

河南省哲学社会科学规划项目（项目号：2015BFX006）资助

河南省高等学校重点科研项目（项目号：17A630037）的阶段性研究成果

网络著作权制度研究： 权利保护、限制与交易

WANGLUO ZHUZUOQUAN ZHIDU YANJIU

史 辉 著



金城出版社
GOLD WALL PRESS

河南省哲学社会科学规划项目（项目号：2015BFX006）资助

河南省高等学校重点科研项目（项目号：17A630037）的阶段性研究成果

本书由人文在线出版基金资助出版

网络著作权制度研究： 权利保护、限制与交易

WANGLUO ZHUZUOQUAN ZHIDU YANJIU

史 辉 著



金城出版社
GOLD WALL PRESS

图书在版编目(CIP)数据

网络著作权制度研究:权利保护、限制与交易/史辉著. —

北京:金城出版社, 2016.12

ISBN 978-7-5155-1434-5

I. ①网… II. ①史… III. ①著作权—研究—中国

IV. ①D923.414

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第289358号

网络著作权制度研究:权利保护、限制与交易

作 者 史 辉

责任编辑 王秋月

开 本 710毫米×1000毫米 1/16

印 张 15

字 数 200千字

版 次 2017年1月第1版 2017年1月第1次印刷

印 刷 北京市媛明印刷厂

书 号 ISBN 978-7-5155-1434-5

定 价 45.00元

出版发行 **金城出版社** 北京市朝阳区利泽东二路3号 100102

发 行 部 (010) 84254364

编 辑 部 (010) 84250838

总 编 室 (010) 64228516

网 址 <http://www.jccb.com.cn>

电子邮箱 jinchengchuban@163.com

法律顾问 陈鹰律师事务所 (010) 64970501



一直在路上的探索

当我完成本书的内容时，当然的对本书有版权。是否付梓出版，是否成为版权主体，作者的命运和人的命运是否因版权制度而改变，版权何去何从？当人们挣扎在生活温饱和极力证明活着的存在与价值时，版权制度是否能给出作者一个满意的答案。数字网络技术的发展对复制和传播行为的影响映射在相关制度的思辨之中，这些纷繁复杂的问题构成了思考者的动力来源，呈现给世人规则、秩序和价值。

问题是否必须有答案，学术问题的争议和批判反思构成了学术的内容本身，我们无法从历史或者学者的只言片语中获得最为满意的答案，我们是历史沧海之粟，我们抱有科学探索和求真的理性态度面对这风云变幻。事实的存在并不代表真相被我们发现，东西方在思想上的启蒙遭遇不得不进入我们的视觉范围。学术研究必须以研究对象为前提，哪怕是假设的前提。譬如一个没有入学的孩童会言到“妈妈，我要喝水”，但其在未接受正式的语法学习前甚不知主谓宾的语法结构。不知不等于不存在，故唯有渺小的人类和思想，而没有渺小的历史。历史都是伟大的，都是客观发生的过去，面对人类精神家园的智慧之果——思想，我们唯有不断的探索和研究，努力实践才会获取智慧之花。我们应以正确的历史观来看待时空的变迁，尤其是东方和西方的变迁，中国和西方的制度异同。西方理论范式对于我国著作权制度充满了强迫、适应、发展等曲折过程，著作权出现了扩张趋势，我们不能一味地迷信和崇拜，毕竟我们人类在历史长河中仅是匆匆过客。



本书通过对网络著作权制度的技术、法律及市场的多维分析，对网络著作权若干问题进行了学理性思考，涵盖网络著作权的保护和利用、网络著作权合理使用制度、数字时代著作权交易制度、著作权制度历史与未来等论域。本书的研究目的不仅在于互联网技术迅速发展和新型媒体时代背景下我国著作权制度的完善，也意在构建“中国模式”的著作权制度。

全书分为五章。

第一章，引言。首先介绍了网络著作权问题的研究缘起，旨在强调阐明网络著作权制度的问题存在的理论价值和实践意义，主要运用文献研究的方法形成本书讨论的聚焦问题。

第二章，网络著作权保护和利用研究：主要涉及网络著作权的保护和利用研究，重点界定了网络著作权保护问题的基本范畴以及中外网络著作权保护和利用的基本理论，通过对我国网络著作权保护和利用现状的分析，提出网络著作权保护和利用的对策。

第三章，网络著作权合理使用制度研究：有原则就有例外，这是知识产权制度设权规则下的预设性体现。本章通过对网络著作权制度的例外情形之一即合理使用制度进行了立法研究，主要从网络著作权合理使用制度的立法现状入手，利用合理使用制度的理论正当性分析制度困境，在此基础上提出网络著作权合理使用制度的立法完善建议。

第四章，数字时代著作权交易制度研究：从数字著作权交易制度的背景约束入手，利用“关系—秩序—制度”的基本理路提出了制度构建理论。基于互联网背景下的著作权制度的法律要素分析，提出著作权交易法律模型的概念，并对该模型应遵循的基本原则和基本结构作了初步论述。基于经济法视角，阐释知识产权制度的内部矛盾与外部性适应问题，分析了著作权交易保证保险的交易市场机制、市场外部性以及著作权保证保险制度的社会实践问题。

第五章，历史与未来：李约瑟之谜与中国版权史研究：探究“李约



瑟之谜”与中国版权史研究的学术真伪性，简要论述了中国版权史的发展脉络。分析了中国版权史研究的基本范式，对我国版权是否终结进行了生存性思考，力图构建“中国模式”的版权制度。

互联网时代和自媒体广泛运用的背景下的网络著作权问题研究是一条布满荆棘的漫长学术之路，我们一直在探索的路上！

是为序。

史辉

2016年10月

第一章 引言	1
一、网络著作权问题	2
二、问题聚焦	6
三、各章概述	10
第二章 网络著作权保护和利用研究	13
一、网络著作权保护问题的基本范畴	14
二、中外网络著作权保护和利用问题的基本理论研究	20
三、我国网络环境下著作权保护和利用的现状	26
四 网络著作权保护和利用对策	40
五、基于法经济学径路的微信著作权问题研究	66
第三章 网络著作权合理使用制度研究	79
一、研究缘起	80
二、网络著作权合理使用制度的立法现状	93
三、著作权合理使用制度构建的理论基础	103
四、网络著作权合理使用的制度困境	111



五、我国网络著作权合理使用制度的立法完善	122
第四章 数字时代著作权交易制度研究	133
一、数字著作权交易制度背景约束与制度构建	134
二、数字著作权交易法律模型论纲	152
三、数字著作权交易制度价值考量	166
四 数字著作权交易价值评估法律因素分析	175
五、著作权交易保证保险制度研究	190
第五章 历史与未来：李约瑟之谜与中国版权史研究	205
一、中国版权史概要	206
二、中国版权史研究范式	215
三、理想与现实之间	218
参考文献	222

第一章

引言

WANGLUOZHUZUOQUANZHIDUYANJIU:
QUANLIBAOHU、XIANZHIYUJIAOYI



一、网络著作权问题

问题之所以言称为问题是因为有其系统的理论工具分析并有其解决的必要和价值，放之学术场域由其视角和分析范式构成理论维度。具体表现为学术命题，学术命题是对社会实践的理论回应。不同的知识体系由不同的命题构成，这是解决现实问题的发端，为了对这一学术命题的转化和解释，于是形成了某一学科或领域的学术问题。任何发问都是一种寻求。任何寻求都有从它寻求的对象的任何形式的事先引导。发问是在“其存在与如何存在”的方面来认识存在者的寻求。在探索性的问题亦即在理论问题中，问题之所以问应该得到规定而成为概念。^①同时也有所谓“热点”和“难点”的问题存在，学术的基本理念网络著作权问题也是来源于社会实践，随着互联网技术的发展和原有著作权保护规则体系受到了冲击。技术的发展与现有制度之间出现了冲突与困境，主要体现为技术发展冲击现有的文化，出现了技术与制度之间的乖离现象。互联网环境下的著作权在理论界和实务界都不约而同地称其为“网络著作权”，^②其前身为“信息网络传播权”，网络著作权的保护和限制的专门性规定出现在我国立法文件中是2001年修订的我国著作权法第10条第12款明文规定了“信息网络传播权”，司法实践中我国《最高人民法院关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》

^① [德] 海德格尔：存在与时间[M]，王庆节译，北京：生活·读书·新知三联书店，2014年版第6页。

^② 信息网络传播权是2001年修订的我国著作权法规定的著作权财产权的具体类型之一。



第2条规定了受著作权法保护的作品,包括著作权法第三条规定的各类作品的数字化形式。在网络环境下无法归于著作权法第三条列举的作品范围,但在文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以某种有形形式复制的其他智力成果,人民法院应当予以保护。2006年我国国务院颁布的《信息网络传播权保护条例》^①,本规定总共有27条,其中糅含了电子作品、技术措施和权利管理电子信息等具有时代特征的核心关键词。

理论界对网络环境下的著作权研究热度一直不减,源于现有制度对技术带来的著作权问题所显现的困境,学者针对现实问题发表了相关问题论述的学术论文以及硕士、博士论文,研究有制度的价值考量也有具体制度的设计探究。

国内外相关研究的学术史梳理。关于网络著作权制度的研究源于著作权财产权制度研究,是网络著作权制度研究的深化体系与司法实践诉求。可分为3个阶段:①新中国成立到1990年我国第一部《著作权法》颁布处于高度的计划经济制度环境。著作权来源于近代国家产生之前的特权制度(Peter Drahos, 1990)。在著作权制度的演变过程中保护期限的限制至今保留了下来,对于违规者进行了制裁,法国的出版特权制度则把一些违规者送进了巴士底狱(Raymond Birn, 1989)。②1990年到2010年我国著作权法的颁布实施及大规模的立法修订阶段。知识产权理论依托财产权理论而构建起来(吴汉东、胡开忠 2001;曲三强, 2004;郑成思, 2005)。批判乃至废除知识产权的呐喊声促使知识产权的捍卫者感到了危机的存在(波斯纳, 2005),知识产权盲目的套用那种针对有形物而发展起来的财产权概念在很大程度上助长了垄断的发展(F. A. 冯·哈耶克, 2003; Henry E. Smith, 2003)。1992年中共十四大报告明确建立社会主义市场经济体制到2010年大规模的立法修订阶段,主要以中国在2001

① 我国《信息网络传播权保护条例》于2006年5月18日中华人民共和国国务院令 第468号公布,2013年1月30日修订。



年加入 WTO 和网络经济的发展为需要进行的修订，2001 年的修订呈现被动的局面，2010 年为了适应经济社会发展的需要。我国知识产权立法其速度迅猛，其体系已达到相对健全的水平，立法局面基本实现了制度创新的现代化（郑成思，2005；吴汉东 2004）。知识产权制度源于西方法律制度的移植，与其他法律移植迥然不同之处在于被迫移植（强世功，2004；李雨峰，2005），知识产权制度在中国纯属舶来品（饶明辉，2008），中国知识产权立法严格意义上来讲是从改革开放开始的。基于法学体系化的要求和发展趋势，学界对知识产权“一体两权”的认识多趋向其财产化，至于人格属性纳入传统的人格权法（刘春田，2003；吴汉东 2005，李琛，2005）。从版权贸易方面对著作权进行研究主要体现在版权沿革历史及制度比较研究和版权贸易法律制度构建以及著作权交易制度的专门研究（辛广伟，2003；陈凤兰、吕静薇，2004；徐建华，2005；蒋茂凝，2005；来小鹏，2006）。③2010 年我国著作权法第二次修订至今关于数字时代著作权交易制度的研究主要集中在著作权财产交易的主客体、交易的模式和限制等内容（黄煜可，2013），也有专门研究数字时代著作权交易的基本问题和交易条件的去标准化（万丽慧，2014）等。总体上讲，学术界对数字时代著作权交易制度的研究是著作权交易制度的具体深化，不仅是邻接权的范畴，更多地体现为一种商业模式和文化。

国内相关研究主要集中在四个方面：①财产的非物质化革命：从所有权到知识产权以及财产类型的扩张（从知识产权到无形财产）。知识的财产化是罗马法以来私权领域中最具有革命意义的制度创新，知识财产法律带来了财产的“非物质化”革命（吴汉东，2009）。知识财产的出现改变了以往传统的单一物化财产权结构，知识财产的“权利束”组合不同于有形财产所有权的单一形式，同时也动摇了物化财产权的传统统治地位。这一理论极大冲击了有形财产权的传统地位。知识产权制度的建立是财产非物质化革命的结果，但非无形财产权体系化的终结。于是，有学者对财产定义为对价值的权利而非对物的权利（吴汉东，1996）。



②著作财产权理论演变。主要经历了从复制权主义到接触权中心主义的演变。著作财产权体系呈现了复制权主义,传统的著作权时代,人们对作品的使用以对作品的载体的接触为前提(熊琦,2008),世界互联网条约 WCT 和 WPPT 试图尝试通过反规避条款和向公众传播权来控制对作品的体验,这一控制体系为“接触权”体系(何鹏,2009;李雨峰,2009)。③著作权交易制度研究。此类研究多而广泛,如这一制度的关注源于财产的流转和市场的形成,从交易的主体即著作权人的确定、交易的内容即著作财产权、交易的形式即许可使用和转让及其他、交易的价格即著作权价值评估等内容进行分析(来小鹏,2006;黄煜可,2013)。著作权交易保证保险的完善(姚洋,2003),著作权交易中善意第三人的保护(李潇湘,2009),著作权约定转移问题(栾晓雅,2014),著作权制度的经济学思考(廖丹,2003),著作权转移规则研究(林华,2012)等。④数字时代的著作权交易制度研究。较多研究认为数字时代对传统著作权的复制或接触在技术带来与媒体融合后形成了较大挑战,出现了新的产业常态,同时也对数字时代著作权交易条件的去标准,以交易成本理论分析数字著作权交易的困境与机会(万丽慧,2012)。

国外相关研究主要集中在三个方面:①财产的非物质化。自罗马法以来知识的财产化是最具有革命意义的制度创新(Russ Versteeg, 2000),查士丁尼暗示无体物存在着“对等物”(Peter Drahos, 1990),罗马法的财产权主要体现为物质财富的有体物(彼得罗·彭梵得,1990;Sigmund Timber, 1980)。财产成为可以转让的债务无形财产,又称为买卖双方自己规定价格的自由的无形财产(康芒斯,1962;马克·第亚尼,1998;尼克·斯特尔,1998)。②著作财产权的复制中心主义。在版权的保护历史中复制权是版权人享有的“核心”权利,同时著作权人可以控制公共利用行为之权利的法律制度,并经由市场经济和全球资本主治医师的帮助,加上知识、艺术、人格的资本化(朱莉·E·科恩,2003;田村善之,2011;Jane C. Ginsburg, 2003)。③著作权怀疑主义及制度替代的进



路。就著作权制度而言，围绕着作品的利用，场域内行动者之间的争斗也在升级，数字技术和因特网的普及对传统复制行为的丰富同时也带来了挑战，不得不进行着一场生存性质的正在升级的著作权战争（Jessica Litman, 2002; Glynn S. Lunney, 2001; Peter Jaszi, 1992; Jane's Ginsburg, 1990）。著作权理论学者提出了著作权制度的替代性选择（B G Damstdt, 1997; Richard A. Epstein, 1992）。另一种选择与作品国有化相应的作者津贴制度（Mira T Sundara, 2006），公共领域材料私有化（James Boyle, 2003），关心公众对人类心智的接触、使用和改进（Benjamin Kaplan, 1996），认为公共领域的政治功能确保明珠政治的重要空间（Nei Weinstock, 1996; Mark Rose, 2006）。

综上所述，国内研究紧扣著作权制度的完善，侧重著作权具体制度完善分析较多，而对数字时代著作权权利价值体系及与实践的内生性因素研究较少。国外研究多突出个体权利的获得与实施，关注市场、法律等多因素对版权交易的外部性影响，多倾向市场化。紧迫的数字时代著作权理论与实践解决亟需深化相关研究，揭示网络著作权的保护和利用制度规范，探讨网络著作权的合理使用制度与互联网精神的价值配衡，完善著作权交易制度，对交易过程中的技术标准、认证体系和交易模式需要系统研究；在数字环境下如何依赖技术平台和使用平台构建新型的交易模式，实现投资文化产业化的困境突围。

二、问题聚焦

网络著作权问题的本质就是法的现代性问题，其内涵映射于知识产权法与市场之间的关系。网络技术催生了数字时代和自媒体时代到来，我们可以利用法律关系的基本理论去分析问题的缘起。法律关系包括法



律关系主体、法律关系客体和法律关系内容，此属本体论的范畴主要讨论了什么是网络作品、网络著作权的主体、网络著作权法律关系的权利和内容。主要体现为网络著作权主体、网络著作权客体、网络著作权的权利体系。在运行论角度而言主要包括网络著作权的交易、网络著作权的权利限制、网络著作权的侵权。在救济论视角包含网络著作权侵权的私力救济和法律救济。私力救济包括网络著作权的权利管理信息和技术措施。在互联网技术环境下传统的法律制度作为社会规范受到伦理道德的因素影响，反之作用法律制度。这一技术参与的过程是不断有技术渗入规范并影响了权利保护的因素。互联网除了具备物质特性之外，还承载了文化功能，譬如互联网的共享文化与“快餐文化”的价值吻合，商业文化的变革与适应催生制度的革新，在此过程中设权规则下的立法需要兼顾商业元素，技术与商业的互动带来了制度革新的市场型立法。主要考虑了立法、市场（商业）与技术之维度的规则 and 标准。知识财产与市场权力的关系是个经济学问题，主要讨论知识财产是否为垄断权。在市场中财产的垄断者就是一个卖主，其他卖主或竞争者不会影响另外卖主存在的事实。垄断权力的大小受到消费者对产品（或服务）的需求（或依赖），以及消费者准备接受替代物的可选择范围，或者说替代物所能替代的程度。^① 知识产权制度的功能是一种事实认定，而不是价值诠释。^② 互联网时代知识产权制度主要是在设权规则下的赋权问题，这是法律对这一社会实践问题的回应，但在具体的梳理过程中出现了市场、文化价值、社会环境等诸多因素的影响，这无疑增加了网络著作权问题的难度。

① [澳] 彼德·德霍斯：知识财产法哲学 [M]，周林译，北京：商务印书馆，2008 年版。

② 李琛：著作权基本理论批判 [M]，北京：知识产权出版社，2013 年版，第 31 页。



网络著作权问题不仅是单一的法律问题，而是涉及多学科的综合系统问题。笔者认为侵权的应然性规定与司法实然性状态呈现在哲学隧道之中，法定的侵权形态如不进入市场领域，在现实生活中就无法获得侵权的非法利益，权利的主张都是依靠利益来维系。传统市场与互联网环境下的在线市场区别和法制环境分析显得尤为必要，因为传统市场的传播行为是运作成本较高的专业活动，此活动在侵权司法救济时成本相对较低。而在网络环境下，在线市场区别于传统市场，主要的表征为传播成本较低，侵权主体界定较为模糊，传播的速度快。自媒体时代作品的传播并大多并不以营利为目的，在某种意义而言网络技术对于纸质传媒产生了较大的影响。互联网的分享精神和互联网背景下的“快餐文化”价值吻合，合法与违法的临界需要重新审视。

综上，网络著作权的问题聚焦在传播（技术）、赋权（设权规则）、市场、权力、文化产业、商业模式，网络著作权问题伴随着互联网经济的发展做出制度调整，网络环境下著作权问题的本质并不仅仅是法律问题，更是市场问题。^① 现有的制度与网络技术的乖离需要制度的重构，但这必须依靠成熟的培育和扶持，重构前需要解构。解构的过程需要兼顾市场、技术与法律的多维性，如一些网络分享的背后利益空间如何分配权利资源，成为制度设计的难点之一，经济学理论分析的交易行为都以成本与收益为始终，网络分享是否构成了传统意义的交易行为，在表明来看不具有获益性，深究其质可能会有侵权之嫌。“BT 天堂”案就是 2015 年 6 月上线的 BT 天堂，高峰时期，网站日均 IP 访问可以达到 60 万，日均 PV 流量在 300 万左右，是名副其实的“BT 第一站”。不过，该网站提供的一万多部国内外影视作品的 BT 种子和磁力链接，均未经授权，袁某飞从中非法牟利九十多万元。而被侵权的主体，涵盖了美国的

^① 李琛：《著作权基本理论批判》[M]，北京：知识产权出版社，2013 年版，第 52 页。



环球影业、华纳兄弟等公司以及国内众多影片权利方，影响恶劣，危害甚大。根据我国法律规定，袁某飞涉嫌侵犯著作权罪。2016年9月，该网站停止更新资源。现在上网搜索“BT天堂”，会跳出很多山寨版的新网站，上面也有众多的电影资源，供网友免费下载。然而，这免费的背后，却暗藏风险。网络安全工程师解释它本身免费就是吸引流量的，它有很多广告，广告可能有木马文件的存在，现在木马的话，可以控制你电脑上所有的东西，你输入的任何东西都可以监控，包括你的网银转账，包括你的支付宝，包括你的QQ。这些“免费”网站的背后，其实存在着网页挂马、篡改浏览器、诱骗式广告和传播色情、暴力、赌博信息等行为，严重影响公民信息安全。^① BT天堂负责人从2015年6月起，将从网络上采集的影视作品BT种子和磁力链接存储在自己负责经营的BT天堂等三个下载网站，而网民则能免费从该平台上下载，使得该平台流量不断增加，高峰时期日均PV浏览量能达到300万，日均IP访问量达60万，并借此通过广告联盟注册账号，通过投放广告在一年时间内牟利90多万元。众所周知，现阶段影视产业发展飞速，但提及阳光背后的阴影，利用网盘、盗版资源链接等方式的侵权行为则是插在从业者心中的一根刺。公开资料显示，近年来我国国产电影的盗版损失率已高达55%，每年损失超过10亿元，^② 绝大多数电影在上映后很快就能在网上搜索到盗版资源。

鉴于影视盗版侵权的严重程度，政府、市场等方面均对此加强监管，不仅国家版权局下发了《关于规范网盘服务版权秩序的通知》，2016年下半年，国家多部门联合发起打击网络侵权盗版专项行动，突出整治未经

① 江苏广电新闻中心：国内“BT”第一站站长在苏州落网[OL]，<http://news.jstv.com/a/20161001/1475306816725.shtml>，访问日期2016年10月4日。

② 数据来源根据中国电影著作权协会影视监测管理中心联合各片方及东阳新净信影视知识产权服务有限公司提供技术支撑的IPRM影视监测系统共同监测。