

西南知识产权博士文库

张玉敏 主编

技术发展 与版权扩张

易健雄◎著

博學篤行
厚德重法



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

技术发展 与版权扩张

易健雄◎著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

技术与版权扩张/易健雄著. —北京:法律出版社,
2009.5

(西南知识产权博士文库)

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9620 - 6

I. 技… II. 易… III. 版权—保护—研究—世界 IV.
D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 080503 号

西南知识产权博士文库

技术与版权扩张

易健雄 著

责任编辑 刘文科

装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2009 年 5 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 8 字数 198 千

印次 2009 年 5 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 9620 - 6

定价:25.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

随着信息技术的发展、经济的全球化以及对外开放的逐渐扩大和深入,历经三十年,中国的知识产权制度已经日趋完善,知识产权研究也呈现出多元化的趋势。在知识产权立法的早期阶段,出于工具主义思考,为了尽快为中国移植发达国家的知识产权制度,更多的知识产权研究着力于注释知识产权的一些基本制度、基本框架。从学术史上看,这大致属于知识产权的注释法学阶段。至 20 世纪 90 年代末、21 世纪初,在中国的知识产权制度基本完善的前提下,学者们对知识产权的研究拓宽了视野,知识产权的概念、历史、哲学、体系化、性质、经济分析等逐渐进入研究视野,并涌现出一批优秀的学术成果。套用苏力关于中国法学三个阶段的论述,这一阶段的知识产权研究进入了“诠释法学”和“社科法学”并举的时期。

在知识产权研究日益多元化的情况下,我们应贡献什么?基于这种问题意识,我们推出了这套“西南知识产权博士文库”。然而,问题在于,在今

天这个日益信息化的时代,人们为诸多的文字材料所包围,由于自身精力的限制,人们根本没有太多时间去触摸、更不用说去阅读书店里的一些文献。因之,这套文库是否只意味着占用了一些书号,挤占了书架的一些空间?在很多情况下,一些哪怕是经典的书籍都被束之高阁。这套文库的未来命运将会如何?

担心将我们推向了对知识产权研究多元化氛围的思考。在日益市场化的今天,学术产出也必须符合市场经济的规律,供给与需求相辅相成。如社会分工之于市场的重要性一样,学术分工也在学术研究中发挥着重要作用。如果承认道德多元化、思想多元化是法治社会的重要特征,那么,我们就可以断言,无论书籍的行文风格、价值取向、问题意识等,我们都可以找到一些哪怕是些微的读者。更重要的是,书籍一面世,作者便丧失了控制它的权力。在作者、作品和读者这个文学系统中,重要的已不再是作为支配一方的作者,而是作者与读者之间的那种主体间性。这对我们意味着,只要认真、努力也就够了。

从基本方向上看,这套博士文库尽管包括了学术前沿、热点问题等,但基本理论研究是其主旋律。当然,这并不意味着我们认为学术研究存在一个高低贵贱之分的问题;事实上,我们真正考虑的是学术上的比较优势。

西南政法大学 张玉敏

2007年9月

序

关于技术发展与版权的关系问题并不是一个新鲜话题。版权与技术之间的密切关系早已是世所公认。在版权与技术相伴而行的路上,版权获得了“印刷出版之子”、“现代传播技术的副产品”等称号。然而,迄今为止,尚未见有对技术发展是如何推动版权扩张的系统论述。对版权来说,这恰恰是一个重要论题:其中隐藏着作品、作者、独创性、思想/表达二分法、复制等版权基本观念、理论产生、演变的秘密。揭开这一秘密对于把握版权理论、体系的内在机理、认识版权的未来走向,指导中国的版权实践有着不可忽视的意义。

《技术与版权扩张》一书的意义,正在于试图跳出版权自身的界限,以技术发展为切入点,以利益斗争为基本线索,在历史大背景之下,勾勒出作品、作者、独创性、思想/表达二分法等版权基本术语、理论以及复制权、表演权、改编权等权利体系的产生、演变过程。借此勾勒,获得对版权基本理论的历史把握,确定对版权未来走向的基本立场。

这种研究方法和进路值得肯定。从实际内容看,作者首先以早期英国为重心,论述在印刷术的刺激下,现代版权观念的孕育、产生过程,包括作品、作者、独创性、思想/表达二分法的发生以及对版权性质的争论等。接着,作者以早期英国为开端,过渡到以美国为重心,兼及版权保护的国际化趋势,论述了版权观念制度化以后,在模拟技术与数字技术的推动下的扩张过程,包括从复制权到表演权、改编权的延伸,美国对英国版权观念与制度的继受与发展,以及版权基本理论、权能体系、作品种类等在照相机、留声机、自动钢琴、电影、磁带录音机、无线电发射机、家用收音机、机械电视机、有线电视、静电复印机、家庭录像机、电子计算机、互联网等新技术的推动下的演变与扩张过程。最后,作者引述了人们对新技术背景下版权的适应能力的疑惑与思考,对技术发展推动下版权的扩张进行了归纳总结,并在此基础上确定了对版权的基本立场:版权能够适应新技术的发展,在可以预见的未来也不会“死亡”;但须遏制版权目前的扩张势头。本书以英国、美国为代表的版权体系作为研究样本,从历史的角度考察技术推动下的版权扩张历程,相信对把握版权体系发展的历史脉络,认识版权的真面目有着积极的作用。尤其是本书第一部分对版权观念产生的历史的梳理与引介,能在很大程度上弥补国内对这一问题研究的不足。作者基于历史研究所确立的对版权的立场以及所提出的相关建议对于中国的版权立法、司法也应具有一定的参考价值。

易健雄博士的《技术与版权扩张》即将出版,作为老师,我为他感到高兴,并期待他有更多的好作品问世。

张玉敏

2009年5月

目 录

引言 / 1

第一章 印刷特权与书商版权 / 6

第二章 《安妮法》 / 27

第三章 从文学产权到版权 / 48

第四章 超越复制 / 75

第五章 版权在美国 / 90

第六章 模拟技术与版权扩张 / 114

第七章 数字版权 / 148

第八章 版权的未来 / 186

参考文献 / 223

后记 / 242

引 言

人们奋斗所争取的一切,都同他们的利益有关。^①

——马克思

一页历史抵得上一卷逻辑。^②

——霍姆斯

在知识经济、信息社会、经济全球化的时代背景之下,知识产权受到了前所未有的关注。作为知识产权重要组成部分的版权,在网络技术的映衬之下,更显得光彩夺目。加强版权保护、发展知识经济的呼声此起彼伏。与此同时,关于“版权死亡”的

^① 《马克思恩格斯全集》(第1卷),人民出版社1956年版,第82页。

^② New York Trust Co. v. Eisner, 256 U. S. 345 (1921).

论调却也不绝于耳。^① 不仅如此,遏制版权扩张、提倡开放精神的“开源”运动正方兴未艾。^② 各种现象相映成趣。人们不禁要问:如今的版权到底怎么了?它能否跟上技术发展的步伐?技术与版权的关系会是怎样?

关于技术发展与版权的关系问题并不是一个新鲜话题。版权与技术之间的密切关系早已是世所公认。在版权与技术相伴而行的路上,版权获得了“印刷出版之子”^③、“现代传播技术的副产品”^④等称号。自20世纪90年代进入网络时代以来,版权与技术的关系问题更成了世人关注的焦点。在20世纪90年代后期,国内就有关于网络环境下版权问题

^① See, for example, Turkewitz, Authors' Rights are Dead, *Journal of the Copyright Society of the USA*, 1990, p. 41; David Nimmer, The End of Copyright, *Vanderbilt Law Review*, October 1995, p. 1420; John Perry Barlow, The Economy of Ideas: Everything You Know about Intellectual Property Is Wrong, in Adam D. Moore, eds. *Intellectual Property: Moral, Legal, and International Dilemmas*, Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 1997, p. 349; Siva Vaidhyanathan, *Copyrights and Copywrongs: The Rise of Intellectual Property and How it Threatens Creativity*, New York University, 2001, p. 149; Glynn S. Lunney, The Death of Copyright: Digital Technology, Private Copying, and the Digital Millennium Copyright Act, *Virginia Law Review*, September 2001, p. 813.

^② 张平、马骁:《共享智慧——开源软件知识产权问题解析》,北京大学出版社2005年版;张平:“开源软件——对知识产权制度的批判与兼容”,载沈仁干主编:《数字技术与著作权:观念、规范与实例》,法律出版社2004年版;Siva Vaidhyanathan, *Copyrights and Copywrongs: The Rise of Intellectual Property and How it Threatens Creativity*, New York University, 2001; [美]劳伦斯·莱斯格:《思想的未来》,李旭译,中信出版社2004年版;[美]劳伦斯·莱斯格:《代码》,李旭等译,中信出版社2004年版;<http://www.gnu.org>,等等。

^③ 段瑞林:《知识产权法概论》,光明日报出版社1988年版,第28页。转引自吴汉东:《著作权合理使用制度研究》,中国政法大学出版社1996年版,第223页。

^④ [英]R. F. 沃尔等:“版权与现代技术”,王捷译,载《国外法学》1984年第6期。

研究的博士学位论文问世,^①至于其他的研究成果更是不胜枚举。国外的研究相对于国内而言,视野更开阔、研究更深入,除难以胜数的学术论文外,还有相关的专著问世,^②有关的研究机构甚至还出台了专题研究报告。^③众多的研究成果表明,关于技术与版权的关系问题已是成熟的话题。但这并不意味着这一问题已不值得研究。

目前的研究成果几乎都表明:版权的历史是一部扩张史。然而,到目前为止,似乎还没有人系统地论述过:技术发展是如何推动版权扩张的。在笔者看来,这恰恰是一个非常重要的问题。版权中的基本术语,作品、作者、复制并非天经地义;版权的基本理论,独创性、思想/表达二分法,也不是从来就有的。正是在技术发展的推动之下,这些在有些学者看来已“具有一定哲学意义、普遍性的原则”^④才得以发生、成长,有关的作品种类、权利体系才得以扩张、成型。可以说,这一过程隐藏着版权的全部秘密,也是理解版权理论内在机理的不二法门。如果能够再现这一过程,就可以揭开版权的“神秘面纱”,识见版权的真面目。这是一项极富挑战性的工作,对笔者来说,更是一种难以抗拒的诱惑。这种诱惑不仅源于笔者的好奇心,更源于它所可能具有的价值。

目前的版权还在扩张之中,“法律+合同+技术措施”的模式几乎将版权保护推到了极致。针对这一现状,出现了两种截然相反的态度。一

① 如薛虹:“因特网上的版权及有关权保护”,载郑成思主编:《知识产权文丛》(第1卷),中国政法大学出版社1999年版;袁泳:“数字版权”,载郑成思主编:《知识产权文丛》(第2卷),中国政法大学出版社1999年版。最近的相关博士学位论文见朱理:“著作权的边界——信息社会著作权的限制与例外研究”,北京大学博士学位论文,2006年4月;张晓秦:“论信息化时代著作权的演进与法律保护”,对外经济贸易大学博士学位论文,2007年3月。

② See, for example, Jessica Litman, *Digital Copyright*, Prometheus Books, 2001; Simon Stokes, *Digital Copyright: Law and Practice*, LexisNexis Butterworths, 2002.

③ Committee on Intellectual Property Rights and the Emerging Information Infrastructure, *The Digital Dilemma: Intellectual Property in the Information Age*, The National Academy Press, 2000.

④ 郭禾:“信息技术对著作权制度的影响”,载《著作权》1996年第3期。

方要求继续加强版权保护,严厉打击盗版行为,并禁止合理使用等传统限制版权的原则对技术措施的运用。另一方则针锋相对,对版权的扩张趋势表示出强烈的反感,认为这一趋势违反了人类自由交流、共享知识的天性,是对公共领域的践踏,必须加以遏制。为了捍卫自己的观点,各方援引、提出了各种让人眼花缭乱的论据、材料。面对这一状况,作为版权法研究人员,我们该如何选择自己的立场?要想不出现盲目或随意选择的后果,回到版权本身,审视版权的扩张之路可能是必须要做的工作。也许,理解了版权从何而来,更有助于我们判断版权该去往何处。此外,面对网络环境,版权还能否适应以及如何适应的问题也颇受人关注。对此,作为版权法研究人员,我们该如何应对?理解技术与版权扩张的内在关系应是妥当回答这一问题的基础。仅就此而言,研究技术与版权扩张的关系的意义已不言自明。事实上,这一研究的意义还不只如此。版权研究是一门务实的学问。对上述两个问题的回答与立场的选择有着现实的指导作用。不同的选择对于立法工作、司法实践有着完全不同的影响。中国在立法层面扩张版权更多地出于全球化背景的影响,但对版权扩张若持谨慎态度,则仍可通过对条款的限制性解释及“司法机关自我限制”(Judicial Restraint)原则来缓解版权扩张的势头。中国在司法层面扩张版权的现象则须引起高度警觉。目前中国法官在审判知识产权案件的过程中,似乎存在着“积极造法”的冲动并得到最高人民法院的肯定。^①无论自觉与否,这种做法必定源于支持版权扩张的意识。如果秉持相反的意识,中国的知识产权审判实践将会是另一番风景。对技术与版权扩张的关系的研究对于指导中国法官选择合乎中国国情的知识产权审判意识将是不无裨益。

好奇心的驱使、对研究价值的预期促使笔者选择了“技术与版权扩张”这个题目。对已有研究成果、相关历史资料的梳理让笔者强烈

^① 有关介绍与评论可参见崔国斌:“知识产权法官造法批判”,载《中国法学》2006年第1期。

地感受到:技术发展是版权扩张的导火线,利益斗争则是版权扩张的原动力。版权的扩张集中在经济权利,与精神权利并无多大关系。基于以上认识,也囿于语言能力,本书选取以英国、美国为代表的版权体系作为研究样本,^①以技术发展为切入点,以利益斗争为基本线索,在具体的历史背景之下,展示作品、作者、独创性、思想/表达二分法等版权基本术语、理论以及复制权、表演权、改编权等权利体系的产生、演变过程。版权观念、理论层面的变迁是本书考察的重点,精神权利因与版权的扩张无多大关系而不在本书考察之列。另因本书着意于从版权扩张的视角考察版权与技术的关系,故对合理使用等版权的限制问题只在必要时论及。除利益分析这一基本的研究工具外,本书试图移用系统论的研究方法,跳出版权法领域,将版权置于更大的历史背景之中,从“历史事件”的视角考察版权的历次扩张,以期获得对版权更开阔的认识。对版权扩张作历史的考察对中国目前的学界而言,还有另一层意义:国内目前对版权观念如何产生这一问题似乎不是很关注,相关介绍也极为简略,还有以讹传讹之嫌。本书奢望通过前三章对版权观念产生的历史的梳理与引介,弥补国内对这一问题研究的不足。

当然,“历史纺织了个人选择的艺术”^②,笔者并不认为自己有能力去还原一段活生生的历史——历史本没有被还原的可能。本书也不指望能通过对历史资料的梳理与选择,总结出关于版权的所谓“一般规律”。本书只是相信,历史不能被还原并不能作为历史可以被遗忘的理由——对整个生活共同体而言,尤其如此。因为,在历史的长河中,潜藏着通向未来的暗流。

① 除非必要,本书不涉及以法国、德国为代表的作者权体系的著作权问题。

② 杨念群:《中层理论——东西方思想会通下的中国历史研究》,江西教育出版社2001年版,自序。转引自李雨峰:《枪口下的法律:中国版权史研究》,知识产权出版社2006年版,第13页。

第一章 印刷特权与书商版权

现代版权的产生,有赖于多种条件的成就:语言文字的出现、知识文化的传播、权利思维的成型、财产观念的达成,等等。但一直到印刷术的发明与广泛应用,现代版权才终于得以诞生。正如有学者所言:“版权制度的保护对象是作品,但这一制度并没有因为人类创作出第一部作品而产生,而是在印刷术得以广泛应用之后才逐渐发展建立起来的。”^①的确如此,印刷术的推广应用极大地改变了相关领域的利益格局。重新分配利益的需要,才孕育出了现代版权。版权也因此而被人称为“印刷出版之子”^②。然而,这一孕育过程漫长而曲折。要理解版权“从何而来”,我们还得透过时间的迷雾,走进这段历史。

① 郑成思:《版权法》,中国人民大学出版社1990年版,第8页。

② 段瑞林:《知识产权法概论》,光明日报出版社1988年版,第28页。转引自吴汉东:《著作权合理使用制度研究》,中国政法大学出版社1996年版,第223页。

在手稿时代,书籍的复制只能靠抄写——一个缓慢而又艰苦的过程。抄本的费用因而很高,总数也极为有限。与作者所写原本相比,抄本在成本上几乎不占任何优势。再加上当时的社会识字率很低,没有形成相当的阅读群体,作品也没有成为“公共产品”,能够得到作品的识字人数有限。确切地说,当时还没有与“书籍”相分离的“作品”观念。“原则上,一旦文本被赠送或托付给别人——朋友、同事、书商、个人等,它就差不多完全脱离了作者。”^①各种情况表明:手稿时代的法权关系有所有权就够了,版权既没有存在的必要,也没有生存的土壤。“尊重作者”的诉求交给道德就行了。

印刷术的出现打破了这一局面。大约在1455年,谷登堡(Gutenberg)和他的合伙人福斯特在美因兹(Mainz)首次使用活字印刷术印出《圣经》,并取得商业上的成功。^②随后,印刷术以其极大的技术优势征服了整个欧洲,催生出了一个新行业——印刷业,并使这一行业成为“资金密集”型行业:铸造金属活字耗资巨大,制造插图雕版、聘请专业技师花费不少,此外购买纸张、油墨等也需要大量的资金投入。图书的大批量印刷引起了连锁反应:图书的发行周期大幅度延长,资金的回收周期也相应延长,投资风险也大大增加。对投资的关心促使印刷商必须首先根据发行地点、可能存在的版本以及潜在的读者群等因素来预估市场、确定印刷份数、估算单位成本与总成本及能获取的收益、确认自己所使用的材料(如纸张类型),之后才能组织印刷,最后进行所印刷图书

① [法] 弗雷德里克·巴比耶:《书籍的历史》,刘阳等译,广西师范大学出版社2005年版,第23页。

② [法] 弗雷德里克·巴比耶:《书籍的历史》,刘阳等译,广西师范大学出版社2005年版,第98~99页。

的发行工作——成功的发行又有赖于集推销、发货、付款于一体的专业销售网的构建。没有严密的组织结构,这一系列的工作是难以完成的。这样,在印刷术的推动下,以投资为中心、组织结构严密便成为印刷业的特点。随着印刷技术的提高,这一行业还将进一步细化,并出现分化。显然,此前的图书业已无法与印刷业竞争。原有的利益结构也必定会被打破。有资料显示,印刷术产生之初,手写工行会便认为印刷术抢了他们的工作,在各地宣布反对印刷术。^① 这样的反对注定是徒劳的,印刷术的传布势不可当。到1500年,从北欧的斯德哥尔摩到南欧的巴勒莫,印刷机出现在245个城市。^② 当一位来自斯拜尔的名叫约翰(John of Spira)的人于1469年将印刷术引入威尼斯时,这个“商人共和国”授予了约翰为期5年的印刷特权^③,以表彰并鼓励引进新工业技术的行为。这被认为是西方第一个由统治者政权授予的印刷特权。^④ 这一举措也收到了预期效果:威尼斯很快就成为15世纪末的印刷中心。1500年之前出版的书大约有3万本,而出自威尼斯的就有4500多本。^⑤ 此后,威尼斯又授予过印刷特权。到16世纪,威尼斯已发展成为欧洲第一个主要出版中心:仅该世纪下半叶,这里的出版图书就达800万册。^⑥ 遗憾的

① [日]富田彻男:《市场竞争中的知识产权》,廖正衡等译,商务印书馆2000年版,第11页。

② Ferando Zapata Lopez, The Right of Reproduction, Publishing Contracts and Protection Measures in the Digital Environment, *EUESCO Copyright Bulletin*, July - September 2002.

③ 特权(privilege)出自拉丁文 Privus(特殊)和 Lex(法律),意指“为某一个人或几个人制定的法律”。参见[西]德利娅·利普希克:《著作权和邻接权》,联合国教科文组织译,中国对外翻译出版公司2000年版,第15页。此处特权是指由世俗或教会权威给予个人印刷者的专有保护形式,有行业垄断的意味。参见 John Feather, *Publishing, Piracy and Politics—An Historical Study of Copyright In Britain*, Mansell Publishing Limited, 1994, p. 10.

④ [德]M. 雷炳德:《著作权法》,张恩民译,法律出版社2005年版,第16页。

⑤ [法]弗雷德里克·巴比耶:《书籍的历史》,刘阳等译,广西师范大学出版社2005年版,第112页。

⑥ Paul F. Crendler, The Roman Inquisition and the Venetian Press 1540 - 1605, *Modern History*, 1975, pp. 47 - 48.

是,此时的威尼斯已开始衰落,^①之后在版权史上没有留下更多的东西。

威尼斯授予印刷特权的做法很快就为欧洲其他国家所效仿。法国于1498年即引入了印刷特权制度,并在16世纪末期完善了该制度。^②英国^③也注意到了这一制度。富商威廉·凯克斯顿(William Caxton)于1476年将印刷机引入英国后,英国政府视印刷业为“朝阳产业”予以鼓励并采取措施吸引外国的印刷及图书销售人才。1484年,英国制定一项立法,调整外国人在英国的贸易活动,唯独对外国印刷者与图书销售商未作任何限制。^④1485年,英王亨利七世任命彼得·阿克达斯(Peter Actors)为皇家印刷商,未对其作任何限制。阿克达斯成为英国历史上第一个皇家印刷商。^⑤1504年,亨利七世又任命威廉·福克斯(William Facques)为皇家印刷商,授予其印刷皇家敕令、法令及由皇家发布的其他文件的专有权。此后,印刷特权逐渐被授给更多的印刷商,印刷种类也扩大到旧约及服务类书籍。相较于商业竞争对手,这些“皇家印刷商”处于绝对优势地位。^⑥事实表明:印刷特权制度因其垄断性质引起了非议,但也确实刺激了英国印刷业的发展。在印刷特权制度与吸引外国印

① 黄仁宇:《资本主义与二十一世纪》,生活·读书·新知三联书店1997年版,第84~87页。

② B. Zorina Khan, *Intellectual Property and Economic Development: lessons from American and European History*, http://www.iprcommission.org/papers/pdfs/study_papers/sp1a_khan_study.pdf, 关于法国特许权制度的论述,参见Elizabeth Armstrong, *Before Copyright: The French Book - Privilege System, 1498 - 1526*, Cambridge University Press, 1990。法国大革命时期于1791年、1793年颁布法令取消了印刷特权制度。

③ 此处的英国仅指英格兰,还不是“联合王国”。1707年5月1日,苏格兰王国跟英格兰王国正式完成合并,“联合王国”成为英国的正式国名。考虑到知识产权法学界目前的习惯用法,本书此处亦以“英国”指代“英格兰”,后文在无须严格区分“联合王国”与英格兰之处,也以“英国”指代“英格兰”,不再一一注明。

④ Lyman · Ray · Patterson, *Copyright in Historical Perspective*, Vanderbilt University Press, 1968, pp. 20 - 22.

⑤ Lyman · Ray · Patterson, *Copyright in Historical Perspective*, Vanderbilt University Press, 1968, p. 81.

⑥ John Feather, *Publishing, Piracy and Politics—An Historical Study of Copyright In Britain*, Mansell Publishing Limited, 1994, pp. 11 - 12.