

· 专稿 ·

图书馆业务外包中的著作权

冉从敬 (武汉大学信息管理学院 湖北武汉 430072)

摘要: 图书馆外包与著作权有关的业务主要包括技术支持外包和资源建设外包两个方面。图书馆业务外包涉及信息资源提供方、图书馆、图书馆工作人员、图书馆业务承包商、承包商工作人员等主体类型,涉及许可关系、委托关系、合作关系、职务关系、法人关系等主体关系,涉及法律规定和合同约定的主体权利义务。在分析图书馆业务外包著作权的基础上,本文提出了图书馆应对业务外包中的著作权风险的应对策略。

关键词: 图书馆 业务外包 著作权

中国分类号: D923.4

文献标识码: A

文章编号: 1003-6938(2009)05-0022-07

Research on the Copyright of Library Business Outsourcing

Ran Congjing (Information Management School, Wuhan University, Wuhan, Hubei, 430072)

Abstract: Library outsourcing businesses include technology-sustained outsourcing and resource construction outsourcing that related to copyright. The subjects of legal relations include companies which offer information resources, libraries, staff of libraries, companies which carry on library's business and these companies' staff. Legal relations based on licensing, commission, co-operation and employment. The rights and obligations of subjects mainly come from legal regulations or contractual agreements. Based on the analysis of the copyright of library business outsourcing, the paper puts forward the measures the libraries should adopt.

Key words: library; business outsourcing; copyright

CLC number: D923.4

Document code: A

Article ID: 1003-6938(2009)05-0022-07

图书馆业务外包主要是指图书馆基于契约,将一些非核心的、辅助性的业务外包给外部的专业化厂商,利用他们的专长和优势来提高图书馆的整体效率和竞争力。通过实施业务外包,图书馆可以降低经营成本,弥补自身能力的不足,集中资源发挥自己的核心优势,更好地满足用户需求。积极开展图书馆业务外包,已经成为大势所趋。图书馆涉及著作权的业务外包主要包括技术支持业务外包和资源建设业务外包。

1 图书馆业务外包中的法律关系

技术支持主要包括系统软件和业务网站的委托开发;资源建设主要包括全文数据库和采编数据的委托开发。

从外包业务法律关系的主体分析,基本主体包括图书馆和承包商。但由于业务类型的差异,外包服务的主体并不完全相同。对于系统软件、采编数据业务外包而言,

主体为图书馆和承包商,但对于业务网站、全文数据库而言,则可能涉及提供资源的第三方,因为这些业务可能利用到以作者、出版者和数据库商为代表的资源提供者。所以,对这两项业务,法律关系的基本主体包括资源提供者、图书馆和承包商。

从外包业务法律关系的客体分析,客体可以分为两类,一是资源信息,二是成形产品。其中,“资源信息”是指业务网站外包、全文数据库外包中利用到的资源提供者提供的信息。成形产品分为两部分,一部分是承包商基于资源信息生成的产品,包括数据库、网站;另一部分是承包商直接生成的产品,包括软件、编目数据(库)等。

从外包业务法律关系的内容分析,图书馆必须履行获得外包资源提供者授权的义务,但可以享有使用承包商生成的产品的权利;承包商则可以享有承担外包过程中获得的报酬,但必须履行交付产品给图书馆使用的义务。法律关系的内容受制于两个方面,一是合同的约定;

基金项目:本文系国家社会科学基金资助项目“图书馆知识产权管理方案实证研究”(项目批准号:07BTQ001)研究成果之一。

收稿日期:2009-04-08,责任编辑:魏志鹏

二是法律的规定。在著作权的流转中,合同的约定在不和强制法冲突的情况下,有着优先的效力,这在《著作权法》中关于职务作品、委托作品的著作权归属中有着明确规定^[1]即职务作品和委托作品的著作权归属判定首先得依照合法有效地合同的约定。在合同没有约定,或者合同约定无效的情况下,著作权的归属则判定依照法律的规

定。在涉及到跨国外包的情况下,法律关系主体的权利义务关系涉及到法律的选择和适用(图书馆外包的法律关系见表1)。

由此可见,不同的业务类型会涉及不同的法律关系,而法律关系的不同,又意味着不同的法律风险,并由此需要图书馆不同的应对策略。

表1 图书馆外包的法律关系

图书馆的外包业务		法律关系主体	法律关系客体	法律关系内容	涉外外包业务
技术支持外包	软件外包	图书馆, 承包商	成形产品	基于合同和法律的 权利义务	权利归属、合同争议和 侵权判定中的法律适用
	网站外包	资源提供者, 图书馆, 承包商	信息资源, 成形产品		
资源建设外包	数据库外包	资源提供者, 图书馆, 承包商	信息资源, 成形产品		
	采编外包	图书馆, 承包商	成形产品		

2 图书馆技术支持外包业务中的著作权

图书馆技术支持外包主要包括图书馆系统软件开发的外包和图书馆网站建设的外包。

2.1 图书馆软件开发外包业务中的著作权

依表1所示,图书馆软件外包的法律关系的主体是图书馆与承包商,客体是成形的软件产品,内容是基于合同约定与法律规定的权利义务。对于图书馆的软件外包业务,在图书馆和承包商之间构成委托关系。承包商承接任务以后,在承包商为法人或者非法人组织的时候,承包商又会指派其员工完成相关开发任务,于是又派生出员工与承包商之间新的法律关系(职务或者法人关系)。对于图书馆和承包商之间的委托关系而言,一般由图书馆和承包商订立合同,由图书馆出资,由承包商为图书馆开发。承包商的开发行为可以分为三类:或者独立开发,或者由承包商和图书馆联合开发,或者由承包商部分转委托其他承包商开发。

2.1.1 由承包商独立开发外包软件的著作权分析

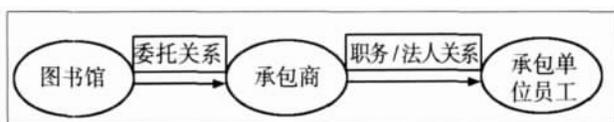


图1 软件开发外包中的承包商独立开发的法律关系

对于图书馆和承包商之间的委托关系(由承包商独立开发外包软件的法律关系见图1)。《著作权法》第十七条规定:“受委托创作的作品,著作权的归属由委托人和受托人通过合同约定。合同未作明确约定或者没有订立合同的,著作权属于受托人。”所以,对于图书馆和承包商之间的软件外包,如果没有合同约定软件的著作权属于

图书馆,则著作权应该属于开发商,尽管图书馆提供了开发资金,参与了辅助工作,但并不能改变软件的著作权归属。合同约定是由承包商独立承担软件开发业务的法律关系中图书馆获得著作权的唯一途径。

承包商承接软件开发任务之后,一般指定其工作人员进行开发。承包商和工作人员之间形成了职务关系,软件就构成职务作品(特殊情况下形成法人作品)。对于职务作品的归属,《著作权法》第十六条规定:“主要是利用法人或者其他组织的物质技术条件创作,并由法人或者其他组织承担责任的工程设计图、产品设计图、地图、计算机软件等职务作品”,其“署名权由作者享有,著作权的其他权利由法人或者其他组织享有”。

承包商工作人员开发的软件,在特殊的情况下,也可能构成法人作品。在我国的著作权法中,法人作品和职务作品的区分在实践上是比较困难的。我国的《著作权法》对于法人作品的规定主要在于法人作品是“代表法人或者其他组织意志创作”,但实际上,职务作品固然体现了雇员自己的创作意志,但是不能说雇员在创作过程完全不受雇主的影响。同样的道理,在法人作品中,单位即使有集体意志,但是它最终还是需要有雇员的意志来体现,进行创作的毕竟是雇员。况且,法人是否有集体意志还是一个有争议的问题。但尽管法人作品和职务作品的认定常常存在争议,但由于法人作品的权利主体属于单位,在软件著作权归属上和其为职务作品是一致的。

因此,如果图书馆和承包商在软件外包的合同中约定著作权属于图书馆所有,则承包商拥有软件的著作权。在承包商和承包单位员工的职务关系中,员工可以获得署名权,而著作权的其他权利仍然由承包商享有。反

之，如果图书馆和承包商在软件外包的合同中约定著作权属于图书馆所有，则约定有效，承包商只能从开发中获得经济收益而不能享有软件的著作权。

2.1.2 由承包商和图书馆联合开发外包软件的著作权分析

在承包商和图书馆的联合开发中由（承包商和图书馆联合开发外包软件的法律关系见图2），图书馆和承包商形成法律上的委托关系和合作关系。对于委托关系，如果图书馆在合同中约定其著作权归图书馆所有，则图书馆享有承包商开发的部分软件的著作权，承包商获得经济收益；同时，图书馆对于自己实际参与的部分也享有著作权，因此图书馆享有整个软件的著作权。



图2 软件开发外包中的承包商和图书馆联合开发的法律关系

如果图书馆没有在合同中约定其著作权归属或者约定著作权属于承包商所有，则承包商对于自己开发的部分软件享有著作权；图书馆对于自己开发的部分软件也享有著作权；由于软件的不可分割性，图书馆和承包商构成了软件的共同著作权人，软件成为合作作品。对于合作作品，《著作权法》第十三条规定：“两人以上合作创作的作品，著作权由合作作者共同享有。合作作品可以分割使用的，作者对各自创作的部分可以单独享有著作权，但行使著作权时不得侵犯合作作品整体的著作权。”《著作权法实施条例》第九条规定：“合作作品不能协商一致，又无正当理由的，任何一方不得阻止他方行使除转让以外的其他权利，但是所得收益应当合理分配给所有合作作者。”^[2]

因此，对于承包商和图书馆联合开发的软件，在没有约定著作权归属或者约定著作权属于承包商所有的情况下，承包商和图书馆对于开发的软件具有共同著作权。因为软件很难分割使用，则以后无论图书馆或者承包商行使除转让以外的其他软件著作权，对方没有正当理由不能阻止，但可以从中获得应得收益。至于承包商、图书馆和他们各自内部员工的职务关系并不影响著作权的归属，都属于单位享有。

2.1.3 承包商部分转委托其他承包商开发外包软件的著作权分析

对于图书馆、承包商之间的委托关系，承包商和承包单位员工的职务关系（承包商部分转委托其他承包商开发外包软件的法律关系见图3），其著作权的归属分析同上，转委托开发的特殊性在于承包商和其他承包商的委托关系。关于转委托，《民法通则》第68条如下：“委托代理人为被代理人的利益需要转托他人代理的，应当事先取得被代理人的同意。事先没有取得被代理人同意的，应当在事后及时告诉被代理人，如果被代理人不同意，由代理人对自己所转托的人的行为负民事责任，但在紧急情况下，为了保护被代理人的利益而转托他人代理的除外。”因此，除了特殊情况，承包商的转委托应该得到图书馆的同意，否则由承包商承担责任。对于著作权而言，承包商和其转托的其他承包商仍然属于委托关系，受制于有关委托作品权利归属的合同约定或者法律规定。^[3]因此，如果图书馆和承包商之间没有就软件的著作权归属进行约定，则软件著作权属于承包商，如果承包商和转委托的承包商之间没有约定，软件的著作权则属于转委托的承包商，依照转委托承包商和其员工的职务关系，则由转委托承包商享有除署名权以外的著作权，其员工享有署名权。反之，通过合同约定的委托关系中外包软件的著作权归属，依照合同的约定。

2.2 图书馆网站制作外包业务中的著作权

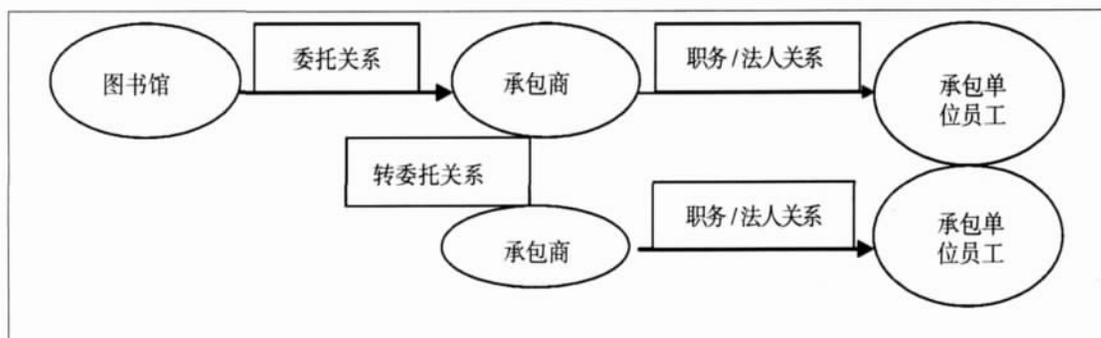


图3 软件开发外包中的承包商和图书馆联合开发的法律关系

图书馆的网站外包和软件外包不同的地方在于,网站中有许多素材不是外包商自己提供的,而是来源于图书馆或者其他的信息提供者。例如,许多图书馆中设置的“最新动态”栏目,里面的新闻动态,是图书馆自己制作的,而图书馆中的某些栏目,例如武大图书馆在主页中设置的“网络课程栏目”,其素材是由院系老师提供,院系老师享有其中单个课程的著作权。

2.2.1 由承包商独立开发外包网站的著作权分析

信息资源提供者和图书馆之间构成了授权许可关系

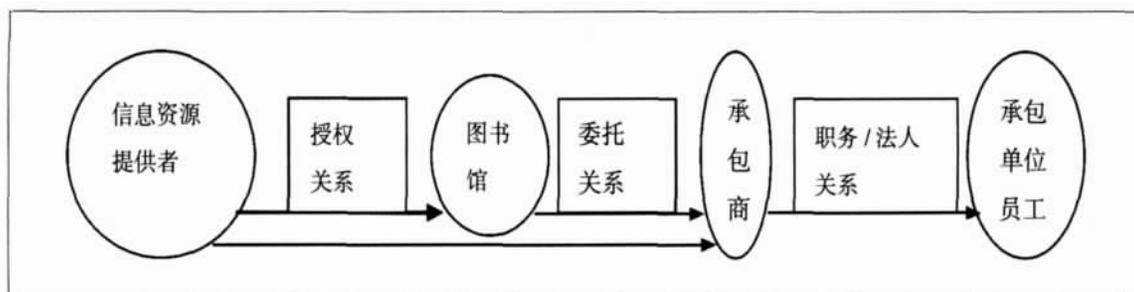


图4 由承包商独立开发外包网站的法律关系

归属按照合同约定,没有合同约定的情况下属于承包商。

在承包商和承包单位员工的职务关系上,开发网站与开发软件是不同的。因为对于软件,认定其为职务作品和法人作品,其著作权归属没有多大区别,著作权主要由单位享有,只是职务作品中,作者仍然享有署名权。而开发网站和开发软件不同,通常情况下,在职务关系中,作为职务作品的软件的著作权常常由开发创作的作者享有,而作为法人作品的软件的著作权常常由单位享有。外包的网站为职务作品还是法人作品常常要视具体情况而定。

在承包单位员工的网站为职务作品的情况下,《著作权法》第十六条规定,职务作品的权利归属,除了特殊情形外,“著作权由作者享有,但法人或者其他组织有权在其业务范围内优先使用。作品完成两年内,未经单位同意,作者不得许可第三人以与单位使用的相同方式使用该作品”。其特殊情形局限在工程设计图、产品设计图、地图、计算机软件等类型,网站并不包括在内。所以,在没有合同就著作权归属作专门约定的情况下,图书馆不享有外包给承包商的网站的著作权,而承包商和员工在没有合同约定著作权归属的情况下,则由其员工享有著作权,但承包商有优先使用权。

在承包单位员工的网站为法人作品的情况下,《著作权法》第十一条:“由法人或者其他组织主持,代表法人或者其他组织意志创作,并由法人或者其他组织承担责任的作品,法人或者其他组织视为作者”,则承包商为法人单位,应该由承包商享有著作权,而且员工并不享有属于

由(承包商独立开发外包网站的法律关系见图4)。网站包含的信息资源类型很多,从著作权的角度,可以分为两类:一类是享有著作权的;一类是不享有著作权的。对于享有著作权的作品,图书馆可以自己提供,也可以由其他信息资源提供者提供。信息资源提供者将信息授权图书馆使用,图书馆在授权范围内将信息资源许可给承包商制作网站;承包商也可以自己从信息资源提供者处获得授权(例如网站中使用他人享有著作权的图片)。

图书馆和承包商之间属于委托关系。网站的著作权

著作权的署名权。

2.2.2 由承包商和图书馆联合开发外包网站的著作权分析

根据上文对委托关系、合作关系、职务关系和法人关系的分析,对于由承包商和图书馆联合开发外包网站由(承包商和图书馆联合开发外包网站的法律关系见图5)的著作权可以做如下分析:(1)图书馆可以和承包商约定网站的著作权归属,如果约定著作权属于图书馆,则图书馆享有外包给承包商的网站的著作权;如果约定著作权属于承包商,承包商也只是享有就其完成的可以分割行使的部分著作权。如果没有约定著作权属于图书馆,则只能由承包商和图书馆就外包的网站共同享有著作权。(2)属于承包商和图书馆享有著作权的部分,如果由相关单位员工创作并构成职务作品的,则相关的著作权转移到了创作的员工,如果构成法人作品,则著作权仍由承包商和图书馆以单位名义享有。

2.2.3 承包商部分转委托其他承包商开发外包网站的著作权分析

对于图书馆、承包商之间的委托关系(承包商部分转委托其他承包商开发外包网站的法律关系见图6),承包商和承包商之间的转委托关系,软件外包和网站外包并没有什么不同。只是在承包单位员工和承包商之间的,如果员工创作的作品属于法人作品,则归属于单位,如果员工创作的作品属于职务作品,则归属于个人,在这一点上,承包商转委托开发网站和转委托开发软件是不同的。

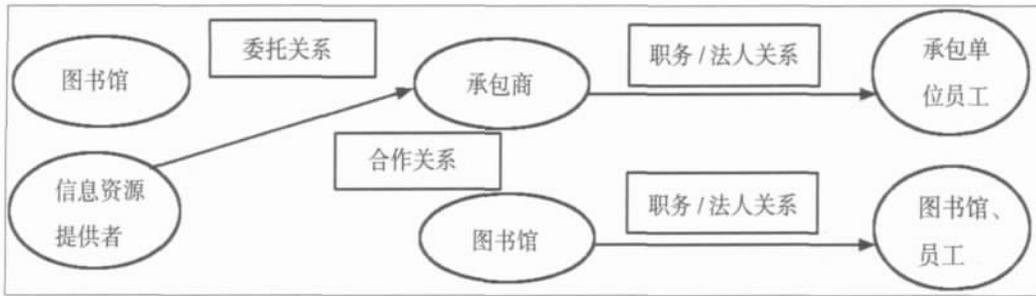


图5 由承包商和图书馆联合开发外包网站的法律关系

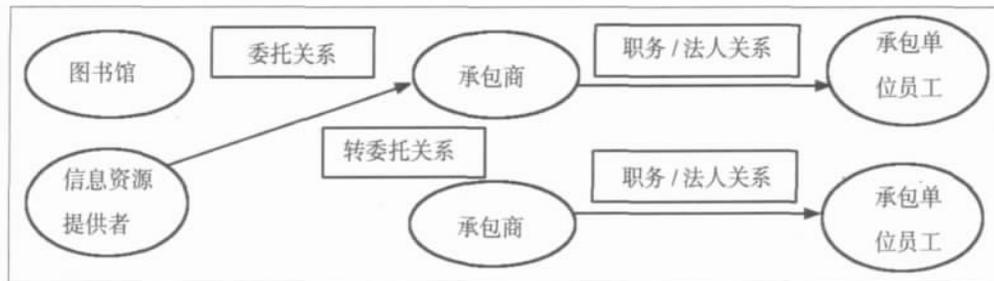


图6 承包商和其他承包商联合开发外包网站的法律关系

3 图书馆资源建设外包业务中的著作权

图书馆的资源建设外包主要分为全文数据库业务外包和采编业务外包。采编业务外包的著作权相对于全文数据库外包要简单得多，主要在于单条的编目数据并不具有著作权，但编目数据的集合由于“选择或者编排”具有独创性而具有了著作权。有关采编业务中合同和法律在主体关系中的影响和全文数据库外包类似，本文不再对采编外包的著作权单独赘述。

全文数据库外包业务按照数据库的内容可以分为公有信息的数据库的外包，可以合理使用的信息的数据库的外包和受版权保护的信息的数据库的外包三种类型，不同类型的信息构成的数据库的外包是不同的。下文以承包商独立开发全文数据库为讨论要点，有关承包商和图书馆联合开发以及承包商部分转委托其他承包商开发中的产权判定可参考上文所述的技术支持外包中的相同情形。

3.1 公有信息数据库外包业务中的著作权

图书馆使用的海量信息中，大部分属于公有信息。所谓社会公有信息是指不受著作权保护（至少丧失了著作权中的财产权），任何人都可以无偿使用的信息。公有信息包括：（1）不适用于著作权保护的作品。例如我国的法律、法规，国有机关的决议、决定、命令和其它具有立法、行政、司法性质的文件，时事新闻，通用表格等；（2）著作权过期资源。著作权中的财产权都有一定的保护期限，其财产权

过期以后，任何人都可以使用，既不必征得著作权人同意，也毋庸交纳任何有关费用，但在使用时不可侵犯作者的署名权、修改权和保护作品完整权等人身权利。（3）部分外国作品。根据《著作权法》第二条规定，外国人、无国籍人的作品受到保护的条件是“依照其作者所属国或者经常居住地国同中国签订的协议或者共同参加的国际条约享有的著作权”或者“作品首先在中国境内出版的”或者“首次在中国参加的国际条约的成员国出版的，或者在成员国和非成员国同时出版”。除此之外的外国作品在我国不受保护，属于图书馆可以利用的公有信息（承包商独立开发的法律关系见图7）。

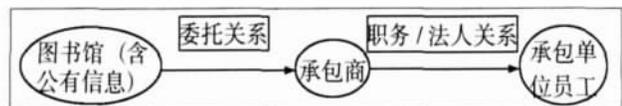


图7 基于公有信息的全文数据库外包的法律关系

该法律关系要考虑三个方面。

第一是该数据库是否具有著作权。因为这部分公有信息具有绝对性，无论对于图书馆还是对于承包商，都是完全公有的。所以，图书馆不需要履行获取授权和支付报酬的义务就可以将该信息提交给承包商使用，承包商也可以直接使用而不需要图书馆提交。承包商做成的数据库，虽然其涵盖的数据是没有著作权的，但根据我国《著作权法》第十四条规定：“汇编若干作品、作品的片段或者不构成作品的数据或者其他材料，对其内容的选择或者编排体现独创性的作品，为汇编作品，其著作权由汇编人

享有,但行使著作权时,不得侵犯原作品的著作权。”因此,由于全文数据库对于所含材料的选择或者在材料关系和数据结构的安排上具有独创性而享有著作权。

第二是图书馆和承包商之间的著作权分割。因为该数据库的著作权来源于对其数据的“选择或安排”,如果图书馆对于数据库的选择和编排进行了设计,外包商只是进行扫描制作,则数据库的著作权只能属于图书馆;如果外包商对于数据库的选择和编排具有独创性,则需进一步考察图书馆和承包商之间的合同,如果合同约定了归属,则按其约定,如果没有约定归属,则属于外包商。

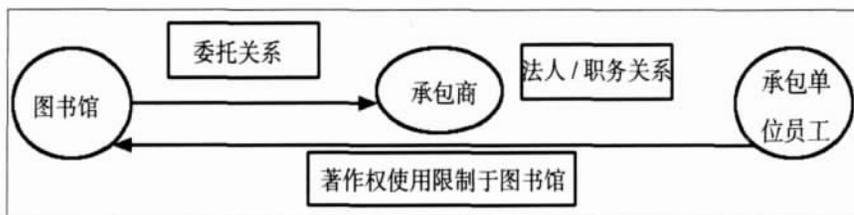


图8 基于合理使用制度的全文数据库外包的法律关系

根据《信息网络传播权保护条例》第七条的规定,图书馆“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者保存版本的需要以数字化形式复制的作品”为合理使用,并进一步规定“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。”^[4]因此,对于馆内文献中符合如上条件的可以进行数字化,制作成数据库,供馆舍内服务对象使用。基于合理使用的数据库外包的特殊性在于数据来源于馆藏,必须符合特殊条件,并且只能在馆内使用。在承包商对于选择或者编排具有独创性贡献,

第三是外包商和员工的关系。全文数据库的生成包括了数据材料的选择、扫描生成数据集、数据关系的定位和描述、系统的生成。员工的创造空间相对软件和网站更小一些,对外包商和图书馆的单位意志的依赖性更大,因此,成为法人作品的可能性更大。如果认定为法人作品,则员工不再享有著作权。

3.2 可以合理使用信息的数据库外包业务的著作权

合理使用制度是著作权法的核心制度之一,是为了平衡在著作权作品生产、使用过程中的各方面利益而采用的一种权利约束机制(法律关系见图8)。

并且没有约定著作权归属的情况下,承包商可以享有著作权,但是承包商对该著作权并不能正常行使,如果要正常行使,必须就其内容中享有著作权的作品全部获得授权并支付报酬。

3.3 受版权保护的信息的数据库的外包

对于图书馆利用版权作品外包给承包商制作数据库,可以由版权人授权图书馆使用这些数据,然后由图书馆委托承包商扫描加工成数据库;也可以由版权人授权承包商使用数据进行加工;还可以由版权人先授权给集体管理组织,然后由集体管理组织授权给图书馆或者承包商(法律关系见图9)。

集体管理组织的介入是图书馆外包制作有版权的全

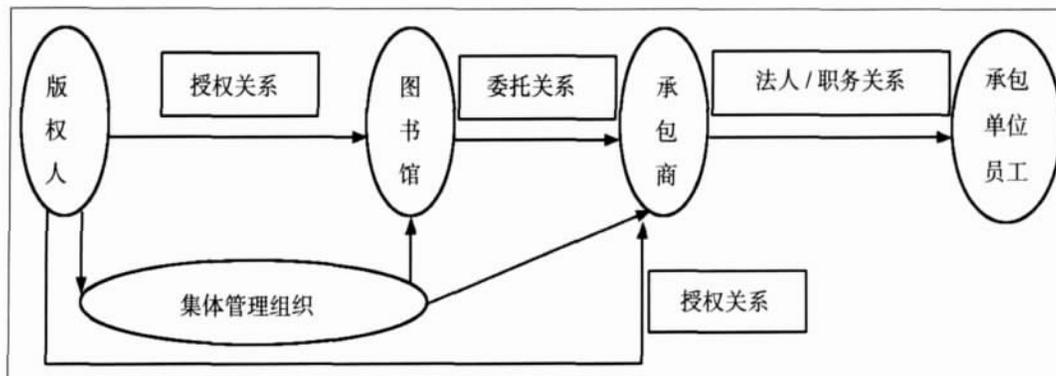


图9 基于受版权保护的信息的全文数据库外包的法律关系

文数据库的有效方式,可以极大的提高图书馆获取授权和支付报酬的效率,但不影响著作权的归属关系。随着外包业务的发展,外包商直接从版权人或者集体管理组织获得授权的情况越多,图书馆常常只需要支付报酬同时

约定数据库的基本收录标准就可以了,如果对数据库的著作权没有特别的约定,数据库的著作权一般属于承包商所有,这种外包方式实际上和图书馆购买承包商的数据库有着是实质的相似性。

4 图书馆涉外外包业务中的著作权风险

涉外外包的著作权判定的难度在于选择合适的法律。著作权法具有地域性，这和普通的民事法律是不同的。著作权地域性是指根据一国法律产生的著作权只在该国范围内有效，在其他国家将得不到承认。从另一个角度讲，即一国只保护根据本国法律产生的著作权，而不保护依他国法律产生的著作权。因此，在判定涉外外包中的

著作权法律关系，首先得解决一个基本的问题，即这种著作权的判定是依照哪个国家或地区（如欧盟，台湾，香港，澳门等，他们虽然不是一个国家，但具有独立的法域）的法律，这就是法律适用。解决了这个问题之后，我们再根据所使用的国家的法律，分析其法律关系，才能得出各个主体之间的权利和义务（图书馆涉外外包业务的法律适用见图 10）。

如图 10 所示，图书馆涉外外包业务的法律适用问题

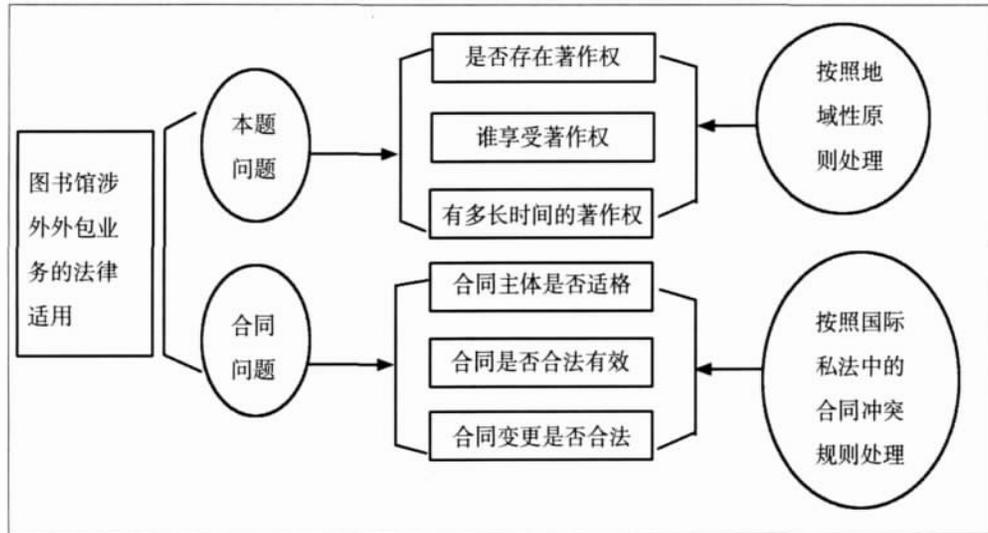


图 10 图书馆涉外外包业务中的法律适用

可以分为本体问题和合同问题。本体问题就是对著作权权利本身提出的问题，例如，作品是否有著作权，著作权由谁享有，著作权有多长的保护期，对这类问题，应该按照著作权法的地域性原则处理，适用被请求保护国家的法律。而对于合同问题，例如合同主体是否适格，合同是否合法有效，合同如何变更等，则应该按照国际私法中有关合同的冲突规则进行处理。

5 图书馆应对业务外包著作权风险的应对策略

综上所述，图书馆的应对策略包括（1）在软件、网站、全文数据库和编目外包中，在不增加太多经费负担的情况下，可以在外包开发合同中约定著作权属于图书馆所有，或者约定更多的著作权权能属于图书馆所有（2）在网站外包和全文数据库外包中，如果应用到有版权的资源，需要得到资源提供者的许可可以减少侵权风险（3）充分应用公有信息和合理使用制度去实施全文数据库的外包业务，可以增加资源总量而降低侵权风险（4）在图书馆和外包商参与联合开发行动中，就网站建设和数据库建设业务，图书馆和员工可以就参与部分形成的著作权的归属进行约定，以减少产权的模糊性；同时，图书馆应该注意到联合开发行动形成的合作作品的权利行使的

法律规则（5）如果存在承包商转委托的情况，图书馆需要仔细审查转委托的合同和转委托中的受托双方对著作权归属的合同约定（6）如果图书馆没有和承包商就著作权进行约定，则需要审查承包商和承包商的员工是否有著作权的约定以及约定的内容（7）在有涉外外包业务中，要判断著作权合同中本体问题和合同问题，在相关争议出现时能够选择相应的法律适用机制。

参考文献：

- [1] 中华人民共和国著作权法(2001 年修正)[EB/OL][2009-7-27].http://www.sipo.gov.cn/sipo2008/zcfg/flfg/bq/fljxzf/200804/t20080403_369368.html.
- [2] 中华人民共和国著作权法实施条例(2002 年)[EB/OL][2009-7-27].http://www.sipo.gov.cn/sipo2008/zcfg/flfg/bq/fljxzf/200804/t20080403_369367.html.
- [3] 中华人民共和国民法通则(1986 年)[EB/OL][2009-7-27].<http://www.people.com.cn/GB/shehui/8217/39932/2944727.html>.
- [4] 信息网络传播权保护条例(2006 年)[EB/OL][2009-7-27].http://www.sipo.gov.cn/sipo2008/zcfg/flfg/bq/fljxzf/200804/t20080403_369366.html.

作者简介：冉从敬(1978-)，男，博士，武汉大学信息管理学院讲师，研究方向：信息制度，信息咨询，知识产权。