法学研究 Chinese Journal of Law
Vol.43，No.2（2021）

著作权法中传播权的体系

王　迁 *

内容提要：传播权体系化的缺失导致了立法和司法实践中的诸多问题，而交互式传播与非交互式传播的分类只适用于部分传播权中的专有权利，并未实现传播权的体系化。传播权应被区分为现场传播权和远程传播权，前者针对面向传播发生地的公众进行的传播，包括著作权法中的表演权、放映权、展览权和广播权中播放接收到的广播作品的权利；后者针对向不在传播发生地的公众进行的传播，包括著作权法中的信息网络传播权和广播权中的初始传播及转播的权利。“传播发生地”并不是一个绝对的物理概念，当传播涉及利用技术手段将作品从一处传输至另一处时，就发生向不在传播发生地的公众进行的传播。对传播权的体系化有助于立法的科学化和解决司法实践中的疑难问题。我国2020年修改后的著作权法对广播权的重新定义及对录音制作者获酬权的规定用语不当，可能导致传播权中各项专有权利之间的混淆，同时广播权混搭了远程传播权和现场传播权，应当对其进行修改，以构建科学的传播权体系。

关键词：传播权　向公众传播权　公开传播权　表演权　广播权

引　言

在著作权财产权体系中，有一类权利被统称为“传播权”，它规制的是以不转移作品有形载体所有权或占有的方式使公众获得作品（即感知作品的内容）的行为。发行权和出租权虽然也使公众“获得”了作品，却是以转移作品有形载体（即作品的原件或复制件）所有权或占有的方式进行。因此，发行权和出租权并不属于传播权的范畴。然而，传播权针对的传播行为种类众多，表现形式各异，很少有国家在著作权法中用一项名为“传播权”的专有权利将各种纷繁复杂的传播行为都纳入其规制范围，因为这将给权利的许可带来极大不便。包括我国在内的大多数国家都是将传播权细分为多项专有权利，只是各国采用的分类标准并不相同，导致各国著作权法中能够被归入“传播权”这一大类权利的专有权利数量不一，即使其中某项专有权利的名称相同，其涵盖的行为范围也有很大差别。例如，德国著作权法中属于传播权的

* 华东政法大学教授。
本文为国家社科基金重大项目“媒体融合中的版权理论与运用研究”（19ZDA330）的阶段性成果。

专有权利包括展览权、表演权、朗诵权、放映权、广播权、网络传播权、有线转播权、播放（作品的）录音录像制品权和对广播与网络传播的再现权，[1] 共计 9 项专有权利。我国著作权法中属于传播权的专有权利则有表演权、放映权、广播权、信息网络传播权和展览权 5 项专有权利。[2] 与之相比，美国版权法中属于传播权的专有权利只有表演权和展示权。[3]

由于《伯尔尼公约》和《世界知识产权组织版权条约》的缔约方都必须遵循两条约有关保护传播权的要求，各国著作权法对传播权的不同分类标准和分类结果并不意味着对传播权的保护水平有所差异。例如，并不因为美国版权法只规定了表演权和展示权这两项属于传播权的专有权利，就使其对传播权的保护范围大大小于德国著作权法和我国著作权法。这只表明美国版权法中表演权规制的行为类型远远超过德国著作权法和我国著作权法中的表演权。然而，由于各国著作权法在拆分传播权、规定各项专有权利时采用了不同的标准，属于传播权的各项专有权利在各国间不仅规制范围不同，而且在学理上缺乏体系。例如，我国多数知识产权法或著作权法的教科书在讲解传播权时，都是仅按照著作权法规定的各项专有权利分别陈述，较少对传播权进行体系划分。有的虽然对传播权进行了体系划分，但有失准确，如将表演权作为一类，将其他传播权作为另一类。如后文所述，表演权无论在我国著作权法还是在《伯尔尼公约》中，都不足以成为涵盖一类传播权的权利。

可能有观点认为，目前学界和实务界普遍认同传播权应分为交互式传播权和非交互式传播权，这难道不是传播权的体系？对此后文将详细说明交互式传播权和非交互式传播权的划分只针对部分属于传播权的专有权利，不足以涵盖传播权中的各项专有权利。在我国等将传播权拆分得较为细致的国家，由于没有将各项属于传播权的专有权利在理论上进行“合并同类项”，没有将具有类似特征的专有权利划入同一类传播权，没有指明各类传播权之间的区别及区分标准，随着传播技术的进步和媒体融合的发展，众多属于传播权的专有权利之间的界限变得越来越模糊，给法院在涉及传播权的案件中正确适用专有权利带来了极大的困难。

例如，随着网络直播产业的兴起，许多网络主播在网络直播中演唱歌曲供用户欣赏，从而引发了关注。[4] 对此类非交互式传播行为不能适用仅规制交互式传播的信息网络传播权自不待言，[5] 但对该类行为究竟应当适用表演权还是“兜底权利”即“应当由著作权人享有的其他权利”，学界存在较大争议，[6] 一些权利人甚至因此放弃了对此类行为提起诉讼。[7] 再如，近年来出现了新兴的观影业态，被称为“点播影院”（也被称为“小影吧”“视听馆”

〔1〕 参见德国著作权法第 18—22 条。

〔2〕 著作权法（2020 年）第 10 条第 1 款第 8—12 项。

〔3〕 See 17 U. S. C. 106 (4), (5), (6).

〔4〕 参见刘嘉：《音乐版权红线在先，主播怎能“想唱就唱”》，http://www.legalweekly.cn/article_show.jsp? f_article_id = 16676，2018 年 8 月 1 日最后访问。

〔5〕 信息网络传播权只能规制交互式传播，即公众可以自行选择获得作品的时间和地点的传播，此点已有定论。上述网络主播的行为只能使公众在主播确定的时间欣赏主播演唱的歌曲，属于非交互式传播，对此信息网络传播权无法规制。

〔6〕 认为对此类行为应适用表演权的观点，参见崔国斌：《著作权法：原理与案例》，北京大学出版社 2014 年版，第 428页；何怀文：《中国著作权法：判例综述与规范解释》，北京大学出版社 2016 年版，第 379 页。认为对此类行为不应适用表演权而应适用“兜底权利”的观点，参见王迁：《论网络环境中表演权的适用》，《比较法研究》2017 年第 6 期，第 72 页以下。

〔7〕 中国音乐著作权协会有关人士曾向笔者表示，由于对此类行为的定性存在较大争议，目前只对将网络主播的演唱录制后提供点播的行为提起诉讼，尚未对网络主播在直播中演唱音乐作品的行为提起诉讼。

“私人影院”等)。[8] 有些“点播影院”并未自建局域网并在服务器中存储电影，而是在购买了爱奇艺、优酷等视频网站的点播服务后，通过机顶盒使电视机连接互联网，或者直接通过内置机顶盒和应用软件的“互联网电视”，供顾客在包间内点播源自网络端的影视剧。“点播影院”未经电影著作权人许可实施该行为，究竟侵犯了电影著作权人传播权中的哪一项专有权利，在司法实践中出现了截然不同的判决。有法院认为，被告在“包厢内播放影片所使用的设备及设备内所带有的点播系统或软件系被告提供，使消费者可在该点播系统中自行选择影片，符合通过信息网络提供作品的特征……即使点播系统中的影片来自于互联网……被告的行为（也）构成侵害信息网络传播权的行为”。[9] 而针对完全相同的被诉侵权行为，另有法院认为“其行为侵害了原告对涉案影片享有的放映权”。[10]

表面上看，此类现象的产生源于我国著作权法对传播权中各项专有权利的规定不够清晰，[11] 但实际上著作权法对这些专有权利的定义基本都是移植国际条约或借鉴各国著作权法相关规定的产物，除了后文将指出的翻译问题，其内容在国际上具有可比性。因此我国著作权法规定的专有权利的内容本身并不是出现上述现象的主要原因。问题的实质在于著作权法理论对传播权中的各项专有权利没有进行体系化，也就是没有按照各项专有权利之间的共性与区别对其进行归类，因此缺乏宏观上对传播权的整体观察与体系构建。需要指出的是，传播权体系化的不足并非仅存在于我国，其他国家的著作权理论也有类似问题。除了下文将会专门阐述的国际条约中使用特定用语所造成的影响，还可能因为在过去相当长的时间内，在当时的技术条件下，传播权中各项专有权利规制的行为非常清晰，相互之间的差异一目了然，因此在理论上零散的、未作体系化梳理的各项传播权专有权利在适用上并未遇到多少问题，对理论研究自然也没有提出相应的需求。

随着高速宽带互联网在我国的普及和5G技术在我国的商用，我国出现了一系列其他国家很少经历的传播业态和商业模式，从而提出了较其他国家更为复杂的法律适用问题。因此，对传播权的体系化，不仅具有科学认识传播权中各项专有权利的理论价值，更有正本清源、明晰传播权中各项专有权利适用范围的现实意义。特别是著作权法第三次修改刚刚完成，[12] 修改后的著作权法对作为传播权中重要专有权利的广播权进行了重大修改，并增加了其他涉及传播权的条款。但正是由于对传播权体系化研究的不足，导致其中仍然存在不小的问题，实有依传播权体系化的视角重新加以审视并修改的必要。

一、远程传播权与现场传播权的区分

对传播权缺乏体系化构建的原因，除了以往传播技术与传播权中各项专有权利基本对应，

〔8〕 原新闻出版广电总局2018年3月6日发布的《点播影院、点播院线管理规定》第2条将“点播影院”定义为“在电影院和流动放映活动场所之外，为观众观看自选影片提供放映服务经营活动的文化娱乐场所”。

〔9〕 浙江省宁波市鄞州区人民法院（2019）浙0212民初8809号民事判决书。

〔10〕 上海市浦东新区人民法院（2018）沪0115民初23717号民事判决书。本案二审维持一审判决，但上诉理由中未涉及对专有权利的适用，参见上海知识产权法院（2019）沪73民终11号民事判决书。

〔11〕 有学者指出：“机械表演权与信息网络传播权、广播权、放映权的界限比较模糊，更多地要依据习惯而不是逻辑来区分。”前引〔6〕，崔国斌书，第426页。

〔12〕 2020年11月11日，十三届全国人大常委会第二十三次会议表决通过了关于修改著作权法的决定，修改后的著作权法自2021年6月1日起施行。参见“中国人大网”的报道，http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202011/c0e15181bfdf4eadb7065bee74574953.shtml，2020年11月12日最后访问。

因此没有提出在理论上进行体系化的需求之外，还可能与相关国际条约使用的特定术语“向公众传播权”（right of communication to the public）有关。这一术语特别容易引起误解，使人以为它是泛指向公众（不特定多数人）进行传播的权利，从而涵盖了传播权中的所有专有权利，以至于不再需要对传播权中的专有权利进行分类。但实际情况并非如此。梳理和总结国际条约中的“向公众传播权”和其他归属于传播权的各项专有权利，可以得出的结论是：“向公众传播权”只针对向不在传播发生地的公众进行的传播，其实质是“远程传播权”。在“向公众传播权”之外，传播权中其他各项专有权利虽然名称各异，但其共性都在于针对向位于传播发生地的公众进行的传播，其实质是“现场传播权”。

（一）远程传播权（“向公众传播权”）针对向不在传播发生地的公众进行的传播

《伯尔尼公约》在规定专有权利时，多处使用了“向公众传播”的用语，与之对应的专有权利都可以称为“向公众传播权”。[13] 这些权利包括第 11 条第 1 款第 2 项规定的“向公众传播（对作品的）表演”的权利；第 11 条之二第 1 款第 1、2 项分别规定的无线传播权和以无线或有线方式进行转播的权利；[14] 第 11 条之三第 1 款第 2 项规定的“向公众传播（对作品的）朗诵”的权利，第 14 条第 1 款第 2 项后半句为作为电影作品基础的在先作品的作者规定的“以有线方式向公众传播电影作品”的权利，以及第 14 条之二第 1 款为电影作品的权利人规定的相同权利（见表 1）。

表 1 《伯尔尼公约》中的“向公众传播权”

第 11 条第 1 款第 2 项：戏剧作品、音乐戏剧作品和音乐作品的作者享有下列专有权利：……（2）授权用各种手段向公众传播其作品的表演。
第 11 条之二第 1 款第 1、2 项：文学艺术作品的作者享有下列专有权利：（1）授权广播其作品或以任何其他无线传送符号、声音或图像的方法向公众传播其作品；（2）授权由原广播机构以外的另一机构通过有线传播或转播的方式向公众传播广播的作品。[15]
第 11 条之三第 1 款第 2 项：文学作品的作者享有下列专有权利：……（2）授权用各种手段向公众传播其作品的朗诵。
第 14 条第 1 款第 2 项后半句：文学艺术作品的作者享有下列专有权利：……（2）授权……以有线方式向公众传播经过如此改编或复制的作品（即拍摄完成的电影作品——笔者注）。
第 14 条之二第 1 款：……电影作品应作为原作受到保护。电影作品版权所有者享有与原作作者同等的权利，包括前一条提到的权利（也就是包括第 14 条第 1 款第 2 项后半句规定的权利——授权以有线方式向公众传播电影作品——笔者注）。

〔13〕 本文对《伯尔尼公约》相关条款的部分翻译与世界知识产权组织官方网站提供的《伯尔尼公约》中文文本（正式翻译）有所差异，后文对此将有说明。

〔14〕 需要指出的是，在《伯尔尼公约》中文文本中，第 11 条之二第 1 款第 2 项被表述为“授权由原广播机构以外的另一机构通过有线传播或转播的方式向公众传播广播的作品”，这容易使人误认为其含义为“以有线方式”进行的“传播或转播”，即“有线”成了“传播或转播”的定语。但《伯尔尼公约》与之对应的英文文本是“any communication to the public by wire or by rebroadcasting of the broadcast of the work, when this communication is made by an organization other than the original one”，其中的“rebroadcasting”指的是无线转播。因此该项的含义是以有线或无线方式进行的转播。See Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Paris Act, 1971), WIPO Publication No. 615 (E), 1978, p. 68, para. 11 bis. 9.

〔15〕 《伯尔尼公约》第 11 条之二第 1 款第 3 项规定的权利（“授权通过扩音器或其他传送符号、声音或图像的类似工具公开传播广播的作品”）涉及的传播只面向传播发生地的公众，并不属于“向公众传播权”。

从字面上看，“向公众传播权”是指面向公众进行传播的权利，也就是进行公开传播的权利，但《伯尔尼公约》中“向公众传播权”的实际含义要比其字面含义窄得多。“向公众传播权”规制的行为仅限于向不在传播发生地的公众传送作品。对于使位于传播发生地的公众欣赏作品的行为，尽管在日常交流中通常也被称为“向公众传播”，但并不是“向公众传播权”所规制的行为。例如，在现场演唱会、朗诵会上演唱歌曲或朗诵诗歌，或者在电影院中放映电影，涉及的专有权利分别为《伯尔尼公约》第 11 条第 1 款第 1 项规定的“公开表演（作品）权”、第 11 条之三第 1 款第 1 项规定的“公开朗诵（作品）权”、第 14 条第 1 款第 2 项前半句规定的“公开放映（电影作品）权”。由此可见，《伯尔尼公约》中的“向公众传播权”规制的行为并不包括公开表演、公开朗诵和公开放映等面向现场公众进行的传播，而仅是向不在传播发生地的公众传送作品，其实质是“远程传播权”。[16]

这一结论可以从《世界知识产权组织版权条约》第 8 条对“向公众传播权”的规定中得到印证。虽然《伯尔尼公约》规定了如上文所述的数项“向公众传播权”，但它们并不完整。《伯尔尼公约》第 11 条第 1 款第 2 项规定的“授权用各种手段向公众传播其作品的表演”仅针对“戏剧作品、音乐戏剧作品和音乐作品”，第 11 条之三第 1 款第 2 项规定的“授权用各种手段向公众传播其作品的朗诵”仅针对“文学作品”。这两条并没有将“舞蹈作品”包含在内。同时，第 11 条之二第 1 款第 1 项规定的“授权广播其作品或以任何其他无线传送符号、声音或图像的方法向公众传播其作品”（无线传播权）只适用于初始无线传播，[17] 不适用于初始有线传播。这就意味着，对于有线电视台通过电缆向公众传播舞蹈演员对舞蹈作品的表演，《伯尔尼公约》没有一项权利能够规制。对摄影作品的保护也有类似问题，《伯尔尼公约》中没有专有权利能够规制有线电视台通过电缆向公众展示摄影作品的行为。此外，《伯尔尼公约》第 11 条之三第 1 款第 2 项针对“文学作品”规定的“向公众传播（对作品的）朗诵”的权利只针对向公众传播对文学作品的朗诵，也就是对文学作品以朗诵方式进行的表演，并不包含直接传播未经表演的文学作品本身，比如有线电视台直接在屏幕上显示诗歌，或者网站直接提供小说在线阅读。为了解决《伯尔尼公约》中各项“向公众传播权”零散且不完整的问题，1996 年缔结的《世界知识产权组织版权条约》第 8 条以技术中立的方式规定了适用于各类作品的、涵盖面极广的“向公众传播权”——“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可获得这些作品”（着重号为笔者所加）。此处的“作品”不再局限于特定类型的作品，而是延及所有可被传播的作品，而“有线或无线”的用语将各种技术手段均纳入其中。这样，无论是有线电视台通过电缆向公众传播舞蹈演员对舞蹈作品的表演或者展示摄影作品，还是有线电视台直接在屏幕上显示诗歌，或者网站直接提供小说的在线阅读，都可以被纳入该权利的规制范围。

---

〔16〕 时任世界知识产权组织助理总干事、《世界知识产权组织版权条约》主要起草者、著名版权法专家米哈依·菲彻尔博士在其专著中对此指出：“需要注意的是，对于公开表演权和公开朗诵权所规制的行为，《伯尔尼公约》并没有使用‘向公众传播’的术语。……看来《伯尔尼公约》相关条款的起草者意图对向在现场的公众表演作品和向不在传播发生地的公众传播作品（或对作品的表演或朗诵）的行为进行区分。这就意味着《伯尔尼公约》使用了狭义的传播概念（也就是从传播发生地向其他地方进行传播）。” See Mihály J. Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet*, Oxford University Press, 2002, p. 156, para. 4. 18.

〔17〕 参见前引〔14〕，《伯尔尼公约指南》，第 67 页，第 11bis. 8 段。

对于该条中“向公众传播”的含义，《世界知识产权组织版权条约》的《基础提案》清楚地指出，条约中的传播“意味着向不在传播发生地的公众进行传输”。[18] 由于《世界知识产权组织版权条约》属于《伯尔尼公约》第 20 条规定的《伯尔尼公约》的专门协定，[19] 是《伯尔尼公约》在网络环境中的发展，《世界知识产权组织版权条约》中某一术语的含义必然与《伯尔尼公约》中的相同术语保持一致。这就印证了《伯尔尼公约》和《世界知识产权组织版权条约》中的“向公众传播”具有相同含义，都是指向不在传播发生地的公众进行传输。关于《伯尔尼公约》的权威学术著作对此也作出了相同的解释。[20]

特别需要指出的是，《世界知识产权组织版权条约》第 8 条起始处有一段重要的规定：“在不损害《伯尔尼公约》第 11 条第 1 款第 2 项、第 11 条之二第 1 款第 1 和 2 项、第 11 条之三第 1 款第 2 项、第 14 条第 1 款第 2 项和第 14 条之二第 1 款的规定的情况下……”。这段文字强调了《世界知识产权组织版权条约》作为《伯尔尼公约》第 20 条意义上的专门协定，是《伯尔尼公约》的延续，因此该条并没有废除《伯尔尼公约》中的各项“向公众传播权”，而是对其进行补充。换言之，《世界知识产权组织版权条约》的缔约方并不需要专门规定一项在文字表述上与《世界知识产权组织版权条约》第 8 条相同的“向公众传播权”，而是可以继续维持之前根据《伯尔尼公约》中各项分散的“向公众传播权”而相应设置的专有权利，只是需要进行补充，以使整体保护水平达到《世界知识产权组织版权条约》第 8 条的要求。由于该条是“向公众传播权”，其中列举的“不损害”的对象，必然也是《伯尔尼公约》中的“向公众传播权”，而不可能包括不属于“向公众传播权”的其他权利。换言之，虽然《世界知识产权组织版权条约》第 8 条集中规定的“向公众传播权”比《伯尔尼公约》中分散规定的各项“向公众传播权”的总和在涵盖范围上要广，但两条约中的“向公众传播权”具有同质性，都是仅针对向不在传播发生地的公众进行的传播。因此，“不损害”之后列出的《伯尔尼公约》中所有条款所规定的权利，都是上文所述的“向公众传播权”。

（二）现场传播权针对向在传播发生地的公众进行的传播

在国际条约中，“向公众传播”这一用语之所以仅指向不在传播发生地的公众传送作品，有可能源于不少人将“传播”（communication）作为了“远程传播”的同义语。上文提及的《世界知识产权组织版权条约》的《基础提案》的用语是：“‘传播’意味着向不在传播发生地的公众进行传输”，[21] 可能正是反映了《基础提案》的起草者对“传播”的这一看法。当然，由于《世界知识产权组织版权条约》涉及传播权的只有第 8 条规定的“向公众传播权”（向不在传播发生地的公众进行传播的权利，即远程传播权），并没有像《伯尔尼公约》那样还规定了表演权、朗诵权和放映权（向现场公众进行传播的权利，即现场传播权），其《基础

〔18〕 WIPO, Doc. CRNR/DC/4, Basic Proposal for the Substantive Provisions of the Treaty on Certain Questions Concerning the Protection of Literary and Artistic Works to be Considered by the Diplomatic Conference, prepared by the Chairman of the Committees of Experts on a Possible Protocol to the Berne Convention and on a Possible Instrument for the Protection of the Rights of Performers and Producers of Phonograms, Notes on Article 10, para. 10. 14. 《基础提案》对条约草案中的每一个条文都进行了详细说明，虽然不具有法律效力，但对于条约的解释具有很高的价值。

〔19〕 《世界知识产权组织版权条约》第 1 条（与《伯尔尼公约》的关系）第 1 款规定：“对于属《保护文学和艺术作品伯尔尼公约》所建联盟之成员国的缔约方而言，本条约系该公约第 20 条意义下的专门协定。”

〔20〕 “可以合理地推断，‘向公众传播’暗示了公众不在传播发生地。” See Sam Ricketson & Jane C. Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, 2d ed., Oxford University Press, 2006, p. 706, para. 12. 06.

〔21〕 同前引〔18〕。

提案》不区分“向公众传播”（远程传播）和“传播”（包括现场传播和远程传播），也无可厚非。同时，无论这种将“传播”的含义限于“远程传播”的狭义用法是否为部分西方语言中的习惯，它至少与中文以及另一些西方语言中的“传播”的含义不同，也与后文所述的《伯尔尼公约》第 11 条之二第 2 款第 3 项所规定的特定传播行为含义不同。

在中文习惯中，“传播”并不意味着只能向不在现场的公众进行内容的传送，向在现场的公众进行表演和放映都可称为“传播”。《现代汉语词典》将“传播”解释为“广泛散布、推广”，例句包括“传播消息”和“传播先进经验”。[22]《辞海》将“传播”解释为（1）“广泛散布”；（2）“在传播学中，指人与人之间通过符号传递信息、观念、态度、感情，以此实现信息共享和互换的过程”。[23] 我国的相关论著也将表演权和放映权划入“传播权”之中。[24] 这里的“传播权”针对的就是广义的传播行为，不仅包括向不在传播发生地的公众进行传播（如广播和通过信息网络传播），也包括向现场的公众进行传播（如表演和放映）。有些国家的著作权法中也有广义“传播权”的概念，如德国著作权法就将朗诵权（在我国属于表演权）、表演权、放映权归入“公开再现权”，[25] 实际上就是广义“传播权”。[26] 西班牙著作权法第 20条将包括现场表演、机械表演、放映、展览、无线广播（包括卫星广播）、有线广播和交互式传播等均列入“传播”的范围，显然也是采用了广义的“传播”概念。[27] 同样，法国知识产权法典第 122-1 条将作者的经济权利概括为“复制权和表演权”，而第 122-2 条规定，“表演权”就是“以任何方式对公众进行作品传播”的权利，既包括公开朗诵、音乐演奏、戏剧表演和放映，也包括以各种电信传送的方式传播作品（含卫星传播）。[28] 显然，该“表演权”就是广义的“传播权”。[29] 因此，在不加限定的情况下，“传播”一词可以同时涵盖向在传播发生地和不在传播发生地的公众进行的传播，与之相对应的“传播权”也可以涵盖这两类传播行为。

如上文所述，在现场演唱歌曲、朗诵诗歌和放映电影等使处于现场的公众感知作品的内容的行为，在日常交流中通常也被称为“向公众传播”，但并不受国际条约中“向公众传播权”的规制，而是受到其他专有权利的规制。在《伯尔尼公约》中，规制这类行为的权利包括

〔22〕 参见中国社会科学院语言研究所词典编辑室编：《现代汉语词典》第 7 版，商务出版社 2017 年版，第 200 页。

〔23〕 夏征农、陈至立主编：《辞海. 1. A-G》（第六版彩图本），上海辞书出版社 2009 年版，第 320 页。

〔24〕 参见郑成思：《版权法》，中国人民大学出版社 1997 年版，第 151 页，第 194 页以下；李明德、许超：《著作权法》，法律出版社 2009 年版，第 80 页以下。

〔25〕 “公开再现权”的译法参见许超译：《德国著作权法》第 15 条，载《十二国著作权法》翻译组：《十二国著作权法》，清华大学出版社 2011 年版，第 149 页。

〔26〕 德国学者用英语撰写的对德国著作权法的介绍也将该权利描述为“广义的公开传播权”（right of public communication in broad terms）。See Adolf Dietzn, GER § 8（1）（b）（ii）, in Paul Edward Geller（ed.）, *International Copyright Law and Practice*, Matthew Bender & Company, Inc., 2018.

〔27〕 西班牙学者用英语撰写的对西班牙著作权法的介绍也指出：该条界定了广义的“公开传播”的概念（broad concept of “public communication”）。See Alberto Bercovitz, Germán Bercovitz & Milagros del Corral, SPA § 8（1）（b）（iv）, 载上引 Geller 编书。

〔28〕 法国学者用英语撰写的对法国知识产权法典著作权部分的介绍也指出：该条中的“表演权”不是一般意义上的“表演权”，而是包含了放映权、展示权、卫星传播权、有线传播权和网络传播权在内的对公众进行传播的权利。See Andre Lucas, Pascal Kaminan & Robert Plaisantn, FRA § 8（1）（b）（ii）, 载上引 Geller 编书。

〔29〕 欧洲有学者认为，德国和法国的传统是区分以有形方式利用作品的权利（复制权、发行权）和广义的公开传播权（broad right of public communication），这不同于欧盟《版权指令》和《伯尔尼公约》中“向公众传播权”的概念。See Ansgar Ohly, *Economic Rights*, in Estelle Derclaye（ed.）, *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2009, pp. 224 – 225.

第 11条第 1 款第 1 项规定的“公开表演（作品）权”；第 11 条之二第 1 款第 3 项规定的“公开播放接收到的广播的权利”；第 11 条之三第 1 款第 1 项规定的“公开朗诵（作品）权”；第 14 条第 1 款第 2 项前半句为作为电影作品基础的在先作品的作者规定的对电影作品的“放映权”，以及第 14 条之二第 1 款规定的电影作品著作权人对电影作品的“放映权”（见表 2）。

表 2 《伯尔尼公约》中不属于“向公众传播权”的其他传播权

第 11 条第 1 款第 1 项：戏剧作品、音乐戏剧作品和音乐作品的作者享有下列专有权利：（1）授权公开表演其作品，包括用各种手段和方式公开表演……。
第 11 条之二第 1 款第 3 项：文学艺术作品的作者享有下列专有权利：……（3）授权通过扩音器或其他任何传送符号、声音或图像的类似工具公开传播广播的作品。
第 11 条之三第 1 款第 1 项：文学作品的作者享有下列专有权利：……（1）授权公开朗诵其作品，包括用各种手段或方式公开朗诵。
第 14 条第 1 款第 2 项前半句：文学艺术作品的作者享有下列专有权利：……（2）授权公开放映……经过如此改编或复制的作品（即拍摄完成的电影作品——笔者注）。
第 14 条之二第 1 款：……电影作品应作为原作受到保护。电影作品版权所有者享有与原作作者同等的权利，包括前一条提到的权利（也就是包括第 14 条第 1 款第 2 项前半句规定的权利——授权公开放映电影作品，笔者注）。

如上文所述，《世界知识产权组织版权条约》第 8 条集中规定的“向公众传播权”是对《伯尔尼公约》中分散规定的各项“向公众传播权”的补充，该条列出了《伯尔尼公约》中同属于“向公众传播权”的各项专有权利，表明该条规定的“向公众传播权”并不影响也就是“不损害”各缔约方继续实施《伯尔尼公约》中的各项“向公众传播权”。在“不损害”的对象中，并不包括上段所列举的《伯尔尼公约》中的特定专有权利。这正是因为这些专有权利规制的传播行为的共同特征是向现场公众传播作品，也就是使其在传播发生地感知作品，而不是向不在传播现场的公众传送作品，因此在性质上并不属于“向公众传播权”（远程传播权）。

在上述专有权利中，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》将《伯尔尼公约》第 11 条之二第 1 款第 3 项规定的“公开播放接收到的广播的权利”（“授权通过扩音器或其他任何传送符号、声音或图像的类似工具公开传播广播的作品”）称为不同于“向公众传播权”的“公开传播权”（right of public communication），并进行了如下解释：

1．《伯尔尼公约》第 11 条之二第 1 款第 3 项使用了“公开传播”（public communication）这一术语，该条款规定版权人享有授权“通过扩音器或其他任何传送符号、声音或图像的类似工具公开传播广播的作品”的专有权利。使用这一术语，而不是使用“向公众传播”（communication to the public）的术语是适当的，因为该行为并不涉及将作品传输至另一地点：它是在公众在场或可能在场的地点实施的行为。在这个意义上，它类似于“公开表演”和“公开朗诵”。它意味着接收广播的方式是使在场的、符合“公众”概念的人们能够听到或看到广播。

2．该术语与“向公众传播”（communication to the public）的表述不同，因为对于后者而言，向其传输作品或相关权客体供其接收的、符合“公众”概念的人们处于不同的地点。[30]

〔30〕 WIPO Guide to Copyright and Related Rights Treaties Administered by WIPO and Glossary of Copyright and Related Rights Terms, WIPO publication No. 891 (E), 2003, p. 305.

根据该《指南》，《伯尔尼公约》中的“向公众传播”和“公开传播”并不是一回事：“向公众传播”仅指向不在传播发生地的公众传送作品；“公开传播”则特指第 11 条之二第 1 款第 3 项所提及的行为——在餐厅、酒吧、咖啡厅和宾馆等公开场所打开收音机、电视机，接收广播电台、电视台正在播放的广播电视节目，通过其扬声器、屏幕使进入其场所的公众观看或收听该节目中的作品。此时对于在餐厅等场所的公众而言，直接的“传播源”是现场放置的收音机、电视机等广播电视节目的接收和播放装置，他们可以在现场直接感知从“传播源”传出的作品，因此对于餐厅等场所的经营者而言，他们利用收音机、电视机实施的传播行为并不是“向公众传播”，而是“公开传播”。

这一区分在《世界知识产权组织版权条约》第 8 条“向公众传播权”列举的“不损害”的对象中是非常清楚的。就《伯尔尼公约》第 11 条之二第 1 款而言，“不损害”的对象只包括该款第 1、2 项——“（1）授权广播其作品或以任何其他无线传送符号、声音或图像的方法向公众传播其作品；（2）授权由原广播机构以外的另一机构通过有线传播或转播的方式向公众传播广播的作品”，也就是电台、电视台通过无线方式主动播放含有作品的广播电视节目，以及其他电台、电视台以无线或有线方式转播其接收到的初始无线节目的行为。“不损害”的对象并不包括该款第 3 项——“授权通过扩音器或其他任何传送符号、声音或图像的类似工具公开传播广播的作品”。那么，《世界知识产权组织版权条约》第 8 条为什么要对《伯尔尼公约》第 11 条之二第 1 款规定的三项行为进行拆分，只列举前两项而未列举第三项？其中的原因正如上文所述，第 3 项规定的并不是将作品向不在传播发生地的公众进行传播的“向公众传播权”（远程传播权）。

虽然《伯尔尼公约》在规定各项专有权利时，使用“公开传播”（public communication）之处只有第 11 条之二第 1 款第 3 项规定的“公开播放接收到的广播的权利”，但其第 11 条第 1 款第 1 项规定的“公开表演（作品）权”、第 11 条之三第 1 款第 1 项规定的“公开朗诵（作品）权”、第 14 条第 1 款第 2 项前半句规定的“放映权”以及第 14 条之二第 1 款规定的“放映权”与之是同质的，其规制的行为均是向现场公众表演、朗诵和放映作品。前文引述的《世界知识产权组织管理的版权和相关权条约指南》也指出：《伯尔尼公约》使用了“公开传播”用语的第 11 条之二第 1 款第 3 项规定的“公开播放接收到的广播的权利”类似于“公开表演”和“公开朗诵”。[31]

基于此，笔者认为，从便于理解的角度来说，不妨将此类权利称为“现场传播权”，将“向公众传播权”称为“远程传播权”，而将“传播权”作为现场传播权和远程传播权的统称。这样，《伯尔尼公约》中所有涉及以不转移作品原件或复制件的方式使公众感知作品的行为，都可以被归入远程传播权（“向公众传播权”）或现场传播权的规制范围。当公众位于传播发生地时，落入了后者的范围；当公众并不位于传播发生地时，则落入了前者的范围。

从上文的分析特别是从《世界知识产权组织版权条约》第 8 条“向公众传播权”的用语及其与《伯尔尼公约》的关系中，还可以得出一个结论：交互式传播和非交互式传播的划分仅仅针对远程传播权（“向公众传播权”）。国际条约中对交互式传播的首次明确规定，就是《世界知识产权组织版权条约》第 8 条“向公众传播权”，该条规定的“向公众传播权”的子权利——“授权……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可获得

〔31〕 同前引〔30〕。

这些作品”（国际上称为“向公众提供权”，我国称为“信息网络传播权”）为交互式传播权。这样，以不在传播发生地的公众是否可以对作品进行“点播”为标准，远程传播权（“向公众传播权”）被划分为交互式传播权和非交互式传播权。据此，《伯尔尼公约》第 11 条之二第 1 款第 1、2 项分别规定的无线传播权和以无线或有线方式进行转播的权利为非交互式传播权。第 11 条第 1 款第 2 项规定的“向公众传播（对作品的）表演”的权利、第 11 条之三第 1 款第 2 项规定的“向公众传播（对作品的）朗诵”的权利、第 14 条第 1 款第 2 项后半句规定的“以有线方式向公众传播电影作品”的权利及第 14 条之二第 1 款规定的相同权利，则因其技术中立的用语，同时包含了交互式传播权和非交互式传播权。[32]

交互式传播权与非交互式传播权的划分对于现场传播权没有意义，因为对于现场表演和放映等向现场公众进行的传播而言，无论公众是否可以点播，相关的行为仍然受到与之相对应的表演权、放映权等属于现场传播权的专有权利的规制，不会因为其交互式或非交互式传播的性质，而导致不同专有权利的适用。例如，许多西方国家歌舞厅中设有“自动点唱机”，每台点唱机中都存储了大量曲目，使用者投币后就可点播其中的歌曲。歌舞厅以这种形式在现场提供音乐作品的播放，与歌舞厅自行决定曲目并组织乐队演奏该曲目或播放该曲目的 CD（均不属于点播），在性质上不会有任何区别，[33] 都是属于现场传播权中的表演权（《伯尔尼公约》中与之对应的是第 11 条第 1 款第 1 项规定的“公开表演（作品）权”）规制的行为。因此，交互式传播与非交互式传播的划分并没有实现对传播权中所有专有权利的体系化。

二、远程传播权与现场传播权的区分标准

远程传播权（“向公众传播权”）与现场传播权在《伯尔尼公约》和《世界知识产权组织版权条约》中的区分本身是清楚的。然而，这样的区分高度抽象，与人们在日常生活中的用语习惯存在差距。相信即使对于以英语为母语的人而言，除非对《伯尔尼公约》和《世界知识产权组织版权公约》进行过专门研究，否则也很难理解“communication to the public”与“public communication”有何不同。缔约方在根据两条约在国内著作权法中规定传播权时，也往往无法或没有区分这两类权利。其中最为复杂的问题是，在局域网等特定技术条件下，如何判断特定的传播是否属于向传播发生地的公众进行的传播？换言之，应以何种标准区分远程传播和现场传播？

表面看来，这是一个仅凭常识和肉眼观察就可解决的简单问题，比如现场演唱会中歌手对歌曲的演唱属于对作品的现场表演，属于表演权（现场传播权）规制的行为；而电视台通过无线电波传播电影，使全国各地的观众都能收看，属于广播权（远程传播权）规制的行为。然而，事实并非如此简单，本文开篇所举的案例即是如此。假设某网吧自建了一个局域网，其中设置了连接 50 台计算机终端的网络服务器，并将大量影视剧存入该服务器中，供进入网吧

〔32〕 我国学界对于《伯尔尼公约》中的“有线方式”是否可以涵盖互联网，存在一定争议，但应用法律解释方法，应当可以得出肯定的结论。参见王迁：《论我国〈著作权法〉中的“转播”——兼评近期案例和〈著作权法修改草案〉》，《法学家》2014 年第 5 期，第 130 页以下。

〔33〕 世界知识产权组织编写的《伯尔尼公约指南》对此指出：“舞厅里的乐队演奏最新曲目，与隔壁迪斯科舞厅中顾客投币自行选择曲目，对于公开表演而言并没有区别。”前引〔14〕，《伯尔尼公约指南》，第 64 页，第 11.4 段。

的用户在50台计算机终端中的任何一台上点播，那么该行为应如何定性，涉及的是远程传播权还是现场传播权？

对于网吧的该行为应适用何种专有权利的问题，目前在我国理论界和司法实践中已有较为统一的观点。最高人民法院发布的《关于做好涉及网吧著作权纠纷案件审判工作的通知》（法发〔2010〕50号）第3条明确规定："网吧经营者未经许可，通过网吧自行提供他人享有著作权的影视作品，侵犯他人信息网络传播权等权利的，应当根据原告的诉讼请求判决其停止侵权和赔偿损失。"这等同于认可在网吧等局域网向公众提供作品的点播属于受信息网络传播权规制的行为（即《世界知识产权组织版权条约》第8条"向公众传播权"后半句规定的"向公众提供权"）。然而，局域网所在的物理空间可大可小。如上文所述的网吧可以将其局域网的服务器与50台计算机终端设在一个大房间内，这就意味着进入网吧的用户（公众）与传播发生地（服务器）处于同一个物理场所，那么此时通过该局域网的传播还能说是"面向不在传播发生地的公众"吗？这与前文讨论的酒吧等公共场所使用电视机、收音机等接收装置供在场公众观看或收听广播电视节目又有何区别呢？

解决该问题的关键在于认定"面向传播发生地的公众"的标准。笔者认为，"传播发生地"（或称"传播发生现场"）并不纯粹是一个物理概念，现场传播与远程传播的界分也不仅仅在于距离的绝对远近。对于传播是否"面向传播发生地的公众"，需要判断的是感知作品的受众与传出作品的"传播源"之间的关系。如果接收传播的受众可以凭借感官直接感知被传播的作品，无论是否需要借助机器设备提高感知的效果，该传播就是"面向传播发生地的公众"。换言之，此时依靠传出作品的人或机器也就是传播的源头——"传播源"自身的作用，就可使公众感知作品。反之，如果要让接收传播的目标受众感知从"传播源"传出的作品，必须利用某种技术性的传送手段，将作品从一处"传输"（transmit）至另一处，则该传播就是"面向不在传播发生地的公众"。

试举一例。意大利著名男高音歌唱家帕瓦罗蒂在世时，其声音的穿透力无与伦比。假设他在古罗马竞技场开了一场演唱会，即使在竞技场外几百米处的人们也能听到其美妙的歌声。试问帕瓦罗蒂的演唱涉及的是表演权（现场传播权）还是"向公众传播权"（远程传播权）？对此的回答应当是清楚的，该行为涉及的是表演权，而不是"向公众传播权"。这是因为后者控制的行为无法仅依靠"传播源"自身的作用使公众获得作品，而必须通过某种技术性的传送手段进行"传输"，使原本无法凭借感官直接感知作品的公众能够获得作品。身处竞技场之外的人们能够听到帕瓦罗蒂的歌声，是因为帕瓦罗蒂中气十足、声音洪亮，而不是必须依赖某种传输技术的介入。同样道理，酒吧等公共场所安装电视机供就餐的客人欣赏正在播出的电视节目时，公众（进进出出的客人）仅凭借餐厅创造的"传播源"——电视机或其外接扬声器自身的作用就能欣赏作品，无需借助额外的传输技术。因此，《伯尔尼公约》第11条之二第1款第3项"公开播放接收到的广播的权利"不属于"向公众传播权"，而属于现场传播权。

《世界知识产权组织版权条约》第8条对"向公众传播的权利"作出的定义是："……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可获得这些作品"（着重号为笔者所加）。其中"以有线或无线方式"暗示了"向公众传播"也就是向不在传播发生地的公众

实施的传播，必须使用某种技术传送手段。帕瓦罗蒂用洪亮的嗓音使公众欣赏被演唱作品的行为，并不是“以有线或无线方式”对作品进行的传送。同样，对于酒吧等公共场所使用电视机供客人欣赏正在播出的电视节目的行为，只能说电视台发射信号、使电视机能够接收节目的行为是“以有线或无线方式”实施的，也就是电视台的初始传播行为利用了技术传送手段，而通过电视机播放接收到的节目，就不是“以有线或无线方式”传播了。

《世界知识产权组织管理的版权和相关权条约指南》也对“向公众传播”作出了相同的解释：“通过有线或无线方式，对作品或相关权客体中的图像或声音，或图像及声音进行传输（transmission）……而接收地与传输起始地存在距离，如果没有该传输，则该图像或声音，或图像及声音将无法被该地感知……”（着重号为笔者所加）。[34] 欧盟《版权指令》对于“向公众传播”也有相似的要求。《指令》序言部分第 23 段指出：“对该权利（即“向公众传播权”）应作广义理解，适用于所有向不在传播发生地的公众进行的传播。该权利应当适用于包括广播在内的任何通过有线或无线方式向公众进行的此类对作品的传输或再传输”（着重号为笔者所加）。[35] 由知名学者组成的“欧洲版权协会”在解释《世界知识产权组织版权条约》第 8 条中的“向公众传播权”时同样认为：“‘传播’的发生并不取决于传播的方式是有线还是无线，但在所有情形中传播的前提都是‘传输’行为，也就是进行传送的技术性行为（使‘公众’有可能接收作品）。……对作品的‘传输’是构成向公众‘传播’作品的前提条件……。”[36]

由此可见，“向公众传播”实际上就是“向公众传输”的同义语。显然，如果不采用技术手段进行“传输”，仅依靠“传播源”自身的作用，将无法使那些远离“传播源”的公众获得作品。帕瓦罗蒂的嗓音再大，酒吧等公共场所安装的电视机即使采用了最高功率的扩音器，也不可能将歌声或其他声音传送至数公里之外的地方。因此，“传输”的要求就是对使用技术手段将作品从一处传送至另一处的要求，也就是“面向不在传播现场的公众”进行传播的另一种表述。

需要指出的是，这里所说的“技术手段”必须是将作品从一处传送至另一处的技术手段，而不仅仅是对现场受众播放作品的技术手段，或者是帮助现场受众提高感知效果的技术手段。帕瓦罗蒂在演唱时可能使用麦克风和扬声器，它们都可被称为“技术手段”，但这种技术手段的作用不是将作品以有线或无线方式从一处传送至另一处，而是使本来就能听到歌声（虽然在较大的场地效果不好）的现场公众能够更好地欣赏作品。酒吧使用电视机虽然也是技术手段，但电视机及其中的扬声器的作用在于形成“传播源”，使现场公众能够欣赏节目中的作品，并没有以有线或无线方式将作品传输至远离餐厅的公众。

根据上述分析，前文提出的在局域网中提供作品是否属于“面向传播发生地的公众”进行传播的问题可迎刃而解。即使网吧局域网中的服务器与 50 台计算机终端处于同一物理场所，但服务器中以数字格式存储的作品不可能被各台计算机终端前的用户凭借感官所直接感知，它们必须通过技术手段，也就是以有线或无线方式被“传输”至各台计算机终端。换言之，由

〔34〕 前引〔30〕，《世界知识产权组织管理的版权及相关权条约指南》，第 275 页以下。

〔35〕 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, Recital (23).

〔36〕 European Copyright Society, *Opinion on the Reference to the CJEU in Case C-466/12 Svensson*, p. 3, paras. 10, 11, http://papers. ssrn. com/sol3/papers. cfm? abstract_id = 2220326, last visited on April 2, 2015. 该意见由 19 名欧洲知名著作权法专家署名。

于服务器（“传播源”）与点播作品的计算机终端（接收传播点）必须依靠有线或无线方式（有线或无线网络）以技术传送手段（局域网通讯技术）传输作品，各计算机终端前的用户相对于服务器而言仍然属于“远端”。只有当网吧服务器仅发挥一台普通计算机的作用，即调用视频软件播放其中存储的电影，并通过服务器的显示器和扬声器使进入网吧的用户直接欣赏时，网吧的该行为才与酒吧等公共场所使用电视机播放接收到的电视节目无异，其行为涉及放映权（现场传播权）而不是信息网络传播权，因为通过该行为并没有利用将作品从一处传送至另一处的技术手段，即没有对作品进行“传输”。

三、传播权体系与我国著作权法

从上文对《伯尔尼公约》和《世界知识产权组织版权条约》规定的传播权的分析中可以看出，传播权在体系上可以分为远程传播权（“向公众传播权”）和现场传播权。但也如上文所述，这样的区分高度抽象，与人们在日常生活中的用语习惯有相当差距。我国在参考国际条约制定和修改著作权法时，也没有注意到其中用语之间的差别，没有区分这两类传播权。这极大地影响了我国著作权法对相关专有权利的定义，以及法院对传播权中专有权利的理解和适用。

（一）传播权体系对著作权法中传播权专有权利定义的影响

由于我国立法者对远程传播权（“向公众传播权”）和现场传播权的区分缺乏认识，在参照《伯尔尼公约》等国际条约制定和修改我国著作权法时，并没有分清英文文本中的“communication to the public”（“向公众传播”，即向不在传播现场的公众传播）和“public communication”（“公开传播”，即向在传播现场的公众传播）的不同含义，导致著作权法在定义传播权中的专有权利时，其用语出现了相当程度的混乱。

2010 年著作权法对广播权的定义中，针对无线广播的行为使用了“公开传播”的用语——“以无线方式公开广播或者传播作品”，[37] 著作权法于 2020 年修改之后，广播权的定义则对任何非交互式传播都使用了“公开传播”的用语——“以有线或者无线方式公开传播或者转播作品”，[38] 它显然是指广播、网播等向公众传播的行为（远程传播）。但如前文所述，《伯尔尼公约》中的“公开传播”（public communication）并没有向不在传播发生地的公众进行传播的含义，而仅指向现场公众进行的传播，与该用语对应的是《伯尔尼公约》中的现场传播权，并不涉及规制以无线传播等方式进行远程传播的“向公众传播权”（远程传播权）。并且，著作权法本次修改前后的广播权定义中都使用了“通过扩音器或者其他传送符号、声音、图像的类似工具向公众传播广播的作品”的表述，但其中“向公众传播”的用语是不准确的，其相关的行为显然是指餐厅等场所通过收音机、电视机接收并播放广播电台节目，使处于现场的公众欣赏作品，而不是通过某种技术手段将作品向不在现场的公众传播，涉及的是现场传播权，而不是远程传播权（“向公众传播权”）。与该表述对应的《伯尔尼公约》第 11 条之二第 1 款第 3 项的规定是“授权通过扩音器或其他任何传送符号、声音或图像的类似工具公

〔37〕 著作权法（2010 年）第 10 条第 1 款第 11 项。
〔38〕 著作权法（2020 年）第 10 条第 1 款第 11 项。

开传播（public communication）广播的作品”，但其中的“public communication”（公开传播）在中文本中被误译为“向公众传播”，[39] 导致著作权法同样采用了这一不当表述。由此可见，在 2020 年修改后的著作权法规定的广播权的定义中，“公开传播”和“向公众传播”的含义与《伯尔尼公约》中相同术语的含义是完全相反的。

同样的现象还出现在修改后的著作权法第 45 条（录音制作者获酬权条款）中。该条规定“将录音制品用于有线或者无线公开传播，或者通过传送声音的技术设备向公众公开播送的，应当向录音制作者支付报酬”。此处的“有线或者无线公开传播”，明显是指通过无线广播等技术手段向不在传播发生地的公众传播录音制品，对应的术语本应是“向公众传播”。“通过传送声音的技术设备向公众公开播送”则明显是指通过 CD 机等播放设备向现场公众播放录音制品，属于现场传播。“公开传播”和“向公众公开播送”在该条中的用法又与正确的用法完全相反。

如果立法者出于某种考虑，刻意选择赋予国内立法中的特定术语与国际条约中的相同术语完全不同的含义，虽然在国际交流时会遇到障碍，但只要在立法中对术语的使用做到前后一致，至少在法律适用上还不至于出现大的问题。然而，由于立法者缺乏对于传播权体系的认识，修改后的著作权法对相同或近似术语的使用前后并不一致。修改后的著作权法第 39 条第 6 项为表演者规定的“许可他人通过信息网络向公众传播其表演”的权利（此条内容未作修改），第 44 条为录音录像制作者规定的“许可他人……通过信息网络向公众传播”的权利（此条内容未作修改），以及第 47 条第 1 款第 3 项为广播组织新增加的禁止未经许可“通过信息网络向公众传播”的权利，均为信息网络传播权，当然属于远程传播权（“向公众传播权”）。这就意味着这三条中“向公众传播”的含义与修改后广播权定义中及录音制作者获酬权条款中的“公开传播”同义，而与其中的“向公众传播”或“向公众公开播送”反义。

在同一部法律中，相同的术语应当具有相同的含义，这是立法科学化最基本的要求。然而，由于缺乏传播权体系的构建，立法者未能正确认识和区分现场传播权和远程传播权（“向公众传播权”），对同一术语“向公众传播”的使用出现了严重的混乱，时而仅指面向现场公众的传播，时而又仅指面向不在现场的公众的传播，令人无所适从。

如果说由于著作权法中的广播权参考了《伯尔尼公约》第 11 条之二第 1 款的规定，只要对照《伯尔尼公约》就可以大致确定广播权规制的行为范围，广播权定义中的用语混乱尚不会对广播权的适用造成负面影响，那么立法者由于对传播权的体系缺乏认识，对《伯尔尼公约》第 11 条第 1 款第 2 项中的“向公众传播（对作品的）表演”和第 11 条之三第 1 款第 2 项中的“向公众传播（对作品的）朗诵”的错误理解，则对著作权法中表演权的定义和适用造成了较为重大的负面影响。

如前文所述，《伯尔尼公约》第 11 条第 1 款第 1 项和第 2 项为戏剧作品、音乐戏剧作品和音乐作品的作者分别规定了“公开表演（作品）权”和“向公众传播（对作品的）表演”的权利。第 11 条之三第 1 款第 1 项和第 2 项则为文学作品的作者分别规定了“公开朗诵（作品）权”和“向公众传播（对作品的）朗诵”的权利。这两款中第 1 项规定的权利属于现场传播权，第 2 项规定的权利属于远程传播权（“向公众传播权”）。因此前者规制表演者面向现

〔39〕 世界知识产权组织官方网站提供《伯尔尼公约》的中文文本，https://wipolex.wipo.int/zh/text/283696，2021 年 3 月 14 日最后访问。

场公众进行的表演，如在舞台上唱歌和跳舞，以及通过机械设备面向现场公众进行表演或朗诵，如在歌舞厅播放 CD 等，[40] 后者则规制除初始无线传播及对该初始传播的转播之外，以任何技术手段向不在传播现场的公众传送对作品的表演或朗诵。[41]

但是，《伯尔尼公约》中文文本将第 11 条第 1 款第 2 项和第 11 条之三第 1 款第 2 项规定的“用各种手段向公众传播对其作品的表演/朗诵”误译为“用各种手段公开播送其作品的表演/朗诵”，导致我国著作权法的立法者产生了一种错觉，以为误译后的第 11 条第 1 款第 2 项和第 11 条之三第 1 款第 2 项中的“用各种手段公开播送其作品的表演/朗诵”与这两款第 1 项中“用各种手段和方式公开表演/朗诵”是一回事，都是指“机械表演”，没有意识到《伯尔尼公约》第 11 条第 1 款第 2 项和第 11 条之三第 1 款第 2 项中规制的行为根本不是面向现场公众的“机械表演”，而是将对作品的表演以技术手段传送至不在现场的公众。因此，著作权法在根据《伯尔尼公约》第 11 条第 1 款和第 11 条之三第 1 款定义表演权时（著作权法不再区别对戏剧作品、音乐戏剧作品和音乐作品的表演和对文学作品的朗诵，而是都将其归于对作品的表演），将这两款的第 1 项和第 2 项的内容糅合到了一起，由此形成了对表演权的定义——“公开表演作品，以及用各种手段公开播送作品的表演的权利”。[42] 参与立法者对表演权的定义解释如下：“（对表演权的）定义……说明了著作权法中的表演权包括的两个重要方面：‘现场表演’和‘机械表演’……‘用各种手段公开播送作品的表演’指的是‘机械表演’，机械表演指借助录音机、录像机等技术设备将前述表演公开传播，即以机械的方式传播作品的表演。”[43] 我国学界通常也将表演权的规制范围解释为现场表演和机械表演。[44] 有时还将《伯尔尼公约》中误译后的“用各种手段公开播送其作品的表演”解释为机械表演。[45]

由于《伯尔尼公约》规定的“向公众传播（对作品的）表演”的权利（即《伯尔尼公约》中表演权的子权利，可以规制除初始无线传播及对该初始传播的转播之外，向不在现场的公众传播对作品的表演），不能被我国著作权法中规定的表演权（基于立法者对《伯尔尼公约》中表演权的错误理解）所覆盖，对于现在许多网络主播在网络直播中演唱歌曲的行为能否适用著作权法的表演权进行规制，就成为一个复杂的问题。如果根据《伯尔尼公约》第 11 条第 1 款第 2 项来解释著作权法中的表演权，该行为属于“用各种手段向公众传播其作品的表演”，此时就应适用表演权。但如果按照我国著作权法的立法者在定义表演权时的立法原意，该行为由于并不属于面向现场公众由演员进行的表演或“机械表演”，就不能适用表演权。此时只能适用现行著作权法第 10 条第 1 款第 17 项规定的“兜底权利”（“应当由著作权人享有

〔40〕《伯尔尼公约指南》指出：第 11 条第 1 款第 1 项规定的“公开表演（作品）权”涵盖了通过录制品（唱片、盒式磁带、录音磁带和录像带等）进行的播放。前引〔14〕，《伯尔尼公约指南》，第 64 页，第 11.4 段。

〔41〕之所以将“初始无线传播（对作品的表演）及对该初始传播的转播”排除出第 11 条第 1 款第 2 项“向公众传播（对作品的）表演”的权利的规制范围，是因为《伯尔尼公约》第 11 条之二第 1 款为文学和艺术作品的作者规定的“广播与相关权利”包括对作品进行初始无线传播，以及对该初始传播进行转播的权利。因此，对于广播电台通过无线电波传送音乐会实况的行为，适用的是第 11 条之二第 1 款，而不是第 11 条第 1 款第 2 项。参见前引〔14〕，《伯尔尼公约指南》，第 65 页，第 11.5 段；前引〔20〕，Ricketson 等书，第 718 页，第 12.17 段。

〔42〕著作权法（2010 年）第 10 条第 1 款第 9 项；著作权法（2020 年）第 10 条第 1 款第 9 项。

〔43〕胡康生主编：《中华人民共和国著作权法释义》，法律出版社 2002 年版，第 49 页以下。

〔44〕参见刘春田主编：《知识产权法》，中国人民大学出版社 2014 年版，第 80 页；吴汉东主编：《知识产权法学》，北京大学出版社 2014 年版，第 61 页；张玉敏、张今、张平：《知识产权法》，中国人民大学出版社 2009 年版，第 123 页。

〔45〕参见来小鹏：《知识产权法学》，中国政法大学出版社 2011 年版，第 114 页。

的其他权利”），或者后文所述的著作权法修改后的新广播权（“以有线或者无线方式公开传播作品……的权利”）。

虽然笔者主张根据体系解释方法，考虑到现行著作权法对放映权的定义并不涉及远程传播，[46]对电影作品通过网络实施的非交互式传播目前只能适用“兜底权利”，[47]以及在修改后的著作权法实施后，新的广播权（“以有线或者无线方式公开传播作品……的权利”）可以规制以任何非交互式技术手段进行的远程传播，为了保持表演权与放映权在体系上的和谐，只能“将错就错”，将著作权法中的表演权解释为仅规制面向现场公众由演员进行的表演或机械表演，[48]但缺乏对传播权的体系化，未区分现场传播权和远程传播权对立法造成的不良影响，由此可见一斑。

（二）传播权体系对著作权法中传播权专有权利适用的影响

未对传播权进行体系化并区分现场传播权和远程传播权，对著作权法中传播权专有权利的适用也带来了重大影响。本文引言部分提及，在司法实践中对于“点播影院”通过联网电视机（而非自建的局域网）供付费观众在包间内点播源自网络的影视剧的行为，不同法院分别作出了侵犯放映权和信息网络传播权的认定。同时，相互矛盾的判决也出现在涉及在经营场所中通过局域网提供作品点播的案件中。如上文所述，在涉及网吧和酒店等通过自建局域网提供影视剧点播的诉讼中，法院通常认为被告将涉案作品存储在服务器中并通过局域网向公众提供点播，属于侵害信息网络传播权的行为。[49]但在涉及卡拉 OK 厅通过点歌系统提供构成“以类似摄制电影的方法创作的作品”的音乐电视（MV）点唱服务的诉讼中，绝大多数法院认定卡拉 OK 厅的行为侵犯的是放映权，[50]还有个别法院认定侵犯“兜底权利”，[51]笔者尚未检索到认定侵犯信息网络传播权的判决。然而，现在卡拉 OK 厅使用的技术设备已与先前有很大不同。早期每一个卡拉 OK 厅包间中都设置了独立存储曲目的点唱机，但现在多数卡拉 OK 厅

〔46〕 著作权法第 10 条第 1 款第 10 项规定：“放映权，即通过放映机、幻灯机等技术设备公开再现美术、摄影、电影和以类似摄制电影的方法创作的作品等的权利”（2020 年著作权法修改后该定义保持不变）。该定义不是直接借鉴《伯尔尼公约》第 14 条第 1 款第 2 项及第 14 条之二第 1 款与电影作品有关的权利规定，其中既没有使用“向公众传播”，也没有使用“公开播送”，因此无论如何也无法将放映权解释为可以规制向不在现场的公众传播电影的行为。

〔47〕 适用“兜底权利”调整对电影进行非交互式网络传播的判决，参见安乐影片有限公司诉北京时越网络技术有限公司、北京悠视互动科技有限公司侵犯著作权纠纷案，北京市第二中级人民法院（2008）二中民初字第 10396 号民事判决书。在此案的二审判决中，法院指出：“（涉案的）该种网络传播行为不属于信息网络传播权所限定的信息网络传播行为。同时，因该种行为亦不能由著作权法第十条第一款所明确列举的其他财产权所调整，故一审法院认定其属于著作权法第十条第一款第（十七）项‘应当由著作权人享有的其他权利’调整的范围是正确的”（北京市高级人民法院（2009）高民终字第 3034 号民事判决书）。其中“亦不能由著作权法第十条第一款所明确列举的其他财产权所调整”，当然包括亦不能由放映权所调整。

〔48〕 参见王迁：《论网络环境中表演权的适用》，《比较法研究》2017 年第 6 期，第 71 页以下。

〔49〕 涉及网吧的此类案件，参见广东省肇庆市中级人民法院（2013）肇中法民一初字第 66 号民事判决书；广东省高级人民法院（2014）粤高法民三终字第 1165 号民事判决书。涉及“点播影院”的此类案件，参见四川省成都高新技术产业开发区人民法院（2017）川 0191 民初 6108 号民事判决书、四川省成都市中级人民法院（2017）川 01 民终 16929 号民事判决书；北京市海淀区人民法院（2018）京 0108 民初 47799 号民事判决书。涉及酒店的此类案件，参见北京互联网法院（2019）京 0491 民初 6559 号民事判决书。

〔50〕 参见湖北省武汉市中级人民法院（2016）鄂 01 民初 1560 号民事判决书；贵州省遵义市中级人民法院（2019）黔 03 民初 751 号民事判决书；海南省第一中级人民法院（2018）琼 96 民初 134 号民事判决书；广东省佛山市禅城区人民法院（2017）粤 0604 民初 420 号民事判决书；广东省江门市新会区人民法院（2017）粤 0705 民初 839 号民事判决书。

〔51〕 参见北京市石景山区人民法院（2014）石民初字第 4860 号民事判决书。

都建立了类似于局域网的点唱系统（VOD 系统，即“视频点播系统”），[52] 并根据顾客的选择将集中存储于服务器中的相应曲目向各包间内联网的终端点唱机传送。[53] 虽然与涉及网吧等通过局域网提供影视剧点播的案件相比，终端设备有所不同，一为卡拉 OK 点唱机，一为计算机，但这与传播行为的认定并无关系。法院对网吧和卡拉 OK 厅通过内部网络提供作品点播适用不同的传播权，主要原因在于传播权体系化的不足，导致放映权与信息网络传播权的界限无法被清楚地划定。

根据前文论述的对传播权进行的现场传播权和远程传播权（“向公众传播权”）的区分，并运用正确的区分标准，上述有关传播权专有权利的法律适用问题可以迎刃而解。在我国著作权法中，信息网络传播权（“以有线或者无线方式向公众提供，使公众可以在其选定的时间和地点获得作品的权利”）就是《世界知识产权组织版权条约》第 8 条“向公众传播权”后半句所规定的“向公众提供权”，属于远程传播权，而放映权（“通过放映机、幻灯机等技术设备公开再现美术、摄影、电影和以类似摄制电影的方法创作的作品等的权利”）并非借鉴《伯尔尼公约》第 14 条第 1 款第 2 项及第 14 条之二第 1 款与电影作品有关的权利规定，其中没有使用“向公众传播”的用语，与远程传播权没有关系，只可能属于现场传播权。同时，如上文所述，交互式传播和非交互式传播的区分仅针对远程传播权，对现场传播权没有意义。因此，信息网络传播权与放映权的区别，就是远程传播权与现场传播权的区别。

对于“点播影院”通过联网电视机（而非自建的局域网）供观众点播源自网络的影视剧的行为，需要首先明确它是在一个传播链条中的哪一个节点发生的。显然，这个传播链的起点是诸如爱奇艺、优酷等视频网站中用于存储影视剧的服务器，该网络服务器是该传播链条中的第一个“传播源”。如果相关诉讼针对视频网站的经营者提起，涉及的传播权自然属于远程传播权，因为视频网站必须利用技术传送手段将作品从该“传播源”传输至不在传播现场的公众。加之其使用交互式的传播手段，对该行为应当适用远程传播权中的信息网络传播权。但是，“点播影院”提供联网电视机供观众点播网络影视剧的行为发生在上述传播链的另一端，联网电视机是该传播链条中的第二个“传播源”，产生的是有别于初始传播的另一个传播行为。其情况非常类似于酒吧等公共场所使用电视机、收音机等接收装置供在场公众收听或收看广播电视节目。要使“点播影院”的观众欣赏来自联网电视机这个新的“传播源”的作品，只需借助该“传播源”自身的作用（电视机屏幕、内置扬声器）或用于提高欣赏质量的设备（外置扬声器、投影屏幕）即可，无需利用将作品从一处传输至另一处的传送技术。因此，“点播影院”的传播行为面向位于该传播发生地的公众，涉及的并不是远程传播权，而是现场传播权。在我国只能对该行为适用放映权，而不是信息网络传播权。[54]

---

〔52〕 参见张国梅：《基于流媒体的视频点播（VOD）技术研究与应用》，《电脑知识与技术》2009 年第 5 期，第 3238 页以下。在一起涉及卡拉 OK 厅的诉讼中，判决书记载“双方确认：歌曲点播的流程为先将歌曲存放在电脑系统的服务器中，由用户通过 VOD 点播系统的点播画面进行选取，再通过电脑系统的局域网络将待播放歌曲存储数据分成数个部分，逐步调取至包厢内的显示器进行播放”（湖北省武汉市中级人民法院（2009）武知初字第 38 号民事判决书）。

〔53〕 据报道，在卡拉 OK 经营行业中，80% 以上的 KTV 经营者使用 VOD 系统为消费者提供歌曲伴唱服务。VOD 点播系统中的“歌曲库”是将音乐作品转换成适合卡拉 OK 演唱的形式，然后复制存储于 VOD 点播系统服务器的硬盘中。参见席锋宇：《卡拉 OK 盗版歌曲库每年导致音乐权利人损失超 20 亿》，《法制日报》2008 年 6 月 30 日第 8 版。

〔54〕 北京市高级人民法院《侵害著作权案件审理指南》第 5.9 条（放映权控制的行为）规定：“被告未经许可将来源于信息网络的电影等作品，通过放映机等设备向现场观众进行公开再现的，构成侵害放映权的行为……。”该观点是正确的。

卡拉 OK 经营者通过类似于局域网的点唱系统向顾客提供音乐电视点唱服务，则与网吧通过局域网提供作品点播具有高度可比性。法院之所以对其普遍适用放映权而非信息网络传播权，主要原因在于没有从区分远程传播权和现场传播权的体系来认识和适用信息网络传播权和放映权。与网吧使用的内部网络普遍被称为“局域网”，集中存储作品的设备被称为“服务器”不同，卡拉 OK 厅采用的点唱系统通常并不被称为“局域网”，集中存储作品（以类似摄制电影的方式创作的音乐电视）的设备也不常被称为“服务器”，这可能导致法院认为该点唱系统与信息网络传播权无关，只能适用放映权。但这种认识是不正确的，远程传播权与现场传播权的区分标准在于是否面向传播发生地的公众进行传播。如果向不在传播发生地的公众进行传播，就落入了远程传播权的范畴，与采用何种传送技术并无关系。《世界知识产权组织版权条约》第 8 条“向公众传播权”规制的是以发行复制件之外的任何方式或过程向不在传播发生地的公众提供作品。[55] 该条使用的术语“以有线或无线方式”涵盖了现有和将来可能出现的一切传输技术，至于该传输是发生在国际互联网中还是局域网中，则无关紧要。《最高人民法院关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第 2 条规定：“本规定所称信息网络，包括以计算机、电视机、固定电话机、移动电话机等电子设备为终端的计算机互联网、广播电视网、固定通信网、移动通信网等信息网络，以及向公众开放的局域网络。”该条也采用了技术中立的规范方式，虽然没有明确提及以卡拉 OK 点唱机为终端的卡拉 OK 点唱系统，但为网络的多样性和技术的发展留下了充分的空间。因此，只要卡拉 OK 点唱系统的作用是像人们通常所称的“局域网”一样，从集中存储设备（无论该设备是否被称为“服务器”）通过技术传送手段将作品传输至联网的终端设备以供用户感知，相关的传播就属于远程传播，加之其交互式传播的性质，对其仍然应当适用信息网络传播权，而非放映权。

（三）依传播权体系对著作权法中传播权专有权利的重构

前文论述的传播权体系有助于区分我国现行著作权法中各项传播权之间的界限和正确地适用法律。但是，现行著作权法在制定时，由于缺乏对传播权的体系化考虑，未能认识到现场传播权和远程传播权（“向公众传播权”）的区分，在界定传播权中的各项专有权利时，出现了相当程度的混乱和空缺。因此，即使按照前文所述的传播权体系对我国现行著作权法中的各项传播权进行归类，现有的各项传播权仍然无法全面覆盖各类传播行为，主要问题在于以非交互式手段向不在传播发生地的公众传播作品（如“网络电视台”按照预定的节目时间表传播电影）或传播对作品的表演（如网络主播在网络直播时演唱歌曲）等行为无法受到现行著作权法中现有各项传播权专有权利的规制，从而只能祭出“兜底权利”填补空缺。但是，“兜底权利”的内容和范围都具有高度不确定性，作品的权利人和使用者也很难事先就“兜底权利”的许可达成协议，对“兜底权利”的适用实为不得已而为之。

2020 年修改的著作权法在保留现行著作权法中的表演权、放映权和展览权的情况下，将第 10 条第 1 款第 11 项（广播权的定义）前半句的用语从“以无线方式公开广播或者传播作品，以有线传播或者转播的方式向公众传播广播的作品”改为“以有线或者无线方式公开传播或者转播作品”。这一修改显然是因为立法者意识到了传播权中远程传播权的不足，希望通过修改广播权，使之可以规制通过各种手段向不在传播发生地的公众进行的非交互式传播，而不再区分初始的非交互式传播是否以无线方式进行。该立法意图值得赞许，但对著作权法中广

〔55〕 同前引〔18〕。

播权定义的修改仍未完全解决与传播权体系构建有关的问题。除了前文所述的其误用“公开传播”和“向公众传播”的表述之外，更为严重的是我国著作权法中的广播权是远程传播权和现场传播权的混合体，即前半句规定的“以有线或者无线方式公开传播或者转播作品（的权利）”是远程传播权，后半句规定的“通过扩音器或者其他传送符号、声音、图像的类似工具向公众传播广播的作品的权利”是现场传播权。如此“混搭”的权利，使本来就比较复杂的传播权体系变得更加混乱和令人难以理解。虽然该问题来源于对《伯尔尼公约》第 11 条之二“广播与相关权”的移植，但一方面《伯尔尼公约》中“广播与相关权”的名称已经清楚地说明，接收广播作品后予以公开播放的行为并不属于“广播权”的范畴，而属于“（与广播）相关权”的范畴。另一方面，《伯尔尼公约》作为国际条约，并不要求成员国照搬其条文，而只要求成员国通过国内立法达到其规定的保护水平，至于具体的权利设置则在所不问。世界上也很少有国家直接照搬《伯尔尼公约》第 11 条之二，在一项专有权利中“混搭”规定远程传播权和现场传播权。

根据前文所述的传播权体系，笔者建议在下一次修改著作权法时，将第 10 条第 1 款第 11 项（广播权的定义）的前半句即“以有线或者无线方式公开传播或者转播作品”，改为“以有线或者无线方式向公众传播作品或者向公众转播该传播”；同时将著作权法第 45 条（录音制作者获酬权条款）“将录音制品用于有线或者无线公开传播，或者通过传送声音的技术设备向公众公开播送的，应当向录音制作者支付报酬”，改为“以有线或无线方式向公众传播录音制品，或者通过传送声音的技术设备公开播放的，应当向录音制作者支付报酬”。这将实现“向公众传播”的用语在著作权法中含义的统一，均指面向不在传播发生地的公众进行的传播（远程传播），当然也使该项权利确定无疑地属于远程传播权（“向公众传播权”），而不属于现场传播权。再加上广播权定义末尾“但不包括本款第 12 项规定的权利（即信息网络传播权——笔者注）”的用语，广播权前半句规定的权利的适用范围由此变得非常清晰，即将以各种非交互式技术手段对作品进行远程传播的行为都纳入其中，自然也包括对作品的表演和电影作品进行“网播”等非交互式远程传播的行为。同时，在增加下文所述的“对（广播和信息网络传播的）作品的再次公开传播权”之后，不应再保留广播权定义中的“以及通过扩音器或者其他传送符号、声音、图像的类似工具向公众传播广播的作品的权利”，也就是将广播权的定义改为“以有线或者无线方式向公众传播作品或者向公众转播该传播，但不包括本款第 12 项规定的权利”。这样，广播权就成为单纯的以非交互式技术手段向公众传播作品的专有权利，著作权法中广播权的定义同时包含远程传播权和现场传播权的历史可由此终结。

与广播权定义的修改相适应，表演权的定义应从“公开表演作品，以及用各种手段公开播送作品的表演的权利”改为“用各种手段公开表演作品的权利”。也就是删除“公开播送作品”，以明确表演权仅规制面向现场公众的演员表演和机械表演，并不规制以技术手段传送对作品的表演即能够使不在现场的公众欣赏的远程传播行为。当然，这并不意味着该项行为不受任何专有权利的规制，而是应当纳入修改后的广播权规制的范围（“以有线或者无线方式向公众传播作品”）。

与此同时，建议在著作权法中增加一项新的现场传播权——“对（广播和信息网络传播的）作品的再次公开传播权”，内容为：“通过扩音器或者其他播放符号、声音、图像的类似工具公开传播通过广播和信息网络传播的作品”。增加这项专有权利的目的，是统一规制餐厅、酒吧、咖啡厅、宾馆和网吧等公开场所通过收音机、电视机和计算机接收到以任何技术手

段（交互式或非交互式）向公众传播的作品之后，向现场公众播放的行为。无论是餐厅打开收音机、电视机播放电台、电视台播出的音乐节目，还是酒吧通过连接计算机的投影仪，播放网络电视台正在现场直播的诗歌朗诵比赛，抑或“点播影院”通过联网的电视机，让付费用户点播爱奇艺、优酷等视频网站中的影视剧，都将被纳入此项专有权利的规制范围。由于其规制的行为非常清楚——接收到通过广播权规制的非交互式传播或信息网络传播权规制的交互式传播获得的作品后，再将其通过收音机、电视机和计算机或与之相连的扩音器、大屏幕等向现场公众播放，该项专有权利不会与表演权、放映权这两项“现场传播权”以及与广播权、信息网络传播权这两项“远程传播权”产生混淆。[56]

这样，广播权作为远程传播权中的非交互式传播权，与信息网络传播权这项远程传播权中的交互式传播权的关系，以及与表演权、放映权和新增加的“对（广播和信息网络传播的）作品的再次公开传播权”等现场传播权的关系，都将非常清晰，既不会相互重叠，也不会在规制各类传播行为时有所遗漏，从而构筑了完整的传播权体系（见表 3）。与此同时，既然修改后的广播权已经可以规制通过各种手段向不在传播发生地的公众进行的非交互式传播，对于传播行为而言“兜底权利”已无适用的余地。

表 3　传播权体系

		属于传播权的专有权利	规制的行为
传播权	远程传播权（“向公众传播权”）	广播权	非交互式传播
		信息网络传播权	交互式传播
	现场传播权	表演权	演员表演和机械表演
		放映权	现场放映
		对（广播和信息网络传播的）作品的再次公开传播权	现场播放接收到的以交互式或非交互式手段传送的作品
		展览权	现场展览

结 语

我国著作权法规定的传播权条款在立法和法律适用中的诸多问题，都源于传播权体系在理论构建上的不足。将传播权区分为现场传播权（含 2020 年修改后著作权法中的表演权、放映权、展览权和广播权中的播放接收到的广播作品的权利）和远程传播权（即“向公众传播权”，含 2020 年修改后著作权法中的信息网络传播权、广播权中的“以有线或者无线方式公开传播或者转播作品”的权利），可以构建覆盖各种传播行为的传播权体系。根据是否利用一种技术传送手段将作品从一处传输至另一处来判断是否向传播发生地的公众进行传播，可以清晰地区分现场传播权和远程传播权各自规制的传播行为，并解决司法实践中涉及传播权条款法律适用的疑难问题。

此次对著作权法的修改，虽然使广播权能够规制各类非交互式传播行为，但其重新定义广播权时使用的术语“公开传播”和“向公众传播”，与国际条约中相同术语的含义正好相反，

〔56〕 比较法上的参考，可见德国著作权法第 22 条。

也未能与其他条款中的相同术语保持一致的含义，而且未能改变广播权“混搭”远程传播权和现场传播权的状况，同样存在体系不清的问题。建议将著作权法广播权定义中的前半句改为“以有线或者无线方式向公众传播作品或者向公众转播该传播”，同时删除广播权定义中“以及通过扩音器或者其他传送符号、声音、图像的类似工具向公众传播广播的作品的权利”，将表演权的定义改为“用各种手段公开表演作品的权利”，并增加“对（广播和信息网络传播的）作品的再次公开传播权”，以规制现场播放接收到的以交互式或非交互式手段传送的作品的行为，就可以在立法中构建内部关系清晰且覆盖所有传播行为的传播权体系，并消除适用“兜底权利”带来的高度不确定性。

Abstract: The lack of systematization of various exclusive rights under the broad communication right results in problems both in legislation and judicial practice. The dichotomy between the interactive and non-interactive communications can only apply to some but not all communication rights. The communication right should be divided into on-site communication right and distance communication right. The former covers the communication to the public present at the place where the communication originates and includes the right of performance, the right of projection, the right of exhibition, and the right of public communication of received broadcast. The latter covers the communication to the public not present at the place where the communication originates and includes the right of making available and two sub-rights under the right of broadcasting, i. e., the right to initial broadcasting and the right of retransmission of the broadcast. “The place where the communication originates” is not an absolute concept of physical site. If the communication involves the use of technical process to transmit a work from one place to another, it is the communication to the public not present at the place where the communication originates. The systematization of the communication right is conducive to the establishment of a scientific system of communication right in the copyright law and to the solution to some difficult problems in judicial practice. The provisions that redefine the right of broadcasting and establish the new right of remuneration for sound recording producers in the newly revised Copyright Law of PRC are ill-worded and may cause confusion between various exclusive rights under the communication right. In addition, the new right of broadcasting is a mixture of distance communication right and on-site communication right. These provisions should be revised in order to construct a scientific system of the communication right.
Key Words: communication right, the right of communication to the public, the right of public communication, performance right, broadcasting right