

如同懷胎十月的胎兒，經過陣陣的害喜及陣痛後，終於來到這個世上，內心的喜悅實係難以比擬。由於檢察實務工作責重事繁，完成本論文之過程並不輕鬆，往往下班返家後已疲累不堪的我，要再蹲坐在電腦桌前思考、推敲、絞盡腦汁探尋論文之論述重心，並逐字敲打鍵盤積累出論文雛形，對我而言實在感到沉重萬分。所幸摯愛的老婆懿甄不斷地在旁鼓勵、支持及照顧我的生活起居，並忍受我因壓力沉重，時而爆發的不當情緒，在此對她致上最誠摯地歉意。在論文最後定稿階段，寶貝兒子維聖出世了，爲了往後能有更多的親子相處時間，更督促我全心一意趕緊完成本篇論文，雖然些許篇章字句係在聖文的吵鬧聲中完成；某處段落文章係一手抱著聖文哄其入睡，一手花揮「一指神功」逐字逐句敲打鍵盤而成，但他仍是我最有力量之精神支柱。還有愛女「小咪」每當心情煩悶疲累不堪時，總會適時趨向前來撒嬌，令我倦氣全消，真該好好獎賞她一根巧克力棒。

最後仍要感謝臺灣彰化地方法院檢察署林朝松前檢察長（現任法務部法律事務司司長），對我的鼓勵及支持，每當論文遭逢瓶頸困頓，林檢察長總是在旁不厭其煩地指導、嘉勉，對我檢察實務工作亦多所包含、期許，在此由衷對其致上最深層謝意，此外亦要感謝張檢察長斗輝、張襄閱主任官慧瓊、謝主任檢察官道明、洪主任檢察官培根、李主任檢查官月治、許主任檢察官萬相，及林玉斌檢察官、鮑慧忠檢察官、江孟芝檢察官、許嘉龍檢察官、陳茂亭檢察官、陳德芳檢察官、郭銘禮檢察官、唐道發檢察官等諸多同事好友對本論文的切磋琢磨，及林基豐林大律師、沈延平沈大律師及陳明宗陳大律師之指教與鼓勵，尤其拜讀林基豐林大律師贈與其所完成之「論勞動派遣」之碩士論文，對本論文的砥礪與完成，更係功不可沒。而在本論文初稿完成後，陳美蘭陳助教辛勤的編輯、排版及蔡耀洲蔡助教協助筆者諸多如口試及上傳論文全文等事項，均著力甚深，在此亦獻上我十二萬分之謝意。

最後更要感謝的是辛苦將我扶養長大之父母，沒有當年他們辛勤

的付出，則本論文即無由產生，父母恩情浩瀚更係難以言喻，謹將本論文獻給我親愛的雙親，願其身體強健、永保安康。

著作權法第一次銷售原則之研究

—以網際網路傳輸為中心

目 錄

第一章 緒論	1
第一節 研究目的	1
第二節 研究範圍	4
第三節 研究方法	5
第二章 第一次銷售原則（耗盡理論）	7
第一節 散布權與出租權	8
第一項 「散布權」之意義	8
第二項 著作權人享有散布權之理由	10
第三項 散布權與出租權之關係	12
第二節 國際著作權法制有關散布權之發展	14
第一項 伯恩公約	15
第二項 羅馬公約	16
第三項 世界貿易組織（WTO）／與貿易有關之智慧財產權 協定（TRIPS）	16
第四項 世界智慧財產權組織著作權條約（WCT）／世界智 慧財產權組織表演及錄音物條約（WPPT）	17
第三節 散布權之限制—第一次銷售原則	21
第一項 美國著作權法制之規範內容	21
第二項 我國著作權法制之相關規定	32
第三項 與美國著作權法相關規範之差距	38
第四節 國際條約、美國及我國著作權法制對第一次銷售原則之 例外規定	40
第一項 國際公約之裁量基準	40

第二項 我國及美國著作權法制之例外規定	42
第五節 小 結	43
第三章 第一次銷售原則在網際網路上之適用疑義	49
第一節 第一次銷售原則在網路環境中所受到之挑戰	52
第一項 網路之傳輸行為是否屬著作權法中之散布	54
第二項 傳送之客體非實體物	57
第三項 無實質之移轉行為	59
第四項 傳輸過程中產生非法重製行為	61
第二節 美國一九九八年數位千禧年著作權法案簡介	64
第一項 法案源起及重點	64
第二項 網路著作權侵害責任限制法案	68
第三節 網際網路環境對重製權衝擊之相關立法	75
第一項 世界智慧財產權組織對重製權之處理	76
第二項 各國相關立法	84
第四節 小 結	96
第四章 美國及我國實務裁判見解	103
第一節 美國實務裁判之發展	103
第一項 MAI Sys. Corp. v. Peak Computer Inc.案	103
第二項 Playboy Enterprises, Inc. V. Frena 案	105
第三項 A&M Records Inc. V. MP3.COM Inc.案	107
第四項 A & M Records Inc. V. Napster Inc.案	111
第五項 Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc., V. Grokster, Ltd 案	120
第二節 我國實務裁判之見解	133
第一項 侵害類型與問題癥點	133
第二項 實務見解	136
第三節 小 結	139
第五章 我國著作權修正條文簡介	146
第一節 數位網路時代中散布權態樣之檢討	146
第二節 網際網路環境對重製權衝擊之因應	148

第三節 科技保護措施與權利管理資訊之檢討	150
第一項 何謂科技保護措施	151
第二項 世界智慧財產權組織對科技保護措施之處理	154
第三項 何謂權利管理資訊	158
第四項 世界智慧財產權組織對權利管理資訊之處理	161
第四節 小結	164
第六章 本文建議—代結論	168

第一章 緒論

第一節 研究目的

著作權法的制定目的，是為鼓勵著作人從事創作，並將創作對世人傳播流通，藉以厚植、累積人類社會的文化與知識¹。歐美先進國家，早自十八世紀制定安妮法之後，便相繼建立獎勵創作與出版的著作權法制，賦與著作人就其創作，享有各種專有權利（exclusive rights），用以保障其創作之果實，並經由著作人自己行使著作權利或授權他人行使權利之方式，使著作人得以自經濟市場上，獲得合理的經濟回饋。

然而，由於著作權係附麗於著作作品上的一種無體財產權，學者通說咸認著作權利並非絕對、自然之權利（natural rights）而係基於法律規定而生的「法定權利」（statutory rights），其權利之種類、範圍及存續期間，皆依法律規定而定²。故著作權法對於著作人所賦與之權

¹ 世界第一部標舉著作權法立法目的，西元一七〇九年英國「安妮法」（Statute of Anne; 8 Anne, c.19 (1709)），開宗明義表明該部法律，係屬一部名稱為：「為獎掖學術，而賦與已印刷出版書籍著作作品的作者或其購買人，得在法律所規定之期間內，享有一定權利之法律。」（An Act For the encouraging of learning, by vesting the copies of printed of books in the authors or purchasers of such copies, during the times therein mentioned）。

² 美國於一七九一年制定其第一部聯邦著作權法時，亦身受英國安妮法案之影響，其條文中以幾乎相同之文字用語表明，該部著作權法亦為一部「獎掖學術，而賦與地圖、海圖、書籍著作作品之作者以及該著作作品的受讓人，得在法律賦予之期間內享有一定權利的法律。」（“An Act for the encouraging of learning, by securing the copies of maps, charts, and books to the authors and proprietors of such copies, during the times mentioned therein”）。

且美國著作權法上述之目的規定，嗣後雖於一八三一年修正時遭到刪除，

利，即不似有體財產權之稱爲「所有權」，而係別稱作「專有權利」此一稱呼，即饒富義意。

此外，基於文化發展的特性，各種源源不斷的創作，固能豐盈我們文化的內涵；但是人類文化的累積與發展所繫的創作，實際上亦在在需要利用、參考前人創作，方能發爲繼起的創作。爲此，美國五十年代哥倫比亞大學著作權法學者察菲教授 (Professor Zechariah Chafee, Jr.)，乃曾說過一段十分傳神的話，他說：「世界之所以繼續進步，是由於人人皆能爲往聖繼絕學，在先賢創作的基礎上，發爲繼起創作之緣故。一個佇立於巨人肩上的侏儒，他所看到的視界，一定比巨人本身，還要來得長遠³。」此外，察菲教授更在他著名的著作權法經典專論：對於著作權法的省思 (Reflections on the Law of Copyright) 一文中，主張一部理想的著作權法，對於著作權人所提供的保障，除在制度上應力求寬廣、完整且無遺漏，藉以排除任何可能的侵害之外，亦同時認爲著作權法在保護著作人之餘，「不得因此壓抑著作人以外

並迄現行一九七六年的著作權法之出現為止，皆未曾再予出現相類文字，惟依美國著作權法於一九〇九年修正時，於美國國會委員會立法報告中，卻曾再次清晰提及著作權法立法的一般目的為：由於聯邦最高法院對於「著作權」，業已認定為是一種由法律所創設的「法定權利」(purely statutory rights)，故國會依據美國憲法的規定而立法制定的著作權法，自然並非以著作人就其完成的著作作品皆得享有「自然權利」(natural right) 為基礎，而係建立在若授與著作人對其著作作品享有著作權利，則社會大眾的福祉可以增進，而科學與實用技藝的亦能獲得進步的認知基礎上，著作權的而授與，主要係為了公共福祉，而非著作人之利益；著作權亦並非為圖謀某一特定社會階級之利益，而係為了社會上最大多數人的福祉而生，惟只是為了鼓勵作者和發明人從事創作和發明，而須自其中勻撥一些獎賞，作為鼓勵作者和發明人之用、、、。

³ “The world goes ahead because each of us builds on the work of our predecessors. A dwarf standing on the shoulders of a giant can see farther than the giant himself.” Zechariah Chafee Jr., Reflections on the Law of Copyright: I, 45 Colum. L. Rev. 503—29 (1945).

之人從事獨立創作之路」(protection should not be allowed to stifle independent creation by others)⁴。此種既追求保護著作人的創作，更思考如何避免保護著作人的措施，對於他人獨立創作的的能力造成壓抑的雙向思考，幾乎已成爲世界各國構建其著作權法制時，無法不予重視的指導準則。

再者，依照構建著作權制度的理論，人類社會自始即因著作權制度之創設，始終存在二種需要藉著作權之設計來調和的利益與衝突：第一種利益，係指我們的社會因爲對於著作人賦與著作權的保障之後，著作人樂於從事創作，對於社會所帶來的利益。第二種利益，則是指社會大眾，因爲可以利用著作人的創作成果，所能獲得的利益⁵。因之，一部理想的著作權法，即應成爲一部具有調和及平衡上述不同社會利益與衝突的法律規範：一方面既能提供著作人充分的保障與誘因，鼓勵著作人從事文學、音樂、藝術方面的創作和傳播；另一方面，亦能夠藉著限制性的機制設計，使著作人以外之人，可以更便利的接近和利用著作人的著作，以便促進更多生生不息的創作活動，最終達到促進文化進步的目的⁶。

我國著作權法體受此種思潮，民國八十一年在修訂我國著作權法時，基於「爲兼顧調和社會公共利益，促進國家文化之整體發展，於必要時亦須予以限制」之理由，亦開始訂定較有系統的著作權平衡機制，在著作權法第四十四條至第六十六條之間，植入體例上稱爲「著作權之限制」的二十三個限制著作權行使的條文規定，以緩和著作權法授予著作人具有獨占性格的專有權利保障之後，對於我們社會發展及文化的傳播所帶來的不利益。而第一次銷售原則(first sale doctrine)又稱權利耗盡理論(exhaustion doctrine)，復爲著作財產權諸多限制

⁴ 楊崇森，著作權之保護，正中書局，民國六十六年四月初版，第 101-102 頁

⁵ STEPHEN M. STEWART, INTERNAZTONAL COPYRIGHT AND NEIGHBOURING RIGHTS LAW 5 d ed. 1989)

⁶ 黃怡騰，著作權法上合理使用原則之研究，國立政治大學法律學研究所博士論文，民國八十五年七月，第 59 頁。

中的一環，是以本文將以著作財產權限制為主軸，探討第一次銷售原則之理論基礎、立法目的及其適用時機等問題，而針對網際網路 e 世代的來臨，網際網路之傳輸行為適用第一次銷售原則適用與否，攸關著作財產權人之權利⁷，是以權利耗盡原則之適用時機、效力及在網際網路環境中有無適用該原則之餘地，即為本文研究之主要目的。

第二節 研究範圍

面臨網際網路 e 世代的來臨，網路中諸多之「上傳」、「下載」資料等傳輸行為，於著作權法規範中如何對之加以定性，有無侵害著作權人或經其授權人之著作財產權？為我國著作權法制現今遭逢之難題，業如前述。而上開議題有無第一次銷售原則之適用，即為本文之研究核心，然我國有關第一次銷售原則之規定，係參酌美國著作權法第一百零九條之規定而來，故而針對美國著作權法制對第一次銷售原則之理論基礎、立法目的、適用時機及適用效力等問題，及國際著作權法制對第一次銷售原則之相關規範均有先予究明之必要。

其次針對網際網路之特性如無實質的移轉行為、傳送客體非實體物，及傳輸過程中產生非法重製等現象，逐一探討權利耗盡理論在網路世界中是否仍有適用之餘地，其中美國、歐盟、澳洲、日本等國對之如何因應，而美國及其他國際公約對第一次銷售原則之規範內容，與我國著作權法制間之差距為何，傳統著作權法之相關概念有無修改之必要等亦為本文研究之範圍。

再相關原理原則及學說見解探討後，復參酌美國及我國相關實務裁判對上開議題之推衍過程，及與相關學說見解有無歧異之處，甚或相關之實務見解前後有無更迭？認事用法是否妥適等加以論述。最後

⁷ 我國著作權法未如美國著作權法制般，承認著作財產權中有所謂散布權，然於著作權法第二十九條卻承認出租權為著作財產權之一環，至於出租權與散布權之異差，本論文第二章對此將有詳盡之論述。

再對我國著作權法修正條文中，有關散布權、重製權及權利管理資訊等修法重點，簡介其修法源由及理論基礎等議題，最終提出本文之建議代結論。

第三節 研究方法

在美國特別三〇一條款之報復壓力下，我國著作權法制可說係以美國著作權法為基底，再參酌美國著作團體之特殊利益考量等多項非法制因素，融合而成之一套法規範⁸。故本文先以美國著作權法制為中心，探討第一次銷售原則之基礎法概念，再輔以比較法學研究，論述各國著作權法制及各國著作權法對相關議題規範之異同及相關立法，並參予美國及我國實務裁判見解之研討歸納，最後提出我國九十二年度著作權法修法之相關內容，並提出本文對第一次銷售原則適用時機，及我國著作權法制相關之修法建議代本文之結論。本文在撰寫結構上，共分成六章。

第一章「緒論」部分，論述著作財產權限制之目的及內容，引導出論文的研究目的，並次第說明撰寫本論文的研究範圍及研究方法。

其次於第二章中，先以美國著作權法制為中心，再參以國際著作權法制之發展，論述散布權與出租權之關係，進而說明何謂第一次銷售原則，其意義、理論基礎及適用之效力等問題，未在介紹國際條約、美國及我國著作權法制對該原則之例外規定。

第三章則以網際網路傳輸之特性，論述第一次銷售原則在網路環

⁸ Office of USTR, Fact Sheet “Special 301” on Intellectual Property, May 25, 1989, reprinted in 6 Int. Trade Per.(BNA) N0.22, at 718 (May, 31, 1989).其他六個國家為巴西、印度、南韓、中國大陸、沙烏地阿拉伯與泰國。有關上述各國與美諮商之詳細介紹，請參考 Judith H.Bello & Alan F. Holmer special 301 its Requirements, Implementation, and Significance, 13 Fordham int. l L. J. 265-72 (1989-1990).

境中有無適用之機會與必要，並針對網路傳輸行為對傳統著作權法制之衝擊，探討各國之因應模式及相關法案。

第四章則以實務見解分析為主軸，探討美國及我國之實務判決對上開議題之見解，歷年來前後之判決有無矛盾異差，又以其中實務裁判中認事用法有無違誤等為論述重心。

第五章再簡介為因應時代之變遷及國際著作權法制之潮流，而擬定之我國著作權法修正條文之相關修法重點。

第六章則以上開篇幅探討之議題提出本文見解，並提出相關建議代本論文之結論。最後於本論文主文之後，將撰寫論文所參考、使用的資料，依中、英文文獻，其中再區分一般書籍及期刊論文，一一依照編（著）者之姓名、筆劃順序加以分類列出，以供讀者閱讀時參考。

第二章 第一次銷售原則（耗盡理論）

著作人於完成著作後即享有著作權，而「散布權」已是國際著作權法制所賦予著作人之著作財產權權能之一。由於我國並未於著作權法中直接賦予著作人該項權利⁹。然於第六十條對「出租權」以「第一次銷售原則」限制，滋生諸多問題，不僅學理上有所缺失，實務上亦有難解之處，國際著作權諮商中亦引起貿易對手國對於我國著作權法未符合國際著作權法制之強烈質疑¹⁰。對於「第一次銷售理論」與「出

⁹ 我國著作權法第二十九條規定著作財產權人專屬之出租權，另於第八十七條第二款至第四款分別將（1）明知為盜版品而散布、（2）輸入盜版品，及（3）未經授權而輸入正作品等，均視為侵害著作權，而未明文規範著作財產權人享有散布權之意義與範圍。

¹⁰ 九十年二月二十八日「中美智慧財產權諮商」中，美方代表即美國國會著作權局資深法律顧問 Mr. Steve M. Teppe 即明白指出我國著作權法未明文賦予著作人散布權，將不符合一九九六年通過之「世界智慧財產權組織著作權條約（The WIPO Copyright Treaty, WCT）」第六條與「世界智慧財產權組織表演及錄音物條約（The WIPO Performers and phonograms Treaty, WPPT）」第八條及第十二條規定。

(The WIPO Copyright Treaty, WCT) Article 6 :

Right of Distribution

(1) Authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing the making available to the public of the original and copies of their works through sale or other transfer of ownership.

(2) Nothing in this Treaty shall affect the freedom of Contracting Parties to determine the conditions, if any, under which the exhaustion of the right in paragraph (1) applies after the first sale or other transfer of ownership of the original or a copy of the work with the authorization of the author.

(The WIPO Performers and phonograms Treaty, WPPT) :

租權」及「散布權」之間如何協調？國際著作權法制對散布權規範之發展如何及有關散布權之限制與例外等均為本章論述之重點。

第一節 散布權與出租權

第一項 「散布權」之意義

著作權法制中所謂之「散布權」係著作財產權之權能之一，指著作人享有就其著作原件或著作重製物對公眾散布之專有權利。「散布權」既在規範著作人對於著作原件或著作重製物「對公眾散布」之掌控能力，範圍包括著作原件或著作重製物對公眾之有償或無償之流通，則舉凡著作原件、著作重製物之買賣、其他所有權移轉、出租或出借等均屬之。不過，國際著作權法制傾向於採取將「散布權」限制在涉及著作原件或著作重製物所有權移轉之範圍，而不包括未移轉所有權之「出租」或「出借¹¹」等情形。

Article 8 Right of Distribution

- (1) Performers shall enjoy the exclusive right of authorizing the making available to the public of the original and copies of their performances fixed in phonograms through sale or other transfer of ownership.
- (2) Nothing in this Treaty shall affect the freedom of Contracting Parties to determine the conditions, if any, under which the exhaustion of the right in paragraph (1) applies after the first sale or other transfer of ownership of the original or a copy of the fixed performance with the authorization of the performer.

¹¹ 伯恩公約第十四條之散布權並不包括「出租權」，WCT 第六條與 WPPT 第八條及第十二條規範「散布權」；另 WCT 第七條及 WPPT 第九條及第十三條則另外就「出租權」為規範。詳參閱章忠信，「世界智慧財產權組織一九九六

然而散布權之主體為著作財產權人，而非著作人。雖然在許多情形，著作人即著作財產權人，但此並非必然。例如，著作人已將著作財產權轉讓予他人，此時著作人即不復為著作財產權人¹²。又散布權係以著作原件或其重製物等有體物為客體，如書籍、CD、畫作、電腦磁片或光碟等，不包括不具備有體物散布形態之著作內容傳輸，因此，透過廣播電台、電視電台或網路所作之著作內容傳輸，非屬「散布權」之範圍。且散布權所指之散布必須係對公眾為之，僅對特定少數人基於特定目的所為之散布，而非對一般大眾所為之散布，應不被認為是著作權法所稱之散布行為¹³。再者散布權事實上隱含著作財產權人之「首次發行權」¹⁴（right of first publication），或公開發表權¹⁵。散布權之侵害必須有未經著作財產權人之授權，而對公眾散布著作原件

年十二月關於著作權與鄰接權相關問題之外交會議側記」，資訊法務透析，八十六年二月，第 31-46 頁。

¹² 我國著作權法第三十六條第一項規定：「著作財產權得全部或部分讓與他人或與他人共有。」

¹³ NIMMER ON COPYRIGHT, DAVID NIMMER & MELVILLE B.NIMMER, 8.11 「A」.P.8—128 .Volume2, Matthew Bender & C0., Inc. (1995).

¹⁴ 參照 Harper & Row, Publisher3, Inc.v.Nation Enters., 471U.S.539, 552, 225U.SP.Q.1073 (1985)在該判決中，法院引用眾議院司法委員會報告之報告明確記載著：「著作權法第 106 條(3)項建立了排他性之發行權。依此規定，著作權人就其合法授權重製之著作重製物或錄音物，享有首次公開散布之控制權利，不論係以買賣、贈與、出借或出租等方式。」；此外美國著作權法第 101 條「發行」之定義，其文字事實上完全與著作權法第 106 條(3)項「散布權」之文字相同。

¹⁵ 將著作對公眾為散布，同時亦構成將著作公開發表之行為，「公開發表權」一般均屬著作人之著作人格權之一，即著作人有權決定何時、以何方式、由何人公開發表其著作，例如我國著作權法第十五條規定。美國著作權法大底既未賦予著作人以著作人格權，此一在其他國家係由著作人所專有之「公開發表權」乃隨同散布權由著作權人踐行。

或著作重製物之行爲，至於「公開演出（Public Performance）」或「公開播送（broadcast）」既僅對公眾演出或播出著作之內容，並未對公眾散布著作原件或著作重製物，則未經授權之公開演出或公開播送之行爲，當亦不構成散布權之侵害。

此外散布權著重於著作原件或著作重製物之對公眾散布，其所散布之客體不以合法重製物爲限，尙包括非法著作重製物¹⁶，是縱使所散布者爲侵害重製權之物件，亦侵害著作權人之散布權。而散布之行爲，必須係就著作原件或著作重製物之所有權爲移轉或就其占有爲移轉，若僅單純地對公眾提供著作原件或著作重製物，而未達所有權移轉或占有之移轉者，尙未侵害著作財產權人之散布權¹⁷。此外，侵害散布權者，原則上亦僅限於爲散布行爲之人，除非買受人或取得占有之人明知該散布係非經權利人之授權，而須負共犯之責外，單純之買受或取得佔有並不須負侵權之責¹⁸。

第二項 著作權人享有散布權之理由

散布權其實是重製權的補充，使得著作財產權人之權益獲得完全之保護¹⁹。通常情形下，著作之公開散布與著作重製物有密切關聯，著作財產權人對於著作之散布可透過重製權之行使加以控制，例如著作財產權人得以契約與被授權人約定，限制著作重製物被發行之國家或散布之方式，但由於透過契約以重製權之行使控制著作重製物之散布，在對抗契約當事人以外之第三人方面，在法律基礎上仍稍嫌薄弱，

¹⁶ supra note 13.

¹⁷ 參照 *Obolensky v. G.P.-Putnam, s Sons*, 628F-Supp. 1552, 1555, 229USRQ.305 (S.D.N.Y.), 759 FZd. 1005 (2d Cir.1986).

¹⁸ 參照 *Foreign & Domestic Music COI p.v.Licht*, 196F2d627, 629'的 U.SP.Q.272(2d Cir.1952).

¹⁹ supra note 16.

因此美國著作權法制及實務裁判對著作財產權能之種類除重製權外，另行建立散布權制度²⁰，以保障著作財產權人權益。

茲將美國著作權法制將散布權予以明文規範之理由論述如下：

壹、對抗合法重製物被非法取得後之散布

著作財產權人所授權重製之重製物係合法重製物，如被非法取得，如失竊、搶劫，或其他因非法之原因而脫離著作財產權人或其被授權人合法持有，著作財產權人或其所授權之人並無任何權利可禁止其散布²¹。

貳、對抗非法重製物之散布

對於未經授權而重製之人，著作財產權人固得以侵害重製權對抗之，惟對於自非法重製人處取得該重製物後逕行散布之人，因其並未實際進行非法重製行為，例如單純販賣盜版品之人，著作財產權人並無法對其主張任何權利²²。

參、便於對實際散布非法重製物之人訴追民事求償

實際進行非法重製之行為人無從追查或財力不佳，無從對其求

²⁰ 我國著作權法制先前並無散布權之概念，惟於民國九十二年立法院修正通過之著作權法修正條文，針對散布權之態樣、定義及範圍已有所規範，詳見本文第五章之論述。

²¹ 參照 John M. Kernochan, *The Distribution Right in the United States of America: Review and Reflections*, 42 *Vand. L Rev.* 1411, October, 1989.

²² 我國著作權法第八十七條第二款規定：「明知為侵害著作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，亦為相同之立意規範。

償，則可藉由散布權之行使，禁止非法重製物之散布，並對實際為散布行為之人求償，更可保護著作財產權人之利益，亦符合公平原則。

肆、彌補債權契約效力之不足

實務上，美國最高法院曾認定，原告原先授權被告得重製並散布其著作，嗣後原告終止該授權關係，被告仍繼續公開銷售終止授權以前之合法重製物者，其雖未侵害原告之重製權，但仍係侵害原告之散布權²³。就實際意義上言，著作財產權人固得以契約限制相對人對於著作原件或著作重製物之散布，然契約僅及於當事人間有效，不及於契約以外之第三人。此外，縱使是契約當事人間有效之約定，違反契約有關散佈條件約定之行為，亦僅為違約之行為，不致以侵害散布權相繩，是以於重製權外，另行賦予著作財產權人散布權之必要。

第三項 散布權與出租權之關係

所謂出租，係指當事人約定，一方以物租與他方使用，他方支付租金者而言。著作權法第二十九條本文規定：「著作人專有出租其著作之權利。」故著作之出租權乃指著作財產權人將著作出租予他人以收取對價之專有權利而言。

表演依著作權法第七條之一之規定，係對於既有著作之內容再現，性質上屬於鄰接權之性質，其保護程度本較傳統著作權為低。羅馬公約及世界智慧財產權組織（WIPO）表演及錄音物公約，均未對表演之固著物之出租權提供保護，故著作權法亦特別為除外規定，在第九條但書明定「但表演不適用之」。

我國著作權法未規範散布權，故以出租權獨立保護之。惟 WTO

²³ 參照 *wildlife Internationale, Inc.v.Clements*, 591F-Supp.1542, 223U.S.P.Q.806 (S.D.Ohi0).

於一九九六年十二月所通過之「世界智慧財產權組織著作權條約」(WIPO Copyright Treaty)第六條及第七條，與「世界智慧財產權組織表演及錄音物條約」(The WIPO Performance and phonograms Treaty)第十二條及第十三條，則將散布權與出租權並列，顯將出租權獨立於散布權之外²⁴。

²⁴ 羅明通，著作權法論，第四九五頁至四九七頁（八十九年一月第三版）。

WIPO COPYRIGHT TREATY

Article 6 Right of Distribution

(1) Authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing the making available to the public of the original and copies of their works through sale or other transfer of ownership.

(2) Nothing in this Treaty shall affect the freedom of Contracting Parties to determine the conditions, if any, under which the exhaustion of the right in paragraph (1) applies after the first sale or other transfer of ownership of the original or a copy of the work with the authorization of the author.

Article 7 Right of Rental

(1) Authors of:

(i) computer programs;

(ii) cinematographic works ;and

(iii) works embodied in phonograms as determined in the national law of Contracting Parties, shall enjoy the exclusive right of authorizing commercial rental to the public of the originals or copies of their works.

(2) Paragraph (1) shall not apply:

(i) in the case of computer programs where the program itself is not the essential object of the rental ;and

(ii) in the case of cinematographic works, unless such commercial rental has led to widespread copying of such works materially impairing the exclusive right of reproduction.

(3) Notwithstanding the provisions of paragraph (1) ,a Contracting Party that, on

第二節 國際著作權法制有關散布權之發展

April 15, 1994, had and continues to have in force a system of equitable remuneration of authors for the rental of copies of their works embodied in phonograms may maintain that system provided that the commercial rental of works embodied in phonograms is not giving rise to the material impairment of the exclusive rights of reproduction of authors.

WIPO PERFORMANCES AND PHONOGRAMS TREATY

Article 12 Right of Distribution

- (1) Producers of phonograms shall enjoy the exclusive right of authorizing the making available to the public of the original and copies of their phonograms through sale or other transfer of ownership.
- (2) Nothing in this Treaty shall affect the freedom of Contracting Parties to determine the conditions, if any, under which the exhaustion of the right in paragraph (1) applies after the first sale or transfer of ownership of the original or a copy of the phonogram with the authorization of the producer of phonograms.

Article 13 Right of Rental

- (1) Producers of phonograms shall enjoy the exclusive right of authorizing the commercial rental to the public of the original and copies of their phonograms, even after distribution of them by or pursuant to authorization by the producer.
- (2) Notwithstanding the provisions of paragraph (1), a Contracting Party that, on April 15, 1994, had and continues to have in force a system of equitable remuneration of producers of phonograms for the rental of copies of their phonograms, may maintain that system provided that the commercial rental of phonograms is not giving rise to the material impairment of the exclusive rights of reproduction of producers of phonograms.

第一項 伯恩公約

伯恩公約並未賦予著作人享有一般性之散布權，僅有電影著作之著作人始享有散布權²⁵。伯恩公約第十四條第一項規定：「文學或藝術著作之著作人應享有如下之專有權利：電影化之改作、就該電影化改作之成果加以重製，以及就該改作及重製完成之著作之散布²⁶...」。

伯恩公約第十四條第一項之文字衍生了一項爭議，究竟伯恩公約所賦予電影著作之著作人所享有之散布權，是僅限於將特定著作重製物第一次對公眾散布之行爲，還是更包括該特定著作重製物第一次對公眾散布以後之後續的散布行爲？由於伯恩公約第三十七條第一項第（c）款明文規定，「伯恩公約各種語文之版本發生衝突時，以法文版本為準²⁷，而伯恩公約法文版於此明文規定：「*la mise en circulation des oeuvres ainsi adaptees ou reprodllites*」，其散布權顯然僅限於將特定著

²⁵ 伯恩公約 1967 年斯德哥爾摩修正案中，以法國為首之國家原擬於第九條重製權之後增訂「散布權」，惟最後並未獲得大多數支持，其主要原因有二，一是因草案原僅擬賦予著作人「首次散布權」，但著作人依重製權得授權他人重製，應即得藉以授權他人首次散布，無須再另行賦予著作人「首次散布權」；其二是認為著作人透過契約即可控制著作之首次散布。參照 Committee of Experts on a Possible protocol to the Berne Convention for the Literary and Artist works, Third Session Geneva, June 21 的評，1993 刊載於 COPYRIGHT, June 1993, p.86，並參照 S.Ricketson, The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic works 1886. 1987, P. 407.09.

²⁶ Article 14 of the Berne Convention(1)Authors of literary or artistic works shall have the exclusive right of authorizing: (i)the cinematographic adaptation and reproduction of these works, and the distribution of the works thus adapted or reproduced.

²⁷ Article 37(1)of the Berne Convention: "(c)In case of differences of opinion on the interpretation of the various text, the French text shall prevail."

作重製物第一次對公眾散布之行爲，並不及於該特定著作重製物第一次對公眾散布以後之後續的散布行爲²⁸。

第二項 羅馬公約

西元一九六〇年關於保護鄰接權之羅馬公約於草案討論階段，奧地利代表曾提議於公約中賦予錄音物製作人一項權利，使其得以禁止未經其同意，或超越其授權，而將其錄音物於市場上流通之權利；丹麥、芬蘭、冰島、印度、挪威及瑞典代表亦主張應禁止在各會員國境內製作係屬侵害物之重製物，被輸入該等會員國。這些建議後來並未被接受，主要的原因，則是因爲伯恩公約並未賦與著作人散布權及輸入權，故會員國一般認爲羅馬公約亦無必要先於伯恩公約，採納散布權及輸入權制度²⁹。

第三項 世界貿易組織（WTO）／與貿易有關之智慧財

產權協定（TRIPS）

基本上，WTO/TRIPS³⁰僅在重申伯恩公約之重要原則，將伯恩公

²⁸ William F. Party, Copyright Law and Practice, Volume H, p.835.1994.

²⁹ Records of the Rome Conference, Report of the Rapporteur--General, p.47.

³⁰ 一般所稱「WTO 協定」包括 WTO 設立協定及十九項附屬協定，關於智慧財產權保護方面，為「與貿易有關之智慧財產權協定（Trade Related Aspect of Intellectual Property Rights, including Trade in Counterfeit Goods, 以下簡稱 WTO/TRIPS）」。有關 WTO/TRIPS 之背景與著作權方面之重要規定，參閱章忠信，「我國加入世界貿易組織後關於著作權法適用之淺述」，「律師雜誌」第 243 期，八十八年十二月。

約之規定納入 WTO 之體系，並未於伯恩公約之外新設任何著作人之權利，其對於散布權並未作任何規定，其於第六條規定：「依本協定爭端解決之目的，除第三條及第四條之規定外，本協定之任何規定不得被作為解決智慧財產權耗盡之議題³¹。」

依上開規定，WTO 各會員體得自行決定是否賦與著作人散布權，並依其國家之最高利益，決定採行何種模式之耗盡原則。不過各會員體對於散布權之採行，仍須受 WTO/TRIPS 其他規定之約束，例如第三條有關國民待遇原則，第四條有關最惠國待遇原則，第八條第二項有關禁止智慧財產權人之權利濫用，以及第四十條有關禁止以契約為違反公平競爭之約定等³²。

第四項 世界智慧財產權組織著作權條約 (WCT) / 世

界智慧財產權組織表演及錄音物條約 (WPPT)

WCT 與 WPPT 係於伯恩公約之後，聯合國所屬之「世界智慧財產權組織 (WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION, 以下簡稱 WIPO)」為因應科技之發展，於一九九六年討論通過之條約，明文要求會員國必須賦予著作人、表演人及錄音物製作人出租權、散布權。雖然有些國家之法制，將出租權歸於散布權之一部分，但也有一些國家將出租權與散布權分列為各別獨立之權能，WIPO 於一九九六年討論 WCT 與 WPPT 時，基於現實考量，

³¹ WTO/TRIPS Article 6 Exhaustion: "For the purposes of dispute settlement under this Agreement, subject the provisions of Article 3 and 4 above nothing in this Agreement shall be used to address the issue of the exhaustion of intellectual property rights."

³² 章忠信，著作權法中散布權之檢討，萬國法律（九十年四月）。

乃將出租權與散布權分列³³。

在著作人之權利方面，WCT 第六條關於散布權規定：（1）文學及藝術著作之著作人應享有授權以出售或其他轉讓所有權之方式對公眾提供其著作之原件或重製物之專有權利。（2）本條約之規定不影響締約各方得自由決定於著作人授權下將著作之原件或重製物首次出售或為其他所有權轉讓以後，對第（1）項所定權利之耗盡之條件³⁴。」第七條關於出租權規定：「（1）（i）電腦程式著作；（ii）電影著作；及（iii）締約各方國內法所定附合於錄音物之著作，其著作人應享有授權將其著作之原件或重製物對公眾為商業性出租之專有權利。（2）第（1）項規定不適用以下之情況：（i）非屬出租之主要客體之電腦程式著作；及（ii）電影著作，但以該等商業性出租會導致就該著作廣泛地重製致損害重製權為限。（3）縱有（1）項之規定，於一九九四年四月十五日已存在並繼續施行一項制度，使著作人就其被包含於錄音物上之著作之出租，得享有適當的使用報酬之締約之一方，得維

³³ WCT 與 WPPT 將出租權與散布權分列，並不表示其認為出租權必不可屬於散布權之一部分，其祇是牽就現實，不願強要求那些原本已將出租權與散布權分列之國家，必須重新修正著作權法，將出租權歸於散布權中。詳見參照 WIPO 文件編號 CNRN/DC/3 「有關文學及藝術著作保護之特定問題之條約（The Treaty on Certain Questions Concerning the Protection of Literary and Artistic works）」8.03.及 WIPO 文件編號 CNRN/DC/4 「保護表演人及錄音物製作人權利之條約（The Treaty for the Protection of the Rights of performers and Producers of Phonograms）」9.03.轉引自章忠信，前引註三十二。

³⁴ WCT Article 6 Right of Distribution (1) Authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing the making available to the public of the original and copies of their works through sale or other transfer of ownership-(2) Nothing in this Treaty shall affect the freedom of Contracting Parties to determine the conditions, if any, under which the exhaustion of the right in paragraph (1) applies after the first sale or other transfer of ownership of the original or a copy of the work with the authorization of the author.

持該項制度。但以該被包含於錄音物上著作之出租，不致於嚴重地損害著作人之重製專有權利為限³⁵。」

在表演人之權利方面，WPPT 第八條關於表演人之散布權規定：「(1)表演人應享有授權將其固著於錄音物之表演之原件或重製物以出售或其他轉讓所有權之方式對公眾提供之專有權利；(2)本條約之規定不影響締約各方得自由決定於表演人授權下將固著之表演之原件或重製物首次出售或為其他所有權轉讓以後，對第(1)項所定權利之耗盡之條件³⁶。」第九條關於表演人之出租權規定：「(1)表演人應

³⁵ WCT Article 7 Right of Rental: "(1) Authors of: (i) computer programs; (ii) cinematographic works; and (iii) works embodied in phonograms as determined in the national law of Contracting Parties, shall enjoy the exclusive right of authorizing commercial rental to the public of the originals or copies of their works - (2) Paragraph (1) shall not apply: (i) in the case of computer programs where the program itself is not the essential object of the rental; and (ii) in the case of cinematographic works, unless such commercial rental has led to widespread copying of such works materially impairing the exclusive right of reproduction - (3) Notwithstanding the provisions of paragraph (1), a Contracting Party that, on April 15, 1994, had and continues to have in force a system of equitable remuneration of authors for the rental of copies of their works embodied in phonograms may maintain that system provided that the commercial rental of works embodied in phonograms is not giving rise to the material impairment of the exclusive rights of reproduction of authors.

³⁶ WPPT Article 8 Right of Distribution: "(1) Performers shall enjoy the exclusive right of authorizing the making available to the public of the original and copies of their performances fixed in phonograms through sale or other transfer of ownership - (2) Nothing in this Treaty shall affect the freedom of Contracting Parties to determine the conditions, if any, under which the exhaustion of the right in paragraph (1) applies after the first sale or other transfer of ownership of the original or a copy of the fixed performance with the authorization of the

享有授權將其依締約各方國內法所定固著於錄音物上之表演之原件或重製物對公眾為商業性出租之專有權利，其縱於表演人或經其授權而就該原件或重製物為散布以後，亦同。（2）縱有第（1）項之規定，於一九九四年四月十五日已存在並繼續施行一項制度，使表演人就其被包含於錄音物上之表演之重製物之出租，享有適當的使用報酬之締約之一方，得維持該項制度。但以該被包含於錄音物上表演之重製物之出租不致於嚴重地損害表演人之重製專有權利為限³⁷。」

在錄音物製作人之權利方面，WPPT 第十二條關於錄音物製作人之散布權規定：「（1）錄音物製作人應享有授權將其錄音物之原件或重製物以出售或其他轉讓所有權之方式對公眾提供之專有權利；（2）本條約之規定不影響締約各方得自由決定於錄音物製作人授權下將錄音物之原件或重製物首次出售或為其他所有權轉讓以後，對第（1）項所定權利之耗盡之條件鈞。」第十三條關於錄音物製作人之出租權規定：「（1）錄音物製作人應享有授權將其錄音物之原件或重製物對公眾為商業性出租之專有權利，其縱於錄音物製作人或經其授權而就該原件或著作重製物為散布以後，亦同。（2）縱有第（1）項之規定，於一九九四年四月十五日已存在並繼續施行一項制度，使錄音物製作人就其錄音物之重製物之出租得享有適當的使用報酬之締約之一方，

performer.

³⁷ WPPT Article 9 Right of Rental: '(1) Performers shall enjoy the exclusive right of authorizing the commercial rental to the public of the original and copies of their performances fixed in phonograms as determined in the national law of Contracting Parties, even after distribution of them by, or pursuant to, authorization by the performer-(2) Notwithstanding the provisions of paragraph(1), a Contracting Party that, on April 15, 1994, had and continues to have in force a system of equitable remuneration of performers for the rental of copies of their performances fixed in phonograms, may maintain that system provided that the commercial rental of phonograms is not giving rise to the material impairment of the exclusive rights of reproduction of performers.

得維持該項制度。但以該錄音物之出租不致於嚴重地損害錄音物製作人之重製專有權利為限³⁸。」

第三節 散布權之限制—第一次銷售原則

第一項 美國著作權法制之規範內容

我國著作權法第六十條，乃植基於美國著作權法第一百零九條之規定而來，是本節先予介紹美國著作權法制有關第一次銷售原則之意義、理論基礎及其要件與效力，其次再論述我國著作權法制中對第一次銷售原則之相關規範，及與國際規範間之差距。

第一目 第一次銷售行為之意義

第一次銷售理論（或是耗盡理論）係指著作財產權人對於合法重製著作物之散布權³⁹於第一次出售或因其他原因移轉所有權與他人時

³⁸ WPPT Article 13 Right of Rental: "(1) Producers of phonograms shall enjoy the exclusive right of authorizing the commercial rental to the public of the original and copies of their phonograms, even after distribution of them by or pursuant to authorization by the producer. (2) Notwithstanding the provisions of paragraph (1), a Contracting Party that, on April 15, 1994, had and continues to have in force a system of equitable remuneration of producers of phonograms for the rental of copies of their phonograms, may maintain that system provided that the commercial rental of phonograms is not giving rise to the material impairment of the exclusive rights of reproduction of producers of phonograms.

³⁹ 惟我國現行之著作權法制中，列舉之著作財產權，並未含有散布權之概念，惟九十二年度著作權修正條文則將散布權增列之。詳如本文第四章第二節所

（例如贈與、買賣等）即耗盡，惟雖然法院通常因第一次銷售行為而適用該一原則，然該原則之啟動並不必然限於「銷售」行為，亦包括任何形式地轉讓所有權之行為。該原則適用於所有擁有合法重製物所有權之人，而不管該人是否因交換利益而取得該享有著作權之標的物，因此即使贈與或轉讓複製物或錄音片，仍可如同為了利潤販賣上開物品般地適用該法則，也就是說自第一次銷售行為中獲取利益或利潤本身，並非適用該原則之要素。此時合法重製物之所有人得自行出售、出租、或為其他之所有權讓與行為，著作財產權利人不得對其主張散布權而言。一般稱之為第一次銷售理論、耗盡理論或用盡原則。

易言之，著作財產權人就其著作固享有專屬之「公開散布權」，但此僅及於其著作重製物或錄音物之第一次散布，當著作財產權人將其著作重製物或錄音物作第一次散布後，就該著作重製物或錄音物即喪失控制權，不得再以著作財產權人之身分主張任何權利，此時惟有該特定重製物或錄音物之所有人，得本於物權性質之「所有權」自由行使其物權，其或為販售或處分該重製物或錄音物⁴⁰。因此，「第一次銷售理論」之適用，其目的在劃清著作財產權人之公開散布權與著作重製物所有人之所有權之界線。著作重製物被公開散布前，應偏重著作財產權人公開散布權之保護，一旦著作重製物被公開散布後，就應全力保護著作重製物所有人之所有權。

此外「第一次銷售理論」專係針對公開散布權作限制，並不及於著作財產權人之其他著作財產權，因此著作重製物所有人固得自由散布或處分其重製物，仍不得就該重製物為重製、公開演出等仍屬著作

述。

⁴⁰ 參照國會之立法報告第七十九頁：「第 109 條（a）項重申並確認一項原則，當著作權人將著作之特定重製物或錄音物讓予他人，受讓人有權以買賣、出租或其他之方法處分該重製物或錄音物。依法院判決及現行（舊）法第 27 條所建立之原則，著作權人之公開散布權對於擁有“依本法合法重製之特定重製物或錄音物”之任何人，或希望將其讓與其他人或將其毀棄之人，均不生影響」。

財產權人之其他著作財產權範圍內之行爲⁴¹。

第二目 第一次銷售原則之理論起源及立法目的

壹、第一次銷售原則之理論起源

在一九〇四年，Bobb—Merrill V.Snellendurg 案⁴²，原告出版商 Bobb—Merrill 向法院提出控告，請求法院禁止被告 Snellenbur 以低於設定的價格，再出售其買得原告有著作權的書籍⁴³。法院認為價格限定，完全是屬於雙方面之契約問題，並非著作權法所得控制。法院並闡釋即使是著作權人保留有著作權的著作物，其複製物出售後，權利人僅得限制他人複製該作品，買受人得自由處分該特定的著作物。因此駁回了原告申請暫時禁止令的請求。

原告再以同樣事由，同一本書“The Castaway”控告 Straus。聯邦最高法院維持地方法院的見解，同意著作權法所保障的主要目的，是禁止他人複製、出售的權利，並不能授權著作權人限制合法取得著作物的購買人再出售的價格。此項論點使得“首次出售原則”初具規

⁴¹ 章忠信，著作權法真品平行輸入問題之研究，資訊法務透析，八十七年七月。

⁴² 該理論源起於美國法，稱為「第一次銷售理論」(The first sale doctrine)。一九〇八年，美國聯邦最高法院在 Bobbs-Merrill Co. v. Straus 判決稱：著作人專有之販賣(vend)權，僅適用於著作物之第一次銷售，此為第一次銷售理論之起源。而在此之前一八八六年，Henry Bill Publishing Co. v. Smythe (27. FED. 914, (C. C. S.D. Ohio))以及一九八四年，Harrison v. Maynard, Merrill Co. (61 FED. 689, (2d Cir))兩案，法院都有著作物經合法移轉所有權後，著作權利人就著作物所附加不得轉售，或限制轉售對象之行爲，僅具有契約效力，不受著作權法保障。

⁴³ 賀德芬，錄影帶之法律問題，收入其所編，著作權法論文集，第二四七頁(台灣大學法學叢書，民國七十六年七月)。

模⁴⁴。爾後，再經法院經常引用，終使此項原則確定下來。不過“Firat Sale”此項名稱，直到一九四二年 Fawcett publications, Inc. V. Elliott Publishing Co., Inc.⁴⁵案，才由法院正式承認。是以第一次銷售原則主要在區別著作權與著作物有別。著作物的移轉與著作權的移轉可分別行使，互不影響。該原則並不限制或禁止合法取得的著作物再做移轉。

在一七九〇年至一九〇九年時期，美國著作權法僅賦予著作權人販售其著作物之權能，但卻忽視諸如出租、出借或寄託等其他種類之轉讓模式，在此期間著作權法中之第一次銷售原則並無規範出借著作標的物之權⁴⁶，在該年代過後，法院區別出著作權人對著作標的物上享有之權利，與一般人對實質物質享有權利間之差異性⁴⁷。

⁴⁴ 賀德芬，同上註，第二四八頁。

⁴⁵ 46 F. supp. 717, 54, U.S.Q. 137 (S.D.N.Y.1942) : It is conceded here that the defendant has not multiplied copies but merely resold the plaintiff's (comic books) under a different cover The exclusive right to vend is limited It is confined to the first sale of any one copy and exerts no restriction on the future sale of that copy.

⁴⁶ The 1802 Copyright Act gave copyright owner the rights of printing, reprinting, and importation. Authors were given the exclusive right to prohibit “ in any manner of copy and self-Act of April29,1802,7th Cong., 1st Sess. , § 3,2S1a1.171.In 1909 Copyright Act, the exclusive rights granted included “ to print, reprint, publish, copy, and vend 1hc copyrighted work.”17U.S.C. § 1(1909, repealed 1978).

⁴⁷ The Section 27of the 1909Copyright Act provided that “the copyright is distinct from the property in the material object copyrighted, and the sale of conveyance, by gift or otherwise, of the material object shall not of itself constitute a transfer of the copyright, nor shall the assignment of the copyright constitute a transfer of the title of the material object; but nothing in this title shall be deemed to forbid, prevent, or restrict the transfer of any copy of a copyrighted work the possession of which has been lawfully obtained.”17

嗣於一九〇九年，美國國會即將該理論明定於著作權法，並使其理論擴張及於所有著作物所有權之移轉及出租、出借等⁴⁸。美國現行著作權法固於第一百零六條(3)賦予著作人公開散布權之排他權，規定著作人擁有「以買賣 (sale) 或其他轉讓所有權之方法 (other transfer of ownership)，或出租 (rental)、出借 (lending) 等方法將著作之重製物或錄音物 (phonorecords) 向公眾公開散布」之專有權利，為五種專有權利之一⁴⁹，一般稱為公開散布權 (right of distribution to the public)。惟同法又對於此散布權予以限制以求平衡，於第一百零九條(a)規定：「不論第一百零六條(3)如何規定，依本法合法製作之特定重製物或錄音物之所有人，或其所授權之任何人，有權不經著作權人之授權，出售或處分該重製物或錄音物。」⁵⁰，此即第一次銷售原則。歐洲法系國家則稱此理論為「耗盡理論 (Exhaustion Doctrine)」⁵¹。

U.S.C.A. §27(1909).

⁴⁸ 美國 1909 年著作權法將第一次銷售理論規定於第二十七條，Section 27 of the 1909 Act provides: 「Nothing in this title shall be deemed to forbid, prevent, or restrict the transfer of any copy of a copyrighted work, possession of which has been lawfully obtained.」此即為現行著作權法 109(a)之前身。

⁴⁹ WIPO 之世界智慧財產權組織著作權條約及世界智慧財產權組織表演及錄音物條約所定之公開散布權係與出租權並列，在立法體例上乃屬不同之概念，至於出借亦不在散布權概念之內，該兩條約所稱之散布權僅及於經由出售與所有權之移轉。

⁵⁰ 109(a) provides: "Notwithstanding the provision of section 106(3), the owner of a particular copy or phonorecord lawfully made under this title, or any person authorized by such owner, is entitled without the authority of the copyright owner, to sell or otherwise dispose of the possession of that copy or phonorecord、 、 。

⁵¹ See e. g. J. Thomas McCarthy, McCarthy's Desk Encyclopedia of Intellectual Property, 1995, 2nd ed., p.175.在該書中作者即使用「only distribution right is exhausted」之用語，以描述第一次銷售理論之適用範圍。

嗣於一九七六年國會對於著作權法第一〇九條(a)之報告中指出，此一原則係經法院判決及一九〇九年著作權法第二十七條所建立⁵²，這係說明法院適用早期著作權法第二十七條之結果，締造了現今著作權法之該法條，在同一時期亦有許多判決遵循著作權法第一〇九條(a)，認為當著作權人第一次銷售特定之著作標的物時，即會耗盡其著作權能⁵³。著作權人在第一次銷售著作標的物後，即無法繼續控管該著作物嗣後之散布。

貳、第一次銷售原則之立法目的

第一次銷售理論之立法目的，係植基於個人之轉讓財產行為⁵⁴，此一原理在追求銷售自由的商業行為中得到長足的進展⁵⁵，此外一般亦注意到假使管控財產權之轉讓行為，將侵害到公眾政策，唯有藉著便捷的交通促進商業交易往來，方可益於公眾福祉，且憲法對該法案所揭諸之著作財產權之限制，及提昇實質財產之轉讓乙節，均予以保

⁵² H.R.Rep.No.1476, 94 th¹Cong., 2 nd Sess.76(1976).

⁵³ Bor-shan Lin, Application of the First Sale Doctrine to Internet Transmission, 華岡法粹, 第二十五期, 第 62 頁, 民國八十六年十月。

⁵⁴ It was founded on policies favoring the free transferability of personal property and chattels, which originated in general English common-law disapproving restraints on the alienation of owned property. See *Sebastian Int'l, Inc. v. COllsuTIIER Contracts (PTY) Ltd.*, 847F2d 1093, 1096 (3d Cir. 1988); also *me Blazon, Inc. v. Deluxe Game Corp.*, 268F Supp. 416 (S.D.N.Y. 1965) (“The first sale rule... finds its origins in the common law aversion to limiting the alienation of personal property”); *Parfums Girenchy, Inc. v. C & C Beauty Sales, Inc.*, 832F.Supp. 1378, 1388 (CED. Cal. 1993).

⁵⁵ *American Intertional Pictures, Inc. v. Foreman*, 400F.Supp. 928, 930 (S.D. Ala. 1975)

障⁵⁶。當著作權人散布著作標的物時，即已無任何理由認為著作權優於其他之財產權，因此第一銷售原則之主要目的，即在促進著作標的物之自由轉讓流通。

除了避免抑制個人財產之轉讓行為外，在該原則亦注重公眾利益的保障，假使民眾可直接、免費地使用著作標的物，即可提升社會之自然科學及人文藝術科學⁵⁷，憲法亦明確的指出賦予著作權人專屬著作權之目的，係為了提昇自然科學及人文藝術科學之目的，很明確的賦予獨占著作權之目的係為了提昇公眾福祉⁵⁸。

為了提昇公眾福祉，憲法藉由進一步規定作者及發明家，對其寫作或發明等事項，享有一定期間之獨占權，來鼓勵創作及發明⁵⁹。然而當國會努力鼓勵上開創作及發明同時，另一方面亦力求上開著作標的物之散布，及公眾接近上開被保護資訊之權利⁶⁰。舉例而言，不同

⁵⁶ See U.S.C. A. Const. Amend. IX (The enumeration in the Constitution, of certain Rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people); see also U.S.C. A. Const. Amend. V (A...nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law-).

⁵⁷ See U.S.C.A. Const. art. I.8.cl.8, (The source of Congress power to enact copyright laws is Article I §8.cl.8. of the Constitution, which authorizes Congress “to Promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective writings and Discoveries”); also see Feist Publications v. Rural TEI SemCO., 499 U.S. 340, 349 (1991) (Analyze the relationship between copyright subject matter and the Constitution).

⁵⁸ Id.

⁵⁹ supra note 57.

⁶⁰ See House Report on Copyright Act of 1909, supra note 21; see also House Report on Copyright Act of 1976, supra note 22. (Congress intended to promote public interest by disseminating copyrighted work freely after first transfer. “A library that has acquired ownership of a copy is entitled to lend it under any conditions it

於專利法，著作權法在公眾不侵害著作權人專屬之著作權之前提下，允許公眾免費使用著作標的物⁶¹，即意謂著作權法規定當著作權人第一次散布著作物後，不但允許公眾免費使用不被保護之創作概念，即使係受保護之創作表達方式，亦許可公眾得加以利用。藉由允許公眾接近並使用上開資訊，增進公眾福祉。因此爲了衡平公眾利益之政策，不但作者享有著作權，且對於公眾得以擴散及交換資訊之權利，亦予以保護及重視，此即第一次銷售原則在著作權法上之重要功能⁶²。

而從經濟之觀點視之，之所以限制著作權人專屬之散布權，係爲了避免著作物所有人將其著作物的一次銷售後，繼續獲得其他之利益⁶³，亦即著作權人已將其專屬散布權賣出，並且得到其應有之利益，即不可爲了壟斷市場利益，而限制買受人再次地轉讓著作物，總而言之的一次銷售行爲的立法目的及基礎理由可概分爲兩大範疇，亦即保障著作標的物之自由轉讓以及藉由轉讓交換資訊，來提昇公眾利益⁶⁴。

chooses to impose. This does not mean that conditions on future disposition of copies or phonorecords, imposed by a contract between their buyer and seller, would be unenforceable between the im parties as a breach of contract, but it does mean that they could not be enforced by an action for infringement of copyright-')

⁶¹ Infringement of patents occurs “ whoever without authority makes,uses, offers to sell or sell any patent invention.”35U.SaCaA. §271(a). However, copyright infringernent occurs when Aanyone who violates any of the exclusive right of the copyright owner as provided by section 106 through 118 or of the author provided in Section 106A(a) or who imports copies or phonorecords into the united States in violation of Section602.”17U.S. C.A. § 501.

⁶² See R. Cooter &T. Ulen, Law and Economics,at135(1988)(“ [the dilemma is that without a legal monopoly not enough information will be produced but with the legal monopoly too little of the information will be used.”]

⁶³ Bor-shan Lin, supra note 53, at 63.

⁶⁴ Id., at 64.

第三目 適用第一次銷售原則之要件與效力

壹、第一次銷售原則之要件

一、散布之物體需為有體物

在著作權法第一百零九條中得知，適用第一次銷售行為有四個要件，第一個要件就是該物體必須係有體物，亦即該物件不能係無體的著作權⁶⁵。區別著作權人專屬之無體著作權與著作標的物間之差異係很重要的，一個實質物可以是個複製品或錄音片，但就不能係單純的著作權⁶⁶。換個角度來說擁有實體物品之所有權人可能並非著作權人，而第一次銷售原則僅適用在轉讓實質物品所有權，而非轉讓著作權，因此當著作權人轉讓其擁有著作權之複製物或錄音片予第三人者，該讓與行為將造就上開物品之新所有權人。而當著作權轉讓時，著作權人即不可再繼續享有該著作物之散布權。

二、需經著作權人或經其授權人之同意移轉或讓與該著作物

第二項要素就是複製物或錄音片之著作權人或授權人，必須同意移轉或讓與該著作物⁶⁷。根據著作權法第一百零九條(a)規定，一但著作權人同意轉讓或移轉特定之著作物或錄音片後，嗣後即不得再主張其對上開著作物之散布權。再者最初銷售或移轉著作物必需經由著作權人或授權人之一之同意，假設著作權人並無同意，即無第一次之銷

⁶⁵ The Section 109(a) provides that "The owner or any person authorized by such owner, is entitled, without the authority of the copyright owner, a particular copy or phonorecord lawfully made." A particular copy or phonorecord is the object of this provision.

⁶⁶ See *id.*; also see 1 NIMMER ON COPYRIGHT, §8. 12[B][1], at 8-144 (1995).

⁶⁷ *Id.*

售原則之適用。但是如該銷售行為係州法允許之範疇內，例如債權人經由法院拍賣或強制移轉該著作物者，即亦可適用該原則⁶⁸。

三、所散布之客體需為合法重製物

第三個要素就是該物體必須係經由著作權人或經其授權之人合法授權製造之重製物⁶⁹，否則假使該物品係以侵害到重製權之非法重製物，即不會啟動上開原則。舉例而言假使未經著作權人授權製造之物品，販授與第三人，該第三人因侵害著作權人專屬之散布權，所以不可再販賣或轉讓該物品與其他人⁷⁰。

四、需有所有權轉移行為

最後一項要素就是必須著作權人將著作標的物之所權移轉與他人，當著作權人將著作標的物之所權移轉與他人後，即適用該法則⁷¹。並此新的所有權人將可合法的再次轉讓上開物品與他人，販賣並非著

⁶⁸ see e. g. *Platt & Munk Co. v. Republic Graphics, Inc.*, 315 F.2d 847 (2d Cir. 1963) (holding remedies of an unpaid seller, under the law of sale, might be invoked without infringing the copyright owners) .

⁶⁹ see 17 U.S.C. §109(a)(1994).

⁷⁰ *Id.*

⁷¹ See *id.* at 8-144.2, 18-145-146 (discussing mere authorized possession of a copy, “ if title in the tangible copy does not pass to the possession, will not trigger the limitation of section 109 (see e .g. *Burke. I & Van Hensen, Inc. v. Arrow Drug, Inc.*, 233 F. Supp. 881 (E. D. Pa. 1964) the court held that plaintiff granted a right to manufacture phonorecords of its musical compositions, and such records was sold to defendant in view of the authorized initial sale , the subsequent unauthorized sales by the defendant should not constitute copyright infringement) .

作權人移轉所有權之唯一方式，在一九七九年著作權法第一百零九條(d)中即揭諸了如贈與或其他形式之轉讓行為，均可適用該法則。因為所有權之移轉，為適用該法則之重要因素，所以假使著作物係以租賃租約或其他無移轉所有權之方式授與他人使用者，即無法適用該法則。

貳、第一次銷售原則之效力

關於適用該原則之效力可概分為兩方面而言，第一當符合上開要件之複製物或錄音片之所有人轉讓上開物件時，其專屬之散布權即會消失，亦即著作人此方面會自動地就特定之著作物喪失散布權⁷²。理由再於第一次銷售原則允許所有權人處分自己之所有物⁷³。然而當著作物第一次銷售時，因適用第一次銷售原則之結果，著作權人再也不能避免或限制他人將該著作物再次販售或以其他方式轉讓著作物⁷⁴。是以第一次銷售原則不僅剝奪著作權人再次之販售權，進一步亦使著作權人喪失對該物件之控管性⁷⁵。

又著作權人所享有任何形式之著作權，均與所有權之概念不同。單純著作物件所有權之轉讓，並無將著作權隨同移轉，因此任何購買著作之人均有權將之再次販賣或出租，甚至拋棄⁷⁶。然因著作權人固

⁷² See e.g., T.B. Hanns Co.v.Jern Records,Inc.,655F.Supp.1575,1582(D.N.J.1987)E
Columbla

PicturESIndus.,Inc.v.AVEC0,Inc.,612F.Supp.315,31930(M.D-Pa.1985),a 缸, d,
800F-Zd59(3d Cir.1986).

⁷³ See Arthur R. Miner,Michael H. Davis , Intellectual Property-Patents, Trademark,
and copyright, at 324.

⁷⁴ See 1 NIMMER ON COPYRIGHT, supra note 66.

⁷⁵ The purpose in Section 109(a) grants the owner of copies or phonorecords a
privilege and a defense right to copyright owner's exclusive right .See 17U.S.C.
§109(a).

⁷⁶ See Andy Johnson-Laird,The Anatomy of The Internet Meets the Body of The

著在特定標的物上專屬之散布權，與個人之財產權部分係重疊的。沒有第一次銷售原則，著作人對特定著作物即可一直享有專屬散布權，故轉讓著作標的物須先行得到著作權人之同意，否則即會侵害著作權人之排他權，因此需要第一次銷售原則來改善上開狀況，以確保著作物之流通⁷⁷。

第二項 我國著作權法制之相關規定

第一目 立法背景

一、民國七十年舊著作權法在七十九年修正時增訂第二十八條第三項規定：「已取得合法著作複製物之所有權者，得出借、出租或出售該複製物」。該規定係錄影帶出租業為解決產銷秩序，仿美國

Law, The Computer Law Association Inc., From Bits and Bytes To Cyberspace International Retreat Conference, at 4 (1996) (discusses once real-world data has been digitized it takes on characteristics very different from its analog counterpart)。不過評論家亦建議著作權 109(a) 規範之情形不能與同法第 106(3) 同時發生，亦即不允許商業性之租賃行為，第 106(3) 將散布權不僅延伸至販賣或其他形式之轉讓行為，且亦包含出租行為，雖然 109(a) 字義上僅規範販賣或其他轉讓著作物之行為，然上開意見即說明所謂其他形式之轉讓行為，即包含了商業性之出租即事實上處分行為。

⁷⁷ 不過並非所有著作權人均可獲得上開防衛權，第一次銷售原則亦有例外，例如錄音著作及電腦軟體之出租行為即在禁止之列，第 109(b) 即規範，如無得到著作權人或經其授權者之同意，不得基於商業利益將上開著作出租予公眾，其理由在於上開著作可以較低廉之價格且品質卻與真品無異之方式重製，如果允許出租上開商品，一般購買者未來將選擇以該方式使用此類商品，以節省價格支出。上開理由亦適用數位形式商品，因為此類商品極為容易重製，嚴重影響著作權法授與著作人專屬散佈權。

著作權法第一〇九條第一項之「第一次銷售原則」(First sale Doctrine)向立法院請願，經立法院接受而訂定⁷⁸。

二、本條擬就舊著作權法第二十八條第三項規定略作修改，其理由為：

- (一) 按舊法條文旨在規定侵害著作權之行爲，凡有該條第一項各款之行爲者，即爲侵害著作權，殊無再於序文以擬制之立法體例，規定爲『視爲』侵害著作權」之必要；又著作財產權之各項權能，修正條文第二十二條至第二十九條已有明定，其侵害行爲態樣，於第九十一條以下亦已詳爲規定，舊法第二十八條第一項各款無規定必要，應予刪除，又第二項規定亦欠妥適，爰予配合刪除。
- (二) 按出租權係七十四年舊法新增之權利，舊法第二十八條第三項係七十九年新增訂，立法意旨在謀著作財產權與著作重製物所有權之平衡。惟特定類別著作之重製物，例如錄音著作或電腦程式著作，因消費者循租賃途徑即可達到使用重製物之目的，故多捨花費較高之購買方式而趨花費較廉之租賃方式，且消費者對該二著作於承租後，私人重製之情形亦最普遍，對著作財產權人之出租權造成重大影響，茲衡酌各種著作類別與其市場消費、利用情形，認對該二類著作之出租權有加強保護之必要，乃於本條增設但書，使縱取得合法錄音或電腦程式著作重製物之所有權者，仍不得出租該重製物。
- (三) 又著作財產權人並不享有「出借權」或「出售權」，故著作重製物所有人出借或出售重製物乃所有權之行使，與著作財產權之限制無關，爲求條文簡潔，爰刪除舊法第二十八條第三項「出借」、「出售」等文字⁷⁹。

⁷⁸ 蕭雄淋，著作權法修正條文相對草案，第九十五至九十六頁；「散布權與第一次銷售原則」、「談錄影帶業者的抗議訴求」，著作權法漫談，第四十一至四十三頁；第二二九頁至二三一頁。

⁷⁹ 參見本條行政院原草案說明。

第二目 學理及實務規範

本法第三條第一項第十二款規定：「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」。在外國不乏國家之著作權法，均規定著作權人專有散布權⁸⁰。所謂「散布權，乃將著作的原件或其複製品出借、出售、出租或以其他方式提供於一般公眾之權利⁸¹。依美國著作權法學者 Melville B. Nimmer 之見解，散布權原則上係重製權之補充權，目的在補充重製權之不足。蓋著作權為 copyright，原則上為一種 copying 之權利（right），著作權內容中之每一項權利，或多或少與 copying 有關。例如公開口述權、公開播送、公開演出權，係一種無形之 copying；而改作權是一種間接之 copying，惟散布權與 copying 無關，它原始目的係在防止或阻止盜版或竊盜物之流傳，故為重製權之附屬權，因此散布權行使之對象，係違法之複製品，而非合法之複製品。合法之複製品須用第一次銷售原則以限制散布權之範圍。蓋如著作財產權人專有散布權，而不以第一次銷售原則加以限制，則圖書館、舊書攤、下游零售書店、唱片行，均將變成非法行業，不僅物不能盡其用，貨亦不能暢其流⁸²。故美國著作權法第一〇九條(a)、西德著作權法第十七條第二項、南韓著作權法第四十三條均有第一次銷售原則之規定⁸³。

依本法規定，合法著作重製物之所有人，本得自由出借、出售重製物，蓋本法第二十二條至第二十九條著作財產權專有權利中，屬於相當於外國立法上散布權部分，僅有出租權（第二十九條），而無「出借權」及「出售權」。故本條著作財產權限制規定中，毋須規定合法

⁸⁰ 出租權係散布權之一種支分權。

⁸¹ 美國著作權法第一〇六條、南韓著作權法第二十條、西德著作權法第十五條，均如是規定。

⁸² See Melville B. Nimmer; Nimmer on Copyright, §8.12(1992).

⁸³ 德國法第一次銷售原則，參見蔡明誠：「論智慧財產權之用盡原則」一文，政大法學評論，四十一期（七十九年六月出版）。

著作重製物之所有人，得「出借」或「出售」該重製物。例如甲為某書之著作財產權人，或經其授權之人，某圖書館項甲購入該書後，將之出借或出賣予他人並不違法，其理由與第一次銷售原則無涉，而係我國著作權法中所列舉之著作財產權，並無「出借權」。

本條所欲規範者為視聽著作之著作財產權人甲，將影片重製成錄影帶或光碟後，將之出售予錄影帶或光碟交換中心乙，不論乙與甲間有無簽訂出租權授權契約，乙均可將上開重製物出租予第三人，蓋甲已將該重製物販售予乙，乙為該合法重製物之所有權人，此時甲之出租權即以用盡，不能再對乙嗣後之出租行為進行控管。惟假甲出租之標的物前因遺失、遭竊或被盜而流通至出租店者，如出租店負責人知情而予以出租，則該出租店之負責人將涉犯著作權第八十七條第一項第二款之散布重製物罪，應依同法第九十三條第一項第三款加以處罰。承上例如視聽著作之著作財產權人甲，並無將重製後之著作物販賣予任何出租店，而係與出租店簽訂授權出租契約，此時出租店仍可基於上開授權契約將著作物出租予他人⁸⁴，然因該重製物仍為甲保有所有權，假使乙擅將該著作重製物轉售予第三人者（即流片情形），就民事法律關係而言，乙為無權處分行為⁸⁵，應經權利甲嗣後之承認使生效力，是以假使甲並未承認乙之轉售行為，乙與轉得人間之債權契約即不生效力，此時應視轉得人惡意與否⁸⁶，決定轉得人可否主張善意受讓之規定⁸⁷，如轉得人無可主張善意受讓之相關規定者，因其非合法重製物之所有權人，即不可主張適用第一次銷售原則，進而再

⁸⁴ 此合法權源與第一次銷售原則無涉，而係基於著作權法第三十七條之授權契約。

⁸⁵ 參照民法第一百十八條第一項之規定。

⁸⁶ 如自錄影帶或影音光碟之外關註記觀之，顯而易見得知著作財產權人僅授權前手出租權限，而未將著作物之所有權移轉者，此時轉得人當視為惡意。

⁸⁷ 有關善意受讓之規定，參見民法第二百零一條、第八百八十六條，及第九百四十八條之規定。

將該著作物出租予他人⁸⁸。

除流片爭議外，針對時下盛行之網咖營業模式，有無侵害著作財產權人之出租權乙節，實務見解亦大多認安裝之電腦軟體如符合微軟公司之使用者授權合約，且該電腦軟體為隨機銷售版，與所購之電腦一同出貨，並安裝於機械上，即符合隨機銷售原則。按著作權法第六十條第二項：「附合於貨物、機器或設備之電腦程式著作重製物，隨同貨物、機器或設備合法出租，且非該項出租之主要標的物者，不適用前項但書之規定之條文，其立法說明為「與貿易有關之智慧財產權協定（TRIPS）第十一條後段規定，若電腦程式本身非出租之主要標的物者，則會員對該項出租不須賦予出租權，爰配合增列第二項。要言之，若電腦程式本身非出租之主要標的物，則該合法電腦程式著作重製物之所有人，仍得出租該重製物。而人們購買電腦設備時，亦隨同購買微軟公司之「Window 98」作業系統軟體灌入主機內使用，此乃時下一般購買個人電腦使用之交易常態，且目前個人電腦大多使用微軟公司之視窗作業軟體供以連結網際網路或為其他用途（按微軟公司於該市場占有絕對優勢地位），於此電腦硬體設備幾乎無從與微軟公司之視窗作業軟分體使用之情形下，灌入電腦主機之「Window 98」

⁸⁸ 然司法院第二十二期司法業務研究會就上開議題之結論為：應視錄影帶製作供應商與錄影帶出租店簽訂契約之內容而定，如違反約定之條件即涉有著作權法第九十二條侵害他人著作財產權之問題；然大多數之實務見解均認著作權法第九十二條所規範者，為盜版錄影帶之出租情形，然轉得人所取得者為合法之重製物，且已取得該重製物之所有權，依著作權法第一次銷售原則以觀，自得出租予他人；縱令錄影帶供應商與轉得人前手間，簽訂契約中載明不得轉售他人之規定者，該約定僅能規範契約雙方當事人，非外人所得知曉，當不得以此束約轉得人等語，認流片之轉得人可本於第一次銷售原則，再將重製物出租他人。參見台灣高等法院八十二年上易字第五八八四號、上訴字第六六九一號、台灣高等法院臺中分院八十三年上易字第八十一號、八十二年上易字第二三四七號，及最高法院八十三年臺上字第六七二二號判決。此一見解，尚嫌速斷。

作業系統軟體，性質上即屬所謂「附合於貨物、機器或設備之電腦程式著作重製物」；而網咖經營業者提供電腦設備，以每小時收費四十元之方式出租供人播放電腦遊戲光碟或連結網際網路，其所出租之標的包含有電腦主機、螢幕、鍵盤、印表機、網際網路帳號使用權等項目，該電腦主機內之「Window 98」作業系統軟體，並非該項出租之主要標的物亦屬灼然，故揆諸著作權法第六十條第二項之規範意旨，被告該出租行為應屬著作之合理使用，不構成著作財產權之侵害⁸⁹。

又著作重製物如未符合我國著作權法制之相關保護要件，及台美著作權保護協定者，是否得援引第一次銷售原則出租該著作重製物。探就此一議題前，需先檢視第一次銷售原則之立法目的為何，如前析述其目的在於衡平著作財產權人與合法著作重製物所有權人間之利益，因著作財產權人第一次銷售該著作物件，已從中得到合理之報酬，或自願無償轉讓著作原件或重製物，此時即應著重保障重製物所有權人之權益，將著作財產權人之出租權（或散布權）予以限縮，以促進合法重製物之流通。是以當著作重製物，縱令就我國法制而言係屬合法重製物（或無法以著作權法加以規範之著作物），然著作財產權人並無自該著作物銷售行為中獲致合法之報酬、利潤，亦無自願無償轉讓著作原件或重製物之情事，其間更無所謂所有權移轉行為者，即不應啟動第一次銷售原則。然有實務見解卻認為著作重製物為受我國著作權法制保護前所重製者，並未有任何侵害他人著作之情，當視為合法重製物，自不得因其後該著作重製物回溯受我國著作權法保護，而成為非法重製物，故而自得援引第一次銷售原則將之出租第三人等情⁹⁰。揆諸上開說明似乎簡化法條中所謂「合法重製物」之意涵，蓋係爭著作重製物於受我國著作權法保障前，僅對該著作物或重製物享有著作財產權人，對他人之侵權行為（侵害上開物件之著作財產權），無法以我國著作權法加以處罰，此與經合法授權管道取得之「合法重

⁸⁹ 參照臺灣臺中地方法院八十八年度訴字第二一四六號，及高等法院臺中分院八十九年度上訴字四〇九號判決。

⁹⁰ 參照臺灣士林地方法院九十年度簡上字第五十六號判決。

製物」概念有別，且著作財產人於該著作重製物產銷過程中，非但無自中獲得合理報酬，更無自願無償轉讓著作標的物，更無所謂所有權之移轉行爲，已不符合第一次銷售原則之立法目的及適用要件，如何適用此一法則，是上開實務裁判見解，對此實有誤解。

第三項 與美國著作權法相關規範之差距

我國著作權法中有關第一次銷售原則之相關規定，係參考美國著作權法第一百零九條第一項而立法，是以有關第一次銷售原則之意義及立法目的部份，均肯認著作權人或經其授權之人在散布著作物或合法重製物後，著作權法制此際應著重保障著作物或合法重製物所有人之權益；反面立論著作權人或原始合法重製物之持有人，因著作物或合法重製物之散布，已獲致合理之報酬，或基於己意同意無償轉讓上開著作標的物，故而散布權此際均應受到限縮，此部份美國與我國著作權法之見解均相同。惟我國著作權法爲符合 WCT 及 WPPT 等國際條約⁹¹，於民國九十二年七月九日經立法院修正通過後（同年月十一日生效），就第一次銷售原則之要件及效力，與美國著作權法此部分之規範是否即產生異差，爰分析如下：

就啓動第一次銷售原則之要件分析，美國著作權法此部份之要件有四，即散布之物體需爲有體物、需經著作權人或經其授權人之同意移轉或轉讓、該著作物所散布之客體需爲合法重製物，及需有所有權轉移行爲，業如前述。而參照我國著作權法第五十九條之一之規定，則需符合下列要件，行爲人方可主張第一次銷售原則：其一所散布之客體需爲著作原件或合法重製物、其二需有著作原件或合法重製物之所有權轉移行爲、其三需在中華民國管轄區域內取得著作原件或合法

⁹¹ 依照 WCT 第六條第二項、及 WPPT 第八條第十二條所規定給予各國之彈性，修法時納入「權利耗盡原則」以調和著作財產權人之散布權與著作物所有人物權之關係。

重製物。逐一分析兩國間就此部份之規定可察覺，就散布之客體是否需為有體物乙節，我國法雖不若美國法般明文規範，然如參諸我國法之立法意旨說明可知曉，此部份係為遵循 WCT 第六條第二項及 WPPT 第八條、第十條而修訂，而相關國際規約中對著作權法制中所謂散布之客體均為有體物之見解並無二致。是依法目的論之解釋，我國法此部份當係認為有體物散布之事實，為啟動第一次銷售原則之要件；再者著作物或合法重製物在我國是否需經著作權人或經其授權人之同意移轉或轉讓？此部分我國法雖無明文規定，然條文中有所謂取得「著作物原件」或「合法重製物」之文字構築，雖「合法」二字僅緊連在重製物之後，然依文字解釋及論理解釋之法學方法論，重製物之取得尚需合法，著作原件之取得啓有允許非法取得之理！是以如未經著作權人或經其授權人處所取得之著作原件或重製物者，當然即不能謂之「合法」重製物；再者兩國亦均規範需有所有權之移轉行為，方符合啟動第一次銷售行為之要件，此外我國法尚規定需在中華民國境內取得著作原件或合法重製物，方可主張第一次銷售原則⁹²，而美國法則無該項要件，綜上析述是否限制行為人著作原件或合法重製物取得之區域，即為我國法與美國法就啟動第一次銷售原則要件中之異差。

此外就適用第一次銷售原則後衍生之效力部分，美國法部分係規範「、依本法取得合法重製物或錄音物之所有人或經其授權之人，得出售或處分該重製物或錄音物、、」⁹³；而我國法此部份之效力則分兩部分規範之，於第五十九條之一規定：「得以移轉所有權之方式

⁹² 如符合本法第五十九條之一之規定，在中華民國境內取得著作原件及合法重製物者，事後將該著作原件或合法重製物持至外國銷售，而外國之購買者再將該著作原件或合法重製物回銷至我國，此際即符合同法第八十七條第四款之合法輸入情形，參見我國著作權法第五十九條之一（九十二年七月九日修正通過）之立法理由。

⁹³ 、to sale or other wise dispose of the possession of that copy or phonorecord、」、supra note50。

散布之」⁹⁴；第六十條第一項前段復規定：「得出租該原件或重製物」⁹⁵。是可知美國著作權法適用第一次銷售原則後，對取得著作物原件或合法重製物之著作物所有人，再為散布著作物原件或合法重製物之方式並無限制，而我國則侷限於需以移轉所有權或出租之方式散布之，專純占有之移轉如使用借貸等則未予以規範，兩國著作權法制就上開部份亦有上述差異。

第四節 國際條約、美國及我國著作權法制對第一次銷售原則之例外規定

第一項 國際公約之裁量基準

伯恩公約對於出租權（Right of Rental）未有規定，TRIPS 協定第十一條規定會員國至少應賦予電腦程式及電影著作（cinematographic Works）出租權⁹⁶。但又提出兩項之立法上之例外，第一是對於電影著作所適用之「損害測試法」（Impairment test），亦即指當出租已導致該項著作在國內廣遭重製而實質損害著作人之權利時，會員方有賦予著作人之視聽著作出租權之義務。第二則是針對電腦程式為規定，即當電腦程式並非出租之主要標的時，則會員對於該出租，不須賦予出租權。

WIPO 於一九九六年十二月在瑞士日內瓦召開「關於著作權與鄰

⁹⁴ 第五十九條之一：在中華民國管轄區域內取得著作原件或其合法重製物所有權之人得以移轉所有權之方式散布之。

⁹⁵ 第六十條第一項前段：著作原件或其合法著作重製物之所有人，得出租該原件或重製物。

⁹⁶ 前引註九十二。

接權相關問題之外交會議」(Diplomatic Conference on Certain Copyright and Neighboring Rights Questions)，以討論數位科技及網路時代著作權及鄰接權之保護問題時，除明文規定所有著作之著作人均應有散布權(著作權公約第六條、表演人及錄音物條約第十二條)⁹⁷外，並將出租權獨立於散布權之外，並對於電腦程式、電影著作、錄音物所包含之著作(works embodied in phonograms)之著作人、表演人或錄音物錄製人(表演人及錄音物條約第九條及第十三條)賦予出租權⁹⁸。但又援引 TRIPS 協定，使對於電腦程式及電影著作分別適用

⁹⁷ ARTICLE VI.

⁹⁸ Article9

Ridt of Rental

(1)Performers shall enjoy the exclusive right of authorizing the commercial rentalto the public of the original and copies of their performances fixed in phonograms as determined in the national law of Contracting Parties, even after distribution of them by, or pursuant to,authorization by the performer.

(2)Notwithstanding the provisions of paragraph(1),a Contracting Party that, on April 15,1994,had and continues to have in force a system of equitable remuneration of performers for the rental of copies of their performances fixed in phonograms, may maintain that system provided that the commercial rental of phonograms is not giving rise to the material impairment of the exclusive rights of reproduction of performers.

Ardcle13

Right of Rental

(1)Producers of phonograms shall enjoy the exclusive right of authorizing the commercial rental to the public of the original and copies of their phonograms, even after distribution of them by or pursuant to authorization by the producer.

(2)Notwithstanding the provisions of paragraph(1),a Contracting Party that, on April 15,1994,had and continues to have in force a system of equitable remuneration of producers of phonograms for the rental of copies of their

前開兩項測試方法以作為會員國立法之基準。

第二項 我國及美國著作權法制之例外規定

我國八十一年修正之著作權法第六十條雖有出租權用盡之規定，惟依行政院原草案說明，在特定類別著作之重製物，例如錄音著作或電腦程式著作，因消費者循租賃途徑可達到使用重製物之目的，故多捨花費較高之購買方式而趨花費較廉之租賃方式，且因錄音及電腦程式複製容易，如容許物之所有人為出租，則承租後，私人重製之情形亦最普遍，複製品將充斥於市場，影響著作財產權人之經濟利益甚鉅，對著作財產權人之出租權（著作權法第二十九條）造成重大影響，故衡酌各種類別與其市場消費、利用情形，認對該二類著作之出租權有加強保護之必要，爰於第六十條增設但書，使雖取得合法錄音或電腦程式著作重製物之所有權者，仍不得出租該重製物，使不適用此第一次銷售原則，亦即錄音及電腦程式著作物縱經出售或以其他方式移轉所有權，著作財產權人仍保有專有出租權。

惟著作權法第六十條第二項規定：「符合於貨物、機器或設備之電腦程式著作重製物，隨同貨物、機器或設備合法出租且非該項出租之主要標的物者，不適用前項但書之規定。」使在此情形，該電腦程式可連同貨物等一併適用出租權耗盡之理論出租予他人，不須獲得著作財產權人之同意。此對機器租賃業者尤為重要。

而美國著作權法第一百零九條之相關規定，針對錄音著作及電腦程式著作亦排除適用第一次銷售原則，惟該法則亦規定假使非營利之圖書館及其他非營利之教育機構取得錄音著作及電腦程式著作之原件或其合法重製物者，復可未經上開著作標的物之著作權人同意，逕行

phonograms may maintain that system provided that the commercial rental of phonograms is not giving rise to the material impairment of the exclusive rights of reproduction of producers of phonograms.

轉讓予其他非營利性質之教育機構、圖書館或學生⁹⁹。惟均不得基於營利目的出租或出借上開著作標的物，此點可謂係第一次銷售原則例外中之例外。

此外如電腦程式著作附合於機械貨物，且在通常使用上開機械、貨物之情狀下不會產生重製現象者；及該電腦程式著作之使用目的遭到限縮，如僅限於電子遊戲使用等情事時，亦例外地可適用第一次銷售原則¹⁰⁰。

第五節 小 結

我國著作權法制規範之著作財產權類別中，並未有散布權之相關規定，而在著作權法第二十九條復規定賦予著作財產權人專屬之出租權，再於同法第六十條對出租權以第一次銷售行為加以限制，如此不僅無法與國際著作權法制（WCT、WPPT）接軌，且在學理及實務運

⁹⁹ Nothing in the preceding sentence shall apply to the rental, lease, or lending of a phonorecord for nonprofit purposes by a nonprofit library or nonprofit educational institution. The transfer of possession of a lawfully made copy of a computer program by a nonprofit educational institution to another nonprofit educational institution or to faculty, staff, and students does not constitute rental, lease, or lending for direct or indirect commercial purposes under this subsection.

¹⁰⁰ (B) This subsection does not apply to —

- (i) a computer program which is embodied in a machine or product and which cannot be copied during the ordinary operation or use of the machine or product; or
- (ii) a computer program embodied in or used in conjunction with a limited purpose computer that is designed for playing video games and may be designed for other purposes.

作上亦有難解之處。蓋出租權僅為散布權之一部，WCT 與 WPPT 雖將出租權與散布權分列，並不表示其認為出租權與散布權為兩不相容之概念，業如上述。此外盱衡國際著作權法制，對表演人及錄音物製作人等著作鄰接權部分，亦賦予其享有散布權，反觀我國著作權法雖對表演及錄音著作亦將之規列為受保護之著作類別，惟承前所述，並未賦予是類著作之著作財產權人散布權，是以如欲規範合法重製物非法取得後之散布、自非法重製者受讓重製物後之散布、便於對實際散布者之民事求償，及彌補著作權人與重製權授與契約效力不足等行爲，實因參酌美國著作權及國際著作權法制，將散布權納入著作財產權之一環。

而第一次銷售行爲之立法目的在於調和著作財產權人及著作物所有人間之利益，爲求其衡平，當著作財產權人第一次藉由銷售、轉讓或贈與等移轉所有權之方式，散布著作物原件或重製物時，著作財產權人之散布權或出租權即已耗盡，是以當視聽著作之著作財產權人甲，並無將重製後之著作物販賣予任何出租店，而係與出租店乙簽訂授權出租契約，此時出租店仍可基於上開授權契約將著作物出租予他人，然因該重製物仍爲甲保有所有權，假使乙擅將該著作重製物轉售予第三人者（即流片情形），就民事法律關係而言，乙爲無權處分行爲，應經權利甲嗣後之承認使生效力，是以假使甲並未承認乙之轉售行爲，乙與轉得人間之債權契約即不生效力，此時應視轉得人惡意與否，決定轉得人可否主張善意受讓之規定，如轉得人無可適用善意受讓之相關規定者，因其非合法重製物之所有權人，即不可主張適用第一次銷售原則，進而再將該著作物出租予他人。又著作重製物如未符合我國著作權法制之相關保護要件，及台美著作權保護協定者，因著作財產權人先前既未同意轉讓該重製物，期間亦未有所有權移轉行爲，著作財產權人更未就該重製物嗣後之產銷過程，獲致合法之報酬、利潤，此與第一次銷售行爲之立法目的及適用要件，均有未合。實不應啓動此一原則，是上開實務裁判見解，對此均有所誤解，實有統一法律見解之必要。

又針對時下盛行網咖營業模式，有無侵害著作財產權人之出租權

乙節，按著作權法第六十條第二項：「附合於貨物、機器或設備之電腦程式著作重製物，隨同貨物、機器或設備合法出租，且非該項出租之主要標的物者，不適用前項但書之規定之條文，其立法說明為「與貿易有關之智慧財產權協定（TRIPS）第十一條後段規定，若電腦程式本身非出租之主要標的物者，則會員對該項出租不須賦予出租權，爰配合增列第二項。是之如業者安裝電腦軟體符合軟體公司之授權合約，且該電腦軟體為隨機銷售版，與所購之電腦一同出貨，並安裝於機械上，即符合隨機銷售原則。要言之，若電腦程式本身非出租之主要標的物，則該合法電腦程式著作重製物之所有人，仍得出租該重製物。而網咖經營業者提供電腦設備，以每小時收費四十元之方式出租供人播放電腦遊戲光碟或連結網際網路，其所出租之標的包含有電腦主機、螢幕、鍵盤、印表機、網際網路帳號使用權等項目，該電腦主機內之「Window 98」作業系統軟體，並非該項出租之主要標的物亦屬灼然，故揆諸著作權法第六十條第二項之規範意旨，被告該出租行為應屬著作之合理使用，不構成著作財產權之侵害。

又我國著作權法雖於第二十九條規定，著作權人專有出租其著作之權利，惟第六十條規定之第一次銷售原則，則將出租權予以限制，即合法著作重製物之所有權人，得出租該重製物，不過第六十條但書，將錄音著作及電腦程式著作排除適用第一次銷售原則，換言之我國著作權法僅錄音著作及電腦程式著作享有完整之出租權，此與 TRIPS 第十一條，及十四條第四項尚賦予電影著作（即我國之視聽著作之一環）、錄音著作之製作權人及著作權人就錄音著作（準用電腦程式著作出租權之規定）享有完整之出租權乙節，尚有落差。再者我國著作權法亦無所謂給予錄音著作著作權人「合理報酬」之制度，此與 TRIPS 第十四條第四項之規定亦不相同。凡此均與國際著作著作權法制未合實有修法改進之必要。

而我國著作權法與美國著作權法間之比較，就啟動第一次銷售原則之要件分析，我國法規定需在中華民國境內取得著作原件或合法重製物，方可主張第一次銷售原則，而美國法則無該項要件，綜上析述是否限制行為人著作原件或合法重製物取得之區域，即為我國法與美

國法就啓動第一次銷售原則要件中之異差。而就適用一次銷售原則後衍生之效力部分，美國法部分係規範「、依本法取得合法重製物或錄音物之所有人或經其授權之人，得出售或處分該重製物或錄音物、」；而我國法此部份之效力則分兩部分規範之，於第五十九條之一規定：「得以移轉所有權之方式散布之」；第六十條第一項前段復規定：「得出租該原件或重製物」，惟不論 WCT 或 WPPT 或其他國際公約就散布之定義均爲：需以移轉所有權之方式散布著作物原件或合法重製物，單純占有之移轉並不構成散布之要件，而散布復爲一上位概念，舉凡出租、贈與及買賣等均屬之，如自散布一詞之法解釋視之，兩國間就啓動第一次銷售原則之效力，均在賦予著作物原件或合法重製物所有人，可未經著作財產權人或經其授權之人之許可，散佈著作物原件或重製物之權，兩國就此部份之規範並無顯著差異。

此外美國著作權法第一百零九條之相關規定，針對錄音著作及電腦程式著作亦排除適用第一次銷售原則，此部份與我國之規定相同。惟該法則亦規定非營利之圖書館及其他非營利之教育機構取得錄音著作及電腦程式著作之原件或其合法重製物者，復可未經上開著作標的物之著作權人同意，逕行轉讓予其他非營利性質之教育機構、圖書館或學生。惟均不得基於營利目的出租或出借上開著作標的物，我國著作權法就此即無類似規定。

此外如電腦程式著作附合於機械貨物，且在通常使用上開機械、貨物之情狀下不會產生重製現象者；及該電腦程式著作之使用目的遭到限縮，如僅限於電子遊戲使用等情事時，亦例外地可適用第一次銷售原則。而我國此部份之規定針對附合於貨物或機械、設備之電腦程式著作重製物，僅要該電腦程式著作重製物隨同貨物、機械設備合法出租，且非該項出租之主要標的物者，即可啓動第一次銷售原則，惟其要件上並未如美國法般限於依貨物、機械設備之通常使用狀況，不會造成重製現象者，方可適用第一次銷售原則；且美國法中針對電腦程式著作，如設計初始即限縮在特定目的使用者，如供電子遊戲使用，即可適用第一次銷售原則，此點亦爲我國法未爲規範，兩相比較美國法此部份之規範較爲細膩，且符合社會通常之使用情感，宜供我國日

後修改著作權法時參考使用。

第三章 第一次銷售原則在網際網路上之適用疑義

美國著作權法制定所謂第一次銷售原則，係指經由著作權人或經其授權人，轉讓合法重製物給第三人後，該第三人毋庸得到著作權人之同意，即可出賣或處置該合法之重製物品¹⁰¹。該原則係在數位資訊及電子傳輸蓬勃發展前所產¹⁰²。但網際網路中之數位傳輸模式，卻可使文件於傳輸過程中不斷受到重製，致使第一次銷售原則在此方面受到質疑。網際網路起源於西元一九六九年¹⁰³，它係自美國五角大廈實

¹⁰¹ 17U.S.C. §109(a) provides: notwithstanding the provisions of section 106(3), the owner of a particular copy or phonorecord lawfully made under this title, or any person authorized by such owner, is entitled, without the authority of the copyright owner, to sell, or otherwise dispose of the possession of that copy or phonorecord.

¹⁰² The first sale doctrine originated from common law rule. See *Sebastian Int'l, Inc. v. Consumer Contracts (PTY) Ltd.*, 847 F.2d 2093, 2096 (3d Cir. 1988) (the first sale rule "finds its origins in the common law aversion to limiting the alienation of personal property"). It was codified into the copyright Act in 1909 and was amended in 1976.

¹⁰³ See The President's Information Infrastructure Task Force, A Framework for Global Electronic Commerce <http://www.iitf.nist.gov/eIeccomrn/glo-comm.htm> background.

(The Internet is a global matrix of interconnected computer networks using the Internet Protocol (IP) to communicate with each other. For simplicity, the term "Internet" is used throughout this paper to encompass all such data networks, even though some electronic commerce activities may take place on proprietary networks that are not technically part of the Internet")

驗性之防禦研究計劃，爲了使身處偏遠地區的使用者得以五角大廈之電腦連結一些軍事上之超級電腦而產生¹⁰⁴。然而網際網路的蓬勃發展，使人們在資訊交流、商業模式及娛樂等各方面獲得前所未有之進展。

因爲網際網路快速發展，導致有眾多不同之需求使用網際網路。近來發展出所謂 World Wide Web (W.W.W.) 現象，W.W.W 係基於讓電子書之內容、影像及聲音得已被儲存之概念而發展。且相互參考資訊、引用資料、註解或其他電子書籍，均可藉由網路中超鍵結之系統來加以搜尋。除了 W.W.W 外，網際網路亦可藉由 USENET 系統，僅要知道收件者之電子郵件網址，即可傳送電子郵件¹⁰⁵。其他在網際網路資訊交流之方式，可大約概分爲五種類型：(1)係一對一的傳輸模式，如電子信件；(2)係一對多的傳輸模式，例如電子分散郵件系統；(3)散布訊息資料，如新聞群組；(4)真實的相互溝通，如網際網路聊天室；(5)在遙遠地帶操控電腦，如利用遠程載具連結對方主機，及偏遠資訊之交流，如傳輸協定、雙向溝通介面等¹⁰⁶。大部分之交流方式可用以傳輸文件資料、電腦程式聲音及視覺影像，網際網路不僅可提供一公共空間，亦可免費提供訊息資料，並創設出一兼具便利性及費用低廉之方式處理電子商務事宜¹⁰⁷，世界各地的人們一直藉由網際網路

¹⁰⁴ See Stephen Alexander, *cbpialism via internet*, Star Tribune, June 14, 1994, at D1.

¹⁰⁵ See Larry Irvihg, *National Information Superhighway, Beyond A 500 Channel World*, The Comm. Lawyer, Spring 1994, a13 (noting that the Internet is growing faster than my other communications system); cf. James v. Mahort, 22 Rutgers Computer & Tech. C.J. 233, 235-236 (1996); See also Henry H. Pernitt Jr., *Access to the National Information Infrastructure*, 30 Wake Forest L. Rev. 51, at 5154 (noting that the Intrenet is a hybrid which illustrates combinations of many messaging models)

¹⁰⁶ See e.g. *American Civil Liberties Union v. Reno*, 929 F. Supp. 824 (E.D. Pa., 1996); cf. Linda S. Brehmer, *Making the Internet Useful*, SB48 ALI-ABA 129 (1997).

¹⁰⁷ See *Electronic Commerec-An Introduction*,

交換及傳輸資訊，迄今隨著網際網路日亦普及，伴隨而來的是陸續產生網路上侵害著作權的案例爭議，在網際網路上侵害著作權之案件類型，遠比侵害如書籍、繪畫等傳統著作標的物來的容易，因為上網者可藉由碰觸滑鼠按鍵，即可瀏覽、下載或傳輸著作標的物，且費用非常低廉。

一九九四年柯林頓政府有鑑於網際網路的蓬勃發展，成立了國家資訊建設委員會（National Information Infrastructure Task Work Group），在其中並設立智慧財產權工作小組，負責廣泛研擬電信及資訊政策¹⁰⁸。該工作小組最初擬了一份名為 Green Paper 的工作初步報告，在一九九五年上開小組則出版一份內容包含建議修改著作權法案，並命名為一九九五年著作權保護法案的白皮書，雖然前揭白皮書不建議修改其中第一次銷售原則的概念，但它卻論及許多在網際網路上適用第一次銷售原則之問題，如在現今的科技技術下，在網路環境中侵害重製權之行為人，往往以第一次銷售原則作為抗辯事由等諸多議題。

<http://www.cords-lu/esprit/src/ecomint.htm>(One possible definition of electronic commerce would be: any form of business transaction in which the parties interact without physical contract.")

¹⁰⁸ The working Group, comprised of representative from federal agencies and chaired by Assistant Secretary of Commerce and Commissioner of Patents and Trademarks, Bruce A. Leham, commenced its Study with a assumption that thecnology “upset the balance that currently exists under the Copyright Act.” See U.S.DEPOT OF COMMERCE, INFORMATION INFRASTRUCTURE TASK FORCE, WORKING GROUP ON INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS, INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS AND THE NATIONAL INFORMATION INFRASTRUCTURE: THE REPORT OF THE WORKING GROUP ON INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS, 14(1995)(hereinafter White Paper); cf. Gary W. Glisson, A Practitioner’s Defense of the White Paper, 75 Or.L.Rev.277, at277.

隨著上開趨勢的發展，第一次銷售原則如適用於電子傳輸之數位環境中，的確將造成適用上之疑慮與困擾。例如當某人以利用線上遊戲及多媒體傳輸之方式，在網際網路中將著作物出賣、出借或轉讓給某人，現今的著作權法是否足以規範上開行為，使得利用電腦在網際網路上散布著作標的物之行為得以適用著作權法。又著作標的物在網路傳輸時，是否會對著作物構成侵害，並違反著作權人的專屬散布權？在網際網路上傳輸散布著作標的物，是否適用第一次銷售原則？將係本章討論之重點。

第一節 第一次銷售原則在網路環境中所受到之 挑戰

如上所述以現今之電腦及通訊科技的發展，可以電話線路將數位化之著作物在電腦間傳輸。如此發展將使許多著作人擔憂其著作物將在網路上被他人無償地散布¹⁰⁹。此節將討論以數位傳輸方式傳輸著作物引起之法律爭議。因網路新科技諸如以網路儲存資訊，或散布著作物等模式，衍生許多的法律問題。首先以數位方式儲存之傳統物件，如 CD、VCD、DVD 等物件，係可以被察覺、重製，並可以機器或其他設備傳輸¹¹⁰，然而傳統的著作物件在電腦時代卻戲劇性地改變了型

¹⁰⁹ See Hon. Marybeth Peters, The National Information Infrastructure: A Copyright Office Perspective, 20 Colum.-VLA J. L. & Arts 341, at342.346(1996)(analyzing the most practical challenge is enforcement.How can copyright owners detect and prevent infringement in an environment where copyrighted works are Exploited at tremendous speed and volume, in far long and anonymous locations?)

¹¹⁰ A digital Form fixed on magnetic fits within the permissible manner of fixation and then protectible, See HOUSE Report at 52, reprinted in 1976 U.S.C C

態，眾所皆知電腦資料係以數字一或零所組成，並儲存在硬碟或磁碟中，這些數位資料如同電子信號般，精確地以二進位地方式瞬間形成¹¹¹，此與傳統物件大不相同。傳統著作如繪畫或照片係真實世界的物件，可以毋庸改變型態即可被重製，人們亦可直接閱讀、視聽該類著作，然而數位資訊在人們閱覽前，卻係儲存在電腦記憶體中，且不論係文學著作、音樂著作、舞蹈著作或雕塑著作及其他視聽著作等，均可以數位地方式固著在媒介物件上。且數位物件可較傳統物件以精確且快速地方式重製，意即數位資訊可以隨時造出與原件完全相同的重製物¹¹²。

最後在傳播方面，數位資訊在網路環境中可以數位型式在電腦間傳輸，當數位資料在電腦間傳輸之同時，亦立即重製該資訊並儲存在電腦之資料庫中，當電腦以數位傳輸方式，上載或下載資訊時，亦隨時在重製物件¹¹³，因此在網路環境中，著作權人均擔憂渠等專屬之重

A.N.5665-66.(“The form Ofthe fixation and the manner, method or medium used are virtually unlimited.A work may h fixed in” “words,numbtilnotes, sounds, pictures,or any other graphic or symbolic indicia”; may be embodied in a physical object in “written, printed, photographic, sculptural, punched, magnetic,or any other stable form; and may bt capable of PEreception Either” directly or by means of any machine or device “now known or later developed”); see-e.g.Stern Electronics, Inc. v. kaufmarl, 669F. 2d852, 855 (2d Cir. 1982) (noting that fixing a work in “memory devices, of a computer” “satis [ies] the statutory requirement of a copy'in which the Work is fixed,”))

¹¹¹ See Andy Johnson-Laird, *The Anatomy of The Internet Meets the Body of The Law*, The computer Law Association Inc., From Bits and Bytes To Cyberspace International Retreat Conference, at4(1996)(discusses once real-world data has been digitized it takes on characteristics very different from its analog counterpart.)

¹¹² *Id.*, at 4.

¹¹³ *Id.*, at 5.

製權及散布權將更容易遭受侵害。

第一項 網路之傳輸行為是否屬著作權法中之散布

很顯然地，第一次銷售原則係著作人專屬散布權之例外¹¹⁴，假使在網路上傳輸數位檔案行為，非屬著作權法中之「散布」概念者，它就無符合適用第一次銷售原則之要件，因此在探討網際網路上之傳輸行為是否適用第一次銷售原則前，需先分析網路傳輸行為是否屬於散布之概念。

利用網路上散布及傳輸數位資料，係使用者操作網際網路主要之行為及目的，而網際網路之傳輸模式為傳遞、轉寄郵件、上載、下載檔案資訊，或網路聊天室等數位方式傳播資訊¹¹⁵，與以往傳統經由廣播或通訊器材傳送資訊有極大之差異¹¹⁶，意即在現行的著作權法中所謂的傳輸內容，僅包含以任何可目擊、可聽聞之方式傳送與接收¹¹⁷，並不包含以著作物以電子數位方式在網路上傳輸¹¹⁸。

¹¹⁴ See Colby, *The First Sale Doctrine –the Defense That Never was?*, 32 J.Copyright Socy.USA 77(1985); see also *reserving All Rights Beyond Copyright; Nonstatutory Restrictive Notices*, 34J. Copyright Socy.USA 249(1987); Nolan, *All right Not Resertved After the First sale*, 23 Bull.Copyright Socy.USA 76(1975)-

¹¹⁵ See Johnson-Laird, *supra* note 109, at 12-23.

¹¹⁶ The current law provides only transmissions of “ “performances”and “displays”; see 17 U.S.C § 101(1994).(defining “ transmit”as a public display or performance,and defining “display” as show a copy of it, either directly or indirectly by means of a film, slide, television, image,or any other dcvice or process”)

¹¹⁷ Bor-shan Lin , *supra* note 53, at 69.

¹¹⁸ *Id.*, at 70-72.

此外網際網路之傳輸行為，不同於以衛星或電纜線之傳輸模式，亦不同於以電話通訊之方式傳送資訊¹¹⁹，因為網際網路之傳輸模式，提供使用者可選擇在不同地點，以不同電腦檢索、搜尋可加利用之相關資訊，並可上傳、下載檔案資訊及複製物件，即使沒有展示或表演，亦可能侵害著作人專屬的散布權。然當前著作權法關於「傳輸」一詞，卻無法適用在網際網路之傳輸行為¹²⁰。因此有必要重新思考及定義在網路上之傳播行為，是否屬著作權法中之散布行為¹²¹。要分析散布問題，則有下列爭議需先加探討。

第一項爭點在於是否以數位傳輸方式在網路上傳輸行為，是否屬於散布之概念？在著作權法第一百零六條(3)對於散布係定義為，藉由買賣、出租或出借等方式，散布著作物。而複製物之定義，則為固著之有形物¹²²。換而言之複製物應係有體物，而非無體之電子訊號，不

¹¹⁹ See Patrick F. McGowan, *The Internet and Intellectual Property Issues*, 455 PLI/P at 303, 378 (Stating that transmissions over the Internet are not analogous to on-the-air broadcasts or even to standard telephone voice conversation.)

¹²⁰ See *Agee v. Paramount Communications*, 59 F.3d 317 (2d Cir. 1995) (transmission of a musical recording through television broadcasting was a performance, but not a distribution because no copy was made at the receiving end.)

¹²¹ See Testimony of the CCIA, Statement of Edward J. Black, President on behalf of the Computer & Communication Industry Association, presented to the subcomm. on Circs and Intellectual Property of the Comm. on the Judiciary U.S. House of Rep. on H.R. 2441 (1996) (The Proposal to create a digital transmission right is clearly an important part of the legislation. CCIA is mindful of the fact that under current law it is not clear whether a transmission can constitute a distribution of copies of a work. Therefore, this legislation would amend the Copyright Act to expressly recognize that copies can be distributed to the public by transmissions and that such transmissions fall within the exclusive distribution right of the copyright owner. CCIA is not opposed to this concept in principle.)

¹²² 17 U.S.C. §101(1994).

同傳統著作物如書籍、錄音帶可藉由轉讓有體物來散布¹²³。

再者散布係指對公眾散播標的物，著作權法第一百零六條(3)賦予特定著作物之著作權人可享有散布複製物或錄音片之專屬散布權¹²⁴。惟何謂對公眾散布乙節，在著作權法中對之並未加以明確定義。著作權法僅對公開演出或公開展出加以定義¹²⁵。散布也許可類推適用上開條款，因為上開法條規範之類型均係保護著作權人公共利益之專屬權¹²⁶。因此假設數位資料係對公共場所或對多數人或特定之家庭成員，或家庭之社交圈成員傳輸者，應認為符合「公開性」之要件。是以如寄發或轉寄電子郵件，或傳輸電子檔案資料予個人，因未對公眾散布，

¹²³ See Paul Goldsein, 2 COPYRIGHT(1989),at 5 : 99-100(noting that the distribution right focuses on the transfer o[tangible things]:5eealwWhite PaperJupranote9,at11;cf.Agee case.

¹²⁴ See 17 U.S.C. § 106(3) (providing A to distribute copies or phonorecords of the copyrighted work to the public by sale or other transfer of ownership, or by rental,lease,or lending.")

¹²⁵ 17 U.S.C. §101 provides A [t] o perform or display a work “publicly”means :
(1)to perform or display it at a place open to the public or at any place where a substantial number of persons outside of a normal circle of a family and its social acquaintances is gathered ; or
(2)to transmit or otherwise communicate a performance or display of the work to a place specified by clause (1) or to the public, by means of any device or process , whether the members of the public capable of receiving the performance or display receive it in the same place or in separate places and at the sane time or at different times .

而我國著作權法雖於第三條第七款、第九款及第十一款，對公開播送、公開演出及散布有所定義，然承前所述，著作財產權之類別中，未有所謂「散布權」，且觀之其他著作財產權之定義，亦未能將網際網路之傳輸行為包攝其中，是以我國現今之著作權法制，亦無法規範網際網路上之傳輸行為。

¹²⁶ Bor-shan Lin , supra note 53 , at 71-73.

所以不符合散布之概念¹²⁷；相反地在網路上張貼資料，將視為符合公共散布之法概念¹²⁸。

第二項 傳送之客體非實體物

重製權係著作權最基本之權利¹²⁹，而重製物之定義在於能以現今或未來發展之任何方式加以固著，及可被外界察知及重製，亦可單獨或藉由機器設備來加以傳輸之任何物品¹³⁰。至於關於固著物之定義，係指一個具體且永久牢固的物體，可被外界察覺、重製或持續一段時間之傳輸¹³¹，當在網路環境中傳輸數位資料時，數位資料何以可加以固著乙節，即是一項嚴重之爭議。

數位資料必須固著在如磁碟、硬碟或數位卡帶等，可用以儲存數位資料之物品中¹³²，而上開媒介物即係符合法令規範的有體物，然而對網路上之使用者，如何才能發生資料遭固著之現象呢？在白皮書中揭諸了許多重製物之情況，第一當資訊植入電腦中，不論是儲存在硬碟或磁碟，甚或以極為短暫的時間儲存在記憶體內；第二將繪畫掃描

¹²⁷ See Lemley (analyzing public distribution on the Net. Whether E-mail to Listservs distribution and limited-access web pages on corporate intranets, which fall in between publicly accessible web Site and signal individual E-mail, are public Amay dEpend both on the number of subscribers and on whether the list was in fact open to anyone who wished to join it, as many Listservs and bulletin boards are")

¹²⁸ Id.

¹²⁹ 17 U.S.C. §106(1) provides as Areproduce the copyrighted work in copies or phonorecords.

¹³⁰ 17 U.S.C §10I (1994) .

¹³¹ Id.

¹³² See Patrick F. McGowan.

成數位檔案，即是種重製行爲；第三其他包括照片、動畫或音樂帶被數位化之情狀；第四數位資料自個人電腦上傳至網際網路上之留言板或其他伺服器上之行爲；第五數位資訊自網路上之留言板或其他區域，下載至個人電腦之情形；第六利用網際網路，在彼此電腦間流傳輸送資訊之行爲；第七使用者之電腦可自其他電腦中擷取內部資料之情狀¹³³。

然而當我們檢視其他每一個環節，除了第一、第二及第三將資訊儲存至記憶體，符合充分永久性地牢固在特定物體，並可被外界察知或持續一段時間之傳輸等情形外，並非全然符合重製之要件¹³⁴。至於第四及第五種情形，明顯地符合重製之要件¹³⁵，而將數位資料上傳至網路聊天室或其他設備，亦將符合重製之要件¹³⁶。然而網路係由數字組成之電子訊號傳輸數位資料，業如前述。很顯明地電子訊號並非實體物，而現行著作權法中散布之定義，在於對公眾以買賣、轉讓、出租等行爲散布有體物，至於適用第一次銷售原則之首要關鍵在於有無散布著作或其重製物之事實，而散布行爲之客體復以有體物爲限，而不及於電子訊號般之無體物。綜上析述並無有體物之傳輸行爲乙節，爲網路傳輸行爲之特性之一，如此亦不符合啓動第一次銷售行爲之要件。

¹³³ Bor-shan Lin, *supra* note 53, at 72.

¹³⁴ *Supra* note 127.

¹³⁵ See *nimmer*, at §8.08(A); CONTU Final Report at 40.

¹³⁶ See e.g. *Playboy*; 5 see also *Sega Enterprises Ltd. v. MAPHIA*, 857F.Supp. 679 (N.D. Ca. 1994) (holding the defendant, who used of a bulletin board system to make and distribute unauthorized copies of copyrighted video games, infringed the reproduction right); *Religious Technology Center v. Netcom*, 907 F.Supp1361(N.D.Cal.1995) (holding RTC is liable for a contributory infringement for passing on infringing messages posted in teXt file format on the BBS by another.)

第三項 無實質之移轉行為

數位網路之傳輸方式不符合著作權法所規範之散布概念，其理由在於其間並無實質之移轉行為¹³⁷，網路上之電子資訊係以電子數位型態顯示，而該資訊並非實質之具體物件，前揭白皮書建議修改著作權法，使經由網路傳輸方式得以適用著作權法，惟在修改著作權法前，散布係不能包含複雜的數位傳輸行為¹³⁸。

然而假使著作人在傳輸著作後喪失所有權，而接受資訊之一方亦獲得唯一之物件，如此是否得以適用第一次銷售原則，如上開概念得以施行，雖可克服上開無實質移轉行為之難題，但此點端賴科技保護措施之研發、改良，惟以現今之科技水準，傳輸資料者之原始數位著作，無法在傳輸與他人後，自動將原留存之著作物銷毀¹³⁹。

假設傳輸者在網路上傳輸著作後，該著作會自動地自機器中滅失，自著作人之利益著眼，並無任何損失，就如同徒手散布實體著作物般，此種情狀應適用第一次銷售原則¹⁴⁰。而唯一之問題在於如何控制、監督傳輸者，何時銷毀原始複製物，此種情境需仰賴誠信之傳輸者方可達成，然而白皮書卻認為即使係符合假設之情況，亦將侵害著作權人之重製權¹⁴¹。

¹³⁷ Bor-shan Lin, *supra* note 53, at 69.

¹³⁸ Bor-shan Lin, *supra* note 53, at 70.

¹³⁹ See Johnson-Laird, *supra* note 109, at 6.

¹⁴⁰ See Benjamin R. Bittman, *A Dilemma in Cyberspace and Beyond Copyright Law for Intellectual Property Distributed over the Information Superhighways of today and Tomorrow*, 10 *Temp. Int'l & Comp. L.J.* 171, at 189 (“ if the owner of the copyrighted work were no longer in possession of the work after transmission there would be no infringement and the original purpose of the FSD would remain intact.”)

¹⁴¹ See White Paper (“this zero sum gaming analysis misses the point. The question

除了上開假設情狀可被視為散布行為，並符合第一次銷售行為之部分要件外。然而實際上卻無實質之散布行為發生¹⁴²，因此將無任何侵害散布權之情事，基此著作物所有權人無須憑靠第一次銷售原則，即可自由、合法地傳輸著作物，但是著作物所有人並非全然自由無慮地傳輸著作物，因為其亦必須考量是否侵害他人之重製權。

立基於第一次銷售原則思考關於重製權之上述問題，發現關鍵並非僅在於藉由傳輸行為創造了重製物，而是該些重製物或錄音片是否為合法重製物，第一次銷售原則僅允許傳送者傳輸合法製造之重製物或錄音片，而不保護非法之重製物¹⁴³。在傳輸數位資料與接受端後，如接受端得到非法製造之重製物，如此即不符合適用第一次銷售原則之要件¹⁴⁴。

因為第一次銷售原則並非重製權外之他項專屬權，因此當適用該原則時即需考量到重製行為，而需要重新省思網路上之傳輸行為，如

is not whether there exists the same number of copies at the completion of the transaction or not .The question is whether the transaction when viewed as a whole violates one or more of the Exclusive rights, and there is no applicable exception from liability .In this case, without any doubt, a reproduction of the work takes place in the receiving computer.To apply the first sale doctrine in such a case would vitiate the reproduction right.”)

¹⁴² Bor-shan Lin, supra note 53, at 74.

¹⁴³ See HOUSE REPORT at79, reprinted in1976U.S.C C A.N.5693(under the first sale doctrine , the owner of the physical copy or phonorecord cannot reproduce or perform the copyrighted work publicly without the copyright owner’s consent.”)

¹⁴⁴ Elements of the first sale doctrine include”lawfully made, ”therefore this requisite element should be considered .The White Paper takes the same position.,“ 、 、 if the reproduction is unlawful, further distribution of the unlawtul reproduction would not be allowed under the first sale doctrine because the copy distributed would not be one ‘ “lawfully made”, under the copyright Act, as required by the Statute.”)

下載資料至個人電腦，或將資料永久儲存至硬碟等，均會被視為非法的重製行為。假使沒有將傳輸資料儲存在如硬碟等類之固著物中，使用者在關閉電腦後，將無法繼續保存上開數位資料，然而經由傳輸行為所產生完全一致之重製物，亦將影響著作物所有權人之利益，並將侵害其專屬權。

第四項 傳輸過程中產生非法重製行為

此外暫時性重製問題，是另項值得探討之話題。有學者認為網路傳輸數位著作，在電腦螢幕中顯現該著作資料前，該資料係暫時性地儲存在電腦記憶體，該行為不能被視為侵害重製權之侵權行為¹⁴⁵。美國數案例顯示出著作物僅儲存在電腦中之記憶體或僅顯現在電腦之監控螢幕上，係無法符合固著之要件¹⁴⁶。然美國第九巡迴法院在 MAI 案例中則認為電腦之傳輸行為，因造成程式檔案之複製且儲存在固著之記憶體內，侵害著作財產權人之重製權¹⁴⁷。

在上開第六及第七項情境中（即利用網際網路，在彼此電腦間傳輸資訊；及自個人電腦自其他電腦中擷取內部資料），係網際網路最常見之用途，無可避免地會將許多資料暫時儲存在磁碟或使用者電腦記

¹⁴⁵ Bor-shan Lin, *supra* note 53, at 74.

¹⁴⁶ The expression is copyrightable, not the ideas. See HOUSE REPORT, at 56, reprinted in 1976 U.S.C.C A.N.5699 (“the granting of exclusive rights to the author does not preclude others from using the ideas or information revealed by the author’s work”); see also *Sony Corp, v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 429 (1984) (“it is intended to motivate the creative activity of authors...by the provision of a special reward, and to allow the public access to the products of their genius after the limited period of exclusive control has expired”).

¹⁴⁷ 詳如本文第四章第一節第五項之案例分析。

憶體內，而產生所謂暫時性重製現象¹⁴⁸。然有學者認為傳輸數位資料，將所傳輸之資料儲存在使用者電腦之伺服器或記憶體中，應視為一重製行為，未可因該現象僅係暫時性之現象，耗時甚短，即認為該現象非屬重製之概念，意即「科技上之必然，非必然即為著作權法制之當然」，數位資料之傳輸行為，在現今科技水準下，雖無可避免地會在使用者電腦之伺服器或記憶體中產生重製現象，但如其符合著作權法中重製要件者，仍應將之視為重製行為，至於是否當然侵害著作財產權人之重製權則為另一項議題¹⁴⁹。

然如認為上開暫時性重製行為侵害著作財產權人之重製權者，網際網路之使用者在瀏覽資料前，則需先徵得著作財產權人之許可，如此無異授與著作財產權人閱讀或觀覽著作之重製物或錄音片之專屬權，且亦與著作權法僅保障概念表達，而不保護概念本身之觀念大相逕庭¹⁵⁰，雖然著作權法授與著作財產權人許多專屬權利，然而並不包括閱讀或觀覽著作物之轉屬權，假使以上開方法闡示重製權者，無異擴張著作權法授與著作財產權人之專屬權利。舉例言之在書店中閱讀書籍或雜誌人們，並不擔心侵害著作權法，因為他人僅要遵循法令保障著作權人之權利，不要侵犯其享有之專屬權利，著作權法並未限制公眾享受著作物之權利；且以經濟之觀點視之，當使用者瀏覽著作物及享受著作物表達方式蘊含之概念時，實質上並無損於著作權人之利益，只要他人勿以電腦將著作物永久下載至個人電腦之記憶體，關閉電源後，記憶體會自動清除該些暫時儲存之著作資料¹⁵¹，如此將無損於著作權人之利益。雖然白皮書認為短暫之儲存行為，雖構成少量之

¹⁴⁸ It may be occur into the publisher's local area network server, the author's or the publisher's Internet server, or the editor's microcomputer.

¹⁴⁹ 有論者謂如無商業上利益之使用，可以合理使用原則阻卻其違法性。詳如本文第五章第二節所載。

¹⁵⁰ Bor-shan Lin, *supra* note 53, at 73.

¹⁵¹ See Johnson-Laird, *supra* note 109, at 5.

損失，然而卻不需擔負侵權責任¹⁵²，惟上開見解仍使網際網路上之使用者陷於可能侵害重製權之危機之中。

又侵害著作權之重製行為並非必然會發生¹⁵³，假使重製行為可解釋為合理使用行為者，即無須擔負侵權責任。然而合理使用僅係侵害著作權法後之防禦權。進一步言之為了評估合理使用之時機，法院必須考評之因素甚多，且該條款係種不明確法律概念，需由法院來加以闡示，且合理使用與否甚難在先前即加以預料，亦甚難再嗣後對之舉證¹⁵⁴。

綜上析述數位傳輸之結果，不盡然均符合散布之要件，且在網際網路上並無存在可被外界察知之實質物體，無實質物體的轉讓行為，在傳輸過程中復傍隨著非法重製物之產生，然如因此無法適用第一次銷售原則者，無異將使著作重製物所有人，無法與他人分享著作資訊，及在網路上出賣、出租該著作重製物，且亦使得著作權人在網際網路環境中擴張其散布權之範圍¹⁵⁵。

自經濟觀點切入，網際網路替人們帶來較為便捷及較為舒適之溝通及傳輸環境，一個供人合法散布被授權物品，及可藉由電子傳輸為媒介，供人出售著作物品之系統產生後，對人類而言是種非常有利用價值之工具，儘管網路上之傳輸行為締造了另一項重製物，然而保存一個可供人創造各式樣資訊之環境，卻是項不爭之事實。因此如何調和著作物所有權人及著作權人間之利益，將是未來發展的新課題。假

¹⁵² Bor-shan Lin, *supra* note 53, at 74.

¹⁵³ White Paper stating that: copying has occurred does not necessarily mean that infringement has occurred-when copying is(1)authorized by the copyright owner, (2)exempt from liability as a fair use, (3)otherwise exempt under the provisions of Sections 108-119 or Chapter 10 of the Copyright Act, or (4) of such a small amount as to be de minimis, then there is no infringement liability.

¹⁵⁴ Bor-shan Lin, *supra* note 53, at 75-76.

¹⁵⁵ Under current computer technology, there is no physical dispose and only screen view, which should be deemed no reproduction.

使認為該行為並無傷害到著作人之利益者，應保護並提昇散布著作物之行為。是以假使承認重製物及錄音片可在網路環境中，以傳輸行為對公眾加以散布並且將之列為著作權人專屬散布權內容之一。該項新權利將改變傳統上散布之概念¹⁵⁶，如此則需輔以對網路傳輸行為合理使用主張範圍之界定（如對暫時性重製行為，是否侵害重製權），否則對於使用者瀏覽網頁、對公眾寄發電子郵件等基本傳輸行為，動則侵害著作財產權人之重製權及散布權，如此將扼殺網際網路之使用空間。

第二節 美國一九九八年數位千禧年著作權法案

簡介

第一項 法案源起及重點

美國總統柯林頓於一九九八年十月二十八日批准「一九九八年數位化千禧年著作權法案（The Digital Millennium Copyright Act of 1998）」，修正美國現行著作權法。此一修正工作源於一九九三年二月美國柯林頓總統指示設立「資訊架構工作小組（Information Infrastructure Task Force, (IITF)）」，希望針對數位化網路時代著作權所面臨之問題作一因應¹⁵⁷，直至一九九八年十月二十八日批准，

¹⁵⁶ Distribution of a copy necessarily divests the distributor of his copy to the others; however, in the case of a distribution by transmission, the distributor generally retains his copy of the work and a reproduction is distributed.

¹⁵⁷ 一九九三年二月美國柯林頓總統指示設立「資訊架構工作小組」(Information Infrastructure Task Force, (IITF))，其下所設立之「智慧財產權工作小組」針對現行著作權法於「國家資訊架構」之適用，於一九九五年九月提出修正建議之白皮書。請參閱陳錦全著，著作權美國智慧財產權白皮書介紹（一）（二）

歷時五年餘，其間爭議不斷，戰火延燒至一九九六年十二月底「世界智慧財產權組織」通過之「世界智慧財產權組織著作權條約（WIPO COPYRIGHT TREATY，簡稱 WCT），及「世界智慧財產權組織表演及錄音物條約（WIPO PERFORMANCES AND PHONOGRAMS TREATY，簡稱 WPTT）」之外交會議¹⁵⁸。

該二條約通過後，相關爭議再回到美國國內討論解決，可稱為美國一九七六年著作權法修正以來最重要之修正。該法案之修正重點在確認美國將履行一九九六年十二月底「世界智慧財產權組織」所通過之「世界智慧財產權組織著作權條約」（WCT）及「世界智慧財產權組織表演及錄音物條約」（WPPT）之規定，更將使該二條約之效力向前推進一步¹⁵⁹。

（三），資訊法務透析，八十五年二月。

¹⁵⁸ 有關該次會議通過之兩項條約重點，請參閱章忠信，「世界智慧財產權組織一九九六年十二月關於著作權與鄰接權相關問題之外交會議側記」，資訊法務透析，八十六年二月，第 31-46 頁。

¹⁵⁹ 美國一九九八年數位化千禧年著作權法案歷史如下：

- 1、一九九三年二月柯林頓總統成立「資訊架構工作小組（Information Infrastructure Task Force, (IITF)）」，執行政府行政部門「國家資訊架構（National Information Infrastructure）」事項。
- 2、一九九五年九月「資訊架構工作小組」所設立之「智慧財產權工作小組」針對現行著作權法於「國家資訊架構」之適用與修正議題發表白皮書。
- 3、一九九五年九月二十八日參議院司法委員會依白皮書之建議提出「1995年國家資訊架構著作權保護法案(S. 1284)」，眾議院法院與智慧財產權委員會亦於一九九五年九月二十九日提出相同法案（H.R.2441）。惟因內容爭議太多，無法達成協議，（S.1284）與（H.R.2441）二法案隨著一九九六年夏季美國國會第 104 屆會期之結束而終告失敗。（依美國國會之相關規定，國會每屆期間為二年，所提法案如未於當屆通過，即告失效，除非重新提案，下屆並不繼續討論，不會有積案如山之問題。）
- 4、一九九六年十二月底「世界智慧財產權組織著作權條約（WCT）」及「世

界智慧財產權組織表演及錄音物條約（WPFT）」通過，一九九七年七月二十九日美國總統將 WIPO 二條約提交國會，同時於一九九七年七月一日透過參議院司法委員會依該二條約內容提出草案「WIPO Copyright and Performances and Phonograms Treaty Impiementation Act(S.1121)」。眾議院法院與智慧財產權委員會亦於一九九七年七月二十九日提出相同法案「WIPO Copyright Treaties Implementation Act(H.R. 2281)」。S.1121 最後併入「一九九八年數位化千禧年著作權法案（Digital Millennium Copyright Act）」成為第一章「一九九八年世界智慧財產權組織著作權以及表演與錄音物條約施行法案」。

- 5、一九九七年七月十七日眾議院法院與智慧財產權委員會 Coble 提出關於 ISP 責任問題之法案「On-Line Copyright Liability Limitation Act(H.R.2180)」。
- 6、一九九七年九月三日參議院司法委員會 Ashcroft 提出關於 ISP 責任與執行 WIPO 二條約議題之法案「Digital Copyright Clarification and Technology Education Act(S.1146)」。該法案最後併入「一九九八年數位化千禧年著作權法案（Digital Millennium Copyright Act）」。
- 7、一九九八年二月眾議院法院與智慧財產權委員會就「On-Line Copyright Infringement Liability Limitation Act(H.R. 3209)」進行討論。
- 8、一九九八年四月二日參議院司法委員會主席 Hatch 提出「一九九八年數位化千禧年著作權法案（TK Digital Millenium Copyright Act of 1998（S.3027））」。
- 9、一九九八年五月十四日參議院修正通過「一九九八年數位化千禧年著作權法案」。
- 10、一九九八年八月四日眾議院修正通過「一九九八年數位化千禧年著作權法案」。
- 11、一九九八年九月二十四日參眾二院聯席會就二院通過之法案不同之處進行討論。
- 12、一九九八年十月八日參議院通過「一九九八年數位化千禧年著作權法案」。
- 13、一九九八年十月十二日眾議院通過「一九九八年數位化千禧年著作權法

「世界智慧財產權組織著作權條約」(WCT)及「世界智慧財產權組織表演及錄音物條約」(WPPT)雖於一九九六年十二月二十日深夜於「世界智慧財產權組織」外交會議通過，也有數十國家簽署，但依條約規定必須有三十個以上國家之批准，該二條約才會正式生效，目前僅有印尼等不到五個國家完成批准程序，自許為世界著作權法制發展領導國家之美國，認為其有責任作率先之典範。事實上，各國亦正觀察美國對該二條約之動向，決定其對該二條約之態度與國內修法趨勢。

我國雖非世界智慧財產權組織之成員，仍將遵守該二條約規定，在此次行政院推出之著作權法修正草案，即針對高科技發展下著作權之發展作一全盤檢討¹⁶⁰，其中尤以因應數位化網際網路時代之來臨，網路科技之發展對著作權相關法概念之衝擊及影響，均值得儘速檢討修正相關法規範，以因應時代之變遷。以下僅針對美國「一九九八年數位化千禧年著作權法案」中「網路著作權侵害責任限制法案」之重要內容作簡介。

案」。

14、一九九八年十月二十八日美國總統批准。

以上轉引至：章忠信，美國一九九八年數位化千禧年著作權法案簡介，萬國法律，一〇七期，八十八年十月。

¹⁶⁰ 事實上，內政部委託財團法人資訊工業策進會辦理之「著作權面對高科技發展之因應配合研究計畫」（八十六年底完成）已就相關問題提出修正著作權法之條文。且行政院業於九十二年三月向立法院提出著作權修正草案，其相關之修法重點及立法理由，詳見本文第五章。

第二項 網路著作權侵害責任限制法案

壹、一般原則

雖然美國法院曾作出有利網路服務業者（Internet Service Provider，簡稱ISP）之判決，認為ISP是否要對客戶之侵權行為負責，應視其是否知悉客戶之侵權作為或有無採取任何必要之防止行為¹⁶¹，但對於ISP而言，不確定之因素依舊存在，隨時存有須為客戶之侵權行為負責之危險，只有透過明確之法律規定，才是長久之策。關於客戶利用ISP之服務而於網路上侵害著作權時，ISP本身在如何之情況下才能免責，美國國會會發展出兩項法案，包括「一九九七年網路著作權責任限制法案（The On-Line Copyright Liability Limitation Act of 1997）」，及「數位著作權釐清及科技教育法案（Digital Copyright Clarification and Technology Education Act of 1997）」，均規定有關ISP所經營之特定傳輸行為或提供接觸網路資訊之服務，如侵害著作權者，得主張成立阻卻違法事由¹⁶²。該二法案最後都被吸收於本件「網路著作權侵害責任限制法案」，其主要目的在增訂美國著作權法第五百十二條，提供ISP業者避風港（safe harbor）之功效，即在符合一定條件下，ISP業者不必就其客戶之侵害著作權行為負擔責任。此外，

¹⁶¹ Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communications Services, Inc. 907 F.Supp. 1361 (N.D. 1995)。詳參章忠信，網路服務業者（Internet Service Provider）之著作權侵害責任，萬國法律，九十七期，一九九八年二月。

¹⁶² 此一立法方向，基本上係希望承襲美國著作權法第一百一條(a)(3)有關二次傳播之免責規定，使得僅其消極或仲介性質之行為者，不必科以責任。又美國著作權法第111條(a)(3)前段規定：「載波電台所為二次傳播，未對原播送內容為選擇，或就其特定接收者為直接或間接之控制，且其二次傳播僅包括對其他使用者為提供線路、電纜，或其他傳播頻道」，對著作演出或展示之原播送，非屬著作權之侵害。

並針對非營利之教育機構之網路上利用著作權行為，限制其責任。

對於 ISP 業者之著作權侵害限制責任，分為四種型態，包括(1)暫時性數位化網路傳輸；(2)系統自動存取；(3)使用人要求下之資訊存取於系統或網路；(4)資訊蒐尋工具。對於符合該四種限制責任規定之 ISP 業者，不必負擔財產上之損害賠償，同時法院對其發出禁制令之規定亦有限制，而該四種限制責任要件係各自分立判斷，互不影響。由於著作權侵害限制責任乃在明確規範，凡是符合相關限制責任規定者，不必負擔著作權侵害責任，以免阻礙網路科技之發展。因此，縱使不符合各該限制責任之規定，也不必然即須承擔著作權侵害責任，而仍須依其他規定認定之。易言之，權利人如主張 ISP 業者有侵害著作權之情事，該 ISP 業者雖不符合各該限制責任之規定，權利人仍須就其侵害事實舉證，被訴之 ISP 業者亦仍得依其他規定，如合理使用原則等為抗辯而免責¹⁶³。

由於只有 ISP 業者擁有其客戶即使用者之相關資訊，一方面 ISP 業者不宜逕行揭露其客戶相關資訊，以免侵害客戶之隱私權，另一方面 ISP 業者對於利用其服務或設備進行侵害著作權亦有其責任，本法案乃在 ISP 業者之著作權侵害限制責任之外，另賦予著作權人得向法院聲請發出裁定，要求 ISP 業者揭露利用其服務或設備之使用者資料，以便於對侵害著作權之嫌疑人採取必要之法律行動。然為避免 ISP 業者為符合著作權侵害限制責任之規定，進而侵害客戶之隱私權，本法案乃明文規定新增訂之第五百十二條，要求 ISP 業者不得任意監看其客戶之活動，或為其他法律所禁止之接觸、刪除或阻絕相關資訊之行為¹⁶⁴。

¹⁶³ 章忠信，美國一九九八年數位化千禧年著作權法案簡介，萬國法律，一〇七期，八十八年十月。

¹⁶⁴ 章忠信，前引註一六三。

貳、著作權侵害限制責任之資格

針對適用本法案所定著作權侵害限制責任，其欲符合資格而獲限制責任之 ISP 業者，本法案分別作成規定。一方面依前述四種不同行爲型態，就 ISP 業者之定義作限制，另一方面就各種形態之著作權侵害限制責任，規定的 ISP 業者所應爲之行爲。

首先在四種不同行爲型態中，關於暫時性數位化網路傳輸方面，該 ISP 業者必須爲法人(entity)，而其係提供於使用人與使用人之間，依使用人所選擇之資料，進行數位化線上傳輸、投送或連線，且對於所傳送或收受之資料內容，未加以更改者；至於系統自動存取、使用人要求下之資訊存取於系統或網路、以及資訊蒐尋工具等三種形態之 ISP 業者，則不限制其必須爲法人，祇要係網路服務或網路接觸提供者，或爲該等設施之操作者即可，其亦包括前述從事暫時性數位化網路傳輸之 ISP 業者在內。然欲適用著作權侵害限制責任之 ISP 業者，須符合兩項要求，一是 ISP 業者須採行必要之措施，以便在適當之情形下，阻止經常侵害他人著作權之行爲人，繼續利用其服務或設備；其次是 ISP 業者須採行與著作權人協商而發展出之標準科技措施，且不得干預該措施¹⁶⁵。

參、著作權侵害限制責任之分類

ISP 業者欲適用著作權侵害限制責任，本法案依其所服務或設備提供之行爲態樣分爲四類，細述如下：

一、暫時性數位化網路傳輸 (transitory digital network communication)

一般網頁或聊天室之暫時性儲存著作，在暫時性數位化網路傳輸

¹⁶⁵ 轉引自章忠信，美國一九九八年數位化千禧年著作權法案簡介，萬國法律，一〇七期，八十八年十月。

之運作下，ISP 業者僅係應使用者之要求，進行點對點之間數位化資訊傳輸之管道，其行為包括傳輸、發送、或提供資訊之連線，以及網路操作下自動地進行中介及暫時性之重製¹⁶⁶。

二、系統自動存取（system caching）

系統自動存取（system caching）乃指於電腦使用者透過其電腦與網路聯線，自遠端網站點選資訊後，該資訊將藉由電腦之系統自動被存放於其電腦或所經過之伺服器，隨後使用者對於同一資訊之點選，將不必再自遠端原始網站傳送該資訊，而是自先前存有該資訊之電腦記憶體或伺服器傳送該資訊，此一作用之目的，在縮短資訊傳輸之距離與時間，一方面可減少網路塞車，一方面也可以降低使用網路之費用。然而，此一網路運作模式也將造成負作用，一方面資訊既非來自原始網站，當原始網站之資訊已作更新，使用者所收到之資訊卻未隨即更新，另一方面，原始網站對於究竟有多少使用者接觸其網站上之資訊，無法正確統計，此將使其原本藉以決定廣告收入之計算基礎徹底瓦解。

關於系統自動存取之免責，係指網路服務業者以外之人所置於網路上之資訊，如係經由自動化科技程序所作之中介或暫時性儲存行

¹⁶⁶ 欲主張適用本項著作權侵害限制責任，ISP 業者之行為應符合以下規定。1、該項傳輸係由 ISP 業者以外之人所發動（initiate）或 ISP 業者以外之人所指示者；2、該項傳輸、發送、或提供資訊之連線係由自動科技程序所執行，ISP 業者對於該資訊並未作選擇；3、ISP 業者對於資訊接收者並未作選擇，而係應其他客戶要求之自動回應者；4、在系統或網路上之維護所為之資訊中介或暫時性儲存程序中，ISP 業者並未重製資訊以致可為特定接收者以外之任何人接觸，或者其所重製之資訊並不會被置於系統網路上，以致逾越該特定接收者該項傳輸、發送、或提供資訊連線之合理必要期間，他人仍可加以接觸；5、透過系統或網路所傳輸之資訊並未經修正者。

為，而其目的係供隨後之選取¹⁶⁷。

三、使用人要求下之資訊存取於系統或網路 (information residing on system or networks at direction of users)

使用人於使用網路服務業者之系統或網路時，可能將侵害著作權之資訊置於系統或網路上，使用人固不能免除直接侵害著作權之責任，但應限制網路服務業者之責任¹⁶⁸。其他網路服務業者之責任尚包括應向美國著作權局提報適當之代理人以接受侵害權利通知。美國著

¹⁶⁷ 符合下列情形者，得限制網路服務業者之責任：1、該資訊未經作任何修改；2、網路服務業者確實遵守業界所建立之規則，對於該等資訊為定期更新；3、對於將資訊建置於網路上之人所設符合一定規定之使用該資訊之回報技術未加干預；4、網路服務業者必須依據將資訊建置於網路上之人所設之條件限制使用者接觸該資訊；5、任何未經著作權利人授權而被建置於網路上之資訊，網路服務業者一旦被通知原始網站之該資訊已被刪除或阻絕，或已被命令刪除或阻絕時，立即將該資訊刪除或阻絕。

¹⁶⁸ 符合下列情形者，得限制網路服務業者之責任：1、該資訊未經作任何修改；2、網路服務業者確實遵守業界所建立之規則，對於該等資訊為定期更新；3、對於將資訊建置於網路上之人所設符合一定規定之使用該資訊之回報技術未加干預；4、網路服務業者必須依據將資訊建置於網路上之人所設之條件限制使用者接觸該資訊；5、任何未經著作權利人授權而被建置於網路上之資訊，網路服務業者一旦被通知原始網站之該資訊已被刪除或阻絕，或已被命令刪除或阻絕時，立即將該資訊刪除或阻絕。且欲主張此項侵害著作權之限制責任時，網路服務業者必須符合以下條件：1、不知或不瞭解該項資訊或使用該資訊之活動係侵害著作權，或於知悉、瞭解該事實後立即採取行動刪除或使無法接觸該項資料；2、當網路服務業者對於侵害行為有權且有能力控制時，並未自該侵害行為直接獲有經濟上利益；3、當網路服務業者接獲依據法律所定之侵害權利通知後，立即採取行動刪除或使無法接觸該項資料，此即所謂「通知及取下 (notice and takedown) 程序。

作權局就此通知形式之細節訂有規則¹⁶⁹，並建立一份代理人名冊以供查詢。

當網路服務業者接獲依據法律所定之侵害權利通知而刪除或使無法接觸該項資料後，無論該資訊最後是否被確認為侵害著作權之資訊，網路服務業者對該刪除或使無法接觸該項資料之行爲，均勿庸負擔任何責任，惟其應將侵害權利通知轉知使用人，如使用人爲相反之通知者，網路服務業者應轉知著作權人。在著作權人接獲該相反之通知，而未於十至十四個工作天內向法院提起侵害著作權之訴者，網路服務業者應回復原先刪除或使之無法接觸之資料，此即所謂「反對通知及回復（counter-notice and put back）」之程序。關於該項侵害權利之通知或相反之通知，如係故意爲虛偽之通知者，均須負偽證之責任。任何人如故意爲虛偽之通知，對於因此而受損害之人應負損害賠償責任，包括訴訟費用與律師費用¹⁷⁰。

四、資訊蒐尋工具（information location tools）

對於網路鏈結（hyperlink）、網路指引（online directories）或蒐尋引擎（search engines）等作用，致將使用者引至含有侵害著作權網頁之情形¹⁷¹。對於使用人要求下之資訊存取於系統或網路之網路服務

¹⁶⁹ 參見的 Fed.Res59233,11/3/98，參閱 <http://www.loc.gov/copyright/onlinesp> 載列之內容，其規定 ISP 業者應將代理人之姓名、住址、電話及電子郵件信箱，向美國著作權局提出申報，同時於 ISP 業者之網頁上標示該資訊，以供權利人向 ISP 業者提出通知。

¹⁷⁰ 章忠信，前引註一六五。

¹⁷¹ 網路服務業者如符合以下條件，亦得就該項侵害著作權之事實主張限制責任：1、不知或不瞭解該項資訊係侵害著作權；2、當網路服務業者對於侵害行爲有權且有能力控制時，並未自該侵害行爲直接獲有經濟上利益；3、當網路服務業者接獲依據法律所定之侵害權利通知後，立即採取行動刪除或使無法接觸該項資料。

業者限制責任等相關規定，大致上適用於資訊蒐尋工具之網路服務業者限制責任情形。惟值得注意，雖然本項規範以網路鏈結（hyperlink）方式，令使用者接觸到含有侵害著作權之網頁時，網路服務業者之限制責任，惟其並未明白指出未經著作權人同意所為之網路鏈結是否為合法之行爲。

肆、非營利之教育機構之特別限制責任規定

除了前述四種網路服務業者限制責任之規定，基於學術自由與教學研究之考量，同時基於現實狀況之運作，本法案並就非營利之教育機構之責任作一特別限制規定。對於公立或其他非營利之高等教育機構，為網路服務業者時，其教員或受聘之研究生係為教學或研究而有前述四種情形者，該公立或其他非營利之高等教育機構之限制責任之認定，應作區別。此一規定主要基於學術發展之自由，認為公立或其他非營利之高等教育機構之教員或受聘之研究生於教學或研究時，其間之關係究不可與其他員工與公司間之僱傭關係相等，因此關於教員或受聘之研究生對於侵害著作權行爲之明知或行爲，關於暫時性數位化網路傳輸與系統自動存取之責任限制例外規定，應視為教員或受聘之研究生之個人行爲，而非該機構之認知或行爲，以使該機構得合於免責規定；至於使用人要求下之資訊存取於系統或網路、以及資訊蒐尋工具等二種形態，教員或受聘之研究生之明知或行爲則與該機構無關，亦使該機構得合於免責規定¹⁷²。

¹⁷² 不過其仍必須符合以下規定：1、過去三年間，為侵害著作權行爲之教員或受聘之研究生未牽涉所授課程之資訊之接觸提供；2、過去三年間，該機構未接獲超過二項指稱該教員或受聘之研究生有侵害行爲之通知者；3、該機構對所有使用者均給予應遵守著作權法之資訊。

伍、隱私權之保障

基於隱私權之保障，本法案對於 ISP 業者所掌握使用者之相關資訊之散布亦有相當規範。未經聯邦法院書記官所發出文件之要求，ISP 業者不得任意散布其所掌握使用者之相關資訊。同時本法案亦要求 ISP 業者不得任意監看任何可能之侵權行為，僅要求 ISP 業者對於明顯之違法不得忽視¹⁷³。

第三節 網際網路環境對重製權衝擊之相關立法

重製權是著作人最基本的權利，不管科技發達進步後，著作利用形態如何演變，重製權始終是著作人權利的重心。傳統著作權法係針對被固著於有形物體之表達媒介上（Fixed in a tangible medium of expression）之創作而作規範，這些創作諸如書籍、美術圖畫、曲譜及雕塑等，從創作完成一開始，即是以有形物體表達其創作內容，有些國家之著作權法甚至規定，著作須被固著於有體物上達相當時間，始能獲得著作權之保護。而在傳統之著作利用方面，都是以有形體的重製為其方法。電腦技術發展後，透過數位化網際網路環境利用著作標的物，並非如過去般以有體物之方式呈現，其間究有無涉及著作之重製，成為最根本的問題，也是最具爭議而無法獲得國際著作權法制一致見解之議題。本節擬從國際公約為因應科技發展，在重製權方面所面臨之衝擊，所為之因應及努力，以及各國在著作權法制上所採取之對策。

¹⁷³ 章忠信，前引註一六五。

第一項 世界智慧財產權組織對重製權之處理

為解決伯恩公約之後，網際網路數位化科技對於傳統著作權法所產生之衝擊，聯合國所屬之世界智慧財產權組織（WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION，WIPO）於一九九六年十二月二日至二十日在瑞士日內瓦總部之日內瓦國際會議中心（International Conference of Geneva，CICG）召開了「關於著作權與鄰接權相關問題之外交會議」（Diplomatic Conference on Certain Copyright and Neighboring Rights Questions），並通過了「世界智慧財產權組織著作權條約（The WIPO Copyright Treaty，簡稱 WCT）」及「世界智慧財產權組織表演及錄音物條約（The WIPO Performances and Phonograms Treaty，簡稱 WPPT）」，等二項國際條約¹⁷⁴。

第一目 W C T

關於重製權方面，原於 WCT 草案第七條規定如下：

第七條重製權之範圍（草案）

- 一、伯恩公約第九條第(1)項所賦予文學及藝術著作之著作人，授權重製著作之專有權利，應包括以任何方式或形式，不論永久或暫時，直接或間接重製其著作。
- 二、依伯恩公約第九條第(1)項之規定，締約各方對重製行為之目的僅在使著作供感知之暫時性重製，或其重製有偶然或附帶之性質者，得以法律限制重製權，但以該重製之發生係於著作人所授權或法律所允許之情況下使用著作者為限。

¹⁷⁴ 有關該次會議通過之兩項條約重點，請參閱章忠信，「世界智慧財產權組織一九九六年十二月關於著作權與鄰接權相關問題之外交會議側記」，資訊法務透析，八十六年二月，第 31-46 頁。

依草案之背景說明，該草案第七條第(1)項規定在實質內容上並無新義，其真正目的並不在於新設一權利，而係在使伯恩公約第九條第(1)項所規定之重製權內容更加清楚¹⁷⁵，重點在於第(2)項規定，針對高科技設備使用所產生之暫時性重製現象，允許締約各方得各自立法限制重製權之行使。此一條文於會議討論中，引起最大爭議。

依伯恩公約第九條第(1)項規定，「受本公約保護之文學及藝術著作之著作人應享有不論以任何方式或形式授權重製其著作之專有權利」¹⁷⁶。其所使用「以任何方式或形式」之用詞，範圍廣泛，原足以包括將著作儲存於任何電子媒介、以電腦上傳（Upload）或下載（Download）著作之行爲、以及將著作自類比媒介物上轉化到數位媒介物之行爲，祇是因爲伯恩公約一九七一年巴黎修正案通過當時，並未認知隨後電腦之普遍使用，因此該項重製是否包括數位化電腦使用過程中之重製行爲，滋生疑義。WCT 原草案條文並未因應高科技時代的來臨，爲著作人新創一項新權利，只是希望明白地讓締約各方再一

¹⁷⁵ 僅在明文規範重製行爲並不僅限於必須產生有形的重製物，或僅限於永久的重製形態，「以任何方式或形式，不論是永久或暫時；直接或間接重製其著作」，均屬重製權之範疇。

¹⁷⁶ Article 9

[Right of Reproduction : 1..Generally;2.Possible exceptions;3.Sound and visual recordings]

(1)Authors of literary and artistic works protected by this Convention shall have the exclusive right of authorizing the reproduction of these works, in any manner or form.

(2)It shall be a matter for legislation in the countries of the Union to permit the reproduction of such works in certain special cases, provided that such reproduction does not conflict with a normal exploitation of the work and does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author.

(3)Any sound or visual recording shall be considered as a reproduction for the purposes of this Convention.

次確認國際間已存之共識。

本條草案第(1)項提到「直接或間接」重製，此一用語於一九六一年保護鄰接權之羅馬公約第十條有關錄音物製作人權利中已提及，於此再被提及之目的乃是要說明「距離」本身不會影響重製行為之構成。例如用錄音機直接將一捲錄音帶灌錄到另一捲錄音帶，毫無疑問地構成重製行為，進而言之，如果用錄音機將廣播或有線播送系統上播送之錄音帶灌錄到另一捲錄音帶，仍然是一重製行為，不會因廣播中的錄音帶與所新灌錄的錄音帶間存在著遙遠的距離而影響其已構成重製之事實。同理透過網際網路將資料庫或網路上之著作內容再現於使用者之電腦螢幕上，應也屬於本條草案之重製行為。

本條草案第(1)項另提到「永久或暫時」重製，此一用語也是要確認永久或暫時的重製都屬伯恩公約第九條第(1)項所定之重製權範圍。例如，將著作內容重製成一本書、一份錄音帶或一片 CD-ROM，是有形的、永久的重製，要經著作人之同意。而把著作存入電腦的硬碟或其工作記憶體中亦是一種重製，雖然這種重製非常短暫，使用者之電腦一關機，重製物即消失，但祇是要將該著作內容為再現、傳送或僅是供人感知，均不失為一種重製行為，應屬著作人重製權之範圍。

對於伯恩公約第九條第(1)項所定之重製權，締約各方均同意無須修正，祇是由於締約各方或對於永久或暫時、直接或間接之重製有不同之解釋，因此必須以本條約說明清楚。歐洲聯盟代表團甚至建議於大會紀錄中應記明「締約各方確認永久或暫時將著作儲存於電子媒介上亦構成伯恩公約第九條第(1)項所定之重製。此等行為包括將著作上載或下載於電腦之記憶體中」，此項建議頗獲多國之支持。

從另一角度言，伯恩公約自一九七一年巴黎修正案起才開始就重製權為規定，依當時科技發展之情況，其立意頂多僅針對影印機之重製為考量，如今面對高科技之發展不斷地擴張重製權之範圍，是否會產生其他意想不到之結果，亦應顧及。較可行之解決方式當有賴以例外條款來避免其他副作用。因此第(2)項規定即係採此方式將合法使用著作時，因科技上偶然或附帶性質之重製行為，限制對其為重製權之主張。當然，此一限制條款仍須通過伯恩公約第九條第(2)項所定之三

步驟之檢驗（Three-step-test）¹⁷⁷。

面對電子媒體及網際網路之發展，WCT 草案之立場對於著作人之重製權顯然是先擴張再限制，首先於第(1)項確認著作人之重製權及於將著作儲存於任何電子媒介、以電腦上載（Upload）或下載（Download）著作之行為、以及將著作自類比媒介物上轉化到數位媒介物之行為，另外再於第(2)項限制其範圍，使得經著作人授權或在法律規範下之利用著作行為，得由各國視該重製行為是否屬偶然或附帶性質，或重製之目的是否具商業性考量等判斷因素，自行以律法對之規範。但此一擴張有無影響公眾使用著作或接觸資訊之權利，或會不會遏制高科技繼續為人類創造更大服務效能之發展，乃致各國對此權利之限制規定不一是否將產生新問題？及網路服務者（On-line Service Provider, OSP）就網路利用人之重製是否須負責任¹⁷⁸等問題，均是此一條文草案之爭議。

第(2)項規範重製權之限制與例外，其目的在使非營利性之重製行為排除於著作人之重製權之外。條約草案第七條第(2)項所定重製權之限制，並不在就條約草案第十二條（即通過條文之第十條對於本條約所保護權利之限制規定）及伯恩公約第九條第(2)項所定之限制更為限縮，僅係在提供締約各方之準則與方向。因此締約各方現行法有關權利之限制與例外規定並不會因本條之通過而須作修正。

經過冗長之討論，各方認為伯恩公約第九條第(1)項對於重製權既有規定，且事實上包括所有形態之重製，足以因應高科技發展下之各種重製行為，並無於本條約中再為重複規範之必要。又將重製權之限制情形，委由締約各方國內法定之，對於在數位化時代跨國界之著作

¹⁷⁷ 此所謂「三步驟之檢驗」，即係其重製之限制與例外須（1）「僅限於相關特定之情形下」；（2）「未與著作之正常利用相衝突」；且（3）「不致於不合理地損害著作人法定利益」。轉引自章忠信，數位化網際網路環境中重製權之衝擊與因應，萬國法律，第一百十一期，八十九年六月。

¹⁷⁸ 此部分之議題，詳見本章第一節、第五項有關「美國一九九八年數位千禧年著作權法案」中，有關網路著作權侵害責任限制法案之論述。

利用將產生潛在性之衝突。最後，在南非代表之建議下，刪除 WCT 原條約草案第七條有關重製權及其限制之規定，回歸於伯恩公約第九條第(1)項之重製權規範。因此，WCT 認為網路上之重製屬伯恩公約第九條第一項之重製，至於網路使用過程中附帶、暫時性之重製，可直接適用伯恩公約第九條第二項有關重製權之例外與限制規定，不再另作定¹⁷⁹。

第二目 WPPT

關於表演人之重製權，羅馬公約第七條第(1)項第(c)款原已有規定，該公約要求對於表演人之保護應包括防止如下之可能（Possibility of preventing），包括未經其同意，將其表演之固著物加以重製(i)如該原始固著物本身非經其同意者，或(ii)如該重製與表演人所同意之目的

¹⁷⁹ 在該草案條文被刪除後，大會仍作成一決議文（agreed statement），言明伯恩公約第九條關於重製權以及其後有關被允許之例外規定，完全適用於數位化環境，尤其是以數位化形式利用著作之情況。締約各方瞭解到，將受保護之著作以數位化形式儲存於電子媒介上，構成伯恩公約第九條所稱之重製（The reproduction right, as set out in Article 9 of the Berne Convention, and the exceptions permitted thereunder, fully apply in the digital environment, in particular to the use of works in digital form. It is understood that the storage of a protected work in digital form in an electronic medium constitutes a reproduction within the meaning of Article 9 of the Berne Convention-）。因此雖然事後各方對於 WCT 刪除原草案有關重製權之規定，各有不同闡釋，反對將網路上利用著作之行為歸類為伯恩公約所定之重製行為之人認為，WIPO 外交會議刪除該條艾為其最大之勝利，其將該項刪除解讀為 WCT 否認網路上利用著作之行為屬於重製之行為，然而如瞭解 WIPO 外交會議討論之過程，非常明確地，這樣的解釋純粹是有意曲解，事實上，WIPO 外交會議所以刪除原草案第七條關於重製權及其限制之規定，真正原因是認為伯恩公約第九條已足因應網路上之重製與例外，不待作重複規定。

不同者，或(iii)如該原始固著物係依合理使用之規定而固著，但該重製與原合理使用之目的不同者。由上觀之，此一重製權在用語及條件上仍有其限制，WPPT 第七條就表演人之重製權則作較明確且周全之保護。

第七條重製權（草案）

一、表演人就其

A：固著於錄音物上之音樂表演，

B：固著於任何媒體之表演，

應享有授權以任何方式或形式，不論是永久或暫時，直接或間接加以重製之專有權利。

二、除第十三條第(2)項之規定外，授權締約各方視該重製行為是否屬偶然或附帶性質，或重製之目的是否據商業性考量等判斷因素，自行以律法對之規範。¹⁸⁰

首先，WPPT 第七條明確地規範重製權為表演人之專有權（Exclusive right），而不是如羅馬公約所定僅有防止他人為一定行為之可能；其次，第七條明白規範表演人享有之重製權為「直接或間接」之重製；更有進者在本條中，「以任何方式或形式」之重製，則為參照伯恩公約第九條之文字，亦屬表演人之重製權範圍¹⁸¹。本條規定之結果，將使表演人就被固著之表演享有重製權之範圍與著作人依伯恩公約第九條第(1)項所規定之重製權內容相同。

WPPT 草案第七條第(2)項規定，係針對高科技設備使用所下之暫時性重製，允許締約各方得各自立法限制重製權之行使，亦引起極大爭議。第(2)項規定之目的係將與經濟價值無關之暫時性重製排除於表

¹⁸⁰ 但以該重製之發生，係於表演人所授權或法律所允許之情況下，使用被固著之表演著作為限。

¹⁸¹ 關於本條所稱「以任何方式或形式」之用詞，範圍極為廣泛，包括將固著之表演儲存於任何電子媒介、以電腦上載（upload）或下載（Download）表演之行為、以及將其自類比媒介物上轉化到數位媒介物之行為。

演人之重製權範圍，對於合法使用固著之表演時，不問係經表演人之授權或係依法得合理使用之情狀，因科技上偶然或附帶性質之暫時性重製行為，限制表演人不得為重製權之主張¹⁸²。

惟經過外交會議於 WCT 中刪除原草案第七條有關著作人重製權之規定，以回歸伯恩公約第九條第(1)項之重製權規範，由於羅馬公約並無類似伯恩公約第九條第(1)項之重製權規範，WPPT 第七條乃仍保留原來與 WCT 原條約草案第七條第(1)項有關重製權之類似規定，僅刪除「不論是永久或暫時」等語，第七條部分並刪除「音樂的(Musical)」等語，使表演人之重製權及於其所有表演之錄音物，而不僅限於音樂性質之表演之錄音物。至於原草案第七條第(2)項有關重製權之限制與例外規定部分，則與錄音物製作人所享有重製權之例外合併，移列為第十六條，參採伯恩公約第九條第(2)項內容就所有本條約保護限制與例外另為規定¹⁸³。此一結論將使 WPPT 援引伯恩公約第九條有關重製

¹⁸² 當然，此一限制條款參考草案第十三條第(2)項規定，仍須通過伯恩公約第九條第(2)項所定之三步驟之考驗(Three-step-test)。關於此點，歐洲聯盟代表團甚至建議於大會紀錄中應記明「締約各方確認永久或暫時將受保護之固著之表演儲存於電子媒介上亦構成重製。此等行為包括將著作上載或下載於電腦之記憶體中」，此項建議頗獲多國之支持。而面對高科技之發展可能對重製之方法產生極大之影響，而各國對於此種重製行為或有不同之解釋，羅馬公約就此並未提供統一之解決之道，為使國際間對於數位化科技時代之重製行為在著作權法制中之解釋其穩定性與可預測性，各國均體認有必要就此問題作一統一解釋。由於不斷地擴張重製權之範圍是否會產生其他意想不到之結果，亦應顧及。如果限縮重製權之適用範圍為不可能之趨勢，則較可行之解決方式當有賴以例外條款來避免其他副作用。因此，第(2)項規定即係採此方式將在合法使用著作時因科技上具偶然或附帶之性質之重製行為，限制對其為重製權之主張。業如前述。

¹⁸³ WPPT 第十六(限制與例外)：「(1) 締約各方得以其國內法對於表演人或錄音物製作人之保護，為相同於其國內法對於文學及藝術著作之著作權保護之限制或例外。(2) 締約各方於就本條約所定權利為任何限制或例外時，應

權及權利之限制與例外規範之精神。

WPPT 第七條有關表演人之重製權規定全文如下：

第七條重製權表演人應享有授權以任何方式或形式，直接或間接重製其間著於錄音物之表演之專有權利。

關於錄音物之製作人之重製權，羅馬公約第十條規定：「錄音物之製作人應享有授權或禁止就其錄音物直接或間接重製之權利」，WPPT 草案乃參照第七條關於表演人之重製權規定，於第十四條規定如下：

第十四條重製權（草案）

- 一、錄音物之製作人就其錄音物應享有授權以任何方式或形式，不論是永久或暫時，直接或間接加以重製之專有權利。
- 二、除第二十條第(2)項之規定外，締約各方對於其惟一之目的僅在使錄音物供收聽之暫時性重製，或其重製具有偶然或附帶之性質者，得以法律限制重製權¹⁸⁴。

與羅馬公約不同之處在於草案第十四條使用「以任何方式或形式」以及「永久或暫時」的重製之文字，使其保護標準較羅馬公約為提高。關於「以任何方式或形式」之重製方面，係援引伯恩公約第九條第(1)項之用語，其將會包括將錄音物儲存於電子媒介上、上載或下載於電腦記憶體中，或將類比錄音物數位化等等，其目的在說明錄音物製作人之重製權與著作人所享有之重製權，並無差異。關於「永久或暫時」之重製方面，則包括將錄音物永久儲存於有體的錄音帶、CD 或 CD-ROM、電腦映碟，甚至包含為重製，進一步傳輸或以機器設備供收聽之短暫重製。

如同 WPPT 草案第七條有關表演人之重製權之處理經過，隨著外交會議於 WCT 中刪除原草案第七條有關著作人重製權之規定，回歸

侷限於未與表演或錄音物之正常利用相衝突，以及不致於不合理地損害表演人或錄音物製作人法定利益之相關特定情形下。」

¹⁸⁴ 但以基於錄音物製作人所授權或法律所允許之情況下，利用該錄音物為限。

伯恩公約第九條第(1)項之重製權規範，由於羅馬公約並無類似伯恩公約第九條第(1)項之重製權規範，WPPT 草案第十四條關於錄音物之製作人之重製權規定，乃修正移列為第十一條，仍保留原來條約草案第十四條第(1)項有關重製權之類似規定，僅刪除「不論是永久或暫時」等語，以與伯恩公約第九條第(1)項之重製權規範相合，至於原草案第十四條第(2)項有關重製權之限制與例外規定部分，則移列為第十六條，參採伯恩公約第九條第(2)項內容就所有本條約之保護之限制與例外另為規定¹⁸⁵。

第二項 各國相關立法

第一目 美國

美國部分學者從網路傳輸之技術角度分析，認為網路傳輸在開始傳輸之時，即已將個別檔案劃分為許多不同的「封包（packets）」，分由不同路徑在不同時間內到達傳輸目的之電腦，再重新整合呈現其完整面貌，所以傳輸過程中應無所謂「重製」之情形存在，但在美國

¹⁸⁵ Article 16

Limitations and Exceptions

- (1) Contracting Parties may, in their national legislation, provide for the same kinds of limitations or exceptions with regard to the protection of performers and producers of phonograms as they provide for, in their national legislation, in connection with the protection of copyright in literary and artistic works.
- (2) Contracting Parties shall confine any limitations of or exceptions to rights provided for in this Treaty to certain special cases which do not conflict with a normal exploitation of the performance or phonogram and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the performer or of the producer of phonograms.

實務上，以一九九三年 MAI v. Peak 案¹⁸⁶為首的案例後，法院多認為著作於 RAM 中暫時性儲存都構成著作權法所謂的「重製」¹⁸⁷。

美國為因應「國家資訊高速公路」(National Information Infrastructure; 以下簡稱 NII) 環境之發展，於一九九五年九月發表「NII 智慧財產權白皮書」，其中關於重製權之議題，即延續並擴大一九九三年 MAI V. Peak 案之見解，認為網路上傳輸著作之過程構成多次著作重製之行爲，因此建議應就著作權法為適當之修正，以因應此一現象¹⁸⁸。此一見解在美國國內並非無反對意見，因此美國國內的戰火乃

¹⁸⁶ Mai System Corp V..Peak Computer, INC 99I F.2d 511(1993)，該案之原告 Mai System Corp 銷售電腦並設計完成多項電腦程式著作販售，以供其所販售之電腦使用，原告所設計之部分電腦程式為啟動原告所販售電腦所必需。被告 Peak Computer, INc 為電腦維修公司，其部分重要員工為自原告公司跳槽而來，並將原告之客戶帶至被告公司。被告於為客護維修原告所生產之電腦時，必須啟動原告之程式，原告起訴主張被告侵害其著作權。被告抗辯其將原告之電腦程式著作由磁片存入 RAM 中，不是「固著」，不屬重製之行爲。法院則認定，原告僅允許其客戶使用其電腦程式，並不允許其他人使用，被告將原告之電腦程式著作由磁片存入 RAM(random access memory)中，「在電腦 RAM 上之重製物，已屬適確地固著，足以符合著作權法中之重製(Copying for purposes of copyright law occurs when computer program is transferred from permanent storage device to computer's random access memory)」，侵害原告之重製權。詳如本文第四章第一節之論述。

¹⁸⁷ 關於 RAM 中暫時性儲存是否構成著作權法所謂的「重製」，請參閱陳錦全，「論 RAM 中暫時性儲存之著作權問題—從 MAI v. Peak 案談起—兼論對網路環境的影響」，「智慧財產權」第十三、第十四、及第十五期，八十九年一月至三月。

¹⁸⁸ InfbrIIlation Infrastructure Task Force,The Report of working Group on Intellectual Property Rights, Intellectual Property and The National Information Infrastructure (September 1995) .美國 NII 智慧財產權白皮書有關重製權修正建議，可參考「NII 與著作權—美國 MI 智慧財產權白皮書介紹(二)」，陳

延燒至國際條約討論中之論戰。

一九九六年十二月於 WIPO 外交會議討論 WCT 草案時，美國政府代表即支持草案第七條之規定，認為足以就電腦或其他傳播設備使用時之暫時性重製被排除於重製權外。其並提到美國著作權法第一百七條有關電腦程式之暫時性、必要之重製不侵害重製權之規定（電腦程式著作重製物所有人為該電腦程式連同機器使用之必要步驟所為之重製非屬侵害行為）。其建議就草案第(2)項規定再予釐清，以澄清其它代表之疑慮，例如「偶然（Transient）」一詞應不意味任何低於「暫時性（Temporary）」之範圍者，且「暫時性」一詞應較為妥適；此外，「附帶的（Incidental）」應包括將著作向公眾提供時所自動產生之步驟。雖然該條文最後因代表大會認伯恩公約第九條之規定已足因應而未通過該草案，但外交會議有關「伯恩公約第九條關於重製權以及其後有關被允許之例外規定完全適用於數位化環境」之決議文（agreed statement），即係在美國代表大力促成下所作成。

至於美國國內立法方面，「NII 智慧財產權白皮書」與 WCT 及 WPPT 之後，美國大力展開著作權法修正工作，其間雖有四項法案與 WCT 及 WPPT 有關，並於國會中討論，其中有二件有關重製權規定之草案始終未經通過，一九九八年十月二十八日完成之「一九九八年數位化千禧年著作權法案（The Digital Millennium Copyright Act of 1998，簡稱 DMCA）修正美國現行著作權法。該法案之修正重點在確認美國將履行 WCT 及 WPPT 之規定。

受到 MAI V. Peak 案及其後判決的影響，美國諸多專以維修電腦維生的電腦維修服務公司（independent service organizations）面臨了侵害著作權之壓力而無法生存，蓋維修電腦常須將他人之電腦程式重製於電腦中一段時間以進行測試和診斷，此一行為即涉及著作權人之重製權，未經同意之重製固將侵害著作權人之重製權，如必須獲得同意，則會導致權利人不同意而作為壟斷維修市場之弊端。為解決此一議題，美國 DMCA 法案乃於法案中之第三案：「電腦維修競爭確保法

案」中，允許維修過程中對於電腦程式之暫時性重製。而在國會之立法報告中，其並明確指出該條文之修正，無論如何均不會改變著作權法有關重製權之範圍，僅是在確保電腦維修服務公司（independent service organizations）在合於本條所定保護電腦程式著作權之情形下，得打開其客戶之電腦，以提供電腦硬體方面之服務。」¹⁸⁹

此外，DMCA 之第二案：「網路著作權侵害責任限制法案」，主要目的在增訂美國著作權法第五百十二條，提供 ISP 業者避風港（safe harbor）之功效，即在符合一定條件下，ISP 業者（Internet Service Provider, ISP）不必就其客戶之侵害著作權行為負擔責任¹⁹⁰。

綜上所述，美國 DMCA 雖未明文處理網路傳輸過程中，產生之著作重製議題。但在第三案：「電腦維修競爭確保法案」及第二案：「網路著作權侵害責任限制法案」之規定顯示，數位化網際網路電腦使用過程中之重製，應均屬美國著作權法意義下的重製，但在電腦維修業與網路服務業者等利益團體之強力遊說下，僅就電腦維修業者與網路服務業者之重製為免責特別規定，至於其他網際網路電腦使用過程中之重製，則僅得適用第一百零七條合理使用之概括條款以求免責。

第二目 歐盟

歐盟執行委員會（European Commission）自一九九五年七月十九日發布「資訊社會中著作權及其相關權利綠皮書」（Green Paper on Copyright and Related Rights in the Information Society）以來，關於重

¹⁸⁹ 參閱一九九八年十月八日美國參眾兩院聯席會議報告，第 76 頁。

¹⁹⁰ 對於 ISP 業者之著作權侵害限制責任，分為四種型態，包括(1)暫時性數位化網路傳輸；(2)系統自動存取；(3)使用人要求下之資訊存取於系統或網路；(4)資訊蒐尋工具。對於符合該四種限制責任規定之 ISP 業者，不必負擔財產上之損害賠償，同時法院對其發出禁制令之規定亦有限制，而該四種限制責任要件係各自分立判斷，互不影響。其適用之結果，亦使得 ISP 業者就部分網路上之著作重製得以免責。

製權的定義所持立場即為顯明，其係採取和歐盟電腦程式保護指令第四條之相同見解，也就是「將著作予以數位化是在重製權的範圍內，同樣的將著作載入電腦的中央記憶體（central unit of a computer）時，也在重製權的範圍內」¹⁹¹。一九九七年十二月十日歐盟執行委員會為落實 WCT 及 WPPT 之規定，提出「資訊社會中之著作權及其相關權利一致化指令草案」（Proposed Directive on the Harmonization of Certain Aspects of Copyrighted and Related Rights in the Information Society, COM (97) 628 Final.），其中關於重製權之規定，先於第二條作原則規定，再於第五條為例外之處理，分別為如下明文：

第二條重製權

會員國對於下列各款應賦予專有授權或禁止以任何方式及形式，全部或部分，作直接或間接，暫時或永久重製之權利：

(a) 著作人就其著作之原件及重製物，

(b) 表演人就其表演之固著物，

(c) 錄音物製作人就其錄音物，

(d) 首次固著之影片之製作人就其影片之原件及重製物，以及廣播機構就其廣播之固著物，不問該廣播係以有線或無線傳輸，包括有線或衛星¹⁹²。

¹⁹¹ Green Paper on Copyright and Related Rights in the Information Society, COM(95)382 19 July 1995.

¹⁹² Article 2 Reproduction right

Member States shall provide for the exclusive right to authorize or prohibit direct or indirect, temporary or permanent reproduction by any means and in any form, in whole or in part:

(a) for authors, of the original and copies of their works,

(b) for performers, of fixations of their performances,

(c) for phonogram producers, of their phonograms,

(d) for the producers of the first fixations of films, in respect of the original and

第五條第二條及第三條所定限制行為之例外：

- 一、第二條所定之暫時性重製，如係屬於專為使著作或其他保護客體可以被使用之目的，而為技術程序之必要部分，且無獨立之經濟意義者，應被列為第二條所定權利之例外。
- 二、會員國對於下列各款情事得規定為第二條所定重製專有權利之限制：
 - (一) 關於以任何影印技術或其他類似效果之程序，所作紙本或其他類似媒介上之重製者；
 - (二) 關於自然人非營利之個人使用目的所作之錄音、錄影或影音錄製媒介上之重製者；
 - (三) 關於機構為供公眾接觸且無直接或間接經濟或營利利益所為之特別重製行為者。
- 三、會員國對於下列各款情事得規定為第二條及第三條所定權利之限制：
 - (一) 專為教學說明或科學研究目的之使用，經註明來源，且其範圍與達成非營利之目的相當者；
 - (二) 為供視覺或聽覺障礙者之使用，且直接地與殘障有關，非屬營利性質，而其範圍為特定殘障所需求者；
 - (三) 與時事新聞報導有關之摘要之使用，經註明來源，且其範圍與資訊傳播之目的相當者；
 - (四) 為批評或評論之目的所為之引用，但以經合法地對公眾提供之著作或其他保護客體為限，且經註明來源，而其範圍與該特定之目的相當者；
 - (五) 為公共安全之目的或為行政或司法程序之適當執行目的之使用。

copies of their films , and

- (e)for broadcasting organizations, of fixations of their broadcasts, whether those broadcasts are transmitted by wire or over the air, including by cable or satellite.

四、第 1 項至第 3 項所定之例外及限制應僅適用於某些特定情形，且不應被解釋為其適用會不合理地損害權利人之法定利益，或與著作或其他客體之正常利用相衝突¹⁹³。

歐盟關於著作人權利方面之重製權之協調一致化規定，原先主要規定在電腦程式（第四條）及資料庫（第五條）保護指令。該二項指令所定之重製權範圍極為廣泛，包括暫時性之重製，而在重製權之限制方面，則不允許因個人使用目的逕行就電腦程式及電子資料庫進行重製。至於歐盟關於表演人、錄音物製作人、影片之製作人及廣播機構之鄰接權方面之重製權之協調一致化規定，則規定在出租權指令（第七條），其對於重製權之範圍及其限制之例示，並未作明確規定，且是否適用於數位化環境中之重製行為，亦不明確。

WIPO 於 1996 年十二月間討論 WCT 及 WPPT 時，歐盟扮演極重要角色，雖然 WCT 最後刪除歐盟積極推動的草案第七條關於重製權之規定，但歐盟對於自己所能完全掌控的歐盟指令，則完全依自己的

¹⁹³ Article 5 Exceptions to the restricted acts set out in Articles 2 and 3

1. Temporary acts of reproduction referred to in Article 2 which are an integral part of a technological process for the sole purpose of enabling use to be made of a work or other subject matter, and having no independent economic significance, shall be exempted from the right set out in Article 2.

2. Member States may provide for limitations to the exclusive right of reproduction provided for in Article 2 in the following cases:

(a) in respect of reproductions on paper or any similar medium, effected by the use of any kind of photographic technique or by some other process having similar effects;

(b) in respect of reproductions on audio, visual or audio-visual recording media made by a natural person for private use and for non-commercial ends;

(c) in respect of specific acts of reproduction made by establishments accessible to the public, which are not for direct or indirect economic or commercial advantage;

意志賞激。依指令草案之規定，關於重製行為之範圍廣泛，包括網路上（on-line）或非網路上（off-line）、有體的（material）或無體的（immaterial）形式，尤其特別強調「直接或間接」及「暫時或永久」。

1.關於「直接」重製，意指將著作或其他受保護客體直接地重製於相同或不同媒介上；

2.關於「間接」重製，包括經由中介步驟所完成之重製，例如將錄音物之廣播加以錄音，雖然係就廣播為錄音重製，間接地也重製原錄音物；

3.關於「暫時」重製，包括無法以人之視覺直接目視之電腦暫時性儲存行為。

4.關於「永久」重製，其重製之結果可能是有體物，例如書本。

本條「直接或間接」重製之規定同時強調著作與所完成之重製物並不一定必須是在同一地點，距離並不影響重製權之行使。「暫時或永久」重製之規定則澄清在數位化環境中，各種重製態樣均可能符合本條之重製定義¹⁹⁴。

在原草案第五條之例外規定方面，「第二條所定之暫時性重製，如專屬使著作或其他保護客體可被使用為目的，所為之技術程序部分，且無獨立之經濟意義者，應被列為第二條所定權利之例外。」其並非否認電腦網路使用過程中之暫時性重製是著作權法或鄰接權法制中之重製，只是基於實際情況，在立法政策上將其列為第三條所定權利之例外¹⁹⁵。

其後，歐盟執行委員會於一九九九年五月十九日參考歐盟議會及部長級會議意見所提出之修正草案，關於重製權方面，修正草案第五條第一項，將「暫時性重製」限制於「短暫而附帶的（transient and incidental）」暫時性重製，以顯示係網路上之暫時性重製，而其重製

¹⁹⁴ 參見歐盟指令草案之背景說明，載於

<http://Europa-e1Lint/COInm/internalmarket/eMIntprop/intprop/copyen.pdf>

¹⁹⁵ 轉引自章忠信，數位化網際網路環境對重製權之衝擊與因應，萬國法律，一百一十一期，八十九年六月。

除原有之「技術程序之部分」；更加上須為技術程序上「必要的（essential）」部分¹⁹⁶。

此外，在修正草案之前言（Recital）第二十三點並說明：重製權之「例外應包括網路上之快取（caching）與瀏覽（browsing）行為（whereas under these conditions this exception should include acts of caching or browsing）。同時，在草案之解釋備忘錄（explanatory memorandum）中更說明執委會不採歐盟議會及部長級會議有關比照WCT 原草案第七條或 WPPT 原草案第七條及第十四條所定，重製權之例外必須以「使用之行為須基於權利人之授權或法律所允許」之前提要件，蓋其認為此等要件並非達成打擊網路上盜版之適當方法，由於網路上「短暫而附帶的」暫時性重製，乃科技所為瞬間之重製行為，如要求必須合法使用著作之情境下方能因此免責，反而會影響網路的正常運作功能¹⁹⁷。

¹⁹⁶ 1. 第二條所定之暫時性重製，如係短暫而附帶的重製，屬於專為使著作或其他保護客體可以被使用之目的，而為技術程序部分，且無獨立之經濟意義者，應被列為第二條所定權利之例外。（1. Temporary acts of reproduction referred to in Article. 2, such as transient and incidental acts of reproduction which are an integral and essential part of a technological process, including those which facilitate effective functioning of transmission systems, whose sole purpose is to enable use to be made of a work or other subject matter, and which have no independent economic significance, shall be exempted from the right set out in Article 2.）

¹⁹⁷ 歐盟執委會之修正草案報告指出，「The introduction in Article 5(1) of the condition that the main act of use of a work should be authorised by the rightholders or permitted by the law. The Commission shares the Parliament's concern to ensure that networks do not serve as vectors for the transmission of pirated content. However, it feels that adding this condition is not the most appropriate or commensurate means of achieving that objective and, on the contrary, might jeopardise the proper functioning of the networks.」 「The

第三目 澳洲

澳洲政府自一九九四年政府委託著作權相關團體 Copyright Convergence Group 發表之報告「高速的變化—新傳播環境下的著作權 (Highways to Change--Copyright in the New Communications Environment)」開始檢討數位化科技對著作人及使用人之影響。一九九七年七月，澳洲著作權主管機關法務部與通訊文化部聯合發表「著作權修正與數位化議程 (Copyright Reform and Digital Agenda)」，在一九九九年二月所提出的著作權法修正草案，對於數位化相關議題均已處理。

關於重製權之問題，該草案於澳洲著作權法第二十一條第一項原有關於重製權之規定外¹⁹⁸，增訂(1A)項：「著作經轉化為數位化或其他得藉電子設備讀取之形式，或自數位化或其他得藉電子設備讀取之

conditions attached to the exercise of his condition have been strengthened by the above amendments accepted by the Commission .Together with Article 8, they ensure a satisfactory balance between the rights of rightholders and this exception (amendments 16 and 33) .」

¹⁹⁸ (1)For the purposes of this Act, a literary,dramatic or musical work shall be deemed to have been reproduced in a material form if a sound recording or cinematograph film is made of the work, and any record embodying such a recording and any copy of such a film shall be deemed to be a reproduction of the work.(2)The last preceding subsection applies in relation to an adaptation of a work inlike manner as it applies m relation to a work.(3)For the purposes of this Act, an artistic work shall be deemed to have been reproduced:(a)in the case of a work m a two-dimensional form—if a version of the work is produced m adlree-dimensional foml;or(b)in the case of a work in a three dimensional form..if a version of the work is produced in a two-dimensional form; and the version of the work so produced Shan be deemed to be a reproduction of the work.(4)The last preceding subsection has effect subject to Division 7 of part III.

形式轉化而成者，即被認為係本法所規之重製，任何於該等形式而包含有該等著作之物，即為該著作之重製物¹⁹⁹。」至於錄音與電影片，草案於同條文第(6)項亦有相同之規定：「錄音與電影片經轉化為數位化或其他得藉電子設備讀取之形式，或自數位化或其他得藉電子設備讀取之形式轉化而成者，即被認為係本法所規之重製，任何於該等形式而包含有該等著作之物，即為該著作之重製物²⁰⁰。」

在澳洲著作權法修正草案之說明，關於「傳播與瀏覽過程中暫時性重製之例外（Exceptions for temporary reproductions made in the course of communication and browsing）」篇章中，其特別指出網路傳播時，將數位著作電子化傳輸或對公眾提供之技術過程中，就該著作有諸多暫時或附帶的重製，「政府決定將著作於電子化傳輸或在電腦螢幕上瀏覽（單純觀看）之技術過程（或快取 caching）中，將著作的暫時性重製行為排除於現行重製權之外」，其主要理由認為網路所藉由運作的之技術過程應是無害的，因此草案於有關合理使用章節中，特別在第四十三條 C 就「傳播過程中之暫時性重製（Temporary reproductions made in the course of communication）」明定：「就著作或其改作為傳播之技術過程之一部分，或於電腦螢幕上閱讀資料時，就該著作或其改作所為之暫時性重製，未侵害該著作或其改作之著作權²⁰¹。至於視聽著作物或著作出版品方面，草案於第一百一十一條 A 亦

¹⁹⁹ (1A) For the purposes of this Act, a work is taken to have been reproduced if it is converted into or from a digital or other electronic machine-readable form, and any article embodying the work in such a form is taken to be a reproduction of the work.

²⁰⁰ (6) For the purposes of this Act, a sound recording or cinematograph film is taken to have been copied if it is converted into or from a digital or other electronic machine-readable form, and any article embodying the recording or film in such a form is taken to be a copy of the recording or film.

²⁰¹ (The copyright in a work, or an adaptation of a work, is not infringed by making a temporary reproduction of the work or adaptation as part of the technical

有相同之規定：「於就視聽著作物或著作出版品為傳播之技術過程之一部分，或於電腦螢幕上閱讀資料時，就視聽著作物或著作出版品所為之暫時性重製，未侵害其著作權²⁰²。由上述之修正可見，澳洲著作權法修正草案亦認為網路傳播時之暫時或附帶的重製仍是屬於著作權法中的重製，但於合理使用章節（Division 3 Acts not constituting infringements of copyright in works）中明文規定其不構成侵害著作權。

第四目 日本

日本可謂是國際間因應 WCT 及 WPPT 發展最有效率之國家，其作法上係採二階段方式修正其著作權法。第一階段係於一九九七年六月先針對較無爭議之互動式傳輸著作部分先予修正²⁰³，該次修正於一九九八年一月生效，至於一九九九年六月十五日修正通過之著作權法，則屬第二階段，主要係針對科技保護措施及權利管理資訊，及互動式傳輸以外之散布及對公眾之傳播等議題，經較長之協商始予定案²⁰⁴。

然而由於日本在學界與實務界通說均認為電腦網路使用過程中之

process of making a communication, or in the course of looking at material on a computer screen.)」

²⁰² (A copyright subsisting under this Part is not infringed by making a temporary copy of an audio-visual item or a published edition of a work as part of the technical process of making a communication, or in the course of looking at material on a computer screen.)」

²⁰³ 詳見章忠信，「日本新修正著作權法淺釋」，月旦法學雜誌，一九九七年八月。及[著作權筆記]之「相關論文」（<http://law-mis.cyCILEd11.tw/cr/paper/日本新修正著作權法淺釋.doc>）。

²⁰⁴ 詳見章忠信，「日本修正通過著作權法完全符合世界智慧財產權組織之條約規定」，[著作權筆記]之「法制發展」（<http://www.copyrightnote.org/develop/de009.html>）

暫時性重製並不能構成日本著作權法所謂的「重製」，從而在這二次著作權法修正中，始終未就電腦網路使用過程中，產生之暫時性重製現象作任何修正處理。

第四節 小結

數位傳輸之結果並不盡然均符合散布之要件，且在網際網路上並無存在可被外界察知之實質物體，復無實質物體的轉讓行為，在傳輸過程中又產生非法重製物，然如因此無法適用第一次銷售原則，無異將使著作重製物所有人，無法與他人分享著作資訊，及限制其在網路上出賣、出租該著作物之權能，亦使得著作物所有人在網際網路環境中擴張散布權之範圍。

自經濟觀點切入，網際網路替人們帶來較為便捷及較為舒適之溝通及傳輸環境，一個合法供人散布被授權物品，及可藉由電子傳輸為媒介供人出售著作物品，對人類而言是種非常有利用價值之工具，儘管網路上之傳輸行為締造了另一項重製物，然而保存一個可供人創造各式各樣資訊之環境，卻是項不爭之事實。因此如何調和著作物所有權人及著作權人間之利益，將是未來發展的新課題。假如並無傷害到著作人之利益者，應保護並提昇散布著作物之行為。是以假使承認複製物及錄音片在網路環境中，以傳輸行為對公眾加以散布並將之列為著作權人專屬散布權內容之一。該項新權利將改變傳統上散布之概念，如此則需輔以對網路傳輸行為合理使用主張範圍之界定(如對暫時性重製行為，是否侵害重製權)，否則對於使用者瀏覽網頁、對公眾寄發電子郵件等基本傳輸行為，動則侵害著作財產權人之重製權及散布權，如此將扼殺網際網路之使用空間。

而傳統著作權法制中所認為的「重製」，必須係將著作內容再現於有體物上達相當期間且可供見聞為限。如僅是單純的內容再現，而未在有體物上展現，或僅能以其他權利保護之，例如公開上映、公開演出或公開播送，尚無法構成重製；又著作內容之再現如僅瞬間即逝，

未達相當期間，於傳統著作權法中亦無法被認為屬重製行為；至於所再現之著作內容，祇要能被人類所眼見耳聞、重製及傳播，不問其是否係借助機械或設備之幫助而達成，均得屬於重製之範圍。美國著作權法第一百零一條規定：「重製物」係指以現在已知或未來發展出來之任何方法，將著作固著於錄音物以外之實體物，使該著作之內容可以供直接或藉由機械或設備之幫助而被感知、重製、或其他傳播²⁰⁵。」

而同條文對於「固著 (fix)」則定義為：「當著作人或在其所授權下，將著作包含於重製物或錄音物中，使該著作在非暫時的期間內，足以永久或穩定地被感知、重製或作其他傳播，即可謂該著作「被固著」於有形體之表達媒介上²⁰⁶。」

我國著作權法第三條第一項第五款規定：「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。於劇本、音樂著作或其他類似著作演出或播送時予以錄音或錄影；或依建築設計圖或建築模型建造建築物者，亦屬之。」其雖未如美國著作權法有關重製定義之抽象及細微，但其在例舉之重製方法外，加上「或其他方法有形之重複製作」等語，亦應足以使其他各種再現著作內容之行為被包括於「重製」之定義中。較有爭議的是，所稱「其他方法『有形』之重複製作之「有形」一詞，是否限於有體物上之再現著作內容，而足以將網路上傳輸過程中之著作內容再現，納入「重製」之定義。

著作於網路傳輸過程中所駐足的每一個所在，不論是 Server、Proxy、RAM 或 Monitor，無一不涉及著作內容之再現與儲存，祇是其

²⁰⁵ (“Copies” are material objects, other than phonorecords, in which a work is fixed by any method now known or later developed, and from which the work can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device.)

²⁰⁶ (A work is “fixed” in a tangible medium of expression when its embodiment in a copy or phonorecord, by or under the authority of the author, is sufficiently permanent or stable to permit it to be perceived, reproduced, or otherwise communicated for a period of more than transitory duration.)

形態與時間長短，與傳統之重製似有不同。RAM 中暫時性儲存，是否即為著作權法意義下重製，實務上多採肯定說，然學界間非無爭議。在現實情況下，如果認為數位化網際網路中關於著作之利用過程沒有重製之行爲，固就不必對於隨後而來的相關問題加以處理，包括是否須經著作財產權人爲重製權之授權，有無默示授權或合理使用之空間等等，看似一勞永逸之作法；然而，實際上數位化網際網路環境中關於著作之利用有諸多場合絕對不祇是瞬間暫時性（transitory duration）的重製，而是相當長時間的儲存，對於此一現象，如何在法律上爲適當之處理與因應，既保障著作人權益，又不致影響數位化網際網路之發展，成爲國際公約與各國討論著作權法制因應數位化網際網路發展之基本議題。

綜上析述得知 WCT 方面，經 WIPO 會議討論結果，各方認爲伯恩公約第九條第(1)項對於重製權既有規定，且事實上包括所有形態之重製，足以因應高科技發展下之各種重製行爲，並無於本條約中再爲重複規範之必要。又將重製權之限制情形，委由締約各方國內法定之，對於在數位化時代跨國界之著作利用將產生潛在性之衝突。最後，在南非代表之建議下，刪除 WCT 原條約草案第七條有關重製權及其限制之規定，回歸伯恩公約第九條第(1)項之重製權規範。因此，WCT 認爲網路上之重製屬伯恩公約第九條第一項之重製，至於網路使用過程中附帶、暫時性之重製，可直接適用伯恩公約第九條第二項有關重製權之例外與限制規定，不再另作定。在該草案條文被刪除後，大會仍作成一決議文（agreed statement），言明「伯恩公約第九條關於重製權以及其後有關被允許之例外規定，完全適用於數位化環境，尤其是以數位化形式利用著作之情況」。締約各方瞭解到，將受保護之著作以數位化形式儲存於電子媒介上，構成伯恩公約第九條所稱之重製。雖然事後各方對於 WCT 刪除原草案有關重製權之規定，各有不同闡釋，反對將網路上利用著作之行爲歸類爲伯恩公約所定之重製行爲之人認爲，WIPO 外交會議刪除該條文爲其最大之勝利，其將該項刪除解讀爲 WCT 否認網路上利用著作之行爲屬於重製之行爲，然而如瞭解 WIPO 外交會議討論之過程，非常明確地，這樣的解釋純粹是

有意曲解，事實上，WIPO 外交會議所以刪除原草案第七條關於重製權及其限制之規定，真正原因是認為伯恩公約第九條已足因應網路上之重製與例外，不待作重複規定。

而 WPPT 部分經過外交會議於 WCT 中刪除原草案第七條有關著作人重製權之規定，以回歸伯恩公約第九條第(1)項之重製權規範，然由於羅馬公約並無類似伯恩公約第九條第(1)項之重製權規範，WPPT 第七條乃保留原來與 WCT 原條約草案第七條第(1)項有關重製權之類似規定，僅刪除「不論是永久或暫時」等語，第七條部分並刪除「音樂的 (Musical)」等語，使表演人之重製權及於其所有表演之錄音物，而不僅限於音樂性質之表演之錄音物。至於原草案第七條第(2)項有關重製權之限制與例外規定部分，則與錄音物製作人所享有重製權之例外合併，移列為第十六條，參採伯恩公約第九條第(2)項內容就所有本條約之保護之限制與例外另為規定。此一結論將使 WPPT 援引伯恩公約第九條有關重製權及權利之限制與例外規範之精神。

又美國 DMCA 雖未就網路上傳輸著作之過程中之著作重製議題明文處理，但在第三案：「電腦維修競爭確保法案」及第二案：「網路著作權侵害責任限制法案」之規定顯示，數位化網際網路電腦使用過程中之重製，應均屬美國著作權法意義下的重製，但在電腦維修業與網路服務業者等利益團體之強力遊說下，僅就電腦維修業者與網路服務業者之重製為免責特別規定，至於其他網際網路電腦使用過程中之重製，則僅得適用第一百零七條合理使用之概括條款以求免責。

歐盟方面，WIPO 於一九九六年十二月間討論 WCT 及 WPPT 時，扮演極重要角色，雖然 WCT 最後刪除歐盟積極推動的草案第七條關於重製權之規定，但歐盟對於自己所能完全掌控的歐盟指令，則完全依自己的意志賞澈。依指令草案該二條文規定，關於重製之行爲，範圍廣泛，包括網路上 (on-line) 或非網路上 (off-line)、有體的 (material) 或無體的 (immaterial) 形式，尤其特別強調「直接或間接」及「暫時或永久」。其後，歐盟執行委員會於一九九九年五月十九日參考歐盟議會及部長級會議意見所提出之修正草案，關於重製權方面，修正草案第五條第一項，將「暫時性重製」限制於「短暫而附帶的 (transient

and incidental) 」暫時性重製，以顯示係網路上之暫時性重製，而其重製除原有之「為技術程序之整體部分」，更加上須為技術程序上「必要的 (essential) 」部分。此外，在修正草案之前言 (Recital) 第二十三點並說明：重製權之「例外應包括網路上之快取 (caching) 與瀏覽 (browsing) 行爲 (whereas under these conditions this exception should include acts of caching or browsing) 」。

而澳洲部分其著作權法修正草案亦認為網路傳播時造成之暫時或附帶之重製現象，仍屬著作權法中之重製概念，惟可主張合理使用條款來加以免責。至於日本在學界與實務界之通說，則均認為電腦網路使用過程中之暫時性重製並不構成日本著作權法所謂的「重製」。

可知國際間已普遍認為著作於網路傳輸過程中所涉及著作內容之通過、再現與儲存，不問其形態與時間長短，應屬著作權法意義下之重製，似乎只有日本通說採否定說，其他國家均致力於修正著作權法之相關規定。美國 DMCA 雖未處理此一議題，然在實務上亦採肯定見解，惟其既是判例法似的 (case law) 國家，由司法機關以第一百零七條合理使用之概括條款處理之，原本即已無問題，不待明文規定。於此情形下，我國既非判例法國家而是成文法國家，似宜參採澳洲與歐盟之作法，並參考 WCT 原草案第七條文字，於著作權法中明文處理著作於網路傳輸過程中所涉及著作內容之通過、再現與儲存之重製問題，使其成為重製權之範圍，再以合理使用條文排除其違法性。其間或有多此一舉之譏，然而如果事實上確為著作內容再現，不得僅因為立法技術處理的繁複，或認為承認該重製行爲對著作權人之利益亦無妨害，或認為網路資訊自由重於一切，而拒絕承認其為著作重製之事實等，均非立法實務上所應為之態度，畢竟「科技上之必然 (現象)，非等同法律之當然 (規定)」，對符合重製要件之科技現象 (如數位傳輸過程中之暫時性重製現象)，即應在著作權法制上明文規範該行爲即屬重製現象，至於可否主張合理使用之規定予以免責，則為另一層次之思考問題²⁰⁷。

²⁰⁷ 如重製行爲之產生僅屬偶發貨附隨之性質，且未具任何商業上之使用目的，

即可認為符合合理使用之免責規定。

第四章 美國及我國實務裁判見解

我國著作權法中有關第一次銷售原則之規定，係植基於美國著作權法第一百零九條之規定而來，業如前述。是美國法制中有關第一次銷售原則之理論基礎、立法之規範目的，及該規定於網際網路之數位環境中所遭遇之困境，前已論及，而本章則著重論述美國實務裁判對數位環境中之傳輸行為，是否侵害著作權人之專屬權，其中法院所持之見解究係為何？又裁判見解前後有無更迭？再分析我國實務裁判對該議題所持之法律見解，繼而分析上開實務見解是否足因應數位時代之傳輸行為。

第一節 美國實務裁判之發展

第一項 MAI Sys. Corp. v. Peak Computer Inc. 案

第一目 案件事實、爭點

原告 MAI 公司為電腦製造商，除了製造並銷售自創品牌之電腦，還從事開發與銷售作業系統及維修其電腦之電腦程式，並對買受其公司電腦之消費者提供維修服務。被告 Peak 公司也提供電腦維修服務之公司，其重要幹部更係自原告 MAI 公司離職加入，被告 Peak 公司也維修原告所售電腦，與原告公司產生競爭，原告 MAI 公司乃於一九九二年向加州中區地方法院控告 Peak 公司侵害其電腦程式著作權、不當使用 MAI 公司營業秘密、侵害商標權、不實廣告及不公平競爭等。

該案關於著作權法的主要爭點在於：將電腦程式著作載入電腦 RAM 中是否構成美國著作權法之「重製 (copy)」？原告 MAI 公司主張，被告公司於為客戶維修 MAI 公司產銷之電腦，在開機或檢測電

腦時，會將原告公司之電腦程式著作載入電腦的 RAM 中，產生重製物，而被告公司此一未經原告公司授權行爲，侵害原告公司之重製權²⁰⁸。

第二目 判決理由

加州中區地方法院及第九巡迴上訴法院均判定，RAM 中的重製即爲美國著作權法定義下的重製，而被告並不是電腦程式重製物的「所有人（owner of a copy of a computer program）」，不符著作權法第一百十七條之合理使用，故認爲被告侵害原告之重製權。

第三目 案件評析

MAI Sys-Corp. v. Peak Computer, Inc.案之後，一九九四年的 Advanced Computer Serv. of Mich., Inc. v. MAI Sys. Corp.案及 Triad Systems Corp. v. Southeastern Express Co.案，法院亦持同樣見解。在上開判解之支持下，電腦使用者購買合法電腦程式著作，於電腦執行時，雖在 RAM 中暫時性重製該軟體，亦得主張第一百十七條之合理使用。但使用盜版軟體之人，或原版所有人以外之人之使用，就不能主張合理使用。一九九五年美國 NII 智慧財產權白皮書也採納 MAI v. Peak 案的見解，認爲「將著作儲存於電腦 RAM 中雖僅係短暫時間，就產生了重製。」，此一見解衍生諸多問題，例如所有網路傳輸過程中，在伺服器、RAM、硬碟及電腦螢幕上的資訊再現，都是著作權法意義之「重製」。

「暫時性重製」在近日引起國人諸多關切，主因在於美國要求我國在著作權法中將「暫時性重製」明定屬於「重製」之範圍，導致一般人認爲將使網路瀏覽成爲犯罪之行爲，人人都將犯罪。這樣的看法應是誤解，但也不得正視美方要求背後所含真實的目的，亦即使用

²⁰⁸ See MAI Sys. Corp. V. Peak Computer Inc., 991 F.2d.511,518 (9th,Cir.1993)。

盜版若涉及重製行為，將構成侵害著作財產權中的重製權。

「暫時性重製」之爭議起源於美國一九九四年 MAI Sys- Corp .v. Peak Computer, Inc.一案，其癥結在於電腦程式著作權人可否禁止他人未經其同意使用其程式，其結論之適用，隨後更衍生擴及於各類著作之著作權人可否禁止他人使用其著作。此一爭議因國際間不同之處理結果，與各自解讀，使問題更形複雜。然一行為僅要將他人著作內容完整地複製、體現，即符合著作權法中之重製定義。此與重製時間之久暫無涉，更未可該現象為科技使用上不可避免之情形，即掩耳盜鈴地刻意忽視上開重製情形，或有意曲解著作權法對重製之法概念，如此均未允當。惟有直指問題之核心，肯認上開行為確屬重製之範疇，再進而考量個案之使用情形，適當以合理使用來阻卻其違法性等，如此方為解決之道。

第二項 Playboy Enterprises, Inc. V. Frena 案

第一目 案件事實、爭點

在 Playboy Enterprises Inc. V. Frena 一案中，Playboy 公司未經授權，在電腦網站刊登 Frena 之照片，使得上開照片遭該網站瀏覽者下載後並任意上傳。

而該案件之爭點在於數位環境中之「下載、上傳」行為，是否符合法令中散布權之概念。

第二目 判決理由

法院認為，Playboy 公司未經授權，在電腦網站刊登 Frena 之照片，使得上開照片遭該網站之瀏覽者下載後並任意上傳之結果，使得接受

之一方產生複製行爲，因而侵害了該照片著作權人之散布權²⁰⁹。

第三目 案件評析

該判決中雖無針對在數位環境中之「下載、上傳」行爲，是否符合美國著作權法中之散布權一事，提出相關見解。然數位傳輸環境中是否得以適用第一次銷售行爲，其中之疑義之一，即爲網路上傳輸行爲，是否屬散布之概念。在美國著作權法第一百零六條第三項對於散布係定義爲：藉由買賣、出租、出借等之方式，散布著作物原件或其重製物；而所謂重製物之定義，則爲固著之有形物。換而言之，重製物應係有體物而非無體之電子訊號。不同於書籍、錄音帶等傳統著作物，可藉由轉讓有體物來散布，而數位環境中並無實質具體之轉移行爲產生，因網路上之電子資訊係以電子數位型態顯示，而該資訊並非實質之具體物件，人們要如何不掌握任何有體物，而轉移散布數位資訊？上開判決是否有意突破此一瓶頸，判決理由中對之未加說明，是尙未可得知法官對該議題之見解爲何？然該判決中認爲數位傳輸過程中，會有未經著作權人同意之重製物產生，此部份侵害了著作權人之重製權乙節，殊堪贊同。

²⁰⁹ See *Playboy Enterprises, Inc. v. Fren*, 839F Supp.1552, 1556 (M. D. Fla. 1993) (public distribution of a copyrighted work is a right reserved to the copyright owner, and usurpation of that right constitutes infringement, 【Plaintiff's】right under 17 U. S. C. §106 to distribute copies to the public has been implicated by Defendant Frena. Section 106(3) grants the Copyright owner "the Exclusive right to sell, give away, rent or lend any material embodiment of his work, There is no dispute that Defendant Frena supplied a product containing unauthorized copies of a copyrighted work. It does not matter that Defendant Frena claims it did not make the copies itself.")

第三項 A&M Records Inc. V. MP3.COM Inc. 案

第一目 案件事實、爭點

在 MP3.COM 與美國唱片業協會 Recording Industry Association of America (RIAA) 的這一場著作權爭訟中，RIAA 與五大唱片公司 (Sony Music, Warner Music, EMI Recorded Music, Universal Music and BMG Entertainment) 於二〇〇〇年元月二十一日起訴主張，MP3.COM 應賠償每張 CD 美金 750 元至 150,000 元，其最高數額達六十億美元。紐約南區聯邦地方法院 Jed Rakoff 法官於二〇〇〇年四月二十八日認定 MP3.COM 侵害了錄音業者之著作權。經過一段時間的談判，MP3.COM 與其中四大唱片公司達成和解，賠償每家唱片公司二千萬美元，其中未達成和解的 Universal Music Group 原經法院於二〇〇〇年九月六日判決 MP3.COM 應賠償二億五千萬美元，引起各界關注。

本案之被告 MP3.com 是美國聖地牙哥的一家公司，在其網站 <http://my.mp3.com> 上提供一項稱為“My.MP3.com”的服務，藉由其所設計的免費軟體 Beam-It，使得消費者得以從網路上聽到音樂 CDs。一般提供類似服務的網路公司，例如另一家與被告 MP3.com 相競爭之 Myplay 公司，其係使消費者自己將錄音著作上載於網路公司的「儲存櫃 (storage lockers)」中，日後就可以從該儲存空間中收聽錄音著作，且其事先均與唱片公司取得協議。但是 MP3.COM 的“My.MP3.com”服務與其他網路公司的類似服務不同，他們自己先在伺服器上儲存約八萬張的 CD，消費者祇要上網將自己所有的原版 CD 置於光碟機中，MP3.com 的 Beam-It 軟體就可檢測證明消費者擁有合法的 CD，消費者如無合法原版 CD，也可從 MP3.com 所鏈結的零售商網站上購買原版 CD，以後就可以自任何地點使用任何一部電腦，藉網路聽取這一資料庫中的 387,000 首錄音歌曲，不必再使用原版 CD 或自行製作 MP3

音樂檔案²¹⁰，也不怕電腦硬碟毀損時，自行製作的 MP3 音樂檔案會消失，可以節省許多時間與不必隨身攜帶原版 CD，未來該公司還可能讓消費者可以從行動電話上收聽錄音著作。MP3.com 的獲利主要來自於接受該項服務的 50 萬訂戶與網站上的廣告收益，而廣告收益佔總獲利 80%。

本案所涉及著作權侵害客體為錄音著作，而錄音著作中包括許多音樂著作（詞曲）在內。雖然被告 MP3.com 自一九九九年六月起，就已經與美國音樂作詞作曲家代表團體 American Society of Composers, Authors and Publishers (ASCAP) 簽署授權利用音樂著作之協議，二〇〇〇年五月八日更與另一音樂著作權人團體 Broadcast Music Inc.(BMI)簽訂類似授權契約，使用該組織 140,000 位美國作詞作曲家及 60,000 位音樂發行商總計約四百五十萬首音樂，不過，其仍未經錄音著作之權利人授權即建立該錄音資料庫。

從 RIAA 的觀點，MP3.com 未經錄音業者之同意，建立此一錄音著作資料庫，侵害了其錄音著作之重製權，但 MP3.com 則不認為如此，他們認為自己祇是提供消費者方便的服務。蓋消費者買了合法的原版帶，在著作權法所允許之合理使用原則下，為其個人利用目的，原本就可以將自己所擁有的原版 CD 複製供自己在任何時間及任何地方欣賞，在科技發達之後，當然也可以透過網路來進行此一合理使用行為，既然 MP3.com 只是替消費者作私人使用的儲存資料庫功能，並未作非法的盜版行為，而消費者透過其服務，只能收聽但不能下載 MP3 檔案，則 MP3.com 的行為應符合合理使用的要件。MP3.com 甚至認為他們的服務對於原告產品的銷售也有助益，因為他們也提供另一項「立即聽服務 (Instant Listening service)」，消費者如沒有原版 CD 而想要享受被告的服務，就必須透過與被告鏈結的經銷商，先買原告的產品。

MP3.com 認為，如果沒有“My.MP3.com”的服務，消費者將會使

²¹⁰ 有關 MP3 之技術與著作權相關問題，請參閱章忠信，「MP3 所帶來的著作權問題」，載於[著作權筆記](<http://www.copyrightnote.org/develop/de018.html>)

用「音樂交流軟體程式(music swapping software programs)，如 Napster 及 Gnutella 等程式，對錄音工業之經營更其威脅性。

被告 MP3.com 在本案中曾引用 1984 年 Sony 案中之合理使用抗辯。在 Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464U. S. 417 (1984) 案中，美國最高法院法官以五票對四票之表決，認為 Sony 公司的錄影設備主要是作「時間轉換(time shift)」之功能—供個人將得自由利用之著作(電視節目)錄製下來供以後再觀賞，而非作為營利使用，因此構成合理使用。MP3.com 認為，如果著作權法所規定的合理使用允許作「時間轉換(time Shift)—將著作錄製下來供以後再觀賞，則其服務其「空間轉換(space Shift)之功能—將著作錄製下來以供在別處欣賞，屬「無實質損害之使用(substantial non-infringing use)」，應亦得主張合理使用，他們認為消費者既然已購買原版，應得以在任何地方收聽該錄音帶，不必隨身攜帶或再去買同樣的錄音帶在別的地方或設備上欣賞。

第二目 判決理由

Jed Rakoff 法官則認為祇要是未經同意而重製他人著作之行為，都是違法，不會因為是否會為著作權人帶來銷售量的提昇而有不同。Jed Rakoff 法官認為 MP3.com 的“My.MP3.com”的服務不僅是重製並儲存錄音著作，還包括未經著作權人同意，在網路上對其客戶播放錄音著作。

且關於利用人合理使用特權之行使得否由其他營利機構代為行之，美國法院早有否定之意見。在 Princeton University Press v. Michigan Document 案中，法院認為非營利之教育事業或其教學之人，於著作權法所允許之合理使用特權，不得由營利性的影印店代為行之。

Jed Rakoff 法官認為 MP3.com 的服務並不是消費者將其原版 CD 存在被告的「儲存櫃(storage lockers)」中，而是被告自己未經著作權人同意，先將錄音著作重新包裝後，再以不同媒介再次傳輸著作，

並無任何其創作性之轉換²¹¹。

第三目 案件評析

著作權法固然有必要因應網際網路數位化科技發展而作調整，但傳統著作權法制最基本原則，大部分仍是適用於網際網路數位化時

²¹¹ 被告雖然敗訴，不過，在後來的數周，MP3.com 開始與 RIAA 洽談和解，並已陸續停止使用者接觸 RIAA 的錄音著作。在二〇〇〇年六月九日、八月二日及八月二十一日，MP3.com 分別和其中的 warner 公司、BMG 公司、EMI 集團及 Sony Music Entertainment 達成和解，支付每家公司二千萬美元，同時，雙方約定，未來在 MP3.com 網站上每次被消費者下載一次音樂再支付若干費用。至於 Universal Music Group 最初仍未與 MP3.com 達成和解，法院於二〇〇〇年九月六日判決 MP3.com 應賠償二億五千萬美元。但雙方最後終於達成和解，不再上訴，MP3.com 支付 Universal Music Group 公司五千三百萬美元，同時，Universal Music Group 亦得於適當時機買入 MP3.com 20% 股票。消息傳出，MP3.com 股票立即上漲 18.6%，達到 4 美元。此一案件引起各方關切，咸認為應有更好的解決方式，就在二〇〇〇年九月二十五日，維吉尼亞州眾議員 Rep. Rick Boucher 於國會提起一項法案「二〇〇〇年音樂所有人收聽法案 (The Music Owner's Listening Act of 2000) H.R.5275」，大家稱其為「MP3.com 法案」，因為該法案意圖修正美國著作權法，使得擁有原版 CD 之人為個人非營利目的，得於任何時候從網路上以互動方式收聽音樂，但不得將音樂傳與他人。針對此一提案，RIAA 於致國會議員之信中強烈反對，認為此一法案將剝奪創作人之權利。由於該法案未及於美國國會當會期討論而自動失效，只能於二〇〇一年新會期視其是否重新提出討論。不過，到了二〇〇〇年十二月初，MP3.com 再度開張，相同的經營方式，只是這回是獲得著作權人的授權。每一位消費者每年支付美金 49.95 元後，就得儲存 500 張專集，同時其亦免費提供網友儲存 25 張 CD 之空間，但網友於使用其服務時，會看到其所傳輸的廣告。對於這樣的經營模式，相對於網友習慣的先前免費使用，是否能長久下去，各方都拭目以待。

代，例如網路上所散布的各種著作，其著作人仍是自著作完成就享有著作權，任何人未經其同意或授權，不得任意使用或傳輸。當然，網路使用人在不構成著作人權益受損害的範圍內，也仍有合理使用空間，只不過利用人對於著作之合理使用，隨著網際網路數位化科技發展，也必須要有新的體認，亦即「科技上的必然未必即為法律上之當然」。在已往科技不是很方便之年代，自報章雜誌上影印數篇文章，或自廣播中錄下數首音樂歌曲，固然可被認為是合理使用，同樣地，在今日當網友們很方便地利用網路傳輸、下載他人著作時，在技術上雖不費吹灰之力，也已是習以為常的動作，則下載一首歌或一篇文章自用，固仍可主張為合理使用，若下載千百首歌或文章以建立自己之資料庫，從而不必進入消費市場付費選購這些創作，從著作權人角度思考，是否還可被認為是合理使用？

另一方面言之，網路世界以資訊傳輸為內容，以科技架構為基礎，而科技可以作為促進著作利用之工具，同時也成為侵害著作權利之利器。著作權利人應思考如何一如往例，積極利用 MP3 或類似 Napster 軟體等新科技來增加自己的收益，而不是消極的抗拒，一意要扼殺科技的發展。試想有一天，當付費與下載等安全保護機制建立，所有著作均得被數位化，錄音唱片業不再須要以有體物形態的 CD、錄音帶等需透過盤商層層傳銷，也不必設立店面、支付租金與雇用大量店員，只要透過網路銷售，任何人都可以付費點選下載自己喜愛之單曲，存於硬碟中，隨時聽取，甚至只要支付少許費用，直接點選收聽，不必下載。此一錄音唱片業經營模式，可降低各方成本達原成本之十五分之一，對各方均有其實益，事實上亦已隱然成型地發展中。

第四項 A & M Records Inc. V. Napster Inc. 案

第一目 案件事實、爭點

高科技之發展使得錄音著作得以被壓縮成僅占極小空間的數位化

格式，因此易透過網路傳輸及下載。被告 Napster 為設在加州之公司，其使用名為 Musicshare 網路瀏覽軟體程式，此一免費軟體使得網路使用者得以經由網路，蒐尋到他人存有特定歌曲的 MP3 錄音檔案的電腦硬碟，進而從他人的硬碟中拷備該 MP3 錄音檔案，彼此分享。此一設計原先之目的僅是在供寢室同學或家人間 MP3 檔案之流通，不過事後之發展顯然不僅於此²¹²。目前被告雖未對其使用者收取任何費用，不過在打開知名度後，其未來將透過其網站從使用者 Email 住址、廣告、與營利網站之鏈結、販售 CD 及燒錄機或其公司之相關產品上獲取利益。由於被告擁有廣大使用者之基礎，據估計其公司價值接近六千萬至八千萬美元之間。依據原告之調查，透過 Musicshare 軟體程式被分享之音樂著作，有 87% 是受著作權法保護的，而其中約有 70% 屬於原告所代表之唱片公司所有，而其流通從未獲得授權。

在原告方面，由於網路傳輸安全技術之限制，其尚未完全透過網路銷售其錄音著作，僅以 Sampling²¹³ 及 Streaming²¹⁴ 方式在網站上作促銷動作。無論如何，當目前原告在進行 Sampling 及 Streaming 促銷時，仍可從其相關合作廠商獲取若干報酬。而透過被告 Musicshare 軟體程式被分享之錄音著作，將被永久地存於使用者之硬碟中，使用者通常也不會再去購買正版 CD。

原告認為，雖然被告本身對原告之錄音著作並未直接為重製或散布，但被告明知此一程式設計鼓勵網路使用者在網路上未經授權，重製原告的錄音著作，被告未加禁止而又從中獲利，構成對原告錄音著作之「輔助侵害」與「代理侵害」，並違反公平交易法²¹⁵。

依據被告內部文件之自行估計，Napster 前軟體程式之使用者目前每月使用人數成長比率約百分之二〇〇，目前約有五千八百萬人，而現在每秒中約有一百人次上線，並約有一萬首音樂透過 Musicshare 軟體程式被分享。

²¹³ Sampling 之作法是僅播放 30 至 60 秒之音樂供試聽，以供消費者決定是否購買該錄音著作。

²¹⁴ Streaming 之技術使網友僅可聽取錄音而無法下載。

²¹⁵ 雖然實際為侵害行為的人是從他人的硬碟中拷備 MP3 錄音檔案的網路使用

RIAA 於一九九九年十二月六日起訴主張被告 Napster Inc 公司的 Napster 軟體程式對於原告錄音著作之著作權構成「輔助侵害」與「代理侵害」。加州北區舊金山聯邦地方法院 Marilyn Hall patel 法官原本於二〇〇〇年七月二十六日發出禁制令，要求 Napster Inc.公司於七月二十九日零時起，必須停止其網站中網路自由交換下載 MP3 錄音檔案之服務，孰料經被告 Napster Inc 公司之上訴，第九巡迴上訴法院法官 Alex Kozinski 及 Barry Sillverman 於七月二十八日作出裁決，暫停該禁制令之執行²¹⁶。

Napster Inc.公司在另案亦被重金屬搖滾歌手 Metallica 及著名的 rap 歌手 Dr. Dre 控訴侵害其著作權。Metallica 控訴 Napster Inc.公司及南卡羅萊納州立大學、耶魯大學及印地安納州立大學等令使用者得未經其同意，從他人硬碟中下載重製其錄音著作。

Napster Inc.公司在這兩個案子中都主張其是美國一九九八年數位千禧年著作權法案（Digital Millennium Copyright Act）第 512(a)條所定得不必負責任的網路服務業者²¹⁷，因為其並未直接傳輸錄音著作，只是提供鏈結方法讓網路使用者得以獲得錄音著作，其本身並未重製著作。

者，但其數量高達到 30,000 以上，對其起訴顯不經濟，所以原告乃就其侵害之始作俑者 Napster Inc 公司起訴。原告代表則言明，「對於未被訴侵害著作權之網路使用者，並不表示他們的行為未構成著作權侵害。」

²¹⁶ Napster Inc.v.A&M Records Inc.,9th Cir.,No.00,16401,7/28/00。其主要理由在於被告所主張一般使用者原本就得基於個人使用目的就錄音著作進行「家庭錄製（home recording）」之合理使用。該案之爭議在於法院必須就著作之分享與竊取，或個人使用與未授權之利用間之分界線何在，作出適當判定，而法院先後之裁決反覆，思考角度不同，一時間引起各界之注目。

²¹⁷ 該法案之重點請參閱拙著「美國一九九八年數位化千禧年著作權法案簡介」，刊載於「萬國法律」，1999年10月，107期，25、42頁，亦可於[著作權筆記]中閱覽(<http://www.copydghtnote-orgpaper/paOO10.doc>)。

Napster Inc.公司在本案中曾引用一九八四年 Sony 案²¹⁸中之合理使用抗辯。本案被告既未自行為重製行為，且其程式係供作重製或散布合法之 MP3 檔案之用，屬於「空間轉換 (space shift)」之功能—供正版所有人在家就其正版重製後，供個人於辦公室或其他場所欣賞，而非作為營利使用，亦得構成合理使用。法院亦應體認科技對著作利用所帶來任何可能的合法發展，不得科被告以侵權責任。Napster Inc.公司進一步認為縱使使用者利用其軟體進行直接侵害著作權，原告仍未提出足夠的證據證明被告須負擔「輔助侵害」與「代理侵害」責任。同時，被告亦認為原告之著作權並未因此而受損害。

第二目 判決理由

Napster 案是比 MP3.com 案更具爭議性的案件，主要是 Napster 案中，被告 Napster Inc.公司僅提供交換 MP3 檔案之管道，本身未為重製著作之行為。但在二〇〇一年二月十二日，舊金山聯邦上訴法院認定 Napster 構成對於錄音及音樂著作之著作權人重製權與散布權之「輔助侵害 (contributory infringement)」與「代理侵害 (vicarious infringement)」，要求地方法院重新調整原先發出之禁制令後，令 Napster 停止相關服務。

Marilyn Hall Patel 法官判決中不認同被告上開見解，法官認為一九九八年數位千禧年著作權法案所定網路服務業者得以免責，是因為那些網路服務業者只是單純地提供通路，而侵害者利用該通路去作侵害著作權的行為，因此不能要求那些網路服務業者負責，而在本案中，雖然 Napster Inc.公司的軟體與伺服器提供網址的資訊給網路使用者，讓他們的電腦彼此可以聯絡，但此為網路自動聯結之結果，不是

²¹⁸ Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984) 在該案中，美國最高法院法官以五票對四票之表決，認為 Sony 公司的錄影設備主要是作「時間轉換 (time shift)」之功能—供個人將得自由利用之著作（電視節目錄製下來供以後再觀賞，而非作為營利使用，因此構成合理使用。

Napster Inc.公司所完成的，所以其並不是數位千禧年著作權法案所定的提供通路的網路服務業者，因此不得依該法案責。

法院認為，「空間轉換」固得構成合理使用，但本案之 Musicshare 軟體程式主要在供未經授權而傳送 MP3 錄音檔案，因此不得引用 Sony 案中。同時，在 Sony 案中，被告 Sony 公司賣出錄放影機後，與消費者隨後之錄影行為無涉，然而本案使用者之行為仍在被告之控制中，被告不得免責。

被告提出有關合理使用及「無實質損害之使用（substantial non-infringing use）」等抗辯。關於「無實質損害之使用（substantial non-infringing use）」之抗辯，又稱為「營利為主原則（staple article of commerce doctrine）」，該原則起源於 Sony 案中，法院認為基於營利目的而販售物品，如該物品之商業上意義主要作為侵害之用，則販售者無須負侵權之責任。而 Sony 案中，法院亦認為任何個人得基於合理使用之原則而重製他人著作。不過在本案中，法院認為 Sony 案與本案事實並無太大關聯，蓋被告之軟體大部分被用來重製及散布盜版的 MP3 檔案，故被告並無合理使用的空間。對於被告所提其合於著作權法第 107 條所定四項合理使用認定標準之抗辯，法院亦一一駁斥。

一、利用之目的及性質，包括係為商業目的或非營利教育目的。本案例中，法院不認為使用者下載 MP3 檔案對原有之錄音著作有何具創作性之轉換(transformative)。此外，雖然利用 Musicshare 軟體程式上載或下載 MP3 錄音檔案並未涉有營利之行為，且為個人之利用行為，但其與傳統的個人利用顯然不同。而在先前的 *Sega Enters. Ltd. v. Maphia*, 857F. Supp. 679, 687 (N.D.cal.1994)案中，法院更已認為，減省使用者購買正版之花費本身具有營利之性質，無從構成合理使用。在 *American Geophysical Union v. Texaco, Inc.* 3d913, 922 (2d Cir.1994)案中，法院亦認為營利企業未經授權重製學術論著以利其科技研發，係直接自該學術論著獲利，構成營利之使用，故本案之利用應屬營利之使用。關於使用之性質方面，法院引用先前之案例 *Infinity Broadcast Corp. v. Kirkwood*, 150F. 3d104, 108 (2d Cir.1994)（將廣播透過電話線傳送不具創作性之轉

換），以及 *UMG Recordings, Inc. v. MP3.com Inc*（將 CD 壓縮為 MP3 檔案之重製行為不是創作性之轉換），認為下載 MP3 音樂檔案不屬將著作作轉換之創作，不能構成合理使用。

- 二、著作之性質。可以確認的是，原告之著作係供娛樂之用，因此利用 Musicshare 軟體程式上載或下載 MP3 錄音檔案，與原告創作著作之性質相近。
- 三、所利用之質量及其在整個著作所占之比例。法院認為在 *Sony* 案之前，第九上訴巡迴法院在 *Marcus v. Rowley*, 695F. 2d1171, 1176 (9th CK1983)案已認定大量重製整份的著作無法主張合理使用；而在 *Sony* 案之後，法院亦認為個人家庭之利用而大量重製整份的著作，無法主張合理使用。從而，本案利用 Musicshare 軟體程式上載或下載 MP3 錄音檔案係大量且整份完全之重製錄音著作，很難構成合理使用。
- 四、利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響。法院認為，毫無疑問地，Musicshare 軟體程式一方面降低大學生對正版 CD 之購買，一方面阻礙原告進入數位方式下載音樂之市場，對原告音樂及錄音著作之潛在市場與現在價值具負面之影響，不得主張合理使用。

在「輔助侵害」與「代理侵害」之指控方面，法院認為「輔助侵害」係指明知他人之侵害行為而對該行為為促使、造成或有實質之幫助 *Gershwin Publ'g Corp. v. Columbia Artists Management, Inc.*, 443F. 2d1159, 1162 (2d Cir.1971); *Fonovisa, Inc. v. Cherry Auction, Inc.*, 76F. 3d259, 264 (9th Cir.1996)。此一明知並不以事實上確知為必要，亦不必就特定侵害著作之人及事為絕對認知，只要其有理由知道有人之侵權行為即已足 *Cable/Home Communication Corp.*, 902F. 2d at 846; *Sega Enter. Ltd. v. MAPHIA*, 948F. Supp. 923, 933 (N.D.Cal.1996)。而事實上，被告對於使用者非法上載或下載原告之錄音著作顯然知情。

法院並認為，縱使無僱傭關係，如果被告對於他人之侵害行為有權且有能力監督，而其從該侵害行為中直接獲有經濟利益，就須負「代理侵害」之責任。本案被告確有能力管制其使用者，且在經濟上有其

誘因繼續經營其業務，同時，吸引網友到訪本身就是一種獲利，其未來亦有以此獲利之計畫，而沒有實際上之利益收入，並不足以作為可以侵害原告著作之理由。

事實上，Napster Inc.公司的服務廣受學生的歡迎，美國許多大學阻止學生使用 Napster Inc.公司的服務，其原因不在著作權問題，而在於學生使用結果造成網路大塞車，所以不得不採取阻絕對策。例如印地安納州立大學先前曾經阻止學生使用 Napster Inc.公司的服務，然而其後因該項電腦網路塞車問題解決後，再度重新開放。雖然被告曾抗辯其 Musicshare 軟體程式會提高原告錄音 CD 之銷售量，但經調查顯示，被告之行爲直接造成銷售量之降低。

本案法院的判決再度重申一項原則，即是在網路上未經授權而利用著作仍是違法的，任何提供促成這些違法行爲發生的服務、程式設計或設備，都將構成輔助侵害之責任。而被告 Napster Inc.隨後亦決定依 Dr. Dre 之通知名冊停止約 317,000 用戶為交換非法盜版錄音之鏈結行爲。依美國一九九八年數位千禧年著作權法案，ISP 業者如經權利人通知有著作權侵害情事，而立即終止侵害物被接觸或侵害者利用其服務或設備者，則可以免責。但為避免此一制度被不當利用，影響 ISP 業者之服務，法案又規定，如被指稱侵害者提出異議，則在獲有確定結論前，ISP 業者應先回復其服務。於是，有許多被指為侵害之用戶透過網路提出保證，主張其未侵害著作權，這些網路使用者有些是用匿名，有些則或係虛偽的保證，如果著作權人未對其一起訴獲得勝訴確定，似乎難以遍止，但對個別網路使用者進行訴訟，並不符經濟效益，這正是網路使用環境下，著作權有效保護之難處。

不過法院亦認為被告 Napster 公司不屬於 DMCA 所定之 ISP，因為其不是僅提供傳輸檔案管道之服務業者，其提供之軟體可讓使用者找到所須要之 MP3 錄音檔案。

由於被告之緊急上訴，主張聯邦地方法院誤解著作權法之相關規定，要求暫停該禁制令之執行，而聯邦第九巡迴上訴法院對於地方法院之禁制令裁決暫不執行，有其特別之考量，主要在於必須審慎面對科技對著作權保護之衝擊所能採取之必要因應。

本案經雙方提出上訴之攻防，被告據稱已向原告提出各種和解方案，但其條件均尚未為原告接受。被告於上訴書狀中一再指出法官不瞭解科技之特性，並陳明其服務並無法確知有人利用其設備或服務為侵害之行爲，也無法區別使用者對原告著作係違法使用或合理使用，更無從識別那些著作是被授權使用或未經授權。如果有些使用者不必負侵害著作權之責任，被告當然也無「輔助侵害」之責。

本案舊金山聯邦上訴法院認定 Napster 構成對於錄音及音樂著作之著作權人重製權與散布權之「輔助侵害」與「代理侵害」，被告是否上訴，或雙方會和解否，仍有待觀察，不過，被告之經營方式對著作權人之權益造成莫大負面影響，應作調整乙節，似已成定論。

第三目 案件評析

事實上，科技的進步是無止境的，本案之 Musicshare 軟體程式功能已被 Freenet 及 Gnutella 程式所取代，新的二種程式甚至不需要有中央系統的主機，使用者在網路上就可以自行交換各種檔案，功能要比 Musicshare 軟體程式更強。面對這樣的發展，不知 RIAA 即使在本案獲得勝訴，是否要再對 Freenet 及 Gnutella Fremd 程式進行下一波訴訟？

美國行政部門，包括著作權局、專利商標局及司法部雖曾於二〇〇〇年九月初以「法庭之友（friend of the court）」身分，向第九上訴巡迴法院提出文件，支持原告之立場，認為被告 Napster 之抗辯均不具理由。不過，Sony 團旗下的 Sony 音樂唱片公司所代理發行唱片的合唱團 Offspring 在該唱片公司反對下，於二〇〇〇年九月十五日曾宣布，要將其新專集在十一月十四日推出前，自九月二十二日起，陸續先放在網路上供人免費下載。offspring 的經理 Jim Guerinot 認為，網路下載並不會傷害 CD 的銷售。他以實證為例，一九九八年時，同樣在 Sony 音樂唱片公司反對下，於分送廣播電台播出以前，該樂團就曾將其一片 CD 中之單曲放在網路上供樂迷自由下載，雖然該首歌確實成為網路下載之最熱門音樂，但同時其 CD 也是當年全美唱片銷售

冠軍。當然，Offspring 不是省油的燈，在行銷策略上，他們是非常有計畫的。他們認為，不管權利人喜不喜歡，既然不可能禁絕網路上音樂之合法或非法散布，權利人自己就要積極介入。因此，要反擊 Napster 的最好方法就是採用與 Napster 競爭的方式。Offspring 在其網站聲稱，其將會在十月底以前將新專集內所有音樂作成 MP3 檔案，供樂迷下載，當樂迷下載音樂時只要提供自己的 E-mail 住址，就有機會得到一百萬美元獎金。Offspring 在其網站宣稱「我們認為 MP3 技術及類似 Napster 之程式，是屬於促銷音樂以及和歌迷緊密接觸的重要且必要的工具」。事實上，Napster 公司於近日亦積極展開與部分樂團如 Primitive Radio Gods 及 The Rosenbergs 合作，透過其系統促銷新專集。二〇〇〇年十一月間，Napster 公司更已與唱片業巨頭博德曼 BertelsmannAG 公司及美國音樂作詞作曲家代表團體 ASCAP 簽屬授權利用音樂著作與錄音著作之協議。此一經營形態之競爭，顯然是原告 RIAA 必須面對並重新思考其未來經營的新走向。

隨著網際網路數位化科技發展，也必須要有新的體認，亦即「科技上的必然未必即為法律上之當然」。在已往科技不是很方便之年代，自報章雜誌上影印數篇文章，或自廣播中錄下數首音樂歌曲，固然可被認為是合理使用。同樣地，在今日當網友們很方便地利用網路傳輸、下載他人著作時，在技術上雖不費吹灰之力，也已是習以為常的動作，則下載一首歌或一篇文章自用，固仍可主張為合理使用，若下載千百首歌或文章以建立自己之資料庫，從而不必進入消費市場付費選購這些創作，從著作權人角度思考，是否還可被認為是合理使用？

另一方面言之，網路世界以資訊傳輸為內容，以科技架構為基礎，而科技可以作為促進著作利用之工具，同時也成為侵害著作權利之利器。著作權利人應思考如何一如往例，積極利用 MP3 或類似 Napster 軟體等新科技來增加自己的收益，而不是消極的抗拒，一意要扼殺科技的發展。試想當有一天，當付費與下載等安全保護機制建立，所有著作均得被數位化，錄音唱片業不再須要以有體物形態的 CD、錄音帶透過盤商層層傳銷，也不必設立店面、支付租金與雇用大量店員，祇要透過網路銷售，任何人都可以付費點選下載自己喜愛之單曲，存

於硬碟中，隨時聽取，甚至祇要支付少許費用，直接點選收聽，不必下載。此一錄音唱片業經營模式，可降低各方成本達原成本之十五分之一，對各方均有其實益，事實上亦已隱然成型地發展中。

第五項 Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc., V. Grokster,

Ltd 案

第一目 案件事實、爭點

被告提供一免費供使用者下載及傳輸之交換軟體，可供使用者藉由網路傳輸行為相互交換享有著作權之音樂、電影及其他數位資料；而原告則係職業音樂作曲及出版商，其指陳被告上開行為構成輔助及代理侵害其享有之著作權。

被告供使用者免費下載之軟體平台，均係源自名為 Fasttrack 之網路科技，使用該軟體時均可自動連結至相同之網站上，並且能夠相互交換資料檔案，嗣後被告發展出承襲上開網路技術之另套軟體（Sharman/Kazaa）供人在網際網路上免費下載。

被告提供之軟體平台所使用之概念方法，與 Napster 系統類似，該軟體均可讓使用者自被告電腦伺服器上加以下載或傳輸，完成安裝後，使用者即可點選重製至使用者電腦之特定分享清單，舉例而言包括音樂、電影、應用軟體、電子書或其他測試檔案等資料，當使用者操作上開軟體時，即會自動連結上被告之網站，使得連結上相同網站之使用者，均可相互獲得分享軟體。該軟體提供使用者搜尋各自所需之分享軟體資料庫，舉例而言，也許使用者選擇搜尋電影檔案，僅需鍵入關鍵字或名稱，即可加以搜尋。開始搜尋後該軟體即會列出一份其他使用者之分享檔案，而該檔案則係完全符合使用者搜尋類別之清單。

使用者亦可點選特別清單用以將資料清單自傳輸端之電腦直接傳

輸至接受端之使用者電腦，完成傳輸後接受端及傳輸端均會有相同之複製檔案，嗣後接受端之使用者即可與他人分享該檔案，且均可自個別使用者之電腦同時為多數之上傳下載檔案資料之傳輸行為，且該軟體平台亦具有組織、觀看及播放數位資料，及使用者間相互傳輸之功能。

審理過程中兩造對事實部份均無爭執，應審究者為被告上開行為是否會提昇原告享有之著作權遭受侵害之風險²¹⁹。

第二目 判決理由

原告控訴被告提供分享軟體，供使用者免費下載之行為，侵害原告享有之著作權。而被告辯稱：其僅提供軟體供使用者在網路上使用，其並無法預想或控制，亦無能力監控他人是否將該軟體從事侵害著作權之行為。

壹、直接侵害

為營造出著作權遭受侵害的初步印象，原告必須提供該聲稱受侵害之著作權的證明文件，及未經授權而侵害該著作權之作品原件。原告必須指出該侵權嫌疑人至少侵害規定於 17 .U.S.C. § 106 之專屬於所有權人專有權情況之一種。如此法庭方能認定原告擁有或能控制規定於第二十六條之中的公開發表權。此外被告軟體的使用者，無疑是直接侵害了原告所有之著作權²²⁰。

²¹⁹ 詳閱 United states district court central district of California, METRO – GOLDWYN – MAYER STUDIOS, INC., et al. V. GROKSTER, LTD., et al.

²²⁰ 在 Napster 案中，第九巡迴法院於判決中說明-證據指出大部份的使用者利用該服務來下載及上傳具有著作權之歌曲，藉此而直接侵害原告之音樂作品及錄音作品。正如 Napster 之情況，許多使用者利用被告之軟體來下載具有著作權之多媒體電影，當中亦包括為原告所擁有的，因此，侵害了原告之重製

貳、聯合侵害

聯合侵害的定義在於，行為人如認知到此一侵害行為會造成另一侵害結果者，即應擔負聯合侵害之法律責任。形成聯合侵害的兩個重要決定性因素為：一、認知。二、侵害條件。

輔助侵權者必須知曉或有理由得知該直接侵權行為。此外關於侵權行為之法律責任，須在被告再從事該輔助侵權行為時，即具上開二要素方能成立。

一、侵權行為之認知

為成立聯合侵權之法律責任，輔助侵權者須對該直接侵權行為有認知，或有理由得知。因此對具體侵權行為之有實際認知之證據，是成立聯合侵權法律責任所必須的²²¹。

當然將被告之軟體使用於公開發行之電影，免費歌曲，無著作權之作品，可合法使用該軟體之國家，如分享莎士比亞之作品，則不構成侵權。STREAMCAST 以 MORPHEUS 程式為例，該程式已普遍的使用於搜尋及促進一般用品，政府文件及經授權之多媒體作品。而該軟體之散布是被允許的。所以相對而言，GROKSTER 的軟體也是同樣

及散布權。由此，原告已藉由末端使用者係使用的被告軟體，來證明被告之直接侵害事實。

²²¹ 在 1984 年 SONY 與環球影城之訴訟中，SONY 公司並未因為銷售 VCR 而負有聯合侵害之法律責任，縱然 SONY 明知原則上這種機器可以用來或被利用來侵害原告之著作作品，因為錄影機的使用目的，可能侵權他人權利但也可能並無侵權行為產生。就對侵權行為的認知而言，不能僅因 SONY 的銷售行為，而強加侵權法律責任。就像其他文學作品的交易，如果該器材非為侵權之用途，則影印器材之銷售並不構成聯合侵權行為。最高法院更進一步解釋，轉換行為實質並非侵權行為，因其不只強調該商品目前之用途，更強調其未來的非侵權用途。

的情形。

原告並未質疑被告之軟體是否使用，或可能使用於真正非侵權目的。在本案中，原告提出大量的類似證據，當中包括了被告自稱為第二個 Napster 的證明文件，及被告之行政部門提供了各種具有著作權歌曲及文章的搜尋資料，種種內部文件，再再都顯示出被告已明知使用者為侵權行為，且原告已經就被告之侵權行為進行過數千次的警告動作。換句話說，被告清楚明白許多許多使用個體在下載其軟體之後，將用於侵害他人之著作權。

然而被告卻明白指出，必須只有在行為當下，已實際上認知到該侵權行為之存在，且可以以其專業阻止其發生時，才負有聯合侵權之法律責任。換句話說，當被告對該侵權行為無任何作為或無法阻止其發生時，原告之警告文件並不具有任何作用²²²。

²²² 當中的區分在促使第九巡迴法庭作成 Napster 之判決決定的 Religious Tech. Center v. Netcom On-line Communication Servs. Inc., 907 之案例中有清楚的說明。Netcom 之審理法庭針對原告所引用關於供應者就租用人之行為負有聯合侵權之法律責任的案例中，作出明白的區分界限。這些案例中所持有之論點為出租人並不須就承租人其後之侵權使用而負有聯合侵權之法律責任，除非其在簽約之當時知承租人事後之使用意圖。換句話說，一旦合約簽定後，出租人即無法控制其承租人之使用用途，因此要求於出租後方得知承租人侵權行為之出租人，負起法律責任並不合理，因為出租人並未幫助或能夠阻止該侵權行為。相較之下，Netcom 之審理法庭說明認為 Netcom 不只提供空間，並且提供造成侵權行為所必須之儲存及傳輸服務。但對此看法卻有不同之批評，認為涉嫌侵權之資料只是短暫的經由 Netcom 所控制的伺服器，只要稍微將簡單之軟體修改一下，Netcom 就可以將透過其系統傳輸並包含特殊字元或來自特定人之資料刪除。更進一步，Netcom 更可以中止使用者之帳號或排除特定使用者，藉由該系統傳輸或散布，因此評斷聯合侵權行為須考量 Netcom 及其使用者關係建立上之時間點，因此侵權行為之成立不僅決定於成立合約之當時，還包括了其作為對於侵權行為有助益之認。Netcom 之審理法庭拒絕作出簡易判決之決定，因為不論 Netcom 於何時知道該侵權行為，都

在本案中，毫無爭議的一點，在於被告大體上認知到許多租用其軟體之使用者，將會從事侵害他人著作權之行爲。然而問題在於在被告對於侵權行爲有無實質上助益，且對該具體侵權行爲有無事實上之認知？

二、他人對侵權行爲之重要輔助

首需注意者爲“責任”是建立在被告從事於鼓勵或協助侵權之個人行爲，要成立聯合侵權之法律責任，被告必須對該侵權行爲有重要性之作用。此原理之原始構想是在於對於侵權直接提供幫助之人理應擔負侵權之責。傳統上則認爲，對於侵權行爲有認知並且引導出他人之侵權行爲者，則應負起其聯合侵權之法律責任²²³。

無法對其做出任何處理。

²²³ 第九巡迴法庭在 Napster 一案中導論出只有在被告個人行爲，助長或協助侵權行爲時，其法律責任方成立。此論點之成立是依據地方法院之發現—如果沒有被告所提供之服務，Napster 的使用者也無法搜尋並下載他們所想要的歌曲，地方法院進一步解釋 - Napster 是一個整合性服務功能之設計，以提供使用者搜尋及下載 MP3 音樂檔案。此外第九巡迴法庭也同意地方法院所認爲由於 Napster 提供可作為直接侵害之網站及技術的論點，所以 Napster 對於侵權有重要之助益。為達成此一結論，Napster 之審判法庭則參考早期第九巡迴法庭之早期案例- Fonovisa, Inc v. Cherry auction, Inc 的論點。在 Fonovisa 一案中，被告是因經營偽造物品之買賣而遭起訴。在原告主張被告提供買賣場所之聲明作出結論時，法庭發現了被告並非僅僅提供買賣場所之重要事實。被告還提供了其他的服務，包括-器材，停車處，廣告宣傳，研究，及顧客-這些在在都擴大了侵權之範圍。法庭更進一步說明：被告並不需要有直接促銷行爲方才成立法律責任，只要被告提供了場地和器材以資證明其對於侵權行爲有認知就已足夠。當被告試圖說明其僅僅提供出租場地，法庭認爲其積極的提供銷售仿冒品之環境及市場，這種參與並不能稱之為被告所欲指稱之“被動”。由於 Napster 免費提供其軟體，地方法院及第九巡迴法庭都認爲 Napster

因此問題的爭論重點在於 Grokster 及 StreamCast 除散布軟體之外，是否真的有主動的作為去幫助或阻止其使用者之侵權動作。原告指稱被告就像 Napster 一樣，對於具著作權之檔案進行交換，提供許多實質上之幫助，也因此對於侵權行為有著重要性的作用。原告聲稱被告提供了工具、環境及種種協助，使其使用者得以找到散布及複製具著作權之作品。

(一) Grokster

Grokster 目前所散布的版本，為 Consumer Empowerment BV 所授權，Grokster 無法取得原始碼，更無從修改其程式，對於能影響使用者的方法只有在安裝起始頁時提供廣告。Grokster 並未如同 Napster 一樣，作為檔案共享網絡之中心，更確切的說，Grokster 之網路技術是經 Sharman 所授權，非 Grokster 本身所有。

要區分以 FastTrack 為基礎之軟體和點對點技術，其中重要特徵之一就是超鏈結之用途，“超鏈結”使得使用者的電腦提升效能，累積來自其它結點的大量資料。一個使用 FastTrack 軟體的單獨節點，可以自動的選擇其本身超級節點的狀態，就資源需求及網絡的變動來看，也許有一天使用者的節點也會成為超級節點。此種成群的節點環繞於一

和 Fonovisa 案中之場地經營者沒有什麼不同，在此案中，Napster 提供其所有之軟體，搜尋引擎，伺服器，以及與使用者電腦聯結之工具，除了軟體之外，Napster 更提供了電腦網絡、網站及器材，促使侵權行為之發生。Napster 提供檔案目錄予每個使用者之電腦中而作為檔案分享的中心主軸，一旦 Napster 關閉，則該分享網絡即告消失。就像先前所注意的，法庭在 Netcom 案中也成立相類似的結論。法院認為 Netcom 在此案中之角色並不同於房東，而是一個存取服務的提供者。因其儲存及傳輸涉及侵權的資料，且此服務對於侵權行為有著必要性。如果原告可以證明 Netcom 對於這些傳送有認知，則 Netcom 將因其疏於將使用者之侵權資料刪除，以阻止這些侵權資料散布，因此負有聯合侵權之法律責任。

個超鏈結的情形，會形成一、兩種不同層級的組織架構，當使用者開啓其電腦，使用者之電腦會自動搜尋超鏈結而連結上其他網站，尋找超鏈結的過程、方法，會隨著時間而日趨多樣化。關於 Grokster 軟體提供可直接將使用者電腦聯結至超鏈結的超級節點目錄，這個證據是毫無爭議的。因此搜尋及連結上超級節點的技術過程，本質上是獨立於被告 Grokster 之外。一旦使用者的電腦聯結上網絡，其搜尋動作是在許多超級節點中不斷的接替交換，以擴張其搜尋幅度並且剔除不需要的多餘資料，這也正表現在與 Napster 之關鍵區分點上，因為 Napster 本身是作為一個超級節點，主要服務為從 Napster 使用者的電腦中，交換搜尋資料，所有的搜尋動作完全都依賴 Napster。但當 Grokster 的使用者搜尋及轉換檔案時，他們並未透過 Grokster 所掌控的結點。

（二）StreamCast

在 2002 年 3 月前，某些特定的 StreamCast 產品，使用的是 FastTrack 技術。然而目前的 StreamCast 版本和 Grokster 的軟體在某些重要方面有所不同，首先，軟體程式目前為 StreamCast 所專有，換句話說，Streamcast 可以存取原始碼及修改程式語言。第二軟體使用的是 Gnutella 公開的點對點作業平台，並非租用如 FastTrack 所有的溝通對口，Gnutella 是一個合法的點對點網絡，其作用比 FastTrack 更廣泛。使用者可藉由其他已連結上 Gnutella 的使用者電腦，而進入 Gnutella 網站，所以這種初次接觸常常都是因為與其他已聯上 Gnutella 網絡的使用連結而自動發生的。針對 StreamCast 並未提供任何資詢或補償使用上開軟體的使用者這個事實，原告並無爭議。不同於使用超級節點在 Gnutella 網絡之搜尋是在使用者間傳送往來，直到找到合適的結果或搜尋終止。當使用者選取了檔案，則傳輸則直接發生在兩個使用者之間。

(三) 分析

原告認同 Grokster/Stream 與 Napster 有潛在的區分：因為 Grokster 及 StreamCast 對直接侵權行為提供場所及工具，但並未以和 Napster 相同的方式來進行檔案交換，使用者連結上各別的網絡，選擇其所需要的檔案來傳送，分享及下載，完全未使用與被告相關的工具。就算被告關閉其系統，仍絲毫不影響使用者的資源分享²²⁴。原告所引述與被告有關的聯合侵權證據並非具有關鍵性的。原告需舉出事實證明被告的系統提供使用者來搜尋，複製及散布未經著作權所有者授權之錄音及影像著作。如果此例成立，則從 Napster 一案看來，被告提供檔案分享系統設備將具有明確的意義，然而原告並未針對此事實提出可資接受的證據以形成論點。

反倒是，所引述的證據中顯示出（1）一些 Grokster 和 StreamCast 員工，針對使用者於有著作權影音檔使用上有問題的技術支援之電子郵件和（2）Grokster 的使用者對有著作權檔案進行交換的妥適性之討論。

對此被告極力答辯曾對不當使用該軟體之行為人，促進渠等之侵權行為。值得對之批判者為，科技上之輔助及其他附帶的服務，均非對侵害行為提供實質上之助益，必須係實質參與侵害行為方構成侵權行為，授權及輔助行為必然與直接侵害行為間產生一定層度之關聯，並且輔助之侵權行為必與直接侵權行為一致。當侵權行為產生後，必然令人聯想係科技輔助之結果，且大部分之情況均與使用他人的電腦軟體有關，而被告促進或提供使用者交換軟體之技術分析，即為一種科技輔助行為，且原告提出兩則電子信箱顯示使用者對被告抱怨下載受著作權保障之檔案時，遭電腦病毒感染之訊息。然而儘管帶有電腦

²²⁴ 相對而言，Napster 則是在編列檔案之時也同時包含了使用者的電腦，因此每次的檔案搜尋都需經過 Napster 的伺服器，Napster 為疑似侵權的行為提供了“場所和工具”，提供了使用者有關其侵權行動完整的資訊。如果 Napster 將其電腦關閉，使用者將無法在經由 Napster 的電腦來進行檔案分享。

病毒的檔案資料，可能對被告軟體使用者造成危機，但被告仍表示其無法掌控何人使用該軟體系統，及如何經由該軟體分享資訊檔案。資料顯示被告在初始即無盡力避免使用者利用該軟體從事不恰當之行為，另有更多之批判意見顯現科技上之輔助，及其他附帶之設備對侵權行為而言並未構成實質上之助益，假使對侵權行為有實質上之幫助者，該行為較容易被認定為輔助侵權行為。該授權及援助行為必須與侵權行為本身具相當之連結，且輔助性侵害者之行為，需與直接侵權行為人之行動相一致。本案例所謂之科技上援助行為，係指被告促成並幫助使用者為檔案軟體之交換行為。對此原告指稱：自被告公司有兩通使用者抱怨其企圖自網路上、下載之著作檔案含有電腦病毒之電子文件，而被告卻抗辯，此一情形足認為被告公司並無能力去監控任何使用該軟體之使用者，亦無法控制該使用者欲如何利用該軟體。

此外原告亦陳述被告與使用者間，曾為直接或間接性為溝通行為，並且被告可以即時修改或提昇使用者之應用軟體，假使上開陳述為真者，確實是不恰當之行為。但是縱令被告確與使用其軟體之使用者間具有相互溝通管道，並可提供使用者更新其軟體之行為，並無法證明被告即有促進並且協助交換系爭著作檔案之行為。

原告最後仰賴並採納一位在網路科技領域中之電腦科學之先趨教授 Leonard Kleinrock 之說法，認為被告行為構成輔助侵害，然而該教授之證言除大部分亦延承原告於審判中之陳述內容外，該教授亦認為被告促進並輔助侵權行為之產生。被告散布並提供該軟體，使得使用者可以選擇以合法或非法之方式利用它，且被告 Grokster 及 Streamcast 兩者均販售家用錄音機或可供複製之機具，該兩者均被使用來侵害著作標的物，當諸如 Sony 及 Xerox 之被告，也許知道該生產之商品可能被用以侵害他人之著作標的物，亦可能對侵權行為人間接提供支援系統及協助，即可能構成輔助侵權行為。

參、代理侵權

代理侵權行為之定義在於，當被告有能力亦有權利去監控該侵權

行為，並且亦自侵權行為過程中，獲致實質上之財務利益者，均屬之。

是以構成代理侵權行為有兩項要素：第一、要有金錢上之利益；第二被告需具權利及能力去監控該侵權行為，相較於輔助侵權行為，代理侵權者對侵權行為本身，主觀上並不需認知。

一、財務上之利益

行為人在直接侵權行為中直接獲得財務上之利益，方可責令其擔負代理侵權之責。第九巡迴法院對此指出，當侵權行為吸引潛在性之消費者，並產生一定之價值時，亦屬此處提及之財務利益。而本件案例中，被告很明顯地自侵權行為中獲得利益，因為利用被告軟體可以將著作歌曲及其他著作物相互交流，吸引許多消費者使用該軟體，如此被告即輕易擁有數百萬之消費者群。法院亦進一步闡述自願以更低廉之價格購入偽造錄音物之消費者身上，獲致諸多許可費、停車費等利益，即為此處之財務利益。而系爭案件，消費者爭相利用被告開發之軟體，因為其可輕易免費獲得許多著作商品，當消費者使用被告商品免費獲得他人之著作物品時，被告即自其網站提供之廣告效能獲致利益²²⁵。

二、有權利及能力監控侵權行為

代理侵權之要素之一，即為被告需有權利及能力監控他人之侵權

²²⁵ 舉例而言 StreamCast 在二〇〇一年獲得約一百八十萬美元之廣告收益，在二〇〇二年時則約獲致二百萬美元之廣告收益，在該年年底更擁有約五百七十萬美元之收益計劃；同樣地 Grokster 亦獲得上開廣告收益，越多人下載被告所設計之軟體，被告從中獲致越多之廣告收入，因為大部分之消費者，均下載被告之軟體免費獲得他人之著作標的物，是以被告大部分之收入，係植基於他人之侵權行為而來，故被告亦因此自他人之侵權行為中獲致許多財務上之利益。

行爲。對此法院基於下列情狀認爲被告有權利及能力監控他人之侵權行爲，被告有權利基於任何理由中止與使用者間之使用契約，且被告促進使用者擅自交換他人之著作標的物，再者被告可控制使用者接觸上開情境，亦可巡察使用者之使用情形，且被告亦可經由其內部規章來直接控管使用者之侵權行爲²²⁶。同理在個體對個體之網路上檔案分享之代理侵權行爲，亦顯示被告確有權利及能力監控他人之侵權行爲，因爲被告有能力中止並控制使用者違法交換他人之著作物件。然被告大部分之抗辯則認爲他們根本沒有能力去監控使用者之侵權行爲。因爲其沒有能力控管網路上檔案分享軟體之使用狀況，或限制使用者之使用方式。被告亦提出他們沒有辦法如 Napster 一樣地控制使用者之交易情況，然而原告卻提出該軟體本身可以修改成無法任意分享他人之著作標的物，且原告亦主張被告軟體已經包含非必須出現之色情圖片或猥褻之檔案名稱，亦可容易地顯示出受著作權保護之歌曲名稱，同時該軟體亦可搜尋如藝術品、唱片目錄等所謂的中介資料，被告可使用如數位指紋般之科技保護措施，有助於可剔除絕大部分之著作歌曲受到非法下載。然被告確質疑該項科技現實上之可行性，及該科技保護措施之效力，然而不論上開科技保護措施可行與否，均在說明被告並無權利及能力去監控上開侵權行爲。

Napster 侵權案係基於該公司研發之科技設施，而 Napster 亦有能力去監控網路上之使用狀況，當然使用者之軟體本身係 Napster 系統之一部，並且 Napster 之責任在於監控使用者軟體之使用狀況，而本件被告供稱在網路環境中傳導交流之軟體使用情形，完全逸出被告所

²²⁶ 第九巡迴法院在 Napster 案中亦採相同之見解，認爲被告有權利及能力監控他人之侵權行爲，包括藉由檔案之搜尋及索引交換他人之著作標的物，進一步言之 Napster 之使用者需向 Napster 註冊，方能使用該軟體，因爲 Napster 擁有權利將不遵守其公司規定及違反相關法令之使用者中止其間之使用契約，而該項權利可以阻止行爲人繼續為侵權行爲，即顯示被告確實具上開監控能力，同時因提供搜尋、索引功能及註冊制度，使得 Napster 亦認知使用者所搜尋之檔案內容為何，並且亦具有能力去控管該交換行爲。

能加以監控之範圍。而 Grokster、StreamCast 亦均認為無法監控在網路環境中使用者之使用狀況。當上開被告爭論是否可能修改軟體，與 Napster 不同之處在於，法院指出並無相關證據資料顯示被告有能力監控並控制侵權行為。

而本件 Stephen Wilson 法官認為，網路使用者利用檔案分享軟體，未經授權在網路上作檔案分享之行為，故然侵害錄音著作、視聽著作及電腦程式著作著作財產權人之「重製權 (rights of reproduction)」與「散布權 (rights distribution)」。然軟體和設備是中性的科技，被告 Streamcast 與 Grokster 提供檔案分享軟體的行為，和販售家用錄影設備或其他重製設備的行為，並無太大不同。這些軟體和設備都可以被用來作合法或侵權行為。網路使用者固然構成侵害，但「輔助侵害」與「代理侵害」均須以有「直接侵害 (direct infringement)」存在為前提，Streamcast 與 Grokster 僅是單純提供檔案分享軟體，其未因此獲利，對使用者之侵害亦無控制權利與能力，不構成著作權之「輔助侵害 (contributory infringement)」與「代理侵害 (vicarious infringement)」。

第三目 案件評析

自 SONY 案之觀點而論，在 Napster 案中，第九巡迴法院拒絕將對知識之需求程度歸諸於 Napster，係因點（個體）對點（個體）檔案分享技術，可能被使用於侵害原告之著作權，就像不能因為 SONY 公司銷售錄影機，但該器具可能使用於非法用途，而強加聯合侵權之法律責任於其上，Napster 也不能因其所提供之軟體可能使用於侵害著作權而使其負有法律責任。若無明確之證據可資證明侵權行為，則不能僅因該作業系統可提供有著作權之作品之交換，而強加電腦作業操縱者之法律責任。更貼切的說，聯合侵權之法律義務係奠基於被告在行為之時，即具侵權行為之主觀犯意，而非推知其作為將會有助於該侵權行為。正如第九巡迴法庭所闡述，只有被告在當下對其作為有助於

侵權行為一事，有顯著具體的認知，方須負聯合侵權之法律責任²²⁷。

而本件之爭點在於提供檔案分享軟體的行為，是否構成著作權侵害？而 Stephen Wilson 法官認為，網路使用者利用檔案分享軟體，未經授權在網路上作檔案分享之行為，故然侵害錄音著作、視聽著作及電腦程式著作財產權人之「重製權（rights of reproduction）」與「散布權（rights distribution）」，然而「輔助侵害」與「代理侵害」均須以有「直接侵害（direct infringement）」存在為前提，Streamcast 與 Grokster 僅是單純提供檔案分享軟體，其未因此獲利，對使用者之侵害亦無控制權利與能力，不構成著作權之「輔助侵害（contributory infringement）」與「代理侵害（vicarious infringement）」²²⁸。因而判決被告勝訴。對此筆者實無法認同，雖被告並無自提供軟體平台供網路使用人下載軟體而收費，然被告卻依據其網站之造訪人數，據以向廣告託載公司收取廣告費，怎能認定被告無營利行為？再者原告既已提出被告公司內部人員曾與使用者就其下載著作軟體時遭病毒感染一事，商討如何處理之電子信件，堪認被告對其使用人確以其提供之分享軟體非法下載著作物一事，主觀上當係知情，且被告亦可主動告知使用者（蓋使用者經由被告伺服器連結至他使用人之電腦時，在被告伺服器內必留下使用者之 IP）未可非法下載著作物，或經由電子信件知曉使用者下載非法軟體後，立即阻絕該使用者與被告伺服器連結等科技方法對使用人之侵權行為予以控制，是本件應課予被告擔負代理侵權之責，方為妥適。

²²⁷ 關於 Napster 對於侵權行為的真正認知，法庭引據了：(1) 一份由 Napster 創辦人之資所提供的文件。上面提及不需留下使用者之真實姓名及 IP 位址，因為藉由該軟體交換的音樂都為私人所擁有。(2) 由美國錄音工業協會所公布的資料顯示，事實上在 Napster 系統上超過 12000 個涉及侵權檔案，許多至今仍具有著作權。

²²⁸ 所謂「輔助侵害」之責任，指雖非自己親自為直接之侵害行為，但促成、引起他人之侵害，或對於他人之侵害有重大之輔助，而其就此為知情或可得而知者，亦應負責。

第二節 我國實務裁判之見解

第一項 侵害類型與問題癥點

數位化網路科技，固然使得全球資訊傳播及電子商務活動更為便利與發展，但亦造成對著作權保護之衝擊，而我國著作權法係以傳統資訊環境為基礎，歷來修正內容均未對數位化網路科技發展，所產生之新議題作適當之修正、調整。直至民國九十二年著作權法之修正草案，方針對數位傳輸行為之性質在著作權法中予以定性規範，且針對該傳輸行為之特性及對著作權可能產生之危害，亦定有明確立法。在此之前，傳統著作權法中著作人享有著作財產權之射程範圍，是否足以因應網路環境中之數位傳輸模式？傳統著作權法之著作財產權之類別中復以公開播送權及重製權能，與數位環境較為攸關，是以下先剖析傳統著作權法中之公開播送權及重製權之性質，及其規範區間，再論述我國之裁判實務見解是否適用於數位傳輸環境。

第一目 網路傳輸行為是否屬現行著作權法公播送之概念

我國著作權法於九十二年修正前，並未針對網路傳輸行為之適法性與予明文規範。而著作權法第三條第一項第七款規定：「公開播送，指基於公眾接收訊息為目的，以有線電、無線電或其他器材，藉聲音或影像向公眾傳達著作內容。由原播送人以外之人，以有線電或無線電將原播送之聲音或影像向公眾傳達者，亦屬之。」，參諸著作權法上開條之規定，可知公開播送之要件為：（A）所使用之傳播工具為有線電或無線電或其他相類似器材，（B）係藉聲音或影像為傳達，（C）向公眾傳達，（D）傳達之內容包括各種著作權法上之著作。而修正後之著作權法在公開播送權外，另於第三條第一項第十款增列「公開傳輸」之權能，其立法理由在於參照 WCT 第八條及 WPPT 第十條、

第十四條，及歐盟二〇〇一年著作權指令第二條第三條第二項第三項規定增訂；所謂公開傳輸行為係指以互動性之電腦或網際網路傳輸之型態為特色，與公開口述、公開播送、公開演出等單項傳統傳達著作內容之型態有別，益徵公開播送權與公開傳輸權為兩種截然迥異之權能。

而所謂無線電指廣播電台、無線電視台而言，有線電則指有線電視、電傳視訊等，再者，所謂「其他器材」法條雖未明示其性質，但解釋上其性質必須與有線電或無線電相當，並具有發射傳達著作，一般大眾只能在該時段內，接收或不接收該著作內容，不能就接收之時間自由決定，若公眾就其接收之時間、內容，得自由選擇，核與公開播送之文義顯不相當。是公開播送乃專指以有線或無線電視台或相類似功能之器具，藉影音、影像向公眾傳達著作內容而言，並不及於藉網路傳輸著作內容。

第二目 網路傳輸行為是否涉及重製

有學者認為網路傳輸數位著作，在電腦螢幕中顯現該著作資料前，該資料係暫時性地儲存在電腦記憶體，該行為不能被視為侵害重製權之侵權行為。美國數案例顯示出著作物僅儲存在電腦中之記憶體或僅顯現在電腦之監控螢幕上，係無法符合固著之要件。然美國第九巡迴法院在 MAI 案例中則認為電腦之傳輸行為，因造成程式檔案之複製且儲存在固著之記憶體內，侵害著作財產權人之重製權。

使用網際網路過程中，無可避免地會將許多資料暫時儲存在磁碟或使用者電腦記憶體內，而產生所謂暫時性重製現象。然有學者認為傳輸數位資料，將所傳輸之資料儲存在使用者電腦之伺服器或記憶體中，應視為一重製行為，未可因該現象僅係暫時性之現象，耗時甚短，即認為該現象非屬重製之概念，意即「科技上之必然，非必然即為著作權法制之當然」，數位資料之傳輸行為，在現今科技水準下，雖無可避免地會在使用者電腦之伺服器或記憶體中產生重製現象，但如其符合著作權法中重製要件者，仍應將之視為重製行為，至於是否當然侵

害著作財產權人之重製權則為另一項議題。

傳統著作權法制中所認為的「重製」，必須係將著作內容再現於有體物上達相當期間且可供見聞為限。如僅是單純的內容再現，而未在有體物上展現，或僅能以其他權利保護之，例如公開上映、公開演出或公開播送，尚無法構成重製；又著作內容之再現如僅瞬間即逝，未達相當期間，於傳統著作權法中亦無法被認為屬重製行為；至於所再現之著作內容，只要能被人類所眼見耳聞、重製及傳播，不問其是否係借助機械或設備之幫助而達成，均得屬於重製之範圍。美國著作權法第一百零一條規定：「重製物」係指以現在已知或未來發展出來之任何方法，將著作固著於錄音物以外之實體物，使該著作之內容可以供直接或藉由機械或設備之幫助而被感知、重製、或其他傳播。」

而我國著作權法第三條第一項第五款規定：「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。於劇本、音樂著作或其他類似著作演出或播送時予以錄音或錄影；或依建築設計圖或建築模型建造建築物者，亦屬之。」其雖未如美國著作權法有關重製定義之抽象及細微，但其在例舉之重製方法外，加上「或其他方法有形之重複製作」等語，亦應足以使其他各種再現著作內容之行為被包括於「重製」之定義中。較有爭議的是，所稱「其他方法『有形』之重複製作之「有形」一詞，是否限於有體物上之再現著作內容，而足以將網路上傳輸過程中之著作內容再現，納入「重製」之定義。

著作於網路傳輸過程中所駐足的每一個所在，不論是 Server、Proxy、RAM 或 Monitor，無一不涉及著作內容之再現與儲存，祇是其形態與時間長短，與傳統之重製似有不同。RAM 中暫時性儲存，是否即為著作權法意義下重製？在現實情況下，如果認為數位化網際網路中關於著作之利用過程沒有重製之行為，固就不必對於隨後而來的相關問題加以處理，包括是否須經著作財產權人為重製權之授權，有無默示授權或合理使用之空間等等，看似一勞永逸之作法；然而，實際上數位化網際網路環境中關於著作之利用，有諸多場合絕對不只是瞬間暫時性（transitory duration）的重製，而是相當長時間的儲存，對於此一現象，如何在法律上為適當之處理與因應，既保障著作人權益，

又不致影響數位化網際網路之發展，成爲國際公約與各國討論著作權法制因應數位化網際網路發展之基本議題。

國際間已普遍認爲著作於網路傳輸過程中所涉及著作內容之通過、再現與儲存，不問其形態與時間長短，應屬著作權法意義下之重製，似乎祇有日本通說採否定說，其他國家均致力於修正著作權法之相關規定。美國 DMCA 雖未處理此一議題，然在實務上亦採肯定見解，惟其既是判例法似的（case law）國家，由司法機關以第一百零七條合理使用之概括條款處理之，原本即已無問題，不待明文規定。於此情形下，我國既非判例法國家而是成文法國家，似宜參採澳洲與歐盟之作法，並參考 WCT 原草案第七條文字，於著作權法中明文處理著作於網路傳輸過程中所涉及著作內容之通過、再現與儲存之重製問題，使其成爲重製權之範圍，再以合理使用條文排除其違法性。其間或有多此一舉之譏，然而如果事實上確爲著作內容再現，不得僅因爲立法技術處理的繁複，或認爲承認該重製行爲對著作權人之利益亦無妨害，或認爲網路資訊自由重於一切，而拒絕承認其爲著作重製之事實等，均非立法實務上所應爲之態度，畢竟「科技上之必然（現象），非等同法律之當然（規定）」，對符合重製要件之科技現象（如數位傳輸過程中之暫時性重製現象），即應在著作權法制上明文規範該行爲即屬重製現象，至於可否主張合理使用之規定予以免責，則爲另一層次之思考問題。

第二項 實務見解

所謂公開播送，指基於公眾接收訊息爲目的，以有線電、無線電或其他器材，藉聲音或影像向公眾傳達著作內容。由原播送人以外之人，以有線電或無線電將原播送之聲音或影像向公眾傳達者，亦屬之，著作權法第三條第七款定有明文，是公開播送乃專指類有線或無線電視台藉影音向公眾傳達著作內容而言，並不及於藉網路傳輸著作內容，自訴人二人認被告陳國華及飛行電子公司將自訴人辛夷、周志華

之音樂著作上載至網路上，進而供他人下載之所為，顯係於網路傳輸該等音樂著作而屬公開播送行為，此部分所為觸犯著作權法第九十二條之擅自以公開播送之方法侵害他人之著作財產權罪云云，於罪刑法定主義之原則下，尚屬無據²²⁹，是公開播送乃專指類有線或無線電視台藉影音向公眾傳達著作內容而言，並不及於藉網路傳輸著作內容。參諸著作權法第九十二條規定：「擅自以公開口述、公開播送、公開上映、公開演出、公開展示、改作、編輯或出租之方法侵害他人之著作財產權者，處三年以下有期徒刑，得併科新台幣十五萬元以下罰金，另按著作權法第三條第一項第七款規定：「公開播送，指基於公眾接收訊息為目的，以有線電、無線電或其他器材，藉聲音或影像向公眾傳達著作內容。由原播送人以外之人，以有線電或無線電將原播送之聲音或影像向公眾傳達者，亦屬之。」，參諸著作權法上開條之規定，可知公開播送之要件為：（A）所使用之傳播工具為有線電或無線電或其他相類似器材，（B）係藉聲音或影像為傳達，（C）向公眾傳達，（D）傳達之內容包括各種著作權法上之著作。茲所謂無線電指廣播電台、無線電視台而言，有線電則指有線電視、電傳視訊等，再者，所謂「其他器材」，法條雖未明示其性質，但解釋上其性質必須與有線電或無線電相當，並具有發射傳著作，一般大眾只能在該時段內，接收或不接收該著作內容，不能就接收之時間自由決定，若公眾就其接收之時間、內容，得自由選擇，核與公開播送之文義顯不相當。電

²²⁹ 自訴人認被告陳國華及飛行電子公司將自訴人辛夷、周志華之音樂著作上載至網路上，進而供他人下載之所為，顯係於網路傳輸該等音樂著作而屬公開播送行為，此部分所為觸犯著作權法第九十二條之擅自以公開播送之方法侵害他人之著作財產權罪云云，惟參酌刑法不得擴張解釋之立法精神，依罪刑法定主義之原則，於電腦將他人音樂著作「上載」至網路上，雖為「重製」行為（詳後述），但自訴人認被告以數位音樂 MP3 形式供他人下載之行為，係涉有違反著作權法第九十二條公開播送之行為，尚嫌無據。請參閱臺灣台北地方法院八十九年度自字第五三〇號及臺灣高等法院九十一年度上訴字第五五四號刑事判決書。

腦資料庫或其他電子資訊提供者，對於不特定人提供線上資訊服務，而提供客戶資料，或供人下載，皆不屬之。著作權法第九十二條、第三條第一項第七款規定「公開播送」，本諸罪刑法定主義原則，乃專指有線、無線電視台，或其他與有線電或無線電相當，且具有發射傳送訊號功能，藉影音向公眾傳達著作內容而言，並不及於藉網路傳輸著作內容²³⁰。至於網路傳輸行為是否涉及重製，實務上對此較無疑義²³¹。然業者間簽訂所謂「公開播放使用權」，核其性質亦不能認為涵

²³⁰ 詳請參閱臺灣台北地方法院八十九年度自字第五三〇號、自字第九七〇號、易字第二〇三五號，及臺灣高等法院九十年度上訴字第九九三號、九十一年度上訴字第五五四號、上易字第三〇一四號刑事判決書。

²³¹ MP3 音樂，係將原音樂著作內容加以數位化、規格化後，建置於網站之資料庫內，而後以網路傳給至使用者之電腦，是其所為上載之行為，即屬重製，縱令於其上之音樂檔案加密處理，須經解密後始得聽取，仍無足礙該重製行為之認定，詳參閱臺灣台北地方法院八十九年度自字第五三〇號刑事判決；又被告陳國華供承對於飛行電子公司曾於右揭時、地將自訴人辛夷所演唱之上開歌曲（含自訴人辛夷及周志華之音樂著作）「上載」至網路上，並以數位音樂 MP3 之形式供他人下載等情無訛，而 MP3 音樂，係將原音樂著作內容加以數位化、規格化後，建置於網站之資料庫內，而後以網路傳鑰至使用者之電腦，是其所為上載之行為，即屬重製。縱令於其上之音樂檔案加密處理，須經解密後始得聽取，仍無足礙該重製行為之認定，詳參閱臺灣高等法院九十一年度上訴字第五五四號刑事判決；至被告匯財公司是否因從業人員郭少健將路透社之財經文章、理財資訊及匯率分析表等編排資料之文字著作重擅自「下載」重製後再「上載」或「轉貼」至網路上，進而供被告匯財公司客戶瀏覽而涉嫌「重製」或意圖銷售而重製之行為，或涉嫌將路透社享有著作權之財經文章、理財資訊及匯率分析表擅自加以改作，而涉有違反著作權法第九十一條第一項之擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權之規定，或違反同條第二項之意圖銷售而擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權之規定，抑或擅自以改作之方法侵書他人之著作財產權規定之行為，被告匯財公司應依同法第一百零一條第一項之規定論處，詳參閱臺灣臺北地方法院八

攝著作權法之重製權利²³²。

第三節 小結

經由時間序列分析上開美國實務裁判之發展後，得以窺知美國實務裁判針對數位科技之發展對法律面衝擊之因應面向。自一九九二年 MAI Sys-Corp. v. Peak Computer, Inc.案之後，一九九四年的 Advanced Computer Serv. of Mich., Inc. v. MAI Sys. Corp.案及 Triad Systems Corp. v. Southeastern Express Co.案，法院亦持同樣見解。電腦使用者購買

十九年度易字第二〇三五號刑事判決。

²³² 檢察官上訴意指認遊戲橘子公司與告訴人智冠公司簽訂之代理合約書，授權告訴人智冠公司之「公開播放使用」權利究竟意指何種權利，即有疑義。徵諸網路咖啡場所或投幣式電玩場所等公開營業場所，如欲合法「公開播放使用」任何電腦遊戲程式著作，必須先取得授權得將該電腦遊戲程式著作重製於營業用電腦中，而其使用之方式，既為營業場所，當非僅公開播放供客人觀賞獲利（視聽著作、音樂著作、攝影著作或錄音著作方可僅依此獲利），而限於出租供客人打玩獲利，是告訴人智冠公司付費向遊戲橘子公司取得之授權，應可解釋包括網路咖啡場所或投幣式電玩場所等公開營業場所，重製、出租上開電腦遊戲程式著作之權利，亦即所謂「公開播放使用」權利，應指包括重製、出租權利之意，是告訴人智冠公司屬受侵害之被害人，對被告提出本件告訴，即為合法告訴。況查所謂「重製」，依著作權法第三條第一項第五款規定，係指：「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。於劇本、音樂著作或其他類似著作演出或播送時予以錄音或錄影；或依建築設計圖或建築模型建造建築物者，亦屬之。前開智冠公司與遊戲橘子公司所訂代理合約書所載「公開播放使用」，其文義上實無從涵攝上述著作之重複製作，檢察官上訴意旨所指「應可解釋包括網路咖啡場所或投幣式電玩場所等公開營業場所，重製上開電腦遊戲程式著作之權利」，而認所謂「公開播放使用」權利，應指包括重製權利之意，顯乏依據。

合法電腦程式著作，於電腦執行時，雖在 RAM 中暫時性重製該軟體，亦得主張第一百十七條之合理使用。但使用盜版軟體之人，或原版所有人以外之人之使用，就不能主張合理使用。一九九五年美國智慧財產權白皮書也採納 MAI v. Peak 案的見解，認為「將著作儲存於電腦 RAM 中，雖僅係短暫時間，就產生了重製²³³」，此案件即為美國法肯認所謂「暫時性重製」之指標案例。

而在一九九三年之 Playboy Enterprises, Inc. V. Frena 案之判決中，雖無針對在數位環境中之「下載、上傳」行為，是否符合美國著作權法中之散布權一事，提出相關見解。然數位傳輸環境中是否得以適用第一次銷售行為，其中之疑義之一，即為網路上傳輸行為，是否屬散布之概念。在美國著作權法第一百零六條第三項對於散布係定義為：藉由買賣、出租、出借等之方式，散布著作物原件或其重製物；而所謂重製物之定義，則為固著之有形物。換而言之，重製物應係有體物而非無體之電子訊號。不同於書籍、錄音帶等傳統著作物，可藉由轉讓有體物來散布，而數位環境中並無實質具體之轉移行為產生，因網路上之電子資訊係以電子數位型態顯示，而該資訊並非實質之具體物件，人們要如何不掌握任何有體物，而轉移散布數位資訊？上開判決是否有意突破此一瓶頸，判決理由中對之未加說明，是尚未可知法官對該議題之見解為何？然該判決中認為數位傳輸過程中，會有

²³³ 「暫時性重製」之爭議起源於美國一九九四年 MAI Sys- Corp .v. Peak Computer, Inc.一案，其癥結在於電腦程式著作權人可否禁止他人未經其同意使用其程式，其結論之適用，隨後更衍生擴及於各類著作之著作權人可否禁止他人使用其著作。此一爭議因國際間不同之處理結果，與各自解讀，使問題更形複雜。然一行為僅要將他人著作內容完整地複製、體現，即符合著作權法中之重製定義。此與重製時間之久暫無涉，更未可該現象為科技使用上不可避免之情形，即掩耳盜鈴地刻意忽視上開重製情形，或有意曲解著作權法對重製之法概念，如此均未允當。惟有直指問題之核心，肯認上開行為確屬重製之範疇，再進而考量個案之使用情形，適當以合理使用來阻卻其違法性等，如此方為解決之道。

未經著作權人同意之重製物產生，此部份侵害了著作權人之重製權乙節，殊堪贊同。

接續於二〇〇〇年陸續發生 A&M Records Inc. V. MP3.COM Inc. 及 A&M Records Inc. V. Napster Inc. 案件，更係深刻體認科技的進步是永無止境的，本案之 Musicshare 軟體程式功能已被 Freenet 及 Gnutella 程式所取代，新的二種程式甚至不需要有中央系統的主機，使用者在網路上就可以自行交換各種檔案，功能要比 Musicshare 軟體程式更強。面對這樣的發展，不知 RIAA 即使在本案獲得勝訴，是否要再對 Freenet 及 Gnutella 程式進行下一波訴訟？美國行政部門，包括著作權局、專利商標局及司法部雖曾於二〇〇〇年九月初以「法庭之友（friend of the court）」身分，向第九上訴巡迴法院提出文件，支持原告之立場，認為被告 Napster 之抗辯均不具理由。不過，Sony 集團旗下的 Sony 音樂唱片公司所代理發行唱片的合唱團 Offspring 在該唱片公司反對下，於二〇〇〇年九月十五日曾宣布，要將其新專集在十一月十四日推出前，自九月二十二日起，陸續先放在網路上供人免費下載。Offspring 的經理 Jim Guerinot 認為，網路下載並不會傷害 CD 的銷售。他以實證為例，一九九八年時，同樣在 Sony 音樂唱片公司反對下，於分送廣播電台播出以前，該樂團就曾將其一片 CD 中之單曲放在網路上供樂迷自由下載，雖然該首歌確實成為網路下載之最熱門音樂，但同時其 CD 也是當年全美唱片銷售冠軍。Offspring 認為，不管權利人喜不喜歡，既然不可能禁絕網路上音樂之合法或非法散布，權利人自己就要積極介入。因此，要反擊 Napster 的最好方法就是採用與 Napster 競爭的方式。Offspring 在其網站宣稱「我們認為 MP3 技術及類似 Napster 之程式，是屬於促銷音樂以及和歌迷緊密接觸的重要且必要的工具」。事實上，Napster 公司於近日亦積極展開與部分樂團如 Primitive Radio Gods 及 The Rosenbergs 合作，透過其系統促銷新專集。二〇〇〇年十一月間，Napster 公司更已與唱片業巨頭博德曼 BertelsmannAG 公司及美國音樂作詞作曲家代表團體 ASCAP 簽屬授權利用音樂著作與錄音著作之協議。此一經營形態之競爭，顯然是原告 RIAA 必須面對並重新思考其未來經營的新走向。

最後於二〇〇二年之 Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc., V. Grokster, Ltd 一案，爭點在於提供檔案分享軟體的行爲，是否構成著作權侵害？而 Stephen Wilson 法官認爲，網路使用者利用檔案分享軟體，未經授權在網路上作檔案分享之行爲，故然侵害錄音著作、視聽著作及電腦程式著作著作財產權人之「重製權(rights of reproduction)」與「散布權(rights distribution)」。然軟體和設備是中性的科技，被告 Streamcast 與 Grokster 提供檔案分享軟體的行爲，和販售家用錄影設備或其他重製設備的行爲，並無太大不同。這些軟體和設備都可以被用來作合法或侵權行爲。網路使用者固然構成侵害，但「輔助侵害」與「代理侵害」均須以有「直接侵害(direct infringement)」存在爲前提，Streamcast 與 Grokster 僅是單純提供檔案分享軟體，其未因此獲利，對使用者之侵害亦無控制權利與能力，不構成著作權之「輔助侵害(contributory infrngment)」與「代理侵害(vicarious infrngment)」，因而判決被告勝訴。對此筆者實無法認同，雖被告並無自提供軟體平台供網路使用人下載軟體而收費，然被告卻依據其網站之造訪人數，據以向廣告託載公司收取廣告費，怎能認定被告無營利行爲？再者原告既已提出被告公司內部人員曾與使用者就其下載著作軟體時遭病毒感染一事，商討如何處理之電子信件，堪認被告對其使用人確以其提供之分享軟體非法下載著作物一事，主觀上當係知情，且被告亦可主動告知使用者（蓋使用者經由被告伺服器連結至他使用人之電腦時，在被告伺服器內必留下使用者之 IP）未可非法下載著作物，或經由電子信件知曉使用者下載非法軟體後，立即阻絕該使用者與被告伺服器連結等科技方法對使用人之侵權行爲予以控制，是本件應課予被告擔負代理侵權之責，方爲妥適。

從歷史上觀察，在沒有印刷術以前，著作的經濟利益非常有限，人工抄寫的速度緩慢，著作權保護就沒有必要性與迫切性。印刷術的發明啓動了著作權觀念與法制的建立，科技發展使得著作利用的方式更加寬廣，創作者收益來源更爲豐沛，連著作人本身都無法預期科技對其創作所代來的影響，創作者甚至在一開始就想遏阻這些事後證明可以爲他帶來重要收益的科技。音樂著作與電影著作的利用，正是最

典型的例子。

起初，作詞作曲家是靠著販售歌譜作為其經濟收益主要來源，隨後是授權樂團演出以收取報酬。錄音技術發展後，作詞作曲家最大的收益來源，是授權錄製錄音唱片的「灌錄權（mechanical right），販售歌譜方面的收益幾近萎縮。在電影著作方面，自一九七〇年代末期，錄影科技發展之初，好萊塢電影業就極力主張錄影科技為電影事業帶來浩劫，人們將利用錄影設備恣意盜錄電影片，扼傷其電影院放映市場，一九八四年著名的 Sony 案件，正是好萊塢電影業希望透過法律訴訟，禁止錄影科技的發展，所幸美國最高法院九位法官以五票對四票些微的差距，保住了錄影科技發展的生機。事後的歷史發展已證明，好萊塢電影業者從錄影帶市場所獲取的利益並不下於電影院放映市場，尤其在電影院放映後發行錄影帶、DVD 等，細水長流的效果，使得從錄影科技所獲得的收益，最後均超過電影院放映市場之收益，這又豈是好萊塢電影業者當年傾力縫伐時所能預見。

著作權法固然有必要因應網際網路數位化科技發展而作調整，但傳統著作權法制的最基本原則，大部分仍是適用於網際網路數位化時代，例如網路上所散布的各種著作，其著作人仍是自著作完成就享有著作權，任何人未經其同意或授權，不得任意使用或傳輸。當然，網路使用人在不構成著作人權益受損害的範圍內，也仍有合理使用空間，不過利用人對於著作之合理使用，隨著網際網路數位化科技發展，也必須要有新的體認，亦即「科技上的必然，未必即為法律上之當然」。在已往科技不是很方便之年代，自報章雜誌上影印數篇文章，或自廣播中錄下數首音樂歌曲，固然可被認為是合理使用，同樣地，在今日當網友們很方便地利用網路傳輸、下載他人著作時，在技術上雖不費吹灰之力，也已是習以為常的動作，則下載一首歌或一篇文章自用，固仍可主張為合理使用，若下載千百首歌或文章以建立自己之資料庫，從而不必進入消費市場付費選購這些創作，從著作權人角度思考，是否還可被認為是合理使用？

另一方面言之，網路世界以資訊傳輸為內容，以科技架構為基礎，而科技可以作為促進著作利用之工具，同時也成為侵害著作權利之利

器。著作權利人應思考如何一如往例，積極利用 MP3 或類似 Napster 軟體等新科技來增加自己的收益，而不是消極的抗拒，一意要過殺科技的發展。試想當有一天，當付費與下載等安全保護機制建立，所有著作均得被數位化，錄音唱片業不再須要以有體物形態的 CD、錄音帶透過盤商層層傳銷，也不必設立店面、支付租金與雇用大量店員，祇要透過網路銷售，任何人均可以付費點選下載自己喜愛之單曲，存於硬碟中，隨時聽取，甚至祇要支付少許費用，直接點選收聽，不必下載。此一錄音唱片業經營模式，可有效降低經營成本，對各方均有實益。

著作權起源於科技發展，科技發展對於著作權之衝擊也非始於今日。因此，數位化網際網路科技既不是著作權法的第一次挑戰，也不會是最後一次挑戰，在檢討既有著作權法制因應數位化網際網路科技發展之同時，須就著作權利人利益、科技永續發展及公眾合理使用接觸資訊等三方面之均衡作考量，此正為國際間著作權公約或各國立法者所須面對的最大考驗，也是我國立法者與司法者所必須關注之議題。



第五章 我國著作權相關修正條文簡介

我國著作權法修正草案業於民國九十二年七月十日修正公布，並於同年十二月十二日生效。其內容幅度之廣，切入之深，為歷來著作權法修正案所罕見。然為符合本論文之論述中心，僅針對其中為因應數位時代之來臨，數位傳輸之態樣、模式所為之修正內容，作一簡介並剖析其立法緣由及目的。

第一節 數位網路時代中散布權態樣之檢討

自有著作權保護制度以來，重製權、散布權和演出權就是三項最基本的權利，大部分國家的著作權法，例如美、韓、歐盟及德國等，都賦予著作人全面性散布權。修法前我國在散布權的保護上，與各國的保護標準確實有差距。

散布權在有些國家的著作權法中稱之為發行權，就是說著作權人專有散布其著作物，使之在市場上交易或流通的權利。通常散布著作的方式有兩種，一種是以銷售、贈與等移轉所有權的方法，將著作物提供公眾交易或流通，一種則是以出租或出借的方法，將著作物提供公眾流通。然我國著作權法立法之初，並未賦予著作人散布權²³⁴，直

²³⁴ 民國七十四年修正著作權法時，才賦予著作人出租權，也就是一部分的散布權。在八十一年修正著作權法過程中，受政府委託研提修正草案的專家學者，建議應將散布權納入，以建立完整的著作權保護體系；當時由於衡量國內社會情況，並未完全採納該項建議，改以折衷的方式，參照日本立法例，於著作權法第八十七條訂定視為侵害的規定，把明知為盜版物而仍予散布的行為，視作是侵害著作財產權的行為，雖然沒有給予完整的散布權保護，也算是多少給著作人一部份散布權的實質保護。

至世界智慧財產權組織（WIPO）在一九九六年通過的著作權條約（WCT）及表演與錄音物條約（WPPT）兩項國際公約裡面，規定至少要賦予著作權人以移轉所有權的方式散布其著作物的權利。而且八十一年修法時，我們是參照的日本的立法例，對盜版物的散布，以視為侵害著作權來保護，然而日本本身也已經修正了他們的著作權法，賦予著作人散布權。為了與國際接軌，遵循國際標準，此次納入散布權的規定，以健全著作權的保護體系。

在本次修正內容中針對散布權規定，除了表演人之外，著作人專有以移轉所有權之方式，散布其著作之權利。也就是說任何人要用銷售、轉讓、贈與的方法散布著作物的話，都要先徵得著作人的同意。

表演人的散布權比起其他類別的著作人來說受到限縮，只能就他被重製在錄音著作裡的表演享有散布權，如果他的著作是被重製在錄音著作以外的其他類型著作裡面，或者是單純錄影下來的重製物，例如現場演出的錄影帶就不能享有散布權²³⁵。同時為了調和著作人之散布權與著作物所有人之物權，修正草案也配合訂定了「散布權耗盡原則」或稱「第一次銷售原則」，即謂在我國的管轄區域內取得著作原件或其合法重製物所有權之人，得以移轉所有權之方式散布之，並不需要再徵得著作人的同意²³⁶。

此外在修正條文中，與散布權攸關的尚有以網路傳輸為基底之「公開傳輸權」，意即著作人享有透過網路或其他通訊方法，將他的著作提供或傳送給公眾，讓大家可以隨時隨地到網路上去瀏覽、觀賞或聆

²³⁵ 表演人的散布權受限縮，主要的原因是表演人的表演是對既有的著作予以詮釋而已，和一般著作通常是無中生有，創作度比較高，還是有些不同，所以法律給予的保護程度也不同。

²³⁶ 著作人或其授權的人，把著作物之所有權移轉給別人的同時，就喪失了他的散布權，更正確的說法是他已經把散布權耗盡了，在此之後，就他所讓出去的著作物，對任何人都不能再主張散布權。至於從著作人或其授權的人處因為買賣或贈與而受讓取得著作物所有權的人，當然可以自由管理、使用、處分所取得的著作物。

聽著作內容的權利²³⁷。由於數位科技、電子網路及其他通訊科技的興起，任何著作都可以輕易地以數位形式（digital）重製，再藉由網路快速地傳送給許多人，對著作權人產生相當不利的影響，傳統的著作權法所賦予著作人的權利，無法充分地保護著作人的權益，世界智慧財產權組織（WIPO），因而在一九九六年通過了著作權條約（WCT）及表演與錄音物條約（WPPT）兩項國際公約，針對數位化網路環境，明定應賦予著作人公開傳輸權。為與國際接軌，促進資訊傳播與電子商務之蓬勃發展，提升著作人在數位化網路環境中之保護，即在本次修正著作權法，賦予著作權人公開傳輸權，確實維護知識經濟及未來數位內容產業的正常發展，維持我國的競爭力。然而著作權法修正後，著作人在網路上的權利，除了重製權之外，尚享有公開傳輸權，所以重製別人的著作，放在網站上提供給大家瀏覽，觀賞或聆聽，除了要取得重製的授權外，還要取得公開傳輸的授權。凡是未經著作權人同意，把別人的著作放在網路上讓更多的人瀏覽、觀賞或聆聽，不但會造成侵害重製權的問題，還會侵害到公開傳輸權，所以喜歡把各種資訊貼上網讓大家共享的人，要特別注意了。尤其是各個網站或由 BBS 站的站主，對於網友上網張貼之文字、影片、圖片，如果不確定是作者同意在網路上流通的，最好刪除，免得無端發生侵害公開傳輸權的糾紛。

第二節 網際網路環境對重製權衝擊之因應

著作權法所稱的「重製」，簡單的說就是把著作拿來重複製作而重現著作內容，不管重製的結果是永久的，或者是暫時的，都是重製。

²³⁷ 作者可以將他的著作，不管是文字、錄音、影片、圖畫等任何一種型態的作品，用電子傳（electronically transmit）或放在網路上提供（make available online）給公眾，接收的人可以在任何自己想要的時間或地點，選擇自己想要接收的著作內容。

當我們使用電腦或影音光碟機來看影片、聽音樂、閱讀文章的時候，這些影片、音樂一字影像都是先重製儲存在電腦或影音光碟機內部的隨機取存記憶體（RAM）裡面，再展示在螢幕上。同樣的網路上傳送的影片、音樂、文字等種種資訊，也是透過 RAM，達成傳送的效果。所有儲存在 RAM 裡面的資訊，會因為關機電流中斷而消失，換句話說在開機的時候，處在重製的狀態，關機的同時這些資訊就消失了，這種情形就是一種暫時性重製的現象。

著作權法給予著作權人重製權，當我們日常生活中廣泛的使用電腦、影音光碟機來加一影片、聆聽音樂、傳遞資訊的同時，由於影片、音樂、許多的文字圖片資訊，都是著作權法保護的著作，如此是否意謂在日生活中隨時可能有違反著作權之虞？對此著作權法雖然保護著作人的權益，也同時兼顧社會公共利益，訂定了許多合理使用的規定，來限制著作人的權利，讓一般利用人在合理的範圍內，取得利用著作的權限。如使用電腦和影音光碟機造成的暫時性重製狀況，當然也適用合理使用的規範²³⁸。不僅如此，著作權法更明定在網路傳輸過程中，

²³⁸ 如一、中央或地方機關為了立法和行政的目的，在合理範圍重製著作當作內部參考資料時，所發生的暫時性重製行為。二、為了進行司法訴訟程序而重製著作時，所發生的暫時性重製行為。三、各級學校及學校裡的老師，為了教書，在合理範圍重製著作時，所發生的暫時性重製行為。四、編製教科書或附屬之教學用品，在合理範圍內重製、改作或編輯著作時，所發生的暫時性重製行為。五、各級學校或教育機構，例如空中大學，在播送教學節目時所發生的暫時性重製行為。六、圖書館、博物館或其他文教機構應閱覽人供個人研究之要求，重製部分著作或期刊中單篇著作時所發生的暫時性重製行為。七、中央機關、地方機關、教育機構或圖書館重製論文或研究報告等著作的摘要時，所發生的暫時性重製行為。八、新聞機構做時事報導時，在報導的必要範圍內利用過程中所接觸的著作時，所發生的暫時性重製行為。九、在合理範圍內，重製或公開播送中央機關、地方機關或公法人名義發表的著作時，所發生的暫時性重製行為。十、基於私人或家庭非營利之目的，使用自己的機器重製他人著作時，所發生的暫時性重製行為。十一、為了報導、

或者合法使用著作時，操作上必然產生的過渡性質或附帶性質的暫時性重製情形，不屬於重製權的範圍。也就是說，在這種情況下產生的暫時性重製，不會發生違反著作權法侵害重製權的問題²³⁹。

第三節 科技保護措施與權利管理資訊之檢討

「科技保護措施（technological protection measures）」與「權利

評論、教學、研究或者其他正當的目的，在合理範圍內引用著作，所發生的暫時性重製行為。十二、用錄音、電腦各種方法重製著作，以提供視覺障礙人和聽覺障礙人使用時，所發生的暫時性重製行為。十三、中央機關、地方機關、各級學校或教育機構辦理各類考試而重製著作作為試題時，所發生的暫時性重製行為。十四、舉辦不以營利為目的，不收取任何費用，也不支付表演人任何報酬的活動，而公開播送、公開上映或公開演出著作時，所發生的暫時性重製行為。十五、廣播電台或電視電台被授權播送節目，為了播送的需要，用自己的設備錄音或錄影時所發生的暫時性重製行為。十六、舉辦美術展覽或攝影展覽製作說明書而重製展出的著作時，所發生的暫時性重製行為。十七、重製公共場所或建築物的外牆長期展示的美術或建築著作，所發生的暫時性重製行為。十八、報紙、雜誌轉載其他報刊雜誌上有關政治、經濟或社會上時事問題的論述時，所發生的暫時性重製行為。十九、重製政治或宗教上之公開演說、裁判程序中的公開陳述，以及中央機關或地方機關的公開陳述時，所發生的暫時性重製行為。二十、其他合理使用的情形，例如基於諷刺漫畫、諷刺文章的目的所做的暫時性重製行為；為了重建、改建或修建房屋，使用建築物的圖片，所做的暫時性重製行為等。

²³⁹ 瀏覽影如將買來的光碟，放在電腦或影音光碟機裡面，看影片、圖片、文字或聽音樂。或在網路上傳照片、圖片、文字或聽音樂。在買來的電腦裡面已經安裝好了電腦程式而使用該程式，例如使用電腦裡面的 Word、Excel 程式。網路服務業者透過網際網路傳送資訊。校園、企業使用代理伺服器，因提供網路使用者瀏覽，而將資料存放在代理伺服器裡面。維修電腦程式。

管理資訊 (rights management information) 」是數位科技時代中，著作人權益保護之重要議題。著作權利人藉由科學技術保護其著作，使其免於被侵害，更在網路傳輸過程中，以電子數位化形式註明相關權利管理資訊，以利著作之利用與使用報酬之收取。就著作權利人此一保護著作權利之交互運用方式，如有任何規避或破壞，其對於著作權利人所造成之損害，顯然要比傳統著作權環境下之損害更加鉅大，亦為國際間所亟欲解決之問題。本文擬從國際公約對「科技保護措施」與「權利管理資訊之相關規定，以及我國著作權法修正條文之立法目的與方向，作一簡要分析。

第一項 何謂科技保護措施

所謂「科技保護措施」乃指著作權利人為控制其著作可否被接觸 (access)、重製 (copy) 或傳輸 (transmit)，而以有效的科技方法所採取之保護措施。其方式可能包括插梢 (keyplugs)、智慧卡 (Smartcards)²⁴⁰、密碼 (Password)、浮水印 (watermarking)、多次重製管制系統 (Serial Copy Management Systems, SCMS)²⁴¹、鎖碼 (Encryption)²⁴²、電腦程式如 content-scrambling system (CSS) 等等。

²⁴⁰ 插梢 (keyplugs)、智慧卡 (Smartcards) 屬於硬體之科技保護措施，僅是取得著作重製物 (不問原版或盜版) 並無法使用，必須同時有著作權利人另行發送之插梢 (keyplugs) 或智慧卡 (Smartcards)，與使用著作之設備，通常是電腦、電視等硬體設備結合，始能使用或接觸到著作內容。

²⁴¹ 多次重製管制系統 (Serial Copy Management Systems, SCMS) 主要為錄音業者所採，該項設計使得原版數位化錄音產品雖可被無限次重製，但僅能自原版帶重製第一代，第一代的重製物就無法再重製出第二代重製物。此一設計使得重製行為僅得就原版為重製，無法依原版以外之重製物再為重製，故可大幅縮小未經授權逕為重製之範圍。

²⁴² 鎖碼 (Encryption) 之技術主要使用於有線電視或衛星電視，所有節目均經

透過這些硬體或軟體設計，受著作權法保護之著作只有在著作權利人授權之情形下，使用人才得以加以接觸、重製或傳輸，其間將使得著作權利人因此獲得經濟上之對價²⁴³。然而，在相反的方面，亦有專門破解該「科技保護措施」之情形，其或為某種設備，例如解碼器，或為資訊，例如散布破解保護之序碼，或為解碼電腦程式如 DECSS 程式等，提供這些設備、資訊或服務之人雖未直接為侵害著作權之行爲，但其所提供之設備、資訊或服務卻促使、幫助或引起他人侵害著作權行爲之發生，為有效保護著作權，從根本遏止侵害之亂源，有必要就提供這些設備、資訊或服務之人科以法律責任²⁴⁴。

關於著作權利人所採用之「科技保護措施」究應如何確保其有效而不被破解，一般可分別從科技、契約及法律等三方面思考。自科技保護方面之思考者認為，科技的問題應透過科技解決，不待外求，著作權利人對於破壞其科技保護之有效性者，應從科技方面著手，加強科技保護技術，就可以完全避免被破解，然而提高科技保護技術通常須付出高昂成本，未必人人均可承擔，而當科技不斷地被突破，其最終仍須藉助科技以外的方式解決；而採以契約方式保護者認為，著作權利人得以契約有效地拘束使用者不得違反約定，破解科技保護措施，然而，契約僅得約束雙方當事人，對於契約以外之第三人並無拘

鎖碼處理，消費者須支付收視費用，經業者提供設備於電視上方裝設解碼盒，始能收視經鎖碼的節目。

²⁴³ 簡而言之科技保護措施是著作財產權人為了避免其著作遭人擅自侵入，進而利用，而採取的防護措施。這種防護措施，可能是一種設備、一組器材、在機器上加裝的某個零件、一種鎖碼的技術、一組序號或者一個密碼，甚至可能是一種特別的科技方法。不論這個措施所用的方法是什麼，只要能夠有效的禁止或限制別人進入去侵入而接觸著作，或利用著作，都是所謂的科技保護措施。然此部份之內容，於立法過程中卻悉數刪除。

²⁴⁴ 章忠信，著作權法制中科技保護措施與權利管理資訊之檢討，萬國法律，民國八十九年十月、十二月版。詳參閱著作權筆記【[hppt://www.copyrightnote.org/paper/pa0006](http://www.copyrightnote.org/paper/pa0006)】。

束力，即使透過團體協商，由著作權利人團體與消費者團體或相關產品製造商團體以契約達成某種科技保護措施或禁止違反科技保護措施之約定，對於不在約定範圍內之違反者，未必能有效落實。

從較實際之角度觀之，科技、契約與法律相結合，交互運用，應更能落實對著作人權益之保護，從法制上之思考，著作權法之適當規定，顯然不可或缺。科技在大部分時期固然足以保護著作人權益，但如科技保護被以非法方式突破後，其對著作人所進行之侵害，仍須藉由法律加以處罰，以落實保護著作人之權益。易言之，在法律制度上，絕不可因科技保護可以達到相當程度，就不再從法律層面去建構健全進步之制度，全交由科技去因應，正如同不能因為保全科技之進步，就要求所有民眾自行加強住戶保全系統，法律上不再對於盜匪科以竊盜罪責。同樣地，契約之功效亦不得否認，不過契約首先要面臨是否有效之種種驗證與挑戰，縱使最後確認其在法律上已完美無瑕，但其不足以約束契約以外之行為人，又常會造成契約之落空。由此觀之，法律其實是各項保護方式之最後防線。關於著作人權益之保護，科技與契約之功效不可輕忽，然而，法律在科技與契約所無法到達之處，或在降低社會成本上，仍有其不可替代功效²⁴⁵。

由於數位科技、電子網路及其他通訊科技的興起，任何著作都可以輕易地以數位形式（digital）重製，對著作權人產生相當不利的影響，著作權人為保護其權利，因而發展出以鎖碼等科技措施，來禁止或限制別人擅自侵入而接觸或利用其著作的防護方法。

著作財產權人所做的科技保護措施，即為解決資訊科技發達，著作常常處於被人非法在網路上流通，造成重大損害的問題，同時也是建立及維護數位網路環境秩序的機制。科技保護措施如果任人破解破壞，不僅是破壞者個人單一的行為而已，同時還等於為其他侵權行為人製造了侵入和違法利用著作的機會，這種情況下，常常會造成整個市場大幅流失的結果，著作權人所受損失無法估計而難以填補。

有鑒於此，世界智慧財產權組織（WIPO）因而在一九九六年通過

²⁴⁵ 章忠信，前引註二四四，【[hppt://www.copyrightnote.org/paper/paoo06](http://www.copyrightnote.org/paper/paoo06)】。

的著作權條約（WCT）及表演與錄音物條約（WPPT）兩項國際公約裡面，明訂對於科技保護措施，必須給予適當之法律保護及有效之法律救濟。歐盟二〇〇一年著作權指令第六條、美、日等國也個別在著作權法增訂了有關科技保護措施的相關規定。在現今網路無國界的時代裡，為符合國際遊戲規則和保護標準，以期與世界同步，我國也有必要將科技保護措施納入保護。是以原著作權法修正草案除了訂定科技保護措施的定義外，並且明文規定禁止破解、破壞或以其他方式規避著作權人所做的科技保護措施，對於主要是用來破解、破壞或規避著作權人科技保護措施之設備、器材、零件、技術或資訊，原則上不得製造、輸入、提供公眾使用或為公眾提供服務。同時為了兼顧社會公益及實務需要，也規範例外狀況²⁴⁶時，縱令有破解、破壞或規避著作權人科技保護措施之設備、器材、零件、技術或資訊等行為，亦毋庸擔負民、刑事責任²⁴⁷。然於修法過程中考量該項新措施若貿然實施，對人民相關權益侵害甚鉅，故而最終並未修正通過。

第二項 世界智慧財產權組織對科技保護措施之處理

為解決伯恩公約之後，網際網路數位化科技對於傳統著作權法所產生之衝擊，聯合國所屬之世界智慧財產權組織（WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION, WIPO）於一九九六年

²⁴⁶ 一、為維護國家安全或公共利益者。二、中央或地方機關所為者。三、供公眾使用之圖書館、檔案保存及教育機構為評估是否欲取得資料所為者。四、為保護未成年人者。五、為保護個人資料者。六、為電腦或網路進行安全測試者。七、為進行加密研究者。八、為進行還原工程者。

²⁴⁷ 反之違反科技保護措施規定的人，對於著作財產權人因此所受的損害，則需負擔民事上的賠償責任。對於製造、販賣破解器材或提供破解服務的人，得科以一年以下有期徒刑的刑事責任。至於使用者個人的破解行為，並無刑事責任。

十二月二日至廿日在瑞士日內瓦總部之日內瓦國際會議中心（International Conference Centre of Geneva, CICG）召開了「關於著作權與鄰接權相關問題之外交會議」（Diplomatic Conference on Certain Copyright and Neighboring Rights Questions），並通過了「世界智慧財產權組織著作權條約」（The WIPO Copyright Treaty，簡稱 WCT）及「世界智慧財產權組織表演及錄音物條約」（The WIPO Performances and Phonograms Treaty，簡稱 WPPT）等二項國際條約²⁴⁸。在該二項條約中，均分別就科技保護措施於 WCT 第十一條及 WPPT 第十八條作相關規定如下：

WCT 第十一條有關科技措施之義務

締約各方應有通當之法律保障及有效之法律救濟規定，以對抗規避著作人所使用於行使本條約或伯恩公約所定權利，或供作制止未經著作人授權或法律所允許對其著作所為行為之有效的科技措施²⁴⁹。

WPPT 第十八條有關科技措施之義務

締約各方應有過當之法律保障及有效之法律救濟規定，以對抗規避表演人或錄音物製作人所使用於行使本條約所定權利，或供作制止未經表演人或錄音物製作人授權或法律允許，而對表演或錄音物所為

²⁴⁸ 章忠信，世界智慧財產權組織一九九六年十二月關於著作權與鄰接權相關問題之外交會議側記，資訊法務透析，八十六年二月，第 31-46 頁。

²⁴⁹ WCT Article II Obligations concerning Technological Measure — Contracting Parties shall provide adequate legal protection and effective legal remedies against the circumvention of effective technological measures that are used by authors in connection with the exercise of their rights under this Treaty or the Berne Convention and that restrict acts, in respect of their works, which are not authorized by the authors concerned or permitted by law.

侵害行為有效的科技措施²⁵⁰。

關於著作權利人為保護其權利所採取之科技保護措施，究應如何保護，一般認為應以法律遏止之行為，應可區分為二，一是任何未經授權而規避該等科技保護措施之行為；二是關於主要供規避該等科技保護措施之用，或以達到該規避目的為行銷訴求，或除供作規避該等科技保護措施之用以外，僅具些微經濟價值之設備或服務，任何製造、散布該等設備或提供該等服務之行為。前者為「直接規避行為」；後者則為「直接規避行為」以前之「準備行為」。

雖然關於科技保護措施之規定，於美國及歐盟著作權相關指令（directives）已有若干明文，惟均僅限於「直接規避行為」以前之「準備行為」，而不包括「直接規避行為」。WCT 第十一條及 WPPT 第十八條是國際著作權法制中，首次關於禁止對於科技保護措施為「直接規避行為」之規定，然而，在該二條約草案階段，在美國及歐盟大力主導下，原本所欲達到之規範對象並不包括「直接規避行為」，而僅限於「直接規避行為」以前之「準備行為」。惟因消費性電子化產品業者—主要為個人電腦製造商，擔心將「準備行為」列入科技保護措施規範對象，則個人電腦之製造或銷售，將成為該條文所欲禁止之「準備行為」。其認為法律所應禁止的，應是「直接規避行為」，而不是「直接規避行為」以前之「準備行為」。經過其強力遊說之下，WCT 第十一條及 WPPT 第十八條僅針對「直接規避行為」為規範，而不及於「直接規避行為」以前之「準備行為」，只是有些國家於修

²⁵⁰ WPPT Article 18 Obligations concerning Technological Measures—contracting Parties shall provide adequate legal protection and effective legal remedies against the circumvention of effective technological measures that are used by performers or producers of phonograms in connection with the exercise of their rights under this Treaty and that restrict acts, in respect of their performances or phonograms, which are not authorized by the performers or the producers of phonograms concerned or permitted by law-

正其著作權法時，並未受此二條約之限制，仍擴及於「準備行為」²⁵¹。

雖然 WCT 及 WPPT 原草案關於「科技保護措施」所稱之「破壞保護之設備」原本所欲規範之範圍有所定義²⁵²，但由於各國對於其範圍並無共識，修正通過後之 WCT 第十一條及 WPPT 第十八條對於「科技保護措施」所欲規範之明確目的與範圍並未有所界定，任諸各國立法決定。

在外交會議討論中，韓國代表會非常明確地指出，圖書館或一般公眾原先享有之合理使用空間，不應數位化科技之發展而受影響；加拿大代表則進一步指出，原草案文字或將造成禁止利用人接觸公共所有（public domain）之著作，或遏止利用人於合理使用原則或伯恩公約所允許下，對著作之接觸。加拿大與新加坡代表並質疑，草案條文第(3)項所稱「『破壞保護之設備』，指任何設備、產品，或附含於設備、產品之組件，其主要目的或效果在於規避任何防止或禁止為本條約所定權利相關行為之程式、處置、技術或系統者，其中「主要目的或效果」之文字將使某些不是特別供作規避科技保護措施之用，但可被作為規避科技保護措施之用之物亦被包括於該範圍內，造成其製造商或零售商之困擾。最後，原有草案文字在南非代表所提之修正與說明，強調三點，（1）著作權利人所採取之科技保護措施必須是「有效的」而非漫無邊際的，以免使用人動輒得咎；（2）科技保護措施必須是「與著作權利人為行使本條約所賦予之權利有關者」，亦即如非本條約所保護之權利，而由著作權利人以科技措施保護者，縱加以規避，亦不在本條所要處理之範圍；（3）科技保護措施所要限制的是「未經著作權利人或法律所允許之行為」，意即利用人原有合理使用之行為，不得因科技保護措施而被限制的²⁵³。

²⁵¹ 章忠信，前引註二四四，【<http://www.copyrightnote.org/paper/paooo6>】。

²⁵² WCT 草案第十三條第(3)項原本規定：本條所稱「破壞保護之設備」，指任何設備、產品，或附含於設備、產品之組件，其主要目的或主要效果在於規避任何防止或禁止為本條約所定權利相關行為之程式、處置、技術或系統者。

²⁵³ 章忠信，前引註二四四，第 31-46 頁。

關於科技保護措施之保護，規避該科技保護措施者究應如何處罰，是否包括刑事上之責任或民事上之損害賠償，刑事上之責任究採告訴乃論或非告訴乃論，WCT 第十一條及 WPPT 第十八條並未規定，僅要求「締約各方應有適當之法律保障及有效之法律救濟規定」，亦即僅要求其方法必須係適當且有效，至於其細節，則開放由各國自行於國內法中規定²⁵⁴。

大體上說，WIPO 外交會議在討論 WCT 第十一條及 WPPT 第十八條「科技保護措施」之規定時，顯有若干躊躇，一方面是各方利益團體的角力遊說，使得草案原先的立法目的與理想一再退縮，一方面其實與法律人面對高科技之隔閡，又未充分引進科技界專家協助立法，有相當關聯。同樣的問題，在各國立法過程中亦應加以重視，法律界必須與科技界緊密結合，共同面對科技發展對著作權法制所帶來之挑戰²⁵⁵。

第三項 何謂權利管理資訊

所謂「權利管理資訊」乃指著作權利人在著作原件或其重製物上所註明足以確認著作、著作名稱、著作人、著作相關權利人或使用該著作之期間或條件等資訊。在傳統之著作傳播環境中，著作權利人於其著作原件或其重製物上所註明有關著作權利之資訊²⁵⁶，例如書籍上

²⁵⁴ 由於 WCT 第十一條及 WPPT 第十八條並未述及營利或非營利之規避行為，則其適用範圍將可及於營利及非營利之規避行為，因此，為營利目的之規避科技保護措施等行為固受禁止，對於非營利目的之駭客破壞行為，或無營利意圖之 散布解碼或任何規避科技保護措施之資訊、程式等行為，亦可適用本規定禁止之。

²⁵⁵ 轉引自章忠信，前引註二四四，【hppt：
[//www.copyrightnote.org/paper/pa0006](http://www.copyrightnote.org/paper/pa0006)】。

²⁵⁶ 即意指有關著作權利狀態的訊息，諸如著作財產權條由何人享有？由何人行

俗稱之「版權頁」，縱使遭變動、刪改，其影響所及不過就是該特定之著作原件或其重製物，對於其他重製物之有關著作權利之資訊，並不致於產生任何影響。然而網際網路數位化科技發展後，大部分的著作均得上載網路，以供公眾接觸，其所註明有關著作權利之資訊，至為重要。如遭變動、刪改，其影響所及，將使隨後接觸該著作之人就該著作得到錯誤之著作權利資訊，權利人權益受損，利用人亦可能因錯誤資訊而作出錯誤之判斷，甚至侵害著作權之行爲。爲保護網際網路數位化科技環境中，著作權利人私的利益與利用人取得正確著作權利資訊之公益，WCT 第十二條及 WPPT 第十九條妥要求締約各國履行「有關權利管理資訊之義務」，此一義務通常與前述「有關科技措施之義務」相提並論，主要是其皆屬科技發展後所產生之新議題，同時權利人亦多交互運用「科技保護措施」與「權利管理資訊」，以保護其權益。

一般來說，利用人可透過權利管理資訊了解授權的管道，取得合法授權而減少違反著作權法侵害他人權利的風險，相對的權利管理資訊，也是著作財產權人對其權利狀態的聲明，以及提供合法授權管道的通告，可以說權利管理資訊是著作市場正常化的基礎²⁵⁷。由於數位科技的進步，使文章、圖片等著作經數位化後被放置於網路上，使用者可以很輕易地取得，而且快速傳播。如果著作權人在著作物上所標註的權利管理電子資訊，遭人更動、竄改，變成錯誤的訊息，其影響層面更廣及於後面無數的利用人。此種損人不利己的行爲，不僅攪亂破壞了整個著作市場的秩序，損害著作財產權人的權利，也將造成廣

使？受保護的期間到什麼時候？有意價購著作財產權的人，應與何人聯繫洽商？欲利用著作的人，應向什麼人徵求授權？凡此種種與著作權管理相關的訊息，稱之為權利管理資訊。著作權利人標示的「權利管理資訊」，通常可以在書籍的版權頁、影片的聲明、唱片的封套上或網頁的告知欄裡看到。將「權利管理資訊」以電子化的方式來標註時，即為「權利管理電子資訊」。

²⁵⁷ 我國主管機關（經濟部智慧財產局）於民國八十七年開始宣導業界建立「權利管理資訊」的制度，以協助利用人取得合法授權。

大的利用人無法合法取得授權，危害很大。

世界智慧財產權組織（WIPO）針對此一問題，經過仔細的研究討論，在一九九六年通過的著作權條約（WCT），及表演與錄音物條約（WPPT）兩項國際公約裡面，明文規定對於擅自竄改或移除權利管理電子資訊的行為，或將擅自竄改或移除權利管理電子資訊的著作物加以散布的行為，應予制止。許多國家都陸續參照這兩個國際公約的標準。除了非得移除或變更，否則無法利用著作；或者因為錄製或傳輸系統轉換時，技術上必須要移除或變更的情況之外，未經著作權人許可，任何人都不可移除或變更著作權人所標示的權利管理電子資訊。此外事先知道著作原件或其重製物上的權利管理電子資訊，已經被非法移除或變更了，即不得再把這些著作原件或重製物散布出去，也不可以為了要散布而輸入到我國，當然也不可以為了要散布，而保有這些權利管理電子資訊被非法移除或變更的著作原件或重製物。同樣的，在事先知道著作原件或其重製物上的權利管理電子資訊，已經被非法移除或變更了的情況下，即不可以再公開播送、公開演出或公開傳輸這些資訊不正確的著作。在網路無國界的世代裡，為確保著作市場的正常發展，我國著作權法此次亦將權利管理電子資訊納入保護，禁止未經允許擅自竄改或刪除之行爲²⁵⁸。

²⁵⁸ 著作權修正條文第三條第一項第十八款規範：權利管理電子資訊指於著作原件或其重製物，或於著作向公眾傳達時，所表示足以確認著作、著作名稱、著作人、著作財產權人或其授權之人及利用期間或條件之相關電子資訊；以數字、符號表示此類資訊者，亦屬之。其立法理由在於按 WCT 第十二條及 WPPT 第十九條要求締約國對於權利管理電子資訊之完整必須給予充分之保護及有效之救濟，爰參考上開條文、歐盟二〇〇一年著作權指令第七條、美國著作權法第一二〇二條及日本著作權法第二條第一項第二十一款，配合增訂相關條文。

第四項 世界智慧財產權組織對權利管理資訊之處理

WCT 第十二條及 WPPT 第十九條「有關權利管理資訊之義務」規定如下：

第十二條有關權利管理資訊之義務：

- 一、締約各方應有適當及有效之法律救濟規定，以對抗任何人明知且故意，或於民事賠償方面，有理由應知悉其行為將引起、促成、便利或包庇本條約或伯恩公約所規範任何權利之侵害，而為下行爲：
 - (一) 未經授權而消除或變更任何電子之權利管理資訊；
 - (二) 未經授權而散布、或為散布而輸入，廣播、或對公眾傳播明知未經授權而已被消除或變更之電子之權利管理資訊之著作或著作重製物。
- 二、本條所稱「權利管理資訊」，指附隨於著作重製物或於著作向公眾傳播時所顯現足以確認著作、著作人、著作之任何權利人、或使用該著作之期間或條件、及足以表現任何該等項目之數字或數碼等資訊²⁵⁹。

²⁵⁹ WCT Article 12 Obligations concerning Rights Management Information--(1) Contracting Parties shall provide adequate and effective legal remedies against any person knowingly performing any of the following acts knowing or, with respect to civil remedies having treasonable grounds to know, that it will induce, enable, facilitate or conceal an infringement of any right covered by this Treaty or the Berne Convention: (a) to remove or alter any electronic rights management information without authority; (b) to distribute, import for distribution, broadcast or communicate to the public, without authority, works or copies of works knowing that electronic rights management information has been removed or altered without authority (2) As used in this Article, "rights management information," means information which

第十九條有關權利管理資訊之義務：

- 一、締約各方應有適當及有效之法律救濟規定，以對抗任何人明知且故意，或於民事賠償方面，有理由應知悉其行為將引起、促成、便利或包庇本條約所規範任何權利之侵害，而為下行為：
 - (一) 未經授權而消除或變更任何電子之權利管理資訊；
 - (二) 未經授權而散布、或為散布而輸入、廣播、傳播或對公眾提供明知未經授權而被消除或變更之電子權利管理資訊之表演、被固著之表演重製物或錄音物。
 - 二、本條所稱「權利管理資訊」，指附隨於固著之表演之重製物或錄音物、或於固著之表演或錄音物向公眾傳播或提供時所顯現足以確認表演人、表演人之表演、錄音物製作人、錄音物、或表演或錄音物之任何權利人、使用該表演或錄音物之期間及條件，及足以表現任何該等項目之數字或數碼等資訊²⁶⁰。
-

identifies the work, the author of the work, the owner of any right in the work, or information about the terms and conditions of use of the work, and any numbers or codes that represent such information, when any of these items of information is attached to a copy of a work or appears in connection with the communication of a work to the public.

²⁶⁰ WPPT Article I9 Obligations concerning Rights Management Information-- (1) Contracting Parties shall provide adequate and effective legal remedies against any Person knowingly performing any of the following acts knowing or, with respect to civil remedies, having reasonable grounds to know that it will induce, enable, facilitate or conceal an infringement of any right covered by this Treaty: I to remove or alter any electronic rights management information without authority; ii to distribute, import for distribution, broadcast, communicate or make available to the public, without authority, performances, copies of fixed performances or phonograms knowing that electronic rights management information has been removed or altered without authority.(2)As used in this Article, "right management information" means information which identifies

依 WCT 第十二條及 WPPT 第十九條規定，對於違反「權利管理資訊」保護規定之人科以責任，在刑事處罰上必須行為人就其行為明知且故意，於民事賠償方面，只要有理由應知悉其行為將引起、促成、便利或包庇本條約所規範任何權利之侵害即可。又其「權利管理資訊」限於電子化之「權利管理資訊」，不包括非電子化之「權利管理資訊」。不過，此一規定並不強迫著作權利人必須採取「權利管理資訊」制度，只是如其使用「權利管理資訊」，法律就需保護之。

而觀之我國「著作權法修正條文」，關於「權利管理資訊」方面，先前資訊工業策進會辦理之「著作權面對高科技發展之因應配合研究計畫」，其所提之具體建議修正條文中，原僅於第八十七條視為侵害著作權之行為增訂為第七款，「有下列情形之一者，除本法另有規定外，視為侵害著作權或製版權：...七、明知為表彰著作權人權利之著作權電子管理資訊，未經著作權人同意而解除或變更，或明知著作之電子管理資訊已經遭解除或變更，而散布、為散布而進口、廣播或對公眾傳播者。」

上開該草案經過主管機關組成之「著作權法修正諮詢委員會」就相關議題討論後，作部分之修正。首先於第三條第一項增訂第十六款「電子化著作權權利管理資訊」之定義，「指附隨於著作原件或其重製物或於著作向公眾傳播時所附隨足以確認著作、著作權人、或利用該著作之期間或條件等之電子化資訊。」此外，於第八十七條視為侵害著作權之行為增訂為第六款：「六、明知其行為將造成著作權人權利之損害，而擅自刪除或變更電子化著作權權利管理資訊者；其明知著作原件或其重製物之電子化著作權權利管理資訊已遭非法刪除或變更，如加以散布、為散布而輸入、或公開傳播將造成著作權人權利之

the work, the author of the work, the owner of any right in the work, or information about the terms and conditions of use of the work, and any numbers or codes that represent such information when any of these items of information is attached to a copy of a work or appears in connection with the communication of a work to the public.

損害，竟而為之者，亦同。」又為避免利用人於利用時因技術之限制，而造成無法完整呈現電子化著作權權利管理資訊，並於第二項增訂除外規定，「前項第六款之規定，於合法利用時因行為時之技術限制而刪除或變更電子化著作權權利管理資訊者，不適用之。」對於違反「電子化著作權權利管理資訊」保護規定者，增定第九十三條之一：「意圖營利而以第八十七條第一項第六款之方法侵害他人之著作權者，處一年以下有期徒刑，得併科新臺幣五萬元以下罰金。」其刑責較第八十七條其他視為侵害著作權之行為為輕，乃因此為我國新增訂之規定，且須考量與侵害著作人格權之刑責相平衡。

依上開修正觀察，我國關於「權利管理資訊」方面之保護，已依 WCT 第十二條及 WPPT 第十九條規定增訂，限於「電子化」權利管理資訊，不包括「非電子化」之權利管理資訊，是以明文規定其為「電子化著作權權利管理資訊」，應較其他國家採「權利管理資訊」之用語更為明確。又違反「電子化著作權權利管理資訊」之保護規定者，仍以行為人明知為要件，其刑事責任為告訴乃論。至於民事責任方面則以一般侵害著作權之損害責任課之，未作特別規定。

第四節 小結

近來數位化網際網路科技固為全球資訊傳播與電子商務帶來無限商機發展，惟同時亦對著作權之保護造成前所未有之衝擊，傳統著作權法制並不足因應此一快速、廣泛之資訊傳播環境，為此世界智慧財產權組織（WTO）於八十五年十二月底通過「世界智慧財產權組織著作權條約」（WCT）及「世界智慧財產權組織表演及錄音物條約」（WPPT）等二項國際條約，針對數位化網際網路環境之傳輸特性，予以規範；各國近年來亦均依循此二國際條約之規範，修正各該國著作權法。

我國九十二年度修法前之著作權法係以傳統技術為基礎，對於數位化網際網路科技發展所產生之各項議題，尚未作適當之調整。為促

進資訊傳播與電子一商務之蓬勃發展，提升著作人於數位化網際網路環境中之保護，符合國際著作權法制之發展趨勢，爰於民國九十二年七月十日修法公布「著作權法」部分修正條文。其修正要點如次：

一、明列「暫時性重製」屬於「重製」之範圍，並增訂「重製權」之排除規定

按世界貿易組織「與貿易有關之智慧財產權協定」(TRIPS)第九條規定，會員應遵守一九七一年伯恩公約第一條至第二十一條規定。又伯恩公約第九條第一項規定「受本公約保護之文學及藝術著作之著作人應享有不論以任何方式或形式授權重製其著作之專有權利」，為因應數位化網路科技之發展，爰參酌歐盟二〇〇一年資訊社會著作權及相關權利協調指令(Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society)第二條及第五條第一項規定，修正「重製」之定義²⁶¹，使包括「直接、間接、永久或暫時」之重複製作。另特定之暫時性重製情形不屬於「重製權」之範圍²⁶²。

²⁶¹ 修法後著作權法第三條第五款之重製定義為：指以印刷、複印、錄音、錄影、攝影、筆錄或其他方法直接、間接、永久或暫時之重複製作。於劇本、音樂著作或其他類似著作演出或播送時予以錄音或錄影；或依建築設計圖或建築模型建造建築物者，亦屬之。

²⁶² 修法後著作權法第二十二條第三、四項規定：前二項規定，於專為網路中繼性傳輸，或使用合法著作，屬技術操作過程中必要之過渡性、附帶性而不具獨立經濟意義之暫時性重製，不適用之。但電腦程式不在此限。前項網路中繼性傳輸之暫時性重製情形，包括網路瀏覽、快速存取或其他為達成傳輸功能之電腦或機械本身技術上所不可避免之現象。

二、增訂公開傳輸權及散布權等權利，並修正公開播送之定義

著作人依現行本法第二十四條所享有之公開播送權並不及於網路上之傳輸，為因應網路及非屬傳統廣播電視媒介之傳輸科技之發展，參酌「世界智慧財產權組織著作權條約」第八條及「世界智慧財產權組織表演及錄音物條約」第十條及第十四條規定，增訂公開傳輸權²⁶³，並修正關於「公開播送」之定義²⁶⁴，以釐清其與公開傳輸行為之區別。又著作人就其著作應享有以買賣或其他移轉著作原件或其重製物所有權之方式加以散布之權利，爰依「世界智慧財產權組織著作權條約」第六條、「世界智慧財產權組織表演及錄音物條約」第八條及第十二條規定，增訂散布權²⁶⁵，並增訂散布權耗盡原則。

三、增訂權利管理電子資訊保護規定

於數位化環境下，著作權人就其著作原件或其重製物，或於著作向公眾傳達時，常附記有相關權利管理電子資訊，如予以刪除或竄改，或明知其已被刪除或竄改，仍予以散布等，對權利人將造成嚴重損害，「世界智慧財產權組織著作權條約」第十二條及「世界智慧財產權組織表演及錄音物條約」第十九條乃要求應予適當及有效之保護及救

²⁶³ 修法後著作權法第三條第十款公開傳輸之定義：指以有線電、無線電之網路或其他通訊方法，藉聲音或影像向公眾提供或傳達著作內容，包括使公眾得於其各自選定之時間或地點，以上述方法接收著作內容。

²⁶⁴ 修法後著作權法第三條第七款公開播送之定義：指基於公眾直接收聽或收視為目的，以有線電、無線電或其他器材之廣播系統傳送訊息之方法，藉聲音或影像，向公眾傳達著作內容。由原播送人以外之人，以有線電、無線電或其他器材之廣播系統傳送訊息之方法，將原播送之聲音或影像向公眾傳達者，亦屬之。

²⁶⁵ 修法後著作權法第三條第十二款散布之定義：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。

濟，爰增訂相關規定，以保護著作權人之權益²⁶⁶。至於原修正草案擬列入之「科技保護措施」之相關立法，於修法時考量此一制度對人民權益之衝擊甚鉅不宜貿然實施，故未予修正通過。

²⁶⁶ 指於著作原件或其重製物，或於著作向公眾傳達時，所表示足以確認著作、著作名稱、著作人、著作財產權人或其授權之人及利用期間或條件之相關電子資訊；以數字、符號表示此類資訊者，亦屬之。

第六章 本文建議—代結論

數位傳輸之結果並不盡然均符合散布之要件，且在網際網路上並無存在可被外界察知之實質物體，又無實質物體的轉讓行為，且在傳輸過程中復傍隨著非法重製物品的產生，然是否因此即無法適用第一次銷售原則？第一次銷售行為之目的在於保障著作標的物之自由轉讓，及藉由轉讓交換資訊提昇公眾利益。然網際網路之傳輸行為適用上該原則之爭議在於：網路之傳輸行為是否屬著作權法中之散布？網路傳送之客體非實體物，復無實質之移轉行為，且傳輸過程中產生之非法重製物等爭點。然散布之方式因時空轉移容有不同，且我國著作權法修正條文中，非但對散布一詞賦予新定義，對於數位環境之公開傳輸行為亦已有所規範。再者第一次銷售原則之基本立法理由並無更易，為了保障著作標的物之自由轉讓，及藉由轉讓交換資訊提昇公眾利益，單憑傳輸之方式與傳統著作權法間之異差，尚不足據以認定數位資料之傳輸環境，即無第一次銷售原則之適用。而轉讓客體需為實體物之要件，為一九七六年著作權法之時空背景下所為之規範，為因應網路時代之來臨，販賣、轉讓著作物，移轉之客體有時即著作物本身，已不在限於實體物，是以上開要件亦應予修正；其次無實質移轉行為乙節，即為數位傳輸行為之本質及特性所在，且該現象當為日後產生訟爭時之舉證問題，亦可藉由科技之發展（如當傳輸端傳輸資料予接受端後，傳輸內容即自傳輸端之電腦伺服器中消逝等）而克服。縱令依現行之科技水準尚無法達到上開情形，然此一爭點應與傳輸行為產生之重製現象合併觀察，即可藉由反查傳送端之 IP 位置，得知所接受者是否為合法重製物，或雖產生重製行為，然符合著作法中合理使用之規範，即無違反著作權法。

再者自經濟觀點切入，網際網路替人們帶來較為便捷及較為舒適之溝通及傳輸環境，一個合法供人散布被授權物品，及可藉由電子傳輸為媒介，供人出售著作物品之系統產生後，對人類而言是種非常有

利用價值之工具，儘管網路上之傳輸行為締造了另一項重製物，然而保存一個可供人創造各式各樣資訊之環境，卻是項不爭之事實。因此如何調和著作物所有權人及著作權人間之利益，將是未來發展的新課題。假如並無傷害到著作人之利益者，應盡量保護並提昇散布著作物之行為。假使承認複製物及錄音片可在網路環境中，以傳輸行為對公眾加以散布並且將之列為著作權人專屬散布權內容之一。該項新權利將改變傳統上散布之概念，如此則需輔以對網路傳輸行為合理使用主張範圍之界定（如對暫時性重製行為，是否侵害重製權），否則對於使用者瀏覽網頁、對公眾寄發電子郵件等基本傳輸行為，動則侵害著作財產權人之重製權及散布權，如此將扼殺網際網路之使用空間。是以本文原則上肯認在網路環境中之數位資料傳輸行為，應有第一次銷售原則之適用。

然無可否認數位環境下，非法重製之行為較以往更為便捷，且科技之發展如科技保護措施之研發等對著作權法制之規範內容、態樣均有深足地影響。是以在電腦科技水準及科技保護措施之發展尚未成熟，且我國本次修法亦未將科技保護措施之相關規範立法通過之情形下，現今之數位傳輸行為，在我國不宜遽以認定即適用第一次銷售於原則。

另一方面言之，網路世界以資訊傳輸為內容，以科技架構為基礎，而科技可以作為促進著作利用之工具，同時也成為侵害著作權利之利器。著作權利人應思考者為積極利用 MP3 或類似 Napster 軟體等新科技來增加自己的收益，而不是消極的抗拒，一意要扼殺科技的發展。試想當有一天，當付費與下載等安全保護機制建立，所有著作均得被數位化，錄音唱片業不再須要以有體物形態的 CD、錄音帶透過盤商層層傳銷，也不必設立店面、支付租金與雇用大量店員，祇要透過網路銷售，任何人都可以付費點選下載自己喜愛之單曲，存於硬碟中，隨時聽取，甚至祇要支付少許費用，直接點選收聽，不必下載。此一錄音唱片業經營模式，對唱片業、銷售業及消費者三方均霑其利，對唱片市場可說是一波利多行情。

在調整著作權法制因應網際網路數位化發展方向，其所應注意

的，包括：（1）著作人權益的保護是否足夠；（2）利用人的合理使用空間應作如何安排，以免阻礙資訊流通或言論表達自由；（3）在保護著作人權益之同時，科技發展是否會受到限制。「權利管理資訊」是數位科技時代中，著作人權益保護之重要議題。

從各國之立法經驗得知，法律人於制定或修正法律因應網際網路數位化科技發展時，必須結合各界經驗與意見，否則無法訂出有效周全之規定，反而衍生更多之複雜問題。前述爭議於各國立法中討論已多，國內利益相關團體與廣大公眾似乎仍未特別重視，我國應不斷就相關議題提出討論與修正，始能於未來完成適合於我國國情，而又符合國際著作權發展趨勢之著作權法修正工作，這都有待各方之努力與參與。

高科技發展之結果，對著作權利人造成正面與負面之影響，但對利用人亦未必完全有利，法律在考慮保護著作權人之利益時，亦應顧及利用人之權益。在以傳統形式對公眾傳達著作內容之環境中，包括以有體物之方式與無體物之方式，前者包括書本、畫作、錄音帶、錄影帶、磁片，後者包括電影院上映電影、廣播電台播送音樂、電視電台播送電影，不可否認地，以有體物之方式對公眾傳達著作內容之方式，對公眾資訊之取得仍佔非常重要之大部分。然而當數位化網際網路科技發展之後，以有體物之方式對公眾傳達著作內容之方式雖不致完全消失，卻將日趨萎縮。對於某些特定著作，則有可能完全透過網路傳輸，此時將對資訊取得者有非常不利之影響，此點吾人在享受數位科技帶來之歡愉氛圍之餘，實值得多加省思。

另我國著作權法主管機關針對網際網路數位化環境對著作權法制之衝擊，前曾委託財團法人資訊工業策進會辦理之「著作權面對高科技發展之因應配合研究計畫」，計劃中原本針對數位世界之傳輸模式，為保障著作權人之辛勤創作，研擬制定所謂「科技保護措施」之相關立法²⁶⁷。

²⁶⁷ 原僅於第八十七條視為侵害著作權之行為增訂第六款，而其採二方案，一為「明知或可得而知係主要供侵害著作權之物、電腦程式或資訊而製造、輸入、

然於立法過程中卻將此部分之草案內容悉數刪除，在數位資料傳輸行為中，實在嚴重戕害著作權人著作之保障。蓋由於數位科技、電子網路及其他通訊科技的興起，任何著作都可以輕易地以數位形式（digital）重製、散布，對著作權人產生相當不利的影響，著作權人為保護其權利，因而發展出以鎖碼等科技措施，來禁止或限制別人擅自侵入而接觸或利用其著作的防護方法。

有鑒於此，世界智慧財產權組織（WIPO）因而在一九九六年通過的著作權條約（WCT）及表演與錄音物條約（WPPT）兩項國際公約裡面，明訂對於科技保護措施，必須給予適當之法律保護及有效之法律救濟。歐盟二〇〇一年著作權指令第六條、美、日等國也個別在著作權法增訂了有關科技保護措施的相關規定。在現今網路無國界的時代裡，為符合國際遊戲規則和保護標準，以期與世界同步，我國實有必要將科技保護措施納入保護。是在此亦呼籲立法當局能針對數位傳輸環境之變革、特性，並因應上開國際潮流，將科技保護措施之相關規範迅速立法，以期我國著作權法制在因應數位科技新時代之修法過程及範疇、深度，能更臻完善，如此站在巨人肩上的侏儒，必能較往昔看的更高、更遠！

散布或傳播者。【方案一】」；一為「意圖供自己或他人侵害第三人之著作權而製造、輸入、散布或傳播主要供侵害著作權之物、電腦程式或資訊者。

【方案二】」其規範對象仍僅限於「直接規避行為」以前之「準備行為」，並不包括「直接規避行為」，而其違反者仍依第九十三條規定處罰。該草案經過主管機關組成之「著作權法修正諮詢委員會」就相關議題討論後，作大幅之修正。首先於第三條第一項增訂第十五款「科技保護措施」之定義，「指著作權人為防止其權利被侵害所使用有效之科技方法。但用以限制他人依法得利用該著作之行為者，不屬之。」此外，增訂第九十二條之一規定：「意圖供侵害他人之著作權而製造、輸入、散布專供規避科技保護措施之設備，或提供專供規避科技保護措施之服務或資訊者，處一年以下有期徒刑，得併科新臺幣十萬元以下罰金。」

參考文獻

壹、中文文獻

一、書籍（依編著者姓名筆劃順序）

- 1、文魯彬，國際著作權法令暨判決之研究，民國八十五年四月初版，內政部。
- 2、行政院研究發展考核委員會編印，著作權之立法檢討，民國七十八年八月，上海印刷廠。
- 3、行政院大陸委員會編印，世界貿易組織協定（WTO）中與智慧財產權有關之協定（TRIPS）與兩岸著作權保護，民國八十四年七月，夷順印刷商務有限公司。
- 4、財團法人資訊工業策進會編印，智慧財產權判決彙編（一），民國八十二年六月初版。
- 5、張台光、陳玥菁編譯（原著 Thomas.j.Smedinghoff.），網路法律，民國八十七年二月，臺北儒林出版社。
- 6、楊崇森，著作權法修正之研究，民國七十九年一月，行政院研究發展考核委員會。
- 7、楊崇森，著作權之保護，民國六十六年四月初版，正中書局。
- 8、蔡明誠，國際著作權法令暨判決之研究，民國八十五年四月，內政部。
- 9、蕭雄淋，新著作權法逐條釋義（二），民國八十五年五月初版，五南圖書出版有限公司。
- 10、蕭雄淋，著作權時論集（一），八十六年二月初版，五南圖書出版有限公司。
- 11、蕭雄淋，著作權法修正條文相對草案。
- 12、蕭雄淋，「散布權與第一次銷售原則」、「談錄影帶業者的抗議訴求」，著作權法漫談。
- 13、羅明通，著作權法論，民國八十九年一月第三版，三民書局。

二、期刊論文（依編著者姓名筆劃順序）

- 1、王藹芸，著作物平行輸入問題之研究，私立中國文化大學法律學研究所碩士論文，民國八十二年六月。
- 2、邱志平，真正商品平行輸入問題之研究，國立中興大學法律學研究所碩士論文，民國七十五年十二月。
- 3、章忠信，「世界智慧財產權組織一九九六年十二月關於著作權與鄰接權相關問題之外交會議側記」，八十六年二月，資訊法務透析。
- 4、章忠信，「我國加入世界貿易組織後關於著作權法適用之淺述」，八十八年十二月，「律師雜誌」。
- 5、章忠信，著作權法中散佈權之檢討，九十年四月，萬國法律。
- 6、章忠信，著作權法真品平行輸入問題之研究，八十七年七月，資訊法務透析。
- 7、章忠信，美國一九九八年數位化千禧年著作權法案簡介，八十八年十月，一〇七期，萬國法律。
- 8、章忠信，網路服務業者（Internet Service Provider）之著作權侵害責任，一九九八年二月，九十七期，萬國法律。
- 9、章忠信，數位化網際網路環境恫重製權之衝擊與因應，八十九年六月，第一百十一期，萬國法律。
- 10、章忠信，「日本新修正著作權法淺釋」，一九九七年八月，月旦法學雜誌。
- 11、章忠信，「日本修正通過著作權法完全符合世界智慧財產權組織之條約規定」。
- 12、章忠信，「MP3 所帶來的著作權問題」，[著作權筆記](<http://www.copyrightnote.org/develop/de018.html>)。
- 13、章忠信，著作權法制中科技保護措施與權利管理資訊之檢討，民國八十九年十月、十二月版，萬國法律。
- 14、陳端宜，視聽著作之研究，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，民國八十六年六月。
- 15、陳錦全著，NII 與著作權美國 NII 智慧財產權白皮書介紹

- (一)(二)(三)，資訊法務透析，八十五年二月。
- 16、陳錦全，「論 RAM 中暫時性儲存之著作權問題—從 MAI v. Peak 案談起—兼論對網路環境的影響」，八十九年一月至三月，「智慧財產權」第十三期、第十四期、及第十五期。
 - 17、黃怡騰，著作權法上合理使用原則之研究，國立政治大學法律學研究所博士論文，民國八十五年七月。
 - 18、張心悌，國際智慧財產權保護擴張與競爭法規範，私立東吳大學發律學研究所碩士論文，民國八十四年六月。
 - 19、賀德芬，著作權法論文集，民國七十六年七月，臺灣大學法律學系叢書編輯委員會，三民書局。
 - 20、蔡明誠，德國法第一次銷售原則—「論智慧財產權之用盡原則」，政大法學評論，四十一期，七十九年六月出版。
 - 21、嚴裕欽，著作財產權之限制—以美國著作權法合理使用為中心，國立政治大學法律學研究所碩士論文，民國八十五年六月。

貳、英文文獻

一、書籍（依編著者姓名、字母順序）

- 1、B. Sherman & A. Strowel, Of Author and origins Essays On Copyright Law (1994).
- 2、L. Ray Patterson, Copyright in historical perspective (1968).
- 3、M. Gavin, A Practical introduction to copyright (1982).
- 4、United States/Library of Congress-Copyright Office, Copyright law of the United States of America (1991).

二、期刊論文（依編著者姓名、字母順序）

- 1、Bor-shan Lin, Application of the First Sale Doctrine to Internet Transmission, 華岡法粹, 第二十五期, 民國八十六年十月。

- 2、Chrisman, Narm Takes Stand on E-Commerce, Academic Search Premier, Vol.112, Issue 20. (2000)
- 3、Cronin & Blaise, The End of First Sale, Academic Search Premier, Vol.126, Issue 19. (2001)
- 4、DiMattia & Susan & St. Lifer & Evan, Sen. Hatch Pushing Through Copyright, Academic Search Premier, Vol. 121, Issue 10. (1996)
- 5、D'AMICO & Marie, The Copyright Act Faces Down The Net, Academic Search Premier, Vol.4, Issue 3. (1994)
- 6、Eberhart & George M., Final Hearing on The Digital Copyright Act, Academic Search Premier, Vol.32, Issue 1. (2001)
- 7、Gazdzinski, Robert F., A Lawyer's View: Ip Implication of Soc, Academic Search Premier, Issue 1117. (2000)
- 8、Goldstein & Seth, Consolidation of Dvd Royalties Collection is Goal of Mpeg LA, Academic Search Premier, Vol. 109, Issue 32. (1997)
- 9、Holland Bill, Changes Sought to Mca, Academic Search Premier, Vol.112, Issue 50. (2000)
- 10、Holland & Bill, Copyright Offive Weighs in on DMCA, Academic Search Premier, Vol.113, Issue 36. (2001)
- 11、Macken & Managing, Parallel Imports-Important Update, Academic Search Premier, Issue 92. (1999)
- 12、Reece & Doug & Olson & Catherine, Web Firms Air WIPO Concerns, Academic Search Premier, Vol.110, Issue 26. (1998)
- 13、Wallich & Paul, The Chilling Wind of Copyright Law?, Academic Search Premier, Vol.272, Issue 2. (1995)