

知识产权与遗传资源、传统知识和民间文学艺术 政府间委员会

第十七届会议

2010年12月6日至10日，日内瓦

关于知识产权制度中“公有领域”这一用语特别涉及传统知识和传统文化表现形式/民间文艺表现形式保护时的含义的说明

秘书处编拟的文件

导 言

1.. 在2010年5月3日至7日举行的第十六届会议上，WIPO知识产权与遗传资源、传统知识和民间文艺政府间(下称“委员会”)决定，秘书处应当“为委员会下届会议[……]编制并提供一份知识产权制度中特别涉及传统知识和传统文化表现形式保护方面的用语‘公有领域’的含义的技术信息文件。”¹ 本文件便是遵照上述决定编制的。

背 景

2.. 在知识产权(IP)法中，公有领域被普遍认为是指不受知识产权专有约束并因此可以供任何人自由使用或利用的无形材料。

¹ 第十六届会议的报告草案(WIPO/GRTKF/IC/16/8 Prov.)。

- 3.. 但公有领域作为一个伸缩性强、具有多功能和相对性的概念，却无法被赋予一个统一的法律含义。对于其在知识产权理论中的含义和效力，人们知之甚少。这一术语很少出现在法律条文中，专门涉及这一术语的具体规定就更是凤毛麟角了。
- 4.. 此外，公有领域未必是“产权的对立面”；相反，可以说之所以能把创新抽出来作为私有财产，其先决条件是因为有丰富的公有领域。²从这个意义上讲，公有领域不只是知识产权不予保护的剩余知识。相反，公有领域本身就是一种宝贵的资源。³事实上，维护一个丰富的、强有力的公有领域通常被作为一项重要的公共政策目标。
- 5.. 然而，在传统知识(TK)和传统文化表现形式(TCEs)的保护问题上，土著人民和当地社区认为，“公有领域”起到的作用是，将传统知识和传统文化表现形式排除在保护范围之外，甚至被用来为盗用行为提供正当理由的。⁴有人说，土著文化一般不对财产/非财产加以区分，因此，“公有领域”这一概念本身对他们来说就是舶来品。传统知识表面上可能像是公有领域的材料，因为由社区共享这一点上二者是共同的。然而，在谁能使用(如果有人能使用的话)某些知识以及在什么情况下才能使用这种知识方面，往往存在着社会限制。一些知识被认为是保密的、神圣的、是从远古时代到无限的未来一直传承的土著文化遗产的一个密不可分的组成部份。⁵将传统知识和传统文化表现形式归入公有领域，将破坏那些属于活态遗产的许多无形的、神圣的和保密的内容的机密性，并将更加贬低和导致非法挪用文化价值的现象。⁶另外，虽然根据公有领域所提倡的概念，由于某一资源可以由大家自由地使用，因此该资源将由所有人均衡地加以利用，但是如果对保护传统知识和传统文化表现形式也提倡这一概念的话，结果将令人震惊，因为公有领域运动“将普通人留予未经规范的市场来处置 [……]”。⁷因此，土著人民和当地社区可能会认为，公有领域的定义需要作出调整，以符合关于共享知识方面的一

² CHANDER, A.和 M.SUNDER, “公有领域传奇”, 92 CAL. L. REV. 1331(2004年), 第 1334、1340 页。

³ 亦参见 BOETTIGER, S.和 C. CHI-HAM, “防御性出版与公有领域”, 收录于《卫生和农业创新中的知识产权管理: 最佳做法手册》。(Krattiger A., R.T. Mahoney, L. Nelsen, J.A. Thomson, A.B. Bennett, K. Satyanarayana, G.D. Graff, C. Fernandez 和 S.P. Kowalski(eds.)、2007, MIHR(英国牛津)、PIPRA(美国戴维斯), Oswaldo Cruz Foundation(巴西里约热内卢)和 bioDevelopments-International Institute (美国伊塔卡)。

⁴ VAN CAENEGEM, W., “公有领域: 无主知识?”, [2002] E.I.P.R., 324。

⁵ “实现传统知识共享”, 《自然裁断》, 2010年, 第 40 页。

⁶ 参见第五届会议的报告(WIPO/GRTKF/IC/5/15), 第 80 段。

⁷ CHANDER A 和 M. SUNDER, 参见前引脚注 2, 第 1341 页。

些不同的世界观，有人认为，公有领域不止一个，而存在着若干个不同的、相互交叉的公有领域，或谓知识共享空间。⁸ 为此，建议创建“传统知识共享”项目。⁹

- 6.. 相反，其他人认为，传统知识和传统文化表现形式的公有领域特征十分可贵，因为正是由于这一特征，传统知识和传统文化表现形式才得以再生和振兴。如果对文化遗产授予专有私人财产权，土著社区的成员，或其他人，都无法在这一文化遗产的基础上进行创造或创新。如果对文化表现形式的保护过度，将会削弱公有领域，从而减少基础性作品的数量。因此，土著艺术家如果希望以非传统的方式再现传统主题，从而发展其艺术传统，并希望在创造性艺术市场中竞争的话，就可能受到这些制度的限制，其产生的后果便是，这些法律可能会把文化“冻结”在某一历史时刻，让传统人物无法发出现代的声音。¹⁰
- 7.. 考虑到以上这些不同的观点，委员会在开展工作的早期便意识到，认识“公有领域”的作用、范围和界线，是从知识产权的角度分析传统知识和传统文化表现形式的保护问题中的一个组成部分。¹¹ 在委员会的讨论当中，许多与会代表也提到了这一问题，因此委员会在第十六届会议上作出决定，委托专家编写本文件，以便重点在、有序地重新审议这一重要问题。
- 8.. 在此方面，存在许多复杂、敏感的问题，本文件仅试图探讨“公有领域”这一术语的各种不同含义的范围，无论从广义上，还是在具体涉及传统知识和传统文化表现形式的方面。本文件无意推崇任何一种具体的解释或做法，也不损害 WIPO 其他机构中对公有领域进行的讨论。

本文件的结构

- 9.. 在此背景下，附件将按以下标题对这一主题进行进一步的讨论：
 - a) 公有领域的定义：广义；
 - b) 公有领域在各个不同知识产权领域中的具体定义；
 - c) 相关术语和概念的确定及其含义；
 - d) WIPO 其他机构中对公有领域问题进行的讨论；

⁸ RAVEN, M., “反思公有领域：信息时代知识共享社会的挑战”，Work in Progress, 第 17 卷，第 2 期，2005 年夏季，第 23 页。

⁹ “实施传统知识共享”，参见前引脚注 5。

¹⁰ 参见“民间文艺表现形式”，欧洲共同体提交的文件(WIPO/GRTKF/IC/3/11)。亦参见 HAIGHT FARLEY, C. “保护土著人民的民间文艺：知识产权是答案吗？”Conn. L. Rev. 1, 1997 年，和“传统文化表现形式法律保护分析汇编”，文件 WIPO/GRTKF/IC/5/3。

¹¹ 参见分析汇编，脚注 10，第 15 段。

- e) 委员会对公有领域进行的讨论；以及
 - f) 涉及公有领域的国家和地区传统知识和传统文化表现形式立法。
10. 为本届会议编拟的另一份文件，即：“关于传统知识可能采用的各种不同体现形式的清单和简要技术性解释”(WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9)中讨论的若干术语，亦与本文件相关。

11. 请委员会注意本文件及其附件。

[后接附件]

附件

关于知识产权制度中“公有领域”这一用语特别涉及传统知识和传统文化表现形式/民间文艺表现形式保护时的含义的说明

一、公有领域的定义：广义

1. 公有领域在知识产权领域¹²中的大多数定义都是围绕着三个主要焦点问题：材料的法律状态、使用材料的自由和材料的可获得性。
2. 例如，《布莱克法律词典》将公有领域定义为：“不受知识产权保护并因此可以供任何人免费自由使用的发明和创造性作品。当版权、商标权、专利权或商业秘密权已丧失或保护期届满之后，原先这些权利保护的智力成果将变成公有领域的组成部分，并可被任何人自由使用，而不会招致侵权责任。”¹³ 《布莱克法律词典》(袖珍版第二版)将知识产权中的公有领域规定为“不受版权或专利保护的出版物、发明和方法的范畴”。¹⁴
3. 对上述三个主要焦点问题分别阐述如下：
 - A. 不受知识产权保护的材料
4. 公有领域由不受知识产权保护的信息资源¹⁵、无知识产权的资源¹⁶或者“没有知识产权负担的信息产品”¹⁷组成，即所有不受或不再受知识产权保护的智力成果。¹⁸换言之，它首

¹² 公有领域是其他法律领域(如“美国宪法第一修正案保障的获取信息权、政府保密协议、反间谍法、规制保密信息和军火目录的法律，以及信息自由法案”)中的重要概念。参见 LEE, E., 《公有领域：对通过机密或知识产权控制公众获取信息的政府权力的法律限制之演化》，载《HASTINGS 法律杂志》，第 55 卷，第 91 页始，在第 97 页，2003 年。当前文件仅限于知识产权范围。

¹³ 《布莱克法律词典》，第 1027 页(第 8 版，2005 年)。

¹⁴ 《布莱克法律词典》，第 569 页(第 2 版，2001 年)。

¹⁵ SAMUELSON, P., 《数字公有领域之版图：威胁与机会》，载《法律与现代问题》第 66 卷，第 147 页，2003 年。

¹⁶ SUTHERSANEN, U., 《A2K 与 WIPO 发展议程：到了列出“公有领域”的时机》，“联合国贸易和发展会议——国际贸易与可持续发展中心”(UNCTAD-ICTSD) 关于知识产权和可持续发展的项目，政策简报第 1 期，2008 年 12 月。

¹⁷ BOYLE, J., 《第二次圈地运动与公有领域的构建》，载《法律与现代问题》第 66 卷，第 33 页始，在第 59-60 页和第 68 页，2003 年，以及 BOYLE, J., 《前言：财产的对立面？》，《法律与现代问题》第 66 卷，第 1 页始，在第 29-30 页，2003 年。

¹⁸ SUTHERSANEN, U., 参见前引脚注 5。

先是由达不到知识保护要求的材料组成¹⁹(如缺乏足够独创性而不能受到版权保护的材料, 或者不能满足专利权保护条件或没有可专利性的发明等), 还包括那些因相关知识产权保护期届满或被宣告无效而被“解放”的材料, 以及虽然达到了受工业产权的保护要求, 但却没有申请保护的那些材料。

5. 这一问题的核心是强调不受版权保护的法律状态或者说缺乏知识产权保护, 但这一界定必须与知识产权法的保护范围联系起来理解。从这方面来讲, 公有领域“无非是尝试过各种法律保护标准后均不适用的剩余物……, 是被保护对象的“对立”面……”。²⁰
6. 尽管通常会将某一材料划入不受知识产权保护或者受知识产权保护中的一类, 但是有关公有领域论著却揭示了在这两端之间的法律状态区间。²¹

B. 可由任何人使用的材料与私有权的不适格性

7. 可自由使用的信息资源和可由所有权人行使专有权利的信息资源之间存在着显著区别。²²
8. 公有领域材料据称是任何公众成员可为任何目的、毋需获得任何权利人同意或许可即可免费自由使用或者获得的材料²³。
9. 此外, 这一用语也指那些无人可以在其上设立或维持私有权利的智力材料或要素, 即, 其无资格被私人拥有。公有领域的材料不是任何人的私有财产; 相反, 它们由公众共同拥有、向公众开放并可由公众不受限制地加以使用。²⁴

¹⁹ 公有领域可包括“抽象的客体, 如创意与发现……”、信息、概念、原则、自然规律等等。参见 SUTHERSANEN, U., 前引脚注 16。但是, 有些人认为这些材料不属于公有领域的一部分。参见, 如 ROSE, M., 《胜诉之道: 有关英国版权的辩论与公有领域的比喻》, 载《法律与现代问题》第 66 卷, 第 75 页始, 在第 80 页, 2003 年; 还参见 GORDON, W., 《论拥有信息: 知识产权与补偿性冲动》, 载《佛吉尼亚州法律评论》第 78 卷, 第 149 页始, 在第 163 页, 1992 年。

²⁰ SAMUELS, E., 《版权法中的公有领域》, 载《美国版权协会杂志》第 41 卷, 第 137 页, 1993 年, 被 SAMUELSON, P., 《不断丰富的公有领域之论》(55《杜克法学杂志》载第 55 卷, 第 101 页始, 在第 105 页, 2006 年)引用。

²¹ SAMUELSON, P., 参见前引脚注 9, 第 151 页。

²² BENKLER, Y., 《像空气一样免费共用: 宪法第一修正案对圈地运动(将公领域圈入私人财产范围)的限制》, 《纽约大学法学评论》第 74 卷, 第 354 页, 1999 年, 在第 361-62 页, 被 SAMUELSON, P., (前引脚注 9, 第 121 页)引用。

²³ 亦参见, 例如, 《版权与合理使用》, 斯坦福大学图书馆, 《欢迎来到公有领域》, http://fairuse.stanford.edu/Copyright_and_Fair_Use_Overview/chapter8/8-a.html(“是公众(而非单个作者或艺术家)拥有这些作品。任何人毋需允许即可使用它们, 但是个人不可以拥有它们。”)。

²⁴ REESE, A., 《新的未出版之公有领域 2》(2005 年 8 月)(未出版的手稿), 第 48 页, 被 SAMUELSON, P., (参见前引脚注 9, 第 135 页)引用。

C. 可获得性与可接触性

10. 有人认为：“一个领域要成为公有领域，就必须是在公众可获得性方面是公有的。”²⁵这一论断引发了两个评论。首先，不是所有可(由公众)获得的材料都是属于公有领域。因此公有领域必须与单纯的可由公众获得或接触到的材料相区别开。此外，还应注意“可获得性”是个相对性的概念，存在着多种不同程度的“可获得性”。²⁶其次，与该论断可能有所矛盾的情况是，不是所有公有领域内的材料都可被公众获得的。

C.1 可获得但受保护

11. 与一些人的直观感受不同，某些材料并不会仅仅因为可以经自由和公开的渠道被接触或被获得，就属于公有领域。例如，公共博物馆墙上挂的画可以被自由获得(欣赏)，并且还可能被允许通过拍摄而进行复制。但是，这并不意味着这些画是在公有领域之中。同样的，可以在网络上观赏一部作品的复制件或实际上是传统文化表现形式(TCE)，也并不意味着这些作品或传统文化表现形式是在公有领域之中的。²⁷

C.2 不受保护但是不可获得

12. 某种东西处于在公有领域之内的事实，并不能保证人们可以自由地获取它。不受知识产权保护的状态本身并不能导致对公有领域材料的自由获取。²⁸
13. 确实，公有领域材料并非总是没有任何成本或权利负担的。例如，某些公有领域材料的可获得性取决于防止披露保密信息和其他商业秘密的法律规定。此外，大量的信息(比如法院的纪录)在人们愿意花时间和精力去发掘的时候是可被公众获得的，但实事求是地讲，情况也并非如此简单。²⁹技术保护措施可能会进一步限制自由使用，在反规避规则的立法支持下，公有领域的范围会受到影响。

²⁵ SAMUELSON, P., 参见前引脚注 9, 第 166 页。

²⁶ SAMUELSON, P., 参见前引脚注 9, 第 153 页。某些信息可以像被严守的秘密一样得到保护。秘密也可以被许可或披露给他人，但有明示或暗示的保密限制。(参见，如 POOLEY, J., 《商业秘密法》，第 9.04[2]节, 1997 年)。至于谁可以接触和使用信息，以及为何目的使用，各种许可的限制是不同的。

²⁷ 文化遗产进行数字化的录制和文献记录可能使它们更易为第三方获取，进行不当使用和利用，因为当这些内容被展现时，其可能被视为公有领域的一部分。

²⁸ WIPO 《版权、邻接权与公有领域之概论》，Séverine Dusollier, 2010 年，第 7 页。

²⁹ SAMUELSON, P., 参见前引脚注 9, 第 154 页。

14. 事实上，一种对公有领域的狭义定义提出，公有领域是由“公众可获得的且对其的使用不侵犯任何法律权利或保密义务的信息组成。……它指……由政府或国际组织编制并且主动向公众提供的公共数据和官方信息”。³⁰
15. 类似地，某些对公有领域的定义包括未经发表或未向公众公开的作品。正如一位学者指出，如果某一材料是不可被公众获得的，那么人们也自然会问把这个材料放入不受知识产权保护的范围又有何意义。³¹有人指出，如果某一材料的占有人对该材料拥有私有权(包括控制材料的获取和使用的权利)，那么就这种未公开但处于公有领域的作品而言，公众实际上并没有从中受益。对不受知识产权保护的材料而言，在物理上对其使用的控制，可能比知识产权法对使用的控制更加强大。³²

C.3 公有领域与公众可获得的传统知识

16. 在传统知识领域，专家们在遗传资源和相关传统知识³³的获取与利益分享方面已经承认：“公有领域”范围内的与遗传资源相关的传统知识和“可供公众获得的”与遗传资源相关的传统知识，二者之间存在显著区别。一份专家报告指出：
- “公有领域”一词被用来表示自由地获取，但是也被断章取义地适用于公众可获得的、并且与遗传资源相关的传统知识之上。对“公众可获得性”的通常理解并不意味着这种获得是免费的。对“公众可获得性”的通常理解也可能意味着双方需要协商同意某些获取条件，比如支付费用。传统知识常常被认为是公有领域的一部分，因此以为它们一旦被获取并从其特有的文化环境中移走和传播后，就是可被自由获得的。但是，我们不能想当然地认为那些可被公众获得的与遗传资源相关的传统知识是无主的。在公众可获得性的范畴内，仍然需要从可被识别的传统知识的拥有人处获得事先知情同意(包括如果之前已经获得的事先知情同意的使用发生变化的时候)，以及适用的利益分享条款。如果无法识别传统知识的拥有人，也可由国家等确定相应的受益人。³⁴
17. 传统知识可被公众广泛地获取，并且可能通过实体文件、因特网和其他通讯或纪录方式而被获取。传统知识可向第三方披露，或向传统知识起源地的土著人民或当地社区之外的其他人披露，无论他们是否获得了该等土著人民或当地社区的授权(进一步参见“关于

³⁰ 联合国教科文组织(UNESCO)《关于普及对网络空间的使用及促进并使用多种语言的建议书》。

³¹ 见 REESE, A., 参见前引脚注 13, 第 48 页。

³² 见上, 第 24–25 页。

³³ 参加“与遗传资源相关的传统知识在获取与利益分享的国际机制方面的技术与法律专家小组会议”的专家们，将“公有领域”一词与“可为公众获得”一词加以区分，特别是涉及与遗传资源相关的传统知识时。

³⁴ 参见 UNEP/CBD/WG-ABS/8/2, 《与遗传资源相关的传统知识在获取与利益分享的国际机制方面的技术与法律专家小组会议报告》。

传统知识可能采用的各种不同体现形式的清单和简要技术性解释”，文件 WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9)。

二、公有领域在各个不同知识产权领域中的具体定义

18. 正如先前提及的《布莱克法律词典》对公有领域的定义所述，公有领域的概念是与专利、版权、商标和商业秘密密切相关的。

A. 公有领域与版权法

19. 公有领域的存在是整个版权制度的一个基础性原则。³⁵

A.1 基本定义

20. 1971 年《保护文学和艺术作品伯尔尼公约》适用于所有的在公约生效时“尚未在来源国因保护期届满而进入公有领域”的作品。³⁶

21. 根据伯尔尼公约，公有领域被定义为“无需向版权和邻接权人付费(因保护期届满或由于缺乏国际条约而使得这些作品在指定国不受保护)即可被所有人使用和利用的作品和邻接权的客体的领域”。³⁷

22. 这个定义基本是消极性定义，因为公有领域的范围是受版权保护范围的对立面。³⁸公有领域是由不受版权保护的智力成果组成，这些成果要么达不到版权保护的条件、要么版权保护期已经届满或者因为其他原因而不受保护。有时这一定义的范围更为狭窄，仅包含版权保护期届满的作品。³⁹公有领域还可包括在版权法出现之前创作的作品(可以是传统文化表现形式(TCEs))和其他版权作品中不受保护的部分或因素。⁴⁰值得注意的是，由于版权保护是地域性的，因而某一作品可能在一个国家受保护但是在另一个国家属于公有领域。此外，当版权的经济权利保护期届满时，其精神权利还可能永久存在。

³⁵ LITMAN, J., 《公有领域》，载《Emory 法律评论》第 39 卷，第 965 页，1990 年。

³⁶ 《保护文学和艺术作品伯尔尼公约》，第 18(1)条。

³⁷ WIPO 《国际版权和邻接权条约指南》和《版权和邻接权术语表》。

³⁸ WIPO 《版权、邻接权与公有领域之概论》，Séverine Dusollier, 2010 年，第 6 页。

³⁹ 同上。

⁴⁰ COHEN, J.,等, 《全球信息经济中的版权》，Aspen 法律和商业出版社，2002 年。

A.2 公有领域内的“使用”

23. 某些公有领域的定义侧重于对材料的使用自由，即使包含这些材料的作品本身受知识产权保护。⁴¹也就是说，公有领域不仅包括不受保护的客体，还包括对版权作品不受保护的使用，包括对版权的限制或合理使用。⁴²因此，即便排除那些有争议但是在长期诉讼后仍可能会被认为是合理使用或其他有权使用的情况，⁴³公有领域仍可以说包含“对受知识产权保护的信息资源进行不受管制的、经过默示许可的、完全合理的和其他形式的有权使用”。⁴⁴
24. 公有领域还包括对受版权保护的作品通过许可的方式而得以合法化的使用情况。⁴⁵因此，公有领域可以包括那些虽然受版权法保护，但是可以有权或通过默示许可进行共同使用的材料。⁴⁶通过知识共享组织(CC)和类似的许可安排，大量的材料根据不同的许可条件而可被公众利用，因而这些材料也被认为在公有领域范围内。⁴⁷
25. 此外，公有领域的概念有诸多类似的其他说法，例如“开放获取”或“开源”、“信息共享(information commons)”、“脑力共享(intangible commons of the mind)”或者“知识共享(knowledge commons)”。这些虽有区别但类似的概念常常被与创新有关的观点联系起来使用，这些观点认为创造与革新只能在一个开放、共享的知识池(即，“健全的公有领域”)存在的情况下才能被培养出来。⁴⁸
26. 最后，孤儿作品和绝版作品也常常处于被视为公有领域的灰色地带中。⁴⁹

⁴¹ SAMUELSON, P., 参见前引脚注 9, 第 146 页

⁴² WIPO 《版权、邻接权与公有领域之概论》，参见前引脚注 27, 第 9、11 页。

⁴³ SAMUELSON, P., 参见前引脚注 9, 第 146 页。

⁴⁴ BENKLER, Y., 参见前引脚注 1, 第 361-62 页。另参见 MERGES, R., 《公有领域的新动力说》，载《芝加哥大学法律评论》第 71 卷, 第 183 页始, 在第 184 页, 2004 年, 在 SAMUELSON, P., (参见前引脚注 9, 第 121 页)文章中引用。

⁴⁵ WIPO 《版权、邻接权与公有领域之概论》，参见前引脚注 27, 第 9、11 页。另参见 NIMMER, D.等, 《合同变异的扩展》，载《加利福尼亚法律评论》第 87 卷, 第 17 页始, 在第 23 页, 1999 年, 在 SAMUELSON, P., (参见前引脚注 9, 第 151 页)文章中被引用。

⁴⁶ SAMUELSON, P., 参见前引脚注 9, 第 121 页。

⁴⁷ SAMUELSON, P., 参见前引脚注 9, 第 123 页和第 152 页。Creative Commons, Choosing a License, 《创新共享、选择许可》，<http://creativecommons.org/about/licenses/>(2010 年 7 月 16 日最后访问)。

⁴⁸ SUTHERSANEN, U., 参见前脚注 5。就开源软件的讨论, 参见 SAMUELSON, P.,(参见前引脚注 9, 第 123 页)。

⁴⁹ WIPO 《版权、邻接权与公有领域之概论》，参见前引脚注 38, 第 9、11 页。

A.3 对广泛的公有领域的需求

27. 人们常常坚持认为，创造性取决于获取并借鉴现有的大量公有领域材料的能力。事实上，有人声称作者根本不能凭空创造出新作品出来，⁵⁰而且几乎所有的文化创作都借鉴了先前的作品——公有领域内的已有作品。⁵¹
28. 相应地，公有领域就成为“保障创作所需原材料的法律……它不应光被看作是不值得受保护的材料的范围，还应被视为是保障知识产权制度其余部分正常运作的工具，因为它将创作的原材料留给其他作者使用。”⁵²类似的，公有领域在“促进创作事业的发展上至关重要”。⁵³
29. 在这个意义上，公有领域并非与受知识产权保护内容的领域截然分离，⁵⁴或者“构筑版权版图之后的剩余物。相反，它是……存贮版权资源的宝库。”⁵⁵它“促进了艺术文化的发展”，“是文化景观的一部分”。⁵⁶
- 总之，对活跃的公有领域的需求强调了其对社会的积极功能：它是创造新知识的基石，是竞争性模仿⁵⁷和后续创新⁵⁸的启动器、是获得信息的免费或低价途径⁵⁹、并使得公

⁵⁰ LITMAN, J. 参见前引脚注 35, 第 965 页。

⁵¹ 见 DUTFIELD, G. 和 U. SUTHERSANEN 著, 《创新与发展》, 收录于《无专利权的创新: 在多元世界中利用创新精神》, (Suthersanen U, Dutfield G, & Boey Chow K. 主编), Edward Elgar 出版社, 2007 年。

⁵² LITMAN, J., 参见前引脚注 24, 第 967、968 页。

⁵³ 同上。

⁵⁴ COHEN, J., 《版权、商品化和文化: 定位公有领域》, 收录于《信息公有领域》(P. Hugenholtz & L. Guibault 主编辑, 2006 年), 在 SAMUELSON, P., (参见前引脚注 9) 文章中被引用。

⁵⁵ WIPO 《版权、邻接权与公有领域之概论》, 参见前引脚注 27, 第 6 页。

⁵⁶ COHEN, J., 参见前引脚注 43。

⁵⁷ 参见, 如 OCHOA, T., 《公有领域的来源与含义》, 载《DAYTON 大学法律评论》第 28 卷, 第 215 页始, 在第 215 页, 2002 年, 在 SAMUELSON, P., (参见前引脚注 20) 文章中被引用。

⁵⁸ 参见, 如 LITMAN, J., 参见前引脚注 24, 第 966 页。

⁵⁹ 参见, 如 VAN HOUWELING, M., 《版权法中的分配价值》, 载《德克萨斯州法律评论》第 83 卷, 第 1535 页始, 在第 1575 页, 2005 年, 在 SAMUELSON, P., (参见前引脚注 9) 中被引用。

众可获得文化遗产⁶⁰等等。从这个角度来看，公有领域可以“为创造者创作新作品提供沃土，并且为教育提供丰富的内容资源”。⁶¹

B. 公有领域和专利法

B.1 基本定义

30. 一般而言，与专利法相关的公有领域包括无人享有权利的并且可不受限制地加以利用与借鉴的知识、创意和创新成果。⁶²
31. 通常认为，专利制度是发明者与公众之间的一个社会契约：一方面，它授予专利权人禁止他人未经其允许而对其专利发明进行商业性使用的排他性权利；另一方面，它也要求专利权人公开其发明，以使得该发明可以被本领域内的技术人员加以运用。
32. 就每一专利而言，申请人都被要求提供该发明的技术细节，而且大多数国家的法律要求这些技术细节要从申请日(优先权日)起满 18 个月即向社会公开。一旦某一专利到期、被放弃或被宣告无效，他人即可使用相关专利而无需获得专利权人的同意。即便在专利有效期内，他人也可以自由地将相关信息用在自己的新发明之上，只要这不构成对授权专利的侵权。授权专利也可激励他人进行一些衍生发明。例如，他人可以利用被披露的信息来开发在专利独占权之外的新技术。⁶³“现有技术” (prior art) 的概念会在下文进一步讨论。

B.2 发明成为公有领域的途径

33. 通常来说，发明进入公有领域是因为：
 - a. 在使用方面不存在法律限制：如果法律没有对某一作品赋予财产性权利，或者该作品未达到保护标准并被明确排除在现行法律保护范围之外，那么这种作品就可能进入公有领域；⁶⁴

⁶⁰ 参见，如 OCHOA, T., 参见前引脚注 57, 第 215 页(“我们当然地认为莎士比亚的戏剧和贝多芬的交响曲在公有领域内，任何人都可以自由地复制、改编和表演。”)

⁶¹ 《国际图书馆协会联合会(IFLA)、图书馆信息计划(EIFL)以及图书馆、信息和文献协会欧洲局(EBLIDA)对临时委员会就与WIPO发展议程有关的建议作出的联合声明》，第二次会议，日内瓦，2006 年 6 月 26-30 日，见<http://www.ifla.org/III/clm/p1/A2K-7.htm>。

⁶² 参见《专利信息传播》(SCP/13/5)，第 110 段。

⁶³ 参见《国际专利制度报告》(SCP/12/3)，第 37-39 段。

⁶⁴ 参见《专利信息传播》(SCP/13/5)，第 114 段。

- b. 专利保护期届满：专利保护是有时间限制的。在多数国家，专利保护期限是从申请日起 20 年，20 年之后这些发明就不再受专利保护了；⁶⁵
- c. 不续展：为了维持授权专利的有效性，一般来说，国内法律都要求专利权人向专利局支付维持费或续展费。未向专利局支付维持费，将导致丧失相关专利；⁶⁶及
- d. 被撤销或被宣告无效：一般而言，专利法规定了当专利未能达到授权的法定要求时，撤销该专利权或者宣告其无效的程序。⁶⁷

B.3 地域性

- 34. 专利保护是有地域性的。在很多情况下，而且就本文的目的简单而言，发明可能在一个国家受保护但是在其他国家处于公有领域内，原因可能仅仅由于一份专利申请没有在那些国家递交或者因为其现有法律不允许向该种发明授予专利权。
- 35. 既然专利权是地域性权利，原则上在每个寻求专利保护的国家都应该递交一份专利申请。如果在一个国家不寻求专利保护，⁶⁸该发明成果就可能在这个国家处于公有领域内。
- 36. 如果法律没有赋予对一种发明成果的财产权利，或者该发明未达到保护标准并被明确排除在现行法律保护范围之外，那这个发明就可能进入公有领域。不同国家之间法律存在差异，说明一个特定的发明可能在某个法域被视为进入了公有领域，但是在另一个法域则不一定。⁶⁹

B.4 例外与限制

- 37. 与版权法的情况一样，公有领域被认为其不仅包括不受专利保护的客体，还包括对专利发明不受保护的使用。
- 38. 根据专利制度的政策目标，各国专利法为了平衡权利人与第三方的合法利益，谨慎地划定独占专利权的范围。⁷⁰许多国家在其国内法中规定了对独占权的某些例外和限制，包括但不限于：

⁶⁵ 参见《专利信息传播》(SCP/13/5)，第 116 段。

⁶⁶ 参见《专利信息传播》(SCP/13/5)，第 117 段。

⁶⁷ 专利授权的质量和公有领域之间有着直接的联系。最近，某些专利局受到了批评，因为其授权范围与在专利申请中实际披露的创新内容相比过于宽泛。另一方面，对可专利性的要求进行比较严格的把握也可能导致潜在的公有领域范围得以扩展。参见《专利信息传播》(SCP/13/5)，第 118 段。

⁶⁸ 参见《专利信息传播》(SCP/13/5)，第 175 段。

⁶⁹ 参见《专利信息传播》(SCP/13/5)，第 114 段。

⁷⁰ 参见《国际专利制度报告》(SCP/12/3)，第 235 段。

- a. 私人和非商业的使用行为；
- b. 当其他国家的飞机、车辆或船舶暂时或偶然地进入该国领空、领土或领水时，该等飞机、车辆或船舶上所用的专利器械；
- c. 仅为了试验或研究目的；
- d. 任何人，在专利授权国的专利申请日(优先权日)之前善意地使用了发明或者就该等使用进行了有效和认真的准备(先用者例外)；
- e. 仅为准备和提供获得行政审批所需要的信息，而进行的合理与相关的使用；以及
- f. 根据医药处方而配制药品。⁷¹

C. 公有领域与商标法

39. 我们可以从两个角度来审视公有领域在商标法中的含义。

C.1 从公有领域中“捞鱼”

40. 最初被视为是公有领域的名称和符号也可获得排他性权利。⁷²事实上，“例如，描述性名称在使用多年后变得可以用来识别货物或产品的来源，因此获得了第二含义而可被用作商标。”⁷³“国际商用机器”(International Business Machines (IBM))就是一个典型例子，这个名字原本非常具有描述性而不能被作为商标保护，但现在也成为注册商标。⁷⁴

41. 类似的，公开权是普通法系知识产权的一种，它使得名人们可以利用公有领域中的材料(比如他们的名字和肖像)而获益。这种获益行为是对创造一个具有商业价值的形象所需投入的时间、金钱和精力的一种合理补偿。普通人并没有公开权，而他们的名字和肖像尽管会受到隐私权的保护，但却属于不受知识产权保护的公有领域。当然，一旦普通人成为名人后，他们的名字和肖像就可以并且经常被“财产化”。⁷⁵

C.2 “落入”公有领域

⁷¹ 参见《国际专利制度报告》(SCP/12/3)，第 237 段。

⁷² SAMUELSON, P., 参见前引脚注 9, 第 119 页。

⁷³ 见上。

⁷⁴ 见上。

⁷⁵ 参见 LANGE, D., 《承认公有领域》，载《法律与现代问题》第 44 卷，第 147 页始(1981 年秋季刊)，在第 165 页，在 SAMUELSON, P., (参见前引脚注 20)文章中被引用。

42. 与上述情况相反的是，受保护的商标也可以变成通用名称并失去它们的显著性。在此情况下，它们可以被视为进入公有领域，即便最初它们是受到商标法保护的文字或符号。
43. 一般而言，应该注意的是“商标法与所有知识产权法一样，都是地域性的。作为一个普遍现象，在一个国家拥有商标权，并不能在另一个国家产生使用该标识或者禁止他人使用该标识的权利。一个商标在每个给予并承认商标权的独立法律制度下都是单独存在的；事实上，同样的标识可在不同的国家被不同的人所拥有。”⁷⁶
44. 此外，“当注册一个商标时候，大多数国家要求申请人描述申请保护的商品和服务”。⁷⁷WIPO建立了国际分类制度(1957年《商标注册用商品与国际分类尼斯协定》)，该制度创建了商标在国际申请中具体的描述分类法。这意味着一个商标只能在特定商品或服务类别中注册的原则，并且除了驰名商标的情况外，对商标的保护范围仅限于已注册类别中的商品与服务。

D. 公有领域与商业秘密

45. 从广义上而言，任何使企业具有竞争优势的机密商业信息都可被视为商业秘密。商业秘密涵盖了生产或工业秘密以及商业机密。他人如果未经权利人授权使用这些信息会被视为不正当的行为并且侵犯商业秘密权。取决于具体法律制度，对商业秘密的保护可构成制止反不正当竞争这一广义概念的一部分，或是以保护机密信息的具体法律规定或判例法为基础的。⁷⁸
46. 与专利相反，商业秘密无需注册就可受到保护，也就是说，对商业秘密的保护没有程序上的形式要求。因此，商业秘密受保护是没有时间限制的。但是，仍然存在着信息被认定为商业秘密的条件。满足这些条件可能比初看起来的情况更加困难和费钱。尽管这些条件在各国之间有所不同，但仍然存在参照《与贸易有关的知识产权协议》(TRIPS 协议)第 39 条确定的通常标准：
- a. 信息必须是秘密的(即，该信息对于通常会处理此种信息的人们而言不是众所周知的或不易被其得到的)；
 - b. 该信息因其秘密性而具有商业价值；及
 - c. 该信息被其合法的持有人根据情况采取了合理的保密措施(例如，通过保密协议)。⁷⁹

⁷⁶ DINWOODIE, G., 《国际知识产权法律与政策》，Lexis Nexis 出版社，2001 年，第 89 页。

⁷⁷ 同上，第 142 页。

⁷⁸ 见http://www.wipo.int/sme/en/ip_business/trade_secrets/trade_secrets.htm。

⁷⁹ 见http://www.wipo.int/sme/en/ip_business/trade_secrets/protection.htm。

47. 但是，一旦商业秘密向公众披露，即便该披露是意外的，该商业秘密也就不再可能受到保护，而进入了公有领域。⁸⁰
48. 商业秘密可由本身处于公有领域中的特征与要素的组合构成，但是当对这些特征或要素或二者的组合进行整合加工、设计和处理之后，它们作为一个整体就可产生出竞争性优势。⁸¹

三、相关术语和概念的确定和含义

49. 一些概念有时会与“公有领域”的概念混淆，如“人类的共同遗产”，“付费使用公有领域”，“现有技术”，“无主物”，“共有物”(和“公地”)以及“已披露的传统知识”。

A. 人类的共同遗产

50. “人类的共同遗产”(亦称“人们的共同遗产”、“全人类的共同遗产”或简称为“共同遗产”)是一个国际法上的原则，该原则主张，应当为后代托管保护特定的地域和人类(文化和自然)共同遗产中的特定要素，防止个别国家政府或企业进行利用。⁸²
51. 人类共同遗产的概念在 1967 年的《外空条约》中被首次明确地进行了表述。⁸³此概念还出现在《月球条约》中，《条约》第 11 条规定“月球及其自然资源为人类的共同遗产”。⁸⁴ 1982 年，《联合国海洋法公约》(UNCLOS)第 136 条将此概念表述为“国家管辖范围之外的海床、洋底及其底土”。⁸⁵
52. 一般来说，文化遗产被认为是全人类共同遗产的一部分。有人确实认为文化遗产是属于全人类的，因而进一步主张文化遗产既不能为私人所有，也不能受到单独的版权保护。文化遗产自身就是属于公有领域的。反过来，公有领域被认为是人类共同的文化和知识遗产的一部分。
53. 在更为广义的文化遗产政策背景下，与传统知识和传统文化表现形式相关的文献通常涉及如下国际文件：联合国教科文组织(UNESCO)《关于禁止和防止非法进出口文化财产和

⁸⁰ Verbauwhede, L., 《广告中的知识产权问题》，见http://www.wipo.int/sme/en/documents/jp_advertising.htm。

⁸¹ 《商业秘密是金砖：保护它们》，载《WIPO杂志》，2002年4月，见http://www.wipo.int/sme/en/documents/wipo_magazine/04_2002.pdf。

⁸² 参见维基百科“人类共同遗产”条目，见http://en.wikipedia.org/wiki/Common_heritage_of_mankind。

⁸³ 《关于各国探索和利用外层空间包括月球与其他天体活动所应遵守原则的条约》，1967年1月27日，《美国条约》第18卷，第2410页，《联合国条约》第610卷，第205页。

⁸⁴ 《指导各国在月球和其他天体上活动的协定》第1条，1979年12月17日，8I.L.M.1434。

⁸⁵ 《联合国海洋法公约》第1条，第1款，1982年12月10日，《联合国条约》第1833卷，第397页[UNCLOS]。

非法转让其所有权的方法的公约》(1970 年); 联合国教科文组织(UNESCO)《保护世界文化和自然遗产公约》(1972 年); 联合国教科文组织(UNESCO)《保护传统文化和民间文学艺术的建议》(1989 年); 联合国教科文组织(UNESCO)《保护非物质文化遗产公约》(2003 年); 联合国教科文组织(UNESCO)《促进和保护文化表现形式多样性公约》(2005 年)以及国际统一私法协会(UNIDROIT)《关于被盗或非法出口文物的公约》(1995 年)。

B. 付费使用公有领域

54. 在“付费公有领域”制度下, 使用公有领域中的作品需要付费。通常地, 该制度的运作类似于非自愿许可: 该使用行为是基于支付一定的法定费用而不是获得在先的授权。该制度适用的公有领域仅仅是由已过保护期的作品组成的部分(但将该制度适用于民间文艺表现形式的国家除外, 下文将阐述更多详细信息)。在部分国家, 仅对公有领域作品的商业性或营利性使用行为收费。
55. 建立付费公有领域的想法可以追溯至法国作家维克多·雨果(Victor Hugo), 正是他提倡建立该制度。对使用作品的行为收费, 从而建立一个致力于鼓励青年作家和创作者的基金。提供一些补偿以使新生代创作者受益的想法, 随着时间的推移已经获得了部分认同。⁸⁶
56. 收费的金额以及费用的使用情况都有很大不同。版税通常是用于福利和文化目的, 如资助青年作者、为生活困难的创作者提供社会福利或推广创作性作品。有时收取的费用不是用于帮助个人创作者, 而用于维系公有领域自身, 如阿尔及利亚。在这种情况下, 这些付费可以看作是对保护公有领域提供资助的手段, 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而带来的财政压力。⁸⁷
57. 然而, 付费使用制度的运作可能对自由使用公有领域作品构成阻碍。这种阻碍程度的大小至少部分取决于付费的金额。

⁸⁶ 意大利常被引作西方国家中适用付费公有领域制度的一个例子, 但是意大利在 1996 年废除了该制度。如今, 付费公有领域制度还存在于阿尔及利亚、肯尼亚、卢旺达、塞内加尔、刚果共和国、科特迪瓦和巴拉圭。其中, 非洲国家占大多数, 其原因在于非洲知识产权组织(OAPI)制定的《班吉协定》及其关于文学和艺术财产的附录中规定, 使用民间文艺的表现形式和作品或已进入公有领域的智力成果的行为适用该制度(第 59 条, 1999 年修订)。

⁸⁷ WIPO《版权、邻接权及公有领域之概论》, 第 38 页, 参见前引脚注 17。

58. 付费使用制度曾被提议作为保护传统文化表现形式的模式，⁸⁸旨在通过土著艺术委员会⁸⁹，为土著社区提供经济报酬以扶持传统作品⁹⁰。WIPO和联合国教科文组织(UNESCO)在20世纪80年代初曾调查过付费使用公有领域的制度。⁹¹部分发展中国家事实上在开发民间文学艺术作品时适用该制度。然而，这一制度的有效性并未真正得到过评估，且其能够在多大程度上保护传统作品也受到了质疑。⁹²确实，对这些费用的管理和收取对于集体管理组织而言是巨大的负担，在发展中国家尤其如此。此外，还有人主张，该制度并非令各社区满意的解决方法，因为各社区重在控制传统知识和传统文化表现形式而不是获得报酬。在为委员会第三届会议准备的关于国家和地区保护传统文化表现形式经验的报告中，(WIPO/GRTKF/IC/3/10)有关于此点的深入讨论。在第九届委员会会议中，为公有领域委员会制定了一份建议。⁹³

C. 现有技术

59. “现有技术”决定了新颖性和创造性的范围，新颖性和创造性是授予专利的两个主要条件，防止对已经存在的发明或与现有发明相比是显而易见的发明授予专利。一般而言，

⁸⁸ LEISTNER, M., 《本土资源不同领域的分析——传统知识》，载 VON LEWINSKI, S., 《本土遗产与知识产权：基因资源、传统知识和民间文学艺术》，Kluwer 国际法律出版社，2003年，第84页。亦见1976年突尼斯《著作权示范法》第17条，该条鼓励使用付费公有领域制度以帮助发展中国家《保护并传播国家民间文学艺术》；HARVEY, E., 《比较法视野下的付费公有领域制度，尤其是阿尔及利亚的制度》，《新闻和信息》，联合国教科文组织(UNESCO)《版权公报》。

⁸⁹ 参见 HAIGHT FARLEY, C., 《保护土著人民的民间文艺：知识产权是答案吗？》，参见前引脚注10。

⁹⁰ BLAKENEY, M., 《保护传统文化表现形式》，见 http://www.ecap-project.org/fileadmin/ecapII/pdf/en/activities/regional/aun_sept_07/traditional_cultural_expressions_word.pdf。

⁹¹ 参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，载《版权公报》，第26卷，第3号，1982年，第49页。亦见 DIETZ, Adolf, 《作者团体权利的现代观念(付费公有领域)》，载《版权公报》，1990年，第44卷，第4号，第13至28页。

⁹² 参见 NIEDZIELSKA, M. 《民间文艺保护的知识产权方面》(1980年)，载《版权：每月评论》(世界知识产权组织)第16卷，第344页。

⁹³ 参见“共同音乐组织”的代表(代表 Peter Seeger 先生)的陈述，(文件 WIPO/GRTKF/IC/9/14PROV 2, 第120段): “世界范围内的公有领域的老歌常被‘改编和整理’，然后新的歌曲又享有版权了。我们建议将……版税的0.1%或99.99%分配给歌曲来源地区和人民。每个国家都应当有公有领域委员会以帮助决定何种费用用于何处。……公有领域……并不意味着销售获得的收益不返还给灵感的源头(也就是创作作品的人民或国家)。事实上，公有领域委员会的作用之一就是确保实现两个明显矛盾的目的：确保对自然资源的保护和发展，以使所有人受益，同时限制试图从中盈利的使用行为；以及确保收益的合理份额返还给创作来源方以维系该资源。……”

“现有技术”是指在被审理的专利申请在其申请日或优先权日之前，公众可以获得的所有知识，无论是通过书面或口头披露还是以公开使用的方式使公众可获得。⁹⁴

60. 通常，一项发明以下列三种方式成为现有技术的一部分，即：(1) 在出版的著作中或其他形式的出版物中对发明进行描述；(2) 在完全公开的场合对发明进行口头介绍，这种披露方式称为口头披露；(3) 公开使用发明或使公众处于这样一种状态，即公众中的任何成员都能够使用发明。⁹⁵
61. 正如上文所指出的，专利申请人必须在专利申请文件中提供发明的技术细节。在专利申请以及/或专利公开后，发明就成为现有技术。然而，这并不意味着发明进入公有领域了。专利权人仍对其要求保护的发明享有专有权利。一般而言，当专利保护期届满后，专利所保护的发明才进入公有领域。也就是说，专利保护期届满后，人们可以自由使用专利中的技术，而无需专利权人的许可。
62. 在有些国家，通过口头方式或在国外公开使用方式向公众披露的信息不构成现有技术。因此，根据前述国家的专利法，如果一个发明与在其他国家虽未记载在书面文件中，但已可为公众获得的技术信息相同，或与其相比是显而易见的，仍然可能在该国获得专利权。因缺乏认定现有技术范围的全球统一标准，从而存在对在其他国家已处于公有领域的客体授予专利权的风险。此外，鉴于越来越多的专利组织之间的合作，统一全球对现有技术的认定标准是对新颖性和创造性形成共识的基础。⁹⁶

D. 无主物

63. 无主物(*Res nullius*)(不属于任何人的财产)，是一个来源于罗马法的拉丁术语，其中 *res*(法律意义上的一个物，可指代任何可被拥有的东西)，不是任何特定主体的权利客体。这些物品被认为是无主财产，通常可以被他人自由拥有。野生动物或抛弃物是无主物的典型例子。

E. 共有物或公地

E.1 共有物

64. 共有物(*Res communis*)(共同财产)是罗马公法中使用的一个拉丁语表述，用以指代一种共同的财产或物品，如，一种物品根据其自然性质无法进行分配。这种物是属于每一个人，属于全体公民的，并因此是所有人都可以获得的。

⁹⁴ 参见《国际专利制度报告》(SCP/12/3)，第 210 段。

⁹⁵ 参见 WIPO《知识产权手册》(第二版，2004 年)，第 19 页。

⁹⁶ 参见《国际专利制度报告》(SCP/12/3)，第 211 段。

65. 在罗马法中，共有物(*Res communis*)的例子包括大海、海洋、大气层、大气空间、以及避难所或公共浴室。然而，水或空气可能是分离于大海、海洋、大气层或大气空间，并且有可能为个人使用或消费目的而占用，因而是种无主物。水和空气可能为个人或集体所有并使用。无主物没有所有权人，但是是可利用的。相反，共有物不能为私人所有，任何人不得阻止他人使用。
66. 就某种程度而言，罗马法上的无主物概念类似于人类共同遗产的概念。然而，这是有争议的，因为有人更倾向于市有物(*res universitatis*)这个概念，这个概念是适用于公民的，而不是所有人的。⁹⁷

E.2 公地

67. 《布莱克法律词典》中将“公地(*common*)”定义为“使用他人财产的权利，如地役权。”词典中还解释为“划拨一块供公众使用的地”。
68. “公地”是指人们集体所有或分享的资源。这些资源是“共同所有的”，可以包括大至自然资源和土地，小至软件的所有东西。在一些著作中，公地转变为私有财产的过程就称为“圈地”。
69. 公地通常是指环境要素——森林、大气层、河流、渔场或森林草场——这些都是人类共同分享的。这些资源是环境的有形和无形组成部分，无人拥有所有权，但是每个人都可享用。
70. 如今，公地也可以适用于文化领域进行解释。因此公地包括(除非受知识产权保护)文学、音乐、表演艺术、视觉艺术、外观设计、电影、视频、电视、广播、社区艺术以及遗址。
71. 公地还包括“公共物品”，如公共空间、公共教育、健康以及保证社区运行的基础设施(如电力或水力传输系统)。
72. 真正的公地可以被很多重要的特征加以描述。首先，真正的公地是不能被商品化的——如果其被商品化了，那么其就不再是公地。第二，虽然公地既不是公众的又不是私人的，但其一般由当地社区进行管理。公地只能在一定程度上具有排他性，而不具有完全的排他性。也就是说，不能把公地围起来设定界限，否则公地就成私有财产了。第三，不同于资源，公地不是稀缺的，而是丰富的。事实上，如果合理运作，公地还能够避免出现不足的情形。⁹⁸

⁹⁷ 参见维基百科“无主物”条目，法语版见http://fr.wikipedia.org/wiki/Res_communis。

⁹⁸ 参见维基百科“公地”条目，见<http://en.wikipedia.org/wiki/Commons>。

73. 研究人员为进行非商业性研究试图获取传统知识，土著和当地社区在与研究人员进行多样的和有效的利益分享的协调中遇到了问题，而传统知识共享的模式已经发展成为解决这些问题的潜在机制。⁹⁹正如在 2009 年 12 月，在南非开普敦举行的“传统知识共享研讨会”发表的报告中所指的，知识公地和公有领域的区别对于传统知识共享尤其重要，因为有关传统知识的习惯法受到了(土著和当地社区与公有领域)保持适当关系及互惠观念的影响，而不是将传统知识转移至公有领域。大量传统知识已经能够在出版物和文献中公开获取，土著和当地社区长期以来一直致力于避免他人将传统知识作为公有领域财产对待，以及避免他人将传统知识视为免费的资源进行使用。因此，“传统知识共享”机制严格地在习惯法的框架内提供对传统知识的获取及使用，从而避免将传统知识圈入公有领域，这一点是十分重要的。换言之，“传统知识共享”将是规制获取传统知识的一种机制——尽管还受土著和当地社区的双边文化价值的指引——总之不是免费获取。基于此，当有必要防止他人误用传统知识时，土著和当地社区应当有权选择禁止他人获得传统知识，并拒绝对基于其传统知识发展起来的知识加以利用的行为。¹⁰⁰

四、WIPO 其他机构中对公有领域问题进行的讨论

74. WIPO 的几个论坛正在对公有领域的概念在进行讨论

A. 发展和知识产权委员会

75. 2007 年，WIPO 大会采纳了 45 项旨在将发展的主题纳入 WIPO 所有活动中的建议。¹⁰¹发展和知识产权委员会(CDIP)由此设立，以为实施这些建议的制定工作计划。
76. 在 WIPO 发展议程的 45 项建议中，有两项是关于公有领域的。第 16 号建议指出，WIPO 制定规范的过程应当考虑“公有领域的保护”以及“对丰富的、可获得的公有领域的含义和利益的深入分析”。第 20 号建议旨在促进“与知识产权有关的规范制定活动，这些活动能够在 WIPO 成员国内建立一个繁荣的公有领域，包括起草指导方针的可能性，这些指导方针能够帮助成员国利益方识别各成员国管辖范围内进入公有领域的客体。”
77. 为以有效和一致的方式实施经采纳的建议，发展和知识产权委员会(CDIP)设立了一个“知识产权和公有领域”项目。该项目的目的在于通过一系列的调查和研究以深化对以下概念的理解，即在不同的法域内，哪些材料构成公有领域内容；什么工具被用来帮助识别进入公有领域的客体；如果相关信息已经是可获得的，则丰富的和可获得的公有领域的含

⁹⁹ 更多关于传统知识共享的信息见 http://naturaljustice.org.za/index.php?option=com_content&task=view&id=55&Itemid=94。

¹⁰⁰ “实施‘传统知识共享’机制”，参见前引脚注 5，第 14 页。

¹⁰¹ 参见 <http://www.wipo.int/ip-development/en/agenda/>。

义和利益是什么。该项目由四个部分组成，从以下三个角度解决问题：(1) 版权，(2) 商标，以及(3) 专利。¹⁰²

B. 版权及相关权常设委员会

78. 以上提及的“知识产权和公有领域”项目，涉及的是发展议程建议中的第 16 号和第 20 号，包括起草一篇“版权及相关权与公有领域界限研究”报告(1.3 活动)。¹⁰³

C. 专利法常设委员会

79. 为专利法常设委员会起草的两份研究报告中，即“不可获得专利的客体范围及权利的例外和限制”(SCP/13/3)以及“专利信息的传播”(SCP 13/5)，包含了一些实用信息，即关于专利制度在认定、获取、使用公有领域中的技术方面所发挥作用。

D. 商标法常设委员会

80. 商标法常务委员会曾多次讨论过关于公有领域文化财产“私有化”的问题。原则上，已进入公有领域的文学或艺术作品可被自由使用，包括为商业目的的使用。然而，存在着公共政策方面的正当化理由，使企业不被允许就公有领域作品获得商标权。¹⁰⁴

五、知识产权与遗传资源、传统知识和民间文学艺术政府间委员会(下称“委员会”)背景下的公共领域

81. 公有领域问题在委员会的讨论得到了重视和强调。一些与会者认为传统知识和传统文化表现形式是处于公有领域的，一些与会成员则不接受“公有领域”这个概念，而其他一些成员则对这个概念存有疑问和意见。以下是选取的一些在此前委员会会议期间发表的意见。

¹⁰² 参见 CDIP/4/3 Rev.1。

¹⁰³ 同上。该研究报告已起草完毕，见http://www.wipo.int/ipdevelopment/en/agenda/pdf/scoping_study_cr.pdf。

¹⁰⁴ 参见 SCT/16/5。

A. 传统知识和传统文化表现形式处于公有领域中

82. 俄罗斯联邦代表团指出，根据俄罗斯联邦国内立法，民间文学艺术作品在俄罗斯不受著作权法保护，尤其是非物质表现形式的民间文艺。且俄罗斯联邦国内立法进一步规定，在俄罗斯领域内从未受过保护的作品应当视为进入公有领域。¹⁰⁵
83. 欧盟及其成员国代表团指出，“民间文艺大部分都是处于公有领域的这一事实并不妨碍其发展——相反，这使得民间文艺经由现代艺术家发展演化或激励出新的创作。”代表团进一步指出，“提倡为其自己的民间文艺提供知识产权保护的地区将垄断对民间文艺的利用，并将自然面临来自其他地区垄断(其民间文艺)的同样要求。这样，相互交流和相互使用即使不是不可能，也将必然变得更加困难。实际上，只有知识产权保护当对社会是适当的和有益的情况下，才应当采用，即知识产权保护在刺激创新和投资的同时，还能尊重他人利益和社会大部分人利益。如果民间文艺的表现形式完全受到保护，则无异于将其浇注在混凝土中封存起来。民间文艺就将因此无法向前发展，并可能丧失其主要特征——发展性，从而危及其自身的存在。有一点很重要，即必须在公有领域和受保护的知识产权之间明确一条界限。……知识产权保护的范围不应当无限延伸，使其法律确定性被淡化。”¹⁰⁶ 代表团还指出，欧洲民间文艺是公有领域的一部分，但其他国家和文化区可能会有不同的观点和解释。¹⁰⁷
84. 加拿大代表团指出，所倡议的行动的基本目的就在于确保已进入公有领域的、可识别的传统知识不受专利保护。代表团指出：在加拿大，现有技术是指全世界范围内可为公众获得的任何被披露的技术。口头披露也将构成现在技术的一部分，但是在实务中，只有当口头披露被记录于纸质载体上或以机器可读的形式录制，加拿大专利局才会认定为口头披露。此外，代表团强调：现有技术的日期和来源必须被清楚地确定。总之，对现有技术的认定很大程度上取决于相关文件的可获取性和可接触性。加拿大代表团还指出，传统知识分为两类，即(i) 已汇编的传统知识，如，以书面形式呈现并处于公有领域的；以及(ii) 未汇编的、构成土著社区口头传统部分的传统知识。¹⁰⁸
85. 秘鲁代表团认为应当采用特殊机制去保护那些即使已经进入公有领域的传统知识的要素。¹⁰⁹

¹⁰⁵ 第二届会议报告草案 SCT/16/5，第 24 段。

¹⁰⁶ 欧洲共同体关于文件 WIPO/GRTKF/IC/4/3 的评论，参见分析汇编，文件 WIPO/GRTKF/IC/5/3，第 27 段。

¹⁰⁷ 第二届会议报告草案(WIPO/GRTKF/IC/2/16)，第 169 段。

¹⁰⁸ 第二届会议的报告草案(WIPO/GRTKF/IC/2/16)，第 131 段。亦见文件 WIPO/GRTKF/IC/17/INF/8。

¹⁰⁹ 第二届会议的报告草案(WIPO/GRTKF/IC/2/16)，第 123 段。

86. 国际环境法中心(CIEL)代表团指出,在设计特殊保护机制时应当考虑并采用类似对于商业秘密的保护制度,以保护不在公有领域的传统知识。对那些被认定为公有领域内现有技术知识,考虑并采用公平利益分享的补偿机制。¹¹⁰
87. 新西兰代表团认为,无论是采用任何供选择的保护机制,还是特殊保护机制,为公有领域的传统知识和传统文化表现形式提供某些形式的保护是至关重要的。¹¹¹

B. 不被接受的公有领域概念

88. 尼日利亚代表团认为,公有领域是指那些曾经受过保护,但保护期限届满的成果,而传统文化表现形式从未受过知识产权法的保护,然而这并不意味着由于作品是可获得的,该作品就是处于公有领域并能够自由获取的。¹¹²
89. 图莱利普部落代表也认为,土著人民不接受公有领域的概念。公有领域概念的历史演进以及其与知识产权发展的关系表明,公有领域和知识产权二者是共同发展的,是启蒙主义时代和理性时代末期西方知识运动的产物。这些艺术的守护者开放分享传统文化表现形式,并不意味着这些传统文化表现形式就进入了公有领域。如果作为非传统文化表现形式守护者的普通公众,误用了传统文化表现形式,则将对个体的知识守护者产生物理上的和精神上的巨大伤害。图莱利普部落代表敦促各国政府找到保护被认为处于公有领域的传统知识和传统文化表现形式的方法。例如,很多歌曲或故事是个人或家庭所掌握的。这些歌曲和故事被公开表演,社区内的任何人可能都了解。然而,演唱这些曲子或讲述这些故事的权利只能是作为这些创作成果传承者的个人或家庭。传统文化表现形式不是处于“公有领域”的,因为土著人民此前并未采取西方知识产权制度中保护知识的必要步骤,而政府和公民却未能承认和遵守规制其使用行为的习惯法。有关(保护传统表达形式)可能对文化创新产生负面影响的忧虑,是根据西方知识产权制度理论产生的,并不能反映这世界上众多土著人民的动机。在传统文化中通常没有与“公有领域”相匹配的概念。¹¹³
90. 萨米理事会的代表认为,商业或其他利益长期利用土著的在先的、基础的、文化遗产,这些遗产被称为是处于“公有领域”的,而“公有领域”这个词语对于土著人民来说没有任何意义。他还指出,土著人民很少会将任何东西归入公有领域,公有领域只是一种知识产权制度设计。对于那种保护公有领域的传统文化表现形式将对本土艺术家及其创造力产

¹¹⁰ 第二届会议的报告草案(WIPO/GRTKF/IC/2/16),第 149 段。

¹¹¹ 第六届会议的报告草案(WIPO/GRTKF/IC/6/14),第 41 段。

¹¹² 第五届会议的报告草案(WIPO/GRTKF/IC/5/15),第 37 段。

¹¹³ 第五届会议的报告草案(WIPO/GRTKF/IC/5/15),第 56 段。

生威胁的观点，委员会代表也反对，他认为这种观点忽略了有关使用传统文化表现形式的习惯法。¹¹⁴

91. Tupaj Amaru代表认为，将传统知识和传统文化表现形式归于公有领域，将破坏属于活态遗产的许多无形的、神圣的和保密的内容的机密性的，并将使文化价值贬值，并使贬损文化价值和企业非法挪用文化价值的现象更为严重。¹¹⁵

C. 关于公有领域概念的疑问和意见

92. 挪威代表团强调，在受保护的传统知识与处于公有领域的知识之间寻找适当的平衡点是十分重要的。对于公有领域概念的实际含义，并没有一个一致的认定方法。¹¹⁶挪威代表团认为，如果一种知识能够在创造这些知识的社区之外的地方为公众广泛知晓，并且公众能够从创造知识来源的社区或其代表之外的来源很容易获取这些知识，则至少这些知识是处于公有领域的。传统知识是否已处于公有领域的关键标准则是传播的范围以及在创造知识的社区之外能够获取该知识的程度。知识是如何传播的则与认定其是否属于公有领域的标准无关，这应当是一个客观的标准。上述以知识传播给公众的程度为基础，区分受保护的传统知识与处于公有领域的知识的观点，并不意味着传统知识仅仅因为有社区之外的人接触了知识，或知识能够在社区之外的地方被获取(例如通过数据库获取)而丧失保护。¹¹⁷
93. 瑞典代表团询问：(1) 对传统知识的可预见的保护与已处于公有领域的知识之间是什么关系？如何确定获取传统知识的相关地点？该地点并不自然地限于当地(2) 成员国如何预见对数据库中传统知识的保护？¹¹⁸
94. 日本代表团提出如下问题：将如何处理属于公有领域的知识？这种情境下的公有领域如何进行界定？¹¹⁹

六、涉及公有领域的国家和地区传统知识和传统文化表现形式立法

95. 秘鲁第 27811 号法案《为源自生物资源的土著人民的集体知识引入保护机制法》采取了一种有关(判断)传统知识(是否)处于公有领域之内的立场。该法案第 13 条规定，如果集体知识已经通过如出版物之类的大众传媒使土著人民之外的其他人能够获取，或者生物资

¹¹⁴ 第五届会议的报告草案(WIPO/GRTKF/IC/5/15)，第 53 段。

¹¹⁵ 第五届会议的报告草案(WIPO/GRTKF/IC/5/15)，第 80 段。

¹¹⁶ 保护传统知识：经修订的目标和原则(WIPO/GRTKF/IC/17/5)，附录第 25 页。

¹¹⁷ 保护传统知识：经修订的目标和原则(WIPO/GRTKF/IC/17/5)，附录第 37 页。

¹¹⁸ 保护传统知识：经修订的目标和原则(WIPO/GRTKF/IC/17/5)，附录第 25 页。

¹¹⁹ 保护传统知识：经修订的目标和原则(WIPO/GRTKF/IC/17/5)，附录第 37 页。

源的性质、用途或特征在土著人民和社区的范畴之外已被广泛知晓，则集体知识是处于公有领域的。¹²⁰

96. 《吉尔吉斯斯坦共和国传统知识保护法》第 8 条规定，“为防止以传统知识为基础创造的客体非法获得专利授权，应当维护传统知识数据库，在审查客体是否可获得专利时应当使用数据库。经授权的国家机构将对数据库进行维护，该数据库以已进入公有领域的经注册的传统知识数据及与传统知识有关的信息为基础。”¹²¹
97. 太平洋岛屿国家《保护传统生态知识、创新和实践示范法》中规定了与传统知识有关的公有领域。第 3 条明确该法的适用包含“公有领域内的传统生态知识”。在认定该法应在何种程度上适用于公有领域时，其规定“这将取决于对以下几个因素的考量：(a) 所有者是否有分享知识的意图，如果有，其分享的目的是什么；(b) 宣传或传播知识的行为是否经过许可；(c) 所有者是否知道其知识可能被用于商业目的；(d) 所有者是否知道对知识的分享可能会导致其丧失对知识使用行为的控制；(e) 未经授权的使用知识行为何种程度可能会损害所有者精神和文化的完整性。”¹²²
98. 1999 年 12 月 22 日第 032-99/AN 号法案《布基纳法索保护文学艺术财产》第 89 条规定“如果根据著作权保护规则，可确定身份的个人作者创作的传统文化遗产表现形式尚未进入公有领域的，则其应当是属于作者个人。任何人主张其是一种传统文化遗产表现形式的作者的，应当合法证明他是该传统文化遗产表现形式的作者。如果传统文化遗产的表现形式的作者是已知的，用户因使用行为而支付的版税应当根据集体管理组织的分配规则在权利人和集体管理组织之间进行分配”。¹²³

¹²⁰ 秘鲁第 27811 号法案《为源自生物资源的土著人民的集体知识引入保护机制法》的英语和西班牙语版本见<http://www.wipo.int/clea/en/details.jsp?id=3420>。

¹²¹ 《吉尔吉斯斯坦共和国传统知识保护法》英文版见<http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=5571>。

¹²² 参见《保护传统生态知识、创新和实践示范法》，见http://www.grain.org/brl_files/brl-modellaw-pacific-en.pdf。

¹²³ 1999 年 12 月 22 日第 032-99/AN 号法案《布基纳法索保护文学艺术财产》的英文版见<http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=420>。

99. 1982 年 1 月 28 日《哥伦比亚著作权法》的第 24 章是关于公有领域的。其中第 187 条规定“以下内容应是属于公有领域：(i) 保护期届满的作品；(ii) 作者身份不明的民间文艺作品和传统作品；(iii) 作者宣布放弃权利的作品；以及(iv) 不受(哥伦比亚)共和国保护的外国作品。”第 189 条规定“各种形式的土著艺术，包括舞蹈、歌曲、工艺、绘画和雕塑，都属于文化遗产”。¹²⁴

[附件和文件完]

¹²⁴ 1982 年 1 月 28 日第 23 号《哥伦比亚版权法》英文、法文和西班牙语版本见 <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=872>。