

孤儿作品的利用困境与现行规则评析*

文 / 董慧娟

【摘要】 近年来,包括美国在内的众多国家的学者纷纷着手研究孤儿作品的合法、有效利用这一问题,美国还多次尝试制定相关法案。2009年备受争议的谷歌图书扫描计划及相关案件再次凸显了孤儿作品的利用与保护问题。虽然在我国孤儿作品的使用困境同样存在,但并未引起足够重视,相关研究成果也比较缺乏。我国《著作权法》的现有规定不仅未能为解决该问题提供好的法律及制度支持,其在实践中可能导致的混乱反而成为一个隐患。因此,正视这一问题并加强研究刻不容缓。

【关键词】 孤儿作品 著作权 利用

一、引言

2009年备受争议的谷歌图书扫描计划涉嫌侵权案吸引了众人的眼球。谷歌的图书扫描计划除了包含部分有明确版权人的作品外,也覆盖了为数不少的孤儿作品。谷歌在法律上是否享有孤儿作品的数字化权利?孤儿作品属于公有领域吗?由于谷歌早在2004年就公布了这一计划,美国立法界加紧了对于孤儿作品的立法工作,其中以2006年和2008年的两个议案最具有代表性。与此同时,其他部分国家和地区也在纷纷研究相应的对策,如日本于2009年6月通过了新修订的著作权法,明确了使用孤儿作品须付费,但简化了付费方面的程序。而在我国,不仅原有的著作权法律制度未能提供较好的解决方案,新修订的《著作权法》也未涉及对该问题相关规则的补充或修改,不免让人觉得遗憾。

二、孤儿作品的含义

在美国,孤儿作品是指那些尚处于版权保护期内,

使用者打算以依法征得版权人许可的方式进行使用,虽然经过勤勉的努力寻找,但仍然无法找到其版权人的作品。^[1]这一界定主要着眼于使用者的角度,尤其强调了使用者在使用版权人的作品时“善意”的主观心态。笔者认为,从客观的角度可将孤儿作品界定为依法受著作权法保护,但著作权人身份不明的作品。可见,孤儿作品仍受著作权法保护,并未超过著作权的保护期限,并未进入公有领域,也不属于法律规定的合理使用、法定许可或强制许可等著作权受限制的作品。

关于孤儿作品的范围,学界一般认为,仅指作者身份不明的作品,而不包括作者身份明确但下落不明的作品。美国版权局则认为,孤儿作品既包含了作者身份不明的作品,也包括作者下落不明的作品。^[2]笔者认为,虽然作者下落不明的作品与作者身份不明的作品一样,都存在着难以找到作者、难以取得授权许可的困境,但因毕竟在性质和形式方面存在差异,法律适用上也应有所不同。在我国,作者身份明确但下落不明的作品,目前主要是通过著作权集体管理制度来解决,由集体管理组织代为管理,虽然仍存在诸多不完善之处,但基本上有相应的解决途径。相比之下,

作者身份不明的作品面临的形势和问题更为紧迫，因此，笔者所称的孤儿作品仅指那些仍受著作权法保护，但作者身份不明的作品，而不包括作者身份明确但下落不明的作品。

孤儿作品的产生原因多种多样。一方面，自从人类有了创作行为，就存在着部分作者未署名或署笔名的现象，导致他人无法从客观上辨识作者身份；另一方面，数字技术可能无形中加速了孤儿作品的产生，如大量网络作品涌现，大量作品被合法或不合法地进行网络传播，网页之间不合法或者不规范的作品转载、作品拆分等行为，都导致不少作品在形式上变为孤儿作品。当然还有其他原因，如作者无意间漏掉署名或者联系方式发生变化等。欧盟发布的《绿皮书：知识经济中的版权》认为，孤儿作品现象是在大规模数字化过程中引人注目的。^[3]

三、正视孤儿作品利用困境的必要性和重要性

孤儿作品的存在，使有使用需求的人与作品著作权人之间的直接对话或协商变得非常困难或者几乎不可能，这就直接导致了为数不少的潜在使用人被迫放弃了原先的使用计划，因为未经许可的贸然使用可能导致侵权甚至赔偿的巨大风险。如果这种状况得不到改善，将会导致大量具有使用价值的作品被尘封，既不利于发挥作品的实际价值，也不利于对使用人使用需求的合理满足。针对孤儿作品使用方面的现实困境，对孤儿作品的授权、使用规则和相关权利义务的设定进行合理、适当的法律安排是非常必要和重要的。从经济学角度来看，对孤儿作品利用过程中涉及的作品的著作权人、作品利用需求人以及社会公众之间的利益平衡作出适当安排，将有利于实现社会福利的最大化，有利于数字化环境下在著作权人与使用需求者及社会公众之间寻找到新的利益平衡点。

值得注意的是，在我国大力发展文化产业的背景下，孤儿作品利用法律规则的制度设计和制度供给无疑扮演着重要角色。美国版权局在公告中指出：“孤儿作品是一个全球性问题，每个国家都有孤儿作品存在，并且我相信，每个国家迟早都要被促使去思考一个解决方案。”^[4] 在世界上众多国家正在积极研究相应对策的同时，我国对这一问题却并未给予充分重视

和关注。审视我国的《著作权法》等法律法规，对孤儿作品的认定、权利行使以及相关法律责任等重要问题，都未能作出较好的回答。这一立法现状可能会使我国在面对谷歌案等类似案件时，由于立法准备不足导致无法迅速作出回应，造成被动、不利的尴尬局面。因此，加强我国对孤儿作品相关法律规则研究的必要性和重要性不言而喻。

四、我国现行的孤儿作品处理规则评析

我国《著作权法》没有使用“孤儿作品”这一术语，相关的法律规定也极少。仅有的规定为《著作权法实施条例》第13条、《著作权法》第19条以及《继承法》第32条等。

（一）关于“作者身份不明的作品”

我国《著作权法实施条例》第13条规定：“作者身份不明的作品，由作品原件的所有人行使署名权以外的著作权。作者身份确定后，由作者或者其继承人行使著作权。”这实际上是对孤儿作品著作权人的法律推定规则，尽管被推定的主体仅享有署名权以外的其他著作权，是一种有限产权。但我国的这一规定与其他许多国家的规定均不相同，中国特色较为突出。

笔者认为，上述规则的立法初衷是好的，是为了促进作品的利用以及有效率地解决纠纷，一定程度上有利于缓解孤儿作品的作者身份不明的不确定状态；但仅依靠该条文，远不足以完全解决我国孤儿作品的合法、有效利用问题。而且在司法实践中，该规则的适用应当受到严格限制，有必要在法律上补充规定特定的适用条件，否则，普遍适用必然导致混乱和不公平。

首先，该规则本身的公平合理性和科学性尚值得推敲。众所周知，著作权天生是作者享有的权利。因此，由作品原件所有人享有署名权以外的著作权这一规则只能是一种例外，是一种无可奈何的选择。这种推定可能有效率，但效率的背后往往是牺牲公平。若将该规则不加区分地普遍适用于大量存在的孤儿作品，必然导致违背立法初衷的不公平结果。

其次，该规则不宜也不可能成为直接解决所有孤儿作品权利归属问题的通用规则。这项规则的立法初

衷主要是为了简化对存在争议的作品著作权人的认定,当两个以上的主体对某一作品的著作权归属发生纠纷、相持不下时,并且双方都无法提供充分证据证明自己是作者或著作权人时,法律直接作出这种推定,是追求效率的体现。

另外,何为“原件”?事实上,并非所有作品都有“原件”与复制件之分,原件的认定在网络环境下尤其具有相当的难度。美术作品中有一部分可能比较容易区分和认定,但其他作品除非有创作手稿或底稿,否则很难认定;网络作品更是很不容易甚至几乎不可能认定;况且即使有手稿,也可能存在争议当事人都有手稿的情况。因此,该规则的适用空间十分有限,不足以为孤儿作品的合法、有效利用提供充分的制度支撑。

(二) 关于“无人继承的著作财产权”

我国《著作权法》第十九条第一款规定:“著作权属于公民,公民死亡后,其本法第十条第一款第(五)项至第(十七)项规定的权利在本法规定的保护期内,依照继承法的规定转移。”而《继承法》第三十二条则规定:“无人继承又无人受遗赠的遗产,归国家所有。”《著作权法》第十九条第二款规定:“著作权属于法人或者其他组织的,法人或者其他组织变更、终止后,其本法第十条第一款第(五)项至第(十七)项规定的权利在本法规定的保护期内,由承受其权利义务的法人或者其他组织享有;没有承受其权利义务的法人或者其他组织的,由国家享有。”

可见,尚处于著作权保护期间内的作品,自然人主体死亡后无人继承又无人受遗赠的,著作财产权归国家;法人或其他组织为权利主体的,在其变更、终止后,无权利承受者的,著作财产权也归国家。

诚然,以上作品的著作财产权归国家,这些作品并不属于笔者所探讨的作者身份不明的孤儿作品问题,但在现实生活中,这类作品呈现出“无主”状态或作者身份不明的状态。既没有实实在在的主体主张和维护国家的著作财产权,也没有对这类作品的国有状态进行过任何登记或公示程序。因此,对国家享有著作财产权的作品,潜在的使用人根本无从得知哪些作品是公有领域的(即无主),哪些作品权利归国家,哪些作品是主人不明的,即孤儿作品。

可以说,上述法律规定使国家享有权利的有主作品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,非常不利于相关使用人对作品的合法使用。笔者认为,造成这种结果的原因,一方面是因为我国法律尚未明确对孤儿作品的认定程序和认定规则;另一方面则是上述规定加剧了问题的复杂化,增加了孤儿作品和国家享有权利的作品之间的区分难度。因此,无人继承的著作财产权归国家的规则应当予以修改,将这类作品直接规定为进入公有领域,即将无人继承的事实作为导致著作财产权消灭的法律事实之一。

实际上,日本和我国台湾地区的著作权法就体现了无人继承的著作财产权归于消灭、作品进入公有领域的法律规则。日本著作权法^[5]规定,著作权在出现两种情况时即告消亡:一是著作权所有者已死亡,该著作权依民法典(明治29年法律第89号)第959条(归国库的继承财产)的规定应归国库时;二是作为著作权所有者的法人解散时,该著作权依民法典第72条第三款(归国库的剩余财产)或依据其他法律的规定应归国库时。对此,日本学者的解释是:“无继承人时,根据版权的文化使命,与其将之归国库,不如将之作为人类社会的公有财产,让一般人都可以自由使用。为此,《版权法》规定,无继承人时,版权失效。”^[6]我国台湾地区《著作权法》第42条也规定,在著作财产权的存续期间内发生下列情形时,著作财产权归于消灭:一是著作财产权人死亡,其著作财产权依法应归属国库者;二是著作财产权人为法人,于其消灭后,其著作财产权依法应归属于地方自治团体者。日本和我国台湾地区的立法颇具借鉴价值。

从我国的实际情况来看,无人继承的著作财产权归国家这一规则也是不妥的。我国许多国有资产普遍面临着权利行使主体虚化的问题,由于缺乏明确的法律授权,国家享有著作财产权也将面临同样的问题。现实情况也表明了这一点。一方面让国家在名义上享有无人继承的著作财产权,但另一方面,在权利的具体行使主体和相关法律责任的追究上却又缺乏明确的法律授权。既不存在一个代表国家行使著作财产权的法律授权机关,此类作品被他人使用后,似乎也未出现该被授权机关代表国家追究非法演绎人的法律责任的情形。显然,这种规定事实

上成为空中楼阁，形同虚设。与其这样，不如名正言顺地让这些无人继承的著作权进入公有领域，成为社会公众自由使用的共同财富。

（三）小结

可见，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。但现实情况是，一方面，著作权人的垄断性权利与社会公众的强烈使用需求之间存在着突出矛盾，另一方面却是我国目前孤儿作品处理规则的法律缺位。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，在未经授权许可的情况下，先使用再说。

五、结论与建议

在数字化技术席卷全球的特殊背景下，美国、欧盟、加拿大、韩国、日本和我国台湾地区等众多国家和地区已经意识到寻求新的制度支持、对传统著作权法律制度作出适时和适度修改的必要性，纷纷着手研究或者已经形成相应的孤儿作品利用规则的构建方案，“尽管孤儿作品制度的建立在我国尚无端倪，但此议题在世界范围内已引起关注”。^[7]笔者认为，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。因此，我们必须正视这一问题，在国际先进经验和已有研究成果的基础上，结合国情在公平、合理、充分平衡各方利益的基础上构建相关规则。这必将为我国文化产业的发展提供极大便利和动力。

（作者单位：厦门大学法学院）

*国家版权局立法课题：版权法的利益规则研究——历史、现状和发展趋势，课题编号：FGBQ201003。

注释：

[1]United States Copyright Office, Report on Orphan Works(2006)[EB/OL].<http://www.copyright.gov/orphan/orphan-report.pdf>.

[2]United States Copyright Office, The Importance of Orphan Works Legislation [EB/OL].(2008-9-25), [2010-4-24].<http://www.copyright.gov/orphan/>.

[3]See Green Paper, Copyright in the Knowledge Economy, COM (2008)466/3.

[4]Statement of Marybeth Peters, The Register of Copyrights before the Subcommittee on Courts, the Internet, and Intellectual Property, Committee on the Judiciary[EB/OL].<http://www.copyright.gov/docs/regstat031308.html>.

[5]参见日本著作权法第62条第1款。

[6][日]半田正夫, 纹谷畅男. 著作权法50讲[M]. 魏启学译, 北京: 法律出版社, 1990: 170.

[7]黄旭春. 浅析美国2008年孤儿作品议案[J]. 电子知识产权, 2009(7): 33.

