

。博文精萃。

栏目说明 为推介中国人民大学法学院博士培养成果，搭建论文品评乃至学术评价之平台，《法学家》专辟“博文精萃”一栏。该栏目由两部分组成：其一是“论文要旨”，由博文作者对其博士论文进行全面系统而重点突出的介绍，一般宜包括如下要素：论文的体系架构；论文每章节的主要内容；论文的主要特点；论文的主要创新和不足；论文所研究领域的课题展望。其二是“论文评议”，可以是答辩委员会的论文审查意见，或者评审专家的点评，具体宜包括如下要素：对论文的总体评价；对论文的体系及各章节的评价；对论文创新的评价；指出论文的不足以及进一步完善的方向。敬请关注并提出宝贵建议。

对版权保护扩张趋势的反思*

宋廷徽 评议人：郭 禾

一、论文的研究背景

随着知识产权法的逐步发展，其对于社会发展各方面的辐射亦逐步增大。而作为其重要组成部分的版权法从诞生之日起，对于版权的保护就一直处于扩张之中。无论是在权利保护的期限上，还是在版权法制度本身在全球的应用范围上，这样一种膨胀的态势对于现代社会发挥着愈来愈大的影响。然而，以往对于版权扩张的影响的研究，更主要的是侧重于财产权与经济分析的研究，有少部分学者从政治经济学的角度对于版权法的扩张进行了探讨。但是近些时候版权法的扩张正呈现着一种新趋势。针对网络盗版等问题，在西方资本主义世界版权保护上正出现了一些引人注目的现象，譬如技术措施保护的进一步扩散，民事损害赔偿额度急剧扩大，刑事制裁加重所引起的重刑主义的疑云，大规模诉讼战略，三振出局模式的推广与向立法转进^①等一系列表现都使得版权保护的扩张正呈现出不同于以往的新趋势。这使得对于版权法的研究已经不能仅仅局限于经济上的功利主义的视野。而这也正导致版权保护与宪法上的隐私权保护，人权保护等的冲突加剧。这也使得我们对于盗版、盗版党等事物的意义以及版权法本身不得不重新进行反思评价。正是有鉴于此，论文选择了对于版权保护扩张这一现象进行研究，并对其相关影响进行讨论，对于法律与实践中的若干版权法发展问题重新进行评估。

二、论文的体系结构和主要内容

全文共分5章，分别为：版权保护的加强、共同的图景、权利冲突——版权保护扩张所带来的

* 作者宋廷徽 中国人民大学知识产权法专业博士。指导教师为郭禾教授。答辩委员为郭寿康教授、刘春田教授、李顺德教授、冯晓青教授、程永顺副教授。答辩年度为2010年。

① 宋廷徽：《“三振出局”法案全球化路径之探讨》，载《知识产权》2010年第2期。

与其他权利之间的紧张关系、“个体”——公众所面临的危险与逐步丧失弹性的版权法、合法性与非法性——在版权保护扩张下寻求解放与自我解放的途径及其影响。

论文首先对于世界范围内，版权法版权保护扩张趋势进行考察，此种考察不仅仅局限于版权权利保护期限的延长，更关注于立法与司法实践、技术保护等各方面的发展所体现出的版权扩张。主要包括版权保护中加强技术措施对于版权作品的保护，立法对于规避技术措施的行为进行进一步规制；对于版权侵权的民事处罚力度加大所导致的民事、刑事分野的疑问；刑事上加重处罚，所呈现出的“重刑主义”的趋势；在司法实践中，在网络环境下，版权产业界，持续大规模的进行针对个人的版权诉讼；同时通过推动立法，增强网络服务商的监控责任，加大对于“个人”行为的监管惩罚，以期实现对于“个人终端用户”的“侵权行为”及时高效地处罚，实现对“传播”的网络环境下的控制等方面。此外还涉及到，从“许可”到“控制”的转变，这包括所有的淡化，使用许可的增强，首次销售原则的事实上的弱化，这些都使得“控制”的意义增强。

而上述貌似零乱的现象背后，事实上共同构成了一幅暗淡的前景，体现了产业界旧文化资本对“赋权”——“使用”——“控制”的追求。

由于网络环境下数字技术等的发展，不仅是商业性机构与权力机构，最本质的是“个人”，在历史上前所未有的不仅增加了自身的受信范围与选择性，更主要的是“个人”第一次逐步具备了大规模的信息传播力，特别是对外传播。“个人”具有了大范围的超越时空的个人与公共的交流能力。迄今为止所有帝国的传播模式都未曾面临过这样一种本质的冲击。

在古代，通过对于载体与知识（如文字）的垄断等方式，各帝国也一直试图在各种变动中不断重塑保持着对于传播的控制，而任何媒介的变化，都会对旧的传播模式——知识权力分配体制带来一定的影响。自中世纪以来，尽管信息的传播有所进步，但是受制于媒介（当然也有语言文字的影响），信息的传播仍然主要被控制集中于少数人手中。如在中世纪，信息特别是知识的传播范围仍然被主要局限于教会与贵族之中。人们对于时空限制的突破仍然是艰难的。只是随着从东方而来的纸张，“使得过去传播思想的昂贵材料被一种经济的材料取代，这就促进了人类思想成果的流传。他带来了一场重大的……革命。”^②在中世纪，1455年谷登堡在美因茨（Mainz）发明活字印刷术，由此开始了谷登堡的银河系。

虽然至此信息传输技术经历了长足的发展，然而这些成就并没有真正的直接的将大众的日常生活卷入其中。这些并不具有现代感上所说的直接针对个人的公共意义。以印刷为例，事实上，在研究出版史的时候没有必要追溯到15世纪的初期刊行本。自“15世纪古登堡发明活字印刷术以来，平板印刷术一直没有发生质的变化，印刷超过2000册的印刷品的出现要到17世纪。实际上成为大众传播的前提的阅读的大众化，是在初等教育得到了发展、出现了圆筒印刷机和纸浆造纸法的19世纪以后才实现的”。^③

即使大规模的复制传播技术得到了发展，但是由于这种传播技术本身成本的高昂，使得这种大规模的复制传播技术，仍不可能由个体所普遍的享有，即使对于商业机构来说也是一个不小的负担。因此尽管复制技术的发展使得这种复制能力日益惊人，但是过去技术上的发展并没有使得在版权建立后，版权人在利益实现上出现根本性的困扰。由于复制技术本身的限制，使得个人并不能以个体的形态对此普遍掌握，因此版权人主要控制了有限的大型复制设备就能在一定程度上限制盗版对于其版权利益的根本威胁。并且通过与复制件在性价比上的竞争中居于一定的优势。

② [加拿大] 伊尼斯：《帝国与传播》，何道宽译，中国人民大学出版社2003年版，第142页—143页。

③ [日] 佐藤卓己著：《现代传媒史》，诸葛蔚东译，中国人民大学出版社2004年版，第67页。

另一方面,即使拥有大规模的复制能力,但是由于个体并不具备广泛的超越时空的传输能力,因此,这意味着版权人仍然可以通过对于有限度的发送者的控制确保对于版权利益的维持。例如,即使广播超越报纸具备更广范围的瞬时传播能力,但是这种媒介形式始终是单向度的,因此,通过对于发射源的把握,版权人就可以使自己的利益加于全体听众之上。广播权事实上就最简单的反映了这一关系。

在1960年代,影印复制技术的广泛流行,似乎对版权产生冲击,但是通过对设备生产的控制追踪,同样可以维持这种对版权利益的控制。所以对于个人领域的控制不是基于理论而实际上更主要是基于经济,而得到了放松,个人或家庭对版权作品的少量复制,长期以来属于合理使用的范畴,不需要得到版权人的许可,也不需要支付报酬。然而,复制技术的大众化发展特别是音声技术,包括空白 tape 等复制存储音像、检索信息为目的的技术等方面的进步,使得个人或家庭为了私人使用而少量地复制作品的行为,从总体上就可能构成大规模复制,从而足以损害版权人的利益。从此意义而言,损害版权人经济利益的,不仅是从事盗版的企业,而很可能是处于流通末端的分散的个人使用者。但是为了消除这种个人复制的经济威胁而在法律中将其视为侵犯版权的行为,却会遭遇到很大的困难。但是,由于这种技术尚没有能力使原件与复制件等同,因此当人们保存时往往还会选择正版商品,因此在一定程度上也可以被产业界所容忍。

随着数字技术的出现,版权旧有的利益保护模式受到了革命性的挑战,建立在0与1所组成的数据上,通过代码的设计,可以使目标复制件的数据质量等同于原件的数据质量,近乎完美的复制——这便是数字媒体最显著的特点。DAT技术率先阐释了这个“危险”,原则上它可以完美地复制音频内容。因此,这也真正引起了产业界的警惕。

在美国,在数字内容提供商推动之下所制定的《Audio Home Recording Act》^④法案中,不但规定对空白 tape 征收小额税收,还直接对数字复制技术进行限制。依照法案规定,数字录制设备的制造商被强制性的要求在其设备中安装一种能够监控该设备所录制的所有数据的芯片。以此,这种新设备虽然允许少量的个人复制,但是复制件的质量将无法与原版的品质相提并论。最终,国会以规制代码为手段,间接地规制了行为——通过要求批量复制的版本必须存在瑕疵,从而将非法复制限制在最低限度,即以法律人为的降低技术进步所带来的实用性利益。由于DAT技术的制造商数量有限,所以这种规制事实上又重新回归到了古老的模式,通过控制少数的信息传播的束点媒介、束点,版权人可以从本身非排他性的大规模信息传播中获得利益,只要打击面不大政府的规制将可以顺利地有效实现。其后果是让“侵犯版权”的行为具有更强的可规制性。

无论是基于政治控制还是基于经济控制,个体由于受限于传播媒介而始终在传播模式上无法居于主导地位,并对于传播结构产生实质威胁。因此即使在相对短暂的版权发展历史上,由于控制了主要的传媒信息的传输途径,事实上就可以掌握控制传播,因此过去以往的版权保护在维持对商业性的关注下,事实上某种程度容忍并放弃了对于小范围的个人复制的控制。因为通过政治制度或者对于商业性传播媒介的控制,事实上就已经完成了对于主流的信息与知识的流动的控制。任何传播模式的巨大变革对于社会的知识权力分配格局都是一种巨大改变,其影响却不仅仅局限于经济。

但是问题的关键在于随着互联网时代的到来,过去的这种单向度的传播模式从根本上受到了冲击,这不仅仅表现为在今日的互联网时代,当前的数字技术不仅能够完美地复制原版内容,更重要的是还可以轻易的将这些数字复制版本低成本的或免费的、大规模的在互联网上传播。即使版权人想故技重施讨论通过对于中央服务器等的控制实现对于信息传播的全面控制,也面临着许多困难。

^④ “Audio Home Recording Act, 载<http://www.brouhaha.com/eric/bad-laws/ahra.html> 2010年10月1日访问。

特别是随着 P2P 等模式的建立，一种大众的民主的传播模式正在展露雏形，由于 P2P 的“个体性”的突出，其对等的信息交换模式，给旧有的传播机构带来了巨大的冲击。

通过这种信息的扩散涟漪效应，对于互联网的信息源集中格局进行了一定程度的改善，使得互联网的信息生产流动格局，重返“非中心化”，并把权力交还给用户。P2P 使得现实世界中的口头传播在网络上得以实现。口头传统在帝国的扩大化，随着资本主义体系在全球的延展建立下，终于能受益于技术的进步在现代书面理性的秩序下得到恢复，并且有机会扩散开来。随着技术的发展，更多地 P2P 应用使用户互相沟通和交换信息、交换文件，乃至直接在用户之间实现交易，包括更大规模的实现劳动的互换与社会的分工合作（真实的货币由此可能被驱逐，货币金融将恢复为其本意，符号）。

由于版权的产生，是“社会——个人”传播这一层面上尚不具备根本的革命条件，而同样维持着信息垄断的特征下诞生发展的。即版权保护必须以对于传播的控制来实现利益的循环，而非以传播本身为宗旨。因此当版权保护面对信息传播分散化、个体化这一趋势时，为了实现版权的完整利益，产业界必须实现对于传播的控制，才能通过信息垄断实现利益，完成资本的整个循环。信息本身并不天然具备垄断性，只有实现对于信息的载体的控制才能实现信息的“有限的”利益。

正是由于技术与社会结构的改变，使得在信息社会个人开始真正的在维持个体形态的同时步入了传播的视野中，并第一次真正意义上拥有了超越时空限制的广泛的受信与传播能力，这使得旧有的传播模式所体现的社会经济、知识、权力的分配的旧秩序受到冲击，而为了维护这种旧有的信息传播权力结构，为了维护其专有利益，版权界必须实现对于传播的控制，才能通过信息垄断实现利益。因此版权保护将不得不积极的寻求自身的扩张。在新时代下，资本势必要加强对于个人的控制，并由此开始了对于个人领域的入侵。而这种控制并非局限于外在的人们在公共生活中的活动，而在于版权为了维持这种财产利益的实现，他要逐步的介入到人们的私人生活中。这种对于私人的监控，由于不能完全实现彻底的全面监控，所以更要通过对于个人的法律震慑来实现。更重要的是其需要通过这样一种功利主义的法律构建实现人们在这种恐怖下的个人监视与强迫自我监视，而这对于隐私权、表达自由乃至思想自由，最根本的是对于个体是否有权利保持其个体的形态都是一种强烈的威胁。

而另一方面，由于版权对于信息的垄断说到底是要把对于信息资源的分配通过财产交换与分配建立在先存的差别基础上，通过垄断维持无限资源的有限性。而人们对于未知与幸福的渴望又注定他们不会放弃对于信息知识的寻求。因此，人们追求幸福的意愿与对于文化资本的维护的现实要求之间的关系日益紧张，在这一过程中，对于版权财产基础的维护很容易的就与隐私权、言论自由、正当的刑事诉讼权利保护乃至人权等发生冲突。

在此之下，公益与整体的社会经济并不能从中获得最大的益处。随着创造性毁灭风暴的延迟，资本主义将愈来愈与技术社会的发展产生矛盾。如果版权法不能以重大的改革将其限制于民主框架之内，乃至废除，一种信息封建主义与思想恐怖的阴影，将逐渐侵蚀人类社会。以至于一直主要以其经济性示人的版权，将不得不成为新民主运动中政治权利维护的中心。

在论文的第三章，着重论述了由于上述矛盾，使得版权法在面临这种新的传播结构的改变时，在延续以往扩张的趋势下，必然向个人领域更深地延伸出了触角。一方面版权扩张不仅仅是带来实用主义的版权利益的不平衡，资本主义制度下版权制度必然引出的是文化辛迪加的存在，通过减少公共领域知识的传播，维持垄断利润，将大范围的信息传播进行控制。版权制度作为资本主义全球经济制度的重要一环，进一步加剧了信息——经济——机会的马太效应。另一方面正是由于这种资本对其自身利益不断追求所支持的版权法向私有领域的扩张，使得其所涉及的“言论自由”公有领

域日益狭窄,并与“隐私权”、“言论自由”、“正当的诉讼权利”、“人权”等日渐冲突。论文对于这些冲突分别进行了讨论。

1. 版权保护对于隐私权的影响。由于版权保护的扩张更主要的是针对个人领域,因此版权保护的扩张使得其与个人隐私权的保护发生了直接的冲突。

隐私权是一项逐渐为人们所认识的民法、宪法权利与基本人权。直到19世纪末在英美法系隐私权仍然没有成为一项独立的权利概念,人们公认的隐私权的概念的确立始于1890年,^⑤在判例上,乃以“个人私事不受干预的权利”而发展起来,通常民法上的隐私权被局限于“私生活不被随便公开的法上之保障或权利”,^⑥尽管隐私权在宪法上的意义,在研究时间上更为短暂,但随着对于其内容深入的探寻,它已经逐步发展为广泛地意指那些与个人的人格意义上的生存密切相关的重要私人事项可由个人自律地加以决定的自由。

而随着现代化社会理性化的不断进展及信息的发达,隐私权逐渐显露出其积极的一面,即原本消极地维护私领域不被他人无端介入的自由的权利性质由于受信息社会发达的“压迫”也逐渐积极要求公权利对隐私予以保护,特别是在信息的利用与控制方面。

但是这些仍然并不是隐私权的全部与界限,真正的隐私权的根源更在于对于人作为独立的个体,可以拥有自我独立的理性并以此面貌参与到公共生活中的权利,隐私权是保障自由的人的个体存在的重要条件。而正是个性的自由发展成为了促进社会进步的重要因素,在今天我们更能意识到其同样也是现代大众民主的基础,即只有首先存在拥有自由意志的人并且其可以以这种个体的面貌进入社会生活,才有着真正的民主参与、个人的权利也才能真正的获得保障,并使得共和民主制不因市民的精神上的漠视而真正得以延续下去。所以隐私权不是局限于也不应局限于现代不受干扰的私人生活的隐私观念。相反隐私权的基础应将贡斯当和密尔等近代启蒙运动鼓励和倡导的个人不受干涉的自由作为现代民主的核心,将个体的自由存在作为最高追求。即为独立个体的自由发展形成使得个人生活私密性的重要意义得以彰显并须由法律来给予根本保障。

有活力的富有创造性的个人才始终是社会得以存在和良好发展的前提。因此对于个体的人来说,保留思想、精神自由活动的空间和时间,使个人能够自主的决定个人的生活方式和价值选择正是隐私的真正意义。正如波斯纳所述:“如果‘一个人被迫每一分钟都生活在他人之中,自己的一切需求、思想欲望、梦想或感激都受到公众的审视。他因此失去了个人性和人的尊严,这样一个个体就融合在民众之中了。他的看法由于是公开的,一般就永远不会有差异;他的追求,由于是众所周知的,一般总为常规接受;他的感情,由于是在众目睽睽之下,一般会失去其独一无二的个人化的温情,成了与他人没有区别的感情。这样一个个体,尽管有感知力,确实非常特定的,他不是一个个体。’”^⑦相反,他会落入萨特所言的在锁孔之中被窥视的个人,而个人由于知道所被窥视而在这种意念的前提下行动。因此不仅是对于所谓的异端而言,现代社会的大众也完全可以感觉到这种“他人即地狱”的感受。

正因如此,隐私所代表的个人空间的意义——而正是个人空间对于独立个人的发展产生了重要的影响——就显得殊为重要。而正是个人化又对于近现代社会独立的人的影像的形成具有关键性的意义。而在历史上伴随着印刷术的发展所带来的信息文化的传播与私人空间的建立扩展和富有创造力独立人格的人形成之间存在着密切关系。有基于此,使得我们对于任何试图彻底的垄断控制信息

^⑤ Robert C. Post, rereading warren and brandeis: privacy, property, and appropriation, in privacy, edited by eric barendt, published by dardmouth publishing company, 2001, p. 126

^⑥ [日] 芦部信喜:《宪法》,林来梵译,北京大学出版社2006年版,第106页。

^⑦ [美] 理查德·A·波斯纳:《正义、司法的经济学》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第258—259页。

流传的做法，同时严重侵犯隐私的行为不由得深表怀疑。

在过去不能说版权法完全没有介入过私人空间的意图与行动，尽管版权法通常承认私人复制的合理与必要性，但是事实上在历史上通过对于公共空间与私人空间的区分，其已经对于私人领域有所限制，并不断实现对于私人领域的侵透。但关键的是这种限制可否再进一步，这种限制是否又适应当下与未来。在互联网的世界中，个人与公共领域并不那么清晰明了，个人的私领域恰恰是借助网络获得了延展。

现代版权法的扩展恰在于试图更为深入地改变对于私人领域无法有效监控的状态。从其所认为的原则上讲，其更为深远的意图是建立一种使用法律所规定的用每一种现代化手段所进行的就每一个复制行为都应当向作者支付一定的报酬的机制。而包括三振出局、网络的审查过滤模式、对于网址的披露与追踪等举措正是产业界力图对于私人空间进行监控的重要体现。而事实上随着技术手段的发展，人们理应更加可以享受的是超越形式的分割，直接利用信息自身的益处。

事实上对于这种私人领域的深入控制正使得现代版权法在理论上陷于可笑与可怖之间。一方面，法律怎么可以想象其可以如此广泛对私人空间进行法律威权的控制呢？“将实际上不可能被揭发的行为规定为侵害，法律必然废弛，反过来必然有害于道德的建设。另外，为发现这样的个人违法行为而干涉家庭生活，从保护隐私的角度看来也存在问题。”^⑧ 另一方面若要能对此有效地了解就必然要求监视者潜伏于个人空间之中，扮演无所不在的威慑者，无论这种角色的扮演是基于产业界的雇佣，还是政府的越俎代庖，还是依法之名。而正如边沁所倡导的那样完美的 Panopticon——透视监狱所昭示的功利主义的最优化设计一样，监视最行之有效的形式当然是自我监视（self-surveillance）。^⑨ 一旦进入了这一环节，那么事实上隐私权对于人们独立人格自由发展所起的屏障作用就将丧失殆尽……而更关键的是这样一种制度在现代民主社会的引入所引起的疑问还在于其仅仅止步于版权吗？而隐私权被作为宪法权利乃至人权予以保障，其迫切性似乎正在于斯。

2. 版权保护扩张对于言论自由保护的影响。对于言论自由与民主制发展的关系，我们不可过分乐观，认为民主制就当然确立了言论自由，并且作为一种通识现在已经不需要得到维护的意见是错误的。事实上即使在以自由作为其象征的美国那里，言论自由制度在宪法上真正受到重视并发达起来的阶段也不过自一战始。而版权恰恰“巧合地”从其诞生之日起，就正式地与这种言论自由权利存在着密切的关系。

尽管现在人们在积极地主张版权是一项自然权利，并且产业界的版权持有人力图寻求通过不断的展期，扩展保护范围而使得其在实质上接近一种准自然权利，但是版权从其产生初始就未被视做一项自然权利而是作为法律的一项规定，版权的来源并没有被视作普通法上的财产权。相反——美国宪法甚至明文规定——却是在言论自由中寻求到了自己的依据。版权被认为是在言论自由的公共领域内，划出期限性的、附条件的专有权利领域，通过由此产生的权益对于创作者进行奖励从而促进创造，最终使更多的作品流入到公共领域，使言论自由所代表的公共领域繁荣起来。

然而这种理论上的“和谐”随着实践中版权保护的扩张而不断受到质疑与挑战。因为无论版权源于何处，对于其维护的追求很大的原因仍是基于现实的理由——财产，而版权对于言论自由的促进也在于其所提供的经济上的激励。这种激励的和谐随着对于激励本身而非对于版权自由的维护而受到了威胁，为达成目的的手段本身成为了被执著追求的目的。一方面，版权保护期限的不断大规模延长正强占言论自由所代表的公共领域，从而引起了版权保护与宪法保护上的言论自由的矛盾；

⑧ [日] 中山信弘著：《多媒体与著作权》，张玉瑞译，专利文献出版社1997年版，第46页。

⑨ 同注③，第100页。

另一方面,在版权保护扩张中基于对于财产权的维护而对言论自由意图在没有关系到国家与公众重大利益的、直接的、迫近的危险上,进行限制特别是采用事前抑制的方式并不妥当。

而在版权理论的假设中通常被认为恰恰是基于对于言论自由的维护,才对言论自由本身有一定限制,从而通过物质激励的手段使得言论自由所代表的公共领域繁荣起来。尽管前述理论认为版权的功利性、合理性假设与言论自由并不存在矛盾,但是在现代版权制度的发展中,版权保护的不断扩张态势在实际中早已向言论自由提出了各种挑战。

首先,就是对于版权的保护是否能阻止在践行言论自由宪法权利时对于有版权的作品的的应用?

其次,即使在版权与言论自由的冲突中,言论自由貌似能够获得版权的适当退让,人们可以依据言论自由的原则,获得所谓的“合理使用”等的“例外”,但是这仍不能改变版权保护扩张的“不良威慑”对于言论自由的范围的缩小。

由于在所谓的言论自由与版权之间的清晰界限并不存在,因此过于沉重的赔偿、严酷的惩罚、严密的监视只会使得人们由于这种高昂的经济成本、法律成本、政治成本而避而远之乃至缄默不语,从而减少合理使用。本来产业界少数的版权持有者由于利益的集中性,在利益的代言上、在现代民主社会的运行中就具有一定的优势,而这种高昂的成本使得分散的大众在行使自己不容易见其“实利”的言论自由权时就更容易放弃。因而沉默的必然是大多数,最终这种沉默的“矛盾螺旋”不断加大,以至于最能代表公益的行为反而不见提起。因而事实上本应是公众行使言论自由的公众领域随着这种威慑的增大而反见缩小,版权权利持有者(实际上的利益操控者)在事实上俨然拥有了特权。在此情况之下,是否还能认为版权对于言论自由并无明显的负面影响?而为了进一步提高版权保护的经济效率,产业界所力推的三振出局法案包括在此之上的过滤机制等版权保护模式就突出了类似的问题。

为什么版权需要限制?如果我们将表达自由真正的泛化,那么我们会发现这种广义的言论自由表达自由的实质疆域。这种自由的扩大解释为不仅包含传播信息的自由,也包括获取信息的自由。正如加拿大最高法院在 *Edmonton Journal v Alberta* 案中所确认的表达自由还有另一层涵义……表达自由不仅保护表达者,也保护聆听者。^⑩而同时我们也不应该忘记,请不要将我们的身份(即使是对盗版者)仅仅作为消费者。只有消费者的国家是不存在未来的,过分的强调消费者的身份,而忘记其他身份的复合,本质上只是在逃避为个人独立发展提供必要条件的保障与义务。因此不恰当的版权保护会威胁言论自由乃至思想自由,从而对真正的思想自由与自由的形成构成障碍。

3. 版权保护扩张与正当的诉讼权利之间的关系。版权这种扩张的新趋势也同样影响了公民所应该享有的正当的诉讼权利。

为了更有效的推进对于版权的保护,在若干国家的立法与司法实践中都通过变动计算方法和提高法定赔偿额等方式使版权保护的赔偿数额上有了急剧的攀升。而新增的断网等惩罚方式对于现代社会公民的工作生活来说,随着时间的推移更是一种强烈的震撼。^⑪依此所施行的沉重的处罚,无论是在实质上,还是在程序上,都给当事人的诉讼权利带来消极的影响。作为近现代社会从旧司法中解放出来的重要标志就是民事程序与刑事程序的区分,非由法庭经过正当程序公开审判认定,任何人不能被宣布为有罪。由于民事程序与刑事程序在证据规则、举证责任、最终责任认定与责任的承担等方面都有很大不同,因此,如果公民接受了刑事意义上的处罚,在程序上,仅是民事主体而非国家机关或者是国家机关对其进行了诉讼,但是却不能享有刑事辩护的权利,那么公民个人的正

^⑩ *Edmonton Journal v Alberta (Attorney General)* 1989 SCC 131.

^⑪ 载 <http://www.conseil-constitutionnel.fr/corsei1constitutionnel/root/bank-mm/anglais/2009-580dc.pdf>, 2009年10月31日访问。

当权益在另一种意义上实际上就是被剥夺消解了。因此这种法律运作是否恰当确实不无疑义。

4. 版权保护扩张与人权保护的冲突。在版权保护上,即使我们假定“这种使用”是一种侵权行为,有罪。但问题是,这种侵犯财产权的行为是否罪行如此深重,以至于在产业界的支持下,立法执法机关可以以此之名侵犯隐私、言论自由等人权,并进而忽略了对于这些众多的所谓的“侵权者、罪犯”的人权保护。现代法治在法律在对其罪行处以相应的刑罚之外,其他的固有权利并不应当受到剥夺。

即使是侵犯版权,既然它已经采用通过市场选择,由人们用货币来对其进行度量,那么它又有何种特殊之处能在没有足够证据的基础上就对于侵犯版权的疑似者,或者可能侵犯版权的人、有条件侵犯版权的人,未经正当的法律程序,剥夺上网自由、言论自由呢?而这并不是在公共利益受到严重威胁、宪政秩序面临被破坏的紧急时刻。

人们忘了,近代刑法的进步最关键的一环还在于嫌疑人甚至是罪犯也有接受正当的司法程序的权利。

人们的权利,不仅仅在于紧守社会强制性规范所应该享有的一切,也包括在破坏契约之时所不可剥夺的权利。

在终结了第三章对于版权保护扩张与其他权利保护所存在的各种潜在矛盾的讨论之后,文章的第四章叙述了在某种意义上,版权法由于其过度的扩张也正在丧失弹性,这不仅是由于与其他权利的日益冲突使其逐步减少了与其他权利保护的和谐度,即使在经济性上,其也日益对于创新的利用形成了一种阻碍。人们在现有的版权制度下,逐渐寻求不到其对新经济发展的合理性。当公益是如此的明显而又不能被寻求,当创新将给社会带来革命性的变化却被阻碍,当人们必须以违法来实现正当目的的有效实现时,这已经意味着版权制度正在逐步走向僵化,其在设计与运行上出现重大问题。

版权制度的逐渐僵化就在于它愈来愈着重对于确定性的追求,一种永久恒定的权利,或者通过长期的特许期限而获得的一种“暂时”替代的权利。

正像我们借鉴处理同样作为财产的土地的变化一样,僵化复杂的版权法与灵活便捷的版权法的意义截然不同,在美国“19世纪到处在谈论财产、授予权利的话题,但最受重视的财产是生产性财产,投入使用的财产是动的而不是静的财产。财产的根本意义变了——从静的赋予所有人不受侵害的享受耕地的观念变成能动的、工具的观念。我们已经看到这种新观念像一只手套适合于拥有土地的大众,土地法及美国法律的相关领域产生了巨大的变化……”,英国法律的复杂形式对于大发展时期的美国大众显然不适用了并最终被摒弃,因为法律的精密无疑是一稀缺资源。^②而今在互联网新经济时代我们似乎看到了同一问题。在未来的信息社会的模式下,重要的是寻求成为信息的束点——信息结构下的信息交换的节点,它或许可以不是信息最终判断反馈的大脑,即使是仅仅作为高效的被信任的信息交换的场所,就能成为社会经济乃至社会总控制的要害。在某种程度上采取一种相对宽松的富有弹性的法律制度——不是通过对于权利的过分保护,即对于传播进行一种事实上的全面“垄断”控制,而是通过信息的广泛传播,通过信息的交互实现对于信息的最大利用。而在同等的成本下,整个社会能产生连环的集聚效应。我们应该认识到作为信息革命一个最主要的特征就是消灭中间商,除非他们能有效地成为信息的有效束点,并为信息的高效自由交换提供更强有力的服务,他们只有在这种建立在信息自由的竞争中生存,从而作为新的中间商,为劳动的直接高效交换提供服务,也只有在这种劳动中,他们获取了与他人劳动平等交换的资格条件,并实现了自己的

^② [美] 劳伦斯·M·弗里德曼著:《美国法律史》,苏彦新等译,中国社会科学出版社2007年版,第246页。

合理利益。而不是与此相反。^⑬

综上所述，人们不应片面地追随这种简单维护财产权的趋势而忘记了对于自己其他权益的维护与整个公共利益的平衡。正是从这一角度考虑，论文在第五章中对于盗版行为、盗版党运动等重新进行反思，并强调了联合的意义，以及人们对于法，对于合法性和违法性都应再有所认识。我们需要注意的是商业性区分标准的去除与弱化，带来的可能反而是个体的人的影像的模糊乃至消亡的危险。如果未来的知识产权制度所要建立的是这样一种模式——刺激消费与无所不在的监督，暴力的威胁尽管很少发生，却挥之不去——那么知识产权制度也将逐步的剥离自己的合法性面纱。

三、论文的主要不足与课题展望

鉴于优良的法治是一种温和的对于人本身的关怀，建立一种人们注定要违反的法律制度不是在力图实现法治，而恰恰是在力图破坏法律的真正权威性、合理性的根基。因此可以预想对于版权法版权保护的扩张的新态势及其相关问题在未来在世界范围都将逐渐引起日益热烈的讨论，并对于立法司法实践理念逐步辐射影响。因此尽管在当下，其与着重强调对于知识产权加强保护的学术论点并不尽相同，但在客观上，特别是在学术研究上对于这种与主流话语有相当距离的思想、实践潜流仍值得我们及早予以关注。

当然需要说明的是在本文中，虽然作者力图对于这一版权保护发展新趋势的走向与影响进行评估，但是由于时间能力等所限，在很多问题上还未来得及进行精细周密的阐述，行文等未能进一步的雕琢。在很多方面还有待进一步的深化。

论文评议

加强知识产权保护的力度，积极推进知识产权的发展是目前世界通行做法，也是我国学术界的主流观点。但近年来知识产权的不断膨胀，尤其是著作权保护的不断扩张，对于法律体系中的各种权利、利益间的平衡与法和社会的协调发展产生不利的影晌。作者在其文中指出西方发达国家在著作权保护领域，正在或已经出现了一系列引人注目的扩张现象，诸如技术保护措施在法律上的确认，民事损害赔偿额度急剧扩大，刑事制裁领域的重刑主义，大规模诉讼战略和“三振出局”模式在立法上的推广等等。这种扩张态势使以往主要被从经济角度加以解读或讨论的知识产权法也陷入了与隐私权保护、言论自由以及人权保护的纠葛之中。这些现象促使得人们不得不对非主流的盗版党等事物的意义以及著作权法的终极目标重新评估。同时，这些现象也暗示我们，应当重视和深入研究如澳大利亚学者彼得·达沃豪斯和约翰·布雷斯韦特所提出的：信息封建主义可能成为未来社会可持续协调发展的阻力或危险等论断。

^⑬ 而传统的中间商为了维持自己的优势地位，更倾向于对于自己之外的，无论是创作者还是个人消费者的经济权利与政治权利进行阻断。资本为了维系其存续，其力图控制阻止的恰恰是自由公平的实现劳动的交换与合作分工，并且对于任何寻求打破这种单调的循环的新势力加以限制。旧资本力图通过对旧有的市场控制，法律上的所谓权利予以压制。因此今天，纵使在将来，在新领域看似进行的激烈竞争，在很大程度上不过是旧有的垄断势力在新的领域的延伸，或者是新形成的市场分割。一种可能的危险是在商业性标准消失之后，独立的个体的人的影像在知识产权制度内是否面临着实质上的消亡。

该文表达了前述阻力和危险对未来社会潜在威胁的担忧。为了加强著作权保护，而推动“三振出局”的法律保护模式在各国引起广泛的社会争论。为了维护知识产权而意图扩大对于人们的网络活动的监视与处罚，可能会对人们的若干权利与利益的正当行使构成威胁。在这种阴霾下，人们言论和思想的自由度降低，更进一步则可能引发自我审查问题。在这种情况下，可怕的审查官不是别人，正是自卫的自我——即为了回避某种法律上的或其他方面的不利益而改变、修饰甚至歪曲某些问题。正如海涅在百年前所指明的危险一样：作者由于惧怕审查官而变得疯狂，杀死了自己思想的婴儿。而这与现代文明社会尊重公民基本权利、推动创新发展主旋律是背道而驰的。

诚然从原始社会向文明社会的演进在某种程度上表现为人类扩张了其行为的秩序与禁忌。在法治社会里，精神领域的创造也不可能不受束缚。但是对于禁忌与秩序不断进行反思与考量，从而在创新中发现塑造自我与社会，同样也正是人类的本能行为。去扩展揭示自由的维度，变幻可能，正是精神文明的重要作用，也是为什么创造、创新如此可贵的原因。无论是基于财产还是其他原因，都不应该对此轻易否定造成严重损害，除非有重大或者紧迫的难以补偿的危险。

而今天，作者对于这一问题进行学术讨论，对于这种潜在的信息封建主义的危险表示担忧，其意义不仅仅是局限于我们要分析如何准备对于此种危险的妥当应对，而更重要的是在于是否因为这种提示而使得我们在斟酌考量后有避免这种危险的可能。“不治已病，治未病，……夫病成而后药之，不亦晚乎。”虽是医家之言，亦足吾辈戒之。

从另一个角度来讲，勇气并不能保证质量。叛逆的情绪，浪漫的感伤本身也是一种危险。世上不应当存在所谓“审查女神”。中国作为一个发展中国家，急迫需要一种学术上的宽容自由的评价环境。这种环境能不断催生新的创造。这种环境的成就本身就意味着人类社会文明的巨大进步。

该文反映了著作权领域中的一些非主流事物及其发展趋势。作者以其聪慧的学术敏感及时地进行了分析与研究。但是也应该承认，本文对于问题的彻底解决缺乏更为显明的书面结论，对于一些问题背后所蕴涵的政治经济社会历史背景尚没有进行深入的讨论。另外，以经院论文的惯例来看，对于这种未来的社会图景还缺乏更多的数据实例的支撑。当然有时人们不能强求作者提前创造历史，尤其是当我们在讨论一种未来可能的趋势及其危险之处时更是如此。我们立在当下，这也决定了我们不能以尚未发生者来支撑现在的结论。因此仅仅凭此，在逻辑上也不足以支撑否定的论点。在某些情境下，人文研究会缺乏反复的实验比对的可能，缺乏充分的可检验性。加之这种研究的对象是人类自身的行为，难以做到绝对客观。相较于自然科学，这无疑是一个弱点。但是这或许也正是人文社科研究的一种魅力与让人嗟叹之处。命运女神青睐个人，未必青睐全体。而个体又未必能获得大多数的青睐。遗憾从来就是人生的组成部分。因此如果作者将来可能继续从事此领域的研究，希望这些都有条件与机会加以改进。

（责任编辑：肖建国）

sues, structuring fundamental philosophical system of international law, inquiring into specific international issues by a inter-disciplinary view, and shaping general legal philosophy (legal theory) in a more broad sense.

Keywords International Law; Legal Philosophy; Philosophy of International Law; Function; Approaches
He Zhipeng, Ph. D., Professor of Jilin University Law School.

Legality of Maritime Interdiction of Proliferation-Related Trafficking in WMD

YU Mincai °139°

Maritime Interdiction of the proliferation-related traffic of weapons of mass destruction is one kind of newly-emerging counter-proliferation measures with the characteristics different from the traditional non-proliferation. Interdictions, applied creatively under the systems of port state jurisdiction, coastal state jurisdiction and flag state jurisdiction, are in line with the law of the sea and the international law of non-proliferation, while interdictions on the high seas have no sufficient legal base. Maritime interdiction of WMD is likely to become a new regime in international law through the institutionalization of the Proliferation Security Initiative by U. S. President Obama.

Keywords Maritime Interdiction; Weapons of Mass Destruction; Proliferation Security Initiative; Convention on the Law of the Sea

Yu Mincai, Ph. D., Associate Professor of Renmin University Law School.

Res Judicata in Relationship between State Courts and Arbitral Tribunals

GAO Wei °153°

On the relationship between state courts and arbitral tribunals we have to deal with two problems: is the arbitrator bound by the decision taken on jurisdiction or on the merits by the state courts or vice versa? If the State Court and the seat of the arbitration are in the same county, the answer should certainly affirmative. The problems are more arduous when the arbitration/litigation relationship is transnational. To avoid inconsistent decisions, the state court should recognise the award with the New York Convention; the arbitral tribunal has to follow the decisions of the state courts, as they always have the “last word” on the issue. It is of actual importance to study the regulations in different legislations and case law accumulated in this area, which would help our understanding of the relationship between litigation and arbitration.

Keywords Res Judicata; Judgement; Arbitration award

Gao Wei, Ph. D., Post-doctoral Staff of Peking University Law School.

° **Selection of Dissertations** °

Reflections on the Expansions of Copyright Protection

SONG Tinghui °164°

With the expanding of copyright protection, recently, there are some notable phenomena in the western world, which reflect the desire of culture capital to post a copyright threaten on individuals by way of utilitarian construction of law. It is also a strong threat to the freedom of speech, idea and human rights. Thus if we don't restrain the expansion into the frame of modern democracy, a shadow of information feudalism will eat into human society and copyright will not only be an economy concern but the center of right maintenance in future democratic movement.

Keywords Copyright Law; Three-strikes Law; Human Rights; Pirate Party

Song Tinghui, Ph. D. Graduate of 2010, Renmin University of China Law School.