

思想/表达二分法的检讨

李雨峰*

Reflection on Idea/Expression Dichotomy in Copyright Law

Li Yu-feng

内容摘要:直到19世纪末,“思想”与“表达”才作为对立的范畴加以使用。作为版权法的一项基本制度,思想/表达二分法反映了私法上的机会平等要求,它给所有的人提供了独立创作的机会。同时,它还缓解了版权与信息自由之间的紧张关系。并不是所有的表达在任何时候都能够进入私权领域。“思想”与“表达”之间的界限是模糊的,隐喻性的,它并不是一个预先将某个作品置于公共领域或者作者专有权之内的原理,而是一种事后描述。在实践中,不应把思想/表达二分法视为一个教条。

关键词:二分法 平等 表达自由 表达的私有 隐喻

Abstract: Idea had not been contrasted with expression until the end of the nineteenth century. As a fundamental copyright system, idea/expression dichotomy represents the parties' equality as authors entitled to their own expression. In addition, the dichotomy serves as a safety valve of copyright-free speech dilemma.

* 李雨峰,法学博士,西南政法大学副教授。E-mail: dryufeng@hotmail.com

All expression can not be privatized at any time. Idea/expression is vague, elastic and metaphorical, it is not a perfect doctrine which could be used predictably to decide whether to put a particular work into the public domain or not, but only an ex post facto characterization. The dichotomy should not be used as a doctrine.

Key words: dichotomy equality freedom of expression ownership of expression metaphor

一、引言

思想/表达(idea/expression)二分法是版权法上的一项基本制度。它意味着版权法只保护作者具有独创性的表达,而对于思想,无论是否具备独创性,都不予。这一二分法构成了现代版权法上的一个格言^[1],其宗旨被认为是划定了版权保护的客体与公有领域之间,以及版权保护的客体与专利权保护的客体之间的界限。^[2]自该制度创建以来,诸多判例对之未加质疑地适用。^[3]

然而,在理论界,这一制度一直伴随着批评的声音。早在20世纪20年代,就有学者断言这一二分法既不合理也不易于判案。^[4]四十年后,另一位学者指出,思想/表达二分法在处理作品的创作过程时并无实际意义,事实上,它是一个“语义的和历史的谬误。轻则它会导致司法专横,重则会导致实质不正义”。^[5]尽管如此,这一二分法似乎仍备受青睐,它不仅出现在法庭上,还在制

[1] 在版权史的早期,并没有思想/表达的二分法,也没有对表达的独创性要求,直到1911年,独创性的要求才在制定法上得以体现。参见 Kevin Garnett, Jonathan Rayner James and Gillian Davies, *Copinger and Skone Jones On Copyright*, Sweet & Maxwell, 1999, p. 106; John Feather, *Publishing, Piracy and Politics*, Mansell Publishing Limited, 1994, cha. 1.

[2] Julie E. Cohen etc, *Copyright in a Global Information Economy*, Citic Publishing House, 2003, p. 90.

[3] 该制度最早由美国法院确立,因此,起初适用这一制度的判例主要是英美国家的案件。在世界范围内被确立以后,其他国家也开始在判案时引用该原理。在我国,有学者认为,1990年北京市西城区人民法院审理的“李淑贤、王庆祥诉贾英华侵犯著作权案”就运用了这一原理,而2006年北京市第二中级人民法院审理的“王天成诉周叶中、戴激涛、人民出版社侵犯著作权案”,则在判决书中直接写明“著作权法保护的是思想的表达形式,而非思想本身”。参见郑成思(主编):《知识产权案例评析》,北京:法律出版社1994年,页2—7;《北京市第二中级人民法院(2006)二中民初字第06122号民事判决书》, <http://www.dffy.com/sifashijian/wa/200607/20060721205003-3.htm> (最后访问2007年3月21日)。

[4] Charles Collins, “Some Obsolescent Doctrines of the Law of Copyright”, 1 *S. Cal. L. Rev.* 127(1928).

[5] Libott, Round the Prickly Pear: “The Idea-Expression Fallacy in a Mass Communications World”, 14 *UCLA L. Rev.* 735(1967).

定法条文中占有一席之地,被称为“不死的神话”。〔6〕或许这并不奇怪,一如有的学者所说,“它太笼统,很难用于具体的案件”,因此,“它并不是一个预先(重点为引者所加)将某个作品置于公共领域或者作者专有权之内的原理,而是一种事后(重点为引者所加)描述,用于证明在其他更具体的事实上所得出的结论。因此,如果某个案件判决构成了侵权,作品就被认为是可予保护的表达;如果判决没有构成侵权,作品就被认定为思想”。〔7〕

一方面是实践中的长驱直入,另一方面却遭遇来自理论界的严厉批评,这就是思想/表达二分法的当前命运。这一二分法真的是“不死的神话”吗?它关涉什么样的命题?有没有比它更好的替代制度呢?本文试图通过梳理其起源、内涵以及与平等、信息自由之间的关系来检讨它的有效性。笔者的分析将表明,思想/表达二分法隐含着平等精神,它在一定程度上平衡了版权与信息自由之间的紧张关系。但思想/表达的内涵是隐喻性的、不确定的。这样,当论者们对诉争对象给予保护而归入独创性的“表达”或者对诉争对象不给予保护而归入“思想”时,他们关注的不是知识的真与伪问题,而是法律概念或关键词。〔8〕为此,有的学者建议在实践中把思想/表达二分法作为最后的选择,而优先适用版权法上的其他制度,如独创性、实质类似、合理使用等。〔9〕但笔者认为由于这些概念同样存在着模糊性,其选择未必合理。本文的态度是,尽管由于制度转换的高成本,我们不应放弃思想/表达二分法这一原理,但在实践中没有必要把它作为一个僵死的教条,更没有必要把任何不包括的对象都归结为“思想”;把保护的对象限定为“表达”。在此基础上,笔者提出了实践中的具体操作建议。

二、思想/表达二分法的缘起

卡多佐曾经指出,“某些法律概念的研究之所以有它现在的形式,这几乎完全归功于历史,除了将它视为历史的产物外,我们便无法理解它们”〔10〕,这一认识暗示了知识的累积性。正是在这个意义上,波斯纳指出,法律是最“依赖

〔6〕 Steven Ang, “The Idea-Expression Dichotomy and Merger Doctrine in the Copyright Laws of the U. S. and the U. K.”, 2 *Int'l J. L. & Info. Tech.* 111(1994).

〔7〕 Edwards Samuels, “The Idea-Expression Dichotomy in Copyright Law”, 56 *Tenn. L. Rev.* 324(1989—1990).

〔8〕 侯猛:“最高法院司法知识体制再生产”,《北大法律评论》(第6卷第1辑),北京:法律出版社2005年,页135、141。

〔9〕 Edwards Samuels, 同前注〔7〕,页462—463。

〔10〕 本杰明·卡多左:《司法过程的性质》,苏力译,北京:商务印书馆1998年,页31。

于往昔”的、尊崇传统、先例、谱系、古老文本、古代术语的学科。^[11] 按此思路,为了准确把握思想/表达二分法的意义,我们便应当穿透时间的迷雾,去发掘它的最初形式。

从语源上看,“思想”(idea)这一概念可以追溯到希腊语 *idaea*,其最初的意思为“看见”(seen)。传统解释认为,“思想”(哲学上将 *idea* 译为理念)最初用于解释诸如三角形这样的几何形式。“我们在纸上看到的三角形其实只是接近于真正的三角形,后者要通过抽象的几何规则来界定。”^[12] 在柏拉图看来,“思想”和具有规定性的物体不同,它并不存在于具体的时间和空间,永恒而无休止。相应地,我们也不能通过感官来理解“思想”,而必须借助沉思过程。这样,柏拉图的理论里,就出现了智思世界(intelligible world)和感官世界(sensible world)两个领域。有学者认为,这一划分对应了现代版权法上的思想/表达二分法,而柏拉图有关思想永恒而无止的理论就为版权法上“思想应如空气那样自由,没有人能对它主张所有权”的认识提供了基础。^[13] 亚里士多德不同意柏拉图的看法,他并认为“思想”是永恒的、无休止的,他不相信柏拉图所谓的“思想”是绝对的实体。相反,他认为“思想”(idea)只是“形式”(form)的一种,其目的在于简化外在物的实现过程。为了在智思世界与感官世界之间架设一个桥梁,他更愿意使用 *eidos* 这个词。^[14] 在从形式到外在物的实现过程中,亚里士多德提到了“可能性”(potentialities)这个概念。“雕刻艺术品在其现实化以前,其形式只存在于艺术家的心中,这时它只是隐藏在大理石或者涂料中的一种可能性(potential),之后,雕刻艺术品才作为加工过程的感官的终极因表现出其智思形式。”^[15] 正是这个可能性概念以及亚里士多德所运用的演绎方法为我们解释现代版权法上的思想/表达二分法提供了一把有用的钥匙。^[16]

显然,在与“表达”对应之前,“思想”这个范畴已经有了很长的历史。但它仍是作为二分法的一极而存在的。先哲们能够对整个世界进行二分,我辈不能对其他的东 西,比如一本书,进行二分吗?这正是后代学人思考的问题。到18世纪,这一问题终于有了答案。在那个世纪的下半叶,德国的塞拉较早地注意

[11] 当然,波斯纳对历史研究的方法是批判性的,在他看来,很多情况下人们对古老知识、古老文本的膜拜仅是一个面具,他们真正的目的是为当下制造一个合理的理由。参见理查德·A. 波斯纳:《法律理论的前沿》,武欣、凌斌译,北京:中国政法大学出版社2003年,页149。

[12] Philip. P. Wiener(ed.), *Dictionary of the History of Ideas; Studies of Pivotal of Ideas* (2), New York, 1973, p. 542.

[13] Amaury Cruz, “What’s the Big Idea Behind Idea-Expression Dichotomy”, 18 *Fla. St. U. L. Rev.* 226(1990—1991).

[14] 尽管 *idaea* 和 *eidos* 这两个词都与希腊语“看”(to see)有关,但 *eidos* 更侧重“看”这个动词的对象,与其对应的英语单词为 *form*(表象、形式)。

[15] Philip. P. Wiener, 同前注[12], 页544。

[16] Amaury Cruz, 同前注[13], 页227。

到了作品与构成其内容的社会事实或事件的区别,他认为后者并不能成为所有权的客体,作者也不能排除第三人对作品内容的自由利用。18世纪末,另一位德国学者费希首次将哲学上的“形式”与“素材”概念引入作品之中,指出作品应与把它物化的书籍相区分。同时,作品本身又可以分为“思想内容”和“思想的表现形式”两个部分。作品的“表现形式”应归作者而具有所有权,而作品的“内容”则在作品公开发表以后脱离作者之手而成为公众的共有物。^[17]现代的学者更是从逻辑上把一个作品的创作看做是“从无形变为有形,从抽象到具体”的若干过程。“思想,最初抽象而模糊。面临描述的思想已是构思阶段。构思是为思想和情感寻找具体形式的过程,是相对清晰的思想,与被描述出来的对象在结构上是对应的。但它始终还处于主观世界,是‘胸中之竹’。创造是一种实践活动,是思想与表现的中间环节,是通过描述,将构思的‘胸中之竹’转化为‘手中之竹’的过程,是主观向客观的桥梁。构思一旦被描述出来,就成为客观具象的形式,成为知识。法律保护及于被描述的表现,不延及所描述的思想或者情感。……这个原理的确立源于思想和情感与表现的本质区别。”^[18]

在司法中,早期的法官在审理版权案件时,并没有将思想与表达对立起来。在1769年英国的那则著名的判例中,持不同意见的叶茨(Yates)法官指出:“思想是自由的。但当作者将它们限制在其论文中时,这些思想就像笼中鸟。除了作者,没有人能够将这些笼中鸟放飞。在作者认为适于公开以前,这些思想一直处于他的控制之下。”^[19]而该案的主审法官曼斯菲尔德(Mansfield)把版权描述为“印刷一些思想或者思维方式的无体权利,这些思想或者思维方式以语词、句子和各种表达方式来传达”。^[20]按此,版权既在思想之中,也在表达之中。它们都是作者的智力创作成果。显然,叶茨和曼斯菲尔德关于思想的认识是亚里士多德主义的,他们都不相信思想是永恒的实体,而更愿意把它视为人类的创造。在1845年的一则判例中,斯托里(Story)法官指出:“每个作者都对书中材料的计划、组织、安排以及阐述主题的方式享有版权,只要这本书的内容(substance)是新的、原创性的。”^[21]而在1869年的另一则判例中,主审法官表达了同样的看法。^[22]显然,那时的法官并没有将思想与表达作为对立的范畴,更没有把它们对应于版权保护与不保护的领域。较早将思想与表达对立使用

[17] 转引自吴汉东、王毅:“关于版权‘保护思想的表现形式’理论的辨析”,载《版权》1991年第3期。

[18] 刘春田:“知识产权解析”,载《中国社会科学》2003年第4期。

[19] Millar v. Taylor, 98 Eng. Rep. 242 (K. B. 1769).

[20] 同前注, p. 251.

[21] 8 F. Cas. 615 (C. C. D. Mass. 1845).

[22] 8 F. Cas. 58 (C. C. D. Mass. 1869).

的版权案件出现在 1883 年,在该案中,法庭把作品界定为“包括各种各样的著述、绘画、雕刻、蚀刻(etching)等,它们把作者心目中的思想给予有形的表达”。^[23] 这种界定暗示了思想与表达是两种不同的实体,表达只是思想的外现。

目前被认为的较早阐发思想/表达二分法的著名判例是 1879 年的“Baker v. Selden”案。在该案中,布拉德利(Bradley)法官讨论了记账方法(the method or system of book-keeping)的保护问题。他指出,以记账方法为主题的书籍是版权法保护的主体。但是,这种保护只能延及书籍,而不延及记账方法本身。他认为科学真相和技术方法是整个世界的公有财产,任何人都可以以自己的方式对之进行表达、解释、使用。正是在这里,联邦最高法院对专利权和版权保护的领域进行了区分,前者保护的是记账方法这种技术,其目的在于使用;后者保护的是对记账方法的表达,其目的在于解释。^[24] 值得注意的是,尽管本案经常被认为是思想/表达二分法的正式起源,但法官并没有明确思想与表达这两个范畴的区别。在学者们和法庭经常引用的另一个支持思想/表达二分法的案例中,法庭指出:“版权法授予的权利并不是对某些词使用的权利,因为它们属于人类的共同财产,就像空气和阳光一样,不能归为私人所有。版权也不是对思想本身(alone)的权利,因为缺乏交流手段,除作者之外,没有人知道它的价值。相反,版权是对词汇组织安排的权利,借此作者表达了他的思想。……这种财产权的对象是作者著述中词汇的顺序(order),不是词汇本身。这些词汇是文章的元素,在它们被结合起来以前不能被专有。这种财产权的对象也不是词汇所表达的思想,它们只存在于心中,不能被专有。”^[25] 同样,法官也没有明确将思想与表达对立起来,并将其视为版权保护领域的分界线。目前的研究表明,明确确定思想/表达二分法并将之对应于版权保护范围的是 1894 年的一个英国判例,在该案例中,法庭直截了当地指出:“……版权不延及思想、方案、原则、方法,它只限于表达,如果没有复制表达,就没有侵害版权。”^[26] 之后,美国著名的大法官霍姆斯和汉德都在相应的案件中阐述过这一原理^[27],而且汉德法官还提出了著名的“抽象检验法”。^[28]

版权法不仅不保护思想概念范畴之类,当思想与表达密不可分之时,或者说,当某种思想观念只有一种或者有限的几种表达时,版权法不仅不保护思想,而且也不保护表达。在 1971 年的 *Herbert Rosenthal Jewelry Corp. v. Kalpakian*

[23] 111 U. S. 58 (1883).

[24] *Baker v. Selden*, 101 U. S. 99 (1879).

[25] *Holmes v. Hurst* 174 U. S. 82 (1899).

[26] 3 Ch. 420 (1894).

[27] 222 U. S. 55 (1911).

[28] 282 U. S. 902 (1931).

案中,法院指出,“当思想与表达不可分离时,就不能阻碍对该表达的复制。”^[29]“在这种情况下,他人为了表述同样的思想观念,只能使用第一个人使用过的表述,或者只能使用与第一个人使用过的表述基本相似的表述。这样,保护该思想观念的唯一的或者有限的表达,等于事实上保护了该思想,这叫做思想观念与表述的合并。”^[30]

显然,思想/表达二分法并非自古既有,它源于柏拉图的智思世界与感官世界的二分。思想最初作为永恒的实体,后来才被理解为人类的传造物。在司法中,“思想”最初也不是与“表达”对立使用的,即使在那个被普遍认为是思想/表达二分法之正式起源的“Baker v. Selden”案中,法官也没有明确地将“思想”与“表达”对立。只是到了19世纪末,英国的一则判例才明确了这一二分法。之后,这一二分被法官视为判案的格言,并在美国1976年版权法第102条(b)款得到了法典化。按照《保护文学和艺术作品伯尔尼公约指南》的解释:“思想本身是不受版权保护的。……这一思想一旦被阐述或表达出来,就存在对借以表现这一思想的文字、符号、线条等的版权保护。换句话说,能受到保护的是表现形式而不是思想本身。”^[31]这一原则也在1994年4月通过的世界贸易组织《与贸易有关的知识产权协议》(TRIPS)和1996年12月通过的《世界知识产权组织版权条约》(WCT)中有所体现。^[32]

三、思想/表达与机会平等

为什么不保护思想?这要从版权本身的性质说起。版权是一种基于作品而产生的权利。但版权本身不是物、不是作品;相反,它是一种基于作品而产生的人与人之间的关系。法律理论上,权利都对应于一定的义务。无论是私法的绝对权还是相对权,就内容而言,它保护的是权利主体的利益;就权能而言,它反应的是人与人之间的一种关系。一如康德告诉我们的,作为一种人与人之间

[29] 446 F.2d 738(1971).

[30] 李明德:《美国知识产权法》,北京:法律出版社2003年,页139。

[31] 《保护文学和艺术作品伯尔尼公约指南》,刘波林译,北京:中国人民大学出版社2002年,页12。

[32] 参见TRIPS第9条(2),WCT第2条。需要注意的是,《保护文学和艺术作品伯尔尼公约》和TRIPS以及WCT有关思想/表达的用法并不完全一致,前者的表述为idea/the form of expression,而后者的表述为idea/expression,按照中文的通常译法,前者一般译为思想/表现形式,后者译为思想/表达,据此,有学者认为,使用idea/expression(思想/表达)更为准确。尽管如此,一个共同的结论是,属于思想领域的东西不属于版权法的保护范畴,其原因在于:第一,用版权法保护思想会导致思想的垄断,阻碍人类文明的发展,这有悖于版权法的立法本意;第二,由于思想是个人头脑中的思维活动,用版权法保护思想无法确定保护时间的起点;第三,通过这一原则,可以基本上划分版权与其他权利之间的分界线。参见郑成思:《版权法》,北京:中国人民大学出版社1997年,页41—48;姚红:《中华人民共和国版权法释解》,北京:群众出版社2001年,页54—55。

的关系,财产权不能从人对物的单边的行为(如劳动)中推延而来。^[33] 按此,从权利的角度看,版权反映的就不是作者与作品之间的关系,而是作者与他人之间的关系。概言之,它侧重的是人与人之间的主体间性(intersubjectivity)。这种主体间性既包括作者与后续作者之间的关系,也包括作者与公众(包括其他作者)之间的关系。就作者与后续作者之间的关系而言,思想/表达二分法将思想置于公共领域,而给了不同的作者重新表达的机会,充分体现了现代私法要求的机会平等精神。就作者与公众之间的关系而言,思想/表达二分法侧重的是表达的私有与公众接触信息之间的不同向度,构成了版权法与信息自由之间紧张关系的安全阀。

著作权法不保护思想的一个原因在于,思想并没有把作者置于与他人的交流之中,没有反映主体间性。一个作者,既是一个思想者,也是一个表达者,没有表达,没有交流形式,思想就永远处于作者的个体范围之内。在这个意义上,版权法不保护思想的理由在于:只有借助于表达这样的交流形式,作者的内在情感才能外显,才能体现作者的个性。这也就是美国版权法要求作品必须固定在一定的介质上的原因。^[34] 如果说当思想处于作者一个人的内心世界时不受保护是因为对赋予其权利无法反应主体间性,或者用一个显白的话说,是因为无法确定保护的对象,那么当思想表达出来以后,如果另一个人的作品利用了他的思想,版权法为什么不予禁止呢?答案在于思想的普遍性。在著名的 *Nichols v. Universal Pictures Corp.* 案中,汉德法官有一段被经常引用的话:“当越来越多的枝节被剔除出去以后,留下的是大量的适合于任何作品,尤其是戏剧的具有普遍意义的模式。最后剩下的可能只是有关作品内容的最一般讲述,有时,甚至唯有作品的标题。这一系列的抽象在某一点上不再受到保护,否则作者将会阻止对其‘思想’的利用。”^[35] 这样,汉德法官就把思想与表达之间的划分转化为普遍性与特殊性之间的划分,在他看来,太普遍的东西,如原型、通用情节、人物、场景、不值得保护。

不保护思想的另一层含义意味着不同的人都可以就相同的主题、思想重新进行描述,只要这种表述具有原创性或者独创性,是作者独立创作的。首先,原创性或者独创性表明表达来源于作者,而不是属于作者。因为,如果一个表达属于作者,那么他人就同样的思想而独立创作的相同的表达也构成了侵权。^[36]

[33] Immanuel Kant, *Metaphysics of Morals*, Cambridge University Press, 1996, pp. 49—86.

[34] 我国的《著作权法》并没有要求作品固定化的要求,口头作品也可以受到版权保护的条件的。事实上,口头作品也是表达的结果。美国版权法之所以要求作品必须固定在一定的介质上,还考虑了取证的方便。

[35] 王春燕:“作品中的表达与作品之间的实质相似”,载《中外法学》2000年第5期。

[36] Abraham Drassinower, A Right—Based View of the Idea/Expression Dichotomy in Copyright Law, 16 *Can. J. L. & Jurisprudence* 13(2003).

显然,独立创作暗示的是,他人就相同主题或者思想进行表达的权利。在这个意义上,版权保护的不是一般的物,而是表达,或者更严格地说,是作者与其表达之间的那种关系。这种关系不仅存在于先前的作者与作品之间,也存在于表达了同样思想的后续作者与作品之间。显然,就同一思想允许不同的表达,它反映的是私法上的机会平等要求,是一种亚里士多德式的从形式到实体的可能性。这意味着,在作者资格上,人人地位平等。独立创作的要求还表明,一个人对其表达的权利受制于他人就其表达的同样的权利。先前作者只有在他不侵害后续作者对其表达的权利的基础上才对自己的表达享有权利;反之亦然。这意味着,如果先前的作者对其表达有资格享有权利,后续作者具有同样的资格。确切地说,在一个以平等为前提的世界里,如果先前作者对来源于他的表达主张版权,他就不能否认后续作者对来源于自己的表达主张版权,即使来源于后续作者的表达恰巧与他的表达相同或者实质类似^[37]。显然,思想/表达二分法标记的是当事人地位、作者地位的平等。

四、思想/表达与信息自由

思想/表达二分法在一定意义上预示了版权法与信息自由^[38]之间的关系。^[39]这里涉及一个对信息自由之性质的根本认识。按照美国联邦宪法第一修正案的规定,“国会不得制定法律剥夺言论或新闻自由、或剥夺人民和平集会与请愿政府伸张正义的权利”。对此,有学者指出,宪法禁止的只是联邦政府对言论自由的干涉,并没有禁止各州、个人、社会团体等对言论自由的侵犯。按此解释,表达自由并非一项普遍性权利,不具备“第三者效应”。因此,如果

[37] 同前注。

[38] 信息自由,也称表达自由(freedom of expression),言论自由(freedom of speech),意指所见所闻所思以某种方式或形式表现于外的自由。在理论上,信息自由建立在下面三个互相依赖的理由上:(1)在民主社会中,它保障个人能否搜集必要的信息以做出各种各样的选择;(2)对获得的信息的有效分析可以促进真理的发现;(3)信息自由本身就是目的,因为它可以促进个体的自我实践(self-actualization)。在道德进路看来,人是一种自我导向的生物,因而他们应该有权自由表达他们自己的思想和观点,应该有权接受可能便利他们实现自己作为自由、理性的选择者之潜能的任何思想和观点。而在工具主义进路看来,表达自由有助于一个国家的政治透明、经济繁荣和个人幸福。参见 E. Barendt, *Freedom of Speech*, Oxford University Press, London, 1985; E. Schauer, *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, Cambridge University Press, London, 1982; Thomas Scanlon, "A Theory of Freedom of Expression", 1 *Philosophy and Public Affairs* (1972); Daniel A. Farber, "Free Speech Without Romance: Public Choice and the First Amendment", 55 *Harvard Law Review* (1991); Richard A. Posner, "Free Speech in an Economic Perspective", 20 *Suffolk University Law Review* (1986)。

[39] Brett McDonnell, "Freedom of Speech and Appellate and Summary Judgment Review in Copyright Cases", 107 *Yale Law Journal* 2431 (1998)。

一家报社出版了他人的作品,该作者就不能起诉报社侵害了他的表达自由。^[40]与此不同,德国《基本法》第五章关于表达自由的措词并没有仅仅指向国会或者联邦政府,而是指向了每一个人^[41],并在“联合抵制电影案”中将这一精神加以落实。^[42]值得注意的是,最近的发展趋势认为,无论国家还是个人或者团体,都有可能构成侵害表达自由的主体。^[43] 按此,版权与表达自由之间存在着冲突就是不可避免的,因为,版权经常保护各种传媒中的思想的表达。正是这种保护有时候侵害了信息自由。^[44]

版权法在作品的两个不同阶段影响着表达自由。其一,由于出版商是一个商业性机构,因此,在作品的出版过程中,它们会选择那些具有较好营销渠道的作品的发行。这样,就很可能使某些具有重大学术价值但没有商业性的作品无法出版。由此,那些重要的信息就无法被公众获得。其二,作品一旦出版,读者们增加了获得作品信息的机会。但是,授予作者的版权这一激励机制对表达造成了一种人为的垄断,它把那些一文不名的用户驱除出了思想市场。^[45] 尽管互联网给人们提供了获得诸多信息的方便途径,然而,每次阅读前的口令限制使人们丧失了比纸介媒体更多的阅读机会。版权的这种反发行(anti-dissemination)特征深深地植根于其早期与审查的联系中。^[46]

关于版权与表达自由之间的关系,美国著名的知识产权专家尼默和戈德斯坦提供了两种不同的思路。在尼默看来,版权与表达自由之间冲突是潜在的,因为如果坚持一种表达自由的绝对主义立场,版权法就是违宪的。^[47] 尽管如此,它还是为版权与表达自由之间的潜在冲突开了一副称为定义平衡(definitional balance)的药方。这一药方的必要一步是探寻版权和表达自由追求的目标^[48],并把这些目标和利益置于定义平衡之中。在确定了表达自由的三项目

[40] Jonathan Griffiths and Uma Suthersanen, *Copyright and Free Speech: Comparative and International Analyses*, Oxford University Press, 2005, p. 13.

[41] 该章规定,“每个人都有权在言论、文字和图像中自由表达和传播其见解,并从通常可获得的来源中获取信息。通过广播和摄像的出版自由和报道自由必须受到保障,并禁止审查。”

[42] 张千帆:《西方宪政体系》(下),北京:中国政法大学出版社2001年,页413—421。

[43] 参见苏力:《法治及其本土资源》,北京:中国政法大学出版社2004年,页185—220;另见376 US 254, 265(1964)。

[44] Paul L. C. Torremans (ed.), *Copyright and Human Rights*, Kluwer Law International, The Hague · London · New York, 2004, p. 88.

[45] P. Goldstein, “Copyright and the First Amendment”, 70 *Columbia Law Review* 989(1970).

[46] B. Kaplan, *An Unhurried View of Copyright*, Columbia University Press, 1967.

[47] B. Nimmer, “Does Copyright Abridge the First Amendment Guarantees of Free Speech and Press?”, 17 *UCLA Law Review* 1182 (1970).

[48] 在尼默看来,版权追求的目标是促进作品的创作和对作者隐私的保护(作品未出版前),而表达自由的目标在于:促进自治民主社会、本身就是目的以及反暴力行为的安全阀。同前注, p. 1188。

标之后,尼默开始检讨版权法是否服务于版权的基本目标而不蚕食表达自由的利益?他得出结论是肯定的。在尼默看来,思想/表达二分法就能服务于这些利益。按照定义平衡进路,版权不保护的思想属于表达自由的利益一端,而版权保护的表达,是对观点的组织和安排,属于版权利益的一端。思想是民主对话的必要内容,而复制思想的表达对于民主社会和思想市场的维护并不是必要的。尼默的进路预设了思想与表达之间的清晰界限,但思想与表达的界限并不完全清晰。而且,与思想相比,有时候,表达对于民主对话以及反暴力更为重要。尼默的定义平衡进路经常遭受批评的例子是新闻图片,比如美国越战中的“米莱大屠杀”(My-Lai Massacre)、日本侵华战争中的“南京大屠杀”等。在这种情况下,语词并不能完全描述屠杀的思想,而且它也不能取代公众通过照片而获得的认识。^[49]为此,尼默承认了思想/表达二分法的局限。但他认为,在这种情况下,作者完全控制着作品的发行是不能容忍的。为此,他提出对具有新闻价值的图片的版权进行限制,以弥补其定义平衡进路的不足。尽管如此,尼默认为,思想/表达二分法总体上体现了版权与言论自由之间的定义平衡。“尽管它在一定程度上蚕食了言论自由,但鼓励独创性作品的创作这一较大的公共利益使之正当化了;尽管它也在一定程度上限制了作者对作品的控制使思想不能获得保护,但自由接触思想是民主社会的一部分这一较大的公共利益使之正当化了。”^[50]

戈德斯坦提出的进路与尼默存在较大的不同。在戈德斯坦看来,艺术表达是两种垄断——法定和企业(statutory and enterprise)垄断的客体。法定垄断的表现形式是版权,后者强化了作者控制表达的能力,并“削弱了公众对先前并不保护的表达的说的和听的权利”。“企业垄断建基于个体版权的金字塔之上,它们对第一修正案(保护的是表达自由)的威胁,在种类和程度上,与来自版权的威胁不同。版权的威胁是直接的……而来自企业垄断的威胁更为精细。它不仅控制公众接触作品的时间和价格;它还可以控制公众接触作品的内容和种类,这种控制的程度与它拥有的版权总量大体一致。”^[51]为了协调这两种利益的冲突,戈德斯坦提出了两个协调的原则:第一个协调原则的内容是,如果被诉侵权的对象与公共利益有关,或者对这一对象的适当利用能够独立地促进公共利益,那么,版权侵权就是可免责的。第二个协调原则的内容是,只有具备“原创性”(original)的作品才可以防止他人擅自利用;当作者的利益优先时,他必须证明受到了实际的损害,而且作者获得的法定而非衡平(of legal, not equi-

[49] Jeffrey Oakes, Copyright and the First Amendment, 33 *Miami L. Rev.* 234 (1978—1979).

[50] Melville B. Nimmer, 同前注[47], 页 1192—1193。

[51] P. Goldstein, 同前注[45], 页 986。

table)的救济应当是一般性的原则。^[52]显然,戈德斯坦在第一个原则里强调了公共利益,在第二个原则里强调了原创性和实际的损害。他主张通过对版权法的限制来协调两种冲突的利益,并具体讨论了六项制度。^[53]在这一点上,他不像尼默,后者暗示了思想/表达二分法对其定义平衡进路的有效性,认为二分法是一项绝对的能够协调版权与表达自由之冲突的工具。不过,戈德斯坦也讨论了思想/表达二分法,他认为思想与表达之间的界限并不清晰,二者的区别只是一个程度的问题。正是思想/表达二分法界限的这种弹性使戈德斯坦认为它能够一定程度上协调作品控制与表达自由之间的冲突。^[54]

显然,作为知名的知识产权专家,尼默和戈德斯坦都认真讨论了思想/表达二分法对表达自由的促进作用。从基本的立场看,他们都肯定了这一二分法的功用。不同的是,尼默预设了思想与表达的清晰界限,把这一二分法的功能绝对化了,它忽略了思想与表达的界限的模糊性;而戈德斯坦恰恰主张借用这种模糊性,经由利益衡量来实现对协调作品控制与表达自由之间的冲突。

五、表达的私有

按照版权法上的二分法,能够私有的仅是作品的表达,而非作品的思想。“但是,这一二分法的表述本身容易形成一种误导:认为凡属表达的范畴,法律都应予以保护。”^[55]事实上,并非所有的表达都能进入私有领域。就保护的對象而言,版权存在着自己的边界。包括我国在内的很多国家的版权法都规定,法律禁止出版、传播的作品不能获得版权保护,这些作品主要包括宣传色情的、宣扬民族分裂的、宣传暴力的以及危害国家稳定的表达。^[56]这些禁止出版的情形,既不能使表达享有版权保护,也构成了对表达自由的限制。在这里,这些禁止出版的法律性规定构成了版权与表达自由的共同边界。依法禁止出版传播的作品不能享有版权的这种法律规定,被认为来源于《保护文学艺术作品伯

[52] P. Goldstein, 同前注[45], 页 988。

[53] 这六项制度包括:(1)有限的保护期,(2)仅保护著述(writings),(3)事先规定某些未经授权的使用,(4)把侵权建立在实际(actual)复制而非偶然(incidental)复制上,(5)作品一旦进入市场,就剥夺作者对其作品进一步控制的权利,(6)把禁令作为一个自由决定的而非强制的救济。P. Goldstein, 同前注[45], p. 1007。

[54] P. Goldstein, 同前注[45], 页 1016。

[55] 李琛:“树·阳光·二分法”,载《电子知识产权》2005年第7期。

[56] 我国2001年12月颁布实施的《出版管理条例》第26条规定了依法禁止出版的情形:(1)反对宪法确定的基本原则的;(2)危害国家统一、主权和领土完整的;(3)泄露国家秘密、危害国家安全或者损害国家荣誉和利益的;(4)煽动民族仇恨、民族歧视,破坏民族团结,或者侵害民族习惯的;(5)宣扬邪教、迷信的;(6)扰乱社会秩序,破坏社会稳定的;(7)宣扬淫秽、赌博、暴力或者教唆犯罪的;(8)侮辱或者诽谤他人,侵害他人合法权益的;(9)危害社会公德或者民族优秀文化传统的;(10)有法律、行政法规和国家规定禁止的其他内容的。

尔尼公约》第 17 条的规定。^[57] 其实,这是一种误读。《公约》第 2 条第 4 款、第 2 条之 2 第 1 款授权各内国法排除特定作品受保护的自由,但并不包括违禁作品;第 17 条授权各内国法允许、监督或者禁止任何作品或其复制品的发行、演出或者展出。^[58] 显然,这一条的目的在于控制作品的传播,而非控制享有版权的范围,它具有出版法上的意义,而非是否享有版权保护的依据。因此,在笔者看来,这些禁止出版传播的作品不能享有版权保护的规定并非都是具有合法性的。其一,有些宣扬色情的作品,是随着社会的发展而逐渐演变的^[59],历史上曾一度列为禁书的《查泰莱夫人的情人》、《金瓶梅》等现在被奉为了经典就充分说明了这一问题。现在中国正处于一个伟大的转型时期,正在从文化共同感转向民族国家,治理方式从个人魅力型转向法理型^[60],与之相应,随着市场经济的发展,社会资源的流动逐渐频繁,特别是在城市,正进入一个陌生人社会。人们的道德观正在异质化,不同的人对不同的表达的看法是不一样的。将某些不涉及国家安全而只与道德有关的作品不给予版权保护并不会起到预期的作用。与其不给予这些作品以版权,倒不如将这些问题纳入出版法的管辖范畴。即使这些违法的作品享有版权,但按照出版法不能流行于世,那又何妨呢?其二,如果某些之前被确定为不能获得版权保护的作品之后经由宽松的道德环境被认定为属于可以享有版权保护的作品,还存在着如果确定保护期的问题。比如一本在 1993 年创作并被确定为宣扬色情的作品,不能获得版权保护,到 2010 年被确定为不是宣传色情的作品后,该从哪个时间点确定其保护期。如果从 2010 年起算,显然破坏了版权法的自动保护主义原则;如果从 1993 年起算,则与被确定为违反作品本身相矛盾。

并不是历史上的每个时期,表达与言论都可以产权化、私有化。相反,表达/言论能否进入私权领域取决于一定社会和法律习惯,取决于各方力量的对比与当时的社会结构。在伍德曼西(Woodmansee)看来,表达私有化与作者身份的发明相伴随,而后者是 18 世纪的德国作家们摆脱贫困获得经济报酬的一种努力。作者身份的发明使一个人从写者(writer)转变为作者(author)。在这个过程中,“灵感不再被看做来自外部或者上帝,而是来自写作者自身。按照原创性的天才(这种看法),‘灵感’是外现的,结果,有灵感的作品是写作者在

[57] 姚红,同前注[32],页 62—63。

[58] 《保护文学艺术作品伯尔尼公约》第 17 条规定:“本公约的规定绝不妨碍本联盟每一成员国政府以立法或行政程序行使允许、监督或禁止任何作品或其制品的发行、演出或展出的权利,如果当局认为有必要对这些作品行使权利的话。”

[59] 理查德·A·波斯纳:《性与理性》,苏力译,北京:中国政法大学出版社 2002 年,页 94—110。

[60] 苏力:“当代中国的中央与地方分权”,载《中国社会科学》2004 年第 2 期。

时间性和区别性纬度内制作的产品和财产”。^[61]而波斯纳认为,版权的产生与现代社会的个性崇拜密切相关。在他看来,个性意味着人类的个体,意味着成为一个个别的与众不同的、令人钦佩的个体所作的努力。与个性崇拜是资本主义上升阶段的结果的左派观点不同,波斯纳认为阅读市场大小、知识产品和服务质量的信息成本、在法律上承认文学产品生产者的承认成本这三个变量对于版权的产生非常重要。^[62]尽管伍德曼西的形上分析进路和波斯纳的经济进路存在重大差异,但他们的论述都被置于18世纪这个语境之下。事实上,正是在这个世纪,随着资本主义中产阶级阅读量的上升,形成了一个较之前广阔的阅读市场。在这个市场中,著作者们逐渐摆脱了赞助体制的束缚,与出版商团结起来,并通过他们在议会中的代言人,确立了近代意义上的版权。^[63]

表达若要在经验层面成为版权这一私权的对象,必须以“自由”为前提。如果缺失了表达的自由,这种不自由的表达制度就会使版权所保护的作品枯竭,从而使版权成了无源之水、无本之木。试想,由表达而构成的作品都不存在了,何谈版权?在中国,表达的私有化始于改革开放之后。因为,“改革开放以前,中国是以阶级成分、政治立场审查言论、分配待遇的,它主要立足于人的思想改造,尤其是干部和知识分子的清理和甄别使用。因言论而起的‘人民内部矛盾’,一般由单位、组织解决。这时,批评者和受批评者双方对批评言论所承担的政治责任是以立场来分配的。改革开放之后,随着民法制度的建立,言论渐渐进入了产权、契约和抽象人格织就的权利话语,一些言论的表达构成了版权的保护对象。”^[64]因此,版权不保护思想只保护表达,并不意味着在私法史上的每个时期,表达都可以私权化,也不意味着所有的表达都可以进入私有领域。事实上,什么样的表达、什么时候进入私有领域,反映的是一个力量对比、价值选择问题。这无论就世界上第一部近代版权法的产生^[65],还是就现代版权法的修改而言,都是如此。

六、隐喻的二分法

思想/表达二分法反映了作者地位的平等,在一定程度上协调了作品私有与表达自由之间的紧张关系,并暗含了表达私有化的范围和历史条件。正因为如此,它不仅被主要的版权国际公约和一些国家的版权法所确认,而且还获得

[61] Martha Woodmansee, “The Genius and the Copyright”, 17 *Eighteenth-Century Studies* (1992); 李雨峰:“从写者到作者”,载《政法论坛》2006年第6期。

[62] 波斯纳:同前注[11],页43—45。

[63] See John Feather, *Publishing, Piracy and Politics*, Mansell Publishing Limited, 1994.

[64] 冯象:“县委书记的名誉权”,载《读书》2003年第4期。

[65] Mark Rose, *Authors and Owners*, Harvard University Press, 1993.

了理论上的证明。^[66]然而,就思想/表达二分法的支持者而言,它预设思想与表达的界限是清晰的,各自的范围是固定的。^[67]这种二分法有古老的历史渊源,被视为是一种保守的社会、政治和法律秩序的支柱。^[68]本文以下的分析试图表明,认为思想/表达二分法意义的确定、并将之作为版权法的一个教义的态度是一种天真而又浪漫的幻想。

按照通常的理解,“思想”是“客观存在、反映在人的意识中经过思维活动而产生的结果”,是存在于人脑中的智力活动结果,它必须通过外在表现才能为他人所感知;而“表达”则是用于以表述这一智力活动成果的语词。二者之间是内部与外部之间的关系。但是,“很多创造性劳动的产品介于作品的思想活动和最终的文字表达之间,而法院经常把其中的一些产品作为不受保护的 idea,而把另一些产品作为受保护的 expression。因此,idea 和 expression 不应用作语义学上的解释,而应当把它们各自作为一部作品中不受保护部分和受保护部分的隐喻。”^[69]这一看法告诉我们,idea 和 expression 都是符号性的,前者代表了不受版权保护的客体,包括概念、操作方法以及独创性表达的构成元素(情节、主题人物角色和布景等)。美国 1976 年《版权法》第 102 条(b)款规定:“在任何情形下,对作者独创作品的版权保护,不得扩大到任何 idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle 或 discovery,无论作品以何种形式对其加以描述、解释、说明或体现。”TRIPs 第 9 条第 2 款规定,“版权保护应延及表达,而不延及 idea, procedures, methods of operation or mathematical concepts as such”;WCT 第 2 条规定,“版权保护应延及表达,而不延及 idea, procedures, methods of operation or mathematical concepts as such。”显然,在这些法条里,都将 idea 与 procedures(工艺),process(步骤),methods of operation(操作方法) or mathematical concepts(数学概念)等并列,而没有将过程、工艺、方法、概念涵摄在 idea 这一术语之内。由此,也可佐证版权不保护的“idea”

[66] 波斯纳从法律经济学的角度论证了思想/表达二分法。在他看来,如果版权法保护了思想,将导致无效率的结果:(1) 提高其他作者创作的表达成本(要么是去想出一个独创性思想而不得不投入时间和精力;要么是用额外的表达来替代其思想中与第一位作者的思想重合之处;要么承担许可成本或者其他交易成本),减少被创作出来的作品数量,降低社会福利。(2) 鼓励寻租行为。在大多数情况下,一种新思想的开发成本低于许可他人使用获得的收入,其结果是将引发开发思想和对之主张版权的狂潮。资源就会被吸收到开发最低表达的思想,开发出来的思想也就被储存起来,以期将来的作者因为使用它们而支付费用。(3) 保护思想将产生昂贵的管理成本。威廉·M. 兰德斯、理查德·A. 波斯纳:《知识产权法经济结构》,金海军译,北京:北京大学出版社 2005 年,页 116—118。

[67] 就戈尔茨坦而言,由于他主张二分法的弹性,并主张衡量背后的利益,在这个意义上,他已经不是思想/表达二分法的支持者。

[68] 参见理查德·A. 波斯纳:《超越法律》,苏力译,中国政法大学出版社 2001 年,页 446。

[69] Paul Goldstein, *Copyright: Principles, Law and Practice*, Little, Brown and Company, 1989, p. 78.

是隐喻性的,即指涉那些不受版权保护的對象。照此,如果將英語中的 idea 譯為中文的“思想”,就會同樣得出這裡的思想也是隱喻性的這一結論,即“版權法上的思想(觀念),其含義要比通常所說的思想觀念寬泛得多,不僅包括了概念、原則、客觀事實和發現等,而且包括了屬於專利法保護的發明、程序、工藝和方法等”。^[70] 這樣,思想/表達這一構成版權法之基礎的二分法就陷入了一個尷尬的境地:如果將“思想”做語義意義上的理解,版權法就必須保護概念、工藝、操作方法乃至客觀事實之類,這顯然是解釋不通;如果將“思想”做隱喻意義上的理解,就是說它指的是那些版權法所不保護的東西,那就等於什麼也沒說,因為,思想/表達二分法本身就是用來解釋版權法保護對象範圍的。

思想/表達二分法的模糊性還來源於它的合法性地位。由於這一二分法經歷了長久的歷史發展,無論在判例法上還是在制定法上,都獲得了充分肯定。因而,當後來的法官遇到疑難的案件糾紛時,不得不使用思想/表達二分法這一話語,為其自己的判決尋找合法性。這樣,思想/表達二分法就成瞭一種符號,被意識形態化了,當法官認為訴爭對象不予保護時,就把它解釋為思想;而當認為訴爭對象應當受到保護時,就把它解釋為表達。^[71] 這時,法官關心的不再是“思想”與“表達”的確定界限,不再是作為知識的“思想”與“表達”的真與偽問題,而是法律關鍵詞。另一方面,當法官對當下爭議中的對象是否給予版權保護存在疑問時,由於缺乏關鍵信息,經常通過類比獲取自認為理性的法律後果。實踐中,我們選擇支配新案件的類比往往反映我們對當下政策、目的和後果的理解。^[72] 在這種情況下,往往不是對思想/表達二分法的應用,而是對它的解釋,使本來內涵就不清晰的“思想”、“表達”這樣的術語更加模糊。例如,在民主話語下把思想/表達二分法視為是版權法上確保信息自由的制度設置,儘管美國較早的涉及到思想不予保護的判例沒有提及信息自由^[73];基於知情權的需求,把時事新聞歸入“思想與表達的融合”之列,儘管英國早期的判例表明它是王室出版控制的結果;將自然發生的事實歸入不保護的“思想”之列,是為了捍衛版權法上思想/表達二分法這一教義的地位,儘管“事實”與人類智力無關而“思想”相反。有時候,我們先把被爭議對象確定是“思想”或者“表達”,然後再訴諸往昔的判例。結果,無論我們把當下爭議的對象歸為“思想”還是“表達”,都可以找到與之相應的先例。例如,美國法院在 1987 年的一則案例中,將計算機程序的结构、組織、順序確定為表達^[74],而在 5 年後的另一則案例

[70] 李明德、許超:《版權法》,北京:法律出版社 2003 年,頁 28。

[71] 李琛,同前注[55]所引文。

[72] 參見波斯納,同前注[68],頁 596。

[73] See Edwards Samuels, 同前注[7],頁 395—407。

[74] Whelan Associates v. Jaslow Dental Laboratory Inc., 797 F.2d 1222 (3d Cir. 1986)。

中,却又将它们视为不受保护的思想。^[75] 因此,在之后有关计算机程序中结构、组织、顺序的纠纷中,法官就面对既把它们解释为思想又把它们解释为表达的两种可能性,其最后的决定因素必是“道德立场的策略选择,以及支持这些立场和选择的社会力量之对比、倾轧、聚散”。^[76]

七、思想/表达二分法的检讨

如前所说,思想/表达二分法在一定程度上被认为体现了机会平等的要求,并是在版权制度内保障信息自由的一种选择。它作为保障版权垄断低成本的一种模式为绝大多数国家的版权法所采用。其目的在于确认:任何创作的最根本的构成元素都可以被自由地利用,而无须向发明或者发现该思想的人获得许可。但是,经由这一必需的谨慎来保护信息自由的前景并不怎么乐观。

其一,一如前面所述,思想与表达之间的界限并不清晰。如果一个新的艺术家碰巧跨过了这条线,他演绎出了一个新作品,但又成了侵权的牺牲品。正如有的学者通过分析所指出的那样:“思想/表达的区别并不能确保我们意欲自由接触的表达在实际上都可以接触到。”^[77] 而在一个倚赖于自由表达的社会,却不断需求很多表达物,它们应该是公共领域的一部分,如重大事件的照片和录像片。因此,我们不能清楚地将思想与表达分开向我们昭示我们在某些时候(当然不是任何时候)应该将它们视为一体。在有的学者看来,有时思想与表达的密不可分不是例外而是常规。他们批评说,所谓的信息独立于表达的看法是一个幻想。^[78]

其二,从另外一个角度看,机械地贯彻思想/表达二分法还会损害版权人的权利。因为,在很多情况下,我们经常把思想/表达二分法理解为不保护作品的内容,只保护作品的表达。对一本书而言,其思想必然要以语词来表达。如果上述格言为真,版权保护的范畴就是书籍的语词这一表达形式。按此,他人就可以自由地借用书中的内容。这必然会窒息作品创作的积极性,最终使公民的信息自由成了无源之水。显然,这在任何国家的版权法上都是不可能的。当把一部小说的故事情节用电影画面表达时,或者把它改编成剧本,尽管其间的对白和原作中的任何句子都不相同,还是被认定为构成了侵权(摄制权和改编权)。版权法赋予了作者一系列创造性改变作品的权利,如翻译权、改编权,制片权等。这些创造性改变作品的行为显然在很大程度上改变了作品的表现形

[75] *Computer Associates International Inc. v. Altai, Inc.*, 982 F.2d 693(2d Cir. 1992).

[76] 冯象:《政法笔记》,南京:江苏人民出版社2004年,第44页。

[77] Melville Nimmer, 同前注[47].

[78] See Richard Lanham, *Analyzing Prose*, Continuum International Publishing Group, 2003; Frank Lentricchia and Thomas McLaughlin, *Critical Terms For Literary Study*, University of Chicago Press, 1990, p. 203.

式,如果从字面上理解《保护文学和艺术作品伯尔尼公约指南》第2条(1)2.3关于“版权保护的是借以表现思想的文字、符号、线条等”,就不能认为诸如翻译、改编、制片这样的行为侵害了作品的版权。为此,有学者指出,版权法上所谓的表达(expression)既包括了内容,也包括了文字、线条这样的表现形式。^[79]内容在很大程度上与符号传达的意义融合。文化人类学者认为,人与动物的区别在于人有语言系统这一表达思想的符号。^[80]能指与所指构成了符号的组成部分,能指是意在表达某一所指的媒介,物质于它是必须的,如文字、线条等,所指是符号的使用者通过符号所指的“某物”。^[81]符号学上的能指与所指的划分给我们的启示是,它们不能割裂开来。文字、线条这样的“能指”指向“所指”的过程就是意义的联结过程。意义之于符号不可或缺。显见,改造性利用作品的行为没有利用作品中既有能指的形式,但它们的能指传达了与之前能指同样的意义,因而,仍然为版权法所不许。意义这一概念的引入尽管在一定程度上支持了以思想/表达为基础而建立起来的权利大厦,但它同样为大厦准备了掘墓人。

其三,即使在明确不受保护的这些对象中,如果从符号意义上理解“思想”,它与表达的界限也不易划定。思想有时突然来到,甚或,它后于表达而完成。二者之间明显的不同有时被表达先于思想这样的过程加强了。在很多领域,一个人要为一个新思想的问世进行许多次的研究。更为清楚的是,有的论者在撰写一部书籍之后,才发现这其中体现的思想已与其计划相差很远。柏拉图的理念世界也为我们将思想与表达视作一体提供了理论前提。^[82]在这种观点看来,思想是已经存在的,主要的劳动乃在于将缥缈世界的思想照至人间可以使用的真实世界。假定我们接受思想作为柏拉图式的形式是先验的,唯一可能的工作就是表达。而这种表达无非是将思想翻译、转至人类可以接受的领域。

至此可知,作为版权法之理论基础的思想/表达二分法并不像我们想象的那样清晰,特别是在将计算机纳入版权保护的對象以后。它是版权法学界创造的一个神话。事实上,思想与表达都是符号性、隐喻性的,它们各自指涉那些版权法应当保护和不应保护的对象。而这恰恰是版权法需要确定的范围。因此,思想/表达二分法与版权法应当保护的對象/不应保护的对象就构成了一种循环论证。博伊尔(Boyle)曾用批评主义的眼光审视现代版权法。他指出,

[79] 参见郑成思:《版权公约、版权保护与版权贸易》,北京:中国人民大学出版社1992年,页26。

[80] 恩斯特·卡西尔:《人论》,甘阳译,上海:上海译文出版社1985年,页31—34。

[81] 罗兰·巴尔特:《符号学原理》,王东亮等译,北京三联书店1999年,页34。

[82] Justin Hughes, “The Philosophy of Intellectual Property”, 77 *Georgetown Law Journal* 320 (1988).

“现代意义上的‘作者’是一部作品或者艺术品的独立创作人,其原创性确保它按照知识产权法特别是版权法或者作者权法获得保护。但是,这个理念既不是自然的,也不是恒久的。相反,它产生于特定的时间和空间——18世纪的欧洲——与一种专门的信息技术即印刷术有关。但是,它在我们的全球化、多元文化和后殖民电子时代保留了支配性的范式。我们必须认识到,对‘作者身份’而言,存在着一种政治学:像目前所理解的,它是一扇我们获得财产权利必须通过的大门,是一扇关闭大量的非西方的、传统的、集体的或者民间流行作品生产的大门。”^[83]一如博伊尔所说,作为私有领域与公有领域之界限的独创性标准,本身乃是版权政治学的发明物,是各种不同力量权力的角逐点。它既不能客观地划清私有领域与公有领域的界限,也不能客观地保障版权对表达自由的促进作用。为此,我们必须谨慎地把握思想/表达二分法这一版权法上的格言。

对此,有学者提出了一种超越思想/表达二分法的建议。在这一观点看来,(1)由于这一二分法不能作为检验可版权性的基本范畴,只能把它作为司法实践的最后选择。在此之前,应当优先使用实质类似、独创性和合理使用原理进行判案。(2)如果不废除这一二分法,就应当把它视为具有弹性的检验标准,用以对比诉争作品与原告作品之间是否存在实质类似;而不应当简单地、一开始就把它应用于受版权保护的作品。(3)把思想/表达二分法中的表达界定在较低的程度,一部作品只要进行了一般程度的表达,就可以作为版权保护的對象。(4)慎重适用思想与表达的合并理论。^[84]

在笔者看来,上述建议中的第一项内容预设了独创性、实质类似和合理使用的清晰界限,但事实上,这几个范畴同样是不清晰的;而建议中的第三项内容反映的同样是独创性的问题。相比之下,笔者同意上述观点中的第四项内容和第二项内容。但对于第二项建议,本文认为,与其将二分法的“弹性”限定在将其作为比较两个作品的标准,不如直接承认“思想”与“表达”之间界限的模糊性。由于任何文学艺术作品都包含了一系列用某种语言、符号表达的观点、思想、信息的组合,因此,当我们承认保护的范围并不限于实际采用的语言或者符号时,我们就必须承认保护的範圍包含了观点、思想或者信息的联合。事实上,将版权的保护范围仅仅界定为表达,对作者是不公平的。^[85]

为此,本文认为,尽管由于制度转换的高成本,我们不应放弃思想/表达二

[83] J. Boyle, *Shamans, Software and Spleens: Law and the Construction of the Information Society*, Harvard University Press, 1996, p. 195.

[84] See Edwards Samuels, 同前注〔7〕, 页 462—463.

[85] Laddie, Prescott and Vitoria, *The Modern Law of Copyright and Designs*, Vol. 1, 3rd edition, Butterworths, 2000, p. 98.

分法这一原理,但在实践中并不能把它作为一个僵死的教条,更没有必要把任何不包括的对象都归结为“思想”;把保护的对象限定为“表达”。操作中,可以同时考虑下列因素:(1)有关的技能与劳动。独创性要求作者花费大量的技能、判断、创造性劳动等。这里的劳动和技能必须是足够直接产生文艺作品的劳动与技能,这就排除了基础性的间接性的劳动。换句话说,它必须是一部文艺作品所包含的劳动和技能。(2)一部作品借用了他人的富有技能和劳动的作品,并不必然构成侵权。若要构成侵权,还必须证明复制的是原作的实质性部分,如果不是实质性部分,就没有构成对版权的侵害。“实质”主要依赖于借用的质,即独创性的程度。这意味着后续作品是否借用了先前作品中所体现的大量的独立的技巧、劳动等。结果,如果仅仅作品的观点或者非实质性部分被借用,就不构成侵权。^[86] (3)在认定版权的保护对象时,不能一概否弃结构或者情节(plot or scenario)。当版权法说不关心思想的独创性而只关注表达的独创性时,其意思在于表明,无论这个思想多么新颖,也不是版权法保护的对象。但这并不意味着一些聪明思想的集合与版权无关。^[87]事实上,在很多电影和文学作品中,结构与情节(作为思想的集合)才真正反映了作者的独创性。因此,我们在认定版权保护对象时,应当考虑其中的结构或者情节。英国的一些判例表明,如果某部作品的结构或者情节,具有独创性,而他人借用了这一独创性的结构或者情节,尽管没有使用原作的语言,仍应被认定为侵权。^[88]例如,在 *Sutton Vane v. Famous Players Film Co Ltd* 中,法院判定,尽管作品的思想或者目的不受版权保护,但戏剧性的事件和情节(dramatic incidents and action)应受版权保护。^[89]而在 *Corelli v. Gray* 中,法院也判决通常事件(stock incident)的组合具备一定程度的复杂性形成了独创性作品。^[90]

(初审编辑:李晟)

[86] 同前注,页 108。

[87] 同前注,页 102。

[88] 同前注,页 109。有学者指出:“对角色、情节、场景等元素则须作具体分析。它们与语言作为一种字面元素相对应,属于非字面元素。它们处于纯粹的思想与纯粹的表达之间,兼具两者的特点因此,有些可能因流于一般而被归入思想的范畴,也有些可能因独具特色而被视为表达,在不同的案件中会有不同的结果。但是,有一点是可以确定的,即戏剧作品的表达不限于语言,台词只是剧作家多种表现手法的一部分,除了言辞以外,他还以姿势、场景、服装甚至于演员自身的外表来构造其戏剧。”参见王春燕,同前注[35]所引文。

[89] MCC 6, CA(1928—35)。

[90] MCC 6, CA(1911-16M)。