

我国的“孤儿作品”解决方案有待完善

管育鹰

欧美国“孤儿作品”的解决方案

“孤儿作品”的概念在2004年左右伴随美国谷歌的“图书搜索计划”引发的诉讼而出现,2006年由美国版权局正式用来描述使用者想以必须经过许可的方式使用某一仍受版权保护的作品、但却无法确定版权人身份或找不到版权人的情形;2008年美国《孤儿作品法案》提出后引起了广泛争议,至今仍在搁置中。

2011年3月,谷歌与原告关于版权人可随时“退出”数字图书馆计划的和解协议被法官否决,要求仍应采取事先由版权人主动“加入”的机制。可见,不管是司法中还是立法中,美国的“孤儿作品”方案尝试解决的是商业性使用中“找不到权利人”洽谈这一“市场失灵”问题,其目的是欲设立一种类似强制许可的制度以限制权利人可依法获得的救济;目前看来,这一方案触动了版权法根基,使得谷歌案件和美国《孤儿作品法案》一直处于未决状态,反对方的主要理由是使用者的“勤勉搜索”的标准不确定(很多情况下是不想真的去找),大量作品会不幸沦为“孤儿”任人使用,权利人没有讨价还价余地。

2006年10月,欧洲“数字图书馆高级专家组”的报告描述了对作品进行大规模的数字化和在线提供等因“孤儿作品”现象受到阻碍的问题。2011年5月,欧盟委员会提出了《关于欧洲议会和欧盟理事会通过允许适当使用孤儿作品指令的提案》;2012年9月,欧盟颁布了该《孤儿作品指令》。看来,欧盟关于“孤儿作品”使用的立法进程比美国要快得多。

欧盟的“孤儿作品”含义较宽泛,其要件仅为经“勤勉检索”而不能找到权利人;使用方式也较广,包括各种形式的复制和向公众提供。但应当注意的是,欧盟“孤儿作品”指令对使用者和使用目的是有限制的,即仅限于具有“公共利益使命”的图书馆、博物馆、档案馆等公共文化机构。应该说,欧盟这种仅允许特定环境下的对大量“孤儿作品”以多种方式使用的立法模式,与美国旨在解决市场失灵情况下的不区分使用目的和使用者的许可模式并不相同;其实质乃是将这些机构原先享有的传统使用方式扩展到包括对数字化和网络新技术的应用,且有公共借阅权、著作权集体管理延伸、著作权补偿金等配套制度。尤其要注意的一点,是欧盟的指令方案中涉及的作品均不包括该成员国域外的作品。

“孤儿作品”解决方案的立法尝试

不可否认,在信息时代,互联网给著作权制度造成的冲击对我国来说并不比欧美国少;那么,我们在著作权法第三次修改时将“孤儿作品”问题提出来讨论也是有必要的。但是,与欧美国不同,我国一是没有公共借阅权或复制版税等背景概念;二是缺乏对“孤儿作品”问题的充分考察和论证;三是集体管理制度尚处于发育阶段;四是缺乏成熟而有体系的配套措施,这样引入的“孤儿作品”概念并直接增加到著作权法第三次修改条文中显得比较匆忙。

比如,国家版权局2012年3月的《中华人民共和国著作权法(修改草案)》第二十五条规定:“下列著作权的保护期尚未届满的作品,使用者可以向国务院著作权行政管理部门申请提存使用费后使用作品:(一)作者身份不明且作品原件的所有人经尽力查找无果的;(二)作者身份确定但经尽力查找无果的。前款具体事项,由国务院著作权行政管理部门另行规定”。国家版权局2012年7月6日《中华人民共和国著作权法》(修改草案第二稿)第二十六条将前述第二十五条改为:“报刊社对已经出版的报刊中的作品进行数字化形式的复制,其他使用者以数字化形式复制或者通过信息网络向公众传播作品,应当取得著作权人的许可。对著作权的保护期未届满的作品,使用者尽力查找

权利人无果,符合下列条件的,可以向国务院著作权行政管理部门指定的机构申请并提存使用费后使用:(一)作者以及作品原件所有人身份不明的;(二)作者身份不明,作品原件所有人身份确定但无法联系的;(三)作者身份确定但无法联系的。前款具体事项,由国务院著作权行政管理部门另行规定”。对上述著作权法修改条款所规定的“作者身份不明”之作品的使用规则,可以这样理解:其一,使用者非常广泛,不仅限于“报刊社”还包括其他(没有限制性质)使用者;其二,使用方式是复制和通过网络传播;其三,使用对象是“已经出版的报刊中的作品”,也可能包括其他所有作品。

中外“孤儿作品”解决方案的差异

应该说,这一我国著作权法的这一立法尝试与欧美国家的“孤儿作品”问题解决方案在适用主体、客体上均有明显差异。

首先,著作权法修改草案一方面缺少像美国“谷歌和解协议”或《孤儿作品法案》那样具体明晰的操作规程(比如登记通知、勤勉查找证据等等)、使权利人难以获得哪怕是基本的有限的救济;另一方面却像这两者一样对“孤儿作品”的使用者、使用目的没有任何限制,未清晰地界定相关规则适用条件和范围,如果通过极有可能带来后续法律实施或适用上的困难或阻力(尤其是这两条都未指出是否仅适用于中国大陆的作品)。

其次,与欧盟的《孤儿作品指令》相比,我国著作权法的修改内容更超出了著作权法的现有规则。欧盟的指令仅针对特定的使用者,即明确了使用者是“公共文化机构”,并不像我国采用笼统的“使用者”一词;而且,欧洲向来有相对成熟运作有效的著作权集体管理延伸和公共借阅权制度,可以在未经许可而使用的情形下确保包括“孤儿作品”权利人在内的著作权人获得一定的补偿。我国著作权法却刚刚开始尝试著作权集体管理延伸(尽管争议很大)制度,现有草案中也缺乏关于“孤儿作品”使用可适用集体管理延伸的明确依据。也就是说,即使著作权集体管理延伸制度在修法后实施,也无法代表“孤儿作品”的权利人就前面关于“孤儿作品”规定中各种宽泛的使用收取费用。

总之,尽管我国著作权法第三次修改增加了关于“孤儿作品”问题的规定,这一思路类似美国方案但相对粗略,孤儿作品的范围、查找权利人的程序和证据、使用费向谁“提存”、权利人如何主张补偿等等诸多问题都未深入研究并取得相对一致的共识,因而这一制度确立的合理性和可行性是需要进一步论证的。我国著作权法在引入“孤儿作品”概念和著作权集体管理延伸制度时,需要更加慎重地考虑具体规则的适用范围,制度完善的可操作性配套措施。笔者的建议是现阶段我国如果要引入“孤儿作品”制度,宜采取欧盟模式,将“孤儿作品”的使用主体限制在传统图书馆等公共文化机构范围内,并建立著作权补偿金制度对权利人进行弥补、辅以著作权集体管理延伸制度以便于实施。