

「數位內容產業發展條例草案」 有關著作權規範之檢討*

章忠信**

摘 要

研議中的「數位內容產業發展條例（草案）」目前由經濟部工業局所主導，先委託資策會科技法律中心研擬條例草案，再進行各界意見彙整與機關協商，預計近期完成行政院版本草案，再提立法院審議，其內容包括網際網路服務、內容軟體、無限寬頻、數位遊戲、電腦動畫、行動應用服務及數位出版典藏等，其中有諸多議題與著作權法制有關，包括著作權設質登記、著作權人不明或失聯或出版品數位化之法定授權制度、資料庫之保護，以及 ISP 業者針對數位內容侵害著作權行為之責任等，本文就該等議題脫離著作權法，於數位內容產業發展基本法中另作規定一事，提出反對意見，另逐一就相關議題之背景、草案條文之內容以及各國立法情形作分析說明，同時提出修正建議，期望引起各界關注，共同討論，以使各該條文更臻完善。

關鍵字：數位內容、著作財產權、合理使用、法定授權、資料庫、網路服務業者、孤兒著作

* 本文初稿曾發表於交通大學科技法律研究所 2005 年 11 月 18 日舉辦 2005 年全國科技法律研討會，復依會後新發展動態，增補相關資料，完成本文。

** 交通大學科技管理研究所科技法律組博士生，曾任經濟部智慧財產局著作權組簡任督導，目前任職教育部技術及職業教育司專門委員，並擔任法務部專家資料庫之著作權法諮詢委員。作者感謝二位匿名審查人之寶貴建議，使本文更臻完善，如仍有未竟之處，文責由作者自負。

投稿日：2005 年 12 月 22 日；採用日：2006 年 2 月 16 日

Cite as: 3 Tech. L. Rev. 133 (2006)

A Review to Copyright-Related Provisions in the Bill of the Act for the Development of Digital Content Industry

Chung-Hsin Chang

Abstract

A bill concerning the act for the development of digital content industry, draft by Technology Law Center of Institute of Information Industry, is introduced by the Industry Bureau, MOE. The Industry Bureau is collecting the public suggestions and consulting with other agencies. A formal draft is expected to submit to Legislative Yuan by the Executive Yuan in the near time. Among other things, there are several issues concerning copyright in the bill, such as registration of copyright mortgage, the exploitation of orphan works, statutory license of articles in periodicals, protection of database, infringement liability of ISP. This Article strongly objects the approach to address those issues in the bill other than in Copyright law. In addition, it analyses all the provisions concerning copyright with their backgrounds, comparison of international legal regime. Finally, it submits some suggestions for further discussion and raising concerns by the public.

Keywords: digital content, copyright, fair use, statutory license, ISP, orphan works, database

1. 前言

發展數位內容產業，是當前政府強力推動的工作重點，並列為「新世紀兩兆雙星產業發展計畫」之一。為落實這項政策，行政院在 2002 年 5 月 13 日通過了「加強數位內容產業發展推動方案」，而經濟部為了執行此一方案，結合相關部會的資源與力量，更成立「數位內容產業推動辦公室」，積極建構適合台灣發展數位內容產業的環境與法規¹。

2005 年 6 月 8 日行政院科技顧問組決議制定「數位內容產業發展條例」，作為數位內容產業發展之基本法，希望統合整個數位內容產業發展之規範²。這項立法工作目前係由經濟部工業局所主導，先委託資策會科技法律中心研擬條例草案（以下稱本草案³），再進行各界意見彙整與機關協商，預計近期完成行政院版草案，再提立法院審議，其內容包括網際網路服務、內容軟體、無限寬頻、數位遊戲、電腦動畫、行動應用服務及數位出版典藏等，其中有諸多議題是與著作權法制有關，而其立法方向與相關條文內容，包括著作權設質登記、著作權人不明或失聯之法定授權、資料庫之保護，以及 ISP 業者針對數位內容侵害著作權行為之責任等。

上開著作權設質登記、著作權人不明或失聯之法定授權，以及 ISP 業者針對數位內容侵害著作權行為之責任等相關規定，係由著作權專責機關經濟

¹ 參見「數位內容產業推動辦公室」之「辦公室介紹」網頁說明：http://www.digitalcontent.org.tw/dc_p2.php（最後點閱時間：2005 年 12 月 12 日）。

² 關於制定「數位內容產業發展條例」之源起，參見「行政院數位內容產業發展指導小組第 9 次會議新聞稿」：http://www.stag.gov.tw/content/application/stag/general/guest-cnt-browse.php?gpid=5&vroot=&cntgrp_ordinal=00060004&cnt_id=419&listtype=（最後點閱時間：2005 年 12 月 22 日）。

³ 本草案於 2005 年 7 月初對外公開，經過智慧財產局召開多次專家諮詢會議討論，截至投稿日 2005 年 12 月 22 日，最後版本為 11 月底之版本，惟離行政院最後確定尚應還有一段期間。本文為使各界瞭解草案之修正過程演變，先依 2005 年 7 月初次提出之版本為論述對象，行政院未來最後確定版本，則待完成後自行比較。

部智慧財產局所主管，由該局負責召開相關會議，獲得初步結論後，併入條例草案，提報行政院，成為行政院提出於立法院審議之條例草案版本，該局為此召開多次專家諮詢會議。此外，針對數位內容資料庫之建立，智慧財產局亦接受台灣大學法律系謝銘洋教授之建議，初擬「出版品數位化法定授權條文」，原預定增訂為著作權法第 62 條之 1，未來不排除併入本草案中規範。

本文係就筆者多次參與智慧財產局所召開之上述專家諮詢會議中，針對相關議題表達意見之詳細整理，以為關切此議題之有方參考與思考。

2. 相關議題之討論

2.1 「數位內容產業發展條例」不宜特別就著作權議題作實質規範

本草案在立法方向上最重要的議題，乃是應否在草案中，就著作權法制作實質規範？

從立法政策上觀察，行政院科技顧問組決議制定「數位內容產業發展條例」之目的，是要使該條例成為數位內容產業發展之基本法，對相關議題僅作原則性之指導規範，其實質內容則均回到各該專法規定，或是由相關主管機關透過行政作為，例如，擬訂計畫或編列預算，直接落實。然而，本草案在第 13 條、第 25 條至第 27 條、第 28 條至第 32 條，將原本應在著作權法中規定的著作權設質登記、著作權人不明或失聯之「非合意授權（non-voluntary license）機制，以及 ISP 業者針對數位內容侵害著作權行為之責任等，作了實質規定，而基於近年著作權法於 2001 年、2003 年及 2004 年已作三次頻繁的修正，為避免著作權法短期內一修再修，並為維持法的穩定性，智慧財產局似乎也樂觀在本草案中增訂各該規定，而不於著作權法中修正增訂。這樣的立法措施，其實並不適當，有進一步釐清之必要：

(1) 「數位內容產業發展條例」應僅是促進數位內容產業發展之基本

法，不是實體法或作用法，此由該法在其他議題的立法文字上可以得知，都僅就政策上作原則之宣示，要求政府應為一定之作為，以促進數位內容產業之發展，並沒有就權利作設定或變動之規範。即使是與著作權法制相關的「不具創作性資料庫」之保護，也是在草案第 14 條作政策性宣示，要求政府應立法保護，並未對於資料庫製作人應享有何等權利、負擔何等義務，作實質的規範。同一部法律，對不同甚至相同議題作不同模式規範，立法政策上非無矛盾。

(2)專門議題應統一於專法規定。著作權法是規範有關著作權事項的專門法律，涉及著作權事務者，應統一於著作權法中規定，不宜在其他法律另作規定，否則此例一開，其他例如廣播電視、殘障福利、教育、圖書館、選舉、新聞、環保、消保等等法律，當然也可以比照，紛紛就著作權事項作個別規範，則著作權法制之整體性規範將被破壞，著作權法主管機關對於著作權法制政策，必將喪失其主導性。此外，如果對於著作權的議題，在著作權法以外的法律作規範，則該等規定到底是適用該特定法律所定目的之範圍，還是適用於所有情況，也將發生爭議，例如，本草案第 25 條至第 27 條就著作權人不明或失聯之著作，建立非合意的授權制度，則該等規定到底是僅適用於數位內容產業，還是亦及於數位內容產業以外之產業，就會發生爭議。著作權議題若不能集中於著作權法中規範，人民也將困惑於不知除了著作權法之外，是否還要特別注意其他意想不到的法律有何特別規範，否則將觸法而須負擔著作權侵害之民刑事責任，對於法律的落實，將潛伏不可知的危險。

(3)著作權議題之分散立法，為比較法所未見。此次「數位內容產業發展條例」之研擬，依本草案第 1 條的說明理由，是參考韓國「線上數位內容產業發展法」及日本「創造、保護及活用內容促進法⁴」之立法。不過，關

⁴ 韓國「線上數位內容產業發展法」及日本「創造、保護及活用內容促進法」中譯本由資策會科技法律中心翻譯，參見 <http://www.digitalcontent.org.tw/opencontent.php?SN>

於著作權設質登記、著作權人不明或失聯之「非合意授權」機制，日⁵、韓⁶都是在著作權法中明定，至於不具創作性資料庫之保護，日本仍在觀望中，韓國雖於「線上數位內容產業發展法」第 18 條已對於「線上內容」提供類似保護規定⁷，但此法並非著作權方面之規定，同時也是爭議很大的條文；關於 ISP 業者針對數位內容侵權行為之責任，由於並不限於著作權侵害案件，日本是另以 ISP 業者特別責任之專法規範⁸，並沒有以類似「數位內容產業發展條例」的專法作統包式的立法。

(4)專業修法不必踟躕不前。於「數位內容產業發展條例」中就上述議題作規範，雖說是行政院科技顧問組所研擬之政策，著作權專責機關智慧財產局爲了維持法的穩定性，無意於著作權法中修正或增訂。然而，專業法律若真有修正之必要，就應當修正，不能因爲最近幾年的零零散散修正，就以法的穩定性爲重，而忽略更重要的法制整體性。同樣發生對於著作權法制的修正效果，如果認爲以本草案的增訂，取代著作權法的修正，就不算是影響

=46（最後點閱時間：2005 年 12 月 22 日）。

⁵ 日本著作權法第 77 條及第 67 條。

⁶ 韓國著作權法第 52 條及第 47 條。

⁷ 該條文規定：「在無正當權限之下，任何人皆不得將他人以相當努力製作並經標示之線上內容之全部或相當部分，以複製或傳送之方式侵害同業競爭業者營業上之相關利益。惟自線上內容所標示之最初製作日起算，經過 5 年者不在此限。」「為有效防止第 1 項本文中所述之行為，任何人在無正當權限之下，皆不得對線上內容作者或得該作者之允諾者用於該線上內容，主要用以迴避、除去或變更線上內容之技術保護措施（以下稱無效化），於其相關之技術、服務、裝置或主要主件，有提供、輸入、製造、讓與、借貸；或為傳送、借貸、讓與目的之展示行為。惟作為進行技術保護措施之研究、開發以製造使相關技術保護措施無效化之裝置或組件之情形不在此限。」違者有相關民刑事責任。

⁸ 日本 ISP 業者特別責任係於 2001 年 11 月通過「特定電訊傳播服務業者責任限制及使用者資訊揭示法」專法規範，詳請參見拙作，日本「特定電訊傳播服務業者責任限制及使用者資訊揭示法」簡介：<http://www.copyrightnote.org/cnote/bbs.php?board=5&act=read&id=16>（最後點閱時間：2005 年 12 月 22 日）。

著作權法制的穩定性，事實上並不具說服力。

(5)主管機關及專責機關應勇於負起專業責任。依著作權法第 2 條明定，著作權法的主管機關為經濟部，經濟部並指定智慧財產局為辦理著作權業務的專責機關。不管是經濟部或是智慧財產局，對於前述的釐清，其實應該都有其專業的認知。行政機關固然有其不同層級的政策決定權，專業或幕僚機關卻不能不清楚地表達其專業的意見與明確的立場，一方面是要讓上級作正確的政策判斷，一方面是要對歷史及各界負責。專業或幕僚機關若沒有清楚地表達專業的意見與明確的立場，會讓上級機關政策誤判或恣意亂判，也會喪失各界對於專業或幕僚機關的專業尊重，必不利未來法制的落實⁹。

2.2 著作權登記制度應考慮全面回復

本草案為使數位內容業者易於向銀行以著作權設定質權申貸資金，在第 13 條訂定著作權設質的基本條文，包括設質登記的法律效力、設質登記程序等基本規範如下：

以著作權設定質權，非經著作權主管機關登記，不得對抗第三人。但因混同、著作財產權或擔保債權之消滅而質權消滅者不在此限。

前項登記之內容，任何人均得申請查閱、請求發給謄本或提供線上整合查詢服務。

第一項及第二項之登記與查閱辦法，由著作權主管機關另定之。

著作權主管機關得依政府採購法及其他相關法律之規定，將第一項之登記業務委外執行。

此一修正必須部分回復 1998 年廢止的著作權登記制度，當然也就引起

⁹ 依經濟部工業局 2005 年 11 月 1 日就本草案召開機關協商會議中所整理各機關意見顯示，經濟部法規會、行政院國科會及法務部都主張，著作權相關議題應回歸著作權法規定之，反對於本草案中另作規範，由此對照著作權專責機關的智慧財產局，自身反而認為可於本草案中規範的意見，並不恰當。

各界要求重新檢討是否全面回復著作權登記制度的聲音¹⁰。

我國著作權法制自 1985 年修法後，就遵循國際著作權法制之潮流，捨「註冊保護主義」，改採「創作保護主義」，使著作人自創作完成就享有著作權，不待作任何登記或註冊¹¹，但 1985 年以前的著作權註冊制度仍然保留，1992 年改為著作權登記制度，直到 1998 年才全部廢止登記制度。依據這一連串的法制變動，自 1985 年以後的著作權註冊制度，到 1998 年全部廢止的著作權登記制度為止，都已不是著作權取得的要件，而僅是存證的方法之一。不過，在此一時期，著作財產權之讓與、專屬授權或處分之限制，以及以著作財產權為標之物之質權之設定、讓與、變更、消滅或處分之限制，非經登記，不得對抗第三人。但因混同、著作財產權或擔保債權之消滅而質權消滅者，不在此限。

1998 年廢止著作權登記制度的理由，依立法理由所載，以節省主管機關行政人力及破除普遍存在的「有登記始有權利；未登記即無權利」之誤解為主，認為於遇有著作權侵害時，應由權利人舉證證明享有權利及被侵害之事實，向司法機關請求救濟，並特別指出，著作權法第 13 條的著作權標示之權利推定規定，以及第 81 條所建立的著作權仲介團體制度，可以取代原有的著作權登記制度¹²。

本次草案要回復著作權設質登記，其目的在建立權利質權設定的「公

¹⁰ 資策會科技法律中心 2005 年數位內容產業融資擔保法制研究成果報告即建議，政府宜全面恢復著作權登記制度，且採完全效力，建立智慧財產權公示制度，讓各界有所瞭解、並予以查詢。參見 http://www.pinecone.com.tw/News/news_more.asp?newsid=3673&newsclass=2（最後點閱時間：2005 年 12 月 22 日）。

¹¹ 著作權法第 10 條前段規定：「著作人於著作完成時享有著作權。」

¹² 該次修正理由參見智慧財產局網站網頁：http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright_law/%A4K%A4Q%A4C%A6%7E%B5%DB%A7@%C5v%AAk%B7s%C2%C2%B1%F8%A4%E5%B9%EF%B7%D3%AA%ED.doc（最後點閱時間：2005 年 12 月 22 日）。

示效果」，以利銀行的貸款¹³。如果這個說法成立，其他涉及金錢的交易活動，包括著作財產權讓與、專屬授權或處分之限制，會發生權利變動的行為，更有「公示」之必要，不能只獨厚銀行，而不管其他可能的當事人。事實上，自 1998 年修法刪除著作權登記制度後，著作權仲介團體並未建立健全的著作權人名錄，著作權法第 13 條的著作權標示之權利推定規定，也無法完全取代登記制度，許多利用人仍然面臨不知誰是著作權利人的窘境，多有回復著作權登記制度的呼籲。值得注意的是，在與我國著作權法系相近的日本¹⁴、韓國¹⁵及德國¹⁶，其著作權法始終維持著作權登記制度，可見此一制度自有其存在的價值¹⁷。

不管是要全面回復著作權登記制度，還是僅回復著作權設質登記，接下來的問題是，此一登記制度是要採「對抗要件」，還是「生效要件」？在採「對抗要件」時，非經登記，其設質仍有效，但不得對抗第三人；若採「生效要件」，則非經登記，不生設質效力。如前所述，著作權設質登記，其目的在建立權利質權設定的「公示效果」，避免因權利狀態不明，增加交易難度。在發生權利絕對變動的著作財產權讓與行為，都還只是約定完成就生效力，甚至不待書面要式行為的情況下，自然沒有必要提升權利擔保質權的條件，要求必須以登記為生效要件，更何況在舊法時期，著作財產權之質

¹³ 參見資策會科技法律中心李婉萍法律研究員所撰，「『真相之眼』美國著作權法對著作權設質之規定介紹」：<http://www.digitalcontent.org.tw/e/temp/940427/iii.htm>（最後點閱時間：2005 年 12 月 22 日）。

¹⁴ 日本著作權法第 75 條至第 78 條之 1。

¹⁵ 韓國著作權法第 51 條至第 53 條。

¹⁶ 德國著作權法第 66 條及第 138 條。

¹⁷ 羅明通教授多次呼籲應恢復著作權登記制度，氏謂：「從我所接觸之反應所得資訊，我要呼籲智慧財產局適度恢復著作權登記制度，尤其在著作權轉讓及專屬授權登記部分，且不要祇形式審查。」參見智慧財產局 1999 年 6 月 23 日著作權法修正諮詢委員會第 7 次諮詢會議紀錄：http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright_news/copyright_changelaw_24.asp（最後點閱時間：2005 年 12 月 22 日）。

權原本就是採「對抗要件」，執行以來也無困難，實無必要採「生效要件」。

另外要思考的是負責著作權設質登記制度的，是要由著作權專責機關辦理，還是可以委外辦理？本草案之設計係以由著作權主管機關受理登記為原則，必要時得委託民間辦理。此要視未來設質登記之申請數量而定。根據日、韓的實際經驗，以及我國舊法時期的受理案件數字，著作財產權設質登記，每年最多不過一、二十件，基於人民之信賴，以及委外的成本計算，由著作權法主管機關，或其指定的著作權專責機關受理登記申請，應該是較為妥適。

其實，縱使是全面回復著作權登記制度，只要在登記制度的設計上採取完全申報登記，純依權利人或利害關係人的申請與陳報作登記及註記，不作任何實質審核，消除了審查及爭議處理程序，就可以大大降低行政成本，對主管機關並不會造成太大負擔，反而可以增加國庫收入，不必因為舊法時期制度執行細節的不經濟作法，完全否定登記制度在產業界的價值。

基於以上之討論，如果不全面回復著作權登記制度，僅處理著作財產權之設質登記，本文試擬建議修正第 13 條條文如下：

以著作財產權為標的之質權之設定、讓與、變更、消滅或處分之限制，非經向著作權專責機關登記，不得對抗善意第三人。但因混同、著作財產權或擔保債權之消滅而質權消滅者不在此限。

前項登記內容，任何人均得申請查閱、發給謄本或提供線上整合查詢服務。

前二項申請辦法，由著作權法主管機關定之。

修正理由如下：

(1)「著作權」又區分為「著作財產權」與「著作人格權」，「著作人格權」依著作權法第 21 條規定，「專屬於著作人本身，不得讓與或繼承」，設定質權之客體為「著作財產權」，而非「著作權」。

(2)除了以著作財產權為標的之質權設定，其設定後的讓與、變更、消

減或處分之限制，亦有登記之必要，應併予規定。

(3)受理質權登記者，應限於「著作權專責機關」，而非「著作權主管機關」，前者指「經濟部智慧財產局」，後者指「經濟部」。事實上，「經濟部」並非「著作權主管機關」，而是「『著作權法』主管機關」。受理質權登記業務，應由智慧財產局辦理，至於相關登記與查閱辦法，則應由經濟部定之。

(4)質權登記宜由「著作權專責機關」辦理，不宜委外，縱使立法政策上要委外，也不必明定「依政府採購法及其他相關法律之規定」，參考行政程序法第 16 條第 1 項規定，直接明定為「著作權專責機關得將第 1 項及第 2 項之業務委託民間團體辦理。」又行政機關法定權限之落實，在機關為「執行」，在受託之民間團體為「辦理」。

對於前開修正意見，智慧財產局已部分採納¹⁸。

2.3 以「非合意授權」機制因應利用「孤兒著作」的困境

「授權利用」是著作權法制最基本的原則，然而，數位內容產業常面臨最大的困境是找不到著作財產權人授權。利用人固然可以透過著作財產權人所委託的著作權仲介團體，或著作財產權人所採的數位權利管理機制，進行著作利用之授權。不過，若是著作財產權人是何人不明確，或著作財產權人已下落不明，這種已被著作財產權人放棄的「孤兒著作」，畢竟仍是社會文化資產，在私經濟權利與公眾接觸文化成果的公益之間，仍須有一個衡平的處理，才符合著作權法制促進文化發展的根本目的，加拿大、日本與韓國著作權法已就「孤兒著作」之利用建立「非合意授權」機制¹⁹，美國著作權

¹⁸ 智慧財產局已部分採納作者意見，參見該局再修正草案：http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright_law/copyright_law_4.asp（最後點閱時間：2005 年 12 月 22 日）。

¹⁹ 參見李婉萍，「加拿大、日本關於著作權人不明或失聯時之法定授權制度介紹」，科技法律透析，第 17 卷第 3 期，頁 12-15（2005 年）。

局也正就此議題之著作權法修正，徵求各界意見中²⁰。草案亦在第 25 條至第 27 條就著作權人不明或失聯之著作，嘗試建立「非合意授權」機制，草案原條文如下：

第四章 建立著作權法定授權制度

第二十五條

利用人已盡相當努力，就已公開發表之著作，因著作財產權人不明或所在不明致無法取得授權時，於向著作權主管機關提出法定授權之申請，並提存使用報酬之後，利用該著作。

前項有關使用報酬之計算方式，應考量被使用著作於市場上之價值、利用方式、時間、地域等各項因素，由目的事業主管機關定之。

依第一項規定做成之著作重製物，應註明日的事業主管機關之核准文號、日期及許可授權利用之各項條件。

第二十六條

目的事業主管機關許可著作法定授權之申請，應將許可書內容刊載於公報或主管機關網站公告之。

前項目的事業主管機關許可著作法定授權之申請，限於以非專屬方式之授權利用為限。

第二十七條

當事人對於目的事業主管機關所核定之使用報酬金額不服者，利用人自該許可書送達之次日起算或自著作權人或其繼承人知悉強制授權之事實起算三個月之內，得向原機關提起訴願。

關於對「孤兒著作」之利用，確為數位內容產業之經營所面臨的重大困難，必須有效解決，惟其間仍有一些議題必須釐清：

²⁰ 參見拙著，「美國著作權局為解決『孤兒著作』之利用困境覓良方」：<http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php?board=4&act=read&id=133>（最後點閱時間：2005 年 12 月 22 日）。以及美國著作權局網頁 <http://www.copyright.gov/orphan/>（最後點閱時間：2005 年 12 月 22 日）。

(1)「孤兒著作」之「非合意授權」機制不能取代著作權法所定「授權利用」的基本原則。關於著作之利用，應依著作權法第 37 條所定之合意授權機制進行，「孤兒著作」之「非合意授權」機制要解決的，是著作財產權人為何人不明，或雖知悉誰是著作財產權人，但其下落不明，無法洽談授權之著作。為使這些已被著作財產權人放棄的「孤兒著作」，不會從人類歷史上流失，能夠被保存、利用，需要建立一個方便利用的務實制度。至於知悉著作財產權人為何人且可以洽談授權之著作，仍應依第 37 條洽談授權，並不得適用「非合意授權」機制。

(2)「法定授權」之名，「強制授權」之實

「孤兒著作」之「非合意授權」規定，到底是「法定授權」還是「強制授權」，容有爭議。「法定授權」與「強制授權」，在美國或加拿大著作權法制並無差異，但國際著作權法制上則有不同。「法定授權」是只要符合法律所定條件，就可以逕行利用著作，不必經任何人許可，但有時須支付適當使用報酬，如我國著作權法第 47 條為編製教科書的合理使用，應支付使用報酬；「強制授權」則是指在合理使用之外，符合法律所定條件，經向主管機關申請獲准，支付適當使用報酬後，才可以利用著作。二者最大的差異點，在於要不要經過主管機關許可，以及是否一定要付費。國際著作權公約所允許的強制授權制度，主要包括三種：①翻譯權的強制授權；②重製權的強制授權；以及③音樂著作的強制授權。前二者主要是為保護開發中國家而考量，避免因著作權人拒絕授權而阻礙該國人民吸收新知、引進科技文化的機會，允許任何人得經該國政府主管機關的許可，向著作財產權人支付主管機關所定的使用報酬後，逕行重製或翻譯，在該國領域內發行；音樂著作的強制授權，則與國家經濟發展程度無關，純粹是針對音樂著作的特殊性而作規定，避免音樂著作被唱片工業所壟斷，無法充分流通，供大眾欣賞。

「強制授權」是一個敏感的名詞，因為它對於著作權人權利影響太大，範圍必須相當限制，不能過於浮濫。「孤兒著作」之「非合意授權」規

定，從加拿大、日本與韓國著作權法的體例觀察²¹，必須經主管機關許可，並支付一定費用後，才能利用著作，而不是符合條件，就可以逕行利用，所以實質上應該是「強制授權」，只是因為「強制授權」一詞過於強烈，故各國心照不宣，多以「法定授權」稱之。

(3) 「孤兒著作」之利用，應經政府許可

「孤兒著作」之「非合意授權」機制，是「合意授權」以外不得已的制度，其效果是利用人得以免除侵害著作財產權之民事與刑事責任，此一機制間牽涉利用人是否已盡力查詢著作財產權人為何人及其所在之事實認定，不若著作權法第 47 條為編製教科書的合理使用，較易作客觀認定。為避免就事實認定易生爭議，使利用人永遠處於不確定是否侵權之狀態，另一方面為避免利用過於浮濫，仍以經著作權專責機關許可，並支付使用報酬後，再行利用為宜。

著作權專責機關於審核時，利用人應釋明其已盡最大努力，仍無法查詢著作財產權人為何人及其所在，故無法取得授權，其釋明方法包括向原發行單位或相關著作權人團體洽詢、於報章、雜誌之或網路登刊徵詢廣告，而未獲得回應之資料等。而利用人獲得許可後，仍應先支付使用報酬後再行利用，始得免除責任。此與第 47 條規定，得先行利用再付費，有很大不同。

(4) 「孤兒著作」之「非合意授權」機制，應不限著作之對象、使用目的與領域

「孤兒著作」之「非合意授權」機制，雖訂在本草案中，但其實是私

²¹ 加拿大著作權法在 1990 年引進一項解決「孤兒著作」利用困難的制度，該法第 77 條規定，任何人欲利用已發行的著作而找不到著作權人授權時，可以向著作權主管部門「加拿大著作權委員會 (Canadian Copyright Board)」提出授權申請，經委員會確認利用人已不遺餘力地洽尋著作權人之所在而不可得後，可以設定利用條件及費用，逕行授權利用人向委員會所指定的著作權仲介團體付費後，利用該「孤兒著作」。嗣後著作權人被發現，或其出面主張著作權後，只能向著作權仲介團體領取該項費用。自 1990 年 8 月該項制度啟動至今，加拿大著作權委員會僅發出了 143 件授權許可。韓國著作權法第 47 條及日本著作權法第 67 條也有類似規定。

經濟權利與公眾接觸文化成果的公益之間的衡平處理。其一方面限制是著作財產權人不明或不知其下落的著作，一方面也要求利用人支付適當的使用報酬，並不致過度影響著作財產權人之自主權與經濟利益，則其適用對象、使用目的與領域，不必作限制。本項制度成敗之癥結點，在於著作權專責機關在許可之審核上，是否足夠嚴謹，不致過於浮濫，致損害著作財產權人利益。故本制度不必限於我國人著作，應包括各國所有著作，且不必限制是何類著作，在網路環境之數位內容產業發展現況，也不必限制利用只能在我國領域內。事實上，既然是「孤兒著作」，如何確實分辨是本國人著作還是外國人著作？在本國是「孤兒著作」，在國外就不是「孤兒著作」？且一項著作中可能包括各類著作，均有被利用之需求，故無區分之必要與可能。又其使用目的亦不必限於製作數位內容，而應及於任何利用目的，才能避免就是否為「製作數位內容」而生爭議，以方便利用。

基於以上之說明，本文試擬建議修正條文，並仿著作權法第 71 條關於音樂著作強制授權許可之撤銷及廢止規定，增訂如下：

第四章 著作財產權人不明之著作利用機制

第二十五條

已公開發表之著作，其著作財產權人不詳或所在不明，欲利用之人經向著作權專責機關提出申請，釋明已盡相當努力，仍無法取得授權者，得經該管機關許可，並向該管機關或其指定之團體提交使用報酬後，利用該著作。

前項申請之許可，著作權專責機關應刊載於政府公報、其他出版品或公開於電腦網站。

依第一項規定許可利用所完成之著作重製物，應註明著作權專責機關之許可日期、文號及許可利用之各項條件。

第一項利用之許可、使用報酬之詳細計算方式及其他應遵行事項之辦法，由著作權法主管機關定之；其使用報酬金額應與著作一般經自由磋商所應支付合理之使用報酬相當。

第二十六條

依第二十五條規定，取得利用著作之許可後，發現其申請有虛偽情事者，著作權專責機關應撤銷其許可。

依第二十五條規定，取得利用著作之許可後，未依許可之方式利用著作，著作權專責機關應廢止其許可。

修正理由如下：

(1)本條應參考著作權法第 69 條所定音樂著作強制授權制度之規定定之，以齊一立法體例。惟其究係「法定授權」還是「強制授權」，則任由學理探討之，不予明文規定，也可避免引起不必要之關注。

(2)已公開發表之著作，始得依本制度申請許可利用，此乃是強調「孤兒著作」之利用僅在限制著作人之著作財產權，仍必須尊重「著作人格權」。欲利用之人必須向著作權專責機關提出申請，釋明已盡相當努力，仍無法得知其著作財產權人為何人，或雖知為何人，但所在不明，因該二種原因，致無法取得授權，使該管機關獲得相當之認知，許可其利用，其若無法使著作權專責機關獲得相當之認知，即應作出不許可之決定，並無代為查證之義務。若是同一著作，先前已有人經向著作權專責機關提出申請利用獲得許可，後一申請人就此作相當釋明，著作權專責機關仍可視其實際情形，決定是否要求後一申請人再提出其他資料，作更進一步釋明，並沒有一定要依前例許可之義務。蓋時空環境可能會因案改變，著作權專責機關許可與否，應逐案認定，不可一概準用。

(3)利用人經許可後，須依著作權專責機關所定之使用報酬金額提交後，始得利用。此處使用「提交」而非「提存」或「給付」，有二層意義須說明。一是此一「提交」要與提存法之「提存」作區隔，蓋債權人不明之債務，法院提存所是否受理「提存」，非無疑義，又此一「提交」非著作財產權人怠於受領債權，而是著作財產權人不明，若依提存法於提存逾一定期間未提領而歸入國庫，對著作財產權人並不公允，故須於提存法之外，以著作權專責機關或其指定之團體，為使用報酬之「提交」處所；二是「著作權專

責機關或其指定之團體」並非著作財產權人，對使用報酬並無受領權，故利用人係對其為「提交」而非「給付」。若法制設計上，讓著作權仲介團體受理提交使用報酬，在著作財產權人出面領取時僅須原金額支付，著作財產權人不能享有自提交之日起之法定利息，在無人出面領取以前，著作權仲介團體作為代表著作財產權人行使權利之團體，可以先自由運用該報酬，著作權專責機關也可簡省受理提交及保管之行政負擔，對各方都是便利之作法。

(4)參考行政資訊公開辦法第 7 條第 2 項規定，明定申請案經許可，著作權專責機關應刊載於政府公報、其他出版品或公開於電腦網站，至於未許可之案件，著作權專責機關依法必須對其為不許可意思表示之送達，其既不得依本條利用，無涉於著作財產權人之利益，應無需公告。

(5)相關辦法於本條例授權著作權法主管機關以法規命令定之，惟為保障著作財產權人權益，特別明定「其使用報酬金額應與著作一般經自由磋商所應支付合理之使用報酬相當。」

(6)依本條許可之利用，參酌音樂著作強制授權制度之規定，係非專屬授權之利用，無特別明定係非專屬授權之必要。

(7)著作權專責機關之許可與否，屬行政處分，申請人、著作財產權人或利害關係人如有不服，依訴願法自得提出訴願，不待明文規定。

(8)參酌音樂著作強制授權制度之規定，增訂撤銷及廢止許可之規定。

2.4 出版品數位化法定授權條文

智慧財產局於 2005 年 8 月 23 日就本草案涉及著作權法相關法制所召開之專家諮詢會議中，台灣大學法律系謝銘洋教授建議，在著作權法第 62 條之 1 增訂「出版品數位化法定授權條文」，以解決雜誌、期刊論文建立數位化資料庫授權不易之困境²²，該條文經過智慧財產局之修正，草案如下：

²² 謝教授之建議全文——「報告案：推動我國新興高科技產業發展與法規環境」，可於行政院科技顧問組網站閱覽：<http://www.stag.gov.tw/include/getfile.php?fid=16>（最

第六十二條之一

新聞紙、期刊、雜誌等定期出版品之出版人，就其出版品中之投稿著作，得自行或授權他人重製為數位資料庫，並以離線或網路連線之方式提供公眾使用。但經著作財產權人投稿時或投稿後以書面表示反對之意思者，不在此限。

前項情形，出版人應通知被利用著作之著作財產權人，並支付使用報酬。使用報酬率由著作權法主管機關定之；其金額應與著作一般經自由磋商所應支付合理之使用報酬相當。

利用人依第一項規定利用著作後，著作財產權人反對其繼續利用，經以書面通知利用人者，應立即停止利用。利用人為利用該著作已支出之費用，得請求著作財產權人補償。（甲案：應停止利用不停止利用，就會進入未獲授權而利用之狀態，利用人極可能構成侵權。另一方面，利用人對著作財產權人僅享有補償支出之請求權）

利用人依第一項規定利用著作後，著作財產權人反對其繼續利用，經以書面通知利用人者，應立即停止利用。但利用人為利用該著作已支出之費用，以補償其損失為限，始得反對其繼續利用。（乙案：此案課予著作財產權人較高之義務，使著作財產權人不濫行反對）

第一項規定不影響被利用著作財產權人自行或授權他人利用其著作之權利。

著作權法主管機關訂定第二項之使用報酬率時，應先交由著作權專責機關所設置著作權審議及調解委員會予以審議。

本法施行前已發行定期出版品之出版人就該等出版品投稿著作欲適用本條規定者，應以書面通知原著作財產權人於三個月以上期間內，表示意思，期滿未表示反對之意思者，得依本條規定利用之。

此一規定係針對製作數位化資料庫時，難以一一獲得期刊論文著作財

產權人之授權，所提出的解套制度，對於期刊論文數位化資料庫之建立，助益頗大，立意良善。惟由於其對於著作財產權人之權利限制過多，是否妥適，不無商榷餘地。

數位化資料庫之建立，可以集合各種資料，透過電腦程式的搜尋及檢索，讓使用者快速而精準地找到所需要的資料，作為下一步研發、執行的依據，可以說是國家競爭力的展現，各國無不致力於資料庫之建立，以強化國力。然而，數位化資料庫之建立，面臨兩大難題。一是資料庫建立前，由於資料內容龐雜，一一取得著作財產權人授權不易，二是資料庫建立後，因為其僅是對於資料蒐集的經濟投資，對於資料並無選擇或編排之創作性投入，無從以著作權法所定的「編輯著作」保護資料庫²³。關於不具創作性資料庫之保護，歐盟在 1996 年通過資料庫保護指令（Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council on the legal protection of databases²⁴），要求所有會員國於 1998 年 1 月 1 日以前，修正國內法保護之。我國於 1998 年間雖有立法保護不具創作性資料庫之議，惟因未獲得國內共識，終未見草案提出²⁵。至於建立資料庫所須之授權，我國著作權法第 41 條明文規定：「著作財產權人投稿於新聞紙、雜誌或授權公開播送著作，除另有約定外，推定僅授與刊載或公開播送一次之權利，對著作財產權人之其他權利不生影響。」亦即新聞紙、雜誌未經新聞紙、雜誌上之個別文章著作財產權人授權，不得將其內容任意自行或授權他人作成資料庫。在美國，

²³ 著作權法第 7 條規定：「就資料之選擇及編排具有創作性者為編輯著作，以獨立之著作保護之。編輯著作之保護，對其所收編著作之著作權不生影響。」

²⁴ 該指令英文本可於歐盟網頁閱覽：http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=31996L0009&model=guichett（最後點閱時間：2005 年 12 月 22 日）。其重要內容，參見謝銘洋，「論資料庫保護之法律保護」，台大法學論叢，第 27 卷第 2 期，頁 263-345（1998）。

²⁵ 參見智慧財產局委託信業法律事務所古清華律師、張懿云教授及陳錦全助理教授所合作完成之「資料庫之保護研究」：http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright_news/copyright_changelaw_21.asp（最後點閱時間：2005 年 12 月 22 日）。

自 *Tasini v. New York Times* 案之後，也已確認期刊、雜誌社欲建立數位資料庫，仍須再獲得個別文章著作財產權人之同意或授權²⁶，其目前實務也是透過商業機制，以合意授權方式為之。

本草案希望建立法定授權制，使原出版人就自己所出版的新聞紙、期刊、雜誌等紙本出版品中之投稿著作，除非著作財產權人反對，否則可以逕行轉換為數位資料庫，但應依著作權專責機關所設置著作權審議及調解委員會審議通過之費率，支付使用報酬。此一制度將著作財產權轉換為不同意使用權，並讓使用報酬弱化為民事上之請求權，出版人除非經著作財產權人反對，否則得利用著作，至其若有應付費而未付費之情事，草案明定僅屬債務不履行，不屬侵害著作財產權，從而不發生著作權法第 6 章民事賠償及第 7 章刑事處罰之法律責任。又由於此制度僅是法定的非專屬授權，對於著作財產權人其他著作財產權之行使，不生任何影響。至於本條適用範圍，為草案通過後之利用行為，所適用的著作則及於草案通過前後完成之所有新聞紙、期刊、雜誌等紙本出版品上發表之著作，而草案通過前已刊出之著作，出版人仍應以書面通知原著作財產權人，於 3 個月以上期間內表示反對意思之機會。若著作財產權人已依法表示反對之意思，不論是投稿時或事後之反對，已排除本條適用之可能，如仍予利用，且經判斷不屬合理使用者，為侵害著作財產權之行為，從而產生著作權法第 6 章民事賠償及第 7 章刑事處罰之法律責任。

²⁶ *New York Times Co. v. Tasini*, 533 U.S. 483 (2001)，在該案中，該案原告為全國作家聯盟（National Writer's Union）總裁 Jonathan Tasini 等自由撰稿人，其投稿於被告 The New York Times 之報章雜誌，隨後被告未經原告等之同意，將歷年報章雜誌交電子資料庫公司 Lexis-Nexis 公司，進行電子化處理，包括作成 CD-ROM 及置於電子資料庫中供網路傳輸。作為自由撰稿人之原告乃於 1993 年起訴，主張被告侵害其於報章雜誌中文章之著作權，最後在 2001 年 6 月獲得聯邦最高法院支持，認定 New York Times 及 Lexis-Nexis 公司侵害著作權，詳請參見拙著，「新聞紙雜誌期刊上的單篇著作如何劃分其權利歸屬？」：http://www.copyrightnote.org/cmnote/bbs.php?board=4&act=bbs_read&id=8&reply=8（最後點閱時間：2005 年 12 月 22 日）。

伯恩公約 (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works) 的 1971 年巴黎修正版第 9 條第 2 項所定之三步驟之檢驗 (Three-step-test)。此所謂「三步驟之檢驗」即指關於重製權之限制與例外，須符合以下條件：即(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」。此一規定在 1994 年通過的世界貿易組織協定中「與貿易有關之智慧財產權協定 (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, including Trade in Counterfeit Goods, TRIPS)」第 13 條、1996 年通過的「世界智慧財產權組織著作權條約 (The WIPO Copyright Treaty, WCT)」第 10 條及「世界智慧財產權組織表演及錄音物條約 (The WIPO Performances and Phonograms Treaty, WPPT)」第 16 條，均予援用，且不限於重製權，而是及於所有各該條約所提供保護之權利，均可在合乎此三步驟之下，加以限制，亦即必須「在某一些特定情形下」，如果「不會與著作之正常利用相衝突」，且「不致於不合理地損害著作人法定利益」，各國著作權法得允許利用人不必經過著作財產權人及相關權利人的授權，利用著作或受保護的客體，至於其具體條文，則任由各國以法律定之。

在以上所述的「三步驟之檢驗」中，對於著作財產權或相關權利之限制，必須嚴格遵守以下要求：

(1) 須以法律明文規定，而不再是透過司法個案之判例為之；

(2) 須「在某一些特定情形下」，而不是漫無限制。此一「特定情形」，可以分二方面說明，「一是其使用必須針對特定目的，廣泛的例外並不適當；二是在目的上要非常特別，所謂『特別』，乃指依某些非常清楚的公共政策或其他例外情形來判斷，是合於正當的 (justified by some clear reason of public policy or some other exceptional circumstances)²⁷」；

²⁷ S. RICKETSON, THE BERNE CONVENTION FOR THE PROTECTION OF LITERARY AND ARTISTIC WORKS: 1886-1986, 482 (1987).

(3)須「不會與著作之正常利用相衝突」，例如，小說或課本，著作人對其利用通常都是透過印刷與銷售為之，因此，各國並不允許立法以強制授權方式利用該等著作，即使是有付費給著作權人的情形下，也不應允許²⁸；

(4)須「不致於不合理地損害著作人法定利益」。由於未經授權之利用必然損害著作人的權益，故國際公約並非認為完全不可以成立合理使用，而是著重於利用結果發生之損害對於著作人是否「不合理」，且損害者是否為「法定利益」，簡言之，應即係指「利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響²⁹」。

應特別注意的是，「不會與著作之正常利用相衝突」與「不致於不合理地損害著作人法定利益」，乃允許合理使用必須兼具之條件³⁰，祇要不符合其中一項，就不能構成合理使用。

著作人對於其著作享有著作財產權，要不要授權他人利用，原本就是其權利，可以說「合意授權」是著作財產權人最基本的權利。著作權法第 37 條第 1 項亦規定：「著作財產權人得授權他人利用著作，其授權利用之地域、時間、內容、利用方法或其他事項，依當事人之約定；其約定不明之部分，推定為未授權。」當著作財產權人未授權時，除有合理使用情形外，應該不能任意利用，若在授權中有約定不明的，為保護著作財產權人，法律還特別明定「推定為未授權」，如今草案要反過來，除非著作人有反對意見，否則原出版人就自己所出版的新聞紙、期刊、雜誌等紙本出版品中之著作，都可以逕行轉換為數位資料庫，只要支付使用報酬即可。這種「法定授權制度」，以公眾接觸資訊自由的理由，限制了著作財產權人最基本的同意授權權利，對著作財產權人並不公平。蓋已出版的新聞紙、期刊、雜誌等紙本，在圖書館都應該有收藏，公眾接觸的機會並不是沒有，只是若未納入數

²⁸ WIPO, THE GUIDE TO THE BERNE CONVENTION 56 (1978).

²⁹ 著作權法第 65 條第 2 項第 4 款。

³⁰ WIPO, *supra* note 28, at 55.

位資料庫，將不方便蒐尋而已，不宜因為這種不方便蒐尋，就要立法先將這些著作納入資料庫，等到著作財產權人反對，才停止使用。

著作人在期刊、雜誌上發表著作後，可以再自由地另行利用該著作，雖然以草案所定方式建立數位資料庫後，法定的使用報酬或可彌補著作財產權人之損失，「不致於不合理地損害著作人法定利益」，但數位資料庫必有礙著作財產權人自由地另行利用該著作之機會，仍會「與著作之正常利用相衝突」，而無法通過前述三步驟之檢驗，不該被認為是可以限制著作財產權人權利之理由。

新聞紙、期刊、雜誌等紙本出版品中之發表之著作，性質差異極大，如何定其使用報酬，也是一個挑戰，除了市場機制，很難想像誰可以訂出一個公允的價格。我們固然要面對現實，承認實務上利用過去已發行新聞紙、期刊、雜誌之內容，建立數位資料庫之授權有困難，但不應以增加著作財產權人困擾，甚或剝奪其授權意願與議價空間，作為建立數位資料庫之手段。其實，授權困難的責任不該由著作財產權人承擔，蓋此一問題原本透過著作權法第 37 條之授權機制即可解決，不能因為出版人過去未充分利用該條文規定，先與著作財產權人約定使用條件，如今發生問題，才要以法律剝奪著作財產權人的基本權利。事實上，目前實務上之作法，已經記取教訓，大量使用授權契約，取得各種利用授權，從而，草案縱使要為已發行新聞紙、期刊、雜誌解決問題，也應限制僅適用於本法修正施行前已發行之著作，不該將草案修法後發行的新聞紙、期刊、雜誌，也一起含括進來，破壞已開始正常發展的市場機制。

此一法定授權制度的設計，在國際間並無先例。如果是一項好的或合理的制度，非不可為天下先，但由前述分析，此一制度之建立，對於著作財產權人權利之負面影響，以及對市場機制破壞力之強大，似宜再作慎酌。如果將此案與前述「孤兒著作」條款相比較，「孤兒著作」之利用是找不到人授權，且要經過著作權專責機關的核准，此一法定授權制卻是不必理會可以找到著作財產權人的事實，也不必經過著作權專責機關的核准，於此就更可

以發現其極不合理之處。在「孤兒著作」條款尚未完成立法，經過實證檢驗其可操作性與公平性以前，此一法定授權制宜予暫緩。

近日國際知名的兩大搜尋引擎 Google 及 Yahoo 分別對外宣稱要建立數位圖書館，引起全球關注，但作法不同，所獲評價也不同。Yahoo 的 Open Content Alliance (OCA) 計畫，是將公共所有或經著作權人授權的著作數位化後，加以公開³¹；Google 的 Print Library Project (PLP) 則是未經授權，就將仍受保護的著作逕行數位化³²，宣稱若有著作財產權人反對，則會將其著作從資料庫中刪除，且主張一般人僅能看到著作的一小部分，不會看到全文，所以是合理使用。Yahoo 的 OCA 計畫獲得各方的肯定，而 Google 的 PLP 則是遭到美國出版公會的法律控訴。這一兩極發展，值得作為推動本案之警惕。

2.5 ISP 業者有關數位內容侵害著作權行為之責任限制

關於網路服務業者若只是單純提供網路服務或設備，對於他人利用其設備與服務侵害著作權的行為是否要負責任，是本草案原本第 28 條至第 32 條的規範內容，其立法方向基本上是採美國 1998 年通過的「千禧年著作權法案 (The Digital Millennium Copyright Act, DMCA)」之模式，因條文冗長繁複，本文不作贅述，僅就其立法原則作分析。

網路服務業者對於網友利用其網路服務或設備侵害他人著作權之行為到底能否免責，一直是網路世界最具爭議的問題，但其與數位內容產業之發展，並無直接關連，國內迄今也無太大爭議，所以應無迫切性，何以此次條例草案中納入此議題，並不明確。雖然美國、澳洲及新加坡的立法，是在著

³¹ 關於 Yahoo 的 Open Content Alliance 詳細計畫內容，參見 <http://www.opencontentalliance.org/> (最後點閱時間：2005 年 12 月 22 日)。

³² 關於 Google 的 Print Library Project 詳細計畫內容，參見 <http://print.google.com/googleprint/library.html> (最後點閱時間：2005 年 12 月 22 日)。

作權法中規範 ISP 業者的著作權侵害責任，歐盟³³、日本³⁴卻是在電子商務法規中規範，其主要理由在認為網路上的權利侵害或犯罪，並不僅限於著作權議題，所以不能僅在著作權法中規範。

美國在 1998 年通過 DMCA，修正其著作權法，以解決數位網路著作權侵害問題。依據該法案，增訂美國著作權法第 512 條，提供 ISP 業者一項避風港 (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。當網路服務業者接獲著作權人所提出的侵害權利通知後，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，就可以免除侵害著作權責任。如使用人為相反之通知者，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 10 至 14 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，如係故意為虛偽之通知者，均須負偽證之責任。任何人如故意為虛偽之通知，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。

在 DMCA 的立法政策上，關於網路服務業者的責任規定，其實並不在著作權人遊說立法，要求增加其責任，而是網路服務業者團體的遊說立法，希望建立一個避風港，使其在合於法律規定情形下，不會因為網友利用其設備與服務侵害他人權利，網路服務業者動輒被訴侵害，以降低其經營風險與成本。祇是在進入避風港前，美國的 DMCA 要求網路服務業者必須支付門票，就是對於權利人對其所為有人侵害其著作權的通知必須採取必要的回應行動，才能免責。至於歐盟電子商務指令關於網路服務業者之免責規定則未

³³ See DIRECTIVE 2000/31/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic commerce).

³⁴ 同前揭註 5。

作此相同要求，只要其傳輸不是網路服務業者所為，不在其控制，無能力且技術上不可能或經濟上不划算，就可以免責。

美國在 DMCA 之後，就不斷透過貿易諮商談判，向各國推銷 DMCA 的制度，近年澳洲、新加坡、智利與美國簽署的自由貿易協定，就完全是採 DMCA 的標準。

我國於 2001 年的著作權法修正草案關於網路服務業者的著作權侵害責任，原擬採歐盟之立法方式定之，惟因相關條文均為各方所不滿意，最後主管機關爰擬不予增訂。從立法政策與民情而言，目前是否為規範網路服務業者的著作權侵害責任之時機，仍待考量。我國是否要引進美國侵權行為法制上的「代理侵害」或「輔助侵害」概念，還是依我國民刑法制的相關理論，由司法機關以判決先導，也是值得觀察。在我國關於著作權侵害案件多採「以刑逼民」的實際情形下，以法律明文處理網路服務業者的著作權侵害責任，是否妥適，能否適確地切割民、刑事責任，仍有待審慎規劃。設若一定要以法律明文處理此一議題，歐盟的立法例應較符合我國所需，主要理由如下：

(1) 網路上的權利侵害或犯罪，並不僅限於著作權議題，還包括色情、謾罵、暴力、經濟犯罪等等議題，在著作權法中規範，範圍過於侷限。數位內容產業發展條例草案一方面既期望解決數位內容產業發展之困難，卻又僅就著作權侵害議題作規範，另一方面更不在著作權法中明定，前後充滿矛盾。如果真認為是要解決數位內容產業發展的困境，在條例草案的 ISP 業者責任限制，就不該限制在著作權議題，而應包括其他侵害權利議題。

(2) DMCA 的立法是 ISP 業者與著作權產業經過長期政治角力後的結果，充滿妥協性，其「反對通知及回復 (counter-notice and put back)」之程序，增加 ISP 業者程序上之負擔，嚴格言之並不利 ISP 業者，不如歐盟電子商務指令簡潔清楚，將不利 ISP 業者之營運，實不足採。

(3) 法律條文的制定須考量本土性，DMCA 的立法模式，在民主法治尚不成熟的台灣，無法一一驗證、辯論與妥協，最後是全盤的搬移美國法制，

並不恰當。在立法策略上，由於二項法制南轅北轍，僅能在 DMCA 與歐盟電子商務指令間，擇一參採，條例草案希望融合二項法制於一爐，將治絲益棼。

(4)ISP 業者有關數位內容侵害著作權行為之責任限制，到底是民事責任還是刑事責任，也應注意。DMCA 與歐盟電子商務指令之立法，著重 ISP 業者的民事責任，縱使規定較為嚴格，頂多僅是造成 ISP 業者經營上的經濟成本負擔，但我國著作權侵害案件，向以刑事案件作為解決途徑，立法上若未考量此一特性差異，直接將 DMCA 與歐盟電子商務指令套用，將會是 ISP 業者的一場浩劫，反不利於數位內容產業之發展³⁵。

由於此部分之立法爭議仍大，尙無共識，最後草案條文乃作原則性之規定，要求政府應建立機制確定網路服務提供者於提供網路數位內容之傳輸、儲存、交易等相關服務時之法律地位與責任範圍，未來再由各界作進一步討論，確立方向後再行立法。該草案條文如下：

第二十五條

政府應建立機制確定網路服務提供者於提供網路數位內容之傳輸、儲存、交易等相關服務時之法律地位與責任範圍。

3. 結語

「數位內容產業發展條例（草案）」目前仍在行政機關內部協調、討論中，未來的變數仍多，行政院版本究會如何，尙有討論空間，立法院是否

³⁵ 事實上，網路服務業者對於本草案立法增加業者法律責任的作法是否妥適，亦多有質疑，數位聯合電信公司法務處協理吳小琳於接受訪問時就認為，ISP、ICP 業者是提供網路服務的業者，不能擅自拿下或刪除客戶放在網上的資訊，否則就是違約，而政府制定數位內容發展條例，就讓網路服務業者感到不解，為何針對數位內容產業，政府要制定特別規範？參見「聯合新聞網」2005/09/21 http://pro.udnjob.com/mag/pro/storypage.jsp?f_MAIN_ID=119&f_SUB_ID=438&f_ART_ID=15437（最後點閱時間：2005 年 10 月 25 日）。

會支持，也不可預知。關於著作權議題的未來立法方向，到底是要依目前規劃，集中於「數位內容產業發展條例」中規範，還是回到著作權法中去增修，還是可能改變。社會科學中沒有絕對的真理，透過專業意見的諮詢，公開的對話，透明的決策，最後的結論總是大家都要接受。

參考文獻

中文期刊

- 李婉萍，〈加拿大、日本關於著作權人不明或失聯時之法定授權制度介紹〉，《科技法律透析》，第 17 卷第 3 期，頁 12-15，台北（2005）。
- 謝銘洋，〈論資料庫保護之法律保護〉，《台大法學論叢》，第 27 卷第 2 期，頁 263-345，台北（1998）。

其他中文參考文獻

- 1998 年著作權法條文對照及說明：http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright_law/%A4K%A4Q%A4C%A6%7E%B5%DB%A7@%C5v%AAk%B7s%C2%C2%B1%F8%A4%E5%B9%EF%B7%D3%AA%ED.doc。
- 日本「特定電訊傳播服務業者責任限制及使用者資訊揭示法」簡介：<http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php?board=5&act=read&id=16>。
- 古清華、張懿云、陳錦全，「資料庫之保護研究」：http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright_news/copyright_changelaw_21.asp。
- 行政院數位內容產業發展指導小組第 9 次會議新聞稿：http://www.stag.gov.tw/content/application/stag/general/guest-cnt-browse.php?grpId=5&vroot=&cntgrp_ordinal=00060004&cnt_id=419&listtype=。
- 「吳小琳 積極參與法規擬定」：http://pro.udnjob.com/mag/pro/storypage.jsp?f_MAIN_ID=119&f_SUB_ID=438&f_ART_ID=15437。
- 美國著作權局為解決「孤兒著作」之利用困境覓良方：<http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php?board=4&act=read&id=133>。
- 資策會科技法律中心 2005 年數位內容產業融資擔保法制研究成果報告：http://www.pinecone.com.tw/News/news_more.asp?newsid=3673&newsclass=2。
- 李婉萍，「真相之眼」美國著作權法對著作權設置之規定介紹：<http://www.digitalcontent.org.tw/e/temp/940427/iii.htm>。
- 著作權法修正諮詢委員會第 7 次諮詢會議紀錄：http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright_news/copyright_changelaw_24.asp。

著作權設質登記及未知權利人法定授權：http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright_law/copyright_law_4.asp。

謝銘洋，報告案：推動我國新興高科技產業發展與法規環境：<http://www.stag.gov.tw/include/getfile.php?fid=16>。

數位內容產業推動辦公室之辦公室介紹：http://www.digitalcontent.org.tw/dc_p2.php。

新聞紙雜誌期刊上的單篇著作如何劃分其權利歸屬：http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php?board=4&act=bbs_read&id=8&reply=8。

韓國線上數位內容產業發展法及日本創造、保護及活用內容促進法之中譯本：<http://www.digitalcontent.org.tw:8080/nmipo/opencontent.php?SN=46>。

英文書籍

RICKETSON, S., THE BERNE CONVENTION FOR THE PROTECTION OF LITERARY AND ARTISTIC WORKS: 1886-1986 (1987).

WIPO, THE GUIDE TO THE BERNE CONVENTION (1978).

其他英文參考文獻

Google Print Library Project: <http://print.google.com/googleprint/library.html>.

Yahoo Open Content Alliance: <http://www.opencontentalliance.org/>.

美國著作權局網頁：<http://www.copyright.gov/orphan/>.

資料庫保護指令：http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=31996L0009&model=guichett.