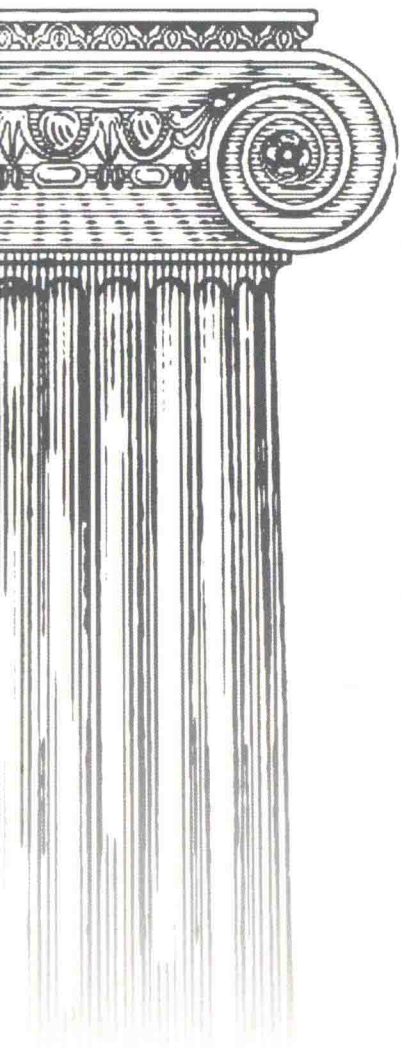


第13卷
Volume 13

Intellectual Property Right Law Research 知识产权法研究

黄武双 主编



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

本书的出版得到
强生(中国)投资
有限公司资助

第13卷
Volume 13

Intellectual Property Right Law Research 知识产权法研究

黄武双 主编



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

图书在版编目 (CIP) 数据

知识产权法研究. 第13卷/黄武双主编. —北京: 知识产权出版社, 2017. 1

ISBN 978-7-5130-4553-7

I. ①知… II. ①黄… III. ①知识产权法—文集 IV. ①D913.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 257341 号

内容提要

本卷共收录 3 篇学术专论和 9 篇沙龙纪要, 对当前的网络环境、合理使用、侵权赔偿等热点问题进行了论述, 也包括知名学者、法官对热点案例的探讨和思考, 为研究知识产权的人员提供了很好的借鉴和学习机会。

读者对象: 法官、律师、学者及相关从业人员。

责任编辑: 卢海鹰 王玉茂

执行编辑: 王瑞璞

责任校对: 潘凤越

责任出版: 刘译文

知识产权法研究 (第 13 卷)

ZHISHICHANQUANFA YANJIU

黄武双 主编

出版发行: 知识产权出版社有限责任公司

社 址: 北京市海淀区西外太平庄 55 号

责编电话: 010-82000860 转 8122

发行电话: 010-82000860 转 8101/8102

印 刷: 三河市国英印务有限公司

开 本: 720mm×960mm 1/16

版 次: 2017 年 1 月第 1 版

字 数: 302 千字

ISBN 978-7-5130-4553-7

网 址: <http://www.ipph.cn>

邮 编: 100081

责编邮箱: wangyumao@cnipr.com

发行传真: 010-82000893/82005070/82000270

经 销: 各大网上书店、新华书店及相关专业书店

印 张: 16

印 次: 2017 年 1 月第 1 次印刷

定 价: 50.00 元

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

知识产权法研究编委会

Intellectual Property Right Law Research

顾 问

王立民 华东政法大学原副校长 知识产权中心原主任
教授，博士生导师

主 编

黄武双 华东政法大学知识产权学院院长，知识产权研究中心主任
教授，博士生导师

本期助理编辑

刘建臣 华东政法大学 2013 级知识产权专业硕士研究生

目 录

学术专论

- 澳大利亚版权法改革与合理使用新趋势 王红珊 (1)
- 美国《通信规范法案》对网络环境中形象权保护的限制 刘建臣 (14)
- 论“实际损失”在版权侵权损害赔偿计算中的适用 金莹 (29)
- 以美国判例法为视角

沙龙纪要

- 知识产权法与竞争法的激荡与融合 (42)
- 由“小i机器人”案引发的探讨 (63)
- 论辩“微信”商标之争 (75)
- 网络内容聚合服务的法律问题探讨 (85)
- 商业秘密法相关问题研讨 (110)
- 互联网竞争行为正当性的判断标准 (171)
- 网络技术创新、用户权益维护与不正当竞争的边界 (207)
- “Robots 协议”与公平竞争之辩 (227)
- 《人再囧途之泰囧》与《人在囧途》之争 (239)

学术专论

澳大利亚版权法改革与合理使用新趋势

王红珊*

内容摘要

数据时代，版权法正在由传统上保护作者权向平衡使用者、社会和国家利益方向发展。本文通过观察澳大利亚版权法改革，解读版权例外合理使用及其发展，指出版权的最终目的不只保护表达形式，而且促进知识创新和传播、关注公共利益保护。合理使用范围的扩张和新形式的发展将成为现代版权法所必需。

关键词

版权 合理使用 公共领域

一、澳大利亚版权法改革背景、主要内容

（一）背景

1. 普通法的历史源流

在经历英国殖民统治后的 1905 年，澳大利亚联邦政府制定首部本土版权法。

* 作者单位：上海商学院。

因长期的英国海外领地传统,统一实施英国普通法体制,澳大利亚首部版权法源于19世纪英国普通法。1912年澳大利亚修订的版权法,宣布不再适用英国1911年版权法,奠定了20世纪初澳大利亚版权法基础,直到被1968年版权法取代。1968年版权法经过历次修改,其中2000年、2006年修改主要涉及版权侵权例外和数字形式代理问题。2006年修订规定侵权例外增加的研究和学习、批评和评论、新闻报道、专业咨询、模仿和讽刺五大目的,主要指合理使用(Fair Dealing)例外规定。

合理使用被规定在澳大利亚现行版权法第40~43条中,不同于美国版权法中的合理使用(Fair Use),其呈开放式,声明列举项为非排他。澳大利亚版权法规定5种特别情形,于特殊目的或范围的行为表现为合理。合理使用作为抗侵权措施,必须符合特定目的。该5种目的是研究和学习,批评和评论,新闻报道,律师或专利、商标代理人的专业咨询,以及模仿和讽刺。研究和学习,包括文学、戏剧、音乐和艺术作品及这些作品的运用,如以研究、学习为目的的录音、电影、广播和作品的出版编辑,除大学教学和学生复制外,不以复制为目的的使用;批评和评论指以评论、论文、短文为表达的,对文学、艺术作品质量的艺术分析和判断;新闻报道指在报纸、杂志、广播、电视媒体中的各类作品;律师或专利、商标代理人的专业咨询为合理使用,不构成侵权;模仿和讽刺倾向于以幽默方式讽刺、嘲笑,以引起注意,模仿与讽刺直接相关,是对作品的直接评论。除符合上述目的外,还要求是合理的,该条款长期被认为很难被证实。英国丹宁勋爵认为,除非结合案例实际,不可能定义合理使用,先考虑引用的目的、数量和范围,在什么程度和数量上使用是合理的,若为竞争目的将相同信息传递他人,这就是不合理的;再是必须考虑使用比例。^①

由于合理使用被认为是复杂、模糊的,因此,澳大利亚在1980年对1968年版权法进行修改,增加了指导性的第40条第3款至第4款[S40(3)(4)]。第40条第2款[S40(2)]规定了合理使用的考虑因素:(a)行为性质和目的;(b)作品或改编的性质;(c)在合理时间内以普通商业价格获得作品或改编作品的可能性;(d)对版权物潜在市场、价值的影响;(e)被复制部分占整部作品比例。2006年修订第40条第3款[S40(3)],规定研究、学习目的的复制包括:以此为目的的期刊复制,排除不同教学、研究中的复制,要求指出出版期刊的文章和用在同一研究、学习中,同一出版期刊的多份复制;并增加了第40条

^① Leanne Wiseman, M. Davison, A. Monotti. Australian Intellectual Property Law [M]. Cambridge: Cambridge University Press: 2012: 273-280.

第5款[S40(5)],规定因研究、学习目的在合理比例内复制不构成侵权。该合理比例被认定为所编辑页数的10%,或独立章节的10%。该款还规定文学作品的电子形式适用该比例,计算机软件除外。^①在英国,合理使用则考虑作品是否出版,如何获取作品,使用数量,作品利用目的、动机、结果,目的的有无则可能产生不同定义。^②在澳大利亚情况则有所不同。

2006年,澳大利亚联邦政府修订版权法,规定不同时间转换使用不构成侵权,其中,第111条第1款[S111(1)]规定,行为人便利时使用视听作品不构成侵权;并允许不同格式的转换,包括报纸、杂志、书籍之间的数字复制,照片电子格式复制,CD、录音下载到其他数字格式,电影转化为数字格式;同时还须满足限于私人、家庭使用的复制,限于合法购买或拥有原创的复制,不用于销售、出租或分销的复制,在所给格式内限于复制一份。^③

在澳大利亚版权法的合理使用项下,图书馆、档案馆也是例外规定之一。图书馆、档案馆在收集、保持、存储信息以及传播信息到广大社区方面起到重要作用。澳大利亚1963年版权法对此作了大量例外规定,以第49条、第50条对图书馆、档案馆非营利使用不构成侵权加以明确;2006年修订的版权法增加了新例外要求:用于图书馆、档案馆保存、运作的材料,排除商业目的,有关法的特别规定,不与作品正常开发相冲突并合乎版权人的法定利益。其中,后三者被称为“三步检验法”,见于版权国际保护的《保护文学和艺术作品伯尔尼公约》(以下简称《伯尔尼公约》)。^④

2. 问题的提出

对于版权权利的限制,教育机构总有优越的使用版权例外,极大地源于学校、大学在社会中的重要公共角色。澳大利亚1968年版权法第200条规定,学校考试、答案或问题、课堂展示、教育机构的广播使用不构成侵权,作品简短概要包括在阅读等教育过程中,即允许师生在教学过程中例外使用版权。艺术作品,特别是建筑作品和视听作品允许二维平面复制;2006年修订增加了新形式,允许照片转化为电子格式或互相转换,并规定独立的电影制作权。该法第47B条

① Leanne Wiseman, M. Davison, A. Monotti. Australian Intellectual Property Law [M]. Cambridge: Cambridge University Press, 2012: 280-282.

② Leanne Wiseman, M. Davison, A. Monotti. Australian Intellectual Property Law [M]. Cambridge: Cambridge University Press, 2012: 283.

③ Leanne Wiseman, M. Davison, A. Monotti. Australian Intellectual Property Law [M]. Cambridge: Cambridge University Press, 2012: 284-285.

④ Article 9 (2) of Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (1886).

第1款[S47B(1)]规定，为防止丢失，在电脑中使用、存储、复制行为不构成侵权，但须用于下列目的：原始程序中的纠错、测试、安全程序、程序的指导、使用、经许可的程序。关于暂时和偶然复制，该法规定，用于技术过程或取得交流的临时复制不构成侵权，如网上浏览、存储版权作品，在不影响权利人使用的条件下不侵权，作为一个技术流程一部分的偶然使用亦被允许。但2006年修订的版权法依然对合理使用项下所要求的非商业使用未作规定，不仅给研究和学习带来困惑，^①尤其给数字环境下的版权使用造成阻碍，导致消费者、版权相关团体对澳大利亚版权法的滞后提出批评。

澳大利亚消费者保护团体CHOICE研究结论为：约有8%澳大利亚人把音乐从一种设备如iPod转移到另一设备如iPad，并未意识到依据现有澳大利亚版权法构成侵权行为。而且几乎59%澳大利亚人认为该行为合法。他们认为现行版权法尚停留在盒式录音录像时代，只有改革才能跟上数字式发行步伐。该组织倡导对数字形式内容的购买和传播适用合理使用条款。澳大利亚版权法审查委员会(Copyright Law Review Committee, CLRC)早在1998年就推荐使用开放式合理使用，认为其应与使用的目的、性质、一般商业价值(合理期限内以普通价格获得版权物的可能)及版权物潜在市场有关。该委员会认为，版权应给予充分弹性以适应未来技术发展。在2000年，澳大利亚知识产权与竞争审查委员会认为，交易价值是合理与否的重要因素。2012年8月，澳大利亚版权协会发布题为《澳大利亚版权工业的经济贡献》的报告，突出版权对经济的推动作用。2012年9月，版权评论高级法务人员亮相媒体，对版权改革报告展开讨论；2012年10月，法务人员组织许可协会、大学律师协会在墨尔本、堪培拉等地展开讨论；2012年11月，特别邀请美国版权专家到澳大利亚与法学院教授研讨版权合理使用。2012年8月，“版权与数字经济议题报告”首发；2013年6月，在收纳相关各界讨论成果的基础上，第二次发布该报告(DP79)；2013年12月，报告第三版(ALRC 122 Summary)发布；2014年2月，版权与数字经济最终报告(ALRC Report 122)出版。

(二) 主要内容

该次版权改革内容详见已出版的报告。根据该报告，版权改革围绕版权与创新、研究和经济发展的关系，通过比较、评论2013年美国版权法，英国、爱尔

^① Leanne Wiseman, M. Davison, A. Monotti. Australian Intellectual Property Law [M]. Cambridge: Cambridge University Press, 2012: 295.

兰新近修订的版权法，意在澳大利亚建立一个适应数字经济变化的，既保护权利人利益，又促进使用者权益保障的更广泛、更易懂的版权法体系。该报告列明了版权改革规则的构架：确认并尊重作者关系与创作、维护并激励创作与传播、促进版权内容的公平获取、规定弹性、清晰和适用的规则、提供与国际义务对接的规则。

2014年2月，澳大利亚法律改革委员会（Australian Law Reform Commission, ALRC）的报告明确，该次改革主要讨论澳大利亚现行版权例外与法定许可是否与数字经济相符，核心则是讨论版权法中的合理使用例外在数字经济环境下的使用。合理使用成为该次版权改革的中心。自2012年起，ALRC官方推荐在澳大利亚适用美国的合理使用，包括6点：用更具弹性的合理使用替代具体的版权例外；限制简化一些具体例外，如用于图书档案馆保存的复制，以及政府和司法使用的例外；对政府和教育法定许可进行改革；限制使用孤儿作品的补偿；保存图书馆例外；建议政府考虑实行广播媒体商业政策。^①经过2年多努力，在1000多份提交意见和100多份利益相关方讨论基础上，出炉400多页的最新报告。^②ALRC意在尊重作者利益的同时，鼓励公共利益和转化使用，以促进创新。根据该推荐框架，决定是否合理要求平衡下列4要素：使用目的和性质、版权物性质、使用部分占版权物的数量和质量比例、对版权物价值和潜在市场的影响。依美国版权法，更大的非排他表现如下目的：研究、学习、批评、评论、模仿、讽刺、新闻报道、专业咨询、引用、非商业私人使用，附带或技术使用，图书、档案馆、教育使用和残疾人使用。^③这些新例外包含合理使用所有种类，但取消基于合理使用例外的目的要求，以说明性目的广泛涵盖合理使用规定目的。若该推荐不被立法认可，ALRC已推荐修订合理使用，使其覆盖更宽泛目的。该新推荐的合理使用包括：研究和教学、批评和评论、模仿和讽刺、新闻报道、专业咨询、引用、非商业性私人使用，附带或技术使用，图书馆、档案馆、教育使用，以及残疾人使用，并规定在决定是否合理时，除这些因素外，不排除其他相关因素。简单地说，ALRC力促使用更宽泛的版权合理使用范围，加大法官自由裁量权，更多限制作者权而扩大版权使用者权。由此引发各界对版权法律价值的广泛讨论，该讨论尤以支持或反对推广美国合理使用为分野。

① Brief: Infojustice.org: Australia Commits to Overhaul of Copyright Act [EB/OL]. (2014-02-18). <http://www.ip-watch.org/2014/02/18/infojustice-org-australia-commits-to-overhaul-of-copyright-act/>.

② Copyright and the Digital Economy, ALRC 122 Summary.

③ ALRC Report 122, 161-167.

二、澳大利亚版权法改革对合理使用的争论

自2012年ALRC出版版权与数字经济议题报告以来,澳大利亚版权法改革的中心是对ALRC推荐将美国合理使用引进澳大利亚版权法所引发的激烈争辩。ALRC认为,更弹性的合理使用规定将使版权法适应技术变化和使用,澳大利亚版权法现有的合理使用缺乏美国版权法合理使用的有利原则;对此,引起反对方争议。

(一) 正方——版权通过限制权利人垄断来推动创新

ALRC考虑推荐美国的合理使用立法有益于澳大利亚吸引更多的技术投资和创新。美国的合理使用是标准,不是规则,它要求以公平合理为考虑要素,而不是给出一个精确的例外情形,表明美国的合理使用更具弹性以更好地适应新技术和新商业实践。一些人认为通过立法而不是司法确定合理使用例外,由议会决定合理的新目的,立法过程的公众参与、讨论,比仅仅是相关当事方参与的司法庭审更民主。美国合理使用的好处,是当有人希望利用版权作品创作新品时,只要合理使用,无需经过法院、权利人认可同意;目前的澳大利亚,若侵权程序启动,使用者将不能通过主张合理使用来对抗侵权。若版权权利人不能确定是否能够开发他的专有权,这可能阻止创新和转让;而美国合理使用足以确保权利人有信心开发其权利。世界上首部版权法——《安娜法》(*Act of Anne*, 1709)就认为,授予垄断不仅保护出版者财产,而且要确保有用的书提供给公众阅读。诸多相关国际条约均确认,需保持作者权和公共利益的平衡。美国的合理使用表现利益平衡,它保护版权人利益,以创新为目的,不鼓励有害传统市场的不公平行为。许多人认为未经许可的合理使用是变相的使用,是开发、改变、改革市场。美国的合理使用指不损害权利人利益市场地利用版权物,不侵犯版权,符合消费者要求。美国的合理使用对版权物潜在市场、价值的考虑有助于确定创新者和权利人不因合理使用受到损害。

(二) 反方——美国的合理使用缩小权利范围,损害作者、出版商利益

也有许多人认为将美国的合理使用引进澳大利亚,将缩小权利范围,降低控制版权能力,可能损害作者、出版商利益。现行澳大利亚版权法的合理使用规定列有特定目的或使用形式,美国的合理使用则无此严格要求,使其有更大的不确定性,允许法院在具体案件中通过裁量来定夺,影响成文法稳定性。艺术界则认为将美国的合理使用引入澳大利亚,可能弱化道德权利。

在将美国的合理使用作为标准还是规则的争论中,来自大学法学院教授的讨

论无不充满学理的思辨。他们认为,规则 and 标准通常在法理中规定,规则更多的是说明和规定,标准更多的是弹性并允许应用时作规定,并尊重核心事实。当某行为类型被简单规定时,确定并不包含经济利益的规则比抽象的原则更具确定性;当行为(被规定)复杂时,变化、涉及经济利益时,以原则来规范比规定更具确定性,以禁止性原则比独立性原则规定更具确定性;如果是导致分担责任的争议性规则,相对禁止性规则的禁止性原则也更确定。如此说来,将充满弹性的美国合理使用引进澳大利亚版权法,作为规则缺乏确定性,有违版权法维护权利人利益的第一要务,是对权利人利益的损害。

在2014年3月,前美国版权办公室首席顾问大卫·卡尔森(David Carson)在澳大利亚参加悉尼版权研讨会时说,美国合理使用给予美国法官过多许可裁量,希望澳大利亚不要步美国后尘;美国版权法中的合理使用定义正在被误解,并正在掏空知识产权。大卫·卡尔森认为,美国合理使用曾经用于对书、电影的批评、评论,现在已经改变了;他认为,给予法官对作者作品是否滥用更多裁量权是非常危险的,与版权法对著作权保护的基本价值相背离。对此,澳大利亚司法部长乔治·布兰迪斯(George Brandis)曾表示,他还没认可扩大合理使用是个好主意,不过对于ALRC提出采纳这一条款的建议,他表示会持开放的态度进行考虑;并强调版权法以保护权利人利益为首要任务。针对互联网公司谷歌和易趣(eBay)在澳大利亚的分公司号召政府进行改革的要求,乔治·布兰迪斯回应说,合理使用例外是一个颇具争议的提议,尤其关注的是,要确保不会对权利人和创造者的利益造成损害。

上述讨论虽主要发生在普通法国家,但对同样在数字环境下的其他国家版权法发展提供了更多思考空间。

三、版权合理使用与公共领域保护

无论在大陆法国家,还是普通法国家版权法中,版权合理使用都是以权利限制或例外为主要内容,更为版权国际条约、协定必不可少,成为专有版权的例外。但是,大陆法国家通常做法是通过成文法列举这些例外,如我国《著作权法》第2章第4节规定的权利限制;普通法更多是通过司法案例适用版权例外,成文法规定一些法律原则居多,如英国版权法规定的合理使用(Fair dealing)和美国版权法规定的合理使用(Fair use)。实际上,无论是被称为Fair dealing还是Fair use,更多的是普通法下的合理使用法律原则,都以维护公共利益为目标价值。

(一) 版权例外项下的合理使用

合理使用是知识产权领域权利限制的概念,由于版权客体作为思想表达的文化因素,使其成为知识产权领域专有权限制最多、最复杂部分,主要指允许人们无需征求版权权利人的同意,可以自由使用版权作品,意在版权权利人的利益和公众利益之间取得平衡,兼顾原创者利益的同时又鼓励以此为基础的再次创新。

早在1886年,《伯尔尼公约》首次规定为研究、教学目的使用出版物中一定比例内容作为版权例外。后续的相关立法相继包括该规定,如1948年,欧洲国家规定文学、艺术作品作为例外使用已出版作品须符合正当目的。1967年,《伯尔尼公约》作出重大修订,首次包含研究、教学使用例外,引用则作为强制性例外使用。1967年的修订对例外所规定的目的允许有自己的标准,以“三步检验法”加以区分。“三步检验法”规定见《伯尔尼公约》第9条第2款。^①该条规定,成员国国内立法规定,在不与作品一般使用和权利人利益相冲突的条件下,允许复制使用作品,但公约未对此作详细说明。^②后来该条成为TRIPS第13条的来源。TRIPS第13条规定,各成员针对具体案件,在不与作品一般使用和对权利人利益相冲突的条件下,规定专有的例外或限制。

在版权法起源的英国,自1911年版权法为使用者利益规定了版权例外和限制以来,在1988年《版权、外观设计和专利法》中相关章节占了相当篇幅。^③版权国际规则认可这些例外规定。最主要是1967年《伯尔尼公约》第9条、第10条、条13条相关规定,^④即著名的“三步检验法”,该例外允许在特定案件中使用、不与一般的版权开发相冲突并不损害作者的合法利益。^⑤这些开放式规定,既影响又始终与各国版权例外相区别,但已成为版权法国际发展的核心。此后,“三步检验法”又成为TRIPS、1996年《世界知识产权组织版权条约》第90条的指导性标准。值得注意的是,《伯尔尼公约》讲的“三步检验法”是对该例

① Article 9 (2) of the Berne Convention.

② Statement of the CSC at SCCR 26, on copyright exceptions for education in the Berne Convention and the Three - step test (20/12/13).

③ CDPA 1988 Part I Chapter III (ss 28 - 76, also including ss 31A - F, 40A, 44A and 50A - D.

④ Berne Convention, arts 2bis (political and legal speeches, lectures, addresses), 10 (quotations, illustration for teaching), 10bis (news reporting), 13 (musical works once recording authorised).

⑤ Edinburgh School of Law Research Paper No. 2014/24, Hector Lewis MacQueen, Appropriate for the Digital Age? Copyright and the Internet, 13 - 15.

外的承认,被后来的制度加以限制利用。^①各国立法表现为:在版权法中的版权例外项下,规定合理使用,并加以不同的限制条件。版权例外除合理使用外,还有法定许可等,合理使用则构成例外的核心。

(二) 普通法体系中的版权合理使用 (Fair dealing 和 Fair use)

Fair dealing 是为抗辩侵权而规定的版权法例外,存在于诸多英联邦国家和地区的普通法裁判中,如澳大利亚、加拿大、英国、新加坡、新西兰、南非、印度、中国香港等国家或地区均作了规定。在英国,根据 1988 年《版权、外观设计和专利法》(CDPA), Fair dealing 限于下列目的:非商业性研究和私人所用,批评、评论、新闻报道;同时,该法第 29 条规定,不限于研究人员、学生对文学、戏剧、音乐、艺术作品非商业性研究、私人学习以合理比例的复制。澳大利亚版权法中的合理使用在英国版权法基础上,融合了美国版权法的合理使用部分元素,构成版权合理使用制度,因而有繁复、模糊之嫌。

与 Fair dealing 同源的 Fair use 源于美国,同样是对作者版权的例外或限制,是平衡权利人利益和公共利益的传统安全阀。美国 1976 年版权法承认未经版权人许可的合理使用版权作品不构成侵权。这里合理使用例子包括:评论、批评、模仿、新闻报道、教学、图书档案和学术研究。Fair use 例外被规定在美国 1976 年版权法第 107 条^②“专有权利的限制”部分。该条规定,用于诸如批评、评论、教学、学术研究目的的复制、录音不侵犯版权;除上述目的外,决定是否合理使用时,还须考虑下列因素:是否商业使用或非教育目的、版权物的性质、使用版权作品具体数量和实质内容的比例、对版权价值和潜在市场的影响,而不论作品出版与否。该 4 项因素可独立适用,不同于“三步检验法”累计要求。^③

Fair dealing 与 Fair use 虽源自不同国家,但本质都是版权权利限制、利益平衡制度,简称为合理使用。但从英国、美国两国各自版权法规定上的差异看, Fair use 更具弹性,法官在判定复制行为是否合理使用时,须查看版权物性质、使用数量和价值、使用可能对版权作品销售的侵害程度、版权利益的减少以及版权标的可替代性^④; Fair dealing 则较为固化于研究学习、私人所用等非商业使用

① Edinburgh School of Law Research Paper No. 2014/24, Hector Lewis MacQueen, Appropriate for the Digital Age? Copyright and the Internet, 16-17.

② Copyright Act of 1976, 17 U. S. C. § 107.

③ M. Ficsor, Santiago de. Report Workshop on Copyright Limitations and Exceptions, Asia-Pacific Economic Corporation 2012.

④ Benedict Atkinson, Brian Fitzgerald. A Short History of Copyright [M]. Springer, 2014: 38-39.

版权作品。可以看到，版权合理使用就是在保护版权权利人专有权的同时，确保科学研究、文化遗产、持续创新等公共利益免受损害的制度保障，是版权制度奇妙又科学的标志。

（三）版权法发展对公共领域的关注

传统上，版权是私权，以保护版权人利益为根本。近年来，无论是国际版权法研究与发展，还是国内著作权法改革，均反映出对保护公共利益的关注；澳大利亚格里菲斯大学法学院教授布拉特·希尔曼（Brad Sherman）在2014年初发表了研究知识产权公权性质的题为“重塑知识产权以促进食品安全”（*Reconceptualizing Intellectual Property to Promote Food Security*）的专门文章，^①深入研究知识产权被淡化了的公权历史，认为作为公共利益重要内容的食品安全自始是知识产权保护的前提，对知识产权属性提出深层考问。布拉特·希尔曼教授在该文中，试图通过全球农业研究合作体（A Global Agricultural Research Partnership）发展史说明知识产权从私人利益为目标向关注公共利益发展。文章回顾了英国知识产权历史，说明知识产权从起初就是私人利益外表下的公共资源，也就是说其实是公共产品，知识产权制度是将私人成果推向公众的机制，即知识产权的目的应是公共利益，如技术推广与文化传播，而非垄断。有限垄断则是对创新的回报或激励，是创新成果公共化过程中的副产品。该研究结果表明，如同其他知识产权类型一样，版权法在数字环境下的发展离不开对公共利益的维护，避免表现为私权的膨胀。

上文所述澳大利亚版权法改革引发的争论，实质就是私权保护与公益维护之争。在澳大利亚，版权研究聚焦于对创意产业贡献，以及驱动、促进创意社会及制度的构成。英国版权研究主要是寻找创意经济中版权有关的使用模式。美国则认为，不是所有的版权政策都服从于经济分析，虽在某些案件中可能决定政策变化，但为数不多；版权政策研究可有多种方式，包括案例研究、国际和部门比较、经验和调研等。^②即使形式多样，近年美国版权发展多以经济发展为导向，使版权法呈现出由专有、垄断权向利于商业发展、权利均衡分配方向发展的趋势，直接表现为关注公共利益保护与加强权利限制。

① Charles Lawson, Jay Sanderson. *The Intellectual Property and Food Project: From Rewarding Innovation and Creation to Feeding the World* [M]. Ashgate, 2013: 23-39.

② Philip Griffith, Judith Bannister, Adam Liberman. *Intellectual Property in Australia* [M]. 5th ed. Sydney: LexisNexis, 2014: 20-25.

1. 版权专有与公共领域

版权对创新作品授予垄断权,赋予所有权,以排除他人对受保护作品的使用。对此而言,公共领域由除存在专有权信息外的全部可用信息组成。任何人可以从公共领域获取材料以创作新作品,进而通过对公众集体创造成果的收集、合并和挖掘继续循环再创作。公共利益是存在于公有领域的公众福利,其范围之广泛,通常难以概括,但相对专有的知识产权而言,公有领域包含两大类:不受保护物和已过保护期的物。第一类排除于知识产权之外,指不符合有用、创新要求的物,既不受专利保护,也不是可以概括的思想、事实、科学原理、必要的表达、自然法则和自然现象。版权法不保护事实、非原创的陈词滥调的表达,也不保护非固定形态表达介质和思想本身。第二类包括曾经被保护,但保护期已过不再受保护的物。专利与版权在保护期过后,即进入公有领域。^①

法律给予技术创新、文学、艺术创作者有限垄断权,排除使用者无偿使用,鼓励为公众提供新的创作成果。给予作者有限垄断权、保障公共利益的哲学解读是:培育创新。激励创作新作品的规定首先是为学习和知识的传播。^② 版权专有鼓励作者创作和出版新作以丰富公共领域。^③ 版权法首要的承诺是丰富文化知识成果,其次才是创造有形产品的物质受偿。^④

版权赋予创作者用于商业发展和权利分配专有权的同时,新作品的产生也是对人类知识的丰富。专有权的存在,创作者可以因此出售新作品以免于竞争,有助于创作成本的回归。知识产权专有权鼓励创造公众喜爱的作品,在作品进入公有领域时,公众从公有领域自由运用、合并资源以创作新作品。只有在激励创新程度上保护版权才是公正的。版权保护应该激励创新而不是过多地信息私有或过久保护。^⑤ 概括地说,版权法规定的专有权限于对创作的鼓励,排除对公共领域信息的垄断,涉及公共利益的信息不受版权保护。

① Russell W. Jacobs, In Privity With the Public Domain: The Standing Doctrine, the Public Interest, and Intellectual Property, Santa Clara High Technology Law Journal, Volume 30 | Issue 3 Article 3, 2014, 420.

② Golan v. Holder, 132 S. Ct. 873, 889, 2012.

③ Wendy J. Gordon, The Constitutionality of Copyright Term Extension: How Long is Too Long? 18 Cardozo Arts & Ent. L.J. 651, 683, 2000.

④ Pre-1978 Distribution of Recordings Containing Musical Compositions; Copyright Term Extension; and Copyright Per Program Licenses; Hearing Before the Subcomm. on Courts and Intellectual Property of the H. Comm. on the Judiciary, 105th Cong. 5 (1997).

⑤ Russell W. Jacobs, In Privity with the Public Domain: The Standing Doctrine, the Public Interest, and Intellectual Property, Santa Clara High Technology Law Journal, Volume 30 | Issue 3 Article 3, 2014, 422.

2. 扩充合理使用，培育知识创新

版权合理使用是版权限制的主要制度。在数据时代下，信息数据使用的数量和方式发展到前所未有的程度，海量的数据和多变的使用方式已使传统版权难以企及，与此相伴的则是创造、创新速度的成倍增长。因此，作为鼓励创新制度的版权法，激励新创作包含两方面：一是赋予创作者专有权；二是加快信息流转，扩大新作品使用，以引领新一轮知识创新加速形成。要求改革传统版权制度，吸收合理使用新形式，限制版权专有范围，才能使得权利人、使用人包括消费者、商户等各方利益实现平衡，从而更大限度地发挥版权制度效应，优化版权法制，培育知识创新环境。

2015年5月6日，欧盟适用其数字单一市场战略，一些创新举措将在2016年底呈现，其中的目标之一是修订版权法，使其简明清晰，以适应新技术并赋予更好的数字内容。该战略认识到商业和非商业创新研究的必要；并且，2015年底提出了相关立法建议，包括协调涉及用于特定目的跨境使用版权内容的版权例外。^①可见，欧洲国家关注版权法的修改，酝酿扩充合理使用，保障数字环境下在公共领域合法使用版权作品。

我国《著作权法》第三次修改正在进行，其中，表现执法者、权利人利益的法条居多，代表作品使用者、社会公共利益的法条相对较少。使用者和社会公共利益集中表现为公民个人目的使用、教育目的使用、图书馆使用等，构成传统版权法中的合理使用主干部分。在数字环境下，版权的使用出现众多新形式，传统版权法难以涵盖；而且，数字技术日新月异，新媒体、新兴载体不断涌现，版权法遭遇前所未有的挑战。该情形从我国自2011年启动《著作权法》第三次修改至今，历时数年，三易其稿，终未完成的艰难过程可见端倪。其中，版权合理使用始终是版权法修改挥之不去的堡垒，更是决定版权改革能否适应数字经济的核心板块，既挥之不去也绕不过去。澳大利亚版权法改革的争论也正反映了这样的事实。在此，我国修订《著作权法》可加入合理使用抽象性判断标准，作为列举式法定例外的补充，以应对新技术条件下新媒介、新使用形式不断涌现对版权保护带来的挑战，凡涉及公共利益使用作品的排除在版权保护之外。

四、结 语

版权例外的弹性模式已被普通法和大陆法的大多数国家版权法所接受。在

^① Current Copyright Policy Tendencies in 2015: Further Weakening of Limits and Exceptions and the Ever Reducing Public Domain, 4.