

著作权公共许可的功能转型与立法应对

熊琦*

目次

- 一、问题的提出
- 二、著作权制度失灵与公共许可制度源起
 - (一) 著作权制度的失灵原因
 - (二) 公共许可制度的功能释义
- 三、产业利益诉求与公共许可制度去魅
 - (一) 互联网产业运作与公共许可的制度优势
 - (二) 产业环境下公共许可的社会成本
- 四、著作权立法回应与公共许可制度调整
 - (一) 同一性保护与公共许可的法律救济
 - (二) 公共许可社会成本控制与集体管理制度的引入
 - (三) 互联网产业利益协调与公共许可强制性规范的设计
- 五、结论

摘要 公共许可之所以从对抗产权化立法的政治运动,转型为实现互联网产业创新的制度工具,在于其能在保全著作权人经济利益的前提下发挥网络技术的传播效率优势,因此成为互联网产业和版权产业皆认同的制度选择。然而公共许可与产权化立法路径相对立的制度预设,使其一直被排除在著作权立法规划之外,造成公共许可在产业环境下的救济途径缺乏和社会成本增加。因此有必要在立法上回应公共许可,一方面界定公共许可协议的法律效力,减少违反公共许可协议的投机行为,另一方面移植管理组织制度,减少公共许可的社会成本。

关键词 著作权许可 公共许可 开源软件 知识共享

* 中南财经政法大学知识产权研究中心副教授、法学博士。本文为国家社科基金重大项目“3D打印产业发展与知识产权制度变革研究”(14DB146)的阶段性成果。

一、问题的提出

随着网络技术的进步,作品在技术上的传播成本大幅降低,但由于著作权保护范围不断扩张,著作权类型和数量日趋繁复,无论是单纯的传播行为,还是作品的演绎和修改,都因繁琐的权利许可程序而被割裂,导致作品在制度上的传播成本反而不断提高,公众接触作品的障碍由技术不能转变为制度瓶颈。同时,版权产业信息产权化保护进路与互联网产业信息共享机制在制度需求上的差异,也致使著作权立法因产业利益对立而陷入停滞。^{〔1〕}为应对上述问题,部分权利人开始借助公共许可(public license),自发开放由著作权控制的作品利用方式,以回归自由文化的传统。^{〔2〕}公共许可作为著作权人自愿释放部分或全部著作财产权的许可协议,最早产生于软件领域,旨在通过开放软件源代码的方式,促使更多主体无需著作权人的事前许可即能参与软件及其兼容产品的设计、修改和升级。随后“知识共享”(Creative Commons, CC)等非营利性组织借助互联网的传播优势,将公共许可扩大适用到了几乎所有作品类型上,^{〔3〕}鼓励更多著作权人在不同程度上许可他人自由利用作品,因而改变了由著作权法划分公共领域与专有领域的历史,使私人得以自行扩张公共领域的范畴。^{〔4〕}

然而,这种与产权化对立的制度预设,使公共许可局限性地被视为自发对抗著作权的制度工具,因此一直没有被纳入著作权立法进程中。事实上,随着互联网产业的发展,公共许可早已不再是理想主义者私人创制公共领域的手段,而是被广泛运用于各种商业环境下,成为支撑互联网产业模式发展的制度选择。开源软件及其衍生品在全球范围内的普及,以及维基百科和 Facebook 等社交网络中大量作品得以被自由分享,皆借助了公共许可的功能。免费的在线音乐和视频点播,也早已成为我国网络服务提供者吸引用户的主要手段。网络服务者以公共许可为手段,借助大量免费作品吸引网络用户使用其网络服务,以此形成规模效应和竞争优势。然而,由于缺乏著作权法的必要支持,公共许可在产业环境下产生了诸多问题:第一,公共许可立法的缺失,妨碍了权利释放机制的实现。如果法律无法有效规制违反许可协议的投机行为,将使公共许可传播的作品面临被侵权的危机。实践中已有大量基于开源软件 Linux 系统开发和升级的安卓软件及其应用程序,被认为没有遵守 Linux 所采用的公共许可条款。在缺乏法律规定的情况下, Linux 开发者只能将安卓软件代码从 Linux 代码库中排除,即通过私力救济抗议其不遵守原定公共许可条款, Linux 软件的初始著作权人却难以借助合同法或著作权法应对这一问题。这既影响了权利人释放作品著作权的动机,也阻断了公共许可提供的作品传播渠道。第二,公共许可立法的缺失,限制了新兴产业模式的形成。公共许可适用范围与互联网产业模式创新息息相关,但作为初始以自发共享为目的的制度工具,公共许可的效力更多依赖于参与者的信仰或道德约束,随着互联网产业参

〔1〕 著作权领域产业主体的对立分析具体参见熊琦:《互联网产业驱动下的著作权规则变革》,载《中国法学》2013年第6期。

〔2〕 See Lawrence Lessig, *Free Culture: How Big Media Uses Technology and The Law to Lock Down Culture and Control Creativity* (New York: Penguin Press, 2003), pp. 87-94.

〔3〕 See Séverine Dusollier, “Sharing Access to Intellectual Property through Private Ordering”, 82 *Chicago-Kent Law Review* (2007), 1396-1398.

〔4〕 See R. Polk Wagner, “Information Wants to be Free: Intellectual Property and the Mythologies of Control”, 103 *Columbia Law Review* (2003), 1029-1033; Robert P. Merges, “A New Dynamism in the Public Domain”, 71 *University of Chicago Law Review* (2004), 183-184.

与者的动机更为多元,法律的缺位不但会引起公众误读,也给产业创新带来不确定性。2009年试图以公共许可推行的谷歌图书计划,却因著作权人对公共许可适用风险的疑虑而搁浅,美国大量的内容提供者害怕网络环境下的公共许可会导致版权产业的颠覆。^{〔5〕}我国网络服务提供者虽然已开始通过公共许可的方式向公众提供正版数字音乐,但因公共许可协议内容难以得到遵守而无法在其之上开发付费的商业模式。第三,公共许可立法缺失,影响了著作权制度的转型。作为私人创制的权利配置方式,公共许可有助于缓解著作权法因权利构造复杂化而日益增加的交易成本,如果仍将其与著作权制度对立,无疑会阻碍私人通过权利配置解决著作权制度困境。

针对上述问题,有必要针对公共许可制度的完善进行如下研究:首先,在立法价值上破除对抗产权化的既有认知,重新解读公共许可的制度蕴意。如今的公共许可早已不再是追求理想主义目标的手段,而是协调产业运作的工具,唯有在产业环境下重新界定公共许可的制度功能,才能确定法律调整方法。其次,在产业实践归纳公共许可面临的新问题,探寻公共许可与互联网产业的融合渠道。由于法律规范的缺位,公共许可遭遇的问题很少通过诉讼途径解决,但其他途径的约束力却很难抑制违反许可协议内容的投机行为。因此在跟进立法前,必须梳理公共许可在产业环境下遭遇的困境,发现公共许可初始制度设计中被忽略的问题。最后,梳理公共许可的制度利弊,完善著作权法的制度安排。只有通过立法弥补产业环境下公共许可的制度缺陷,才能保证各方的适用预期,最终发挥公共许可的制度优势。

二、著作权制度失灵与公共许可制度源起

作为应对著作权制度失灵的产物,公共许可对抗信息产权化立法的方式具有特殊性。从适用主体看,公共许可并非是与权利人对立的使用者所发动,而是源于权利人内部分歧,由部分权利人所自行创制的。从制度设计看,作为权利人自发调整法定著作权规则的产物,公共许可的适用以权利人自愿参与为前提,旨在以自治而非强制的方式来实现去产权化,因此并未动摇既有著作权法体系,使公共许可不涉及在立法问题上另起炉灶或大动干戈,从而也得到了版权产业主体的认同。

(一) 著作权制度的失灵原因

作为规制信息利用的法律,著作权法的制度设计与信息传播方式相辅相成,传播技术的变革一旦改变了作品利用的范围和成本,必然需要著作权制度在权利配置上做出相应调整。伴随传播技术的发展,作品的创作与传播方式经历了以下阶段:(1)市场模式阶段。在版权产业产生之初,受当时传播技术所限,作品创作与传播方式较为单一。作品创作完成后,创作者将著作权许可给传播者,再由传播者提供给使用者。这种市场环境下的“创作者-传播者-使用者”单向授权许可,最大程度利用著作财产权保证了权利人从市场中获取收益。(2)企业模式阶段。随着传播技术的发达,不但作品类型迅速增加,致使交易频率不断提高,而且利用方式逐步多元,致使交易内容日趋复杂,基于逐一协商的市场模式难以应对创作与传播模式的变革。为了降低作品创作和传播中的交易成本,投资者开始采取企业化的创作与传播模式,将原本通过市场交易实现的作品流转改为企业内部交换,以此减少因权利主体过多带来的复杂交易程序。^{〔6〕}在软件作品和电影作品等需要

〔5〕 参见熊琦:《大规模数字化与著作权集体管理制度创新》,载《法商研究》2014年第2期。

〔6〕 See Yochai Benkler, "Coase's Penguin, or, Linux and The Nature of the Firm", 112 Yale Law Journal (2002), 400-404.

多数权利人合作的领域,已有越来越多的创作和传播环节被纳入到企业内部。同时,著作权法也对企业化的创作和传播模式辅以集中化的制度安排。首先针对权利主体的问题设计了合作作品与职务作品条款,旨在明晰多人参与创作情况下的著作权归属,减少因作品传播过程中权利人数目过多而导致的交易成本。其次针对交易频率问题设计了集体管理和法定许可,分别借助集体管理组织和法定机构来简化交易程序,既可分担权利人的监管与执行成本,也能降低使用者的搜寻与协商成本。(3)社群模式阶段。网络技术的普及,给作品的创作与传播方式带来了根本性的变革。从创作方式上看,随着传播成本的降低,创作者、传播者与使用者的身份在网络时代完全混同,网络用户既可自行创作和传播作品,也能同时使用作品。^{〔7〕}从传播方式上看,网络作为“去中心化”和“去阶层化”的传播媒介,使作品脱离了由权利人到使用者的单向传播,而是网络用户之间交互式的共享。申言之,社群模式(social production)既不同于市场模式中单向式和明确化的分工,也区别于集中模式中由投资人组织与推动的企业化创作与传播,创作者与传播者已不再是一种职业身份,而是所有网络用户的共同特征。作品的创作与传播也不再由以往掌握传播技术的产业主体控制,而是以自由协作的方式由私人通过网络完成。^{〔8〕}

通过交互式共享进行创作和传播的社群模式,完全颠覆了以排他性财产权构造的著作权法,使用者不断突破权利人对作品的控制,借助网络技术自由分享作品,而著作权人坚持通过扩张权利范畴和强化权利保护的方式保证收益,导致权利运作产生的交易成本无法通过既有制度克服。首先,在社群化的创作方式中,参与创作的主体之间既无意思联络,也无企业化的组织,其创作行为可能是对已有作品的改编或演绎,也可能是直接在线创作新作品。由于创作方式的灵活性,使得适用于传统创作方式的合作作品与职务作品条款难以界定上述作品的归属。其次,在社群化的传播方式中,交互式传播方式缺少以往商业性使用在使用范围和方式上的稳定性和可预期性,而集体管理与法定许可制度功能的发挥,需要建立在相对稳定的交易条件下,才能借助交易条件的格式化降低使用者逐次协商的交易成本。在前网络时代,初始权利人一般为职业创作者,使用者也都是广播组织和商业机构等大规模使用作品的主体,因此无论是主体数量抑或使用范围,都处于一种相对稳定的状态。相比之下,网络创作者的分散性和作品传播的交互式,导致集体管理与法定许可无法以相对确定的交易方式和范围来协商许可条件。

(二) 公共许可制度的功能释义

鉴于上述现实困境,部分权利人舍弃了传统产权化的作品保护方式,转而通过“去产权化”的公共许可缓解日益增加的权利运作成本。公共许可起源于20世纪80年代软件领域的“开放源代码运动”(Open Software Movement),^{〔9〕}自由软件基金会(Free Software Foundation)通过以“通用公共许可协议”(GNU General Public License, GPL)为代表的公共许可,一方面向公众提供能够自由复制、发行、修改和改编的软件作品,一方面要求被许可人以同等条件向他人开放根据本软件改编或演绎的新软件。随后,2001年成立的非营利性组织“知识共享”,则创制了能适用于所有作品类型的知识共享公共许可协议(CCPL)。^{〔10〕}与旨在全面释放著作权的GPL相比,CCPL向权利

〔7〕 See Robert P. Merges, “Locke Remixed”, 40 UC Davis Law Review (2007), 1260-1262.

〔8〕 See Yachai Benkler, *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom* (New Haven: Yale University Press, 2006), pp. 106-116.

〔9〕 Steven Weber, *The Success of Open Source* (Massachusetts: Harvard University Press, 2004), p. 46.

〔10〕 See *GNU General Public License (Version 3); Creative Commons Attribution 3.0 Unported License*.

人提供的是一套格式化和弹性化的许可条款,使权利人得以根据具体情形,有选择性地决定释放著作权的程度。^[11] CCPL的制度设计采取了一种更为务实的方式,使许可人能够根据不同的动机选择著作权释放的方式与程度,因此为产业环境下更多主体适用公共许可创造了条件。

与其他旨在改进著作权法的制度创新相比,公共许可在去产权化功能的实现方式上具有如下特点:

第一,与以往直接对抗著作权制度不同,公共许可是在尊重既有著作权体系的前提下,通过权利再分配的方式减少创作与传播中的交易成本。权利配置的方式可分为初始分配与再分配,初始分配是以立法的形式,将著作财产权赋予不同主体,再分配是权利人之间以协商的形式,通过合同实现权利配置。长期以来,与信息产权化的对抗都是在权利初始分配领域展开,使用者一方面以“保护公共利益”为由反对立法上的产权化进程,^[12]另一方面不断借助新技术的帮助,摆脱被著作财产权控制的作品传播渠道和方式。^[13]然而,上述努力皆因著作权人的反对而难以实现。在立法进程上,以版权产业主体为代表的著作权人始终主导着著作权立法的方向和进程;在著作权保护上,著作权人则将诉讼对象从以往的商业机构扩大到利用网络分享作品的一般侵权主体。相反,作为许可合同的公共许可乃是一种权利再分配机制,因此其是在承认既有著作权体系的基础上,由权利人自行选择释放著作权的程度和方式,因而并未在任何方面动摇既有著作权制度对作品的保护。^[14]

第二,与以往权利弱化与集中机制不同,公共许可采取了一种有条件释放著作权的方式,旨在适应新技术激发的创作与传播模式。至今为止,著作权法为适应传播技术所做的制度改进,主要包括扩大权利限制的范围,弱化权利的排他性,或者借助中介机构实现权利集中管理等,但从未取消任何著作权类型。因此,无论进行何种制度调整,著作财产权流转产生的交易成本始终无法如传播成本一般被新技术所消除,反而会因作品使用范围和频率的增加而不断提高。特别是在网络已成为信息主要传播方式的今天,作品传播的交易成本已主要因制度成本产生。正如美国版权局的一份修法报告所言,既有许可机制的效率远低于网络传播技术的发展水平,是消费者选择盗版的重要原因。^[15]鉴于上述困境,公共许可首次采用释放著作权的方式降低作品创作与传播中的权利运作成本,使网络技术的传播效率优势得以最大发挥。社群化的创作与传播模式,旨在使众多

[11] CCPL设计了四项许可条件供权利人选择,分别为:(1)署名条款(Attribution):在允许自由使用作品的同时,要求被许可人必须按照权利人指定的方式对作品进行署名;(2)非商业性使用条款(NonCommercial):在允许自由使用作品的同时,禁止被许可人以商业目的使用该作品;(3)禁止演绎条款(NoDerivs):在允许自由使用作品的同时,禁止被许可人演绎或修改该作品;(4)相同方式共享条款(ShareAlike):在允许自由使用作品的同时,要求任何基于原作品创作的新作品都须以相同方式实现共享。权利人可根据需要选择上述一种或几种条件来设定许可协议。See Zachary Katz, “Pitfalls of Open Licensing: An Analysis of Creative Commons Licensing”, 46 *Idea* (2006), 394-398.

[12] Jessica Litman, “The Politics of Intellectual Property”, 27 *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* (2009), 314.

[13] See Mark A. Lemely, “Is The Sky Falling on The Content Industries”, 9 *Journal on Telecommunications and High Technology Law* (2011), 126-132.

[14] 各类公共许可协议皆明文表示是在承认著作权法的前提下引导权利人释放权利。CC创始人Lessig教授也承认,公共许可与社群模式的实现都无法离开著作权法的支持。See Lawrence Lessig, *Remix: Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy* (New York: The Penguin Press, 2008), p. 253.

[15] See U. S. Copyright Office, *Section 115 Reform Act (SIRA) of 2006*, Committee on the Judiciary United States House of Representatives 109th Congress, 2nd Session (May 16, 2006).

分散于网络的创作者得以通过大规模协作的方式创作作品。^[16] 著作财产权的存在,使得社群模式中的作品传播需要权利人的许可。在协作和使用的规模和方式随需求变动不居的情况下,无论是权利集中抑或弱化,都已无法降低在社群模式中适用著作权法产生的交易成本。权利人自发释放部分甚至全部著作权,其目的正是为了使社群模式在作品创作与传播中的优势最大化。公共许可诞生于软件领域的原因,不仅因为软件作品是在首次创作阶段需要多方主体参与的作品类型,更是由于软件作品在兼容性保持与漏洞弥补方面的长期需求。可以说,软件著作权人首先适用公共许可,一方面是旨在排除他人参与软件调试与衍生开发的障碍,以降低软件的创作成本,另一方面则是为了借助“去产权化”提高软件的使用规模,最终获取竞争优势。

综上可知,公共许可作为一种私立规则,旨在通过释放权利的方式发挥网络社群模式在作品创作和传播上的效率优势,虽然其去产权化功能与著作权制度相悖,但其中诸多不同于传统改进机制的制度安排,却得以在保全著作权人既有利益的基础上达成降低交易成本的目的。

三、产业利益诉求与公共许可制度去魅

传统由“知识共享”和“自由软件联盟”等非营利性组织所创制的公共许可,更多是权利人为发挥社群模式的交易成本优势,但由于其采取了去产权化的功能实现方式,与传统版权产业的收益方式无法衔接,因此并未成为作品商业化运作的组成部分。随着互联网产业的发展,公共许可与网络传播模式的契合,使其完全被纳入产业化运作中,成为实现互联网产业与版权产业合作的制度工具。同时,产业化的公共许可机制,也暴露了公共许可的诸多需要解决的问题。

(一) 互联网产业运作与公共许可的制度优势

公共许可制度优势的发挥,得益于与互联网产业的结合。一直以来,著作权人都是掌握传播技术的主体。借助垄断传播技术的优势,出版公司、唱片公司、电影公司和广播组织等得以将大量作品的著作权集中在自己手中,著作权人既是内容提供者,也是作品传播者。权利人与传播者的身份具有同一性,一方面可减少作品交易流程,节省重复协商带来的交易成本,另一方面可通过权利集中形成垄断地位,使上述公司在与创作者和使用者的交易中占据优势。因此,自1990年“国际知识产权联盟”首次发布美国版权产业发展研究报告开始,作品的发行、广播与信息网络传播一直被视为核心版权产业的范畴。

随着网络技术带来的传播模式创新,作为网络平台的提供者,互联网产业主体同样试图借助传播渠道优势成为著作权人的诉求,以此降低作品传播中的交易成本。然而,由于互联网产业与传统版权产业采取的商业模式相悖,导致两者在利用作品的方式上出现分歧。版权产业主体排斥互联网产业主体利用作品的原因,在于后者并非直接从作品的利用中获取收益,因而不会在网络环境下代替前者保障作品收益。互联网产业商业利益的实现,依靠用户数量的规模化,而吸引用户的方式主要是提供高效便捷的传播平台。因此,网络服务提供者在著作权制度选择上主张传播效率至上,即以最低成本追求传播范围的最大化,使法律配合传播技术发挥最大效用。相反,以作品交易为收益来源的版权产业,仍然注重通过控制作品利用范围和方式来获取商业利益,所以在著作权制度选择上坚持许可效率至上,即以最低成本追求许可收益的最大化,使任何传播技术的适用须以对著作权的尊重和使许可收益的同步提高为前提。上述利益诉求和制度选择上的分歧,

[16] See Don Tapscott & Anthony D. Williams, *Wikinomic: How Mass Collaboration Changes Everything* (New York: Penguin Press, 2006), pp. 10-11.

使互联网产业与版权产业之间在立法与司法等领域长期处于对立状态,版权产业一直通过诉讼阻止互联网产业利用作品,而互联网产业则在立法上反对版权产业扩张著作权范畴。^[17]

上述难以调和的分歧,使互联网产业主体开始借助公共许可实现其利益诉求。公共许可与社群化创作与传播模式的契合,一方面得以利用去产权化的方式实现互联网产业的商业利益,另一方面可以避免在立法和司法上与著作权人形成正面冲突。

首先,公共许可的制度功能契合了互联网产业的商业模式,使网络的传播效率优势得以全面发挥。与版权产业主体通过提供内容直接获取收益不同,在互联网产业的商业模式中,网络服务提供者的目的,旨在使任何用户得以尽可能全面的方式利用作品,通过作品在线创作和传播的社群化来扩大用户规模和增加用户使用粘性,然后以此为对价从广告商或第三方服务商获取收益。因此,著作权法对诸多作品利用方式的保护,反而因增加了相关主体间的协商成本而导致上述商业模式无法实现。

为排除著作权法对社群化创作和传播作品的阻碍,网络服务提供者开始借助公共许可来提高其传播效率。在实践中,任何主体在接触特定网络平台前,皆须接受该网络服务提供者的“网络服务许可协议”。由于网络服务内容和性质的差异,不同网络服务提供者对公共许可的借鉴方式存在很大差异。以维基百科为代表的部分网络服务提供者直接适用既有的公共许可协议类型,向所有接触其互联网平台的主体提供相同的权利开放条款,使其能够在许可条款的范围内自由利用作品,且无需与权利人进行任何协商。^[18]这种去产权化的许可方式不但避免了伴随排他性著作财产权的协商成本,甚至无需传统成立许可协议的要约和承诺,将利用行为本身视为承诺遵守公共许可协议,完全符合网络环境下非接触式的创作与传播模式。更多的网络服务提供者,则根据特定商业模式的需要,将经过调整后的公共许可条款纳入自己的网络服务协议中。此类自行创设的公共许可条款,一般仅要求权利人向网络服务提供者或特定互联网平台内的用户释放著作权。^[19]这种范围或对象特定的公共许可条款之所以不同于之前的公共许可类型,乃是因为网络服务提供者商业化运作所做出的妥协。对于大部分版权产业主体而言,从内容许可中获取收益仍是其商业模式的主要实现方式。网络服务提供者将自由利用作品的范围和对象加以限制,既保证了自身互联网平台传播效率的实现,也防止了因公共许可范围无限扩大而损害著作权人的利益。申言之,网络服务提供者对传统公共许可内容的调整 and 限制,乃是两个产业平衡各自利益诉求的结果,就互联网产业而言,对公共许可的适用实现了其追求的传播效率,就版权产业而言,对公共许可的限制则避免了其商业收益的丧失。

其次,公共许可的制度设计保全了版权产业的商业模式,使互联网产业与版权产业得以从冲

[17] 在司法领域,从早期的 Napster 案到 2010 年的 YouTube 案,著作权人一直以诉讼抑制网络服务提供者利用新技术非法分享作品。See *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001); *MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.*, 545 U.S. 913 (2005); *Viacom v. YouTube*, 718 F. Supp. 2d 514 (S.D.N.Y. 2010). 我国相关判决可参见 2007 年十一大唱片公司诉雅虎公司,2012 年中国作家维权联盟诉苹果公司等。在立法领域,互联网产业则极力反对版权产业扩张网络著作权的保护范畴,2011 年旨在强化网络环境下著作权保护的《禁止网络盗版法案》(Stop Online Piracy Act)与《保护知识产权法案》(Protect IP Act),皆因反对意见过多而被搁置。美国几个代表性互联网企业曾以“黑屏”的方式抗议上述提交审议,与美国电影协会和新闻集团等内容提供者的支持态度形成鲜明对照。

[18] 维基百科中适用频率最高的“CC-BY-SA-3.0 协议”,即直接采用 CCPL 中的“署名”和“相同方式共享”条款,要求使用者自由利用被许可作品的前提,是按照作者或许可人指定的方式署名,且以相同方式共享基于原作品的演绎作品。

[19] 例如百度公司的“百度音乐服务协议”将用户的免费使用数字音乐的方式限于“个人和非商业、娱乐用途”。

突走向合作。版权产业与互联网产业对立的根本原因,在于后者以及依托后者的使用者利用作品的方式破坏了前者赖以生存的商业模式。在音乐、电影和图书等作品相继实现数字化传播后,相关版权产业主体一方面对涉及上述作品传播的网络服务提供者展开诉讼,试图维持对作品利用方式的控制,另一方面也尝试将传统的商业模式移植到网络上,即通过在线许可数字化作品的方式获取收益。然而,鉴于网络传播的范围难以控制,著作权人往往在作品上附加种种技术措施,使作品复制和传播的媒介和次数都受到严格控制,在影响用户体验的同时,也极大地抑制了网络传播效率的发挥,因而难以为互联网产业所接受。

公共许可的引入,逐渐改变了两个产业之间的对立状态。从“权利人-网络服务提供者-使用者”三方关系来看,公共许可适用于网络服务提供者与使用者之间,在权利人与网络服务提供者之间,则根据权利人创作和传播作品的动机而设定了不同的许可协议类型。对于普通网络用户而言,由于其同时具备创作者与使用者的身份,且创作和传播作品的动机也非基于经济诱因,所以网络服务提供者与这种网络最终用户之间仍适用公共许可,即要求用户就其上传的内容授权网络服务提供者“具有免费的、永久性的、不可撤销的、非专有性的和完全再许可的权利和许可”,以便根据需要供其他网络用户在特定范围内自由利用。^[20]而对于以经济目的向网络平台提供作品的权利人,网络服务提供者与其之间则适用传统的授权许可,公共许可则仅在网络服务提供者与使用者之间存在。如今“网络开放平台”(Open Platform)和“社交网络”(Social Network Service)的商业模式,皆通过引入更多内容提供者来提高用户数量和使用粘性,虽然使用者因公共许可而有在特定范围内自由利用作品,但内容提供者却也因此获得了延迟收益。^[21]所谓延迟收益,是指收益方式从直接通过作品许可转变为间接通过交叉补贴或第三方支付。交叉补贴表现为一旦用户达到特定规模,权利人即可从衍生产品或后续服务中获取收益,例如软件服务商通过提供免费游戏软件吸引用户加入,但在游戏过程中通过向用户提供增值服务而收取额外费用;第三方支付表现为网络服务提供者在代替用户向权利人支付版税后,再根据用户浏览或点击网页广告的次数向广告商收取费用。^[22]因此,公共许可得以在三方法律关系中同时保障版权产业的许可效率与互联网产业的传播效率,并促使两个产业开始通过合作创制新的商业模式。

可以认为,公共许可作为一种以去产权化为目的的权利再分配规则,能使许可效率和传播效率在不同商业模式中实现协调发展。从保护著作权人的收益来看,著作权法与公共许可之间的区别仅体现在手段上。从实现互联网产业的商业模式出发,公共许可在产业环境下的适用,不但使网络服务提供者避免了因繁琐权利变动而丧失传播效率,而且还保证了为内容提供者创作与传播作品提供了经济诱因,在一定程度上缓解了因产业主体对立而导致的作品效用减损。

(二) 产业环境下公共许可的社会成本

随着公共许可在产业环境下的适用,其内容早已突破了自由软件联盟与知识共享等非营利性组织所规划和设计的范围。与此同时,公共许可在商业化运作过程中,也因诸多初始阶段并未显

[20] 具体参见 *Facebook End User License*, *Twitter Terms of Service*,《新浪网络服务使用协议》。

[21] See Jonathan M. Barnett, “The Host’s Dilemma: Strategic Forfeiture in Platform Markets for Information Goods”, 124 *Harvard Law Review* (2011), 1865.

[22] 事实上,“延迟收益”模式早已在互联网产业出现之前就广泛适用。有学者通过剃须刀与刀片之间交叉补贴的例子解释延迟收益,即厂商以低于成本的价格提供剃须刀,但通过出售高额利润的剃须刀片来弥补剃须刀的收益损失。See Randal C. Picker, “The Razors-and-Blades Myth(s)”, 78 *University of Chicago Law Review* (2011).

现的制度成本而影响了相关产业模式的实现。

1. 作品传播的信息成本问题

信息成本事实上是作为权利再分配机制的著作权许可所固有的问题。与类型化的法定著作财产权相比,著作权许可旨在弥补权利初始分配标准化的局限,其最大优势在于其允许当事人基于特定交易情势创制权利内容或改造法定权利。也正因为许可内容具有差异性,其个别化的权利配置不易为他人所知,潜在的交易者需要在作品权利信息的获取上耗费更高的交易成本。不过,随着权利人得以通过数字形式将权利归属和内容附着于作品之上,许可合同条款具备了类似“版权页”的功能,且不会因作品的复制或传播而消失,任何潜在使用者皆有机会知悉许可合同蕴含的权利信息。同时,公共许可作为一种权利释放机制,其目的即为消除著作财产权带来的制度成本,因而使上述信息成本在一定程度上得到缓解。

即使如此,公共许可毕竟是意定的权利配置方式,与法定权利类型相比,仍缺乏稳定性与社会认同感。因此公共许可即使能够有效降低公示成本,其权利内容的特殊性也必然会因显著性和类型化的缺乏而增加使用者的注意义务,这种注意义务主要源于公共许可对作品权利范畴做出了调整。虽然被广泛适用的 CCPL 明确规定不影响合理使用等著作权限制制度,^[23]但其仍然可能给使用者增加超出著作权法规定的额外义务。例如以“署名(BY)+相同方式共享(SA)”为许可条件的 CCPL 中,对原作品进行混搭(remix)或修改(tweak)产生的新作品,皆应以相同方式传播,并按作者或者许可人指定的方式署名。^[24]然而一旦参与创作的主体或加以演绎的次数过多,后续使用者为履行上述义务,必然需要付出更高的信息成本。特别是诸多为网络服务提供者所适用的公共许可,更是根据特定商业模式增加了不同的限制性条款,或将公共许可的适用范围限定在特定互联网平台内部,或规定公共许可的授权对象,上述限制不但导致使用者需要根据作品的不同来源和许可条件决定利用方式和范围,而且也因以数字方式附着于作品而得以约束任何接触作品的主体,最终还是抵消互联网产业带来的传播效率。

2. 作品利用的协调成本问题

虽然公共许可旨在实现去产权化,但其绝非是对著作权的完全抛弃,而是有条件地开放部分作品利用方式。公共许可对著作财产权的部分保留,在诸多方面增加了作品在后续利用过程中的协调成本。首先,由于公共许可并非由一个统一的组织创制,因此适用不同公共许可协议的作品,甚至适用同一公共许可协议不同版本的作品,在开放程度和方式等方面都有不同规定。例如 GPL 和 CCPL 中都存在“以相同方式共享”条款,这意味着一旦作品适用了某种公共许可协议,即只能按照原协议的规定开放作品的利用方式。^[25]由于 CCPL 允许许可人选择许可条款搭配出多种的公共许可方式,权利人可根据具体情况,在不同程度上释放著作权,以配合特定的商业或非商业目的。但其他公共许可协议却并未赋予权利人这种可选择性。上述不同公共许可协议之间的兼容性问题,导致基于某种公共许可创作的演绎作品,无法改以其他协议开放利用方式,甚至因开放范

[23] See *CC Public License 3.0*, § 2: “Nothing in this License is intended to reduce, limit, or restrict any uses free from copyright or rights arising from limitations or exceptions that are provided for in connection with the copyright protection under copyright law or other applicable laws.”

[24] See *Creative Commons BY-SA 3.0 License*.

[25] Niva Elkin-Koren, “What Contracts Cannot Do: The Limits of Private Ordering in Facilitating a Creative Commons”, 74 *Fordham Law Review* (2005), 413-414.

围的差别引发侵权风险。^[26]其次,由于数字化作品利用方式的开放性,特定主体基于一定目的选择的公共许可模式,并不一定适合在将来其他环境下发挥作品的最大效用。^[27]未来使用者既可将作品作为最终消费品,也可作为其他作品的组成部分使用。当作品的开放方式受到公共许可限制后,未来无论是原作品还是演绎作品如果需要突破上述许可条款的限制,只有追溯到最初作品的权利人才能实现,特别是网络服务提供者在实践中普遍适用的公共许可类型,其中的限制性条款更为复杂,无疑将阻碍作品的再利用与新作品的形成。

3. 作品许可的执行成本问题

公共许可作为合同的一种,仅具有相对权上的效力,因而无法约束合同之外的第三人。^[28]为了防止作品被重新归于财产权范畴中,诸多公共许可协议都试图通过“以相同方式共享”条款使合同超出相对性的范畴,但由于作品在传播过程中被不断修改和演绎,原作品之上的公共许可协议是否能约束新作品的被许可人,一旦新作品的被许可人违反原协议内容,初始作品的权利人在维护公共许可的同性问题存在风险。同理,作品在传播过程中不可预期的变化,也导致最终用户难以追溯许可人的责任。几乎所有的公共许可协议中都存在“责任免除条款”,^[29]旨在免除相关主体因客体瑕疵所应承担的责任,防止风险成本降低参与者自由创作与传播的诱因。虽然合同法规定因故意或重大过失产生的责任不可事先免除,但如果要求创作者承担因产品瑕疵而造成的损害,公共许可将无法运作,但如果按照许可协议免除相关主体的责任,作品将因无人承担瑕疵担保责任而导致使用风险成本的增加,最终影响作品的利用范围。

综上所述,适用于产业环境下的公共许可在发挥其激励网络传播效率功能的同时,也暴露出诸多初始阶段并未预见的问题。由于公共许可一直被视为产权化的对立面,因此著作权立法并未对其制度缺陷做出回应。唯有改变这种立法上的缺失,才能使公共许可继续为版权产业与互联网产业的合作发挥作用。

四、著作权立法回应与公共许可制度调整

虽然公共许可已成为促进版权产业与互联网产业合作的重要制度工具,但其在产业环境下出现的制度成本,则需要著作权立法的帮助下加以调整。虽然版权产业主体所主导的产权化进路著作权立法一直抵制任何去产权化的制度,但由于公共许可乃是基于权利人自治的权利释放机制,并无碍著作权人依赖的传统商业模式,所以有必要将公共许可纳入著作权法的调整范围,以全面发挥产业环境下公共许可的制度功能。

公共许可在制度运作中出现诸多社会成本的原因,一方面是由于许可协议类型的多元化,提高了使用者的信息成本和作品再利用的协调成本;另一方面是由于许可协议试图超越其相对性效力而提高了交易的执行成本。因此,解决互联网产业适用公共许可的瓶颈,应建立旨在降低上述

[26] Molly Shaffer Van Houweling, “The New Servitudes”, 96 *Georgetown Law Journal* (2008), 943.

[27] See Lawrence Rosen, *Open Source Licensing: Software Freedom and Intellectual Property Law* (New Jersey: Prentice Hall, 2004), p. 106.

[28] Robert P. Merges, “The End of Friction? Property Rights and Contract in the ‘Newtonian’ World of On-Line Commerce”, 12 *Berkeley Technology Law Journal* (1997), 119.

[29] 例如 GPL 第 11 条:“由于本软件为免费许可,因此在法律许可的范围内,许可主体并不承担担保责任。非经书面声明,该软件的著作权人或其他供应者,无论明示或默示,均为按既有条件提供本软件,且不承担任何形式的担保责任。”

社会成本的配套法律机制。

(一) 同一性保护与公共许可的法律救济

公共许可功能的实现,需要保持许可条件在作品传播过程中的同一性,以避免其他主体违反协议内容而将许可对象重新纳入著作财产权的保护范围。^[30]然而,由于公共许可的效力仅具有相对性,所以仅能约束利用原作品的使用者,而不能及于对原作品加以改编或演绎后的新作品。新作品的传播者或使用人如果违背许可协议,原作品许可人可能无权请求其承担违约责任。

有鉴于此,基于网络传播的特殊性,有必要对公共许可条款的效力加以强化。第一,建议通过修法司法解释将公共许可条款纳入“权利管理信息”的范围,禁止他人在未经许可的情况下更改或删除,并要求基于公共许可之作品改编或演绎的新作品,必须保留原作品的权利管理信息。如此规定既可以在法律上确立公共许可的公示方法,也为初始适用公共许可的主体在未来可能出现的侵权风险上获得了法律救济的渠道。第二,如果后续传播者或使用人违反原作品的公共许可条款,应允许原作品著作权人请求其承担侵权责任。虽然权利人已通过公共许可释放了部分甚至全部著作财产权,但如果使用者并未遵守许可条款,即使因其并未直接接触作品而不受公共许可条款的效力约束,但同样应该承担侵权责任。申言之,公共许可应区别于权利抛弃,其在本质上应视为一种双务合同,因此著作权释放的对象并非针对任意第三人,而是接受公共许可条款约束的主体。任何使用者对原作品及其演绎、改编作品的利用,都须以接受原作品著作权人公共许可协议条款为前提,一旦使用者的客观行为违反这一前提,公共许可就不适用于该主体,著作权人仍有权主张权利。美国法院在2008年的 *Jacobsen v. Katzer* 案中将公共许可协议内容视为合同的成立要件,违反协议内容即视为合同不成立,原作品著作权人有权提起侵权之诉。^[31]

(二) 公共许可社会成本控制与集体管理制度的引入

公共许可的信息成本与协调成本,源于公共许可协议内容缺乏统一性。作为私人创制的许可模式,上述多元化既满足了互联网产业与版权产业的需要,在通过许可条款取舍创制新兴商业模式上具有不可替代的优势,但也因许可类型的差异减少了后续转换利用方式的可能。然而,过分强调公共许可类型的统一,又会干预相关主体针对特定商业模式做出的取舍。以维基百科为代表的非营利性网络服务提供者主要依靠捐赠运作,因而能够完全移植 CCPL,利用社群化创作与传播模式来完成开放式的在线百科全书。然而,更多网络服务提供者仍以经济利益为目标,所以必须围绕其商业模式调整公共许可的范畴,以求获取网络效应和延迟收益。因此,公共许可类型的统一,只有建立在尊重私人自治的基础上,才能保证著作权人与网络服务提供者千差万别的商业模式得以实现。

从著作权制度发展史看,唯有集体管理制度能够成功协调格式化许可与权利人自治。集体管理制度一方面以解决权利分散性的方式降低交易成本,通过将分散的权利集中管理来提高许可效率,另一方面又保留了授权许可对权利排他性的坚持,无论是在从权利人处获得许可的权利集中阶段,还是在代表权利人实施授权的权利运作阶段,集体管理组织皆是在尊重权利人意思自治的前提下进行的,这使作品利用方式与费率的决定权仍然掌握在权利人手中。^[32]有鉴于此,公共许可同样能以通过集体管理的方式来运作。网络服务提供者与集体管理组织的相似之处,在于两者

[30] Brian W. Carver, “Share and Share Alike: Understanding and Enforcing Open Source and Free Software Licenses”, 20 Berkeley Technology Law Journal (2005), 444.

[31] See *Jacobsen v. Katzer*, 535 F. 3d 1373 (Fed. Cir. 2008).

[32] 熊琦:《著作权许可的私人创制与法定安排》,载《政法论坛》2012年第6期。

皆是联络分散化的著作权人与使用者的中介机构。在实践中,涉及提供内容服务的网络服务提供者,首先从尽可能多的著作权人处获得利用作品的许可,以形成规模化的作品库,然后再以公共许可的方式供最终用户使用。^[33] 涉及提供平台服务的网络服务提供者则约定,以任何形式使用该网络传播作品的主体,须授权网络服务提供者在特定范围内有再许可的权利,使网络服务提供者有权向所有网络平台上的用户适用公共许可,并保证以创作者与使用者身份混同为特征的社群化创作与传播得以实现。^[34] 把网络服务提供者纳入集体管理制度的调整范围,并将其视为集体管理组织,既能实现公共许可类型在特定网络上统一,降低公共许可的信息成本,也使著作权人能借助网络服务提供者的帮助来监督许可内容的执行。虽然不同网络服务提供者仍会选择适用不同的公共许可协议,但协调成本问题完全可以通过不同网络服务提供者之间的市场竞争来实现,即由市场淘汰缺乏效率的公共许可机制。申言之,解决公共许可社会成本问题的第一步,乃是使公共许可协议的提供者成为集体管理组织,而改变非营利性组织单纯作为公共许可协议设计者的现状。

(三) 互联网产业利益协调与公共许可强制性规范的设计

作为由网络服务提供者适用的许可模式,公共许可所无法避免的问题,乃是可能成为无节制追求经济利益的制度工具,进而丧失了原本去产权化的初衷。网络服务提供者一旦获得市场垄断地位,即可能借此优势对利用其网络服务的主体设置苛刻的许可条款,使原著作权人丧失对作品的权利。谷歌公司试图通过公共许可的方式推广的“谷歌数字图书计划”(Google Books Project)之所以争议不断,主要原因即在于内容提供者对谷歌可能形成的垄断地位的忧虑。^[35] 美国社交网络服务商 Facebook 曾在 2009 年试图修改其许可协议,即要求其网络用户向自己转让发表于 Facebook 网络平台的作品著作权,但因用户与第三方内容提供商的质疑与反对而未能实施。^[36] 我国由于在网络著作权保护上的先天不足,著作权人长期处于弱势地位,导致部分网络服务提供者存在滥用公共许可的现象,即在其服务协议中要求用户转让著作权,并约定发布在该网络平台上的作品皆为网络服务提供者委托用户创作的作品。^[37] 这种通过权利让与降低交易成本的方法,不但使著作权人丧失了以其他方式利用作品的可能,也限制了使用者获取作品的渠道,显然与公共许可制度设计的初衷相悖。

公共许可作为消解传统版权产业主体市场垄断的制度选择,不应转而被互联网产业主体用以构筑新的市场垄断。为使网络服务提供者以合法手段适用公共许可,在引入集体管理制度的同时,还有必要借鉴针对集体管理组织的限制机制,以维护内容提供者利用作品的自由。设置限制网络服务提供者的强制性条款,可从保障公共许可的非专属性(non-exclusive)着手,即强制规定网

[33] 例如向网络用户提供应用软件的互联网开放平台,网络服务提供者通过应用软件的使用频率等数据,向软件著作权人支付报酬。

[34] 例如美国的维基百科和 Facebook,以及我国的“人人网”和“新浪微博”等社交网络服务提供者,皆通过事前许可协议让网络服务商无偿获得作品的使用权。

[35] See Copyright Office, *Competition and Commerce in Digital Books: The Proposed Google Books Settlement*, Hearings before the House Comm. On the Judiciary, 111th Cong. 1st Sess. (Sept. 10, 2009).

[36] 谷歌案具体的最新分析参见前注[5],熊琦文。

[37] 参见“互动百科网”的“互动在线服务协议”第 4.3 条:“用户自注册之日或者获得百科网签约行家资质之日起发布在百科网上的作品一律视为互动在线委托用户创作的作品。作品的署名权由用户享有,互动在线享有除署名权外的其他著作权利,包括但不限于修改权、保护作品完整权、信息网络传播权、复制权、发行权、改编权、翻译权、汇编权、广播权、摄制权等。”

络服务提供者不得设置专属性的许可条款,使许可人保留自行向他人许可的权利。在网络服务提供者与著作权人的法律关系中保证著作权人自治,有助于激励著作权商业模式的创新。首先,并非所有作品都适于通过社群化的方式创作与传播,因此应保留其他的创作与传播模式。由于公共许可过分依赖权利人的个人兴趣或其他目的,所以公共许可机制下的作品创作并不直接回应市场,也缺乏必要的稳定性与延续性。实践证明,市场更需要的是专业化、稳定性的作品供应机制,有学者称之为“创造行为的职业化”。^[38] 传统产权化的保护方式,能够保证权利人的收益预期,进而产生对作品生产的持续投资。消费者在市场中选择的更多是能够受到追责并提供稳定品质保证的作品,这是作为“业余追求”的公共许可参与者所不能提供的。有鉴于此,应在实现权利集中许可的同时,保证原著作权人的自治,使原著作权人对作品的其他利用渠道和方式不会因权利转让而遭限制。其次,非专属许可的设定,更重要的目的在于防止网络服务提供者垄断优势地位的确立。作为以收益最大化为目的的网络服务提供者,一旦在互联网产业内占据了市场优势地位,将可能借助其不可替代的传播渠道而忽略甚至歧视部分缺乏市场认知的著作权人。非专属许可的保留,有助于权利人在网络服务提供者提供的许可条件对自己不利时,能够选择其他方式利用作品。同时,也有助于其他网络服务提供者拥有同样的内容获取渠道,避免处于市场优势地位的网络服务提供者垄断内容资源。

五、结 论

产业环境下的公共许可,既扩展了公众获取作品的渠道,也没有弱化权利人的经济收益,因此成为激励版权产业和互联网产业从冲突走向合作的重要手段。由于我国网络著作权保护尚不周延,导致网络用户未能养成付费使用作品的习惯,因而致使版权产业收益受到重大损失。在此背景下,对公共许可平台的引入,一方面能够迎合我国网络用户的使用习惯,避免因大规模诉讼而大幅提高制度成本;另一方面也能通过互联网产业向版权产业支付版权的方式,为著作权人创作和传播作品提供持续的经济诱因。如今我国互联网产业模式中普遍开放作品共享的做法,也证明了著作权制度与公共许可的并存是有益于产业发展的。因此,我们对公共许可制度蕴意的解读,应更多从产业的视角出发,不再简单地将通过公共许可视为倡导实现“文化环境保护主义”(Cultural Environmentalism)的政治运动,^[39]而是更多关注其制度成本与收益,并引入著作权立法以克服产业化运作中的新问题。在公共许可的帮助下,我国或可走出全球著作权立法的僵局,使著作权制度适应 Web 2.0 时代的需要。

(责任编辑:万 勇)

[38] Robert P. Merges, “The Concept of Property in the Digital Era”, 45 Houston Law Review (2008), 1250.

[39] See James Boyle, “A Politics of Intellectual Property: Environmentalism for the Net?” 47 Duke Law Journal (1997), 8-13.