

西南知识产权博士文库

张玉敏 主编

版权法上的 公共领域研究

黄
汇◎著

博學篤行
厚德重法



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

法上的 八领域研究

黄
汇◎著

图书在版编目(CIP)数据

版权法上的公共领域研究 / 黄汇著. —北京: 法律出版社, 2014. 9

(西南知识产权博士文库)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 6697 - 4

I. ①版… II. ①黄… III. ①版权—著作权法—研究
IV. ①D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 180012 号

版权法上的公共领域研究

黄汇著

责任编辑 刘文科 李峰云
装帧设计 李瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2014年9月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

印张 8 字数 193 千

印次 2014年9月第1次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 6697 - 4

定价:40.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

随着信息技术的发展、经济的全球化以及对外开放的逐渐扩大和深入,历经三十年,中国的知识产权制度已经日趋完善,知识产权研究也呈现出多元化的趋势。在知识产权立法的早期阶段,出于工具主义思考,为了尽快为中国移植发达国家的知识产权制度,更多的知识产权研究着力于注释知识产权的一些基本制度、基本框架。从学术史上看,这大致属于知识产权的注释法学阶段。至20世纪90年代末、21世纪初,在中国的知识产权制度基本完善的前提下,学者们对知识产权的研究拓宽了视野,知识产权的概念、历史、哲学、体系化、性质、经济分析等逐渐进入研究视野,并涌现出一批优秀的学术成果。套用苏力关于中国法学三个阶段的论述,这一阶段的知识产权研究进入了“诠释法学”和“社科法学”并举的时期。

在知识产权研究日益多元化的情况下,我们应当贡献什么?基于这种问题意识,我们推出了这套“西南知识产权博士文库”。然而,问题在于,在今

天这个日益信息化的时代,人们为诸多的文字材料所包围,由于自身精力的限制,人们根本没有太多时间去触摸、更不用说去阅读书店里的一些文献。因之,这套文库是否只意味着占用了一些书号,挤占了书架的一些空间?在很多情况下,一些哪怕是经典的书籍都被束之高阁。这套文库的未来命运将会如何?

担心将我们推向了知识产权研究多元化氛围的思考。在日益市场化的今天,学术产出也必须符合市场经济的规律,供给与需求相辅相成。如社会分工之于市场的重要性一样,学术分工也在学术研究中发挥着重要作用。如果承认道德多元化、思想多元化是法治社会的重要特征,那么,我们就可以断言,无论书籍的行文风格、价值取向、问题意识等,我们都可以找到一些哪怕是些微的读者。更重要的是,书籍一面世,作者便丧失了控制它的权力。在作者、作品和读者这个文学系统中,重要的已不再是作为支配一方的作者,而是作者与读者之间的那种主体间性。这对我们意味着,只要认真、努力也就够了。

从基本方向上看,这套博士文库尽管包括了学术前沿、热点问题等,但基本理论研究是其主旋律。当然,这并不意味着我们认为学术研究存在一个高低贵贱之分的问题;事实上,我们真正考虑的是学术上的比较优势。

西南政法大学 张玉敏

2007年9月

序 一

在知识产权研究日益走向基础性和多元化的今天,方法的进步、话语的开放、视野的独特决定了研究的质量和水平。在国内外学者多集中于从加强保护,注重从制度内部对包括版权机制在内的知识产权制度进行精巧设计的时候,黄汇博士的这部新作则独辟蹊径,从版权制度概括的另一端:公共领域的视角,来探寻版权保护的合理边界,追问人类知识创新的源头,探求作品创造的外部生态环境。该种反其道而行之的方法,可谓打开了通往版权制度的一扇“后窗”,通过它人们得以窥视版权理论的原貌,并为有效平衡版权的保护扩张找到了一个新的方法论工具。

公共领域问题,应当说是知识产权法中的重大问题。作为矛盾的统一体,版权和公共领域同在。从历史的视角看,也是先有公共领域后有版权机制。从逻辑的角度看,公共领域之于版权亦是“水能载舟亦能覆舟”的关系。因此,强调版权保护和强调通过公共领域知识共享之间的平衡,应成为版

权法的基调和主旋律。否则,要么会带来知识创新的激励不足,要么将带来权利的过度保护问题。黄汇博士的这篇论文,在比较借鉴国内外同行研究的基础上,综合运用历史考察、法经济学、法社会学和实证分析等方法,探索了公共领域的实质、版权和公共领域辩证互动的关系、公共领域在版权法上存在的合理性以及公共领域的未来勃兴,尤其是在互联网环境下的勃兴等问题。作者并没有就事论事,而是提出了一系列颇有创建的观点。尤其是作者对著作权法社会学方法的运用,充分凸显了公共领域所蕴含的知识生产的代际性、社会性和历史继起性之特征,为版权保护找到了一条重要外部逻辑界限之依据。而就我的观察来看,数年来作者执着于该领域的研究,发表了系列相关论文,而本著作也很大程度上奠定了公共领域研究的基本框架。

公共领域问题具有高度的抽象性,在国内相关知识储备还不是十分丰富的前提下,选择这样一个问题做论文,既需要理论探索的勇气,也需要相当的思考力。黄汇博士热爱学术,擅长抽象思维,认真刻苦,理论功底较扎实。作为其博士后的合作导师,衷心希望他不断拓展研究视域,继续保持高涨的研究热情,在知识产权这块“智慧与创新”并存的学术田园不断努力,多出佳作。

是为序。

吴汉东

序 二

公共领域问题,既是版权法中的基础问题,也是前沿问题。公共领域就像一条文化的母亲河,哺育着版权作品的创造。而人类科学、文化、艺术领域的每一个进步和创新,实际上都是站在前人和传统基础之上的。作者只有站在巨人的肩膀上,才能看得更远。这大概就是美国的知识产权宪法条款将“公共领域的保留”作为其基本原则之一的重要原因。

但今天,在包括版权人在内的知识产权人的强烈推动下,权利保护得到了日益的强化,公共领域的价值却未得到足够的重视。版权扩张对公共领域的侵蚀,被西方学者戏称为是第二次“圈地运动”,被认为是一种“文化圈地”。这种现象在国内外都不同程度地存在着。因此,在这一背景下,以公共领域为题展开研究无疑具有重要的理论价值和实践意义。

《版权法上的公共领域研究》一书的意义在于,作者牢牢把握了公共领域的实质,以公共领域理论

对版权扩张的反思性价值为主题主线,重点研究了公共领域的概念、特征和功能,公共领域的合理性,公共领域和版权生态耦合的关系,版权法上公共领域日趋式微的原因和未来的观念重构和制度重建等问题。在此基础上,作者提出了一系列创造性的观点,如“版权和公共领域一同诞生,没有公共领域的承认就没有版权的正当性可言”,“作者的创造活动不仅取决于自身的努力,还取决于和公共领域的互动关系”,“版权法的进步并不意味着公共领域的终结。相反,公共领域的终结才是版权法规范能力解体和终结的开始。”为了重构公共领域,作者提出了“义务公共领域的理论”,强调注入与公共领域制度友好的“版权哲学”等等。总之,本书既站在了学术前沿,又回应了中国问题;既有理论的探讨,又有实证的分析;既注重形而上的理论解读,又注重对公共领域的制度进行小心的求证和设计。因此,该部著作无论对版权理论的丰富,还是对我国著作权制度的修改完善都具有一定的参考价值和借鉴意义。

黄汇博士从硕士时代即跟随我从事知识产权法学的研究,有很好的学术素养和理论研究的能力,注重知识产权的基础理论和交叉研究。这篇论文是其硕士时代思考的继续。在论文即将出版之际,作为老师,我由衷地高兴,并期待他有更多好作品产生。

张玉敏

目 录

导 言 / 001

第一章 版权法上的公共领域概述 / 010

引言 / 010

一、版权法上公共领域的概念 / 011

二、版权法上公共领域的诞生 / 019

三、版权法上公共领域的功能 / 027

四、结语 / 037

第二章 版权法上公共领域的合理性 / 039

引言 / 039

一、版权法上公共领域的自然正当 / 040

二、版权法上公共领域的经济合理 / 047

三、版权法上公共领域的知识妥当 / 054

四、版权法上公共领域的宪政合理 / 059

五、结语 / 066

第三章 版权和公共领域的辩证关系 / 067

引言 / 067

- 一、公共领域哺育了版权作品的诞生 / 068
- 二、版权的生产性功能对公共领域的贡献 / 074
- 三、版权促进作者群的壮大对公共领域的价值 / 079
- 四、版权促进作者竞争与分工对公共领域的意义 / 084
- 五、结语 / 089

第四章 版权法上公共领域的式微 / 091

引言 / 091

- 一、版权法上公共领域式微:现象的分析 / 092
- 二、“浪漫主义”作者观与公共领域的衰微 / 101
- 三、版权的“隐喻”与公共领域的式微 / 109
- 四、“三驾制度马车”与公共领域的限缩 / 119
- 五、结语 / 128

第五章 版权法上公共领域的未来:观念的 转型 / 129

引言 / 129

- 一、注入与公共领域友好的“版权哲学” / 129
- 二、迈向一种“义务公共领域”的理论 / 138
- 三、走向版权和公共领域的生态和谐 / 145
- 四、结语 / 155

第六章 版权法上公共领域的未来:制度的 重构 / 156

引言 / 156

- 一、创设公共领域的新机制呼应知识传播共享 / 157
- 二、走向合同和技术措施接受公共领域规制的时代 / 164
- 三、对“三驾马车”改造以回应公共领域的未来 / 169
- 四、结语 / 177

第七章 版权法上公共领域的实证研究

——以过了保护期进入公共领域的
作品为对象 / 178

引言 / 178

一、公共领域作品是“有主”还是“无主”的探讨 / 179

二、公共领域作品“可撤回”抑或“不可撤回”的
辩证 / 185

三、公共领域作品使用“有偿”还是“无偿”的辨析 / 197

四、结语 / 203

第八章 结论 / 205

参考文献 / 210

后 记 / 236

导 言

一、研究背景及意义

自 20 世纪的晚近以降,在版权法的国度里,一场以人类的公有知识和公有信息为占领对象的“圈地运动”正在悄然兴起,并一直延续至今。如果说英国历史上的第一次“圈地运动”是将公共土地、公共资源划归了私人所有,其带来了大量农民失去农庄、耕地乃至私人住宅、院落的同时,它还促进了英国早期的工业革命,乃至随后整个资本主义世界之兴起的话;那么,自 20 世纪晚期以来以版权的扩张为特点的这次“圈地运动”——许多学者将其戏称为“第二次圈地运动”则纯属是病理性的。它不但牺牲了人们的知识和信息自由,还使人类文化繁衍的绿洲也开始不断沙漠化。这次“圈地运动”所引发的不但是人们对版权作为一种“财产”的全面质疑,还使人们掀起了一场以知识和文化环境为对象的“生态救亡”运动。而作为版权制度重要对立面而存在的公共领域概念的提出及其所具有的意识形态功能,则成了这场救亡运动中核心的部分之

一。具体而言,研究版权法上公共领域问题,它具有以下方面重要的理论与实践价值:

第一,它有利于版权制度的生态化发展对民法学的研究也有重要的借鉴意义。

研究公共领域的问题,就像著名的版权学家迪茨(Ronan Deazley)教授所说:“其最大益处不在于认识了公共领域自身,而是藉由认识了版权,即在我们了解公共领域的性质及其实用性的过程中,为我们认识版权的问题,包括它的功能与局限提供了机会。”^[1]因此,公共领域作为一套方法论的提出,十分有助于赋予反思版权的“合法性”力量。即只有人们意识到,作为版权机制的一种“外部生态”——公共领域支撑着版权法的运行,如果离开了一个充沛而富有活力公共领域之构建,版权机制迟早将因此枯竭和坍塌。所以,公共领域学说的提出,实际上是从版权的外部为制衡版权的扩张,找到了一个重要的逻辑界限之依据,为版权机制重返良性建构与生态发展提供了理念基础。另外,鉴于公共领域不仅是版权法上的问题,还是传统民法学上的问题,就像有学者所考证的那样,版权法上公共领域的理论模型,最早就可以追溯到古代罗马法上“公有物”和“共有物”等概念之上。^[2]因此,研究版权法上的公共领域理论,对民法学尤其是对物权制度的生态化发展,也具有重要的借鉴意义和参考价值,它对有形财产权世界的观念重构和规范重组也具有指导性意义。

第二,它将革新人们观察版权问题的视角并丰富版权制度研究的方法。

虽然针对版权的过度扩张带来的版权人和公众之间利益失衡的

[1] Ronan Deazley, *Rethinking Copyright: History, Theory, Language*, Edward Elgar Publishing, Inc, 2006, p. 132.

[2] 吴汉东:“古罗马法的‘无体物’理论与知识产权制度的学理基础”,载《江西社会科学》2005年第7期。另见 Carol. M. Rose, *Romans, Roads, and Romantic Creators: Traditions of Public Property in the Information Age*, 66 *Law & Contemp. Prob* 89(2003)。

现象,已有诸多的学者展开了积极的反思,并提出了许多有益的理论 and 见解。^{〔1〕} 这些研究无疑为本书奠定了良好的知识准备和观察视角。但之前的研究,多集中于从版权法内部来思考问题,其好处是有利于从版权机制内在系统的维度,澄清著作权法上各项具体制度间的功能耦合与价值关联关系,并为反思和遏制版权的扩张,提供了有益进路。但这种从版权法内部来思考问题的方法,无助于将版权法中包含在公共领域内的许多主题集中起来,形成一种保持同一性思考的机制,认识到公共领域不仅是整套版权机制的起点,还是其发展的终点和价值依归。因此,本研究从版权概括的另一端——公共领域的视角出发来整体性地审视问题。有助于避免之前研究方法论上的缺陷与不足,为认识和检视版权问题提供一种全新的视角,并有利于充分利用公共领域的概念和修辞工具,来达到对抗版权扩张主义者利用“人权”、“版权财产神圣”等富具道德色彩之语词的伦理进攻。为遏制版权扩张,使版权法重归理论合理与规范正当提供知识论基础和方法论前提。

第三,它有助于我国一套良性版权机制之建构,并有助于深化人们对版权法机理的认识层次和认识水平。

版权扩张的问题,不仅是以美国为首西方发达国家的一种法治现象,在我国同样具有类似的情况。姑且不论中国司法界,法官一直以来存在“积极造法”的冲动,使一些原本属于公共领域的范畴,被划入私人专有的范围当中来,^{〔2〕}并最终破坏了版权法机制下版权“私有”和公共领域“共享”之间的应有平衡。就是从立法上看,我国也曾经出现过度保护版权而忽视公共领域价值的情况。比如说2002年1月

〔1〕 诸如冯晓青先生的“利益平衡”理论、徐璋教授的知识产权“对价”学说等都是这方面的杰出代表。

〔2〕 这方面的介绍与评论可以参见崔国斌:“知识产权法官造法批判”,载《中国法学》2006年第1期;另参见胡开忠:“知识产权法中公有领域的保护”,载《法学》2008年第8期也多有提及。

1 日起施行的《计算机软件保护条例》，就完全取消了原条例中关于“合理使用”的规定，从而使得我国的一切单位和个人，在未经授权的情况下使用他人的软件都统统被视为了非法。另外，2001 年新修订的《著作权法》在规定了权利人可以采取技术措施来保护版权的同时，却对公众基于合理使用破解该技术的合理与必要性未做明确之规定。^{〔1〕}再到最近传得沸沸扬扬的《对网络音乐下载的全面收费规定》。^{〔2〕}

总之，在这场知识的占领运动中，中国也未能置身其外：不断增强的知识产权执法（把知识产权作为侵权规则而不是激励规则）、部分领域过高的知识产品定价、不断出现的权利类型、权利人通过技术措施等私力手段对公众接触知识产品的不当干预，封闭的权利许可，不断闭合的合理使用，如此等等。概言之，知识产权法中公有领域的事物，就如同是当下人们所渴望的清洁空气、干净的水源、美丽的青山、宜人的气候那般地稀缺和珍贵。就像有学者曾戏称道：“在污染严重、资源短缺的今天，连空气和水都已经商品化，不再完全自由和免费，公有领域又怎么能置身事外呢？”^{〔3〕}因此，在这一大背景下，研究公共领域理论问题，并非以美国为首的西方发达国家所需，它也是我国一套良性版权机制建构的必然所需。

更何况，由于公共领域既是版权创造的前提，又是整部版权法的终极价值依归。公有领域不仅开放了后续创新者学习、评论、非议和对话的自由空间，还有利于打破技术和产品的不当垄断。总之，“公共领域是人类的文化文明的总体积累，作为世界公民人人得以自由、

〔1〕 而很多国家如澳大利亚的著作权法就有对技术措施合理使用的明确例外之规定，具体参见澳大利亚《著作权法》116(A)3 之规定。

〔2〕 这方面的论述参见国新办举行 2012 年中国知识产权发展状况新闻发布会，国家版权局副局长阎晓宏先生明确表示收费是一种必然趋势。http://www.cccdy.cn/cehua/2013ch/music/talk/201306/t20130624_688052.htm，最后访问时间：2014 年 1 月 3 日。

〔3〕 薛虹：《十字路口的国家知识产权法》，法律出版社 2012 年版，第 248 页。

免费使用而不受到任何限制。公共领域越丰富,人类生活的满足就越大。”〔1〕知识产权和公共领域的关系,恰是“水能载舟,亦能覆舟”的关系,〔2〕过度保护知识产权必然背离公共领域的制度精神,带来社会的知识代谢失调、文化发展止步不前、科技革新严重滞后的状况;并因此还可能延及思想固化、言论顿塞、民思落后乃至宪政难开的局面。

总之,“知识产权制度必须保证创造者的知识产权得到保护,还要保证这种权利应该促进而不是约束社会公众参与文化生活与分享科学进步的权利。”〔3〕所以,通过这样一个既具有起点意义,又具有终点价值的公共领域视角来审视版权制度的合理性,它就有助于我们认识整套版权法的内在机理,并得以把握版权制度的精神实质。所以,对公共领域的研究无疑非常必要,于理论于实践都具有重要的价值。

二、国内外研究的现状

在国外,版权法上公共领域问题的探讨可谓蔚为壮观,很多著名的知识产权学者尤其是英美国家的学者,对该问题都有过细致而专门的论述。2001年和2003年,美国的杜克大学(Duke University)先后两次召开“知识产权法上公共领域”的专题研讨会。会后,该校甚至斥巨资成立了公共领域的研究中心。这当中,包括马克·罗斯(Mark Rose)、詹姆士·博义尔(James Boyle)、大卫·兰吉(David Lange)、杰西·黎特曼(Jessica Litman)、理查德·A.波斯纳(Richard A. Posner)、帕米拉·萨缪尔森(Pamela Samuelson)等在内的一大批美国

〔1〕刘孔中:“论智慧财产权之一般理论:有效促进公私资源交换与相互增益”,载吴敬琏、江平主编:《洪范知识产权评论·知识产权——政策与法律的反思》,生活·读书·新知三联书店2012年版。

〔2〕Robert P. Merges著:《公共领域的新生动力》,杜颖、雷珏译,载易继明主编:《私法》(第19卷),华中科技大学出版社2012年版。

〔3〕吴汉东:“知识产权的私权和人权属性——以《知识产权协议》和《世界人权公约》为对象”,载《法学研究》2003年第3期。