

共享軟體之著作權保護問題研究 — 兼評「中國象棋 v.1.0 視窗版」案

Discussion on The Copyright Protection Problem of Shareware
— A Comment on "Chinese Chess v.1.0 Window" Case

郭懿美 *

目 次

壹、前言	二、判決要旨
貳、共享軟體之著作權保護問題	三、本案簡評
一、何謂共享軟體？	肆、「中國象棋 v.1.0 視窗版」案評述
二、電腦軟體之著作權保護爭點	一、案情簡述
三、與共享軟體相關之著作權問題	二、法院判決
參、澳洲聯邦法院判決承認共享軟體 Winsock 的著作權	三、本案評論—著作人未明示授權同意 「營利使用」，使用者可否逕行爲 之？著作人可否尋求民事救濟？
— Trumpt Software Pty Ltd. & Tattam v. Ozemail Pty Ltd. 案介 紹	伍、使用者合法使用共享軟體之道—代結 論
一、案情簡述	

壹、前言

隨著全球／國家資訊基礎建設 (GII/NII : Global/National Information Infras-

* 美國杜蘭大學法律科學博士 (S.J.D.)，逢甲大學法律教學組專任副教授，東海大學法律系暨法研所兼任副教授。

structure) (註一)、網際網路(Internet) (註二)及企業內部網路(Intranet) (註三)、全球資訊網(WWW: World Wide Web)、衛星傳播(Global Transmission)、數位科技(Digitization)及多媒體(Multimedia)等高科技時代的來臨,興起了繼電腦之後另一波新的資訊革命,這些高科技產物,結合三C(即電腦(Computer)、通訊(Communication)及消費性電子產品(Consumer Electronic Product)等迅速崛起,並以數位整合(Digital Convergence)、寬頻通信(Broadband Communication)及資料壓縮(Data Compression)等科技,透過電信(Telecommunication)、有線電纜(Cable)或人造衛星(Satellite),將資訊作最快速有效之傳遞,形成互動式之隨選視聽訊息(Interactive on Demand-Vedio/Audio on Demand),帶動人文社會高度需求,因而吸引了全球的焦點,成為各國競相發展應用之潮流,抑且帶動了高科技產業全新之契機。

網際網路是藉由連接數個資料處理設備,進行資料交換的系統,其資源有全球資訊網路(World Wide Web)、檔案傳輸服務(FTP)、電子郵件(E-mail)、新聞論壇(News group)、電子佈告欄(Bulletin Board System, BBS)及小田鼠文件擷取系統(Gopher)等。在我國主要之網路以中華電信HiNet、教育部TaNet以及自財團法人資訊工業策進會獨立出來的SeedNet等為主,但皆需與國際網路連線,才能發揮功效。目前全世界透過網際網路使用之國家至少已達一百六十個,全球使用者已近一億人,著名的Fortune雜誌統計,世界五百大企業超過百分之八十已建置網

(註一) 關於NII或GI1,參見Vice President Al Gore, Bringing Information to the World: The Global Information Infrastructure, Harvard Journal of Law and Technology, Vol., No.1 (Winter 1996); Bruce Lehman, Intellectual Property and the National and Global Information Infrastructures, from Future of Copyright in A Digital Environment, edited by P. Bent Hugenholtz, P.103, Kluwer (1996).

(註二) Internet 網際網路係網中之網、網網相連的電腦網路系統,源自美國國防部ARPA(Advanced Research Projects Agency)委託MIT的林肯實驗室電腦網路計畫,即後來發展之1965年ARPANet,關於Internet之沿革,參見Richard Allan Horning, Has Hal Signed A Contract: The Structure of Frauds in Cyberspace, Computer & High Technology Law Journal, Vol.12, P.254(1996)。

(註三) Intranet 係企業內部經不同部門或分支機構間連結成類似Internet型態之電腦網路系統,其亦可以連至Internet。

站，且正急速增加中（註四）。根據經濟部技術處委託資策會推廣服務處執行的NII應用推動科專計畫進行的調查，截至一九九八年十二月底止，台灣地區網際網路使用人口達三百零一萬一千人，提前九個月達到政府三年三百萬人上網的目標，為網際網路應用發展奠下良好的基礎。另根據教育部電算中心統計，在所有網際網路上網人口中，教育及學術用戶佔約一百零二萬人，工商業界及個人用戶數則佔一百九十八萬人，其中個接用戶有八千多戶。此係人類運用資訊迅速、便捷地傳輸到個人生活中最成功的模式，政府現正積極推動電子化及網路化政府、電子商務(Electronic Commerce, EC)、遠距醫療、教學以及圖書館等。由是觀之，在虛擬世界(Cyberspace)之下，網際網路或企業內部網路可謂為現今資訊社會最重要的應用工具，不論國家政府部門、民間企業及各單位，乃至於個人，均密切注意其最新的動態。但相對言之，正因為其發展太過快速，導致應用時在法律面所引發之問題亦逐漸浮現。

在網路上所有傳送的資訊，不論是文字、聲音、旁白、音樂、影像、攝影、數據、圖形、動畫、美術、電影、電腦軟體等等，一切視聽和多媒體相關之素材，皆可透過數位化(digitization)的方式(即運用0與1關係之數位碼)在電腦之間傳送，並結合光纖網路(optic fiber)及通訊技術作更廣泛的運用。是以，透過全球資訊網路製作首頁(homepage)，在網路上設置網站(web site)，會使用到許多受著作權保護(copyrighted)的項目，使用人如未取得合法的授權即擅自引用他人受保護之素材，即可能產生著作權之侵權之問題，凡此亟須吾人就著作權法重新加以定位。

至於以網路應用不可或缺之電腦程式而言，其與其他著作較為不同之處，在於電腦程式依他人得使用的程度，可以分為數種：公共軟體(public domain software)、免費軟體(freeware)、共享軟體(shareware)，以及一般軟體。不同類型之軟體所容許他人使用之程度並不相同，公共軟體能被自由利用之空間最大，然而電腦程式如果不屬於前三者，則他人所能自由使用之空間就極為有限。關於前揭四種軟體相異之處，謹以簡表列於附錄，茲不贅述。本文則擬針對共享軟體之著作權保護問題進行研討，除將依現行國內外法律與實務討論相關爭點以外，並擬介紹澳洲

(註 四) 一九九七年六月三日師大舉辦電子商店實務運作法律問題座談會，資策會推廣服務處統計資料。

Trumpt Software Pty Ltd. & Tattam v. Ozemarl Pty Ltd. 案（註五），該案確認了共享軟體之著作權，在國際間對共享軟體使用規範尚稱模糊的現況下，殊為一個值得吾人借鏡的重要案例。此外，本文擬針對一九九八年八月台北地院判決書局負責人出售附有共享軟體之光碟片，如已遵守著作人使用限制，不構成著作權之侵害乙案亦即「中國象棋 v.1.0 視窗版」案（註六），自著作人可否尋求民事救濟觀點，試為評論。最後，本文擬針對使用者合法使用共享軟體之道，提出若干建議，做為本文之結論。

貳、共享軟體之著作權保護問題

一、何謂共享軟體？

共享軟體與免費軟體相同，亦是一種非商業性軟體；其與免費軟體不同之處，在於其雖然容許使用者先利用一段時間，但是於試用期滿後，須經特定手續才能繼續使用，否則即不應繼續利用該軟體。所謂「特定手續」有很多情形，不一定要繳費註冊或者登記，也可能是要求使用者為一定的行為，例如：寄簡介給著作人提供特定訊息（如校園的情形、上線人士最常討論之話題等等）給著作人、對慈善團體為捐贈、以 E-mail 通知著作人其使用的情形、聲明其願意遵守著作人的權利聲明、寄一封當地的風景明信片給著作人等等。隨著網路普及化，共享軟體也相當盛行，例如知名 WWW 瀏覽器 Netscape Navigator 就是以共享軟體的形態在網路上流傳（註七）。

共享軟體可使著作人以及軟體使用者雙方各蒙其利，對著作人而言，可以達到

（註 五） Trumpt Software Pty Ltd. & Tattam v. OzEmail Pty Ltd. (No. TG 21 of 1995, judgement of 10 July 1996).

（註 六） 八十七年度易字第二〇五五號台灣台北地方法院刑事判決，其全文可參見一九九八年九月資訊法務透析 PP.A-1~A4。相關之新聞資料，可參見一九九八年八月十六日聯合報第八版。

（註 七） 「網路普及化、共享程式也盛行」，自由時報第卅六版，一九九五年十二月十七日，轉引自陳錦全撰「網路著作權問題初探」（刊載于一九九六年七月資訊法務透析）P.31。

開拓市場目的或者是節省行銷成本，而對使用者而言，則是有在一段時間內先行免費試用的機會。和其他非商業性軟體比較起來，共享軟體有更多的功能、容量及選項，而且有更易於使用的介面及精心設計的圖形，因此，許多共享軟體產品會被一些商業性軟體廠商買下，並且將其變成完全的商業性軟體（註八）。

共享軟體通常也是享有完整的著作人格權以及著作財產權的電腦軟體，因此使用者於利用共享軟體之際不得逾越著作人允許試用的目的以及範圍。通常共享軟體的著作人會為權利聲明，針對軟體之利用、散布做若干限制，例如：未經著作人同意不得用來營利、繼續散布時須保持軟體之完整、不允許使用者修改或刪除軟體內容、不得影響著作人之姓名權益、另行傳輸時須附上原有的著作人權利聲明內容及著作權標示、不能把該軟體放上其他的 FTP 站等等。此外，著作人亦會表明試用的期間；期滿後為繼續利用的註冊方式或特定手續為何、程式升級的規範、技術上支援規範 (support policy) 等事項（註九）。

二、電腦軟體之著作權保護爭點

(一)著作權法之保護客體

依世界智慧財產權組織 (World Intellectual Property Organization, 簡稱 WIPO) 之國際事務局，於一九七八年發表之「電腦軟體保護之標準規定」(Model Provisions on the Protection of Computer Software)，電腦軟體 (computer software) 包含電腦程式 (computer program)、程式描述 (program description) 以及附屬資料 (supporting material)，且各範疇其保護程度各異（註一〇）。電腦程式為電腦軟體的下位概念，是較為狹義的電腦軟體，亦即本文欲探討之範疇。世界各主要國家的著作權法現今大多有關於電腦程式的保護規定，或有以著作權法為依據

（註八） 藺奕、劉順鐘編譯，Intranet Bible（下）P.6。轉引自蔡東賢、李筱萃合撰「淺談網路著作權－共享軟體與免費軟體」（刊載于一九九七年十一月資訊法務透析，註1）P.14。

（註九） 蔡東賢、李筱萃合撰，Id. at PP.14 & 15。關於共享軟體之詳細介紹，亦可參見內政部委託信孚法律事務所執行「著作權面對高科技發展之因應配合（第一年）報告」（一九九六年六月十五日印行）pp.121-124。

（註一〇） 蕭雄淋著，新著作權法逐條釋義(一)（一九九六年五月五南圖書出版股份有限公司初版一刷）P.99。

的電腦程式保護法（如韓國及中國大陸）。我國係於一九八五年修正著作權法時，首度將電腦程式納入著作權法保護之範疇，並參考美國立法例，將電腦程式定義為：「直接或間接使電腦產生一定結果為目的所組成之指令」，而現行著作權法的電腦著作定義則大致上沿襲舊法的定義，係指直接或間接使電腦產生一定結果為目的所組成指令組合之著作（著作權法第五條第一項各款著作內容例示第二條第十款）（註一一）。

電腦程式依其敘述語言可分為原始程式 (source program) 以及目的程式 (object program)。原始程式係用程式語言（如 FORTRAN、COBOL、ASSEMBLER 等）所產生之程式，係須經轉換為機器語言後方能為電腦辨識的程式，電腦無法直接閱讀並得知其意；目的程式係將程式經由語言轉換器轉換成機器可閱讀之語言的程式，或直接用機器可閱讀的語言所產生之程式（註一二）。

原始程式是操作電腦的一系列定型化之陳述，敘述一串事物如何變化為電腦處理的資料，其形式上已非常接近普通的英語，一般均認為原始碼 (source code) 所寫成之程式，符合著作之要件，為著作權法保護之客體（註一三）。

至於目的程式是否亦屬著作權法保護之客體？美國早期的判決偶有認為目的碼 (object code) 不是著作權法上的著作，至一九八三年 Apple Computer, Inc. v. Franklin Computer Corp. 一案，法院依據「新科技使用委員會」(Commission on New Technological Uses, CONTU) 之報告及著作權法修改的過程，認為目的碼亦是著作權法保護之客體，其與原始碼不過是一體兩面的關係（註一四）。而目的程式依其產生方式之不同，可為如下的探討（註一五）：

1. 直接作成目的程式：此時目的程式本身就是一種著作。

用組合語言 (assembler language) 寫的原始程式經過組合編譯程式轉換的；任何同一個此種原始程式無論使用何種不同的組合編譯程式，隨時都可以得到完全相

（註一一） 一九九二年六月十日台(81)內著字第八一八四〇〇二號公告。

（註一二） 日本電腦軟體法律保護資料彙編，財團法人資訊工業策進會編印，P.10。

（註一三） 劉江彬著「資訊法論」（一九八八年元月二版）P.123。

（註一四） Ibid.

（註一五） See supra note 12 at 29。陳家駿、呂榮海著「電腦軟體著作權」（一九八七年八月廿日蔚理法律出版社初版）PP.20 & 21。

同之目的程式，不需要任何創作性，因此這種目的程式並非第二次著作，應當是一種複製、重製的行為。

2. 用高階語言，如 COBOL 和 FORTRAN 等寫的原始程式，由編譯程式轉換的。

縱使將此種原始程式中之同一原始程式用不同的編譯程式來轉換（或用同一編譯程式但以不同之方法使用之）所得到的是各種不同之目的程式，足以肯認有些許創意存在，但在日本多數見解仍認為此種情況係原始程式之重製而已。

因此，除於直接作成目的程式的情形該目的碼本身即為著作外，著作權法第四條第一項第十四款之「電腦程式著作」原則上宜應認為係指原始程式，而將目的程式視為其重製物，似較為妥當。

(二)一般電腦程式之著作權保護內容

我國著作權法於一九八五年修正後，改為「創作完成主義」（參見第十條），是以電腦程式於創作完成時即受著作權法保護。電腦程式得享有之著作權依其內容可分為著作人格權及著作財產權，茲分述如下：

1. 著作人格權

(1) 公開發表權：著作人就其著作享有公開發表之權利（參見第十五條第一項）。

(2) 姓名表示權：著作人於著作之原件或其重製物上或於著作公開發表時，有表示其本名、別名或不具名之權利（參見第十六條第一項）。

(3) 同一性保持權：著作人享有禁止他人以歪曲、割裂、竄改或其他方法改變其著作之內容、形式或名目致損害其名譽之權利（參見第十七條）。惟電腦程式係極特殊之著作，特定程式如使用於不同的電腦硬體，往往需修正電腦程式，才能順利操作，又電腦程式著作之價值貴在其功能，如電腦程式設計明顯錯誤則無法達成原來著作目的，因此，依著作權法第五十九條第一項規定，為使電腦程式著作，適用特定之電腦，或改正電腦程式設計明顯而無法達成原來著作目的之錯誤，所為必要之改變，均不認為係侵害著作人之同一性保持權。

2. 著作財產權

依著作權法第三章第四節第一款，著作依著作之性質有自行重製、公開口述、公開播送、公開上映，公開演出、公開展示、改作、編輯以及出租其著作之權，茲擇其要者說明之：

(1)重製權依著作權法第二十二條之規定，著作人除本法另有規定外，專有重製其著作之權利，而依同法第三條第一項第五款，重製指以印刷、複印、錄音、錄影、攝影、筆錄或其他方法有形之重複製作。重製權是著作財產權中最重要的一種權利，因為著作只有透過重製才有可能大量散布，並實現其財產價值（註一六）。

對於高科技的重製情形，可屬於法條所謂之「其他方法有形之重複製作」。有疑問者，係何謂「有形」？專家認為：「有形」是指必須重複製作並附著於有形之媒介物上，但不問該有形之媒介物本身存在時間之久暫，亦不問該重複製作附著於有形媒介物時間之長短，專家認為是否構成重製與重製物所能存續之時間長短並無關係；其次，是指其重複製作必須具有一定的表現形態，而能使他人感受到原來著作的創作內容，至於感受的方法，專家認為並不以人類的感官所能直接認知為限，若是透過機器的運作，亦能使人間接得知原來著作的內容，亦屬之（註一七）。

網路上的很多行為皆可能涉及重製的情形，例如網路使用者將電腦程式上載(upload)到網路上、自網路下載(download)複製到自己電腦的硬碟或磁碟片中、拷貝一份利用 e-mail 寄給他人、備份存檔等等，甚至依現有技術，透過網路閱讀他人資料，雖未下載，由於自己電腦上之隨機存取記憶體(random access memory, RAM)會暫時儲存該等資料，此亦可能被認為是重製。

美國 NII 執行單位－資訊基礎建設工作小組 (Information Infrastructure Task Force, IITF) 之智慧財產權工作小組，於一九九五年九月作成美國國家資訊基礎建設智慧財產權報告 (Intellectual Property and the National Information Infrastructure: The Report of the Working Group Intellectual Property Rights)，即通稱的「NII 智慧財產權白皮書」。該白皮書從美國著作權法的立法史和法院判例，歸納出數種構成重製的行為，其中值得注意者，例如：將一著作放在磁碟 (disk)、磁

(註一六) 參見謝銘洋、陳家駿、馮震宇、陳逸南、蔡明誠合著，著作權法解讀(一九九八年八月月旦出版社股份有限公司三版一刷)P.43。

(註一七) See supra note 9 at 106-108。

碟片 (diskette)、唯讀記憶體 (read only memory, ROM) 或其他電腦儲存設備、甚至在 RAM，只要是一個非常短暫的時間，即構成重製；使用者將一個數位檔由其電腦上載至 BBS 或其他伺服器 (server) 上，或由 BBS 或伺服器下載至其電腦時；當一個檔案由一名電腦網路的使用者傳給另一名網路的使用者時，通常會產生多個重製物（註一八）。

因此，NII 之下的重製行為概念很廣。須注意的是，有重製行為不表示必然會違反著作權法，例如電腦程式往往可能因機械故障或使用不當或其他原因而消除，故有備用存檔之必要，著作權法第五十九條第一項特別規定：合法電腦程式著作重製物之所有人，得因備用存檔之需要重製其程式，但限於該所有人自行使用。另外，有些重製行為是著作人授權範圍內的行為，有些情形則可解釋為著作人默示同意，而有些重製行為則可依照著作權法第四十四條以下的規定主張合理使用。

如果不能解釋成著作人或著作權人已同意、默示同意、或是合理使用，則重製行為依著作權法第九十一條第一項可處六個月以上三年以下有期徒刑，得併科新台幣二十萬元以下罰金，若為意圖營利（銷售或出租）則可能處六個月以上五年以下有期徒刑，得併科新台幣三十萬以下罰金（參見全條第二項）。

(2) 改作權

依我國著作權法第二十八條之規定，著作人專有將其著作改作成衍生著作之權利，而改作係指以翻譯、編曲、改寫、拍攝影片或其他方法就原著作另為創作（同法第三條第一項第十款）。電腦程式之持有人為配合機械使用之需要，往往須對程式加以修改，最常見的情形為修改專為某一機型設計的程式以適用於另一不同機型，以增加處理之效率和功能（註一九），因此著作權法第五十九條第一項特別規定合法電腦程式著作重製物之所有人得因配合其所使用機器之需要而修改其程式，但限於該所有人自行使用。在網路上若進入別人網址瀏覽 (browsing) 其內容卻擅自更動其文字、圖片、加註意見，則可能構成改作，依著作權法第九十二條可處三

（註一八）詳可參見陳錦全撰，NII 與著作權—美國 NII 智慧財產權白皮書介紹（二）（刊載于一九九六年三月資訊法務透析）P.25。

（註一九）參見蕭雄淋著，新著作權法逐條釋義（二）（一九九六年五月五南圖書出版有限公司初版一刷）P.132。

年以下有期徒刑，得併科新台幣十五萬元以下罰金。

對於改作之權利，其界限究竟為何？美國法院曾於 *Micro Spare, Inc. v. Amtype Corp.* 案中明確指出：合法電腦程式之持有人固有配合其機器使用之改作權，但絕無將之商品化之權利，可供我國之參考（註二〇）。

(3) 出租權

依著作權法第二十九條規定，著作人專有出租其著作之權利，又同法第六十條復排除合法電腦程式著作重製物所有人出租該重製物之權利，因此，電腦程式著作並無第一次銷售原則 (First Sale Doctrine，又稱耗盡原則 (Exhaustion Doctrine) (註二一) 的適用、其立法意旨在謀著作財產權與著作重製物所有權之平衡，因消費者循租賃途徑即可達到使用重製物之目的，故多捨棄花費較高之購買方式而趨向花費較廉之租賃方式，且消費者對此種著作，於承租後私人重製之情形亦最普遍，對著作財產權人之權利造成重大影響，故著作權法於衡酌各種著作類別與其市場消費、利用情形後，乃對電腦程式著作之出租權特別加強保護（註二二）。因此，若將自己購買之軟體置於網路上供人付費下載使用，依同法第九十二條則已侵害著作權中之出租權，而可能可處三年以下有期徒刑，得併科新台幣十五萬元以下罰金。

(4) 散布權

散布指不問有償或無償，將著作之原件或重製物提供公眾交易或流通（著作權法第三條第一項第十一款），故買賣、互易、租賃、借貸、贈與、輸入、輸出等，均得成立散布。

我國著作權法第二十二條以下並未規定著作權人享有「散布權」，僅於第二十九條規定「出租權」，惟於第八十七條第四款規定「未經著作財產權人同意而輸入著作原件或其重製物者」視為侵害著作權或製版權，給予著作財產權人輸入（散布）

（註二〇） 羅明通、林志峰、李倩蔚、洪榮彬，陳麗玲合著，電腦法（上）（一九九四年五月群彥圖書股份有限公司初版）P.20。

（註二一） 關於耗盡原則之說明，詳可參見羅昌發撰「WTO 下之智慧財產權保護與貿易自由化之關係」（刊載於一九九五年四月工業財產權與標準）PP.10 & 11。

（註二二） 一九九〇年行政院送立法院審議之修正草案之理由。

之實質的保護，依全法第九十三條規定，可處二年以下有期徒刑，並得併科新台幣十萬元以下罰金，實不無疑問。似應仿照外國立法例明文賦予著作權人將其著作散布予公眾之專屬權利。至於第八十七條第二款規定「明知為侵害著作權或製版權之物而散布或意圖散布而陳列或持有或意圖營利而交付者」視為侵害著作權或製版權，係對協助散布侵害著作權之物之人，加以處罰（可處二年以下有期徒刑，並得併科新台幣十萬元以下罰金），與一般指將合法之著作原件或合法重製物加以散布之情形略有不同。將別人著作或合法重製物放置於網路免費供人下載，因其免費，固非出租，但仍屬於散布。若是重製行為（即放入網路中）為合法，則因下載是第三人下載，則提供人本身並無違反著作權法之行為，只是可能成為共犯。若重製是非法，則除重製行為違法外，其散布行為亦屬第八十七條第二款情形，兩者從一重處斷。因此對於表明為免費軟體或共享軟體者，若其非屬合法重製物，則散布者，亦有刑責之風險（註二三）。

3. 著作財產權之存續期間

世界各國對電腦程式著作財產權的保護期間不盡相同（著作人格權原則是永遠存在，並無期間問題）（參見著作權法第十八條），全法第三十四條第一項規定電腦程式著作財產權存續至著作公開發表後五十年，較之一般著作的保護期間為短。為避免著作遲不公開發表，同條第二項乃準用前條但書，即著作在創作完成時起算十年內未公開發表者，其著作財產權存續至創作完成時起五十年。惟網路上之著作權保護期間究竟多長，因網路跨越多國領域，涉及準據法為何且各國法例並非完全相同，因此目前尚無定論。揆諸著作權法係以屬地主義為原則，則或許只能從著作人在那一個地域主張權利，再從該地域之著作權法來判斷其著作財產權之存續期間。

4. 著作權之歸屬

電腦程式的設計較為複雜，往往須結合多數人的心力始能完成，故通常為軟體公司僱用他人或出資聘請他人完成程式之設計，而為一九九二年修正著作權法第十一條、第十二條所規定的職務著作之情形，原則上以受僱人或受聘人為著作人，但

（註二三） See 蔡東賢、李筱華合撰，*supra* note 8 at 19 & 20。

契約另有約定時從其約定。此與多數外國立法例之規定不同，似乎較能保障受僱人及受聘人，惟實際上軟體業者多屬經濟上強勢的一方，故多會以契約約定出僱主或聘用人為著作人。一九九八年元月修正著作權法時，雖仍延續此一原則，然而亦做若干調整。即受僱人（包括公務員）於職務上完成之著作，以該受僱人為著作人，但契約約定以僱用人為著作人者，從其約定；惟受僱人依該規定而為著作人之情形，其著作財產權仍歸僱用人享有，除非契約另有約定（參見第十一條）。而在出資聘人完成之情形，原則上亦以受聘人為著作人，除非以契約約定以出資人為著作人；而在受聘人依此規定而為著作人之情形，其著作財產權之歸屬，則依契約約定之，若未約定，則歸受聘人享有，惟在著作財產權歸屬於受聘人之情形，出資人仍得利用該著作（參見第十二條）。比較好約立法方式，應該是使受僱人及受聘人就其職務上的著作享有著作人格權（特別是姓名表示權），而法人及出資人則享有著作財產權；因為一方面該著作乃是受僱人及受聘人精神人格的表現，讓其享有著作人格權，不僅與創作的事實相符，且符合著作權法尊重精神創作之旨；另一方面，法人及出資人就該著作的完成亦有貢獻，且大多為金錢、財務上的支援，讓其取得著作財產權，使其得以實現並享有該著作的經濟價值，亦與其需要相符。一九九八年修法時，雖依此精神而讓僱主就職務上之著作，不需另為約定即可享有著作財產權，然而其卻仍保留僱主與出資人可以契約約定取得著作人地位之機會，而使受僱人與受聘人一無所有，連最起碼的姓名表示權利亦被剝奪，從保護創作人之角度而言，是否妥當，實不無疑義（註二四）。

由於各國法例不同，若上載地法律，係規定未約定則財產權歸公司，但下載地法律則規定未約定則財產權歸員工，則在下載地只經公司許可之重製行為，是否完全無違法風險？似仍有疑問。因此建立與國際社會相通之著作權法環境，可能是未來網路法律應思索之方向（註二五）。

5. 侵害救濟方法

(1) 民事救濟

（註二四） See *supra* note 16 at 30-32。

（註二五） See 蔡東賢、李筱華合撰，*supra* note 8 at 20。

A. 不作為請求權

著作權法規定，著作權之權利人對於侵害其權利者，得請求排除，如有侵害之虞者，得請求防止，此即「侵害除去請求權」及「侵害防止請求權」（參見第八十四條）。

B. 妨害除去請求權

1) 因故意或過失不法侵害他人之著作財產權者，負損害賠償責任，數人共同不法侵害者，連帶負賠償責任（參見第八十八條第一項）。

2) 被害人請求損害賠償，得依下列規定選擇一項請求：

(i) 依民法第二百十六條規定請求，但被害人不能證明其損害時，得以其行使權利依通常情形可得預期之利益，減除被侵害後行使同一權利所得利益之差額，為其所受損害。按民法二百十六條規定係指被侵害者因仿冒所受到之損害及所失去之利益，但如無法證明，則可做上述但書請求。例如著作人原每個月利用其著作，通常情形可得一百萬元之利潤，被侵害後每月僅贖四十萬元，則可請求六十萬元損害。

(ii) 請求侵害人因侵害行為所得之利益。但侵害人不能證明其成本或必要費用時，以其侵害行為所得之全部收入，為其所得利益。例如盜版者因仿冒共賣得一百萬元之收入來計算（但可扣除其成本及必要費用）。

(iii) 如被害人不易證明其實際損害額，則可請求法院依侵害情節，在新台幣一萬元以上五十萬元以下酌定賠償額，但如損害行為屬故意且情節重大者，賠償額得增至新台幣一百萬元。此即所謂法定賠償額，與上二項不同，完全不須舉證。

上述之損害賠償請求權，均有消滅時效之適用，亦即自請求權人知有損害及賠償義務人時起，二年間不行使而消滅，自有侵權行為時起，逾十年者亦同（參見第八十九條之一）。

C. 銷毀或為其他必要處置請求權

為前述請求時，著作權人同時尚得對於侵害行為作成之物或專供侵害所用之物，請求將其銷燬或為其他必要之處置（參見第八十八條之一）。

D. 公布判決書請求權

被害人得請求由侵害人負擔費用，將判決書內容全部或一部登載新聞或雜誌（參見第八十九條）。

E. 慰撫金請求權

至於侵害著作人格權之民事責任與著作財產權大部相同，但著作權法第八十五條第一項規定，侵害著作人格權者，負損害賠償責任。雖非財產上之損害，被害人亦得請求賠償相當之金額。

F. 名譽回復請求權

前項侵害，被害人並得請求表示著作人之姓名或名稱、更正內容或為其他回復名譽之適當處分（參見全條第二項），此係因侵害著作人格權者，可能造成財產上或非財產上之損害。例如，竄改他人著作而致著作殘缺不全，損害著作人著作聲譽，間接導致其著作之滯銷。

(2) 刑事救濟

A. 重製行爲

電腦程式一般係指直接或間接使電腦產生一定結果為目的所組成指令組合之著作，不論是將他人軟體程式複製在軟性磁碟片上，或是將其灌入電腦硬碟內，都是重製之侵害行爲。此外，電腦程式不論是一般市面上常見個人電腦用的套裝軟體，或是大型電腦（e.g. mainframe or mini）用的系統程式或應用程式，祇要將其內容拷貝到另一儲存媒介，皆構成重製。擅自重製他人電腦程式者，可處六月以上三年以下有期徒刑，得併科新台幣二十萬元以下罰金；其代為重製者亦同（參見第九十一條第一項）。若行為人係意圖銷售或出租而擅自重製者，處六個月以上五年以下有期徒刑，得併科新台幣三十萬元以下罰金（參見同條第二項）。

B. 擅自為改作或出租行爲

倘行為人非法改作電腦程式或將之出租或侵害他人之著作財產權時，處三年以下有期徒刑，得併科新台幣十五萬元以下罰金（參見第九十二條）。

C. 侵害著作人格權

侵害第十五條至第十七條之著作人格權者，處二年以下有期徒刑，得併科新台幣十萬元以下罰金（參見第九十三條第一款）。

D. 視為侵害著作權

有著作權法第八十七條規定之情形，視為侵害著作權，例如輸入在國外盜拷之電腦程式，故意用於營利上之單純使用盜版程式，違反者，處二年以下有期徒刑，得併科新台幣十萬元以下罰金（參見第九十三條第三款）。本條對單純使用盜版軟體亦認為犯罪之立法，在國際趨勢上尚屬先進，歐美各國著作權法並無類似規定，故本條值得所有程式使用者注意。對於盜版，或可從違法供應以外之管道，杜絕軟體之仿冒及流通，但從刑事政策及人性期待的觀點言之，將來是否會造成大眾身陷囹圄現象，在法律實效性上仍有待評估（註二六）。

E. 常業犯

以犯第九十一條、第九十二條或第九十三條之罪為常業者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新台幣四十五萬元以下罰金（第九十四條）。

F. 違反著作人死亡後保護著作人格權規定

著作人死亡或消滅者，關於其著作人格權之保護，視同生存或存續，任何人不得侵害（第十八條本文），違反者，處一年以下有期徒刑，得併科新台幣五萬元以下罰金（第九十五條第一款）。

G. 重製程式未銷燬

合法電腦程式著作重製物所有人得因配合其所使用機器之需要，修改其程式，

（註二六） See supra note 16 at 137。

或因備用存檔之需要重製其程式，但限於該所有人自行使用。若所有人因滅失以外事由，喪失重製物之所有權者，除經著作財產權人同意外，應將其修改或重製之程式銷燬之（參見第五十九條），違反者，科新台幣五萬元以下罰金（參見第九十六條）。

(3)行政救濟

海關對於侵害物輸入及輸出之防止，具關鍵性，至為重要，一九九二年以前之舊法之規定過於簡陋，海關對侵害物進出口時的查禁或沒入處置，也因缺乏周詳規定，而無法落實，致實務上難於執行。一九九二年修正後之第一百零四條就提供保證金、申請查扣、沒入、撤銷查扣、請求損害賠償及返還保證金等事項詳予規定，俾發揮海關功能，加強落實著作權之保護。此一規定於一九九八年修法時移置於第九十條之一，並做若干補充。

依現行法第九十條之一之規定，著作權之權利人對輸入或輸出侵害其著作權之物者，得申請海關先予查扣（全條第一項），惟此一申請應以書面為之，並釋明侵害之事實，且提供相當於海關核估該進口貨物完稅價格或出口貨物離岸價格之保證金。作為被查扣人因查扣所受損害之賠償擔保（全條第二項）。被查扣人就此保證金，與質權人有同一之權利（全條第八項）。申請人或被查扣人，均得向海關申請檢視被查扣之物（全條第三項）。查扣之物，經申請人取得法院民事確定判決，屬侵害著作權者，由海關予以沒入。沒入物之貨櫃延滯費、倉租、裝卸費等有關費用應由被查扣人負擔（全條第四項）。處理銷燬所需費用，經海關限期通知繳納而不繳納者，移送法院強制執行（全條第五項）。有下列情形之一者，除由海關撤銷查扣依有關進出口貨物通關規定辦理外，申請人並應賠償被查扣人因查扣所受之損害（全條第六項）：

(i) 查扣之物經法院確定判決，不屬侵害著作權之物者。

(ii) 海關於通知申請人受理查扣之日起十二日內，未被告知就查扣物為侵害物之訴訟已提起者。

(iii) 申請人申請撤銷查扣者。有下列情形之一者，海關應依申請人之申請返還保證金（全條第七項）：

(i) 申請人取得勝訴之確定判決或與被查扣人達成和解，已無繼續提供保證金

之必要者。

(ii) 撤銷查扣後，申請人證明已定二十日以上之期間，催告被查扣人行使權利而未行使者。

(iii) 被查扣人同意返還者。

三、與共享軟體有關之著作權問題

共享軟體通常是享有完整的著作人格權及著作財產權的電腦軟體，可享有著作權法的保護。共享軟體的著作人在程式上往往會有關於權利的聲明，針對軟體之利用、散布做若干限制。由於電腦程式在我國著作權法上得被合理使用的空間相當有限（註二七）。因此，使用者在利用該程式時，應看清楚軟體的授權聲明、利用條件及利用範圍，遵守其聲明的內容，如果係超過著作人同意事項之外的行為，應徵得著作人同意，否則即有可能構成著作權的侵害。如所欲為的行為，係權利聲明未限制行為或是否為授權範圍內之行為不清楚，甚至軟體未註明授權聲明、利用條件及範圍時應如何？除於可以主張合理使用的情形外，如著作人無明示授權，宜先假設著作人不同意授權該行為，而最好進一步確定著作人的意思；亦即是否可解為著作人有默示授權的意思。著作權法第三十七條第一項規定「著作財產權人得授權他人利用其著作，其授權利用之地域、時間、內容、利用方法或其他事項，依當事人之約定；其約定不明之部分，推定為未授權。」可資參照。

共享軟體在權利聲明中通常會允許使用者加以單純重製及散布，因此該等行為原則上不構成著作權之侵害。茲提出幾種可能構成著作權侵害之情形加以說明：

(一)侵害同一性保持權

共享軟體的著作人如未允許使用者修改程式內容，則此等行為除有著作權法第十七條第二款之情形外，可能會侵害著作人之同一性保持權，依著作權法第九十三條之規定，可處二年以下有期徒刑，得併科新台幣十萬元以下罰金。

（註二七） 參見陳家駿撰「電腦網路上使用之法律問題」（刊載于一九九六年十月律師通訊）P.44。

(二) 下載網路上的共享軟體並存入磁碟片或製成光碟片（註二八）

1. 單獨免費贈送他人

共享軟體的權利聲明中通常會允許使用者加以重製或散布，因此將網路上此種允許加以重製或散布的共享軟體做成磁碟片或光碟單獨贈送他人，有可能可以認為係著作人授權範圍內的行為，尚不構成著作權的侵害，但須注意著作人是否有其他限制，例如要求附上原有的著作人聲明等條件，亦須遵守。否則有可能被解釋成不在同意之範圍內，而構成違法重製或散布非法重製物。

2. 以成本價出售

若就軟體本身未收費，僅酌收磁碟片、光碟片、或傳輸費等工本費用，有學者認為不構成營利，不超出著作人的授權，不構成著作權的侵害。但此見解是否會獲得法院支持尚不無疑問。蓋其仍是有收取對價，只不過此對價不是針對軟體本身，是否為營利行為，尚非完全無疑。

3. 出售營利

通常共享軟體的權利聲明均會禁止營利行為，因此若將共享軟體製成磁碟片或光碟片並以高於成本的價格出售時，已違反著作人的權利聲明，通常是構成著作權之侵害。

4. 當做其他商品的贈品

例如隨書籍、雜誌附贈。此時須探究是否為營利行為而違反著作人之權利聲明，如附贈磁碟片或光碟片之書籍、雜誌售價遠高於書籍、雜誌本身的價值，且消費者受附贈磁碟片、光碟片的吸引才購買該書籍、雜誌，則可認為係營利行為。

實務上，喧騰一時的光碟月刊案即是涉及將網路上他人的討論信件做成光碟片，當成光碟月刊的贈品。高等法院於本案判決被告敗訴，認為係連續意圖銷售而

（註二八） 參見高瑞玲撰「電腦網路上電腦程式著作權問題之研究」（東吳大學碩士論文）P.64，轉引自蔡東賢、李筱萃合撰，*supra* note 8 at 22。

擅自重製他人的著作（註二九），可供參考。

5. 在共享軟體試用期滿後未註冊或未經特定手續而繼續使用（註三〇）

如重新下載共享軟體或是在電腦中設定錯誤的時間，而可於試用期間過後仍繼續使用該軟體，此亦違反著作人之權利聲明，可能構成著作權之侵害。因其使用會有重製情形，則不妨認為係屬於違法重製，並依非法重製加以處罰。惟亦有不同意見，認為既已下載，當初下載是合法下載，並無違法重製行為，應只是違約暨有無損害賠償請求權而已。至於在電腦中設定錯誤時間，若涉及更改電腦程式，則應已侵害改作權或同一性保持權。若只是在自已電腦更動時間，使電腦程式誤判，此時究應認為是非法重製或單純違約行為，則仍有待司法釐清。

6. 公佈共享軟體之註冊碼（註三一）

共享軟體的試用期滿後，使用者須經註冊或特定手續，始能取得該軟體的註冊碼而繼續使用軟體。若有使用者將共享軟體的註冊碼公布在網路上以致其他使用者可不繳交註冊費用或為特定手續即繼續使用，其他使用者之行為固違反著作人之權利聲明，構成著作權之侵害。至於在網路上公布註冊碼的行為並非著作權法概念下的重製行為，惟若符合刑法關於未必故意、共犯或間接正犯的規定，自得將之與重製者之行為合併論斷而以刑罰制裁之。

（註二九） 台灣高等法院八十五年上訴字第四五〇一號刑事判決。其判決全文可參見一九九七年十二月資訊法務透析 PP.B-1~B-6，關於本案自檢察官偵查至台北地院判決階段之評論，可參見陳錦全撰，*supra* note 7 at 35-37、郭懿美撰「從『光碟月刊案』探討網路著作權問題」（刊載于一九九六年十二月東海大學法學研究第十一期）PP.213-227。

（註三〇） 高瑞伶撰，*see supra* note 28 at 70。

（註三一） *Id.* at 68。

參、澳洲聯邦法院判決承認共享軟體 Winsock 的著作權

— Trumpet Software Pty Ltd. & Tattam v. OzEmail Pty Ltd. 案介紹

一、案情簡述

澳洲的 Trumpet Software 公司於一九九四年成功地研發上市一套連結 (links) 網路的電腦軟體 Winsock version 1.0 A。一九九四年底，澳洲的一家網路服務業者 (ISP)OzEmail 公司向 Trumpet 公司接洽，欲獲得授權以套裝軟體的形式發售 Winsock version 2.0 B，售價 50 元澳幣，並且提供六萬份磁碟片以共享軟體的形式隨 Australian Personal Computer 雜誌附贈。但 Trumpet 公司的總經理 Tattam 爲了研發具備定時鎖碼功能之版本，以避免共享軟體試用期滿未註冊卻繼續使用的情形而未簽署授權證明。一九九五年三月，Trumpet 公司總經理 Tattam 認爲已研發出具有定時鎖碼功能之版本而欲與 OzEmail 公司洽商時，卻得知 OzEmail 早已將 Trumpet 公司的 Winsock 2.0 B 在 OzEmail 網站以共享軟體方式流通，並且隨四月份的 Australian Personal Computer 雜誌以及八月份的 Australian PC World 雜誌附贈 Winsock 2.0 B，而其亦不顧 Trumpet 公司的抗議，繼續銷售。至於 OzEmail 公司之所以能取得該 Winsock 軟體，是下載自塔斯馬尼亞大學網站中的 Trumpet 公司共享軟體。尤有甚者。該軟體已經 OzEmail 公司爲若干重要的修改，令使用者經由 OzEmail 公司連結上網，並須向 OzEmail 公司支付費用，而原來 Winsock 2.0 B 上面載有試用期滿須向 Trumpet 公司註冊的指示亦未被標示出來。

二、判決要旨

澳洲聯邦法院於本案判決 OzEmail 公司敗訴，蓋 OzEmail 公司未經 Trumpet 公司授權即下載塔斯馬尼亞大學網站中的共享軟體，而在 OzEmail 公司網站流通以及隨 Australian Personal Computer、Australian PC World 雜誌附贈的重製、散布行爲已侵害 Trumpet 公司的著作權，而 OzEmail 公司修改 Winsock 軟體內容，亦未獲 Trumpet 公司同意，構成著作權之侵害。另外，OzEmail 公司於散布其重製之 Winsock 軟體時表明有經過 Trumpet 公司授權以及修改程式，以致於使用者

於試用期過後不須向 Trumpet 公司註冊，即可繼續使用該軟體等虛偽詐欺的行爲，違反一九七四年貿易習慣法案 (Trade Practices Act) 的第五十二條。

三、本案簡評

本案被告有以下兩點抗辯：

1. OzEmail 公司是將塔斯馬尼亞大學網站中的共享軟體下載而取得該軟體，該軟體並未禁止他人散布。

2. 共享軟體就是要促進未註冊的軟體流通，讓廣大的使用者有機會試用，欲繼續使用者將來須向著作人繳費註冊，因此，OzEmail 公司此舉無疑地會爲 Trumpet 公司帶來可觀的收入。

而澳洲法院的見解有以下幾點值得注意：

1. OzEmail 公司將共享軟體由網路下載，然後以網路流通以及附於雜誌贈送等重製、散布行爲已侵害 Trumpet 公司的著作權。

2. OzEmail 公司將 Trumpet 公司的軟體隨雜誌附贈的行爲以及修改軟體內容的行爲，皆「未」徵得 Trumpet 公司同意，而被告逕行修改軟體的行爲嚴重地影響了原告的商業利益（包括 Trumpet 公司在市場上的地位、Trumpet 公司與他家網路服務業者的關係以及 Trumpet 公司向使用者收取註冊費的權利），亦不可能解釋爲原告會同意被告的行爲。

雖然有關共享軟體在實務上的運用尚無法累積足夠的慣例而獲致共識，但本案的法官仍點出共享軟體的目的，亦即縱使從商業效益的觀點認爲使用者可享有部分的重製權，亦非能允許如 OzEmail 公司所爲之營利行爲，且重要的是由貿易習慣而言，共享軟體的目的應在令使用者評估該軟體的功能，而非如被告所言共享軟體只是促進軟體流通以開拓市場的方式之一。惟不論是從商業效益或者貿易習慣的觀點而言，本案皆因被告之行爲未經原告授權允許而構成著作權之侵害，因爲被告逕行修改軟體的行爲嚴重地影響了原告的商業利益。法院亦提及辨別電腦程式是否爲抄襲的標準之一爲程式間是否「實質相似」("substantial similarity")，即所抄襲者

(註三二) 參見蔡東賢、李筱萃合撰，supra note 8 at 24 & 25。關於本案之相關報導，亦可參見常天榮撰「澳洲法院判決承認共享軟體 Winsock 的著作權」(刊載于一九九七年元月智慧財產權管理季刊)PP.25 & 26。

是否為著作之「重要」(material and substantial) 部分，頗值得注意（註三二）。

肆、「中國象棋 v.1.0 視窗版」案評述

一、案情簡述

本案檢察官公訴意旨略以被告劉 x 影係聚 x 書局負責人，明知其所販賣之「新一九九八棋藝精輯」之光碟片內有盜拷吳身潤之「中國象棋 v.1.0 視窗版」軟體，竟基於概括犯意，自一九九八年二月初至同年三月五日止，在聚 x 書局出售前開盜版光碟，每片進價新台幣（下同）一百五十元，並以二百五十元出售於不特定顧客，每片賺取一百元。因認被告涉有著作權法第九十三條第三款之罪嫌。

被告對於其經營之聚 x 書局以一百五十元購進本件光碟，而以二百五十元販售之事實坦承不諱，然堅決否認其明知該光碟為違反著作權之物，辯稱：其不知該光碟片係盜版，其係向正 x 國際有限公司（以下簡稱正 x 公司）購買，正 x 公司與被告之交易長達三年以上之久，信譽良好，正 x 公司所出售之產品多具有授權，並有出具切結書，以保證所供應之各項光碟其內容全部或一部絕無侵害任何智慧財產權，況被告銷售之光碟產品多達數百種，又每片光碟內之軟體亦可能達上數百種，事實上不可能一一查詢每片光碟之權利來源，且告訴人在其一九九六年出版之「電腦象棋人工智慧程式設計」一書中第二二四頁即版權所有頁中，表示除了「不超過三十元可以自由發行」此條件限制外，並無其他限制，故依該光碟片售價二百五十元，內有十七種軟體，平均每種軟體十二、五元，符合告訴人之使用條件，告訴人無告訴權等語。

二、法院判決

(一)經法院調查，告訴人自一九九五年五月間起，利用電腦程式所編寫之「中國象棋 v.1.0 視窗版」，以「Sheniun Wu」之英文名字刊登於國立清華大學教育網路站，並明白宣示除作者外，任何人不得做修正，保有著作權，但得自由散布。法院指出告訴人固確為上述之電腦軟體之著作人，而前揭電腦軟體係置於網路上供人任意下載使用、散布之軟體，而為所謂共享軟體，雖告訴人仍保有

其著作人格權、著作財產權，但使用者若遵循告訴人所設定之限制，即可合法使用、散佈該共享軟體，而不構成著作權之侵害。又告訴人在其一九九六年出版之「電腦象棋人工智慧程式設計」一書中版權所有頁，表示「可以自由發行，但不可收費，包括全部檔案在內，若要收費，以不超過三十元為限」，除此條件限制外，並無其他限制。嗣後告訴人因與廠商洽談發行該軟體事宜，始發現該電腦程式設計有商機，後悔當初不收版費，遂事後於網路上修正其電腦程式時修正其版權宣言，另加上「不能以之販售得利及只能少量散布」之條件方能自由散布等情。再被告所售之「新一九九八棋藝精輯」，內含十七套軟體，如每片光碟以售價二百五十元出售，就中國象棋所收取之費用不過十二、五元，並不超過告訴人當初同意自由散布之條件，故法官認為本案應探究者，乃被告是否明知告訴人之版權使用宣言已有變更。

- (二)又據法院調查，本件光碟製造者大南部電腦企業社，在光碟片包裝內所附之使用書面說明，即明確記載「本 CD 片收錄的遊戲之共享軟體或商業版之試玩版，軟體版權均屬於原公司，若須完整版者，請自行到坊間購買，若國內尚未進口，可參閱目錄之註冊單或訂購單，能直接與作者取得連繫或註冊購買。大南部電腦企業社向正 x 公司負責人楊 x 正保證絕無侵害他人著作權，正 x 公司遂發行本件光碟。而被告又係向正 x 公司進貨之零售商，正 x 公司發行之光碟與被告銷售之光碟均達數百種，就一般交易常情而言，被告與正 x 公司均非販售單一光碟產品之業務之人，是以提供多樣化產品為業，就被告業務經營之時效及技術上，不可能就每一項光碟產品逐一查證權利來源是否合法。
- (三)法院指出，被告進貨之扣案光碟，全均加透明膠封，外觀上僅能看見之封面亦有目錄及讀取所需設備說明，與一般盜版光碟實有區隔，有扣案之光碟片二片為證，詳細光碟內容需拆開使用方能知曉，但拆封後，則無人購買，故商家不知曉其詳細內容為何，殊屬正常。被告信賴與正 x 公司多年良好之合作關係，正 x 公司亦提出切結書保證光碟產品絕無侵害他人著作權，被告且對光碟片已為形式審查，實已盡其交易上注意義務。
- (四)再經法院調查，市售合法軟體，未標明製作公司者，亦所在多有，告訴人以扣案光碟上未標示製作或發行者，以推論被告明知該光碟為盜版物，委無可採。又被告進價該光碟片一百五十元，售價二百五十元，購取一百元差價，亦屬合理利潤，並該光碟片不僅販售於光華商場之各商家，尚販賣給震 x 行、何 x 仁

書局等。足可認正 x 公司有可信之商譽，方有多家廠商向其進貨，而有數家廠商均銷售該光碟，被告實無獨佔或類似獨佔之利益，何須爲此小利甘冒違法之風險。

(五)此外，法院復指出，電腦軟體間，縱爲同一種類之軟體，其品質、內容、製造成本亦可能存在極大差異，其售價不盡相同，亦屬合理。復若被告明知爲侵害著作權之物，豈有在收據上詳載品名，以權利人察覺提起告訴之理，況且光華商場內之店家組成台北市光華商場自治會，不斷向管理單位陳情，請求派警取締在商場附近販售違反著作權之物。可證被告與一般盜版商家其營業性質並不相同。公訴人所舉之之證據尙不足以證明被告有侵害著作權之犯行；此外又查無其他積極證據，足認被告確有公訴人所指之犯行，既不能證明被告犯罪，依法應諭知無罪之判決。（註三三）

總而言之，法院基於對前揭事項之調查結果，判定被告辯稱其不知扣案光碟係侵害他人著作權之物，應屬可信。換言之，本案因未能判定被告明知爲侵害著作權之物而散布，而未能課以著作權法第九十三條第三款之侵害著作財產權罪責。

三、本案評論—著作人未明示授權同意「營利使用」，使用者可否逕行爲之？著作人可否尋求民事救濟？

本案涉及將「共享軟體」壓製成光碟片販售圖利之使用行爲，其爭點在於使用者是否遵守著作人對其共享軟體所設定的限制？如是，誠如法院判決所指出，即可合法使用、散布該共享軟體，而不構成著作財產權之侵害。至於著作人嗣後所加之使用限制，如未能證明使用者明知著作人使用限制已有變更，基於「罪刑法定主義」，法院亦不能課以侵害著作財產權罪責。

吾人也許會質疑，本案涉及使用者之「營利使用」行爲，應非本案告訴人所預期並會授權同意者（此點自本案告訴人嗣後附加之使用限制即可推知），否則告訴人應不會提起本案告訴？至於本案未能判定被告（使用者）侵害著作財產權刑責，此點恐亦爲告訴人（著作人）當初設定使用限制與嗣後變更使用限制時始料未及的後果。不論如何，如告訴人（著作人）係向被告（使用者）主張對其著作財產權的損害賠償，亦即採取民事救濟行動，則其判決結果是否會與提出刑事告訴有所不同

（註三三） See supra note 6 at A-1~A4。

同？此點為本文擬深入探究者。

質言之，告訴人（著作人）在第二次版權宣言中表示「可以自由發行，但不可收費，包括全部檔案在內，若要收費，以不超過卅元為限」，實係明白授權使用者以「無償散布」其共享軟體為原則，「有償散布」之為例外，惟該項授權似有兩點不明之處：

第一、告訴人（著作人）授權使用者「有償散布」其共享軟體，是否即視為授權使用者得為「營利使用」，此點如參照前揭澳洲 Trumpt Software 案所示，本文以為縱使從商業效益的觀點認為使用者可享有部份的重製權，亦非能允許如被告（使用者）所為之營利行為。

第二、告訴人（著作人）所宣示：「若要收費，以不超過卅元為限」，究何所指？係指一個共享軟體收費不得超過卅元？抑或指一個僅內含該共享軟體的光碟片不得收費超過卅元？或者指一個包括該共享軟體在內（亦即另收錄其他軟體，例如免費、共享、商業以及公用軟體在內）的光碟片不得超過卅元？抑或是如同本案判決所採被告辯解之情況：以光碟片內含各種軟體平均收費不超過卅元為限？法院指出：系爭光碟片內含十七套軟體，如每片光碟以售會二百五十元出售，就告訴人之共享軟體所收取之費用不過十二點五元，並不超過告訴人當初同意自由散布之條件。此點似屬率斷，仍有令人質疑之處。

按著作權法第卅七條第一項規定：「著作財產權人得授權他人利用著作……，其約定不明之部份，推定為未授權」。是以，吾人未能遽然判定告訴人版權宣言中不明確的限制，即係如同被告所辯解者。被告在未能獲得告訴人明確授權同意的情況下，逕行將所購買內含告訴人之共享軟體壓製成之光碟片販售圖利之行為，亦即「營利使用」之行為，即使非為故意，亦有過失侵害告訴人著作財產權之嫌疑。準此，告訴人如依著作權法第八十八條第一項主張被告因故意或過失不法侵害其著作財產權，法院應可判定被告須負損害賠償責任。最後，吾人應可自本案獲得一項啓示，亦即共享軟體著作人如欲確保己身權益，宜審慎明確制定使用限制，而避免如本案告訴人在第一、二次之曖昧不明的用語限制，以供可能之使用者切實遵守之。即使擬變更使用限制，著作人亦宜盡量透過一致的管道（例如修正前後均公告在網路上）公告之，以善盡其告知義務，並避免日後發生爭議時之舉證困擾。

伍、使用者合法使用共享軟體之道——代結 論

吾人如比較前揭澳洲法院在 *Trumplt Software* 案的判決以及我國實務上的光碟月刊案，可以歸結出幾點共通的精神：

- 一、網路的著作權問題雖然涉及網路的特殊性質，但仍有著作權法之適用。亦即網路並非是侵害著作權者之天堂，仍是有法規可管。而澳洲學者對於著作權法很有信心，認為著作權法能因應時代的變遷、科技的發展而與時俱進入科技的進步雖使得重製變得相當容易，但著作權法對權利人的保障並不因此而有所改變。
- 二、在網路上流通的非商業軟體，諸如共享軟體、免費軟體等等，甚至是其他網路上其他形式之著作，縱然權利人無明確的權利聲明，亦不收費，亦不能推定著作權人有拋棄著作權的意思，該等軟體仍受到著作權法之保障。
- 三、縱然可推定網路上非商業軟體或其他不收費著作的著作權人某程度同意使用者重製、散布其軟體，但在未經著作權人明示同意以前仍宜限於非營利行為或在合理使用範圍內之行為（註三四）。

至於吾人自上述「中國象棋 v.1.0 視窗版」案判決可知，在網路上供人任意下載使用、散布的共享軟體，權利人仍然保有著作人格權與著作財產權。但使用者若遵循權利人設定的「除作者外，任何人不得修正，但得自由散佈」限制，即使權利人嗣後加上「不能販售得利，祇能少量散佈」限制，權利人如不能證明使用者明知限制已經更改，仍然販售牟利，則使用者之行為不構成著作權法第九十三條侵害著作財產權罪責。惟在權利人限制不明的情況下（亦即何謂得自由散佈？是否包括有償散佈？有償散佈是否等於營利使用？），使用者如未獲權利人授權同意即逕行將共享軟體做「營利使用」，本文以為即使非為故意，亦有過失，權利人應可對之主張民事救濟，殊值使用者注意。

（註三四） 參見蔡東賢、李筱萃合撰，see *supra* note 8 at 27。

不論如何，對使用者而言，最保險與安全的方式就是仔細閱讀權利人所設定的使用限制或著作權聲明，如果共享軟體聲明禁止任何涉及營利性質的散布，搭配其他產品促銷或是將共享軟體會匯集在光碟片上販售，都會構成超出授權使用範圍而違法。除了著作權聲明中明白所禁止的行為應避免外，聲明中未交代的行為，法律上推定共享軟體著作權人未授權，利用人也應避免從事。例如聲明中未交代，基本上就不可進行共享軟體的修改。質言之，共享軟體的著作權聲明在軟體開始安裝或執行前就會顯示在螢幕上，讓使用者先了解。使用者必須按 [同意] 按鍵後，才能繼續進行安裝或執行動作，只是一般使用者都未加仔細閱讀就貿然點選 [同意] 或是 [下一步]。不過如果已將安裝完成，使用者想再回頭了解該軟體的利用限制時也不遲，在 Windows 環境下，通常這些聲明大多存放在「說明」(help) 指令「關於」(about) 選項中，或是以“read.txt”、“license.txt”等形式存在，值得吾人注意（註三五）！

最後，本文所擬強調者為，網路的發展雖然促進了資訊的流通，並方便吾人採擷利用，吾人仍應注意相關的著作權保護問題。以共享軟體言之，使用者應先查明著作人授權之範圍，勿加逾越。相對地，著作人亦宜盡量為明確的聲明，以利使用者遵循，如有變更，著作人亦宜採行一致可行的告知方式，以便使用者注意遵守。至於內政部著作權委員會鑒於資訊高科技對著作權產生之衝擊問題，已於一九九六年起委託資訊工業策進會進行「著作權面對高科技發展之因應配合」專案研究，並已於一九九七年十二月提出研究成果，做為進一步研修著作權法的討論基礎，應為解決包括共享軟體在內的新興法律課題的值得努力方向。質言之，未來我國著作權法修正時，應以創造「合理的重製、散布及保護」法律環境為依歸，一則可提高著作人之創作意願，豐富網路資訊流通的內容，一則可鼓勵使用者善加利用網路資源，落實網路促進資源共享的目標。

（註三五） 參見洪麗玲撰，共享軟體如何共享－談共享軟體著作權問題（刊載于一九九八年十二月七日工商時報第卅八版）。

附錄、公共／免費／共享／一般商用軟體異同比較表

	權利狀態	有償與否	使用限制	使用期間
公共軟體	著作財產權消滅，著作人格權仍存續	無償	在不侵害著作人格權之前提下，可自由使用	無限制
免費軟體	著作財產權及著作人格權均存在	無償	除不必支付對價外，須遵守作者所為聲明	無限制
共享軟體	著作財產權及著作人格權均存在	無償，惟於使用期間屆滿後須向作者註冊	於一段期間內可免費試用，仍須遵守作者所為聲明	有限制
一般商用軟體	著作財產權及著作人格權均存在	有償	必須遵守授權契約之約定	視授權契約而定

資料來源：內部委託信孚法律事務所「著作權面對高科技發展之因應配合（第一年）報告」（一九九六年六月十五日印行）PP.125。