



媒体、技术和版权：

经济与法律的融合

〔美〕迈克尔·A. 艾因霍恩 著
赵启杉 译



媒体、技术和版权：

经济与法律的融合

〔美〕迈克尔·A. 艾因霍恩（Michael A. Einhorn） 著
赵启杉 译



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

Media, Technology and Copyright: Integrating Law and Economics

北京市版权局著作权合同登记号:图字 01-2005-2674

图书在版编目(CIP)数据

媒体、技术和版权:经济与法律的融合/(美)艾因霍恩(Einhorn, M. A.)著;赵启杉译.—北京:北京大学出版社,2012.3

ISBN 978-7-301-20365-1

I. ①媒… II. ①艾… ②赵… III. ①知识产权法-研究-美国 IV. ①D971.23

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第034219号

书 名: 媒体、技术和版权:经济与法律的融合

著作责任者:[美]迈克尔·A. 艾因霍恩 著 赵启杉 译

责任编辑:王 晶

标准书号:ISBN 978-7-301-20365-1/D·3067

出版发行:北京大学出版社

地 址:北京市海淀区成府路205号 100871

网 址:<http://cbs.pku.edu.cn> 电子信箱:law@pup.pku.edu.cn

电 话:邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印 刷 者:三河市博文印刷厂

经 销 者:新华书店

965mm×1300mm 16开本 18.5印张 232千字

2012年3月第1版 2012年3月第1次印刷

定 价:35.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

这本书献给我两个出色的儿子,山姆(Sam)和本(Ben);以及在他们的生命中影响他们的每一件事和其中一些使他们快乐的事。

作 者 序

本书试图用经济学分析美国版权法上有关媒体、娱乐和技术的诸多问题。在分析市场和财务数据时,经济学理论能帮助我们整理思路,将问题概念化并作出精准的决策。作为教授、专业顾问和专家证人,我越来越折服于经济分析在将法院作出的明智判决转化为反垄断法规则和推动有益的监督改革方面所显示出的强大力量。我也越来越为经济分析很少在版权领域被使用而焦虑。

在版权领域,如今人们常常忽略作出理性的判决所应该考虑的关键经济要素。

作为版权领域参与司法和立法的一个专业人士,我多次在演讲和发表的法律论文中阐述我的看法,这些成为本书的基础。在法律界有很多人对经济学家的新见解感兴趣,我在工作中喜欢和这些人交流。即便有部分人固执己见,务实的经济分析也有助于使其辩论以开阔的视角展开。

除了我对案情摘要和论文不懈的阅读之外,很多学者也影响了我对争论双方细微之处的理解。我从与简·金斯伯格(Jane Ginsburg),温迪·戈登(Wendy Gordon)和黛安·齐默尔曼(Diane Zimmerman)的谈话中收获颇丰,他们很大程度上都影响了我的思想。我还要感谢来自爱伦·阿德勒(Allan Adler),弗里兹·奥特维(Fritz Attaway),琼·拜谢克(June Besek),安德鲁·布里奇斯(Andrew Bridges),大卫·卡尔森(David Carson),罗伯特·克拉里达(Robert Clarida),杰弗里·纳德(Jeffrey Cunard),爱德华·戴维斯(Edward Davis),珍妮特·弗爱斯(Janet Fires),埃里克·吉尔曼(Eric German),亚瑟·格林鲍姆(Arthur Green-

2 媒体、技术和版权

baum), 罗伯特·卡桑尼克(Rob Kasunic), 肯尼斯·库弗(Kenneth Kaufam), 威廉·兰德斯(William Landes), 劳伦斯·普尔格雷姆(Lawrence Pulgram), 爱勒·罗斯肯(Ira Rothken), 迈克尔·雷明顿(Michael Remington), 希拉·波尔马特(Shira Perlmutter), 布鲁斯·瑞奇(Bruce Rich), 基斯·萨芬(Keith Sharfam), 卡里·谢尔曼(Cary Sherman), 格雷格·韦尔奇(Greg Welch) 以及纽约、芝加哥、费城、旧金山、帕洛阿尔托和洛杉矶会议和论坛参与者们的帮助。

我同样要感激我的家人容忍我持续数月进行研究和泡在电脑前。夏天来了,现在我希望有很多时间和他们团聚。

迈克尔·艾因霍恩

1. 前言

1.1 经济学和版权

在美国,原创作品的版权依据 1976 年版权法受到保护。该法案已被汇编入《美国法典》第 17 编。^[1]该法第 102 条将版权保护范围扩展到所有固定于任何可感知表达媒介之上的原创作品。^[2]列举的八种作品包括文字作品、音乐、戏剧、舞蹈、绘画/雕塑、影视作品、录音和建筑类作品。^[3]第 106 条赋予版权所有人复制、制作演绎作品、发行、公开表演和公开展出其作品等排他权。^[4]然而,该法也就这些权利的行使设置了重要的限制,包括合理使用^[5],有效期限^[6],思想-表达二分法^[7],首次销售规则^[8]和实验室^[9]、教学^[10]、盲人和残疾人免责^[11]等。

从经济学角度可以合理地阐释版权对艺术作品或软件的保护。大部分的生产成本必须先行投入,而创作和开发市场需要大

量的资金和努力。没有版权的保护,产品将是非排他性的,也就意味着,任何看到或听到该产品的人都可以使用其内容。虽然免费的复制、表演和展出可能使使用者获利,但诸如此类的不劳而获将剥夺创作者从投入的努力中获得合理回报的机会。迟早,这种剥夺性的危机将使问题复杂化并降低原创动力。对这个经济学问题,一般的补救措施是通过保护性的社会契约建立财产权——例如,版权。^[12]

经济学家一般将某些形式的版权称为为艺术家、作者、出版商和程序设计员^[13]提供激励和安全的集体约定。^[14]亦即,版权保护创造了一种对抗无契约关系第三方的权利,而作为该权利来源的法律契约是个人无法通过有效谈判达成和实施的。当生产者的权利有了保障,随之而来的就可能是对更多创造的激励。事实上,美国专利法和版权法所阐明的立法目的支持了基于激励的经济学工具主义。^[15]而这是不同于欧洲的一种哲学视角,后者承认不可剥夺的精神权利概念,且认为这种权利源于作者的内在人格。^[16]

2 然而,版权代表了两种关键的利害关系。在行使和保护其版权时,权利人可能会将单位价格提升到短期边际成本(例如为0)之上,而短期边际成本价格在供求平衡的静止市场上是有经济效益的。^[17]然而,在就使用索要费用时,权利人会在调查和谈判中强加额外的交易成本,这种方式就可能会阻碍那些有经济效益的使用。^[18]

当权利人可以获得法律保护手段时,这种可被觉察的版权的不效率就可能严重化。如果允许如此,权利人可能会不效率地延长保护期^[19]、建立重叠的权利和就已有作品另外积累租金而不产生新的激励。在出版受保护的作品之后,知识产权规则就会为那些完全事后的且不能产生真正激励的附带活动提供寻租机会。从上述种种可知,过度保护会实际减少本可为普通公民与创作群体所共享的知识的积累。^[20]学者已经关注到此类不合理的保护,

并发出对“信息公有”的呼吁——“公有领域应该拥有大量版权已终结的资料,这样才可以产生一套可免费使用的信息,而个人可为任何目的获取这些信息。”^[21]

然而,版权人会以市场情况复杂为由,从诸多重要方面反驳上述学术批判。首先,互联网的兼容性已经大大降低了监测使用和许可交易的成本。^[22]其次,许可机构已经设计了一套宽泛的合同和协议规则以提供在零单位价格上的便利使用:事先就向每位使用者收取合理的费用,这些收费除考虑其他因素之外主要基于全部销售收入,机构规模和被许可站点的数目。^[23]再次,避免过度使用特定艺术财产有助于产生经济上的协调,例如,改编原创作品的影视剧作者会被合理地要求征得原作者的同意,以确保电影及其可能的续集能进展顺利,发行获利。^[24]最后,对二级产品的控制能巩固对原创的激励。例如,如果电子游戏控制装置的生产商能够以受保护的价格销售或许可其最新游戏,则他可能会增加其预期收益并降低其试销价格。^[25]

版权领域的对立与矛盾现在已经转化为一种国际对话,而当代法律 and 经济学规则可为矛盾的解决提供帮助。法律程序是纯粹的社会条约,它大体通过解释法定文字、立法目的和判例来保持其社会秩序。经济学也属于社会科学,它声称在构思方法和预见现实时并不必遵从事先执行的法律。要使法律和经济学的考量达到平衡,法律层面就必须置于科学层面之上,例如,社会秩序最终必须建立于真正的现实之上。

1.2 法律和经济学

从 20 世纪 90 年代芝加哥大学爱德华·利瓦伊 (Edward Levi) 和亚伦·迪瑞克特 (Aaron Director) 的学术合作开始,“法与经济学”学科就从课堂的讨论和学术杂志中走出,形成了反垄断法领域的持久不衰的经济哲学,影响了一批上诉法院法官的思

想^[26],促成了至少一本最畅销政治学著作^[27],并登上了这个国家最好的法学院的课程目录。在反垄断法领域,芝加哥学派在过去的三十年中为一系列从经济学角度看很合理的关于并购^[28]、纵向限制^[29]和掠夺性定价^[30]判例的形成作出了贡献。这些判例将对市场效率的考察提升到了对立法目的的法律解释之上^[31],其目的是要保护小企业的利益。^[32]在一些重要的、界定了“要是不”情形(损害计算专家在估计因为某专利侵权行为带来的经济损失时必须考虑的情形^[33])的专利法判例中,经济学考察也得到了运用。除了提供对结构性调查的分析之外,经济学还给予法院“一定空间以考虑有关效率的常识性事实,并思考哪一种行为在相关市场上是合理的”。^[34]

律师和审判法官必须以其对经济效率和自由市场如何运转的理解来确定其判断。设想一下这样的情形:一个牧场主住在一户农夫家隔壁,而他的牲畜进入并践踏了农夫的庄稼。农夫起诉要求制止牧场主的行为,而法庭仔细考察希望能够拿出一个公平的解决办法。那么应该怎么做?

R. H. 科斯(R. H. Coase)建议:最理想的方式是让当事人自己充分进行协商以确定谁愿意支付价款给对方以获得继续或者制止某项特定行为的权利。^[35]因为如果对原告而言获得禁令没有效率,被告还可以自愿支付给原告一笔费用以取消禁令,而最终和解协议可能对双方而言都更划算。相反,如果开始的情况已经是有效率的了,则不会进行这样调解性的交易。在这种理想市场的背景下,法院可能会作出裁判,但是如果财产权能够以零交易成本进行交换的话,任何法律裁判结果都不可能得到更优的最终结果。

然而一般而言,理想的科斯定理依赖于三个条件:

1. 谈判双方之间没有交易成本,诸如讨价还价、相持不下、欺诈和其他谈判困难,这些都可能会带来成本高昂的拖延或者完全阻止和解的继续进行。^[36]

2. 没有缺乏法院支持的、被排除在外的“第三方当事人”。否则市场外部性的收益和成本在随后的交易中不能得到正确的展现或者评估。

3. 没有市场支配力,例如当事人以真实的经济价值来评估争夺的资源,而不是将其作为一种能够提升价格、妨碍市场进入或者影响竞争对手自由选择的手段。

如果任何一个支撑条件缺失,则会出现四种可能的选择。第一,法院可以衡量每一种备选结果的相对成本和收益,并在理性—综合^[37]分析所有相关因素的基础上选出更优方案。在前述例子中,法院可能决定是农夫还是牧场主遭受更大的经济或者道义上的损失。

第二,立法者可以对侵权行为所使用或者与侵权行为相关的产品普遍征税。例如,乡间的所有放牧人都须按照牲畜头数纳税以弥补过度放牧可能造成的损害。从这种征税中收取的税金可以被用来赔偿已经被证明的损失或者可预计的损失。

第三,被告可能被要求赔偿原告被迫支出的成本^[38],例如,牧场主被要求赔偿农夫因其过度放牧而损失的庄稼。在这种情况下,原告的损失将得到全部赔偿,而牧场主的行为只有在其个人收益超过了其所承担或者支付的赔偿金时才会继续。这时如果能够准确地估算出赔偿金的合理数额,则可以适用最优责任规则,而不用再适用额外的惩罚性赔偿。

第四,法官可以授权采取特殊的事先措施以限制损害。法律体系可以让能够以最低成本避免非法进入的一方当事人来承担法律责任,只要这样做是有效率的。^[39]例如,农夫可以被要求竖起栅栏。然而,并没有经济上的理由证明为什么法院仅仅让一方承担责任^[40];如果不同的预防措施可以解决同一问题的不同方面,或者另外证实了经济上的效率或者被认可了的公平^[41],那么双边决议将会更加令人信服。但是二者择其一的做法是,法院可能命令一方负担投资或者命令另一方给予补偿。

上述四种选择都各自存在一些问题:

5 1. 理性综合的分析要求法庭能够分辨出所有的相关因素并作出全面的成本——效益分析。这可能包括估计特定补偿和意外事件的净社会价值,及其发生的概率。这样的综合分析在数字市场上尤其困难,因为很多的意外事件带来的结果都是开放性的。

2. 普税制有个很不好的特征即针对非侵权方征税,而且还提升了特定消费者将承担的产品价格,却又不考虑其是否可能实施侵害。另外,税收不能对潜在的非法侵入者给予激励使其限制有害行为。

3. 虽然归责原则很有经济学上的吸引力,但是还要求准确计算可能存在的损害。如果缺少仔细的计算,当事人可能会歪曲相关事实的重要性以争取更有利的条款。

4. 有效率的预防措施需要技术性的评价方法,而且会使非违法方承担相当的经济责任。虽然交叉赔偿不是没有可能,但法庭可能很难确定或者其他很难客观地分辨相关重要性。

1.3 创新和复杂性

作为一本从经济学角度考察的书,本书将会探讨市场和制度如何在知识产品中将财产权分配给处于竞争中的主体。作为熊彼特(Schumpeter)资本主义的典范,这些过程是社会机能的一部分,它们使得“创造性毁灭”的新观点、创新和生产以及分配过程的程序成为可能。^[42]在这里衡量经济学效率的是新创新的生产效率而不是微观经济学中对在任一时刻社会福利总计的考量。事实上,为了对创新提供激励,我们常常允许从短期看不效率的垄断性力量存在。

然而,法律也是对社会和谐进程的一种投入,而法律条文如果不是完美无缺的,就应该被设计得能够确保冲突解决方案具有可预见性。令人满意的法治必须认识到体系的复杂性,在这个体

系中资源稀缺,技术不断变革,监督不完美,知识被广泛传播而且信息是开放性的。作为一种调整复杂问题的社会创新,普通法是一个渐进主义者和经验主义的——限制补偿费、限制信息、放弃测量和边做边学。^[43]

在法律和经济学的融合中,我们忙于一种“虚假的科学”^[44],它总体上由各种符号、控制和解决当前威胁的各种反应构成,并推动着该体系向着长期有序发展。判断这个体系正确与否的是效率和在普通法以及成文法上整体获得的“明智”成果。

1.4 数字世界

6

仅仅在十年前,版权问题还只吸引了由印刷品、胶片电影、乙炔基唱片和模拟信号广播组成的传媒世界中一小部分人的关注。复印机虽然已经被广泛地运用,尤其是在图书馆和办公场合中,但是在家庭中还不普及。录音录像设备制作的复制品效果还不尽如人意,因此大多数时候只是供个人使用;连续性复制在物理上效果的低劣以及广泛传播录音带复制品物理上的困难曾阻止了以向朋友或者陌生人出借或者发行为目的的批量复制行为。

然而,先进的数字技术和互联网所具备的在极短时间内将电影视频、音频、文字和数字数据从一个地方转送到另一个地方的实力将版权问题拉到了政策竞技场的中央。随着数字技术的进一步发展,影迷可以在任何时间观看电影,乐迷可以从列表中试听或者下载乐曲,艺术爱好者可以上网游览世界上任何一家伟大的博物馆,而电子书购买者则可能会以便利的下载代替其对图书馆和书店的造访。夸张一点说:“在这个广阔的知识公有领域里,没有什么会脱销或者不能被找到,人类文化的每一个碎片都被记录下来,无论其多么不起眼或者商业上多么成功,现在都被提供给所有人。”^[45]

然而技术也给内容生产者带来了“危机”。就像 Napster 的众

多用户首先演示的那样^[46],将材料复制到电脑硬盘上可以成为向这个地球上任何一台电脑未经授权传播内容的第一步。由此,有合理的理由认为非法传播复制品会取代合法的购买,并在这个过程中挫伤生产者的积极性。因此,应当正确说明数字化私人复制和模拟信号私人复制的差别,并在某些方面区分二者。

数字化的网络世界可以被设想为一张光盘。被复制的素材通过内部系统在使用者之间传播,而周边的素材则使用网络外的手段在其他设备中传送。可以预计,通过内部进行的转移是可以被观察和被测算的,因此有助于许可和销售。而相反,周边的转移则不那么容易被辨明,因此更适宜适用合理使用和首次销售原则。

1.5 本书的结构

7 本书的结构如下。第二章评论了合理使用,并认为现有的法律体系提供了一个复杂的测试方式,使得变型作品(transformative work)*的生产者产生了经济上的不确定感。变型作品使得受版权保护的作品拥有了新的含义(例如,通过讽刺、演绎、批判性叙述和滑稽模仿)。变型作品不像替代或者模仿性侵权那样会取代原有的作品的销售并扰乱之后发行秩序(例如图书、影视作品),它应该被看做是原创或其产品开发之外的一种附加行为。这一章主张法院可以通过更精确地界定这种变型使用提高法律的确定性,并适用归责原则就权利人的实际损失或者合理的许可费给予补偿。

* 原文中 transformative work 的含义是指将原作品的素材提炼出来,重新加工,并加入二次创作者自己的创意,形成与原作品性质、题材或者体裁不同的新作品。所以这个词与改编作品或者演绎作品都不能对应。目前国内对此有“变革作品”、“变异作品”、“改型作品”和“变型作品”等几种译法,译者斟酌之后选择了“变型作品”的译法。相应的,也将“transformative use”译为“变型使用”。在此感谢何菁律师的建议和指点。——译者注

第三章考察了数字权利管理(DRM)的经济性,它使得技术成为原始所有人对其在互联网上传播的内容所拥有的财产权进行保护和扩展的必需品。数字权利管理通过提高安全性和扩展消费者选择的范围而鼓励生产。因此,作为一种回避了DRM的法律外的手段,千年数字版权法案中所提供的保护具有合理的经济基础。

第四章考察了在有关Napster, Madster, Grokster 和 Morpheus的诉讼中所涉及的帮助侵权和文件共享问题。人们发现法院有效地解决了Napster的问题,其方法是让双方都承担建立保护避免日后侵权的责任,但是否决了关闭Napster的请求。然而持续进行的、反对后来出现的文件共享服务的行业性诉讼可能忽略了不尽如人意的市场现状:如果有一项文件共享技术被宣布违法,可能会涌现出更多更强的技术。

第五章讨论了数字化传播的音乐市场所固有的反公有问题——权利的重叠和繁复。虽然版权的框架涉及一系列组合的权利,这在某种程度上是以法律类推为基础的,但是这个框架在数字市场上缺乏灵活性。作为附着其上的行政管理的后果之一,其所导致的关于数字化音频传输的许可安排效率低下。本章提出了通过减少交易和行政审查来提高经济效率的建议。

第六章考察了有关形象权的话题,它赋予了名人控制传媒如何使用他们的姓名和形象的权利。本章认为名人需要有强保护以反对如模仿和数字化克隆那样会取代他们专业表演的行为。因此,如果可能的话,生产者不应被允许使用名人的姓名、昵称以及以一种暗示得到名人支持的方式进行措辞。但从另一个角度讲,形象权,特别是对大众商品而言,被用得过头了。形象权还显示出了对版权所有人的关注,因为其适用范围可能会导致另外一种过度增长的反公有问题。

第七章考察了关于软件、数据和网络搜索的经济问题。法院通常通过授予合理使用来保护软件接口用户,而忽略了许可安排

或者价格调整的可能性,而后者可以以更少侵犯财产权的方式解决问题。法庭在版权法和反垄断法上都已经推翻了不少高新技术市场上的商业模式,而这些商业模式实际上能够使用户获利并巩固技术新平台的渗透力。尽管如此,还是有一个案件授予了没有影响原始创新的附加数据以合理使用,但禁止其被使用于那些可能影响家庭使用许可的消费设备上。

第八章考察了开源软件问题,而它是一种对知识产权保护力量的创新。开源软件被看做一种对版权法的有效修改,它通过减少交易成本和消除侵占财产权危险来巩固合作生产。其结果是建立起一个极大提高对生产者激励的体系,并创造了一股兼容与开放的潮流。

注释

- [1] Pub. L. No. 94-533, 90 stat. 2591 (1976) (作为修正案被汇编入《美国法典》第 17 编 § 101—1101)。
- [2] “任何现在已知的或以后出现的物质表达方式——通过此种方式可以直接地或者借助机械装置感知、复制或以其他方式传播作品。”(17U. S. C § 102)。
- [3] 同上注。
- [4] 17U. S. C § 106。同样,在录音制品的情况下(不能以表演权保护的情况)包括以数字视听传输手段公开播放该作品。
- [5] “为了批评、评论、新闻报道、教学……学术或研究之目的合理使用作品不侵犯版权”(17U. S. C § 107)合理使用的四条规则在第 2.2 章有详细讨论。
- [6] 1978 年 1 月 1 日之后创作的已知作品,版权期限内最后一位在世作者死后 70 年(17U. S. C § 302(a)一(b))。匿名作品、假名作品和雇佣作品的版权期限为首次发表之后 95 年或创作完成后 120 年,以先截止者为准(17U. S. C § 302(c))。
- [7] 每份完整的法律措辞都是,版权保护不得扩大到“思想、程序、方法、系统、运算方式、概念、原理或发现,无论作品以何种形式对其进行描述、解释、说明或体现”(17U. S. C § 102(b))。

- [8] 首次销售原则延及合法的个人所有权销售或以其他处分版权作品的权利,其中不包括复制的权利(17U. S. C § 109(a))。
- [9] 在限制性条件下,图书馆可为感兴趣的读者或提出请求的图书馆复制一份作品,也可为保存未发表作品或为依法替换已发表的作品而复制三份作品(包括数字形式)(仅限于不可能以公平的市场价格获得替代品时)(17U. S. C § 108)。
- [10] 作为一种版权的例外,在限制性条件下,教师或学生可以在面对面教学过程中表演或展示依法制作的作品,即便这也是一种对非戏剧文学或音乐作品的传播。表演非戏剧作品同样可因为宗教服务、非营利性组织、小型聚会酒会、政府组织、无线电转播台或盲人和残疾人而成为例外(17U. S. C § 110)。
- [11] 17U. S. C § 121.
- [12] O. E. Williamson, 'Transaction Cost Economics: The Governance of Contractual Relations', 22 *Journal of Law and Economics* 233(1979).
- [13] See generally M. Olsen, *The Logic of Collective Action* (Cambridge, M A: Harvard University Press, 1972) 191-192, U. S. Court of Appeals for the D. C. Circuit, Eric Eldred.
- [14] Brief for G. A. Akerlof et al. as Amici Curiae, U. S. Court of Appeals for the D. C. Circuit, *Eric Eldred v. John. D. Ashcroft*, May 20, 2002(版权主要的经济合理性在于为创作提供了充分的激励,而一个有经济头脑的作者会注意到这一点并仅当预期收入超过先期投资时才会致力于创作。然而,没有法律的保护,作者将不能防止他人挪用其最初投入的成果。第4页)。
- [15] 版权的宪法目的是:“通过确保赋予作者和发明者对其各自的文字作品和发明有期限的排他权来促进科学与实用技术的进步。”(U. S. Constitution art. 1, § 8, cl. 8)最高法院进一步确认:“合众国的唯一利益和授予该项权利的最初目的在于公众从作者劳动中攫取了大部分利益。”(*Fox Film Corp. v. Doyal*, 286 U. S. 123, 127—38(1932); *U. S. v. Paramount Pictures*, 334 U. S. 131, 158, 68 S. Ct. 915, 92, L. Ed. 1260(1948))“宪法条款背后的经济哲理是坚信通过个人所得鼓励个体努力是推进社会福利的最佳途径”(*Mazer v. Stein*, 347 U. S. 201, 219, 74S. Ct. 460, 471, 98 L. Ed. 930(1954))。