

# 发行权用尽规则研究

■ 朱明\*

**摘要:** 著作权法律制度中的发行权用尽规则在我国相关立法中尚无规定, 本文从法律的视角对该问题进行研究, 通过对国外立法的分析借鉴, 以期进一步完善我国的著作权法律制度。

**关键词:** 发行权 用尽 销售权 出租权

## 一、发行权用尽规则的含义

在日常生活中, 人们往往可以很便利地从他人手中以较低的价格购得旧书, 却很少有人注意到在这简单的交易过程中, 除了发生物权上的变动外, 还涉及到一项重要的著作权法理论——发行权用尽规则。正是由于这项规则的存在, 使得司空见惯的二手书买卖成为合法, 并且其亦成为了对著作权人发行权的最大限制。

欲了解发行权用尽规则, 必先对发行权作明确的界定。发行权分为广义和狭义两种概念。狭义上的发行权是指作者所享有的许可或者禁止他人以出售、赠与和散发等方式发行自己作品的原件或复制品的权利。我国著作权法便是采用了发行权的狭义概念。我国著作权法第 10 条第 6 项规定: 发行权即以出售或赠与方式向公众提供作品的原件或复印件的权利。广义上的发行权概念在狭义发行权概念的基础上还包括了出租、出借等权利, 其是指权利人通过销售或其他转移所有

权的方式或者通过出租、租借、借阅等方式, 将作品的复制件或原件提供给公众的权利。<sup>1</sup> 世界上亦有许多国家在立法上采纳了发行权的广义概念, 例如美国 1976 年版权法第 106 条, 韩国 1987 年著作权法第 20 条, 德国 1965 年著作权法第 17 条。<sup>2</sup> 由于发行权是著作权人实现其在作品上经济利益的重要权利之一, 而出售以及出租作品又是著作权人获得经济利益的重要方式, 所以本文中笔者对发行权采广义的理解, 并且着重于发行权中的销售以及出租两项权利。

在明确了发行权的内涵之后, 对发行权用尽规则便可以有更为清楚的认识。大体上发行权用尽规则是指著作权人行使一次即告用尽了发行权, 不能再次行使。这一规则意味着作品的原件或复印件一旦经著作权人同意而进入市场后, 该作品作为商品的进一步发行, 著作权人再无权控制。<sup>3</sup> 这里需要指出的是发行权用尽规则针对的是合法的复制品以限制其著作权人发行权的范围, 而对于非法的复制品其并无适用的余地。这主要是由发行权本身的性质所

\* 作者系厦门大学民商法专业硕士研究生。

1 李明德:《美国知识产权法》, [M]. 北京: 法律出版社 2003 年版第 180 页。

2 萧雄淋:《著作权法论》, [M]. 中国台北: 五南图书出版股份有限公司 2003 年版第 231 页。

3 肖永平, 岳为群:《论著作权中的发行权用尽规则》, [J]. 载湘潭工学院学报 2000(2): 50.

决定,由于发行权本身与复制权有着密切的联系,在中国著作权法中属于“复制权”这个范围的,便包含有复制权、发行权和出租权。<sup>4</sup>而发行权就其目的而言是在于防止或阻止盗版或盗窃物的流转,所以其是复制权的附属权利。因此发行权本身便是针对非法的复制品而行使,并非针对合法的复制品。<sup>5</sup>对于非法复制品并不产生发行权用尽规则的问题。

## 二、发行权用尽规则的立法研究

纵观目前世界各国及地区有关发行权用尽规则的立法例,由于对该问题的认识不同,相关规定也因此而各异。概而言之,一共有四种立法模式:

(1)有些国家的著作权法中并没有明文规定发行权用尽规则,而仅是在实践中默认了该规则的适用,我国以及日本的相关立法便是这一立法模式的典型。(2)有些国家并不承认发行权用尽规则,如法国和比利时。在这些国家中,发行权永远不会用尽,经权利人许可投入市场的复制品,该权利人一直有权控制到最终使用者这一层。<sup>6</sup>(3)第三种立法模式是一些国家在著作权法及相关立法中明文规定发行权用尽规则。由于这些国家在发行权的概念中即包含着对作品出售及出租等权利,所以发行权用尽规则便同时包含有销售权用尽规则和出租权用尽规则两个方面的内容,这些国家典型的如德国和英国。德国《著作权法》第17条第2款规定:如果作品原件或复制件经在本法适用范围内传播的权利人的同意以让与的方式进入流通领域的,其继续发行是允许的。英国《版权法》第18条规定:公开发售作品复制件是著作权所禁止的行为,但是任何其后对此种复制中的批发、销售、出租或进口,均属专有权利行使的例外。(4)第四种立法模式的国家或地区同样也在著作权法及相关立法中明文规定发行权用尽规则。但由于这些国家或地区发行权概念中并不包含有出租权,所以其在规定了发行权用尽规则

之后,又另行规定了出租权用尽规则,我国台湾地区便是采取了这种立法模式。台湾地区《著作权法》第59条第1款规定,在台湾地区管辖区域内取得著作原件或其合法重制物所有权之人,得以转移所有权之方式散布之。第60条规定,著作原件或其合法著作重制物之所有权人,得出租该原件或重制物,但录音及电脑程式著作不适用之。

比照上述国家及地区的立法例,便会发现我国在发行权用尽规则上存在着明显的不足。尽管我国在实践中承认发行权用尽规则,然而在立法上却是一片空白。发行权用尽规则作为著作权人垄断性权利的必要限制,具有理论上的合理性和经济上的效益性。立法上的真空会使该项规则丧失其存在的支持,一旦发生纠纷,法院在适用法律时将缺乏明确的依据。从当代世界各国及地区的立法趋势上看,大多数国家或地区均在著作权法中将发行权用尽规则成文化,所以我国著作权相关立法也有必要作出相应的调整。考虑到我国对发行权的概念采用狭义的解释,并在发行权之外又规定了出租权,所以我国较宜采纳第四种立法模式,即在法律中分别规定销售权和出租权用尽规则。这样既有利于对发行权用尽规则的成文化,又有利于维护法律的协调统一性。

## 三、发行权用尽规则的适用

在第四种立法模式中,由于发行权采狭义概念,所以便造成了发行权用尽规则的分离,形成了销售权用尽规则和出租权用尽规则并立的局面。由于销售权与出租权之区别,所以有必要对分离出来的两项规则一一说明,以便对规则的内容有更为深入的了解。

### (一)销售权用尽规则

销售权用尽规则在我国台湾地区被称作转移所有权之第一次销售原则。这种提法主要

4 李明德、许超:《著作权法》, [M]. 北京:法律出版社 2003年版第 88页。

5 萧雄淋:《著作权法论》, [M]. 中国台北:五南图书出版股份有限公司 2003年版第 231页。

6 肖永平、岳为群:《论著作权中的发行权用尽规则》, [J]. 湘潭工学院学报 2000(2): 52

来源于发行权用尽规则的英文表述——the doctrine of first sale 并且由于销售权用尽规则区别于出租权用尽规则的最主要的特征便在于在作品的流通过程中是采用转移所有权方式进行的。

销售权用尽规则具体是指作品原件或其合法复制件的所有人有权出售该作品原件或复制件而无须经过著作权人同意。其适用要件主要包括两个方面：首先，作品的原件及复制件的所有权人是基于对作品的物权方才享有对作品处分和收益的权利。这里法律在保护作品所有者对作品的处分收益权以及著作权人对作品的发行权上作出了价值上的权衡，并侧重于对前者的保护。而在两种权利较量的过程中，所有权并非从一开始便占有上风。即使在承认发行权用尽规则的德国，在 1906 年的帝国法院判例之后，联邦法院依据德国民法典第 903 条规定认为所有权构成了著作权的障碍，不得行使所有权。因为在这种情况下，著作权就是第三人的权利。著作权给所有权限定了范围。<sup>7</sup>直到现代，在创设了发行权用尽规则之后，所有权人方可无障碍地行使对作品的处分权。其次，第一次销售的过程是经过权利人同意的，其中权利人可以是著作权人，也可以是权利人的继受人或被许可人。<sup>8</sup>但是“权利人同意将有关的作品投入市场”与“有关作品被合法地投入市场”是不同的，因为有些作品投入市场有时是“合法”的，但没有得到权利人的同意，例如西方国家普遍认为在批准强制许可的情况下不产生“权利用尽”问题。<sup>9</sup>

## (二) 销售权用尽规则的效力

在权利人同意的情况下，发行权在其同意的范围内全部穷竭，不得加以限制。然而此处又引申出另一个问题即版权领域的平行进口问题 (parallel importation)。平行进口实际上是指在海

外销售的某国的产品又重新返销回该国的情形。由此引发了一个争议，著作权人是否有权阻止作品的平行进口？把平行进口问题同发行权用尽规则联系起来，便可以进一步地探讨，平行进口是否侵犯了著作权人的发行权？作品在海外市场的销售是否导致其在返回国内市场后亦适用发行权用尽规则？对于该问题，有些人认为平行进口不应该通过法律的强制手段来加以禁止，因为国内的消费者是平行进口的最终受益者。但同样有些人认为平行进口对国内的出口产业具有很大的损害，应该予以禁止。<sup>10</sup>其实有关平行进口问题的争议源自于各国对“版权独立性”的理解，《伯尔尼公约》与《世界版权公约》都提出了版权独立性原则。就是说，成员国的版权人在甲国享有的版权不影响他在乙国就同一件作品享有版权，这项原则是对版权地域性特点的确认。由于版权即便在国际保护中也具有地域性，版权中权利用尽规则的适用，也自然具有地域性。由此可见与版权独立性原则相适应，发行权用尽规则的适用也具有地域性。<sup>11</sup>

在现实中，相对于专利权和商标权，由于版权在法律保护上普遍实行自动保护和国民待遇原则，所以在版权领域更容易产生平行进口问题。尽管世界上大多数国家，无论英美法系国家的判例还是大陆法系国家的法律都否认在平行进口时适用发行权用尽规则。然而各国在具体认定平行进口时的态度和依据却不尽相同。英国 1988 年版权法第 22 条第 2 款规定了关于进口物品构成侵权的标准，英国版权所有人在外国的被许可人，将在外国印刷的作品或从美国出口的作品销往英国或返销英国，如果被许可人所在国不是欧共体成员国而因为版权用尽不适用国际贸易理论，也将构成侵权。<sup>12</sup>值得注意的是，在英国版权法中发行权用尽规则的适用范围根据欧盟 2001 年 6 月颁

7 金勇军，付滨中：《发行权穷竭原则》，[J]，法学，1999(1)：60。

8 金勇军，付滨中：《发行权穷竭原则》，[J]，法学，1999(1)：59。

9 肖永平，岳为群：《论著作权中的发行权用尽规则》，[J]，湘潭工学院学报 2000(2)：52。

10 李响：《美国版权法：原则、案例及材料》，[M]，北京：中国政法大学出版社 2004 年版第 321 页。

11 肖永平，岳为群：《论著作权中的发行权用尽规则》，[J]，湘潭工学院学报 2000(2)：52。

12 马国泉：《现代版权法上的权利穷竭》，[J]，黑龙江省政法管理干部学院学报 2004(1)：84。

布的《信息社会指令》是在整个欧盟的范围之内,在欧盟之外,方存在平行进口问题。美国同样在立法层面否定了在平行进口中适用发行权用尽规则。其于1976年《版权法》第602条第1款规定“在未经本法意义下的版权所有人授权许可的情况下,将从美国以外获得的作品的复制品或录音制品进口到美国是侵犯了第106条下专属发行权的行为,可根据第501条提起诉讼。尽管美国版权法对平行进口问题有了明文的规定。但有趣的是,美国法院在对待《版权法》第602条第1款能否适用于平行进口的问题上通常都采取一种不置可否的态度。认为这一条款的确规定了平行进口也是一种侵犯版权的行为,但却没有授权海关予以制止,并且似乎平行进口更应该被看作是一个商标法或合同法的争议。<sup>13</sup>

在判断平行进口侵权是否成立时,国际上存在有两种标准:(1)作品发行地标准;(2)作品生产地标准。第一个标准是指无论该批作品是在何处生产完成的,只要其未获著作权人许可可在本国发行,那么该批作品的平行进口便侵犯了著作权人对其的发行权。例如,某作品复制品是由著作权人甲在其本国内制造,但未在本国内销售,便直接输出国外在他国销售,而乙在他国合法购买该复制品后,成为该复制品所有人,嗣后乙欲将该复制品重新销回甲之本国。因为该复制品并未取得甲同意在其本国内发行的授权,所以仍然必须征得著作权人甲的同意方可平行进口,我国台湾地区有关平行进口侵权的认定便采纳了此标准。

第二个标准是指无论著作权人欲将作品于何处进行发行,只要作品的生产地在本国,那么作品的平行进口便不侵犯著作权人对该批作品的发行权。反之,如果作品的生产地在他国,那么作品的平行进口便需要经过著作权人的授权,否则将构成侵权。承前例,若适用第二个标准,尽管著作

权人甲并未指作品于其本国内发行,但由于作品的生产地在甲的本国,则甲对该批作品的发行权业已用尽,其便不得主张该批作品的平行进口是构成对其在本国发行权的侵犯。美国在有关平行进口侵权的认定上便采取了第二个标准。1998年美国最高法院在 *Quality King Distributors, Inc. v. L'anza Research International, Inc.* 案中驳回了原告诉被告平行进口侵权的诉讼请求,其认为美国版权法第602条第1款仅仅规定了未经许可的进口是对第106条中所列举的一项专属权利的侵犯,以及因为这一项受到限制的权利并不包括合法拥有者的再次出售行为,<sup>14</sup>所以该案中,原告的发行权已经用尽,而法院对原告发行权用尽的判断又是基于 GINSBURG 法官所说的:这些引起争议的复制品现实被从美国运到海外,随后又被从海外运回了美国,法院解决的并不是那种侵权性的进口货物产自海外的案件。<sup>15</sup>

目前我国尚未明确规定禁止平行进口,仅在《实施国际著作权条约的规定》第15条规定:外国作品的著作权人有权禁止进口作品的下列复制品:(1)侵权复制品,(2)来自对其作品不予保护国家的复制品。尽管 *Trips* 协议没有明确解决这一问题,而是让各国自行决定,但根据我国经济发展情况以及各国的立法趋势,有必要在《著作权法》中对平行进口问题进行规定。比照上述两种认定标准,第一类标准明显有利于对著作权人发行权的保护,有利于对我国作者权益的维护,所以我国大陆可以参照台湾地区立法例采用第一种认定标准。

### (三)出租权用尽规则

出租实际上是将物租于他人适用收益而收取租金的行为。目前各国关于出租权的立法主要有三种立法例:(1)将出租权并入发行权统一规定,

13 李响:《美国版权法:原则、案例及材料》, [M], 北京:中国政法大学出版社 2004年版第 321页。

14 李响:《美国版权法:原则、案例及材料》, [M], 北京:中国政法大学出版社 2004年版第 329页。

15 李响:《美国版权法:原则、案例及材料》, [M], 北京:中国政法大学出版社 2004年版第 334页。

关于这点前文已论及。(2)将出租权单独规定,并赋予作者对作品广泛的出租权,我国台湾地区便采纳该立法例,其《著作权法》第 29 条规定,著作权人除本法另有规定外,专有出租其著作之权利。(3)将出租权单独规定,但仅赋予作者对少数特定作品享有出租权。我国便属于该立法例。我国《著作权法》第 10 条第 7 项规定:出租权,即有偿许可他人临时使用电影作品以及类似摄制电影的方法创作的作品、计算机软件的权利。在以上三种立法例中,仅在第二种立法例的情况下可能单独出现出租权用尽规则的适用。

出租权用尽规则具体是指作品原件或其合法复制件的所有人有权向他人出租该原件或复制件而无须经由著作权人同意。其行使条件和销售权用尽规则的行使条件相类似,都要求作品原件或合法复制件的持有人是作品的所有人以及持有人取得作品原件或合法复制件的过程是经过相关权利人授权的。但出租权用尽规则相较于发行权用尽规则的特殊之处在于其存在例外,即著作权人对某些类已售出的作品仍享有出租权,该出租权并不因著作权人出售作品的行为而用尽。根据《世界知识产权组织版权条约》第 7 条:计算机软件、电影作品和以录音制品的方式体现其作品的作者应当享有专有权利,授权将其作品的原件或复制品向公众进行商业性的出租。法律之所以赋予电影作品、计算机软件和录音制品以特殊的法律地位,是因为在这三类作品的发行中,出租具有非常重要的意义。传统上,

人们通过购买书籍、画册等方式获得作品再出租他人。但由于电子技术的发展,出租作品的复制件已经成为利用作品的重要方式,尤其是对这三类作品而言,出租甚至超过销售成为了向社会公众提供作品的主要途径。此时一旦允许公众任意出租这三类作品,将会严重影响著作权人对作品的垄断地位,进而损害著作权人创作的积极性。于是法律在此特定的场合便将维护著作权人垄断权利和公共利益的天平倾向了著作权人一方。然而各国法律对出租权用尽规则例外的适用对象上存在着分歧,我国便是依照 TRIPS 协议,并参照世界知识产权组织《版权条约》《表演和录音制品条约》单独就电影作品、计算机软件和录音制品规定了出租权。而在美国和我国台湾地区,出租权用尽规则例外的适用对象仅限于计算机软件和录音制品,即著作权人仅对计算机软件和录音制品享有专有出租权。这也反映了各国之间对著作权人垄断权利的限制上所持有的不同态度。

然而,对著作权人的垄断利益和公共利益的平衡绝非如此简单,法律在赋予了著作权人对特定作品出租权用尽规则的例外之后,又试图对著作权人可能因此出现的权利滥用进行规制。世界各国及地区均普遍规定当计算机软件不被当作出租的主要标的物时或者在适用某消费品的过程中,该消费品中所包含的计算机软件不易于被复制时,对该计算机软件的使用仍适用出租权用尽规则。这便可以称为“出租权用尽规则例外的例外”。■