

“十二五”国家重点图书出版规划项目



国家图书馆文津出版基金资助项目



版权制度中的 公有领域研究

——兼论图书馆对公有领域资源的利用

BANQUAN ZHIDU ZHONG DE
GONGYOU LINGYU YANJIU

● 李华伟 著



哈尔滨工业大学出版社
HARBIN INSTITUTE OF TECHNOLOGY PRESS

“十二五”国家重点图书出版规划项目 国家图书馆文津出版基金资助项目

版权制度中的公有领域研究：

兼论图书馆对公有领域资源的利用

李华伟 著

哈尔滨工业大学出版社

内容提要

随着经济社会的发展,版权制度中的公有领域问题,特别是版权的扩张不断蚕食公有领域的范围引起学术界和业界关注,对其进行研究有着重要的理论意义和很强的现实意义。本书从版权法的平衡理论、信息公地理论入手,在归纳出广义公有领域概念的基础上,探讨了公有领域的诸多来源,分析了影响公有领域实现的因素,给出了相应解决方案,并梳理了国内外图书馆等文化机构如何促进公有领域资源利用的案例。

本书可为图书馆依法开展相关业务实践提供启发与参考,也可作为高等院校图书馆学、法学等相关学科研究生、教师、科研人员的参考书。

图书在版编目(CIP)数据

版权制度中的公有领域研究:兼论图书馆对公有领域资源的利用 / 李华伟著. —哈尔滨:哈尔滨工业大学出版社, 2016. 12

ISBN 978 - 7 - 5603 - 5539 - 9

I. ①版… II. ①李… III. ①版权 - 研究 IV.

①D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 179281 号

责任编辑 田新华
封面设计 思华 高永利
出版发行 哈尔滨工业大学出版社
社 址 哈尔滨市南岗区复华四道街 10 号 邮编 150006
传 真 0451 - 86414749
网 址 <http://hitpress.hit.edu.cn>
印 刷 哈尔滨市工大节能印刷厂
开 本 787mm × 960mm 1/16 印张 16 字数 310 千字
版 次 2016 年 12 月第 1 版 2016 年 12 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978 - 7 - 5603 - 5539 - 9
定 价 49.00 元

(如因印装质量问题影响阅读,我社负责调换)

序

李华伟在大学本科阶段学的是法学,2000年参加工作以后主要岗位职责是从事图书馆知识产权管理。他工作期间坚持继续教育学习,于2006年取得了武汉大学图书馆学专业的管理学硕士学位;2008年,他考入北京大学信息管理系,开始在职攻读图书馆学专业“文献信息资源开发与利用”方向的博士研究生。在完成学校规定的综合考试后,我作为指导教师与他商定博士学位论文选题,建议他结合工作实践进行版权管理方向的研究。

“公有领域”范围内的作品是人类共同的文化遗产,传承着人类的知识、文化和历史,是我们创造新知识和新文化作品的原始资源。拥有一个健康和繁荣的公有领域对于社会发展至关重要。近几年,李华伟的工作内容之一就是带领他的版权团队从事公有领域图书筛查项目,中间还就一些专业问题与我沟通过,可以看出,他已经有了一些认识和心得。我认为,在版权制度框架下开展对公有领域问题的研究,具有理论意义与实用价值。于是,又反复推敲后,吸取了一些专家、学者的意见,就有了《版权制度中的公有领域问题研究》这一选题。2011~2013年,李华伟响应国家号召,参加了中组部组织的中央国家机关与企业第七批次的援疆工作,被委派到新疆维吾尔自治区图书馆担任业务副馆长,历时将近两年。该任务结束后,他加紧了博士学位论文的撰写,终于在2015年上半年完成,其间数易其稿,与我沟通了很多次,由于日常工作比较繁忙,他主要利用下班后与节假日的时间,写得很认真,也很辛苦。由于资料搜集比较充足,专业基础知识扎实,有一定的实践经验,他的论文在经过预答辩、匿名评审后,又做了认真修改,终于顺利通过了答辩。本书基本上是在他博士学位论文的基础上修改完成的。

本书以宽广的视野较全面地论述了公有领域问题,把“公有领域”从以前所谓版权专有权的“对立面”这一相对狭窄的外延扩展到版权法体系内部的诸多渊源,如,国家享有著作权的作品、开放获取的内容、部分孤儿作品、侵权演绎作品、国际公约保留、民间文艺表达、无继承人或无受遗赠人的作品、计算机通用字体,以及因战争与断交等其他因素导致作品进入公有领域的各种情形,从而大大拓宽与延伸了公有领域的范围,并根据一定的标准,归纳出了时间性公有

领域、实质性公有领域、政策性公有领域、自愿性公有领域与其他公有领域的分类及各自相应的构成。由此,对版权法意义上广义公有领域的概念进行了定义,从存在形式、与版权法的关系、权利主体和使用方式、内容形态等多重角度揭示了公有领域的特征。鉴于版权立法上的权利扩张、政策障碍、技术壁垒、权利滥用、财产权、隐私权、邻接权以及同族其他知识产权等诸多因素影响公有领域的认定、揭示与利用,本书还对症下药,尝试从寻求立法与政策支持、技术手段、抑制版权滥用等几个方面给出具体的解决方案。

图书馆等公益性公共文化服务机构在推动公有领域资源建设方面具有制度设计上的当然性与实现上的便利性。eIFL(图书馆电子信息联盟)在2006年12月发布的《图书馆版权手册》就曾主张:“图书馆界应持续地关注公有领域的蚕食问题,公有领域能为著作者创作新作品提供丰富的资源,同时也可以使图书馆通过数字化的形式给公众提供世界上最伟大的艺术和文学作品。因此,公有领域必须被扶持并保护其不受侵蚀。”值得肯定的是,李华伟在提出促进公有领域利用的综合解决方案后,并没有止步不前,而是能够以图书馆为视角,进行有针对性的研究。本书第六章即以较大的篇幅,对国际图联与联合国教科文组织的相关主张及美国、法国、英国、日本、西班牙等国的实践进行了梳理,对所在工作单位中国国家图书馆近年开展的诸如对民国时期起公有领域图书的版权状态筛查与确认、建设公有领域特色专题数据库、以国家许可方式购买数据库使用权以及版权征集与捐赠等相关项目成果进行了总结。实践无疑具有示范作用,相信本书可以对国内图书馆界结合我国国情在资源获取与传播推送方面进行创新有所启迪与参考。

我个人认为,经过十余年的工作实践与理论钻研,李华伟能够将法学和图书馆学很好地结合起来,并能对版权问题进行广泛而深入的研究,其多年来的研究成果具有较好的理论价值和应用效果。本书算是一个例子。

“公有领域”在不同国家有不同的界定,不同的研究者也持有不同的看法,我希望李华伟同志今后能更紧密联系实际,进一步展开对现实问题的研究,从而在图书馆实际工作中发挥更大作用。

吴慰慈

2015年7月于北京大学

目 录

第一章 引 言	1
第一节 版权制度中公有领域的研究背景	1
第二节 版权制度中公有领域研究的意义与价值	8
第三节 版权制度中公有领域研究的理论基础	15
第四节 国内外公有领域研究综述	23
第五节 版权制度中公有领域的研究设计	42
第二章 公有领域的概念与范围	45
第一节 公有领域的概念	45
第二节 公有领域范围与相关权利义务	60
第三章 公有领域来源	64
第一节 不受版权法保护的作品	64
第二节 受版权法保护因各种原因流入公有领域的作品	73
第三节 其他因素导致作品版权进入公有领域	119
第四节 精神权利与公有领域	119
第四章 影响公有领域的因素	121
第一节 立法上的权利扩张影响公有领域	121
第二节 政策障碍——以受公共资金资助项目智力成果为例	132
第三节 技术壁垒	134
第四节 权利人通过合同滥用权利	135
第五节 财产权的消极影响	138
第六节 隐私权与邻接权的消极影响	140
第七节 同族其他知识产权带来的消极影响	142

第五章 排除影响因素的解决方案	146
第一节 寻求立法支持	146
第二节 寻求政策支持	152
第三节 建立抑制版权滥用的法律机制	157
第四节 技术上的方法	158
第六章 图书馆的对策	164
第一节 国外的主张与实践	164
第二节 中国国家图书馆的相关实践	177
第三节 争取相关文化机构的认同并联合行动	191
第七章 对公有领域内容中不当因素的限制	193
第一节 国家立法、司法良性干预	193
第二节 公益性传播机构的筛查、清理	197
第三节 助力社会上的普法教育	199
附录 十六个国家或地区著作权法中关于公有领域的条款	203
参考文献	232
后 记	247

第一章 引言

第一节 版权制度中公有领域的研究背景

在尚未出现版权^①法以前,人类所创作出的种种丰富作品,存在于一个人人皆可自由使用、称作“公有领域(public domain)”的范围。这些作品可谓人类共同的遗产,传承着人类的知识、文化与历史。这些属于公有领域的前人作品一直以来都是后人创作灵感或是撷取素材的来源,利用这些作品为基础,加入个人风格与思想,发展出崭新的创作。我们可以说,人类大部分的创作皆必须立于前人的知识,公有领域就如同“巨人的肩膀”,站在巨人的肩膀上让我们看得更广更远;公有领域扮演着文化创造与累积的重要角色,维护了创作自由与消弭原创性争议^[1]。

公有领域是我们创造新知识和新文化作品的原始资源。拥有一个健康和繁荣的公有领域对于经济社会的发展至关重要。很多世界上的知识,例如狄德罗的百科全书、莱昂纳多的绘画、牛顿的万有引力都存在于公有领域。社会持续性地反复使用、重新解释和重新复制公有领域的资源从而促成新的想法和创造新的作品。新的理念、发明、文化作品和类似的作品都离不开之前的知识和创作。公有领域为受著作权保护的创造者的权利提供了一个历史性的平衡,这种平衡对于我们社会的文化仓储和知识储备非常重要^[2]。

确实,社会需要很多资源处在公有领域,即资源的分配不受财产权限制的领域。“法律的一般规则是人类最高尚的产物——知识、被确证的真理、概念和思想——在被自愿公之于众后就像空气一样,公众都可以免费使用。”^[3] 艺术、科学和文化的发展像依赖知识产权一样依赖这部分公有领域。

现在的趋势是公有领域正受到越来越多因素的影响,面临着严峻的挑战,同时,也存在着一定的发展机遇。

一、版权保护期限的影响

如果大家在网上浏览过世界上最大的文献收藏机构美国国会图书馆的目

① 本书中,版权与著作权为同义语。

录(catalog. loc. gov),就会发现,那里不只有图书和期刊,还有图片、电影和音乐等海量的史料。很多资料——比如大概 95% 的书,在市场上买不到,散佚过程很快。但是因为版权保护期过长,在许多情况下,版权期甚至长达一个世纪,造成大多数 20 世纪的作品还在版权保护下——因为有版权所以看不到。没有人再版这些书,放映这些电影或演奏这些歌曲。原因主要是没有人被允许这样做。事实上,我们甚至可能不知道谁拥有版权。情况可能是原来的公司停产或记录耗损失踪。在其他情况下,事情可能更加复杂。比如说,电影的音轨、影像和脚本可能各有版权。这些作品被称为孤儿作品——在市场上买不到,又不知道谁是版权人。在图书馆馆藏里,这些作品所占的比例不容忽视。有学者估计,图书馆馆藏中的大部分电影作品都是孤儿作品。据估测,图书中的孤儿作品比例与电影相仿。一方面,这些书在市场上买不到;另一方面,无法与版权人取得联系以电子书或其他方式使这些书得以流传。

据保守统计,在美国,1923 年以前出版的作品一般已经失去了版权保护而进入“公有领域”,对于这部分资料,可以免费使用;除去有明确版权人从而可以通过付版权费取得的作品数量之外,仍然有大量 20 至 21 世纪的作品在市场上散佚而又受到版权保护。在图书方面,如前文所述,这个比例达到了 95%;至于电影和音乐,比例较难估算,但是比例也很高。这当中大部分是孤儿作品。

在很多情况下,考虑到版权专有权,从图书馆外登录网站,只能查到少量作品。从 20 年代或更早期的电影馆藏中,也只能查到少量的民歌。在图书馆中珍藏有许多珍贵的资料,它们被仔细保管,有时甚至用公费将其数字化,但往往只有一小部分可以在网上获取。

大部分网上的资料都是因为年代久远而不再受版权保护的。以美国为例,版权法在美国首次制订时,版权持续 14 年,如果作者愿意到期后可另续 14 年。这使得当时的人们可以读他们同代人写的书并确信它们十年二十年以后进入公有领域。可是现在呢?在世界上大部分地区,版权在作者有生之年存在,再另加 50 年(在美国,如果是“职务作品”的话,这个期限是到作者死后的第 95 年)。这个期限长到囊括了几乎历史上一切的动态图像和录制音乐,长到囊括了几乎 20 世纪的全部文化产品,并且法律的更改使得每个有创造性的作品自动地获得版权。这意味着给创新、图书和档案、教育、学术强加很高的代价。

保护期的长短应当限于足够给人们提供创作的动力。在这之后,作品就进入“公有领域”,每个人都可以随心所欲地使用、修改、调整、重构、再版作品。对大部分作品而言,作者一般希望通过对作品一定期限的专属权赚回为作品付出的成本。多出来的时间对于他们而言没有太大的用处。但问题是,公众却为此

付出了高昂的代价。他们要么为收费作品付出高价,要么就要承担不能获取作品的代价。

有些作品在出版后很长时间仍然有商业价值。显然,这些作品的作者不希望这些作品在网络上免费公开。这很合理,即便是这些作品的版权也会有终止的一天。但是,实际情形往往是,即使在一个国家的国家图书馆,其收藏的汗牛充栋的图书、图片、歌曲、电影、杂志和报纸里,也只有极其少量的还能创造商业价值的作品。法律本可以使这些作品供大家享用而不是把它们封闭起来。

由于无法确定版权人,很多图书馆选择了不复制馆藏资料,直到他们确定版权已经终止。

在现在的法律体系下,假定所有作者都希望自己对作品享有版权,而且版权期极长,但无法证明这样做对鼓励创造是必要的。法律延长了作者对其作品享有版权的期限。版权保护期的长短对每个人又都是一刀切:作者终身加上死后五十年或七十年。

一个个鲜活的例子就在我们身边。2013年5月,电影《了不起的盖茨比》在美国影院全面上映。它将为数百万人在大屏幕上带来这部被奉为“了不起的美国小说”的文学经典。而不为很多人所知的是:即使这部著作离出版已近90年,并且属于我们共有文化遗产历史悠久的一部分,它仍未进入公有领域。是的,即使作者F. Scott Fitzgerald已经死去近75年,《了不起的盖茨比》仍然受著作权的限制。事实上,直到2021年1月,这本书才会向美国大众真正开放(即进入公有领域)并且是在著作权没有再次延长的条件下。由于1998年的《索尼·波诺著作权延期法案》的限制,现有已出版的美国作品直到2019年才能进入公有领域。

更糟的是,2012年美国最高法院的一个悲剧性的决议宣布,即使作品进入公有领域,也能由国会决议收回。亚马孙公司关于图书的一份研究表示,自1923年——公有领域变化的临界点之后出版的图书处于一个非常低的比例,甚至低于一整个世纪前。由此导致的后果则是书籍历史上“消失的20世纪”。问题并不仅限于书籍。另一项由一位麻省理工学院经济学家进行的研究调查了一个棒球类杂志的档案库,其中部分出版物已经进入公有领域,另外一部分则还受著作权的限制。相比之下,来自公有领域中的出版物的图片可以被数字化并被再次传播,它们的有效性也大大改善了维基百科上关于那个时代的棒球球员的文章的质量——也因此扩大了阅读人群并提高了再编辑性。在以保护少数著作权持有人的权益的名义下,我们的文化历史正被遗忘。

一个被削弱了的公有领域不仅会对过去的文化作品进行掠夺,而且会限制

未来作品的创作。著作权持有人有权利通过拒绝授权就轻易地禁止衍生产品。而且如果不能查出或是确定著作权持有人的话——这个情况很有可能发生,如果事件中的作品创作于百年前,获得授权的困难可以完全扼杀作品的生产。我们知道,改编著名作品是一个引起熟悉原著角色与故事的读者兴趣的强大的方法,一个强有力的公有领域也能为新作品提供自由发挥的空间。迪士尼的早期影片就曾在公有领域自由发掘,也由此创作出了许多著名童话的经典版本。但迪士尼对拓宽著作权限制的游说也剥夺了其他人的相同可能性。

《了不起的盖茨比》的导演 Baz Luhrmann 本人就曾在其 1996 年导演的电影《罗密欧与朱丽叶》中利用了公有领域。这部电影获得了将近 1.5 亿美元的票房,并在电影世界中发挥了一定作用。这也向好莱坞证明了公有领域作为繁荣创造性文化的关键因素的价值——不仅是在艺术范畴,更是在经济范畴。滥用膨胀了的著作权期限也许对保护当年的利益来说是个好方法,但最终它将让好莱坞与公共利益付出巨大代价^[4]。

在美国的加利福尼亚,曾发生过视著作权法为无理可笑的激进运动,反对著作权法对知识自由传播的限制。例如,由 James Boyle 领导的“自由文化”运动就主张把著作权法扔进垃圾箱里。基于美国北卡罗来纳州的“公有领域研究中心”的研究,Boyle 相信现行的规则已经过时了,他开始对文学著作权进行客观的审视,主张为“公有领域”的商业模式设置合法性。

大量的 20 世纪的作品被封存起来,只是为保护版权,这不能不说是事倍功半:版权的产生原是为了激励创造并帮助传播,现在却成了实现这两个目标的障碍。

再举一个例子。每年的 1 月 1 日是“公共领域日”^①。如果你生活在欧洲,2013 年 1 月 1 日是画家格兰特·伍德、人类学家法兰兹·鲍亚士、作家罗伯特·穆齐尔和其他上百人的作品出现在公共领域的日子——它们可以供任何人使用、再版、翻译和改变。现如今在欧洲,公民可以自由地将成千上万的作品复制、共享或者合并成数字文档。他们可以吸收伍德的作品制作“欧洲哥特式”的版本,他们可以做所有这些甚至更多而不用请求批准或违反法律。

每年的头一天,“公共领域日”庆祝版权失效的那一刻。那些版权到期的电影、照片、书籍、交响乐,用美国大法官路易斯·布兰代斯的话说“像空气一样随取随用”。这些作品版权期限的到头意味着他们完成了版权协议走进了公共领域。版权给予了创作者(作家、音乐家、电影制作人、摄影家)对于他们的作品在

① 本书中“公共领域”与“公有领域”是同义语,不作区分。

一定时间内的特权。这促进了创作者的创作和出版者的出版发行。当版权失效时,作品进入公有领域。这是一件好事:有限时间的特权结束,作品进入了自由文化的领域,价格下降,新版本出现,歌曲可以唱,交响乐可以演奏,电影可以放映。更好的是,人们可以合法地在前人作品的基础上发展。

但是,在美国和其他采用过长保护期限国家的情况又是怎样呢?在美国,什么进入了公共领域呢?什么也没有。1月1日这一天,什么都庆祝不了。最高法院甚至在2012年规定国会有权将作品从公共领域收回。总之,不管我们生活在世界的哪个角落,我们都很有可能要等上很长一段时间使所有东西到达公共领域。

从这个意义上来说,我们没有理由庆祝“公共领域日”,因为我们的公共领域正在缩水而不是增长^[5]。

其实,有关版权期限的问题不过是冰山一角。类似的问题重复出现在专利法、商标法和版权法的其他领域中。这种复杂险恶的趋势导致了知识产权的膨胀和对公有领域的打压。有时候,公有领域甚至被完全漠视。

二、版权法中的公有领域正遭受削弱

版权法寻求不同利益主体间的平衡,特别是作者或其他版权人的利益与作品使用者利益之间的平衡。在数百年的发展中,版权法平衡作品创作者和作品使用者权利始终是其主旋律。但考察版权制度的历史可以看出,版权有不断扩张的趋势。随着各国科学文化事业的发展以及国际版权制度的发展,版权保护水平不断提高是正常的。但是,版权扩张如果是以公有领域的减损为代价,那么就会严重打破版权法中传统的平衡,并影响到版权法宗旨的实现。这是因为,公有领域不仅对作品和使用者十分重要,而且对作品的作者和未来潜在作者同样十分重要,维护和保持丰富的公有领域是实现版权法目的所不可缺少的。在过去的版权领域,出现了以公有领域为代价而对创造性作品过度保护的倾向,立法和司法实践的行为也威胁到版权法中公有领域的生存。例如,美国将版权的保护期限延伸了20年^[6]。对版权法中公有领域的削减、漠视已经造成了很多问题。公有领域的倡导者希望找到一种创造性的法律战略避免以牺牲公共利益为代价而过度保护个人的发展趋势,这虽然不易实现但显然很重要。

版权的核心概念其实是由公共利益和个人利益互相交错而成的,这些同时存在于版权之中的利益,当然也会产生利益冲突的情形。当版权权利人要求法律针对侵害版权制订一套应对办法时,中间的冲突益加激烈。多数的版权拥护者所共同强调的重点常常在于,版权保护了著作的“原创性”,并且以此作为版

权保护的理论基础。对于这样的概念,美国信息法学者 Jessica Litman 就认为,其实原创性并非如想象中一般牢固,若因此过度理想化、美化了原创性这个概念,实易造成与现实之间的脱节。其实不难想见,每部作品的诞生本来就不完全是作者独力创作的成果,创作者多少都会吸收、参考既有的作品或信息;即使被认定为独树一格的作品,使用到些许纯粹数据或事实也是在所难免;即使创作者自己自认为并未从他处获得、取用任何内容,仍然无法排除创作者以前已经阅读过的信息内容会不自觉地创作者的潜意识中发挥影响。因此,原创性并非现实,多数作品仍然是在不知不觉间以前人的著作为基础或取用前人创作出的素材而创作^[7]。美国著名的知识产权学者劳伦斯·莱斯格在其《思想的未来》一书中说:“无论何时何地,自由资源对于创新和创作来说都是至关重要的,缺少它们,创作就会被削弱。”而且,杰西卡·利特曼(Jessica Litman)也认为,“在有力的公有领域缺乏的情况下,大多数创作将是非法的”^[8]。因此,如果允许知识产权不断地侵占公有领域的知识,并不见得是在强化知识产权保护,而恰恰会削弱知识产权的客体——各种创新成果产生的基础,并阻碍他人推出创新竞争产品,从而使得社会公众不断获取创新产品的愿望成为泡影。

警惕知识产权扩张以及相应的公有领域空间缩小,应建立在对新颖性、创造性、独创性要求苛刻的专利权与版权的基础上。因为,对专利、版权要求苛刻,就是对科技创新要求苛刻,对专利、版权要求苛刻,就是对思想创作、思辨成果要求苛刻,对专利、版权要求苛刻,可能会减少或者杜绝抄袭、不动脑筋的模仿,但也使公共知识不至于被圈地成私有财产。

因此,我们必须警惕知识产权扩张以及相应的公共领域空间缩小的现象,关注公有领域的知识正在被知识产权所侵占的事实,避免可能出现的公共知识大量成为私有财产的新的“圈地运动”。

三、版权限制与公有领域

权利限制主要包括大家相对熟知的合理使用与法定许可。

可以从版权限制的角度来分析著作权的扩张与公有领域的减弱。

(一) 版权扩张使公有领域空间不断被挤压

总体趋向上,在专有权扩张与公有领域建构的博弈中,版权扩张最终占了上风。考察限制版权的历史可以发现,在版权法中使用者的利益始终处于被动接受的状态,该利益被推定转移到了公有领域,结果导致了在版权法中的不适当发展。因此,从严格意义上说,不能认为《安娜女王法》是一部创制公有领域的法律。在整体上看,版权保护的历史代表了被保护版权的持续扩张以及作品

中体现的公有领域的不断减少。

在版权的扩张与公有领域的“地盘之争”中,权利限制充当了“调停人”和“平衡器”的角色。从版权法的历史看,版权制度从一开始就存在对版权的限制形式。现代的版权法更是存在越来越多的限制形式。对版权的保护范围和效力施加一些限制,这也是版权法发展变化过程的重要规律。分析表明,这种保护与限制的背后是利益平衡机制在起作用。然而,这种利益平衡机制在运行当中,总体上是倾向于版权的保护与扩张的。版权的扩张与版权的权利限制只有在维持一种平衡状态下才能做到公平合理地调整因版权作品而产生的利益关系,使公有领域维持在一个适当水平上。在权利过度扩张时,版权的限制不足以平衡围绕作品而产生的利益关系,从而会使版权法保障的公有领域受到不当抑制。考察版权限制的演变史,虽然版权法从最初诞生到现在已经形成了一套相当严密的权利限制系统,但总体上权利限制在版权法的发展中总是居于滞后地位,是对每一次版权扩张的被动回应。在这个意义上,每一次版权限制最终成为版权扩张范围的一部分,是版权扩张和公有领域被减弱的体现。

(二) 版权扩张、限制与公有领域互动关系的实证分析——以美国版权法为例

以美国版权法中的合理使用制度为例,在1790年版权法中由于法定著作权范围仅包括印刷、重印、出版和售卖的权利,合理使用的规定在那时的意义并不大,因为除印刷等权能外,其他使用都自动地视为合理使用。只是后来美国版权法保护范围不断扩张,涵盖作品使用的范围越来越大时,才逐渐转变为以合理使用为核心的版权限制原则。如在法定的版权保护范围方面,保护范围扩展到包含了演绎作品的权利、翻译权、表演权等;在可以授予版权的作品方面,扩张到了包含如音乐、雕塑、计算机程序、建筑作品等很多种类的作品,而这些在早期的作品中都没有涵盖。美国版权法中的强制许可制度也是如此。强制许可的性质是限制版权的一种方法,但它在美国版权法的历史上更主要的却不是限制版权的一种方法,而是著作权扩张到新的领域时一种比较谨慎的协调方法,是伴随着版权扩张到新的领域而采用的限制版权的方法。例如,早期美国最高法院没有将机械复制视为复制,但随着录音技术的发展,随着对录音机械复制的出现引进了录音强制许可。电缆强制许可证制度的建立则旨在为电缆的重新传输提供一些补偿,而美国最高法院在此前审理的案件中并没有将其包含在版权限制中^[9]。

(三) 版权限制总是被动回应版权扩展

不能简单地将早期版权法的特点概括为限制而不是扩张的原则,在早期《安娜女王法》所实施的版权原则显然与那个时代的作品可以被利用的方法有

限存在直接联系。随着社会的发展,特别是作品传播手段的改进和市场机制的不断完善,版权人通过作品获得效益的空间越来越大,版权扩张响应了这一需要。而技术发展以及市场环境的完善则为保留更大的公有领域空间奠定了基础。权利限制在调整版权人的专有领域和社会公众的公有领域空间时起了关键性作用,但法律的滞后性使得它总是处于被动的地位。权利扩张与权利限制的“时差”不可避免地挤压了公有领域。

(四) 权利限制本身并未创造出一个单独的公有领域

在公有领域方面,被普遍确认的观念之一是,公有领域代表了公众可以自由使用的作品。有限使用作品的权利,是版权作品的一个特征,因为该作品是受到版权限制的。公众有权确定什么是对于版权作品的合理使用,但这不是创造出了一个单独的公有领域。它所确认的是对版权作品的公共利益,实现该利益能够通过限制版权人的专有权来实现^[10]。应当说,这是从权利限制最终要实现的目的来考虑的,即保障版权法需要实现的公共利益。

总之,版权法的出现不断地缩减了公有领域的范围,使可以自由利用的素材变少。从创作的角度出发,对于创作人就创作行为本身来说,非常容易因为著作的特质导致面临侵害他人的风险。如果说,著作本身所具有的信息本质就是要分享,那么,在新的数字化科技不断地挑战现有版权保护的情形下,可以说,人人都走在可能侵害版权的边缘,这无疑是值得我们警醒并思考的。

第二节 版权制度中的公有领域研究的意义与价值

一、版权法中确立公有领域具有重要意义

现在,对版权法中公有领域的忽视,反映了对公有领域关注不够的现实。同时,对版权法中公有领域的关注和研究,在一定的意义上是对版权保护的扩张以及相应的版权扩张保护理论的一个直觉的反应和应对措施。针对版权保护的急剧扩张,公有领域的保护问题应运而生,以期与专有权的范围获得一种对价与平衡。

其实,公有领域不仅在当代的版权国内立法和国际条约中存在,其在早期版权法中即被确立。基于公有领域不断遭到削弱的现实,版权法中确立公有领域具有重要意义。

(一) 有助于实现版权法立法宗旨

大体上,可以将版权法覆盖的“版权世界”分为作者与其他版权人、受到保

护的表达以及以“原始资料”为核心的公有领域。从与权利配置相关的版权法中作品的价值构造看,版权法中的作品主要存在以下几种分类:构成了表达性作品的部分、作品的特定方面、构成了公有领域的部分。由于公有领域是保障公众获得与使用著作权作品的重要保障,也是潜在作者创作作品的重要保障,因而它对于实现版权立法宗旨具有十分重要的意义。

《安娜女王法》之所以被视为世界上第一部版权法,是因为它第一次明确地肯定了作者是第一个对其作品享有无形财产权的主人。然而,这一特点并没有否认该法通过限制受版权保护的期限和确立形式要件等方式在作品版权保护中创立公有领域。

《安娜女王法》对公有领域的创设旨在确保其增进学习等公共利益目标的实现。在该法实施以前,普通法永久性质的版权使得作品可以被特定主体永久性控制。在那时,作品可以永久性地属于某一书商和文具商公司,并且实行图书审查制度。《安娜女王法》的颁布与实施则不但确认了作者在作品版权中的主导地位,而且通过一定的制度设计确立了版权法中的公有领域。这种制度设计主要有:第一,规定版权的有限保护期限,以保证所有的作品最终可以被公众自由地使用以及出版者自由地出版;第二,规定获得版权必须符合创作的要件,以保障获得保护的作品是真正值得保护的东西;第三,规定版权人有限的权利,包括印刷、出版、出租等,以确保作品在被用户获得后不再受到版权人的控制。该法通过限制出版者的出版垄断权和保障公众以合理的价格获得作品并且最终自由获得公有领域的作品,在把版权法作为图书贸易规则的同时也创造了特定的公有领域,保障了版权法所服务的公共利益。

(二) 公有领域保护理论对版权法理论框架至关重要

公有领域保护理论并不限于确定版权保护的边界以及在具体的案件中用于确定保护与不保护内容的理论,而是可以以此为基石建立整个版权法理论框架的版权法理论。公有领域理论的建构表明,认为版权法只有在促进新作品创作时才能为其提供正当性,这值得怀疑。公有领域涉及公众的权利,但在公有领域中公众权利几乎不能被赋予财产权。需要找到的一种办法便是——保护公有领域作品使用者的合法利益,而仍然留存作者在那些作品中的权利。

(三) 公有领域理论能够比较好地解释版权法的一系列问题

公有领域理论能够比较好地解释版权法的一系列问题。如,就版权法规定的保护期限而言,从公有领域角度看,设立版权保护期限的合理性在于作品对社会公众来说十分重要,他们需要在一定的条件下不受限制地、尽快地接近版权人的作品,而不能永久性地由版权人及其权利继受人控制。再如,就版权法

中的思想与表达二分法来说,作品中被表达或体现的思想对公众来说是如此重要,以至于对其授予任何形式的财产权都是不合适的,而只能永久性地留存于公有领域。

二、公有领域本身具有重要价值

公有领域是文学、科技和自我认知的基础。这是我们创作新作品、制造新发明的基础。

对于不受知识产权保护的公有领域的一切资源,那儿的一切都可以像空气一样自由公用。所有人分享同样的信息、发明和文化储备。只需缴纳复制的成本费即可(接近于零),我们共同使用这些信息,又不会打扰彼此。可以想象一下,如果语言、科学知识、基本代数、音阶或四百年前的文学经典都只能通过购买获得的话,这个世界会怎么样?那些认为这些资源有用的人就会购买它们,那些认为这些资源没有用的人就不会购买它。那么这个世界、文化、科学和市场会怎么样?当知识产权过分商业化,我们事实上在破坏社会的创造力——因为我们在提高未来创造的成本——而这些未来创造也将受到知识产权的保护。市场、民主制度、科学、自由言论制度和文学艺术比起受知识产权保护的信息资源,更依赖于能够免费获得的公有领域的资源。事实上,我们文化的大部分都在公有领域,至少,它们曾经在公有领域。

可见,把知识产权延伸到语言、事实、商业方法、科学算法、基本音乐结构和逝世已久的作家作品是多么的没有必要又对社会有害。显然,这么做并不会带来更多的发明、争论、文学艺术和民主制度。

至今尚未被完全认识到重要性的公有领域,其价值体现在以下诸多方面:

(一) 公有领域是版权的最终归宿

创造性成果的产生过程可以提供另外一个开阔思路的钥匙。“认识创造性问题的更好方式是,宣称创造性所涉及的个人扮演着双重的互相对立的角色。当创造行为完成时,个人出面承担发明者、先锋派、革新者、天才等诸如此类的角色。但在另一面,传统和创造之间的联系表明,在创造过程中,个人扮演的是另一角色——借用者和复制者。权利人在主张知识财产时,经常忘记他们所扮演角色的双重性,而倾向于只把自己视为创造者,要求保护,不让别人借用和复制。知识财产法,因为它重在个人所有权,实际是帮助在创造性观念中嵌入了个人主义的色彩。”^[11]但,任何创造性成果的创造,都是汲取了公有知识的营养,有借用和复制才有创新。赋予知识产品的创造者一定期限的垄断权是社会对其创造性劳动的回报;期满或者无主状态后再回归知识的海洋,为新的智力