

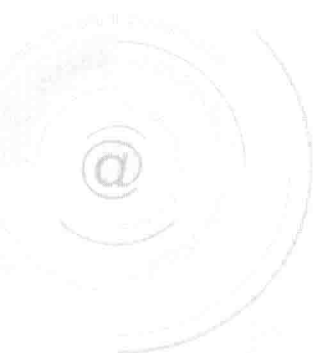
数字版权法视野下的 个人使用问题研究

郑重 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

数字版权法视野下的 个人使用问题研究

郑重 著



中国法制出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

数字版权法视野下的个人使用问题研究 / 郑重著.
—北京: 中国法制出版社, 2013. 8
ISBN 978 - 7 - 5093 - 4754 - 6

I. ①数… II. ①郑… III. ①电子出版物 - 版权
- 著作权法 - 研究 - 中国 IV. ①D923. 414

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 184706 号

策划编辑 胡 斌

责任编辑 胡 斌

封面设计 李 宁

数字版权法视野下的个人使用问题研究

SHUZI BANQUANFA SHIYE XIAXI GEREN SHIYONG WENTI YANJIU

著者/郑重

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

印张/10.5 字数/219 千

版次/2013 年 8 月第 1 版

2014 年 7 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 4754 - 6

定价: 32.00 元

北京西单横二条 2 号

值班电话: 66026508

邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 66065672

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010 - 66032926)

序 言

法国先哲们曾称著作权是“最不受争议”，也是“最神圣、最正当及最不可侵犯”的财产。但技术的发展导致了版权的扩张，现代版权的客体类型和权利内容日渐丰富和复杂，以至于文化发展和技术创新所带来的日益增长的公共信息空间又被不断扩张的版权所挤压，引起了信息消费群体对版权的高度关注甚至愤怒，也带来了版权保护与文化传播、版权保护与言论自由之间关系的激烈争吵。不管是新兴国家还是老牌发达国家，版权法的出台或重大修改都可能经历漫长、痛苦的过程。我国《著作权法》从起草到通过，经历了长达十一年时间，被称为新中国最难产的一部法律。法国 2006 年 8 月通过的《信息社会中的著作权与邻接权法》也是命运多舛。激烈的辩论、意见的反复以及利益集团间的博弈使得该法律几度产生戏剧性的变化，而其中还夹杂着诸多令人意外的政治变数。各方的利益角力使得法律在拉扯中迷失了方向，一出台便受到了诸多抨击和指责，还引起了法国大学生的游行示威活动。所幸的是，法国宪法委员会及时对该法律进行了违宪审查，厘清了诸多分歧，并进行了极大的改进，从而避免了该法律在解决一些问题的同时却引

发更多问题的尴尬局面。

欧、美、日等发达经济体于2008年正式谈判并于2010年底签署的《反假冒贸易协定》(ACTA)旨在建立一个WTO之外的独立法律框架体制,强力推动比《TRIPS协定》保护水平更高的知识产权国际保护公约的出台。该协定文本公布后,未生效就备受争议,被广泛批评为侵犯了公民言论和信息自由、个人隐私、数据保护等基本人权,并且在欧洲多处引发了抗议。迫于市民、网民以及议会的压力,欧洲委员会已暂停批准《反假冒协定》。至于自始至终被封闭于谈判程序之外的印度、中国、巴西、泰国等国家,不管是官方还是民间,几乎都是对该协定口诛笔伐。ACTA引发的争议和怒火尚未平息,比该协定的知识产权保护水平更高的《跨太平洋伙伴关系协定》(TPP)在美国的强力主导下又粉墨登场了,已经加入或即将加入的谈判国家或区域组织不仅有美国、澳大利亚、新加坡、日本、欧盟,还包括文莱、智利、马来西亚、秘鲁、越南等发展中国家。该协定所包括的版权等知识产权谈判议题被认为是最具挑战性的议题之一,也已经在国家与国家之间、国家不同利益群体之间引起了激烈的争辩。

个人使用是版权领域最受争议的问题之一。前述法律或国际公约制定过程中的争议几乎全都与此有关。过去,由于复制技术的不发达,各种作品的复制品不论就其质或量而言,都受到相当程度的限制,因而个人使用在全部有版权立法的国家几乎都被规定为合理使用,无须征得版权人同意即可免费使用。

然而，20 世纪末期迅猛发展的数字技术和网络技术，不仅使复制品可以以几近“原物重现”的方式维持其品质，更可以使任何人在自己选定的时间或地点进行低成本和无限次数的复制，并将其传递给其他用户，或上载至网络站点供人们自由下载，版权人的权利受到前所未有的冲击和威胁。立法者在数字作品及其网络传播版权保护方面立法的迟钝及激烈争吵，使版权人越来越感受到了网络时代带来的危机感和不安全感，开始寻求法律以外的技术手段维护其权益，试图通过技术筑起的坚固壁垒阻绝侵权之路。在数字技术支持下，技术措施变得更加丰富多彩和引人注目。然而，技术筑起的保护壁垒，往往又会被新的技术所攻克，而且不断升级的保护技术还在世界各地培养造就了一批以攻克技术措施为乐的“网络黑客”，不仅令计算机安全专家名誉扫地，也令版权人胆战心惊。版权人一方面通过技术手段与反技术保护的高手斗智斗勇，另一方面又强烈要求借助法律手段加强自己在攻防战中的实力与优势。版权法与技术之间存在着一种天然的互动互补关系。当法律的威慑力不足以制止侵权行为时，技术手段被用来弥补法律的不足；当技术手段不断被更先进的技术破解时，又自然产生了必须运用法律手段制止这种破解的需要。在网络技术迅速发展之前，一些国家或地区已开始出现反规避技术措施的立法，如英国《1988 年版权、外观设计与专利法》第 296 条的规定，欧盟 1991 年《计算机程序保护指令》中规定的保护计算机程序的特殊措施以及美国 1992 年《家庭录音法案》中对数字录音保护技术措施的规定

等。在计算机软件保护方面,则有更多的国家对反规避技术措施提供了不同程度的法律保护,如德国、澳大利亚、加拿大、匈牙利、丹麦、美国、西班牙、芬兰、法国、希腊、意大利、日本、荷兰、英国、瑞士等国。不过,以前的反规避技术措施的立法通常较为分散,只针对特殊问题或特定技术,并未从整个版权和邻接权保护的角度系统出现反规避技术措施的立法。自1989年起,世界知识产权组织(WIPO)即意识到数字化信息时代的来临,将给传统的版权法制带来莫大冲击,因而有必要修正、改革现行版权保护的国际性规范,令其得以适时地配合未来“全球资讯网络”社会的发展,能充分地保障版权人之权益。1996年12月20日,在美国等国的强力主导下,在WIPO的架构里,通过了《世界知识产权组织版权条约》(WCT)和《世界知识产权组织表演和录音制品条约》(WPPT)。WCT第11条规定:“缔约各方应规定充分的法律保护和有效的法律补救办法,制止规避由作者为行使与本条约或伯尔尼公约有关的权利而使用的,对就其作品进行未经该有关作者许可或未由法律准许的行为加以约束的有效技术措施。”此后,各国纷纷修改版权法增加了有关禁止规避版权技术保护措施条款。

国际互联网中还存在个人使用性质的合理使用吗?个人以私人使用目的破解或规避保护版权的技术措施可以免受法律制裁吗?这些问题正是合理使用制度中最困惑不解的议题,也是法国《信息社会中的著作权与邻接权法》、ACTA和TPP中的重要争议问题。网络环境中的个人使用制度一直是“泥脚上的巨

人”，虽涉及面极广，却缺乏成熟的理论构建和令公众信服的确切法律规定。现代版权立法中那些含混不清的条文或判例，似乎都被解读为不支持网络环境中的个人使用。美国斯坦福大学知识产权法教授保罗·戈尔斯坦（Paul Goldstein）曾说：“一想到版权有可能被利用来控制私人复制，不免让人产生恐惧的想象。”这或许可以解释有关国家版权法修改和国际公约的制定为何引起众多公众反对甚至抗议。

郑重博士以翔实的资料，多角度地分析和探讨了数字环境下的个人使用、版权保护、技术措施等理论问题，对重构数字环境下个人使用对版权的限制制度提出了有价值的建议。期望《数字版权法视野下的个人使用问题研究》一书的出版，能将该领域的研究引向深入，能为我国版权法制的完善提供一定的帮助。

张 耕

2013 年夏，于重庆

目 录

引 言 / 1

第一章 个人使用概述 / 13

一、个人使用的概念诠释 / 14

二、使用者的三种类型 / 17

（一）传统版权法上使用者之“二元划分” / 17

（二）Web 2.0 与“第三种使用者” / 22

三、作为本书研究对象的“个人使用”与“个人使用者” / 27

第二章 版权法中的个人使用 / 30

一、个人使用与版权的边界 / 31

（一）基本界限：享用/开发二分法 / 31

（二）模糊地带：作品复制 / 34

（三）区分享用/开发的子因素 / 37

二、传统版权法上个人使用的“保护伞” / 46

（一）首次销售原则 / 48

（二）合理使用 / 50

II 数字版权法视野下的个人使用问题研究

三、数字版权扩张下个人使用面临的危机 / 55

- (一) 技术措施控制作品享用 / 56
- (二) 市场失灵不复存在 / 59
- (三) 首次销售原则失语 / 65
- (四) 个人使用不再受合理使用庇护 / 68
- (五) 个人使用无权规避技术措施 / 71

第三章 数字环境下个人使用危机的成因分析 / 75

一、头痛医脚：个人使用成为中国反盗版牺牲品 / 76

- (一) 国内外反盗版压力 / 76
- (二) 数字环境下混淆盗版与个人使用 / 84
- (三) 取消个人使用对数字版权的限制作为反盗版措施 / 93

二、书本法与现实法的鸿沟：中国盗版困境的制度分析 / 95

- (一) 舶来的版权法 / 98
- (二) “双轨制”版权执法的局限性 / 106
- (三) 版权文化培育任重道远 / 137
- (四) 反盗版：合理价格比严刑峻法更有效 / 143

第四章 数字版权法保护个人使用的必要性 / 150

一、数字版权法旨在维护利益平衡 / 151

- (一) 英美法系与大陆法系国家版权法的历史分野 / 152
- (二) 我国著作权法的“双重目标” / 168

二、技术措施控制作品使用打破了利益平衡 / 172

- (一) 超越版权 / 173

(二) 侵犯使用者基本人权 / 178	
(三) 动态无效率 / 187	
三、保护个人使用有助于恢复利益平衡 / 201	
(一) 保护个人使用符合我国著作权法的最终目标 / 201	
(二) 消费行为具有生产性 / 204	
(三) 技术中立与使用者的合理预期 / 206	
第五章 数字版权作品提供的四种商业模式及其对个人使用的影响 / 211	
一、数字版权作品提供的四种商业模式概述 / 212	
(一) “技术措施加合同” 模式 / 212	
(二) “版权补偿金” 模式 / 213	
(三) “设备中心主义” 模式 / 216	
(四) “云计算” 模式 / 218	
二、四种商业模式的优缺点及其对个人使用的影响 / 221	
(一) “技术措施加合同” 模式 / 221	
(二) “版权补偿金” 模式 / 224	
(三) “设备中心主义” 模式 / 225	
(四) “云计算” 模式 / 228	
三、商业模式有效运行所需的社会条件 / 238	
(一) “技术措施加合同” 模式 / 238	
(二) “版权补偿金” 模式 / 241	
(三) “设备中心主义” 模式 / 244	

IV 数字版权法视野下的个人使用问题研究

(四) “云计算”模式 / 246

四、我国实践中面临的现实困难 / 246

(一) 混淆个人使用与盗版 / 247

(二) 监管俘获与腐败风险 / 248

(三) 自由竞争与商业利益的冲突 / 250

(四) 互联网普及有待时日 / 253

(五) 云安全问题 / 254

(六) 接触与控制的二难选择 / 256

第六章 重塑个人使用与版权保护的平衡：我国数字版权法的完善 / 257

一、个人使用的合法性边界 / 258

(一) 非商业使用的判断 / 259

(二) 限缩解释私人领域 / 264

二、技术措施应当受到版权限制的约束 / 265

(一) 在数字版权体系内增加个人使用限制 / 267

(二) 狭义解释技术措施的“有效性” / 271

三、引入第三方机构平衡公众接触与版权保护 / 276

(一) 国家版权局作为第三方机构 / 277

(二) 增强国家版权局管理的透明度 / 278

结 语 / 281

参考文献 / 285

后 记 / 322

引 言

正如法官史蒂文在评价索尼案时坦言，要禁止某人在淋浴时哼唱受版权保护的歌曲或者收听广播时记录下受版权保护的诗歌很显然是违宪的。^① 阅读书籍、聆听音乐、观看电影和电视节目、玩网络游戏……这些活动是人们学习、娱乐和日常生活不可或缺的要素，也是获得知识、快乐以及自身发展的源泉。在几乎整个前数字时代，个人使用在版权法上处境一直十分低调。书籍及其他印刷品的购买者和阅读者很少被当做威胁版权人利益的潜在竞争者。早期的版权立法也几乎从未关注这种在家庭或工作场所进行的小规模私人复制。然而，数字技术正悄然改变着这一切。

过去几十年间版权急剧扩张，某些扩张甚至是以牺牲个人使用为代价的。数字技术使得个人使用更容易被追踪、控制和收费。正如尼尔·内塔尼尔（Neil Netanel）所言：“数字技术使得版权产业能够给作品编码以控制其接触和复制，数字水印能够追踪复制件及其转换版本以收取费用，并且能够搜索出未经

^① See *Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 420 (1984).

许可的在线使用。如果广泛地采取并且防止规避,这些技术措施将使得版权产业不仅能够保护传统市场,而且能够堵住现有版权法上存在的漏洞。版权产业希望借此技术措施有效地控制甚至包括非商业的个人使用以及分享文化作品。他们希望对于作品的每一次使用和转让,都必须征得许可并且付费。”^①

与此同时,数字技术也使得个人使用成为版权人商业开发的极大威胁。数字作品的复制过程非常迅速和便捷,几乎没有成本,且复制件的质量和原件一样,从此种意义上说复制件完全可以取代原件。如果不加限制,任由人们复制、传播的话,将损害版权人的利益。正因为如此,版权人主张数字作品在传播给公众之前必须添加防复制措施,^②并且不断企图用许可付费的使用来取代原来的非许可免费的个人使用,甚至声称合理使用在数字环境下全无必要。^③在技术措施以及合同的控制之下,社会公众对版权作品的接触受到极大的限制。如今,同朋友交换音乐被称之为“盗版”,收集与论文相关资料的影印件被称之为“偷盗”。^④如果在数字环境下人人都成为了盗版者,是否版

① Neil Weinstock Netanel, Copyright's Paradox 74 (N. Y.: Oxford University Press 2008).

② 参见 *Universal City Studios, Inc. v. Corley*, 273 F. 3d 429, 436, 444 (2d Cir. 2001)。该案中电影公司在确保有充分的防盗版技术保障之前拒绝发行电影。

③ U. S. Patent and Trademark Office, National Information Infrastructure Task Force Working Group on Intellectual Property: Public Hearing on Intellectual Property Issues Involved in the National Information Infrastructure Initiative 40-50 (1993), available at <http://www.umich.edu/~jdllitman/NOV18NII.TXT>.

④ See Jessica Litman, *War Stories*, 20 Cardozo Arts & Ent. L.J. 337, 342-350 (2002).

权扩张其实是“第二次圈地运动”,^① 是否版权法已经堕落为“肮脏的交易”?^② 带着这些疑问,笔者开始审视数字版权法视野下的个人使用问题。

毫不夸张地说,个人使用是版权法领域最难解决的问题之一。无论是理论界还是实务界,人们对个人使用认识不一,尤其是与盗版的关系充满争议。由于无论是基于个人使用目的还是盗版侵权目的,复制行为本身的物质表现形式并无差异,这就使得私人复制很容易和盗版复制相混淆。同时,私人复制本身事实上也可能替代作品复制件的购买从而损害版权人的财产收益。但是,两者在本质上是不同的。私人复制是基于非商业性的私人目的,并且局限于私生活领域;而盗版复制品通常为了商业开发目的进入公共流通领域。然而,难题在于如何在实践中区分两者。

表面上看,个人使用微不足道、处于版权理论研究边缘,然而它却是一项关乎版权制度根本基石的重要问题。如何在版权人开发作品的利益与使用者享用作品的利益之间维持一个精巧的平衡是版权法永恒不变的任务。目前有关版权保护的著述已经浩如烟海,相比之下研究个人使用这一涉及使用者权益的

^① James Boyle, *The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain*, 66 SPG Law & Contemp. Probs. 33 (2003).

^② Paul Goldstein, *Copyright in the New Information Age*, 40 Cath. U. L. Rev. 829, 833 (1991).

领域却鲜有人问津,尤其是置于中国语境下进行思考。^①这或许是出于“版权本位”主导下的研究偏见,又或许是该研究对象本身的隐蔽与复杂所致。尽管对个人使用问题的探索困难重重,但这些挑战却对笔者产生了极大的吸引力。

本书通过评判性地研究中国数字版权法对个人使用的法律规制,探究了个人使用在版权制度中的地位问题。^②具体而言,本书分析了当前法律措施存在的问题,产生的原因及其可行性的解决方案。本书对个人使用这一研究对象的考察是主要置于中国语境下的。在个人使用问题上,既存在全球普遍性又有中国的特殊性。从世界范围来看,各国普遍存在着个人使用与版权技术措施之间的冲突。^③在数字环境下,越来越多的使用者成为版权侵权诉讼的目标。例如,美国唱片业协会(Recording In-

① 相关著述例如张今:《版权法中私人复制问题研究——从印刷机到互联网》,北京:中国政法大学出版社2009年版;张玉敏、李杨:“‘个人使用’的著作权法定位及政策选择”,载《西南民族大学学报》(人文社会科学版)2011年第1期;张今、宁静:“技术变迁中的个人使用”,载《电子知识产权》2008年第1期。其中,张今教授从传播技术演进角度分析了版权法中的私人复制问题,但她认为“复制是使用作品最主要的方式,因此在很多场合下,私人复制和个人使用的含义是一致的”观点,笔者并不赞同。参见张今:《版权法中私人复制问题研究——从印刷机到互联网》,北京:中国政法大学出版社2009年版,第167页。

② 需要说明的是我国没有一部所谓“数字版权法”的制定法,本书使用这一表达用于指代有关数字环境下版权法律法规的总称。

③ 技术措施的形式是多种多样的,包括访问密码、加密、防复制功能等。技术措施引发了版权人的私权保护同使用者接触信息的冲突。参见 Elouise Dellit & Christopher N. Kendall, *Technological Protection Measures and Fair Dealing: Maintaining the Balance Between Copyright Protection and the Right to Access Information*, 2003 Digital Tech. L. J. 1, para. 5, available at <http://beta.austlii.edu.au/au/journals/DTLJ/2003/1.html>.

dustry Association of America, RIAA) 已经起诉了超过 1.8 万名在线分享音乐的个人使用者。^① 当使用者们享受着数字网络的极大便利, 尤其是通过 P2P 网络系统实现大规模即时交换与同步分享时, 他们成为了潜在的在线盗版者。使用者们分享的大量未经授权的版权作品已经成为版权人传统商业开发的巨大威胁。美国唱片业协会曾引用政策创新研究所的分析报告指出, 全球音乐盗版已造成 125 亿美元的经济损失, 7.1 万个美国岗位失业, 工人收入损失 27 亿美元, 税收收入损失 4.22 亿美元, 个人所得税减少 2.91 亿美元, 公司所得税和生产税减少 1.31 亿美元。^② 对此, 版权产业游说立法者扩张其专有权至数字网络空间, 通过一项新的“向公众提供权”以覆盖数字作品的供应、传播、表演和录制。^③ 此外, 版权人还通过技术措施不仅控制作品接触、阻止未经授权复制作品, 而且还禁止使用者规避这些技术措施。^④

技术措施所提供的绝对控制引发了数字环境下个人使用限制存废的激烈争议。学者们的观点大致可以分为两个阵营: 一

① See Jefferson Graham, *RIAA chief says illegal song-sharing "contained"*, USA Today, June 12, 2006, available at http://www.usatoday.com/tech/products/services/2006-06-12-riaa_x.htm.

② RIAA, *Piracy: Online and on the Street*, available at <http://www.riaa.com/physicalpiracy.php>.

③ 参见《世界知识产权组织版权条约》第 8 条和《世界知识产权组织表演和录音制品条约》第 10 条、第 14 条和第 15 条。

④ 有关技术措施的义务, 参见《世界知识产权组织版权条约》第 11 条和《世界知识产权组织表演和录音制品条约》第 18 条。