

版权及相关权常设委员会

第三十一届会议

2015年12月7日至11日，日内瓦

关于分析与数字环境相关的版权的提案

拉丁美洲和加勒比国家集团 (GRULAC) 提交的文件

一. 导 言

拉丁美洲和加勒比国家集团提出一项在世界知识产权组织版权及相关权常设委员会 (SCCR/WIPO) 的工作中讨论关于在数字环境下使用受保护知识商品的现状问题的提案。

从创作者和表演者本身到政府代表的各个阶层，都提出了就数字环境问题进行辩论的必要性。WIPO 总干事弗朗西斯·高锐申明，为“为确保音乐家得到公平待遇，同时也为珍视他们的创造性及其对我们生活做出的卓越贡献”，现在是我们“为音乐挺身而出”的时候了。这一信息是在世界知识产权日发出的，当时活动的主旨恰恰就是“因乐而动，为乐维权！”依据高锐的思路，我们对创作者和表演者在新数字经济中的作用绝不能“视而不见”¹。

考虑到这些关切，鉴于在数字环境中受版权保护的知识商品涉及的新权利所提出的种种挑战，这项提案的目标就是要为社会和权利持有人寻求共同解决方案。

GRULAC 建议 SCCR/WIPO 讨论的三个方面的工作：

1. 分析并讨论用于保护数字服务中的作品的法律框架；
2. 分析并讨论在数字环境中使用受保护作品的公司和企业的作用及其行为方式，包括核查业务透明度的水准和向众多权利人支付版权及相关权费用的比例；
3. 对数字环境下的版权管理形成共识，以应对与这一议题相关的各种问题，包括向作者和艺术家支付的低水准费用和数字环境下版权的限制与例外。

二. 背 景

为应对互联网和数字技术的第一轮冲击波，本组织在 1996 年讨论并通过了《WIPO 版权条约》(WCT) 和《WIPO 表演和录音制品条约》(WPPT)。

这两项条约通过的解决方案，包括对被称之为“提供”的新专有权类别和旨在支持数字环境下版权执法的技术保护措施。

WCT 认可国内法在这一新权利的法律性质上拥有一定程度的自由，该权利可被归类为向公众发行、传播或甚至现有权利的组合。

与 WCT 不同，WPPT 把“提供”界定为一种独立的权利。通过有关该条约第 15 条的议定声明，WPPT 阐明无法就表演者和录音制品制作者在数字时代所应享有的广播权和向公众传播权一事达成全面决议。由于无法形成共识，成员国决定将这一问题留给未来的决议规约。

在通过上述条约后，受保护知识商品的制作和传播方式发生了巨大变化，数字时代涌现出新的服务，同时其他服务则湮没不彰。

时下存在着一种多重性的服务，其流行趋势似着眼于对作品的获取，而不是其所有权的转移或占有。通常，这些服务需针对一种以上的权利发放许可，它与使用的各种技术解决方案保持关联。

¹ http://www.wipo.int/ip-outreach/en/ipday/2015/dg_message.html

尽管数字环境下出现了最新的技术发展，但 2012 年批准的《视听表演北京条约》仍然沿袭了 WCT 和 WPPT 的相同程式。正如 WPPT 一样，《北京条约》把对合理报酬的规定问题，仍作为授权直接和间接使用供广播和向公众传播的视听作品录制品中的诠释和演奏的专有权的一种任择方案。

在这方面，向创造者、词、曲作者和表演者支付的费用较低，这是今天在数字环境下使用受保护作品的过程中技术发展所造成的一些最明显的影响。音乐产业的情况尤为突出，尽管数字技术使全社会更加广泛地获取音乐作品的情况前所未有，这是一个不争的事实，但在对于这些创造者和表演者的重视以及这种重视程度是否充分等方面仍存在着问题。

音乐是娱乐、文化促进和经济发展的一种基本手段。因此，对其价值必须予以尊重，同时，也应对负责音乐创作和表演的所有演员的价值予以尊重。在过去的一年中，演艺界在这一问题上的不满情绪日益明显，全世界日趋高涨的发声和运动的矛头所向，均要求对在数字环境下使用音乐作品支付更加合理的报酬，在世界知识产权日和与 SCCR 会议并行不悖举行的其他活动中都体现了这种要求。

三. 基本情况

版权法在数字环境中的应用是一项课题，涉及到不同的问题，今天这已成为很多国家的创造者和表演者抱怨不满的对象。在这方面，对数字服务的低额付酬乃是最常提及的有关数字环境的问题之一。世界各地的作曲家和艺术家抱怨数字平台的低额付酬，特别对那些使用流媒体技术的低额付款更是感到不满。音乐家杰森·伊斯贝尔有一次就申明，网络流媒体没有给他增加任何可以聊补无米之炊的收入。同样，歌手泰勒·斯威夫特将她所有的音乐从数字音乐服务中撤出，并对开启新的音乐流媒体服务的服务提供商提出质问，因为该公司打算在免费测试阶段不为使用该服务向创造者和表演者支付费用。

不满情绪来自人们的总体印象：源于数字服务的收入并没有到作曲家和表演者的口袋里，对那些从事艺术辅助工作的人而言情况尤其如此。流媒体看来会成为音乐消费的未来，这一点不足为怪。然而，正如音乐家戴维·伯恩²所述：“为这些服务中每流所支付的金额的确微乎其微——他们的想法是，如果有足够多的人群使用这项服务，那么细小的沙粒也会堆积成山”。不过，他认为，再清楚不过的事实就是，如果未来“艺术家几乎不得不完全依赖这些服务的收入为生，那么他们就会在一年之内失业”，因为“整个模式作为支撑任何一种创造性工作的手段不具有可持续性”。伯恩先生强调说，“像他那样的艺术家的生存不是问题的关键所在，危若累卵的是那些新兴艺术家和那些所出唱片数量有限的艺术家们”。

尽管涉及付酬的问题在音乐产业中更为明显——这也说明本文件重点探讨这一领域实属情理之中，但其他领域的情况则更令人忧心忡忡，因为在这些领域，实际上在数字环境下使用智力作品根本不存在付酬的情况。如果与作曲家和表演者作品的表演数量相比，其收入仍然是酬不抵劳，数字市场仍为音乐产业所主宰，该产业涵盖了数字馆藏的 99%。因此，公平地说，数字环境所得收益的潜力，甚至并没有体现出除音乐以外的诸如视听、文学和摄影等各个文化领域创造者的可能的收入来源。

数字环境中的版权是一个复杂的课题，需要在各国政府和各主要参与方之间进行多边对话。形成新商业模式的协商一致的解决方案，并须得到贯彻执行；对确保兼顾知识产权权利持有人与这些知识商品用户之间利益的工作不可掉以轻心，这样才能打造一个数字环境下更加公平、有效的保护制度。

² <http://www.theguardian.com/music/2013/oct/11/david-byrne-internet-content-world>

a) 在数字环境下智力作品新使用形式的法律框架

1996 年通过批准 WCT 和 WPPT 找到的解决方案，以及在此基础上再度打造《北京条约》，这些显然不足以应对蓬勃催生了数字时代的科技发展和创新。存在需对数字环境下受保护作品的新使用方式进行法律分类的问题。与知识商品的使用相关的现有权利还嫌不足，因为除提供权外，这些权利一直以来都被认定和构想为旨在满足实体环境下对受保护知识商品进行经济利用的现实情况。

在这方面，虽然数字平台向很多权利持有人提供的版权及相关权许可协议提及了提供权，但它们是与其他传统权利一并提供的，包括复制权，这似乎是最不适合于用来涵盖许多数字服务的方式。可能会多次发生这种对作者和表演者的利益造成损害的情况。数字环境中复制权方面存在的困难源于“偶发复制”的概念，这意味着一种临时性复制，其唯一的目的是使该作品被感知。外交会议无法在有关偶发或临时复制的规定上达成一项协议，而这一点则是存在于多数数字服务中的一个要素³。

似乎很难为复制权找到适当的定位，因为在某些类型的数字传输中，复制只是用以向用户提供作品的技术程序中一种固有的附带行为。在这些情况下，复制“从利用受保护材料的角度而言”并没有“任何实际意义”。WCT 虽然出炉了适用于数字环境下使用情况的复制权的议定声明，但缔约各方根据三步检验法，仍可以允许适用临时复制的限制与例外⁴。其后果则是各国内法之间缺少协调统一，它们为数字环境下的复制规定了不同方法。

在没有关于在数字环境下使用受保护的知识商品的法律或具体法律规定时，人们往往借助类比法或最初为实体环境设想的法律理论的临近概念，对传统权利进行解释。这种做法通常忽略了一个事实，实体环境中的许多方面很难适用于数字环境。权利利用尽和属地或地域原则就属于这种情况。

当进行数字知识商品谈判并且转让最终表现为复制件的制作与原始商品没有任何质的区别时，在数字环境下就会对权利利用尽产生负面影响。因此，在首次销售后，将不会发生在该作品最初录制时所具备的相同支持下的任何其他销售或出借，但可以无形复制件的形式进行，这会导致无法适用与其传统理论契合的权利利用尽的原则。

对属地原则也会产生不利影响，因为实际国界的限制，对通过互联网进行信息交流而言，几乎很难成为一个问题，有人对有关版权作品使用的全球商业举措的国内法的范畴心存疑惑。我们以在一个国家创作的网站内容为例，人们可以在世界各地，不受任何实际国界的限制访问该网站的内容。

使实体环境下的传统权利适应数字环境是很复杂的。适用数字环境的商业模式可以利用与实体环境所设想的传统权利相类似的某些权利。但在不同的商业模式中识别的各种权利是相互依存的，这意味着为使服务全面有效，涉及的每项权利要作为特定许可的客体，按照专有权进行授权许可并在其后支付报酬。

在基于流媒体的商业模式情况下，对所涉及的权利存在争议。受保护作品的使用是否必然意味着向公众传播的权利或者是否它仅涉及此项权利，乃是争论的焦点。按照同样的方法，还有一个分类的问题，即流媒体服务究竟是归入知识商品贸易的类别，还是应划入无形资产时限性的出租的范畴。从

³ WIPO/CR/KRT/05/7。数字环境中的版权：《WIPO 版权条约》(WCT)和《WIPO 表演和录音制品条约》(WPPT)。由信息技术和知识产权中心(CITIP)主任米哈伊·菲乔尔博士编拟，布达佩斯。

⁴ WIPO/CR/KRT/05/7。数字环境中的版权：《WIPO 版权条约》(WCT)和《WIPO 表演和录音制品条约》(WPPT)。由信息技术和知识产权中心(CITIP)主任米哈伊·菲乔尔博士编拟，布达佩斯。

人们的认知来看，此类服务似介乎于无线广播和传统录音制品商店提供的服务及商品这二者的中间地带。

无论属于贸易或出租，这些定义一旦关系到不同的权利，就会变得至关重要。分类对此类服务的许可协议具有直接影响，因此，亦会直接影响向权利持有人的付酬比例。

b) 在数字环境下使用数字版权作品的公司和企业的作用及其行为方式

目前，开发基于在数字平台使用版权作品的新商业模式的公司数量与日俱增。然而，鉴于这些业务缺少透明度和向世界各地的作者和表演者的付酬水平低下，这些新的商业模式已引发了国内外的广泛关注。

就流媒体的情况来说，部分服务具有两种使用模式：一种是付费模式，按照这种模式用户签约服务并支付月费，作为回报他们可以享受某些优惠，例如可有权使用“脱机模式”，这就意味着拥有一份复制件；另一种为“免费”模式，通过广告来创收。

第一种模式被称为“高级订约”。尽管流媒体服务出现全球增长，但订阅数量仍然相对较小，这种情况不仅导致作者和表演者收入的报酬较低，而且也让人们对其中的某些服务的经济可行性产生质疑。

第二种模式通常被称为“免费增值”。在此模式中，关注的主要原由是它在分享数字平台的广告收入方面缺乏透明度。对这些服务的“货币化”缺乏管控，有时在使用受保护的知识商品时却不提供经济补偿，以及强制推行令作者和表演者十分费解的模式和付酬条件，这些也引发了人们的关注。

在缺失有效监管的情况下，“市场”及其代理人强制推行它们的规则，在请款方式和分配权利报酬中没有适当的透明度。如涉及作品库的国际使用许可合同，情况就会变得更加复杂。

权利人的酬金在这些国际合同中比例失调。现代音乐业务涉及繁多的微交易，利益攸关者在收益中分得数额有限的一杯羹。虽然新技术理应提供更大的透明度，但音乐行业使用了一种创作者和艺术家难以理解的缺少透明度的框架。

尽管流媒体服务通过“网络录音制品商店”为音乐销售支付了相同比例的利润分成，但低支付额和中介机构众多这种现象正在引发人们新的关注。提供给艺术家的数据通常晦涩不清，因此，他们对收到的付款和账目无法理解。或许正是这种没有透明度的财务报表才使中介机构从中渔利⁵。

举例来说，录音制品制作者的相关权的获酬比例，在数字环境下通常——会大大地高于作者和表演者获取的份额。若不根据数字环境的实际情况进行适当调整就使用旧的许可协议，在实践中往往会为录音制品制作者更加有利。

全球许可协议的格局甚至也在数字环境中造成了种种严重问题。当前趋势是存在着一种演艺人员与录音制品公司之间的纵向关系，演员身处全球音乐价值链，由数字平台(参与者)在风险管控中发挥主导作用，处于另一方的录音制品公司(重量级角色)则位居数字环境中这一价值链的上线。

戴维·伯恩认为⁶，很多流媒体服务商都在录音制品公司的掌控之中，尤其是要听命于最大的唱片公司，保密协议使所有当事方无法保持更大透明度，这也许就是艺术家们今天所面临的最大问题。

⁵ 参见：“公平合理的音乐：音乐产业的透明度与支付流”，由伯克利创意产业学院提供。

⁶ <http://davidbyrne.com/open-the-music-industrys-black-box>

例如，若艺术家向数字平台询问有关广告收益资源的分配情况，他们不会获得附有确切数目的具体答复。因此，在戴维·伯恩先生看来，音乐家和支持者在可以采取行动要求制定更为公平的付酬制度之前，他们首先必须确切了解目前的真实情况。

经济实力较强的演员的普遍存在，会导致出现业务集中在几家公司的商业模式的风险，这些公司要么作为数字服务的供应商(垄断/商品供应垄断)或作为受保护作品的消费者(垄断/商品采购垄断)，这种情况通常会给作者和表演者的利益带来影响，而这些群体则往往属于这一价值链中最为弱势的环节。

数字音乐市场的组成方式，造就了这些商业模式中其他不公平和反竞争行为的温床。人为地增加某些商品目录使用量的机器人的应用，录音制品制作者组合的播放列表和已成时尚主流的搜索算法，都可能诱使人们对特定的作品库进行更多消费，其特征类似于向广播组织付费特定歌曲的做法，这种行为在许多国家是被视为非法的。

涉及作者和表演者的作品库全球许可协议，为违反属地或地域原则大开方便之门，而这一原则本是版权的基本前提之一。通常情况下，在这些协议中强行他人接受某一国家的法律，全然不考虑每个地域的具体情况，这种做法明显违反了《伯尔尼公约》和 TRIPS 协定的规定。

属地原则的适用之所以必要，还因这一原则可使在某一国进行权利许可的创收，亦在该国收取。然而，考虑到许多数字服务要求使用国际信用卡或美元而不是当地货币支付，故我们对上述过程是否发生以及如何发生一无所知，这就妨碍了对这些资源的流通情况进行监督，同时造成在某国使用了受保护的知识商品却在另一国付酬的状况。

在这方面，我们不仅须针对可能的反竞争行为的核查工作和数字商业模式范畴内开展的业务缺少透明度展开讨论，而且还应讨论实力较强的演员对表演者强制推行的管辖和合同模式的行为。这些做法在很大程度上都是因信息不对称以及契约关系各方之间的经济不平衡所造成的。

从这个意义上讲，一种更加公平的数字环境下的付酬制度，势必要包括一个准确的程序，以查明所使用的作品和录音制品的权利人，同时还要识别对上述相关作品和录音制品所作的诠释和表演。

考虑到通过采用国际注册的方法来规范作品识别工作的困难，创建一个权利人、作品、录音制品、作品诠释和表演的全球数据库，并强制性地政府在政府、权利持有人和集体管理协会之间进行信息共享，可以解决大部分与数字音乐市场相关的问题，因为它会减少因不同数据库的存在而产生的冲突。

这一全球数据库还可使对权利人付酬的分配方式更具透明度，也使权利人本身更容易查明其作品的最终用户在数字平台对其作品进行的全部使用。

虽然数字市场对作者和表演者而言是一个潜在的收入来源，但这种潜力尚有待在实践中落到实处，当前的现状已引发了全世界作者和表演者的强烈不满。总之，鉴于收取的费用与其作品被使用的次数不符，原始权利持有人申明他们所收取的是一种不合理的报酬。知识产权保护和音乐产业已超越了打击盗版的范畴，涉及到为创作者和表演者打造一种更加公平合理的付酬机制。尽管流媒体的快速增长经常被描述为令人感到欢欣鼓舞，但在作为价值链组成部分的众多代理人之间合理分享收入的问题依然存在⁷。

⁷ CISAC (2015)。《2015 年全球数字馆藏报告》：可在下述网址获取报告内容：<http://www.cisac.org/Cisac-University/Publications/CISAC-publishes-new-Global-Collections-Report>

c) 合理付酬作为专有许可权的一个选项

WPPT 和《北京条约》所规定的以对使用的受保护作品支付合理报酬来取代专有许可权的可能性，或许是数字环境的一种任择方案，因为它可以使我们在数字平台更容易使用受保护的作品，同时也更符合我们在网络(在线)的商业模式中可以看到的速度和活力。

更具意义的是，至少就表演者的情况而言，合理报酬的前景能保证向公众传播和广播录制在录音制品中的作品诠释和演奏可以获取更好的报酬，因为在许多国内法中，它被视为无法在录音制品合同里议定的一种不可剥夺的权利。由于它与专有权是同时出现的，因而合理的报酬可以确保在这些艺术家与唱片公司之间的关系上实现更大程度的平衡。

尽管如此，对合理报酬权的使用仍有种种限制。除多数国内法对此未作规定外，它在多边层面的实施也仅限于固化在录音制品中的诠释和表演。此外，作者、表演者和录音制品制作者在采用合理报酬之于向公众传播和广播作品的好处方面，尚未达成共识。正因为如此，与专有权相比，合理报酬权极少得到使用，因而妨碍了它在数字环境中的采用。

无论如何，作为一种确保表演者获得合理付酬的方法，这也是一个须在国际层面讨论的主题。考虑到数字平台对作品的使用主要是通过录音制品进行的，即使涉及到作者的现状，也可以针对这一解决方案进行讨论。通过授权使用录音制品中的作品，作者已经行使其专有权。这也就使我们可以考量确保作者在数字环境中获得合理报酬的可能性。

d) 数字环境下的版权限制与例外

版权的限制与例外是数字环境中的另一个重要问题。如果查明涉及受保护知识商品在数字环境中使用的不同权利具有挑战性，那么承认在行使这些权利的过程中可被定性为能够接受的限制与例外，则是更加困难的工作。

诸如 WIPO 管理的 WCT 和 WPPT 等国际条约，准许使用技术手段作为保护行使专有权的必要机制——尤其是那些有关打击假冒伪劣的举措——甚至鼓励为那些旨在压制这些举措或使针对任何作品或受保护制品的技术措施无法使用的行为定罪。

这些技术措施已被应用于纳入与实体环境相关的贸易渠道的经固化的作品复制品，防止对原始技术支持的内容进行复制。即使在实体环境中，这些措施对进行部分使用来说也构成了一种障碍，一些版权立法将其视为版权的限制或例外，如私人复制。

在数字环境中，技术措施的应用方式更加自然、有效。在数字环境里新技术解决方案的支持下，已构建了各种商业模式，它对数字化的知识商品提供了几乎绝对的管控，这种事情绝不可能在实体环境中实现。

在诸如流媒体等新技术的帮助下，这些新的数字商业模式正在演变成为一种访问逻辑和对访问知识商品的限制。一旦在这些商品的所有权转让或占有的程序性质上发生明显变化，商品销售和出租以往所具有的传统活力就逐渐遭到摒弃。

商业模式的特征表现为通过下载、在一定程度上对数字商品所有权转移的限制和用户后续行动，来进行商品销售，用户将他所获取的产品转化为数字商品的特定格式，连接管理商品转移的应用软件和以前注册的信息资料。商品的数字格式甚至可以停止最简单的操作，如这些商品的互操作性和可移植性，从而阻止在不同媒体和设备之间自由传送。

在以作品出租为特征的商业模式中，仅在付款时才提供访问作品复制件的服务，商业交易是在服务提供商对所有权转移进行绝对控制的情况下发生的。在这种情况下，在用户的设备上制作临时复制件，并在服务提供商严格控制下借助技术措施远程删除临时复制件。

因此，技术制约自然限制了用户在数字环境中的行为空间，由此提供了一种其特点为对服务内在的所有程序实施绝对控制的实质支持。

在这方面，技术强制性要求在界定或查明公平或可接受的作为数字环境下版权限制与例外的使用过程中，发挥了至关重要的作用。

此外，如果在法律领域中没有足够的技术壁垒，对三步检验法在查明版权限制或例外方面的有效性提出的质疑，在数字环境中就还会继续存在。

假如拟确定的例外或限制不得影响作品的正常使用，那么困难就在于应用三步检验法的第二步检验。更无需提及这样一个事实：在世界贸易组织内部，对何为“正常”的理解是与符合国际承认的法律条款的做法相联系的。

鉴于在数字环境下的新商业模式是通过使用国际条约提供的技术措施来利用知识商品的，故任何需要去除或破坏这种技术措施的限制或例外，皆会被视为不合理，因为它影响了此类商品在数字环境下“正常”的经济使用方式。

综上所述，无论是在数字环境下新商业模式里存在的技术措施——它们通常是技术解决方案所固有或有时乃是无法改变的，还是国际条约对这些措施所作的规范预测，都与三步检验法相联系，因而限制了数字环境下适用于版权限制与例外的识别范围。

尽管存在着所有这些困难，我们仍应强调限制与例外具有的公共利益的属性，它对维护诸如言论自由和获得文化、知识和信息等其他基本权利，都是至关重要的。

此外，用户不得被视为版权的潜在侵权者，而应被看作为直接或间接为数字环境中的整个全球商业链提供资助的代理人，理所当然有权进行可被视为属于版权限制与例外范畴内的可能的使用

四. 结 论

数字议程的发表和 WIPO 条约——WCT 和 WPPT——为有关数字环境下版权管理的多边讨论取得进展铺平了道路。但技术进步和新商业模式进而采用的解决方案迄今为止仍嫌不够。

这一事实表明，我们讨论有关在 WIPO 寻求达成协商一致的解决方案的议题是合乎时宜的。解决方案要体现出信息和通信技术的最新进展及其相应的电子商务的商业模式。

我们了解就这一问题进行更全面分析的必要性。因此，我们可以在如何行动的问题上达成共识，以便在多边层面上使我们对数字相关问题的监管更加有效。

这次讨论对于在数字环境下更加合理、平衡地使用智力作品至关重要。辩论将有助于受保护知识商品数字市场的发展，这将使版权及相关权持有人和整个国际社会都从中受益。

[文件完]