

上海三联法学文库

贺卫方 主编



Promises to Keep

说话算数

技术、法律以及娱乐的未来

Technology, Law and the Future of Entertainment

[美] 威廉·W. 费舍尔 (William Fisher) 著

李旭译

上海三联书店

1564613

3

说话算数

技术、法律以及娱乐的未来

Promises to Keep: Technology, Law, and the Future of Entertainment

by William W. Fisher III

[美]威廉·W. 费舍尔 著
李旭 译



上海三所书店

图书在版编目(CIP)数据

说话算数——技术、法律以及娱乐的未来/(美)费舍尔著;李旭译. —上海:上海三联书店,2013. 1

(上海三联法学文库)

ISBN 978-7-5426-3872-4

I. ①说… II. ①费…②李… III. ①视听资料—版权—保护—研究 IV. ①D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 153475 号

说话算数——技术、法律以及娱乐的未来

著 者 / 威廉·W. 费舍尔[William W. Fisher III]

译 者 / 李 旭

责任编辑 / 王笑红

装帧设计 / 豫 苏

监 制 / 李 敏

责任校对 / 张大伟

出版发行 / 上海三联书店

(201199)中国上海市都市路 4855 号 2 座 10 楼

网 址 / www.sjpc1932.com

邮购电话 / 24175971

印 刷 / 上海市印刷四厂有限公司

版 次 / 2013 年 1 月第 2 版

印 次 / 2013 年 1 月第 1 次印刷

开 本 / 640×960 1/16

字 数 / 240 千字

印 张 / 20.25

书 号 / ISBN 978-7-5426-3872-4/D·202

定 价 / 39.00 元

上海三联法学文库序

这是一套以翻译作品为主的法学丛书。关注法律出版的人们都知道,在过去的十多年间,法律翻译作品的出版差不多达到了百年来的一個高潮。无论是综合性的如“外国法律文库”(中国大百科全书出版社)、“当代法学名著译丛”(中国政法大学出版社)、“世界法学译丛”(北京大学出版社)、“世界法学名著译丛”(上海人民出版社),还是专题化的如“宪政译丛”(北京三联书店)、“宪政经典”(北京大学出版社)、“公法名著译丛”(商务印书馆),以及以国别为依据者如“美国法律文库”(中国政法大学出版社)、“当代德国法学名著”、“法国现代法学名著译丛”(均为法律出版社),甚至某个学者自成系统者如朱苏力教授主持的“波斯纳文丛”……林林总总,蔚为大观。这种法学的大规模“进口”对于开阔学界视野、深化法律教育和学术研究以及推进法治建设的意义是不言而喻的。

不过,仔细观察,尽管数量不少,但是法律译著的选题品种却仍有其缺陷。最突出的一点是,大多是一些理论和学术色彩较重的作品。由于致力于经典、名著的引进,选材不免惟学理高深者是取,这样,那些贴近社会生活的、具有相当人文色彩的作品就不多见了。偶尔有几本也由于选目不当或翻译粗劣而不能形成气候甚至败了读者的胃口。这种情况不仅导致法学译著的读者面的狭窄,而且也会带来相当的误导,人们会以为这就是外国的法学和法律的全貌。甚至对于那些试图打探门径、有所取益的行外学者读到这样的书也往往望而生畏、如坠五里雾中。法治建设应该是一项全社会的事业,如果没有其他领域的人士和国民的广泛参与,靠法律界孤军奋战,难有成效也是必然的。

说话算数

或许,这种情况与人们过多看重法学本身的科学性或专业化有关。实际上,作为一门与社会生活联系紧密的学科,法学在其演进过程中一直是与人心和人生息息相关的,而且也一直在各种不同学科的知识和方法里得到必要的滋养。虽然自古罗马开始,就出现了专门的法学家阶层,法学的专业化也意味着它与其他学科的分隔,但是,斯多葛哲学在罗马人的法律思考里留下了深深的印记。按照伯尔曼的见解,基督教为西方的法律传统奠定了神学基础。作为一门以解决纠纷、塑造良好社会秩序为目标的学问,法学一直与修辞学有着紧密的关联,甚至晚近的法律与文学运动还力倡法律就是一种文学(law as literature),因此要研究法律和法学中的叙事和修辞(narrative and rhetoric in the law),看看那些法律人是如何打着法律解释或法律推理的旗号说故事的。尽管这样的主张推到极致不免会伤害法律以及法学所追求的确定性,不过,它们还是提醒我们更全面地看待法学,不要忽略这门学科浓厚的人文色彩。

幸赖上海三联书店支持,我们能够组织这样一套富于人文色彩的法学丛书,力求在推进法学的多视角观察上有所贡献。我们会注重对于一些古典著作的挖掘,以全面地展现不同历史时期法学发展的重要篇章。为了便利当代读者理解这些经典著作之于今天的意义,当代学者对于古典著作所作的研究也是丛书选题的重点。我们将着重挑选一些有助于读者理解法治得以孕育和成长的社会文化环境的作品,例如研究最早将法学作为大学教授对象的博洛尼亚大学、英国律师会馆(Inns of Court)这样独具特色的法律教育机构的著作等。另外,著名法学家的传记最能够帮助我们理解那些法律人的心灵、情感和周遭环境,及其与特定学说和思想之间的关联,自然也是我们选题的侧重点。总之,一方面注重过去相对边缘化的人文取向的作品,追求丛书的独特性,另一方面,也保持相当的开放性,兼容并包,让丛书成为一个持续生长的百花园。开放性也意味着尽管在起始阶段以译著为主,不过在风格旨趣上相近的自家学人著作也是我们所乐于收入的。

上海三联书店一贯注重出版物的品质,包括翻译作品的质量。近年来法律译著行情看好,不少出版社竞相出版,一些不具翻译能力的人士也率尔操觚,个别译著甚至误译连篇,可以不夸张地说构成了对原著的践

踏。令人欣慰的是,这套丛书筹划之初便得到了法学界一些翻译高手的支持,尤其是几位虽然年轻却有着翻译上喜人成就的学者,他们的加盟为这套丛书的品质提供了坚实的保证。

自己虽然有过一些翻译的经验,也曾参与过一些丛书的组织,不过由于能力和视野上的局限,主持这样一套丛书还是有些诚惶诚恐。很希望学界先进能够不吝赐教,提供选题建议,对于已经出版的作品提出批评,从而让这样的文化事业获得光大的动力。

贺卫方

2005年12月10日

致 谢

ix

一支优秀的助研队伍是写作本书的前提。加百利·贝尔(Gabriel Bell)、马赛罗·盖拉(Marcelo Guerra)、亚伦·考托克(Aaron Kotok)、凯瑟琳·克拉格(Kathy Kraig)、托德·拉尔森(Todd Larson)、克里斯汀·芮纳尔特(Cristine Reynaert)和杰夫·史(Jeff Shih)收集整理了书中的大量数据。

在倾力写作的四年中,我在多个场合发表了逐渐成熟的书中论点,诸如:在纽约大学法学院“自由信息生态圈”研讨会上;在加州戴维斯大学法学院;在国际法律与技术协会年会上;在昆士兰科技大学;在巴西利亚召开的国际信息技术法大会上;两度在音乐联盟未来发展年会上;在斯坦福大学法学院互联网与社会研究中心;给新英格兰版权协会;在南西南音乐电影节上;在哈佛大学法学院暑期教师研讨会和法律与经济研讨会上;给耶鲁大学法学院信息社会项目组;在波士顿大学法学院;在位于巴哈马首都的拿骚社区学院(Nassau Community College);在杜克大学法学院;给华纳兄弟影业公司的高级律师们;给好莱坞电影台(HBO)的法务人员;在斯坦福大学法律与经济研讨会上;在圣达菲学院;以及在2004年加拿大音乐周上。参与者的评论弥足珍贵。

2003年12月,一群学者、社会活动者和商界人士齐集哈佛,参加为期一天的研讨会,探讨构建一个新的数字媒体补偿体系。当天的争论(以及后来的在线讨论)对本书末章结论的提炼帮助不小。

一些同事、好友和陌生朋友对本书初稿不吝赐教。其中,哈罗德·阿克赛拉德(Harold Aksehrad)、杰克·巴尔金(Jack Balkin)、约瑟夫·班克

x

曼(Joseph Bankman)、尤查·本克勒(Yochai Benkler)、贝诺尔特·德·伯尔赛蒂(Benoit de Boursetty)、奥文·布拉查(Oren Bracha)、保罗·卡普西奥(Paul Cappuccio)、阿努帕姆·坎德尔(Anupam Chander)、史蒂夫·克兰戴尔(Steve Crandall)、彼得·埃克尔斯利(Peter Eckersley)、约翰·吉尔默(John Gilmore)、路易斯·卡普洛(Louis Kaplow)、劳伦斯·莱斯格(Larry Lessig)、吉姆·洛甘(Jim Logan)、罗纳尔多·莱莫斯(Ronaldo Lemos)、道格拉斯·里西特曼(Douglas Lichtman)、迈克尔·麦克奎尔(Michael McGuire)、阿玛·迈塔(Amar Mehta)、艾萨克·利德斯基(Isaac Lidsky)、尼尔·耐塔奈尔(Neil Netanel)、迈克尔·奥海尔(Michael O'Hare)、多坦·奥利尔(Dotan Oliar)、迈克尔·保罗(Mikael Pawlo)、史蒂芬·沙威尔(Steven Shavell)、德莱克·斯拉特尔(Derek Slater)、提姆·苏利文(Tim Sullivan)、亚伦·施瓦茨(Aaron Swartz)、格里高利·蒂伍兹(Gregory Teves)、西瓦·法利德哈纳坦(Siva Validhyathan)和福瑞德·冯·洛曼(Fred von Lohmann)的建议尤为可取。

若没有《关于音乐产业：你需要知道的事情》(*All You Need to Know about the Music Business*)一书(书名颇为贴切)作者唐纳德·帕斯曼(Donald Passman)的友善帮助，我在第二章有关唱片业的论述中将犯许多错误。(华纳兄弟娱乐公司的)杰里米·威廉姆斯(Jeremy Williams)、谢莉·普瑞瑟(Shelley Presser)和(索尼电影娱乐公司的)贾瑞德·祖希姆(Jared Jussim)的批评对我描述电影业有同样的帮助。

哈佛法学院伯克曼互联网与社会研究中心的同仁——查理·耐森(Charlie Nesson)、约翰·帕尔弗雷(John Palfrey)和乔纳森·茨特芮恩(Jonathan Zittrain)——不仅提出了有独到见解的批评性意见，而且从始至终为我提供切实的后勤保障。我愿继续与他们一起研究伴随着未来数字媒体的机遇与问题。

Sterling Lord Literistic 公司的尼蒂·玛丹(Neeti Madan)、斯坦福大学出版社的阿曼达·摩兰(Amanda Moran)和玛利亚纳·芮考夫(Mariana Raykov)帮助我将本书付梓出版。大卫·霍恩(David Horne)的编辑工作简直棒极了。

最重要的是爱妻黛安娜·罗森费尔德(Diane Rosenfeld)的鼓励与引导。

前 言

1

2000年8月，Napster已是美国家喻户晓的名词。成千上万的美
国人用着以之命名的基于互联网的文件共享系统来交换享有版权唱
片的“MP3”版本。主要的唱片公司向 Napster 提起诉讼，称：Napster
促就和鼓励了这种行为，违反了版权法。7月，负责审理此案的联邦
地区法院法官支持唱片公司的诉讼请求，命令 Napster 停止“促进”
(facilitating)音乐作品和唱片的非法复制和传播。随后，联邦上诉法
院暂停了地区法院命令的执行。但美国多数评论者认为地区法院的
命令将最终获得认可。Napster 继续运行，但一片乌云已笼罩了
Napster 和它的使用者。

在这风云变换之时，我应邀赴里约热内卢作一个演讲，主题是
“互联网对知识产权法的影响”。听众约有 350 名巴西律师、150 位
法官和 200 名法学专业学生。演讲中，我开始谈及 Napster 案和它
的可能判决结果。由于不敢确定听众是否对 Napster 运作模式有所
了解，于是我问道：“你们中有多少人使用过 Napster？”约半数人举
起了手。

这一回答揭示了当前美国和其他国家音乐产业所面临危机的几个方
面。最明显不过的一个方面是，唱片公司和众多音乐人所依赖的传统商
业模型已受到互联网新技术的威胁。多年来，音乐在全世界的基本传播
方式是买卖含有录音的“物”（“单一物”，如：密纹唱片、磁带和目前的
CD）。一旦消费大众能够轻而易举地免费从互联网上获得音乐，那么对

2

这些“物”的需求迟早会减少。文件共享系统对唱片销售的影响程度是一个复杂的问题，我们会在后续章节加以分析。但归根结底，如果文件共享系统像在巴西这样得到广泛普及，有合法授权的传统唱片市场将注定衰落。

另一个不太容易察觉的方面是，唱片公司所惧怕的新技术会带来相当的社会和经济利益。巴西的律师和法官们（正如演讲结束后部分听众向我解释的那样）可以使用 Napster 获得音乐，这可比购买 CD 要便宜、轻松和迅速多了。当然，通过互联网得到廉价音乐并不一定使社会获益，毕竟低成本获得音乐在很大程度上反映出音乐作品的创作者（音乐人）和制作传播者（中间人）没有获得应有的补偿——这看起来似乎并不公平，并且会影响他们在未来制作更多音乐作品的积极性。可是，互联网传播方式的方便和快捷肯定会使社会受益。如果把现有技术推广应用带来的文化利益和经济利益比作一座冰山，那么我们将看到，互联网目前显现出的优点只不过是冰山之一角。如果法律为保护唱片公司的传统商业模式而遏制这些技术，那么我们将得不偿失。

第三个方面与演讲听众的身份有关。他们不是年轻人，也不是美国人。他们中半数所用的这种音乐传播系统（Napster）最早出现在美国，并在不到一年的短短时间内就像病毒一样传遍全世界。更为重要的是，听众基本都是律师、法官以及渴望成为法官的法学研究生。甚至在我演讲之前，他们中的大多数人都知道美国法院已宣布 Napster 复制和传播音乐文件的模式属于侵犯版权行为。而在此方面，巴西的版权法与美国版权法基本相同。使用互联网共享版权法保护的音樂文件在巴西极有可能被认定为非法。然而，这些法学专家的半数从事了这种行为，并毫不犹豫地当众承认！我们对此该如何解释？

一种可能性是他们已经阅读了一审法院的判决意见，认为其不具有说服力，并期待着联邦上诉法院将其推翻。我想这是可能的。后面我们将会看到，法官关于 Napster 案的推理远非百密无疏。如果你是版权法专家的话，你或许会发现 Napster 案判决与美国高院先前对制造和销售

录像机一案*所持的宽容态度并不一致。但据我演讲后与部分听众的交谈,我发现仅有极个别听众能够认识到这一点。

另一种更值得怀疑的解释是,尽管听众已然知晓版权法的细节,但他们不认为文件共享有什么不妥,并认定法院最终将会做出与听众道德情感判断相一致的判决。有两个证据支持这种假设。首先,2000年夏在美国做的一个民意测验表明,大约有40%至56%的受访者(其中网民占很大比例)认为从互联网上下载音乐并不是什么不光彩的事。倘若巴西民众也这么认为,那并不值得大惊小怪。其次,美国和其他国家的大众通常认为,法律在很大程度上要遵从老百姓的正义感。因此,巴西听众想像美国法院会与他们一样认为文件共享并无害处并依此作出最终判决是件很自然的事情。^[1]

倘若原因确实如此,那倒值得我们担忧了。法律要基本遵从我们的道德意识,这一普遍信仰具有相当重要的社会和经济价值。如果人们失去了这一信仰,在作稍重要的决定之前不得不去查找相关法律或去咨询律师,那么势必将损耗大量的时间和精力。一旦法院最终否定听众的道德判断,宣告使用Napster构成侵犯版权,那么大家在未来类似情境下就不太敢信任自己的道德判断了。^[2]

然而,还有一种可能的解释:听众们知道文件共享是非法的,也不指望巴西法院会持与美国法院不一样的立场,但却还是要使用Napster。这是最具说服力而又最令人担忧的解释。正如乔纳森·茨特芮恩(Jonathan Zittrain)发现的那样,新技术最鲜明的一个特性就是使公众轻易自然地违反法律。当然了,普遍违法并不是什么新鲜事。有关汽车限速和禁用某些药品的法律经常被违反。但Napster技术所造成的违法规模和违法行为的恶劣程度着实令人震惊。毕竟,听众都是我们所依赖的解释和实施法律的那些人。如果那半数听众知道行为本身违法,却毫无羞愧地坦言承认,那就真的是一种不正常的危险状态了。

* 这里指美国版权法上著名的Sony案判决。在该案中,美国最高法院认为Sony公司制造和销售录像机(易录宝)的行为并不构成帮助侵权(Contributory Infringement),因为录像机具有实质非侵权用途,用户录制电视节目的行为属于合理使用。感兴趣的读者可进一步参阅:Sony Corp. of Amer. v. Universal City Studios, Inc., 464 U. S. 417 (1984)。——译者注

最后一个方面虽不新奇,却同样让人心烦。那些听众使用 Napster 系统共享巴西音乐当然是合情合理的。但事后交谈表明,完全不是这么回事儿。他们主要的兴趣是快速地获取美国流行音乐。对某些观察家而言,这种现象既令人困惑又使人担心。毕竟,巴西的人口是美国的五分之三,他们讲葡萄牙语而不是英语,并且有着丰富的音乐文化传统。在此背景下,他们竟然是美国音乐产品的积极消费者,不免有些奇怪。如后文所述,Napster 以及其他技术创新绝非美国通俗文化在全球盛行的唯一原因,但至少从目前的普及来看,这些技术加强了美国文化的影响力。

最终,联邦上诉法院认可了一审判决的关键部分。几个月后,Napster 被迫关闭。Napster 的 7000 万用户最终暂停了文件共享。当然,这些用户也包括巴西的听众们。但故事并非就此结束,否则您就看不到本书了。

Napster 既非最后也非最大一股冲击音乐产业的浪潮。(就此而言,它也不是第一次浪潮。)几种新的文件共享系统接踵而至。这些新系统从法律意义上有别于 Napster 系统,因此不大可能被司法判决所禁止。此外,可用来复制音乐制品的“CD 刻录(烧制)系统”广泛普及,使用率火速攀升;“播客”(网络广播者——小型无线广播台在互联网中的对等体)群体也显著成长。一轮浪潮尚未停止,下一轮浪潮就已到来。

面对这些新技术的挑战,唱片公司远未取得对付 Napster 所取得的胜利。针对创新者的法律程序进展缓慢,结果也不尽一致。音乐产业的传统商业模式受到越来越多的侵蚀,部分原因正在于此。2001 年,超过 50 亿件音乐作品在因特网上被共享交换。与此同时,空白 CD 光盘——它们中的大部分被用来制作商业音乐制品的复制品——的销售量迅速攀升。事实上,在美国空白光盘的销售量超过了非空白光盘的销售量。因此,美国唱片的销售量下降九个百分点,这并不奇怪。2002 年,这一趋势更加明显。对等[peer-to-peer, P2P]版权系统的应用更加普及。(例如:美国人最重量级的互联网应用中,P2P 系统 KaZaA 排名第六位,每月吸引约 3000 万用户使用。)2002 年,空白 CD 光盘销售量再次超过非空白光盘的销售量。商业唱片销售量下滑了 9.9 个百分点——从 9.292 亿张下降到 8.374 亿张。^[3]

到目前为止,电影业还未遭受唱片业那样的打击。事实上,电影票房收入在 2001 年和 2002 年是持续上升的。部分原因是视频文件要比音乐文件大得多,因而较难通过互联网交换以及在个人电脑上存储。另一部分原因是,电影与音乐的传统消费方式不同。用一个质量较好的家用播放机欣赏“盗版”mp3 音乐与欣赏一张正版 CD 效果几乎无异,而在家用电脑屏上观看“盗版”DivX 格式的电影却比在影院欣赏电影的效果差许多。尽管如此,几家主要电影公司的总裁们最近还是对在快速的技术变革环境下传统电影商业模型的前景表示出了担忧。目前的技术发展趋势着实让他们深感忧虑:宽带互联网接入的逐渐增多;硬盘容量的不断扩充;数字电视的出现;个人视频存储产品销售的递增;“烧制”DVD 所需软件和硬件的大量涌现。在 2001 年,约有 50 万个视频文件通过互联网交换。随着新技术的出现,这一数字很可能呈指数级增长——可以预计,付费的电影消费者数量将随之下降。^[4]

随着唱片业危机的加重(以及电影业所受到的威胁),围绕着“谁应当对此负责”的争论也变得激烈起来。唱片公司和电影公司的代表认为新的文件共享系统的开发者和使用者是“盗贼”。而消费者及其支持者越来越将唱片公司和电影公司视为“贪婪的垄断者”,并为它们的即将灭亡(“创造性的毁灭”[creative destruction])而欢呼雀跃。一部分音乐人、表演者和导演支持唱片公司和电影公司,另一部分则支持消费者。

原先合作传播娱乐产品的商业公司也在分化,进一步使争论变得复杂。例如,唱片公司和电影公司已经对一些颇有声望的企业(Intel、Apple、Gateway)提起了诉讼,称它们故意设计一些“偷窃”设备,从而鼓励消费者使用这些设备来“摘取、合成、烧制”(rip, mix, burn)受著作权保护的录音录像制品。被诉公司则辩称,它们(就像那些枪械制造商一样)不应当因他人对其产品非法使用而承担责任,也不应当负有监督消费者行为的义务。(最近,唱片公司和主要硬件设备商同意暂且搁置争议,而美国电影协会则拒绝此做法。)此外,唱片公司开发防复制压缩光盘的单方努力激怒了飞利浦(Philips)公司(总部在荷兰的电子业巨头,CD 技术研发者之一)。飞利浦公司认为新型光盘不符合“红皮书”(Red Book)

所述的音频 CD 标准。^{*} 简言之,这些娱乐产品提供商不仅与消费者对峙,还不断升级地自相残杀。^[5]

这种混乱的局面是如何形成的?我们该如何摆脱这种局面?本书期望能够给出答案,具体内容安排如下:

第 1 章讲述目前令娱乐产业转型的技术,并评价它们的社会和经济意义。技术层面的变化——从模拟格式到数字格式(娱乐产品的存储与再现方式)——和伴随互联网而来的“通信革命”已催生出许多新的音乐和电影制作和传播模式。我们将看到,娱乐产品的创作者和消费者都从新技术体系中收获良多。如果现有技术能够推广应用,那么唱片生产成本将大大降低,艺术工作者的收入将随之增加,更多的艺术工作者能在全球范围建立知名度,音乐和电影的种类将显著增多,并且听众和观众将能更加方便主动地参与到娱乐产品的加工(或再加工)过程中。可是,我们也将看到,新技术同时会带来巨大危险。众所周知的一个危险是,新技术会破坏艺术工作者因创作而获益的传统模式;另一个鲜为人知但却令人担忧的危险是,新技术可能会破坏作品的“完整性”,可能会对稳态文化氛围下的公共利益造成危害。

坦率地说,最好的解决办法是通过改革娱乐产业和法律制度,使新技术的潜在优势得到充分的发挥,将新技术的不利影响作最大程度的遏制。不幸的是,我们远未实现这种理想的结果,其原因将在第 2 章和第 3 章中讲述。

7 第 2 章以 1990 年(技术革命浪潮到来的前夜)为时间参照点,对当时唱片及电影的产销模式加以论述,为下一步的论证和解释做好了铺垫。在音乐产业领域,法律规范和商业惯例共同构建了词曲作者、出版者、艺术表演者、唱片公司、广播电台和各类金融中介机构之间的复杂关系,我们将对其运作机理进行探究。此外,我们还将密切关注的是,当诸多主体利益冲突时,谁会是赢家,谁又是输家呢?关于电影产业,是什么将电影制作过程的所有参与者——制片人、剧作者、导演、演员、音乐创作者、摄

^{*} 1979 年,Philips 和 Sony 公司联合开发出 CD-DA(Compact Disc-Digital Audio,精密光盘数字音频)标准。1980 年,这两家公司发布了 CD-DA 标准,因发布文档的封面为红色,故被业界称为“红皮书”标准。——译者注

像师、剪辑人员等——的创作激情凝聚在一起呢？我们将探寻其内部的机制，并将讨论电影这类集体作品的传统市场营销模式。在本章结尾，我们将对音乐及电影产业体系的优缺点进行梳理和评论。可以说，它们在很多方面成效斐然——商业唱片及电影广泛传播以及美国公司在海外市场影响力持续攀升即为例证。但它们也有不足之处：定价过高且不合理，给艺术工作者的收益分配极不公平，并且提供给大众市场的产品种类非常单调。

紧接着，第3章将讲述1990年以来音乐及电影市场所发生的故事。这与乡村音乐的发展历程有些类似。开始的时候，大家充满激情，纷纷采纳新的技术，引入新的服务或设备，消费者因此受益匪浅。可没多久，情况就变化了，尤其那些在创新过程中没捞到好处的公司开始动用法律或反向技术手段来遏制或扼杀创新。遭遇（或即将遭遇）此危险的服务与设备包括：数字录音设备、音乐存取设备、交互式或非交互式网络广播、规避加密技术、集中式文件共享、分布式文件共享、CD刻录设备和具有附加功能的家庭录像机。那些在音乐及电影产业占据统治地位的公司可能并非出于恶意来抵制这些创新。但最为糟糕的是，它们是以井底之蛙之见来保护其固有的商业模式。由此造成极为不幸的结果：疏远了消费者，增加了庞大的法律成本，抑制了新技术的潜在优势。

本书后半部分提出了三种解决问题的思路。通过法律改革与体制创新，我们可重新构建音乐及电影产业。在三种解决思路中，每一种都能使新技术的潜在优势得到一定程度的发挥，并能够对娱乐产品创作者给予公平合理的补偿。

第一种思路见之第4章。我们必须认真对待唱片及电影公司长期宣扬的论调：版权属于财产权，应与财产权同等对待。这些公司主张，对歌曲或电影作品的支配权与对土地的支配权一样，应有同样的权利范围和同等的保护力度。为检讨此论点的正确性，我们将先浏览有体物财产权的一般法理，尔后再讨论这些法学理论对音乐作品、录音制品和电影作品的可适用性。本章大部分内容都将涉及版权人权利不断扩张的历史过程（这正是那些公司一直以来梦寐以求的）。当然，本章也将谈到对权利的限制措施，尽管这些措施不大容易被发现。本章的核心问题是：一旦改革

建议被采纳,结果将会怎样?很可能出现许多好的效果:非法传输数字文件被有效遏制;唱片及电影公司可立刻推出在线注册和在线“点播”服务;各种灵活的娱乐产品网络传播服务机构将涌现;唱片及电影公司将能更加有效地向这些中介机构授权,并能实现复杂的价格歧视(price discrimination)方案,从而增加营业收入,进而丰富娱乐产品的供给;消费者将能更加方便、便宜、合法地获取音乐和电影作品。当然,这也会造成一些我们不想看到的结果:产业更加集中,附加成本增加;消费者对娱乐产品再加工的权能收到限制;价格歧视方案会导致不好的文化反应;或许最糟糕的是,计算机软硬件创新的步伐将减缓,创新的领域将缩小。概言之,采用第一种思路,虽比现状要好,但存在严重缺陷。

第5章介绍另一种思路。我们将不再纠缠于传统财产与知识财产的相似性,转而探求传统被监管行业(电信、铁路)的理论及实践经验的可借鉴性。娱乐产业与这些行业相比,存在共通点:产业为少数公司垄断;娱乐产品的公众性;与法定垄断的依存关系;众所周知的垄断企业与创作者及消费者之间谈判能力(bargaining power)的失衡性。如果将娱乐产业视作公共事业,那一切将会怎样?

9 最重要的是,我们将强制唱片公司及电影公司向传播者授权,对许可费进行规范,并预先拟定收益分配方案。这些相关的改革措施同样会带来非常好的结果,如:以互联网方式传播娱乐产品将迅速普及;提供给公众的服务将更加多样;创作者和表演者收入会增加;唱片公司及电影公司的营业收入会更加稳定。但是,缺点也很明显:交易成本过高;消费者创造力受损;政府监管企业经常会导致市场扭曲。与前一种思路相比,尽管这种思路的缺点较少,但与理想状态仍有距离。

第6章论述最佳解决思路,即一种行政补偿体系——替代千疮百孔的版权体系。这一体系的运转机制概述如下:音视频作品版权人欲许可他人使用作品并获得补偿,则应向版权局(Copyright Office)申请作品登记。版权局给登记作品分配独一无二的文件名,以便后续检索作品传播、使用和修改信息。为补偿版权人,政府可收取必要的税费——最有可能的情形是,消费者通过某种设备或服务来获得数字娱乐产品,政府对该设备或服务征税。政府管理部门可采用类似电视节目内容分级的做法,履

行版权集体管理组织的职能,计算出歌曲或电影的收听率或收看率。然后,政府按登记作品的使用率将税收收益分配给相应的版权人。这一体系要投入运作,就必须修改版权法,取消对已发表的音乐及电影作品未经授权复制和使用的诸多限制。我们将发现,这种体系的社会效果非常显著:消费者获得便利;创作群体可得到最大限度的扩张,作品可直接面对大众;减少交易成本及附加成本;提高经济效益,降低因知识产品定价高于复制成本而造成的社会损害;避免娱乐产业集中化;放弃加密技术,促进消费者创造力的发挥。当然,它并非完美。某些艺术工作者会为图一己私利而操纵它,由此导致消费行为的失真;政府官员也可能会滥用手中的权力。权衡利弊得失,这仍是三种解决思路中最可取的。本章对这一体系修改方案(作为政府建立和管理这一体系的实验或替代)的实施可行性作了分析。

10

在讨论这三种思路时,我们会关注当前在美国国会内外引起广泛争论的几个立法提案。我们并不关心这些法律提案的细节,因为,在未来几年中,一些提案将被修改,一些提案将被搁置,而一些新的立法提案将会出现。本书旨在提供一个总体框架,用以评价当前的立法提案以及筛选未来的立法提案。

如本书开头所述,目前娱乐产业所面临的危机并非局限于美国;事实上,大多数国家都在经历同样的困境。危及也并非局限于音乐及电影产业。在相同技术与文化力量的驱动下,电视、图书、摄影及电子游戏产业也将面临转型。一本书不可能面面俱到,我们只关注美国的音乐及电影产业。当然,如将本书第4、5和6章提出的思路应用于其他媒体和司法管辖区,应当不会有碍。

若想实施所建议的任何一种方案,不同个体及组织的相互合作是必不可少的。过去10年间,消费者、唱片及电影公司、技术开发者和艺术工作者之间剑拔弩张的紧张关系似乎表明合作无法实现。然而,所建议的三种思路有一个共通点,即提供了乐观主义的基础。无论采取哪一种思路,产业链各主体的生存状态都要比现在好。如果各利益群体的代表能够认识到这三种全赢模式不但可以憧憬而且可能实现,那么,我们就能齐心协力来改变整个娱乐世界。