



中国知识产权文库 | 刘春田 主编

著作权权利体系之研究

——以原始性利益人为主线的理论探讨

费安玲 著



华中科技大学出版社

<http://www.hustp.com>



中国知识产权文库 | 刘春田 主编

著作权权利体系之研究

——以原始性利益人为主线的理论探讨

费安玲 著



华中科技大学出版社
<http://www.hustp.com>

中国·武汉

图书在版编目 (CIP) 数据

著作权权利体系之研究：以原始性利益人为主线的理论探讨/费安玲著. —武汉：华中科技大学出版社，2011.6

ISBN 978-7-5609-7035-6

I. ①著… II. ①费… III. ①著作权-研究 IV. ①D913

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 061646 号

著作权权利体系之研究——以原始性利益人为主线的理论探讨

费安玲 著

策划编辑：王京图

责任编辑：张 影

封面设计：傅瑞学

责任校对：北京书林瀚海文化发展有限公司

责任监印：周治超

出版发行：华中科技大学出版社（中国·武汉）

武汉喻家山 邮编：430074 电话：(027) 87557437

录 排：北京星河博文文化发展有限公司

印 刷：湖北新华印务有限公司

开 本：710mm×1000mm 1/16

印 张：13 插页：2

字 数：213 千字

版 次：2011 年 6 月第 1 版第 1 次印刷

定 价：25.00 元



华中出版

本书若有印装质量问题，请向出版社营销中心调换

全国免费服务热线：400-6679-118，竭诚为您服务

版权所有 侵权必究

从经验到理论

《中国知识产权文库》总序

经过几年的努力,《中国知识产权文库》终于问世。《文库》力图反映中国人在知识产权问题上所达到的精神境界,汇集中国知识产权的经验总结、理论与研究与学科建设的重要文献,为逐步构建中国的知识产权法律理论与科学体系打下坚实的基础。《文库》也为中国,乃至世界法律文化的积淀,注入丰富的内涵。

知识产权制度起源于西方创立的工业文明。几百年来,作为一种制度创新,对它功能利弊的褒贬,从其出现伊始,就争议不断。今天,人类已进入新经济时代。无论发达国家,还是发展中国家,都普遍采用了数字技术。当前,技术创新、文化创新、制度创新和知识产权保护,已成为人类进步的基本手段。历史证明,知识产权制度有效地推动了生产力的进步和经济的发展。作为一种复杂的社会现象,它借助于机构、制度的力量,已成为将生产力、经济基础和上层建筑融为一体的系统机制,对它的技术、文化、经济和法律理论分析、历史探究,乃至哲学思考,一再吸引着科学、技术、经济和法律学人的目光。在中国,自晚清起,百余年来,也引起矢志复兴民族,力图融入现代文明的志士仁人对其本质的追问与思考 and 对其社会功能的得失权衡。中国的知识产权制度是世界知识产权体系的一部分。中国知识产权的理论,是以国门开启和不断改革开放、渐进融入世界为背景,在传统与现代接续,西学与国情结合的条件下,以中国乃至世界知识产权的表达与实践为研究对象的产物。遗憾的是,由于历史的原因,尤其受论者心胸狭隘和眼界偏执的局限,对从清末到国民政府时期的情况我们知之甚少,遑论研究,基本没有概念。更无脉络可循,没有资格作任何评断。这是我们必须补上的一课。否则,数典忘宗,没有资格谈论今天。本文暂且略去既往的历史,以新中国改革开放为起点,我以为,中国的知识产权研究,30年间,大体经历了从主要是制度诠释和转入理论建设的两个阶段,其中,前15年大体为第一阶段,第二阶段还处于初期。

第一阶段:理论空白与经验贫瘠背景下的制度诠释。1979年《中美科技合作协定》和《中美贸易协定》的签订,为中国重建知识产权制度奠定了法律基

础。随后，知识产权法制建设和研究同步开展。在漫长的知识产权诸法律的初创阶段，中国的法学家集中其学识与智慧，一边学习和引进西方的制度，包括法律文本的研究和实地考察，一边比照变动不居的国情，从知识产权法的指导思想、价值取向、体系设计、制度安排、对外关系等基础问题，乃至至于具体规范的推敲、条文的表述，作出尽可能合理的表述，为我国知识产权法律建设，奠定了重要的基础。这种贡献难能可贵。但是，由于知识产权理论的空白，又缺乏民法精神、理论与制度的涵养，既没有系统的法律体系可以依循，也没有自己的实践经验可供总结。国门初开，计划经济时代的学者，面对西方工业社会的法律制度，囿于学识与眼界，既陌生，又新奇。既无足够的条件深刻理解西方已历时数百年的成熟制度，也难以把握举棋不定、变革中的中国社会走向。早期的知识产权研究，在无理论基础，无历史传统，无实践经验的条件下，既不能对知识产权一般问题进行思考，也难以对具体制度深入研究。所有资讯，咸自西方舶来。所谓研究，不啻学步。主要是按照西方的思维，对国际条约和外国法律制度进行文本介绍，以及对墨迹未干的中国法律文件的粗浅说明。知识产权法的出版物，基本上以各种各样的“解说”、“概论”为主，照猫画虎，生吞活剥、囫圇吞枣。严格地讲，只知其然，不知其所以然，甚至不清楚什么是理论。在学理上，知识产权法既无逻辑起点，又找不到理论归宿，就像离群索居的孤雁，几成法学理论的孤儿。

第二阶段，从制度诠释到理论建设。首先要正视一个事实：中国人不是超人。在知识产权法制建设上，西方二百年的路，中国人并非二十年走过，而是断断续续的走了一百年。遗憾的是，正是这中断的几十年，造成了理论上的真空。因此，无论制度构造，还是理论建设，咸自基本概念开始，从头做起，扎扎实实，一步一跬，才是唯一的出路。20世纪90年代后期，随着我国知识产权法律构架的完成，尤其是向市场经济的过渡，经济与社会生活的逐渐转变，对外交流的繁荣，利益冲突与法律纠纷的频仍，导致实践的召唤和理论供给短缺这一矛盾日趋尖锐。恰是这一矛盾，成了一个突破口，把知识产权研究推进了新的阶段。这阶段的研究逐渐突破了旧有模式的藩篱，摆脱亦步亦趋、鹦鹉学舌的窘境；开始探讨如何运用科学的方法，对知识产权法的问题进行理论思考。在这方面，较为突出的是知识产权的高等教育。以中国人民大学为例：已毕业的40多位攻读知识产权法学的博士和博士后研究人员中，半数以上的论文选题或出站报告属于基础理论研究。他们分别对知识产权的基本概念、法律属性、对象与客体、法律体系建构、价值评估、侵权赔偿、归责原则、专门制度、历史梳理、文化价值乃

至哲学基础等知识产权和与知识产权最密切联系的基本范畴问题，进行了探讨。在北京大学、中国政法大学、西南政法大学、中南财经政法大学、华东政法大学、中国社会科学院法学所等诸多的学术机构，有越来越多的博士论文选择基础问题研究。其他学者，也有更多的人把目光投向知识产权的纵深，产生了一批有价值的成果。这一时期，和相对粗陋的制度诠释相比，青出于蓝胜于蓝，是一个质的飞跃。知识产权的研究进入了理论建设的阶段。今天，经过 15 年左右的积累，知识产权的研究，百花齐放，蔚然成风。这种局面，为《中国知识产权文库》的萌发，提供了肥沃的土壤。

中国的知识产权研究，应当不断进步，从经验走向理论，从感性走向理性，走向科学。目前的研究，大体呈现两条路径：一条主要表现为对理论和制度表达的研究与参悟。面对外部世界，中国人有如婴儿吮吸母乳，贪婪的学习西方的理论和经验。这类主要是文本研究，多出于博士论文。另一条则偏重司法实践中对概念的诠释和具体制度的运用。面对司法实践，深入生活，尽其可能，找到事物的本质，力求为社会纠纷提供合理的解决方案。这类研究基本属于经验总结，主要表现为法官的办案体验。这两类成果，都有相当的建树。所缺者，是从经验到理论，能将两条路径连接起来，形成从实践到经验，再从经验升华为理论，又服务于实践的逻辑链条的成果。这是更接近事物发展的客观规律的知识。知识产权理论，源自社会实践，源自对实践的经验总结。经验是可贵的，在强调经验时，论者常以霍姆斯的观点为据：法律的生命是经验而不是逻辑。又：“历史研究之一页当抵逻辑分析之一卷”（转引自：黄海峰：中国人民大学博士学位论文《知识产权的表达与实践：版权、专利与商标的历史考察》第 1 页）。但是，简单比较经验与知识的优劣是片面的。“体验和知识是根本不同的概念”。【德】M. 石里克：《普通认识论》，商务印书馆 2005 年版，第 110 页）“谁要是接近事物，参与事物活动的方法和运作，他就是在从事生命活动而不是从事认知活动；对他来说，事物展示的是其价值方面，而不是其本质”（同前书，第 106-107 页）。经验还只是感性认识，只是走向理性认识的一个阶段。“经验使我们得以融入事物或事物得以融进我们之中的直观，但它仍然不构成知识。我们不能通过直观来理解或解释任何东西。通过直观的方式我们能获得的只是对事物的体验而不是对事物的理解。而只有对事物的理解才是我们在科学和哲学中追求知识所要达到的目标”（同前书，第 110 页）。经验唯有纳入科学思维的体系，才能上升为理性。中西传统，各有所长。与霍姆斯同时代的晚清大儒沈家本持论更显全面、公允，他认为：“大抵中说多出于经验，西学多本于学理。不明学理，则经验者无以会其

通；不习经验，则学理亦无从证其是。经验与学理，正两相需也”（沈家本：《历代刑法考》，第四集，第2217页）。可见，经验和理论，二者更像“术”和“道”，是辩证的关系，是一个硬币的两个方面，不分伯仲，两厢不宜做价值比较和优劣评断。

在源归民法理论本土的基础上，对知识产权而言，更为重要的研究，或称核心问题，是“寻找自己”。所谓“自己”：

一、在保持私法基因的前提下，划清与物权法、债权法、人格权法的界限，进入知识产权的自我世界、独有空间，寻找一个特殊的自身。知识产权作为绝对权利，和人格权、物权有相通之处；作为财产权利，则与物权“似曾相识”，均属于“对世权”等，但毕竟“知识”不是“物”，对知识产权的研究应当围绕着“知识”进行。参照物权理论对知识产权研究无疑是有益的，但是，知识产权并非“准物权”。以物权类比知识产权，用“准物权”的思维，去套用“知识产权”，是否可取，值得商榷。人类既可基于对“知识”的支配带来的利益，也可基于对“物”的支配带来利益。但是产生利益的途径，无论范围、方式、手段，都不可同日而语。作为另类的财产形态，论者应当考虑再辟蹊径，寻找知识产权自身的本质与规律。

二、回到原点，全方位认识知识产权。知识创造是资本主义生产方式的先导。“知识产权是资本主义核心规范的一部分”（【美】苏珊·k. 塞尔著：《私权、公法——知识产权的全球化》，中国人民大学出版社2008年版，第24页），私权是知识产权法律性质的基石，但它只是问题的一个剖面。“知识”在其创造、保存、扩散、管理、经营过程中，会发生比其他传统财产权复杂得多的社会关系，这些关系是如何发生、变动和消灭的，由此产生的一系列的知识产权制度是如何构建，又是如何实践的，都值得深入研究。“资本家的企业需要国家为其聚集提供政治和社会条件”（同前书，第41页）。发达国家几百年的经验告诉我们，围绕知识产权问题所建立的体系、机构、制度，远比中国人有限的体验和由此激发的想象要复杂得多。对其中任何一个问题的研究，都不可能一蹴而就，都需要以积极的精神，从容、淡定的态度，全身心的投入。要全方位的认识知识产权，必须回到原点，从头做起。这是知识产权学者的长期任务。

三、在坚实的基础上，运用科学的方法，构建知识产权法的理论体系。用逐渐丰富的理论的营养，反哺与时俱进的制度。与此相对应，还需建立一套理性、科学的知识产权法的知识体系。因此，当代知识产权学人将面临无法穷尽的挑战和永不完结的任务。这正是知识产权理论的魅力所在，也是《中国知识产权文

库》不竭的资源所在。

四、厘清普遍真理和具体实践的关系，从中国的社会实践中找到自我。一方面，我们应当承认，人类世界存在着普世价值。这是大家可以相互理解、相互交通，共同生活在一个星球上的理由。当今我们生存的这个星球上，任何一种独特生活方式，都不是单一的，都是多种元素的组合。每种元素，都可能来自不同的地区、国家、种族。所谓独特，不过是特定的组合。另一方面，“世界上没有放之四海和古今皆准的绝对、普适真理。任何理论都有它一定的历史和社会背景，都得通过当时的环境来理解”（黄宗智：《经验与理论》，中国人民大学出版社2007年版，第527页）。我们还有各自的历史、文化和传统，还有基于传统、现实、交流和全球化背景而形成的各自生活方式。中国人必须在自己的社会生活中找到特殊之处，找到它特殊的质、特殊的生成及其运动规律。

文章千古事，社稷一戎衣。中国的知识产权研究，总体上讲，恰似少年。正因为年轻，才蛰伏着无穷的潜力，蕴藏着无限的生机与希望。希望《文库》，以及一切有益的成果，成为中国知识产权理论建设的历史写照。

《文库》欢迎优秀的知识产权学术成果加盟，同时也吁请学界同仁，尽其所能，整理优秀的历史成果，再现给学界与社会。相信，从历史中走过的中国的知识产权研究，必有辉煌的未来。

最后，我特别要感谢华中科技大学出版社，感谢他们的眼界、识见、大度和包容。众所周知，科学研究不图回报，是学者推崇的风范。但是，对出版者而言，营利是它名正言顺、天经地义的企业道德。当代，不计回报，倾力扶助学术的出版社，已不多见。在华科社身上，我看到了张元济辈中国传统出版家的影子。法律分社王京图社长对待《文库》，彰显了出版家的情怀。他心态平和，目光悠远，看到的不是眼前的数字码洋、营利业绩，而是学术的未来。与他合作，十分愉快。

刘春田

2010年9月28日于人大明德楼

前 言

本书分别从比较法学、法哲学、法历史学和法经济学观察与思考的视角，以原始性权利人为分析主线，对著作权正当性的追问、著作权的权利体系构成的制度理念、构成原则及其权利体系的人格权与财产权二元结构等著作权的权利体系的理论问题进行了较为全面的分析，希望通过比较不同国家在著作权上的不同立法理念以及对不同立法模式利弊的思考，阐述我国著作权的权利体系构成上应当坚持的法学理念和理性，并针对我国著作权立法中权利体系存在的弊端与权利缺位，提出相应的解决方案及其法理依据。本书的主文由五章组成：第一章“导论”，第二章“著作权的正当性——历史的透视与权利要素的思考”，第三章“著作权的权利体系构成的基础”，第四章“著作权的权利体系构成原则——为人设权原则”，第五章“著作权的权利体系二元结构之一：作者人格权的体系”，第六章“著作权的权利体系二元结构之二：作者财产权的体系”。具体内容主要包括：

第一章“导论”。主要论及本书写作的缘起与研究价值、著作权的权利体系研究所面临的问题、本书研究的基本思路和论域以及本书的研究方法。其目的在于引出对著作权的权利体系研究这一基础理论性的研究主题，主张应当立足于我国经济、文化、权利观念等背景系统探讨著作权的权利体系是什么，其形成的历史的、经济的、法学理念的原因是什么，我国著作权的权利体系尚存在的问题以及调整的思路是什么等一系列的基本法学问题。

第二章“著作权的正当性——历史的透视与权利要素的思考”。以罗马法中的“jus”和中文的“权利”历史演进为分析线索，试图回答：其一，著作权与以人为核心的权利之要素间的关系；其二，著作权视角下的权利本质观；其三，自由意志人的利益与他人利益在著作权体系下的关系，如自由意志人与权利的法定性、尚未被法律所承认的权利是否为权利等问题。

第三章“著作权的权利体系构成的基础”。认识权利的性质、理解权利的价

值、掌握权利的功能，均需要从体系上去把握。在讨论私权体系与著作权体系关系的基础上，探讨著作权的权利体系因何而形成不同的架构。通过对著作权历史演进的分析，可以发现影响著作权的权利体系呈不同架构的两种立法理念：Copyright 主义和作者权利主义。我国著作权的权利体系则表现出其历史演进与制度选择中所体现的制度理念。

第四章“著作权的权利体系构成原则——为人设权原则”。提出了“著作权的权利体系以‘为人设权’为原则”的命题，旨在揭示在著作权的权利体系设计上，应当坚持以人为本的设权基本理念和以原始利益人为设权原点的理性思考，并附之以比较分析和法律实证分析。就著作权的权利体系中原始利益人而言，存在着两种制度理念性的设计：其一，自然人格论基础上的仅自然人为作者的主体一元化体例；其二，法律人格论基础上的自然人为作者、法人被视为作者的主体两元化体例。法人被视为作者的理论和制度设计构筑在法人实在说理论基础上，是一种秉承传统主体理论兼具现代主体理论思维的理性思考，在著作权的权利体系构成中具有举足轻重的基础理论性。提出了现代社会中作品的形式和传播虽然处于不断衍展的动态下，但是“为人设权原则”并没有遭到实质性的挑战，所需要的是立法对该原则的重申。

第五章“著作权的权利体系二元结构之一：作者人格权的体系”。“作者人格权”概念的提出，表现出对学界广为使用的“精神权利”概念的质疑。在作者人格权体系中，存在法定作者人格权的肯定与否定两种样态，鉴于作者人格权法定化否定之弊明显，应当逐渐退出权利体系的制度选择。普通人格权与作者人格权之间的基本关系表现为：作者人格权起源于普通人格权，其后又与普通人格权互动，共同推动着人格利益的法律保护制度的发展。作者人格权具有支配性、非财产性、恒久性、专属性和非质押性等法律特性。我国作者人格权的权利体系由彰示型权利、自由型权利和尊严型权利所构成，但是，根据现代社会的发展，要求尊重作品权和收回权也应当成为权利体系设计的内容。

第六章“著作权的权利体系二元结构之二：作者财产权的体系”。作者财产权的理解应当以民法财产权理念为基础，在作者“财产权”表达中蕴涵着财产与财产权利、财产权与作者财产权、作者财产权与著作权三个关系。对作者财产权的理解必须以其权利客体、权利存在状态为背景，作者财产权具有支配性、回归性、垄断行使财产权的有期性等法律特性。在作者财产权的体系设计中，经济学的均衡理论和博弈理论有着不可忽视的方法论上的启迪作用。从比较法的视角对不同国家立法的观察与分析，可以看出我国《著作权法》中的作

者财产权体系的“清单式”权利束状态。它由作品的自行型与允他型使用权、有形型、无形型与变形型使用权及其下位阶权利群、对价获得权共同构成。但是，售价分享权的缺位使得作者的利益在法律救济上发生障碍，实有必要在法律上给予确认。同时，我国作者财产权体系设计中因为注重“清单式”立法模式，导致“权利细化”弊端凸显，我们的立法应当将权利体系开放性作为一种立法设计的理念。

作者

2011 年 1 月

目 录

第一章 导论	1
一、缘起与研究价值	1
二、著作权的权利体系研究所面临的问题	2
三、研究的基本思路和论域	3
四、研究方法	6
第二章 著作权的正当性——历史的透视与权利要素的思考	8
第一节 从罗马法中的“jus”到中文的“权利”	9
一、“jus”内涵的人文观	9
二、从漠视人到关注人的渐进：中文“权利” 含义的历史解读	13
第二节 著作权之权利要素	16
一、以人为核心的权利基本要素	18
二、从著作权看权利本质观	23
第三节 自由意志人的利益与他人利益：一些并未真正解决的问题	29
一、自由意志人的利益与他人利益	30
二、自由意志人与权利的法定性	32
三、尚未被法律所承认的权利是否能够获得法律的救济？	34
第三章 著作权的权利体系构成的基础	38
第一节 欧美国家著作权的权利体系构成的制度理念	38
一、“Copyright 主义”	40
二、“作者权利主义”	44
三、背景的进一步观察与思考	46
第二节 我国著作权的权利体系制度理念：历史演进与制度选择	48
一、“著作权”语源的历史考察与制度选择	49

二、立法演变与制度选择	52
三、“著作权”的制度内涵及权利理念	54
第四章 著作权的权利体系构成原则——为人设权原则	57
第一节 为人设权原则的理论阐释	58
一、何为“为人设权原则”	58
二、为人设权原则的基本理解	59
三、为人设权原则的价值判断	63
第二节 著作权的权利体系中原发性利益人	64
一、确认作者资格的两种制度体例	66
二、“法人被视为作者”的论争	72
三、我国立法的检讨与建议	82
第三节 作品衍展动态下的为人设权原则	85
一、社会发展与作品的衍展	85
二、作品衍展动态下为人设权原则的个案分析： 王蒙诉互联网公司案引出的思考	90
第五章 著作权的权利体系二元结构之一：作者人格权的体系	93
第一节 作者人格权的制度分析：两种制度样态	94
一、对“精神权利”表达的思考	94
二、“法定作者人格权的肯定”观念	97
三、“法定作者人格权的否定”及其现代立法的矫正	99
四、评价	103
第二节 作者人格权法律特性：作品背景下的分析	104
一、普通人格权与作者人格权：起源与互动	105
二、作者人格权法律特性	114
第三节 作者人格权体系：比较法的视角	120
一、作者人格权体系：外国立法的观察与分析	120
二、我国作者人格权体系：立法演进的视角	123
第四节 我国作者人格权体系	124
一、我国现行立法中的作者人格权体系	124
二、我国作者人格权体系设计的缺陷及其矫正	132

第六章 著作权的权利体系二元结构之二：作者财产权的体系	139
第一节 作者财产权的基本理解	140
一、民法财产权理念基础上的作者财产权	140
二、作者财产权的法律特性	144
第二节 作者财产权体系：经济学的视角	146
一、均衡理论与作者财产权体系设计	147
二、博弈理论与作者财产权体系的设计	149
三、小结	153
第三节 作者财产权体系：比较法的视角	155
一、作者财产权体系：外国立法的观察与分析	155
二、我国作者财产权体系：立法演进的视角	164
第四节 我国作者财产权体系	166
一、作者财产权体系：我国现行立法的视角	166
二、我国作者财产权体系设计的缺陷及其思考与建议	174
参考文献	181

之一，这不仅是由于它自身包容了诸多的重要理论命题，如权利体系的“两权一体性”、人格权对著作权的启发、一般人格权与作者人格权之间的互动等有意思的问题，同时亦是基于它是知识产权中与传统私权联系最为广泛且密切的权利。尤其是笔者在自己于1986年完成的硕士论文中提出了法人能够成为著作权的原始利益享有者的理论之后，学术界对该问题的讨论令笔者获益很多。当然，笔者对该问题的认识，在本书中又进行了更为详细的阐述。

著作权的权利体系研究是一个十分有助于知识产权理论探讨的基础理论性的研究。本书的基础是笔者于2004年完成的博士学位论文。而对相关问题的思索则始于1985年。无论是在20世纪80年代，还是在目前的21世纪初期，在我国法学理论界，对著作权的研究作品应当说有不少，但是，有关著作权的权利体系研究的作品却十分稀少，在国外大陆法系一些国家中有不少学者对此颇有研究。但是，其研究的经济、文化、权利观念等背景毕竟与我国不同。因此，我们需要立足于我国的经济和文化的基础背景来系统探讨著作权的权利体系是什么，其形成的历史的、经济的、法学理念的原因是什么，我国著作权的权利体系尚存在的问题以及调整的思路是什么等一系列的基本法学问题。

著作权的权利体系研究是一个兼具传统思想和现代思维的选题，旨在针对我国目前有关著作权的权利体系缺乏深层面的理论研究的现状，通过对著作权的权利性质与特点、“作者权利主义”与“Copyright主义”的理论溯源、著作权的权利体系架构的法理基础、作者人格权与普通人格权的关系、作者财产权与普通财产权的关系、社会现代化与著作权的权利体系的关系等等问题的探讨，从理论上系统地解决著作权的权利定位、著作权的权利体系应有的架构等基本理论问题。

二、著作权的权利体系研究所面临的问题

在著作权理论研究中，主要存在的问题是：虽然立法将著作权置于民事权利的体系中，但是其理论依据的研究滞后，对资料处理不够，对许多重要文献尚缺乏学术消化，对著作权的权利要素与权利本质的认识、著作权与一般民事权利的关系、两个法系在著作权的权利体系架构上不同的根本原因及其背景等理论问题迄今为止尚缺乏深层面的理论探讨。

笔者认为，在权利制度设计上，我们必须意识到，权利制度的设计是法律制

度设计的一部分，而法律制度设计完全反映出法律规范制定的“存在、同构及其有序、有利”的过程^①。它要求我们思考：其一，是什么；其二，可以做什么。我们不仅要解释制度的“此在”，而且还要解释制度的“将在”，这样，无论是从著作权的宏观状态上，还是从相关法律制度设计的微观角度上，去实现有序、有利的目的。

三、研究的基本思路和论域

本书研究的学说思想和立论依据是：应当从体系上对著作权的权利及其体系问题进行深入探讨。即立足于民商法学的大框架内，在研究国内外有关权利学说的基础上，以“人——权利——社会”三者关系为切入点，对著作权的权利体系相关问题进行理论研究。

著作权的内涵应当具有文化性，这是大陆法系国家的理念基础。英美法系尤其是美国法则强调版权内涵的经济性，这是两者的理念差异凸显点之一。我们需要梳理两个不同理念所带来的著作权权利体系上的不同。

由于我国法学理论对著作权应具有的理念缺乏深入思考和定位选择的研究，导致著作权立法的权利体系定位不清，在到底应当以文化为其内涵理念还是以经济利益为其内涵理念或是两者兼顾的理念之间摇摆不定。在立法上无视法律制度的“链性效应”而盲目引进其他国家“法律制度链”上的某一个“制度环”，导致在其他国家中被认为是“善法”的制度，在引进我国后就带来了“恶法”的效果或严重的“水土不服”；相反，我们应当借鉴的其他国家的立法和司法实践经验却被我们“视而不见”。笔者还认为，在我们设计著作权的权利体系时必须看到，我们是一个古老的国家，我们有着宝贵的文化遗产，我们不应抛弃著作权权利体系应有的文化内涵。与此同时，现代社会的著作权权利与法益的实现不是空幻的，而是应当通过经济利益的实现以体现权利设计的制度价值。

（一）研究的基本思路

在本书中，笔者将从历史和权利哲学的角度来探讨著作权的正当性，并将其作为第一个问题。首先，笔者期希从罗马法“jus”内涵的人文观，到对中文

^① 江山：《互助与自足——法与经济的历史逻辑通论》，中国政法大学出版社1994年版，第231页。

“权利”含义内的人文理念的历史解读过程中，寻觅它们之间的连接之“桥”；其次，笔者希望通过著作权的视角来分析权利要素的构成及本质，并对权利法定性等问题进行一些理论分析。

著作权的权利体系构成的基础是本书的第二个问题。在欧美国家著作权的权利体系构成基础中，存在着“Copyright 主义”和“作者权利主义”两种不同的制度理念，它们各有自己形成的背景理论，而我国著作权的权利体系，在历史演进与制度选择中形成了我们自己的制度理念。

著作权的权利体系构成原则是本书的第三个问题。笔者以“为人设权原则”为立论，在以人为本是设权的基本理念、以原始利益人为设权原点以及为人设权原则的价值判断等方面展开讨论。在该部分，对著作权的权利体系中的原始性利益之人进行分析，因为著作权的权利体系的逻辑原点和架构的基础不是权利本身，而是权利的主体。同时，在对法律人格理论进行讨论的基础上，着较多的笔墨讨论了“法人被视为作者”的论争，并对我国立法进行检讨和提出建议。面对着新技术不断出现的现代社会，笔者以“作品衍展动态下的为人设权原则”为讨论对象，提出了新技术的出现并没有对著作权的权利体系的为人设权原则构成实质性的挑战的观点。

第四個问题是著作权的权利体系二元结构中的作者人格权体系。笔者首先对“精神权利”的表达阐述了一些个人思考，然后对作者人格权的两种制度样态——法定作者人格权的肯定、法定作者人格权的否定及其现代立法矫正进行了系统的研究。在作品背景下对作者人格权的法律特性进行剖析，笔者认为，普通人格权是作者人格权的起源，而在它们发展的过程中彼此互动。而对支配性、非财产性、恒久性、专属性、非质押性等作者人格权法律特性的系统讨论，为研究作者人格权体系奠定了理论基础。在以比较法为观察视角对外国立法中的作者人格权体系进行分析的基础上，对我国立法中的作者人格权体系分别从彰示型权利、自由型权利、尊严型权利角度进行分析，从《赤壁之战》等民族壁画精品永远消失的案件中指出了我国作者人格权体系设计的缺陷，并建议考虑在现有权利体系中增加要求尊重作品权和收回权。

第五个问题是著作权的权利体系二元结构中的作者人格权体系。该部分主要讨论的是以民法财产权理念为基础的作者财产权的基本理解与体系内容。“作者财产权”表达中蕴涵着财产与财产权利、财产权与作者财产权、作者财产权与著作权三个关系。对作者财产权的理解必须以其权利客体、权利存在状态为背景。作者财产权具有支配性、回归性、垄断行使财产权的有期性等法律特性。在作者