

发展与知识产权委员会(CDIP)

第七届会议

2011年5月2日至6日，日内瓦

版权及相关权与公有领域界限初探*

比利时纳穆尔大学 Séverine Dusollier 教授编拟

1. 本文件附件中载有《版权及相关权与公有领域界限初探》。该文件是由比利时纳穆尔大学教授 Séverine Dusollier 女士根据知识产权与公有领域的项目 (CDIP/4/3/REV) 编写的，并由作者在 CDIP 第六届会议上讨论各项目的进展报告 (CDIP/6/2) 时介绍给与会者。委员会决定将该《界限初探》提交 CDIP 第七届会议继续讨论。

2. 因此，请 CDIP 注意本文件附件中所载的信息。

[后接附件]

* 文中发表的观点和意见纯粹由作者负责。

本《界限初探》无意反映WIPO秘书处的观点（2010年4月30日）。

一、简介	3
二、公有领域在版权中的地位	5
A. 公有领域的概念	5
1. 公有领域的传统定义	5
2. 对定义的限制	6
(i) 自由使用与自由接触之区别	6
(ii) 版权的例外	8
(iii) 政府的公有领域信息	10
(iv) 孤儿作品和绝版作品问题	10
(v) 公有领域与传统知识	11
B. 公有领域在知识产权中的地位	12
C. 公有领域沿革	14
D. 公有领域的正当性	17
三、公有领域的构成	21
A. 核心原则	21
B. 公有领域的地域性	21
C. 基于受保护客体的公有领域中的内容	22
1. 思想/表达或实质的公有领域	22
2. 保护条件或公有领域的客体	24
(i) 独创性	24
(ii) 固定	25
(iii) 作品的国籍	25
3. 保护期限或时间性的公有领域	26
4. 不受保护的创作成果或政策性公有领域	31
(i) 官方文件	31
(ii) 日常新闻	32
(iii) 其他排除保护的情形	33
5. 版权的放弃：自愿性的公有领域	33
6. 对公有领域构成的初步结论	35
D. 公有领域的相对性	37
1. 永久性精神权利	37
2. 付费使用公有领域	40

3. 对某些作品恢复版权.....	42
4. 财产权	43
5. 隐私权	44
6. 技术保护措施.....	45
7. 相关权	47
8. 其他知识产权.....	49
四、允许对公有领域进行更多接触、使用、识别和定位的行动与工具	52
A. 版权左派、开源或开放获取许可	52
1. 概念	52
2. 主要许可制度之展示.....	53
(i) 开源软件.....	53
(ii) 知识共享.....	54
(iii) 对科学出版物的开放获取.....	58
3. 版权左派许可的主要特征.....	59
(i) 确认知识产权	59
(ii) 反向运用独占性.....	60
(iii) 无歧视	60
(iv) 病毒性或版权左派的影响.....	61
B. 有关公有领域内容的数据.....	62
C. 公有领域计算器	64
D. 登记制度.....	68
E. 关于公有领域内容的数据库和搜索引擎	68
F. 对公有领域工具的初步结论	69
五、公有领域的保护及建议.....	69
A. 对公有领域的现有保护	69
B. 健全公有领域的核心目标.....	72
C. 建议.....	73
附 件 – 比较分析.....	76
附件一 – 公有领域的组成部分.....	78
附件二 – 对公有领域的侵蚀.....	90
附件三 – 对公有领域的积极保护.....	93

“一个健全的、由越来越多不受版权（或其他知识产权）保护的内容构成的公有领域本身就是有益的，我们的法律在激励或奖励创造的同时，也要促进公有领域的发展。”

D. Lange, 《认可公有领域》,《法律与当代问题》, 第 44 卷, 第 147 页 (1981)

“我们在拯救公有领域之前必须先“发明”它。”

J. Boyle, 《论公有领域》,《耶鲁大学学报》, 2008, xv。

“让我们坚持文学产权,但同时建立公有领域。让我们再向前推进,进一步扩大公有领域”

维克多·雨果, 1878 年 6 月 17 日在世界文学大会开幕式上的讲话

一、简介

公有领域是当今知识产权领域内最有争议的议题之一。恰如 Jane Ginsburg 所言: “公有领域当下非常流行”, 但具有讽刺意味的是, 根据定义, 公有领域其实并不在知识产权的范围之内。¹

有关公有领域及对其进行必要保护的议题, 已成为对知识产权及其不断扩张进行广泛批评的典型代表。公有领域已基本被视为一个濒危物种, 在知识产权的扩张和商品化的进程中受到侵蚀。² 这些讨论在很大程度上揭示了公有领域所面临的威胁, 比如延长对版权或相关权的保护期、对技术保护措施或对数据库的新型保护所引起的对公有领域的侵蚀。

所有这些关于公有领域的新论著能否像某些人所说的, 仅仅被视为版权领域中引人瞩目的混杂文化与浪漫主义作家之间冲突的一部分吗?³ 这或许确实是问题的源头, 但是越

¹ J. GINSBURG, 《‘公有之物’? ——英国、法国和美国版权法中早期的作者领域和公有领域》, 载 P. Torremans 主编: 《版权法: 当代研究手册》, Edgar Elgar 出版社 2007 年版, 第 133 页。

² J. Boyle, 《公有领域: 圈占心智公地》, 耶鲁大学出版社 2008 年版; Y. Benkler, 《公共使用之自由: 美国宪法第一修正案对于圈定公有领域之限制》, 载于《纽约大学法律评论》, 1999 年, 第 74 卷, 第 354 页; R. Coombe, 《知识产权全球体制下对作者权和复兴的公有领域未来的担忧、期望和渴望》, 载于《德保尔大学法律评论》, 2002-2003 年, 第 52 卷, 第 1173 页; C. Caron, “知识产权法中公有领域不可抗拒的衰落”, 载于《献给 Jacques Dupichot 的研究》, Bruylant 出版社, 2004 年, 第 61-78 页; W. Van Caenegem, 《公有领域: 无知识?》, 载于《欧洲知识产权评论》, 2002 年, 第 324 页; L. Guibault & B. Hugenholtz (主编), 《公有领域的未来: 在信息时代对公地的识别》, Kluwer 国际法律出版社, 2006 年版; 以及所有在 2002 年杜克大学举办的公有领域会议上提交并在 2003 年《法律与当代问题》第 66 卷上发表的论文。

³ J. Ginsburg, 《‘公有之物’? ——英国、法国和美国版权法中早期的作者领域和公有领域》, 见上, 第 133 页。

来越多的学术研究和立法对知识产权中不受保护的内容所倾注的注意力已非（对知识产权的）单纯谴责，而是在于坚持公有领域作为创作、创新与发展源泉的内在固有价值，并试图建立能够保护并促进丰富的、可为公共获得的公有领域制度。本项目，正如伯恩海克（Birnhack）先生所言，旨在证实“公有领域并非仅仅或者不应仅仅是一个（版权保护制度）不希望产生的副产品，或者是受版权保护作品的‘坟墓’——恰恰相反，它应该是根本目标。”⁴

WIPO《发展议程》亦坚持对公有领域采取保护的态度。其第 16 条建议提倡“考虑在 WIPO 制定规范的过程中对公有领域加以保留，并且深入研究一个丰富的、可获得的公有领域的内涵与利益。”第 20 条建议意图“促进相关的知识产权规范制定活动，以在 WIPO 的成员國中为健全的公有领域提供支持，包括考虑起草指南的可能性，以协助感兴趣的成员國在其法域内识别进入公有领域范围的客体”。这两个建议均倾向于强调公有领域自身（独立于与其相对的知识产权）的重要性，而非仅谴责对公有领域的不断侵蚀和呼吁对知识产权的扩张进行遏制。在过去几十年中，无论是国内还是国际上的政策制定者们都将注意力集中在对专有权利的定义和实施上，而他们现在都已经将注意力同样地转移到对知识产权的限制，以及界定并鼓励非独占领域的发展，比如公有领域或例外与限制等。

数字技术的发展也有利于基于公有领域内容的营利或非营利项目的发展。它们从公有领域中吸取价值，之后再向公众免费或低价提供文化资源。当前许多商业模式均基于公有领域而蓬勃发展，如谷歌的图书搜索（Google Books Search），并且公共机构也致力于鼓励数字化和其文化遗产对公众的可获得性，欧洲数字图书馆项目就是一个例证。

如《发展议程》所述，保护公有领域包括两个步骤：第一，识别公有领域的涵盖范围，并由此进一步评估其价值和领域；第二，考虑和推动对公有领域的保护和可获得性。

本研究将遵循同样的方向，即首先分析由版权法、历史和哲学所界定的公有领域的范围。之后研究其有效性问题，以及对公众和社会更大范围的可获得性问题。通过将公有领域内容视为应受肯定和保护的地位，形成一些如《发展议程》所提倡的有利于建立一个健全的公有领域的建议。

我们的目的不是去定义哪些应该或不应该在公有领域之中，也不是去追问导致公有领域范围缩水的缘由（即便是附带性的）。本研究置身于就哪些应该受知识产权保护或不保护，在多大程度上受保护以及保护期应有多长的争议之外。⁵它并不探讨对知识产权加以限制（如权利范围、保护对象、对权利的充分保护期等）的确定因素问题。该等问题从根本上来说是政策问题，应该由各国在国际层面和国内层面上作出决定。

⁴ M. Birnhack, 《更多还是更好？界定公有领域》，载于《公有领域的未来》，见上，第 60 页。

⁵ 本研究不会谈及最近几年在许多国家激烈讨论的延长版权保护期（或邻接权的保护期）问题。但在讨论某些因延长保护期而恢复版权，以及在本研究文末提出建议的，将会涉及其对公有领域的影响。

因此，本研究将描绘的公有领域并非在版权领域确定之后所剩下的内容，而是其自身资源的典藏。相应的，本研究文末所总结的建议不会侧重于讨论版权的范围和如何遏制版权，而是试图制定出促进公有领域自身繁荣和让更多公众所获得的策略。本研究也仅就版权法律制度（而非专利或商标法律制度）之下的公有领域进行讨论。

本文的第一部分将评价公有领域在版权中所扮演的角色，由定义何为公有领域和其特征开篇，同时也将涉及公有领域的历史发展和版权的正当性。

第二部分将识别公有领域的组成要素，主要基于对各国立法实例的比较。此外，也会分析其他法律所授予的权利和/或利益，其可能修正或影响与版权相关的公有领域的可获得性和实用性程度。

第三部分将审视非立法性和私人发起的行动，这些行动对公有领域中的内容和其他创造性内容提供了更广阔的获取、使用、识别和定位服务，并附有使用条件。

第四部分通过论述公有领域目前在立法和司法领域获得的推动力、使其获得更有利地位的核心原则，最后通过提出可能由世界知识产权组织来执行的与版权相关的公有领域活动的建议，从而描绘公有领域未来可能的情形。

二、公有领域在版权中的地位

A. 公有领域的概念

1. 公有领域的传统定义

公有领域一般被认为包含不受版权保护或已超过版权保护期的智力要素。

某些时候，对公有领域的定义范围较小，仅局限在超过版权保护期的作品；但在某些时候，其定义范围较大，包括作品仍受版权保护，但通过许可或法定例外，使得对作品的使用合法化的情形。⁶

公有领域的概念在扩展，以至于其包括任何不受独占性限制而可被自由使用的资源——这一点通过用语的变迁也已反映出来。“共享”、“知识共享”或“开放内容”等术语已经开始取代“公有领域”一词，以强调对公有领域内容进行开放或自由的使用，以及这种使用所具有的公众性和共享性。

本文将沿用公有领域的传统定义⁷，即仅与不受版权保护（或不再受版权保护）的客体相关。该定义主要是消极性的，因其领域正好与版权保护的相对立。

⁶ 有关公有领域不同范围界定之间的区别，见 P. SAMUELSON, 《在界定公有领域时面临的挑战》，载于《公有领域的未来》，见上，第 9 页。

⁷ 关于公有领域的其他理念，见 P. SAMUELSON, 《丰富关于公有领域的论述》，载于《杜克大学法律杂志》，2006 年，第 55 卷，第 111-169 页。

这种以消极方式对公有领域的定义目前在大多数版权制度中处于优势地位。它揭示出一点，即如果版权是由法律规定并促进其发展的，则组成公有领域的要素本身却通常不受任何规则限制或保护：“公有领域”一词很少出现在法律规定中，更不用说与公有领域或其组成要素相关的具体规则了。⁸

缺乏对公有领域以积极的方式进行法律定义或相关机制的现实，在任何对公有领域的分析中都是至关重要的。这揭示了版权法对公有领域采用的概念，而这一点已经成为对公有领域进行促进和保护的第一重障碍了。将公有领域定义为不受版权保护的内容，是由版权法规定的，但是任何对公有领域价值的评估应该超越这一点，并侧重于如何以积极的方式去定义公有领域，例如，对公有领域内的要素进行自由使用，以及这些要素不具有任何独占性。

本研究将按照传统做法，辨析公有领域作为版权对立面的角色和内涵。但是，由于版权法中缺乏与公有领域相关的适当机制，导致对公有领域的保留和全面利用形成了挑战。基于此，本研究将提出建议作为研究的结论，以为更加丰富的和更可利用的公有领域制度奠定基础。

2. 对定义的限制

(i) 自由使用与自由接触之区别

公有领域的要素不受版权保护或已过版权保护期，该事实所导致的主要后果，就是对该要素的使用不具有排他性。公有领域中的内容被认为是所有人都可以自由使用的。换言之，没有人可以控制或者阻止对其进行复制、向公众传播或其他在版权制度中属于受专有权利控制的使用方式。

更准确地说，上述控制能力并不是基于对版权的实施，而是通过其他方式（无论法律的或是技术的）获得的，对这点我们稍后会谈到。

任何适用于公有领域的制度均应确保这种自由使用。是的，“公有领域者”们并不能担保获取公有领域中资源的自由。对公有领域中作品的获取将取决于多种因素。

首先，必须指出：版权保护自身在某种程度上并不涉及与获取作品相关的自由。确实，只要公众中的成员能够实质性地获取知识，其对作品通过心智进行欣赏、了解其意思和内容，并不受版权的限制⁹。从对版权人授予的权利的有限性，就能导出这种获取作品

⁸ 见下文，第四部分 A。

⁹ 话虽如此，某些知识产权制度的演进威胁到了自由进行智力消费的关键理念。由于将软件也纳入版权范畴，版权已经受到污染，逐渐延伸到单纯使用作品的行为。首先是通过适用于软件和数据库的具体规则，最后是通过技术措施的保护来限制和控制对作品的使用，使版权及于对所有类型作品的单纯使用。对软件而言，作品的内容甚至无法为了求知的目的而获得。在软件成为一个发明专利中一部分的时候，是否能够披露源代码也是不确定的。

和自由欣赏作品的结果。版权具有的独占性仅表现在控制对作品进行公开性利用行为，包括对作品的复制¹⁰、向公众传播、公开发行和其他使作品得以流传的行为，如出租、出借等。仅对作品进行阅读、查看、聆听或欣赏的行为并不被视为侵犯版权。版权的天然范围就是控制公开地向公众传播作品。¹¹或许可以将这一观点换种说法，就是版权所关注的核心是对作品的利用，而该利用是指向公众传播。版权从未规制对作品的**获取**或者**使用**。

虽有前述，对公有领域作品通过心智进行获取、欣赏和使用意味着首先要实质性地获取这些作品。对作品实质性的获取，既可以通过获得作品原件的所有权，也可以通过与发行者签订合同而获得作品的复制件来加以实现。同时对作品的获取也受到这种财产权的规制。由财产权施加的限制程度将取决于进入流通的复制件数量。（见下文）。

此外，公有领域作品并非总是免费的，以至于没有成本或无需支付报酬。没有人能合理地声称有权在书店免费拿走塞万提斯的著作。该等作品所获得的公有领域状态使得人们有权免费复制和向公众分发它们，希望由此促进向市场免费或以低成本提供这些作品，并基于该作品产生更多的创造性表达。但是，这些作品不受版权保护的事实，本身并不能使公有领域作品的复制件被免费获得。更进一步说，公有领域的逻辑，在结合自由贸易考虑时，正是允许企业家们复制和发行已过版权保护期的作品，即便是收费的。而收费将成为鼓励向公众提供此类作品的必要激励。

另一个与版权制度密切相关的、决定有效获取作品程度的关键因素，是作品可能没有被发表过。很多作品在被创作时，其作者并不认为有必要发表。如果这些作品的独创性不够或者已过法律保护期，它们在技术上就成了公有领域作品，但却像不对外披露的思想那样不为人知，因此也无法为公众所获取。因此有效的公有领域范围被缩小到那些已出版作品的范围内¹²。同理，那些被遗忘或埋没的公有领域作品也是处于同样境地。如果作品副本没有或者极少留存在世，对这些作品进行再利用的机会也会变得渺茫。一首不为人知的莫扎特交响曲是公有领域作品，但是如果该作品已经遗失或不再为人所知，也不可能去充实和丰富公有领域。大量 19 世纪之前出版的小说或著作已经无人在读或为人知晓，而这些孤本正在图书馆里积灰：它们理论上可属于公有领域，但却不是公有领域中有效的组成部分。

¹⁰ 但仅当由此产生的复制件可为公众所感知，并因此成为公开利用（作品）的一个过程时。

¹¹ 这一论点详见 S. DUSOLLIER, 《数字环境中作品的版权与保护》，Larcier 出版社 2005 年版，第 419 页及以下。

¹² R. DEAZLEY, 《重视版权——历史、理论、语言》，Edward Elgar 出版社 2006 年版，第 111 页。值得注意的是，如果在原版权保护期内未出版的作品可重新获得版权。

结论是，加强有效获取公有领域作品的努力不应忽视对获取作品的复制件进行控制的影响，同时，应当设计一些手段，以通过公共项目和图书馆（见下文）¹³提高公众获取创造性内容的可能性。能够免费或者以低价提供给公众的作品复制件越多，公有领域就会越有成效。

任何对公有领域的促进都应以捍卫对公有领域内创造性资源的自由和共同使用为目标，以避免对这些资源重新进行独占，但是也可通过让作品为公众所知并加强获取内容的程度，来推动公有领域的繁荣。图书馆及其对版本的保存在这方面尤为重要。

(ii) 版权的例外

有人认为，公有领域与版权例外和限制在目标和正当性方面是紧密联系的：它们都以提高公众对文化和创造性表达的获取能力为目的，并都因公共利益而具备正当性。公有领域的功能之一就是使具有建设性的行为（无论是文化、创造、纯认知或消费方面的）成为可能，并使其免于受到独占性专有权利的控制。就这点而言，它与那些允许对受保护作品进行消费性或创造性使用的版权例外密切相关。

从社会学角度看，公有领域和例外的相似性表现在：它们都是以公共利益为基础，使得公众能够使用创造性作品，而不会侵犯任何人的知识产权。从经济角度而言，二者均涵盖了无需（付费）交易就可利用财产的情形。同时，从法律角度看，如果有人将公有领域定义为缺乏独占性，则例外也可能被视为与其类似，因为在例外情形下，对受版权保护作品的使用也不适用任何独占性。

前面的推理已经使一些学者确信：公有领域不仅包括不受保护的客体，也包括对版权作品进行不受保护的使用，如版权例外或合理使用¹⁴。比如，Samuelson教授作了如下明确区分：在公有领域内，“核心”是由不受知识产权保护的智力资源构成，此外还有大量“毗邻区”和一些“灰色地带”¹⁵。在这些毗邻区中，可以包括开源软件、合理使用和其他版权例外，后者在理论上被排除在公有领域之外，但“看来内在是一回事”¹⁶。

¹³ G. DINWOODIE & R. COOPER-Dreyfuss, 《赋予科学专利权：对可获得知识领域的保护》，载于《公有领域的未来》，见上，第 191 页；P. SAMUELSON, 《丰富关于公有领域的论述》，见上，第 163 页。

¹⁴ 例如，J. COHEN, 《版权、商品化和文化：公有领域之定位》，载于《公有领域的未来》，见上，第 121 页；A. CHANDER & M. SUNDER, 《公有领域的罗曼史》，载于《加利福尼亚法律评论》，2004 年，第 92 卷，第 1340 页；J. BOYLE, 《公有领域的未来》，见上，第 38 页（但有限制条件）；P. SAMUELSON, 《数字信息、数字网络和公有领域》，载于《法律与当代问题》，2003 年，第 66 卷，第 148 页；V.L. BENABOU & S. DUSOLIER, 《绘制公有领域的蓝图》，见 P. Torremans 主编：《版权法：当代研究手册》，Edgar Elgar 出版社 2007 年版，第 161 页。

¹⁵ P. SAMUELSON, 《数字信息、数字网络和公有领域》，见上。

¹⁶ 同上。

将版权例外附着在公有领域的整体定义之上，实际上会导致将公有领域分成两个独立的部分：第一部分是结构性的，包含自身不受保护的要素，而无论对它们的使用情形如何；第二部分仅仅是功能性的，包括仅在一定情况下可自由使用的资源。¹⁷在第一部分，开放和自由使用是以版权不存在为前提；在第二种情况下，则以不可能行使和实施版权的独占性为前提。

本研究将讨论的公有领域仅限于结构性和更严格的内涵下，而版权的例外则不在本文分析范围内。严格意义上的公有领域和版权限制之间的关键区别证实了这一观点的合理性。

公有领域在本质上是对所有人无歧视地、在所有使用情形下均免费的，而版权例外一般是限于某些类别的使用者（例如，教师、个人、残疾人……），并且限于严格限定的使用情形（比如，教学示例、私人目的、提供信息的目的……）。版权例外的范围需要考虑版权人的独占性权利，其因为法定的例外而被缩减了利益。相反，公有领域下的自由使用并不对应任何对其加以限制的私权。

更为重要的是，在国际层面上，版权例外基于三步检验标准的架构。三步检验标准起源于《伯尔尼公约》，并最终被所有其他主要的国际版权公约（包括TRIPS协定和 1996 年世界知识产权组织主持缔结的条约（WCT和WPPT）¹⁸在一定程度上所采纳：该检验标准使得在对作品的正常利用未受影响的情形下，将公共利益或某些私人利益优先于授予作者的独占权。三步检验标准反映了利益平衡的要求，其正当性不仅在于对经济因素的考虑，还有对（行为）惯常性的考虑。从某种意义上说，这构成了独占性权利与其抗辩之间的适当性检验标准，而这种抗辩的正当性在于公共利益。但相反的是，在版权法律制度中，公有领域所珍视的平衡先于法律赋予的独占性，并且无需与作品的正常利用比较高低。公有领域是有关什么是不受保护，或不再受保护的领域，通常确实不需要基于适当性检验标准而进行审视。

最后，对公有领域和版权例外的促进，遵循的是完全不同的路径。公有领域是版权制度中的当然事物。要捍卫公有领域，除了要试图限制版权在保护客体和保护期方面的扩张之外，还主要涉及促进对公有领域的可获得性，并使其能更为有效地被接触和自由使用。版权例外则是基于政策考虑，并且仍需在国际层面上被加以界定。在解决这些法定使用特权利益的有效性问题之前，一个首要任务就是对基本的版权例外进行统一的界定。这需要不同的方法并导致不同的规范制定行为。

¹⁷ 在 V.L. BENABOU 和 S. Dusollier 的《绘制公有领域的蓝图》（见上）中更清楚地解释了区别，并且这一观点被欧洲共享项目组起草的《公有领域宣言》部分采纳。（见 <<http://www.publicdomainmanifesto.org>>）。

¹⁸ 见 S. RICKETSON, 《对数字环境下版权与相关权的限制与例外研究（WIPO 项目）》，版权与相关权常委会，2003 年，第 65 页。

因此，为了清晰地确定优先讨论的内容并提出建议，本研究将把公有领域定义为不受版权保护的智力资源，而不包括版权的例外情形。

(iii) 政府的公有领域信息

公有领域一词也同越来越多地用于提及政府信息或由政府机构制作或提供资助的信息。例如，2003 联合国教科文组织（UNESCO）《普及网络空间及促进并使用多种语言的建议书》将公有领域定义为：

“公众可获取的信息，对其的使用不侵犯任何法律权利或违反任何保密义务。由此其一方面系指任何人毋需授权均能利用的所有作品或相关权利的客体，例如由于国内或国际法不予以保护或已过保护期的客体；另一方面也指由政府或国际组织制作并主动公开的公共数据和官方信息。”

自由获取和使用这些信息或数据对于在民主社会中服务公共利益而言是极为重要的。但是，它们不应该与在此使用的公有领域的概念相混淆，因为二者既不具备同样的本质，也没有同样的目的。某些国家或政府机构制作的信息或文件根据不保护政府文件的规则（见下文），可能会进入在版权制度中被界定的公有领域，但是很多其他政府制作的信息可能仍然是受版权保护的。某些国家已经开始努力采取行动，以促进这些公共文件或数据的公众可获得性，即使它们可能受版权保护。例如鼓励公共部门信息的再使用和商业性利用¹⁹或者甚至由公共行政机构放弃对其制作的文件的版权²⁰。

针对公共信息领域的政策虽然与版权中针对公有领域的政策存在类似的目标（尽管有时前者有更多地采取市场导向的方法），但其与本研究界定的公有领域的范围无关²¹。

(iv) 孤儿作品和绝版作品问题

孤儿作品缺乏家庭历史，也通常没有年代：它们可能在公有领域内，也可能不在其中，因为确定这点的关键因素是找出作者，在很多情况下作者的死亡时间都是确定版权保护期的起点。在此情况下，有的国内法律规定：对匿名作品的保护期从出版日起算，这样可以缓解上述问题，但也不能解决所有问题，因为出版日期也可能无法确定。

看待孤儿作品问题时通常忽略了这个角度：它们在多数时候被认为是仍受版权保护的作品，而对它们进行利用或重新使用的关键障碍，是无法确定其权利人的身份或所在地²²。

¹⁹ 见关于重新使用公共部门信息的欧盟指令 2003/98/EC，载《官方杂志》（OJ），2003 L345。

²⁰ 如见荷兰政府网站，其内容通过 CC0 许可协议发布，从而将该等信息捐赠给公有领域（见 <<http://www.rijksoverheid.nl/english>>）。

²¹ 关于公共部门信息和版权的关系，见 M. VAN ECHOUD，《对公共部门信息的商品化：对此问题的界定》，载于《公有领域的未来》，见上，第 279 页。

实际上，孤儿作品存在于确定的版权保护范围（所有要素均需获得适当的授权以使用作品）和确定的公有领域范围（所有作品构成要素均不再受版权保护并可被自由使用）之间的一个灰色地带。作者身份信息的缺乏并不能直接导致将孤儿作品确定为公有领域或者非公有领域作品。

因此，澄清孤儿作品情况的需要，与版权的实施和对公有领域的推动同样都是有密切联系的。

很多国家已经开始设计相关的法律机制，一方面是为了识别这些“孤儿”的法律归属（目标是让它们与其作者配对），另一方面在无法识别时授权对其进行利用。

如果公有领域的目的是确保创造性内容得到最大程度的利用和再使用，那么授权使用一些在经过勤勉搜寻后仍然无法确定作者的孤儿作品（某些情况下规定有偿使用），将达到与保留公有领域同样的效果。其将加强作品的公共可获得性和有效的利用（即使在没有作者的情况下临时地收取一些费用）²³。

相反的，如果公有领域的目的是确保再使用的自由和支付一些酬金，则目前许可使用孤儿作品的努力可能与该目的背道而驰，因为在作品的作者身份或是否属于公有领域不明的情况下，孤儿作品制度通常会视该作品是受保护的，并且要求在使用之前付费。那么上述对公有领域作品的使用会被认为类似于非自愿许可，并且与公有领域通常所附带的自由使用原则相冲突。

因此，如果要在旨在保留对公有领域的自由使用和获取的努力中，也将孤儿作品纳入其中，则在识别作品及其作者方面投入更多的精力是非常关键的，以确定某一创造性作品是否属于公有领域。对孤儿作品问题的探讨应该与公有领域内项目的实施同时进行，即使它们之间并没有严格的相互关联。

(v) 公有领域与传统知识

在对知识产权的经典观点之中，公有领域总是传统知识和民间文艺的储藏室。传统知识和民间文艺（根据习惯法可被授予其他形式的产权和权利的传统知识除外）难以获得根植于西方关于作者权观念的知识产权，因为传统知识和民间文艺一般都不是新的或独创的，而只是古代的材料，同时它们也基于目前集体的而非个人的传统。由于民间文艺难以获得版权，其通常属于公有领域，这有助于对其的开发与利用。²⁴

²² 见欧盟关于数字图书馆高级专家组版权分组，《关于数字保存、孤儿作品和绝版作品的最终报告》2008年；或，在美国，《版权局关于孤儿作品的报告》，见<<http://www.copyright.gov/orphan/>>。

²³ 在这方面，见欧盟委员会2006年8月关于文化内容的数字化和在线获取及数字保存的建议，2006/585/CE，《官方杂志》（O.J.），31.08.2006，L236/28，第6条。

²⁴ T. COTTIER 和 M. PANIZZON，《关于传统知识的法律视角：在知识产权保护情形下》，载于 K. MASKUS 和 J. REICHMAN（主编），《全球知识产权体制下的国际公共财产与技术转让》，剑桥大学

发展中国家多年来都不愿承认一种将导致其民间文艺和传统创造性表达不受保护的公有领域的观念。对公有领域的定义，尤其在对发展进行考虑的框架下，应考虑传统知识的特定地位，以及目前在世界知识产权组织层面进行的使民间文艺能够获得权利的工作。

（目前全球）知识产权制度不应继续拒绝对许多形态的智力产品、知识或文化表达授予独占权或其他类型的法律权利。公有领域的重要性使得对其的处理要非常小心，不能因此而忽视其他文化体的共同财产制度。²⁵

本研究将相应地从公有领域中排除民间文艺和传统知识的表达，即便二者在目前的国际法中，根据基于作者的版权制度被视为是不受保护的。

应该指出的是，很多发展中国家在他们的版权制度中明确保护民间文艺的表达，并且与公有领域作品的保护（若有）并存。在为本研究而被审视的各国法律中，阿尔及利亚、肯尼亚和卢旺达法律就是这样规定的。在民间文艺或者文化遗产中，某些创造性的表达方式被赋予一种特殊的地位。它不完全等同于版权保护，而是进行双重管制：取得官方机构的授权方能使用（有时是有偿的），以及防止这些文化遗产被错误地表述或歪曲。

B. 公有领域在知识产权中的地位

没有人会再去质疑知识产权的平衡中公有领域的重要性，以及版权原则上在其范围、客体和保护期方面都是有限，这使得许多要素处于知识产权范围之外，而在公有领域之中。

这些要素和作品不受保护的事实导致了在公有领域中对它们的自由使用、复制和向公众传播。这实现了很多目的。Samuelson教授曾列出在版权和专利制度中公有领域的八个主要价值：²⁶

- 成为创造新知识或创作的基石；
- 促使竞争性的模仿；

出版社，2005年，第570页；R. COOMBE，《保护文化产业以促进文化的多样性：在承认传统知识情况下制定国际政策面临的困境》，载于K. MASKUS和J. REICHMAN（主编），《全球知识产权体制下的国际公共财产与技术转让》，见上，第602-604页；A. CHANDER和M. SUNDER，见上；CARLOS M. CORREA，《传统知识和知识产权——围绕传统知识保护的问题和选择，2001年；G. DUTFIELD和U. SUTHERSANEN，《全球知识产权法》，Edward Elgar出版社，2008年，第335页。

²⁵ 在这方面，见1993年由很多学者采纳的关于公有领域的《比勒基奥宣言》（Bellagio Declaration）：“总体上，我们赞同对公有领域的认可和保护。我们号召国际社会扩大合理使用、非自愿许可概念的适用、并且缩小原始财产权的范围。但是由于现有体制专注于作者，忽视非作者的（文化产品）制作者的利益和公共财产的重要性，对公有领域扩张的主要例外应该有利于那些被以作者为基础的法律排除在外的内容。”（引自R. Coombe，《对知识产权全球体制下作者和复兴的公有领域的未来的担忧、期望和渴望》，见上，第1184页）。

²⁶ P. SAMUELSON，《在界定公有领域时面临的挑战》，见上，第22页。

- 促使后续创新；
- 促使低成本地获取信息；
- 获取文化遗产；
- 推进教育；
- 促进公共健康和安全；
- 推动民主进程和价值观。

在上述价值中，某些对于版权中的公有领域而言至关重要。首先，自由使用公有领域中的要素，诸如思想、原则、事实或已过保护期的作品，使得后续创作可以建立在先前材料的基础之上。公有领域在此具有促进创造性使用的价值，并且分享了所有艺术创作的积累性质²⁷。公有领域还为教育性使用提供素材，使得人们可以获得社会知识和文化的重要内容。

但公有领域也促进了纯消费性使用：一旦某一作品不受或不再受保护，其使用对大众而言就是免费的，提供起来也没有或仅有很低的成本（这取决于市场或者公共机构向大众提供的模式）。鉴于文学和艺术作品的本质，即便是消费性使用也具有社会利益，因为由此可向大众提供知识、文化和教育。

最后，公有领域具有经济利益：商业模式可以建立在不受保护的作品基础之上，因为获取该等作品的成本由于版权的过期而被极大降低。某些出版商就是专门经营公有领域的书籍或音乐。数字环境进一步降低了基于公有领域而建立商业模式的成本，最近谷歌图书项目的例证所显示的那样。谷歌已经开始实施一个全新的向公众免费提供不再受保护的书籍的商业模式，即使它可以为其搜索引擎获得广告收入。在《发展议程》框架下，公有领域还可视为促进发展的重要工具，因为它使得国家通过获取信息、知识和文化而进行创作、教育和革新。与版权一样，公有领域内容可以推动经济增长，这就是为什么我们看到如今大家又把注意集中到不受保护的领域来了。

从更广的视角来看，公有领域也可被看作人类文化遗产的核心构成要素。²⁸ 这点从联合国教科文组织（UNESCO）在上世纪 90 年代对公有领域的概念和捍卫所集中进行的大量工作就可见一斑²⁹，当时公有领域主要被定义为已过版权保护期的作品。在这样的工作中，公有领域被视为人类共同遗产的一部分，因此值得对其采取具体措施以确保其真实性和完整性。相应地，虽然对公有领域中的要素进行自由使用的原则被提及，但联合国教科

²⁷ J. LITMAN, 《公有领域》，载《艾莫雷法学杂志》1990年版，第39卷，第965-1023页。

²⁸ B. D'ORMESSON-Kersaint, 《公有领域内作品的保护》，载 *R.I.D.A.*, 1983年4月，第93页。

²⁹ 见联合国教科文组织，《就捍卫公有领域作品对成员国的建议草案》，1993年，27 C/40，大会第27次会议；《关于已进入公有领域并被视作人类共同遗产组成部分且具有普遍价值智力作品的报告》，联合国教科文组织大会（General Conference），1999，30 C/56。

文组织所描绘的政策方向更倾向于：通过永久性的精神权利或使各国可以保存相关作品的其他法律机制，以加强对公有领域的控制。这一对公有领域的视角偏离了严格意义上的版权规制，而进入到保存文化遗产的领域。因此对其可以适用质量标准进行衡量，因为并非版权法中的所有公有领域内容都具有文化遗产价值。

对公共利益而言，公有领域的重要性是多重的，从教育、民主、经济到自由竞争的方面。在民主社会中，它与版权具有同等地位，因为文化的多样性、创造和创新的自由，以及对文化和科学环境的参与度等都是基本的目标。在文化和科学中，茁壮和生动的公有领域是人类共同遗产的核心要素，因此应该向所有人提供。它是社会和经济发展的核心推动力，也应该受到保护，以免于被不适当地私有化或侵蚀，并用于制衡知识产权的独占性。

C. 公有领域沿革

对版权法中的公有领域历史有两种不同的说法。通常的说法，尤其是那些试图为公有领域辩护的版权学者的说法是，公有领域的存在早于版权。或者，如M. Rose所适当描述的那样：“在故事的开端，所有的文学世界都是自由和开放的，但是之后很多东西被固化和圈占起来，由此文学财产权开始出现。这个故事说明公有领域作为文学的公共领地，是先于版权存在的”³⁰。之后版权粉墨登场了，攫取了当时缺乏保护的资源，由此消灭了所有东西都免费供人使用的公有领域伊甸园³¹。某些人对这一说法进行补充或限定，指出最早的版权法也创制了公有领域，或者通过对其规定的版权进行划界而加强公有领域，由此给公有领域留下了不在版权范围内或没有资格受版权保护的东西。³²

相反，其他学者倾向于认为：公有领域早于版权的通说也可能在早期版权制度下被证明是错误的³³。据他们所说，公有领域在理论上和法律现实中并不总是像今天一样成功。“公有领域”这个术语直到 19 世纪才出现。³⁴ 但最主要原因是，在版权尚未出现的时代，自由复制一说在实践中基本上虚构的，因为当时印刷行为是受到无处不在的特权或者审查制度所管制的，没有给自由复制和出版在世或者过世作者的著作留下多少空间³⁵。J.

³⁰ M. ROSE, 《大部分法律：英国版权辩论以及公有领域的讨论》，载于《法律和当代问题》，2003年，第66卷，第75页；R. DEAZLEY, 《重视版权》，见上，第108页。

³¹ J. BOYLE, 见上；L. LESSIG, 《自由文化——主流媒体如何使用技术及法律以限定文化、控制创造性》，2004年。

³² M. ROSE, 《大部分法律：英国版权辩论以及公有领域的讨论》，见上，第75页。

³³ 尤其见 J. GINSBURG, 《‘公有之物’？——英国、法国和美国版权法中早期的作者领域和公有领域》，见上；但也参见 T. OCHOA, 《公有领域的起源和意义》，载《戴顿大学法律评论》，2002年，第28卷，第215页；更加平衡的观点，见 M. ROSE, 《大部分法律：英国版权辩论以及公有领域的讨论》，见上。

³⁴ T. OCHOA, 《公有领域的起源和意义》，见上。

³⁵ M. ROSE, 《大部分法律：英国版权辩论以及公有领域的讨论》，见上，第75-76页。

Ginsburg也证明，即便在版权产生之后，基于同样的原因，其规定也不能被视为创造了一个包含所有不符合保护要求的作品的公有领域³⁶。过去，对于可受保护作品的种类通常给予宽松的解释，对形式要件的要求被证明并不像法律规定的那么严格，这使得普通法对于未经授权的复制和出版（至少在英国）的救济未受到影响。（作品）不符合法律规定的其他情形导致的后果也并不明确。版权保护在早期制度中应被视为是范围更广的，且其边界并未像立法划定的那样清晰。其结果是，在版权史中的那段时间内，公有领域自身的轮廓是模糊和不确定的。

上述两种说法可能都有一些极端，因而也是可以更加折衷一些的。没错，“我们看来已不再拥有的平静田园生活”从某种程度上反映出人们在版权制度不断堕落的情况下对公有领域规则的渴望³⁷。无论在版权出现之前和之后，对印刷和出版进行的管制只能给自由复制留下狭隘的空间。但是，这些管制只适用于书面著作（即便其可扩大解释为包括其他文学作品），例如书籍。其他类型的创造性表达仍然是公开并可供复制的，甚至其他作者可以以一种在今天会构成版权侵权的方式去复制著作或以其为基础进行创作。对于出版活动和市场的规制并不因此就消除了自由使用和复制的所有可能性³⁸。

版权法律制度的诞生废除了之前的特权，同时也提出了对这些法律权利进行适当限制的问题。虽然这些限制可能是模糊和不确定的，同时权利的范围也被作了扩大化解释，以至于开启了如今备受指责的知识产权扩张进程，但规定权利限制的立法导致了诸多争论，并树立起由法律界定的自由使用空间。从这个意义上说，“版权和公有领域同时诞生”一说是正确的，至少它们的概念是由法律规定和加以限制的³⁹。但是，仍待构建的是对自由使用范围的论证和制度，这可导致真正的公有领域从历史的进程中浮现而出，至少是出现在版权论著（就算不出在现实）中。

这样的构建工作从《安妮法案》和其他早期版权法时代开始，花费了一些时间，这些立法给人们留下了在版权早期历史中公有领域相对缺失的一种印象。在很多国家，公有领域这一术语出现的时间也比较晚。它首先由法国人使用，意指权利已过保护期。在很长的一段时间里，“公有领域”仅指随着时间流逝，超过版权保护期的情形。这一概念逐渐地用于包含所有不受或不再受版权保护的创作内容⁴⁰。

³⁶ J. GINSBURG, 《‘公有之物’？——英国、法国和美国版权法中早期的作者领域和公有领域》，见上。

³⁷ M. ROSE, 《公有领域的起源和意义》，见上，第 76 页。

³⁸ 见上。

³⁹ 见上，第 75 页。

⁴⁰ 例如，见 T. OCHOA, 《公有领域的起源和意义》，见上，他重新回顾了自 1896 年起美国案例法使用的术语，包括由于不符合受保护要件而不受专利或版权保护的创作或发明。

在逐步构建公有领域的适当的术语的同时，公有领域的概念和制度也于 19 世纪开始在许多国家出现，无论是在围绕版权扩张进行的辩论还是在针对可版权性的判例法中都是如此。甚至在“公有领域”一词被使用之前，向所有人提供免费资源的理念就已经用来对抗赋予创造性表达的垄断。J. Ginsburg提醒我们，虽然法国目前看来采用了保护主义的立场，它的著作权制度“最初接近于认可公有领域天然存在，强调公共财产是私有权利的基础”⁴¹。这样的公有领域是以“公共财产”或者“共同财产”的概念来表述的⁴²。经常被引用的勒·沙普利耶支持文学财产的名言“所有财产中最神圣、最正当、最不可置疑和最私人的财产就是作者思想果实所生成的作品”的下文是：

“但是这种财产和所有其他类型的财产都不一样。[一旦作者向公众披露了作品]作者就已将其财产与公众联系在了一起，或者甚至其已经向公众完全传送了该财产。但是，只有对思想领域进行了耕耘的人才可以采摘他们的劳动果实，这一点是非常正当的，因此有必要在他们的有生之年以及过世后若干年内，任何人都必须获得他们的同意才可以处置他们的才华成果。但反过来说，在限定的期间到期之时就是公共财产开始之日，这时任何人都可以印刷和出版这些启迪人类思想的作品。”

值得注意的是：在这段引述中，“公共财产”的概念在作品向公众披露之时就出现了。在此处提到的公共财产不能与传统的对物（无论有形或无形）的财产权相混淆⁴³，而应理解为公众获取并欣赏智力创作成果的公共利益。从这个意义上讲，对于发表具有使公众能够自由欣赏作品的效力而言，勒·沙普利耶在版权自身系统中引进了公有领域的理念，并与版权保护赋予的独占权相平行。有人发现，在前述提及的对公有领域认知性的概念区分了严格意义上公有领域所允许的使用自由，和以作品发表（无论是否存在版权保护）为前提的对作品的心智欣赏。

如我们今天所知，公有领域的概念在 19 世纪关于延长艺术财产保护期限的争论中变得越来越流行。⁴⁴在法国，许多著名作家、哲学家和政治家对这一问题非常感兴趣，无论他们是支持还是反对就文学和艺术财产赋予像其他财产权一样的永久保护。约瑟夫·蒲鲁东（Joseph Proudhon）是对永久版权在当时最激烈的反对者之一，并且他明确引用了公有领域的概念和用语：

⁴¹ J. GINSBURG, 《‘公有之物’？——英国、法国和美国版权法中早期的作者领域和公有领域》，见上，第 144 页。

⁴² T. OCHOA, 《公有领域之起源和意义》，见上，第 233-235 页。

⁴³ 因为财产的概念当时被用于意识形态的意义多于法律意义。对于在法律意义上谈对版权法中公共财产的使用，见 P. RECHT, 《版权，一种新型产权》，巴黎，LGDJ, 1969。

⁴⁴ 关于那段历史，见 L. PFISTER, “《文学财产属于财产吗？十九世纪版权性质之争？》，R.I.D.A., 2005 年 7 月，第 117 页。

“通过这样的立法，立法者们的做法比向作者支付高得离谱的价钱还要糟糕。这将废弃智力领域的公共原则，并将对社会造成极大损害……让我们别剥夺这一领域的人文传承性……知识产权不仅侵蚀了公有领域，而且还诈取了公众在所有思想和表达产品之中的份额。”⁴⁵

在这里，公有领域已经被预示成为版权的对立面、必要的对手及天敌，这一对立在目前对公有领域的论著中仍然占支配地位。

在 1878 年世界文学大会（在这个大会上准备了《伯尔尼公约》的正式采纳稿）开幕式上，维克多·雨果采用了公有领域的两个理念：一方面确认“一旦作品出版，作者就不再是它的主人，其他特征占据了主导地位：人文精神、公有领域、社会、或者其他任何你喜欢的说法”；而另一方面，要推动作品在版权保护结束时进入公有领域的最终结局。

19 世纪也是公有领域进入判例法和立法程序的时代。其中一个值得注意的开路先锋就是著名的英国案例——1774 年德纳森诉贝克特案（*Donaldson v. Beckett*）⁴⁶。该案以“公有权利”的名义认定：一旦版权的法定保护期终止，作品就要进入公有领域。在判决中，卡姆登勋爵（*Lord Camden*）提出了著名的论断，将科学和学术等同于“所有人的公共事物，应该像空气和水一样免费和普遍”。

在美国，最高法院在 19 世纪末开始使用公有领域一词，而且更重要的是，将其与自由获得和不可撤销的制度相关联⁴⁷。

在国际层面上，早在 1886 年，《伯尔尼公约》从法国著作权法中借用了公共利益的概念，并用它来指代保护期终止的作品。⁴⁸对公有领域这一概念的使用一直与保护期的终止相关，目前还在《伯尔尼公约》第 18(1)条中存在⁴⁹。

从对该历史的简要回顾中可以看出：公有领域的推动力在版权论著和其法律机制中逐渐地扎根，使其成为版权保护的必要对立面。如果说今日公有领域在学术论著和政策制定中均获得更加重要的地位，那么这可能是由于数字环境造成的，因为数字环境在促进人们获取文化内容的同时，还在版权保护之外引发了人们对丰富公有领域的思考。

D. 公有领域的正当性

对于知识产权正当性的传统哲学不太提及公有领域，这也说明知识产权对待不受其保护的内容的方式。这些理论将注意力主要集中在赋予作者对创造性劳动或活动成果以独占

⁴⁵ J. PROUDHON, 《文学世袭财产权》，1868 年（公有领域一词在此书中多次出现）。

⁴⁶ 德纳森诉贝克特案，98 Eng. Rep., 357（1774 年）。

⁴⁷ 见 T. OCHOA 分析的案例，《公有领域的起源和意义》，见上，第 240 页及后文。

⁴⁸ 见 1886 年《伯尔尼公约》第 14 条规定：“除共同协议商定的条件和作出保留外，现有公约应适用于所有在其生效时还未进入来源国公有领域的作品”。

⁴⁹ “本公约适用于在本公约开始生效时尚未因保护期届满而在其起源国成为公共财产的所有作品”。

性的理由，以此证明给予财产权的正当性。但是，对于保留公有领域或者知识与文化中公共内容可能具有的正当性，这些理论（至少是西方关于知识产权的理论）甚少提及——这一点仍是知识产权论著中的主流。

约翰·洛克（John Locke）的劳动产权论常常被用来论证对源于智力劳动的作品或发明授予类似于财产权的版权或专利权的正当性⁵⁰。其《政府论》中著名的论述如下：

只要[一个人]使之脱离自然所提供的状态，他就将其自身的劳动与之混合并加入了某些他自己所有的东西，由此便成为了他的财产。⁵¹

这与知识产权无关，而且洛克也从未就此话题作过论述，但是它却在知识产权历史上不断地被引用，以赋予智力劳动成果以财产权。⁵²

另一支撑知识产权的传统哲学思想是黑格尔的学说，他认为向一个将其自由意志赋予客体的个人授予其对该客体的权利是正当的。他的财产人格理论论述了基于主观占有行为所产生的私有财产权是正当的，该权利就是人格的延伸。

两种哲学理论在适用于知识产权的时候，都会将财产等同于人类创造的文化产品：受保护的东​​西是人类从自然状态中撷取的东西。⁵³洛克的财产理论是基于这样一个原则，即资源对所有人都是可以通过其劳动自由占用的，而黑格尔理论的基础则是公有领域是供任何有“意志”的个人拥有的。这两种理论都将自然视为待私有的财产。换到知识产权领域，可以将自然等同于公有领域，而公有领域可被看作未来创作和版权保护所使用的原材料。

⁵⁰ 有关洛克理论对早期版权法的影响，见 S. DUSOLLIER, 《数字环境中作品的版权与保护》，见上，n° 276；D. ATTAS, 《知识产权在洛克理论中的正当性》，载于 A. GOSSERIES, A. MARCIANO 和 A. STROWEL（主编）《知识产权与正义理论》，Palgrave Macmillan 出版社，2009 年，第 29 页。

⁵¹ 约翰·洛克（JOHN LOCKE），《关于政府的真正起源、范围和终结的讨论》，载于《政府论》，Ch. V, 27（Peter Laslett 编辑，1988 年）。

⁵² 见就《安妮法案》讨论期间的图书馆员的请求，载于《下议院议事录》（*Journal of the House of Commons*），26 février 1706，引自 A. STROWEL, 《作者权与版权 - 不同和相同之处》，Bruylant/LGDJ, 1993 年，第 187 页：“许多学识渊博的人在创作图书上花很多时间和金钱，他们往往以昂贵的对价处置他们的作品，由购买者刊印。但是近期这些财产被大量侵占”；或马萨诸塞州 1783 年 3 月 17 日版权法的序言，引自 J. GINSBURG, 《两类版权的故事：革命时代的法国和美国的版权》，*R.I.D.A.*, 1991 年 1 月，第 144 页；或，对于法国而言，在 1791 年和 1793 年革命法令的制定过程中，勒·沙普利耶（Le Chapelier）和拉卡纳尔（Lakanal）起草的许多宣言中，都提到了天才作者的劳动，即支持财产自由的《Lous d' Héricourt 宣言》（“手稿（……）对于作者本人来说，是属于他个人的财产，因为这是他的劳动成果，因此属于他本人，对于这一成果他应该享有自由酌处权”）（引自 A.C. Renouard, 《文学、科学、美术中的版权条约》，巴黎，Jules Renouard et Cie, Tome I, 1838, 第 156 页。

⁵³ A.-C. RENOARD, 见上，第 441 页：“智慧能掌控事务，人能成为交付给他使用的无智慧的大自然的合法主人，这一真理太显而易见，无人质疑。”

然而，洛克的哲学没有忽视保留一些资源供所有人免费使用的必要性，正如他曾对其观点进行限定：占用时必须从公共财产中留下“足够和良好的”东西供他人享用。⁵⁴因此，如果没有对公共财产的同时认可，财产的自然权利也就不存在。这为知识产权中至关重要的平衡原则提供了正当性：即授予独占权的同时，要通过承认无形的公共财产或我们今天称之为“公有领域”来取得平衡。⁵⁵

另一种哲学也可以帮助我们理解：在承认知识产权的同时应保留一些获取文化表达的自由，其可以在尤尔根·哈贝马斯（Jurgen Habermas）关于公共空间的论著中找到。⁵⁶公共空间曾被理解为与国家相对的由个人集合而成的公众，它的概念和早期知识产权法一样在 18 世纪出现。当时立法保护文学和艺术作品并不是出于偶然。按照哈贝马斯的解释，公有领域实际是文化性的，因其在文化艺术产品中发现了政治讨论和思想的基础（康德当时已经就此进行了描述）。⁵⁷这解释了版权的社会目标是推动公共空间。作品原本就为公众而产生的，并且版权保护制度也通过赋予作者对于公共传播的某些控制来协助作品在公众空间中的传播。哈贝马斯的公共空间模式将公有领域作为版权制度的关键构成要素而融入了版权制度，因为版权制度的最终目标是促进公众对作品的获取。

最近，有关知识产权的自然权利理论已经被实用主义取代，其将私有产权的正当性建立在该权利产生的整体社会福利之上。在实用主义的理论框架中，如果知识产权能向创作者和革新者提供足够的激励以激发作品和发明的产生，那它就是正当的。这样的逻辑在近 30 年来促进了对知识产权丰富的法律和经济分析。

知识产权的经济利益已经经常被展示。这方面的学术研究不乏对公有领域的关注，即使对公有领域的法律经济学或经济分析的研究也是刚刚兴起。⁵⁸例如，欧盟曾委托进行对公有领域的经济价值的研究，尤其针对文化遗产机构。由于这类研究旨在评估当前公有领域作品的价值以及未来几年内将进入公有领域的作品的价值，它们将有助于评估一个丰富的

⁵⁴ 有关这部分洛克哲学的分析，见 W. GORDON，《自我表达中的财产权：知识产权自然法中的平等和个人主义》，载于《耶鲁法律杂志》，1993 年，第 102 卷，第 1555 页等。

⁵⁵ 有关洛克理论在公有领域的应用，见 J. BOYLE，见上，第 28 页；还见 G. DUTFIELD 和 U. SUTHERSANEN，见上，第 55 页。

⁵⁶ 哈贝马斯（J. HABERMAS），《公有领域的结构转型》，1962 年；有关公有领域模式对版权保护的适用及其对版权数字保护的结果，见 S. DUSOLLIER，《……作品的版权与保护》，见上，第 220 页等。

⁵⁷ I. Kant，“请回答：什么是启蒙？”，载于《柏林月刊》，1784 年。

⁵⁸ R. POLLOCK，《公有领域的价值》，2006 年 7 月，见<<http://www.ippr.org/publicationsandreports/publication.asp?id=482>>；E. SALZBERGER，《公有领域的经济学分析》，载于《公有领域的未来》，见上，第 27-58 页；计算机和通讯行业协会，《美国经济中的合理使用》，2007 年，见<<http://www.cciainet.org/Copyright-Resources/>>。

公有领域的价值，以及任何可能在知识产权制度中，改变有关受保护与不受保护之间界限的决定将导致的影响。⁵⁹

一些对延展知识产权保护期的经济学研究也有利于评估由版权过期作品组成的公有领域的价值。⁶⁰其他有关开源软件和开放共享许可的经济学研究也非常丰富。⁶¹它们调查共享的做法和对智力财产不进行独占控制所产生的经济利益，其重点在开放共享运动与公有领域的一致性（见下文）。

这些经济学研究中的一个共性，是从所谓公地悲剧的理念逐渐演变为对公地进行组织（而非私有化）能产生利益的观念。《公地的悲剧》是 1968 年由哈定（G. Hardin）发表的一篇著名经济学论文的标题。在该论文中，他认为集体共同管理的资源由于缺乏独占性，必将导致过度消费和资源耗尽。⁶²从那之后，许多知名学者（最近的一位是 2009 年诺贝尔经济学奖得主埃莉诺·奥斯特罗姆（Elinor Ostrom）⁶³）成功地证明了对公地（不论是有形还是无形的）的集体管理可以避免产生这样的悲剧并且创造更多价值。虽然最近研究的结果如此，但人们还是可以说“对作为公地的信息和知识进行的研究还处于早期阶段”。⁶⁴但是这些研究丰富了有关公有领域以及公有领域对创造和创新的价值的讨论。

这些适用于知识产权或为其而产生的思想的默认基础，是其根植于西方哲学或经济学理念，其倾向于将私有财产和独占性放在发展和公平的核心位置。其他关于财产或物权的观念，通过审视对集体财产或文化产品（而不是指作者个人的创作行为）参与共同文化和遗产的价值，对于公地或公有领域的讨论也可能是有益的。⁶⁵这方面的进一步研究将是有益的。

⁵⁹ 见该研究的第一个报告，《公有领域的经济和社会影响：欧盟文化机构和 PSI 指令》，2009 年 5 月，<http://www.epsplus.net/reports/economic_and_social_impact_of_the_public_domain_eu_cultural_institutions_and_the_psi_directive_may_2009>。

⁶⁰ W. Landes 和 R. POSNER，《无限续展的版权》，载于《芝加哥大学法律评论》，2003 年，第 70 卷，第 471 页。

⁶¹ 有关最近的研究，参见，如 J. HOUGHTON，《开放获取—它的经济利益是什么？》，知识交换组织委托的研究，2009 年，见<<http://www.knowledge-exchange.info/Default.aspx?ID=316>>。

⁶² G. Hardin，《公地的悲剧》，载于《科学》，1968 年，n°162，第 1243 页。

⁶³ 例如，见，E. OSTROM，《管理公共财产：集体行动机构的进化》，剑桥大学出版社，1990 年。

⁶⁴ C. Hess & E. OSTROM，《将知识理解为公共财产——从理论到实践》，麻省理工出版社（MIT Press），2006 年，第 3 页。

⁶⁵ R. COOMBE，《知识产权全球体制下对作者权和复兴的公有领域未来的担忧、期望和渴望》，见上，第 1181 页。

三、公有领域的构成

A. 核心原则

公有领域由本身不受保护的要素构成，而无论对这些要素的使用情形如何。公有领域从本质上来说是供公众自由使用的，因为它是基于非独占权而存在的。

公有领域的基本构成要素通常是许多国家界定的受版权保护的客体，但也包括在部分国家国内立法中规定属于公有领域的其他要素。本研究为了对公有领域在各国国内法下的构成进行调查，特选取了一些国家作为代表。在进行选择时力图从它们在地理分布、经济发展程度和法律制度方面均达到平衡并能区分不同的代表性立法。这些被选中的国家是：阿尔及利亚、澳大利亚、巴西、智利、中国、哥斯达黎加、丹麦、法国、意大利、肯尼亚、马来西亚、韩国、卢旺达和美国。

确定对公有领域内容的版图是有多方面益处的。首先，可以帮助各国去确定哪些内容属于公有领域。其次，可以显示出公有领域并非单一性质的。它是变化多端的，包括很多多元化的构成要素，因而将产生两种后果。一方面，通过法律或者其他方式将每一构成要素放入公有领域的方式，是在支持不同的机制和追求不同的目标，这将对为维护和促进公有领域中不同组成部分的“公共性”而提出的政策建议或者战略产生影响。另一方面，由于公有领域中每类构成要素都遵循不同的机制，相应地面对被圈占或商品化威胁也有所不同。为制衡这些不正当侵蚀而提出充分建议的前提，就是要了解这些威胁在本质上和运作上的区别。

总之，对不同的公有领域构成要素应给予不同的建议。

B. 公有领域的地域性

智力资源的状态取决于其适用的法律。《伯尔尼公约》与很多规定了版权适用规则的国内法或者判例法一样，也规定了版权的享有与行使“应与作品的来源国给予的保护无关”，并且“权利的保护范围和作者获得的保护其权利的救济方法，仅依照被请求保护国的法律确定”（《伯尔尼公约》第 5 条第(2)款）。只要是适用《伯尔尼公约》的客体，就版权是否存在的问题所适用的法律是保护地法。这一法律适用规则是基于版权地域性这一基本原则的，并且还适用于版权保护期问题（但对此有一些限制，将在下文提及）。唯一的例外是根据《伯尔尼公约》第 15 条第(4)款(a)项规定的关于民间文艺的表达。⁶⁶

⁶⁶ “对作者的身份不明但有充分理由推定该作者是本联盟某一成员国国民的未出版的作品，该国法律可以指定一主管当局作为该作者的代理人，并有权维护和行使作者在本联盟成员国内之权利。”该规定更多是关于行使民间文艺权利的适格主体，而非对准据法的确定，但是其被纳入《伯尔尼公约》时，理由是确保国际民间文艺根据它们的来源地国法律而受保护。

因此，受版权保护作品的状态根据其寻求保护国法律不同而有所区别。一部作品因为对版权保护或保护期所适用的法律不同，而可以在某一国家是受版权保护的，但在另一国家被视为属于公有领域。

该变数使得识别公有领域构成的任务变得极为复杂，尤其是随着作品在线利用情形的日益增加，可以预见会涉及在许多国家同时利用公有领域作品。这构成了保护和促进公有领域的主要难题。

创造性内容就其自身而言无法确定是否属于公有领域，但将根据其适用的法律确定是否属于版权保护的客体。这引发了确保对公有领域进行保护的第一个难题。如果一部作品没有确定和固定的法律地位，人们如何在本国之外推动对其的自由使用？使用者如何确定他是否有权自由地使用这些作品，而无论该使用在哪里发生？

C. 基于受保护客体的公有领域中的内容

1. 思想/表达或实质的公有领域

版权客体和公有领域之间的核心分界线是所谓的思想/表达二分法的原则。这一原则是指只有创造性的表达是受保护的，而将思想或信息留给所有人自由使用，正如Desbois的名言所述为“自由大道”。作品是对思想、事实、原则和方法的表达和体现。事实上，思想/表达二分法正是构成作品概念的要素⁶⁷，甚至先于作品是否为文学和艺术作品或原创作品的问题。因此，思想、事实、风格、方法、情节、纯信息和概念在本质上都是不受保护的，并从词语的本意上来讲构成了公共财产。它们可以说构成了**实质上的**公有领域。

思想仍可通过秘密和非公开的状态而受到保护，但是“一旦作者向公众披露了他的作品，那么作品包含的思想就已经进入了公有领域，并且作者应当满足于仅对他首次表达这些思想的形式进行控制。”⁶⁸这点不仅仅构成了区分受版权保护的领域和不受保护的公有领域的分水岭，而且其还是判断版权侵权的标准，因为只有抄袭表达（而非思想）才构成版权侵权。

《伯尔尼公约》并未明确规定思想/表达的二分法。这点由 1996《世界知识产权组织版权条约》补充完整，其第 2 条规定“版权保护及于表达而非思想、程序、操作方法或数学概念等此类事物”。这一规定是从 TRIPS 协定第 9 条第(2)款中借用的。

⁶⁷ V.-L. BENABOU, “为什么精神作品是无形的”，载于《Lamy 无形资产杂志》，2005 年 1 月，第 53 页。

⁶⁸ C. JOYCE, M. Leaffer, P. JASZI, T. OCHOA, 《版权法》，Lexis Nexis 出版社，第 7 版，2006 年，第 106 页。

思想、程序、操作方法或数学概念仅为“思想”一词所指范围中的几个例子而已。⁶⁹ 信息本身、纯事实、原始数据、概念或者风格也是不受版权保护的。人们还可以将词语、音符、色彩或其他用于表达的基本元素添加到其中。

这一原则背后的原理基于一个受到认可的假定，即思想和信息是进行创新、创作、科学研究和教育的基本砖瓦。版权不能限制使用者和创作者们获得现有知识并基于此进行创作的能力。

思想构成了公有领域的“坚强核心”，因其本质上不能从版权保护中获益。⁷⁰ 很明显，即使这些思想以某种独创性表达的形式出现，并离开公有领域，版权保护的对象也是新的东西，即一部独创性作品，而不保护包含在作品中的思想本身。从这个意义上讲，思想从未离开过公有领域，且可以被任何人在任何时间使用。由于思想普遍存在，其始终不能受到版权保护，因为后者侧重于形式而非内容。

诸多国内法明确反映了这一原则。例如，将思想排除在版权保护范围内的规定出现在澳大利亚版权法（仅保护表达的形式）、巴西（排除了思想、规范性程序、系统、方法或数学方法或概念本身、图表、进行心理活动、游戏或经营的规则或方法、常用信息如日历、日志、登记簿或图例中的信息、以及对作品中包含的思想进行工业性或商业性利用）、中国（要求作品符合一定的表达形式）、哥斯达黎加（排除了思想、程序、方法、数学概念）、丹麦（要求作品以某种方式表达）、韩国（将作品定义为对思想的表达）、卢旺达（排除“任何思想、程序、系统、操作方法、概念、原则、单纯的数据发现，即使它们在作品中得以表达、描述、解释、示例或者体现”）、美国（从其范围中排除“任何思想、程序、系统、操作方法、概念、原则或发现”）。在其他法律制度中，排除对思想的保护是通过司法判例或将保护限于“作品”（等同于创造性表达）而被默示承认或得以实现。由于TRIPS和《世界知识产权组织版权条约》（WCT）被认为向其成员国施加了（不保护思想的）强制性义务，因此这些国家都无法采取其他做法。⁷¹

尽管思想和信息不受保护的观念目前在版权制度中具有强势地位，但是在最近几十年知识产权扩张的过程中也不断地受到危及。首要的威胁是欧盟和一些其他国家（如韩国）有关非独创性数据库的特别保护立法。这种所谓的特别权利的效果是赋予数据以相当于复制权和传播权的独占权利。没错，原始的单个数据从未成为这种特殊保护的对象，这种保护只限于数据库中的实质性部分以及对数据的聚合。但是，当数据或信息只有作为一个集

⁶⁹ J. REINBOTHE 和 S. VON LEWINSKI, 《WIPO 公约》(1996 年), Butterworths Lexis Nexis 出版社, 伦敦, 2002 年, 第 47 页。

⁷⁰ 与经常所说的相反, 在专利法中, 抽象思想也不能受专利保护, 其需要有技术性或具体的特性。

⁷¹ 也见 TRIPS 协议第 1 (1) 条, 该条允许国内法采取更加广泛的保护, “前提是这些保护不与本协议定的条款相违背”。

合才有意义，或者当这样的数据库成为这些信息的唯一来源的时候，这些特别权利很可能公然违背了对思想自由获取和使用的原则（见下文）。

2. 保护条件或公有领域的客体

(i) 独创性

要进入版权的大厦，条件是要在作品中找到一定程度的独创性。借用R.Casas Valles的说法，独创性是“作者权的证据和具体化，也是赋予版权的正当性所在”。⁷²所有国家都采用了这一原则。独创性并没有在《伯尔尼公约》中被具体提及，也很少在国内法中被明确指出（但阿尔及利亚、澳大利亚、哥斯达黎加、肯尼亚、马来西亚、卢旺达或美国是例外）。但即便如此，人们也可从（《伯尔尼公约》中有关）“文学和艺术作品”的用词中推断出这一点。而且保护汇编作品的前提条件是有智力创作，从中也可以看出这一点（《伯尔尼公约》第 2.5 条）。

《伯尔尼公约》将独创性的范围留给国内法决定，导致了不同国家对独创性定义和程度要求上的区别。奉行作者权传统和奉行版权传统的国家所使用的标准可能差距甚大，这点常被强调，但有时也被弱化。⁷³前者坚持作者个性的烙印，将独创性附以主观性标准，而后者则采用不那么严格但是更加客观性的判断标准，要求独立创作而非抄袭，并表现出某些智力方面的努力。之前在某些国家足以满足独创性要求的“额头流汗标准”现已被著名的美国最高法院案例费思特案所明确摒弃。该案判决认为：

“版权保护的必要条件是独创性。（……）在版权法中所用的独创一词仅指作品是由作者独立创作（而非抄袭他人作品）并且其至少拥有某些最低限度的创造性。要明确的是，对于创造性的要求程度是极低的，即使是很小的量也可以满足条件。”⁷⁴

但是这一版权保护的试金石对于确定公有领域而言，并非一个可（对保护客体）进行选择工具。一方面，在许多国家，对给予版权保护的作品的独创性程度要求很低，通常被解释为包含任何智力投入、任何个性印记。这样，很少有作品因为达不到独创性要求而进入公有领域。从这个意义上讲，独创性作为推动创作成果进入版权保护领域的标准，传达了一个在知识产权领域内占有支配地位的观念，该观念可以追溯到洛克和黑格尔的影响，即任何有人类进行的创作都应有权获得私有权的保护（见上）。由此，版权保护的触发点是非常主观的，同时触发保护所需要的量也是非常少的。

⁷² R. CASAS Valles, 《独创性的要求》，载于 E. Derclaye（主编），《关于欧盟版权未来的研究手册》，Edgar Elgar 出版社，2008 年，第 102 页。

⁷³ 主要见 A. Strowel, 《作者权与版权》，见上。

⁷⁴ 费思特出版公司诉郊区电话服务公司（*Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Company*），499 U.S. 340（1991）。

另一方面，独创性很难明确确定，通常都要留待法院进行最终评判。换句话说，要确定创作成果是否能获得保护可能比较困难。许多潜在使用者在无法确定创作成果是否受保护时会非常谨慎，宁愿认为其受版权保护。结果是，公有领域这部分的范围可能非常模糊。

对独创性程度要求低下也造成了对公有领域的威胁，因为这使得越来越少的作品不受保护，并将保护延伸到某些时候创造性很低的不合格的客体。

有些法律机制还加剧了受版权保护和不受版权保护的客体之间的不平衡。例如，在澳大利亚，在法律程序中，如果被告没有反驳，就应假设版权是存在于作品中的。⁷⁵由此，在一个侵权诉的程序中，不能提出作品可能处于公有领域的表面抗辩。

(ii) 固定

某些国家要求作品必须在有形载体上固定，这样才能获得版权保护。美国就是这样规定的，当作品被固定在“由或经作者授权的复制件或录音制品中，且长期性或稳定性足以使得作品可在不至于稍纵即逝的时间内被感知、复制或以其他方式传播。”（见美国版权法第 102(b)条），则视为满足了对固定的要求。固定作品的要求也在肯尼亚（肯尼亚版权法第 22(3)条）和马来西亚（马来西亚版权法第 7(3)(b)条）立法中得到了体现。在这些国家，人们可以认为未能满足固定形式要件的作品不受版权保护，并由此成为公有领域的一部分。

在其他国家，作品一旦被创作出来就受到保护。

(iii) 作品的国籍

许多国家仍然在其立法中规定：可基于作品的国籍排除对作品的版权保护，而保留对本国国民创作的或者在本国出版的作品，及来源于其加入的国际公约成员国作品的版权保护。例如，肯尼亚版权法明确将“在肯尼亚不受保护的外国作品”列入公有领域（45(1)条）。在这点上，澳大利亚、巴西、智利、中国、哥斯达黎加、丹麦、韩国、马来西亚和美国法律也是一样。在某些国家，如法国、意大利和卢旺达，不予保护的情况仅及于对在这些国家出版的作品不给予足够程度的保护的国家的作品。这一互惠原则可保护来自不属于《伯尔尼公约》成员国的作品。

随着加入《伯尔尼公约》和 TRIPS 协定的国家稳定增加，只有极少数国家的作品在其他地域可能得不到保护。因此，在某些法域，根据这一标准将作品归入公有领域的情况也是极少的。

⁷⁵ 类似的推定在肯尼亚也存在。

3. 保护期限或时间性的公有领域

除商标、地理标志以及在某些赋予数据库的特别权利之外，知识产权的核心特点在于对保护期限的限制。在超过确定的保护期后，作品或发明应进入公有领域。人们可称之为**时间性的公有领域**。

对保护期的限制对构建公有领域非常重要性，它解释了为什么在许多国家和在相当长的时间内，“公有领域”这一表述自身实质上就是指不再受版权保护的作品。在版权保护的初始阶段，确定的保护期曾被视为确保社会整体可以获得文学和艺术产品的主要推动力，以及版权保护与公共利益之间取得平衡的一个最好证明。

19 世纪在很多国家展开有关延长版权保护期的辩论就极端强调这一点。一个有限的保护期旨在达到财产权保护和公共可获得性之间的平衡，因此创设出根据时间的流逝而产生的两个不同领域。公有领域也被认为是原则，而版权则被认为是例外，虽然版权是必要的，但对其的适用并非可以永远持续，正如麦卡利勋爵（Lord Macaulay）1841 年在下议院所作的演讲中常被引用的名句所言：

*“作者获得报酬是好事，而且通过垄断权利给予他们报酬的方式是再正常不过的。但是，垄断权利是个魔鬼。为了好的一面，我们必须屈从魔鬼，但是魔鬼的存在不能超出为了获得好处所必需的时限。”*⁷⁶

私有财产权的出现只是对应作为的常态公有领域进行了有限的入侵。J. Ginsburg 已论证了在法国和美国文学和艺术财产制度的早期时代，公有领域占有主导地位。⁷⁷在对英国版权法发展有重大影响的 1774 年 *Donaldson* 诉 *Beckett* 案中⁷⁸，上议院赞同版权应有时间限制的原则，坚持以保护公有领域的规则维系公共利益。

近年来，所有国家均遵循了对版权进行时间限制的原则。对于遵守《伯尔尼公约》或 TRIPS 协定的国家而言，最短保护期限是作者死后 50 年。此外，《伯尔尼公约》第 7 条规定了不以作者为准的计算保护期的具体方法。就电影作品而言，第 7 条第(2)款规定国内法可自行规定作品的保护期自电影作品经作者许可公开后 50 年期满，如作品未能公之于众，则自作品完成后 50 年期满。至于匿名作品和假名作品，保护期是自其合法公之于众之日起 50 年，除非作者身份非常知名或作者在上述期间内公开其身份。第 7 条第(4)款最终允许对实用艺术作品给予较短的保护期，至少自该作品完成之日算起的 25 年。照片作品同样可使用这一较短的保护期限，除非该国批准加入了 1996 年的世界知识产权组织版权条约，根据该条约第 9 条，不能采用这一较短的保护期限，而应采用作者死后 50 年的通常最低保护期。

⁷⁶ T.B. Macaulay, 《麦卡利的演讲与诗歌》，1874 年，第 285 页。

⁷⁷ J. Ginsburg, 《两类版权的故事：革命时代的法国和美国的版权》，见上。

⁷⁸ 1 Eng. Rep. 837 (H.L. 1774)。

但是这些保护期只是最短期限，并不能阻止国内法将保护期延长到 50 年之后。因此，作品的版权保护期限以及由此判断哪些属于公有领域，是取决于国内法的规定。各国的保护期限不同，并且可能很难确定，尤其还可因为冲突法规则的适用变得更难以确定。确实，就版权产生的条件而言，《伯尔尼公约》第 7 条第 8 款规定期限将由寻求保护地的国内法加以规定。时间性的公有领域的确定将取决于利用作品地的国内法。但是，该条款有一个但书，从一定程度上削弱了这一原则，即“但是，除该国的法律另有规定外，这种保护期不得超过作品起源国规定的期限。”这是对普遍适用的保护地原则的主要例外，而且如果成员国没有作出相反规定，该规定将是强制性的。⁷⁹

这一比较保护期规则的后果，就是可能使得计算某一作品保护期限的任务变得更加复杂。它意味着“实质互惠”规则，有利于适用作品起源国规定的一个更短的保护期。⁸⁰例如，起源国是阿尔及利亚（该国保护期限是作者死后 50 年）的作品的保护期限在法国应为作者死后 50 年，尽管《法国知识产权法典》规定的通常保护期限是 70 年。⁸¹因此，计算保护期限时，首先要弄清楚该国是否（对来源于外国作品的保护期）作出了不同于《伯尔尼公约》第 7 条第 8 款的规定，其次是确定作品来源国和在来源国适用的保护期限，以及与寻求保护地国的保护期限进行比较。

除了这一保护期的比较规则外，对版权保护期限的计算还可能因为某些国内法的特殊规定而变得棘手。

许多国家开始使用简单的规则。一个普遍原则就是要么适用作者死后 50 年的保护期（例如阿尔及利亚、中国、肯尼亚、韩国、马来西亚、卢旺达），要么是死后 70 年的保护期（澳大利亚、巴西、智利、哥斯达黎加、丹麦、法国、意大利、美国）⁸²。从区域层面上看，（该区域中国家）共同的保护期限有时是被要求必须适用的（例如欧盟 1993 年《保护期指令》将保护期限统一协调为作者死后 70 年），有时候是被建议使用的（例如非洲知识产权组织《班吉协定》附件 7 规定保护期为作者死后 70 年）。大多数国家是根据《伯尔尼公约》的建议，从作者死后或其他相关事件发生后的 1 月 1 日开始计算保护期限。

这个总的原则也时常需要通过适用于某些类别作品的具体规则加以补充。匿名作品和假名作品（适用于所有本文分析过的国家）、视听作品（阿尔及利亚、巴西、中国、肯尼亚）、照片作品（阿尔及利亚、巴西、中国、肯尼亚）、集合作品（阿尔及利亚）、职务

⁷⁹ 关于保护期比较规则的全面阐述，见 see S. CHOISY, 《版权中的公有领域》，2002，第 117-142 页。

⁸⁰ J. Reinbothe 和 S. VON LEWINSKI, 见上，第 117 页。

⁸¹ 由于法国不废除那条规则，并且规定作者和来源国是非欧洲国家的作品保护期由来源地国法律确定（但不得优于法国的保护期），从而强化了这一规则（见《法国著作权法》第 L.123-12 条）。

⁸² 注意这里讨论的保护期仅仅涉及经济权利，精神权利的保护期将在下文讨论。

作品或法人作品（智利、中国）、作者不明的未出版作品（丹麦）、政府委托创作的作品（肯尼亚）或皇室版权（澳大利亚⁸³）的保护期限都可能从作品公之于众或出版（或甚至完成）之日起算。

国内法还有可能规定更短的保护期限。例如，巴西对期刊（包括报纸）名称给予一年的短期保护，对年度出版物名称给予两年的短期保护期限。哥斯达黎加对公共机构创作的作品给予出版后 25 年的保护期限。

欧盟 1993 年《保护期指令》向出版商授予对过去未出版的公有领域作品进行出版或公共传播之后 25 年的保护期。⁸⁴让我们想象这样一个场景，有一个人发现了维多·雨果不为人知的手稿并且将其出版。尽管这一作品是属于公有领域的，因为雨果已经过世超过 70 年了，但这个人仍然对该作品享有 25 年的独占权。但是，这一保护仅局限于经济权利，类似于基于投资而产的邻接权。因其缺乏精神权利而非真正的版权。赋予这一特别权利的正当性是鼓励出版和向公众提供通常被视为公有领域的作品。下文将进一步讨论这点，因为它从一定程度上侵蚀了公有领域。

在一些国家还有一些很特别的规则，这使得对保护期的计算愈加复杂。在美国，目前已经废除的某些版权保护的形式要件仍在计算版权保护期方面留下一些痕迹。

对于在 1978 年 1 月 1 日及之后创作的美国作品，版权保护期延长到作者生前以及死后 70 年。如果是匿名作品或假名作品或职务作品，这一保护期延长到首次出版后 95 年或者创作后 120 年。这一规则同样适用于在 1978 年 1 月 1 日之前创作但是没有出版或登记的作品，但之后如果这一作品在 2003 年之前出版，则适用一个特殊规则，即其保护期限于 2047 年底到期。针对 1978 年之前创作的作品，其是否属于公有领域还取决于前者是否满足形式要件。如果作品在当时出版时有适当版权标记，则 28 年的首期保护期自动续期 67 年（或仅当 1923—1963 年期间出版的作品获得了适当续期时）。在 1923 年之前出版的作品是公有领域的作品。值得注意的是，这些已然很复杂的规则仅适用于来源于美国的作品，而寻求保护的外国作品还要适用更为复杂的规则。⁸⁵

确定一个美国国内作品是否属于公有领域，因此还取决于许多因素，比如是否出版与出版的日期，是否符合当时适用的版权标记形式、保护期续期与否等，这些都是非专家难以获取的信息。

澳大利亚的法律也不简单。除了通常的作者死后 70 年或匿名或假名作品的首次出版后 70 年的规则外，版权保护还延伸到创作者死后首次出版的作品、录音和 1969 年 5 月 1

⁸³ 但是，在澳大利亚，无期限的版权保护期是在立法和从属法规中授予皇室的特权。

⁸⁴ 见欧盟版权保护期指令第 4 条。

⁸⁵ 关于在美国计算版权保护期方法的全面的概述，见 <<http://copyright.cornell.edu/resources/publicdomain.cfm>>。

日后制作的电影。假如一个作者在 1955 年之前死亡，则作者生前出版的作品版权就已过期，因为 2005 年制定的延长保护期的法律没有可追溯性。

未出版的书面作品（例如未出版的书信）的版权则并未过期，但除了 1955 年之前拍摄的照片之外（无论其出版与否）。在 1912 年 7 月 1 日之前完成的作品不再享有版权，除非作品中还含有 1911 年版权法中规定的权利。

澳大利亚的情况揭示出了多个国家新法对延长版权保护所可能引发的复杂情况。如果新法规定的期限不能使已经进入公有领域的作品恢复版权，则该作品仍然不受保护。例如，智利就有关于对诺贝尔奖得主加布列拉·密斯特拉尔（Gabriela Mistral）作品保护期问题的争论。她于 1957 年逝世，当时智利著作权法仅规定了作者有生之年加死后 30 年的保护期。因此，其作品于 1988 年进入公有领域。但是她的作品（如同其他进入公有领域的作品）版权是否因为 1992 年对保护期延长至死后 50 年的新规定而得以恢复，对这个问题仍然存在争议。

许多国家在延长版权保护期时，对恢复版权与否制定了明确规则，但对其的了解和适用仍然可能是困难的。

欧盟在将保护期统一至作者死后 70 年时，选择恢复在该指令生效时仍在一个成员国受保护的作品版权。结果，一个成员国内公有领域中的作品，如果在另一成员国受版权保护，则其在该国的版权保护将被恢复。这就需要调查在通过这一指令时，该作品是否仍在任何一个成员国获得保护（当时有 12 个成员国）。

这两个例子可以说明，对时间性的公有领域的精确判断，常常需要了解随后用于延长版权保护期的法律适用。

版权保护期也可以通过所谓的战时延长期在某些国家被延长。比如在法国，1919 年和 1951 年的法律均对法律颁布时不属于公有领域的作品的正常保护期延长了若干月份，以补偿在两次世界大战中作品因未被利用而受到的影响。第一部法律增加了 6 年又 83 天或 152 天（根据不同的计算方法而定）；第二部法律增加了 8 年又 120 天。⁸⁶如果作者因为法国作战而牺牲，他（她）的作品还可以多享有 30 年的保护期！这种对保护期的延长在法国（颁布类似延长期的比利时也一样）引发了很多争议，尤其是这些规定是否与欧盟现已统一规定的保护期相协调。法国最高法院在 2007 判决的一个案例部分地解决了这些争议，该案是关于波迪尼（Boldini）（死于 1931 年）所绘的一副威尔第（Verdi）的肖像。⁸⁷该作品在正常情况下应于 2002 年 1 月 1 日进入公有领域，但是权利人声称该作品应享有两次世界大战的延期，因此保护期应该延长至 2016 年。最高法院驳回了延期的请求，理由是法国必须根据欧共体指令执行 70 年的保护期标准。但是，对指令第 10(1)条的

⁸⁶ A. LUCAS 和 H.J. LUCAS, 《文学与艺术产权条约》, Litec, 第三版, 2006 年, 第 513 节。

⁸⁷ Cass., 2007 年 2 月 27 日, D., 2007 年, 第 807 页。

解释允许一种例外情形，即当长于作者死后 70 年的保护期是从 1995 年 7 月 1 日（指令的生效日）起算的话，那么该较长的保护期仍然适用，从而使得法国对战时延长期的例外仍然在某些少数情形下得以适用。

这些对国内法的分析看来与能自动形成时间性的公有领域的观念相矛盾，因为后者是说一旦超过保护期，作品就进入公有领域。诸多情况可能会导致作品进入公有领域的时间变得不确定，其中法律对保护期的延长并非影响最小的一个。

上述分析部分地解释了为什么对保护期的反复延长一直引发很多反对意见。反对者提出了许多理由，某些保护期的反复延长涉及到保护创作者及其继承人，及其参与分享因作品的使用而带来的受益。但大多数情况下，延长保护期的要求来自于相关产业。因为从市场角度讲，它们希望对某些作品获得不受时间限制的垄断权。每人都记得对 1998 年美国版权保护期延长法案（也称为松尼·波诺法案）所曾遭到的强烈反对，该法案将版权保护期延长到作者死后 70 年，即和欧洲一样。这种延长曾被指违宪，并被诉至最高法院，因为美国宪法规定国会有权“通过对作家和发明家的著作和发明，给予**一定期限**内的专有权保护，来促进科学和实用技艺的进步”。在 *Eldred* 诉 *Ashcroft* 案中，最高法院最后支持该法案：“**一定期限**”不应被视为短期，而是与“无期限”相对应，二者之间存在着细微但有意义的区别。

美国最高法院并未坚持 *Donaldson* 诉 *Beckett* 案⁸⁸中显示的版权保护期可以将受保护作品和公有领域明确区分的观点，而是承认版权保护期可以定期延长，只要国会可提供合理的理由。于是经济需求被认同成为延长版权保护期的重要动因。就像欧洲当初批准 1993 年保护期指令时的情形一样，有人同样提出了人类寿命延长的问题：作者及其两代后人均应从版权中受益，但从人口学角度来说这一目标无法通过作者死后 50 年保护期规则得以实现。但是，作为考虑因素的还有“版权的必要生命期”。它是指作品具有的生命力，是其在市场上有价值的期间。换言之，如果作品还有商业价值，版权应当存在，保护期应相应地延展。根据这个逻辑，公有领域的范围将会缩小到一些没有价值的垃圾作品（至少从经济角度看），版权制度也将仅根据市场需要而塑造。而公有领域将仅由那些在市场上失败的、无可救药的作品构成。这表明时间性的公有领域并不是占支配地位的原则，而且公有领域在版权制度中的定义并未强大到足以抵御保护期的持续延长。延长保护期对公有领域的影响在这种立法过程中并未被评估。

这也暗示着由保护期规则界定的公有领域并不是一成不变的。或者说公有领域无法永久地具有确定的形式。简单地说，我们目前不知道现在的作品什么时候会进入公有领域，我们只知道所有的作品终有一天会进入公共领。这并不能给予公有领域多少力量。

⁸⁸ 537 U.S. 186 (2003)。

4. 不受保护的创作成果或政策性公有领域

公有领域的内容还因包含了被明确排除出保护范围的作品而得以丰富。这些被排除出保护范围的智力创作成果表面看是有资格受到版权保护的，但是立法者决定为了公共或公众利益而使它们不能受到保护。这种的被排除出保护范围的作品构成了我们所称的**政策性公有领域**。

《伯尔尼公约》规定了两种排除版权保护的可能情况。⁸⁹一种是强制的，是关于日常新闻和各种事实（第 2 条第(8)款），另外一种是可选择的，包括成员国的政府公文（第 2 条第(4)款）。许多国家根据公约规定对上述两种内容都不予保护。在国内法中还能发现其他类型排除保护的情况。

(i) 官方文件

在版权中，正如《伯尔尼公约》第 2 条第(4)款规定的那样，传统上不保护立法、行政或司法性质的官方文件，以及这些文件的官方译本。《伯尔尼公约》也将是否保护政治演讲和法律程序中演讲的决定权留给了各成员国。（第 2 条之 2 第(1)款，但第 2 条之 2 第(3)款规定作者享有将其演讲进行汇编的独占权）

这些排除规则旨在使法律、法院判决和其他官方文件能够为所有人获得，以使“不得以不知法为抗辩理由”的规则有实际意义。另外一个理由是，如果这些官方文件是由人民选出的代表制定的，那么它们自然不能从所有公民共有的财产中被划拨出去。

即使《伯尔尼公约》的相关规定是非强制性的，大多数国家仍然拒绝对这类文件进行版权保护，无论是通过明确立法（阿尔及利亚、巴西、中国、丹麦、意大利、马来西亚、卢旺达、美国）还是通过判例法（法国）来排除对它们的保护。

在多大程度上排除保护，以及由此类官方文件组成的公有领域中这部分范围，是根据国家不同而变化的。至少，法律、法规以及法院判决被认为是处于公有领域内的（阿尔及利亚、中国、法国、意大利、韩国、卢旺达）。⁹⁰有些国家有时将这种不予保护的情形扩展到由国家或其他公共机构制作或提供资助的作品（如，巴西、马来西亚、美国），或者对此类行政性文件规定一些自由使用的权利（如，阿尔及利亚、丹麦）。判例法有时将具

⁸⁹ 另一个排除版权保护的情形出现在《伯尔尼公约》第 2 条第 7 款，其允许成员国将实用艺术作品从版权保护中排除，而以专门的外观设计和实用新型权来保护它。于是，在适用这一排除规则的国家中，实用艺术作品从版权保护角度看处于公有领域，但是通常会受到外观设计的保护，从而事实上处于公有领域之外。

⁹⁰ 有关这种官方文件的官方翻译问题，见 J. GINSBURG & T. RICKETSON, 《保护文学和艺术作品的伯尔尼公约-1886-1986》，牛津大学出版社，2006 年，§ 8.108。

有规范性价值的作品都排除在保护范围之外，例如银行票据⁹¹、某些职业资格的官方考试⁹²或者法官的意见等。⁹³

唯一不采纳上述规则的国家是那些承认皇室版权的国家，比如英国或者澳大利亚，他们将官方文件从公有领域中移出，并向国家（澳大利亚）或女皇（英国）授予版权。对官方文件的皇室版权最近被澳大利亚版权法审查委员会所批评，他们建议：为了实现在现代民主社会中获得这些官方文件的公共利益而废除这种版权保护。⁹⁴

在智利，情况是不确定的。从著作权法最近的修订来看，公共部门创作的作品将受保护，除非公共部门决定将其捐给公有领域⁹⁵。由于未明文排除官方文件，官方文件可能会受保护，即使从未被实施过。但是，在最近涉及诺贝尔奖得主巴勃罗·聂鲁达（Pablo Neruda）在作国会议员时所作演讲的诉讼中，最高法院判决这些演讲是公有领域的一部分，原因是民主制度的正常运作要求政府官员的演讲不受著作权保护。

官方文件的公有领域性质并不妨碍对这些文件的汇编享有独占权，例如欧盟对数据库通过特别权利进行的保护。最近欧洲法院的几个判决显示⁹⁶：在收集不受版权保护的法院或法院判决方面进行的大量投资，可使对包含了这些文件的数据库享有独占权，以防止提取或重新使用它们中的主要部分。由于官方文件越来越多地通过数据库提供，以使得对它们的查询和搜索更为容易，因此向这些数据库不加限制地⁹⁷授予特别权利，再加上欧洲法院对权利范围给予的极宽松解释，可能危及对这些公有领域中的法律、法院判决和其他政府文件的公共可获得性。这是另一个说明难以确保公有领域效力的例子。

(ii) 日常新闻

《伯尔尼公约》中第二项排除保护的规定是强制性的，是关于日常新闻或纯属报刊消息性质的各种事实（第 2 条第(8)款）。

⁹¹ 见法国，Cass.5 fév.2002 年，*R.I.D.A.*，2002 年 7 月，第 381 页（银行票据不受著作权保护，但是 2005 年的一个条例作出修改，允许赋予一个制作机构对银行硬币和票据的著作权）。

⁹² 见，法国，TGI Paris，1988 年 11 月 9 日，*Cah. Dr. Auteur*，1989 年 2 月，第 16 页；CA Paris，1991 年 6 月 13 日，*D.* 1992，somm.第 12 页。

⁹³ 见，在美国，*Wheaton* 诉 *Peters* 案，33 U.S. (8 Pet.) 591, 668, 8 L.Ed. 1055 (1834)。

⁹⁴ 见版权法律评论委员会的皇室版权报告，见 <<http://www.austlii.edu.au/au/other/clrc/18.pdf>>。

⁹⁵ 但是，这点是可改变的，因为目前正在讨论的修改著作权法的法案包括了将官方文件排除在版权保护之外的规定。

⁹⁶ 欧洲法院（ECJ），2009 年 3 月 5 日，*Apis-Hristovich EOOD c. Lakorda AD*，C-545/07。

⁹⁷ 欧洲法院确实认为：即便仅仅对受保护的数字库进行查询，在某些情况下也构成对提取权的侵权。见欧洲法院（ECJ）年 10 月 9 日，*Directmedia Publishing GmbH c. Albert-Ludwigs-Universität Freiburg*，C-304/07。

这一排除保护的情形在中国、哥斯达黎加、意大利、韩国和卢旺达法律中有明确规定。其他国家则基于缺乏独创性或者思想/表达二分法，以判例法形式适用这一排除保护的情形。⁹⁸

日常新闻属于公有领域的理由更多地在于思想/表达二分法，而非公共政策。这些信息、纯事实和新闻的本质决定它们恰恰是不需版权保护的⁹⁹，这使得它们属于我们上文界定的实质性公有领域。

(iii) 其他排除保护的情形

成员国可以自由地以公共利益为动因，将某些其他创作成果排除出版权保护范围，并将其放置在公有领域之中。从我们进行的国家立法分析中看，这样的情况并不多见。

例如，智利将已被国家征收了的作品放入公有领域，但是如果法律指定了这些作品的受益人时除外（著作权法第 11 条）。这一条是 70 年代早期通过的，当时智利是社会主义政府（在 1974 年政变之前），这反映了当时的时代精神，即为了公共利益而征收是一种政治战略。但是到目前为止好像没有实际适用过这一条。

另外有两个国家将死后无继承人的作者的作品置于公有领域（见哥斯达黎加著作权法第 66 条，以及巴西著作权法第 45 条）。在其他国家，通常适用于继承中无主财产的规则在此会适用，即将版权授予给国家。

哥斯达黎加和巴西将无人继承作品的产权捐入公有领域，可被理解为国家自愿不对创造性作品行使私权，而是让它们进入公有领域。也即它们归属国家后，就被转变为了集体财产。从这个意义上说，它们所属的公有领域与行政法中的公有领域概念更为接近，指国家所有并为公共目的使用的财产。

最后让我们注意，《美国版权法》将“[演绎作品]中违法使用[现有]内容的任何部分”（第 103(a)条）排除在版权保护之外。不予保护侵权性的演绎创造成果也反映出了公共政策的导向，因其不鼓励对现有作品的侵权。

5. 版权的放弃：自愿性的公有领域

最近有一个关于公有领域构成的问题，与公有领域包含被放弃版权的作品的可能性相关。版权人放弃权利的作品将构成一种**自愿性的公有领域**¹⁰⁰，因为这不是由法律规定的结果，而是纯粹作者自身的意志。¹⁰¹

⁹⁸ 例如，见美国最高法院案例，国际新闻服务诉美联社案，248 U.S. 215, 234（1918）。

⁹⁹ S. RICKETSON, 见上, 第 13 页。

¹⁰⁰ 或称“协议公有领域” – 借用 S. Choisy 的表述, 见上, 第 167 页; 还见 M. Clément-Fontaine, 《自由作品》, 毕业论文, 蒙彼利埃大学, 2006 年 12 月, 未出版, 第 281 页等。

¹⁰¹ M. Clément-Fontaine, 《自由作品》, 见上, 第 420 页。

与其他知识产权（如专利或商标）不同，版权权利的获得仅基于创作行为（或某些法律制度下的固定要求）。一旦被赋予，人们不能拒绝“权利”，“作者权”也与创作现象同质。登记形式、登记费、成本、与公共秩序冲突等都不能否定作者在（版权）垄断下获得的保护。即使作者不想被版权所保护，他/她也无法脱离独占性保护的法律形式。

要放弃作品的版权，使作品进入公有领域，就要求某些正式的行为，即一个选择退出版权保护的积极姿态。这些将作品捐为公有领域的情况越来越多地出现，而且成为对知识产权广义争论的一部分。有时这是以自由获取和使用方式进行版权许可运动的产物，比如“知识共享”组织（见下）现提议通过名为“知识共享CC0”的标准软件许可，将所创作作品的版权完全放弃。¹⁰² 这一标准许可的目的，是确认版权所有人在法律允许范围内放弃他们所有的版权与相关权。其他放弃版权的行为可以采用不那么正式的许可，或仅仅具有类似效果的声明。

这种自愿性的公有领域与开放获取或者免费软件不同，区别在于它们旨在完全放弃版权保护，而后者仅提供使用作品的自由，但仍然保留版权和行使版权的权利（见下）。¹⁰³ 将作品捐赠为公有领域的许可常常被解释为“无权利保留”，但是传统的“版权左派”（copyleft）许可则被限定为“保留**某些**权利”（经典的对版权独占权利的行使是“保留**所有**权利”）。自愿性的公有领域有别于作者没有对侵权行为维权的情形，因为作者不维权的决定并未影响版权的存在，版权仍然存于作品中。¹⁰⁴

某些国家在界定公有领域时，将这些被放弃版权保护的作品纳入其中。在我们所研究的几个国家中，智利和肯尼亚属于这种情况，尽管对放弃版权的程度和现实还是有一些争议的。肯尼亚规定了一些使得这些版权放弃有效的形式要件，要求“作者或其继承人应该以书面形式放弃他们的权利并进行公告，但是这种放弃不能与之前与该作品相关的合同义务相冲突”（《肯尼亚版权法》第 45(2)条）。韩国承认作者可以将他们的权利捐赠给文化和旅游部，该部将授权韩国著作权委员会以非盈利目的管理这些作品的版权。¹⁰⁵ 但是，版权仍然存在于作品中，因此作品并未完全捐给公有领域。

除了明确允许对公有领域进行捐赠并规定了捐赠形式的国家之外，版权放弃的合法性和有效性引发很多问题。

在大多数立法中，权利人是否可以完全放弃对其独占性权利的行使还是不清楚的。仅从经济权利角度看，放弃版权将引发对版权自身性质的反问。它是否应该像某些法律制度认定的那样，被视为是一项基本权利？是否允许合法地放弃这个权利？相反地，如果版权被视为是财产权，那么事情就没有那么复杂，因为这种权利本身就包含内在的放弃财产的权利（物的处分权）。

¹⁰² 见 http://wiki.creativecommons.org/CC0_FAQ。

¹⁰³ S. CHOISY, 见上, 第 168 页。

¹⁰⁴ M. CLÉMENT-Fontaine, 见上, 第 286 页。

¹⁰⁵ 注意目前没有这类捐赠的事例。

但是关键和更加复杂的问题是精神权利。精神权利依附于作者本人，在很多国家都被视为不可剥夺的权利，因此也就自动地意味着放弃创作成果中的精神权利是不可能的。相应的，即使经济权利可以被合法地放弃，作品仍然受到精神权利的保护，而且版权人可以行使这一权利以对其作品使用进行一定控制。

如果人们承认完全放弃版权的合法性，那么另外一个问题是这种放弃是否为不可撤销的。作者可以改变主意，并在某一时刻否认已将作品放入公有领域，并行使其对作品的独占权吗？对此同样没有确定的答案。这完全取决于许可或作者实际上确认作品版权保护终止的单方面行为是否具有可被撤销性。不同的法律制度对其的规定可能很不一样。

允许这种对版权的放弃可能会吸引那些希望推动和加强公有领域的创作者。但是，在规定这样一种机制时必须非常小心。

首先，只能允许作品的作者将该作品捐赠给公有领域，而非之后的权利人或者只是征得了作者在知情时表达出的同意。

其次，特别是当对版权保护的放弃被视为不可撤销的，对这种放弃应当适用有形式要求的精确制度，其目标是确保作者的意志是自由的和明确的，并且在可能性情况下，告之他/她的决定是不可撤销的。相关产业已经在不断地给作者施加压力，要求缩减对他们的版权保护，并且对他们放弃版权很感兴趣，因为这样能使产业不受限制地自由利用作者的作品。创作者的自治可以为其作出放弃版权的选择提供正当性，同时也是版权法授予他们的独占权的结果。但是，人们不应低估经济和社会状况对他们作出放弃版权的决定的影响。

即便人们承认可放弃版权，仍应牢记因放弃版权而进入公有领域的作品不能再受到保护，无法阻止任何使用行为。一旦作品在公有领域，它就适用自由使用的机制，他人就有可能对其进行很少但具有独创性的改编，从而利用新作品并获得独占权和收入。这可以解释：为什么一些希望使公众能从公开获得作品和自由欣赏作品中受益的作者，更倾向于对这些自由使用采用不太极端的许可，并仍然保留一些控制，而非完完全全放弃他们的版权。

6. 对公有领域构成的初步结论

公有领域的构成可由下图表示：

公有领域部分	构成	变动的边界
实质性的 公有领域	<ul style="list-style-type: none"> - 思想、方法、规则、原则、风格、事实、信息等 - 日常新闻 	通过对非独创数据库的保护，对数据的汇编获得权利
公有领域的客体	<ul style="list-style-type: none"> - 非独创作品 - 不能通过适用公约加以保护的外国作品 在某些国家：	<ul style="list-style-type: none"> - 低水平的独创性程度要求 - 确定独创性困难 - 对国际公约或双边协定

公有领域部分	构成	变动的边界
	<ul style="list-style-type: none"> - 未被固定的作品 在以前有形式要求的国家, - 不符合当时形式要求的作品 	的遵守
<i>时间性公有领域</i>	<ul style="list-style-type: none"> - 作者死后 70 年 - 特别规定 	<ul style="list-style-type: none"> - 比较规则（伯尔尼公约第 7(8)条） - 对版权保护期的反复延长 - 过渡性措施，版权恢复与否
<i>政策性公有领域</i>	<ul style="list-style-type: none"> - 官方文件 在某些国家： - 被国家征收的作品 - 作者死后无继承人的作品 - 侵权性的演绎作品 	通过对非独创数据库的保护，对官方文件的汇编获得权利
<i>自愿性公有领域</i>	因放弃版权进入公有领域的作品	法律有效性不确定

上述分析表明：公有领域内容的范围并不明晰，并且其维度也不停地变动。造成这一现象的原因是多方面的：

首先，版权保护的地域性决定了创作成果的状态会随着其寻求保护地的国内法而变化。结果，其是否属于公有领域也由法律的地域性适用而确定，某些时候还涉及来源国的法律，这也会使得这一问题更加复杂。

其次，某些公有领域部分的边界很难被精确划定，因为版权保护/不保护的标准要么是主观性的，要么是不确定的（例如，对独创性的判断），或是需要基于错综复杂的规则进行判断（例如，版权保护期）。

最后，公有领域在版权法中获得的保护有限，它被视为知识产权的对立面，而没有一个对其自身进行保护的特别制度，从而使得公有领域很容易成为重获权利的目标。例如，在延长保护期时，公有领域作品的版权得以恢复。作品被其作者捐赠给公有领域时，法律状态具有不确定性。这些都说明了这一点。

公有领域边界的不确定性，是识别和提供公有领域作品的首要问题。这也使得公有领域无力应对来自其他法律或技术机制的挑战，我们下文就会谈及这点。

D. 公有领域的相对性

由于以消极方法定义公有领域（即将公有领域定义由不受版权保护的要素构成），属于公有领域的要素只能基于版权法的规定而脱离独占权的控制。实然法（*De lege lata*）并未阻止其被其他机制保留或私有化，因为对公有领域的定义并没有遵循绝对非独占性的规则。

这意味着：虽然某些内容可能会被归入不受版权保护的类别，因此属于版权法上的公有领域，但仍然可以通过法律、合同或者技术等其他方式受到保护。因此，我们刚刚划定的公有领域界限也仅仅是相对而言的，并未毫无疑问地获得不受保护或公共财产的状态。

本部分将列出一些对公有领域作品的挑战，这些挑战可能使得这些作品的公共性或可获得性受到更多的限制。大多数时候，人们可以说其他对公有领域内容的控制手段本身是有限的，并不会严重侵蚀公有领域的公共特色和自由使用的有效性。我们已提及的国内法也将继续作为本部分中分析的基础。

1. 永久性精神权利

公有领域作品可被自由获取和使用的效果，可以因对永久性精神权利的行使而打折扣。在承认这一永久性权利的国家中，对公有领域作品的改编也可能因该作品作者远亲的反对而被危及（如果这些远亲可以证明他们有权继承作者以行使精神权利），他们也因此有动力在对作品使用的审查中扮演一定的角色。

结果，对公有领域作品自由使用的现实可能是脆弱的，并且演绎作品的使用者或者制作者都无法放心，因为精神权利可能持续适用。当这一永久性扩大到发表权（如规定了此项权利），版权法本身就向作者的继承人提供了防止公开作者生前未出版作品的有力武器，由此削弱了公众获取公有领域作品的的能力。精神权利的第三个特性，即署名权，导致的问题并不是太大，因为其不会阻止他人基于公有领域作品而创作新作品，也不会削弱对这些作品的利用或接触。但是它会迫使以后的创作者或利用者在使用公有领域作品时，要给作者署名。

《伯尔尼公约》没有强行规定精神权利的保护期，也没有禁止规定这一权利的永久性。值得注意的是，作为成员国保护文学和艺术产权的示范法，非洲知识产权组织的《班吉协定》的附件 7 规定精神权利应不受时间限制（见第 22 条，al.2）。

在很多国家，精神权利的保护期是效仿经济权利的保护期的。比如澳大利亚、韩国或马来西亚（在本文分析的国家中）。这点可由版权的一元论来说明，因为一元论认为版权的精神权利是经济权利不可分割的一部分。¹⁰⁶在其他国家，精神权利的保护期限与经济权

¹⁰⁶ A. DIETZ, 《精神权利的法律原则（民法）——一般报告》，载于《作者精神权利》，国际文学和艺术协会（ALAI）大会，安特卫普，1993 年，第 67 页。

利是不同的。精神权利还可以比经济权利保护的时间更短，随着作者的死亡而终止，比如韩国（但其仍会在对作者声誉造成严重损害的情况下予以保护）。

经济权利和精神权利的分离可以仅限于某些精神权利保护的特定特性。例如，在澳大利亚，电影中的保护作品完整权随着作者的死亡而终止，但是其他精神权利与经济权利的保护期相同。在中国，精神权利受到永久保护，但是其中的发表权仅存续至作者死后 50 年。美国的情况更加复杂：署名权和保护作品完整权的精神权利仅被授予视觉艺术作品，并且其保护期取决于该等作品的完成日期。对于完成于 1990 年之后的作品，对精神权利在作者的有生之年予以保护，但是如果是完成于 1990 年之前的视觉艺术作品，精神权利保护期与经济权利相同。

法国可能是人们在提及永久性精神权利时第一个想起的例子。但是，对作品和作者精神权利保护的永久性是全球很多国家的现实。并非所有这些国家都属于前法国殖民地或有民法法系传统的国家。在我们分析的国家中，阿尔及利亚、巴西、智利¹⁰⁷、中国、哥斯达黎加、丹麦、法国、意大利、肯尼亚和卢旺达都规定对作品精神权利的保护没有时间限制。

精神权利也可被限制在展示核心文化利益的作品之中。例如，丹麦著作权法规定精神权利是永久性的，但是仅仅在文化利益被侵害时才适用精神权利（见第 75 条）。据解释，这一规定的目的是保护文化遗产，且该规则仅适用于被视为文化遗产一部分的作品或作者以其他方式创作出有价值的作品。¹⁰⁸ 迄今为止法院审理了两个相关案例。在第一个案例中，最高法院认定：对一个公有领域的音乐作品进行改编侵害了精神权利。¹⁰⁹ 在另一个 1990 年判决的案例中，一个对耶稣添加了色情内容的电影被判定没有侵犯保护《圣经》的完整权。¹¹⁰ 但是法院暗示：《圣经》根据丹麦著作权法仍然被认为享有精神权利的保护（但众所周知很难确定谁有权去行使这一权利！）

保护被视为国家文化遗产的作品的完整性常常成为精神权利永久性的隐性目的。一个明显的例子就是，国家或国家的代表，通常是文化部长，可能通过行使精神权利以保护公有领域作品的完整权。这样的机制存在于：阿尔及利亚（在无法定继承人的情况下，由国家版权及邻接权局行使精神权利）、巴西（保护公有领域的作品完整权和作者权是国家的义务）、哥斯达黎加（文化和青年部部长）、丹麦（上述特别保护只能由公共机构进行，

¹⁰⁷ 智利著作权法第 11 条规定：对公有领域内的作品可自由使用，但前提是作品的署名权和保护作品完整权获得尊重。

¹⁰⁸ T. Riis, 《知识产权法——丹麦》，Kluwer Law International 出版社，第二版，2009 年。

¹⁰⁹ UFR（丹麦法律周报），1965 年，第 137 期，引自 M. KOKTVEDGAARD, 《精神权利——丹麦国家报告》，载于《作者精神权利》，国际文学和艺术协会（ALAI）大会，安特卫普，1993 年，第 118 页。

¹¹⁰ UFR（丹麦法律周报），1990 年，第 856 期，引自 M. KOKTVEDGAARD, 见上。

而非作者的继承人)、意大利(涉及公共利益时由文化部长保护)。在大多数国家,这些部门从来没有行使过这种权利。

非洲知识产权组织(OAPI)建议,在经济权利保护期到期后,国内的集体管理组织有权确保作者的精神权利得以保护。

在法国,公共机构同样在保护永久性精神权利方面发挥重要作用。法国知识产权法典L1229-9条规定:文化部长可以向初审法院提起滥用发表权(假如作者的继承人滥用)的诉讼,即使作品已进入公有领域。A. Lucas认为这一条款可适用于其他作者死后他人滥用作者精神权利的情形¹¹¹。文化部长可主张正当地维护精神权利,或者出于公共利益的考虑迫使继承者不再拒绝发表作品。因此,这种官方介入不仅可以代替作者的继承人行使精神权利,还可以基于保护公共利益的目标,不顾权利人的反对而确保作者生前的作品得以披露和发表。这些职能机构并非代替国家行使永久精神权利,而是确保在保护文化遗产和享受文化之间的利益平衡。但是这些权利很少被行使。¹¹²

国家或集体管理组织的这种介入,可以被理解为用来克服确认死亡作者适格继承人的困难。于是精神权利具有了集体管理的维度,¹¹³使之变成了“忠实义务的工具”¹¹⁴。但是,正如法国著作权制度清楚地表明的那样,这种基于公共政策的事务更接近于对国家遗产的保护,而非对个人权利的保护。¹¹⁵公共机构或作者代表在行动时更多地是作为文化遗产完整性的监督者和集体利益的捍卫者而出现的。

这种为行使永久性精神权利提供正当性基础的公共政策,也可限制这种永久性对公有领域自由使用的挑战。事实上,就对作品完整权的保护而言,人们可以将这种保护从版权下的独占性权利中分离出来,并更多地将其视为在精神权利名义下对文化遗产的保护。因此,只有当涉及重大公共利益或对作品造成严重损害时,才可以适用这种保护。在某种程度上,文化遗产保护自身就是保障和保护公有领域的工具,¹¹⁶前提是其被公共机构和作者

¹¹¹ A. LUCAS 和 H.J. Lucas, 见上, 第 475 节。

¹¹² 其他人曾试图介入这类数据库,如国家图书中心的数据库,其具有法律职能是确保文学作品在作者过世之后的完整性,或其他集体管理组织,也是为了文学作品(这点常常被法院拒绝采纳)。例如在一个著名案例中,一个文学作品的作者集体管理组织试图反对对肖代洛·德拉克洛(1803年逝世)所著的《危险关系》(*Les Liaisons dangereuses*)进行电影改编(Cass., 1966年12月6日, D., 1967, Jurisprudence, 第381页, note DESBOIS.)。

¹¹³ A. LUCAS 和 H.J. Lucas, 见上, 第 428 节。

¹¹⁴ P. SIRINELLI, 《文学产权及相关权》, Dalloz, 1992, 第 89 页。还见, S. STROMHOLM, 《作者的精神权》, PA Nordstedt, 1967年, t. I, 第 480 页。

¹¹⁵ A.M. CHARDEAUX, 《共有之物》, LGDJ, 2006, § 211.从这个意义上,见 A. DIETZ, 《欧洲共同体的版权》,为欧洲委员会所做的研究,1976年,第 165 节(它启发了《古迹保护类别》), B. D'ORMESSON-KERSAINT, 见上, 第 125 页。

¹¹⁶ M.A. CHARDEAUX, 见上, 第 214 节。

的法定继承人合理地行使，并在需要的情况下被公共机构所控制。它在任何时间都不能等同于拒绝根据原作品创作改编作品。

即使人们不同意这一看法，但通过精神权利禁止对公有领域的作品进行改编的情况并不多见。最近一个在法国发生的著名案例是关于雨果的《悲惨世界》，他的继承人试图阻止这部知名小说的续集出版。最高法院驳回了这一请求，¹¹⁷理由是基于创作自由的理念，进入公有领域的作品可以公开被演绎。只有当改编对作者的署名权和作品完整权造成实际损害的情况下，才能援引精神权利提供保护，而作者的继承人必须证明作者本会持有的立场。进行这种举证的困难度说明：实际上永久性的精神权利仅能防止明显滥用使用公有领域作品的自由进行的改编。

2. 付费使用公有领域

付费使用公有领域（法语为 *domaine public payant*）是一种制度。通过该制度，公有领域内容的使用者被要求支付法定许可费以复制或向公众传播该作品，即使这些作品在公有领域之中。这个想法可以追溯到维多·雨果。在他于 1878 年世界文学大会上所作的演讲中，这个伟大的文学家倡导为了有利于公有领域（他是其热心的支持者），版权应在作者或他/她的直系继承人死亡时终结。他还主张建立一个付费使用公有领域制度，使用者要为对每一公有领域作品的使用支付少量费用，从而建立一个致力于鼓励年轻作家和创作者的基金。¹¹⁸

为出版公有领域作品而支付一定的报酬以支持当代创作者的想法，虽然未能在雨果试图说服的立法者们（即《伯尔尼公约》的起草者）的作品中出现，也逐渐得到了一些认可。

意大利常被引作西方国家中适用这个制度的范例，通常被称为领域权（*Diritto Demaniale*）。但是，意大利的付费使用公有领域制度在 1996 年被废除。

现如今，付费使用公有领域的制度在某些国家中还存在，比如阿尔及利亚、肯尼亚、卢旺达、塞内加尔、刚果共和国（Congo-Brazzaville）、科特迪瓦和巴拉圭。在这个名单里非洲国家占据明显的多数，其原因可以通过《班吉协定》及其就文学和艺术财产的附件有关设立这一制度的建议得到解释。¹¹⁹

法国法规定了当在某一国家（但该国并未向在法国发表的作品提供足够保护）首次发表的作品不能获得法国法保护时（见上），相关付费使用公有领域的特别情况。此类作品

¹¹⁷ Cass. 2007 年 1 月 30 日，*JCP G*，2007 年，第 29 页，注 C. Caron；CA Paris，2008 年 12 月 19 日，《通信——商务电子》，2009 年 3 月，第 26 页。

¹¹⁸ 见维多雨果于 1878 年 6 月 25 日的演讲。

¹¹⁹ 见第 59 条。

在法国得不到保护（对署名权和作品完整权的保护除外），但任何对该作品在法国的利用应支付版税，这些版税的受益者是某些集体管理组织和国家文学中心（Centre National des Lettres）。¹²⁰但是，这一特别制度从未被适用过。

付费使用公有领域的制度运作可能对公有领域作品的自由使用构成实际妨碍。干扰的程度取决于收费的范围。值得注意的是，该制度适用的公有领域仅仅是由超过保护期的作品组成的部分，不包括其他公有领域的作品（但将该制度适用于民间文艺表达的国家除外）。

在一些国家（如阿尔及利亚、卢旺达），仅对公有领域作品的营利性或商业使用需要交费。在多数情况下，作品的完整权和署名权必需得到尊重。总体而言，这一制度的运作类似于非自愿许可：使用的前提是支付预定的费用，而非获得事先的授权（这是独占权的要求）。但在阿尔及利亚要求获得事先授权。在这种情况下，对公有领域作品的自由使用范围就更加被缩小了。

对所收费用的使用情况也是不同的。这些费用通常由全国性版权集体管理组织或者版权行政机构（例如阿尔及利亚的国家版权及邻接权局，其也作为集体机构运作）收取，并用于福利和文化目的，例如资助年轻的创作者、给生活困难的创作者提供社会福利，以及推广创造性作品等。有时这些费用用于保护公有领域自身，而非个人创作者，如阿尔及利亚就是这样。在这种情况下，收取费用可以被视为一种为保护公有领域作品提供资助的方式，而非利用公有领域作品的负担。

各国的付费金额是不同的。非洲知识产权组织建议收费标准为对受保护作品通常适用的报酬的一半，当然并不容易确定通常的报酬水准。

对这一制度的适用通常只针对本国作品。意大利是一个例外，其对外国公有领域作品的使用也要收费。

付费使用公有领域的制度有时候被提议作为保护传统知识的模式，以防其被西方企业所免费再使用。¹²¹ 这种观点也出现在某些发展中国家中，这些国家将收费制度适用于对公有领域作品和民间文艺内容的利用。

世界知识产权组织和联合国教科文组织在 80 年代早期调查过付费使用公有领域的制度。¹²² 当时这一制度在阿尔及利亚、阿根廷、巴西、保加利亚、捷克斯诺伐克、匈牙利、意大利、墨西哥、葡萄牙、突尼斯、苏联和扎伊尔中施行。¹²³

¹²⁰ 见 A. LUCAS 和 H.J. Lucas, 见上, 第 1139 节。

¹²¹ M. LEISTNER, 《本土资源不同领域的分析——传统知识》, 载于 S. VON LEWINSKI, 《本土遗产与知识产权: 基因资源、传统知识和民间文艺》, Kluwer Law International 出版社, 2003 年, 第 84 页。还见 1976 年突尼斯著作权示范法第 17 节。

当时这被视为一个有趣的工具，主要建立在社会和文化基础之上。它可对发展中国家非常贫穷的艺术领域带来一些收入。但是当时的重点并非像今天一样是放在公有领域的可获得性上。这些制度的有效性在当时被没有真正被评估，或者看起来是这样。对这些费用的管理可能成为集体管理组织一个负担，在发展中国家尤其如此。并且他们可能常常被视为一种额外的税收。

更重要的是，付费使用公有领域看来越来越成为一种过时的模式，因为它与公有领域直接冲突。在很多国家（尤其是发展中国家）通过努力加强对公有领域的自由使用和可获得性来平衡知识产权的时代，它可能更进一步地干扰对公有领域的自由使用。它还可削弱那些希望出版或者向公众传播公有领域作品的个人或出版社的积极性，尤其是当对这种利用的收费较高的时候更是如此。至少，这种收费应该限于商业性利用的情形，并且收费要合理。

另一方面，如果付费使用公有领域这一机制被废除，则在一些贫穷国家中，资助艺术家的文化活动或社会需求的其他途径就变得很重要，因为在这些国家中这些活动并非占据优先地位。发展中国家可能面对在两个核心文化目标之间进行取舍的两难境地：支持本地创作还是支持公有领域的可获得性。此外，付费使用公有领域的理念还可被看作是对公有领域作品的保护提供资助的手段，其方法是从对公有领域作品的商业性使用中收费，以分摊因资助公有领域作品的可获得性（如通过数字图书馆）而带来的财政压力。于是，这些收取的费用将从向还在世的艺术家提供资助转变为支持公有领域自身。

3. 对某些作品恢复版权

一旦某一作品由于时间的流逝而进入公有领域，这一作品不能再次被授予版权。但是某些特别机制可以恢复版权。1993 年欧盟的《版权保护期指令》规定了两种恢复公有领域作品的版权或类似权利的机制。

该《指令》要求成员国对“在超过版权保护期后第一次合法出版，或者向公众合法传播之前从未出版过的作品的任何人”赋予 25 年的保护期（仅限于经济权利）。¹²⁴对作者死后出版的作品（即在作者生前正常的保护期内未出版的作品）提供保护的目的是为出版商提供出版这些公有领域作品的激励。但是，其效果却是将这些作品从公有领域中移

¹²² 见联合国教科文组织的非政府委员会专家关于“付费使用公有领域”的论著，《版权公报》，第 16 卷，第 3，1982 年，第 49 页。并见 A. DIETZ，《作者团体权利的现代观念（付费使用公共资源）》，载于《版权公报》1990 年，第 24 卷，第 4，第 13-28 页。

¹²³ 这些国家目前的情况还没有被核实，但是看起来它们中很多都废除了这一制度。

¹²⁴ 第 4 条，欧共体理事会指令 93/98/EEC（官方杂志（OJ）L290，24.11.1993，第 9 页），由欧洲议会指令 Directive 2006/116/EC 和 2006 年 12 月 12 日理事会指令编撰：《关于版权和某些相关权保护期的指令》（编撰版）。

出，而代之以恢复有限的版权保护。由于并不保护精神权利，以及是向投资出版的人（而非去世作者的继承人）授予经济权利，这种保护更类似于邻接权。

欧盟对作者死后出版的作品进行保护，促使那些原本不会被披露的作品得以出版和为公众所获得，并使其丧失了公有领域的地位和用途。就这个结果而言，它对公有领域的限制本身也可以被看成是必要的灾难。

同样的《指令》允许（但非必须要求）其成员国规定“进入公有领域的重要科学性出版物”享有（首次）出版后 30 年的保护期。¹²⁵意大利已经实施这一保护期，对公有领域中重要科学性作品的出版授予 25 年的保护（意大利著作权法第 85.3 条）。即使为保护这些重要作品所需的独创性不足，正如对公有领域作品的其他改编一样，这一特别权利（仅限于商业性的利用）旨在向不受保护作品重要出版物的出版商提供激励，就如同在作者死后出版作品一样。意大利最高法院认为，仅仅是重新出版原作品，并不足受著作权法保护。重要的是出版商还要做更多的事情，如将原作品中缺失的部分通过重新创作而补齐。

126

与对作者死后首次出版的作品加以保护的制度相比，这一判例对公有领域造成的干扰较少，因为仅仅是重要的出版物才受保护，而非作为该出版物基础的、仍然处于公有领域并且可被自由使用的原作品。

4. 财产权

要获得和使用智力创作成果，就需要能够对载有该作品的物质载体进行接触。该种接触可以被作品有形复制件的所有人合法地控制。版权及作为其对立面的公有领域，只针对无形作品，并应与对物的财产权相区分。而且对版权与财产权通常是分别行使权利的。对作品有形复制件接触的控制是对财产权的合法行使。

一般而言，只要已有许多复制件被投入了流通领域，对特定复制件的所有权不会延及对处于公有领域的作品的自由使用和复制。即使《蒙娜丽莎》这幅画是卢浮宫的财产，对它的接触并非完全自由，但因为对这一名画有很多复制件，因而对作品的复制和传播也是很容易的。

但是，也存在财产权成为对公有领域自由使用造成困扰的情况。当作品只在所有权人拥有的独一无二的有形载体中存在，对公有领域作品的欣赏就需要对该载体进行接触。试想一种情形：一副梵高的画作并无复制品，而它的所有人对原件严格控制。就像与先前提

¹²⁵ 第 5 条。

¹²⁶ Cass.17 gennaio 2001, n. 559, BMG Ricordi s.p.a., Gioacchino Rossini 基金会和 Azio Corghi 诉都灵 Ente Autonomo 歌剧院，见 Giur. it., 2001 年，第 1421 页，注 M. CROSIGNANI, 《校订版与版权：超越对立？》

及的未出版作品一样，该创作成果即使在理论上属于公有领域，在现实中却在公有领域之外，因为无人可以欣赏它。

迫使一个重要文化财产的所有人提供接触该文化财产的便利，应首先是有关文化遗产法律规定的任务：财产所有人不应放弃其对其财产的控制，但是也至少应被鼓励制作一些作品的复制件，以便被公众所获。在我们看来，版权法与此并无太大关联。

财产权还可以其他方式干扰公有领域，就如最近在法国关于肖像权的争议所示。1999年，最高法院认定：1944年盟军解放的第一间房屋的所有人有权阻止对该房屋制作复制件。法院的理由很简单：她的财产权及于财产的形象。¹²⁷这一判例对版权和公有领域都引发了一个难题。如果作品有形载体（可以是一个其建筑设计受版权保护的房屋，也可能是其他类型作品）的所有人有权授权或者禁止对其复制，那么这些作品作者的独占权还有什么意义？而且，如果作品不再受版权保护，那么这些对有形财产权的行使不就意味着公有领域的终结吗？因为任何复制都会侵犯所有权人的垄断权？许多版权学者已谴责这一对版权的新扩张，不仅因为其违反了物质财产权和智力财产权分离的核心原则（肖像权属于后者），而且还因为其威胁了对公有领域的自由使用。¹²⁸

幸运的是，几年后，法国最高法院推翻了自己的判决，认定只有在拍摄或者利用房屋形象时，对房屋所有人的特定权利或利益（比如隐私，或对其享用财产的权利）造成过分损害，或侵入其财产时，房屋所有人才有反对的权利。这是应用使两种权利共存的逻辑得出的结果，对一种权利的行使不能危及对另一种权利的行使和享有。但是财产权自身并不能对其财产形象赋予独占性。

不受保护作品有形载体的所有人试图对其财产的形象获得独占权。要保护公有领域，就应防止这种行为。

5. 隐私权

隐私权还可能妨碍对某些作品的出版或者公开传播，即便它们已经进入公有领域。它主要涉及保密信息或私人通信，披露这些内容可能会损害作者家庭或友人的私人利益。就像对财产权的上述分析一样，对公有领域的利用不能绝对到损害他人私人权利或利益的程度。

意大利提供了对隐私权与公共利益进行必要协调的实例。它规定在出版机密私人信件或家庭回忆录之前，应获得作者或其继承人的同意，无论该作品是受著作权保护的，还是已进入公有领域（意大利著作权法第 93—95 条）。

¹²⁷ Cass., 1999年3月10日, *Bull. Civ.*, I, n°87, 第58页。

¹²⁸ Cass. Ass. Plén., 2004年5月7日, *D.*, 2004年, *Jurisp.*, 第1545页, 注 J.-M. BRUGUIÈRE。

6. 技术保护措施

数字化进程见证了在作品中对技术措施の利用。其被用来保护作品不被未经授权地使用。基于密码技术或者技术性手段，所谓数字版权管理（或 DRM）或技术保护措施（或 TPM）在最近几年已经得到发展，以应对在数字环境中保护和管理版权的棘手问题。这些技术工具不断地被嵌入作品的数字化有形载体中，如 DVD、软件或电脑游戏，以及对音乐、新闻、电影、书籍或图片的在线发行。它们旨在控制作品的使用，例如阻止未经授权者获取作品、阻止对作品进行未经授权的复制、仅允许已经付费的使用，或限定只能在某些特定的设备上或特定区域内观赏或聆听作品。

技术保护措施通常不区别受版权保护或不受版权保护的内容。¹²⁹它们在有版权或公有领域的作品中被无差别地使用。例如，一个在线提供图书的网站可能采用技术措施防止这些图书被复制、打印或分享。通常而言，这样设计的技术保护机制对作者最近出版的书籍与莎士比亚的戏剧以同样的手段加以保护。技术锁同样可以被用于保护无法受到版权保护的内容，如无独创性的成果、新闻或官方文件。法律独占性的缺失可以通过对该内容采用技术保护措施而得以弥补。由此，事实上的或者技术性的独占性取代了法律上的独占性。

这是最近最受谴责的对公有领域可能进行侵蚀的情形之一。¹³⁰早在 1996 年，欧洲委员会的法律咨询委员会已经警告“技术保护措施的广泛使用可能在事实上导致新的信息垄断。对于公有领域内容而言，问题尤为严重。”¹³¹

至少在受到技术措施限制的作品还可大量地以不受保护的格式或载体而存在的情况下，由技术措施导致的对公有领域内容的获取限制，在程度上可能尚不严重。电子图书的销售商将莎士比亚的戏剧嵌入访问控制机制中可能并无问题，只要这些戏剧可轻易在别处获得。在这里，对作品载体的接触和对作品的使用是有区别的。人们不能阻止内容提供者对他们销售的商品或服务寻求报酬，也不能妨碍他们通过接触控制工具来确保对这些报酬的获取。但如果作品仅仅在受技术措施保护的形式下才能被获得的话，公有领域内容反而会真的被（技术措施的使用者）获取控制权。在此情况下，公有领域内容的可获得性被不正当地危及了。

通过技术手段对曾经被合法接触并已付费的公有领域作品的自由使用加以限制，更带来更严峻的挑战。无可否认的是，任何限制作品使用（如其复制或传播）的技术措施都与公有领域的本质背道而驰，并对那些本应留作公共财产的内容建立新的独占性。从对莎士

¹²⁹ K. KOELMAN, 《公有领域的商品化：技术措施和生产性信息的使用》，载于《公有领域的未来》，见上，第 105-119 页。

¹³⁰ 例如，见 Y. Benkler, 《公共使用之自由：美国宪法第一修正案对于圈定公有领域之限制》，见上，第 354-446 页；J. Boyle, 《公有领域的第二次圈地运行和建构》，载于《法律与当地问题》，2003 年，第 66 卷，第 33 页；P. Samuelson, 《数字化公有领域的建构》，见上，第 147-171 页。

¹³¹ 欧洲法律顾问委员会对《信息社会中的版权和相关权利的绿皮书》的回复。

比亚戏剧的数字版本的访问中获取报酬可以是合法的，但阻止合法获取者对这些戏剧进行复制，则可能被视为是对公有领域自由使用的不合理限制。

除了对数字内容的技术商品化，还有一附加层面可能会强化这种保护。一旦技术被视作加强有效行使版权的手段，类似的技术就会被用来破解这些技术保护措施。这导致了反规避立法规定的诞生。1996 年世界知识产权组织的两个条约要求禁止对用于保护作品版权的技术措施进行规避。目前许多国家都遵循条约的规定，实施了反规避立法。这些立法有双重效果：它认可对创造性表达使用技术性保护措施的做法和合法性，并且对任何干扰这一技术保护层的人进行处罚，以强化这一效果。在每一层面上，对公有领域的侵犯都将产生。

首先，大多数反规避条款并不试图保护对公有领域作品的自由接触，如 P. Goldstein 所正确地指出：

“世界知识产权组织版权条约第 11 条，以及任何基于此的立法的问题在于它的不对称性：该条款只规定：对受版权保护的客体进行解密的行为是违法的，但没有规定：对不受版权保护的客体进行加密也是违法的。（……）只有采取措施，将对产品中很容易分离出来的公有领域成分进行加密列为违法行为，才能取得版权保护的平衡——对受版权保护的内容加密，同时使公有领域内容向公众开放。”¹³²

对公有领域内容所附的技术保护措施进行法律规制的诉求，可基于世界知识产权组织版权条约“适当保护该（技术）措施”的要求。适当性应根据该条约前言的精神来衡量，其坚持“需要维护作者权利和更大的公共利益（尤其是教育、研究和信息获取）之间的平衡”。由于公有领域及其保护与可获得性是信息获取与公共利益的核心要素，任何针对规避技术措施的规定都可吸取该前言的精神，以规制对使用公有领域进行技术性限制的做法。

欧盟维系版权例外、使之不受技术限制措施影响的做法，可以成为有用的类比。2001 年《关于信息社会中版权的指令》第 6 条第(4)款要求成员国向那些受保护作品的技术措施影响，无法利用某些基本例外的使用者提供救济手段。¹³³ 欧盟成员国已经实施了这一义务，有的在版权保护例外的受益者与采取过度技术保护措施的权利人之间建立起了调解或仲裁程序，有的向被阻挠的使用者提供司法或行政的救济措施。在（技术措施）不当影响

¹³² P. GOLDSTEIN, 《版权和其替代物》，载于《威斯康星法律评论》，1997 年，第 869 页。对同样的观点，见 W. GORDON, 《知识产权作为价格歧视：协议的暗示》，《芝加哥肯特学院法律评论》，1998 年，第 1480 页，注 50。

¹³³ S. DUSOLLIER, 《2001 年欧盟版权指令中的例外和技术措施》，载于《工业产权和版权法国际评论》，2003 年，第 62-83 页。

对公有领域内容进行自由使用的情况下，可在考虑公有领域内容服务提供者合法利益时，提出类似的解决方案。

其次，反规避立法既禁止对技术保护措施的规避，也禁止所谓的准备行为（如，任何散发和制造用于规避或便利规避的设备的行为）。这一禁止对公有领域内容的接触和自由使用的影响通常是不存在的，因为世界知识产权组织版权条约和实施这一条约的国家均将对规避行为的禁止限于受版权保护作品的技术措施之上。相应地，对附在公有领域作品之上的接触控制或者反复制系统的破解也不是违法行为。

然而，这对公有领域仍然有一些间接影响。某些技术性限制手段可以主要应用于与受版权保护的新创作成果相伴的公有领域作品。想象一段很小的介绍加在莎士比亚戏剧的电子版中，或者加在新版的西班牙语译本中。¹³⁴因在嵌入技术保护措施的物质载体中有受版权保护的因素存在，因而足以使得对该技术措施的规避违法。

再次，法律禁止交易用于协助或便利规避行为的设备，而并不考虑于设备获得者对这些设备的后续使用。即使它们被主要用于对公有领域成分所附的技术措施进行规避，这并不影响这些设备提供者的责任。如果对用于协助公众获得公有领域作品的设备进行交易是违法的，而不顾及过度限制性的技术措施锁定公有领域的事实，那么对用户而言唯一的救济途径就是提高自身的技术水平，以自行解开这些技术锁，而这种方式并不可行。

反规避条款将可能对属于或进入公有领域的作品进行自由获取产生影响，即使这并非这类条款自身的目标或者意图。

7. 相关权

对公有领域作品可以给予邻接权保护，从而降低了对这些作品的自由使用度。但这种限制应该有一度的限度。公有领域作品的表演者和相关产品制作者的权利与新的客体相关，即表演或对声音的新录音。¹³⁵公有领域作品，即使其是表演或录制的对象，将以其他形式和在其他媒介中存在。并且从某种程度上讲，其本身仍然可被使用，而不侵犯任何（因表演和录制而）产生的新权利。

但是，在评估一个文化项目是否处于公有领域的状态时，相关权的存在应得到承认，这就要求将可能不再受保护的、作为基础的创造性作品与对该作品的表演或录音制作相互区分开。对巴赫作品的录音而言，自由使用是仅仅针对音乐自身的。但是对音乐的表演或者录音仍然有某些独占权存在。

¹³⁴ 见 J. GINSBURG, 《<千禧年数字版权>中对版权作品的获取》，载于 S. DUSOLIER (ed.), 《版权——控制获取作品的权利?》，Cahiers du CRID, n° 18, Bruylant 出版社，比利时，2000 年，第 63 页。

¹³⁵ 公有领域作品中电影制作者不大可能再享有版权权利，因为这一权利在电影首次固定时候被授予，而对老电影的重新录制混音或者数字化则被认为不能产生版权。

存在对数据库的特别权利时，对由版权制度产生的公有领域可能造成更多的问题。这种特别权利在欧盟和韩国保护没有独创性但必需有大量投资的数据库。保护期通常是数据库制作完成时起 15 年，并可在有进一步大量投资的情况下被续延。

受到这样保护的数据库可以是公有领域作品要素的集合，例如单纯的数据、不受版权保护的作品如官方文件或超过保护期的作品。对这些不受保护要素的特别权利保护导致其重新获得了独占性。这常被谴责为对公有领域的不当侵蚀。¹³⁶欧洲法院曾经给该权利一个很大的范围，而不论这些数据库中大量或者不受保护的内容。¹³⁷

再次强调，应采取措施减弱这些威胁，并将这些威胁说清楚。

对这种特别权利的保护只针对作为要素汇编的数据库，而非这些组成要素自身。被汇编在数据库中的纯事实或数据仍可被单独使用，而不构成对数据库的侵权。虽然如此，有两种要素仍可能引发一些问题。根据欧洲法院的判例，如果对要素的收集、核实或展示需要大量投资，则该要素自身可以成为数据库的实质性部分，因此对其的提取和再使用也是受特别权利控制的。¹³⁸这种情况倒是不多见的。欧洲法院最近重申了这种可能性：“数据库中所含部分内容系官方性质的和可向公众提供的事实，并不减少国内法院的义务（……），以去核实被控从数据库中提取和再利用的内容，是否从量上被评估为构成实质性部分，或是否在特定情况下，因在获取、核对和展示内容方面体现了大量人力、技术或财政的投资，从而在质上被评估为构成实质性部分”。¹³⁹

最让人担忧的可能性是：单个数据仅在汇编中与其他数据相关联使用时才有价值。在这种情况下，对系列数据的提取是必需的，并可能侵犯数据库的权利。再以包含一国法条的数据库为例，对某一特定领域的全部法条的提取，可能与公众获取官方文件的需要相关，但是仍可能进入特别权利的范围。在此情况下，数据库的权利构成了更为让人担心的、对数据库中包含的要素或数据的公有领域性质的损害。

让人担心的另一个原因是这种特别权可能有无限期的保护期。最初 15 年的保护期完全可以通过用以更新数据库的大量投资而不断续展。在欧盟，看来这一保护期的续展并不仅仅适用于因大量投资而产生的新要素，而是及于整个数据库，包括原有要素。这是缺乏

¹³⁶ 例，见 M. DAVIDSON，《数据库的保护：信息的商品化》，载于《公有领域的未来》，见上，第 167-190 页；J. BOYLE，《公有领域：圈占心智公地》，见上，第 207-213 页。

¹³⁷ 就此效果而言，见欧洲法院（ECJ）案例，Case 444/02 固定营销（*Fixtures Marketing*），第 19—21 节；或，更新的一个关于法律数据库的案例，欧洲法院，2009 年 3 月 5 日，*Apis-Hristovich*, C-545/07，第 69-70 节。

¹³⁸ 英国赛马协会案（*The British Horseracing Board and Others*），上文引用，第 71 节（数据库中在数量微小的部分可能事实上在获取、核对或展示（数据）方面体现了大量人力、技术或财务的投资）。

¹³⁹ *Apis-Hristovich*，第 74 节。

正当性的。更合理的保护应尊重知识产权有限保护期的逻辑及公有领域，应仅将续延的 15 年保护期适用于新的大量投资所产生的新客体上。¹⁴⁰

最后，当数据库是某些不受保护的信息或数据的唯一来源时，其可能被证明为对公有领域自由使用的一个实际障碍。¹⁴¹

8. 其他知识产权

版权中的公有领域还可被在公有领域作品中存续的其他知识产权所影响。其结果是，对这些内容的使用不受版权保护的限制，但是可能被其他知识产权制度所赋予的独占权所影响。

通常来说外观设计权或专利权不会产生这样的问题。首先，这些权利的保护期比版权保护期短，因此当作品已经因超过版权保护期而进入公有领域时，其还能受专利权或外观设计权控制的情况是极少的，甚至是不可能的。作品的先前披露已经破坏了其新颖性，这在大多数情况下可防止其在超过版权保护期之后，通过附带的外观设计权或专利权而延长保护期。此外，难以想象一个有权获得版权保护的文学和艺术作品还有资格作为技术发明被专利权所保护。

至于版权和外观设计权之间的相互关系，也难以想象一个缺乏为获得版权保护所需独创性的作品将会具有为获得外观设计保护所需的足够的新颖性及个性特征。

事实上，公有领域的关键问题在于商标保护。名称或角色的视觉形象、一副图画或一个物体的形状，都可能有资格获得商标注册，即使在该作品上授予的版权已经过期。通过给予商标权保护，标记的所有人在理论上可以禁止对这些名称、形象或形状的自由使用。可以想象，米老鼠的外形已被注册为视觉商标（在多个国家确实如此）。当在这只小老鼠上的版权过期时（如果有这么一天！），迪斯尼公司仍可以基于其注册商标无限期地阻止对这一著名形象的某些使用。

作为一项原则，进入公有领域的作品是供所有人自由使用的。因此，这一使用自由还包括将其注册为商标，而之前的版权人无法再阻止这种注册¹⁴²（但精神权利除外，如果精神权利永久受保护，而且如果注册可能损害作品完整权）。在商标注册机构，可以找到公

¹⁴⁰ E. DERCLAYE, 《数据库的法律保护》, Edward Elgar 出版社, 2008 年, 第 140 页。

¹⁴¹ 同上, 第 280 页。

¹⁴² 例, 见德国联邦专利法院, 1997 年 11 月 25 日, *GRUR*, 1998 年, 第 1021 页 (关于蒙娜丽莎注册为商标); 比荷卢法院 (Benelux Court of Justice), 1999 年 5 月 27 日, *BIE*, 1999 年, 第 248 页 (将贝多芬的《致爱丽丝》的初始音符注册为商标)。

有领域作品被注册为商标的众多实例，从卡通或漫画英雄到音乐片段以及著名绘画都有。

143

然而，对公有领域作品重获得不适当垄断权的威胁在很多方面被商标自身的原则所限制。

商标保护的首要原则是显著性要件。要求保护的标记必须在相关商品或服务的消费者眼中具有足够的显著性。流行的形象或音乐可能缺乏固有显著性，因为公众更惯常于将它们视为文化背景下的创造性表达，而非将它们视为指示其附载商品商业来源的标识，¹⁴⁴除非它们可以形成第二含义。在很多情况下，无论作品是否处在公有领域中，作品所追求的首要创作价值，将会妨碍其被合法注册为商标。例如，“泰山”或“哈利波特”的名字在比荷卢三国没有被接受为有效商标，因为它们主要将大众引向那些角色、作品和它们的作者，而非与所要求注册的商标相关的商品提供者。¹⁴⁵

这一点对由产品形状构成的商业外观或商标尤其明显。可以想象，一个三维产品形状是独创的，因此可由版权保护。将其注册为商标，则其可以在超过版权保护期后仍受保护。但是，对形状商标的注册受到了更多的限制。除了显著性要求和证明一个产品形状具有显著性的先天困难之外，¹⁴⁶还有在一些情况下不予注册的规定。如欧盟规定使产品具有实质性价值的形状不得注册为商标。著名的雕塑作品当然是被排除在外的，因为它们实质价值在于该形状。至于实用艺术作品的形状，例如具有可识别外观设计的家具，该特定设计可能被认为对产品自身具有实质性价值，而无论其是否对公众而言具有显著性。¹⁴⁷这种不予注册的规定同样成为将三维角色注册为商标的障碍。

此外，商标法仅仅允许注册特定的标识，这本身就可以限制对角色的商标保护。¹⁴⁸换言之，米老鼠本身不能被注册，能够被注册的只是一些指代它们的特定图示（尤其在欧盟，被注册的应是图示）。确实，商标保护将延伸到与注册标识近似的标识，如果（这种近似

¹⁴³ 至少在承认将声音注册为商标的国家中。

¹⁴⁴ A. KUR, 《总报告——商标法是否应当禁止版权例外适用于的行为?》，《类似与或替代版权的权利类型》，ALAI 项目 2001 年，纽约，第 600 页。

¹⁴⁵ *Gerechtshof Amsterdam*, 2001 年 7 月 26 日和 2003 年 11 月 6 日，在 V. VANOVERMEIRE, “关于将公有领域的作品作为商标注册的问题”，A. CRUQUENAIRE 和 S. DUSOLLIER (eds.), 《知识产权之并合》，Larcier, 2009 年，第 185 页中引用和讨论。

¹⁴⁶ 例，见德国最高法院，*GRUR*, 1952 年，第 516 页，将流行瓷器雕像的外形排除在可注册范围之外，因为缺乏显著性。

¹⁴⁷ V. VANOVERMEIRE, 见上，190 页等。

¹⁴⁸ A.V. GAIDE, 《版权、商标和商业外观：卡通形象的重叠保护或冲突》，载于《类似与或替代版权的权利类型》（*Adjuncts and Alternatives to Copyright*），ALAI 项目 2001 年，纽约，第 557 页。

度) 有使公众混淆的风险时。但是这一情形在图画被注册为商标的情况下就不起作用了，因为图画有着独特的表征。

对商标保护的最终和核心限制是其专属性原则。对所需显著性的评估是在待注册标识使用的产品和服务基础上进行的，并且给予的保护也局限于该等指定的产品。因此，“米老鼠”可能会作为名称或视觉标记而获得注册，但是只能在某些指定的产品或服务上有效。例如，维梅尔 (Vermeer) 著名的画作《倒牛奶的女仆》(Milkmaid) 被注册为商标并在奶制品上有效，因此，其通常不会不合理地影响作品属于公有领域的性质。该作品仍可供所有人自由使用、复制，并作为演绎创作的基础。唯一受到限制的使用是针对在该商标有效的地域内其所附着的牛奶产品。如此例所示，通过商标注册重新获得的垄断是相对狭窄的，因此只是部分地侵蚀了根据版权原则构建的公有领域。

然而，这个令人安心的结论在某些情况下可能被证明是不正确的。一方面，在许多国家，对驰名商标的保护在某些条件下超越了专属性的领域，如在商标淡化或玷污的情况下。法院因此应注意，当驰名商标由公有领域的作品组成，(他人) 对其创造性表达的自由使用被商标权人视为对其标识的商誉造成损害的时候，不要将驰名商标淡化或玷污的概念太过广泛地加以应用。

另一方面，商标权人会被诱使在很多类别的产品上去注册商标，从而使得专属性原则在现实中失去意义。更糟糕的是，在与该作品及其创造性价值紧密相关的产品类别上进行商标注册将可能危害对与公有领域作品相关的自由使用。作为实例，“米老鼠”的名称在第 44 类的产品和服务上被注册为 (欧洲) 共同体商标，尤其是“教育、提供培训、娱乐、文体活动”，或者将“丁丁”的名称注册在同一类别：“提供教育、培训、教学、娱乐，为文化、教学和教育目的组织活动和会展，游乐园、电影制作、现场演出和动画、图书、报纸和期刊的出版与分发。”通过这些注册，这些流行文化偶像的权利人将在商标有效并且有足够显著性 (这是不一定的，见上) 的情况下，在版权过期后仍阻止这些偶像们在书籍或电影中被复制。

这些就是公有领域在商标垄断权下真正的危险。为了使得公有领域不至被重新商品化，如果商标注册将导致类似于原先版权赋予的垄断权得以恢复，并阻止对作品中创造性表达的使用，该注册应该被拒绝。公共利益或一般利益也可作为拒绝这种注册的考量因素。在某些时候，判例法也用这些考量因素去阻止后续的知识产权重叠保护，如果其会有损于公有领域。在提交给欧洲法院的一个案子中，总法律顾问指出：“公共利益不应容忍商标权对其他有时间限制的排他性权利进行不当侵蚀，即便只有很少的风险。此外，事实上制造商可以用其他有效的方法去显示其产品来源。”¹⁴⁹在该案中，商标被用于重新保护

¹⁴⁹ 欧洲法院, *Linde AG, Winward Industries Inc. and Radio Uhren AG*, 2003 年 4 月 8 日, C-53/01 to C-55/01, 总法律顾问 Ruiz-Jarabo Colomer 于 2002 年 10 月 24 日提交的意见, 第 29 页。

对一个已过专利保护期的发明，但是法院的这一论断适用范围很广，足以作为普遍性的原则适用于版权的公有领域。

四、允许对公有领域进行更多接触、使用、识别和定位的行动与工具

近年来，促进更好地获取创造性作品，并加以自由使用的私人行动已经出现，由此鼓励了公有领域的发展。开放式许可在其中起了重要作用：即使其针对的客体通常不是公有领域内容，这些许可模式仍然授权在更加灵活的接近于公有领域的条件下自由使用。其他帮助识别、定位或收集公有领域内容的工具也被开发出来，使得其运作更有效率。

A. 版权左派、开源或开放获取许可

1. 概念

由于对版权的扩张不满，某些创作者建立了另一类制度来行使版权。其中最早也是最著名的是起源于 80 年代的开源软件运动，以应对软件版权的专有权利，该专有权利被许多人视为过分、过度，并与软件开发者和用户的集体性需求相悖。许多类似许可被开发出来，其具有给被许可人某些基本自由的共同特征，如给予免费复制、传播或向公众发行的权利，并且要求许可方提供程序的源代码。

这一最初的观点启发并命名了另一个更大规模的运动，其核心目的是使用版权来分享人们的作品，并向公众提供更大的使用自用。这一运动曾用过许多名字。开源是一个初期的词语，其包含了无数的适用于自由软件的许可。其坚持源于这些许可的核心义务——提供软件源代码的义务。这一运动或者推广非专有软件的许可还通常被简称为 F/OSS，其代表自由（Free）/开源（Open-Source）软件（或甚至 FLOSS，其代表自由（Free）、自主（Libre）、开源软件（Open Source Software））。

当开源原则的传播已经超越软件范畴的时候，这些开源的行动已放弃了“源”的因素，而更倾向代之以“开放获取”或“开放内容”。得以强化的是这些资源的开放性，而无论开放性是在于获取还是使用。随着大量文献将经济学中“公地”概念应用于知识产权，很多项目借用该词汇来描述这一由公开获取和分享行动所产生的、新获得的资源共同体。“基于公地的行动”一词有时用来指代在版权或专利领域中的分享项目。¹⁵⁰

也是从开源软件而来，“版权左派”一词在开放获取机制和描述这些机制的文献中势头大增。其源于一个词语游戏——“版权左派”（copyleft）一词在英语中正好与“版权”（copyright）一词相对，因为“左”（left）与“右”（right）相对，同时也是进步与保守之间的相对（适用于版权左派拥趸们的看法，即与版权权利中的“右翼”（“right-

¹⁵⁰ 见 ROBERT P. MERGES, 《公有领域的新时代》，载于《芝加哥大学法律评论》，2004 年，第 71 卷，第 813 页。

wing”）及专有版权的保守立场相对），“权利”（right）作为法定的权利与“留下”（left）作为对财产的放弃之间的相对。

基于公地的创作还将其触角伸到了专利领域。¹⁵¹ 某些生物技术项目已试图将开源软件中自由分享和集体创作的原则适用于生物技术研究的成果。¹⁵²

基于开源或版权左派许可机制而向公众提供的软件、作品或发明常被说成在公有领域中。这是不准确的，因为根据版权左派许可机制，许可他人使用某人作品的决定并不等同于对版权的放弃，而是对版权权利的行使，尽管其行使的方式不同。开放获取许可机制授权任何使用者复制、发行、传播和在某些时候修改作品。基于此，其可被视为追求与公有领域同样的目标，即：促进对创造性表达的自由获取、使用和利用。从这个意义上讲，它创造了某种公有领域，在垄断权中产生并在垄断权界限之内的公有领域，它可被列为上文所定义的功能性的公有领域。在版权和专利领域中，版权左派战略使人们在不放弃对智力创作成果拥有独占权的同时，建立起自由使用的领域。并且，它有时候通过强制将作品以同样的许可条件进一步发行（见下），防止了其他人将那些创作成果窃为己有。从这一点来讲，它阻止了常常威胁公有领域内容的商品化企图。

开放获取运动，如在其特定的许可条款中所示，也旨在表明在意识形态层面上加强公有领域。所有这些私人行动——从开源软件到开放性专利都表达了从知识产权制度内部推翻它的愿望。在公开获取机制的过程中，版权的行使是为了对知识产权进行分享和社会化，与其特征中的独占性的含义正相反。这些许可机制寻求促使知识产权行使方式的规范发生变化。分享被倡导为一个版权中的新规范。开放获取运动产生了一些具有强大影响的论述和意识形态的声音。它们不仅以不同的方式运用版权，而且希望这种模式可以带来法律自身真实和长久的变化。

2. 主要许可制度之展示

(i) 开源软件

开源软件的历史如今已经广为人知，并被很好地纪录了下来。针对早期许可行为旨在限制对软件的“使用权”和封闭源代码的趋势，理查德·斯托曼（Richard Stallman）设想了一个新的软件发行的模式，以更接近程序员团体的习惯。这个另类的框架被命名为“自由软件”，以传达自由获取和使用软件的理念。

¹⁵¹ S. BOETTIGER 和 D. BURK, 《开源的专利》，载于《国际生物技术法律杂志》，11/12 月，2004 年，第 221 页。

¹⁵² 例如，在 BIOS（开放社会的生物创新）项目中，通过类似于开源软件许可的许可协议公开提供生物研究的工具，该许可协议要求分享改良的结果，并且被许可人不能侵占技术和改良的根本“核心”。被许可人必须同意不阻止其他被许可人使用技术开发不同产品。

于是开源软件的历史走上了不同的道路。理查德·斯托曼创建了“自由软件基金会”（Free Software Foundation），该基金会开发了首个包含自由软件原则的许可，即通用公共许可（General Public License, GPL），并将持续进行管理。一名学生开发的Linux操作系统使得自由软件很快有了市场谱系，展示了这一新模式可能的商业性成功。在1998年自由软件社团发生了分裂，一部分程序员启动了“开源计划”（Open Source Initiative），其目的在于发展不但可被视为与软件工业对抗的，而且可作为商业战略的一部分的开源原则。它们发明了“开源”一词以强调不仅是自由使用，而是有必要让软件源代码可被获得。这次会议还促使了“开源软件定义”（Open Source Definition）的诞生，¹⁵³ 其规定了这一理念的关键要素和条款，它是一个将自己标为开放源代码的软件所必须具备的。这一定义包含了“十诫”，形成了类似认证的标志。它们将一个自由或开源许可应该给予的四个基本自由合并起来：(1) 让任何用户为了任何目的自由地运行程序（例如，无论为商业目的与否）；(2) 获取源代码的权利；(3) 再次散发拷贝的权利；及(4) 改进程序并发布改进的内容（如愿意）的自由。

最终，开源软件运动产生了超过一百个在全球使用的开源软件。GPL占有在市场上如今使用的这类许可中的最大份额。它们中的大多数源自于美国的法哲学和著作。最近由欧盟开发出的一种欧洲式许可，EURL（欧洲公共许可），会与以欧盟法律框架相符的形式应用于软件上。¹⁵⁴

(ii) 知识共享

劳伦斯·莱斯格（Lawrence Lessig），一位著名的网络法专家，追随理查德·斯托曼和整个开源运动，设想将自由软件中的版权左派模式搬到其他形式的创作成果中去。¹⁵⁵ 他于2001年创建了知识共享（Creative Commons, “CC”）项目和组织。知识共享组织的主要目标与自由软件运动一致，即，向用户授予对受版权保护作品进行复制和分发的基本自由，但是其设计了适用于任何类型的文学和艺术作品的许可，而非仅针对软件。

除了制定适用于软件之外其他作品的许可，知识共享项目与用于软件的开源模式的区别还在于：其向作者提供了选择不同类型许可的机会。每种许可向使用者授予的权利不同。当决定将他/她的作品给予知识共享许可时，作者可以选择是否允许作品被使用者修改，是否希望将对作品的使用限于非商业目的，以及是否其希望要求使用者在修改了其作品并向公众传播演绎作品时要授予同样的使用自由。无论作者选择了哪种知识共享许可，在散播作品时应该署名作者的名字。

¹⁵³ 见开源行动的 OSI：开源的定义，<<http://www.opensource.org/docs/definition.html>>。

¹⁵⁴ 见 <<http://ec.europa.eu/idabc/eupl>>。

¹⁵⁵ L. LESSIG, 《自由文化》，见上，第 183–200 页。

知识共享项目提供了六种不同的许可供作者挑选，分成三种基本类型：商业性/非商业性、允许演绎/禁止演绎，以及允许以相同方式共享/禁止以相同方式共享。¹⁵⁶每种许可都向使用者授予在全球范围内免费的、非排他的和永久性的许可，以复制、展示、表演、传播和发行作品的复制件。根据所选择的不同许可类型，还可能授权使用者创作演绎作品或为商业目的使用作品。所有未被许可人明确授予的权利将被其保留，但对版权的限制情形除外。这些版权限制并不会因许可而有所区别。所谓以相同方式共享的许可，意味着要求对演绎作品的进一步散发要以同样的许可条件进行。

每一许可类型都有一些图标标志，代表了该许可授予的基本权利：

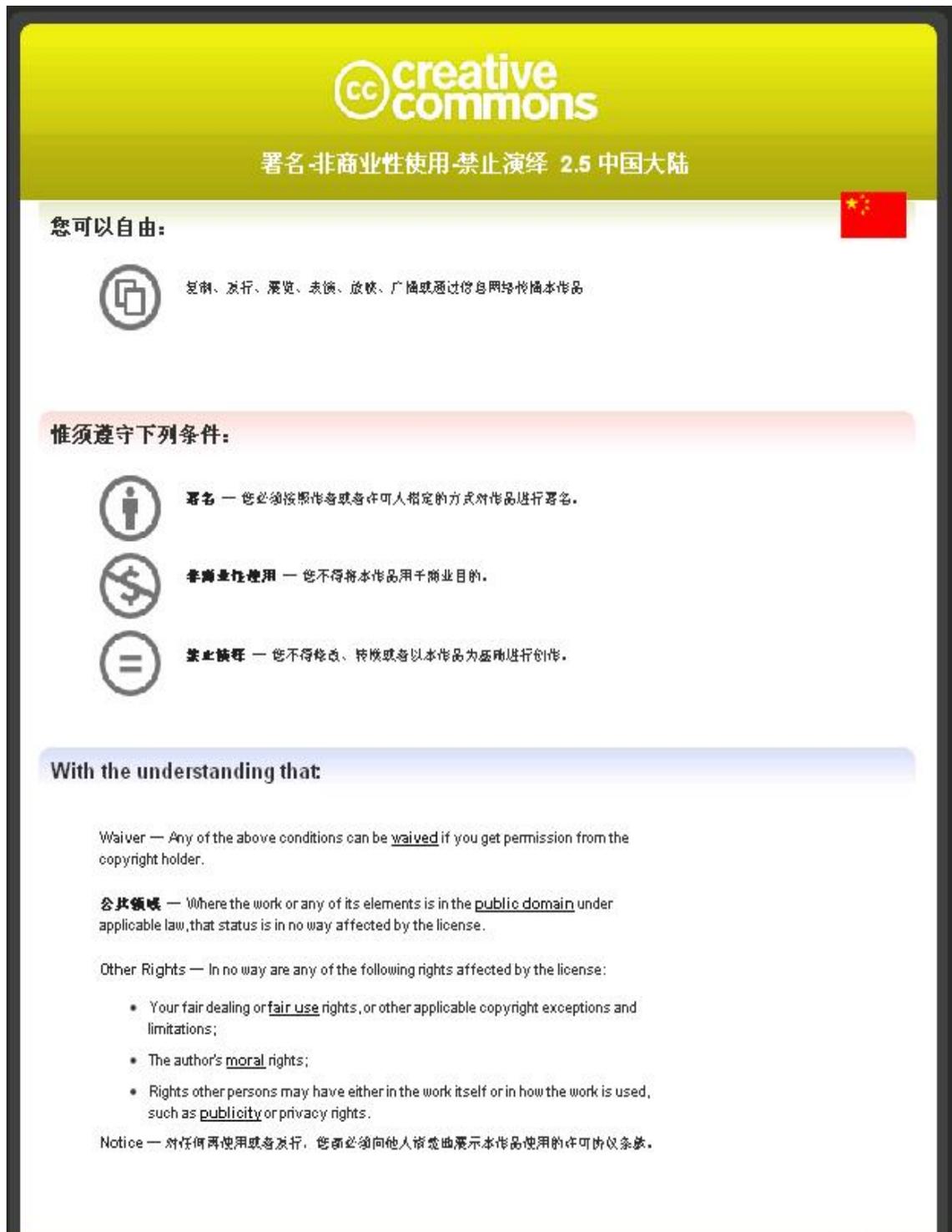
	署名
	非商业性使用
	禁止演绎
	以相同方式共享

一个要求署名——非商业性——以相同方式共享的、通过因特网提供（或在其他地方提供）作品的许可将向使用者表现为下列图标：



¹⁵⁶ 有关这些许可的清单、每类许可的基本信息和对更多信息的链接，见知识共享组织：知识共享许可协议 <<http://creativecommons.org/about/licenses/meet-the-licenses>>。

由于知识共享项目的成功及其（许可类型）可用图标加以表示，一个使用者如获取了含有这些标志的作品，就可以立刻识别出规范对该作品进行使用和发行的条件。使用者还将收到许可条件的概要说明如下：



The image is a graphic for the Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivs 2.5 China license. It features a yellow header with the Creative Commons logo and the text '署名-非商业性使用-禁止演绎 2.5 中国大陆'. Below the header, there is a red box with the Chinese flag. The main content is divided into three sections: '您可以自由:' (You are free to:), '惟须遵守下列条件:' (You must comply with the following conditions:), and 'With the understanding that:' (With the understanding that:). The '您可以自由:' section includes an icon of a document with a plus sign and the text '复制、发行、展览、表演、放映、广播或通过信息网络传播本作品'. The '惟须遵守下列条件:' section includes three icons: a person (署名), a dollar sign with a slash (非商业性使用), and a scale (禁止演绎), each with a corresponding text description. The 'With the understanding that:' section includes three sub-sections: 'Waiver', '公共领域', and 'Other Rights', each with a detailed text description.

您可以自由：

 复制、发行、展览、表演、放映、广播或通过信息网络传播本作品

惟须遵守下列条件：

 **署名** — 您必须按照作者或者许可人指定的方式对作品进行署名。

 **非商业性使用** — 您不得将本作品用于商业目的。

 **禁止演绎** — 您不得修改、转换或者以本作品为基础进行创作。

With the understanding that:

Waiver — Any of the above conditions can be waived if you get permission from the copyright holder.

公共领域 — Where the work or any of its elements is in the public domain under applicable law, that status is in no way affected by the license.

Other Rights — In no way are any of the following rights affected by the license:

- Your fair dealing or fair use rights, or other applicable copyright exceptions and limitations;
- The author's moral rights;
- Rights other persons may have either in the work itself or in how the work is used, such as publicity or privacy rights.

Notice — 对任何再使用者及行，您都必须向他人清楚地展示本作品使用的许可协议条款。

知识共享许可的“可阅读版本”

被许可人可以获得规定了其权利义务的许可协议的全文本如下：

知识共享许可协议（节选）



署名-禁止演绎 2.5 中国大陆

知识共享组织(Creative Commons Corporation)不是一家律师事务所也不对外提供法律服务。提供本许可文本并不导致“律师—当事人”关系的建立。知识共享组织按其现状(As Is)提供这些信息。知识共享组织对于所提供的信息不提供任何担保，也不对因使用该信息而造成的损失承担损害赔偿责任。

许可

本作品（定义如下）的提供是以适用知识共享组织的公共许可（简称“CCPL”或“许可”）条款为前提的。本作品受著作权法以及其他相关法律的保护。对本作品的使用不得超越本许可授权的范围。

如您行使本许可授予的使用本作品的权利，就表明您接受并同意遵守本许可的条款。在您接受这些条款和规定的前提下，许可人授予您本许可所包括的权利。

1、定义

- a. **“汇编作品”**，是指如期刊、文选、百科全书这类作品。在这类作品中本作品以未被修改的形式出现，和其他组成部分一样，它们本身都是单独、独立的作品，集合起来成为一个整体。在本许可定义之下构成汇编作品的作品不视为演绎作品（定义如下）。
- b. **“演绎作品”**指基于本作品，或本作品与其他已存在作品之上而创作的作品，如翻译、编曲、编剧、小说改编、摄制电影、艺术再现、节选、缩写，或其他任何对本作品改造、转换、或改写后的形式。在本许可定义之下构成汇编作品的作品不视为演绎作品。为避免疑义，并为本许可之目的，当作品是乐曲时，将该作品依时间序列关系与动态影像配合一致而形成的结果，视为演绎作品。
- c. **“许可人”**指根据本许可提供本作品的自然人、法人或者其他组织。
- d. **“原始作者”**指创作本作品的自然人或者依法被视为本作品作者的法人或其他组织。
- e. **“本作品”**指在本许可条款下提供的可受著作权保护的作品。录音制品不属于“本作品”的范畴，但是，对它的许可适用本协议中可适用录音制品的条款。
- f. **“您”**指以前就本作品没有违反过本许可条款，或曾违反过条款但已获得许可人明确同意，依据本许可行使权利的自然人、法人或者其他组织。

知识共享许可在全球广泛地适用于受版权保护的作品。知识共享许可使用的国际化是通过知识共享的各国分会的网络的协助才得以实现的。即使该项目是起源于美国的，该项目也早已尝试调整其许可体系以适应各国国内法律框架的要求。为此目的，知识共享组织已经要求各国国内的团队根据本国法律制度将许可协议翻译成它们自己的本国语言。目前，已可根据超过 50 个国家的语言和法律定制的许可协议对作品进行许可，其中三分之

一是发展中国家。¹⁵⁷ 由于知识共享团队对根据国内法律所进行的许可协议翻译工作进行监督和检查，所有这些许可协议被设计成互相兼容且与通用许可兼容，同时给予各方同样的权利与义务。与多数开源许可相比，知识共享许可可能更易于被作者和使用者接受，因为他们可以理解许可协议的语言并能信赖许可协议与本国法相符。

在某种程度上，对于那些愿意考虑以分享作为通常方式分发其创作成果（无论是艺术性、信息性、科学性或功能性的成果）的作者团体而言，知识共享可以说提供了有用的答案。

其他对艺术创作成果的免费许可也有发展，如法国 1999 年建立的自由艺术许可（*Licence Art Libre*），但是对它们的使用没有知识共享许可那样广泛。

(iii) 对科学出版物的开放获取

开放获取的思想观念也传播到科学出版物领域。科学出版物不断被商品化，对科学知识的可获得性不断降低，而开放获取则成为对抗这一趋势的策略。¹⁵⁸ 在科学出版物领域，开放获取的教义已经被应用于对几乎所有科学领域中学术期刊的免费电子发行。这一观念也被用于建立其一个公开获取期刊的中心资源库，如 OpenDOAR（Open Directory of Open Access Repositories），即开放获取资源库的公开目录，其包含了超过 14,000 个学术性开放获取的资料或者期刊的资源。

许多科研机构、大学、图书馆、研究资助机构和出版社签署了《关于自然科学与人文科学资源开放获取的柏林宣言》（Berlin Declaration on Open Access to Knowledge in the Sciences and Humanities），这也有利于在科学出版物领域进行开放获取的观念。该宣言要求签字方相关的作者向所有用户授予在全球范围内免费获取其作品的权利，并且要求这些作品至少在一个在线数据资源库中存储，以达到开放式访问、无限制地传播、互用性和长期存档。¹⁵⁹ 以开放获取的方式出版科学成果或论文越来越成为科研的规范。它并不遵循任何针对开放获取的特定许可协议框架，而是依赖于现有的许可协议平台如知识共享，或让作者或开放获取的资源库起草它们自己的开放获取政策。

¹⁵⁷ 有关这些国家清单，见 <<http://creativecommons.org/worldwide>>。

¹⁵⁸ A. GUADAMUZ GONZÁLEZ, 《开放性科学：科学研究中的开源许可》，载于《北卡罗来纳法律与技术杂志》，2006 年，第 7 卷，第 332 页。

¹⁵⁹ 有关柏林宣言的全文，见《关于自然科学与人文科学资源开放获取的柏林宣言》，见 <http://oa.mpg.de/openaccess-berlin/berlin_declaration.pdf>。

3. 版权左派许可的主要特征

尽管在目标和形式上都存在诸多不同，开放获取或版权左派运动仍显示出某些相同的特征：

(i) 确认知识产权

开发获取的目标，如前所述，不是去放弃版权使作品其进入公有领域，或者使其不受版权保护。相反，开源软件许可协议通常都确认其规范的客体是有版权的。

所有版权左派许可，从开源软件到知识共享，都确认作品中的版权。例如，在GPL的序言中写到“程序开发人员使用GNU GPL协议来保护您的权利，有以下两个步骤：(1) 确认软件的版权；及(2) 向您提供本许可，以允许您合法复制、发行和 / 或修改软件。”¹⁶⁰ 与此类似，知识共享许可强调“作品受版权和/或其他适用的法律保护，禁止任何对作品进行未经本许可协议或未经版权法所允许的使用”。除本许可协议允许或根据使用者可从中受益的国内法允许（如，合理使用或其他对版权的限制）之外，使用者无权对作品进行使用。

因此许可的原则是完全依赖于版权，只有某些使用是被作者明确授权的。人们常常描述开放获取或版权左派许可是“保留某些权利”的选择，而传统上对版权的行使是“保留全部权利”。这一对版权的确认也被视为开源项目中不可分割的部分。因为其通过要求使用者按照类似条件散发修改后的软件并提供源代码，从而要求他们遵守自由使用的逻辑。这些是享受版权人所赋予的自由使用和复制特权所要首先遵守的条件。相反地，将软件置于公有领域将使得后来者可将销售复制件而不用提供源代码，也不用给予使用者广泛的自由使用。后来者也可以通过稍微修改软件而重获垄断性权利。给予自由传播的权利或者确保公众对作品进行欣赏和分享的机制，正存在于版权本身。在版权左派许可下的作品中有版权的存在，但是接触权和对内容的使用权是在独占性的垄断权利中产生的，并向大众授权。

将作品放入公有领域或使它们不受限制地被获得，被认为会危及公有领域内容为公众所获得的可持续性。因为任何对作品的修改都可以获得新的版权，这一新版权可以以专有权利的条款进行许可，甚至不受版权保护的作品也可以在限制性的合同或技术措施下被提供。

因此，版权左派运动选择的策略是利用版权的独占性权利来确保并维护作品及其演绎创作成果的公共可获得性。换句话说，基于共同财产的行动“创造了一个自我约束的共同财产，而非不受限制的公有领域”。¹⁶¹

¹⁶⁰ 见通用公共许可（GPL），3.0版，见<<http://www.gnu.org/licenses/gpl.html>>。

¹⁶¹ A. KAPCZYNSKI, S. CHAIFETZ, Z. KATZ 和 Y. BENKLER, 《解决全球健康的不平等：对大学创新成果的开放许可方法》，载于《伯克利技术法杂志》，2005年，第20卷，第1072页。

但是，某些许可旨在将作品捐献给公有领域，并向其作者了提供放弃其版权的可能性。例如，知识共享提供一种许可，使得人们可以通过CC0许可将其创作成果放入公有领域，¹⁶²从而在法律允许的最大范围内放弃所有与版权相关的权利。我们已经在上文探讨过在许多法律制度中这种向公有领域的捐赠可能导致的困难。

(ii) 反向运用独占性

版权授予的独占性权利是最为基础的权利，包括许可或者禁止对作品进行复制或公开传播的权利。开放获取在于行使权利——*授权*对作品的使用，该使用取决于根据开放获取许可类型而定的某些条件。选择开放获取机制的作者或发明人在行使他/她的权利时，不是去排除而是去授予自由。这种自由有时限于某些目的，或附有此后（的使用者应）给予（他人）同样自由的义务。

由知识产权授予的独占性因此被理解为并非一种排斥性（*exclusionary*）的权利，而是决定不予排斥的自由或垄断权。如果人们坚持说知识产权是关于独占性（*exclusivity*）而非排斥性（*exclusion*）的观点，也是无可厚非的——因为这两个词语并不同义。独占性是一种可以排斥他人的权利，但并不必然导致排斥。

这是与公有领域之间的共同点和不同点。公有领域的特征是没有独占性，并且所有使用者都可以不受排斥地使用不受版权保护的作品。开放获取许可达到了同样的效果，但这是建立在版权保护赋予的独占性基础上之上的。

(iii) 无歧视

大多数开放获取行动的另一个特点是：对任何想要使用版权左派下财产的使用者进行同等对待。授予的自由应该惠及所有使用者，无论是个人使用、学术使用或者营利性使用，对所有的使用情景都适用，无论使用者是否追求商业目的与否。无歧视甚至是对开源软件的许可中强制要求之一。

在某些开放获取机制中，对使用者或者对使用类型进行同等对待的原则受到了一些限制。知识共享许可提供了一个很好的区别对待的例子。作者可做出的基本选择之一，是仅允许为了非商业目的而自由使用或复制，即允许不对使用者类型进行歧视，但可对使用目的进行歧视。这点与公有领域的原则不同，后者中的自由使用并不区分使用者类型或使用情景。

知识共享许可中缺乏对“非商业性”的定义。这使得这一问题复杂化了，因为究竟哪些类型的使用获得准许是不确定的。¹⁶³非商业性实际上是个在版权立法中很少使用的标准，其范围也是不确定的。

¹⁶² 见 <<http://creativecommons.org/publicdomain/>>。

¹⁶³ 就该点而言，见由知识共享组织从事的关于“非商业性”含义的研究报告，见 <http://wiki.creativecommons.org/Defining_Noncommercial>。

(iv) 病毒性或版权左派的影响

某些开放获取许可的重要特征是：要求被许可人以同样的版权左派机制散发其作品或基于其作品的演绎作品，由此阻止（作品或演绎作品）回到专有权体制中。对作品的“自由”发行将沿着对主作品进行散发和修改的链条，像传染病似地扩散。在这个意义上，其被称为病毒性影响或者版权左派影响。它要求把授予被许可人的自由与该被许可人应向后续作品使用者授予同样自由的义务结合起来。因此，这样的许可随着发行链自动地适用于作品的每一新复制件及其每一演绎或改编作品。对受版权保护但以自由模式开发和发行的作品进行修改的人不能对其施加除了原许可允许之外的限制。对每个基于原作品的演绎作品，版权左派许可都为之打上了印记。简言之，这一机制类似于“对禁止的禁止”，其最终目标是保持受许可作品的自由使用，即便其被修改或改进。

版权左派条款并非所有开放获取许可的必要特性，即使是在开源软件中也是如此。在知识共享许可中，只有“以相同方式共享”的许可强制地使后续作品得以自由分享。

病毒性机制有助于分享精神的传播并将其附着在作品之上，该作品的状态是由版权左派的性质决定的，位于独占性的版权和自由的公有领域之间。其也使得许可协议能够约束作品的所有使用者，而通常情况下协议仅约束合同涉及的同方。¹⁶⁴从这一效果上看，版权左派许可常常被视为私人指令工具，因为“关于信息使用的规则制定程序被私有化，且用于界定公众获取信息范围的法定权力现在被授给了私人”。¹⁶⁵

为了使得开源或开放获取机制的传播性能够起作用，该等合同的必要特征是要求用户将许可协议附着在复制件中。只有这样做后，使用者才能散发作品或其改进或修改的复制件。结果是，任何后来的使用者想使用被许可的材料时，总会遇到许可协议。如玛格丽特·雷丁（Margaret Radin）所描述的，这一过程是“试图使得承诺跟着数字客体一起流动”。¹⁶⁶在病毒性的合同中，合同条款伴随

¹⁶⁴ 值得注意的是，对这种许可的资质是有争议的。例如，在美国，许可不被视为适格的合同，同样在民法国家也是如此，如果没有其他法律要素可以使得其被视为合同。一旦它被视为合同，所有合同法律的基本原则应该适用，包括合同的相对性原则——只有同意合同的各方才可以受合同项下的权利和义务约束。

¹⁶⁵ N. ELKIN-Koren, 《一个与公众有关的签订版权合同的方法》，载于 R. COOPER DREYFUSS, H. FIRST 和 D. LEENHEER ZIMMERMAN (主编), 《扩大知识产权的领域：知识社会的革新政策》，2001年，第192页。

¹⁶⁶ M.J. RADIN, 《人类、计算机和有约束力的承诺》，载于《印第安那法律杂志》，2000年，第75卷，第1132页。

着被散发的作品或软件¹⁶⁷，合同随着数字资产一起流动，而且许可协议嵌入在其意图规制的客体之内。它会一直伴随其要规制的原作品或软件的修改版或改进版。因此，版权左派将一个单纯的私人指令效果——其通常仅适用于私人指令工具（如合同）的各方，转变为适用于智力资源自身及其所有使用者的特性。这种保护从合同转变为一种有点奇怪的、类似于对世的财产权（或一种公有领域的状态）。与公有领域发生的情况类似，使用的自由可以被任何人所享用，而且这种自由与作品本身密不可分。

但是，由版权左派合同建立来的对受版权保护作品的规制就使用和获取作品的自由程度而言，并不如公有领域那样完整。即使其看起来随着其适用客体的发行和修改一并传播，版权左派许可的自我传播还取决于很多条件：许可协议的可执行性、在其适用范围内演绎作品的界定、适用于同一创作成果诸多不同部分的不同许可之间的可兼容性，以及其在全球适用的能力。¹⁶⁸相比较而言，在公有领域中的作品是可被自由获得和使用的，不受任何条件或权利保留的限制（除了上文分析过的一些对公共利益的侵蚀）。

即便在表面上和目标上（与公有领域）是相似的，开放获取许可与公有领域比较而言，前者并不如后者那样“公共”，它们有着不同的范围。但是，在作者同意的情况下认可并鼓励开放许可模式，将加强对创造性内容的自由使用和获取，也会从而推动公有领域。

B. 有关公有领域内容的数据

要识别版权意义上公有领域的组成内容，如我们所见，需要很多判断要素，例如确定准据法、适用的法律条文、关于作品的某些数据、其作者、其出版日期和国家、其对某些形式要求的满足等等。这些因素主要用来确定版权保护期，并由此确定我们所提到的“时间性公有领域”，因而这些关键数据是必要的。

某些数据很容易获取，某些则不然。由于根据《伯尔尼公约》的要求，版权的授予不需要形式要件，因此通常没有集中的机构或登记机关来收集作品的所有数据。为了明确作品的版权过期与否，人们不得不寻求不同机构的帮助。图书馆有大量的作品库和列出出版日期、作者姓名及其死亡日期（如已知）的数据库。图书馆目录和其他文化机构编撰了其保藏作品的完善和很有价值的记录。尤其是

¹⁶⁷ 这点在知识共享中尤为正确，因为由作者选中基本条款后，创建许可协议的过程是完全自动进行的，而且作品所附的是数字代码版本。许可是随作品而被提供的。

¹⁶⁸ 更进一步的解释见 DUSOLLIER, 《通过私人指令分享接触知识产权》，载于《芝加哥肯特学院法律评论》，2007年，第82卷，第1391-1435页。

国家图书馆，它们被法律授权管理法定保藏版本（如适用）。出版商、制作者、档案馆或版权登记处（如有）也可以成为关于版权保护作品信息的有用来源。

主要的问题是这些数据来源的分散性。最近出现了许多项目，试图开发一种集中的和唯一的信息来源。例如，在欧盟，ARROW（对权利信息和孤儿作品可获取的登记信息 Accessible Registries of Rights Information and Orphan Works）项目覆盖了国家图书馆、出版商、作者协会和集体管理组织，以力图寻求一种识别权利人、权利的方法并弄清作品的状态。¹⁶⁹欧洲委员会最近也宣布其计划创建一个欧洲作品登记局或欧洲的登记局网络。¹⁷⁰

很多这些努力在尝试对“孤儿”作品的难题进行解答。帮助识别作品的权利人将有利于对减少“孤儿”作品的认定，但是也可能导致确认创作成果已进入公有领域。因此，对“孤儿”作品数据的不断完善，也可为澄清公有领域的内容提供一种充满希望的途径。

数字技术的发展也可将这些数据以电子形式加以表达并将其附着在作品之上。1996 年世界知识产权组织版权条约也涉及到了“权利管理信息”，要求成员国禁止删除或篡改这些数据。但是，这种禁止性规定仅适用于受保护的作品。如何将这种保护延伸到有关不受版权保护的创作成果和公有领域状态的信息，应当作为一个新问题被提出。

当关于作品状态的数据被转换成电子形式并可被搜索引擎或其他软件读取时，人们就提供到了“权利表达语言”（“Rights Expression Languages” REL）。

REL 首先作为数据权利管理系统（Digital Rights Management Systems）的基础被开发出来，而且仅限于受版权保护作品的的数据及它们的使用条件。但现在其更多地被用于告知使用者该作品的公有领域状态或对其适用的开放许可条件。例如，知识共享项目设计了一个信息系统叫做 ccREL，以元数据来表述根据多种知识共享许可机制获得许可的作品所适用的许可条款。ccREL 系统使得计算机能够读取因特网上发现的作品中所附的版权许可条款。某些搜索引擎如谷歌，已经采用这些信息并提供了在因特网中只搜索可免费使用资源的可能性，因为它们根据知识共享条款而被许可。关于公有领域作品的 REL 的发展不如前者，且据我们所知并未用于搜索引擎之上。

¹⁶⁹ 更多信息，见<<http://www.arrow-net.eu>>。

¹⁷⁰ 《欧洲之声》，2009 年 10 月 1 日。

关于公有领域数据的突出问题，无论这种数据以模拟还是数字形式出现，是对它们进行收集、标准化和兼容性。许多现有项目将兼容性问题列为它们的核心目标。

在认定一个作品是否属于公有领域的过程中可能出现的控制和责任也是相关问题。因为对一部作品的公有领域状态的评估是很复杂和棘手的。因此在认定一部作品的状态时可能出现错误，将其错误地标注为不受保护。对此需要进一步研究。

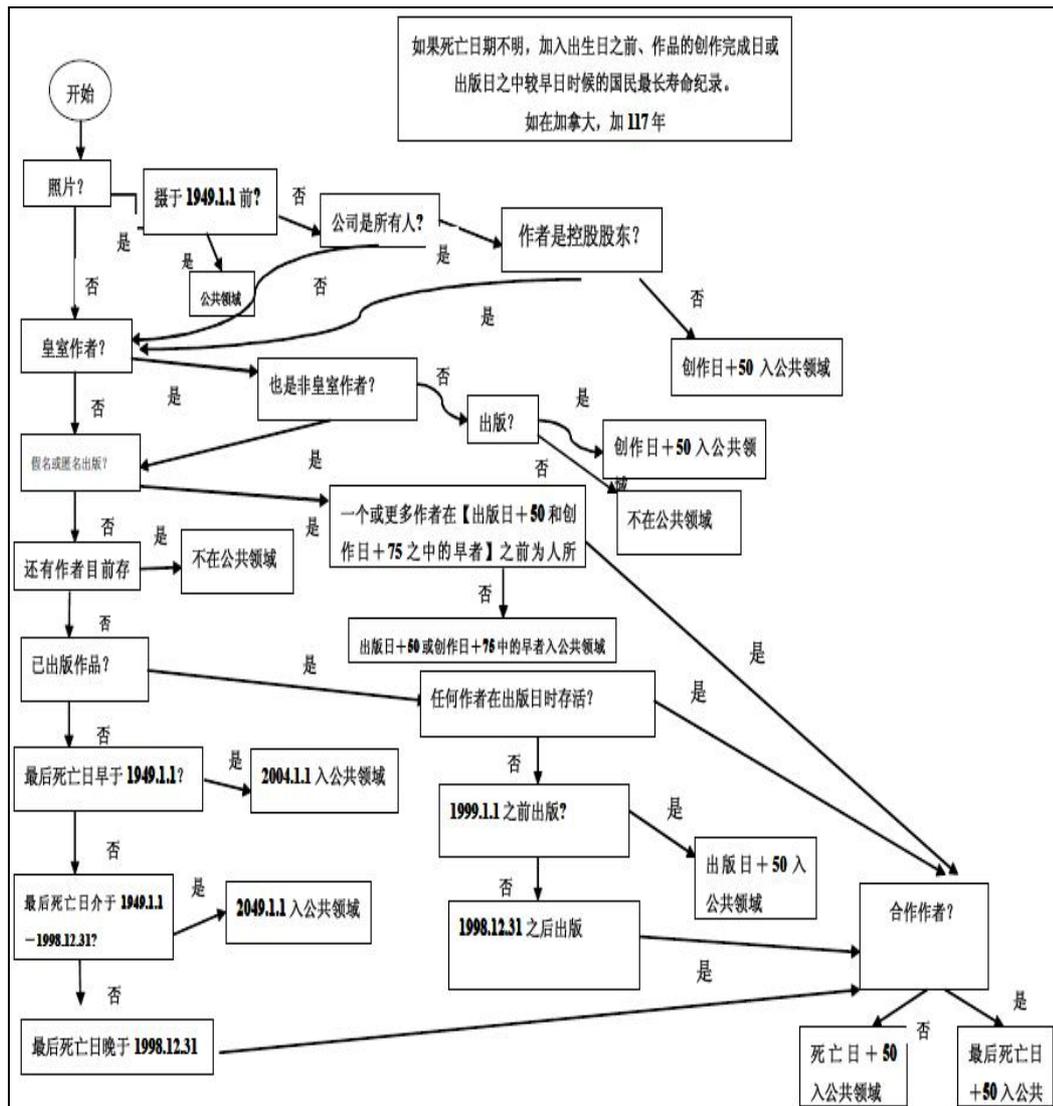
一个实例是关于谷歌图书搜索的第一版和解协议（**Google Book Search Settlement**）¹⁷¹。在这个项目中，被认为属于美国法中公有领域的作品将由搜索引擎全文提供。该和解协议向谷歌提供了一个以任何方式提供作品的避风港，只要该作品根据第一版和解附件 5 中规定的原则被认定为处于公有领域。这些原则事实上授权谷歌自己来确认图书的状态。更准确地说，如果有至少有两个人（谷歌的雇员）对核实图书状态的数据达成一致结论，就足以接受该结论了。这当然不能排除对一个作品的受保护状态提出异议的可能性，但可以使得谷歌在就作品状态获得新信息之前，对该作品的所有使用免除责任。这个实例说明：对作品的公有领域状态进行私人判断的情况越来越多，而且出现了以纯私人指令手段来排除其因判断错误所导致的版权侵权责任。

C. 公有领域计算器

公有领域计算器是近来主要由个人或非政府机构所开发的技术工具，来帮助计算受版权保护的作品何时进入公有领域。该等计算器旨在自动计算在特定法域中作品受保护的期限，并由此确定其被保护或已进入公有领域的状态。

它们通常由两个步骤组成。第一个步骤包括收集适用于版权保护期的法律条文的信息，并将其组织为流程图（即，一系列连续的问题，以帮助确定适用哪个准确的规则）。

¹⁷¹ 见<http://www.googlebooksettlement.com/r/view_settlement_agreement>。



例：由版权接触（Access Copyright）组织、知识共享公司、知识共享加拿大和维基媒体基金会（Wikimedia Foundation）制作的流程图（2008 年 12 月 16 日版）

之后，这些流程图被转换成代码和运算法则，以自动处理由使用者提交的作品信息，并就其版权状态做出回答。

公有领域夏尔巴（Public Domain Sherpa）是目前基于网络对美国法域内公有领域的计算器。¹⁷² 它基于一系列问题和步骤给出一个创造性作品的状态，如下图所示。

¹⁷² 见 <<http://www.publicdomainsherpa.com/calculator.html>>。

状态 帮助 结果

作品是否已经出版? 是

是否在美国出版? 是

作品首次出版是何时? 1956

其出版时是否有有效版权标记? 是

版权保护期是否续期? 否

© 2006 - 2009 www.pdsherpa.com Reset

版权保护期是否续期?

是

否

不知道

状态 帮助

作品是否出版? 是

是否在美国出版? 是

作品首次出版是何时? 1956

其出版时是否有有效版权标记? 是

Back Next © 2006 - 2009 www.pdsherpa.com Reset

状态 帮助 结果

用你想用的方式去使用作品。它们唯一限制就是你的想象力—作出非凡的东西吧!

© 2006 - 2009 www.pdsherpa.com Reset

作品首次出版是何时?

输入年份 : 1956

状态 帮助

作品是否出版? 是

作品是否在美国出版? 是

Back Next © 2006 - 2009 www.pdsherpa.com Reset

公有领域计算器因此结合了两套数据。一方面，由询问作品状态的用户输入的数据，该数据可能与作者死亡日期、首次出版或完成日期或与形式要求（如果有要求）相关。另一方面，是与适用法律有关的数据，该数据被计算器的开发员集成到运算法规之中。

位于英国的开放知识基金会（The Open Knowledge Foundation）是公有领域计算器最大的开发商之一。通过与律师、学者和相关利益集团合作，它们已经开始开发针对多达 17 个国家的这类工具。¹⁷³

¹⁷³ 更多项目信息，见<<http://wiki.okfn.org/PublicDomainCalculators>>。

这些计算器只是显示因版权保护期终止而形成的公有领域状态，由此确定作品是否在我们所说的“时间性公有领域”之中。这是目前评估公有领域最复杂也是最客观的方法，因为与基于缺乏独创性而进入公有领域的情况不同，这是基于确定的数据（如作者死亡时间或出版时间）而认定公有领域状态的。

这些技术工具的关键增值部分是在于通过借助于计算机自动回答，来解决有关版权保护期规则的复杂运算问题，并对多个法域的情况提供答案，而该其他法域的具体规定可能是作品的潜在使用者所不知道的。

但是，人们应该意识到：虽然其有明显的好处，任何公有领域计算器都有其内在局限。

首先，为了使其正常工作并能够提供准确的答案，输入运算法则中关于版权法的数据和被查询作品的信息都必须完整和正确。在计算版权保护期时需要依赖多重因素的国家，有的数据可能对计算器的使用者来说是未知或者难以获得的。任何试图评估一个在 1978 年之前出版的美国作品的版权状态，但是不确切地知道该作品出版时是否有版权标记且最终被更新的人都将理解这点。如果有关作品的信息或应适用的版权法规定是错误的，将损害法律的确定性。就后者而言，延长版权保护期时可能发生的恢复版权的情况，或适用于外国作品的保护期比较规则（如果适用），都应被考虑进去。

计算器使用者应该意识到艺术作品及其诸多表现形式之间的区别。对文学创作成果如小说可能以不同的翻译或改编形式进行演绎。当查询某一创作成果是否处于公有领域状态时，人们应该可以区分原始作品和其译本。其中一个可能在公有领域，但另一个却不在。公有领域计算器应该集成可以做出区分的问题。

更重要的是，公有领域计算器是以特定的法域为基础开发的，这是正确的。因为正如我们在上文所看到的，公有领域的范围将根据对作品寻求保护地的国家而定。但这种地域性引发了很多问题。当使用者试图以公有领域作品为基础创造出某些新东西，或者以其他方式使用该公有领域作品时，其必须确定该作品在任何其准备利用作品的地区都是不受保护的。公有领域计算器的积极结果（也即某作品属于公有领域）可能对其他国家而言是不正确的。此外，《伯尔尼公约》第 7 条第(8)款规定的，并且在多国适用的比较保护期规则（见上）不应在保护期的计算中被忽略。但是，这将要求运算法则集成所有其他国家适用的保护期规则，以进行保护地国法和来源地国法的比较。

由计算器固有的地域性所引发的问题可能通过开发一种国际超级计算器来解决吗？可能的，但是这要求等待国内项目的完整开发并委托一个国际机构来从事这个大项目。

结论是，公有领域计算器可能永远也不会完美无缺，充其量是提供作品公有领域状态的近似答案。在大多数情况下，作品受保护或不受保护的状态是可获知的，但它始终留下一个无法获得确定答案的灰色地带，这点要么是因为缺少某些关键数据，要么是由许多相关法律被牵涉进来而造成的。

D. 登记制度

网络上现在越来越多地出现私人的作品登记系统。它们通常不认定作品或创作成果的公共状态或受保护状态，而仅提供永久性附在作品上的电子权利信息语言。这些登记也可在审理中作为证据，通常以数字签署的登记证书形式提供。总体来说，提供这些服务的公司既为受版权保护的作品提供登记，也为经由开放许可或版权左派许可的作品提供登记，但并不涵盖公有领域作品，除非是由作者捐赠给公有领域的作品。例如，专长于标记和登记开放许可作品的公司或网站有位于西班牙的“安全创作”（**SafeCreative**）（它们和知识共享项目有紧密合作）¹⁷⁴，“公地登记”（**Registered Commons**）¹⁷⁵和纳姆利（**Numly**）公司¹⁷⁶。

E. 关于公有领域内容的数据库和搜索引擎

基于公有领域计算器、权利信息语言和其他可以评估作品状态的数据，一些网站现在提供公有领域作品的数据库，目标在于推广该等作品。著名的该等数据库有古登堡项目（**Project Gutenberg**）¹⁷⁷，其专注于文学作品并可以下载相关图书；由开放知识基金会（**Open Knowledge Foundation**）设立的公有领域作品数据库（**Public Domain Works Database**）¹⁷⁸；或公有领域电影数据库（**Public Domain Movie Database**）¹⁷⁹。其他网站专于提供受版权保护但是根据知识共享或其他自由许可条款而获得许可的作品，例如提供免费音乐的嘉门多（**Jamendo**）网站¹⁸⁰。

这些数据库常常被一个公有领域中反复出现的问题所约束，即它的地域性问题。大多数时候它们只确认作品在一个法域中是属于公有领域的，但是建议使用者去核实作品在其他法域的状态。例如，在古登堡项目网站上，人们可以免费下载詹姆斯·乔伊斯的《尤利西斯》，该作品据称在美国法下处于公有领域。乔伊斯于 1941 年过世，其作品在欧洲只有到 2012 年才进入公有领域。由于作品的状态在不同国家可能不同，该等数据库充其量能在一个法域作到准确，这取决于法律规定和它们使用的公有领域计算器。但使用者并没有经常意识到这些限制。

¹⁷⁴ 见 <<http://www.safecreative.org>>。

¹⁷⁵ 见 <<http://www.registeredcommons.org>>。

¹⁷⁶ 见 <<http://www.numly.com>>。

¹⁷⁷ 见 <<http://www.gutenberg.org>>。

¹⁷⁸ 见 <<http://www.publicdomainworks.net>>。

¹⁷⁹ 见 <<http://pdmdb.org/>>。

¹⁸⁰ See <<http://www.jamendo.org>>。

很多这类数据库提供者都很小心地否认自己承担任何因认定作品状态而导致的责任，并建议它们的使用者在希望公开利用作品的情况下，应自行核实作品的状态。

人们不应忘记公有领域作品的第一个数据库可能还是老图书馆和其他文化遗产机构。它们对数字图书馆的发展常常基于它们大部分藏书的公有领域性质。两个例子就足够了：欧盟设立的欧洲数字图书馆（*Europeana Digital Library*）¹⁸¹作为国内机构的门户，已经提供了对超过 500 万作品的自由获取，而由联合国教科文组织设立的世界数字图书馆（*World Digital Library*）包含有关世界遗产的 1250 份关键文件。¹⁸²对于旨在加强获取公有领域内容的公共政策而言，这些受公共资金资助的项目将必然构成其核心部分。

F. 对公有领域工具的初步结论

所有被开发用于识别、认定或登记作品受版权保护或者不受保护状态的工具都会导致相当大的成本。这些成本有时由个人或非政府组织承担，有时由公共机构如图书馆或国家登记机构承担。任何推广公有领域的项目都必须解决这些成本问题，或者找到激励非政府机构的单位或个人去积极参与的途径。一个关键目标应当是使发展中国家参与其中，而它们没有同等的机会和可能性去开发昂贵的公有领域工具。

五、公有领域的保护及建议

积极保护公有领域，以防止对公有领域私有化，已是很早就有的呼声。在兰格（*D. Lange*）关于公有领域的著名论文中，他早在 1981 年就要求承认公有领域的法律地位。¹⁸³这一法律地位还未在国际或者国内层面上被创立。然而，在判例法和学界中对公有领域作品的某些保护正在出现，这些可以成为就保护公有领域、更好地获得和使用公有领域而提出关键原则与建议的基础。

A. 对公有领域的现有保护

在为本研究目的所调查的国家中，公有领域看来在判例法和制定法中都越来越重要。

某些国家已经在它们的著作权法立法中增加了对公有领域的明确定义并加以引用，如阿尔及利亚、巴西、智利、哥斯达黎加、肯尼亚和卢旺达。¹⁸⁴大多数时候，定义主要在于描述公有领域包含何种内容，但并未同时规定规范性后果。至多，法律表述了附身于公有领域的自由使用规则，如智利（第 11 条“共同文化遗产作品可以被任何人使用，但应尊

¹⁸¹ 见<<http://www.europeana.eu>>。

¹⁸² 见<<http://www.wdl.org>>。

¹⁸³ *D. LANGE*，《承认公有领域》，载于《法律与当代问题》，1981 年，第 44 卷年，第 147 页。

¹⁸⁴ 完整定义见附件表 3。

重作品完整权和署名权”）或哥斯达黎加（第 7 条“任何人可以任何形式或方式自由使用属于公有领域的作品”）。

在法国，某些学者¹⁸⁵已经开始根据民法中不属于任何人之物（*choses communes*）或公共财产（*commons*）的概念，研究对公有领域的积极保护。该概念出现在法国民法典（其他基于法国的体系也是）第 714 条之中。公共财产被定义为“不属于任何人，且所有人可共同使用的物”。

在版权中，同时也在专利法中，将公有领域从术语的法律含义上看作公共财产或公用物（*res communis*）并没有太大争议。但是新的情况是：试图在公有领域上附加一种资格或地位，使公有领域免于受到侵蚀或被垄断权所重新侵占。¹⁸⁶公有领域作为公用物的资格意味着两个后果。第一是禁止对作为一个整体的作品恢复垄断，即使对其中的一部分恢复垄断权也是如此。（如上文所述的将公有领域作品注册为商标），第二是确保作品的集体使用：每个公众成员应该有权使用、修改、利用、复制公有领域作品并基于公有领域作品创作新作品。公共财产的集体性质进一步激发了保护它的责任，就像保护环境公地一样。

如果公有领域制度的目标是确保自由获取和使用（公有领域作品）并排除任何独占性，则法国法对公共财产法律地位的理解（或至少像由本文引用的学术论著所捍卫的那样），可以为这种制度砌下第一块砖石。依靠公有领域作为“公共财产”的资格，判例法可以禁止任何对其重获垄断权利的企图。

这儿有些做出这样的努力的例子。还是在法国，法院已经限制两个作者行使著作权。他们曾在一个公共和历史性广场——里昂的沃土广场（the Place des Terreaux in Lyon）中恢复重建（作品）并增加了一些当代艺术作品，而限制的理由是组成广场的历史性建筑具有公有领域性质。¹⁸⁷有一家公司出售含有广场（包括这些作者受保护的作品）照片的明信片，而针对这一行为，这些作者则想行使其对重建的独创性作品的著作权。判决的核心论点是：就自由复制公有领域作品的要求而言，（古）建筑的公有领域性质必然会对作者们演绎作品著作权的行使形成约束和限制。否则，公有领域作品可以经重建或修改而间接地恢复受版权保护的状态。该判决在上诉中主要基于不同的理由被维持，即使如此，上诉法院指出“授予作者对广场新设计的著作权不应损害公众（对公有领域作品的）欣赏”¹⁸⁸，这点仍然认可了对公有领域及其固有的集体性使用的积极保护。

¹⁸⁵ S. CHOISY, 见上; M.A. Chardeaux, 见上, 第 230 节。

¹⁸⁶ 这一解释主要由 M.A. Chardeaux 作出, 《共有之物》。见上。

¹⁸⁷ TGI 里昂, 2001 年 4 月 4 日, *RIDA*, 2001 年 10 月, 注 S. CHOISY。

¹⁸⁸ 里昂, 2003 年 3 月 20 日, 《通信—商务电子》, 2003 年 9 月, 注 C. CARON. 最高法院基于不同的理由维持了判决, 并没有提及原始作品的公有领域性质。见 Cass., 2005 年 3 月 15 日, 见: http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/arret_no_632.html。

这一逻辑应仅在行使演绎作品的著作权会完全阻止并否认公有领域时才能准予应用。它不得被理解为：作者对其基于公有领域内容而创作的任何作品的合法独占性权利变得一文不值。法国沃土广场的案子在这方面处理很得当。明信片并没有仅仅或主要反映当代作品，而后者与历史广场已经融为一体，因此在拍摄广场时不顺带地拍摄仍受保护的作品是不可能的。

在一个上文分析过的案子中，法国最高法院在暗示永久精神权利时，也同样以公有领域为充分依据限制雨果的后人行使著作权，防禁止对雨果著名小说之一进行改编。¹⁸⁹

美国判例法中也有大量案例，引述自由复制公有领域内作品或发明创造的原则，以及通过州立法禁止恢复对公有领域进行独占性保护。¹⁹⁰

公有领域的积极状态还可在欧洲法院或者其总法律顾问的意见中找到痕迹。我们已经在上文看到：总法律顾问在一个商标案件中的意见。在该案中，他基于公共利益的理由，禁止一个商标获得注册。因为该注册将导致对一个专利过期的发明再次形成垄断权¹⁹¹。其论点足够宽泛，以至于可以适用于通过商标注册导致对公有领域作品重获独占权的其他尝试。同样，只有当新（的注册商标）权利垄断了所有使用行为，导致损害作品的公有领域状态时，才应当禁止对该商标的注册（见上文关于商标的论述）。

一些国家在防止公有领域被垄断权重新侵占的努力中更加激进。智利最近修改了著作权法，针对使公有领域作品重新获得权利的企图引入新的刑事罪名。新的第 80 条现在禁止：

- 任何人在明知的情况下，以非真正作者的名义复制、发行、提供或者向公众传播公有领域的作品；
- 任何人欺诈性地对属于公有领域的作品请求经济权利。

这一保护是双重的。第一重与精神权利中的署名权相关，其处罚任何对公有领域作品虚假署名的人。第二重与禁止对公有领域内容重获独占性权利相关，其处罚任何试图对公共利益内容要求独占性权利的人。它看起来并不禁止就提供公有领域作品要求报酬，否则可能会因缺乏激励而打击对公有领域作品进行商业性利用的兴趣。取决于对这一条款的解

¹⁸⁹ Cass. 2007 年 1 月 30 日, *JCP G*, 2007 年, 第 29 页, 注 C. CARON。

¹⁹⁰ 例如, 见 *Compco Corp 诉 Day-Brite Lighting 案*, 376 U.S. 234 (1964) (“当一物不受版权或者专利的保护时, 州法不能禁止其他人复制该物。美国宪法第一条以及用于实施宪法的联邦立法中包含一项联邦政策, 即如果专利和版权法将一物置于公有领域, 则可自由获取其复制件, 此时如果禁止复制, 则与此联邦政策相冲突”), 以及其他判决, 引自 T. OCHOA, 见上, 第 248 页。

¹⁹¹ 总法律顾问 R.J. Colomer 意见, 2002 年 10 月 24 日, *Linde 案*, C-53/01 至 C-55/01, 第 29 页 (欧洲法院判决, 2003 年 4 月 8 日)。

释，看来只有那些故意人为地使（公有领域）作品重获某些独占性权利的行为才构成犯罪。

所有这些例子表明了一种复兴的兴趣：构建一个使公有领域免受不当或过分侵蚀的机制。它们也提供一些有趣观念，作为构建这一机制的基石。

B. 健全公有领域的核心目标

对公有领域价值和内容的评估已经说明：如果一个健康繁荣的公有领域在文化和民主参与、经济发展、教育和文化遗产发展中扮演着重要角色，那么多数版权法缺乏对公有领域结构的规定，以及缺乏对公有领域作为版权对立面的消极定义，均削弱了这些目标。

识别公有领域的诸多组成部分并不容易，并由于地域性和准据法的规则变得更为复杂。公有领域被定义为不受知识产权保护的东西，也使得公有领域的领地随着版权自身范围的变动（通过对保护条件的宽松解释或者对保护期的持续延展，以及有时在延展时具有溯及力）而变化。一旦进入公有领域，不受保护的成分或已过保护期的作品无法获得一种法律地位，以确保对其进行自由使用，或使其免于通过其他知识产权、通过对其重新获取版权或通过技术措施而使其受到新的垄断或独占。

一个健全的公有领域政策将首先有助于在一个特定法律制度中识别和铭记公有领域，以将其从垃圾或从版权保护的空白区域（这是公有领域主要存在的区域）中区分出来。这就要求赋予公有领域以实质性内容，无论是在识别公有领域还是在承认其法律地位方面。

（公有领域）作为版权保护的对立面，并不必然等同于知识产权中没有价值的部分。由于知识产权具有独占性和对抗性的特征，公有领域应与之相反，在非独占性和非对抗性的基础上运作。这些特征是其任何价值源于集体性、无对抗性使用和不受侵占性的公共财产具有的典型特征。

这种非独占性和非对抗性规则的有效性将强化公有领域，并应以规范性的规则加以表达，以拒绝任何独占性权利和对自由使用¹⁹²及公众可获得性的妨害。

这必将涉及下文所述的重要原则。正如在《发展议程》第 20 条建议中所述的：

- 识别公有领域内容的**确定性**要求：为了使得经济发展、后续创新、教育或消费性使用在公有领域的基础上发展繁荣，一个重要步骤就是以最精确和确定的方式来识别公有领域。确定公共利益的范围永远无法成为一门精确的科学，也不是在确定版权的范围。但是，法律规则应该被澄清或简化，并应开发和提供协助识别（公有领域）的工具。
- 公有领域内容的**可获得性和可持续性**要求：如果一部作品仅在理论上归属于

¹⁹² 自由更多的是指法律或技术上的不受限制，而非免费，即使公有领域的逻辑也是将作品的成本减少为制作（复制件）的成本。

公有领域，但无法有效地获取和使用，就不会有太大的价值。为公有领域制定的政策应加强公有领域的可获得性，获取的有效性以及可持续性。获取的有效性以及可持续性意味着：公有领域应可被重新使用和利用，且其内容应为后代的利益而被保护和维护。

- 由法律保障的**非独占性原则**应适用于公有领域：公有领域不受版权保护、可对公有领域进行自由使用的规则，应由法律确立和维系。其方法是禁止对公有领域中的内容进行商品化或重新获得私权。
- 由法律保障的**非对抗性原则**应适用于公有领域：公有领域不受版权保护，应意味着对公有领域资源进行有效地集体性使用，还暗示应确保无歧视地获取、支持和使用公有领域内容。

这四个原则可以在有关公共财产的经济理论中找到支持，无论这种公共财产是有形还是无形的。其坚持利用公共资源的公平性、效率性和可持续性。¹⁹³知识性公共财产面对的危险与物质性公共财产不同，因为它们较少面临着损耗的风险。但是，无形公共财产如知识或者公有领域的可持续性，将要求确保对它们的有效获取和保护，以避免无形公共财产被漠视和淡忘。组织对公有领域进行保藏将是保护公有领域中重要的一环。多年来这一任务被委派给了图书馆，而且图书馆越来越多地负责编目、维护和数字环境中提供知识。在致力于培养丰富的公有领域的努力中，图书馆因此而成为一份子。¹⁹⁴

从上述原则中可以引出以下的建议。

C. 建议

构建公有领域的积极体制，以支持上文强调的原则。这将要求在版权法中采用规范性规则，并制定确保对公有领域进行获取、享用和保护实质性条件。

由于这方面的努力是多方面的，而且不限于对知识产权法律的正式修改，因此很难给出具有规范性效果的精确建议。在国内法层面上的行动可能更为适当。以下建议绝非提议对版权的范围或保护期进行限制，因为版权范围与保护期主要是国内公共政策所要解决的问题。

在国际层面上，可以推行以下理念：

- 就**识别公有领域**方面而言：

¹⁹³ 例如，见 C. Hess 和 E. Ostrom，《将知识理解为公共财产——从理论到实践》，麻省理工出版社，2006年，第5-6页。

¹⁹⁴ C. Hess 和 E. Ostrom 已经对其进行了理论化，他们已经分析了将图书馆作为知识的公共资源机构的模式（见 C. Hess 和 E. Ostrom，《思想、手工艺品以及设施：将信息作为资源公共池》，载于《法律与当代问题》，2003年，第66卷，第111-145页）。

- 用于确定公有领域的地域性规则应被进一步评估。在这方面难以给出建议，因为以来源国法取代保护地法只不过将不确定性换了地方。使用者应根据作品来源国法来确定其使用资源的状态，即使对作品的利用只发生在一个国家也是如此，而不是在面对在不同法域利用创造性内容时，考虑不同国家法律的情况。
 - 对于《伯尔尼公约》第 7 条第(8)款规定的适用于保护期的比较规则，其导致的难题应该至少被评估。
 - 主动放弃作品版权和捐赠给公有领域的行为，应该在国内法允许的限度内（可能排除对精神权利的放弃）并在符合正式表达、作者知情并自由同意的条件下，作为一种合法行使作者权和版权独占性的做法而被认可。对此应做进一步的研究。
 - 应该考虑对适用保护地国内法这一原则制定例外或削弱该原则，以便当捐赠在作品来源国有效时，（寻求保护国与来源国）互相认可对公有领域捐赠的有效性。
 - 孤儿作品问题应该在国际层面上解决，或至少，《伯尔尼公约》的成员国之间应互相认可对方所认定的孤儿作品的地位（但在其他国家识别或寻找作者的问题可被解决的除外）。世界知识产权组织还应该协助建立关于作品的信息网络，以便于识别孤儿作品的作者。这将澄清孤儿作品受保护还是不受保护的状态。
 - 国际社会应该贡献力量以开发技术或信息工具，以识别公有领域的内容，尤其是在涉及版权保护期的情况下。这些工具可以是作品的数据库汇编、公有领域作品的数据库或者公有领域计算器。对这些工具进行国际性的交叉运作和交叉引用尤为重要。
 - 可对 1996 年世界知识产权组织条约进行修订，以在“权利管理信息”的定义中纳入任何与公有领域作品相关的电子信息。
- 就**公有领域的可获得性和可持续性**方面而言：
- 公有领域的可获得性应该被加强。这项工作尤其应通过与文化遗产组织和联合国教科文组织（通过其保存无形文化遗产的工作）的合作而进行。
 - 应在国内法层面鼓励实施法定保藏要求，这可能涉及对发展中国家进行财政和后勤方面的帮助。在国际层面，应该建立起保藏作品的目录

和交叉索引。

- 应认可和支持文化遗产机构和诸多图书馆在对公有领域作品进行标识、编目、保藏和提供方面所起的作用，在数字环境中尤其如此。
 - 应从资金资助和激励角度进行研究，以找到推广公有领域内容的披露和利用的方法。研究内容可包括付费使用公有领域的工具，以此作为促使公有领域作品的商业使用者通过很小的投入，参与由公共机构从事的收集和维持公有领域内容的工作。当精神权利永久受保护时，应有可以控制滥用披露权或保护作品完整权的手段。
 - 无论在国际还是国内层面上，对版权和相关权范围或保护期的扩张和延展应该考虑对公有领域可持续性的实证影响。
- 就**公有领域的非独占性和非对抗性**方面而言
- 应找到法律手段来防止对进入公有领域的作品重获独占性（无论是通过其他知识产权（商标或数据库权）、财产权、其他法律权利或者技术保护的方式），只要这些独占性与版权的范围或效果相类似，或者其会损害公有领域的非对抗性或对公有领域作品的共同使用。
 - **1996** 年世界知识产权组织条约应该被修改，以禁止以技术手段限制对进入公有领域的作品进行复制、公共传播或提供。对应用于公有领域的技术保护措施进行保护是缺乏法律基础的，因为公有领域状态应确保（对作品）进行重新使用、修改、复制和传播的权利。还应澄清：使用技术措施的数字内容中，只有其实质性部分是受保护的作品时，对用于保护该作品的技术措施才能适用反规避规则。那些主要用于保护公有领域作品，仅顺带涉及少量受版权保护作品的技术措施，不应享受法律保护。
 - 既然《伯尔尼公约》的缔约国需要在其领域内尊重其他国家授予的知识产权，它们应该认可其他国家界定的公有领域状态并防止对在其他地方处于公有领域的内容进行私有化。

附件：— 比较分析

对下列各国版权法/著作权法进行了考察¹⁹⁵。

- **阿尔及利亚**：2003 年 7 月 19 日-1424，《著作权法》，第 03-05 号法令，（Ordonnance n° 03-05 du 19 Jourmada El Oula 1424 correspondant au 19 juillet 2003 relative aux droits d'auteur et aux droits voisins）
- **澳大利亚**：1968 年《版权法》，对 1968 年第 63 号法案进行修订（现为 2008 年第 113 号法案）
- **巴西**：1998 年 2 月 19 日，《著作权和邻接权法》，第 9610 号法案（Lei N° 9.610, de 19 de Fevereiro de 1998-Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências）
- **智利**：《知识产权法》，第 17.336 号（1970 年）（最后一次修订于 2010 年 5 月 4 日，第 20435 号法案）
- **中国**：《中华人民共和国著作权法》，1990 年 9 月 7 日第七届全国人民代表大会常务委员会第十五次会议通过，根据 2001 年 10 月 27 日第九届全国人民代表大会常务委员会第二十四次会议《关于修改〈中华人民共和国著作权〉的决定》修正
- **哥斯达黎加**：《著作权和邻接权法》第 6683 号法案（最后一次修订于 2000 年 10 月 10 日，第 8039 号法案）（LEY N° 6683 de Derechos de Autor y Derechos Conexos）
- **丹麦**：2006 年 6 月 30 日，第 763 号，《著作权法汇编》
- **法国**：《知识产权法典》，1992 年 7 月 1 日（知识产权法典），最后一次修订于 2009 年（知识产权法典）

¹⁹⁵ 对各国法律的分析得益于下列专家的帮助：Alberto Cerda（智利），Heyyoon Choi（韩国），Jessica Coates（澳大利亚），Andrew Christie 教授（澳大利亚），Andres Guadamuz（哥斯达黎加），Marisella Ouma（肯尼亚），Marco Ricolfi 教授（意大利），Thomas Riis 教授（丹麦），Manuela Rotolo（巴西），Myriam Sanou（对非洲知识产权组织、卢旺达，阿尔及利亚和肯尼亚的法律条文进行了分析），Stefano Sciacca（意大利），Kuljit Singh（马来西亚），薛虹教授（中国）。

- **意大利**: 1941 年 4 月 22 日, 第 663 号, 《著作权保护法》, 最后一次修订于 2008 年
(Legge 22 aprile 1941, n. 633, sulla Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio)
- 肯尼亚: 《版权法》, 2001 年第 12 号法案
- **韩国**: 《韩国著作权法》, 最后一次修订于 2006 年 12 月 28 日, 第 8101 号法案
- 马来西亚: 332 法案, 即《1987 年版权法》, 最后一次修订于 2002 年, A1139 法案
- 卢旺达: 2008 年 3 月 31 日, 《知识产权保护法》
- 美国: 《美国法典》第 17 编之《美国版权法及相关权利法》

附件一：公有领域的组成部分

国 家	公有领域的定义	实质上的公有领域	公有领域的客体			时间性公有领域	政策性公有领域		自愿性公有领域
			独创性	固定要求	外国作品	版权保护期	官方文件	其他排除保护的情形	放弃版权
阿尔及利亚	已过保护期限的国家文学艺术作品（第 8 条）	思想（不明确） 日常新闻（第 47 条）	无独创性的成果（《版权法》第 3 条）	无	国际条约未涵盖的外国作品（第 162 条）	<ul style="list-style-type: none"> - 其作者死亡超过 50 年的作品（第 54-55 条） - 发表超过 50 年的集合作品、笔名作品和匿名作品，视听作品，遗著（第 56-58, 60 条） - 创作完成超过 50 年的照片和实用艺术品（第 59 条） 	法律，法规，公共机构的行政规定，法院裁决，以及相应的翻译（第 11 条）	-	不确定
澳大利亚	-	思想（不明确）	无独创性的成果（第 32 条）	未固定的作品	可适用的国际条约未涵盖的	- 其作者死亡超过 70 年的作品（第 33	无（皇家版权）	-	不确定

					外国作品	条) - 作者死亡后才予以发表, 并且发表超过 70 年的作品 - 发表超过 70 年的匿名作品/ 笔名作品 - 发表超过 70 年的录音制品、电影 (前提是在 1969 年 5 月 1 日之后制作完成) - 为联邦或各州政府部门或机构制作的材料, 其制作完成或首次发表距今 50 年 - 1955 年前发表的作品, 且其作者于 1955 年前死			
--	--	--	--	--	------	--	--	--	--

						<p>亡</p> <ul style="list-style-type: none"> - 1955 年以前发表的匿名和笔名作品 - 1955 年前拍摄的照片 			
巴 西	<p>第45条:</p> <ul style="list-style-type: none"> - 已过保护期的作品 - 作者去世后无继承人的作品 - 作者身份不明的作品 (民间文学) 	<ul style="list-style-type: none"> - 思想, 标准程序, 系统, 方法或数学工程或概念本身 (第 8 I 条) - 表现思想活动, 游戏或商业经营的图表, 计划或规则 (第 8 II 条) - 共同使用的信息, 	无独创性的成果 (不明确)	-	<ul style="list-style-type: none"> - 国际条约未涵盖的外国作品或者来自不给予巴西作者著作权保护的国家的作品 (第 1 条) 	<ul style="list-style-type: none"> - 期刊出版物的标题 (出版一年后, 如果是年度出版物, 则是两年后) (第 10 条) - 其作者死亡超过 70 年的作品 (第 41-42 条) - 发表超过 70 年的匿名作品/笔名作品 (第 42 条) - 公开超过 70 年的视听作品和摄影作品 (第 44 条) 	<ul style="list-style-type: none"> - 仅仅由国家、各州、联邦区或各市政府资助 (而创作) 的作品 (第 6 条) - 条约或公约, 法律, 法令, 法规, 司法判决以及其他官方制定的文本 (第 8 IV 条) 	<ul style="list-style-type: none"> - 作者去世后无继承人的作品 (第 45 条) - 作者身份不明的作品, 但其中的民族和传统知识受法律保护 (第 45 条) - 空白表格及表格上所附说明, 这些表格需用 	不确定

		如包含在日历、日记、登记簿或传说中的信息（第 8 V 条） - 对作品中体现的思想进行工商业利用（第 8 VII 条） - 作品的科学/技术性内容（第 7(3)条）				- 1988 年 6 月 20 日时属于公有领域的作品		各种科学或其他信息进行填充（第 8 III 条） - 孤立的名字和标题（第 8 VI 条）	
智利	第 11 条（共同文化遗产） - 保护已过期的作品 - 作者不	思想（非明文）	非原创作品	-	不受国际条约保护的外国作品（第 11 条）	- 作者死亡超过 70 年的作品（第 10 条、第 12 条） - 出版超过 70 年的匿名作	不，但有争议。最高法院认为：官员的演讲	国家没收的作品（第 11 条，目前没有）	捐给公有领域的作品（第 11 条）

	<p>明的作品（含民间文艺）</p> <ul style="list-style-type: none"> - 作者放弃版权的作品 - 外国作品 					<p>品或笔名作品，未出版的，创作已超过 70 年的作品（第 13 条）</p>			
中国	-	<ul style="list-style-type: none"> - 思想（第 3 条） - 时事新闻（第 5 条第 2 款） - 历法、通用数表、通用表格和公式（第 5 条第 3 款） 	无独创性的成果	-	<p>国际条约未涵盖的外国作品（第 2 条）</p>	<ul style="list-style-type: none"> - 其作者死亡超过 50 年的作品 - 发表超过 50 年的法人作品、职务作品、电影作品以及摄影作品 	<p>法律；法规；国家机关的决议、决定以及命令；其他具有立法、行政或司法性质的文件；以及官方正式译本（第 5(1)条）</p>	<p>依法禁止出版、发行的作品（第 4 条）</p>	<p>不确定</p>
哥斯达黎加	-	<p>思想，程序，方法以及数学概念本身（第 1</p>	<p>无独创性的成果（第 1 条）</p>	-	<p>国际条约未涵盖的外国作品（第 3</p>	<p>- 其作者死亡超过 70 年的作品（第 58-59 条）</p>	<p>不确定</p>	<p>- 作者去世后无继承人且国家未继承的</p>	<p>不确定</p>

		条) 日常新闻 (第 67 条)			条)	<ul style="list-style-type: none"> - 出版超过 70 年的字典, 百科全书, 集合作品 (第 60 条) - 上映超过 70 年的电影作品 (第 61 条) - 发表超过 70 年的匿名作品和笔名作品 (第 62 条) - 发表超过 25 年的国家作品 (第 63 条) 		作品 (第 66 条)	
丹 麦	-	思想 (第 1 条)	无独创性的成果	无	国际条约未涵盖的、非欧盟国家的外国作品 (第 87-88 条)	<ul style="list-style-type: none"> - 作者死亡超过 70 年的作品 (第 63(1) 条) - 发表超过 70 年的匿名和笔名作品 (第 63(2) 条) - 作者身份不 	法案, 行政命令, 法律裁决以及类似的官方文件 (第 9 条)	-	不 明 确 (很有可 能没有)

						明，且一直未发表的作品，距其创作完成之日起超过 70 年（第 63(4) 条）			
法 国	-	思想 新闻信息	无独创性的成果	无	未给予法国作品以充分保护的国家的作品（L.111-4）	- 其作品的作者死亡超过 70 年（L.123-1 & 123-2） - 发表超过 70 年的匿名，笔名和集合作品（L.123-3）	立法文件和法规，法院判决，具有规范价值的作品	-	不确定
意大利	-	思想 新闻	无独创性成果（除了享有 20 年保护的无独创性照片-第 87 条）	无	国际条约未涵盖或者对意大利作品未给予充分保护的国家的作品（第 185-187 条）	- 作者死亡超过 70 年的作品（第 25-26 条） - 发表超过 70 年的集合作品、匿名和笔名作品（第 26-27 条）	国家和公共行政机构颁布的官方文件	-	不确定

肯尼亚	<p>第45条:</p> <ul style="list-style-type: none"> - 已过保护限的作品 - 作者宣称放弃权利的作品 - 在肯尼亚不受保护的外国作品 	思想和新闻信息	无独创性的成果	未固定的作品	国际条约未涵盖的外国作品（第 23(1)条）	<p>第 23(2)条:</p> <ul style="list-style-type: none"> - 作者死亡超过 50 年的作品 - 创作或公开超过 50 年的视听作品和摄影作品 - 录制或广播超过 50 年的录音制品及广播节目 - 发表超过 50 年的匿名和笔名作品（第 23(3)条） - 创作完成超过 50 年的政府委托创作的作品 	官方颁布的法律文件	-	- 作者以书面形式宣称放弃权利并且已然发表的作品（第 45 (1)b & (2) 条）
韩国	-	思想新闻报道及简单事实	无独创性的成果	无	国际条约未涵盖的外国作品（第 3 条）	<ul style="list-style-type: none"> - 作者死亡超过 50 年的作品（第 39 条） - 发表超过 50 年的匿名和笔名作品（第 40 	<ul style="list-style-type: none"> - 宪法，法律，条约，法令，条例和规则 - 国家或当地政府颁布的 	- 作者去世后无继承人的作品（第 49(1) 条）	不确定

						<p>条)</p> <ul style="list-style-type: none"> - 雇员在完成工作任务过程中创作的，其发表或创作超过 50 年的作品 (第 41 条) - 发表或创作超过 50 年的电影作品 (第 42 条) 	<p>声明</p> <ul style="list-style-type: none"> - 法院判决 - 国家或当地政府发布的官方文件的译本或汇编 	<ul style="list-style-type: none"> - 原属于现已解散的法人的作品 (第 49(2) 条) 	
马来西亚	-	思想，程序，操作方法或数学概念本身 (第 7(2A)条)	无独创性的成果 (第 7(3)a 条)	未固定的作品 (第 7(3)b 条)	国际条约未涵盖的外国作品，主管版权事务的部长颁布的具体规章亦未包含的外国作品 (第 59A 条)	<ul style="list-style-type: none"> - 其作者死亡超过 50 年的作品 (第 17(1) 条) - 发表或公开超过 50 年的匿名/笔名作品 (第 17(3) 条) - 已发表或已固定超过 50 年的录音制品 (第 19 条) 	-	-	不确定

						<ul style="list-style-type: none"> - 制作完成超过 50 年的广播 (第 20 条) - 发表超过 50 年的电影 (第 22 条) - 政府和国际机构的作品, 且发表超过 50 年 (第 23 条) 			
卢旺达	<ul style="list-style-type: none"> - 已过保护期的作品 - 外国作品 (第 6(9) 条) 	<p>第198条:</p> <ul style="list-style-type: none"> - 思想, 系统, 操作方法, 概念, 原则, 对纯数据的发现, 即使是在一部作品中对其进行了表达、解释、阐明 	无独创性的成果 (第 195 条)	-	国际条约不予保护的外国作品, 或者对卢旺达作品未给予同等保护的国家的作品	<ul style="list-style-type: none"> - 其作者死亡超过 50 年的作品 (第 217-218 条) - 发表, 创作或公开超过 50 年的匿名/笔名作品 (第 219 条) - 发表, 创作或公开超过 50 年的集合作品, 视听作 	具有立法、行政或司法性质的官方文件以及上述文件的译本 (第 198 条)	-	不确定

		或呈现				品，以及作者去世后才发表的作品（第 220 年） - 创作完成超过 25 年的实用艺术品（第 221 条）			
美 国	-	思想，程序，步骤，系统，操作方法，概念，原则或发现（第 102(b)条）	无独创性的成果（第 102(a)条）	未固定的作品	无法根据国际条约获得保护，也未被总统公告所指定的已发表的外国作品（第 104 条）	- 1978 年 1 月 1 日以后创作的，作者死亡超过 70 年的美国作品 - 因雇佣关系而创作的匿名/笔名美国作品，其首次发表距今超过 95 年或创作完成超过 120 年 - 1978 年 1 月 1 日之前创作但未发表或登记的美国作品，	（归属于）美国政府的作品（第 105 条）	构成侵权的演绎作品	贡献给公有领域的作品

						<p>其作者死亡超过 70 年（但如果 2003 年前重新发表的则至 2048 年才进入公有领域）</p> <ul style="list-style-type: none">- 1978 年前发表，并附有适当版权标识，且发表超过 95 年的的美国作品- 1923 年至 1977 年间发表，且未附有版权标识的美国作品			
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

附件二：对公有领域的侵蚀

国 家	永久性精神权利	付费使用公有领域	恢复版权	隐私权	相关权（邻接权）	技术措施
阿尔及利亚	是	是（限于营利目的）	否	-	表演者，录音制品和电影制作者，广播组织	
澳大利亚	否	否	否	-	录音制品，电影，电视广播和声音广播，作品的出版版本	仅适用于对受版权保护的作品采用的技术措施
巴 西	是	否	否	-	表演者，录音制品制作者，广播组织	仅适用于对受版权保护的作品采用的技术措施
智 利	是	否	否	-	表演者，录音制品制作者，广播组织	不对技术保护措施进行保护
中 国	是（除发表权之外）	否	否	-	表演者，录音制品和电影制作者，广播组织	仅适用于对受版权保护的作品采用的技术措施
哥斯达黎加	是	否	否	-	表演者，录音制品和电影制作者，广播组织	

国 家	永久性 精神权利	付费使用 公有领域	恢复版权	隐私权	相关权 (邻接权)	技术措施
丹 麦	是（只有当文化利益受侵害时）	否	对作者死后才出版的作品给予 25 年保护	-	表演者，录音制品和电影制作者，广播组织 照片 数据库享有的特殊权利	仅适用于对受版权保护的作品采用的技术措施
法 国	是 （如果滥用则受限制）	（只适用于对法国作品未给予充分保护的国家的作品，但是从未适用过）	对作者死后才出版的作品给予 25 年保护	-	表演者，录音制品和电影制作者，广播组织者 数据库享有的特殊权利	仅适用于对受版权保护的作品采用的技术措施
意大利	是	1996 年废除	- 对作者死后才出版的作品给予 25 年的保护 - 对公有领域作品的重要出版物给予 25 年的保护	- 经家人同意，使用处于公有领域的保密的或私人的信件	表演者，录音制品和电影制作者，广播组织 对数据库的特殊权利 不具有独创性的照片	仅适用于对受版权保护的作品采用的技术措施

国 家	永久性 精神权利	付费使用 公有领域	恢复版权	隐私权	相关权 (邻接权)	技术措施
肯尼亚	是	是	否	-	表演, 录音制品, 广播	仅适用于对受版权保护的作 品采用的技术措施
韩 国	否	否	否	-	表演, 录音制品和 广播	仅适用于对受版权保护的作 品采用的技术措施
马来西亚	否	否	否	-	表演, 录音制品, 电影, 广播	仅适用于对受版权保护的作 品采用的技术措施
卢旺达	是	是(为营利目 的)	否	-	表演者, 录音制品 制作者, 广播组织	仅适用于对受版权保护的作 品采用的技术措施
美 国	否	否	否	-	录音制品	仅适用于对受版权保护的作 品采用的技术措施

附件三：对公有领域的积极保护

国家	公有领域的定义	具体保护	付费使用公有领域	判例法提供的保护
阿尔及利亚	已过保护期的文学艺术作品（第 8 条）	-	是	
澳大利亚	-	-	否	
巴西	- 已过保护期的作品 - 作者去世后无继承人的作品 - 作者身份不明的作品（民间文学）（第 45 条）	-	否	
智利	（共同文化遗产）： - 已过保护期的作品 - 作者身份不明的作品（包括民间文学） - 作者放弃版权的作品 - 外国作品	- 任何人均可自由使用 - 拟规定刑事犯罪条款，以禁止在公有领域作品上错误署名或重新主张独占权。	否	法律提供的保护： 禁止对公有领域作品主张署名权或专有权（第 80 条）
中国	-		否	
哥斯达黎加		自由使用处于公有领域的作品	否	
丹麦	-		否	

国家	公有领域的定义	具体保护	付费使用公有领域	判例法提供的保护
法国	-		否	开始出现判例法
意大利	-		否（已废除）	
肯尼亚	第 45(1)条：已过保护限的作品； 不受肯尼亚保护的外国作品		是	
韩国	-		否	
马来西亚	-		否	
卢旺达	第 6(9)条：已过保护期限的作品；通过国际条约亦无法获得保护的外国作品	部分国家遗产和文化（第 202 条）	是	
美国			否	州法不规定垄断权

[附件和文件完]