

國立交通大學
管理學院碩士在職專班科技法律組
碩士論文

數位時代網路服務提供者合理使用之研究
—以搜尋引擎為中心

Study on Fair Use for Internet Service Provider in the digital Era
—Focus on Search Engine



研究生：張世柱

指導教授：王文杰博士

王敏銓博士

中華民國九十六年七月

數位時代網路服務提供者著作權合理使用之研究

—以搜尋引擎為中心

研究生：張世柱

指導教授：王文杰博士

王敏銓博士

國立交通大學管理學院碩士在職專班科技法律組

摘要

印刷術的出現促成著作權的立法，因為印刷術徹底改變著作的重製方式，這種改變也使得著作權人、出版商以及消費者之間權利產生重大變革。工業革命之後人類的生活方式徹底改變，相關的社會制度與法律規範不是全面性的修改，便是重新立法。數位科技以及網際網路的出現再一次徹底改變著作的重製技術、散佈方式，以及人類的生活方式。而網際網路更是人類有史以來，連結全球資訊的偉大發明。

著作權法在面對數位化及網際網路環境時，產生諸多重大的爭議，從著作權發展的歷史來看，這些爭議的發生應該被視為理所當然。因為著作權法本身具有相當高的工具性質，扮演著人類智識文化提昇的重要角色，有關著作權法的任何爭議都不應該脫離這個本質。著作權法中有關著作權人權利的規定，從另一種角度來看也有限制的作用，合理使用制度是平衡著作權人利益與公共利益最重要的機制，當然，平衡的目的在於達成著作權法的一貫目的。有學者說，著作權法是一套最麻煩的法律，而合理使用則是這麻煩中的核心，其實合理使用的麻煩在於它必須保持彈性，隨著科技發展，不停的與時俱進。在面對網際網路環境時，賦予合理使用新的視野與意涵，將是著作權法的核心議題。

在網路環境當中，個體與總體的界線日趨模糊，對於個人合理使用的限制，也意謂著對公共利益的減損。媒介科技的提供者以及網路服務提供者，扮演著資訊流通的重要地位，這些提供者可以是個人也可能是企業，可能是以營利為目的也可能是純中性的角色，但是由於網路環境的特性，使得一個媒介科技或網路服務提供者的個別侵害行為，都將引發著作權人重大的利益損失，任何對媒介科技或網路服務提供者的約束與限制，也都牽動著對公共利益的打擊。所以，當合理使用機制應用在網路服務提供者時，更增加其複雜與困難度。因此，本論文試著從哲學、言論自由、公共利益、經濟分析、競爭平台、資訊自由等角度，就著作權人的利益、合理使用以及網路服務提供者的特性等進行研究，以期闡釋合理使用判斷時應有的新思維，並希望藉此喚起社會大眾的共識與積極參與。唯有如此，新的價值才能衍生，使著作權在網路環境當中有日趨一致解讀和取捨正義的方法。

Study on the Fair Use by the Internet Service Provider in the Digital Era—Focus on Search Engine

Graduate Student: Shih-chu Chang

Advisor : Dr. Wen-cheih Wang

Dr. Min-chuan Wang

Graduate Institute of Technology Law, National Chiao-Tung University

Abstract

The appearance of printing technology has contributed to the legislation of copyright laws because printing technology has completely changed the method of duplicating publications. Such a shift has also created a shift of rights among authors, publishers and consumers. Lifestyles have changed completely following the industrial revolution; not only have the relevant social systems and legal stipulations been extensively modified, but also entirely new laws have been legislated. The appearance of digital technology and the Internet are once again changing the way publication are made and distributed, and is having a profound effect of people's lifestyles. The Internet is civilizations greatest achievement in linking up the world's information.

Copyright law has faced several significant disputation from the digital Internet environment. According to the evolution history of the copyright law, the occurrence of such disruptions should be regarded as a matter of course. Copyright law itself exhibits tool-like properties to such a high extent that it has played a very important role in promoting intelligence, knowledge and culture. Thus, all relevant disruptions about copyright law will not break from its essence. Seen from a different point of view, the stipulations related to the rights of a copyright owner as defined in the copyright law are restricting functions. The fair use system is the most important mechanism in balancing the rights of the copyright owner and the greater public interest. Certainly, the purpose of balance lies in reaching a consistent goal with copyright law. Some scholars state that copyright law is the most troublesome of laws, and fair use is the core of this trouble. In fact, the problem that arises from fair use is that it must keep up with the times; it must grow along with the development of science and technology.

The key issue of copyright law in an Internet environment is to give a new vision and meaning to fair use.

On the Internet, the boundary between the individual and the public is becoming fuzzier. Hence, a restriction of the fair use of an individual could imply the impairment of public interests too. Media technology providers and the Internet service providers play important roles in the communication of information. These providers could be individuals or enterprises; they could be targeted on commercial benefits or be purely neutral. However, due to the nature of the Internet environment, a specific infringement by a media technology provider or an Internet service provider could cause a great loss of benefit to the copyright owner. Meanwhile, any restriction and limitation to the media technology provider or the Internet service provider would affect the public interests too. Hence, in this thesis, a study on the benefit to the copyright owner, fair use, and the characteristics of the Internet service provider is carried out through the viewpoints of philosophy, freedom of speech, public interest, economic analysis, competition platform, and information freedom, in the hopes of explaining the new thinking about fair use and increasing the common understanding and active participation of the public. By doing so, new values could be derived to allow copyright law to be interpreted and used judiciously and with greater consensus.



誌謝

年少時總覺得讀書求學是件辛苦的事，出社會後才體認到作學生的幸福與奢侈。政大畢業當年即取得律師資格的我，曾有過短暫的沾沾自喜。接著數年便在每天緊湊忙碌的工作中消耗掉以往所積累的一點點本事。勝訴與敗訴似乎是生活的全部內容，忘了要停下腳步看看這世界變得有多快，也忽略了其他法律知識的探索。

進入交大科法所真是大學畢業後最充實快樂的日子。劉尚志所長的博學與見聞開啟了我對智慧財產權的濃厚興趣，他那如家長般的關愛與叮嚀，讓我在急促喘息的生活中，克服一切困難完成本論文。

王文杰老師對我亦師亦友的提攜與指導，我銘感五內。無論他有多忙碌總是把最好的資料提供給我，尤其是我變更研究主題時，他給予我多方面的分析與建議，並未加以責難反而四處為我蒐集新的資料。在論文撰寫的後期是我人生當中的低潮，如果不是他的鼓勵我早已放棄，此份隆情難以寸管申謝。

王敏銓老師法學素養深厚，在我變更研究主題時提綱挈領，讓我在倉皇之間仍能按部就班日起有功。但本論文的研究深度頗感不足，辜負了王老師的期望是我念茲在茲。

陳佳麟博士是我碩士班同學，但我敬他如師。在我論文撰寫期間，他犧牲了一個又一個的週末，帶領我循序漸進構思論文的架構，他是友多聞的最佳註腳。

蔡惠如博士，我大學時的學妹，也是我研究所的同學，當然也會是我一輩子學習的對象。在我這碩士班的幾年間，她不但出國完成碩士學位，也成為科法所第一位博士，優秀好學令人仰望。她把博士論文研究時所有寶貴經典的學術論著，毫無保留的給我不限期的參閱，此種隆情高誼，讓我到現在還想不出報答的最佳方式，真不知如何是好。

曉明、鈺婷、婉華都是我工作上的好伙伴，他們在數不清的疲累下班後，給了我論文撰寫時最實質的助力，我知道沒有他們的協助我無法順利完成此論文。讓我體會到凡事得之於人者多、出之於己者少。也要感謝怡靜學妹在最後階段及時的提醒與協助，讓我論文口試平順成功。紹斌、帥俊及其他科法所每位身懷絕技的同學都是我學習的最大寶藏，更是人生中美好的相遇相知。

最後，忍不住在這致謝的末尾說出我想謝天的心情。「謝天」是因為我這微不足道的一點能力，卻有著莫大的好福氣。除了以上的貴人相助之外，老天爺讓我年邁的雙親身體健康，容我這庸碌不堪之人，能在自顧不暇時尚可自私且奢侈的完成研究所的課程及論文寫作，除了謝天之外還能說些什麼呢？

目 錄

一、序論	1
1.1 研究動機.....	1
1.2 研究目的.....	3
1.3 研究範圍與方法.....	4
二、著作權的保護與合理使用	7
2.1 著作權的起源與目的	7
2.2 著作權的本質與理論基礎.....	8
2.2.1 自然權利說.....	8
2.2.2 法定權利說.....	11
2.2.3 出版所有權說.....	14
2.2.4 精神所有權說.....	14
2.2.5 人格權說.....	15
2.2.6 無體財產權說.....	16
2.2.7 特權恩惠制度.....	16
2.3 著作權的保護與演進	17
2.3.1 著作權保護之學說	17
2.3.2 著作權保護之演進	18
1.英國著作權保護之發展	19
2.美國著作權法之發展	19
3.與著作權有關之世界公約	21
(1)伯恩公約	21
(2)世界著作權公約	22
(3)羅馬公約	24
(4)與貿易有關之智慧財產權協定	24
(5)世界智慧財產權組織著作權條約、世界智慧財產權組織表演及錄音 物條約	25
2.4 著作權之合理使用	26
2.4.1 合理使用之起源與意義.....	26

2.4.2 合理使用之理論基礎.....	26
1. 默示同意說.....	27
2. 強制同意說.....	27
3. 慣例說.....	27
4. 公共利益說.....	28
2.4.3 合理使用之法律性質.....	28
1. 權利限制說.....	28
2. 侵權阻卻說.....	29
3. 使用者權利說.....	29
2.4.4 合理使用之立法例	30
1. 英國.....	30
2. 美國.....	30
3. 我國.....	32
三、網路服務提供者的法律責任與國外立法說明	34
3.1 網路服務提供者的意義	34
3.2 外國立法說明與侵權責任.....	35
3.2.1 美國	35
3.2.2 歐盟	41
3.2.3 德國	46
3.2.4 日本	49
3.2.5 中國大陸.....	53
3.2.6 台灣	56
四、就合理使用的判斷與網路服務提供者侵權認定有關之.....	65
 案例分析.....	65
4. 1 概述	65
4.2 案例分析.....	66
4.2.1 Universal City Studios, Inc. v. Sony Corp. of America---家用錄影機間接 侵權爭議.....	66
4.2.2 Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc. ---提出「轉化」(Transformative) 概念	70
4.2.3 Recording Indus Ass'n of Am.(RIAA)v. Diamond Multimedia Aystem Inc. ---MP 播放機是否應適用「聲音家用錄音法」	72
4.2.4 UMG Recordings, Inc., v. MP3.com---對於轉化概念的進一步描述	74
4.2.5 A&M Records, Inc., v. Napster, Inc. ---P2P 網路服務提供者的法律責任	75

4.2.6 Kelly v. Arriba Soft Corp---搜尋引擎鏈結服務的法律責任	79
4.2.7 環球、華納、Sony BMG 娛樂、EMI 集團、新藝寶、金牌育樂、正東 等七大唱片公司控告北京百度網訊科技公司案	83
五、數位網路對著作權的挑戰及合理使用的省思	87
5.1 概述	87
5.2 網際網路的興起	88
5.3 網路重製技術對於著作權的影響	90
5.3.1 概述	90
5.3.2 傳統重製的概念	90
5.3.3 網路上重製的爭論	91
5.3.4 暫時性重製的爭辯	91
5.3.5 個人合理使用的評析	94
5.4 網路技術對於散佈權的衝擊	96
5.4.1 概述	96
5.4.2 第一次銷售原則對網路傳輸的適用疑義	98
5.4.3 點對點網路傳輸技術	99
5.4.4 主從式網路的特性	100
5.4.5 點對點網路傳輸的特性	100
5.4.6 折衷式 P2P 架構案例所引發的爭議	101
5.4.7 純粹 P2P 架構案例所引發的爭議	103
5.4.8 小結	110
5.5 搜尋引擎的著作權爭議	113
5.5.1 概述	113
5.5.2 搜尋引擎發展的歷史	114
5.5.3 搜尋引擎的爭議案例	118
5.6 著作權在數位網路情形下所衍生的新議題	120
5.6.1 概述	120
5.6.2 著作權人與社會大眾利益	121
5.6.3 著作權人與媒介間的關係	122
5.6.4 合理使用---網際網路時代著作權爭議的調和關鍵	124
5.6.5 小結	132
5.7 合理使用制度的再思考	133
5.7.1 概述	133
5.7.2 言論自由、資訊自由與公共利益	134

5.7.3 從經濟分析觀點看合理使用	143
5.7.4 從「競爭平台模型」理論看著作權合理使用原則	152
5.7.5 小結	159
六、結論	161
6.1 著作權規範的國際共通性.....	161
6.2 著作權財產權的法律地位.....	162
6.2.1 著作權工具性質	163
6.2.2 著作財產權共識的價值.....	164
6.3 著作權的經濟觀點	167
6.4 網路社會的形成	169
6.5 資訊自由與著作權	171
6.6 資訊自由、言論自由	172
6.6.1 民眾具有使用公共資訊的能力	173



一、序論

1.1 研究動機

在人類近代歷史中，工業革命的興起徹底的改變了人類生活的方式，這種改變是全面性的、也是全球性的。為了因應人類生活方式的改變，規範人與人之間的權利、義務，相關的法律制度應運而生。消費者保護法、競爭法、證券交易法、貿易法等，都是因應往來交易而新興的法律。網際網路的出現是自工業革命之後對全人類生活以及交易方式都產生重大影響的一項新興科技，此一科技的神速發展，讓全球成為一個無國界的數位地球村，在各種法制當中尤以著作權法受到網際網路的衝擊最受矚目。

著作權法因印刷術的發明而確立。由於著作權法的特性，必須隨著工業技術的變革而不斷加以調整，網際網路的出現，除了使著作的複製以及散佈技術徹底改變之外，更由於其不受時空限制的連結方式，使得著作的利用與散佈速度產生前所未有的效率。由於網際網路所引發的「重製及散佈之不可控制性」¹，造成著作權人權利保護的高度困難，因此所引發的諸多著作權爭議，促使世界各國莫不致力於著作權的保護。從一波波新的國際條約相繼出現與修正趨勢結果來看，似乎已建立出對以往合理使用加以限縮的法律架構，引發出廣大使用者的恐慌及質疑，認為這是違背著作權法存在價值的一種錯誤與扭曲。

在現今的知識經濟時代中，智慧財產權所帶來的經濟利益不但是對於權利人個人，對於國家整體經濟利益來說都是非常重大的。越是進步發達的國家越是對於著作的利用趨向保守，無不憂心起源於機械時代的智慧財產權制

¹ 陳榮林，點對點傳輸之著作權侵害問題---以美國法為中心，國立交通大學碩士論文，1頁，2003年。

度，在網路時代是否能維持原有的利益。這種思維確實引發出公共利益的保障、資訊自由流通的價值以及著作權最終目的質疑。如何平衡公共利益與著作權人的利益變成一項困難的課題。要解決數位網路環境中著作權的諸多爭議，仍應回歸著作權的本質，分析著作權在此一環境中應有的結構性調整，合理使用制度仍將是維繫此一平衡的關鍵。合理使用原則自美國聯邦最高法院大法官 Joseps Story 於西元 1841 年在 *Folsom v. Marsh* 判決²確立判斷合理使用四項標準後，嗣於 1976 年美國國會以著作權法第 107 條予以明文化，奠立合理使用原則的法律基礎。

美國法院判決曾稱合理使用乃「整部著作權法典中最麻煩的問題」(The most troublesome in the whole law of copyright)³。其不具體的法律定義與界線，並未因明文化的條文而解決，但從另一方面來看，其高度不確定性的麻煩，也一直讓合理使用制度具有高度的彈性與靈活性，可以隨著時代的變動賦予新的生命與意義。「合理」本來就是一項不確定的法律概念，它不會也不應該有具體的內容，它是人類社會中多數的價值共識，而價值共識的形成本來就是一段說服的過程。在網路社會中，此一價值共識的形成具有高度的爭議性與困難性是理所當然的，因為它必須在相當短的時間裡，在這無國界的世界中達成一定程度的價值判斷確實不易。或許正如同美國芝加哥大學政治系教授艾史德 (Jon Elster) 所著「美國的地域性正義」(Local Justice in America) 的結論：正義的理念不是獨立於超然現實之外，而是被各種現實條件影響形塑而成；只有地域性的正義 (local justice)，沒有舉世皆然的正義 (universal justice)。也或許如同熊秉元教授所說：客觀的公平正義並不存在，而特定時空下的公平正義是由環境裡的相關條件所烘托而出的！⁴

自從 1990 年代初期的第一個網際網路搜尋引擎開始，搜尋引擎隨即與線

² 9F. Cas. 342(C.C.D.Mass. 1841).

³ *Dellar v. Samuel Goldwyn, Inc.*, 104 F.2d 661, 662(2d Cir. 1939).

⁴ 熊秉元，漫步法律初版，2003 年 8 月 1 日，126 頁、98 頁。

上最主要的活動---電子郵件一樣重要，時至今日其重要性已超過電子郵件。在數位網路的環境中，搜尋引擎可以說是最重要的守門人，而搜尋引擎的使用幾乎成為現代人每天進行的活動之一，因此搜尋技術的發展以及其功能的擴大而引發一連串的衝突並不令人意外。尤其是今日的搜尋引擎幾乎完全屬於商業性質，始得衝突的發生變得更為嚴重與頻繁，而這些衝突與爭論大多都與著作權有關。

搜尋引擎提供者對於資訊的取得扮演極重要的角色，也創造出一個龐大的市場與商機。在這些眾多的爭議中究竟應該以個別法律對個別的問題加以調整、重新定位，還是應該就搜尋引擎制定一套專門而單獨的規範，也有眾多不同的意見。近幾年來搜尋引擎的角色，也從一個輔助侵害者演變為直接侵權行為者，在分析搜尋引擎的直接侵權責任時，就合理使用的判斷與個人及其他網路服務提供者是否應該有所不同？是否應加重其他因素的考量？本論文認為有特別加以研究之必要。目前正在美國紐約聯邦地方法院訴訟中的 The Authors Guild v. The Google Print Library Project 一案極具爭議，其結論不論如何，勢必為網路環境中的合理使用提出不同的詮釋，本論文也試著以此案作為探討的核心。

1.2 研究目的

隨著網際網路商業化趨勢的形成，使得世界各個角落在網路的虛擬空間中，可以隨時隨地的接收資訊。而在網路虛擬的空間當中，隨時都存在著浩瀚的資訊，這些資訊透過媒介/科技提供者、網路服務提供者使得資訊的搜尋、獲取、傳輸極為便利。因此在著作權的侵害當中，媒介/科技提供者及網路服務提供者在著作權人眼中似乎是侵害的禍首。而網路服務提供者由於功能以及商業化的程度不斷提高，也從一個間接侵害者日趨演變為最大的直接侵害者。而在國際間著作權的立法趨勢對個人的合理使用造成嚴

重壓縮的批評聲中，網路服務提供者的合理使用空間也備受關注。美國近年來有關著作權重大爭議的案例，也幾乎與網路服務提供者有關。

雖然國際間各國的相關立法，對於網路服務提供者的責任也分別制訂了相關的免責條款，但是由相關的案例當中可以發現，免責條款的規範無法完全解決網路服務提供者與著作權人間的爭議與責任。由於網路服務提供者對於個人在網路環境下的合理使用扮演著極為重要的角色，再加上網路服務提供者的利用行為，通常與公共利益有相當直接的關連。因此，任何國家對於網路服務提供者的責任限制以及合理使用空間的判斷，都有可能產生所謂「蝴蝶效應」(The Butterfly Effect)的結果。⁵

本論文的研究目的在於搜尋引擎對著作直接利用時，從其利用的態樣對著作權人市場的取代以及資訊自由流通等不同角度，分析搜尋引擎合理使用的不同觀點，界定著作權人、社會大眾以及搜尋引擎三者之間的利益平衡，期使人類智識文化的提昇與創新，在網際網路環境中達成最高的效率以及世人普遍認同的促進方式。

1.3 研究範圍與方法

本論文從著作權發展的歷史出發，探究著作權的立法、保護目的，繼而就著作權因應新興科技引發的調整與演進作說明。再針對著作權合理使用的起源與理論基礎與各國立法例，確立合理使用對著作權法所欲達成的目

⁵ 美國氣象學家 Lorenz 於西元 1963 年提出一份研究報告，主張海鷗一拍翅膀，足以永遠改變氣候，更於 1972 年在美國華盛頓特區美國科學促進協會會議所發表的演講「可預測性：巴西蝴蝶揮動翅膀其翅膀是否將使美國德州陷入暴風雨中」中，進一步演化出「蝴蝶效應」(The Butterfly Effect)，此為「混亂理論」(chaos) 之核心，意即以單純的規則預測未來，仍有可能出現意料之外的變化，處在不可預測的混亂之中，即使所設定之最初條件僅有些微之差異，卻衍生出全然不同的結果。See Michael Cross, The Butterfly Effect(Feb.27.2001),at

http://www.cmp.caltech.edu/~mcc/chaos_new/Lorenz.html，轉引自蔡惠如博士論文。

的所扮演的關鍵性角色。透過以美國為主重大案例所發展出著作權人權利保護的定位以及合理使用內涵，以確立合理使用在面對科技發展應有的調整。

接著介紹網路服務提供者的定義，以及國際間就網路服務提供者責任限制的立法例，觀察分析各國立法例的相關規定中對網路服務提供者責任規範的主軸。並說明網路服務提供者侵權行為態樣與責任類型，再藉由以美國為主的實際案例，深入分析合理使用各要素判斷時的關連性以及需要綜合思考的一切情狀。

本論文藉著對重要案例的探討具體化合理使用規範的判斷內涵，也對文獻加以分析整理，檢視著作權的保護目的及國際立法趨勢的正當性。再以學者對著作權的財產權性質、憲法地位、經濟分析觀點、競爭平台的角度及資訊自由與公共利益的定位等分別加以觀察，探究著作權基礎理論在網路環境當中的正當性與合理使用新的價值與功能。同時，試行以目前美國紐約地方法院正在訴訟當中之 Google Print Program 一案的爭議重點，套入各項分析的結論推演合理使用在此一案中應有的新思維。

其中有關合理使用判斷的分析上，將課重在轉化、市場取代、潛在市場的影響以及公共利益權衡等面向上。在網際網路環境中著作權人以及消費者的尋租、交易成本都大幅降低，著作權人的授權市場將大幅開展獲得全世界的市場，而消費者利用網路所能獲取的資訊以及合理使用的標的也大量增加。這兩種特徵與網際網路全面應用之前呈現著截然不同的面貌，對於傳統著作權保護的誘因理論以及著作權提昇人類智識文化目的之達成效率也有著全然不同的效果與意義。

因此，在網際網路環境中對於合理使用的分析，更適合以經濟分析的效率理論對其合理性及正當性加以詮釋。

而在本論文第六章結論當中，介紹合理使用不確定性的正面意義，觀察正反兩面在激烈爭辯時所欲達成社會通念的用心，都應給予正面積極的肯定。



二、著作權的保護與合理使用

2.1 著作權的起源與目的

著作是否被完整保存，決定了著作在歷史上「縱向」的影響力，至於保存的方式及流傳的廣度則不是探討的重點，但著作「橫向」的影響力，則取決於著作是否能廣為流傳，作者透過著作來傳遞、散佈思想，正是著作自古以來被賦予的神聖使命。

探討著作權制度的成文化，最早可追溯到英國的「一七一〇年著作權法」(The Copyright Act of 1710，又名「安妮法案¹」，The Statute of Anne)。但著作之所以產生經濟上的價值，實與紙張及印刷術的發明密不可分。在此之前的手工複製時代，由於取得著作的成本及困難度非常高，故無庸擔心著作權保護的問題，但在紙張與印刷術發明之後，大量複製著作的困難度已隨技術日臻成熟而漸被克服，惟其財源仍須仰賴君主或邦國之支持與授權，於是銷售著作重製物以獲取利潤，雖是當時的一種新興商業行為，卻也是君權統治的工具，形成市場壟斷。

隨著中產階級的興起，輿論對此市場壟斷現象漸感不滿，出版業者擔心既有利益不再，遂以著作權人利益為名，不斷遊說國會立法保護，終獲國會支持，於是制訂「安妮法案」。

¹ 原名是《為鼓勵知識創作授予作者及購買者就其已印刷成冊的圖書在一定時期內之權利的法》(An Act for the Encouragement of Learning, by vesting the Copies of Printed Books in the Authors or purchasers of such Copies, during the Times therein mentioned)。於西元 1709 年由英國安妮女王頒佈，並於 1710 年 4 月 10 日正式執行。

由著作之「横向」影響力觀察，著作之「複製」與「重製」無疑是著作流通與著作權保護兩者間衝突的核心問題，由於資訊科技與通訊技術之日新月異，而複製成本卻因此大幅降低，造成著作權保護與現代科技運用間之衝突與日遽增，然而新興科技如同一把雙面之刀，在任何人均可藉科技輕易接觸著作，甚至侵害著作權的同時，著作權人也同樣能利用新興科技之做為更佳之保護手段。

現代著作權著眼於保障著作權人以提供創作誘因的同時，也不應忽視著作權調和社會公共利益之功能，而「合理使用」正為此提供一權衡的最佳規範，一方面維護著作權在科技時代的發展，另一方面則保障社會大眾藉由新興科技合理接觸、利用著作之權益。

2.2 著作權的本質與理論基礎

瞭解著作權的本質，將有助於界定著作權侵權行為之範圍及處罰依據。觀察著作權法制史的軌跡可知，探討著作權本質之學說甚多，整理歷來學者的相關見解，除了眾所周知之「自然權利論」及「法定權利論」外，另又各自發展出不同之學說。

2.2.1 自然權利說

在著作權演進的過程中，由於各國在政治、經濟、社會、文化發展上之差異，對於著作權之性質亦採取不同之看法。

在「天賦人權」的思潮下，大陸法系國家偏重以「人格價值觀」作為其著作權立法之哲學基礎，故多認為著作權是著作權人天生且固有的權利，換言之，作者對其作品享有如一般財產法上所賦予之權利，而該權利即是「著作權」。

基於這種人格價值至上思潮之引導，立法者刻意強調對著作人個人權利之保護，不但保護著作人之財產權利，亦同時保護著作人的人格權利，也因為「著作財產權」與「著作人格權」之內涵有別，遂再由此發展出「一元論」、「二元論」及「修正的二元論」等學說：

1.一元論

一元論為德國之通說，並為德國一九六五年制訂之著作權法所採用，強調著作權之單一性，其雖認同著作權之內涵同時包括著作財產權與著作人格權，但認為此兩種權能有一體性之單一權利，若將其視為單純之財產權或人格權，無疑是一種偏頗的認識。



德國學者烏曼（Ulmer）闡釋一元論，將著作權比做樹幹，而著作權之各種利用權能，如表演權、重製權、播送權、改作權等即是小樹枝，至於著作財產權及著作人格權則被視為是樹之二根，無論著作權之各項權能如何發展，仍須自著作財產權與著作人格權獲得力量，故對於著作人格權之侵害亦能成立財產上之請求權。

又其認為著作權之單一性除了顯現於權利的「發生」與「終止」上，在「繼承」時亦可得到印證。但是，就「移轉」而言，兩者間卻產生不同之效果，此時著作人僅能處分其利用權，而不是處分其人格權之權能，但其又強調著作人就利用權為處分時，仍保有利用權的源泉（母權）故其所處分者實為派生出來之「子權」以貫徹著作權之單一性。

但有論者²批判一元論之說法，認為在一元論之論點下，無論著作權權利

² 馮達發，著作權法刑事責任之研究 – 以重製權與散佈權為中心，政治大學法研所碩士論文，116

之次權利為何，都兼有人格權性質及財產權性質才是，只是基於公益或其他理由，使著作權受到限制，換言之，縱使在偏向財產權性質部分之次權利，亦仍含有著作人之人格在內，而「公益」畢竟是個籠統且不精確的概念，在現今強調人性尊嚴之趨勢下，讓擁有人格權性質之著作權因公益等理由受到限制，是否正當？若不是，則對於含有著作人格權性質在內之著作權，又何以得到限制？

再者，若依一元論所述，顯然無法為幾近百分之百財產權性質之美國著作權法提出圓滿之解釋。

2.二元論

二元論有別於一元論「渾然一體」的見解，認為著作權所包含之著作財產權與著作人格權是分別獨立且並存之一體二權，因為二權間有其獨立性，故對於權利之發生、讓與、繼承及消滅均有設個別之規範，著作財產權之讓與類似於一般財產權之移轉，但是，著作人格權則不能移轉，又當著作人死亡後，著作人格權雖視為繼續存在，卻不能成為繼承之標的。

對於二元論，有學者提出如下批評：

- (1)二元論雖提出著作權係以著作人格權與著作財產權為其下二個重要的內涵之見解，但對於兩者間之關係為何其卻未提出說明³。
- (2)二元論認為著作權因包含著作財產權與著作人格權，所以是一種雙重權利，但著作權卻是以單一著作為其標的，故二元論之雙重權利見解，明顯與著作客體單一性之概念不合。
- (3)二元論未將「著作權」與「著作權能」加以區分。例如：著作之利用往往附隨著作公開發表之情形，而公開發表權卻是著作人之重要權利，

頁，2003年07月。

³ 施文高，比較著作權法制，267~268頁。

故解釋上著作物利用權之讓與理應包括公開發表權之讓與，否則只有利用著作物之利用權能，卻不能公開發表，徒使著作物利用權之讓與變成毫無意義可言。

(4)著作之潛在利用權固然因決定發表而付諸具體實施，但二元論就外在的著作利用可能性為何，卻漏未說明。

3.修正的二元論

此說為法國於一九五七年修正著作權法時所採之學說，其強調在發展歷程上，著作人格權係先於著作財產權而產生，且在存續期間上亦優於著作財產權。此說認為，著作之經濟利用權的發生，與著作人公開發表權的行使密切相關，於著作人公開發表時，該著作即為經濟上財產交易之一部分，否則，該著作因不具有利用權，而無經濟上獨立之法財產性。



有學者認為，隨著著作物之產出，才有經濟上利用之可能，但也因此，財產利益與人格利益均有同時被他人侵害之可能，所以欲保護著作物，即應同時承認對著作人格權及著作財產權之保護，二者間實不應有發生時間、順序先後之差別，但是，此說卻以公開發表權的行使（即人格權的權能）作為經濟上利用權發生的條件，在理論上有未盡妥適之處。

2.2.2 法定權利說

有別於自然權利說之觀點，英美法系國家之著作權法係以「財產價值觀」之架構為基礎，認為著作權係一種由法律所創設出來的之法定權利⁴，換言之，著作權人之所以能享有著作權之保護，係因為透過法律割讓社會大

⁴ See L. Ray Patterson & Stanley W. Lindberg, *The Nature of Copyright --- A Law of Users' Rights*, at 11 (1911) .[hereinafter “Patterson & Lindberg, *The Nature of Copyright*”]

眾權利並授予著作權人而來，故認為著作權是「受法律高度規範與約束的財產權」或「法定財產權」因此，有必要對著作權人所擁有之著作權附加一定公益上事由之限制，亦即公眾主張合理使用之領域，以作為社會大眾賦予其著作權之代價。

觀察英國之著作權發展脈絡，在印刷術被引進英國前，因複製不易，隨之而生之糾紛較少，也由於當時著作權之概念尚未形成，論者係比照一般物權之概念看待著作權，如同土地所有權人擁有土地一般，將著作視為著作人之財產。

自印刷術傳入英國後，大量複製著作物已非難事，也因此，各種思想均可藉由著作物廣泛流傳民間，英國皇室為箝制新教徒之反動言論，因此聯合倫敦市內之出版商及印刷公司，組成一「圖書公司」(Stationers' Company)並以授權之方式，由其取得獨佔出版與印刷之特權，藉以進行言論檢查，圍堵反動言論散佈⁵。

之後，因中產階級興起及出版自由理論之影響，由圖書公司獨佔百年之書籍出版權利開始面臨挑戰，英國國會起初也支持出版自由之思潮，決定不再延長賦予圖書公司獨佔權，但是，此舉很快即造成自行出版或盜用他人著作之行為大肆風行，圖書公司見機不可失，遂以保護著作權人利益為由，向英國國會請求保障其永久獨佔之權利。英國國會雖接受圖書公司之請求，制訂安妮法案，但該法案並未淪為圖書公司獨佔出版權之護身符，反而以明定保護期間之方式，為圖書公司永久獨佔出版權利畫下休止符。

⁵ See Debora J. Halbert, *Intellectual property in the Information Age : the Politics of Expanding Ownership Rights* (1999) , at 2~3.

再觀察美國著作權法之發展史，約可分為四個階段⁶：一、州著作權法階段：確立著作權係保護作者之權利；二、制訂憲法條款：確立著作權確實有學習之必要；三、制訂聯邦著作權法：確立著作權係政府授與之法定權利；四、Wheaton v. Peters 案：確立著作權係為法定權利。

在美國最高法院就 Wheaton v. Peters 案⁷作出確定判決前，關於著作權本質係「自然權利」或「法定權利」之爭，一直未有定論。該案原告 Henry Wheaton 為法律案例之編撰人，而被告 Richard Peters 為原告之後繼者，並欲將自行編著之最高法院判決併入原告之著作內，因此遭原告控告侵害其著作權。

法院企圖藉著作出版前後之時點，對出版前所得主張之習慣法上權利，與出版後依著作權法所得主張之專有財產權利加以區隔，故其指出⁸：基於習慣法，著作人對其手稿當然可主張財產權，並可對剝奪其財產權之人或對以不當方式獲得其手稿重製物而獲利之人，取得救濟補償，但此一權利，與著作人將其著作出版後，就其著作所得主張之專有權利並不相同。由此可知，美國最高法院認為著作一經出版，即脫離習慣法，進入著作權法規範與保護之範疇，故「著作權」顯係由著作權法所賦予之法定權利。

美國著作權法於一九〇九年全盤修正時，即爰引最高法院對 Wheaton 案之判決，於其立法理由中肯認著作權係法律所創設之權利，此一法定權利

⁶ See L.R. Patterson, *Copyright in historical perspective* (Nashville, TN : Vanderbilt University Press, 1968, 143) .

⁷ See *Wheaton v. Peters*, 33 U.S. (8 Pet.) 591 (1834) .

⁸ See *Wheaton Peters*, 33 U.S. (8 Pet.) 591 (1834) “The an author, at common law, has a property in his manuscript, and may obtain redress against any one who deprives him of it, or by improperly obtaining a copy endeavours to realize a profit by its publication, cannot be doubted; but this is a very different right from that which asserts a perpetual and exclusive property in the future publication of the work, after the author shall have published it to the world.” at 657.

之本質，即為美國著作權法整體架構之根基。

2.2.3 出版所有權說

此說起源於十八世紀初的德國，當時皇權盡失，地方諸侯紛紛群起代之，故皇權所獨享、特許的出版權利被諸侯瓜分，造成地方出版權特許制度的效力範圍由全德國限縮至特定區域內，再加上給予出版人之特許經過一定期間後須更新，使得支付報酬而受讓著作物之出版人為了能不受時空限制，而源源不絕地進行複製、出版，開始萌生著作獨佔化的傾向，於是對出版著作衍生出一種所有權歸屬於出版人之主張，是為出版所有權說。

又因當時作為有體之著作物與作為無體之精神著作二者間並未被明確區辨，於是給予其後之精神所有權說建立啟發。



2.2.4 精神所有權說

此說係由自然法之基礎演繹而來，認為著作權乃著作人之精神產物所有權，並確立了著作人係著作權主體之概念。

在十七、十八世紀，因自然法之理論盛行、人權意識抬頭，在此自由思想衝擊下，此說雖然漸獲肯定，但也不時招致批評，最主要是因為著作權與物之所有權確實有其不同之處，無法比附援引，故有學者舉出此說缺失如下⁹：一、此說忽視著作權在人格方面之利益，著作人與著作物間之關係不獨因為經濟利用而有財產上利益，此說漏未斟酌名譽、聲望或其他無形之人格利益，為其缺點。二、著作為精神產物，具無體性，與一般動產、不動產係有體物不同，縱使認為物之所有權之含攝範圍並不限於有體物，但是，該物仍須可被人類支配且會因使用而耗損，惟著作物是著作人之精

⁹ 施文高，比較著作權法制，262 頁。

神產物，非人類所能完全支配，且使用後並不會減損。三、就財產利益而言，著作權有一定之保護期限，顯與所有權具有永久性及排他性之特定不合。四、著作權可為權利之一部讓與，亦得割裂而為不同之利用或處分，如：重製、發行、出租，此種特質非所有權所能及。五、所有權係對有體物為物質之利用，係物權之一種，但著作權之客體係被客觀化之人類精神，並非有體物，故著作權承認播送、上映、展示、演奏、發行等利用方式，此顯與傳統所有權之概念相悖離¹⁰。

探究精神所有權說之形成背景可知，其興起於著作權與物權不分之時期，再加上當時之著作人備受出版商或印刷廠商欺壓，急於藉著人權主義抬頭之際，一舉建立著作人主張權利之基礎，故導致精神所有權說有所偏頗，而難以獲得學說與實務之青睞。



2.2.5 人格權說

此說強調對人格及無形利益之保護，與著重財產利益之精神所有權說形成強烈對比。其認為著作權之本質為一種人格權，亦即，著作權所保障者乃是著作人對該一般人格權延伸部分之排他支配權，故此說將著作權之財產權性質認為是人格權之反射利益，而非著作權之本質，換言之，關於著作物發表之決定、時間、方式，及是否將著作物毀損、變更、複製等，皆是受著作人支配之範圍，且具有人格權之性質，至於因著作公開發表所生之經濟上利益雖同受保護，但不過是人格權反射之結果。

學者對此說之批評主要在於：人格權說將人格利益與財產利益作不同之評價，強調人格利益及其保護，卻忽視著作人在經濟上之利益。既然不能否定著作財產權有其存在之必要，則不論在人格精神面或經濟利益面向，兩者均不能偏廢，否則著作權之權利將無由實現。

¹⁰ 張靜，新著作權法釋論，作者發行，1988年1月，55頁。

2.2.6 無體財產權說

此說認為著作權是一種獨立存在之新權利，並強調無形法益之財產權，認為著作權之本質即在於此。此說雖承認著作人對其著作確有著作人格權，但著作人格權並非著作權之內容，故二者間並不構成單一性之著作權。

無體財產權說與人格權說最明顯之不同點，即在於前者認為著作人格權非著作權之內容，又無體財產權說強調無形利益的財產權，亦與精神所有權說之所有權的論點大異其旨趣。

無體財產權說奠基於精神所有權之觀念上，但與精神所有權說仍有所不同，其試圖將著作權建構成一種兼具有經濟價值與公共性質之財產權，也因此造成學者對無體財產權說提出如下批評¹¹：

1. 無體財產權說拘泥於財產權之觀念，忽視對人格權之保障。
2. 著作權雖非必以書籍等有體物為標的，但其標的也非皆屬無形，有鑑於此，欲判斷何為著作權之標的，仍應回頭檢視其是否具有得為他人侵害之可能性而定，惟無體財產權說卻過份拘泥於「無形」之概念。
3. 無體財產權說既然承認著作人與其著作之關係，同時兼有著作人格權及著作財產權，但此說保護之內容僅著重無形財產權之利益，對於著作人格權之權利卻置若罔聞，顯有偏頗。

2.2.7 特權恩惠制度

此說認為著作權是國家給予之特別權利，故其本質是一種特權恩惠。

印刷術由中國傳入歐洲後，使得複製之技術與質量均大幅提升，也造成著作物被任意翻印之機會大增，促使出版人及印刷業者希望藉由法律確保其營業利益之需求，而當時之統治者一則為審查作品、一則又為增加稅收

¹¹ 施文高，比較著作權法制，前揭書，265 頁。

，故設立「特許證」制度¹²，授予出版人出版特權，其後著作人特權、地域特權也應運而生。由於著作權之取得係透過公權力運作之結果，帶有公法上「強制性」之色彩，涉及國家利益及人民基本權利之權衡，故其權利之得、喪、變更須受到一定之限制或禁止，因此，不能單純將其定性為物權或財產權。

隨著皇權沒落、自由主義興起，及著作權之法制化，此說已漸為學者所揚棄。

2.3 著作權的保護與演進

2.3.1 著作權保護之學說

關於保護著作權之學說，可大致歸納為下列三種見解：

1.自由主義：



此說以公益之觀點出發，認為任何著作的產出都是社會協力的結果，換言之，著作人之創作均是直接或間接承繼前人或普羅大眾的思想所得，又思想之創作，實為社會文明進展之動力，理應開放社會大眾自由取用，故該利益應歸社會共同享有，不應由著作人獨佔。

2.保護主義：

此說則從私利的角度出發，認為隨著新科技之發展，著作物已然成為商業交易之標的，為知識經濟之部分，有鑑於此，著作權法即應肩負起保護與促進知識及創作之生產和進步之任務。

有別於自由主義的公益色彩，保護主義以社會經濟報酬及國家特殊貢

¹² 許惠佑、梁美芬、鄭松宇編，海峽兩岸知識產法比較研究論文集，香港廣角鏡出版社，一九九四年一月，129 頁。賀德芬，文化創新與商業契機（收錄於著作權法論文集），月旦出版社，一九九四年增訂再版，270~272 頁。

獻作為其立論基礎，認為雖然著作多承繼先人及其他普羅大眾之思想所生，但著作人亦付出相當之心血，實有以法律保護之必要，故賦予著作權，作為對著作人之獎勵，並藉以刺激著作人創作，以推動人類文明發展。

3.折衷主義：

此說以為，自由主義視創作為公共財，而保護主義則主張著作乃著作人之心智勞力之付出，屬私有財，兩者之見解皆有所偏頗。

按思想之具體化，實承繼先人及普羅大眾創作之啟發，非個人所能完全獨立完成，但創作之產出，仍有賴於著作人心智勞力之付出，故在討論著作權保護時，應就著作人、著作社會公益的調和，及自然公平原則與法律層面綜合考量，以獲致一般人均可接受之共識，故此說主張以保護主義為原則，兼行免責利用、強制授權等配套措施，以衡平公益與私益之衝突。



折衷主義調和著作人私益與社會公益之見解，使此說成為現今之通說，並為多國立法例所採¹³。

2.3.2 著作權保護之演進

世界第一部著作權法起源於英國之安妮法案，之後的二百年內，各國亦陸續制訂相關的著作權法令，並透過國際上之相關組織進行相互整合，使著作權之保護逐漸往全球化之方向演進。

¹³ 許再定，著作權侵害之刑事責任，13~15 頁。張靜，著作權法評析，2 頁。蕭雄淋，著作權之侵害與救濟，25 頁。

1.英國著作權保護之發展

英國於一九七〇年制訂安妮法案，在此之前，由於印刷術被引進英國，使得著作可被快速、大量的複製，當時新教徒所發起的宗教改革運動，正好利用此作為理念傳播的工具。英國皇室為箝制新教徒散播反動言論，遂聯合倫敦市內之出版商及印刷公司組成一家「圖書公司」(Stationers' Company) 並頒佈命令規定所有書籍均須通過「星法院」(Star Chamber) 之審查與許可，且向「圖書公司」取得出版登記後，始得出版書籍。又書籍一經出版，圖書公司即取得對該著作物之永久版權¹⁴，之後更以「授權法案」(Licensing Act) 賦予圖書公司獨佔出版及印刷之特權，藉以防止反動言論之散佈¹⁵。



之後，因自由理論蔚為風潮，英國國會受其影響，決定不再授予圖書公司獨佔之權利，此舉造成自行出版或盜印書籍之行為大為風行，引起圖書公司之恐慌，故向英國國會陳情要求保障其原有之永久獨佔權利，於是英國國會遂制訂了安妮法案，並將「作者是著作權的所有人」及「已發行著作僅於一定期間內受保護」之新觀念引進，為圖書公司永久獨佔之出版權利劃下句點。

2.美國著作權法之發展

美國建國初期的北美十三州中，許多法制均沿襲英國法制而來，因此，關於著作權保護之州法，大多亦是參考英國之安妮法案而制訂，但由

¹⁴ 胡心蘭，論科技發展對合理使用與著作財產權限制之影響，24 頁，中原大學財經法律研究所碩士論文（2001）。黃怡騰，著作權法上合理使用之研究，40~42 頁，政治大學法律研究所博士論文（1996）。施文高，比較著作權法制，16~18 頁。

¹⁵ 同前註 3。2~3 頁。

於各州著作權法之內容並非一致，且實行範圍僅限於各州，加上各州均採取著作權登記制度，造成著作物傳播之無形限制。

之後，美國國會有心排除前述著作物傳播之限制，遂依「著作權條例」之授權，頒行全國性之著作權法，美國聯邦著作權法遂成為美國第一部成文著作權法，惟其內容仍與安妮法案極為相似。又在美國聯邦著作權法頒行後，亦產生有關著作權之本質究竟係「自然權利」或「法定權利」之爭議，直到美國聯邦最高法院在 *Wheaton v. Peter* 案中明確認定著作權法係一法定權利，該爭議始告確定。

觀美國著作權法的體系位置，係在智慧財產權三法（即專利法、商標法及著作權法）之範疇，旨在於有限期間內保護文學、藝術、音樂等著作物，以提供鼓勵創作之誘因¹⁶。然由於數位時代來臨，對於著作權的法制亦造成一定程度之影響，為因應數位時代的來臨，美國國會第一〇五會期所提出之著作權草案乃將網際網路相關著作權問題納入，包括將 W I P O¹⁷的條約納入美國著作權法體系、網路服務業者的免責條款等，最後並通過「數位千禧年著作權法」（Digital Millennium Copyright Act，簡稱 DMCA）其中第一〇三條於美國著作權法增訂第十二章有關規避科技保護措施之責任，使符合 W C T (The WIPO Copyright Treaty)

¹⁶ 美國聯邦憲法第 1 條第 8 項第 8 款所謂「著作權條款」(the Copyright Clause) 明定：為促進科學與實用藝術之進步，國會有權制訂法律以確保作者與發明者在一定期間內對其作品與發明享有獨佔之權利，其原文為：The Congress shall have the power to promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their writings and discoveries.

¹⁷ World Intellectual Property Organization，世界智慧財產權組織。

及W P P T (WIPO Performances and Phonograms Treaty) 之規定¹⁸。

3.與著作權有關之世界公約

隨著交通、通訊之發達，各國間之交流與日遽增，造成國際間著作剽竊行為橫行，為落實著作權國際保護，顯有簽訂國際公約之必要。

(1)伯恩公約¹⁹

由於交通與印刷術進步，許多優秀的作品隨之傳入他國，成為跨國共享之精神財產，但當時各國之著作權法卻僅保護本國作品，使得許多優秀的著作人之權益在國外受到相當大的侵害，有鑑於此各國開始進行討論，企圖成就一種多邊、統一之著作權保護機制，經過多次協商，終於在一八八六年達成共識，並於瑞士伯恩簽訂「保護文學暨藝術作品伯恩公約」此為國際間最早之著作權公約。



伯恩公約之制訂目的有二：一、建立國際性對著作人權利之最低保障；二、建立國民待遇原則，確保各國對著作權之保障趨於一致。

伯恩公約從結構上可分為二個部分，即本文與附件，而內容上則由實質條款及組織管理條款所組成。本文條款共記三十八條，其中前二十一條及附件為實質條款，其主要內容有：

①保護之主體與權利

伯恩公約將著作權人列為第一保護主體，其所保護之內容包含

¹⁸ 張世柱，著作權反規避條款與言論自由，法令月刊，第 55 卷第 10 期，2004 年 10 月，29 頁。

¹⁹ 其全名「保護文學暨藝術作品伯恩公約」(Berne Convention for the Protection of Literary Artistic Works)。

財產上及精神上之專屬權利。其並明確規定著作權人享有人格權、重製權、翻譯權、公開表演權、公開口述權、公開上映權、錄製全、追及權、改編、編輯、改作權等十種專屬權利，且規定會員國之內國立法提供給著作權人之權利不得低於本約所訂之保護標準。但除人格權外，各國得對其他專屬排他性之著作財產權制訂相關之合理使用限制規範。

②保護範圍

伯恩公約所保護的著作範圍係締約國國民之創作，或在締約國國內首次發表之一切文學藝術作品，包括文學、科學和藝術領域內之一切著作，如：圖書、演講、戲劇、舞蹈、電影、攝影等，其次還包括對作品之翻譯、改編、或其他改變，在無害原著作之著作權的範圍內，與原著作同受保護。



③保護期間

伯恩公約所賦予著作權人之保護期間，原則上是著作權人終身加五十年，但若係以匿名或別名發行者，則自使公眾可獲得時起算五十年。對於視聽著作、攝影著作、美術著作及共同著作等，亦分別定有保護期間。

(2)世界著作權公約

世界著作權公約 (UCC)²⁰係由聯合國教育科學文化組織於一九五二年在瑞士日內瓦舉行一連串國際會議後簽訂而成。該公約之簽訂起因於美國一九〇一年著作權法中所規範的著作權權利存續

²⁰ The Universal Copyright Convention，簡稱UCC。

期間、著作權形式要件等規定，與伯恩公約大相逕庭，為有效保護美國著作權人利益，其便積極促成世界著作權公約之成立，作為其加入伯恩公約前之「臨時性填補措施」²¹。

本公約主要的內容為：

①國民待遇原則

本公約第二條將著作分為「已公開」及「未公開」之著作，任何締約國國民出版之作品及在該國首次出版之作品，以及未出版之作品，在其他各締約國中，均與該國給予其本國國民之保護相同。

②形式要件原則

本公約因受美國著作權法影響，其與伯恩公約最大的區別即在於本公約對著作權保護採取「形式要件保護原則」亦即，著作人應自著作物首次公開發表時起，於著作重製物上適當位置以特定形式標明首次發表年份、著作權人名稱等，以便向世人合理表明其權利。

③著作權最低保護標準原則

由於開發中國家與已開發國家因經濟發展程度不同，故對著作權保護程度之要求亦不相同，伯恩公約之高標準對開發中國家相當不利，對此，本公約提供較伯恩公約為低的保護。

²¹ 朱永發，國際著作權立法之思潮，智慧財產權，第13期，2000年，91頁。

(3)羅馬公約

本公約全名為「國際保護表演人、錄音物製作人及廣播機構公約」(International Convention for The Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations)。有鑑於演奏、歌唱、表演與傳統著作有所不同，但本身卻具有相當獨創性，使各國漸認為有對該等創作賦予著作權保護之必要，並產生著作鄰接權之概念，促使羅馬公約於一九六一年正式簽訂。

本公約是第一個處理有關「著作鄰接權」之公約，其內容除對表演者、錄音製作人、廣播機構分別制訂規範外，並羅列出以下四種合理使用之情形，作為本公約所訂的保護制度之例外規定：

- 
- ①個人私下使用。
 - ②在時事報導中少量引用。
 - ③廣播機構於所述之廣播節目中，以自己之設備暫時錄製。
 - ④專供教學和科學研究目的使用。

(4)與貿易有關之智慧財產權協定

與貿易有關之智慧財產權協定 (TRIPS)²²係關稅暨貿易總協定 (GATT)²³於一九九三年烏拉圭回合結束後，決定成立世界貿易組織 (WTO)²⁴時所簽署之一項附件，為會員國間之商品與技術貿易，提供與智慧財產權保護方面有關之最低規範。

²² Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights，簡稱 TRIPS。

²³ General Agreement on Tariffs and Trade，簡稱 GATT，是在布雷頓森林協定中規範，為促進自由貿易發展之國際協定。

²⁴ World Trade Organization，簡稱 WTO，是負責監督成員經濟體之間各種貿易協議得到執行的一個國際組織。

其制訂目的，在於減少國際貿易之扭曲與障礙，顧及對智慧財產權有效及適當保護之必要性，以確保智慧財產權之措施及程序本身不致成為合法貿易之障礙。而其內容主要可分為：最低保護標準、國民待遇原則、最惠國待遇原則、權利耗盡原則²⁵，與電腦程式及資料庫之保護等。

(5)世界智慧財產權組織著作權條約、世界智慧財產權組織表演及錄音

物條約

聯合國所屬之世界智慧財產權組織（W I P O）²⁶於一九九六年召開了「關於著作權與鄰接權相關問題之外交會議」並通過了「世界智慧財產權組織著作權條約」（W C T）²⁷與「世界智慧財產權組織表演及錄音物條約」（W P P T）²⁸二項國際條約。

W C T 與 W P P T 第一條即宣示其屬於伯恩公約之特別協議，且與伯恩公約以外之條約無任何關係，亦不增減會員國依伯恩公約所應負擔之現有義務，或影響渠等依其他條約所應負擔之任何權利或義務。又其所保護之權利主要有：重製權、散佈權、出租權、對公眾傳播權或對公眾提供之權利，及關於科技措施之義務等。

²⁵ 權利耗盡原則，又稱「第一次銷售原則」，係指著作財產權人對於合法重製著作物之散佈權，於第一次出售或因其他原因移轉所有權與他人時即耗盡，此時，合法著作物之所有人得自行出售、出租、或為其他之所有權讓與行為，著作財產權人不得對其主張散佈權而言。

²⁶ World Intellectual Property Organisation，簡稱 WIPO，是一個致力於促進使用和保護人類智力作品的國際組織，其總部設在瑞士日內瓦，是聯合國組織系統中的 16 個專門機構之一，負責管理著涉及知識產權保護等方面的 23 項國際條約。至 2005 年 1 月 13 日止，成員國共有 182 個國家。

²⁷ The WIPO Copyright Treaty，簡稱 WCT。

²⁸ WIPO Performances and Phonograms Treaty，簡稱 WPPT。

2.4 著作權之合理使用

2.4.1 合理使用之起源與意義

合理使用原則緣起於英國之習慣法，自一七四〇年至一八三九年間，英國法官於審判活動中，創設了一系列有關合理使用之範圍、功用及法理基礎等規則，允許後人能不經作者同意而使用其作品。此一制度傳到了美國之後，於一八四一年美國法官 Joseph Story 於審理 Marsh 案時，集過去判例之大成，有系統地闡釋了合理使用原則之基本思想及其四個判斷基準，即：一、利用之目的與性質；二、著作之性質；三、所利用之質量及其在整個著作所佔之比例；四、利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響。

著作物之產出，雖係作者心血、勞力激盪之結果，但其亦是以人類智識文化進步之果實作為墊腳石，如同站在巨人之肩膀上，吾人才能看得更遠，如果無條件賦予著作人完全獨佔之權利，無疑放任著作人為滿足自己之私利而無償地利用先人的智慧，卻不須回饋，此舉非但顯失公平，且無法落實著作權促進國家文化發展、調和之立法目的，為避免著作權獨佔之流弊，有必要對著作權為作出限制，而合理使用制度即是著作權法中最重要之調和機制。

2.4.2 合理使用之理論基礎

著作權既然賦予著作權人一獨佔、排他之專屬權利，則在著作權保護之範圍內，何以能適用「合理使用原則」將著作權人之專屬權利排除？

有關合理使用之基礎有四，茲分述如下：

1. 默示同意說

提倡此說之學者認為，利用著作之行為能為著作權人產生利益，在此前提下，即使著作權人未明示他人得利用其著作，但開放他人使用，顯然符合著作權人創作之初期待他人廣為利用之本意，故推定著作權人默示同意購買其著作之人利用其著作²⁹。

再者，假設利用人每次利用著作前均須與著作權人進行協商，無形中即衍生出許多交易成本，過高之交易成本實不利文化之傳播與發展，為避免人類文化發展受到著作權人獨佔權利之箝制，故推定著作權人之默示同意，並容許合理使用原則之存在。

2. 強制同意說



此說本於著作權促進社會利益與文化進步之最終目的，認為著作權法於授予著作權人著作權時，亦強制著作權人同意他人利用其作品，基於強制同意之理論，合理使用才能成立³⁰。

3. 慣例說

此說認為，合理使用係基於著作權法之固有慣例，換言之，此說認為著作權人對他人特定之複製或引用行為顯有一般通常性之認識，故可推知此種利用行為合情合理，所以，他人得於一定範圍內，對於享有著作權之著作權人主張合理使用³¹。

²⁹ 黃怡騰，著作之合理使用案例介紹，32 頁，經濟部智慧財產局編印，2001 年 8 月。

³⁰ See Mathews Conveyor Co. v. Palmer –Bee Co., 135 F.2d 73. Para 23-25 (6th Cir., 1943). LITMAN, note 65, at 84.

³¹ PAUL GOLDSTEIN, *COPYRIGHT : PRINCIPLES, LAW AND PRACTICE*, 15, 68, 207~08 (1989).

4. 公共利益說

從非經濟之角度出發，此說爰引自然法理論之見解，認為合理使用之存在價值，在於實現高於保護私人財產權與市場配置效率之公共利益。假設著作人所享有之完全獨佔權利，可全面排除第三人利用著作人之著作作為後續之創作，勢將妨礙言論自由與人類文化之進步，故合理使用原則之存在，具有維護言論自由與提升社會文化之正面價值³²。

再以市場失靈（market failure）為基礎，從經濟之角度觀察，主張市場失靈之學者認為，交易成本是無可避免的，當交易成本超出交易雙方所預期之淨利時，將造成交易雙方卻步，使原本預期之社會交易無從發生或交易運作不佳，甚至減少創作之誘因，而合理使用創造了一個著作權授權無須交易成本之領域，使因此所造成之交易成本耗損或不利益減到最小。



2.4.3 合理使用之法律性質

如欲明瞭著作權人與利用人間之法律地位關係，首應探討合理使用之法律性質，以下分別探討關於合理使用法律性質之三種學說：

1. 權利限制說

此說認為，合理使用無須著作財產權人之同意或授權，即得逕自利用其著作，性質上屬於對著作財產權之限制，故不構成著作權之侵害。申言之，若放任著作權人封鎖其著作，勢將有礙知識、文化之傳播，故在不影響著作權人之經濟收益與創作意願之前提下，合理限制著作權之範

³² Wendy J.Gordon, *A Property Right in Self-expression :Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property*, 102YALE L.J. 1533, 1540~72 (1993) .

圍，有限度的允許第三人利用該著作，卻不構成對著作權之侵害，實有其必要性，是可知，合理使用原則係對著作權所為的重要限制。學者蕭雄淋即採此說³³。

2. 侵權阻卻說

此說認為合理使用乃是對著作權侵害行為之阻卻違法事由。此說首先認定原利用行為已是一種侵害著作權之行為，惟基於公益之考量，透過法律規定之合理使用機制，使其不具違法性。學者張靜即採此說³⁴。

我國著作權法第六十五條第一項規定「著作之合理使用，不構成著作財產權之侵害」及第九十一條第四項規定「著作僅供個人參考或合理使用者，不構成著作權之侵害」均係該利用行為，原該當著作權侵害之行為，但此處以合理使用之法律規定排除其違法性，顯見我國著作權法係採侵權阻卻說。

3. 使用者權利說

此說認為，利用人依法享有利用他人著作物之權利，故所謂「合理使用」即是一種屬於利用人之法定利益，甚至是一種特權，利用人得在未經著作權人同意之情形下，以合理使用之方式加以利用，故亦有學者將合理使用稱為「使用者權」(user's right) 認為現代著作權法即是衡平著作人、出版商及利用人之權益的產物³⁵，為達到衡平之目的，著作權必

³³ 舉例言之，丙散文集中之文章，為學校教師用為閱讀測驗，則任何人利用含有丙散文之文學試題，均無須得丙之同意。但任何人利用丙之散文，除非另有合理使用之事由，否則仍須得丙之同意（經濟部智慧財產局，著作權審議及調解委員會九十三年第一次會議紀錄附件一之書面意見）。

³⁴ 張靜，著作權法評析，水牛出版社，1983，241 頁。

須包容二種時常衝突之私人權利，即著作人向公眾傳播其作品之經濟利益回報權，及利用人因利用行為而提高知識水準的學習權利³⁶。

2.4.4 合理使用之立法例

1. 英國

自英國安妮法案頒佈開始，英國衡平法院（equity courts）之法官即發展「合理使用」之概念，認為：本於善意及合理使用之概念，對原著作所為合理之刪節、摘錄，係符合安妮法案之意旨，並不構成著作權之侵害。合理使用之概念即隨著英國法院以「法官造法」之機制逐漸發展成形。



英國並於一九一一年制訂之著作權法中，將合理使用原則明文化，於第二條第一項第(i)款中規定「任何人為個人學習、研究、評論、批評，或新聞摘述利用目的而自任何著作中為合理摘用（fair dealing）³⁷」自此奠定了合理使用原則之基礎。

2. 美國

美國與英國同屬習慣法國家，故合理使用原則亦是在美國實務判例發展中逐漸累積、發展而成，於一八三九年，美國 Joseph Story 法官於 Gray v. Russell 案即認為判斷利用他人著作是否構成著作權之侵害，重點

³⁵ See Patterson & Lindberg, *The Nature of Copyright*, *supra note 4*, at 2-4 (1991).

³⁶ See Patterson & Lindberg, *The Nature of Copyright*, *supra note 4*, at 2 – 4,193 – 207 (1991) .

³⁷ “Any fair dealing with any work for purpose of private study, research, criticism, review, or newspaper summary.”

其實在於引用部分之價值而非數量，之後在 *Folsom v. Marsh* 案中，Story 法官認為判斷行為人利用享有著作權之著作是否正當，而不構成著作權之侵害，並非逕以被重製之內容之形式上或實質上之多寡而定，亦即，判斷之標準應以：系爭利用行為是否損及該被利用之著作之價值，或著作權人之辛苦成果而定³⁸。

Story 法官先後於前述二案之判決中，創設著作權合理使用之基本原則，將之建構成「衡平之論理法則」為美國法院持續引用，並以判決充實其內涵。至一九七六年，美國修正著作權法時，即將合理使用原則納入著作權法第一〇七條「不論第一〇六條及第一〇六A條如何規定，著作權著作之合理使用，包括重製為重製物或錄製物或該條所定之其他利用方法，為評論、講評、新聞報導、教學（包括為課堂利用之多數重製物）、學術或研究之目的者，非屬著作權之侵害。於特定個案決定著作之利用是否為合理使用，其考量之因素應包括：

- ①利用行為之目的與性質，包括該利用是否為商業性質或為非營利教育之目的。
- ②被利用著作之性質。
- ③所利用部分相對於著作之整體，在數量上與重要性上之比例。
- ④其利用對該有著作權著作之潛在市場或價值之影響。

著作未公開發行之事實本身，不應排除合理使用之認定，若該認定係考量上述所有因素之決定」

³⁸ 其原文為：“The question, then, is, whether this is a justifiable use of the original materials, such as the law recognizes as no infringement of the copyright of plaintiffs ... It is certainly not necessary, to constitute an invasion of copyright, that the whole of a work should be copied, or even a large portion of it, in form or in substance. If so much is taken, that the value of the original is sensibly diminished, or the labors of the original author are substantially to an injurious extent appropriated by another, that is sufficient, in point of law, to constitute a piracy protanto ...”.

為因應數位時代來臨，美國於一九九八年通過數位千禧年著作權法案（The Digital Millennium Copyright Act，DMCA）作為對著作權法之補充，就合理使用部分，DMCA以第一二〇一條規範了還原工程、鎖碼技術研究、關於未成年人，及安全測試等七項例外規定。觀察DMCA之規定可知，利用人只要稍有轉化、迴避等行為，即被視為侵害著作權，故其對科技保護措施與合理使用之規範顯然較為嚴格。

3.我國

我國著作權法為因應時代潮流，先後幾次修法，而關於合理使用之規定，最早見於民國八十七年所修訂之著作權法第四十四條至第六十二條，其規範之領域包含：

- 
- ①以國家機關運作為目的所為之合理使用。
 - ②為教育目的所為之合理使用。
 - ③為學術研究目的所為之合理使用。
 - ④為保存文化、提升藝文目的所為之合理使用。
 - ⑤為資訊自由流通目的所為之合理使用。
 - ⑥為非營利活動上之合理使用。
 - ⑦為商品流通所為之合理使用。
 - ⑧為個人非營利目的之合理使用。
 - ⑨為電腦程式修改或備份之合理使用。

上述規定是我國著作權法對於合理使用類型之例示規定，其立法緣由係基於世界貿易組織協定之影響。因為民國八十一年六月十日著作權法雖作全盤性修正，但為維持及提昇我國在國際上的競爭力並致力於加入「世界貿易組織」（World Trade Organization），則需使我國著作權法完全符合

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, 簡稱TRIPS) 規定，然而八十一年著作權法仍有許多不符合與貿易有關智慧財產權協定規定之處，為利於申請加入世界貿易組織以及因應實務需要，故於八十六年十二月三十日由立法院三讀修正並於八十七年一月二十一日由總統公佈施行，同年月二十三日生效³⁹。之後，我國著作權法於民國八十七年至九十二年間的修訂中，亦有將合理使用類型化之趨勢，但上述規定僅是就評論、新聞報導、教學、學術研究等目的所為之合理使用之規定，故若欲應用於檢視數位科技時代所生之具體個案是否構成合理使用之情形，仍應回歸合理使用之四個構成要素來探討，因此，我國著作權法遂仿效美國著作權法第一〇七條之規定，於現行之第六十五條中，將合理使用之四個判斷要素予以明文化。



³⁹ 羅明通，著作權法論第五版 I ，2004元月，第 73~74 頁。

三、網路服務提供者的法律責任與國外立法說明

3.1 網路服務提供者的意義

網路雖是一個虛擬世界，但隨著科技發展、網路利用之多元化，在現實世界中所上演之侵害著作權、散佈色情資訊、誹謗等不法行為，在網路的世界中亦有可能發生。由於網路服務市場之競爭日益激烈，許多網路服務提供者已不再只是經營單項業務，是故，亦有結合 IAP、IPP、ICP 之業者應運而生，然因三者間所提供之服務項目與內容明顯有異，故其所可能涉及之侵權行為類型亦不相同，為能明確判斷侵權行為類型及其責任歸屬，仍有對網路服務提供者加以分類、區別之實益存在。



網路服務提供者 (Internet Service Provider, 簡稱 I S P) 係一種通稱，依其所提供之服務項目及內容，可得出三種最常見之服務類型¹，分別是：網路連線服務提供者、網路平台服務提供者，及網路內容提供者，茲說明如下：

3.1.1 網路連線服務提供者 (Internet Access Provider, 簡稱 I A P)

網路連線服務提供者，顧名思義即是提供使用者通路，以連上網際網路之業者。而其所提供之連線方式又可分為撥接式與固接式二種，前者係透過數據機及電話線路連上網路；後者則是透過固接式電信網路，如：數據專線、A T M 等加以連線。

3.1.2 網路平台服務提供者 (Internet Platform Provider, 簡稱 I P P)

¹ 張雅雯，網路服務提供者就網路違法行為之法律責任，律師雜誌，第二二八期 1998 年 9 月，44 頁。

使用者連上網際網路後，即有機會享受如：全球資訊網、網頁搜尋、電子郵件、檔案傳輸等各項網際網路相關服務系統，而此即是由網路平台服務提供者所提供之服務。如：Hinet、seednet、So-net 等是。

3.1.3 網路內容提供者 (Internet Content Provider, 簡稱 I C P)

所謂網路內容提供者，係指藉由網路將資訊內容提供予使用者之謂，如：Google、博客來網路書店等是。

3.2 外國立法說明與侵權責任

3.2.1 美國

美國於一九九八年通過的「數位千禧年著作權法」(Digital Millennium Copyright Act，簡稱 D M C A) 為網路服務提供者所提供之鏈結服務，因可能鏈結到含有侵害著作權資訊所引發的法律問題，提出明文之規範。

D M C A 之第二章即在規範線上著作權侵害責任之限制 (Title II : Online Copyright Infringement Liability Limitation)²其所新增之第五一二條規定，即對網路服務提供者之四種可能產生之著作權侵害責任創設了新的限制，舉例說明如下：

1. 暫時性數位網路傳輸 (Transitory Digital Network Communications)

修正之著作權法第五一二條(a)³舉出下列五種情形時，網路服務提供者

² The Digital Millennium Copyright Act of 1998 U.S. Copyright Office Summary , <http://www.copyright.gov/laws/> , 最後造訪日:2002/10/1.

³ DMCA (Digital Millennium Copyright Act) Oct. 20, 1998, Sec.512. Limitations on liability relating to material online : ” (a)Transitory Digital Network Communications. – A service provider shall not be liable for monetary relief, or, except as provided in subsection (j), for injunctive or other equitable relief, for infringement of copyright by reason of the provider’s transmitting, routing or providing connections

對透過其所控制之系統，進行資料發送、傳輸、連接，或在此過程中之暫時儲存或中介等行為，不負侵害著作權之責任：

(1) 資料之傳輸是由網路服務提供者以外之人所為。

(2) 資料之發送、傳輸、連接及儲存係經自動化技術完成，非由網路服務提供者進行篩選。

(3) 網路服務提供者並不檢選接收者，而由自動化技術回應他人之請求。

(4) 透過網路服務提供者所提供之系統或網路傳輸之資料，其內容並未被更改。

(5) 對於透過其網路或系統進行暫時儲存、中介、發送、傳輸或連結之資料重製物，並非由網路服務提供者維持其儲存或保存期間。

2. 系統暫存 (System caching)

依修正之著作權法第五十二條(1)⁴所示，網路服務提供者對於受其所

for, material through a system or network controlled or operated by or for the service provider, or by reason of the intermediate and transient storage of that material in the course of such transmitting, routing or providing connections, if – (1) the transmission of the material was initiated by or at the direction of a person other than the service provider; (2) the transmission, routing, provision of connections, or storage is carried out through an automatic technical process without selection of the material by the service provider; (3) the service provider does not select the recipients of the material except as an automatic response to the request of another person; (4) no copy of the material made by the service provider in the course of such intermediate or transient storage is maintained on the system or network in the manner ordinarily accessible to anyone other than anticipated recipients; and no such copy is maintained on the system or network in a manner ordinarily accessible to such anticipated recipients for a longer period than is reasonably necessary for the transmission, routing, or provision of connections; and (5) the material is transmitted through the system or network without modification of its content.”

⁴ DMCA (Digital Millennium Copyright Act) Oct. 20, 1998, Sec.512. Limitations on liability relating to material online : ” ... (b) System Caching. – (1) Limitation on Liability – A service provider shall not be liable for monetary relief, or, except as provided in subsection (j), for injunctive or other equitable

控制或操作之暫時儲存或中介行為，有下列情形，且符合同法第五一二

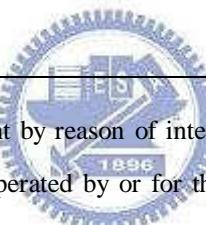
條(b)(2)時，不負侵害著作權之責：

(1)資料係由網路服務提供者以外之人上傳至網路上。

(2)資料之傳輸，係由同法條(a)款規定之人，透過系統或網路，依同法條(a)款規定以外之人的指示所為。

(3)提供者依同法條(b)款規定，透過自動化程式完成傳輸，提供予來自同法條(a)款所規定且要求傳輸之系統或網路使用者。

3.依使用者指示於系統或網路上為資訊儲存 (Storage of information on systems or networks at direction of users) 按修正之著作權法第五一二條(c)(1)⁵之規定，只要網路服務提供者有下列之情形，則其對於依其所操作



relief, for infringement of copyright by reason of intermediate and temporary storage of material on a system or network controlled or operated by or for the service provider in a case in which – (A) the material is made available online by a person other than the service provider; (B) the material is transmitted from the person described in subparagraph (A) through the system or network to a person other than the person described in subparagraph (A) at the direction of that other person; and (C) the storage is carried out through an automatic technical process for the purpose of making the material available to user of the system or network who, after the material is transmitted as described in subparagraph (A) , if the conditions set forth in paragraph (2) are met.”

⁵ DMCA (Digital Millennium Copyright Act) Oct. 20, 1998, Sec.512. Limitations on liability relating to material online : ” ... (c) INFORMATION RESIDING ON SYSTEMS OR NETWORKS AT DIRECTION OF USERS – (1) IN GENERAL – A service provider shall not be liable for monetary relief, or, except as provided in subsection (j), for injunctive or other equitable relief, for infringement of copyright by reason of the storage at the direction of a user of material that resides on a system or network controlled by or for the service provider, if the service provider – (A) (i) does not have actual knowledge that the material or an activity using the material on the system or network is infringing; (ii) in the absence of such actual knowledge, is not aware of facts or circumstances from which infringing activity is apparent; or (iii) upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove, or disable access to, the material; (B) does not receive a financial benefit directly attributable to the

或控制之系統或網路上之資料使用者所為之儲存行為，不負侵害著作權之責任：

(1) ① 網路服務提供者對於該資料、或於系統及網路上使用該資料之行為是侵權的，並非明知。

② 在非明知之前提下，網路服務提供者並未察覺任何明顯的侵權行為事實、情狀存在。

③ 待知悉時，網路服務提供者即立刻移除或阻絕他人接觸該資料。

(2) 於網路服務提供者有能力控制侵權行為之前提下，其並未藉該侵權行為而直接獲得財產上利益。

(3) 網路服務提供者因收悉第五一二條(3)規定之「指稱侵權的通知」而迅速移除或阻絕該被指稱侵權之資料。

4. 資訊定位工具 (Information location tools)

根據修正之著作權法第五一二條(d)⁶之規定，只要網路服務提供者有

infringing activity, in a case in which the service provider has the right and ability to control such activity; and (C) upon notification of claimed infringement as described in paragraph (3), responds expeditiously to remove, or disable access to, the material that is claimed to be infringing or to be the subject of infringing activity.

⁶ DMCA (Digital Millennium Copyright Act) Oct. 20, 1998, Sec.512. Limitations on liability relating to material online : ” (d) INFORMATION LOCATION TOOLS – A service provider shall not be liable for monetary relief, or, except as provided in subsection (j), for injunctive or other equitable relief, for infringement of copyright by reason of the provider referring or linking users to an online location containing infringing material or infringing activity, by using information location tools, including a directory, index, reference, pointer, or hypertext link, if the provider – (1) (A) does not have actual knowledge that material or activity is infringing; (B) in the absence of such knowledge, is not aware of facts or circumstances from which infringing activity is apparent; or (C) upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove, or disable access to, the material; (2) does not receive a

下列情事時，則其對於透過如：索引、名錄、超連結等資訊定位工具，提供或連結使用者到涉嫌侵權之線上位址之行為，得主張不負侵害著作權之責任：

(1) ① 網路服務提供者非明知該資料或行為有侵權之情事。

② 在非明知之前提下，網路服務提供者並未察覺任何明顯的侵權情事；或其已知悉該侵權情事，並立即移除或阻絕他人接觸該資料。

(2) 網路服務提供者有能力控制該等侵權行為之前提下，其並未因該侵權行為而直接獲得財產上利益。

(3) 在本款之範圍內，第五一二條(c)(3)(A)(iii)所規定之資訊，係指：

① 該被指為侵權而將遭阻絕接觸或移除之資訊或行為之參照或連結之證明；或

② 允許網路服務提供者放置該連結或參照的資訊。



觀察美國判例有關網路服務提供者對於使用人之侵權行為所應負擔之法律責任，可歸納出下列三種主張：

1. 直接侵權責任 (Direct Infringement)

於著作權之侵權訴訟中，原告僅須證明其對被侵害之著作物有著作權，以及對造有重製等侵害行為，即可成立直接侵權責任。是可知，直接侵權責任之成立，顯不以網路服務提供者有故意或過失為必要，原告僅須證明有侵權事實之存在即為以足。

financial benefit attributable to the infringing activity, in a case in which the service provider has the right and ability to control such activity; and (3) upon notification of claimed infringement as described in subsection (c) (3), responds expeditiously to remove, or disable access to, the material that is claimed to be infringing or to be the subject of infringing activity, except that, for purposes of this paragraph, the information described in subsection (c) (3) (A) (iii) shall be identification of the reference or link, to material or activity claimed to be infringing, that is to be removed or access to which is to be disabled, and information reasonably sufficient to permit the service provider to locate that reference or link."

2.輔助侵權責任 (Contributory Infringement)

除直接侵權責任所定之要件外，侵權之事實雖非被告之行為所致，惟若被告對該侵權行為知悉或可得知悉，且有引誘、促進等實質輔助他人之行為時，即可成立輔助侵權責任。換言之，輔助侵權責任係以「知悉」及「實質貢獻」作為基本之成立要件⁷，被告知悉侵權行為存在，且對他人之直接侵權行為有實質上貢獻者，即須與直接侵權行為人負擔相同之著作權侵害責任⁸。

前述所謂「知悉」係指被告實際知道 (knew) 或有理由知道 (had reason to knew) 相關之侵權行為存在，由此可推知，因為原告必須證明被告知悉其特定著作物被侵權，故其舉證責任較直接侵權責任為重。



實質貢獻於輔助行為中，係指該行為提供了：重製的方法、設備，或其他加速達成侵權目的之行為，其可能的形式有：以個人的行為提供鼓勵或幫助、提供便利行為人達成侵權目的之場所、設備或機器⁹等。

3.代理侵權責任 (Vicarious Infringement)

代理侵權責任係指，被告雖非親自踐行直接侵權行為，但其有能力控制對於他人之侵權行為，且因該侵權行為而直接受有財產上利益時，所科予被告應負擔之法律上責任。是可知，成立代理侵權行為，必須具備以下二

⁷ See Craig A. Grossman, From Sony to Grokster, The Failure of the Copyright Doctrines of Contributory Infringement and Vicarious Liability to Resolve the War Between Content and Destructive Technologies, 53 Buffalo L. Rev. 141 (2005), at p151.

⁸ See Jonathan Rosenoer, *Cyberlaw Law of the Interent*, Nov 1996, at P5.

⁹ Craig A.Grossman, *supra note 7*, at 153.

個要件¹⁰：

(1)控制的權力或能力 (the right and bility to control)。

(2)直接的財產上利益 (a direct financial benefit)。

3.2.2 歐盟

有鑑於數位科技之發達，衍生出個人或事業體利用網際網路散佈違法內容的問題，但歐盟各會員國間之法律規範卻不明確，顯然對網際網路的使用帶來風險，且對歐盟內部之資訊社會服務發展造成阻礙，為確保各會員國間資訊社會服務能於歐盟境內自由流通，故於二〇〇〇年六月八日通過了「歐洲內部市場資訊社會服務，尤其是電子商務之特定法律觀點指令」(Direct 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, 簡稱「電子商務指令」Direct on electronic commerce)。



觀察歐盟電子商務指令，可歸納出下列有關網路服務提供者之責任的立法原則：

1. 有關責任限制之規定

電子商務指令要求各會員國於特定要件下，應豁免各會員國內國法要求網路服務提供者對他人所提供之資訊，須負擔共同責任之規定¹¹。

2. 功能取向之立法

電子商務指令對於網路服務提供者係採取功能取向之分類方式。換言之

¹⁰ Craig A. Grossman, *supra note 7*, at 155.

¹¹ 參見財團法人資訊工業策進會科技法律中心，「網際網路服務提供者法律責任與相關法制之研究」，67 頁，註 110。

，網路服務提供者之營業活動大致有：單純連線（mere conduit）、快取服務（caching）、資訊儲純（Hosting）等三種類型，而功能取項之分類方式，即是針對該三種類行之特性，分別界定其責任。

3. 水平方式的立法¹²

所謂水平方式（horizontal approach）的立法，係針對提供不法資訊之使用者，不論依各會員國之內國法認為其所涉及之法規範如何，均以相同之標準認定網路服務提供者之責任。是可知，電子商務指令企圖以此一立法方式，對於網路服務提供者責任之評價建立相同之規範標準，避免各會員國間適用各自內國法之結果，造成責任規範的分歧。

4. 豁免之範圍僅限於係他人所提供之內容

電子商務指令對於網路服務提供者的責任限制，將其範圍限縮在有關散佈他人內容之部分，由此可知，若網路服務提供者係散佈自己所提供之內容，即應適用各會員國之內國法，而不在此處的豁免範圍之列。

5. 對於不作為或排除之規定未進行整合

歐盟法令並非以干涉會員國司法權行使為目的，故行為是否違法，仍應視各會員國之內國法規定，所以，實際上很難針對此一部份就各會員國之內國法進行調和，又電子商務指令第十五條之規定，各會員國不得要求網路服務提供者負擔監控其所傳輸或儲存之資料之義務，綜合前述可知，電子商務指令對於不作為或排除之規定，並未進行整合。

6. 資訊社會著作權調和指令與電子商務指令兩者間之關係

¹² 參見財團法人資訊工業策進會科技法律中心，同註 11 之研究報告，67 頁。

為了調和歐盟在內部市場架構下，於資訊社會提供著作權及相關權利保護之法規範，故歐盟於二〇〇一年五月間通過了「調和資訊社會著作權與相關權利特定觀點指令」(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，以下簡稱：著作權指令) 其立法目的係為增進第三人間網路的有效傳輸，或對著作的合理使用，故對於過程中所伴隨之重製或暫時性重製行為，只要被認定不具有獨立經濟意義，即可予以豁免¹³。

以下再就電子商務指令中有關網路服務提供者之服務型態及相關豁免規定，略述如下：

1. 單純連線服務

歐盟電子商務指令第十二條¹⁴要求各會員國確保網路服務提供者只要



¹³ 規定原文如下：“1. Temporary acts of reproduction referred to in Article 2, which are transient or incidental incidental [and] an integral and essential part of a technological process and whose sole purpose is to enable: (a) a transmission in a network between third parties by an intermediary, or (b) a lawful use of a work or other subject-matter to be made, and which have no independent economic significance, shall be exempted from the reproduction right provided for in Article 2.”

¹⁴ 歐盟電子商務指令第 12 條原文如下：Article 12 ‘Mere Conduit’ : 1 Where an information society service is provided that consists transmission in a communication network of information provided by a recipient of the service, or the provision of access to a communication network, Member States shall ensure that the service provider is not liable for the information transmitted, on condition that the provider : (a) does not initiate the transmission; (b) does not select the receiver of the transmission; and (c) does not select or modify the information contained in the transmission. 2 The acts of transmission and of provision of access referred to in paragraph 1 include the automatic, intermediate and transient storage of the information transmitted in so far as this take place for the sole purpose of carrying out the transmission in the communication on network, and provided that the information is not stored for any period longer than is reasonably necessary for the transmission. 3 This Article shall not affect the possibility for a court or administrative authority, in accordance with Member States’ legal system, of

具備下列要件，即可對資訊的傳輸主張免責：

- (1)非由其發動此一傳輸行為
- (2)其未檢選傳輸之接收者
- (3)其未對所傳輸之資訊進行選擇或修正

歐盟電子商務指令所為前述規定，其目的並不在於限制或干涉各會員國內國法體系之運作，故各會員國仍可依其內國法之規定，要求網路服務提供者中止或防止侵害行為發生。

2.快取服務

有關快取之免責規定，歐盟電子商務指令除重申不影響各會員國依內國法規要求網路服務提供者中止或防止侵害行為之可能性外，並將其分為兩種類型討論：

其一，其型態如同單純連線服務，即網路服務提供者在快取服務方面，必須遵行業界所承認及使用之規範¹⁵，僅能單純反映他人所提供之內容，不得擅自改變所存取之資訊。且若網路服務提供者於知悉資訊之最初來源已被移除於網路之外、或資訊已無法接取、或政府機關並其移除或致使無法接取時，應立即移除或使之無法接取。

另一種類型則是：網路服務提供者並未干涉使用者利用如Cookie等廣泛為業界所承認及使用之科技¹⁶，在合法使用下蒐集所需資料。由於此種技術已被業界廣泛使用，且使用者如何運用所蒐集所得的資料，網路服務提供者通常難以知悉，故不應要求網路服務提供者對此等行為負責，惟何謂「廣泛為業界所接受及使用之科技」其定義並不明確。

requiring the service provider to terminate or prevent an infringement.”

¹⁵ 指定的德文版即使用「產業標準」(Industriestandard)一詞。

¹⁶ 參見財團法人資訊工業策進會科技法律中心，同註11之研究報告，72頁，註120。

3. 資訊儲存服務

歐盟電子商務指令第十四條規定¹⁷，於網路服務接收者提供資訊的儲存時，各會員國須確保於下列情形發生時，若係因為接收者之請求而儲存之資訊，則網路服務提供者可不負任何責任：

- (1) 網路服務提供者實際上並未認識到不法資訊或活動存在
- (2) 網路服務提供者於知悉不法情事後，已立即移除或使該資訊無法取得惟前述豁免之規定，並不使用於服務的接收者隸屬或受網路服務提供者控制之情形。

4. 一般監控義務

最後，歐盟電子商務指令第十五條規定¹⁸，對於第十二、十三、十四

¹⁷ 歐盟電子商務指令第 14 條全文原文如下：Article 14 ‘Hosting’：“1 Where an information society service is provided that consists of the storage of information provided by a recipient of the service, Member States shall ensure that the service provider is not liable for the information stored at the request of a recipient of the service, on condition that : the provider does not have actual knowledge of illegal activity or information and, as regards claims for damages, is not aware of facts or circumstances from which the illegal activity or information is apparent; or the provider, upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove or to disable access to the information. 2 Paragraph 1 shall not apply when the recipient of the service is acting under the authority or the control of the provider. 3 This Article shall not affect the possibility for a court or administrative authority, in accordance with Member States’ legal systems, of requiring the service provider to terminate or prevent an infringement, nor does it affect the possibility for Member States of establishing procedures governing the removal or disabling of access to information.”

¹⁸ 歐盟電子商務指令第 15 條全文原文如下：Article 15 ‘ No general obligation to monitor’：“1 Member States shall not impose a general obligation on providers, when providing the services covered obligation actively to seek facts or circumstances indicating illegal activity. 2 Member States may establish obligations for information society service providers promptly to inform the competent public authorities of alleged illegal activities undertaken or information provided by recipients of their service or obligations to communicate to the competent authorities, at their request, information enabling the identification of recipients of their service with whom they have storage agreements.”

條所規範之網路服務提供者，各會員國應確保不得使其負擔：監控所傳輸或儲存之資訊、尋找可疑的不法情事等義務，惟各會員國仍可要求網路服務提供者於發現可疑之不法活動或資訊時，負有通知主管機關之義務，或在主管機關之請求下，有提供其身份資訊之義務。

3.2.3 德國

有鑑於網際網路的日益普及，德國意識到有必要建立一個整合各種電子資訊與通訊服務的經濟環境，故於一九九七年六月間通過「資訊通信服務法」¹⁹ (Informations –und Kommunikationsdienste-Gesetz；IuKDG) 其中規範網路服務提供者相關責任者為「電信服務法」²⁰ Teledienstegesetz；TDG) 之後，為了配合歐盟電子商務指令之規定，德國遂於二〇〇一年十二月間修正通過「電信服務法」中有關一般性條款、免執照及資料揭示義務、免責條款、罰鍰等。



依電信服務法第二條之規定，其所稱之「電子資訊通信服務」係指將所有文字、影像、聲音等數據予以結合，再透過電信傳輸方式，提供使用者利用之服務，就其所提供服務內容之不同，又可區分為下列各類型：

1. 提供個人化電信服務，如：數據交換
2. 提供數據編輯以外之資訊與通訊服務，如：股匯市、交通、天氣等資料傳輸
3. 提供連結網際網路或其他網路之服務
4. 提供連結網路遊戲 (telegames) 之服務
5. 提供可進行互動連結或直接訂購商品或服務的電子資料庫

¹⁹ InKDG available at : <http://www.iid.de/rahmen/inkdgebt.html>

²⁰ TDG available at : <http://www.netlaw.de/gesetze/tdg.htm>

電信服務法將網路服務提供者分成三種，一為，內容服務提供者（Content Provider）其二，連線服務提供者（Access Provider）其三，資訊儲存服務提供者（Host Provider／Service Provider）又其責任區別為：內容服務提供者應就其所提供之內容負責，而連線服務提供者及資訊儲存服務提供者，須明知其內容違法，且依其技術、能力判斷，可封鎖該違法內容而不封鎖時，始負侵權之責，現再試就網路服務提供者之免責規定分別說明如下：

1. 內容服務提供者 Content Provider）

依電信服務法第八條規定，網路服務提供者對其所提供之資訊內容，如違反德國之現行法者，自應依法負責。

探詢前述規定之沿革可知，內容服務提供者就其所提供之資訊應負責任，此係經由德國法院判例解釋而來²¹，而該判例是德國法院透過法官造法所創設，其要旨在闡述資訊服務提供者所應負擔之特別責任，即資訊服務提供者標榜其所提供之資訊合法，且與使用者訂立契約時，其須依所提供之資訊負責，若因此造成損害時，並應負損害賠償責任。是可知，若內容服務提供者所提供之內容，如涉及違反著作權法、資料保護法或其他相關法規時，亦應就其內容自負其責。

2. 連線服務提供者（Access Provider）

電信服務法於二〇〇一年前，就連線服務業者之責任，僅規定無須對第三人所為之內容負責，於二〇〇一年修法時，其對連線服務業者之免責事由，作出如下規定：在下列其況下，網路服務提供者對於透過傳輸網路或提供接取網路之他人資訊，無須負責：

(1) 資料傳輸之發起非網路服務提供者所為

²¹ Thomas Hoeren, a.a.O., S.365.

(2)網路服務提供者並非選擇傳輸資訊的接收者

(3)網路服務提供者未選擇或修改傳輸資訊之內容

對於快取 (caching) 之免責事由，電信服務法亦有規定如下：在下列情形下，網路服務提供者不就他人為有效傳輸資訊至其他收件者之自動、短暫的中介儲存負責：

(1)網路服務提供者未修改資訊

(2)網路服務提供者遵守資訊存取的要件

(3)網路服務提供者遵守經業界承認與使用之更新最新資訊規則

(4)網路服務提供者未阻礙使用者以業界所承認並使用的合法的科技方法取得資訊使用之資料

(5)最初所傳輸之資訊已被移除或無法接取，或經主管機關強制移除或阻礙接取之情為網路服務提供者知悉時，其應迅速移除或阻礙接取所儲存之資訊



觀察電信服務法於二〇〇一年修法前後之規定可知，修法前其規定網路服務業者除去或封鎖網路資訊之義務，僅限於技術上可得封鎖而不為，或經濟上有合理懷疑時，但在修法後，上述免責事由並未排除網路服務提供者之封鎖義務，惟依新法之規定，則無論網路服務提供者技術上、能力上是否可行，均負有除去或封鎖之義務，如此將使網路服務提供者之前述義務，流於無法執行。

3. 資訊儲存服務提供者 (Host Provider/Service Provider)

依一九九七年之電信服務法第五條規定，資訊儲存服務提供者僅在認知使用者之內容違法而仍提供服務時，始應負責，換言之，舊法賦予資訊儲存服務提供者一檢查義務，並因此形成認知，但由於網路普及、利

用行為之多樣化，導致區別上日漸困難，且在主觀構成要件上，僅以單純的「認知」即要求資訊儲存服務提供者負責，顯然造成資訊儲存服務提供者之責任過重，其為免責，極有可能因此濫用檢查責任²²。

由於資訊儲存服務提供者不負有監視之義務，故要認知使用之內容違法，實有困難，為解決此一實質面之困境，二〇〇一年修正之電信服務法第十一條規定：在此情形下，資訊儲存服務提供者對其使用者所儲存之資料，無須負責：

(1) 資訊儲存服務提供者不知有違法之行為或資訊存在，亦無從由明顯的違法行為或資訊得知有損害賠償之情事存在

(2) 當資訊儲存服務提供者得知違法情事時，即移除或阻礙該資訊之接收

電信服務法於二〇〇一年修法時，為求能達成具體之法律效果，故於第十二條增加罰則之規定，此一併說明之。



3.2.4 日本

為促進特定電信資訊之公正流通，限制特定電信服務提供者之損害賠償責任，日本特別制訂了「特定電信服務提供者損害賠償責任限制及發信者資訊公開相關法案」簡稱為「特定電信服務提供者法案」²³明定特定電信服務提供者所應負的損害賠償責任限制，及發信者請求公開資訊之權利。

依「特定電信服務提供者法案」第二條之規定，該條所稱之「特定電信服務提供者」係指提供電信設備以媒介他人通信者，以 I S P 業者為典型，但在某人是否為「特定電信服務提供者」之具體判斷上，該特定電信設備之所有權誰屬？並非應審酌之要件²⁴。

²² Thomas Hoeren, a.a.O., S.368~369.

²³ 日本相關資料網站為 http://www.soumu.go.jp/joho_stusin/top/denki_h.html

另所謂「發信者」則是指以前者所提供之特定電信設備為媒介，儲存或發送資訊者，但實際上紀錄或輸入資料者眾，要判斷何人為「發信者」顯有困難，為此日本總務省特別以「有無將資料置於流通過程中之意思」作為輔助判斷的標準，但前述標準仍建構於行為人之主觀意思上，判斷不易，故仍應以個案中行為人的地位、獨立性、指揮權限之有無、及是否因傳送該資訊而獲利等具體要素為綜合判斷，以確定何為「發信者」²⁵。

日本「特定電信服務提供者法案」將對被害者之損害賠償責任限制規定在第三條第一項²⁶，其意旨為：在「技術上可能」之前提下，服務提供者

²⁴ 例如服務提供者以融資性租賃方式購入伺服器的情形，以該伺服器所收發的特定電信，其特定電信服務提供者為該伺服器的「經營者」而非保有伺服器所有權的租賃公司。此外，借用 ISP 服務提供者伺服器的一部份以建立並經營自己網站，並用以發送特定電信之人，與提供伺服器的 ISP 業者同屬特定電信服務提供者。總而言之，與其視電信設備形式上屬誰所有，不如視利用該設備媒介他人之特定電信服務提供者為誰，或誰以該設備供他人特定電信之用。亦即設備由誰依上述用途而有管理權限，才是判斷的重要依據。（財團法人資訊工業策進會科技法律中心，網際網路服務提供者法律責任與相關法制之研究，86 頁，註 143）

²⁵ 在此以「公司員工」及「委外契約受任人」為例，說明應如何認定受雇人與受任人是否為發信者。在公司員工的情形，一般而言，員工為公司執行業務而儲存或輸入資訊時，法律上僅為「公司之手足」發信者仍為公司。但員工若在上班時間利用公司設備儲存或輸入毀損他人名譽或侵害隱私權的資訊以報私怨，此時具有使資訊流通意思之人即為員工，自應以員工為發信者。至於與公司締結委任契約，而為公司儲存或輸入資訊的受任人，其角色較難界定。如由獨立性層面考量，則受任人無資訊取捨或裁量權限時（例如依公司指示，單純從事資訊儲存或輸入工作）應認公司為發信者；但若受任人具此等權限，可認為其係以獨立意思使資訊得以流通時，則以受任人為發信者。（財團法人資訊工業策進會科技法律中心，網際網路服務提供者法律責任與相關法制之研究，88 頁，註 150）

²⁶ 第 3 條第 1 項：「因特定電信所生資訊流通致他人權利受侵害時，使用供該特定電信所用之特定電信設備之特定電信服務提供者（本項以下稱「相關服務提供者」）對因侵害所生之損害，於技術上得對侵害權利資訊採取傳送防止措施時，若不該當以下任一款規定時，則不負損害賠償責任。但該相關服務提供者即為侵害權利資訊之發信者時，不在此限。

一、該相關服務提供者知悉因特定電信所生資訊流通致他人權利受損害時。

既使知有侵害權利之資訊，但未採取防止其傳播之措施，僅有在該當下列要件時，始應負損害賠償責任：

1.有相當理由足以認定因該特定電信所生資訊流通將損及他人權利。

2.服務提供者對前述侵權情事有認知。

同法第三條第二項規定：於服務提供者採取防止措施時，若該措施在防止該資訊傳送給不特定人的必要限度內，且該當所列各款規定之一時，即可對發信者主張免責，試就其要件、效果說明如下：

1.要件：

其一，服務提供者僅須採取「必要限度內」的傳送防止措施即可，而防止措施是否逾越必要限度，應依個案認定之。再者，於服務提供者為一部刪除時，應注意不得變更資訊之整體意義與內容，避免引起未經同意變更他人著作等侵害著作權之爭議。



2.效果：

服務提供者若符合前述要件，僅生免除損害賠償責任之效果，故其不得因此主張行事或其他法定責任。又本項規定解釋上為任意規定，故服務提供者與通信者間若有契約關係，雖得為與此相異之約定，但仍須符合其他法令之強制或禁止規定²⁷。

日本「特定電信服務提供者法案」將揭露發信者資訊請求權規定於第四條，其明定：因特定電信所生資訊流通，致自己權利受侵害者，於該當下列二要件時，得向該相關電信服務者，請求揭露該侵權之發信者之

二、該相關服務提供者知悉該特定電信所生資訊流通，且有相當理由足認因該特定電信所生資訊流通致他人權利受侵害時。」

²⁷ 轉引自財團法人資訊工業策進會科技法律中心，同註 11 之研究報告，93 頁。

資訊（即其姓名、住所，及其他足以特定侵害資訊發信者之資訊）：

(1)因侵權資訊之流通，致請求揭露者之權利已明顯受侵害

(2)發信者之資訊對於請求揭露者行使損害賠償請求權顯屬必要，或有其他請求揭露資訊之正當理由

由於揭露發信者資訊恐涉及對其基本權利之侵害，故「特定電信服務提供者法案」於第四條第二項²⁸要求服務提供者應盡一聽取發信者意見之義務。反之，服務提供者若無特殊事由，而怠於履行聽取義務時，發信者得以此為由，向其請求損害賠償。

依「特定電信服務提供者法案」第四條第一項規定，取得發信者資訊者，不得以該資訊妨害發信者名譽或生活安全，但在網際網路中，此種情形卻屢見不鮮，對照其立法目的觀，此種不法行為之氾濫，不但有悖於其立法本旨，且對網路言論內容產生不良影響，故同法條第三項²⁹特別定有禁止規定，禁止將被合法揭露之發信者之資訊作不當使用，又此項規定經日本總務省解說後，其規範內容更擴大包含：揭露過程中所知之資訊、由被揭露資訊所得推知之資訊、及足以特定發信者的資訊。

因「特定電信服務提供者法案」第四條第一項構成要件之個案判斷不易，故於立法之初，即以委由法院審查為原則，以服務提供者自行判斷為例外，但是，若由服務提供者自行判斷時，則有網路服務提供者拒絕揭露致損害擴大的可能，故同法第四條第四項³⁰即作成服務提供者對揭

²⁸ 第4條第2項：「揭露請求之相關服務提供者，依前揭規定受揭露請求時，除無法與涉及該揭露請求之侵害資訊發信者聯繫，或有其他特別情況者外，關於揭露與否應聽取發信者之意見。」

²⁹ 第4條第3項：「依第1項受發信者資訊之揭露者，不得濫用該發信者資訊，不當妨害發信者名譽或生活安全。」

³⁰ 第4條第4項：「資訊揭露之相關服務提供者，未依第1項規定同意揭露請求，致生損害於請

露請求者所負責任限制之規範：

(1) 本項所規範之責任限制對象為：服務提供者拒絕被害者資訊揭露之請求，使被害者無法對發信者主張妨害排除請求權，導致損害擴大。

(2) 本項係以「故意或重大過失」為其觀構成要件。但由於「對發信者資訊揭露請求權」之要件判斷極為不易，又實務上僅因服務提供者拒絕揭露，即被認定主觀上有故意或重大過失之情形鮮少發生，故服務提供者是否該當前述主觀構成要件，應由請求揭露者負擔舉證責任。

(3) 若服務提供者與侵害訊息發信者同一時，則侵權事實即是由服務提供者所為，此顯非本項所規範之情形，而應適用同法第二條第四項及其他相關法律規定。

3.2.5 中國大陸

中國大陸對於 I S P 之管理，主要依據《信息網絡傳播權保護條例》及《關於審理涉及計算機網絡著作權糾紛案件適用法律若干問題的解釋》³¹此司法解釋係由最高人民法院審判委員會於二〇〇〇年十一月間通過，專作為網路著作權案件審理之具體依據，另輔以《民法通則》中關於侵權行為之一般性規定。

為維護著作權人合法權益，並促使網路服務提供者自我約束與保護，《信息網絡傳播權保護條例》第一條開宗明義即載明「為保護著作權人、表

求揭露者時，若無故意或重大過失，不負損害賠償之責。但該資訊揭露之相關服務提供者即為該揭露請求之侵害資訊發信者時，不在此限。」

³¹ 該解釋文件中，除了原則性宣示數位化形式的作品，仍然受著作權法的保護外，也針對許多較常出現的網路著作權爭議提供具體的規範，例如管轄權、網路轉載的合法性、以及網路服務業者在網路侵權案件中能否免責的問題等。全部條文可見於「中華人民共和國國家知識產權局」網站 http://www.sipo.gov.cn/sipo/flfg/bq/sfjs/200703/t20070328_147679.htm。

演者、錄音錄像製作者（以下統稱權利人）的信息網絡傳播權，鼓勵有益於社會主義精神文明、物質文明建設的作品的創作和傳播，根據《中華人民共和國著作權法》（以下簡稱著作權法），制定本條例」等語，另《關於審理涉及計算機網絡著作權糾紛案件適用法律若干問題的解釋》就網路服務提供者之侵權責任，則明文規定於第四條至第八條，說明如下：

《信息網絡傳播權保護條例》係由大陸國務院制定發布之行政法規，於2006年7月1日正式施行，係為保護著作權人、表演者、錄音錄像製作者的網絡（網路）傳播權，並鼓勵創作和傳播有益社會與文化發展的作品而制定：

1.本條例是《中華人民共和國著作權法》第五十八條，即保護信息網絡傳播權規定的具體辦法。

2.就信息網絡傳播權所保護對象，係依大陸最高人民法院在修改後的《關於審理涉及計算機網絡著作權糾紛案件適用法律若干問題的解釋》之規定，其中，所謂受著作權法保護的作品，包括《中華人民共和國著作權法》第三條規定的各類作品的數字化形式，行為人對該等作品在未經許可、不支付費用的上載、傳播、複製等行為都有可能構成侵權。

3.本條例並未區分網路內容服務提供者（ICP）與網路服務提供者（ISP），惟其認為，除別有規定外，原則上僅有向公眾提供網路內容的網路內容提供者，才需要取得權利人同意並支付報酬，有此可知，在侵權責任方面，網路服務提供者（ISP）如果僅提供網路技術服務，不涉及網路內容服務，且主觀上不具惡意，則不須因網路內容涉及侵權而負擔連帶賠償責任。

4.為有效遏止網路侵權行為，針對網路傳播迅速之特性，本條例亦賦予被

害人發動「通知與刪除」程序之權利，以快速除去網路侵權之情事，減少損害。此程序與《中華人民共和國著作權法》第四十九條、第五十條所規定之訴前措施雖可併行，惟權利人若濫用該程序，仍應對網路服務提供者負擔賠償責任。

再觀《關於審理涉及計算機網絡著作權糾紛案件適用法律若干問題的解釋》第四條至第八條有關網路服務提供者侵權責任之規定可知：

1.單純提供連線服務的網路服務提供者：

因單純提供連線服務的網路服務提供者並沒有監控網路訊息之義務，故不須為侵權行為人之侵權行為負責。

2.網路服務提供者與行為之連帶責任：

提供內容服務之網路服務提供者，因對網路訊息具有編輯、控制之能力，卻以消極不作為之方式，容任他人實施侵犯著作權之行為，故認為人民法院應依據《民法通則》第一三〇條之規定，追究其與侵權行為人之共同侵權行為責任。

3.不提供註冊資料之侵權行為責任：

被害人為行為人之侵權責任，要求揭露侵權行為人在網路上之註冊資料，如內容服務提供者拒絕揭露且無正當理由時，認為內容服務提供者應依人民法院《民法通則》第一〇六條之規定負侵權行為責任。

4.著作權人應出示證明文件：

著作權人應提出：著作權人身份證明、著作權權利證明（如：著作權登記證、創作手稿等）及侵權情況證明（如：被控侵權訊息之內容及所在位置）等證明文件，始得向網路服務提供者提出警告函，或請求揭露

侵權行為人的註冊資料。

此項對著作權人形式要件的要求，能幫助網路服務提供者判斷，以免他人冒用著作權人名義，徒增侵權糾紛。

反之，著作權人已提出相關證明，如網路服務提供者仍不依法採取必要措施，著作權人可在提起訴訟時，一併聲請人民法院先行裁定停止侵害、排除妨礙、消除影響等，人民法院應即准許。

5. 侵權訴訟時網路服務提供者之責任：

網路服務提供者應著作權人要求，而對侵權行為人（使用者）採取制止侵權行為之措施，其目的係在保護著作權人之合法利益，縱使因此違反其與侵權行為人（使用者）之契約責任，亦是法律權衡、評價之結果，不應使網路服務提供者負擔違約責任。



若著作權人指控之侵權行為不成立，而致使用者受有損害時，應由著作權人負擔賠償責任³²。又若因著作權人指控不實，令網路服務提供者因此被訴請求損害賠償時，人民法院應判令由著作權人負擔賠償責任。

3.2.6 台灣

1. 我國相關立法經過

為因應數位時代之衝擊，資策會受內政部委託，於民國（下同）八十

³² 最高人民法院〈關於審理涉及計算機網絡著作權糾紛案件適用法律若干問題的解釋〉第7條：「著作權人發現侵權信息向網絡服務提供者提出警告或者索要侵權行為人網絡註冊資料時，不能出示身份證明、著作權權屬證明及侵權情況證明的，視為未提出警告或者未提出索要請求。著作權人出示上述證明後網絡服務提供者仍不採取措施的，可以在提起訴訟時申請人民法院先行裁定停止侵害、排除妨礙、消除影響，人民法院應予准許。」

七年三月間辦理「著作權面對高科技發展之因應配合」研究案，為修法提出具體建議（NII著作權法修正草案第一稿）依該研究案之結論，建議新增第八十七條之一，規定：提供電子通訊網路服務或設備之人，對於第三人藉由其網路服務或設備而為之著作權侵害行為，不負著作權侵害責任。

之後，經濟部再於八十九年提出著作權法部分條文修正草案第八十七條之二，依其立法理由所示，本條僅在規範 ISP 單純提供使用者接觸著作（含接觸過程中，伺服器自動且暫時儲存著作之情形）而一般使用者利用網路重製著作之行為，則係是否屬合理使用之問題，不適用本條之規定。然本條規定卻使 ISP 業者陷入兩難，一旦被告知，ISP 業者即有可能因「明知」而無法主張免責，另一方面，若貿然將疑似侵權之資訊移除，又可能遭受張貼資訊者抗議，有鑑於此，九十二年我國著作權法修正時，並未將此條納入。



針對提供點對點（P2P）下載服務的網路平台，近年來引發新興著作權爭議。我國立法院於九十六年六月十四日三讀通過著作權法修正案，增列對平台業者「未經授權、受有利益」之刑罰規定：

(1)三讀修正的著作權法第八十七條新增：若未經同意或授權，意圖供公眾透過網路公開傳輸或重製他人著作，侵害著作財產權，對公眾提供可公開傳輸或重製的電腦程式、技術，而受有利益者，也視為侵害著作權，按同法第九十三條之規定，可處二年以下有期徒刑、拘役，或科或併科新臺幣五十萬元以下罰金。

(2)修正條文並規定，違法並經法院判決有罪者，應即停止其侵權行為；其不改善，且經主管機關邀專家學者及相關業者認定侵權行為情節重

大者，主管機關可限期一個月內改正，若不改正可以命令停業或勒令歇業。但若非意圖提供網友違法下載或傳輸他人著作的軟體或技術，例如即時通訊、網路電話、網路新聞台、拍賣、網上碟、部落格、家族、相簿等，則排除於上述規範之外。

2. 網際網路服務提供者民事侵權責任之探討

依學說及實務見解，侵權行為人應負善良管理人之注意義務³³，惟網路服務提供者就其所提供服務是否違反前述注意義務，仍有探討的空間：在單純連線服務及快取服務方面，由於在法律上認為不應要求其等負擔一般性的監控義務³⁴，故解釋上並未違反善良管理人之注意義務，而在資訊儲存服務提供者方面，由於資訊係儲存於其所得管理、控制之伺服器內，故認為其較有可能知悉資訊內容是否違法，如此，是否即可認定資訊儲存服務提供者應負善良管理人之注意義務？仍有爭議，所以，對於資訊儲存服務提供者均要求以「於認識或知悉後，須立即移除該資訊或使之無法接取」作為其免責要件。

再就違法性部分來探討，通說認為「違法性」係指違反禁止或命令規定，然由於網路服務提供者所提供之服務，已成為數位時代下電子資訊傳播之重要途徑，故縱使其亦有可能被利用為侵害他人權利之途徑，但仍應考量是否具容許性風險的問題，因此，如何界定「容許」之範圍、程度並使之明確化，誠為我國對網路服務提供者責任規範所應解決的課

³³ 參見最高法院 19 年上字第 2746 號判例：「因過失不法侵害他人之權利者，故應負損害賠償責任。但過失之有無，應以是否怠於善良管理人之注意為斷者，苟非怠於此種注意，即不得謂之有過失。」以及，邱聰智，民法債篇通則，修訂 6 版，1993 年 8 月，121 頁；黃立，民法債編總則，2 版，2002 年 9 月，247 頁。

³⁴ 參見歐盟電子商務指令第 15 條第 1 項及立法理由第 47 點。

題。

3. 網路服務提供者刑事責任之探討

各國法制對於網路服務提供者之概念內涵與分類，雖未盡相同，但仍可大至區分為：網路連線服務提供者、網路平台服務提供者、網路內容提供者等三種不同類型，但無論是哪一種類型，其所提供之服務均涉及設備、程式自動化的應用，與刑法所評價之人類行為似乎有別，惟若採取「社會行為論」(soziale Handlungslehre) 對行為之定義，即：客觀上能由人類支配，並引起客觀可見社會性結果之舉止³⁵，則網路提供者所提供之自動化服務，仍屬於其行為，故得為受刑法評價之客體³⁶。

容許風險為刑事法學上一重要理論，其是奠基於理性冒險之理論³⁷，即：相對利益越大，越容許冒險；風險越小，越容許冒險，在此理論基礎下觀察前述三種網路服務提供者所提供之服務類型可知，由於網路連線服務提供者係提供連線接取服務，是為各項服務之基礎，故其利益相對大，也因為其是各項服務之基礎，故其所承受之風險最應被容許，惟在作成此一結論之前，仍應先探討「容許」之界限為何？

若網路服務提供者於個案中已構成犯罪，則區分其為正犯或幫助犯，顯有幫助界定其責任輕重之實益。依目前實務及學術通說之見解，係採犯罪支配理論中之功能支配論作為區分之依據，其區別之標準重在：行

³⁵ Vgl. Wessels/Beulke, AT, 31. Aufl. 2001, Rn. 91.

³⁶ 須在此附帶說明的是，實務所揭示「意思或手足之延伸」的原則，若援用在行為的認定問題，則屬於對行為要素中「身體舉止」之概念所作的解釋。換言之，在自動化處理的情形，「意思或手足之延伸」原則，將使「自動化處理」仍可被認為屬於設置者的行為。

³⁷ 參閱黃榮堅，基礎刑法學（上），初版，2003年5月，237頁。

為人之行為是否與實行構成要件該當之行為等價？若是，則有成立共同正犯之可能³⁸，惟網路服務提供者有使用自動化設備或技術之特性，因此有可能僅成為被他人利用之工具，亦或成為他人犯罪行為之幫助犯，故應視個案情況認定之。

4. 網路服務提供者於電信法之責任探討

電信之內容及其發生之效果或影響，均由使用電信人負其責任，此為電信法第八條所明定之一般免責規定，只有電信法所規範之電信業者，始可依該規定主張免責。依電信法第二條之規定，所謂「電信」係指利用有線、無線，以光電磁系統或其他科技產品發送、傳輸或接收符號、信號、文字、影像、聲音或其他性質之訊息，而所謂「電信服務」則是指利用電信設備所提供之通信服務，由此可知，電信法及其子法所規範之客體應為連線服務提供者，然有學者依第二類電信事業管理條例第二十七條之規定，提出以下推論，認為立法者將電子郵件信箱服務，及網頁空間服務歸類為連線服務提供者，但依其屬性實應歸類於平台服務提供者，故謂電信法及其子法所規範之客體應包含二者，及連線服務提供者與平台服務提供者。

除免責之規定外，電信法第八條及第二十二條均有電信業者得刪除或阻斷資訊之規定，因為立法者係使用「得」停止提供服務，而非「應」停止提供服務之用語，故認為此係立法者賦予電信業者之權利，而非義務³⁹。

³⁸ 參閱林山田，刑法通論（下），增訂6版，1998年2月，361頁。

³⁹ 以基隆地方法院87年簡上字第18號判決為例，上訴人因家中小孩撥打國際色情電話造成電話費遽增，上訴人不但拒繳電話費，更援引電信法第8條第2項主張電信業者有斷話之義務，然判決意旨明白指出，：「電信法第8條第2項亦僅係賦予電信機關停止其通話之權利，亦並非謂電信

另依電信法第七條及民國九十一年底修正之《電信事業處理有關機關（構）查詢電信使用者資料實施辦法》第三條之規定可知，僅司法、監察、治安機關因偵查犯罪、調查證據、執行公權力或為公眾生命安全所需，始得向電信事業查詢使用者資料，換言之，電信業者原則上並無應被侵權人之請求而向其揭露使用者資料之義務。

為配合防治網路犯罪《第二類電信事業管理規則》第二十七條明文要求電信業者負擔一保存使用者資料之義務，以便受侵權人提起訴訟時，檢調機關得依法調閱資料，訴追犯罪。

5. 網路服務提供者於消費者保護法之責任探討

消費者保護法（以下簡稱：消保法）對於媒體經營者之侵權責任於第二十三條定有明文規定。在數位時代下，媒體之型態越來越多樣化，國際網路亦是媒體之一，但網路服務提供者是否即是消保法第二十三條所稱之媒體經營者？誠有討論之空間，為解決此一爭點，行政院消費者保護委員會於民國八十六年曾作出解釋，認為消保法第二十二條及第二十三條所稱之廣告，應包含利用網路所為之型態⁴⁰，因此，作為刊登網路廣告媒介之網路服務提供者，解釋上當然是消保法第二十三條所稱之媒

機關對用戶負有必須對提供妨害善良風俗之通話內容之電信使用者予以斷話之義務」。

⁴⁰ 台 86 消保字第 00648 號函重要內容如下：「本法第 22 條及第 23 條所稱之『廣告』，依據本法施行細則第 23 條規定，係指利用電視、廣播、影片、幻燈片、報紙、雜誌、傳單、海報、牌坊、電話傳真、電子視訊、電子語音、電腦或其他方法，可使不特定多數人之席其內容之傳播者，均屬之，對於廣告係採廣義之定義。故凡提供刊登廣告之媒介，無論其媒介方式為何。只要能使不特定多數人得以知悉該廣告之內容，且係以之為經常業務者，均應認係本法第 23 條規定之媒體經營者。為其是否應予為廣告之企業經營者負連帶賠償責任之問題，則需再就其是否符合本法第 23 條規定要件以為判斷。」

體經營者。

利用網路為媒介之廣告，其對網路服務提供者所提供之服務型態之需求未必相同，反之，網路服務提供者對於廣告內容之干預力亦非一致，以下就不同網路服務提供者之責任試說明之：

(1) 瀑路連線服務提供者之服務型態與監控能力

純粹的網路連線服務提供者 (Internet Access Provider, I A P) 係指提供企業或個人連接網路通路之公司或組織。在網路廣告部分，純粹的網路連線服務提供者事實上僅提供網路通路，故其對於使用者在網站上刊登廣告、或利用鏈結方式引導消費者瀏覽其網頁之行為，以及使用者刊登廣告之時間與內容等，均不具備監控能力⁴¹。

然不可否認的是，廣告確實是透過純粹的網路連線服務提供者所提供之服務為媒介，使消費者得以接觸廣告之內容，有鑑於其身為媒介之角色，亦不適合貿然排除其法律責任，故在純粹的網路連線服務提供者無法監控（預見）風險之情形下，對其責任之認定，實有探討、釐清之必要。

(2) 瀑路內容服務提供者之責任

網路內容服務提供者 (Internet Content Provider, I C P) 顧名思義，其對網路廣告內容，通常有審閱、編輯之能力，故可預見其主觀上對不實廣告有「明知」或「可得而知」之機會，因此，要求其對廣告內容負善良管理人之注意義務，並對第三人所提供之不實廣告內容負一連帶法律責任，解釋上並無不妥，換言之，此時的網路內容服務提供

⁴¹ 參閱張雅斐，網際網路連線服務提供者就網路違法廣告內容之法律責任（上），資訊法律透析，1998年3月，27~36頁。

者即不得主張其電信業者之身分，而要求適用電信法第八條之免責規定。

(3)經營廣告版面出租業者之責任

由網路平台服務提供者（Internet Platform Provider, I P P）提供網路廣告版面，並收取費用，亦是常見的網路廣告經營型態。

由於其常會對刊登於其網站或網頁之廣告進行編輯或編排，故在此處理過程中，顯可預見其對不實廣告之內容有「明知」或「可得而知」之情形，符合消保法第二十三條之主觀要件，故解釋上，縱其兼有電信業者之身份，仍不應使其適用電信法主張免責。

然由於網路廣告無論在數量或傳輸速度上均優於一般廣告，再加上廣告手法日益翻新，若一昧要求網路平台服務提供者進行全面性的過濾、監控，無疑形成其龐大負擔與不可預知之風險，故解釋上雖認為有必要對網路平台服務提供者課予一般監控義務，但另應課予其「於接獲通知後立即審核或取下不實廣告」之被動注意義務及作為義務，作為限制其連帶賠償責任之要件。

(4)提供主機出租或代管網頁業者之責任

此類網路服務提供者所提供之服務為：交易平台、建置或設計網頁所需程式、網頁刊登所需之硬碟空間、及網頁管理技術等，並提供帳號與密碼，以便使用者隨時上網更新或維護其廣告內容，換言之，此類網路服務提供者所提供的僅是設施（facilities）而廣告之內容仍由使用者自行提供。

此類網路服務提供者是否為消保法第二十三條所稱之媒體經營者？

判斷之關鍵在於：其是否有審查或過濾網路廣告之義務？要求其監控眾多網路廣告之內容是否有期待可能性？對於數量龐大、型態種類繁複之網路廣告，此類網路服務提供者是否有判斷何謂廣告不實之能力？對此類網路服務提供者而言監控之成本與獲利是否能平衡？

由於使用者握有帳號及密碼，且得自由對廣告之內容為更新與維護，故此類網路服務提供者若要對廣告內容執行審核與監控，確實有其困難度，然其畢竟有主機支配者的地位，且在技術上亦有實施監控之可能，故仍有課予其一定注意義務之必要，惟依現行消保法之規定觀之，僅能依第二十三條之規定反面解釋，賦予此類網路服務提供者進行監控、干涉之權限，又此類網路服務提供者並得適用電信法第八條之規定，主張免責。



四、就合理使用的判斷與網路服務提供者侵權認定有關之

案例分析

4.1 概述

合理使用原則自美國聯邦法院大法官 Joseps Story,於西元 1841 年在 *Folsom v. Marsh* 判決確立判斷合理使用的四項標準後¹，美國法院不斷以判決充實合理使用理論之內涵。1976 年美國國會於美國著作權法第 107 條予以明文化，建立合理使用原則之法律基礎。

在面對新興科技與著作權法眾多衝突時，合理使用原則幾乎是解決所有爭議最重要基礎。而相關案例的結論雖然仍有許多爭議的空間，但是對於合理使用原則適用時，各個判斷要素在不同案例的考量點上都呈現出發人深省的智慧。而且在各要素判斷時交互思考所作的整體分析，也對後續的案例影響深遠。1994 年 *Campbell v. Acuff-Rose Music* 一案，法院開始正式引用轉化（Transformative）理論，也就是為原著作進一步的增添新的表達、新的意涵或訊息，而改變原著作即為轉化的定義²，為合理使用的判斷注入更新的意涵與思考模式。尤其是對商業性利用在合理使用判斷中的絕對衝突印象提出新的詮釋，為後續眾多商業性利用的網路著作權爭議案件類型，提供更多合理使用的空間。甚至成為後續

¹ “In short, we must often, in decideing questions of this sort, look to the nature and objects of the selections made, the quantity and value of the materials used, and the degree in which the use may prejudice the sale or diminish the profits or supersede the objects, of the original work.” See *Folsom v. Marsh*, 9 F.Cas. 348.

² “The central purpose of the investigation is to see, in Judge Story’s words, whether the new work merely ‘supersedes the object’ of the original createon, or instead adds something new, with a further purpose or different character, altering the first with new expression, meaning,or message; it ask, in other words, whether and to what extent the new work is ‘transformative.’” See *Campbell*, 510 U.S. 569,579.

眾多重大爭議案例中的判斷主軸，因此有學者將此轉化理論視為合理使用判斷的第五項標準，更是四項判斷標準在分析時都必須參入審酌的要素。

網路服務提供者在著作權侵害案例當中多屬輔助侵害、代理侵害的間接侵權的情形。由於傳輸技術的快速發展以及搜尋引擎所提供的強大的服務功能，使得點對點傳輸服務以及搜尋引擎服務成為近年來主要的訴訟對象。目前在美國紐約地方法院由著作權人團體 Author Guild 與其他著作權人，於 2005 年 9 月對 Google 公司 Google Print 計畫³所提起的訴訟，已成為近年來有關合理使用判斷的最重大案件，其判決結果不論如何都將為合理使用各判斷標準在網際網路環境中發展出深具指標性的影響。在這一場舉世矚目的案件攻防當中，以往各個案例所堆砌出的分析架構勢必成為兩造攻防的主要論據。因此本文將於本章中介紹對合理使用判斷深具意義的案例，也希望藉由這些案例描繪出合理使用在未來網路環境中更清晰、具體的輪廓。



為便於分析介紹，有關我國點對點傳輸的重大爭議案例，Kuro 以及 Ezpeer 二案將在下一章作較為詳盡的介紹。本章之案例仍以美國之案例為主，並介紹大陸地區最受矚目的七大唱片公司控告百度搜尋引擎案。

4.2 案例分析

4.2.1 Universal City Studios, Inc. v. Sony Corp. of America⁴—家用錄影機間接侵權爭議

本案可以說是美國近三十年來最具代表性的著作權爭議案例，它除了是著作權在新科技發展應用所引發的重大爭議外，也是在過去三十年中著作權重大爭

³ Google print 計畫是 Google 公司與美國知名的圖書館合作，將圖書館之內的所有藏書給予數位化並且建構成資料庫，供所有的網路使用者利用關鍵字搜尋檢索這個資料庫。

⁴ See Universal City Studios, Inc. v. Sony Corp. of America, 464 US 417 (1984).

議案例發生時，原被告雙方以及法院引用最多的一個案例，法院在此案中對於是否有合理使用的判斷提出了許多深具意義的見解。

1. 事實及背景

迪士尼製片場及環球影業公司擁有在公共頻道播放節目的著作權，認為由 Sony 公司所製造販賣的家用 Betamax 錄影機，提供使用者作為侵害著作權的工具，因此 Sony 公司應該負擔輔助侵害責任，請求法院禁止 Sony 公司對錄放影機的販售並賠償原告所受的損害⁵。Sony 公司所製造的錄影機具備了定時錄影、多頻選錄以及錄影帶可以重複使用等功能，消費者利用錄影機自由錄取電視上所播放的節目，將包括原告的節目在內，因此認為將 Sony 公司所製造的錄影機視為使用者侵害原告不可或缺的工具，故其製造販賣的行為構成了輔助侵害。



原告主張的理由是：

- (1) 其對於許多電視上所播放的影片享有著作權，他人在未經同意下不得加以重製。
- (2) 影片被錄製後將被反覆的觀賞，對於後電視上重播的收視率產生負面影響。
- (3) 許用者在錄影時將節目間的廣告刪除，使原告的廣告效果重大減損。
- (4) 使用者錄製的行為也將損害原告在電視頻道以外的影片市場利益。

被告的主要答辯則以合理使用為重心。

⁵ 藉由援引「輔助侵權」的理論，環球影業公司希望法院不要將注意焦點集中在真正、直接的侵權人身上。不過，在沒有直接侵權人的情況下，法院是否還能援引「輔助侵害」的理論，來判決錄放影機製造販賣敗訴，也不無疑問。因此，為了安全起見，代理環球影業公司的律師事務所，故意安排了一位名叫 William Griffiths 的客戶，來當作象徵性的被告。Griffiths 自己也曾使用家中的錄放影機錄過節目，但由於原告承諾不會要求其支付任何損害賠償，因此他才同意挨告。而為了讓 Sony 公司和 Griffiths 之間建立關連性，因此電影業者還故意告了幾家販賣 Betamax 版錄放影機的零售商及 Sony 的廣告代理商。參見 Paul goldstein, 葉茂林譯，捍衛著作權，245~246 頁。

2.法院的判決

加州聯邦地方法院判決原告敗訴，認為使用者的錄製行為是一種合理使用，並未侵害著作權。因此直接侵害的行為既不存在，Sony 公司不用負輔助侵害的責任。地方法院的主要理由是：

(1)家庭的錄影行為並非商業性的行為，而錄製的內容並非都是有著作權的節目，對於原告的市場並未損害。

(2)家庭的錄影行為使社會大眾對於電視節目有更多的接觸與使用，讓資訊得以充分的流通，這是人民享有充分接受訊息的權利，符合聯邦憲法第一修正案的規範。

(3)Sony 公司所生產的錄影機並非只有節目錄製的功能，還有許多其他並無爭議的合法功能。

(4)Sony 公司未參與家用錄影行為，其於產品所附之說明書也指出使用者必須注意於未經授權的情形下，錄影行為可能所產生的著作權侵害問題。

(5)Sony 公司對於使用者行為既無事先的誘導也不能事後的控制，所以不用負擔輔助侵權的責任。

本案經過上訴後，聯邦第九巡迴法院完全推翻地方法院的判決，上訴法院認為：

家庭錄影行為的「時間轉換」(Time-Shifting) 並非是一種「生產性使用」(Productive Use)⁶，也有學者翻譯為「積極性利用」，所謂「積極利用」並非是未就衍生著作加以調整、創作，而僅提升技術性的發展⁷即可謂之，而須是「後輩著作人」根基於「前輩著作人」的著作，並投入該「後輩著作人」之個人具

⁶ “‘Productive’ does not mean it simply advances scientific discovery, for example, absent preparation of a derivative work”. See *American Geophysical Union v. Texaco Inc.*, 802 F. Supp. 1, 13 (S.D.N.Y. 1992)

⁷ “‘Productive does not mean it simply advances scientific discovery, for example, absent preparation of a derivative work” See *American Geophysical Union v. Texaco Inc.* 802F. Supp. 1, 13 (S.D.N.Y.1992), *aff’d*, 60 F.3d 913 (2d Cir. 1994), *cert. dismissed*, 116S. Ct. 592 (1995).

有社會價值的創造性要素（socially valuable creative element）⁸，因此原告也不用舉證其著作潛在市場會受到如何的損害。而 Sony 公司明知購買者會將錄影機用來從事侵害著作權的行為，所以必須負擔輔助侵害的責任。

在 Sony 公司將此案上訴聯邦最高法院時，大法官之間對於本案的見解產生非常激烈的爭辯，最後以 5：4 廢棄第二審法院的判決，判定 Sony 公司不用負輔助侵害的責任。最高法院的主要理由是：

- (1)家庭以錄影機錄製電視節目的行為，是為了方便有空閒時在家裡觀看的「時間轉換」，並非為轉播的目的而為之，不具有商業性，因此是一種合理使用。法院並特別表示，雖然「任何對有著作權著作所為未經授權之商業行為利用，均應被推定為對著作權人專有權利不合理的剝削」，但家庭所為之時間轉換行為不具商業性，其判斷自有不同。
- (2)在非商業性重製的情形，原告必須提出相當的證據，證明被告的重製行為有極大的可能對著作權人構成某種程度的損害。
- (3)家庭的利用行為有助於大眾自由接觸電視節目，符合憲法第一修正案，讓大眾盡可能接觸資訊的政策。

3.評析

在此案中，美國聯邦最高法院主審法官 Steven 在判決中指出的：「任何對有著作權著作所為未經授權之商業性利用，應該被推定為對著作權人專屬權利不合理的剝削」⁹。但此一說明引起相當多的爭議，而在後續的一些案例中，最高法院也再度重申「商業性利用及不合理」的推定。若依此見解，除了非營

⁸ See Marshall A. Leaffer, *Understanding Copyright Law*, at 296 (1989) .

⁹ “is consistent with the First Amendment policy of providing the fullest possible access to information through the public airwaves.” Id., at 451 (citing *Columbia Broadcasting System, Inc. v. Democratic National Committee*, 415 U.S. 94, 102) .

利性的利用外，所有欲主張合理使用抗辯者均可能失敗。在後續的 *Harper & Rom, Publishers, Inc. v. National Enters, Inc.* 案聯邦最高法院重申此一見解，並進一步的表示：「區分非營利、非營利之關鍵並非在於獲取金錢是否是利用行為的唯一動機，而是在於利用人為營利而使用有著作權的材料，卻未支付其應付之費用」¹⁰。

4.2.2 *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*¹¹ — 提出「轉化」(Transformative) 概念

有學者批評，在此案當中所引用的「轉化」概念，違反美國著作權法對於合理使用的範圍，擴大了對於著作權人權利的侵害。本文則認為，此案對於合理使用的判斷所提出的「轉化」概念，不但修正了自 *Sony* 案以來，法院以「商業性質」作為合理使用判斷第一要素時為唯一標準的誤解，並且為合理使用判斷時的其他要素注入新的意涵。對於思考著作權保護的目的有深遠的影響，而此一轉化概念在後續重大案件判斷時，也成為最重要的關鍵之一。「轉化」的概念是美國紐約聯邦地方法院法官 *Pierre N. Leval* 所建立，其認為判斷利用行為的正當性與否，應該從利用行為是否經過轉化以及轉化的程度而定。而轉化的意思是，在利用原著作時對原著作增添了新的價值、新的意義、新的美感、新的觀察及理解，而轉化成新的著作，正是合理使用原則為豐富社會所欲保障的最佳典型¹²。

¹⁰ 其原文為：The crux of the profit/nonprofit distinction is not whether the sole motive of the use is monetary gain but whether the user stands to profit from exploitation of the copyrighted material without paying the customary price.

¹¹ 其原文為：The crux of the profit/nonprofit distinction is not whether the sole motive of the use is monetary gain but whether the user stands to profit from exploitation of the copyrighted material without paying the customary price.

¹² “the secondary use adds value to the original – if the quoted matter used as raw material, transformed in the creation of new information, new aesthetics, new insights and understandings – this is the very type of

1. 事實及背景

被告 Campbell 是饒舌樂團的成員，於 1989 年將原告享有著作權的歌曲「Oh! Pretty Woman」的部分歌詞、曲風以揶揄嘲諷的方式加以改編。於改編完成時，被告曾要求原告同意授權使用，但遭原告的拒絕。被告便自行發行唱片、錄音帶及 CD，並在封面註明原作曲人及原曲的著作權人，原告便因此控告被告侵害其著作權。

2. 法院的判決

本案第一審判決的結果，法院認為雖然被告的利用具有商業的性質，但是法院並未採 Sony 案中所揭示的看法，認為商業性的使用即不符合合理使用第一項要素，並直接指出商業利用之目的並不妨礙合理使用的目的。並認為被告對於原作品的改編，對於原著作並未產生市場取代的效果，因此並未對原著作有不利的影響，故認定原告敗訴。



但是聯邦第六巡迴上訴法院對此案卻採不同的看法，而認定原告侵害被告的著作權。第二審法院所堅持的看法是，被告利用的目的仍是以銷售販賣為主，當然具有商業的性質並認為雖然在判斷合理使用與否時，商業性質不是決定性的因素，但是一個商業性利用未經授權時，即應推定其不構成合理使用，應由被告負舉證責任供法院審酌判斷。

最後聯邦最高法院對於第六巡迴上訴法院的看法並未加以認同。最高法院強調在合理使用判斷時，不應將任一要素作單獨分離的判斷，而利用人在利用時若具有高度的轉化性質時，其它不利合理使用的考量就越不重要。並認為第六

activity that the fair use doctrine intends to protect for the enrichment of society.” See Leval, at 1111.

巡迴上訴法院引用 Sony 案中商業性質的利用即應推定為非合理使用，是一種誤解，因為 Sony 案中有關商業性質與合理使用判斷的關係並非一項法則，只能將商業性質的利用認定為是非合理使用的一項因素而已¹³。

3.評析

最高法院在此一案中引用 Leval 法官的「轉化」概念，而此轉化的定義在於是否為原著作增添了新的價值，或以新的表達、新的意涵、新的理解，雖然這樣的定義仍然具有相當的不明確性，但是美國聯最高法院在此案當中，對於轉化概念的肯定，更有助於對於合理使用與否判斷時的廣度與深度。

尤其是在合理使用第一要素進行分析時，其調查的核心基礎就在於新著作是否只是取代了原著作，還是有進一步的目的或不同的角色¹⁴。

4.2.3 Recording Indus Ass'n of Am.(RIAA)v. Diamond Multimedia Aystem Inc.¹⁵— MP 播放機是否應適用「聲音家用錄音法」

此案是 MP3 音樂檔案相關產品所引發的第一起訴訟。法院在此案中除了就 MP3 播放器在法律上加以定性外，並在合理使用判斷時提出「空間轉換」(Space-shifting) 的概念。

1. 事實及背景

Diamond 公司於 1998 年 10 月宣布將推出名為 RIO 之 MP3 播放機，使 MP3

¹³ “as we explained in *Harper & Row*, Sony stands for the proposition that the ‘fact that a publication was commercial as opposed to nonprofit is a separate factor that tends to weight against fair use,’ But that is all, and the fact that even the force of that tendency will the context ... “ See Campbell, 510 U.S. 569, 585.

¹⁴ “The central purpose of the investigation is to see, in Judge Story’s words, whether the work merely ‘supersedes the object’ of the original creation, or instead adds something new, with a further purpose or different character, altering the first with new expression, meaning, or message; it ask, in other words, whether ans to what extent the first with new work is’ transformative.’ ” See Campbell, 510 U.S. 569, 579.

¹⁵ 29 F. Supp. 2d 624, 625~626 (S.D. Ca. 1998)

音樂不再僅受限於電腦播放。RIO 的使用者，需將 RIO 與電腦連結以內鍵軟體下載電腦硬碟中的 MP3 音樂檔，不能從其他 RIO 直接複製或錄音，且不具數位輸出功能。美國唱片業協會（簡稱：RIAA）以 RIO 違反「聲音家用錄音法」（Audio Home Recording Act 1992，簡稱 AHRA）¹⁶未加裝「連續重製管理系統」（The Serious Copy Management System, 簡稱：SCMS），也未繳納權利金給予著作權人補償，而向聯邦地方法院申請暫時禁制令停止 RIO 的上市。

2.法院的判決

聯邦地方法院駁回原告之聲請，其主要理由如下：

- (1) RIO 是屬於數位錄音設備，因為電腦硬碟是一種數位錄音物。
- (2) 但 RIO 不具輸出功能，有無加裝 SCMS 並無差別。縱使要求 RIO 加裝 SCMS 系統，MP3 在網路上的非法複製亦不受影響。原告不能證明其將受有無法彌補或無法計算的損害，若簽發禁制令將有損公共利益。
- (3) 使用 RIO 播放 MP3 的行為，相對於 Sony 案中「時間轉換」是屬於一種空間轉換的概念，讓使用者享有在任何地方收聽音樂的自由，所以構成合理使用。

第九巡迴上訴法院在本案上訴時認為，RIO 不屬於 AHRA 所規範的客體，因為 RIO 不能「直接」或「經由傳輸」的方式重製一個數位錄音物，而形成數位錄音重製物。而電腦硬碟是明確被排除在 AHRA 所規範數位音樂錄音範圍之外。RIO 只是單純的將電腦硬碟中已被壓縮成 MP3 格式的音樂檔案，下載予以播放

¹⁶ AHRA 之通過旨在解決錄音工業與電子設備製造商間之爭論，緣在八〇年代中葉，電子廠商開發出數位錄音機，可迅速複製音樂而無損其音質，勢將嚴重影響唱片業之利益，唱面業者乃威脅對製造商提起訴訟，最後兩造達成歷史性之妥協而逾 1992 年制定本法。本法一方面確保消費者基於私人利用之目的，以數位或類比方式複製音樂之權利，另一方面則要數位機器製造商在機器上加裝連續複製管理系統及權利金收取系統。參見羅明通，MP3 數位音樂檔案之重製、傳輸與合理使用之界線，2001 全國科技法律研討會論文集，256 頁。

而已，所以當然並非 AHRA 所稱之錄音設備。第九巡迴上訴法院也再一次的肯定空間轉換符合合理使用。

4.2.4 UMG Recordings, Inc., v. MP3.com¹⁷—對於轉化概念的進一步描述

本案主要涉及的問題點，在於被告對於原著作的利用是否符合轉化的概念，被告的利用行為是否僅單純取代了原著作，被告所提供的服務是否能讓消費者的使用發生空間轉換的情形。

1.事實及背景

被告 MP3.com 是一個線上音樂網站，於 2000 年 1 月在網站上提供了一個名為 Instant Listening Service 的新服務，透過 My. MP3.com 的帳戶，網路使用者可以從 MP3.com 的聯盟網站購買 CD，從而獲得該片 CD 的數位版，即可立即欣賞音樂。另一項也包括在 My. MP3.com 的服務名為 Beam-It Service，可讓使用者從任何一台連結上網之電腦儲存或聆聽個人蒐集得數位音樂 MP3 檔，因為這些歌曲並非真正從顧客的電腦傳輸至 MP3.com，任何個人無法利用該軟體複製、交易或賣給其他人。



2.法院的判決

雖然被告主張其所提供之服務只是維護消費者權，也就是消費者購買一張 CD 時，加入其服務後而可以在任何播放裝置上，以任何形式欣賞音樂的權利。而且這種服務是一種空間轉換，符合轉化的概念。但法院認為：

(1)MP3.com 的服務不是消費者將其原版 CD 存在被告的「儲存櫃」(Storage lockers)，而是被告自己在未經著作權人同意下，先將錄音著作用另一種格式儲存，再以不同的媒介加以傳輸，這只是將原著作重新進行包裝，並未給予原著作任何具有「生產性」的轉換。

(2)被告所提供的服務雖然是創新的，但是下載 MP3 的行為並未對原著作產生新

¹⁷ See UMG Recordings, Inc., v. MP3.com, 92 F. Supp. 2d 349

的美感、新的理解及新的內涵。

(3)被告雖然並未從會員身上直接獲利，但是藉由網路廣告獲取商業利益，因此有間接獲利的事實。

(4)音樂屬於藝術創作，具有高度的創意而非屬資訊事實性資料，本來就是著作權所要保護的核心。

(5)縱使原告尚未進入此一電子商務市場，但被告的手法已經奪取了原告未來進入此一市場的經濟利益。

法院判決 MP3.com 直接侵權責任。本案判決後，MP3.com 便積極的與各大唱片公司洽談授權，並與絕大多數的唱片公司簽署授權協定。

3.評析

MP3.com 是一個網路服務提供者，其網路架構是屬於主從式的網路架構¹⁸，且具有中控式的主機並非點對點服務提供者。在其所提供的服務內容過程中，確實重製著作權人的音樂著作，而其重製的利用行為，並未有任何改變原著作對於消費者的功能，都是為消費者欣賞音樂為目的，明顯不符合轉化的概念。而其主從式網路架構的服務，對其主張合理使用也是相當不利的。被告不能因為主張其對原告現有市場有所助益，就可以奪取原告受著作權保護下所衍生的另一個市場。

4.2.5 A&M Records, Inc., v. Napster, Inc.¹⁹ —P2P 網路服務提供者的法律責任

本案是有關點對點檔案共享²⁰所引發之爭議中最具代表性之案例。在此案中就

¹⁸ 主從式網路架構是一種中央集中式的資源管理配置，提供管理資源的電腦稱為服務端或伺服器端 (Server)，接受網路服務的電腦稱為用戶端，用戶端透過各種協定與伺服器互動。主從式網路的特性如下：1.伺服器必須具備強大的運算能力。2.由於集中管理所以區域網路作業環境容易保持單純一致。3.可透過嚴格的驗證來管理資料的存取。

¹⁹ A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 114 F. Supp.2d 896. 900(N.D.Cal.2000).

被告的行為是否受到聯邦著作權法中，有關網路服務提供者免責規定的保護，以及被告是否需要為第三人在其網路上傳遞非法資料負責。對於網路服務提供者之輔助侵害責任的判定也有深入的分析。

1. 事實及背景

被告公司透過點對點檔案共享的傳輸技術，使加入的會員可以搜尋儲存在其他會員電腦上的 MP3 音樂檔案，並透過網際網路將檔案傳輸、重製在會員個人電腦的硬碟中。Napster 提供兩種方式給予網路使用者可以搜尋 MP3，一為透過 Napster 伺服器的搜尋功能，另一是透過好友名單模式 (hotlist)。第一種方式是藉由伺服器上的軟體，維持該「收集目錄區 (collective directory)」之搜尋指引 (search index)，其他搜尋使用者便可透過 Napster 軟體，於表單內輸入歌名或歌手名稱，並將該表單傳送至 Napster 伺服器，伺服器會自動比對搜尋指引的 MP3 檔案名稱，並將符合搜尋使用者的需求列出一清單，傳送給搜尋使用者。第二種方式是使用者建立一好友名單 (hot listed user)，亦即使用者曾經從列於這名單上的使用者獲得 MP3，當使用者登錄 Napster 系統，系統會通知有哪些好友位於線上。若有使用者的好友位於系統上，使用者便能存取該好友的電腦特定目錄區，並請求 (request) 其所選定之檔案²¹。

為了傳送搜尋使用者所要的 MP3 音樂檔案，Napster 伺服器會同時得到請求方和擁有該檔案的所有者之 IP address，並將所有方的 IP address 傳送給請求方

²⁰ 1978 年美國國家科學基金會，(National Science Foundation) 初次建立第一個採用 TCP/IP 協定之 Computer Science Network 作為學術單位研究之服務（註 編 9 P.5）。網路發展至今資源的配置與分享方式，主要可分為「主從式」(Client / Server Architecture) 與「點對點式網路」(Peer-to-Peer Architecture) 兩種架構。點對點的傳輸把每一台電腦都變成一台伺服器，自 Napster 之後，點對點的資源分享方式已取代以往的主從架構。

²¹ 參見劉尚志與陳佳麟合著，由 Napster 案評析新興科技對網路著作之衝擊，萬國法律第 116 期，2001 年 4 月，3 頁。

。請求方利用該訊息與所有方的電腦連結，透過點對點（peer-to-peer）傳送的方式，從擁有該首 MP3 音樂之使用者電腦中下載該 MP3。Napster 作為資源共享的軟體，易於搜尋儲存在網路使用者電腦硬體中的 MP3 音樂檔案格式。但透過 Napster 軟體傳輸之音樂估計百分之八十七在未經授權情況下被製成 MP3 檔案傳輸與他人，RIAA 認為該網站和所提供的軟體構成侵權，1999 年 12 月在加州北區聯邦法院控告 Napster 公司有「輔助及代理侵害」著作權。

2.法院的判決

聯邦地方法院審理結果認為 Napster 公司及其使用者並非合理使用，網站使用者已構成重製權及散佈權的直接侵害。Napster 公司則應負輔助侵害及代理侵害責任，Napster 公司不能援用 DMCA 之安全港口條款²²。Napster 的主要主張是：其所提供的服務是提供使用者在購買音樂唱片之前所進行的試聽性質之暫時性重製，使用者已經擁有實體的 CD 所以符合空間轉換的合理使用。聯邦地方法院則認為，Napster 公司的使用者構成直接侵權行為。因為：

- (1)當一個使用者將一個檔案散佈給另一個匿名的請求者時，不屬於個人使用。
- (2)使用者確實免費得到他們原本必須購買的東西。
- (3)音樂作品具有高度的創意本質。
- (4)重製的內容是受著作權保護的著作全部的重製。
- (5)依相關的調查報告顯示，由於 Napster 的使用降低了大學學生對於 CD 的購買。

法院認定 Napster 構成輔助侵害之理由為：Napster 公司知悉或有理由知悉該公司的使用者所進行的直接侵權行為，且對直接侵權行為有重大的幫助。法

²² 為促進網路之發展，美國國會於 DCMA 中制訂安全港口條款，規範於該法第五百一十二條，其目的在於保障法律上合格之網路服務提供者免於為其使用者之侵權活動負責。此新法律的標題為「關於線上資料責任之限制」(Limitations on Liability Relating to Material Online)。

院認為 Napster 構成代理侵害的依據是：

- (1)Napster 公司確實從侵權行為中獲得直接經濟上的利益。
- (2)Napster 所使用的系統架構顯示其可以管理並封鎖使用者的接觸，顯示被告有監控使用者的權利與能力，被告有明顯漠視著作權侵害的情形。

本案上訴至聯邦第九巡迴法院時，上訴法院對於就 Napster 使用者的直接侵權行為以及 Napster 公司的輔助侵害責任部分，與地方法院見解一致。就代理侵害的部分，上訴法院則認為 Napster 公司所能控制及監督的範圍是有限的，因此，對於地方法院所判定的禁制令範圍加以修改。

3.評析

Napster 一案的判決結果，對網路服務提供者及網路使用者帶來重大的衝擊，因此由美國 18 位大學教授聯合具名支持 Napster 上訴請求廢棄原判決。他們認為，法院的禁制令使人們在接近並使用科技時的公共利益受到阻礙。在此案當中，法院將注意力集中在 Napster 公司的獲利以及音樂著作的創作本質上，並又以 Napster 公司明知或有相當理由可知直接侵權的存在，而 Napster 公司於有監控能力的情形下卻予以漠視。但是，從整體的角度來看，Napster 公司如果提供不同的點對點傳輸方式，以及傳輸的資料內容不限於音樂著作的話，法院對此案的主要判決理由未必可以成立，尤其是 Napster 公司獲利與否，本文認為其重要性是非常低的。

在後續的 Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc., v. Grokster, Ltd 一案中，被告所提供的點對點的傳輸服務，是採用分散式點對點傳輸模式，與 Napster 所使用的系統方式不同，因此在該案件審理的過程中產生極大的爭議。聯邦第九巡迴上訴法院認為被告 Grokster 並不需要負輔助侵害及代理侵害的責任，並指出若被告能夠顯示出它的商品是有實質上或商業上重要的非侵權使用用途時，在技術

架構上「可能知悉侵權」的要件將不易成立。而該案被告商品確實具有實質上或商業上重要的非侵權用途，而且被告提供服務所使用的軟體設計也是相當重要的因素。該案被告所使用的分散式 KazaA 類型的網路並沒有集中式的索引系統，即使軟體經銷商在他們控制範圍內關閉電腦，其產品使用者還是可以分享檔案不受影響，所以被告並不具備輔助侵害的知悉要件。

在 Grokster 案當中第九巡迴上訴法院也特別將 Napster 案作對照比較，該法院認為 Napster 對於直接侵權行為，提供了一個場所和設施，而且運用一個集中式的索引軟體架構，而 Grokster 案的被告軟體經銷商並未對直接侵權行為提供一個場所或設施，對於直接侵權行為也沒有其他實質的幫助。侵權的訊息或檔案索引並非依附在被告的電腦中，被告並沒有能力去監控使用者的行為，因此認定 Grokster 公司不構成著作權的輔助侵害及代理侵害。



雖然上述聯邦第九巡迴上訴法院對 Grokster 判決結果，最後仍被聯邦最高法院所廢棄，但是聯邦最高法院 Breyer 法官也提出了部分不同的意見書，其認為第九巡迴上訴法院對於 SONY 案的理解與適用並無錯誤。本文對 Grokster 案的最後判決結果無法完全贊同，並認為類似這樣的案例，必須依照個案進行判定，從網路服務提供者的整體運作模式作觀察，就被告的服務目的、服務功能對於使用者實際的管控、監督能力分別加以檢視，才能確保媒介技術在資訊流通時所扮演正面積極的角色。

4.2.6 Kelly v. Arriba Soft Corp²³—搜尋引擎鏈結服務的法律責任

本案的判決結果也引起學者間高度的爭議，尤其是對於本案判決中有關於轉化概念的判斷。反對者認為本案被告對於著作權人著作的利用並未對原著作增添新

²³ See Kelly v. Arriba Soft Corp, 77 F. Supp. 2d 1116.

的美感、內涵、表達，只是對原著作一種不同功能性的利用，而新的使用功能並不是一種轉化。目前在美國紐約地方法院訴訟當中的 Google Print 一案之被告勢必也將引用此案，作為重要的抗辯依據。

1. 事實及背景

原告為一專業攝影師，將其拍攝之照片呈現在書本以及個人網站、授權網站上。被告是搜尋引擎業者，利用「crawler」²⁴程式在網路中搜尋，下載全尺寸的原始圖像並轉成小尺寸低解析度的縮圖後，則將原始圖像加以刪除。網路使用者以檢索方式搜尋時，則將會以縮圖的方式呈現，使用者可以下載此縮圖，但無法提高解析度，若再加以放大其清晰度不佳。

縮圖包含二種鏈結方式，其一為「Details」，可開啟縮圖之影像標示視窗，即如以滑鼠點選縮圖將出現影像標示視窗 (the image attributes window)，包含自來源網站引入之全尺寸影像 (the original full-sized image imported directly from the originating web site)、影像尺寸之文字敘述 (text describing the size of the image)、至來源網站之鏈結 (a link to the originating)、被告網址標題及廣告 (the Arriba banner and advertising) 等內容。

其二為「source」，如以滑鼠點選 source，將另外開啟二視窗，前面的視窗為透過「內線鏈結 (inline linking)」之方式鏈結至來源網站，自來源網站引入之全尺寸影像至影像標示視窗內 (但未儲存在被告網站內)，且引入部分僅為全尺寸影像而不包括來源網站之其他內容，並將該影像顯示在被告網頁的視框中，

²⁴ 搜尋引擎必先預先以 crawler 程式 (又稱 spider) 來自動抓取網頁並建立索引，如果 crawler 程式僅僅循著網頁所提供的超連結來搜尋網頁並抓取內容，稱為一般性的 crawler 程式；如果不論網頁是否提供超連結，crawler 程式會自行計算並找到網頁的所有內容並加以抓取，此種 crawler 則稱為深度 crawler。而 crawler 抓取網頁內容的步驟可以細分為「取得資料」及「儲存並建立索引」二大步驟。

後面則為來源網站之視窗，此為視框之技術（framing）。對使用者而言，連線網頁為直接鏈結引入之影像，且為被告網頁之文字及內廣告所包圍，全部位於被告之影像標示視窗內，使用者無法明確判斷得知該影像係來自其他網站²⁵。

被告將原告所擁有著作權之 35 張照片以「crawler」程式加以搜尋重製，並置於影像資料庫內供使用者搜尋。原告主張被告違反著作權法有關重製、著作權管理資訊的規定及數位千禧年著作權法。被告於本案的抗辯主要理由以合理使用為重心。

2.法院的判決

加州地方法院認為被告使用原告圖像的行為，符合美國著作權法第 107 條之合理使用且未違反 DMCA 之規定。

法院就本案合理使用判斷的重點如下：

- (1)被告獲有商業上的利益，具有商業目的。但被告的重製起因於一般搜尋影像的方法，原告的影像並未用作營利的重點，雖然此一商業目的應列入分析，但與傳統商業目的的案例有別。
- (2)被告使用圖像的方法具有轉化的性質。原告的著作是屬於藝術作品，具有高度的美感價值，而被告的圖像利用是作為搜尋目錄的性質。
- (3)雖然被告的複製是對圖像的完全重製，但是此為提供搜尋引擎使用者搜尋時的必要情形，所以雖是完全的重製，並無超出必要的範圍。
- (4)被告重製後將圖像縮小且解析度不足，無法替代原告圖像藝術美感的本質。

原告不服判決而提起上訴。

巡迴上訴法院認為，被告應為其未經授權及公開展示其影像所負責，但有關

²⁵ 引述自蔡惠如博士、杜惠錦法官，2002 全國科技法律研討會論文集，從 Kelly v. Arriba Soft Corp 一案探討影像搜尋引擎之著作權問題，282 頁。

重製的部分則屬於合理使用。分別說明如下：

有關未經授權公開展示部分：

被告利用 inline linking 方式鏈結至原告網站並將原告全尺寸圖像置於視窗內，是屬於直接將圖像引入（importing）的公開展示問題，並非重製侵害。這種圖像的引入讓公眾於被告網站瀏覽原告受著作權保護的著作，確實公開展示原告的著作，只要公眾可以藉由被告的網站接觸原告的著作就足以構成侵權。

被告利用程式鏈結原告圖像納入自己的視框中是一種積極的展示作為。此種公開展示並無合理使用適用的餘地，因為：

(1)展示全尺寸的圖像，並未增加搜尋引擎的功能，此種將原告影像納入視框的行為並沒有轉化的情形。

(2)被告引入原告全尺寸的影像，將使使用者不用再鏈結到原告的網站，在利用的質量方面來看，不是一種合理使用。

(3)被告對原告圖像的公開展示，不具有轉化的性質，也讓使用者不用再鏈結到原告的網站，即可接觸全尺寸的圖像。這種展示方式，勢必將減少原告網站的造訪人數，對原告著作潛在市場有實質的不利。

被告重製的部分：

法院認為原告的圖像具有藝術功能，而被告重製後將之縮小尺寸降低解析度且用為搜尋引擎的工具，並未取代原告藝術影像的功能。所以被告的使用是一種轉化的利用，符合合理使用的規定。

3.評析

法院就轉化對合理使用認定所具有的重要影響完全肯定。但是就轉化概念的論述，稍嫌不夠深入。本文對於法院的全部判決結果，甚表贊同。此案最大的意義，應該在於被利用著作的性質以及利用後其具有的資訊功能上的差異判斷，以及原著作的市場與利用人利用後的市場影響加以觀察。因此，同樣是圖像

的利用，對於不同種類、型式的圖像內容以及原著作圖像在未來合理可能的商業利用模式，都應一併予以考量。

此外，被告一開始重製原告圖像的行為，法院也並未對此分析，似有意將重點放在重製後的利用重製之形式。此一觀點，若對照目前紐約地方法院審理中的 Google Print 一案，將可為 Google 公司為提供書籍檢索而大量重製書籍內容的行為帶來更多合理的空間。有關學者對於本案的批評意見，則於本文第五章作更明確的說明。

4.2.7 環球、華納、Sony BMG 娛樂、EMI 集團、新藝寶、金牌育樂、正東等七大唱片公司控告北京百度網訊科技公司案²⁶

本案於 2006 年 12 月，經北京第一中級人民法院以(2005)一終民初字第 8474 號判決原告敗訴。此案的判決結果與上海步升控告百度侵權一案的結果呈現兩極化。其主要的原因與大陸「信息網絡傳播權保護條例」的施行有關。此一判決的結果反映出大陸司法機關對搜尋引擎技術的定性從“幫助侵權”改變為“技術中立”。

1. 事實及背景

原告等七大唱片公司主張，其等所有受著作權保護的音樂著作，被告在未經授權的情行下讓網路使用者可以在線上播放並加以下載，侵害錄音製作者信息網絡傳播權。被告百度公司辯稱：

(1)被告係一家專業性的搜尋引擎服務提供商，MP3 搜索服務是被告搜尋引擎服務項目之一，其工作原理、技術和軟件與網頁、新聞、圖片等其他服務項目的搜索服務是完全一致的。

(2)被告提供的搜尋引擎服務對被收錄的網頁信息本身不進行任何的加工或處理

²⁶ 判決內容請見：北京法院網 (<http://bjgy.chinacourt.org/public/detail.php?id=40503>)

，都是由程序自動完成的，被告只提供網路鏈結，不提供實際內容；

(3)被告的搜尋引擎只是針對不被禁止或不被限制搜索的中文網站，如果該網站不採取禁止或限制的技術措施，被告的搜尋引擎就能從中獲得用戶所搜索的有關信息；

(4)被告沒有對被鏈接網站的內容進行非技術性的選擇與控制，對所鏈接的內容沒有進行任何識別、篩選或整理，不存在侵權主觀故意或過失。

而且被告在收到原告所發的律師函後，曾積極的要求原告提供資料列出侵權歌曲所在的被搜尋網站的 URL，但是原告等並未作進一步的回覆。

2.法院的判決

法院認為此案的糾紛涉及中國著作權法和最高人民法院「關於審理涉及計算機網絡著作權糾紛案件適用法律若干問題的解釋」。

法院對於本案主要的考量主要有三：

(1)被告對於侵權的行為是否存在主觀的過錯；

(2)被告在其搜尋引擎服務系統中設置「試聽」和「下載」的功能，是否侵害原告的信息網絡傳播權；

(3)中國著作權法有關破壞技術措施行為的法律責任對此案的規範為何。

法院認為：

被告並無主觀的過錯，因為搜尋引擎對搜尋內容的合法性不具有預見性、識別性、控制性。另外被鏈結的違法網站與搜尋引擎之間並沒有禁止鏈結的約定，因此對於搜尋引擎服務系統而言，當然可以與該網站互聯互通共享信息。

有關被告在搜尋引擎服務系統中，設置「試聽」和「下載」的功能，法院也認為並未違法，因為被告的搜尋引擎服務是對音頻數位格式的搜尋，不同於文字作品。必須將搜尋的結果讓搜尋者能夠感知，「試聽」功能只是被告展現其音頻數位格式搜尋結果的方式，因此可以將該功能視為搜尋引擎服務的組成成分，其目的在於使使用者能夠加以識別判斷。而「下載」實際上發生在使用者與上

傳作品網站之間，下載的歌曲並非來自被告的網站，所以被告並未侵害原告信息網絡傳播權。目前對搜尋引擎的商業模式和功能設置，沒有明確的法律規範及限制，而且原告無法證明被告對於其所鏈結的作品可能侵犯他人權利，是明知或應知的情形。

法院針對第 3 點考量的判斷是：網際網路具有資源共享、互聯互通的基本特徵，權利人為了保護信息網絡傳播權，可以採取相關的技術措施，所以法律在鼓勵和保護技術發展的同時，也要求權利人要採取技術措施。在搜尋引擎對搜尋結果無法預見和控制的情況下，被告並無可歸責性。而且原告對於被告積極的要求提供侵權歌曲所在的被搜尋網站之 URL²⁷，原告也怠於配合。

3.評析

在上海步升控告百度侵權一案中，百度敗訴的最大原因在於，法院認定百度網頁上顯示被下載的 MP3 歌曲來自於百度。但在信息網絡傳播權保護條例實施後²⁸，由於其中通知刪除的規定，使百度的責任大幅降低，而原告等七大唱片公司並未依該條例盡到通知的義務。法院就本案中有關被告明知或合理可知，以及被告在侵權過程中提供協助等部分的說明，都顯不足。因為百度將 MP3 歌曲目錄以人工方式編排，是有主觀上明顯的故意，而「試聽」和「下載」的功能

²⁷ URL (Universal Resource Locator，全球資源定位器，或 Uniform Resource Locator，一致性資源定位器)，它是一個指定 Internet 上物件的位置的標準。主要用來指出某一項資訊所在位置及存取方式。更具體的說，URL 就是在 WWW 上指明通訊協定及以位址的方式來享用網路上各式的服務。使用者只要在瀏覽器輸入位址處輸入 URL 的格式內容，便可以擷取其所指定的主機相關資料。每一個網頁都會有一個 URL。瀏覽器軟體不僅能夠透過 URL 辨識 Internet 上的電腦，還可以根據 URL 找出您要的網頁在電腦那個目錄，換句話說，URL 所代表的正是伺服器的網址。

²⁸ 大陸地區於 2006 年 5 月 10 日，國務院第 135 次常務會議通過並自 2006 年 7 月 1 日起施行。其制訂目的在於保護著作權人、表演者、錄音錄像製作者的信息網路傳播權，鼓勵有益於社會者亦精神文明、物質文明建設的作品創作和傳播，全文共分為 27 條。

能其實已超出搜尋引擎的服務範圍慣例。此外，法院對於百度公司在違法 MP3 搜尋下載的過程中，其商業目的以及獲利等等，完全未加以任何的評斷，也欠缺說服力。



五、數位網路對著作權的挑戰及合理使用的省思

5.1 概述

以數位形式將文字、聲音和影像加以儲存和傳送的技術可以說是人類在二十世紀最重要的進步，在可預見的未來數位化的資訊將成為一種生活方式，有人稱之為數位化的革命，數位化的生活形態也必將是世界性的。在著作權發展的歷史來看，數位化革命當然會對著作權法帶來新的挑戰。透過數位網路的技術，著作物可以輕易的傳輸到世界的每一個角落，更可以大量的重製，個人重製對著作權人的經濟利益所造成的影響，也產生巨大的轉變。

大量的資訊透過網際網路的發展快速的傳遞，對於著作的消費與利用，更可以是及時且無國界之分的。就其正面的意義而言，著作物的大量流通可以刺激著作人的創作，也使文化發展的腳步加快。但從另一方面來看，輕易而大量的重製以及重製後的網路流傳，也造成著作權人利益的重大損失。數位網路科技發展的速度，已完全超出著作權人所能控制的情形。國際間深刻體認到著作權人利益的流失，無不致力於限縮控制的立法傾向，目的在大量緊縮個人非營利的重製行為以及網路上幫助散佈的行為。目前世界各國幾乎都一致的擴大重製與散佈權的解釋，以往的著作權架構在傳統的印刷技術，其重製與散佈的速度與數位網路無法相比，此種科技的進步使得的過去所允許的合理使用行為可以輕易的轉化變為侵權行為。所以立法上不斷縮減合理使用的空間，似乎有理所當然的態勢，甚至引發取消合理使用制度，才能在數位技術時代有效保障著作權的呼聲。

在商業化的網際網路尚未形成時，著作物的使用者透過網際網路交互接觸，使合理使用作品的效力與意義大大提升。但從網路的普及以及商業化之後，接踵而來的已是出版界、唱片業、電影協會一波一波的侵權訴訟。

合理使用的兩大要素：一、是不需要著作權人的同意。二、是不需要付費。在數位網路的環境下對合理使用存在的最大爭議在於交易成本的降低，以往市場失靈的經濟分析理論已無法成立。因此對合理使用的空間加以限縮似乎變得理所當然。但是重新探求著作權存在的價值以及著作人權益保護的目的，是不可以獨立於國家、人類、文化發展以及社會公共利益之外的。

合理使用的制度永遠扮演著調和的角色，應當是著作權當然的內涵。而綜觀世界各國的立法趨勢，似乎確實在大量數位重製與傳輸的驚恐當中，致力於權利人的私權保護，而引發言論自由、公共利益的重大爭議，甚至形成一種意識型態的爭執。本文認為應該用更正面積極的角度看待合理使用的機制，因為合理使用永遠會是著作權人以及公共利益的調和者。對於著作權保護的根本目的----提升文化的進步，也扮演著最重要的角色。



數位網路對著作權最大的衝擊，在於重製與散佈。而網路散佈似乎又是大量重製的前提，尤其是新興點對點傳輸服務架構的出現，以及搜尋引擎龐大的功能在網路散佈過程中所產生的強大的力量，扮演著上傳下載傳輸的樞紐，對於著作權人的影響甚鉅，因而有必要在合理使用的省思當中特別加以探討。

5.2 網際網路的興起

西元 1950 年代末期，美國軍方發展 ARPANET 之通訊網路，接續由 Ted Nelson 發展「超文字」(hypertext) 概念、Leonard Klein rock 提出封包交換理論、Ray Tomlinson 撰寫電子郵件程式，逐漸架構出以 ARPANET 為基礎之網路體系。1989 年 3 月，Tim Berners-Lee 於瑞士日內瓦歐洲粒子物理實驗室 (CERN) 發展 WWW 伺服器、瀏覽器程式及超文字鏈結 (hyperlink)，提出「全球資訊網」(WWW) 之概念。1991 年網際網路開放供民眾及商業使用，甚至於美國總統競選期間，由候

選人高爾提出「國家資訊基礎建設」(The National Information Infrastructure) 之政見，網際網路已成為現代國家發展重心¹。

觀察台灣之資訊科技及網際網路發展史，台灣之網際網路於民國 80 年代開始萌芽，初始雛形僅為設置於大學校園之學術網路（如 78 年國立交通大學學生宿舍網路）鮮有人聽聞，遑論使用電子布告欄（Bulletin Board System，BBS）、電子郵件、全球資訊網（World Wide Web，WWW）等，之後隨著資訊科技之技術創新，網路使用大眾逐漸普及、擴充，台灣人民對於網際網路媒介之應用，可粗略地區分為三階段：Homepage 階段、電子報階段、內容管理系統（Content Management System，CMS）階段。83 年至 87 年間為 Homepage 階段，多為靜態網頁，介紹個人、公司行號、機關機構之特色。87 年至 89 年間為電子報階段，超文件格式之商業化電子報蓬勃發展。89 年至今為內容管理系統階段，揚棄先前手動製作網頁、上傳之站台系統，而得直接於網頁介面發表內容²。



依財團法人台灣網路資訊中心 (TWNIC) 於 95 年 12 月所進行之「台灣地區寬頻網路使用狀況調查」，截至 96 年 1 月 15 日為止，台灣地區上網人口約 1,523 萬人，整體人口 (0-100 歲) 上網率達 67.77%，且網路參與族群多元化，資訊操作能力普遍提高，足見台灣網路與寬頻發展邁進成熟期。而至 96 年 1 月「台灣地區寬頻網路使用調查」，台灣地區寬頻使用人數約 1,240 萬人，整體人口 (12 歲以上) 利用寬頻上網率達 63.36%³。

¹ 賴文智，數為著作權法，頁 29~31。楊維中，「台灣十年網路分享史—網路十年記事」復刊 338 號。蔡惠如，著作權合理使用之價值創新與未來展望，國立交通大學博士論文，2006 年 08 月，93 頁。

² 楊維中，「台灣十年網路分享史--從 1.0~1.0」復刊 338 號。蔡惠如，著作權合理使用之價值創新與未來展望，國立交通大學博士論文，93 頁，2005 年 7 月。

³ 財團法人台灣網路資訊中心(TWNIC)，「TWNIC 2006 年 01 月台灣地區寬頻網路使用狀況調查」(民國 96 年 1 月) <http://www.twnic.net.tw/download/200307/200307index.shtml>，造訪日期：2007/5/1

5.3 網路重製技術對於著作權的影響

5.3.1 概述

從著作權發展的歷史角度來看，重製權是著作權法賦予著作權人最重要的權力，在以往工業技術發展演進的過程中，重製權是一個不斷爭論、修改的主題。從著作權的英文名稱 Copyright，即可以看出重製權是著作權的中心，也是傳統著作權所要保護的基本內容。印刷術的普及促使著作權的建立，針對影印技術的發展美國著作權法第 108 條因應而生。在著作權法一再修正的歷史當中，似乎都在調和新興科技的重製技術對著作權所產生的衝擊。在網路環境中重製後的複本和原本相同，大量複製的邊際成本幾乎等於零，自然使得傳統著作權想要達成的重製控制變得複雜與困難。



5.3.2 傳統重製的概念

依據美國著作權法 101 條規定，著作附著任何有形的實體達到一定的時間，並足以讓人或藉由機器感知而加以重製者，就構成重製行為。所以有形、固著與可理解是著作權法中認定重製與否的最重要要素。惟參諸我國著作權法第三條第一項第五款的規定：「重製指以印刷、複印、錄音、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；或因建築設計圖或建築模型、建造建築物者亦屬之。」並未有如美國著作權法 101 條之規定，需將著作之內容固著於有體物之上。也因此學說上對於重製的意義向來有二要件說及三要件說的爭論。兩種學說最大的差異性乃在於著作是否必須在有形的媒介物上存在相當的時間，或者著作的內容是否需附著於有形物上達相當長的時間。

就有形固著而言，並非指重製物存續時間的長短，只要是重製並且附著在有

形的媒介上即屬之。至於可理解是指一個重製，必須能有使他人感知原來著作內容的一定表現情態。當然，人類感官所能直接認知者屬之，若經由機器的運作而能使人瞭解原著作即符合可理解的要素。以上各要素在傳統的著作重製的認定時並無困難且爭議性不大。但是著作經過數位化之後，當透過網際網路的傳送時由於網路傳送的特性，每一個網路經過的節點都將複製一部份的資訊，若依照傳統的重製概念，幾乎所有的網路運作就是不斷的重製。因此在數位網路的時代，傳統重製的概念勢必被牽動而且需要調整。

5.3.3 網路上重製的爭論

網路運作的過程在技術上確實不斷的發生重製的情形，如資訊的輸入與輸、資訊的上傳下載、資料儲存與轉寄或將資訊載入存取記憶體當中，在以上這些行為所發生的重製，有暫時性的重製也有永久性的重製。就永久性的重製而言，其性質與傳統非數位性的重製差異不大，就該等重製是否符合合理使用的判斷並無特別的爭議。但是短暫性的重製確實是網路架構中的必然情形，但也因此引發極大的爭議。

5.3.4 暫時性重製的爭辯

1. 國際條約或國際組織對於暫時性重製的看法：

①伯恩公約：

伯恩公約對於暫時性重製並無明確的規定。

②世界智慧財產權組織（WIPO）對於暫時性重製的看法：

於 1996 年 12 月 2 日至 12 月 20 日在瑞士日內瓦召開了關於著作權與鄰接權相關問題之外交會議，並通過 WCT 及 WPPT，在通過的條文中有關暫時性重製的議題，並未採納 WCT 草案第七條的規定。原因是：伯恩公約第九條第一項對於重製權之既有規定事實上包括所有形態的重製，足以因

應高科技下所有的重製行為，並無於該條約中重複規定之必要。因此對於現行 WCT 的規定，網路上所謂之重製屬於伯恩公約第一項所稱的重製。而網路使用過程中附帶、暫時性重製則可直接適用伯恩公司第九條第二項有關重製權之例外與限制之規定⁴。而 WPPT 就此之規範與 WCT 類似。

③歐盟 2001 年「資訊社會中之著作權及其相關指令」第二條規定：將重製區分為暫時性重製與永久性重製。就暫時性重製作了例外的規定，將暫時性重製中屬於專為使著作或其他保護客體可以被使用之目的，而為「技術程序的整體 INTEGRAL 及必要 ESSENTIAL 之部分」且無獨立經濟價值之短暫或附帶之重製，排除於重製概念之外⁵。另參照歐盟指令前言部分第 33 點之說明，重製權之例外應包括網路上之快取、CACHING 以及瀏覽之行為，也就是網路資訊傳輸過程當中，伺服器的資料暫存或網頁內容瀏覽的資料暫存，若缺少獨立的經濟價值，就是重製權的例外。

2. 國際社會的看法



⁴ 所以國內學者認為 WCT 對於重製權之規範，與伯恩公約第九條之規定並無不同。參見張懿云著，資訊社會關於「個人非營利目的的重製」之研究，輔仁法學第二十期，261 頁。對此，國際間曾有人認為，WIPO 既將該條文刪除，即在於否認網路上利用著作之行為屬於著作權法上的重製行為。前開草案經刪除後，WIPO 曾作成一項決議謂：「伯恩公約第九條關於重製權以及其後有關被允許的例外規定，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腦媒介物上，構成伯恩公約第九條之重製。」其原文為：The reproduction right, as set out in Article 9 of Berne Convention, and the exception 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.（轉引自章忠信著，著作權法「暫時性重製」之爭議，載於 <http://www.copyright.org/paper/pa0015.doc> ）是以，對於暫時性重製，WIPO 的基本態度至為明確，認為暫時性重製亦屬於著作權法上所謂之重製。

⁵ 歐盟指令第五條第一項規定：「第二條所定之暫時性重製，如係短暫而附帶的重製，屬於專為著作或其他保護客體可以被使用之目的，而為技術程序之整體及必要之部分，且無獨立之經濟價值者，應被列為第二條所定權利之外。」

各國對於暫時性重製在著作權法上究竟如何定位，有不同之見解。但是目前多數國家採肯定說，認定短暫性重製仍然構成著作權的侵害。在美國法院的實務見解上，自 1993 年的 MAI v. PEAK 案之後，法院多認為在電腦的運作過程中，暫時性重製即構成著作權法所規定的重製。在之後 1995 年 9 月所發表的 NII 智慧財產權白皮書，完全支持了 1993 年 MAI V. PEAK 案的見解。認為著作權的內容不論以何種方式置入電腦、或是以如何的媒介儲存，甚至放在隨機存取的記憶體，皆可能被認為構成重製。之後 1998 年數位化千禧年法案（簡稱 DMCA），修正了美國現行的著作權法，該法案的修正重點，在於確認美國將履行 WCT 及 WPPT 的規定，但並未就網路傳輸過程中的重製爭議予以直接明文處理。當網路上的短暫性重製也是重製行為的一種時，確實使得網路的許多利用行為如 cache、proxy⁶的使用產生重大爭議，而這些都是網路運作所必須的，有其資訊流通的公益性，顯然明顯違反了著作權的終極目的。有關 RAM 的載入行為是屬於重製的見解，美國眾多學者提出相反的意見。Panela Samuelson 教授指出，將 RAM 的重製認定為著作權法下的重製，也就是給予著作權人一種新的權力---那就是閱讀權。依美國現行著作權法的規定以及實務判決的看法，幾乎是從電腦的開機或是連上網際網路開始，任何使用者都立刻陷入侵犯著作權的隱憂當中，這與網路科技的運作發展以及資訊流通的重大利益明顯違背。為了解決短暫性重製的爭議，有學者提出兩種解決方式：一是將暫時性的重製重新定位；二是以合理使用的方式處理。

⁶ cache 是一種加速記憶體或磁碟存取的裝置，其運作原理在於使用快速的儲存裝置保留一份從慢速儲存裝置中所讀取資料且進行拷貝，當有需要再從較慢的儲存體中讀寫資料時，cache 能夠使得讀寫的動作先在快速的裝置上完成。proxy 扮演著代理者與 cache server(快取伺服器)的角色，它將透過 proxy 讀取的資料存一份在 cache 中。當有使用者提出需求時，它會檢查自己的 cache 中是否有這份資料；若有，proxy server 就會立即傳回這份資料；若沒有，便向外查詢，取得資料後存一份在 cache 並傳給使用者。proxy server 通常由 ISP 提供，當目的伺服器有問題時不用 proxy server 就不能夠存取該伺服器的資料。

綜觀世界各國以及國際條約對於暫時性重製的定位來看，似乎以合理使用作為因應網路環境中著作權爭議的最重要基礎。

5.3.5 個人合理使用的評析

就個人非營利的重製使用而言，讓每個人都能廣泛的參與文化生活以及國民之人格教育的發展，並激發後續的創作，是允許個人得自由使用他人著作的原因，也可以避免過度壓抑資訊的取得與利用對於公益的傷害，這樣的思想在網際網路出現以前已是一個成熟的共識。此在以往個人使用時所憑藉的方式以及過程的成本考量上確實也有其必要。但是隨著數位化以及網際網路的出現，「個人」與以往的個人已有所不同。其最大的原因在於，以往的個人確實只是一個個體，在這種個人利用的情形下所能牽涉到的個體通常最多也只是家人、摯友。在這種環境下對著作人合法的利益損害有限。



我國著作權法第 51 條規定，可以清楚地看到其要件為：個人或家庭、非營利之目的、合理範圍內、利用圖書館或非公眾使用之機器重製。很明顯的可以發現這種個人的重製利用模式範圍及方式都相當有限，確實可以被認為既不損著作權人之利益又能使個人廣泛的參與文化生活。但是當重製技術躍進的時候，原有的合理使用制度有擴大著作權人損失的情形。在肯定資訊自由與人類智識文化發展的公共利益前提下，對不可或缺的利用行為是否應該出現另一種詮釋，就是認為私人重製的行為只是不必得到著作權人的同意而已，並不表示即可免除著作權人的付費義務。因為著作權人真正的目的並非是徹底的禁絕個人的重製，而只是不甘權益的受損。為了對著作權人所喪失的利益予以適當的填補，著作權法的合理使用逐漸朝「法律授權」的方向發展。美國最高法院 1984 年的 SONY 案是一個具有代表性的說明。

數位化網路科技的出現，讓著作權人個人合理使用時相當有限的利益損失徹底改變，以圖書館的機器重製已成為少數的例外，親朋好友間的共享變得理所當然。親朋好友其他廣大的親朋好友急速連結，「個人」的利用似乎只是想像的存在。在理論上否定這樣的現象是一種違反人性的推論且不切實際。這也可以從這些年來一些網路謠言的流傳，在短短的幾天之內全世界的人都聽到相同的謠言，這在網際網路環境之前是不可能發生的事。當然，合理使用的保衛論者仍然可以搬出傳統的那一套理論，也確實言之成理。但是我們都很清楚，在面對網路科技時，傳統個人合理使用的擴散效應無法有效的控制，在一片撻伐個人合理使用被壓縮的聲音當中，其實我們看到的是更多更自由（無償）的「個人合理使用」。當然會有學者批評那只是一種變態現象、那只是技術控制問題，不足以對抗個人合理使用偉大理論的存在價值。雷席格教授的觀點應該就是如此，當然他並不是侷限在這個主題，它的目的應該只是想不斷的喚醒並維持自由文化的重要性。



尤其是在網路上影音資訊的交換與重製確實佔有非常龐大的量，而影音資訊在網路上的個人重製與散佈確實重創著作權人的權利，尤其眾多的影音著作與文學性與知識性的著作存有重大的差異性。其一次消費性以及消費壽命的短暫性，經過網路連結廣大的「個人合理使用」，著作權人的利益可能所剩無幾。

所以本文認為，在網路社會中就個人合理使用的方式確實有必要加以調整，甚至適度的限縮，調整限縮的重點可以區分不同種類的著作而加以規範。但是有關著作的接觸權，則必須特別審慎給予較大的合理使用空間。另外在網際網路環境中就個人合理使用與著作權人權益的平衡處理上，電子授權系統、權利金機制、機具附加費以及加重網路服務提供者的侵權責任都是可以特別考量的方式。

5.4 網路技術對於散佈權的衝擊

5.4.1 概述

散佈權在美國著作權法規定在 106 條當中，散佈權其實是重製權的補充，但是基於公益的考量，為確保社會大眾的權益，以第一次銷售原則作主要的限制來保障大眾接近資訊的權力，在德國是以權力耗盡原則對散佈權加以限制。也就是指著作物或重製物一旦經著作權人同意而開始交易流通之後，著作權人對於該著作物或重製物，不再享有散佈權，任何人皆可以自行散佈，讓著作的資訊可以自由的在社會中流通。但是在網際網路上的散佈，資訊經過數位傳送後仍存在於傳送的電腦內，並無有形著作的轉讓，因此著作經過數位傳送時應該不能視為散佈。

但在美國 1995 年 NII 白皮書修法建議中，卻明文承認網路上的傳輸也適用散佈權的規範。在實際的案例中如 RIAA 為首的唱片業者，在 DIAMOND、MP3 以及 NAPSTER 等案中，也都將散佈權擴張解釋於網路的傳輸中。

散佈權保護的範圍按散佈權保護之範圍是否以有體物為限，國際上有兩種立法例，美國雖簽署 WCT 及 WPPT 二條約，但有關條約中公開傳播權及對公眾提供權之保護，美國著作權法並未如其國家另創設新權力，而僅是擴張原散佈權之範圍，直接將網路上之散佈行為納入散佈權之規範⁷，所以數位檔案重製物之散佈，並非以有體物為限。

但 WCT 及 WPPT 則將散佈權限縮於有體附著物之著作原件及其重製物，另將數位檔案之無形傳輸創設公開傳播及對公眾提供權。在兩條約有關散佈權之

⁷ 羅明通，著作權法論第五版 I ，542 頁，2004 年 1 月。

agreed statement) 均稱：有關散佈權所稱之著作原件或重製物 (original and copies) 均專指業經附著而以有體物 (tangible object) 流通之重製物。是以在此兩條約體系下，散佈權所稱之散佈係專指有體之物之散佈，至於無形之物，例如數位檔案以網路傳輸方式散佈，則另立公開傳播權 (right of communication to the public) 及向公眾提供權 (the right of making available to the public)，此與美國著作權法將網路傳輸納入其散佈權之體例實有所不同。我國著作權法既另立公開傳輸權，而公開傳輸權內並含有將數位著作之內容在網路上對公眾提供，其體例與 WCT 及 WPPT 相同，解釋上散佈權自應限於有體之物之散佈，至於數位著作內容之無體傳輸，事實上不涉及有體物之所有權之移轉，故歸屬於公開傳輸權之範圍。因之，應用網路向數位圖書公司購買電子書，依我國著作權法，事實上非有體物之散佈，而是涉及重製權及公開傳輸權之問題⁸。



國內學者羅明通教授認為，散佈權本身及其耗盡均應以附著其著作之原件或其重製物為規範之對象。若某些著作重製物已因移轉所有權而耗盡其散佈權，但並不影響其餘未移轉所有權之著作重製物之散佈權，再參照 WCT 及 WPPT 有關散佈權之條文及我國著作權法有關散佈耗盡之規定，本條正確之判讀應仿 WIPO 之立法，解釋為「著作人除本法令有規定外，專有以移轉所有權之方式，散佈其著作原件或重製物之權利。」及「表演人專有以移轉所有權方式，散佈重製其表演於錄音著作之原件或重製物之權利。」明文規定散佈權係以著作原件或重製物之規範之對象，至於散佈權之原件或重製是否有體物一節，亦應仿 WIPO 之體例，應以有體物為限。析言之，數位內容可為散佈權規範之標的，智慧財產局認為硬碟之儲存非屬有體物之重製物顯有誤會⁹。

⁸ 羅明通，同前註，543、544 頁。

⁹ 羅明通，同前註，544 頁。

5.4.2 第一次銷售原則對網路傳輸的適用疑義

第一次銷售原則或稱為權利耗盡理論，意指著作權人對於著作物的散佈權，於第一次出售或以其他原因轉移所有權給他人時，著作權人對於該著作物或其重製物就喪失其權利。該合法重製物的所有人日後即可自行出租、出售或讓與該重製物。因為著作權人在出售其著作物或重製物後，已經獲得合理的經濟報酬，唯有使受讓人可以自由的處分才可以促進經濟文化的發展、保護公共利益維持資訊的流通。

基於網路環境的特性，未經受權的傳輸行為不適用第一次銷售原則。

其理由有三：

1. 由於第一次銷售原則僅適用於著作權人之散佈權，不得作為重製權的抗辯，因此在傳輸過程中 RAM 所為之重製不得免責¹⁰。而網路資訊傳送的方式是將數位資訊以封包方式傳輸，此等資訊勢必會在接收者電腦之硬碟隨機記憶體上重製乙份，但此等短暫的重製過程，依美國現今著作權法及實務的運作來看，此種暫時性的重製已構成著作權法中的重製行為。因此第一次銷售原則並無法適用於網路環境中資訊的傳輸。
2. 數位化傳輸並非是就特定重製物作傳輸，數位化資訊透過網路傳送後接收者實際上所接收到的其實並非原資料，而是屬於一個新的重製物。但依美國著作權法第 109 條第 (A) 項所規定應適用第一銷售原則的情形是對於特定重製物或錄製物而言。既然傳輸端的資料仍保留於原電腦中，所以在網路的資訊傳輸方式下，並無第一次銷售原則的適用。
3. 以第一次銷售原則的基本目的來看，若網路上的傳輸適用第一次銷售原則，

¹⁰ 根據 Apple Computer v. Formula International, 594 F. Supp. 617(C.D.Cal. 1984), 及 Vault Corp. v. Quaid Software, 847 F. 2d 255(5th Cir. 1988)兩岸判決所成立之標準，將電腦程式載入 RAM 中已屬著作權法上之「固著」(fixation)，因而構成對該程式之重製。

將與該原則的目的不符。因為第一次銷售原則的設計本即在於促進著作重製物的移轉與流通，以維持公眾利益，平衡重製物持有人與著作權人間的利益。由於網路傳輸可以快速大量的重製並散佈著作重製物，此種情形並將造成對著作權人不合理的侵害，而使得著作權設置第一次銷售的目的喪失殆盡。所以第一次銷售原則，亦不應適用在網路傳輸系統中。

綜上所述，在網路環境當中並不適用第一次銷售原則，從另一方面來看勢必擴大了著作權人散佈權的範圍，使得著作權人與大眾利益產生失衡，反而使資訊的流動產生重大的阻礙。所以在整個數位網路環境當中，公眾近用資訊對文化進步快速的提升與對著作權人經濟利益的保障，以激勵持續的創作之間確實產生重大的衝突。此時，合理使用的重新界定與新思維仍應扮演著調和的角色。數位網路仍不斷地快速發展當中，目前世界各國所發生的一些重大案例，大多與網路服務提供者有關，在眾多的網路糾紛案例中，點對點的網路傳輸以及搜尋引擎的強大功能，引發了層出不窮的新議題，在可預見的未來仍將會是重大的爭議所在，而此二者的網路角色確實有其重大的公共利益與資訊流通的重要性。以下將從此二者所引發的問題切入作為對合理使用的分析與探討。

5.4.3 點對點網路傳輸技術

1978 年美國國家科學基金會，(National Science Foundation) 初次建立第一個採用 TCP/IP 協定之 Computer Science Network 作為學術單位研究之服務¹¹。網路發展至今資源的配置與分享方式，主要可分為「主從式」(Client / Server Architecture) 與「點對點式網路」(Peer-to-Peer Architecture) 兩種架構。點對點的傳輸把每一台電腦都變成一台伺服器，自 Napster 之後，點對點的資源

¹¹ 見李長樹著，網際網路簡介，<http://140.111.1.192/moecc/tanet/environ/internet.html>，造訪日期：2007/05/01。

分享方式已取代以往的主從架構。

5.4.4 主從式網路的特性

主從式網路架構是一種中央集中式的資源管理配置，提供管理資源的電腦稱為服務端或伺服器端（Server），接受網路服務的電腦稱為用戶端，用戶端透過各種協定與伺服器互動。主從式網路的特性如下：

- (1)伺服器必須具備強大的運算能力。
- (2)由於集中管理所以區域網路作業環境容易保持單純一致。
- (3)可透過嚴格的驗證來管理資料的存取。

網際網路主要提供的服務是資訊交換與分享，此種服務大多採取主從式架構，常見的服務種類有：Web、E-mail、FTP、News 等。



5.4.5 點對點網路傳輸的特性

點對點網路的架構主機本身既是用戶端也可能是伺服器的用戶端，通常指的是分散式架構（Decentralized），由於廉價的運算能力及儲存能力使得點對點的技術進步快速，Napster 的檔案分享為中控式架構，也就是所謂的折衷式的 P2P 架構（如 Napster、Ezpeer 及 Kuro）。Gnutella 則屬於分散式架構，也就是所謂純粹 P2P 架構（如：Grokster、KazaA）¹²。點對點的分散式架構可在兩台以上的電腦之間彼此直接分享資源，使用者可以直接從網際網路上精確的找到指定的檔案，具有相當的簡單性。而每一個使用者可以與其他使用者進行直接連線，與登錄同一個網站的使用者相互間互不認識的情形不同，由於連線對方之所在

¹² 王明禮等，「網際網路發展趨勢特別報導」，科技法學評論，第一卷第一期，9 頁。羅明通，「P2P 資源共享架構之傳輸及重製在著作權法上之評價---兼論折衷式與無階式（NO—TIER）P2P 之技術差異」，月旦法學雜誌，第 94 期，212、216-19 頁，2003 年。

是透明的，可以說點對點分散式架構有其透明性。又由於是直接連線讓使用者之間的溝通有立即性。

當數位化成為新的儲存、展示、散佈的利器後，與以往印刷實體媒介的散佈方式差別甚大，再利用網際網路的傳輸方式對著作權的保護勢必產生重大挑戰，而 P2P 檔案交換軟體案例也不斷衝擊著作權法，也顯示出著作權法必須因應科技的進步並加以不斷地檢視。

5.4.6 折衷式 P2P 架構案例所引發的爭議

1. Napster 案的觀點

A & M Records v. Napster，Napster 讓使用者利用 P2P 傳輸技術傳送錄音著作，讓使用者搜尋其他使用者電腦內的資料目錄，進而直接經由網際網路從其他使用者的個人電腦傳輸下載音樂檔案。美國第九巡迴上訴法院認定 Napster 應負輔助侵權及代理侵權的間接侵權責任，法院認為 Napster 於明知或可得而知使用者之侵權行為時，若未防止其發生則須負起輔助侵權責任，於未致力管理其系統，以避免使用者侵權行為時則須負代理侵權責任。在本案進行中，Napster 提出合理使用的抗辯，為法院所不採。Napster 曾援引 SONY、DIAMOND 等案例中之空間移轉之抗辯，但法院認為 Napster 與該二案最大的不同在於，前二案的著作權檔案使用者仍為原使用者，並未將享有著作權的檔案散佈與社會大眾。但是第九巡迴上訴法院以 SONY 案中對於知悉與否的見解，認為聯邦最高法院並未因設備同時具備有侵權用途與非侵權用途，即可認定製造設備者加以銷售即可知悉侵權行為。因此不能僅因 P2P 傳輸技術可用於侵權行為即認定 Napster 符合知悉的要件，如此將嚴重忽略該傳輸技術的潛在功能，而需將分析的重點置於現在用途與未來非侵權用途之比例加以觀察。

2.In Re Amister Copyright Litigation¹³的認定關鍵

美國第七巡迴上訴法院認為被告所提供的操作說明直接以音樂著作為例教導網路使用者如何線上檔案交換，是一種侵權的邀請，且被告每月向客戶收取費用，足以認為被告必須舉證證明其所提供的檔案交換系統是用於非侵權的用途。但被告既未證明其網路服務曾用於非侵權用途，也無法說明被告如果致力於消除或減少侵權用途時，將負擔不合理的成本，所以被告的行為是一種輔助侵權行為。此種情形與 SONY 案中產品明顯具有非侵權用途不同，所以提供競爭產品者，不會因為使用者可能利用產品進行侵權行為而須負輔助侵權責任。第七巡迴上訴法院並且認為，當一個產品兼有侵權與非侵權用途時，要決定是否有輔助侵權責任必須針對不同用途規模與程度進行分析。在 SONY 案中聯邦最高法院就針對了成本以及效益的比較而認為 SONY 公司無須負輔助侵權責任。此外對於一個被告如何對其使用者作產品介紹、如何獲取營業收入也都是必須考量的重點。當被告進行一個侵權的邀請，尤以會員的每月月費為唯一的收入時，被告就必須強有力的說明其侵權與非侵權用途使用頻率的差異。而且縱使被告已證明產品用以非侵權用途，如果該產品也具有實質侵權用途時，還需要考量被告如果進行消除非侵權用途將會造成本過鉅，才能取得其產品的合理性。所以法院認為被告有能力可以減少侵權的數量發生，但被告卻放任不加以理會，當然應負輔助侵權行為責任。

3.台灣飛行網股份有限公司案

該公司經營 Kuro 網站以收取會員月費的方式，於下載點對點分享應用軟體後，達到連結該公司網站之網頁伺服器及驗證伺服器，通過會員驗證後登入轉址主機，主機便指派一台檔案索引伺服器與會員連線，客戶端之軟體會將會員電腦內 MP3 的音樂檔案，自動設定為分享資料夾上傳自該公司所設置的

¹³ 334 F. 3d 643 (7th Cir. 2003).蔡惠如，「著作權法最新發展趨勢」，科技法學評論，第 2 卷第 1 期，16-17 頁，2005 年 04 月。

集中檔名管理資料庫，讓各連線的其他會員得以輸入演唱者名稱、歌曲名稱等關鍵字句後，自資料庫中搜尋欲下載的音樂格式檔案。各會員電腦間相互建立直接的 TCP/IP 連線，傳輸下載 MP3 音樂檔案¹⁴。台灣台北地方法院於 94 年 9 月 9 日於 92 年度訴字 2146 號判決認定該公司之負責人等三人，涉犯著作權法第 94 條常業犯罪；而會員的行為則屬於著作權法 91 條第 1 項，擅自以重製之方法侵害他人著作財產權罪。Kuro 系統運作方式屬於折衷是 P2P 架構，在此案當中被告不斷的刊登廣告誘使不特定人加入會員，同時鼓勵會員相互間利用 Kuro 軟體大量下載有著作權之音樂著作，被告有能力在技術方面過濾檔案名稱與享有著作權相同的音樂檔案，使會員無法大量下載有著作權的音樂檔案，被告對於其所提供的軟體將造成著作權侵害明顯可以預見而認定被告有罪。本案上訴後由台灣高等法院以 94 高刑羈上字第 5 號進行審理，其後兩造已達成和解。



5.4.7 純粹 P2P 架構案例所引發的爭議

1.KazaA 軟體，在各國有不同之見解

被告 Sharman Networks 公司之 KazaA 軟體係使用 Fast Track 點對點連結檔案分享應用軟體電腦程式，使用者只要安裝 KazaA 軟體，即可無須經由中央管理系統而直接連結其他使用者，並自其他使用者電腦中搜尋並下載所需檔案。原告 Buma/Stemra¹⁵主張被告所散佈之 KazaA 軟體供使用者擅自重製其著作，請求法院禁止 KazaA 軟體之散佈，且被告不得再就該軟體之傳輸收取費用，並應過濾移除涉嫌侵害著作權之檔案資料。荷蘭上訴法院認為 KazaA 軟

¹⁴ 台灣台北地方法院檢察署檢察官 92 年度偵字第 16389、21865 號起訴書之犯罪事實欄、台灣台北地方法院 92 年度訴字第 2146 號刑事判決之事實欄第一項，2~3 頁。

¹⁵ BUMA 協會(the association Vereniging Buma)與 STEMRA 協會(the foundation Stichting Stemra)(以下簡稱 Buma/Stemra)

體有實質上的合法用途，所以認定被告不用為使用者的侵害著作權行為負責。而荷蘭最高法院也維持此項看法，Sharman Networks 於 2005 年被澳洲聯邦法院認定違反澳洲著作權法，原因是被告明知使用者長期以來以 KazaA 軟體使用於有著作權檔案的交換，被告對於使用者並未提出充足的警告與提醒，也未採取任何技術方式減少侵權行為的發生，甚至在網站上以 KazaA 革命為號召，這種行為有授權使用者利用此種方式侵害他人錄音著作的情形。

2.Grokster 案¹⁶訴訟過程中的爭議

被告 Grokster, Ltd., Stream Cast Networks, Inc. 與 Kazaa BV 免費提供使用者得以經由 P2P 傳輸技術交換數位資料之軟體 Fast Track 及 Gnutella，使用者間可直接連結，同時可交換彼此之檔案。本案對提供點對點傳輸的服務業者具有深遠的意義。在聯邦最高法院的判決中，對於實質非侵權用途、保護科技創新發展、未來潛在市場及 SONY 案的相關認定標準是否應予修正等都作了深入的剖析。美國第九巡迴上訴法院認為被告不用負代理侵權責任，其理由如下：

- (1) 系爭軟體具有實質的合法用途，就此部分可以適用 SONY 案的相關見解。
- (2) 本案屬於分散式架構，被告並不知悉使用者的侵權行為。
- (3) 被告沒有提供使用者網站設施等實質幫助。
- (4) 被告無法監督控制並封鎖使用者的接觸。
- (5) 被告無法過濾或搜尋侵權檔案，所以被告不需要負輔助侵權責任亦無須負代理侵權責任。

但是美國聯邦最高法院卻認為，第九巡迴上訴法院於審理此案時所引用有關 SONY 案見解時有錯誤的解讀，進而認定本案被告應對使用者的權行為

¹⁶ 380 F. 3d 1154(9th Cir. 2004).,at p1158.

負責。其主要理由如下：

- (1)被告曾對於使用者所下載電影檔案的播放問題予以指導，故被告明確知悉使用者有侵權行為。
- (2)被告所提供的系爭產品具有鼓勵侵權行為的情形，而使用者因此侵害著作權的規模也甚為龐大，依引誘理論被告應就使用者的侵權行為負責。
- (3)SONY 案中的系爭產品，其明確的實質合法用途可使 SONY 公司不用為他人的非法行為負擔責任。而本案的證據顯示被告所提供之服務的目的，在於促使第三人的侵權並從中獲利。
- (4)本案被告就實質合法用途的證據舉證不足。
- (5)本案所涉及的 MP3 檔案，高達 70%~75% 的內容是他人享有著作權的。
- (6)不能僅因有部分的實質合法性用途而即可免責，因為下載檔案數量的龐大應該要列入考慮。



美國聯邦最高法院 Breyer 大法官針對此案雖提出協同意見書，但其站在維護科技發展的立場提出以下的論點：

- (1)SONY 案中有 9% 是經過授權的錄影行為，其規模數量具有實質重要性，足以建立非侵權用途之 VCR 市場，因此無須負間接侵權責任。
- (2)法院應注意系爭 P2P 軟體之未來市場，P2P 軟體存有目前無法預見的用途。
- (3)Breyer 大法官認為目前並無修正 SONY 案之強烈需求，因為這將阻礙科技的創新，而國會可以在立法上抉擇，他認為於本案判斷時不在於應否適用 SONY 案所揭示的標準，而是要進一步的判斷 SONY 的標準有沒有變動的必要。因為 SONY 案標準的變動會加諸新科技合法性之不確定因素，無法預測改變新科技時的有效性、可行性。限縮 SONY 案標準的適用，對著作權人收益的增加是否超過新科技因此所受的損失；維持 SONY 案的標準，究竟對創作的質與量有什麼影響？

3.台灣眾所矚目的 Ezpeer 案

台灣士林地方法院於 2005 年 6 月 29 日以 92 年度訴字 728 號判決認定全球數碼科技（Ezpeer）的負責人無罪，台灣 IFPI¹⁷等著作權人團體對此一判決結果表達強烈的不滿，認為此一判決的認定與其他歐美國家普遍之實務見解出入甚大。

台灣士林地方法院主要以現行法令並沒有禁止或限定業者不得提供線上檔案交換平台；也沒要求業者需要過濾使用者傳輸的檔案是否合法為主軸。由於本案是屬於刑事案件，因此法院並未深入討論全球數碼科技在提供線上交換軟體與服務時，是否有以非法交換檔案侵害他人著作為號召，或以此為營業訴求。而從刑法角度認為被告對於著作權利被侵害的結果不具保證人的地位而沒有防止發生的義務。



本案檢察官起訴所認定起訴的主要事實理由：

被告所經營之全球數碼公司完成 Ezpeer 電腦程式及相關架設網站伺服器與驗證伺服器提供會員進入前揭伺服器後搜尋 MP3 檔案，並依搜尋結果產出表單目錄，供其連線會員在網路上讓其他連線會員相互間點選公開傳輸或下載程式，並以此向會員收取費用。

本案所使用的點對點連結檔案傳輸技術，並非無集中管理機制之分散式點對點連結檔案傳輸技術（如 KazaA、Gnutella）等分散式檔案分享資源軟體；而係混和式連結檔案點對點的傳輸方式。全球數碼公司的檔名索引伺服器資料庫扮演著整個重製下載過程之關鍵媒介角色，告知各會員何處存在 MP3 格式檔案。會員之電腦間透過全球數碼公司之檔名索引伺服器等電腦主機建立直接

¹⁷ IFPI 的全名為 International Federation of the Phonographic Industry，中華民國 IFPI 基金會於民國 75 年 7 月 1 日成立財團法人國際唱片業交流基金會，此為 IFPI 台灣分會。

TCP/IP 進行音樂檔案傳輸，所以該公司對於違法侵權有明確的協助及促成，且該公司網頁甚至提供最新 MP3 中文下載排行榜、最新電影下載排行。

阿姆斯特丹高等法院之 KazaA 案中之 KazaA 軟體，雖亦為點對點連結檔案傳輸技術，但該軟體並無集中式之伺服器提供檔案索引給使用者利用，KazaA 軟體係由以執行該軟體連線使用者電腦相互間，均充作伺服器端及資料需求端，使用者若需下載資料經由類似搜尋機制取得他執行相同軟體之人檔案目錄再以建立點對點連線傳輸，並無如全球數碼公司架設集中式伺服器運作其間，故兩種科技原理截然不同。而且被告所提供的服務就是以會員間相互下載為主要獲利，與技術中立毫無關連。

全球數碼公司之伺服器本身雖無存放 MP3 檔案，但其角色並非類似搜尋引擎，其原因如下：



- (1)網際網路下對搜尋引擎（如：Yahoo、Google）所提供之服務，不需安裝特定軟體。
- (2)使用搜尋引擎本身不要求資料提供者登錄身份或其他資料，亦不要求查尋者身份或其他資料。
- (3)搜尋引擎的業者極難掌握或監督資料查尋者的行為。
- (4)搜尋引擎不收取任何費用。

此外全球數碼公司的軟體設計讓每下載一首音樂檔案完成欲結束使用時該軟體即會連限制全球數碼公司控管之伺服器，回報該會員下載歌曲之位元大小，以便對公開傳輸 MP3 檔案之會員及下載該檔案之會員雙方進行交互計算以增減 P 點¹⁸。

¹⁸ P 點係會員付費向全球數碼公司所購買，新台幣一元可購買 P 點 1 點，下載檔案 1MB 需扣除一個 P 點。

台灣士林地方法院認定被告無罪，其主要理由如下：

(1)無證據顯示被告於案發時是採集中式（折衷式）的傳輸：

全球數碼公司 P2P 之營運模式依檢察官所提出證據資料，不足以認定該公司所經營之網站平台設有所謂檔案索引伺服器。該公司網頁畫面上僅有最新 MP3 中文排行榜之資訊並非下載排行榜，無從臆測該排行榜之排名係 Ezpeer 之主機系統中存在檔案索引伺服器，依據會員利用 Ezpeer 軟體下載檔案回報之資訊製作下載排行榜。且全球數碼公司所經營之 P2P 網路平台，經鑑定後已認定主機系統內並無檔案伺服器，堪認 Ezpeer 網站於受鑑定當時所採取的檔案搜尋模式為分散式，而公訴人無法證明該公司於起訴前之檔案模式為集中式。

(2)現行法令並無禁止規定：

且該軟體非專供權使用，全球數碼公司設置網路平台供會員使用，縱使有會員利用該設施傳輸下載告訴人享有錄音著作 MP3 之檔案，因而侵害告訴人之重製及公開傳輸權，但在法律上尚無法直接將被告提供設施或未過濾檔案之行為評價為重製、公開傳輸。因為被告所設置的網路平台供會員下載傳輸檔案，並未對著作權法第 91 條、92 條所要保護的著作財產權製造了法規範所不容許的風險。現行法均無任何法律規範禁止限制開發 Ezpeer 軟體或是禁止 Ezpeer 上市給大眾使用。再者 Ezpeer 軟體本身亦非專為侵害他人著作權所設立。此外並無資料證據顯示全球數碼公司提供之 Ezpeer 機制就是以交換未經告訴人授權之音樂檔案為目的。被告設置網路平台之作為及未過濾會員傳輸告訴人享有錄音著作權 MP3 檔案之不作為，若無他人參與並完成重製並公開傳輸無法完成。

(3)92 年新修正之著作權法條款 91 條第二項、第 92 條第 2 項之免責條款，有關五份及三萬元之適用標準，實務上甚有爭議：

有認為應依照每單一著作物均有其獨立之著作權，應依單一個別之著作物為

其計算基準¹⁹，亦有認為不論行為人重製物及公開傳輸著作權之歸屬，應依查獲時行為人或公開傳輸著作之數量總數其總價額計算之²⁰。

(4)被告曾告誡其使用者：

全球數碼所經營之 Ezpeer 網站確實有刊登使用者規範、著作權規範等公告，明訂使用者不得利用 Ezpeer 軟體侵害他人著作財產權。

(5)被告並無認知：

不論 Ezpeer 主機系統內是否有所謂檔名伺服器，亦不論該主機系統是否透過所謂客戶端軟體回報之 Per list 檔可得而知悉會員所搜尋下載之檔案名稱，此等電腦軟、硬體經由使用者操作的作業過程，以民事責任的立場而論或可將電腦軟硬體的認知等同於全球數碼公司的認知，但被告公司負責人為一自然人，實際上不可能全天 24HR 全程監控，也無從把電腦軟硬體的認知等同於該公司負責人的認知。

(6)被告無故意的幫助行為，且非保證人：

全球數碼公司提供會員搜尋檔案的機制，在網站網頁設計最新 MP 排行榜，哈燒友設定等服務、簡化會員搜尋及下載檔案過程，雖對於會員違反著作權法提供助力，但此係所謂中性幫助。該助力行為本身可以是對任何人為之，並非專為法律上之不法而為之，符合中性幫助之行為態樣。全球數碼公司所提供之 Ezpeer 網站或許提高了告訴人著作權被侵害的危險，然此行為尚無法構成保證人地位之危險前行為。依學界通說，多認為危險前行為除必須具備導致結果發生得迫切危險外，尚必須具備違反保護他人法益的規範的義務違反性，目前並無任何法規規範 P2P 業者必須逐一檢視自己營運系統上，是否有具體的著作權侵害行為並加以控制。所以，Ezpeer 網路機制並無任何客觀義務的違反，無從認定乃危險前行為，也無須負保證人地位。縱未設立字串、過濾告訴人享有著作權 MP3 檔案，亦無由構成著作權法上重製及公開傳輸之

¹⁹ 參見臺灣高等法院臺南分院 92 年上易字第 1002 號刑事判決。

²⁰ 參見臺灣高等法院 92 年度少連上易字第 27 號刑事判決。

不純正不作為犯。

(7) 被告無防止發生可能性：

縱認全球數碼公司具有保證人地位，也應檢討其被法規範要求應為的特定活動，或期待的應為行為究竟為何？以及其是否具有防止結果發生的事實可能性。由於告訴人享有著作權之音樂著作甚鉅，如未經告訴人特定告知，實難想像全球數碼公司如何認知告訴人所有享有著作權之 MP3 檔案，進而為設計防堵之相關機制。又以目前技術而言，有檔案特徵值是無法有效過濾某指定歌曲的檔案。對於檔名關鍵字之比對方式是否能有效過濾某指定歌曲的檔案。台灣士林地方法院認為完全比對式的過濾功能在技術上很容易做到，但成效不大。原因在於使用者輸入的查尋名稱或欲過濾的檔案名稱，必須與網路
上檔案的實際名稱完全一致，過濾機制才能生效。而內容比對的過濾技術相當複雜，對於圖片、影像、聲音、大量體積的多媒體檔案其正確率也不一。且內容過濾的盲點，在於下載檔案是明碼，以現行技術而言，全球數碼公司應無防止受損結果發生的可能性。

(8) 被告並無教唆行為：

全球數碼公司雖確實在經營的網站上製作眾多廣告及聳動的言詞，但網站的廣告係針對不特定大眾而為之，不符合教唆的定義。此外違法重製、公開傳輸並無處罰未遂犯之規定，縱若有所教唆究竟哪些會員係因此教唆而誘發犯罪意思亦缺乏證據支持。

5.4.8 小結

綜觀以上的理由，本文認為不論在刑法上或著作權法上皆尚有眾多可議之處。但台灣士林地方法院於面對此案時，站在刑事案件構成要件該當與否的角度對此案進行認定，其審慎的態度值得肯定。該判決之判決文中就著作權法的漏洞以及刑法作為保護利益的手段，也作了適當的評述。並明確表示本案與其他

各國類此案件均係屬民事侵權案件，其認定方法不同，由此因可看出台灣士林地方法院對於全球數碼公司一開始即以不同的角度面對此案的要件進行分析，本文深信此一案件若非刑事構成要件該當與否的判斷的話，台灣士林地方法院應會做出不同結果的判決。

本案因公訴人不服已提起上訴，現正由台灣高等法院於 94 年上訴字 3195 號審理中。全球數碼公司與國際唱片業交流基金會（IFPI）於民國 95 年 6 月 29 日達成和解。

其實從著作權的角度以及國際間案例發展的現況，全球數碼公司是應該負間接侵權責任的，因為系爭產品有無實質的非侵權用途應該不是本案的重點，本案之重點應在於全球數碼公司實際上知悉或可得知悉其公司會員有進行侵權用途，該公司從未有致力於控管過濾檔案的作為，而其對於大眾所做的廣告明顯符合「引誘侵權原則」。而台灣士林地方法院確實過度強調全球數碼公司之 Ezpeer 傳輸服務具有其他非侵權用途，而簡化該公司之不法意圖。

立法院經濟及能源委員會於民國 95 年 4 月 24 日召開會議，審議由謝國梁等 57 位委員所提出的著作權法修正草案，希望能有效遏止網路非法傳輸著作檔案的行為。這項立法主要是針對類似 Kuro 或 Ezpeer 的未經授權進行網路音樂交換分享經營模式，明文將其視為侵害著作權，以刑罰處罰，並由主管機關以行政權介入，使其停業。

關於謝國梁委員的提案幾乎沒有討論即完成審議，委員會原本已經決議不再交黨團繼續協商，準備送院會進行二讀、三讀程序，但由於無黨團結聯盟於 95 年 5 月 5 日立法院第六屆第三會期第 12 次會議中提出異議，最後院會乃依立法院職權行使法第 68 條第 2 項規定決議交黨團進行協商。而經過業者一再遊說，

有立法委員提出著作權補償金制度法案，準備在著作權法增定第 51 條之一，讓經營網路音樂交換服務平台業者，對於音樂或錄音著作的著作財產權人支付補償金後，就視為已經取得授權。至於補償金的收支細節則由主管機關定之。錄音業界堅決反對這項提案，認為不能以補償金的方式剝奪他們在著作權法上既有的權利，著作權專責機關也反對這項立法²¹。

中華民國立法院於 2007 年 6 月 14 日三讀通過著作權法部分條文修正案，針對網路業者利用 P2P 等技術，供網友下載未經合法授權音樂、影音或其他檔案，並向網友收取費用或坐收利益行為明確禁止，違法者除需負擔民事損害賠償外，並有二年以下有期徒刑的刑事責任。

此為我國立法首次採用誘引侵權理論（輔助侵權），進一步定為獨立侵害型態，從而有相關的民刑事責任。P2P、BT、eDonkey 等分享軟體出現後，透過網路快速下載影音著作，已嚴重影響影音著作權人的利益，在立委謝國樑提案下，著作權法修正了第 87 條等相關條文，禁止網站經營者有上述違法行為。

這項修正條文主要是立法規範網路平台業者，不是一般付費下載的消費者，當業者符合提供公眾可公開傳輸或重製著作電腦程式或其他技術，以此技術侵害他人著作財產權且因此享有利益時，將視為侵害著作財產權的行為。若提供軟體或技術者，並非意圖供網友違法侵權利用的目的，例如 Hinet Xuite、myweb、MSN Messenger、Pchome Online 新聞台、拍賣、Skype、Seednet Orb、網上碟、Yahoo！奇摩即時通、知識+、以及部落格、家族、相簿等軟體或技術，原則上，均不屬於修正條文的適用對象。

²¹ 章忠信著作權筆記 <http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php?board=4&act=read&id=161>，最後造訪日 2007/03/21。

網路服務提供者是否具有侵害著作財產權的「意圖」，是主要判斷的因素，是以廣告或其他積極的措施，教唆、誘使、煽惑消費者利用電腦程式或技術侵害著作財產權者為認定標準。網路業者違反上述規定，經法院判決有罪而不停止其違法行為時，主管機關在邀集專家學者及相關業者，認定其具備「侵害情節重大」及「嚴重影響著作財產權人權益者」，可命令網站業者停業或勒令歇業，停止業者的犯罪行為。

5.5 搜尋引擎的著作權爭議

5.5.1 概述

自從 1990 年代初期的第一個網際網路搜尋引擎開始，搜尋引擎隨即與線上最主要的活動—電子郵件，一樣重要，而至今日其重要性已超過電子郵件。在數位網路的環境中，搜尋引擎可以說是最重要的守門人，而搜尋引擎的使用幾乎成為現代人每天進行的活動之一，因此搜尋技術的發展以及其功能的擴大，而引發一連串的衝突並不令人意外。尤其是今日的搜尋引擎幾乎完全屬於商業性質，始得衝突的發生變得更為嚴重與頻繁，而這些衝突與爭論大多都與著作權有關。

搜尋引擎提供者對於資訊的取得扮演極重要的角色，也創造出一個龐大的市場與商機。在這些眾多的爭議中究竟應該以個別法律對個別的問題加以調整、重新定位，還是應該就搜尋引擎制定一套專門而單獨的規範，也有眾多不同的意見。因為過早的立法或政府其他形式的干涉，是具有高度風險。更精確的說，在現今網際網路的生活方式中，人們對於資訊散佈所代表的公共利益，需要更多公開的討論以及共同理解的過程。

5.5.2 搜尋引擎發展的歷史

搜尋引擎起源於 1990 年，一群加拿大蒙特婁麥吉爾大學的學生創造了 ”Archie”，這一套程式下載了 FTP 站內所有檔案的目錄清單，並且創造了一個可供搜尋檔案名資料庫，方便使用者在網際網路上收集 FTP 站內的目錄與檔案資料。當時全球資訊網（WWW）還未出現，Archie 是為了存取散佈在各個匿名 FTP 伺服器中檔案的產物，且只有在檔案所有人同意公開的情況下才能搜尋到，透過像 Email、對話記錄、研討會等得到檔案內容。

一年後，一群明尼蘇達大學的研究人員發佈了名為”Gopher”的界面，供搜尋及重製四處分散的文件，繼之則有 Veronica 和 Juhead 等查詢程式的出現供搜尋排序在 Gopher 索引系統的檔案，並且提供用關鍵字搜尋數千個 Gopher 伺服器中的功能表及清單。)



自從全球資訊網（WWW）於 1991 年 8 月公開被使用起，網際網路的使用使從前學界及業界的研究組織迅速向外擴展。1993 年網路瀏覽器”馬賽克”（Mosaic）出現，它是第一套利用 GUI（Graphical User Interface）²²介面程式，可以簡單讀取網頁上的圖文資料，將圖跟文展現在螢幕上，因而獲得群眾的青睞；而第一個網路搜尋引擎則與馬賽克瀏覽器同時出現。由於專門用於檢索資訊的程式像蜘蛛一樣在網路間爬來爬去，因此，搜尋引擎程式被稱為蜘蛛人

²² GUI 是一種以圖形化為基礎的使用者介面，利用統一的圖形與操作方式，如可移動的視窗、選項與滑鼠游標，作為使用者與作業系統之間的翻譯。GUI 最重要的優勢在於讓不會使用命令行的使用者對作業系統進行指令輸入，不僅可以調整對話框尺寸，還能改變樣式與尺寸。此外，設計得當的圖形畫面得以幫助使用者快速了解與尋找功能，且透過統一的操作方式，讓使用者在學習使用一次後，即可快速熟悉其他程式的操作。GUI 已成為一種使用者與電腦互動的標準，是目前多數主要電腦系統與程式所採用的介面，包括微軟視窗系統、麥金塔系統、Unix 的 Motif，以及 Linux 的桌面程式 GNOME、KDE。

(spider 或 crawler) 程式。世界上第一個 spider 程式，是由麻省理工學院的 Matthew Gray 所發明的”Worldwide Web Wander”，用於追蹤網際網路的發展規模。剛開始它只用來統計互聯網上的服務器數量，後來則發展為”Wandex”，也能夠蒐獲網址 (URL)。同時，其他搜尋引擎出現，其中包括 Aliweb，它相當於 Archie 的 HTTP 版本。ALIWEB 不使用網路搜尋程式，如果網站管理員希望自己的網頁被 ALIWEB 收錄，必須自己提交網頁的簡介索引訊息。

1994 年 4 月 20 日 Web Crawler²³ 正式亮相，它是網際網路上第一個支持搜索文件全部文字的全文搜尋引擎，在它之前，用戶只能透過網址和摘要搜尋，摘要一般來自人工評論或電腦程式自動擷取本文的前 100 個字，因而在幾個月內就大受歡迎。此外，1994 年匹茲堡卡內基大學的一項研究計畫創建了搜尋引擎”Lycos”，它是第一個利用網站連結確定上下文及關連性的搜尋引擎²⁴。此外，Lycos 不只向他的前身具有展示標題及頁序的功能，且提供了網頁片段，並增加了字首媒合及相似字搜尋等特色。然而，Lycos 主要的不同在於它遠勝過其他搜尋引擎的數據量，在 1995 年 1 月時已達到 150 萬筆；在 1996 年 11 月時更達到了 6000 萬筆，遠超過全球資訊網 (WWW) 早期任何其他搜尋引擎之資料數。

到了 1995 年，幾個其他提供不同程度革新的搜尋工具開始出現，包括 Info seek，AltaVista、以及 Exaite。”Info seek”係以現有的技術為基礎；它引進一個搜尋修飾詞的複雜系統，此外，當用戶點擊 Netscape 瀏覽器上的搜索按鈕時，會彈出 Info seek 的搜索服務，Info seek 搜尋引擎因前揭與 Netscape 瀏覽器之戰

²³ See World Wide Web, in WIKIPEDIA, in http://en.wikipedia.org/wiki/world_wide_web，最後造訪日：2006/09/21.

²⁴ Urs Gasser, REGULATING SEARCH ENGINES: TAKING STOCK AND LOOKING AHEAD, Yale Journal of Law and Technology, 2006.

略伙伴關係受到歡迎。而由 DEC 公司 (Digital Equipment Corporation) 發展並且銷售的”AltaVista”，在 1995 年底才登場亮相。 AltaVista 是第一個支持自然語言搜索且被認為是最快的搜尋引擎。此外，AltaVista 也是第一個多語種搜尋引擎，包含了像高級搜尋語法（如 AND、OR、NOT 等）的特徵以及搜索連結到某個網址的網站的能力。” Exaite”係由一群史丹佛學生所創造，這個具國際網路目錄的搜尋引擎也在 1995 年啟動。據報導，它是第一個超越傳統以關鍵字搜尋科技，把網頁分類以調整搜尋結果的搜尋引擎。這些全文索引搜尋引擎和 1994 年底初次登台的雅虎（Yahoo）形成激烈的競爭，並且採行提供網頁內容分級、標題分類名錄等不同的範例。

競爭激烈的搜尋引擎因為使用了不同的技術，產生了不同的搜尋結果—在 1990 年代中其發展出像”Meta Crawler”或”Savvy Search”等搜尋引擎的現象。用戶只需提交一次搜索請求，這一代的搜尋引擎就會轉換處理，提交給所有的網路搜尋引擎，彙整所有查詢結果，然而他們並不能使各種搜尋引擎的語法一致²⁵。另一項革新是個性化搜尋的引進，他的搜尋結果是諸如個人檔案所量身定作。例如”HotBot”，它是在 1996 年發佈的搜尋引擎，聲稱每日可將超過用 Cookie 儲存用戶個人搜尋的喜好。

在 1995 年至 2000 年間，在原來的搜尋引擎被取得整合，或者從市場消失的同時，出現了幾個新的搜尋引擎。到了 2001 年，Google(由 Larry Page 和 Sergey Brin 在 1998 年所創立)已經成為最突出的搜尋引擎之一。它的成功一方面是基於它簡單的用戶界面；另一方面是因為它的網頁排名概念(PageRank)²⁶。搜尋引擎的基礎的技術 -- 網頁爬行、索引、搜尋 -- 已經變得更加先進並且有效

²⁵同前註。

²⁶ PageRank：將各個網頁用客觀、機械的方式，有效率的依其受歡迎的程度將其分級的方法。2000 年起，幾個其他搜尋引擎開始出現，在他們當中，雅虎搜尋，MSN 搜尋，以及 A9(以 Google 為基礎)

率。近來，搜尋引擎正使用像 XML 或者 RSS 那樣的新程式，且越來越廣泛的被像 weblogs 和新聞網站自動提供，更有效率的索引資料而不需要大量的爬行網頁。最新另一個搜尋引擎技術的革新是包含了位址代碼的功能，使搜尋引擎可以搜尋如街道位址，鄰近交通等地理位置。

技術上的改進伴隨著搜尋引擎的索引容量的激增。舉例而言，在1999結束前，主要的搜尋引擎索引已多達2億份資料。2000年6月，Google 設立了多達5億索引頁的新程式。據報導，2002年最大的搜尋引擎索引多達30億頁，到了2003年索引則多達40億頁(以及其他文件形式)。2004年，MSN索引50億筆資料，在2004 11月，Google增加它的資料庫索引達80億筆資料²⁷。2005年中，雅虎搜尋索引提供查詢200億筆資料的途徑，包括192億份網路文件，16億幅圖像，和超過5000 萬個聲音和影像檔。新的資訊內容包括以如家庭錄影的線上資訊以及如書本的離線資訊兩種形式，這些資料為了供線上搜尋和接近使用都將數位化。



從早期的網路搜尋開始，搜尋引擎不僅提供搜尋服務，並且或多或少的做起廣告生意。事實上，廣告是許多搜尋引擎的主要收入來源 --包括 Google、雅虎、AskJeeves 和 LookSmart。廣告在搜尋引擎上下文中可能採取不同的形式。一方面，像是展示廣告、贊助商等傳統類型的廣告以及列表或分類廣告都被搜尋引擎提供者所複製。另一方面，特定廣告產品的搜尋開始出現。這兩種最重要的搜尋特定廣告的類型都是付費與檢索資料連結。或者，廣告主會付費給搜尋引擎提供者使廣告主的網頁加入搜尋索引。就搜尋引擎而論，廣告目前的趨勢包括像 yahoo.com 的入口廣告、"基於請求的付費版面"(是一種販售喜好連結或將廣告與特定搜尋條件連結。)，以及"關鍵字行銷廣告"(是當使用者在搜尋引擎輸入的主題與廣告主購買的關鍵字相關時，搜尋結果的網頁會優先顯示廣告

²⁷ Danny Sullivan, Search Engine Sizes, SEARCH ENGINE WATCH, Jan. 28, 2005, <http://searchenginewatch.com/reports/article.php/2156481>，最後造訪日:2007/6/5。

主所購買的網站的服務)。Google 的”AdSense”計畫是這個最新型態的廣告首要的例子。Google 從廣告得到它大部分的收入，2006 年公開的收益就有 6,379,890,000 美元²⁸。

5.5.3 搜尋引擎的爭議案例

在 2000 年以前關於搜尋引擎和網路搜尋案件數量非常有限，而當網際網路開始發展至今搜尋引擎的重要性已被全世界所認同，美國法院也肯認搜尋引擎的特殊角色，因為對於網路上資訊的提供者而言這些搜尋引擎發現資訊的能力是非常重要的。1997 年美國公民自由聯盟 *ACLU v. Janet Reno* 一案，是第一個明確討論網路搜尋引擎的功能性極重要性案件²⁹。

1. 商標侵害

有關搜尋引擎爭議案件的初期大多與商標有關，其主要的兩種爭議類型，一種是以搜尋引擎獲利的網站提供者不當利用搜尋引擎所產生的爭議；另外一種則是網站提供者與搜尋引擎經營者之間所產生的衝突。

在上述第一種類型的爭議與網頁提供者使用的 Meta-Tags³⁰有關，這涉及到搜尋結果排序先後的問題。當一個商業廣告的網頁，在搜尋引擎排名名列前茅經常會導致該網頁廣告商品的熱賣，隨之引發 Page Jacking 的訴訟案件。Page Jacking 是指有些網站經營者以不良的動機在自己的網頁中插入和自己及網站內容不相關的知名商標作為 Meta-Tags，使用戶誤解打開該網頁，使得

²⁸ Google Income Statement, http://investor.google.com/fin_data.html，最後造訪日:2007/6/5。

²⁹ 同前註 24。

³⁰ Meta-Tags 是一種 HTML 語法，它主要是存放網頁的相關資訊，但是一般網路使用者無法從瀏覽器上看到這些資訊，搜尋引擎會檢視這些 Meta-Tags，其內容包括：網頁名稱、網頁描述、關鍵字。搜尋引擎把這些 Meta-Tags 當作是排序先後的參考。

網站的訪問量大增獲取更多的廣告收入。或是插入競爭對手的商標名稱作為自己的 Meta-Tags，將競爭對手的潛在客戶加以侵奪。第二種類型的爭議，以花花公司股份有限公司控告 Netscape 通訊公司的案件，是當使用者在搜尋引擎鍵入 Play Boy 進行檢索時，除了會顯示搜索結果外往往伴隨出現及競爭對手的橫幅廣告 (Eanner Ads)，法院認為原告不能證明被告有直接使用原告商標的行為，也不能證明有造成消費者誤認的可能性，因此認為被告 Netscape 使用原告商標 Play Boy 作為檢索，受到美國第一增修條文：對言論自由的保護並且屬於合理使用的範圍³¹。

2. 著作權侵害

另一個重要的案例，則是本文第四章所介紹的 Kelly 控告 Arriba 軟體公司的案件，其案件直接涉及著作權的侵害與否。被告 Arriba 公司經營圖形搜尋引擎，當使用者鍵入所欲搜尋之字串經檢索後，搜尋引擎就會將符合搜尋字串的圖檔以縮圖 (thumbnail) 方式呈現。使用者若欲觀看搜尋結果中的特定圖檔，只要在縮圖上點選，該縮圖就會完整的顯現在使用者的電腦銀幕上，並顯現該圖檔所在的位址 (URL) 供使用者點選。原告為一位攝影家，他主張被告搜尋引擎建構的資料庫其中有 35 筆是原告所拍攝並置於其個人網站上的照片，因而指控被告侵害其著作權以及違反美國在 1998 年訂定「數位千禧年著作權法案」(DMCA) 第 1202 條有關著作權管理資訊的規定。

法院最後認為傳統的合理使用在面對新的科技與新的服務內容時，仍然可以適用，被告資料庫之目的在於提供網路使用人尋找網路圖形資料一個更佳的選擇，雖然其提供的新利用方式或是新技術與應有的檢討仍有瑕疵，但被告的利用符合合理使用而不違法。Kelly 一案在後續引發一連串的爭議與批

³¹ Playboy Enterprises, Inc., 55F. Supp. 2d 1070。

評，簡單的來說Kelly案代表著網際網路新技術對現有法治的一項挑戰。

在2000年後對網站經營者所提起與著作權有關的訴訟顯著的增加，其中Perfect 10控告Google一案以及Field v. Google一案頗具代表性。

於2000年之後搜尋引擎所引發的著作權爭議外，尚有其他的衝突類型諸如：搜尋引擎將他人網站資料庫之內容複製於自己網站供人搜尋或自己使用；以及搜尋引擎控制或偽造網頁排名等。

目前正在美國紐約地方法院訴訟的Google Print一案，已成為與著作權有關而最具代表性的案件。本文認為此案所涉及的相關法律見解與爭辯將會是自Sony案發展至今某種程度上的一個總結。對於著作權人保護的程度、資訊自由、公共利益、著作權保護目的、潛在市場等都將有一番激烈的爭辯。本文以下的論述除將幾個典型的案例作介紹外，並將以此案作為網際網路下合理使用省思的主要討論案例。

5.6 著作權在數位網路情形下所衍生的新議題

5.6.1 概述

從整個著作權的發展演變過程可以發現，隨著科技進步的發展必須不斷地調整，我們必須承認著作權數位化之後藉由網際網路的傳輸，確實是對於著作權人保護的一大挑戰，又隨著媒介及科技提供者逐漸形成的龐大勢力，皆使得世界各國對著作權的保護感到恐慌。我們必須承認數位網路發展至今在面對如何平衡著作權人與社會大眾的利益這個課題上，全世界都還在摸索，且並未形成完整具體的結論。而媒介科技提供者在網路環境中經常扮演社會大眾利益的角色，因此現今著作權最大的課題就是如何平衡各者之間的利益。

5.6.2 著作權人與社會大眾利益

保護著作權的目的在於給予著作權人合理的利益持續激發創作誘因，提升文化的发展與進步，但是每一個創作都需要文化不斷進步累積的助力，也唯有社會大眾有相當的空間可以無償的利用現存的著作，才能不斷持續激發出新的創作，以達到著作權最終的目的。目前世界各國對於著作權保護的目的，看法幾乎一致。但從著作權創設以來，權利的範圍似乎持續的擴大，也因此讓人感受社會大眾在著作權權利範圍擴大之下權利因此限縮。因而也產生了眾多的爭議：就著作權的權利範圍而言，美國 DMCA 千禧年著作權法的頒佈，其中反規避條款對使用者的限制，被認為是創設了著作權人另一種新的權利---就是接觸權，甚至是閱覽權。再由著作權發展的歷史來看，著作權的保護從強調複製權轉為散佈權；又因廣播、電視衛星的發明而有公開播送權；因電視、電影、錄影帶 VCD、DVD 之發明而有公開演出權；而今日網際網路傳輸的出現而有了公開傳輸權。由此看來似乎科技不斷的發展都帶給著作權人新的權利，也為著作權人帶來原本創作時未曾預期到的利益。每一個新著作權能的產生似乎意謂著對於社會大眾一項新的限制，這些賦予著作權人新的權能究竟是否仍屬於合理的鼓勵創作誘因，而社會大眾所受到的限制是否意謂著對激發創作的負面效應。所以史丹佛大學著名教授雷席格（Lawrence Lessig）在自由文化一書裡（Free Culture）認為，DMCA 反規避條款的頒佈是用程式碼來加以管制，他因此說著作權法的未來不是著作權法而是著作權碼³²。

就著作的利用而言，合理使用判斷的標準應如何演繹，近年來國際社會間有關著作權重大爭議案例幾乎都與網際網路服務提供者有關，其間最主要的爭議圍繞在重製與公開傳輸兩議題上。早期合理使用判斷的四項標準似乎已捉襟見肘，潛在市場的判斷依據始終模糊不清；市場價值的替代效果亦無定論，轉化程

³² 王敏銓，科法評論第二卷第二期，222 頁，2005 年 10 月。

度的定義亦顯爭議，始終形成著作權人與社會大眾利益的不平。更對社會大眾所保障的言論自由與學術言論自由產生扞格。而著作權人利用科技保護措施的制度，也確實明顯壓縮個人的合理使用空間，也引發侵權責任的擴大，任何個別的電腦使用者在網際網路的使用中也有隨時發生侵權的可能。因此引發一些悲觀的說法---那就是合理使用的時代已結束，將由付費的時代所取代。當然本文認為悲觀是不需要的，但是確實值得我們以新的思維重塑合理使用的時代意義。

5.6.3 著作權人與媒介間的關係

著作權人始終藉由媒介散佈市場交易，但是媒介經由科技的發展所作的演變，似乎也形成二者之間對立的緊張關係，但是從樂觀的角度來看每一次的衝突爭議之後都開拓出著作權新的市場與局面，更形成新的商業模式，此從美國的 SONY 案之後最是明顯。再從 Napster 案之後也可以看到此種情形。但是不容否認的，國際間的強勢著作權人通常是一些跨國企業以及大型著作權人團體，為追求利潤的最大化，揮舞著保護智慧財產權的旗幟，大力促使立法機關及司法機關擴大其著作權保護的範圍，欲求壟斷在新興科技媒介上的所有利益，而一再地與媒介之間發生訴訟。雷席格教授在自由文化一書中闡述「迪士尼創意」，便批評現在的文化已經從「自由文化」向「允許文化」轉變，而其原因就是因為像迪士尼這樣的恐龍推動法律的改變，他認為迪士尼曾是法律不完全管制創意時的受益者，由於法律充分創意空間使迪士尼得以鞏固成長，而在迪士尼成長為恐龍之後，反過來指控其他創造者為海盜，而意圖以法律封閉他人發揮「迪士尼創意」的空間，如果要以現今娛樂產業所推動的海盜標準，雷席格教授諷刺的說，現今這些娛樂產業不論是電影業、唱片業、廣播、有線電視，

每一個都是過去海盜行為的受益者³³。

有關著作權人與媒介業者之利益爭奪可分為三大階段：

第一次為美國安妮法案由著作權人取得著作權之保護，印刷業者無法再獨占著作所生之經濟利益。第二次為 Sony v. Universal City Studio 案，錄音機業者因媒介中立原則之肯定獲得空前勝利，得以充分發展科技不受著作權之限制。第三次為網際網路，面臨科技之快速發展，網際網路之著作權戰爭目前仍持續進行中，相關爭議也隨之而生。

就權利歸屬而言，網際網路的新興媒介確實帶來一個全新的著作市場，它所代表的利益絕對是空前的，因為著作的散佈沒有任何時間、空間的限制。而著作散佈時重製的成本極低、重製的效果極佳，著作權人如能控制新的媒介交易，自將帶來極大的利益。而網際網路媒介在著作的交易上的另一項意義是，著作權人與消費者之間，可以無遠弗屆的直接進行交易，並且透過國際金融中成熟的信用卡付費機制，快速而有效率的獲得金錢利益。所以五大音樂公司拒絕 MP3 的音樂格式及 P2P 傳輸技術，將電子化之著作歸於著作權人，減少社會大眾以更有效的接觸著作之機會，是否會增加交易成本而不具經濟效益。所以如何妥適界定新興權利的歸屬也變成最重要的課題。

就網路媒介對著作之利用而言，在網際網路當中資料的搜尋可以說是一個最重要的利用方式。由於媒介科技的不斷發展，讓搜尋引擎發展出龐大的功能，也因此引發一連串有關著作利用的爭議問題。如 Kelly v. Arriba 案，攝影著作權人對於圖形搜尋引擎產生質疑。又 Field v. Google、Perfect 10 v. Google 案，著作權人挑戰搜尋引擎所提供之頁庫存檔鏈結、縮圖之功能。另「Google 圖書數位化計畫」(the Google Print project) 之「數位化圖書館建置計畫」(the Print

³³ 同前註，219 頁。

Library Project) 被 Authors Guild 等 5 家出版商起訴主張掃瞄全文行為侵害著作權。另我國國家圖書館進行之「國家典藏數位化計畫」子計畫「遠距圖書服務系統」亦因著作權公開傳輸之疑義而調整文獻線上使用方式³⁴。因此我們必須思考搜尋引擎、超鏈結、圖書典藏計畫，甚至目前美國的 Google Print Program 案是否都代表著社會大眾的利益，著作權人對此進行侵權的主張是否皆導致社會大眾合理使用空間的壓縮。究竟應該以什麼標準來界定何者對著作權的保護終極目標最能產生實益，本文認為唯有強化合理使用的判斷機制，從網路科技的特性立場出發，對著作權人的激勵程度予以合理界定，才能調和著作權人與媒介科技及社會大眾之共同利益。

5.6.4 合理使用---網際網路時代著作權爭議的調和關鍵

在人類社會當中，從古至今就有不斷的紛爭，在處理各式各樣的紛爭裡，人們發展出正義的概念。正義是人們琢磨出來的體會，而不是天上掉下來的賞賜或先聖先哲的開釋。芝加哥大學政治系教授艾史德（Jon Elster）在他所寫的美國的地域性正義（Local Justice in America）一書中提到兩點結論：正義的理念不是超然獨立於現實之外，而是被各種現實條件所形塑而成，另一方面各個環境地域有各自解讀和取捨正義的方式，因此只有地域性的正義沒有舉世皆然的正義³⁵。

³⁴「遠距圖書服務系統」自 87 年試行推出以來，結合本館文獻資源、書目索引的專長與數位影像技術，利用網際網路推展此系統，使民眾無論身在何處，都能簡易地獲取所需的各式期刊或政府文獻。92 年 7 月間修訂公布的「著作權法」明定，著作人除享有原先著作權法中規定的著作財產權、著作人格權之外，並參考世界智慧財產權組織（World Intellectual Property Organization;WIPO）著作權條約，而增訂「公開傳輸權」，使著作人享有網路上傳播著作的專屬權利。因此，國家圖書館重新調整文獻傳遞服務方式。林淑芬，電子通訊 2004 年 10 月 第三卷第十期，at http://www.ndap.org.tw/1_newsletter/content.php?uid=1118 (造訪日期：2007/5/3)。

³⁵ 熊秉元，漫步法律，126 頁，民國 92 年 8 月。

在每一個人類社會中都會創設一些規則，作為共同生活互相往來時的行為標準，人們期望利用這些規則來實踐人們所認定的正義概念，但隨著生活條件科技經濟發展的變遷，人們對於正義的概念確實隨著時間、地域而有不同的內涵。因此人們因地制宜、與時俱進的制訂各種不同的法律，為模糊不清的行為模式提供認定行為的典範。早從一開始著作權就是科技孕育而生的，在印刷術產生之前，根本就不需要有著作權的制度。但當活字印刷術將文學普及自社會各階層之後以及當王宮貴族被眾多的消費大眾所取代時，就需要一套法律制度。將消費大眾與作者以及出版者之間的商業關係加以規範，著作權制度即應運而生。這幾個世紀以來，相片、唱片、電影、錄放影機、光碟、電腦、網路等出現，大幅擴展了著作物內容，透過複製所提供的娛樂以及資訊相關領域的市場，並且也增加著作權制度規範此類市場的功能。



從印刷術的發明與數位點唱機的出現，每當著作權碰上了新科技，立法者都要面對一項全新的抉擇，究竟是否應當擴張著作權之範圍，使作者及出版商能夠因此獲取作品在市場上全部的價值；或者是因該維持著作權得現有範圍使人們能夠享有這些作品的拷貝。到底著作權的目的是不是僅在保護作者的權利，而使得作者可以要求市場中所有使用其拷貝的消費者都必需支付使用費；或者著作權的目的在保護作品的利用人，也就是除非作者或出版商能夠證明他們創作出版的動力需要靠收取費用來維繫，要不然利用人即可免費地使用作品的拷貝。

美國國會在面對一項新的科技發明時，經常將之視為在著作權的權利水杯中，注入其他新實力的好時機，但有時也在拒絕將一項新科技所衍生的市場，納入著作權法的保護範圍之內。著作權之所以呈現今天的面貌是有其歷史淵源的，主張將著作權保護加以擴大的人，主要的理由不外如下：作者辛苦耕耘的結果不能容許後來者坐享成果，否則將極不公平。但是認為應該限縮保護程度

的人則認為，既然著作權法保護的目的是在使作者獲得合理的經濟回饋，那麼任何過多的權利都是讓作者獲得過多的不當利益。

印刷術的確引發著作權與科技的第一次戰爭，也使得著作權保護的對象由印刷業者轉移至著作人本身，重製、複製成為著作權關注的焦點。而合理使用制度於此階段尚未出現。

著作權的保護應否擴及至新興科技的著作模式，一直是長期爭議的核心。就影印機上市來說，大幅改善複製技術，進而影響著作權人的經濟收益，著作權人進而挑戰圖書館大量影印著作之合法性與正當性。以 Williams & Co. v. United States 案³⁶為代表，美國法院面臨重大政策選擇之困境，嗣法院以合理使用維護科學與醫學之發展，偏向公共利益之保障。



於 Sony v. Universal City Studio 案確立著作權與科技戰爭之里程碑。Sony 案距今二十多年，在這二十幾年間電腦網路崛起並且興盛，美國聯邦最高法院在 Sony 案中為合理使用理論奠定了深具意義的基礎。在這二十幾年中幾乎所有著作權與新興科技爭議的案件中無不以 Sony 案所確立的合理使用思維作為核心價值的判斷。Sony 案所確立的基本原則：非商業目的之使用有利於合理使用的認定；科技發展媒介的中立原則，認為媒介、科技具有實質非侵權用途者，該媒介之提供者無需為使用者侵權活動負間接侵權責任。但畢竟也明顯發現到 Sony 案所確立的合理使用判斷思維，並無法在之後的二十幾年間，合理化一波一波科技發展對著作權所帶來的衝擊。直到 Campbell 案之後以轉化取代商業性質作為合理使用判斷的另一核心要素。

³⁶ 172 U.S.P.Q. 670(Ct.Cl., 1972), rev'd 487 F.2d 1345(Ct.Cl., 1973), aff'd 420 U.S. 376(1975).

美國聯邦最高法院在審理 *Campbell v. A cuff-Rose Music, Inc.* 案時及直接引用了 Leval 法官所為之「轉化」理論，並據以修正自 *Sony* 案以來，各級法院以「商業性質」作為合理使用第一事實要素為唯一標準的誤解，改以轉化 (transformative) 為判斷核心，而視使用行為對於被利用著作是否注入新意，具有嶄新或不同之特性，改變原作品而有全新的表達 (expression)、意義 (meaning) 或訊息 (message)，來判斷合理使用之成立與否。

聯邦最高法院在該案中表示，於分析合理使用之第一事實要素的“中心目的”，係決定「該新著作是否僅為取代其所利用之原著作，或為進一步之目的或不同之特色而增添了新的東西，或以新的表達，新的意涵，或訊息改造了原著作。亦即，”該新著作是否經過轉化，且轉化至何種程度”³⁷」，其進一步宣示：「雖然”轉化”之要素並非成立合理使用之當然要件」；然而「新著作”轉化”之程度越高，則其他要件之重要性就越低，例如可能不利於成立合理使用之商業性質」。從 *Campbell* 一案之判決顯示，美國聯邦最高法院在著作權法第 107 條下又增加了一項轉化之要素，主要係因為具有轉化之性質的著作更能推動科學與藝術的進步，當然較易於成立合理使用之抗辯。

電腦科技與網際網路問世至今引發出更多著作權的爭議，諸如連結技術與方式、電子資料庫、公開傳輸、MP3 網路音樂之傳輸技術、個別使用者自行重製 MP3 音樂檔案、搜尋引擎、庫存頁面、圖片搜尋等等案例層出不窮，都突顯出合理使用在數位網路環境下，對調和著作權、科技發展、資訊流通、公共利益等相互衝突的關鍵地位。現今電腦數位資訊以及網路技術與著作權利用之關係

³⁷ “The central purpose of the investigation is to see, in Judge Story’s words, whether the new work merely ‘supersedes the object’ of the original creation, or instead adds something new, with a further purpose or different character, altering the first with new expression, meaning, or message; it asks, in other words, whether and to what extent the new work is transformative.” See *Campbell*, 510 U.S. 569,579.

可分為下列三大類：

- 1.個別使用者，電腦網路科技對於資訊、著作的上傳下載、重製。
- 2.媒介科技提供者，以著作利用人的角色直接利用著作並進而依此作為其產品或服務的提供，如：Google 所推出之數位化圖書館建置計畫 (The Print Library Project)、我國國家圖書館所推出之「遠距圖書服務系統」、MP3 音樂網路服務、影像縮圖搜尋、頁庫存檔鏈結功能等。
- 3.科技媒介提供者僅提供科技或技術平台供使用者利用，讓使用者藉以在網路中利用著作。

在此三大類的著作利用中引發出許多重大著名的案例，在各個案例當中的爭議核心幾乎都在合理使用的詮釋，也確實賦予合理使用新的時代意義。

在 RIAA Diamond Multimedia Systems 案中，法院認定使用者將自身電腦中的檔案，以數位格式轉製相容性之音樂播放設備符合 Sony 案中有關時間移轉的概念，是屬於一種空間的移轉，且屬於個人非商業性的使用，是屬於合理使用。



在 RIAA v. MP3.com 案中，法院認定被告侵害著作的主要論點是，被告之服務是屬於商業性質，而此服務僅單純的利用新的媒介作為傳輸，不認為此種傳輸服務具有轉化的性質而否定被告合理使用的主張。

又如 Kelly v. Arriba Soft Corp. 案中，被告對於著作的使用是否具有實質的轉化成為全案的關鍵，也是合理使用與否認定標準的核心，此案對於網路服務提供者尤其是搜尋引擎的技術、合法性以及未來經營模式具有深遠的影響。似乎具搜尋引擎領導地位之一的 Google 公司也對 Kelly 此案中合理使用所發展出的新視野深具信心，而在後續一連串經營計畫中試圖以此更進一步大膽嘗試，謀求確立數位網路環境中合理使用的更大空間。

Kelly 案中，在美國的實務以及學界以及後續案件的判斷，似乎具有與 Sony 案相同的指標性意義，而其所產生的爭議亦尚未告一段落。但本文對 Kelly 案的結果認定深表贊同，並期待此案日後可以繼續發揚。在此一案件中就合理使用的判斷深具意義的論點說明如下：

1. 商業使用與否並不因此當然即可推定為合理使用與否，而商業性如果是屬附帶性的，則與傳統合理使用之拒絕有所不同。被告對於著作在網路上的使用、與原著作的功能並不相同，原著作是以美感吸引使用者，而被告利用該著作只是一種搜尋的工具。
2. 著作展示的目的也不相同，可大幅增加大眾的利益，此種利益在於大眾在網路上方便的蒐集資料。原告的利益縱使受損，但是只有輕微的損失。
3. 本案在判斷合理使用時以轉化與否作為核心，法院認為當被告利用原著作時，若其轉化的程度越高其他合理使用的判斷就變的較不重要。將圖片作為一種搜索的目的是一種具體的轉化，此種轉化使原著作產生新的意義及創造力，就如同照片放在報紙上轉化為新聞一樣，而著作權的目的就是促進創造力以及增加大眾的利益。在這種明確發生轉化的前提下，被告雖是整張圖片之複製，但並未超過必要之範圍，所以種轉化對於原著作市場的負面衝擊是輕微的。

以上的看法，當然也引來著作權得保衛者的嚴厲批評，雖然這些批評都是負面的，但其對於賦予合理使用新的意義是有實質正面價值的。綜觀美國學界對於 Kelly 案的負面批評，大要內容如下：

1. 認為此案刻意的將合理使用在網路上擴大其應用範圍，認為是一種不當。因為著作權本來就是控制各種使用方式的機制，而著作權的保護本來就必須隨時加以調整，適應新的環境變遷以及科技創新所帶來的侵害。
2. 縱使被告將著作使用在不同的目的上，但是這並不等同於轉化，新的功能也不是屬於一種轉化。因為轉化是要對原著作添加新的美感、表達、意義、理解等價值。

3. 被告只是將原告的著作與他人的著作包裝在一起，目的也在於引誘網路使用者到其網站，被告的行為不論是否有其他功能，都使得原告的著作物被過度曝光、使用，明顯降低原著作之獨特性，而獨特性是對造訪者的一大吸引。
4. 法院在此案當中就轉化意義所作的擴大，將使得搜尋引擎在網路中攫取了不對稱的市場控制權，也造成著作權在網路上的重大災難³⁸。

再仔細檢視 Field v. Google 乙案

法院認定 Google 之「頁庫存檔鏈結」功能於搜尋檢索過程中扮演被動消極的角色，原告對於原著作的重製與散佈有漠視的授權，而 Google 雖有商業營利的意圖，但是其他的服務提供使用者接觸原告著作的機會具有轉化的功能，沒有影響原著作潛在市場的利益，而且原告的使用模式與業界慣例符合，是一種善意的，所以法院認定是符合合理使用的。此案對於搜尋引擎以及其他網路服務提供者具有相當的鼓舞作用。



在 Field 一案中，法院深入的分析原告著作被利用的過程，尤其是原告本身的行为：

法院認為原告知悉可以使用拒絕機制但卻未加以拒絕，所以有漠視的授權。原告讓被告的 Cache 存取在其網路上刊載的著作，卻保持沈默未做任何拒絕之聲明，讓被告無法知悉原告的意願有禁反言的適用；而且原告的沈默與不作為是對被告給予幫助與引誘，也有禁反言的適用³⁹。

此外法院對於合理使用與否，也作出明確的分析，認為：被告利用 Cache 重

³⁸ Sara Ayazi., 367 SEARCH ENGINES SCORE ANOTHER PERFECT 10:THE CONTINUED MISUSE OF COPYRIGHTED IMAGES ON THE INTERNET., North Carolina Journal of Law & Technology Spring 2006.

³⁹ 同前註。

製散佈原告在網路上的著作，提供了不同的以及社會性的重要目的並非單純的取代原著作，是一種轉化。沒有證據證明被告的這種使用會減少原告原著作的利益，也不能證明這種使用對原告的原著作的潛在市場的影響，尤其是對於潛在市場的影響，在判斷時應僅就「著作物的著作人和一般人會去發展或授權他人發展的市場，否則將過度擴大了潛在市場的定義」。被告是將原告的著作物用在一個著作人原本就不太可能發展的市場。

搜尋引擎讓網路使用者可以在大量的資訊中過濾出特定的資訊，提供使用者特殊的意義，而網路上數以萬計的資訊，被告不可能以人工方式建立目錄，必須用自動化之程式不斷在網路中搜尋，加以蒐集分析可以使用的網頁。全世界的三大搜尋網，都用相同的方式整理網路上的網頁，是符合現今社會的使用慣例。網路使用者與學術界也都認為這種功能具有高度的正面價值，這種檔案功能對於希望將不同時間網頁內容作比較的人來說具有非常重大的意義，更可以使網路使用者快速的確認所欲查尋的目標。而被告不可能親自逐一的與各網路擁有者探詢是否同意，而網路工業也已建立一種被廣泛認可的工業標準協定，網頁擁有者可以利用這種協定與其所偏好之網路搜尋者自動聯繫。原告有很多方法拒絕搜尋網頁將其納入其中。

法院對於此案的判斷，也特別引用 Kelly 案的一些論點：認為原告與被告對於著作的使用目的不同，使原著作物展現的功能不同，是一種轉化。在兩案當中的原告都是在網站上免費展示其著作，其目的就是希望盡可能的供給廣大的使用者。由於使用目的與功能的轉化，縱使是一種完全的複製，究其欲達成的目的與功能而言，被告所使用的量並沒有超過必要的程度。

在此案當中法院特別論述到善意 (good faith)，認為被告對於原告著作物的利用整體而言是符合善意的，其主要的理由如下：

- 1.只要網頁擁有者不同意 Cache 連結，被告就不會提供 Cache。

2. 被告信賴工業標準。
3. 被告在其網站上提供完整的說明用以移除 Cache。
4. 被告的 Cache 說明可以讓網路使用者清楚的瞭解, Cache 的頁面並非原始網頁。

在 Kelly 案之後 The Perfect 10 v. Google 案, Google 搜尋引擎所提供之圖片鏈結, 並未違反著作權法。而有關縮圖搜尋結果部分, 雖然也有轉化的情形, 但被告的縮圖有取代原告影像於手機螢幕、圖片市場的效果, 而遭法院否認是一種合理使用。在本案當中被告的廣告收入以及轉化性質似乎已非考量的重點, 被告利用著作的行為, 對於原告著作潛在市場的影響是法院特別關注的重心。而在本案的潛在市場具有著作利用新興科技、發展市場獲得經濟利益的情形, 因此有關市場替代效果以及潛在市場的認定及合理使用的判斷, 似乎成為新一波的迷思。從 Kelly、Field 及此案, 法院的分析重點可以想見目前美國法院審理當中的 Google Print Program (數位化圖書館建置計畫) 以及我國國家圖書館所推出的「遠距圖書服務系統」, 在測試數位網路時代合理使用底線時, 仍將引發一番重大的爭論。

5.6.5 小結

綜觀以上點對點的傳輸服務以及搜尋引擎等網路服務提供者所引發的相關案例；再看國際間相繼因應的修法，都顯示出著作權法修正始終配合科技發展不斷同時並進的痕跡。由於著作權法具有不容爭議的公益性質及文化發展的終極目的，所以著作權法中有關著作權人的保護對著作權人的激勵，以及合理使用的制度，都應該以達成著作權最終目的為依歸。在不同的時空條件下，妥適融合個人私益及社會公益才能符合正當性。

5.7 合理使用制度的再思考

5.7.1 概述

Sony 案是合理使用制度的一個里程碑；而 Campbell 案也代表合理使用的另一種思維。從 Sony 以來的二十幾年間，我們確實發現合理使用制度在不斷地衝突與利益平衡間扮演最重要的角色。在面對未來數位著作以及網路技術、網路服務提供者快速發展的同時，如何使合理使用在為價值之創新，尋找合理使用新的發展方向應該是最重要的課題。本節試著以言論自由、資訊自由、公共利益、經濟分析、競爭平台等角度，提出合理使用的新思維。

著作權的核心概念，其實是由公共利益(Public interest)以及個人利益(Private interest)互相交錯而生的綿密網絡。要將這兩種不同的利益加以區分，確實是一件困難的事。而私人財產與公共財產間的區別，其實是一種人造的法律界線，而不是原本就存在的現象。在著作權理論長期的爭論中，一直存在的議題是：

1. 著作權是否是植基於自然正義的法則而來，只要他人願意付費取得他人的重製物，則創作者則有權收取所有的報酬。還是著作權保護範圍，只能延伸到足以鼓勵著作人從事創作的程度即可。
2. 著作的辛勤成果並不會因為一旦被某個人使用或消費之後，就無法再為他人所用，也不會因此耗損殆盡。所以對於著作權保護範圍的延伸，又引起了自然法權利與個人自由兩種理論的爭執。
3. 在著作權法中強制授權以及合理使用原則的機制，是否足以保護言論的自由。
4. 什麼程度的合理使用在市場經濟的分析中，可以達到效率的最大化。也就是對於著作權人的激勵、社會大眾自由使用的最佳平衡點達成人類文化提昇增進福祉的最大化。
5. 而在網路發展的新階段，資訊自由與著作權人權利的平衡點也成為了新興的重大議題。

人類智識文化資產之總體，是由公共領域及所有個人的著作彙集而成。而個人的著作於創作過程中，勢必也有源自於自由利用的公共領域以及他人著作而可以合理使用者。所以為了人類智識文化資產的提昇，每一個著作人究竟應該如何回饋與人類智識文化的資產，應該是著作權立法政策的重點所在。以如何的誘因可以產生更多的著作；以如何的鼓勵讓社會大眾盡量接觸著作，才最有效的激勵更多的創作。而在著作權隨著科技發展而可快速傳遞的資訊時代，著作權人亟思以科技的力量對消費者快速廣泛的散佈其著作，也希望能獨占市場進而獲取鉅額的經濟利益。而社會大眾卻深切期盼媒介科技的提供者能自由發揮資訊散佈的功能，憑藉著個人合理使用的機制平衡大眾的利益。其實所謂的社會大眾本就包含著潛在的後續著作權人，在如此的利益關係中平衡的定位極度微妙。有鑑於著作權人與媒介科技提供者間，利害與共卻又競爭對立的微妙關係，著作權人與媒介科技提供者，任何一方均本於就對方未來行動之預測，而決定己身所採取之策略，形成一場動態之賽局⁴⁰。



在數位網路世界中如何破除著作權人一味追求獨占的迷思，如何適當的界定著作權權利之歸屬與範圍，並妥善的規劃媒介科技提供者的界線，使總效益最大化，將是本論文分析的目的。

5.7.2 言論自由、資訊自由與公共利益

公共利益的維護及提倡可以說是現代國家積極的任務，也是實際政治運作行為所追求的目標之一，但是公益的概念極具抽象性。公益概念最具特別之處在於其概念的不確定性，是典型的不確定法律概念。這種內容不確定性可以表現在利益內容的不確定性，以及受益對象的不確定性⁴¹。

⁴⁰ 蔡惠如，「著作權合理使用之價值創新與未來展望」，200頁 國立交通大學博士論文民國95年。

⁴¹ 陳新民教授，憲法基本權利之基本理論上冊，134頁。

而利益離不開主體及客體之間所存在「某種關係」的一種「價值形成」。換言之是被主體所獲得或肯定的「積極價值」。因此利益即和「價值感覺」產生密切的關連，價值的被認為有無存在，可直接形成利益的感覺，這一切又必須繫乎利益者之有無興趣的感覺。所以利益概念無異於價值概念，而價值判斷是人類所應用的精神行為，是主體對客體所作價值判斷後所得到的結果。這種價值判斷及形成的利益概念，含有不確定性，因此不限於物質上的利益，也及於理想式的利益如文化、風俗、宗教等等。利益的形成以及利益價值的認定，恆以當時社會的客觀事實所左右。簡言之，利益是價值判斷的結果，是人們以感覺肯定其存在的實義⁴²。

我國著作權法第四十四條至第六十三條規定民文例示各種合理使用的特殊情狀，都是基於公共利益及特定公共政策的目標，而將之納入合理使用的領域。使得此類利用著作的行為免於侵害著作權之法律責任，此即強制同意說之基礎。



著作權所隱含的公共利益具體內涵為何，我國學者羅明通認為本於積極表見之自由權利，人民得以合理使用他人著作，傳達其意見或思想，實現言論、講學、著作及出版之權，同時表現其被動或消極之接受資訊權，如此解釋較能平衡著作財產權人利益與利用人權益，故合理使用源自憲法第 11 條所定之權利，乃人民之基本權利，而非單純之抗辯。準此，著作權與合理使用均為保障人民所享有積極表見之自由權利及被動或消極之接收訊息權⁴³。

再者，表現自由是世界各國普遍認可的立法權利，在基本人權體系中具有特別重要的地位。憲法學者將其作為人類存在所不可缺少的自由，還將其作為民

⁴² 同前註，135 頁。

⁴³ 關於著作權法第 91 條第 4 項規定於立法體例上之質疑，可參見羅明通，著作權法論，第 II 冊，159-164 頁。

主制度得以確立的前提。世界人權宣言明確規定：人人有權享有主張和發表意見的自由；此項權利包括持有主張不受干涉的自由以及透過任何媒介不受國界限制尋求、接受和傳遞信息、思想的自由。

加拿大權利法案規定了公民享有兩項憲法性權利：一是每個人都擁有自由參加社會文化生活的權利，以享受藝術和分享科學進步的利益。二是每個作者都有權維護其科學、文學及藝術作品所產生的精神利益和物質利益。

資訊自由在西方國家被喻為是一種新的政治性權利，在美國儘管對權利的解釋引起很大的爭議，但知的權利（公民獲取資訊的自由）被作為保護和擴大言論自由權利的理由，而被廣泛的利用。美國學者認為，知的權利主要包括兩項內容：一是聽的權利，即是聽、讀、看以及接受他人傳播消息的權利。二是基於向他人傳播需要而取得情報資料的權利。資訊自由則是言論自由的延伸與發展，而資訊自由兼有政治權利及社會權利的性質，是一種具有憲法性質的公民權⁴⁴。

資訊自由在合理使用的實質內涵終究究竟扮演如何的角色？以及資訊自由是否意謂著對著作權權能的另一種限制，有必要加以釐清。言論自由在民主國家是人民在憲法中所保障的基本權利，也是民主政治的核心價值。保障人民有接收資訊的自由同樣被視為言論自由的一種內涵。表見自由也稱之為表意自由，是言論自由的核心基礎，是指人人都得自由選擇表達的方式，將其意見或想法傳達與他人，使他人獲知其意見及想法。而接收資訊權是指一般人可以接收他人所表達資訊之權利，此一權利被認為也是言論自由的內涵之一，但其與「知的權利」不同。它應該是依附於表意自由並不具獨立性，不能獨立於表意自由的

⁴⁴ 吳漢東，著作權合理使用制度研究，2005.06 修訂版，93 頁。

權利而存在⁴⁵。

言論自由係在維護表意人的自主尊嚴，不容許強迫他人表示意見或提供資訊，然接收資訊的自由當然不得侵犯他人不表示意見的自由，也就是不可能因為接收資訊的自由，而侵犯他人不表示意見的自由。資訊自由其實一個含混的名詞，對於資訊自由的程度難以確定的主要原因是「資訊的內涵」，因為資訊的價值取決於如何運用資訊創造人類更高之價值，並非任何資訊都具有相同的質量。

從資訊自由的角度觀察似乎存在著與著作權對立的狀態。著作權的獨占權利似乎阻礙資訊流通與自由化，著作權的原始目的其實就在期待資訊的消費者能有相當的空間掌握資訊生產者(著作人)的資訊，而創造並發揮更充分的資訊。而從整個著作權發展的歷史來看，每一個資訊生產者也都是資訊的消費者，所以資訊自由的擴大化，也意謂著對著作權人權利的挑戰。雖然資訊的內容與質量難以歸類與分辨，但是由全世界人類生活模式的發展來看，資訊能快速、大量且自由的流通與傳遞，確實是符合人類的期待，也是世界各國所努力的方向。而在網際網路數位時代，資訊的流通方式與速度徹底改變，網路對於資訊流通的助力確實為世人所肯定。

本文認為雖然接收資訊的權利僅屬於補充依附於言論自由的一種消極權利，但在面對著作權人專屬權利的判斷時，應給予資訊自由以及接收資訊權更大的空間與不同的思維。

在以上所述的情形之下，似乎又意謂著資訊自由將與著作權形成一種對立的狀態，因此合理使用必須具有調和作用的關鍵地位，讓一定的合理範圍內利用

⁴⁵ 林子儀，「The Right to Receive Under the Freedom of Speech」，言論自由與新聞自由，295-296、319-320頁，民國 88 年 9 月。

他人的著作、接觸、接收他人著作的資訊。合理使用應該與接受資訊權、資訊自由緊密結合，而需要解決的問題是在數位網路的環境當中，如何將接收資訊權與接收資訊的自由程度，在著作權的範圍中認定具有公共利益的重大性加以定位。

當然，要具體化公共利益與資訊自由的定義與程度是非常困難的，必需經由具體的個案分別加以認定。但其判定的標準應該是明確的，即在於資訊接收、資訊自由對於人類文化提昇的重要性，以及對著作權人利益的減損，或對著作權人激勵的影響。

網際網路現已成為人類普遍使用溝通與散佈之平台，利用網路使社會大眾有更多接觸他人著作資訊應予肯定。新興科技的發展始終扮演人類生活方式改變的重要角色。印刷術、影印機、錄音機、網路的相繼出現，都對人類的生活方式產生巨大的變動。我們必須承認這些科技的發展，經過時間的驗證對於人類智識文化的提昇，產生重大且正面的效果。在歷史的驗證當中，每一次新興科技的發生似乎都對著作權人的權利產生衝擊，而這些衝擊似乎都藉由新的商業模式達到新的平衡，甚至為著作權人帶來更豐厚的利益。所以我們可以說著作權人也確實是新興科技的主要受惠者。所以本文認為著作權人權利的調整本即是理所當然的。蔡惠如博士在其著作權合理使用之價值創新與未來展望博士論文研究中，提到兩點：

在著作權法學領域之中，係以人類文化智識文化資產為基礎，其上建構著作權之權利體系，以鼓勵創作之產生，而為避免著作權無限擴張，致人類智識文化資產萎縮殆盡，特於著作權上設有諸多限制（如合理使用、概念與表達二元論、存續期間、強制授權、第一次銷售原則、媒介中立原則等）。

合理使用之基本理念在於公共政策與交易成本之考量，其核心概念即為「公共利益」。旨在促進資訊自由流通，最終目的乃鼓勵知識與資訊之傳遞、交流與共

享，並充實豐富人類智識文化資產。

以目前極具爭議的 Google Print 計畫 (Google Books Search) 服務，這項計畫的野心是要將人類書籍知識掃瞄上網，讓網路世界可搜尋的資訊有更豐富、更可靠的來源。本文認為此案對於網路環境下的合理使用將會帶來劃時代的意義。本文試著以此案作為公共利益與資訊自由以及著作權人利益作一粗淺的分析。

美國作家協會在紐約市南區地方法院控告網路搜尋引擎鉅子 Google 公司，所進行的圖書館藏書掃瞄及數位化，涉嫌侵犯個別作者的著作權。Google 以「Google 列印圖書館計畫 (Google Print)」之名，掃瞄合作單位，包括密西根大學、哈佛大學、史丹福大學、紐約公立圖書館，和牛津大學所有藏書內容，俾使在網路上可供搜尋。這項計畫原擬挹注 2 億美元，在 2015 年前，打造數以百萬書冊的數位檔案庫。



Google Print 是一項非常具有挑戰性的計畫，計畫內容包含兩部分，其一與出版社合作方案 (Publisher Program)，亦即提供具有版權書籍的檢索服務，這服務讓使用者可根據自訂關鍵字搜尋圖書全文，並且顯示包含該關鍵字的部分頁數與瀏覽前後頁功能 (Google Publisher⁴⁶)。Google Print 的另一部份是與哈佛、史丹福、密西根、牛津等大學圖書館及紐約公共圖書館合作推出 Library Project，是在取得圖書館的同意但是未取得出版者同意的情況下，將圖書館的書籍加以掃瞄全文資料，將其加入 Google 檢索索引資料庫中 (Google library⁴⁷)。美國作家協會 (The Authors Guild, AG) 在紐約市地方法院控告 Google 的部分，係針對此圖書館藏書掃瞄及數位化的部分⁴⁸。原告聲稱只有合法的著

⁴⁶ <http://print.google.com/googleprint/publisher.html>

⁴⁷ <http://print.google.com/googleprint/library.html>

作權人才有資格決定如何發佈流通其作品，指控 Google 只是為了追求自己的商業目的。被告則聲明說書籍上網之後，使用者僅能搜尋不特定的關鍵字，並且只能看到關鍵字前後的小部分內容，無法看到完整內容，查尋部分也無法列印、複製，被搜尋到的每一本書都有書籍典藏之所在地圖書館的資料，或者購買該書店的網址。因此書籍內容、上網的計畫屬於合理使用的範圍，符合公眾利益，也可以幫助書籍的搜索與宣傳。

Google Library 計畫是在取得圖書館的同意掃瞄圖書館的書籍，但是並未取得著作權人的同意，是一種同意才退出（Opt-out）而不是一種同意才加入（Opt-in）的模式。原告的主要論點是：

- 1.「同意才退出」模式，違反了著作的重製權。
- 2.雖然檢索僅出現片段的內容，但是眾多的檢索有可能將片段自動整合，而出現不合理使用的情形。
- 3.無論如何 Google 都違法重製整個著作，完全不合乎合理使用。Google 只是利用這種索引達到其賺取廣告費的目的，完全是商業的利用。



Google 對於原告主張所提出之論點如下：

- 1.合理使用的判斷要從各要素的整體作觀察，對於一個著作的利用的負面影響，要從著作的潛在市場或是著作的本身價值作判斷。
- 2.每一種片段的合理使用都可能被刻意的拼湊，而呈現著作相當程度的全貌，如果使用者試圖以此方式取得全文，則直接到圖書館進行檢索再加以組合反而更容易。
- 3.搜尋引擎為了資料的檢索，本來就在未取的允許的情況下，為提供瀏覽器閱讀重製了著作的副本（庫存頁面）。

⁴⁸ XXC'S BLOG <http://www.xxc.idv.tw/mt/archives/xxc/002493.html>，最後造訪日：2007/05/05。

4. 同意才退出（Opt-out）是網路技術中被認可的工業標準，為了搜尋檢索資料如果必須先取的著作權人的同意，幾乎所有的搜尋引擎都無法執行。而爭議中的書籍原本並沒有放在網路環境中。

5. 為了搜尋的目的所進行的重製是受合理使用所保護的，既然是屬於合理使用的範圍並不需要事先取的同意，既然不需要事先取的同意，同意才退出（Opt-out）便是一個非常合理的解決方案。

6. Google 會因為提供這些服務而獲利，但絕對不是靠重製這些書籍的副本而獲利。各種雜誌與期刊也可以引用合理使用的片段內容，並搭配同一頁面的廣告而獲利，不能因此而認為違反著作權法⁴⁹。

本文認為此一案件，在網路環境下有其特別的指標意義，Google 的作法當然涉及傳統合理使用與否的檢視，但此一案件畢竟會涉及其他新的議題諸如：著作權人對於其著作是否有數位化權？著作本身所具有的資訊角色？大量書籍數位化後所形成的強大功能對人類文化發展的重要意義等。在延續 Kelly、Field 等案之後所形成的幾個重要見解，似乎就是促使 Google 再次挑戰的原因。

不難想像 Google 必將主張這些書籍既然都是屬於文學創作，若將之數位化後成為搜尋的工具後，與這些書籍原有的文學創作價值形成不同的功能，這代表了原著作的一種轉化。而為了要使使用人可以搜尋與決定想要的書籍時，其全文的複製似乎有其必要性，這應該會是 Google 的第二項主張。而當文學創作的內容完全作為搜尋的工具時，Google 也必定將主張其全文複製並不會對這些書籍的原有市場產生負面的影響。而在 Google 進行本項計畫之前這些書籍的著作權人也似乎都沒有積極的規劃將這些文學著作投入搜尋檢索的潛在市場。簡言之，Google 的如意算盤是以轉化作為弱化其全文複製的不正當性。另外期待從

⁴⁹ Suber, Peter. (2005). SPARC Open Access Newsletter, 10/2/05 "Does Google Library violate copyright?" <http://www.earlham.edu/~peters/fos/newsletter/10-02-05.htm#Google>

原著作的性質、市場取代以及潛在市場等有利因素，也可作為其合理使用的基
本論點。

當然，Google 在此一重製過程中雖有獲利但其必將會主張其重製行為是出於
一種善意。此種善意不外乎是在網路科技形成以及沒有此一計畫之前，人類從
無法想像可以有一個如此快速簡便的機制，可以對這些大學圖書館內豐富浩瀚
的典藏書籍，進行如此明確而有效的搜尋機制。而對眾多不被出版商大力吹捧
的書籍而言，Google 也造就了使用人的接觸機會。本文就此案所著眼的角度在
於 Google 的行為究竟有哪些是具有公共利益性的，而此種公共利益讓這些著作
權人容忍被全文複製而可視為合理。除前述的說明之外，此案的公共利益應該
在於讓公眾得以明確有效率的發現並分辨其所欲接觸的著作，使公眾藉由這些
資訊獲取進而正確的評斷其所欲接觸的著作，是否就是一種公共利益？從這個
角度而言，本文採肯定的見解，但從著作權人的角度而言，將這些著作數位化
之後作為搜尋的用途，雖有以上的功效，但此種重製確實並未賦予原著作新的
意義與新的理解，且對這些著作本身的價值，並未將這些著作之價值予以提昇，
而只是一種對著作不同的利用方法而已。

如果 Google 的作法是一種合理使用，這意謂著任何具有搜尋功能的網路服務
提供者，都可以相同的理由在不經過著作權人的同意下加以全文複製。我們試
想全球各地大大小小的搜尋引擎業主都可能隨時隨地沒有節制的將著作重製，
而各個搜尋引擎的經營模式、技術層級毫無限制及管控，勢必也將帶來著作權
人權利的浩劫。

所以在以公眾利益注入合理使用的判斷標準時，仍必須思考整個地球村一體
適用此一標準時，此一公眾利益目的達成的可能性分析。

5.7.3 從經濟分析觀點看合理使用

法律經濟學的核心思想是效率。法律經濟學派也主張法律制度的宗旨必須以效率為價值取向，使法律朝著促進社會經濟效率最大化的方向發展，一切法律制度和法律活動，都應以有效分配和使用資源來最大化社會財富。而在法律制度發展的歷史當中，正義一直是法律基本的價值。然而正義價值並不能完全涵蓋法律的效率價值，正義的最終實現並不等同於效率最大化的成就。但法律經濟分析的結論似乎認為，在經濟生活中的法律，不僅應俱備維繫社會正義的職能，還應負擔起實現權利資源的有效配置，促進社會財富增加，於是正義與效率構成了當代法律的雙重價值目標⁵⁰。

經濟學家在看待法律的正義時，認為正義的理念不是超然獨立於現實之外，而是被各種現實條件所影響形塑而成。而且由效率來充填正義的內涵，可以使正義的意義非常清晰，就長遠來看能誘發出好的作為、好的價值、創造出更多資源的作法，就是正義。正義的內涵會隨著時空條件的改變而與時俱進，正義是人們為了處理某些問題所發展出的工具，這工具的名稱一直被保留下來，但是實質的內容卻被充填了不同的材料，而呈現不同的面貌⁵¹。

1. 網際網路資訊公共財性質

智慧財產權具有公共財的特徵，在於他們具有不可耗盡性（inexhaustible）跟非排他性（nonexclusive）。智慧財產權法律對於非排他性特徵的回應乃是藉由給予生產者法律上之權利去排除未支付者在他們的智慧產物的特定使用。其目的在於提供誘因給予新的產品能夠以相當低的交易成本生產。⁵²然而，著作

⁵⁰ 同前註 44，59～60 頁。

⁵¹ 熊秉元教授，熊秉元漫步法律，259、264 頁。

⁵² See Wendy J. Gordon, 1610COPYRIGHT, 原文為：Intellectual products such as these have a partially

權人將索取一個高於邊際成本的價格，結合多數受著作權法保護的產品的不可耗盡性，創造絕對損失。各式的著作權理論（例如思想表達二分法，著作權的有限期間和合理使用理論）運作是為了在創作誘因的大型架構下降低絕對損失和其他的成本。

著作是無形體的，無法禁止他人不付費禁止使用，因而導致市場失靈，而不能以市場機制決定其供需。所以由國家介入給予排除他人使用之權，以保障其創作成本的回收。合理使用之實質內涵則蘊含經濟利益的平衡，合理使用的正當性與合理性，應該在於使之制式產物之資源效益最大化。而合理使用乃著作權制度重要之一環，其經濟分析應以公共財特性之知識及資訊為研究對象。

資訊、知識、思想都具有公共財的特徵，而且是兼具共享性和非排他性的純公共財。資訊不會因許多人的使用而消耗殆盡，無論一人使用或千萬人使用，其使用效益相同，不會因使用人數的多寡而增減其效用。也很難禁止其他人使用，無法如有體財產所有權人般控制他人的使用，因此缺乏智慧財產權的保護，大多是數人寧願重製而不願創作。也因此藉由法律規範對知識資訊賦予獨占權使之具有排他性。將其共享性與排他性之自然本質轉化成法律上之專用性與排他性。此種權利設定的主要目地，是確保作者得以收取其著作相對的市場價值，因此著作權法並非在於給予著作人對其著作擁有沒有限制的排他權利。而且，著作乃精神產物是屬於資訊的一種，著作權存在的實益與資訊的傳遞與交流有關。

資訊的生產與資訊的散佈有著微妙對峙的關係，資訊生產者對於資訊的獨占

public goods character: they are largely inexhaustible and nonexcludable. Intellectual Property Law responds to inexcludability by giving producers legal rights to exclude nonpayers from certain usages of their intellectual products. <http://encyclo.findlaw.com/1610book.pdf>，最後造訪日：2007/05/05。

將抑制資訊的散佈與接觸，而資訊無償的散佈與接觸，卻又衝擊智慧財產的創作誘因。因此如何避免著作權的授與及社會大眾接觸及利用著作產生外部效應，並降低其交易成本，即為著作權與合理使用的經濟分析合理性。換句話說，若對資訊生產者賦予著作權的保護可以引發出更多的作品，而所能達成的經濟效益高於因為著作權的獨占造成資訊散佈不自由所發生的不利益時，合理使用的空間就應該加以限縮。

有關誘因理論的推論值得進一步的探討，雖然資訊必須流通才有價值，而且資訊一經公開就無法阻止他人使用，但有學者指出公共財（Public goods）不一定具有非排除性，「共有財（Collective goods）」才有絕對的非排除性⁵³。而資訊並不完全是共有財，通常的資訊產品無法單獨存在，而會伴隨著顧客的需求、市場效應、社會效益、商業機會等等，這些伴隨的內容是具有排除性的。若將資訊產品的重點轉向於此會發現資訊不一定具有非排除性，開放原始碼就是一個好例子。原始碼的開放使任何人可以加以複製，但軟體公司以其相關服務作為商品，用教學說明、售後服務、升級保證等為重心。這些都是具有高度的排除性，公共財理論的生產不足問題也就不會發生，也就不需要著作權的保護⁵⁴。

美國哈佛大學 Breyer 教授以書的出版為例，就「搭便車」效應進行研究指出，原始出版商有先進入市場的優勢（Lead Time Advantage）去對抗複製者的低成本優勢，也可以用降價促銷優勢的行銷管道等獲取足夠的利益⁵⁵。再加上

⁵³ 參見 Harold Demsetz, The Private Production of Public Goods, 13 Journal of Law & Economic 293(1970)。

⁵⁴ Lawrence Lessig, Code:and other Laws of Cyberspace, 劉靜怡譯，《網路自由與法律》，商周，初版，2002。

⁵⁵ Lloyd L. Weinreb, Copyright for Functional Use, 111 Harvard Law Review 1149(1998)。

創作者的其他利益，諸如：經由知名度而獲利，就類似廣告公司的收入從來不是以廣播內容向大眾收費的方式來進行；開放原始碼的情形也類似。誘因理論在以上這些情形顯得格格不入，因為越多人搭便車反而對作者越有利，這在一些盜版軟體的網路效益中也不難發現。

再者，就像 Lord Camden 在 Donaldson v. Beckett 一案中所說的「榮耀就是知識的報酬」，創作的報酬確實還包括了其它的內容，自我肯定與成就感都是創作人最在乎的。究竟有多少作者在進行創作時是以可以賺多少錢才能回收創作期間的支出為目的。所以有非常多的學者批評，著作權法對創作者創作成本的回收作為激發後續創作的理論是一種完全的錯誤。在現實生活中大部分的創作者並不知道著作權法究竟對其創作帶來什麼利益及保護，究竟有多少人思考過因為著作權法能保障他們有足夠的回收所以才會去創作呢？⁵⁶



如果誘因理論確實反映出對於創作保護的必要性，是不是還有其它的方法也可以來維持誘因，對此學者也有許多不同的論述，其中討論最多的就是由政府介入來鼓勵創作⁵⁷。這種理論的重點如下：

1. 由政府提供報酬給創作者，任何作品創作後即進入公共領域，每個使用者只需要負擔非常低的複製邊際成本。
2. 邊際成本的低廉可以達到經濟學上消費量的最佳化。
3. 創作者有獲得補償的確信激發出更多的創作誘因。
4. 資訊可以絕對自由地流通，快速提昇社會的進步。

當然政府獎勵制度也存在許多的爭議與缺點，諸如：1.租稅公平性問題。2.政府能力問題。3.跨國界利用問題。4.獎勵程度無法客觀化。5.政府控制言論的危險

⁵⁶ 陳正和，「智慧」是憲法保障的財產權嗎？國立政治大學法律研究所碩士論文，48 頁，2005 年 7 月。

⁵⁷ Stephen Breyer, The Uneasy Case for Copyright, *supra* note 137。Diane Leenheer Zimmerman, Authorship without Ownership: Reconsidering Incentives in Digital Age, 52 DePaul Law Review 1121(2003)。

性問題。6.為取得鼓勵而無意義的創作。

一定會有人認為政府獎勵是一種不可行的替代方案，本文看法也是如此。但是在面對著作權保護的思考時，替代方案的不可行並不意謂現有制度的合理可行。替代方案種種理論的出現，明確的表現出誘因理論的推理絕對不是完全的理所當然。替代方案在某些方面可以證明為人類智識文化、社會福祉帶來更多功效時，也意謂著傳統的著作權基礎理論的正當性應該加以質疑。

最後，在美國憲法有關智慧財產權的條款中，著作權只是一種工具角色的定位應該相當明確，其終極的目的在於促進知識與實用藝術的進步。但是誘因理論只能確保創作的量與創作的質毫無關係，社會福祉的極大化並不因此達成。所以誘因理論似乎在這個角度上也顯得無力。



以上的說明並不意謂誘因理論是完全錯誤的。有關著作權經濟分析的眾多觀點無法有效以科學的量化實證是難以形成共識的主要原因。本文對於各種理論的說明所希望突顯的是，著作權絕對不是一種絕對的權利，它永遠是協商後的平衡。平衡的目的是為了促進進步，追求全體社會的福祉。

資訊是網際網路最重要的成分，甚至可以說是網際網路的全部。而資訊有公共財的性質，所以因為資源有限性困境的經濟學基本原理，並不完全適用資訊產物。所以網際網路上資訊的傳佈，如果也納入傳統著作權的權利範圍時，將造成網路空間的私有化。美國著名的智慧財產權學者 Lemley 說道：「我們更擔心的是線上空間私有化的結果⁵⁸」。

⁵⁸ See Mark A. Lemley, *Place and Cyberspace*, 原文為：The Internet consists only of information, and information is a public good. A Web site is trivial to copy, and copying it does not deprive its creator of the

在資訊的使用上，若能使資訊的利用達到最大化的效率，使越多人可以使用資訊，就代表著可以對社會增加最大的效益。

智慧財產權的財產權理論植基於傳統經濟學的誘因理論，而財產私有化是為了解決資源有限性的困境，公共財的特性不會產生一般財產權過度使用的問題。類似資源的有限性所造成的困境，只有在著作權人私人的誘因符合社會誘因時才會產生，而為了社會利益的極大化，財產權的擁有者應該以合理的價格，將發明或著作讓公眾接近或利用。另外就外部性來說，因為並非透過市場或是透過自願的交換，在市場上買賣雙方決定他們的供需時，並不會考慮他們交易所帶來的外部效果，此時市場的均衡並不是最有效率的。

智慧財產權作為一種資訊公共財具有其共享性的特質，在智慧財產權法的領域中應該想辦法鼓勵作者在創作的範圍內使其得利，激勵後續的創作。至於其他的社會剩餘，並非一定要歸屬於創作者⁵⁹。

創作和資訊對社會都產生外部經濟，而就智慧財產權存在的目的在於鼓勵創作及資訊的傳播，也是在鼓勵外部經濟的產生。網路效應具有明顯的外部性，越多人使用網際網路越能增加網際網路的外部經濟。至於如何將外部經濟內部化，關鍵在於：智慧財產權旨在確保創作者可獲得適當價格以彌補其「生產成本」之情形下才具有正當性。經濟學理論中並無法正當化的賦予創作者超過其彌補「固定成本」之財富。換言之，智慧財產權應該只在此範圍限度內可被承認。

use of the original site. http://tprc.org/papers/2002/41/place_and_cyberspace.pdf，最後造訪日：2006/11/27。

⁵⁹ 王文字、鄭中人，從經濟論點論智慧財產權的定位與保障方式，載於 2005 年第三屆法律與經濟分析學術研討會論文集，13 頁。

熊秉元教授在解讀寇司定理時認為：「當財產權在特定對象之間移轉而不耗費任何成本時，則無論財產權最初界定如何，資源的運用都會是最有效率的。」當交易成本小的時候，每個人才容易盡可能的發揮所長，設法增進自己的財富，也因而此社會的財富達到最大。法律的功能，就是在於使社會大眾盡可能的追求自己的福祉。既然物質財富（material wealth）能使人們有更多的自由、能實現更多的夢想；所以，「財富極大化」就應該是法律的目標所在⁶⁰。

美國聯邦第七巡迴上訴法院法官（Richard A. Posner），在其所著的法律的經濟分析一書中特別強調，財富極大化為法律的功能提出另一種積極而明確的解釋。Posner 主要的兩個主張是：1.普通法的法律規定必須是有效率的。2.法律規定應該是高效率的。而高效率是意謂著社會交易的最大化，為達到同樣的政策目標，應選擇法律成本最小的交易制度，使資源從低效率使用者移轉到高效率使用者手中。何種制度的交易成本較小資源的可移轉性越高，越能使資源達到高效率使用。



Posner 法官所提出的財富極大化理論，雖不免仍有些爭議，但是對於著作權的權利設計上確實提供了一種具體且科學的思考模式。本文認為在網際網路環境的合理使用機制調整上，具有相當的說服力。

資訊具有公共財的性質，若使任何人均能無需支付對價而加以使用，而資訊之創作成本遠高於重製成本，將導致資訊稱產者無意從事生產創作。但若是資訊的接觸散佈給予著作權更多的獨占，潛在的創作者將以更高的成本才能利用而開發後續的創作，也將使創新成本增加，市場機能無法發揮最大的經濟效力，此時所形成的市場失靈，也需要靠合理使用作適度的修補。網路科技的運用、

⁶⁰ 熊秉元，司法案件、法律經濟學和公共選擇，載於經社法制論叢第 30 期，2002 年 7 月，125~126 頁。

市場失靈的情形將更趨明顯，複製、重製的成本大幅降低甚至趨近於零。

不論古典經濟學派或現代經濟學理論的成本面向思索，都可以發現搜尋取得利用的成本大幅降低，減少著作權人的獨占效果可以有效降低交易成本，此意謂著資訊的自由將促使資訊市場更具效率，所以資訊自由有其正當性⁶¹。

2.經濟學的觀點看 Google Print 案

在前面所介紹的 Google Print 案，被告對於其重製以及其商業性並未加以否認，但是其整個抗辯的核心在於合理使用。當然，本文認為被告 Google 公司在後續的訴訟中勢必將努力延續並發揚美國法院在 Kelly 以及 Field 案中所揭示的幾個重要原則----轉化、必要性、工業標準、善意、取得全部著作人同意的不可能性、無市場替代性、不影響原著作的潛在市場等要素。



從經濟的觀點來看此案，著作的價值在於廣為流通為人們所接觸、理解，要能發揮充分的流通畢竟不是以漫無目的的進行。尋找交易的對象對著作權人而言也代表著重大的經濟利益，而使用者的尋求與接觸著作也正是著作的價值所在。但是在整個交易的過程當中，尋求的成本始終非常高。在有著作數位化及網際網路以前，Google Print 計畫不可能存在。換句話說，錯誤的交易以及著作的閒置，都產生非常龐大的浪費。從這個角度觀察 Google Print 計畫，對於社會財富的浪費自有其正面、合理的重大經濟效益。

在 Google Print 計畫當中，被控侵權的標的是目前存在知名大學圖書館中尚未進入公共領域的圖書，Google 公司加以全部掃瞄作為圖書搜尋的索引，本文認為單就此過程應該在合理使用的認定上具有重大特殊意義。因為圖書是一

⁶¹ See Eric Allen Engle, When is Fair Use Fair?: A Comparison of E.U. and U.S. Intellectual Property Law, 15 TRANSNAT'L LAW 194 (2002).

種體驗商品（experience good）而非搜尋商品（search good）⁶²。這種體驗商品之品質與價值通常不具普遍的認同性，而必須經過實際加以體驗才能進而認知，與一般的搜尋商品具有高度的差異性。因為一般的體驗商品經過外觀、簡易的功能介紹即可產生普遍的認知。一個圖書的使用者縱使進入圖書館，一般也只能以書名或作者名對圖書進行搜尋，否則只能憑藉圖書分類加以逐一瀏覽進行相關搜尋。而此種搜尋的結果，亦只能用於搜尋完成後的閱讀與接觸，而進一步的閱讀時，使用者勢必投入大量的時間，所以其交易成本與商品錯誤成本都非常高。

在人類歷史中，圖書商品始終因工業技術的限制產生前述的無效率情形，且被刻意的忽略。站在消費者保護的立場來說，圖書商品也具有高度資訊不對等的情況。Google Print 計畫將使得圖書這種體驗性商品所發生不必要的成本與浪費降至最低，將其應體驗的內容大量轉化為搜尋功能的資訊，本文認為圖書商品消費的公平性與合理性才真正開始。例如在消費者保護法當中特別針對郵購買賣、訪問買賣制定一定期間不附理由之解約規定，其主要目的即在於解決資訊的不對等，以及體驗不充分的不公平現象。在消費者權利保護被普遍認同之時，相關立法應運而生，企業經營者應有的調整本即理所當然，而 Google Print 計畫就此確實具有重大實益。

學者 Wendy Gordon 指出，一個平滑無摩擦力的授權市場幾乎是不存在的，因為授權行為本身往往含有不可忽略的交易成本，如尋找合適的授權或被授權對象的搜尋成本掌握和授權相關資訊取得成本、與設計相關機制以確保當事人履約的監督成本等。當類似的成本高於授權利益成本時，使用人要求授權的誘因已消失，連帶的也可能讓諸多對社會有利的授權行為無法發生⁶³。

⁶² Dennis Carlton, Jeffrey M. Perloff, Modern Industrial Organization P454-457.

若是 Google 公司必須逐一徵求所有著作權人的同意，除了龐大的授權金成本外，逐一個別的交易過程將發生更鉅額的成本與損耗。但從 Google 所主張的各個抗辯來看，確實會發現除了著作權人所隱憂的管控問題外，似乎著作權人因其著作被重製而作為查尋的功能對著作權人利益的損失二者相比，其所主張的合理使用應有說服力。

在 Google 與著作權人之間是否存在市場失靈而言，Google 對於這些著作利用的市場在於著作檢索的市場，明顯與這些著作原有的市場不同，不會發生市場取代的效果。而至目前為止，也看不出 Google 的行動可以被合理的認定是屬於這些著作的潛在市場。因此這種授權交易的過程，又由於著作權人有排他性的權利，無法期待合理的市場競爭價格。縱使進行交易這種交易成本可能是相當不合理的。在此情形下，壟斷地位的濫用市場極可能發生。



Google Print 的計畫除了可以大幅減少使用者與著作權人兩者交易間財富資源的浪費外，其透過網際網路所連結的是全世界的使用者與全世界的著作權人，確實使交易成本幾乎降為零，似乎是寇司以及 Posner 法官於經濟分析理論中最美好的假設前提。從這個觀點看，確實代表了著作交易市場的效率及財富的極大化。如果說效率是正義科學化及具體化的體現方式，Google 所主張的合理使用將會是符合著作權法的正義。

5.7.4 從「競爭平台模型」理論看著作權合理使用原則

從經濟學的觀點分析法律，尤其是智慧財產權，確實為法律規定的合理性以

⁶³ 陳志民教授，巨人的肩膀或自己的腳尖？---「競爭平台模型」理論看著作權「合理使用」原則，2003 全國科技法律研討會論文集，301 頁。

及效益甚至正義的價值帶來一種新的理解與面貌。雖然尚有非常多的爭論空間，但這仍是共識形成的可喜現象。國內的法律學者與經濟學者，也都對此注入眾多新的觀念。而從競爭關係來解讀著作權，則是另一項更新的觀點，本文認為在網際網路環境下思索合理使用原則時，此一觀點別具意義。

國內學者陳志民博士所著：從「競爭平台模型」理論看著作權合理使用原則一文深具啟發性⁶⁴，其引伸 Philip Weister 教授之競爭平台模型（Competitive platform model）以降低合理使用原則適用過程中所潛藏的錯誤成本為分析主軸，引入競爭法「市場支配地位」與「市場力量」概念與判斷方法於合理使用原則中。本文援引部分內容說明如下：

學者 Wendy Gordon 指出，一個平滑無摩擦力的授權市場幾乎是不存在的，因為授權行為本身往往含有不可忽略的交易成本，如尋找合適的授權或被授權對象的搜尋成本掌握和授權相關資訊取得成本、與設計相關機制以確保當事人履約的監督成本等。而在網際網路環境下，確實已大幅降低各類交易的搜尋與資訊取得成本，交易成本理論反而會出現合理使用原則適用範圍大幅限縮的結果。相較於交易成本理論「反公有物悲劇」理論對於交易成本急速下降的網路市場是有更強的解釋能力，但其仍面臨了該如何決定當市場上出現了策略性拒絕授權行為時，其必然與著作權過度保護有關，而需以開放使用的方式以確保社會上能出現更好著作物的因果關係認定問題。

在「競爭平台模型」理論下看著作權「合理使用」問題，首須建立的觀念乃未經授權的使用，是著作權法的例外，即便在資訊時代網路幾近無國界的特質下，對於網路上所散佈的任何資訊，不應逕將其視為是公有物，因為唯有創作成果受到著作權法的保障，潛在或既存的創作人始有進行創新與「競爭」的誘

⁶⁴ 同前註，301 頁。

因。

在傳統判斷合理使用的各要素時，要求對他人著作的利用需屬積極性利用，就是鼓勵進一步創新的立法精神展現。但個人所投入的創意元素是否具有社會價值，是否提高社會整體福利甚難評估。尤其在面對現今複雜的情勢下，其判斷錯誤的機會更高。以 Google Print 案為例，被告對於原著作的利用性質其積極性程度，就牽涉相當複雜的判斷。所以法院似應擺脫執法者有能力判斷何者為積極使用的執法思維，而將重點放在如何降低消極利用所造成的社會成本。

在 Google Print 一案中，原告是美國作家協會具有為數龐大的會員，勢必掌控為數甚高的文學著作的著作權。以 Google Print 所欲進行的書籍檢索市場而言，原告的地位勢必使該市場競爭所需的初期資本投入與經濟規模大幅提高。皆讓此授權檢索市場存有一定程度的參進障礙，日後原告取得市場支配的可能性大幅增加。此一情形似與美國聯邦最高法院 Sony Corp. of America v. Universal City Studio et al. 一案中，原告的情形類似。在競爭平台模型理論下，也可能強化了日後法院要求原告開放合理使用的正當性。

1. 從競爭的觀點看轉化

轉化 (transformative) 或許可將其稱為合理使用判斷的第五要素。在近年來美國的著作權案例中，可以看出與其說轉化是合理使用判斷的第五要素，毋寧將之定位在四要素判斷時的基礎前提還更為恰當。由於轉化理論的出現，有學者批評的說，法院對於合理使用的判斷已經不再以傳統的四要素作為分析。事實上，法院只有一項判斷標準---就是市場替代原則 (The Principle Market Substitution) ⁶⁵

⁶⁵ Michael G Anderson, Paul F. Brown & Andrew P. Cores, *Substitution and Copyrights: Predicting Fair Use*

從另一個角度來說，法院在考量利用目的時，通常不會考慮原著作財產權人使用其著作的目的。若不追究著作財產權人其創作之目的或該著作之通常使用目的，總會忽略利用人對原著作之通常利用是否產生負面影響。而若是沒有影響，又何須禁止他人的合理使用呢？這也似乎就是法院對於著作的利用是否具有商業的性質不再重視的原因。更何況商業使用也可以有公益的目的，而非商業的使用也通常是私益的。再說，商業使用的與否對於原著作的創新及人類知識文化的提昇常有正面的效益，這與著作權法的根本目的也是相符的。

本文認為，在合理使用要素的判斷中加重市場取代與否的份量，在競爭的角度中是有其相當的合理性。而轉化的程度必將是市場取代與否的重要判斷因子。



美國聯邦最高法院認為轉化必須對原著作帶來新的美感、解釋、意義、內涵，是否即意謂著利用人與被利用著作權人二者即脫離了競爭或潛在競爭的關係。在 *Sega Enterprise Ltd. V. Accolade, Inc.* 一案中，法官認為 *Sega* 與 *Accolade* 同性質的遊戲軟體並非實質類似，消費者於購買了 *Sega* 的產品後仍有可能購買 *Accolade* 的產品，故合理使用的結果對 *Sega* 應不會造成經濟上的不利益。這似乎就是從競爭關係的角度所為的分析。因此對於利用行為在轉化上的判斷可以加入「競爭者使用」與「非競爭者使用」的分析，將會對轉化的程度、市場的取代以及潛在市場的影響等勾勒出更清楚的輪廓⁶⁶。

再以 Google Print (Google Library) 來看，Google 公司對於原著作的轉化最

Case Law, 10 U Miami Ent. & Sports L. Rev. 33, 33，轉引自林柏杉，「從市場觀點論著作權之合理使用—分析『市場替代效果』與『市場失靈』之理論」，《華岡社科學報》，第 14 期，107 頁。

⁶⁶ 同前註 63，316-317 頁。

多僅能像 Kelly 案中一樣，將這些文學著作轉化成為搜尋工具，雖然我們可以說這些被利用的著作其原本創作的目的以及通常的使用，並不是在於資料的檢索，但對於一項新功能的開發是否就可以和轉化劃上等號，勢必還會有一番激烈的爭辯。但從 Google 的消費者以及這些文學著作的消費者來看，他們具有相當的重疊性，但消費的方式與目的是全然不同的，甚至可以說 Google 的利用，是消費者為了要達到對這些文學著作消費的便利前行為。所以 Google 的使用可以被視為是非競爭者的使用。這些著作並不會因 Google 的使用而減少消費者對於原著作的消費。在本文看來，如果 Google 對原著作的使用對於這些文學著作的消費如果產生減少的話，那也是因為消費者可以在精確的搜尋之後減少錯誤交易所造成的。

2. 競爭角度看潛在市場的認定問題

在 Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises et al.一案，美國聯邦最高法院認為所謂的潛在市場是指著作現有（Immediate）之市場以及可稍後實現（Delayed）的市場，包括對衍生著作之傷害，但如何認定稍後可實現的市場，最高法院並未交代。而在 Campbell 案，則將所謂的衍生著作市場限縮在只包括原著作創作人一般而言會去發展或授權他人發展之市場。美國聯邦最高法院在 Campbell 案之後的幾個著名案例所發展的見解，可以明顯的看出在合理使用四項判斷要素中，利用結果對於著作潛在市場與現在價值的影響程度居於相當重要的關鍵⁶⁷。

國內學者陳志民博士認為⁶⁸，既然合理使用第四項要件判斷的重點在於評估使用結果會不會產生足以和被利用著作相抗衡，進而影響被利用著作人現在及未來可能實現的經濟利益。則該項所謂的市場，指的是對「競爭」而言所有意

⁶⁷ 同前註，321 頁。

⁶⁸ 同前註，322 頁。

義的市場，或更具體的來說是反托拉斯法下的市場。而不論是「著作物未來市場」或「衍生著作市場」，要判斷特定利用行為是否會損及被利用著作權人將來於各該市場的利益，其核心問題仍在於被利用著作權人進入該市場的潛在可能性。也因此，相較於美國最高法院的標準，反托拉斯法針對「潛在競爭理論」或市場「參進障礙」所建立之判斷原則，應是更能反應「合理使用」行為經濟衝擊的作法。

就學理而言，陳志民博士引伸學者 Areeda Turner 所歸納的判斷標準，著作利用人若與被利用著作權人間具有下列關係時，其被認定為具有潛在競爭關係的機會也會增加：

(1)加入市場的意圖 (intent)

雖然利用人是否有加入被利用著作相關市場的主觀想法難有確切事證證明，但若事業內部營業計畫文件或從其過去的市場行銷行為，可看出該事業有高度擴張市場的企圖心時，意圖仍不失為執法者可以參酌之要素；

(2)市場加入對利用人之吸引力 (attractiveness)

其中可被考量的要素如被利用著作市場的成長速度、使用的普及程度、獲利程度與回收所需時間等；

(3)障礙 (legal barrier)

即使市場具有吸引力，但若被利用著作市場為法定獨占市場，利用人透過「合理使用」原則進入該市場的意願與能力也會降低；

(4)非法規障礙

此又可大致分為因市場結構本身所造成的障礙，如被利用著作市場有顯著的規模經濟效果（如網路效果），以及因參進資源受限所造成之參進障礙，如加入被利用著作市場需投入鉅額的初期資本、或利用人欠缺利用著作市場所需之技術與行銷能力等。

3.壟斷與合理使用

在 Beanie Babies⁶⁹一案，Ty 公司擁有 Beanie Babies 雕塑造型的美術著作權，其於生產製造 Beanie Babies 故意以很低的價格出售，並以少量的方式生產，形成一種市場短缺的現象，這種短缺使得 Beanie Babies 產生了二級市場，此二級市場造成了 Beanie Babies 高知名度，此知名度更加深了孩童們的需求，並迎合了收藏者的心裡。因此被告在 1998 年出版了收藏指南（Beanie Babies Collector's Guide），此收藏指南的出現是因為二級市場上的交易價格已經是原始售價的數百倍。被告所出版的收藏指南包含了 Beanie Babies 系列的全部照片，因此 Ty 公司對被告提出著作權侵害的訴訟。

被告所出版的收藏指南是否是對原著作的一種評論呢？由於此收藏指南包含了 Beanie Babies 全系列的照片，就像圖書評論者複製了全部原著作，所以其合理性應該是不充分的。但是，既然是收藏指南，其必須對 Beanie Babies 全系列作市場分析說明，否則這樣的收藏指南在市場上將不具有競爭力。如果收藏指南的授權、發行是無法刊載 Beanie Babies 全系列的照片時，顯然無法與 Ty 公司所自行出版的收藏指南競爭，其結果是把 Beanie Babies 收藏指南的壟斷權又交到 Ty 公司的手中。在這種情形下，Ty 公司可以施行價格歧視，因為會購買收藏指南的人通常是最熱衷的收藏者，本來就願意為 Beanie Babies 支付更高的代價購買不合理價格的收藏指南。而藉由許可出版收藏指南的權利，Ty 公司就能收取高額的使用費，因此能夠從對 Beanie Babies 具有較小需求彈性的人所獲得的剩餘當中分得一部份。從這個角度來看，把被告公司所發行的收藏指南視為對 Beanie Babies 的一種補充以及對於產品的評論應該是可以與圖書評論類比的⁷⁰。

⁶⁹ Ty, Inc. v. Publications International Ltd., 292 F. 3d 512(7th Cir. 2002)

⁷⁰ William M. Landes and Richard A. Posner, the Economic Structure of Intellectual Property Law, 2003.

5.7.5 小結

1.合理使用制度靈活運用的必要性

在網際網路環境中著作權法律關係除著作權人、潛在之後續作者、一般消費者外，網路服務提供者（媒介科技提供者）的加入形成一個更複雜的關係，彼此之間利益互相流動環環相扣，而且以一個快速動態發展的方式持續進行。著作權人經由網路平台使得著作能見度與接觸大幅提高，著作權人與消費者之間的交易成本明顯降低，對於後續潛在作者也提供了自由與無遠弗屆的資訊。而網路服務提供者除了扮演資訊傳遞與散佈的重要角色外，也影響著資訊自由與公共利益的提昇。故網路媒介所需擔負的法律責任風險與合理使用制度的運用，都應有更靈活的標準。對於著作權創作的誘因與激勵應該有更明確的界定與輪廓，著作合理使用的開放對於人類智識文化增進的效率也應該有更清晰的理論基礎。



與著作權人經濟利益有重大關係的市場取代效果以及潛在市場，應跳脫以往傳統空泛含混的設定。誠如蔡惠如博士在其”著作權合理使用之價值創新與未來展望”博士論文中所建議合理使用之判斷基準可調整如下：

- (1)審酌利用之一切情狀就利用之目的及性質包括係為商業目的或非營利教育目的。
- (2)著作之性質。
- (3)所利用之質量及其在整體著作所占之比例。
- (4)利用結果對潛在市場與現在價值之影響。
- (5)利用結果對於人類智識文化資產之整體影響。
- (6)其他情狀。

本文認為此種調整以其必要性，因為網路環境的資訊自由有著與以往極為不同的面貌。

2. 媒介中立原則也應加以定位

在網際網路形成之後商業性的著作利用增加且利用的型態複雜，眾多的著作重製物來自終端使用者，藉由去中間化之網際網路傳輸交換而來。又著作權人若無法向所有利用著作之人行使權利，而大部分利用著作之人無力亦無意向各著作權人取的授權及付費，市場失靈更行嚴重。

「無傳播即無權利」為著作權學界所普遍認同，是以著作必須加以散佈流傳使社會大眾得以接觸，媒介負有散佈著作及傳達內容之重大任務。而新興科技之控制程式碼，於相當程度內取代傳統著作權法之許可觀念，而形成普遍控制現象。大幅削減合理使用在傳統著作權世界中原有存在的空間。為使合理使用可以妥適、限制著作權權能的擴張，承認並重新定位媒介中立原則，作為侵害著作權責任之阻卻違法事由有其合理及必要性。



美國知名教授 Lawrence Lessig 於自由文化 (Free Culture) 一書中對於現行著作權法所實施之管制過度悲觀而不必要⁷¹。但面對網際網路已成為成人類生活方式中不可或缺的要素時，合理使用制度確有重新加以省思詮釋其時代意義之必要。

⁷¹ 美國知名教授 Lawrence Lessig 於「自由文化」(Free Culture) 一書中，觀察著作權環境之改變造成三種「實害」(harms)：侷限創作者(Constraining Creators)、限制科技創新者(Constraining Innovators)、腐蝕公民精神(Corrupting Citizens)。就其中第一種實害，Lessig 教授認為現行著作權法所施行之高度管制（即責任範圍不清、卻科以嚴重處罰）無疑箝制創意，寒蟬效應因應而生。而對於傳統著作權學者恃以對抗著作權之合理使用，Lessig 教授以為此觀點純屬法律人偏離社會現實之事例。缺乏實證之依據，合理使用之成立要件曖昧不明，行使成本過鉅，徒使言論與創意靜默無聲。

六、結論

6.1 著作權規範的國際共通性

「智慧財產權」這個用語，似乎已經在國際、政府、社會、法律上普遍的被接受。在國際上，有相當重要的「世界智慧財產權組織」(WIPO) 以及所有加入世界貿易組織 (WTO) 的國家都必須簽署的「與貿易相關智慧財產權協定 (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, 簡稱 TRIPS)」。

在法律上把智慧當成財產來保護似乎已無爭議，而在著作權法發展的歷史當中我們清楚的發現，人們並沒有將智慧只用單純的財產權的概念來保護。因為智慧代表著人格的表現，這讓智慧財產權的價值與保護增添了神聖不可侵犯的特質與複雜性。「Piracy」原意為海盜，也是著作權侵害中「盜版」的意思。因此不難瞭解對於著作權這種智慧財產權的侵害，被視為極為重大的惡性，遠比竊盜來得更為嚴重，似乎應受世人的撻伐。由於智慧與財產權的連結對於智慧財產權的保護與擴張上，或是在智慧財產權面臨新興科技與網路帶來強大的衝擊時，都成了強而有力的訴求。一個著作的創作成本有時確實相當的高昂，但是對於著作權人的激勵似乎永遠不會也不應該有明確的界線。所以，可以因為一種軟體而成為世界首富；也可以因為一套小說成英國最有錢的作家，這似乎是一種理所當然，也正是世界各國大力推動知識經濟的必然趨勢。

本文從著作權的起源、學說、合理使用制度的價值、科技發展對著作權的影響、世界各國案例的分析當中，並無任何否定著作權以及著作權人利益保護的意思。但從相關案例當中以及網際網路環境的特性、觀察，確實感覺到著作權人長期以來所主張的基本權利在說服的立論上似乎不夠充分。當人們肯定著作

權為智慧財產權的一種時，對於這種財產權的保護究竟應將之如何定位值得我們思考。美國著名的法律經濟分析 Posner 法官認為，著作權法是最適合進行經濟分析的法制。若此，對於著作權的保護其在經濟上的正當化顯得格外重要。又當網路不斷的挑戰著作權的法制時，從社會的角度來觀察著作權的問題也是一個必然而且重要的方向。而當著作權面對人們憲法所保障的基本權利時，著作權在於憲法中所保障的地位又是什麼？都是著作權面對其他人權社會大眾利益以及新興科技發展時的重要課題。

在智慧財產權當中，甚至在所有的法制當中著作權最具全球化，再加以網際網路的興盛，著作權的世界共通性似乎也有其必要性。著作權合理使用制度一向被公認是最麻煩且最具爭議的問題，它的爭議從來沒有停止過。再加上網際網路促使著作權法制全球共通的必要性，其更加麻煩與複雜也是理所當然的。在這種前提下追求合理使用的共通價值，確實值得全世界的有識之士共同努力。對於著作權及合理使用一切的爭議，說穿了就是兩個字---平衡。平衡不是靜態的，而是一種動態的關係。

6.2 著作權財產權的法律地位

在憲法的基礎來說，我國及德國對於智慧財產權於憲法中並無明確的規定，但學者都肯認其無體財產權的地位，而認為受到憲法的保障。相對於我國與德國在憲法上的不明確，美國的規定就清楚得多，美國憲法第一條第一項第八款規定：「國會有權力去促進知識（science）¹與實用藝術（useful arts）的進步，以保護（secure）作者（authors）與發明者（inventor）對他們各自的作品（writings）與發現（discoveries）在有限的期間內享有排除權（exclusive right）²的方式」。

¹ 此字的意義是在 18 世紀後期是「知識（knowledge）」或「學習（learning）」的同義詞，在美國立憲時的憲法草案中，原本是使用“knowledge”。

學者一般稱此為著作權條款或是著作權與專利條款，或統稱為智慧財產條款。

6.2.1 著作權工具性質

美國憲法對著作權應該是採取工具論的看法，是一種促進知識進步的手段，其本身並不是目的。美國憲法所保障的著作權並不是一種絕對的自然權利³，而將著作權視為是一種特別允許的獨占，使著作權人獲得一定的經濟上利益以填補創作的成本，支持其繼續創作的誘因。所以我們也可以說美國的著作權保護具有功效主意的色彩，讓創作人持續創作對促進知識進步的利益大於給予創作人獨占對市場經濟的損害。又或是從市場失靈的角度來看，由於資訊產品公共財的特性所造成搭便車的效應，所導致的市場失靈，需經由獨占地位來加以平衡。我們可以明確地說，著作權法的目的在維護公共利益，而不是為作者創造利益。



美國於 1909 年著作權法制定時，眾議院的報告中表示：「在憲法的文字下國會對著作權立法的執行，不是基於任何作者對其作品的自然權利……，而是基於公眾的福祉將會被滿足的理由……⁴。」但是對於著作權人來說，似乎長期努力想要改變這些基礎，尤其是龐大的著作權產業日益興盛，再加上新科技的挑戰，著作權人並不滿意用獨占這個方式作為其保護的基礎。因為獨占一直是

² 原文如下：“The Congress shall have Power....To Promote the Progress of Science and useful Arts, by secureing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries.”。

³ L. Ray Patterson, Understanding the Copyright Clause, 47 Journal of the Copyright Society of the U.S.A. 365(2000).

⁴ 原文如下：“The enactment of copyright legislation by Congress under the terms of the Constitution is not based upon any natural right that the author has in his writings,...but upon the ground that welfare of the public will be served...”。

法律所排斥的現象，象徵著一種例外的制度，而不如財產權一般受到絕對與優先的保護。因此著作權人大力的引用洛克勞力論的看法。學者 Wendy J. Gordon 教授利用 Holdfeild 對權利的分析來說明著作權符合財產權的定義。Frank H. Easter Brook 教授也認為智慧財產權不應該是為了誘因而授與的獨占，而應該是一種財產權。著作權法的權威教授 Jane C. Ginberg 更指出憲法中”Secure”當然是指對於原來就存在得權利進行保護，所以著作權就是財產權。立法者並不是去「創造」(Creat) 新的基礎，而是「再確定」(Reaffirm) 這個權利⁵。由於這些著名學者的影響力，讓美國著作權的性質形成「財產權化」。William W. Fisher 認為美國智慧財產權擴張的主要原因是：美國經濟的成長（從智財產品輸入國變成輸出國）、特定的文化與意識型態、政治的動態（利益團體影響立法）以及將智慧財產權財產化⁶。此外雷席格教授 (Lawrence Lessig) 也對這些將憲法給予的「特權」變成「自然財產權」的論點予以嚴厲的批評。



6.2.2 著作財產權共識的價值

綜觀歷史，著作權的範圍已經有重大的改變，不僅著作權的範圍擴張，著作權的專有權利種類也隨之多樣化。在雷席格教授自由文化一書中，特別就娛樂產業所提出的財產觀予以反擊，他稱維倫提 (Jack valenti, MPAA 的前任主席) 是提倡「創意財產」的頭號極端主義者，因為維倫提主張「創意財產」應該和其他財產權等同。其實維倫提的創意財產是個貼標籤的行為，是想把他連接到已經存在的通念，使之訴諸於保護財產的典範。而雷席格教授則努力的想要解除維倫提的標籤與法律實踐的連接，防止維倫提的標籤與法律實踐連接而成為社群的共識⁷。為了對抗維倫提的語言遊戲，雷席格也提出了一系列的標籤如：

⁵ Jane C. Ginsberg, Copyright and Control in the Digital Age, 54 Maine Law Review 195(2002).

⁶ William W. Fisher, The Growth of Intellectual Property: A The History of Ownership of Ideas in the United States , available at <http://cyber.law.harvard.edu/metaschoo/fisher/growth.html>

極端主義、著作權中間派等。將這些標籤與既存的實踐家牽涉，他以「自由文化」作為其牽涉的方法，說明人們如何在自由文化的傳統與空間裡，進行文化的發展。雷席格與維倫提二人表面上看起來是對形式的紛爭，爭論著智慧財產權的意義，而實質上，他們都試圖以各自的脈絡來固化智慧財產權的意義，各自尋求社群的共識以達到固化的目的。就此部分的評論與分析，王敏銓博士在科技法學評論中有清楚的描述。自由文化一書的結論說道：如果我們能夠從重塑共識（remaking common sense）的歷史得到什麼教訓，那就是它需要重塑許多人對於同一個議題的思考方式。這意謂著運動必須開始於街頭，必須徵召相當數目的父母、教師、圖書館員、創作者、作家、音樂家、電影工作者、科學家，讓所有人都以他們自己的話來講相同的故事，告訴他們的鄰居，為什麼這個戰鬥是重要的。一旦這個運動能夠在街頭產生效果，它就有希望在華盛頓產生效果。



王敏銓博士認為：這已經不是在探索內在意義，而是在建立詮釋社群。換句話說，雷席格瞭解到，規則的意義必須先在社群確定，尋求社群的共識，其實是詮釋社群的塑造過程。這裡也顯示雷席格與麥金儂的第二個相似處。除了兩個人人都以學術著作來伸張其法庭上的失利，兩人都承認意識覺醒（consciousness raising）在他們的運動中，具有中心的重要性。雖然「意識覺醒」一詞是麥金儂著作的中心語彙，而雷席格從未使用此詞，但可以看得出來，雷席格最後所講的---「所有人都以他們自己的話來講相同的故事」，正是意識覺醒的理念⁸。

雷席格的目的是在進行一項廣大的呼籲，其所呼籲的就是「網路公民站起來」，希望藉由這樣的呼籲形成一種通念，這個通念是---必須反抗。通念必須持續的反抗，因為雷席格認為絕對財產權的極端主義仍然支配智慧財產權的論述。

⁷ 王敏銓博士，科技法學評論第二卷第二期，226頁，2005年10月。

⁸ 同前註，231頁。

從前述有關著作權的工具角色出發，繼而探究著作權的財產權地位，本文認為以上雷席格教授自由文化一書的呼籲格外重要並且意義深遠。因為在網路的著作權爭議案件中，維倫提的語言遊戲顯得格外的危險，或許維倫提深知在網路環境中，著作權的保護要對抗公眾利益這個主題是有盲點以及更高的困難度。而其最簡單且強而有力的方式就是強調創意財產，讓著作權的財產權地位更加鞏固。當著作財產權與一般財產權連結甚至劃上等號的時候，一般社會大眾可以用通俗的理解方式肯定財產權的絕對性與不可侵犯性。如此一來普遍社會大眾對與此絕對性及不可侵犯性凝聚的時候，除了可以形成大眾的共識之外，也可以形成對網路環境中公共利益的抗衡。

本文在第五章就 Google Print 一案從各種不同的角度加以分析，主要的用意就在於像 Google Print 的重製行為究竟造成著作權人如何的不利益，以及對於人類智識文化的意義為何？本文雖然肯認對於這種重大的爭議需要加以全面性的思考與論證，但是對於著作權人利益損害這個焦點不應被模糊。維倫提的創意財產標籤以及此一標籤所欲連結的財產權通念，就有模糊此一焦點之意圖。因為當財產權的性質被刻意強調的同時，其絕對性與不可侵犯性變得理所當然，而使著作權人究竟有何利益損失或損失的程度都變得不重要。

我們可以想像著作權人的論點：這是著作權人的財產權，Google 有什麼樣的權利可以不經著作權人的同意而重製他們的文學創作。為什麼是 Google？不論它把這些文學著作重製後作如何轉化使用，它的重製動作都嚴重的違反了一個財產權的絕對性與不可侵犯性。如果再將這個大規模的重製動作先加以切割出來檢視，在維倫提的標籤之下著作權人顯然言之成理。雖然本文不願就此妄加正當化 Google Print 的這項計畫。但是若以財產權的絕對性及不可侵犯性來討伐此一案件中的重製行為，本文認為確實是一種扭曲。

6.3 著作權的經濟觀點

從經濟的角度來看，Richard A. Posner 法官曾表示「智慧財產是法律經濟分析天生的場域 (Intellectual property is a natural field for economic analysis of law.)」。

在經濟理論架構下，著作權的保護建立在公共財 (public goods) 特性、非競爭性 (non-rival)、非排除性 (non-exclusive)、搭便車 (free-riders) 以及複製邊際成本 (marginal cost) 極低等理論上，因此需要政府介入，而政府的介入就是建立著作權獨占的權利，以回收著作人初始創作的成本，提供創作誘因。但是獨占又是一種非常不經濟的，獨占會抑制競爭造成市場無效率、造成無益損失 (deadweight loss) 增加社會成本、增加消費者成本將消費者剩餘 (consumer surplus) 移轉至生產者剩餘、增加新作品創作時的創作成本。因為除了授權必須要付出的成本外，還包括了追蹤成本 (tracing cost) 與協商成本 (negotiation cost)，也就是確定原著作權人是誰的成本和與著作權人協商授權條件的成本。而在越來越多的資訊成為特定作者的著作權標的的情況下，新創作者的成本越來越高。因此著作權法的核心問題就變成取得 (access) 與誘因 (incentives) 之間，如何取得適當的平衡。

在經濟分析上，所追求的是最有效率的資源運用。以整體觀之，就是追求社會福利的極大化，也惟有能達成社會福利的極大化目標著作權制度也才能被正當化。將經濟分析的功效主義適用到智慧財產權的分析上，在其理論本身就有矛盾之處。簡單來說，給予作者獨占的權利是為解決搭便車所造成的市場失靈，但又形成另一種無效率。為了促進創作生產量所提供的誘因，而採取資訊流通的管制，卻增加資訊取得的成本。在這種理論下的著作權始終有兩個相對的成本互相衝突，永遠沒有一個絕對的答案，永遠是一個複雜的本益分析。當然，這些損益計算本身並沒有問題，在經濟分析中法律的任何決定本來就都是計算

的結果。問題在於，從不同的立場出發會產生完全不同的分析，會達成完全不同的平衡點，而不同的法官、不同的經濟學家也就會得出不同的結論。這樣沒有確定答案的理論不是不能用，只是很難足夠且有效的去正當化一個像財產權這樣效力強大的權利⁹。

依照新古典主義經濟學的看法，財產權最能有效的促進分配的效率，明確的財產權歸屬可以降低市場參與者溝通的交易成本，而使正面外部性內部化。支持擴張著作權保護的學者就採用了此一看法，而認為著作權應該要讓作者充分地獲得市場價值，促使作者發展限有的創作。因此，使用者所付出的價格是在決定作品的價值，提供資源如何分配的方向而不是在給予作者誘因。事實上新古典主義的價格理論高估了消費者與生產者的理性，而且與資訊能自由流通達到社會最高價值背道而馳。此外，著作權正面外部性內部化的主張也是沒有必要的，因為對無損害的搭便車行為進行管制才會無效益的增加社會成本¹⁰。



新古典經濟主義者認為，著作權法中的合理使用制度是為了解決「市場失靈」的問題，這種看法有其一定的說服力。但事實上，合理使用制度的設計是多方面的，包括確保公共領域、避免資訊過度的被控制、維護言論自由的空間都是其目的。若把合理使用制度的重點距焦在市場失靈，將會造成對於其他重要利益與價值的忽視。

從著作權的經濟分析觀點，我們確實發現各種複雜的理論都言之成理，但也都欠缺全面性的說服力。本文認為著作權與合理使用的終極問題，就是如何讓作者願意創作。所以，以如何強度的著作權來進行保護以及採取何種彈性的合

⁹ 陳正和 智慧是憲法保障的財產權嗎？---以著作權法為中心論智慧財產權之憲法基礎，國立政治大學法律研究所碩士論文，2005.07，47 頁。

¹⁰ Mark A. Lemley, Property, Intellectual Property, and Free Riding, Texas Law Review 1031(2005).

理使用，都應該持續地進行檢視。從著作權發展的歷史來看，著作權法的平衡彷彿一直存在也一直不存在。各種角度的分析似乎都只是努力的去理解、詮釋、說服人們著作權法平衡的存在與否。有一點似乎是可以確定的，從經濟的觀點去分析著作權時，可以明顯的描繪出著作權的保護確實只是一種工具而不是目的。而這工具所欲達成的正義，已圍繞在分配正義的界定上，在無法科學量化的分配中，抽象的說服反而成為唯一的方法。

就如同國內學者王敏銓博士說道：「自由文化」（作者 Lawrence Lessig）是一本悲觀的書¹¹，說的是關於著作權的黑暗的故事。而悲觀是沒有必要的，悲觀沒有必要的原因，正因為有像雷席格這樣的人的作為，喚醒社會大眾的意識，再進一步使這樣的意識也滲透到法律的核心「詮釋社群」---法官與律師。在語言遊戲的競爭裡，決定語言遊戲的勝負者，不是規則的內在關係，而是詮釋社群的共識。也許正是這樣的現實，使雷席格逐漸傾向街頭運動，以呼籲積極參與來塑造詮釋社群的共識。正如同 Lexmark 與 Chamberlain 案的轉折所顯現，被喚醒的法官可以在其法律詮釋中加入「中道」與平衡，而這正因法官是人，而不只是一組程式碼。通念正在覺醒，通念已經覺醒！

6.4 網路社會的形成

當人們說道農業社會、工業社會時不需要有特別的解釋與說明就可以清楚的被理解，因為它是一種對於大眾生活方式以及文化型態的普遍現象。不論何種社會食、衣、住、行、育、樂可說是人類生活的全部。資訊在食、衣、住、行、育、樂當中都是其中極為重要的成分。網路對於資訊的形成、傳播具有關鍵的地位，因此網路在現今的社會絕對是社會文化極為重要的一環，因為它已經成為一種生活方式。網路技術的發展與應用極為快速，因此網路對於現存的文

¹¹ 同前註 7，239 頁。

化價值、思考模式所造成的衝擊與變動，似乎只能不停的用追趕的方式試圖加以定位與化解。

網路除了溝通、傳送資訊、搜尋資料的功能外，其更重要的價值在於他已經成為大多數人實現自我並參與社會文化形成的最主要的管道。而這種文化的參與與交流沒有時間與空間的限制，可以極為快速的累積。在這些網路傳遞的過程當中，網路服務提供者都扮演著非常重要的角色，而所有的網路使用者在網路社會中的意見與表達突顯了表意自由的核心價值，這種核心價值不僅僅是追求民主的言論自由，而是整個民主社會文化的保護與形成。在一個民主社會中不是只有政治相關的言論才應該有自由並受到保護，網路社會可能更是一個人們理想的民主社會型態。著作權在網路社會中確實受到空前的挑戰，因為數位化與網路結合，讓一切的複製與散佈變得如此完美、輕易、即時、快速。著作在網路中無時無刻都在未經授權的情形下被重製與散佈，而每一個網路使用者似乎也隨時處在觸法邊緣。我們不得不承認在這種情形下所發生的著作權侵害問題始終無法有效的控制，而且越演越烈。所以著作權人及許多學者都拉高分貝大聲疾呼，對於每一個合理使用的議題都嚴陣以待。在網路社會中著作權被嚴重的侵害是一個不爭的事實。增強網路服務提供者的過濾機制、強化權利管理資訊的功能、研擬合理的授權金機制都是可以特別努力的。但是本文絕對無法贊同的是，以僵化傳統合理使用空間的方式，作為著作權人在網路中其他損失的彌補。

著作權的本質有相當的程度是一種對資訊的控制，不過透過著作權法上所採用的概念表現二分原則，使資訊仍然可以自由的流通，只有作者的表達受到保護。如前所述，在網路環境中著作權人對於非合理使用的重製與散佈束手無策，為了解決這個問題，著作權法擁護者無可避免的往控制資訊或是試圖擁有資訊的方向努力。因為惟有明確的擁有才能在模糊不確定的制度中達到控制的效果。

於是國際間以及智慧財產權發達的國家都理所當然的贊同從控制接觸開始下手，這似乎是最簡單有效的方法。這個方式確實能解決網路上利用科技保護措施，防止著作權被侵害的功效，但這也確實瓦解了傳統合理使用制度中個人非營利接觸利用的重要價值。有關對此部份批評與抱怨的評論可說已汗牛充棟，我們可以很清楚的預測，在短期之內這個問題無法解決，而擺在眼前的事實是國際社會必須忽略傳統合理使用制度中對個人合理使用的限縮，來安慰著作權人。

本文認為這種安慰，心裡面大於實質面，因為他們知道有一種看似令人放心的規範能被高高捧起，對於實際上的無奈也可了以安慰，而實際執行的成果可先暫放一邊，這個趨勢似乎已被確立。所以在網際網路中檢視合理使用制度的時候，應該以人類整體利益為核心，調整傳統著作權人權能的定位。

網路社會對著作權法制的影響可能比一般學者或著作權利益團體所主張的更為嚴重，因為這個影響是根本架構性的改變所造成的。若不正視這個根本性的改變，而只是試圖以片段的緊縮方式加以面對，只會使整個著作權支離破碎。從另一方面來看，有影響並不代表就可以正當化給著作權人更多的保護，畢竟對於資訊的加重控制，都是具有高度風險。重點應該還是要回歸著作權的核心目的。

6.5 資訊自由與著作權

複製與散佈是現今網路社會著作權保護的兩個最大議題，大量散佈通常代表著後續所將引發的大量複製，確實有引發高額經濟價值損失的可能，也因此散佈權的規範成為國際社會間這幾年立法的重點。為達成散佈與重製的控制科技保護措施的立法似乎是著作權人的一項勝利。而科技保護措施的立法其最大的問題，在於增加了著作權人的「接觸權」，對於個人非營利使用以及資訊的自由傳播造成重大的打擊。所以在著作權人感到欣慰之際，國際社會間的學界以及

龐大的網路使用者，皆對此予以嚴厲的抨擊。如果對於相關探討的文章與論著加以搜尋，站在反對角度的批評與撻伐者遠遠超出肯定的擁護者。科技保護措施的立法對於個人合理使用、接觸與資訊自由確實是一種壓縮，同時違背了傳統著作權法中合理使用的目的，本文認為這是一個不爭的事實。但是如果逆向思考，如此明顯的違背何以又是國際社會間的立法趨勢呢？在眾多的論述當中鮮少看到對此一情形的探究。

本文認為合理使用與資訊自由都扮演著人類智識文化提昇的關鍵性角色，但是我們更應思考是否當個人合理使用與資訊自由的牌子被高舉時，其他一切的限制規範都是一種錯誤？是否當合理使用與資訊自由的牌子被舉起時，就代表人類智識文化提昇的目的皆可實現，而不用再去探究在網路社會環境下個人合理使用與資訊自由的定位與執行方法。本文認為，網路社會中由於網路特性以及網路服務提供者大量加入，確實使著作的利用方式產生了結構性的變動，所以當面對個人使用、資訊自由、著作權人經濟利益、市場取代效果及合理使用判斷等，應該從一整體的角度一併評估檢討，才能找出真正的平衡。

6.6 資訊自由、言論自由

資訊自由一直意謂著公共利益，也似乎是人類智識文化提昇的必要條件。從美國羅斯福總統宣示四大自由以來¹²，資訊自由成為重要的內涵之一。儘管著作權保護的呼聲日益升高但是資訊本身仍以自由為常態，專屬的限制為特例。根據自由方式可以把資訊分為五類：自由文件、公眾資訊、政府資訊、學術資訊、借閱資訊。自由不等於免費，不過從取得的角度來看，把免費的資訊變成自由的資訊也不算是離題太遠，自由流動的資訊對社會發展具有正面的價值，不論什麼動機管制資訊本身，就是社會發展的絆腳石。¹³

¹² THE FOUR FREEDOMS, <http://usinfo.state.gov/products/pubs/hrintro/fourfree.htm>

資訊自由化有兩層意義：自由使用政府資訊及學術資訊等公共資訊。

6.6.1 民眾具有使用公共資訊的能力

民眾具有使用這些資訊的能力。資訊的價值可能數百年，著作權的保護期間不過數十年。而著作是資訊的一種，以長遠的眼光來看，如何將著作中應該加以自由化的內容分離出來，而能廣泛的流通與散佈是值得思考的問題。美國著作權法合理使用的制度一直是以維持資訊的自由流通為基礎。1841年美國麻州地方法院法官 Joseph Story 在 *Folsom v. Marsh* 一案中歸納了四項合理使用判斷的要件。此合理使用的目的是在維護公共的利益，而此公共利益就是以資訊的自由流通為內涵。著作權法所保護的標的是一種表達而不是資訊，是可以作為確保資訊可以自由流通的基本價值所在。從被利用的著作性質來觀察，越是具有創作性的著作越能受到保護。以反面觀之，著作越是具有資訊性或功能性則構成合理使用的可能性越大。



從利用的部分質與量作評斷時，被利用的部分若是原著作的核心部分，則不易構成合理使用，因為該核心代表原著作的創作力所在。在創作力之外的通常屬於事實性或公共領域的既存資訊，當其利用時其所佔的量顯得不重要，這當然也是從確保資訊得以自由流通的公共目的為基礎。我們可以明確地說，著作權所欲達成的人類智識文化提昇及公共利益的目的，必須憑藉資訊自由的流通來達成。

在網路社會中對於資訊自由流通的效能上令人欣喜若狂，是人類有史以來所享有最快速、最便捷的資訊流通環境。在人們享受這種便利的時候，若仍然只

¹³ 毛慶禎教授，自由資訊（Linyxer）月刊第 26 期，<http://www.lins.fju.edu.tw/~mao/va/freeinfo.htm>，造訪日期:2007/05/25。

是期待全然免費的資訊，或把著作權的保護簡單化的推定為阻礙資訊流通及科技發展的罪惡，本文認為是欠缺合理性與正當性的。所以在網際網路環境中，平衡社會大眾利益以及著作權人的利益是我們大家應該共同努力的目標，並不是靠醜化任一方而可以解決的。因此在網路環境中對於合理使用與否的各項判斷時，應該特別就資訊的種類、性質以及所能給予社會大眾的利益情形嚴加檢視。如果將大部分的著作都視為資訊自由的當然內容，本文認為那將會是一種嚴重的荒謬。

再以 Google Print 案為例，Google 公司所將進行的大規模書籍重製行為，在違反著作權法的表面初步證據來看，儼然成立。而其複製的量也似乎是不用思索的被認定侵權。但是如果從資訊的角度來看，而不是從這些著作的內容所要表達的意涵著眼，這些書籍中以片段的文字作為利用的時候，其資訊的功能是相對明顯的。如果 Google 公司以文字段落而無順序性的加以重製、組合，顯然也可以達到作為搜尋的效果。雖然總的來看，其複製的量仍然相當的大，但由於次序、段落的隨機複製於複製完成時不再將之依原順序排列組合，似乎已經完全改變原著作的性質。這種重製之後作為書籍搜尋的使用，它的意義在於已將原書籍中的文字轉化成完全不同的性質與資訊，沒有市場取代的效果。對於潛在市場的影響來說更是模糊，而其所呈現的資訊性更強，對於社會大眾搜尋、接觸又有重大正面的效能。在這樣的分析觀點上來說，Google Print 計畫的重製應該可以呈現出更高的合理性。

合理使用確實一直是個麻煩的議題，除了合理使用本身在判斷時具有高度的不確定外，它也是人與人之間具有最廣泛性利益衝突的議題。每一個合理使用的限縮幾乎都意謂著對於全人類利益的限縮，在生活當中沒有其它的權利可以像著作權一樣，可以普遍的牽動他人權益的改變。今天一個大聲疾呼應擴大合理使用的著作利用者，明天也可能成為極力爭取著作權人絕對權利的恐龍。也

就如雷席格教授在自由文化一書中所描述的：現今像迪士尼這樣的著作權恐龍，每一個都是過去海盜行為的受益者，這是人性自然的表現。

數位化及網路環境出現與普遍，讓合理使用這個制度變得更加麻煩。但是，這個麻煩代表著它絕對是著作權人、社會大眾、新興科技達成利益平衡的樞紐。賦予合理使用在新環境下的內涵是理所當然的努力目標。在合理使用制度的省思時，本文認為，應從網路環境的特性、資訊內容的種類、公共利益的定位、個人合理使用的調整、人性、管制成本、授權成本、網路服務提供者的責任、補償金機制、著作權人的實質損害等角度加以辯證。必能歸納出最多數人的共識，達成著作權法的最終目的。

「合理使用只意謂著：『有權請律師去防衛你創作的權利』」；「想創作想革新必須『先打電話給律師』¹⁴」的想法是沒有必要的悲觀主義。誠如王敏銓博士所說：因為永遠會有像雷席格這樣的人，喚醒社會大眾的意識，使這樣的意識滲透到法律的核心「詮釋社群」---亦即法官與律師。在語言遊戲的競爭裡，決定語言遊戲的勝負者，不是規則的內在關係，而是詮釋社群的共識。也許正是這樣的現實，使雷席格逐漸傾向街頭運動，以呼籲積極參與，來塑造詮釋社群的共識。正如同 Lexmark 與 Chamberlain 案的轉折所顯現，被喚醒的法官可以在其法律詮釋中加入「中道」與平衡，而這正因法官是人，而不只是一組程式碼。通念正在覺醒，通念已經覺醒 !!

本文期待 Google Print 計畫訴訟案的判決結果能將合理使用賦予更多新的內涵。

¹⁴ 雷席格教授在自由文化一書中對於現在著作權環境的改變所造成限制創作者的實害，以及其對文化管制批評時所提出之論點。

參考文獻

一、中文著作

1.1 書籍

1. Lawrence Lessig, *Code:and other Laws of Cyberspace*, 劉靜怡譯, 網路自由與法律, 商周, 初版, 2002。
2. Paul goldstein, *Copyright's Highway*, 葉茂林譯, 捍衛著作權, 五南圖書出版有限公司, 1990 初版。
3. Paul Goldstein(美), 捍衛著作權-從印刷到數位時代之著作權法, 葉茂林譯, 五南圖書出版社有限公司, 1990。
4. 大衛·傅利曼(David Friedman)(美), 經濟學與法律的對話(Law's Order), 徐源豐譯, 先覺出版股份有限公司, 2002。
5. 王澤鑑, 民法物權第二冊-用益物權・占有, 王慕華, 2001 增定版。
6. 希瓦·維迪亞那桑(Siva Vaidhyanathan)(美)著, 著作權保護了誰(Copyrights and Copywrongs), 陳宜君譯, 2003.07.10。
7. 李明德, 美國知識產權法, 法律出版社, 2003.10。
8. 邱聰智, 民法債篇通則, 修訂6版, 1993.08。
9. 林子儀, 言論自由與新聞自由, 元照, 初版, 1999。
10. 林山田, 刑法通論(下), 增訂6版, 1998.02。
11. 吳漢東, 著作權合理使用制度研究, 中國政法大學出版社, 1996。
12. 張新寶, 互聯網上的侵權問題研究, 中國人民大學出版社, 2003。
13. 張玉瑞, 互聯網上知識產權-訴訟與法律, 人民法院出版社, 2000.11。
14. 張靜, 《新著作權法釋論》, 中華徵信所企業股份有限公司, 1988。
15. 張靜, 著作權法評析, 水牛出版社, 1983。
16. 張清溪、許嘉棟、劉鶯釧、吳聰敏, 經濟學理論與實際(五版), 張清溪出版, 2004。
17. 陳新民, 中華民國憲法釋論, 三民, 四版, 2002。

18. 陳新民，憲法基本權利之基本理論（上），自版，1991。
19. 陳昌柏，知識產權經濟學，2003.11，北京大學出版社。
20. 黃怡騰，著作之合理使用案例介紹，經濟部智慧財產局編印，2001。
21. 黃立，民法債編總則，2版，2002.09。
22. 黃榮堅，基礎刑法學（上），初版，2003.05。
23. 電腦家庭文化事業股份有限公司，電腦專有名詞寶典，2001。
24. 熊秉元，天平的機械原理，元照出版有限公司，2002。
25. 熊秉元，漫步法律，時報文化出版企業股份有限公司，2003。
26. 劉尚志、陳佳麟，網際網路與電子商務法律策略，元照出版有限公司，2001。
27. 鄭中人，智慧財產權法導讀，五南，二版，2002。
28. 鄭成思主編，孟祥娟著版權侵權認定，法律出版社，2001.05。
29. 盧文祥，智慧財產權不確定法律概念的剖析研究，瑞興圖書出版社，2006。
30. 賴文智，數位著作權法，益思科技法律事務所，2003。
- 
31. 龍文茂，知識產權法哲學初論，人民出版社，2003.08。
32. 謝銘洋，智慧財產權之基本理論，自版，四版，2004。
33. 羅明通，著作權法論，五版，2004。
34. 羅明通，著作權法論第 I 、II 冊，台英國際商務法律事務所，2005 六版。
35. 蘇永欽，違憲審查，學林文化，初版，1999。

1.2 期刊報章論文

1. 王澤鑑，漫步法律，2003。
2. 王明禮等，科技法學評論，第 1 卷第 1 期，2004。
3. 王敏銓，科技法學評論，第 2 卷第 2 期，2003。
4. 林柏杉，華岡社科學報，第 14 期，1990。

5. 陳美玲、林淑惠，全國律師，第 8 卷第 11 期，2004。
6. 張懿云，輔仁法學，第 20 期，1999。
7. 張雅雯，資訊法律透析，1998.03。
8. 張世柱，法令月刊，第 55 卷第 10 期，2004.10。
9. 章忠信，政大智慧財產評論，第 1 卷 2 期，2004。
10. 馮震宇，智慧財產權，31 期，2001。
11. 賀德芬，台大法學論叢，第 8 卷 2 期，1979。
12. 楊維中，破 POTS，復刊 338 號，2004。
13. 熊秉元，經社法制論叢，第 30 期，2002.07。
14. 劉尚志、陳佳麟，萬國法律，第 120 期，2001。
15. 劉尚志、陳佳麟，萬國法律，第 116 期，2001.04。
16. 蔡明誠，政大法學平論，第 41 期，1990。
17. 蔡惠如，科技法學評論，第 2 卷第 1 期，2005。
18. 蔡惠如，月旦法學雜誌，第 135 期，2006。
19. 蔡蕙芳，科技法學評論，第 1 卷第 2 期，2004。
20. 羅明通，月旦法學雜誌，第 94 期，2003。

1.3 會議論文集

1. 王文字、鄭中人，「從經濟論點論智慧財產權的定位與保障方式」，載於 2005 年第三屆法律與經濟分析學術研討會論文集。
2. 邵瓊慧，「論數位時代下台灣流行音樂創作著作權之保護」，2005 全國科技法律研討會，241-264 頁，新竹國立交通大學，2003.11.17~18 日。
3. 財團法人資訊工業策進會科技法律中心，「網際網路服務提供者法律責任與相關法制之研究」，2003.12。
4. 益思科技法律事務所「數位科技對著作權授權契約及合理使用範圍之影響之

研究」期末報告，2002.11.28。

5. 陳志民，「巨人的肩膀或自己的腳尖？-從『從競爭平台模型』理論看著作權『合理使用』原則」，2003 全國科技法律研討會，295-328 頁，新竹國立交通大學，2003.11.20~21 日。
6. 章忠信，「數位典藏國家型科技計畫中所涉及著作權問題研析」，2003 年數位內容創意加值研討會，2003.1.19 日，
<http://www.copyrightnote.org/paper/pa0029.doc>
7. 章忠信，「著作權保護、科技發展與合理使用-談新著作權法關於合理使用的已然與未然」，2003 全國科技法律研討會，3-23 頁，新竹國立交通大學，2003.11.20~21 日。
8. 蔡惠如、杜惠錦，「從 Kelly v. Arriba Soft Corp.一案探討影像搜尋引擎之著作權問題」，2002 全國科技法律研討會，281-307 頁，新竹國立交通大學，2002.11.21~22 日。
9. 蔡惠如，「著作權法最新發展趨勢」，科技法學評論，第 2 卷第 1 期，2005.04。
10. 羅明通，「MP3 數位音樂檔案之重製、傳輸與合理使用之界線」，2001 全國科技法律研討會論文集。



1.4 學位論文

1. 杜惠錦，「著作權存續期間之變遷與著作權公共領域之研究」，國立交通大學，碩士論文，2005。
2. 吳復興，「網際網路點對點（Peer to Peer）傳輸檔案與著作權侵害之研究-以音樂著作網路下載行為為例」，世新大學法律院碩士論文，2005.07。
3. 胡心蘭，「論科技發展對合理使用與著作財產權限制之影響」，中原大學財經法律研究所碩士論文，2001.06。
4. 陳榮林，「點對點傳輸之著作權侵害問題-以美國法為中心」，國交通大學，碩士論文，2003。
5. 陳正和，「『智慧』是憲法保障的財產權嗎？」國立政治大學法律研究所碩士論文，2005.07。

6. 許富雄，「數位時代之合理使用再探討」中原大學財經法律碩士論文，2004.07。
7. 黃怡騰，「著作權法上合理使用原則之研究」，國立政治大學，博士論文，1996。
8. 馮達發，著作權法刑事責任之研究 - 以重製權與散佈權為中心，政治大學法研所碩士論文，116 頁，2003.07。
9. 廖偉迪，「資訊時代著作權合理使用原則演變之探討-以美國著作權法為中心」，國立中正大學，碩士論文，2003。
10. 蔡惠如，著作權合理使用之價值創新與未來展望，國立交通大學博士論文，2006.08。
11. 蔡偉逸，「網路服務業者之著作權侵害責任」，東吳大學法學院碩士論文，2002.07。



1.5 網路文章

1. 毛慶禎，「自由資訊」。2002.01，at <http://www.lins.fju.edu.tw/mao/works/freeinfo.htm>
2. 李長樹著，網際網路簡介，
<http://140.111.1.192/moecc/tanet/environ/internet.html>
3. 林淑芬，「談遠距圖書服務與期刊文獻授權工作計畫」2003，at http://www.ncl.edu.tw/pub/c_news/98/06.html。
4. 林淑芬，電子通訊，第三卷第十期，2004 年 10 月，at http://www.ndap.org.tw/1_newsletter/content.php?uid=1118
5. 財團法人臺灣網路資訊中心 (TWNIC)，「TWNIC 2006 年 07 月臺灣地區寬頻網路使用狀況調查」2006.01，at <http://www.twnic.nec.tw/download/200307/200307index.shtml>
6. 財團法人臺灣網路資訊中心 (TWNIC)，「TWNIC 2006 年 07 月臺灣地區寬頻網路使用調查」2006.07，at <http://www.twnic.nec.tw/download/200307/0607.doc>

7. 章忠信，「美國一九九八年數位或千禧年著作權法案簡介」，1998.11.19，at
<http://www.copyrightnote.org/paper/pa0010.doc>
8. 章忠信，「著作權法制中『科技保護措施』與『權利管理資訊』之探討」
2003.01.30，at <http://www.copyrightnote.org/paper/pa0016.doc>
9. 章忠信，「『科技保護措施』與著作的『合理使用』」2003.02.10，at
http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php?board=4&act=bbs_read&id=61&reply=61
10. 章忠信，「著作權法基本原則」2003.02.18，at
http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php?board=1&act=bbs_read&id=38&reply=41
11. 章忠信，「加拿大最高法院判決 ISP 業者對於客戶網路行為無責任」，著作權筆記，2004.07.15，at
<http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php?board=4&act=read&id=106>
12. 章忠信，「媒介轉換之合理使用爭議」2005.07.08，at
http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php?board=4&act=bbs_read&id=142&reply=142
13. 章忠信，「網路著作權紛爭和解的真正意義」2000.07.29，at
<http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php?board=2&act=read&id=127>
14. 劉靜怡，「當『自由社會』不再有『合理使用』」2006.02.26，at
<http://ithome.com.tw/itadm/article.php?c=35673>

二、英文著作

2.1 書籍

1. Lawrence Lessig, *Code and Other Laws of Cyberspace*, 1999.
2. Lawrence Lessig, *Free Culture*, 2004.
3. Lyman Ray Patterson & Stanley W. Lindberg, *The Nature of Copyright: A Law of Users' Rights*, 1991.
4. Oliver W. Holmes, *The Common Law*, 1881.

5. Jessica Litman, *Digital Copyright*, 2001.
6. William M. Landes and Richard A. Posner, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, 2003.
7. Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, 5th ed., 1998.
8. Robert P. Merges & Peter S. Menell & Mark A. Lemley & Thomas M. Jorde, *Intellectual Property in the New Technological Age*, 1997.
9. Marshall A. Leaffer, *Understanding Copyright Law*, 1989.

2.2 期刊報章論文

- 1.Urs Gasser , REGULATING SEARCH ENGINES: TAKING STOCK AND LOOKING AHEAD , Yale Journal of Law and Technology,2006.
- 2.Stephen Breyer, The Uneasy Case for Copyright, *supra* note 137 。 Diane Leenheer Zimmerman, Authorship without Ownership: Reconsidering Incentives in Digital Age, 52 DePaul Law Review 1121(2003)
- 3.See Eric Allen Engle, When is Fair Use Fair?: A Comparison of E.U. and U.S. Intellectual Property Law, 15 TRANSNAT'L LAW 194 (2002).
- 4.The Digital Connections Council of the Committee for Economic Development, Promoting Innovation and Economic Growth: *The Special Problem of Digital Intellectual Property* (March 2004)
- 5.Wendy J.Gordon, *Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and Its Predecessors*, 82 CoLUM. L. REV. 1600(1982).
- 6.Wendy J.Gordon, *A Property Right in Self-expression: Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property*, 102 YALE L.J. 1533(1993).
- 7.William W. Fisher, *Reconstructing the Fair Use Doctrine*, 101 HARV. L. REV. 1661(1988).
- 8.William W. Fisher, *Property and Contract on the Internet*, 73 CHI.-KENT L. REV. 1203(1998).

9. Mark A. Lemley, Property, Intellectual Property, and Free Riding, *Texas Law Review* 1031(2005).

2.3 網路文章

1. Suber, Prter. (2005). SPARC Open Access Newsletter, 10/2/05 "Does Google Library violate copyright?"
<http://www.earlham.edu/~pethers/fos/newsletter/10-02-05.htm> # Google
2. Danny Sullivan, Search Engine Sizes, SEARCH ENGINE WATCH, Jan. 28, 2005, at <http://searchenginewatch.com/reports/article.php/2156481>
3. Michael Cross, The Butterfly Effect(Feb.27.2001),at
http://www.cmp.caltech.edu/~mcc/chaos_new/Lorenz.html

