

版权法下国家应急图书馆的正当性与合法性*

张立新 阮开欣

摘要 新冠肺炎疫情爆发后,美国互联网档案馆在原有的受控数字借阅模式的基础上开展了国家应急图书馆项目,该项目突破了受控数字借阅关于“拥有与出借”比例的限制,不再限制同时向用户出借的数字版本图书数量,引发了巨大的版权侵权争议。但是在特殊背景下,国家应急图书馆具有明显的公共利益属性,也能够通过合理使用“四要素”的检验,具备版权法上的正当性与合法性。因此,为了应对突发公共卫生事件等特殊情况,建议我国图书馆引入国家应急图书馆服务,并使之成为符合我国《著作权法》规定和实际需求的图书借阅新模式,《公共图书馆法》也应当增设应急服务相关条款。参考文献 35。

关键词 新冠肺炎疫情 国家应急图书馆 受控数字借阅 合理使用 《公共图书馆法》

Legitimacy and Legality of National Emergency Library under Copyright Law

Zhang Lixin Ruan Kaixin

Abstract: After the COVID-19 pandemic outbreak, the Internet Archive of the United States launched the National Emergency Library project based on the controlled digital lending model, which breaks through the limitation of “owning and lending” ratio in controlled digital lending, no longer limits the number of digital versions of books lent to users at the same time, causing a huge controversy over copyright infringement. Under the special background, the National Emergency Library maintains public interests and is supported by the analysis of “four elements” of fair use, thus has the legitimacy and legality in the copyright law. In order to deal with the special situations such as public health emergencies, Chinese libraries should consider introducing National Emergency Library services and make it become a new lending model in accordance with the provisions of the *Copyright Law* and the actual needs of China, and the *Public Library Law* should also add relevant provisions on emergency services. 35 refs.

Keywords: COVID-19 Pandemic; National Emergency Library; Controlled Digital Lending; Fair Use; *Public Library Law*

1 国家应急图书馆的争议与特殊性

1.1 国家应急图书馆的构建与争议

新冠肺炎疫情爆发后,美国实体图书馆大规模关停,2020年3月24日,非营利性组织互联网档案馆(Internet Archive,以下简称“IA”)宣布实施国家应急图书馆(National Emergency Library,以下简称“NEL”)项目。该项目是IA参照原有的开放图书馆(Open Library,以下简称“OL”)项目实施经验建立的数字图书馆,合并了三所参与学

校的全部或大部分书籍,以及其他图书馆向全球读者捐赠的100多万册图书,可向用户免费提供超过140万册图书的数字版本借阅服务。根据IA的计划,NEL将开设至2020年6月30日或美国国家紧急状态结束时(以较晚者为准)^[1]。与OL一样,NEL也主要遵循受控数字借阅(Controlled Digital Lending,以下简称“CDL”)的运行规则并依托其管理技术;但与OL不同,NEL突破了CDL规则中核心的“拥有与出借”比例的限制,这

* 本文系国家社科基金青年项目“版权法中的公平报酬制度研究”(项目编号:22CFX083)、上海市哲学社会科学规划项目“国际知识产权诉讼管辖权冲突问题研究”(项目编号:2021EFX009)和华东政法大学2022年度优秀博士学位论文培育项目(项目编号:2022-1-001)的研究成果之一。

引起了作者和出版商的强烈不满,美国四大出版商联合于2020年6月1日向法院起诉IA侵犯其版权^[2]。

所谓CDL,是图书馆在遵循六项基本规则的前提下,模拟实体图书借阅服务,向用户提供其合法获得的纸质版图书的数字扫描版本。这六项基本规则包括:(1)确保用于出借的作品实物副本(指纸质版图书)是合法获得的;(2)仅应用于拥有纸质版且未获得电子书出借许可的作品上;(3)将任何时间流通的任何格式的副本总数限制为图书馆合法拥有的实物副本数量(即保持“拥有与出借”的比例);(4)一次只向一位用户出借一个数字副本,就像出借实物副本一样;(5)将每次借阅的期限限制为与实物副本借阅相当的期限;(6)使用数字版权管理技术来防止大规模复制和再分发^[3]。受控数字借阅是对实体图书馆借阅服务的延伸,允许图书馆以“像印刷品一样借阅”的方式通过网络向用户出借纸质版图书扫描的数字版本^[4]。长期以来,CDL本身在版权法上的合法性虽有争议,但多数学者认为可以构成合理使用^[5],美国法院和版权局等机构也未否认其合法性,所以该规则被包括IA在内的许多图书馆采用且未陷入实质性纠纷^[6]。

然而,NEL取消“拥有与出借”比例的限制,意味着图书馆可以在拥有一本纸质版图书的基础上,分发无数的数字副本。这种“激进”的作品出借方式招致许多争议,许多作家和出版商将NEL视为一场灾难。作家亚历山大·齐直言不讳地指出“这不是自由,而是盗版”^[7]。美国作家协会(Authors Guild)也发表声明认为NEL是在利用全球危机推进违反现行联邦法律且伤害大多数作者利益的版权意识^[8]。出版商的反应则更加激烈,他们认为NEL是对版权人和出版商权利的非法攻击和机会主义行为^[9]。

按照美国《版权法》的规定,NEL在对作品进行数字化和出借的过程中涉嫌侵犯版权人的复制权和发行权,除非可以构成对专有权利进行限制的合理使用,否则应当被禁止。因此,需要结合

美国《版权法》第107条关于合理使用检验“四要素”的规定及相关判例,具体分析NEL是否构成合理使用。即,如果NEL在新冠肺炎疫情肆虐的特殊背景下具备正当性且能够构成合理使用,则即便其对版权人和出版商的利益有所影响,法律也不应一禁了之,在采取适当控制措施的情况下,NEL或许可以成为特殊时期图书馆借阅的新模式。

1.2 国家应急图书馆的特殊性分析

2019年末爆发的新冠肺炎在极短的时间内席卷全球,很可能成为世界卫生组织有史以来宣布的最严重的突发公共卫生事件^[10]。为了应对疫情,美国卫生与公众服务部早在2020年1月就宣布全国进入“公共卫生紧急状态”,直至2022年10月13日还在不断延长这一紧急状态的时间^[11]。期间,美国总统也于2020年3月13日宣布全美进入“国家紧急状态”以抗击疫情^[12]。NEL宣布施行时,正值美国国务院发布“第四级全球旅行警告”建议美国公民避免所有国际旅行^[13],以及加州、纽约州、伊利诺伊州等宣布实施“居家令”,要求当地民众避免不必要的外出^[14]。在此情况下,美国许多高校都停止了线下教学,众多公共图书馆也不得不关停,仰赖图书馆的文献资料进行学习和研究的师生群体,以及喜爱通过阅读进行休闲娱乐的社会公众在客观上都难以继续获取图书资源,正常的学习、工作和娱乐活动都被迫中断。

与此同时,囿于“居家令”的限制和对病毒感染的担忧,愿意配合防疫工作的社会公众也不愿外出或者进入人员密集的场所,急切地希望能够以远程方式获取必要的学习、研究或娱乐资源。为此,NEL以“非常之时”的“非常手段”回应了公众的期望和需求。首先,NEL以成熟的CDL规则和技术为基础,将自愿参与该计划的图书馆的资源进行扫描和数字化存储,以克服作品传播的空间障碍。其次,NEL仍然以模拟实体图书馆借阅的方式向公众提供作品,但不再限制可以同时出

借的数字版图书数量,以解决可出借图书数量严重不足的问题。此外,NEL 还设置了供版权人选择的“退出机制”等控制措施,力求在尊重版权人意愿的基础上进行借阅。

按照 IA 的设想,NEL 可以让“无法出行的学习者”在隔离措施的限制下仍然能够不断积累知识和接受教育^[15]。考虑到新冠肺炎大流行期间公众获得作品的正常途径被切断,NEL 不仅可以向因客观原因无法获得作品的公众提供作品,也可以为作品的传播和利用提供补充性途径。换言之,产生于疫情这一特殊背景下的 NEL,试图以突破常规的特殊方式,克服作品传播和利用的客观障碍,满足特殊时期公众获取作品的迫切需求。本文认为,NEL 建立的特殊背景、采取的特殊方式和希望实现的特殊功能对公共利益影响重大,在对其进行合理使用分析时必须予以考虑。

2 版权法的价值目标与国家应急图书馆的正当性

按照功利主义法学的观点,版权是立法者为了鼓励和刺激更多的人投身于对社会有益的作品创作活动而通过立法创设的垄断性权利,版权法的价值目标即激励创作。但与此同时,出于社会政策的考量,版权法也会通过一些制度设计对版权作出一定的限制,允许他人在一定条件下可以不经权利人许可使用,甚至是无偿使用其作品,以满足社会公众对知识和信息的获取需要,比如合理使用、法定许可等制度。事实上,保障社会公众在一定条件下的作品使用自由不仅是一种客观的社会需求,也是实现版权法价值目标的必要,没有任何创作能够完全脱离前人的成果或影响,也没有任何法定权利的获得不需要付出合理的对价,版权法必须在版权人利益和社会公众利益的动态平衡中走向稳定。基于此,任何以保障公共利益为目标,采取合理方式且不会造成严重损害后果的作品使用行为,都可能具有版权法上的正当性。

2.1 强制性的权利限制:特殊情况下的价值选择与利益平衡

历史上,能够与 NEL 建立背景相提并论的特殊情况要追溯到第二次世界大战期间。当时,美国出版业成立了“战时图书委员会”,号召出版商尽可能快地印刷平装书并以成本价格出售给军队。后来考虑到战争期间的种种客观困难和图书的供不应求,有爱国人士请求出版商将他们最有价值的版权作品无偿捐赠给军队,该要求自然遭到出版商的强烈反对。但最终,对爱国主义的强烈呼吁和对社会效益的积极预期还是“战胜”了出版商,大约有 1.23 亿册图书被作者和出版商允许作为军事版本免费发行和赠送^[16]。诚然,这些作品很可能会充斥战后的图书市场,也可能会影响作者和出版商的经济收益,甚至会扰乱未来的图书定价。但是比作者的版权和出版商的经济利益都更加重要的是战士的休闲娱乐需求,以及对他们的思想教育和精神激励,这是身处残酷战场的普通士兵获得心灵慰藉的重要途径。值得一提的是,在战争结束后,许多业内人士所担忧的市场损害后果并没有出现,图书市场和出版业甚至比以往任何时候都更加繁荣。正如一位评论员所描述的那样,“图书行业无私地满足了突然的需求,造就了在国家紧急状态下,私有制和公共利益之间创造性共存的实例。”^[17]

在这一历史案例中,出版商的行为属于民法中的无偿捐赠,这本身与版权法并无关联,但是这一案例却体现了特殊情况下版权利益与社会公共利益发生冲突时人们的价值选择,也让我们看到了特殊情况下版权人和出版商让渡其经济利益以满足公众精神需求的可能性。在因战争等不可抗力原因使整个国家进入紧急状态的情况下,版权人和出版商的个人利益无法与社会公众的广泛利益相抗衡,版权的经济价值也不能与版权作品所蕴含的精神价值相提并论,限制版权人的权利、要求出版商放弃其经济利益可能是这种特殊情况下唯一且正确的选择。事实上,NEL 所面

临的情况与这一案例的发生背景十分类似:一场全国性的紧急事件正在进行中;相关项目的设计和实施是为了应对特殊情况下的突发需求;图书的读者都是急切需要通过阅读来度过困难时期的普通人;如果没有这些项目,他们基本上无法获得书籍。

尽管 NEL 的建立版权法领域可能缺乏先例,但此类行为的必要性在其他领域并不罕见,比如在进行正当防卫或紧急避险时,法律可以从实用主义和公平性的角度承认某些“特权”,或者以强制的方式直接要求部分群体让渡某些权利和利益^[18]。其中,与 NEL 的适用情形比较接近的是侵权责任抗辩中的“公共必要性原则”。根据侵权法的宗旨,如果一项侵犯他人财产权益的行为被认为是避免公共灾难所必需的,那么就可以实施^[19]。典型的如拆除邻近建筑物以防止火灾蔓延、违背传染病人的意愿对其进行隔离、毁坏农作物以防止农业病害蔓延,等等。

当然,与水、食物、空气等人类生存的必需品不同,各类文字作品并不是人类赖以生存的基础,人们可能会质疑,公众获取书籍的机会突然大幅减少的状况是否会构成“迫在眉睫的公共灾难”?正因如此,本文还将进一步探究 NEL 的合法性,即其是否构成合理使用的问题。因为在版权法中,合理使用制度不需要基于任何紧急或不可预见的情况就能够实现私人权利与公共利益之间的必要平衡,当这种平衡的调整具体到图书和图书馆领域,似乎就有了更加强烈的正当性:虽然各类文字作品不为人类生存所必需,但却是我们学习、工作和生活都离不开的工具和媒介,更重要的是它们具有抚慰人心的巨大力量,是帮助我们度过困难时期的重要“精神食粮”。

2.2 制作和提供数字化作品:满足特殊时期阅读需求的方式

NEL 并不是版权人一方与数字图书馆一方在作品利用方面的首次冲突,在四大出版商起诉

IA 之前,代表作家利益的行业组织作家协会就曾作为原告起诉了 HathiTrust 组织的数字图书馆项目。HathiTrust 是由多家高校图书馆共同设立的非营利性组织,保存着超过 1700 万件数字化资料,同时也是全球众多学术团体和研究机构的合作伙伴^[20]。与 IA 一样,HathiTrust 也是以制作和提供数字化作品的方式向用户提供服务,服务范围涵盖全文检索、残疾人版本和版本保存等。其中,提供残疾人版本的服务允许会员图书馆向经认证的有阅读障碍的用户开放版权作品的全文访问权限,用户可以利用语音转换等技术“阅读”作品全文内容。鉴于该服务同样是以数字化形式提供作品全文,第二巡回上诉法院的判决对于 NEL 在作品使用方式方面的正当性能够提供极大启发。本案中,上诉法院通过对合理使用认定标准的分析和对版权法立法目的的探究,明确以数字化形式提供方便残疾人访问的作品全文满足了特殊群体的阅读需求,符合版权法的立法目的和利益平衡的需要,是“合理使用原则适用的特殊实例”^①。

实际上,残疾人这一特殊群体与疫情期间被封控隔离的社会公众,都是由于不可抗的特殊原因在客观上无法接触和获取作品的读者。残疾人行使阅读权利的障碍一方面来源于自身的生理缺陷,另一方面则是因为出版商缺乏发行残疾人版本的经济动力。因此,法院必须调整合理使用的尺度以保障特殊群体的阅读权利。而疫情期间被封控隔离的公众,特别是师生和研究人员也失去借阅图书的正常渠道,客观上不能获得学习和工作所必需的资料,而出版商也不可能在短时间内将其所有出版物制作成电子书销售。HathiTrust 和 NEL 无非是利用其已有资源,通过制作和提供数字化作品等正当手段,克服作品传播和利用的客观障碍,满足特殊群体或特殊时期的阅读需求。

^① AuthorsGuildInc. v. HathiTrust, 755 F. 3d 87. (2d Cir. 2014).

2.3 善意且受控的数字借阅:不会导致严重损害后果的发生

即便有正当的实施目的和合理的实施方式,但对 NEL 这种直接与版权人利益产生冲突的作品借阅方式,仍然需要评估可能产生的后果,如果其必然导致严重损害后果的发生,也难言正当。版权人、出版商和反对者在抨击 NEL 时,往往把焦点放在其对同时出借数量的突破上,忽视了其仍然在遵守 CDL 的其他限制,并且也采取了诸多措施避免或减少对版权人和出版商的不利影响。

第一,IA 从一开始就强调 NEL 是国家紧急状态下的应急措施,并不会长期实施。按照 IA 的计划,NEL 将实施约三个月,或者依国家紧急状态的持续时长进行调整。在实体图书馆大规模关停的情况下,IA 将其有限的图书资源在有限的时间内向有需要的读者提供借阅,所产生的影响也是有限的,很难形成灾难性的后果。第二,NEL 已将近五年出版的作品排除在借阅名单外,可以有效减少对出版商经济利益的影响。有实证研究发现,图书出版后的五年内是出版商实现图书投资回报的关键时期^[21],NEL 将这一时期内出版的作品排除在外已在最大程度上避免了对出版商的利益造成影响。第三,NEL 为版权人提供了“退出”机制,版权人可以让自己的作品随时退出该项目。考虑到 NEL 开展的紧急背景、构成合理使用的可能性,以及用于借阅的图书包含大量公有领域作品和“孤儿作品”,以“选择加入”的方式让版权人许可紧急借阅是不现实的,但为了尊重版权人的意愿,NEL 允许版权人以“选择退出”的方式结束其作品的紧急借阅。第四,虽然突破了 CDL“拥有与出借”比例的限制,但 NEL 仍然严格执行了 CDL 的其他规则。CDL 通过六项基本规则和诸多措施力求尽可能地模拟实体图书的借阅过程,比如用户的身份验证、借阅过程中版权管理技术措施、每本两周的借阅期等等^[3]。NEL 仍然遵守了这些规则,这也意味着 NEL 仅仅是对有需求的用户提

供图书的临时访问服务,而不是批评者所说的不受限制的盗版行为。

NEL 采取的上述控制措施表明,其在保障社会公共利益、满足特殊时期阅读需求的同时,保持了善意、诚信等法律和道德观念,力求在最大程度上避免对版权人和出版商的经济利益造成损害,即便这种损害不能完全避免,也不会过于明显以致达到十分严重的程度。

3 国家应急图书馆的合理使用认定

如上文所述,合理使用制度是版权法中限制版权人权利、平衡版权人和社会公众利益冲突的重要工具。美国《版权法》第 107 条不仅列举了一些典型的合理使用行为,还规定了判断某一作品使用行为是否属于合理使用的四个考量因素(以下简称“四要素”),主要包括:(1)使用的性质和目的,即使用是出于商业目的还是教育目的;(2)被使用作品的性质,即作品是具有高度独创性的还是包含大量公有领域的材料;(3)被使用部分的数量和重要性,即被使用的部分占原作品的比例及重要程度;(4)对作品潜在市场或价值的影响,即使用是否会影响原作品及演绎作品的市场销路。在 NEL 受到侵权质疑时,我们也需要在“四要素”基础上结合其特殊性,分析其能否构成合理使用。

3.1 使用性质和目的之分析

合理使用认定“四要素”中的第一要素关注使用的性质和目的,即使用是出于商业目的还是教育目的。根据前文对 NEL 的介绍,IA 本身是非营利性的组织,建立 NEL 的目的是为了让“无法出行的学习者”在隔离措施的限制下仍然能够不断积累知识和接受教育,这应当属于非商业性的使用目的。当然,仅凭 IA 的一方陈述就认定 NEL 的建立目的是不够的,但本文认为,NEL 建立的特殊背景最大程度地支持了其在第一要素方面的正当性;疫情中断了正常的图书馆服务,使公众的文献资料获取成为一个特别紧迫的难题,而

NEL 利用其得天独厚的资源和条件满足公众的紧急借阅需求。美国国家版权局在分析 NEL 问题时也承认,“在这个前所未有的时代,确保继续获取教育材料无疑具有强烈的公益性,这可能有利于合理使用。”^[22]换言之,疫情流行的特殊背景和 IA 的非营利性都让 NEL 具备了强大的公共利益属性。在此情况下,NEL 可以被视为减轻公共伤害所采取的合理且必要的行动,即使其对个体利益的侵犯比通常情况下明显一些,合理使用制度也要调整其利益平衡的天平以倾向于更广大的社会公众。因此,第一要素可以支持 NEL 的合理使用认定。

3.2 被使用作品性质之分析

合理使用认定“四要素”中的第二要素考察被使用作品的性质,即作品是具有高度独创性的还是包含大量公有领域的材料,或者说是属于“虚构作品”还是“事实作品”。NEL 在提供紧急借阅时并没有区分哪些是可能用于教育目的的作品,哪些是不太可能用于教育目的的作品。因此,出版商对流行小说被列入 NEL 的借阅名单大为恼火,他们在诉讼中指称 NEL 不当使用了一些学校图书馆常年出借的畅销图书,比如《蝇王》《所罗门之歌》《凝望上帝》等,这些虚构小说主要应用于休闲阅读的目的,这已经破坏了 IA 自己的说法,即 NEL 主要用于教育目的^[23]。但正如前文分析 NEL 的特殊性以及类比二战时期图书捐赠的例子时所提到的那样,新冠肺炎的大流行不仅在身体上给人们造成了伤害和威胁,在心理上也引发了广泛的惊惧和恐慌,甚至表现为多方面的心理健康危机^[24]。而小说等虚构作品为读者提供了逃离这种动荡不安和不确定性的机会。换言之,NEL 在特殊时期所提供的休闲阅读服务将为缓解读者的心理压力、促进社会的正常运转等提供帮助,从而为整个社会带来巨大的无形收益^[25,26]。因此,尽管 NEL 将一些虚构小说用于紧急出借,也应当被视为服务于社会需求,在特定的时期和有限的范围内,这种需求超

越了版权保护的一般理由。此外,美国法院也在诸多判例中强调过,第二要素并不是决定性的,法院还需要结合其他要素进行分析。因此,出版商基于第二要素否认 NEL 构成合理使用的观点恐难成立。

3.3 被使用部分的数量和重要性之分析

合理使用认定“四要素”中的第三要素关注作品被使用部分的数量和重要性,即被使用的部分占原作品的比例及重要程度。与第二要素一样,第三要素在表面上也不利于 NEL 的合理使用认定。一方面,经 NEL 数字化的图书会全部向公众提供,而非仅提供其中一部分;另一方面,NEL 突破了 CDL 中“拥有与出借”比例的限制,以远超过其拥有的实物副本的数量分发或并发了数字副本,这是出版社和 NEL 的反对者最不能容忍的。在已有 OL 项目也能够模拟实体图书馆远程借阅的基础上,NEL 是否有充分理由突破“拥有与出借”比例的限制必将成为四大出版商与 IA 的诉讼中最值得关心的问题之一。对此,IA 的解释是,在疫情期间,用户通过 NEL 进行数字借阅的总量最多只会与全国被关停的所有图书馆原本(如果开放)可借阅的总量相当^[27]。疫情期间,大量实体图书馆关停,如果仅仅按照 IA 拥有的纸质版图书数量出借数字版图书,显然不能满足广大公众的阅读需求。考虑到 NEL 计划开放时间较短且仍采取了其他限制措施的情况,本文认为 NEL 并非是为了抢占图书借阅的正常渠道,而是为了在疫情期间补充性地增加图书借阅途径而实施的。而且,目前尚没有证据否认 IA 对借出总量比值估算的准确性,或者说,只要 NEL 能够保证在开放期间以不超出所有关停图书馆可借阅图书的总量进行出借,基于第三要素也无法否定其合理使用构成。

3.4 对作品潜在市场或价值影响之分析

合理使用认定“四要素”中的第四要素考察相关使用行为对作品潜在市场或价值的影响,即使用是否会影响原作品及演绎作品的市场销路,

这一要素历来是版权人和法院最关心的影响因素。出版商认为,NEL的大规模借阅会形成对图书购买的替代,将严重影响其图书销路,极大地损害其经济利益。但是,根据美国最高法院在Sony案中的观点^①,第四要素的分析也与第一要素密切相关,即如果相关作品使用行为是非商业性的,则必须证明其有对作品潜在市场或价值造成损害的现实可能性,而不能直接推定损害的存在。目前看来,出版商似乎只是在推定而很难证明NEL确实会对其图书销售产生不利影响。

首先,如果IA可以证明用户通过NEL进行数字借阅的总量最多仅与全国被关停的所有图书馆原本可借阅的总量相当,那么其对出版商的损害就应不存在。因为根据版权法中的首次销售原则,图书馆已经为其合法获得的每一本纸质版图书支付了合理价款,出版商不能再控制图书馆的正常出借。所谓“首次销售原则”,是指作品原件或经授权合法制作的作品复制件,经版权人许可,首次销售或赠与之后,版权人就无权控制该特定原件或复制件的再次流转了。根据美国《版权法》第109条的相关规定,合法制作的副本所有者可以对该特定副本进行出售或以其他方式处置,这是图书馆长期以来可以出借纸质版图书的主要法律依据。NEL也应被视为实体图书馆的线上延伸,如果其图书借阅总量没有超过关停的实体图书馆原本可以借阅的总量,则对出版商不会造成损害。

其次,影响图书销售的原因是多种多样的,出版商很难证明NEL的出借与其未来图书销量减少之间的必然关联。与实体图书的借阅和标准的CDL相比,NEL的主要区别在于没有获取图书的“等待期”,即当借阅数量超过图书馆拥有的纸质版图书数量时,读者无需等待即可以借阅到数字副本。图书借阅的“等待期”被认为是读者选择购买图书的主要原因之一。但众所周知,影

响读者做出购买决定的因素有很多,比如图书的格式、来源、实用性、使用频率、版式审美和经济条件等等。实际上,经过疫情的长期流行、学习办公的线上化和长时间隔离之后,人们已经发现,拥有一本纸质版图书要比电子书和数字版图书都更加具有吸引力^[28],线下活动格外珍贵和稀缺,这些甚至会成为未来人们购买纸质版图书的主要动机并直接促进纸质版图书的销量。

最后,NEL仍然在严格遵循除“拥有与出借”比例外的其他CDL基本规则,且已经采取多种措施,防止或减轻对版权人和出版商可能造成的损害。

基于以上对合理使用认定“四要素”的分析,本文认为,非商业性的公共利益目的足以支持NEL制作和提供数字化作品的行为构成合理使用,且难以证明这会对版权人或出版商的经济利益造成严重损害。因此,NEL可以作为特殊时期的图书借阅新模式得到法律的许可和广泛的利用。

4 国家应急图书馆在我国的构建展望

图书馆承担了文献保存、信息提供和知识传播等重要使命,在因公共卫生事件或特殊情况而关停的情况下,应当寻求新的替代性借阅方案,以继续发挥其功能,例如在新冠肺炎疫情期间采取一些措施,通过线上方式继续出借图书和服务读者等^[29,30]。但从实施效果看,其借阅资源的丰富性和便利性仍不能与非疫情时期相提并论,更何况很多图书馆的应急服务机制还存在较大的提升空间^[31]。鉴于NEL作为国家紧急状态下的图书借阅方式具备版权法上的正当性与合法性,可以从以下三个方面入手,引入应急图书馆服务并将其作为特殊情况下的图书借阅新模式。

4.1 法律基础:明确应急图书馆属于著作权侵权的例外

根据前文的分析,因国家紧急状态等特殊原

① Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc., 464 U. S. 417. (1984).

因开设的 NEL 具有明显的公共利益属性,也能够通过“四要素”的检验构成合理使用。为了进一步明确 NEL 的法律性质,鼓励图书馆在特殊情况下及时开设应急图书馆提供借阅服务,本文建议在我国著作权体系内明确 NEL 属于合理使用情形之一。

我国《著作权法》虽有别于美国《版权法》,但在合理使用制度的法律规定和司法实践方面也具有良好的基础与经验。一方面,2020 年修改的《著作权法》直接吸收了《伯尔尼公约》中第九条第二款规定的“三步检验法”作为认定合理使用的判断标准,在列举十二种典型合理使用行为的同时以“法律、行政法规规定的其他情形”作为兜底条款,为未来新的合理使用行为的创设开放了口径。另一方面,最高人民法院在总结各地法院裁判经验的基础上借鉴了“四要素”标准并明确指出:“在促进技术创新和商业发展确有必要的特殊情形下,考虑作品使用行为的性质和目的、被使用作品的性质、被使用部分的数量和质量、使用对作品潜在市场或价值的影响等因素,如果该使用行为既不与作品的正常使用相冲突,也不至于不合理地损害作者的正当利益,可以认定为合理使用。”^[32]基于此,我国引入 NEL 作为特殊情况下的图书借阅模式,并不存在法律上的客观障碍。但是,发端于美国的 NEL 在我国尚未有典型范例,考虑到作者和出版商可能的反对声音和图书馆的实践顾虑,本文建议可先在《公共图书馆法》中增设相关条款,允许公共图书馆在国家紧急状态或突发公共卫生事件等特殊时期,在特定区域内开设应急图书馆提供线上图书借阅服务,使之成为《著作权法》第二十四条概括性条款和兜底条款所能够涵盖的合理使用行为。待未来《著作权法》再次修改时,也可视需要将该种使用行为引入《著作权法》,作为法定的具体合理使用情形之一。此外,建议高校图书馆在采取合理控制措施的基础上,大胆建设应急图书馆,如发生著作权纠纷,法院应当依据《著作权法》的价值目标,综合“三步检验法”和“四要素”的裁判精

神,倾向性地保护学生和研究人員等基于学术研究目的的使用行为。

事实上,诸如 NEL 等特殊的作品使用行为能否成为权利的限制或例外情形,除了与其使用行为本身的目的、性质、后果等直接相关,还与国家政策密切相连。作为合理使用的 NEL 只能在国家紧急状态等特殊情况下开设,且必须严格遵循 CDL 的多项规则并限制开放时长,唯有此才能避免或减轻对版权人利益造成的影响,进而通过“三步检验法”或“四要素”的检验。然而,如果国家紧急状态持续时间较长且形成较为稳定的政策,NEL 或可考虑进一步突破 CDL 的相关规则,在一定条件下转化为法定许可的特殊情形。法定许可与合理使用一样,同属于著作权的限制或例外情形,相较于合理使用,法定许可同样可以不经版权人许可使用作品,但需要向版权人支付使用费。我国《著作权法》中法定许可的类型较合理使用更少,且无概括性或开放性判断标准,必须基于法律法规的明确规定。但是,法定许可能够在较大程度上弥补版权人的经济损失,满足对作品经常性、大批量的使用需求。本文认为,在通常情况下,NEL 适宜作为合理使用的情形获得著作权法的侵权豁免,但如果紧急状态持续时间过长甚至常态化发展,则应该在确有必要的情况下继续对 NEL 的法律性质及社会公众的阅读需求做进一步的研究和评估,在最大程度上平衡版权人利益和社会公众利益。

4.2 技术支持:引入受控数字借阅运行规则和管理技术

我国《公共图书馆法》第四十条第二款明确提出,公共图书馆应当加强数字资源建设,配备相应的设施设备,建立线上线下相结合的文献信息共享平台,为社会公众提供优质服务。CDL 作为美国图书馆近年来广泛实践的新型借阅模式,实现了对实体图书馆的全面模拟和线上延伸,特别适合作为移动互联网时代全新的图书借阅模式为我国吸收和借鉴,也十分契合《公共图书馆

法》对图书馆数字化、网络化建设的要求。更加重要的是,CDL是NEL建立的基础和指南,也是使其具备版权法合法性的原因之一。我国如引入NEL,可以考虑同时引入CDL的运行规则和管理技术,这既可以作为日常图书馆借阅的线上方式进行推广使用,也可以为NEL的建设奠定基础。

CDL吸引了美国近70家机构和百余名个人的声援^[33],也经过包括IA在内的多家线上或实体图书馆的多年实践^[34],已经积累了丰富的经验。CDL的开展过程可以分为“前中后”三个阶段,即借阅前的作品数字化阶段、借阅中的版权管理阶段、借阅后的回收销毁阶段。这三个阶段都需要贯彻CDL的六项基本规则并结合版权管理技术的实施。在借阅前的作品数字化阶段,图书馆需要核实并确保被用于数字化出借的图书拥有合法获得的纸质版本,且该纸质版图书没有获得出版商发行销售的电子书许可证。在借阅中的版权管理阶段,图书馆一方面需要进行严格的出借管理,保持各版本图书同时出借的总量不超过已有的纸质版图书数量(即“拥有与出借”比例,开设NEL时可不受此限制),限制同一用户的单次借阅数量和借阅期限等;另一方面需要采取专业的版权管理技术,防止用户对数字版本图书进行各种方式的复制留存或向其他用户分发。在借阅后的回收销毁阶段,图书馆需要借助计算机远程控制技术,确保在用户归还时或者借阅到期后,借出的数字版本图书能够在用户的计算机中彻底删除或销毁,此后图书馆应重新盘点可用于出借的各版本图书数量,将图书再次上架或依次借予处于等待名单中的用户。有关这三个阶段中涉及的图书数字化技术、版权管理技术和计算机远程控制技术,依现有技术水平均可实现。

4.3 发展完善:适当开放馆际互借以扩充 应急借阅资源

馆际互借是一个图书馆将其馆藏文献提供

给另一个图书馆使用的过程,这是实现图书馆之间馆藏资源共享的主要方式,也已经发展成为图书馆的主要服务内容之一。随着互联网的普及和数字文献的迅速增长,除了传统的纸质书互借,馆际互借还发展出了数字传递的形式,可以依托网络进行多家图书馆资源的检索、定位和传递,实现足不出户的远程互借。长期以来,CDL合作组织也大力提倡馆际互借,希望线上化的CDL能够进一步促进图书馆之间的资源流动和共享,实现馆际互借的巨大价值^[35],不过并未付诸实践。但是,应对突发的公共事件更需要调动全社会的资源和力量,馆际互借理应在这种特殊时期发挥更大的功能和作用。更何况,居家学习和研究的群体所需要的文献资源是多种多样的,馆际互借可以汇集多个图书馆的力量为用户提供资料和信息,最大程度地减少突发公共事件造成的影响。因此,在《公共图书馆法》第三十条和第四十八条的支持下,本文建议在开设NEL的基础上可进一步发展馆际互借机制,扩充应急借阅资源,以满足特殊情况下居家隔离群体的学习研究需要。在实际的实施过程中,馆际互借的参与图书馆、开放对象和数据库类别等可以根据现实需要作出调整。比如,可以将提供馆际互借的应急图书馆范围限缩为高校图书馆,或者进一步限缩为高校图书馆的非虚构作品文献,也就是仅提供研究所需资料而非休闲阅读资料,这可以在支持学习和科研的同时,进一步避免或减少对版权人和出版商可能造成的不利影响。

5 结语

NEL争议的核心问题是其是否具备版权法上的正当性与合法性,以及其是否可以作为特殊情况下的图书借阅模式得到广泛应用。NEL试图通过制作和提供数字化作品的方式克服作品传播和利用的客观障碍,满足特殊时期公众获取作品的迫切需求,这是在探究NEL的正当性与合法性时必须考虑的问题。美国历史上的类似案例和版权法上的在先判例都支持以特殊方式

满足特殊群体或特殊时期的作品获取需求,因为这有助于实现版权人利益和社会公共利益的有效平衡以及版权法的终极目标。在 NEL 具有强大公共利益属性的前提下,“四要素”的分析也支持其构成合理使用。NEL 以社会群体需求为导向、以广泛公共利益为偏重的价值取向和发展思路与我国社会主义法治理念不谋而合,我国应在图书馆建设中予以借鉴和发展,使之成为突发公共卫生事件等特殊情况下的图书借阅新模式。

参考文献

- 1 Chris Freeland. Announcing a National Emergency Library to Provide Digitized Books to Students and the Public [EB/OL]. [2022-06-21]. <https://blog.archive.org/2020/03/24/announcing-a-national-emergency-library-to-provide-digitized-books-to-students-and-the-public>.
- 2 Hillel Italie. Publishers sue Internet Archive over scanning of books [EB/OL]. [2022-06-21]. <https://apnews.com/article/malcolm-gladwell-us-news-entertainment-copyright-technology-a8d9a13651e1f84b38134d37e29b69d5>.
- 3 David R. Hansen, Kyle K. Courtney. A White Paper on Controlled Digital Lending of Library Books [EB/OL]. [2022-06-12]. <https://osf.io/preprints/lawarxiv/7fdyr>.
- 4 Controlled Digital Lending by Libraries [EB/OL]. [2022-06-21]. <https://controlleddigitallending.org>.
- 5 Lila Bailey, et al. Position Statement on Controlled Digital Lending by Libraries [EB/OL]. [2022-06-21]. <https://controlleddigitallending.org/statement>.
- 6 Signatories to the Position Statement on Interlibrary Loan by Libraries [EB/OL]. [2022-06-21]. <https://controlleddigitallending.org/ill/signatories>.
- 7 Alexander Chee (@alexanderchee), Twitter [EB/OL]. [2022-06-21]. <https://twitter.com/alexanderchee/status/1243585316105191425>.
- 8 Andrew Albanese. Authors Guild, AAP Outraged by IA's "National Emergency Library" [EB/OL]. [2022-06-21]. <https://www.publishersweekly.com/pw/by-topic/digital/copyright/article/82861-authors-guild-aap-outraged-by-ia-s-national-emergency-library.html>.
- 9 Comment from AAP President and CEO Maria Pallante on the Internet Archive's "national Emergency Library" [EB/OL]. [2022-06-21]. <https://publishers.org/news/comment-from-aap-president-and-ceo-maria-pallante-on-the-internet-archives-national-emergency-library/>.
- 10 谭德塞:新冠很可能是“迄今最严重全球突发公共卫生事件” [EB/OL]. [2022-06-21]. <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1673430768885276308&wfr=spider&for=pc>.
- 11 Xavier Becerra. Renewal of Determination That a Public Health Emergency Exists [EB/OL]. [2022-11-07]. <https://aspr.hhs.gov/443/legal/PHE/Pages/covid19-13Oct2022.aspx>.
- 12 特朗普宣布进入“国家紧急状态”以应对新冠肺炎疫情 [EB/OL]. [2022-06-21]. <http://m.news.cctv.com/2020/03/14/ARTISrZcVhbE6auM0IsE9g0F200314.shtml>.
- 13 美国新冠肺炎确诊超 487 万例政府取消全球旅行警告 [EB/OL]. [2022-06-21]. <https://wap.peopleapp.com/article/5815575/4358676>.
- 14 美国新冠肺炎确诊病例超 18000 例三州发布“居家令” [EB/OL]. [2022-06-21]. <https://www.chinanews.com.cn/gj/2020/03-21/9132878.shtml>.
- 15 Chris Freeland. Announcing a National Emergency Library [EB/OL]. [2020-03-24]. <https://blog.archive.org/2020/03/24/announcing-a-national-emergency-library-to-provide-digitized-books-to-students-and-the-public>.

- gency Library to Provide Digitized Books to Students and the Public[EB/OL]. [2022-06-21]. <https://blog.archive.org/2019/10/31/controlled-digital4ending-takes-center-stage-at-library-leaders-forum/>.
- 16 Yoni Appelbaum. Publishers Gave Away 122, 951, 031 Books During World War II [EB/OL]. [2022-06-21]. <https://historynewsnetwork.org/article/156891>.
 - 17 Frank L. Schick. The Paperbound Book in America (1958) [EB/OL]. [2022-06-21]. <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=mdp.39015011731331&view=1up&seq=1>.
 - 18 Stephen Beemsterboer. Fahrenheit 2020: Trenching the Internet's Library of Alexandria at the Height of a Global Pandemic[J]. University of Illinois Journal of Law, Technology & Policy, 2021(2): 387-518.
 - 19 侵权法重述(第二版)[M]. 许传玺,等,译. 北京:法律出版社,2012: 106.
 - 20 HathiTrust Digital Library[EB/OL]. [2022-06-21]. <https://www.hathitrust.org>.
 - 21 Paul J. Heald. How Copyright Keeps Works Disappeared[J]. Journal of Empirical Legal Studies, 2014, 11(4): 829-866.
 - 22 Letter from Maria Strong, Acting Register of Copyrights and Director U. S. Copyright Office, to Tom Udall, Senator of New Mexico[Z/OL]. [2022-06-21]. <https://www.copyright.gov/laws/hearings/Sen-Udall-Response-National-Emergency-Library.pdf>.
 - 23 Kim Lyons. The Internet Archive has ended its "emergency library" early[EB/OL]. [2022-06-21]. <https://www.theverge.com/2023/6/14/21290902/internet-archive-emergency-library-lawsuit>.
 - 24 Bilal Javed, et al. The coronavirus (COVID-19) pandemic's impact on mental health[J]. The International Journal of Health Planning and Management, 2020, 35(5): 993-996.
 - 25 Mental Health Matters[J]. The Lancet Global Health, 2020, 8(11): e1352. <https://linkinghub.elsevier.com/retrieve/pii/S2214109X20304320>.
 - 26 Leah Rachel von Essen. How the Pandemic Has Changed Our Reading Lives[EB/OL]. [2022-07-09]. <https://bookriot.com/pandemic-effect-on-reading>.
 - 27 Chris Freeland. Internet Archive Responds: Why We Released the National Emergency Library, Internet Archive: Blog [EB/OL]. [2022-06-21]. <http://blog.archive.org/2020/03/30/internet-archive-responds-why-we-released-the-national-emergency-library/>.
 - 28 Boucher, et al. How Reading Habits Have Changed During the COVID-19 Lockdown, Conversation [EB/OL]. [2022-06-21]. <https://theconversation.com/how-reading-habits-have-changed-during-the-covid-19-lockdown-146894>.
 - 29 李静霞,路锦怡. 应对新冠肺炎疫情的公共图书馆实践与思考——以武汉图书馆为例[J]. 图书与情报, 2020(2): 28-32.
 - 30 陆妍. 国内外图书馆应对突发公共卫生事件研究[J]. 新世纪图书馆, 2020(11): 77-81.
 - 31 高洪臻,陈天文. 图书馆应急信息服务建设的研究与思考[J]. 内蒙古科技与经济, 2022(4): 157-159.
 - 32 最高人民法院关于充分发挥知识产权审判职能作用推动社会主义文化大发展大繁荣和促进经济自主协调发展若干问题的意见[Z/OL]. [2022-06-21]. https://www.jetro.go.jp/ext_images/world/asia/cn/ip/law/pdf/origin/in

- interpret20111216. pdf. as a Mechanism for Interlibrary Loan[EB/OL].
33 Signatories to the Position Statement on Con- [2022-06-21]. https://controldigitallend-
trolled Digital Lending by Libraries [Z/OL]. ing. org/illstatement.
[2022-06-21]. https://controldigitallend-
ing. org/signatories. (张立新 华东政法大学知识产权学院知识产权
34 李春卉. 新冠疫情下美国大学图书馆馆藏图 专业 2020 级博士研究生, 阮开欣 副教授 华
书的在线访问——CDL[J]. 图书馆学研究, 东政法大学知识产权学院)
2021(15): 96-101, 95. 收稿日期: 2022-07-18
35 Statement on Using Controlled Digital Lending

上海图书馆东馆正式开放

2022 年 9 月 28 日, 上海图书馆东馆正式开放。新馆占地 3.95 万平方米, 总建筑面积 11.5 万平方米, 地上 7 层、地下 2 层, 阅览座席近 6000 个, 年接待读者能力达 400 万人次。新馆集图书文献信息资源、科技创新研发资源、社科智库研究资源、上海地情研究资源于一体, 设有亲子空间、无障碍阅览室、影音体验空间、终身学习室、阅读静音舱、智慧文创区等区域以及音乐主题馆、地方文献主题馆、美术文献馆、家谱馆等 22 个主题阅读服务空间, 配备全预约服务系统、全天候自助借还系统、智能机器人等智慧化设施, 为读者打造借阅、展陈、活动和全媒体服务无边界融合的服务模式。

资料来源

- 1 上图东馆开馆! 与读者共同打造真正的“人民的图书馆”[EB/OL]. [2022-10-12]. https://www.whb. cn/zhuzhan/xinwen/20220928/487827. html.
- 2 2022 年 9 月 28 日, 上海图书馆东馆正式开馆[EB/OL]. [2022-10-18]. https://library.sh.cn/#/index/newsBulletin/newsDetails?news=1118.

(国家图书馆研究院 提供)