

# 数字作品转售与发行权用尽原则

## ——对“Vernor案”和“Tom Kabinet案”的思考

王学硕

华东交通大学人文社会科学学院, 江西 南昌

收稿日期: 2024年4月10日; 录用日期: 2024年5月7日; 发布日期: 2024年6月17日

---

### 摘要

发行权用尽原则由美国最高法院在1908年的Bobbs-Merrill诉Straus案中首次确立, 美国国会随后将该原则编入1976年《版权法》。在计算机尚未普及的年代, 学术界的普遍观点认为发行权用尽原则适用于有形载体。但随着数字技术的发展以及网络交易市场的经济体量逐年上升, 原有发行权用尽原则的“地基”已经悄然发生了改变。网络发行凭借着成本低、传播性广、互动性强等特点, 逐渐抢占实体发行的市场, 但各种问题也接踵而至。比如, 合法获得的数字书籍、计算机软件等数字复制品的用户可否不经著作权人的同意而根据发行权用尽原则进行转让?

---

### 关键词

发行权用尽原则, 网络环境, 数字作品转售

---

# Resale of Digital Works and the Doctrine of Exhaustion of Distribution Rights

## —Reflections on “the Vernor” and “Tom Kabinet” Cases

Xueshuo Wang

College of Humanities and Social Sciences, East China Jiaotong University, Nanchang Jiangxi

Received: Apr. 10<sup>th</sup>, 2024; accepted: May 7<sup>th</sup>, 2024; published: Jun. 17<sup>th</sup>, 2024

---

### Abstract

The doctrine of exhaustion of distribution rights was first established by the U.S. Supreme Court in Bobbs-Merrill v. Straus in 1908, and was subsequently codified by the U.S. Congress in the *Copyright Act of 1976*. In the era when computers were not yet popular, the prevailing view in the aca-

demic community was that the doctrine of exhaustion of distribution rights applied to tangible carriers. However, with the development of digital technology and the increasing economic volume of the network trading market, the “foundation” of the original doctrine of exhaustion of distribution rights has quietly changed. With the characteristics of low cost, extensive dissemination, and strong interactivity, online distribution has gradually gained market share over physical distribution, but various problems have also emerged in succession. For example, can users who have legally obtained digital copies such as digital books and computer software transfer them without the consent of the copyright holder, based on the doctrine of exhaustion of distribution rights?

## Keywords

**The Doctrine of Exhaustion of Distribution Rights, Online Environment, Resale of Digital Works**

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 引言

在传统著作权法中，虽然未对发行权用尽原则进行明文规定与相关解释，但在实践中该原则却一直被认可，即作品复制件在出售或转让给买受人后著作权人便无权控制该复制件的流转。在传统纸媒环境下，该原则对平衡著作权人、作品传播者以及社会公众的利益发挥了重要的作用，同时也符合著作权法平衡各方利益的精神与立法宗旨。但自进入数字时代以来，互联网信息技术的飞跃式发展，使作品的利用方式不再局限于传统发行，数字作品成为重要的作品形式。在数字环境中，复制品并不会随着时间的推移而损耗，其相较于实体市场与数字一级市场拥有相对低廉的价格，逐渐抢占和蚕食实体市场和数字一级市场，虽然作为消费者的我们也希望以低廉的价格获取商品，但这种不加控制的竞争最终会损害著作权人的利益，降低其创作的积极性。而且，数字作品的许可协议导致其购买者获得的是使用权而非所有权，导致如今大多数学者仍不认可发行权用尽原则适用于数字作品。但也有学者通过考量经济影响、技术发展等因素认为发行权用尽原则适用于数字作品。本文将以美国和欧盟两个案例为切入点，讨论数字作品转售适用发行权用尽原则的可能性。

## 2. 美国“Vernor案”——关于数字许可协议的区分

Cardwell/Thomas Associates (CTA)于1999年从Autodesk公司购买了AutoCAD的CD，2002年CTA升级了AutoCAD软件，并与Autodesk公司达成一项协议，销毁其在1999年购买的所有AutoCAD的光盘，但CTA违反了该协议，将这些光盘转让给了原告Vernor，Vernor随后将这些光盘放在eBay上拍卖，随后Autodesk将Vernor诉至法庭。<sup>1</sup>

第九巡回法庭认为问题的关键是CTA是否拥有AutoCAD副本的所有权，以达到适用首次销售原则的目的。为了确定CTA是不是软件的所有权人，第九巡回法庭颁布了一项由三部分组成的测试，专门适用于软件用户。第九巡回法院的检验标准指出，“如果版权所有者①明确规定用户被授予许可；②显著限制用户转让软件的能力；③施加明显的使用限制，则软件用户是副本的被许可人而非所有者”[1]。第九巡回法庭发现Autodesk充分满足了三个部分中的每一个，因此CTA不是这些副本的所有人，其也不能将所有权转让给Vernor，Vernor自始至终未获得副本的所有权，无权主张首次销售原则。

<sup>1</sup> 参见Vernor v. Autodesk, Inc., 621 F.3d 1102 (9th Cir. 2010)。

可见，数字许可协议的签订，代替了使得版权人可以根据法律规定控制数字作品后续的处分行为。版权法的目的是为了平衡版权人、消费者和使用者的利益，在满足版权人利益的同时，增加公众接触知识的可及性和方便性。将数字转售许可协议认定为“许可”的做法是以牺牲消费者、使用者的利益为代价扩张了版权人的利益，这明显违背了版权法的立法目的。我国对所有权进行了明确的定义与保护，但是并未对与日增长的数字作品销售中的许可进行区分，数字作品交易只有在被认定为销售的情况下，才能使消费者获得使用权，从而保障其处分的权力。因此讨论数字作品转售是否适用发行权用尽原则，有必要区分认定数字许可协议。笔者认为，如果用户可以无限期的占有处分该数字作品，则用户取得是数字作品的所有权，该网络协议应被认定为销售协议。对于有限期的许可协议和销售协议的区分，应采用如 UsedSoft 案<sup>2</sup>的整体判断方法，结合公共利益来判断。对于那些获得了作品复制件相应经济回报的著作权人，明确允许消费者支付相对价便能够合法下载数字作品复制件至本地设备。此时若为了避免消费者无限期使用损害自身经济利益，从而施加一定期限限制的，应认定消费者获得的所有权。若许可协议对于消费者只有在购买行为完成后、安装时才能阅读的条款，此时消费者只有点击同意该许可协议才能使用该数字作品，应认定该许可协议为销售协议。对于未尽提示义务的网络服务提供者或以缩小字体、使用透明字体等方式规避义务的，更应如此。

### 3. 欧盟“Tom Kabinet 案”——网络复制件的难题

Tom Kabinet 经营着一个名为“Tom 阅读俱乐部”的在线平台，允许私人用户可以通过该平台出售和购买合法获得的无 DRM (数字权限管理技术)的二手电子书，Tom 会将每本书交易价格的 20% 保留到一个代管基金中，以转交给作者和出版商。Nederlandse Uitgeversbond (NUV)和 Groep Algemene Uitgevers (GAU)两家出版协会认为 Tom 的服务是非法的，向法院提起诉讼，法院认为 Tom 的服务不构成 InfoSoc 指令意义上的向公众传播，但不确定是否适用首次销售原则，于是将案件提交给欧盟法院审理。Szpunar 总检察长认为在欧洲法律现状下，对于通过互联网传播非物质复制品，WCT 的总体解决方案优先考虑向公众传播权，而不是分销权。他认为通过在线下载提供作品的情况下，原始购买者的作品复制是在版权人的同意下复制的，而不包括作品副本转售时所必须的复制。电子书籍的转让不会因为使用而损耗，加之其较之相对低廉的价格，使得数字书籍的二手市场会对电子书籍的原始市场产生较大的影响。因此，不适应发行权用尽原则。<sup>3</sup>

我国《著作权法》第十条第一款第五项规定，复制权是以印刷、复印、拓印、录音、录像、翻录、翻拍、数字化等方式将作品制作一份或者多份的权利。从此可以看出，产生新的复制件的行为应当取得著作权人的许可。信息网络时代到来之前，作品必须依附于有形载体之上进行转让，此过程中复制与发行属于泾渭分明的两个过程，而互联网的兴起，使得作品的复制行为与传播行为合为一体很难区分。数字作品的转售过程中，出卖人并未将数字作品的原件转让给用户，而是买受人通过下载复制行为，在本设备内形成区别于原件的复制件。买受人在取得复制件后，如果出卖人并未删除原有复制件，不论转售行为是否取得著作权人的许可，均侵犯了著作权人的复制权。可见，发行权用尽原则在网络环境中适用，复制件难题需着重解决。

笔者认为网络转售实质上是网络代码的传输，在传输过程中必然会产生复制行为，该行为具有正当性和合理性，不应认定为侵犯复制权的行为。我们的视角更应放在注重网络复制件的合法来源上。发行权主要是阻止他人未经版权人许可将复制件投放市场，损害版权人利益，是作为复制权的补充，而不是对经版权人许可将作品复制件投放市场后，干涉复制件的合法获取者对其进行处分<sup>[2]</sup>。针对网络复制件

<sup>2</sup> 参见 UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp., Case C-128/11 (CJEU July 3, 2012).

<sup>3</sup> 参见 Case C-263/18 Nederlands Uitgeversverbond and Groep Algemene Uitgevers v Tom Kabinet Internet BV and Others [2015] EU:C:2019:697.

并不会如有形复制件一样随时间而逐渐损耗、经济成本极低，从而导致了新复制件的数量难以控制，造成二级市场与一级市场的激烈竞争，从而减损著作权人的利益的问题。可以对数字作品的转售设置次数和期限，在达到一定次数或期限后，技术将无法使该作品再一次转售，辅之以“转售——删除”技术、区块链等技术保证数字作品转售后复制件数量的恒定。同时，互联网使版权人的发行成本和传播成本大大降低，甚至不耗费发行成本，如网易云音乐可以自由上传自己的原创音乐。版权人因网络复制件的问题导致的利益减损也从其他层面得到了弥补。还可以同“Tom Kabinet 案”那样对数字转售加收一定比例的手续费来补贴版权人和发行平台。

#### 4. 美国与欧盟观点的对比分析

美国于 1980 年修订了《版权法》第 117 条，允许“计算机程序副本的所有者制作或授权制作该计算机程序的另一副本或改编本，并且这些副本可以出租、出售或以其他方式转让”。但该法令并没有明确界定“所有者”，因此软件制造商开始在他们的强制许可协议中规定软件的购买者仅为许可使用者而非所有者这样的规定。在美国“Vernor 案”中，Autodesk 正是基于这种强制许可的格式条款给予购买者使用权而非所有权。美国联邦第九巡回法庭颁布的区分所有权人和被许可人的检验标准完全受制于版权所有者，比如“限制用户转让软件的能力”、“明显的使用限制”等，要知道软件制造商在出售时为增加销量，降低本方诉讼风险等，都会在软件许可协议中明确规定这些限制性条款。从此来看，此项标准是十分有失偏颇的。美国内针对此都无统一意见，比如上文提到的美国联邦第十巡回法庭在 Novell 案<sup>4</sup>中的判决。此案从所有权角度否定了数字复制品发行权用尽原则的适用。美国“ReDigi 案”<sup>5</sup>从非法复制角度排除了数字复制品适用发行权用尽原则，美国纽约地区法院认为界定复制权的是一个新的物质对象，而不是一个额外的物质对象。由于同一物质对象不可能在互联网上传输，在互联网上传输文件的结果是在不同的计算机上创建了一个新的物质对象，构成了非法复制。因美国《版权法》没有创设信息网络传播权，故发行权与信息网络传播权的冲突并不讨论。从这些判例来看，美国并不支持发行权用尽原则在网络环境中的扩张，在《千禧年数字版权法》(DMCA)规定“由于对经济的不利影响和对互联网上数字内容缺乏控制，建议暂停扩大发行权用尽原则在互联网上的适用”。美国版权局(USCO)也曾强调物理副本和数字副本的巨大差异，前者会随着时间的推移而损耗，后者则保持如初，为避免损害版权人的利益，不支持发行权用尽原则在互联网上的适用。

《欧盟版权指令》规定<sup>6</sup>，“作品原件或复制品在共同体范围内的发行权不得用尽，但权利人在共同体范围内首次出售或以其他方式转让该物品所有权或经权利人同意的情况除外。”同样，根据《欧盟软件指令》<sup>7</sup>，“由权利人或经其同意在欧共体内首次出售的软件程序复制品，应用尽该复制品在欧共体内的发行权，但控制程序或其复制品进一步出租的权利除外。”根据欧盟法律，版权所有者拥有专有的出租权，这种权利在首次出售时不会用尽。此外，根据欧盟法律，版权所有者还享有专有的“公共”出借权，这种权利与出租权一样，不因首次出售而用尽。<sup>8</sup>但是，欧盟法律允许各国版权法对公共出借权的用尽进行减损。例如，德国立法机构颁布了一项豁免条款：根据德国版权法<sup>9</sup>，首次出售某一特定复制品即用尽了公共出借权；如果复制品被公共出借，例如被国有图书馆出借，版权所有者有权获得报酬。在德国 UsedSoft 案中，欧盟法院认为许可协议的签订不能认定软件购买者获得的是软件的使用权，许可协议的签订和软件程序的下载应被视为同一性为，视为产品的转让，软件购买者获得是软件的所有权，对软

<sup>4</sup> 参见 Novell, Inc. v. Network Trade Ctr, Inc., 25 F. Supp. 2d 1218 (D. Utah 1997).

<sup>5</sup> 参见 Capitol Records v. ReDigi, Case 1:12-cv-00095-RJS Document 109 Filed 03/30/13.

<sup>6</sup> 参见 EU Copyright Directive, *supra* note 16, art. 4(2).

<sup>7</sup> 参见 EU Software Directive, *supra* note 16, art. 4(2).

<sup>8</sup> 参见 EU Rental Directive, *supra* note 25, art. 1(1), 3(1).

<sup>9</sup> 参见 German Copyright Act, *supra* note 16, 17(2).

件许可协议的付款视为销售，适用发行权用尽原则。而在荷兰 Tom Kabinet 案中，欧盟法院并不认同计算机软件程序以外的数字副本适用于发行权用尽原则，因为软件程序需要在计算机上运行才能使用，这使得分发媒介的性质无关紧要。同时由于软件程序需要维护和更新，因此它们总是通过许可证进行商业化，所有软件程序在销售和许可证之间的功能等同是合理的。与软件不同的是，电子书籍的转让在功能上并不等同于实体书籍的销售，因为电子书籍不会因使用而损坏，使用过的副本的交换也不需要额外的努力或成本。这些特点使得数字副本的二手市场对作品的原始市场产生更大的影响，损害了著作权人的利益。

尽管欧盟和美国尚未明确规定能否用发行权用尽原则来规避数字作品转售过程中的侵权风险，但频繁出现的相关案件表明这一问题亟待解决。不同案件的不同判决结果也为发行权用尽原则在数字网络环境中的适用性提供了讨论的空间。考虑到我国并未承认发行权用尽原则在网络环境的适用，但自进入数字时代以来，互联网信息技术的飞跃式发展，使作品的利用方式不再局限于传统发行，数字作品成为重要的作品形式。NFT 产业、网络电子书市场规模逐年上升，产业潜力雄厚。因此我们有必要重视这一问题并积极寻求解决方案。

## 5. 从“胖虎打疫苗案”分析我国数字作品转售中的适用发行权用尽原则的难题

从美国和欧盟的法律以及现有的案例来看，其官方并没有太多意愿将发行权用尽原则扩大到网络环境中。我国在“胖虎打疫苗案”<sup>10</sup>中，法院认为发行权用尽原则的适用基础是作品与其有形载体的不可分性、NFT 数字作品无成本、无数量限制的复制有违发行权制度的本意、可以用信息网络传播权规制，由此认为 NFT 数字作品交易并不能适用发行权用尽原则。而且认为占有 NFT 数字作品获得的并不是所有权，理由是 NFT 数字作品的虽然满足稀缺性、可支配性和排他性等特征，但其支配需依靠交易平台的技术支持，NFT 数字作品的“占有”更多地体现为对“所有人”身份的象征。我国主流观点并不认可发行权用尽原则在网络环境下扩张使用，但现有的理论又不足以规避现实中网络发行所带来的问题。因此，适当扩张发行权用尽原则在网络环境中的适用显得尤为必要。结合美国、欧盟与我国当前的态度，数字作品转售发行权用尽原则的难题主要集中在① 发行权用尽原则限于有形载体；② 网络转售可以用信息网络传播权进行规制；③ 网络复制件导致的适用难题；④ 数字许可协议带来的认定难题。因此，解决这些问题就显得极为关键。

对于第一个问题，UsedSoft 案中欧盟法院将许可协议的签订和基于此下载软件的行为，解释为了产品的销售，因此适用发行权用尽原则，可见发行权用尽的客体并不局限于有形载体。此观点的基础源于 WCT 条款第 6 条中的外交官议定声明，然而当时的网络仍处于初级阶段，网络发行仍未成为主流。还有学者指出是在 WCT 条约谈判时，为了尽快通过此条约，才把发行权限定为有形载体，并不是各国达成的共识，不能说明网络传输数字作品就不是发行行为<sup>[3]</sup>。对于第二个问题，发行权所控制的发行行为符合两个要件：一是向公众提供作品的原件或复制件；二是以出售或赠与的方式进行。而信息网络传播的特点为以下三点：第一，作品传播行为必须发生在向一定公众开放的网络环境中；第二，作品传播行为必须产生传播者与公众在特定作品之上的双向交互式关系；第三，作品传播行为的完成只以一定公众在网络环境中通过自由意愿获得作品的可能性出现为标志，而不以特定公众是否已实际获得作品为判断依据。信息网络传播行为又分为定向传播和服务器传播，通过服务器传播又细分为付费下载和随意浏览<sup>[4]</sup>。对于网络定向传播和付费下载来说，完全符合发行权的两个要件。而对于随意浏览的行为仍归为信息网络传播权规制。可以看出信息网络传播权与发行权的区别在于持有者是否有权将下载后的复制品转让给第三人，且网络发行行为完全可以由发行权进行规制。第三个和第四个问题已在上述案例中讨论，故不

<sup>10</sup> 参见杭州互联网法院民事判决书(2022)浙 0192 民初 1008 号。

在此描述。

考虑到数字经济的蓬勃发展，以及二级市场对经济效益的高效利用，僵硬的解释法条来探讨发行权用尽原则是否适用于网络环境，考虑适用与否是否打破了著作权人与消费者之间的利益并不能同步数字经济发展速度。数字市场的发展为消费者提供了更多的机会用更少的成本去接触知识，促进文化的传播于科学的进步，政府基于此目的也有义务去探讨发行权用尽原则在网络上适用的可能性。同时，版权法的深层次目的是通过维护版权人的利益从而鼓励创新，利用文化发展和技术创新从而推动社会的发展。对于发行权用尽原则在网络环境的扩张适用可能会导致无序的复制从而折损版权人的利益，针对此现有技术的发展及后续改进可以有效的避免无序复制，还可以对数字二级市场的每笔交易抽取极少比例手续费来补贴版权人。因此，这并不是阻碍发行权用尽原则在网络环境扩张适用的难题所在。

## 参考文献

- [1] Bednarz, Z.J. (2011) Unreal Property: *Vernor v. Autodesk, Inc. and the Rapid Expansion of Copyright Owners' Rights by Granting Broad Deference to Software License Agreements*. *DePaul Law Review*, **61**, Article No. 939.
- [2] 王迁. 论网络环境中的“首次销售原则”[J]. 法学杂志, 2006(3): 117-121.
- [3] 何怀文. 网络环境下的发行权[J]. 浙江大学学报(人文社会科学版), 2013, 43(5): 150-159.
- [4] 黄玉烨, 关春媛. NFT 数字作品交易行为的“发行属性”与适用规则[J]. 编辑之友, 2024(3): 105-112.