



知识产权学界多位专家一起研讨

著作权法翻译合理使用条款的公共政策



前沿话题

□ 本报记者 蒋安杰
□ 本报通讯员 义灿曼

8月18日,北京大学国际知识产权研究中心在京举行“著作权法翻译合理使用条款的公共政策”研讨会,来自北京大学、中国人民大学、清华大学、中国社会科学院、中国政法大学、同济大学的知名知识产权专家易继明教授、刘春田教授、李明德研究员、冯晓青教授、李扬教授、崔国斌教授、杨明德教授、管育鹰研究员、袁秀挺教授、刘承勰教授等与会研讨。会议由北京大学国际知识产权研究中心主任、北京大学法学院教授易继明主持。

不能因为强调私权本位而忽略了公共政策目标

易继明首先介绍了若干案例,提出了与翻译合理使用有关的两个问题:一是视听作品被翻译为少数民族语言后播放是否属于合理使用的范畴;二是基于国家通用语言文字法的实施,翻译为少数民族语言文字的节目必然配备汉语字幕,是否仍属合理使用范畴。

中国人民大学知识产权学院院长、中国法学会知识产权法学研究会会长刘春田生动回顾了翻译合理使用条款的立法背景和历史。刘春田表示,该条款及其体现的公共政策,在党和国家政策中的地位 and 重要性不言而喻。不过,1990年著作权法具体法律条款的起草确实有局限性,“一是大家的认识,第二是眼界,第三是当时的技术经济发展水平决定的”。刘春田介绍,那个年代“大家基本上只看到文字出版,对其他的形式不太关注,没有预见到后来的技术发展如此之迅速,经济发展如此之繁荣”。那么顺应社会、经济、文化生活的变迁,将2010年著作权法修订后的翻译合理使用条款中的作品解释为所有(涉及翻译的)作品符合当时将这一公共政策转变为法律的立法精神。这种解释也符合法律本身的逻辑——如果仅解释为文字作品,那么在为了公共政策作出一定牺牲的角度上,文字作品作者与其他(需要翻译的作品)作者就处在不公平的地位上,这种不公平待遇没有合理的理由,是不自治的。

中国政法大学文化娱乐法治研究中心主任刘承勰与前法官,现同济大学法学院教授袁秀挺对这个观点表示认同。翻译合理使用条款确为具有中国特色的条款,但既然其已存在,就应讨论如何适用以有利于达到其公共政策目标。

易继明认为,虽然著作权是私权,但不意味着不考虑他人权利和公共利益,而需要平衡,不能因为强调私权本位而忽略公共政策目标。例如,对于视听作品,若限于翻译和传播其中的文字,则在如今的“读图”时代,将使该翻译合理使用条款完全失去用武之地,背离其公共政策目标。因为,知识和文化传播不仅是面对知识阶层,更多的是面对大众。

关于合理使用制度中的利益衡量,北京大学法学院教授杨明认为,“非商业性”要求是没有意义的,“合理使用是解决翻译产生的新作品能否自由使用的问题。在这种情况下,强调不是非商业性的就肯定不是合理使用,是不对的。”因为,当非商业性使用时,没有利益,也就无从产生制止所谓“侵权”的动力。

中国社会科学院法学研究所知识产权室主任管育鹰提出,1990年著作权法直接规定文字作品,是因为当时文字作品是知识传播的最主要方式,而知识传播是狭义理解呢?还是广义地包括文化交流在内的知识传播?立法可能需要更加清晰化。不过,清华大学法学院知识产权法研究中心主任崔国斌教授注意到,即使视听作品也未必一定是娱乐,也有可能是知识传播。例如,有解说如何种植番茄的视频等。

那么,作为特殊民族政策的公共政策产物,其适用条件应当严格还是宽松?中国政法大学教授李扬提出严格解释的路径,即“以国家通用语言文字创作的作品”应严格解释为汉字的“文字作品”。管育鹰认为,基于公共政策的立法之解释,须更加注意文义表达的精准。李扬认为,未来随着国家通用语言文字的推广,该条款未必继续存在。

是否应严格解释以及该条款是否应继续存在

围绕是否应严格解释以及该条款是否应继续存在的问题,与会学者讨论热烈。在具体解释论上,袁秀挺作为具有丰富实务经验的仲裁员和前法官,认为“以国家通用语言文字创作的作品”并非“……创作的文字作品”,而指以汉语言、文字创作的任何作品。历史解释亦有脉络可循:1990年著作权法中被修改掉的措辞正是狭窄的“文字作品”。国家通用语言文字法第二条明确规定“国家通用语言文字是普通话和规范汉字”——不仅包括文字,也包括体现为声音的语言。基于此,袁秀挺认为,至少在该句话的解释上,只翻译汉语电影的对白(语言)而保留汉字字幕的情形是一种翻译,汉语配音双语字幕也是一种翻译。

中国政法大学知识产权研究所所长冯晓青对该条款的公共政策目的及其文义解释方式,赞同刘春田、易继明和袁秀挺等教授的意见。他认为,法条语言的文义解释,历史解释和体系解释本身就包括了以汉语(语言、文字)创作的视听作品,而并非扩大解释。从公共政策角度考虑,20世纪90年代前后远远没有预知到现在这种“读图”时代,特别是视听、音像的作用越来越重要,甚至大有超过文字作品传播信息的态势。

关于汉语字幕问题,出于国家通用语言文字法的要求和方便双语学习的民族地方政策考虑,在刘春田教授所介绍的国家民族政策背景下更易理解。从民族、语言政策出发的翻译合理使用条款,其具体适用方式自然应考虑民族、语言政策的变迁和具体样态。若机械理解和执行法律条款及地方政策,易继明指出,就会出现先在翻译合理使用条款下将汉语影视作品翻译为少数民族语言、文字,然后再在国家通用语言文字法和双语政策下将少数民族文字回译为汉字的荒唐情况——或者偏离原文(是否侵犯保护作品完整权?)或者与原文一致(那么为何要翻译两遍?)。因此,考虑到该条款的公共政策背景和目标,其解释的基本原则就应当是:是否有利于达到该公共政策目标,前提是明显偏离法条之文义解释。

与会专家普遍认同翻译应构成作品的实质性部分。对于影视作品,若汉语配音未翻译为少数民族语言配音,而仅配备少数民族文字字幕,崔国斌认为很难认作合理使用,也很难控制其传播范围,因为就“听”而言,完全可以顺畅地在汉语市场传播而不影响任何观看体验。杨明也认为这种对视听作品仅添加字幕的做法不构成合理使用。或者,如果虽然有配音、字幕的翻译,但这些配音和字幕其实无关紧要,不构成作品的实质性部分,则不构成合理使用。

从市场替代角度来看,易继明认为,例如对于视听作品,保留汉语配音会产生汉语市场上的替代效果,而若已翻译为少数民族语言配音,则基本上不会产生替代效果。

翻译合理使用条款具有公共政策属性

与会专家学者也提出了公共政策目标之实现的其他重要方面,比如管育鹰、李明德均提出,不应忽视政府采购或政府资助购买版权作品,然后免费向少数民族提供此种方式。但袁秀挺和易继明都认为,政府资金投入不是一种市场的方式,如果说对于这种合理使用条款可以用政府介入来替

代,那么理论上所有合理使用条款都可以用政府介入来替代,但合理使用条款就是要仍然在尊重市场规则的前提下,来解决利益平衡和公共政策问题。崔国斌认为,政府过度介入可能导致政府全面主导议程,例如,内容的选择等,可能会脱离民间和市场真正的需求。

杨明认为,2020年著作权法第二十四条第13款意味着只能由法律法规创设新的合理使用,限制了司法实践中基于一般条款的裁判空间。对于传播对象的限制,崔国斌和杨明也希望有更为细致的立法,例如,跨国境的民族语言,合理使用的作品需要有措施限制境外传播。

“一定要透过这个条文去领会精神实质是要干什么”,在刘春田看来,30年前和30年后,所处的社会环境、技术水平都不一样。所以,在某种程度上,对法律的理解和解释不应该仅仅是抠条文。

杨明总结认为,与会专家对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的作品进行利用,可以在合理使用这个框架下来对待,这个价值判断是一致的。但具体司法处理方式或裁判思路可能有不同,而若能通过修订法律的方式把问题更加明确当然是最好的。杨明表示,最高人民法院在关于合理使用的问题上,其实是打开过口子的,可以按照合理使用制度本身的价值取向来适用。

与会专家讨论通过了研讨会就翻译合理使用问题达成四点一致性意见:一是著作权合理使用制度整体上是利益平衡的结果,著作权合理使用制度与严格保护知识产权并不矛盾;二是著作权合理使用制度中,无论是侧重个人使用者还是侧重公共利益,意在实现立法时所衡量的公共政策目标,司法适用时不宜减损其公共政策内涵,导致立法目的及其公共政策目标落空,进而无法实现相应的社会效果;三是翻译合理使用条款的公共政策目标很明确,即促进少数民族地区的社会、经济、文化发展与繁荣,促进民族团结并强化国家意识,这也意味着公共政策目标的实现要适应社会、经济、文化发展和社会生活形态的变化,相关法律适用应该充分考虑当下的国家边疆、民族和语言政策,包括国家通用语言政策和少数民族地区的双语政策;四是上述对翻译合理使用条款之公共政策内涵的认识,与翻译合理使用条款的文义解释、历史解释和体系解释结论是一致的,与国家通用语言政策和少数民族地区的双语政策是一致的,建议修改著作权法第二十四条第11款“将……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”为“将……以国家通用语言、文字创作的作品翻译成少数民族语言、文字的作品”、通过司法解释,明确“以国家通用语言、文字创作的作品”即为国家通用语言、文字构成其实质部分的作品,包括文字作品、口述作品、视听作品等;“少数民族语言、文字的作品”亦作类似解释。另外,《信息网络传播权保护条例》下的“向中国境内少数民族提供”与著作权法下的“在国内出版发行”的实质含义是一致的,语言本身的限制即形成了对受众的选择,建议将《信息网络传播权保护条例》与著作权法相衔接的“向中国境内少数民族提供”统一为“在中国境内提供”。

从市场替代角度来看,易继明认为,例如对于视听作品,保留汉语配音会产生汉语市场上的替代效果,而若已翻译为少数民族语言配音,则基本上不会产生替代效果。

从市场替代角度来看,易继明认为,例如对于视听作品,保留汉语配音会产生汉语市场上的替代效果,而若已翻译为少数民族语言配音,则基本上不会产生替代效果。

观点新解

王禄生谈情感计算应用的良性发展——需从两方面展开法律规制来推动



东南大学法学院王禄生在《东方法学》2021年第4期上发表题为《情感计算的应用困境及其法律规制》的文章中指出:在人工智能的视域下,情感计算是感知、识别、模拟、影响人类情感状态的各类智能技术的统称。尽管该技术已经在医疗、教育、商业、就业、执法等领域获得应用,但仍然面临法律、伦理与技术的多维困境。为了推动情感计算应用的良性发展,需从两方面展开法律规制:一是以“轻推”为限度,调和情感自主性与情感计算终极目标之间的张力;二是以风险为基础,按照比例原则对不可接受、高风险、中风险和低风险四类应用实施从完全禁止到行业自律的不同规制。

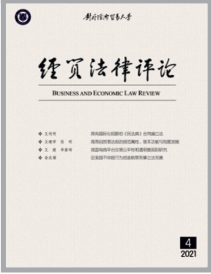
陈本寒谈动态质押监管人的角色界定——其取决于对监管协议性质的认定



武汉大学法学院陈本寒在《法学家》2021年第4期上发表题为《动态质押监管人的角色定位与义务承担》的文章中指出:

动态质押监管人的角色界定取决于对监管协议性质的认定。将监管协议界定为兼具委托合同与仓储合同的混合合同,监管人兼具“质权人的受托人与质物的仓储保管人”双重身份,并在其法律适用问题上采“结合说”的观点,对监管人应承担的法定义务分别准用委托合同与仓储合同之规定,有利于我国司法实务处理动态质押纠纷时,准确说明监管人法定义务的来源;有利于立法与学理区分动态质押监管人与浮动抵押代管人在功能价值等方面存在的差异。

翁武耀谈我国不申报行为的逃税罪立法完善——包括以具有申报义务来限定犯罪主体等



中国政法大学翁武耀在《经贸法律评论》2021年第4期上发表题为《论我国不申报行为之逃税罪刑事立法完善》的文章中指出:

我国现行逃税罪刑事立法存在犯罪主体范围狭小、扣缴义务人与纳税人定罪量刑的不公平差别对待、主观要件缺乏逃税目的的明确规定、逃税金额的累计规则不当以及不申报逃税行为的界定过于简化、针对不申报逃税行为的入罪门槛相对过低、刑事处罚相对过重等问题,由此形成逃税定罪处罚立法的结构性失衡。我国不申报行为的逃税罪立法完善具体包括以具有申报义务来限定犯罪主体、限制逃税比例入罪门槛的应用范围、主观要件增加逃税目的、消除扣(收)缴义务人与纳税人在逃税定罪处罚方面的差异以及针对不申报逃税行为明确界定构成条件,在入罪门槛与处罚标准上差别化对待等。

林少伟谈董事横向义务之提出与植入——与传统的董事纵向义务相辅相成



西南政法大学林少伟在《现代法学》2021年第3期上发表题为《董事横向义务之可能与构造》的文章中指出:

现行董事义务规范呈现单一性与纵向性特征,这背后固然有其理论基础,但此种单一性与纵向性的董事义务无法区分董事的个人责任与集体责任,也抹杀了董事的个体差异。董事横向义务的引入具有必要性与可行性,能有效解决现行公司法关于董事承担责任的的不合理规定。而通过扩张信义关系在公司法的适用可以为董事横向义务的建构奠定理论基础,横向义务的制度要素也可借鉴传统董事义务的规范内容,以便降低立法成本。董事横向义务之提出与植入,不仅不会取缔传统的董事纵向义务,反而会与之相辅相成,相得益彰,并完善董事义务的理论体系与规范制度。

(赵珊珊 整理)

军事刑法

辨析

前沿观点

□ 冉巨火

一般认为,军事刑法是规定军事犯罪及其处罚的法律规范。军事刑法的渊源有哪些?军事刑法是军事法还是刑法?刑法的机能在军事刑法中都有哪些体现?本文拟对这些问题逐一进行探讨。

军事刑法的渊源。军事刑法的渊源有两个:一是现行刑法;二是附属刑法。首先,单行刑法不再是我们国家军事刑法的渊源。1997年刑法修订时,出于制定一部统一、完备的刑法的考虑,立法者将1979年刑法之外的23部单行刑法经过整合后悉数纳入了我国现行刑法。《中华人民共和国惩治军人违反职责罪暂行条例》(以下简称《暂行条例》)也由原来的单行刑法变更为我国现行刑法分则中的第十章军人违反职责罪。这样的立法模式意味着,自此之后,我国国家在现行刑法之外再无单行军事刑法。

其次,我国现行刑法成为军事刑法的主要渊源。1997年刑法修订时,立法者除将《暂行条例》的内容纳入现行刑法分则第十章军人违反职责罪外,同时,还在现行刑法分则第七章创设了危害国防利益罪。故理论上认为,现行刑法在军事刑法的立法体例上实际采取了军人犯主义与军事犯主义并重的做法。自此,现行刑法开始成为我们国家军事刑法的主要渊源。

再次,附属刑法作为军事刑法的渊源仍然存在。有观点认为,现行刑法颁行后,我国的附属刑法均没有直接规定犯罪的成立条件与法定刑,只是在形式上重申“违反本法规定,构成犯罪的,依照刑法追究刑事责任”,故这些规定并非真正意义上的附属刑法。其实不然,现有大量的附属军事刑

法确实是以上述比照性规定形式存在的。除此之外,真正意义上的附属军事刑法在现行刑法颁行后仍然存在。如,在1997年刑法修订完成后,《中国人民解放军军官军衔条例》(以下简称《军衔条例》)第二十八条明确保留并规定了剥夺犯罪军官军衔的内容。

军事刑法的法律性质。军事刑法不是军事法。一些军事法学者认为,军事刑法属于军事法律部门的一个分支。对此,笔者认为,在我们国家并不存在所谓的军事法部门,按照法律所调整的社会关系和调整方法的不同,可以把法律分为刑法、民法、行政法、诉讼法等法律部门。其中,法律调整对象是划分法律部门的基本依据。法律调整方法是划分法律部门的直接标准。中国特色社会主义法律体系正是据此将我国现行法律规范划分为七个法律部门,而军事法既没有自己独特的调整对象,也没有自己独特的调整方法。

首先,军事法没有自己独特的调整对象。部分军事法学者强调,军事法所调整的社会关系是军内社会关系。事实上,军内社会关系多种多样,完全可以分派到不同的法律部门中去。平权型关系如军人婚姻关系的缔结,属于民法调整范畴;隶属型关系如军事机关对违纪军人实施行政看管,属于行政法调整范畴;罪刑关系如军事法院对犯罪军人给予刑事处罚,属于刑法调整范畴,等等。这样看来,所谓军内社会关系的提法是将行业法当作部门法加以看待的结果。

其次,军事法没有自己独特的调整方法。军事行政法是以行政强制为手段来实现对军内行政关系的调整;军事刑法是以刑罚制裁为手段来实现对罪刑关系的调整;军内的民事关系与军外的民事关系并无二致,由是观之,所谓的军事法律部门

下的军事行政法、军事刑法不过是把行政法、刑法等部门法中的调整手段运用到所谓的军内社会关系中去而已,并没有提出创新性的法律调整手段,这也就决定了其不能成为军事法自证成为一个独立法律部门的理由。

军事刑法是特别刑法。首先,军事刑法是刑法。从语法上分析,军事刑法是一个偏正式短语,“军事”是对“刑法”的修饰,军事刑法当然是刑法而非军事法。此外,如上所言,从调整手段来看,相较于现行刑法,军事刑法并没有任何创新,仍以刑罚制裁为主要手段实现对犯罪的惩治,故军事刑法的法律性质应为刑法而非军事法。

必须指出的是,虽然从部门法划分的角度看,军事法作为一个法律部门并不存在,但作为一个行业法,军事法仍有存在的空间。此种语境下,军事法的外延是其他法律部门中军事性规范的总和。此时,军事刑法与军事法就又有密切联系。主要表现在:军事刑法与军事法所调整和保护的社会关系相同;军事刑法所规定的军事犯罪,都是情节严重的违反军事法的行为;军事刑法是军事法得以顺利实施的后盾与保障;不仅如此,军事法中的刑事责任条款,从条文体系上说,又是军事法的一部分。

其次,军事刑法是特别刑法。特别刑法的称谓首先是从刑法渊源的角度而言的。理论上一般将单行刑法与附属刑法称之为特别刑法。在此意义上,《军衔条例》即属于特别刑法。这样的推论意味着:尽管现行刑法中并没有关于剥夺军衔附加刑的规定,但当军官犯罪,被依法判处剥夺政治权利或者三年以上有期徒刑时,军事法院仍应依照《军衔条例》第二十八条的规定,判决剥夺该犯罪军官的军衔。

此外,考虑到我国现行刑法已经成为军事刑法的主要渊源,再将军事刑法称之为特别刑法似乎名不符实,故本文中所谓军事刑法是特别刑法的结论主要是从刑法适用范围与事项的角度而言的。相较于规制一般犯罪的现行刑法,规制军事犯罪的军事刑法就属于特别刑法。这样的结论意味着:当行为人的行为同时符合现行刑法中的普通条款与军事刑法中特别条款的规定时,应优先适用特别条款。