

# 基于使用许可证合约的图书馆数字资源保存 ——法与经济学理论的论证

**作者姓名：**周玲玲

**中文摘要：**出版商与图书馆签订数字资源使用许可证合约时常常排除图书馆对数字资源的保存权。在不影响数字资源的正常使用也无不合理损害著作权人的合法利益的前提下，并且在以任何直接或者间接的经济利益为目的时，促进图书馆对基于使用许可证合约的数字资源保存和法与经济学理论中的公平和效率标准相符，同时也符合了动态有效标准与财富最大化标准。在满足上述前提条件下，图书馆对基于使用许可证合约的数字资源的保存与著作权法所倡导的宗旨与精神是完全一致的。

**中文关键词：**公平、效率、财富最大化、动态效率、数字资源保存

**中图分类号：**

**英文题目：**License-based Digital Preservation in Library—Law and Economics Verification

**作者汉语拼音姓名：**Dr Zhou Lingling

**英文摘要：**Publishers usually do not offer the preservation right when they sign licensing contract of digital resource with libraries. Under the condition that the regular usage of digital resource is guaranteed and the rights of copyright owners are ensured, libraries should be encouraged to preserve license-based digital resource without any commercial intent. Preserving digital resource by libraries is consistent with fairness and efficiency. Meanwhile, it satisfies with wealth maximization and dynamic efficiency, which are essential to the theory of sustainability. Preserving license-based digital resource by libraries is also coherent with the original goal set in copyright legislation in China.

**英文关键词：**fairness, efficiency, wealth maximization, dynamic efficiency, digital preservation

## 1 基于使用许可证合约的图书馆数字资源保存中存在的实践问题

在图书馆数字资源长期保存的实践操作中，存在着一个亟待解决的问题，即基于使用许可证合约的数字资源的保存问题。使用许可证合约是指许可方将其资源或技术等在一定条件

下让渡给被许可方使用，同时由被许可方支付使用费的合约。图书馆作为公共信息中心，通常会通过使用许可证合约从出版商处购买所需资源提供给用户使用。

纸本作品依附于纸张进行出版，纸本作品在购买之后，购买者不仅拥有使用该作品的权利，同时连带拥有该作品所依附的纸张的物权。学术界普遍认为，由于购买者实质上可以对该纸本作品进行保存，纸本作品购买后购买者即获得了作品的使用权又获得了作品的物权。

基于使用许可证合约的数字作品（资源），通常以数字形式通过网络而非纸张传输给图书馆使用，数字作品依附于网络持续性地存在，图书馆在使用过程中并不能像纸本作品一样拥有作品所依附的媒介（即网络）的物权。很多学者认为数字作品拥有其自身的虚拟物权，由此，出版商在出售数字资源时应将其虚拟物权一并卖给图书馆从而让图书馆获得保存数字资源的权利。然而在实践操作中，出版商常常在使用许可证合约中排除图书馆保存数字资源的权利，而仅仅给与图书馆使用数字资源的权利。

这个实践问题不仅仅存在于中国，而且存在于任何一个涉及图书馆数字资源购买使用的国家和地区。买卖双方数字资源保存问题上的意见分歧不仅仅是对彼此信任度的考验，同时也出于以下因素的考虑。

从出版商的角度分析，出版商首先会担心如果允许图书馆自行保存数字资源，是否会潜在地影响其自身的长期经济利益。拥有知识价值的数字资源，其保存版本越少，出版商对数字资源越具有垄断优势，数字资源的升值空间也越大。其次，保存数字资源需要花费大量财力物力，如果出版商能够妥善地保存数字资源并且保证图书馆能持续性地按照合约使用数字资源，出版商会质疑为何图书馆还要大量投入财力物力去自行保存数字资源。再次，如果数字资源已经通过法律存缴进行保存，图书馆无需担心数字资源会因为特殊原因而不能及时获得。

从图书馆的角度分析，图书馆首先会考虑在合约期满后其将不能获得任何数字资源的存档，也无法再次提供用户使用数字资源。出版商通常会在不同地区保存若干份数字资源并且对不同备份的数字资源进行维护以确保数字资源能够准确及时地提供给图书馆。由此，图书馆会因其自身不能拥有保存权而倍感不公正。其次，不是所有数字资源都会被国家统一要求进行法律存缴。如果数字资源并未被纳入法律存缴的范围之内，图书馆就可能在合约期限内由于特殊原因例如不可抗力等被剥夺使用权，延缓对其用户提供数字资源的服务。

由于数字资源的使用是基于使用许可证合约的基础上，法律对于数字资源的购买使用也未做出禁止性的明文规定，对于数字资源虚拟物权的归属与管理，各国的立法大多还处于空白状态。因此，目前图书馆在购买数字资源库时很难通过法律途径要求保存购买所得的数字

资源，只能通过协商与出版商在合约上达成一定程度的保存权利。

## 2 法与经济学理论介绍

法律时常是一种用以解决社会问题的尝试，只有将产生问题的实质原因考虑在内，它才能被人们期待为能够解决问题的法律。<sup>[1]</sup> 在以市场经济为主导的法治时代，基于使用许可证合约的图书馆数字资源保存工作的合理性可以从法与经济学角度进行论证。以下先就法与经济学的基本原理给予简明的介绍。

考证一个原则的实践性价值可以依据法与经济学的两个基本标准，公平 (*fairness*) 与效率 (*efficiency*)。尽管一个社会是以互惠为目标的合作冒险，它同样也被标上了矛盾和利益的印痕。<sup>[2]</sup> 公平标准关注的问题是机构如何应对利益的冲突；效率准则关注的问题是机构如何应对社会的公共利益。公平强调了分配的均匀而效率强调生产的最大化。<sup>[2]</sup>

效率作为财富经济学理论的产物，主要包括两个构成要素，即生产效率 (*productive efficiency*) 和配置效率 (*allocative efficiency*)。生产效率在经济达到生产最大化的运作时产生。<sup>[3]</sup> 被著名经济学家 Coase 教授提倡的配置效率是指市场的状况促成了资源的净利润最大化。在经济领域中，主要存在着四种标准去考证一个行为是否是高效率的行为——帕累托效率 (*Pareto efficiency*)、卡尔多·希克斯改进效率 (*Kaldor-Hicks efficiency*)、财富最大化标准 (*Wealth maximization*) 和动态效率 (*Dynamic efficiency*)。前两种理论是以有用性 (*utility*) 作为衡量法律的效率标准而后两种理论是以财富 (*wealth*) 作为衡量标准。

帕累托效率理论关注一个问题，即是否有可能在改变一种情况时保证至少一个人变得更好并且没有让其他任何人变得更坏。<sup>[4]</sup> 尽管帕累托效率曾一度被誉为“最好的正确的法律”，它在实践中难以实现，因为实践中并不可能发生在不损害减少任何他人利益的前提下增加个别人财政状况的情况。具体而言，帕累托效率主要有两个缺点。首先，如果帕累托效率被严格采用了，它就不可能在现实中实现，因为所有人都会为了保护自己的利益而防范他人的行为。<sup>[5]</sup> 其次，即使帕累托效率最终实现了，它会导致不公平的后果，因为帕累托效率彻底忘记考虑分配的问题。<sup>[5]</sup> 因此，帕累托效率很可能成为人们逃避公平准则的借口。

卡尔多·希克斯改进效率理论注重考证一条规律的变化是否能够让获利者获得的好处多于让失利者受到的损害。<sup>[6]</sup> 与帕累托效率理论相比，卡尔多·希克斯改进效率理论更具有实践可操作性。然而，世界上不存在一种完美的方法去测量一个人的利益标准和价值取向，所以卡尔多·希克斯改进效率理论具有很大的技术操作困难。此外，卡尔多·希克斯改进效率理

论很可能因为牺牲了一方利益而产生道德上的不公正。

相对于帕累托效率理论和卡尔多·希克斯改进效率理论，财富最大化标准和动态效率因其具有较高的实践可行性而更受欢迎。由 Posner 教授提倡的财富最大化标准是以社会财富的最大化作为最终目标。<sup>[6]</sup> 因此，依据该标准，财富而不是有用性成为了衡量法律有效性的标杆。同样的，依据动态效率，一种经济模式如果能够让回报多于投资就可以被认为是动态高效的；如果一项经济模式的投资多于回报那就被视为低效的。<sup>[7]</sup>

财富最大化标准和动态效率将重点放在社会财富的扩大问题上。因此，他们的最终目的可以被理解为促进科学、经济、文化和社会的发展，这与基于使用许可证合约的图书馆数字资源保存问题息息相关。与帕累托效率理论和卡尔多·希克斯改进效率理论相比较，财富最大化标准和动态效率理论在实践中更吸引人，因为它们侧重于财富的增长而不仅仅是有用性问题。因此，通过财富最大化标准和动态效率做出的分析更为客观因而对当今社会更有价值。

### 3 法与经济学原理论证基于使用许可证合约的图书馆数字资源保存的合理性

尽管数字资源虚拟物权的性质认定在各国的立法与司法实践中尚未建立起成熟完善的价值标准，图书馆对于数字资源的保存却刻不容缓。图书馆在基于使用许可证合约购得数字资源的保存问题上不应该继续沉默、沿用“拥有使用权没有保存权”的模式了。

事先存在的权利拥有人常常会阻止一种新生物权，并不是因为权利拥有人自身想利用这种新生物权，而是因为他们担心这种新生权利也许会威胁到他们的直接利益。<sup>[8]</sup> 数字资源的作者和著作权拥有人在通过使用许可证合约将作品出售于他人使用时，由于数字资源的虚拟物权是一种新生权利，作者和著作权拥有人常常会因为虚拟物权的特质不能被法律或者社会所确定而不愿意授予购买者保存权。同时，数字资源的保存是否涉及到虚拟物权的转移，该转移是否会潜在地影响数字资源的著作权并不能被确定。

尚且撇开数字资源虚拟物权的研究，图书馆对于基于使用许可证合约的数字资源的保存权可以通过法与经济学的基本标准和考核标准进行分析论证。依据世界环境与发展委员会对于可持续性做出的定义，可持续性包括两个要素：动态效率(dynamic efficiency)和跨时代的公平(intergenerational equity)。<sup>[9]</sup> 不论是政策、经济模式还是法律，只有在达到回报多于投资并且保持长时间的公平的情况下，才能被认定为是可持续的。上述关于法与经济学的公平与效率标准完全符合世界环境与发展委员会关于可持续发展要素的要求，由此为数字资源长期保存的可持续发展提供了准确的衡量标准。图书馆对于数字资源的保存是否符合法与经济学的公平与效率标准呢？保存是否同时符合法与经济学的具体考核标准呢？

就法与经济学的公平标准而言，图书馆对于数字资源的保存在满足了“不直接或者间接地获取经济利益”的前提时不会导致利益冲突。购买所得数字资源的保存出于多种目的，可能是为了确保数字资源的持续使用以防特殊情况下资源出版商不能够在合约期限内继续提供承诺的资源，也可能是为了学习、研究等原因。目的各种各样并且无法估量，在法律以及司法实践中都不太可能将这些原因一一列入法条或者司法解释，而且这种方法也不具有逻辑性与完善性。笔者认为，如果图书馆的保存不是出于直接或者间接的经济目的，图书馆在保存数字资源的同时并不会直接或者间接地成为出版商的竞争者，因此不会减损出版商的任何经济利益。

就法与经济学的效率标准而言，图书馆对于数字资源的保存在满足了一定前提条件下，能够确保私权同时维护公共利益。如果数字资源的保存不影响作品的正常使用也无不合理的损害著作权人的合法权益，保存就不会对数字资源的著作权和相关权利产生任何威胁，私权得到了有效的保障。在特殊情况例如不可抗力发生时，图书馆对于数字资源的保存能够为用户灵活及时地提供资源服务。由此，社会公共利益得到了稳定的保障，出版商的企业社会责任也得了相应的提升。在不影响出版商直接或者间接经济利益的前提下，出版商没有理由拒绝任何加强其企业社会责任的行为来提高自身的信誉。

其次，图书馆对数字资源的保存也符合了著作权法的核心宗旨。数字资源图书馆在不影响数字资源作品的正常使用并且充分尊重数字资源作者或者著作权拥有人的著作权以及相关权利时，贯彻、确保了著作权法所要求的私权宗旨，即鼓励有益于社会主义精神文明、物质文明建设的作品的创作和传播。购买所得数字资源的保存能够在特殊情况出现时及时启动保障用户对数字资源的持续使用，进一步保证了数字资源的价值。数字资源的稳固持续使用非常有利于促进社会主义文化和科学事业的发展与繁荣，由此也符合了著作权法所要求的公益性宗旨。

由上述分析不难得出，图书馆在购得数字资源进行使用时，在不影响该作品的正常使用也无不合理损害著作权人的合法权益的前提下，如果数字资源图书馆对数字资源的进一步保存不以直接或者间接获得经济利益为目的，图书馆应该获得对数字资源进行保存的权利。“不影响该作品的正常使用也无不合理损害著作权人的合法权益”和“不以直接或者间接获得经济利益”作为《信息网络传播权保护条例》第7条款关于数字资源保存的两个基本要求，应该在基于许可证使用合约的数字资源的保存中得以贯彻。在满足了以上前提条件时，图书馆对于数字资源的保存完全符合法与经济学的公平和效率标准。

从法与经济学的考核标准分析，图书馆对于数字资源的保存及时灵活地确保了图书馆用

用户在数字资源遇到特殊情况无法继续提供时能够不间断地获取、使用数字资源，符合动态效率的要求。图书馆在获得数字资源进行使用时，一旦出现了特殊情况例如不可抗力、导致用户无法持续使用数字资源时，会影响数字资源的继续使用。如果图书馆拥有对数字资源的保存权，图书馆就可以立即采取行动，灵活、及时地继续向用户提供数字资源，数字资源通过提供客户服务得到的回报持续进行，不会因为出版商的服务突然中断而有所减少，这就符合了动态效率的特征。如果图书馆只拥有数字资源的使用权，出现特殊情况出版商无法继续提供数字资源时，即便通过其他数字资源存储点提供数字资源，都会延缓数字资源图书馆向用户提供的服务、导致数字资源的使用变得低效不稳定，也非常不利于数字资源的保存。在这种情况下，数字资源的使用不具有灵活高效性，因此并不符合动态效率的要求。图书馆对于数字资源的保存，不但动态有效地为用户提供了数字资源，同时确保了资源价值的最大化，促进了社会财富的最大化。因此，图书馆对基于使用许可证合约的数字资源的保存也符合法与经济学原理中财富最大化的考核标准。

#### 4. 结语

综上所述，出版商通过使用许可证合约授予图书馆使用数字资源的同时也应当考虑授予图书馆保存数字资源的权利。图书馆保存数字资源的意愿并不应该被数字资源的出版商以及数字资源的著作权拥有人所抗拒。在不影响该作品的正常使用也无不合理损害著作权人的合法权益的前提下，并且在不以任何直接或者间接的经济利益为目的时，促进图书馆对基于使用许可证合约的数字资源保存与法与经济学理论中的公平和效率标准相符，同时也符合了动态有效标准与财富最大化标准。在满足上述前提条件下，图书馆对于数字资源的保存与著作权法所倡导的宗旨与精神是完全一致的。

#### 参考文献

- [1]Hallis F. Corporate Personality: a Study in Jurisprudence [M]. Oxford, 1930. 在这本书中，作者认为公司法人的概念之所以在英国司法领域盛行原因在于虚构理论（the Fiction Theory）已经无法在立法实践中充分地站住脚。
- [2]Heath J. Normative economics [R]. <http://www.chass.utoronto.ca/~jheath/text/table.html>. [2008-08-23].
- [3][http://en.wikipedia.org/wiki/Productive\\_efficiency](http://en.wikipedia.org/wiki/Productive_efficiency). [2008-08-29].
- [4]Cooter R. D. & Ulen T. Law and economics [M] 4<sup>th</sup> ed. Pearson Education, 2004: 17.
- [5]Calabresi G. The pointlessness of *Pareto*: caring cease further [J] *Yale Law Journal*, 1991: 1211.
- [6]Freedman J. Limited liability: large company theory and small firms [J] *Modern Law Review*, 2000, 63: 319.

[7]Phelps S. The golden rule of accumulation: a fable for growth men [J] American Economic Review, 1961, 51: 638-643.

[8]Harold, D. Ownership, Control, and the Firm: the Organization of Economic Activity [M]. Blackwell, 1988: 107-110.

[9] World Commission on Environment and Development, Our Common Future [M]. Oxford University Press, 1987.

**作者简介:** 周玲玲博士, 中国科学院文献情报中心, 知识产权法律馆员, 北京中关村北四环西路 33 号, 100190。