

IP

知识产权专题研究书系

权利限制与数字技术

——著作权合理使用制度的变革

刘劭君 著

非
外
借



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

— IP 知识产权专题研究书系 —

权利限制与数字技术

——著作权合理使用制度的变革

刘劭君 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

权利限制与数字技术：著作权合理使用制度的变革/刘劭君著. —北京：知识产权出版社，2019. 1
ISBN 978-7-5130-5955-8

I. ①权… II. ①刘… III. ①数字技术—应用—著作权—研究—中国 IV. ①D923. 414

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 267071 号

内容简介

本书重点讨论由数字技术带来的作品传播方式的改变对著作权合理使用制度的挑战，主要通过利益平衡的视角来论证“技术变化必将带来的制度变化”的必要，希望通过更深入地探讨合理使用的本质和功能，重新定位合理使用制度，为我国著作权权利限制制度的体系设计提出更好的方案。

责任编辑：王玉茂

责任校对：谷洋

封面设计：韩建文

责任印制：刘译文

权利限制与数字技术

——著作权合理使用制度的变革

刘劭君 著

出版发行：知识产权出版社有限责任公司	网 址： http://www.ipph.cn
社 址：北京市海淀区气象路50号院	邮 编：100081
责编电话：010-82000860 转 8541	责编邮箱： wangyumao@cnipr.com
发行电话：010-82000860 转 8101/8102	发行传真：010-82000893/82005070/82000270
印 刷：北京嘉恒彩色印刷有限责任公司	经 销：各大网上书店、新华书店及相关专业书店
开 本：880mm×1230mm 1/32	印 张：5
版 次：2019年1月第1版	印 次：2019年1月第1次印刷
字 数：140千字	定 价：30.00元

ISBN 978-7-5130-5955-8

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

从世界文明史来看，伴随着每一次技术的飞跃，社会关系发生的变化都将通过法律制度的变革来显现。科技革命是现代知识产权制度产生、发展的重要动力。知识产权制度是随着现代产业与市场经济的发展而逐步形成的规则体系，而在现代社会，技术的发展决定着产业的兴衰存亡与市场实践的变化，进而必然对知识产权制度产生重大影响。这种影响是双重的，新技术既对现有的知识产权制度提出新的问题和挑战，同时也提供解决问题、应对挑战的新方法。技术发展与知识产权制度的互动是一个长期的、循环不止的过程。立法者必须考虑如何在新的技术环境下保护创作者、传播者的利益，促进作品及信息的传播、知识的普及，进而提高整个社会的福祉。

著作权的权利限制制度是一个平衡与调解创作者与公众之间利益的制度。在数字技术普遍应用的互联网时代，新型的信息技术不断涌现，是人们在获取信息的途径上打破了传统的时间与空间的限制，进而打破了传统著作权制度内权利人和使用者之间的利益平衡。著作权权利限制制度主要包括合理使用和法定许可两大类型，其中合理使用制度是考察权利限制制度的起点。数字技术的发展和运用，使得著作权的合理使用和权利人的权利扩张处于一种新的不平衡的状态，实践中，一些产业内的合理使用的界限受到冲击，其中不乏权利人的利益受到严重侵害的事实，另外，融合了新技术产生的新作品，可能因为权利人的过度强势，从而限制了大众的创新意愿。此时就应当更多地从法定许可制度的角度作为著作权权利限制制度研究的终点，重新调整双方利益的平衡点。

合理使用制度并非使用者的法定权利，而是权利人的法定义务，是法律要求著作权人在行使其权利时对其权利范围所作的必要约束。其本质在于，在著作权人的权利范围内，对那些法律所

权利限制与数字技术

认可的、具体的且不足以对著作权人的利益造成实质性损害的行为，著作权法给予豁免，即在法律上不认为此类行为属于侵权行为。实践证明，这项制度既有效地保护了著作权人正当、实质的权益不受侵害，又方便了公众对作品的正当、有限的利用，促进了文学、艺术和科学作品的传播，是保证个人权利和公众利益和谐统一的制度典范。

在大陆法系国家，著作权法大都通过列举特定例外的情形建立起权利限制的制度；^①普通法系国家则遵循合理使用的原则（如美国使用“Fair Use”、英国使用“Fair Dealing”），通过判例法的形式发展建立起与大陆法系国家类似的著作权限制制度。合理使用制度，最初以法官制定的方式诞生，是一个用来对抗侵犯著作权控诉的重要制度，同时也是对抗权利人过度控制其作品的一项最主要的法定限制，合理使用原则为作品的自由传播、为免受著作权人的过度垄断而产生的负面影响带来了积极的作用。^②

合理使用的核心作用是从限制著作权人利益的角度来实现对作品利用的效益最大化。长久以来，作为一项饱受争议的著作权权利限制体系中的一部分，有观点认为，它的主要作用突出体现在以下几个方面：第一，从经济学的角度出发，很大程度上合理使用的立法理由被理解为一种解决市场失灵的弥补方式；^③第二，

① 如德国著作权法中第六部分为“对著作权的限制”的内容，具体从合理使用和法定许可两方面就著作权的限制与例外情形作出了列举式的规定，并且明确了在不同情形下使用者的义务。意大利著作权法在其“例外与限制”的规定中，就具体的使用行为进行了罗列，并且在各种使用行为中明确了应当保障权利人获酬权的情形。日本著作权法在近年来多次的修改过程中，同样关注著作权限制制度的不断完善，在规制中不断加入新的权利限制的具体情形。

② BUNKER M D. Eroding Fair Use: The “Transformative” Use Doctrine After Campbell [J]. Communication Law and Policy, 2002, 7 (1) .

③ GORDON W J. Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and its Predecessors [J]. Colum. L. Rev., 1982, 82 (1600); 熊琦. 论著作权合理使用制度的适用范围 [J]. 科技与法律, 2006 (2) .

它有益于促进公正和民主的社会价值；^①第三，它能够平衡作品的垄断权利与言论自由之间的冲突；^②第四，它为人们在前人作品的基础上创造出新的作品提供了一个可行的实践途径。^③

从保障权利人的角度出发，当新技术逐步消除市场失灵现象的时候，合理使用的适用范围必然缩小，否则将为权利人带来损失。相反，如果在理论上认为合理使用旨在维护表达自由，那么新技术对合理使用适用范围的影响将大为降低，合理使用甚至会通过限制新技术条件下的著作权而得到扩张。对使用范围的界定，取决于立法者的理论价值观，而对理论价值的检验，又来自对制度绩效的考量，判断制度绩效的重要因素是法律运行的最终结果是否有利于社会财富的增长，这种社会财富并不仅仅表现在经济利益的变化上，同时也反映在政治、文化和生活等诸多方面。

著作权制度一向受到创作与传播技术的制约。数字技术的广泛利用，全面深刻地影响着包括著作权在内的整个知识产权体系，迫使它们做出调整或重新架构。现代社会所谈论的知识流通，已不再侧重通过道路、贸易和交易会来进行交流或传播了。著作权法经历了印刷技术、广播电视技术和数字技术三次重大飞跃，历史证明，著作权法的变革与发展，著作权权利版图的扩张与变迁，都源自经济利益的驱动，承载着著作权相关产业的投入者对经济利益的追求。当新技术降低了交易成本而使新的利益诱

① NETANEL N W. Copyright and a Democratic Civil Society [J]. Yale L. J. 1996, 106 (283); FISHER W W. Reconstructing the Fair Use Doctrine [J]. Harv. L. Rev. 1988, 101 (1659). 转引自 BUNKER M D. Eroding Fair Use: The “Transformative” Use Doctrine After Campbell [J]. Communication Law and Policy, 2002, 7 (1).

② 如美国著作权法与其宪法第一修正案中所强调的言论自由之间的冲突。引自 LOHMANN F V. Fair use as innovation policy [J]. Berkeley Technology Law Journal, 2008.

③ LEVAL P N. Toward a Fair Use Standard [J]. Harv. L. Rev., 1990, 103 : 1105, 1109 - 1110. 引自 LOHMANN F V. Fair use as innovation policy [J]. Berkeley Technology Law Journal, 2008.

权利限制与数字技术

因出现时，权利人便会主张将新利益纳入财产的范畴，比如表演者权、唱片制作者权、广播组织权以及信息网络传播权等权利的确立，无不遵循同样的逻辑。相应的，传统的获利途径可能因技术的变革而逐渐消失（如电子书市场逐渐取代一部分纸质图书的市场）。在上述制度的变迁过程中，著作权权利的任何消长，都会对著作权的权利限制制度造成不同程度的影响。其中，影响最大的是合理使用制度。

作品的流转是实现著作权利益的途径，而许可的高额成本可能会阻碍作品的流转，这是一个“囚徒困境”的模式，而合理使用看似是解决这一问题的最佳途径，但是新技术的发展已经使得许可成本大为降低，例如在数字平台上，对作品利用情况的统计轻而易举。在以“作者-传播者-使用者”为核心的著作权制度的利益主体链条中，作品传播者的地位变得越来越突出，成为执掌利益的核心支柱，尤其是在互联网环境下，网络服务供应商在利益实现与分配上的能力日趋显现。网络服务供应商与传统出版商的地位和作用截然不同，传统的出版商在选择作者、为作品作宣传等环节中的作用对实现作品的收益产生至关重要的影响，而网络服务商除了能够取代传统出版商的地位以外，还为作者与使用者提供了一个更为自由的交流平台，赋予了两者的自由交易基础，为作品的供需关系的形成和确定作品的价值创造了一个前所未有的市场环境，这就为知识产权交易市场带来了新的机遇和挑战，为合理使用制度在新的市场环境中是否依然以一种“合理、合法”的方式存续带来了困惑。以往，交易成本方法主要分析的是作品权利人与使用人的利益平衡关系，这是经济分析中的二元结构，而如今，传播者在作品流转链条中的利益和作用越来越大，因此，在对合理使用的研究中，应当加入对传播者作用的分析与判断。数字技术下尤其应该关注私人复制的性质以及它所带来的利益冲突。

本书重点讨论由数字技术带来的作品传播方式的改变对著作权利合理使用制度的挑战，对所谓“合理”性的分析，通过对以

往讨论著作权合理使用制度的理论的分析，主要是通过经济学的角度来论证“技术变化必将带来的制度变化”的必要，即著作权合理使用制度所面临的修改问题。

合理使用制度是一定技术经济条件下的产物，当条件变迁时，该制度也应适当调整或重新架构。当我们以著作权制度的正当性为前提，以法律应当实现对著作权充分、有效的保护为前提来确定与此相关的著作权制度时，我们会发现，按照传统技术条件下著作权合理使用制度所确立的原则，在数字技术时代下，使用者用合理使用的名义可以不付代价、没有限制地使用他人的作品，在合理使用的保护伞下，权利人的利益被掏空殆尽，荡然无存。法律对权利人的利益保障，乃至著作权制度本身都形同虚设。因此，尽管谈论合理使用制度是否归于消亡还为时尚早，但为了维系著作权制度的生存，合理使用制度必须因应变化，作出重大的调整。

除了从经济学的角度分析了合理使用的重构以外，本书还特别就法律制度与文化之间的相互影响作了较为深入的研究。在后工业时代，文化形态发生了巨大变化，以商品化和传媒化为主要特征的现代文化的发展很大程度上影响着法律制度的变迁，同时作为知识产权制度的一部分，著作权制度本身关注的就是一项文化权利，它影响着人们对知识的接触，作用于人类的创新，而合理使用制度的严苛或是宽松可能对文化的发展方向、人们的创新方式带来不同的影响。

著者认为，在现有著作权制度架构下，首先，要以更为严格的标准来规定合理使用的适用情形；其次，为了保障公众对知识资源的获取利益，可以考虑通过扩大法定许可范围的方式来有效保障权利人的利益，作为平衡，可以适当降低法定许可的费用，同时，集中将一部分私人复制问题归为法定许可之著作权利限制范畴；再次，将以为满足公共利益为需求的合理使用的许可内容归于公法领域加以规制；最后，可以将合理使用定义为“创新资本”，存在于鼓励创新的“投资”当中，为合理使用的存续提供

权利限制与数字技术

一个新的视角。

著作权权利限制制度，是一个以早期传统制造业为主的工业化社会环境中的产物，随着技术的发展和生产方式的变革，必然导致制度的相对滞后成为实现著作权权益的障碍，无论是针对精神权利还是经济权利，在权利的实现中，制度都显得越来越力不从心。著作权制度在数字时代会以一个什么样的面貌体现其存在的价值，是值得不断探讨的论题，在新的制度环境下如何鼓励创新，实现利益的平衡分配是著作权制度必须解决的问题。

法律如同社会的神经，人类社会每一个阶段的发展都系统地法律产生影响，并通过法律调整变革中的社会关系。在后工业时代，技术对经济和法律的影响更为系统，更为庞大，乃至促成了全球统一体系的出现。这一特征在知识产权法律体系中尤为突出，因此，知识产权法律中基础性制度的发展与改革，已经超越了不同国家和地区的个性，成为全球共同面临的课题。

众所周知，知识产权作为随工业文明而到来的一种崭新的财产形态，与传统物权既似曾相似，又有本质区别。知识、技术的不断进步变化，深刻影响着我们对它的研究、把握。数字技术是人类技术进步中的质变与飞跃，可以肯定地说，它初见端倪，就已经深刻地改变了我们生活方式、生产方式、行为方式、思维方式、存在方式，改变了传统时间、空间、价值、财产等观念。我们有理由相信，它对社会经济、法律、生活的真正重大的影响还未体现出来。仅就著作权制度而言，围绕著作权内容的发展变迁，著作权合理使用制度也必须与时俱进，作出相应的调整。在这一制度确立、运行及不断调整的过程中，合理使用边界的不稳定，使得它成为一个无法搁置、经久不衰的话题，实践告诉我们，对合理使用制度的研究成果成熟性始终是相对的。今天，数字技术的迅速发展和广泛应用，打破了传统著作权制度的架构，对这一制度形成一个非常大的挑战，亟待我们投入力量，作出回答。

我国《著作权法》自1990年确立以来，囿于立法体制和机

制的局限，修订法律的工作相对滞后，在超过 20 年的时间里，仅有 2001 年和 2010 年两次修法活动，修法的活动跟不上经济、社会的发展，无法与发达国家和地区，尤其是日本相比。这不仅是一部法律相对滞后的表现，更能反映出我国作为一个发展中国家，在科技发展和经济上的落后地位。立法、司法究其本质，都是社会经济活动的重要环节，立法滞后和司法水平落后一样，都会影响、阻碍甚至束缚经济发展和社会进步。知识产权制度的先进与否与一个国家的经济、科技、政治等诸多领域相关联。值此著作权法第三次修改之机，本书希望通过分析数字技术对现代社会的知识生产、分配、流通和消费的影响，在调整著作权制度的同时，更深入地探讨合理使用的本质和功能，重新定位合理使用制度，为我国著作权权利限制制度的体系设计提出更好的方案。

目 录

导言	1
第 1 章 著作权权利限制制度的理论基础	6
1.1 合理使用的理论基础	6
1.2 合理使用制度存在之合理性论证	12
第 2 章 合理使用制度的立法状况	41
2.1 判例法国家	42
2.2 大陆法系国家	54
2.3 国际条约	56
2.4 我国的立法状况	59
第 3 章 著作权权利限制的法律关系	66
3.1 著作权制度的法律关系	66
3.2 合理使用制度的法律关系	75
第 4 章 数字技术环境下著作权权利限制的类型化	77
4.1 私人复制	78
4.2 用于创新的复制行为	86
第 5 章 著作权权利限制制度之重构	99
5.1 数字技术对现行法律体系的影响	99
5.2 数字权利管理体系的建立	103
5.3 法定许可	113
5.4 著作权权利限制体系的重新架构	116
第 6 章 法定许可制度中著作权集体管理制度的完善	125
6.1 著作权集体管理制度的概念	125
6.2 我国著作权集体管理制度现状	128
第 7 章 代码即法律	135
7.1 数字技术重塑经济行为	135

权利限制与数字技术

7.2 分布式存储保障权利	137
7.3 智能合约保证公平交易	138
7.4 结语	140
参考文献	141



导 言

自千禧年以来，数字技术的广泛应用已经深入人们生活中的方方面面。随着技术的发展，技术带来了交易方式和生活方式的改变，为传统的知识产权制度带来了冲击和挑战。知识产权制度作为一项以激励创新、保护发明创造的法律制度随着技术本身的演进和应用，也产生了诸多变化。相对于专利权和商标权而言，著作权从作品形式到保护方式、从保护期限到保护范围和程度等，也都随着数字技术的引入而产生了翻天覆地的变化。对于著作权的保护对象——作品而言，从创作到使用，从获取到传播，都需要在数字技术环境下进行讨论，尤其在技术支持下，一方面，作品作为凝聚知识的一种表达方式，它比以往任何时代都更容易传播，另一方面，作者对作品的控制力也经历着由强到弱，再由弱转强的局面，如何在保护作者利益和保障公众利益之间谋求平衡，是制度调整的关键，也是本书所讨论的著作权权利限制制度所要研究的核心问题。

著作权权利限制制度，是以合理使用制度为研究原点的，从这一原点出发，进一步延伸到对法定许可的讨论，并完成整个著作权权利限制制度的架构。目前国内外关于著作权合理使用制度的理论与实践总结相当丰富，其中，数字技术下的著作权合理使用对权利人以及相关产业影响巨大。数字技术广泛应用造成的后果，全面、深刻地影响着著作权制度，其对著作权合理使用制度的挑战最为突出，因而引起了业界的广泛关注，并成为立法者、司法者和研究者持续探讨的重要课题。在研究内容上，现有文献主要涵盖了以下几个论题：第一，著作权合理使用性质的原理分析；第二，著作权合理使用的适用规则，其中包括美国合理使用原则的适用及其在个案中的体现，各著作权成文法国家对合理使用制度的历史沿革以及法条设计等；第三，互联网环境下合

权利限制与数字技术

理使用的地位；第四，著作权权利限制制度的构成等。

现有研究资料为认识国内外著作权合理使用制度的经验及差别提供了较为广阔的视角，对相关论题的论述是进一步研究的重要支撑。现有研究的不足主要在于研究体系化方面的欠缺，这也形成了本书的研究主题：第一，对著作权合理使用制度价值的共识，这构成了制度价值与正当性认识的前提，也是展开系统论述与研究的基础。第二，合理使用在著作权制度内部与财产权利的相互协调与相互作用，平衡权利人和使用者之间的利益。传统上认为对著作权的适度限制和著作权一样，合理使用本身也能对创新起到激励作用，这使对著作权制度的体系化研究成为必要。第三，在数字技术环境下，对著作权的限制应当以什么样的面貌呈现，既能保障权利人在新媒体环境下的利益，又能确保公众适当限度内的“使用”自由，最终达到各方利益的平衡，这是本书的研究重点。

围绕这些问题，国内外权利人为适应新的数字技术环境而实施了新的商业模式，这些商业模式为合理使用制度的延续提出了挑战，其借鉴了国外不同法律体系中不同的立法模式、管理与运作经验，系统总结了我国现有制度的理论不足与实践困境，提出了完善建议，以期对历史遗留问题以及当下现实问题的解决提供参考，对未来著作权权利限制制度的面貌加以设计。

具体而言，本书的研究内容主要包括三个部分：第一，著作权合理使用制度的理论基础，即从理论层面探讨该制度的性质以及法律上的正当性。现有成果已经较为深入对这一问题进行了不同层次上的分析，本书拟从各种观点和结论的逻辑出发点进行分析，区别不同领域中的理论，通过分析著作权制度法律关系进而分析合理使用制度中的法律关系。第二，通过探究几个代表性国家著作权合理使用制度的历史沿革，分析不同时期合理使用制度在著作权制度中的地位和作用。研究著作权合理使用制度既要从中国实践出发，又不可避免地要借鉴、吸收国外的经验、制度和理论。本书选取了美国、英国、加拿大、德国、日本等国家的

立法情况，以及这些国家为适应技术变革在立法上所作的调整，以多国的经验作为蓝本来分析著作权合理使用制度的历史、现状及未来。系统分析了著作权制度中的法律关系以及合理使用中的法律关系，试图通过对法律关系的分析，研究在著作权制度中，无论是传统的制度框架，还是数字技术环境下，合理使用的地位因技术的变革而导致权利和义务关系的微妙变化，寻求在新的传播技术中找到合理使用制度的合理位置。第三，对我国著作权合理使用制度的反思与重构。在制度研究上，我们应当善于与时俱进、推陈出新，以经济学和公共利益的角度分析合理使用在技术变革中的问题，以及解决该问题的理论基础。在对法定许可问题的研究中，主要加入了对著作权集体管理制度的研究以及该制度应当发挥的作用，在立法中应当作出的相应设计。

（1）研究方法

第一，实证分析法。本书属于制度研究，不同于基础理论研究，更应当立足于制度规范与现实操作问题，发现与制度初衷的偏离与制度困境，以此开展有针对性的研究。因此，在撰写过程中，着重收集了实务案例的文献资料，尤其对美国和英国判例中不断确立的合理使用的适用原则予以分析。

第二，法经济学分析法。法经济学分析方法是为制度分析提供效率论证的常用方法，以其经济理性为人信服。交易成本理论的经济学分析方法一直被最为广泛的接受为可为合理使用行为找到合理出路的理论。在合理使用发生的时候，在传统传播方式的环境中，交易成本过高带来的市场失灵问题会阻碍权利人获取利益，或者导致使用人因授权成本过高而放弃使用。在新技术环境下，技术进步可以解决交易成本过高的问题，数字技术的应用已经为解决权利人的授权和使用人的支付对价做好了准备。交易成本的降低将可能成为合理使用制度存留的致命打击。因此，经济分析的方法将会对合理使用制度在整个著作权体系中重新定位。

第三，比较分析法。比较分析法是认识自我的重要方法。只有经过各种对比，才能充分认识自己的进步与不足。著作权制度

移植于国外，合理使用制度作为一项使用争议很大的制度，不同国家的规定有着非常大的区别，在我国的著作权制度中，著作权权利限制制度的构成还有待完善，通过对比分析可以找出其在我国立法中的不足。在此背景下，开展比较分析会更具有针对性与可信度，其分析结论也更具有说服力。当然，对比分析也要在样本选择上进行把关，是选择全部样本，还是抽取部分样本以及如何确定选样标准等都需要进行缜密分析。本书选择了英美国家的制度，同时选择了德国、法国及意大利等国家的制度，从作品定义的差别出发，分析出具有相同法律渊源的地区的制度是比较有代表性的。

(2) 结构和内容

本书导言部分主要涉及研究基础、研究背景、研究内容、研究方法与创新点等基本问题。

第1章首先讨论的是著作权权利限制的理论基础问题。

合理使用制度的整个构架主要讨论合理使用的性质及其合理性，关注合理使用作为一项著作权法中的制度，它与著作权及其他权利的关系。

介绍了当今几种有关合理使用性质的学说，主要包括权利限制说、侵权阻却说、使用者权益说以及未上升为权利的法益说，对各个学说的观点进行了评述；随后主要对合理使用制度的合理性进行了分析，从知识产权法哲学、经济学、宪法学和社会学的角度对其合理性进行探讨。由于著作权是一项财产权，而合理使用制度本身的存在又是以交易成本理论为支撑核心的，本章着重讨论了经济学的分析方法对合理使用制度的影响以及新技术带来的变化，在以社会学为视角的论述中，谈论了文化现代化发展的特点及其与法律制度之间的相互关系和作用。

第2章就合理使用制度的制度脉络展开讨论，主要是通过针对不同国家的立法差异的比较，分析合理使用的适用情况。第一部分介绍了在以“因素主义”为核心的判例法国家，合理使用制度的立法与司法实践情况，以美国案例为主线对合理使用制度原

同
权
我
与
详
加
的
至
下

则的确立进行了分析；第二部分介绍大陆法系国家和地区的立法情况；第三部分介绍了国际条约中以三步检验法为原则的合理使用制度；第四部分介绍了我国的立法情况，并引入两个合理使用案例进行分析。

第3章通过分析著作权制度的法律关系入手，进一步分析了在合理使用制度中权利主体、权利客体以及主客体之间的法律关系。

第4章试图对数字技术环境下的著作权权利限制进行类型划分，其中，首先分析了私人复制的定义与划分；其次分析了用于创新的复制在合理使用制度中的地位和作用，另外，对不同形式的作品在合理使用制度中的不同定位进行了讨论。

第5章以著作权权利限制制度之重构为题，国外的立法情况反映了数字技术环境下的特殊性，并且为权利限制的重新架构提出了设想。首先论证了为什么数字技术开始动摇合理使用制度的根基，鉴于用交易成本理论证成的制度正当性受到质疑，在市场关系中，传播者的作用越来越重要，它不但决定了利益的分配，甚至在文化、价值与审美趋向等问题上占据了越来越重要的地位，因此在对著作权限制制度的构架中，应当更加重视传播者的地位和作用，而解决之道是应当进一步扩大法定许可的范围，使权利人事实上能够得到更好的回报。

第6章在法定许可制度中，单独以著作权集体管理制度的角度，对权利人通过法定许可实现利益保障进行了深入的分析，并在许可标准等问题上展开了分析。

第7章题为“代码即法律”，旨在通过对技术的应用来判断法律制度的走向，为我国制度设计在未来适应数字经济发展的背景下提供参考。

著作权权利限制制度的理论基础

本章首先对著作权合理使用制度的构成进行了梳理，明确了这一形式的权利限制的定义和特征。合理使用是整个著作权体系中的一个“特赦”，也可以说是著作权这一绝对权性质中的一个“例外”，权利限制制度是以合理使用为研究原点展开的，因此厘清合理使用制度的基本理论是构建权利限制体系构架的基础。本章同时还阐明了传统著作权制度中，产生合理使用制度的原因以及合理性，为数字技术环境下著作权权利限制制度的地位及变化提供一个理论铺垫。

1.1 合理使用的理论基础

1.1.1 合理使用的定义

合理使用是指他人依据法律的有关规定而使用享有著作权的作品，不必征得著作权人的同意，也不需要向著作权人支付报酬，但是应当尊重作者的精神权利。^①作为一项著作权权利限制制度，合理使用主要从经济利益方面体现了对权利人的限制，同时法律还对这种使用行为作了非常严格的规定，英美法通过合理使用的适用原则建立了该制度，大陆法系国家通常通过对限制著作权权利具体行为的列举建立起这一制度。

1.1.2 合理使用的性质

国内外学者关于合理使用的性质研究，通常分别从权利人的

^① 李明德，徐超．著作权法 [M]．北京：法律出版社，2003：110.

角度和使用人的角度进行展开，主要包括权利限制说、侵权阻却说、使用者权益说和法益说等学说。

1.1.2.1 权利限制说

权利限制说认为，合理使用是法律所规定的对著作财产权的一种限制。

关于权利限制的一般概念，主要源于康德的观点，他认为对公共权力的牵制，旨在确保权利的行使以不危害他人的合法利益为标准。但是，由于著作权不同于物权的特殊性，对著作权的限制是在权利制度的内部设定一个在特殊情况下权利人应尽的“义务”。除了要遵循权利的行使受到国家利益、公众利益与公序良俗的限制，法律还额外、明确、具体地规定了对著作权人可行使权利范围的限制。^①权利限制说认为，作者基于作品而产生的权利并不具有完全的排他性，此观点之前提否定了著作权权利的圆满性和绝对权的地位。“权利限制说无法为作品的使用人提供一个对作品权利人的请求为某种行为的事由”，^②该学说本质上是从权利人的角度进行说明的。

“权利限制说作为知识产权理论中有关合理使用的通说，有其合理性。将合理使用视为对著作财产权的限制，是因为在本质上著作权具有独占性的特点，在不经著作财产权人同意的情况下利用他人作品，是一种对著作权的限制或约束。有学者认为，当使用者实施了属于合理使用的行为时，他的行为不构成对著作权人权利的侵犯。使用者无权也不可能向著作权人提出什么主张，只有在著作权人指控使用者侵权时，使用者才可以将其使用属于合理使用作为一种抗辩理由。”^③在数字技术条件下，著作权人可以利用技术措施来阻止使用人未经授权且不支付任何费用的“合

① 刘春田. 知识产权法 [M]. 4 版. 北京: 中国人民大学出版社, 2009: 127.

② 孙山. 未上升为权利的法益: 合理使用的性质界定及立法建议 [J]. 知识产权, 2010, 3.

③ 董炳和. 合理使用: 著作权的例外还是使用者的权利 [J]. 法商研究, 1998, 3.

权利限制与数字技术

理”使用行为，使用人更不得以“权利限制说”来要求著作权人放弃一部分垄断性的权利，对于著作权人所采取的各种措施，不得基于“权利限制”的理由而获得任何救济。

1.1.2.2 侵权阻却说

侵权阻却说主张合理使用是侵害著作权的违法阻却事由。^①该学说的大前提认为著作权的权利边界是完整的，著作权的权利类型由禁止权与报酬获得权两个部分组成，任何使用行为都应当得到权利人的许可或应付报酬，否则即构成侵权，然因法律的特别规定，使得这些行为不以侵权界定，而是一种例外。这种观点首先假定合理使用是侵权行为，只是因为法律的特别规定，推定其违法性失效。侵权阻却说认为合理使用是著作权侵权行为的法定抗辩事由。“日本学者胜本正晃认为，权利的公平使用本应属于不法行为，但由于其违法性失效，即为非违法行为，同时阻却违法性的事由，应由法律直接规定。另外，他认为，基于日本宪法公共利益优先的原则，对著作权的限制即是防止其权利滥用，允许他人正当地使用作品，也就是权利的公平使用。”^②所谓的侵权阻却说实际上是从侵权责任的构成要件角度出发，认识合理使用在侵权责任认定过程中的地位和作用效果。合理使用从表面上看确实具备了阻却违法的效果，但我们不可以将合理使用与阻却违法事由等同起来。也就是说，某一符合构成要件的行为已经具备了违法性，但在符合法律规定的例外情况下，因为具备了某种事由而不认为其具有违法性。违法阻却说的前提是把合理使用行为等同于侵权行为，只是因为法律的规定从而推定其违法性失效。我国台湾学者张静认为“合理使用行为的本质为侵害行为，只是经注明出处后不以侵害论而已”，“合理使用与强制授权之区别，仅在于前者为无偿利用，后者为有偿利用，强制授权是阻

① 吴汉东. 关于合理使用制度的民法学思考 [J]. 法学家, 1996, 6.

② 转引吴汉东. 关于合理使用制度的民法学思考 [J]. 法学家, 1996, 1 (6): 54-62.; 吴汉东. 合理使用制度的法律价值分析 [J]. 法律科学: 西北政法学院学报, 1996 (3): 30-38.

却违法事由，合理使用亦当如此。”^①违法阻却性事由是大陆法系中的一个重要概念，是指排除符合构成要件的行为的违法性事由。^②然在侵权法体系当中，“侵权免责事由”与“抗辩事由”是有区别的。侵权责任的免责事由，又称为免除侵权责任的条件，是指可以免除或者减轻侵权责任的情况。^③抗辩事由则是源于英美法系中的概念，是指被告据以主张原告诉讼请求不能成立或不能完全成立，从而免除或减轻其民事责任的事实。进一步理解，即该使用行为所带来的后果并没有对权利人的利益造成损害。那么判断侵权阻却说合理与否的前提就是判断合理使用行为是否具有违法性、是否为权利人的利益带来不利后果。行为具有违法性首先要满足两个条件：一是法律规定对于权利人的某种权益，相对人负有不得侵害的义务；二是行为人的行为违反了义务造成了对权利人的侵害。合理使用行为的范围和程度在法律中均有明确规定，即法律认为该行为不具有违法性，但是客观上，合理使用又确实是一种“侵害”权利人利益的情形。侵权阻却说主要是从使用者的角度出发，以诉讼实务中的抗辩理由依据为基点，是从使用人的角度对“权利限制说”的一种补充说明。

1.1.2.3 使用者权益说

吴汉东教授认为合理使用不具有侵害性，不具有形式违法性，从而否定了“侵权阻却说。”“权利限制说”和“侵权阻却说”认为合理使用是著作权的例外，是对侵权指控的一种抗辩理由；而“使用者权益说”则认为合理使用是作品使用者的一项独立的权利，著作权人负有相应的义务。但是把合理使用定性为“使用者权益说”有着一个无法克服的矛盾：依民法原理，民事权利和民事义务是民事法律关系的核心内容，民事法律关系就是

① 转引吴汉东. 著作权合理使用制度研究 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2005: 131.

② 张明楷. 刑法学 [M]. 3版. 北京: 法律出版社, 2007.

③ 常林, 冯杨勇. 我国侵权责任免责事由的缺陷及完善 [J]. 中北大学学报: 社会科学版, 2006, 22 (4).

民事权利和义务关系。在民事权利和义务关系中，权利和义务具有相对性。在合理使用关系中，同样是权利主体享受权利，义务主体承担义务。如果使用者是权利人，那么这种权利主体是不特定的无数人，而作为义务人的著作权人则是特定的一个义务主体，并且其对行使著作财产权的合理使用者负有不作为的义务。这点同著作权的排他性相背离，也与“同一个民事法律关系中的权利主体应当是特定的，而义务主体则可以是不特定”的民法基本规则相矛盾。

使用者权益说认为合理使用是一种使用者基于某种合理方式使用作品而无须经过作者同意的特权 (Privilege)，是使用者依法享有的使用他人受保护作品的一项独立权利。从合理使用关系主体的角度出发，这一观点认为合理使用所得来的权益是一种属于使用者的特权，强调合理使用乃是法律赋予使用者的一项权利。“将对他人的作品进行使用这一行为设定为使用者权”，即在符合条件（对合理使用行为的判定条件）的情况下，使用行为是使用者本应享有的权利。^①这在逻辑上看似违背了“著作权”的权利设定的完整性以及忽视了该项权利应有的归属，即如果该项权利成立，不应该是基于作品的、不应归属于著作权权利框架内，因其权利产生的前提并非出于对私权概念的延伸。权利主体与义务主体不相衬。^②美国学者帕特森和林德伯格在《版权本质：使用者权利的法律》一书中阐述，“现代著作权法乃是平衡创作者、出版商与使用者之间权利的产物”，“有理由认为，著作权法作为一种法律制度，必须重视在创作、传播与使用作品过程中所有个人的权利”；“使用者也有权利。否认个人的使用权将会导致以著作权控制社会公众的行为，从而出现为少数人谋取所谓经济利益的结果。”“著作权法若要服务于公共利益，必须包容

① 吴汉东. 著作权合理使用制度研究 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2005.

② 董炳和. 合理使用: 著作权的例外还是使用者的权利 [J]. 法商研究, 1998 (3).

两种时常冲突的私人权利——创作者向公众传播其作品的经济回报权与使用者因利用作品而提高其知识水平的学习权利。”^①

1.1.2.4 法益说

法益的概念是指，法律上将已设定的权利归为“类型化的自由”，未被类型化的或无法被类型化的现实生活中的应当受到法律保护的利益称为法益，法益是一种效力低于权利的利益，如当法律无法将权利穷尽于规则之中时，通过对原则的规定来保护某种特别的利益。李斯特指出：“法益是法所保护的利益，所有的法益都是生活利益，是个人的或者共同社会的利益；产生这种利益的不是法秩序，而是生活，但法的保护是将生活利益上升为法益。”^②

有观点将合理使用归于无法被类型化的法益；享受这一法益的主体不是权利人而是使用者；限于使用者自身的利用而禁止流转。^③未上升为权利的法益说回避了在制度内讨论合理使用的法律关系的问题，脱离了囿于“权利”的限制，是一种法理角度的论证，对于利益的讨论总是包含着权衡与妥协；而权利是一个原则问题，需要一种紧咬牙关、立场坚定的不妥协的态度。^④ 著者认为，将合理使用归为一种在概念上相对模糊的法益是进一步扩大了合理使用制度设计的不确定性，无论是“权利”的定位还是“法益”的解释，都有必要将该制度中各个要素之间的关系厘清，只有系统地分析制度中的法律关系，才有助于立法者平衡各个主体之间的利益，有益于司法者在具体的案件中衡量各方权益及判决对社会的影响。

^① PATTERSON L R, LINDBERG S W. The Nature of Copyright: A Law of User's right [M]. Athens: the University of Georgia Press, 1991, 引自约翰森·罗森诺. 网络法 [M]. 张皋彤, 等译. 北京: 中国政法大学出版社, 2003: 49.

^② 张明楷. 新刑法与法益侵害说 [J]. 法学研究, 2000 (1).

^③ 孙山. 未上升为权利的法益: 合理使用的性质界定及立法建议 [J]. 知识产权, 2010 (3).

^④ 史蒂芬·霍尔姆斯, 凯斯·R. 桑斯坦. 权利的成本: 为什么自由依赖于税 [M]. 毕竟悦, 译. 北京: 北京大学出版社, 2011: 68.

1.1.2.5 小 结

著者认为合理使用作为著作权权利限制体系中的一个重要制度，对其性质的定义应当从著作权利人的角度出发。由于法律的规定，著作权人不得不从其权利的蛋糕中分出一块，让使用者免费享用，这是一种权利限制的表现形式，也是一种制约垄断权利的方式。侵权阻却说是权利限制说的另一种解释，两种表达互为补充。而使用者权利说更多地倾向于从公众的角度出发来解释合理使用的性质。但是，作为一项以著作权人为主体的法律，似乎在私权体系内来解释合理使用制度，以公众作为制度内的利益主体，其地位略显尴尬，从这个层面而言，从宪法的自由言论中解释合理使用似乎更为妥当。法益说则是一种对合理使用行为存在的客观解释，不能回答合理使用的性质的问题。因此，著者支持合理使用的权利限制说。

1.2 合理使用制度存在之合理性论证

为了保证权利人独占使用其知识产权，使他人以特定的条件使用权利作品，既要赋予知识所有者以垄断的权利，又要对他的权利实行必要的限制，就要设计不同的授权方式来完善整个制度体系，这包括授权使用、法定许可使用或强制许可使用与合理使用。不经权利人的许可就对受保护作品进行复制的行为实际上是一种对著作权人的所有权的侵害，而“法律需要有理由证明对于权利的这种‘践踏’和限制是正当的，同时在这些理由中最重要的是竞争权利的观念。”^①在合理使用制度中，公共利益就是与著作权私权利益形成竞争的因素。著作权需要有限制制度控制其过于垄断的地位，同时合理使用又需要以保证著作权人的正当利益为前提，同样，对合理使用的设定界限直接影响着权利人的利

^① *Korematsu v. United States*, 323 U. S. 214 (1944) 见史蒂芬·霍尔姆斯，凯斯·R·桑斯坦. 权利的成本：为什么自由依赖于税 [M]. 毕竟悦，译. 北京：北京大学出版社，2011：69.

益，“如果权利不受任何限制将是有害的”，^①因此要对合理使用的适用附以较为严格的条件。

1.2.1 知识产权的本质

对合理使用本质的研究有必要向上梳理到对知识产权本质的解析，原因在于合理使用是建立在著作权制度范围之内的，对著作权的限制与著作权的正当性形成了一种对立的关系，因此就有必要对知识产权的正当性展开讨论，进而分析和解释法律为何对著作权这种具备私权属性的财产权加以某种程度的限制。

1.2.1.1 自然权利

(1) 知识产权与物权的分离

“人们若要主张知识产权，首先须创造某种具有特定意义的存在，换言之，某种可表达的东西；其次必须将其附着于某种物质载体而加以特定化。”^②

艺术创作实际上是一种在物上实施的添附行为。添附作为取得所有权的最基本的表达方式之一，传统的定义是指不同所有人的物结合在一起而形成不可分离的物或具有新物性质的物，如果要恢复原状在事实上不可能或者在经济上不合理，在此情况下需要确认新财产的归属问题。人们在有体物之上完成了无体物之表达的行为，就是一种添附行为。作者将两种财产结合在同一物上，使该有体物的客观形式发生改变，同时使它的价值发生了变化，传递出了新的内容。对于知识财产的承认可追述至古罗马时代对作者地位的记载，有一位在桌子上画画的画家，而画家与桌子的所有人产生了物权归属上的争议，裁判官认为画的价值高于桌子，因此画家取得了这张桌子，^③这是一个基于添附行为使原

^① 斯蒂芬·霍尔姆斯，凯斯·R·桑斯坦。权利的成本：为什么自由依赖于税 [M]。毕竟悦，译。北京：北京大学出版社，2011：69。

^② 余九仓。知识产权的工具论：读德拉贺斯的（一种知识产权哲学）[M] // 刘春田。中国知识产权评论（第1卷）。北京：商务印书馆，2002：381。

^③ “The ABC of Copyright” UNESCO.

权利限制与数字技术

物增值从而改变物权归属的典型例子。

然而，知识产权并没有同物权制度同时诞生，也没有一个制度单独承认知识所带来的这种无体财产，这主要是因为，在手工业时代，无论是艺术家的创作还是手工业者的劳动，物上所附着的“美”的形式，以及物所能传递的知识都随着物权的转移而转移。获取知识而产生的利益，被获得物权而产生的利益所吸收，两者难以分离，比如绘画、雕刻，虽然是因其美的形式而被交易，但这种形式难以被轻易复制（或是复制成本很高）；又比如对书籍的复制，在手抄书时代，以文字形式表达的作品的内容本身也更多地局限在与宗教、哲学等相关的领域，书籍可流通的范围和频率都很小，并且有能力消费书籍、具备阅读能力的人则更少。作品用于交易时，转移物权即丧失一切权利，而技术革命的意义就在于，它解放了人类的双手，工业化的生产就是把人的一次性的创新成果，通过技术手段多次复制的过程。因此，第一次形成作品就是创造，复制则是制造、是生产。工业革命带给了创作者的是一次创新多次复制的可能，当作品变成了产品的时候，首创就被提炼出来，处于一个突出的地位，成为创造财富的独立因素。

在物权领域，交易即意味着财产的交流，同时也是财产权利的交换，因为财产权与其权利所指向的都是客体存在物本身，两者不可分离。物的唯一性决定了物的交易便是权利的交易；然而知识产权的交易脱离了物，其权利的实现在于它可以不断地被复制于新的载体之上且又不影响该物的价值，它与自然物在经济上的稀缺性成反比。当知识作为产品与物分离时，它就具备以下几个特征：“①知识产品的生产者很难控制知识创新的成果。如果创造者将其知识产品隐藏起来，那么他的创新活动就不会被承认，从而失去了社会意义。如果公之于众，对这一无形资源事实上难以有效控制。②知识产品的个人消费不能影响他人的消费，无数个人可以共享某一公开的信息资源。③知识产品是一种易逝型资产。信息的生产是有代价的，而信息的传递费用相对较小。

一旦生产者将其信息出售给消费者，该消费者便成为其潜在竞争对手，或者是其他消费者成为该信息的搭便车者。^④知识产品的消费与其他公共产品不同，它的使用不仅不会产生有形损耗，从而使知识产品减少，反而可能扩张社会无形类资源的总量。但是，由于“外部性”的原因，生产者提供的信息往往被消费者自由使用，其结果虽然是知识产品带来的社会效益大大高于创造者个人取得的效益，但同时导致知识产品的生产者难以通过出售信息来收回成本。”^①

因此，人类“创造”的知识财富可以通过技术不断地累积，同时增加经济利益，它使人们开始正视创造这种财富的源头，开始关注首次创新的力量，开始承认作者的财产权的主体地位，进而出现保护这种财产的知识产权制度。在传统的知识产权框架内，著作权利人关注的是被创造出来的新的知识，并且通过掌控复制行为、统计复制件的方式来实现对其权利的控制和计算经济收益。

（2）财产权本质

洛克在《政府论》中对“一个人为什么可以获得财产权”的问题作出了回答。首先，洛克的理论来自一个“上帝安排了一切”的神学基础，然后通过劳动理论来解释上帝“如此”分配“财产”的理由。首先是人对其自身的所有权，进而产生因支配身体去劳动而获得的——是财产。“只要他使任何东西脱离自然所提供的和那个东西所处的状态，他就已经在那个东西中掺进他的劳动，加进了他自己的某种东西，因而使它成为他的财产。既然是由他来使这件东西脱离自然所安排给他的一般状态，那么在这上面就由劳动加上了一些东西，从而排斥了其他人的共同权利。因为，既然劳动是劳动者的无可争议的所有物，那么对这一增益的东西，除他以外就没有人能够享有权利，至少在还留有足

^① 曹一昕，邱力生，刘华，任艳．知识产权保护制度的经济学分析：软件知识产权精要 [M]．北京：中国社会科学出版社，2008：22-23．

权利限制与数字技术

够的、同样好的东西给其他人所共有的情况下，事情就是如此。”^①劳动在私有财产形成过程中的作用只有在亚当和夏娃被刚刚赶出伊甸园时的自然状态时期能够满足，上帝对人类的要求仅仅是让人通过自食其力的方式来生活，资源的丰富还不需要人们去考虑经济问题。

洛克财产权的前提是世界上的所有物都来自于上帝，是共有物，财产间接地是指对人们从共有物所取出的那部分物的排他性占有权。^②更进一步讲，洛克认为政府有权力去规范财产，但行使这种权力必须与自然法的目标一致，在作出规范性决定的时候，政府应当有选择余地。^③这就意味着财产的自然权利并不是“神圣不可侵犯的”，而是一种可以调整的利益关系，是一种工具论意义上的权利。因此，以洛克理论为基点的自然权利论是值得怀疑的。

创作活动本身并没有产生财产权，作者通过创作活动这种方式，将使用公共知识的权利转变成为一种具有排他性特征的基于创造性成果——作品——的权利。在以劳动为基点的自然财产权观来看，在考虑判定什么情况下可以将从公共资源分出来的那部分知识作为知识产权的权利对象时，“额头出汗原则”便成为唯一的判断标准。

劳动在人类财富积累的历史上没有起到主导作用，普芬道夫认为在人们将财产从上帝所赐之共有物分化出来时，依靠的方式是相互之间的协议，并且根据物的状况、性质和人类的数量在不断地调整。^④英国法官阿斯顿认为著作权之所以存在，主要是因

① 洛克·政府论（下篇）[M]．叶启芳，翟菊农，译．北京：商务印书馆，1964：19．

② 彼得·德霍斯．知识产权法哲学[M]．周林，译．北京：商务印书馆，2008：56-57．

③ 詹姆士·塔利：《论财产权》，剑桥，1980，转引彼得·德霍斯．知识产权法哲学[M]．周林，译．北京：商务印书馆，2008：56-57．

④ 詹姆士·塔利：《论财产权》，剑桥，1980，转引彼得·德霍斯．知识产权法哲学[M]．周林，译．北京：商务印书馆，2008：59．

为“作者对其脑力劳动的成果享有权利这一事实”。他认为：“这种财产与通过占有取得的财产有本质区别。通过占有取得的财产原本属于共有，而不属于你，但由于你个人的行为被你所取得。而这种财产原本就属于作者所有，因此，除非经过他本人的行为且经他本人完全同意明确地将其赋予大家共有，该财产应当仍旧属于他本人所有。”^①要解决占有的问题，除了考虑劳动因素外，利益群体之间的交易习惯以及协议都是决定权利边界过程中不可或缺的元素。

1.2.1.2 工具论

所谓工具主义态度，其内涵包括以下三个方面：一是关注财产作为一种制度机制在社会生活上的效果，而不是其形而上的、伦理学的或认识论的方面；二是注重采用法律的境界分析方法，并在成本效益分析中诉诸道德情感而不是排斥它；三是服务于某些道德介质和以人文主义为本。工具主义的要旨是将知识产权作为一种特权，而不仅仅是一种权利，从而在此种特权上附加各种限制性义务，以期在最大程度上实现这一特权所设立的初衷，达到个人利益保护和公众利益维护的平衡。^②

“在过去数世纪，财产的概念无论在英美法系国家还是大陆法系国家都发生了剧烈的变化。在传统司法上，无论是英美法上的财产权，还是大陆法上的物权，都不涉及人们的智力成果（至少在制度层面上如此）。”^③1557年，英国玛丽女王将印刷特许状授予伦敦书籍出版业公会，一方面便于王室对信息控制的统治要求，另一方面，满足了惧怕竞争的印刷业垄断的愿望。“英国通

① 英国法官裁判汇编第9卷。

② 余九仓. 知识产权的工具论：读德拉贺斯的（一种知识产权哲学）[M] // 刘春田. 中国知识产权评论（第1卷）. 北京：商务印刷馆，2002：387.

③ 李雨峰. 枪口下的法律：中国版权史研究[M]. 北京：知识产权出版社，2006：189.