

主编 郑 涵 沈 荟

传媒制度论丛

上海市高校人文社会科学重点研究基地

上海市高等教育内涵建设“085”工程：都市社会发展与智慧城市建设项目

上海市重点学科（传播学）建设项目

在私有与共享之间

对版权与表达权之争的哲学反思

Between Private Ownership and Public Sharing:
A Philosophical Reflection on the Conflict between Copyright and the
Right to Free Expression

尤 杰 著



上海交通大学出版社
SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY PRESS

主编 郑 涵 沈 荟

传媒制度论丛 | 上海市高校人文社会科学重点研究基地
上海市高等教育内涵建设“085”工程：都市社会发展与智慧城市建设项目
上海市重点学科（传播学）建设项目

在私有与共享之间

对版权与表达权之争的哲学反思

Between Private Ownership and Public Sharing:
A Philosophical Reflection on the Conflict between Copyright and
the Right to Free Expression

尤 杰 著



上海交通大学出版社
SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY PRESS

内容提要

本书首先对探讨版权与表达权之争的功利主义与自然权利进路进行了细致的批判性综述,并在对这两条进路进行扬弃的基础上,将版权与表达权纳入一个以理性个人所拥有的平等的尊严与内在价值为道德根基的权利体系之内,强调作为一项私有产权的版权与个人的表达权之间所具有的道德平等性。通过将这一平等主义进路和版权作品所具有的“公共产品”与“公共论坛”特性相结合,本书论证了版权所有者对其公开出版之作品的获取及复制控制与版权作品合法获取者对版权作品进行转换性使用这两种行为各自所具有的正当性以及为彼此所设定的应然界限。本书随后对转换性使用所具有的文化内涵及其所产生的版权法争议进行了深描,并解答了版权—表达权平等主义进路所可能导致的若干理论及现实困境问题。

图书在版编目(CIP)数据

在私有与共享之间:对版权与表达权之争的哲学反思/

尤杰著. —上海:上海交通大学出版社,2014

(传媒制度论丛)

ISBN 978-7-313-11086-2

I. ①在… II. ①尤… III. ①版权—研究

IV. ①D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 071962 号

在私有与共享之间——对版权与表达权之争的哲学反思

著 者: 尤 杰

出版发行: 上海交通大学出版社

邮政编码: 200030

出 版 人: 韩建民

印 制: 上海颀辉印刷厂

开 本: 787mm×960mm 1/16

字 数: 239 千字

版 次: 2014 年 6 月第 1 版

书 号: ISBN 978-7-313-11086-2/D

定 价: 54.00 元

地 址: 上海市番禺路 951 号

电 话: 021-64071208

经 销: 全国新华书店

印 张: 16.25

印 次: 2014 年 6 月第 1 次印刷

版权所有 侵权必究

告读者: 如发现本书有印装质量问题请与印刷厂质量科联系

联系电话: 021-57602918

谨以此书献给
我的导师金冠军教授(1948~2011)

归人之自身存在。权利,包括自然权利,只是人之延伸。反之,有可能异化。康德《判断力批判》有关善与生命命题发人深省。在形而上学思辨中,平等与正义,互涵互化,建构解构,浑然天成;在日常经验里,正义平等与否,实在是英国政治学家格雷所谓的权宜之计。权宜之计不流于权术泛滥,有赖于良善之习俗与理性协商。从历史语境主义角度而言,版权—表达权平等主义进路确实启人心智,也可以不断丰富。

20世纪90年代伊始,互联网与数字技术激发了新一轮版权之争。欧美版权体系重构这一自然演进,有赖于良善习俗与时俱进。良善习俗之演化,除了哲学反思之外,亟待技术形态、商业模式、政治—法律持续创新,包括市场结构、公司规模及其治理结构、政府环境等。

最近20余年,版权问题仿佛又回到了这样一个大问题,即知识与思想是否产权。换言之,知识产权是否产权。当今之世,困难在于,就伯格森生命哲学,或者海德格尔存在哲学而言,版权成了“绵绵不绝之流”、“混沌之流”,而非仅仅“在先”之存在物。因此,“版权作品合法获得”就变得异常“暧昧”。同样,“版权专有性”也呈现“边界模糊”状态。在美国哲学家、控制论专家维纳看来,19世纪是必然论世界观,20世纪因概率论与相对论问世,变而为偶然论世界观。从“流”、“偶然”、“混沌”看待当今版权之争,也许有可能深化版权政治—法哲学思考。

尤杰先生2003年秋季开始,在已故金冠军教授门下做学问,硕士论文与博士论文皆专攻数字传媒技术时代版权问题,持续拓展,不断深入探究,以学术为志业,一以贯之,终于成就此书,可喜可贺。

祝愿尤杰先生一如既往,孜孜以求,不断别开生面,以学术为趣味人生。

序

郑 涵

尤杰先生《在私有与共享之间——对版权与表达权之争的哲学反思》即将问世，余颇感欣慰。

此书驰骋西洋上下数百年，旁征博引，汪洋恣肆之际，辩证阐释，常常细若游丝，跌宕起伏，莫衷一是。然而，曲径通幽，柳暗花明之间，余既质疑迭出，也屡屡拍案叫绝，兴趣盎然，获益良多，乃至思绪纷飞，心旷神怡。

此乃耗费心血之作，功力显然，无奈亦然。

20 世纪 90 年代以来，在知识经济、信息社会、流行文化、数字传媒、粉丝文化的全球语境中，版权博弈层出不穷，影响甚广，也至为深刻，版权作品转换性使用成为考究版权议题枢纽之一。在此历史性时刻，尤杰先生顺乎潮流，沉浸于哲学反思，联系现实，特别是一系列司法案例，在数字传媒语境里，聚焦于版权、表达权、粉丝文化等内在彼此有机联系之核心概念，在版权—表达权功利主义、自然权利、平等主义三大进路奋力前往，纲举目张。其之诠释平等主义版权观，不乏独立见解，颇具启发价值。

一定意义上，此论著具有筚路蓝缕之功。

自 1710 年《安娜法令》颁行以来，版权之争或隐或现，不绝如缕。在英美普通法系历史传统演进中，版权法之适用实践与理论创设，可谓汗牛充栋，精妙绝伦，令人望洋兴叹。无论功利主义，还是自然权利，抑或平等主义路径，皆枝叶茂盛，歧路也星罗棋布。功利主义，冠之以普济与宪政，是否一定缺乏自主性道德根基？洛克自然权利为何并非绝对？其“沐浴”，或者根源于神圣，而非等于神圣。德性与否，与自然相关，也与“沐浴”契合，关键在于生命可否延续，人文可否弘扬。归根结底，以人为目的，也就是回

归人之自身存在。权利,包括自然权利,只是人之延伸。反之,有可能异化。康德《判断力批判》有关善与生命命题发人深省。在形而上学思辨中,平等与正义,互涵互化,建构解构,浑然天成;在日常经验里,正义平等与否,实在是英国政治学家格雷所谓的权宜之计。权宜之计不流于权术泛滥,有赖于良善之习俗与理性协商。从历史语境主义角度而言,版权—表达权平等主义进路确实启人心智,也可以不断丰富。

20 世纪 90 年代伊始,互联网与数字技术激发了新一轮版权之争。欧美版权体系重构这一自然演进,有赖于良善习俗与时俱进。良善习俗之演化,除了哲学反思之外,亟待技术形态、商业模式、政治—法律持续创新,包括市场结构、公司规模及其治理结构、政府环境等。

最近 20 余年,版权问题仿佛又回到了这样一个大问题,即知识与思想是否产权。换言之,知识产权是否产权。当今之世,困难在于,就伯格森生命哲学,或者海德格尔存在哲学而言,版权成了“绵绵不绝之流”、“混沌之流”,而非仅仅“在先”之存在物。因此,“版权作品合法获得”就变得异常“暧昧”。同样,“版权专有性”也呈现“边界模糊”状态。在美国哲学家、控制论专家维纳看来,19 世纪是必然论世界观,20 世纪因概率论与相对论问世,变而为偶然论世界观。从“流”、“偶然”、“混沌”看待当今版权之争,也许有可能深化版权政治—法哲学思考。

尤杰先生 2003 年秋季开始,在已故金冠军教授门下做学问,硕士论文与博士论文皆专攻数字传媒技术时代版权问题,持续拓展,不断深入探究,以学术为志业,一以贯之,终于成就此书,可喜可贺。

祝愿尤杰先生一如既往,孜孜以求,不断别开生面,以学术为趣味人生。

目 录

Contents

导论 / 1

第一章 版权与表达权之争:功利主义进路 / 19

- 第一节 功利主义原则与功利主义版权观 / 20
- 第二节 版权—表达权功利主义进路的内容 / 26
- 第三节 版权—表达权功利主义进路的政治策略 / 31
- 第四节 版权—表达权功利主义进路的缺陷 / 42

第二章 版权与表达权之争:自然权利进路 / 50

- 第一节 自然权利概述 / 50
- 第二节 自然权利版权观及其在美国版权史中的体现 / 57
- 第三节 版权—表达权自然权利进路的内容 / 74
- 第四节 版权—表达权自然权利进路的贡献与缺陷 / 82

第三章 表达自由:从真理/民主论到自我实现论 / 89

- 第一节 表达自由的正当性论证 / 90
- 第二节 表达自由真理/民主论的内在悖论 / 101
- 第三节 从表达自由真理/民主论到表达自由自我实现论 / 108

在私有与共享之间

第四章 版权—表达权之争：平等主义进路 / 114

第一节 平等主义的基本理念 / 114

第二节 平等主义进路视野下的版权与表达权之争 / 127

第三节 版权—表达权平等主义进路的实证法参考资源：大型购物中心诸案 / 143

第五章 转换性使用在当代美国版权法实践中的处境 / 159

第一节 转换性使用的法律界定与分类 / 160

第二节 转换性使用与参与式文化 / 164

第三节 转换性使用的表达自由价值 / 173

第四节 转换性使用的侵权纷争 / 180

第五节 平等主义进路视域中的转换性使用侵权纷争 / 189

第六章 平等主义进路可能遭遇的版权法实践困境及其化解之道 / 196

第一节 版权永久性问题 / 196

第二节 公共/政治性版权作品的获取问题 / 199

第三节 衍生作品著作权问题 / 206

第四节 作者精神权利问题 / 212

结语 / 216

参考文献 / 220

索引 / 243

后记 / 249

导论

一、题解

所有的文化创造与言论表达都建立在对已有的文化创造与言论表达的使用之上。正如法官斯托雷(Story)在 160 多年前所指出的那样:“从抽象意义上来讲,在真理、文学、科学和艺术中,几乎没有什么真正全新和原创的。所有的文学与艺术作品以及科学成果都必然要借用以及使用前人的创造成果。”^①然而,版权的存在使得一部分文化与言论在一定期限内成为了某些人的私有财产,于是他人就无法在这一期限内任意地利用版权作品的内容来进行文化创造与言论表达,因为某些使用可能侵犯了版权所有人对其版权作品所拥有的诸项专有性权利。就此而言,版权的存在限制了他人利用该作品进行言论表达的自由。

法官斯托雷的论断虽然强调的是对版权作品的“借用”和“使用”,但事实上,对版权作品的任何“借用”和“使用”都有一个不言而喻的前提:版权作品的借用者和使用者必须先获取作品才能对其进行借用和使用。换言之,如果我们承认“所有的文学与艺术作品以及科学成果都必然要借用以及使用前人的创造成果”的话,那我们似乎就必然要同时承认后来的文学家、艺术家以及科学家应该能够获取之前的文学、艺术与科学成果,否则

^① Emerson v. Davies, 8 F. Cas. 615(1845).

文艺创造和言论表达便成了无源之水而失去了持续性发展的动力。获取版权作品和使用版权作品其实正对应着表达自由这枚硬币的两面:表达者“听”的权利和表达者“说”的权利^①。正如美国最高法院法官布伦南(Brennan)在 Board of Education v. Pico 一案的法庭意见中所指出的那样,“接受观点的权利是接受者能够实质性地行使其言论表达权的必要前提”^②,相应地,公众也只有获取(听)了版权作品才有可能使用版权作品来进行真正自主的表达(说)。

于是,版权对他人言论表达的限制就可以被细分成两个主要方面:对版权作品的获取和对版权作品的使用。对版权作品的获取指的是通过对版权作品进行阅读、收听以及观看行为从而获取该作品的符号组合所可能传达的信息。比如阅读一本书籍(纸质或者电子)、收听广播、到电影院或者在影碟机上观看一部电影^③。不过,直到版权体系在数字时代新增反规避条款以前,传统版权法并不直接限制对版权作品的获取行为^④。在模拟时代,对这一行为的限制一般是通过两个途径来间接实现的。其一是通过对版权作品所附着的物质载体的控制来实现。这一控制的具体执行者往往不是版权所有者自己,而是像书店经营者、电影院所有者和影碟销售商这样的发行、播映与销售机构。就此而言,传统的实体财产法才扮演了真正的法律角色;其二是通过对版权作品的替代性全盘复制以及传播复制品这一使用行为施加限制来实现。因为限制他人对某版权作品进行替代性全盘复制与传播就意味着限制能够在市场上流通的该版权作品复制品的数量,从而减少了公众获取该版权作品的机会。版权法在此扮演了关键的角色,因为他人对版权作品的替代性全盘复制与传播复制品的行为侵犯了版权所有者依法专享的复制权和发行权。

版权限制他人表达自由的第二个表现是其限制了他人利用版权作品

① Kleindienst v. Mandel, 408 U. S. 775 - 76(1972).

② Board of Education v. Pico, 457 U. S. 867(1982).

③ Zohar Efroni, *Access-Right: The Future of Digital Copyright Law*. Oxford University Press, 2011. pp. 128 - 129. 该书将对版权作品的获取分为(人类)感官获取和机器获取两类,本书不讨论后者,因此本书中的获取均指(人类)感官获取。

④ Zohar Efroni, *Access-Right: The Future of Digital Copyright Law*. Oxford University Press, 2011. pp. 149 - 150.

的内容进行自主言论表达的自由。和对版权作品的替代性全盘复制这一使用方式不同,所谓“利用版权作品的内容”指的是在新的创作与表达中融入原作品的核心元素(例如小说中的人物形象、场景设置、故事情节)乃至复制的片段甚至整体,但由于增加了使用者创作的新的内容或者经过使用者创造性的剪辑或拼贴,最终产生的作品和表达具有了不同于原作品或表达的新的质素与内涵,从而成为了一部可以独立于原作品而存在的新作品或新表达。在普通法版权体系中,这类使用一般被称为对版权作品的“转换性使用”(transformative use),因为在这类使用情形中,被使用的原作品内容已经具有了不同的新的意义或者目的,原作品的内容已经成为了转换性使用者的创作原材料而不是对原作品的替代。由于转换性使用往往使用了原作中的核心元素,在数字语境中更往往对原作的片断乃至整体进行了精确复制,其最终形成的作品或表达又可能在相当大的程度上因其与原作品或表达之间的衍生关系而产生了某种独特的意义,因此这类使用便可能因为侵犯了版权所有者依法享有的复制权和衍生作品创作权(the right to prepare derivative works)而受到了限制。相应的,在事先并未获得版权所有者同意的情况下对版权作品进行转换性使用的行为就往往被称为“挪用”(appropriation)。

尽管学者梅尔维尔·尼莫(Melville B. Nimmer)早在数字革命席卷全球之前 30 年就已指出,版权与表达权之间的潜在冲突一直是一个“被忽略的悖论”：“人们不但没有察觉两者之间存在着关联性,更没有意识到将两者视为‘和谐共存’这样一种观点所具有的自相矛盾。”^①但毫无疑问的是,数字时代、特别是宽带互联网时代的到来极大地凸显了这两者之间所存在的紧张关系。一方面,以数字化形式存在或者经过数字化之后的信息产品/版权作品——书籍、音乐、电影、电脑软件——能够被轻易地精确复制并通过互联网向全球传播,而随着各种易于掌握且费用低廉的文字、图像、音频以及视频处理软件的出现,版权作品消费者也能够越来越便利地对版权作品进行无论就其内容还是形式而言都极其多元化的转换性使

① Melville B. Nimmer, Does Copyright Abridge the First Amendment Guarantees of Free Speech and Press? 17 *UCLA Law Review*, 1180(1969 - 1970).

用。获得数字技术赋权的信息产品/版权作品消费者不再满足于消极地接受版权产业向他们所抛售的文化成品,而是更倾向于主动地和他人分享他们所获得的信息与文化资源,并通过对大众文化产品的积极挪用来参与其所生存于之中的文化与意义环境的塑造与建构^①。对于版权作品消费者来说,数字时代的到来意味着他们能够也应该以更便利的方式获取和使用更多的信息与文化资源,从而更充分地行使其言论表达的权利。相应的,他们往往将信息、文化、知识视为一种人人有权获取与使用的公共性而非私有性资源^②;另一方面,数字技术的兴起与互联网的普及却在版权所有者之中造成了恐慌:^③数字技术与互联网极大地降低了复制、挪用与传播版权作品的便利程度以及经济与时间成本,这导致了每一个拥有版权作品复制品(无论是合法还是非法获取)的普通消费者而不仅仅是职业盗版者都成为了版权所有者的潜在市场竞争者,使得版权法所确保的、为版权所有者所专享的复制、衍生作品创作、发行以及公开播放/展览等权利遇到了前所未有的挑战。由 Napster 所肇始的、遍及全球的 P2P 文件共享活动以及由 YouTube 等网站所助推的视频分享行为已经证明版权所有者的恐慌绝非庸人自扰、空穴来风。于是,从版权所有者的视角来说,数字作品的易于精确复制与广泛传播并不意味着他们只能无条件地顺势放松对其作品版权的主张,而是应该在运用传统版权持续围剿数字网络盗版的同时,充分利用数字技术本身所提供的可能强化对其公开发行的数字作品的获取与复制控制,并通过新的版权立法来为其技术自助手段提供法律保护。如此一来,其公开发行的版权作品即使在赛博空间中也

① Jack M. Balkin, *Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom Expression for the Information Society*, 79 *N. Y. U. Law Review*, 7-9, 37 (2004).

② 2013年1月自杀身亡的美国网络活动家阿隆·斯沃兹(Aaron Swartz)所写的《开放访问游行行动宣言》(*Guerilla Open Access Manifesto*)堪称这一理念的极端化代表。这一宣言主张:“信息就是力量。但就像所有力量一样,有些人只想占为己有。世界上所有的科学和文化遗产,已在书籍和期刊上发布了数个世纪,正渐渐地被少数私有的公司数字化并上锁。这样的代价实在太高。那些公司握有版权,他们靠限制访问赚取大把的钱,而且这是完全合法的。但我们可以反击。我们要夺回信息,无论它们被存在何处,制作我们的副本并和全世界分享。”该宣言原文见 http://archive.org/stream/GuerillaOpenAccessManifesto/Goamjuly2008_djvu.txt.

③ 事实上每一种新的传播与复制技术——特别是那些能够为版权作品的普通消费者所掌握的技术——的出现都会造成版权所有者和版权产业的集体恐慌。参见 William Patrick, *Moral Panics and the Copyright Wars*. New York: Oxford University Press, 2009. Chapter 8.

能不失私有财产本色,从而确保其实现多元化的数字商业战略^①。

于是,如果说版权与表达权之争在前数字时代因为复制与传播技术自身的物理性局限而主要发生在版权所有者与其他版权所有者——例如出版社、电影公司、唱片公司——或者职业创作者——例如作家、词曲作者、视觉艺术家——之间的话,那么数字复制、挪用和传播技术的兴起则急剧地改变了版权作品普通消费者和版权作品文本以及版权所有者之间的原初权力关系,从而使得前者试图通过强调信息与文化产品的公共资源性质来维护其表达权的主张与后者试图通过扩张及强化版权体系来维持其版权作品私有性的努力所形成的冲突成为了一个可能会影响到每一个现代公民日常数字文化实践的重要议题。在进入数字时代之后,私有的文化财产与公共的言论表达之间的纠葛与纷争再也不可能被悬置一旁,而成了一个亟待在法律层面上予以厘清的迫切现实问题。然而,版权与表达权之争所牵涉的法律问题只怕还无法单纯依靠现有的制定法版权体系自身的逻辑架构来获得令人满意的解答,这是因为在这一争端中要解决的并不仅是如何依据现有的版权和表达自由法律体系及其内设机制来协调两种权利的冲突这一实然性问题,而更是对版权——特别是复制权、发行权和衍生作品创作权——以及获取和利用版权作品进行表达这两种权利的道德正当性基础加以哲学辨析这一应然性问题。事实上,只有在应然性层面上夯实这两种权利的道德正当性基础以及它们相对于对方的道德边界之后,我们才能在实然性制定法层面上厘定它们的法律边界,并最终通过立法以及司法途径为解决这一纷争描绘出一张更为精细与公正的路线图。换言之,权利的道德正当性基础将为其在制定法体系中的法定约束力提供最根本的合法性依据。

依据其所拥有的诸项专有性权利,版权所有者能够对他人获取其版权作品并进而使用该作品进行言论表达的行为施加种种限制。然而,当版权所有者基于其版权来限制他人表达自由的能力之时,他/她必须要为那些承受这些限制的人们提供一个必要的道德正当性辩护^②。同样的,如

① 例如利用不同的获取与复制控制组合来实现数字信息与文化产品的价格歧视。

② Jeremy Waldron, *From Authors to Copiers: Individual Rights and Social Values in Intellectual Property*, 68 *Chicago-Kent Law Review*, 887(1992-1993).

果非版权所有者试图以其表达自由权受到侵犯为根据来对这些限制施加反限制的话,那么他/她也必须为版权所有者提供一个必要的道德正当性辩护。对这一限制与反限制的关系进行尽可能充分的道德正当性以及法理层面上的哲学论证就是本书的主要写作目的。

这一哲学论证将会在两个具体层面上展开:

在第一个层面上,本书将对版权与表达权作为个人权利所具有的道德正当性进行论证。这一层面要考察的核心问题是:创造性作品的作者是否应该私人享有其作品的财产权?这一私有产权的本质究竟是一种公民社会基于整体性文化福利目标的考量而通过制定法授予的政策性工具,还是公民社会基于某种原则性的道德依据必须通过制定法予以承认的个人基本权利?同样的,言论表达权的本质究竟是一种为实现民主政治良性运作所必需的程序性保障机制,还是自由民主社会自身所仰赖的道德正当性所作出的内在规定?版权作为一种私有产权与言论表达权能否被纳入同一个整全性的规范性体系,这一规范性体系能够依据同一个根本原则既为这两种权利提供道德正当性论证,又为这两种权利相互对应的道德边界作出基本的框定?

在第二个层面上,本书将把对版权与言论表达权的正当性所作的抽象哲学论证和版权作品同时作为一种带有强烈“公共产品”特性的私有财产以及作为一种公共言论资源的双重特性相结合,对与版权作品的获取以及对版权作品的转换性使用相关的具体个人权利问题进行道德正当性以及法哲学论述。这一层面要考察的核心问题是:版权所有者应否拥有一项专有性的对其作品的获取控制权?在合法获取版权作品之后,使用者应否拥有一项对该版权作品进行转换性使用的言论表达权利?就其规范性价值而言,对合法获取的版权作品进行转换性使用这一行为在版权与表达权之争中占有怎样一种地位?

不过,尽管本书的主要目的是在哲学应然性层面上而不是在制定法实然层面对版权与表达权之争进行反思,但制定法实然层面的具体情形毕竟会成为哲学应然层面的现实参照乃至实践检验。事实上,完全脱离具体的版权法和表达自由法语境来抽象地探讨版权与表达权之争本就是一件无法想象的任务,因为正如许多规范伦理学论述往往源于对现实

中某些道德情境或困境的回应一样,对版权与表达权之争的大量规范性思考也往往源于具体的版权法条文以及案例所引发的争议。上文对数字技术的兴起如何激化了版权与表达权之争的简短描述其实也已经多少表明了这一点。然而,如何选取一个具体的制定法语境却面临着一个明显的困难。至少从相关版权法条文的措辞与司法解释来看,当今各国的版权立法与司法实践之间还是存在着明显差异的,其中以作者(精神权利)为中心的欧洲大陆版权体系与以作品(财产权利)为中心的英美普通法版权体系之间的差异似乎尤为显著^①。与此同时,当今各国对公民表达自由权利的界定以及保护程度即便在自由民主国家之间也往往存在着相当明显的不同,例如纳粹言论在美国是受保护的言论,而在德国则是被严禁的违法言论。化解这一困难的最佳途径无疑是同时覆盖大陆法系和普通法系内的主要国家及地区,并通过对各国版权法与表达自由法的综合梳理来为道德应然性层面上的论证提供最全面的经验性参照。然而为了达成实证法层面上的面面俱到所必然导致的诸多枝蔓性、比较性论述可能反倒会模糊本书的焦点任务——对版权与表达权之争的哲学反思。事实上,在全球化背景下各国——至少各主要的自由民主国家——版权体系与表达自由理念呈现出某种融合趋势的今天^②,将论述语境设置在一个具有代表性的国家或地区以内只会提升本书哲学讨论的紧凑性而不会降低

① Andreas Rahmatian, *Copyright and Creativity: The Making of Property Rights in Creative Works*. Cheltenham; Edward Elgar, 2011. p35, 47-48.

② 例如,以作者精神权利为主皇的大陆版权法体系已经具有了强烈的普通版权法体系财产权利的维度(参见 Andreas Rahmatian, *Copyright and Creativity: The Making of Property Rights in Creative Works*. Cheltenham; Edward Elgar, 2011. pp. 48-60),而且也对破坏原作整体性的转换性使用予以一定保护(参见 Leslie Kim Treiger-Bar-Am, *Authors' Rights as a Limit to Copyright Control*, 载于 Fiona Macmillan (ed.), *New Directions in Copyright Law*. Cheltenham; Edward Elgar, 2007. pp. 366-367)。与此同时,普通法系国家的学者也开始深入地讨论如何将精神权利更全面地引入本国版权法(例如 Roberta Rosenthal Kwall, *The Soul of Creativity: Forging a Moral Rights Law for the United States*. Stanford; Stanford University Press, 2010)。在表达自由领域,尚未正式立法禁止仇恨言论的美国已经有越来越多的学者著书立说为这类立法提供道德正当性论证,例如当代英语政治与法哲学界的领军人物杰里米·沃尔德伦(Jeremy Waldron)新近出版的专著 *The Harm in Hate Speech* (Cambridge; Harvard University Press, 2012)便以尊重人性尊严和确保个人享有安全的社会地位为根本道德依据来主张美国应该效法其他自由民主国家立法禁止仇恨言论。

其论证结果的普遍有效性。2011年在普通法系国家出版的三部阐述版权正当性基础的著作都没有追求实证法语境上的全面性,而是分别在美国、英国和加拿大的版权乃至知识产权法语境中展开道德与法哲学论述,但三部著作的作者都毫不怀疑其结论所具有的普适性意义^①。

本书最终决定选取美国作为基本的论述语境,这主要是出于以下若干考虑:

首先,就版权立法的全面性和精细度而言,美国无疑居于当今世界的前列。作为世界上最早进行版权立法的国家之一,美国对版权的保护充分体现了一种与时俱进的精神。美国宪法第一款第八条直接授权国会制定保护知识产权的法案。自1790年颁布第一部版权法案以来,美国国会根据新传播技术的发展以及新作品形式的出现或成熟不断地对现有版权法的内容加以修正和扩展,包括在1909年和1976年两次全面修订版权法案。就受到版权法保护的主体而言,《1976年版权法案》覆盖了文学作品、音乐作品(包括歌词)、戏剧作品(包括作品中的音乐)、舞蹈作品、图像和雕塑作品、电影及其他视听作品和唱片。此后电脑程序(1980年)、半导体线路图(1984年)以及建筑作品(1990年)也被纳入了该法案的保护之下。就版权所有者享有的专有权利而言,《1976年版权法案》规定版权所有者享有其作品的复制权、衍生作品创作权、发行权、公共表演(播映)权以及展览权。1995年,国会又为唱片版权所有者添加了一项数字传播权。1998年的《数字千禧年版权法案》则为版权所有者新增了一项对其数字作品的获取控制权,正式将美国版权法体系引入了数字时代^②。不过,美国版权法体系在不断扩展版权所有者权利的同时也对版权所有者的诸项专有性权利施加了若干明确的限制,特别是被广泛视为保护表达自由的版权法内设机制——观念/表达二分法和“合理使用”原则。于是,美国版权立法本

① 这三部著作分别是:Robert Merges, *Justifying Intellectual Property*. Cambridge: Harvard University Press, 2011; Andreas Rahmatian, *Copyright and Creativity: The Making of Property Rights in Creative Works*. Cheltenham: Edward Elgar, 2011; Carys J. Craig, *Copyright, Communication and Culture: Toward a Relational Theory of Copyright Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2011.

② 17 U. S. C. § 102, 106, 302, 1201.