



法学新前沿 New Law Frontiers

Study on the Copyright
Problems of
Orphan Works

孤儿作品著作权 问题研究

邵 燕 著

法律出版社



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

Study on the Copyright
Problems of
Orphan Works

孤儿作品著作权 问题研究

邵 燕 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

孤儿作品著作权问题研究 / 邵燕著. —北京: 法律出版社, 2017

ISBN 978 - 7 - 5197 - 1062 - 0

I. ①孤… II. ①邵… III. ①著作权法—研究—中国
IV. ①D923.414

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 165334 号

孤儿作品著作权问题研究
GUER ZUOPIN ZHUZUOQUAN WENTI YANJIU

邵 燕 著

策划编辑 王 扬
装帧设计 乔智炜

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 三河市龙大印装有限公司
责任校对 王晓萍
责任印制 张建伟

编辑统筹 独立项目策划部
开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 17.5
字数 260 千
版本 2017 年 7 月第 1 版
印次 2017 年 7 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5197 - 1062 - 0

定价: 49.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

导 论	(1)
第一章 孤儿作品的利用困境	(6)
第一节 孤儿作品的界定	(6)
一、孤儿作品的概念	(6)
二、孤儿作品与其他相关概念的区别	(10)
三、孤儿作品问题的范围	(13)
第二节 孤儿作品利用现状	(16)
一、孤儿作品的规模	(16)
二、孤儿作品的利用困境	(22)
三、孤儿作品的立法现状	(25)
四、我国孤儿作品的规模和立法现状	(29)
第三节 孤儿作品利用的必要性	(32)
一、促进文化民主进步	(33)
二、保护相关权利人的利益	(37)
三、促进图书馆等文化事业的发展	(39)
本章小结	(43)
第二章 孤儿作品制度的历史考察	(44)
第一节 孤儿作品产生的原因	(44)

2 孤儿作品著作权问题研究

一、制度因素	(44)
二、经济因素	(51)
三、历史文化因素	(52)
四、技术因素	(54)
五、我国孤儿作品产生的原因	(54)
第二节 孤儿作品的立法历史	(56)
一、美国孤儿作品的立法历史	(56)
二、欧盟孤儿作品的立法过程	(68)
本章小结	(73)
第三章 孤儿作品利用的正当性研究	(74)
第一节 技术进步与著作权正当性危机	(74)
第二节 从自然权利说到激励论:著作权正当性的争论	(78)
一、劳动权利论	(79)
二、著作人格权理论	(80)
三、著作权激励论	(84)
第三节 作为政策工具的著作权法	(89)
一、著作权制度受利益团体的影响	(91)
二、著作权制度以公共利益为目标	(92)
三、著作权制度寻求不同利益之间的平衡	(95)
第四节 著作权的限制与孤儿作品的利用	(97)
一、著作权限制的必要性	(97)
二、著作权限制的适用条件	(102)
三、孤儿作品利用与著作权限制	(104)
本章小结	(106)
第四章 孤儿作品利用方案的比较研究	(107)
第一节 限制救济模式	(107)
一、限制救济模式的内容和特点	(107)

二、限制救济模式的利弊·····	(109)
第二节 特定限制模式·····	(112)
一、特定限制模式的内容和特点·····	(112)
二、特定限制模式的利弊·····	(114)
第三节 中央授权许可模式·····	(115)
一、中央授权许可模式简介·····	(115)
二、中央许可授权模式的利弊·····	(119)
第四节 延伸性集体管理模式·····	(124)
一、延伸性集体管理模式的内容和特点·····	(124)
二、延伸性集体管理制度的利弊·····	(126)
第五节 合理使用模式·····	(129)
一、孤儿作品利用的合理使用分析·····	(129)
二、合理使用方案的缺点·····	(133)
第六节 对不同方案的总结·····	(135)
本章小结·····	(136)
第五章 孤儿作品的利用机制·····	(137)
第一节 孤儿作品的利用方式·····	(137)
一、作品利用方式的分类·····	(137)
二、作品的非表达性使用·····	(143)
三、作品非表达性使用与合理使用·····	(153)
四、作品的表达性使用·····	(159)
第二节 孤儿作品方案的适用范围·····	(160)
一、一个健全的方案·····	(160)
二、未发表作品的利用问题·····	(161)
第三节 孤儿作品的利用规则·····	(169)
一、孤儿作品授权机制·····	(169)
二、孤儿作品的查找·····	(173)
三、授权许可使用费的标准·····	(183)

四、限制救济·····	(188)
五、其他孤儿作品利用规则·····	(193)
第四节 孤儿作品利用的配套制度·····	(195)
一、著作权登记制度·····	(196)
二、作品使用公示及标注来源制度·····	(210)
本章小结·····	(212)
第六章 我国孤儿作品著作权制度的完善·····	(213)
第一节 孤儿作品立法·····	(213)
一、我国孤儿作品制度的不足·····	(213)
二、对我国孤儿作品立法的建议·····	(216)
第二节 数字图书馆著作权制度·····	(217)
一、我国数字图书馆中的著作权问题·····	(217)
二、我国数字图书馆著作权制度的完善·····	(220)
第三节 著作权合理使用制度·····	(226)
一、我国著作权合理使用制度在网络环境下的挑战·····	(226)
二、我国著作权合理使用制度的完善·····	(229)
第四节 著作权集体管理制度·····	(232)
一、完善传统著作权集体管理制度·····	(233)
二、延伸性集体管理的制度设计·····	(240)
第五节 著作权登记制度·····	(242)
一、我国著作权登记存在的问题·····	(243)
二、完善我国著作权登记制度的建议·····	(246)
第六节 著作权数据库建设·····	(249)
本章小结·····	(251)
参考文献·····	(252)
后 记·····	(267)

导 论

孤儿作品问题由来已久,但网络数字技术的发展使这一问题变得更加突出,引发了全世界尤其是发达国家的强烈关注。在传统的授权许可制度下,未经著作权人许可又不符合著作权限制时无法利用作品,但孤儿作品通常具有很高的文化价值和历史价值,如果不能加以利用,束之高阁,将是资源的极大浪费,也不利于人类文化发展和保护公共利益。因此,能否利用孤儿作品以及如何维护有关著作权人、传播者、使用者和公众等多个主体的利益,甚至关系到著作权法的立法导向和制度基础。改变现行著作权授权模式,释放著作权法的公共政策价值是解决孤儿作品问题的关键。

孤儿作品问题引发立法者和公众的广泛关注主要源于美国谷歌数字图书馆案。2008年,谷歌与原告美国作家协会和出版商达成的和解协议因涉及孤儿作品问题而遭到了竞争对手、美国司法部、版权局以及外国政府的强烈指责,最终被法院否决。反对意见认为,和解协议实际上给了谷歌控制孤儿图书、排除竞争对手的垄断权。谷歌和解协议中关于孤儿作品的解决方案触动了美国版权法的根基,其中的集体授权机制本质上是一种强制许可,而美

国司法部认为这是滥用集体授权程序,^[1]美国版权局和法院也都认为孤儿作品问题应当由国会立法而不是由民间组织或者司法解决。尽管美国法院最终认定谷歌数字图书馆复制和搜索图书的行为不构成侵权,但却没有明确处理孤儿作品问题。

美国另一个类似案件中,HathiTrust 数字图书馆项目中的“孤儿作品项目”也因著作权人的极力反对而被无限期搁置。同样,对该案的判决也没有涉及孤儿作品问题。这两个案件都刻意回避了孤儿作品问题,说明了孤儿作品问题的敏感性和复杂性。

而美国孤儿作品立法过程也相当曲折。美国版权局 2006 年和 2008 年两次提交孤儿作品法案都没有获得通过。以图书馆、档案馆为代表的使用者一方普遍支持这个法案,而著作权人一方却强烈反对,担心使用者滥用孤儿作品方案侵犯著作权人的利益。孤儿作品方案挑战了传统的著作权许可制度,深切地触及著作权人的利益,使得著作权人和使用者原本在数字环境下已经扩大的矛盾变得更加激烈。

美国尽管至今都没有出台新的孤儿作品方案,但美国政府并没有放弃,而是多次发动调查、组织研讨。2014 年 3 月,美国版权局还举行了“孤儿作品与大规模数字化”的圆桌会议,召集各界人士对孤儿作品问题进行详细讨论,以期为将来的立法打好基础。美国很多大学和研究机构也都在积极研究该问题。

谷歌数字图书馆计划不仅在国内引发了巨大的争议和影响,对欧洲各国也产生了不小的震动。不甘于在数字时代的文化竞争中落后于美国,欧洲各国都强烈要求加快数字图书馆建设进程。而孤儿作品问题正是数字图书馆建设所无法回避的关键问题。作为“2020 欧盟战略”的七大旗舰计划之一的欧洲数字议程,其中一个立法计划就是制定欧洲孤儿作品数字化和文化作品传播条例。应该说,通过欧盟指令创建一个法律框架来促进孤儿作品的数字

[1] Authors Guild, Inc. v. Google, Inc., No. 05 Civ. 8136, 2009 WL 3045979 (S. D. N. Y., Sept. 18, 2009), p. 5.

化和传播是实现这一计划的重要项目。2008年,欧盟委员会斥巨资建立“版权信息和孤儿作品可检索注册项目”(ARROW项目)。2012年9月,颁布了《欧盟孤儿作品指令》,并要求各成员国在规定时间内拿出国内立法方案,目前不少国家已经按照指令要求制定和完善了国内法。

孤儿作品问题成为欧美国家立法机关和文化机构的一个关注重点,体现了这一问题在数字时代对国家文化建设的重要价值。而孤儿作品方案在不同国家的巨大差别也说明该问题的复杂性和各国认识上的差异。孤儿作品问题不是一个简单孤立的问题,其涉及著作权的多项制度,甚至关系到著作权的立法理念和制度基础。孤儿作品并非个别国家的个别现象,而是在全世界普遍存在,我国也存在大量的孤儿作品,并且网络数字技术的发展给我国著作权制度造成的冲击并不比欧美国家小,研究孤儿作品问题对完善我国著作权法、促进我国的文化产业的发展非常必要。正如美国众议院代表Marybeth Peters所指出的:“孤儿作品是一个全球性的问题,每个国家都存在孤儿作品,并且我相信,每个国家迟早都要积极思考出解决方案。”^[1]

我国学者和立法者已经关注到这一问题,并在著作权法第三次修改稿中正式提出了孤儿作品的解决方案,但具体措施尚未形成。因此在国内外的这种背景下研究这一问题,一方面,可以借这一问题重新审视著作权法的制度基础,对现有制度的理论发展起到补充、提高和完善的作用,有利于建构和完善适应网络数字时代的著作权制度;另一方面,建立合适的孤儿作品解决方案能够为利用孤儿作品提供相应的法律保障,保护相关权利人的利益,促进数字图书馆等文化产业发展,有利于一国文化的繁荣和文化教育事业的进步。此外,孤儿作品问题和其他很多著作权制度息息相关、相辅相成,对这一问题的研究也有利于其他著作权相关制度的完善。

本书从理论和实践两方面对孤儿作品问题进行了系统地研究,试图建构一个多层次、多角度的健全的解决方案,并通过孤儿作品方案带动我国著作

[1] Statement of Marybeth Peters, The Register of Copyrights before the Subcommittee on Courts, the Internet and Intellectual Property, Committee on the Judiciary, The “Orphan Works” Problem and Proposed Legislation, Accessed Jan. 14, 2013. <http://www.copyright.gov/docs/regstat031308.html>.

权相关制度的完善,实现我国著作权法在网络数字时代新的利益平衡。

本书分为六章。

第一章孤儿作品的利用困境。通过界定孤儿作品的基本范围、阐述孤儿作品的利用现状和利用孤儿作品的必要性,开宗明义提出本章关注的核心问题即孤儿作品的利用问题。孤儿作品并非真正没有“父母”(著作权人)的作品,而是尚在保护期内,但不能确定或无法找到著作权人的作品。正是因为这种权属不明的状态造成了利用孤儿作品的困境。孤儿作品在各种类型的作品中都大量存在,已成为各国普遍问题,由于具有较大的文化和社会价值,如果不能被利用将是公众和社会的巨大损失。但利用孤儿作品却存在违法风险高、利用成本高和著作权人利益如何保护等问题。目前各国立法中尚无比较成熟、普遍认同的统一方案,孤儿作品问题仍需深入研究。

第二章孤儿作品制度的历史考察。本章分析了孤儿作品产生的原因以及孤儿作品制度的立法历史。孤儿作品的产生包括制度因素、经济因素、历史文化因素、技术因素等,是多种因素综合作用的结果。孤儿作品立法在美国和欧洲产生的缘由并不相同。美国孤儿作品立法源于著作权保护期限延长和废除形式化要求,导致了著作权的扩张和公共利益之间的矛盾,而大规模数字化项目进一步促进了孤儿作品立法,因此美国孤儿作品立法主要来自于著作权产业的推动。而欧洲对孤儿作品问题的关注直接来自于推动欧洲文化发展、实施数字化战略的需要,因此更多体现的是文化和政策因素。这种区别直接导致了两地孤儿作品解决方案的不同。

第三章孤儿作品利用的正当性研究。孤儿作品问题体现了数字时代著作权人、使用者和公共利益之间的剧烈冲突。孤儿作品的利用触动了传统著作权制度的基础,孤儿作品能否被利用以及如何利用取决于著作权制度的正当性和立法宗旨。著作权制度的产生和演变表明该制度是国家公共政策的一部分,必须以公共利益为目标,寻求不同利益之间的平衡。自然权利论下的著作权绝对保护阻碍了知识的传播和创新,越来越不能适应时代的发展和公众的需求,必须通过一定的限制加以平衡,以实现社会总福利的最大化。著作权限制制度符合法律追求公平正义和效率的价值取向。孤儿作品问题属

于市场失灵导致的交易不能,且利用孤儿作品有利于公共利益,因此满足著作权限制的适用范围和条件,符合著作权法的立法目的,具有法理上的正当性。

第四章孤儿作品利用方案的比较研究。由于立法初衷、立法理念和具体的制度环境各不相同,不同国家采取的方案差别很大,主要有限制救济、特定限制、中央授权许可、延伸性集体管理、合理使用等方案。各国方案普遍追求两个目标即降低查找成本和提高法律确定性。而“合理查找”和“合理补偿”几乎是所有方案中的关键问题。本章分析了目前几种方案的利弊,认为应当区分不同性质和不同方式的利用,兼顾各方利益,建立多层次、多角度的孤儿作品解决方案。

第五章孤儿作品的利用机制。本章讨论了孤儿作品的利用方式、孤儿作品方案的适用范围、利用规则以及相关的配套制度。认为可以将作品的利用方式分为表达性使用和非表达性使用,孤儿作品方案解决的是孤儿作品的表达性使用问题。为了充分发挥孤儿作品的价值,满足公众的利用需求,应当建立一个包括商业性利用在内的健全的方案。因此,对孤儿作品授权模式的设计要依据不同的利用方式,采取双层授权模式。对于大规模利用孤儿作品的行为采用延伸性集体管理模式,对于单个作品的利用采用中央授权许可模式,最大程度减少使用者的查找成本和法律风险的同时保障著作权人的合法权益。在孤儿作品授权机制中,要设置合理的查找标准和适当的许可使用费标准,在授权制度之外采用限制救济作为制度补充,同时辅以相应的配套措施,包括著作权登记、作品使用公示和标注作品来源等制度,通过完善的制度设计促进孤儿作品的利用并保障相关权利人的利益。

第六章我国孤儿作品著作权制度的完善。孤儿作品问题不是一个孤立的问题,而与很多具体的著作权制度相关,如果这些制度不完善,孤儿作品方案将无法发挥作用。同时,孤儿作品问题的解决也可以促进其他著作权问题的解决和制度的完善。本章除了对我国的孤儿作品立法提出完善建议外,还对孤儿作品问题所涉及的数字图书馆建设、合理使用制度、集体管理制度、著作权登记制度和著作权数据库建设等问题进行了研究。完善这些相关制度可以使我国著作权法更加适应网络数字时代的发展,促进我国的文化事业的繁荣和进步。

第一章 孤儿作品的利用困境

作品的价值在于传播和利用,再好的作品如果深藏不露、束之高阁,无论对著作权人、使用者、普通大众还是整个社会都没有价值。而孤儿作品却因为其特殊性被法律所禁锢,无法被合法地传播和利用,造成资源的浪费。2011年英国《哈格里夫斯审查报告》指出:“孤儿作品问题代表了著作权结构适应环境最明显的失败。”^[1]因此,改革著作权法,“解放”孤儿作品,使其发挥应有的文化和经济价值,对于造福公众、繁荣文化、促进经济发展等都有着非常重要的意义。而解决这一问题的基本前提,就是清楚地了解孤儿作品利用中存在的问题和困境。

第一节 孤儿作品的界定

一、孤儿作品的概念

孤儿作品这一称谓来源于英语“orphan work”,由美国首先提出。美国

[1] Ian Hargreaves, “Digital Opportunity: A Review of Intellectual Property and Growth”, *UK Intellectual Property Office* (2011), p. 38. Accessed Feb. 1, 2013. <http://www.ipo.gov.uk/ipreview-finalreport.pdf>.

版权局《2006 年孤儿作品报告》指出:“孤儿作品”这一术语被用于描述使用者想要通过获取著作权人的许可去利用一个仍受著作权保护的作品,却无法确认著作权人身份或者找不到著作权人的情况。^[1] 2012 年《欧洲议会与欧盟理事会关于孤儿作品许可使用特定问题的指令》(以下简称《欧盟孤儿作品指令》)第 2 条将孤儿作品定义为:无法确定权利人,或者即使能够确定其中一个或者多个,但经过勤勉查找一个权利人也无法找到的作品。同时也指出:如果一个作品有超过一个的权利人,并且不是所有权利人都能被确定,或者即便确定,经过勤勉查找无法全部找到,但是如果经已找到的著作权人授权许可,此作品可以使用。^[2] 欧盟委员会备忘录 2012 年 10 月 4 日《关于孤儿作品最常问的问题》对孤儿作品的解释是:仍然受著作权法保护,但无法确定其著作权人以获得著作权许可的作品,如图书、报纸或杂志上刊登的论文、电影。^[3] 国际图书馆协会联合会与国际出版者协会筹划指导小组认为,孤儿作品是拥有著作权,但是其所有者无法明确,且由希望获取权利人的许可而使用该作品的人持有的作品。^[4] 此外,还有一些国家的著作权法也规定了孤儿作品条款。比如,《加拿大著作权法》第 77 条规定:孤儿作品是指申请人希望使用仍在保护期内,但尽合理努力而仍然无法确定著作权人的已出版的作品、已固定的表演、已出版的录音制品及已固定的传播信号。《日本著作权法》第 67 条(1)将孤儿作品界定为已经发表的作品或者经过一定期间提供或者提示给公众的事实明显的,由于著作权人不明或者其他类似原因,根据政令规定付出相当的努力仍然无法和著作权人取得联系的作品。《韩国著作权法》第 50 条(1)规定,孤儿作品是指根据大总统规定的标准作出相当努力

[1] Register of Copyrights, “Report on Orphan Works (Jan. 2006)”, p. 15. Accessed April 19, 2014. http://www.copyright.gov/orphan/orphan_report.pdf.

[2] Directive 2012/27/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 on Certain Permitted Uses of Orphan Works, Accessed April 2, 2014. http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/orphan_works/index_en.htm.

[3] Orphan works-Frequently Asked Questions, Accessed August 5, 2014. http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-12-743_en.htm?locale=en.

[4] 《国际出版者协会和图书馆协会确立孤儿作品使用原则》, 载 <http://www.lawtime.cn/info/zscq/gwzscqdt/2011032969650.html>, 最后访问日期:2012 年 10 月 29 日。

仍然无法找到已经发表作品(外国人作品除外)的著作权人或其住所的作品。

以上关于孤儿作品的定义虽然不尽相同,但可以总结出以下共同特征:第一,作品仍然处于保护期限内;第二,无法确定或找到作品的著作权人;第三,使用人希望使用该作品;第四,使用人虽努力勤勉查找,但仍然无法确定或找到作品的著作权人。

根据以上定义可以发现,孤儿作品的名称其实名不副实。孤儿作品听起来像孤儿一样,没有父母,即作品没有著作权人。的确,真正的孤儿作品应当是已经有确切证据表明该作品没有著作权人,可能是因为著作权人死亡没有继承人或受遗赠人,也可能是著作权人放弃著作权。对于真正的孤儿作品,各国的法律一般会明确规定其归属,或者进入公有领域或者归国家所有。而让各国为之困扰并大力研究的所谓孤儿作品其实并不是真正没有“父母”(著作权人)的作品,而是著作权人不确定或者虽然确定但找不到的作品。这些作品也可能的确没有著作权人,但因为它的不确定性,一般都预设著作权人可能出现。

正因为孤儿作品的这种名不副实,有学者提出用“人质作品”的称谓替代“孤儿作品”。^{〔1〕} 根据这种观点,不同的称谓代表了不同的观念,从而会导致不同的解决方法。选择称呼某类作品为“孤儿”其实来源于以自然权利为基础的著作权制度中“浪漫作者”的比喻。^{〔2〕} 在浪漫作者的比喻中,作品是作者的劳动和才能创造的孩子,他获得控制并保护他孩子的权利。因此浪漫作者的视角成为支持许可著作权观念的首要的故事。^{〔3〕} 将那些找不到著作权人的作品比喻成被抛弃、被虐待的“孤儿”,使人们本能地开始相信孤儿作品

〔1〕 See Ljdia Pallas Lorent, “Abandoning the Orphans: An Open Access Approach to Hostage Works”, 27 *Berkeley Tech. L. J.* 1431 (2012).

〔2〕 相关文章可参见 Rosemary J. Coombe, “The Properties of Culture and the Politics of Possessing Identity: Native Claims in the Cultural Appropriation Controversy”, 6 *Can. J. L. & Juris*, 249 (1993), p. 250; Carys J. Craig, “Reconstructing the Author-Self: Some Feminist Lessons For Copyright Law”, 15 *Am. U. J. Gender Soc. Pol’y & L.* 207 (2007), p. 242.

〔3〕 Anupam Chander & Madhavi Sunder, “The Romance of the Public Domain”, 92 *Calif. L. Rev.*, 1331 (2004), p. 1339; Mark A. Lemley, “Romantic Authorship and the Rhetoric of Properly”, 75 *Tex. L. Rev.*, 873 (1997), p. 886.

需要社会给成为孤儿的孩子提供保护。^{〔1〕}这可能会导致对孤儿作品的保护程度过高,比如要求使用孤儿作品之前提存许可费的制度。^{〔2〕}事实上,孤儿作品只是因各种原因导致著作权人难以找到,导致市场失灵,公众获取权受阻。孤儿作品问题并不是需要找到父母给予保护、防止不适当开发的问题,也不是需要新的所有者(父母)的问题,而是需要特殊的力量去解放约束这些作品的因素,促进作品的传播。因此,叫作人质作品更为合适。^{〔3〕}

“人质作品”的称谓道出了所谓孤儿作品的本质,需要研究的孤儿作品并非真正的孤儿,而是因某种原因被限制获取、利用和传播的作品。事实上,最早提出孤儿作品问题并讨论其立法可能性的美国,一开始就明确了孤儿作品实际上是指“无法确定著作权人身份或者找到著作权人的作品”,而非“无著作权人的作品”。

美国众议院司法委员会下设的“法院、互联网和知识产权小组委员会”主席霍华德·L.伯尔法官在相关听证会上也明确表示:“我认为必须纠正这一名不副实的称呼。我们所说的作品并不是真正的孤儿;事实上,我们所面临的特殊情况是当其父母出现的时候应当如何描述和解决已经发生的事。对此更为准确的描述可能是无法确定著作权人身份的作品。不过为了方便讨论,我们仍以孤儿来形容这种情形。”^{〔4〕}

综上,孤儿作品实质上指的是仍在著作权保护期内,但是著作权人不能确定,或者虽然能够确定,但经过勤勉查找仍不能找到著作权人的作品。只有准确定位孤儿作品的本质才能有的放矢,制定合理的制度解决这个问题。但因为各国在立法和研究中都用“孤儿作品”指代此类作品,为了统一和研究

〔1〕 George H. Taylor & Michael J. Madison, “Metaphor, Objects, and Commodities”, 54 *Clev. St. L. Rev.*, 141 (2006), p. 162.

〔2〕 David R. Hansen et al., “Solving the Orphan Works Problem for the United States”, 37 *Colum. J. L. & Arts*, 1 (2013), pp. 16 – 18.

〔3〕 Ljdia Pallas Lorent, “Abandoning the Orphans: An Open Access Approach to Hostage Works”, 27 *Berkeley Tech. L. J.*, 1431 (2012), p. 1452.

〔4〕 U. S. Copyright Office Hearing, “Promting the Use of Orphan Works: Balance the Interests of Copyright Owners and Users” (March 13, 2008), Accessed April 10, 2014. <http://www.copyright.gov/orphan/orphan-hearing-3-10-2008.pdf>.

方便起见,本文沿用这个称谓。

二、孤儿作品与其他相关概念的区别

(一)匿名作品

匿名作品是指作者没有表明作者身份而发表的作品。署名权是著作人身权的核心,是维系作者和作品“血缘关系”的纽带。享有署名权意味着作者有权利决定以真名、假名、匿名或以其他方式发表作品。匿名和真名、假名一样,只是作者行使署名权的一种方式。作者没有在作品上署名并不意味着放弃对该作品的著作权,在任何时候作者都可以通过证明自己的身份而主张对作品的著作权。匿名作品并非无法确定著作权人的作品,事实上,作者只是不愿在作品上表明身份,但可能将自己的身份信息和联系方式提供给了出版商、报社等传播机构,使用者可以通过这些机构联系到著作权人。只有那些没有署名且通过正常的途径也无从核查其作者身份的作品才有可能是孤儿作品。

(二)无主作品

无主作品通常指因为著作权人(包括自然人、法人或其他组织)死亡或终止后,尚在保护期内的著作权中的财产权无人继承或无人受遗赠的情形。综观各国的立法与实践,无主作品的著作权归属主要有两种模式。第一种是,著作权无人继受则导致该著作权终止,该作品进入公共领域。比如日本、巴西和我国台湾地区著作权法的规定就属于这种模式。^{〔1〕}在这种情况下,无主作品成为公有领域的财产,任何人都可以自由地获取和使用。第二种是,无人继受的作品在保护的有效期内,著作权收归国家所有。这时通常由国家

〔1〕《巴西著作权法》第45条规定:作品的著作财产权的保护期限届满后,符合下列情况之一的作品将进入公有领域:(1)该作品的作者死亡后,无继承人的;(2)该作品的作者身份无法确定的;但如该作品属于民间传统文学,应受民间传统文学的法律保护。《日本著作权法》第62条第1款规定:著作权在以下情况即告消灭:(1)著作权所有者已死亡,该著作权依民法(明治29年法律第89号)第959条(归国库的继承财产)的规定应归国库时;(2)作为著作权所有者的法人解散时,该著作权依民法第72条第3款(归国库的剩余财产)或依其他法律的规定应归国库时。我国台湾地区《著作权法》第23条规定:著作权人死亡而无继承人者,其著作权期间视为届满。