

# 论表演者权

## ——以著作权法第38条的修改为视角

黄宝安

(湖南工业大学 法学院,湖南 株洲 412000)

[摘要]表演是传播文学艺术作品或艺术表达的重要途径,表演者因表演行为而享有表演者权。但从我国著作权法第38条的规定来看,对表演者权的保护并不充分。为适应科学技术与社会生活的变化,须加强和完善对表演者权的法律保护。这不仅能调动表演者的创作积极性,还能促进文学艺术创作和娱乐产业的进一步繁荣。

[关键词]表演者;表演形象;表演者权;著作权法

[中图分类号]D913.4;G206.7

[文献标识码]A

[文章编号]1674-117X(2015)03-0126-03

### Analysis on Right of Performers

#### ——From the Perspective of Modification on Article 38 in Copyright Law

HUANG Baoan

(School of Law, Hunan University of Technology, Zhuzhou, Hunan 412000 China)

**Abstract:** Performance is an important way to spread literature art works or artistic expression. Performers enjoy the right because of their performance actions. However, the protection of performers' rights is not sufficient from the provisions of Article 38 in Copyright Law. We should strengthen and improve the legal protection of performers' rights in order to adapt the changes of scientific technology and social life. This is not only to mobilize the enthusiasm of creation for performers, but also to promote prosperity of literary art creation and entertainment industry.

**Key words:** performers; performance image; right of performers; Copyright Law

#### 一 问题的提出

2005年有这样一道司法考试题:某电视演员因一儿童电视剧而出名,某公司未经该演员许可将印有其表演形象的宣传海报大量用于玩具、书包、文具等儿童产品的包装和装潢上。对该公司的行为应如何定性?提供的选项是:A.侵犯了制片者的发表权;B.侵犯了该演员的表演者权;C.侵犯了该演员的肖像权;D.侵犯了该演员的复制权。正确答案是:C。<sup>[1]</sup>对此,笔者产生了一种困惑。因为将题干替换为:六小龄童因出演《西游记》而出名,某公司未经其许可将印有其表演的孙悟空形象用于宣传海报,侵犯的权利则是六小龄童的肖像权!可是,

六小龄童并不是一只猴子啊!

问题出现在哪里呢?笔者认为,我国著作权的相关立法出现了漏洞!

#### 二 表演者的权利内容

我国著作权法第三十八条规定,表演者对其表演享有下列权利:(一)表明表演者身份;(二)保护表演形象不受歪曲;(三)许可他人从现场直播和公开传送其现场表演,并获得报酬;(四)许可他人录音录像,并获得报酬;(五)许可他人复制、发行录有其表演的录音录像制品,并获得报酬;(六)许可他人通过信息网络向公众传播其表演,并获得报酬。

表演者的权利主要有人身权利和财产权利两

收稿日期:2015-04-05

作者简介:黄宝安(1988-),男,湖南花垣人,湖南工业大学硕士研究生,研究方向为知识产权法。

种。根据著作权法的规定,表演者的人身权利主要包括两项权能:一是姓名受尊重权,即身份权。意即使表演者的身份与其表演相关联,在表演以及对表演的录制、播放中,表演者均有权要求使自身身份得到确认和尊重。二是表演受尊重权,即保护表演形象不受歪曲的权利。该权利旨在保护表演者的艺术声誉。“表演者只有在适当的地方表明了自己的身份,同时被他人适当的传播和认知,才有可能使自己能被更多的人认可,才有可能获得应有的经济利益,演艺事业的发展才有可能,也只有表演者在自己的职业道路上不断前行,才能为其他人带来更多的欢乐。所以可以说,精神权利是经济权利的基础,没有精神权利,经济权利将无从实现。”<sup>[1]</sup>笔者亦认为,表演者的精神权利在其职业发展中自始至终都是重要内容,高度的社会荣誉和评价,使表演者的财产权利有了坚实的基础和广阔的提高空间。

“任何价值都是针对人而言的,离开人就不存在价值。作为机制主体之人并非无人性之人,人性与人如影随形。人性是构成人类生活方式的选择和各种价值观念的精神取向。”<sup>[2]80</sup>表演者之人性,必然反映在对自身荣誉和人格尊严的珍视之上,而在表演中这种意愿更为明显。良好的社会声誉是表演者自身利益最大化的前提,也是其精神权利的重要方面,贬损表演形象更是对其精神权益的巨大侵害。表演者的形象是表演形象的基础和前提。凡是借用其自然人形象或表演形象牟利,都应当视为违反法律的规定。而现行法律的规定若对其权利不能充分地进行救济,则与著作权的立法精神相悖。

表演者的财产权利则是许可并获酬于对表演的传送、传播,许可并获酬于录音录像及其复制发行。<sup>[2]81</sup>表演者的财产权利是根据表演者的真实表演来确定的,包括了对现场表演进行固定的权利、将现场表演向公众广播或传播的权利、对首次固定物进行复制的权利、将这些固定物向公众广播或传播的权利。由于表演者权利的客体与著作权的客体在很多方面存在交叉和重合,因此权利竞合也就无法避免。在权利不清晰的情况下,表演者在行使表演者权利时难免会影响到著作权人的权利。如对表演者表演的录制必然包括被表演的作品,表演者并不能享有与作者一样的许可或禁止二次使用的权利。对表演的再使用,常常需要得到表演者与作者双方同意才能达成。表演者的经济权利皆与著作权人的权利相关,第三人行使这四项权利中的任何一项都需要经过表演者和著作权人双方的许

可,并相应支付报酬。

### 三 我国表演者权立法的修改与完善

在艺术表演中,由于表演形象蕴含显著的商业利益,许多企业便借助知名表演者的声望进行广告宣传,对表演者人格利益或者财产利益进行了商业化的利用。随着演艺事业的发展,与表演有关的纠纷已经越来越多。在现实生活中,表演者的权利受到侵害而不能得到有效救济,虽然原因是多方面的,但至少从法律的层面讲,笔者认为我国现行表演者权的立法有加以完善的空间。

#### (一) 著作权法第三十八条的瑕疵与修改

我国《著作权法》第38条第1款规定,“保护表演形象不受歪曲”。“歪曲”这一表述的意思局限在防止对该表演形象非适当的呈现,亦即维持原表演形象的特征、效果等,却不能限制或者阻止第三人未经表演者的许可而对其表演形象的使用。如六小龄童创造的孙悟空形象被商家滥用却得不到救济。这就造成对该表演形象的保护不能达到表演者所期许的程度。因此,笔者认为,我国现行著作权法第38条对表演者权利的保护是不充分的,存在较大瑕疵,有必要加以修改与完善。

我们可以比较一下《德国著作权法》的相关立法。其第75条规定,“表演者有权禁止足以危及其作为表演者声誉或名誉的对其表演的歪曲或其他损害。”<sup>[3]114</sup>对比之,可见德国立法技术之高超与法律思维之精当。首先,“歪曲”一词意思范围既属有限,则增加一个“其他损害”则可将“歪曲”之外的情况纳入规制范围,拓宽保护范围,使表演者能够有效维护自身正当权利。再者,德国法该条在此基础上又巧妙地抑制了一部分不适当的诉讼。附加了“危及其作为表演者声誉或名誉”的要求,即未造成这一后果或未足以达到这一损害程度,则不能以此项作为对损害表演的对抗。此处,可见,表演者虽然与其表演产生紧密的关联,但仍然需要将两者区分开来。否则,不惟理论上,亦在实务中也将出现许多争议。德国法74条“承认为表演者”与我国法38条1款“表明表演者身份”是相对应的,而德国法75条“表演的损害”则较我国法“保护形象不受歪曲”要详细、明晰。其表述的“禁止足以危及其作为表演者的声誉或名誉的对其表演的歪曲或者其他损害”。笔者认为,这里的规定有两个方面是颇具立法智慧的。其一,从表演到表演者,则不会局限在表演之中;其二,表演的内涵也远不止表演形象,如果仅仅保护表演形象,则无法涵盖表演或者表演者,恐有疏漏之不足。因此,针对我国著作

权法在此处存在的立法缺失,建议对著作权法第38条第1款修改为:“保护表演形象不被歪曲以及未经许可的使用。”如此,即使对表演形象的非歪曲使用,若未经许可,都构成对表演者权利的侵犯。这样,既充分保护了表演者的创作积极性,又净化了商业环境,繁荣了文化市场,也是民事行为“诚实信用”原则的正当体现。

## (二)引入“表演肖像权”的概念

为应对娱乐产业发展中对表演者肖像商业利用日益频繁的现状,可以考虑引入新的立法概念以适应社会生活之实际。笔者认为,可以用表演肖像权来指代表演者在表演形象上的专有权,解决实践中与此类有关的争议。原有的表演者权涵盖了表演者就其表演享有的人格和财产两方面的内容。但在反映表演形象这一问题时贴切度不高。唯有在立法中引入此权利,才能为知名表演者捍卫自身的表演形象提供坚实的盾,抵御并抗衡所有外部侵权的行为。区分表演者与自然人这两种主体,是因为不同的主体对应各自的权利和范畴。虽然表演者身份只是一种人为的拟制,同时又是对现实的回应,每一个概念有自身对应的体系,只有使概念清晰、准确,才能防止出现不必要的纷争。

表演是人的一种特殊行为。自然人的形象是肖像,与此相应,表演者的表演形象则应为表演肖像。否则,若仍沿用肖像,则会使自然人的肖像与表演形象的肖像无法区分,亦使肖像并存于表演形象与表演者之上。这将使其中的混淆和复杂状态迟迟难以解决。法律既然赋予了表演者法律的地位,就应避免运用“肖像”或“表演者的肖像”等来指代。在表演的领域,应当免于谈论任何有自然人痕迹的东西。是表演形象赋予了表演者这个自然人以法律上拟制的特殊的身份。易言之,对于表演而言,只存在表演肖像权,而不存在肖像权。笔者认为有必要将纯粹的自然人身份与表演者的范围相分离。这并不是否认表演者的自然人实质,而在于避免将表演者与表演形象相混淆,从而使表演者权利真正得到有效维护。

如能创设这样一种权利,将提升表演者权的保护力度。但与此同时,又要防止表演者以表演肖像权受损为由进行滥诉,须附加一些条件。表演者的意志不能逾越作品,表演者的权利不能涉及到作品的权力范围内,仅能存在于表演之中。表演与作品之区别,就是为了保护作者的正当利益。因为表演者权的完善,在很大程度上是基于表演形像上,其

财产权利也大多是围绕表演肖像而言的。此外,如表演者盲目扩张于作者范围内,势必妨碍作者的正当权利。这种扩展表演者权的方式不可取,且十分有危害,它将使表演者对自身的权利发生错误认知,也使理论界在此问题上长期处于分歧中。

## (三)增加对表演者维护公共利益的要求

我国著作权法第四条规定,“著作权人行使著作权,不得违反宪法和法律,不得损害公共利益。”笔者以为,由于第四条所处位置是在著作权法总则部分,就应包括著作权法中涵盖的著作权、出版权、表演者权、录音录像权、播放权等。即使表演者属于著作权的邻接权人,在很多方面可以参照并适用著作权的规定,也不可认为此处规定遗漏无妨。因为,接下来的第八条在肯定集体管理组织时明确将“著作权人和与著作权有关的权利人”并称,此内容反映出需要对必要内容作出规定。因此本条宜增加对表演者的规定,即“著作权人和与著作权有关的权利人在行使各自权利时,不得违反宪法和法律,不得损害公共利益。”作这种修改,不仅有助于著作权法立法的规范化、条理化,也有利于提高表演者权在著作权法中的地位。

再者,虽然该条有“国家对作品的出版、传播依法进行监督管理。”<sup>[3]</sup><sup>115</sup>的表述,其中对传播的规定与表演者有关,但是侧重点不同。这部分内容主要是针对相关行政机关从管理的角度去规定,只是间接对表演者有规定。是否要对表演者这一方主体有相应的直接规定呢?既然著作权人在立法上有明确要求,那么,表演者对该立法规制的适用也应当以一种明朗化的方式公之于众。笔者以为,这样的补充和修改应有必要,能使相关的权利人与社会公众意识到表演者权已为著作权法所重视,即必须树立相应的责任意识,因为表演者必须承担法律所明确禁止的义务。这虽然是形式的问题,但也涉及权利基础的正当性的问题。

## 参考文献:

- [1] 唐亦丽.论表演者权[D].北京:中国政法大学,2009.
- [2] 杨震.法价值哲学导论[M].北京:中国社会科学出版社,2004.
- [3] 范长军.德国著作权法[M].北京:知识产权出版社,2013.

责任编辑:李珂