

# 论著作权法中的“行政介入”条款

熊琦 朱若含

**摘要:**司法与行政双轨制是我国著作权保护的重要特色,对著作权保护发挥了积极作用。但是,我们仍应该对强行政保护介入著作权市场的管理模式保持克制,并根据当下版权产业和市场的发展阶段及特性,采取与之相适应的行政调节方式。在遵循市场逻辑的基础上,行政介入的范围应以著作权法上的“公共利益”为限,尊重市场主体的私法自治空间;在赋权方式上则应与类型化的行政介入方式相匹配,采用低频高强度和高频低强度混合的权力配置方式,加强中低强度行政介入方式的应用,以契合行政介入作为司法保护辅助功能的现实定位。

**关键词:**著作权;双轨制;著作权行政保护;行政介入

**DOI:** 10.19836/j.cnki.37-1100/c.2020.01.011

## 一、问题的提出

司法与行政双轨制一直是我国知识产权保护的重要特色,加之知识产权立法进程中始终由行政管理部门主导,相关知识产权法律文本中也因此存在大量涉及行政介入的条款。上述条款除了涵盖各国著作权行政管理部门普遍具备的行政管理和服务职能外<sup>①</sup>,还包括赋权政府部门实施行政执法的条款。其中,著作权行政管理机关的执法职能在近年来尤其突出,依托该项职能,由国家版权局联合国家互联网信息办公室、工业和信息化部、公安部,连续施行十余年的“剑网行动”,已成为我国打击著作权侵权行为的重要手段。以“剑网行动”为代表的著作权行政执法行动对打击和震慑特定领域的侵权盗版行为,发挥了相当的积极作用,但以强行政保护介入著作权市场的管理模式在实践中依然存在如下弊端:

首先,行政介入著作权市场的判断标准有待完善。著作权作为私权,公权力介入的必要条件是侵犯著作权的行为造成了对科学文化传播、市场秩序公共利益的损害<sup>②</sup>。然而在实践中,损害公共利益认定标准存在缺位<sup>③</sup>。因此,著作权行政管理机关无须负担对介入条件成立与否的说明义务,从而导致行政权力介入市场的门槛降低,这实质上造成了著作权行政管理机关行政权力的扩张。

其次,著作权行政管理机关执法程序有待规范。著作权行政管理机关采取自上而下的“专项行动”等典型的运动式执法方式,在实践中已成为一种执法常态,其本质是国家在社会改造愿望强烈而有效性手段不足的情况下采取的一种策略,通常将有限的权力集中起来,投入到国家认为最重要或最紧急的目标上去<sup>④</sup>,但其常常伴随着执行失范、执法主体混乱、程序不清等问题,损害了法治应有的预期稳定和形式理性,且治理绩效存疑<sup>⑤</sup>。

**收稿日期:** 2019-10-23

**作者简介:**熊琦,华中科技大学法学院教授,博士生导师(武汉,430074; xiongqi128@msn.com);朱若含,华中科技大学法学院博士研究生,美国加州大学黑斯廷斯法学院访问学者(武汉,430074; ruohan@hust.edu.cn)。

① 例如为著作权人办理版权登记以确认其权利、备案、提供咨询和其他服务等。分别参见《著作权行政投诉指南》(2006)、《著作权质权登记办法》(2001)、《计算机软件著作权登记办法》(2002)、《关于对出版境外音像制品合同进行登记的通知》(1995)、《著作权涉外代理机构管理暂行办法》(1996)、《国外著作权认证机构在中国设立常驻代表机构管理办法》(1996)等。

② 《著作权法》(2010)第5章第47、48条,《著作权法实施条例》(2002)第36、37条。

③ 杨勇:《著作权法中损害公共利益的认定研究》,《中国版权》2016年第5期。

④ 冯仕政:《中国国家运动的形成与变异:基于政体的整体性解释》,《开放时代》2011年第1期。

⑤ 吴元元:《双重博弈结构中的激励效应与运动式执法——以法律经济学为解释视角》,《法商研究》2015年第1期。

再次,“双轨制”下的司法保护界限有待明确。著作权纠纷本质上是一种民事纠纷,但随着著作权行政介入程度的深入,将传统上本该属于意思自治调整及法院裁决的事项纳入了行政权的管辖范围<sup>①</sup>。大量应当移交司法部门的侵权案件由行政机关做出制裁,延缓了司法保护发展为著作权保护主导方式的进程,行政权与司法权产生了一定的冲突。

诚然,在我国著作权法律体系建立之初,法治基础和司法力量都较为薄弱,以行政方式迅速建立起基本的著作权管理和保护体制,具有历史合理性。但在著作权市场全球化程度不断加深的今天,著作权行政管理机关是否应当继续强化行政介入著作权市场,则一直存在争议<sup>②</sup>。实践中,著作权行政救济制度也并未按照预设的轨道顺畅运行,为行政权力干预私权提供了渠道<sup>③</sup>。选择行政强保护亦或弱化行政介入,都不能脱离特定的社会实践而做出抽象的价值判断。政府虽然可以通过行政政策来影响市场中生产要素的使用,但市场自有其解决问题的逻辑,政府直接管制不一定能带来更优的结果<sup>④</sup>。我国著作权行政管理机关对市场进行的强势管控和干预,实质上已经成为行政机关的首要选择。虽然在短期内彻底实现著作权市场管理模式的转变颇有难度,但我们仍应不断探索如何在现实条件下完善现有的机制和体制,为著作权市场行政管理模式转型提供平稳衔接、过渡的可能,并明确我国行政介入条款赋权的范围与方式。

## 二、行政介入条款的意义与争议

对著作权制度处于发展初始阶段的国家而言,政府以行政权力介入作品的保护,有助于著作权市场在短时间内建立起保护规则和交易秩序,进而保障著作权市场投资的诱因<sup>⑤</sup>。而且,政府干预也是解决公共产品及其困境问题的标准经济学方案<sup>⑥</sup>。适度的介入可以防止著作权市场的失灵,更有利于支持创新,也使得公众可以更广泛地受益<sup>⑦</sup>。我国知识产权的“双轨制”保护一直被视为本土特色,“双轨制”中的行政保护和行政处罚包括以下几种方式:著作权行政管理机关可对涉及公共利益和科学文化传播秩序的著作权侵权行为进行查处,并对侵权者采取相应的行政强制措施或给予没收违法所得、罚款等行政处罚;同时对著作权纠纷进行行政调解或行政裁决等。

从迄今为止的实施绩效看,现阶段我国实行的行政保护和司法相结合的“双轨制”具有其必要性。司法保护有维权周期长、法院因举证困难等问题而过于依赖“法定赔偿”标准确定赔偿额等固有局限。与之相比,著作行政保护具有程序简便、查处速度快、效率高的特点,对于著作权人而言举证责任也较轻。当权利人的目标在于使侵权人尽快停止侵权时,一般也更倾向于选择行政保护介入的方式;而当侵权行为造成的损失较为严重时,权利人则更倾向于选择司法途径来挽回损失。一般情况下,司法和行政的结合,可以同时实现快速禁令和赔偿。这种特有的混合纠纷解决模式可以

① 据统计,2016年我国版权执法部门办理的3065起行政处罚案件中,仅有6.17%移送公安部门。参见2016年全国版权执法情况表,http://www.ncac.gov.cn/chinacopyright/contents/11194/375777.html,访问时间:2018年12月3日。

② 一些学者坚持认为行政保护手段保护力度适中,符合产业发展的现实需求。另一方面,部分学者也开始反思,我国著作权制度在价值取向上倾向以法定化的权利分配来取代市场的意定安排,未能合理划定著作权领域私人自治与政府管制的边界。参见李顺德:《对加强著作权行政执法的思考》,《知识产权》2015年第1期;熊琦:《中国著作权立法中的制度创新》,《中国社会科学》2018年第7期。

③ 谢晓尧:《著作权的行政救济之道——反思与批判》,《知识产权》2015年第11期。

④ Ronald Coase, “The Problem of Social Cost”, *Journal of Law and Economics*, 1960, 3, p. 18.

⑤ Peter S. Menell, “Economic Analysis of Copyright Notice: Tracing and Scope in the Digital Age”, *Boston University Law Review*, 2016, 96, pp. 971-972.

⑥ See Christopher S. Yoo, “Copyright and Public Good Economics: A Misunderstood Relation”, *University of Pennsylvania Law Review*, 2007, 155, pp. 693-703.

⑦ Mark A. Lemley, “Property, Intellectual Property, and Free Riding”, *Texas Law Review*, 2005, 83, pp. 1072-1073.

将司法保护和行政保护二者的优势有机结合,在我国著作权市场发展的早期阶段发挥了良性作用。

如前所述,行政介入条款在我国著作权市场化程度日益加深的今天,开始引起越来越多的争议。行政介入范围的不确定对著作权市场造成了负面影响。从现行法出发,我国著作权行政介入市场的前提条件包括两个方面:一是实际存在著作权侵权行为或是侵权纠纷,二是相关侵权行为已经达到损害公共利益的危害程度。《著作权法》(2010)第48条对行政介入的门槛和范围已有原则性规定,明确相关侵权行为“同时损害公共利益的”才有公权力介入的空间。但在2014年,《著作权法(修订草案送审稿)》第77条将判断行政介入的前置条件“同时损害公共利益”删去,曾引起广泛讨论<sup>①</sup>。诚然,实践中“公共利益认定标准”本身就难以界定,其模糊性和不确定性为行政管理机关的执法带来不便,但这仅属于政策执行层面的问题。立法机关选择对该前置条件直接删除,而非加以类型化界定,折射出行政介入范围的扩张意图和政府全面干预著作权市场的倾向,它期望通过强行政介入的方式来改进不尽完善的市场秩序。

政府行政权力的边界,可归结为自由市场和市场干预的关系问题。发达国家和发展中国家都会对市场进行行政介入,差别只体现在介入程度上<sup>②</sup>。我国的著作权制度诞生于计划经济仍占主导地位的时代,自身带有经济转型的时代烙印。行政机关试图以市场秩序的不理想作为其介入市场的前提条件,实质上是延续了我国较长时期以来实施的市场管制思路,虽然这种管制通常有着正当的目的,但从实践情况来看,它不可避免地影响了市场自有调节机制的正常发挥。

我国行政机关对市场的介入和管制,主要建立在其认为创作者和权利人能力缺位的观念基础上,诸多市场主体之间的博弈行为,被误认为是需要政府干预的“市场失序”或“市场乱象”,忽略了市场环境下直接参与创作和传播行为的著作权人比政府更了解产业现状的事实<sup>③</sup>。事实上,传播技术的发展在引起市场秩序不稳定的同时,也蕴含着创新型权利配置方式的自我探寻和实现。在互联网开放平台和社交网络的新兴商业模式出现之后,我国的网络服务提供者在已然形成的“网络即免费”的内容获取习惯下,放弃了直接从许可中获取收益,转而借助各种“延迟收益”的手段来实现效益最大化,使得原本处于对立的网络服务提供者与内容提供者,逐渐呈现合作的趋势,走上了一条与发达国家全面移植前网络时代付费模式基本不同的发展道路,即可视为私人秩序的典型体现<sup>④</sup>。

可见,我国现阶段所谓市场秩序的非理想化并非经济学上的市场失灵,其实质是产业主体不断探索和发现适应中国本土市场商业模式的实践过程,也是著作权市场发展至成熟的必经阶段<sup>⑤</sup>。在市场主体尚未通过博弈形成稳定的、甚至是创新的市场秩序时,行政机关以纠正市场秩序为由介入市场未必带来良好的预期效果。在相关市场主体探索、磨合的阶段,旧的市场秩序已然打破,而新的市场尚未建立,一味地介入市场与加大干预力度,不仅无法提升市场效率,反而会加大交易成本和市场惰性,导致出版产业技术与商业模式创新的迟滞<sup>⑥</sup>。这一点在我国著作权集中许可领域表现得尤为明显,著作权集体管理制度本为权利人自己探索的大规模许可机制,是对市场自有秩序的确证,但我国集体管理组织的产生和发展却是行政力量对著作权市场直接介入的结果,虽然在初期以行政支配力

① 汪曙华:《当代中国版权行政保护体系的核心症结及对策》,《现代出版》2013年第4期。

② Joseph E. Stiglitz, “Markets, Market Failures, and Development”, *The American Economic Review*, 1989, 79, pp. 197-203.

③ 熊琦:《中国著作权立法中的制度创新》,《中国社会科学》2018年第7期。

④ 熊琦:《网络版权保护十年:产业与制度的相生相克》,《电子知识产权》2016年第10期。

⑤ 传统经济学上的市场失灵是指发达国家在完备市场条件下产生的市场失灵,指市场已经达到充分发展的程度,此时仅靠市场自发的调节不能克服其固有的缺陷,导致市场不可避免的失灵。在该阶段,政府一般以行政介入的方式对市场进行调节,以实现帕累托最优。参见 Paul Samuelson, “The Pure Theory of Public Expenditure”, *The Review of Economics and Statistics*, 1954, 36, pp. 387-389.

⑥ 李琛:《网络环境下著作权法与市场的互动》,《中国版权》2012年第4期。

替代市场的方式构建交易平台,但由于其与生俱来的行政背景,使得其市场支配力缺少限制性规定,后来反而阻碍了著作权产业的发展<sup>①</sup>。

### 三、著作权行政介入的类型化分析

在实践中,政府对著作权市场的介入方式呈现多元化特点,按照其纵向介入的深度,可大致划分为三种类型:高强度介入型、中强度介入型和低强度介入型。行政介入类型化不断演变和丰富的过程,既是政府与市场关系内涵和外延不断扩展的直接反映,也是政府不断探索在著作权管理中扮演何种角色、思考如何把握好对著作权市场进行管理和干预的程度、找寻一个科学适宜的平衡点的动态实践过程。

第一,以行政处罚为代表的高强度介入型。该类型的特征是用高强度的行政介入对市场进行管制,通常以命令与控制型规制为主,强调对抗、通过威慑实现法律遵从。它虽有一定成效,但易导致规制者与与被规制者双方出现对立的僵局,影响治理效果<sup>②</sup>。虽然客观上行政处罚的确具有威慑力较强、短期效果明显等优点,但其非持续性、缺乏预期性和高强度性等问题,对我国现阶段著作权市场的运行和未来发展都产生了难以忽略的消极影响。

一方面,运动式执法不利于市场自有秩序的构建。在问题尚未发生之时,政府几乎不介入市场,而在问题发生之后,政府在短时间之内整合资源集中解决某一问题。对重点违法行为进行选择式执法,而在阶段性的执法过后,该领域又再次陷入非良性循环。这种个案解决式的治理思路和集中突击式的运动式执法模式,虽然可以对政府选择的执法领域进行周期性强化,但其执法强度和惩处严厉度迥异,因而违法数量相应发生波动性调整<sup>③</sup>。运动式执法以消耗大量行政资源为代价,它对某些领域营造出暂时的良性市场运营环境,可以对投资者产生一定程度的短期激励。但当执法周期结束时,该领域的著作权市场生态环境逐步回归常态,短期的政策刺激不足以从根本上扭转著作权市场自有的运行逻辑。换言之,运动式执法以行政强干预的方式遮蔽了市场中真实信号灵活迅捷地传递,从长远来看,阻碍了市场通过主体的自发博弈建立长期、稳定的市场秩序的进程。

另一方面,行政执法权的滥用使得交易主体无法自主选择纠纷解决方式。著作权纠纷相较一般的民事纠纷更具特殊性,知识产权纠纷的市场化,使知识产权纠纷除具有维权属性外,还具有市场竞争的属性,权利人和侵权人的利益呈现多元化特点,既对抗又合作,纠纷当事人双方利益的多元与交汇使得纠纷的解决方式存在多种可能<sup>④</sup>。而在交易主体之间产生矛盾时,行政机关优先选择以行政处罚的方式介入纠纷,在公共利益判断标准缺位的情况下,行政的主动介入实际上代替了市场主体自主选择交易纠纷解决方式的传统路径。将传统上本该属于意思自治调整及法院裁决的事项纳入了行政权的管辖范围,导致市场主体无法根据自己的实际情况选择符合自己利益最大化的交易纠纷解决方式。不同于司法天然的谨慎和被动,著作权行政管理部门对违法行为的处罚更为主动,可自行决定立案查处<sup>⑤</sup>。

第二,以行政裁决为代表的中强度介入型。行政裁决是计划经济时代我国民事纠纷解决的重要方式之一,改革开放后又经历了保留、退缩以及回归的演变进程,到现在已经成为我国民事纠纷领域

① 熊琦:《著作权集体管理组织市场支配力的法律规制》,《法律科学》2016年第1期。

② 高秦伟:《社会自我规制与行政法的任务》,《中国法学》2015年第5期。

③ 徐国冲等:《中国式政府监管:特征、困局与走向》,《行政管理改革》2019年第1期。

④ 沈伟:《我国知识产权纠纷多元化解决机制研究》,《电子知识产权》2015年第8期。

⑤ 参见我国《著作权行政处罚实施办法》(2009)第11条。2015年的《著作权行政处罚实施办法(修订征求意见稿)》,更强调“进一步完善版权行政保护制度,加大对侵权盗版行为的行政打击力度”。

颇具特色的纠纷解决途径<sup>①</sup>。

与司法纠纷解决途径相比,行政裁决在日趋复杂化的著作权纠纷事实认定方面更具优势。法官在对技术性问题进行判断时,一般需要专家做知识支撑,而行政机关在其职能范围内积累的专业经验,契合了著作权侵权纠纷案件中对专业性较高的需求。同时,伴随着知识产权案件数量的激增,行政裁决在客观上也起到了减轻法院审判压力的作用。事实上,最高人民法院在2009年颁布了《关于建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见》,其中第1条和第8条就对行政裁决在民事纠纷中的作用予以肯定,并明确了除非法律或者司法解释有明确规定,行政机关不会因行使行政裁决权而成为被告,从而解除了行政机关的后顾之忧。但是,由于行政裁决没有终局性,当事人若对著作权管理机关的裁决不服,仍然可以到法院再次就双方权利义务关系的争议问题进行司法裁决,从而导致法院和行政管理机关对同一知识产权案件可能做出完全相反的裁决,增加了纠纷解决成本,也造成行政资源的浪费。而在实践中,行政机关似乎也在刻意回避行政裁决制度,行政裁决的适用范围呈缩小趋势。在现实中,行政机关对于适用范围已极小的行政裁决事项往往倾向于不做裁决,而是以调解的方式来处理,这使得行政裁决制度并没有发挥其应有的作用<sup>②</sup>。

第三,以行政调解为代表的低强度介入型。著作权纠纷行政调解是广义上的行政服务行为,是在著作权行政管理机关的主导下,基于当事人的意思自治原则进行的。基于行政调解做出的调解协议对当事人的民事权利义务虽然产生一定影响,但没有行政强制拘束力,基于自愿原则,调解协议能否执行取决于当事人的意志。与行政处罚和行政裁决相比,行政调解对权利人的权利义务影响较小,对著作权市场介入的程度最低。但在著作权行政调解的程序与调解范围等问题上,现行著作权法及实施条例并没有做出明确的规定。

在实践中,由著作权行政机关对著作权民事纠纷进行行政调解已然十分普遍。许多著作权行政管理机关根据当地实践探索建立了著作权行政调解机制,一些著作权行政管理机关还尝试与司法部门建立调解联动机制,促使多种版权纠纷解决方式的相互配合与协调,试图推动建立版权纠纷诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制<sup>③</sup>。事实上,在我国民事纠纷的非诉救济路径中,调解机制一直以来都扮演着极其特殊和重要的角色。即便是当事人选择了司法救济,法院也会在一定前提下,倾向于优先选择调解方式解决纠纷<sup>④</sup>。行政调解作为整个调解机制的有机组成部分,在著作权纠纷处理和化解的过程中,也有着自己的优势。

行政调解的优势主要在于它对市场主体形成良性的互动关系有着促进作用。对著作权侵权纠纷进行行政调解,实质上是行政机关以居间服务的方式积极地为当事人双方提供解决纠纷的沟通机会与互动平台,帮助当事人澄清争议事实,界定并明晰双方利益与观点。而在我国现阶段,著作权侵权行为的社会危害性不大,部分著作权纠纷甚至是权利人市场策略的间接反映。颇有弹性的行政调解方式有助于改善纠纷双方的关系,引导其就纠纷解决方案进行协商,从总体上协调当事人的动议,避免僵持,使知识产权权利人与侵权人之间难以调和的利益得到最大程度的平衡与满足,使当事人之间原有的合作抑或良性的竞争关系得以维持<sup>⑤</sup>,从而在最大程度上平衡双方的利益,最终促使调解协议达成。同样,对著作权纠纷尤其是对案情比较简单的纠纷而言,行政调解既提高了解决纠纷的效率,

① 李先伟:《多元化纠纷解决机制中的行政裁决权》,《北京科技大学学报(社会科学版)》2010年第2期。

② 陈锦波:《我国行政裁决制度之批判——兼论以有权社会机构裁决替代行政裁决》,《行政法学研究》2015年第6期。

③ 参见上海市高级人民法院:《关于开展著作权纠纷委托调解工作的意见(试行)》(沪高法民三[2010]2号)。

④ 最高人民法院于2010年6月印发了《关于进一步贯彻“调解优先、调判结合”工作原则的若干意见的通知》,倡导强化案件调解,注重矛盾化解,并要求各级法院在案件审理中,坚持合法自愿原则,对依照法律可以调解、根据案情能够调解、调解处理效果更好的案件,首先选择调解方式解决纠纷。

⑤ 邓文武:《知识产权纠纷行政调解的服务转向和制度供给》,《重庆大学学报(社会科学版)》2017年第4期。

也减轻了法院的负担,节约了司法成本。

虽然行政调解在实践中应用较为广泛,但仍不可避免地存在一些问题。目前,我国著作权纠纷行政调解工作基本上是由知识产权行政管理机关内设的执法部门承担,行政调解主体与行政处罚主体存在竞合,这就不可避免地造成行政调解主体对自身定位的混淆,行政调解习惯性地被烙印上行政执法的色彩<sup>①</sup>。调解制度由于行政色彩浓厚而出现异化,行政强势和主动性的特点也在一定程度上渗入调解当中,部分调解员在调解过程中也易丧失中立性。在实践中,有些行政机关对行政调解的定位不准确,仍采用行政处罚中强势的做法,把行政调解的过程等同于执法的过程,片面强调事实和责任,未能达到纠纷居间调解的目的<sup>②</sup>。

相比之下,知识产权司法保护具有程序公正、裁判权威、透明度高等优点,更有利于从实体和程序上维护权利人的正当利益。发挥司法的这种稳定长效的机制优势,才能真正营造公平、开放、透明的市场环境,切实发挥市场竞争激励创新的根本性作用<sup>③</sup>。知识产权的私权属性和司法保护的制度优势,都决定了司法保护在“双轨制”保护模式中应当发挥主导作用<sup>④</sup>。

在我国著作权司法保护还有待完善之时,行政介入试图以替代机制的方式来满足著作权人的现实需求。我国实践中存在的多元化行政介入方式有其各自的功能和特点,三种行政介入类型的强度呈梯度式分布,不仅在实践中运用的频率不尽相同,其与司法保护衔接的程度也有所不同。现阶段我们应当着重思考的是,在确立了以著作权司法保护为最优路径的大前提下,如何对现阶段既有的行政介入类型化方式进行结构性调整和优化,以契合行政介入作为司法保护的辅助手段的现实定位,并促使以司法保护为中心的著作权保护制度的最终实现。

著作权行政裁决和行政调解与司法保护在实践中联系较为紧密,尤其是行政调解,与司法存在着制度上兼容的可行性。行政裁决和行政调解都是依相对人申请才能进行的,强调行政规范与私法规范的衔接和协调,可以起到协调著作权市场关系和提供积极对话渠道等作用,对市场的正常运行影响相对较小,可以作为现阶段司法救济的有益补充。但实践中存在着过于依赖行政处罚的问题,忽略了行政调解和行政裁决等其他方式的灵活运用,甚至以行政处罚代表行政介入的全部含义。以行政处罚为代表的高强度行政介入方式,可依其依职权主动介入著作权市场,但行政处罚的过度使用不仅对著作权市场运行产生较大的影响,与司法衔接不畅的问题也尤为突出。

学者关注的实践中存在的著作权行政保护与司法保护的衔接问题,一般指代的就是行政处罚和司法的矛盾问题。虽然《著作权法》第48条规定了“构成犯罪的,依法追究刑事责任”,但这种分散的立法体例作为法律责任条款过于宏观与概括,指向不明确,造成著作权行政处罚与司法保护适用上的混乱,使得这一条款在司法实践中的操作性降低<sup>⑤</sup>。近年来,以“剑网行动”为代表的行政执法活动引起的社会反响较为强烈,相应地得到更多关注和期待,客观上也给司法带来压力,不断加大的行政执法力度正在形成对司法保护的“倒逼”氛围。行政执法的作为空间得到提升,但也使司法保护在一定程度上边缘化<sup>⑥</sup>。以行政处罚为代表的高强度行政介入方式的滥用,导致了行政权和司法权的冲突,并在一定程度上延缓了司法保护发展为我国著作权保护主导方式的进程。

① 何炼红:《论中国知识产权纠纷行政调解》,《法律科学》2014年第1期。

② 邓刚宏:《政府法制机构牵头的行政调解制度:一个基于上海实证分析的视角》,《华东理工大学学报(社会科学版)》2017年第2期。

③ 宋晓明:《新形势下我国的知识产权司法政策》,《知识产权》2015年第5期。

④ 吴汉东:《发挥司法保护知识产权的主导作用》,《光明日报》2015年4月24日,第10版。

⑤ 朱敏敏、舒彧:《著作权保护中行政不法与刑事不法的界定问题》,《科技与出版》2017年第6期。

⑥ 孔祥俊:《当前我国知识产权司法保护几个问题的探讨》,《知识产权》2015年第1期。

#### 四、行政介入条款设计的比较法考察

我国著作权行政管理机关对著作权市场介入程度的把握,在立足国情的同时,也应对域外经验进行借鉴和吸收。美国是最早建立著作权制度的国家之一,著作权制度运行的历史较长,也是现代著作权政策的有效运作者,积累了一些值得我们学习的法律经验。从美国著作权行政管理机关的职能设置和职能范围,也可看出其行政权力对著作权市场的介入方式及程度与我国的差异。

##### 1. 本土层面:以行政管理和服务为主的职能设定

美国版权局隶属于美国国会图书馆,其作为美国版权行政管理机构,主要职能以行政管理和服务为主,包括:向国会提供有关著作权的专家意见和对著作权法的修改建议;记录和管理著作权声明以及著作权相关文件,同时提供有关著作权法条款和注册程序的信息;解释版权局的运作和做法,并报告办公室公共记录中的事实,等等。

在著作权人遭遇侵权时,美国版权局采取以司法保护为主的方式,鼓励权利人寻求司法救济,对行政执法则采取较为谨慎的态度<sup>①</sup>。因此,行政执法与司法保护不但不会产生适用的冲突,反而互动良好。版权局虽不直接介入纠纷,但会为权利人提供一定的诉讼资源支持。例如,当出现侵犯著作权行为并可能发生法律纠纷时,版权局会建议著作权人加快注册和记录,以确保有机会获得补救措施和诉讼优势;另外,美国版权局可以根据其维护的一份可搜索在线目录,为权利人提供调查著作权状况的服务。

相较于我国著作权行政管理机关更为主动介入市场的姿态而言,美国版权局似乎更为保守,介入市场的程度也更低,而且没有行政执法尤其是高强度行政处罚的职能。但就部门行政职能的精细化程度而言,美国版权局为著作权人提供了良好的行政服务以及较为丰富的诉前支持资源,其通过著作权的管理和服务,在有侵权行为或纠纷发生时,可以恰当而有力地衔接并支持司法救济的实现。

##### 2. 国际层面:以著作权边境保护为目标的职能设定

美国对著作权的行政保护有国内外区分。在美国境内,美国版权局没有直接的行政执法权,但在域外及处理对外贸易关系中,美国则选择以较为强势的手段强调本国的著作权利益。与我国政府不断强调以行政力量打击境内侵权盗版不同,美国政府更倾向于将有限的行政资源集中在打击海外著作权侵权行为和维护本国利益上。

美国海关、贸易代表办公室、国际贸易委员会、版权审判庭以及联邦调查局等机构,都具有一定程度的行政执法权,可以通过行使调查权、裁判权、临时救济权、处罚权,对海外侵权提供行政救济,帮助权利人进行海外维权。美国司法部对外也通过计算机犯罪与知识产权执法科(CCIPS),执行美国在全球打击知识产权违法行为的国家战略。同时,美国推行“全政府计划”(A Whole of Government)<sup>②</sup>,设立区域知识产权协调专员(IPLEC),用以协调美国联邦政府各个机构的著作权行政执法,并在适当的情况下对国际战略进行协调,在全球重点地区开展知识产权计划,以保护美国的知识产权不受非法利用及窃取<sup>③</sup>。

美国的一项研究表明,如果中国的知识产权保护水平提高到与美国相当的水平,美国的净就业岗

<sup>①</sup> 参见 17 U. S. C. 506 和 18 U. S. C. 2319.

<sup>②</sup> Office of the Intellectual Property Enforcement Coordinator, “US. Joint Strategic Plan on Intellectual Property Enforcement FY 2017-2019”, Section 4, pp. 121-128.

<sup>③</sup> 知识产权协调专员一职由 2008 年美国国会发布的《知识产权执行法案》(Pro-IP Act)创制,由美国总统直接任命,隶属于总统的 EOP 执行办公室,旨在强调知识产权的执法协调问题。

位可能增加 210 万个,美国公司将从每年约 1,070 亿美元的额外销售额中受益<sup>①</sup>。但美国认为,中国国内的知识产权执法问题较为复杂,普遍存在执法强度不够、部门之间协调性不足、程序障碍等问题,从而阻碍了知识产权执法效果的提升<sup>②</sup>。因此,美国政府通过较为强势的国际贸易政策、海外维权、联合行政执法等方式,试图弥合发达国家和发展中国家著作权市场环境的差距,进而维护美国本国著作权人的权益。

为了追求知识产权利益的最大化,美国的域外著作权保护始终处于扩张之中,其对外战略是美国国内著作权政策的实质性延伸<sup>③</sup>。在这种情况下,我国著作权行政管理机关应当在兼顾国际规范和域外产业投资的基础上,将履行国际义务与本国国情相结合,充分考虑我国著作权市场的本土实践情况与产业发展前景,合理把握方向,理性权衡并选择适当的行政介入强度和方式。

## 五、我国行政介入条款赋权范围与方式的调整思路

### 1. 介入范围:以著作权法上的“公共利益”规定为限

经过上文的分析可知,我国著作权行政管理机关对市场的介入程度较深,其作为制度安排主体以强力介入著作权市场,承担了一部分本该由市场承担的责任。这虽然在著作权市场建立初期起到了一定的积极作用,但行政介入的历史合法性,并不意味着其本身具有公正性和合理性。在现阶段,我国著作权市场由于市场主体博弈而出现短暂的不稳定、不完善等问题,并不能成为行政力量介入市场的正当性理由。行政力量无法代替市场自身的调节机制,仅仅依赖高强度的行政外力调节市场,无法促进著作权市场在短时间形成稳定且良好的市场秩序。

因此,现阶段行政介入著作权市场应当是谨慎的,公共利益受到损失仍应作为行政介入著作权市场的必要前置条件,起到过滤行政不当干预的作用,即行政介入的范围应严格以著作权法上规定的公共利益受损为限。著作权市场在发展和运行当中由于其自身发展不成熟而出现的市场秩序不完善等问题,不能单独作为行政介入市场的前提条件。公权和私权的作用范围应当厘清,著作权市场秩序的完善应通过市场主体自主协调逐渐形成。

当下著作权行政管理机关在执法过程中应当关注的是,如何对公共利益的认定标准进行界定。在立法上尚无进一步规定之时,应完善相关的行政法规和部门规章,对何谓在构成侵犯特定市场主体著作权的同时损害公共利益的侵权行为加以细化和明确。我国改革开放以来的民事立法,实际上就是一个市场主体的自由不断扩大的过程。行政机关对著作权法上公共利益的界定,是明确市场主体私法自治空间的前提,合理界定其范围可以逐渐解除对市场主体自主探索商业创新模式的约束,减少公权力对市场的介入和不当干预,保障市场主体按照其意志安排自己的经济活动。市场主体在法定范围内遵循私人自治原则,自主决定自己事务、安排经营活动、最终充分实现自己的利益,使得市场调节充分发挥作用<sup>④</sup>。换言之,著作权行政管理机关对行政介入范围的调整,既回应了著作权市场主体自身发展的需要,也符合建设服务型政府的趋势和要求。政府的职责始终是“掌舵”,着重完善市场外部环境,而非过多地运用行政手段直接干预市场微观经济活动。

### 2. 赋权方式:与类型化的行政介入方式相匹配

行政机关介入市场的广度和深度,应根据当下市场发展的阶段及其特性,采取与之相适应的行政

① U. S. International Trade Commission, "Report on China and the Effects of Intellectual Property and Indigenous Innovation Policies on the U. S. Economy (Investigation No. 332-519)", USITC Publication 4226, May 2011.

② USTR Report to Congress on China's WTO Compliance (Dec. 2015), p. 120.

③ 刘银良:《美国域外知识产权扩张中的论坛选择政策研究:历史、策略与哲学》,《环球法律评论》2012年第2期。

④ 王利明:《负面清单管理模式与私法自治》,《中国法学》2014年第5期。

调节方式和强度。申言之,著作权行政介入条款赋权的方式,是不同梯度行政介入类型对著作权市场纵向干预深度的差异化组合方式,对其进行过渡性的结构调整和优化,不仅可以促进行政与市场的良好互动,也可促进最终实现著作权的司法保护。

行政力量与著作权市场的边界是一个不断调整的动态过程,它随着政府职能的变化而不停地移动。现阶段我国行政介入的结构分布呈现以高强度介入手段为主的态势,行政处罚等高强度的行政介入方式挤压了司法保护的空間,中低强度介入尤其是低强度介入方式未能完全发挥出其制度优势。面对这种情况,可以从以下几个方面进行调整:

首先,对高强度行政介入方式进行限制和约束,以避免其对著作权市场产生消极影响。第一,明确依法行政的原则,遵循职权法定要求。行政机关只能在法律明确授权的情况下才能介入著作权市场。第二,规范行政执法流程。对执法流程等制度体系予以规范,是提高其制度运作的规范性和成效性的理性选择。第三,限制自由裁量权。实践中,著作权行政管理机关在执法过程中拥有较大的自由裁量权,对相对人的权利义务影响较大,行政机关对处罚区间和处罚倍数的自由裁量,都会导致处罚金额的巨大差异。除了可以通过细化和完善行政处罚的标准来完善执法流程外,还可以通过加强信息公开,尤其是行政处罚书的信息公开来控制 and 约束行政执法过程中自由裁量权的行使。

其次,适当加强中低强度行政介入方式尤其是低强度行政调解方式在实践中的应用。著作权法本身就内含一定的政策属性,在现阶段完全避免行政干预显然并不现实。虽然中低强度的行政介入方式不可避免带有一定程度的行政色彩,但相较于高强度行政执法而言,其对市场主体的权利义务影响较小,调节方式也较为灵活。第一,通过立法对中低强度的行政介入方式做进一步强调和明确,将二者纳入著作权行政管理体系之中。现行《著作权法》将著作权保护的行政管理关系主要限定在对部分侵权案件行政处罚的范围内,没有充分发挥行政机关其他调节方式的作用<sup>①</sup>。但高强度的行政处罚并非行政介入调节方式的全部含义,在实践中也应重视行政调解和行政裁决等其他介入方式的灵活运用,推进行政理念从执法模式到服务模式的转变。第二,加强中低强度介入方式的制度供给,构建多层次的著作权行政介入调节体系。其一,坚持中立性原则。逐步培育专业化的著作权行政裁决和调解主体,避免因行政执法主体重合所带来的行政色彩强化,加强著作权纠纷解决机制内部的沟通与协调。其二,探索建立符合各地区实际的著作权纠纷行政解决机制。将实践中探索的有益经验进行理论升华,逐步抽象出适合我国国情的著作权非诉纠纷解决制度。第三,加强中低强度行政介入方式与司法的衔接。适当加强对中低强度的行政介入方式尤其是低强度行政调解方式的应用频率。在充分保障当事人程序选择权的前提下,行政机关应协调与司法裁判的关系,通过其效率优势适当地为司法分流减压,缓解行政保护与司法保护僵持的困境,以此作为现阶段司法的有益补充。

## 六、结论

政府对行政力量介入市场的把握,既体现在行政介入类型和方式的选择上,也体现在对该方式应用频率的控制力上。在著作权市场形成初期,著作权侵权行为较为严重、发生较为频繁,在短期内适当地应用高强度行政介入手段,在客观上为市场的发展提供了一定的前期基础,但应对其保持克制,防止权力的滥用。同时,随着经济的发展,可以适时地提高中低强度尤其是低强度行政介入方式的运用频率。这样一来,既为市场主体提供了多样化的纠纷解决机制,又可以缓解当下司法资源紧张的现实情况。这种比较科学合理的低频高强度和高频低强度混合的权力配置方式,在遵守市场逻辑的基

<sup>①</sup> 贾志敏:《行政法维度下出版物版权保护多元化机制研究》,《中国出版》2016年第12期。

基础上,为实现行政力量 and 市场的良性互动提供了可能。防止行政权力滥用的最好方式并非试图将权力最小化,而是将其最优化<sup>①</sup>。著作权行政介入方式的增强与削减、分化与组合等阶段性的动态调整,无不反映出著作权市场对行政权力精细化管理的需求和期许,这无疑对行政机关提出了更高的要求,也是政府治理与法治建设的共同任务。

---

## On Clauses of Administrative Intervention in Copyright Law

Xiong Qi Zhu Ruohan

(Law School, Huazhong University of Technology and Science, Wuhan 430074, P. R. China)

**Abstract:** Both justice and administration play important roles in copyright protection in China, which is known as “dual-track approach”. Although it used to work, we should be careful about the administrative protection. The proper way that the government should get involved with the market is based on the stage and characteristics of development in copyright market. Therefore, the administrative intervention should only be triggered when it comes to public interest and always follow the rules of the private laws and market. And it should match the various types of the administrative intervention, which means the hybrid combination of low-frequency in high-intensity and high-frequency in low-intensity is a good way to go. Also the medium and low intensity administrative intervention should be implied more in order to match with the auxiliary position that the administrative intervention should stay with. All the periodic and temporary adjustments like the enhancement and reduction, division and combination in administrative intervention in copyright law reflect a greater demand and expectation for the refinement of administrative power that a thriving copyright market should have. Meanwhile it would definitely set a higher standard for the government in governance and legal construction.

**Keywords:** Copyright; Dual-track approach; Administrative protection in copyright; Administrative intervention

[责任编辑:李春明]

---

<sup>①</sup> See Adrian Vermeule, “Optimal Abuse of Power”, *Northwestern University Law Review*, 2015, 109, pp. 678-683.