

新媒体时代的 版权与技术

龙井琰 著

陕西师范大学出版总社

新媒体时代的 版权与技术

龙井璐 著

陕西师范大学出版总社

图书代号: ZZ16N0077

图书在版编目(CIP)数据

新媒体时代的版权与技术 / 龙井琰著. — 西安: 陕西师范大学出版总社有限公司, 2016.2

ISBN 978-7-5613-8356-8

I. ①新… II. ①龙… III. ①版权—著作权法—研究
IV. ①D913.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第025751号

新媒体时代的版权与技术

XINMEITI SHIDAI DE BANQUAN YU JISHU

龙井琰 著

责任编辑 高歌

责任校对 巩亚男

封面设计 田东风

出版发行 陕西师范大学出版总社

(西安市长安南路199号 邮编710062)

网 址 <http://www.snupg.com>

印 制 西安创维印务有限公司

开 本 720mm × 1020mm 1/16

印 张 12.25

插 页 1

字 数 195千

版 次 2016年2月第1版

印 次 2016年2月第1次印刷

书 号 ISBN 978-7-5613-8356-8

定 价 30.00元

读者购书、书店添货或发现印刷装订问题, 请与本公司营销部联系、调换。

电话: (029) 85303879 传真: (029) 85307864 85303629

前言

从雕版印刷术到照相式复印机，从钢琴卷（piano roll）到 MP3 播放器，新技术从根本上改变了版权法；摄影、电影、唱片和广播也相继从版权法中取得一席之地。随着复制和传播技术的变革，它们在创造人类表达自己的新载体、新利益群体之外，也使已有的版权原则不断陷入模棱两可的境地。

当第一部印刷机出现时，有人就担心这种发明将毁掉美妙的手绘图书。事实证明，印刷机确实摧毁了手绘图书市场，但是并没有终结图书出版业；相反，这一发明使图书出版业更为繁盛兴旺。

19 世纪的艺术家们抱怨摄影技术给他们造成损失——那些原本会找他们绘制肖像的人都跑去拍照了！面对失去的市场，他们大声疾呼——艺术要枯萎、死亡了！摄影技术的确改变了艺术世界的面貌，但摄影使艺术朝着更好的方向发展了。

进入 20 世纪，“技术造成威胁”的指控出现得越来越频繁，而且越来越激烈。第一个十年出现的新技术是钢琴卷和留声机（gramophone）。美国著名作曲家和指挥家 John Philip Sousa 曾经撰文声称：“这种梦魇般的设备是对自己的营生、整个国家（body politic）以及音乐品味本身的威胁。钢琴卷和留声机剥夺了鲜活的、精神性的人的表演的生命。”^①他还在这篇文章中提出了为版权工业所熟知的论点：“难道他们没有认识到如果一个通过自己的天赋和劳动获得名望的作曲家被拒绝支付他们所应得的报酬，那么所有的对于创作的激励就将消失，作品将不再从他们的笔尖流出？如果是这样，再先进的表演机械又能怎样呢？”^②这种观点认为如果不再向音乐人继续支付报酬，就

^① John Philip Sousa, 'The Menace of Mechanical Music' (1906) 8 Originally published in Appleton's Magazine (1906) 278. 参见网址 http://ocw.mit.edu/courses/music-and-theater-arts/21m-380-music-and-technology-contemporary-history-and-aesthetics-fall-2009/readings-and-listening/MIT21M_380F09_read02_sousa.pdf, 访问日期 2015 年 7 月 26 日。

^② Ibid.

有人会继续创作。当然这种担忧只是针对那些业余音乐创作者而言的，对于专业音乐人来说，他们仍然有能力支付利用这些新技术进行的音乐创作。留声机真的摧毁了音乐工业吗？事实证明，并非如此。

20年后，对文化产业的威胁来自于收音机。人们担心彻底免费的收音机会销蚀掉留声机市场的所有收益，正如20年前音乐家们指责留声机可能销蚀掉他们的收入一样。然而事实证明，并非如此。

进入20世纪五六十年代后，争论转向了视频工业。新兴的有线电视成为威胁当时电视行业的“恶魔”。这次“指控”与以往有所不同。之前版权产业总是认为自己收费的服务无法与新技术带来的免费服务竞争，相反，由于当时电视行业的经营模式为免费播送，因此，电视产业指控有线电视收费的服务将会抑制人们创作电视节目的热情，并最终导致无人光顾有线电视。但具有讽刺意义的是，有线电视既没有遭到关闭，各个电视台还竞相发展有线电视以抢占市场。

更激烈的争论发生于20世纪70年代。围绕着复印机将导致无人购买图书的问题，版权产业试图以一场诉讼阻止复印机的推广。最终，新技术在美国联邦最高法院又一次险胜。图书和期刊行业也并没有因为免费复印而消失，它们还在接下来的十来年中继续繁荣，直到数字技术出现。

20世纪70年代末期，家庭录像机（VCR）的出现让版权产业又一次陷入恐慌。免费电视的模式已经建立，但这种新兴的复制技术让人们可以在家里复制电视节目并可以随时播放或者收藏。版权产业警告说，必须要禁止家庭录像机。当时美国电影协会（Motion Picture Association of America, MPAA）主席 Jack Valent 在国会做证时表示，“……VCR 对于美国的电影制片人和美国公众来说，无异于那个波士顿杀手（Boston Strangler）对于独自在家的妇女一样让人心惊胆寒”^①。这明确表示了当时电影工业的立场：国会若不禁止VCR，而是允许其自由复制，那么将没有人再拍电影了。但是，在美国联邦最高法院终于以5：4的投票对VCR说OK以后，VCR以及其后来者DVD播放器，不但没有摧毁播放行业和电影行业，而且还使其继续生存，并在2002

^① Civil Liberties The Subcomm. on Courts, and the Admin. of Justice of the H. Comm., *Home Recording of Copyrighted Works: Hearing on H. R. 4783, H. R. 4794, H. R. 4808 on the Judiciary, 97th Cong. 8.* (1982). 波士顿杀手指的是20世纪60年代在美国波士顿行凶的一个连环杀手，他曾在法庭上供述了自己制造的十几起谋杀。但DNA证据最后显示，这些谋杀案的凶手并非一人。

年获得高达 300 亿美元的收益。

与此同时，在音乐市场，版权人担心的是录音带。唱片工业虽然没有被收音机毁掉，但是现在又面临录音带复制收音机上播放的音乐的威胁。虽然免费收听收音机播放的音乐没有打击音乐产业，但是在收听的时候录制歌曲被认为注定要将音乐市场的收益蚕食干净。于是，音乐产业发动了试图“严打”磁带生产的运动。但是，立法并未禁止家庭录制，而同时，音乐市场仍在 20 世纪 80 年代以及 90 年代继续发展。

从某种程度上说，数字技术和互联网是这种趋势的继续。数字技术和互联网从根本上扩展了版权作品的范围，并使其在多样性和数量上达到前所未有的高度。复制和创制数字作品的成本不单是降低了，而且在大多数情况下是可以彻底忽略不计的。这不仅仅是程度上的变化，还是类型上的更替。互联网时代作品数量的增殖已经不再是简单的量的问题，网络正使信息和文化产品的生产史无前例地“非中心化”。

数字技术的三个要素使其无法抗拒：保真度（fidelity）、便捷度（facility）和普遍度（ubiquity）。^①把一段视频或音乐录制在 CD 或 DVD 上，其清晰度和耐久性就远远超过在录音带或者录像带上的模拟录制。数字技术还使修改和整合不同种类的艺术变得更容易。这种技术不仅能够把黑白电影变为彩色电影，而且不同影片中的角色一旦被还原成数字 0 和 1，还能被无缝整合为一个新的作品。这种行为或艺术类型被称为“混合”（remix）。数字技术吸引人的地方还在于，它能够借助计算机的运算能力使互联网具有无限广阔的接入能力，使新类型的作品与传统作品一起得到几乎无边界的传播。

21 世纪，互联网带给文化产业的不仅仅是使作品得到便捷快速的传播，而且也使版权人感到深深忧虑：广泛存在的未授权的复制行为可能摧毁他们的每一个市场。在个人复制领域，版权法从来就不是一个有效的工具，而互联网的逻辑就是让每一个复制行为都可能是私人所为。版权人万分沮丧，他们声称版权产业遭遇冰霜，自己将面临灾难。音乐唱片公司认为，由于网络 P2P 分享技术导致他们的利润下降，“我们无法与免费的东西竞争”，唱片公司将要成为历史。影视公司也游说政府降低宽带网速，否则“没有人再拍电影了”！这些抱怨并不是第一次在版权产业中提出来，所不同的是，即便随

^① Paul Goldstein, *Copyright's Highway: from Gutenberg to the Celestial Jukebox* (Hill and Wang 1994), p. 163.

着网络 P2P 共享软件 Napster 解散、Grokster 被推上法庭，版权人看到的是，无论是版权机构还是版权规则都无法让包罗万象的互联网停下脚步。

对于版权人来说，版权之外的某种解决办法似乎势在必行。也就是在这个时候，有人提出这样的问题：版权还能够或者应当在一个免费且容易获得复制的数字世界生存吗？这个话题成为 1995 年 6 月在阿姆斯特丹举行的为接下来签订国际条约做准备的信息科技法大会的热点。

参会者包括政府官员、业界代表、版权执业律师和学者。其中有一位是曾经的流行乐队的词作者 John Perry Barlow，他主张在数字时代应当彻底打碎版权。他说：“我们在一艘正在下沉的船舶中驶向未来。这艘船上装满了版权法和专利法教条，而当初造它出来所要承载的表达形式和方法，完全不同于现在要它承运的不切实际的货物。”^①这一观点被当时的国际出版商协会版权理事会（International Publishers Copyright Council）的法律顾问 Charles Clark 以演讲的形式正式提出来。Clark 的演讲题目叫 *The Answer to the Machine is in the Machine*，即“技术问题要靠技术来解决”。以隐喻作为演讲题目表明 Clark 是个不错的作家，但在这样一个重要问题的讨论上，高明的作家还是显得心有余而力不足。他的演说不长，主要是一些项目介绍，而且充满了各种引用。在 Clark 看来，问题不在于如何阻止人们获取和使用享有版权的作品，而在于如何监控这些获取与使用。他介绍了自己正在积极筹建的一个项目，即记录付费系统（record and reward system），通过这个系统，可以追踪单个作品的使用情况。而技术保护措施就是这个系统的一项核心要素，它利用计算机代码将搭便车者排除在外。不过 Clark 也承认“强调技术保护的主导型立法尚付阙如”。

所谓“技术问题技术解决”在某种程度上就是对版权的一种激进的否定，就是试图用技术控制代替法律控制。正如英国教授 Carloes M. Correa 所担忧的，“法律的控制将会被技术的控制所取代，因此法律的设计也会被技术的设计所取代”。但是，版权法是一项财产权法，作为一个成本相对较低而效率相对较高的利益协调机制，专有权人与使用者之间的利益平衡永远是版权法的核心。版权法并非第一次遭遇技术挑战，也不是最后一次。虽然到目前为止，我们还不知道技术会朝着什么样的方向发展，但可以肯定的一点是，打击、

^① Ibid, p. 170.

压制技术的发展并不奏效。每一种新技术都会改变工业模式，既能导致一种收益形式的衰落，也能开创一种新的收益模式。从历史的发展来看，所有的技术都走进了版权的视界，或多或少以法定许可或者集体许可的形式使版权人得到一定的补偿，同时允许技术在承担一定的版权救济的条件下继续发展。而单纯地禁止作品得以传播的技术创新（除非得到版权人许可），这样的体制将不会奏效。

根据传统的版权基本理论，只有在一个严格的版权保护体系中，版权才能够发挥其刺激功能，才可能有更多的产品生产出来。立法者必须在一点上做出决定，即版权控制要严格到什么程度才会抑制创作。而这种抑制出现的时候，创作者会做出什么选择。在过去的 300 年间，各国的版权法都依循着同一条路径制定自己的版权规则，那就是立法者不断地扩大作者和出版者的权利范围。在这样一个背景下，数字技术（尤其是 P2P 技术）带给版权的可能是另一番影响：版权保护大幅度弱化；而且，研究数据显示这种弱化不但没有打击作者和出版者对文化产品（尤其是音乐）的创制生产，反而展示出对社会有益的图景。^①

本书从技术发展对版权影响的角度，回顾了版权 300 年历史中所遭遇的重大冲击以及版权法如何突围成功并形成当前的格局。本书以上述冲击所围绕的共同版权话题——合理使用而展开，详细描述了合理使用制度在相继出现的“版权之战”（copyright wars）中如何辗转腾挪，最终发展成版权体系中最重要制度。在此基础上，作者的讨论转入在数字技术的新形势下，版权之战如何升级——“技术问题技术来解决”的论点出现并产生了一定的影响。本书选择了搜索引擎与 P2P 这两种具有代表性的技术，详细分析了其在与版权纠葛的过程中的冲突与妥协，而这种冲突与妥协恰恰证明了“技术不能解决技术带来的问题”，同时版权法“加强版权控制”的传统思路似乎也显得力不从心。本书作者指出，弱化部分产业中的版权保护可能会为目前版权保护的困境提供出路。

① Felix Oberholzer-Gee and Koleman Strumpf, 'File Sharing and Copyright' in Josh Lerner and Scott Stern (eds), *Innovation Policy and the Economy*, vol National Bureau of Economic Research (University of Chicago Press 2010) 参见网址 <http://www.nber.org/books/learn09-1>.

目 录

第一章 版权的安全阀——合理使用	001
引 言	001
第一节 合理使用	002
第二节 fair use 与 fair dealing	006
一、国际条约中的“三步测试法”(three-steps text)	006
二、美国版权法中的合理使用制度	007
三、英国版权法中的合理使用制度	012
四、中国版权法中的合理使用制度	016
五、比较	018
第二章 印刷术与版权的起源	020
引 言	020
第一节 出版商之战	020
第二节 作者为争取权利的努力	027
第三节 版权法	028
小 结	029
第三章 摄影技术与版权的扩张	030
引 言	030
第一节 摄影机的出现	031
第二节 照片是“世界之窗”还是“灵魂之镜”？	031

第三节	摄影作品与版权的原创性	034
第四节	照片与演绎作品	037
第五节	<i>Horgan v MacMillian, Inc.</i> 案	040
第六节	数字技术与摄影作品的原创性	042
第四章	电影技术与版权	045
引 言		045
第一节	电影与摄影作品、戏剧作品	045
第二节	电影声轨与机械复制	046
第三节	录像带与机械复制	049
小 结		050
第五章	复印技术与版权	051
引 言		051
第一节	<i>Williams & Wilkins</i> 案	052
一、	争端的出现	052
二、	曲折的初审	054
三、	逆转性的再审	058
四、	从 <i>Williams & Wilkins</i> 案看版权的发展	060
第二节	<i>Sony</i> 案	061
一、	家庭录制机 (VCR) 与个人复制	061
二、	结论相左的一、二审判决	062
三、	纠结的终审判决	064
小 结		066
第六章	网络空间与版权法	068
引 言		068
第一节	网络空间	068
第二节	网络世界的规则	071
一、	模拟世界的规则	071

二、网络世界的规则	072
第三节 “马法” 与网络法	076
第七章 计算机软件的版权保护	079
引 言	079
第一节 版权保护还是专利保护?	080
一、难以“读懂”的文字	080
二、国际性的分歧	081
第二节 版权保护的困境	083
一、计算机程序的文字复制是否构成版权侵权?	
——第一代计算机软件侵权争议	084
二、计算机程序的非文字复制是否构成版权侵权?	
——第二代计算机侵权案件	086
第三节 英美的司法实践	090
一、Whelan 案	091
二、Altai 案	094
三、Lotus 案	096
四、Flanders 案	098
五、Tradition 案和 Easyjet 案	099
第四节 反向工程与软件的兼容性	099
小 结	103
第八章 反规避技术保护措施与版权侵权	105
引 言——“技术问题技术解决”	105
第一节 美国 DMCA 和中国《著作权法》中的反规避技术措施条款	
.....	108
第二节 加密与解密	111
第三节 版权的困境	113
小 结	115

第九章 P2P 文件分享技术 (Peer-to-Peer file-sharing network)	
与版权侵权	116
引 言	116
第一节 第一代 P2P 技术与英、美的版权间接责任	116
一、Napster 的 P2P 技术	116
二、P2P 技术与合理使用	117
三、P2P 技术与美国的版权间接侵权	118
四、英国的 Newzbin 案	121
第二节 第二代 P2P 技术与美国的 Grokster 案	124
第三节 第三代 P2P 技术与英国的 The Pirate Bay 案	126
小 结	129
第十章 搜索引擎与向公众传播权	131
引 言	131
第一节 链接法律责任确认在欧美的分歧	131
第二节 欧盟和英国版权法中的“向公众传播权”	132
第三节 链接版权责任中“新的公众”的标准及其由此产生的疑问	135
第四节 链接与复制权	138
一、复制与作品的数字化	138
二、链接与暂时复制	139
第五节 链接与中国的版权责任	141
一、中国的信息网络传播权与共同侵权责任	141
二、2005 年百度案	143
三、2006 年百度案	143
四、“雅虎! 中国”案	145
小 结	146
第十一章 网络服务商 (ISP) 的版权责任	148

第一节	ISP 类型的划分.....	148
第二节	追究 ISP 版权责任的理由	149
第三节	能否免责?	151
	一、美国 DMCA 中的安全港	151
	二、《欧盟电子商务指令》中的“安全港”规则	153
	三、中国的“安全港”规则	155
第四节	ISP 责任的发展趋势.....	158
第十二章	后稀缺时代的版权	162
参考资料		170
后 记		182

第一章 版权的安全阀——合理使用

引言

版权从来都不是绝对的权利。正如《伯尔尼公约》的奠基人之一 Numa Droz 所言,公共利益十分恰当地确定了对绝对保护的^①限制。版权要求保持在作者控制并利用其作品的利益与传播自由思想等社会价值之间的平衡。版权法赋予版权人专有权利,目的是保护版权人对其已经发表的作品控制,并从中受益,进而为进一步的创作提供激励。但是,版权法的天平并不只是一边倒地倾向保护权利人的利益。版权的限制制度是一种调整不同主体利益关系的专门制度。在版权权利关系中,主要有作者、公众以及出版者、传播者等中间者,三者的利益经常发生冲突。比如,英国《安妮法》(*Statute of Anne*)颁布前爆发的“出版商之战”就是因为公众阅读需求的增长与政府控制言论以及出版者的独占出版利益之间发生了冲突。现代社会,如果对版权的每项利用都需要从版权人处取得许可,就会极大增加利用作品的困难,耗时费力地取得许可的途径会与公众对版权作品的需求形成矛盾。因此,版权法需要对公众利用版权作品的利益与作者和传播者的利益进行权衡,试图获得一个相对平衡的机制。

通常来讲,版权在获得这种利益平衡时,首先会考虑独占权利与后续创造自由之间的平衡。对版权作品的控制不应成为再创造的障碍。其实,任何人的创造活动都是在前人创造的基础上进行的,即所谓的“站在巨人的肩膀上”。后续的创作者对前人作品的引用、转述、模仿,都是再创作所必需的,没有模仿就没有学习,学习的过程就是模仿的过程。在允许作者控制作品的

^① Carlos M. Correa, 'Fair Use in the Digital Era' (2002) 33 International Review of Intellectual Property and Competition Law 570.

使用的同时应该允许公众对其作品的模仿。因此，立法者都会考虑个人权利与公共教育政策之间的平衡。比如，考虑到公共教育，各国都会允许对作品进行教学、研究等方面的合理使用。一般来说，立法者还会考虑个人权利与流通自由之间的平衡。大多数国家在认定作者向公众提供作品复制件的专有权利的同时，为了不妨碍作品接下来的自由流通，都规定了发行权在第一次行使后就穷竭、用尽的原则，以此来保障作品传播的畅通。

第一节 合理使用

版权中“合理使用”这一概念在英国和美国使用了不同的表述（分别是 fair dealing 和 fair use），含义接近但不完全等同。美国学者 Mitch Tuchman 为合理使用所下的定义简洁扼要——版权作品的合理使用是未经许可的非侵权行为。^①从法律性质上说，合理使用是版权侵权行为的一种抗辩，在缺乏版权人同意的情况下，它允许对受版权保护的作品加以使用。也有人认为合理使用是对版权作品的四种使用方式之一，其他三种分别是版权持有人的使用、个人使用和侵权使用。^②

合理使用原则源于司法实践，并在司法实践中得到发展，是一项普通法原则。合理使用制度最早出现在英国普通法法官对《安妮法》的适用解释过程中。法官认为，虽然《安妮法》明确表示其立法宗旨是促进知识传播（encourage learning），但规定知识的学习应该包括并不试图替代原作销售的未经授权的使用。这种使用包括对原作的合理改写（abridgement），因为改写者的学识、判断以及创新必然体现在改写过程中。在美国，直到 1976 年的《版权法》颁布，合理使用才成为制定法的一项制度。即便成为制定法，美国《版权法》也强调，这也不过是将法官长期积累的概念加以重述（restate），而非对其“修改、限缩或者扩展”^③。

美国学者 Wendy J. Gordon 则从经济学角度出发主张，合理使用是对“版

① Mitch Tuchman, 'Judge Leval's Transformation Standard: Can It Really Distinguish Foul From Fair?' (2003) 51 Journal of the Copyright Society of the USA 101.

② L. Ray Patterson and Christopher M. Thomas, 'Personal Use in Copyright Law: An Unrecognized Constitutional Right' (2003) 50 Journal of the Copyright Society of the USA 457.

③ Sec 107 of 17 U. S. C.; P. Goldstein, 'Fair Use in Context' (2007) 31 Colum J L & Arts 433.

权市场失灵”的一种回应：如果无法就许可费用达成协议，或者存在如社会利益这类非用金钱衡量的价值，市场本身功能的不足便是合理使用存在的基础。^①在作品的使用许可费用超过使用作品所获价值的情况下，合理使用制度就显得非常必要。版权法一方面赋予作者的版权排他权，另一方面也抬升了消费者消费作品的成本，同时也增加了后续创作者进一步创作的成本。对于有形产品来说，这些成本变成价格信号将产品配置给出价最高的人。然而，对于无形的作品来说，如果可以重复消费而并不损耗其价值，那么版权排他权的设置也会导致无谓的损失，因为那些不愿意支付更高价格的人会被迫“不消费”，但是后者的“不消费”并没有影响到愿意出高价的消费者。

无论是美国的 fair use 还是英国的 fair dealing 都被描述为“整部版权法中最为棘手的问题”。^②在版权制度中，合理使用是充满不确定性的一部分。虽然学者们长篇累牍地论述合理使用制度，但是这一制度仍然让人难以捉摸。美国著名知识产权教授 Paul Goldstein 曾精准地指出，合理使用判决的不确定性主要由以下两个主要原因造成。^③

首先，在确定一个行为构成合理使用还是侵权时，法官们最终都要触及价值判断。判断版权法上的利益是否达到了平衡总是相对的、完全主观的，并由外部因素决定。^④权衡的过程并不是将各方的利益放在天平上称重，只要当指针指向正确的位置就算达到平衡。事实上，任何时代的版权法都是主观价值判断的结果，因为很可能双方对平衡的认知是相互冲突的。在很多立法者看来，现状就是平衡，打破现状就是打破平衡。但是，任何平衡都是相对的，我们的现状也是打破之前的平衡获得的。因此，衡量版权各方利益是否达到了平衡根据的是外部因素，比如政治的考虑、经济的考虑或者技术的考虑。

首先，版权明显反映着政治因素在其中的力量：如何平衡各方的利益，要看某时某国对各方利益的权衡和考量。“合理使用和保障话语权是牢不可分的。”^⑤法官必须谨慎权衡保护权利人的权利认定侵权和保障言论自由认定合

① Wendy J. Gordon, 'Excuse and Justification in the Law of Fair Use Transaction Costs Have Always Been Only Part of the Story' (2003) 50 Journal of the Copyright Society of the USA 149.

② Mitch Tuchman, 见 P002 注①。

③ Paul Goldstein, 'Fair Use in a Change World' (2003) 50 Journal of the Copyright Society of the USA 133.

④ William F. Patry, *How to Fix Copyright* (OUP, 2011), p. 136.

⑤ Robert Burrell, 'Reining in Copyright Law: Is Fair Use the Answer?' (2001) 4 Intellectual Property Quarterly 361; see also *Gyles v. Wilcox* (1741) AtK. 141.

理使用之间的关系。版权的合理使用制度基于这种信念，即版权保护的最终目的是繁荣创新，这正是公共利益所在。但是公共利益对于不同国家来说有不同的含义，就像“创新”的含义在各个国家并不相同一样。因此，为了明确版权的目的，必须明确其公共利益到底是什么，公共利益的特点有哪些，从而弄清楚如何保证公共利益以及如何繁荣创新。James Madison 曾经在 1788 年指出，“公共利益实际上恰好完全与个人在版权作品中的利益一致”。但是，事实却相反，社会公共利益与个体利益只在极少数情况下恰好一致。

不同国家对合理使用有不同解释，即便同一个国家对于不同案件也可能得出不同的结论，而且即便是在同一起案件中，各位法官也可能持完全不同的态度。例如，在 1958 年的一起关于合理使用的案子中，美国最高法院的法官们在就哥伦比亚广播公司（CBS）播放半个小时 Jack Bonny 对电影《煤气灯下》（Gaslight）的戏仿（parody）是否为合理使用进行裁决时，法官们的投票比率竟然是 4：4。^①而这种情况不止发生过一次。版权的历史中充满了这样的争端：利益竞争的双方都说自己是公共利益的代表。Google 图书、新闻搜索技术服务在美国就不被认为是侵犯版权，但是在法国就被认为构成侵权。两国皆根据本国的政治、经济利益来考量，其中，Google 是美国企业，其利益也代表了美国利益，这是美国法院考虑的重要因素。

其次，合理使用原则的适用总是反映了某个时代的时代特征和技术水平。^②合理使用原则在平衡版权人利益与公众利益时总会受到当时技术发展水平的影响。对于处于公共领域的作品，任何人都可以加以利用，这很明显是一种公众利益。而公众接触版权作品的途径随着技术发展越来越多，公众需求也越来越大，这些需求可能与版权人的利益产生矛盾。例如，广播技术出现之前，公众接触戏剧作品的主要途径就是走进剧院观看演出，但是广播电影技术出现以后，人们可以在家里收听或收看表演，于是版权人通过授予表演权所获的利益就大为减少。这就是公众利益与版权人利益之间出现的矛盾。20 世纪 70 年代激光复印机出现以后，复制成为低廉方便的技术行为，版权人很难再通过授予复制权而获利，公众利益与版权人利益又一次发生矛盾。20 世纪 80 年代，以电视广播节目为内容的家庭录像带的产生，方便了公众录制电视节目以满足在自己选择的时间段收看的需求；20 世纪 90 年代，在

① *Columbia Broad. Sys., Inc. v. Loew's, Inc.*, 356 U.S. 43 (1958).

② P. Goldstein, 'Fair Use in Context', 2007, 见 P002 注③。