

# 论著作权默示许可制度的法律构建

汪田骏

(东华理工大学 文法学院, 江西 南昌 330013)

**摘要:** 著作权默示许可制度作为一种舶来品,在我国发展缓慢且有限,尤其是在网络环境下,应对实践中出现的因授权不充分而引起的法律纠纷案件难免有些捉襟见肘。关于著作权默示许可制度,我国目前主要存在立法态度不统一、立法范围不广泛等问题,我们可吸取域外英美法系及大陆法系国家的先进经验,通过确立默示许可制度法律地位、明确适用范围及保障著作权人相关救济权利等举措,完善我国的著作权默示许可制度。

**关键词:** 默示许可; 著作权; 网络传播; 法定许可; 利益平衡

**中图分类号:** D923.41 **文献标识码:** A **文章编号:** 1674-5639 (2020) 01-0059-06

**DOI:** 10.14091/j.cnki.kmxyxb.2020.01.009

## On the Legal Construction for the Implied License System of Copyrights

WANG Tianjun

(School of Literature and Law, East China University of Technology, Nanchang, Jiangxi, China 330013)

**Abstract:** As a foreign system, the implied license for copyrights develops slowly and limitedly in China, especially in the network environment. It is hard to cope with the legal disputes caused by insufficient authorization in practice. Concerning the licensing system for copyrights, some problems are found such as ununified legislative attitudes and limited legislative scope. Some advanced foreign measures can be used to improve the implied license system of copyrights, involving the legislation and the limitation of the implied license system and the right of relief for the copyright protection, etc.

**Key words:** implied license; copyright; network communication; statutory license; balancing of interests

### 一、著作权默示许可制度的概述

#### (一) 默示许可的概念

“默示”一词来源于民法,我国《民法总则》第一百四十四条中规定了行为人可以明示或者默示作出意思表示。<sup>[1]</sup>这里的“默示”,法律将其局限在有法律规定、当事人约定或者符合当事人之间的交易习惯的情况下。默示意思表示是指通过约定或法律上规定的表面上不作为但可通过推理得出其意思的一种表示形式,其与明示具有相同的表示价值,就像卡尔·拉伦茨所说:“在特定的法律情形下,沉默或者其他任何一种不使用某些话语或者符号的

行为作为不作为的一种形式,也会具有法律行为上的意思表示的意义”<sup>[2]</sup>。其具体可分为默示的意思表示和推定的意思表示两种。

而默示许可,顾名思义,就是一种以沉默形式为意思表示形态、以许可为法律效果的法律行为。这种默示许可最初出现在合同法中,我国《合同法》第六十一条、第六十二条的规定即体现了对默示条款的认可,对当事人未明确约定的内容,可通过其他条款和交易习惯来推定。<sup>[3]</sup>通俗而言,就是在合同履行过程中如若发生一些不可预料的事情,双方当事人便可依据当地的交易习惯来解决冲突,而不需在合同条款中特地载明。采用这一方式不仅可以保证合同公平,维护交易双方的可期待性利

收稿日期: 2019-07-20

作者简介: 汪田骏(1996—),男,江西抚州人,在读硕士,主要从事司法法务研究。

益,还可以在很大程度上简化合同条约,促进交易的迅捷简便,提高合同市场运作性。随后,由于信息技术的飞速发展,该制度的精神内涵被应用到知识产权领域,在专利和著作权领域内扮演着举足轻重的角色。其主要功能是在著作权领域对作品进行授权的过程中,不需要以口头或书面的形式获得授权作品的许可,而是通过默示推定或其他行动允许相关人员使用著作权人的作品,以满足大量网络作品授权的需求,这大大提高了作品传播的效率,平衡了著作权人和相关权利人两方的利益,使得公平正义的观念得以贯彻。

## (二) 默示许可的基本特征

### 1. 默示许可需以沉默的方式作出

默示许可中的默示是一种具有法律意义的行为,是一种“会说话”的默示。当事人之间的著作法律关系,没有必要用语言或者文字的方式向对方作出意思表示,只要不回应对方或者对对方的行为不表示反对,即形成了所谓的默示。作品的使用者便可推定著作权人对作品的传播进行了授权,以此对著作权人主张的侵权行为进行抗辩。

### 2. 默示许可以意思表示为核心

著作权的默示许可是民事法律行为,其最为核心的部分是著作权人自愿真实的意思表示。相对于一般的民事法律行为,著作权的默示许可有其特殊性,它是民法的理论和原则为基础,进而在著作权领域实践和发展起来的。不同于法定许可和合理使用制度的浓郁的法定性和强制性色彩,在一定程度上,默示许可甚至可以是一种授予权,这种授予权建立在自愿的前提下,尊重著作权人的意思表示,由著作权人决定是否授权。例如,著作权人公开发表作品时,可以通过声明等方式决定是否禁止他人转载或者复制其作品。在当前著作权人的私人利益与社会公众获取其作品的公共利益相矛盾的情形下,这将更加有利于保护著作权人的利益,激励其创作出更多丰富的作品。

## 二、域外对著作权默示许可制度的探索

### (一) 英美法系国家的探索

默示许可制度在英美法系中有着清晰明朗的发

展脉络,以美国为首的国家在大量的司法判例中形成了包含普通环境与网络环境两种模式下的著作权默示许可制度,为现代化著作权的适应和发展注入了新的生机。以下以美国为例,探讨著作权默示许可制度的演变和发展。

#### 1. 普通环境下对默示许可的探索

默示许可制度最早出现在专利法的专利穷竭制度中,后来在著作权领域也出现了权利穷竭制度,即发行权的一次性。但随着案件的多样化和复杂化,这一制度无法平衡权利人和使用者之间的利益。为了解决案件的需要,在长期的司法实践中,著作权默示许可制度被引入到著作权领域,成为法官审判的依据。其中最为著名的是 Effects Associates 诉 Cohen 一案,该案可谓开了著作权法领域内默示许可的先河。Effects Associates 公司为电影 *The stuff* 制作技术性较强的恐怖镜头,但结果不尽如人意,导演 Cohen 只付了约定的一半报酬,但随后却将其中一个爆炸镜头用于该电影之中,于是,Effects Associates 公司起诉了 Cohen。一位联邦法官评论道:“Effects Associates 应被告的要求而创作了一部作品,并将其交给被告,其目的是该作品能够被复制和发行。如果说特效人员没有为整部电影贡献任何有价值的东西,这就与 Cohen 付出报酬而 Effects Associates 接受报酬这个事实不相符。”因此,联邦法院判定 Effects Associates 采取作为的方式默示许可了 Cohen 将作品用于新电影中。<sup>[4]</sup>

此案的判决在当时造成巨大轰动,确立了默示许可制度在美国的法律地位。我们可以根据此案判决总结出默示许可的适用条件:一是双方存在长期合作关系,二是著作权利人一方明知使用人将会使用该作品而未明确禁止,即“明知使用”。

#### 2. 网络环境下默示许可的探索

另一划时代的案件是在 20 世纪初的 Field 诉 Google 案。Google 公司在未征得作者 Field 的同意下将其 51 部作品存储在数据库中并允许网络用户浏览使用。Field 指控其严重侵犯了本人著作权。对此法院认为,网络搜索引擎的这一使用方式被公众熟知并认可,原告在知道 Google 可能会这样做的情况下未做任何明确禁止,就已经默示许可了这一行为,Google 公司不存在侵权。

这个案件不再拘囿于著作权的传统固有范围,

而将目光投向了更为广阔和复杂的网络环境，为以后默示许可开辟新的适用领域提供了经验。我们可以看出，在有行业交易习惯的前提下，默示许可有适用的空间。

## （二）大陆法系国家的探索

与在英美法系中的循序渐进的发展不同，著作权默示许可制度在大陆法系中的发展一直处在较为尴尬的地位，成文法规定较少，在司法实践中也没有很明显的演化和发展，但默示许可制度的发展正在缓慢而逐渐地进行着。以下以日本和德国为例加以说明。此前，日本虽也借鉴了英美法系成熟的经验，将默示许可引入国内，但受到各种因素的限制，只能谨慎适用。默示许可精神体现在《时事评论》的转载规定中：对报刊杂志、其他报刊杂志发表的有关实事问题的评论，除明令禁止外，可以采取其他形式转载或者播放。本条规定，首先，作者可以明确禁止他人使用作品。著作权人未明确禁止使用作品的，可以推定著作权人默示许可了其作品的使用。2018年2月下旬，日本政府在内阁会议上通过了《著作权法》修正案，其中有条规定是将书籍进行电子数据化，即使未获著作权所有者许可，网络用户也能在网上搜索浏览特定的作品。此举扩大了网络作品的传播范围，其本质就是默示许可制度在网络环境中的体现。而德国却不同，德国早已将著作权默示许可制度通过立法的形式确定了下来，《德国著作权法》有着这么一条规定，如果一篇涉及政治、经济、宗教等内容文章，在只报道时事的新闻报纸、杂志上发表了，并且没有申明保留权利，那么就等于默示许可了其他报纸、杂志进行转载，但是如果其他的报纸、杂志想要转载该篇文章，需要付给著作权人一定的报酬，由此可见，德国的著作权法中关于默示许可的规定是比较完备的。

## （三）两大法系中的默示许可制度对我国立法的指导意义

相较于大陆法系，著作权默示许可制度在英美法系中得到了丰富的发展，而大陆法系中的日本和德国等国家也在逐渐引进并建立符合本国的默示许可。美国的司法判例可为我国在构建默示许可的过程中提供思路：第一，需要平衡各方的利益。启动

默示许可制度势必会在传统的作品传播中掀起一股新浪潮，公众浏览、复制、传播作品的需求将不断扩大，而著作权人的相关利益极有可能会被他人乘机侵犯，故而，在立法中对默示许可的范围进行严格限制很有必要。第二，需要以立法方式确定默示许可的地位。美国是判例法国家，判例的形成即具有法律效力，而对于成文法国家的我国，则必须以法律形式构建默示许可，这样才能解决在司法实践中“无法可依”的尴尬境地。

## 三、我国著作权默示许可制度的现状

我国现阶段仍未将默示许可制度法律化系统化，但在学术界广泛认为我国现行的法律条文中隐含着默示许可制度的身影。

### （一）立法概况

#### 1. 《合同法》中的默示许可

在《中华人民共和国合同法》中，第六十一条、第六十二条的规定就体现了对默示条款的承认。对于双方未明确约定的内容，可以通过其他条款和交易习惯来确定。通俗而言，就是在合同履行过程中如若发生一些不可预料的事情，双方当事人便可依据当地的交易习惯来解决冲突，而不需在合同条款中特地载明，从而达到简化合同、促进市场交易的作用。

#### 2. 《著作权法》中“准法定许可”

默示许可在《著作权法》中未明确规定，只是在法定许可后以“但书”的形式呈现，这种现象，学术界称之为“准法定许可”，而其实质却无默示许可的要义。《著作权法》中所规定的教科书使用作品、报刊转载摘编、录音制作品、广播电台、电视台播放作品的法定许可中在条文后尾缀了除外条款，这些确切地说是法定许可，与默示许可有着很大的区别。而关于默示许可的规定在《著作权法》中却遍寻无踪，默示许可无法名正言顺登上法律舞台，在实践中的适用亦是难上加难。

#### 3. 《信息网络传播权保护条例》中默示许可规则

相比于前两项，《信息网络传播权保护条例》第九条为扶助贫困而通过信息网络传播作品的规定，是我国第一例公开承认默示许可规定，它为了方便向农村地区提供作品而设立，是默示许可制度的雏

形。该条规定“自公告之日起30日内,著作权人不同意提供的,网络服务提供者不得提供作品,自公告之日起满30日,著作权人没有异议的,网络服务提供者可以提供其作品”<sup>①</sup>,这完全符合默示许可的基本特征。但仅此一条的规定毕竟不成体系,且其适用仅仅限于带有一定公益性质的扶贫作品,我国默示许可制度的建立还需要一段漫长的道路。

## (二) 司法实践

默示许可制度虽未能建立,但在具体的司法实践中,有关默示许可的案例确是层出不穷。一方面反映了传统授权模式滞后繁琐和现代作品传播迅猛快捷之间的矛盾,另一方面,大量的实例也推动了默示许可制度摆上台面。以下是我国在司法实践中具有代表性的案例,这些案例对我国默示许可制度都产生过推动。

### 1. 方正诉宝洁倩体字侵权纠纷案

2000年,保洁公司在设计洗发水、香皂等产品的外包装时,使用了方正公司的倩体123款中文字“飘柔”字样,随后作为产品标识公开销售。随即,方正公司向法院提起诉讼,指控保洁公司这一行为侵犯了其著作权。<sup>[5]</sup>此案在当年引起了大范围讨论,各方观点争执不下。一审法院审判中将焦点集中在“飘柔”是否为美术作品上,虽然方正倩体字具有独创性与新颖性特征,整体属于著作权法中的美术作品,但是仅凭“飘柔”二字不能形成独立的风格,不符合美术作品构成要件,因此驳回了原告的诉讼请求。此案二审时,法院另辟蹊径,将焦点放在宝洁公司是否获得许可的问题上,大出原被告的意外。二审法院舍弃争议颇多的客体的版权性问题,史无前例地运用了默示许可制度,判决认为,“在权利人无明确、合理、且有效的限制的情况下,上述行为均属于购买者合理期待的使用行为,应视为经过权利人的默示许可。”这对著作权默示许可在实践中的运用具有重大突破,该案在未有明确法律条文的情况下适用默示许可纵然遭到了学者的诟病,但其对于默示许可在处理著作权就纠纷案件的重要指导的敏锐捕捉值得称赞。

从裁判理由中,我们可以得出两个要件:其一

是使用者合理期待,其二是著作权人对二次使用行为没有明文禁止。这对将来默示许可的出台有着相当有价值的借鉴作用。

### 2. 陈兴良诉中国数字图书馆案

2001年12月,著名刑法专家陈兴良浏览中国数字图书馆网页发现,成为其会员之后就可以浏览包括陈兴良在内的众多学者的作品,但这些作品并未得到合法授权,故而陈兴良起诉至法院,认为中国数字图书馆有限公司严重侵犯了原告方的著作权。<sup>[6]</sup>法庭审理认为,被告在未征得原告许可的情况下将原告作品扫描上传至数字图书馆官网与公众接触,扩大了作品传播的空间,这是对原告网络传播权的严重侵犯,判决被告中国数字图书馆败诉。

法院的判决虽然保护了陈教授的权利,但无疑是给发展困难重重的数字图书馆又蒙上了一层寒霜。诚然,著作权人的权利当之无愧地需要保护,但是网络环境下海量作品的传播亦是时代发展的需要,由此可见,法律的滞后性的缺点已经严重阻碍了作品在新时代的发展,需要一种平衡权利人利益与社会公共利益的制度。网络的发展是一场保护数字版权的法律游戏,稍有不慎就会立即面临侵权的危险,导致大规模的网络诉讼不断发生。

## (三) 我国在构建默示许可制度上的不足

从实践中可以看出,我国在构建默示许可制度时还存在很多问题,主要表现在:

### 1. 立法态度不统一,逻辑不严谨

一方面,我国在默示许可制度的立法领域始终有一种犹豫、保守且隐晦的态度,这也是为广大著作权人和学者所诟病之处。其实我们也意识到了确立著作权默示许可制度的必要性,近些年来立法界也在不断尝试。2000年《最高人民法院关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》中对我国《著作权法》第三十二条第二款应用扩展到了网络空间,确立了网络环境下媒体转载摘编的著作权默示许可制度,以应对网络新技术的快速发展,解决作品传播引起的新问题。<sup>[7]</sup>但2001年修订的《著作权法》却并没有采纳这一极具社会现实意义的规定,2002年最高人民法院的司法解释

<sup>①</sup>详见《信息网络传播权保护条例》第九条。

仍予以驳回。但令人意外的是，这一规定又出现在2003年最高人民法院《最高人民法院关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》的修订中，但很遗憾，最后，2006年的《著作权法》再次拒绝采纳这一制度，默示许可在网络环境下确立的理想目标如泡沫般破灭。立法的滞后，制约并阻碍着知识信息的交流、传播与发展，网络环境下著作权的保护呈现出一种混沌不清的状态。

另一方面，立法逻辑不清同样损害了法律的威严性。前文提过，就算是在《著作权法》中稍微涉及默示许可，将其缀述于法定许可之后，但是这也明显地显示出立法者混淆了“法定许可”和“默示许可”两个完全不同的概念，由此，公民在生产生活中处理纠纷各执其辞，只能诉至法院，增加司法压力，而法院在审判中有法难依，不能在最大程度上保护公民的合法权利，维持利益的平衡。

#### 2. 立法范围不广泛，覆盖不全面

《信息网络传播权保护条例》虽首度确定了网络环境下默示许可制度，但也仅仅囿于扶贫项目，《著作权法》中隐与于法定许可外衣之下的默示许可也只涉于传统环境，如教材书编写、报刊转载摘编、广播电台、电视台的许可。立法所涉范围有限，难以适应信息时代高速交流，快速传播的需求，传统的逐一授权模式造成巨大的经济成本，在网络领域无法起到为经济资产运作提供法律保障的作用，甚至在很大程度上阻碍了信息的普遍传播。网络中著作权侵权案件案例频频发生，无一不在说明在立法者需要眼光投入网络领域，为近年来不断产生的该类侵权纠纷提供切实有效的指导。

### 四、对构建默示许可制度的若干建议

博登海默说过：“法律必须服从进步所提出的正当要求。一个法律制度，如果跟不上社会的需求或需要，而是死死地抱住上个时代的只具有短暂意义的观念不放，那么显然是不可取的。”<sup>[8]</sup>针对我国著作权法默示许可制度的社会发展状况以及不足之处，我在此提出一些法律构建方面的建议。

#### (一) 确立默示许可制度法律地位

前后不一的立法态度使得默示许可的生存空间愈加狭小，借鉴美国相关司法判例中默示许可发挥

的不可忽视的作用，我们不能将如此合理且优秀的制度因着立法者的犹疑而扼杀在摇篮里，尽早确定默示许可制度的法律地位是解决现今层出不穷的著作权侵权案件的当务之急。我们需要将其白纸黑字地写入法律条文之中，明确默示许可法律地位，提升法律位阶，使其发挥自己的独立价值。具体而言，在适用原则方面，把“默示许可”提升到与“法定许可”和“合理使用”相同的地位；在具体条款方面，单列一条阐述默示许可的使用情况；严格区分法定许可和默示许可，删掉在法定许可条文下“除外条款”，避免在司法实践中造成混乱，使法院在处理相关案件时有理有据。

#### (二) 明确默示许可制度适用范围

制度的确立需要结合其所适用的空间实际设计，传统环境的保守缓慢与网络环境的迅猛快捷有着天壤之别，故而，默示许可的适用也是因势而异。

##### 1. 在传统环境中谨慎适用默示许可

传统环境中，因为著作权法中的法定许可和合理使用的存在，著作权人的授权许可有了一定的限制，在实际生活中，有些争议可以直接通过当事人之间的合同条款以及行业的惯例得到妥善解决，一对一的授权许可方式依旧有效，不必引用默示许可。故而，在传统环境下不可随意扩大默示许可的适用范围，否则将会对著作权人等权利造成侵犯，势必会破坏传统领域中的利益平衡。

##### 2. 在网络环境中适当扩宽适用范围

在网络环境中，每分钟的信息传播量数以亿计，传统授权模式在海量作品面前力不从心，默示许可正是解决这一困境的“及时雨”。我们需要适当扩宽默示许可的适用范围。具体可从以下几个方面入手：

一是在网络共享空间内引进默示许可。随着信息时代的到来，创作技术不断创新，作品呈现和传播的方式也多种多样，若是每一篇文章都需要著作权人确切授权，那所需花费的时间成本和金钱成本都是相当巨大的，这样一来，网络交流的及时性、便捷性就无从谈起。再者说，著作权人在网络空间发表的文章，也是存在着想被公众群体浏览的心理，因此我们大可将默示许可引入共享领域内，规定使用者在表明出处和不损害著作权人其他权利的

情况下,可以转载传播。这样有利于激发作品的广泛传播、有利于促进网络平台的健康发展。

二是在搜索引擎方面使用默示许可。搜索引擎指网络用户可以在特定界面搜索自己需要的相关信息,如百度、Google等等。根据前文提到的案例,美国已经通过“Fieid诉Google案”确定了默示许可在搜索领域内的适用。我国也可借鉴此做法,这可以大大地解决我国相关搜索引擎所面对的同Google公司相同的境地。其实在实践中,行业内的相关众所周知的规定一定程度上体现了默示许可。根据技术中立的避风港原则,搜索引擎对于著作权人未以元标记等类似方式作出不许转载传播的限制,则就默认其已经许可作品在搜索界面的适当使用。

三是在公益性数字图书馆中引入默示许可。“陈兴良诉中国数字图书馆案”“502名硕博士集体起诉万方公司案”等被告方都败诉,数字图书馆的发展遭遇瓶颈。而数字图书馆的设立对于我国传播作品和优秀论文的保存有着重要意义。因此我们可以在具有公益性的数字图书馆内引入默示许可,其公益性可从设立目的、设立方式等方面加以判定。同时,需要给予著作权人相关的制度保障。

### (三) 保障著作权人相关救济权利

#### 1. 赋予著作权人报酬请求权和议价权

作品是著作权人智慧和心血的结晶,在作品被以各种方式使用时,著作权人有权获得对等的报酬。《信息网络传播权保护条例》中的第九条虽然对权利人获得报酬有一些规定,但并不明确,并且只能在30天的公告期中对报酬作出同意或不同意的表示,无法对报酬提出自己的意见,这不符合民法中意思自治的原则。久而久之,这会严重打击作品的创造积极性,影响社会公正。笔者认为,著作权人可以以合同或其他方式对作品的报酬加以规定,在处理纠纷时可依该规定获得报酬,亦可和使用方协商解决。同时,网络环境瞬息万变,著作权人刚开始对作品的价值无法预估可能一开始无法准

确估计,在此之外,还可赋予著作权人议价权,以降低权利人因默示许可带来的风险。

#### 2. 赋予著作权人随时解除权

如果说“除外条款”是著作权人的事前救济,那么“随时解除权”就是权利人的事后救济。默示许可并非是对权利的限制,而是著作权人对自我的限制,是权利人自我意思的表示,遵循自愿原则。我们可以规定,在著作权人知晓作品被使用时,若因使用方行为不规范等原因,著作权人也可以随时解除这种默示许可,请求使用人承担停止侵犯的义务。当然这种权利需要一个除斥期间,可以沿用《信息网络传播条例》中的“30天”。

#### 3. 完善著作权集体管理制度

在著作权人精力、时间和能力有限的情况下,权利人很难及时地、全面地掌握作品被使用情况,此时便可委托专门的机关对作品进行集中管理,这就是著作权集中管理制度。权利人可在集体管理机构登记相关的作品信息,并对作品的使用、报酬等等加以限定,集体管理组织可代收相关报酬,并通过一定渠道转至著作权人手中。

### [参考文献]

- [1] 陈倩婷. 著作权默示许可制度研究 [D]. 北京: 中国政法大学, 2012.
- [2] 卡尔·拉伦茨. 法学方法论 [M]. 北京: 商务印书馆, 2003: 136.
- [3] 郭威. 版权默示许可制度研究 [M]. 北京: 中国法制出版社, 2014: 125.
- [4] 杨欢. 著作权默示许可制度研究 [D]. 郑州: 郑州大学, 2016.
- [5] 运敏敏. 版权默示许可制度研究——以“方正诉宝洁”案为视角 [D]. 上海: 华东政法大学, 2012.
- [6] 李截. 网络时代著作权默示许可制度立法研究 [D], 广州: 中山大学, 2009.
- [7] 杨欢. 著作权默示许可制度研究 [D]. 郑州: 郑州大学, 2016.
- [8] 博登海默. 法理学: 法律哲学与法律方法 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1998: 513.