

# 欧盟版权法下的绝销作品数字化规则探析\*

阮开欣 唐雯琳

**摘要** 绝销作品的范围涵盖所有作品类型,其获取途径具有一定的限制。2019年欧盟理事会通过的《数字化单一市场版权指令》第8条至第11条明确了绝销作品数字化规则,即文化遗产机构在一定情况下对绝销作品进行数字化和公开传播的特殊制度。该规则有利于图书馆等机构对绝销作品进行权利厘清,解决绝销作品版权许可交易成本过高的问题,从而促进文化传承和知识传播。绝销作品数字化规则的运行机制分为“许可机制”和“二级机制”两种类型,是否存在具有充足代表性的集体管理组织是区分两种运行机制的前提。对欧盟版权法下绝销作品数字化规则的成因、客体范围和运行机制的探析,可对我国绝销作品数字化规则的建立提供借鉴。图1。参考文献26。

**关键词** 版权法 绝销作品 数字化 文化遗产机构 集体管理组织

## Study on the Rule of Digitizing Out-of-Commerce Works under EU Copyright Law

Ruan Kaixin Tang Wenlin

**Abstract:** The scope of Out-of-Commerce Works(OOCW) should cover all types of works, and its availability is limited. Article 8 to 11 of the *Digital Single Market Copyright Directive* passed by EU Council in 2019 provided the rule of digitizing OOCW, which is a special mechanism for cultural heritage institutions to digitize and publicly communicate OOCW under certain circumstances. This rule helps libraries and other institutions conduct right clearance of OOCW and solve the problem of excessive transaction costs of copyright licensing, thereby promoting the development of cultural inheritance and knowledge dissemination. There are two types of operating mechanisms for the rule of digitizing OOCW: licensing mechanism and secondary mechanism. The existence of the sufficiently representative collective management organization is the prerequisite for distinguishing these two mechanisms. We can learn from the causes, subject matter scope, and mechanisms of the rule of digitizing OOCW under EU copyright law, and establish the rule of digitizing OOCW for China's legislation. 1 fig. 26 refs.

**Keywords:** Copyright Law; Out-of-Commerce Works; Digitization; Cultural Heritage Institution; Collective Management Organization

绝销作品(Out-of-Commerce Works)是指仍受版权保护但通过常规商业渠道无法获取的作品<sup>①</sup>。绝销作品有着重要的文化、历史、科学和教育价值,在网络环境下对其进行数字化利用能极大地丰富公众可获取的版权内容,并促进其传播。而在欧盟原有制度下,绝销作品的版权许可存在高昂的交易成本,这阻碍了绝销作品大规模数字化工作的开展。2019年4月,欧盟理事会通

过《数字化单一市场版权指令》<sup>[1]</sup>(以下简称《2019指令》),其目的之一即为改善版权许可制度的实施,使公众可以更广泛地接触版权内容。该指令第8条至第11条规定了绝销作品数字化规则,即文化遗产机构(Cultural Heritage Institution, CHI)在一定情况下对绝销作品进行数字化和公开传播的特殊规则。在欧盟范围内,对绝销作品进行大规模数字化对公共利益、科研教育具有重要

\* 本文系上海市教育委员会和上海市教育发展基金会“晨光计划”(项目编号:19CG59)、国家知识产权局课题软科学研究项目“知识产权基础性法律关键制度研究”(项目编号:SS19-B-13)研究成果之一。

① 本文对“绝销作品”中的“作品”采取广义的理解,即包括版权和邻接权保护的所有客体。

意义,可以为公众娱乐、学习研究和重新开发利用绝销作品提供机会,也可以增加科研资源,提高科研质量和效率,为文化产业和其他相关产业带来直接的经济效益。

绝销作品数字化规则有利于图书馆、博物馆、档案馆、影像音频遗产机构等对绝销作品进行权利厘清(Rights Clearance),解决其版权许可交易成本过高的问题,从而促进欧盟内部市场的文化传承和知识传播。关于绝销作品的数字化问题,钟永恒和陈传夫<sup>[2]</sup>意识到了国内图书馆界借鉴欧洲数字图书馆版权解决方案的重要性,提出应当建立绝销作品数据库,在封闭网络内向用户提供绝销作品数字化复制件。但此方案的传播渠道仅局限于封闭网络,绝销作品无法面向社会公众得到广泛传播,且绝销作品数据库的建立需要在统一标准的基础上对大量版权内容进行筛选,无疑成本过高,因此该方案难以为绝销作品的大规模数字化提供便利。何炼红和郑宏飞<sup>[3]</sup>、陈冰<sup>[4]</sup>基于欧盟2016年发布的《2019指令》草案(以下简称《草案》)和欧盟其他层面的立法,呼吁引入延伸性集体管理制度来解决绝销作品大规模数字化问题。但是,《2019指令》正式文本考虑到各国立法差异及集体管理组织(Collective Management Organization, CMO)现状,认为完全适用延伸集体管理存在缺陷,并在草案的基础上就绝销作品数字化规则进行了大幅修改,提出了更为详细的解决方案。本文试图探析欧盟《2019指令》下绝销作品数字化规则的成因,阐释该制度的客体范围和运行机制,并汲取欧盟的立法经验对我国绝销作品数字化规则的建立提供借鉴。

## 1 绝销作品的概念辨析

本文将“Out-of-Commerce Works”翻译为“绝销作品”而非“绝版作品”,原因在于:

第一,“绝版”意为“书籍毁版不再印行”<sup>[5]</sup>,即曾被发行出版但往后不会再版发行的书籍。而根据《2019指令》序言第37条,从未被投入商业使用的作品也可以属于绝销作品。“从未被投

入商业使用”的作品没有“曾被发行出版”,不属于绝版作品。

第二,“绝版”仅针对书籍。而《2019指令》中的“绝销作品”涵盖所有作品类型,例如电影作品、音乐作品、数据库、录音制品等。特别是随着电子商务渠道的日益普及,以数字形式出版的文化产品更多的是书籍以外的电子作品。因此,“绝版作品”在客体层面的范围小于“绝销作品”。

第三,“绝版作品”的定义不太适用于网络语境。“Out-of-Print”中的“Print”意为“印刷”,因此“绝版作品”更多地指实体环境下不存在作品的复印件,不涉及电子商务渠道的流通。而“Out-of-Commerce”中的“Commerce”意为“商品流通”,涵盖所有领域的流通渠道,不仅包括实体渠道,还包括网络渠道。在实体渠道“绝版”而在网络渠道还存在销售的作品可以属于绝版作品,但不能属于绝销作品。

另外,“绝销作品”也不能等同于“脱销作品”。虽然两个概念均涉及“作品无法通过常规商业渠道获取”的状态,但二者在成因和持续时间上存在显著差异。首先,“脱销”(Out-of-Stocks)主要指某种商品在市场上供不应求、暂时缺货的客观状态,作品产生脱销的原因大多为作品在市场上广受欢迎,而绝销作品往往不被市场追捧。其次,作品的脱销状态大多数情况下不会长久持续,因为生产和销售脱销作品会带来较大的利润,出版者会积极消除供不应求的状态。相比之下,公众无法通过常规商业渠道获取绝销作品的状态是长期存在的,若法律不加以干预,公众或将再无获取绝销作品的可能。再次,我国现行著作权法对“脱销”已存在准确的成文定义,如《著作权法实施条例》第29条将“图书脱销”的情形定义为“著作权人寄给图书出版者的两份订单在6个月内未能得到履行”,这显然不符合“绝销”的含义。

## 2 绝销作品数字化规则的成因

### 2.1 现实成因

欧洲CHI的馆藏数量巨大。据2010年一项

关于欧洲 CHI 馆藏的研究估计,欧洲图书馆藏书数量为 5.4 亿册,档案馆存有 269.8 亿页的档案记录,欧洲所有 CHI 共存有 1081 万小时的有声材料、1214 万小时的录像材料以及 104 万小时的电影资料<sup>[6]</sup>。但欧洲 CHI 馆藏作品的数字化规模很小,例如,芬兰文学协会藏有 2635 架米(Shelf Metres)的档案,其中 70% 均受版权法保护,仅有 1% 的原始稿件、35.5% 的记录材料、12.6% 的照片和 47.2% 的录像制品能通过数字化形式获取<sup>[6]</sup>。

大规模数字化是保护 CHI 馆藏的重要举措,有助于形成巨大的文化资源库并使绝销作品获取“长尾效应”。然而由于绝销作品较为陈旧,进行权利厘清需要回溯大量积年累月的权利信息,过程十分复杂,最终获得数字化许可授权需要付出很高的交易成本。出版商往往对绝销作品的数字化利用缺乏兴趣,实现绝销作品的大规模数字化几乎完全依赖于 CHI 积极履行公共文化服务职能。但是在大多数情况下 CHI 不享有作品著作权,若缺乏政策干预则难以获得作品数字化的授权。在《2019 指令》之前,CHI 在对馆藏绝销作品进行数字化前通常需要进行权利厘清,其成本约为每本书 53—104 欧元、每张照片 0.70—1.70 欧元、每张海报 5.7—50 欧元、每部短片 26.70 欧元,这通常超过了目标作品本身的经济价值和机构预算<sup>[7]</sup>。为了降低交易成本,CHI 大多倾向于将公有领域的和创作时间较近的馆藏作为数字化对象,因为前者不经权利人许可即可使用,后者的权属信息通常比较清晰,这就导致创作时间较早、仍受版权法保护的馆藏作品的数字化数量稀少。

## 2.2 制度成因

尽管版权法的掣肘是绝销作品数字化进程中由来已久的问题,但欧盟在《2019 指令》之前的法律制度难以提供解决方案。2012 年欧盟通过的《孤儿作品指令》<sup>[8]</sup>建立了对孤儿作品数字化和在线传播的规则,允许文化遗产机构在经过勤勉查找(Diligent Search)后仍然无法知晓权利人的身份或联系信息时,可将作品信息登记到由欧

盟知识产权局建立的孤儿作品登记册上,并有权在网络环境中向公众传播该作品。然而,绝销作品与孤儿作品存在显著区别,绝销作品的权利主体信息通常是明确的,使用者在寻求授权时知晓应当找寻的权利人,然而因为作品年代久远、权利信息复杂,加之权利人也许人数众多,获得授权的过程存在较高的成本。故《孤儿作品指令》的勤勉查找义务会使 CHI 就搜索作品的来源投入大量时间和资源,绝销作品的大规模数字化仍然存在困难。

解决 CHI 对绝销作品进行数字化交易成本的问题可以依赖于 CMO 的介入。CMO 运行的集体权利管理是权利人自愿许可的补充,通过 CMO 统一发放许可的方式,能提高 CHI 获取授权的效率。但是 CMO 通常仅对会员授权的作品和权利具有代表性,非会员并未纳入其管理范围。欧盟委员会于 2014 年通过的《集体管理组织指令》<sup>[9]</sup>虽然力图缩小各成员国 CMO 制度的差异,但并未要求 CMO 的授权具有延伸效力,因此该指令难以在解决绝销作品数字化问题方面产生积极显著的作用。如果欧盟层面的立法不对具有延伸效力的集体许可予以明确,那么 CMO 仅能依据其代表范围发放许可,导致 CHI 对于非会员绝销作品的数字化仍面临侵权风险。要通过 CMO 来解决数字化问题必须引入延伸性的集体许可,从而使 CMO 有权对非会员的绝销作品授予许可。

具有延伸性的集体许可可分为两类:延伸集体许可(Extended Collective Licensing Mechanism,ECL)和推定集体许可(Presumption of Representation Mechanism,PoR),二者最大的区别在于,ECL 的延伸效力基于许可协议,而 PoR 基于 CMO 的法定代表性。在 ECL 下,权利人和 CMO 之间许可协议的效力能够延伸至非会员,CMO 可与 CHI 自由协商,公平合理地确定许可协议价格,不一定必须授予许可。例如,除北欧五国(芬兰、冰岛、丹麦、挪威和瑞士)自 1960 年代起就一直采用 ECL 外,欧洲的其他许多国家也逐渐建立起 ECL,如爱沙尼亚、英国和匈牙利等<sup>[6]</sup>。在 PoR 下,CMO 基于法律强制规定而直接代表非会员利益。但不同于

ECL 中的 CMO 享有自由决定是否授予许可的权利, PoR 中的 CMO 具有授予许可的义务, 如德国《集体管理组织法》第 51 条规定了绝销图书的 PoR<sup>[10]</sup>。

为了有针对性地解决绝销作品数字化问题, 欧盟的出版商、作者、集体组织和欧洲图书馆代表团体在欧盟委员会的组织下, 于 2011 年联合签署了《绝销作品数字化和向公众传播的关键规则备忘录》<sup>[11]</sup>。尽管该备忘录作为“软法”不具有强制效力, 但其为欧盟成员国建立绝销作品数字化规则提供了指引。例如, 波兰于 2015 年修改了《著作权和邻接权法》, 其第 35 条第 10—12 款引入了关于绝销图书利用的例外, 涉及采用延伸集体许可规制绝销图书的复制和数字化传播<sup>[12]</sup>。然而, 即使欧盟部分成员国存在行之有效的集体许可机制, 但其效力范围仅限于该成员国地域范围内, 难以产生跨境影响, 因此亟需欧盟层面的正式立法<sup>[11]</sup>。

## 2.3 历史成因

《2019 指令》关于绝销作品数字化规则的立法一定程度上回应了欧盟法院对“Soulie 案”做出的判决意见。在“Soulie 案”中, 法国的两位作家萨拉·多克和马克·苏里尔以《法国 20 世纪绝销书籍数字化法令》<sup>[13]</sup> (以下简称《2012-287 号法令》) 限制作者行使权利为由, 于 2013 年 5 月向法国最高行政法院请求废除该法令。法国最高行政法院拒绝了两位作家的请求, 并将法令是否违反《欧盟信息社会版权指令》<sup>[14]</sup> (以下简称《2001 指令》) 的问题移交欧盟法院审理。欧盟法院的判决意见认为<sup>[15]</sup>, 《2001 指令》第 2(a) 条(复制权) 和第 3(1) 条(公众传播权) 禁止成员国采取类似于《2012-287 号法令》的国内立法, 即赋予经批准的 CMO 授予以数字形式复制和向公众传播绝销图书的权利, 同时允许这些图书的权利人基于法律规定的条件提出反对意见。主要理由如下: 第一, 根据《2001 指令》第 2(a) 条和第 3(1) 条, 成员国应当为作者提供排他性的复制权和公众传播权, 对这两项权利的保护不应局限于

作者享有的权利, 还应扩展到作者对权利的实际行使, 任何未经作者事先同意利用作品的行为都属于侵权行为; 第二, 允许推定作者同意授权的情形必须在立法中严格规定, 在作品被利用前, 不得剥夺作者事先同意利用作品的权利; 第三, 法国模式虽然允许作者退出, 但是无法确保作者知晓其作品的预期用途, 不能将作者未提出反对意见等同于默认 CMO 可以使用其作品。

实际上, 欧盟法院并未完全禁止各成员国以消费者和社会整体的文化利益为出发点而建立绝销作品数字化立法的机会, 但追求该目标和利益不能在缺乏欧盟立法的情况下减损《2001 指令》所保护的作者权利。这就暗示了立法者在“Soulie 案”之后, 需采取更加谨慎的方式对待关于绝销作品数字化的立法, 在设置运行机制时应保障版权人的权利行使与选择退出自由, 确保《2001 指令》在欧盟层面确立的规则以及欧盟法院在“Soulie 案”中阐述的理由得到尊重<sup>[16]</sup>。为此, 《2019 指令》为各成员国建立绝销作品数字化规则提供了合法依据, 特别是其中第 10 条规定各成员国应当在立法中纳入公告措施, 这可以保障权利人知晓相关许可协议和选择退出的权利。“Soulie 案”的判决是基于法国 2012 年颁布的《2012-287 号法令》, 而该法令为《2019 指令》提供了历史经验。

## 3 绝销作品数字化规则的客体范围

### 3.1 作品类型

《2019 指令》中绝销作品数字化规则的客体范围涵盖所有作品类型, 而欧盟在《草案》颁布前, 对于适用绝销作品数字化规则的作品类型范围存在争议。《草案》所附带的《影响评估报告》提出了两种方案: 方案一仅包括书籍和期刊, 前文述及的波兰、法国和德国均采用此种方案; 方案二则涵盖所有作品类型, 斯洛伐克共和国和挪威等国选择此种方案<sup>[6]</sup>。

方案一保护的客体范围较小, 故而从总量上降低了交易成本, 能在短期内迅速产生效益, 有助

于绝销书籍和期刊的传播,是现阶段欧盟大部分成员国的选择。但该方案的影响范围难以辐射至其他作品类型,除文字作品外均无法获得开发利用,随之产生的获利机会也与这些作品类型的权利人毫无关系。方案二则为所有类型作品的作者创造了获利机会,能更广泛地对艺术、科学、教育等领域的作品权利人产生影响。与此同时,CHI能自由选择希望利用的作品类型,尤其在电影作品领域,这将为一些作为文化遗产的老电影带来新的开发机会。与方案一相比,方案二覆盖的作品类型齐全、权利人数量更多,为公众接触绝销作品提供了更多机会。从长远来看,方案二在促进文化的传承和发展方面更具有持续性,因此《2019指令》最终选用了方案二。

### 3.2 获取的有限性

“绝销作品”不意味着其绝对地难以被获取,只是获取途径具有一定的限制性。根据《2019指令》第8条第5款之规定,在做出合理努力以确定公众是否可以获得作品后,如果能够善意地推定公众无法通过常规商业渠道获得整个作品,该作品可以被认定为绝销作品。

“合理努力”和“常规商业渠道”是决定绝销作品可获取性的重要因素。判断“合理努力”需考虑以下四个方面:第一,结合特定作品的性质,评估作品是否在常规商业渠道内流通;第二,“合理努力”不要求为了确定绝销作品的性质反复对作品进行搜索,而应当考虑作品容易被接触的证据;第三,考虑相关信息的可获得性、通过商业渠道获取作品的可能性以及预期的交易成本,一般不需要逐项对作品的可获得性进行评估;第四,查证范围通常限于CHI所在成员国地域范围内,除非有必要跨境搜索,例如,存在显而易见的证据证明某电影作品在其他成员国内通过常规商业渠道极易获取,则有必要在该成员国内进行搜索<sup>[6]</sup>。

“常规商业渠道”包括线下渠道和线上渠道,例如书店和在线购物网站。其中“常规”是指符合比例原则,即理论上可搜索的范围与实际搜索

的范围之间应有适当的比例,在确定绝销作品时应当采用适当的方式,但不能超过必要的限度。虽然在二手商店或拍卖场所内公众仍有获取绝销作品的可能性,但是《2019指令》序言第38条指出,由于二手商店和理论上能获得作品的商业渠道限制了获取作品的可能性,不具备常规属性,因此,即使公众能通过上述渠道成功接触到作品,也不能断定这些作品不属于绝销作品。

### 3.3 其他版本的可替代性

绝销作品的改编版本不具有对绝销作品本身的可替代性。根据《2019指令》序言第37条,常规商业渠道内作品改编版本的可获得性不影响将其视为绝销作品。此处的“改编”不仅包括文字作品的其他语言版本,还包括视听改编。例如,某德语版本的绝销作品在常规商业渠道内已经无法获取,虽然其法语版本在流通,该作品的德语版本仍可以认定为绝销作品;再如,某小说可在常规商业渠道内获取,不影响由其改编而成的电影作品属于绝销作品。而作品的后续版本可以改变绝销作品的认定结果,即后续版本对于认定绝销作品具有可替代性,若作品存在不属于改编的后续版本,则不能将其视为绝销作品。例如,文学作品的后续出版物,电影作品的可替换性剪辑版本,以及同一作品存在的其他数字形式和实体印刷版本,均可以排除绝销作品的认定。

值得注意的是,《草案》第7条第2款规定作品改编版本具有可替代性,《2019指令》对此则予以删除,仅保留了作品的后续版本具有可替代性的规定,从而扩大了绝销作品的客体范围。

### 3.4 作品发表时间的限制

绝销作品数字化规则的客体范围不仅包括从未投入商业使用的作品,还包括曾经投入商业使用、但目前已不在常规商业渠道内流通的作品。根据《2019指令》序言第37条,从未投入商业使用的作品包括两种情况:第一,作品已经发表但从未投入商业使用,例如公益海报和传单;第二,作品未曾发表,即作品从未被公诸于众。需要注意的是,适用绝销作品数字化规则利用未发表的作

品时,不得影响作者行使版权中的精神权利。

另外,《2019 指令》第 8 条第 5 款还允许各成员国设置特别要求,包括设定构成绝销作品的发表截止日期(Cut-Off Date)。例如,德国《集体管理组织法》第 51 条将绝销作品的客体范围限定于 1966 年 1 月 1 日前在书籍、期刊、报纸或其他著作中发表的作品<sup>[10]</sup>,波兰《版权法》的绝销作品只限于在波兰发表,且为发表时间早于 1994 年 5 月 24 日的印刷形式作品<sup>[12]</sup>。此种“一刀切”的做法免去了判断绝销作品获取有限性的过程,不失为设立绝销作品数字化规则的一条捷径。然则其弊端也显而易见:首先,因为版权保护具有时间限制,随着时间的推移,原先设置的时间节点前能保护的作品数量将越来越少,采取此种立法方式的国家可能需要定期修改截止日期;其次,在截止日期后发表的作品也有成为绝销作品的可能,如此规定将导致相当数量的绝销作品不得利用。

### 3.5 属于 CHI 的永久馆藏

绝销作品数字化规则的客体范围应当是 CHI 拥有所有权或永久保存的馆藏,包括所有权转让、签订许可协议和法定存档义务等情形,《2019 指令》序言第 29 条对此进行了规定。相反,由 CHI 暂时保存的馆藏不属于绝销作品数字化规则的客体范围,例如一个博物馆通过借展的方式,将其他博物馆或权利人所有的绝销作品纳入其临时保存范围内向公众展出的。

需要指出的是,绝销作品数字化规则的适用不要求 CHI 的永久馆藏仅限于作品原件,作品复制件亦属于该范围。而且,CHI 的永久馆藏并不一定是版权人授权下的作品复制件,也可以是基于版权例外规则形成的作品复制件。

## 4 绝销作品数字化规则的运行机制

### 4.1 运行机制的分类

《2019 指令》中绝销作品数字化规则的运行机制分为“许可机制”和“二级机制”两种类型(见图 1 所示)。许可机制是使 CHI 通过集体许可获

得授权、利用绝销作品的首选机制。若 CMO 对相关绝销作品的类型、权利人以及权利具有充足代表性,并能确保平等对待所有权利人,则 CMO 可根据权利人的要求与 CHI 达成非商业性、非排他性的许可,将 CHI 馆藏中的绝销作品进行复制、发行、向公众传播或提供。在此过程中无需考虑其权利人是否为 CMO 会员,《2019 指令》第 8 条第 1 款对此进行了规定。二级机制是在缺乏具有充足代表性的 CMO 时触发的版权例外机制,即在不存在适用许可机制时 CHI 无需获得 CMO 的授权,可直接将绝销作品置于非商业性网站中供公众接触,同时需要注明权利人信息,《2019 指令》第 8 条第 2 款对此进行了规定。

由于绝销作品的权利人通常难以被吸收为 CMO 的会员,因此许可机制的运行需要延伸机制的介入。然而,具有延伸效力的许可制度目前未被大多数欧盟成员国所采纳,这意味着许可机制并不一定能广泛运行。《2019 指令》第 12 条规定了延伸机制,但该规定并不是一项强制性义务,各成员国可自由选择是否采纳该制度。在一国缺乏延伸机制的情况下,二级机制则是绝销作品数字化规则的主要运行机制。

需要注意的是,《2019 指令》第 8 条第 4 款设置了退出规则(Opt-Out),以保障绝销作品权利人的支配权。权利人在两种运行机制下均可以选择退出,且均无时间限制。权利人的退出时间既可以在 CHI 使用之前也可以在 CHI 使用之后。权利人选择退出后,CHI 应在适当期限内停止利用绝销作品,CMO 则应当在接到通知后立即停止发放许可。权利人的退出不影响其在许可机制下对于作品的实际利用主张报酬。

## 4.2 运行机制的特点

### 4.2.1 许可机制的特点

在许可机制下,CHI 应当从其所属成员国内具有充足代表性的 CMO 处获得许可。“充足代表性”意味着 CMO 能在作品类型和专有权利方面代表相当数量的权利人。值得注意的是,许可机制不一定仅适用于本国作品。根据《2019 指

令》第8条第7款的规定,许可机制的运行通常不适用于在第三国首次发表的作品,但是在CMO对第三国的权利人具有“充足代表性”的情况下,许可机制可适用于第三国的作品(视听作品除外)。

而且根据《2019指令》第9条第1款,许可机制下CHI可在欧盟成员国范围内使用其作品,并不限于其所在国家。

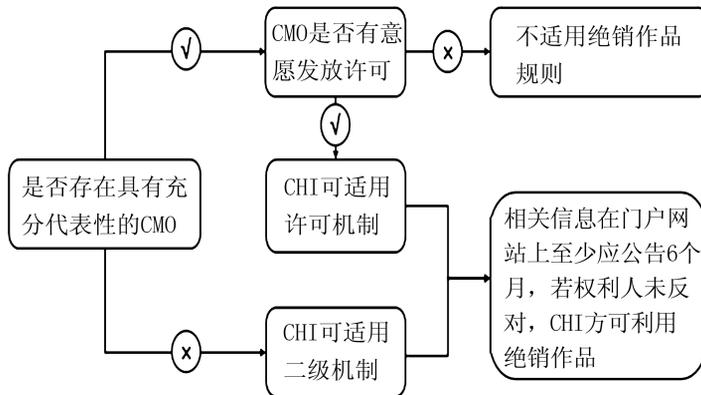


图1 绝销作品数字化规则运行机制

CMO会员所授予的作品类型和权利范围是延伸许可的限定条件,CMO对非会员作品的版权许可不能超出特定的作品类型或专有权利。例如,CMO通过与相当数量的会员达成协议获取发放音乐作品许可的授权后,该组织基于此对非会员的许可范围只限于音乐作品,不能延伸至其他作品类型。再如,CMO在前数字时代从相当数量的会员处获取的专有权利不涉及数字化利用,CMO基于此的延伸许可范围则不包括数字化传播权。为了明晰CMO的代表性,丹麦文化部明确将CMO从会员那里获得的授权内容视为作品类型和专有权利的结合<sup>[17]</sup>,CMO的章程和会员合同是审查CMO代表性的重要内容。

许可机制下CMO应确保所有权利人享受平等待遇,对会员和非会员不得歧视对待,《2019指令》第8条第1款b项规定了此条件。根据《2019指令》序言第34条,待遇平等的具体内容可参考《集体管理组织指令》<sup>[9]</sup>的规定。参照该指令的规定,会员与非会员待遇平等应主要包括三个方面:第一,平等的信息透明度。CMO应保证每年至少一次以平等方式向会员和非会员提供相关信息,包括CMO向权利人支付的金额、应扣除的

管理费用或因其他合理目的扣除的费用、权利人未被支付的报酬等。第二,平等的报酬发放。CMO应保证在收到报酬后的同等期限内向会员和非会员发放同等数额的报酬。第三,平等的报酬留存。如果无法在规定的期限内发放报酬,CMO应当将其存放在单独的账户中,在规定时间内(至少三年)内不能使用或重新发放这些报酬。

#### 4.2.2 二级机制的特点

依据《2019指令》第8条第3款,CHI所在国不存在具有充足代表性的CMO时,CHI可适用二级机制使用绝销作品。二级机制运行的前提包括两种情形:其一,对某种作品类型不存在具有充足代表性的集体管理机构,对于某种作品类型的所有使用都可适用二级机制;其二,CMO仅对某种作品类型的部分专有权利具有充足代表性,那么该作品类型的其他专有权利可适用二级机制。值得注意的是,若CMO客观上有权授予许可,但自身无授权意愿,则无法触发二级机制。如果CHI在要约时提供的许可费过低,CMO有权拒绝许可,双方无法协商一致对CMO具有充足的代表性不产生影响,在此情况下许可机制的运行条件在客观上是满足的,不构成触发二级机制的条件。

在二级机制下,CHI只能在非商业性网站上传播绝销作品,同时应尽量注明作者或其他可识别的权利人的身份信息。CHI在二级机制下的使用方式不包括复制行为和有形载体的发行,远远少于许可机制下的使用方式。二级机制本质上属于版权的例外或限制规则,其不能与权利人的正常商业利用产生冲突,因此有必要限制二级机制下绝销作品的传播渠道。

二级机制下的非商业性网站是开放式平台,在欧盟所有成员国范围内的行为人均可免费访问此网站。此非商业性网站无需设置地域屏蔽措施,行为人可在CHI所在地以外的国家访问该网站,该传播行为只适用CHI所在地国家的法律,不受其他成员国法律的规制。虽然这一定程度上违背了版权地域性原则,但更有利于绝销作品在欧盟范围内的跨境传播。《2019指令》第9条第2款采用了法律拟制的方法,将二级机制下使用作品的行为视为发生于CHI所在地国家,从而避免绝销作品的跨境利用受到成员国之间法律差异的影响。

#### 4.3 运行机制的配套措施

《2019指令》还规定了绝销作品数字化规则的配套措施,其第10条规定了“公告措施”,即成员国应确保至少在CHI根据许可机制或二级机制利用绝销作品的六个月前通过门户网站公开与绝销作品相关的信息,确保公众能够永久、简单、有效地通过门户网站获取相关信息。该信息内容包括:(1)出于识别许可机制或二级机制下绝销作品的目的,由CHI、CMO或相关政府部门提供的信息;(2)退出规则的相关信息,即权利人有权选择退出许可机制或二级机制的信息;(3)许可协议的当事人、地域范围和使用方式的相关信息。该门户网站应当由欧盟知识产权局根据欧盟《关于委托内部市场协调局执行知识产权相关任务的第386/2012号条例》<sup>[18]</sup>建立和管理。为了引起权利人的普遍注意,在必要的情况下成员国还应当做出适当的附加公告。采取附加公告措施的地域范围是许可机制下寻求成为许可

行为实施地的成员国,或是二级机制下CHI所在成员国。若有证据(例如作品的来源)显示在其他成员国或第三国可以更有效地引起权利人的普遍注意,该公告措施还应当涉及其他成员国或第三国。

《2019指令》第11条规定了“利益相关方对话”,即要求各成员国在根据指令第8条第5款规定绝销作品范围的具体要件之前应当询问权利人、CMO和CHI,并鼓励作品使用的代表方、权利人组织(包括CMO)以及其他利益相关方进行定期对话,从而增强许可机制的相关性和可操作性,并确保对权利人的保护措施行之有效。

## 5 欧盟绝销作品数字化规则对我国的启示

### 5.1 我国建立绝销作品数字化规则的必要性

自“十三五”以来我国始终重视“数字中国”建设,将数字化建设视为引领经济发展新常态的有效助力,以及增强文化软实力和提高综合国力的战略举措。建立绝销作品数字化规则正顺应了时代发展的潮流,有助于推进数字化进程并提高文化遗产机构的公共服务水平,让公众充分享受数字化为生活带来的便利。考虑到我国的现状与欧盟设立绝销作品数字化规则的背景具有同质性,我国有必要就绝销作品利用问题做出具有针对性的规定。

就现实境况而言,我国CHI数量众多,文化资源优厚,极具开发潜力和传承价值,这些是建设“数字中国”的潜在动力和特色优势,但我国有大量的绝销作品资源难以传播至公众。以图书馆为例,截至2018年,全国3176个公共图书馆馆藏总量共计10.3716亿册<sup>[19]</sup>,但每年55%的出版图书在出版后便退出了常规商业流通渠道而成为绝销图书<sup>[20]</sup>,自20世纪下半叶出版后处于绝销状态的图书更是难以计数。当前,我国数字化技术日益成熟,公众阅读习惯也随之改变,如此大量的绝销作品资源应该借助数字化手段加以利用。据

统计,2018年国民数字化阅读方式的接触率高达76.2%,较2017年增长了3.2%<sup>[21]</sup>。建立绝销作品数字化规则无疑是在大规模数字化背景下顺应我国公众阅读方式变化趋势的可行之举,有利于绝销作品的利用和传承。

就制度内容而言,我国现行著作权法难以以为CHI充分利用馆藏作品提供便利,亟需绝销作品数字化规则的引入。例如,我国《著作权法》第22条将CHI“为陈列或者保存版本的需要,复制本馆收藏的作品”作为著作权合理使用情形之一,但该规定只限于作品的复制而不包括向公众传播,绝销作品数字化规则则适用于发行和向公众传播行为。《信息网络传播权保护条例》第7条允许CHI可在不经权利人许可的情况下通过信息网络向馆舍内的服务对象非商业性地提供特定数字化作品,但该规定与欧盟的绝销作品数字化规则相距甚远。其一,第7条的传播范围仅限于馆舍内的服务对象,公众在馆舍之外无权接触到馆舍内的数字化作品,而绝销作品数字化规则下的CHI可以通过任何数字化形式向公众提供作品。其二,第7条在客体范围上与欧盟绝销作品数字化规则有所不同。第7条的客体范围包括“本馆收藏的合法出版的数字作品”和“依法为陈列或者保存版本的需要以数字化形式复制的作品”两种。前者仅限于收藏时即为数字化版本的作品,而绝销作品数字化规则没有将作品收藏时的状态限定为数字化形式。后者限于“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”,这实际上采用了极为严格的存续状态标准,即要求待数字化复制的馆藏本身可自然存续的条件极为苛刻,若不采取数字化保存措施加以干预,这些作品或将完全消失。这种“抢救式数字化”的方式不仅会导致待数字化作品的数量基础小,而且难以保证数字化内容的质量。

## 5.2 我国引入绝销作品数字化规则的具体建议

我国立法引入绝销作品数字化规则符合绝

大多数人的利益诉求,该立法改革会得到公共文化机构、创作者、文化传播者等多方主体的支持。绝销作品数字化规则正是以保护公共利益为出发点建立的,相较于时下流行的作品,绝销作品在利用效率方面通常处于弱势地位,而建立绝销作品数字化规则有利于社会公众更广泛地接触作品。绝销作品数字化规则虽然在某种意义上属于一种版权的限制规则,但其能够增加版权人的知名度或经济收益,基本不会遭到版权内容生产者的反对。《2019指令》草案的《影响评估报告》综合分析了绝销作品数字化规则对于利益相关者(包括CHI、版权人与公众)的影响,各方主体可从中获得共赢的预测致使绝销作品数字化规则在欧盟的通过几乎不存在争议<sup>[22]</sup>。

我国著作权法采取大陆法系的立法模式,与欧盟大多数国家具有类似的著作权法框架,引入绝销作品数字化规则不会影响我国著作权立法的体系性。鉴于我国存有的绝销作品数量不胜枚举,客体类型也繁多,为了实现其利用价值最大化,我国在引入绝销作品数字化规则时应当对客体范围采用与欧盟类似的宽松标准,即将所有作品类型和邻接权客体纳入绝销作品的范围,同时将绝销作品的构成条件限定为在常规商业渠道下通过合理的努力善意推定公众难以获得作品。

绝销作品数字化规则的价值实现离不开有效的运行机制。在运行模式方面,我国可以对绝销作品数字化规则优先考虑许可机制,因为利用集体管理制度的优点可以使绝销作品的利用效率最大化,同时充分保障权利人的利益。我国现有的CMO包括中国文字著作权协会、中国音乐著作权协会、中国音像集体管理协会、中国摄影著作权协会和中国电影著作权协会,他们分别在文字作品、音乐作品、音像节目、摄影作品和影视作品的管理中发挥作用。一旦我国引入绝销作品数字化规则,对于前述作品类型,CMO在具有充足代表性的情况下可采用许可机制,即CMO有权许可CHI复制、发行、向公众传播或向公众提供绝销作品。

不过,许可机制在我国的有效运作需要克服一定的障碍,建立运作成熟的集体管理制度是必需跨越的门槛。绝销作品数字化规则在集体管理制度下的运行需要延伸机制的支撑,我国著作权法改革也试图引入延伸机制,2014年公布的《中华人民共和国著作权法(修订草案送审稿)》的第63条就音乐作品和视听作品规定了延伸集体许可机制。延伸机制在我国的引入得到不少学者的支持,其可以减少版权交易成本,保护无力管理或怠于管理作品的权利人的利益<sup>[23]</sup>。然而,目前我国集体管理制度尚不成熟,CMO缺乏透明度,存在许可效率低下的问题,难以充分保障版权人的利益。延伸机制的引入在我国也不乏反对的声音,认为孤立地将其引入而忽略其产生地的著作权产业形态和产业主体特点,可能会损害著作权人利益并破坏著作权市场机制<sup>[24]</sup>。总的来说,在集体管理制度完善的情况下,适当地引入延伸机制是得到我国学术界肯定的。有学者认为,在我国著作权法规定广泛法定许可且集体管理组织不够完善的情况下,应仅规定特定领域使用作品可适用延伸性集体许可制度<sup>[25]</sup>。也有学者认为,我国移植该制度有利于促进作品的利用、保护非会员著作权人的利益、解决外国文化产品的利用问题,但是在移植该制度时应严格限制实施延伸性集体管理的资格条件、适用范围及程序,尊重非会员著作权人的意愿,并完善著作权集体管理制度,积极引导著作权人参与著作权集体管理<sup>[26]</sup>。

在许可机制条件尚未成熟的现状下,我国可以直接对绝销作品数字化规则采用二级机制,即允许CHI直接通过非商业性网站在线传播其永久馆藏的绝销作品。《2019指令》草案原本规定了单一的许可机制,正是考虑到部分欧盟成员国的集体管理制度无法适应,所以在正式通过的文本中加入了二级机制,以供成员国选择采纳。我国对于绝销作品数字化规则中二级机制的规定,应借鉴《2019指令》的文本。鉴于二级机制属于版权例外规则,我国不能对其设定过大的范围而威胁到版权人的利益,应当谨防其违反版权国际

条约的最低保护标准和自动保护原则,确保其符合“三步检验法”的要求。二级机制下绝销作品的使用主体和使用方式都应予以明确的限制,同时保障绝销作品的版权人可以自由地选择退出二级机制。

另外,我国在设立绝销作品数字化规则时还需要建立相应的配套措施。第一,可以参考欧盟版权局建立相关门户网站的做法,指定由主管全国著作权管理工作的国家版权局建设功能类似的官方门户网站。第二,绝销作品数字化规则的制定和有效运行一定程度上取决于利益相关方的开放性和意愿。为此,我国相关政府部门应发起基于特定行业的“利益相关方对话”,对话成果应确保:(1)为绝销作品数字化规则所建立的许可机制是相关的、切实可行的;(2)权利人的利益得到充分保护;(3)为CMO充足代表性和绝销作品客体范围提供法律上的确定性。

#### 参考文献

- 1 Directive (EU) 2019/790 of the European parliament and of the council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the digital single market and amending directives 96/9/EC and 2001/29/EC [EB/OL]. [2020-06-10]. <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2019/790/oj>.
- 2 钟永恒,陈传夫.欧洲数字图书馆的版权解决方案研究[J].现代情报,2007(12):89-91.
- 3 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(4):32-41.
- 4 陈兵.欧盟公共文化机构中绝版作品数字化版权问题研究[J].图书馆建设,2018(3):41-46.
- 5 商务国际辞书编辑部.现代汉语词典[M].北京:商务印书馆国际有限公司,2017:567.
- 6 European Commission. Impact assessment on the modernisation of EU copyright rules[R].Brussels: European Commission, 2016.
- 7 Peters R, Kalshove L.What rights clearance looks like for cultural heritage organisations - 10 case

- studies[EB/OL].[2020-03-08].[https://pro.europeana.eu/files/Europeana\\_Professional/IPR/160331rights\\_clearance\\_case\\_studies\\_public.pdf](https://pro.europeana.eu/files/Europeana_Professional/IPR/160331rights_clearance_case_studies_public.pdf).
- 8 Directive 2012/28/EU of the European parliament and of the council of 25 October 2012 on certain permitted uses of orphan works[EB/OL].[2020-06-10].<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32012L0028>.
  - 9 Directive 2014/26/EU of the European parliament and of the council of 26 February 2014 on collective management of copyright and related rights and multi-territorial licensing of rights in musical works for online use in the internal market[EB/OL].[2020-06-10].<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0026>.
  - 10 Gesetz über die wahrnehmung von urheberrechten und verwandten schutzrechten durch verwertungsgesellschaften (Verwertungsgesellschaftengesetz)[EB/OL].[2020-06-10].<https://www.gesetze-im-internet.de/vgg/BJNR119010016.html>.
  - 11 European Commission. Memorandum of understanding on key principles on the digitisation and making available of out-of commerce works[R].Brussels: EU, 2011.
  - 12 Electronic Information for Libraries. Copyright reform in poland; Library services in poland enter the twenty-first century[EB/OL].[2020-06-09].<https://www.eifl.net/eifl-in-action/copyright-reform-poland>.
  - 13 L'Assemblée nationale et le Sénat. LOI n 2012-287 du 1er mars 2012 relative à l'exploitation numérique des livres indisponibles du XXe siècle[EB/OL].[2020-06-09].<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000025422700&categorieLien=id>.
  - 14 The European Parliament and the Council of the European Union. 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].[2020-06-09].<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001L0029:EN:HTML>.
  - 15 Judgment of the Court (Third Chamber) in Case C-301/15[EB/OL].[2020-07-14].<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=5CF13A25FCF71B32EC68E3CDC5C1EB6E?text=&docid=185423&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4348761>.
  - 16 Rosati E. The CJEU decision in Soulier: what does it mean for laws other than the French one on out-of-print books? [EB/OL].[2020-03-08].<http://ipkitten.blogspot.com/2016/11/the-cjeu-decision-in-soulier-what-does.html>.
  - 17 Lucie G, Simone S. Extended collective licensing for the use of out-of-commerce works in Europe: a matter of legitimacy vis-a-vis rights holders[J/OL].International Review of Intellectual Property and Competition Law, 2018, 49: 916-939.<https://link.springer.com/article/10.1007/s40319-018-0748-5>.
  - 18 Regulation (EU) no 386/2012 of the European parliament and of the council[EB/OL].[2020-06-09].[https://www.oami.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document\\_library/observatory/resources/about/20120419-ohim-regulation\\_en.pdf](https://www.oami.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/observatory/resources/about/20120419-ohim-regulation_en.pdf).
  - 19 中华人民共和国文化和旅游部 2018 年文化和旅游发展统计公报[R/OL].[2020-03-08].[http://zwgk.mct.gov.cn/auto255/201905/t20190530\\_844003.html](http://zwgk.mct.gov.cn/auto255/201905/t20190530_844003.html).
  - 20 芮海田,王佳.基于传统出版物不良库存的出版需求分析[J].中国出版,2013(18):58-61.
  - 21 中国新闻出版研究院全国国民阅读调查课题组.第十六次全国国民阅读调查结果报告[J].新阅读,2019(5):45-47.
  - 22 European Commission. Impact assessment on the modernisation of EU copyright rules[R].Brussels:

- European Commission, 2016.
- 23 林秀芹,李晶. 构建著作权人与作品使用者共赢的著作权延伸性集体管理制度——一个法经济学角度的审视[J]. 政治与法律, 2013(11):25-35.
- 24 熊琦. 著作权延伸性集体管理制度何为[J]. 知识产权, 2015(6):18-24,30.
- 25 梁志文. 著作权延伸性集体许可制度的移植与创制[J]. 法学, 2012(8):122-131.
- 26 胡开忠. 构建我国著作权延伸性集体管理制度的思考[J]. 法商研究, 2013(6):18-25.
- (阮开欣 副教授 华东政法大学知识产权学院, 唐雯琳 华东政法大学知识产权学院知识产权专业 2019 级硕士研究生)
- 收稿日期:2020-03-12

## 《中华人民共和国文化和旅游部 2019 年文化和旅游发展统计公报》发布

2020 年 6 月 20 日,文化和旅游部正式发布《中华人民共和国文化和旅游部 2019 年文化和旅游发展统计公报》,统计显示,截至 2019 年末:

- 2325 个县(市、区)出台公共文化服务目录,494,747 个行政村(社区)建成综合性文化服务中心,1711 个县(市、区)建成图书馆总分馆制。

- 全国共有公共图书馆 3196 个,比上年末增加 20 个。全国公共图书馆从业人员 57,796 人,比上年末增加 194 人。其中具有高级职称的人员 6966 人,占 12.1%;具有中级职称的人员 18,540 人,占 32.1%。

- 全国公共图书馆实际使用房屋建筑面积 1699.67 万平方米,比上年末增长 6.5%;图书总藏量 111,781 万册,比上年末增长 7.3%;电子图书 86,557 万册,增长 7.0%;阅览室座席数 119.07 万个,比上年末增长 6.6%;计算机 22.58 万台,其中供读者使用的电子阅览终端 14.57 万台,均与上年基本持平。

- 全国平均每万人公共图书馆建筑面积 121.4 平方米,比上年末增加 7.0 平方米;全国人均图书藏量 0.79 册,比上年末增加 0.05 册;全年全国人均购书费 1.68 元,比上年末减少 0.09 元。

- 全年全国公共图书馆发放借书证 8627 万个,比上年增长 18.8%;总流通人次 90,135 万,增长 9.9%。书刊文献外借册次 61,373 万,比上年增长 5.8%;外借人次 26,609 万,比上年增长 3.1%。全年共为读者举办各种活动 195,732 次,比上年增长 9.3%;参加人次 11,786 万,比上年增长 10.7%。

- 全国共有各类文物机构 10,562 个,比上年末减少 402 个,其中,文物保护单位管理机构 3518 个,博物馆 5132 个。全年全国各类文物机构共举办陈列展览 30,728 个,接待观众 134,215 万人次,其中博物馆接待观众 114,732 万人次,占文物机构接待观众总数的 85.5%。

### 资料来源

- 1 中华人民共和国文化和旅游部 2019 年文化和旅游发展统计公报[EB/OL].[2020-06-23].[https://mct.gov.cn/whzx/ggtz/202006/t20200620\\_872735.htm](https://mct.gov.cn/whzx/ggtz/202006/t20200620_872735.htm).

(国家图书馆研究院 提供)