学术专论

数字版权

袁 泳

〔内容提要〕

本文的主题是以利益平衡理论脉络为主线，研究有关数字技术带来的版权问题。在探讨和评论具体制度设计的同时，分析和预测数字技术环境中版权制度的发展趋势，并对我国相关的理论研究成果进行总结，为我国版权法律和政策提出若干建议。

数字技术为作品创作和作品传播带来全面而深刻的冲击，使版权法在历史上再一次遭遇重大挑战。版权制度三百年来积累的利益平衡经验为研究数字技术的版权问题提供了理论脉络，是修改现行版权法和进行具体版权制度设计的基本准则。这个理论脉络有五大方面：其一，在作品创作层面上，利益平衡的探讨具体在一次作者与二次作者之间、真正的作者与投资商之间展开；在作品传播层面上，则具体在版权人与使用者之间、作者与版权产业商之间展开。其二，版权领域的私权保护是平衡私人利益和公众利益的前提。版权制度的历史表明，私权保护的范围是不断扩张的，作品的类型不断增多，使用作品的新方式不断涌现。而版权扩张的脚步总是落在新技术发展之后的，版权法的修改实际上是对新技术带给版权人的实质性利益损失的补偿。赶在版权人遭受实质性利益损失之前进行修改是没有必要的，但修改也不应迟

* 本文作者袁泳(女)系北京大学知识产权学院讲师,法学博士。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

迟落后于版权人的利益损失太多。其三，加强私权保护的同时不得忽略公众利益。其四，新技术不断发展，版权法领域的原则和具体规则也相应发生变化。但是不论数字技术如何发展，版权法都会确定不移地生存下去，并加强私权保护，维持利益平衡。其五，由于哲学基础和经济学基础不同，版权传统与作者权传统在具体制度细节和利益平衡的侧重点上也有所不同，但为适应数字技术的发展，呈现相互借鉴和靠拢融合的趋势。本文认为，总的来看，在作品创作层面上，注重投资利益保护的版权传统将继续保持优势；在作品传播层面上，强调保护自然人作者的个性和人格的作者权传统将进一步弘扬。

在作品创作层面上，本文认为，创作、作品和作者等基本概念的本质不会因数字技术的运用而改变。独创性和思想表达二分法的判断标准也是如此。而受数字取样技术的影响，合理使用的判断将更加困难。

本文进一步认为，虽然数字技术本身未给作品创作带来显著的变化，然而却把巨大的经济投资引入到作品创作中，真正的作者的“利益蛋糕”被投资产业者所分享。随着电影作品、计算机软件、数据库的涌现，作品创作已经开始从独立的作者展现个性的创作模式，向由投资人提供高薪报酬的集体创作模式转变。智力作品与技术产品之间的界限划分会越来越困难。另外，与软件和数据库产业者保护投资的愿望相比，版权保护具有一定的局限性。软件作品的独创性要求很低，而且仅仅保护软件中不那么重要的作品性，无法为最体现软件价值的工具性提供足够保护。在数据库方面，不具备足够的独创性要求的数据库无法得到版权保护，只能得到版权法以外的特别权利或其他方式的保护。

在作品传播层面上，对于版权人与使用者之间的利益冲突，有两派分歧意见，即高度保护主义和低度保护主义。高度保护主义者将版权人的利益放在首位，主张对新技术引发的版权人的利益损失予以最大限度的补偿。他们还认为，对版权的损害越大，对使用者利益的损害也越大。低度保护主义者则将使用者利益放在更重要的位置，强调对版权保护的程度和范围进行严格限制。在版权法的历史上，总的来说是高度保护主义对低度保护主义的胜利，版权不断扩张，版权保护期限越

来越长。

为维护数字技术环境中版权人与使用者的利益平衡，在版权制度的整体设计上,应适用高度保护主义,如:(1)扩大原有权利的适用范围以规范数字传输行为;(2）加强专有权的完整性，逐步取消自由的私人使用，对私人使用行为征收版税直至一一进行个别许可;(3)对计算机网络上的内容提供商施加一定的版权责任;(4)不断完善版权管理制度并加强精神权利保护；等等。然而片面强调版权人利益保护、过分夸大权利人的利益损失而拒绝为公众提供合理接触作品的机会的观点，从我国作为发展中国家和版权使用者的立场出发，应该予以反驳。

在具体的制度设计细节上，则要适当适用低度保护主义，全面考虑使用者利益。(1)数字传输行为不能同时被视为复制、发行、公开表演和进口，否则会阻碍计算机网络上内容提供产业的发展，并增大远距离教育的成本;(2)在追求专有权的完整性时，不可过分牺牲使用者利益;(3)应区分计算机网络上的技术提供商和内容提供商这两种不同主体，不应对技术提供商施加版权责任，而且对内容提供商施加的版权责任不能超出合理的限度;(4)有关技术保护措施的法律条款不应针对侵权装置而应针对侵权行为本身，从而防止不合理地扩大打击面;(5)应在数字技术环境中为合理使用保留适当的位置。

另外，在作品传播层面上，数字技术还提出一个重要的问题：版权的本质活动究竟是作者的创作本身，还是产业者对作品传播的投资？应如何理解版权历史上出版商的强大地位将在数字时代削弱、作者将不再是弱者这一未来趋势？本文认为，作者的创作，或者说作者与读者之间的交流是版权活动的本质，一切版权活动都是围绕这一本质而展开的。版权产业商的作用在于维系作者和读者之间的交流。数字技术的发展将有可能削弱版权产业商强大地位的经济基础——传统作品上的规模经济生产模式，从而使作者能够越过出版商、唱片制作商等，与读者进行直接交流。这一符合版权历史逻辑的美好理想，虽然距离最终实现尚待时日，但却预示着数字时代版权制度的发展方向。

数字技术的版权问题是近几年兴起的研究课题，需要我们很好地

结合数字技术理论与版权理论，密切跟踪国外最新研究和立法动态，并根据我国的具体情况提出具体的法律对策和立法建议。在这方面，我国学术界取得了一定的研究成果。然而由于我国数字化程度低，缺乏研究理论所必须的实践材料，版权法尚且不够完善，致使我国的理论研究先天不足。

本文认为，我国版权法的修改必须考虑具体国情，不作增大民族成本的超前制度设计。面对数字技术的挑战，我国的版权制度建设一方面要避免美国实用主义的消极影响，另一方面又要吸取作者权传统一度排斥数字技术的教训，创造出我国自己的特色。

数字技术对传统的后发优势提出挑战，后起步的国家在国际竞争中将处于更加不利的位置。我们应奋发图强，抓住机遇，迎难而上，加速数字化建设，大力培育版权市场，维护版权人与使用者之间的利益平衡，以促进我国整个现代化事业的发展。历史表明，如果我们今天的版权制度不能积极为迎接数字技术的挑战作好准备，那么就有可能致使明天的被动局面扩大。

目　　录

第一章　利益平衡理论
　　第一节　版权法进入数字时代
　　第二节　数字技术版权问题研究的利益平衡理论脉络
　　第三节　版权传统与作者权传统的比较研究
　　小结
第二章　版权的私权保护
　　第一节　私权保护的扩张
　　第二节　私权保护是取消、削弱,还是加强
　　小结
第三章　作品的创作
　　第一节　作品的数字化对创作的影响
　　第二节　智力创作保护与经济投资保护
　　小结
第四章　作品传播之一：高度保护主义与低度保护主义
　　第一节　高度保护主义与低度保护主义
　　第二节　数字传输的版权规范
　　第三节　完整的专有权
　　第四节　加强权利管理
　　第五节　在线服务提供商的侵权责任
　　第六节　技术保护措施
　　第七节　精神权利
　　小结
第五章　作品传播之二：垄断中介与直接交流
　　第一节　版权历史中版权中介商的垄断
　　第二节　作者与读者之间的直接交流
　　小结

需要全本请访问 www.ertongbook.com

第六章　我国数字技术的版权理论和版权实践评述
第一节　我国有关数字技术的版权理论研究评述
第二节　我国发展数字技术和完善版权法的远景展望
小结

第一章　利益平衡理论

第一节　版权法进入数字时代

数字技术给版权法带来全面而深刻的冲击。〔1〕就作品复制的精确和近乎完美，作品加工的无与伦比，作品存储的惊人容量，作品传输的迅捷、廉价、方便而言，数字技术在版权法的历史上的地位与印刷技术同等重要。也就是说，与印刷技术相比，数字技术为作品复制和传播带来的进步性，如同与手工抄写相比，印刷技术带来的进步性一样深刻和明显。

自作为近代世界版权法开端的英国 1710 年的安娜法案〔2〕始，版权法历经印刷技术、广播电视技术和数字技术的三次重大飞跃。〔3〕首先是一直延续到 19 世纪末、近二百年的印刷技术，与在此以前的手工抄写相比的第一次飞跃，那时作品主要是占绝对优势的文字作品。19 世纪末到 20 世纪 70 年代，或者说，从伯尔尼公约的缔结，到历次修订和完善，直至最后一次修订，〔4〕是版权法上的广播电视技术时代。作品类型不断增加，除传统的可印刷在纸张上的文字作品和音乐作品外，

〔1〕甚至有学者预言，数字技术是全面冲击版权法的最后的技术。见 Goldstein, Paul: Copyright's highway，第 236 页。数字技术之后是否还会有更先进的技术出现，从而导致版权制度领域的再一次巨大震动，笔者认为似乎不宜过早进行肯定或否定的判断，但是根据新技术飞速发展的趋势，数字技术被更先进的技术所取代，不是没有可能。

〔2〕安娜法案的原名很长，是“为鼓励知识创作而授予作者以及购买者就其已印刷成册的图书在一定时期内之权利的法”。为简便起见，后人就以当时英国女王安娜的名字来称呼这部法律。

〔3〕与数字技术相对，在数字技术之前的印刷技术和广播电视技术又可称为模拟技术（analogue technology），或传统技术。为更方便地在版权法领域开展有关讨论，本文的“模拟技术”全部取其广义，除包括电信号意义上的更精确的“模拟技术”（即模拟广播电视技术）外，还包括非电信号意义的印刷技术。

〔4〕伯尔尼公约于 1886 年缔结，历经两次增补、5 次修订。最后一次修订是 1971 年。

还包括电影作品、录音录像作品、软件作品等，作者群扩大了，创作方式也更加丰富了，不再仅仅是执笔写作，而且可以借助模拟电子手段为创作条件提供便利；作品的使用方式不再仅仅是阅读，而且可以是到电影院观看电影作品的放映，收听和收看广播电视，又由于卫星通讯的发展，广播电视节目的收听和收看效果越来越好，频道越来越多；直至可以收看收费电视(或称有线电视),节目内容更加丰富和多样化。

从本世纪 70 年代到 90 年代的 20 年时间里，数字技术给作品的创作、传播、保护和管理所带来的一系列变化，比广播电视技术时代一百年经历的变化还要多。数字技术（digital technology)是通信技术、微电子技术和计算机技术的总称，迄今为止，经过三个发展阶段。70 年代中期，个人计算机发展起来，进入数字技术的第一阶段。版权领域最先讨论的问题是，个人计算机上的目标程序是不是版权保护的客体，以及操作系统、用户界面、数据库、反向工程、电子游戏的版权保护问题。80 年代中期，多媒体技术和数据库得到发展，进入数字技术的第二阶段，多媒体产品和数据库是不是版权意义上的作品开始成为版权界讨论的热门话题。这时多媒体技术尚未与网络技术结合。〔5〕90 年代以后，多媒体技术与计算机网络技术结合，数字技术发展开始进入第三阶段。根据 1995 年 9 月美国知识产权工作组发表的题为“知识产权与全国信息基础设施”的白皮书报告(以下简称美国白皮书),第三阶段的数字技术环境,即“国家信息基础设施”(national information infrastructure),今天和明天的状况又有不同。据此，美国目前已经具备了国家信息基础设施的雏形，但距离理想的未来尚且存在差距，即不同功能的模拟电器设备尚未以数字形式结合起来。根据美国白皮书中的描绘，明天的数字技术环境是“先进的、高速的、交互性的和宽带的数字通信系统”,把

〔5〕多媒体与网络技术产生的先后顺序有时似乎被颠倒了,如“与网络技术一样,多媒体作品的出现也对现行版权法的某些具体规定有一定影响”，见郭禾：信息技术冲击下的著作权制度；出自新技术著作权保护研讨会论文集。多媒体与网络技术的结合是数字时代发展的方向，从目前网络技术的发展趋势来看，脱离网络环境单独讨论多媒体是没有意义的。

今天的计算机、电视机、电话机、收音机、传真机等的功能以数字形式结合起来。[6] 1995年7月欧盟拟定的“信息社会的版权和有关权绿皮书”(以下简称欧盟绿皮书)中也有类似的看法。[7] 然而,数字通信网络的成功不仅仅取决于技术硬件设施,而且取决于作品及其相关信息等组成的通信内容,如数字化的文字作品和音乐作品、电影作品、软件、多媒体、数据库,等等 因为在理论上,每一个在线的(on-line)个人或实体都同时是作品或与作品相关的信息的传输者和接收者。[8] 有美国学者乐观地估计,美国的数字通信网络将在21世纪的早期得以实现。[9] 本文所要讨论的,就是第三阶段的版权理论和实践问题。

数字技术的数字化、压缩、加工和存储功能,给作品的创作和传播使用带来新的深刻变化。首先,几乎所有传统的作品都可以数字化,[10] 即把其中的文字、数值、单色和彩色的图形、静止和活动的图像、声音等的信息输入计算机系统并转换成由0和1组成的二进制数字编码。在这个基础上可以对作品作进一步加工、存储和传输,并在需要时把这些数字化的信息还原成文字、数值、图形、图像、声音,以供人们使用。

数字技术的压缩功能引入到作品的复制中,使作品的复制更加迅捷、方便、廉价,不仅容量惊人而且质量几乎完美。24卷百科全书,附带一本字典和一份世界地图,可以压缩存储到一张薄薄的光盘中。数字光盘中的音乐和电影节目具有比普通模拟式磁带中高得多的清晰度和长得多的使用寿命,而且录制可以瞬间完成,成本低廉。

借助于数字技术无与伦比的加工和取样功能,不同艺术风格的文本、图形、图像和声音在数字状态下可以任意随心所欲地组合、增删、移

〔6〕 见U S white paper,第7页。

〔7〕 见E. U. Green paper ,第19页。

〔8〕“在线”意为加入数字通信网络(或称计算机网络),从中获取信息。

〔9〕 见 Goldstein(同注〔1〕),第199页。

〔10〕 目前三维作品的数字化还比较困难,这是一个例外,但有乐观的人估计在不久的将来,三维作品的数字化也会取得成功。

位和重新排序,如无声电影的配音、黑白电影的着色,甚至已故人物形象的复活,[11] 歌手偶然跑调的演唱的精心修饰，及音色音质的改善等,可以产生天衣无缝的杰出效果,甚至可能比原来更好。

数字技术的传输功能可以通过计算机网络把作品等信息从一个地方送到另一个地方。与传统的广播相比,数字传输的场合中,节目播放者和节目接收者之间主动和被动的关系大相径庭。传统的无线电广播和电视广播网中,信号来源是惟一的,即作为播放者的专业电台和电视台,但有许多同类信号接收器,即范围很广的拥有收音机和电视机的用户群。播放的时间、内容和顺序由电台和电视台确定,播放的方式是从头到尾的流水式的播放，节目的数量十分有限，用户只是被动的接收者。计算机网络则由不同种类的处理器组成，每个处理器既是信号来源又是接收器。这样,数字传输具有交互性特点,播放者可以是服务提供商,也可以是用户自己。当播放者是服务提供商时,特定小团体范围的用户，甚至每一用户能够单独从服务提供商那里取得符合自己欣赏口味的节目,并且可以自行确定播放的时间,可以选择节目的某个片段进行收看,节目的数量将大大增加。当播放者是用户自己时,属于某用户群的一用户可通过电子公告版自由张贴信息，与这一群体的其他用户进行信息交换；而不属于任何群体的单独的一用户则可通过电子邮件与另一单独的用户进行信息的交换。可见，节目的播送由过去的面向一般公众的“广播”(broadcasting)，发展到面向人数有限的特定的用户群的“窄播”(narrawcasting),[12] 直至延伸到为公众中的每一位成员单独“点播”(video on demand)。信息服务正在朝个人化的方向发展。

〔11〕 1994 年的美国电影《阿甘正传》中使用了 Morphing技术，即由计算机控制的影像转换技术，出现了影片中的主人公与已故的美国前总统肯尼迪（纪实片中的真人形象）握手言谈、与已故的美国著名摇滚乐歌手“猫王”Elvis Presley(也是纪实片中的真人形象)共歌共舞的精彩场面。

〔12〕 见尼葛洛庞帝(胡泳、范海燕译)数字化生存,第 104 页。

第二节　数字技术版权问题研究的利益平衡理论脉络

一、利益平衡概述

版权领域的利益平衡，是版权法修改和版权制度设计的基本准则，为研究数字技术的版权问题带来清晰的宏观理论脉络。目前数字技术还处于不断上升的时期，许多有关版权制度细节的讨论刚刚开始。虽然利益分析方法是粗线条的分析方法，但是在版权制度细节讨论伊始，进行必要的利益分析是很关键的，而只有沿着这一理论脉络，细节讨论才有可能进一步深入。

版权法具有很强的历史连续性，被认为是可以回溯到16世纪的英国的惟一的法律。〔13〕近三百年模拟技术时代中，版权传统和作者权传统〔14〕在利益平衡的基本准则方面积累了许多宝贵的经验，可以为研究数字时代的版权问题提供许多有益的启示。当然，这并不意味着利益平衡理论的分析方法可以代替对具体制度设计细节的探讨。〔15〕

全部版权法的内容被认为是平衡的，即作品创作层面上一次作者与二次作者之间、〔16〕真正的作者与投资商之间；作品传播层面上版权人与使用人之间、作者与投资产业商之间的利益平衡。所谓利益，简单地说，就是为生存和发展而努力争取的要求、需要和愿望，是法律背后

〔13〕见 Patterson, L. Ray & Linberg, Stanley W.：The nature of copyright. a law of users' rights，第6页。

〔14〕调整作品的创作和传播过程中的社会关系的法律，在世界范围内，存在两大历史传统，一是在美国、英国等普通法系的国家被称为"版权法"(Copyright law)的传统；二是在法国和德国等民法法系的国家被称为"作者权法"("Droits d'auteur"：Author's rights)的传统。讨论数字技术的版权问题时，这两大传统的区别和分野相当重要，因此本文用"版权传统"和"作者权传统"来指代。

〔15〕比如本文第四章中，数字传输行为的版权规范、权利管理的加强、在线服务提供商的版权责任和技术保护措施等具体问题，需要在利益平衡的理论分析的宏观指导下进行深入细致的探讨。

〔16〕创作是在借用前人的创作成果上的再创作，这里的"前人"就是一次作者，再创作的人是二次作者。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

起支配作用的根本因素，反映到法律条文中去，就成为法律权利，法律权利就是法律保护的利益。马克思说，“人们奋斗所争取的一切，都同他们的利益有关”，[17]“法律应该是社会共同的、由一定物质生产方式所产生的利益和需要的表现”。[18]而“利益就其本性说是盲目的、无止境的、片面的。一句话，它具有不法的本能”，[19]因而社会中利益对立的版权人、使用者之间，一次作者与二次作者之间不可避免地存在利益冲突，所以需要版权法努力在不同利益之间寻找最佳平衡点。[20]

与其他法律一样，版权法也是一个精巧的利益平衡机制，必须慎重考虑，尽量避免两种有害的极端：一方面，投入到创作中去的人无法得到公平合理的酬报，另一方面社会进步和文学艺术的发展受到阻碍。在对版权法领域的利益平衡进行探讨之时，几位有影响的法学家，包括18世纪法国的爱尔维修、英国的功利主义法学的边沁、19世纪德国的耶林、19世纪与20世纪之交的德国法学家赫克、20世纪美国的法学家庞德，他们在法律的利益平衡目标问题上的研究成果，对后人有着重要的借鉴意义。对这些研究成果进行概括，我们可以看到，法律要达到的平衡目标是，先满足最重要的和需要优先考虑的利益，然后使其他利益最少牺牲。至于究竟应当优先考虑谁的利益，这些法学家们的意见并不统一。有的提出合理的利己主义的思想，提倡私人利益第一，认为私人利益的增加会导致公众利益的增加；另外一些人则主张不偏不倚，强调社会利益与个人利益的结合。笔者认为，在版权法的利益平衡问题上，需要优先保护的是版权人的利益。

〔17〕《马克思恩格斯全集》第1卷，第82页。

〔18〕同上，第6卷，第292页。

〔19〕同上，第1卷，第179页。

〔20〕版权领域的利益关系渗透到版权法的起草和制定的过程中。版权法的许多具体条款内容并不是由立法机关的成员和工作人员独立起草的，而是作者、出版商和其他对于作品及其投资有利益要求的团体之间的谈判协商的结果。有时候，立法提案中的利益划分的界限不得不是模糊的，因为过于明晰化很容易遭致利益明显受损一方的拒绝，从而无法获得通过。

二、私权保护

包括版权在内的知识产权是人们对无形的智力成果所享有的专有权利。它作为一种财产权在法律中出现，是人类文明和社会生产力发展到一定阶段的结果。自 18 世纪英国工业革命始，技术创新和文化创新就已成为西方市场经济社会的固有内涵和现代知识产权法律的激励目标。

法律所承认的知识产权，是个人所享有的垄断性权利，它使具有创新精神和竞争意识的企业投资于知识产品的研究开发，并承担相应的市场风险。知识产权与有形财产权的最大的不同在于，它是对某几类知识和信息所享有的权利，如专利法保护依照科学理论而开发出来的技术方案,版权法保护科学、文学、艺术领域里思想的表达,商标法保护指示产品质量的识别性标记等。其中任何一项知识和一条信息在使用上都不具有排他性：一项发明能够被专利权人和众多的生产厂商同时付诸实施，一首乐章能够在几场音乐会上同时上演，而且这一发明和这一乐章的价值并不因多次实施和反复演奏而减少或丧失。在经济学意义里，这类知识和信息构成公共性资产，本质上无法被个人所独占。如果没有法律提供的专门保护，赋予其一定的垄断和排他的地位，知识和信息将会被他人无偿使用，个人创造的价值得不到补偿，投资于创新的热情会受到打击。西方社会的高度工业化及发达的技术、文化市场，离不开“知识产权是私权”这个法律原则两百年来所做出的贡献。

本世纪 70 年代，美国的国会和法院面临版权法如何适应复印机、录音机、录像机和计算机等新技术的挑战的困难问题。围绕版权的激励创作功能和版权法的存在价值，当时的美国版权学术界展开了一场较有影响的大辩论，从而启发人们思考，面临新技术挑战的版权法是否应被削弱甚至取消。布瑞尔（Stephen Breyer）主张不需要版权保护,版

权人也有足够的能力进行自我保护,反击盗版,从而挑起这场论战。[21] 主要理由有二 其一,即使没有版权法,正规出版商也能够通过发行比盗版的价格更便宜的“反击版本”(fighting edition),把盗版者赶出市场 其二,充足的时间优势可以保证正规出版商回收投资,即‘时间领先’(leading time advantage)。畅销图书的选择、付印、零售发行,盗版者比正规出版商落后 6～8 周,而正规出版商可以利用这段时间抢先占领市场。

布瑞尔的观点遭到强有力的反驳,这场论战以他修改自己的观点而结束。布瑞尔承认缺乏周详考虑,并宣称,这场辩论的主题不在于版权是否应该存在,而在于是否应该,或怎样对版权的结构进行调整。反对方反击的要点也有二:[22] 其一,图书市场上的任何畅销书的高利润都将吸引盗版者。对正规出版商来说,不存在一个避风港,可以出版图书而并不用担心盗版者的不正当竞争。正规出版商不可能精确地知道哪些书可以赚钱,哪些书会亏本,所以他们在许多不同的图书上分配资金,以期其中少数畅销图书带来的较高利润能够弥补其他大多数滞销图书上的亏损。如果没有版权法的保护,与正规出版商相比,盗版者将会处于一个不正常的优势地位,即仅仅选择少数畅销的图书进行盗版,从而给予正规出版商的出版活动以致命的打击。其二,对正规出版商来说,所谓‘时间领先’的优势并不存在,受高额利润驱使,盗版者总能想办法让非法的盗版版本比正版更快地进入市场。

可见,版权的私权保护的价值和存在的意义,虽然曾一度在美国学术界遭到质疑,但激烈辩论之后,无法动摇。建国以后,我国法律对包括版权在内的知识产权的性质的界定,经历了一个有限度的私权一度被取消,20 多年后又重新恢复并不断深化完善的曲折过程。50 年代初

〔21〕 当时的布瑞尔是哈佛大学的副教授,他于 1971 年在《哈佛法学评论》上发表一篇在美国版权界影响很大的论文“'The Uneasy Case for Copyright”,从反面激发人们思考新技术挑战下的版权法的存在价值。23 年后,布瑞尔成为美国最高法院第 108 位大法官。

〔22〕 见 Goldstein(同注〔1〕),第 24～25 页。

曾经有限度地承认专利权与发明权的私权性质并予以法律保护，而后因极左的影响，不承认知识产权为私权，批判知识私有，认为技术发明创造和科学文艺创作不可避免地要在属于社会全体成员的知识宝库里汲取营养，因而是社会活动，创造或创作的成果应由社会每一个成员共同享有和无偿使用。至于社会需要什么、需要多少、如何组织生产，则由国家的计划安排决定。实行计划经济的结果，一方面，国家得以将全社会具有无私奉献精神和高度创造和创作热情的人才组织起来，迅速建立起较为完整的科技力量体系和工业体系，并将国家计划的科研项目推广应用，使社会上的大多数人切身感受到了社会主义制度的优越性 然而另一方面,也造成了资源和人才的浪费、创新程度低、严重阻碍生产力发展的困难局面。改革开放以后，知识产权最早作为一种私权重新在法律中得到承认是在 1979 年。这一年制定的《中华人民共和国中外合资经营企业法》中，知识产权中的专利权和商标权首先被确认为一种可以在贸易中使用并获得收益的专有权。〔23〕80 年代,我国的专利法和商标法开始实施,1991 年版权法也开始实施。进入 90 年代以后，我国加入了以保护工业产权巴黎公约和保护文学艺术作品伯尔尼公约为首的一系列重要的知识产权国际保护公约。相应地，知识产权的司法执法水平和民众的法律意识也有了显著提高。我国知识产权法律所提供的私权保护，对于鼓励技术创新和文化创新提供了强有力的激励。依靠知识产权开辟市场、救活企业、富裕一方的例子比比皆是；新兴技术产业和版权产业得以建立，王永明发明的“ 五笔字型 ”汉字输入技术和王选等发明的“ 高分辨汉字字型发生器 ”技术，引发了打字行业、印刷行业的深刻革命，打破了外国人认为的汉字的输入和排版不能直接进入计算机处理的偏见；新闻出版、电影戏剧、音乐舞蹈、工艺美术、建筑设计与软件开发等版权产业也形成了一定规模。

WIPO(世界知识产权组织)的伯尔尼公约指南中指出“:版权领域的保护水平越高，对作者创作的鼓励就越大，一个国家的智力创作的数

〔23〕 见郑成思:《世界贸易组织与贸易有关的知识产权》 ,第 35 页。

量就越多；文学和艺术领域的作品的数量越多，图书、唱片和娱乐产业中作为作品附加品的产品也越多；最后，智力创作是社会、经济和文化这些所有发展的基本前提。”〔24〕伯尔尼公约的序言中指出，公约制定和修订的总的宗旨是：“以尽可能有效的统一的方式保护作者就其文学艺术作品享有的权利”。第 1 条又重申，“履行本公约的国家，为保护作者就其文学艺术作品享有的权利而结成联盟”。自 1990 年 11 月 Trips 协议〔25〕（草案）在关贸总协定乌拉圭回合多边贸易谈判通过以来，它就成了继巴黎公约和伯尔尼公约以后，知识产权保护领域最重要和最新的国际标准。对于包括我国在内的任何意欲加人国际贸易市场，加入世界贸易组织的国家来说，1995 年 1 月 1 日生效的 Trips 协议应得到无条件的遵守执行。而 Trips 协议在序言中宣布的“承认知识产权是私权”为整篇协议内容定下了基调。私权保护不足和保护过度都会阻碍作品的创作和使用。保护不足，则作者的创作热情将会随创作收入的减少而减少；保护过度，市场上作品的价格会上扬，作品的传播会受到阻碍，创作的成本也将会增加，因为创新本身离不开对前人和别人成果的借鉴。如何达到私权保护不足与私权保护过度中间的均衡状态，是版权法最基本和最重要的难题。换言之，仅仅有私权保护是不够的，版权保护还必须保持私人利益与公众利益之间的平衡。

三、公众利益的保护

Trips 协议前言中在“承认知识产权为私权”之后，紧接着写道：“承认保护知识产权的诸国内制度中被强调的保护公众利益的目的，包括发展目的与技术目的”，“也承认最不发达国家成员在其域内的法律及条例的实施上享有最高灵活性的特殊需要，以使之能建立起健全、可行的技术基础”。协议第 7 条还规定：“知识产权的保护与权利行使，目的

〔24〕转引自 Dixon, Allen & Hansen, Martin: The Berne Convention enters the digital age，第 607 页。

〔25〕Trips 协议的中文全称是“与贸易（包括假冒商品贸易在内）有关的知识产权协议”。

应在于促进技术的革新、技术的转让与技术的传播，以有利于社会经济福利的方式去促进技术知识的生产者与使用者互利，并促进权利与义务的平衡”。第 8 条中规定成员国可以采取必要措施保护公众利益，并防止权利人滥用知识产权。可见，公众利益的维护是 Trips 协议的重要内容。

私权保护是利益平衡的前提，利益平衡是私权保护的不可缺少的制约。版权人所能得到的保护不得超出法律设定的利益平衡的目标。1996年 12 月,作为伯尔尼公约和罗马公约的‘数字日程”(digital agenda)的阶段性结果，WIPO() 缔结了版权条约和邻接权条约。[26] 这两个条约的目的是解决“对文学艺术作品的创作和使用”以及“对表演和唱片的制作和使用”有“深刻影响”的数字技术和网络环境中有关的版权和邻接权问题，从而“以尽可能有效和统一的方式发展和维持对作者就其文学和艺术作品的权利(表演者和唱片制作者的权利)的保护”,并保持“作者的权利（表演者和唱片制作者的权利）与广大公众的利益尤其是教育、研究和获得信息的利益之间的平衡’。[27]

公众利益有广义和狭义两解。对于一个特定社会的政治、文化状况和所支配的经济资源来说，公众利益是社会为所有成员（并非为大多数成员，也并非为势力强大的集团，而是为社会中所有的人）而努力争取的基本目标的集合。[28] 这里的公众利益是广义的，即政府为促进社会整体文明的进步而确定的版权公共政策的基本目标，主要包括三个方面，即鼓励作者的文学艺术创作力和言论自由、鼓励相关的企业对作品的传播进行投资，以及为公众提供自由选择文化产品的机会。

〔26〕 关于 WIPO 近期缔结的版权条约和邻接权条约的背景介绍，见本文第二章第五节之四‘加强私权保护’部分。

〔27〕 本句中所引用的语句见版权条约和邻接权条约的序言部分。

〔28〕 见 Ringer, Barbara: Authors' rights in the electronic age: beyond the copyright act of 1976 (1981),转引自 Davies, Gillian: Copyright and public interest, 第 173 页。

需要全本请访问 www.ertongbook.com