

新兴传播模式兴起背景下《中华人民共和国著作权法》相关条款重构研究

张磊, 刘桢

(西安交通大学 法学院, 陕西 西安 710049)

摘要: 三网融合带动了传播技术上的多重变革, 推动了新兴传播模式迅速兴起, “交互式”与“非交互式”传播的技术主义立法路径划分已经不能完全涵盖日益涌现的传播手段, 介于两者之间的新兴传播模式在信息大爆炸的当下日臻成熟, 需要立法层面予以回应, 《中华人民共和国著作权法(修订草案送审稿)》(以下称《著作权法》送审稿)仍将“交互式”与“非交互式”作为立法的重要指导, 通过分析“交互式”与“非交互式”的特征及其区别, 考察介于“交互式”与“非交互式”之间的、以个性化推荐系统为代表的新兴传播模式, 参考国外相关的立法例, 对中国的立法路径与具体实践进行研究。研究认为, 网络与移动等新技术通过采集用户历史数据和分析用户偏好从而推送相应的信息, 形成介于“交互式”与“非交互式”之间的新兴传播模式; 美国、欧盟及国际上的相关法律条约通过“向公众传播”概念的解释补充, 以及技术中立的立法路径对新兴传播模式进行规制; 中国的“信息网络传播权”定义仅规范“交互式”传播行为, 忽略了对新兴传播模式的规制, 应在原有“交互式”与“非交互式”条款保持现状的基础上, 增加“其他向公众传播的行为”的规定, 进而实现既有法律规定向“向公众传播权”的过渡, 为新兴传播模式的可持续性发展提供法理支持。

关键词: 新兴传播模式; 信息网络传播权; 向公众传播; 立法路径; 个性化推荐系统

中图分类号: D923.41

文献标志码: A

文章编号: 1671-6248(2017)02-0104-07

Study on relevant provisions reconstruction of *Copyright Law of the People's Republic of China* based on the rise of emerging communication mode

ZHANG Lei, LIU Zhen

(School of Law, Xi'an Jiaotong University, Xi'an 710049, Shaanxi, China)

收稿日期: 2017-02-07

基金项目: 陕西省软科学项目(2016KRZ01)

作者简介: 张磊(1987-), 男, 山东梁山人, 西安交通大学法学博士研究生, 新加坡国立大学法学院亚洲法律研究中心访问学者。

Abstract: The Three Networks Convergence has led to multiple changes in communication technology, which has promoted the rapid rise of the emerging communication mode. The division of the technological legislative path of “interaction” and “non-interaction” communication cannot completely cover the increasingly emerging means of transmission. The new mode of communication between the two is becoming more and more mature at the moment of the big bang of the information, and it is necessary to respond to the legislative level, so the “*Copyright Law of the People’s Republic of China (Revised Draft)*” (hereinafter referred to as the “*Copyright Law*”) will continue to regard “interaction” and “non-interaction” as an important guide to legislation. This paper analyzed the features and the differences between “interaction” and “non-interaction”, examined the emerging communication mode which is between “interaction” and “non-interaction” and is represented by the personalized recommendation system, and studied the legislative path and concrete practice of China with reference to the relevant foreign legislation. The results show that new technologies such as network and mobile can form the new communication mode between “interaction” and “non-interaction” by collecting historical data and analyzing preferences of users to push the corresponding information. The United States, the European Union and the international relevant laws and regulations regulate the emerging mode of transmission through interpreting and supplementing the concept of “spreading to the public” as well as the technology-neutral legislative path; the definition of “information network communication rights” in China only standards “interaction” communication behavior, ignoring the regulation of emerging communication mode. It should increase provisions about “other acts of communication to the public” to keep status quo on the basis of the original provision of “interaction” and “non-interaction”, and then achieve the transition from the existing legal provisions to the “spreading to the public right”, which will provide legal support for the sustainable development of the emerging communication mode.

Key words: emerging communication mode; information network spreading right; spreading to the public; legislative path; personalized recommendation system

2015年8月25日国务院办公厅印发了《三网融合推广方案》,要求在总结试点经验的基础上,加快在全国全面推进三网融合,推动信息网络基础设施互联互通和资源共享,并在其基础上实现促进消费升级、产业转型和民生改善。三网融合已经进入实质性发展阶段,带动了传播技术上的多重变革,不仅“非交互式”网络传播行为因不符合《中华人民共和国著作权法》(以下简称《著作权法》)任何一项专有权利的规定而游离于法律规则之外^[1],而且传统的“广播权”与“信息网络传播权”也越来越无法控制和解决新的信息传播手段产生的著作权问题^[2]。传统意义上对于“交互式”与“非交互式”的传播路径区分已经不能满足传播

模式日益多样化的需求。

从技术上看,“非交互式”传播的特点可以归结为:作品传播的单方发起性和“点对多”的受众不特定性两大特征,它既不是有线传播广播,也不是无线转播广播,而属于网络转播。“交互式”传播在技术上的特点在于信息传输是由受众而非传播者的行为直接触发的,以及受众可以自主地选择信息内容、接收传播的时间和地点^[3]。仔细分析两者的特点可以发现,“非交互式”传播与“交互式”传播的区别主要体现在:接收时间与地点的可控性,接收内容是否体现接受者的喜好选择。但随着技术的不断推动,介于两者之间的新兴传播模式在信息大爆炸的当下不断发展且日臻成熟,亟需立法层面予以回应。

一、新技术推动下新兴传播模式的诞生

在新的技术条件下,介于“交互式”与“非交互式”之间的新兴传播模式应运而生,其特征表现在:一方面,他们属于单方输出的传播行为,具有“非交互式”传播单方发起性的特征,用户对于其所传播的内容不具有完全的可控性;另一方面,他们又借助云储存技术或网络服务商提供的存储空间实现接收时间和地点的相对可控性,并且借助个性化推荐技术的演算、根据用户的使用习惯和浏览历史推送符合用户喜好的信息,在一定程度内受众可以自主地选择信息内容以及接收传播的时间和地点。总而言之,这种新兴传播模式不再局限于非交互性的信息“单向传播”,但又不能笼统地归结为具有完全交互性的“双向传播”。

最典型的代表就是个性化推荐系统,它通过合理的方法利用用户的相关信息,为不同的用户提供不同的新闻推荐排序,从而实现新闻推荐的个性化^[4]。具体而言,个性化推荐系统是通过采集用户历史数据和分析用户喜好偏爱的自动判断并进行相应推送,作品的传播不再是由单方发起,也突破了“非交互式”传播“点对多”的特点,但其所推送的内容也并非是由用户的行为直接触发的,用户对其内容也不具有选择的空间,成为介于“交互式”与“非交互式”传播之间的一种新的传播模式。这一个性化的推荐系统是由 Robert 等人在 1995 年的美国人工智能协会上首次提出,其本质在于根据收集到的用户兴趣特点主动向用户提供其可能会感兴趣的信息。以新闻客户端为例,根据 CNIT-Research (中国 IT 研究中心)2015 年 7 月发布的《2015 年 Q2 中国手机新闻客户端产品市场研究报告》显示,在 2015 年第二季度的国内手机新闻客户端累计用户市场份额中,主打“你关心的才是头条”的今日头条和主打“聚合全网资讯,为您精准推荐”的百度新闻已经分别占到了整个市场份额的 12.6% 和 2.0%,而今日头条的日均活跃用户数均已经超过 1 000

万,而全球领先的移动互联网第三方数据挖掘和整合营销机构 iiMedia Research(艾媒咨询)在 2016 年年初发布了《2015 ~ 2016 中国手机新闻客户端市场研究报告》,该报告显示今日头条的活跃用户已经占到了手机新闻客户端活跃用户的 32.1%,百度新闻占到了 10.5%^[5]。由此看来,具有个性化推荐性能的新闻客户端已经越来越受到用户的青睐。我们可以以一个基于 Android 智能终端的个性化新闻推荐系统来阐释这一系统的主要原理,并将其概括为 3 个阶段,图 1 是 Android 智能终端的个性化新闻推荐系统的工作原理。

第一阶段是基于用户在注册时选择感兴趣新闻分类进行的粗粒度推荐,由于缺少关于用户喜好的详细测评和数据,个性化推荐系统缺少足够的素材进行分析,所以在这一阶段基于用户的第一次个人喜好表述进行信息推荐,使其接收到的信息有了大致方向,同时开始关于用户偏好的最初历史数据积累。因此,这不再是单调的“单方发起”的传播,也不是绝对的“点对多”传播,是带有一定的“交互式”传播的雏形。

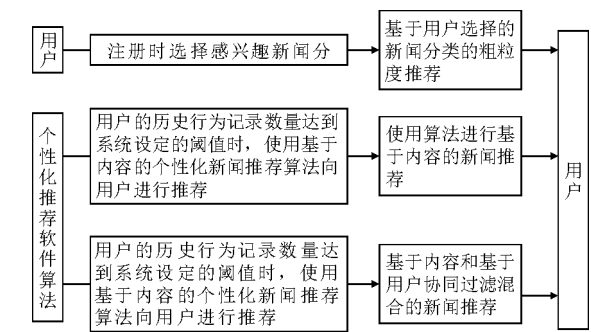


图 1 Android 智能终端的个性化新闻推荐系统的工作原理

第二阶段是在有了充足的用户访问历史积累之后基于内容的新闻推荐,在个性化推荐系统所积累的用户历史行为记录数量达到系统设定的阈值时,系统开始使用基于内容的个性化新闻推荐算法向用户进行推荐,并且这种推荐不是一成不变的,而是在用户的历史积累和推荐信息之间不断地进行循环往复的更新,使得系统所推荐的信息能够紧跟用户的偏好变化,至此虽然用户没有直接地进行兴趣和偏好的选择和认定,但在用户

进行一次次阅读和点击的同时已经完成了这样的更新。个性化推荐系统会将上述基于历史记录预测到的评分集合存储至数据库,在将评分集合按照评分高低进行降序排列后,作为最后的推荐结果列表返回给客户端从而呈现在用户面前。在这一阶段,用户依然未主动地触发信息的传输,也未能完全自主地选择接收的内容,但信息的传输已经不再是单方所发起,而是推荐系统根据用户大量的喜好表述而判断、推送的,不同的用户收到的信息是完全不一样的。

第三阶段是优化阶段,是基于内容和用户协同过滤混合的新闻推荐,即在基于用户的协同过滤算法生成推荐结果质量不足的情况下,辅以基于内容的推荐结果,最后将两种推荐算法生成的结果混合后进行排序,存入数据库并返回给客户端^[6]。

上述的三个阶段无所不见一种介于“交互式”与“非交互式”之间的新兴传播模式,基于用户对软件的反馈,个性推荐系统也能够对用户的偏好进行判断从而推送相应的信息,促使推荐行为摆脱了“作品传播的单方发起性”,用户的不同历史记录和喜好表述又使得推荐行为摆脱了“点对多的受众不特定性”。但这种反馈并非单纯地基于用户的直接选择,同时也基于技术推动下新技术的应用,这就使得推荐行为不能完全被认为具有“受众主动触发”的“交互性”;其推荐的内容也非用户可以自主选择,这就使得推荐行为也不能够被认为具有足够的“用户自主选择性”而属于完全的交互范畴,因此这种反馈属于一种全新的传播模式。

二、新兴传播模式规制的比较法考察

(一) 国际条约

在国际条约中,“传播权”到“向公众传播权”的演进实际上就是从仅规制“交互式”与“非交互式”传播到逐步扩大规制范围进而涵盖其他新兴传播模式的过程。

《伯尔尼公约》的相关规定散落在多个条款之中,而且表述也不尽相同,包括“用各种手段公开播送”“无线电广播”“以任何其他无线播送”“通过有线广播或无线广播向公众发表作品”“向公众传送广播作品”等条约中所涉及的多种传播行为。但无论是“播送”“广播”还是“转播”,都属于对“非交互式”传播的规定。然而,《罗马公约》第7条和第12条首次提出了“向公众传播”的概念:“未经他们同意,广播和向公众传播他们的表演”,“为商业目的发行的唱片或此类唱片的复制直接用于广播或任何向公众的传播”,“向公众传播电视节目”等。“向公众传播”概念的提出实际上模糊了“交互式”与“非交互式”传播的区别,是一种对技术主义立法路径的否定。之后《世界知识产权组织版权条约》(World Intellectual Property Organization Copyright Treaty,缩写为WCT)第8条对《罗马公约》中“向公众传播的权利”予以详细的规定:“文学和艺术作品的作者应享有专有权,以授权将其作品以有线或无线方式向公众传播,包括将其作品向公众提供,使公众中的成员在其个人选定的地点和时间获得这些作品。”由此可见,WCT对《伯尔尼公约》所规定的内容进行了一定的优化,将“非交互式”的传播与“交互式”的传播统摄到了同一概念之下,不再对两者进一步区分,并保留了对于可能出现的传播技术手段的涵盖,其中就包括前文所述的新兴传播模式。因此,这也就“将一种可随时随地为社会公众获取的状态列入传播权的范围,从而使互联网环境下的各种传播行为置于权利人控制之下,”^[7]实现了对新兴传播模式的法律规制。

(二) 美国法律

《美国版权法》同样没有采用“交互式”与“非交互式”的区分作为立法的依据,也没有专门规定“广播权”与“信息网络传播权”,取而代之的是以发行权与公开表演权两个权利对作品的传播行为进行规制。根据《美国版权法》第101条关于“表演”的规定,表演是指“以朗诵、表演、演奏、舞蹈或动作的

方式,直接地或者以设备或程序来表现该作品,或者在涉及电影或音像制品时,以连续的方式表现其形象或让人听到有关的伴音。”其中“表演”并不仅仅等同于我们通常意义上的真人在舞台上的表演,还包括“机械表演”,比如通过软件与多种终端获得的该作品和“直接地或者以设备或程序来表现该作品”,其范围囊括了包含“交互式”与“非交互式”传播在内的多种传播方式。

(三) 欧盟法律

在《欧盟版权指令》中,欧盟同样采用了“技术中立”的立法路径,没有依照“交互式”“非交互式”的界定对“广播”与“传播”的行为进行区分,而是依照WCT的规定作出了与“向公众传播权”相似的规定:“作者享有授权或禁止任何通过有线或无线方式向公众传播其作品的专有权,包括将其作品向公众提供,使公众中的成员在其个人选择的时间和地点可以获得这些作品。”在其序言中还对上述规定作了进一步解释:“对该权利应做广义的理解,它涵盖了所有向传播发生地之外的公众进行传播的行为,该权利应当包括就某一作品通过有线或者无线形式向公众进行的包括广播在内的任何此种传输或传播”。“通过有线或无线方式向公众传播”,“涵盖了所有向传播发生地之外的公众进行传播的行为”,其规制的范围不仅包括了“交互式”传播和“非交互式”传播,也包括了当下几乎所有的传播方式与接收方式。然而“使公众中的成员在其个人选择的时间和地点可以获得这些作品”的典型“交互式”传播的规定仅仅是其所“包括”的一个方面,从立法技术上讲,几无死角可言。

三、中国《著作权法》相关条款 评析及重构进路

(一) 国内立法评析

中国在1999年《著作权法》中没有“传播权”这一项权利,在2001年修订时增加了“信息网络传播

权”,便于与世界知识产权组织缔结的条约接轨,即“以有线或者无线方式向公众提供作品,使公众可以在其个人选定的时间和地点获得作品的权利”^[8];2010年修订《著作权法》时沿用了这一定义,该定义来源于WCT第8条“向公众传播的权利”的表述,该条规定:“文学和艺术作品的作者应享有专有权,以授权将其作品以有线或无线方式向公众传播,包括将其作品向公众提供,使公众中的成员可以在其个人选定的地点和时间获得这些作品。”但是,中国“信息网络传播权”的定义比WCT中的表述缺少了“包括”二字。WCT中“向公众传播权”规范的行为不仅包括“交互式”网络传播行为,而且包括“非交互式”以及其他任何以有线或者无线方式传播作品的行为。中国“信息网络传播权”的定义则仅规范“交互式”传播的行为,不仅排除了对“非交互式”传播等行为的规制,还排除了对以前文所述新兴传播模式为代表的新兴传播方式的规制,由此产生了一个立法空白地带。

2014年6月6日国务院法制办公室将国家版权局报请国务院审议的《著作权法(送审稿)》及其修订说明全文公布,征求社会各界意见。《著作权法(送审稿)》将广播权修改为播放权,即“以无线或者有线方式公开播放作品或者转播该作品的播放,以及通过技术设备向公众传播该作品的播放的权利”;并在修订说明中指出这样修改的本意是使其适用于“非交互式”传播作品,以解决实践中网络的定时播放和直播等问题,而将信息网络传播权依然释明为“以无线或者有线方式向公众提供作品,使公众可以在其个人选定的时间和地点获得作品的权利”,这与2001年修订沿用至今的《著作权法》中的表述完全一致,并指明其适用于“交互式”传播作品,导致法律规定仍然不能涵盖新兴的传播方式。而且由于在对信息网络传播的定义进行完善时要遵循技术中立的原则,所以网络技术不应当作为区别传播行为的特征,而应该只是一种传播作品所采用的技术手段^[9]。由于中国立法部门将传播行为

的交互性作为了信息网络传播权与其他权利相区别的关键,将公众可以在自己选定时间和地点获取作品作为信息网络传播行为的专属特征,忽视了WCT第8条向公众传播权并不仅仅指的信息网络传播权一项这样的事实^[10]。

(二) 新技术推动下的立法重构进路

《著作权法(送审稿)》针对“信息网络传播权”进行了优化、调整。新的传播技术不断推进发展,传播手段不断丰富,如果对现行法律不加以重构,一方面会导致中国不能全面履行WCT下的国际义务,另一方面也不利于高新技术条件下著作权的合理保护,特别是在“三网融合”全面推进的进程下,将会对有线电视产业、网络视频产业和网络新媒体造成重大负面影响。通过考察国外立法模式,不难看出国外对新兴传播模式规制的立法例不尽相同。具体到中国立法路径和思路,可供参考的主要有以下几种进路:

第一,“1+1”型,即仍沿用中国《著作权法》中对“广播权”和“信息网络传播权”的规定。广播权仍规制“非交互式”传播途径,扩充“信息网络传播权”的定义,使其能够控制新兴传播的行为。互联网只是传播的技术手段,而不是传播的本质特征。根据“信息网络传播权”的定义,其控制的传播行为是以“交互式”为本质特征,并适用于经由一切技术手段的“交互式”传播^[11]。如果扩大“信息网络传播权”的调整范围,那么势必使得本来就相互交织的“交互式”“新兴”和“非交互式”传播陷入界限更加模糊的状态,导致法律规制上的竞合状态,本质上是与我们重构“信息网络传播权”的愿景背道而驰的。

第二,“1+1+1=3”型,即重新构建一条专门规范新兴传播方式的条款,形成三个条款分别对应三种传播方式的格局。这种进路的优点就是立法的针对性和稳定性比较强,能够依据条文规定直接投射条文所规范的范围,也不会撼动现行法律规定体系的原生面貌;其缺点就是缺乏足够的前瞻性,

新技术发展瞬息万变,出现一种新的传播方式就展开立法予以规制相应的传播方式,法律的滞后性就会使得立法总是存在不可避免的漏洞,因此法律规范的制定必须具有足够的前瞻性,才能应对瞬息万变的技术发展。

第三,“1+1+1=1>3”型,即仿照WCT的立法模式对《著作权法》所规定的内容进行一定的优化,将“非交互式”传播与“交互式”传播统摄到同一概念之下,形成一个涵盖两者的上位概念即WCT中所规定的“向公众传播权”,而不再对两者进一步区分,并保留了对于可能出现的传播技术手段的涵盖,其中就包括新兴传播技术。虽然中国目前尚未明确规定“向公众传播权”,但“广播权”和“信息网络传播权”都涉及将作品向远端传输,二者正属于学理上的“向公众传播权”^[12]。但关于何为公开传播权,学界的观点并不统一。如郑成思认为,传播包括直接的传播和间接的传播,直接传播的方式包括表演(包括朗诵)、播放(包括无线电广播及无线与有线电视广播)、展览,间接传播的方式包括发行(出售、出租等),范围比较宽泛^[11]。因此针对信息网络传播的具体情势,有学者提议应构建“远程传播权”,即控制任何技术手段下“交互式”与“非交互式”的“无线”或“有线”的传播,这也就与那些控制将作品向现场公众传播的权利相区别,例如表演权和放映权。后两者权利虽然也属于广义上的传播权的范畴(即都是以无形方式传播作品),但它们都属于将作品传播给现场观众的行为。有的学者则认为展览权与表演权、放映权、公开播放接收到的广播的权利均属于“在公众传播权”,这些权利可以整合为公开表演权^[13]。但无论“向公众传播权”还是“远程传播权”都能够完全体现“技术中立”的立法原则,各种传播手段都可以纳入其规制当中。目前来看,除了WCT之外,英国、德国、韩国等国家也都采用了这种构建上位概念的立法模式,完全涵盖新兴的技术手段,合并三条为一条,立法的简洁程度也得到提升。但并非采用这一手段就具有绝对

优势,中国依据“交互式”与“非交互式”的立法路径规范对公众的传播行为已经长达15年之久,其法治状态趋于稳定。在此期间,虽然很多学者都在讨论修改为“向公众传播权”的问题,但《著作权法(送审稿)》说明中依然延续了“交互式”与“非交互式”的立法思路,足以见得这一进路对于著作权立法影响之深。因此如果贸然对其进行大刀阔斧地重构,难免会对现行《著作权法》形成一定的冲击。

“1+1+1>3”型,即在除原有的“交互式”与“非交互式”条款保持现状的基础上,再增加相应兜底性的规定,其定义可为“其他向公众传播的行为”,以实现未知新传播手段的规制,从而通过设置三个条款完整地涵盖了现在和将来有可能出现的新兴传播模式,有同时保持了原有的“交互式”“非交互式”立法的延续性。

四、结语

1997年世界知识产权组织刚通过WCT之时,郑成思就曾预言:“将来,随着受网络服务影响而比重越来越大的听(观)众点播广播服务的发展,这点(广播与网络)不同之处可能将被冲淡。”^[14]由此可见,以广播与网络为基础的“交互式”与“非交互式”之区别在20年前就已经显露出了淡化趋势,随着个性化推荐系统等新兴传播模式的快速发展,这种趋势已经愈加明显。中国《著作权法》第三次修订关于这两项权利具体内容的调整引发了很大争议,已经成为难以回避的问题。根据中国《著作权法》的立法实际,考量前述立法路径的特征,在保持原有“交互式”与“非交互式”条款现状基础上,再增加规制“其他向公众传播的行为”的兜底性条款,不仅避免了贸然否定“交互式”与“非交互式”的立法思路给《著作权法》体系带来的冲击,又能充分贯彻“技术中立原则”,给予各种不同技术以平等地位,满足了传播模式日益多样化的需求,为进一步深入推进

“三网融合”提供了法律保障。

参考文献:

- [1] 焦和平. 论我国《著作权法》上“信息网络传播权”的完善——以“非交互式”网络传播行为侵权认定为视角[J]. 法律科学, 2009(6): 143-150.
- [2] 顾威豪. 非交互式网络传播行为的定性——由司法解释对“信息网络”的扩张看“网络传播行为”的扩张[J]. 中国版权, 2013(6): 47-50.
- [3] 王迁. 我国《著作权法》中“广播权”与“信息网络传播权”的重构[J]. 重庆理工大学学报: 社会科学版, 2008, 22(9): 23-28.
- [4] 彭菲菲, 钱旭. 基于用户关注度的个性化新闻推荐系统[J]. 计算机应用研究, 2012(3): 1005-1007.
- [5] 艾媒咨询. 2015—2016 中国手机新闻客户端市场研究报告[EB/OL]. (2016-01-28) [2017-01-09.] <http://www.cnad.com/html/Article/2016/0128/201601281726326153890.shtml>, 2016-01-28/2016-12-26.
- [6] 李洁, 周晨程, 陈慧萍, 华娇娇, 赵衍衍, 秦莹莹. 基于Android智能终端的个性化新闻推荐系统[J]. 微处理机, 2015(3): 38-42.
- [7] 岳利浩. “非交互式”网络传播行为的法律属性——“圣火耀珠峰”节目网络直播侵权案评析[J]. 科技与法律, 2010(3): 64-66.
- [8] 张俊翠. 非交互式传播行为探析[D]. 长春: 吉林大学, 2016.
- [9] 李琛. 论我国著作权法的新思路[J]. 中国版权, 2011(5): 33-35.
- [10] 赵婷婷. 论非交互式网络传播的著作权法规制[D]. 重庆: 重庆大学, 2015.
- [11] 郑成思. 知识产权法[M]. 北京: 法律出版社, 2003.
- [12] 王文敏. 向公众传播权的立法构想[J]. 时代法学, 2016(1): 61-72.
- [13] 陈绍玲. 论著作权法中的公开传播权[J]. 华东政法大学学报, 2015(2): 41-47.
- [14] 郑成思. 两个新的国际版权条约评介[J]. 外国法译评, 1997(4): 72-77.