

# 私人复制:合理使用抑或侵权\*

张继红<sup>1</sup>,周晓荷<sup>2</sup>

(1.华东政法学院,中国 上海 200042 2.苏州大学 法学院,江苏 苏州 215021)

**摘要:**为私人使用而复制作品(以下简称私人复制)是传统著作权法所规定的合理使用制度中的经典条款,但随着科学的发展和技术的进步,这一条款受到了前所未有的质疑和挑战。世界各国的立法者为平衡著作权人和使用者的利益,对传统的为私人使用而复制作品的制度都作出了适当的修正。在借鉴他国经验的基础上,力图建构起一套适合我国国情和立法现状的为私人使用而复制作品的制度。

**关键词:**合理使用;私人复制;复印版税

中图分类号:D923.41 文献标识码:A 文章编号:1008-509X(2004)04-0015-05

著作权是科学技术发展的产物,从印刷术出现到今天互联网的盛行,每一项新技术的产生都对著作权产生影响。作为合理使用的私人复制制度,产生之初是为了限制著作权人的专有权利,防止其垄断而阻碍知识的传播。但随着科学技术的不断发展,新的复制手段和复制设备不断出现,该制度的范围过宽,适用条件过松等问题日益显露,不利于著作权人利益的保护,将影响到其创作的积极性,并最终影响知识的传播,与该制度产生的初衷是相背离的。

## 一、作为合理使用的私人复制问题

### (一)合理使用的界定

在特定的条件下,根据法律的规定,对受著作权保护的作品,可以不经过著作权人的同意,也不必向其支付报酬而直接使用的情形,在著作权法领域被称为合理使用。这一制度,在英美法国家多称为“fair use”或“fair dealing”,在大陆法国家,一般不直接使用“合理使用”这一概念,而称之为“著作权的限制”。我国的著作权法,与大陆法系一致,也将该制度纳入“权利的限制”一章。

各国的立法者大都将合理使用的立法理由界定在为平衡创作者、传播者、使用者三者之间的关系,以及平衡公共利益与私人利益之上。如美国

宪法称“国会有权……对作者或发明人就其私人作品或发明的专有权利,赋予一定期限的保护,以促进科学和艺术的发展。”可见,保护著作权人利益的目的在于促进科学和艺术的发展,因此没有理由赋予著作权人一个绝对的专有权,从而造成有可能的对知识的垄断,最终阻碍科学艺术的发展。于是,合理使用制度由此而产生,在特定的条件下,对著作权人的权利作出限制,使公众得以自由的使用著作权人的作品,促进知识的流通。

但是这种自由使用也不是无条件的,对于合理使用的条件,各国规定有所差异,但至少应该限定在以下范围之内:

(1)有法律依据。即合理使用的范围、条件、情形都应该有法律的直接规定。

(2)使用需处于正当目的。该目的最低的要求必须是非商业性的使用,各国的法律大体规定了“学习或研究”的目的;“批评与评论”的目的或者“教育”的目的等等。

究竟如何判断某种行为是否是合理使用,各国标准也不尽相同,但是《伯尔尼公约》规定的被各国学者称之为“三步检验法”的判断标准,成为世界各国的法院在解决合理使用案件纠纷时有意无意适用的标准。该公约第9条规定判断合理使用的三个步骤:第一,在某些特殊情况下复制作

\* 收稿日期 2004-06-03

作者简介 张继红(1981-),女,江苏苏州人,华东政法学院民商法专业硕士研究生,研究方向 法学研究。  
万方数据

品,第二,这种复制不损害作品的正常使用;第三,也不致无故损害作者的合法利益。为进一步说明这三个标准,1967年斯德哥尔摩会议在修订该公约的报告时又作了如下解释:“如果认为复制损害了作品的正常使用,决不允许复制。如果认为复制无损于作品的正常使用,接着应当考察是否侵害作者的合法利益。只是在无损于作者的合法利益时,才可能在一定的特殊情况下使用强制许可或规定无偿使用。可列举出为各种目的而用的照相复印为例。如果复印相当多的份数用于工业企业,并根据国家的法律支付合理的报酬,那就可以不致无故损害作者的合法权益。如果复印的份数很少,特别是在个人使用或在科学研究使用的情况下,可以允许,并不付报酬。”

## (二)私人复制带来的问题

复制几乎与版权的概念同时产生,是著作权人的一项基本权利,在英文中称为“copy”,意为书籍的翻印。在印刷版权时代,复制的形式仅限于印刷、临摹、拓印等空间性再现作品的行为<sup>[1] p.167</sup>。当时的技术条件下,复制的成本较高且程序复杂,因而复制,尤其是私人复制,其数量是及其有限的。因此,20世纪初的各国版权法都无一例外的将为私人目的而复制已经发表作品的行为视为合理使用而不必征得著作权人的同意也不必支付报酬。

但随着科学的发展和技术手段的进步,录音、录像磁带、电影胶卷、静电复印机以及缩微装置大量投放市场和广泛使用,使得复制的手段和范围都发生了明显的变化。特别是20世纪60年代以后,静电复印机以及数码相机、录像磁带等新型的复制工具开始进入家庭和社会的各个层面,社会上甚至出现了专门的复印商店。快捷的复制速度、低廉的复制价格,使得数以万计的享有著作权的作品被私人、家庭无偿复制。据世界知识产权组织统计,每年各国对作品复印的数量约有2000亿张。各国书店每天有数以千计的人用数码相机拍摄昂贵的图书图片资料。

由此以下几个问题便随之产生:首先,许多国家尤其是技术发达国家正常的作品经营方式变得困难重重,出版风险增大,使作者对靠出版作品来获取报酬感到心有余悸<sup>[2]</sup>;其次,大量的无偿复制导致书刊销售量减少,从而提高出版成本,售价上涨又促成复制品的进一步增加,最终将造成恶性循环<sup>[3] p.19</sup>;再次,作者的合法权益遭受损害,必

将影响其创作的积极性,而最终影响文化作品的传播,这与合理使用制度存在的初衷是相悖的。

所以,新技术的革命一方面增加了公众利用知识产品的机会,但另一方面也削弱了无形财产权人对知识的控制,造成其财产利益的极大流失<sup>[4] p.151</sup>。正是在这样的困境下,世界各国的学者和立法者开始重新审视作为合理使用制度的私人复制问题,纷纷对该制度进行重新的界定并采取了相应的限制措施。

## 二、世界各国的应对措施

对私人复制权的限制,已越来越多地受到理论和实务界的重视。联合国教科文组织和世界知识产权组织于1984年召集的专家小组会曾阐述道:“如果一次孤立的复制看来是无害的,积累起来就可能危害作者的正当利益(特别是由他人使用作者的作品得到物质报酬的权利)”。荷兰赫尔曼·柯恩·捷奥拉姆教授认为:“事实已经证明,某些为私人使用目的而自由复制的特许构成全球性收集版税实践的复杂的障碍,因而应予以取消。”<sup>[5]</sup>相关的国际公约和西方国家都纷纷修改或制定法规,限制或取消了某些情况下私人复制行为作为合理使用的存在,体现在以下几个方面。

### (一)作出总则性的限定

《伯尔尼公约》第9条第2款规定:“本同盟成员国法律得允许在某些特殊情况下复制上述作品,只要这种复制不损害作品的正常使用也不致无故损害作者合法权益。”这就是对合理使用的的一个总的限定,即不论在何种情况下也不论是处于何种目的而复制作品,要达到合理使用,最低的要求即是“不损害作品的正常使用,也不致无故损害作者的合法权益”,按照该公约的精神,即便是为了私人的学习研究而在图书馆用数码相机全书拍摄珍贵的图书资料,虽然可能符合各国所罗列的合理使用的情形,但由于损害到作者出卖此书应得的销售版税,因而也不应将其视为合理使用。

《世界版权公约》也有类似的要求,即在规定的合理使用对著作权进行限制的同时,要求相关当事人必须保护著作权的各项权利得到“合理有效的保护”。1971年在巴黎会议上对此作了进一步说明,根据该公约的规定:“任何国家不得放弃对任何复制权的保护”,规定的例外应有合理的依据,不得任意使用,成员国的法律应充分保障给予的保护。

1991年形成的关贸总协定中《与贸易有关的知识产权协议》则更明确地指出：“出于某些特殊情况面对著作权所作的限制，不得与作品和正常使用相冲突，而且不得不合理的损害著作权人本应该享有的合法利益”。

西方各国在设计合理使用制度时，除列举各种情形外，也均设置了总则性的限制，作为合理使用的最低保障。如1976年美国颁布的《美国著作权法》第107条，除列举传统的合理使用的范畴外，还列出了判断合理使用的四条标准（1）使用的性质和目的（2）享有著作权的作品的性质（3）所使用的作品中，将使用部分与作品的比例是否失当（4）有关使用行为对作品的潜在市场价值有无重大不利影响。在这四条标准的限制下，在一般情况下，即便私人复制行为属于美国法律所罗列的合理使用的范围如学术研究，但若是违背这四条标准，其复制行为依然会被认定为是侵权。

## （二）具体制度的限制

世界各国的法律在判定私人复制行为究竟是合理使用还是侵犯著作权的行为，是否需要对其某些情况下的私人复制行为进行限制时，标准各不相同，归纳起来大致有以下几种：

1、从复制目的上限制：大多数国家将私人复制的目的限于学习和研究，且不能以营利为目的，这是与合理使用制度的设置是为了知识的传播的根本目的联系在一起的。如英国现行著作权法第20条明文规定：“为研究或私人学习之目的，可以对文字、戏剧、音乐或艺术作品进行复制使用。”法国著作权法第L122-5条，甚至还规定了禁止“复制作品的使用目的与原作的目的相通。”

2、从复制的范围和数量上来限制：有些国家将复制作品的数量和范围作为判断私人复制是否为合理使用的标准之一。如《德国著作权法》第53、54条规定了复制的范围，即为科研自用或编制自己的档案的需要或者是为了自己了解事实，或作品至少脱销两年以上，才允许私人复制作品或让人制作作品的零星复制品。且法律还规定，除手抄复制以外，一本书或一份期刊都不能完整的复制。俄罗斯1993年颁布的著作权法规定私人复制不包括数据库或其主要部分，影印复制图书（全文）和音乐词谱。

3、从复制手段上限制：这种规定最为典型的是日本，日本著作权法第30条明文规定：“私人复制不包括供公众使用而专门设置的自动复制机

万方数据

器。”可以说这条规定是法律针对高科技的发展对合理使用制度带来的消极影响的最有力的回应。德国法律也规定，一本书或者一本期刊不得完整复印，除非手抄复制。

## （三）复印版税问题

版税（copyright royalty）是使用者利用作品而支付给作者或其他著作权人的费用，是著作权人获得经济利益的基本途径，但近年来随着复制技术的发展，用复制代替购买的情形已经越来越普遍，著作权人的经济权利由此而受到冲击。为弥补权利人的损失，一定程度上控制用复制代替购买的现象，西方国家开始对因复印他人有著作权的作品的行为征收费用，也即征收复印版税。其基本特点是：征收的对象是单位（如学校和图书馆），也包括私人（即拥有复印设备的私人），该类使用大抵属于原来的合理使用的范围，即基于教学、学术研究目的而复印他人作品的情形<sup>6</sup>（p.186）。

对复印版税的征集方法，有的国家设立专门的机构，向复印者收取使用费，如美国，它在1977年专门建立了“著作权结算中心”，管理作者、出版者与使用人之间关于复印付酬的问题；有的国家使用“一揽子复印合同制”，即由版税征收机构与复印有著作权作品的使用者签订专门的合同，如丹麦；有的国家对复印设备和空白复印载体实行征税制，如德国便将版税的征收对象转向复印设备的制造商。

对于各国所采取的一系列措施，不管孰优孰劣，但都说明了若绝对的将私人复制行为视为合理使用，在现今新技术革命条件下已不再适宜了。对此，有些国家走得更远，如1972年荷兰颁布的复印法，认为“某些为私人使用目的的自由复制”的条款应予以删除。

## 三、中国私人复制制度的不足及其立法建议

作为合理使用的复制制度，在我国主要体现在《中华人民共和国著作权法》（以下简称《著作权法》）和《中华人民共和国著作权法实施条例》（以下简称《实施条例》）中，其立法精神在于为私人学习、研究或者欣赏，可以使用他人已经发表的作品，但该种使用不能损害作品的正常使用，不能损害作者的合法利益。除此以外，我国的法律对于私人复制再也没有其它的规定了。立法的不健全导致司法实践中很多问题由于没有法律依据而无

从处理私人复制的范围过宽导致了著作权人的利益无法保障。曾有报纸报道,南京书城有一本价值 2000 元的《人物名画》让人用数码相机拍全,但由于缺乏法律依据而求告无门。

### (一) 私人复制制度规定的不足

首先,我国的法律缺乏总的限制性的规定。我国的《著作权法》第 22 条仅仅罗列了包括私人复制在内的合理使用的 12 种情形,反而将总括性的规定交由作为其具体化的实施条例来规定,即由《实施条例》第 21 条规定了合理使用“不得影响该作品的正常使用,也不得不合理地损害著作权人的合法利益。”从而造成了实施条例“超越”基本法律进行“立法”解释<sup>[1] p.279</sup>。当事人和司法机关在处理具体案件时可能会面临这样的困境:按照作为基本法律的《著作权法》,某行为如上例全书拍摄《人物名画》的行为,完全符合第 22 条第 1 款的“为私人学习研究或欣赏”的情形,从而可以认定为是合理使用;但按照《实施条例》,该种全书拍摄的行为无疑会损害作者的合法利益,减少作者的经济收入,因而会被认定为是侵犯著作权的行为,那么究竟是按照法律的位阶,适用作为基本法律的《著作权法》呢,还是按照法理精神,并参照世界各国的立法例适用《实施条例》呢?因此,在今后的著作权法的修订过程中,建议应对对合理使用的总括性的限制纳入基本法律的范畴,从而减少法律适用的矛盾。

其次,私人复制范围过宽。我国《著作权法》第 22 条规定,为私人学习研究或者欣赏的都可以合理使用(自然包括私人复制)的范围。这在其它国家的著作权法中是很少见的。不管是《伯尔尼公约》还是各国的立法都将私人复制的范围限于为私人学习或研究的目的,而不包括欣赏。当然这并不意味着任何为欣赏目的而为之复制都是侵犯版权的,例如在 1984 年发生的著名的 Sony 案中,美国最高法院认定个人为了能够在其他时间欣赏电视节目(即 time-shifting),而用录像机将享有版权的节目录制在录像带上构成“合理使用”。为个人目的的欣赏是否侵权的关键还是在于其适用的范围和数量是否超过合理的限度,那么是否因而就可以认为欣赏和学习研究应当受到同等程度的规范呢?世界各国的立法以及国际公约都给予了否定的回答,原因就在于合理使用制度设置的目的是为了知识的传播,并最终促进科学文化的发展,人们普遍认为学习研究与该目的

是直接联系并直接反映的,而欣赏毕竟没有学习研究对于促进文化的发展有那样明显,至少不是那样直接的作用,于是该观点便反映到了立法上。对此我国立法应参照英国法第 29 条、德国法第 53 条的做法,将“为私人欣赏”目的无偿复制他人作品的情形,排除在合理使用的普遍性规范之外,而将该制度交由实践部门结合适用的范围和程度给予最终的判定。即便不采取如此绝对的态度,至少也不应该将为私人目的欣赏与学习研究相提并论或者给予相同的立法规范。

### (二) 完善我国私人复制制度的立法建议

参照西方各国的立法以及《伯尔尼公约》和《世界版权公约》的立法精神,结合我国的国情和立法现状,对于我国著作权法合理使用制度中的私人复制行为的修改和完善已势在必行。

#### 第一、关于非商业性目的的界定

各国的著作权法都无一例外的将私人复制定在不以营利为目的的限制,我国也不例外,规定仅限于为私人学习研究、欣赏或批评评论等。但有一点值得注意,一般来说营利性的复制肯定不是合理使用,但非营利性的复制却并不一直都是合理复制。正如有学者指出,在有的情况下,作品并不是作为商品被使用的,但被使用的作品却代表着一种实际的商品。作品与它代表的商品之间,前者对于后者在流通中的效果起着直接的促进作用。尽管此类行为与直接把作品作为商品的使用,显得有些微不足道,但如果这种使用既不经版权所有人许可,也不向其支付一定的报酬,毕竟不能视为“合理”<sup>[2]</sup>。比如,上例的图书拍摄,该图画册本身代表着一种商品,有其价值,拍摄人通过数码相机的拍摄,未支付相应的对价即取得了该书,无疑是一种侵权行为。

因此,在司法实践中,对非商业性目的的理解不能僵化,认为没有营利即符合商业性的目的,还应考量复制人原本是否应该支付对价而现在未支付,以及是否对著作权人的合法利益造成了损害等因素。

#### 第二、关于复制手段的问题

司法实践中对私人复制究竟是合理使用还是侵权,最典型的一种抗辩是“用手抄都行,为什么用数码相机拍摄,用静电复印机复印不可以”。这涉及到复制手段的不同对著作权人的利益损害程度会有所不同,在传统的复制手段之下,雕刻、铸模等复制行为,由于其数量少,工序复杂,一般都

不会对著作权人的作品市场构成威胁 ;而采用现代的复印技术 ,则具有普遍性、经济性、隐蔽性的特点 ,即使使用人无营利的目的 ,但以复制作品取代购买作品复制件 ,却造成了对著作权人的损害。因此 ,已有学者提出对现代技术的复制的限制应严于传统技术的复制的限制<sup>[1] (p.172)</sup>。

在我国的著作权法修订过程中 ,对传统技术复制与现代技术复制作出区分是十分必要的 ,设定不同的情形判定究竟是合理使用还是侵权行为 ,以平衡著作权人和使用者的利益。

### 第三、私人复制的必要限制

世界各国都对作为合理使用制度的私人复制作出了必要的限制 ,或从复制数量上 ,或从复制手段上等等 ,前文已详述。但我国的法律对此却没有作出任何的规定 ,针对实践中出现的越来越普遍的全书复制 ,全书拍摄等现象 ,对私人复制作出必要限制已经势在必行 ,立法的方向应侧重在以下几个方面 :首先 ,将全文复制排除出合理使用的范畴 ,以减少对目前盛行的以复印代替购买的现象 ;其次 ,对复制件的份数也应该作出限制 ,如德国即规定复制不得超过 7 份。

### 第四、关于复印版税的问题

随着复印手段的不断更新 ,复印设备的不断

普遍 ,复印版税的征收在我国也应该是迟早的问题。究竟采用美国方法 ,德国方法还是丹麦方法征收版税倒不是很重要 ,这只是设计各个部门的利益平衡问题 ,不会影响到该制度设置的根本目的 ,即在于弥补版权人的损失 ,鼓励其创作 ,因为采用何种方法对版权人的集体收益影响不大。我们所要解决的是对于征收所得的版税如何分配的问题 ,这也是其他国家都没有能够很好解决的问题。平均分配显然是有失公允的 ,因为实践中究竟谁的作品在被复制 ,复制的数量如何都是有区别的 ,这些本来应该是分配版税的基础 ,而恰恰是这一点在实践中却是无法查清楚也是无法计算的。有学者曾经指出 ,复印版税的法律规定应建立在私人著作权的基础上 ,离开对作品复印种类、数额的具体考量而对版税进行的分配 ,这同私人著作权的本质是不相容的<sup>[5]</sup>。

因此在今后的著作权立法中 ,我们要着重解决的是如何公平合理的分配版税的问题。笔者的建议是按照销售数量的比例来分配 ,理由是基于这样一个假定 :作品的销售量与使用者对作品的需求程度是成正比的 ,而使用者对作品的需求程度应该是与作品被复制的可能性成正比 ,越是受欢迎的作品 ,销售量越大 ,被复制的可能性越大。

### 参考文献 :

[1] 吴汉东.著作权合理使用制度研究[M].北京:中国政法大学出版社,1996.  
[2] 史文清,陈毓江.版权“合理使用”法律问题探究[J].法学,1988(8)32-34.  
[3] 沈达明.知识产权法[M].北京:对外经济贸易大学出版社,1998.  
[4] 吴汉东,胡开忠.无形财产权制度研究[M].北京:法律出版社,2001.  
[5] 赫尔曼·柯恩·捷奥拉姆.合法与非法复制[J].法学译丛,1987(5)26-29.  
[6] 吴汉东,曹新明,王毅等.西方诸国著作权制度研究[M].北京:中国政法大学出版社,1998.

## Personal Duplication : Fair Dealing or Infringement

ZHANG Ji - hong<sup>1</sup> ,ZHOU Xiao - he<sup>2</sup>

( 1. East China University of Politics and Law 200042 2. School of Law ,Soochow University 215021 )

**Abstract** :Duplicating for personal application is a classical clause in fair dealing ordained by traditional copyright law. But with the development of science and technology , this clause is being questioned and challenged. To balance the interests of the writer and the user , the legislature amended the traditional clause on personal duplicating. This thesis aims to build a system which suits both Chinese circumstances and the legislation conditions with reference to other counties.

**Keywords** :fair dealing ; personal duplication ; copyright royalty for duplication