

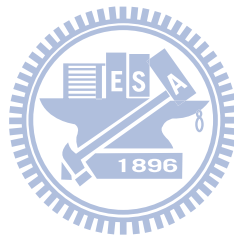
國立交通大學

科技法律研究所

碩士論文

歐體著作權法制研究－以數位著作權法為中心

**A Research on EC Digital Copyright Law**



研究生：李姿瑩

指導教授：王敏銓 博士

中華民國九十八年二月

歐體著作權法制研究－以數位著作權法為中心

**A Research on EC Digital Copyright Law**

研究生：李姿瑩

Student: Chih-ying Li

指導教授：王敏銓

Advisor: Dr. Min-chiuan Wang

國立交通大學

科技法律研究所



Submitted to Institute of Technology Law  
College of Management  
National Chiao Tung University  
In partial Fulfillment of the Requirements  
For the Degree of  
Master

in

Law  
February 2009  
Hsinchu, Taiwan, Republic of China

中華民國九十八年二月

# 歐體著作權法制研究—以數位著作權法為中心

研究生：李姿瑩

指導教授：王敏銓博士

國立交通大學管理學院碩士班法律組

## 摘要

本文研究歐體數位著作權法制，著重「網路服務提供者責任」、「科技保護措施」、「權利管理電子資訊」等三大議題討論，藉由「2001年著作權指令」等歐體相關著作權指令，以及歐洲法院和美國法院判決分析，以便了解網路發達，科技進步下，歐體如何調和各會員國間的法律適用，以因應新興科技法律爭議。最後回歸至臺灣法律面和實務面討論。

本文首先介紹歐體著作權法制以及相關指令，透過文獻分析與比較法，此部分主要結論包含：(1) 雖有眾多調和指令，歐體本身各會員國在指令的適用上仍有歧異 (2) 「2001年著作權指令」公佈施行後，會員國雖陸續轉化指令至國內法中，但實際適用該指令解決紛爭的國家仍為少數 (3) 「2001年著作權指令」本身欠缺強制力（處罰條款授權各會員國自行制訂），且為解決此問題而生的「2004年智財執行指令」執行力不彰 (4) 歐體體系中的歐洲法院判決雖無既判力，不拘束後案判決，但對於各會員國法院的判決有拘束力，且傾向以歐盟條約、法律原則等解釋個案，不像美國法院在個案中發展出檢驗方法（test），可提供實務判斷的基礎。

臺灣著作權法關於「網路服務提供者責任」、「科技保護措施」、「權利管理電子資訊」規定，主要參考美國「數位千禧年著作權法」以及歐體「2001年著作權指令」，前述歐體現況可為借鏡，特別是對2008年「著作權法部分條文修正草案」中「網路服務提供者之責任限制立法」提供建議。因此，本文第二部份透過實證研究做法院判決分析與法官訪談，希冀了解實務實際出現的數位著作權侵權型態為何？法官對於侵權判斷標準為何？法院需要新法提供哪些較為實際的判斷方式，以便利審判工作進行。本文希望能針對實務真正迫切需要解決的議題，加以修法輔助，使得數位著作權問題在臺灣不再停留在理論層面，即不斷強調科技中立與著作權保護平衡，但束手無策，而是能透過研究實證限縮侵權類型，經由貼切的立法，和法院執行力，以解決這些日新月異的數位著作權問題。

**關鍵字：**歐體，數位著作權，網路服務提供者，反規避保護措施，權利管理電子資訊，著作權指令

## **A Research on EC Digital Copyright Law**

Student: Chih-ying Li

Advisor: Dr. Min-chiuan Wang

Institute of Technology Law, National Chiao Tung University

### **ABSTRACT (英文摘要)**

The topic of the thesis concerns the digital copyright law in the European Community (EC). I simply concentrate on three main issues: the responsibilities of the Internet service providers, and DRM (digital right management), including the anti-circumvention measure as well as the electronic rights management information. The purpose of the thesis is to find out the solution of how to settle the conflicts caused by new technology between copyright owners and the public. I hope the conclusion will help the latest amendments of Taiwan Copyright law, and facilitate the judgments of courts.

My research methods are hybrid. My typical resources are the basic principles derived from international conventions, and the EC legal documents. I strive to a frame of the EC digital laws. Second, by comparing case law of US courts and the European Court of Justice (ECJ), I organize the differences and commons between two legal systems. Since Taiwan introduce both of them to its national laws, their experiences will be valuable for solving expecting problems in Taiwan. Finally, I do empirical studies by interviewing two judges of Intellectual Property Court.

According to my observation, first of all, there is no unified copyright law in EC. Therefore, EC promulgates directives to harmonize the national laws and thus unifies the common market; however, those merely provide the minimum principles, and have no absolute binding force, like regulations to obligate EC members. Most important all of, the enforcement power is not obvious. Even the directives are ratified, discrepancies among member states due to each country's domestic policies disturb the unification. Besides, ECJ has authorities to explain the European laws by giving preliminary rulings, which the national court must be bound theoretically; nevertheless, compared with the US Supreme court, ECJ tends to provide abstract principles without concrete tests to deal with the digital issues.

Keywords: EC, internet service providers, DRM, anti-circumvention measure, electronic rights management information, copyright directive

## 誌謝

就如同許多前輩一樣，寫論文的時候，念了很多文章和專書，一心一意相信自己總有一天會寫出曠世巨作，造福人群；一段時間後，就逐漸失焦，開始從事其他課外活動，並懷疑自己其實不適合念法律。特別是當周遭的人都有所成就，而自己仍在過渡階段猶疑不前時。不過，每當瓶頸越來越小，鑽不出去時，總是有人適時來拉你一把，此時，也如果許多前輩一樣，我又開始發現自我，發憤圖強埋首唸書，於是乎這樣不斷循環下，我成長了，論文也完成了。

此刻正是要感謝那些適時拉我一把的恩人，你們發人省思的人格特質，是我進科法所最大的收穫：總是不斷鼓勵我勇於嘗試的敏詮老師，令人欽佩的尚志老師，面面俱到的文杰老師，可愛的蕙芳老師，認真的倪老師，勇敢的志潔老師，細心的誌雄老師，多才多藝的三元老師和立達老師。同時，優秀的同儕們：像媽媽一樣的老大，比媽媽還像媽媽的魏女神，已經有媽媽特質的筑安，強者琳君，大方的慧芝，細膩的建中，負責的景澤，爽朗的慕嘉，勇於作自己的可嘉，甜美的桂綾，效率驚人的高先生，有 007 頭腦的彥群學長，穩重的陳博士，貼心弟弟佳德，美麗的秉芳，厲害的佳達和峰源，愛笑的慧瑩，溫柔的曼玲，才貌雙全的國璇，帥氣的泉仲，聰明的昊恩，優秀的彥好，有個性的盛琦。最後，希望能永遠陪在我身邊的家人們：爸爸媽媽，弟弟，外公外婆，和憨厚的洪小院。最後特別感謝勞苦功高且才貌兼具的珮瑜，欣玲，素萍和玉佩。當然，還有那些默默幫助我的好朋友們。

完成口試的那一刻，心情異常激動，感謝一路陪我走過來的朋友以及師長，給我許多機會累積經驗。這本論文仍相當青澀，有待指正，相信這會是一個全新的開始，而不是結束，謝謝大家，我會繼續努力的！

李姿瑩

2009/2/20

## 目錄

目錄.....	IV
第一章 序論.....	1
第一節 研究動機與目的.....	1
第二節 研究方法與架構.....	1
第三節 研究困難與限制.....	1
第二章 歐體智慧財產權法規背景.....	2
第一節 歐體機關簡介.....	2
第二節 歐體與貿易有關之智慧財產權法規體系概述.....	3
第一項 歐體智慧財產權法律制度之演進.....	4
第二項 歐體智慧財產權法律制度之來源.....	4
第一款 歐體條約.....	5
第二款 規則與指令.....	5
第三款 歐洲法院判例.....	6
第四款 建議和意見.....	8
第三節 歐體智慧財產權法律體系之重要原則.....	8
第一項 歐體法律間統一與調和的特殊情況.....	8
第一款 比例原則.....	9
第二款 權利存在與權利行使二分原則.....	10
第三款 權利耗盡原則.....	11
第四款 特定權利標的理論.....	11
第二項 歐體條約對會員國著作權法協調重要原則.....	15
第一款 非歧視原則.....	15
第二款 貨物自由流通原則.....	16
第三款 限制競爭原則.....	16
第三章 歐體著作權法律體系概述.....	18
第一節 第一代歐體頒布的調和著作權相關指令.....	18
第一項 1991 年電腦程式法律保護指令.....	18
第二項 1992 年智慧財產權領域中與著作權有關之出租權、出借權及特定權利指令.....	19
第三項 1993 年衛星廣播和有線轉播權指令.....	20
第四項 1993 年著作權存續期與著作鄰接權規定指令.....	20
第五項 1996 年資料庫保護指令.....	21
第六項 2001 年藝術著作創作人追及權利益指令.....	21

第七項 其他 .....	22
第二節 第二代歐體頒布的調和著作權相關指令 .....	23
第四章 歐體第二代著作權相關指令 .....	24
第一節 國際數位著作權之法律環境-國際著作權條約間之關係 .....	24
第一項 伯恩公約 .....	24
第二項 世界貿易組織-TRIPS .....	25
第三項 世界著作權公約 .....	26
第四項 世界智慧財產權組織著作權公約(WCT)/世界智慧財產權組織表演及錄音物公約(WPPT) .....	27
第五項 羅馬公約 .....	29
第二節 歐體數位著作權相關指令 .....	30
第一項 2001 年著作權指令 .....	30
第一款 重製權 .....	31
第二款 公開傳播權 .....	31
第三款 散佈權及其耗盡 .....	32
第四款 暫時性重製及其例外 .....	32
第五款 規避科技保護措施之規定 .....	34
第六款 干涉權利管理資訊之規定 .....	35
第七款 救濟與立法 .....	35
第二項 主要會員國的實踐現狀 .....	36
第一款 德國 .....	36
第二款 法國 .....	36
第三款 英國 .....	40
第四款 斯洛維尼亞 .....	44
第五款 小結-實踐所出現的問題 .....	46
第三項 其他相關權利協調指令 .....	47
第一款 「2004 年確保智慧財產權執行之措施與程式指令」 .....	47
第二款 電子商務指令 .....	53
第三款 遠距契約消費者保護指令 .....	58
第四款 小結 .....	61
第五章 歐體與美國案例比較 .....	63
第一節 關於對網路服務提供者責任之議題 .....	63
第一項 德國法院判決 .....	63
第二項 <i>LICRA v. Yahoo! Inc.</i> .....	63
第三項 <i>Kazza</i> .....	66
第四項 <i>Promusicae v. Telefónica ( C 275/06 )</i> .....	67
第五項 小結 .....	69

第二節 數位權利管理的實踐.....	70
第一項 對反規避科技保護措施.....	70
第一款 iTunes.....	72
第二款 Sony-BMG Rootkit.....	73
第三款 CLCV v. EMI Music France.....	74
第四款 小結.....	75
第二項 對於權利管理電子資訊之實踐.....	76
第一款 Kelly v. Arriba Soft Corp.....	76
第二款 PERFECT 10 v. GOOGLE, Inc., et al.....	78
第三款 小結.....	82
第六章 臺灣數位著作權何處去.....	88
第一節 臺灣法律現況.....	88
第一項 消費者保護法.....	88
第二項 「網路服務提供者之民事責任免責」修正草案.....	88
第一款 2008 年「著作權法部分條文修正草案總說明」.....	88
第二款 「970707 著作權法部分條文修正草案意見交流會議記錄」之前的會議記錄整理.....	90
第三款 「970707 著作權法部分條文修正草案意見交流會議記錄」整理.....	93
第四款 小結.....	95
第二節 臺灣法院實務現況.....	97
第一項 量化分析—法院判決整理.....	97
第一款 一般法院裁判現況.....	98
第二款 智慧財產權法院裁判現況.....	102
第二項 質性研究—法官專訪.....	102
第七章 結論.....	105
附件一 訪談題目.....	107
附件二 法院判決.....	109
參考書目.....	110



## 第一章 序論

### 第一節 研究動機與目的

智慧財產權在數位法律的領域，雖然以美國原則為主要參考依據，然世界性公約發源於歐洲，若臺灣欲加入世界性公約組織，對於身為歐洲政經主體的歐洲共同體 (European Community, 下簡稱歐體) 法律體系，難謂無參考瞭解的必要；又臺灣新修著作權法多方參考歐體指令立法，法院判決時亦常引用歐洲法院 (European Court of Justice) 見解 (例如：95年度訴字第1237號民事判決)，再者，數位科技著作權法領域案件量仍以美國為首，且其規範體系較為明確詳實，故本文亦以比較歐美法律的方式來歸納最佳的立法模式，以供漸與世界接軌的臺灣參考之方向，以期實現對於著作權法最初保障公眾利益與促進知識創意的初衷。

### 第二節 研究方法與架構

因為歐體法律本身結構的關係，歐體雖有統一法律原則，然僅提供最小保護，且其效力不一，為配合瞬息萬變的科技發展，在智慧財產權領域，以指令 (directive) 作為調和歐體各會員國內法律是常見的模式，然指令需透過會員國國內立法成為國內法後，始有拘束效力，故同一指令，各國實踐仍有所不同，另外，各會員國國內法院之判決雖不能違背歐體法律原則，但各會員國民情與經濟考量，難免解釋法律上會有些歧異。

本文首先介紹歐體著作權法制之體系，配合臺灣著作權法的修正，限縮在三大數位著作權議題，包含「網路服務提供者責任」、「科技保護措施」、「權利管理電子資訊」之法律規範架構，再者，透過歐洲法院和美國案例分析，比較兩大法律體系關於數位著作權議題的處理方式，第三，透過臺灣法院判決整理，以了解實務上對於上述三大議題的如何解決，以及，實際上需要法律提供哪些具體的判斷要件，希望能提供「2008年著作權法部分修正條文」修法建議。

### 第三節 研究困難與限制

閱讀歐體會員國國內法院判決時有若干語言障礙，因此本文針對此問題通常透過二級參考資料，諸如英文版期刊、論文、官方網頁來理解，專有名詞翻譯上可能與原文有出入；再者，本文原先希望藉由分析歐洲法院判決來歸納出歐體對於本文三大議題的處理方式，然實際搜尋後發現：上訴至歐洲法院的案件型態以競爭法、專利、商標侵權等居多，單純著作權議題者較少，即便部分涉及，歐洲法院也未如美國法院在個案中發展出成熟的檢驗法或要件，造成本文的分析樣本不足，此部分希望日後資料增加後有機會能再增補。

## 第二章 歐體智慧財產權法規背景

### 第一節 歐體機關簡介<sup>1</sup>

新修歐體條約第 7 條規定，歐體主要機關包含：

(一) 歐洲議會 (European Parliament)：歐洲議會不是歐體立法機關，而是監督與諮詢機關，主要功能為提供論壇，但長期發展下來，在某些事務上可參與作出決定。歐洲議會由全民直接選舉產生，有權對歐體執委會和歐體部長理事會提出口頭或書面質詢，每屆全體會議上，均有專門時間要求出席委員口頭回答提問。某些情況下，歐體部長理事會依歐體條約制訂具體實施法規時，須徵求歐洲議會同意<sup>2</sup>。

(二) 歐體部長理事會 (the Council of the European Communities)：歐體部長理事會由會員國政府代表組成，為歐體立法與決策機關，各國外交部長對歐體部長理事會事務負主要責任。依羅馬公約，由歐體部長理事會審查歐體執委會提出的立法案，制訂次級立法。歐體部長理事會可接受提案，或經一致同意，對其做出修改，或不對其作決定，使之閒置。例如：歐體部長理事會作為歐體主要立法機關，在歐體競爭法上，主要功能為制定大量的競爭法條例和指令。

(三) 歐體執委會 (the European Commission)：歐體競爭法在執行機關的設置上採取「行政控制模式」，歐體將執法的權利賦予具有行政性質的歐體委員，而執委會在具體執法過程中，最終則將其執法權授與行政官員。歐體執委會是歐體競爭法的主要執行機關，在歐體部長理事會制訂的法律框架中執行歐體各項政策，並且向理事會提交立法建議。其獨立於歐體部長理事會和其他機關。該執委會有二十名委員，由會員國提名，並經歐洲議會批准。歐體執委會的委員雖然由會員國選派，但他們不代表會員國利益，而是各自負責實施一項或幾項歐體的政策。每個委員都有一個或多個辦事機關，通稱為總局 (Directorates General, 簡稱 DGs)，每個總局負責歐體各種政策中某個領域。目前歐體執委會下設有二十三個總局。

(四) 歐洲初審法院 (the First Instance of the European Communities)：歐洲初審法院主要是處理歐體法律爭議的一審案件，進一步解釋歐體法律所確立的基本原則和制度，適用歐體法律規範，並透過判例的形式彌補空白立法。若以歐體會員國以及歐體機關為原告，須在歐洲法院提起申訴。其他當事人則得以歐洲初審法

<sup>1</sup> 參考張旗坤等編著，《歐盟對外貿易中的知識產權保護》，第一版，知識產權出版社，頁 216-228 (2006)。

<sup>2</sup> 例如：歐體條約第 87 條第 1 款規定，歐體部長理事會在制訂具體實施歐體條約第 85 條和第 86 條兩個禁止反競爭行為重要條文所必須的有關法規和指令時，須徵求歐洲議會意見。

院作為第一審法院。若歐體會員國或歐體機關反對某項決議，可在歐洲法院提出，或歐洲初審法院提出。但對於歐體執委會決定提起的申訴，必須在初歐洲審法院提出。

(五) 歐洲法院 (the European Court of Justice)：歐洲法院不參與成文法的立法過程，但對條約的執行來說相當重要，法院在案件審理中所做出的判決和裁定，是歐體另一項重要法源。依歐體條約第 229 條 (原 172 條)，法院對歐體執委會決定有無限制的管轄權，可以取消、減少或增加其所處的罰款。另外，第 230 條 (原第 173 條)，企業、個人、會員國認為執委會的決定缺乏管轄權、程序違法、違反條約或濫用權利者，可以針對該決定向歐洲法院提起訴訟。

依條約第 234 條 (原第 177 條)，會員國法院受理案件時，如對歐體條約相關條款難以掌握，可請求歐洲法院就這些條款的解釋作出預裁書 (preliminary ruling)，而後再依據該裁定審理案件。一般的受理法院有權利可請求歐洲法院對個案提出解釋，而對會員國國內終審法院而言則有義務請求歐洲法院裁定。歐洲法院的預裁書僅就會員國法院所提問題解答，無權判斷案件本身實體法律關係。

各會員國有自己的司法體系，處理國內事務，通常只有當事人為國家，或歐體議題時始由歐體機關處理。所以，歐洲法院管轄權跟會員國法院管轄權是不同的，歐洲法院通常處理的是審查會員國法令是否符合歐體條約或是歐體執委會決定此類歐體層級的議題。而且，歐洲法院兼具司法法院、行政法院、憲法法院的角色的。

以上可看出，歐洲法院重要功能在於其對歐體法律的正確實施負有最終的解釋權。對此，歐體條約第 234 條中作了明確而詳盡的規定，歐洲法院具有：(1) 對本條約的解釋權 (2) 對歐盟機關行為合法性的解釋權 (3) 對根據歐體部長理事會通過條例而設立的機關規定的解釋權。易言之，歐體法律解釋權專屬於歐洲法院，特別是競爭法。對於維護歐體法律統一實施具有重要意義。然而，歐洲法院判決雖然具有判例法地位和作用，但只對歐體執委會、歐洲初審法院和各會員國及其他有關個人或企業具有拘束作用，並不一定約束其後來法院所作的判決。易言之，歐洲法院在將來審判類似案件時，一般應當遵循先前判例所確立的基本原則，但如發現相關基本原則確有錯誤，或已不適用現況，則可不受先前判例拘束，從而使新判例更改舊判例。易言之，歐洲法院不只單一解釋歐體法規範，同時，也是歐體法規範的創立、制定機關之一。

## 第二節 歐體與貿易有關之智慧財產權法規體系概述

歐洲國家從歐洲共同市場 (Common Market) 透過經濟整合成為歐體，後歷經

複雜協商與各國調和過程，加上政治統一而成為今日的歐洲聯盟( European Union)。本論文著重對歐體數位著作權法制的概括介紹，因此瞭解歐體組織與整體智慧財產法律制度亦為重要一環，下分段介紹：

## 第一項 歐體智慧財產權法律制度之演進

從歐體智慧財產權的立法情況來看，第一個具有成文法效力的智慧財產權法律是 1988 年的第一號商標協調指令 (First Directive 89/104/EEC of the Council, of 21 December 1988, to approximate the laws of the Member States relating to trade marks)，以該指令為界，歐體智慧財產權法律制度的建立和發展大致可分兩階段。從 1960 年至 1988 年可視為第一階段，這階段歐體並無任何有關智慧財產權的成文法律，但歐洲法院產生一系列重要的判例，奠定歐體法律與智慧財產權法衝突發生時的解決基礎。從 1988 年後迄今，可視為第二階段，此階段頒布大量指令、決議以及綠皮書 (green paper) 為特徵。

在程序法方面，2004 年歐體通過「確保智慧財產權執行之措施與程式指令」<sup>3</sup>，以統一各會員國對智慧財產權權利人給予的救濟措施與程式為目的。但該指令未明確說明其所包括的範圍，造成各會員國國內法律與指令銜接上障礙。因而，歐體執委會以前言 (recitals) 補充，指令將於 2006 年 4 月 30 日前轉化至各會員國國內法中，其範圍包含著作權、著作鄰接權、資料庫特別權利、積體電路佈局設計權、商標權、外觀設計權、專利權、地理標示、實用新型權、植物品種多樣化權、商號等。

## 第二項 歐體智慧財產權法律制度之來源

一般認為歐體法律體系分為基礎法以及派生法兩大類，前者包括建立歐體的基礎條約及其附屬文件，後者則根據基礎條約的規定和授權，由歐體部長理事會和歐體執委會制定的各種法律文件，例如：決議、指令、決定等。歐洲法院的判例在某程度彌補因「歐盟條約」<sup>4</sup>或「歐體條約」<sup>5</sup>在智慧財產權法規定上的空白，而使共同市場的目標難達成，但判例畢竟只是將智慧財產之使用控制在歐體法律框架裡，實際上仍不能解決會員國國內法差異對歐體法律所帶來的衝突。目前，由於缺少在會員國國內智慧財產法規的統一，歐體在智慧財產領域的絕大多數跨國法是地區性公約與指令，只在涉及地理標記等少數問題時採取了規則 (regulation) 的形式。歐體智慧財產法律主要包括歐體條約、歐洲法院判決、指

<sup>3</sup> Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights, 詳見本文第四章中關於「其他相關權利協調指令」介紹。

<sup>4</sup> Consolidated Version of the Treaty on European Union, Dec. 24, 2002, 2002 O.J. (C 325) 5 [hereinafter EU Treaty].

<sup>5</sup> Consolidated Version of the Treaty Establishing the European Community, Dec. 24, 2002, 2002 O.J. (C 325) 33 [hereinafter EC Treaty].

令、決議以及歐體執委會的建議和意見等來源，分述如下：

### 第一款 歐體條約

「歐體條約」在歐體整體法律結構中，其權威性與合法性相當於整個歐體的憲法一般，內含歐體主旨、實現目標的法律措施、以及授權歐體立法方面的規定，是歐體立法與司法機制的法律基礎。無論是歐洲法院判例或歐體機關所頒布的決議或指令，均須以歐體條約之授權為前提，且不得與其相違背。因此，「歐體條約」中雖無對智慧財產權之規定，但仍為智慧財產制度的基礎法律來源。條約之下有還有指令、規則等次級立法。

### 第二款 規則與指令

作為歐體二級或三級立法的指令與規則，派生於前述「歐體條約」，是條約授權歐體在某一領域制定，為協調會員國國內法或自主立法的機制。在歐體目前缺少智慧財產統一規定的情況下，指令和規則成為歐體智慧財產法律依據的主體。主要形式有歐體部長理事會制定的規則和指令，以及歐體執委會處理各領域具體問題所做出的決定(decision)。

#### (1) 規則(regulation)<sup>6</sup>：



相當於我國法律層次，對會員國均有直接拘束力。「歐體條約」第 249 條第 2 項<sup>7</sup>，歐體以規則形式所採取之立法措施對會員國有直接效力 (direct effect)，可直接拘束會員國規則一旦在歐體官方公報 ( Official Journal of European Communities，簡稱 O.J.) 公佈後，將自動在各會員國中生效，成為其國內法律之一部而可執行，不需要再透過國內立法制定相應執行措施來賦予其效力。

歐體制訂在會員國間具有普遍拘束力的智慧財產規則，其授權來源為「歐體條約」第 249 條第 1 項，該條為歐體廣泛使用的立法權<sup>8</sup>，換言之，共同市場運作過程中，為實現歐體宗旨所必須，但歐體條約未規定必要權力時，歐體部長理事會可根據歐體執委會，並與歐洲議會協商後，以全體一致的方式採取適當措施並將之定為規則。

<sup>6</sup> EC Treaty art. 249, para. 2, “ A regulation shall have general application. It shall be binding in its entirety and directly applicable in all Member States.”

<sup>7</sup> *Id.* art. 249, para. 2, “A regulation shall have general application. It shall be binding in its entirety and directly applicable in all Member States.”

<sup>8</sup> *Id.* art. 249, para. 1, “ In order to carry out their task and in accordance with the provisions of this Treaty, the European Parliament acting jointly with the Council, the Council and the Commission shall make regulations and issue directives, take decisions, make recommendations or deliver opinions.”

## (2) 指令(directive)<sup>9</sup>：

向會員國發出，要求會員國在規定的日期前實施的法律文件。目的為協調會員國間的法律和政策，使之趨於一致。大量存在歐體法律體系中，相當於我國行政規則。通常指令對會員國只具有間接拘束力，即須透過各會員國國內立法使該指令成為國內法之一部時，始生直接拘束力，會員國實施指令的形式和方法享有自主權。歐體所頒布的智慧財產權協調指令通常只針對國內法中某一方面具體法律規定，實際上歐體並不存在所謂「智慧財產權法典」或完整智慧財產保護制度。另一方面，職此之故，歐體各項調和指令並不影響會員國國內智慧財產法律制度的獨立性，僅要求會員國將指令規定落實於國內法即可，間接使得各會員國的法律規定趨於一致，然而，決定國內智慧財產實體法與程序法內容仍為會員國權限。

### 第三款 歐洲法院判例

歐洲法院是歐體的最高法院。依據歐盟條約，歐盟法院應當審查由歐洲議會和歐體理事會共同制定的法令的合法性；審查由歐體理事會、歐體執委會、歐盟中央銀行以及歐洲議會制定，確認對第三方直接產生法律效力的法令的合法性，但對於其所作的建議和意見除外。為了減輕歐洲法院的負擔，1989 年成立「歐洲初審法院」。從此個人或企業單位直接上訴時都由初審法院解決。歐洲法院只是複審法院。歐體執委會以及會員國的上訴依然由歐洲法院負責。歐洲法院的判決對歐體會員國有拘束，且歐洲法院僅能針對歐體法規解釋，若有國內法牴觸歐體法律，歐洲法院只能發回，不能以判決干涉各會員國國內法的執行。

「歐體條約」賦與歐洲法院廣泛的司法權，包括司法審判權、司法審查權和預先裁判權(right to preliminary ruling)<sup>10</sup>。歐洲法院在行使條約賦予的司法權過程中，形成大量判例，雖然這些判例沒有取得類似判決先例(precedence)在普通法系國家那樣的地位，但條約賦與歐洲法院解釋條約職權，使其享有建立和發展新法律秩序的權力，歐洲法院的判例法(case law)因而對歐體法律發展具有重要意義。在智慧財產權領域，歐洲法院案例法「填補法律空白」的作用顯得尤為重要，從後續論文中介紹的案例可見一斑。例如：「歐體條約」沒有關於智慧財產權的條款，智慧財產權的保護，是法院透過解釋歐體條約第 30 條中「貨物自由流通原則」而來。

該條約對智慧財產權的安排，直接導致的問題是：歐體是否有權力在智慧財產權領域內採取立法措施。歐洲法院在判決中明確指出，第 30 條的目的不是要

<sup>9</sup> *Id.* art. 249, para. 3, “A directive shall be binding, as to the result to be achieved, upon each Member State to which it is addressed, but shall leave to the national authorities the choice of form and methods.”

<sup>10</sup> 參考本文關於歐洲法院「預裁書」之說明。

將有關的事項保留在會員國的排他的權力範圍中，而是允許會員國在未實現該條款之目的合理範圍內，減損貨物自由流通原則的適用。此表現出歐體條約第 30 條所包括的領域內享有與會員國並行的權力( concurrent competence )<sup>11</sup>。這種並行的權力指歐體和會員國在某一事項上，彼此享有獨立和完整的權力，而不是彼此分享或侵蝕。當然，並行的權力並不影響歐體其權利範疇內制定的法律在會員國的效力。例如：歐洲法院在 *Denkavit* 案的判決中就指出，在歐體部長理事會根據第 100 條已經以指令的形式規範出協調領域，會員國便不得引用第 30 條的例外規定做為理由，實施與指令不同的國內法<sup>12</sup>。歐洲法院的這些判例說明，條約第 100 條「具有排除第 30 條適用的法律效力，只要歐體依據該條制定並實施相關的立法措施，在該領域內第 30 條的例外規定便不得被引用來減損歐體貨物自由流通原則的適用。

其他歐體法院的判例性規範，亦為解讀歐體著作權法制的參考，包含：

(a) 歐洲初審法院的判決書( judgment )：根據歐體條約第 230 條和第 234 條(原條文第 173 條和第 177 條)規定，歐洲初審法院和歐洲法院審理不服歐體執委會等機關決定而起訴的案件時，應當提出對條約有關係文的理解以支持所做出的決定，以便法院審查該決定是否符合條約規定的原意和正當程序。然而，法院尤其是歐洲法院對條約具有最終的解釋權，並且將本身對某條文解釋體現在相對應的判決書中<sup>13</sup>。

(b) 歐洲法院的預裁書：依歐體條約第 234 條，歐體會員國法院在受理有關案件時，如對歐體條約的條款難以掌握時，可以請求歐洲法院就這些條款的解釋作出預先裁判，即「預裁書」，而後會員國法院再依據該裁定對條文的解釋來審理案件，對會員國國內一般法院來說，此為一種權利，如果請求預裁書的法院是該國終審法院的話，則這種請求是義務。歐洲法院的預裁書僅就會員國所提出的問題解答，而不就案件本身做實體審查<sup>14</sup>。

(c) 總顧問的意見( opinions of advocates general )：總顧問職責在於法院判決以前，向法院遞意見書，摘要當事人爭點所在，同時表達自己的看法和意見。在意見書中，往往包含對案件法及相關處理原則的闡述，具有一定權威性，然而，其本身沒有法律拘束力。在總顧問意見中，包含對係爭案件歷史回顧，以及深厚

<sup>11</sup> *Supra* note 5, art. 30, "The provisions of Articles 28 and 29 shall not preclude prohibitions or restrictions on imports, exports or goods in transit justified on grounds of public morality, public policy or public security; the protection of health and life of humans, animals or plants; the protection of national treasures possessing artistic, historic or archaeological value; or the protection of industrial and commercial property."

<sup>12</sup> See Case 251/78, *Denkavit v. Minister for Emahring*, 1979 E.C.R. 3369.

<sup>13</sup> 參前註 1。

<sup>14</sup> 參前註 1。

理論分析，為實務重要參考依據<sup>15</sup>。

#### 第四款 建議和意見

在歐體及其多數會員國在某一領域內的政策立場和觀點，建議和意見 (recommendations and opinions) 通過歐體執委會以綠皮書形式並經內部討論後，形成正式的建議草案提交歐體部長理事會，是理解歐體智慧財產權立法的精神和宗旨的重要依據。但需要注意的是，根據「歐體條約」第 249 條第 5 項的規定，此類建議和意見沒有法律拘束力<sup>16</sup>。

### 第三節 歐體智慧財產權法律體系之重要原則

#### 第一項 歐體法律間統一與調和的特殊情況

歐體智慧財產權立法主要採取「調和」(harmonization) 和「統一」(unification) 兩種方式。所謂智慧財產權法律的調和，指歐體根據條約授權，使會員國國內智慧財產權法趨於一致的立法措施；而智慧財產權統一，指歐體根據條約的授權制定適用於所有歐體會員國的統一智慧財產權法律。無論是智慧財產權的調和還是統一，目的均為保持共同市場的完整和正常運作，不同的是，歐體制定智慧財產權調和和統一措施有不同的法律形式和法律依據。

歐體法律統一的途徑主要有兩個，(一)根據「歐體條約」第 235 條制定「適用於所有會員國的統一的法律」；(二)根據「歐體條約」第 100 條頒布相應的指令，以協調會員國的國內法，使會員國中那些直接影響共同市場建立與運行的法律、法規、行政規則趨於一致。當然，歐體建立統一智慧財產法律制度的努力受到歐體部長理事會全體一致同意的表決程序的限制。會員國缺乏將共同利益置於國內利益上的政治意願也在一定程度上延緩了歐體智慧財產法律統一的過程。但是，這種限制是由於會員國出於對國內利益的考慮，而不願將已取得共識的智慧財產權法律規則上升至歐體的層面，使之成為具有統一效力的歐體法律。透過比較歐體調和會員國國內法的指令和建立統一智慧財產權制度的規則，我們可以發現，它們之間的實體內容基本相同。

在統一歐體智慧財產法律方面，歐體雖已努力多年，但並未取得很大的進展。除商標外的其他智慧財產領域，歐體至今還未有真正的具有統一效力的法律。1996 年生效的「歐洲共同體商標規則」<sup>17</sup>是歐體第一個，也是唯一一個生效

<sup>15</sup> 參前註 1。

<sup>16</sup> *Supra* note 5, art. 249(5), “Recommendations and opinions shall have no binding force.”

<sup>17</sup> 「歐洲共同體商標規則」(Council Regulation (EC) No 40/94 of 20 December 1993 on the Community trade mark, 或 Regulation on the Community trade mark, 簡稱 CMTR)是歐體議會於



的歐體統一的智慧財產法律，並產生了在歐體境內有著一致效力的「歐體商標」(community trademark)。至於「歐洲專利公約」(European Patent Convention，簡稱EPC)<sup>18</sup>和「歐洲外觀設計規則」<sup>19</sup>，幾經修改討論至今仍未生效。雖然歐體制定統一的智慧財產法律的努力成效不大，但其在調和會員國智慧財產國內法方面卻得到進步。主要是因為歐體智慧財產的調和是以指令的形式做成，在會員國內無法直接適用，會員國享有選擇實現指令目的的形式與是否立法的自由裁量權。此外，歐體在頒布有關智慧財產的指令之前，一般要制定公佈相關的「綠皮書」，其雖沒有法律效力，但通常表明了歐體在智慧財產方面的政策和立場，尤其是在有關新技術的智慧財產保護方面更是如此。

目前，歐體缺少統一的智慧財產法律規範，主要依靠歐洲法院在個案中行使「歐體條約」所賦予的「預先裁判權」對條約的適用做出司法解釋，以協調各國智慧財產保護下局部利益和歐體法律的衝突，尋找歐體利益與保護智慧財產創新性的平衡點。在這過程中法院做出的決定、裁決、判決在會員國的地位相當於英美法中的判決先例。例如：1992年歐洲法院關於英國廣播公司(簡稱BBC)廣播節目時間表不享有著作權的裁決，以及關於BBC禁止他人轉載該時間表的行為視為「不正當競爭」(unfair competition)的裁判，被各會員國法院及其國內立法普遍承認與執行。歐洲法院在協調歐體智慧財產法律時主要遵循如下原則：

### 第一款 比例原則

比例原則(proportionality principle)未規定在任何歐體法律文件中，亦在「歐體條約」中出現，是歐洲法院在判例中從德國法移植過來，該原則一般用來審查歐體和會員國所採取行動的合法性，現已成為歐體法律的重要組成部分。在歐體法中，比例原則的涵義是指：個人的行動自由只能在必要的公共利益的範圍才能受到限制，而會員國或歐體機關所採取的措施必須與其所要實現的目的相適應，且為實現目的所必須的。

在智慧財產的判例中，「比例原則」通常用以檢驗對「貨物自由流通原則」<sup>20</sup>的限制是否合理。由第30條規定可推知，為公共利益，可限制貨物的流通，而智慧財產的保護本意為鼓勵創作而賦予著作權人排除他人任意散佈或重製著作

---

1993年12月20日通過。旨在歐體內部建立統一且有效的共同體商標註冊制度。1996年1月1日，西班牙阿利坎特的歐體商標局開始受理歐體商標申請。到2004年5月1日，該聯盟已擴展到25個國家。歐盟商標的申請人不限歐體會員國國民，

<sup>18</sup> 1973年通過，共178條條文，所規範之專利，僅以發明專利為限，不包括新型與新式樣專利。

<sup>19</sup> 「歐洲外觀設計規則」(Council Regulation (EC) No 6/2002 of 12 December 2001 on Community designs，或Regulation on the Community designs)歐體部長理事會2001年12月12日通過，目的在歐體內統一各會員國對外觀設計的保護標準，適用一致的法規，建立共同體外觀設計保護制度，以便在歐體所有會員國獲得相同法律保護。

<sup>20</sup> *Supra* note 5, art 28-29.

的權利，明顯為一種限制財產自由流通的行為<sup>21</sup>，然而，依據比例原則，這一例外規定並非意味著智慧財產保護措施完全不受歐體法的制約和調整。只是表明會員國不損害歐體利益的前提下可以減損歐體法律規則的適用，並且這種減損措施必須和所實現的目的相適應，禁止以保護智慧財產的名義而實施對本國市場的保護，或人為分割共同場。

需要注意的是，比例原則在智慧財產領域的運用，只限於智慧財產專屬權的「使用」與歐體法律原則的比例審查。歐洲法院既不對授與智慧財產的國內法合理性及其與歐體法律原則的比例性進行審查，也不對智慧財產的授權是否為實現智慧財產功能所必須做出判斷。智慧財產權的授予是會員國國內法管轄的事項，歐洲法院在智慧財產判例中不依據比例原則對智慧財產的「存在」是否符合歐體共同市場的目標進行審查。另一方面，由於智慧財產是屬於「私權」的範疇，且在智慧財產領域，國內法上的權利，例如：進口權，具有與數量限制措施相同的作用，而這種權利的主體也可能是私人，因此，比例原則在智慧財產判例中的適用已從歐體機關或會員國行為延伸至私人行為。

## 第二款 權利存在與權利行使二分原則

智慧財產權的「存在」與「行使」二分法(existence/exercise)是歐洲法院在「歐體條約」缺乏相關規定的條件下，為解決智慧財產權固有特殊性與建立和維護共同市場目標間之矛盾而創立的一項原則，以解決國內智慧財產權法與歐體法律規則之間的衝突。

在 1968 年的 Parke Davis 案中，歐洲法院首次使用了權利存在和權利行使的概念。歐洲法院在判決中指出，在歐體會員國對智慧財產權沒有統一規定的情況下，各國對智慧財產不同程度的保護造成專利產品在歐體自由流動的障礙，並損害共同市場上的競爭<sup>22</sup>。

在 1971 年 Sirena S. r. l. 案判決中，歐洲法院區分了智慧財產權權利的存在與行使。歐洲法院認為，歐體條約第 82 條也適用於那些憑藉商標權阻止從其他會員國進口合法商標產品的情況。否則，會員國間的邊境將被重建，損害會員國之間的貿易交流，扭曲共同市場的競爭<sup>23</sup>。歐洲法院上述闡述表明了將智慧財產的「存在」與「行使」區分開來，智慧財產權的「存在」不屬於「歐體條約」的調

<sup>21</sup> *Supra* note 5, art. 30, “The provisions of Articles 28 and 29 shall not preclude prohibitions or restrictions on imports, exports or goods in transit justified on grounds of public morality, public policy or public security; the protection of health and life of humans, animals or plants; the protection of national treasures possessing artistic, historic or archaeological value; or the protection of industrial and commercial property.”

<sup>22</sup> See Case 24/67, Parke Davis v. Probel, 1968 E.C.R. 81.

<sup>23</sup> See Case 40/70, Sirena S.r.l. v. Eda S.r.l. and others, 1971 E.C.R. 69.

整範圍，但智慧財產權的「行使」須受到條約禁止規範的拘束。換言之，智慧財產權的授與是會員國國內法管轄的事項，「歐體條約」的一般規則不涉及會員國國內關於授予智慧財產專屬權的程序和條件。「歐體條約」只保護智慧財產的結構性權利，以及認定國內法對智慧財產權所有權的規定，不影響國內財產所有權制度。但是，「歐體條約」保護智慧財產權的權利行使，一旦權利所有人要行使其權利，就即受「歐體條約」規則的限制，進一步由歐洲法院判斷該權利是否能行使。

### 第三款 權利耗盡原則

「第一次銷售原則」，又稱為「權利耗盡原則」，指權利人之散布權僅及於第一次出售之著作原件或重製物上，當該原件或重製物經著作權利人售出或轉讓其所有權後，其散布權已耗盡，對該原件或重製物不再享有散布之權利。歐洲法院藉由判決產生的原則之一。本文將權利耗盡原則與「貨物自由流通原則」合併說明，將於後面介紹。

### 第四款 特定權利標的理論

「特定權利標的」理論 (specific subject-matter) 是用以判斷「權利存在/行使」原則之輔助標準，目的為解決歐體智慧財產權和歐體法律間衝突的規則，同時也是歐體智慧財產權法律制度的重要規則。即當權利具備某些特定標的時，始能合法地豁免於歐盟法律原則的適用。易言之，在著作權領域，可以理解為：當著作權具備某些特定內容，該著作權之行使始能不適用貨物自由流通原則。

Deutsche Grammophon 是第一個在著作權使用「權利存在/行使」概念之個案，此後至 1982 年一直被法院運用。該案最大的特點在於，未定義何謂智慧財產權的「特定標的」，吾人僅可從該案法官用語推論：「特定標的」其為「判決理由之形成過程」。

直到 1974 年 Centrafarm v. Sterling Drug 案<sup>24</sup> 和 Centrafarm v. Winthrop 案<sup>25</sup> 時，法院才詳細解釋何謂「特定權利標的」。兩案均涉及平行輸入已在他國銷售的產品至本國販售的爭議。Sterling Drug 藥品美國總公司，在荷蘭和英國均販售其藥品，且該產品在荷蘭、英國等地均取得專利權和商標權保護。因英國政府價錢管制政策，導致 Sterling Drug 產品在荷蘭的售價比在英國高，因而原告 Centrafarm 從英國平行輸入該藥品至荷蘭銷售，從中賺取差價圖利。為阻止該進口，Sterling Drug 和其荷蘭分公司 Sterling Winthrop 分別基於專利侵權以及商標

<sup>24</sup> Case 15/74, Centrafarm v. Sterling Drug, 1974 E.C.R. 1147.

<sup>25</sup> Case 16/74, Centrafarm v. Winthrop, 1974 E.C.R. 1183.

侵權向荷蘭地方法院提出告訴，最後，荷蘭最高法院（Hoge Raad）向歐洲法院提出預審裁決書，請歐洲法院解釋，依照歐體條約第 28 條，會員國內專利權人或商標權人，可否禁止他人進口已授權在其他會員國行銷之貨物？

該案法院雖試圖解釋專利權和商標權的「特定權利標的」，但仍相當抽象，未明白解釋為何某些權利符合「專利權」特定標的，但在「商標權」卻不適用。有論者批評，法院有意創造一個普遍檢驗法，但卻給予模糊的定義，以便法院可以隨意朝向希冀的結果作解釋，進而排除其他爭議或解釋的可能性<sup>26</sup>。實務上很難適用，且無法預測法院判決，欠缺法確信（legal certainty）。然而，站在立法者角度，此種解釋上即富有彈性。

「特定權利標的」是決定會員國國內法所存在的每種智慧財產權權利類型，在歐體法律下可否「行使」的重要指標。關於著作權及其相關權利具有的「特定標的」，法院更是避免解釋。在 Deutsche Grammophon 案僅說明「保護著作權人著作權『特定權利標的』原則，是保有重製著作的專屬權利」，在 Magill 案更簡短敘述「重製著作物的專屬權利是作者權的一部份」，在 Warner Brother 案中較詳述「欠缺『特定權利標的』概念，表演權和重製權兩個重要的作者權利，將不是歐體條約原則的問題<sup>27</sup>」。會員國國內法所規範的「特定權利標的」，確保著作權人人格權、財產權受保護，特別是藉由人格權之行使，著作人和表演人可對抗他人對作品的扭曲或改變，進而保護名譽不受影響。著作權和其相關權利本質上也有財產權性質，因為著作權人可將作品商業利用，以他人支付對價換取授權。

1980 年 Coditel 案提出「著作權的重要功能」理論（essential function of copyright），此時法院僅說出著作權利人的基本權利，並無判斷權利可否行使<sup>28</sup>。本案法院區分「特定標的」和「著作權的重要功能」之不同在於，前者為商標權人行銷標示其商標的產品至共同市場的專屬權利，因而商標權人可禁止他人未經授權使用商標的行為，以便於保護商標所表彰之商譽，以對抗仿冒品。後者目的在確保消費者對具有相同商標的商品有相同商業來源<sup>29</sup>。然而，「特定標的」和「著作權的重要功能」理論其實為一體兩面，且後者在法院的判斷中從未是參考關鍵。

<sup>26</sup> DINWOODIE, GRAEME B., HENNESSEY, WILLIAM O. & PERLMUTTER, SHIRA, INTERNATIONAL INTELLECTUAL PROPERTY LAW AND POLICY 65 (2001).

<sup>27</sup> *Id.* at 63 (2001).

<sup>28</sup> 「著作權的重要功能」在 Magill 案再次出現，且用來判斷商標權案件，判決該案的歐洲初審法院和「歐洲法院」均認同此判斷方法，從權利的主要功能來推論出權利可否行使。Magill 案上訴至「歐洲法院」前，愛爾蘭法院判決節目表有著作權。法院常受已遭廢棄的判決所拘束。「歐洲法院」在 Magill 案否定節目表具編排創意性，不受著作權保護，因而 Magill 對節目表重製無獨佔權利，且以 Magill 濫用權利為由駁回請求。法院目的可能在於保護公益對抗大公司，但忽略著作受保護的可能性。

<sup>29</sup> See Case 62/79, Coditel v. Ciné Vog Films, 1980 E.C.R. 881.

1982 年 *Keurkoop v. Nancy Kean Gifts* 案<sup>30</sup>，法院提供另一種檢驗法，簡稱為「合法使用原則」(legitimate use test)，區分權利的合法行使和非法行使。即依據荷比盧法律之下，工業設計權的「特定標的」，應指「財產權人將已註冊的工業財產權產品，第一次銷售至共同市場的專屬權利」，此為會員國國內智慧財產權合法行使的內容，因此，禁止「符合歐體條約第 30 條內容的貨物」進口，為權利的合法使用。此觀念後來在 *EMI Electrola v. Patrica Im-und Export* 案，也為該案法官所用，認為著作權人有權利禁止未經授權之第三人，在其他著作權存續期間已消滅的會員國中販賣、進口著作物<sup>31</sup>。

*Keurkoop v. Nancy Kean Gifts* 案是歐洲法院第一個定義工業設計權特定標的的案件，易言之，間接確定「工業設計權」若符合「特定權利標的」理論，亦可不適用貨物自由流通原則。法院試圖提供統一合理的解釋方法，終結歷年法院模糊難懂得的定義，但終究又是另一個難以適用的例子。有論者認為若要適用，則該法院定義「特定權利標的」前，須先質疑會員國立法者政策目的，為何會制訂出與「貨物自由流通原則」相抵觸的智慧財產權行使規定，以判斷該權利是否可以行使<sup>32</sup>。否則，*Keurkoop v. Nancy Kean Gifts* 案僅是根據 *Sterling Drug* 案定義做更空泛解釋。至少 *Sterling Drug* 案中，法院顯然基於推論會員國國內保護智慧財產權之目的，來解釋該案「特定權利標的」，進而判斷係爭權利可否行使。

「特定權利標的」為描述性概念，用以判斷權利核心的重要方法，1988 年 *Magill* 案再次出現「著作權的重要功能」一詞，試圖取代「特定權利標的」理論。該案法官定義著作權重要功能在於，確保創意有所回報且保護著作人格權。有論者質疑，「特定權利標的」理論實質效用是否能在個案中發揮？該理論本意為：限制「智慧財產權之行使不適用於貨物自由流通原則」的情況，法律基礎為歐體條約第 30 條，此為貨物自由流通原則之例外規定，但必須被限縮解釋。智慧財產權保護和貨物自由流通原則的重要，孰先孰後難辨，仍須找到平衡。換句話說，法院應先確定個案內部價值後，再衡量此時是否須限制貨物自由流通而保護智慧財產權<sup>33</sup>。

「特定權利標的」有描述性 (descriptive) 和目的性 (purposive) 兩種解釋方法，目前，歐洲法院判決不確定採取哪一種。另外，有論者批評，在歐洲著作權法制欠缺一致規定的同時，應由各會員國自行決定應如何限制智慧財產權權利範圍，以及該專屬權利的特徵，「特定權利標的」非合適的檢驗法；歐體條約和歐體法律亦無授權歐洲法院藉由定義「特定權利標的」，對智慧財產權提供一般

<sup>30</sup> See Case 144/81, *Keurkoop v. Nancy Kean Gifts*, 1982 E.C.R. 2853. 該案被告重製原告設計並將複製品在荷比盧三國登記註冊，且行使其專屬權禁止原告進口其具有該設計的產品。

<sup>31</sup> See Case 341/87, *EMI Electrola v. Patrica Im-und Export*, 1989 E.C.R. 79, at para. 8.

<sup>32</sup> *Supra* note 26, at 73.

<sup>33</sup> *Id.* at 69.

性最小保護標準<sup>34</sup>。「特定權利標的」理論若依此說法，或是基於授權專屬權的「目的解釋」，可能較容易理解且可具體地適用於個案中，例如：Sterling Drug 案，法官即依目的解釋。

若用 Magill 案總顧問律師說法很難判斷，在荷蘭以外的第一次銷售無權利耗盡原則適用，此為主要權利核心，且後歐體條約第 30 條保護，因總公司可主張無權利耗盡適用，再對英國進口之貨物主張著作權，進而可限制該貨物之流通。法院以第一次銷售原則和歐體耗盡原則解釋，因為其目的符合專利權和商標權的特定標的。專利權目的在於獎勵發明人 (inventor)，允許其專利產品第一次銷售時的獨佔地位，因此，若同意專利產品銷售後，專利權人在同一市場中仍可干涉該產品之流通的話，則不合理。另一方面，如果授予商標權的目的在於，商標權人可透過禁止未經授權的商標使用，達到保護商譽的目的，那麼，允許商標權人限制其已銷售至市場的貨物之流通，即為不正當。

歐體條約第 30 條的本意在於，各國對於智慧財產權權利的保護之規定非一致，只有會員國立法機關可決定該智慧財產權權利可否存在。而權利可否行使，就只能委由法院來判斷。在 1990 年代歐體著作權調和指令出現前，各國法律相差甚大，保護類型、原創性的標準、專屬權目標、權利存續期間、救濟方法等均相異，可想而知對貨物流通自由性影響甚大。歐體第一代著作權調和指令出現後，解決某些貨物自由流通原則和著作權保護相扞格之爭議，所以某些個案所設立的檢驗標準現今已不討論<sup>35</sup>。

各會員國國內法所制訂的著作權法，事實上，並無法直接解決貨物從會員國 A 進口至會員國 B 後所遭遇的問題，因為即便歐體後期有統一指令可調和會員國法律，但因適用上有些微歧異，也因此會員國法院為避免與歐體法律抵觸，最後仍透過向歐洲法院申請「預裁書」，作為判斷當事人權利義務歸屬的參考。另一方面，因為歐體對著作權欠缺一致的法律規定，歐洲法院受限於歐體條約<sup>36</sup>，往往偏向抽象的原理原則解釋，鮮少出現如同美國法院具體的檢驗法，也造成歐體會員國實務上適用的困難。然而，整體來說，雖歐洲法院發展出「特定權利標的」理論，但對個案如何適用該理論以及何謂「特定權利標的」，仍屬抽象解釋，難謂有軌跡可循。

在歐體，相較於其他智慧產權權利，著作權傾向屬世界性，非地區性權利，因其不以登記為必要，採創作保護主義。另一方面，即便執行調和指令的地區，也會因各會員國法院解釋不同，而出現歧異，此時著作權的地區性即顯現，進而

<sup>34</sup> *Id.*

<sup>35</sup> 歐體在其他智慧財產權領域亦有此種現象，但本文著重著作權議題，因而在此不另外討論。

<sup>36</sup> 歐體條約規定歐洲法院判決不能偏袒任一會員國，且不處理實體關係。

阻礙貨物自由流通原則適用。

賦予著作權受保護的原因不外乎（一）對文化遺產之貢獻（二）無誘因無創作。直到其與歐體法律原則適用上衝突時，出現「特定權利標的」理論試圖解決，然而，1971年 Deutsche Grammophon 案只說明權利須符合「特定標的」，始能豁免於貨物自由流通原則的適用，但法院並未明確定義何謂「特定標的」。直到1991年歐體第一代著作權調和指令形成，法院有目標和法律依據可以定義「特定權利標的」，包含著作財產權和人格權的權利內容。1993年 Phil Collins 案，法院在判決說明：各會員國所制定著作權及其相關權利的「特定標的」，可確保權利人人格權和財產權受保護，特別是「人格權」，保障作者及表演人可對抗他人對其創作所為的扭曲、應用、改作<sup>37</sup>。

著作權本質使然，無法直接適用權利耗盡原則。著作權人享有兩個基本權利，重製權和表演權，前者指複製有形的著作（in material form）之專屬權利，例如：製造、散佈影音著作物、影片、唱片，後指公開表演之專屬權利。對貨物自由流通原則而言，行使重製權並未造成阻礙，權利耗盡原則將判斷受著作權保護之貨物，在歐體會員國 A 販售後，是否可以再次銷售至共同市場中其他會員國國內？早期著作權不受「歐體條約」規範，因為作者權（authors' rights）是人格權，非財產權。而歐體條約第30條指「工業和商業財產權」（industrial and commercial rights），一般歐陸法律體系解釋上不包含著作權及其相關權利，造成著作權人無法依法享有第30條的保障。<sup>896</sup>

從而，雖然歐體條約第28條因保護著作權而形成貿易障礙，但無法適用第30條規定來取得平衡。這種奇怪的現象，法院在 Deutsche Grammophon 透過猜測立法者用意來解決—歐體條約第30條適用範圍及於智慧財產權領域，當然包含著作權及其相關權利，後來 Music-Vertrieb Membran v. GEMA 案法院解釋「工業和商業財產權」亦包含著作權，特別是以授權方式所為的商業利用。

## 第二項 歐體條約對會員國著作權法協調重要原則

### 第一款 非歧視原則

「歐體條約」第6條規定，不得以國籍不同而對會員國的國民，實施歧視待遇<sup>38</sup>，此稱非歧視原則(nondiscrimination principle)。但此項原則常用於著作權或著作鄰接權在會員國間存有爭議時。因為伯恩公約允許會員國在工業設計、保護期和存續期方面實施互惠原則而非國民待遇原則。歐洲法院1993年10月20日在EMI

<sup>37</sup> Joined Case C-92/92 and C-326/92 Phil Collins and others 1993 E.C.R. I-5145.

<sup>38</sup> *Supra* note 5 art. 6, para. 3, “The Union shall respect the national identities of its Member States.”

案中結束該爭論<sup>39</sup>，其判決表示：非歧視原則是歐體重要原則之一，當然適用於著作權及相關權利。

該判決使得「伯恩公約」和「羅馬公約」有關國民待遇的例外規定將不再適用於歐體會員國之間，例如：雖然義大利著作權法不保護工業設計，但義大利設計師的作品此後即可在法國享有著作權保護。

## 第二款 貨物自由流通原則

為保證商品在整個歐洲共同市場自由流通，「歐體條約」第3條第1項以及第30至第36條對商品的自由流通作出相應規定，此為貨物自由流通原則(the principle of free movement of goods)。但某些情況下，如果依據會員國法律主張著作權、著作鄰接權或其他智慧財產權利，則可能對商品的自由流通造成障礙，換句話說，著作權保護為貨物自由流通原則之例外，即對於受有著作權及其他相關權利保護之標的之散佈須受到一定限制。歐洲法院為調和是項衝突，創立了「歐洲共同體內權利耗盡原則」(相較於國內耗盡與國際耗盡之「區域耗盡」原則<sup>40</sup>)，當著作重製物或產品被權利人或經其同意，在某歐體會員國內首次販售後，對於該物日後之散佈無法再主張權利。

但在兩種情況下，上述耗盡原則不適用：(1) 對於未經授權之重製物或假冒產品，權利人均可阻止其流通；(2)對於權利人或經其同意，由他人在歐體以外之市場上散佈之重製物與產品，權利人可依國內法規禁止平行輸入。

## 第三款 限制競爭原則

「歐體條約」第86條禁止任何企業在共同市場內濫用其壟斷地位來限制競爭，此為限制競爭原則(the principle of anti-competitiveness)。此規定對於協調會員國著作權許可制度有重要影響。例如：在歐洲法院的裁判下，歐體會員國內著作權法至少必須對於「純事實訊息的彙編」實施法定許可制度，諸如具有壟斷地位的電腦作業系統著作權人，不能拒絕他人利用其產品的介面，因為這可能導致其他同業競爭者應用程式無法運作，此部分規定也符合「1991年電腦程式法

<sup>39</sup> 1983年英國著名搖滾歌手 Phil Collins 在美國加州開演唱會，美國唱片公司未經許可錄製了整場內容，並將錄音帶銷往德國。由於美國著作權法不保護表演人之表演權，故該歌手無法在美國獲得保護，於是向德國法院提出告訴，但法院認為德國和英國均為「羅馬公約」(Rome Convention)締約國，但該公約只要求締約國對於發生於本國或其他會員國的表演進行保護，即為遵守國民待遇原則之義務，美國非「羅馬公約」締約國，故德國無保護義務，歌手因而敗訴。然而，德國著作權法第125條第1項規定，德國國民無論在何處表演，均受德國法律保護，這樣德國國民便享有比其他歐體會員國人民更高的保護，產生是否違反「歐體條約」非歧視原則之爭議，歐洲法院最後認為並未違反該原則，間接承認著作權法議題亦有非歧視原則適用。

<sup>40</sup> 參考游智良，「歐洲聯盟數位著作權法之研究」，頁147-148。



律保護指令」和「2001年著作權指令」規定。



### 第三章 歐體著作權法律體系概述

首先介紹歐體著作權法之內部調和，包含第一代和第二代歐體所頒佈的調和著作權相關指令，分別在下兩節說明：

#### 第一節 第一代歐體頒佈的調和著作權相關指令

1984 年歐體執委會在「完善內部市場的白皮書」中指出：智慧財產權立法方面的差異直接地妨礙歐體貿易，和將共同市場視為一個經濟整體的營運能力，這使得歐體產生共識趨向建立智慧財產權的統一立法，其中著作權的統一比專利權和商標權等更為緩慢。

整個統一與調和過程由「羅馬公約」的締結開始，學界先討論「羅馬公約」是否能適用於著作權，後來歐洲法院在 EMI 案獲得肯定答案，強調權利行使不得阻礙商品與服務的自由流通，以及自由競爭原則，提供後來著作權法立法理論基礎。此後，歐體採用「指令」、「規則」來推動歐體著作權的統一與調和，而非以區域性公約。以下依指令的出現先後依序介紹其重要內容：

#### 第一項 1991 年電腦程式法律保護指令<sup>41</sup>

「電腦程式法律保護指令」在第 4 條賦予權利人重製權（第 1 項，包括暫時及永久重製）、翻譯權、改作權（第 2 項）、散布權（第 3 項，包括出租權）。

在第 5 條及第 6 條規定前述排他權的例外情況。第 5 條第 1 項規定若契約沒有約定，電腦程式合法取得人依據該程式之預定目的（包括更正錯誤）使用而為必要之重製、翻譯或改作，不需權利人同意；第 5 條第 2 項甚至規定不得以契約禁止有權使用系爭電腦程式之人為使用之必要而製作備份。第 5 條第 3 項則是明文表示還原工程不受前述各種排他權限制，可以為之。「電腦程式法律保護指令」第 6 條則進一步將獨立開發之電腦程式為與其他程式可交互運作（interoperability）所必須的反譯（decompilation 包括重製及翻譯），排除在該其他程式著作權人的排他權之外。

針對保護電腦程式之技術措施，「電腦程式法律保護指令」第 7 條第 1 項第 3 款要求會員國在不影響第 4、5、6 條之規定下，禁止將唯一預定用途是協助不法去除或規避可用於保護電腦程式之技術裝置帶入市場流通，或為商業目的持有該裝置<sup>42</sup>。

<sup>41</sup> Council Directive 91/250/EEC of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs, 17, May 1991, 1991 O. J. (L 122) 42–46.

<sup>42</sup> 所謂「流通」是帶入市場使其他人取得並可任意處置之行為，此種行為使得能夠從事規避行為的人數增加。至於持有是事實上的占有支配。參考陳家駿、馮震宇、劉孔中，〈著作權科技保

「電腦程式法律保護指令」並非實質的著作權規定，僅為輔助性規定，如同WCT第11條及WPPT第18條，且帶有英國著作權法內容<sup>43</sup>，著作權人不僅可對「侵害」其著作權之行為尋求保護，而且也可以對抗某些「間接侵害」的行為以及為將來侵權行為所作的「準備行為」。

第二，指令禁止流通或為商業目的而持有，此「商業目的」是指持有人意圖以持有取得收入而持有，因此不包括為個人目的而持有<sup>44</sup>。

第三，所謂以協助不法「去除」或「規避」技術裝置為唯一預定用途之手段，去除是指將保護機制自電腦程式除去，而規避是指使保護措施失效。至於將密碼交付他人的行為本身，並非一種可帶入市場流通或為商業目的而持有的手段，因此不構成此處所謂的去除或規避<sup>45</sup>。此外，該手段只具有協助「去除」或「規避」保護電腦程式的技術裝置的功能。此項限制與歐體執委會之前提出的二項草案顯有不同（當時用語為手段具「特定目的」），大大限縮了本款規定的適用範圍<sup>46</sup>。

此外，去除或規避必須是不法（unauthorized），但何時才是此種情況，電腦程式法律保護指令並未明言，不過若經當事人同意或法律許可，應該就不是不法。然而，在此會產生爭議，即在什麼情況下去除或規避技術裝置是法律許可的，因為「電腦程式法律保護指令」並沒有特別就第7條第1項第3款有明文的例外規定，而前述第5條及第6條只是對本指令第4條的例外規定。

對於會員國可否在其著作權法中，另以例外規定「允許」該去除或規避行為，學說有不同看法，有主張「電腦程式法律保護指令」是以對電腦程式提供著作權保護為標的，而本款規定之宗旨在就是實現此種保護，所以本款之適用不應超越著作權保護的範圍本身。也有主張「電腦程式法律保護指令」就此給予會員國在法制轉化上裁量空間，由其決定本款規定的例外情形<sup>47</sup>。

事實上，各會員國在將「電腦程式法律保護指令」轉換到國內著作權法時均採用本款語意不明的用語，而把問題留給法院及學界解決，只有英國在重製權的例外範圍之內，間接允許排除保護電腦程式的技術裝置，及荷蘭只有權利人同意時，才允許排除保護電腦程式的技術裝置<sup>48</sup>。

## 第二項 1992 年智慧財產權領域中與著作權有關之出租權、出借權及特定權利指令

### 1992 年智慧財產權領域中與著作權有關之出租權、出借權及特定權利指令

---

護措施之研究研究報告》，《經濟部智慧財產局委託研究專案》，頁 82 (2004)。

<sup>43</sup> 同前註。

<sup>44</sup> 同前註。

<sup>45</sup> 同前註。

<sup>46</sup> 同前註。

<sup>47</sup> 同前註，頁 82-85。

<sup>48</sup> 同前註 42。

(下簡稱出租權指令)<sup>49</sup>，重要內容有：具體規範著作鄰接權之調和規範，並且採取較高的保護標準，賦予表演人出租、出借、固著、重製與散布權，以及廣播與公開傳送之報酬請求權。其餘內容與本文較無直接相關，此不贅述。

### 第三項 1993 年衛星廣播和有線轉播權指令<sup>50</sup>

1993 年 9 月 27 日歐體頒佈「衛星廣播和有線轉播權指令」，規範與著作權以及其鄰接權有關的衛星廣播和有線服務提供者的再播送權利。重要內容在於，該指令允許對衛星或有線播送為強制性的集體管理<sup>51</sup>。

「有線再播送權」指，將已廣播之著作透過有線系統或微波系統，以同步、未經變更且完整呈現的方式，繼續播送節目的權利，其僅能由一家著作權仲介團體管理。若著作人將有線再播送權讓與廣播機構、錄音物或電影製作人，則有線服務提供者對於有線的再播送應給予著作人適當的報酬。著作人不得放棄此項報酬請求權。但可以事先轉讓給著作權仲介團體並只能經由該團體來請求。源自伯恩公約第 11 條之 2 第 1 款第 2 項規定，作者享有授權透過有線方式向公眾傳播其作品的廣播專有權，只有在相關國際條約允許的情況下，才可對之實行強制性集體管理，又依第 2 項規定，行使第 1 款所指權利的條件由會員國的法律規定。指令第 10 條僅規定，廣播組織的有線轉播權，只有在著作權人或著作鄰接權人無法行使其權利或者由於權利人和使用者數量或者其他使用上不經濟時，才准允其強制由著作權仲介團體管理。該指令其餘內容與本文較無直接相關，此不贅述。

### 第四項 1993 年著作權存續期與著作鄰接權規定指令<sup>52</sup>

歐體各會員國在著作權存續期長短的規定不一致，此問題在歐洲法院判決 EMI 案時使歐體開始重視存續期問題，即不同存續期可能妨礙「無疆界共同市場」這概念，於是產生「著作權存續期與著作鄰接權規定指令」，1993 年 10 月 29 日歐體部長理事會通過該指令，包含幾個原則：

- (1) 全面調合著作權和著作鄰接權的存續期以及存續期的起算標準；
- (2) 強化原本對存續期低度規範的會員國，藉此向高度規範會員國看齊；
- (3) 尊重已取得的權利，維繫著作權和著作鄰接權間的平衡<sup>53</sup>。

<sup>49</sup> Council Directive 92/100/EEC of 19 November 1992 on rental right and lending right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property, 27, Nov. 1992, 1992 O. J. (L 346) 61.

<sup>50</sup> Council Directive 93/83/EEC of 27 September 1993 on the coordination of certain rules concerning copyright and rights related to copyright applicable to satellite broadcasting and cable retransmission, 6, Oct. 1993, 1993 O. J. (L 248) 15-21.

<sup>51</sup> *Id.* art. 9, para. 1.

<sup>52</sup> Council Directive 93/98/EEC of 29 October 1993 harmonizing the term of protection of copyright and certain related rights, 24, Nov. 1993, 1993 O. J. (L290) 9-13.

<sup>53</sup> 參前註 1，頁 30-31。

對於溯及效力，於指令第 10 條第 2 款規定，本指令存續期規定只適用於在指令生效時(1995 年 7 月 1 日)，仍在至少一個以上會員國受到保護的著作權或著作鄰接權，換言之，只要在歐體某會員國受保護，即可在其他會員國享受到指令規定的存續期。這對於原先就賦予較長存續期的會員國來說，是相當有利的。

### 第五項 1996 年資料庫保護指令

歐體在 1996 年 3 月 11 日向會員國提出「資料庫保護指令」，要求各國在 1998 年 1 月 1 日以前將指令轉化為各會員國國內法，立法保護資料庫。該指令採取雙軌制度併行保護（第 7 條第 4 項），即在兩種情況下資料庫均受保護，第一，資料庫之選擇和編排上具精神創造性者，即以著作權保護（第 3 條），強調原創性的重要。資料庫之著作權人，就其資料庫之內容可以享有重製權、變更權（包括翻譯、改作、編排，以及其他任何形態之變更），散布權以及公開傳達權（第 5 條）。至於其存續期間，則與一般編輯著作相同。

第二，雖不具原創性者，但因相當人力、技術及財力等質和量上重大投資，而以單獨立法( sui generis )保護資料庫內容，資料庫建立者可獲得十五年的存續期，得禁止他人未經其同意以任何方法或形式，永久或一時地將資料庫之全部或一部重要內容移轉於其他資料媒介上，資料下載即屬之；亦得禁止他人未經其同意而散布重製物、出租，或為其他形式之傳輸，使公眾得取得資料庫之全部或部份重要內容或將其進一步利用(第 7 條第 2 項)。

資料庫權利人的權利存續期間為資料庫完成後十五年，但是，如果在此一期間屆滿之前，將資料庫提供給公眾使用，則自首次提供給公眾使用起，可再享有十五年之保護；如果對於資料庫之內容，在質或量上有重大之變更，且在質或量上為重大新投資者，包括由繼續性之補充、刪除或變動而累積成之重大變更，則該投資所產生之資料庫享有獨立之存續期間（第 10 條）。

美國、德國、WTO、世界智慧財產權組織(WIPO)、伯恩公約及臺灣等大多數國家以編輯著作來保護資料庫，僅定義、保護要件及範圍的認定有些許差異。歐盟及北歐諸國則以單獨立法保護資料庫<sup>54</sup>。

### 第六項 2001 年藝術著作創作人追及權利益指令<sup>55</sup>

「藝術著作創作人追及權利益指令」在經過 10 年的協商後，於 2001 年 10

<sup>54</sup> 劉江彬，〈數位資訊交流的法律問題：資料與資料庫的智慧財產權保護關於各國資料庫保護規定〉，<http://www.sinica.edu.tw/info/articles/01.htm> (最後點閱日：2009 年 2 月 20 日)。

<sup>55</sup> Directive 2001/84/EC of the European Parliament and of the Council of 27 September 2001 on the resale right for the benefit of the author of an original work of art, 13, Oct. 2001, 2001 O. J. (L 272) 32-36.

月 13 日 生效。在此指令未通過前，沒有藝術創作者之再售權的歐洲國家，包括奧地利、塞浦路斯、愛爾蘭、馬爾他、荷蘭和英國。會員國依照指令規定，為藝術著作創作人利益應提供追及權(artists' resale right)，即取得根據作品售價所換算的權利金(royalty)之權利，易言之，藝術創作者在其作品交易或再售出時將可以取得一部分收益，亦稱為藝術創作者之「追及權」(Droit de Suite)。

指令第 4 條第 1 項的規定，單件藝術作品權利金收受上限為 10,000 歐元，權利金的數額依不同售價而有所區別。英國於 2005 年開始執行此指令，其專利局於 2005 年 2 月 18 日開始意見徵詢藝術創作和藝品交易商關於權利金和形式的要求<sup>56</sup>，換言之，在此之後，繪畫、攝影、雕塑和其他獨特藝術品之創作者，一旦賣出其創作後，即使該作品日後再以更高價賣出，原創作者在著作權保護期限內重複被賣出時，每次均可取得一定比例的售價。

## 第七項 其他

特別注意的是，在第一代調和指令中與數位著作權有關的內容，指「電腦程式法律保護指令」第 7 條第 1 項第(c)款，關於「禁止散佈規避科技保護措施之設備」，該條禁止「散佈或基於商業目的擁有未經授權移除或規避用以保護電腦程式的技術裝置」<sup>57</sup>，然而，該指令僅單純禁止「直接規避行為」前的「準備行為」，並未禁止「直接規避」行為與「利用」該等設備規避科技保護措施的相關行為。第一代調和指令已於 2002 年實踐於歐體各會員國的國內法中。

除此之外，歐體亦有部分內容提及「科技保護措施」概念的指令--「由附條件接觸組成或以附條件接觸為基礎之服務保護指令」(下簡稱「1998 年歐盟有限接觸服務指令」)<sup>58</sup>，本文認為該指令因為其保護的客體並非一定是受著作權保護的服務，因而一般未被歸納至第一代著作權調和指令中。然而，隨著網路日益發達，各種隨選視聽服務(audio/video-on-demand)、線上服務以及提供接觸此類的資訊社會服務(information society service)逐漸興起。為保障此類型服務提供者經濟基礎，歐體於 1998 年制定該指令，雖然並不禁止不法接觸受保護服務之「行為」本身，但保護其「服務」不被不法設備「非法接觸」。因而，指令第 4 條規定，會員國應在其國內禁止下列行為：

1. 為商業目的製造、進口、配銷、出租或持有不法設備<sup>59</sup>；

<sup>56</sup> 關於英國「追及權」制度請參考其國內立法規定：

<http://www.patent.gov.uk/about/consultations/resalerights/index.htm> (最後點閱日:2009 年 2 月 20 日)。

<sup>57</sup> “...any act or putting into circulation, or the possession for commercial purpose of, any means the sole intended purpose of which is to facilitate the unauthorized removal or circumvention of any technical device which may have been applied to protect a computer program.”

<sup>58</sup> Council Directive 98/84/EC on the legal protection of services based on, or consisting of, conditional access, Nov. 28, 1998, 1998 O. J. (L 320) 54-57.

<sup>59</sup> 依「1998 年歐盟有限接觸服務指令」立法前言第 13 條，「為商業目的」應指為直接或間接財務所得。

2. 為商業目的安裝、維護或更換不法設備；
3. 使用商業通訊 (commercial communications) 推銷不法設備<sup>60</sup>。

「1998 年歐盟有限接觸服務指令」所保護的服務並不一定要享有或是依據著作權、鄰接權或「資料庫保護指令」第三章之權利，而與「2001 年著作權指令」性質不同，位居補充著作權、鄰接權或資料庫保護指令第三章權利領域特定反規避規定的不足，因此在此一併討論。其相關概念包含：

#### (一) 受保護之服務

「1998 年歐盟有限接觸服務指令」第 2 條第 1 款規定受保護之服務(protected services) 是指以有償、附條件接觸為基礎提供下列服務：電視、廣播、無線電廣播、資訊社會服務 (依據歐盟 1998 年 6 月 22 日公告之 98/34/EC 號指令之定義)，以及對此等服務提供附條件接觸之服務。

#### (二) 附條件接觸

「1998 年歐盟有限接觸服務指令」第 2 條第 2 款將附條件接觸定義為：必須事前取得個別授權，才能以可辨識方式 (in an intelligible form) 接觸受保護之服務的技術措施及/或安排。附條件接觸所使用的技術措施或安排並不以「有效」為要件，以防止小型服務提供者因為無法採購昂貴保護機制而不能受到保護<sup>61</sup>。

#### (三) 不法設備

依據接觸控制指令第 2 條第 5 款規定，凡是可使未經許可以可辨識方式接觸受保護服務之任何設備或電腦程式，就是不法設備 (illicit device) <sup>62</sup>。

### 第二節 第二代歐體頒布的調和著作權相關指令

歐體於 2001 年頒布「資訊社會著作權及相關權利協調指令」(下簡稱「2001 年著作權指令」)<sup>63</sup>，原為落實「世界智慧財產權組織著作權條約」(The WIPO Copyright Treaty, 簡稱 WCT) 和「世界智慧財產權組織表演及錄音物條約」(The WIPO Performances and Phonograms Treaty, 簡稱 WPPT) 義務，用以處理數位時代下傳統著作權法的適用問題，同時涉及許多重要爭議，例如：「網路服務提供者 (Internet Service Provider, ISP) 責任」，隨選下載功能 (downloading on demand)、規避科技保護措施、干涉權利管理資訊等議題，使得該指令之實踐成為關注，亦成為歐體數位著作權的代表，即本論文重點所在，將於第四章詳述。

<sup>60</sup> 依「1998 年歐盟有限接觸服務指令」立法前言第 14 條，「商業活動」包括各種廣告、直接市場行銷、贊助、促銷及公共關係活動。

<sup>61</sup> 參前註 42。

<sup>62</sup> 參前註 42，頁 85-87 (2004)。

<sup>63</sup> Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society.

## 第四章 歐體第二代著作權相關指令

隨著科技進步，著作所呈現的形式和內容的多元化，導致著作權人權利行使與公眾合理使用概念交鋒下出現新爭議。事實上，歐體並沒有統一的「數位著作權法」來處理這些爭議，主要透過指令逐步調和和統一各國對於此類議題的處理方式。而本文所稱「數位著作權法」，即指歐體指令涉及處理因科技而衍生出著作權問題的指令，並將之歸納。範圍主要包含前述第一代著作權調和指令當中的1991年「電腦程式法律保護指令」等，以及大部分第二代著作權調和指令的內容。蓋歐體第二代調和著作權相關指令頒佈的時期，正值數位時代蓬勃發展，因而該時期指令可說是為因應數位著作權問題而不斷催生與修改，並以「2001年著作權指令」為其代表。

其次，數位著作權的範圍廣泛，本文僅限縮在三大議題討論，包含「網路服務提供者責任」、「規避科技保護措施」和「權利管理電子資訊」。本章將詳述歐體第二代調和著作權相關指令，且一併整理出相關國際公約內涵與原則，希冀提供完整的歐體數位著作權法律架構與內容。

### 第一節 國際數位著作權之法律環境-國際著作權條約間之關係

為切合本文主旨，以下條約或公約僅就與本文相關之部分介紹，分述如下：

#### 第一項 伯恩公約

「保護文學藝術作品伯恩公約」是第一個保護文學、藝術和科學作品的國際公約，採取「國民待遇原則」(national treatment)和「最小保護標準原則」(minimum standards)，受保護的著作類型包含以下條件下的文學、科學、藝術作品，不論其表達形式(第2條)，包含：

- (1)會員國國民或居民的著作，不問發行與否；
- (2)於會員國境內首次發行的著作。

指令所保護的權利，有重製權(第9條)、改作權(第12條)、將著作改成電影並加以重製、散佈、及演出權利(第14條)、翻譯權(第8條)、公開演出權(第11條)、廣播權(第11條)、公開口述權(第11條)、人格權(第6條)。著作權人的認定依各締約國國內法規定，保護期間為著作人終身加死後50年(第7條)，且允許開發中國家對重製權和翻譯權可取得強制授權。

另外，著名的伯恩公約「三步驟檢驗法」(triple test)在第9條第2項規定，只有下列情況下，關於「重製權」的限制與例外規定才能運用：(一)「僅限於相關特定之情形下」；(二)「未與著作之正常利用相衝突」；且(三)「不致於不合理地損害著作人法定利益」<sup>64</sup>，1994年世界貿易組織協定中「與貿易有關之智慧

<sup>64</sup> See Berne Convention art. 9, para. (2), "It shall be a matter for legislation in the countries of the



財產權協定」(Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, including Trade in Counterfeit Goods, 簡稱 TRIPS) 第 13 條<sup>65</sup>、1996 年通過的 WCT 第 10 條<sup>66</sup>及 WPPT 第 16 條<sup>67</sup>，均予援用，且不限於重製權，而是及於所有各該條約所提供保護之權利，均可在合乎此三步驟之下，加以限制，亦即必須「在某一些特定情形下」，如果「不會與著作之正常利用相衝突」，且「不致於不合理地損害著作人法定利益」，各國著作權法得允許利用人不必經過著作財產權人及相關權利人的授權，利用著作或受保護的客體，至於其具體條文，則任由各國以法律定之<sup>68</sup>。

## 第二項 世界貿易組織—TRIPS

世界貿易組織「與貿易有關之智慧財產權協定」(TRIPS)，也有規範著作權與相關權利之通則與基本原則的規定。WTO 協議第 2 條明示其所轄範圍包括：迄 1994 年烏拉圭回合談判結束時所達成之多邊及雙邊貿易協定與附屬之法律文件，共分為四大類，成為 WTO 協議之一部份，其中附件一為對貿易措施之規範，其下之附錄一 C 則為 TRIPS。1996 年 1 月 1 日始生效，為現行國際上保護與貿易有關之智慧財產權種類最為完整之單一多邊協定<sup>69</sup>，而其對於著作權與鄰接權之保護標準，依 TRIPS 第 9 條之規定，主要依照 1971 年伯恩公約第 1 條至第 21 條及附錄之內容<sup>70</sup>。TRIPS 僅作原則性政策協議而無詳細規範各部份，其要求各會員國對於智慧財產權保護提供具體保護。

TRIPS 所規範關於著作財產權保護有幾項特點：

1. 著作權期間之規定，原則依伯恩公約定之。且亦採「最小保護標準原則」，會員國之國內標準得自行提高。但各會員國必須依既有國際公約保護其他會員國

---

Union to permit the reproduction of such works in certain special cases, provided that such reproduction does not conflict with a normal exploitation of the work and does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author.”

<sup>65</sup> TRIPS art. 13, “Members shall confine limitations or exceptions to exclusive rights to certain special cases which do not conflict with a normal exploitation of the work and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the right holder.”

<sup>66</sup> See WCT art. 10, para. 2, “Contracting Parties shall, when applying the Berne Convention, confine any limitations of or exceptions to rights provided for therein to certain special cases that do not conflict with a normal exploitation of the work and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author.”

<sup>67</sup> See WPPT art. 16, para. 2, “Contracting Parties shall confine any limitations of or exceptions to rights provided for in this Treaty to certain special cases which do not conflict with a normal exploitation of the performance or phonogram and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the performer or of the producer of the phonogram.”

<sup>68</sup> 參見章忠信，「『數位內容產業發展規則草案』有關著作權規範之檢討」，科技法律評論，第 3 卷第 1 期，頁 14-15 (2006)。

<sup>69</sup> 關於 TRIPS 協定內容和與 WTO 之關係，請參考國際貿易局經貿資訊網「認識 WTO」，<http://cwto.trade.gov.tw/webPage.asp?ctNode=632&CtUnit=127&BaseDSD=7&Cultem=11541> (最後點閱日：2009 年 2 月 20 日)。

<sup>70</sup> 關於 TRIP'S 協定中著作權規範與伯恩公約之不同處，詳見 Neil Weinstock Netanel, *Asserting Copyright's Democratic Principles in the Global Arena*, 51 VAND. L. REV. 217,233-36 (1998).

國民之智慧財產權，「國民待遇原則」以及「最惠國待遇( most-favored-nation treatment )」，特別是對於「開發中國家」或「低度開發國家」則使其享有不同過渡期間之優惠。而在「最惠國待遇原則」下，各會員國對其他會員國國民間之智慧財產權保護不得有歧視待遇，例外情況下可允許依伯恩公約第 7 條第 8 款規定，對於著作權存續期高於伯恩公約標準之會員國，得對於保護標準較低會員國國民，依其本國較低保護標準保護之。

2. 關於著作權保護方面，TRIPS 第 9 條第 1 項要求各會員國必須遵守伯恩公約 1971 年巴黎修正案( Paris Act )之規定。由於 TRIPS 偏重於與貿易有關的著作財產權，因此不包括伯恩公約有關著作人格權之規定。TRIPS 在伯恩公約之外，額外的保護包括：

(一)將電腦程式著作以伯恩公約所定之文學著作加以保護。；

(1)對於具創作性之資料庫要求以著作權保護之；

(2)對於電腦程式著作、錄音著作賦予營利性出租之權利，視聽著作如其出租會嚴重影響著作權人利益者，亦得給予出租權之保護；

(3)對於現場表演應禁止他人未經表演人同意而加以錄製或廣播；

(4)表演人及錄音物製作人之保護期間應不得低於 50 年，就廣播機構播出訊號之保護不得低於 20 年。

(二) 加強智慧財產權保護之執行。一般國際性智慧財產權公約均無執行條款，TRIPS 特別規範保護智慧財產權之執行程序，包括民事、刑事、行政及海關對於智慧財產權產品進出口管制之邊境管理措施等，以使權利人得以有效保護其權利，而其實際規範則任由各會員國以國內法制定之。

(三) 增訂會員國間關於 TRIPS 義務之爭議解決機制。避免會員國間就同一爭議議題產生不同解決結論，或實力懸殊之會員國間不公平談判結果。

### 第三項 世界著作權公約

世界著作權公約( Universal Copyright Convention )最原始是 1952 年在瑞士日內瓦簽署，和伯恩公約並稱為著作權兩大國際條約<sup>71</sup>。世界著作權公約之發展肇起者為聯合國教科文組織( UNESCO )，由許多非伯恩公約之簽署國發展出來的替代公約，試圖整合兩項公約會員國對多邊著作權保護的共識。會員國由開發中國家以及當時的蘇聯，其認伯恩公約為西方國家為大量著作權輸出之利益結集產物。此外，美國和大多數之拉丁美洲國家各因著作權法律制度相容性問題<sup>72</sup>或是

<sup>71</sup> M. JUSSAWALLA, THE ECONOMICS OF INTELLECTUAL PROPERTY IN A WORLD WITHOUT FRONTIERS: A STUDY OF COMPUTER SOFTWARE 5-10 (1992).

<sup>72</sup> 美國僅對固著( fixed )之著作提供保護，保護期間以固定得延長更新方式( renewable )，並且採取著作權登記註冊主義。此與前述主文之伯恩公約內容規範大不相同，修法在當時並不容易。美國最後也在 1988 年加入伯恩公約。 See generally Shauna C. Bryce, *Recent Development: Life Plus Seventy: The Extension of Copyright Terms in the European Union and Proposed Legislation in the United States*, 37 HARV. INT'L L.J. 525 (1996).

泛美公約( Pan-American Convention )調適性問題<sup>73</sup>，也因此選擇參與世界著作權公約。而後，因利益政策原因，伯恩公約會員國也都加入世界著作權公約以便其著作利益得以延伸到這些國家之中，受到保護。本公約最後一次修改於 1971 年在巴黎舉行，由於所提供的保護相較其他國際性公約下，有重覆規定且較無完善且，重要性至今已銳減。其主要內容：

1. 適用國民待遇原則。
2. 依世界著作權公約第 3 條，會員國得以自行決定是否制定要求著作權登記或通知等程序要件取得制度(伯恩公約則採創作保護主義)。
3. 著作財產權存續期，世界著作權公約第 4 條第 2 項規定，一般著作至少為著作人終身加 25 年；攝影著作及應用美術著作則至少為 10 年；加入世界著作權公約時採自註冊或發行起算著作權保護期間之國家，其期間則至少應為 25 年。(與伯恩公約計算基礎日卻不盡相同)。但如著作於不同締約國同步發行時，包括首次發行三十天內之發行，則適用較短保護期間之國家。
4. 本公約僅承認重製權，翻譯權，公開演出，及播送四項權利。第 4 條之 2 第 2 項允許會員國對這四種權利作任何例外規定，
5. 因伯恩公約規定較嚴格，世界著作權公約採取一種防止伯恩公約會員國退出伯恩公約的複合連結方式規定。職是，世界著作權公約附件規定，(1)同為伯恩公約與世界著作權公約會員國時，各該國之權利義務應適用伯恩公約；(2)若雙會員籍國家僅退出伯恩公約，則世界著作權公約將不提供任何保護。

#### 第四項 世界智慧財產權組織著作權公約(WCT) /世界智慧財產權組織表演及錄音物公約(WPPT)

WIPO 為了讓作者在文學、藝術作品上所享有之權利於各國保護能趨有效且一致，對應因資訊與傳播科技之發展而造成著作創作及使用上的影響，於 1996 年 12 月 20 日通過「世界智慧財產權組織著作權條約」(WIPO Copyright Treaty, 簡稱 WCT)<sup>74</sup>，以及「世界智慧財產權組織表演及錄音物條約」( The WIPO Performances and Phonograms Treaty, 簡稱 WPPT)。兩大公約原則上以伯恩公約為其規範基礎，主要內容如下：

1. 採國民待遇原則(WCT 第 3 條、WPPT 第 4 條)。

<sup>73</sup> 例如：哥倫比亞因伯恩公約之規定可能挑戰國家主權，以及與階段性著作權保護發展之立法無法調和，而選擇只參加較低程度要求之世界著作權公約。

<sup>74</sup> 關於世界智慧財產權組織之設立緣起及其任務，詳見 Sisule F. Musungu & Graham Dutfield, *Multilateral agreements and a TRIPS-plus world: The World Intellectual Property Organization (WIPO)*, Quaker United Nations Office, Geneva, 2003；亦可參考政苑瓊，〈智慧財產權之政治經濟分析——一項科際整合的初步嘗試〉，《月旦法學雜誌》，第 104 期，頁 155 (2004)。

2. 著作財產權存續期規定，大致延續伯恩公約第 7 條規範，僅延長攝影著作存續期<sup>75</sup>(例如：WCT 第 9 條)。締約國有義務賦予攝影著作與其他類型著作相同之保護期限，即「著作人生存期間加 50 年」，而非原伯恩公約所規定「自著作完成時起不得短於 25 年」之最低保護限制。

3. 科技保護措施：課予締約國採行科技保護措施的法律義務，要求締約國對於破解他人著作權保護裝置之行為，提供充分的法律保護和有效的救濟手段來加以防範 (WCT 第 11 條以及 WPPT 第 18 條)。然對「技術措施」之定義、如何保護及救濟途徑等均無明確定論，僅作原則性而非詳細規範。使得歐體會會員國對於規避科技保護措施的限制範圍與責任仍存有相當歧異。例如，應課予規避科技保護措施行為民事責任或刑事責任，以及是否應將限制範圍擴及規避準備行為或提供公眾規避設備的行為。而多數已立法轉換之國家皆訂有規避科技保護措施之民事責任、強制規定、損害賠償、罰鍰與徒刑。

4. 權利管理電子資訊：WPPT 和 WCT 兩大國際公約中，明文規定對於擅自竄改或移除權利管理電子資訊的行為，或將擅自竄改或移除權利管理電子資訊的著作物加以散佈或進一步向公眾傳達的行為，應予制止<sup>76</sup>。許多國家陸續參照這兩個國際公約的標準，對權利管理電子資訊訂定保護規定，WCT 和 WPPT 於歐洲法律文獻中被通稱為網路條約 (internet treaties)。

5. 散布權：著作人得透過銷售或其他移轉所有權之方式，將其著作原件或重製物散布於公眾 (WCT 第 6 條第 1 項)。另外，表演人對其固著於錄音物之表演，錄音物製作人對該錄音原件或重製物，亦享有散布權 (WPPT 第 8 條與第 12 條)。WCT 與 WPPT 皆未對以占有移轉方式散布之情形加以規範。

6. 出租權：電腦程式著作與電影著作之著作人享有出租權，並設有兩款例外規定，第一，規定電腦程式若不是作為出租之主要客體，而是附隨於其他主體被出租，則不受出租權保護。第二，電影著作之出租，不會導致消費者藉由出租行為取得著作重製物後再廣泛地重製，而嚴重損害著作人重製權的情況下，可不賦予著作人出租權 (WCT 第 7 條)。另外，表演人對於其固著於錄音物之表演，錄音物製作人對該錄音物之原件與重製物享有出租權之專有經濟權能 (WPPT 第 9 條、第 13 條)。

7. 對公眾傳播權或對公眾提供權：

對公眾傳播權或對公眾提供之權利是 WCT 與 WPPT 因應資訊科技發展，所賦予著作人、表演人、以及錄音物製作人最重要的專屬經濟權能。伯恩公約第 11 條、14 條雖對公開傳播權有所規範，然適用對象並未包括所有文學及藝術創

<sup>75</sup> 中華民國經濟部，美國、歐盟、日本、澳洲因應 1996 年 WIPO 條約著作權法制之探討，[www.moea.gov.tw/~meco/cord/books/books4/bk004\\_main0.htm](http://www.moea.gov.tw/~meco/cord/books/books4/bk004_main0.htm) (最後點閱日：2009 年 2 月 20 日)。

<sup>76</sup> 參考 WCT 第 11 條 和第 12 條 和 WPPT 第 18 條 和第 19 條，關於「科技保護措施」與「權利資訊管理」之保護。

作，例如：電腦程式即被排除在語文著作之外，美術著作、攝影著作、圖形著作亦被排除在藝術創作之外。

WCT 第 8 條之「對公眾傳播權」(communication to the public)則適用於所有文學及藝術著作。但 WPPT 第 10 條與第 14 條之「對公眾提供權(right of making available)」，則僅賦予表演人就其固著於錄音物之表演，以及錄音物製作人對該錄音物，享有以有線或無線，使公眾中之成員得自行決定於任何時間地點接觸之方式，對公眾提供之權利。WCT 與 WPPT 締約國中，有 28 國對公眾提供權已進行立法規範，其中有部份國家將對公眾提供權規範在傳播權之內，部份國家以「互動式傳播」規範之。

8. 表演人之人格權：關於著作人之著作人格權，「著作人不問其經濟權利是否存在，甚至在經濟權利轉讓後，仍得主張其為該著作之著作人，並反對他人將其著作物加以歪曲、割裂或篡改，或就其著作物為足以損害其聲譽之其他行為」(伯恩公約第 6 條)。然而，羅馬公約、TRIPS 或其他國際條約中並未對表演人之著作人格權加以規定。因此，WPPT 特別賦予表演人人格權，並於表演人死亡後，應至少延續至其財產權屆滿時為止(第 5 條)。

9. 表演人與錄音物製作人之重製權：

規定表演人對於固著於錄音物之表演(WPPT 第 7 條)，以及錄音物製作人對其錄音物(WPPT 第 11 條)，享有得授權他人以任何方法或形式直接或間接重製之權，不論該重製為永久重製或間接重製。

## 第五項 羅馬公約

「羅馬公約」全名「保護表演人、唱片製作人和廣播組織公約」，由聯合國勞工組織、聯合國教科文組織、WIPO 共同發起，在羅馬締約，故稱之。公約規範表演人權利(第 7 條)，受保護的表演(第 4 條)、錄音物(第 5 條)、廣播(第 6 條)，錄音製作人權利(第 10、12 條)，錄音物的標示(第 11 條)，廣播機構的權利(第 13 條)，合理使用情況(第 15 條)，重點內容包含：

1. 著作權不因該公約對著作鄰接權的保護而受影響(第 1 條)。
2. 採「國民待遇原則」、「最低標準原則」，要求締約國對於其他締約國的表演、錄音物、廣播均須依本國國民的待遇保護。縱使各締約國對自己國民的保護標準不及「羅馬公約」，也要對其他締約國國民依本公約保護(第 2 條)。保護期不得短於 20 年(第 14 條)，此一保護標準在表演人及錄音物製作人的權利，已被 TRIPS 第 14 條第 5 項及 WPPT 第 17 條延長為 50 年。
3. 未就著作人格權規定。

## 第二節 歐體數位著作權相關指令

### 第一項 2001 年著作權指令

「2001 年著作權指令」對於「重製權」之定義非常廣泛，因而出現是否有過度擴張之疑慮與適用上的困難，而其最棘手的部份，可能是關於其眾多強制供會員國選擇的侵權免責事項( exhaustive list of optional exceptions to liability )。又該指令之適用範圍並不限於資訊社會、或以數位或其他電子內容形式之著作，因而堪稱為歐體最終著作權法典內容之雛形<sup>77</sup>，一般亦稱為「著作權指令」( copyright directive )。

從歐體第一代著作權指令觀察：「電腦程式法律保護指令」包含 WCT 第 4 條，將電腦軟體視為文學著作保護的規定<sup>78</sup>；「資料庫指令」將 WCT 第 5 條關於資料庫之保護規定納入，目的致力於將 WCT 與 WPPT 兩大網路公約調和至整個歐體中。第二代指令延續此目的，WCT 第 11 條<sup>79</sup>和第 12 條<sup>80</sup>和 WPPT 第 18 條<sup>81</sup>和第 19 條<sup>82</sup>，關於「科技保護措施」與「權利資訊管理」之保護，即關於錄音物著作之表演人、製作人的「供公眾取得權」( make available to the public )可在「2001 年著作權指令」中發現<sup>83</sup>。「2001 年著作權指令」本身與歐體各個指令適用並無扞格，但有些顯著修正，例如：其將「重製權」的範圍擴大，因而使「智慧財產權領域中與著作權有關之「出租權指令」第 7 條重新修正；同時，也影響「著作權存續期與著作鄰接權規定指令」第 3 條第 2 項關於錄音物著作之製作人的存續期間<sup>84</sup>，以及對歐體「電子商務指令」也有重大影響。

<sup>77</sup> GUY TRITTON, INTELLECTUAL PROPERTY IN EUROPEAWN 364 (2003).

<sup>78</sup> Council Directive 91/250, art. 1, para. 1, 1991 O.J. (L 122) 1, 42, “ In accordance with the provisions of this Directive, Member States shall protect computer programs, by copyright, as literary works within the meaning of the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works....”

<sup>79</sup> See WCT art. 11, “Contracting Parties shall provide adequate legal protection and effective legal remedies against the circumvention of effective technological measures that are used by authors in connection with the exercise of their rights under this Treaty or the Berne Convention and that restrict acts, in respect of their works, which are not authorized by the authors concerned or permitted by law.”

<sup>80</sup> *Id.* art. 12, para. 1, “Contracting Parties shall provide adequate and effective legal remedies against any person knowingly performing any of the following acts knowing, or with respect to civil remedies having reasonable grounds to know, that it will induce, enable, facilitate or conceal an infringement of any right covered by this Treaty or the Berne Convention....”

<sup>81</sup> WPPT, art. 18, “ Contracting Parties shall provide adequate legal protection and effective legal remedies against the circumvention of effective technological measures that are used by performers or producers of phonograms in connection with the exercise of their rights under this Treaty and that restrict acts, in respect of their performances or phonograms, which are not authorized by the performers or the producers of phonograms concerned or permitted by law.”

<sup>82</sup> *Id.* art. 19, “ Contracting Parties shall provide adequate and effective legal remedies against any person knowingly performing any of the following acts knowing, or with respect to civil remedies having reasonable grounds to know, that it will induce, enable, facilitate or conceal an infringement of any right covered by this Treaty....”

<sup>83</sup> Council Directive 2001/29, art. 6-7, 2001 O.J. (L 167) 1, 10.

<sup>84</sup> *Id.* art. 11.

該指令共有 61 條前言( recitals )，條文第一章為如何與歐體既有著作權及其相關權利配合，第二章為重製權、公開傳播權和散佈權，以及侵權免責條款，第三章為處理科技保護措施及權利資訊管理，第四章為救濟方法以及頒佈施行時間。以下分述說明：

### 第一款 重製權

依據該指令第 2 條規定<sup>85</sup>，「重製權」的定義為「會員國應賦予下列著作權人專屬權，禁止基於任何目的直接或間接，暫時或永久地重製著作之一部或全部：

- 1 著作人就其著作之原件或重製物；
- 2 表演人就其表演之固著物( fixation )；
- 3 錄音物製作人就其所製作之唱片；
- 4 影片製作人就其首次固著影片的原件或重製物；
- 5 由有線或無線傳送之廣播機構(包含有線電視與衛星傳送)就其廣播節目之固著物。」

適用於受保護的著作人、表演人、錄音物製作人、影片製作人等附著於原著作之鄰接權人，在「2001 年著作權指令」出現前，歐洲對於數位重製與暫時性重製( transient copying )的處理有很大爭議，這使得各會員國國內法律禁止該重製行為之規定有相當大的不一致。「電腦程式法律指令」和「資料庫指令」亦提供類似「2001 年著作權指令」的重製權，因而關於「出租權指令」中的表演固著、錄音物、影片首次固著、廣播固著均被廢除。對於重製權的侵害判斷，並未有明顯的實質近似( substantiality )內涵，因此與「資料庫指令」的特別權利有關。「2001 年著作權指令」中對於原著作物、附著物、錄音物等之重製，認定為是潛在地侵害了重製權之規定，比「微量利用原則」( de minimis )更為嚴格，此引起很大爭議。這條款應該和「資料庫指令」比較，因為其提供較高的原創性門檻，即資料庫需達到「作者本身的智慧創意」( author's own intellectual creation )，始能受著作權保護，即實質近似原則( substantial similarity )，因為最小利用將被判斷為重製作者的創意產出。然而，「2001 年著作權指令」並無關於原創性的規定，其重製權的定義，適用於歐體指令所保護的任何會員國著作，因此，若有會員國本身立法即對著作原創性要求較低，對於微量或無關緊要的侵權判斷將會出現爭議。換句話說，若該著作本身創意性雖不高，但依其本國法仍能享有著作權，且因為「2001 年著作權指令」之廣泛定義重製權範圍，將使得公眾之最小利用都可能造成侵害著作權，這無疑是一個問題。

### 第二款 公開傳播權

---

<sup>85</sup> *Id.* art. 2, “... the exclusive right to authorise or prohibit, direct or indirect, temporary or permanent reproduction by any means and in any form, in whole or in part.”

著作人和著作權相關權利人二者有擁有的公開傳播權(communication to the public)內涵不同，只有著作人可授權或禁止任何對其著作的公開傳播，包含以有線、無線、或使公眾得以隨時隨地個別選擇取得、接觸等形式。「使公眾取得權」是「2001年著作權指令」重要的內容之一，不但融入WCT和WPPT兩大世界公約的關於廣播、有線播送的規定，亦補足其欠缺之處，即「隨選式公開傳輸」(downloading of copyright works on demand)的規範，例如：被存放在網際網路上供瀏覽者隨時下載的著作內容，但不限於網路傳輸，或互動電視(interactive television)此等互動式設備。

### 第三款 散佈權及其耗盡

源自WCT第6條規定，該指令所指之「散佈權」僅限於著作人本身對其著作有散佈的權利，著作人對於原著或其複製，可禁止或授權以買賣或其他方式散佈公眾，且除獲著作權人同意之首次銷售或其他以移轉所有權為目的之方式外，在歐體境內並無耗盡原則適用。其他相關權利的散佈權規定已於出租權指令中有明文記載。

### 第四款 暫時性重製及其例外

由於「2001年著作權指令」對於「重製權」的定義廣泛，因而針對「暫時性重製」(temporary reproduction)設有重製免責規定，包含「強制性例外」(compulsory exception)、眾多「任意性例外」<sup>86</sup>(optional exception)，以及保障各會員國國內既有之著作權法相關規定而設之「保留條款」(saving provision)。除了根據前述伯恩公約所提之「三步驟檢驗法」外，該指令為因應資訊社會下的數位環境，特別提出「四步驟檢驗法」。從該指令的前言第44條中可推知，會員國對於暫時性重製之限制與例外，在著作權及其相關保護標的在新興電子環境(new electronic environment)下，正反映出日益增加的經濟上衝擊，因此對於該限制與例外之適用可能必須更加限縮<sup>87</sup>。由此可窺見：當攸關網路或數位內容案件，通常會加上第四個步驟，即需考量「科技本身的特殊性」，來判斷是否侵權，換句話說，法院在具體個案中須分析判斷，在當時科技背景下，行為人的重製行為是否合理與資訊傳輸是否快速等因素，以便達成指令避免該例外規定濫用的目的。以下就指令中關於暫時性重製的例外規定加以介紹：

<sup>86</sup> 相對於強制規定，因而譯為任意性，在此指可供會員國自由選擇是否納入於國內法，非強行規定之意。

<sup>87</sup> *Supra* note 41, recital 44, "the provision of such exceptions or limitations by Member States should, in particular, duly reflect the increased economic impact that such exception or limitations may have in the context of the new electronic environment. Therefore, the scope of certain exceptions or limitations may have to be even more limited when it comes to certain new use of copyright works and other subject-matter."



### (1) 強制性例外

對於受該指令或其他著作權保護標的所保護之著作，在符合下列要件後，針對網路服務提供者與其他類似網路媒介非故意地快取、管理、傳送，例外地不侵害「重製權」：(一)通過伯恩公約「三步驟檢驗法」；(二)須為暫時的；(三)須為附隨行為；(四)須為技術過程中整合且重要的行為；(五)其主要目的為網路傳媒對第三人之傳送或合法的著作利用行為；(六)無獨立經濟重要性<sup>88</sup>。

### (2) 任意性例外

指令第 5 條第 2 項中制定眾多的例外供選擇，會員國只能從中選而成為國內法規之一部來遵守，但無法另訂新的例外規定，而各會員國既有的規定，在符合指令所制定的要件後，始能保留下來。這些例外有的單純為重製權之例外，有些則包含公開傳播權的例外，大抵可以區分為幾大類：

- (一) 教育與科學研究
- (二) 為殘障人士所使用
- (三) 通貨經濟報告
- (四) 政治或宗教議題
- (五) 行政立法司法程式報告
- (六) 評論公開出版著作
- (七) 政治演說或公開講學
- (八) 在宗教或國家場合之使用
- (九) 公共場所永久設立的雕像或建築
- (十) 其他文件中的附隨內容
- (十一) 為藝術品展覽或買賣所進行之廣告
- (十二) 諷刺、仿諷、模仿作品
- (十三) 設備修復與展示之使用
- (十四) 以建築物或繪畫展現之藝術品，為重建建築物所繪製之建築物



除了須符合伯恩公約「三步驟檢驗法」外，為人詬病的是，會員國只能從指令所提供的例外規定中選擇，但不能制定其他的例外來免除重製侵權責任，有學者認為此舉無異是妨礙著作權保護的適用範圍，且限制新興科技的發展空間。

### (3) 保留條款<sup>89</sup>

<sup>88</sup> *Supra* note 41, art. 5.

<sup>89</sup> *Supra* note 41, art. 5. para. 4, "must be confined to cases of minor importance, must be confined to analogue uses, must not interfere with the free movement provisions of the E.C. Treaty, must satisfy

須遵守四大要件始能繼續存在：(一)僅限於重要性次之的案件；(二)僅限於使用在對比類著作；(三)不能與歐體條約「貨物自由流通」條款扞格；(四)符合伯恩公約「三步驟檢驗法」。該條文很難實現，目前只有比利時著作權法中，關於「保護已故作者的作品集」的條文因為符合上述要件而被該國保留下來<sup>90</sup>。

## 第五款 規避科技保護措施之規定

為實踐 WCT 第 11 條與 WPPT 第 18 條，指令第 6 條第 1 項要求會員國需要提供「適當法律保護」(adequate legal protection)，禁止他人明知或可得而知地規避「有效的科技保護措施」(effective technological measures)。所謂「有效的科技保護措施」指任何設計來保護著作權或其他相關權利標的之技術，例如：權利人可藉由加密、雜湊、轉換或控制重製等技術，限制公眾利用之方法以達到保護的效果。

相較於 WCT 與 WPPT 兩大世界公約的規定，指令不但規範「直接規避」此等主要侵權行為，更進一步禁止「間接規避」這類的次要侵權行為，包含製造、進口、散佈、販賣、出租、以販賣或出租為目的之宣傳、以商業販賣為目的而持有該規避設備、產品或零件、為規避目的而促銷、宣傳、行銷的服務條款、除規避功能外僅具有有限商業目的與使用，主要為便利規避使用所作之設計、生產、應用、表現。最重要的是，這些次要行為主觀上並不要求故意或合理相信其行為，但主要行為須行為人明知其行為是規避著作權或其他相關權利始能成立。

當著作權人也同時擁有「反規避科技保護措施機制」時，利用人的免責抗辯應如何運用呢？此時，指令藉由規定著作權人可提供第 5 條各項受益人合法接觸該著作，試圖矯正免責條款適用上的困難度。然而，大部分免責抗辯可能難以成立，因為指令第 6 條第 4 項並未包含所有的科技保護措施類型。

指令第 6 條與前言表現反規避護措施，根據第 13 條會員國必須在 2002 年 12 月 22 日，如果未遵守指令，會員國必須接受指令的「垂直效果」(vertical directive effect)，即會員國和其國民，只要涉及指令相關條文，均可由歐洲法院經判決後，因指令內容強制執行著作權利人權利。

指令不但賦予著作權人可以限制公眾對其著作的重製行為，亦包含接觸該著作的行為，簡言之，規避科技保護措施的「接觸控制」(access control)與「重製控制」(copying control)功能均受指令保障，不能任意破壞或規避。在整個立法過程，原本歐洲議會在第 6 條第 3 項中關於科技保護措施定義，刪除「接觸」，

---

the Berne three-step test.”

<sup>90</sup> *Supra* note 77, at 370.

主張「接觸受著作權保護的著作」在著作權保護範圍之外，因而不應該放在反規避保護措施章節中。然而，指令最終仍將有效保護機制中納入「控制接觸」。因為指令要求會員國提供適當的法律保護「任何有效的科技保護措施」( any effective technical measures )免於被規避，以及禁止非法交易任何用以規避該措施的設備。

另一個重要爭議為接觸控制與著作權侵害的關係。該指令第 6 條原先只適用於侵害著作權或資料庫權利之行為，但歐洲議會批評此範圍太過狹隘，並擴大至未經著作權人授權而規避或限制「任何有效的科技保護措施」行為，關於這點，WCT 本身僅提供最小保護機制，而歐體指令和美國 DMCA 相似，均遠超過 WCT 的規定，將範圍擴大至禁止規避「接觸控制」技術。

### 第六款 干涉權利管理資訊之規定

該指令關於權利管理資訊( rights management information )包含 WCT 第 12 條與 WPPT 第 19 條等兩大世界公約的內涵，其重要性在於歐體會員國必須於國內制定適當的法律，對於受「2001 年著作權指令」或「資料庫指令」特別權保護著作之限制，禁止個人故意地從事以下行為：

- (1) 移除或改變權利管理電子資訊；
- (2) 以散佈、為散佈而進口、廣播、公開傳播或使公眾取得為目的，而移除或改變該權利管理電子資訊，且主觀上明知或合理相信該行為將造成著作權之侵害。

著作權的「權利管理資訊」就是指有關著作權利狀態的訊息，諸如著作名稱、著作人、著作財產權人、受保護的期限，授權條件，例如：金額、範圍等種種與著作權管理相關的訊息。將「權利管理資訊」以電子化的方式來標著時，即為「權利管理電子資訊」。在「2001 年著作權指令」下，歐體會員國需要提供適當的處罰與救濟( appropriate sanction and remedies )，例如賠償金、禁制令、扣押等規定。且處罰機制必須是有效 ( effective )、合比例 ( proportionate )，且具勸阻效果的 ( dissuasive )。

然而，該指令對於處罰救濟機制的規定非常簡略，何謂「具勸阻效果的機制」並未於指令中明確說明，導致各會員國分歧，某些國家僅以損害性賠償金為主要賠償基礎，而非懲罰性賠償金，例如：英國<sup>91</sup>，處罰是否有效且符合比例也難以單憑指令文意來分辨。

### 第七款 救濟與立法

2002 年 12 月 22 日前，各會員國需透過國內立法，使該指令落實至國內著作權法中，因為歐體執委會希望「2001 年著作權指令」與「電子商務指令」同

<sup>91</sup> 英國可以請求損害性賠償以外之金額，但其請求範圍與要件並不明確。

步實行。歐體執委會評估實踐報告至 2004 年 12 月 22 日止。

## 第二項 主要會員國的實踐現狀

### 第一款 德國

配合歐體指令，德國 2003 年 9 月公佈「資訊社會著作權法」(Law for the Regulation of Copyright in the Information Society)，並同時在「德國著作權法」(UrhG)增加兩條實踐歐體 2001 年著作權指令和 WCT 關於「反規避科技保護措施」的例外規定<sup>92</sup>。第 95b 條第 1 項列舉七項免責事項，但未規定公共圖書館、教育機構、博物館、資料庫以及社會機構廣播的重製免責例外，因德國法傾向保留重製權，而非提供普遍的私人使用免責例外<sup>93</sup>。

第 95b 條第 1 項要求著作權人提供使用者免責使用的要件，此可避免非法交易規避設備的使用者，也可能適用免責條款。然而若未遵守，則使用者可依同法第 95b 條第 2 項要求著作權人提供，或是透過德國「保護消費者權利免於受限制與侵害法」(the Law Concerning Actions to Restrain Interference with Consumer Rights and Other Offenses)第 2a 條，請求法院核發禁制令，或是依第 3a 條為有效保護受益人權利，允許非商業使用者提集團訴訟( group litigation )請求法院核發禁制令。但德國著作權法並未提供使用者可從他處取得對抗著作權人的權利( countervailing right )或是使免責條款立刻生效的權利( to make immediate use of the exemptions )。即使是在集團訴訟的情況下，法官只處理案件當事人爭議，不涉及同一著作之他案。因此，很明顯的，德國著作權法的規定使得程序延長，訴訟成本高，且無有效的強制執行著作權機制，其免責條款似乎較無強效<sup>94</sup>。

### 第二款 法國

#### (一)背景

1793 年的法國著作權法認為著作人對於重製、販賣、商業化、傳輸、和散佈其著作有排他權利。1957 年新法亦採此立場，但在第 41.2 條中規定「著作人專屬權限制」( limitations of the exclusive rights of authors )，即私人或個人目的的使用，有別於公眾表演和使用<sup>95</sup>，私人重製應免責。因而在 1957 年新法適用後，法

<sup>92</sup> Generally see Richard Li-Dar Wang, *DMCA anti-circumvention provisions in a different light: perspectives from transnational observation of five jurisdictions*, 34 AIALA Q. J. 217, 240-43 (2007)

<sup>93</sup> *Id.*, at 240.

<sup>94</sup> *Id.*, at 240-41.

<sup>95</sup> See Ngombe., Laurier Yvon, *Technical Measures of Protection Versus Copyright for Private Use: Is the French Legal Saga Over ?* E.I.P.R. 2007, 29(2), 61-65, 61(2007). 亦可參考章忠信，「法國 2006 年新著作權法簡介」，<http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php?board=4&act=read&id=166>(最後

國實務漸接受限制著作權人權利的概念，重製權不再是絕對專屬於著作權人之權利。然而，免責規定並不能一體適用，藝術作品( fine art works )應該與語文著作區分，語文著作只要非用於商業目的即可重製全部內容，但即便基於特殊目的而複製藝術品成贗品，若是基於取代或取得原著創意而複製者，仍非合法<sup>96</sup>，也有部分反對語文著作可重製全部者，因為當時作品均為手寫<sup>97</sup>。1957年前的判例法對私人重製免責要件較為嚴格，實務訴訟上，若意圖取得與原著相同的創意而重製藝術品，將被認為是仿冒( counterfeiting )<sup>98</sup>。然而，基於研究目的者則合法。1957年以後，法國法律開始普遍同意使用科技方法為私人重製的可能性( possibility )，因而引起著作人不滿，反對手寫稿的私人重製，並擔憂技術進步下允許私人重製的風險，例如：大量重製<sup>99</sup>。然而，事實上利用機械重製對著作人有利，可能促進共同市場內智慧財產的流通。

## (二)內容：

「2001年著作權指令」要求各會員國應於2002年12月31前應執行該指令，法國由於對該指令充滿疑慮，擔心影響公眾權益，在修正著作權法過程中，一再反覆討論，直到如今才完成修正。法國面臨歐洲法院的制裁，2006年8月1日其國會通過「與著作權有關出租權、出借權及特定權利之修正案」(一般通稱為DADVSI法<sup>100</sup>)，以執行「2001年著作權指令」所賦予的國內立法義務，是歐盟國家率先採用科技保護措施的國家。該法根據「1992年法國智慧財產權法」制定。DADVSI法的著作權法修正案，共計5章52條，其內容除了新增著作權之例外，同時也增訂「科技保護措施」、「權利管理資訊」、「網路非法傳輸責任」等，實踐「2001年著作權指令」第6條到第8條規定，以立法方式保護「科技保護措施」和「權利管理資訊」，對於規避或破壞行為施以刑事制裁。法國新法與本文所研究的數位著作權法有關部份分述如下：

### (1) 新增重製免責規定

除了既有的免責規定，在「科技保護措施」與「權利管理資訊」方面，新法保護著作權人所採取控制其著作使用的有效科技措施，但不得禁止合法使用者為個人非營利性質目的之使用，而重製一份重製物，也不能對於不相容系統下之閱讀造成阻礙，法國著作權法第L. 122-5條新增三項免責規定，即不須得著作權人

---

點閱日：2009年2月20日)。

<sup>96</sup> *Id.*

<sup>97</sup> *Id.*

<sup>98</sup> *Id.*

<sup>99</sup> *Id.*

<sup>100</sup> 參考湯亦敏，「法國著作權法制有關科技保護措施相關議題之新修定特色」，科技法律透析，2007年9月，頁40。

同意，可重製著作物的情況<sup>101</sup>，包含：

- (a)暫時性重製：指於專為第三人網路中介性傳輸過程中，屬於技術上必要之過度性、附帶性之暫時性重製。但不包含電腦程式著作及受保護的資料庫；
- (b)供公眾使用的圖書館、教育機構或博物館之重製；
- (c)殘障人士為其個人使用目的之重製，例如：將著作物轉譯成盲人用點字法。

## (2)立法保護「科技保護措施」

法國著作權法第 L. 331-5 條第 1 項定義「DRM」，為「有效數位權利管理，目的用來防止或限制未經過著作權人或鄰接權人合法授權之使用，然其本身並非軟體，僅為用來定義所保護表達想法的方式、錄音物、錄影著作、程式之措施。」同條第 2 項規定，DRM 為具有第 1 項功能之技術、設備之系統。由條文可推論出，法國所保護的科技措施包含「接觸控制」與「利用控制」，前者指透過加密、變頻等轉換限制使用者接觸著作，後者指限制使用者對著作的重製、散佈等利用行為，例如：限制重製份數的監督裝置。

## (3)互容性運作

法國此次修法最特殊處在於，法國國民議會（French National Assembly）提案，要求數位著作權管理業者要向競爭對手公開技術細節，實行其系統相容的法規，雖以法律保護「科技保護措施」，但強調互容性運作(interoperability)的重要<sup>102</sup>。例如：公眾雖透過其他音樂下載軟體，但仍可在 iPod 上播放，或者是透過 iTunes 下載音樂，可透過其他廠牌的 MP3 播放器中播放。

法國參議院(Senate)2006年5月表決通過該提案，於新法中加入「互容性」，預計將來可能影響的範圍包括蘋果電腦的 iTunes 及 iPod 所使用的 FairPlay DRM 措施，以及法國線上音樂網站 Fnac.com 及 Virginmega.fr 所使用的微軟 Windows Media DRM 措施，這些 DRM 措施都限制在特定網站所下載的音樂僅能使用特定軟體播放。新法除了希望創造互通的線上音樂外，也將音樂 CD 所使用的 DRM 軟體合法化，抵制那些以 P2P 軟體從事合作、研究目的以及非商業交換以外的用途，如果法國民眾違法使用 P2P 軟體，也將處以罰鍰。

## (4) 以專責機關「科技措施委員會」確保互容性運作

「科技措施委員會」(Regulatory Authority for Technical Measure)是新法指定

<sup>101</sup> 參前註，頁 44-45。

<sup>102</sup> 「根據 ISO/IEC 2382-01 檔對科技業使用的互容性定義為：在不同功能的單位間可行的溝通、執行程式、或傳輸資料方式，且參與者不需要額外負擔學習成本。」參考湯亦敏，「法國著作權法制有關科技保護措施相關議題之新修定特色」，科技法律透析，2007年9月，頁 47，註 23。

對特定權責機關以負責確保此上述相容性之運作，可依職權規定執行方式，包含定義何種類的著作物可以何種科技方式保護，以及考量一般大眾的接觸性與科技可行性前提下，科技保護措施如何提供給大眾<sup>103</sup>。若著作權人拒絕提供為達到相容性之目的所需之相關資訊，軟體開發者或系統經營者有權要求權責機關採取必要作為，以獲取該等資訊。該權責機關也負有責任，確保科技保護措施不會阻礙原本屬於合法的個人使用重製行為。

### (三)司法實務：

#### 1. 私人重製免責須符合法律規定始受保護

DADVSI 公佈前，法院判決時也在公眾和消費者重製免責訴求中遇到困擾，2006 年 1 月 10 日，巴黎地方法院( the Tribunal de Grande Instance de paris )<sup>104</sup>，主張第 L.122 條第 5 項(關於著作權)與第 L.211 條第 3 項(關於鄰接權)非自動賦予私人重製免責，而是對於著作人權利或鄰接權受益人的例外規定。法院認為該條款關於私人重製免責的規定適用著作權人和以任何形式呈現重製的媒體( any and all types of support media used for the reproduction )<sup>105</sup>。「2001 年著作權指令」採「三步驟檢驗」，法院認為上述法條符合指令第 5 條第 5 項。另外，第 6 條第 4 項規定只要科技保護措施與私人重製例外規定相配合，因為沒有侵害公眾合理使用空間，即受到保護，同時，著作權人亦無法免除法律賦予私人重製免責例外，此時始能達到衡平效果<sup>106</sup>。

#### 2. 須告知公眾著作附有科技保護措施後，始能科以破壞或規避該措施之責任

在另一個案件中，凡爾賽上訴法院( Court of Appeal of Versailles )以簡短扼要的說明維持原審法院判決，確定了保護消費者免於因著作權人不正確告知或未告知的情況而被指控規避科技保護措施。上訴法院特別根據著作權法規定，認為原告無法證明在被告未受明確告知該著作受科技保護措施保護，因而未遵守該措施操作規定的行為是違法的。

#### 3. 私人重製免責適用於以任何形式呈現的著作

另一個有名案例為 2004 年 4 月 30 日，電影 Mulohlland Drive 的 DVD 重製

<sup>103</sup> 參前註，註 24。

<sup>104</sup> 「大審法庭」為法國民事系統的法院，按 1958 年 12 月 22 日頒佈的民事訴訟法典規定，各行政區設大審法庭，由審判長一人，法官二人和檢察官一人組成。

<sup>105</sup> Generally see Richard Li-Dar Wang, *DMCA anti-circumvention provisions in a different light: perspectives from transnational observation of five jurisdictions*, 34 AIALA Q. J. 217, 240-43 (2007).

<sup>106</sup> *Id.*

案（下稱 Mulohlland Drive 案），最初，巴黎地方法院依據伯恩公約第 9 條第 2 項「三步驟檢驗」判斷，消費者購買 DVD 後，無權將這以數位形式呈現的著作再重製，因為可能阻礙該著作正常使用。後來，執行「2001 年著作權指令」的三步驟檢驗後，巴黎上訴法院廢棄巴黎地方法院的判決，改為主張重製以數位形式呈現的著作不會阻礙著作正常使用，私人重製免責適用於以任何形式呈現的著作，當然包含數位形式。最後，法國最高法院( Cour de cassation )駁回該案，認為依法國法律和「2001 年著作權指令」來解釋本案，是否因阻礙著作正常使用而禁止私人重製，不應只考量新興數位環境固有風險和著作人保護，也應該考量倘若允許私人以 DVD 重製，可能會影響其至電影院觀賞的意願，龐大電影製作成本將無法等量回收等重大經濟效果。因此，巴黎上訴法院將重審該案且其判決令人期待。

此時，可以從巴黎地方法院、巴黎上訴法院、法國最高法院的判決簡單推論出幾位法官思考邏輯的變化：(1) 私人重製並非使用者理所當然可以主張的權利；(2) 推翻前述，並主張私人重製是法律賦予使用者的權利；(3) 無論法院如何主張，伯恩公約的三階段檢驗法為法國法院主要參考依據，相較於其他著作權法原則更須被重視<sup>107</sup>。

在舊著作權法體系下，先考量公眾利益且又不危害著作權人利益時始賦予著作權人權利，同時，公共利益包括資訊權(right to information)，公眾力量雖被動且隱性，但總為立法者優先考量。如今，私人重製的概念已不完全是公共利益，也必須考量消費者權益，此時，消費者力量是否為積極而不再是被動？有論者認為，有補償金制度後，使用者更有權利複製<sup>108</sup>，換句話說，消費者於第一次付錢購買機器時，價金即包含須支付給著作權人的補償金，也因此有時間移轉的概念，當然可以重製。

### 第三款 英國

(一) 英國配合「2001年著作權指令」所作的修法：

「2001年著作權指令」著重在調和整個歐體會員國著作權人法律上的保護，特別是網路著作，和提供適當法律保護有效的數位權利管理機制(Digital Right Management，下簡稱DRM)，在本文中區分為「科技保護措施」(數位保護措施)和「權利管理電子資訊」(數位權利資訊)兩類型，其本意並非僅限於保護數位著作，其亦實踐兩大世界智慧財產權組織的公約。

---

<sup>107</sup> *Id.*

<sup>108</sup> *Id.*



指令第1條第2項的重要性在明文規定，該指令不影響歐體中既存著作權及其相關指令，例如：電腦程式法律保護指令、出租權指令、關於衛星廣播和有線轉播權指令、著作權存續期與著作鄰接權規定指令、資料庫保護指令相關規定。然而，當上述指令均未規範時，「2001年著作權指令」當然適用，特別是「資料庫保護指令」和「電腦程式法律保護指令」。由於第一代歐體指令已於2002年前整合至各會員國國內法中，既存英國1988年智慧財產權法( the Copyright, Designs and Patents Act 1988，簡稱CDPA)已有法規處理部份指令內容，繼「2001年著作權指令」出現後，英國修正CDPA條文以及其他國內相關的法規後，成為「2003年英國著作權法」( Copyright and Related Rights Regulations 2003)，其中關於網路時代來臨所面臨的廣播傳送問題更是重要。本次修法之重點如下：

(1)著作人、表演人、錄音物製作人、影片首次附著製作人、廣播機構(包含透過有線及衛星傳送)對於公眾權利的「公開傳輸權」( right to communication)：這效果在於，明文規定著作權人對上傳影片、廣播、音樂、文字(text)、影像至網頁等行為即有權主張其權利，而不論是否有其他侵權行為，例如：重製、錄製有線電視節目內容等侵權行為。

(2)政府增定「隨選接觸權」( right to on-demand access)新權利：廣播和有線電視節目製作人、表演人和錄音物製作人，有明確「公開傳輸權」可以限制影片、MP3形式錄音物等在網路上的散佈和傳送之外，新法更明確增定「隨選接觸權」，包含行為人若提供互動式點選清單者，上述著作鄰接權人亦有權利主張，而不再只有CDPA第182D條申請補償金機制可應用。然而，表演人、錄音物和影片製作人以及廣播組織等著作鄰接權人，相較於著作人，也只被賦予此兩種權利而已。

(3)暫時性重製的例外：唯一目的在於網路中介傳輸者和第三人間傳送或合法使用，是過渡性且內部重要的技術過程。這是歐體「電子商務指令」的例外且較寬鬆並不適用於網路服務業者，例如：使用家用電腦瀏覽網頁，即本為對該網頁的合法使用，但資料庫或電腦程式即非合法。

(4)例外可重製的情況：英國在此立法有不同觀點，其認為私人研究( private study)或家庭錄影的時間轉移( time shift for home video-taping)範疇雖被歸類在私人重製免責，但只限於「2001年著作權指令」所列舉且為英國立法保留者，始能免責。英國過去特別堅持保留有限制的「私人重製」( private copying of copyright works)免責規定。其他歐體會員國接受英國此項立法，但要求須提供著作權人合理補償金( levies)，來緩和私人重製所可能造成的損失。另外，原CDPA第67條<sup>109</sup>和第72條<sup>110</sup>規定，和「2001年著作權指令」第5條第5項關於伯恩公約規定相容，

<sup>109</sup> 關於「酒館播放自己錄的音樂」。

<sup>110</sup> 關於「廣播或有限電視節目公開播送和展示的自由」。

此處無特別變動。

(5)禁止規避科技保護措施：避免為重製、利用、觀看著作而破壞或規避科技保護措施，因此，使用「複製」(cloned)的數位廣播接觸卡來觀看變頻傳送，將侵害此新訂權利。因為「電腦程式法律保護指令」對科技保護措施的保護範圍較「2001年著作權指令」小，在CDPA新增條文應避免擴大對於既有「電腦程式法律保護指令」轉化條文本身例外免責的範圍。同時，不應阻礙該指令第2.2條以下密碼學(cryptography)研究<sup>111</sup>。

(6)禁止移除或改變權利管理電子資訊 (electronic rights management information)：禁止散佈、播送、為進口而散佈、傳輸、使公眾得以取得已遭移除或改變權利管理電子資訊的著作。行為人故意犯前述行為或可合理推知行為人引誘、教唆、幫助或隱瞞侵害著作權或任何類似權利<sup>112</sup>，包含資料庫權利。因此，從數位影像或軟體移除管理資訊，或是移除數位浮水印均屬侵權。著作權利人關於本條的救濟在於，若相關情事發生時，英國國務院(the Secretary of State)須為適當處理，否則將有瀆職責任(statutory duty)。

(7)採歐體耗盡原則，且英國僅限於適用著作的有體重製物(tangible copies of the work)。英國於2003年才制定法律配合指令，其實已逾指令規定的期限。

(二)英國法律實踐狀態：

「2001年著作權指令」要求會員國提供適當法律保護有效的「科技保護措施」和「權利管理電子資訊」。英國國內關於有效「科技保護措施」，包含智慧卡(smart cards)、數位電視解碼器、接觸控制和重製控制軟體，例如：CSS和使用在Real Media產品的RealNetworks。「權利管理電子資訊」則由著作權人提供，以辨識其著作或資料庫，包含著作權人和相關權利人，可以數位浮水印驗明著作權人身份、觸碰螢幕式(onscreen)軟體授權、網頁使用條款、基本著作權資訊(classic copyright notices)。

另外，原先CDPA在第297條到第299條，關於廣播，有線電視或傳送，「2003年英國著作權法」新增禁止對於「科技保護措施」製造、販賣、規避，或提供資訊促成規避行為之規定，且設有民事和刑事救濟。例如：禁止透過廣播或是網路傳送等方式侵入此類有接觸限制的廣播服務。該規定源自「1998年歐盟有限接觸服務指令」，該指令意旨為保護「受保護的服務」(protected services)，

<sup>111</sup> 參考「2003年英國著作權法」第296ZA至296ZE條。

<sup>112</sup> 「2003年英國著作權法」第296ZG條。此處「電子權利管理資訊」與本文「權利管理電子資訊」定義相同，僅為配合英國法條原文而做此翻譯。

例如：有付費機制的線上服務或有線電視、數位地面電視廣播(Digital Terrestrial Television Broadcasting; DTTB)<sup>113</sup>、衛星等有限制接觸的播送服務。指令要求會員國禁止其國民對此類服務：

- (a)以商業目的製造、進口、散佈、販賣、租賃或持有「非法裝置」(illicit device)來規避對服務的接觸限制，例如：未經服務提供者授權，任何設計來規避科技保護措施的裝備或軟體。
- (b)以商業目的安裝、維護、或取代非法裝置。
- (c)使用商業傳輸宣傳非法裝置。

除此之外，為給予廣播組織權利限制他人接觸廣播服務的方式，同時也禁止他人幫助規避行為。對於受保護的著作重製物合法地散佈於公眾，散佈者對於該重製物有權利禁止他人為以下行為，然而，英國法律並未特別明文規定保護著作內容所有權人本身，商業目的以外的單純持有規避措施、單純為接觸有限制的服務系統而規避、單純規避行為均不處罰：

- (a)製造、進口、販賣任何方法或裝置，專用來規避科技保護措施
- (b)公開資訊意圖促進或幫助規避行為
- (c)明知或有理由推知該裝置將被用來規避。

### (三) 小結

由上述可知，指令執行對CDPA的改變造成英國國內持續爭議，即指令是否允許專對安全測試所作的加密研究(encryption research)是否侵害著作權人「接觸控制權」？指令前言第48條說明：指令的執行將不會阻礙密碼學研究，同時，依指令前言第50條意旨解釋，英國實行歐體「軟體程式指令」第5條和第6條私人合理使用的保護條款(safeguards)時，允許某條件下可以進行軟體的解碼、還原工程，但不能超過「電腦程式法律保護指令」範圍<sup>114</sup>。

數位著作利用者擔心：對著作權保護的趨勢和接觸控制將有礙合理使用，或是純粹個人利用且無商業目的的正常空間。使用者的免責條款是否可能被契約過度限制？例如：常見的線上網站或軟體使用以契約條款排除公眾原本享有的合理使用空間。

<sup>113</sup> 一般常見數位電視，依傳送方式之不同可分為三類：DVB-T ( Digital Video Broadcasting – Terrestrial )，是以地面波傳送數位電視訊號，DVB-S (Digital Video Broadcasting - Satellite)，由衛星傳送數位電視訊號，DVB-C (Digital Video Broadcasting - Cable)，由電纜傳送。本文所稱 DTTB 應類似第一種傳送方式。

<sup>114</sup> Simon Stokes, *The UK implementation of the information society copyright directive: current issues and some guidance for business*, COMPUTER AND TELECOMMUNICATIONS LAW REVIEW, C.T.L.R. 2004, 10(1), 5-13 (2004).

美國「數位千禧年著作權法」(Digital Millenium Copyright Act, 下稱DMCA)尚未承認私人合理使用的空間；相較下，「2001年著作權指令」前言第51段提及著作權人主動自願性協商合理使用空間的機制(voluntary measures)，即「科技保護措施」不能損害該指令第5條所揭示的公共利益(即合理使用空間)，並要求各會員國應立法鼓勵著作權人，自願地提供達到這些例外與限制目的之機制，若經過一段合理期間，著作權人仍未提供者，各國就應採取必要的作法，促使著作權人落實這項工作，即要求會員國採取適當方式確保著作權人讓公眾有合理使用權利且有免責條款的適用<sup>115</sup>。英國立法亦傾向將指令此項特點納入國內法中。

「2003年英國著作權法」第 296ZE條<sup>116</sup>，列舉「反規避科技保護措施」例外事項，廣泛採用歐體「2001年著作權指令」第6條第4項強制性的例外規定。然而，關於私人使用，規定使用者只在基於非商業目的(non-commercial)的研究與私人學習時始可主張免責<sup>117</sup>。使用者於合理使用時若無法接觸該著作，可向英國國務院申訴。國務院於收到申訴後，以書面要求著作權人或專屬授權人提出已提供接觸要件之協議，此強制規定若不遵守，使用者可依申訴內容執行著作權。

然而，這種強制手段比德國更無實效，因為，第一，在國務院未發書面指導前，著作權人或專屬授權人並無先義務(pre-existing obligation)幫助使用者接觸或使用該著作；第二，國務院收到申訴後，亦無發書面指導的法律義務，且該規則也無說明何種情況下須發書面指導；使用者對於其不當申訴結果無法上訴。這些都使得申訴程序形同虛設。第三，與德國有相同的情況，使用者申訴是以其使用權限遭科技保護措施阻擋時依個案處理，無法共同處理。這些均使得歐體指令無法實踐<sup>118</sup>。另外，歐體「2001年著作權指令」本身欠缺自願機制(voluntary measures)且無強制執行著作權的管道，使得著作權執行情序無效率且無強制性，個別使用者無法與著作權人對抗，特別是大企業或軟體公司<sup>119</sup>。

#### 第四款 斯洛維尼亞

有論者認為，會員國太輕易將指令落實於國內法的結果，將使著作權國際規範轉至國內法無效率，大量模糊的國際規範適用至國內法，反而失去指令保護著作權的美意<sup>120</sup>。以斯洛維尼亞著作權法(Copyright Act)為例，條文關於重製權定

<sup>115</sup> 章忠信，〈著作權法「防盜拷措施」條款例外規定要點之檢討〉，《科技法學評論》，第3卷第1期，(2006)。

<sup>116</sup> See generally The Copyright and Related Rights Regulations 2003, 2003, S.I. 2003/2498 (U.K.), available at <http://www.opsi.gov.uk/si/si2003/20032498.htm> (last visited on 2009/02/20).

<sup>117</sup> 參考「2003年英國著作權法」第29條。

<sup>118</sup> *Supra* note 114.

<sup>119</sup> *Id.*

<sup>120</sup> Maja Bogataj Jancic, *Copyright Beyond the EU: What can Counties Outside the EU that Harmonise and Modernize Their Copyright Laws Learn from Slovenian Experience*, C.T.L.R. 2004, 10(8), 189-91(2004).

義明顯忽略公共利益。

斯洛維尼(Slovenia)亞位於歐洲中南部，巴爾幹半島西北端。1990年5月，舉行第二次世界大戰後第一次多黨制大選。1992年6月25日，議會透過決議，宣佈脫離南斯拉夫社會主義聯邦共和國成為獨立主權國家。1992年5月22日加入聯合國。2004年5月1日加入歐盟，其1995年即立法第一部著作權法，被評為當代著作權規範的模範法典，此為本文選為研究個案的原因之一。此後該國2001年和2004年各修改著作權法一次，以調和國內法和WIPO公約、歐盟「2001年著作權指令」等義務。指令與公約間調和，再加上著作權人團體集思廣益，應使得內國著作權法更臻完整，然而，這只是法律上評價，實際上斯洛維尼亞著作權法本身調整過程並非如此有效率。

斯洛維尼亞著作權法配合國際協議，希冀給予著作權人有限的權利以鼓勵新創作產生，肯定人類基本價值和社會繁榮。著作權人權利與公共利益有著微妙平衡，其本國著作權也一直受科技進步影響，因而修法來回應新技術產生。同時，如同歐洲國家一般，每當著作權人出現新權利，公共利益亦受到限制。

斯洛維尼亞2001年的著作權法問題雖然在2004年4月的新法被提出解決，但仍有許多問題存在。由於1996年日內瓦外交會議(Diplomatic Conference in Geneva in 1996)關於重製權的定義無法被各會員國所接受，因此該定義並未被WCT和WPPT所採納，2001年2月，斯洛維尼亞賦予重製權新定義，以適應數位環境下的著作權保護機制，且從歐體依照資訊社會所生之「2001年著作權指令」不斷修正的結果看來，斯洛維尼亞的修法方向似乎正確。「2001年著作權指令」已有重製權定義，斯洛維尼亞立法者忽略一個問題：立法當時並無歐體層級的重製權強制性或任意性例外免責條款，而立法者僅以不提供任何例外免責條款來解決此問題。因而產生了在過於廣泛的重製權範圍下，無法有合理重製空間的問題，使得某類暫時性重製，例如：法律規定單純傳輸資訊中介者(conduit)也屬侵害著作權的結果。

美國DMCA所保障網路服務提供者免責，在斯洛維尼亞網路服務提供者將因單純提供網路服務而侵權。但國內並無反對聲浪，連電信通訊業或網路服務提供者等對提供第三人網路傳輸或下載著作有直接利益者亦無，利益團體也未爭取使用者權利。因而，斯洛維尼亞在此等破壞平衡的法規下，當科技保護措施出現而影響著作權限制時，或網路契約條款強制性地單方限制著作權利用，或公共領域逐漸消失等問題無法被期待能有好的回應。

從斯洛維尼亞所得到的經驗是，為了在國際間成為超國家組織(supra-national organization)或國際組織一員，一國須實現不同國際義務，例如：

WIPO 和 WTO，太輕易將所有眼前的法律原則( laws )一體適用，指為通過入會門檻而非整體國家利益，同樣的國會中利益團體代表接受新法所帶來的改變，但事實上卻不明白將對其現實生活和社會造成怎樣的改變。不同利益團體扮演重要角色，主要是這些社會團體( civil society )保衛普羅大眾的價值觀和利益藉由挑戰著作權的平衡，其須透過被賦予知識和財務支持。促進智慧財產的國際組織應該使這賦予更有效率，否則當模糊的國際規範被要求納入各會員國國內法，有時甚至比某些早有完整傳統智慧財產法體系的國家還嚴格，此時會打亂該體系下更大的公共利益和著作權人間的平衡，可能架空伯恩公約中所重視的教育、研究、資訊接觸權等合理使用空間，使著作權保護成為單純的法律名詞和社會規範。

### 第五款 小結—實踐所出現的問題

由上述歐體國家的對歐體指令的實踐情況來看，有論者認為明顯實踐效果不佳<sup>121</sup>。從歐體各國立法來看，本文亦整理出幾大問題：

#### (1) 實務欠缺著作權強制執行力：

除以下將介紹的歐體「2004 年智財執行指令」外，目前僅少數國家藉由其國內法規定補充強制執行力不足的情況，例如：法國設置「科技委員會」，負責評估、監督 DRM 相容性，若有礙競爭或科技進步時，該會有權利要求業者改善。對於法院判斷為侵害著作權者，「2001 年著作權指令」明顯地並無條文規定後續將如何執行，歐體執委會對於指令實施至 2004 年 12 月 22 日的評估實踐報告中，亦指出各國轉化至國內法的效果不佳。成為「2001 年著作權指令」實行後，各國難以適用且立法分歧的主因。

(2) 學者偏重保護私人重製議題：資訊社會下的一連串政策是為了歐體能在科技衝擊下，繼續在世界政治、經濟、法律、科技等各方面佔有一席之地，主導世界進步，因此歐體仍重視整體公共福祉，新指令因對於重製權的定義過於廣泛，有過度保護著作權人疑慮，而本文閱讀期刊文獻，觀察發現：學界憂慮此情況，且傾向重視私人重製免責與公共合理使用空間問題。

#### (3) 有解釋權的歐洲法院並未給予明確答案

首先，關於歐洲法院判決在數位著作權議題的判決數量統計，本文將時間限制設定在指令實行後迄今，即 2002 年 12 月 22 日 2008 年 11 月 30 日，在歐洲官方資料庫(EU-LAX)查詢所得之結果如下：

<sup>121</sup> 歐盟著作權指令實行至今，未促進網際網路服務成長之目的，參考資策會法律中心，<http://stlc.iii.org.tw/ContentPage.aspx?i=1998> (最後點閱日：2009 年 2 月 20 日)。

編號	關鍵字	案件筆數/數位著作權議題
1	2001/29/EC	0
2	technology protection	0
3	information society	16/2
4	Digital	31/0
5	Internet	95/0
6	DRM	0
7	Circumvention	2/0
8	Copyright	79/1

明顯地，著作權法議題上訴至歐洲法院的案件量相較於專利權和商標權等智慧財產權類型來說較少，搜尋後共獲 223 筆，其中僅 3 筆與數位著作權議題有關。本文推斷，案件少的原因可能有幾點：

第一，將案件從各國法院移至歐洲法院的申請程序長且複雜，對於日新月異的數位著作權問題緩不濟急；

第二，歐洲法院僅提供對於歐洲法律基本原則、歐洲條約條文、指令本身的解釋，不能認定個案事實，亦不能干涉各國法院判決，對於法律是最終解釋但卻是間接適用，使得各國法院取得歐洲法院預裁書後，仍須再對個案重新審查，程序冗長，較不經濟；

第三、歐體資訊社會下實行一連串指令，著作權法制僅為其中一環，以專利、商標、競爭法為法院大宗案件來源，歐洲法院也僅透過本文第二章第三節所介紹之原則判斷，也未如美國法院在個案中發展出成熟的檢驗法或要件。

### 第三項 其他相關權利協調指令

歐體資訊社會下推動一連串政策，涉及政治、經濟、科技、環境等多項議題，相較之下，智慧財產權雖然重要，但無非是成為眾多政策之配套。易言之，一方面歐體致力於著作權法之調和，希冀有統一的著作權體系與法規，使各會員國適用法規上更能趨近一致。另一方面，為達成歐洲單一市場目標與貨物自由流通原則，處理智慧財產權議題，除了智慧產權相關法規或指令之外，常運用其他領域的法規與傳統法律原則解決，例如：競爭法原理原則、歐體條約基本原則、契約法、電子商務類法規、促進歐體共同市場流通之政策等。也可以說，由於必須配合歐洲整體政策而考量，數位著作之散佈與重製問題，已非純粹著作權法可解決。

以下指令常見法院判決引述，用於解決數位著作權問題。另外，歐體競爭法非本文重點，僅為討論必要而直接於個案中介紹，此不贅述。其他相關指令與其實務實踐狀況整理如下：

#### 第一款「2004 年確保智慧財產權執行之措施與程式指令」

(一)指令條文內容：

「2004 年確保智慧財產權執行措施與程式指令」( 下於本文簡稱「智財執行指令」)<sup>122</sup>是歐體用以確保智慧財產權執行機制順利的政策。2004 年歐體採取調和歐體各會員國國內法之策略，因而有「智財執行指令」產生。但該指令沒有明確說明其所包括的範圍，由指令前言可推知，至少涵蓋下列權利：著作權、著作鄰接權、資料庫保護、積體電路佈局設計、商標權、外觀設計權、專利權、地理標示、新型、植物品種多樣化、商號等。

儘管該指令要求各會員國必須要在 2006 年 4 月 29 日以前，制定法律、行政規則等以配合指令的施行，但目前只有英國遵守。本文討論該指令中重要的條文以及執行該指令的重要性。以下分述說明：

(1)目的

指令第 4 條之下，會員國須於國內立法，賦予智慧財產權權利團體有申請對侵權行為處罰的手段及程式之權利，例如：IFPI ( International Federation of the Phonographic Industry, 國際唱片業協會) 身為專業智慧財產權權利管理團體，推定有權起訴侵權者。而個別著作物作者，只要其姓名以「通常方法」( usual manner) 標示於作品上，亦推定其為著作權人，有權對於侵權者展開訴訟程式<sup>123</sup>。

(2)證據

該指令的第二部份( section 2 )涉及證據的保存、獲得、呈現方法。第 6 條的規定，各會員國必須確保原告在提出合理且足夠證據證明其請求範圍後，可以請求法院命令被告交出由其控制的重要證據。每個案子的機密檔案需要受到保護以作為訴訟證據；不過，若屬商業性規模的侵權，基於該條文，被告仍可能被要求交出某部分商業檔案與銀行財力<sup>124</sup>。

<sup>122</sup> Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights, 2004 O.J. (L 195) 1 [hereinafter Directive 2004/48/EC].

<sup>123</sup> Directive 2004/48, art. 1, “This Directive concerns the measures, procedures and remedies necessary to ensure the enforcement of intellectual property rights. For the purposes of this Directive, the term ‘intellectual property rights’ includes industrial property rights.”

<sup>124</sup> *Id.* art. 6, para. 1, “Member States shall ensure that, on application by a party which has presented reasonably available evidence sufficient to support its claims, and has, in substantiating those claims, specified evidence which lies in the control of the opposing party, the competent judicial authorities may order that such evidence be presented by the opposing party, subject to the protection of confidential information. For the purposes of this paragraph, Member States may provide that a reasonable sample of a substantial number of copies of a work or any other protected object be considered by the competent judicial authorities to constitute reasonable evidence,” Art. 6 (2), “Under the same conditions, in the case of an infringement committed on a commercial scale Member States shall take such measures as are necessary to enable the competent judicial authorities to order, where



第 7.1 條，各會員國應該確保原告在提出合理證據證明其請求範圍後，或是訴訟開始前，可以申請暫時證據保全措施，例如：扣押侵權物品或是生產工具。另外，若有證據滅失或是對原告造成無可回復的損害可能時，可不通知被告而逕行強制證據保全程序。證據保全對於智慧財產是相當重要的一環，但也不應過度保護著作權利人，依第 7.3 條，會員國應確保當侵權案件不成立時，可撤銷該證據保全程序，同時，當程序經撤銷或判決不侵權時，被告可向法院申請損害賠償。

### (3) 告知義務( Right of information )

第 8 條，會員國應該同時確保，在某些情況下，法院可命令被告揭露侵權物品或服務的來源與散佈，可供連絡。包含貨物及服務的製造商、批發商、供應商之名字和住址，以及製造、運送、接受、訂購數量和其價格。最重要的是，該指令規定，不但可直接對持有侵權物者提告，還包括經該侵權者指認涉及製造、散佈侵權物品之第三人。

### (4) 暫時或預防手段

第 9 條的規定「中間禁制令」( interlocutory injunctions )，賦予所有會員國的國內法院核發禁制令的權力，以落實三個效果：(1)預防突發侵權行為( imminent infringement )；(2)停止侵權行為持續進行；(3)權利人可以因該持續進行的侵權行為而獲得賠償。若被告持續侵權，則此類禁制令也可能要求被告( respondent )再支付賠償金額( recurring penalty )。當申請的一方可合理地提供證據證明侵權，並已達充份確定程度( a sufficient degree of certainty )時，可單方( ex parte )申請該禁制令。

第 7 條規定當事人有保全證據的權利與義務，因而，原告可申請核發禁制令，而被告亦可申請重新檢視該核發是否為必要，即原告是否已提出證據或是該侵權行為是否成立，若事後法院判決被告不侵權，被告則可以依第 7.3 條向原告求償因強制證據保全所造成的損害。第 9 條規定，不只賦予各會員國法院有核發禁制令的權力，同時也賦予各會員國義務，應確保對於疑似侵權之物的扣押與提交命令之執行。

對於侵權者或網路服務提供者，指令第 9 條有處罰或警告機制，可進入住居所扣押財產，和申請法院凍結銀行帳號，以保護被侵害的商標或智慧財產<sup>125</sup>。進一步規定，會員國必須以專業專責機關( competent authorities )核發禁制令權限以

---

appropriate, on application by a party, the communication of banking, financial or commercial documents under the control of the opposing party, subject to the protection of confidential information.”

<sup>125</sup> Directive 2004/48, art. 9, “...raid homes, seize property and ask courts to freeze bank accounts to protect trademarks or intellectual property they believe are being abused or stolen.”

避免再次侵權，並提供罰金或累犯罰金，以嚇阻不當利用證據保全程序騷擾網路服務提供者之惡意第三人。在商業規模( commercial scale )的侵權案件中，若權利人可以證明恐將無法受償，證據保全程序應被核准。而實務上，各會員國法院間核發禁制令的核發率有很大差異，這也是該指令始料未及的。

第 10 條，會員國應該制定對被判定為侵權之貨物為適當處置的矯正機制( corrective measure )，例如：從原本的銷售通路全數收回或部份移除該物，或是銷毀且費用由侵權行為人負擔，此時，法院應考量侵權結果嚴重性與對第三人的利益來決定需負擔之費用<sup>126</sup>。本條主要著重在矯正著作權的盜版與仿冒( piracy and counterfeiting )，較不適用於一般商標權( ordinary trademark )與專利權之侵害。對該矯正機制，依指令第 12 條規定，可以金錢損害賠償金替代( Alternative measures )。該條規定，對於非故意且無過失的侵權行為人，依個案或行為人要求，如果執行指令規定，將造成行為人不成比例的損害且以金錢損害賠償金( pecuniary compensation )可合理滿足( reasonably satisfactory )權利人時，可以該金錢損害賠償金代替前述程序之執行<sup>127</sup>。

#### (5) 賠償金與訴訟費用

第 13 條賦予權利人可主張相當於實際損害之賠償金額，法院可考量權利人實際損失、侵權行為人所獲不正利益數量以及人格權侵害比例來決定行為人的賠償金額，或以總括定額( lump sum )給付權利人。第 14 條是關於訴訟費用補償( reimbursement )的一般規定，除有失衡平外，否則訴訟費用均由敗訴一方負擔，但仍須合理且合比例，例如：唱片公司所花費與市價相比顯然昂貴的超額律師費用不在負擔範圍。

#### (6) 法院判決的公示( Publication of judicial decisions )

第 15 條，各會員國法院應確保判決確定的智慧財產權獲得執行，並將判決公示，例如：透過法院公告或法院刊物刊登或廣告該判決，<sup>128</sup>使公眾得知侵權行為的發生，避免在不知情的情況下一再侵害權利人權利。

<sup>126</sup> Directive 2004/48, art. 10, “...proportionality between the seriousness of the infringement and the remedies ordered as well as the interests of third parties.”

<sup>127</sup> Directive 2004/48, art. 12, “ Member States may provide that, in appropriate cases and at the request of the person liable to be subject to the measures provided for in this section, the competent judicial authorities may order pecuniary compensation to be paid to the injured party instead of applying the measures provided for in this section if that person acted unintentionally and without negligence, if execution of the measures in question would cause him/her disproportionate harm and if pecuniary compensation to the injured party appears reasonably satisfactory.”

<sup>128</sup> Directive 2004/48, art. 15, “...order, at the request of the applicant and at the expense of the infringer, appropriate measures for the dissemination of the information concerning the decision, including displaying the decision and publishing it in full or in part.”

## (8) 指令實行

會員國依據指令第 20 條第 1 項，須於 2006 年 4 月 29 日前制定國內法以實踐該指令條文<sup>129</sup>。

(二)歐體「智財執行指令」中關於智慧財產權執行之現況：

### 1. 歐體會員國對指令適用有差異，造成智慧財產權在各國無法獲得同樣執行

歐體為適當地回應侵害智慧財產權所帶來的經濟威脅，特別是漸增的組織犯罪型態，2004 年公布「智財執行指令」，試圖在執行上達到調和，然而，有論者認為是偏袒著作權和專利權人(ill-conceived and tilted steeply in favor of copyright and patent holders)的指令<sup>130</sup>。而觀察指令的最終版本也不難發現：第一，該指令本意為實踐 TRIPS 的義務（授權締約國制定刑事處罰機制），但最終「智財執行指令」定案版只設民事處罰機制。第二，歐洲議會曾於「智財執行指令」草案中限執行手段只能在「商業規模的侵權行為」時始可實行，不適用於「個人基於善意的私人下載行為」(consumers ‘acting in good faith’ who download music for their own use at home)。然而指令最終卻將執行範圍延伸至「任何歐體或會員國法律所禁止的侵權行為」。

「智財執行指令」關於智慧財產權的執行的規範只限程序法層面，而智慧財產權之存在或內容屬於實體法層面，非該指令之規範範疇。各會員國國內法須配合「2001 年著作權指令」與「智財執行指令」而制定，然而，「智財執行指令」主要還是由各會員國國內法院來執行，因而執行方式隨各會員國間獨立立法而產生重大的不同。例如：歐體專利儘管受到「歐洲專利公約」拘束，但關於行為人是否侵權與會員國執行著作權的方式，仍依各會員國國內法律規定，各國在執行上的歧異現象又再次顯現。這種適用分歧的窘境在歐體商標與歐洲外觀設計 (Community design) 也常見—雖然兩者均由「歐洲外觀設計規則」所規範，且適法性、侵權判斷、處罰等各會員國可直接統一，但各會員國法院仍可優先適用其國內程序法處理此兩類議題，不須優先適用「歐洲外觀設計規則」。

可想而知，歐體智慧財產權爭訟案件通常涉及兩個以上的權利標的，和兩個以上國家，無疑地將適用多個會員國的國內法，費時耗力，成本相當龐大，且歐體欠缺單一管轄的專門法院來處理本國及他國間相異的智慧財產權法適用，跨越

<sup>129</sup> 目前，歐體會員國中只有英國於 2006 年 4 月 29 日實行「2006 年智慧財產權規則」(The Intellectual Property (Enforcement, etc.) Regulations 2006)，調和其國內執行智慧財產權相關法規。

<sup>130</sup> See Bernd Allekotte, *Cross-border Implementation of the EU IP Rights Enforcement Directive*, BUILDING AND ENFORCING INTELLECTUAL PROPERTY VALUE 2007, 164-67 (2007), available at <http://www.buildingipvalue.com/07EU/p.164-167%20Grunecker.pdf> (last visited)

邊界的跨國爭訟問題相當複雜，歐洲法院在 *GAT v. LuK* 和 *Roche v. Primus*<sup>131</sup> 兩案時並不鼓勵此類訴訟。

## 2. 實務上，當事人利用比較法院解釋來選擇對自己有利的法院應訴

指令在各會員國國內執行主要的缺點是：過去對於智慧財產權在各國的強制執行已生相當大的紛歧，今「智財執行指令」下當事人的權利保障，取決於其採取之立場，即被控侵權人可能因為會員國 A 國內法而受益，但在 B 國卻受害，因為兩國國內法相較之下，A 國規範較 B 國嚴謹，法院解釋法律要件的結果，不被認為為侵害著作權，導致相同行為產生不同的法律效果。這無疑使得智慧財產權侵權判斷本身有不確定性，無法在各會員國中獲得同樣的實踐與力量。

因而，法院解釋引導實務上行為人善用各國不同立法，以尋求對自己較有利的判決結果，例如：在專利侵權的領域，最重要的是要保存證據支持其申請專利範圍 (claim)，法國原告可取得法院搜索令 (saisie contrefaçon)<sup>132</sup> 以便扣押證物，然而德國法院卻欠缺在此情況下核發搜索令的慣例<sup>133</sup>。許多智慧財產權侵權案件本身即涉其許多會員國的國內法，而允許原告可選擇由哪個法院來管轄，實務上，有必要逐案檢驗各會員國是否可以善用各國立法的歧異，而選擇對自己有利的法院進行訴訟 (forum shopping)。將該指令規定移轉至各會員國的國內法將造成各國法規紛歧，有法規適用上的問題。

法院對於著作權的保護範圍取決於不同法院的解釋。因此原告試著選擇將著作權保護範圍解釋較廣的法院提告，被告則試著避免，而律師依法院解釋慣例則能百分之百預測該法院的判決結果為何。因此，指令某程度整合歐體與其會員國國內法間對於著作權保護的規範，但同時也造成各國國內法對保護的實際適用有歧異，這導因於該指令本身有三大問題：

(1) 只涵蓋某些重要爭議。

(2) 只提供最小保護機制，而各國國內法容易提供更高的立法保護。(指令第 3 條第 1 項，任一會員國均可在國內立法，制定較優惠本國的法律)

<sup>131</sup> 歐洲法院對於會員國所提的跨國訴訟有所限制，即「針對專利有效與否」的爭議，不得適用跨國境管轄權，排他管轄權規則應當適用於所有與專利的申請或者效力有關的程序，不管是訴訟還是異議程序。此兩案均是關於白或黑煙專利均等認定的跨國專利訴訟案件。See Case C-4/03, *Gesellschaft für Antriebstechnik mbH & Co. KG v. Lamellen und Kupplungsbau Beteiligungs KG*, 2006 E.C.R. I-6509. Also see Case C-539/03, *Roche Nederland BV v. Primus*, 2006 E.C.R. I-6535.

<sup>132</sup> 此處為法語，即英國民事訴訟中的 Anton Piller order，屬於證據保全命令一種，即法院命令被告允許原告或原告的代表進入被告住居所進行搜查，並拿走物件、檔或資料，以便保留有關證據。英國於 1999 年 4 月 26 日民事訴訟法中，正式名稱改為「Search Order」(搜查令)，原告申請時須以宣誓書表明其申請具備證據保全實質要件的要求。

<sup>133</sup> See Bernd Allekotte, *Cross-border Implementation of the EU IP Rights Enforcement Directive*, BUILDING AND ENFORCING INTELLECTUAL PROPERTY VALUE 2007, 164-67 (2007), available at <http://www.buildingipvalue.com/07EU/p.164-167%20Grunecker.pdf> (last visited)

(3) 無法解釋影響訴訟結果的各種因素。對於智慧財產權強制執行來說，訴訟費用扮演重要角色，且在各會員國間變化相當大。(儘管第 14 條有但書要求須符合「衡平原則」始能為之<sup>134</sup>，但實務上勝訴方大都能退回訴訟費用)。

(4) 各會員國間對指令轉化成國內條文規定不同，呈現出分歧狀況。例如：訴訟時間的長短。智慧財產權侵權案件應由專門的法院處理，即便有些律師可以處理各國法院對於侵權的不同處理態樣，但仍有缺乏經驗的律師存在。

### 3. 歐體僅少數會員國將「智財執行指令」轉化為國內法

指令本身是否改變會員國國內的智慧財產權執行機制，取決於其國內立法是否已將指令重要要求轉化至其國內法中，然而，至今只有少數國家施行該指令。而未轉化的會員國又因為與他國規定有分歧，而產生了歐體法律適用上的特殊性。事實上，歐體會員國若頒佈該指令至其國內法中，將產生智慧財產權訴訟強制執行機制某程度上整合，特別是在以下方面：

- (1) 取得及保全證據；
- (2) 有權請求獲得侵權物品的來源與散佈網路；
- (3) 承認依指令所為的暫時性、警告性、矯正機制。

### 4. 指令文意抽象難適用

概括式立法通常為立法者因應新興科技對法律未知的衝擊，所採取的一種立法手段，以便日後新問題出現時，不需一再修改條文本文，仍可延續適用既有法律以解決新爭議。然而，「智財執行指令」為執行程序層面立法，若對於條文的執行欠缺明確性，則失去指令本身所強調的意旨。

指令第 3 條第 1 項規定，會員國有概括義務( general obligation )提供必要的手段、程式和救濟途徑以確保智慧財產的執行( measures, procedures and remedies necessary to ensure the enforcement of intellectual property rights )。同時，根據 TRIPS 第 41 條第 2 項，手段、程式和救濟途徑須公平、衡平且簡單，不含斥資耗時、無理時間限制、以及無擔保的遲延( fair and equitable and shall not be unnecessarily complicated or costly, or entail unreasonable time-limits or unwarranted delays )；明顯地，「無理時間限制」和「無擔保的遲延」這些不確定概念造成各會員國間調和困難。指令第 3 條第 2 項，規定救濟途徑需要有效，適當且說服力( effective, proportionate and dissuasive )也同樣模糊難適用，架空各國實際上對於智慧財產權的執行，而無法收到成效。

## 第二款 電子商務指令

<sup>134</sup> Directive 2004/48, art. 14, “ Member States shall ensure that reasonable and proportionate legal costs and other expenses incurred by the successful party shall, as a general rule, be borne by the unsuccessful party, unless equity does not allow this.”

## (1)目的

「2000年歐體議會暨部長理事會於特別電子商務和內部市場中資訊社會相關法律」( Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, hereinafter “ Directive on electronic commerce ”, 下簡稱「電子商務指令」) 目的在促進內部市場適當運作，藉由確保會員國間資訊社會服務自由流通，為達此目的之必要，指令第2條擬定部分會員國國內法須具備的法律規範，包含資訊社會服務、內部市場、服務提供者的建立、商業通訊、電子契約、傳輸中介者之責任、行為規則、庭外和解爭端和解、訴訟及會員國間合作等。指令與歐體法律保護資訊社會服務相容，特別在消費者利益、公共衛生、不限制提供資訊社會服務之自由<sup>135</sup>。指令不適用於稅法領域「個人資料和資訊自由流通指令」(指令 95/46/EC)<sup>136</sup>、「個人資料和電訊隱私保護指令」(指令 97/66/EC)<sup>137</sup>關於資訊社會服務之規定，卡特爾法(Cartel Law)中所規範的契約或慣例<sup>138</sup>。指令不影響歐體或會員國為促進文化語言多樣化，確保多元論所採取之法律措施<sup>139</sup>。

## (2)關於指令中特殊定義<sup>140</sup>

1. 「資訊社會服務」( information society service ); 「技術標準與規則指令」( 指令 98/48/EC )<sup>141</sup>所包含的服務類型。

2. 「服務提供者」( service provider ), 指提供資訊社會服務的自然人或法人，依指令內容可推知包含網路服務提供者；

3. 「建立服務提供者」( established service provider ), 在不確定時期有效從事經濟活動，並運用固定建立技術方法者，不包含單純地提供服務所須之科技的呈現、使用。

4. 「服務接收者」( recipient of the service ), 自然人或法人專業目的或其他，使用資訊社會服務，特別是目的為搜尋資訊或使其可被接觸；

5. 「消費者」( consumer ), 非基於交易商業或專業目的進行市場活動之人。

6. 「商業通訊」( commercial communication ), 任何形式的通訊，其目的為

<sup>135</sup> Directive 2000/31/EC, art. 1, para. 3.

<sup>136</sup> Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, Nov. 23, 1995, 1995 O. J. (L 281) 31-50.

<sup>137</sup> Directive 97/66/EC of the European Parliament and of the Council of 15 December 1997 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the telecommunications sector, Jan. 30, 1998, 1998 O. J. (L 24) 1-8.

<sup>138</sup> Directive 2000/31/EC, art. 1, para. 5.

<sup>139</sup> Directive 2000/31/EC, art. 1, para. 6.

<sup>140</sup> Directive 2000/31/EC, art. 2.

<sup>141</sup> Directive 98/48/EC of the European Parliament and of the Council of 20 July 1998 amending Directive 98/34/EC laying down a procedure for the provision of information in the field of technical standards and regulations, Aug. 8, 1998, 1998 O. J. (L 217) 18-26.

直接或間接地推銷貨物、服務或形象，包括公司、組織、從事商業工業公益或運用專業之個人。不包含可直接接觸企業、組織或個人行為的資訊，特別是網域名稱或電子信箱地址，亦不包含以獨立方式編排的貨物、服務、或是企業、組織或個人形象，特別是不具經濟考量者；

7. 「受管制職業」( regulated profession )，包括指令 89/48/EEC 第 1 條第(d)項<sup>142</sup>，所指第一大類具高等教育文憑且起碼三年的專業訓練者，以及指令 92/51/EEC<sup>143</sup>所指第二大類受專業教育和指令 89/48/EEC 輔助訓練者。

8. 「調和領域」( coordinated field )，置於會員國國內法關於資訊社會服務提供者或資訊社會服務的規定，且不論原本國內法立法本意是概括規範或專法。調和領域中的規定，服務提供者必須遵守下列規定：(1) 關於資訊社會服務活動之規定，包含資格、授權、通知 (2) 從事資訊社會服務之規定，包含服務提供者行為、服務品質、內容，包含適用於廣告、契約或服務提供者責任。調和領域不規範貨物運作、非以電子方式提供之服務。

## (2) 電子契約標的與效力

指令第 9 條第 1 項，關於電子契約的地位，會員國須確保其國內法律承認電子契約有效性。會員國應特別確保法律規定適用於電子契約締約程序而非阻礙其行使，且不造成該契約因以電子形式呈現而無效或喪失法效力<sup>144</sup>。然而，並非每種法律關係均能以電子契約成立，依據同條第 2 項規定，權利義務關係複雜或涉及公益者，不適用第 9 條第 1 項規定，例如：除不動產租賃契約以外，任何創造或移轉不動產權利之契約、法定契約諸如公開授權契約( public authorities )、課予保證人責任之契約( contracts of suretyship )、家事法( family law )或繼承法所規範之契約。然而，基於服務自由流通的本意，會員國須向委員會說明國內法哪些權利義務關係不適用以電子契約呈現，每五年以報告( report )附理由解釋國內適用情況。

## (3) 提供必要資訊( information to be provided )

第 10 條明定，除非服務接受方非消費者，否則服務提供者在對方下單前提供某些必要資訊，包含依歐體既有法律規定本須揭露之資訊，以及明確、完整、不模稜兩可地提供下列資訊：

(a) 完成契約所遵照的不同技術步驟；

<sup>142</sup> Council Directive 89/48/EEC of 21 December 1988 on a general system for the recognition of higher-education diplomas awarded on completion of professional education and training of at least three years' duration, Jan. 24, 1989, 1989 O. J. (L 19) 16-23.

<sup>143</sup> Corrigendum to Council Directive 92/51/EEC of 18 June 1992 on a second general system for the recognition of professional education and training to supplement Directive 89/48/EEC, Jul. 24, 1992, 1992 O. J. (L 209) 40.

<sup>144</sup> Directive 2000/31/EC, art. 9, para. 1, "Member States shall ensure that their legal system allows contracts to be concluded by electronic means. Member States shall in particular ensure that the legal requirements applicable to the contractual process neither create obstacles for the use of electronic contracts nor result in such contracts being deprived of legal effectiveness and validity on account of their having been made by electronic means."

- (b) 服務提供者是否將該契約歸檔且他人可得接觸；
- (c) 下單前服務接收者為辨識、修正錯誤輸入所須之技術方法；
- (d) 締約所用之語言<sup>145</sup>。

除非服務接受方非消費者，服務提供者須標示被允許的行為規則以及這些規則如何磋商，且服務接受者能複製或儲存該契約條款。服務提供者的標示行為規則和揭露必要資訊義務，不適用在僅藉由電子郵件交換，或其他相類似的個人通訊方式而完成之契約。

#### (4) 下單規定 (placing of order)

第 11 條規定，除非服務接受方非消費者，會員國應確保其以科技方式下單時遵守下列原則：

(a) 服務提供者必須認知服務接受者收到下單收據以電子方式傳遞且無不正當遲延；

(b) 下單和收到的收據必須可辨識。除非服務接受方非消費者，會員國應確保服務接受者能獲得適當、有效、可接觸的科技方法，使其下單前能辨識、修正錯誤輸入。即時回覆與正確提供科技義務，不適用在僅藉由電子郵件交換，或其他相類似的個人通訊方式而完成之契約<sup>146</sup>。

#### (5) 網路服務提供者的免責要件

前已說明，「電子商務指令」本意為使得以電子方式呈現的服務得以自由流通，因而規範內容當然包含電子契約和網路服務提供中介者的責任，以確保歐體內部市場服務自由流通，同時會員國國內法在此部分的法律規定趨於一致。因而，指令第四章，關於中介服務提供者的責任 (liability of intermediary service providers) 規定常被應用在解決數位著作權爭議，特別是第 12、13、14 條與美國 DMCA 第 512 條關於網路服務提供者責任規定相同，包含「單純提供連線」(mere conduit)、「快速存取」(caching)、「資訊儲存」(hosting) 等三種服務類型，在符合法定要件下，不對使用者的侵權行為負責任。

指令第 12 條關於「單純連線服務」，第 1 項規定，當資訊社會所提供之連線服務，包含通訊網路資訊之傳輸或使用條款 (provision of access) 資訊，會員國應確保服務提供者在下列情況所作之資訊傳輸不負侵權責任：

- (a) 所傳輸資訊，是由使用者所發動或請求；
- (b) 未篩選傳輸接受者；
- (c) 非篩選或修改傳輸中所包含之資訊。

前述所稱通訊網路資訊和使用條款，僅限於傳輸必要而生之資訊自動、中

<sup>145</sup> Directive 2000/31/EC, art. 10, para. 4.

<sup>146</sup> Directive 2000/31/EC, art. 11, para. 3.



介性、暫時性儲存的情況<sup>147</sup>。本條規定不影響法院或行政機關要求網路服務提供者終止或避免侵權行為的可能性。

第 13 條規定，提供「快速存取服務」者，當資訊社會服務提供時，包含由服務接受者提供通訊網路資訊之傳輸或通訊網路，會員國應確保服務提供者對於目的僅為使傳輸給其他服務接受者的資訊更有效率，所為之自動、中介性、暫時資料儲存行為不需負責。包含：

- (a) 提供者未修改資訊內容；
- (b) 提供者遵守使用者條款；
- (c) 關於資訊更新的規定，特定於產業廣泛認知且使用的方式；
- (d) 提供者未干涉產業對科技的合法使用而利用資訊；
- (e) 提供者積極地移除或阻斷其儲存的侵權資訊。

同樣地，本條規定不影響法院或行政機關要求服務提供者終止或避免侵權行為的可能性<sup>148</sup>。

第 14 條規定，提供「資訊儲存」者，資訊社會服務提供者，依照服務接受者要求所為之儲存行為，在下列情況下不負侵權責任：

- (a) 服務提供者非明知或可得而知侵權行為或資訊者；
- (b) 知悉或可得而知該侵權行為或資訊，且迅即地 (expeditiously) 移除或阻斷。然而，免責條款不適用於服務接收者之行為已在提供者之監控下<sup>149</sup>。

第 12、13、14 條規定均不影響法院或行政機關，基於公益理由，要求服務提供者終止或避免侵權行為的可能性。會員國應鼓勵消費者保護團體，協助草擬及實踐服務提供者和接受者間的，涉及雙方利益的行為規則 (codes of conduct)<sup>150</sup>。

#### (6) 服務提供者的義務

中介服務提供者除上述情況下，對服務接受者的著作權侵害行為不需負責之外，指令亦明定服務提供者不具「廣泛監督義務」 (general obligation to monitor)<sup>151</sup>，當提供指令第 12、13、14 條所載之服務時，會員國不應強加服務提供者廣泛監督義務，監控其所傳送或儲存之資訊，也不能課予其須查明是否有據稱違法行為之義務。然而，會員國可以課予資訊提供者立刻通知義務 (prompt to inform)，即向政府主管機關舉發據稱違法行為或其服務接受者的違法傳送資訊行

<sup>147</sup> Directive 2000/31/EC, art. 12, para. 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 takes place for the sole purpose of carrying out the transmission in the communication network, and provided that the information is not stored for any period longer than is reasonably necessary for the transmission.”

<sup>148</sup> Directive 2000/31/EC, art. 13, para 1.

<sup>149</sup> Directive 2000/31/EC, art. 14, para 1.

<sup>150</sup> Directive 2000/31/EC, art. 16.

<sup>151</sup> Directive 2000/31/EC, art. 15, para 1.

為<sup>152</sup>。

### (7) 庭外和解機制 (out-of-court dispute settlement)

第 17 條「庭外和解機制」，會員國應確保當服務提供者和接受者間出現爭議時，國內法律能提供且不阻礙法院以外之爭端解決機制，包含協商以適當電子方法完成交易。會員國應鼓勵當國民接受此類庭外和解機制，特別是實踐對利害關係人的程序保障<sup>153</sup>。同時，回報歐體執委會，國內關於爭端解決所做的重要決定，並呈交其國內電子商務實務、慣例、方法等資訊，避免侵權和阻礙權益不公平對待情事發生<sup>154</sup>。

### (8) 會員國監督義務

會員國有義務監督、調查指令是否有效被執行，服務提供者須提供必要資訊儘快轉換指令至國內法中，並輔以成立聯絡窗口 (contact point)，諸如電子方法，或由服務提供者和接受者提供關於權利義務申訴管道。會員國相關主管機關須提供所有資料細節、協助實務適應新指令。有爭議時，歐體執委會應針對問題作出決定 (decision)，並與會員國溝通。2003 年 7 月 7 日前以及此後每隔二年，歐體執委會應提交歐洲議會、歐體經濟暨社會委員會 (The Economic and Social Committee, EESC) 該指令的實行結果報告，重新檢驗指令施行成效，以利內部市場正常運作。

基於再次檢驗 (re-examination) 指令實行之必要性，關於網路超連結 (hyperlinks) 和服務提供者的責任、「通知/取下」程序 (notice and take down procedure)，以及取下侵權內容後，提供者的責任歸屬問題均要討論。會員國依照指令所提出的報告也要分析指令第 12 條，和第 13 條的免責要件，如此有助了解科技發展。另外，在網路與寬頻服務日益普及、電子商務蓬勃發展之同時，在運用網路作為行銷工具方面，也引發了許多問題，例如：未經邀約的電子通訊 (unsolicited communication)，包括自動撥號機、傳真、電子郵件及簡訊，將影響內部市場的運作，會員國亦應一併觀察。<sup>155</sup>關於執行層面的規定，指令第 20 條明示各侵權行為之處罰由各會員國國內法決定，但須有效適當且具勸戒效果。

## 第三款 遠距契約消費者保護指令

### (1) 目的

指令第 1 條，指令目標在於，評估會員國關於貨物或服務消費者和提供者間

<sup>152</sup> Directive 2000/31/EC, art. 15, para 2.

<sup>153</sup> Directive 2000/31/EC, art. 17, "...to operate in a way which provides adequate procedural guarantees for the parties concerned."

<sup>154</sup> Directive 2000/31/EC, art. 18.

<sup>155</sup> Directive 2000/31/EC, art. 21, para 2.

遠距契約的法律、規則、行政命令<sup>156</sup>。

## (2) 名詞解釋

1. 「遠距契約」( distance contract )，指任何貨物或服務提供者和消費者間利用一或多數個遠距通訊方法，基於有系統的( orgnized )遠距買賣或服務內容，訂定關於貨物或服務的契約。

2. 「消費者」( consumer )，指自然人進行其本身交易、商業或專業以外之活動為目的。

3. 「遠距通訊方法」( means of distance communication )，遠距通訊方法指貨物或服務提供者和消費者兩造締約時，無法物理性地同時在場的契約方法，包含指令附錄 I 所描述的幾種情況：定型化通知函、有固定格式之平面廣告、型錄、真人電話推銷、非真人電話推銷、收音機、廣播、視訊電話、有鍵盤和觸控式螢幕的視訊文本、電子郵件、傳真、電視購物<sup>157</sup>。因而，歐體也以「遠距契約消費者保護指令」處理數位權利資訊管理的內容，若條款內容不公平，偏頗著作權人，消費者可依指令申訴。

4. 「通訊方法操作者」( operator of a means of communication )，指公司法人或自然人其交易、商業、專業涉及一或多數個貨物或服務提供者提供的遠距通訊方法。

## (3) 無法以遠距通訊方式訂定的契約類型

並非所有類型的契約均可以遠距通訊方式完成，指令第三條規定，自動販賣機或自動商業土地、透過公用電話的電訊操作者、關於工程、不動產或不動產權利之契約( 不含不動產租賃契約 )、拍賣、指令附錄 II 所列舉之金融契約類型均不適用「遠距契約消費者保護指令」的規定<sup>158</sup>。另外，事前資訊、書面的資料確認、撤銷權之行使不適用在食物、飲料或目的為提供每日消費供給，定期配送到住家或工作場所的契約；以及在特定時間或期間提供住宿、交通、外燴或休閒服務契約<sup>159</sup>。

## (4) 遠距貨物或服務提供者的事前資訊揭露義務( prior information )

第 4 條規定貨物或服務提供者的事前資訊揭露義務，在雙方當事人適當時間( good time )，消費者須被告知以下內容：

- (a) 貨物或服務提供者身分與實體地址；
- (b) 商品或服務特色；
- (c) 商品或貨物含稅之總價金；
- (d) 運費；

<sup>156</sup> Directive 97/7/EC, art. 1.

<sup>157</sup> Directive 97/7/EC, annex I (means of communication covered by Art. 2(4)).

<sup>158</sup> Directive 97/7/EC, art. 3. *Also See* Directive 97/7/EC Annex II ( Financial services within the meaning of Art. 3(1)).

<sup>159</sup> Directive 97/7/EC, Art. 3, para. 2.

- (e) 付款、運送、履約事宜；
- (f) 撤銷權之行使；
- (g) 使用遠距通訊方法之費用；
- (h) 協議內容的有效期間；
- (i) 定期或長期契約的最短存續期間<sup>160</sup>。

此外，事前資訊所包含之商業目的，配合遠距通訊方法須以清楚( clear )、可理解( comprehensible )告知消費者，並基於誠信原則( with due regard, ...to the principles of good faith )和保護契約弱勢者，例如：未成年人。採電話通訊時，貨物或服務提供者身分與商業意圖，均須明白地在對話開始前向消費者清楚表明<sup>161</sup>。

#### (5) 遠距貨物或服務提供者的書面資料確認義務

第 5 條規定書面資料確認( written confirmation of information )，消費者在履約的適當時間，或最晚於貨物送達利益第三人前，須收到書面或其他可永存媒介( durable medium )的前述事前資料以供確認，除非締約前消費者早已收到書面確認。確認內容須包含撤銷權行使之限制、程序、貨物或服務提供者實體地址以供消費者申訴管道、售後服務或保固之申請<sup>162</sup>。

#### (6) 契約撤銷( right of withdrawal)

第 6 條關於撤銷契約，遠距契約在七天內可不附理由且無處罰地撤銷契約，僅需支付返還貨物的費用。撤銷權行使期間的計算：

- (a) 從消費者收到貨物或服務書面資料確認日起算；
- (b) 從締約時或消費者收到貨物或服務書面資料確認日起算，其締約後始收到書面確認不超過三個月。

若貨物或服務提供者未依規定揭露事前資訊，則撤銷權行使期間應為三個月，從收到貨物的書面資料確認日起算或從服務締約日起算。如果貨物或服務提供者於這三個月期間內揭露事前資料，七天期間從資料揭露那時起算。消費者依規定撤銷契約者，可在 30 日內收到退款且免手續費。

除非雙方同意，否則在下列情況下，消費者不能行使撤銷權：

- (a) 經消費者同意，貨物或服務提供者在七天履約中的適當時間已開始履行契約；
- (b) 貨物或服務之價金取決金融市場波動，無法由貨物或服務提供者決定；
- (c) 特製或明顯具個人特質之貨物，無法退還或無權銷毀或易腐壞者；
- (d) 影音產品、已拆封之電腦軟體；

<sup>160</sup> Directive 97/7/EC, Art. 4, para. 1.

<sup>161</sup> Directive 97/7/EC, Art. 4, para. 2-3.

<sup>162</sup> Directive 97/7/EC, Art. 5.

- (e) 報紙、期刊、雜誌；
- (f) 賭博、樂透服務<sup>163</sup>。

#### (7) 契約履行

第 7 條規定除締約兩造同意，消費者下單後，貨物或服務提供者須在 30 日內履行契約內容。若可歸責於貨物或服務提供者而致貨物、服務無法供給時，消費者須受告知且 30 日內可取回已給付之價金。會員國亦可自定，此時，雙方也可能約定，貨物或服務提供者可以在締約前或締約時，以同等品質和價金的貨物或服務替代。消費者須被清楚地告知此訊息，以及因此行使撤銷權之花費均由貨物或服務提供者負擔<sup>164</sup>。

#### (8) 遠距通訊方式的限制

第 10 條關於遠距通訊方法限制，會員國確保遠距通訊方法只在消費者無明顯拒絕時採用<sup>165</sup>。以下方法須經消費者同意後始可採用：

- (a) 透過電話自動答錄，非真人來電；
- (b) 傳真。

#### (9) 其他

歐體關於遠距契約均以「遠距契約消費者保護指令」為規範依據，相關歐體法律中，某些僅單獨規範貨物或服務提供者的條款亦應符合該指令中相關部分的規定<sup>166</sup>。由此可知歐體法律不但尋求會員國間一致性，亦希冀歐體法律間彼此相容無歧異。指令僅提供最小保護，會員國除將指令實踐至國內法之外，可另制定程度更嚴謹的條款保護，以保障貨物或服務契約應有的一般利益，特別是醫療產品<sup>167</sup>。

指令公佈實施後三年內各國須完成國內立法<sup>168</sup>。會員國應採適當方式通知消費者指令將實施於國內法中，且鼓勵各國國內專業消費者團體告知消費者實務將如何配合<sup>169</sup>。委員會應研究建立有效管道供消費者申訴，指令公佈實施後，各會員國二年內應向歐洲議會和歐體部長理事會提出報告，觀察實踐成果<sup>170</sup>。

### 第四款 小結

從上述指令可推知，處理日新月異的數位著作權法問題，歐體有兩大作法，

<sup>163</sup> Directive 97/7/EC, Art. 6.

<sup>164</sup> Directive 97/7/EC, Art. 7.

<sup>165</sup> Directive 97/7/EC, Art. 10, para. 2.

<sup>166</sup> Directive 97/7/EC, Art. 13.

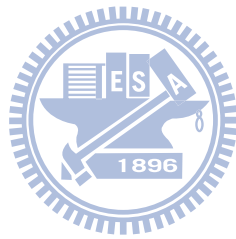
<sup>167</sup> Directive 97/7/EC, Art. 14.

<sup>168</sup> Directive 97/7/EC, Art. 15.

<sup>169</sup> Directive 97/7/EC, Art. 16.

<sup>170</sup> Directive 97/7/EC, Art. 17.

第一，將「網路」、「數位」、「科技」均視為媒介，仍以傳統、既有法律和原則，諸如契約法、權利耗盡原則、非歧視原則、競爭原則來處理；第二，既有法規之外，再針對「網路」、「數位」、「科技」的技術特殊性進一步以統一指令規範，包含修改既有指令或另訂新指令，例如：「2001年著作權指令」、「電子商務指令」、「遠距契約消費者保護指令」之產生。



## 第五章 歐體與美國案例比較

### 第一節 關於對網路服務提供者責任之議題

歐體「2001 年著作權指令」提供會員國保護線上音樂的指標，且會員國同時也有規範數位著作權法以及音樂檔案交換( file-sharing of music )責任，相較於美國，歐體各會員國國內的法院反對避免網路服務提供者規避責任。對於數位音樂的保護在歐體有統一規定，但法院判決鮮少討論到數位音樂下載的責任歸屬問題，反而是討論數位科技保護這層面。歐洲的法院在於解釋著作權保護有很大的彈性。由以下案件可觀察：

#### 第一項 德國法院判決

德國慕尼黑上訴法院 ( Munich court of appeal )2001 年 3 月解釋德國著作權法條款( German copyright provision )時，關於網路服務提供業者在線上提供受著作權保護之著作，法院認為，其不能單純以已盡通知義務而免除其侵權責任，即告知僅使用者們所上傳的資料受著作權保護而免責。業者扮演的角色是管理者，而其使用者可能從其資料庫中上傳該著作，法院表示，當網路服務提供者獲知其使用者所上傳或下載的檔案侵害受著作權保護的著作 ( proprietary works ) 時，若單純以網路服務提供者不知道在其服務下，該著作是否受到著作權保護而使其免責將不合邏輯。任何一位參與侵權的人都需要負責，因為網路服務提供者與使用者侵權行為明顯有關聯性，畢竟，如果沒有網路服務提供者供給網路連線服務，上傳或是下載受著作權保護的作品均無法實現。

#### 第二項 LICRA v. Yahoo! Inc.<sup>171</sup>

##### 1. 事實

2000 年 4 月原告法國猶太學生聯合會 ( 簡稱 L'Uejf ) 和國際反種族歧視及排猶協會 ( 簡稱 La Licra ) 在法國巴黎地方法院( the tribunal court of Paris )對美國雅虎公司 ( Yahoo! Inc. ) 和法國雅虎公司 ( Yahoo. fr ) 提起訴訟，起因美國雅虎公司拍賣網站推出一系列親納粹的拍賣商品，法國雅虎公司為法國用戶提供相關的連結。為此原告請求法院判決：被告美國雅虎公司停止在法國領土上的親納粹商品拍賣活動，另一被告法國雅虎公司亦應立刻採取措施停止相關連結，並由兩位被告負擔訴訟費用，且向原告各支付 1 法郎損害賠償金。

---

<sup>171</sup> Ligue contre le racisme et l'antisémitisme et Union des étudiants juifs de France c. Yahoo! Inc. et Societe Yahoo! France (LICRA v. Yahoo!).

被告美國雅虎公司主張有幾點：首先，以英文為主的 Yahoo.com 業務活動應該由美國法院管轄，而根據美國憲法關於言論自由的保護，親納粹物品拍賣活動是不應被禁止；其次，雅虎公司的法國入口網站 Yahoo. Fr 並非拍賣活動主辦者，僅提供平台連結服務，使法國用戶可直接連結到其他語言的服務，從而接觸拍賣網站；第三，從現有技術措施觀之，無法完全禁止法國用戶瀏覽親納粹物品拍賣活動，因為欠缺技術來確認對每一位參與者身份及住所地等資訊。最後，法國法院的判決將要由美國法院來決定是否予以執行，但可能違背美國憲法言論自由原則，而無法獲執行。

法國雅虎公司亦提出三點答辯理由，首先，法國雅虎網站並無直接參與親納粹物品拍賣的主辦過程；其次，法國雅虎公司從事網站經營活動已盡注意義務，例如：接受 Yahoo. Fr 所提供的服務時，必須接受網站預先規定的相關使用條款及聲明；第三，法國雅虎公司從未向公眾建議進入本案所涉及的拍賣網站。

2000 年 11 月 20 日，法國巴黎地方法院作出了最終判決：美國雅虎公司應採取一切可能的技術手段阻止法國用戶對其親納粹物品拍賣網站的瀏覽，否則將處以日 10 萬法郎罰金；再者，法國雅虎公司應該通知其用戶（甚至在用戶通過 Yahoo. Fr 進入 Yahoo. Com 進行搜索之前）：若使用者尋獲的網頁內容違反法國法律時（當然包括瀏覽親納粹物品拍賣網站所在網頁內容），必須立刻中斷使用者連結。同時，法院駁回被告其他訴訟請求和抗辯理由，且案件訴訟費用由被告負擔。

法國巴黎地方法院，認為網路服務提供者須為其在提供網路服務時，掌握侵害著作權之內容或行為負責，本案雅虎公司負有積極阻止其使用者接觸有納粹主題或紀念品的拍賣網站。然而，雅虎公司抗辯這有事實上困難。法院進一步指示，該公司對於各使用者的網路位址(IP address)在真實世界的地理位置瞭若指掌，因而可要求其他使用者表明其國籍以便指認出法國使用者，並封鎖其使用網路的權限。然而，該法院的判決結果，與美國 DMCA 網路服務提供者安全港條款有明顯違背，且因為違反美國憲法第一修正案內容，最終，該法國判決經美國聯邦第九巡迴上訴法院多數法官判決為不得在美國執行<sup>172</sup>。

## 2. 判決分析

核心問題主要有二：（1）法國法院對此案件是否享有管轄權？（2）如何確保判決的可執行性？（即涉案技術措施的論證）？以下僅就第二個爭點討論：

---

<sup>172</sup> See YAHOO! INC., a Delaware corporation v. LA LIGUE CONTRE LE RACISME ET L'ANTISEMITISME & L'Union Des Etudiants Juifs De France, No. 01-17424 ( 433 F. 3d 1199, 2006 U.S. App. LEXIS 668).



主審法官 Gomez 要求美國雅虎公司和法國雅虎公司採取有效的技術措施禁止法國用戶進入相關拍賣網站。第一，要被告須提供有效的篩選技術以履行相關的法律義務。法院徵詢專家意見後，認為透過網路通訊協定，資訊傳輸過程中的資訊提供者網址和資訊接受者網址相連結，被瀏覽的網站有能力識別資訊發送者的網址。大約 70%的網址可以透過法國網路服務提供者得到確認，但 20%的網址無法透過此種途徑辨識，自然也無法追蹤網頁瀏覽者實體住所地（主要指那些透過大公司內部網路瀏覽之用戶）。從技術角度來看，目前尚未出現篩選措施能確切識別所有法國用戶或從法國登錄的用戶。該案專家小組建議使用者須登記國別，即要求用戶在第一次登錄係爭網站或檢索納粹物品時必須登記國籍。

第二，從瀏覽器的語言種類管制，從而達到控制網頁瀏覽者範圍的目的。一旦瀏覽者的國籍得到確定，剩下的就只是確定用戶使用方式的問題。專家小組建議美國雅虎公司透過選擇以「Nazi」為主形成的關鍵字組合可實施篩選。所有包含此關鍵字的檢索內容都會被排斥在檢索結果之外，或者對於已經被確定具有法國國籍的用戶，搜索引擎將會自動拒絕以「Nazi」等相關關鍵字的檢索要求。

這一判決無疑等於責令美國雅虎公司搜集用戶個人資訊，有侵害法律所賦予隱私權之虞，其次，若歐體會員國亦採此判決結果，廣泛要求網路服務提供者針對內容有違當地法律的外國網站作同樣的技術要求時，間接地會影響網路自由傳輸自主性，再者，以關鍵字排除「Nazi」相關資訊，排除大部分納粹訊息，但無意間也可能過濾掉不違反法律的內容，例如：與第二次世界大戰有關的歷史內容，而剝奪公眾接觸資訊的權利。由此可知，該法院專家小組所建議的技術措施，事實上並不能達到預想的效果，反而產生新的負面危機。

在該案宣判後不久，美國雅虎公司向美國法院提起訴訟，請求不予執行法國法院的判決。儘管如此，美國雅虎公司為迎合法國法院的要求而調整公司政策，確實採取相應的措施暫時停止所有（包括在法國的）親納粹物品的拍賣活動。

法國巴黎地方法院的判決雖不盡完善，但其試著對網路服務提供者的責任做出分析，並提供義務供網路服務提供者遵守，應為歐體「電子商務指令」出現前，法院實務正面回應此類服務提供者與其使用者間責任劃分的代表案件。

同屬於在網頁上放置受著作權保護產品的線上音樂議題，在歐體法律中，各會員國對於網路上音樂檔案非商業性下載（non-commercial music file downloading）活動合法與否有極大的裁量權，而最近這種情況因為歐體「2004 智財執行指令」的施行而改變。唱片工業善用該指令，緊鑼密鼓地對歐體中音樂檔案分享的個別網路使用者提出告訴，就如同對美國的使用者採用的策略一般，將侵權責任轉向個別檔案分享者。2004 年 3 月「英國唱片工業」（British

Phonographic Industry，相當於美國的 RIAA )宣佈其將對潛在的音樂檔案分享者提出法律警告；另外，「國際唱片工業聯盟」(the International of the Phonographic Industry, 等同於國際性的 RIAA，下簡稱 IFPI)也在全歐體提出法律告訴，掀起一股全球性地對抗網路著作權盜版者(Internet copyright theft)的運動。因而，歐體這種對於著作權侵害強制執行的舉動，使得世界各地任何一位檔案交換者擔心其隨時可能受到法律抨擊。

### 第三項 Kazaa

#### 1. 事實

Kazaa 所推出的免費軟體 Kazaa's Media Desktop software 屬於檔案交換轉體的一種，使用者遍佈全世界。2001 年 11 月 29 日阿姆斯特丹地方法院 (Amsterdam District Court) 表示，Kazaa 軟體製造者須對著作權侵權行為負責，並有責阻止侵權繼續發生。2002 年 3 月 28 日，阿姆斯特丹上訴法院 (Amsterdam court of appeal) 主張 SONY 案和 RealNetworks 的合理使用原則，認為 Kazaa 軟體有侵權以外用途，如同製造有散佈或重製功能的錄影機，並不同於侵害散佈或重製權，而將侵權責任放在個別軟體使用者上，不追究軟體製造者或提供者是否有輔助侵權責任 (contributory liability) 或代理侵權責任 (vicarious liability)。另外，法院認為即便收到著作權人通知，也不可能要求 Kazaa 監督使用者檔案交換過程，並配合取締侵權檔案的交換。

荷蘭最高法院 (Dutch Supreme Court) 2003 年 12 月對 Kazaa 案的判決結果，表示 p2p 業者對於網路使用者利用其免費軟體，進行音樂或電影等受著作權保護著作之交換不須負法律責任。最終，荷蘭最高法院駁回 Kazaa 須停止提供免費線上下載音樂檔案，否則須接受罰金之判決。

#### 2. 判決分析

荷蘭最高法院立場與 2002 年阿姆斯特丹上訴法院在 Buma/Stemra 案相同，該案阿姆斯特丹上訴法院駁回該案原告 Buma/Stemra 唱片工業代表請求，否定該軟體提供者須對使用者侵權行為負責任之看法。荷蘭最高法院的判決結果暗示著，此類 p2p 軟體在荷蘭的合法性，甚至是在全歐體。荷蘭 Kazaa 判決明顯與美國 Napster 案原則背道而馳，雖然無法拘束美國或其他國家的法院，但仍可能對國際著作權體系造成影響。然而，從另一方面來看，Kazaa 案與美國 SONY 案所發展的合理使用原則相同，亦符合「2001 年著作權指令」判斷 Kazaa 為非規避科技保護措施之軟體，間接保護 p2p 科技發展。

因為 Kazaa 公司成立於萬那杜 (Vanuatu)，主營業地在澳洲，伺服器在丹麥，軟體製造在愛沙尼亞 (Estonia)，同時在美國進行商業活動，因而包含美國加州中區地方法院 (the U.S. District Court in the Central District of California) 等前述各個對 Kazaa 有管轄權的法院，面對網路服務提供者責任會如何看待，使得 Kazaa 案後續更值得注意。

#### 第四項 Promusicae v. Telefónica ( C 275/06 )

##### 1. 事實

歐體 2008 年 1 月，C 275/06 案涉及網路服務提供者，在民事程序中是否有揭露電子交易資料之義務<sup>173</sup>問題。原告 Productores de Música de España (下簡稱 Promusicae)，是非營利性的音樂和視聽錄製公司，向西班牙「馬德里第五商業法院」( the Juzgado de lo Mercantil No 5 de Madrid )申請暫時保全程序 ( preliminary measures )，要求從事營利性網路提供服務的被告 Telefónica de España SAU(下簡稱 Telefónica)，必須揭露其顧客的身分與實體地址，因為被告提供該網路服務，擁有顧客 IP 地址、個人資料、連結時間等資訊。

根據原告指出，被告顧客使用 Kazaa 檔案交換軟體(P2P 軟體)，經用戶個人電腦，透過被告網路分享以原告為著作權人的錄音物。原告表示，Kazaa 使用者涉及不公平競爭和智慧財產權侵害，因此要求被告揭露上述資訊，以方便其對相關侵權者進行民事程序。

馬德里法院允許原告請求，被告上訴表示，依據西班牙「34/2002 資訊社會服務和電子商務法」( Ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, 簡稱 LSSI )第 12 條規定，關於「保留電子通訊交易資料之責任」規定<sup>174</sup>，該提供資訊義務只有在刑事訴訟程序、目的為保障公共安全及國防等，並非用於民事訴訟程序或保全程序。但原告表示，不應只限於 LSSI 第 12 條明確目的解釋，會員國亦應以符合「2001 年 2001 年著作權指令」以及「歐體基本權憲章」( Charter of Fundamental Rights of the European Union )第 17 條第 2 項和第 47 條解釋，有義務傳輸系爭個人資料<sup>175</sup>。馬德里法院因而決定提請歐洲法院判斷，在西班牙國內法下，被告是否有義務傳輸系爭個人資料？而後，再決定是否接受原告訴訟。馬德里法院提出兩大問題：

---

<sup>173</sup> Case 275/06, Productores de Música de España (Promusicae) v. Telefónica de España SAU, 1979 E.C.R. 3369, para. 28.

<sup>174</sup> *Id.*, at para. 28.

<sup>175</sup> *Id.*, at para. 33.

(1) 「2001年著作權指令」、「智財執行指令」、「歐體基本權憲章」是否允許會員國立法規定，僅限以刑事偵查、公共安全或國防目的時，網路服務提供者始有提供資訊的責任；

(2) 承上，因而排除於民事訴訟程序的揭露義務，同時，排除電子傳輸網路服務提供者、電信網路接觸提供者、資訊社會服務傳輸下產生的保留、連結交易資訊之資料儲存服務業者等人之責任<sup>176</sup>？

## 2. 判決分析

關於本案的歐洲法院預裁書中有幾點須注意：

(1) 歐體「電子商務指令」、「2001年著作權指令」、「智財執行指令」主旨在資訊社會下，會員國需提供有效的保護機制保障智慧財產權，特別是著作權；然而，這不表示須犧牲對於個人資料的保護。此時產生兩難：拒絕揭露資訊將侵害「歐體基本權憲章」<sup>177</sup>明定的財產權 (the right to an property)，其中包含智慧財產權，以及有效司法救濟權 (the right to an effective remedy)，揭露資訊同時亦違反「歐體基本權憲章」個人資料保護權以及隱私權 (the right that guarantees protection of personal data and hence of private life)，此時應回到指令背後上層的歐體原則來解釋。

(2) 當轉換指令於國內法時，歐體法律要求會員國遵照該指令解釋國內法律條文，此時共同體法律規定所保護的眾多基本權始能獲得平衡。進一步，當指令已成為國內法的一部時，會員國法院不但要確保其國內法律解釋與指令相符，且不能抵觸歐體基本權各項原則，例如：比例原則<sup>178</sup>。

判決結果為原告敗訴，須付損害賠償與律師費。從判決看來，歐盟法院並未明白表示被告有提供用戶個人資料的義務，也未表示 LSSI 規定違反「2001年著作權指令」。僅說明：

- (a) 解釋上該指令並不要求會員國制定法律，強迫網路服務業者在民事訴訟程序中，有揭露個人資料以作為有效著作權保護手段之義務。
- (b) 解釋國內法須以歐體指令或基本權利為依歸。

因此，原告敗訴原因並非被告無揭露義務，而在於此揭露義務將侵害個人隱私權、個人資料保護等基本權利，著作權保護尚屬財產權保護範疇，因此法益權

<sup>176</sup> *Id.*, at para 34.

<sup>177</sup> 關於「歐體基本權憲章」內容可參考 <http://www.npf.org.tw/particle-968-2.html>(最後點閱日:2009年2月20日)

<sup>178</sup> Case 275/06, *Productores de Música de España (Promusicae) v. Telefónica de España SAU*, 1979 E.C.R. 3369, para. 71.

衡之下，用戶個人隱私、個人資料等人格權高於著作權人財產權而受保護，且同時兼顧另一造的司法救濟權利。

## 第五項 小結

上述 4 案件中有 2 案主張網路服務提供者有責任，Promusicae v. Telefónica 案以法律原則解釋網路服務提供者責任，與「2001 年著作權指令」較無直接關係，最後，僅 Kazza 案與美國 Sony 案解釋原則相同。其他觀察如下：

(一) 相對於國際條約與美國法，歐體課予網路服務提供者較重責任：

晚近立法著重於在 WIPO 條約下，全球著作權法的調和與實踐，美國與歐體各自採取不同的策略來執行：美國著作權保護方向，從唱片工業與網路服務提供者遊說團體中逐漸演進出一套架構一課與網路上個別使用者較重的責任；另一方面，在眾多違法的盜版行為中，歐體傾向於給予具有較優解決問題條件的一方較大的責任，即冀望由網路服務提供者與著作權人共同分擔著作侵權所造成的財產損失。

歐體相關著作權法指令對於網路服務提供者給予較少的保護，此一也是歐美最大的不同之處。美國 DMCA 中提供網路服務提供者安全港款來規避法律責任，但歐體指令中並沒有特別規定網路服務提供者的豁免條款。另外，歐體「2004 智財執行指令」允許各會員國法院限制網路服務提供者且禁止其在網路上提供侵權內容。但美國並未有如此的規定，可能因為美國 DMCA 是由網路服務提供者遊說團體所妥協而成的法案。歐體著作權法體系提供著作人另一種保護其著作之機制—與其針對個別的網路使用者加以制裁，不如對於網路服務提供者賦予較重的責任，要求其提供較有效的方案避免其用戶侵害著作權。美國的安全港條款規定網路服務提供者可有豁免條款，這使得 RIAA 有法律依據可以對眾多網路用戶提出法律告訴。而在歐洲則著作權人可選擇針對網路服務提供者或是特定的侵權個人提告。

(二) 兩個體系均打破傳統法律對消費者非商業使用的保護：

姑且不論兩個體系本質上所採取對數位權利不同的保護立場，單從最近針對個別使用者的訴訟案件來看，兩個體系均表現出對個別使用者權利上的限制，傳統美國著作權法，在普通法的體系下可主張對著作合理使用，同時，歐體指令也有特別訂出對於消費者使用的合理使用下的豁免條款。相較之下，新的美國 DMCA 與歐體「2004 智財執行指令」顯少提及傳統私人合理使用的適用，在順應新科技趨勢所生的立法比較下，傳統合理使用概念似乎已成為落伍的觀念。雖然著作權的保護在美國以及歐體的發展有實質上不同，對於網路上個別使用者的

保護均已近式微。

「2004 智財執行指令」於 2005 年公佈施行，很難說其實踐會如同現在美國體系下強加限制於公眾合理使用，導致歐洲私人使用式微，然而，在欠缺任何保護機制且唱片工業積極對個人提出侵權告訴的影響下，式微效應逐漸進行中。

### (三) 合理使用原則在歐美實務應用上漸近式微：

在欠缺歐洲法院對歐體指令如何運用在具體個案的實踐下，可以從美國法院如何適用 DMCA 以及歐體如何應用該指令來觀察—美國早期的合理使用免責條款，從普通法發展而來且立法明訂於美國著作權法中，已經退化至實質上不存在的(virtual non-existence)地步，在 Napster 案中可見一斑，美國法院比較重視以「微量利用原則」或「市場干預原則」(interference of the market)檢驗，而非公共利益。

在美國，從網路下載著作物的侵權案例發現，法院認為，相較於以確認責任歸屬為基礎的「具體歸責」，「合理使用原則」比較不能平衡公共利益。更重要的，私人使用的保護不再是用來保護個別、非商業性使用。相反地，歐體在其新指令公佈施行前所累積的案例法原則，強調個人合理使用的保護，「2001 年著作權指令」明確允許教學、科學研究、以及社會評論的合理使用。最近，Kazaa 案中擴大合理使用原則而使網路服務提供者免除侵權責任，該 P2P 檔案分享軟體並非單純只用在音樂檔案交換(not exclusively used for exchange of music file)，而是泛及適用於商業或個人使用的通訊工具(very well suited as a communication tool for business and citizens)，該判決與美國 Napster 案第九巡迴法院的見解有直接衝突。

## 第二節 數位權利管理的實踐

「數位權利管理」(digital right management，下簡稱 DRM) 包含「權利管理電子資訊」和「科技保護措施」兩大技術，目的為數位時代來臨後，著作權人對其著作的自保技術，主要避免未經授權地任意重製或散佈著作。這類以科技或契約限制公眾接觸著作內容的措施，增加智慧財產權人獨占機會，擴大數位內容所有權人保護的範圍，特別是美國針對規避用以限制公眾接觸數位著作內容的「科技保護措施」和「權利管理電子資訊」；以及歐體立法使公眾放棄原本可合法使用著作的權利，例如：私人使用免責(private use exemption)。以下分別介紹：

### 第一項 對反規避科技保護措施

相較於歐體著作權指令第 6 條的規定，美國 DMCA 第 1201 條所禁止的反規

避行為，若加以分析，其實可以分為下列三種類型<sup>179</sup>，亦即：

(1) 基本條款 (basic provision)：規定任何人均不得規避可有效控制「接觸」受本章保護之著作之科技保護措施；

(2) 違法交易之禁止 (ban on trafficking)：規定任何人均不得製造、進口、提供、銷售或其他任何方式之交易任何用以規避「防止接觸著作」之科技保護措施的任何技術、產品、服務、裝置、組件或其零件；

(3) 特別侵權之禁止 (additional violations)：規定任何人均不得製造、進口、提供、銷售或其他任何方式之交易任何用以規避「防止重製著作」之科技保護措施的任何技術、產品、服務、裝置、組件或其零件。

而若將這三種禁止規定加以分析，DMCA 所採行的科技保護措施還可以分成兩大類<sup>180</sup>：(1) 控制未經授權而「接觸」著作之保護的「控制接觸型」科技保護措施；(2) 「防止」未經授權而利用、侵害著作權法所保護之權利之科技保護措施「防止利用型」科技保護措施。

而這兩種保護規範均需具備「有效性」(effectively)之要件，也就是說，在「控制接觸型」之科技保護措施方面，係指該科技措施在正常的運作之下，需要著作權人的授權，取得特定的資訊，才能接觸該著作<sup>181</sup>；而就「防止利用型」科技保護措施而言，則係指該措施在通常運作下，能防止、抑制、或其他限制著作權人依此規定得行使之權利<sup>182</sup>。

歐體方面，因為歷經十餘年的演進，從針對特定著作物要求會員國禁止特定技術手段之流通或商業持有，發展成為進一步要求會員國禁止規避保護各種著作物之科技保護措施，以及禁止提供與此相關之特定服務。詳言之，首先，繼歐體在 1991 年 5 月 14 日制定公布之「電腦程式法律保護指令」後，1998 年 11 月 20 日又制定公布「由附條件接觸組成或以附條件接觸為基礎之服務保護指令」(Council Directive 98/84/EC on the legal protection of services based on, or consisting of, conditional access, 簡稱「接觸控制指令」)，要求會員國禁止特定技術手段之流通或商業持有，避免因此種技術手段之擴散而間接破壞保護特定著作物或服務之技術措施。但以上均屬輔助性質的規範，非真正的著作權法規，直到「2001 年著作權指令」，才有比較接近歐體著作權法的雛型產生，該指令要求會員國禁止規避保護各種著作物之技術措施，禁止特定技術手段之流通或商業持

<sup>179</sup> 陳家駿、馮震宇、劉孔中，〈著作權科技保護措施之研究報告〉，《經濟部智慧財產局委託研究專案》，頁 30 (2004)。

<sup>180</sup> 同前註。

<sup>181</sup> Art. 1201(a)(3)(B) technological measure “effectively controls access to a work” if the measure, in the ordinary course of its operation, requires the application of information, or a process or a treatment, with the authority of the copyright owner, to gain access to the work.”

<sup>182</sup> Art. 1201(b)(2)(B) a technological measure “effectively protects a right of a copyright owner under this title” if the measure, in the ordinary course of its operation, prevents, restricts, or otherwise limits the exercise of a right of a copyright owner under this title.”

有，以及禁止提供與此相關之特定服務<sup>183</sup>。

美國法規和歐體指令關於「科技保護措施」的規定基本上頗為相似，接著，本文嘗試從以下案件分析，比較歐美法院實務判斷上是否有相異之處：

### 第一款 iTunes

2004年，由於缺乏「充分的有說服力的證據」法國競爭審議委員會(Conseil de la concurrence)駁回Virgin公司法國分公司對蘋果公司濫用市場壟斷地位的指控。該委員會的成員指出，對於合法的網路音樂下載平臺的發展而言，使用Fairplay這種格式的DRM措施並非必要，同時，雖然播放軟體和音樂檔案格式間缺乏互容性也對消費者不利，但這種情況在數位音樂下載領域屬常態，並不觸犯競爭法規。

法國競爭審議委員會強調，蘋果公司ipod市場上可能的壟斷地位和網路音樂下載市場上的現狀不存在因果關係。法國市場上仍有多種與Virginmega.fr檔案格式相容的數位隨身聽產品。2006年3月法國參議院通過法律草案，依該草案，蘋果公司須提供fairplay的DRM技術詳細資料給其他音樂播放器製造商。因為iTunes所採用的FairPlay技術，與絕大多數非iPod數位隨身聽不相容。這項法律草案本意為阻止媒體內容提供者或設備廠商藉由技術控制來壟斷市場。然而，蘋果公司拒絕提供。

有論者質疑，應該交由市場機制來決定？還是法律需介入管制？法國政府立場傾向後者，因為蘋果iTune和ipod的市佔率高，相對使得這項軟體的效果—iTunes線上音樂商店的產品，只能用ipod播放，蘋果公司有濫用獨佔地位之嫌，而Fairplay成為競爭法中「關鍵設施」(essential facilities doctrine)，其技術需要開放<sup>184</sup>。

2006年2月25日，挪威消費者保護協會(Norwegian Consumer Council)向挪威消保官(Consumer Ombudsman)申訴iTunes Music Store Norge侵害消費者基本權利，雖然挪威僅為歐洲經濟體(EEA)一員，但其著作權和消費者保護法配合「消費契約不公平條款指令」制定<sup>185</sup>。消保官Bjorn Erik Thon表示蘋果公司契約條款違背「挪威市場管制法」(Norwegian Marketing Control Act)第9a條，

<sup>183</sup> 同前註，頁82。

<sup>184</sup> Ewan Kirk, *Apple's iTunes Digital Rights Management: "Fairplay" under the Essential Facilities Doctrine*, COMMS. L. 2006, 11(5), 161-66 (2006).

<sup>185</sup> Council Directive of 5 Apr., 1993 on unfair terms in consumer contracts, Apr. 21, 1993, 1993 O. J. (L 95) 29-34, available at [http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=31993L0013&model=guichett](http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=31993L0013&model=guichett) (last visited on 2009/2/20).



關於消費者不公平條款規定，系爭 iTunes 使用的定型化條款中對於當事人權利義務之限制地位欠缺平衡<sup>186</sup>，消保官認為 Fairplay 技術不具備與其他格式或裝置間的互容性，而將消費者封鎖在蘋果自己的財產體系中（locking consumers into Apple's proprietary system）<sup>187</sup>。特別是下兩條明顯違反消費者基本權利：

- (1) 蘋果公司保留單方修改契約條款的權利，且不須通知契約相對人。
- (2) 免除對於因下載其音樂後，該 DRM 系統可能對契約相對人電腦造成病毒入侵或其他損害的賠償責任。

iTunes 藉由 DRM 系統 Fairplay，強加定型化契約條款於使用者，根據契約內容，音樂提供者（指 iTunes 線上音樂商店）基於其單方評估，變更、修改、或移轉下載音樂的使用方式<sup>188</sup>。這類單方強制改變使用者合法下載音樂檔案使用限制的情況只要透過改變 DRM 設定即可，歐體單一共同市場禁止使用此類未經協商的單方定型化契約條款，存在消費者契約或服務條款中，這類 iTunes 使用條款可歸類到指示性（indicative）和非消耗性（non-exhaustive）清單條款，是歐體「消費者契約不公平條款指令」附錄所列舉認為不公平的條款之一<sup>189</sup>，該不公平條款目的與效果，均為使得賣方或供應商可單方改變契約條款或原本產品或服務所提供的特性，而不須具備契約規定的理由<sup>190</sup>。挪威 iTunes 案尚審理中。

## 第二款 Sony-BMG Rootkit



Sony-BMG（新力博德曼音樂）所販售的音樂光碟中含有隱藏式間諜軟體 XCP 和 MediaMax，可偵測使用者的使用情況，以便監督是否有未經授權重製或散佈著作物的情況產生。當消費者在電腦播放附有科技保護措施的音樂光碟時，

<sup>186</sup> 「挪威市場管制法」第 9a 條是歐體「消費者契約不公平條款指令」的實踐，第 9a 條第 1 項「Terms and conditions which are applied or are intended to be applied in the conduct of business with consumers can be prohibited if the terms and conditions are considered unfair on consumers and if general considerations call for such a prohibition.」同條第 2 項「When determining whether the terms and conditions of a contract are unfair, emphasis shall be placed on the balance between the rights and obligations of the parties and on whether the contractual relationship is clearly defined or not.」

<sup>187</sup> Ewan Kirk, *Apple's iTunes Digital Rights Management: "Fairplay" under the Essential Facilities Doctrine*, COMMS. L. 2006, 11(5), 161-66 (2006).

<sup>188</sup> 關於此類不公平條款可參考“iTunes reserves the right, at any time and from time to time, to update, revise, supplement, and otherwise modify this Agreement and to impose new or additional rules, policies, terms, or conditions on your use of the Service. Such updates, revisions, supplements, modifications, and additional rules, policies, terms and conditions (collectively referred to in this Agreement as “Additional Terms”) will be effective immediately upon release and incorporated into this Agreement. Your continued use of the iTunes Store music will be deemed to constitute your acceptance of any and all such Additional Terms. All Additional Terms are hereby incorporated into this Agreement by this reference, ” 關於此類不公平條款可參考 <http://www.apple.com/legal/itunes/ww/>（最後點閱日：2009 年 2 月 20 日）。

<sup>189</sup> Council Directive of 5 Apr., 1993 on unfair terms in consumer contracts, Apr. 21, 1993, 1993 O. J. (L 95) 29-34.

<sup>190</sup> Nicola Lucchi, *Countering the Unfair Play of DRM Technologies*, 16 TEX. INTELL. PROP. L. J. 91, 95 (2007).

此軟體會自動安裝且隱藏起來，消費者很難將其移除<sup>191</sup>。此 DRM 阻礙 Microsoft 作業系統一般正常運作，使得消費者的電腦出現漏洞，容易遭病毒入侵竊取個人資料，以及隱私權受侵害的疑慮。Sony-BMG 事後依據「終端使用者授權協議」( End users' License Agreement, EULA ) 公開軟體，但並未揭露其有安全性和隱私權危害的可能性，以及不易移除和其他潛在危害等狀況，反而以模糊且限制的條款誤導消費者<sup>192</sup>。消息一發布，消費者團體立刻在加拿大、美國、歐體等地提起訴訟。

Sony-BMG 並未在音樂光碟上標明該產品 DRM 中藏有間諜軟體，消費者因未受告知而可能做了錯誤選擇，2005 年 11 月間德州檢察長 ( Attorney General of Texas ) 對 Sony-BMG 提起集團訴訟，表示其已違反「2005 年德州保護消費者免於電腦間諜軟體侵害法」( Texas' Consumer Protection Against Computer Spyware Act of 2005 )<sup>193</sup>，另外，美國「電子前線基金會」( Electronic Frontier Foundation ) 主張 Sony-BMG 違反「加州保護消費者免於電腦間諜軟體侵害法」( California' Consumer Protection Against Computer Spyware Act ) 因而亦對其提起集團訴訟<sup>194</sup>。

有論者以為，Sony-BMG 案和美國加州、德州的訴訟，可說是以消費者保護法為基礎來對抗 DRM 技術的首例，易言之，透過消費者保護法，在著作權法以外尋求使用者保護，以對抗數位媒介<sup>195</sup>。

### 第三款 CLCV v. EMI Music France

法國消費者保護協會( Consommation, Logement et Cadre de Vie, 簡稱 CLCV ) 對法國 EMI 公司( EMI Music France ) 提起訴訟，控告該公司在其附有科技保護措施的音樂光碟上，未標示足夠且正確的資訊以及播放限制，以供消費者判斷。特別注意，法院認為未告知消費者該音樂光碟可能無法在某些裝置上播放，足以構成「欺瞞光碟實際品質」( tromperie sur les qualités substantielles des CD )，等於是對於產品性質與實際品質的誤導，違反「法國消費者保護法」( Code de la Consommation ) 第 L213-1 條。凡爾賽上訴法院確認此判決，駁回法國 EMI 公司上訴，同時，判決其須繳交 3000 歐元損害賠償金和上訴法院裁判費，且適當地

<sup>191</sup> See J. Alex Halderman & Edward W. Felten, *Lessons from the Sony CD DRM Episode*, at <http://itpolicy.princeton.edu/pub/sonydrm-ext.pdf> (last visited on).

<sup>192</sup> 關於 Sony-BMG Rootkit 案可進一步參考 <http://www.eff.org/IP/DRM/Sony-BMG> (最後點閱日：2009 年 2 月 20 日)

<sup>193</sup> Texas v. Sony BMG Music Entm't, L.L.C., available at <http://www.sonysuit.com/classactions/texas/complaint.pdf> (last visited on 2009/2/20)

<sup>194</sup> Cal. Bus. & Prof. Code §§ 22947-22947.6 (West 2007).

<sup>195</sup> Nicola Lucchi, *Countering the Unfair Play of DRM Technologies*, 16 TEX. INTELL. PROP. L. J. 91, 98 (2007).

在其產品外包裝上標示關於該產品的播放限制<sup>196</sup>。

#### 第四款 小結

在WCT規範主旨下，歐體的反規避科技保護措施的規定，相較於其他國家是較為廣泛的立法模式。WCT第11條僅列出最小規範內容並指禁止規避「重製控制」，但美國與歐體指令範圍及效果均遠超出WCT，不過只要對科技保護措施提供充分法律保護(adequate legal protection)與有效法律救濟(effective legal remedies)兩原則即符合WCT規範。

不論在美國法或歐體法體制下，反規避條款適用公共財以外之著作，但一般使用者不必然就擁有可接觸公共財的權利，因為科技保護措施對於公共財或是受著作權保護之著作的運作是相同的，技術上很難精確地單獨區分出公共財，除非，使用者本身有技術可破解保護措施而享受公領域知識。對於指令第6條第1項禁止的規避行為，行為人須具有真實故意(actual knowledge)或合理相信(reasonable knowledge)其行為將規避著作的科技保護措施。第6條第2項禁止三種非法交易規避設備(trafficking devices)行為類型，本質與美國DMCA相同。

WCT本身並未要求會員國制訂禁止規避設備非法交易條款，會員國可依WCT第11條，彈性選擇最適用本國的保護條款，而各國對於立法模式的選擇，攸關國內所重視的立法目的為何。歐體對於相關的規避行為有完整的防護，將科技保護措施視為可自給自足(self-sufficient)的機制，獨立於傳統著作權法體制，目的在於禁止任何未經授權的使用、接觸著作。相較下，日本、澳州等國較為溫和的立法<sup>197</sup>，傾向於定位反規避科技保護措施是對既存著作權法的輔助內容，目的是為了抵銷數位重製的品質和便利性，因而，不會將保護範圍延伸至可阻礙著作侵權的立法，例如：對於個人的規避行為並未規範，然而，這些行為最為常見，且頗為斥資費時。

在反規避科技保護措施條款下，歐體顯著的內容在於其兩類免責條款，「2001年著作權指令」第5條規定：(1)適用於所有的科技保護措施，包含控制接觸與控制重製措施，即以密碼研究<sup>198</sup>、公共安全<sup>199</sup>為目的而接觸或重製著作可免責；(2)此類只適用於控制重製措施，因此，為取得重製免責的使用者，須先以獲得「接觸」授權為前提。主要目的在反規避條款中保留合理使用空間。

<sup>196</sup> Nicola Lucchi, *Countering the Unfair Play of DRM Technologies*, 16 TEX. INTELL. PROP. L. J. 91, 99 (2007)

<sup>197</sup> Richard Li-Dar Wang, *DMCA anti-circumvention provisions in a different light: perspectives from transnational observation of five jurisdictions*, 34 AIPLA Q. J. 217, 232-36.

<sup>198</sup> Directive 2001/ 29/ EC, Recital 48.

<sup>199</sup> Directive 2001/ 29/ EC, Recital 51.

## 第二項 對於權利管理電子資訊之實踐

### 第一款 Kelly v. Arriba Soft Corp.<sup>200</sup>

#### 1. 案件事實：

為美國首件涉及 DMCA 第 1201 條與 1202 條規定的案件。該案被告 Arriba 公司經營圖片搜尋引擎，使用者輸入關鍵字後，搜尋引擎經搜索將符合搜尋字串的圖檔以縮圖 (thumbnail) 方式呈現，使用者點選縮圖，即可顯示該圖檔所在位址 (URL)，但圖片的來源網站與相關著作權資訊則並未顯示。

原告為攝影師，架設兩個個人網站，用以行銷享有著作權保護的語文與攝影作品。被告搜尋引擎所建構的資料庫約存有 200 萬筆縮圖，其中有 35 筆是原告放在網路上的攝影作品。被告經原告通知後，表示會將原告攝影作品刪除，但原告嗣後仍發現上述圖片被展示，因此指控被告侵害著作權以及違反 DMCA 第 1202 條有關著作權管理資訊的規定。被告主張其利用原告照片轉為縮圖而建立的圖片資料庫行為，屬於美國著作權法第 107 條所規定之合理使用，故未侵害原告之著作權。



#### 2. 法院判決：

本案 Kelly II 法院依據美國著作權法第 107 條四項判斷要件，分別檢視被告行為是否符合合理使用，其中，法院在商業利用性質與對原告著作權潛在市場價值之影響兩點，偏向對被告有利的解釋。

法院根據美國最高法院在 Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc. 案的判決指出，判斷被告是否為合理使用，利用性質為基於商業目的或是非營利目的並非決定因素，而是該新著作是否有轉化與轉化的程度為何，單純以新著作 (new works) 取代舊著作 (old works)，而新著作未加入新資訊、新美感、新理解 (the creation of new information, new aesthetics, new insights and understandings) 時，也不具轉化意義，換句話說，著作權立法目的因為創造轉化的作品而獲得加強，以及轉化的程度越強，其它判斷原則的重要性亦越低，更容易被認為符合合理使用。

再者，被告 Arriba 取得原告著作是利用其搜尋引擎 Ditto Crawler 大量且廣泛蒐集網路上各種圖片，並將其製成目錄，供使用者方便查詢。雖屬於未獲著作權人同意的商業利用行為，但法院認為此種利用屬於附帶性質 (incidental

<sup>200</sup> 一審判決詳參考 Kelly v. Arriba Soft Corp., 77 F. Supp. 2d 1116 (D. Cal. 1999)( 下簡稱 Kelly I)，二審判決見 Kelly v. Arriba Soft Corp., 336 F.3d 811 (9th Cir. 2003)( 下簡稱 Kelly II)。

nature), 利用程度亦較傳統商業性利用為低, 就整體而言具有重要的轉化性質 (on a whole of significant transformative), 因此, 法院認為就商業利用而言, 對被告就有利。

其次, 在著作性質方面, 法院認為原告圖片具「藝術性質」, 而被告將原告圖片製成縮圖以供瀏覽, 其資料庫呈現「索引性質」, 目的為增加使用者快速搜尋的功能性, 非屬與原告相同的藝術或是美學呈現。

第三, 在利用著作的質量與其佔整個著作所的比例來看, 法院認為確實完全重製原告圖片, 不同處在於, 被告目的為強化搜尋引擎的完整性與快速, 是網路圖片資源分類並改善接觸圖片資訊所必需。

最後, 探討利用結果對原告著作權潛在市場與現在價值的影響, 法院同意使用者透過被告所提供的連結直接連上所尋找的圖片, 確實會減少接觸原告或其它著作權人網站首頁或行銷資訊, 但法院認為被告已證明原告利益並未因此損害, 反之, 原告並未提出被告行為對其網站瀏覽量或商業活動減少的反證。因此, 針對此點, 法院無法認定被告損害原告潛在市場與價值。

Kelly II 法院特別討論「網頁框架」技術是否構成直接侵權行為時, 相較於 Kelly I, 轉向研究技術性問題, 即「網頁框架」技術引導使用者從來源網站瀏覽、取得被連結的圖片, 並在使用者電腦螢幕展示且留下連結資料。因此, 連結方可以合併被連結方資料, 納入自己網站內容, 使用者未必會察覺該圖片來自他人網頁。

#### 4. 案件分析

基於上述四點判斷分析, 第一點與第四點對被告有利, 但第二點及第三點卻不利被告, 法院基於整體考量, 認為「新著作是否具有轉化性質」在決定合理使用之際最為重要的決定因素 (與美國最高法院在 *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.* 案見解相同)。原告 35 幅作品僅在被告資料庫中 200 多萬張圖佔一小部份, 而該資料庫確提供使用者有效率搜尋管道, 雖提供方式仍有瑕疵, 但利用目的已具備轉化性質。應考量新利用方式或新技術不可避免的使用瑕疵, 從而, 法院最後判決被告的利用符合美國著作權法第 107 條合理使用的規定。

本件判決, 雖然有論者認為其說理仍不夠具有說服力, 但法院卻明確表示: 傳統的合理使用在面對新興科技與服務內容時, 仍然可以適用, 且同樣依照第 107 條四點判斷因素。Kelly I 案中, 美國第九巡迴上訴法院認為, 被告管理並提供侵權內容這事實常被歷年判決所忽略, 因此, 被告利用「內線連結」和「網頁

框架」技術直接侵害 Kelly 專屬的公開展示權。

然而，Kelly I 雖判斷上雖有考量「內線連結」是否構成直接侵權行為，但未就網頁功能本身的技術層面深入討論，也未判斷「技術」本身合法性與否。事實上，美國判決中尚未出現直接針對技術討論，即「內線連結」和「網頁框架」本身是否侵害著作權人的公開展示權。

該案被告 Arriba 公司經營圖片搜尋引擎，採類似「內線連結」技術，提供 Kelly 大圖，非僅為直接連結侵權圖片的單純管道，但並未儲存在自己的伺服器中。若法院認為 Arriba 侵權，不免過於嚴苛？簡言之，Arriba 僅提供「部分」內容（縮圖）即被判定侵權，相較於常見使用者透過微軟（Microsoft）、戴爾（Dell）的軟體可看到「完整」網頁圖片，卻不須負擔侵權責任，如此相形之下，不僅比例失衡，且如此一來，微軟、戴爾的軟體均可能涉及侵權。果然，事後第九巡迴上訴法院，以程序瑕疵為由，撤銷一審法院對 Arriba 直接侵權行為之判決，以一審法院並未就 Arriba 「網頁框架」技術是否構成著作權直接侵權，做出即刻判決（summary judgment），因而上訴法院無法據此判斷為理由，撤銷原判決。

但是，仍未就「內線連結」和「網頁框架」技術本身是否侵害著作權人的公開展示權等作判斷，也無就技術層面提供檢驗法或判斷標準。

## 第二款 PERFECT 10 v. GOOGLE, Inc., et al.



### 1. 事實：

原告 PERFECT10（下簡稱 P10）發行成人雜誌 PERFECT10 且連帶將雜誌照片放置網站行銷販售，標榜高品質、模特兒全裸自然入鏡等特點。原告花相當多時間金錢經營其品牌和網站，其所拍攝之照片均已註冊取得著作權。原告不但透過書報攤販售雜誌，亦在其網站成立會員專區（member areas）兜攬客戶，更與英國 Fonestarz Media 合作，PERFECT10 雜誌照片內容可下載至手機向世界推銷。除此之外，原告並未授權給任何人或第三人網站重製、散佈其圖片。

被告 GOOGLE 本身以軟體、科技、網路、廣告以及媒體公司集一身自居。其搜尋引擎的技術在於，透過網頁資料蒐集軟體 Crawler，自動地將各網頁掃描、儲存至容易搜尋的目錄中。被告表示，若某些網頁不願或僅願意部分內容被顯示出來，可標示（signaling）給 Crawler，說明該網頁資料的禁止讀取（off limits）。GOOGLE 為不同網頁內容研發出多種搜尋引擎，但搜尋關鍵字均只能以純文字（text-based）提出，然而，結果回覆則可能包含純文字、圖片或影像。因此，當 GOOGLE 最基本的網頁搜尋引擎 GOOGLE Web Search 接受使用者文字字串的搜尋提示時，即回覆以眾多縮圖或縮小尺寸（reduced-sized）的圖片<sup>201</sup>，包含

<sup>201</sup> 指按原大圖比例縮小，仍具一定解析度，可清楚瀏覽，有別於「縮圖」。此名稱特別區分是因為，「縮圖」一詞在 Kelly 案判決中有特殊意義，指極不清晰解析度之圖，因為其檔案小，讀取

原告所經營網站內的照片，進一步，當使用者點選該縮圖時，透過「內線連結」(in-line linking) 技術直接連結至含有侵權圖片的第三人網頁<sup>202</sup>。

GOOGLE Image Search 這個專用以找尋圖片的搜尋引擎，設計即在於以 Crawler 將符合字串的縮圖一併快取儲存至 GOOGLE 伺服器中，再於接受搜尋關鍵字後，將符合的純文字、圖片文字敘述以及圖片本身一併呈現使用者。GOOGLE 承認其製造且展示縮圖，但否認其將該縮圖為侵權散佈，因為圖片的呈現為「網頁框架技術」(framing)<sup>203</sup> 之結果，此技術不可能是侵權行為<sup>204</sup>。

## 2. 法院判決與程序：

2004 年 11 月 19 日，經營網站販售成人雜誌照片的原告 P10，向加州中區地方法院 (United States District Court for the Central District of California)，控告被告 GOOGLE 透過圖片搜尋引擎 (image search engine) 展示縮圖 (thumbnail)，侵害原告受權保護的大圖。因而主張被告：(1) 著作權直接侵權 (2) 代理侵權 (3) 輔助侵權 (4) 違反科技保護措施<sup>205</sup> (5) 不公平競爭等 (6) 其他多項商標侵權行為等。

2005 年 11 月 7 日，法院判決 GOOGLE 製造 (create) 並公開展示縮圖之行為，直接侵害原告著作權，但不成立代理侵權和輔助侵權責任。法官主要有三點看法：

- (1) 搜尋引擎本身不會散佈或展示 (display) 其所連結之圖片；
- (2) 搜尋引擎確實展示相對於原來大圖的縮圖；
- (3) 搜尋引擎展示縮圖不符合合理使用；

(4) 搜尋引擎不因其使用者或第三人網站之直接侵權行為，而負擔輔助侵權或代理侵權責任。

---

速度較快，讓使用者搜尋時很快尋獲圖片所在，且在同一網頁可同時瀏覽多張縮圖，確定哪張縮圖後，再點選以連結至大圖。Kelly v. Arriba 案法官，解釋縮圖無獨立經濟利益，解析度極低，無法再做其他利用，且目的為以縮圖找大圖，不侵害著作權。因此，P10 抗辯本案被告 GOOGLE 無法主張其搜尋引擎所提供的是縮圖，此為被告之誤稱 (misnomer)，無法以此類推在 Kelly 案「縮圖連結」免責之主張。

<sup>202</sup> 以圖示代替網址所為的連結方式。使用者僅點選該圖即可連結到該圖所在網頁。

<sup>203</sup> 將眾多網頁結合在單一視窗中，以便不同內容可同時被觀看，功能在於用以註解網頁內容或保留較早的網頁連結之技術。簡言之，將多個視窗畫面放置在同一視窗呈現，方便使用者同時瀏覽多個視窗內容的網頁技巧。使得點選「縮圖」後即回以 GOOGLE Image Search 搜尋後的結果，使用者電腦螢幕將出現兩個網頁框架，一個是 GOOGLE 內含縮圖的圖片資料，另一個是大圖所在網站。本案法院並未明確說明此技術本身是否符合合理使用，然而，筆者在知名腕錶公司 Swatch 官方網頁使用條款第 14 條發現，由於該網頁提供 Swatch 產品目錄與模特兒配戴該產品的圖片，網頁框架技術在實務是不受歡迎的。「非 Swatch Group 成員方或成員網站不得以網頁框架方式 (Framing) 顯示本網站或網站內容。非 Swatch Group 成員方之網站以內線連結 (in-line linking) 或任何其他方式併入本網站部分亦在禁止之列。」參考 [http://www.swatch.com/tw\\_zh/legal.html](http://www.swatch.com/tw_zh/legal.html) (最後點閱日：2009 年 2 月 20 日)。

<sup>204</sup> See PERFECT 10 v. GOOGLE, INC., et al., No. CV 04-9484AHM (D. C.D. Cal. filed Feb. 17, 2006), at 838, n.9.

<sup>205</sup> 本案法院對此部分未多著墨。

加州中區地方法院同意原告部分請求，駁回部分請求<sup>206</sup>。同時，法院核准原告對 GOOGLE 申請暫時禁制令，核發禁制令，禁止以縮圖呈現原告受著作權保護之圖片，且禁止 GOOGLE 提供連結至未經授權提供大圖的第三人網站。至於其他被告 Amazon 等禁制令是否核發，法院另行處理。

### 3. 法院判決理由：

本案爭點為 GOOGLE 製造縮圖，並提供連結至包含侵權圖片的第三人網頁之行為，是否構成公開展示 (public display)，侵害原告著作權？法院至少採用兩種判斷方法，基於網頁侵權內容的呈現方式來分辨：

(1) 伺服器檢驗法 (server test)：從科技觀點來看，可將「展示」定義為，將網頁內容在網路上傳送，以 0 和 1 的訊號傳給使用者瀏覽器之過程。然而，在此過程中，顯示於 A 網頁的資料不一定由 A 網站儲存或傳送，因為使用標準 HTML 語言，可能內線連結至 B 網站，導致使用者瀏覽器 (browser) 瀏覽的內容其實是緣自 B 網站內容。然而，使用者並無法察覺，因為網址一般僅顯示檔案位置，而非網頁中每個構成要素之所在。此時 B 網站展示且 A 網站非直接侵權網站 (法院此時先不論「內線連結」技術本身是否為合理使用)。

(2) 合併檢驗法 (incorporation test)：從一般觀點來看，「展示」只是將內容合併至網頁，而後藉瀏覽器抓出該網頁之行為。因而，每次讀取 A 網頁時，A 網站使用內線連結技術，引導使用者瀏覽器從 B 網站伺服器截取圖片，如此一來，身為 A 網站管理者，從 B 網站合併圖片，將成為未經著作權人授權，而「直接」展示圖片的侵權行為人。

兩者主要的差別在於，若法院以「伺服器檢驗法」判斷，A 網站本身並未提供侵權圖片，圖片內容是 HTML 語言從 B 網站連結過來的；若以「合併檢驗法」解釋，則 A 網站利用內線連結技術，刻意地將 B 網站內容連結至自己的網站，屬於自己提供侵權圖片的一種，該當直接侵權行為。然而，兩種檢驗法均為極端的解釋方法，可能阻礙網頁連結之功能性，以及珍貴的資訊接觸與網頁連結創意之發展。依照美國以往相關判決，對所謂「連結」的看法不同，多數主張超連結為侵權行為，但僅少數認為內線連結為侵權行為。本案法院採「合併檢驗法」，判決 GOOGLE 製造縮圖且提供圖片連結至第三人網站之行為，成立著作權直接侵權。GOOGLE 接以合理使用抗辯，但法院遭駁回。

法院認為，首先，本案法院認定 GOOGLE 有商業利用行為。其將「商業利用」定義很廣，諸如 GOOGLE 強大搜尋功能可增加其使用者瀏覽量，進而增加未來網頁廣告量之可能性均屬之。(不過，被判定為商業利用行為後，並不必然不適用合理使用原則，仍須考量其利用比例。例如：在 Kelly II 中，被告 Arriba 亦被法院認為是商業利用，但因 Arriba 並未直接利用原告 Kelly 圖片行銷自己的

<sup>206</sup> PERFECT 10 v. GOOGLE, INC., et al., No. CV 04-9484AHM (D. C.D. Cal. filed Feb. 17, 2006).



網站，或販售該圖片獲利，使得 Arriba 所呈現的搜尋結果，對縮圖展示和利用上相對地微小 (slightly)，相較於傳統商業利用行為，是輕微且偶然的結果<sup>207</sup>。)。

其次，GOOGLE 將圖片暫時儲存在伺服器快取系統中。同時，GOOGLE 的 AdSense 程式<sup>208</sup> 允許第三人網站攜帶 (carry) GOOGLE 贊助廣告，共享廣告收入。法院認為，如果第三人網站包含侵權內容且使用 AdSense，GOOGLE 即有展示侵權圖片且藉其獲得廣告利益的疑慮。對於法院看法，GOOGLE 表示，內部政策強調：搜尋引擎的搜尋結果和贊助廣告不會在同一網頁中出現。然而，GOOGLE 本身未提供法院相當證據證實其說法被嚴格執行，但 P10 卻提供多項證據證明第三人網站含有未經授權內容，且使用 GOOGLE AdSense 程式。最後，法院認為被告為商業使用 (commercial use) 和消費性使用 (consumptive use)，將造成原告在同為縮圖利用的商業活動潛在市場中受到影響。因而，GOOGLE 製造 P10 大圖的縮圖且展示該縮圖，此行為無法成立合理使用。

原告進而試著證明 GOOGLE 有輔助侵權責任，因為 (1) 第三人網站直接侵害重製、公開展示、散佈未經授權之受著作權保護的圖片；(2) GOOGLE 使用者下載圖片構成直接侵權。GOOGLE 對於前者指控不爭執，但認為 P10 無法證明後者，並主張：使用者利用 GOOGLE 搜尋引擎結果是合理使用。對此，法院同意 GOOGLE 說法。

P10 另外又指控 GOOGLE 應負代理侵權責任，即 GOOGLE 從第三人網站提供和管理侵權著作行為中，有直接經濟上獲利。GOOGLE AdSense 所得分享協議 (revenue-sharing agreement) 無法證明 GOOGLE 有權利和技術控制他人侵權行為。換句話說，GOOGLE 須要有控制行為或授權阻止、限制侵權行為本身之權利或能力始可能構成代理侵權責任。P10 無法證明此可能性。

最後，法院認為 GOOGLE 提供縮圖連結之行為負直接侵權責任，無法適用合理使用，同時，造成被告無可回復之損害 (irreparable harm)，考量促進網路資訊取得之公益，權衡之下，核發原告暫時禁制令，禁止 GOOGLE 搜尋引擎繼續提供縮圖連結。

#### 4. 案件分析：

本案一方面涉著作權保護，另一方面又涉網路科技結合、儲存、展示、接觸著作物內容的爭議。爭點在於：是否 GOOGLE 搜尋引擎「內線連結」和「網頁框架」運用技術，以縮圖呈現搜尋結果的方式，侵害著作權人對著作物專屬的公開展示權？法院最後判決，第一，P10 並無法證明「內線連結」和「網頁框架」技術侵害公開展示或散佈權，因而構成著作權直接侵權。第二，P10 證明 GOOGLE

<sup>207</sup> See PERFECT 10 v. GOOGLE, INC., et al., No. CV 04-9484AHM (D. C.D. Cal. filed Feb. 17, 2006)

<sup>208</sup> 該程式功能詳細請參考，<http://www.google.com.tw/intl/zh-TW/ads/> (最後點閱日：2009 年 2 月 20 日)。

創造和公開展示縮圖為直接侵害著作權的可能性，因而獲准暫時禁制令之申請。然而，如果考量搜尋引擎背後強大的公益性質，若是技術之運用無法構成合理使用，可能會阻礙網路科技發展，且本案法院並未明確說明「內線連結」與「網頁框架」技術本身是否合法。

2007年5月上級法院判決撤銷GOOGLE一審法院所核發之禁制令，撤銷不准許GOOGLE使用並連結P10圖片的禁令。理由在於，上訴法院主要採取「伺服器檢驗法」，即GOOGLE實際上「是否以自己的伺服器、傳輸存取原始圖片（即P10原始尺寸的大圖檔案）」的標準，間接否認原告「P10圖片是否看起來似乎成為GOOGLE網站一部份」的「合併檢驗法」標準。易言之，上訴法院認為GOOGLE的技術，僅設計讓使用者電腦自行至P10網站截取圖片，並未透過GOOGLE侵害著作權。因而，一審法院對原本核發原告之禁制令也被撤銷，GOOGLE可繼續提供連結至第三人網站圖片。

值得注意的是，在Napster案和Grokster案中，由於原告均有充分證據證明，使用者運用Napster和Grokster軟體進行檔案交換，且其中含有大量未經著作權人授權的內容，因而個別使用者明顯成立直接侵權行為。然而，GOOGLE僅單純製造搜尋引擎，便利使用者在藉由點選搜尋引擎尋獲之資料後，造訪（visit）第三人網站所提供之侵權著作，因此符合DMCA安全港條款中的免責情況，且P10無法證明GOOGLE AdSense軟體的使用與第三人網站提供侵權圖片的行為間具有因果關係，因為在GOOGLE圖片搜尋引擎發展前，該第三人網站即存在，上訴法院亦認同。無論是Kelly案或P10案，法院在不同程度上均承認「技術中立原則」的概念。

### 第三款 小結

（一）關於「權利管理電子資訊」已知的缺點可歸納為兩點：

#### A 新傳播技術使維繫智慧財產權人和公眾間利益平衡更加不便

接觸數位內容和資訊本身不只是經濟問題而是文化社會和政治問題。政府不同的介入管制，並未移除消費者和著作權人間目前不公平狀態，相反的反面帶來副面效果，因為DRM的法律規定，使消費者放棄原本著作權法賦予的合理接觸使用著作的權利，並擴大數位內容所有人法律上權限。

#### B 政府立法管制不當

現存歐體和美國的著作權法體系，延伸智慧財產權法合理使用的界線，並加契約與技術限制於數位媒介上。進一步，這些行為造成政府在保護智慧財產權與

設定數位架構的科技標準決策面，不當授權非政府團體，造成私有化政府角色現象。科技保護措施以契約管理著作，使著作權保護政策遭扭曲，因為著作權人利用契約義務來限制消費者使用著作的權利，此即具有絕對獨占權。雖然科技保護措施強大的規範效力導致「資訊私有化」( privatization of information )，卻為政府立法責任下的產物。

在保護數位智慧財產權與制定技術標準上，政府將政策決定不適當地授權給非政府機構( non-governmental entity )，隨之而起的政府角色私有化現象。換句話說，政府本應鼓勵開放資訊流通，促進藝術與知識進入公領域為公眾所利用。

數位資訊與互動式服務的現象已推翻了傳統資訊接觸與散佈的限制。當著作重製與散佈透過數位方式處理，既省時又快速，且因為是二元 0 與 1 序號排列，因此無論複製多少份均不會失真，但也由於這種種技術特性，使得立法者將保護機制建立在限制該技術的使用，因而使得公眾原本可主張合理使用的空間縮小，產生了「何以相同著作內容，但以數位呈現時管制較嚴格」的疑問。

有論者以為，無論是處罰規避「科技保護措施」或破壞「電子權利管理資訊」揭示，均使得公眾的數位內容接觸權私有化，即合理使用權利被消費者與企業經營者多邊契約條款所取代<sup>209</sup>。另一方面：傳統對於智慧財產權人權利限制，因而無形中被消除，著作權人權利反而擴大了，且對於「權利資訊管理」本意究竟欲保護哪些資訊權利，和促進哪些權利授權交易產生質疑。

然而，亦有論者認為，「權利管理電子資訊」對於消費者個人資料與隱私權的保護有助益<sup>210</sup>。不只保障公眾私人資料，透過數位方式，只要能和科技結合的訊息均能保護，保障附著於上的各種資訊權利，提供消費者較佳管理資訊隱私權的方式，公開地重新評估權利資訊管理系統所帶來的價值。另外，藉由告知消費者使用接觸資訊的方式節省交易成本，最終目的為便利數位資訊合法授權，例如：蘋果公司 iTunes 系列網路音樂商店，即吸引數十億商機，成為線上音樂合法下載網站<sup>211</sup>。

## (二) 歐體採取的改善方式

### A 歐體－改善消費者保護機制

<sup>209</sup> Nicola Lucchi, *the supremacy of techno-governance: privatization of digital content and consumer protection in the globalized information society*, 15 INT'L J. L. & INFO. TECH. 192 (2007).

<sup>210</sup> Generally see Viktor Mayer-Schonberger, *Beyond copyright: managing information rights with DRM*, 84 DENV. L. REV. 181 (2006).


<sup>211</sup> “iTunes Music Store Downloads Top One Billion Songs”, available at <http://www.apple.com/pr/library/2006/feb/23itms.html>. (last visited on 2009/2/20).

相對應的方式在於限縮傳統「契約自由原則」的使用，限制著作權授權協議。歐體政府意識此危機，對於消費者保護法規的改善，雖非全面，但對有助消費者在資訊取得與涉及 DRM 機制的內容交易活動中，獲得較完備的保護。

歐體以一連串指令規範，其一「消費契約不公平條款指令」使不公平定型化條款或明顯重大不公平義務無效，歐體指令僅設最低保護，會員國需透過國內立法始受拘束，歐體執委會表示所謂「不公平條款」指契約條款和限制旨在取代由立法者制定的解決機制和法律原則，藉由單方擬定特別優惠某一方之條款，而所謂不公平指「當事人間權利義務分配出現重大不平衡，損害消費者權益<sup>212</sup>」。

其二「電子商務指令」和「遠距契約消費者保護指令」可以適用在那些透過網路締約的產品和服務，且在線上標示產品來源、價錢、授權條件、一般契約條款等內容，可能包含「DRM」系統的應用，這種情況下，消費者於履約時必須接受書面確認或電子郵件認證。

兩個契約均含透明條款(transparent provisions)，可拘束提供者，遵守關於商品或服務主要特色資訊的規範。「遠距契約消費者保護指令」賦予消費者可撤銷無實體契約提供者出現的契約<sup>213</sup>。此類契約，消費者於履約時須收到書面確認或其他永久文件(durable medium)，例如：電子郵件。契約提供者有義務以書面告知消費者：

- 
- (1)撤銷權行使；
  - (2)申訴管道；
  - (3)售後服務；
  - (4)契約無效要件。

「電子商務指令」明確要求線上契約提供者清楚標示某些訊息，特別是要求告知消費者關於：

- (1)品名；
- (2)提供者實體、電子地址；
- (3)價錢；
- (4)如何將電子契約保存與重製，使消費者有線上詢問的途徑<sup>214</sup>。

雖未明示此即為授權著作使用，但可合理推論可將這些指令規定應用到網路貨品或服務「按鍵授權」(click-wrap)的概念，而適用上述限制以保護締約之消費者可合理使用該著作<sup>215</sup>。若選擇以契約法代替著作權法保護公眾權益，那麼其

<sup>212</sup> See LUCIE M.C.R. GUIBAULT, COPYRIGHT LIMITATIONS AND CONTRACTS: AN ANALYSIS OF THE CONTRACTUAL OVERRIDABILITY OF LIMITATIONS ON COPYRIGHT 254 (2002).

<sup>213</sup> Council Directive 93/13/EEC, Art 2 (b).

<sup>214</sup> Council Directive 2000/31/EC, Art 5.

<sup>215</sup> See LUCIE M.C.R. GUIBAULT, COPYRIGHT LIMITATIONS AND CONTRACTS: AN ANALYSIS OF THE CONTRACTUAL OVERRIDABILITY OF LIMITATIONS ON COPYRIGHT 302-304 (2002).

他與契約法相關的消費者權利保護規定，即能立即解決DRM資訊下，著作權人對公眾單方限制的不公平現象，使得管理數位內容使用的消費者契約，必須是公平且透明的<sup>216</sup>。

## B 美國改善方式—以一般契約代替著作權法

「權利管理電子資訊」結構類似商業上常見之定型化契約（standard form contract），特別是技術轉換、智慧財產權授權和服務協議。美國聯邦和地方法律均有立法保護消費者對抗不平等的契約或趁其無知而定之契約。其中重要的是「禁止不正當原則」（doctrine of unconscionability）<sup>217</sup>，即在沒有陪審團的情況下，當法院發現當事人於訂約時，契約條款有不正當情況時，可以停止契約執行，以保障較弱勢的締約一方。然而，關於「禁止不正當原則」之內涵美國統一商法典（Uniform Commercial Code）並未定義，僅透過法院判決解釋該原則為「協議締約當事人一方之一部重要選擇欠缺，且該部明顯偏袒另一方」（an absence of meaningful choice on the part of one of the parties together with contract terms that are unreasonably favorable to the other party）<sup>218</sup>。雖然法院在定型化商業交易中難發現該原則適用，但無疑地可擴大保護消費者。另外，契約法亦有對定型化契約中不公平條款之保護機制，例如：美國契約法第二次修正整編（the Restatement Second of Contracts）第208條規定，允許法院解釋契約時，可直接略過契約中不公平或不正當條款。此條亦可用以解決屬於「權利管理電子資訊」概念的貨物或服務使用者條款。

### （三）回歸契約法解決 DRM 問題，歐美殊途同歸

DRM中的「權利管理電子資訊」是否可視為一種買賣契約，美國聯邦著作權法並未規定，因為這須看契約法規定，這暗示：當著作權存續期限到期，著作權人無法再主張任何權利，但契約仍有效且有拘束力的，利用契約創設私人著作權保護已在DMCA報告中指出：關於未經協商契約之拘束力，伴隨著合法科技保護措施，使權利人有能力單方面強制執行契約條款<sup>219</sup>，增加權利人有權決定消費

<sup>216</sup> European Consumers' Organization, Digital Rights Management, BEUC/X/025/2004, at 3, Sep. 15, 2004, at <http://www.dmpf.org/open/dmp0190.pdf> (last visited on).

<sup>217</sup> Uniform Commercial Code (UCC) § 2-302 (1), “If the court as a matter of law finds the contract or any clause of the contract to have been unconscionable at the time it was made the court may refuse to enforce the contract, or it may enforce the remainder of the contract without the unconscionable clause, or it may so limit the application of any unconscionable clause as to avoid any unconscionable result.” UCC § 2-302 (2), “When it is claimed or appears to the court that the contract or any clause thereof may be unconscionable the parties shall be afforded a reasonable opportunity to present evidence as to its commercial setting, purpose and effect to aid the court in making the determination.”

<sup>218</sup> See *Williams v. Walker-Furniture Co.*, 350 F.2d 445, 449 (D.C. Cir. 1965). Also See *Fanning v. Fritz's Pontiac-Cadillac-Buick, Inc.*, 322 S.C. 399, 472 S.E.2d 242, 245 (S.C. 1996)

<sup>219</sup> 參考 DMCA 第 104 條修正後所發布的檢討報告，內容在於評估美國著作權法第 109 條和第 117 條於 DMCA 第 104 條實行後，數位科技下的適用狀況，“[T]he movement at the state level toward resolving questions as to the enforceability of non-negotiated contracts coupled with

者權利的可能性。

此時，「消費者保護機制」可以在著作權人與消費者提供平衡，對於受 DRM 控制的著作應以合理的契約限制公眾使用，但消費者保護與「DRM」之互動仍停留在少數學者研究中，尚未應用<sup>220</sup>。然而，即便以契約授權使用數位著作內容，仍不脫離傳統契約法所使用的規範原則，換句話說，在美國契約條款須符合正當原則，在歐體須符合一般歐洲消費者保護法。

另一方面，契約法與著作權間之拉鋸在歐體較少見，可能因為以契約限制著作權的情況很普遍，即便是契約自由為普遍原則而對契約限制為例外。然而，著作權免責契約與使用限制契約仍相當模稜兩可：事實上，關於「1991年電腦程式法律保護指令」與「資料庫保護指令」中的強行規定，並無明確指導若「以契約來限制著作權合理使用」是否仍為有效契約。

在歐洲市場上以契約來保護私人著作權的情況愈來愈少<sup>221</sup>，即便著作權法並未明示，但對於消費者保護標準之設定有貢獻，例如：為了隱私權以及保護孩童，美國DMCA條款中存在可以規避科技保護措施之例外，這無疑的是消費者導向<sup>222</sup>。歐體「2001年著作權指令」第6條第4項亦有類似規定，要求會員國鼓勵權利人自動採用對受益人取得有利之例外或限制，使其享有合理使用的優惠。

由歐體消費者組織 ( the Bureau Européen des Unions de Consommateurs, 簡稱BEUC )觀察得知：「DRM」近期發展趨勢，傾向改變消費者權利和朝向以契約法取代著作權方向<sup>223</sup>。因為契約被視為消費者與著作權人雙方協調後的結果，

---

legally-protected technological measures that give right holders the technological capability of imposing contractual provisions unilaterally, increases the possibility that right holders, rather than Congress, will determine the landscape of consumer privileges in the future.”

參考 U.S. COPYRIGHT OFFICE, DMCA SECTION 104 REPORT, at xxxi-ii (2001), available at <http://www.egov.vic.gov.au/pdfs/sec-104-report-vol-1.pdf> (last visited on)

<sup>220</sup> 第一個研究小組為 2005 年 5 月 8 日於阿姆斯特丹成立的「合理 DRM 使用」工作小組，參考 Mara Rossini & Natali Helberger, Fair DRM Use. Report on the 3rd INDICARE Workshop Held on 28 May 2005 in Amsterdam, available at [http://www.indicare.org/tikidownload\\_file.php?fileId=146](http://www.indicare.org/tikidownload_file.php?fileId=146); see also Lucie Guibault & Natali Helberger, Consumer protection and Copyright Law, available at <http://www.ivir.nl/publications/other/copyrightlawconsumerprotection.pdf> (最後點閱日：2009 年 2 月 20 日)。

<sup>221</sup> 從歐洲觀點看著作權與契約法間的關係，參考 Lucie Guibault, *Pre-emption Issues in the Digital Environment: Can Copyright Limitations be Overridden by Contractual Agreements Under European Law*, MOLENGRAFICA N. 11. EUROPEES PRIVAATRECHT. OPSTELLEN OVER INTERNATIONALE TRANSACTIES EN INTELLECTUELE EIGENDOMOM, 225, 226-27 ( F.W. Grosheide & K. Boele-Woelki eds., 1998).

<sup>222</sup> DMCA 產生兩個消費者導向之例外：(1) 為避免孩童可能接觸網路上有害訊息時，父母可以規避科技保護措施；(2) 為保護個人隱私時可規避該接觸控制措施，See Pamela Samuelson, *Intellectual Property and the Digital Economy: Why the Anti-Circumvention Regulations Need to be Revised*, 14 BERKELEY TECH. L. J. 519, 542 (1999).

<sup>223</sup> European Consumers' Organisation, Digital Rights Management, BEUC/X/025/2004, Sep. 15, 2004 [hereinafter DRM-BEUC Position Paper], [http://www.indicare.org/tiki-download\\_file.php?fileId=56](http://www.indicare.org/tiki-download_file.php?fileId=56) (last visited on)

但非強加諸消費者之單面契約，這種情況下，授權人有效使用契約來管理其權利—「DRM」的契約結構下，其實可以利用科技，因為其有能力確保契約條文執行而不需透過法院體系，若契約內容適當規範，可節省當事人時間人力成本。

2007年1月28日挪威消費者團體認為，蘋果公司的科技保護措施使得其音樂只能在特定播放機器播放，已侵害消費者權益，必須在2007年10月1日前要公開其Fairplay技術，否則將對其科以罰款，芬蘭和瑞典亦採相同立場。

對此指控，日前，蘋果公司的執行長 Steve Jobs 於「對音樂市場看法」(Thoughts on Music)文章提出不同看法，指出唱片公司為保護授權產品，不斷升級 DRM 系統以增加被破解的難度。然而，唱片公司的銷售量其實絕大多數來自非 DRM 保護的產品，DRM 只會限制音樂檔案使用者數量且斥資費時，解除 DRM 才能創造一個真正具互通操作性的音樂市場<sup>224</sup>。相較下，蘋果公司仍堅守原有承諾保護音樂授權，讓使用者最多仍可在五台電腦上播放從 iTunes 購買來具 DRM 保護的音樂檔案，賦予合法下載的音樂用戶擁有最為自由的音樂享受。

無論如何，從上述案件判決結果透露出訊息：法院總竭盡所能地嘗試對於權利人與公共利益間做出平衡，然而，歐體指令本身的抽象內容與其執行力不彰，始得法院無法透過判決清楚明白地彰顯，似乎使得 DRM 的保護成為權利人間競爭手段，公眾合理使用的空間又再度縮小。



<sup>224</sup> Steve Jobs 表示四大唱片公司，包含 Universal，Sony BMG，Warner 和 EMI 等若率先將音樂使用授權蘋果公司，且不要求施加 DRM 技術保護，則每部 iPod 當然可以播放無 DRM 保護的音樂。四大唱片公司要求線上音樂商店銷售經 DRM 技術保護的音樂產品，但他們同時每年卻出銷售數十億張完全未經 DRM 保護的 CD 產品。在 2006 年，線上音樂商店大概銷售了 20 億首經過 DRM 保護的歌曲，卻有 200 億首歌曲則是完全沒有 DRM 保護的。其次，Steve Jobs 將音樂市場歸類為三大類：(一)廠商自由競爭，並自創授權機制以保護音樂產品，如 Apple、Microsoft、Sony 競相投入大量資金，開發新的音樂播放機和線上音樂商店。(儘管如此，Steve Jobs 卻提出數據表示，一般 iPod 所播放的音樂中只有 3%購自 iTunes，其餘 97%其實都是非經加密保護的格式，諸如一般 MP3 或 AAC 格式)。(二)蘋果公司授權 FairPlay DRM 技術，使得不同公司的播放機和線上音樂商店產品可相容。(Steve Jobs 認為此作法的潛在危險在於公司商業機密易遭洩漏，尤其網路時代資訊流通迅速，危機將一發不可收拾)。(三)所有線上音樂商店都銷售無 DRM 的產品，如此一來，播放機與音樂產品均可相容。然而，蘋果公司沒有自己開發的音樂，必須從唱片公司取得授權，掌控了全球大部分的音樂市場。若上述四大唱片公司將音樂使用授權蘋果公司，且不要求施加 DRM 技術保護，則每部 iPod 當然可以播放無 DRM 保護的音樂。詳參考 <http://www.apple.com/hotnews/thoughtsonmusic/> (最後點閱日：2009 年 2 月 20 日)。

## 第六章 臺灣數位著作權何處去

### 第一節 臺灣法律現況

1980 年代始，旨為保持歐洲商業、政治和公民，在面臨全球性知識和資訊進步的經濟變動中繼續充當主導角色。因而，歐體認為在數位時代所建構的資訊社會(information society)下，須由政府制定政策法律，以防止資訊科技不當損害他人權益，因而產生一連串歐體資訊社會政策，協調會員國之立法方向。歐體實務明確輔以「電子商務指令」、「遠距契約消費者保護指令」、「隱私權指令」等非與著作權直接相關的調和指令來處理數位著作權紛爭。

基於 1995 年「資訊社會著作權及其相關權利綠皮書」(Green Paper on Copyright and Related Rights in the Information Society)，規範「資訊社會中著作權與相關權利」因而產生六個指令，後又生第二代著作權調和指令以配合數位新著作權議題。相較下，臺灣在迎接網路科技銳進所帶來的法律衝擊，也跟著歐體和美國腳步，著手制定相關法律配套，以下分述如下：

#### 第一項 消費者保護法

臺灣「消費者保護法」，為因應資訊化與科技化之發展，於 2006 年針對遠距交易擬具「消費者保護法部分條文修正草案」(下簡稱消保法修正草案)，參考「消費者保護法部分條文修正草案總說明」，修正要點包含：

(一)參酌歐盟及日本等相關立法例將「郵購買賣」之定義以「遠距通信交易」代之。(參考修正條文第二條)

(二)為提供遠距通訊交易之消費者於締約前有充足之消費資訊，爰參酌「電子商務消費者保護綱領」，增列企業經營者消費資訊揭露事項。(參考修正條文第十八條)

(三)為適度平衡消費者與企業經營者之利益，避免消費者濫用權力之道德風險產生，爰參酌歐盟遠距契約消費者保護指令，以負面表列之方式增列消費者就某些特定之交易客體無七日內不附理由解除契約之權利，並將施行細則中規範消費者七日內不附理由解除權之行使方式、期限、消滅事由，以及解約後取回商品期限等事涉權利義務事項移列本法。(參考修正條文第十九條、第十九條之一)

2006 年消保法修正草案將「郵購買賣」之名稱改為「遠距通訊交易」，交易客體不限於商品，交易類型也不限於買賣契約。消費者得選擇以退回給付，或以遠距通訊工具通知企業經營者，來表達解除契約之意思表示。

#### 第二項「網路服務提供者之民事責任免責」修正草案

##### 第一款 2008 年「著作權法部分條文修正草案總說明」



著作權法之修正，2007 至 2008 年著重「網路服務提供者之責任限制立法」，參考 2008 年「著作權法部分條文修正草案總說明」，可知網路科技的發展，使著作有更多的機會被利用，相對的，由於複製與傳輸技術的便捷，易造成侵權行為的產生，此類侵害行為具有數量龐大且易於分散的特性，著作權人實難以對網路無數的侵害使用者一一透過法律程序訴追，對著作權及製版權之保護產生嚴重衝擊；另就網路服務提供者而言，各類侵權行為皆須藉助其提供之服務，方得以遂行，易使各類網路服務提供者就使用者之行為面臨被告侵權之訴訟風險，不利於該產業之發展。

為解決前述問題，並參考國際間各國作法，宜於網路環境中賦予網路服務提供者「責任避風港」，使著作權人或製版權人得通知網路服務提供者移除網路流通之侵權資料，而網路服務提供者若遵循法律所定之程序，得就使用者涉有侵害著作權及製版權之行為，主張不負損害賠償責任。藉由此一制度，促使著作權人與網路服務提供者合作，有效地行使法律所保障之權利，以期減少爭訟及網路侵權活動，進而促進網路資訊流通之自由及使用者接觸合法資訊之權利。

本次修正，爰針對網路服務提供者，因使用者利用其所提供之服務侵害他人著作財產權或製版權，得主張不負責任之範圍及要件，明文立法予以釐清，爰擬具著作權法部分條文修正草案，共計修正一條、新增九條，其要點如下：

- 一、網路服務提供者之定義。(增訂第三條第一項第十九款及第三項)
- 二、網路服務提供者得適用本章責任限制之要件。(增訂第九十條之四)
- 三、各類網路服務提供者對其使用人侵害他人著作權或製版權之行為，不負賠償責任之要件。(增訂第九十條之五至第九十條之八)
- 四、提供資訊儲存服務之網路服務提供者執行回復措施時，應遵守之事項。(增訂第九十條之九)
- 五、網路服務提供者依規定移除涉嫌侵害著作權或製版權之資訊，對使用者不負賠償責任。(增訂第九十條之十)
- 六、濫發通知或回復通知致他人受損害者，應就其所生之損害負賠償責任。(增訂第九十條之十一)
- 七、授權主管機關以法規命令訂定各項執行細節之實施辦法。(增訂第九十條之十二)

另外，為配合著作權法將來的修正公布，並依該法第三條第三項：「第一項第十九款各類網路服務提供者之定義，由主管機關定之。」及第九十條之十二：「第九十條之四之著作權保護措施、具體作為、聯繫窗口之公告及第九十條之五至第九十條之九之通知、回復通知文件內容、應記載事項、處理程序及其他應遵

行事項，由主管機關定之。」規定，授權以法規命令訂定網路服務提供者責任限制之實施辦法，爰訂定「網路服務提供者之責任限制實施辦法」共計九條，其要點如下：

- 一、本辦法之法律授權依據。(第一條)
- 二、各類型網路服務提供者之定義。(第二條)
- 三、網路服務提供者應公告著作權保護措施及接收通知之聯繫窗口等相關資訊。(第三條)
- 四、「通知」應備之文件及補正程序。(第四條、第五條)
- 五、「回復通知」應備之文件及補正程序。(第六條、第七條)
- 六、「回復」之定義。(第八條)
- 七、本辦法施行日期。(第九條)

「網路服務提供業者之責任限制辦法」草案，由於軟體業者等權利人與網路服務提供者，對於增修的著作權責任限制條文，仍然存有極大的認知歧異<sup>225</sup>。

## 第二款「970707 著作權法部分條文修正草案意見交流會議記錄」之前的會議記錄整理<sup>226</sup>

智慧局王美花局長表示，原希望網路服務提供者責任能放在「數位內容產業發展條例」統一規範，但與該條例主政機關工業局協商後發現，欠缺適當管道與單位來制訂條文，智慧局最後決定在著作權法中增訂網路服務提供者責任條文。本次修法為求慎重，從2007年2月起即舉辦一系列公聽會及意見交流會議，邀請機關會商學者專家，共同提出意見，擬定完整的條文修正草案，終於在2008年9月25日提出行政院通過版的著作權法部分條文修正草案<sup>227</sup>。最初的修正版本，經多方討論後，與原先不同，此階段的問題與結論如下呈現：

(1) 2007年7月3日「網路服務提供者之責任限制立法」討論會議紀錄(網路服務提供者代表與智慧局對話)：

(1) 業者建議刪除第88條第3項及第4項的適用問題，涉及產業太大，且可適用民法第185條即可，不需另外在著作權法制定。

<sup>225</sup> 「網路服務提供者責任，業界歧見大」，關於修法 <http://tech.chinatimes.com/2007Cti/2007Cti-News/Inc/2007cti-news-Tech-inc/Tech-Content/0,4703,12050903+122008021500059,00.html?source=rss>(最後點閱年月日)。

<sup>226</sup> 特別須注意，智慧局在2008年7月7日「著作權法部分條文修正草案總說明及條文對照表」公布前，各方討論均基於「立法院關係文書謝委員國樑提案『著作權法部分條文修正草案對照表』」作修正檢討。本文僅篩選相關議題整理，詳細討論內容請參考經濟部智慧財產局，「著作權法修法專區」所提供的一系列討論會議紀錄。同時，因文字敘述之便，以2008年7月7日劃分時間。[http://www.tipo.gov.tw/ch/AllInOne\\_Show.aspx?path=2770&guid=94b82b63-47e2-4def-8a9e-b1411e1ce4ac&lang=zh-tw&pat](http://www.tipo.gov.tw/ch/AllInOne_Show.aspx?path=2770&guid=94b82b63-47e2-4def-8a9e-b1411e1ce4ac&lang=zh-tw&pat) (最後點閱日：2009年2月20日)。

<sup>227</sup> 參考智慧局所公布「著作權法部分條文修正草案總說明及條文對照表」(行政院通過版)，[http://www.tipo.gov.tw/ch/AllInOne\\_Show.aspx?path=2770&guid=94b82b63-47e2-4def-8a9e-b1411e1ce4ac&lang=zh-tw&pat](http://www.tipo.gov.tw/ch/AllInOne_Show.aspx?path=2770&guid=94b82b63-47e2-4def-8a9e-b1411e1ce4ac&lang=zh-tw&pat) (最後點閱日：2009年2月20日)。

(2) 智慧局回覆，關於網路服務提供者的責任免責如何適用，須先符合第 90 條之 4 規定，始可適用第 6-1 章免責規定。第 90 條之 4 屬於通案判斷，而第 90 條之 5 則屬個案判斷。通案上已屬網路服務提供者，個案上使用者利用網路服務提供者之服務侵權，在第 90 條之 5 條檢驗下，依個案判斷，網路服務提供者仍可能負責。如不符合第 90 條之 4，則完全不適用第 6-1 章免責規定，須依一般侵權規定處理。

(3) 智慧局回覆，關於第 90 條之 5 規定的適用，網路服務提供者之責任依個案認定，若符合下述三要件，且未防免損害擴大者，僅就損害擴大部份，而非全部侵權行為負責：(a)明知或可得而知。(b)有監督控制能力。(c)從侵權行為直接獲有利益。另外，依本條但書規定，參考民法特殊侵權責任之限制，如網路服務提供者已盡監督控制努力，或縱加以相當注意仍不免發生損害繼續擴大者，可舉證免責。只要防免侵害作適當處理，觸法情況顯少。

(2) 2007 年 7 月 5 日「網路服務提供者之責任限制立法」討論會議紀錄，著作權權利人代表共提出六點建議，(權利人與智慧局對話)<sup>228</sup>：

議題(一)：建議將謝國樑委員所提第 88 條網路服務提供者間接侵權責任之法律基礎新增在第 90 條之 5，明確將線上服務提供者責任加以規範，同時避免將責任擴及其他產業領域，減少爭議。

議題(二)：建議增訂網路服務提供者應對重複侵權之使用人終止提供服務。

議題(三)：建議增訂網路服務提供者如有因技術上或管理上困難無法移除或使他人無法進入該侵權內容之情形，應負有轉知權利人之通知予該侵權使用人的義務。

議題(四)：建議增訂網路服務提供者應在一定條件下得應權利人之請求揭露侵權使用人相關資料之規定。

議題(五)：建議修正草案第 90 條之 7 權利人之通知應得僅以電子郵件方式為之，不以使用電子簽章為必要。

議題(六)：草案第 90 條之 6 及「網路服務提供者責任限制實施辦法」草案第 4 點所稱「因管理上之困難」應再明確定義。

智慧局針對第一點回應，認為目前的草案較可能說服網路服務提供者接受；對於第二、三、四點責任為該建議非國際立法趨勢，請求權利人提供外國立法例佐證，且關於揭露使用人資料，似有侵害個人資料的疑慮；針對最後兩點，智慧局建議權利人應再和網路服務提供者協商適當的電子簽章格式（此為執行面，非

<sup>228</sup>詳細內容請參考經濟部智慧財產局，「著作權法修法專區」2007 年 7 月 5 日的會議紀錄 [http://www.tipo.gov.tw/ch/AllInOne\\_Show.aspx?path=2770&guid=94b82b63-47e2-4def-8a9e-b1411e1ce4ac&lang=zh-tw&pat](http://www.tipo.gov.tw/ch/AllInOne_Show.aspx?path=2770&guid=94b82b63-47e2-4def-8a9e-b1411e1ce4ac&lang=zh-tw&pat)（最後點閱日：2009 年 2 月 20 日）。

法律面問題)，以及雙方均認同的管理上困難。

(3) 2007年7月17日「網路服務提供者之責任限制立法」討論會議紀錄，著作權權利人和業者代表共提出六點建議，(網路服務提供者、權利人與智慧局對話)<sup>229</sup>：

三方針對2007年7月5日權利人所提的前四點議題再行討論，結論類似。

(4) 2007年7月26日「網路服務提供者之責任限制實施辦法」討論會議紀錄(網路服務提供者、權利人與智慧局三方與會)<sup>230</sup>：

就「網路服務提供者之責任限制實施辦法」<sup>231</sup>逐條討論，對於第1、2、7、9、10、11、13條均無意見，其他條文則針對立法理由欄的「舉例」有建議如下：

草案第3條立法理由說明欄所指「網路服務提供者沒有義務依權利人指示方式處理」，指網路服務提供者當然需要積極為法定行為始能適用避風港條款，但技術上並沒有義務照權利人要求之「方式」處理。第3條的舉例僅為說明網路服務提供者怎麼做可算是具體履行，並非一定要照該方式去做，仍以個案認定<sup>232</sup>。

第4條第4款「載明足以使網路服務提供者確認該侵權內容之相關資料」，所稱「權利人證明文件」，網路服務提供者代表疑惑時著作權不採登記主義，屆時該如何執行？智慧局認為網路服務提供者不須要求權利人提出身分證明文件，收到通知文件後，依法移除即可並；同時，發通知的權利人須聲明「如有不實願負法律責任」。通知要件貴在簡便且可迅速處理侵權問題<sup>233</sup>。

<sup>229</sup> 詳細內容請參考經濟部智慧財產局，「著作權法修法專區」2007年7月17日的會議紀錄 [http://www.tipo.gov.tw/ch/AllInOne\\_Show.aspx?path=2770&guid=94b82b63-47e2-4def-8a9e-b1411e1ce4ac&lang=zh-tw&pat](http://www.tipo.gov.tw/ch/AllInOne_Show.aspx?path=2770&guid=94b82b63-47e2-4def-8a9e-b1411e1ce4ac&lang=zh-tw&pat) (最後點閱日：2009年2月20日)。

<sup>230</sup> 詳細內容請參考經濟部智慧財產局，「著作權法修法專區」2007年7月26日的會議紀錄 [http://www.tipo.gov.tw/ch/AllInOne\\_Show.aspx?path=2770&guid=94b82b63-47e2-4def-8a9e-b1411e1ce4ac&lang=zh-tw&pat](http://www.tipo.gov.tw/ch/AllInOne_Show.aspx?path=2770&guid=94b82b63-47e2-4def-8a9e-b1411e1ce4ac&lang=zh-tw&pat) (最後點閱日：2009年2月20日)。

<sup>231</sup> 參考智慧局 960726「網路服務提供者之責任限制實施辦法」討論會議紀錄，[http://www.tipo.gov.tw/ch/AllInOne\\_Show.aspx?path=2770&guid=94b82b63-47e2-4def-8a9e-b1411e1ce4ac&lang=zh-tw&pat](http://www.tipo.gov.tw/ch/AllInOne_Show.aspx?path=2770&guid=94b82b63-47e2-4def-8a9e-b1411e1ce4ac&lang=zh-tw&pat) (最後點閱日：2009年2月20日)。

<sup>232</sup> 第三條「網路服務提供者並無義務依權利人所主張或請求之方式處理涉及侵害著作權等之事件」字樣最後被刪除，未出現在智慧局最終公布版本中。本文認為，立法者原希望以法條用語來架構彈性空間，留給網路服務提供者判斷權，即在不違背法律的條件下，可視技術困難度個案處理，不一定要移除使用者內容，也不一定以某「特定」權利人要求的方式處理，以因應新科技的瞬息萬變。本階段網路服務提供者問題在於要做到什麼程度才能符合「具體保護措施」？該次討論有建議改為「網路服務提供者得參考權利人提供之方式，但不以此為限」(智慧局何副組長)，亦有建議「...已履行具體保護措施，是指網路服務提供者已告知使用者有著作權保護政策(Copyright Policy)，且已有去做。假設有個論壇讓別人貼文章，卻連著作權保護政策都沒有，這是屬於第2條之問題，或是有著作權保護政策，但網路上全是侵權物，也不移除，這是第3條之問題，這二種情形都還沒有到 Notice & takedown 的階段。」(賴文智律師)。然而，不論是條文本身或其說明理由欄，其實都未明確定義，僅以「仍須視個案決定」為結論，使得未來法官依自由心證判斷的空間相當大。

<sup>233</sup> 參考賴文智律師回答，「(1) 不排除會有人用假的身分去通知，照國內規定，偽冒他人身分發通知，應負偽造文書責任。網路服務提供者有可能會收到假的文件，但因為 Notice & takedown 機制上希望快一點，所以本條第1款不要求權利人提出身分證明文件，網路服務提供者收到通知

(5) 2008 年 3 月 24 日「著作權法部分條文修正草案」機關會商暨學者專家諮詢會議記錄<sup>234</sup>：

主要有三點：

(1) 修正草案第 88 條和第 90 條之 5 的適用問題(邱瑞祥法官、張懿云委員)。

(2) 「直接獲利」的情況有哪些?(陳錦全教授)

(3) 本次修法雖強調參考美國 DMCA 規定，但似更為嚴格，例如：「則該法案第 512 條第(e)項關於非營利之教育機構之特別限制責任( limitation on liability of nonprofit educational institutions )、網路服務提供者不得任意揭露使用人資訊之隱私權保護( protection of privacy )、不符合本章免責規定未必即為侵害( construction )等規定，亦應一併引進，以避免增加校園學術網路之責任或侵害使用人之隱私權或誤認不符本章免責規定即為違法等。」(陳錦全教授、教育部電算中心洪智能高級分析師、章忠信專門委員)。

### 第三款 「970707 著作權法部分條文修正草案意見交流會議記錄」<sup>235</sup> 整理

第一階段問題有部分已採納前述建議解決，例如：刪除第 88 條造意犯和幫助犯規定，另外，將原本第 90 條之 5「網路服務提供者」類型再細分，共四種，再分別獨立成為第 90 條之 6、第 90 條之 7、第 90 條之 8 等內容。

蕭雄淋律師書面意見內容，主要針對修正條文實際執行上會遭遇的問題，提出質疑，認為修正條文仍無法解決以下問題：(1) 權利人若以其他方式而未踐行以電子簽章方式通知，網路服務提供者雖知悉侵權行為，但仍未移除，是否可以「權利人未依法定方式通知」作為未移除之抗辯，而免去刑事責任<sup>236</sup>？(2) 權利人雖未依法定方式通知，但網路服務提供者仍逕行移除，資訊提供者是否可反告網路提供者違反著作權法程序，應負民事損害賠償責任？

教育部章忠信專門委員書面意見內容，主要針對第二階段修正條文的說明理

---

文件，照法律規定去做即可。(2) 第 4 款部分可能有些誤解，原先母法規定權利人要提供其權利之相關證明，但參考國外立法例，沒有要求權利人提供證明侵權文件，所以將權利證明拿掉，只需要做通知，並聲明如有不實願負法律責任。第 4 款係指要具體指出哪個網址、哪個網頁侵害著作權，好讓網路服務提供者確認資料在哪裡，並不是指權利人必須要證明其有著作權、證明他人有侵權。(3) 通知要件嚴格並沒有好處，考量經濟因素，要求的越多，網路服務提供者要確認的事情更多，對網路服務提供者好處有限。」

[http://www.tipo.gov.tw/ch/AllInOne\\_Show.aspx?path=2770&guid=94b82b63-47e2-4def-8a9e-b1411e1ce4ac&lang=zh-tw&pat](http://www.tipo.gov.tw/ch/AllInOne_Show.aspx?path=2770&guid=94b82b63-47e2-4def-8a9e-b1411e1ce4ac&lang=zh-tw&pat) (最後點閱日：2009 年 2 月 20 日)。

<sup>234</sup>

[http://www.tipo.gov.tw/ch/AllInOne\\_Show.aspx?path=2770&guid=94b82b63-47e2-4def-8a9e-b1411e1ce4ac&lang=zh-tw&pat](http://www.tipo.gov.tw/ch/AllInOne_Show.aspx?path=2770&guid=94b82b63-47e2-4def-8a9e-b1411e1ce4ac&lang=zh-tw&pat) (最後點閱日：2009 年 2 月 20 日)。

<sup>235</sup> 參考 2008 年 7 月 7 日「著作權法部分條文修正草案」意見交流會議記錄，章專門委員忠信書面意見，頁 10-13

[http://www.tipo.gov.tw/ch/AllInOne\\_Show.aspx?path=2770&guid=94b82b63-47e2-4def-8a9e-b1411e1ce4ac&lang=zh-tw&pat](http://www.tipo.gov.tw/ch/AllInOne_Show.aspx?path=2770&guid=94b82b63-47e2-4def-8a9e-b1411e1ce4ac&lang=zh-tw&pat) (最後點閱日：2009 年 2 月 20 日)。

<sup>236</sup> 依現行草案，如果著作權人以 e-mail 通知網路服務提供者侵害行為發生，此時如果因權利人未踐行以電子簽章方式通知，而未移除，則網路服務提供者可能有刑事責任的危險。

由有幾點批評與建議，整理如下，包含：

第一，避風港條款指「在無侵害情形下，為避免動輒被著作權人依法律追訴，乃使其在完成一定動作後，進入避風港，享受不被追溯的干擾」，並非「在有侵害之情形下，仍使其在完成一定動作後，可以躲入避風港以求免責」易言之，只要有侵權行為發生，就須依法處理，而不能適用避風港條款，智慧局第六章之一「網路服務提供者的責任限制」修法說明不當。

第二，歐體對網路服務提供者的責任限制，並未要求須先積極為一定行為後始可免責，且其所謂免責，包含民事及刑事責任。反觀台灣草案，網路服務提供者須先為通知、移除等法定行為後始可主張免責，且只能免除民事責任，似有未妥。

第三，「網路服務提供者的責任限制」不應加重網路服務提供者責任，且不應強迫其採取科技保護措施。第 90 條之 4 第 1 款「以契約、電子傳輸、自動偵測系統或其他方式，『告知』使用者其著作權或製版權保護措施，並確實履行該保護措施。」然而，在說明理由時「網路服務提供者『應採取』著作權或製版權保護措施，除向其使用者明確告知外，並『應確實履行』該等保護措施。...告知其保護措施之方法，可以契約、電子傳輸、自動偵測系統或其他方式為。」以超出法律本身要求，而對網路服務提供者造成負擔<sup>237</sup>。

第四，第六章所限制的網路服務提供者之法律責任，無法區分民、刑事責任，亦無免除民事，而獨負刑事責任之理，故第 90 條之 5 至第 90 條之 8 及第 90 條之 10 所稱「不負賠償責任」，建議修正為「不負責任」。

第五，第 90 條之 4 第 2 項規定，網路服務提供者應配合著作權人或製版權人「為保護權利的通用技術措施」，唯說明理由欄表示「...係鼓勵連線服務業者配合著作權人或製版權人之要求而加以轉送，並非課予連線服務業者義務，縱連線服務業者未配合轉送，如有其他已具體履行著作權保護措施之情事者，仍得依

<sup>237</sup> 本文認為，對於條文解釋有採歷史解釋，文意解釋，體系解釋等方法，不論採哪一種，在「2008 年著作權法部分條文修正草案」的情況下，「說明理由」欄的意見，影響甚遠。蓋在層出不窮的科技問題中探索時，法院面對瞬息萬變的議題，除了以既有民刑法概念，傳統法學素養與法律原則判斷之外，立法者於說明理由所提供的履行方法，亦為重要參考依據之一，此為人情之常，如此也才能達成立法者當初制定法律所欲達成的目標。因此，若修正條文本文的文意解釋與說明理由欄所提供希望實際操作內容有落差，程度上不同，確實對網路服務提供者為變相地增加負擔。另外，「以契約、電子傳輸、自動偵測系統或其他方式，『告知』使用者其著作權或製版權保護措施，並確實履行該保護措施」事實上是實務界為求自保，避免因網路使用者侵權行為而觸法的作法，諸如：Yahoo 和 Google 等大公司，在其使用條款中有類似說明，本次修法前已運行時日。本次修法將此約定俗成的作法規定至條文中，使得修法前，該使用條款之制定與否取決於當事人在「契約自由原則」下的需求，制定後之權利義務可依現行民法或消費者保護法處理，但新法實施後，該契約的訂立有強制性質，網路服務提供者為解決日後可能出現的著作權侵權紛爭，不管需要與否，迫於事實，均須先有履行保護措施的積極行為，始有進入避風港的門票。導致原本可以網路服務提供者、著作權人團體、網路使用者三方協商，合意下完成的行為，必須透過法律強制介入，此難謂無弔詭之處。

第九十條之四之規定，適用本條責任限制規定。」因此，建議將網路服務提供者「配合通用技術措施轉換的行為」和「其他已具體履行情事」明文包含，即修正為「前項第二款所稱具體作為，包括配合執行著作權人或製版權人為保護著作權或製版權所採取之技術措施。」如此，亦可符合說明理由欄語意，減低網路服務提供者被要求須提供有助降低侵害的著作權保護措施之負擔。另外，建議修正條文刪除原先「通用技術措施」中之「通用」二字，轉由得由網路服務提供者與權利協議能提供的技術。

第六，「使他人無法『進入』該涉有侵權內容或相關資訊」，建議修正為「使他人無法『接觸』該涉有侵權內容或相關資訊」，蓋「資訊」僅能「接觸」(access)，無法「進入」，立法者應避免延續前次修法的用詞錯誤。

第七，對於因故意或過失不實舉報侵權行為者，由於被害人之損害事實上無法估計，應明確增定法定賠償額，且被害人不需對實際損害負舉證責任。

第八，網路服務提供者的責任限制，將影響台灣學術網路正常運作，教育部對此點的建議，草案應有所回應，以符合其強調引用進 DMCA 第 512 條(e)項有關校園網路之特別規定。

#### 第四款 小結

##### (1) 修正條文專家學者正反意見



開放公眾論壇的缺點之一，很明顯的就是雙方各謀其利，有時會僵持不下，智慧局與業者和權利人的對話中，有值得嘉許的是，雙方遇到技術問題時，均會要求對方提供實例或國際立法例，更具體地了解爭點與困難處。

有論者認為，在立法技巧方面，條文文字仍須再做簡化，使得針對所有對象而設計的著作權法明白易懂，同時亦可考慮將現行著作權法第四章之一，有關權利管理電子資訊及防盜拷措施挪出，與新增「網路服務提供者之責任限制」規定內容等三大與數位著作權相關議題，合併成一部專門法。另一方面，建議免除草案第 90 條之 10 的刑事責任，並將此章獨立成第八章，原來附則變成第九章。並且，明定只要網路服務提供者符合草案第 90 條之 4 至第 90 條之 8 要件，均得免責。而權利人若不依「網路服務提供者之責任限制實施辦法」草案之規定通知，網路服務提供者均無移除之義務<sup>238</sup>。

亦有論者認為，依台灣現況，網路服務提供者難以成立侵權責任，毋須責任

<sup>238</sup> 參考蕭雄淋說法，蕭雄淋，「對著作權法修正草案之意見（二）」<http://blog.ylib.com/nsgrotius/Archives/20008/07/09/6743>；亦可見 97 年 7 月 7 日「著作權法部分條文修正草案」意見交流會議記錄，蕭律師雄淋書面意見，頁 7-10  
[http://www.tipo.gov.tw/ch/AllInOne\\_Show.aspx?path=2770&guid=94b82b63-47e2-4def-8a9e-b1411e1ce4ac&lang=zh-tw&pat](http://www.tipo.gov.tw/ch/AllInOne_Show.aspx?path=2770&guid=94b82b63-47e2-4def-8a9e-b1411e1ce4ac&lang=zh-tw&pat) (最後點閱日：2009 年 2 月 20 日)。

限制<sup>239</sup>。其論述，有別於美國 DMCA「間接侵權」概念，我國民法僅有「共同侵權」之概念，且共同侵權人皆為直接侵權人，均對被侵權者負連帶損害賠償責任。再者，近年來我國法院實務除 KURO 案外，並未有網路服務提供者被評價為共同侵權人，換句話說，網路服務提供者除非本身有從事侵害他人著作權之行為，或對損害之繼續有防止之義務而不為者，始須負擔侵權責任，否則基於科技中立性，單純提供服務予使用者不會成立侵權責任。最後，現今網路服務提供者透過與使用者間之服務條款，與著作權人取得共識，如有侵權行為時，由使用者自負其責，且多數均採行經著作權人通知後即刻移除涉嫌侵害之資訊的處置措施。

有論者認為，目前無修法之迫切需要，蓋智慧局 90 年著作權法修正草案採低密度之立法方向，當時係認為尚無急切需要，故暫予擱置。目前是否有實務案例無法以現行民、刑事法規規定解決，而急需修法，應予以分析說明。我國在立法例上較接近歐洲大陸法系，以簡要低度立法為原則，實無理由再採美國 DMCA 運作更複雜之「通知與取下程序」立法例，造成網路服務提供者負擔。修法應強調使網路營運正常運作，通訊自由流通之方向進行，而非一味地保護著作權人<sup>240</sup>。

## (2) 本文建議

我國有無迫切需於目前修法，亦應再評估，透過市場運作觀察，即著作權人團體和網路服務提供者先以協商方式達成協議，而網路使用者和著作權人團體和網路服務提供者之間以司法契約來規定權利義務，若出現偏頗之定型化契約條款，不利於弱勢的網路使用者時，再尋現行民法與消費者保護法中關於不公平條款的規定來解決。

再者，數位著作權議題非單純是智慧財產權法規問題，歐體亦採取「電子商務指令」、契約法原理等多元專業來處理，應考量在臺灣既有的法律架構下尋找解決方法。引進外國立法例，並添加新條文無法立即解決問題，反而可能生適用上困難。「網路服務提供者責任雖被 WIPO 列為值得注意的議題，但在 1999 年之後即停止國際討論。...理由應在於網路服務提供者責任並非單純侵害智慧財產權問題，而是整體電子商務環境建置的問題，因此單從智慧財產權角度，難以完整處理此一問題。至於，僅針對著作權侵害之責任，...，因網路服務提供者傳輸涉及跨國界行為，若以刑事法制裁，可能因道德文化差異，影響各國量刑標準，而易生爭議<sup>241</sup>。」智慧局委託學者報告亦採類似結論。

<sup>239</sup> 參考冠與智權電子報 2008 年 8-9 月，王偉霖，「淺述網路服務提供者責任限制草案」<http://blog.alumni.nctu.edu.tw/plate/web/papermsg.jsp?UI=throne&PI=3974> (最後點閱日：2009 年 2 月 20 日)。

<sup>240</sup> 著作權筆記，章忠信，著作權法網路服務提供者責任限制條款修法論壇，<http://www.copyrightnote.org/forum/viewtopic.php?p=878> (最後點閱日：2009 年 2 月 20 日)。

<sup>241</sup> 經濟部智慧財產局委託研究報告，「世界智慧財產權組織 1996 年至 2004 年相關著作權重要規範暨議題之現況及發展趨勢研究期末報告」，頁 66 (2004)。



DMCA「通知及取下條款」( the notice-takedown provision )，指當著作權所有人知悉其著作受侵害時，可通知網路服務提供者將該著作移除或阻礙其受公眾接觸，包含代理人指定( designation of an agent)、著作權人通知( notification)、侵權之通知(counter notification)等三部份。網路服務提供者依據此一即時反應機制，及時取下侵害著作權之著作物，可豁免其責任。對網路服務提供者所為之「通知」，應符合下列要件：

- (1) 須有著作權人之簽名( 實際簽名或電子簽章均可 )；
- (2) 受侵害著作物或多件著作物之目錄；
- (3) 侵害著作權之證明與合理相信網路服務提供者知侵權人實體地址；
- (4) 著作權人資訊；
- (5) 著作權人陳述相信確有侵害；
- (6) 保證該通知的正確性<sup>242</sup>。依據此項通知，網路服務提供者應於通知範圍內，移除侵害著作權之著作物。

然而，為避免網路服務提供者所移除範圍內可能含有未侵權之著作物，因此課與網路服務提供者移除時應同時發通知給有侵權嫌疑人之義務。此一反通知規定，使嫌疑人能參與整個過程並讓其著作內容回到網際網路上<sup>243</sup>。此外，即使著作權人之通知不符合上述規定，網路服務提供者仍可合法移除某些侵權著作。網路服務提供者業者只要透過寄發通知信函予相關當事人，透過此種方法，即可免除其侵害之責任。前述草案所出現的問題之一，DMCA 已有立法解決，但此部分條文，台灣反而未列入條文規定中。

智慧局 2005 年 12 月委託研究報告「新加坡與澳洲著作權法現況與相關修正之研究」結論中也指出：「...單一立法模式較符合網路服務提供者之所需，但若相關主管機關無法對此尋求共識，似乎只能以分散立法的方式回應對美自由貿易協定可能之要求，由主管機關考慮於著作權法中加以規範。未來於網路服務提供者責任限制規定上，是否採取『通知與取下程序』一事，...一本文建議於制訂前應評估現行自律模式之實施成效，並廣泛徵詢社會大眾之意見，做為參考之依據<sup>244</sup>。」明顯該研究報告對於現行修法亦採保留態度。

## 第二節 臺灣法院實務現況

### 第一項 量化分析—法院判決整理

2008 年的「著作權法部分條文修正草案」，事實上，並未提供網路服務提供者的侵權責任判斷，僅提供避風港條款，使其在須負侵權責任的前提下，因為符合法定要件而可以主張民事免責。然而，即便進入避風港內，若網路服務提供者

<sup>242</sup> DMCA §512(c)(3)(A).

<sup>243</sup> DMCA §512(g).

<sup>244</sup> 經濟部智慧財產局委託研究報告，「新加坡與澳洲著作權法現況與相關修正之研究」，頁 192，(2005)。 [http://www.copyright.net.tw/net/5\\_12.html](http://www.copyright.net.tw/net/5_12.html) (進入本頁後點選「新加坡與澳洲著作權法現況與相關修正之研究」此連結，即可閱讀文章，最後點閱日：2009 年 2 月 20 日)。

就使用者之侵權行為有故意或過失，則仍有可能負擔「共同侵權行為」責任，在現行法制下，網路服務提供者對網路使用者之侵權行為，於相關要件符合下，仍有民法第 28、185、188 條以及著作權法第 88 條之適用，從而，民法第 185 條第 2 項「造意人及幫助人，視為共同行為人」之規定對網路服務提供者自有適用。

本節藉由法院判決整理，希冀能歸納出幾點結論：(1)儘管臺灣數位著作權法治，借鏡歐體和美國立法例，並引進國際性公約來規範，然法院關於「網路服務提供者」、「科技保護措施」、「權利管理電子資訊」相關法律規定的實際適用情況為何？(2)是否臺灣法院發展出侵權判斷要件？

智慧財產權法院剛於 2008 年 7 月成立，為統一處理智慧財產權議題之專門法院，本文實證結論，希望能提供智慧財產權法院日後處理數位著作權議題時參考。

### 第一款 一般法院裁判現況

著作權侵權有逐年增加趨勢，而其中網路為其推手。有論者以「著作權」為案由，「網路」為關鍵字搜尋，所獲得法院實質審理的地方法院判決，有效樣本共計 661 個案件分析，就犯罪類型分類來看，2003 年著作權法修法新增的第 91 條第三項<sup>245</sup>與第 91-1 條第三項，為案件量集中之核心。而第 92 條「公開侵害著作權罪」，則是在 2007 年案件量激增。原第 94 條常業犯規定，因配合刑法修正進而在 2006 年刪除，案件量逐漸減少<sup>246</sup>。重製罪不論是在傳統著作權案件或是新興網路著作權侵害案件，均為犯罪之大宗，但重要性確有降低趨勢，因為拜網路特性所賜，散佈權與公開傳輸權侵害案件激增<sup>247</sup>。

臺灣分別針對整體著作權體系、科技保護措施(臺灣著作權法稱「防盜拷措施」)、以及 P2P 傳輸、網路服務提供者免責修法，參考美國 DMCA、WCT 和 WPPT、歐盟「2001 年著作權指令」至臺灣著作權法，除了規定著作權保護範圍與著作侵權態樣之外，也增修了相對應的刑事責任—我國關於侵害著作權刑事責任，著作權法第七章規定主要有：重製罪(第 91 條)、散佈罪(第 91-1 條)、公開口述、公開播送、公開上映、公開演出、公開傳輸、公開展示權以及改作、編輯、出租權等其他侵害類型罪(第 92 條)、視為侵害著作權罪(第 93 條)<sup>248</sup>、

<sup>245</sup> 第 91 條第三項「專為銷售或出租而印刷、複印、錄音、錄影、攝影、筆錄或其他方法直接、間接、永久或暫時之重覆製作光碟」。

<sup>246</sup> 參考許博然，〈網路相關著作權刑罰妥適性之研究〉，交通大學科技法律研究所碩士論文，頁 86-87 (2007)。

<sup>247</sup> 同前註。

<sup>248</sup> 第 93 條「有下列情形之一者，處二年以下有期徒刑，得併科新臺幣十萬元以下罰金：一、侵害第十五條至第十七條規定之著作人格權者。二、違反第七十條規定者。三、以第八十七條各款方法之一侵害他人之著作權者。」包含侵害著作人格權(第一款)、違反音樂著作強制授權之重製物輸出(第二款)、擬制侵害著作權(第三款)、擬制侵害公開傳輸權(第四款)等罪。其中第四款針對網路業者，以未經合法授權之音樂、影音或其他檔案為誘因，在網路上提供電腦程式或技術，諸如 p2p 等方式，供網路使用者交換違法侵害著作權的檔案，同時又向該使用者收取費用或坐收利益的行為，明確規範程式為侵害著作權的行為。參考羅明通，〈著作權法論 II〉，

常業罪（第 94 條）、逾越翻譯權過渡條款（第 95 條）、電腦程式重製物未銷毀罪（第 96 條）、移除或變更權利管理電子資訊罪、違反防盜拷措施條款罪（第 96-1 條）。

透過查詢法院民事事件以及刑事庭案件，目的在於瞭解：學界不斷探討、分析美國或歐體數位時代來臨後所出現著作權爭議，然而，實際上，臺灣尚未發展至該階段，相關的案件仍為少數，目前 P2P 侵權類型還是以 KURO 和 EZPEER 案最受注目，而臺灣修法參考歐體指令，因此上述歐體在「2001 年著作權指令」和「2004 年智財執行指令」實施後所出現的問題，在法院實務是否也會出現，以下為實證方法與結果：

論文將時間限制設定在指令實行後迄今，即 2002 年 1 月 1 日至 2008 年 11 月 30 日，從司法院「法學檢索系統」中，為避免過度限縮，本文不設定案由，僅以關鍵字「網路&著作權」，時間設定在 2002 年 1 月 1 日至 2008 年 11 月 30 日之裁判，獲得筆數共 231 筆。

由於本文希望歸納出「網路服務提供者」的侵權態樣與法院認定侵權之要件，因此以法院有實體審判的判決較為適當，故 231 筆樣本排除不受理、管轄錯誤、免訴等程序裁判，與不經實體審判的裁判，實際與網路服務提供者侵權責任相關的 6 筆，其中僅 5 筆與本文議題具直接關聯。「科技保護措施」部分，時間相同且不設定案由，僅關鍵字改為「科技保護措施」與「防盜拷措施」，前者配合歐體指令翻譯，共得 2 筆；後者配合臺灣著作權法第 80 條之 1 規定，共得 5 筆。「權利管理電子資訊」部分，時間相同與不設定案由，共得 4 筆。以上樣本試分析如下：

#### （一）網路服務提供者

1. 「網路服務提供者」雖經起訴，但多獲判無罪，即不因其使用者侵害著作權的行為負共同侵權行為責任。

2. 原告主張網路服務提供者須負擔侵權行為責任的原因，主要有：

（a）依「電腦網路內容分級處理辦法」第 3 條、第 8 條規定，電腦網路內容不得違反法律強制或禁止規定，電腦網路服務提供者經政府機關或其委託之機構告知電腦網路內容違法或違反本辦法規定者，應為其他限制兒童及少年接取、瀏覽之措施，或先行移除，網路服務提供者負有移除之義務，其消極不作為任令網路使用者或網站會員張貼對第三人不當之言論，致令原告所受損害擴大，自應負共同侵權行為之責<sup>249</sup>。

（b）利用網路高科技作為公開傳輸之工具，其傷害力、侵害力隨網頁之瀏覽人次、存放時間之增加而加劇。

---

三民書局，頁 557-558（2005）。

<sup>249</sup> 參考民事判決 96 年度訴字第 2971 號判決。

3. 法院認定網路服務提供者不須負擔侵權行為責任的原因，主要有：

(a) 由網路服務提供者自行判斷「是否侵害權利」之資訊數量與困難性亦日漸增加。應僅限於網路服務提供者明知或有相當理由足認於其提供之網路空間內確實存在侵權資料或發生侵權行為，其始有採取防止措施之作為義務，始因違反作為義務而負責。

(b) 科予網路服務業者過重責任，且將阻礙網際網路之發展，其結果將造成網際網路服務之限縮，反將不利於最終消費者。

(c) 有關網路服務提供者對於利用其服務之行為人所作所為，究竟應負何種責任，仍有討論空間，所謂侵權行為與損害結果間之因果關係，以目前法制規定，仍不能逸出直接因果關係範疇而作延伸解釋。

(d) 參考臺灣臺北地方法院民事判決 95 年度訴字第 12375 號判決要旨：「網路服務提供者並非執司審判之法官，其對用戶之行為是否構成侵害他人權利極可能出現誤判之情形，再者，網際網路發展急速，由網路服務提供者自行判斷「是否侵害權利」之資訊數量與困難性亦日漸增加，故為兼顧用戶之表現自由及被害人之權利保護，應僅限於網路服務提供者明知或有相當理由足認於其提供之網路空間內確實存在侵權資料或發生侵權行為，其始有採取防止措施之作為義務，若網路服務提供者仍未為採取防止措施時，其始違反作為義務而應負責。」

## (二) 科技保護措施/防盜拷措施

1. 以臺灣板橋地方法院民事判決 91 年度訴字第 2001 號內容為例，實務常見犯罪行為是對於修改遊戲軟體以便進一步使用，「...原告之 PS、PS2 遊戲主機，若未加裝被告鴻景公司所販售之如附表所示之電子產品，即無法執行盜版光碟。易言之，盜版光碟必須與如附表所示之電子產品搭配(Psone 主機適用之三合一解碼晶片 (PSDB003 型號: 含 BIOS、解碼器及金手指，內建改機晶片與金手指作弊功能)，方能順利 進入市場從事不公平競爭行為，缺一不可。」因為該判決作成時，臺灣尚無「科技保護措施」之保護，因此原告另又主張，規避於 PS2 遊戲主機上，加裝系爭電子商品，使得順利執行對應各該遊戲主機之盜版遊戲光碟片行為該當以下要件，。

(1) 民法第 184 條侵權行為因果關係：電子產品之販賣、廣告、促銷等行為之人，核其所為，除已充分民法第 184 條第 1 項後段故意以背於善良風俗之方法加損害於他人之行為外，其雖未直接製造或販售仿冒遊戲光碟，但所為仍與盜版業者之製售行為存在密切關係：如無被告販售解碼器及金手指等行為破解遊戲軟體，盜版光碟即無由順利地進入遊戲光碟市場。

(2) 不公平競爭行為的幫助行為：由相關產品功能敘述、介紹之文字，顯見被告明知其所販售如附電子產品之行為，將幫助 PS、PS2 光碟之盜版業者易於遂行其進入遊戲軟體市場，屬於不當壓抑原告遊戲光碟市場的不公平競爭行為，

且明知其販售之上開電子產品之行為，將造成原告之損害，核屬盜版業者不公平競爭行為的幫助行為。

2. 法院對於原告主張均不採用，認定此加裝行為非屬規避或破壞科技保護措施：

(1) 縱使系爭電子商品（零件），可裝設於於原告裝有科技保護措施的遊戲機，致使其增加或改變其原來功能，亦屬另一種「發明創新」。

(2) 消費者是否系爭電子商品，增加或改變其原來之功能，有其自主之權，非被上訴人所能左右，無因果關係<sup>250</sup>。

3. 「科技保護措施」或「防盜拷措施」從 7 筆樣本觀察，法院並無採用來保護權利人。此外，在前面章節討論過的歐體相關科技保護措施相關爭議，判決中並未出現。

### (三) 權利管理電子資訊

1. 實務上常見「權利管理電子資訊」侵權類型屬於販賣盜版光碟的附屬行為，即重製光碟的過程必更改授權範圍等權利資訊，因而有移除或破壞權利管理電子資訊之行為出現，此類案件應屬常見，然實際判決數量相當少。比較相同犯罪事實的案子，發現在同屬販賣盜版光碟的犯罪行為中，檢方對於移除或變更授權人、授權範圍等權利資訊所起訴的法條不同。

易言之，檢方均考量行為人對於授權人及利用期間或條件之相關電子資訊是否有錯誤（偽造授權範圍、授權人等情事），但操作上某些個案卻論以刑法「偽造私文書罪」，並不論以「變更或移除相關權利資訊」等罪。換言之，若有移除著作、著作名稱、著作人、著作財產權人或其授權之人及利用期間或條件之相關電子資訊，或是以數字、符號表示此類資訊者，則證據上就不會有此類資訊記載，檢方起訴書就不列「偽造私文書罪」，因為「光碟片上根本沒有出現權利資訊」（被移除了），若是授權案為被修改且與原先權利資訊不同時，即論以「偽造私文書罪」（被更改）。法院審判僅能就起訴書所載事實審判，否則判決當然違背法令。因而，本文推論此可能是第 80 條之 1 條「權利管理電子資訊」涉訟之案件類型，沒有在判決數量中顯示出來的原因。

2. 侵權行為明顯且單純<sup>251</sup>。法院通常就法條條文「著作權人所為之權利管理電子資訊，不得移除或變更。」（第 80 條之 1 第 1 項）、「明知著作權利管理電子資訊，業經非法移除或變更者，不得散布或意圖散布而輸入或持有該著作原件或其重製物，亦不得公開播送、公開演出或公開傳輸。」、「指於著作原件或其重製物，

<sup>250</sup> 參考臺灣高等法院民事判決 92 年度上易字第 1187 號。

<sup>251</sup> 參考臺灣高等法院臺中分院刑事判決 94 年度上訴字第 1784 號、最高法院刑事判決 95 年度台上字第 1772 號、臺灣臺中地方法院刑事判決 94 年度訴字第 1742 號、台北地方法院刑事判決 96 年度訴字第 146 號。

或於著作向公眾傳達時，所表示足以確認，亦屬之」(第 80 條之 1 第 2 項)直接適用，並未對條文內容分析，從 4 筆樣本觀察，法院在適用上並疑無問。關於「權利管理電子資訊」在前面章節所出現問題，於判決中並未呈現。

## 第二款 智慧財產權法院裁判現況

智慧財產權法院刑事案件部分，不設定年份，案由「著作權」者共出現 28 筆，由於本文希望了解法官對於個案的實際審判狀況，因此對於未經實體審判的程序問題，諸如管轄錯誤、不受理、免訴等情況均未納入樣本，因此共 17 筆案件，包含一件侵害公開演出權，其他均為販賣、散佈重製物（其中兩件為網路拍賣重製物<sup>252</sup>，但未提到網路拍賣平台的責任），因此，目前智慧財產權法院無網路服務提供業者責任相關判決。

同樣的，智慧財產權法院民事事件部分，不設定年份，案由「著作權」者共出現 5 筆事件<sup>253</sup>，均無網路服務提供者責任相關判決。

## 第二項 質性研究—法官專訪<sup>254</sup>

針對上述問題，本文透過專訪智慧財產權兩位法官，希望能瞭解實務希望法律提供的侵權判斷要件以及修法建議為何，以下為專訪總整理，詳細訪問內容請參考附件。訪談題目方向著重：智慧財產權法院常處理那些數位著作權問題爭議，法院對於「網路服務提供者」侵權責任判斷依據為何？針對「網路服務提供者責任限制」有何建議？

### (1) 智慧財產權法院蔡法官惠如專訪整理

蔡法官審判實務常碰到的數位著作權案件中，沒有因第 80 條之 1 條「權利管理電子資訊」和第 80 條之 2「防盜拷措施」而涉訟之案件。自身處理過的案件中，常見者為販賣實體重製物，透過一般店家販售或是在網路上販售，網路僅為銷售管道，其中並無探討網路服務提供者責任問題。對網路侵權案件的判斷，涉及使用技術問題，常考量行為人的教育水準或專業能力。

對於網路服務提供者責任問題，說明理由欄的舉例僅為例示，無法包含對所有狀況均詳列出來，此部分不至於誤導法院限縮適用範圍。然而，該部分修正條文內容確有造成某程度理解上的困擾，可能會影響對個案的判斷，蔡法官指出其中包含：

(1) 條文語意上下連貫有不清楚之處，例如：修正條文第 90 條之 7 第 1 項各款

<sup>252</sup> 97,刑智上易,7、97,刑智上易,17 共兩筆。詳細刑事案件裁判字號請見附件二。

<sup>253</sup> 侵害著作權有關財產權爭議、著作權授權契約事件各一，其於三件為著作權損害賠償金額認定事件。詳細裁判字號請見附件二。

<sup>254</sup> 考量法院在審判實務上可能受到禁反言拘束，因此，本文未列出受訪法官的姓名以及訪談逐字稿，所發表之訪談內容已徵得受訪法官同意。兩位受訪法官為智慧財產權法院於 2008 年初所遴選的專業法官，對於智慧財產權案件之審判經驗各自為 7 年與 5 年。專訪題目請見附件一。

式屬於「and」並行或「or」擇一適用，即須符合各款要件始能免責，或是擇一適用則可。依立法欲減輕網路服務提供者責任之美意解釋，似乎以擇一適用為佳，然而，作此解釋又惟恐太輕率，此處造成困擾。

(2) 對專有名詞的理解成有待釐清，例如：「不合理負擔」(修正條文第 90 條之 4 第 3 款，「著作權法部分條文修正草案」第 10 頁說明理由欄)、「未直接自使用者之侵權行為獲有財產上利益」(修正條文第 90 條之 7 第 1 項第 2 款，「著作權法部分條文修正草案」第 15 頁說明理由欄)。另外，條文所謂「不負損害賠償責任」是指完全免責的意思嗎？第 90 條之 7 第 2 款所稱「為直接自使用者之侵權行為或有財產上利益」，是指網路服務提供者之獲益與使用者之侵權行為間不具相當因果關係，以「相當因果關係」來解釋「直接」，修正條文說明理由欄雖有舉例說明，但此處是否為傳統刑法所用之「相當因果關係」還是吾人依常理判斷之因果關係？立法者並未特別解釋。

另外，蔡法官表示，立法者要求法院依個案判斷，會有幾點困難：「不合理負擔」比例、數量很難以庭務會議達成共識，因為涉及審判獨立判斷原則。新增「網路服務提供者責任限制」一章，雖有上述條文理解問題，但對於將來審判實務對網路服務提供者免除民事責任的態樣判斷確實多少有助益。無論如何，法院判斷時應重視技術特徵，與媒介中立原則。

#### (2) 智慧財產權法院陳審判長國成專訪整理

陳審判長認為「著作權法部分條文修正草案」所稱「不合理負擔」(修正條文第 90 條之 4 第 3 款，「著作權法部分條文修正草案」第 10 頁說明理由欄)屬不確定法律概念，修正理由欄所稱「增加網路服務提供者重大費用支出或導致其系統或網路運作之重大負擔者」，專業性支出應如何查核？若網路服務提供者無法提供數據，應如何判斷？「重大費用支出」這塊已涉及會計專業，超出法律可以判斷的範圍。建議是否修正為「顯然不合理」，使得法官在證據的比例取捨上有衡量空間，此涉及當事人證明力要 50%與 49%的差距，或是網路服務提供者須有 51%以上的證明力時始能免責。

再者，在專利案件的審查，法官會考量「專一性」問題，影響證據採證方向，若因系統更新所造成的不合理負擔，單該系統又具備專一性，此時要該如何處理？法院操作上仍希望立法者能以列舉方式呈現不合理負擔的態樣，否則若均依個案處理，與未修法前的狀況有何不同，失去修正實益，也無法加速審判進行。換言之，立法者要防範網路服務提供者哪方面應該要明確說明，條文應更限縮，不應太抽象。

實務判斷責任通常從行為人主觀上是否具備故意或過失切入，因為客觀侵權行為通常很明顯，例如：經著作權利人通知而未立即取下侵權內容的情況。比較

棘手的是，未即時取下的行為也是用以判斷網路服務提供者有無故意或過失的參考，如此即有循環論證之嫌。「著作權法部分條文修正草案」並未提供網路服務提供者的侵權責任判斷，且即便進入避風港，還是有可能被判定為侵權，適用條文後，沒有排除責任的效力，網路服務提供者的法律責任不明確，仍有疲於應訟可能。

關於檢索法院判決系統中稀少的「權利管理電子資訊」相關案件疑問，陳審判長表示，相關案件或許很多，然而若檢方不起訴，法官就不能審酌，判決結果中自然無法反應出來，另外，也有可能為重罪所吸收，不論是論以「偽造私文書罪」，或違反第 80 條之 1 條「權利管理電子資訊」及第 80 條之 2「防盜拷措施」行為，在販賣盜版光碟行為中，實務均論以想像競合從一重處斷，最終為重製罪所吸收<sup>255</sup>，不影響實質上論以重製罪的結論。因而使得「權利管理電子資訊」在臺灣呈現學術上的個案探討，實務上難以反映出其重要性與修法成效。

最後，台灣目前並無類似法國「科技措施委員會」(監督科技保護措施的互容性實踐)，智慧財產權法院所設「技術審查官」屬審判輔助機制，技術審查官的陳述僅限於協助法官了解專業知識，並非證據，當事人還是得自負舉證責任。



---

<sup>255</sup> 參考著作權法第 91 條、第 96 條之 1，刑法第 210 條刑度。



## 第七章 結論

歐體智慧財產權法規從「歐體條約」中演繹出非歧視原則、貨物自由流通原則和競爭原則，另外，又從法院個案中，透過法官解釋，歸納出權利存在與行使二分原則、特定標的理論、權利耗盡理論和比例原則來處理歐體所發生的法律爭議，經長期演變過程，這些解釋方法也適用於智慧財產權議題。

另外，歐體將「數位」形式視為一種媒介，而以既有的法規和法律原則來解決科技進步對著作權保護所帶來的衝擊，並針對技術特殊性而進一步以個別的歐體指令來闡明欲達到的目的與方法，藉此統一調和各會員國立法差異。因而出現第一代和第二代著作權調和指令，諸如「電子商務指令」、「遠距契約消費者保護指令」，「2004年智財指令」。然而，本文整理發現：這些指令背後共同的問題在於欠缺強制性執行力，簡言之，各會員國無直接拘束力且實際上將指令轉化至國內法規的國家為少數，即使轉化也因會員國對指令適用有差異，造成智慧財產權在各會員國無法獲得同樣的執行，當事人選擇法院應訴，造成日後跨國執行上的困難。

再從歐美法院判決比較結果來看，歐體在「網路服務者責任」議題，相較於美國 DMCA，是屬於課以網路服務者較重的責任，但立法模式同樣對合理使用的適用空間漸減，在個案中歐體的法院未明顯歸納出網路服務提供者侵權要件以供判斷；在 DRM 議題（包含「科技保護措施」和「權利管理電子資訊」議題），歐體保護範圍遠超出 WCT，但相較於其他國家，仍屬於限制密度較低，例如：「2001年著作權指令」第5條中規定免責條款，保留接觸、重製著作的合理使用空間。不可避免的，歐體也出現因立法管制而產生「資訊私有化」問題—著作權法原本賦予的合理接觸著作的權利削弱，變相擴大數位內容所有人的法律權限，資訊不再是公眾可任意取得的資源。面對這些問題，歐體藉由加強契約自由原則的應用，盡量以書面契約明訂當事人關於著作的使用權限與範圍，若出現歧異，再以契約法原則解釋契約條款，同時，改善消費者保護機制，使得合理使用空間不應不公平條款而被剝奪。

本文對於臺灣數位著作權法制的觀察，首先在法律面發現智慧局積極推動修法，針對「科技保護措施」和「權利管理電子資訊」有幾次重大修正，其利弊得失學界與實務界均有深入探討與實踐，在此不贅述。值得注意的是近期智慧局公布2008年「著作權法部分條文修正草案」關於「網路服務提供者之民事責任免責」的新增，使得網路服務提供者在符合一定法定要件後，可主張民事免責。該增修條文本對於爭議多時的網路服務提供者的侵權要件仍未說明，倒是在智慧局舉辦多次的討論會中，對於「網路服務者在何種情況下，須就其網路使用者侵權行為負責任」之疑問一度出現較為具體的簡短說明：網路服務提供者之責任依個案認定，若符合下述三要件，且未防免損害擴大者，僅就損害擴大部份，而非全部侵權行為負責：(a)明知或可得而知。(b)有監督控制能力。(c)從侵權行為直

接獲有利益。易言之，網路服務提供者只要對可歸責於自己的損害擴大部分負責即可，不用再承擔使用者的侵權行為，而與其成為共同侵權人。另外，依 2008 年「著作權法部分條文修正草案」第 90 條之 5 條但書規定，參考民法特殊侵權責任之限制，如網路服務提供者已盡監督控制努力，或縱加以相當注意仍不免發生損害繼續擴大者，可舉證免責。只要防免侵害作適當處理，觸法情況顯少。此判斷方法可能比 2008 年「著作權法部分條文修正草案」說明理由欄所提供的解釋更能為被理解，對於實務適用上有助益。

對於臺灣欲與世界接軌所積極而為的密集修法，臺灣法院實務關數位著作權保護又是如何進行呢？本文經由判決整理的實證結果發現：在侵權類型上均為明顯的侵害著作權行為，案件非常單純，例如：重製、散佈重製物、網路上販賣重製物，鮮少有直接針對破壞「科技保護措施」、移除「權利管理電子資訊」規定的判決出現，即使有，也是直接地移除或破壞 DRM，目前尚無討論「網頁框架技術」等難以定位的技術問題，顯而易見地，「數位」僅為原本實體著作形式上的轉換，而「網路」則為散佈的平台，並無前述第五章歐美個案所出現的模糊地帶，法院也未針對本文所討論的三大數位著作權議題上，單獨發展出如同美國法院一般的個案原理原則。

關於網路服務提供者責任，在 2008 年「著作權法部分條文修正草案」公布前，法院雖未有明顯的原理原則產生，但也以其專業素養與現有法律做出判斷，無適用上之窘境，因而沒有修法的急迫性；再者，專訪法官的結果與本文觀察相符合，即 2008 年「著作權法部分條文修正草案」有諸多不確定法律概念，說明理由欄除列舉情況說明之外，一律以法官仍須依個案判斷為概括解釋，不僅未能提供法官更多判斷要件，且可能產生司法審判者囿於新增修條文限制反而影響其自由心證之疑慮。最重要的是，為解決網路服務者因法未明文，時常得因其網路使用者的侵權行為而疲於應訴之窘境，催生 2008 年「著作權法部分條文修正草案」，由本文實證結果可知，在正式施行前，事實上，被法院判決無侵權責任的網路服務提供者為大宗，並無前述之困擾，且正式施行後，若無法符合法定要件，其同樣無法適用免責條款，地位與施行前並無差異。

綜上，本文建議暫緩修法，以既有法律解決現有的數位著作權問題，避免一再修法所生的適用盲點與體系上的紊亂。

## 附件一 訪談題目

(2008年9月25日著作權法部分修正條文(下簡稱修正條文),)

- (一) 請問您接觸智慧財產權案件的時間有多久?
- (二) 請問您審判實務常碰到的**數位著作權侵權類型**有哪些(例如:重製罪、公開傳輸罪等)?其中是否曾接觸著作權法第80-1條因破壞、移除「權利管理電子資訊」,而涉訟的案件?
- (三) 承上,其中是否曾接觸第80-2條因規避或破壞「防盜拷措施」,而涉訟的案件?
- (四) 承題二,其中是否曾接觸過「網路服務提供者」(例如:yahoo, google, kuro 等公司)因其服務的網路使用者侵害著作權而涉訟的案件?
- (五) \*涉及p2p技術的著名Kuro案和ezpeer案<sup>256</sup>,兩案法官對於「網路服務提供者」之責任看法截然不同,以兩案為例,請問修正條文尚未公布之前,您對於「網路服務提供者」責任判斷依據為何?(例如:kuro案中,該案法官判定有罪的原因,事實上是因為被告以軟體可下載音樂檔案,吸引眾多會員參加為號召,並從中獲得會費與廣告費利益。但實際上交換檔案的是會員—侵害公開傳輸權侵權和重製權等—即侵權行為人是個別網路使用者。此時,現行著作權法下,「網路服務提供者」須負擔什麼樣的法律責任?)
- (六) \*對於網路服務提供者責任判斷,該部分修正條文內容是否造成您適用上困難(例如:條文語意不清,專有名詞解釋模糊,說明理由與條文本文語意不合等問題)?
- (七) \*請問修正條文公布後,新增「網路服務提供者責任限制」一章,是否會有助於您將來審判實務上對網路服務提供者責任判斷?若無,站在司法審判者的立場,您希望能加入哪些要件?

**網路服務提供者**,指提供下列服務者:(修正條文新增第三條第十九款)

- (一) **連線服務提供者**:透過所控制或營運之系統或網路,以有線或無線方式,提供資訊傳輸、發送、接收,或於前開過程中之中介及短暫儲存之服務者。
- (二) **快速存取服務提供者**:應使用者之要求傳輸資訊後,透過所控制或營運之系統或網路,將該資訊為中介及暫時儲存,以供其後要求傳輸該資訊之使用者加速進入該資訊之服務者。
- (三) **資訊儲存服務提供者**:透過所控制或營運之系統或網路,應使用者之要求提供資訊儲存之

<sup>256</sup> **Kuro案**中被告飛行網股份有限公司提供會員免費軟體,繳費入會即可分享mp3音樂檔案,台北地方法院法官以被告藉由刊登廣告誘使不特定會員加入,鼓勵會員下載大量音樂檔案為號召,且被告有能力在技術方面控制會員下載數量,其所提供之軟體明顯造成原告著作權侵害,且被告對該情況可預見,因而判定被告有罪,飛行網股份有限公司之代表人、受僱人因執行業務,共同犯擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權為常業之罪,科罰金新台幣參佰萬元。

(92年度訴字2146號判決)

**Ezpeer案**被告全球數碼公司提供軟體與網站供會員下載音樂檔案,且依搜尋結果製成表單目錄,供連線會員可互相點選各自擁有的檔案,公開上傳或下載音樂檔案,士林地方法院法官主要認為:現行法律沒有禁止或限制業者提供線上檔案交換平台,亦沒有要求網路提供者須監督使用者所傳輸的檔案是否涉及侵害他人權利,因此,就刑法角度來看,被告對原告著作權受侵害的結果不具備保證人地位,因而沒有防止侵權結果發生的義務,故被告無罪。

(92年度訴字728判決)

服務者。

(四) 搜尋服務提供者：提供使用者有關網路資訊之索引、參考或連結之搜尋或連結之服務者。前項第八款所定現場或現場以外一定場所，包含電影院、俱樂部、錄影帶或碟影片播映場所、旅館房間、供公眾使用之交通工具或其他供不特定人進出之場所。

#### 說明理由

一、第一項增訂第十九款「網路服務提供者」定義，序言並酌作標點修正。按本次修正增訂第六章之一「網路服務提供者之民事免責事由」專章，係賦予網路服務提供者「避風港」之機制，爰參考國外立法例，將網路服務提供者定義為提供連線、快速存取、資訊儲存及搜尋服務等四種類型。

二、茲說明第十九款各目之規定如下：

(一) 第一目係參考美國 1998 年訂定之「數位千禧年著作權法(Digital Millennium Copyright Act of 1998, DMCA)」(以下簡稱 DMCA)第五百十二條 a 項之規定訂定，包括所有網路運作之基礎服務，例如透過網路所為之資訊傳輸(transmitting)、發送(routing)、連線(providing connections) 或過程中之中介(intermediate)及短暫(transient)儲存等服務。

(二) 第二目係參考美國 DMCA 第五百十二條 b 項之規定訂定，指藉由系統或網路進行資料之中介(intermediate)及暫時(temporary)儲存服務者。

(三) 第三目係參考美國 DMCA 第五百十二條 c 項之規定訂定，指依使用者之指示進行資訊儲存者。

(四) 第四目係參考美國 DMCA 第五百十二條 d 項之規定訂定，指因使用資訊搜尋工具，包括目錄、指引、參考、指標或超連結等，提供或將使用者連結到其所搜尋之網站。

(五) 針對目前企業建置資訊系統機房所面臨之許多問題，如：機房所在大樓安全性、空間擴充、電力不足、維運人力、頻寬限制等等問題，所應運而生之 IDC (Internet DataCenter，又稱主機代管) 服務，則非屬本法規範對象，特予說明，以杜爭議。



## 附件二 法院判決

◎一般法院判決有效樣本共 15 筆

網路服務提供者議題		科技保護措施議題		權利管理電子資訊議題	
編號	判決字號	編號	判決字號	編號	判決字號
1	88,訴,1683	1	92,上易,1187	1	94,上訴,1784
2	96,訴,2971	2	91,訴,2001	2	95,台上,1772
3	95,訴,12375	3	94,中簡,1395	3	94,訴,1742
4	94,訴,4817	4	97,智,16	4	96,訴,146
5	93,國,16	5	96,易,1958		
6	97,重訴,195				

◎智慧財產權法院搜尋結果共 33 筆

刑事判決

編號	判決字號	編號	判決字號	編號	判決字號
1	97,刑智上訴,1	11	97,刑智上訴,14	21	97,刑智上訴,10
2	97,刑智上訴,45	12	97,刑智上訴,21	22	97,刑智上訴,29
3	97,刑智上易,16	13	97,刑智上易,10	23	97,刑智上訴,15
4	97,刑智上更(三),3	14	97,刑智上訴,8	24	97,刑智上訴,31
5	97,刑智上訴,18	15	97,刑智上易,9	25	97,刑智抗,2
6	97,刑智上訴,22	16	97,刑智上易,8	26	97,刑智上更(一),5
7	97,刑智上訴,4	17	97,刑智上易,24	27	97,刑智上訴,7
8	97,刑智上易,33	18	97,刑智上更(三),2	28	97,刑智上易,17
9	97,刑智上訴,31	19	97,刑智上易,7		
10	97,刑智上訴,9	20	97,刑智上訴,3		

民事判決

編號	判決字號	編號	判決字號	編號	判決字號
1	97,民著訴,10	3	97,民著訴,3	5	97,民著訴,5
2	97,民著訴,14	4	97,民著訴,3		

## 參考書目

### 中文專書

張旗坤等編著，《歐盟對外貿易中的知識產權保護》，第一版，知識產權出版社 (2006)。

### 中文論文

游智良，《歐洲聯盟數位著作法之研究》，南華大學歐洲研究所 (2003)。

星友康，《衝突或妥協？—科技保護措施立法之研究》，臺灣大學法律學研究所 (2005)。

張惠玲，《歐盟「共同外交暨安全政策」之整合談判過程與臺海兩岸協商經驗之比較》，中山大學大陸研究所 (2003)。

### 中文期刊

王琇慧，〈行政院及所屬各機關出國報告—網路科技下著作權相關議題之研究〉，經濟部智慧財產局 (2007)

章忠信，〈美國著作權法科技保護措施例外規定之探討〉，《萬國法律雙月刊》，第 151 期 (2007)。

章忠信，〈九十二年新修正著作權法簡析〉，《月旦法學雜誌》，第 103 期 (2003)。

王琇慧、陳怡靜、林怡君、蕭蓓如，〈美國著作權法對數位化著作權議題處理之概述〉，《智慧財產權月刊》，第 102 期 (2007)。

陳嘉駿，〈從我國訴訟實務觀點評 P2P 網路科技利用型態〉，《智慧財產權月刊》，第 104 期 (2007)。

陳家駿、馮震宇、劉孔中，〈著作權科技保護措施之研究研究報告〉，《經濟部智慧財產局委託研究專案》(2004)。

謝銘洋、張懿雲，〈著作權法公開傳播權之研究研究計畫〉，《經濟部智慧財產局委託研究專案》(2003)。

章忠信，〈網路著作權之保護〉，發表於「2003 年網際空間：科技、犯罪與法律社會」學術研究暨實務研討會 (2003)。

章忠信，〈著作權法「防盜拷措施」條款例外規定要點之檢討〉，《科技法學評論》，第 3 卷第 1 期 (2006)。

章忠信，〈「數位內容產業發展規則草案」有關著作權規範之檢討〉，《科技法律評論》，第三卷第一期 (2006)。

賴文智、王文君，〈數位環境的著作權法制思考〉，《圖書館學與資訊科學》，第33期第1卷 (2007)。

賴文智、劉承愚，〈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〉，《經濟部智慧財產局委託研究報告》(2003)。

賴文智，〈催生數位著作權集體管理機制〉，《網路資訊雜誌》，第126期 (2002)。

陳人傑，〈網際網路服務提供者免責規範單一立法模式之探討〉，《智慧財產權月刊》，第71期 (2004)。

林佳瑩，〈著作權數位產業市場授權之研究〉，《智慧財產權月刊》，第95期 (2006)。

湯亦敏，〈法國著作權法制有關科技保護措施相關議題之新修定特色〉，《科技法律透析》(2007)。



### 英文專書

DINWOODIE, GRAEME B., HENNESSEY, WILLIAM O. & PERLMUTTER, SHIRA, INTERNATIONAL INTELLECTUAL PROPERTY LAW AND POLICY (LexisNexis Publishing 2001).

PRIME, TERENCE, EUROPEAN INTELLECTUAL PROPERTY LAW (Dartmouth Publishing Group 2000).

TRITTON, GUY, INTELLECTUAL PROPERTY IN EUROPE (London Sweet&Maxwell press 2d ed. 2002).

### 英文期刊

Ballabh., Animesh, *Paracopyright*, E.I.P.R. 2008, 30(4), 138 (2008).

Barczewski, Maciej, *International Framework for Legal Protection of Digital Rights Management Systems*, 24 HASTINGS COMM. & ENT L.J. 273 (2002).

Bates, Byan, *Communication Breakdown: the Recording Industry's Pursuit of the Individual Music User, a Comparison of U.S. and E.U. Copyright Protections for Internet Music File Sharing*, 25 NW. J. INT'L L. & BUS. 229 (2004).

Cunningham, Alan, *Rights Expression on Digital Communication Networks: Some Implications for Copyright*, 13 INT'L J.L. & INFO. TECH. 1 (2006).

Jancic, Maja Bogataj, *Copyright Beyond the EU: What can Counties Outside the EU that Harmonise and Modernize their Copyright Laws Learn from Slovenian Experience*, C.T.L.R. 2004, 10(8) 189(2004).

Kirk., Ewan, *Apple's iTunes Digital Rights Management: "Fairplay" under the Essential Facilities Doctrine*, COMMS. L. 2006, 11(5), 161 (2006).

Lackan, Eleanor M., *Slowing Down the Speed of Sound: a Transatlantic Race to Head off Digital Copyright Infringement*, 13 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L. J. 1161, 1176 (2003).

Lucchi, Nicola, *Countering the Unfair Play of DRM Technologies*, 16 TEX. INTELL. PROP. L.J. 91 (2007).



Lucchi, Nicola, *The Supremacy of Techno-Governance: Privatization of Digital Content and Consumer Protection in the Globalized Information Society*, 15 INT'L J.L. & INFO. TECH. 192 (2007).

Leong, Kelly, *iTunes: Have They Created a System for International Copyright Enforcement?* 13 NEW ENG. J. INT'L & COMP. L. 365 (2007).

Mayer-Schonberger, Viktor, *Beyond copyright: managing information rights with DRM*, 84 DENV. L. REV. 181 (2006).

Nebel, Jens U, *MED's Position on Digital Technology and the Copyright Act: Legislation without a Solution?* 36 VICT. U. WELLINGTON L. REV. 45 (2005).

Ngombe., Laurier Yvon, *Technical measures of protection versus copyright for private use: is the French legal saga over*, E.I.P.R. 2007, 29(2), 61 (2007).

Pimentel, Johanna, *Internet, the final frontier: a review of the "TV without frontiers"*



*directive*, C.T.L.R. 2005, 11(7), 213 (2005).

Pessach, Guy, *An international-comparative perspective on peer-to-peer file-sharing and third party liability in copyright law: farming the past, present, and next generations' questions*, 40 VAND. J. TRANSNAT'L L. 87 (2007).

Piasentin, Robert C., *Unlawful? innovative? unstoppable? a comparative analysis of the potential legal liability facing P2P end-users in the United States, United Kingdom and Canada*, 14 INT'L J.L. & INFO. TECH. 195 (2006).

Stokes, Simon, *The UK implementation of the information society copyright directive: current issues and some guidance for business*, C.T.L.R. 2004, 10(1), 5 (2004).

Suthersanen, UMA, *Copyright and educational policies: a stakeholder analysis*, 23 OXFORD J. LEGAL STUD. 585 (2003).

Wang, Richard Li-Dar, *DMCA anti-circumvention provisions in a different light: perspectives from transnational observation of five jurisdictions*, 34 AIPLA Q. J. 217.

Witt, Amanda M., *Burden in the USA: should the music industry utilize its American strategy of suing users to combat online piracy in Europe*, 11 COLUM. J. EUR. L. 375 (2005).

#### 網路資料及其他

Allekotte, Bernd, *Cross-border Implementation of the EU IP Rights Enforcement Directive, Building and Enforcing Intellectual Property Value*, available at <http://www.buildingipvalue.com/07EU/p.164-167%20Grunecker.pdf>

參考章忠信，「法國 2006 年新著作權法簡介」，  
<http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php?board=4&act=read&id=166>

歐體「2001 年著作權指令」條文內容  
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001L0029:EN:HTML>

歐體 2004 年「智財執行指令」條文內容  
[http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004L0048R\(01\):EN:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004L0048R(01):EN:HTML) (2006 檢討報告 directive 2004/48/EC)

歐體「電子商務指令」條文內容

[http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=32000L0031&model=guichett](http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=32000L0031&model=guichett)

歐體「個人資料和資訊自由流通指令」條文內容

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:EN:HTML>

歐體「個人資料和電訊隱私保護指令」條文內容

[http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=31997L0066&model=guichett](http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=31997L0066&model=guichett)

歐體「技術標準與規則指令」條文內容

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31998L0048:EN:HTML>

