

IP

知识产权专题研究书系

ZHUZUOQUAN JIBEN YUANLI

著作权基本原理

许辉猛 著



知识产权出版社
全国百佳图书出版单位

ZHUZUOQUAN JIBEN YUANLI

著作权基本原理

许辉猛 著

 知识产权出版社
全国百佳图书出版单位

内容提要

复制和传播技术的发展催生了著作权。著作权主要通过控制作品表达的复制和传播来实现作品的价值,该策略一方面为社会公众创造了一个公共领域,另一方面预设了作品价值实现通常伴随着表达的再现。由于作品价值的多元化,实现方式的多样化,著作权只保护表达的策略并不总是奏效。思想与表达的分离,导致著作权保护不足和保护过度同时出现,随着技术的发展和作品利用的多元化,这一现象越来越严重。著作权的失灵和异化在著作权制度的演变过程中有着全方位的体现。本书从著作权基本范畴、基本原理、基本问题等不同的视角对此进行了较为深入的探讨,展示著作权保护与作品价值实现之间的冲突和解决之道,全面揭示著作权运行机制的利弊得失。

责任编辑:王金之

责任校对:董志英

装帧设计:Sun 工作室

责任出版:卢运霞

图书在版编目(CIP)数据

著作权基本原理/许辉猛著. —北京:知识产权出版社, 2011. 8

ISBN 978 - 7 - 5130 - 0704 - 7

I. ①著… II. ①许… III. ①著作权 - 研究

IV. ①D913

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 142018 号

著作权基本原理

许辉猛 著

出版发行: 知识产权出版社

社 址: 北京市海淀区马甸南村 1 号

邮 编: 100088

网 址: <http://www.ipph.cn>

邮 箱: bjb@cnipr.com

发行电话: 010 - 82000860 转 8101/8102

传 真: 010 - 82005070/82000893

责编电话: 010 - 82000860 转 8112

责编邮箱: wangjinzhi@cnipr.com

印 刷: 知识产权出版社电子制印中心

经 销: 新华书店及相关销售网点

开 本: 880mm × 1230mm 1/32

印 张: 11.25

版 次: 2011 年 8 月第 1 版

印 次: 2011 年 8 月第 1 次印刷

字 数: 250 千字

定 价: 32.00 元

ISBN 978 - 7 - 5130 - 0704 - 7/D · 1269(3606)

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

目 录

第一章 著作权的诞生	(1)
一、艺术的诞生	(1)
二、艺术的价值	(4)
三、前著作权时代作者是如何取得收益的	(6)
四、著作权的诞生	(12)
五、著作权语境下替代性制度的命运	(24)
第二章 著作权制度基本原理	(28)
一、作品市场和作者的贡献	(28)
二、作者享有权利的正当性	(35)
三、两种立法例	(45)
四、公共领域与著作权的限制	(50)
第三章 作品到底是什么	
——作品以及作品的异化之路	(56)
一、分歧和问题	(56)
二、可著作权的对象	(60)
三、作品的条件	(65)
四、作品的形式之谜	(70)
五、功能性作品：对著作权的终极挑战	(83)
六、小结	(89)

第四章 作品价值与著作权	(90)
一、精神性权利	(91)
二、经济性权利与作品的“使用”	(98)
三、三类经济性权利	(107)
四、作品价值与著作权保护的局限	(118)
五、小结	(125)
第五章 什么是作者	
——作者主体性以及主体性的异化	(126)
一、作者的语源	(127)
二、前著作权时代作者观念的萌芽	(128)
三、从写者到作者：个人作者观的确立	(132)
四、从自然人作者到法人作者	(135)
五、机器可以成为作者吗	(148)
六、不能承受之重与不能承受之轻——作者观念的 反思	(158)
第六章 素材提供者的权利	
——一个容易被忽视的话题	(163)
一、创作的素材	(163)
二、物与创作	(164)
三、人与创作	(178)
第七章 到底可以借鉴多少	
——创作中利用他人作品的限度	(198)
一、问题的提出：借用的限度究竟有多大	(198)
二、创作借鉴与合理使用	(199)
三、戏仿	(208)

四、讽刺、讽喻表演	(215)
五、演绎与自由改编	(221)
六、名著改编市场	(227)
第八章 智力投入者和财力投入者分离下的著作权归属	
问题研究	(230)
一、创作行为复杂化和作品类型的多样化：著作权法 必须面临的挑战	(230)
二、我国《著作权法》对创作行为复杂化应对的尝试： 委托作品、职务作品和法人作品制度的得与失 ...	(233)
三、反思著作权制度的本质：重建我国的委托作品、 职务作品和法人作品制度	(252)
第九章 作品市场与著作权交易制度研究	(259)
一、作品市场与交易	(259)
二、著作权交易制度概述	(260)
三、市场流通与著作权交易	(270)
四、交易困境与集体管理	(277)
五、现有条件下文化产业经营者如何取得海量授权 ...	(284)
六、私人复制的困局与破解	(297)
七、交易安全与著作权登记制度	(302)
第十章 著作权的未来：死亡抑或重生	(309)
一、著作权的扩张	(310)
二、著作权的异化	(324)
三、著作权的未来	(332)
参考文献	(341)
后记	(351)

第一章 著作权的诞生

一、艺术的诞生

作为著作权规范对象的艺术是人类的特有现象。先有人，尔后才有艺术，艺术是人类智慧特有的创造物。那么何谓人呢？古希腊的苏格拉底思索了很长时间说，人是两腿直立行走，身上无毛的动物。他的一个学生逮了一只鸡，拔掉毛，呈在老师面前问：“老师，这是人吗？”苏格拉底苦笑，只好放弃自己的答案，转而说人是理性、会思考的动物。学生再也无法举出戏剧性的反例。这则轶闻成为人们思考“人”是什么这个重大问题的有趣源头，笔者同样从这里开始。在此，可以看到苏格拉底是在与其他生物的比较中完成对人本质的界定的。当然，这个答案有一点狡猾，因为其他生物、动物会不会思考，人类是无法得知的。庄子与惠子在濠梁之上赏鱼，庄子曰：“儵鱼出游从容，是鱼之乐也。”惠子曰：“子非鱼，安知鱼之乐？”是呀，人非鱼，怎么能够了解鱼类的情感世界呢？但人类能够相互理解，倒是不言自明的事实。所以庄子“子非我，安知我不知鱼之乐”的辩解就显得有些偷换概念了。人与人相互理解是常识，而人鱼相知则是稀罕事，放在一处类比，当然难以服人。不过惠子接下来的回答就把这个问题搞砸了，他说：“我非子，固不

著作权基本原理

第一章 著作权的诞生

知子矣；子固非鱼也，子之不知鱼之乐，全矣。”人与人无法相互理解，人与鱼自然也无法相互理解，逻辑推理倒是没有什么问题，但是既然人与人之间无法相互理解，那么你惠子与庄子的辩论又有什么意义呢？当庄子否定惠子的推理前提时，惠子就该傻眼了，因为，庄子接下来说：“请循其本，子曰‘女安知鱼乐’云者，既已知吾知之而问我，我知之濠上也。”^①逻辑不能违背常识，惠子作这样的类比，显然忽视了这样一个事实：人与人之间可以通过语言而达到交流，知晓彼此内心的目的；人与其他生物之间，由于缺少语言媒介，无法直接进行交流，因此相互隔阂。正是语言使人类区别于其他生物，也正是语言使艺术成为可能。语言是思维的外壳，是理性的载体，为人类打开了加速发展之门。

有了人，有了语言，艺术的诞生就具备了基本条件。但艺术是如何诞生的至今仍是一个“斯芬克斯之谜”。主要因为我们对人类早期的历史和艺术方面的资料所知甚少。尽管如此，这个问题的特有魅力仍然吸引了很多学者，他们为之痴迷，提出

① 该典故出自《庄子·秋水》，原文抄录如下：庄子与惠子游于濠梁之上。庄子曰：“儵鱼出游从容，是鱼之乐也。”惠子曰：“子非鱼，安知鱼之乐？”庄子曰：“子非我，安知我不知鱼之乐？”惠子曰：“我非子，固不知子矣；子固非鱼也，子之不知鱼之乐，全矣。”庄子曰：“请循其本。子曰‘安知鱼乐’云者，既已知吾知之而问我，我知之濠上也。”译成白话文就是：庄子与惠子在濠水桥上游玩。庄子说：“白鳍鱼悠闲自在地游水，这是鱼儿的快乐呀。”惠子说：“你不是鱼，怎么能知道鱼之乐趣？”庄子说：“你不是我，怎么知道我不知鱼的乐趣？”惠子说：“我不是你，本来就不知道你；你本不是鱼，你不知鱼的乐趣，这是完全可以肯定的。”庄子说：“请循着我们争论的起点说起，你说‘你怎能知道鱼的乐趣’这句话就意味着已经知道我所知而向我发问的。既然你能知我，我为什么不能知鱼呢？我是在濠水桥上知道鱼之乐趣的呀！”

了各种各样的学说。^①中央电视台一个探索远古人类的节目非常有趣地解释了艺术的起源问题：有一个原始部落，正遭遇饥荒和瘟疫，首领带领部落成员不断迁徙。在一次外出狩猎的过程中，遇到一个外族女子，该女子耳朵上戴着类似耳环的饰物。这是本部落从来没有过的，部落首领立即对她产生了兴趣，试图亲近她，但是女子激烈反抗并伺机逃走。女人反抗首领，这可是从来没有过的事情，首领对该女子更有兴趣了，怅然若失。不久之后，在追逐同一头猎物时，该女人所在部落与首领的部落相遇了，大家挥舞着火把，大声吆喝，共同合作，努力追赶猎物。部落的巫师站在高处，做着各种手势，念念有词，要赋予部落首领和他的成员无穷的力量。在大家的共同努力下，终于狩猎成功。两个部落的人燃起篝火，一起聚餐狂欢。部落首领和女人有了更多接触，两人的感情在载歌载舞中迅速升温。而部落的巫师则非常担心失去他们的首领。当他看到首领的影子透过篝火投在旁边的石壁上时，大喜过望，抓起没有燃尽的树枝，勾画首领映在石壁山上的影子。他认为这样就可以把首领的灵魂留住，庇护部落的每一位成员。艺术就随着巫师的勾画诞生了。多么富有诗意的描绘，内在的意蕴超过任何一个关于艺术起源的学说。能够与人分离的符号的出现，应该是艺术正式诞生的重要标志，因为声音不稳定，会随风飘逝，当时无法保存。而书面符号可以把人们一瞬间的灵感保存下来，开辟了一个新的交流的世界。艺术来自于巫师的灵感，来自于人的

① 关于艺术的起源有模仿说、游戏说、表现说、巫术说、劳动说等多种学说，也有学者主张多种起源说，上文中艺术起源的故事就含有艺术起源的多种成分，似乎主张多种起源说。

自我认识，来自于对现实生活的模拟，是一种灵魂的符号化表达。艺术通过符号把过往的经历、现象或者思想保留在一定的载体上，这样人类的精神、经历和知识就得以保存、流传和欣赏。人类就可以穿越时空进行历时的交流和沟通。因此，艺术是人类文明的奇葩，人类文明因艺术而变得丰富多彩。

二、艺术的价值

艺术是对生活的模仿、再现，使我们注意到生活中的高兴、痛苦、留恋抑或任何值得回味的一面。当时光远去，我们仍可以借助艺术作品再现往昔的经历，增长知识，收获教益，陶冶情操，宣泄情感，在艺术海洋的漫步中，完成情感的宣泄或者人格的升华，以更好的心态迎接明天的太阳。亚里士多德说：人通过模仿而获取知识，达致人与人、人与世界的和谐，从而身心愉悦。诚哉至理名言！可以说，艺术就是一面镜子，也是另外一个世界，有了艺术，我们就可以在现实和艺术世界之间随意出入，在想象和现实之间来回穿梭，或获取知识，或吸取力量，或品味现实，或想象未来。文学艺术的认识、教育、审美、娱乐和宣泄功能就在你的欣赏之中各得其所。

艺术的功能是多元的。不同的时代，不同的人，不同的心境，对艺术功能的侧重各不相同。这种不同体现在“为什么创作”、“为什么传播”、“为什么阅读”等诸如此类问题的回答中。

艺术诞生之初，更多的是对自身经历的记录，但是随着阅读范围的扩大，作者开始顾及读者的需求，艺术作品的生产、传播和消费开始形成一个文化市场。同其他市场一样，文化市

场中艺术作品的生产、传播和消费也是相互依赖，相互促进的。无论是生产、传播还是消费，都与现实和人有着密切的关系，人成了艺术世界的主宰。作者、传播者和消费者构成艺术世界的三大群体，他们围绕着作品文本发生各种各样的博弈或故事。

作者为什么创作，追求财富肯定不是最初的动机。在没有私人产权观念的时代里，人们对艺术创作还没有明确的概念，艺术创作如同打猎一样，只是一种生活方式。但是随着私有产权观念的发展，作者开始思考自己为什么创作。如果劳动者占有劳动果实具备正当性，那么作者也会有同样的要求。但是作品的特性排除了这种可能性。动物、土地、树木、庄稼可以通过占有本体而占有其价值，形成事实上的产权。对占有的认可是一个社会和平相处的必要条件，因此，对占有的承认和尊重是任何社会都通行的，无论是现代文明社会还是远古蛮荒社会都是如此，私有产权的观念也根植于此。但是作品本质上属于信息，可以像空气一样到处传播，作者无法占有；如果技术上可行，作品可以无限复制，别人的使用并没有妨碍作者的使用，作者并没有失去什么，无偿占有他人劳动果实的不舒适感会降到最低。作品的外部性使文学艺术成为一种公共产品，作者无法对传播者、读者要求报酬。更重要的是，作为一种精神产品，作品必须由他人分享才有价值，对于作者而言，如果纯粹是为了享受知识的愉悦，压根儿就没有必要生产出来，因为它本来就存在于作者的脑海中。作品的价值需要读者来鉴定，如果不公开，读者就无法判断作品的价值，但是作品一旦公开，就不再为作者控制。作品的悖论使作者陷入两难境地。

基于上述原因，作品很难成为财产，作品创作的最初动机

也不是追求财富。根据学者们对艺术起源的描绘，艺术的产生经历了一个由实用到审美、以巫术为中介、以劳动为前提的漫长历史发展过程，其中也渗透着人类模仿的需要、表现的冲动和游戏的本能。劳动的号子、结绳记事、祭祀的舞蹈、对各种神秘现象的解释都构成艺术的最初来源。最初的创作，可能是为了舒缓工作的劳累，为了表达对世界与自身的理解，为了部落成员之间的交流，传授生活的知识和经验；随着社会分工的发展，具有知识的人逐渐从劳动中分离出来，他们在专业从事知识的收集、加工和创作时，创作的动机慢慢开始明确、清晰。这个时候，虽然作品无法像动物、土地、庄稼一样被占有，无法成为财富，但是人们的口耳相传，为作者带来了名声，名声则为作者带来利益。随着社会的发展，作品价值的提升，文化消费的增长，作品呈现出越来越多的价值。作者对作品的收益也经历了一个从间接收益到直接收益的过程，对作品经济利益的关注成为催生著作权制度的根本因素。

三、前著作权时代作者是如何取得收益的

鉴于作品的公共产品特性，对作品直接收费几乎是不可能的。最初专业的艺术活动几乎属于有钱人的专利。他们有专门的收入来源，不需要通过知识的生产和传播取得收入，他们将创作视为一种个人爱好，个人价值的实现方式，因此最初的作者最为重视的是名声，其次才是经济收益。只要明确了作者与作品之间的关系，人们的口耳相传就是最好的宣传，作品越广为人知，作者也越广为人知。

（一）依靠名声获取收入

署名的惯例渐渐形成，并日益得到社会公众的支持。相对而言，作者获取经济收益则更加困难。由于作者无法通过销售作品复制件直接向读者收费，因此他们只能通过迂回的途径取得收入。取得收入的途径大致可以分为两种方式，一种是作者通过作品的传播，建立名声，然后借由名声获取收入。作者越广为人知就越有机会被人赏识，工作职位、金钱赞助往往也随之而来。另一种是通过出售作品手稿获利。虽然一旦公开作品，作者就无法控制作品的传播，但是对于作品的首次公开，作者是有控制权的。通过出卖作品手稿，将首次公开的利益让与出版商，作者可以获得一定的收益。鉴于作品质量难以判断，作者出卖手稿的收益往往取决于作者此前创作的作品带来的名声。

通过名声间接获得作品收益的方式古今中外都存在。在中国，读书致仕是读书人取得收入的重要方式。在中国古代，通过读书、创作获得名气，通过举荐或者考试进入官僚阶层，无疑是条捷径。当然通过读书走上仕途的，毕竟是少数人。如果做不了官，也可以傍官，做师爷、幕僚。清末洋务运动健将左宗棠就是做师爷出身的，最后建立了不朽的功勋。再不济，还可以教书取得收费。授徒收费的轶事就生动地诠释了这一点。

古希腊著名的故事“半费之讼”就是一个这样的典故。^①孔子——古今第一师，我国古代开办私学第一人，也是收学费的。他说：“自行束修以上，吾未尝无诲焉。”^②“修”就是干肉，“束修”就是十条干肉，学生初次进入孔子私学，是要送干肉做学费的。这大概是我国最早有关学费的记载吧。读书，如果不能做官，不能做师爷，也不能教书，那就比较惨，只能做孔乙己，只能教教别人“茴香豆”的“茴”字有几种写法聊以自慰，最后因窃书被打断腿。此外，获得赞助也是取得收入的一个重要渠道。赞助艺术家等知识分子在西方有悠久的传统。塞万提斯的名著《堂吉珂德》的扉页上就赫然写着“谨以此书献给某某夫人”，波德莱尔不但把《恶之花》献给某某尊贵的夫人，诗集中还有几首专门写给某夫人的诗，极尽溜须拍马之能事。直到今天，西方的作者仍然喜欢在作品扉页上写上“谨以此书献给某某”的题词或者在题记里开列长长的感谢清单，这都是古代赞助余风的残留。随着西学东渐，我国不少作者也沾染此风，

① 古希腊有一个名叫欧提勒士的人，他向著名的辩者普罗太哥拉斯学法律。两人曾订有合同，约定在欧提勒士毕业时付一半学费给普罗太哥拉斯，另一半学费则等欧提勒士毕业后头一次打赢官司时付清。但欧提勒士毕业后很长时间不打官司。普罗太哥拉斯等得不耐烦了，于是向法庭状告欧提勒士，他提出了以下二难推理：如果欧提勒士这场官司胜诉，那么，按合同的约定，他应付给我另一半学费。如果欧提勒士这场官司败诉，那么按法庭的判决，他也应付给我另一半学费，这场官司无论是胜诉还是败诉，他都要付给我另一半学费。而欧提勒士则针对老师的理论提出了一个完全相反的二难推理：如果我这场官司胜诉，那么，按法庭的判决，我不应付给普罗太哥拉斯另一半学费；如果我这场官司败诉，那么，按合同的约定，我也不应付给普罗太哥拉斯另一半学费；这场官司我无论胜诉还是败诉，都不应付给他另一半学费。

② 孔子：《论语·述而》。

乐于此道。赞助人和艺术家实际上是一种共生关系，赞助人向艺术家提供衣食，而艺术家则可以丰富赞助人的周末沙龙，传播其乐善好施的美名，二者共同构成一个艺术生产和消费市场。在中国古代也存在类似的赞助制度。唐代诗圣杜甫入川依附严武，明代哲学家李贽辞官后先后依附多位达官显贵，就是很有名的例子。^①

（二）通过手稿获取收入

通过销售作品手稿获取收入也是存在的。据说，古罗马剧作家普劳图斯因其剧本的上演而成为磨坊主，西塞罗则从作品出版中得到分成。^② 莎士比亚因为剧本上演而成为剧院的大股东。我国西汉时期失宠的陈皇后曾重金聘请当时著名作家司马相如撰写《长门赋》，企图挽回汉武帝消失已久的爱情而终致失败的故事令人扼腕，相传不绝，千年之后南宋的辛弃疾还咏叹：“千金纵买相如赋，脉脉此情谁诉？”^③ “文起八代之衰”的韩愈给人写墓志铭赚巨额稿费，甚至被自己的学生讽为“谀死人墓”。大名鼎鼎的历史作家陈寿则被调侃成第一个索要稿费而不

① 中国古代有所谓的幕府制度，官员聘请知识分子做幕僚，在政府担任一定的职务，从而取得收入，杜甫入川就曾做过严武的幕僚。当然也有单纯的赞助制度，比如李贽辞官后先后依附多位达官显贵，具体可以参见黄仁宇：《万历十五年》，这本书对李贽的居停生活有比较详细的介绍。

② 李雨峰：《枪口下的法律：中国版权史研究》，知识产权出版社2006年版，第27页。

③ 辛弃疾：《摸鱼儿》。

成的小人。^①白居易则成为中国古代一次收取稿酬最多的人，据说他为好友元稹撰写墓志铭而收取的礼物，捐赠出去盖了一座宏大的寺庙，^②以至于我国古代衡量作品的艺术价值都用“一字千金”来形容。

（三）两种收入方式的局限性

无论是依靠名声间接取得收入，还是依靠销售作品手稿直接取得收入，都存在很大的局限。依靠读书致仕，无奈金榜题名者太少；无论是王室赞助还是私人赞助，他们都是凭自己的嗜好资助作家们的创作，作家们最希望花费心力的主题未必能得到赞助者的支持。为了生存，作家们有时候不得不服从于傲慢的赞助者的口味，否则，他们就失去了糊口的机会。^③依靠作品手稿销售取得收入就更不靠谱。中国古代作家主要是通过接受委托为他人写墓志铭、传记等歌功颂德的文字赚取稿费，而西方作家主要通过剧本上演取得收益。这一方面说明在古代某些领域已经形成作品消费市场，另一方面也证明了作品收益的渠道很窄，依赖某些特殊的条件。墓志铭、传记属于特殊用途的作品，是作家利用自己的名气吸引客户挣钱；剧本上演则在剧院进行，通过收取门票来取得收入，剧院为了吸引观众，必

① 《晋书·陈寿传》载：有人请陈寿为其父立传。陈寿说：“可觅千斛米见与，当为尊公作佳传。”最终索要稿酬不成，陈寿拒绝立传。对于这段有损陈寿人品的轶事，后代的研究者都不知道如何处理是好。

② 中国古代文人收取稿费的故事，用百度搜索发现比比皆是，这些对于我们了解前著作权时代作家取得收入的替代方式很有益处。

③ 李雨峰：“从写者到作者——对著作权制度的一种功能主义解释”，载《政法论坛》2006年第6期。

须不断有新戏上演，因此必须请人撰写新剧本，剧作家和剧院形成某种比较固定的共生关系，可以依此取得收入。这些收益方式都属于著作权收益的替代方式。

“总之，在印刷术出现之前，作品的经济收益受到多方面因素的制约，大规模的作品消费市场尚未形成。在古希腊、古罗马，作品也没有罗列在法律保护的范围内，剽窃者只会受到道义的谴责，而无法律的制裁。”^① 由于不存在对作品经济价值进行保护的法律手段，作者的精神利益更受重视，因为它不但有助于作者实现自身价值，而且也有助于他们取得一定的经济收益。由于经济收益多取决于作者的名声或者某些特殊条件，作者也就很少直接提出有关经济利益的主张。“盗版者以手抄方式复制某一作家的手稿，其付出的体力劳动与作者或者誊录原始手稿的抄写员相同；盗版复制本的成本优势几乎为零。”^② 这让盗版者很沮丧，也让作者很沮丧，作品的价值无法在复制件的价格中得到体现，出版行业无法像其他行业那样低投入高产出。^③ 由于作品普遍且有利可图的利用方式尚未开启，作者身份的经济意义尚未凸显，作为调整利益机制的法律也就没有动力介入其中，无论是作者的精神利益还是经济利益都处在道德调整的范围内。但是这些关于作者与作品关系的思考和实践为著

① 李雨峰：《枪口下的法律：中国版权史研究》，知识产权出版社2006年版，第27页。

② [美] 保罗·戈斯汀：《著作权之道：从古登堡到数字点播机》，金海军译，北京大学出版社2008年版，第32页。

③ [美] 盖勒：“版权的历史和未来：文化与版权的关系”，见郑成思主编：《知识产权文丛》（第6卷），北京方正出版社2001年版；李雨峰：《枪口下的法律：中国版权史研究》，知识产权出版社2006年版，第27页。