

欧美孤儿作品问题解决方案的反思与比较

——兼论我国《著作权法》相关条款的修改

管育鹰

(中国社会科学院法学研究所,北京 100720)

摘要: 欧洲的孤儿作品问题解决方案仅针对公共文化机构,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,因此欧盟《孤儿作品指令》之通过相对顺利;而美国的孤儿作品方案尝试解决商业性使用中“找不到权利人”洽谈这一“市场失灵”问题,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,这一方案触动了版权法根基,故其《孤儿作品法案》一直处于讨论状态。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而相对粗略,其合理性和可行性需要进一步论证。

关键词: 孤儿作品;公共文化机构;商业性使用

中图分类号: DF523.1 文献标识码: A 文章编号: 1002-3933(2013)06-0135-08

Comparative Study of Orphan Work Problem in US & EU

——A concurrent discussion on the *Third Amendment of Chinese Copyright Act*

GUAN Yu-ying

(Institute of Law, Chinese Academy of Social Sciences, Beijing 100720 China)

Abstract: The EU *Directive on Orphan Works* was adopted without obstacle because this proposal only concerns certain uses of orphan work by the public cultural institutions. On the other hand, the US orphan work proposals trying to resolve the problem of “market failure” caused by the difficulty of identifying copyright owner in commercial use aim to set up a new type of compulsory license, which touches the balance of present copyright law. Considering the fact that the *Bill of Orphan Work Act* in US has been left aside for more than 5 years, the orphan work provisions added in *Chinese Copyright Law Amendment* following US commercial use model yet a vague one, should be discussed deep and reflected carefully.

Key words: orphan work; public cultural institution; commercial use

引言

数字和网络技术的迅猛发展和广泛使用,为著作权(版权)法律制度带来了严峻挑战。与网络技

收稿日期:2013-03-22 该文已由“中国知网”(www.cnki.net)2013年5月14日数字出版,全球发行

作者简介:管育鹰(1969-),女,布依族,贵州安顺人,中国社会科学院法学研究所副研究员,知识产权研究室副主任,研究方向:知识产权法学。

术开发应用有关的版权纠纷不仅成为我国知识产权界高度重要的议题,还引起了社会各界的共同关注。如何设立恰当的网络环境下的著作权保护规则、规范对于他人作品的使用、平衡版权保护与促进新商业模式发展这两个政策目标之间的关系,成为目前我国《著作权法》修订中的一个重要问题。

“孤儿作品”的问题正是在这样的大背景下提出来的。“孤儿作品”属于版权领域的新概念;事实上,即使最初提出孤儿作品问题的美国,在其相关讨论中也强调“孤儿作品”中的“孤儿”并不真的是没有版权人的“孤儿”,但为了方便起见,继续使用“孤儿作品”的说法。本文也在此强调,鉴于在本文写作之前国内对“孤儿作品”问题也已有所讨论,为了方便讨论,在此继续采用这一概念来描述著作权领域一种特殊情形:即著作权人身份难以确定或找到的作品,并在此基础上讨论其利用问题、尤其是在互联网环境下是否可对其进行商业性利用的问题。

一、美国、欧洲关于孤儿作品问题的讨论及方案

(一) 美国关于孤儿作品问题的讨论

孤儿作品(Orphan Work)的概念是美国先提出的。为了与《保护文学和艺术作品伯尔尼公约》的要求相一致,美国通过了《1976年版权法案》,取消了其长期以来要求作品登记以获版权保护的做法,宣布“任何固定在有形介质上的有独创性的表达都享有版权”。取消作品版权登记强制性要求,大大降低了通过登记查询和确定版权人的可能性。这样,除了法律允许的合理使用等例外情形,打算使用版权作品的潜在使用者都必须自己去考察每个作品的版权状况并找到权利人洽谈。没有了版权登记中心数据库,找到版权人并签约有时很困难;在这种情形下如何使用那些难以找到版权人洽谈的作品,就提出了孤儿作品问题。尤其是自2004年以来围绕谷歌数字图书搜索计划产生的争议,使得孤儿作品的使用问题成为美国各界关注的焦点,并引起了立法、司法上的回应。

1. 谷歌和解协议提出的孤儿作品问题

2004年,谷歌决定推出名为“阿波罗”计划的数字图书馆项目,将一批重要图书馆的所有书籍数字化;这样,全世界的人只要能上网就能浏览、阅读。因为种种原因,谷歌事先并没有同出版商和版权人商讨过这个计划;2005年,美国作家协会和美国出版商联合会以“大规模版权侵害”提起诉讼。谷歌声称该业务是“合理使用”,并辩称说:仅仅公有领域的著作谷歌才会全文发布,其他尚受版权保护的书籍,只提供可搜索的在线节选。这一官司一直持续了多年。2009年原被告达成了同意谷歌建立数字图书馆的方案(简称“谷歌和解协议”^①):谷歌将出资1.25亿美元,其中包括建立非盈利的图书版权注册中立机构的3450万美元,该机构由出版商联合会和作家协会各出一半代表负责运营,负责登记那些尚处于保护期但已绝版或找不到权利人的图书,并为这些图书的版权人提供版权费,今后谷歌图书搜索计划产生的任何销售、订阅和广告收入都将与该机构按63%和37%分成,并由它向权利人转付。此外,谷歌将向数百万本已完整扫描的图书每本向版权人支付60美元;向美国作家协会和出版商协会支付律师费;版权人如果不愿意自己的作品被数字化扫描,则可声明退出(“opt-out”)谷歌的图书搜索计划。

值得注意的是,谷歌和解协议本身基本上未采用“孤儿作品”的措辞,代之以“市场供应”这一更广泛的概念,也就是说,协议允许谷歌使用通过商业渠道无法获得的作品,包括孤儿作品。“商业渠道获得”被定义为当时除了扫描图书馆藏书外,还可以通过图书的权利人或指定代理人的某种贸易销售渠道在世界任何地方获得该书^②。这里,“图书”的定义是狭窄的,排除了期刊、论文、歌词曲谱等文字作品;而且,也排除了在加拿大、英国、澳大利亚和美国之外出版的图书^③。

谷歌和解协议不止受到谷歌的对手(微软、雅虎、亚马逊等)反对,而且遭到一些版权专家甚至美国司法部的反对。谷歌和解协议存在的关键问题,是假设权利人事先已经同意使用其作品,事后发现不同意再退出;其本质是赋予谷歌一种强制许可,使其能在商业及非商业用途上使用这些作品,并由此支付所获利润的一部分。而版权强制许可新规则的设置是需要法律程序,不是由当事人来设立。

① 协议内容参见“Google 图书和解”网站(2012年11月访问):<http://www.googlebooksettlement.com/>。

② 参见谷歌和解协议第1.31条,第6页。

③ 参见谷歌和解协议第1.19条,第4-5页。

因此,解决谷歌数字图书搜索计划争议的方案应该是由美国国会作出关于“孤儿作品”的规定,修改版权侵犯中所采用的严格责任原则,重新厘定“孤儿作品”侵权及损害赔偿规则。果然,2011年3月22日,美国纽约联邦法院法官驳回了该协议。在长达48页的裁决中^①,法官说,1.25亿美元的交易将给予谷歌这家互联网大公司“剥削”书籍的能力,公司不再需要获得版权人的首肯,这也是司法部对这项交易的担忧。“虽然书籍数字化,以及创建全球数字图书馆将惠及很多人,但这项协议也真的走太远了;因为它将给谷歌一项压倒竞争对手的优势:不需要准许,就能扫描受版权保护的作品,并以此获利。它还将让谷歌控制整个(书籍)搜索市场,这会引发争议”。最后法官指出会重新考虑修订后的版本,该版本应该能更好地保护版权所有人,即征询他们的意见,是否愿意“加入”数字化程序(“opt-in”)。

可以预见,若照此要求修订和解协议,将谷歌之前设想的被动、事后的“退出”改为主动、事先的“加入”机制,将会大大削弱谷歌的数字图书馆计划,因为这样一来谷歌失去了处置权,很多“孤儿作品”无法找到权利人,事先征询加入意见。

2. 美国版权局的孤儿作品方案

在前述谷歌案中,秉承判例法传统的美国法官却称“关于委托谁对孤儿作品进行监护,以及相关的条件、措施等,由国会立法来确定比利害当事人之间的私人协议更恰当……国会已一直致力于颁布孤儿作品问题的立法议案……最好由国会而不是法院来解决这个问题”^②。看来,谷歌和解协议中的孤儿作品解决方案已经触动了版权法的根基,即不再是对已有法律规则的阐释而是属于新法律规则的设置问题了。事实上,几乎与谷歌案进入诉讼程序的同时,美国版权局开始了孤儿作品问题的立法讨论,尝试在立法上明确一定的规则平衡像谷歌这样的使用者与权利人之间的关系,以使更多普通公众获得平常难以获得的作品、充分发挥法律鼓励文化传播的作用。

根据2006年1月美国版权局签发的、美国国会图书馆的《关于孤儿作品问题的报告》,“孤儿作品”这一用语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^③。从这一概念看,“孤儿作品”并不是真正的没有“父母”(版权人)的作品。正如美国众议院司法委员会下设的“法院、互联网及知识产权小组委员会”主席霍华德·L·伯尔曼法官在相关听证会上所说的“我认为必须纠正这一名不副实的称谓。我们所说的作品并不是孤儿;事实上,我们所面临的特殊情形是当其父母出现时应当怎么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版权人身份的作品。不过为了方便讨论,我们仍以孤儿来形容这种情形。”^④可见,最早提出此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“无法确定版权人身份的作品”,而非“无版权人的作品”。

此外,上述《报告》强调,其所提出的关于孤儿作品问题的议案,前提条件是承认使用孤儿作品仍构成侵权(后面介绍孤儿作品法案时我们会发现该法案一直称使用者为“侵权人”),只不过是重新出现的版权人要获得充分的损害赔偿是有限制的而已。也就是说,如果使用者在使用孤儿作品之前经过了“勤勉的查找”而无果、且履行了相关手续、而版权人在其使用后才出现的,版权人就只能获得适当的补偿而不能主张律师费、法定损害赔偿等等。而且,有些情况下,比如侵权作品是使用者对孤儿作品的演绎、使用者也有大量独创性表达的情况下,版权人还可能不能获得临时禁令。上述《报告》中还明确指出孤儿作品最常见的领域是照片,未出版的文字作品或匿名手稿,信件及其他私人材料,家庭录像带和教学影片等视听作品,美术和视觉艺术品,以及明信片、小册子和宣传页等临时出版物。

^① 参见美国法院 Authors Guild v. Google, Inc. (2011) 案裁决,网址(2012年11月访问): <http://www.nysd.uscourts.gov/cases/show.php?db=special&id=115>。

^② 参见美国法院 Authors Guild v. Google, Inc. (2011) 案裁决,第22-24页,网址(2012年11月访问): <http://www.nysd.uscourts.gov/cases/show.php?db=special&id=115>。

^③ 美国版权局《关于孤儿作品问题的报告》,第1页,2006年1月,网址(2012年11月访问): <http://www.copyright.gov/orphan/orphan-report-full.pdf>。

^④ 美国版权局《促进孤儿作品的利用:版权人与使用者利益的平衡》听证会记材料,第2页,2008年3月,网址(2012年11月访问): <http://www.copyright.gov/orphan/orphan-hearing-3-10-2008.pdf>。

从上述《报告》所描述的背景看,议案的宗旨并不是将孤儿作品置于公有领域,而是在缺乏版权登记有效引导的情况下,让潜在的孤儿作品使用者对将来可能面临的最高损害赔偿有心有数,并依照规定放心去使用。美国学者认为孤儿作品问题的实质,是潜在使用者无法与版权人联系商谈这一市场机制失灵的情形下如何让使用者们不必考虑商业上的惯例而利用孤儿作品的问题^①。

美国版权局一直在讨论的议案名为“涉及孤儿作品版权侵权案件的有限救济规定”(简称“孤儿作品法案”),主要内容是在《美国法典》第17编第五章末尾增加第514节,即“涉及孤儿作品案件的有限救济”。该节主要内容是对达到“勤勉的查找”标准查找权利人的侵权人,适用“合理补偿”这一对权利人有限的救济方案。该法案具体条款对适用有限救济的条件,尤其是合格的检索及其程序,包括合理的方式、以某种符号或布告标注、迅速而诚信地调查、友好诚信地协商、支付合理赔偿等。

在侵权人满足法案详细列举之各项条件的情况下,权利人仅能获得原先《版权法》第502到505节规定的金钱救济和禁令两个方面的有限救济。即金钱方面仅能要求支付合理补偿(不包括实际赔偿、法定赔偿、诉讼成本以及律师费);而且,如果侵权人是非营利教育机构、图书馆、档案馆或公共广播机构,且能以优势证据证明其侵权行为没有任何直接或间接的商业目的,主要是教育、宗教或慈善性质,以及在收到侵权通知并迅速诚信地对其进行调查后立即停止了侵权行为的,也不必支付合理补偿。在禁令方面,如果侵权人已准备或开始准备使用的作品是对被侵权作品的改动、转换、改编,或者在被侵权作品中融合了大量侵权人原创性表达,则法院的禁令不得阻止侵权人继续准备或使用该新作品;但侵权人使用新作品应向被侵权的合法权利人或受益人支付合理的补偿,并应权利人要求根据具体情形以合理的方式标注权利人的署名。

孤儿作品法案颁布后一直在争议中,至今仍未获通过。

(二) 欧洲关于孤儿作品的讨论及方案

1. 欧洲数字图书馆计划中的孤儿作品问题

欧洲对孤儿作品问题的提出几乎与美国同时,诉求和困境大致相同,而且在英文用词上采用的也同样是“Orphan Work”。欧洲关于“孤儿作品”问题的讨论,来源于旨在在线提供欧洲丰富的文化科学遗产的庞大的“数字图书馆”计划。2006年10月,欧洲“数字图书馆高级专家组”的一份内部建议报告中提出了图书馆数字化保存、孤儿作品及绝版作品等问题。“作品著作权状态的清晰明确在很多情况下都是十分重要的,对于欧洲数字图书馆的倡议而言也是如此。有些情况下著作权人无法明确或找到,这样的作品可划归“孤儿”。可以想见,大规模的数字化和在线提供以及其他一些使用方式,都会因孤儿作品现象受到阻碍。因此,图书馆、博物馆、档案馆及其他一些非营利机构将难以充分利用信息技术的优势来履行其保存和传播知识的使命。无论是文字作品还是视听材料,都存在相当数量的著作权状态不明的情况,尤其是那些老资料^②。“欧盟委员会于2009年11—12月份进行的一项调查结果显示,每个数字化项目都遇到相当高比例的孤儿作品问题,全欧洲仍有著作权的作品中有300万是孤儿作品(占总数的13%);比如,欧洲各电影资料馆存档的视听作品中孤儿作品占20%,而英国各博物馆保存的摄影作品中孤儿作品所占比率高达90%^③。由于有著作权法的限制这类作品无法通过合法渠道得到传播和利用,大量无法确定权利人的孤儿作品不能数字化,使欧洲数字图书馆的建设和发展受到阻碍。这样,制定一项新的旨在解决孤儿作品使用法律问题的欧盟指令提上了日程。

2. 欧盟孤儿作品指令方案

与美国孤儿作品问题由谷歌这样的商业化数字图书馆的开发所引起不同,欧洲数字图书馆的建

^① Hansen, David R., Orphan Works: Definitional Issues (December 19, 2011). Berkeley Digital Library Copyright Project White Paper No. 1. Available at SSRN, 网址(2012年11月访问): <http://ssrn.com/abstract=1974614>.

^② “Report on Digital Preservation, Orphan Works, and Out-of-Print Works, Selected Implementation Issues (adopted by the High Level Expert Group at its third meeting on 18.4.2007)”; 网址(2012年11月访问): http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/cf/itemlongdetail.cfm?item_id=3366.

^③ Anna Vuopala, “Assessment of the Orphan works issue and Costs for Rights Clearance”(2012年11月访问): http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/reports_orphan/anna_report.pdf.

设和发展更多体现了区域文化整体发展的政策因素。经过多次讨论和听证,2011年5月24日,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20日,欧盟颁布了《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》^①(简称“孤儿作品指令”)。显然,欧盟关于孤儿作品问题的立法进程比美国要快得多。

欧盟孤儿作品指令首先指出其适用范围是成员国设立的对公众开放的图书馆、教育机构、博物馆、档案馆、电影或录音资料馆及公共广播组织等执行“公共利益使命”的机构对孤儿作品的特定使用。该指令适用的作品是指:(1)首先在欧盟成员国或首次广播,受著作权或相关权保护,并由对公众开放的图书馆、教育机构、博物馆和档案馆、电影录音资料馆所收藏的图书、期刊、报刊、杂志及其他出版物及电影、音像作品或录音,以及公共广播组织2002年12月31日前制作并存放于其档案室的电影、音像作品或录音;(2)虽未正式发布或广播,但经权利人同意由上述公共文化机构收藏的上述各类作品(成员国可将这类作品限定为于某具体日期前存放于上述机构);(3)与前两项提到的作品或录音不可分割的作品或内容。

根据该指令,孤儿作品是指无法确定权利人,或者即使确定,但经过法律规定的有记录的勤勉检索也无法找到权利人的作品。使用机构应诚信地参考相关作品类别的适当信息资源对拟使用的作品或受保护的资料进行勤勉的检索,相关作品或资料类别的适当信息资源由成员国与权利人和使用者协商决定,同时包括指令附件中所列的信息资源。指令还就勤勉检索的范围和具体操作程序、要求作了详细规定,比如勤勉检索的执行状况、使用孤儿作品的情况、孤儿作品状态的任何变化、相关机构的联络信息及公开等。成员国须确保被认定的孤儿作品之权利人任何时候都可以出现并结束该作品的孤儿作品状态。符合前述条件的情况下,对公众开放的图书馆、教育机构、博物馆、档案馆、电影及录音资料馆和公共广播组织等能以下列方式使用其所收藏的孤儿作品:(1)将孤儿作品提供给公众;(2)复制孤儿作品,包括作品的数字化、发行、索引、分类、编目、保存或重制等活动。

欧盟孤儿作品指令强调,其所适用的机构以上述方式使用孤儿作品是为了其公共利益使命,尤其是为了文化教育目的而保存、重制和提供其馆藏作品;这些机构可以从使用中获得补偿,用于弥补其数字化并向公众提供孤儿作品的成本之惟一目的。成员国应确保相关机构在使用孤儿作品时均标注已经确定的作者或其他权利人的姓名名称。孤儿作品的权利人现身而终止孤儿作品状态的,应当获得使用者的公平补偿;补偿的具体规则由各国确定。

二、我国关于孤儿作品问题的讨论

(一) 现行《著作权法实施条例》相关规定

我国《著作权法》本身没有直接涉及“孤儿作品”的规定,但是,现行《著作权法实施条例》第13条规定“作者身份不明的作品,由作品原件所有人行使除署名权以外的著作权,作者身份确定后,由作者或者继承人行使著作权。”这里,“作者身份不明的作品”指无法从通常途径了解作者身份的作品;这一规定成为我国近年来讨论孤儿作品问题最接近的法律依据。

必须指出,“作者身份不明的作品”不能等同于著作权法意义上的“匿名作品”,也就是说,并不是凡以匿名方式发表的作品都是“作者身份不明的作品”;相反,根据著作权法对作者精神权利的规定可知,署名权是作者才能享有的精神权利,理论上只要不违法,作者可以通过署真名、笔名、假名、不署名(有的作者故意署名为“佚名”)等方式行使自己的署名权。不管以哪一种方式行使署名权,只要发表该作品时投稿人向出版者提供了联系方式,就能核查作者、权利人或作品原件持有人的身份,都不属于“作者身份不明的作品”。真正意义上的“作者身份不明的作品”,指那些作品没有署名,而且通过正常的途径(比如投递到出版社或报社等部门的照片或手稿等资料中没有署名,也没有说明联系方式)也无从核查其作者身份难以确定作者身份的作品。

应该说,我国《著作权法实施条例》这一规定的立法原意应当是将“作者身份不明的作品”限定为有“原件”的作品,即美术作品或传统意义上的摄影作品,其适用范围在实践中相当狭窄,因此也从未

^① 参见欧盟网站(2012年11月访问):http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/orphan_works/index_en.htm。

引起过学界太多关注。但是 随着技术的发展 越来越多的研究者在考虑网络环境下的著作权保护难题时 将目光投向了《著作权法实施条例》这一条款 呼吁对此进行扩张阐释并更新相应的法律规则使之更符合互联网产业发展的需要。

(二) 我国关于孤儿作品问题的讨论

谷歌案件发生后,“孤儿作品”之概念也开始被引入我国^①。有观点认为 在网络环境下,作品的复制和传播速度非常快,复制作品与原件很难识别,该规则对于孤儿作品而言,难以为其提供合法、有效、充分的制度支撑;无人继承的著作财产权归国家,存在国有资产权利行使主体虚化的问题,且与属于公有领域的无主作品以及孤儿作品之间的边界模糊化,不利于相关使用人对作品的合法使用。因此建议我国著作权法作出关于孤儿作品的定义并建立相关制度^[1]。还有观点认为,“现有规定不仅不能为孤儿作品的合法、有效使用提供正常途径和足够的制度支撑,而且还存在着不合理因素。迄今为止,我国法律既没有对“身份不明的作品”(实际上属于孤儿作品)的认定程序作出明确规定,也没有对孤儿作品的授权、使用规则进行规定,更没有规定使用孤儿作品的报酬、许可费或补偿费等费用的支付规则。法律的这种消极态度,导致潜在的孤儿作品使用人只有两种选择:要么放弃使用计划,避免遭遇侵权风险,让孤儿作品继续尘封,导致文化资源浪费;要么冒着被指控侵权的风险,在未经许可的情况下,先使用再说。因此,我国法律也急需对孤儿作品的认定和潜在使用人对孤儿作品的使用规则进行研究,最终提供明确的法律依据。这不仅关系到孤儿作品的使用问题,还关系到作品的有效授权模式和数字图书馆的建设。”^[2]

需要指出的是,我国目前绝大多数以“数字图书馆”为主题的研究都是来自改制中的传统图书馆以及各类图书情报机构。这些研究基本上发现图书馆在进行数字化和在线服务时遭遇著作权保护的瓶颈、产生“公益性”信息服务与“商业性”数据服务性质划分的困惑,从而将解决问题的关注点投向扩大合理使用、法定许可等著作权限制制度的适用范围。我们看到,无论是重新建立著作权利益平衡机制的构想^[3],还是推定著作权人为默认、延伸合理使用和法定许可^[4],以及近年来提出的设立著作权补偿金制度以及适当调整合理使用制度的建议^[5]等,都是建立在权利人与使用者之间的利益已经失衡的假设下。

但事实上,在网络环境下权利人的著作权不是扩张而是更容易受到侵害了。尤其在我国文化体制改革刚开始、公共文化机构的定义和范围还未明确的情形下,著作权法关于“图书馆”的合理使用规则并不能随意扩大。正因为此,我国知识产权法学界关于数字图书馆建设、专门为其设立对著作权进行进一步限制的讨论并不热衷。而且 2006 年《信息网络传播权保护条例》已经明确了图书馆等公共文化机构的合理使用之限制,即在网络环境下也仅适用于馆内提供有数字化必要的馆藏作品之复制件、不能扩大到无限制的互联网在线提供。同时,超出此范围的许多以“数字图书馆”为名的在线数据库服务商因未经许可扫描提供书籍论文也无例外地被法院判为侵权。在如此明确的立法和司法导向下,在《著作权法》修订过程中,重提扩大合理使用或法定许可范围、建立新的法律规则,即使是针对孤儿作品这一著作权交易更为困难的特例,也需要认真考虑是否打破维系各方利益平衡的基本法理。

(三) 《著作权法》修改稿中的方案

国家版权局 2012 年 3 月提出的《中华人民共和国著作权法(修改草案)》第 25 条首次提出了我国的孤儿作品方案“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”。与其他引起重大社会反响的修订条款不同,这一利用现行《著作权法实施条例》之“作者身份不明”规定的增设

① 比如 袁泽清《论孤儿作品的利用与保护》,《西南民族大学学报(人文社科版)》2008 年第 2 期,作者认为孤儿作品是指对于尚在版权保护期内的作品、使用者打算以依法需要征得版权人的许可方可使用的方式使用该作品、虽然经过勤勉的努力寻找但是仍然无法找到该版权人的作品;周艳敏、宋慧献《版权制度下的“孤儿作品”问题》,《出版发行研究》2009 年第 6 期,作者认为孤儿作品是指享有版权但很难、甚至不能找到其版权主体的作品;黄旭春《浅析美国 2008 年孤儿作品议案》,《电子知识产权》2009 年第 7 期,作者认为孤儿作品是指客观上无法找到权利人的作品。

条款仍旧几乎没有引起法学界和社会各界关注。其实,《著作权法》的这一修改是针对欧美国家陷入持久争论的“孤儿作品”问题的,是涉及了我国著作权制度的重要修改,理应受到更多的关注,我国知识产权法学界也应进行更深入的研究。

2012年12月,国家版权局提交的《中华人民共和国著作权法》修改草案送审稿第51条规定:“著作权保护期未届满的已发表作品,使用者尽力查找其权利人无果,符合下列条件之一的,可以在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以数字化形式使用:(一)著作权人身份不明的;(二)著作权人身份确定但无法联系的。前款具体实施办法,由国务院著作权行政管理部门另行规定。”

可见,我国的立法方案中孤儿作品制度的主要内容包括:使用对象是“著作权人身份不明或身份确定但无法联系的、已经发表的未期届满的”作品,使用条件是“尽力查找无果”且“提存使用费”,使用方式是“数字化”,“使用者”没有特别条件限制。前面这些引号内的内容,都是需要“另行规定”的具体实施办法。笔者看来,每一个引号内的内容都尚处于讨论阶段,即使《著作权法》修改草案送审稿之孤儿作品条款获得通过,这些具体内容的缺失也使得该制度仅仅流于形式,并无实际意义,而且极有可能因争议长期搁置而无法颁布施行。这种匆匆以法律形式通过某一新的制度却难辅以配套措施的立法思路是需要慎重考虑的。笔者认为,我国拟设之孤儿作品制度存在以下几个问题:

1. 使用的前提条件

著作权人身份不明或身份确定但无法联系,是孤儿作品之基本概念的核心部分,对此并无太大争议;孤儿作品概念中最饱受争议的,是如何在法律意义上确定其属于“著作权人身份不明或身份确定但无法联系”的情形。为了避免使用者以“无法找到权利人”为借口逃避相应的法律义务,必须周详地设置孤儿作品的认定程序,作为其使用的前提条件。目前我国《著作权法》修改草案送审稿借鉴欧美孤儿作品方案中的“勤勉查找(或检索)”之措辞,规定了“尽力查找无果”的前提条件。

我们前面考察欧美相关立法或动议,都包含了十分详尽的“勤勉查找(或检索)”之内容。相比而言,在法治大环境远不如欧美的我国,没有配套细则要推行孤儿作品制度恐怕更容易使权利人的作品沦为“孤儿”,被轻易以“尽力而无果”为名随意使用,极大损害著作权人的利益(根据经验,提存费用一般以国家机关拟定的法定许可之报酬相当、而基本不考虑作品的市场价值等因素)。

2. 使用的方式

《著作权法》修改草案送审稿对孤儿作品的使用方式,使用了一个非著作权法律意义上的措辞——“数字化”。事实上,数字化仅是一种将各类载体上的作品进行复制的一种方式;严格地说,数字化仅指复制。那么,我国《著作权法》草案拟设的孤儿作品使用方式,是否仅限于复制呢?就数字环境下作品的传播之迅捷的特点,数字化恐怕仅是孤儿作品使用之第一个步骤,随后将孤儿作品提供给公众、甚至以此获取利益恐怕才是最终目的。

因此,对孤儿作品进行数字化使用,从著作权法角度来说,是严格限定在“复制”意义上,还是扩展到发行、网络传播,其法律后果应当是不同的,需要进一步明确。若仅限于“数字化”,则其他极有可能发生的后续使用是否超出法律规定范围而侵权?若“数字化”使用包括各种数字化形式的复制、传播,对于孤儿作品的权利人来说,仅用为“数字化”使用而“提存”的使用费(且不说这一使用费还可能要扣除行政管理成本)来弥补作品数字化之外的各种使用费是有失公平的。

3. 使用者的范围

在我国《著作权法》修改草案送审稿设定的孤儿作品方案中,“使用者”并没有特别的条件限制;换句话说,使用者可以是欧盟指令中所说的非盈利性公共文化机构,也可以是美国法案中未作限定的像谷歌这样的商业使用者。

《信息网络传播权保护条例》规定图书馆等“可以不经著作权人许可,通过信息网络向本馆馆舍内服务对象提供本馆收藏的合法出版的数字作品和依法为陈列或者保存版本的需要以数字化形式复制的作品,不向其支付报酬,但不得直接或者间接获得经济利益。当事人另有约定的除外。前款规定的为陈列或者保存版本需要以数字化形式复制的作品,应当是已经损毁或者濒临损毁、丢失或者失窃,或者

其存储格式已经过时,并且在市场上无法购买或者只能以明显高于标定的价格购买的作品”^①。可见,我国的非盈利性公共文化机构已经依法获得了将包括孤儿作品在内的馆藏作品进行数字化、而不必担心侵权责任的依据。这样,作为类似法定许可制度、限制著作权人权利的孤儿作品条款若获通过,其适用获益最多的多半是那些最应当与著作权人协商对价的商业使用者,如数据服务提供者。也就是说,我国《著作权法》修改草案在构建孤儿作品制度时,采取简化谈判过程、豁免侵权的方式鼓励使用者(这里指非公众的商业使用者)对孤儿作品进行利用,这实际上是一种类似法定许可的著作权限制制度。

结论

笔者认为,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家少,那么,我们趁《著作权法》修改时机将孤儿作品问题提出来讨论也是有必要的。通过上述对目前《著作权法》修改草案关于孤儿作品问题之规定的分析,我国的这一立法尝试更多类同于美国的孤儿作品法案,而且相比而言,我国的现有拟定条款远不如美国的成熟、详尽,缺少像美国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,我国的方案却试图解决孤儿作品的商业化使用问题,即像美国方案一样对孤儿作品的使用者、使用目的不作任何限制。试想一下,美国看似已经比较完善的孤儿作品法案讨论这么多年都迟迟不能通过,我国如果率先为孤儿作品的使用开放商业性使用的绿灯,恐怕会引起不必要的争议。而且,不清晰地界定孤儿作品的相关规则适用条件和范围,如果仅通过粗略的条款极有可能带来后续法律实施或适用上的困难或阻力。

更重要的是,是否建立和建立何种孤儿作品使用制度,关系到一国如何制定相应的政策和法律,调节平衡权利人、使用者、公众利益,以推动文化发展的需要。孤儿作品制度的实质是设立一种法定许可,属于著作权的限制问题;围绕这个问题的各种考量,对数字化或网络技术发展的适应仅是表象,更深层次上其涉及的是著作权法的立法导向问题。具体说,我国现阶段是应更强调对权利人的保护以促进创作,还是更注重为作品使用者创造便利条件以促进作品的利用?

笔者认为,相对以作品创作为主的内容产业来说,我国互联网产业的发展已经十分发达,海量信息的网上传播,已经对著作权制度造成了挑战。考虑到我国整个文化产业原创力的匮乏,现阶段仍应注重发挥著作权法鼓励创作的作用,保护作品创作者和著作权人的利益。即使设立孤儿作品制度,也应当像欧盟那样严格限定并辅以配套措施、对著作权人的利益进行比较充分的弥补,而不宜将孤儿作品的利用无限制地扩大范围。事实上,即使像美国那样将使用者视为侵权人、仅在满足法定义务时限制权利人获得充分救济的孤儿作品使用方案也一直难以出台,其根本原因也是多数观点认为应该将对权利人的保护放在第一位。

因此,我国《著作权法》在引入孤儿作品概念和相关制度时,需要更加慎重地考虑具体规则的适用范围,并建立可操作性配套措施。笔者的建议是现阶段宜采取欧盟模式,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。

参考文献:

- [1] 赵力. 孤儿作品法理问题研究——中国视野下的西方经验[J]. 河北法学, 2012 (5).
- [2] 董慧娟. 孤儿作品的利用困境与现行规则评析[J]. 中国出版, 2010 (18).
- [3] 程文琴. 数字图书馆的著作权问题研究[M]. 中国农业出版社, 2011.
- [4] 马玉珍,等. 知识经济时代与数字图书馆[M]. 甘肃人民出版社, 2006. 161-164.
- [5] 秦珂,等. 图书馆著作权管理问题研究[M]. 知识产权出版社, 2010.

(全文共 13,233 字)

^① 参见《信息网络传播权保护条例》第 7 条。