



基于 CASHL 文献信息数字化服务的知识产权若干问题研究

课题单位：山东大学图书馆

课题负责人：李修波

课题组成员：姚传义（山东大学图书馆）、程蓓（山东大学图书馆）、薛冰（莱商银行）、李瑛（山东大学图书馆）、芮晓晨（山东大学图书馆）、宋西贵（山东大学图书馆）、董晓华（山东大学图书馆）、刁为民（山东大学图书馆）、贺志刚（山东大学图书馆）

结项时间：二零一九年五月



摘要：一般而言，CASHL 文献信息数字化服务是指对有高度价值的文本、图像和科学数据等文献信息收集、加工、整理后，通过 CASHL 和图书馆之间的网络互动，为用户提供服务的一种模式。CASHL 文献信息数字化服务促使文献信息在 CASHL 成员馆之间流通，使文献信息需求者不出所在学校，就可以通过 CASHL 文献传递系统及时、有效地获得文献信息的代查、代借、代复制、定向、定题等服务。这些服务，涉及到知识产品的发表权、复制权、信息网络传播权等知识产权权利的行使，与现行知识产权制度有着紧密而复杂的关系。对世界各个国家、国际组织的知识产权制度中有关法律和规定进行研究，不管对 CASHL 文献信息数字化服务的开展，还是 CASHL 管理中心的管理，都具有非常重要的现实意义。

课题以 CASHL 文献信息数字化服务中经常涉及的知识产权相关法律、法规作为切入点，对 CASHL 文献信息数字化服务过程中的侵权和行使权利，合法与非法，权利和限制等若干问题进行研究，并为 CASHL 文献信息数字化服务挖掘合法性建议，以规避 CASHL 文献信息数字化服务过程中存在或潜在的法律风险。

一般的知识产权研究，常从侵犯知识产权的结果出发，反推侵犯知识产权的行为及其违法性。该课题从我国现行法律的相关规定和侵权行为的法律构成出发，来研究 CASHL 文献信息服务过程中的知识产权问题，这对有效避免知识产权侵犯行为的风险，更有参考价值。

关键词：CASHL 知识产权 使用权 复制权 财产权





目录

第一章 研究背景与思路	4
第一节 研究背景.....	4
第二节 研究思路.....	4
第二章 与 CASHL 文献信息数字化服务相关的法律、法规	5
第一节 中华人民共和国著作权法.....	5
第二节 中华人民共和国著作权法实施条例.....	7
第三节 信息网络传播权保护条例.....	7
第四节 中华人民共和国公共图书馆法.....	7
第五节 中华人民共和国侵权责任法.....	9
第六节 相关国际条约.....	9
第七节 行业规定.....	9
第三章 CASHL 文献信息数字化服务的适法性分析	10
第一节 关于版权和公众信息使用权.....	10
第二节 关于侵权.....	10
第三节 密切相关的著者权利.....	12
第四节 关于著作权权利的限制.....	14
第五节 美国复制权限制的发展启示.....	14
第四章 CASHL 文献信息数字化服务的保护	16
第一节 CASHL 文献信息数字化服务的保护现状.....	16
第二节 CASHL 文献信息数字化服务的合规建议.....	17



第一章 研究背景与思路

第一节 研究背景

中国高校人文社会科学文献中心（China Academic Social Sciences and Humanities Library, 简称 CASHL）自 2004 年 3 月 15 日正式启动以来，一直坚持“共建、共知、共享”原则，组织 830 多家成员单位，依据他们的学科资源优势，同时积极引进和收藏人文社科资源，通过专有系统和网络，为全国高校、科研机构 and 研究者提供文献信息数字化服务。

这里的 CASHL 文献信息数字化服务是指对有高度价值的文本、图像和科学数据等文献信息收集、加工、整理后，通过 CASHL 和图书馆之间的网络互动，为用户提供服务的一种模式。CASHL 文献信息数字化服务促使文献信息在 CASHL 成员馆之间流通，使文献信息需求者不出所在学校，就可以通过 CASHL 文献传递系统及时、有效地获得文献信息的代查、代借、代复制、定向、定题等服务。

CASHL 的文献信息数字化服务，涉及到文献的复制、公开以及费用等问题，这直接关系到知识产品的复制权、发表权、信息网络传播权等知识产权权利的行使，与现行知识产权制度有着紧密而复杂的关系。因此，对我国及世界上各个国家、国际组织的知识产权制度进行研究，不管是对 CASHL 文献信息数字化服务的开展，还是馆际互借文献的管理，都具有非常重要的现实意义。

第二节 研究思路

课题以 CASHL 文献信息数字化服务中经常涉及的知识产权相关法律、法规的梳理作为切入点，然后对 CASHL 文献信息数字化服务过程中的侵权和行使权利，合法与非法，权利和限制等若干问题展开研究。在对侵权行为进行充分分析的基础上，为 CASHL 文献信息数字化服务寻求合法性建议，以有效规避 CASHL 文献信息数字化服务过程中存在或潜在的法律风险。

一般的知识产权研究，常从侵犯知识产权的结果出发，反推侵犯知识产权的行为及其违法性。该课题从我国现行法律的相关规定和侵权行为的法律构成出发，来研究 CASHL 文献信息服务过程中的知识产权问题，这对预防馆际互借工作中侵犯知识产权行为的发生，更有参考价值。



第二章 与 CASHL 文献信息数字化服务相关的法律、法规

与 CASHL 文献信息数字化服务相关的法律、法规数目不多，相关法律与重要条款列举如下：

第一节 中华人民共和国著作权法

《中华人民共和国著作权法》于 1990 年 9 月 7 日第七届全国人民代表大会常务委员会第十五次会议通过，并于 2001 年和 2010 年进行了两次修订。

《中华人民共和国著作权法》所述的著作权又称版权法^①，是指著作权法所确认的文学、艺术和科学技术等作品的作者或其他著作权人，在法定期限内对其作品所享有的专有权利。著作权是通过著作权法(或称版权法)来实施保护的。在《中华人民共和国著作权法》第一节第十条，对我国著作权的人身权和财产权进行了列举式规定，详细如下：

第一节 著作权人及其权利

第十条 著作权包括下列人身权和财产权：

- (一) 发表权，即决定作品是否公之于众的权利；
- (二) 署名权，即表明作者身份，在作品上署名的权利；
- (三) 修改权，即修改或者授权他人修改作品的权利
- (四) 保护作品完整权，即保护作品不受歪曲、篡改的权利；
- (五) 复制权，即以印刷、复印、拓印、录音、录像、翻录、翻拍等方式将作品制作一份或者多份的权利
- (六) 发行权，即以出售或者赠与方式向公众提供作品的原件或者复制件的权利；
- (七) 出租权，即有偿许可他人临时使用电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品、计算机软件的权利，计算机软件不是出租的主要标的除外；
- (八) 展览权，即公开陈列美术作品、摄影作品的原件或者复制件的权利；
- (九) 表演权，即公开表演作品，以及用各种手段公开播送作品的表演的权利；
- (十) 放映权，即通过放映机、幻灯机等技术设备公开再现美术、摄影、电影和以类似摄制电影的方法创作的作品等的权利；
- (十一) 广播权，即以无线方式公开广播或者传播作品，以有线传播或者转播的方式向公众传播广播的作品，以及通过扩音器或者其他传送符号、声音、图像的类似工具向公众传播广播的作品的权利；
- (十二) 信息网络传播权，即以有线或者无线方式向公众提供作品，使公众可以在其个人选定的时间和地点获得作品的权利；
- (十三) 摄制权，即以摄制电影或者以类似摄制电影的方法将作品固定在载体上的权利；
- (十四) 改编权，即改变作品，创作出具有独创性的新作品的权利；
- (十五) 翻译权，即将作品从一种语言文字转换成另一种语言文字的权利；
- (十六) 汇编权，即将作品或者作品的片段通过选择或者编排，汇集成新作品的权利；
- (十七) 应当由著作权人享有的其他权利。

^① 英国于 1709 年颁布的《安娜女王法令》被认为是世界上著作权法的开山之作。



著作权人可以许可他人行使前款第（五）项至第（十七）项规定的权利，并依照约定或者本法有关规定获得报酬。

著作权人可以全部或者部分转让本条第一款第（五）项至第（十七）项规定的权利，并依照约定或者本法有关规定获得报酬。

在《中华人民共和国著作权法》第四节第二十二、二十三条，列举了对著作权权利的限制。如下：

第四节 权利的限制

第二十二条 在下列情况下使用作品，可以不经著作权人许可，不向其支付报酬，但应当指明作者姓名、作品名称，并且不得侵犯著作权人依照本法享有的其他权利：

- （一）为个人学习、研究或者欣赏，使用他人已经发表的作品；
- （二）为介绍、评论某一作品或者说明某一问题，在作品中适当引用他人已经发表的作品；
- （三）为报道时事新闻，在报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体中不可避免地再现或者引用已经发表的作品；
- （四）报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体刊登或者播放其他报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体已经发表的关于政治、经济、宗教问题的时事性文章，但作者声明不许刊登、播放的除外；
- （五）报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体刊登或者播放在公众集会上发表的讲话，但作者声明不许刊登、播放的除外；
- （六）为学校课堂教学或者科学研究，翻译或者少量复制已经发表的作品，供教学或者科研人员使用，但不得出版发行；
- （七）国家机关为执行公务在合理范围内使用已经发表的作品；
- （八）图书馆、档案馆、纪念馆、博物馆、美术馆等为陈列或者保存版本的需要，复制本馆收藏的作品；
- （九）免费表演已经发表的作品，该表演未向公众收取费用，也未向表演者支付报酬；
- （十）对设置或者陈列在室外公共场所的艺术作品进行临摹、绘画、摄影、录像；
- （十一）将中国公民、法人或者其他组织已经发表的以汉语言文字创作的作品翻译成少数民族语言文字作品在国内出版发行；
- （十二）将已经发表的作品改成盲文出版。

前款规定适用于对出版者、表演者、录音录像制作者、广播电台、电视台的权利的限制。

第二十三条 为实施九年制义务教育和国家教育规划而编写出版教科书，除作者事先声明不许使用的，可以不经著作权人许可，在教科书中汇编已经发表的作品片段或者短小的文字作品、音乐作品或者单幅的美术作品、摄影作品，但应当按照规定支付报酬，指明作者姓名、作品名称，并且不得侵犯著作权人依照本法享有的其他权利。

前款规定适用于对出版者、表演者、录音录像制作者、广播电台、电视台的权利的限制。

以上法律条文，明确了 CASHL 文献信息数字化服务过程中，文学、艺术和科学技术等作品的著作权人拥有的权利及其权利的限制，是我们尊重文献作者著作权，并在作者著作权限制范围内进行数字化服务活动的理念依据和工作原则，是馆际互借工作的首要出发点。



第二节 中华人民共和国著作权法实施条例

《中华人民共和国著作权法实施条例》2002 年 8 月 2 日由国务院令 第 359 号颁布实施，并于 2011 年 1 月 8 日、2013 年 1 月 30 日二次修订，该法是著作权法的解释法或姊妹法，对著作权法未规定或不易解释的文献作品的读者权利，作了进一步的解释和规定。

第三节 信息网络传播权保护条例

《信息网络传播权保护条例》于 2006 年 5 月 18 日由国务院颁布，并于 2006 年 7 月 1 日通过实施。在该法的第六条，规定了若干种可以不经著作权人许可，不向其支付报酬，通过信息网络提供他人作品的数种情形，如下：

第六条 通过信息网络提供他人作品，属于下列情形的，可以不经著作权人许可，不向其支付报酬：

- （一）为介绍、评论某一作品或者说明某一问题，在向公众提供的作品中适当引用已经发表的作品；
- （二）为报道时事新闻，在向公众提供的作品中不可避免地再现或者引用已经发表的作品；
- （三）为学校课堂教学或者科学研究，向少数教学、科研人员提供少量已经发表的作品；
- （四）国家机关为执行公务，在合理范围内向公众提供已经发表的作品；
- （五）将中国公民、法人或者其他组织已经发表的、以汉语言文字创作的作品翻译成少数民族语言文字作品，向中国境内少数民族提供；
- （六）不以营利为目的，以盲人能够感知的独特方式向盲人提供已经发表的文字作品；
- （七）向公众提供在信息网络上已经发表的关于政治、经济问题的时事性文章；
- （八）向公众提供在公众集会上发表的讲话；

在该法的第七条，对图书馆、档案馆、纪念馆、博物馆、美术馆等数家机构，进行了特别授权。

第七条 图书馆、档案馆、纪念馆、博物馆、美术馆等可以不经著作权人许可，通过信息网络向本馆舍内服务对象提供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，不向其支付报酬，但不得直接或者间接获得经济利益。当事人另有约定的除外。

前款规定的为陈列或者保存版本需要以数字化形式复制的作品，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。

我们可以看出，该法的颁行，对文学、艺术和科学技术等作品著作权的权利做了进一步明确，对图书馆、档案馆、纪念馆、博物馆、美术馆等部门的网络传播的空间进一步给予了压缩，对馆际互借的法律性质和地位仍然没有给予明确规定。

第四节 中华人民共和国公共图书馆法

《中华人民共和国公共图书馆法》于 2017 年 11 月 4 日通过实施。在该法的第四章，对公共图书馆的服务进行了规定。因为我国还没有制订图书馆法或高校图书馆法，这些条款可以作为处理高校间馆际互借版权行为或问题的对比性规定。详细条款如下：



第四章 服务

第三十三条 公共图书馆应当按照平等、开放、共享的要求向社会公众提供服务。

公共图书馆应当免费向社会公众提供下列服务：

- (一) 文献信息查询、借阅；
- (二) 阅览室、自习室等公共空间设施场地开放
- (三) 公益性讲座、阅读推广、培训、展览；
- (四) 国家规定的其他免费服务项目。

第三十四条 政府设立的公共图书馆应当设置少年儿童阅览区域，根据少年儿童的特点配备相应的专业人员，开展面向少年儿童的阅读指导和社会教育活动，并为学校开展有关课外活动提供支持。有条件的地区可以单独设立少年儿童图书馆。

政府设立的公共图书馆应当考虑老年人、残疾人等群体的特点，积极创造条件，提供适合其需要的文献信息、无障碍设施设备和服务等。

第三十五条 政府设立的公共图书馆应当根据自身条件，为国家机关制定法律、法规、政策和开展有关问题研究，提供文献信息和相关咨询服务。

第三十六条 公共图书馆应当通过开展阅读指导、读书交流、演讲诵读、图书互换共享等活动，推广全民阅读。

第三十七条 公共图书馆向社会公众提供文献信息，应当遵守有关法律、行政法规的规定，不得向未成年人提供内容不适宜的文献信息。

公共图书馆不得从事或者允许其他组织、个人在馆内从事危害国家安全、损害社会公共利益和其他违反法律法规的活动。

第三十八条 公共图书馆应当通过其网站或者其他方式向社会公告本馆的服务内容、开放时间、借阅规则等；因故闭馆或者更改开放时间的，除遇不可抗力外，应当提前公告。

公共图书馆在休假日应当开放，在国家法定节假日应当有开放时间。

第三十九条 政府设立的公共图书馆应当通过流动服务设施、自助服务设施等为社会公众提供便捷服务。

第四十条 国家构建标准统一、互联互通的公共图书馆数字服务网络，支持数字阅读产品开发和数字资源保存技术研究，推动公共图书馆利用数字化、网络化技术向社会公众提供便捷服务。

政府设立的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。

第四十一条 政府设立的公共图书馆应当加强馆内古籍的保护，根据自身条件采用数字化、影印或者缩微技术等推进古籍的整理、出版和研究利用，并通过巡回展览、公益性讲座、善本再造、创意产品开发等方式，加强古籍宣传，传承发展中华优秀传统文化。

第四十二条 公共图书馆应当改善服务条件、提高服务水平，定期公告服务开展情况，听取读者意见，建立投诉渠道，完善反馈机制，接受社会监督。

第四十三条 公共图书馆应当妥善保管读者的个人信息、借阅信息以及其他可能涉及读者隐私的信息，不得出售或者以其他方式非法向他人提供。

第四十四条 读者应当遵守公共图书馆的相关规定，自觉维护公共图书馆秩序，爱护公共图书馆的文献信息、设施设备，合法利用文献信息；借阅文献信息的，应当按照规定时限归还。

对破坏公共图书馆文献信息、设施设备，或者扰乱公共图书馆秩序的，公共图书馆工作人员有权予以劝阻、制止；经劝阻、制止无效的，公共图书馆可以停止为其提供服务。

第四十五条 国家采取政府购买服务等措施，对公民、法人和其他组织设立的公共图书馆提供服务给予扶持。



第四十六条 国家鼓励公民参与公共图书馆志愿服务。县级以上人民政府文化主管部门应当对公共图书馆志愿服务给予必要的指导和支持。

第四十七条 国务院文化主管部门和省、自治区、直辖市人民政府文化主管部门应当制定公共图书馆服务规范，对公共图书馆的服务质量和水平进行考核。考核应当吸收社会公众参与。考核结果应当向社会公布，并作为对公共图书馆给予补贴或者奖励等的依据。

第四十八条 国家支持公共图书馆加强与学校图书馆、科研机构图书馆以及其他类型图书馆的交流与合作，开展联合服务。国家支持学校图书馆、科研机构图书馆以及其他类型图书馆向社会公众开放。

如果说有法律规定与 CASHL 文献信息数字化服务有关的话，第四十八条可以作为 CASHL 文献信息数字化服务的对比性规定吧。

第五节 中华人民共和国侵权责任法

《中华人民共和国侵权责任法》是用于界定侵权行为是否存在和侵权责任的最直接的法律，具有重要的参考意义。

在 CASHL 文献信息数字化服务工作中，如果害怕因行为失当而产生著作权的侵权问题，对侵权责任法进行认真研究，还是非常有必要的。

第六节 相关国际条约

国际条约，是用于处理跨国知识产权问题的国际性规定，除在条约签订时，对有关条款声明保留的外，其它条款对签字国具有当然的约束力。与 CASHL 文献信息数字化服务相关的国际条约主要有：

1883 年制定的《保护工业产权巴黎公约》，该法被认为是知识产权国际保护的开端之法。

1967 年的《成立世界知识产权组织公约》，是目前参与国家最多的世界知识产权组织公约，该组织于 1970 年 4 月成立，并在 1974 年成为联合国的一个专门机构，该公约对于工业产权、著作权及商标注册的国际合作进行了详细的规定。

目前与知识产权相关的国际公约还有《专利合作公约》、《商标国际注册马德里协定》、《保护文学艺术作品伯尔尼公约》、《保护表演者、录音制品制作者与广播组织公约》（简称《罗马公约》）、《集成电路知识产权公约》等。

以上法律、法规和国际条约，是 CASHL 文献信息数字化服务最直接的守法来源和适法依据，需要重点关注和掌握。

第七节 行业规定

其中最具有影响力的应该是 IFLA 关于国际间馆际互借的规定。各个国家的图书馆行业或专业组织（如 CASHL、CALIS）等也会制订知识产权的一些行业办法或保护性规定。

这些行业办法或保护规定，多是民间组织的一些自我约束性规定，不是法律，不具有法律应具有的强制性，如果发生侵权案件，很难作为法律加以适用，其相关的规定是否起到作用，需要经过法律的裁定有效与否，否则很难发挥作用。



第三章 CASHL 文献信息数字化服务的适法性分析

第一节 关于版权和公众信息使用权

伴随着馆际互借业务的迅速发展,国际合作越来越多,越来越严密。2011 年 10 月 25 日,联机计算机图书馆中心(OCLC)与中国高等教育文献保障系统(CALIS)签订了有关书目记录和资源共享的合作备忘,标志着国内的馆际互借工作又上了一个大的台阶。与此相对比,国内馆际互借事业蓬勃发展起来,培训工作也开展的有声有色,如火如荼^②。

OCLC 在报告中曾经写道,现代的馆际互借服务已经做到了“见面越来越少,服务越来越好”!这当然无法概括馆际互借工作的全部。真实的情况是,随着馆际互借业务工作的高速发展,版权与公众信息使用权的博弈,变得越来越激烈。

亚伦·斯沃茨(Aaron Swartz)案^③是这种博弈所体现出来的最惨烈的结果,这位计算机天才,在有意将某数据库的 400 万份文献上传互联网时,因触犯知识产权法律陷身囹圄,因难以忍受被判较高刑期的压力,最后选择自杀身亡。同时,我们也看到,不管是激进的“Plan S”计划^④,还是更早的“布达佩斯开放存取倡议”^⑤,都不像设想的那么顺利和美好,人们边享受着开放获取所带来的极大便利^⑥,又看不到去改革现有知识产权制度的巨大决心。

^② 2011 年 11 月 16-18 日,由国家图书馆主办、云南省图书馆协办的“第三届全国馆际互借与文献传递研讨会”在云南昆明召开。第四届全国馆际互借与文献传递研讨会于 2014 年 9 月 15 日至 18 日在浙江杭州召开。2017 年 10 月 18 日,由国家图书馆主办,贵州省图书馆协办的“2017 年全国图书馆馆际互借与文献传递业务研修班”在贵州省图书馆举行。

^③ 亚伦·斯沃茨(Aaron Swartz)是年少成名的计算机天才,著名社交网站 Reddit 联合创始人,web.py 的设计者。他亦被称作是数字时代的罗宾汉,致力于网络信息开放,因涉嫌非法侵入麻省理工学院(MIT)和 JSTOR(全称 Journal Storage,存储学术期刊的在线系统)被指控,并被求以最高 35 年监禁和 100 万美元罚款。该案在认罪辩诉阶段的时候亚伦·斯沃茨于 2013 年 1 月 11 日在其纽约布鲁克林的寓所内,用一根皮带上吊自杀,尸体随后被女友发现,年仅 26 岁。2011 年 7 月,美国麻省检察官控告亚伦电脑诈骗,因为亚伦攻击连接麻省理工学院网络上的一台电脑,并下载约 400 万份学术论文,检察官认为亚伦非法持有来自受保护电脑的资讯,且有意通过 P2P 网络散布,面临最高 35 年的牢狱之灾与 100 万美元的罚款。按照官方指控,亚伦进入 JSTOR 数据库时使用了假名“Gary Host”,缩写即为 ghost(幽灵)。亚伦通过自己编写的脚本程序,使超过 1300 份期刊的每一期内容均一页一页地自动跳进他的电脑。理论上,他可以下载 JSTOR 数据库里的所有内容,从而把整座“仓库”都清空。被捕后,亚伦在支付 10 万美元保释金后被释放,并把下载有数据的硬盘归还 JSTOR,希望对方放弃起诉。在亚伦自杀的前两天,麻省检察官通知他的律师,如果不接受 6 个月刑拘的认罪协议,案件将正式在波士顿开庭。

^④ 近日,欧盟 11 国的科研资助机构在欧盟委员会的支持下,联合签署了一项新的开放获取计划“Plan S”,该计划表示:从 2020 年 1 月 1 日起,所有由上述 11 国及欧洲研究委员会(ERC)拨款支持的科研项目,都必须将研究成果发表在完全开放获取(Open Access)期刊或出版平台上。这是自 20 世纪 90 年代末兴起的“开放获取”运动的一次重大进展。

^⑤ 2001 年“布达佩斯开放存取倡议”(BOAI)发布,被认为是国际学术界、出版界、图书情报界第一次正式发出的开放存取宣言。

^⑥ 不仅像 Peer J、eLife 等新型开放获取期刊如雨后春笋般不断创刊,传统的科技期刊国际出版巨头也都开始创办新的开放获取期刊,并且很多传统期刊也试行了“混合 OA”出版模式,更有像《科学》(Science)、《自然》(Nature)这种百年老店也出版开放获取子刊来应对这项运动可能带来的巨大变革。



第二节 关于侵权

如果说文献利用,或者说CASHL文献信息数字化服务过程中必然面对侵权行为的风险,我们还不如致力于认真研究一下什么是一般侵权行为,并以此来指导馆际互借中,合法和非法的边界,为CASHL文献信息数字化服务行为做好守法思想的准备。

按照我国目前的侵权行为法,一般侵权行为要包括以下四个构成要件:即有加害行为、有损害事实、加害行为与损害事实之间有法律上因果关系、行为人主观上有过错等。

1 有加害行为

加害行为,是指行为人致使他人的民事权利受到损害的行为,又称致害行为。任何一个民事损害事实都应有对应的加害行为,反而言之,民事损害事实都由特定的加害行为所造成。没有加害行为,就不会有损害。

这里所称的加害行为是一个未经法律评价的行为,确定这一行为纯粹基于该行为所造成的民事损害后果。以表现形式而论,加害行为可以是作为,亦可以是不作为,以不作为构成加害行为的,行为人一般应负有特定的义务。

2 有损害事实

这里所称的损害事实,是指因一定的行为,对他人的 人身或财产造成的不利影响。损害事实的存在,是构成侵权行为的重要要件。没有损害事实,就谈不上侵权,更谈不上侵权损害赔偿。损害事实按照其性质和内容,可分为财产损害、人身伤害和精神损害三种。

财产损害,主要指由于行为人对受害人的财产权利施加侵害所造成的经济损失。

人身伤害,是指由于行为人对受害人的人身施加侵害所造成的人身上的损害。具体包括生命的损害、身体的损害、健康的损害等三种情况。

精神损害,指自然人因人格受损或人身伤害而导致的精神痛苦,又称无形损害。精神损害具有无形性,难以用金钱来衡量。这一点与其它损害显著不同。

3 加害行为与损害事实之间有因果关系

侵权行为只有在加害行为与损害事实之间存在因果关系时,才能构成。如果加害人的加害行为,与他人的民事权益受损害的事实之间毫不相干,则不能构成侵权行为。

因果关系,是指社会现象之间的一种客观联系,即一种现象在一定条件下必然引起另一种现象的发生,则该种现象为原因,后一种现象为结果,这两种现象之间的联系,就称因果关系。

就侵权行为法上的因果关系而言,主要是指损害事实是否有加害行为所引起的一种判断。侵权行为法上的因果关系有许多不同的表现形式。主要有:(1)一因一果,即一个加害行为导致一个损害结果,这是一种简单的因果关系;(2)一因多果,即一个加害行为导致多种损害结果;(3)多因一果,即多个加害行为导致了一个损害结果,最后一种因果关系最为复杂。

理清侵权行为法上的因果关系,是确定侵权民事责任的关键所在。法律实践中,有些案



件的因果关系较为清楚，有些则较为复杂。必要时，需要通过司法鉴定来加以确定。

4 行为人主观上有过错

一般侵权行为的构成，除须具备以上要件外，还以行为人主观上有过错为必要条件。亦即当行为人具有主观上的过错时，一般侵权行为才能构成。行为人有否过错，直接关系到对其行为性质的认定。这里的过错包括故意和过失。

以上构成要件，缺一不可。只有符合四个要件，才能构成一般侵权行为。

第三节 密切相关的著者权利

1 发表权

发表权是我国著作权法第一节第十条列举的著作权人的第一项基本权利，可见其法律地位是非常高的，被认为是作者一项重要的人身权利，它是指权利人有权决定自己作品是否公之于众的权利。在 CASHL 文献信息数字化服务过程，学位论文是最容易成为馆际互借工作对象的文献之一。按照我国的规定，本科生和研究生要取得相应的学位，必须完成相应学位要求的学位论文。这些论文被认为是学生取得学位的最重要成果，除少数有可能发表外，多数都不会公开发表。也正是因为学位论文这一文献特性，如果处理不慎，就会侵犯作者的发表权。笔者几乎每年都会接到读者关于学位论文被侵犯发表权的投诉。

目前，国内大多数图书馆都非常重视学位论文的收集和整理，有的还会以特色数据库的方式，建成本地的特色资源等。这些学位论文作为特藏进行搜集、整理、保存，当然是没有问题的，但如果不经作者同意就进行数字化服务，通过网络和馆际互借系统传递给公众，潜在的侵权风险就非常大，如果因为馆际互借造成了作者学位论文的大面积公开，造成学位论文新颖性的丧失，就会在侵犯了作者发表权同时，遇到读者的投诉。作者将学位论文的原件或者复印件交给图书馆保管，并不等于同时将作品的版权予以授予，这个是特别需要注意的。

2 复制权

在以上关于学位论文的分析中，我们只强调了有可能会侵犯学位论文等文献的发表权，其实，馆际互借工作实践中，侵犯的作者权利，远不止发表权这么简单，还有可能会同时侵犯了作者的复制权和信息网络传播权。

所谓的复制，是对作品的一种处理行为，指以印刷、复印、临摹、拓印、录音、录像、翻录、翻拍等方式将作品制成一份或多份的行为。复制权是指在法律规定的范围内，版权人享有的以复制方式使用作品，许可或禁止他人对作品进行复制并因他人复制作品而获得报酬的权利。它也是我国著作权法第一节第十条列举的著作权人的第五项基本权利。复制权从本质上讲是一种财产权利，它除了是作品得以被传播共享的重要手段，还体现在，著作权人可以通过行使作品复制权，获得巨大的经济利益。

下面就几种 CASHL 文献信息数字化服务过程中的复制行为进行分析。



(1) 复印和扫描

目前,CASHL 在进行数字化服务过程中,大多是将纸质文献复印或扫描后传递给用户,这种行为的适法准则就是著作权法**第四节第二十二条中规定的著作法权利的限制,如果复制或扫描**文献的行为,超过了权利限制的范围,就无法再用“合理使用”来对抗自己的侵权事实,而必须承担侵犯作者的复制权而产生的法律后果。

(2) 数字化

作品数字化是指将纸质文献采用数字处理等方式存储到计算机存储设备上的行为。在《世界知识产权组织版权条约》的“议定声明”中,一般性地规定了以数字形式在电子介质中存储作品,应属于《伯尔尼公约》第九条所称的“复制”。而《伯尔尼公约》第九条第(1)款是这样规定的:“受本公约保护的文学艺术作品的作者,享有授权他人以任何方式或形式复制其作品的专有权”。我国颁布实施的《关于制作数字化制品的著作权规定》第二条规定:“将已有作品制成数字化制品,不论已有作品以何种形式表现和固定,都属于《中华人民共和国著作权法》所称的复制行为。”

由以上规定可以看出,不管是以扫描还是以其它方法,只要将现有纸质文献制作成了电子文档,就是完成了著作法意义上的复制,而在 CASHL 文献信息数字化服务过程中,几乎每一篇文献的传递都要牵扯到这种复制行为,除非取得法律授权或寻求法律规定的著作权人的权利限制情形,否则非常有可能造成侵权。

(3) 下载和拷贝

目前网络上集合了大量的资源,很多资源是非常有价值的,但这些资源的合法性来源却非常难以界定的。在 CASHL 文献信息数字化服务中,很多馆际互借员习惯于将网络上的文献,找到后下载或进行文本复制,然后传递自己的客户或传递给目标图书馆。这种下载或拷贝也是对作品的一种复制,因为文献获取来源的不可靠性,甚至是非法性,可能会对作者复制权的侵害更大,这一点是馆际互借员应该牢记的。

3 信息网络传播权

信息网络传播权并不是传统版权法所保护的范围,这种权利是随着互联网的兴起而新生的一种作者权利,因此出现的较晚,在世界各国法律或知识产权条约中,对这一权利的明确规定基本出现在 2000 年以后。在《世界知识产权组织版权条约》第八条中,有关于:“文学和艺术作品的作者应享有专有权,以授权将其作品向公众提供,使公众中的成员在其个人选定的地点和时间可获得这些作品”的描述,由此可以断定,信息网络传播权是受到《世界知识产权组织版权条约》保护的。

我国著作权法第一节第十条列举的著作权人的十二项对作者的信息网络传播权进行了确定,同时 2006 年制订的《信息网络传播权保护条例》第七条规定,“图书馆、档案馆、纪念馆、博物馆、美术馆等可以不经著作权人许可,通过信息网络向本馆馆舍内服务对象提供本馆收藏的合法出版的数字作品和依法为陈列或保存版本的需要以数字化形式复制的作



品,不向其支付报酬,但不得直接或者间接获得经济利益。”。该条例关于“向本馆馆舍内服务对象”提供数字化作品的规定,实际上已经等于变相禁止了不经过权利人同意,通过信息网络向馆外用户传递作品的行为。而著作权人的许可,成为制约 CASHL 文献信息数字化服务的关键因素。

第四节 关于著作权权利的限制

我国的著作权法第四节“权利的限制”一节第二十二条第八项中规定“图书馆、档案馆、纪念馆、博物馆、美术馆等为陈列或者保存版本的需要,复制本馆收藏的作品”,对图书馆等机构的传统馆藏的合理使用进行了规定,但这里并没有对基于信息网络传输及其他服务项目中馆藏使用进行授权和作出明确的规定,这就使 CASHL 文献信息数字化服务中,馆藏在处理具体事务时,缺少了法律的直接支撑,很容易“触礁”并产生严重后果。

国外关于版权立法的改革其实早就进行了有益的探索。例如《美国数字千年版权法》第 44 条,就对原著作权法中第 108 条有关图书馆和档案馆的授权条款进行了修订,允许非营利性图书馆和档案馆为保存或馆际互借需要,可以制作享有著作权作品的三份复制品,其中包括数字复制品,同时规定数字复制品不能向图书馆以外的公众传播。在第 1201 节禁止规避版权技术保护措施中,D 款规定营利性图书馆、档案馆和教育机构可以享受例外规定,但要求享受该款免责规定的图书馆、档案馆必须向公众开放,或者除了向所属机构和上属机构研究人员开放外,亦向相关专业的其他人员开放。在第 1204 节犯罪和刑罚中,规定对非营利的图书馆、档案馆、教育和公共广播机构不适用刑罚。

英国的 1988 年版权法的第 37 条到第 44 条,明确规定了图书馆合理使用的范围。例如第 38 条就规定对“政府所指定的图书馆、档案馆,遵循法律规定的允许复制的条件,可以为进行研究或私人学习的个人复制一份无侵犯版权问题的作品”

《欧盟信息社会版权与相关权利协调指令》在第 5.2 条款里也允许“其成员国可以将不是直接或间接地为了经济或商业利益的公众可接触的图书馆、教育设施、档案馆等所进行的特有的复制行为列为对著作权人复制权的限制并作出例外规定”

国外的这些著作权法的规定与我国著作权法比较起来,都较明确地规定了图书馆馆藏合理使用的范围和内容。这些规定让馆际互借工作成功走出了“无法可依”的尴尬。

第五节 美国复制权限制的发展启示

1 发展历程

复制权被认为是权利人享有的第一项权利,1976 年美国《版权法》制订伊始就被明确赋予权利人。在此之前,因为当时的印刷、打印、抄写等方式,对作者复制权利的利益很难构成实质性的威胁,因此法律未对复制权加以规范。1976 年的美国《版权法》第一百六条第一款第一项规定,著作权人享有制作版权作品的复制件或录音制品的权利。一般认为,复制权是一项排他性的权利,他人未经权利人的许可,无论是以何种方式或技术手段、全部还是部分复制作品,都构成侵权。

美国《版权法》第一百零一条规定,复制行为必须是将作品固定在载体上,能被他人感知、使用和传播。为了限制权利人对复制权的行使,1976 年美国《版权法》第一百零七条



至一百一十八条等条款对复制权设置了例外规定。

2 例外制度的建立

从 1930 年代开始,美国图书馆界就发起了为图书馆建立复制权例外制度的倡议,十余年间,向美国国会提交了多项立法建议。1960 年代后,随着电影、电视、录音录像、静电复制等新技术的出现,美国各界决定对版权制度进行全面修订,美国图书馆界抓住这一机遇向国会提出立法诉求,引起了社会和立法机关的高度重视。美国版权局在向国会提交的“版权法改革方案”中就包括了图书馆复制权的例外制度。1969 年,美国参议院司法委员会起草的立法报告,建议在《版权法》中增加关于图书馆复制权例外的“第一百零八条”。

此后,美国国会就此召开了多次听证会,征询作者、出版商、法学专家和图书馆等消费者的意见,最终美国司法委员会同意在《版权法》增加关于图书馆复制例外的条款,同时建议版权作品新技术利用国家委员会针对法律规定制订详细的指导规则。至此,美国《版权法》第一百零八条正式成为规范图书馆复制作品行为的法律制度。

为了应对数字技术的挑战,美国在 1998 年颁布实施了《数字千年版权法》(DMCA),该法第四百零四条就图书馆以数字化方式复制作品的例外做出规定,相关的规定内容可见于第一千二百零一、一千二百零三、一千二百零四条法文中。

美国《版权法》规定,第一百零八条关于图书馆为用户需求而复制的规定,适用于图书馆为他馆提供复制件的情况。其原因是,图书馆参与馆际互借是因为他馆没有相关作品,但又需要该作品提供服务,基于资源共享的原则,只有从其他图书馆借入该作品,从而代替购买或者订购。

为了防止第一百零八条的滥用,造成版权人的利益损失,美国《版权法》对图书馆出于馆际互借之目的而复制馆藏作品,进行了非常严格的限制。例如第一百零八条第(g)款规定,馆际互借活动的目的或作用不能使接受这类复制件或者录音制品的图书馆因获得的复制件总量,足以取代该馆对这类作品的订购或者购买。换言之,如果一家图书馆在接受另一家图书馆或者数家图书馆提供的若干复制件后无须再购买该作品,那么该复制行为将不能适用《版权法》第一百零八条第(g)款规定,获得责任豁免。

至于如何判断一家图书馆或数家图书馆向另一家图书馆提供的复制件构成“替代订阅或者购买”的行为,由版权作品新技术利用国家委员会根据《馆际互借协议中的复制指南》相关规定,即在一年当中,图书馆应其他图书馆请求复制的馆藏作品只能是从请求发出之日算起五年之前出刊的多篇文章或一篇文章,复制件总量不得超过 6 篇,如果请求图书馆需要的复制件数量超出上述规定,则必须采用订购或者购买等方式获得,而不能再从其他图书馆寻求获得,包括不能从已经为其提供复制件的图书馆获得。

另外,版权作品新技术利用国家委员会发布的《馆际互借协议中的复制指南》规定,请求馆际互借的图书馆必须向提供复制件的图书馆提供版权担保书,以保证其获得的复制件用于合法目的,而请求馆的版权担保只有在得到提供馆的确认后,方能为其提供复制件。

以上规定,为我国著作权法修订时,为图书馆等公益机构的馆际互借行为的授权,提供了非常好的思路和借鉴之处。



第四章 CASHL 文献信息数字化服务的保护

CASHL 文献信息服务既是版权制度的产物，同时也是版权制度的受益者，只有版权制度的存在和发展，才有版权的限制和合理使用，才有 CASHL 信息服务存在的价值。反之，其存在的意义就大打折扣。因此，在我看来，单从馆际互借工作的保护而言，CASHL 的文献信息服务必须大力加强知识产权保护的力度。

第一节 CASHL 文献信息数字化服务的保护现状

1、保护措施

CASHL 文献信息数字化服务基于规范和长期性发展的需要，已经制订了较强的版权保护措施。分别从以下几个方面，做了一些必要的限制性规定。

（1）对馆际互借文献用途的限制：仅可用于个人的学术或科学研究，不得传播。

（2）对馆际互借文献使用对象的限制：只服务于高校和成员单位的研究人员，不为 CASHL 外的对象提供服务。

（3）对馆际互借文献传递内容容量的限制。只可传递单篇的学术论文或图书内容的三分之一。对单一作者一次可传递论文篇数进行了适当限制，同时对学位论文这一类特种文献，也进行了篇数的具体限制等。

（4）用户使用服务的限制。例如针对不同用户给予不同权限，被传递的文献要经过文献传递员的审核、中转等等。

这些限制和努力主要为达到两个目的：（1）使用文献，尽可能控制在“合理使用”的范畴内；（2）有效降低信息服务过程中知识产权侵权的可能性。

2、存在风险

（1）用户的侵权风险较难控制。虽然现在的管理规定，用户接受的文献仅可用于个人学术或科学研究，不得非法传播。但事实上，传播的风险，还是难以控制，一旦侵权案件发生，CASHL 和相关的服务馆都有可能成为共同的责任承担者。

（2）合理使用标准的风险。目前 CASHL 规定的文献传递量，仅仅是基于一种行业性的惯例，没有国家层面或法律层面的特别准确的量化标准，这种未知性的风险，并不因为 CASHL 文献信息数字化服务工作的的发展而减弱和消除，而只能一直是一种潜在的危险。



第二节 CASHL 文献信息数字化服务的合规建议

当然,CASHL 文献数字化服务知识产权风险的防范,仅靠被动地保护显然是不足够的,我们必须采取措施,积极突破现有的或未知的限制,充分利用版权的合理性,同时彰显服务存在的必要性等,以此来降低或化解知识产权风险。

为有效的降低 CASH 文献数字化服务风险,我认为宜在文献传递模式(非营利性服务);降低用户使用风险;著作权的保护时间;著作权的强制许可(授权使用);立法保护等方面进行深入的探讨。

1 坚持公益服务,不以赢利为目的

在文献传递服务中,不管用户提出的文献请求有多模糊,文献获取的难度有多大,都不建议以此作为提高用户服务费用的理由。坚持只收取文献传递工作的成本费,使图书馆文献传递工作一直保持公益的性质。

2 实施普遍的用户版权告知制度

在向用户提供服务的同时,向用户主动普及版权法律知识,以避免成为侵权人或承担侵权的连带责任。例如,对用户要求复制和传递的作品,要特别注意文献中的“版权声明”,凡权利人声明禁止使用或转载的,不得随意复制;对未正式发表的作品,不能随意通过各种方式向公众复制或传播,使其丧失新颖性;对非公有领域作品进行复制和传输,应该向用户说明作品所处的法律保护状态及侵权的可能与责任。例如,告知用户只可以自己使用获取的文献,不得用于出版与在网络上传播等等。

3 充分挖掘公有领域作品

我国著作权法规定,著作权权利人所享受的发表权、复制权、信息网络传播权等权利,实行有期限的保护。公民的作品,其相应权利的保护期限为作者终生及其死后五十年;法人或非法人单位的作品,由法人或非法人单位享有著作权(署名权除外)的职务作品,电影、电视、录像和摄影作品的使用权和获得报酬权的保护期为五十年。对于超过版权保护期的作品,图书馆可以复制后通过网络或其他传递方式提供给用户,而不必再担心侵权问题。需要指出的是,在利用公有领域的作品的时候,要注意尊重作者的署名权等精神权利。

4 充分利用版权法不予保护的作品

这类作品有三类:一是法律、法规、国家机关的决议、决定、命令和其他具有立法、行政、司法性质的文件及其官方正式译文。二是时事新闻。三是通用数据表格和公式。目前,各地公共图书馆积极贯彻国务院颁发的《政府信息公开化条例》,设置政府信息公开查阅场所,并配备相应的设施、设备,为公民、法人或者其他组织获取政府信息提供便利。通过文献传



递服务，把政府信息传送到不到馆的用户手中，更能收到事半功倍的效果。

5 掌握好著作权中合理使用的“度”

合理使用，指版权法规定在某些特定的情况下，虽然作品尚在保护期内，使用他人作品可以不经权利人同意，并不需支付报酬。CASHL 文献信息数字化服务过程中，要严格控制文献的复制和传播的数量。

6 极端情况下，实施法定许可

法定许可使用，是指根据法律的直接规定，以特定的方式使用他人已发表的作品，可以不经著作权人许可，但应支付报酬。在现实生活中，这种方法不宜轻易实施，也很难实施。

7 开展行业版权保护协作

通过国际组织和行业协作，共同解决文献使用过程中的版权问题，在 IFLA 的声明中，就有关于馆际互借服务的倡议及版权保护方案。一方面保护版权人利益，代表版权人向使用者收取作品使用费，然后分配给版权人，并保护作者的人身权利。同时，对用户来讲，也免除了其与权利人分别联系、付酬的麻烦，保证了 CASHL 文献信息数字化服务的合法性和高效性。

8 其它

申请立法。美国《版权法》、《数字千年版权法》中关于馆际互借例外的规定，是美国、英国、欧盟其他各国图书情报工作者积极参与版权立法的结果。CASHL 文献信息数字化服务的各方都有义务和责任，向国家立法部门表明态度或提出建设，争取早日在我国的著作权法中设立馆际互借条款，从根本上解决 CASHL 文献信息数字化服务的知识产权问题。

这些立法，不管是复制权的特殊条款，或者文献传递的相关条例或指南，甚至只是著作权法的原则性规定，都会对 CASHL 文献信息数字化服务的健康发展大有裨益。

参考文献：

- 1、王地 著作权保护与文献信息服务 津图学刊 1999(03):93-97
- 2、贾苹等 国外图书文献机构及文献传递与馆际互借服务 中国信息导报 2007, (12): 14-6, 24
- 3、甘露,肖珑,关志英.面向国内文献提供服务的知识产权解决方案及其实践[J].大学图书馆学报,2011,29(01):5-10.
- 4、一般侵权行为具体的构成要件【EB/OL】【2019-7-1】华律网
<https://www.66law.cn/topic2010/ybqqxwgcyc/31725.shtml>
- 5、周越.图书馆文献传递服务中的版权问题[J].现代情报,2009,29(07):24-26.
- 6、刘可静.知识产权与图书情报工作[J].图书情报工作,2002(12):20-23, 74.



致 谢

自从承担 CASHL 管理中心惠批的《基于 CASHL 文献信息数字化服务的知识产权若干问题研究》课题以来，因为单位和家庭的琐事，只做了一些零星的资料搜集工作，一直无法全身心的投入到项目的研究中来。

可无情的时间仍然快速推进到了 2019 年。年初，基于四月份要在华东师范大学召开项目汇报会，利用业余时间开始了艰难的研究。之所以把研究说成艰难，一是因为自己进入研究状态后才发现，尽管自己有法学出身，但在具体知识产权法律条文和实务的细节分析上，还存在严重的知识储备的不足，二是现有的关于馆际互借知识产权问题的研究，已经有数量不菲的现有研究成果，要想一一读来，压力非常的大。在这种研究的暂时迷途中，我有幸得到了领导、家人、同事等数个方面的帮助，这让我的研究感觉到了一丝轻松。

因此，我想把第一份致谢，送给我的同事姚传义、程蓓两位副馆长，正是他们的指导、帮助和协调，才让我们连续三年拿到了 CASHL 的前瞻性课题，并有机会为山东大学图书馆馆际互借工作的发展出一份力；

我想把我的第二份致谢送给我的妻子薛冰同志，她在承担着莱商银行高强度的法务工作之余，还要在周末或晚上做我的法律问题导师和资料搜集员，为我课题研究的思路开阔起到了指路灯的作用；

第三份感谢送给我年轻的同事李瑛和芮晓晨，她们在我的研究中承担了一些琐碎的文献搜集和数据整理工作，这让我的研究顿时解压不少；

第四份感谢送给我项目组的其它成员，他们在我的研究中，提供研究条件并为研究出谋划策，为我的研究提供了强有力的精神和工作支持。

截止目前，作为项目负责人，我已经于 2015 年、2016 年、2018 年参加了三次 CASHL 前瞻性课题的申报，承 CASHL 管理中心和各位评委老师们不弃，2015、2016 连续两年课题研究得评一等奖，这既是对我们项目组所有成员的一种鼓励，更是一种鞭策。其实，我还想说，在每年的课题研究中，都会无数次的给 CASHL 管理中心的领导和同志们提要求，添麻烦。尽管他们的名字不会出现在课题研究者的名单中，但他们的帮助往往是最直接，也是最无私的。

因此，我想把最后的感谢送给 CASHL 管理中心的领导和同志们，正是你们的帮助和支持，才让我们山东大学图书馆在 CASHL 前瞻性课题的研究上顺风顺水，有所收获！

天佑中华，让我们的祖国一天天变得强大。天佑 CASHL，愿我国振兴人文社会科学的目标早日成为现实！

李修波

2019 年于山东大学