

“十二五”国家重点图书出版规划

法律科学文库

总主编 曾宪义

著作权激励 机制的法律构造

熊琦 著

Copyright's Incentive Structure



YZL0890146740

 中国人民大学出版社

著作权激励 机制的法律构造

熊琦 著

Copyright's Incentive Structure



YZLI0890145740

中国人民大学出版社
• 北京 •

图书在版编目 (CIP) 数据

著作权激励机制的法律构造/熊琦著. —北京: 中国人民大学出版社, 2011. 11
(法律科学文库)

ISBN 978-7-300-14894-6

I. ①著… II. ①熊… III. ①著作权法—研究 IV. ①D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 256204 号

“十二五”国家重点图书出版规划

法律科学文库

总主编 曾宪义

著作权激励机制的法律构造

熊琦 著

Zhuzuoquan Jilijizhi de Falügouzao

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511398 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com> (人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 北京鑫丰华彩印有限公司

规 格 170mm×228mm 16 开本

版 次 2011 年 11 月第 1 版

印 张 17 插页 2

印 次 2011 年 11 月第 1 次印刷

字 数 361 000

定 价 45.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

谨以此书献给我的父亲母亲



总 序

曾宪义

“健全的法律制度是现代社会的基石”，这一论断不仅已为人类社会的历史发展所证明，而且也越来越成为人们的共识。在人类历史上，建立一套完善的法律体制，依靠法治而促进社会发展、推动文明进步的例证，可以说俯拾即是。而翻开古今中外东西各民族的历史，完全摒弃法律制度而能够保持国家昌隆、社会繁荣进步的例子，却是绝难寻觅。盖因在摆脱了原始和蒙昧以后，人类社会开始以一种“重力加速度”飞速发展，人的心智日渐开放，人们的利益和追求也日益多元化。面对日益纷纭复杂的社会，“秩序”的建立和维持就成为一种必然的结果。而在建立和维持一定秩序的各种可选择方案（暴力的、伦理的、宗教的和制度的）中，制定一套法律制度，并以国家的名义予以实施、推行，无疑是一种最为简捷明快、也是最为有效的方式。随着历史的演进、社会的发展和文明的进步，作为人类重要精神成果的法律制度，也在不断嬗变演进，不断提升自身的境界，逐渐成为维持一定社会秩序、支撑社会架构的重要支柱。17世纪以后，数次发生的工业革命和技术革命，特别是20世纪中叶发生的电子讯息革命，给人类社会带来了天翻地覆的变化，不仅直接改变了讯息交换的规模和速度，而且彻底改变了人们的生活方式和思维方式，使人类生活进入了更为复杂和多元的全新境界。在这种背景下，宗教、道德等维系社会人心的传统方式，在新的形势面前越来越显得力不从心。而理想和

实际的选择,似乎是透过建立一套理性和完善的法律体制,给多元化社会中的人们提供一套合理而可行的共同的行为规则,在保障社会共同利益的前提下,给社会成员提供一定的发挥个性的自由空间。这样,既能维持社会整体的大原则、维持社会秩序的基本和谐和稳定,又能在在此基础上充分保障个人的自由和个性,发挥每一个社会成员的创造力,促进社会文明的进步。唯有如此,方能达到稳定与发展、整体与个人、精神文明与物质进步皆能并行不悖的目的。正因为如此,近代以来的数百年间,在东西方各主要国家里,伴随着社会变革的大潮,法律改革的运动也一直呈方兴未艾之势。

中国是一个具有悠久历史和灿烂文化的国度。在数千年传承不辍的中国传统文化中,尚法、重法的精神也一直占有重要的位置。但由于古代社会法律文化的精神旨趣与现代社会有很大的不同,内容博大、义理精微的中国传统法律体系无法与近现代社会观念相融,故而在19世纪中叶,随着西方列强对中国的侵略,绵延了数千年的中国古代法律制度最终解体,中国的法制也由此开始了极其艰难的现代化的过程。如果以20世纪初叶清代的变法修律为起点的话,中国近代以来的法制变革活动已经进行了近一个世纪。在这将近百年的时间里,中国社会一直充斥着各种矛盾和斗争,道路选择、主义争执、民族救亡以及路线斗争等等,使整个中国一直处于一种骚动和不安之中。从某种意义上说,社会变革在理论上会给法制的变革提供一定的机遇,但长期的社会骚动和过于频繁的政治剧变,在客观上确实曾给法制变革工作带来过很大的影响。所以,尽管曾经有过许多的机遇,无数的仁人志士也为此付出了无穷的心力,中国近百年的法制重建的历程仍是步履维艰。直至20世纪70年代末期,“文化大革命”的十年动乱宣告结束,中国人开始用理性的目光重新审视自身和周围的世界,用更加冷静和理智的头脑去思考和选择自己的发展道路,中国由此进入了具有非凡历史意义的改革开放时期。这种由经济改革带动的全方位民族复兴运动,也给蹉跎了近一个世纪的中国法制变革带来了前所未有的机遇和无限的发展空间。

应该说,自1978年中国共产党十一届三中全会以后的20年,是中国历史上社会变化最大、也最为深刻的20年。在过去20年中,中国人民高举邓小平理论伟大旗帜,摆脱了“左”的思想的束缚,在政治、经济、文化各个领域进行全方位的改革,并取得了令世人瞩目的成就,使中国成为世界上最有希望、最为生机勃勃的地区。中国新时期的民主法制建设,也在这一时期内取得了令人惊喜的成就。在改革开放的初期,长期以来给法制建设带来巨大危害的法律虚无主义即得到根除,“加强社会主义民主,健全社会主义法制”成为一个时期内国家政治生活的重要内容。经过近二十年的努力,到90年代中期,中国法制建设的总体面貌发生了根本性的变化。从立法上看,我们的立法意识、立法技术、立法水平和立法的规模都有了大幅度的提高。从司法上看,一套以保障公民基本权利、实现司法公正为中心的现代司法诉讼体制已经初步建立,并在不断完善之中。更为可喜的是,经过近二十年的潜移默化,中国民众的法律意识、法制观念已有了普遍的增强,党的十五大确定的“依法治国”、“建设社会主义法治国家”的治国方略,已经成为全民的普遍共识和共同要求。这种观念的转变,为中国当前法制建设进一步完善和真正以依法治国目标的

实现提供了最为有力的思想保证。

众所周知,法律的进步和法制的完善,一方面取决于社会的客观条件和客观需要,另一方面则取决于法学研究和法学教育的发展状况。法律是一门专业性、技术性很强,同时也极具复杂性的社会科学。法律整体水平的提升,有赖于法学研究水平的提高,有赖于一批法律专家,包括法学家、法律工作者的不断努力。而国家法制总体水平的提升,也有赖于法学教育和法学人才培养的规模和质量。总而言之,社会发展的客观需要、法学研究、法学教育等几个环节是相互关联、相互促进和相互影响的。在改革开放的20年中,随着国家和社会的进步,中国的法学研究和法学教育也有了巨大的发展。经过20年的努力,中国法学界基本上清除了“左”的思想的影响,迅速完成了法学学科的总体布局和各分支学科的学科基本建设,并适应国家建设和社会发展的需要,针对法制建设的具体问题进行深入的学术研究,为国家的立法和司法工作提供了许多理论支持和制度上的建议。同时,新时期的法学教育工作也成就斐然。通过不断深入的法学教育体制改革,当前我国法学人才培养的规模和质量都有了快速的提升。一大批用新思想、新体制培养出来的新型法学人才已经成为中国法制建设的中坚,这也为中国法制建设的进一步发展提供了充足和雄厚的人才准备。从某种意义上说,在过去20年中,法学界的努力,对于中国新时期法制建设的进步,贡献甚巨。其中,法学研究工作在全民法律观念的转变、立法水平和立法效率的提升、司法制度的进一步完善等方面所发挥的积极作用,也是非常明显的。

法律是建立在经济基础之上的上层建筑,以法律制度为研究对象的法学也就成为一个实践性和针对性极强的学科。社会的发展变化,势必要对法律提出新的要求,同时也将这种新的要求反映到法学研究中来。就中国而言,经过近二十年的奋斗,改革开放的第一阶段目标已顺利实现。但随着改革的逐步深入,国家和社会的一些深层次的问题也开始显现出来,如全民道德价值的更新和重建,市场经济秩序的真正建立,国有企业制度的改革,政治体制的完善等等。同以往改革中所遇到的问题相比,这些问题往往更为复杂,牵涉面更广,解决问题的难度也更大。而且,除了观念的更新和政策的确定外,这些复杂问题的解决,最终都归结到法律制度上来。因此,一些有识之士提出,当前中国面临的难题或是急务在于两个方面:其一,凝聚民族精神,建立符合新时代要求的民族道德价值,以为全社会提供一个基本价值标准和生活方向;其二,设计出一套符合中国国情和现代社会精神的“良法美制”,以为全社会提供一系列全面、具体、明确而且合理的行为规则,将各种社会行为纳入一个有序而且高效率的轨道。实际上,如果考虑到特殊的历史文化和现实情况,我们会认识到,在当前的中国,制度的建立,亦即一套“良法美制”的建立,更应该是当务之急。建立一套完善、合理的法律体制,当然是一项极为庞大的社会工程。而其中的基础性工作,即理论的论证、框架的设计和实施中的纠偏等,都有赖于法学研究的进一步深入。这就对我国法学研究、法学教育机构和广大法律理论工作者提出了更高的要求。

中国人民大学法学院建立于1950年,是新中国诞生以后创办的第一所正规高等法学教育机构。在其成立的近半个世纪的岁月里,中国人民大学法学院以其雄厚的

学术力量、严谨求实的学风、高水平的教学质量以及极为丰硕的学术研究成果，在全国法学研究和法学教育领域中处于领先行列，并已跻身于世界著名法学院之林。长期以来，中国人民大学法学院的法学家们一直以国家法学的昌隆为己任，在自己的研究领域中辛勤耕耘，撰写出版了大量的法学论著，为各个时期的法学研究和法制建设作出了突出的贡献。

鉴于当前我国法学研究所面临的新的形势，为适应国家和社会发展对法学工作提出的新要求，中国人民大学法学院和中国人民大学出版社经过研究协商，决定由中国人民大学出版社出版这套“法律科学文库”，陆续出版一大批能全面反映和代表中国人民大学法学院乃至全国法学领域高品位、高水平的学术著作。这套“法律科学文库”是一个开放型的、长期的学术出版计划，以中国人民大学法学院一批声望卓著的资深教授和著名中青年法学家为主体，并聘请其他法学研究、教学机构的著名法学家参加，组成一个严格的评审机构，每年挑选若干部具有国内高水平和有较高出版价值的法学专著，由中国人民大学出版社精心组织出版，以达到集中地出版法学精品著作、产生规模效益和名著效果的目的。

“法律科学文库”的编辑出版，是一件长期的工作。我们设想，借出版“文库”这一机会，集中推出一批高质量、高水准的法学名著，以期为国家的法制建设、社会发展和法学研究工作提供直接的理论支持和帮助。同时，我们也希望通过这种形式，给有志于法学研究的专家学者特别是中青年学者提供一个发表优秀作品的园地，从而培养出中国新时期一流的法学家。我们期望并相信，通过各方面的共同努力，力争经过若干年，“法律科学文库”能不间断地推出一流法学著作，成为中国法学研究领域中的权威性论坛和法学著作精品库。



序 一

熊琦博士的这本新作，是他在中国人民大学攻读博士学位期间研究思考的结果。作为他硕士与博士阶段的指导老师，我见证了本书从选题构思到创作完成的全过程。在写作中，熊琦博士一直是以认真且愉悦的心态在进行研究，他严谨求实的学术态度和对法学研究事业的真诚热爱，相信大家能够从本书中感受到。

本书最大的特点，是很好地结合了学术研究中的“问题”与“主义”，既没有只局限于问题而就事论事，也没有只讨论主义仅坐而论道。本书紧扣著作权制度作为产业之法与技术之法的特点，纯熟地运用了法经济学的分析工具，并采用了与发达国家相同的研究语境，将立法价值评价与具体制度设计相融通。这一研究视角在知识产权全球化与一体化程度不断提高的今天，具有特别的意义。在对激励机制正当性的解释上，本书广泛吸收了国际最新、最权威的文献资料，使每一步论证都建立在最前沿的理论研究成果上，令人信服；在以激励理论建构著作财产权的配置规则时，本书系统梳理了发达国家相关制度变革的经验与趋势，为我国立法进路的选择提供了有力论证。更难能可贵的是，作者没有拘泥于所谓的主流学说和权威观点，在小心求证的基础上，旗帜鲜明地坚持信息产权化的进路，主张通过权利配置而非单纯限制权利的方式解决网络时代著作权制度面临的困境，与如今动辄以“平衡”和“限制”作为结论的研究成果形成鲜明对比。作为一位青

年学者，能有这样的研究视野和学术素养，是非常难能可贵的。根据本书构建的理论模型，熊琦博士还不断将书中打磨的方法和视角运用到更广泛的领域中，近年来连续在《法学》、《法商研究》、《法学家》与《法律科学》等法学类核心刊物上发表了一系列有分量的学术成果，也丰富和升华了本书的结论。

伴随我国著作权产业的繁荣，著作权制度研究也需要有新的气象和突破，本书作为一部著作权制度研究之作，既做到了有的放矢，也实现了举一反三，是一本兼具理论与实践意义的好书。至于本书在论点与论证上的诸多精妙，读者可直接阅读导论窥其一斑，无须我在此多做介绍了。

是为序。



中国法学会知识产权法研究会会长
中南财经政法大学知识产权研究中心主任、教授、博士生导师



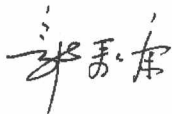
序 二

对中国而言，著作权法与其他现代知识产权制度一般，皆为西方国家的舶来品，中国著作权法从产生到修订，也一直伴随着中美知识产权贸易摩擦与利益博弈。然而，著作权制度要想在中国真正发挥其社会功能，仅仅依靠借鉴和学习发达国家著作权法的具体条文和规则，并不能达到目的。对一项法律制度而言，其科学性与解释力还必须以著作权理论的阐发和价值的梳理为必要条件。

熊琦博士的这本著作，选取了如今世界知识产权法学界最主流的激励理论作为解释工具，以著作权制度的经济效率为价值立场，系统、完整地解释了“信息为何产权化”与“信息如何产权化”这两个著作权法上的核心命题。一方面阐述了以效益工具和激励理论解释著作权制度的正当性，回应了文化分享，人格表达，甚至民主建构等多种著作权解释进路的批判；另一方面通过梳理著作权制度发展历史，找到了激励理论作为构建著作权制度价值来源的确凿证据，还原了著作权制度变革与发展背后的真实动力来源。同时，本书并未停留在单纯的理论探讨层面，而是将价值选择与制度建构紧密结合，以权利配置为线索，在著作财产权的类型设计、著作权许可的合法性范畴、著作权利限制的效力边界等问题上提出了独到的见解。另外，作者在写作中大量引用了美国权威的研究成果，也使其研究有了一个很高的起点。

熊琦博士在中国人民大学法学院求学期间，与我有过

多次交往，就本书涉及的相关问题，他也多次与我交流探讨，他开阔的视野与严谨的态度给我留下了深刻印象。如今新作出版，本人实不胜喜。本书提出的观点和运用的方法，皆能代表著作权制度研究的最新进展。因此无论是对国内理论研究还是立法实践而言，本书都具有很高的参考价值，希望本书获得相关立法机关和研究机构应有的重视，也希望熊琦博士在学术道路上取得更大成绩。



中国人民大学法学院教授、博士生导师
联合国教科文组织版权与邻接权讲席教授



序 三

熊琦博士的论文即将付梓，他约我作序。我大概可以算这篇论文创作过程的一个见证人，他是我所见过的唯一一个刚入学就有明确研究方向的博士生。开学伊始，他就来我的办公室谈论文构想，后来又旁听我给硕士生开设的课程。每次在办公楼碰到，他都会谈谈论文写作的进展或困惑，他对学术的热情给我留下了深刻的印象，以至于有段时间我不得不半开玩笑地劝他“去执”，适当地“放下”论文。这样一篇以热情和严谨铸就的论文值得读者关注（严谨在注解中可见一斑，他对外国文献的引用基本上都用原典），我也绝不想以过于详细的介绍剥夺诸位独立阅读的快感，仅谈一点自己的心得。

著作权制度的发展始终伴随着对该制度的正当性追问，知识的私产化究竟应当是原则还是例外迄今仍无定论。若为原则，则无足够理由不得限制知识的财产化，应多多益善。若为例外，则对知识的设权不应超越法律的目标，应适可而止。本书提到的“财产规则”和“责任规则”其实就是“多多益善模式”与“适可而止模式”之分。由于这两种观点各从不同的价值预设出发（著作权是原则/著作权是例外），故而难以说服对方。

熊琦博士试图寻求一种更为实证的路径，以历史考察和经济分析为基本研究工具，尽力摆脱价值预设的“见仁见智”所带来的模糊性，这是一种很有意义的探索。尤值一提的是，本书所称的“激励机制”，并不是通说中的

“激励创造”，而是指“通过权利配置来激励对信息生产与传播的投资”，这是经济分析范式得以运用的前提。创造本身既是宇宙的运行方式，也是人类生命力的自然体现，“理性人”假设无法适用于创造者。本书通过对激励对象的重新定位，确保了经济分析的有效性。

本书的另一个亮点是关注了权利初始分配之后私人的交易安排。进入数字化时代以来，对立法革新的呼声不断，一端是反映著作权人利益的强化保护的呼声，另一端是反映作品使用人利益的简化传播的呼声。无论哪一方，主流的思路似乎都寄希望于立法对初始权利分配的干预。事实上，现在被法律确认的许多制度都是源于私权主体的商业智慧。早在17世纪，有些畅销书的作家就和书商约定，书籍加印时要另付报酬，版税是商业的发明而非法律的发明。集体管理制度同样是商业智慧的体现。戈斯汀（Paul Goldstein）认为，“如果决定将著作权扩展于交易成本过高的领域，就有可能激发起为降低交易成本所必需的市场力量。”（戈斯汀：《著作权之道》，金海军译，200页，北京大学出版社2008年版。）或许，传统版权产业的困境和交易成本问题都有赖于商业模式创新，立法过于冒进地介入反而有可能窒息商业模式创新的热情。

时值中国著作权法新一轮修订启动，相信本书的问世会为我国著作权理论发展和制度设计提供灵感。

是为序。

李琛

2011年10月24日于北京



目 录

第一章 导论	1
一、研究目的：著作权制度中的“问题”与“主义”	1
二、研究方法：法经济分析的适用	3
三、研究框架	17
第二章 激励创作抑或激励投资：著作权激励机制的制度模型	20
一、引论：激励理论与激励机制	20
二、激励机制的历史变革：投资主导的诱致性制度变迁	24
三、激励机制的理论基础：效益主导的产权化制度选择	35
四、激励机制的立法设计：权利归属与权利范畴	51
第三章 权利的成本：著作权激励机制的构建路径与争议	63
一、引论：技术发展、利益分享与权利配置	63
二、技术进步与利益失衡：利益主体间的分歧	64
三、恢复“控制”：著作财产权类型化的不足与克服	74

四、质疑“控制”：对传统激励机制模式的批判与修正	92
第四章 产权，契约与市场：著作权激励机制的私人创制	117
一、引论：激励机制与权利配置方式	117
二、权利初始分配中的激励机制：财产规则的排他效力	118
三、权利再分配中的激励机制：著作权许可制度的创制功能	141
四、市场激励机制的形成：私人选择的权利配置方式	168
第五章 效率与公平的取舍：激励机制与利益分享的限度	181
一、引论：著作权激励机制的“能与不能”	181
二、激励机制与“垄断”：权利配置的边界	182
三、激励机制与信息共享：权利限制的制度设计	200
四、从强制到自治：作为私立规则的自由软件与知识共享	222
第六章 结论	235
一、信息为何产权化：激励机制的正当性证明	235
二、信息如何产权化：激励机制的制度模式选择	236
三、余论：“贪婪”是各方共同的特点	238
主要参考文献	239
后 记	255



第一章 导论

一、研究目的：著作权制度中的 “问题”与“主义”

法律体系的设计与法律价值的选择，可视为法学研究中的“问题”与“主义”，前者旨在解决社会生活中的具体争议，并设定法律关系的基本规则；后者旨在对社会生活中的利益关系进行取舍，并确定利益实现的先后序位。问题与主义相辅相成，对“问题”解决方法的选择，取决于立法者所持的法律价值观，而对“主义”解释力的检验，则来自对法律制度实施后制度绩效的考量。因此，任何法律制度上的设问都不可能仅涉及“问题”或“主义”，而是要同时在两者中寻找答案，只关注“问题”，将陷于就事论事而不能举一反三；只讨论“主义”，将沦于坐而论道却不能有的放矢。

在著作权制度上，“问题”与“主义”同样具有关联性，伴随着著作权产业的兴盛，著作权制度在追求经济效益上的功能日趋突出，为实现经济效益的最大化，以效益为中心的法经济分析成为著作权制度的主流解释理论，著作权制度被视为一种激励机制，旨在通过权利配置来实现著作权客体的最大效用。反映在法律构造上，著作权立法更多地体现了经济利益与经济效率，并表现为信息的产权化进程，从权利归属上看，著作财产权更多地被著作权人享有；从权利范畴上看，著作财产权类型不断扩张；从权利客体上看，更多信息产品被纳入著作权保护范围内；从权利限制上看，公共领域的范围在日趋缩小。