

开放数据的著作权解决方案

——ODC 协议研究*

■ 罗娇

中国科学院文献情报中心 北京 100190

摘要: [目的/意义] 研究 ODC 协议对处理开放数据著作问题、降低数据利用侵权风险、预防数据权益纠纷发生、实现开放数据可持续发展具有重要意义。[方法/过程] 以法律关系分析方法,厘清覆盖于数据之上的著作权法律关系;以字面解释等法律解释方法,对 ODC 协议及其重要条款进行解读;以案例调研、比较研究等方法,对 ODC 协议的适用问题进行归纳并提出解决方案。[结果/结论] ODC 协议通过将数据的著作权法律关系解构为单个数据、数据内容、数据库、衍生数据库、集成数据库、数据产出等部分来设计授权使用条款,将开放数据的使用者扩展至所有主体,技巧性地回避了对事实数据进行授权的法理难题,同时从多个方面实现了协议的明确性、全球性和前瞻性。ODC 协议是开放数据著作权问题的有效解决方案之一,适用时建议同时建立数据许可权限管理机制、科学发现权的承认与保护机制,并建议在未来的 ODC 协议更新版本中完善对被许可人恶意重复违约的规制问题。

关键词: ODC 协议 开放数据 著作权

分类号: G322

DOI: 10.13266/j.issn.0252-3116.2017.09.001

开放数据对促进经济增长具有重要意义,为社会经济发展提供了无限契机^[1],2016年《中华人民共和国国民经济和社会发展第十三个五年规划纲要》中亦明确提出“依法推进数据资源向社会开放”。以许可协议的形式妥善处理覆盖于数据之上的著作权法律关系,是实现数据开放的重要前提。我国学者对开放数据许可协议的类型^[2]、应用^[3-5]领域与适用^[6-7]均提出了对开放数据实践具有重要价值的建议。与前述多侧重于开放数据许可协议框架性研究与提出概括性建议不同,本文以解决开放数据著作权问题的 ODC 协议(Open Data Commons)为研究对象,详细剖析其中的法律关系、法律技术、法理基础,并结合我国著作权法提出适用建议,以期为我国开放数据的著作权问题提供解决思路,促进我国开放数据事业的可持续性发展。

1 数据库的著作权保护及数据开放面临的著作权挑战

1.1 数据库的著作权保护

著作权法理论上,往往将数据库解构为单个的数

据(data)、数据内容(contents)、数据库(database)、衍生数据库(derivative database)、集成数据库(collective database)、产出(produced work)等部分来分析其法律关系(见图1)。单个数据可以是文本,也可以是形象、视听资料等其他形式。将两个以上的单个数据进行汇集,即构成数据内容(contents)。欧盟《数据库指令》(Database Directive)^[8]中,数据内容既指代数据库中汇集的全部数据,也可以指代数据库中的部分数据。如果数据内容是采用某种“选择、编排”方法将数据进行有序汇集,则形成数据库。对原数据库进行翻译、改编(adaptation)、整理(arrangement)、修改(modification)或对其实质部分进行任何改动,所形成的新数据库为衍生数据库(derivative database);不改动原数据库,将其与其他数据库汇集成一个整体得到的新数据库为集成数据库(collective database)。通过检索或其他方法利用数据库、衍生数据库、集成数据库的数据内容所得到的结果,为数据产出(produced work)。

上述关系中,单个数据本身可能是受著作权保护

* 本文系中国科学院项目“支持 GRC 开放获取行动计划的世界开放获取行动评价与监测平台”(项目编号:Y140321001)研究成果之一。

作者简介:罗娇(ORCID:0000-0003-4949-5211),助理研究员,博士,E-mail:luoj@mail.las.ac.cn。

收稿日期:2017-02-16 修回日期:2017-04-27 本文起止页码:2017-0407 本文责任编辑:王善军

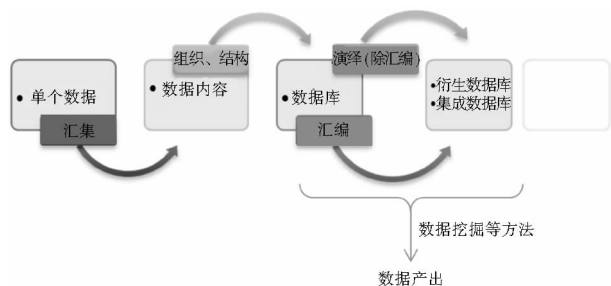


图1 数据、数据内容、数据库、数据产出关系

的作品(包括受邻接权保护的制品,下同),也可能是受著作权保护的材料。以一定的“选择、编排”方法将数据进行有序汇集形成的数据库,若“选择、编排”方法达到构成作品所要求的独创性高度,则数据库构成汇编作品而受著作权保护。对原数据库进行演绎而形成的衍生数据库和集成数据库,若达到构成作品所要求的独创性高度,则相应的衍生数据库或集成数据库也构成汇编作品而受著作权的保护。但汇编作品著作权所保护的对象仅限于数据库的“结构”或“组织”,不延及单个数据本身,即使数据库构成汇编作品,数据库中原本不受著作权保护的单个数据,继续不受著作权的保护^[9]。对数据库,包括原始数据库、衍生数据库、集成数据库,进行检索或通过其他利用方式所获得的数据产出,如果具备构成作品所要求的独创性高度,则构成作品而受著作权的保护。此外,对于设置了数据库权的国家,数据库也享有数据库权的保护,即享有禁止他人“抽取”(extraction)或“反复使用”(re-utilization)数据内容的全部或实质性部分的权利^[8]。我国《著作权法》并未纳入数据库权,实践中多从汇编作品的角度对数据库提供著作权保护。

1.2 数据开放面临的著作权挑战

根据 SPARC 的定义,开放数据是“可以允许任何使用者通过互联网免费获取、自由使用的数据,且没有任何财政、法律或技术上的障碍”^[10]。在法律层面,数据开放面临的障碍集中于如何处理好覆盖于数据之上的权益问题,避免利用数据进行的科研、创作、开发或服务产生纠纷^[11]。由于覆盖于数据之上的权益关系异常繁杂,实践中往往针对某一具体问题制定特定处理方案,如针对个人数据保护问题制定“数据保护指南”^[12]、针对伦理审查问题制定“伦理指南”^[13]、针对医疗数据特殊问题制定“数据治理中心简报”(Digital Curation Centre Briefing Paper)^[14]、针对公共健康问题制定“共享指南”^[15]等。覆盖于数据之上的著作权法律关系也是数据开放面临的法律障碍之一,但根据上

述数据库著作权法律关系的分析,处理这一法律障碍会面临诸多挑战。

其一,开放数据的不确定性与数据著作权保护的不确定性之挑战。开放数据要求覆盖于数据之上的著作权相对明确,而数据及数据库的著作权保护往往充满不确定性。例如,单个数据是否受著作权保护具有不确定性;数据库的组织、结构是否受著作权保护也有不确定性;“抽取”或“反复使用”的数据是否属于数据内容的“实质性部分”仍有不确定性。这些不确定性导致相应的使用行为是否需要授权、需要获得何种授权均不确定。

其二,开放数据的全球性与数据著作权保护的地域性之挑战。开放数据允许任何使用者通过互联网自由获取数据,即数据的获取是全球性的,而数据的著作权保护却具有明显的地域性。例如,单个数据是否受著作权保护,取决于一国著作权法的保护客体、保护期限、公有领域、限制与例外等制度。又如,是否以汇编作品的形式保护数据库,取决于一国著作权法对汇编作品的形式与独创性等要求。再如,数据内容是否享有数据库权保护,取决于一国立法是否构建数据库权;但即使立法设立数据库权的国家,如何享有数据库权保护也取决于该国司法政策如何认定“实质性投资”“抽取”或“反复使用”实质性部分等关键要素。

其三,数字技术的迭代性与数据著作权保护的滞后性之挑战。开放数据要求数据的使用没有任何技术的障碍,但技术的发展是迅速且不断迭代更新的,而著作权法往往滞后于技术的发展,难以及时应对新技术条件下数据利用方式的迭代与更新。如何使开放数据的著作权解决方案具有一定的前瞻性,以缓解技术迭代与著作权保护滞后之间的紧张关系,是数据开放面临的一大挑战。

此外,开放数据著作权问题的处理,还面临对许可协议如何定性、对事实数据进行授权的正当性等法理方面的难题。

2 ODC 协议的重要条款及其对开放数据著作权问题的应对

正如数百年前艾伦巴洛勋爵所言,“尽管每个人都应该享有自己的著作权,但是人们不可以给科学带上脚镣”。针对开放数据所面临的著作权挑战,开放知识基金会(Open Knowledge Foundation)自 2008 年 3 月开始陆续发布 ODC 协议,旨在为数据开放的著作权问题提供法律层面的解决方案。迄今,ODC 共发布了三

种类型:开放数据库许可(ODC Open Database License, ODC-ODbL)^[16]、开放数据共用署名许可(ODC Attribution License, ODC-By)^[17]和公共领域贡献和许可(ODC Public Domain Dedication and License, ODC-PDDL)^[18]。

2.1 ODC 协议的重要条款

2.1.1 授权条款 ODC 协议的授权条款对所授权利的类型、内容、期限、终止与恢复进行了约定,是协议的核心条款,详述如下。

(1) 所授权利的类型。ODC 系列协议从正反两方面规定了所授权利的类型。从反面,ODC 系列协议不适用的权利类型包括:用于制作或运行数据库的计算机程序;数据库及其数据之上的专利权;与数据库相关的商标权。从正面,不同协议所授权利的类型不同。其中,ODC-PDDL 适用于“数据库或数据的著作权或邻接权”和“数据库或数据的数据库权”。这意味着 ODC-PDDL 既可分别适用于数据库或数据库中的数据,也可同时适用。但分别适用的,许可人必须另行明确声明是适用于数据库还是数据库中的数据。否则,一旦适用 ODC-PDDL 便意味着数据库与数据均可以免费获取、自由利用,无需再遵守其他许可协议。与 ODC-PDDL 不同,ODC-ODbL 和 ODC-By 适用的权利包括:数据库的著作权或邻接权;数据库权;本协议所列明的合同权利。即 ODC-ODbL 和 ODC-By 仅适用于数据库,不适用于数据内容。采用 ODC-ODbL 和 ODC-By 的数据库,其数据内容需通过其他许可协议进行授权。为此,ODC 协议增设了“数据内容许可协议”(Database Contents License, ODC - DbCL)^[19],供采用 ODC-ODbL 时一并适用。当然,ODC-ODbL 并非必须与 ODC-DbCL 一并适用,许可人也可以选择其他许可协议代替 ODC-DbCL。

有观点认为,ODC 协议“适用于复杂的数据集内容和数据库作品,不适用于计算机软件、电影、音乐等创作作品”^[2],根据上述 ODC 协议适用的权利类型,这一观点值得商榷,因为采用 ODC-ODbL 或 ODC-By 时,无论数据内容是否“复杂”,也无论数据库是否构成作品,这两种协议均不涉及数据内容,只针对数据库的著作权、数据库权和合同权利;而采用 ODC-PDDL 协议时,在没有另行声明的情况下,数据库和数据内容无论为软件(但制作或运行数据库的软件除外)、电影、音乐、文本或其他任何形式,均可适用 ODC-PDDL 协议(见表 1)。

(2) 授权的内容。ODC 协议中,ODC-ODbL 与 ODC-By 的授权内容几乎相同,但两者与 ODC-PDDL 有

表 1 ODC 协议的适用对象

开放的方式	数据库的许可	数据内容的许可
贡献于公共领域	ODC-PDDL	ODC-PDDL,或其他许可协议
署名	ODC-By	其他许可协议
署名+相同方式共享	ODC-ODbL	ODC-DbCL,或其他许可协议

明显差异。ODC-ODbL 和 ODC-By 授予了使用者针对数据库著作权和数据库权的全球性、免费、非排他性、有终止条件的许可,具体许可内容有:对数据内容的全部或实质性部分进行“抽取”和“重复利用”;创建衍生数据库;创建集成数据库;对所创建的衍生数据库或集成数据库的相应部分进行复制、发行、传播、展览、出借、提供获取或公开表演(ODC-By 第 3.1 条、ODC-ODbL 第 3.1 条)。与 ODC-ODbL 和 ODC-By 侧重于“授权”(license)不同,ODC-PDDL 更像一种“弃权”(relinquish)声明,即适用 ODC-PDDL 意味许可人放弃其对数据库及其数据内容享有的著作权和数据库权;弃权适用于许可人一切现有的或将来可能取得的著作权和数据库权,适用于许可人的继承人或继受人,适用于任何媒介与格式的数据库及其数据内容。换言之,适用 ODC-PDDL 则数据库及其数据内容均进入公有领域(public domain),许可人不再享有任何著作权或数据库权。

为了使授权内容具体明确,ODC 协议根据授权对象的著作权和数据库权所控制的行为来约定授权内容。例如,著作权国际条约与各国著作权立法中的著作权,主要控制他人未经许可对作品进行演绎、复制、发行、传播、展览、出借、提供获取或公开表演等行为,ODC 协议中的著作权授权条款便是对这些行为进行充分授权。再如,欧盟《数据库指令》^[8]及相应国家立法中的数据库权,主要控制他人未经许可对数据内容的全部或实质性部分进行“抽取”和“重复利用”,ODC 协议中的数据库权授权条款便是对这些行为进行充分授权。有观点认为 ODC-ODbL“是允许用户无偿共享、修改和使用数据的许可协议”^[3],这一观点值得商榷。因为 ODC-ODbL 的授权内容仅涉及数据库的著作权和数据库权所控制的行为,并不涉及单个数据的著作权授权,单个数据能否无偿共享、修改和使用需结合具体情况进行判断。以采用 ODC-ODbL 的论文数据库为例,如果单个数据(即单篇论文)受著作权保护,则单个数据的使用应遵守著作权保护规则或者针对该单个数据的许可协议,数据库采用 ODC-ODbL 并不必然意味着单个数据可以被用户无偿共享、修改和使用。

(3) 授权的期限与终止。ODC-ODbL 和 ODC-By

的授权期限均为相应数据库著作权和数据库权的存续期间,但被许可人一旦违反许可协议,授权立即终止且无需通知被许可人。不过,被许可主动停止违约行为的,则可通过相应的机制恢复授权(ODC-By 第 9.4 条、ODC-ODbL 第 9.4 条),具体机制是:被许可人主动停止违约行为,授权临时恢复,停止违约行为满 60 天,授权永久恢复,但许可人另行通知且有合理理由的除外(见图 2)。此外,被许可人在第一次接到许可人的违约通知后 30 天内纠正违约行为的,也可永久恢复授权。



图 2 授权恢复机制

与 ODC-ODbL 和 ODC-By 不同,ODC-PDDL 并未约定授权期限。这是因为适用 ODC-PDDL 协议意味着数据库和数据永久地、不可逆转地进入公有领域,不再剩余任何著作权或数据库权可供授权,并无必要对授权期限及授权终止问题进行约定。

2.1.2 使用条款 ODC 协议的使用条款约定了被许可人使用数据库时应当遵守的限制条件,是协议的实质性条,违反则构成根本违约,授权立即自动终止(ODC-By 第 4.1 条、第 9.1 条;ODC-ODbL 第 4.1 条、第 9.1 条)。ODC-PDDL、ODC-By、ODC-ODbL 的使用条件依次从宽松到严格。其中,ODC-PDDL 几乎没有使用限制条件,被许可人可以任何形式或格式对数据库和数据行使著作权或数据库权所限制的任一行为,包括可以对数据库和数据进行分许可(sublicence)。ODC-By、ODC-ODbL 的使用条款则有“署名”、“相同方式共享”、“禁止分许可”等方面的不同要求。

(1)署名条款。ODC-By 和 ODC-ODbL 均要求被许可人遵守“署名”条款,具体包括对数据库的署名规则和对数据产出(produced work)的署名规则。在数据库的署名方面,被许可人公开传输原数据库、原数据库的衍生数据库,以及包含原数据库的集成数据库时,首先需附上许可协议文本或许可协议文本的 URI;其次,需保留有关著作权或数据库权的声明,以及与许可协议有关的声明;最后,如果因结构问题难以将声明放入特定的文件夹的,被许可人需提供相应声明的存放地址。在数据产出的署名方面,即对于通过检索或其他方法利用原数据库、原数据的衍生数据库、集成数据库中的原数据库部分而得到的结果,被许可人公开使用

需声明该数据产出的来源数据库及该数据库所适用的许可协议(ODC-By 第 4.3 条、ODC-ODbL 第 4.3 条),声明样例如下:

所涉信息来源于某数据库(加数据库的超链接),该数据库基于某许可协议(加 ODC-By 或 ODC-ODbL 协议本文的超链接)获取。

如因技术原因难以对来源数据库及其许可协议文本设置超链接,则可在数据产出中注明来源数据库及其许可协议文本的名称与 URI。

(2)相同方式共享。ODC-ODbL 除了约定“署名”要求外,还约定了“相同方式共享”,既避免了被许可人利用演绎的方式切断原数据库的开放性,也避免了不当干涉其他数据库的既有许可协议或权益关系,最大程度且充分地保证了数据库及其衍生品的开放。“相同方式共享”可概括为以下几个方面。首先,公开使用衍生数据库(derivative database)或衍生数据库的数据产出(produced work),需遵守 ODC-ODbL,或与 ODC-ODbL 精神相一致的更新版协议,或与 ODC-ODbL 相兼容的其他协议。衍生数据库是指抽取或重复利用原数据库数据内容的实质性部分而形成的新数据库(ODC-ODbL 第 4.4 条)。公开使用,是指面向被许可人,以及面向被许可人拥有 50% 以上所有权或被许可人为实际控制人的实体之外的主体进行的使用(ODC-ODbL 第 1.0 条)。同时向接收者提供可机读格式的完整的衍生数据库,以及该衍生数据库对原数据库所做的修改的说明(包括算法或增加的数据内容等),这些文件应当在合理的复制成本下可获取,或可通过网络免费获取(ODC-ODbL 第 4.6 条)。

其次,创建衍生数据库且公开使用的,衍生数据库所增加的数据内容的权益关系需与 ODC-ODbL 兼容。由于判断兼容性往往涉及较为专业的法律问题,因此被许可人可以授权专业人士代理其判断兼容性(ODC-ODbL 第 4.4 条)。

再次,将原数据库汇编进入集成数据库的,仅要求被许可人对纳入集成数据库的原数据库部分适用 ODC-ODbL,并不要求整个集成数据库均需适用(ODC-ODbL 第 4.5 条)。

最后,禁止被许可人在原数据库、原数据库的衍生数据库,及数据内容的全部或实质性部分上,附加与 ODC-ODbL 相冲突的使用条款或技术措施。但允许将原数据库或原数据库的衍生数据库置于用户认证环境中,如设置有关登录密码或其他类似的获取控制措施,只要这些措施对被许可人行使 ODC-ODbL 所授予的权

利并无限制或有限制的意图 (ODC-ODbL 第 4.7 条)。

(3) 禁止分许可。ODC 协议中, ODC-PDDL 允许被许可人对第三人进行分许可或再许可 (sublicense)。一方面, ODC-PDDL 的根本目的是最大程度地消除覆盖于数据库及数据之上的著作权, 或者对所覆盖的著作权进行充分授权, 使被许可人可以摆脱著作权和数据库权的约束, 自由地共享、修改和使用数据库及其数据, 因此该协议允许被许可人进行分许可; 另一方面, 采用 ODC-PDDL 意味在许可人没有特别声明的情况下, 数据库和数据均进入公有领域, 不再剩余任何著作权和数据库权可供分许可, 因此没有对分许可进行限制或约定的必要。

与 ODC-PDDL 不同, ODC-PDDL 和 ODC-By 均禁止被许可人对第三人进行分许可。被许可人每次对数据库、数据内容的全部或实质性部分、数据库的任何衍生数据库进行的传播, 均视为是许可人对第三人 (即接收者) 的授权, 而非被许可人对接收者的授权, 许可关系的双方当事人是许可人与接收者。因此, 根据合同的相对性原理, 即使数据库、数据内容或衍生数据库是由被许可人传播给接收者, 被许可人与接收者之间并无协议关系。但对于被许可人通过修改原数据库而得到的衍生数据库, 被许可人对其修改的部分独立承担责任并可以进行分许可 (ODC-ODbL 第 4.7 条), 只是该分许可不得对实施 ODC-PDDL 或 ODC-By 所授予的权利施加任何限制如图 3 所示:

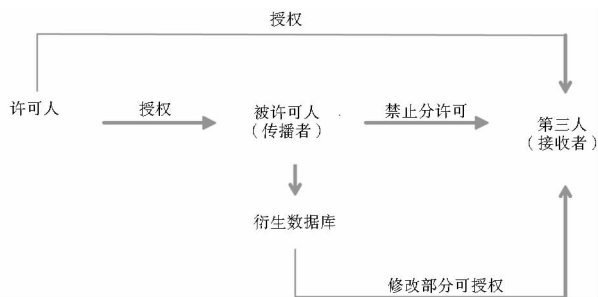


图 3 分许可机制

2.1.3 其他重要条款 除授权条款与使用条款外, ODC 协议中的精神权利条款、多重许可条款、免责与责任限制条款亦值得重视。

(1) 精神权利条款。精神权利 (moral rights), 包括表明创作人身份的权利, 以及禁止他人贬损其荣誉、声誉的权利。各国著作权理论对精神权利能否放弃存在不同的认识^[20], ODC 协议因此区分不同法域对此进行约定。首先, 对于允许放弃精神权利的法域, ODC 协议约定许可人放弃其在相关法域所拥有的全部精神权

利, 即放弃精神权利的基础性、第一性权利。其次, 对于不允许放弃精神权利的法域, ODC 协议约定许可人放弃主张精神权利、放弃基于精神权利享有的请求权, 即放弃精神权利的救济性、第二性权利。再次, 对于既不允许放弃精神权利, 又不允许放弃精神权利的救济性权利的法域, 权利人保留相应的精神权利。最后, ODC 协议对精神权利的保留约定了提示性条款, 即提示被许可人需注意“在某些不允许放弃精神权利及其救济性权利的法域, 精神权利仍可能存在” (ODC-PDDL 第 3.4 条、ODC-By 第 5.0 条、ODC-ODbL 第 5.0 条)。

(2) 多重许可条款。开源软件、开放文学作品或开放内容之上往往允许多个相互兼容的许可协议, 与它们不同, ODC-PDDL 的许可是唯一且不可逆的, 许可人不得在适用 ODC-PDDL 的数据库或数据内容上进行“双重许可” (Dual-license)。这是因为适用 ODC-PDDL 的数据库或数据内容之上不再剩余任何著作权、数据库权, 因此在法理上并不存在“双重许可”的余地。为了强调这一点, ODC-PDDL 同时约定了与许可标的相关的任何社团规范或类似声明均不构成本许可的内容或本协议的一部分, 也不视为获取或使用本数据库或数据的协议 (ODC-PDDL 第 4.1 条)。进言之, 一旦适用 ODC-PDDL, 数据库或数据内容之上的有关著作权或数据库权的社团规范对被许可人均不发生效力。

与 ODC-PDDL 不同, ODC-By 和 ODC-ODbL 允许许可人对数据库进行“多重许可” (multiple-license); 当存在“多重许可”时, 使用者可以选择任何一种许可。这是因为适用 ODC-By 和 ODC-ODbL 并不意味着数据库已进入公有领域, 相反, 许可人保留了在不同条件下数据库发布、停止发布或提供获取的权利, 以及 ODC-By 或 ODC-ODbL 未明确授予的其他权利 (ODC-By 第 3.3 条、ODC-ODbL 第 3.3 条), 因此许可人对这些保留权利可以设置其他许可。ODC-By 和 ODC-ODbL 同时也设计了与其他许可的兼容机制, 即对于自愿许可, 许可人放弃收取许可费; 对于非自愿许可, 如强制许可或法定许可, 许可人亦放弃收取许可费; 对于不能放弃强制许可或法定许可之许可费的法域, 许可人保留收取许可费的权利 (ODC-By 第 3.2 条, ODC-ODbL 第 3.2 条)。

(3) 免责与责任限制条款。许可协议中, 许可人往往需要承担一定的明示或默示的担保责任, 如依据我国《合同法》第 148 条、第 150 条对许可标的的质量瑕疵担保责任和权利瑕疵担保责任。但在开放数据许

可协议中,数据开放具有相当程度的公益性与免费性,要求许可人承担与普通交易等同的瑕疵担保责任显然过于苛刻。因此,ODC 协议设置了许可人的免责和责任限制条款,通过减轻许可人的瑕疵担保责任,来鼓励其参与开放数据事业。免责与责任限制条款的具体内容包括,①许可人不承担来自于成文法、习惯法、交易习惯或贸易惯例的任何明示或默示的担保责任;②许可人对许可标的的非侵权性、准确性、完整性、现在或将来的适用性和适销性不承担任何担保责任(ODC-PDDL 第 5.1 条、ODC-By 第 7.0 条、ODC-ODbL 第 7.0 条);③许可人对任何主体因使用 ODC 协议而造成的任何损失或损害赔偿不承担责任;④如果法律明确禁止排除相应损失或损害赔偿责任的,许可人仅对因其过错造成的、可以被证明的、直接的、财产性的实际损失负责(ODC-PDDL 第 5.2 条、ODC-By 第 8.0 条、ODC-ODbL 第 8.0 条)。换言之,ODC 协议中许可人的责任被限制为对直接损失、实际损失的过错责任,排除了其无过错责任,以及对间接损失、可得利益的赔偿责任。

2.2 ODC 协议对开放数据著作权问题的应对

ODC 协议作为开放数据著作权问题的重要解决方案之一,通过精良设计的协议条款,在一定程度上应对了数据开放面临的著作权保护不确定性、地域性和滞后性等挑战,同时也创造性地应对了数据许可的法理难题。和 CC 协议相比,ODC 协议在处理开放数据著作权问题上具有一定优势。

2.2.1 ODC 协议对数据许可法理问题的处理

ODC 协议对数据许可的法理难题进行了创造性的处理,集中表现在对许可协议的定性与对事实数据进行许可的法理问题上。

首先,许可协议是合同(contract)还是授权(license)?此即许可协议的定性,不同的定性将对协议主体的行为能力、协议的生效规则、救济方式、撤销撤回制度等产生不同影响。以 CC 协议为例,CC3.0 协议中国大陆版在序言中将 CC 协议定性为“合同”^[21],但有学者认为 CC 协议不是合同,而是授权,即单方法律行为^[22],也有学者认为 CC 协议是“要约授权”^[23]。事实上,将许可协议定性为合同、授权,抑或“要约授权”,会对数据的开放程度带来不同影响。其一,将许可协议定性为合同会把限制行为能力和无行为能力人排除在使用者(即被许可人)的范围之外。例如,一名 8 岁的儿童并不具备订立有效合同的行为能力,故很难基于合同来使用数据。其二,将协议定性为授权则难以对数据使用者制定特殊的使用条件、要求,因为平

等主体对他人设定义务的单方法律行为是缺乏正当性的和约束力的。其三,将协议定性为“要约授权”则把合同行为“要约——承诺”过程中的“要约”拆出,与“授权”这一单方行为相嫁接,颠覆了法律行为的既有理论但又缺少足够的理论支持,容易引起混乱。

与 CC 协议相比,ODC 协议的定性在法理上更有技巧。其中,ODC-By 和 ODC-ODbL 的处理方式是,首先将自身定性为是对著作权、邻接权和数据库权的授权(license),其次是许可人和被许可人之间的合同(agreement in contract),一方面使数据库的使用者范围扩展至限制行为能力人与无行为能力人,保证了数据库对所有人群的开放。另一方面,也为以合同的形式约定特殊的使用条件等内容也提供了法理基础,柔化了法定权利在适用中的僵硬性。ODC-PDDL 的处理方式是,将自身定性为对数据库和数据内容的著作权和数据库权的“弃权”;但在不能放弃著作权或数据库权的法域,ODC-PDDL 是对数据库或数据内容的著作权和数据库权的授权(ODC-PDDL 第 2.1 条)。由于适用 ODC-PDDL 意味着覆盖在数据或数据内容之上的著作权和数据库权,或是被完全放弃,或是被充分授予,没有剩余权利可供约定,因此 ODC-PDDL 并未强调、也没有必要强调其是许可人和被许可人之间的合同。鉴于许可协议定性的重要意义,CC4.0 国际版也意识到了之前版本存在的问题,便在序言中更谨慎地阐释“在某种程度上本许可可以被理解为合同”^[24]。

其次,对事实数据许可的处理。数据既包括受著作权保护的作品,也包括不受版权保护的材料,如事实数据(factual data)。对不受版权保护的事实数据设定版权使用许可,正如对可以自由呼吸的空气收取呼吸费用一样,仿若无本之源,授权的正当性受到质疑。但因此否定开放数据许可协议的适用,则又“因噎废食”,数据开放的进程或将停滞在著作权问题上。ODC 协议意识到事实数据授权的法理难题,并从两个层面进行处理。其一,对数据库和数据内容进行区分,明确了每种协议的授权对象(前述表 1),尤其强调了 ODC-By 协议和 ODC-ODbL 协议仅适用于数据库,不适用数据内容。其二,对适用于数据内容的协议,ODC 协议明确声明了事实不受著作权保护的立场。例如,在 ODC-DbCL 中约定,“许可人认可事实信息不在著作权保护范围内,ODC-DbCL 仅对数据内容中受著作权保护的信息进行授权”(ODC-DbCL 第 2.4 条)。又如,在 ODC-PDDL 中序言阐明其能够适用于数据内容的法理是“ODC-PDDL 的主要内容为放弃著作权和数据库权,

无论数据内容中是否包含事实数据,也无论这些事实数据是否经过一定的加工而达到受著作权或数据库权保护的程 度,ODC-PDDL 均放弃其上实际存在或可能存在的著作权和数据库权”。

2.2.2 对实现明确性、全球性和前瞻性的努力 除了创造性地解决数据授权的法理问题外,ODC 协议还采用相对先进的法律技术,试图缓解数据开放的确 定性、全球性、迭代性与数据著作权保护的不确定性、地域性、滞后性之间的矛盾关系,最大程度实现了许可协议条款的明确性、全球性和前瞻性。

在明确性方面,ODC 协议严格区分数据库著作 权法律关系涉及的重要概念,并明确界定相关概念内涵。例如,ODC 协议严格区分数据库(database)与数据内容(content);原始数据库与衍生数据库(derivative database)、集成数据库(collective database);原始数据库、衍生数据库、集成数据库与它们的产出(produced work)三组概念及其相互之间的著作权法律关系,以授权(license)和合同(contract)的方式预先确定了授权内容和 使用条件,弥补了 CC3.0 协议(CC Zero 协议除 外)未涉及数据库权的局限性。同时,ODC 协议对前述数据库、数据内容、衍生数据库、集成数据库、产出等术语进行准确界定,也对数据传播与利用中的重要行为,如传输(convey)、公开(public)、使用(use)、抽取(extraction)、重复使用(re-utilisation)、实质性(substantial)等术语进行明确约定,大大提升了 ODC 协议条款的明确程度。相比之下,CC4.0 国际版虽然加入了数据库权,但其仅从授权材料(licensed material)与演绎材料(adapted material)的角度约定了权益关系(CC4.0 国际版第4条),并未涉及产出(produced work)问题,也缺乏对公开(public)、抽取(extraction)、重复使用(re-utilisation)、实质性(substantial)等重要术语的界定。

在全球性方面,ODC 协议充分考虑知识产权保护的地域性特征,在具体条款上力求包容不同法域、与国际规则保持一致,减轻了 ODC 协议推广适用中的本土化难度。例如,不同法域对著作权内涵的规定各有不同,因此 ODC 协议明确约定了数据库著作权的内涵,并列 举了主要权利内容(ODC-PDDL 第2.2条、ODC-By 第2.2条、ODC-ODbL 第2.2条)。又如,并非所有的国家都承认数据库权,ODC 协议便按照欧盟《数据库指令》^[8]来定义并解释数据库权,与大多数承认数据库权的国家立法保持一致。此外,ODC 协议在非自愿许可、精神权利、管辖法律和管辖权等条款上,均考虑不同法域的差异性,并针对具体的差异性设计了能够

供不同法域选择适用的条款,体现了相当程度的国际通用性。

在前瞻性方面,ODC 协议充分考虑数据处理、分析技术的发展与迭代,在条款设计上预留一定的前瞻性。例如,在授权条款中约定授权适用于“现在已知或将来创造的任何媒介和格式”(ODC-By 第3.1条、ODC-ODbL 第3.1条)。又如,约定当因法律修改或其他原因出现著作权或数据库权新的内涵和内容,而 ODC 协议却没有纳入时,推定 ODC 协议已经纳入并进行授权或弃权(ODC-PDDL 第6.4条、ODC-By 第10.4条、ODC-ODbL 第10.4条),因为这样才能符合 ODC 协议制定的根本目的——数据的开放获取。

3 我国开放数据实践中 ODC 协议的适用问题与建议

ODC 协议内容详实、逻辑严整、法理清晰,具有一定的明确性、全球性和前瞻性,是目前开放数据著作 权问题的一种重要且有效的解决方案。但具体到我国开放数据实践中,ODC 协议可能面临一些适用上的问题,尤其是数据著作权许可权限的管理、重复违约的规制和科学发现权的承认与保护等方面。此外,数据开放也面临安全、安保、保密、隐私等重要权益问题,但因其并非与著作权权和数据库权相关,故此处不赘。

3.1 适用 ODC 协议可能遇到的问题

3.1.1 数据许可权设置的管理问题 ODC 协议缺乏数据许可权限的管理机制。适用 ODC 协议的前提是确定谁有权对数据设置许可。和其他许可协议一样,ODC 协议将数据许可关系当事人抽象为“许可人——被许可人”,当然推定许可人有权对数据设置许可。然而实践中,谁有权对数据设置著作权许可往往需要在多个利益相关者复杂的权益关系之间进行判断。以科研数据为例,科研数据的开放过程中就有科研人员、科研机构、科研资助者、数据中心、数据出版者、公共平台等多方利益相关者(见图4),ODC 协议并未在许可协议中约定诸多主体之间的数据处分权,因此可能存在误将他人享有权利的数据设置许可,即无权处分的风 险。同时,ODC 协议中也未明确约定数据无权处分行为发生后的撤销机制或其他救济机制,相反,ODC-PDDL 甚至约定数据和/或数据库一旦适用该协议便永久地、不可逆转地进入公有领域,彻底排除了对数据无权处分行为予以撤销的空间。因此,如果不妥善地数据许可权限问题,ODC 协议的使用容易埋下侵权隐患。

3.1.2 重复违约的规制问题 ODC 协议缺乏对重复

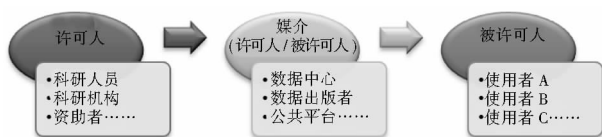


图4 开放科研数据的利益相关者

违约行为的规制。与 ODC-PDDL 完全放弃数据和/或数据库的著作权和数据库权不同, ODC-ODbL 和 ODC-By 属于保留了部分权利的开放数据许可协议。因此 ODC-ODbL 和 ODC-By 均约定了“被许可人一旦违反许可协议, 授权立即终止”的条款, 并对主动停止违约行为的被许可人约定了相应的恢复授权机制。在这一恢复授权机制下, 被许可人只要停止违约行为并经过一定时间, 授权即可恢复, 而无论被许可人是否多次违约。这便意味着即使被许可人重复、多次违约, 其受到的唯一惩罚仅仅是一段时期的暂停授权, 暂停期满即恢复永久授权。虽然 ODC 协议中对授权恢复机制也设置了“许可人另行通知且有合理理由的除外”的灵活性条款(ODC-By 第 9.4 条、ODC-ODbL 第 9.4 条), 但是该条款中“合理理由”如何界定存在一定的不确定性, 也未明确许可人对恶意的重复违约行为是否可以永久禁止违约人的使用。因此, ODC 协议缺乏对重复违约行为的规制机制。

3.1.3 发现权的承认与保护问题 ODC 协议缺乏对科研数据中科学发现权的承认与保护机制。ODC 协议广泛适用于各种类型的数据, 但对科研数据这一特殊数据类型在我国法律背景下可能涉及的“科学发现权”的承认与保护未作明确约定。

我国现行《民法通则》第九十七条规定公民对自己的发现享有发现权。由于发现权规定在《民法通则》知识产权类别之下, 我国司法实践中将发现权定义为“科学家对自然现象、特性或规律提出前所未有的阐述, 因而依法取得的权利”^[25], 本质上指科学发现权^[26]。在科研数据生产过程中(见图 5), 数据创建者对数据采集与处理往往需要一定的专业知识和多年的基础性工作。当创建数据本身已经构成对自然现象、特性或规律提出前所未有的阐述时, 数据创建本身构成科学发现, 如新型病毒数据的创建。此时, 数据创建者的科学发现权应当得到承认与保护。然而, ODC 协议中并未体现对数据创建者科学发现权的承认与保护机制, 难免使科研人员在适用该协议共享数据时, 会担心其收集、测量、生成的科研数据被他人率先发表或使用, 进而使科研人员降低共享数据的积极性, 从而阻滞开放数据事业的推广, 甚至对全球科研事业和知识进

步产生负面影响。

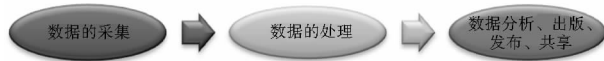


图5 科研数据的生产过程

3.2 解决建议

上述 ODC 协议适用时可能面临的问题中, 数据许可权设置的管理问题和科学发现权的承认与保护问题并非 ODC 协议的主题与宗旨, 协议中不予体现自有其道理, 但实践中可通过建立相应的配套措施予以解决。重复违约行为规制的缺失问题则是 ODC 协议设计漏洞的问题, 可以在未来的 ODC 协议更新版本中修改完善, 如明确规定许可人可永久禁止恶意的重复违约行为人的使用权。

3.2.1 建立数据许可权限管理机制 由于 ODC 协议并未涉及(也难以囊括)数据许可权限的管理问题, 因此我国开放数据相关机构在适用 ODC 协议时, 有必要对数据许可建立相应的权限管理机制, 通过明确数据的处分权归属来预防对数据的无权处分行为。

进行数据许可权限管理的核心在于厘清覆盖于数据之上的著作权的权利归属, 并由真正的权利人决定是否适用以及如何适用 ODC 协议。以科研数据的开放为例, 首先, 可综合考虑科研人员与科研机构的职务或非职务成果关系, 以及科研人员、科研机构、科研资助者及其相互之间的委托或合作关系等多方面利益相关者之间的权益关系, 并结合实际需求, 在委托协议、合作协议、开发协议或机构政策中, 明确覆盖于科研数据之上的著作权的权属, 确保由相应的权利人对数据进行许可。其次, 可借助事前审查、事后监督、培训宣传等多种方式, 通过工作流程的完善和相关主体知识产权法律意识的加强来预防对数据的无权处分行为。再次, 适用 ODC 协议的数据发布平台可建立实名发布数据的机制, 使真正的权利人能够追踪到无处分权的数据发布者。最后, 数据发布平台可建立快速有效的“通知——删除”渠道和“反通知——删除”措施, 在接到侵权通知后, 并有一定担保的前提下, 删除无处分权数据的发布者所发布的数据, 以及时止损、避免对权利人的不利影响进一步扩大。

3.2.2 建立科学发现权的承认与保护机制 由于 ODC 协议未涉及科学发现权的承认与保护问题, 因此我国开放数据相关机构在适用 ODC 协议时, 也有必要对可能涉及的科学发现权建立相应的承认与保护机制, 避免具有科学发现意义的数据被他人率先发表或

使用,从而消除科研人员共享数据的顾虑、提升科研人员开放数据的积极性。具体措施可以是,采用 ODC 协议的数据中心、数据出版者等数据发布平台可通过建立数据创建者实名发布机制来明确相应数据之上科学发现权的权利归属。换言之,当数据本身构成科学发现时,实名发布便是科学发现权权利归属的重要证据之一,是权利人主张权利的重要依据。实名发布也可以让数据使用者通过数据创建者的身份来判断数据本身的可靠性与权威性,还可以在存在无权处分时,让真正数据权利人追踪到无处分权的数据发布者。同时,数据中心、数据出版者等数据发布平台,以及科研机构、学术社团可协同通过制定学术纪律规范,赋予数据创建者在适当且明确的期限内对其创建的数据享有合理的、具有排他性的首次使用权,即禁止他人一定期限内对数据的率先使用和发表。

4 结论

以许可协议的形式妥善处理覆盖于数据之上的著作权问题具有重要的意义,即使这只是开放数据事业宏图中的一小部分。因为无视著作权问题,会妨碍开放数据事业的一切发展;而妥善解决著作权问题,则我们可以停止担心,集中全部精力在开放数据的其他更重要的任务上。ODC 协议将数据的知识产权法律关系解构为单个的数据、数据内容、数据库、衍生数据库、集成数据库、数据产出等部分,设计了涵盖各个部分的授权使用条款,清晰地处理了数据开放的著作权问题。同时,ODC 协议采用了相对先进的法律技术,从理论上将开放数据的使用者扩大至所有主体,技巧性地规避了事实数据授权的法理问题,并从多个方面实现了许可协议的明确性、全球性和前瞻性,不失为开放数据实践中的一种有效的著作权解决方案。当然,任何法律文本都不是完美的,ODC 协议也并非一劳永逸。针对 ODC 协议的漏洞,建议在未来的更新版本中完善被许可人重复违约的规制问题。同时,针对适用 ODC 协议可能遇到的处分权与科学发现权问题,建议机构建立配套的数据许可权限管理机制、科学发现权的承认与保护机制。当然,如何创造性地构建有效的数据许可权限管理机制、科学发现权承认与保护机制,是未来值得进一步研究的命题。

参考文献:

[1] NICHOLAS G, JOHN H, RICHARD T. Open for business: how open data can help achieve the G20 growth target[EB/OL]. [2017 - 02 - 09]. https://www.omidyar.com/sites/default/files/file_

archive/insights/ON%20Report_061114_FNL.pdf.

[2] 黄如花,李楠. 开放数据的许可协议类型研究[J]. 图书馆, 2016(8):16-21.

[3] 杨敏,夏翠娟,徐华博. 开放数据许可协议及其在图书馆领域的应用[J]. 图书馆论坛,2016(6):91-98,141.

[4] 黄如花,李楠. 国外政府数据开放许可协议采用情况的调查与分析[J]. 图书情报工作,2016,60(7):10-12.

[5] 张春景,刘炜夏,翠娟,等. 关联数据开放应用协议[J]. 中国图书馆学报,2012(1):44-48

[6] 王舒,王红,宋晓丹. 科研数据的知识产权保护与许可机制研究[J]. 图书馆论坛,2016(4):65-71.

[7] 迪莉娅. 政府数据开放许可适用研究, 图书馆,2014(6):91-93.

[8] EU. Directive 96/9/EC of the European parliament and of the council of 11 March 1996 on the legal protection of databases[EB/OL]. [2017 - 02 - 09]. <http://www.columbia.edu/~mr2651/e-commerce3/2nd/statutes/DatabaseDirective.pdf>.

[9] WTO. Agreement on trade-related aspects of intellectual property rights[EB/OL]. [2017 - 02 - 09]. https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/trips_e.htm.

[10] SPARC. Open data[EB/OL]. [2017 - 02 - 09]. <http://sparcopen.org/open-data>.

[11] 柴会群,冯禹丁. 被“协调”的艾滋病专家——中疾控性艾中心论文“剽窃”风波[EB/OL]. [2017 - 02 - 09]. <http://www.infzm.com/content/119151>.

[12] JISC. Data protection and research data[EB/OL]. [2017 - 02 - 09]. <https://www.jisc.ac.uk/guides/data-protection-and-research-data>.

[13] Create & Manage Data: consent & ethics[EB/OL]. [2017 - 02 - 09]. <http://www.data-archive.ac.uk/create-manage/consent-ethics>.

[14] MAGS M G. Sharing medical data[EB/OL]. [2017 - 02 - 09]. <http://www.dcc.ac.uk/resources/briefing-papers/legal-watch-papers/sharing-medical-data>.

[15] Medical research council. MRC policy and guidance on sharing of research data from population and patient studies[EB/OL]. [2017 - 02 - 09]. <https://www.mrc.ac.uk/publications/browse/mrc-policy-and-guidance-on-sharing-of-research-data-from-population-and-patient-studies/>.

[16] Open data commons. Open database license[EB/OL]. [2017 - 02 - 09]. <https://opendatacommons.org/licenses/odbl/>.

[17] Open data commons. Attribution license[EB/OL]. [2017 - 02 - 09]. <https://opendatacommons.org/licenses/by/>.

[18] Open data commons. Public domain dedication and license (PDDL) [EB/OL]. [2017 - 02 - 09]. <https://opendatacommons.org/licenses/pddl/>.

[19] Open data commons. Database contents license (DbCL) v1.0 [EB/OL]. [2017 - 02 - 09]. <http://opendatacommons.org/licenses/dbcl/1.0/>.

- [20] 菲彻尔. 版权法与因特网[M]. 郭寿康, 万勇, 译. 北京: 中国大百科全书出版社, 2009: 899 - 902.
- [21] Creative commons. 知识共享许可中国大陆版[EB/OL]. [2017 - 02 - 09]. <http://creativecommons.net.cn/licenses/meet-the-licenses/>.
- [22] HERKKO A H. A license or a contract, analyzing the nature of creative commons licenses[J]. *Nordic intellectual property law review*, 2007, 11: 518 - 535.
- [23] 马海群. 面向数字图书馆的著作权制度创新[M]. 北京: 知识产权出版社, 2011: 188.
- [24] Creative commons. CC4.0 international[EB/OL]. [2017 - 02 - 09]. <https://creativecommons.org/share-your-work/licensing-types-examples/>.
- [25] 要保忠与保定市文物管理局发现权纠纷案, 河北省保定市中级人民法院民事裁定书(2015)保民三初字第64号[EB/OL]. [2017 - 05 - 25]. <http://www.pkulaw.cn/Case>.
- [26] 要保忠与保定市文物管理局发现权纠纷上诉案, 河北省高级人民法院民事裁定书(2015)冀民三终字第80号[EB/OL]. [2017 - 05 - 25]. <http://www.pkulaw.cn/Case>.

Open Data Copyright Solution: ODC Licenses

Luo Jiao

National Science Library, Chinese Academy of Sciences, Beijing 100190

Abstract: [**Purpose/significance**] The research of ODC licenses in this paper is significant for solving copyright problems, reducing infringements, preventing disputes and realizing the sustainable development of open data. [**Method/process**] This paper analyzed the legal relationship and important terms in the ODC licenses by means of literal interpretation, and summarized the implementation problems of ODC licenses and proposed solutions by case study and comparative research. [**Result/conclusion**] The ODC licenses deconstruct the data copyright legal relationship into Data, Contents, Database, Derivative Database, Collective Database, and Produced Work to design the authorized terms. ODC licenses are effective for dealing with open data copyright issues by expanding the users to all subjects, avoiding the authorization issues of factual data, and reflecting certainty, internationality and forward-looking of the licenses. It is recommended to establish the data license authority management mechanism and the recognition and protection mechanisms of scientific discovery rights when ODC licenses are implemented. It is also recommended to establish a regulatory mechanism for repetitive defaults when the licenses in future are updated.

Keywords: ODC licenses open data copyright