



# 馆藏绝版作品数字化传播的规范进路\*

□张惠彬 何易平

**摘要** 国家图书馆与北京三面向公司著作权纠纷案让馆藏绝版作品的数字化传播问题引起社会关注。为保护著作权并调和社会公共利益,避免破坏正常市场运作机制,我国《信息网络传播权保护条例》规定了馆藏绝版作品数字化传播的合理使用制度。从实施情况看,条例对适格客体条件与传播范围的限制过于严苛,存在违反基本公共服务均等性要求和违背利益平衡原则等问题。借鉴新修订《日本著作权法》中的相关条款,建议我国对于馆藏绝版作品的数字化传播规范宜采取如下改革措施:一是扩大合理使用的范围,建立覆盖馆内、馆际、馆外的传播体系,并设置匹配的补偿机制;二是优化客体适用条件,建立“绝版作品”的动态认定机制;三是探索建立以国家图书馆为枢纽的绝版作品数字化传播运行机制。

**关键词** 绝版作品 信息网络传播权 合理使用

**分类号** D913

**DOI** 10.16603/j.issn1002-1027.2024.01.007

## 1 引言

伴随着文化产业的发展和 Cultural 产品供给的增加,越来越多的作品在出版发行后因商业原因不会再版或重印,亦无公开合法传播的数字化副本,成为绝版作品。所谓“绝版作品”,通常是指出版商已没有存货,也没有再版计划,又不能从正规的市场渠道购得的出版物<sup>[1]</sup>。绝版作品不在商业渠道中流通意味着,在作品再次出版以前其已无法为作者或出版商带来收益。然而,文化价值和商业价值并非完全同步存在,不具有可观商业价值的绝版作品并不意味着不具有文化价值<sup>[2]</sup>。依我国著作权法<sup>①</sup>,版权保护期届满之作品自动进入公有领域,包括图书馆在内的社会主体均可对其自由传播。然而,绝版作品中,有相当部分仍处于版权保护期内,其传播仍受到版权的限制。本文所讨论的“绝版作品”即属此类,即仍受版权保护但不再能从商业途径获取的作品。基于绝版作品的稀有属性,公众往往难以从公开的市场渠道获取这些珍贵的资料。数字技术的发

展使得文化机构愿意对绝版作品进行大规模的数字化并向公众提供此类作品<sup>[3]</sup>,但绝版作品的数字化传播又面临着“版权规则的羁绊、授权机制的束缚,以及侵权责任风险的威慑”<sup>[4]</sup>。有限的商业价值使得版权人不愿二次投入以完成数字化转制,整体规模大、权利归属复杂、权利管理分散引致的高昂交易成本<sup>[5]</sup>又阻碍了图书馆对绝版作品的数字化传播。公众获取绝版作品的实际困难与图书馆面临的高昂交易成本是设立版权例外的出发点,而绝版作品不与传统出版市场竞争的特性又为这一规则提供了合法动因。

我国 2006 年制定的《信息网络传播权保护条例》(以下简称《条例》)第七条为图书馆制作、传播绝版作品的数字化副本提供了版权豁免,并就其适格客体与传播范围做出清晰限制,这也是整部条例为图书馆设立的唯一一项版权例外。围绕这一规定,2021 年 12 月,持续数年之久的“国家图书馆与北京三面向版权代理有限公司系列纠纷”终于画上句号,

\* 重庆市教委人文社会科学重点项目“从 WTO 到 CPTPP:中国参与知识产权全球治理的战略研究”(编号:22SKGH007)、重庆市教委科学技术研究重点项目“生成式人工智能对著作权登记制度的挑战与应对研究”(编号:KJZD-K202300304)的阶段性成果之一。

通讯作者:张惠彬,邮箱:zhang\_huibin@qq.com。

① 本文所称的著作权即版权。



国家图书馆对多部绝版作品的传播被认定为侵权。然而,此类案件不禁让我们反思:国家图书馆对馆藏绝版作品的保存与传播究竟有多大的危害性?面对绝版作品数字化传播的文化价值与著作权保护之间的冲突,著作权法应做如何的回应?为此,本文以史为鉴,回顾了《条例》第七条的规范渊源,继而检视我国馆藏绝版作品合理使用制度的实践困境、价值缺位与利益失衡的现状,再通过考察《日本著作权法》针对此问题的回应,希冀为我国馆藏绝版作品数字化传播的合理规范提出优化建议。

## 2 馆藏绝版作品数字化传播合理使用规则的渊源

我国对于馆藏绝版作品数字化传播合理使用规则的规定,起始于2006年制定的《条例》。一方面,绝版作品作为受著作权法保护的客体,其数字化传播关涉作者享有的复制权、发行权、信息网络传播权等专有权利。另一方面,根据《条例》第七条规定,对于“应当是已经损毁或者濒临损毁、丢失或者失窃,或者其存储格式已经过时,并且在市场上无法购买或者只能以明显高于标定的价格购买的作品。”图书馆、档案馆等公共文化服务机构可基于陈列或保存的需要将本馆馆藏的作品以数字化形式复制,并可向本馆馆舍内的服务对象提供,无需征得权利人同意,也不必支付报酬。该项合理使用所针对的客体需满足两项条件,一是无法从市场上购买或无法以合理的价格购买,即本文所称的绝版作品;二是该馆藏作品本身已经损毁或濒临损毁、丢失或失窃或储存格式已经过时,即馆藏副本无法正常使用。同时,《条例》也对传播范围做了限制,即仅限于本馆馆舍之内。作为在现行著作权法体系下唯一针对图书馆数字化建设设立的合理使用,对推动图书馆数字资源共享有着重要意义。

通过梳理现行著作权国际条约发现,该规定在国际条约层面实无渊源。无论是《伯尔尼公约》《与贸易有关的知识产权协定》(TRIPs 协定),还是《世界知识产权组织版权公约》(WCT),都未就针对图书馆的版权例外规则作出清晰的要求。有学者认为,我国之所以这么规定,主要受欧盟《2001年版权指令》(2001/29/EC)的影响<sup>[6]</sup>,该指令允许成员国在版权法中赋予图书馆、档案馆等公共文化机构适当的版权豁免,即允许图书馆、档案馆等文化服务机构不以营利为目的地复制受版权保护的作品,同时

明确该项豁免不得延及在线作品传输<sup>[7]</sup>。相似的“豁免复制、限制传播”原则也出现在我国《条例》的规定中。对馆藏作品的数字化版本,图书馆只能在本馆馆舍内向读者提供,而不能通过网络向馆外公众传播。除效仿欧盟以外,也有学者指出,《条例》中“本馆馆舍内服务对象”的表述借鉴了美国《数字千年版权法》(DMCA)的做法<sup>[8]</sup>。

1990年制定的《中华人民共和国著作权法》(以下简称《著作权法》)第二十二条规定:图书馆等公共文化机构为陈列或保存版本的需要,可复制本馆收藏的作品。后《著作权法》虽在2001年、2010年、2020年历经三次修改,但这一规定一直保留至今。这一规定虽然为图书馆保藏资料的复制行为扫清了版权障碍,但对于该类复制品的后续传播以及何为“陈列或保存版本的需要”仍缺乏具体指引。2005年,国家版权局就《信息网络传播权保护条例》(草案)(以下简称草案)向社会征求意见。草案第四条规定,公共图书馆以网络系统在馆内传播已收藏作品属合理使用,在采取恰当技术措施防止作品进一步传播的情况下无须征得权利人同意,也不必支付报酬;草案第六条则规定公共图书馆向馆外读者提供作品的法定许可,即只要满足作品合法出版三年以上、阅览系统不提供复制功能、阅览系统能够准确记录作品阅览次数并防止作品进一步传播三个条件,公共图书馆就可以不经权利人同意向馆外读者提供作品,但需要支付报酬。《条例》的立法起草工作曾引起学界的广泛讨论。中国图书馆学会曾就此召开新年峰会,会后发布《中国图书馆学会关于网络环境下著作权问题的声明》,主张六项信息网络传播背景下的版权豁免:局域网络信息传播、教学资料的复制与网络传播、建设信息导航系统链接网络资源与网络传播、限量的馆际互借、非侵权目的规避技术措施、因第三方侵权引发的纠纷<sup>[9]</sup>。尽管草案的内容与图书馆学界的期盼仍有所差距,但与彼时美国、欧盟等法域的规定相比,“馆内合理使用、馆外法定许可”的制度安排仍具有相当的进步性。肖冬梅教授认为,草案的规定“给公众在网络世界开了一扇窗,是数字环境下公众实现信息获取权的基本保障”<sup>[10]</sup>。

然而,最终公布实施的《条例》与草案有着较大的差距。《条例》取消了草案第六条规定的馆外许可,将图书馆享有的版权豁免严格限定在馆舍以内,



同时将可数字化传播的作品限定为无法从市场上正常获取且馆藏副本无法正常使用的作品。将图书馆馆藏作品信息网络传播的权利限定在绝版作品是为了避免侵蚀正常的出版市场,即图书馆对普通馆藏作品的数字化与信息网络传播会对尚在市场正常流通的作品产生竞争,从而影响图书的营销;而既然绝版作品已经脱销,那么图书馆的传播行为就不会对权利人产生不利影响,将这种行为归为合理使用体现了对各方利益的兼顾。不过,对作品保存状况的额外要求与仅限本馆馆内的范围限制的保守规定却为规范的落实带来了新的问题。

### 3 馆藏绝版作品数字化传播合理使用规则的检视

#### 3.1 实践困境:适格客体条件过于严苛

我国馆藏作品数字化传播的客体条件除要求为绝版作品外,还额外要求作品“已经损毁或濒临损毁、丢失或失窃或储存格式已经过时”,且实践中对这一要求的把握较为严格。在“国家图书馆与北京三面向版权代理公司的系列纠纷”案中,北京知识产权法院认为,依《著作权法》第六十四条之规定,《条例》第七条作为特别法优先适用于《著作权法》第二十四条,图书馆以数字化形式复制、传播馆藏作品必须满足“已经损毁或濒临损毁”的条件,即馆藏副本已难以正常向公众提供,或“如不及时进行复制,则在可预计的一定期间后将难以对其进行复制,无法留存版本”<sup>①</sup>。这一要求对图书馆施加了过高的负担,图书馆必须在馆藏副本即将损毁但又尚满足复制条件时进行数字化复制,等到副本彻底无法使用后再向公众提供。这种严苛条件必将极大地提高图书馆的管理成本,阻碍图书馆——尤其是国家图书馆履行其作为“国家书库”的法定职责。在本案的再审审查中,北京市高级人民法院对这一标准进行了松动。北京市高级人民法院认为,文献保存行为并不会损害三面向公司的著作权,因此数字化复制本身属于合理使用,但在馆藏图书尚可供读者借阅的情况下,国家图书馆仍不应利用局域网向读者提供作品的数字化副本<sup>②</sup>。在诉讼中,国家图书馆曾主张其馆藏副本分为保存本、基藏本和借阅本,案涉图书借阅本已经损毁,基藏本仅在限定条件下提供借

阅,且已纸张发黄、机械强度下降。但两审法院均坚持以是否还能提供借阅服务作为认定馆藏副本是否毁损或濒临毁损的主要标准。基于相同的理由,北京高级人民法院驳回了国家图书馆对15项类似案件的再审申请。

要求馆藏副本“损毁或濒临损毁”对平衡权利人利益意义不大。我国《条例》要求图书馆数字化的作品满足“损毁或濒临损毁”条件的目的在于使馆内数字化阅览成为纸质图书阅览的纯粹替代,即只有在纸质图书无法供公众阅览的情况下才可在馆内提供数字化版本。但考虑到作品的数字化版本几乎没有数量限制,局域网内设置的阅览终端数量也远远超过可供借阅的图书数量,馆内是否还藏有可供阅读的纸质版本对作品的实际传播情况几乎没有影响。从权利人的角度出发,在作品本身已经脱销、已无法从正常渠道获取的情况下,其获得报酬权已经实现,在再版或重印以前并不存在实际损害;而就图书馆而言,其提供免费公益服务本来也不存在所得利益。依民法学原理,损害赔偿“以受有实际损害为要件”<sup>[11]</sup>,利润返还以侵权获利为依据<sup>[12]</sup>。因此,即使《著作权法》未设置此项合理使用,图书馆对绝版作品的传播也不会产生赔偿责任,权利人仅能要求图书馆停止传播,从而形成权利人没有收益、公众难以获取的“双输”结果。与此相对的是,通过图书馆的数字化与信息网络传播,“沉默”的绝版作品可能再次被读者发现价值,从而为作者和出版社带来二次开发的机会。概言之,难以从市场上购买或无法以合理的价格购买这一条件已足够实现公共利益与权利人私权的平衡,馆藏副本损毁或濒临损毁的条件既无必要,也给图书馆徒增管理成本。

#### 3.2 价值缺位:传播范围限制有违基本公共文化服务的均等性要求

本馆馆内的范围限制叠加绝版作品的稀缺属性使其传播难以满足公共文化服务的均等性与普惠性要求。图书馆是人类的知识宝库,是人们获取、检索、传播知识的重要场所,其基本职能是“传播知识,服务社会”<sup>[13]</sup>。图书馆是基本公共文化服务体系中的重要环节,其服务应满足均等性与普惠性要求,其

① 北京三面向版权代理有限公司与国家图书馆著作权权属、侵权纠纷案二审民事判决书,北京知识产权法院(2019)京73民终3397号。

② 国家图书馆与北京三面向版权代理有限公司著作权权属、侵权纠纷再审审查与审判监督民事裁定书,北京市高级人民法院(2021)京民申3409号。



发展应当弥合地域之间、城乡之间发展不均衡而造成的信息鸿沟。《中华人民共和国国民经济和社会发展第十四个五年规划和2035年远景目标纲要》明确强调公共服务均等化目标,完善公共文化服务体系,“推进公共图书馆、文化馆、美术馆、博物馆等公共文化场馆免费开放和数字化发展”<sup>[14]</sup>。国际图书馆协会联合会与联合国教科文组织发布的《公共图书馆宣言2022》也指出,公共图书馆应当向所有人提供平等的服务,还必须向由于种种原因不能利用其正常服务和资料的人提供特殊的服务和资料<sup>[15]</sup>。2022年5月,随着全球第一部版权领域人权公约《马拉喀什条约》正式对我国生效,不歧视、机会均等、无障碍的人权视野也进入我国版权规范。馆藏绝版作品的传播也应当符合弥合发展鸿沟、维护弱势群体的均等性要求。

绝版作品本身就是正常途径难以获取或难以以合理价格获取的资料,流通副本不多,收藏该资料的图书馆数量有限。这意味着收藏这些绝版作品的图书馆可能是为数不多、甚至是唯一的面向社会提供这一资料的公益性机构。同时考虑到各级图书馆的收藏能力有所不同,大多数绝版作品必然集中于国家图书馆和各省级图书馆。绝版作品的收藏是中心化的,但获取绝版作品的需求却是分散的。我国现行条例将绝版作品数字版的信息网络传播限定在本馆以内,读者既不能从馆外访问,也不适用馆际互借规则。需要获取某项绝版资料的读者必须亲自前往收藏该资料的图书馆。对于因疾病或残疾而难以前往图书馆,或居住地附近没有收藏该资料的图书馆的读者来说,条例对传播范围的限制几乎完全断绝了他们获取特定绝版作品的可能。在原有的纸质图书传播中,这部分读者尚可借托人代借或馆际互借等途径远程获取图书;然而,科技的发展带来了传播方式的变革,技术的更新本应进一步便利知识的传播,但弱势群体反而更加难以获取其所需要的资料。数字化技术本应弥合地域之间、城乡之间发展不均衡所造成的信息鸿沟,但条例对绝版作品数字化传播范围的限制阻碍了这一均等、普惠目标的实现。

### 3.3 利益失衡:本馆馆内限制架空远程传播合理使用

有关绝版作品,我国《条例》第七条名义上规定了两项合理使用,一是图书馆可以对“已经损毁或濒

临损毁、丢失或失窃或储存格式已经过时”的绝版作品进行数字化复制;二是图书馆可以“通过信息网络”向本馆馆舍内服务对象提供以前述方式复制的作品。其中,前者是针对复制权的合理使用,后者在名义上是针对信息网络传播权的合理使用。但是,在严格的使用地点限制下,为馆内读者提供作品的行为难以被定义为信息网络传播。原因在于,信息网络传播是交互式的远程传播,以不在传播发生地的公众是否可以对作品进行“点播”为标准<sup>[16]</sup>,即公众是否可以在其选定的时间和地点获得作品。在条例所规定的这项例外中,作品的数字化副本就保留在图书馆本地,而读者需要亲自前往作品副本所在地——图书馆进行阅览,公众并不能在自己选定的时间和地点远程获取作品,这一传播行为并不符合信息网络传播的要件。即使认为阅览终端与存储器在物理空间上并不完全一致,也不影响现场传播的认定。以典型的现场传播——放映为例,影院放映电影时,展示画面的设备(荧幕)与储存作品的胶卷之间也相隔至少数十米,但这一物理空间上的间隔不影响其现场传播的属性。同理,展示作品的阅览终端与图书馆储存资料的硬盘在物理空间上的间隔也不应影响其现场传播的定性。从外观来看,在馆内使用计算机等阅览终端展示馆内作品的行为更接近现场传播中的“放映”。然而,《著作权法》中的放映权有严格的作品类型限制,文字作品的“放映”并不会落入放映权的控制范围。

如果图书馆为馆内读者以数字化形式提供文字作品的行为本身并没有落入权利人信息网络传播权的控制范围,那么《条例》所规定的馆内传播合理使用本就没有意义。只要图书馆可以合法地对绝版作品进行数字化复制,那么他就可以在馆内向读者提供作品,而不需要额外的合理使用安排。因此,与其说《条例》第七条赋予了图书馆信息网络传播权与复制权两项例外,不如说是只赋予了复制权的例外,而后续的馆内传播本就是应有之义。即使馆内传播行为可以落入放映权等其他现场传播权的控制范围(如绝版美术作品),在因技术进步而赋予权利人远程传播权的同时仅赋予图书馆现场传播的合理使用也不能解决技术进步带来的利益平衡问题。由此形成的问题是,在信息网络传播权这一特定权能以及更广泛的远程传播方式上,《条例》赋予了著作权人排他的专有权利,但却没有为图书馆这一重要的基



本公共文化服务机构匹配对应的版权例外,这一制度安排上的遗憾恐怕并不符合版权法的利益平衡原则。

#### 4 馆藏绝版作品数字化合理传播的经验借鉴

除我国以外,也有其他国家、国际组织针对馆藏绝版作品的传播设置专门规范,如法国的推定集体管理制度、欧盟的延伸性版权集体管理模式、美国的转换性使用规则等<sup>[17]</sup>。其中,美国的转换性使用规则无法实现便利公众获取作品的目标,而欧洲对集体管理组织的依赖亦与我国规范现状有较大出入。与这些规范相比,《日本著作权法》的合理使用规则与我国《条例》现有的规定更为接近。

日本在2012年修改《日本著作权法》时设置针对馆藏绝版作品的合理使用例外,传播范围包括馆内传播与馆际传播。2021年5月,为应对新冠疫情产生的数字化需求,日本再度修改其著作权法,在原有绝版资料馆内、馆际传播合理使用的基础上增设馆外传播法定许可,方便读者在图书馆闭馆时期在线获取绝版资料<sup>①</sup>。《日本著作权法》采用了“绝版资料”这一概念。所谓绝版资料,是指由于绝版或其他类似原因而难以从公众那里获得的图书馆资料。这一例外并非由该次修法所创设。在本次修法之前,国立国会图书馆可以通过信息网络将绝版资料通过馆际信息网络传输给其他图书馆,公众可以前往这些图书馆阅读,并可做部分的复制。根据最新公开的资料显示,截至2020年9月,约有149万份绝版资料(书籍、期刊、博士论文等)可通过国立国会图书馆的数据库在经授权的图书馆(截至2020年9月1日,有1207家日本国内图书馆和2家海外图书馆)的终端上查看,每年的阅读次数约为300000次<sup>[18]</sup>。然而,新冠疫情的暴发导致多地图书馆的闭馆,读者也因健康方面的担忧不愿前往图书馆,进而催生出巨大的数字化需求。一份2020年4月的调研报告显示,在研究人员和学生中,75.7%的受访者表示希望扩大国立国会图书馆数字化资料的范围,且极有必要使绝版资料通过互联网发送到家庭<sup>[19]</sup>。在此背景下,日本文化厅于2020年启动《日本著作权法》的修法程序,以使馆藏绝版作品传播的版权例

外更好地满足读者的数字化需求。总体而言,本次修法将传播范围在原有馆际传播的基础上扩大至面向公众传播,同时对适格客体做了进一步的明晰,并构建了一套动态的保障机制。

##### 4.1 日本馆藏绝版作品数字化传播例外的客体要求

《日本著作权法》第三十一条将“绝版资料”定义为“因绝版或其他类似原因而难以获得的图书馆资料”<sup>[20]</sup>,即“绝版”仅是一个说明性的例子,其核心判断标准是目前是否普遍性地难以获得。即使某一作品尚未绝版,但在市场上确实没有流通的库存,也没有进行电子出版、按需出版,那么这一作品仍可能适用这一合理使用原则。同时,法案排除了漫画、商业期刊和已发表的博士论文,以避免与正常的出版发行市场产生冲突。

在判断材料是否难以获得时需要综合考虑线上线下两种渠道。如果某一纸质书已经绝版,但它已经有合法的电子版正在传播,那么这一作品也不属于难以获得的资料。对于某些作品来说,其本身并不适用“绝版”这一概念,例如地方政府、高校或其他机构面向公众分发的数量有限的某些材料。虽然这些材料并未“出版”,但只要目前公众难以获得,它就可以适用本条的合理使用。二手市场的存在也不影响绝版的认定。如果某一作品的新书已经绝版,但旧书仍在二手市场上流通,这一作品仍应被认定为绝版作品。一方面,几乎所有的出版物都会存在一定的二手市场,且二手交易途径繁多,缺乏切实可行而又清晰明了的认定标准;另一方面,作品在二手市场的流通并不会使权利人获得对价,对这部分作品权利加以限制对版权人利益的影响有限。最后,值得一提的是,绝版与否的认定与作品的定价无关,由于经济原因难以购买该作品,或者由于邮寄等程序需要一定时间才能获得该作品,并不意味着它属于绝版作品。

##### 4.2 日本馆藏绝版作品数字化传播例外的范围限制

在本次修法以前,日本馆藏绝版作品数字化传播的范围包括国立国会图书馆和获得授权的其他图书馆。读者可以选择在其附近的图书馆获取来自国

<sup>①</sup> 虽然馆际互借也属于馆外传播的一种形式,但此处及后文所称的“馆外”传播仅指代直接面向公众的作品传输,即图书馆应读者请求提供作品的数字化副本,以供读者在自己选定的时间和地点使用。



立国会图书馆的馆藏资料。本次修法的重点是将这一传播范围进一步扩展到读者家庭。具体而言,在有权请求获取绝版作品的主体方面,《日本著作权法》要求其必须是预先在图书馆登记过姓名、联系方式以及其他由文部科学省规定的用户信息的读者,且其获取绝版作品的目的应该是为个人研究或学习。获取绝版作品的读者基于个人学习研究的目的,可以在必要的范围内复制作品。除了个人使用以外,在满足以下两项条件之一的情况下,接收作品的读者还可向他人展示作品:一是展示的尺寸小于或等于法律规定的相当于个人或家庭阅览该作品时所显示的尺寸,且不以营利为目的,也不收取费用;二是在由国家、地方政府、一般社团法人、一般财团法人或其他不以营利为目的的法人设立的公共设施内,且其中设有对自动公开传输的作品进行适当的公开传播具有必要的法律知识的工作人员,不以营利为目的,也不收取费用的。

为达到传播范围上的限制,图书馆需要为这类公共传播设置一名负责人,负责正确执行有关业务,并对从事有关业务的人员进行培训,以确保业务正确开展、用户信息得到妥善管理。除人员保障以外,图书馆还应采取法律规定的技术措施来确保传播的绝版作品不会用于个人学习研究以外的目的。在传输作品以前,图书馆需要采取措施验证拟接收作品的读者满足前文要求的登记条件。

#### 4.3 日本馆藏绝版作品数字化传播例外的平衡机制

“利益平衡精神是合理使用制度的合法动因”<sup>[21]</sup>,著作权的例外与限制需要对权利人产生过于不利的影响,以致妨害著作权法激励目标的实现。为实现激励作者创作与保障公众获取作品的平衡,《日本著作权法》在扩张馆藏绝版作品数字化传播范围的同时,也设置了动态的“绝版”认定机制和对权利人的适当补偿。

##### 4.3.1 动态的“绝版”认定机制

所谓动态的“绝版”认定机制,是指对作品是否难以从正常渠道获取的认定不是终局的,当作品的流通情况发生变化或预期将发生变化时,作品的权利人可以请求图书馆停止对其作品数字化副本的传播。《日本著作权法》第31条第10款规定,国立国会图书馆馆长应权利人的请求,如认为作品很可能在未来三个月内不再处于“难以从正常渠道获取”的

状态,那么该作品不属于馆藏绝版作品。权利人在提交请求时应同时提供证明作品流通情况的初步证据。这一新增的规定对作者与出版商较为友好,权利人可以在作品再次流通之前三个月就停止其在图书馆体系中的传播,从而避免与正常的商业出版产生竞争。

##### 4.3.2 对版权人的适当补偿

《日本著作权法》在将馆藏绝版作品传播范围扩大到家庭的同时也增设了针对权利人的补偿机制。换言之,修改后的馆藏绝版作品传播的版权限制与例外已不再是一项纯粹的合理使用,而是合理使用与法定许可的结合。其中,馆内传播与馆际传播属合理使用,图书馆与读者均不需要向权利人支付补偿;而传送到家的线上传播则属于法定许可,图书馆在传播时虽不需要权利人的许可,但应支付补偿。在具体操作上,由图书馆向请求线上传播的读者收取补偿金,然后支付给法律指定的管理机构,该管理机构再根据传播的情况通过权利人的协会等组织在权利人之间分配补偿金。

## 5 馆藏绝版作品数字化传播规范的优化路径

为公众获取绝版作品提供便利是馆藏绝版作品著作权例外的制度目标,而避免冲击常规出版市场则是其合法动因。我国馆藏绝版作品数字化传播规范的优化也应遵循这一逻辑,即在不与常规出版市场竞争的情况下,尽可能以一种普惠、均等的方式满足更广大读者获取绝版作品的需求。具体而言,可从以下三点展开。

### 5.1 范围的扩大:建立馆内、馆际、馆外三维传播体系

图书馆服务的普惠性、均等性决定了其为公众获取绝版作品提供便利时不应仅着眼于馆舍附近的读者。对于有“国家书库”之称的国家图书馆和其他规模较大的省、市级图书馆来说尤为如此。现有的馆内合理使用体系仅能满足少部分读者获取绝版作品的需求,无法满足住址偏远、身体不便或是受疫情影响无法亲赴馆舍的读者。《日本著作权法》在2012年建立馆内、馆际传播体系之后,又在2021年新增馆外传播方式,使得绝大部分读者可以便利地获取绝版资料。我国《条例》制定之初也曾试图构建“馆内合理使用+馆外法定许可”的传播体系,但最终未获通过。基于公共文化服务的均等化要求与版



权利利益平衡的原则,“馆舍之内”的传播范围限制应被打破。

具体来说,现有的馆藏绝版作品合理使用应当从严格的馆内限制扩张到馆内与馆际,读者可以选择在方便的图书馆远程获取其他图书馆数字化的馆藏绝版作品,从而将绝版作品的传播从国家图书馆、省市图书馆扩展至基层。而在合理使用之外,作为对日益兴起的数字化需求的应对,还应再增设一条馆藏绝版作品传播的法定许可。基于个人学习与研究目的,读者在实名登记之后,可以请求图书馆发送绝版作品的数字化副本,并在个人学习与研究的限度内使用、复制该作品。发送作品的图书馆应当采取身份核验、电子水印、加密传输等技术措施避免作品的非法传播。在具体操作上,可以考虑引入著作权集体管理组织参与法定许可补偿金的征收与分配。图书馆向读者收取适当费用后定期向“文著协”等集体管理组织支付,而后再由集体管理组织在作者、出版社等权利人中按作品的使用情况进行分配。

#### 5.2 客体的调整:建立“绝版作品”的动态认定机制

为绝版作品传播设置版权例外的制度目的是便利公众获取该类作品,合法动因是传播已绝版的作品不会冲击正常的出版市场。因此,适格客体的认定应当围绕作品流通情况展开,对馆藏副本保存情况的要求无甚裨益。

合理的判断标准需要有效的认定机制加以执行。在针对绝版作品的版权例外中,保障版权人利益以避免激励目标落空的核心要义是确保图书馆传播的作品正处于“绝版”状态。作品再版、重印、在线出版的可能对绝版认定提出了动态性的要求,《日本著作权法》中的动态认定机制可资借鉴。我国或可考虑为版权人设立一套成熟有效的申诉机制,当其作品恢复流通或预期将于三个月内恢复流通时,版权人可向传播其作品的图书馆提出下架数字化版本的要求,并附上初步证据。图书馆在收到请求后,如确信作品将于三个月内不再处于绝版状态,则应下架其数字化副本,以避免侵蚀正常的商业出版市场。除前述事后申诉外,亦可考虑建立事前异议机制,即图书馆在上架绝版作品的数字化副本前先行公告,并为版权人提出异议留出合理期限。

#### 5.3 机制的调整:探索以国家图书馆为枢纽的传播网络

在原有的馆内传播限制下,各图书馆对于本馆

收藏的绝版作品只能分别进行数字化复制,并在本馆馆内传播。若某一绝版作品同时被多家图书馆收藏,基于合规的压力,各图书馆只得平行制作数字化副本并分别保存,产生不必要的资源浪费。若本馆馆内的限制得以打破,那么各图书馆完全可以共享同一份副本,避免重复建设导致的浪费。除节约资源外,建立中心化的传播网络也有助于应对法定许可和绝版认定机制带来的管理压力。补偿金的收取和版权人的异议均可由国家图书馆直接处理,从而避免著作权集体管理组织和版权人应对数以千计的各类图书馆。对于某些大学图书馆、地方图书馆收藏但国家图书馆缺藏的珍贵资料,则可由这些图书馆在本地完成数字化制作后上传至国家图书馆的服务器,并由国家图书馆统一提供给各地的读者。在传播网络中,国家图书馆作为中心枢纽承担分发作品、收取补偿金和对接权利人与著作权集体管理组织的职能,从而提高整个传播系统的效率。

## 6 结语

绝版作品作为“沉默”的宝库,在文化遗产、科学研究中发挥着重要的作用。受到商业价值的限制,公众无法从常规的市场渠道获取。借助数字化技术,作品收藏机构得以为公众获取绝版作品提供便利,亦为多国著作权法所承认。我国《条例》一方面意识到了图书馆在绝版作品数字化利用中的重要作用,另一方面又在具体规则上保守踌躇,将数字化技术视作纸质图书的简单替代。国家图书馆与北京三面向公司的诉讼案例折射出《条例》第七条的实践困境、价值缺位与利益失衡。我国《条例》第七条的完善需要突破观念的禁锢,以“为公众获取绝版作品提供便利”而非“陈列或者保存版本的需要”作为制度的出发点,从客体、范围、机制三个层面为图书馆便利公众获取绝版资料提供更大的空间。

## 参考文献

- 1 图书馆·情报与文献学名词审定委员会.图书馆·情报与文献学名词[M].北京:科学出版社,2019:54.
- 2 何炼红,郑宏飞.公共文化机构数字化利用绝版作品的著作权授权机制探讨[J].中南大学学报(社会科学版),2018,24(4):32-41.
- 3 陈兵,唐伶俐.欧盟图书馆馆藏作品数字化版权问题研究[J].图书馆学研究,2017,412(17):16-1923.
- 4 李英珍.国外规制绝版作品数字化利用的版权制度模式及其对我



- 国的启示[J].图书馆工作与研究,2019,284(10):41-48.
- 5 陈晓屏.绝版书数字化利用的著作权对策——以法国“20世纪绝版书数字化法案”为视角[J].出版发行研究,2019,337(12):62-65.
- 6 Crews K. Study on copyright limitations and exceptions for libraries and archives: updated and revised (2017 Edition); SCCR/35/6 Geneva: WIPO, 2017 [EB/OL]. [2023-02-13]. [https://www.wipo.int/meetings/en/doc\\_details.jsp?doc\\_id=389654](https://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=389654).
- 7 Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society [EB/OL]. [2001-06-22]. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:EN:PDF>.
- 8 马卫平,刘净净.对“本馆馆舍内服务对象”的理解——商榷《信息网络传播权保护条例》第七条[J].图书馆理论与实践,2011(9):40-42.
- 9 中国图书馆学会关于网络环境下著作权问题的声明[M]//李国新.中国图书馆年鉴.北京:现代出版社,2006,62-63.
- 10 肖冬梅.保留公众在网络世界的信息空间——关于图书馆信息网络传播豁免权的思考[J].图书情报知识,2006(2):20-23.
- 11 王泽鉴.侵权行为[M].北京:北京大学出版社,2009:176.
- 12 胡晶晶.知识产权“利润剥夺”损害赔偿请求权基础研究[J].法律科学(西北政法大学学报),2014,32(6):113-120.
- 13 曹再芳.服务均等化——图书馆公益性原则的必然选择[J].图书馆,2008(6):22-23.
- 14 新华社.中华人民共和国国民经济和社会发展第十四个五年规划和2035年远景目标纲要[EB/OL]. [2021-03-13]. [https://www.gov.cn/xinwen/2021-03/13/content\\_5592681.htm](https://www.gov.cn/xinwen/2021-03/13/content_5592681.htm).
- 15 国际图联,联合国教科文组织.国际图联—联合国教科文组织公共图书馆宣言2022[EB/OL]. [2023-02-13]. <https://repositorio.ifla.org/bitstream/123456789/2081/1/ifla-unesco-public-library-manifesto-2022-zh.pdf>.
- 16 王迁.著作权法中传播权的体系[J].法学研究,2021,43(2):55-75.
- 17 赵源.馆藏绝版作品数字化的版权利益平衡机制探讨[J].新世纪图书馆,2020(8):36-42.
- 18 図書館関係の権利制限規定の在り方に関するワーキングチーム.図書館関係の権利制限規定の見直し(デジタル? ネットワーク対応)に関する報告書[EB/OL]. [2023-02-23]. [https://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/toshokan\\_working\\_team/pdf/92654101\\_02.pdf](https://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/toshokan_working_team/pdf/92654101_02.pdf).
- 19 図書館休館対策プロジェクト.「図書館休館による研究への影響についての緊急アンケート」の最終集計結果[EB/OL]. [2023-02-23]. [https://7a64ccfc-4343-4e56-831b-78b6fa3c99c3.filesusr.com/ugd/f24217\\_d960f0ab8d794eed98a28baab93f4312.pdf](https://7a64ccfc-4343-4e56-831b-78b6fa3c99c3.filesusr.com/ugd/f24217_d960f0ab8d794eed98a28baab93f4312.pdf).
- 20 e-GOV法令検索.著作権法[EB/OL]. [2023-02-23]. <https://elaws.e-gov.go.jp/document?lawid=345AC0000000048>.
- 21 李扬.网络知识产权法[M].长沙:湖南大学出版社,2002:112.
- 作者单位:西南政法大学知识产权研究院,重庆,401120  
收稿日期:2023年3月1日  
修回日期:2023年7月17日  
(责任编辑:关志英)

## The Regulation Approach to Digital Distribution of Out-of-Print Works in Library Collection

Zhang Huibin He Yiping

**Abstract:** The copyright dispute between the National Library and Beijing Sanmianxiang Company has brought the issue of digital distribution of out-of-print works in collection to the attention of the society. In order to protect copyright, reconcile the public interest and avoid disrupting the normal market operation mechanism, China's *Regulations on the Protection of the Right of Communication Through Information Network* stipulate a fair use system for the digital dissemination of out-of-print works in collection. From the perspective of implementation, the restrictions on the eligible objects and the scope of dissemination are too harsh, and there are problems such as violation of the requirement of equalization of basic public services and violation of the principle of balance of interests. In light of the useful reference in newly amended *Japanese Copyright Law*, it is advisable for China to adopt the following reform measures for the regulation of digital dissemination of out-of-print works in collections: first, to expand the scope of fair use and establish a dissemination system covering intra-library, inter-library and extra-library, and establish a matching compensation mechanism; second, to optimize the conditions for the application of objects and establish a dynamic recognition mechanism for out-of-print works; third, to explore the establishment of a digital dissemination mechanism for out-of-print works with the National Library as the hub.

**Keywords:** Out-of-Print Works; Right of Communication Through Information Network; Fair Use