

论著作权法中“合法来源抗辩”的正当性及范围

王 迁*

摘 要 《著作权法》中“合法来源抗辩”能否适用于出租行为及对体现作品的商品(作品复制件)照片的网络展示,这与对“合法来源抗辩”的正当性解释有关。“合法来源抗辩”的正当性源于后续发行(转售复制件)的特征,即对他人制作并已首次发行的复制件购入后进行所有权转移的行为,缺乏获得著作权人直接许可的机制;转售者难以查明复制件的制作和首次发行是否合法,且其经营利益来自复制件进价与售价的差额,而非对脱离载体的作品的利用。因此将转售者的注意义务限于从合法渠道购入复制件具有正当性。《著作权法》对不涉及所有权转移的出租行为规定“合法来源抗辩”缺乏正当性,属于立法缺陷。转售者在网络平台中对商品照片的展示,附属于其转售行为,对其可准用“合法来源抗辩”。

关键词 合法来源抗辩 发行权 出租权 注意义务

导 言

《著作权法》第 59 条第 1 款后半句规定:“……复制品的发行者或者视听作品、计算机软件、录音录像制品的复制品的出租者不能证明其发行、出租的复制品有合法来源的,应当承担法律责任。”虽然该条是从正面规定了何种情况下应当承担法律责任,但实际上是为被诉侵权人提供了无需承担责任的依据,即证明复制品的合法来源,因此通常被称为“合法来源抗辩”。〔1〕 尽管该

* 华东政法大学教授。本文系国家社科基金重大项目“媒体融合中的版权理论与运用研究”(项目编号:19ZDA330)的阶段性研究成果。与傅鼎生教授的讨论启发了本文部分观点,谨以此文纪念傅鼎生教授。

〔1〕 例如,《最高人民法院关于知识产权民事诉讼证据的若干规定》第 4 条规定:“被告依法主张合法来源抗辩的,应当举证证明合法取得被诉……复制品的事实,包括合法的购货渠道、合理的价格和直接的供货方等。”

条可从反面解读为“能证明其发行、出租的复制品有合法来源的,不承担法律责任”,但反面解读中的“不承担法律责任”显然是指“不承担赔偿责任”,不能被理解为不承担停止侵害的法律责任。否则,在没有其他法律或司法解释作出特别规定的情况下,侵权人只要证明了合法来源,就可以继续实施侵权行为,这显然与作为绝对权的著作财产权的基本性质相违背。同时,《专利法》和《商标法》在规定“合法来源抗辩”时,用语也均为“(证明合法来源的)不承担赔偿责任”。〔2〕该条规定意味着在针对复制件(《著作权法》除了在第 59 条使用了“复制品”之外,在其他条款中均使用与之同义的“复制件”,下文除引用第 59 条之外,均使用“复制件”)的发行者和出租者提出的侵犯发行权和出租权的诉讼中,只要发行者和出租者能够证明复制件的合法来源,且权利人也无证据证明其知道该复制件为未经许可制作的复制件,发行者和出租者就无需承担赔偿责任。

在司法实务中,“合法来源抗辩”对于诸如书店和音像店等从首次销售者(如出版社)处购入复制件再进行销售的“转售者”而言,具有重要意义。因为图书、音像制品属于作品或录音制品的复制件(为表述的简捷,后文均使用“作品的复制件”或者“复制件”),公开转售图书和音像制品就是“以销售的方式向公众提供作品的复制件”,属于《著作权法》明文规定的发行行为。〔3〕在诉讼中,当涉案图书、音像制品未经著作权人许可而印刷、制作时,转售侵权复制件的书店、音像店只要能够通过提供从正规出版社以正常价格进货的单据等证据,证明涉案图书和音像制品有合法来源,即可免于承担赔偿责任,除非权利人另有证据证明其知道销售的是侵权复制件。

虽然“合法来源抗辩”在 2001 年第一次修改后的《著作权法》中就已存在,但纵观国际版权条约和其他国家的立法,都难觅此项抗辩的踪迹,从而引起了对其正当性的疑问。更为重要的是,“合法来源抗辩”的正当性与其适用范围的解释密切相关。从《著作权法》第 59 条的字面意思看,“合法来源抗辩”既适用于侵犯发行权的行为,也适用于侵犯出租权的行为。但如后文所述,此项抗辩对侵犯出租权行为的适用将与《著作权法》对出租权的规定存在冲突。与此同时,“合法来源抗辩”只能适用于侵犯发行权和出租权的行为,不能适用于侵犯任何其他专有权利的行为。这在司法实务中导致权利人在针对侵权复制件转售者的诉讼中采取了一种策略,即如果涉案侵权复制件为印有美术作品或摄影作品的商品,或该商品本身就是立体美术作品的复制件(以下统称为“含有作品的商品”),转售者在诸如淘宝网等网络平台转售时展示该商品的照片,将不可避免地使公众可以自行选择时间和地点浏览照片中呈现的作品,构成了受信息网络传播权规制的交互式传播行为。此时即使转售者能够举证证明该商品(侵权复制件)有合法来源,从而可对其因转售该商品而侵犯发行权的行为适用“合法来源抗辩”,权利人也会主张转售者未经许可在网络平台上展示该商品照片的行为侵犯其中作品的信息网络传播权。由于“合法来源抗辩”在字面上不能适用于侵犯

〔2〕《专利法》(2020 修正)第 77 条、《商标法》(2019 修正)第 64 条第 2 款。

〔3〕《著作权法》(2020 修正)第 10 条第 1 款第 6 项。

信息网络传播权的行为,转售者虽然无需为侵犯发行权的行为承担赔偿责任,但需要为侵犯信息网络传播权的行为承担赔偿责任。

在引起广泛关注的“招财童子钥匙扣案”中,原告以京剧脸谱为基础创作了“招财童子”系列美术作品,被告则在天猫网中销售相似造型的钥匙扣产品,并在销售页面展示了钥匙扣的照片。由于被告能够证明涉案钥匙扣的合法来源,法院认定被告不为侵犯发行权的行为承担赔偿责任。但法院认为被告“所主张的合法来源抗辩仅适用免除发行权侵权的赔偿责任承担,不能免除其侵害……信息网络传播权赔偿责任的承担。”因此判决被告应为在销售页面展示涉案钥匙扣的照片、导致美术作品可被公众浏览的行为承担侵犯信息网络传播权的赔偿责任。^{〔4〕}

然而,这样的诉讼策略和判决结果引起了困惑。既然转售侵权商品(侵权复制件)都能因转售者证明了商品的合法来源而免于承担赔偿责任,举重以明轻,同一销售者实施的在侵权损害后果上远较此轻微的展示商品照片的行为,为什么就必然导致赔偿责任呢?在与“招财童子钥匙扣案”事实背景类似的“图书照片案”中,被告在拼多多平台上销售涉案图书时展示了该图书的封面,导致封面中的美术作品可以被公众浏览,由此引发美术作品权利人起诉。法院在依被告提供的证据确认了图书的合法来源后,认为被告就其侵犯原告“作品信息网络传播权和发行权的侵权行为均具备法定免赔条件”。^{〔5〕}但该判决又明显超越了《著作权法》为“合法来源抗辩”规定的适用范围。那么,上述两个相互矛盾的判决中,哪一个才是正确的?

笔者认为,合理确定“合法来源抗辩”范围的关键在于澄清《著作权法》规定此项抗辩的正当性。只有明晰“合法来源抗辩”背后的法理依据,才能据此对“合法来源抗辩”的应然范围做出合理解释。本文试对此进行研究,力求通过明晰“合法来源抗辩”的正当性并确定其范围,使之真正发挥维系利益平衡的作用。

一、“合法来源抗辩”的正当性之问

根据《著作权法》第59条第1款的规定,“合法来源抗辩”同时适用于侵犯发行权和侵犯出租权的行为,其中对前者的适用没有任何争议,而对后者的适用无任何司法先例可循,同时还会引起如下文所述的条文之间的冲突。如果发现对侵犯出租权行为适用“合法来源抗辩”完全违反了规定此项抗辩的正当性,则说明立法本身存在问题,需要进行修改。同样,如果发现对于其他特定侵权行为准用此项抗辩完全符合规定此项抗辩的正当性,也不会引起体系上的混

〔4〕 参见沈阳治图文化传媒有限公司与北京张家大院商贸有限公司著作权侵权纠纷案,北京知识产权法院民事判决书,(2021)京73民终3898号。

〔5〕 参见长沙大鱼文化传媒有限公司与沅阳县贤官镇韦顺洋书店侵害作品信息网络传播权纠纷案,湖南省长沙县人民法院民事判决书,(2020)湘0121民初8598号。

乱,则可以考虑对此项抗辩进行准用。然而,现有资料对“合法来源抗辩”适用于侵犯发行权和出租权行为的说明难以令人信服,需要另行探究此项抗辩的正当性。

(一)“过错推定说”的不足

根据立法参与者的解释,“合法来源抗辩”的理由在于:“我国民事法律对侵权责任的规定,以过错责任为归责原则。”但是,“就侵犯著作权引起的纠纷来讲,让原告证明被告主观上有过错就有一定难度,而被告证明自己‘无过错’相对容易,所以在现实生活中侵权人往往以‘无过错’为由逃避法律制裁。”为此,“参照《与贸易有关的知识产权协定》的规定,增加规定了过错推定的制度”。〔6〕

立法参与者提及的“《与贸易有关的知识产权协定》(TRIPs)的规定”显然是指该协定第45条第1款。其内容是“对于故意或有充分理由应知道自己从事侵权活动的侵权人,司法机关有权责令侵权人向权利人支付足以补偿其因知识产权侵权所受损害的赔偿”。该规定是典型的过错责任的体现,且属于义务设定条款,我国作为世界贸易组织成员方必须遵循。这意味着我国必须规定过错侵权人的赔偿责任。因此,参照该条款规定的“合法来源抗辩”体现的当然也是过错责任规则,反映的是“无过错不赔偿”。与此同时,“合法来源抗辩”作为对赔偿请求权的抗辩,必须由提出抗辩者(被诉侵权人)举证证明涉案侵权复制件有合法来源,使法院认定自己是在无过错的情况下实施了侵权行为。如果被诉侵权人举证不能,则应被推定具有过错,其将承担赔偿责任。故参与立法者将“合法来源抗辩”称为“过错推定”。

“合法来源抗辩”确实符合过错责任的原则和以过错推定认定过错的方法,也满足 TRIPs 的要求。然而这还不足以解释为什么“合法来源抗辩”仅适用于侵犯发行权和出租权的行为。过错责任是早期的《民法通则》及后来的《民法典》所规定的基本原则,〔7〕对同属于民事侵权行为的著作权侵权行为当然适用。过错责任的反面表述“无过错不赔偿”以及过错推定的方法对著作权侵权而言具有普适性,为什么“合法来源抗辩”未被设计成适用于侵犯其他专有权利的行为,如侵犯复制权、表演权、放映权、广播权和信息网络传播权的抗辩呢?这种区别对待究竟是出于立法者的疏漏,还是有其合理理由?上文所引述的立法参与者的解释对此并不能提供令人信服的结论。

(二)“历史背景说”的不足

在现有资料中,难以找到立法者将“合法来源抗辩”设计为仅适用于侵犯发行权和出租权行为的原因。笔者臆测,这并非由于立法者特别重视发行权和出租权,而是当时的历史条件使然。“合法来源抗辩”是在2001年修订《著作权法》时首次规定的。当时互联网刚刚兴起,其传播作品的速度和能力与今天相比不可同日而语。对作品的表演、放映和广播等传播行为,都只

〔6〕 黄薇、王雷鸣:《中华人民共和国著作权法导读与释义》,中国民主法制出版社2021年版,第283页。“合法来源抗辩”是于2001年修改《著作权法》时规定的,当时立法参与者对此的解释与上述《导读与释义》基本一致,参见胡康生主编:《中华人民共和国著作权法释义》,法律出版社2001年版,第210—212页。

〔7〕 《民法通则》第106条第2款、《民法典》第1165条。

能使受众在传播者单方决定的时间欣赏作品。如广播电台、电视台播放音乐或电视剧,受众只能根据预先公布的时间表在指定的时间欣赏;而电影院播放电影和音乐会中演奏音乐,还需要受众到预先公布的地点欣赏。这种时间和地点上的限制决定了这些传播方式并不是公众获取作品的主要渠道。与之相比,受众在书店或音像店购买图书或录音录像制品或者在出租店租入后,欣赏的自由度大大增加,可以随时在家中阅读或者播放。因此在当时,作为复制件的图书或录音录像制品的销售(发行)和出租对于作品的欣赏最为重要。那时对著作权人利益造成最大损害的侵权行为也是制作、销售盗版及后续出租盗版,也就是未经许可制作复制件和向公众以销售或出租的方式提供侵权复制件,侵害的是复制权、发行权或出租权。^{〔8〕}因此,虽然理论上著作权法规定的各项专有权利都应当一视同仁地受到平等对待,但基于当时盗版猖獗的现状,立法者将关注的重点放在了复制权、发行权和出租权上就不足为奇了。

《著作权法》第59条第1款的结构也印证了上述观点。虽然“合法来源抗辩”规定在著作权法第59条第1款之中,但它并不是该款的全部内容。该款的开篇与“合法来源抗辩”无关,而是规定了对复制件的出版者、制作者的“过错推定”——“复制品的出版者、制作者不能证明其出版、制作有合法授权的,……应当承担法律责任”。显然,该条款是对侵害复制权和以由此产生的侵权复制件为基础的侵害发行权和出租权的行为进行“过错推定”,关注的是以复制为核心的从复制权到发行权、出租权的全链条侵权行为。

由此可见,立法者将“合法来源抗辩”设计为只适用于侵犯发行权和出租权的行为,可能并不是对侵犯各类专有权利的行为进行全面考察后深思熟虑的结果,而仅是历史的偶然,是受当时技术条件影响的结果。然而,这尚不能说明将对其他专有权利的侵权行为纳入“合法来源抗辩”的范围就必然是错误的。在《著作权法》首次规定“合法来源抗辩”二十余年之后,对著作权人的利益损害最大的行为早已不是未经许可的发行和出租,而是未经许可通过网络提供作品,即侵犯信息网络传播权的行为。如果认为2001年修订《著作权法》时将“合法来源抗辩”的适用范围限于复制件的发行和出租是因为上述特定的历史背景,为什么2020年《著作权法》第三次修订时,不但立法者没有与时俱进,拓展“合法来源抗辩”的适用范围,使之适用于对信息网络传播权等其他专有权利的侵权行为,而且学术界和实务界也并无这样的呼声?这是“历史背景说”难以解释的。

二、“合法来源抗辩”的正当性解释

“历史背景说”虽然不能充分解释为什么“合法来源抗辩”的法定适用范围限于侵犯发

〔8〕 时任国家版权局版权管理司司长的王化鹏曾撰文说明当时实体盗版市场的规模:某音乐专辑磁带,“正版卖了6万盒就开始积压,盗版估计至少卖了100万盒!”王化鹏:“盗版和反盗版”,《中国出版》1994年第8期,第32页。根据2000年的一篇报道,“有些地方,音像市场已经沦为盗版者的天下,种种原因导致正版音像制品根本无法打进大部分地方市场。盗版已成为我国音像业的毒瘤,严重破坏了我国音像业的正常运营”。侯志红:“联手反盗版,唱片十二强”,载《中国消费者报》2000年7月18日,第4版。

行权和出租权的行为,但在当时的特定条件下,立法者也许是在不经意间抓住了对作品复制件的发行有别于以其他形式利用作品的特征,从而正确地将发行行为作为“合法来源抗辩”的适用对象,并排除了“合法来源抗辩”对复制权和传播权的适用。只是由于立法者未能把握“合法来源抗辩”的正当性基础,令人遗憾地错将出租行为也纳入了“合法来源抗辩”的适用范围。

笔者认为,“合法来源抗辩”的正当性,源于在作品的物质载体所有权转让时,对发行权与所有权的关系进行协调的需要,也源于著作权人通常不会针对转售行为(后续发行)进行发行权许可的现实,以及转售者难以查明复制件的制作和首次销售(首次发行)的合法性,同时转售所获的经营利益主要源于物质载体流转产生的增值这一商业规律。

(一) 发行权和所有权的关系需要协调

根据《著作权法》第 59 条的规定,“合法来源抗辩”是指“作品复制件的合法来源抗辩”。其中的“作品复制件”与“作品”当然并非同一概念,后者指作者思想感情的独特表达,如由色彩和线条构成的艺术造型(美术作品),前者则是固定了作品的物质载体,如印有国画的纸张。物质载体除了有生命的人体这一特殊情况,^[9]就是民法中的有体物。作为有体物的复制件属于《民法典》规定的所有权的客体,也是经济学意义上的商品,有在市场中流转的正常需要。市场经营者取得该复制件所有权之后,依《民法典》物权编的规定,可以以转售的方式行使其所有权。与此同时,从著作权法角度观察,复制件又与普通有体物不同,由于其中承载了作品,其著作权人对于面向公众转让复制件所有权的行为,享有加以控制的专有权利。

具体而言,《著作权法》为著作权人规定了“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”,即发行权。因此发行行为就是指转移作为有体物的原件或复制件的所有权,即原件或复制件在市場中的流通。发行权的上述定义是 2001 年修订《著作权法》时加入的,而 1996 年缔约的《世界知识产权组织版权条约》是当时修法的重要参考。该条约在第 6 条将发行权定义为“通过销售或其他所有权转让形式向公众提供其作品原件和复制件的专有权利”;^[10]同时又在关于第 6 条(发行权)和 7 条(出租权)的“议定声明”中清楚地指出,“原件和复制件”专指可投入流通的有体物(tangible object)。^[11]

既然著作权法中作品的复制件同时属于民法中的有体物,具有“作品的物质载体”和“所有权的客体”的双重属性,则在市場上对复制件的首次出售和后续转售必然具有双重意义,那就

[9] 有生命的人体虽然不是民法中的“物”,但并不妨碍其成为著作权法中作品的物质载体。例如,纹身店将美术作品刺在客人身上,即是以有生命的人体为载体固定作品,也属于著作权法意义上的复制行为,形成了复制件(固定了美术作品的人体)。法院也曾认定,将女模特的头发塑造为艺术造型,可以形成固定于物质载体之上的美术作品。参见何某与杭州天蚕文化传播有限公司著作权侵权纠纷案,浙江省杭州市中级人民法院民事判决书,(2011)浙杭知终字第 54 号。

[10] See WIPO Copyright Treaty, Article 6.

[11] See Agreed Statements concerning the WIPO Copyright Treaty, Concerning Articles 6 and 7.

是同时构成《民法典》所称对所有权的行使,即对物的所有权进行处分,^[12]以及《著作权法》所称对复制件的发行。当该复制件的所有权和复制件中作品的著作权并不归属于同一民事主体时,就可能出现所有权与著作权的冲突。

需要强调的是,上述所有权与著作权的冲突,特指所有权与著作权中发行权这一项专有权利的冲突。因为在著作权法规定的所有专有权利之中,只有发行权涉及有体物(原件或复制件)的所有权转移,从而才可能导致其与所有权的冲突。其他专有权利所对应的行为均因不具备涉及有体物所有权转移的特征,并不会引起与所有权的冲突。具体而言,复制权所规制的复制行为是将作品固定于物质载体(有体物)之中,形成作品的复制件,^[13]但并不涉及对复制件自身所有权的转移。换言之,复制权只涉及复制件(有体物)的静态制作,与其动态流转无关。出租权虽然规制提供作品原件或复制件的行为,^[14]但规制的不是其所有权的转移,而是占有的临时改变,与所有权的变动无关。对传播权而言,虽然有时人们也会将“发行”称为一种“传播”,但著作权法中的发行权与传播权泾渭分明。表演权、放映权、广播权和信息网络传播权这些传播权所规制的行为,都是在不移转作品的原件或复制件所有权的前提下,以某种手段使公众获取(欣赏)作品的内容。这就是为什么在表演权、放映权、广播权和信息网络传播权的定义中,相关行为针对的都是“作品”,而不是作品的“原件或复制件”。^[15]因此传播行为并不涉及有体物所有权的转移,不会引起著作权与所有权的冲突。至于改编权等演绎权,其直接针对的是以原作品为基础,在保留其基本表达的情况下产生新作品(演绎作品)的行为,本身并不直接涉及对作品原件或复制件所有权的转移。

由此可见,涉及有体物(原件或复制件)所有权的转移,是发行权的本质特征,这一特征决定了只有发行行为才会同时涉及对有体物所有权的处分行为。与此同时,对复制件面向公众进行的首次所有权转让(首次销售),与后续所有权转让(转售)在著作权法中并不存在行为性质上的区别,都属于受发行权规制的发行行为。换言之,出版社将其印刷的小说书首次公开销售属于发行,书店批量购入后公开销售也是发行。可见,发行权就像一张大网,将所有面向公众销售复制件的行为均覆盖其中。显然,作品的复制件也是市场中需要流通的商品,商品的自由流通是市场经济赖以生存和发展的基石。商品经营者,包括商品转售者的利益应当受到合理的保护。《著作权法》对著作权人发行权的保护,不能演变为对商品流通的过度干涉以及对商品经营者利益不合理的损害,由此产生了在作品复制件所有权转移时,协调发行权和所有权这两类权利关系的需要。这是“合法来源抗辩”正当性的重要基础。

(二) 缺乏对转售行为的许可

既然发行权是著作权人享有的一项重要专有权利,他人要对作品的复制件实施发行行为,

[12] 《民法典》第 240 条。

[13] 《著作权法》(2020 修正)第 10 条第 1 款第 5 项。

[14] 《著作权法》(2020 修正)第 10 条第 1 款第 7 项。

[15] 《著作权法》(2020 修正)第 10 条第 1 款第 9 项至第 12 项。

即面向公众出售或赠与,理应获得著作权人的许可。然而,纵观专有权利行使的现实状况和司法实践,可以发现发行权与其他专有权利的行使相比,其突出的特征在于:对发行权的许可基本与复制权的许可同时进行,因此通常只针对首次发行(首次销售),极少针对后续发行(转售)。

以出版社出版图书和书店销售图书为例,依《著作权法》第63条的规定,“出版,指作品的复制、发行”。由于单纯的复制不会被认为是“出版”,该条中的“复制”和“发行”显然为“且”的关系。出版社当然需要与作者签订出版合同,获得作者对复制权和发行权的许可,^[16]这正是因为出版社实施的行为既有复制,也就是将文字作品、美术作品等以印刷的方式固定在纸张上成作品的复制件(图书),又有对其制作的特定复制件(图书)的首次发行。著作权人对两个完全没有联系的民事主体分别许可复制权和(首次)发行权的情形极为罕见。换言之,发行权很少被单独许可,这与传播权经常被单独许可的情况形成了鲜明对比。书店从出版社购入图书后销售(转售),当然是“以出售方式向公众提供作品的复制件”,仍然属于发行行为,但似乎从未发生过作者与书店签订合同,许可其对复制件进行发行的事例。至于二手书书店或读者出售二手书的发行行为,则更不可能存在发行权的许可。不但后续发行行为的实施者不会寻求著作权人的许可,著作权人大概也极少想到向其发放许可。

可能有观点会对此进行反驳,认为上述实例只能说明“发行权用尽”的效果,不能说明发行权的行使只针对首次发行而非后续发行(转售)。但该反驳是不能成立的。“发行权用尽”是指作品的原件或特定复制件经著作权人许可或依法律规定首次向公众出售或赠与之后,权利人就无权控制该原件或特定复制件所有权的再次转让了,即合法获得该作品原件或特定复制件所有权的人有权不经著作权人同意将其转售或赠与。^[17]因此,只要书店从出版社批量购入的图书为正版,即图书(复制件)的首次所有权转让是合法的,针对该批特定图书的发行权已不复存在,书店向公众出售(转售),即对同一批图书再次进行所有权转让当然无需经过作者许可,正版二手书的销售也是如此。但“发行权用尽”以作品原件或复制件的首次所有权转让合法进行为前提。如果该前提不存在,就无所谓“发行权用尽”。例如,对于出版社未经作者许可出版的图书(即未经许可制作和首次发行的作品复制件),针对该批特定图书的发行权并未“用

[16] 《著作权法》(2020修正)第32条规定:“图书出版者对著作权人交付出版的作品,按照合同约定享有的专有出版权受法律保护,他人不得出版该作品。”此处的“专有出版权”是“按照合同约定”产生的,实质上就是作者向出版者发放的复制权和发行权的专有许可。

[17] 我国《著作权法》并未像多数国家的著作权法那样明文规定“发行权用尽”,但其属于著作权法中的基本原理,因此法院在司法实践中予以承认和适用。如在郑某诉上海山钧实业有限公司著作权侵权纠纷案中,法院指出“作品原件和经授权合法制作的作品复制件经著作权人许可,首次向公众销售和赠与后,著作权人就无权控制该特定原件或复制件的再次流转。也就是说,合法获得作品原件或复制件所有权的人可以不经著作权人许可将其再次出售或赠与”。上海山钧实业有限公司、郑某与上海吉量软件科技有限公司著作权侵权纠纷案,上海市高级人民法院民事判决书,(2008)沪高民三(知)终字第26号。

尽”，书店批量购入后的销售行为构成对发行权的侵犯。^{〔18〕}上述反驳观点实际上是认为，对发行权可以就原件和特定复制件的后续发行(转售)进行许可。

然而，后续发行(转售)可因首次发行未获许可而侵害发行权，且著作权人可在针对转售者的诉讼中胜诉甚至获得赔偿(“合法来源抗辩”成立时除外)，并不意味着转售者就会向著作权人寻求发行权的许可，或者著作权人向转售者发放许可。在此类诉讼中，著作权人几乎无一例外地以转售者停止侵权和赔偿损失为最终目标，而不是以诉讼为手段，以诉讼促进对转售的许可(所谓“以诉促谈”)。即使案件以和解结案，双方协商的通常也仅是侵权损害赔偿的数额，而很少协商未来的许可条件。

这种情形与传播权的许可及相关侵权诉讼的情况完全不同。对于受传播权规制的传播行为，除法定例外情形，都必须经过著作权人许可，不会因著作权人已经许可对作品以特定方式进行首次传播，他人就可以不经许可以相同方式进行再次传播。以信息网络传播权为例，著作权人许可对其电影在某视频网站提供点播，并不意味着其他视频网站此后就可擅自对同一电影提供点播。与此同时，著作权人发现未经许可的传播行为时，往往会与传播者就未来传播行为的许可进行协商。许多针对传播权的侵权诉讼，也有“以诉促谈”的目的。换言之，对于传播权而言，其作为专有权利所具有的许可权能(许可他人实施传播行为)无论对于首次传播还是再次传播都发挥着重要作用。但对于发行权而言，其许可权能似乎就只针对首次发行，对于后续发行，即转售行为，发行权中的许可权能极少发挥作用，而无论首次发行是否合法进行。^{〔19〕}因此在现实中，发行权的主要作用在于阻止侵权复制件在市场上的流转(后续转售)，即发行权中的禁止权能的作用大于许可权能的作用。

笔者认为，发行权在许可方面的特殊性，是发行权涉及有体物所有权转移的基本特征所带来的。对于与有体物所有权转移无关的传播权而言，许可的对象是传播作品本身的行为，也就是将作品从其物质载体(作为有体物的原件或复制件)中抽离出来进行单独利用。例如，电影院要放映一部电影，虽然往往需要先取出电影胶片(电影作品的复制件)置于放映设备之中，但向公众放映的是胶片中的电影本身，不会导致胶片(有体物)所有权的变动。因此，对传播权的许可是纯粹的著作权许可，每一次传播行为当然原则上都应获得著作权人的许可。然而，作品的复制件是有体物，是所有权的客体，发行行为是对有体物所有权的处分行为。著作权人对发行权的许可必然也与所有权变动有关。对于经著作权人对首次发行的许可、所有权已发生转移的特定复制件，其中的发行权已经“用尽”，著作权人丧失了以禁止权能为基础的许可权能，

〔18〕 例如，在傅某诉无锡当当网信息技术有限公司等侵害著作权纠纷一案中，“当当网”销售的《傅雷家书》是某出版社未经(汇编作品)著作权人许可出版的，法院认定“当当网”经营者的行为侵害了发行权。参见傅某与无锡当当网信息技术有限公司等侵害著作权纠纷案，江苏省无锡市高新技术产业开发区人民法院民事判决书，(2015)新知民初字第0016号、江苏省无锡市中级人民法院民事判决书，(2015)锡知民终字第0039号。

〔19〕 在某些情况下，著作权人可能会因区分市场区域的需要，指定在特定区域由特定分销商对复制件进行销售，此时可能出现对分销商单独发放发行权的许可，但这毕竟是特殊情形，不具有普遍性。

这自不待言。然而对于在未经著作权人许可的情况下已发生所有权转移的特定复制件,虽然对其面向公众再次进行所有权转移的行为仍然受发行权的规制,但由于对发行权的许可也意味着允许对该复制件的转售,著作权人必须考虑该复制件本身的物理状况,包括复制件的制作质量,而这是著作权人在许可传播权时完全无需关注的问题。获得著作权人许可而制作复制件并对由此形成的复制件进行首次销售的民事主体,通常为出版社等专业的复制件制作和发行机构,其制作并销售的复制件在质量上与未经著作权人许可而制作并销售的复制件往往存在相当大的差距。可以想见,对于通常粗制滥造的盗版图书、音像制品和动漫玩偶,即使转售者主动向著作权人寻求发行权的许可,著作权人也不会给予许可。这一方面是出于维系良好声誉的考虑,另一方面也是为了避免因商品(复制件)质量低劣而引发将著作权人牵扯其中的纠纷。这也就解释了为什么对发行权的许可几乎总是伴随着对复制权的许可。从市场的角度来看,发行本质上是对有形商品的交易,涉及商品本身的物理属性和品质。著作权人通常希望复制件的制作者和首次销售者(首次发行者)为同一民事主体,以从源头确保复制件的质量。由此可见,对复制件的转售行为进行发行权许可的可能性微乎其微。

(三)转售者的注意义务应符合商品流通的经济规律

从市场角度观察,向公众提供的作品复制件是有形商品。复制件的制作就是商品的制造,复制件面向公众的首次销售和此后的转售,就是商品在市场中的流通。既然对复制件的发行也是商品流通,而不像放映、表演、广播和交互式传播那样是对脱离了物质载体的作品进行单独利用。对发行权的保护和为转售者设定的注意义务就必须遵循商品流通的经济规律。将制作复制件并进行首次发行(首次销售)的行为与后续发行(转售)行为进行对比,就能清楚地发现商品流通的经济规律对两类行为实施者注意义务的巨大影响。

如上文所述,由于对发行权的许可通常都与对复制权的许可相伴而生,因此特定复制件的首次发行者(首次销售者)通常也是该复制件的制作者,或至少与其有密切的合作关系。其所获取的许可,当然首先是对复制的许可。此项许可的内容就是将作品固定于新的物质载体(有体物)之中,从而形成作品复制件。因此对复制权的许可针对的是脱离了作品原有物质载体的作品本身,而不是固定了作品的复制件。例如,作家许可出版社出版其小说,往往会将书稿(写有小说的纸张集合)或存有小说的移动存储器,即已经形成的作品复制件交给出版社。出版社对此要实施的行为,当然是从原有复制件中提取作品(小说),再将其印刷至新的纸张上,从而制作新的作品复制件。既然对复制权的许可并不指向固定了作品的原有复制件,而是作品本身,其实质与对传播权的许可一样,都是单纯的著作权许可,与针对有体物的所有权没有关系,因此不可能类比为协调发行权和所有权之间关系而规定的“发行权用尽”,规定所谓“复制权用尽”。这就意味着除非属于法定例外情形,每一次对作品的复制都需要经过著作权人许可。被许可人在获取许可时,必须对许可的合法性负有注意义务,也就是以与其身份、业务范围和职业要求相适应的水准,审核向其进行复制权许可的人,是否确实具有许可的权利。

《著作权法》第59条第1款前半部分规定:“复制品的出版者、制作者不能证明其出版、制

作有合法授权的,……应当承担法律责任。”其强调的正是复制件制作者注意义务的对象是“授权”(许可)本身的合法性。该句中提及的“出版者”虽然也实施了发行行为,但该发行显然为对其制作的复制件的首次发行(首次销售),著作权人是同时对其进行复制权和发行权的许可。由于该条后半句专门针对“复制品的发行者”规定了“合法来源抗辩”,因此前半句所述的“复制品的出版者……不能证明其出版……有合法授权”,当然不是仅针对发行权的“合法授权”,而是同时针对复制权和发行权的“合法授权”。此时对发行权的许可从属于对复制权的许可,只要对复制权的许可是合法的,对发行权的许可也是合法的。因此《著作权法》第59条第1款的前半部分可以被称为“(复制权)合法授权抗辩”——只有授权(许可)本身在理性人看来是合法的,复制件的制作者和首次发行者才能进行抗辩。

如果复制件的制作者查明了向其进行复制权许可的人就是原始权利人,且其不知道,也没有合理的理由知道此前原始权利人已经将其复制权转让给他人或者已经在相同的时间、地域范围内以相同的条件发放过复制权的专有许可,则被许可人就对授权(许可)本身的合法性尽到了合理注意义务。如果因为原始权利人隐瞒了其此前已对复制权进行了转让或专有许可的事实,导致复制件的制作者被他人(复制权的受让人或专有许可的被许可人)追究侵权责任,其就可以进行“(复制权)合法授权抗辩”。^[20]但是,如果向其进行许可的人明显不是原始权利人,被许可人就必须核实许可链条中的每一个环节,也就是查明向其进行复制权许可的人,是否已基于从原始权利人受让权利等事实,有权向其进行许可。此处需要强调的是,“(复制权)合法授权抗辩”的成立,不仅仅是要求被许可人考察向其进行许可的人是否在形式上具备进行许可的经营资质,比如其是否为专业的版权代理机构,甚至是否为集体管理组织,而是要审核对特定作品的复制权许可是否合法,也就是否形成了完整的许可链条且有相应的证据予以佐证。这就对被许可人的注意义务提出了较高的要求,被许可人只要对许可链条上任何一环在审核上存在疏漏,就会被认定为有过错,从而无法主张“(复制权)合法授权抗辩”,而应承担赔偿责任。

例如,在“陈某诉中影公司等侵犯著作权纠纷案”中,电影《九层妖塔》的联合出品方向中国音乐著作权协会(简称“音著协”)申请在电影中使用音乐作品《迟到》。音著协认为该音乐作品的版权由环球音乐出版公司管理,经与后者确认并取得许可后,音著协发放了在电影中使用该音乐作品的许可。此后《迟到》的作者陈某起诉电影的各联合出品方侵犯其著作权。法院查明环球音乐出版公司无权对该音乐作品在电影中的使用进行许可,而作为联合出品方之一的被许可人“应对电影中使用他人作品的来源进行审慎审查”,因此认定电影的各联合出品方侵害

[20] 例如,在涉及作者重复授权引发的纠纷中,作者李某先将其作品的专有出版权许可给王某,又将同一作品的专有出版权许可给学林出版社。法院认定学林出版社的侵权行为没有过错,不承担赔偿责任。参见李某与王某专有出版权侵权纠纷案,上海市高级人民法院民事判决书,(2004)沪高民三(知)终字第60号。

复制权等专有权利,并应承担赔偿责任。〔21〕

由此可见,对于不涉及商品(有体物)市场流通的著作财产权许可,被许可人注意义务的对象,不是作为作品物质载体的商品是否来源于有资质的商品经营者,而是权利许可本身的合法性。因此《著作权法》第 59 条第 1 款的前半部分“(复制权)合法授权抗辩”虽然只针对“出版”(复制+首次发行)和“制作”(复制)取得许可的情形,但其原理可以适用于除后续发行(转售)之外以受著作财产权规制的方式利用作品的行为,因为其他著作财产权都不涉及商品在市场上的流通(有体物所有权的转移)。《著作权法》第 59 条第 2 款规定:“在诉讼程序中,被诉侵权人主张其不承担侵权责任的,应当提供证据证明已经取得权利人的许可……”这实际上是以另一种表述形式,将“(复制权)合法授权抗辩”拓展到了其他著作财产权。当然,由于第 59 条第 1 款后半句特别规定了“合法来源抗辩”,第 59 条第 2 款的规定实际上并不针对作品复制件的后续发行(转售)。

与对复制权等其他著作财产权的被许可人应当审核权利许可本身合法性的要求形成鲜明对比的是,单纯的复制件发行者(商品的转售者),通常不会,也不可能直接获得发行权的许可。如上文所述,这不仅是因为对于经合法制作和首次销售的复制件而言,其转售者基于“发行权用尽”根本就不需要获得发行权的许可,而且对于未经许可而制作和首次销售的复制件而言,著作权人也几乎不可能越过复制件的制作者和首次销售者,向转售者进行发行权的许可。既然连形式意义上向转售者的许可都没有,转售者又怎么可能去注意该“许可”的合法性呢?

那么,能否要求转售者审核向其提供复制件的人是否取得了发行权的合法许可呢?对此需要指出的是,作为商品的复制件在市场上的流转,可能经过了供应链上的多个环节,转售者的上家自己也很有可能是转售者,其也不可能直接获取著作权人对发行权的许可。因此,要求转售者审核同为转售者的上家是否取得了发行权的合法许可并无意义。与此同时,即使特定转售者的上家就是复制件的制作者和首次销售者,要求该转售者审核其是否取得了制作和发行复制件的合法许可也是不合理与不现实的。

首先,如上文所述,声称自己有权进行许可的人(形式意义上的权利人)与复制件的制作者和首次发行者是权利许可关系,因此后者的注意义务在于该许可的合法性,即许可人是否有权给予该许可,以使自己的复制和首次发行具有合法性。与之截然不同,商品(复制件)转售者与其上家(即该商品的供货方)之间并不是权利许可的关系,而是商品买卖关系。即使对于图书、电影 DVD 和动漫玩偶这些主要体现作品的商品而言,复制件的制作者和首次发行者与其下家之间形成的也不是著作权许可合同,而是商品买卖合同,也就是前者作为出卖人转移标

〔21〕 参见陈晓因与北京环球艺动影业有限公司等著作权侵权纠纷案,一审判决参见北京市朝阳区人民法院民事判决书,(2017)京 0105 民初 65990 号,二审判决参见北京知识产权法院民事判决书,(2018)京 73 民终 1520 号。

的物(作品的复制件)的所有权于作为买受人的后者,由买受人支付价款的合同。〔22〕

与此同时,转售者与购买者之间形成的仍然是商品买卖关系。由于商品自由流通是市场经济赖以存在的基石,《民法典》物权编保障所有权人对商品(有体物)的所有权进行处分的权利。除非存在对商品自由流通进行限制的正当理由(如毒品、淫秽物品和内容违法的书籍不得在市场上交易),否则就不应加以干涉。法律不能要求商品(复制件)的转售者审核商品的制造者和首次销售者(复制件的制作者和首次发行者)是否取得了复制权和发行权的许可,否则任何体现作品的商品的转售者都必须查看商品制造者和首次销售者与著作权人所订许可合同的原件,如果转售者未能做到这一点,则商品制造者和首次销售者在获得许可方面的瑕疵就必然导致转售者因基于过错侵犯发行权而承担赔偿责任。这对于商品的转售者而言是过于苛刻的要求,对于商品的自由流通形成了不合理的干涉。

可能有观点认为,对于图书、电影 DVD 和动漫玩偶这些主要体现作品的商品,要求转售者在与上家订立买卖合同时审核制造者和首次销售者是否获得了合法许可并不为过。因为诸如新华书店等商品经营者具有较强的审核能力。然而,法律规则一旦确立,必须具有普适性,而不能仅适用于特例。一旦规定商品转售者(复制件的后续发行者)有义务审核该复制件的制作者和首次发行是否获得了合法许可,则无论销售链条有多长,复制件经过了几次转售,也无论最后的转售者是否具有较高的专业判断水准,都必须追根溯源,去审核与之没有买卖合同关系的该复制件的制作和首次发行者与著作权人之间的许可合同。这当然是不可能、也是不合理的。

与此同时,商品流通的经济规律也决定了转售者获取经营利益的方式与首次销售者以及作品的传播者并不相同,这同样会影响对转售者注意义务的设定。对于单纯的作品传播者,如电影院和小说网站而言,其与作品有关的经营利益直接来源于对脱离物质载体的作品自身的利用。如电影院的消费者是为欣赏电影而买票,小说网站的用户是为阅读小说而付费。再如,播放背景音乐的经营场所如餐厅和商场虽然不会为音乐而单独收费,但在其他条件相同的情况下,对音乐的播放通常也会使更多的消费者入场,为经营者带来更多的收入。对于复制件的制作者和首次发行者而言,虽然其销售的是其制作的作品复制件(商品),而不是单纯利用脱离了物质载体的作品本身,但其经营利益直接来源于因作品被固定于物质载体之上而形成的增值。以图书为例,虽然纸张、油墨、排版、印刷与装订等物质或劳动都是图书的成本,但从成本到售价之间的增值,有相当一部分是由作品的价值带来的。更为重要的是,由于著作权法对作品进行保护,他人对作品的利用应当获得著作权人对著作财产权的许可,从而形成了对特定作品在许可方面的相对稀缺性。非专有被许可人面临的竞争,仅来源于其他非专有被许可人,而不是市场上所有有能力和资质制作复制件的经营者的;对于专有被许可人而言,则成为在许可合同约定的时间和地域范围内唯一可以对作品以约定的方式进行利用的人。由此,复制件的制作者和首次发行者获得了较强的定价权,具有充分利用这种稀缺性决定复制件首次发行价格

〔22〕 《民法典》第 595 条。

的较大空间。正是由于其经营利益直接来源于单纯的权利许可本身,其注意义务自然也应对该权利许可的合法性。

复制件(商品)后续发行者(转售者)获取经营利益的方式与之完全不同。其转售的对象是已经由他人制作完成并投放市场的复制件,转售行为不是对脱离物质载体的作品自身的利用,而是转移固定了作品的有体物(复制件)的所有权。且该复制件的初始价格也已确定,其转售的经营利益来源是作为商品的复制件转售价格与进货价格之差。该价格差与该商品是受著作权法保护的作品的复制件,还是不包含作品或其中作品的著作权保护期已届满的其他商品,通常并无关系。可以想见,一本《红楼梦》的图书,与同一出版社出版的相同字数、页数的当代作家的图书相比,虽然后者固定了受著作权法保护的作品而前者中的作品已过保护期,因此后者的定价通常会高于前者的定价,但书店在以较低的批发价购入上述两本图书,以较高的零售价卖出后,其利润率通常是大致相当的。^[23]这是因为商品在供应链中产生价格提升是正常现象。从该市场规律,结合著作权人不会对转售者进行发行权许可的现实,可以发现转售者的经营利益并非源于(也不可能源于)著作权人对转售者的许可,也不是源于作品被固定于物质载体之上而形成的增值,因为该增值是在制作复制件和首次发行时就已实现了。既然如此,对转售者注意义务的要求就不可能等同于对作品传播者以及复制件制作者和首次发行者的要求,即不能将转售者的义务设定为对权利许可进行合法性审核,以确认其转售的复制件的制作和首次发行经过了合法许可。否则,既与权利许可的现实不符,也违反市场规律。

既然如此,为了保护著作权人的利益而施加给转售者的注意义务,只能是依理性人的标准识别显而易见的侵权复制件、防止其在市场上流通的义务。履行该注意义务的方式,当然不是追溯到供应链的最上游,审核复制件的制作者和首次发行者与著作权人订立的许可合同原件或审核能够证明许可人有权进行许可的其他文件,而是从合法渠道购入复制件。换言之,只要转售者能证明进货的来源,即作为其直接上家的供货商具有相应的经营资质或根据市场情况和商业惯例能被认为是此类商品(复制件)的合法提供者,转售者就应当被推定为尽到了合理注意义务,即其不知道相关复制件是未经许可制作和首次发行的,除非依个案中的特殊情况或证据能够推翻这一推定。这就解释了为什么《著作权法》第59条第1款是“合法来源抗辩”而不是“合法授权抗辩”,其中的“合法来源”并不是指许可的合法来源,也就是有权许可的人给予了许可,而是“复制件有合法来源”,也就是进货渠道的合法性。

由此可见,对于复制件的后续发行(转售)行为规定“合法来源抗辩”的正当性,源于该行为在著作权法专有权利规制的各项行为中独一无二的特征——对他人制作并已首次发行的复制件购入后进行所有权转移,对此几乎不存在著作权人的直接许可。转售者是通过进价与售价的差额,而非通过获取作品著作权许可而产生的增值获取经营利益。与该商业现实相适应,同时也为了避免著作权中的发行权对有体物(复制件)所有权转移,即商品自由流通的不当干涉,

[23] 多家出版机构均向笔者证实了文中的说法。

法律不能将转售者的注意义务设定为审核在商品供应链源头取得的复制权和发行权的许可，而只能限于确保从合法渠道购入复制件。

三、“合法来源抗辩”的适用与准用范围

上文对“合法来源抗辩”正当性的分析有助于合理确定该项抗辩的适用范围。也就是要判断对某一侵权行为援引该项抗辩，是否符合使该项抗辩具备正当性的理由。如果回答是肯定的，则“合法来源抗辩”应当用于免除与该特定侵权行为相应的赔偿责任，反之就不能用于免除赔偿责任。如果法律的字面规定与此不同，就应当对法律进行修改或做出适当解释。根据这一思路，对单纯侵犯复制权和各项传播权的行为，当然不能援引“合法来源抗辩”，对此并无争议。这不仅是因为与法律规定不符，更是因为这些行为不涉及复制件（有体物）所有权的转移，且行为人利用的是脱离了载体的作品本身，其经营利益来源于对作品本身的利用，完全可以获得相应专有权利的许可，同时行为人的注意义务指向许可（而非复制件来源）的合法性。然而，“合法来源抗辩”是否应当适用于侵犯出租权的行为以及转售者在网络平台展示商品（美术、摄影作品复制件）照片的行为？笔者认为，应用上文对“合法来源抗辩”正当性的分析，这些疑难问题可迎刃而解。

（一）不应适用于出租行为

《著作权法》第10条第1款第（七）项规定“出租权，即有偿许可他人临时使用视听作品、计算机软件的原件或者复制件的权利……”显然，出租权与发行权不同，并不涉及有体物（复制件）所有权的转移，只会导致临时转移有体物的占有。然而，《著作权法》第59条第1款规定：“……视听作品、计算机软件、录音录像制品的复制品的出租者不能证明其……出租的复制品有合法来源的，应当承担法律责任。”该规定清楚地表明“合法来源抗辩”适用于对出租权的侵权行为，即只要出租者证明“出租的复制品有合法来源”，就无需承担赔偿责任。然而，应用上文对“合法来源抗辩”正当性的解释，就可以清楚地揭示该规定存在的严重问题。

首先，出租权与所有权并不存在需要著作权法通过专门规定予以协调的冲突关系。与发行权针对转让原件或复制件（有体物）所有权的行为不同，出租权针对临时改变原件或复制件占有的营利性行为，其与所有权的转移无关。各国著作权法都承认“发行权用尽”，但并无著作权法规定“出租权用尽”，这正是因为著作权人行使出租权，并不会像行使发行权那样，导致与所有权产生冲突。例如，《欧盟出租权、出借权及与知识产权领域的特定相关权指令》第1条第2款规定：“该指令规定的出租权和出借权不因任何对原件和复制件的出售或其他发行行为而用尽。”^[24]再如，《美国版权法》第106条规定了广义发行权，其范围涵盖了我国《著作权法》规

[24] Directive 2006/115/EC on rental right and lending right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property, Article 1. 2.

定的发行权和出租权，^{〔25〕}但该法第 109 条一方面在(a)款明确规定了“首次销售原则”(“发行权用尽”的同义语)，另一方面又在(b)款限制了(a)款的适用，规定如欲为直接或间接的商业目的出租或出借复制件，必须经过相关版权人的许可。^{〔26〕}这印证了权利利用尽对出租权没有适用余地，其原因正在于出租权的行使与所有权的转移无关。

其次，由于对复制件的出租不存在“出租权用尽”，即使对合法制作和首次销售的复制件的出租，也仍然需要经过著作权人许可，因此出租者根本无需关注复制件的制作和首次销售是否合法。同时，与转售行为相比，转售行为不是对脱离物质载体的作品的利用，而是转移复制件的所有权；转售者获取经营利益的方式是复制件进价与售价之间的差价；而出租行为虽然需要借助物质载体占有的临时转移，但实质仍然是对脱离物质载体的作品的利用，因为该物质载体还会回到出租者手中，租入者只是利用了物质载体之中的作品。出租者获得经营利益的方式是收取租入者为利用作品本身而付出的对价。由此可见，与转售者的义务在于合理判断复制件是否有合法来源不同，出租者的义务在于向著作权人获取许可。

最后，与复制件的转售者难以单独获得权利人的许可不同，复制件的出租行为远不如转售行为那样普遍，相对较为集中，而且可以通过集体管理组织进行许可。事实上，许多国家都有针对出租权的集体管理机制，有的甚至规定了强制集体管理，即必须通过集体管理组织行使出租权。^{〔27〕}

由此可见，将侵犯出租权的行为纳入“合法来源抗辩”的适用范围并不合理，这正是由于当时立法者对“合法来源抗辩”的正当性缺乏认识。与此同时，该适用范围还会与《著作权法》对出租权的规定相冲突，导致荒谬的结果。试举一例，假设某音像出版社经过许可制作、发行了电影 DVD，某出租店购入后其未经电影著作权人许可提供出租，该行为当然构成对出租权的侵权，因为该电影 DVD 的出租权不会“用尽”。再假设该出版社未经许可制作、发行了电影 DVD，某出租店购入后其未经电影著作权人许可提供出租，该行为仍然构成对出租权的侵权。然而，在对侵犯出租权的行为适用“合法来源抗辩”的情况下，对于上述两种侵犯出租权的行为，只要出租店出具进货单据，证明了该批电影 DVD 源于正规音像出版社，均可援引“合法来源抗辩”免责。试问著作权人还有多少机会进行出租权的许可？对于发行权而言，制作复制件并首次销售(首次发行)时需要得到著作权人对复制权和发行权的许可。但从前述假想例可以看出，对于出租权而言，由于出租发生在复制件首次销售之后，著作权人不可能向复制件的制作者和首次销售者发放出租权的许可；与此同时，无论复制件的制作和首次销售是否合法(即无论复制件是否为盗版)，出租者只要证明了合法来源(这一点并不难做到)都可以免责，除非其将来还希望一直从事同一作品复制件的出租业务，否则著作权人难以向其进行出租权的许可。对于那些少数因无法证明合法来源的出租者，由于其出租的必然是盗版，复制件的质量必

〔25〕 See 17 U. S. C. § 106.

〔26〕 See 17 U. S. C. § 109.

〔27〕 参见《德国著作权法》第 27 条。

然低劣,基于前文第二部分所述著作权人不可能许可转售盗版的同样理由,著作权人也不可能许可出租盗版。这样一来,著作权人对出租权进行许可的机会变得微乎其微,出租权的许可权能几乎被架空,著作权人在出租权被侵权时获得赔偿的可能性也非常之小。如此,这样的专有权利还有什么意义呢?

所幸我国商业出租市场已经几乎绝迹,连出租行为都几近消失,^[28]因此《著作权法》将侵犯出租权的行为纳入“合法来源抗辩”适用范围的规定虽然存在严重问题,但没有在实务中造成不良后果。但是,基于立法严谨性的考虑,下次修订《著作权法》时,应当从《著作权法》第59条第1款中删除“合法来源抗辩”适用于出租行为的规定。

(二)可准用于转售者展示商品图片的行为

在网络平台中转售含有作品的商品(复制件),往往伴随着对商品照片的展示,该行为属于对作品的交互式传播。如上文所述,传播与发行不同,其针对的并不是固定了作品的复制件,而是脱离了物质载体的作品。既然如此,从行为定性角度看,无论是照片网站将摄影作品(如风景照片)予以展示,还是商品的转售者将含有作品的商品(如印有该风景照片的箱子)拍成照片并展示该照片,从而使公众能够看到其中的作品,都是相同的交互式传播行为。如果孤立地看待转售者在网络平台中展示含有作品的商品照片的行为,由于“合法来源抗辩”的法定适用范围并不包括侵犯信息网络传播权的行为,当著作权人因该传播行为未经许可而起诉时,转售者只要无法证明(通常也无法证明)其取得了信息网络传播权的合法许可,就会被认定为未尽合理注意义务、具有侵权的过错,从而承担赔偿责任。

然而,割裂转售者对商品的转售和对该商品照片的网络展示并不恰当。转售者为通过网络转售商品而展示商品照片,与照片网站展示摄影作品相比,尽管在构成交互式传播的行为定性上无异,但在其他方面存在极大差异。后者纯粹以传播作品本身为目的,营利性照片网站提供照片预览是为了吸引用户付费下载高清晰度的“原图”,其行为不涉及复制件(有体物)所有权的转移,本应获得著作权人对信息网络传播权的许可。如果照片网站从该行为中获利,如用户付费下载“原图”或者因用户访问该网站、点击照片而为网站带来了广告收入,则完全归因于作品自身的价值,即经营利益来源于对作品本身的利用,因此,照片网站应当获得对信息网络传播权的许可,且必须对其是否获得了合法的许可承担注意义务。

与此形成鲜明对比的是,转售者在网络平台中展示其转售商品的图片,具有明显的从属性,即转售者实施该行为的目的是促进网络平台中商品的转售,通过展示商品的图片使消费者了解商品的外观,以便使其做出是否购买商品的决定。对作品的交互式传播是展示带有作品的商品照片的附带结果,而展示照片又服务于对商品的转售。转售者展示商品的图片不可能直接为其带来经济利益,其只会在消费者浏览照片后因了解了商品而购买时,从商品的进价与

[28] 以音乐为例,唱片(音乐作品的复制件)的销售和出租已难觅踪迹。唱片目前的主要作用不在于传播音乐,而在于价值投资。参见卢扬、王嘉敏:“一家老牌唱片公司的重生之路”,载《北京商报》2017年6月15日,第D03版。

售价之间的差价获取经营利益。如上文所述,无论商品是否含有作品,也无论其中的作品的保护期是否已经届满,其他条件相同的商品的转售利润率通常大致相当。当被转售的商品含有作品,而该商品在制造(制作复制件)和首次销售(首次发行)时未经著作权人许可,转售该商品即为对侵权复制件的发行。但亦如前文所述,作品的权利人不会向转售者就其转售复制件的行为进行发行权的许可,权利人起诉转售者侵犯发行权,通常不是为了“以诉促谈”,使其同意为今后转售商品的行为支付发行权的许可费,仅是为了使其停止侵权并支付侵权损害赔偿金。这就说明对转售商品的发行行为,并不存在发行权的许可市场。同样道理,对同一个转售者,商品中作品的权利人也不会就其为实现同一转售行为在平台上展示同一侵权商品照片的行为而发放信息网络传播权的许可,其起诉该转售者展示商品照片的行为侵犯信息网络传播权,当然也不是为了与其合作,使其同意为今后展示该商品照片的行为支付信息网络传播权的许可费,仍然仅是为了使其停止侵权并支付侵权损害赔偿金。

如果以商场销售为参照,则转售者展示商品照片的从属性就更加清楚。商场中的经营者在销售(通常是“转售”)商品时,当然也需要将商品摆放在货架或橱窗中展示,以使消费者了解商品的外观。这与商品上是否印有美术作品、摄影作品或商品的自身造型是否构成立体美术作品并无关系。大概不会有哪家商场将所有商品隐藏于柜子之中,仅在货架或橱窗中放上一张描述商品的文字说明。如果商场销售含有作品的商品(复制件),且商品在制造时未经作品著作权人的许可,则商场的销售行为构成对发行权的侵权,商场只要能证明商品的合法来源,就能援引“合法来源抗辩”,免于承担侵犯发行权的赔偿责任。然而,能否认为商场为销售商品而在货架或橱窗中展示该商品的行为等同于对作品复制件的展览,从而侵犯了美术或摄影作品的展览权呢?目前,即使是对展览权范围作出较大解释的法院也没有做出过此类判决,甚至也没有检索到权利人提起过此类诉讼。^[29]这也从一个侧面印证了商场在物理空间展示该商品从属于对该商品的销售,相关的责任不能独立于销售商品的责任而存在。

基于此,将“合法来源抗辩”准用于为转售商品而在网络平台展示商品照片的行为是具有合理性的。之所以称为“准用”,是因为《著作权法》在规定“合法来源抗辩”时,并未将其适用范围延及对信息网络传播权的侵权行为,因此尚不能称该抗辩“适用”于此类行为;但鉴于展示商品照片行为对销售商品行为的从属性,即该展示仅是为了让消费者为做出是否购买的决定而浏览商品的外观,当“合法来源抗辩”对转售行为(发行行为)成立,销售者无需为侵犯发行权的行为承担赔偿责任时,此项抗辩也应使销售者无需为在网络平台展示商品的照片而承担侵犯信息网络传播权的赔偿责任。

[29] 有判决认定将美术作品的侵权复制件作为商场的装饰展示,侵犯了美术作品的展览权。参见上海美术电影制片厂有限公司与上海世盟置业有限公司著作权侵权纠纷案,上海市普陀区人民法院民事判决书,(2016)沪0107民初1658号;上海欢歌文化传媒有限公司与上海美术电影制片厂有限公司、上海世盟置业有限公司著作权权属、侵权纠纷案,上海知识产权法院民事判决书,(2017)沪73民终41号;段某与天津烤鸭店餐饮有限公司著作权侵权纠纷案,一审判决参见天津市和平区人民法院民事判决书,(2016)津0101民初1935号,二审判决参见天津市第一中级人民法院民事判决书,(2016)津01民终6756号。

对于上述对展示商品照片的行为准用“合法来源抗辩”的观点,可能会有意见认为,对其适用《著作权法》第24条第1款第(二)项的权利限制更为合适。该条规定“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”,“可以不经著作权人许可,不向其支付报酬”(以下简称“适当引用例外”)。

笔者认为,该项权利限制对上述展示商品照片的行为是有适用空间的,但必须基于两个前提条件。一是对该项权利限制进行扩大解释,忽略其中对“在作品中适当引用他人已经发表的作品”的要求。从语义上看,如果被诉侵权人未在作品中引用,包括在不具有独创性的成果中引用权利人的作品,则不能适用此项权利限制。对于上述在平台中展示商品照片的行为而言,其照片本身能否构成作品就大有疑问。在文首引用的“网络销售钥匙扣案”中,被诉侵权人在网络平台展示的涉案钥匙扣照片明显是该商品最为简单的正面平视照片,无法体现拍摄者在距离、光线、角度等方面的独创性选择和判断,很难被认定为摄影作品,^[30]因此不符合“在作品中引用”的要求。即使认定该图片为摄影作品,商品销售者也没有“为介绍、评论某一作品或者说明某一问题”而在该摄影作品“引用”美术作品(即京剧脸谱)。换言之,该照片的作用就在于直接展示立体美术作品的原貌,并未通过独创性的表达对其进行介绍或评价,也没有说明其他有关问题。

当然,在司法实践中,一些法院对“在作品中引用”的要求进行了淡化处理。例如,在“吴某诉北京世纪读秀技术有限公司侵犯著作权纠纷案”中,被告在其运营的“读秀网”上直接展示了原告三种图书正文8—10页的内容,并未“在作品中适当引用”。但法院有意忽略了该要求,认为被告的行为属于合理使用。^[31]然而我国毕竟不是判例法国家,其他法院未必采用此种扩大解释方法。即使法院都对“适当引用例外”做出上述扩大解释,或者法院在《著作权法》第24条明文规定的权利限制条款之外,直接根据最高人民法院的司法政策判断被诉侵权行为是否属于权利限制,^[32]也必须符合另一个条件,那就是作为被诉侵权人的商品转售者提出其被诉侵权行为属于“适当引用例外”或其他权利限制。《著作权法》第59条第2款规定,“在诉讼程序中,被诉侵权人主张其不承担侵权责任的,应当提供证据证明……具有本法规定的不经权利

[30] 例如,在北京全景视觉网络科技股份有限公司诉广州蓝海豚游船有限公司侵害作品信息网络传播权纠纷案中,涉案照片为“孔子画像图”,法院指出:“涉案照片系摄影师对孔子画像图拍摄形成,采用正面平视角度,并使用闪光设备使照片保持与原画相应的亮度。可见,该照片的拍摄出发点和最终呈现都是高度完整地再现孔子画像图,是对该画像图的复制翻拍。……涉案照片不具有独创性,不属于受著作权法保护的作品。”北京全景视觉网络科技股份有限公司与广州蓝海豚游船有限公司侵害作品信息网络传播权纠纷案,广东省广州市越秀区人民法院民事判决书,(2018)粤0104民初23850号。

[31] 吴锐与北京世纪读秀技术有限公司侵犯著作权纠纷案,北京市第一中级人民法院民事判决书,(2008)一中民终字第6512号。

[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》第8条规定:“在促进技术创新和商业发展确有必要的情形下,……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。”这实际上是允许下级法院在《著作权法》明文列举的权利限制情形之外,认定被诉侵权行为不构成侵权。

人许可而可以使用的情形”，强调的正是这一点。换言之，权利限制作为抗辩，须由被诉侵权人提出，法院不应主动审查。^{〔33〕} 权利人针对商品转售者发起的侵权诉讼，当然首先涉及发行权，其次才是信息网络传播权，而转售者通常都会提出“合法来源抗辩”，但很少会同时抗辩称其在网络平台展示涉案商品图片的行为属于“适当引用例外”或其他权利限制。由于“合法来源抗辩”与权利限制在性质上并不相同，且前者不影响侵犯发行权的定性，只涉及赔偿责任，而后者则影响对相关行为是否构成侵权的定性，前者并不涵盖后者。在商品销售者未提出后一抗辩的情况下，法院并不能主动适用权利限制认定转售者无需为展示涉案商品照片的行为承担赔偿责任，这对商品销售者而言是有失公平的。

与之形成对比的是，如果认为“合法来源抗辩”准用于转售者在网络平台上展示商品照片的行为，则只要对权利人有关因转售侵权商品而侵犯发行权的赔偿请求提出“合法来源抗辩”，基于展示照片行为的从属性，该抗辩应同时适用于转售行为（涉及侵犯发行权）和展示商品照片的行为（涉及侵犯信息网络传播权），无需转售者对展示商品照片的行为另行提出抗辩。这不仅在程序上对转售者更便捷，也使法院免于为适用“适当引用例外”而淡化“在作品中适当引用”的要求。更为重要的是，基于展示商品照片行为对销售商品行为的从属性，在能对转售者的主要行为（转售商品）适用“合法来源抗辩”的情况下，对该从属行为准用同一抗辩更为合理，也完全符合使“合法来源抗辩”具备正当性的理由。

四、结 语

针对转售侵权复制件的行为，《著作权法》规定“合法来源抗辩”具有充分的正当性。它协调了发行权和所有权的关系，回应了对转售作品复制件并不存在发行权许可的现实，也符合转售者难以查明复制件最初制作和首次发行是否合法，只能考察复制件的来源是否合法，以及转售者的经营利益来源于复制件进价与售价之间的差价（而非来源于对脱离了物质载体的作品本身的利用）的经济规律。虽然难以在国际条约及其他国家著作权法中找到“合法来源抗辩”的规定，但《著作权法》设定此项抗辩，比仅仅规定“无过错不赔偿”更易于操作，是《著作权法》做出的符合中国实际的创新，是值得赞赏的。

遗憾的是，由于为加入世界贸易组织而修改《著作权法》的工作较为仓促，当时未对“合法来源抗辩”的正当性进行深入研究，因此在立法上出现了将此项抗辩适用于侵犯出租权行为的明显失误。虽然由于我国商业出租市场此后接近消失，实务中几乎没有侵犯出租权的诉讼，“合法来源抗辩”实际上并没有被误用于侵犯出租权的行为，但这一立法上的问题仍然需要通过修法加以解决。

转售者为在网络平台中转售含有作品的商品（复制件）而展示商品照片，虽然在性质上属于受信息网络传播权规制的交互式网络传播行为，但它是为了让消费者了解商品的外观，做出

〔33〕 参见北京市高级人民法院《侵害著作权案件审理指南》第7.1、7.2条。

是否购买的决定,完全从属于转售商品的发行行为,对其准用“合法来源抗辩”具有充分的合理性。在本文开篇引用的“网络销售钥匙扣案”中,法院一方面认定该案中转售者提出的“合法来源抗辩”成立,不应就转售侵权复制品(侵犯发行权)的行为承担赔偿责任,另一方面基于“合法来源抗辩仅适用免除发行权侵权的赔偿责任承担”,认定转售者对于在网络平台上展示涉案商品(体现美术作品的钥匙扣)照片这一侵犯信息网络传播权的行为,仍然应当承担赔偿责任。该做法虽然符合《著作权法》的字面含义,但与《著作权法》规定“合法来源抗辩”的正当性原理不相符。与此相反,在“图书照片案”中,法院认定被告在网络平台销售的盗版图书有合法来源,同时其在平台中展示图书照片“系为销售被控侵权图书而向消费者展示图书的外观”,^[34]因此判决被告对侵犯发行权和侵犯信息网络传播权的行为均不承担赔偿责任,这是正确的思路,只是就侵犯信息网络传播权的行为免于承担赔偿责任,并非判决书所称的“法定免赔条件”,而是对此类行为准用“合法来源抗辩”的结果。

Abstract: Whether the “legal source defense” under the Copyright Law can be applied to rental activities and the online display of photographs of goods embodying works (copies of works) is related to justification explanation of the “legal source defense”. The legitimacy of the “legal source defense” stems from the characteristics of subsequent distribution (resale of copies), that is, the transfer of ownership after purchasing copies made and initially distributed by others, which lacks a mechanism for obtaining direct permission from the copyright holder. Resellers find it difficult to ascertain whether the production and initial distribution of the copies are legal, and their business profits come from the difference between the purchase and sale prices of the copies, rather than from the use of the work detached from its medium. Therefore, limiting the reseller’s duty of care to ensure that the copies are purchased from legitimate channels is justified. The application of the “legal source defense” to rental activities, which do not involve the transfer of ownership, lacks legitimacy and represents a legislative flaw in the Copyright Law. But when resellers display photographs of goods on platforms, it is ancillary to their resale activities, and thus the “legal source defense” can be appropriately applied.

Key Words: Legal Source Defense; Right of Distribution; Right of Rental; Duty of Care

(责任编辑:杨 明)

^[34] 长沙大鱼文化传媒有限公司与沅阳县贤官镇韦顺洋书店侵害作品信息网络传播权纠纷案,湖南省长沙市中级人民法院民事判决书,(2021)湘01民终9234号。