

导 言

问题的由来

笔者在中国科学院文献情报中心科技信息政策中心的著作权问题咨询与研究岗位实习的一个月期间，接触到了大量图书馆在数字化建设的实际工作中与版权法相关的知识，如法定存缴、合理使用、数字资源长期保存和开放版权许可协议等。根据实习任务安排，笔者对图书馆开放获取政策中的开放版权许可协议有了一定基础性的了解，认为这是一个值得研究的问题，于是结合三年硕士研究生期间所学的法学知识，对开放版权许可协议的基本理论进行深入研究，并简要总结了中国科学院国家科学图书馆在实践应用中遇到的问题。

20 世纪 90 年代末，开放获取运动在全球范围内兴起，国内外学者从不同学科角度展开研究。开放版权许可协议是在开放获取运动中适用的新型版权授权模式，但对于开放版权许可协议的研究，多集中在图书馆界、情报界所关注的实践应用方面，以供数字信息服务提供者参考学习。相比之下，法

学界对于开放版权许可协议的研究较少。国内有法学学者曾以开源软件许可协议、知识共享许可协议为例进行了实证研究，指出了开放获取政策对知识产权制度的影响，并探讨了两者之间兼容性等问题^①，但未谈及近年来新出现的数据开放版权许可协议，也未从版权法角度深入分析开放版权许可协

① 张平，马骁．共享智慧——开源软件知识产权问题解析 [M]．北京：北京大学出版社，2005．

张平，张韬略．数字环境下版权授权方式研究 [G] //张平，网络法律评论，第6卷．北京：北京大学出版社，2005．

张韬略．开源软件的知识产权问题研究——制度诱因、规则架构及理论反思 [G] //张平，网络法律评论，第5卷．北京：北京大学出版社，2004．

张平，马骁．开源软件对知识产权制度的批判与兼容（一） [J]．知识产权，2004（1）．

张平，马骁．开源软件对知识产权制度的批判与兼容（二）——开源软件许可证的比较研究 [J]．知识产权研究，2004（2）．

张衡．“知识共享”协议在政府信息资源开发中的适用性研究 [J]．求实，2012（1）：104-106．

杨彬．开源软件许可证研究 [D]．山东大学硕士学位论文，2008．

彭霞．论 GPL 规则下开源软件对我国知识产权制度的影响 [D]．西南政法大学硕士学位论文，2009．

范偈．数字版权语境下的知识共享许可协议研究 [D]．西南政法大学硕士学位论文，2011．

李高超．知识共享和著作权制度的未来模式 [D]．华中科技大学硕士学位论文，2011．

彭艳．开放版权许可协议研究 [D]．湘潭大学硕士学位论文，2012．

议的法律属性及其正当性。因此，本文的创新点在于，全面梳理了现有开放版权许可协议的类型，论证了开放版权许可协议的法律属性及版权权利要素的正当性，为开放获取运动进一步的开展提供了一定理论基础。

本文主要运用了三种研究方法：（1）比较研究法，结合数字信息时代的大背景，将开放版权许可协议与版权许可合同进行对比分析，明确前者的法律属性及特点；（2）价值分析法，从法学理论的角度论证开放版权许可协议中版权权利要素的正当性；（3）归纳法，对较为常见的开放版权许可协议进行了归类，梳理评析了其中包含的版权权利要素。

第一章

CHAPTER 1

开放版权许可协议概述

随着开放获取运动 (Open Access, 简称 OA) 的蓬勃发展, 开放版权许可协议日益得到重视并广泛应用在互联网上的信息交流中。开放获取是为推动科技成果通过互联网自由广泛传播而发起的运动^①, 它鼓励作者让渡一些权利给社会公众, 降低社会公众获取信息的投入成本。但当作者依据合同的自愿原则放弃某些权利时, 并不意味着社会公众可以任意使用其作品, 因为作者保留的权利依据版权法仍然具有排他性^②。因此, 开放版权许可协议是在承认作者完全享有版权的前提下, 利用契约自由的精神, 搭建的适应数字信息时代发展的版权秩序。从表面来看, 开放获取所倡导的信息共

① 科学信息开放获取战略与政策国际研讨会在京召开 [J]. 现代图书情报技术, 2005 (8): 93-94.

② 王太平, 姚鹤徽, 韩冰. 开放获取运动与版权制度的未来模式 [J]. 图书馆, 2009 (5): 5-7.

享与版权的专有性、垄断性是相矛盾的，但究其根本，开放版权许可协议并不是要推翻或废除版权制度，它必须以版权法的相关规定为基础，否则作者无法对自己的作品声明版权，更无从谈起放弃版权。开放版权许可协议与版权法的宗旨是一致的，即繁荣市场、造福社会^①。要研究开放版权许可协议，首先要弄清其法律基础、产生背景以及其自身属性等基本理论问题。

第一节 开放版权许可协议的基础： 版权与版权法

一、版权制度的产生与发展

版权指文学、艺术和科学作品的创作者对其所创作的作品享有的权利，包括精神权利和经济权利。其中，精神权利指作者对其作品体现出的特定

^① 周林. 新修订的《著作权法》应有利于信息自由 [M] // 周林. 知识产权研究. 第 21 卷. 北京: 知识产权出版社. 2012.

精神或人格所享有的权利，而经济权利又称财产权利，指通过对作品的利用获得经济收益的权利^①。利用作品，既可以是作者直接利用，也可以是作者通过版权转让或许可他人利用。

版权产生的最重要原因是市场经济发展的需要。版权的转让或许可是一种交换，有交换就有市场^②，有市场就会有竞争，有竞争就容易发生利益失衡^③，需要用一定的规则来维持市场中的利益平衡，版权法因此应运而生。版权法的制定，是通过赋予作者在一定期限内对其作品加以利用的控制权，以激励作品创作，保护作者、传播者和社会公众的三方利益。因此，利益平衡是版权法应有之义，但并非版权法的立法宗旨。版权制度的宗旨应为繁荣市场、造福社会，利益平衡是其实现目标的手段，信息自由是其成功与否的衡量标准^④。

版权的产生和发展还与施政者的选择和科学技

① 李明德，知识产权法 [M]，北京：社会科学文献出版社，2007：66。

② 张曙光，分工、交易和市场化 [J]，南方经济，2014（11）：93-99。

③ 王学军，市场竞争格局的失衡及治理对策 [J]，经济问题探索，1992（2）：26-29。

④ 周林，新修订的《著作权法》应有利于信息自由 [M] // 知识产权研究，第21卷，北京：知识产权出版社，2012。

术的发展密切相关。从版权的起源来看,最早对于作品的保护是授予出版商特许权。15 世纪 50 年代,德国人约翰内斯·古登堡发明金属活字印刷术^①。15 世纪末,威尼斯共和国授予印刷商 5 年有效期的印刷出版专有权,这被看作西方世界第一个保护翻印权的特许令。1709 年,英国安妮女王颁布了《安妮法》^②。该法第一次明确规定了作者与书商、印刷出版商各自享有的不同专有权。书商或印刷出版商对他们印制和发行的书依法享有翻印、出版、出售等专有权;作者对尚未印制的作品享有允许或禁止他人“印刷出版”的专有权,对已印

① 周艳敏,宋慧献.古登堡之后:从印刷特权到现代版权[J].出版发行研究,2008(9):75-78.

② 《安妮法》的全称是《为鼓励知识创作而授予作者及购买者就已印刷成册的图书在一定时期内的权利之法》(An Act for the Encouragement of Learning, by vesting the Copies of Printed Books in the Authors or purchasers of such Copies, during the Times therein mentioned),学界对该法的简称有不同译法,如《安娜法》《安娜法令》《安娜女王法》《安娜女王法令》《安妮法》《安妮女王法》等。就女王称呼来说,按习惯译法,英文“Anne”对应的中文是“安妮”,英文“Anna”对应的是“安娜”;就立法性质而言,“the Statute of Anne”是经严格立法程序,由英国上、下议院与女王一致同意的议会立法,属“Act”(可直接称“法”),而不是那种未经上下两院和英王一致同意,仅由其中一方或两方同意而制定的“Ordinance”(通译为“法令”),为作区分,以“法”来称呼“the Statute of Anne”似乎更合适。易健雄.“世界上第一部版权法”之反思——重读《安妮法》[J].知识产权,2008(1):20-26.

制的图书在重印时享有专有权^①。可见,最早产生的版权是出版权^②,印刷复制是最传统的作品使用和传播方式之一。

二、数字技术对版权制度的挑战

美国沃伦·厄尔伯格大法官曾说过,“版权法中蕴含着两条真理:第一,版权法中存在大量复杂的、需要调和的利益冲突;第二,版权法将不断受到科学技术发展的挑战。”^③所以,在追求利益平衡和适应技术变革的推动下,版权制度几乎每隔十年左右就要有一次大的调整,主要表现在:增加了一些新的受保护客体,如地图、音乐、摄影、美术、电影作品;产生了一些新的对作品的利用方式,如表演、展览、放映、广播等。20世纪末期,数字技术的发展和网络的普及更新了信息传播渠道,人们对作品的利用方式更加多样化。但版权法

① 《安妮法》在序言中明确指出,颁布该法的主要目的是防止印刷者不经作者同意擅自印刷、翻印或出版作者的作品,以鼓励有学问、有知识的人编辑或写作有益的作品。郑成思,知识产权论[M],北京:社会科学文献出版社,2007:22.

② 李顺德,版权、出版权和出版者权[J],科技与出版,2006(1):59-60.

③ 郭威,版权默示许可制度研究[M],北京:中国法制出版社,2014.

一贯坚持媒介中立的原则，无论采用何种形式，只要一项技术能够对作品进行记载和再现，即可被纳入版权法的调整范围^①。于是，软件、数据库被纳入版权法保护范围，信息网络传播权成为作者新的权利内容，并一跃成为作品的主要传播方式之一，体现了版权法与时俱进的特征。

然而，数字信息技术带给版权法的最主要挑战并非新的作品种类或利用方式，而是它改变了人们检索、获取、处理、传播和分享信息的方式。信息可以脱离固定媒介被复制加工，这样的改变才是对版权法生存环境的最大挑战^②。

① 高富平：《寻求数字时代的版权法生存法则》[J]，知识产权，2011（2）：10-16。

② 同上。

第二节 开放版权许可协议的 适用背景：开放获取

一、开放版权许可协议与开放获取的渊源

版权既不是与生俱来的固有自然权利，也不是依据公平公正原则所获得的权利^①，它是由国家或法律赋予的特殊权利。关于版权的获得和保护的理论基础主要有四种学说：自然权利论、报酬论、人格理论、激励论^②。包括我国在内的大多数国家版权法都建立在激励论的基础之上，即认为版权是为那些花费了时间和劳动的作者提供的一种回收投资的机制，保证作者从他们的创作中获得利润。因此，版权归属于作品的创作者。

随着社会分工越来越细化，以不同的方式利用作品需要特定的技能，所以作品的创作者和传播者

① 李明德，知识产权法[M]，北京：社会科学文献出版社，2007：13.

② 李雨峰，王迁，刘有东，著作权法[M]，厦门：厦门大学出版社，2006：12.

往往是不同的人。在利益的驱动下,出版商通过签订版权转让或许可合同获得作者全部或部分经济权利的所有权或使用权,成为版权受让人。版权受让人和作者可以统称为版权所有者,但版权受让人通常是作品的主要传播者。在市场经济不断发展的过程中,版权制度赋予作者的专有权逐渐演变成版权受让人谋取商业利益的工具,版权保护也在版权受让人的推动下处于不断的强化与扩张趋势之中。尽管这种垄断性权利要受到保护期限、合理使用、法定许可等限制,但一对一授权模式仍然极大地限制了社会公众自由获取信息的权利^①。价格越来越昂贵的科学文献一方面导致了图书馆、科研机构、大学订购量的大幅减少,另一方面引发了盗版市场的猖獗和网络传播秩序的混乱。传统版权许可制度不仅没能适应新技术的发展,甚至自身都寸步难行^②。

开放获取运动正是在传统版权许可制度面临上述困境时在全球范围内兴起的。我国不少学者自开

① 陈星. 开放获取模式对高校版权制度的影响分析 [D]. 华中科技大学硕士学位论文, 2010: 4.

② 王太平, 姚鹤徽, 韩冰. 开放获取运动与版权制度的未来模式 [J]. 图书馆, 2009 (5): 5-7.

放获取运动开始之初就倍加关注，但相关研究多集中在图书馆学、情报学和计算机应用等学科，法学领域研究相对较少。尽管开放获取和传统版权制度有很大区别，但它尊重现行版权政策。开放版权许可协议是开放获取运动中适用的版权许可模式，对开放获取运动的发展有直接影响。

二、开放版权许可协议

（一）开放版权许可协议的定义

开放版权许可协议也称开放版权许可证、公共版权许可协议，是协调版权保护和信息自由获取保障方面的处理机制^①。在该协议下，作者仅保留少数几项权利（如署名权、保护作品完整权、信息网络传播权等）或放弃全部权利后，将其作品以数字化形式存储至网络，允许社会公众免费获取使用，但使用者必须尊重作者保留的部分权利，遵守协议规定。

需要特别指出的是，美国《纽约时报》采用

① 陈传夫：开放内容的类型及其知识产权管理[J]，中国图书馆学报，2004（6）：9-13。