

民法哲学文库

赵万一 刘云生 主编



著作权的宪法之维

李雨峰 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

本研究成果获国家社科基金项目资助，批号为07CFX037

民法哲学文库

赵万一 刘云生 主编



著作权的宪法之维

李雨峰 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

著作权的宪法之维 / 李雨峰著. —北京: 法律出版社, 2011. 12

(民法哲学文库)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 2829 - 3

I. ①著… II. ①李… III. ①著作权—研究 IV.
①D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 238997 号

民法哲学文库

著作权的宪法之维

李雨峰 著

责任编辑 刘文科 钱小红
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 7.5 字数 175 千

版本 2012 年 3 月第 1 版

印次 2012 年 3 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京中科印刷有限公司

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 2829 - 3

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《民法哲学文库》学术委员会

主任：

赵万一（教授 博士生导师 民商法学院院长

中国商法学研究会副会长）

刘云生（教授 博士生导师 民商法学院副院长

中国法学会民法研究会理事）

委员：

张玉敏（教授 博士生导师 中国法学会知识产权法研究会副会长）

张 耕（教授 博士生导师 民商法学院副院长）

陈 苇（教授 博士生导师 中国法学会婚姻法研究会副会长）

谭启平（教授 博士生导师 中国民法学研究会副会长）

汪世虎（教授 博士生导师 商法研究室主任）

李雨峰（教授 博士生导师 知识产权法研究室主任）

作为目的与工具并存的民法 (代序)

民法以其自身独立的价值体系及其制度建构成为一种目的性存在;同时又以其个体化目标定位与治理功能及其程式化适用而成为一种工具性存在。西方近代以来文明昌盛,科技发达,很大程度上应当归功于继受罗马私法传统,以民法典为标识,界定了人与人之间、私权与公权之间的权利(力)边界,各明其位,各尽其责。而民法理论的系统化、抽象化无疑为民法典的历史诞生提供了内生价值体系与外在适用规范,不仅在俗界冲破了人作为神之奴仆的藩篱,亦毁弃了人之作为人之奴仆的桎梏,每一个人获得了作为个体化自在自为存在的主体人格以及相应的权利。从这一意义上讲,近代民法哲学的繁盛不仅推动了民法内部的价值生成与制度建构,同时也使之成为改造社会、缔造人类新生的现实性力量!

近十年来,中国部门法哲学日新月异,繁花炫目,争奇斗彩,但究其根本,无一不是以民法之基本价值理念及其制度范式弘扬私权价值层面上的平等之地

位、自由之意志、独立之人格,并藉此推动了中国的法治化进程和思想观念之解放。

西南政法大学民商法学科肇始于1953年成立的民法研究室,复办后隶属于法律系,后单列为法学一系,2003年,该系建院,成为中国第一个纯粹以民商法命名的法学院(系)。建院以来,秉承道术并重、知行合一的西政学术传统,各位同仁在致力于社会实践基础上,多能关注民法之基础理论研究,融汇哲学、政治学、社会学、经济学、宗教学学科之先进方法论,全面透析近代以来民法之生成、发展脉络及其规律,力求为中国民法典的诞生奠定坚实的人文基石。2004年以来,我院先后启动了“西南民商博士文库”、“西南知识产权博士文库”、“西南民商学人文库”、“西南民商教授讲演录”、“民商法学讲演录”、“民法哲学”(集刊)、“西南民商法学阶梯”等工程,出版专著、论文集近四十部,在学界产生了广泛而深刻的影响力。本次“民法哲学文库”推出的九部专著,或阐释、推演民法之基本命题,或探究、辨析民法之基本价值,或发掘、考释传统本土伦理与西方民法理念制度之契合,或探寻、论证民法之解释方法及逻辑路径。其共同的旨趣在于通过对民法之原初命题、价值体系、权利构建、法条解释等宏观性问题进行抽象分析,以期从本体论、本质论、本位论、方法论等领域全方位、深层次地对现代民法进行解析。

数年来,我们之所以对民法学基础研究孜孜矻矻,追求不懈,原因无非有三:

其一,毋庸讳言,我国民商法学科起步晚,基础理论研究薄弱,加强基础理论对民法的发展和进步具有重要的意义。我们认为,民法哲学与民法的关系是宏观和微观、根基和枝叶的关系。只有全面研究民法哲学所体现的世界观和方法论,才能深入领会民法的基本精神和具体制度,才能学好民法。

其二,秉持优良的学术传统,薪火相传,再续伟业。本学科创始人

金平教授与杨怀英教授及其后继者李开国教授、张玉敏教授等不仅深切关注民法各类问题的现实样态及其功能缺陷,更能从理论上独出机杼,更正偏失,创新旧说,开一代民法研究新气象。典型者如被誉为“当代民法史的活化石”的金平先生,于1985年与其他学人一道率先提出民法调整对象“平等说”,冲破学术研究禁区,最终被《民法通则》所采纳,为我国市场经济的繁荣作出了历史性贡献。前辈平理若衡之学术理念及许国除弊之鸿风懿采惠泽西政数代学人。

其三,人才培养。我们一直强调,不仅要注重对学生知识的传授,而且要更加注重学生健全人格的培养,把学生的人格塑造和专业知识传授结合起来。将对“法律人”的培养具化为对学生“民法人”人格的塑造。我们在日常教学中深入挖掘民法文化中蕴含的丰富资源,结合当今大学生的思想实际和心智特点,采用灵活多样的形式,塑造他们的健康人格,使学生时刻认识到自己作为“民法人”所应肩负的特殊历史使命。这样不但加深了学生对市民社会道德规范的理解和遵守,而且也有利于培养出与市场经济接轨同时与国际接轨的高端人才。

诚如前述,我们一直主张:民法不仅仅是一种制度,更是一种信念,是一种能够构筑和开创现代民主社会的信仰和理念;同时它还是一种力量,是一种足以改变我们自身和现实社会并能引领美好未来的力量。惟愿本套文库能对中国民法典之颁行与民法学理论研究水平之提升有涓滴之功,即或多所错谬,亦欢迎各位方家硕学赐教为幸!

是为序。

赵万一 刘云生

2011年11月26日于西南政法大学

谨以此书

献给我的家人/爱人并纪念我的母亲

致 谢

本书的初稿为笔者在中国人民大学法学院的博士后研究报告。首先,感谢刘春田教授提供的研究机会。刘老师做人富有个性,治学至为严谨。其为人治学的风格都给我留下了深刻的印象。更重要的是,他对我的选题非常宽容,允许并帮助我完成了这个看似非民法的题目。

2006~2007年期间,我在牛津大学知识产权研究中心(OIPRC)从事学术访问,合作导师为 David Vaver 教授。我聆听了 Vaver 教授和 Dr. Pila 的课程,并就本书稿的某些问题与他们展开过讨论。中心秘书 Karen Clayton,给我的生活提供了很多帮助。我愿就此向他们致以衷心的感谢。

更为幸运的是,本书稿在 2007 年又获得国家社科基金的资助,使我有时间和精力集中对本书稿进行了深入地探讨和修改。

冯象、张玉敏、周林、侯猛、汪庆华等师友曾经阅读过本书稿的提纲、初稿和部分章节,我从与他们的交流中获益匪浅。友谊给我的学术灵感插上了翅膀。

本书定稿之际,恰逢家母病重住院。我的兄嫂、姑妈和姐姐们替我承担了本应由我履行的一些义务。然而,生命总是来得随意,去得无奈,伴随着此书的诞生的是一个生命体的去世。我爱我的母亲,爱我的家人,爱爱我的人。我愿将此书献给我的家人和爱人,并纪念我的母亲。

李雨峰于歌乐山下

2010年5月6日

目 录

为什么著作权的宪法进路 001

- 一、问题及其意义 001
- 二、著作权正当性的难题与已有的研究成果 004
- 三、著作权怀疑主义 008
- 四、著作权的替代性选择 013
- 五、现有著作权制度的改组 017
- 六、本书的进路 025
- 七、本书的结构 033

第一章 从特权到私权——近代著作权制度的产生 038

- 一、引 言 038
- 二、18 世纪之前 040
- 三、特许权的限制 044
- 四、著作权观念的最初检省 049
- 五、法庭上著作权性质的论战 052

第二章 帝制中国著作权问题的省思 057

- 一、引 言 057
- 二、郡县与封建 061
- 三、古代中国商人的品格 064
- 四、士绅阶层的传统 068
- 五、法与礼 073
- 六、小 结 077

第三章 作者的自主 079

- 一、引 言 079
- 二、激励作品创作的不同形式 081
- 三、著作权:创作自主的法律形式 085
- 四、写者(writer)与作者(author) 088
- 五、作者自主的思想基础 091
- 六、著作权产生的政治语境 096
- 七、小 结 099

第四章 著作财产权的保护期 102

- 一、为什么保护期 103
- 二、保护期的延长 106
- 三、为什么延长保护期 115
- 四、延长保护期的后果 117
- 五、未来的选择 122

第五章 思想/表达二分法、平等与信息自由 124

- 一、引 言 124
- 二、思想/表达二分法的缘起 126
- 三、思想/表达与机会平等 132
- 四、思想/表达与信息自由 135
- 五、表达的私有 139
- 六、隐喻的二分法 142
- 七、公有与私有的界限 146
- 八、思想/表达二分法的检讨 149

第六章 合理使用制度探究 155

- 一、引 言 155
- 二、合理使用制度的缘起 156
- 三、合理使用制度的意旨 162
- 四、合理使用制度的检讨 168

五、小 结	172
第七章 公有领域：著作权的外部边界	174
一、公有领域的缘起	175
二、公有领域语源探微	179
三、公有领域的制度功能	182
第八章 著作权、市民社会与国家	186
一、引 言	186
二、著作权与市场	188
三、著作权与公共领域	192
四、著作权与民族—国家的建构	197
五、著作权与公共利益	201
六、小 结	207
结 语	208
参考文献	211

为什么著作权的宪法进路

一、问题及其意义

尽管晚清之前中国曾存有对作品给予类似著作权保护的个案,^[1]但是著作权作为一项制度、作为一种公共选择政策,却是西方文明的衍生物。它起源于17、18世纪的欧洲,构成了当时该地区政治经济结构变迁的一部分。^[2]饶有兴趣的是,著作权制度在中国语境下发生了意义上的转换。当晚清政府于19世纪末20世纪初“舶来”这一制度时,与其说它是当时中国社会变革的结果,毋宁说,它被当成了变法图强的催化剂。事实上,当晚清政府在与西方列强修订的商约中承诺保护包括著作权在内的知识产权时,这一制度折射的是晚清政府构建现代民族—国家并进行大规模法律移植的努力。^[3]

〔1〕 参见周林、李明山主编《中国著作权史研究文献》,中国方正出版社1999年版。

〔2〕 参见金海军“16~18世纪英国知识产权的历史与功能——一种社会结构整体观”,载刘春田主编《中国知识产权评论》,商务印书馆2002年版。

〔3〕 李雨峰“枪口下的法律——近代中国版权法的产生”,载《北大法律评论》第6卷第1辑,法律出版社2005年版。

历史有时惊人地相似。近一个世纪以后,当中国进行改革开放、发展对外贸易、尝试建立社会主义市场经济并加入世界贸易组织时,知识产权问题再一次摆在国人的面前。围绕着知识产权的保护,立法部门、法院、学术界、评论人员、大众传媒中的多数意见认为,国家应当尽快建立一个现代的知识产权法律体系,以促进创新并进而保证我国作为一个发展中国家在知识经济社会中的竞争地位;他们同时主张更多地移植甚至复制发达国家和地区的知识产权法律制度,修改我国法的不足,以同国际规则接轨。为解决知识产权审判过程中出现的因技术问题引致的法官审判不能的难题,国家知识产权局开设专题,提供资金委托专家论证“借鉴美国、日本等国设立专门的专利或者知识产权上诉法院”的可行性。^{〔4〕}为回应知识产权人才短缺的现状,国家教育行政部门做出了“有条件的高等院校设立知识产权专业、单独招生”的决定。^{〔5〕}而国家知识产权局、国务院法制办等部门更是模仿美国、日本等国家的做法,制定了知识产权战略纲要,其目的在于确保我国在激烈的知识经济竞争中处于不败之势。^{〔6〕}

事实上,经由政府官员、专家学者、企业精英、大众传媒的推动,知识产权在我国已经构成了一种全国性的运动,它是一种意识形态,一个神话,一种话语(至少在城市如此)。应当说,上述主张与措施在很大程度上是必要的,特别是在我国加入了世界贸易组织并承诺了相关的国际条约义务的语境下。毕竟,我国在国际关系中要履行作为一个国际法主体的义务。与此相关,在很大程度上,知识产权在我国被理解为发展经济以使中国跨入世界先进民族之林的一项产业政策。因此,当我

〔4〕 参见国家知识产权局下发的“专利法及其实施细则第三次修改研究课题指南”,2005年。

〔5〕 参见教育部下发的教技[2004]4号文,2004年。

〔6〕 参见国务院法制办下发的“‘国家知识产权战略——知识产权立法问题研究’专题主要研究内容”,2006年。

们讨论中国的改革开放能否继续、市场经济能否发展、在与外国的竞争中能否获得优势的时候,这些问题就经常被置换为知识产权制度的完善程度。^{〔7〕}

这是一种强调政府运用强制力规制经济和社会的法制建设模式,是一种政府推进型的变法模式,^{〔8〕}反映了人们的法律工具主义和理想主义倾向。无论这种法律移植是否出于被动,^{〔9〕}在理论上,它有遭遇论者们所批判的“唯意志论”倾向的危险;^{〔10〕}在实践中,还会面临人们无视甚至抵制法律的命运。^{〔11〕}更重要的是,这种法律工具主义之上的法律移植有可能导致一种一厢情愿的基础主义哲学倾向:“有了充分的知识产权保护就可以发展经济和鼓励创新。”同时,这种法律移植观还有可能把知识产权与鼓励创新之间的关系片面化:高强度的知识产权保护导致高水平的创新。这种强调高强度知识产权保护的话语,除了调用“高水平创新”这样的修辞之外,还回应了主要发达国家在全世界范围内所推行的一体化知识产权保护水准的冲击。当一个国家或者地区率先创建某种权利、保护某种对象、延长保护期限之后,其他的国家或者地区也纷纷效仿,生怕自己会以某种方式落伍。事实上,在一定程度上,这构成了不同国家与地区之间的知识产权立法竞赛。^{〔12〕}

同时,围绕着作品的利用,权利人与使用人之间的矛盾也在升级。

〔7〕 强世功等“知识产权与法律移植”,载《读书》2004年第8期。

〔8〕 苏力《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社2004年版,第3~4页。

〔9〕 有学者指出,我国的知识产权法律制度与其他制度的区别在于,这是一个被迫移植的法律现象,而不像民法那样存有社会需求。参见强世功等,前注〔7〕所引文。

〔10〕 苏力 前注〔8〕所引书,第4页。

〔11〕 张维迎指出,制定法的真正落实必须有相应的社会规范的支持。制定法执行的程度取决于社会规范支持它的程度。如果制定法偏离了社会规范,执行成本就会提高,甚至根本得不到执行。参见张维迎“法律与社会规范”,载《比较》第11期,中信出版社2004年版。另见Richard Posner, *Social Norms and the Law: An Economic Approach*, 87 *American Economic Review* (1997)。

〔12〕 David Vaver, *Intellectual Property Rights: The State of Art*, 116 *Law Quarterly Review* 636 (2000)

数字技术、因特网的普及使作品的复制变得非常容易,使用人只要点击一下鼠标,作品就有可能在世界范围内流传。在此意义上,每个人都变成了潜在的发行人。另一方面,著作权人不仅在技术上,而且在法律上也具备了控制读者阅读和浏览作品的能力。在著作权人及其代理人看来,由于数字技术给他们带来了前所未有的挑战,他们不得不进行一场生存性质的版权战争,^[13]而且一如有的学者所指出的,这种战争正在升级。^[14]另一方面,着眼于公共利益的学者则断言:“版权死了,是《数字千年版权法》杀死了它。”在这种观点看来,著作权不能再服务于公共利益的目的,相反,它从最初的书商公司的行会垄断变成了《数字千年版权法》的行会垄断。^[15]总之,“传统的著作权制度已经终结”,^[16]知识产权面临着一场智识危机。^[17]就此而言,世界各国都面临着应当建构何样的知识产权制度的难题。

二、著作权正当性的难题与已有的研究成果

尽管存在不同的主张,但是,如果放眼历史,我们仍会发现,著作权发展至今已经呈现出膨胀的种种面向。^[18]无论就其保护对象、保护期还是权利内容而言,著作权人都逐渐蚕食着立法者最初所追求的公共利益和公共教育的发展。

最初,对著作权的侵害(如剽窃行为)并未在法律框架内得以确认;

[13] Jessica Litman, War Stories, 20 *Cardozo Arts and Ent. L. J.* 365 (2002)

[14] Peter K. Yu, The Escalating Copyright Wars, 32 *Hofstra Law Review* 951 (2004)

[15] Glynn S. Lunney, The Death of Copyright: Digital Technology, Private Copying, and the Digital Millennium Copyright Act, 87 *Virginia Law Review* 814-815 (2001)

[16] David Nimmer, The End of Copyright, 48 *Vanderbilt Law Review* 1420 (1995)

[17] David Vaver, *supra* note 12, p. 628.

[18] 李雨峰“版权扩张——一种合法性的反思”,载《现代法学》2001年第5期;冯晓青“著作权扩张及其缘由透视”,载《政法论坛》2006年第6期。