

公共效用与权利作用构造： 从“作品”到“著作权”的功能性分析

李 杨

(南昌航空大学文法学院,南昌 330063)

[摘 要] 作品的非物质性、非稀缺性与非竞争性、有益外部性与互文性表明,著作权对象具有公共效用属性,具有一定财产内在结构缺陷,难以确立并保持稳定的财产权界限。著作权在给权利人激励与必要回报的基础上,最终以实现作品社会价值最大化的公共福利为根本目的,主要体现在文化参与功能和民主政治功能两个层面。在确立著作权的边界时,应从著作权人的单一主体模式转变为著作权人、传播者、使用者的多元主体模式,进而实现著作权作为财产利益的“分配伦理”。仅从作品出发,期望能人为设立“独创性”“思想/表达二分法”的著作权对象保护标准的想法,并不能一劳永逸地解决著作权的权利作用“焦点”困境。为了确立著作权的边界,在权利作用构造上既要考虑作为对象的作品范围问题,更应侧重于以“使用行为”作为权利作用“焦点”的切入点和核心依据。“传播”是著作权人实现作品利益的主要利用方式,即传播权是著作权体系的基础性权利。

[关键词] 作品 著作权 公共效用 权利作用“焦点” 传播

[中图分类号] G231 [文献标识码] A [文章编号] 1009-5853 (2013) 01-0015-07

[Abstract] Characteristics of works, such as immateriality, non-scarcity, non-rivalness, positive externalities and intertextuality, make clear that subject matter of copyright has the property of public utility and inherent defect of property structure. It is difficult to radicate and preserve stable boundary lines of property rights in copyright system. By stimulating and paying back to rightholders, the primary purpose of copyright is designed to realizing public welfare maximum of works, embodied in cultural participatory function and democratic politics function. As determining the boundary of copyright, we should transform from single-subject model to plural-subject model for realizing the distribution ethics of copyright interests among authors, communicators and users. As far as copyright are concerned, the path to subject matter for locating focal point of copyright functions is a vague historic conception which is difficult to define the boundaries of copyright and it can not resolve the focal point dilemma of copyright functions once and for all. The path to controlled object (behaviors of works use) is always through the main line of focal point of copyright functions. Dissemination is the uppermost utilization pattern of works. In a word, the right of dissemination is the basic right of copyright.

[Key words] Works Copyright Public utility Focus of rights function Dissemination

1 作品的公共效用属性

“由于历史的机缘,现代/西方式法律对因作品而发生的规定的关系大致沿用了有体财产上的物权理论,其隐含的前提是,作品与有体物在本质上都是确定的”^[1]。这种预设的逻辑前提表明,作品有自己特定的边界和范围,可以类推适用有体财产的所有权理论。这种拟物化的财产权逻辑,使人们在思考著作权的权利性能时,会习惯性地以有体财产的所有权结构为切入点。在自然权利观念看来,作品作为一项私人财产,“不仅是一种主权机制,它还在社会制度中具有一种能够支配一切的影响”^[2]。虽然有体财产可以被设置为公共物品,但这是从特殊意义上的财产归属主体方面理解的,如由国家、集体所

有的物质资源,而作品具有公共效用属性则是由其本质特征决定的。具体而言,作品具有以下几点不同于有体财产的公共效用属性。

1.1 非物质性——作为抽象物的作品

所谓非物质性,是指作品本身并无物质性可言。作为抽象物的作品,在部分观点看来是“法律上便利的虚拟之存在物,不存在于有形世界”^[3]。根据形而上学的观点,抽象物是一个可能的存在范畴。按学者德霍斯的观点,“通过假设抽象物的存在,法律即可简单地利用这样一种法律上的虚构,而这一虚构是许多真实权力得以存在的依据”^[4]。如同数理几何中运用的抽象概念(如“0”“—”“ ”),抽象物(作品)的拟设与哲学范畴中的“逻各斯”一样,被

[基金项目] 本文系南昌航空大学博士科研启动基金“著作财产权体系中的个人使用问题研究”(EA201214045)阶段性研究成果。

[作者简介] 李杨,法学博士,南昌航空大学文法学院副教授。

视为指向特定目的的论证前提,发挥着目的论的工具性效用。换言之,恰是作为抽象物的“作品”观念,使人类活动和知识之间建立一种应然联系(如作者与作品的关系)的诠释方式,才使我们得以解释著作权作为一项财产权的存在意义。正如自然权利观念将“作品”视为一项财产,其隐含的目的论功能在于,作者创造作品、传播者投资作品被视为著作权保护的逻辑起点。

尽管唯实论者承认抽象物的客观存在,然而作品看不见、摸不着,不占据一定的物理空间——即使确实存在,也只能认为是抽象的。作品的非物质性特征表明,其作为一项财产的界限是模糊不清、难以确定的。有体财产则不同,其物质性特征决定它在大多数情况下具有相对确定的财产边界。虽然上升至法律层面,有体财产边界的确立仍可能与不同国家的经济、社会、政治以及文化背景密切联系,但它的物质特性决定这种边界一旦被确定下来,就可以相对严格地保持约定俗成状态。比如在考虑有体物所有权问题时,由于有体物自身的物质特征决定其具有物理结构边界,致使我们在对其实施物理性接触的利用行为时,都是以这个物质性存在的有体物作为中心来考察的,有体物本身就构成所有权的对象边界。可见,有体物“自我封闭”的天然特性,为主体与特定物之间的相互对应提供了契机。正因为有体财产具有这种权利作用“焦点”——即物理结构边界,所以有体财产一般不会逾越此界限而被无限放大。

作品与有体物的本质差异——非物质性,导致作为抽象物的作品在类推适用有体物所有权的财产理论时,自身存在难以克服的内在结构缺陷。从财产角度出发,法律一直试图人为确立受保护作品的边界(如作品的“独创性”、“思想/表达”二分法判断标准等)以弥补作品作为抽象物的内在结构缺陷。然而,作品本身的非物质性特征决定它模糊不清,具有不确定性,其财产边界的判断标准有赖于人为因素,易于成为法官为自身价值判断寻找合理性基础的事后描述,是“脆弱的约定俗成判断,很容易被抛弃”^[5]。

1.2 非稀缺性与非竞争性——作为知识作品的作品

非物质性决定作品自身具有一种财产内在结构缺陷,即作品难以像有体物一样,可以较严格地保持确立的财产边界。同时,非物质性也决定了作品就自然属性而言,无有体财产天然具备的稀缺性和

竞争性特征。

首先,作品具有非稀缺性。作为知识作品的作品,不具备有体财产的天然稀缺性。无论使用与否,动产都具有天然的损耗特性。选择食用水果与否,都不会改变水果最终损耗的客观事实。要么食用以发挥它的使用价值,要么因水果的自然损耗而腐烂。这种损耗特征,造成动产构成资源供求关系层面的客观限制,从而印证有体财产基于自身属性而可能具有天然稀缺性。从不动产——土地来看,土地会因人为的过度使用价值受到减损,进而发生“公地悲剧”现象;另一方面,由于土地本身存在可使用资源的总量限定,随着人口数量的不断激增,势必造成土地供给相对于需求量上的稀缺。可见,土地的总量限度和不可再生性都决定其具有自然稀缺性。另外,电、水、气等具有物质性的无形财产虽不占据一定空间,但是一种客观存在的物质,会像有体财产一样,也因资源的总量限度和不可再生性决定其存在满足人类需求量层面上的稀缺性。作为知识作品的作品则不同,它不具备产权经济学意义上的自然稀缺性。作品一旦被创作出来,就会成为人类知识财富的一部分,不会伴随时间的流逝而耗损、消失。如果说存在损耗的话,损耗的也只是作品的物质载体,而非作品本身。就有体财产而言,大量使用会增加损耗成本,而知识产品并非如此,因为任何人使用作品不会减少作品对其他人的使用价值。另一方面,随着作品的逐一问世,整个人类知识财富的基数只会不断扩大,而非减小。可见,非物质特性决定作品不具资源需求方面的自然稀缺性。

其次,作品具有非竞争性。有体财产的一个重要特征在于它的竞争性,即多人使用同一有体财产,相互之间存在自身难以克服的排斥现象。这种排斥现象被经济学称之为“非相容性使用”,会引发一方收益、一方受损的零和博弈问题。就动产而言,使用者在使用的同时,排斥他人对它的使用。一个人在使用电脑的时候,不可能具备让其他人同时使用这台电脑的物理条件,电脑本身就构成一种“非相容性物品”。即使存在共用的现象,如几个人共打一把雨伞,也有它的物理承受限度。再如不动产——土地,同样存在一定限度的物理承受能力。土地的适当使用会使大家互利共赢,过度开采就会引发“公地悲剧”问题。同样,公路也会由于物理承受能力方面的限度而遭遇“集体拥堵”困境。换言之,有体财产的自身特性,决定了主体之间会在使用它的

时间和空间方面受到限制,存在着相互排斥、彼此竞争的关系。作为知识产品的作品则不同,它自身不具备有体财产在使用者之间所产生的“非相容性使用”特征,可以供无数人在同一地域或不同地域内同时使用。任何人在把知识产品传播给他人使用时,自己拥有的知识涵量并不会减少。可见,作品在主体之间构筑的是一种“相容性使用”关系,不会产生有体财产“公地悲剧”“集体拥堵”的过度使用问题。从这个意义上说,作品更具有公共物品属性,即“不存在个人对产品的使用会损害他人同时使用该产品的可能性”^[6]。

1.3 有益外部性与互文性——作为自由信息的作品作品的非竞争性、非稀缺性以及非物质性特征,决定它符合供无数人同一时间在同一地域或不同地域内自由使用的条件。换言之,作品的自身特性可以满足共享型的自由使用需求。作为可共享的自由信息,作品具有有益外部性与互动性特征。

首先,作品具备有益外部性特征。“外部性”(externalities)是一个经济学概念,通常是指不通过影响价格而产生的非市场影响。当这种非市场影响是有益的影响(即收益外部化)时,被称为有益外部性、正外部性或外部性的正效用;如果是有害的影响(成本的外部化),则被称为有害外部性、负外部性或外部性的负效用。作为自由信息的作品具有非常明显的有益外部性。当一个人通过阅读作品掌握了更多的信息时,通常情况下它的创造力和知识涵量就会相应提高,会为社会做出更多更好的贡献。如果市民社会的每个成员都掌握了更多的信息,则整个社会的文明程度就会提高^[7]。可见,作为自由信息的作品,由于具有自身的有益外部性特征,使其外溢的社会价值总体上远大于私人的市场价值,而这将有助于增进整个市民社会的公共福祉。

其次,作品还具有互文性。作品的互文性主要体现在作品的使用和创作过程中,作品的互动式共享内涵可以从两种维度加以认识。就单一作品的创作过程而言,不可否认创作主体——作者的作用。但从社会关系角度来看作品之间的联系时,我们会发现:任何作品都是站在前人的肩膀上,在使用已有知识的基础上才得以诞生。学者李特曼将作品的这种互动关系描述为“无所谓寄生性的创作本质”,在她看来,“所谓创作,就是作曲家糅合了他听过的曲调,剧作家撷取了现实生活和前人剧本的片断,软件设计者借用了其他软件的代码排列逻辑……所有创

作主体都是在对固有作品进行改编、转换及重组的基础上从事着创作”^[8]。正如一部作品的创作往往要依赖于前人的成果,倚仗于既有的文化、思想与文本。这里,作者在汲取前人知识养分的基础上创作作品,使用者也会因作品的反哺功能转换出新知识。可见,不同作品之间、作者与社会之间构建着一种哺育与反哺的互动关系。正由于信息遵循一种不断丰富、而非逐渐耗尽的规律,使用作品非但不会构成它的价值损耗,而且会丰富与作品相关的更多信息。在米勒看来,“一部文学作品的词语,它们描述的世界,而只是被读者发现了它,或揭示了它”^[9]。阅读和解释一部作品的人越多,会不断丰富作品的文本内容与意义,有关该作品的信息就会越多。

作品的公共效用属性表明,作品可以实现主体之间的信息共享,增进社会知识涵量的不断丰富,同时还可以发挥市民社会的公众文化参与作用。同时,将有体物的财产理论类推适用于作品,会因作品的财产内在结构缺陷,难以确立并保持一种稳定的财产权界限。换言之,著作权难以像有体物所有权一样,能以物质性存在的物理结构作为确立财产权的基础。

2 作品公共效用与著作权的创设功能内涵

有体物的物质性特征以及物理结构性能,决定它在使用、消费上可以具备稀缺性和竞争性。而这本质特征,决定有体物侧重“个人效用”的商品价值发挥,导致法律在涉及有体物的财产权设计上更倾向于确立一种独占型的支配性权利。这种独占型的支配性权利设计,虽难以证成其本体意义上的正当性,但依据有体物的自身特性,它在社会实践中有利于发挥有体物在市场交易中作为产品供给的配置效用,同时也有助于激发人的劳动和投资积极性。换言之,独占型的支配性权利能够使作为稀缺产品的有体财产在人与人之间,充分、有效地发挥生产、交换、消费、使用价值。

实际上,自然权利学说的财产正当性解释难以证成有体财产何以需要被独占,更不用说作为抽象物的作品。自然权利学说唯一能解释的问题是“为何要保护财产权”,而难以解释“财产权何以需要独占”的问题。著作权与有体财产权相同的是,可以被视为一种回报劳动创造及投资成本、鼓励劳动创造及投资之相对有效的激励机制。

从传统意义之效用主义出发,法权的创设目的旨在实现最大多数人的最大幸福。与主要建立在“个

人效用”基础上的有体财产不同,作品的有益外部性、互文性使之相较有体物而言,更侧重于作品的“公共效用”发挥,即以每个人的幸福作为财产存在的本体意义。就著作权而言,我们可以将这种最大多数人的最大幸福,表述成著作权指向社会福利最大化的目的性价值。作为激励作品创作和传播的一种效用主义工具,著作权的终极目标在于推动文化繁荣和科学进步的“公共福祉”实现。激励作品创作及投资的著作权机制,不过是实现这种目的性价值的一种手段、工具而已。我国著作权法第1条“立法宗旨”明确指出,立法的根本目的旨在“鼓励有益于社会主义精神文明、物质文明建设的作品的创作与传播,促进社会主义文化和科学事业的发展与繁荣”。美国宪法第1条第8段的著作权条款也确立著作权创设的基本宗旨在于“推动科学和实用文艺的进步”。可见,著作权在给著作权人必要回报与激励的基础上,最终以实现作品社会价值最大化的公共福利为根本目的。

文化参与功能是著作权实现社会福利最大化目的的主要内涵之一,主要体现为鼓励学习和推动大众文化参与、互动两方面。鼓励学习是文化参与功能最基本的表现形式,也是著作权实现社会福利最大化的核心内容。文化与科学事业的繁荣与发展有赖于作为市民社会之参与者——人的学识提高。如果不鼓励人们学习知识,严厉控制对作品的必要接触和使用,法律将难以实现著作权创设的本质目的。历史上第一部现代著作权法——《安妮女王法》就曾明确将“鼓励学习”作为立法的根本宗旨,这点从其冗长的名称——《通过授予作者及购买者就其已印刷图书之复制件在限定时间内享有权利以鼓励学习的法律》也可以推知。从美国宪法第1条的“知识产权条款”也可以推知“鼓励学习”对实现社会福利最大化具有重要的意义。另一方面,推动大众文化互动也是实现著作权文化参与功能的重要内容之一。通过主体之间的文化交流和互动,作品往往能够产生远比个人努力更大的价值,正所谓“一部作品和其他作品之间的‘互文’,其本身就比较单一的作品更有价值”^[10]。阅读和解释一部作品的人越多,会不断丰富作品文本的内在涵义,有关该作品的信息就越多。可见,就文化层面上的社会价值而言,著作权应在人与人之间确立一种生态型关系,允许使用者对作品的必要接触和学习,不断推动社会文化的交流与互动,才能使促进文化繁荣的根本目的真

正得以实现。除文化参与功能以外,著作权指向的社会价值还包括民主政治层面。著作权自产生伊始,就对塑造民主市民社会具有重要的支撑作用,即著作权在资产阶级启蒙运动中发挥着一种摆脱封建压迫的重要政治功能。著作权的产生过程就是作者脱离封建专制束缚的解放过程。正是借助向文化消费者收取费用的著作权制度,作者阶层才进一步从王贵赞助体制下解放出来,实现从写者到作者的重大转变,获得了更大程度的独立与创作自由^[11]。按内坦尼尔的观点,著作权主要从“生产功能”(production function)和“结构功能”(structural function)两个方面有助于民主市民社会的培育。通过生产功能,著作权旨在激励人们就一系列广泛的政治、社会和审美主题实现创造性的表达自由,从而为民主文化和公民集会提供了讨论的基础。通过结构功能,著作权为那些创造性的交流活动提供经济支撑,从而使人们不必依赖于国家补贴、精英赞助和各级文化机构^[12]。如果说著作权可以帮助作者实现民主政治参与的市民品格塑造,则这种民主政治功能也应同样适用于民主市民社会的其他参与者——使用者。“表达自由”是宪法赋予公民的一项基本人权,除包括通常意义上的“言论和出版自由”以外,还包括信息的“获取、接受、持有和传播自由”^[13]。如果说作者享有的著作权能够实现民主政治层面上的表达自由,那么民主市民社会的其他参与者也应惠及。另一方面,著作权使作者从早期王贵赞助体系的束缚中解放出来,实现真正意义上的人格独立。如果著作权的结构功能使作者实现民主政治意义上的人格独立,不再受制于封建专制的审查和控制,那么使用者对作品的必要接触、使用行为,也不应受到“信息封建主义”专制的严厉控制与审查。只有这样,著作权才能充分、有效地发挥民主政治功能,有助于民主市民社会的培育和塑造,进而实现作品的社会价值最大化。

与从个人主义出发的自然权利观不同,新自由主义经济学将传统效用主义的福利最大化(即实现最大多数人的最大幸福)因素移植进来,进而将著作权旨在促进公共福利、实现作品的社会价值最大化的这一根本宗旨,转换成发挥市场作为资源配置的有效工具、实现作品的市场价值最大化。提倡新自由主义经济学理论的著作权学者坚称:“人们在哪里能够从文学艺术作品中获得享受与价值,就要把财产权扩展至哪里。”^[14]可见,新自由主义经济学将

作品完全当作商品来看待,即作品应服从市场分配的效率,著作权是对作为商品的作品进行投资的工具,而远非旨在推动知识创造与传播的重要工具。在这一观点看来,随着数字技术的不断发展,由于数字权利管理方式可以实现著作权市场失灵的可控性消减,故著作权的权利限制制度(如合理使用)也应随之消减。新自由主义经济学将著作权的市场利益最大化推向极致,导致著作权旨在推动公共福利的目的(追求最大多数人的最大幸福)发生了偏离,同时指向的作品公共效用和社会价值受到侵蚀。客观上讲,文化和民主政治层面的社会价值难以用经济学“成本/收益”“投入/产出”等效益最大化的定量分析方法加以衡量,建立在“个人效用”基础上的市场利益最大化并不意味着就等于建立在“公共效用”基础上的社会福利最大化。新自由主义经济学将个人收益最大化与效用主义传统意义上的“最大多数人的最大幸福”进行错误嫁接,忽视了“经济学上产品的公共性与文化学上作品的公共性有着完全不同的品格与意义”^[15]。用经济学方法来解释著作权仍很重要,但它始终无法替代关于著作权“公共效用”的本体意义阐释——文化和民主政治层面的社会价值问题。可见,著作权法在确立著作权的边界时,应从著作权人的单一主体模式转变为著作权人、传播者、使用者的多元主体模式,即需要在多元参与性主体之间公平、合理地分配相关利益,从而实现著作权作为财产利益的“分配伦理”。

3 作品与作品使用行为:著作权的权利作用“焦点”审视

作品的公共效用属性与著作权的创设功能内涵表明,财产权绝不是孤立的存在,它包含一定程度的共识,是一种“公共认可的产物”,是建立在彼此认同基础上的公共选择结果。任何权利包括著作权都是对人与人之间的法律关系描述,强调一种“主体间性”(intersubjectivity)。相对于有体财产所有权而言,著作权更侧重于实现作品“公共效用”指向的社会价值目的,这使法律在设置著作权的权利作用“焦点”构造体系时,除了要划定作品的边界以外,更倾向于以作品使用行为作为权利保护范围的主要依据。正因为著作权难以像有体物所有权一样,能以物质性存在的物理结构作为确立财产权的基础,故法律人为创设诸如“独创性”“思想/表达二分法”等作品保护标准,更多制造的是表述模糊的历史性概念,有学者甚至将其表述为“版权政治学的发明

物,是各种不同权利的力量角逐结果”^[16]。伴随着诸如计算机程序、标题、字体等特殊对象被考虑纳入著作权法保护的作品范围,“独创性”“思想/表达二分法”内涵之确定性一再受到挑战。就“独创性”而言,用“独立创作”“作者个性”“智力创作”等来解释“独创性”,无异于用“独创性”来解释“独立创作”“作者个性”“智力创作”,并无清晰标准,在很大程度上可谓一种循环论证^[17]。同时,“思想/表达二分法”指涉著作权法保护作者具有独创性的思想表达,而非思想本身。可是,当思想与表达难言区分或思想只有一种或几种有限的表达方式的时候,著作权法可能既不保护思想,也不保护有限的表达。这种情况被称之为“思想观念与表达的合并”。在一些学者看来,“思想/表达二分法”成为一种事后描述,是法官为自己的价值判断寻找合理性基础。当法官认为诉讼对象不值得保护时,就把它解释成思想;而当认为应当受到保护时,就把它解释为表达^[18]。客观上,我们应承认“独创性”“思想/表达二分法”标准的模糊性和局限性,任何作品都是用符号再现的思想表达的一系列组合,“当我们承认保护的范围并不限于实际采用的语言或符号时,我们就必须承认保护的范围包含了观点、思想或者信息的联合”^[19]。可见,仅从作品出发,期望能人为设立“独创性”“思想/表达二分法”的著作权对象保护标准的想法,并不能一劳永逸地解决著作权的权利作用“焦点”困境。作品这一概念仅能作为解决著作权保护边界问题的部分作用力,并不能很好地解决著作权的权利作用“焦点”问题。进一步讲,即使作品能发挥著作权保护边界的部分作用力,那也仅是作为著作权保护对象范围的参考依据,著作权保护对象范围内的使用行为不一定是侵犯著作权的行为,著作权对象范围和著作权保护范围并非同一概念。而要真正解决著作权保护边界问题的话,必须尝试在构建著作权对象范围的同时,从作品使用行为层面加以考量。

从有体物自身的财产内在结构出发,所有权更侧重于“保护对象是什么”的问题,确立了“保护对象是什么”的问题就等于基本解决了“权利边界如何划分”的问题。而著作权既要解释“对象是什么”的问题,同时又更侧重于“权利边界如何划分”的问题。进一步讲,为了实现推动文化繁荣和科学进步的根本宗旨,法律仅出于对作品的社会价值最大化(公共福祉)考量,才赋予作者及投资者一定限度的支配性权利,以激励作品的创作和传播。著作

权的支配性权能并非体现为独占作品——即控制对作品的任何使用行为，而仅能约束他人未经许可的某些使用行为。与所有权以保护对象为中心的单一权利作用“焦点”结构不同，著作权的权利作用“焦点”主要体现为一种二元结构，包括“作品”和“作品使用行为”两个方面。著作权的权利作用“焦点”二元结构表明，它既要解决著作权的对象范围问题，同时又更侧重以作品使用行为的法律定性作为划定著作权范围的切入点和核心依据。作为著作权范围划分的切入点和核心依据，作品使用行为的法律定性问题，一方面解决的是著作权的类型划分和体系构建问题；另一方面解决的是著作权的权利边界问题——即解释何种行为属于著作权侵权行为，何种行为属于著作权保护范围以外的合理使用行为。有时候，基于“分配伦理”的公共政策考量，当某种使用方式难以确定是否应划入著作权的专有权控制范围以内，同时又要兼顾著作权人的利益回报，法律就会采用兼顾各参与性主体利益的有偿使用方式加以解决。概之，法律仅出于推动文化繁荣、科学进步的公共福祉目的，才赋予著作权人有限的支配性权利。著作权的支配权能并非指向作品独占，而是限制他人对作品的某些使用行为。换言之，著作权是控制作品某些使用方式并获取经济利益的“法律之力”。为了确立著作权的合理边界，我们在权利作用“焦点”上既要考虑作为对象的作品范围问题，更应侧重于以“使用行为”作为权利作用“焦点”的切入点和核心依据。

著作权法应抛弃类推适用有体物之所有权观念、构建以“作品”为中心的产权逻辑，而应侧重以去“作品”中心化的“使用行为”作为确立著作权边界的主要作用“焦点”。随着传播技术特别是数字网络技术的不断发展，“复制”既非著作权人获取市场利益的主要利用方式，也难以作为判定侵权的合理依据。更严重的是，数字网络环境下集中控制“复制”将难以发挥作品的公共效用，会动摇著作权法旨在推动文化繁荣和科技进步的社会福利最大化目的。著作权体系坚持以“复制”权为权利基础，将面临自身难以克服的体系障碍。各国立法一方面赋予著作权人控制他人复制作品的支配性权能，另一方面却又通过著作权限制（如合理使用等）制度列举诸多杂乱繁琐的特殊情形。既然复制权作为著作权体系的基础性权利，那么作为一项支配性权能，著作权法何以列举如此种类繁杂的限制性规定？复制权以

及如此杂乱繁琐的权利限制设计，使著作权边界难以划分，致使立法在确立行为模式方面缺乏必要的可预见性，从而使公众对著作权丧失了基本的认知和理解，更诱发了公众的逆反心理。合理使用是一种对著作权的可容忍性悖离，如果它已然变得“怪异、具有偶然性”的话，那么我们可以说问题不是出在合理使用本身，而是著作权体系的宏观设计（以复制权为权利基础）出现了偏差^[20]。

实际上，著作权法在谱系上一直遵循“无传播即无权利”的原则，“传播”是著作权人获取市场利益的本质。著作权的“传播”应侧重于作品的“公开”再现，英文表述成“dissemination”更为恰当。这有别于传播学的“传播”内涵——传播学的“传播”既可以是施动者和特定或不特定的个体受众之间的“单元”再现，也可以指涉施动者面向多数人之受众的“公开”再现。这里指涉的“传播权”也不同于《世界知识产权组织版权条约》（WCT）规定的“向公众传播权”（right of communication to the public）。“向公众传播权”中的“传播”涵盖有线或无线、交互式或非交互式的各类网络传输方式，不包括现场表演及展览等，故比“传播权”涵括的利用方式要少。另外，“向公众传播权”之“传播”（communication）类同于传播学意义上的“传播”，并无适用“公开/向公众”的限定语境，这解释了“向公众传播权”何以添设“向公众”（to the public）一词。著作权的类似情况并不少见，仅以表演权来说明问题。虽然表演有私人表演和公开表演之分，但表演权乃“公开表演”作品所享有的权利，故表演权的“表演”内涵实指“公开表演”。著作权的基础性权利是传播权，即控制“公开再现”作品所享有的权益。这里的“公开”可以理解成“（指向）公众”，受众可以是不特定之一人，也可以是多数人，对象都指向“不特定人”。日本、我国台湾地区著作权法等虽规定“公开”再现作品指向的“公众”包括“特定之多数人”，但仍承认基于“亲密交往”原则形成之少数人（如身份上具备密切联系的少数亲友之间）不在“公众”范围以内，将“家庭或其他类似家庭的有限范围”从“公开/向公众”范畴内加以排除。我国台湾地区著作权法第3条甚至将“家庭及正常社交之多数人”排除在“公众”之外。瑞士《著作权法》第19条则将“非公开”范围延伸至“商事企业、公共事业单位、机构以及类似组织的内部关系”，使“公开/向公众”这一概念的外延进一步受到限制。可见，对传播权之“公开/

向公众”的界定,是各国根据国情及公共利益需要所做出的政策选择。就著作权划分的有形利用权、无形利用权及演绎权三大类来看,著作权人利益的实现皆以“传播”方式为基础,如复制权及各类演绎权(如翻译权、改编权、注释权等),都可以被视为旨在实现后续传播控制的“预示权”,设置的目的并非是为了控制“复制”及各类“演绎”本身,而是后续对作品或作品“表达实质”的传播行为。翻译权控制的并非单纯将作品从一种语言文字转化为另一种语言文字,而是限制转化后的表达实质“公开再现”对原作品著作权人市场利益可能构成的影响。法律从不干涉

非公开范围内的个人翻译行为即可见一斑。由此看来,著作权各项权能都与“传播”方式存在着必然联系,著作权的基础性权利是传播权。立法应明确著作权以保护作品的传播利益为权利基础,故复制权和演绎权的定义有必要重新设计,应明确二者旨在保护传播利益的本质目的。更值得注意的是,构建以“大传播权”为基础的著作权体系,可以有效地简化著作权零乱冗杂的旧有结构,能够较清晰、合理地划定著作权的权利边界,这不仅有助于消弭公众因误解著作权而造成的逆反心理,同时又对公众逐渐认同、接受和遵守著作权法起到积极的引导作用。

注 释

- [1]李雨峰.版权法上基本范畴的反思[J].知识产权,2005(1):19-24
- [2][4][5][6][澳]彼得·德霍斯著;周林译.知识产权法哲学[M].北京:商务印书馆,2008:168,163,169-170,133
- [3]张玉敏.走过法律[M].北京:法律出版社,2005:278
- [7]朱理.著作权的边界:信息社会著作权的限制与例外研究[M].北京:北京大学出版社,2011:42
- [8]Jessica Litman. The Public Domain[J]. Emory L. J., 1990(39):966-968
- [9][美]希利斯·米勒著;秦立彦译.文学死了吗[M].桂林:广西师范大学出版社,2007:117
- [10]Carol M. Rose. Roman Roads and Romantic Creators: Traditions of Public Property in the Information Age[J]. Law & Contemp. Prob., 2003(66):89
- [11]李雨峰.论著作权的宪法基础[J].法商研究,2006(4):110-118
- [12]Neil Weinstock Netanel. Copyright and Democratic Civil Society[J]. Yale L. J., 1966(106):238
- [13]参见联合国《公民权利和政治权利国际公约》第19条。
- [14][美]保罗·戈斯汀著;金海军译.著作权之道:从谷登堡到数字点播机[M].北京:北京大学出版社,2008:147-148
- [15]宋慧献.版权保护与表达自由[M].北京:知识产权出版社,2011:465
- [16]J. Boyle. Shamans, Software and Spleens: Law and the Construction of the Information Society[M]. Harvard University Press, 1996:195
- [17]李雨峰.版权制度的困境[J].比较法研究,2006(3):105
- [18]李琛.树·阳光·二分法[J].电子知识产权,2005(7):63
- [19]李雨峰.思想/表达二分法的检讨[J].北大法律评论,2007(2):451
- [20]Sara K. Stadler. Copyright as Trade Regulation[J]. U. Pa. L. Rev., 2007(155):908

(收稿日期 2012-09-17)