

网络环境下的版权合理使用：法律经济学的视角 ——兼评唱片公司A&M等诉Napster案¹

张楠*

摘要 合理使用制度集中体现了版权法中平衡作者、传播者和公众三方利益的精神，它在互联网环境下的规则对技术和社会的发展都有重要意义。本文仅从法律经济学的视角，通过案例分析的方法论证网络环境下合理使用制度的合理性与范围，并认为版权在网络环境下的限制和相应公众利益的维护是社会发展的需要，法律应当顺应这一潮流。

关键词 法律经济学，合理使用，互联网

一、引言

在版权法300多年的发展过程中，合理使用(Fair Use)制度是最容易引起争议而又难以为人所理解的规则(Patterson和Lindberg, 1991: p.6)。所谓合理使用，是指在特定环境下，法律允许他人自由使用版权作品而不必征得版权人的同意，也不必向其支付报酬的情形。显然，这一制度是对版权人权利的限制，但是出于平衡公共利益与私人利益的要求，目前它已得到了各国版权法的认可(吴汉东, 1996: 第1页)。然而，这一规则始终是模糊的领域，因为从一开始，它就是衡平法的原则与学说。从1740到1839年，英国法官依据衡平法通过判例创制了一系列规则允许后来作者未经前任作者的同意而使用其作品，从而成为合理使用制度的基础；而1841年美国最高法院法官Joseph Story在审理Folson诉Marsh一案中，系统地阐述了合理使用制度的原则和公式，并总结出判断合理使用的三个条件，最终完成了这一学说(Patry, 1986; 刘茂林, 1996: 第239页；吴汉东, 1996: 第16页)。经过100多年的司法实践，他的总结被写进了1976年美国著作权法，对世界各国的著作权立法产生了深远的影响。但是，即便被写进成文法，合理使用制度仍然缺乏明确的规则，立法也只是提供指导性的意见，个案中依赖的是法官“公平”行使的自由裁量权。由于“无止境的情势变迁和环境情况的结合出现在各种特殊案件里，它们排除了在法律中形成具体规则的可能性”(Patry, 1986: p.505)。因

* 北京大学法学院。通讯地址：北京市北京大学法学院，100871；电话：(010) 62762782；Email: irisch@sina.com。本文是在北大法学院赵晓力老师和中国经济研究中心姚洋老师合作开设的《法律经济学》课程的启发下写成的，在此衷心感谢两位老师的指导和帮助。当然，文责自负。

¹ 该案一审情况见：A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 114 F. Supp.2d 896 (N. D. Cal., 2000), 55 U.S.P.Q.2d 1780。二审情况见：A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d 1004, C.A.9 (Cal.), 2001, 57 U.S.P.Q.2d 1729。

此,合理使用的认定成为版权法中困扰法官的难题,以至于许多具体案件的判决“很大程度上取决于法官和陪审团的直觉”(刘茂林,1996:第242页)。即便是英国和一些大陆法系国家的立法中明确列举了合理使用行为的各种类型,面对各种新技术的不断产生,如电视、静电复印、录音机等,这些国家的版权法也不得不一次又一次地调整合理使用的范围。因此,版权法的发展历史中,技术进步和法律滞后之间的矛盾总是将法官推入“无法可依”的窘境,只能依靠公平的信念和对法律的理解,通过先驱性的判例探索新的规则,调整社会利益的分配。

当前蓬勃发展的互联网技术将法律对合理使用的判定推到一个更加尴尬的境地。与传统的机械复制不同,互联网传播的是数字作品,使得版权的权利客体可以在世界范围内极为简单、快捷地被复制,而且复制品与原件几乎毫无差别甚至可以经技术处理变得更好,同时复制费用几乎为零,这些特点都克服了传统个人复制的障碍。因此,互联网上随处可见的MP3免费下载、数字图书馆免费使用以及网络交互技术的发展,一方面使得信息和知识的传播空前繁荣;另一方面又使得合理使用和侵权的界限越来越模糊。面对新技术的冲击,理论上关于网络的合理使用制度形成了两种截然相反的观点:一种观点认为版权人必须充分享受新技术带来的一切利益,要求以缩小合理使用的范围来换得版权财产权的扩张,否则拒绝将作品上网,甚至有人提出合理使用在网络空间没有存在的余地(薛虹,1999:第188-189页)。而一些法学教授也认为:“事实已经证明,某些为私人目的而自由复制的特许构成全球性征收版税实践的复杂的障碍,因而应予取消”(捷奥拉姆,1987);另一种观点则认为,互联网等新技术带来的利益应该为包括公众、版权人和图书馆在内的所有人分享,公众有权利为私人目的而使用版权作品并享受现代技术下信息广泛传播带来的利益。美国学者Patterson教授早已指出:“版权业意欲取消个人使用权的危险是现实存在的,如果对使用人征税的话,那么将出现人类历史上从没有过的现象,如此多的人必须向如此少的人付出如此多的钱,以获取已经被自然法所认可的学习权利”(Patterson和Lindberg,1991:p.240)。而且“进入权”(the right of access)的提出认为个人有权利使用著作作品,并且被赋予了保护资讯自由的宪法意义(吴汉东,1996:第198页)。1996年8月在北京召开的第62届国际图联大会上,国际图联执委会和专业委员会在27日通过了一个立场文件,也强调版权保护不应该阻碍信息的传播和流通(李希光和韩松,1996)。因此,也有人主张传统版权在互联网上已经死亡。随着互联网使用者的大量增加,这个问题的争论已经从学术性变为商业性,因而原始的网络自发形成的不成文规范开始瓦解,最终只能用法律手段进行调整与规范。目前,在版权业的强大压力下,法律对互联网上合理使用的范围已经逐渐缩小:欧盟已经生效的数据库指令明显缩小了合理使用

的范围；而美国几个相关案件中，如 Free Republic 案²和 Reimerdes 案³等，各个网站和私人使用者的败诉，似乎也预示着未来网络下版权的扩张和合理使用的式微。然而，在法庭上取胜的版权人仍然在现实中难以防止新技术对其专有领域的“侵犯”，而怨声载道的网民和网站对判决的抗议已经表明：互联网对版权的冲击是革命性的，“旧瓶装新酒”的做法只能禁锢技术的发展，网络下的版权法需要新的利益平衡规则。但是，在这个规则的探索中，在双方律师面红耳赤的争辩和法官艰难的选择中，规范性的“正义”标准已模糊不清。合理使用制度在网络环境下是否存在，其存在范围有多大，单纯依靠一些法条或“权利”概念是难以判断的。因此，我们不妨换一个角度，用法律经济学（以经济学方法分析法学）的方法来探寻答案。

法律经济学起源于二十世纪中期的美国，具体而言是对法律的经济制度分析（考特等，1994）。与传统法学方法探求法律的内在规定性不同，法律经济学采用实证的经济方法研究法律现象，强调“有效率的正义”。而所谓效率，就是“社会福利最大化的制度”（波斯纳，1997）。法律经济学采用微观经济理论的工具，定量地分析具体法律行为或规则的成本收益，以找出满足目标最大化的均衡状态，并以此作为法律制订的标准。显然，这种分析方法体现了实证的科学精神和说服力，给我们提供了“理解法律的新框架”。正如波斯纳所说：“对公平正义的追求，决不能无视追求它的代价”（波斯纳，1997）。而对于成本与收益的分析，经济学提供了值得借鉴的方法和原理，因此经济学对法律分析的合理性是难以否认的，这也是法律经济学成为当代经济学界和法学界发展最快的领域之一的原因。如上所述，经济分析方法是实证的方法，因此下文将采用案例分析的方式，主要对最近的 Napster 案进行评析以探求相关的合理制度和法律应然的取向。

二、Napster 案的纷争：案情简介

在当前的法律制度下，有关网络合理使用的诉讼以及潜在的诉讼是数量巨大的。因为产权的界定规则对于经济的繁荣有着重要的意义（张五常，1988），而当前各国法律都缺乏相关的明确规定，由此导致的权利归属不清使得社会交易成本增加和社会活动的无效率，因而社会自发地通过诉讼来明确相关权利。被誉为法律经济学奠基者的科斯定理指出，如果存在着“正的交易成本”（positive transaction costs），有效率的交易不会在每个法律规则下发生，因此“法院直接影响着经济行为”（科斯，1994），法院也就应当清楚其判

² Los Angeles Times v. Free Republic, 54 U.S.P.Q.2d 1453 (C.D. Cal. 2000)。主要案情是原告指控被告经营的网站中由其会员将原告的文章原样张贴在公告栏的行为是侵权。被告以合理使用抗辩，但法官认为版权人的利益受到实质影响而驳回被告的抗辩。因此原告胜诉。

³ Universal City Studios, Inc. v. Shawn Reimerdes, Civ 0277 LAK (S. D. N. Y. August 17, 2000)。主要案情：原告采用一种加密技术以防止其发行的 DVD 影片被复制。而被告开发了一种软件可以解密，而且该软件可以在互联网上下载。法院认为尽管加密技术将影响合理使用，但是规避他人技术不属于合理使用，因而原告胜诉。

决的后果并在此基础上做出有效判决。1999—2001年美国的A&M等唱片公司诉Napster案是技术与版权的首次法律交锋,直接涉及网络技术下版权的合理使用问题,是具有深远影响的典型案例,因此本文就以对该案的剖析为论证起点。

Napster本来是一个多功能的工具软件,具有搜索、在线播放、在线通讯等功能,其中最有特色的是它能够提供MP3歌曲交换服务。该软件在美国东北大学开发后被投资商看中而于1999年夏天创建了Napster互联网公司。该公司的网站www.napster.com向用户提供该软件免费下载服务,并且用户可以通过Napster软件把自己电脑硬盘中所拥有的并且愿意与他人共享的MP3音乐的信息上传到中心目录数据库,只要该用户的电脑接入互联网并且登陆自己预先注册的Napster账号,他所提供共享的MP3音乐就可以被别的Napster用户复制到他们的计算机上,而他自己也可以复制别人提供的可共享的MP3音乐。Napster将MP3文件格式与Internet的互动性结合在一起,它出现之后,立即风靡全世界,在2000年底曾拥有近7500万用户。但是,Napster自己的网站没有任何一首MP3音乐,用户交换MP3音乐也并未经过Napster的服务器,完全是两个用户之间的交换。

然而,由于Napster用户们交换的MP3音乐大多是未经授权的拷贝,唱片公司们认为这侵犯了自己的权利,所以,1999年12月6日,A&M、SONY等十八个唱片公司向Napster公司提起了诉讼,指控其代理侵犯版权,请求损害赔偿。美国加州北区法院法官Patel在2000年7月26日作出初步禁令,要求Napster公司必须停止提供有版权保护音乐的交换服务。2000年7月28日,这项禁令被联邦第九巡回上诉法院决定延缓执行。2001年2月12日,美国第九巡回上诉法院做出了二审判决,他们认为:Napster必须停止交换有版权注册的音乐的服务,但是,该巡回上诉法院推翻了地方法院做出的关于实质上关闭Napster的判决(董颖,2001;崔立红,2000)。

三、Napster案的分析:成本与收益

抛开网站是否应当承担间接侵权责任和一些法律技术性的程序问题不谈(因为它们与本文的主旨无关),本案的焦点之一是通过下载Napster软件进行交换未经授权的MP3音乐是否属于合理使用。被告也确实提出了这一点作为抗辩,它援引了美国《家庭录音法》(Audio Home Recording Act)的1008条:“下列行为不得提起侵权诉讼(1)基于制造、进口或销售数字录音设备、数字录音媒介、传统录音设备或传统录音媒介的行为;(2)基于消费者非商业性使用的设备或媒介进行数字音乐录制或传统音乐录制的行为。”然而,这条理由被法官驳回(崔立红,2000:第39页)。既然版权合理使用制度实质上是公众与版权人私人经济利益之间的冲突,法官的裁量应当符合经济规律,促进社会财富的增加。那么,这个裁决是有效率的吗?让我们先来看

看判决理由：(1)法官认为 Napster 的抗辩为 1008 条的字面意思所排除。因为以电脑方式交换音乐，即将一部电脑硬盘上的音乐下载到另一部电脑硬盘上，不属于数字录音设备或传统媒介。(2)Napster 的用户行为不属于制作传统唱片或录制传统音乐的行为，也不属于 1008 条调整的范围，因而不属于合理使用。(3)当一个用户将音乐放到硬盘上供他人下载时，他(她)是在向公众发行，而不是非商业性使用。(4)通过 Napster 公司的网站下载的 MP3 文件数量和该公司的用户人数已经足以构成对原告不可挽回的损失，因为交换的文件 80% 可能涉及版权(崔立红，2000：第 41 页)。

不可否认，法官驳回抗辩的理由是非常技术化的，他没有直接回答 Napster 用户的行为是否符合合理使用的要求，而是通过对法律条文的字面解释间接地将其排除在合理使用之外。这种方法是传统的解释和裁决方法，表面看来是完全无懈可击的，但实际上并不完全合理。因为技术是社会发展新推动力量，成文的法律总是落后于技术的发展。正如在历史上由于印刷术的进步才导致对版权的保护一样，网络技术产生后应有相应的网络法律制度，因此，以法律制定时该技术尚未出现为理由而不予理会，这种推理方式可以说是司法中不合理的“削足适履”现象。这样的判断对于解决新问题毫无帮助，反而反映出安于现状的消极态度。

此外，法官举出的第 4 点理由常常被版权人用做反对合理使用的理由，但若仔细分析，这一说法明显地夸大了事实。因为，它的前提是社会人们都有足够的财力、能力去购买其作品，因此当人们发现可以免费获得 MP3 时，就放弃了购买意愿，从而对版权人造成损失。其实事实并非如此，因为它没有考虑市场价格对需求的调节配置作用(金格马，1999；李洪武，2001)。版权是基于垄断的产权，垄断者对产品索取的高价将阻碍该产品的传播和使用(考特等，1994：第 185 页)，而且对于市场同一价格的产品而言，社会成员支付能力总是不一，比如对一些较高收入者而言，他们如果愿意，完全可以购买十几美元或更高价格的 CD 唱片，但是对于学生而言，他们的财力决定了尽管他们喜欢一些音乐作品，但其有支付能力的需求是很低的，事实上他们基本上被排除在市场以外或进入盗版市场，而这些对于版权人的销售没有重要的影响。如果允许交换，学生花费购买一首歌的成本将得到享受几首歌的收益，而且交换对象越多，收益越大。因此，在允许交换的条件下，他们购买的边际意愿将高于不允许交换下条件单独购买的边际意愿。此外，一些在版权保护期间的音乐作品可能由于销售时间的原因，消费者难以找到销售商进行购买，所以说，即便没有 Napster，公众不能通过互联网交换或者下载音乐文件，版权人的销售市场也不会有太大的增长，这是由供需规律决定的。因此，说 Napster 对于其潜在市场造成严重损害是站不住脚的。

可见，法官在本案中提出的一些理由实际上是经不起实证的推敲，这又一次证明了波斯纳所抨击的“法条主义”的局限(波斯纳，1997)。过分注重词章与教条，醉心于在法条的字里行间寻求“创造性”的解释并不能够解决技

术变革所带来的新问题,互联网上的版权制度不是把适用于传统机械印刷技术下的法律简单地搬过来,而是需要新的适合网络的更有效率的制度安排。法律是随着经济发展而变化的开放体系,新规则的制订需要经济学理性的指引。那么怎样才能是有效率的制度安排呢?这需要通过成本收益的比较才能得出。

其实,正如科斯在《社会成本问题》中指出的:问题都是相互的,避免对甲的损害将会导致对乙的损害。必须解决的问题是,是允许甲损害乙还是允许乙损害甲?关键在于避免较严重的损害(科斯,1994)。在Napster案中,版权人因为合理使用造成的损失严重,还是允许版权扩张造成的损失严重,是一个不能贸然回答的问题。法律经济学认为有效率的制度安排是社会福利最大化的制度,下文将以此作为标准,在承认知识产权为私产的前提下,分析本案的判决对社会效率的影响。

如果按照法院的判决,互联网上合理使用制度的社会收益和成本将是:

(一) 社会收益

在这种制度安排下,明显是版权人受益,因为其专有权利在互联网上的扩张使他得以继续维持垄断租金。在承认“人是自利的理性人”基础上,版权人经济收益的增加是有利于知识产品增加的,也有利于社会的经济发展。因为知识产品的特殊性在于它是“无形资产”,这意味着传播成本的相对低廉使得生产者难以控制其传播;而且对知识的个人消费并不影响其他人的消费,也不会产生有形消耗,从而消费不会使知识减少,相反还可能扩大社会无形资源并促进社会知识的再生产(考特等,1994:第152-156页)。用经济学语言来说,知识产品具有“公共产品”的特性,“搭便车”的情形是难以避免的。但是,这将导致生产者难以通过市场交易来补偿其成本,从而减少私人所提供该产品的数量,导致供应“不足”问题。版权的设置就是国家为了矫正这种不足而授予版权人专有的权利,调动他们生产知识的积极性,促进知识的繁荣。因此,版权专有权利的加强在理论上是能够促使社会知识产品增长的。同时,当前版权产业在一个国家的国民经济、对外贸易占有重要地位,版权人权利在网络上的扩张还可以增加国家税收,从而增加社会财富。因此,在这一点上,版权人私人收入的增加和社会财富的增加是一致的,这也是本案判决对社会收益的积极影响。

(二) 社会成本

但是,必须看到版权人利益的增加是以其它更多的社会利益的损失为代价的。在本案中,判决产生的网络合理使用规则将导致的社会成本包括:

1. 社会保护和交易成本增加

上文已经简述了版权制度的经济根源,但是版权将公有性的产品私有化所导致的固有外部经济效应就是社会保护成本的高昂。尤其在网络环境下,数字信息传播技术使复制时间及物质成本降低到几乎为零,私人复制他人版

权作品的物质障碍基本被克服，在知识的消费者也追逐着私人效用最大化的情况下，版权人根本不可能确切地知道何人在何时、何地未经授权复制了其作品，从而追究他人的侵权责任。传统版权法要求必须得到权利人授权使用来保护其私人利益的制度越来越难以奏效。目前，全球唱片、软件、VCD等盗版的猖獗就已经说明了该问题的严重性，而基于网络的非授权复制将更加难以控制。张五常曾经说：要买一个发明专利权的人，在算出这专利可赚的现值之后，他的律师很可能劝他把预算的收益减去2/3，作为未来可能产生的官司费用（张五常，1988：第170页）。在先进的复制技术面前，版权人依据现有的版权制度要取得更多的经济利益，就需要社会付出更多的保护成本，如律师费、诉讼费、调查费、监督费等等。目前国内涉及版权的诉讼呈现增长趋势，但是效果并不理想，这也说明了版权矫正其自身的外部经济效应已经越来越困难。在这种情况下，缩小合理使用的范围是不切实际的。事实上很多信息正在被无数的私人使用者无偿地使用着，而且成本的微小（即便卷入诉讼的可能性也是很小的）使他们宁愿担着侵权之名的威胁。在Napster案中，众多用户之间交换着MP3歌曲，且不论这些MP3自己是否经授权而数字化，单依据现有版权制度追究这些用户的侵权责任的成本之高昂连版权人都不得不放弃。即便版权人可以要求Napster网站承担间接侵权责任，但是随着技术的进步，连这点可能性都变得微小。目前的另一种新技术Gnutella(<http://www.gnutella.wego.com/>)已经作为一种支持分享各个连网电脑硬盘资源的网络协议(protocol)而存在，基于这个协议开发的各种不同的搜索软件都可以实现全面检索他人电脑硬盘资源的目的。这种搜索方式适用的文件类型更全面，而且没有人需要对这种协议负责，因此，即使版权人想提起侵权之诉都会因为找不到诉讼对象而无从下手（董颖，2001）。这一技术的产生又一次说明，在网络环境下维护传统的版权而禁止合理使用所需要的社会成本将大大超过其收益。

2. 新技术增长的社会财富的浪费

Napster网站的特色在于它本身并不存储MP3来提供下载服务，而是由注册用户自己来提供内容。用户通过将自己计算机上的一首MP3文件放入Napster的共享目录中，他就可以方便地与别人交换音乐，而且用户越多，可通过交换免费享受的音乐就越多，因而Napster的歌曲目录能够通过用户的互动而呈几何级数增长，从而吸引更多的用户，交换更多的歌曲。Napster的成功向我们展示了由技术推动社会财富迅速并大量增长的前景与思路。在这里，Napster将个人的自利行为与社会总体利益的增长结合到了一起，每个用户为了自己的利益而牺牲自己一部分几乎微不足道的私利，却能够促进公共财富的增长，因此，这种技术正好符合现实中增长社会财富的需求。如果说用户欣赏音乐是增加了社会精神财富，而且社会财富具有正的外部性，那么用户基于Napster的交换所增长的大量歌曲的欣赏可以说是公共财富的“大丰收”。此外，就整个社会而言，随着网络技术对创作民主化的推进，普

通公众都可能成为版权人,因此,版权法应该调整相应的游戏规则,在适当限制版权人的私利的同时推动社会公共财富的增长,从而推进社会的发展。可见,允许版权在网络环境下的扩张将抑制新技术带来的生产力革命所引起的社会利益的增长,社会将为此付出沉重的代价。

3. 公众利益的损失

在 Napster 网络版权合理使用之争中,也许损失最大的是公众和网络,难怪公众普遍支持 Napster 并且对法院的判决表示愤怒(董颖, 2001)。《法和经济学》一书中早已指出:“(在信息方面确定产权的)困惑在于:没有合法的垄断就不会有足够的信息生产出来,但是有了合法的垄断又不会有太多的信息被使用(考特等, 1994: 第 185 页)。”版权法的宗旨是平衡私人利益和公共利益,使私人收益率同社会收益率相等,才能达到均衡状态而使社会财富最大化。根据 Napster 案的判决,版权人的权利在网络上的扩张将限制用户通过网络交换音乐文件,如此强化版权人的垄断权利将有可能导致创造性产出的减少,如图 1。

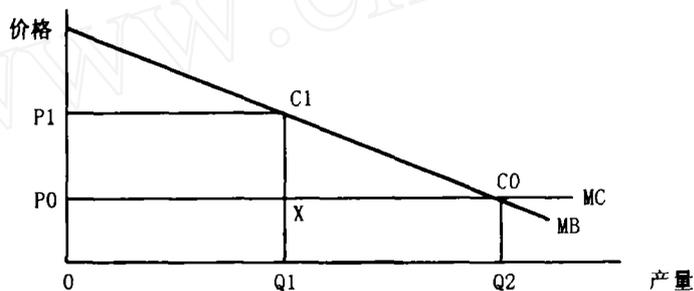


图 1

纵坐标是作品的价格,横坐标是作品的产量,MB 是作品的边际收益,MC 为作品的边际成本,由于版权是垄断性权利,所以版权人的边际收益线(MB)呈现递减趋势。在强化版权人的垄断地位之前,CO 是边际成本和边际收益相等处,在该点其收益最大,而此时知识产品的产量为 Q2,价格为 P0。在版权人地位加强后,由于垄断条件下需求曲线弹性小,因此在追求利润最大化的驱动下,版权人将会把作品价格提高到 P1,同时减少作品产量到 Q1(同时也是作品的使用量),从而导致社会净损失增加了 XC1C0 这块三角形。

4. 潜在的社会利益损失

同时,上文已经谈到市场的分段性,版权的扩张和垄断租金的维持将会把由于财力所限而边际购买意愿较低的消费者排除出市场,他们不能享受到知识所带来的精神财富,同时也扼杀了潜在的可以根据版权人的作品而创造出新的知识财富的可能性,这是一种潜在的巨大损失。网络的发展已经推动了创作的民主化,消费者可以根据现有技术创作出更多更好的复杂的产品,

而且当前越来越多的知识产品已经是“集体智慧的结晶”而非纯粹个人的功劳，因而强化对现有版权的保护将延缓新的创作的产生，降低社会财富增加的速度。随着网络的普及，通过 Napster 案对网络版权合理使用进行限制，将使“如此多的人要向如此少的人交纳如此多的钱”。因此，社会成本的增加使得公共利益和版权人私人利益之间不再平衡，在公众民主创作对社会财富的增加起着重要作用的今天，对版权人在网络上的权利进行限制是必要的，否则社会对知识资产的利用将是没有效率的。

此外，在本案中还涉及公民的言论自由和资讯自由的问题。当然，美国第九巡回上诉法院的判决仅要求 Napster 停止侵权，而非权利人所要求的停止服务，这是判决中值得称道的地方。这意味 Napster 软件将继续存在，但是否认了用户交换音乐文件是合理使用，并且 Napster 有义务协助防止侵权。在公众的言论自由，也可以说是公共利益的一种获胜之后，公众的另外一种利益——资讯自由没有得到应有的重视。在现代社会，公众有权利享受新技术所带来获取信息的便利与快捷，信息的公开非常重要以至于公众的自由权利不能屈从于私人的独占权（吴汉东，1996：第198页），尤其网络上的合理使用不能拘泥于传统版权法的规则，公共利益的保护会对整个社会产生正的外部性，Napster 已经显示了公众对于社会产品增长的力量，限制公共领域可能断送宝贵的创造源泉（薛虹，1999：第190页）。事实上，知识产品的使用量与知识创新量成正比，不允许合理使用将对社会收益造成严重损失。

5. 技术发展利益的损失

如果说，知识资产对生产和社会发展的积极意义促使了人们保护知识产权，那么，Napster 软件所提供的新技术也是值得我们去保护和促进的。所幸美国第九巡回上诉法院的判决推翻了地方法院的判决，仅要求 Napster 停止侵权，表明对 Napster 音乐传播模式的创新的肯定，并不想通过判决扼杀新技术的发展。但是，判决仍然坚持用户行为的非法性，要求 Napster 禁止交换受版权保护的而未经权利人授权的作品。这意味着 Napster 将对用户交换的文件审查以保证它们经过授权，否则将承担责任，这实际上仍然没有完全肯定 Napster 的技术价值并试图限制 Napster 的发展。由此，Napster 将从一个开放的文件共享体系转变为充分集中的控制体系，不仅增加了网站运营的成本，而且从根本上是违背网络开放民主的创新精神，失去了互动的网络将严重缺乏内容，不仅对公众的效用大大减少，从而使用户减少，而且影响到该公司的收益以及整个技术的发展。事实上，Napster 只是一种新的技术，通过这种技术能够实现用户的互动并且增加共享的资源，从而使得每个用户成本最低而效用最大，也就是消费者或公众利益最大化，它必将有利于社会的发展。这种技术应该给予鼓励，然而法官却要求它间接承担起保护传统版权的重任。这在网络环境下实际上是不可能的，白白浪费资源，而且会限制技术的发展。传统版权保护的外部性使得权利人无法具体追究侵权人责任，从而转为追究技术的间接侵权责任，这是既得利益者不择手段保护自己利益

的行为,实际上是阻碍了技术的发展,将给社会带来巨大的损失。因而,法律应该限制版权人的权利扩张。而且,社会是一个互动的有机整体,法官对于 Napster 案的处理会影响到整个网络行业的利益和发展。网络已经成为新经济的重要力量,而阻碍网络服务商对于新技术的采纳,受害的除了公共利益,还有网络的发展,最终是整个社会发展的延缓和社会利益的减损,这样的代价是十分昂贵的。

从本案的分析可以看出,网络环境下限制合理使用的受益人只是既得利益的版权行业,而社会为此付出的成本远远超过其社会收益。按照帕累托最优原则,效益的提高必须对双方都有利,以损害某一方利益为代价来改善另一方的方法实质上是没有效益的。版权人在网络上权利的扩张对他方和社会利益的损害已经超过了合理的限度,因此判决强化网上版权人权利、否定合理使用是没有效率的。当然,相应的,有人会指出合理使用导致的版权人的利益受损和补偿问题。基于合理使用是自由、免费的使用,人们一般认定该制度是版权人权利的让渡,而且对其利益造成了损害。其实并非完全如此,合理使用对版权人也有利的。正如德国贝塔斯曼公司在其下属公司结盟 Napster 后所言:文件共享服务为音乐作品提供了理想的营销平台,提高了艺术家们在公众当中的知名度。而调查公司 Jupiter 的报告表明:采用 Napster 进行音乐交换的客户会增加对音乐产品的购买而不是减少购买,因此报告认为 Napster 实际上是一种新的推广方式(董颖, 2001)。而且这样的方式也有利于消费者做出最优的选择,是符合社会利益的。因此,将用户行为确认为合理使用是符合帕累托最优原则的。

其实,即便公众合理使用,版权人在网络下的利益并不是岌岌可危的,他们的利益还是有保障的。首先,由于存在电脑硬盘的 MP3 不容易携带,磁带、CD 等传统音乐存储设备受严格的版权法保护,还是有很大市场的。因此,版权人的经济利益还是很大的;其次,作者等版权人可以自己直接在网络上首次发行音乐,现在的技术能够使人们付费下载,从而在网上获取经济利益以补偿其成本;再次,根据布雷耶法官的论证,不受管制的市场对于创作性的产品并不像标准理论那样说的无效率,所以授予版权垄断和使之延伸到创作活动新类型的理由是没有说服力的。他的分析提出了“时间领先”理论。因为原版比盗版先到达市场,版权人可以利用自己的发行网络优势在盗版之前占领市场,而盗版者如果要削弱原版的优势必须行动迅速,这当然会增加成本,因此,盗版者不存在所谓成本优势(考特等, 1994: 第 193-195 页)。尽管这一说法不能解释所有的情况,但是它的确是有道理的,在一定的情况下也得到了证明。其实,盗版的猖獗本身也说明了版权人的垄断利润过高。在当前全球化的市场下,知识产品的消费数量是巨大的,而复制产品又是非常容易的事情,因此,如果版权人愿意在生产效率的提高和需求的生长下适当降低产品的价格,才是真正增加利润的手段。事实上,人们并非必须购买盗版,购买盗版或自己复制也是要付出成本的,在很多情况下是被垄断价格排

除在市场之外后不得以的手段。所以，在网络上版权人进行权利扩张是知识产品无效率使用的原因之一。

所以，在 Napster 案中法官的判决并没有正确考虑其导致的经济后果，如果只是机械地认为版权受到绝对保护或屈从于利益团体的压力而做出判决，对社会财富的增加和社会进步是不利的。本案应该限制版权人在网络上权利的过度扩张，确认公众的交换行为是合理使用，以促进知识的传播和使用，增加社会收益。同时，对于唱片公司和 Napster 而言，二者私下通过谈判，进行合作是最有效率的，因为这样双方都能够从交易中获益。唱片公司或作者可以授权 Napster 用户交换使用其作品，而同时 Napster 也起到为其作品宣传的作用，增加销量，不论怎样，私人间的合作是最有效率的，但是在版权的私人领域中必须划出一部分“公共领地”，否则将导致利益的失衡和社会效率的弱化。

四、Napster 案的启示：网络环境下版权合理使用的辩护

从 Napster 案可以看出，网络技术的发展对于传统版权法的冲击是革命性的。网络不是不保护版权人的利益，而是必须给予网络下版权合理使用的必要空间，而且随着技术的发展，这个空间应该越来越大。其实，“合理使用这个概念的深层含义意思就是经济竞争”(刘茂林，1996：第 242 页)，因此，网络下的合理使用制度必须以维护经济效率为指引。本文通过案例分析了网络环境下实行合理使用制度的好处，实际上，这个制度就是要协调版权人的利益和公众利益，并且矫正版权自身的实施所带来的外部性。在网络环境下，版权人的利益和公众利益的冲突更加明显，因为公众可以借助技术更为方便地接触信息，而版权人想借助技术扩展其利益，双方的利益冲突是必然的，从而将合理使用制度作为平衡器在网络环境下实施将更有必要性(如图 2)，而不是像版权人主张的所谓网络没有合理使用的空间。

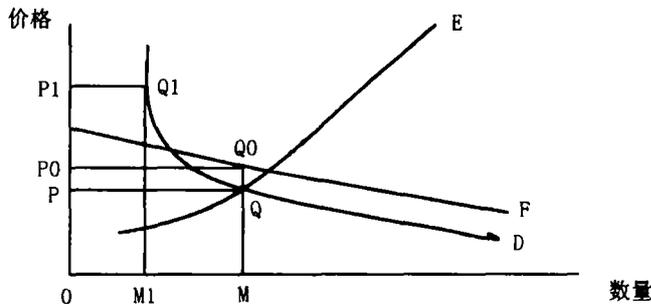


图 2

图中，横坐标表示某知识产品的使用者数量，纵坐标表示其价格，知识产品生产者的私人收益为价格和数量的乘积。假定生产者的私人成本为 $OMPQ$ ，

而曲线 D 为该知识产品的需求曲线, 曲线 E 为供应曲线, 曲线 F 是版权人的边际收益。在完全竞争的市场里, Q 点是边际成本与边际效益平衡点, 产品的价格为 P。但是, 由于知识资产的公共性使得维护产品的成本很高, 因此, 单纯按照竞争市场的交易, 则在 D 上任何一点, 知识产品的生产者的私人收益都可能低于其私人成本, 如 $OM_1P_1Q_1 < OMPQ$, 而只有在 Q 处的值最大。但是这样, 生产者没有利润, 而且还可能付出交易成本, 因而权利人不会将产品出售, 将造成社会信息的供应不足。因此, 在版权制度下, 权利人处于垄断地位, 他可以将价格提高到 Q_0 , 而由于对信息的需求很大, 弹性较小, 因此, 权利人可以得到 PQP_0Q_0 的垄断利润, 于是他愿意向社会提供知识产品, 从而促进社会知识生产的繁荣, 增加社会的效益。也就是说 PQP_0Q_0 是社会为了弥补知识生产自身的“不足”而向权利人支付的成本, 这个成本是社会发展必须的, 也是法律所应该保护的。但是, 这个垄断利润必须是合理的, 不能没有限制。在 P_0 适当的情况下, MQ_0 这点就是公共利益和私人利益的分界线。在这点上, 社会利益和公共利益相等, 超出这一点社会成本就超出了社会收益, 导致经济的负增长(刘茂林, 1996: 第 237 页)。

所以, 在版权人的收益已经足以弥补其成本并且能够让他得到合理的利润以激励更多创作的时候, 版权人的权利就不能再超出社会利益允许的范围了。事实上, 任何创造活动不能脱离已有的精神财富, 因此每一个创作者为了创作而合理使用他人的作品, 同时也允许后一个创作者合理使用他的作品, 这将大大增加社会的知识财富。同时对于他个人而言, 其成本收益也是平衡的, 因为他自己创作时是“收入”, 而这部分收入在允许他人利用时“支出”了。相反, 如果不允许合理使用, 也许对于一个创作者而言, 他的成本与收入仍然平衡, 因为他可以先支出成本取得授权, 然后向后一个人出售自己的作品以换得收益。但是, 对于社会而言, 后一种的成本必然增大, 因为必然有人因为一开始不能取得授权而无法或者延缓创作, 而且前一个创作者还必须防止他人的非法复制而支出社会成本。所以, 对于社会而言, 也必须允许合理使用。这样一来, 每个人在创作时都可以合理利用他人的劳动成果。因此, 一味地追求私人利益也为社会所不允许。

从历史上看, 伴随着每一次技术革新, 合理使用的范围都是不断扩大的(张平, 2000: 第 96 页), 这实际上是技术导致权利人越来越难以控制信息的传播, 信息产品的“公共性”不断暴露的结果。本来版权就是国家将公共性的产品私有化, 但它具有与生俱来的外部经济性, 当这一外部性已经达到难以矫正的时候, 信息可能真正成为公共产品(刘茂林, 1996: 第 138 页)。也许这一天还比较遥远, 因为社会知识生产还不是很发达的时候, 信息成为公共产品是不可能的, 但是, 网络技术的发展已经向我们展示了这种可能性。由于网络数字化的特性, 一般人可以轻易地、极廉价地进行作品的复制、修改等行为, 而且网络的功能在于信息的传播, 因此, 完全制止传统观念中的侵权是不可能的, 而且也是不应该的。要保护版权人的利益社会将承担极高的

成本，而且对于提高社会效益没有益处。一个信息一旦上网，就很难控制它的传播。版权人的利益不可能像在传统技术下得到严格的保护，获取那么多的利益，随着技术的不断发展，作品就像天气预报一样成为公共产品，版权自身的外部性将导致其自身不复存在。对于我们讨论的合理使用制度而言，那也就是版权合理使用制度的最大化和私人领域的最小化。当然，在目前的技术水平上，在传统技术产品与先进技术产品并存，而且前者还占有数量优势的情况下，版权的私人领域将保持优势，但是网络上合理使用范围将随着版权外部性的增加而扩大。

五、结 论

总而言之，在网络环境下，数字化的传输方式带来了信息交流的便捷，社会总体技术力量量的发展，已经使得创作的物质和精神成本大大降低，版权人所获得的利益有很大部分也来源于这一技术进步。因此，私人利益的获取将不能不顾及公众的利益。版权控制成本的高昂、促进技术进步的必然要求以及公众利益等因素都决定了合理使用制度必须在互联网的版权制度中占有一席之地。而且除开MP3、电影的公众消费应该被列为合理使用之外，互联网上的在线教育、学术论坛、数字图书馆等与人类文化知识的传播密切相关，即与知识的再生产和社会公共利益密切相关的网络功能，都应该适当限制版权人的权利，允许合理使用。只有这样，知识的利用才能实现最大化，同时也会促进知识的进一步增加。

所以，在网络中，技术的发展要求合理使用的扩大，要求公共领域的加强，而版权在网络中的膨胀将会导致资源的浪费和社会财富的减少。对法律而言，尽管它总是落后于技术，但是技术最终还是要受到法律的调整。然而，在技术从物质生产上提高效率的同时，法律规则也必须符合增大整个社会的福利与促进经济效率的原则。就网络合理使用的具体问题而言，通过以上的分析，法律不应该再停留在传统的规则上，而是要及时地针对新技术做出调整，以经济利益的分析为基础，合理地限制版权人的权利，扩大合理使用的范围，以便更好地利用社会知识，实现私人利益和社会利益的均衡与最大化，推动整个社会的进步。

参考文献

- [1] 波斯纳，《法律的经济分析》，北京：中国大百科全书出版社，1997年。
- [2] 布鲁斯·金格马，《信息经济学》，马费成、袁红译，太原：山西经济出版社，1999年。
- [3] 崔立红，“版权 vs 网络：Napster 化会成为可能吗”，《电子知识产权》，2000年第11期，第39—44页。
- [4] 董颖，“RIAA 诉 Napster 侵犯音乐版权案分析”，《知识产权》，2001年第2期，第46—48页。
- [5] 荷尔曼·科恩·捷奥拉姆，“合法与非法的复制”，《法学译丛》，1987年第5期。

- [6] 李洪武, “关于公共借阅权之成本收益分析”, 《电子知识产权》, 2001年第1期, 第49—53页。
- [7] 李希光、韩松, 新华社电讯: “国际图联说: 版权保护不应阻碍信息的传播和流通”, 1996年8月27日。
- [8] 刘茂林, 《知识产权法经济分析》, 北京: 法律出版社, 1996年。
- [9] 考特等, 《法和经济学》, 张军等译, 上海: 上海三联书店上海人民出版社, 1994年。
- [10] 科斯, 《社会成本问题》, 载《财产权与制度变迁》, 上海: 上海三联书店, 1994年。
- [11] 马章凯: “MP3 免费时代的终结”, <http://www.chinlawinfo.com/research/academy/details.asp?lid=167>
- [12] Patterson, Ray and Lindberg, Stanley, *The Nature of Copyright: Law of users' Right*, The University of Georgia Press, 1991.
- [13] Patry, William, *The Fair Use Privilege In Copyright Law*, Washington D. C: The Bureau of National Affairs, Inc, 1986.
- [14] 吴汉东, 《著作权合理使用制度研究》, 北京: 中国政法大学出版社, 1996年。
- [15] 薛虹, 《网络时代的知识产权法》, 北京: 法律出版社, 2000年。
- [16] 薛虹, 《因特网上的版权与有关权保护》, 郑成思主编, 载《知识产权文丛》第一卷, 北京: 中国政法大学出版社, 1999年。
- [17] 游刃: “Napster 背后的隐忧”, <http://www.chinalawinfo.com/fzdt/jdft.asp?code=144>
- [18] 张平, 《网络知识产权及相关法律问题透析》, 广州: 广州出版社, 2000年。
- [19] 张五常, 《卖桔者言》, 成都: 四川人民出版社, 1988年。

Fair Use of Copyright in the Environment of the Internet: A Perspective from Law and Economics

NAN ZHANG

(*Peking University*)

Abstract The fair use system in the copyright law reflects the relationship between the author, distributor and the public, whose development in the environment of the Internet may be proved very significant to the improvement of technology and the society. This article analyzes the rationality and boundary of the fair use system of the Internet from the perspective of law and economics. It draws the conclusion that it is social optimal for the law to put proper limitations on the privileges of the copyright owner and guard the interests of the users.

JEL Classification K11, K49