织客体的“广播”（broadcast）无论被理解为节目还是信号，都只可能是指无线广播。同时，既然“broadcasting”被定义为“无线电传播”，具有相同英文词根的“转播”（rebroadcasting）也只可能指以无线方式进行的同步传播。^[102] 这样一来，通过有线电视和互联网对广播信号进行同步传播就无法受到《罗马公约》的规制，这对在数字时代遏制“信号盗窃”当然是极其不利的。

既然如此，对电台、电视台而言，当今最需要控制的就是他人未经许可以任何方式实施的转播行为，因此以技术中立方式规定的转播权就是必不可少的。而与之相辅相成的是，权利的客体并不是节目，而是载有节目的信号。与录制节目、对录制品的再复制、对录制品的发行和对节目的交互式传播等从信号中提取节目进行后续利用的行为不同，转播是同步的传播，不可能脱离对信号的传送而单独利用节目，相反必须始终借助载有节目的信号。无论信号以何种手段，是在天空中还是在电缆中被传送，它都是流动的。转播就是一个截取流动的信号、改变其传送方向或预定目标后继续传送的动态过程。

在迄今为止被公认为唯一保护信号的国际知识产权条约——《布鲁塞尔卫星公约》中，序言部分即指出，缔结条约的动因之一是担忧缺乏一种全球性的机制来防止未经授权的传播者对于由卫星传输的、载有节目的信号进行传播，而这种机制的缺失将可能妨碍卫星通讯系统的使用。公约因此要求缔约方承诺采取充分措施，防止任何上述传播者在该国领土内传播该载有节目的信号。^[103] 根据公约的定义，所谓“传播该载有节目的信号”，是指对于卫星信号，传播者获取之后，再向公众或其他实体进行传送的过程。^[104] 由此可见，这一过程实际上就是特指转播，而保护的客体则是载有节目的信号。

从上文的分析可以看出，电台、电视台要维护自己作为传播者（而不是作为作品的创作者、录音录像制品制作者或其专有被许可人）因投资于播放而产生的利益，应当享有禁止他人未经许可转播的权利。而基于转播的性质，转播权所针对的是流动的信号，而不是信号中的节目。著作权法将广播组织播出的信号设定为保护客体并通过赋予广播组织转播权这一特定专有权利加以保护是适当的。而采用“以信号为基础的方法”保护广播组织，实际上就是将载有节目的信号设定为广播组织权的唯一客体，从而将从信号中提取出来的节目排除出广播组织权的保护范围。

笔者认为：“以信号为基础的方法”具有正当性，它不仅与上文所述的当今技术发展和现实生活的现实相适应，同时也不会导致与著作权法对其他客体的保护发生交叉重叠，从而发生损害公共利益的后果。这样一来，上文所述的节目保护模式和伪信号保护模式所带来的问题均不会出现。

首先，可以避免作品分类标准的混乱。“节目保护模式”将“广播”或“通讯作品”定为一类作品，采用的分类标准不是表达的形态而是传播的主体，从而导致了作品分类标

[101] 《罗马公约》第3条第(f)款。

[102] 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》明确指出：“对于转播（rebroadcasting），其唯一特征就是它的从属性质，其基础明显是与之具有概念同质性的广播（broadcasting）”。See World Intellectual Property Organization, *Guide to the Copyright and Related Rights Treaties Administered by WIPO: and Glossary of Copyright and Related Rights and Terms*, Geneva: WIPO Publication No. 891 (E), 2003, p. 77.

[103] 参见《布鲁塞尔卫星公约》第2条。

[104] 同上，第1条第(5)、(7)款。

准不一。将信号设定为广播组织权的客体,就说明受保护的并不是节目(内容),因此该客体不可能是一种新类型的作品,或者是以节目作为形态的其他邻接权客体,如录音录像制品等,由此可以将其与著作权及邻接权的其他客体清楚地区分开。

其次,可以避免权利归属与授权机制的错位。“节目保护模式”和“伪信号保护模式”的共同问题之一,在于电台、电视台在播放他人创作或制作的节目之后,对于他人单独利用节目的行为,如对节目录制品的再复制、发行录制品和播放录制品,仍然享有控制的权利。这就意味着节目一旦播出,就存在双重权利归属的结构。节目的创作者或制作者不能单独许可他人实施这样的行为,还需要有电台、电视台的许可。而电台、电视台只是进行了播放,对节目内容的形成并无任何贡献,由其分享对节目的权利是缺乏正当性的。规定广播组织权的客体是信号而非节目,就意味着只有当他人利用载有节目的流动信号即进行转播时,才可能需要获得双重许可,而对于单独利用节目的行为,只需要经过创作者或制作者的许可,从而使得因电台、电视台播放节目而形成的权利归属和授权机制清晰合理。

最后,可以避免对公有领域的侵蚀。“节目保护模式”和“伪信号保护模式”会导致那些已过保护期的内容,仅因为电台、电视台的播放而实际上重新获得长达20年至50年的保护。因为只要从信号中提取(录制)节目,后续的再复制、发行和交互式网络传播都将受到广播组织权的控制,这就导致了对公有领域的侵蚀。确立信号作为广播组织权客体的地位,就将电台、电视台的控制范围缩小到了转播载有节目的信号。由于对信号的保护并非基于对内容的创作或制作,而是基于电台、电视台为获取许可和播出活动而付出的投资。这就使内容是否仍然受到著作权或邻接权的保护成为无关紧要的问题。即使内容已经超过保护期,为了保护电台、电视台的投资,防止分流听众或观众,其他电台、电视台也不能转播。但是,公众获取公有领域内容的利益并未因此受到损害。其他电台、电视台如果没有进行转播,而是录制该节目之后进行播放(重播),并不会构成对首播节目的电台、电视台广播组织权的侵权。

从上述分析中还可以得出一个结论,由于广播组织权的客体是信号而非节目,而信号在经过一系列传送到达最终目的地之后就会消失,因此无所谓保护期的问题。如果存在保护期,该期限也始于对信号的传送(包括向卫星上传信号,或向发射装置上传信号),终结于信号的消失。任何超出这个期限的保护针对的已不再是载有节目的信号,而是节目本身了。2014年的《保护广播组织条约工作文件》第11条“保护期”的备选方案C为:“无此项规定”,^[105]这正是笔者所赞同的。

正如联合国教科文组织所述:“区分内容与承载内容的信号,是在作为创作者的版权人与作为传播者的广播组织之间维系权利平衡的关键”。^[106]在这一原则本身被广泛接受的情况下,为广播组织设计适当的专有权利以体现“以信号为基础的方法”更为重要。转播利用的是流动的、载有节目的信号,而对节目录制品的复制、发行和信息网络传播,都与利用信号无关。因此,只规定“转播权”而不规定任何针对节目录制品的权利,就是区分

[105] 该条备选方案A为规定20年或50年的保护期,备选方案B为由缔约国自行规定保护期。See SCCR/27/2 REV, Working Document for a Treaty on the Protection of Broadcasting Organizations, Article 11.

[106] United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, Protection of The Rights of Broadcasting Organizations, 171 EX/59 (2005), p. 1.

“节目保护模式”或“伪信号保护模式”与真正的“信号保护模式”的核心。因此，不仅广播组织权的客体具有唯一性，即客体仅为载有节目的信号，广播组织的专有权利也应具有唯一性，即转播权。^[107]

结 论

由于当今保护广播组织的正当性就在于防止对载有节目的信号的不当利用，对于著作权法修改草案中有关广播组织权的相关规定应当进行相应的修改。首先，著作权法修改草案送审稿一方面将广播电台、电视台的权利客体设定为“广播电视节目”，^[108]另一方面又将“本法所称的广播电视节目”定义为“广播电台、电视台首次播放的……信号”，^[109]这显然是自相矛盾的，混淆了节目与信号之间的界限。著作权法修改草案应当明确将广播电台、电视台的权利客体规定为“电台、电视台播放的载有节目的信号”。

其次，应当将广播组织的专有权利限定为“转播权”，以真正体现“以信号为基础的方法”，避免对广播组织权的保护延及节目本身——作品、表演和录音录像制品。因此，应当删除著作权法修改草案送审稿中有关广播组织享有“许可他人录制其广播电视节目”和“许可他人复制其广播电视节目的录制品”的规定。需要指出的是，这一做法并不会与我国承担的国际义务相违背。一方面，《罗马公约》第13条虽然要求缔约方为广播组织规定录制权和对录制品的复制权，但我国并未加入《罗马公约》。另一方面，TRIPS协定第14条第3款虽然也规定了上述两项权利，且我国是世界贸易组织成员，应当履行TRIPS协定的要求，但TRIPS协定在该款中明确规定“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人阻止上述行为的可能性”。换言之，TRIPS协定允许缔约方不为广播组织规定各项权利，只要对于被广播的节目而言，在构成《伯尔尼公约》所保护的作品的情况下，其著作权人已经享有了类似权利。由于我国著作权法已经为著作权人规定了阻止他人复制的权利，^[110]不为广播组织规定录制权和复制录制品的权利并不违反TRIPS协定的规定。

最后，在将广播组织的专有权利设定为“转播权”的情况下，规定保护期已无任何意义。既然“转播”仅指同步传播，“转播”随着原始信号的终结而终结，对已经消逝的信号就不可能进行再次“转播”。因此，著作权法修改草案送审稿应当删除“权利的保护期为五十年”的规定。^[111]虽然《罗马公约》第14条和TRIPS协定第14条第5款均规定对广播组织权的保护期至少为20年，但如上文所述，在我国没有加入《罗马公约》以及TRIPS协定

[107] 目前，已经有一些非政府组织主张《保护广播组织条约》应将关注点“集中于对信号提供狭义且特定的保护，防止对信号的跨国盗用”。See Statement Concerning The WIPO Broadcast Treaty Provided By Certain Information Technology, Consumer Electronics and Telecommunications Industry Representatives, Public Interest Organizations, and Performers' Representatives. 虽然其并未对“狭义且特定的保护”进行解释，但结合上下文，可以看出这种保护与笔者的主张是相同的，即针对信号本身而非信号所承载的节目提供保护，其只能体现为对广播组织“转播权”的保护。

[108] 参见著作权法修改草案送审稿第42条第1款。

[109] 参见著作权法修改草案送审稿第41条。

[110] 参见著作权法第10条第1款第5项。

[111] 见著作权法修改草案第42条第2款。

允许有条件地不规定广播组织权的情况下,我国著作权法删除对广播组织权保护期的规定并不会导致对国际条约的违反。

与此同时,我国在参与《保护广播组织条约》谈判时,需要坚持“以信号为基础的方法”,在各方已经同意将广播组织权的客体规定为“载有节目的信号”的基础上,应当反对“伪信号保护模式”,明确主张应当将广播组织的专有权利限定为“转播权”,同时从草案中删除对保护期的规定,使未来缔结的《保护广播组织条约》既具有法理上的正当性,又能避免发达国家借助新条约拓展对内容(节目)的保护范围,从而维护包括我国在内的发展中国家利用公有领域内容的正当利益。

Abstract: In the process of drafting WIPO Treaty on the Protection of Broadcasting Organizations, all the countries have agreed that the protection should take “a signal-based approach”. But the copyright laws of various countries do not really reflect that approach. Some of them adopt the “program-based approach” that regards the broadcast as a type of works. Such protection is actually granted to programs and leads to the question of justification. Some other countries seem to protect program-carrying signals, but what are really protected are still programs as such since exclusive rights are granted in relation to the fixation of programs and a time period of protection not less than 20 years is also provided for programs. This article argues that the justification for the provisions on broadcasting organization’s right is to prevent rerouting of the audience of broadcast to the detriment of broadcasting organizations who are protected as transmitters, rather than creators, of programs. By providing that the program-carrying signals are the subject matter of protection, the copyright law can make sure that broadcasting organizations’ right is properly protected without causing confusion in legal logic, chaos in ownership and licensing mechanisms, and the invasion of the public domain. The proper method of protecting flowing program-carrying signals and preventing the “signal theft” is to grant the right of retransmission to broadcasting organizations, instead of providing for the right of reproduction, distribution and making available through information network, which target programs extracted from broadcast signals. Since the right of retransmission only covers the act of simultaneous transmission of broadcast signals, it is meaningless to provide for the time period of protection for signals.

Key Words: broadcasting organization’s right, signal theft, signal-based approach
