

德国数字公共借阅立法的进展及 对我国的借鉴^{*}

杨菲

(中国计量大学法学院, 杭州 310018)

摘要: 数字公共借阅立法保障供给不足导致图书馆、作者和出版商间的利益结构失衡。德国联邦参议院在《著作权法(修正草案)》第42b条中提出引入数字借阅“强制许可”制度,旨在调和利益冲突。该提案被认为过度限制出版方权利而引起利益相关方的强烈反对。本文分析评介德国数字公共借阅制度框架和修法进程中的相关公共议论,以期为我国数字公共借阅立法制度框架的构建提供借鉴和思考。

关键词: 公共图书馆; 数字借阅; 公共借阅权; 强制许可

中图分类号: D923.4; G25 **DOI:** 10.3772/j.issn.1673-2286.2022.05.008

引文格式: 杨菲. 德国数字公共借阅立法的进展及对我国的借鉴[J]. 数字图书馆论坛, 2022 (5): 47-54.

随着数字化技术的发展和公众阅读习惯的改变,数字内容逐渐成为公众访问文化信息最重要的途径,公共图书馆界也发生着翻天覆地的变化^[1]。然而数字公共借阅领域由于长期存在立法漏洞,导致公共图书馆只能有限满足公众对数字出版物的获取和阅读需求。在公共借阅服务较发达的德国,利益相关方对数字公共借阅立法的审议对话产生了较大影响,值得关注。

德国图书馆协会(Deutscher Bibliotheksverband, dbv)近年来一直呼吁明确赋予印刷书和电子书同等法律地位,推翻数字出版物壁垒。实际上,德国在固定书价政策和增值税减免方面,已做到同等对待印刷书和电子书,但对二者是否在公共借阅领域也赋予同等法律地位,特别是电子书的著作权和邻接权人是否可因公共借阅使用获得补偿金这一问题,尚存争议。为适应欧盟版权法数字化改革,德国联邦参议院在2021年3月26日的《使著作权法适应数字化单一市场需求的法律草案》(Drucksache 142/21)中提出修订现行《著作权法》,新增第42b条以引入允许公共图书馆通过“合理条件”购买市场上的任何电子书的“强制许可”规则。这一旨在建立“可靠的数字借阅法律基础”的修法建

议激起了德国数字出版领域利益相关方的激烈讨论。本文系统分析德国数字公共借阅制度的发展脉络,特别是最新立法进展中的争议观点,以期为我国相关立法和未来决策提供一定启示。

1 德国公共借阅权的制度原义与立法功能

公共借阅权(Public Lending Rights)的概念最初由英国Alan Herbert于1959年提出,源自认为作者有权按其每本受版权保护的书籍在公共图书馆中被借阅的次数获得补偿的想法^[2],北欧国家更偏爱使用图书馆补偿金(Library Compensation)的称谓,德国则惯用图书馆版税(Bibliothekstantieme)称之。

德国公共借阅权的制度起源可追溯到20世纪初,与公共图书馆在德国的出现密切相关。在公共图书馆出现前,德国公众主要通过向营利性的商业图书馆缴纳会员费或者作品租金的方式借阅图书和其他出版物。随着德国政府在文化事务领域拨款意愿的增加,公共图书馆开始有能力免费向公众提供借阅服务,这导致

^{*} 本研究得到国家社会科学基金青年项目“区块链视角下数字创意产业著作权保护及交易问题研究”(编号:19CFX063)资助。

作品借阅的数量和频次激增。作者因其作品在图书市场的销量下降减少了收益,从而产生为其作品的大量借阅使用获取补偿报酬的诉求^[3]。作为回应,1972年德国在《著作权法》中引入公共借阅权,其立法目的不仅在于保障作者就公共借阅获得金钱补偿,平衡作品大规模传播中作者和公众间的利益,还包含为作者提供社会福利的政策动机^[4]。例如,德国文字作品管理协会(Verwertungsgesellschaft Wort)的“作者养老计划”中大约45%的净收入就来自公共借阅补偿金,主要用于补贴支付自由撰稿人的私人养老金和法定养老保险等费用^[5]。欧洲共同体1992年通过《出租与出借权指令》(92/100/EEC,现已被2006/115/EC取代),赋予著作权及邻接权人授权或禁止向公众出租和出借其作品原件、复制件或邻接权标的的专有权利,但成员国须将出租及出借的专有权克减为报酬请求权。德国为应《出租与出借权指令》要求于1995年第三次修订《著作权法》,将公共借阅权的权利主体进一步扩张至邻接权人。

德国的公共借阅权制度立法选择将向公众开放的图书馆等收藏机构的公共借阅活动纳入著作权法律体系之中,主要体现为基于德国《著作权法》第27条第2款和第3款中规定的“出借”而产生的“法定报酬请求权”。其构成要件有:第一,存在经权利人许可而进入交易流通的作品原件或复制件;第二,该作品存放在系统性收藏复制件并向公众开放的机构;第三,该作品对外“出借”,即在有限时间内提供不用于直接或间接营利目的的使用让渡。该权利主张的法律效果:图书馆等收藏机构对其合法馆藏的出借活动无须事先征求权利人同意,但权利人得就其作品原件及其复制件的每次出借,依法获得相应版税补偿。此种法定补偿,将权利人的绝对权转化为获取报酬的请求权。可见在权利性质上,德国法律上的公共借阅权并非一种独立的权利形式,它不表现为排除权利人之外的任何人未经授权使用作品的专有权,而是一种由专有使用权衍生出的以财产给付为内容的特殊债权请求权^[6]。

有观点指出德国将公共借阅权纳入著作权法体系体现了康德、黑格尔提出的“人格财产论”对德国著作权立法的深刻影响,认为“作品是作者人格之延伸,图书馆公开出借作品构成对作者人格权利的利用,理应对作者做出经济补偿”,进而将“人格财产论”视为公共借阅权的正当性基础^[7]。但从公共借阅权在德国的制度起源与立法背景观之,其制度基础与其说是为了保障权利人基于作品使用而主张的自然公平待遇,毋宁

说是一种体现了著作权限制与反限制的文化政策辅助工具,是以著作权法外貌和形式呈现的社会法规则。公共借阅权一方面弥补了著作权人因作品免费借阅而遭受的经济损失并增加其社会福利;另一方面使公共图书馆通过支付图书馆版税的方式获得在印刷书市场上购买任何作品并提供给公众借阅的自由,以充分实现其社会、教育和文化职能。

2 数字环境下德国公共借阅权制度立法保障更新的必要性

2.1 德国数字公共借阅的立法供给不足

德国公共图书馆自2007年开始提供电子书和其他数字媒体借阅服务,主要通过提供数字虚拟图书馆的聚合商公司的技术平台开展业务。目前德语国家中约3 500家图书馆使用DiViBib公司的Onleihe平台开展数字借阅^[8]。实践中,DiViBib与出版商协商电子媒体许可,将其Onleihe平台与图书馆的信息系统对接。图书馆与DiViBib就其提供的数字资源签订合同,图书馆用户可通过应用程序下载电子书并在个人终端设备上阅读。

数字技术为公众获取信息的能力带来变革性的民主化,同时也给传统公共借阅制度框架造成新的挑战。从著作权法角度看,数字借阅与传统印刷书借阅截然不同。在印刷书借阅中,“权利穷竭原则”消除了著作权人对有形作品复制件投入市场后再次流转的无限控制。该原则指著作权人享有的排他性发行权在其作品原件或复制件首次合法销售后即耗尽,无权控制其进一步发行^[9]。权利穷竭原则发源于作品有形载体时代,旨在消除知识产权专有性特征对知识商品流通产生的负效应,调和知识产权人与物权人的利益冲突。

德国《著作权法》第17条第2款中对权利穷竭原则进行了规定:若作品的原件或复制件,经发行权人同意已通过销售方式在欧盟或欧洲经济区的另一成员国境内交易流通,则允许其进一步转让,但租赁除外。该条款将出租权排除出权利穷竭的适用范围,即发行权在作品原件或复制件被“在有限时间内直接或间接以营利为目的交付他人使用”时继续存在。这归因于作品载体所有权人在出租作品原件或复制件时并不意在变动载体权利,而是为营利性地使用作品内容。这种对作品独创性表达反复商业性的使用,极大超出了权利人首

次销售时预计的受众范围与使用频率,剥削了著作权人的利益,自然应限制旨在约束著作权人的权利穷竭原则。同样的,鉴于作品在公共借阅中的大规模传播有可能降低作品的市场销量,使作者利益受损,德国立法者在《著作权法》第27条第2款中也将出借权划出权利穷竭的适用范围。但如前所述,出借权仅是一种不含禁止权能的报酬请求权,权利人并无许可使用权。因此,出借权对权利穷竭原则的限制体现为公共图书馆可以自由购买市场上的所有作品,但必须在其出借作品原件或复制件时向权利人支付补偿性报酬。从支出角度观察,公共图书馆除购书款项外,还须支付图书馆版税。其中,印刷书的购置成本由各图书馆所在城市的年度采购预算支付,各州和德国联邦政府则为图书馆版税提供资金。

相较之下,数字借阅的利益状态明显不同。欧盟法院在Tom Kabinet案中明确表示数字文件下载不适用权利穷竭原则^[10],下载并永久使用电子书并不构成著作权法意义上可发生权利利用尽的发行行为。因此,图书馆“购买”电子书在法律意义上只是根据许可协议获得了对相应数字内容的访问许可。图书馆获得许可之后的出借行为因涉及权利人的“向公众传播权”(图书馆为读者提供电子书在线阅读)与“复制权”(读者在其终端设备上制作电子书副本)而需要权利人再次许可^[11]。这意味着,作者和出版商可通过其专有权完全控制图书馆对电子书的所有利用活动。若图书馆根据许可协议在一定条件下对外出借图书,版权人是否可依法请求数字借阅权利补偿金,也未可知。

尽管欧盟法院在荷兰VOB v.Stichting Leenrecht案中肯定了《出租及出借权指令》关于出借权的规定在满足“一拷贝/一用户”的借阅模式及保障作者报酬的条件下(与图书馆借出印刷书籍“相当”的情况下)可适用于数字借阅^[12],但并未明确公共借阅补偿金可扩展适用于电子书,实际上给予了欧盟各成员国是否决定将电子书等数字载体纳入公众借阅权客体的自由。鉴于数字公共借阅的普及,部分规定了公共借阅权制度的国家已出现将传统权利范围扩展至数字借阅领域的趋势。例如英国《数字经济法案》(Digital Economy Act)第4部分第31条明确其《公共借阅权法案》(Public Lending Right Act)适用于“出借”电子书的情况,只要该“图书已被图书馆合法获取”并且“借出符合该书所受的任何购买或许可条款。”但德国对其现行《著作权法》第27条第2款所指“出借”是否包含“不提供物理载体而仅提供下

载或流媒体服务”的数字借阅,在理解上存有争议。此种数字借阅活动是否可纳入公共借阅框架使相关权利人获得图书版税补偿,也有待立法明确。

2.2 德国数字公共借阅在现行立法供给下面临的挑战

在当下的公共借阅制度框架下,德国图书馆向公众出借电子书及其他数字媒体的行为受出版商和聚合商的许可协议约束。这些许可协议往往限制了法定的著作权例外,例如排除图书馆用于馆际互借或出于保存目的复制电子书或进行格式转换的自由,更导致了公众借阅的许多实务困境。

2.2.1 数字公共借阅服务市场电子书供应数量不足

出版商认为,若给予图书馆获取和出借电子书的无限自由会扰乱电子出版市场,因为电子书不会随用户使用而损耗质量,电子书借阅在功能上可直接替代市场上的电子书购买活动。为保留印刷书和电子书直接销售市场,出版商选择通过许可协议持续控制作品的数字副本投入市场后的接触方式。公共图书馆在以“权利许可模式”为基础的借阅模型下无法自由选择其希望获取和出借的图书,最终导致可供借阅的电子书资源供应不足。出版商为区隔不同发行渠道,还会为畅销的印刷书设置一般不少于12个月的电子格式限售期(又称为“窗口期”)^[13]。相关资料显示,德国公共图书馆的实物媒体存量为1.09亿册(件),而电子书和其他电子媒体存量仅有460万册(件)。德国约有7 200家出版商在2021年为Onleihe平台授权约50万种电子书,其中只有不到2%是在印刷书出版当年进行的数字化^[14]。出版商设置“窗口期”旨在确保其书籍销售市场不被免费的数字公共借阅服务蚕食,但也间接导致图书馆承载的文化和教育功能在数字环境下面临严峻挑战。

2.2.2 图书馆数字资源许可证价格过高

在技术上,尽管数字借阅平台能够基本模拟实体书借阅“一份拷贝/一名用户/一次借阅”的模式,确保一本电子书一次只能被一名图书馆用户借走,且借期有限(通常为2~3周)^[15]。但出版商对数字借阅平台的技术限制可靠性信心有限,同时为弥补其在传统书籍销售

市场的潜在损失,出版商不仅对图书馆数字资源采用远高于印刷书和向读者直接销售电子书价格的许可定价,还往往会附加苛刻的许可条件。dbv披露,公共图书馆在德国境内可随时从出版商或书店以10%的折扣购买印刷书籍,数字资源许可证价格却可能达到前者的2.5~4.5倍,而且须一次性付款,这归因于出版商将许可费用与出借补偿金一起打包定价^[16]。某些大型出版商还会利用其市场支配地位以“拒绝许可”等手段间接提高电子书许可证费用^[17]。虽然图书固定价格制度也适用于电子书,但出版社在实践中可通过为图书馆创建“特殊电子书版本”规避固定价格制度,显著增加了图书馆的采购预算负担。

2.2.3 数字借阅技术管理成本高昂,稳定性较低

为出借电子书,图书馆必须先根据数字资源的建设规模,开展技术基础设施投资。图书馆数字资源许可条款对不同馆藏数字资源的借阅期限、访问类型和技术格式往往进行了不同限制,这也为数字借阅增加了大量技术管理成本。此外,基于许可而非买卖的数字借阅还降低了公共借阅服务的可靠性和稳定性。一旦提供数字资源的出版商或聚合商技术平台停止服务,例如数字资源许可证到期或者出现网络和技术障碍,图书馆用户就会立刻丧失对数字内容的借阅和访问权限。德国科技新闻媒体heise online就曾报道过,由于防火墙问题导致大量通过德国电信接入网络的Onleihe用户持续2周无法使用数字借阅服务^[18]。

2.2.4 无法保障作者获得合理报酬

在德国,作者每销售一本印刷书的收入一般在图书净零售价的6%~12%。当图书以电子书形式在iTunes等商业性平台出售时,作者通常可从每次销售获得20%~25%的净出版收入。据统计,德国2020年共销售约3 580万本电子书,为作者和出版商带来约2.38亿欧元收入。同期,Onleihe平台共发生3 020万次借阅,产生约1 610万欧元收入。可见数字借阅满足了德国近46%的电子书阅读消费,但其产生的收入仅占电子书市场总收入的6%左右^[19]。这种情况有违德国《著作权法》第11条规定的“著作权保障作者对他人使用自己作品的行为收取适当报酬”的基本原则。目前德国所有公共图书馆的年度购置预算共计1.05亿欧元,其中只有约

1 150万欧元用于购置数字资源^[16]。由于立法还未明确将由德国联邦政府和州政府承担的“图书馆版税”扩展至数字借阅,电子书的著作权及邻接权人不能从公共借阅补偿金中受益。即使当事人在数字资源许可协议中约定向作者或出版商支付借阅补偿金,图书馆也只能从其所在市政府提供的年度采购预算中划拨,易导致经费过度使用。

综上所述,德国传统公共借阅权制度下出版商、作者、图书馆和用户间的利益结构逐渐失衡,亟待改革。

3 德国数字公共借阅强制许可制度的建构尝试

3.1 德国《著作权法(修正草案)》第42b条的内容阐释

德国联邦参议院认为,联邦政府在价格固定和增值税优惠方面对电子书与印刷书的平等待遇也应体现在著作权法中。立法供给不足导致图书馆在数字资源的许可谈判中处于结构性劣势,只能被动依赖于出版商的一揽子定价政策。从长远来看,公共图书馆可能因成本原因不再提供数字借阅服务。为了保障数字时代图书馆的核心职能,德国联邦参议院提出强制许可立法方案,要求出版商负担以“合理条件”向图书馆提供电子书的法定义务,以期为数字公共借阅中的利益相关方带来公平解决方案。为便解析,附德国《著作权法(修正草案)》第42b条条文:“若文字作品经权利人同意以数字出版物(电子书)的形式出版并可获得,出版商则有义务以合理条件授予非营利性图书馆使用权。合理条件尤其包括授权图书馆在有限的时间段内一次以数字方式向一个用户提供一份作品的复制件”。

具体而言,强制许可的构成要件可拆解为:第一,所涉作品须经权利人同意以数字形式出版;第二,该数字出版物在市场上可获得;第三,非营利性图书馆寻求该数字出版物的使用许可;第四,被许可人须在经济结构上至少实现与印刷书借阅一致的有限借阅期限内“一份拷贝/一名用户/一次借阅”模式;第五,适用范围仅限于文字作品。总体上,该条款以强制许可模式为图书馆数字公共借阅服务提供了初步可行的规范化解决方案,改善了公共图书馆在数字资源许可谈判中的结构性劣势。与未获权利人同意即可付费使用的法定许可不同,强制许可模式下图书馆仍须与文字作品权利人达

成协议。

有学者将本条内容视为针对数字内容发行权穷竭的特殊例外规定^[20]，旨在与德国《著作权法》第27条第2款相结合消除数字借阅中图书馆的功能障碍。这意味着，数字出版物一经出版发行，对公共图书馆而言即发生“事实上的发行权穷竭”。图书馆能够不受限制地以“合理条件”获取最新电子出版物，而作者和出版商则通过“图书馆版税”为每次数字借阅获得补偿金。该规则一方面保障了社会公众在数字时代不受阻碍地获取信息和知识的基本权利，促进了公共图书馆在数字化进程中文化使命的实现；另一方面以“合理条件”调和了数字借阅中相关方的利益冲突。但这一对数字公共借阅的结构性变革立法仍在德国社会引起了巨大争议。

3.2 德国数字公共借阅立法公共参与中的争议分析

3.2.1 利益相关方的反对焦点

2021年10月，德国书业协会（Börsenverein des Deutschen Buchhandels）在德国范围内发起“公平阅读”民间活动，强烈反对德国《著作权法》引入数字公共借阅强制许可制度。作为代表德国出版商和图书行业利益的伞式组织，德国书业协会认为德国在数字公共借阅服务方面实际上一直处于世界领先地位，并不存在需要立法机关采取修法行动的市场失灵。而且拒绝许可是著作权人行使专有权的基本体现，权利间不存在抽象的等级制度，没有任何正当理由以认定dbv主张的公共利益应优先于数字借阅中版权人的经济利益。总体来说，作者、出版商和图书行业坚决反对在数字公共借阅领域引入强制许可制度的重要理由主要集中在以下方面。

（1）引入强制许可制度无法解决公共图书馆数字资源供给不足的问题。图书馆数字资源不足的根本原因在于预算有限。计划引入的强制许可在规则设计上仍要求使用者先与权利人进行协商，尽力以合理条件缔结许可合同，没有消除图书馆与出版商之间的协商环节，交易成本并未减少。可以说，强制许可制度既没能改变图书馆获取许可的必要性，也没有改善图书馆的预算状况^[21]。即使图书馆通过强制许可得到以合理条件购置电子书资源的机会，最终也会因经费限制无法增加电子书许可证采购量。因此，更好的解决方案是增加图书馆数字资源采购的预算拨款。

（2）引入强制许可制度有违立法上的比例原则^[21]。

比例原则要求立法行为在其手段与所希望实现的目的之间应合理、适当且必要^[22]。据此，立法机关应审查是否存在可替代强制许可的制度，该制度不仅有助于促进数字公共借阅目的的达成，且对出版商和作者的权利限制更小。德国书业协会认为，强制许可严重损害了作者和出版商的利益，与其相较，更温和的手段是：促成图书馆、作者、出版商、书商、相关著作权集体管理组织等数字公共借阅参与方的集体谈判并在此基础上建立关于数字公共借阅的适当框架^[21]。

（3）引入强制许可制度将严重破坏活跃的电子书市场，损害作者创作的多样性和表达自由。图书馆行业要求引入强制许可制度的目的之一在于打破当下的“窗口期”设置，避免电子书在出版后延迟12个月以上才可用于在线借阅。但德国书业协会认为，“窗口期”是平衡版权人经济利益和图书馆用户利益的唯一途径^[21]。因为对用户来说，免费借阅电子书的体验和阅读亲自购买的电子书并无明显差异，如果取消“窗口期”设置，使所有电子书在出版后立刻可供免费借阅，图书馆用户将再无动机购买电子书。这会严重破坏电子书交易，长此以往更会打击作者创作的积极性，减少图书多样性，使社会整体内容生产萎靡。而出版商为补贴损失，要么提高图书馆数字资源许可费用，要么选择不再出版电子书，最终损害电子书市场所有用户的利益。

3.2.2 对利益冲突与平衡的分析审视

数字公共借阅制度立法保障的供给不足已使德国公共图书馆向社会公众提供文献信息和文化服务的基础功能面临严峻威胁。德国《著作权法（修正草案）》第42b条引入的合理条件下的强制许可制度为化解社会公众、作者、图书馆和出版商间的利益冲突提供了一个值得讨论的解决方案。

从公众视角观察，德国有260万人通过Onleihe平台借阅数字资源。德国书业协会委托市场调研公司GfK的研究报告显示，25%的Onleihe用户对当下的数字借阅服务范围表示不满意，33%的用户对Onleihe的资源更新速度不满意，89.3%的受访者对电子书出版的“窗口期”规则一无所知^[23]。公众无法理解出于何种法律原因，许多在商业平台销售的电子书不能通过公共借阅获得。德国《著作权法》修法新增第42b条显然可以缓解此种现状。

德国书业协会强烈反对引入强制许可制度的根源在于：担忧数字公共借阅服务会降低印刷书和电子书直接销售市场内消费者的购买意愿，减少图书销售利润。但公共借阅和图书销售之间的联系十分复杂，提供借阅并不会直接导致购买损失。GfK的调研结果显示，德国Onleihe平台的用户实际上也是电子书市场上最活跃的购买者，大量用户会购买曾经借阅过的书籍^[23]。印刷书时代，业界也曾顾虑图书馆提供的公共借阅服务会导致读者不再购买书籍，但未有可信的实证研究支持。可能有人会指出数字借阅与印刷书借阅的不同之处在于电子书能以极低成本无损复制，供多人同时享有复制件，使出版商在传统借阅与数字借阅中处于不同利益地位，因而不应对二者同等对待。但近年来数字版权管理实践中引入的新型技术措施，特别是区块链和智能合约技术在解决“双花”（Double Spend）等问题上呈现的潜力，足以改变图书馆与版权人间的传统交易方式。部署在区块链上的版权智能合约条款可由分散的节点自动执行，能够保证图书馆以可验证的安全方式执行版权许可协议^[24]，在技术层面实现“一用户一副本”，确保用户内容访问权限受借出期限约束，完美模拟出与印刷书借阅利益状态相同的数字借阅形态，降低图书馆在数字借阅管理过程中较高的监控成本，避免图书馆与版权人间的利益失衡。

从营销角度来看，图书馆定期在其“新书”栏目上架新书、组织读书会或在其社交媒体上宣传新书，都是在为图书作者进行免费营销^[25]，为作者和出版商节省了大量宣传和发行费用。实际上，许多读者通过图书馆才能接触到新作者和不知名作者的作品。图书馆借阅服务扩展了大量不知名书籍的接触范围和市场生命周期，在此意义上数字公共借阅服务反而使那些不被市场关注的边缘作者的观点、声音和意见得以在公共领域持续存在，间接促进了市场上出版物的多样性和创作者的表达自由。

德国书业协会坚持的唯有设置“窗口期”才能平衡版权人经济利益和图书馆用户利益的论断也不可信。在数字借阅服务更为发达的美国并没有“窗口期”设置，图书馆在电子书出版后会立刻向公众提供借阅，美国的电子书交易市场却始终能与其图书馆的数字公共借阅服务市场保持着良好的共生关系^[26]。如前所述，最新电子出版物的数字借阅有助于增加公众在电子书销售市场的需求。

至于相较强制许可手段更温和的通过利益相关方

集体谈判建立数字公共借阅法律框架协议的方案则早已被德国联邦卡特尔局（Bundeskartellamt）禁止^[15]，因为这涉嫌违法的垄断协议。统一的许可条件和价格将不可避免地导致部分支付意愿较小的使用者无法利用作品，因此数字借阅的许可协议只能由各个出版商与图书馆单独协商。

图书馆的公共使命要求数字公共借阅的许可协商活动不应完全由市场运作。仅依靠市场向图书馆提供电子书许可会导致出版商利用其结构性优势单方面施加不合理的许可条件，并把可供借阅的内容限制在经其授权的部分电子书上。这些许可使用协议条款经由出版商和聚合商嵌入数字版权管理系统执行，不再受图书馆的治理规则约束^[27]，阻碍了图书馆在出借活动中的自主权。

德国《著作权法（修正草案）》第42b条以强制许可规则保障了图书馆的数字借阅服务能力和公众对数字内容的公共访问权，使电子书得以在公共领域流通并向所有社会成员提供知识和资源。作为分配作品权益的私法规范，著作权法调整围绕作品产生的利益关系，可谓在权利人和社会公众利益间实现精妙平衡的法律机制^[28]。在德国的公共借阅领域，利益平衡体现在VG WORT和德国图书馆版权中央办公厅（Zentralstelle Bibliothekstantieme）对版权人和邻接权人的版权分配实践中。为了使作者和出版商的经济利益得以在数字借阅中与社会公共利益继续保持平衡，更适合的做法是在确立强制许可规则的同时，同步修订德国《著作权法》第27条第2款，明确“出借”包含那些“既不用于直接、也不用于间接商业目的而在一定时间内将‘有形’和‘无形’作品载体转让他人使用的行为”。将“图书馆版权”补偿范围以立法明确扩展至电子书，使图书馆的数字资源采购资金不再需要依靠图书馆年度经费，而是来自德国联邦和州政府的财政支出。

4 德国数字公共借阅立法对我国的借鉴

公共图书馆为实现社会信息正义与民主化提供基础设施保障。印刷书时代，德国引入公共借阅权去平衡社会公众利益与著作权保护。数字时代，图书行业整体环境与社会阅读形态发生巨大转变。考虑到电子书不仅是可供交易的知识商品，更是公共文化信息的集合，德国立法者自觉有必要采取行动更新数字公共借阅立法框架，保障经济、社会地位状况不同的社会公众平等

享有不受市场和第三方控制的获取信息和接受文化教育的自由。

近年来,国内电子书出版和数字借阅服务市场蓬勃发展,我国一直有将公共借阅权纳入著作权权利保护范围并构建公共图书馆数字借阅法定许可的声音^[29],但在制度定位、模式选择等问题上还有待共识。2021年9月,中共中央、国务院印发《知识产权强国建设纲要(2021—2035年)》,要求发展“以版权为支撑的文化产业”^[30]。公共图书馆是公共文化服务体系的重要组成部分,加快图书馆数字化建设并将其与更广泛的数字战略联系起来是完善数字中国基础设施建设的重要一环。

随着著作权保护、集体管理制度和图书馆立法的完善,我国本土化公共借阅权制度在政策、软硬件等方面的条件已基本具备^[31]。在制度定位上可借鉴德国模式,将公共借阅权制度纳入著作权保护体系内,建议在现行《著作权法》中为著作权及邻接权人新设报酬请求权性质的出借权及其救济规则,同时明确“出借”包括任何不直接与间接用于营利目的而在有限期限内将有形和无形作品载体让渡他人使用的行为,将权利客体拓展至作品的无形复制件,一并解决数字公共借阅补偿问题。据此,权利人享有在作品首次交易流通后根据该作品原件及复制件在图书馆等向公众开放的收藏机构被借阅的次数收取相应补偿金的请求权。

对于我国是否应效仿德国的修法方案,同时引入数字公共借阅强制许可这一问题,则须保持谨慎。健全版权保护体制机制,不能忽视平衡保护这一重要原则。德国《著作权法(修正草案)》第42b条中构建的强制许可制度引起了利益相关方的激烈议论,在我国设立数字公共借阅强制许可或功能相近的法定许可必然也会在短期内引起出版行业和作者的对抗情绪,未必是此时最佳选择。笔者认为,不如先将规制焦点转移至当下数字资源许可中不公平的协议条款对图书馆权利的不合理压缩问题,禁止权利人利用版权许可协议排除版权限制制度的适用,平衡公共图书馆与相关方在数字资源许可实践中的议价能力,在此基础上,再逐渐推进社会公众、作者、图书馆和出版商间就数字公共借阅立法的具体规则和相关利益冲突化解方案开展理性的公共对话。

参考文献

[1] 梅傲. 数字时代下阅读方式变革的版权之困及应对之策[J]. 重

庆大学学报(社会科学版), 2021, 27(4): 137-148.

- [2] STAVE T. Public lending right: a history of the idea [J]. Library Trends, 1981, 29(4): 569.
- [3] 陈明利. 德国公共借阅权制度研究[J]. 图书馆, 2017(12): 44-50.
- [4] 徐金芬. 公共出借权问题初探[J]. 图书馆学与资讯科学, 1991(2): 64-92.
- [5] Interessenausgleich zwischen Urhebern, Verlagen und Bibliotheken—die Bibliothekstantieme in Deutschland als Erfolgsmodell [EB/OL]. [2022-04-15]. https://opus4.kobv.de/opus4-bib-info/files/408/IrmgardSchmitt_Themenkreis5Recht_2_KorbUrheberrecht_Interessenausgleich_050608_1730_GustavMahlerIEbene3-doc.pdf.
- [6] Dreyer/Kotthoff/Meckel, Urheberrecht [M]. 4. Auflage. Heidelberg: C.F. Müller, 2018.
- [7] 张惠彬, 吴柯苇. 公共借阅权: 理性评判与法律解析——从西方经验到中国语境[J]. 情报资料工作, 2020, 41(1): 102-110.
- [8] DiViBib Website [EB/OL]. [2022-04-15]. <https://www.divibib.com/fuer-verlage/c-1508>.
- [9] 王迁. 论网络环境中的“首次销售原则”[J]. 法学杂志, 2006(3): 117-121.
- [10] SPINDLER G. Digital content directive and copyright-related aspects [J]. Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law, 2021, 12(3): 111-130.
- [11] MATULIONYTE R. E-lending and a public lending right: is it really a time for an up-date? [J]. Journal European Intellectual Property Review, 2016, 38(3): 132-139.
- [12] 赵力. 公共图书馆电子借阅新进展——以VOB v.Stichting Leenrecht案为例[J]. 图书馆论坛, 2017(2): 105-112.
- [13] dbv. #BuchistBuch: Gesetzliche Regelung des E-Lendings: Deutscher Bibliotheksverband begrüßt Stellungnahme des Bundesrats zum Verleih von E-Books durch Bibliotheken [J]. Bibliotheksdienst, 2021, 55(7): 346-348.
- [14] SCHLEIHAGEN B. Der Verleih von E-Books muss endlich gesetzlich geregelt werden [J/OL]. B.I.T. Online, 2022, 25(1) [2022-04-21]. <https://www.b-i-t-online.de/heft/2022-01-stellungnahme-schleihagen.pdf>.
- [15] Der Deutsche Bibliotheksverband nimmt Stellung zur Kampagne “Fair Lesen” [EB/OL]. <https://www.oebib.de/beitraege/der-deutsche-bibliotheksverband-nimmt-stellung-zur-kampagne-fair-lesen/>.

- [16] Stellungnahme des Deutschen Bibliotheksverbandes e.V. (dbv) zum Verleih von E-Books durch Bibliotheken [EB/OL]. [2022-04-10]. https://dbv-cs.e-fork.net/sites/default/files/2020-11/2017_02_20_dbv_Stellungnahme_E-Books.pdf.
- [17] 周莉. 区块链视域下公共图书馆数字版权交易平衡策略研究[J]. 图书馆工作与研究, 2021(1): 73-77.
- [18] Firewall-Probleme bei der Telekom: Speedport-Router blockieren Onleihe [EB/OL]. [2022-04-12]. <https://www.heise.de/newsticker/meldung/Firewall-Probleme-bei-der-Telekom-Speedport-Router-blockieren-Onleihe-4669660.html>.
- [19] Stellungnahme am 27.10.2021 [EB/OL]. [2022-04-12]. https://dbv-cs.e-fork.net/sites/default/files/2021-11/2021_10_27_dbv_Stellungnahme_Reaktion%20auf%20Aussagen%20im%20Zwischenbericht%20der%20Initiative%20Fair%20Lesen.pdf.
- [20] HAUKE S, PFLÜGER T. Die Umsetzung der DSM-RL in das Urheberrecht-Neujustierung der urheberrechtlichen Rahmenbedingungen für Hochschulen, Forschungs- und Kultureinrichtungen in der digitalen Welt [J/OL]. Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht, 2020 [2022-04-12]. https://kops.uni-konstanz.de/bitstream/handle/123456789/50126/Hauke_2-dvx8c8ib1f65.pdf.
- [21] SPRANG C. Gemeinsame Stellungnahme zum Vorschlag des Deutschen Bundesrates zur gesetzlichen Regelung der digitalen Leihe von E-Books [EB/OL]. [2022-04-15]. https://www.boersenverein.de/fileadmin/bundesverband/dokumente/politik_positionen/Stellungnahme_Digitale_Leihe_BOEV_et_al.pdf.
- [22] 蒋红珍. 比例原则适用的范式转型[J]. 中国社会科学, 2021(4): 106-127, 206-207.
- [23] Studie zur Onleihe 2019. Wer leiht was in Bibliotheken und insbesondere online? Ein 360° -Blick auf die Onleihe [EB/OL]. [2022-04-15]. <https://www.boersenverein.de/markt-daten/marktforschung/studien-umfragen/studie-zur-onleihe-2019>.
- [24] 吉宇宽. 区块链技术下版权运营对于图书馆的机遇与挑战[J]. 图书馆建设, 2021(3): 62-67, 75.
- [25] 翟建雄, 邓茜. 电子图书与电子借阅权——数字和网络时代“首次销售原则”的困惑与出路[J]. 法律文献信息与研究, 2014(2): 33-45.
- [26] E-Lending in Öffentlichen Bibliotheken: Antworten auf häufige Fragen [EB/OL]. [2022-04-15]. https://dbv-cs.e-fork.net/sites/default/files/2021-10/FAQs%20zu%20E-lending%20Bibliotheken_20211018.pdf.
- [27] DUSOLLIER S. A manifesto for an e-lending limitation in copyright, Journal of Intellectual Property [J]. Information Technology and Electronic Commerce Law, 2014(5): 213-229.
- [28] 冯晓青. 著作权法的利益平衡理论研究[J]. 湖南大学学报(社会科学版), 2008(6): 113-120.
- [29] 赵力, 王泽厚. 再议公共图书馆电子借阅新进展[J]. 图书馆论坛, 2017(3): 93-100.
- [30] 申长雨. 新时代知识产权强国建设的宏伟蓝图[N]. 人民日报, 2021-09-23(10).
- [31] 陈星, 邢张睿. 数字环境下公共借阅权问题的思考[J]. 数字图书馆论坛, 2021(5): 64-72.

作者简介

杨菲, 女, 1986年生, 博士, 讲师, 研究方向: 知识产权法, E-mail: itlaw_yang@163.com。

The Development of Legislation for Digital Public Lending in Germany and Its Reference to China

YANG Fei

(School of Law, China Jiliang University, Hangzhou 310018, P. R. China)

Abstract: Insufficient legislative protection for digital public lending has led to an imbalance in interest structure between libraries, authors, and publishers. The German Federal Council has proposed a new draft amendment of the Copyright Act to introduce a “compulsory license” in article 42b for digital lending to reconcile conflicting interests. The proposal was considered to be overly restrictive to the rights of publishers and aroused strong opposition from stakeholders. The article analyzes and reviews the framework of the German digital public lending system and the related public discussions in the amendment process, intending to provide references and considerations for the construction of the legislative framework of digital public lending in China.

Keywords: Public Libraries; E-lending; Public Lending Rights; Compulsory License

(收稿日期: 2022-04-20)