



数字网络技术背景下

著作权法的困境与出路

姜福晓 著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

山东省高校人文社会科学研究计划项目“新媒体时代
著作权制度的应对与变革研究”（FL15G7）

数字网络技术背景下著作权法的 困境与出路

姜福晓◎著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

图书在版编目 (CIP) 数据

数字网络技术背景下著作权法的困境与出路/姜福晓著. —北京: 知识产权出版社, 2017. 8

ISBN 978-7-5130-5088-3

I. ①数… II. ①姜… III. ①著作权法—研究—中国 IV. ①D923.414

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 212864 号

责任编辑: 高 超

封面设计: 品 序

责任校对: 王 岩

责任出版: 刘译文

数字网络技术背景下著作权法的困境与出路

姜福晓 著

出版发行: 知识产权出版社有限责任公司

社 址: 北京市海淀区气象路 50 号院

责编电话: 010-82000860 转 8383

发行电话: 010-82000860 转 8101/8102

印 刷: 北京科信印刷有限公司

开 本: 720mm×1000mm 1/16

版 次: 2017 年 8 月第 1 版

字 数: 250 千字

ISBN 978-7-5130-5088-3

网 址: <http://www.ipph.cn>

邮 编: 100081

责编邮箱: morninghere@126.com

发行传真: 010-82000893/82005070/82000270

经 销: 各大网上书店、新华书店及相关专业书店

印 张: 14.5

印 次: 2017 年 8 月第 1 次印刷

定 价: 48.00 元

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

前言

在所有的法律领域中，著作权法是对技术发展最敏感、也对技术发展会产生最直接影响的法律领域之一。从世界范围内的著作权法发展史来看，著作权法的发展与技术的发展总是相互交织在一起。印刷术、照相术、电影技术、录音录像技术、广播技术、复印技术都曾对著作权制度的产生和发展轨迹产生了直接的影响，而著作权法针对这些技术作出的回应也影响着这些技术的发展。无论是著作权产业，还是新技术产业，都是资本密集型行业。因此，除上述的技术因素外，市场力量也是影响著作权制度发展的关键因素。可以说，著作权法律制度的发展历史，就是法律、技术和市场这三个因素交织发展的历史。产生于 20 世纪后期的数字网络技术，在著作权法领域内掀起了轩然大波，引发了人们对著作权法律制度能否适应以及如何适应数字网络技术的讨论，甚至有人怀疑数字网络技术时代著作权法存在的必要性。著作权法如何应对数字网络技术的发展已成为世界性的讨论话题。

笔者对数字网络环境下的著作权法问题的兴趣始于攻读博士期间。笔者自 2010 年开始在对外经济贸易大学法学院攻读民商法学博士学位，期间对互联网环境下的著作权法律问题产生了浓厚的兴趣。2011 年受国家留学基金委联合培养博士项目资助，赴美国范德堡大学法学院在 Daniel Gervais 教授的指导下对网络环境下著作权的保护以及著作权集体管理制度进行了为期 14 个月的研究。2012 年回国后，经与博士授业恩师梅夏英教授讨论，最后以“数字网络技术背景下著作权法的困境与出路”为题开始博士论文的写作。在博士论文的研究过程中，梅夏英教授对互联网法律问题方面的洞见以及 Daniel Gervais 教授在网络著作权领域的深刻理解，都使笔者深受启发。在此，真诚感谢两位恩师的教、育之恩。虽然有幸得到名师指



导，但鉴于自己学力有限，书中可能存在谬误，希望读者不吝赐教。

本书就是在笔者博士论文的基础上形成的。该论文于 2014 年通过答辩，至今已有三年。这三年中，互联网产业一直在快速发展，互联网商业模式在不断演化，欧盟、美国等国家互联网著作权领域的立法也有了一定的进展。笔者对本书相关内容进行了必要更新，同时将美国《数字千禧年法案》的核心部分《在线著作权侵权责任限制法案》（1998）、欧盟的《信息社会版权与相关权指令》（2001）、《欧盟数字单一市场版权指令草案》（2016）作为附录，以供读者了解欧美国家相关立法现状和趋势。

最后，值得提出的是，本书的研究系从权利配置、权利保护、权利实现三个维度探讨著作权法如何应对数字网络技术的挑战。因此，限于研究重点，本书的研究主要是系统性和框架性的，无法对某些问题进行过于深入的研究。例如，网络平台的著作权侵权问题就是一个极具重要性和争议性而需要深入研究的难题，本书虽然在第三章以 P2P 网络服务提供者的侵权责任为例进行了研究，但无法囊括各种不同网络平台的著作权侵权问题。笔者目前正在对网络平台的知识产权侵权问题进行专门研究，待时机成熟再行专门结集出版。

数字网络技术正如一个移动的靶子，著作权法之箭很难一箭命中，虽然笔者认为本书中的主要观点和判断至今仍然基本符合当今的互联网发展现实，但数字网络技术发展的不可预测性决定了本书的研究必然是阶段性的。希望本书能为数字网络技术环境下著作权法律问题的研究起到抛砖引玉的作用。

摘 要

自 17 世纪晚期以来 300 多年的历史看,著作权法的发展很大程度上起因于作品复制和传播技术的发展。数字网络技术是活字印刷以来最强有力的复制和传播工具,主要从三个方面对传统著作权法提出了严峻挑战:打破了著作权法上的利益平衡格局;冲击了著作权法的理论预设和基础架构;给著作权的保护和实现带来挑战。

数字网络技术引起的著作权法律问题在法律、经济、社会和政治领域引起了广泛的讨论。如何应对数字网络技术给著作权法带来的挑战成为一个全球化的难题。本文将从权利配置、权利保护和权利实现三个角度研究著作权法在数字网络技术背景下面临的困境,并试图探寻著作权法应对新技术带来挑战的对策。

除导论和结论外,本文正文部分共分五章。

第一章 数字网络技术对著作权法的挑战

本章主要从宏观层面分析数字网络技术对著作权法的挑战,并对著作权法在新技术背景下的困境进行了分析和理论抽象。第一节从历史的视角对新技术影响下的著作权制度的产生和发展进行了系统梳理,为寻求数字网络技术背景下的著作权法的出路提供一定线索。第二节主要阐述了数字网络技术对传统著作权法的冲击和挑战。第三节对数字网络技术影响传统著作权法的机理进行了分析,并从著作权人与使用人之间行为博弈的角度对传统著作权法在数字网络环境下的困境进行理论分析和抽象,为寻求数字网络技术背景下的著作权法的出路提供理论起点。

第二章 权利配置:著作权法的基础架构及调整

本章在对著作权法基础架构进行分析和讨论的基础上,从权利配



置的角度对几个关乎著作权法基础架构的重要问题进行分析研究。第一节首先对著作权的正当性理论进行了剖析,并提出了自己的看法;然后分析了著作权法的价值目标,在此基础上阐述了基于利益平衡的著作权法基础架构。第二至四节分别以临时复制、首次销售原则、合理使用制度这三个关乎著作权法基础架构的问题为例,分析著作权法在权利配置层面的困境和出路,对著作权如何应对数字网络技术的挑战提出了自己的见解。

第三章 权利保护之一:使用者行为的失范与规制

本章以著作权人与使用人之间行为博弈的视角,从使用人的角度,分析了传统著作权保护模式的困境,并对数字网络环境下著作权保护的新思路进行了探索。第一节主要从权利保护的层面对著作权保护面临的挑战进行了分析。第二节对传统的“闭锁型”著作权保护模式及其困境进行了分析。第三节对“开放型”著作权保护模式的必要性、实践及效果进行了研究。第四节以莱斯格的规制理论为基础,描绘了整体性著作权保护机制的大致框架。第五节对整体性著作权保护机制在云计算、大数据、3D 打印技术背景下的可能作为进行了展望。

第四章 权利保护之二:权利人技术保护措施的保护与限制

本章以著作权人与使用人之间行为博弈的视角,从权利人的角度,对技术保护措施的保护和限制问题进行了研究。第一节介绍了技术保护措施的产生背景、概念和性质。第二节对域外技术保护措施的保护立法和司法实践进行了分析评价,并对我国的立法提出了建议。第三节主要从合理使用和反不正当竞争两个角度对技术保护措施的限制进行了研究。

第五章 权利实现:数字网络环境下的著作权市场机制

本章从著作权实现层面,对数字网络环境下著作权市场机制进行研究。第一节对著作权授权模式转型的必要性进行了分析。第二节则阐述了网络著作权授权信息系统的基本构造。第三节对如何完善我国的集体管理制度尤其是如何防止集体管理组织垄断地位的滥用问题提出建议。

关键词:数字网络技术,利益平衡,逐级响应机制,技术保护措施,著作权集体管理

Abstract

With a history of more than three hundred years from the late 17 th century, the development of copyright law can be attributed to the advance of technologies of replication and dissemination to a large degree. The digital network technology is the most powerful tool of replication and dissemination after movable-type printing. It has broken the balance of interests within copyright law, shocked the theoretical presupposition and infrastructure, and presented great challenges to the protection and realization of copyright.

The legal issues in terms of copyright caused by digital network technology have triggered extensive discussion in the fields of law, economy, society and politics. It becomes a global puzzle for the copyright law to cope with the challenges brought by the technology of digital network. This research studied the dilemma of copyright law in the environment of digital network from three dimensions, which are configuration of copyrights, protection of copyrights and realization of copyrights, and tried to explore the measures to cope with the challenges caused by new technologies.

Besides the introduction and conclusion parts, this research includes five chapters.

Chapter One The challenges to copyright law brought by digital network

This chapter made analysis of the challenges to copyright law by digital network technology from the macro level, and made an analysis and theoretical abstraction of the dilemma of copyright law in the environment of digital network. Section one made a historical study of the emergence and develop-



ment of copyright law, providing some clues to the exploitation of the way out of the digital dilemma. Section two analyzed the challenges to the traditional copyright law brought by the digital network technology. Section three analyzed the mechanism of how the digital technology influenced copyright law, and made an analysis and theoretical abstraction of the dilemma of copyright law from a perspective of game behavior between the right holders and the users. This chapter serves as the starting point of the exploitation of this research.

Chapter Two Configuration of Rights: the framework of copyright law and its adjustment

This chapter studied some important issues relevant to the framework of copyright law from the perspective of configuration of rights. Section one analyzed the justification theories of copyright law and gave some opinions. Then this section made a concise analysis of the values and framework of copyright law. The next three sections studied the dilemmas of copyright law and the way out by addressing the issues of temporary copies, the first sale doctrine and the fair use doctrine, which are very important parts of copyright framework.

Chapter Three Protection of rights (I): The deregulation and regulation of behavior of users

This chapter analyzed the dilemma of the traditional mode of copyright protection from the perspective of the game between the right holders and users, and explored the new mode of copyright protection. Section one made a brief introduction of the challenges to copyright protection. Section two reviewed the traditional mode of copyright protection, which is featured “lock up”. The third section addressed the necessity, practice and effects of the “open license” protection mode. Section four depicted a basis structure of the integrated mode of copyright protection based on the regulation theory of Lessig. Section five made an outlook on the potential role of “open license” protection mode in the environment with cloud computing, big data and 3D printing.

Chapter Four Protection of rights (II): The protection and restrictions of TPM

This chapter made a study of the protection and restrictions of TPM from the per-

spective of game theory in terms of right holder. Section one introduced the background, conception and nature of TPM. Section two analyzed the foreign legislation and judicial practice of the TPM, and then gave some suggestions to the improvement of Chinese copyright law. The third section studied the restrictions on TPM from the perspective of fair use and anti-unfair competition.

Chapter Five Realization of rights: The copyright market mechanism in the environment of digital network

This chapter studied the copyright market mechanism in the environment of digital network. The first section analyzed the importance of the transition of the copyright licensing mode. Section two addressed the basic blocks of the information system for copyright licensing. The last section gave some suggestions on how to improve copyright collective management, especially how to prevent copyright collective societies from abusing the monopoly position.

Keywords: Digital Network Technology, Balance of Interests, Graduated Response, Technological Protection Measures, Copyright Collective Management

目 录

● 导 论	1
一、研究背景 / 1	
二、研究意义 / 3	
三、研究现状 / 4	
四、研究目标与研究思路 / 9	
五、研究方法 / 9	
● 第一章 数字网络技术对著作权法的挑战	11
◎ 第一节 传统技术影响下著作权法的产生与发展 / 11	
一、印刷机时代著作权法的产生 / 11	
二、模拟技术时代著作权法的扩张 / 14	
三、著作权法的发展规律 / 19	
◎ 第二节 数字网络技术对著作权法的挑战 / 20	
一、数字网络技术的产生与发展 / 20	
二、数字网络技术的特征 / 21	
三、数字网络技术对著作权法的冲击 / 22	
◎ 第三节 数字网络技术背景下著作权法困境的行为学分析 / 25	
一、数字网络技术引起著作权法的不确定性 / 25	
二、著作权法不确定影响下权利人与使用人的行为博弈 / 27	

第二章 权利配置：著作权法的基础架构及调整 30

◎ 第一节 传统著作权法的基础架构 / 30

- 一、著作权的正当性基础 / 30
- 二、著作权法的价值目标和利益平衡 / 34
- 三、基于利益平衡的著作权法基础架构 / 36

◎ 第二节 临时复制问题 / 37

- 一、临时复制问题的提出 / 37
- 二、临时复制的域外立法司法实践 / 38
- 三、对我国第三次著作权法修改建议 / 41

◎ 第三节 数字网络环境下的首次销售原则适用问题 / 41

- 一、首次销售原则概述 / 41
- 二、首次销售原则在数字网络环境下适用的国外司法实践 / 42
- 三、数字网络环境影响下首次销售原则的发展趋势分析 / 48

◎ 第四节 数字网络技术影响下合理使用制度 / 51

- 一、合理使用制度概述 / 51
- 二、合理使用制度的立法模式 / 52
- 三、数字网络技术影响下合理使用制度的调整 / 53

第三章 权利保护之一：使用者行为的失范与规制 54

◎ 第一节 数字与网络技术对著作权保护带来的挑战 / 54

◎ 第二节 传统“闭锁型”著作权保护模式及其困境 / 60

- 一、对 P2P 服务提供者的间接侵权责任诉讼：阻止传播工具 / 60
- 二、对个人使用者的直接侵权责任诉讼：禁止传播行为 / 63
- 三、“逐级响应”机制：限制网络接入 / 64
- 四、技术保护措施：限制作品获取 / 67

◎ 第三节 “开放型”著作权保护机制的兴起 / 70

- 一、“开放型”著作权保护机制的合理性和必然性 / 70
- 二、“开放型”著作权保护机制的实践 / 71

三、“开放型”著作权保护机制的成效显现 / 75

◎ 第四节 迈向一种整体性著作权实现机制 / 76

一、莱斯格的整体性规制理论 / 77

二、整体性著作权保护机制的大致框架 / 79

◎ 第五节 云计算、大数据、3D 打印与整体性著作权保护机制的前景展望 / 80

● 第四章 权利保护之二：权利人技术保护措施的保护与限制 82

◎ 第一节 技术保护措施的背景 / 82

一、网络侵权催生技术保护措施 / 82

二、技术保护措施的概念 / 83

三、技术保护措施的性质 / 84

◎ 第二节 对技术保护措施立法保护 / 85

一、国际条约关于技术保护措施的规定 / 85

二、美国对技术保护措施的保护 / 87

三、欧盟对技术保护措施的保护 / 89

四、我国的技术保护措施立法及建议 / 91

◎ 第三节 对技术保护措施的限制 / 92

一、技术保护措施正当性之辨 / 93

二、技术保护措施与合理使用的冲突与解决 / 95

三、技术保护措施与反不正当竞争的冲突与协调 / 103

● 第五章 权利实现：数字网络环境下的著作权市场机制 107

◎ 第一节 数字网络环境要求著作权授权模式转型 / 107

一、数字网络技术改变传统著作权市场生态 / 107

二、著作权权利的碎片化要求建立著作权授权信息系统 / 110

三、著作权地域性与网络全球性的冲突需要建立跨境授权机制 / 111

四、数字网络时代著作权授权的线上迁移 / 112



◎ 第二节 网络著作权授权信息系统的基本框架 / 113

一、网络著作权信息系统的国际实践 / 113

二、著作权信息系统的跨境整合 / 115

三、我国著作权信息系统存在的问题和完善建议 / 118

◎ 第三节 数字网络技术背景下的著作权集体管理制度 / 121

一、传统技术背景下的著作权集体管理 / 121

二、数字网络背景下著作权集体管理制度的可能作为 / 124

三、著作权集体管理制度对数字网络技术的因应之策 / 126

● 结 论 131

● 参考文献 134

● 附录 1 143

● 附录 2 156

● 附录 3 177

导 论

一、研究背景

现代著作权法的设计理念是通过授予作者对其作品一定时间的排他权以促进科学进步。^①从著作权法自17世纪晚期以降300年的历史看,其发展很大程度上起因于作品复制和传播技术的发展。这主要表现在三个方面:著作权的产生源于现代印刷机的发明,并随作品复制和存储技术的发展逐渐将保护扩展至照片、电影和录音;广播技术使远距离提供作品成为可能,从而为著作权提供了新的市场;数字技术则代表技术创新的第三次浪潮。

数字技术和互联网是活字印刷以来最强有力的复制和传播工具。数字技术出现之前,文字作品必须印刷在纸张上,音乐作品必须灌制在唱片中,电影则必须录制在胶片中,而后通过这些载体进行传播。数字技术突破了传统作品载体的限制,使作品能够以统一的数字格式存储在光盘、硬盘等载体中。网络技术则对作品的传播带来了革命性的变化。数字与网络技术的出现和发展给著作权法带来了前所未有的严峻挑战。

总结起来,数字和网络技术对著作权法的挑战至少有以下几个方面:

(1) 数字与网络技术打破了著作权法上的利益平衡格局。

数字技术使对作品高保真、低成本且瞬时的复制成为可能。模拟制品(如磁带、唱片)复制件的保真度低于原件,如果连续复制,保真度还会递减。数字制品则可以被无限复制而质量无损。随着技术发展,复制设备的成本也逐渐低廉到普通民众可以承受的程度,对数字文件的复制只需轻点鼠标即可实现。传统复制方式需要时间,因此作品的原始出版者在这段时间内就无须面对来自盗版的竞争。而数字复制很短时间就可完成,这使得侵权的门槛大大降低,对出版者的威胁也随之大大增加,著作权法上的利益平衡格局被打破。

(2) 数字与网络技术冲击了著作权法的理论预设和基础架构。

首先,著作权法是以复制权为起点展开的,复制权是著作权法体系构建的

^① 在历史上,著作权法与版权法是两个不同的概念。著作权的英文是 Authors' right,而版权的英文是 Copyright。现在一般将这两个概念等同使用,我国的《著作权法》也将著作权与版权等同使用。本文为了表述统一,使用“著作权”的称谓,但对于一些习惯用法,如“国家版权局”,继续沿用。



原点。对复制权的控制构成保护著作权的有效机制。在传统有形世界中,作品的使用和复制是截然分开的,这是著作权法的重要前提之一。新技术则扩张了作品的复制方式,如将作品固定在光盘和硬盘等新的介质中、将作品上传至网络服务器、将作品从网络服务器下载到本地计算机中、通过网络向其他用户发送作品等。然而,新技术也给著作权法带来了巨大挑战。其中临时复制问题对著作权法传统的“复制”概念带来了强烈的冲击。这一问题在国际上存在广泛争议,至今尚无统一意见。美国法院曾在 MAI 一案中判决临时复制构成侵权,即一旦计算机程序进入计算机内存中,就认定产生了著作权法意义上的复制(MAI System Corp. v. Peak Computer, Inc., 991 F.2d 511, 9th Cir. 1993)。该案对其日后美国的著作权法理论和司法实践产生了重大影响。但由于该问题争议重大,美国《著作权法》至今对临时复制问题尚未作出明确规定。临时复制问题来自对数字作品的使用不可避免地要对作品进行复制,数字世界中作品使用对复制的依赖性动摇了传统著作权法中作品使用和复制截然分开的基本假定。可以预见,随着技术的不断发展,哪些临时复制构成复制行为至今仍然是一个开放性的问题。

其次,从历史的角度看,著作权从来就是针对作品的专业使用者设计的。这是因为传统技术背景下,个人使用者的复制能力有限,个人使用者的复制对著作权人的影响基本可以被忽略。因此,早期著作权法中,私人复制和个人使用不在复制权控制范围之内。随着技术的发展,个人使用者对作品的复制和传播能力大幅提高,使专业复制和私人复制的区分出现困难,私人复制问题逐渐成为著作权法上的重要问题。由于私人复制的广泛性和复杂性,判定私人复制是合理使用还是侵权至今仍然是一个广泛讨论的问题。

最后,传统著作权法中,作品都是固定在传统的有形载体中。发行权与作品载体所有权的冲突是著作权法中首次销售原则存在的根源。而在数字环境下,作品的固定可以摆脱有形介质的束缚,因而不存在发行权与所有权的冲突问题。这样,首次销售原则在数字环境下的适用问题成为一个新的问题。首次销售原则是否适用于数字环境在美国至今没有定论。

(3) 数字和互联网技术对作品传播方式起到革命性作用,给著作权的保护和实现带来严峻挑战。

数字和网络技术使作品的创作和传播成本大大降低,每个人都可成为创作者和传播者。新技术打破了使用者和创作者之间的壁垒。数字制品可以存储在电脑中并可以进行其他操作。随着压缩技术的进步和硬盘容量的增大,作品尤其是娱乐作品的使用者可以非常容易且低本地创建海量作品库。如果说数字

技术对作品的存储和复制产生了革命性的影响,那么网络技术则对作品的传播方式起到了颠覆性作用。网络技术使信息传播摆脱了传统有形载体和交通方式的限制。这种进步使信息传递成本得到极大降低,使作品大规模传播成为可能。其中,P2P技术的出现更是使作品传播技术发生了历史性变革。P2P技术引起的作品大规模网上传播成为著作权法上的难题。P2P分享被认为是互联网环境下著作权产业尤其是音乐产业的首要威胁。

数字与网络技术引起的著作权法律问题在法律、经济、社会和政治领域引起了广泛的讨论。如何应对数字和互联网技术给著作权法带来的挑战成为一个全球化的难题。

二、研究意义

(一) 理论意义

数字和网络技术对传统复制和传播技术带来了革命性变革,彻底改变了著作权领域的生态。数字与网络技术动摇了传统著作权法的理论预设和基础架构,其中临时复制、私人复制问题以及首次销售原则在数字环境下的适用问题是著作权法面临挑战的重要体现。传统印刷时代形成的著作权制度的基本概念必须重新审视,与此相对应的具体制度也必须重新设计。这些问题一方面涉及著作权的专有权的配置问题,另一方面涉及著作权的例外制度。这两方面内容构成了著作权制度的主要框架。

因此,如何应对数字和网络技术给著作权法带来的挑战,是一项牵一发而动全身的理论命题。本课题对立法者而言,可以为著作权规则的修改和新规则的制定提供理论支持;对司法者而言,可以为解决新技术背景下出现的著作权法律纠纷的处理提供富有价值的参考。因此,深入研究著作权法在新技术背景下面临的困境,并探寻解决著作权法应对新技术挑战的出路,具有重大的理论价值。

(二) 实践意义

成功的著作权制度通常会较好地处理以下几对利益关系:促进作品自由提供从而实现作品的可获得性和控制作品传播以使创作者获得经济利益之间的关系;作品生产者与消费者之间的关系;创作者个人与社会之间的关系;使用作品的短期满足和促进文化活力的长期目标之间的关系。现实表明,数字和互联网技术已经深刻改变了这些平衡,并将天平的一端偏向于作品的自由提供、消费者、社会利益以及作品使用的短期满足。数字和互联网技术给著作权法提出了这样的问题:对著作权人而言,如何应对新技术带来的挑战,保护和实现自己