

演绎权的“新实用主义”评析

陈 琛

(广西财经学院 法学院, 南宁 530003)

摘 要:激励理论是著作权实用主义者论证著作权正当性的传统理论。然而,实践中演绎权在激励原作创作的同时,也会抑制演绎创作,激励理论能否解释演绎权的正当性,受到了许多学者的质疑。一些著作权实用主义者由此提出了一些新的理论来论证演绎权的正当性。这些“新实用主义”理论为我们提供了审视演绎权的新视角,但不足以取代激励理论支撑起整个演绎权大厦。实践中之所以出现演绎权抑制创作的现象,根源在于演绎许可的交易成本过高。这种现象应当、并且也能够通过科学设置法定许可制度消除,而不应反过来成为舍弃激励理论的理由。

关键词:演绎权;新实用主义;激励理论;经济分析

中图分类号:D923.41

文献标志码:A

文章编号:1672-8580(2013)01-0077-05

“激励理论”是持权利“实用主义”哲学立场的国家^①保护著作权的基本理论。“激励理论”认为,法律主要不是为了回报作者而保护著作权,它设立和保护著作权的目的不过是为了鼓励作者积极从事创作活动,从而促进文化的繁荣和发展。演绎权是著作权的一项子权利。然而,司法实践中演绎权的存在有时反而会抑制创作行为(指演绎创作行为)。演绎权对创作整体上到底有没有激励作用,激励理论能否解释和维护现有演绎权存在的合理性等诸多问题都受到了学者们的质疑。面对质疑,国外一些坚定的著作权实用主义者,开始摒弃激励理论,另外寻找新的理论来解释和维护演绎权的正当性。比如减少“租耗”理论、鼓励“高质量”创作理论等等,这些新的理论国内尚未有人进行关注和研究,本文暂且统称之为演绎权的“新实用主义”理论,与激励理论这一“旧”有的实用主义理论相对应。这些新实用主义为我们审视演绎权提供了全新的视角和思维,值得研究和关注。

一、“新实用主义”产生的背景

演绎权新实用主义是在激励理论受到质疑的背景

下产生的。“激励理论”建立在这样的经济学前提下:在完全竞争的市场条件下,作品复制件最终将按其边际成本销售。由于生产作品的固定成本很高,而生产一份新的作品复制件的成本极低,尤其在互联网时代,多制作一份作品复制件的成本几乎为零,如果按边际成本定价,即按多生产一份作品复制件的价格定价,则著作权人很难收回固定成本^②。这种完全自由的竞争会使创作者很难从市场中获得足够的收益以弥补其创作的成本,从而从根本上侵蚀著作权人的创作动力^③。因此法律必须赋予作者销售作品复制件的垄断地位,排除来自他人的竞争。激励理论很好地解释了作品的复制权和传播权,但用来论证演绎权的正当性时却遭遇到了许多质疑,这些质疑主要表现在如下几个方面:

第一,通常情况下,演绎作品和原作并不会形成市场竞争,不会影响原作获得市场回报的能力,因而也不会损害原作者的创作动力。甚至有些演绎作品反而能促进原作的销售。比如美国著名的 SAT 案中^④,被告就证明了其在销售原告电视剧 seinfeld 的演绎作品 SAT(Seinfeld Aptitude Test,一本刊载有关 seinfeld 剧情细节的测验题的小册子)之后,原告电视剧的收视率

收稿日期:2012-12-27

基金项目:国家社会科学基金资助项目(09XFX001)

作者简介:陈琛(1980-),女,湖南娄底人,讲师,博士,研究方向:信息与知识产权法。

网络出版时间:2013-02-04 网络出版地址:<http://www.cnki.net/kcms/detail/51.1676.C.20130204.0932.010.html>

反而因此上升了。

第二,至少在原作创作时,作者无意进入的演绎市场相关的演绎权,与激励原作的创作没有关系。比如,某些新开发的演绎作品市场是作者在创作时所无法预料到的,因而,作者并不会期待从这些市场中获得利益,那么这些市场的利益就与激励创作没有关系,因而不应当为作者独享^[9]。

第三,通常能进入演绎创作阶段的作品均是大获成功的作品,那么原作获得的收益应足以激励创作。比如说,有学者指出动漫电影的著作权不应当扩张至动漫角色的玩具市场,因为一旦某个动漫角色具有了玩具市场开发价值,那就意味着这个动漫角色所属的动漫作品必定是一部卖座的作品,从而相应的动漫角色才会成为一个广为大家熟知和喜爱的具有商业价值的角色;而动漫作品的著作权人从动漫作品中就可以获得足够的激励了^[4]。

第四,即便演绎权能够激励原作创作,但是也可能抑制演绎作品的创作,两种效果会相互抵消。如 Lemley 教授认为,演绎许可市场的实际状况,如交易费用、不确定性、寻找演绎者的困难等等将导致演绎作品生产不足^[5]。尤其是在后现代艺术的创造过程以及计算机辅助创造中,大量借鉴已有作品进行创作的艺术将需要的谈判和许可费成本会从根本上阻碍该类艺术的发展。此外,在互联网普及的今天,人人都是创作者,人人都可以在其博客上借用他人图片、文字,融入自己的表达中,传达自己的想法和心情,那么演绎权的执行成本将无比高昂。其对原作的鼓励的正效应就一定高于其对演绎作品的压制的负效应么?总之,“演绎权很有可能减少演绎作品的数量,所以这一权利不太可能够促进作品数量的最大化”^[6]。

二、各种“新实用主义”理论及其评判

面对激励理论不能解释演绎权的正当性的质疑,一些著作权实用主义者开始寻找其他的“实用”解释途径,来论证演绎权的正当性。这些“新实用主义”理论为我们审视著作权的正当性问题提供了新的视角和新思路,值得关注。但另一方面,目前出现的各种“新实用主义”理论本身都还存在这样或那样的缺陷,不足以在根本上替代激励理论来支持演绎权的正当性。目前出现的演绎权新实用主义的理论主要有如下几种,以下一一对其进行介绍和评判。

(一)鼓励“高质量”创作理论

鼓励“高质量”创作理论的基本观点是,设置演绎权的目的是为了单纯地鼓励创作,而是为了鼓励社

会进行“高质量”创作。该理论认为演绎权是通过如下几种途径促进“高质量”创作的:其一,演绎权的存在会促使创作资源更多地投入到原作的创作中,而不是投入到“低价值”的演绎作品的创作中^[6];其二,演绎权能够排除演绎作品领域的竞争,从而给作者足够的时间创造演绎作品,避免其粗制滥造^[6]。

笔者认为,演绎权能鼓励“高质量”创作的两个理由都是站不住脚的。第一,认为非演绎作品比演绎作品的价值高的观点本身就存在问题。首先,哪种作品的价值更高,作品中原创成分的多少并不是唯一决定因素。因而,即便在其他条件相同的情况下,也很难说原创作品价值比演绎作品的价值高。可以以一个模型来论证。作品的价值包括许多方面,比如说创作质量决定的艺术价值、市场需求决定的经济价值、原创成分的多少决定的创新价值等等。可以假定作品的总价值为“V”,经济价值为“M”,创新价值为“O”,其他价值为“P”,那么“ $V=M+O+P$ ”^[3]。假设在其他条件相同的情形下,同一不知名作者以同样的创造水准,同时创造出了一部全新的原创电影 a 和一部热门小说的改编电影 b。那么原创电影的创新价值大于改编电影,即 $O(a) > O(b)$ 。但是在宣传成本等其他条件相同的情况下,改编电影的市场价值 $(M(b))$ 很可能会远远高于原创电影的市场价值 $(M(a))$,即 $M(a) < M(b)$,因为之前的热门小说会对改编电影起到有效的推广作用。那么,在其他条件相同的情况下,无法得出原创电影的总价值 $V(a)$ 高于改编电影的总价值 $V(b)$ 的结论。第二,认为给著作权人预留创造时间能提高创造质量的观点,则完全忽视了演绎市场的竞争对作品质量的促进作用。“虽然到底是垄断还是竞争更能促进创新还存在很大争议,但是至少在某些领域,有可靠的证据表明,竞争是促进创新的更强的动力。”^[4]而且该观点似乎假定了原作者的演绎就会比竞争者的演绎来得精彩,所以要为原作者创作演绎作品预留足够的空间和时间。原作的成功固然代表了原作者一定的创造水平,但这并不代表其他人就不能超越。而且,允许其他人参与创造,并不会剥夺原作者继续创造的权利。以保证创造质量为由为作者预留演绎权是站不住脚的。

(二)减少“租耗”理论

减少租耗理论的基本观点是:在过度投资的著作权市场,“租耗”必然存在,演绎权的存在能够禁止演绎作品市场的竞争,从而减少“租耗”带来的社会损失。所谓的“租耗”,又称“租值耗散”或“租值消散”,是指在社会总收益一定的情形下,参与分配的人越多,增加的社会成本就越多,从而导致整体的不效率。比如说一个金

矿能有 10 万元的收益,参与开采的成本是 1 千元,如果由一个人开采的话,社会总盈余是 9 万 9 千元。但是如果人人都可以参与的话,最多就会有 100 个人参与进来,每个人都花费 1 千元的成本,受益 1000 元。那么社会总盈余就变为零。同样,在演绎作品的总的市场需求一定的情况下,演绎权的设置就能够防止演绎市场的过度竞争。新的竞争者投入成本创造出的演绎作品替代了其他演绎作品的社会需求,演绎作品的总的社会价值没有增加,但是创造成本却因新的竞争者的加入而增加了^[9]。而演绎权的存在则能减少演绎创作的成本投入,从而减少“租耗”。

粗看起来,租耗理论确实一定程度上论证了演绎权的正当性,但是却并没有太大的适用余地。因为该理论有一个难以确认的适用前提,即著作权市场存在过度投资。显然市场的投资状况并不是一成不变的,会随着供求和市场环境的变化而随时调整。著作权市场是否存在过度投资本身是一个需要实践不断检验的问题。而立法是不可能根据变化无常的市场来随时删除或保留演绎权的。这意味着,租耗理论并不足以成为我们论证演绎权正当性的依据。此外,细究起来,租耗理论本身也存在不足。机会成本问题,在原创作品领域也是存在的,比如说同时段播出的同类题材的电视剧就会相互取代。但著作权并不控制原作市场过度竞争产生的机会成本,那它为什么要控制演绎作品市场过度竞争产生的机会成本呢?显然,这个问题是租耗理论本身无法给出答案的。

(三)其他理论

除了上述两个理论外,还有一些支持演绎权的其他观点。比如,有观点认为演绎权的存在能促使著作权人早日发布原作,而不是等演绎作品创造出来以后再发布作品^[7]。在不存在演绎权的情况下,很可能作者会延长原作的发布时间,以为其后的演绎作品抢占时间。这种观点看似有点道理。但现实的情况是,主流大媒体档期资源越来越紧张,许多作品为抢占档期甚至边拍边播,因害怕演绎市场莫须有的竞争而压后原作发布的情况几乎不在。因为即便是其他作者抢先出了演绎作品,原作者在作品上设立的权威影响也能在很大程度上排除在先演绎作品的竞争。又如,有观点认为演绎权的存在,有助于创作人或创作投资人充分了解作品的使用情况,从而根据这些情况定位和调整作品的创作方向或投资方向^[8]。然而信息的流通并非只能通过控制作品的演绎行为进行。在信息技术高度发达的今天,即便是没有演绎权,只要尊重原作的署名权,完善作品的登记制度,关注作品的使用不是难事。还有观

点认为演绎权通过将演绎作品的控制集中在著作权人手中能够降低作品的交易费用^[7]。这种观点忽视了演绎作品本身也有著作权,实际上是双重管制,反而增加交易费用。另有观点认为演绎权的存在能促进表达的多样性等^[9]。该观点则忽视了演绎创作者还有选择不创造演绎作品的自主选择权,等等。

总之,新实用主义的各种理论虽然为我们审视演绎权乃至整个著作权提供了全新的视角和思维,但是这些理论本身还存在这样或那样的缺陷,尚不足以支撑起演绎权的正当性论证。

三、“旧实用主义”的理性回归

显然,“新实用主义”并未担当起取代“旧实用主义”(即激励理论)支撑起整个演绎权大厦的重任。那么,演绎权的正当性基础又在哪里呢?是否演绎权原本就不应存在?抑或我们应当彻底摒弃著作权实用主义,进而转投著作权自然权利观的怀抱呢?笔者认为,答案都是否定的。一方面,“旧实用主义”并没有被击垮,激励理论仍然可以作为演绎权的正当性依据,一些认为激励理论不能适用于演绎权的观点是对激励理论的机械性解读造成的;另一方面,演绎权的立法和司法实践确实有和激励理论不相协调的地方,但我们要做的不是摒弃激励理论另辟蹊径,而是反思现行立法和司法实践中对演绎权的某些制度设计是否超出了正当范围。我们应该理性认识激励理论,它不但仍然可以解释演绎权存在的合理性,更重要的是它也可以成为在某些方面限制演绎权的依据,最终消除演绎权抑制创作的现象。

(一)对激励理论的正确理解

首先,演绎权对原作创作的激励主要体现在能使著作权人加大对原作创作的投入上。“如果出版商知道他能够许可他人翻译、广播、摘编他的小说,或者将小说拍成电影,并从中获得收益,而不仅仅是从小说的英文文书的销售中获得利润的话,那么他在购买、创作、或者营销这部小说时就会加大投入的力度。”^[10]显然,预期利润的提高,会使著作权人相应地调整投资,如加大时间与金钱的投入,从而提高创作的质量。如果说复制权的存在是为了鼓励投资的话,演绎权的存在则是促进合理调整投资^[10]。有学者认为若演绎作品不损害原作市场,就不损害作者创作激励的观点,显然忽视了演绎权有激励作者加大投资的作用,有失偏颇。此外,演绎作品是否通常不会损害原作市场也值得怀疑,至少一部分演绎作品是会替代原作市场的。

其次,著作权给予作者的激励是一种整体性的、宏

观的激励,是给予作者群体一种整体上的收益预期的保障,不能机械地运用到每一个具体的个案当中。首先,这种机械的个案运用本身就是不可行的。每部作品的投入都不一样,每个作者的期待也不一样,到底要获得多少收入著作权人才会有创作动力是一个不可能解答的问题。同样,特定作者在创作原作时,是否有开发某些演绎市场的期待也具有极大的主观性和不确定性。法律不可能根据这种无法求证的主观状态,选择性地赋予部分人演绎权。其次,即便可行,机械运用到每个个案中的结果将会是:仅能维持最有实力且最自信的创作者进行再创作,而使大量的初入创作市场的新手从一开始就放弃创作职业。在文化创作市场,入不敷出的作者大有人在,如果他们不能期待通过今后作品的收益来弥补之前创作的损失,那么他根本就不会投入到创作中来。因此,仅从微观上保证单个作品的收益能收回本次创作成本及获得社会平均利润是远远不够的。因此有学者认为原作已经获得足够收益时,根据激励理论无需保护演绎权的观点,以及认为若作者创作原作时无意进入某些演绎作品市场,根据激励理论,就无需保护相关演绎权的观点,是对激励理论的机械个案化,是不正确的。另外,有学者认为,有演绎开发价值的作品往往取得了足够市场收益的假设前提,本身也是不成立的。许多不知名小说原本无人问津,作者根本赚不到钱,反倒是靠改编电影的成功才获得真正收益。

(二)激励理论对演绎权的限制

文章第一部分质疑演绎权激励理论的观点并非都是对激励理论的误读。其中,认为演绎权的设置虽然会激励原作的创作,但是同时也可能会抑制演绎作品创作的观点是有其科学性的。但是演绎权对演绎创作的抑制并非是必然存在或不可消除的。演绎权的存在之所以可能会抑制演绎创作行为,主要原因是会增加交易成本。我们可以通过合理的制度安排,如科学设置法定许可等制度,对演绎权进行一定的限制,从而将交易成本降到最低,尽量减少乃至消除演绎权对演绎创作的负面影响,以确保演绎权对原作创作的激励效果不被可能有的负面影响抵消。当然,科学界定演绎作品的范围,防止演绎权的过度控制,也能消除一些不必要的交易成本,同时也有助于新媒体时代公民权利的实现^[1]。这个问题笔者在另外的文章里会有研究。

在交易成本为零的理想市场上,演绎权的存在是不会抑制演绎创作行为的。因为不管进行演绎创作的产权分配在谁手里,双方当事人都可以通过谈判来实现资源的最优配置,从而确保所有有益的(即创作出新

价值的)演绎创作行为都能够发生。只有当交易成本存在、且大于演绎创作者可能获得的收益时,才会抑制演绎创作行为。对此,也可以举一个简单的例子来说明。甲是原作者,创作出了价值为10个单位的原作。乙是演绎作品创作者,他能够利用原作的一部分(假设相当于6个单位的价值),创作出价值8个单位的演绎作品。若演绎创作的产权分配在乙的手里(即不存在演绎权),乙毫无疑问会进行演绎创作,并且独享演绎作品带来的8个单位的价值。若演绎创作的产权分配在甲的手里(即存在演绎权),在不存在交易成本的情况下,乙还是会进行演绎创作,因为他会选择花6个单位的价值购买甲手中的创作产权,最后自己仍能保留演绎作品余下的2个单位的价值。但是如果存在交易成本,情况就可能有所不同。假如交易成本为1个单位的价值,此时演绎创作仍会发生,因为乙除了支付给甲6个单位的价值,并花费1个单位价值的交易成本外,仍有1个单位价值的盈余。但如果交易成本为3个单位的价值,乙就不会进行演绎创作了。可见,演绎权的设置并不必然抑制演绎创作行为,只有在演绎创作许可的成本较高时,才会抑制演绎创作行为。因此,我们可以通过降低演绎创作许可的交易成本,来减少或甚至消除演绎权对演绎创作的负面影响。演绎创作许可的交易成本,主要体现在寻找交易对象的成本、谈判成本以及信息成本等上,这些成本都可以通过制度的完善来降低,比如建立科学的登记制度,并以此为依托设置演绎创作的法定许可制度。

注释:

①根据《斯坦福哲学百科全书》,在解释权利的正当性来源问题(权利的基础是什么以及这些权利为什么应该得到尊重)上,存在两种哲学路径:一种是身份理论,认为人类具有某些权利归属人类的本质属性,对这些正当的权利应予以尊重;另一种是工具理论,该理论认为对权利的尊重在于权利带来一种利益分配的理想方式。这两种路径运用于著作权领域,形成了两个基本的研究派别,著作权自然权利观和著作权实用主义。自然权利观以洛克的劳动理论为代表,在大陆法系有着较广泛市场,而著作权实用主义以激励理论为代表,在多数英美法系国家的著作权理论及立法实践中占据着绝对主流的地位。本文作者支持著作权实用主义。

②Castle Rock Entertainment, Inc. v. Carol Publishing Group, 150 F.3d 132 (2nd Cir.1998). 该案中,原告 castle rock entertainment 公司享有电视剧 Seinfeld 的版权。被告 Carol Publishing Group, Inc. (卡罗出版集团)及其员工 Beth Golub 编辑和出版了一本 132 页的有关电视剧 seinfeld 的细节测验的书 (Seinfeld Aptitude Test, 简称 SAT), 用来测验它的读者能否回忆起

电视剧 seinfeld 的细节场景、人物和事件。书中包含了 643 个测验题,内容都有关电视剧的具体情节和人物,素材来自于 seinfeld 已经播出的 86 个剧集中的 84 集。法院判决 SAT 构成电视剧的演绎作品,被告侵犯电视剧 seinfeld 的演绎权。

③值得一提的是,虽然作品的市场价值和作品的价值不能划等号,但是作品的市场价值却是作品的价值的比较核心的组成部分。但为了使论证更加简单,我们姑且假定各种价值在总价值中的权重比例一样。

参考文献:

- [1] Lemley Mark A. Property, Intellectual Property, and Free Riding[J]. Tex L Rev, 2005, 83: 1031.
- [2] Cohen A B. When Does a Work Infringe the Derivative Works Right of a Copyright Owner[J]. Cardozo Arts & Ent LJ, 1999, 17: 623.
- [3] Balganes S. FORESEEABILITY AND COPYRIGHT INCENTIVES[J]. HARVARD LAW REVIEW, 2009, 122: 1569-1633.
- [4] Voegtli Naomi Abe. Rethinking Derivative Rights[J]. Brooklyn L Rev, 1997, 63: 1213.
- [5] Lemley Mark A. The Economics of Improvement in Intellectual Property Law[J]. Tex L Rev, 1997, 75: 989.
- [6] Abramowicz Michael A. A Theory of Copyright's Derivative Right and Related Doctrines[J]. Minn L Rev, 2005, 90: 317.
- [7] Landes W M, Posner R. An economic analysis of copyright law[J]. J Leg Stud, 1989, 18: 325.
- [8] [美]亚·帕拉斯·洛伦,莫林·A·奥罗克,朱莉·E·科恩,等. 全球信息化经济中的著作权法[M]. 北京: 中信出版社, 2003: 377.
- [9] Netanel N W. Copyright and a democratic civil society [J]. The Yale Law Journal, 1996, 106: 283-387.
- [10] Goldstein Paul. Derivative Rights and Derivative Works in Copyright[J]. J Copyright Soc'y, 1983, 30: 209.
- [11] 汤博为. 微博新媒体时代的公共利益与公民权利——基于宪法学和创新社会管理机制的思考[J]. 四川理工学院学报: 社会科学版, 2012, (3): 28-32.

责任编辑: 陈于后

On the “New Pragmatism” of Derivative Rights

CHEN Chen

(Law School, Guangxi University of Finance and Economics, Nanning 530003, China)

Abstract: Incentive theory is the traditional one of pragmatist to support the legitimacy of copyright. However, derivative rights in practice, while stimulating original creations, inhibit derivative creation at the same time. The applicability of incentive theory to derivative rights was questioned by many scholars. So, some scholars put forward other ways of “new pragmatism” to justify the legitimacy of derivative rights. “New pragmatism” theories provide us with new perspectives to examine the derivative rights, but on the whole, are not mature enough to replace the incentive theory to support the Building of derivative rights. The suppression on creation induced by derivative rights in practice was the result of excessive copyright transaction costs, which should be and also could be eliminated by reasonable system of statutory licensing. So there is no need to give up incentive theory.

Key words: derivative rights; New Pragmatism; incentives theory; economic analysis