

李亞虹
編

版權、 網絡和權利平衡

版權、網絡和權利平衡

版權、網絡和權利平衡

李亞虹 主編

香港大學出版社
香港薄扶林道香港大學
www.hkupress.org

© 2016 香港大學出版社

ISBN 978-988-8390-54-0

版權所有。未經香港大學出版社書面許可，不得以任何（電子或機械）方式，包括影印、錄製或通過信息存儲或檢索系統，複製或轉載本書任何部分。

10 9 8 7 6 5 4 3 2 1

百樂門印刷有限公司承印

目 錄

序 言	李亞虹	vii
第一部分	權利平衡、濫用與合理使用	
第一章	版權的平衡與濫用：美國與國際發展的啟示 孫遠釗	3
第二章	被忽視的版權使用人 李治安	33
第三章	「用戶衍生內容」例外與香港版權條例修訂 關文偉	63
第四章	數碼環境下的合理使用：中國法院的解讀 陶中怡	76
第二部分	網絡侵權與責任認定	
第五章	數碼版權侵權責任：台灣法院的認定 馮震宇	97
第六章	影視作品版權侵權認定及責任分析 張平、張金平	117
第七章	網絡服務提供者間接侵權責任的「應知」要素 華 飭	129
第八章	中國數碼版權的商業起源 胡 凌	144
跋 一	張 平	159
跋 二	馮震宇	161
作者簡介		163

Contents

Introduction *Yahong Li*

Part One Right Balance, Abuse, and Fair Use

Chapter 1 Copyright Balance and Misuse: Insights from US and International Developments

Andy Sun

Chapter 2 The Neglected Copyright Users

Jyh-An Lee

Chapter 3 The User-Generated Content (UGC) Exception and Hong Kong's Copyright Law

Wenwei Guan

Chapter 4 Fair Use in Digital Environment: Chinese Courts' Interpretations

Tao Zhongyi

Part Two Liability of Copyright Infringement on the Internet

Chapter 5 Digital Copyright Infringement Liability: The Decisions of Taiwanese Courts

Jerry G. Fong

Chapter 6 Copyright Infringement Liability in Films and TV Productions

Zhang Ping and Zhang Jinping

Chapter 7 The Constructive Knowledge in the Internet Service Provider Infringement Liability

Jerry Jie Hua

Chapter 8 The Commercial Origin of China's Digital Copyright

Hu Ling

Afterword *Zhang Ping*

Afterword *Jerry G. Fong*

List of Contributors

序 言

李亞虹

創造力是社會和經濟發展的發動機。創造力可以「推動文化和以人為本的發展，是提供工作機會、促進創新和貿易的關鍵，並為創造一個包容、文化多元以及環境可持續性發展的社會作出貢獻」。¹ 激發創造力的因素很多，比如政府為刺激創造力而制定的政策、培養創造性的人才、提供基礎設施、和通過保護創造力的法律等等。而在法律制度當中，版權制度與創造力，特別是文化方面的創造力，關係最為密切。每項文學藝術作品、每個創造性產業都離不開版權的保護。

然而，只有顧及了各方利益平衡的版權制度才能夠促進創造力。而版權的平衡，需要根據不斷變化的環境，通過適當的權利限制和合理使用機制加以調整。因此，我們需要經常審視現存的版權制度是否能夠反映現實各方利益的需要，特別是互聯網環境下社會對創造的需要。因為在互聯網環境下，傳統的作品、權利人和使用者的角色，權利與合理使用的概念都發生了很大的變化。如美國國家版權局主任瑪麗亞·帕蘭提（Maria A. Pallant）在該局《2016–2020 五年計劃》的前言中所說：「當創作、發行和消費版權作品的方式都在呈指數式增長時，版權局和版權法不可能一成不變。」

如果版權制度已經過時，權利的限制與合理使用制度無法滿足社會各方創造的需要，那麼我們可以如何改變它，讓版權制度達到一個新的平衡，從而使社會的創造力能夠被釋放出來而不是被遏制呢？過去十多年，國際國內的版權法界和與之相關的政商界都在為此尋求答案，不同利益持分者之間明爭暗鬥，紛紛推出反映本陣營利益的版權修改方案。比如《跨太平洋夥伴協議》（Trans-Pacific Partnership, TPP）包括了一些超出《與貿易有關的知識產權

1. 《聯合國貿易和發展委員會報告》，2010，頁 xix。

協定》(Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, 簡稱 TRIPS 協定) 標準的條款。² 美國國會也多次試圖通過加強互聯網版權保護的《反盜版法案》(Anti-Piracy Bills)。從 2012 年起, 美國開始籌劃「全面」(comprehensive) 而「徹底」(sweeping) 的版權法改革, 並就此進行多次國會聽證。美國商務部於 2013 年發布《數碼經濟中的版權政策、創造和創新》綠皮書, 呼籲建立新的權利平衡和加強打擊網上版權侵權。³ 學界歷時三年, 於 2010 年完成的《版權原則項目》(The Copyright Principles Project) 提出了建立更為公平有效的版權制度七項原則, 並由「美國法律學院」(American Law Institute) 開始撰寫《版權法重述》(Restatement of Copyright Law), 試圖在國會修法之前, 寫出一部迥異於現行立法的全新版權法。不同於美國, 其他國家或地區則從合理使用 (或公平處理) 制度著手, 希望以擴大合理使用範圍來平衡日益強化的數碼版權保護。如加拿大率先於 2012 年將用戶衍生內容 (user generated contents, or UGC) 列為版權保護例外。英國政府採納夏格維斯 (Ian Hargreaves) 教授遞交的研究報告《數碼機會: 對知識產權和經濟增長的獨立檢討》(Digital Opportunity: A Review of Intellectual Property and Growth) 中的建議, 於 2014 年將公平處理擴大到私人複製、研究及個人學習、文本和數據挖掘 (data mining)、引用、滑稽模仿、殘障人士獲取無障礙格式版本、教育使用、保存及收藏、公共管理等例外。香港於 2006 年開始「數碼環境下的版權」修法公共諮詢, 歷經八年, 於 2014 年底提交修正草案, 將公平處理擴至戲仿、諷刺、營造滑稽和模仿; 時事評論; 引用; 教學以及圖書館檔案室和博物館的日常運作; 網絡服務商快取數據處理; 以及錄音的媒體轉換。但由於草案拒絕了網民提出的「用戶衍生內容」版權例外, 以及美國式的合理使用制度, 草案仍然被社會大眾看作是扼制言論自由的「網絡 23 條」⁴, 在 2016 年 4 月的立法會聽證中, 因泛民議員「拉布」而遭無限期擱置。台灣近年也在進行版權法修改, 增加附帶利用和嘲諷或談諧仿作, 以及增加殘障人士獲取無

2. 如禁止以電子形式複製, 版權保護期為終身加七十年等, 見 Trans-Pacific Partnership, Articles 18.58 and 18.63。

3. US Department of Commerce Internet Policy Task Force, "Copyright Policy, Creativity, and Innovation in the Digital Economy," July 2013. <http://www.uspto.gov/sites/default/files/news/publications/copyrightgreenpaper.pdf>.

4. 該稱謂由香港基本法第 23 條而來, 該條規定:「香港特別行政區應自行立法禁止任何叛國、分裂國家、煽動叛亂、顛覆中央人民政府及竊取國家機密的行為, 禁止外國的政治性組織或團體在香港特別行政區進行政治活動, 禁止香港特別行政區的政治性組織或團體與外國的政治性組織或團體建立聯繫。」

障礙格式版本例外等。中國大陸從2011年開始的第三次版權法修訂，也在合理使用制度上作了一些調整，加入了合理使用的一般原則（即「不得影響作品的正常使用，也不得不合理地損害著作權人的合法利益」），並採用更加開放的「兜底」條款（即「其他情形」），留給法院自由解釋的空間。

以上模式孰優孰劣？哪一個，或在多大程度上，能夠最好地平衡版權中不同利益的衝突，從而最大限度地推動創作？為回答這些問題，尋求建立一個能夠在互聯網環境中促進創造力的版權制度，北京大學法學院和香港大學法律學院，在中國版權局的支持下，於2012年12月16日在香港大學聯合舉辦了「第四屆兩岸四地版權制度發展研討會」，以權利限制與合理使用制度在互聯網環境的發展為主題，對中國大陸、香港、台灣和澳門四地的版權修訂以及相關問題進行了探討。為使更多人能夠分享這次會議的研究成果，本書從二十多篇會議論文中挑選六篇，並邀請兩篇會外論文，圍繞互聯網環境下版權的合理使用、使用者的權利和地位、權利的濫用和平衡、網絡侵權盜版與網絡服務商的責任等角度，探討大陸、香港、台灣版權制度在這幾方面的立法和司法改革，進而探討在互聯網環境下版權如何能夠達到最優化的平衡，從而使社會的創造力可以獲得更大限度的激發。這些論文雖然發表於數年前的研討會，但探討的問題，至今在兩岸四地以至世界範圍內爭論激烈、懸而未決，而本書在編輯過程中也要求全部論文對最新法律發展加以補充和跟進，因此是適時的。

本書共八章，分載兩個部分。第一部分四章探討版權的平衡、濫用與合理使用，第二部分四章探討網絡侵權和責任認定。首先，孫遠釗教授在第一章通過系統介紹美國以及其他法域（歐盟、英國、日本、中國大陸和台灣）的版權「誤用」（或「濫用」）抗辯機制，以及它們與反壟斷法的竟合，探討版權法如何在司法實踐中達致保護版權與維護公共利益的平衡。孫教授主張建立一套完整的版權訴訟抗辯制度，以防止「權利濫用」抗辯本身被濫用，讓例外成為通行原則。學術界在探討版權平衡時，更多提到的是合理使用等版權例外，而對「誤用」抗辯機制的討論則較少。孫教授的論文在很大程度上可以幫助學術、立法和司法界在思考如何建立平衡的版權制度時，提供一個新的視角和選擇。

本書第二章從版權的使用與使用人的角度審視網絡環境下涉及版權各方的權利平衡。該章作者李治安教授從版權使用人的角色、行為，以及版權技術保護措施與合理使用等方面，特別是從美國和台灣版權法的角度，系統地探討了版權使用人在文化發展中的社會價值，進而呼籲各界給予版權使用人

應有的重視，確定其在版權制度中的主體性，從而改變版權制度中重視保護版權人而輕忽版權使用人權益的現狀，達致一個平衡健全的版權制度。該章囊括大量中外涉及版權使用和使用人的學術觀點和典型案例，為此領域的進一步研究提供了豐富的學術資源。

「用戶衍生內容」是否應該被當作對版權作品的「合理使用」，成為近年來版權學界爭論的焦點。如前所說，時至今日，全世界只有加拿大的版權法將 UGC 納入版權「公平處理」例外。本書第三章關文偉教授向我們介紹了香港版權法修訂過程中拒絕接受 UGC 例外的原因、爭論重點，以及作者個人對此問題的評價。他認為，香港接納戲仿版權例外但拒絕用戶衍生內容版權例外，不合法律邏輯，也非明智的選擇。值得注意的是，作者以「戲仿」被納入「公平處理」為例，強調言論自由在修法過程中的重要性，但他認為版權與言論自由分屬私法與公法兩域，雖然二者共生互補並無衝突，然而版權法修訂不應成為言論自由的論壇，而應關注網絡環境下版權人與使用人之間的利益平衡，比如如何處置 UGC 的問題。

與前三章相呼應，第四章從司法實踐角度探討版權制度的平衡。該章作者陶中怡博士根據大陸法院針對合理使用的司法判決，為我們呈現了大陸法院將合理使用從「封閉」模式變成「開放」模式的司法實踐，並分析了這樣做的原因和利弊，以及大陸版權法第三次修改在「合理使用」制度上存在的問題。作者認為網絡時代的合理使用制度應該既保持一定開放性，同時也要減少不確定性，為此，版權法修改應該增加認定合理使用的原則性條款，確保法官在必要情形下列舉新的合理使用的空間。

本書第二部分的四篇論文側重探討網絡侵權與責任認定。馮震宇教授在第五章根據台灣法院的判決，探討數碼版權侵害責任的認定。馮教授通過對一系列美國以及台灣法院針對計算機軟件侵權以及點對點（Peer to Peer）侵權案例的分析，讓我們看到法院在面對新技術引發的侵權時，必須發展出不同的認定標準，比如「引誘侵權」（inducement infringement）和「抽離—過濾—比較」的三步測試法（Abstraction-Filtration-Comparison test），以平衡權利人與使用人之間的利益衝突。同時，法院判決也日益注重使用間接侵權理論，使合理使用的抗辯變得難以發揮。因此法院如何能夠統一標準，發展出共同的判定侵權的模式攸關重要。

張平教授與張金平博士候選人合作的第六章從影視作品著手，探討版權侵權的認定與責任分析。具體而言，該文以最近轟動海峽兩岸的「瓊瑤訴于正」案為主，從「思想與表達區分原則」出發，探討「抽象法」與「整體觀感法」

在確定侵權問題上的中美差異，然後探討美國法院的實質性相似的認定方法（「接觸＋實質性相似」）在大陸司法實踐中的「水土不服」，最後探討了停止版權侵權的司法救濟。作者主張寬嚴相濟的救濟制度，法官應當把握好司法救濟尺度，綜合考慮侵權的權利類型、侵權程度以及侵權給權利人帶來的損失等因素後作出停止侵權禁令。

本書第七章華劼教授通過分析中國大陸在網絡服務提供者（Internet service provider, ISP）侵權責任的立法和司法實踐，讓我們了解到法院在判定ISP是否「應知」存在侵權行為時，除了依據法定因素，還會根據侵權作品類型、作者知名度、ISP的身份和專業能力等因素作出不同的判定。作者質疑「應知」要素是否與大陸的現有歸責制度設計衝突，並提出改進「應知」要素判定的建議，比如以「實際知道」為主、「應當知道」為輔來判定ISP的間接侵權責任；以通知刪除為主制止網絡侵權，而非加重網絡服務提供者注意和管理義務；並在法律中加入資訊披露規定等，從而達至權利人、網絡服務提供者和使用者三方之間利益的平衡。

本書最後一章探討中國數碼版權與信息經濟商業模式的關係。雖然沒有如前面幾章那樣具體探討網絡版權侵權的責任認定，但胡凌教授的論文為讀者理解前七章提供了很好的背景解讀和思考問題更廣闊的向度，從而讓我們從法律社會學或經濟學的角度看待版權平衡與文化創新問題。具體而言，該章認為版權法是傳統產業和新興產業之間妥協的產物，網絡經濟仍然需要版權法，但數碼版權必須適應新的商業模式。作者就互聯網產業與傳統文化產業，以及普通用戶之間的互動分別作了實證分析，並以微信為例，說明互聯網產業的興起需要盜版，但它的進一步發展則需要尊重版權並促進UGC和其他資訊的自由使用。

因為歷史原因，中國大陸、香港、台灣在學術表述上有諸多差異。本書因為在香港出版，所以在一些關鍵術語有重大差異時，統一採用香港的表述，比如「知識產權」（而非「智慧財產權」）；「版權」（而非「著作權」）；「使用人」（而非「利用人」）；「數碼科技」（而非「數字科技」）；「軟件」（而非「軟體」）；「電腦程式」（而非「電腦程序」），等等。但是，當這些術語出現在書名、正式的法典和條文或論文摘引、以及法院與其他官方機構名稱當中時，我們則保留其原來的表述方式，以示對原作和法律權威的尊重。

兩岸四地版權研討會在北大張平教授的盡心組織，台灣政大馮震宇教授以及一眾關心兩岸四地版權制度發展的學界同仁支持下，已經舉辦了七屆。能參與其中一屆的承辦，並將會議成果結集出版，實為本人的榮幸。在此還

要感謝中國版權局、香港特區政府知識產權署、港大法律學院同仁對研討會的支持；感謝香港大學出版社韓佳博士對出版的籌劃，以及黃煒傑博士研究生在本書編輯過程中的校對與行政協助。希望本書的出版可以為兩岸四地版權立法機構、學術界以及關心版權制度發展的讀者帶來不同的視野和思考。

李亞虹
香港大學
2016年6月

第一部分

權利平衡、濫用與合理使用

第一章

版權的平衡與濫用

美國與國際發展的啟示

孫遠釗

一、引言

版權的保護與運用在政策上一向需要相當細緻的分析和規範，以期達到微妙的平衡：一方面能充分保護權利人的權利，另一方面則能夠權衡社會的公益，從而讓科技的進步、文化的發揚與傳承能夠真正得到落實。無論是發達國家或發展中國家，在傳統上的立法與執法，泰半是著重在如何具體落實對於權利人的權益保護，尤其是如何對應新興科技對版權所引發的各項挑戰，然而對於如何平衡社會公益則較少關注。近年來，在實務上越來越多權利人冀圖超越其既有的權利保護範圍，從而能對市場行使更大的控制、賺取更多的利潤。這自然與使用人或消費者的利益產生了衝突，相關的案件也不斷發生。從1990年代起，所謂的「版權誤用」(copyright misuse) 或「濫用」(abuse) 問題，因電腦科技普及所衍生的軟件、音樂和電影侵權而正式浮上檯面，成為國際間許多司法或行政爭訟時經常需要處理的問題。

在現有規範版權的主要國際公約之中，如世界貿易組織 (World Trade Organization, WTO) 的《與貿易有關的知識產權協定》(Agreement on Trade-Related Aspects on Intellectual Property Rights, 簡稱 TRIPS 協定)、世界知識產權組織 (World Intellectual Property Organization, WIPO) 在1996年所通過、並已生效的兩個所謂《互聯網條約》(Internet treaties)，即《世界知識產權組織版權條約》(WIPO Copyright Treaty, WCT) 與《世界知識產權組織表演和錄音製品條約》(WIPO Performances and Phonograms Treaty, WPPT) 等，都未對於版權的誤用或濫用予以明確規定。而美國版權的立法，包括在1998年所訂立的《數碼千禧版權法》(Digital Millennium Copyright Act, DMCA)，也未對版權的濫用作出任何規定，而是完全依賴司法判例來處理。

鑒於近來經常有文獻和論說提到版權的「濫用」，但卻似乎對於其中的內涵沒有更為詳細的論述，甚至對於「濫用」一詞形成了另一種「濫用」，本文擬從首倡這一觀點或理論的美國司法發展為起點，附帶比較參酌國際公約以及歐盟、英國與日本等地的發展來探討此一問題，俾可作為未來法制改革的參考。

二、基本法則

在美國的現行法制下，「版權誤用」僅僅只能作為對應侵權指控的抗辯手段，而並不構成一個獨立的侵權行為或訴因（cause of action）。在名詞的使用上，既有的案例和法學界經常是把「誤用」與「濫用」交替使用。然而，前者是指特定的司法抗辯手段，是關於權利人對其既有權利的行使是否逾越了既有的法定範圍；而允許這樣的抗辯是肇始於美國聯邦上訴法院的司法判例，也就是一般咸認的 *Lasercomb America, Inc. v. Reynolds* 案（簡稱 *Lasercomb* 案）。¹ 至於其背後的理論基礎或概念，則是源自並借用美國聯邦最高法院在 *Morton Salt*² 一案對於專利權誤用的認可和詮釋，後來並經國會予以成文化（但將其中的範圍作了相當的限縮），成為美國現行專利法第 271 條第 (d) 項第 (4)、(5) 款。³ 也就是唯有當原告在訴訟中先指摘被告有侵權行為，然後被告才可被動地以此作為防禦，而不得由被告主動作此主張。因此，無論版權的被許可人是企圖化被動為主動，率先起訴請求法院給予未構成侵權的確認判決（declaratory judgment），或是另行提出反訴（counterclaim），都不得以此主張作為主訴的依據，也不得在不涉及侵權的訴訟中（如違約或損害賠償之訴）提出這一主張。⁴ 至於「濫用」，則是泛指任何涉及到侵害他人權益的行為，範

1. 911 F.2d 970 (4th Cir. 1990)。在此之前固然也有若干案件觸及這個問題，例如，*M. Witmark & Sons v. Jensen*, 80 F. Supp. 843 (D. Minn. 1948)（迄今最原始觸及這一問題的聯邦法院案例）、*Vogue Ring Creations, Inc. v. Hardman*, 410 F. Supp. 609 (Dist. RI 1976)，但促使法院必須直接對此問題作出闡釋者，則為本案。不過聯邦最高法院迄今，還尚未對於這一抗辯的存在與內涵等作出任何直接的評論，詳見後述。
2. *Morton Salt Co. v. G. S. Suppiger*, 314 U.S. 488 (1942).
3. Patent Misuse Reform Act of 1988, Pub. L. No. 100-703, 102 Stat. 4676 (1988).
4. *Altera Corporation v. Clear Logic, Inc.*, 424 F.3d 1079 (9th Cir. 2005)。在反訴的情形，雖然在表面上仍然是在同一訴訟程序中與主訴同時進行，但在技術上則是被視為單獨的訴訟。關於本案的中文引介與評析，參見孫遠釗等合著，《美國版權法令暨判決之研究 2009 年》最終期末報告》，台灣「經濟部知識產權局」委託研究案（計劃編號：09718308030），頁 36-43。另參見 *Lava Records LLC v. Amurao*, 354 Fed. Appx. 461 (2d Cir. 2009)（第二巡迴上訴法院拒絕讓該法則成為獨立的訴因）。

圍較「誤用」為大。從狹義的角度以觀，是指超越法律所容許的權利行使範圍，甚至已經產生反競爭的效果；而從廣義的角度而言，甚可包括侵權人對權利人的侵權行為。因此，對於權利的「誤用」，也是屬於「濫用」的一種樣態，在美國法制下會產生特殊、不完全一樣的意義與效果。

必須特別指出的是，這種抗辯純粹是訴訟上的一種防禦手段，即所謂的「積極抗辯」(affirmative defense)。也就是被告在提出抗辯時，必須是以首先肯定或確認原告所主張的為真實做前提，然後再提出並加上所要抗辯的部分，從而縱使在技術上仍然構成侵權行為，但在法律上卻可獲得免責的對待。⁵ 如果被告能成功地行使此種抗辯，原告的版權並不會因此消滅，只是原告在這一誤用的存在期間或停止其誤用行為前，無法行使其版權(unenforceable)。⁶ 此外，當被告想以權利誤用來抗辯時，並不以其本身是直接或已經受到原告誤用行為的損害為前提，也就是只要權利人的誤用行為仍然客觀存在便已足夠。⁷ 既然這一抗辯是由被告所提出，則被告也自然應負相應的舉證責任，以顯示原告(權利人)的許可或其他行為已經逾越其版權所允許的範圍，並已對相關市場產生了不當競爭的效應。

因此，「版權誤用」是法院在訴訟過程中得以視個別案件的實際狀況，依其自由裁量所從事的一種衡平處置(discretionary equitable disposition)，類似於英美衡平法上所謂的「不潔之手」(unclean hands)，亦即凡是對於公權力或主管機關(即美國版權局[U.S. Copyright Office])所賦予的權利範圍之外以及違反公共政策的部分，權利人均不得主張或行使其排他或壟斷性的權利。⁸

5. 參見 J. T. McCarthy, Roger E. Schechter, and David J. Franklyn, *McCarthy's Desk Encyclopedia of Intellectual Property* (3rd ed.) (Reference KF2976.4.M38, 2004), 383; 另參見 Michael J. Meurer, "Vertical Restraints and Intellectual Property Law: Beyond Antitrust," *Minnesota Law Review* 87 (2003): 1871。

6. 版權只能因法定事由的發生而消滅，諸如保護期間屆滿、因欺詐而不當取得其權利等。又如主審 *Lasercomb* 案的法院便明確表示，本案的判決並非判決原告的版權無效；一旦原告將其權利濫用的部分予以清除後，即可再行提出侵權之訴(其原文為："This holding, of course, is not an invalidation of Lasercomb's copyright. Lasercomb is free to bring a suit for infringement once it has purged itself of the misuse.")。不過法院在本案並未明確交代，如果原告果真再行起訴，其所可主張的侵權與損害賠償，是否仍可涵蓋到發生權利濫用的期間，亦即是否會發生回溯性的執行力。但如參考專利法的司法判例，有學者認為應不具回溯效果。參見 Ralph Jonas et al., "Copyright and Trademark Misuse," in *ABA Section of Antitrust Law, Intellectual Property Misuse: Licensing and Litigation* (2000): 165。

7. 同前注1，頁979。

8. *Alcatel USA, Inc. v. DGI Technologies, Inc.*, 166 F.3d 772 (5th Cir. 1999); 另參見 Raymond J. Dowd, *Copyright Litigation Handbook* §13:27 (2nd ed. 2009)。

既然是屬於衡平處置，在傳統上也就表示法院享有極大的自由裁量權，完全是「因案制宜」，加上這是一個在最近二十年來才衍生的訴訟抗辯法則，因此其中的準則、範疇究竟應當如何來具體界定，迄今尚未完全明確。⁹

雖然「版權誤用」的具體範疇還不是十分清晰，不過聯邦第四巡迴法院在 *Lasercomb* 案首度詮釋這一抗辯法則時就已經表示，「其中的問題並不在於是否以不符合反壟斷法的方式來行使其版權，而是在於是否違反了版權許可內所蘊含的公共政策的方式來行使其版權」。¹⁰ 雖然過去曾有案例要求被告必須舉證版權人已經觸犯反壟斷法方可提出誤用抗辯，但是最近的案例則顯然都已經不再採取這樣的要求。¹¹ 因此，只要權利人試圖透過許可來限制版權法所容許的競爭行為，或是變相擴張版權法所允許其行使的權利時，便會觸發是否構成「版權誤用」的問題，而並不僅止於非得達到抵觸反不正當競爭法或反壟斷法的門檻者為限，這與專利權誤用的抗辯原則上必須達到反壟斷法的門檻在程度要求上剛好相反。¹² 換句話說，雖然「版權誤用」的抗辯法則與專利權的誤用同出一源，在版權的部分，其背後的基礎乃是「不潔之手」等衡平考慮，而非競爭法則的分析。

既然「版權誤用」必須是以版權法而非公平交易或反壟斷法的公共政策為依歸，接下來一個無可避免的問題便是：究竟版權法背後的公共政策是甚麼？這正如同聯邦第七巡迴上訴法院的 Richard A. Posner 法官在 *USM Corporation v. SPS Technologies, Inc.* 一案關於如何處理「專利權誤用」抗辯時所提出的「大哉問」一般。可以看出的是，Posner 法官當時便頗為無奈地表示，

9. 參見 Melville B. Nimmer and David Nimmer, 4 *Nimmer on Copyright* §13.09[A][2][b], at 13-299 (2008)。

10. 其原文為：“The question is not whether the copyright is being used in a manner violative of antitrust law . . . but whether the copyright is being used in a manner violative of the public policy embodied in the grant of a copyright.” 參見 911 F.2d at 978 (4th Cir. 1990)。

11. 例如，在 *BellSouth Advertising v. Donnelley Information Publishing* 案，聯邦第十一巡迴上訴法院原先是以原告未曾觸犯反壟斷法為由拒絕讓被告的抗辯成立，但後來基於其他原因而自行將這一判決廢棄 (vacate) 並改以全院聯席審 (en banc) 方式重新審理本案。由於上訴法院在這個階段維持了地方法院的徑行判決 (summary judgment)，因此便未再對濫用抗辯的立論基礎予以重新討論。參見 933 F.2d 952 (11th Cir. 1991), vacated and en banc rehearing granted, 977 F.2d 1435 (11th Cir. 1992), 999 F.2d 1436 (11th Cir. 1993) (en banc), cert. denied, 510 U.S. 1101 (1994)。至於最近的案例可參見 *Practice Management Information Corporation v. American Medical Association*, 121 F.3d 516 (9th Cir. 1997) 和 *Video Pipeline, Inc. v. Buena Vista Home Entertainment, Inc.*, 342 F.3d 191 (3rd Cir. 2003) 等。

12. 參見 *Video Pipelines* 案，同上注。另參見 Herbert Hovenkamp, Mark D. Janis, and Mark A. Lemley, “IP and Antitrust: An Analysis of Antitrust Principles Applied to Intellectual Property Law (volume I),” *Aspen Law and Business* (2002): 3-45。

「如果不能以傳統反壟斷的原則來測試誤用的主張，那麼要依據何種原則來讓這一主張受到測試？我們的法律在處理壟斷性誤用的替代概念方面並不豐沛；而如果到了此刻才打算開發新的理論卻不至於把專利權人的權利予以削弱並造成不確定，恐怕為時已晚。」¹³ 由此可見，這種回歸到以版權法的公共政策來作為檢驗是否構成誤用的標準，事實上已經形成了一種抽象性的循環論述，也從而引發了許多的爭議與討論（詳見後述）。

也正因為如此，截至目前為止，即使是在美國，「版權誤用」的抗辯法還沒有被十三個聯邦巡迴上訴法院完全接受。目前已明確接受這一法則的有第二、三、四、五、七、九以及聯邦巡迴院（Federal Circuit）等共七個上訴法院，而聯邦最高法院則只是在1962年的一個判例中曾經約略、間接地提到過類似於現今所使用的法則，但迄今還從未有機會像「專利權誤用」一般直接、明確地對於「版權誤用」抗辯予以評斷。¹⁴ 而諸如第一、八和十一等巡迴上訴法院則只表示還未正式認可這一法則，但也並不排除未來可能會正式接受。¹⁵ 然而無論如何，「版權誤用」抗辯法則目前已經越加廣泛地為法院所接受，並成為多數的見解，則是不爭的事實。

三、發展沿革與分析

如前所述，「版權誤用」在美國正式獲得認可是以1990年聯邦第四巡迴上訴法院（U.S. Court of Appeals for the Fourth Circuit）所判決的 *Lasercomb* 案

13. 其原文為：“If misuse claims are not tested by conventional antitrust principles, by what principles shall they be tested? Our law is not rich in alternative concepts of monopolistic abuse; and it is rather late in the day to try to develop one without in the process subjecting the rights of patent holders to debilitating uncertainty.” 參見 694 F.2d 505, at 512 (7th Cir. 1982)。
14. 參見 *United States v. Lowe's, Inc.*, 371 U.S. 38, at 50 (1962); *Lasercomb*, supra note 1, 911 F.2d at 976. (“[N]o United States Supreme Court decision has firmly established a copyright misuse defense in a manner analogous to the establishment of the patent misuse defense.”)
15. 例如，聯邦第一巡迴上訴法院在 *Data General Corp. v. Grumman Systems Support Corp.*, 36 F.3d 1147 (1st Cir. 1994) 案雖然討論到了 *Lasercomb* 案和「版權誤用」法則，但卻明白表示在本案不必決定版權法是否允許像這樣的抗辯。不過有趣的是，法院認為在 *Lasercomb* 案，「版權誤用」的成立是不需要證明抵觸反壟斷法，但在本案卻以被告 *Grumman Systems* 未能證明原告的反壟斷行為而判決被告的抗辯不成立。而聯邦第八巡迴法院則是在 *United Telephone Co. of Missouri v. Johnson Publishing Co., Inc.*, 855 F.2d 604 (8th Cir. 1988) 案基於該案的事實拒絕容許被告行使版權濫用的抗辯。不過法院在討論這一法則時，採取了類似第七巡迴上訴法院的做法，將濫用與反壟斷行為進行平行分析。另參見 Tom W. Bell, “Codifying Copyright’s Misuse Defense,” *Utah Law Review* (2007): 573。

為濫觴。在此之前，僅有一些散見於不同聯邦地方法院的案件牽涉到這一問題，而主審的地方法院在當時還是意見不一，有的則是抱持懷疑甚至反對的態度。¹⁶ 追本溯源，是有兩個由上訴法院在二十世紀初所判決，涉及到原告本身的「不潔之手」（即對於法院和美國版權局的誤導行為）從而導致無法獲得版權侵權求償的案例，為現今的「版權誤用」法則奠下了初基。¹⁷

由於版權與專利權的法源基礎是來自於美國聯邦憲法的同一條款，「版權誤用」法則背後的概念，主要便是來自並借用對於專利權的誤用。¹⁸ 法院對於專利權誤用的論述也自然對於「版權誤用」的理論建構形成了相當大的影響，至今依然如此。例如，專利權誤用的考慮依據是專利制度本身的公共政策、專利權人足以構成誤用的行為不必達到觸犯反壟斷法的程度、權利人的相關反競爭或不公平交易行為不需直接與被指控的侵權行為有關，而是要從權利人的整體市場表現來觀察等，這些原則都反映了如何檢視是否構成對於「版權誤用」的考慮。¹⁹

然而一個有趣的現象是，雖然「專利權誤用」已經獲得了普遍性的認可，甚至業經國會予以立法成文化，但在實際上的適用卻日益減少，在實務上至多成為侵權訴訟中被告會提出的點綴性抗辯而已。在目前法院對於特定的專利許可行為是否構成反競爭，已幾乎完全轉向到必須從「合理原則」或「論理分析」（rule of reason）的角度，來從事精緻、專業的經濟分析，而鮮少以「當然違法」（*per se illegal*）來做出認定的時代。通常只要權利人能夠舉證在其許可行為具有一定的合理市場考慮，在「合同自由」與「合同自治」的基本原則下，幾乎都可通過法院的檢驗。²⁰ 相對而言，「版權誤用」的抗辯雖然還未獲

16. 參見 Paul Goldstein, *Goldstein on Copyright*, §9.6.1, at 9:35-36 (2005)。例如，聯邦賓夕凡尼亞州中區地方法院（U.S. District Court for the Central District of Pennsylvania）就曾經明確表示，如果因為抵觸了反壟斷法就會導致產生對於作品的侵權抗辯是令人質疑的。參見 *Foreign Car Parts v. Auto World, Inc.*, 366 F. Supp. 977 (M.D. Pa. 1973)。由於這些都是比較陳舊的案件，隨著時代的變遷，加上多數的上訴法院已經對於「版權誤用」的抗辯法則先後表態，其重要性自然已經不再存在。

17. *Edward Thompson Co. v. American Law Book Co.*, 122 F. 922 (2nd Cir. 1903); *Stone & McCarrick, Inc. v. Dugan Piano Co.*, 220 F. 837 (5th Cir. 1915)。

18. U.S. Constitution, art. I, §8, cl. 8 (亦即所謂的「專利版權條款」(Patent and Copyright Clause))。

19. 參見 *Morton Salt* 案，前注 2。

20. *Illinois Tools Works, Inc. v. Independent Ink, Inc.*, 547 U.S. 28 (2006)。另參見 *U.S. Philips Corporation v. International Trade Commission*, 424 F.3d 1179 (Fed. Cir. 2005) (“[A] license to the essential patent is, by definition, a prerequisite to practice the technology in question, the patentee can charge whatever maximum amount a willing licensee is able to pay to practice the technology in question”)；參考 *Princo Corporation v. International Trade Commission*,

得立法而予以成文化，成為「普世性」的法則，但卻似乎日益受到青睞，獲得來自司法和學術界越來越多的支持。²¹

(一) *Lasercomb America, Inc. v. Reynolds*

這個經典案件的原告（被上訴人）Lasercomb 是製造規尺鋼模（steel rule dies）的廠商。被告則是與其競爭的另一家廠商 Holiday Steel Rule Die，其負責人 Larry Holliday 以及該公司所聘僱的電腦軟體程式設計師 Job Reynolds。雙方當事人是業務上的競爭對手，都是使用規尺鋼模來對於紙板從事切割或預留切痕，從而紙板的購買者可以自行將其組合為紙箱或紙盒等不同的載具。原告開發出了一套稱為「互動」（Interact）的軟件來從事對於規尺鋼模更為有效的設計與生產上的機械式控制，並將其中的四套許可給被告使用。結果被告不但沒有遵守許可合同中對於被許可人必須使用特定的技術保護措施的要求，而且在其電腦上從事了未經許可的複製，更開始向其客戶銷售打著自己旗號的軟件，但其內容卻與原告的產品幾乎完全雷同。當原告發現此事後，便提起了版權侵權之訴。被告並不否認對於原告的軟件從事了未經許可的複製等使用，但卻是完全依賴許可使用合同中的一個條款，也就是限制所有的被許可人在 99 年內不得從事關於以電腦作為製造規尺鋼模輔助工具的軟件撰寫、開發、製造或是銷售，來抗辯原告誤用其版權。不過被告從來沒有在該合同上簽字，而原告可能是由於行政上的疏失也並未追究該問題，要求被告補簽。因此原告以被告根本不會受到該條款的限制為由，主張被告的抗辯無效。不過地方法院還是判決原告勝訴，於是被告提出了上訴。

聯邦第四巡迴法院在審視版權的公共政策時，表示「版權誤用」的抗辯乃是版權法與生俱來的（a misuse of copyright defense is inherent in the law of copyright）。²² 鑒於版權和專利權都是基於聯邦憲法的同一法源而來，因此法

563 F.3d 1301 (Fed. Cir. 2009), affirmed en banc, 616 F.3d 1318 (Fed. Cir. 2010) ——這就是荷蘭飛利浦公司與台灣的巨擘公司等關於 CD-RW 的「專利聯盟」（或專利池 patent pool）與聯合許可在美國的專利侵權訴訟。美國聯邦巡迴上訴法院以全院審判（en banc）的方式判決，縱使當數個專利權人之間另行以「平行整合」的方式訂立合同，限制了被許可人對於涉及關鍵技術專利聯盟中所能做出的選擇或使用，則僅僅因為權利人從事了某些不當的商業活動，甚至這些活動可能產生了一些反競爭的效果，仍然還不足以直接、徑行構成對該特定專利權的濫用。被告必須明確舉證顯示原告所從事的反競爭行為是直接涉及到對於該特定專利權的使用，而且是立法或司法判例上所訂明的行為態樣之一方可。

21. 參見前注 15。

22. 參見 911 F.3d at 973 (4th Cir. 1990)。

院認為其背後的公共政策也是一致的，也就是透過給予發明人與作者對其作品享有在有限期間內的排他權利來作為獎勵，從而人類的知識與技能得以不斷累積，社會公眾也得以蒙受其利。²³ 然而當權利人試圖將其權利的行使延伸到版權的範圍之外時，這一公共政策便會遭到破壞。法院認為，原告許可使用合同中的這條限制性條款，基本上就是企圖壓抑任何被許可人去獨立開發與「互動」這套軟件相關的其他電腦程式，也就是不僅想要控制其軟件程式內所寓含的表達（這是符合版權的行使），更想控制與該軟件背後思維的所有競爭性使用，從而違反了版權的公共政策。

法院進而遵循聯邦最高法院在 *Morton Salt* 案所列示的標準，試圖進一步闡釋「版權誤用」的內涵。法院特別表示，如同檢視專利權的誤用一般，此種抗辯並不需要達到抵觸反壟斷法的程度，也就是說，究竟這一爭議條款是否能夠通過反壟斷法上某種「論理分析」或其他經濟模型的檢驗，其實是完全無關緊要的。真正須要探討的關鍵是，**究竟原告的行為是否構成了企圖控制在版權範圍以外某個領域中的競爭**。也因此，究竟被許可人本身是否因此種權利人的反競爭或誤用行為而直接受到了損失也可以在所不問。法院將此原則適用到本案，認為雖然被告是明目張膽地複製抄襲了原告的軟件程式，而且完全沒有受到該限制性條款的影響，一旦確認權利人（原告）超越了其版權的公共政策範疇而構成誤用，只要這一狀況仍然存在，便不再得以行使該版權。不過法院在此特別強調，裁判構成誤用並不同於判決版權無效。所以一旦構成誤用的原因去除，權利人仍然還是可以對被告提出侵權之訴。

（二）*DSC Communications Corporation v. DGI Technologies, Inc.*²⁴

在聯邦第四巡迴上訴法院於 *Lasercomb* 案樹立了「版權誤用」的抗辯法則後，其他的巡迴上訴法院也相繼作出了判決，進一步建構並釐清了該法則的內涵。其中一個重要的發展，是牽涉到法院在處理是否要制頒臨時禁制令（preliminary injunction）的問題時，如何在訴訟的初步階段考慮「版權誤用」是否在實體上有獲得勝訴可能的 *DSC* 案。

本案的原告 *DSC* 通訊公司是電話交換器（phone switch）的製造商。它的經營模式是在出售交換器的元件（硬件）時，附帶讓其客戶以許可方式使用相應的作業系統軟件程式，並在許可使用合同中只允許客戶將這一軟件搭配到

23. 同上注，頁 976。

24. 參見 81 F.3d 597 (5th 1996)。

本廠的硬件之上。被告 DGI 科技公司是原告的競爭者，試圖製造與原告產品可以兼容的微處理器（亦即所謂的「晶片卡」）。為了讓這一晶片卡順利操作，被告的晶片勢必要與原告的作業系統程式完全兼容，包括在開機的過程中將原告的部分軟件程式複製或下載到被告微處理器或晶片內的「隨機讀取記憶體」（random access memories, RAM）中。另外，為了能獲得原告的軟件程式，被告說服了原告的一個客戶讓其使用原告的器材來測試其晶片的兼容性等問題，但卻在該名客戶不知情的情況下，複製了原告的軟件程式並將原告的器材帶回被告的實驗室從事進一步的研究。當原告知悉此事之後，便提起了版權侵權之訴並獲聯邦地方法院制頒臨時禁制令。不過該禁制令僅限制被告不得從事可以帶離原告客戶所在地的軟件複製行為，對於在客戶處所進行開機時將原告軟件部分程式複製到被告替代晶片內的 RAM 等行為則未予禁止。原告因此提出上訴，請求法院將禁制令的範圍擴大，因為針對此種將其軟件複製到被告未經許可的晶片從事開機，未來一旦進入到實質審理階段，應有相當可能會被判定為構成侵權行為，從而原告應有相當機會勝訴。

基於禁制令在性質上是一種法院依職權和適度裁量所行使的衡平措施，要改變或是推翻地方法院的禁制令，就必須由提出主張的一方舉證，顯示法院在給予裁定時誤用了其職權。而聯邦第五巡迴上訴法院在此則認為，至少就訟爭的問題來看，地方法院並未誤用其職權，從而維持了原判。上訴法院認為原告在此所欲達到的目的，是企圖以其版權來獲得如同專利一般的壟斷，從而將其權利保護擴張到原來就沒有專利的微處理器或晶片之上。鑒於任何與原告從事競爭的產品都必須在操作上能與原告的軟件程式兼容，因此也就意味著必須要對被告的產品從事測試，而此種測試也必然會涉及到將部分程式下載到 RAM 之中來用於開機。如果准許原告的請求，雖然原告並未對其晶片卡申請或獲得專利，但在效果上卻無異於讓原告得以防止任何其他的競爭者來開發可以與其相容的晶片卡。²⁵ 上訴法院在此援引了聯邦第四巡迴法院對於 *Lasercomb* 案的見解，認為原告擬以版權來對於版權局所未授與的部分也行使其排他壟斷權，事實上已經多少認可了「版權誤用」的抗辯。

在此之後，本案回到了地方法院並經歷了冗長的庭審程序。陪審團評定被告構成侵權行為而原告則是構成對版權的誤用。不過主審本案的地方法院法官對於版權誤用的部分則是未予採信，並制頒了對於被告的永久禁制令，禁止被告繼續生產能與原告電話交換器兼容的晶片卡。於是被告提出了上

25. 同上注，頁 601。

訴。²⁶ 聯邦第五巡迴上訴法院在此次則是正式接受了「版權誤用」的抗辯法則，認為地方法院濫用了職權並推翻了給予永久禁制令的裁定。

雖然本案的被告本身手腳並不乾淨，以欺騙的手法獲得了原告的軟件程式，但是法院卻表示這並非本案的關鍵所在。既然在本案是原告請求法院給予衡平考慮並頒發禁制令，那麼所要考慮的重點就是原告自己的手必須通過「衛生檢驗」，至於被告的行為究竟如何則是全然無關。當權利人企圖行使超越其權利範圍的保護時，通常即會適用到權利誤用的法則；縱使被告本身的行為已構成侵權，而且其嚴重性甚至遠遠超過版權人的行為瑕疵，都在所不問。²⁷

(三) *Practice Management Information Corp. v. American Medical Association*²⁸

在「版權誤用」的抗辯法則所受到的所有支持中，迄今最為重要的，恐怕就是來自聯邦第九巡迴上訴法院對本案的判決。本案是所謂的確認判決之訴，也就是潛在的侵權者試圖反客為主、先發制人，率先成為原告，請求法院判決其行為不構成侵權或是權利人的權利無效。本案的被告是美國醫療協會（American Medical Association, AMA）。美國醫療協會開發出了一套能明確辨識不同醫療程序的代碼系統，並刊錄在該組織所出版，名為《當代醫師療程詞彙》（*Physician's Current Procedural Terminology*, CPT）的出版物之中，其中編列了六千多個名目。因此美國醫療協會享有對該出版物的版權。美國國會在1977年立法要求聯邦健康照護融資局（Health Care Financing Administration, HCFA）設計一套在「聯邦醫療保險」（Medicare）與支付給各州的「聯邦醫療補助」（Medicaid）等兩個項目下關於補還給付請求（reimbursement claims）所需使用的統一編碼。²⁹ 嗣後 HCFA 決定與其平地起高樓，制定新法全部重新來過，不如直接採用既有、現成的系統。於是 HCFA 便與美國醫療協會協商簽訂了一份許可使用合同，讓前者以非專屬（non-exclusive）和無償（royalty-free）方式使用 CPT 編碼。合同中另行規定，HCFA 同意「在申報由醫師所提

26. *Alcatel USA, Inc. v. DGI Technologies, Inc.*, 166 F.3d 772 (5th Cir. 1999).

27. 不過有的法院則會將被告的行為一併納入考慮並以被告的「不潔之手」為阻卻適用濫用抗辯的依據。參見 4 *Nimmer on Copyrights* §13.09[B], at 13-314 (2008)。

28. 121 F.3d 516 (9th Cir. 1997), cert. denied, 522 U.S. 933 (1997), op. amended, 133 F.3d 1140 (9th Cir. 1998).

29. 42 U.S.C. §1395w-4(c) (5) (2006).

供的服務中關於醫療程序的命名方面不再使用任何其他的系統」，而且「在凡是由 HCFA 所執行的計劃專案中只要可能，便應盡量使用 CPT 辨識代碼系統。」³⁰

原告 Practice Management 資訊公司是一家醫療書籍出版和營銷商。原告向被告承購書籍然後予以轉售獲利。當原告無法從美國醫療協會獲得承銷的總量折扣 (volume discount) 後，便向法院對後者提出了確認之訴，請求法院基於下述兩個原因判決被告對於 CPT 的版權應屬無效：(一) 當聯邦政府主管機關接受了民間所開發出的編碼辨識系統並轉化為強制性法規時，該系統即已成為不受版權保護的法律規章；(二) 當美國醫療協會在許可使用合同中要求排除使用其他的編碼系統時，即已構成了對其版權的誤用。結果聯邦地方法院以部分徑行判決，判認被告美國醫療協會勝訴並對原告制頒了臨時禁制令，禁止原告繼續出版、發行 CPT，於是原告提出了上訴。

聯邦第九巡迴上訴法院則採取了與地方法院完全不同的見解。法院首先確認了被告 CPT 系統的版權仍然持續有效，並未因獲得政府機關的接納成為聯邦法規的一部分就進入了公共領域 (public domain)。³¹ 法院繼而首次正式承認了「版權誤用」的抗辯法則，並表示處理本案必須從審視當事人所訂立的許可使用合同文字入手。法院認為，當合同文字設下了必須完全專屬使用 CPT 系統並禁止 HCFA 採用任何其他系統的要求時，便已構成了版權的誤用。固然在沒有這段文字的情形下，HCFA 或許依然會做出同樣的決定，完全使用美國醫療協會的 CPT 系統，但這並不是重點所在。觸發「版權誤用」的關鍵並非 HCFA 是否做出完全使用 CPT 系統的決定，而是許可使用合同中對於被許可方所能做的選擇是否設下了不當的限制——以要求被許可人同意或承諾不使用其他競爭者的產品來作為訂立許可的基礎，就構成了版權的誤用。³² 法院因此撤銷了地方法院的禁制令並將全案發回重審 (台灣稱為「更審」)。

30. 據此，由 HCFA 所建立的《一般程式碼系統》(Common Procedure Coding System, CPCs)，其實便是完全依據 CPT 而建構。參見 48 Fed. Reg. 16,750, 16,753 (1983); 50 Fed. Reg. 40,895, 40,897 (1985); 42 C.F.R. §433.112(b)(2) (2009)。

31. 作為對比，參見 *Veeck v. Southern Building Code Congress International, Inc.*, 293 F.3d 791 (5th Cir. 2002) (*en banc*), *cert. denied*, 539 U.S. 969 (2003) (法院在本案採用了版權法的「合併法則」(Merger Doctrine)，判決一旦當事人所編撰的《標準建築規範》獲得地方政府採用成為正式的法規，便進入了公共領域，並喪失了版權。不過在全院的十七名法官中，有六位對此提出了反對意見)。

32. 121 F.3d at 521。雖然法院在本案認為許可使用合同對於市場競爭所帶來的負面效果已經相當明顯，並讓美國醫療協會取得了超過其競爭者的相當不公平的優勢地位，但法院同意 *Lasercomb* 案的見解，認為對於濫用的抗辯並不需要達到抵觸反壟斷法的程度。

(四) *Assessment Technologies of Wisconsin, LLC v. WIREData, Inc.*³³

本案被告 WIREData 試圖向位於威斯康辛州 (State of Wisconsin) 東南地區的幾個城鎮索取關於當地房地產各項具體的資料，如地址、所有人姓名、產權年份、評估價值以及地上物 (住宅) 的房間數等等，以彙編成一套可供房地產中介業者檢索的資料庫，但卻遭到了其中三個郡政府 (county government) 的拒絕。這些資料是由地方政府的行政人員為評估房地財產稅所搜集而來，通常只要申請人支付了一筆合理的手續費，相關的政府部門通常便會將所有的資料複製到光碟上提供給申請人。此外，威斯康辛州的「資訊公開法」(open records law) 也要求政府部門只要在當事人支付了費用後，就必須提供包括電子檔案格式在內的政府資訊。³⁴ 證據顯示，這三個機關拒絕提供資訊的理由，是因為這些資訊都儲存在由原告「評估技術」(Assessment Technologies) 所提供的電腦系統之中，而它們以及受聘使用這套系統的承攬人都是原告的被許可人。此外，鑒於「資訊公開法」也對於受版權保護的目標設有例外規定，它們就不便直接提供被告所要求的資訊。被告於是向威斯康辛州的州法院起訴，請求披露資訊。當案件仍在進行中時，作為應對，原告則向位於威斯康辛州東區的聯邦地方法院 (U.S. District Court for the Eastern District of Wisconsin) 提出起訴，要求被告停止其行為並宣判被告行為已侵害了原告的版權。聯邦地方法院批准了原告的禁制令申請，禁止被告進一步要求使用原想取得的資訊。被告不服，提起了上訴。

聯邦第七巡迴上訴法院撤銷了地方法院的判決和禁制令，並指示地方法院應駁回原告關於本案的版權侵害請求。上訴法院首先表示，被告所想要的資訊並非由原告所搜集，而是當地郡政官員或其承攬人經過相當的調查統計後方才取得的。郡政機關只是使用了原告擁有版權的一套電腦軟件 (稱為 “Market Drive”) 來彙整這些資訊。這套系統搭配微軟公司的 Access 資料庫軟件，在郡政人員將房地產調查的基本資訊輸入電腦後，便會自動填妥並分配到 456 個不同的資料欄位及歸併為 34 個類屬。如果被告所要求提供的資訊是上述的整個欄位和類屬中的所有訊息，而郡政機關也提供了這些經過彙整後的資訊，則郡政機關便構成了對原告的直接侵權，被告也構成了輔助侵權 (contributory infringement)。然而本案的情形並非如此。被告向保管機關所請求提供的，是未經原告軟件編排過的原始資訊。在這些原始資訊未經原

33. 350 F.3d 640 (7th Cir. 2003)。關於本案的中文引介與評析，亦可參見孫遠釗等，前注 4，頁 59-62。

34. Wis. Stat. §§19.31-19.39。

告的軟件編排彙整之前，原告對這些資訊並未享有任何的版權。因此被告向該郡政機關提出的請求，並不會造成侵害版權之事實，因未直接侵害版權，也自然就沒有構成輔助侵權的可能。法院在此援引了 *Matthew Bender v. West Publishing Co.* 案。³⁵ 在該案中 Westlaw[®] 資料庫系統內所編排的司法判決內容，Westlaw[®] 只對該編排過的內容享有版權，但就未經編排的原始判決內容本身卻並不享有任何的版權。同理，原告對未經編排的原始資料，也不應享有任何的版權。

上訴法院的判決原本到此便可結束，然而由於原告試圖依據其與地方政府間所訂立的許可使用合同來主張，法院便更進一步對於這一部分提出參考意見 (*dicta*) 和說明，認為原告其實是試圖運用其版權 (如果有的話) 來禁止被許可人釋放出相關的資訊，從而已多少構成了版權的誤用。雖然法院在本案並不需要對於「版權誤用」的抗辯法則作出裁判，但主審的 Posner 法官還是對 *Lasercomb* 案給予了高度的評價，指出版權的誤用是超越了反壟斷的範圍，「只要版權人運用侵權訴訟來獲取版權法顯然未曾賦予的權益保護，即構成對該〔訴訟〕程序的濫用」；並表示如果未來有直接涉及這一問題的案例，第七巡迴上訴法院也將欣然接受這一法則。³⁶

附帶一提，本案判決後，威斯康辛州的最高法院也對於全案作出了處置：(一) 三個郡的行政機關拒絕提供資訊並未違反資訊公開法；(二) 為符合法律的要求，僅提供 portable file format (PDF) 電子檔案格式尚不足夠；(三) 資訊公開法應容許申請人取用電腦化資料庫的資訊等。³⁷ WIREDData 公司至此可說是獲得了全面的勝利。

(五) *Video Pipeline, Inc. v. Buena Vista Home Entertainment, Inc.*³⁸

本案原告 (即上訴人) Video Pipeline 編輯了多盒錄影帶，而其中每一盒又包含了多節電影預告短片 (trailer)，從而讓電影出租業者得以在其商店

35. *Matthew Bender & Co. v. West Publishing Co.*, 158 F.3d 693 (2nd Cir. 1998); *Matthew Bender & Co. v. West Publishing Co.*, 158 F.3d 674 (2nd Cir. 1998).

36. 參見 350 F.3d 647。其原文為：“[A]pplying the misuse doctrine goes beyond the bounds of antitrust . . . [F]or a copyright owner to use an infringement suit to obtain property protection, here in data, that copyright law clearly does not confer . . . is an abuse of process.”

37. 參見 *WIREDdata, Inc. V. Village of Sussex*, 310 Wis. 2d 397, 751 N.W. 2d 736 (2008)。本案其實是整合了三個案件而成，僅僅是威斯康辛州最高法院的判決書就達 1,143 頁。

38. 342 F.3d 191 (3rd Cir. 2003)。關於本案的中文引介與評析，亦可參見孫遠釗等，前注 4，頁 404-8。

中播放以吸引顧客。為了取得發布電影預告片的權利，原告與所涉及的版權人分別簽署了多份許可使用合同，其中一份是與迪士尼公司（Walt Disney Company）在1988年所簽署的。在該合同中，迪士尼公司給予原告超過500項電影預告片作為編輯之用。

從1997年開始，原告的業務拓展到網絡之上，並經營 VideoPiple-line.net 以及 Videodetective.com 兩個網站，其中有原告多年以來取得的電影預告片。在網站中，使用者可以搜尋某一部特定電影，且當使用者點擊網站中某一部電影時，該電影的預告片就會以串流（streaming）的方式播放，如果使用者想要購買其中一部電影，該網站中還有一個購買的按鈕，將使用者引導至售賣該電影的網站，但迪士尼認為，當年的許可合同並沒有允許原告用這種方式使用其作品，於是要求原告將迪士尼所擁用的電影預告片從網站資料庫中移除，原告也遵守了迪士尼的指示。然而原告還是決定自行製作了迪士尼公司所擁有的62部電影的預告片，在這些預告片中首先播送 Miramax 或迪士尼的商標以及該電影的名稱，其後播送該電影前半部中的幾個畫面，最後再播放一次電影的名稱。相對地，在迪士尼本身所提供的預告片中，則是加入了更多的音樂與旁白以吸引特定群體的觀眾，而且迪士尼也在自己的網站中播送這些預告片以吸引購買者。

原告向位於新澤西州（New Jersey）的聯邦地方法院提起了確認判決之訴，要求法院確認其在網絡上使用的預告片並沒有侵害迪士尼公司的版權。迪士尼公司隨即終止了先前的許可使用合同，並要求法院就原告的行為制頒臨時禁制令。法院同意了迪士尼的請求，原告於是提出上訴。

原告上訴所主張的理由之一，是被告對其版權的行使構成了誤用。被告迪士尼公司在其與三家公司所簽訂關於預告短片的許可使用合同中，加入了如下的文句：「使用預告短片之網站不得對於娛樂事業、〔迪士尼公司〕（及其主管、董事、代表、職員、相關人士、分支機構與附屬機構）或由〔迪士尼公司〕所製作或發行之電影、〔或〕預告短片的取材來源或是任何牽涉母片製作之個人從事貶抑毀損或批判性之使用。違反本段規定者，本合同即失其效力，且被許可人應對所有相關當事人負譏謗、版權侵權以及違約之責。」³⁹ 原告便據此主張被告試圖超越其權利範圍行使不當的控制，從而構成誤用。

聯邦第三巡迴上訴法院一方面確認了「版權誤用」的抗辯法則，但另一方面則表示，版權人的確可以使用不涉及反競爭的行為、合理使用或是「思想——表達」等法則，以其版權為槓桿來限制他人的創意表達。法院並援引

39. 同上注，頁203。

了 *Rosemont Enterprises, Inc. v. Random House, Inc.* 案來作進一步的詮釋。⁴⁰ 在該案件中，著名的億萬富翁霍華·休斯 (Howard Hughes) 特別成立了一家公司來收購報導其生平的一篇文章的版權，並轉而以此向另一家出版商起訴，試圖阻止後者出版一本未經其許可的傳記。結果主審該案的聯邦第二巡迴上訴法院以「不潔之手」為由，撤銷了地方法院制頒的禁制令，並作出了有利於被告的判決。聯邦第三巡迴上訴法院認為，該案與本案都牽涉到版權法的基本宗旨和焦點，就是為了公共利益來增加創意表達的儲存。然而這兩個案件所不同的是，上述有爭議的限制性許可條款固然有可能被說成是在壓抑版權法的宗旨，從而構成誤用，但實際上卻不太可能達到足以顯著影響創意表達，從而限制了儲存創意表達的公共利益。法院舉出了若干示例來說明：例如被許可人仍有機會在其他的網站上提出批判、社會大眾也能從其他的網站檢索到對於迪士尼公司的批評。尤有甚者，如果迪士尼公司的這一限制性條款遭受到不利的判決，迪士尼公司也有可能就乾脆放棄對其短片的所有線上或網絡許可，結果反而導致社會大眾無法再行對其取用。法院因此判決迪士尼公司並未構成「版權誤用」。

本案所凸顯的重點是，法院已經脫離了傳統上只是純粹從經濟權或市場競爭的角度來論證當事人的行為是否構成誤用，而是首次從社會公益、公共政策的角度，也就是何謂版權以及其基本宗旨、被許可人有無其他回避的途徑等來看待如何才構成「版權誤用」，乃屬首見。但這也不可避免地開啟了一扇新的門窗，使今後關於「版權誤用」的探討與辯論範圍更行擴大，從純粹的市場競爭分析進入到整體的社會經濟政策分析階段。

(六) 其他案例形態

在美國，與「版權誤用」的問題經常產生牽連的一種案例形態是，當某個知名人物過世之後，其遺產管理人（通常是律師）或基金會為了維持運作，往往會以非常積極和嚴格的態度來執行該知名人物的版權，但這也往往引發了究竟這樣的嚴峻執法事實上是否已經構成了對於版權的誤用。例如，在 *Estate of Martin Luther King, Jr., Inc. v. Columbia Broadcasting Service, Inc.* 案，⁴¹ 就是牽涉到美國民權運動領袖馬丁·路德·金博士的遺產管理組織對於哥倫比亞電視

40. 參見 366 F.2d 303 (2nd Cir. 1966)。

41. 194 F.3d 1211 (11th Cir. 1999)。關於本案的中文介紹與評析，參見孫遠釗等著，前注 4，頁 101-5。

公司的一個節目紀錄片播放了一段金博士的著名演說「我有一個夢想」(I Have a Dream)，試圖向後者收取許可費。聯邦第十一巡迴上訴法院在此確立了一個法則，即向不特定的公眾所公開發表的演說並通過媒體轉播，就如同畫廊內向不特定的多數人所公開展示的美術作品一般，並不必然會因此而失去對於該演講內容與表達方式的版權。因此雙方當事人最終在和解時還是由被告支付了一筆未經披露的費用給原告。⁴²或許也正是因为從本案所獲得的啟發，馬丁·路德·金博士的遺產管理人又試圖向使用其生前演講、影片等原本應屬於合理使用的新聞媒體和歷史學者，展開新一波的訴訟攻勢，包括準備對於未經許可，將美國總統奧巴馬(Barack H. Obama)和馬丁·路德·金的圖像共同擺列在標示為「夢想成真」(The Dream Is Reality) T 恤上的服裝製造商起訴，但也引起了社會上的爭議，認為他們唯錢是問。⁴³

除了馬丁·路德·金外，其他的一些名人之後也不遑多讓。諸如美國的作曲家喬治·蓋西文(George Gershwin, 1898–1937)、詩人及文學家湯瑪斯·艾略特(T. S. Eliot, 1888–1965)，以及法國的戲劇、文學與詩歌作家撒母耳·貝克特(Samuel Beckett, 1906–89)等名人的遺產管理者，都對他們先人的版權採取了極度保護的態度和做法，包括禁止對於版權人作出任何不利或批判性的言論，也從而引發了如此的維權保護是否已構成誤用，並限制了憲法所保障的言論自由權的爭議。⁴⁴而最近一個引起了版權界高度興趣和關注的案件則是 *Schloss v. Sweeney*。⁴⁵ 本案原告 Carol Schloss 女士是斯坦福大學(Stanford University) 英語學系教授。她試圖出版一本研究著名愛爾蘭詩人和文學家詹姆斯·喬依斯(James A. A. Joyce, 1882–1941)的著作，尤其是喬依斯的女兒對於其父親靈感的真正影響等，但卻遭到喬依斯遺產管理人將近十年的威脅與訴訟。本案最終以和解收場，Schloss 教授仍然出版了她的著作，但其中的內

42. 參見 “King Estate Settles Lawsuit Against CBS Over Rights to ‘I Have a Dream’ Speech,” *JET*, July 31, 2000, http://findarticles.com/p/articles/mi_m1355/is_8_98/ai_63974332/?tag=content;coll。

43. 參見 Bobbie Brown, “King Estate Considering Suit Over Unlicensed Obama Items,” *New York Times*, November 15, 2008, at A9。金博士的侄兒，也是目前位於亞特蘭大市(Atlanta)「金中心」的負責人 Isaac Newton Farris Jr.，便如此表示：「這不是關於金錢……不過我們只是覺得，如果有人在外〔用這樣的方式〕賺到了一塊錢，我們就應該〔跟著〕賺一毛。」

44. 參見 David S. Olson, “First Amendment Based Copyright Misuse,” *Boston College Law School Legal Studies Research Paper Series No. 191* (March 18, 2010), http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1574385。

45. 參見 C06-03718JW (N. D. Cal. 2006)。

容則是經過了大幅刪減。因此法院最終還是沒有機會對於這一問題作出任何判例。⁴⁶

（七）後續案例發展

1. *Apple, Inc. v. Psystar Corporation*⁴⁷

除了上述案件，另一個最近受到版權界較多關注的案件是 *Apple, Inc. v. Psystar Corporation*。原告蘋果公司指控被告未經其許可將原告的電腦作業系統軟件 Mac OS X 予以複製並自行修改，以供被告所製造的兼容性產品使用。而被告則以原告的「軟件許可使用合同」（software licensing agreement, SLA）將其軟件程式限用於蘋果公司所生產的硬件器材已構成版權的誤用為由，提出了反訴。比較特別的是，聯邦地方法院在程序上准許被告以反訴（counterclaim）的方式主張版權誤用，不過卻沒有接受被告的理由。法院認為，蘋果公司的許可使用合同並未限制他人以獨立、自行開發並使用作業系統程式，因此並未構成如 *Lasercomb* 案一般，對於版權的不當擴張或是對於使用者或被許可人的不當限制。⁴⁸ 雖然當事人間之後達成了部分的和解，但對於「版權誤用」的部分則仍然有相當的分歧，也成為了上訴的主要爭議點。⁴⁹

聯邦第九巡迴上訴法院並未對於當事人可否以在提出反訴時逕行提出「版權誤用」作為主訴（而不是等到對方主張侵權後才得提出抗辯）提出任何評論，而是直接對於「版權誤用」要在何種情形下才可成立明確表示：「版權誤用」法則從未禁止權利人通過許可使用合同的條件來控制被授權人對於作品的使用，但卻禁止權利人以特定的條件來遏制競爭或是限制他人獨立開發具有競爭性的產品。⁵⁰ 由於蘋果公司的軟件許可使用合同既未限制其競爭者

46. 參見“James Joyce Copyright Case Settled in California,” *Reuters*, March 24, 2007, <http://www.reuters.com/article/idUSN2427943720070324>。

47. 673 F. Supp. 2d 931 (N.D. Cal. 2009)。這是聯邦地方法院對於本案所作出的兩個判決之一，其中牽涉到了法院對於「版權誤用」抗辯法則的詮釋。

48. 同上注，頁 939。

49. 據新聞媒體的報導，本案的被告 Psystar 公司已經在 2009 年 12 月與蘋果公司達成部分和解。相關評論參見 Peter Burrows, “Lessons from the Apple-Psystar Battle,” *Bloomberg Businessweek*, December 2, 2009, http://www.businessweek.com/technology/content/dec2009/tc2009121_009697.htm。關於本案的上訴判決書，參見 658 F.3d 1150 (9th Cir. 2011)。

50. 同上注，658 F.3d at 1159。其原文為：“The copyright misuse doctrine does not prohibit using conditions to control use of copyrighted material, but it does prevent copyright holders from using the conditions to stifle competition.”

開發本身軟件的能力，也未排除其使用者在蘋果所製造的電腦上使用非蘋果的元件或部件，而只是將由蘋果自行開發出的軟件限制使用到蘋果的電腦之上，自然也不構成對其版權的「誤用」。

2. *Omega, S.A. v. Costco Wholesale Corporation*⁵¹

另一個最近的發展，是被告可否以「版權誤用」作為對應權利人企圖實施進口權來控制「平行進口」(parallel importation)的抗辯手段。在 *Omega, S.A. v. Costco Wholesale Corporation* 案，原告奧米茄鐘錶公司為了限制其在瑞士製造的手錶未經同意以平行進口方式進入美國市場，在若干手錶的錶殼後方刻上了一個3毫米、具有版權的印記，稱為「奧米茄全球設計」(Omega Global Design)。奧米茄公司希望能透過這樣的方式，限制第三者對其手錶從事未經許可的進口。

被告 Costco 公司是美國極具知名度的賣場。他們在美國境外購得了原告在瑞士製造的手錶後再進口到美國，然後以較為低廉的價格在賣場內出售，結果在2004年遭到起訴。被告當時便以「首次銷售法則」(first sale doctrine)或「權利窮竭」(exhaustion)以及「版權誤用」作為主要的抗辯。結果聯邦地方法院法官支持被告「首次銷售法則」的抗辯，給予逕行判決。因此，關於「版權誤用」的部分便不需再議(moot)而未做處置。

之後聯邦第九巡迴上訴法院推翻了地方法院的觀點，認為「首次銷售法則」並不適用在美國境外所生產和完成首次銷售的情形，因此權利人仍可行使進口權來禁止被告從事平行進口。等到聯邦最高法院同意受理此案後，卻因為 Elena Kagan 大法官在就任大法官之前曾經代表行政部門(奧巴馬政府)對於這個案件提出正式的立場，因此必須回避。結果聯邦最高法院以4票對4票形成了僵局，從而在技術上維持了上訴法院的判決。

由於這樣的判決結果，等到全案發回地方法院更審時，「版權誤用」就成了被告的主要抗辯。結果主審法官接受了被告的主張，再次以逕行判決方式阻止原告行使進口排他權。主審的 Hatter 法官認為，由於原告的手錶本身無法獲得版權的保護，因此在錶殼背面所刻製、具有版權的「奧米茄全球設計」印記，其實真正、唯一的目的是想藉此作為槓桿，將對於該設計進口的有限壟斷，擴大成為對整個手錶的進口控制，從而構成了對於版權的誤用。

51. 541 F.3d 982 (9th Cir. 2008), affirmed by an equally divided court, 562 U.S. ___, 131 S.Ct. 565, 178 L.Ed.2d 470 (2011), on remand, 2011 WL 8492716 (2011).

法院也認為，在此之前所有關於「版權誤用」的案件都是局限於當事人間訂有與反壟斷有關的搭售合同或是限制性的許可合同條款，而本案則全然沒有這樣的情形。對於此點，地方法院則是表示，「版權誤用」的發展路徑還沒有完成明確的定義，而它並不認為要適用此一例外必須是以當事人間訂有合同為前提。它也沒有接受原告具有多功能的細小刻印設計可以用來作為對應「版權誤用」的主張。原告奧米茄鐘錶公司在2011年12月9日再度向第九巡迴上訴法院提出了上訴，讓該院有機會第三度對於「版權誤用」究竟應如何界定，提出見解。

（八）與反壟斷法的競合

雖然「版權誤用」在傳統上與是否抵觸反壟斷法並無直接的關係，但對於版權的行使或使用，仍然有可能與反壟斷法產生競合。而最近的發展也似乎有可能會給此種傳統的見解帶來挑戰。在美國的現行法制體系下，可歸為兩種類型：

1. 拒絕許可與搭售合同（tying agreement）

依據美國聯邦最高法院過去的判例，原則上如果版權人將其所屬的不同作品或產品進行搭售，通常是將較受市場歡迎者與尚未受市場青睞者予以綑綁，要求被許可人必須同時接受其中兩個或是多個作品的共同許可，否則拒絕給予許可，此種行為即會被判認為抵觸反壟斷法，尤其是當被許可人根本無意取得被搭售之物或是可從其他途徑取得時為然。⁵² 不過這一原則不能以「當然違法」的方式來徑行予以適用，還是需要先透過「合理原則」或「論理分析」的方式來界定權利人的市場範圍與市場佔有力（market power）後方可。這是因為聯邦最高法院在 *Illinois Tool Works, Inc. v. Independent Ink, Inc.* 一案中已經明確指出，法院不得就權利人擁有專利權的事實本身來推定其已經具備市場力量。因此主張抵觸反壟斷法的當事人（原告）需負舉證責任，以經濟模型與相關的實證調研資料顯示被告的確已經具有這一市場力量後方可。⁵³ 雖然這是針對專利許可所判決的案件，但本案的法則對於版權也一體適用。⁵⁴

52. *Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2 (1984)。另參見 4 *Nimmer on Copyright* §13.09[A][1][b], at 13-291, 13-292 (2008)。

53. 547 U.S. 26 (2006)。

54. 4 *Nimmer on Copyright* §13.09[A][1][b], at 13-292 (2008)。

值得注意的是，由於本案的判決是在前述各個巡迴上訴法院一系列關於版權誤用的案例之後才出現的，其結果究竟會對既有的版權誤用法則產生何等衝擊，尤其是否意味著今後凡是主張版權誤用抗辯的被告都需要承擔更高的舉證責任，回歸到類似於涉及反壟斷法的經濟市場分析，則仍未可知。⁵⁵

2. *Noerr-Pennington* 豁免法則

所謂的 *Noerr-Pennington* 豁免法則是源自美國聯邦最高法院在 1960 年代的兩個判例，對於權利人試圖影響美國國會（立法）或行政部門的行動，原則上可免受反壟斷的追究。⁵⁶ 由於聯邦憲法第一修正案明文對於人民的言論自由，包括對於受到不平或冤屈待遇向政府請願的權利給予保障，法院為了權衡並調和這一重要法益和反壟斷政策所欲推廣的促進公平競爭與保障消費者福祉等其他法益，於是限制了在特定情形下對於反壟斷政策的執行，讓人民得以向行政部門提出陳情、請願，請求調整法規政策或是向立法部門提出修改法律的請求而無後顧之憂，縱使這種私人行為可能會產生反競爭的效果，甚至其背後的動機或企圖乃是為了排除競爭時亦然。⁵⁷ 而後續的判例則更進一步將此法則擴展到司法訴訟。⁵⁸ 因此，權利人以「維權」之名向法院提出侵權之訴的本身，無論是在聯邦或是州法的體系下，都不會產生抵觸反壟斷法或是構成權利誤用的問題。

55. 同上注。Nimmer 教授對此採取了肯定立場，認為主張濫用的一方未來勢將面臨更高的舉證責任。

56. *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc.*, 365 U.S. 127 (1961) 與 *Mine Workers v. Pennington*, 381 U.S. 657 (1965)。在前案，數家卡車貨運公司向一群鐵路公司和它們所聘用的公共關係公司起訴，主張被告共謀展開一場有規模的公共關係活動，試圖影響國會修改法律，從而會對汽車貨運業造成嚴重的傷害。但是聯邦最高法院認為原告未能提出適當的訴因（cause of action），因為反壟斷法並未阻卻當事人從事影響法規通過或執行的行為，而且原告所宣稱將對消費者或社會大眾的利益造成損害的部分，乃是向政府陳情所產生的附帶效應，因而此種遊說行為仍然是受到保護的。法院也特別強調，原告背後的動機究竟為何，是否意圖對於競爭者造成傷害在此乃是全然無關，否則政府部門將會失去一個極為重要的資訊來源，而且剝奪了人民在當下最為重要的請願權利。而在後案，聯邦最高法院則將這一法則進一步由對於國會立法政策的遊說，擴展到了對於向行政機關的請願或陳情。

57. 參見 *Pennington* 案，381 U.S. at 670；另參見 *Federal Trade Commission, Enforcement Perspectives on the Noerr-Pennington Doctrine: An FTC Staff Report*, at 7 (2006), <http://www.ftc.gov/reports/P013518 enfperspectNoerr-Penningtondoctrine.pdf>。

58. *California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited*, 404 U.S. 508 (1972)。

不過聯邦最高法院在一開始便認識到，在某些情形下，一個表面上試圖影響政府政策的請願或要求等行為，如果事實上純粹只是為了掩飾其背後直接干預競爭對手業務的一個偽裝或假象（sham），則反壟斷法仍然有適用的餘地。⁵⁹至於如何斷定這其中只是純粹的假象，所應適用的準則究竟應當如何，則還需等待近三十年才在後續的 *Columbia Pictures Industries, Inc. v. Professional Real Estate Investors, Inc.* 案⁶⁰ 得以釐清。

本案的原告是哥倫比亞電影公司等幾個主要的好萊塢電影企業，被告則是旅館業者。被告將電影光碟出租給在其處住宿的賓客，讓後者使用已經設置於房間內的器材來觀賞。原告擁有對於這些錄製在光碟上的電影的版權，並已許可旅館可以將這些電影的訊號傳輸並播送至被告的旅館房間。但是原告仍然起訴，認為被告將其作品複製到光碟構成侵權。而被告則提出反訴，主張原告的訴訟事實上只是為了掩護其限制貿易和競爭的障眼法（以合法掩飾非法），從而違反了謝爾曼法（Sherman Act）第一條和第二條。在主訴部分，上訴法院判決原告敗訴，認為被告的行為不構成侵權；而在反訴的部分則是認為原告試圖通過訴訟將其作品的公開表演權範圍進行擴張，也並非僅僅是個偽裝或假象，從而受到 *Noerr-Pennington* 豁免法則的保護。然而當聯邦最高法院決定受理本案的反訴部分時，這一決定在版權界，尤其是權利人中，引起了相當的爭議和不安，憂慮如果法院改變判決，勢將產生所謂的「寒蟬效應」（chilling effect），讓原本用意正當的版權人只要起訴維權，便可能必須應對被告關於不公平交易的指控，從而大幅增加訴訟成本並導致權益的不確定。不過聯邦最高法院最終維持了原判，也消弭了這些不安。

在決定一個侵權之訴是否實質上只是偽裝或假象時，聯邦最高法院採取了兩步驟分析法，表示必須審視該訴訟是否：（一）在客觀上沒有根據（objectively baseless），也就是任何合理的訴訟，當事人都不會實際期待其訴訟在實體上有獲得成功的可能；（二）其實是為了掩飾企圖直接干預（interfere directly）其競爭者的業務關係才提起。只要提出反競爭主張的當事人（通常為提出反訴的原告）能證明這兩點，即可剝奪版權人主張適用 *Noerr-Pennington* 豁免法則。不過若想獲得因違反壟斷法所造成的損害賠償，自然還需承擔其他與反壟斷相關的舉證責任。但是法院也特別強調，僅僅舉證顯示權利人具有反壟斷的企圖或目的，無論如何都不足以將原本屬於合法的行為（基於維

59. 參見 *Noerr* 案，365 U.S. at 144。

60. *Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Industries, Inc.*, 508 U.S. 49 (1993).

權而起訴) 轉化為只是偽裝或假象。⁶¹ 另外必須注意的是, 依據法院的判例, 美國法制只是容許版權侵權本訴的被告得以適用 *Noerr-Pennington* 豁免法則來免除損害賠償, 但不得以此做為「積極抗辯」的基礎, 從而用以對抗權利人的侵權主張。⁶²

四、其他地區/國家的發展狀況

雖然美國在版權的誤用問題上一馬當先, 提供了許多可供其他國家或地區借鑒或思考的參考, 目前諸如歐盟、英國與日本等先進地區與國家也有一些值得注意的相關發展。因此, 討論這個問題時, 有必要一併進行比較性的介紹與分析。此外, 鑒於版權早已成為國際性的共通問題, 在進行有關的分析時也自然必須將既有的相關國際公約框架一併納入考慮。因此, 本節即就這個方面進一步討論, 另比較中國大陸與台灣的現行法制, 以探索未來的可行之道。

(一) 歐洲聯盟的現況

歐洲聯盟的現行立法或指令並未直接在既有的版權法體系中去制訂關於版權誤用或濫用的規定。而司法部門(即歐洲聯盟法院〔Court of Justice of the European Union, ECJ〕)對於類似問題的處理原則, 是從對於個人基本權利的濫用(abuse of rights), 或是反壟斷法中的「樞紐設施」或「關鍵設施法則」(Essential Facility Doctrine)來予以審查。「權利濫用」的法源基礎是歐洲聯盟基本權利憲章第54條:「本憲章不得被解釋為授予任何權利, 以參與或從事任何以毀損本憲章承認之權利及自由或超越本憲章所允許之限制範圍為目的之活動或行為。」⁶³ 而「關鍵設施法則」則是源自於 *Magill* 電視節目指南案,⁶⁴ 是指具有市場控制力量或關鍵知識產權(在本案為版權)的權利人試圖阻卻具

61. 同上注, 頁59-61。

62. 參見前注53, 頁13-295。

63. 其原文為: “Nothing in this Charter shall be interpreted as implying any right to engage in any activity or to perform any act aimed at the destruction of any of the rights and freedoms recognised in this Charter or at their limitation to a greater extent than is provided for herein.” 參見 Charter of Fundamental Rights of the European Union, art. 54, [2000] O.J. C 364/01, http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf。

64. 參見 Commission Decision (89/205/EEC) *Magill TV Guide: ITP, BBC and RTE v. Commission*, 1989 O.J. (L 78) 43 (decision dated December 21, 1988)。

有消費者潛在需求的新興產品形成。這與享有關鍵技術或知識產權的權利人「拒絕授權」(refuse to license) 其實是相當近似的，必須以符合 (1) 具有潛在的消費需求；(2) 沒有事實上或潛在的替代版權存在；(3) 權利人拒絕授權或提供資訊並無任何客觀上的正當性存在；以及 (4) 權利人合於法定的壟斷要件且其行為是為了排除其他的競爭等四項要件時，方有可能構成對其版權的誤用或濫用。⁶⁵

(二) 英國的現況

在英國版權的法制體系下，也有類似版權誤用或濫用的概念。而其法源則是英國 1988 年的《版權、設計與專利法》(Copyright, Designs and Patents Act of 1988, 簡稱 CDPA) 第 173 條以及《伯爾尼公約》(Berne Convention) 第 17 條允許涉及「公共利益」(public interest) 或「公共秩序」(*ordre publique*, public order) 的抗辯，也就是當版權的利用足以影響公共秩序或利益時，法院得依職權不予認可權利人的版權，從而讓其權益無法獲得執行。⁶⁶ 不過最近的判例對於這一類的抗辯範圍作出了大幅的限制和縮小。

在 *Hyde Park v. Yelland* 案，⁶⁷ 英國的百貨業企業家莫罕默德·阿法耶 (Mohammed Al Fayed) 透過旗下的保全公司以侵害了版權為由，向法院申請制頒禁制令，禁止倫敦太陽報 (*The Sun*) 刊登從警衛安全攝影機的影帶上所取出的一張定格照片。報社試圖以該照片來顯示阿法耶所主張，有人試圖陰

65. 此一法則原本是來自美國關於反壟斷法的司法判例，與版權濫用是屬於被告的抗辯手段並不相同。後來則分別由歐洲聯盟、英國、澳大利亞與南非所接受，因為這樣的拒絕授權往往會造成對於產品開發的市場瓶頸，所以有時也被稱為「瓶頸原則」(Bottleneck Principle)。在美國，如果原告想要主張此一法則，必須舉證 (1) 關鍵設施是由壟斷者所掌控；(2) 具壟斷地位權利人的競爭者實際上無從或無法合理重製該關鍵設施；(3) 權利人拒絕競爭者得以利用該關鍵設施；以及 (4) 提供該設施給予競爭者乃屬可行。而聯邦最高法院最近的判決事實上又增加了另一個要件，即 (5) 行政執法機關無制訂法規強制權利人必須讓競爭者對其設施予以取用的監管權。參見 *Verizon v. Trinko*, 540 U.S. 398 (2004)。不過原告想要成功舉證，在實務上是極度的困難。

66. 其原文為：“Construction of references to copyright owner. (1) Where different persons are (whether in consequence of a partial assignment or otherwise) entitled to different aspects of copyright in a work, the copyright owner for any purpose of this Part is the person who is entitled to the aspect of copyright relevant for that purpose. (2) Where copyright (or any aspect of copyright) is owned by more than one person jointly, references in this Part to the copyright owner are to all the owners, so that, in particular, any requirement of the licence of the copyright owner requires the licence of all of them.” 參見 Copyright, Designs and Patents Act, art. 173, 1988 c. 48, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/section/173>。

67. 參見 *Hyde Park v. Yelland*, [2001] Ch 143。

謀殺其子與黛安娜王妃以阻止兩人成婚之事，其實是有相當的問題。本案在初審時，主審法官羅賓・雅各（Sir Robin Jacob）以被告是從事時事報導，其揭露相片有助於駁斥一項在公共場合所做出的嚴重的指控，因此在論述上涉及到公共利益為由判決被告勝訴。然而上訴法院推翻了此一立場，認為在現行的法制體系下，並不存在以侵害公共秩序為名的一般性抗辯；但對於嚴重影響道德（類似「善良風俗」的概念）或對於公眾會造成傷害的作品，法院基於其「固有管轄權」（*inherent jurisdiction*），仍然得拒絕保護當事人的版權權益。本案因此大幅限制了法院以公共利益或公平交易為名而不予保護版權的裁量範圍。也就是說，只要權利人沒有任何的不法行為或作品本身無害，縱使因為披露其中的資訊可能會影響到公共利益，也不足以構成不執行版權的理由。不過法院並未對於究竟應該如何區隔兩者以及如何行使法院的「固有管轄」，提供明白、具體的例示。即便如此，本案判決已獲得由高等法院副院長（Vice Chancellor）主筆，在另外兩案的確認與支持。⁶⁸

（三）日本的現況

日本最高裁判所在2000年4月11日對於專利權的誤用或濫用問題已做出判例，表示「當專利無效的理由明顯存在時，基於該專利所主張的扣押或損害賠償請求，在沒有特殊的情況下，為對於該權利的濫用，違反了專利制度的宗旨，自不得允許」。⁶⁹此一法理也適用於版權的領域。事實上，版權誤用或濫用的法理在此之前已經獲得了下級法院的認可。⁷⁰不過截至目前為止，還未有任何的判例對於版權濫（誤）用的內涵究竟為何、是否如美國的法制一般需與反壟斷的分析有所區隔等問題作進一步的釐清。

68. 參見 *Ashdown v. Telegraph Group*, [2001] Ch 685, [2002] Ch 149; *Imutran v. Uncaged Campaigns*, [2001] 2 All ER 385。作為對比，可參見 *ZYX Music GmbH v. King*, [1995] FSR 566; [1997] 2 All ER 129 (EWCA)。不過法院也表示，如果版權的行使會干預對於言論自由的保障時，則當事人仍有以公共利益從事抗辯的空間。關於學界的評論，參見 Robert Burrell and Allison Coleman, *Copyright Exceptions: The Digital Impact* (2005): 91。

69. 參見平成10(オ)364號判決(平成12年04月11日)，債務不存在確認請求事件，最高裁判所第三小法庭(2000)，其判決書載於 http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/j_20100319120607755838.pdf。

70. 其原文為：「当該特許に無効理由が存在することが明らかであるときは、その特許権に基づく差止め、損害賠償等の請求は、特段の事情がない限り、権利の濫用に当たり許されないと解するのが相当である。このように解しても、特許制度の趣旨に反するものとはいえない。」參見平成10年(ワ)16389號判決である(平成11年11月17日)(キューピー事件)；平成17年(ネ)第10113號損害賠償等請求控訴事件(原審・東京地方裁判所平成17年(ワ)第7875号)。

此外，日本《關於禁止私的獨占及公平交易確保法》（即壟斷禁止法）第21條規定：「依據版權法、發明專利法、新型專利法、新式樣專利法或商標法所行使權利之行為，不適用本法規定。」因此，從反面的解釋來看，凡是對於權利的行使一旦逾越知識產權法所設定的範圍，就有相當可能會產生是否抵觸壟斷禁止法的問題。這與台灣地區目前的法規制度相當近似。

（四）國際公約的現況

雖然在現行與版權有關的各主要國際公約中並未明文直接提及「版權誤用（或濫用）」法則，但此一法則的存在，則是呼之欲出。例如，世界貿易組織中《與貿易有關的知識產權保護協定》第8條第2項規定：「會員得採行符合本協定規定之適當措施以防止知識產權權利人濫用其權利，或不合理限制貿易或對技術之國際移轉有不利影響之行為。」⁷¹

《世界知識產權組織版權條約》中關於第10條規定的「同意聲明」（agreed statements）也表示，「茲了解第10條條款允許各締約國在《伯爾尼公約》所得接受之範圍內將其內國法之限制及例外〔規定〕予以發揚並適度延伸至數碼環境。同理，該等條款應被解讀為允許各締約國制訂適合於數據網絡環境中的新型例外與限制。」「亦了解第10條第2項規定對於《伯爾尼公約》所允許之限制或例外範圍既不得限縮亦不得擴張。」⁷²

由於這些重要的國際公約都已明確意識到如何平衡版權乃至其他知識產權的運用與保護，無論是從立法、司法或行政入手，其實都是一個需要非常精密細緻的政策設計，涉及到多方的考量與權益均衡。因此，如何將「版權

71. 其原文為：「Appropriate measures, provided that they are consistent with the provisions of this Agreement, may be needed to prevent the abuse of intellectual property rights by right holders or the resort to practices which unreasonably restrain trade or adversely affect the international transfer of technology」（emphasis added）. 參見 Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Protection, art. 8.2, Annex 1C of the Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization。

72. 其原文為：「It is understood that the provisions of Article 10 permit Contracting Parties to carry forward and appropriately extend into the digital environment limitations and exceptions in their national laws which have been considered acceptable under the Berne Convention. Similarly, these provisions should be understood to permit Contracting Parties to devise new exceptions and limitations that are appropriate in the digital network environment.」 「It is also understood that Article 10(2) neither reduces nor extends the scope of applicability of the limitations and exceptions permitted by the Berne Convention.」 參見 Agreed Statements concerning the WIPO Copyright Treaty, <http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wct/statements.html>。

誤用或濫用」的相關法制予以落實到各個國家的內國法體系之中，已經成為當前研究版權相關問題時所必須觸及與面對的重要議題。

（五）中國大陸的現況

在中國大陸，涉及類似「版權誤用」的現象已經悄然浮現。⁷³例如在一家北京設立、名為華蓋創意公司的中外合資企業從2005年8月開始便在中國各地展開了版權的批量維權訴訟，短短三年就已經達到了數千宗。雖然這家公司採取了化整為零的策略，但鑒於其總體規模之大和總體金額之高，它的行動仍然引起了如國家版權局等政府部門的高度關注。⁷⁴另一個由中國境內企業從事這種營運模式的代表則是北京三面向版權代理有限公司。⁷⁵它的模式雖然與華蓋不盡相同，但最終都是以維權訴訟作為手段，向各地的作品使用人提出支付許可費的要求，也從而引發了相當大的爭議。⁷⁶此外，還有一些零星的個體戶也透過這種到處興訟的方式，試圖賺取高利。⁷⁷

73. 王鴻超，〈中小企業如何應對版權商業性維權（版權流氓）？〉，中小企業知識產權保護網，2012年10月23日，載於 <http://www.ipshot.com/a/lawpractice/legalrisk/2012/1023/1969.html>。

74. 華蓋創意（北京）圖像技術有限公司是美國蓋帝圖像公司（Getty Images）與其全資子公司優力易美（北京）圖像技術有限公司於2005年在北京設立的一家中外合資經營企業。北京華蓋創意公司一方面代理美國蓋帝公司在中國境內進行圖片使用許可的分銷，同時也在中國大陸地區對圖片侵權進行追索。目前國內已有相當數量公司被訴侵權。據不完全統計，僅2006年，國內就有5,000餘家公司被列為被告；之後的被告企業數字更是有增無減，遍布各類國有、民營企業、事業單位、民間團體甚至政府部門。除在個別地方的法院因「圖片版權權屬證據不足」而受到有效遏制外，華蓋在全國大部分地方法院大多勝訴：對於每張侵權圖片，法院通常判令被告支付人民幣5,000至10,000元不等的賠償金，原告律師費等維權費用也大多得到支持。另外，華蓋還慣常以提起訴訟為後手，讓許多企業不得不以每張圖片10,000萬元左右的價格向其支付使用許可費，由此可為這家公司每年帶來至少人民幣3-4億元的營收。參見〈北京華蓋創意版權訴訟案診斷〉，2011年12月5日，載於 <http://www.lawtime.cn/info/minfa/qlzscq/2011120599756.html>。

75. 例如，甘肅省高級人民法院（2007）甘民三終字第41號民事判決。

76. 〈「三面向」：是「網路王海」還是「網路碰瓷兒黨」？〉，新華網／中央電視台經濟半小時，2007年10月28日，載於 http://news.xinhuanet.com/fortune/2007-10/28/content_6957585.htm。

77. 例如，台灣的一名李姓男子在鎮江控告蘋果公司，認為iPhone和iPad等產品所使用的Facetime應用軟件侵害了他在2003年所獲得、一項名為「網路語音個人數碼助理器」的專利。參見童雲，〈台灣男子控蘋果Facetime專利侵權〉，騰訊科技網，2012年8月7日，載於 <http://tech.qq.com/a/20120807/000176.htm>。

目前許多中級人民法院已然逐漸意識到了其中的潛在問題，不過迄今卻呈現了並不一致的判決結果。絕大多數的法院仍然判決華蓋創意勝訴。⁷⁸然而有的法院則從程序上，以華蓋創意公司本身作為原告起訴（而非訴訟代理人）的權利來源無法確定，或是未能提供版權仍在保護期間內的證據（即通稱的「權屬不足」），判決原告敗訴。⁷⁹無論如何，或許因為現行的《版權法》與相關的司法解釋，還未對於類似美國「版權誤用」的抗辯作出任何的規定，而在既有的大陸法框架下也不容許所謂的「法官造法」，讓個別法官能夠透過對特定案件的庭審去自行創造出像這樣的法則。所以可以預期的是，沒有任何當事人（被告）在訴訟中會提出這樣的主張作為抗辯。但這並不表示類似於在美國發生的案例沒有在中國發生。未來或有必要考慮直接在《著作權法》內增加相關的條款，從而可以適度的平衡權利人與使用人之間的關係，讓整個與版權有關的授權許可制度能更均衡、健康的發展。

（六）台灣地區的現況

如果純粹從表面上來觀察，在台灣地區所發生的類似於「版權誤用」（或濫用）的案例，與美國的案例形態頗不一樣。但是在這個表象的差異背後或底層，其實卻包含了類似的問題。這其中最常見的案例類型是權利人試圖控制對實體影視光盤（DVD）的商業性出租，以確保能取得所有出租業務的相關收益。但由於部分出租業者並未遵循此一管道取得影音光盤，而是透過其他方式購得二手的正版光盤，然後再行租賃，導致電影發行公司無法有效掌握其租賃業務，甚至影響到其他出租業者的租賃業務，從而侵蝕到電影發行公司透過租賃獲得的利潤。於是當影音光碟出租業者向其他同行廉價收購後者所持有，標示為「出租版」的光盤，以便得以繼續出租時，便經常遭到電影發行公司指控侵害版權。

此處所發生的訴訟大致包括兩種情形：

一、光盤仍在租賃期間內並仍屬電影發行公司所有，尚未轉售給出租業者的前手：出租業者主張，此時該光碟既仍屬「出租版」，則由其承購而續行出租業務，應屬合法許可或授權的實施。而電影發行公司則主張，由於該影視光盤尚未屆滿出租期限，根據其與出租業前手之間的合同，

78. 例如，廣東省深圳市寶安區人民法院（2013）深保法知民初字第570、571號民事判決；北京市朝陽區人民法院（2013）朝民初字第3138號民事判決等。

79. 例如，廣東省東莞市中級人民法院（2014）東中法知民終字第116號民事判決。

該光盤的所有權應仍屬於電影發行公司，出租業前手的銷售行為屬於無權處分；或是

二、光盤已逾租賃期間，前手已優先承買後才再轉讓：出租業者主張，該光盤是由其前手向電影發行公司合法行使優先承買權所購得。而電影發行公司則主張，該類由出租業者優先收購而轉售的「出租版」影視光碟，是受一般消費大眾私人持有欣賞目的的限制，不得再行作為出租業務之用。

由於這類型的案件在過去不斷發生，而且其中的原告都是固定的一、兩家企業，因此更加深了其中是否涉及到「濫訴」或構成「版權誤用」等問題的種種疑慮。⁸⁰

從既有的司法判決來看，法院基本上是支持權利人的主張，並認為被告無法以「首次銷售法則」作為抗辯，主張原告的權利已經用盡（exhaust）。⁸¹然而由於現行法規尚未明確承認「版權誤用」得作為法定的抗辯手段，因此還未見到任何的訴訟是直接以此作為爭議點。

除了上述的類型，另外常見的也是類似華蓋創意公司的潛在「濫訴」問題，尤其是發生在特定攝影師的攝影作品和唱片業者對於電腦點唱機內的音樂，是否存在未經合法授權使用的問題。⁸²由於這類型的案件幾乎完全是刑事自訴案，而且是以經濟上的和解收場，所以目前還難以看出法院是否有一個明確的脈絡可以供當事人有所依循。

五、結論

從本文的介紹和分析可以看出，關於「版權誤用」的發展，目前仍然是以美國最為成熟，而且已具體成形。其他的國家或地區雖然也有類似的問題，

80. 原告多半為得利影視股份有限公司或協和影視股份有限公司。而前者即為國際唱片業協會（International Federation of the Phonographic Industry, IFPI）在台灣的代理音樂發行機構。關於其中的詳細介紹與分析，參見孫遠釗、周欣嫻、湯詠瑜、侯嘉玲，《相關國家防止版權濫用之研究》，台灣經濟部智慧財產局委託研究計劃09818006570期末報告書（2010），頁35-51。

81. 參見98年度刑智上易字第32號刑事判決、98年度附民上字第2號刑事附帶民事判決（2009年5月7日判決）、98年度刑智上易字第60號刑事判決（2009年7月20日）、97年度附民字第292號刑事附帶民事判決（2009年4月8日）等。台灣現有的制度與實踐，導致權利人經常以刑事訴訟或刑事附帶民事訴訟作為嚇阻潛在侵權者的手段。

82. 參見前注80。其中涉及攝影作品訴訟（或訴訟威脅）的關鍵人物，是台灣著名的生態攝影師林英典先生。

但卻始終未能形成類似合理使用一般，對於權利行使的常態性抗辯。綜合美國在各個不同聯邦上訴法院既有的司法判例，得以適用「權利誤用」的抗辯可大致歸納為下列六種類型：

- 一、對於已經進入公共領域的作品（通常是音樂或視聽作品）收取屬於仍受版權保護的費用；
- 二、要求被許可人不得使用競爭者的作品或產品，縱使無法證明其市場力量或反競爭的效果，或是能證明許可人從未執行這一「禁止競爭」條款時亦然；
- 三、在許可使用合同中設定範圍廣泛的競業禁止條款，尤其是在諸如軟件許可中限制開發具有競爭性的作品或產品等；
- 四、在版權的登記上做了重大不實陳述；
- 五、就權利人實際所擁有的權利範圍誤導法院；以及
- 六、就他人在競爭產品上（如印刷電路板）對於版權（通常為應用軟件）從事暫時性的測試或使用行為主張構成侵權，從而將類似於版權或專利權的控制延伸到原本就不具備知識產權權益的該產品之上。

在合同自由的前提下，「版權誤用」其實是一個範圍相當狹小的例外，准許權利人的相對人據以提出抗辯，即使本身並非直接是「受害人」或誤用對象亦然；一旦抗辯成功，則只是產生讓版權在誤用事由還未消滅前，暫時無法獲得執行的效果，而不是使權利人的版權失效。此外，這種抗辯也從來不是用來禁止權利人透過使用許可合同來設定條件，限制對於作品的使用。只要合同的內容不涉及限制他人自行獨立開發具有競爭性的產品，基本上就不會產生「誤用」的問題。

至於權利人基於其權利實施嚴格的執法，並不當然構成所謂的「濫訴」。事實上，除非被告能夠舉證權利人的訴訟只是一個法律上所定義的偽裝、「幌子」或假象，以訴訟作為扼制手段的本身乃是權利的正當行使，並無任何問題。

相對而言，有學者歸納出了下列四種已經構成「版權濫用」（範圍已超過「誤用」）的類型：⁸³

83. John T. Cross and Peter K. Yu, "Competition Law and Copyright Misuse," 56 *Drake L. Rev.* 427 (2008).

- 一、以版權作為手段來迫使被許可人讓步；
- 二、限制被許可人與權利人的競爭者從事交易的能力；
- 三、通過許可限制他人與其從事競爭的能力；以及
- 四、運用司法訴訟制度以產生反競爭的效果。

由於這些行為必須達到反競爭的效果才會抵觸反壟斷法規，因此當事人在舉證上必須提出更精細的經濟實證分析方可。這也意味著訴訟費用將會大幅增加。不過在程序上則不須受限於抗辯的形式，也可以由當事人主動提出。

近來如世界知識產權組織、《反假冒貿易協定》(Anti-Counterfeiting Trade Agreement, ACTA) 與《環太平洋夥伴關係協議》(Trans-Pacific Partnership Agreement, TPPA) 的協商，還有許多不同的國家和地區對於版權法制所展開的新一輪調研、檢討和修改，基本上還是集中在如何擴充權利人的保護範圍，而對於權利誤用或濫用的問題卻毫未觸及。⁸⁴ 為了正本清源，在採納這個法則之前，固然有必要先考慮是否須要確立一套完整的訴訟抗辯制度，從而使「權利濫用」的本身不至於被濫用，讓例外因不當的擴張卻反而成為了通行原則。而另一方面，也必須由此讓未來的版權法制更能兼顧權利人與社會公益之間的平衡，從而讓整個版權的保護體系更為完善。

84. 例如，世界知識產權組織於2012年6月24日通過的《音像表演北京條約》(Beijing Treaty on Audiovisual Performances)，AVP/DC/20，載於http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/avp_dc/avp_dc_20.pdf；《反假冒貿易協定》，載於http://www.mofa.go.jp/policy/economy/i_property/pdfs/acta1105_en.pdf。

第二章

被忽視的版權使用人

李治安

一、前言

知識產權的使用方式與實體財產的消費方式有顯著的不同，此與知識產權的本質及規範方式有密切關係；而知識產權的使用，除了涉及該財產經濟價值的實現外，也與知識產權制度的目的與社會價值密切相關。因此，知識產權的使用足以成為一個特殊的研究主題。本文以版權之使用及使用人為中心，論述其在版權制度中之應有地位。就版權之使用與實體財產之消費或使用方式而言，兩者的第一個差異在於，由於著作內容具有相當的公共財特性，因此不會因為使用行為而耗損，¹但是相較於在市場上出售有體財產的財產權人而言，版權人對於著作使用之控制力及控制欲似乎更強。試想若在超市買了一瓶礦泉水，礦泉水之製造商不會限制我們要如何使用這瓶水，我們可以把它喝掉、倒掉、泡茶或煮湯，但是如果我們買的是一本書、一片 DVD 或一張電腦程式光碟，對於這些產品的使用可能受到很大的限制，²我們不能將取得的資訊改作或重新包裝後，再到市場上販售；³如果買的是單機版的軟件程式，則不能重複安裝到多台電腦上；⁴若出售二手正版光碟，不能隨之附送以備份為目的的燒錄片；⁵而如果買到的是侵害他人版權的產品，則更不能

1. 李治安，〈解構著作權法的損害賠償方程式：以著作財產權之侵害為中心〉，《政大法學評論》124期（2011），頁306-7。
2. 當然，嚴格言之，我們買的是版權附著之物，而非版權本身，但版權附著之物的使用與其他實體物使用相較，前者受到的法律限制及原權利人所附加的限制是較多的，其中一大部分的原因是因為受到版權法及版權授權條款的限制。
3. 參台灣最高法院97年度台上字第2488號刑事判決、台灣最高法院98年度台上字第5159號刑事判決、台灣智慧財產法院98年度刑智上訴字第23號刑事判決及台灣高等法院96年度上訴字第3840號刑事判決等。
4. 參台灣高等法院97年度上易字第1609號刑事判決。
5. 參台灣高等法院97年度上訴字第1090號刑事判決。

再將產品以銷售的方式散布到市場上，⁶ 甚至連贈與他人也都構成版權侵害。⁷ 這些差異除了可部分說明有體財產與無體財產之差別外，也可呈現著作使用行為所受到的法律及契約限制。

版權法的立法目的，主要是為了平衡刺激創作人的創作誘因及提供作品使用人使用作品之機會，以達成促進國家文化發展之終極政策目標。經過三百年的歷史演進，版權法的學術與實務對著作人之利益與角色有相當之關注，然而，相較於著作人或作者而言，⁸ 以作品使用人為中心的相關探討與研究卻明顯不足。⁹ 就現今版權制度而言，使用人權益之肯認在許多條文中都有跡可循，但是相關文獻的探討並未以使用人為核心，勾勒出使用人在版權制度中應有之地位、使用人之權益及使用行為在版權政策下之社會價值等；就長期而言，此等欠缺恐不利於許多重要的版權政策討論。

許多法院在版權案件之政策價值判斷中，均以社會公益的概念來涵蓋使用人利益，如此涵蓋方式是否能將不同情境中的具體著作使用情形完整考慮，亦不無疑問。本文以使用人為中心，首先由立法目的及具體規範出發，描繪出其在版權制度中的輪廓與地位，並分析消極使用人與積極使用人兩種不同使用人類型，此等區分有助於思考在現今的數碼環境中，版權法規範是否能配合新形態的創作方式與環境，抑或是成為該等創作方式的阻礙？本文亦試圖由文化及社會的觀點，探討著作使用的正面價值，這些價值雖然在概念上具有相當的隱晦性，且在兩岸四地版權法文獻中較少探討，但是卻與版權法促進國家文化發展的政策目標密切相關，因此將其相當程度地呈現，將

6. 參台灣智慧財產法院 100 年度刑智上訴字第 5 號刑事判決、台灣智慧財產法院 100 年度刑智上易字第 77 號刑事判決、台灣智慧財產法院 100 年度刑智上易字第 95 號刑事判決。

7. 參台灣智慧財產法院 100 年度刑智上易字第 125 號刑事判決。

8. James Boyle, *Shamans, Software, and Spleens: Law and the Construction of the Information Society* (Cambridge: Harvard University Press, 1996), 132–43; Margaret Chon, “New Wine Bursting from Old Bottles: Collaborative Internet Art, Joint Works, and Entrepreneurship,” *Oregon Law Review* 75 (1996): 263–66; Peter Jaszi, “On the Author Effect: Contemporary Copyright and Collective Creativity,” *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* 10 (1992): 302, 319–20; Peter Jaszi, “Toward a Theory of Copyright: The Metamorphoses of ‘Authorship’,” *Duke Law Journal* (1991): 460; Martha Woodmansee, “On the Author Effect: Recovering Collectivity,” *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* 10 (1992): 288–92; David Lange, “At Play in the Fields of the Word: Copyright and the Construction of Authorship in the Post-Literate Millennium,” *Law and Contemporary Problems* 55 (1992): 142–43.

9. 因此，學者 Jessica Litman 曾於 2007 年表示，雖然版權法學者常強調社會公共利益，但卻很少在研究中探討公共利益所代表的使用人及使用行為，身為一個版權法學者，Litman 就此等闕如，也坦承其具有相當的罪惡感。參 Jessica Litman, “Creative Reading,” *Law and Contemporary Problems* 70 (2007): 176–77。

有助於說明著作使用行為的制度與政策意涵。此外，本文以版權技術保護措施及合理使用規範為具體範例，說明立法及司法實務考量使用人權益與否，所可能帶來的影響，並藉此疾呼在版權政策的決定過程中，不應任意忽略使用人及其權益之重要性。

本文之目的不在於發展出一套完整的著作使用人理論，只盼藉由學術議題的聚焦，喚起兩岸四地學術、立法與司法實務對於著作使用人及其權益之重視及敏感度，並期待為未來使用人理論的發展提供一個粗糙淺薄的基礎，以達拋磚引玉之效。本文雖然主張立法或司法機關在作決策時，應認真看待使用人權益及使用之社會價值，但此論點並非主張使用人權益應凌駕一切政策考量之上，政策決定者仍應就所有涉及利益，作出平衡妥適之考量。本文以為，和著作人及版權人相同，使用人在整體版權制度中的主體性不應被忽視或邊緣化，一個平衡且健全的版權制度須妥適平衡不同主體的利益，而利益平衡的過程與考量因素，即是版權政策最困難之處。

二、使用人在版權制度中的角色

使用人在版權制度中具有高度的重要性，設想在一個版權制度中，若完全不存在使用人，則該制度之必要性及正當性立即蕩然無存，或具體言之，一部過度阻礙著作使用的版權法，其實最終將對著作之產生及著作人造成傷害，¹⁰ 蓋著作存在之目的即為被充分利用，否則著作之價值及存在必要性均無法顯現。使用人在版權制度中之角色及地位究竟為何，似乎仍有待進一步探討，本文以下先從版權法之立法目的切入，再析述使用人於台灣版權實定法相關之具體規範。

（一）促進國家文化發展的立法目的

版權法是一部兼顧公益與私益的法律，以台灣版權法為例，透過平衡著作人之權益保護與社會大眾對著作接近使用之機會，以達到版權法第1條「促進國家文化發展」的終極政策目標。¹¹ 然而，國家文化發展與進步是一個頗為抽象的概念，如將此抽象概念落實到具體的文化生活中，則版權法的施

10. Jessica Litman, "Lawful Personal Use," *Texas Law Review* 85 (2007): 1881.

11. 謝銘洋，〈智慧財產權法〉（台北：元照出版社，2011），頁9-10；謝銘洋、馮震宇、陳家駿、陳逸南、蔡明誠，〈著作權法解讀〉（台北：元照出版社，2005），頁3-4；蕭雄淋，〈新著作權法逐條釋義（一）〉（台北：五南圖書出版公司，1998），頁7。

行除了可以豐富整體社會文化資源及公共領域外，¹²最重要的是讓所有潛在的作品使用人能有機會合法使用作品。¹³換言之，版權法賦予著作人權利及誘因的真正目的，其實是為了實現由使用人權益所組合而成的公共利益。¹⁴因此，美國版權法學者 Lyman Ray Patterson 在其著作中一再強調，版權法應該是一部關於作品使用人權利的法律 (law of users' rights)，而非著作人權利之法律；¹⁵此外，學者 Jessica Litman 也認為，¹⁶所有版權法條文的設計，

12. 劉孔中，〈建立資訊時代「公共領域」之重要性及具體建議〉，載劉孔中，《智慧財產權法制的關鍵革新》(台北：元照出版社，2007)，頁1-12。劉靜怡，〈從創用 CC 運動看數碼時代的公共領域：財產權觀點的初步考察〉，《中研院法學期刊》8期(2011)，頁120-37。美國文獻相同論述可參 Robert Gorman, *Copyright Law* (Washington: Federal Judicial Center, 1991), 1。
13. 實務上不乏將《著作權法》第1條之「調和公共利益」及「促進文化發展」之立法目的連結到著作使用人之判決，如智慧財產法院99年度民著上易字第1號民事判決：「為調和著作權人之權利及特定之社會利益，或為促進文化發展之公眾使用利益，著作權法第4章第4款訂有對著作財產權之限制規定，其中包括於制定法律時，立法者即已斟酌相關社會公共利益之需求，認為在該一定條件下，使用人使用該著作，係屬合法行為，不應認為係侵害著作財產權。」相同見解尚有智慧財產法院98年度民著訴字第45號民事判決等；又如台北地方法院98年度易字第1809號刑事判決：「就社會整體而言，如過度保護著作權，將造成一般人利用之困難，而阻礙學術交流發展與知識傳遞，有礙社會公益，殊非著作權法保護私人著作權利之本旨。」在合理使用相關分析中，亦有相同的連結，參智慧財產法院98年度民著訴字第8號民事判決：「如果使用人之使用目的及性質係有助於調和社會公共利益或國家文化發展，則即使其使用目的非屬於教育目的，亦應予以正面之評價；反之，若其使用目的及性質，對於社會公益或國家文化發展毫無助益，即使使用者並未以之作為營利之手段，亦因該重製行為並未有利於其他更重要之利益，以致於必須犧牲著作財產權人之利益去容許該重製行為，而應給予負面之評價。」
14. Keith Aoki, "(Intellectual) Property and Sovereignty: Notes toward a Cultural Geography of Authorship," *Stanford Law Review* 48 (1996): 1310; Joseph P. Liu, "Copyright Law's Theory of the Consumer," *Boston College Law Review* 44 (2003): 398。美國相關判決就此立場的說明可參 *Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 431-32 (1984); *Twentieth Century Music Corp. v. Aiken*, 422 U.S. 151, 156 (1975); *United States v. Paramount Pictures, Inc.*, 334 U.S. 131, 158 (1948); *Fogerty v. Fantasy, Inc.*, 510 U.S. 517, 527 (1994)。劉孔中教授曾提出三階段交換理論，說明知識產權的最終目的是藉由豐富公共領域以裨益公共利益，參劉孔中，〈莫忘初衷：對兩岸著作權修法之期許〉，載《2011第三屆兩岸四地著作權法律制度研討會》(台北：國立政治大學智慧財產研究所、國立政治大學法學院、北京大學法學院、北京大學知識產權學院主辦，2011)，頁21。
15. L. Ray Patterson and Stanley W. Lindberg, *The Nature of Copyright: A Law of Users Rights* (Athens: University of Georgia Press, 1991); L. Ray Patterson and Stanley E. Birch, Jr., "A Unified Theory of Copyright," *Houston Law Review* 46 (2009): 215-313; L. Ray Patterson, "Free Speech, Copyright, and Fair Use," *Vanderbilt Law Review* 40 (1987): 53-63; L. Ray Patterson, "*Eldred v. Reno*: An Example of the Law of Unintended Consequences," *Journal of Intellectual Property Law* 8 (2001): 228。
16. Jessica Litman, "Readers' Copyright," *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.* 58 (2011): 329-30。

應該都是為了最終鼓勵或促進使用人對於著作的使用，否則任何對著作人的保護都不具意義。¹⁷再者，就英美知識產權發展之歷史而言，全世界第一部版權法英國的《安妮法令》(Statute of Anne)及美國憲法第1條第8項第8款的知識產權條款之最初立法目的，均為「鼓勵學習」(the Encouragement of Learning)，¹⁸這亦可看出版權法最初的立法目的，其實是以使用人之學習為本位的。

然而，由於版權保護範圍不斷擴張，¹⁹且版權法的規範模式是以著作人之版權為核心，先勾勒出具體的權利範圍，而涉及使用人權益之規範則通常以版權之限制、例外、抗辯或救濟性的方式呈現，²⁰因此極易讓人感覺，相較於著作人之版權而言，使用人之權益在版權制度中是屬於邊陲、次要的，進而認定版權法是一部以保護著作人權利為首要目標的法律，也因此忽略了版權

17. 針對上述 Patterson 及 Litman 關於著作權法中使用者權利的看法，其實也有不同見解，如知名學者 Jane C. Ginsburg 即認為，使用人權利固然重要，但應該還是次於著作人之著作權，因為沒有著作存在，何來著作之使用？參 Jane C. Ginsburg, "Putting Cars on the 'Information Superhighway: Authors, Exploiters and Copyright in Cyberspace,'" *Columbia Law Review* 95 (1995): 1468。然觀諸 Ginsburg 文中的論述，似將「使用人」及「權利」作較狹義的解釋，其概念限於著作權法條文中之具體的使用人權利，而非將此概念連結到立法政策中的公益考量及使用人之其他利益。
18. Litman, *supra* note 16, at 332-33; Michael J. Madison, "Some Optimism about Fair Use and Copyright Law," *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.* 57 (2010): 354; L. Ray Patterson and Craig Joyce, "Copyright in 1791: An Essay Concerning the Founders' View of the Copyright Power Granted to Congress in Article I, Section 8, Clause 8 of the U.S. Constitution," *Emory Law Journal* 52 (2003): 938; Malla Pollack, "What Is Congress Supposed to Promote? Defining 'Progress' in Article I, Section 8, Clause 8 of the United States Constitution, or Introducing the Progress Clause," *Nebraska Law Review* 80 (2001): 783; Edward Walterscheid, *The Nature of the Intellectual Property Clause: A Study in Historical Perspective* (Buffalo, NY: William S. Hein & Co, 2002), 150-51.
19. William F. Patry, *Moral Panics and the Copyright Wars* (New York: Oxford University Press, 2009), 67-68; Neil W. Netanel, *Copyright's Paradox* (Oxford: Oxford University Press, 2008), 54-80; Andrew Beckerman-Rodau, "The Problem with Intellectual Property Rights: Subject Matter Expansion," *Yale Journal of Law and Technology* 13 (2010): 63-65。台灣學者主張，請參劉孔中，前注 12，頁 11-12；劉靜怡，前注 12，頁 141。
20. 台灣實務界多認為合理使用在法律定性上係一抗辯或侵權阻卻事由，參台灣高等法院 83 年度上易字第 2424 號刑事判決、智慧財產法院 98 年度民著訴字第 2 號民事判決、智慧財產法院 98 年度民著上字第 5 號民事判決、智慧財產法院 98 年度民著訴字第 8 號民事判決、智慧財產法院 98 年度民著訴字第 45 號民事判決、智慧財產法院 98 年度刑智上更（一）字第 16 號刑事判決及智慧財產法院 99 年度民著訴字第 85 號判決等。美國法院亦多將合理使用定性為抗辯，而非權利，參 Alex Kozinski and Christopher Newman, "What's So Fair about Fair Use?" *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.* 46 (1999): 523, 525; Madison, *supra* note 18, at 354。

法中追求社會公共利益及使用人利益的政策目標；²¹ 此外，由於版權制度中對於使用人權益至關重要的合理使用原則，在適用上含有相當程度的不確定性，因此對一般風險趨避（risk adverse）的使用人而言，為了避免涉入版權侵權風險，有時並不會將合理使用認定為其合法使用他人作品的合法權源或範圍，²² 此亦導致在實際的文化創意環境中，常發生合理使用範圍被使用人自動限縮或所謂的版權外溢（copyright overspill）現象；²³ 這些發展趨勢配合近年來以誘因為中心的知識產權研究及政策分析，也很容易使許多論者忽略了使用人及使用行為在版權制度中的應有地位；²⁴ 再者，在版權法的立法過程中，因為高度集中整合的版權產業挾帶著豐沛的資源，常可影響立法走向，但相對而言，使用人卻因過度分散、集體行動成本過高等因素，因而導致其權益常在立法過程中被忽視；²⁵ 這種獨尊著作人之版權而忽略使用人權益的趨勢，在近三十年來，也常隨著代表版權人律師在訴訟中的凌厲攻勢而更趨明顯。²⁶

準此，近來在學界及實務界都不斷有呼籲回歸原始立法目的之聲浪，蓋版權法真正之立法目的係為促進國家文化發展之公共利益，而賦予著作人版權只是為了達到該目的的手段，若錯把手段當成目的，則不但原來立法目的無法達成，²⁷ 且可能會造成限制競爭及不利文化發展之不良後果。少數論者將作品使用人全部污名化為海盜、小偷或創意殺手，²⁸ 或將使用人當成版權本身及版權產業之敵人，²⁹ 渠等視版權保護為版權法之唯一立法目的，即為前述錯把手段當成目的之著例。³⁰ 因此，在應然面上，使用人原本應是版權制度中

21. 部分論者認為著作權制度創設伊始即在保護著作人或作者，而非使用人，參 Fred I. Koenigsberg, "Humpty-Dumpty in Copyrightland," *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.* 51 (2004): 681–89; David Johnstone, "Debunking Fair Use Rights and Copyduty under U.S. Copyright Law," *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.* 52 (2005): 348, 350–58。

22. Thomas F. Cotter, "Fair Use and Copyright Overenforcement," *Iowa Law Review* 93 (2008): 1284–88; James Gibson, "Risk Aversion and Rights Accretion in Intellectual Property Law," *Yale Law Journal* 116 (2007): 893–94.

23. Michal Shur-Ofry, "Hatch-Waxmanizing Copyright," *Michigan Telecommunications and Technology Law Review* 18 (2011): 175–78; Steven J. Horowitz, "Copyright's Asymmetric Uncertainty," *University of Chicago Law Review* 79 (2012): 347.

24. Litman, *supra* note 9, at 177.

25. William M. Landes and Richard A. Posner, *The Economic Structure of Intellectual Property Law* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2003), 403–19.

26. Litman, *supra* note 16, at 342.

27. 同上注，頁 331。

28. Mark Helprin, *Digital Barbarism: A Writer's Manifesto* (New York: HarperCollins, 2009), 33.

29. Koenigsberg, *supra* note 21, at 680–81.

30. 對於此等引喻失義，學者 William F. Patry 根據語意學的觀點，有精彩的分析，參 Patry, *supra* note 19, at 47–49。

主要受到保護及鼓勵的主角；但是，在實然面上，使用人有時卻如同灰姑娘一般，不時受到權利人或版權團體的誤會、醜化與邊緣化。

以美國為例，許多法院判決都明確指出，賦予著作人或作者有限期間的壟斷並保障其版權只是版權法的次要目標，而版權法的主要目標還是在保障公眾接近使用著作之機會，³¹ 為了達成此政策目標，立法與司法機關對於版權之適當限制即具正當性基礎，³² 部分重要學術論著也曾表達過相同的立場，³³ 甚至明白指出，原則上所有的資訊均歸屬於公共領域，而受到版權法明文保護的資訊，其實是資訊環境中的例外，而非常態。³⁴ 又所謂公眾接近使用著作之機會如進一步具體化，即為不同使用人之使用情境，由此可見使用人之使用權益其實與版權法之制度設計目的密切相關。

兩岸四地學者近年來亦開始逐漸關注與使用人權益相關的版權核心問題，如劉孔中教授主張，合理使用等對知識產權之限制及例外其實是開放式的概念，對其解釋時不應適用「例外從嚴」的法律解釋原則，而應體認該等「開放式的權利限制」在立法目的與政策上的樞紐地位，因此應對其從寬解釋；³⁵ 加拿大最高法院對於該國版權法中的「公平處理」（fair dealing）原則亦採取類似的從寬解釋方法；³⁶ 美國則有學者指出，該國版權法中的版權技術保護措施免責規定（相當於台灣《著作權法》第80條之2第3項）³⁷ 雖然表面上

31. *United States v. Paramount Pictures, Inc.*, 334 U.S. 131, 158 (1948); *Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios*, 464 U.S. 417, 429 (1984); *Mazer v. Stein*, 347 U.S. 201, 218 (1954); *Cass Country Music Co. v. C.H.L.R., Inc.*, 88 F.3d 635, 642 (8th Cir. 1996); *Lewis Galoob Toys, Inc. v. Nintendo of Am., Inc.*, 780 F. Supp. 1283, 1292 (N. D. Cal. 1991); *Bond v. Blum*, 317 F.3d 385, 393 (4th Cir. 2003); *NXIVM Corp. v. Ross Inst.*, 364 F.3d 471, 485 (2d Cir. 2004)。值得注意的是，在曾經引起著作權學界與實務界高度關注的 *Eldred v. Ashcroft* 案中，美國聯邦最高法院曾指出，版權法中所保障的公益與私益未必衝突，為作者提供誘因及獎勵其實與美國憲法中「促進科學進步」（progress of science）的目標是相輔相成的，若過度強調著作人權益在著作權法中的次要性，有時反而會低估這種相輔相成的關係，參 *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186, 212 n.18 (2004)。

32. *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 575–76 (1994)。

33. Stephen Breyer, “The Uneasy Case for Copyright: A Study of Copyright in Books, Photocopies and Computer Programs,” *Harvard Law Review* 84 (1970): 325–27; Harry N. Rosenfeld, “The Constitutional Dimension of ‘Fair Use’ in Copyright Law,” *Notre Dame Lawyer* 50 (1975): 796–98。

34. Yochai Benkler, “Free as the Air to Common Use: First Amendment Constraint on Enclosure of the Public Domain,” *New York University Law Review* 74 (1999): 360–63。

35. 參劉孔中，前注14，頁24–25。

36. *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, [2004] 1 S.C.R. 339–48, 2004 SCC 13 (Can.)。

37. 台灣著作權法將「科技保護措施」（technological protection measures）稱為「防盜拷措施」。

是在例外的情況下限制版權人的權利，但其真正的立法目的是為了保護使用人權益，對使用人權益之保護是原則而非例外，因此美國版權局（Copyright Office）對該等例外規範所採取的過度嚴格解釋，已使得原本的立法目的被破壞殆盡，³⁸ 此論述與上述劉孔中所提出的「開放式的權利限制」概念不謀而合。³⁹ 以上所述關於各國學者及法院細心維護合理使用及其他知識產權限制相關法律範圍的思維，其實就是體認使用人權益及版權法促進國家文化發展立法目的之具體展現。

（二）使用人在台灣《著作權法》中之地位

台灣《著作權法》條文有多處提到「利用人」，因此下文以「利用人」指稱論述對象，而非「利用者」、「使用者」、⁴⁰「使用人」⁴¹ 或其他名稱。⁴² 而本文其他相關論述，為配合香港及大陸等其他兩岸四地慣用語，概以「使用人」指稱相同概念。

台灣《著作權法》中涉及「利用人」的條文包括第 37 條第 6 項關於利用人利用電腦伴唱機公開演出著作之規定、第 47 條第 4 項及第 65 條第 3 項關於合理使用之規定、第 82 條第 1 項第 2 款關於版權集體管理團體之規定、第 106 條

38. Elizabeth F. Jackson, "The Copyright Office's Protection of Fair Uses under the DMCA: Why the Rulemaking Proceedings Might Be Unsustainable and Solutions for Their Survival," *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.* 58 (2011): 521, 528–33。台灣學者胡心蘭教授則有不同見解，其認為自 2006 至 2010 年的免責項目觀之，美國著作權局其實越來越重視使用人權益，參胡心蘭，〈從 Wii 改機到 iPhone 越獄：論反規避條款之適用與免責規定之檢討〉，《月旦法學雜誌》201 期（2012），頁 187–88。本文以為這是觀察角度不同所導致，前者是針對免責規範個別解釋之批判，後者則是從歷史的觀點，比較各次免責項目的修正趨勢。

39. 當然，兩者討論的對象並不相同，一是針對合理使用原則，另一則是針對技術保護措施的例外規定，但均為對版權之限制，兩者之關聯可參見本章第四節第一項第 2 點之說明。

40. 台灣著作權法「使用者」之用語見於第六章之一「網路服務提供者之民事免責事由」，係指網路服務之使用者，而非著作之「利用人」。

41. 實務判決亦有以「使用者」稱呼之，特別是在合理使用的分析上，參智慧財產法院 99 年度民著上易字第 1 號民事判決、智慧財產法院 98 年度民著訴字第 45 號民事判決及智慧財產法院 98 年度民著訴字第 8 號民事判決等。

42. 美國學者間就指稱此論述對象之名詞亦有爭論，Jessica Litman 主張用「讀者」（reader）才能呈現出著作使用行為含有想像力的特質，參 Litman, *supra* note 16, at 331 n.22；Joseph Liu 則認為應使用「消費者」（consumer），蓋著作使用之本質為消費，而非生產，參 Liu, *supra* note 14, at 400；Julie Cohen 則認為「使用人」（user）是一個較中性且可廣為接受的用語，參 Julie E. Cohen, "The Place of the User in Copyright Law," *Fordham Law Review* 74 (2005): 347–74。

之2第1至第3項及第106條之3第2項關於世界貿易組織協定對台灣著作利用影響之規定，第16條第3項關於著作人格權行使之規定則提及「利用著作之人」，而論及「利用」行為之條文更散見於整部版權。⁴³

由台灣《著作權法》中關於「利用人」及「利用」之規範可得知，利用人在版權法中佔了相當重要的地位，許多規範都肯認利用人的權益（如合法暫時性重製、合理使用、散布權或權利耗盡原則等相關規定），其他諸如關於版權的限制規範（如第9條關於版權保護標的之限制、第30條版權保護時間之限制及第69條強制授權之規範等），其實也都是著眼於利用人權益之保障。申言之，版權立法與司法實務中對於版權及版權人所設計的重重限制，其實是為了保障利用人權益，藉由該等保障，版權法才能真正達到促進文化發展的政策目標。因此，一部沒有利用人的版權法將幾乎完全失去規範意義，成為一部沒有靈魂的版權法。準此，利用人之概念實為版權法的核心之一。

三、使用人與使用行為價值之描繪

本文以下將先介紹消極使用人與積極使用人等兩種使用（人）類型，透過使用人的類型化，我們可以了解不同的作品使用態度與方式，但是使用人的類型化並無法完全呈現使用行為所具有的社會價值及功能，因此本文亦將就與版權政策核心相關的著作利用價值析述之。

（一）使用人之類型

版權學者通常將使用人區分為消極使用人與積極使用人兩種類型，⁴⁴其主要差異為對著作之使用方式，及法律政策上相對應之處理方式，茲分述如下。

43. 包括台灣《著作權法》第3條第1項第17款、第8條、第12條第3項、第15條第2項第1款及第3項、第16條第4項、第18條、第37條第1項、第3項及第6項第1款、第43條、第47條第4項、第49條、第51條、第53條第2項、第58條、第62條、第63條第1至第3項、第64條第1項、第65條第2項、第69條第1項、第70條、第71條第2項、第80條之1第1項第1款、第87條第1項第1款及第2項、第87條之1第1項第1至3款、第106條之2第1、2、4、5項、第106條之3第1及第2項。

44. Litman, *supra* note 16, at 341; Liu, *supra* note 14, at 402–6; Erez Reuveni, “Authorship in the Age of the Conductor,” *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.* 57(2007): 286–87。學者 Niva Elkin-Koren 將前者稱為顧客型消費者（consumer-shopper），後者稱為作者型消費者（consumer-author），參 Niva Elkin-Koren, “Making Room for Consumers under the DMCA,” *Berkeley Technology Law Journal* 22 (2007): 1119, 1138。台灣司法實務在合理使用的判斷上，則參考美國實務，將使用行為分為「有生產力之使用」及「無生產力之

1. 消極使用人

消極使用人使用著作的方式較為被動，其使用方式與使用其他有形商品的方式差異不大，當使用人看完電影、讀完一本書、聽完一片 CD，或學生為了準備考試而苦讀後，使用行為就完成了，使用人不會再有其他更進一步的使用行為。消極使用人是傳統媒體產業的產品銷售對象，⁴⁵ 這也象徵著數碼時代來臨前，使用人與著作人涇渭分明的普羅媒體消費文化。亦有論者指出，消極使用人是傳統經濟學假設的使用人，蓋在此種使用環境中，著作或著作物是一種商品 (commodity)，商品的生產者與消費者為不同的市場參與者，使用人會依據其偏好在市場上尋找商品，生產者則依據使用人固定的被動使用方式生產商品，⁴⁶ 而消極使用人在版權制度中之主要功能是為版權及相關產品提供市場。⁴⁷

針對消極使用人，版權法所應確保的是著作人有足夠的誘因生產出能滿足消費者 (使用人) 偏好的產品，由於使用人僅就著作作一般性的消費使用，絕少作出創造性的使用方式，因此合理使用與改作是版權實務中的例外，而非大宗。⁴⁸

2. 積極使用人

積極使用人是指使用人藉由使用他人作品從事創作，因此成為作者或著作人，⁴⁹ 有論者將其稱為「第二使用人」(secondary user)⁵⁰ 或「第二創作人」(secondary creator)，⁵¹ 由於其結合了生產者及消費者的概念，因此有論者將

使用」，前者較容易成立合理使用，參台灣高等法院 96 年度上更 (二) 字第 430 號刑事判決：「本件被告利用告訴人上開二書之內容於自己的創作中，此種有生產力之使用 (productive use)，較完全重製他人著作即利用人自己並無創作之無生產力之使用 (unproductive use)，容易主張合理使用。」相同見解亦可參台灣高等法院 95 年度上更 (一) 字第 24 號刑事判決。

45. Liu, *supra* note 14, at 402–3.

46. Cohen, *supra* note 43, at 348; Reuveni, *supra* note 44, at 307.

47. Elkin-Koren, *supra* note 44, at 1138.

48. See Liu, *supra* note 14, at 403.

49. 同上注，頁 404–5。

50. Justin Hughes, “Recoding’ Intellectual Property and Overlooked Audience Interests,” *Texas Law Review* 77 (1999): 928.

51. Rebecca Tushnet, “Legal Fictions: Copyright, Fan Fiction, and a New Common Law,” *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Journal* 17 (1997): 652.

其稱為「生產消費者」(conducer)，⁵²也因為其將使用過程具體化為文化生產過程，因此有論者將其稱為「浪漫的使用人」(romantic user)。⁵³積極使用人並非將他人著作當作完全的成品而被動地接受使用，而是將其當成自己創作的原料，以積極創作的方式使用原著作。⁵⁴此概念表面上將版權法中原本截然不同的兩個角色(著作人與使用人)結合，但是事實上所有著作人之創作都是使用前人作品而創作，蓋社會整體文化及創意之發展是持續累積的，沒有任何一個著作是憑空創作出來，而不受到前人作品及文化環境的影響，⁵⁵就此而言，所有著作人都是他人著作的積極使用人。因此，我們在強調版權法「保障著作人權益」的同時，也應同時認知到，所有著作人都須藉由閱讀、聆聽、觀賞、使用電腦程式或其他使用他人著作之方法，完成自己的創作過程。

隨著數碼科技的發展及網際網絡的廣泛應用，積極使用人在資訊文化中所扮演的角色越發重要，社會中許多資訊來源都已經不是像過去由少數的媒體集團提供，許多個人開始積極地參與資訊的生產與傳遞，包含自由或開放原始碼軟件(free/open source software)及使用者生產內容(user-generated content, UGC)等分散式的同儕生產(peer production)，已成為網絡時代中資訊生產的重要模式。⁵⁶雖然數碼科技的發展使得更多人有能力及意願成為他人著作的積極使用人，但是既有的版權制度其實早對積極使用人之概念有所處理，立法者也早已意識到創作是一個社會整體創意及文化的累積循環過程，因此設有許多規範處理前著作人及後著作人(亦即積極使用人)之利益分配問題，如台灣《著作權法》第10條之1的思想表達區分原則、第3條第1項第11款、第6條及第28條之改作與衍生著作規範、第17條的不當改變權及第

52. Reuveni, *supra* note 44, at 286.

53. 同上注，頁308; Cohen, *supra* note 43, at 348-49。

54. See Liu, *supra* note 14, at 406.

55. Lawrence Lessig, *Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Creativity* (New York: Penguin, 2004), 29; Paul Goldstein, "Derivative Rights and Derivative Works in Copyright," *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.* 30 (1983): 218; William M. Landes and Richard A. Posner, "An Economic Analysis of Copyright Law," *Journal of Legal Studies* 18 (1989): 333; Jessica Litman, "The Public Domain," *Emory Law Journal* 39 (1990): 966.

56. Yochai Benkler, *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Market and Freedom* (New Haven: University Press, 2006), 59-127; See Reuveni, *supra* note 44, at 286-87; Jyh-An Lee, "Organizing the Unorganized: The Role of Nonprofit Organizations in the Commons Communities," *The Journal of Law, Science and Technology* 50 (2010): 312-14.

三章第四節第四款著作財產權之限制（即合理使用規範）等，⁵⁷ 其實都是立法者意識到並肯定積極使用人及其使用行為之社會價值而作的規範。

值得注意的是，有學者指出，雖然數碼科技促進了著作的積極使用，但是近年來部分關於數碼版權之立法，卻較為忽視積極使用人應有之權益與積極使用之社會價值，將使用人之概念局限在消極使用人，⁵⁸ 若此言為真，則相關立法之考量顯有不足；此外，亦有學者疾呼，雖然依現有版權制度，多數積極使用人之使用行為看似構成版權侵害，但該等積極使用人其實正在發揮前所未有的強大文化型塑力量，故版權政策之調整，實應顧及使用行為對社會整體的正面效益，並考慮賦予或擴大其免於構成侵害之空間，⁵⁹ 近年來部分學者主張，針對新形態的數碼創作與著作流通環境，建立一套新的強制授權或法定授權機制，即是基於這種思維而產生；⁶⁰ 此外，在版權領域推動彈性公眾授權頗有成果的創用 CC 組織，其主要目的之一，亦是透過公眾授權條款的推動，為數碼環境中的積極使用人降低版權侵害風險，以促成更豐富的創意活動與整體社會文化。⁶¹ 此等發展趨勢均顯示了積極使用人在當今版權制度及數碼文化環境中所扮演的重要角色。

（二）著作使用之社會價值

就文化概念而言，使用人之使用行為是一個其與原著作的互動過程，也是一種文化體驗，該等使用行為具有相當的社會價值，而這些社會價值常與版權之政策目標直接相關。以美國版權發展的歷史角度而言，法院有時會對版權的權利範圍作相當嚴格且限縮的解釋，我們可將該等解釋取向理解為版

57. 李治安，〈合理使用誰的著作？論合理使用與出處明示之關聯〉，《政大法學評論》126期（2012），頁360。

58. See Liu, *supra* note 14, at 403–4, 430。學者 Julie E. Cohen 亦認為，傳統的消極利用人早已無法完全解釋今日的媒體及出版實況，參 Cohen, *supra* note 43, at 331，並參本文第四節第一項之說明。

59. Elkin-Koren, *supra* note 44, at 1138–39.

60. 參劉孔中，前注14，頁30–31；William P. Fisher, *Promises to Keep: Technology, Law and the Future of Entertainment* (Stanford, CA: Stanford University Press, 2004), 199–258; Jay Anderson, “Note, Stream Capture: Returning Control of Digital Music to the Users,” *Harvard Journal of Law & Technology* 25 (2011): 174–77。

61. Lawrence Lessig, *Remix: Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy* (New York: Penguin, 2008), 276–79.

權制度對於著作使用行為的保障與肯定。⁶²然而，因為著作使用行為的社會價值多是隱晦且難以衡量的，所以也常被版權學術及實務討論所忽略。就應然而而言，版權法之立法及司法實務對於該等價值應有所體認，方能確保其在版權政策相關分析中，考慮到使用人及使用行為之不同社會面向、價值與功能，特別是在賦予版權人版權保障及創作誘因時，亦應同時在天平的另一端考量使用人之權益及使用行為之社會價值。本文以下即析述關於著作使用社會價值之可能考慮因素。⁶³

1. 想像力

Litman 曾指出，著作使用的價值主要在於激發使用人的想像力，進而提升社會整體的創意，因此促進想像力與創意應該是版權法主要的政策目標之一。⁶⁴不同的使用人對於相同著作會有截然不同的想像，⁶⁵這種想像力的提升其實不限於積極使用人，使用人縱使未根據其所使用的著作再從事其他創作活動，純粹消極的著作使用亦涉及相當的想像力發揮，舉凡閱讀小說、聽音樂等過程，都可促進想像力而影響使用人的生活文化品質。論者有謂，在著作使用的過程中，著作可扮演文化指引（cultural reference）的投影銀幕功能，協助使用人將其感覺、思想與經驗集中投射，⁶⁶此即為使用人想像力發揮之基礎；而公民想像力的持續提升，除可促進國民整體之創造力外，也是重要的社會資本與軟實力的構成基礎。因此，過度擴張的知識產權可能會不當限制人民想像力的範圍與文化的發展，⁶⁷反而造成與知識產權政策目標背道而馳的負面效果。

62. Litman, *supra* note 10, at 1882–83, 1888–89.

63. 著作使用行為之社會價值涉及許多層面，不同學者有不同之觀察角度，本文此處僅就作者認為與著作權政策核心相關者論述，但並不代表作者不贊同其他學者之觀察，如學者 Joseph Liu 即認為著作使用尚有分享及溝通之社會功能，參 Liu, *supra* note 14, at 411–15；Julie E. Cohen 認為著作使用包含消費、溝通、自我發展及創意消遣的功能，參 Cohen, *supra* note 43, at 370–73；Niva Elkin-Koren 認為著作使用有參與意義決定（meaning making）的社會文化功能，參 Elkin-Koren, *supra* note 44, at 1141–43, 1151。

64. Litman, *supra* note 16, at 341.

65. Litman, *supra* note 9, at 179–80.

66. Hughes, *supra* note 50, at 955.

67. Aoki, *supra* note 14, at 1337.

2. 學習

使用著作之行為常可達到個人或社會學習的效果，如本章第二節第一項所述，英美版權法之最初立法目的係以鼓勵學習為目的，⁶⁸近年來針對諸多版權政策爭議，學者間開始再度重視版權制度中關於促進學習之政策目標，如 Patterson 即認為，版權法中諸如合理使用等對版權限制之規範，其實終極政策目標都是為了促進和鼓勵學習，⁶⁹而在處理版權人及使用人不同利益的權衡問題時，法院或政策決定者也應該將鼓勵學習列為重要的政策考量依據；⁷⁰學者 William F. Patry 則指出，學習是發展國家文化的最重要方法，也是創造與傳播文化的必要手段，⁷¹而版權制度則是社會學習的一種重要形式，⁷²因此即使是在強調作者權的歐陸版權法體系中，鼓勵學習依然是達成版權法促進國家文化發展政策目標的主要方法之一。⁷³許多其他學者也都肯認：由於個人的學習效益可提升人類整體知識的質與量、促進資訊的流通與傳播，因此促進並鼓勵學習是達成版權法促進國家文化發展目標的重要手段；⁷⁴亦有論者將增進知識與學習等同於發展國家文化與促進公共利益，進而論述其價值應優於對著作人或作者之保障。⁷⁵由這些學者的論述中我們可發現，不論將促進或鼓勵學習界定為版權政策的目標、方法或手段，個人與社會學習目標之達成都是版權制度所應關注的核心課題之一。

在著作使用的實況中，許多著作使用之過程雖然涉及著作人權利，但也包含更重要的學習成分在其中。舉例而言，讀書時以眉批的方式整理重點、以抄書的方式增進理解及記憶、學習書法時臨摹大師作品、學習歌唱時演唱既有歌曲及學習表演時對他人既有著作表演等。此外，英國法院也曾明確指出，為了達成促進學習的立法目標，許多未經版權人同意的著作使用行為在

68. Litman, *supra* note 16, at 332–33; See Madison, *supra* note 18, at 354; Patterson and Joyce, *supra* note 18, at 938; Pollack, *supra* note 18, at 783; Walterscheid, *supra* note 18, at 150–51.

69. Patterson, “Free Speech, Copyright, and Fair Use,” *supra* note 15, at 3.

70. 同上注，頁 16。

71. William F. Patry, *How to Fix Copyright* (New York: Oxford University Press, 2012), 180.

72. 同上注，頁 99。

73. 同上注，頁 180。

74. Patrick Cronin, “The Historical Origins of the Conflict Between Copyright and First Amendment,” *Columbia Journal of Law & the Arts* 35 (2012): 231; Jeanne C. Fromer, “The Intellectual Property Clause’s External Limitations,” *Duke Law Journal* 61 (2012): 1373.

75. Stephen Zinda, “Preserving the Copyright Balance: Why Copyright Misuse Should Invalidate Software Licenses Designed to Prohibit Resale and Oust Service Market Competition,” *Houston Law Review* 48 (2012): 1258–59.

政策上均應將其界定為合法，這些使用行為包括但不限於：撰寫書評或著作的摘要、修正地圖以及批評或評論等。⁷⁶ 這些使用方式均涉及版權法規範中的不同權利內涵，但就一個平衡且完整的版權政策而言，使用行為所能達到的學習價值實應被妥適考慮。

3. 自主決定

個人的自主決定權對於民主法治國家至為重要，⁷⁷ 也是國家文化得以豐富發展的基礎。⁷⁸ 使用行為涉及使用人決定如何使用著作之自主權，⁷⁹ 使用人所處的資訊環境及法律環境對於其自主決定之範圍有決定性的影響。⁸⁰ 就資訊環境而言，數碼科技大幅提升了使用人關於著作使用的自主決定能力，⁸¹ 但法律環境有時卻會對於使用人的自主決定作出不必要的限制。在關於版權合理使用的學理分析中，時而有論者提到合理使用制度與使用人自主決定之保障關係密切。⁸²

非公開之使用行為則涉及使用人隱私權保護之問題，在數碼權利管理 (Digital Rights Management, DRM) 技術廣泛應用的今日，版權人可透過 DRM 技術取得使用人對著作的使用方式、地點、範圍及頻率等資訊，但是已有許多論者主張，這些資訊應屬使用人的自主決定範圍，版權人不應透過版權及 DRM 技術介入使用人的自主決定。⁸³ 而不同類型的著作及權利所賦予使用人

76. Patry, *supra* note 71, at 215.

77. Horowitz, *supra* note 23, at 373.

78. Brett M. Frischmann, "Cultural Environmentalism and the Wealth of Networks," *University of Chicago Law Review* 74 (2007): 1119; Shubha Ghosh, "Deprivatizing Copyright," *Case Western Reserve Law Review* 54 (2003): 416.

79. Jane C. Ginsburg, "Copyright and Control over New Technologies of Dissemination," *Columbia Law Review* 101 (2001): 1632; Liu, *supra* note 14, at 406–11.

80. Julie E. Cohen, "Examined Lives: Informational Privacy and the Subject as Object," *Stanford Law Review* 52 (2000): 1424.

81. Benkler, *supra* note 56, at 133–46.

82. Pamela Samuelson, "Unbundling Fair Uses," *Fordham Law Review* 77 (2009): 2545; Mary W. S. Wong, "Transformative" User-Generated Content in Copyright Law: Infringing Derivative Works for Fair Use?" *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law* 11 (2009): 1098.

83. Lee A. Bygrave, "The Technologisation of Copyright: Implications for Privacy and Related Interests," *European Intellectual Property Review* 24 (2002): 54; Paul Goldstein, *Copyright's Highway: From Gutenberg to the Celestial Jukebox* (Stanford, CA: Stanford University Press, 2003), 105–6; Julie E. Cohen, "DRM and Privacy," *Berkeley Technology Law Journal* 18 (2003): 582; Sonia K. Katyal, "Privacy vs. Piracy," *Yale Journal of Law & Technology* 7 (2005): 229.

之自主權之範圍並不相同，科技的發展亦可能擴大使用人自主決定的範圍。⁸⁴舉例言之，消費者對於其所購買的書籍或 CD 可決定何時欣賞，但是，過去觀眾對於公開播送的電視、廣播節目，通常無法決定何時觀賞，而今日的視訊隨選服務 (Media-on-Demand, MOD) 則實質提升了觀眾收看時間的自主決定權；此外，美國聯邦最高法院於知名的 *Sony v. Universal City Studios* 案中，判決電視觀眾可利用錄影機將電視節目錄下，再選擇適合自己的時間觀賞，此為時間移轉 (time shifting) 之合理使用，⁸⁵ 亦是對使用人自主決定權的肯定。

許多數碼版權爭議其實都涉及了使用人就著作使用方式之自主決定權，如關於 MP3 的爭議案件中，美國曾有法院允許使用人將 CD 中的歌曲轉為 MP3 格式，以利隨時隨處聆聽，⁸⁶ 也有法院認為使用人無權將歌曲上傳至網絡，以利其隨時透過網絡欣賞；⁸⁷ 在使用人或消費者對於電腦軟件的使用權限上，依台灣《著作權法》第 59 條第 1 項之規定：「合法電腦程式著作重製物之所有人得因配合其所使用機器之需要，修改其程式，或因備用存檔之需要重製其程式。但限於該所有人自行使用。」而在美國電玩遊戲軟件案件中，法院亦早已明確指出，當消費者 (使用人) 買下此遊戲軟件後，當然有權依據其喜好修改軟件，無須經過著作人之同意，這對使用人權益之影響至關重要。⁸⁸ 雖然這些規範與爭議涉及不同的版權法律原則，但使用人就此著作之自主決定權範圍其實都是受到影響的核心問題，立法者或法院就相關議題之政策選擇及價值判斷會直接影響使用人就著作使用的自主決定範圍，以及著作人對該等使用方式之控制程度。

84. 此處須特別說明的是：使用人自主決定涉及的範圍相當廣泛，本文此部分的說明並未包含自主決定的所有意涵與社會價值，美國許多論述都將使用人的自主決定與自我表達合併論述 (如 Ghosh, *supra* note 78, at 416–17, 421; Rebecca Tushnet, “Copy This Essay: How Fair Use Doctrine Harms Free Speech and How Copying Serves It,” *Yale Law Review* 114 [2004]: 538 等)，因此部分利用人自主決定的社會價值分析，讀者亦可參本章第三節第二項第 4 點的分析。

85. See *Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 443–47 (1984).

86. *Recording Industry Ass’n of Am. v. Diamond Multimedia Systems, Inc.*, 180 F.3d 1072, 1073–74, 1081 (9th Cir. 1999).

87. *UMG Recordings v. MP3.com, Inc.*, 92 F. Supp. 2d 349, 350 (S.D.N.Y. 2000).

88. *Lewis Galoob Toys, Inc. v. Nintendo of Am., Inc.*, 780 F. Supp. 1283, 1291 (N.D. Cal. 1991), *aff’d* 964 F.2d 965 (9th Cir. 1992).

4. 自我表達

與著作之創作行為相同，部分使用行為其實是為了實現使用人之自我表達。⁸⁹ 使用人使用既有的著作，傳達個人觀點或與外界互動，⁹⁰ 如時下在青少年網絡社群所流行的混音，即是使用他人著作之自我表達；漫畫迷參與同人誌創作行為⁹¹ 及戲仿 (parody)⁹²，亦是使用他人著作之自我表現行為；美國自 1980 年代開始出現「挪用藝術」(appropriation art) 的名詞，用來指稱從藝術史素材或大眾文化中直接挪用影像、形式或風格的藝術創作與自我表達，⁹³ 這種著作使用行為在娛樂媒體界受到相當矚目，但也造成了相當的版權爭議；⁹⁴ 此外，評論者有時會引用他人論述或報導，其目的是為了就特定議題再表示個人之評論或看法，這也是使用他人著作之自我表達。

上述自我表達的功能可促進社會多元意見的呈現，⁹⁵ 進而有助於言論自由之保障及民主政治之發展，就法律政策之觀點而言，自不可謂使用人自我表達之價值順位絕對劣後於著作人版權之保障。相反的，在許多情境中，自我表達的社會價值是比版權更應被維護的，也因此有論者認為版權法中合理使

89. Yochai Benkler, "From Consumers to Users: Shifting the Deeper Structures of Regulation toward Sustainable Commons and User Access," *Federal Communication Law Journal* 52 (2000): 565, 567–71, 579; Rosemary Coombe, "Objects of Property and Subjects of Politics: Intellectual Property Laws and Democratic Dialogue," *Texas Law Review* 69 (1991): 1863–68。參 Elkin-Koren, *supra* note 44, at 1145; Hughes, *supra* note 50, at 927; Liu, *supra* note 14, at 415–20; Tushnet, *supra* note 84, at 587。

90. Cohen, *supra* note 43, at 364.

91. Lessig, *supra* note 55, at 25–29; Lessig, *supra* note 61, at 79。中文文獻可參盧美慈，《同人誌相關著作權問題研究》(台北：國立政治大學智慧財產研究所碩士論文，2012)，頁 17–28。

92. 參 *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 594 (1994); *Fisher v. Dees*, 794 F.2d 432, 440 (9th Cir. 1986)。台灣文獻可參張懿云，〈談諧諷刺性作品在著作權法上的問題〉，載陳明汝教授祝壽論文集編輯委員會編，《智慧財產權與國際私法：曾陳明汝教授六秩誕辰祝壽論文集》(台北：新學林，1997)，頁 395–422；林利芝，〈從 KUSO 創作探討戲謔仿作的合理使用爭議〉，載黃銘杰編，《著作權合理使用規範之現在與未來》(台北：元照出版社，2011)，頁 253–80。

93. William M. Landes, "Copyright, Borrowed Images, and Appropriation Art: An Economic Approach," *George Mason Law Review* 9 (2000): 1–2.

94. 如 Jeff Koons 是一位擅長挪用藝術的創作者，但法院有時將其使用行為認定為合理使用，有時卻認定為版權侵害，參 *Blanch v. Koons*, 467 F.3d 244, 246–48, 250–59 (2d Cir. 2006) (法院認定在拼貼創作中使用他人照片之行為屬於合理使用)；*Rogers v. Koons*, 960 F.2d 301, 308–12 (2d Cir. 1992) (法院認定被告製作的雕塑侵害了原告攝影著作之版權)。

95. Julie E. Cohen, "Copyright and the Perfect Curve," *Vanderbilt Law Review* 53 (2000): 1816–19.

用規範之憲法基礎係憲法對言論自由之保護，⁹⁶而過度擴張的知識產權，其實會阻礙公民用最有力及通用的文化形式，表達自身的認同、社群及特色。⁹⁷

舉例而言，知名科幻影集「星空奇遇記」(*Star Trek*)自1960年代起廣受歡迎，堪稱是引發最多衍生著作的電視影集，部分文化研究及女性主義研究者發現，有成千上百的女性觀眾透過影集中的角色，改寫以男性為主軸的故事，重新想像男性的身體，並創造一個新的烏托邦，⁹⁸也有許多男同性戀透過故事的改寫，表達對自我的認知。⁹⁹這些改寫(使用)行為在形式上可能因為未得到版權人授權，侵害了原作者的改作權而構成版權侵害，但是在文化層面上，透過這種使用方式，對於前述參與及欣賞這個衍生著作的群體而言，卻具有非常重要的自我實現與表達意義。該等幽暗而正面的社會價值，其實與版權法促進國家文化發展的目標有相當的關聯。

5. 小結

著作使用行為涉及社會文化及人類整體記憶的型塑，與版權法促進國家文化發展之政策目標密切相關，版權立法及司法實務在衡量社會大眾接近使用著作之可能性時，應對使用行為所帶來的不同層面之社會價值做出細緻的

96. Otto W. Konrad, "A Federal Recognition of Performance Art Author Moral Rights," *Washington and Lee Law Review* 48 (1991): 1627; Madison, *supra* note 18, at 354–59; Roberta Rosenthal Kwall, "The Attribution Right in the United States: Caught in the Crossfire Between Copyright and Section 43(A)," *Washington and Lee Law Review* 77 (2002): 1028; Landers and Posner, *supra* note 25, at 286–87; *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186, 187, 219–20 (2003); *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enters.*, 471 U.S. 539, 540 (1985).

97. Coombe, *supra* note 89, at 1855.

98. 同上注，頁1877。這些現象相關的文化意涵與原因非常複雜，並非本文所討論的重點。部分女性改作人以星空奇遇記的男性主角艦長 Kirk 及大副 Spock 作為改作基礎的原因，是因為故事中兩人的關係並非由性別決定，其他女性改作人則透過故事的改寫，重新詮釋社會生活中的性別角色，或表達她們所期待的男性性徵。Emily Chaloner, "A Story of Her Own: A Feminist Critique of Copyright Law," *I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society* 6 (2010): 246–48。

99. Rosemary J. Coombe, *The Cultural Life of Intellectual Properties: Authorship, Appropriation and the Law* (Durham, NC: Duke University Press, 1998), 117–23。一些社群會以星空奇遇記中的兩個男性主角艦長 Kirk 及大副 Spock 之友情為基礎，用 K/S 用語或者兩個英文字母間的斜線(slash)，暗示或反映其對男性配對的意圖，雖然這種同性關係並未在原著中出現。Anupam Chander and Madhavi Sunder, "Everyone's a Superhero: A Cultural Theory of 'Mary Sue' Fan Fiction as Fair Use," *California Law Review* 95 (2007): 609–10; Anne Kustritz, "Slashing the Romance Narrative," *Journal of American Culture* 26 (2003): 371–72; Meredith McCardle, "Fan Fiction, Fandom, and Fanfare: What's All the Fuss?" *Boston University Journal of Science & Technology Law* 9 (2003): 463–65。

考量，而非概括模糊地以自由心證認定在天秤另一端、相對於著作人版權之使用人權益；申言之，任何版權政策之立法或司法決定都應縝密地考慮相關決定對前述不同社會價值之影響與衝擊。對於使用人而言，著作使用行為所帶來的社會價值，同時包含有利於使用人自身之個人價值，兩者常是相輔相成，有時使用人會願意付出相當經濟上的代價，以尋求著作使用所帶來之好處；再者，著作使用之社會價值並非絕對不容侵犯，仍應由立法及司法機關針對其所處理之具體議題作價值衡量與判斷。

四、由使用人觀點論版權技術保護措施及合理使用規範

使用人及使用行為之價值在概念上具有相當的抽象性，立法及法院判決實務究竟應如何考量有爭議的使用行為之合法性及使用人權益，有時相當不容易。本文以下以版權技術保護措施及合理使用規範為例說明之。選擇這兩個議題的原因在於，許多論者認為，版權技術保護措施規範及其司法實務過度保護版權人，未審慎考量使用人之權益；而合理使用規範則是以使用人權益為中心思想貫穿；但探究立法及司法實務，實則兩者對於使用人及使用行為之處理，都有不確定性及探討空間，縱使是以使用人為中心的合理使用規範，法院在適用時仍有可能忽略作為其規範基礎的使用人權益。因此，合理使用規範與版權技術保護措施相同，都值得作為探討使用行為及利用人權益的素材。

（一）版權技術保護措施

台灣《著作權法》關於技術保護措施之規範制定於2004年，其中第3條第1項第18款界定了版權技術保護措施的概念：「指著作權人所採取有效禁止或限制他人擅自進入或利用著作之設備、器材、零件、技術或其他科技方法」，依台灣《著作權法》第3條第1項第18款之規定，版權技術保護措施在概念上可區分為「進入控制」(access control)之版權技術保護措施與「利用控制」(copy control)之版權技術保護措施，¹⁰⁰第80條之2第1項禁止對「進入控制」

100. 本文此處之用語係參照著作權法修正條文說明（「『進入著作』之防盜拷措施」與「『利用著作』之防盜拷措施」），亦有論者將其翻為「接觸控制」及「重製控制」或「複製控制」之措施，參章忠信，《著作權法逐條釋義》（台北：五南圖書出版公司，2010），頁191；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

版權技術保護措施之規避行為，同條第2項則禁止對於規避「進入控制」及規避「利用控制」之準備行為。¹⁰¹

1. 使用人與數碼權利管理系統

版權技術保護措施之概念與 DRM 技術在概念上有相當部分可謂實質重疊，數碼版權人常用 DRM 技術控制著作的利用及散布，舉例而言，版權人可藉由 DRM 技術控制哪些範圍的使用人（如付費的使用人）得進入著作及使用人之使用方式（如能否備份、儲存、列印、在檔案上註記或與其他產品搭配使用、以不受他人監控的秘密方式使用著作等）等。DRM 的出現令使用人對著作的進入及自主決定權造成了許多過去沒有的限制，也重塑了版權人與使用人之間就著作使用的權力關係。相較於有體財產的消費者而言，數碼環境中的著作使用人雖然有更多發揮創意的空間，但是其所受到的控制也更為嚴密。

然而，數碼媒體產業對於 DRM 所帶來的控制力並不滿足，因而有了版權技術保護措施之立法。為了使 DRM 或版權技術保護措施能有效運作，台灣《著作權法》第80條之2及美國《數碼千禧年版權法》（Digital Millennium Copyright Act，以下簡稱 DMCA）都禁止對版權技術保護措施之規避行為。¹⁰²自此數碼版權人不但有 DRM 控制其著作，還有版權法保護其 DRM 不被破解或規避。¹⁰³

論》3卷2期（2006），頁288；羅明通，《著作權法論II》（台北：三民書局，2009），頁435-36。

101. 台灣《著作權法》第80條之2：「I：著作權人所採取禁止或限制他人擅自進入著作之防盜拷措施，未經合法授權不得予以破解、破壞或以其他方式規避之。II：破解、破壞或規避防盜拷措施之設備、器材、零件、技術或資訊，未經合法授權不得製造、輸入、提供公眾使用或為公眾提供服務。」

102. 17 U.S.C. §1201(a)-(b) (2000)。關於著作權產業對該法的大力遊說，可參 Yochai Benkler, *The Penguin and the Leviathan: How Cooperation Triumphs over Self-Interest* (New York: Crown Business, 2011), 224。

103. James Boyle, *The Public Domain: Enclosing the Commons of the Mind* (New York: Yale University Press, 2008), 108。學者沈宗倫教授將該等權利界定為「準著作財產權」，參沈宗倫，〈論科技保護措施之保護於著作權法下之定性及其合理解釋適用：以檢討我國著作權法第80條之2為中心〉，《臺大法學論叢》38卷2期（2009），頁323-25。亦有學者將其稱為「超著作權」，參馮震宇，〈數碼內容之保護與科技保護措施：法律、產業與政策的考量〉，《月旦法學雜誌》105期（2004），頁79。

2. 使用人與版權技術保護措施

以台灣《著作權法》第80條之2版權技術保護措施之規範而言，許多學者都批評立法時未將合理使用政策列入考慮，¹⁰⁴令使用人無法就版權技術保護措施所保護之內容主張合理使用。如依前述關於消極使用人之說明，則此處立法者似認為，在版權技術保護措施之數碼環境中，原則上使用人並無合理使用之需求，因此只須控制使用人「進入」著作之問題，無須考慮其「使用」著作之問題，此所隱含之假設前提為該等使用人均為消極使用人。¹⁰⁵

但觀諸前述2004年9月1日之台灣《著作權法》修正條文說明，其實立法者對於合理使用之成立可能性並非完全沒有意識，如仔細觀察前述《著作權法》第80條之2第1項及第2項規定，我們可發現其所禁止的是規避「進入控制」措施的行為及規避「進入控制」及「利用控制」之準備行為，對於純粹規避「利用控制」之行為，則不在禁止之列，依《著作權法》立法理由之說明：「破解、破壞或以其他方法規避著作權人所採取禁止或限制他人進入著作以後之進一步『利用著作』（例如重製、公開傳輸等版權法所明定之利用行為）之防盜拷措施（copy controls）行為，則不在本項適用範圍，應視其有無合理使用或是否構成侵害版權而定其法律效果。」依此說明，使用人若規避「進入控制」之版權技術保護措施後，其規避「利用控制」之行為是有可能成立合理使用的，若有爭議的利用行為能構成合理使用，則規避「利用控制」之行為自不應禁止。

申言之，立法者似認為，規避「利用控制」版權技術保護措施之行為本身通常已成立版權侵害（依立法理由之說明，此等規避行為通常涉及重製、公開傳輸等台灣《著作權法》明訂之利用行為），依《著作權法》本應負相關法律責任，此與規避「進入控制」之行為不同，因此，似無必要特別處罰規避「利用控制」之行為，依《著作權法》原本之規範即可判斷該行為是否成立版權侵權及合理使用，而「利用控制」規範的存在意義應主要是針對台灣《著作權法》第80條之2第2項的未經合法授權的製造、輸入、提供公眾使用或為公眾服

104. 參謝銘洋，前注11，頁222-23；劉孔中，〈著作權法保護技術措施規定之革新〉，頁114-15。美國學者對該國DMCA亦有相同批評，參Boyle, *supra* note 103, at 96-98; Joseph P. Liu, "Enabling Copyright Consumers," *Berkeley Technology Law Journal* 2 (2007): 1171-18; David Nimmer, *Copyright: Sacred Text, Technology, and the DMCA* (Hague: Kluwer Law International, 2003), 405。台灣學者沈宗倫教授則主張，在解釋防盜拷措施規範時，應將合理使用之法理納入考量，以判斷規避行為是否屬於「合理的接觸行為」，參沈宗倫，前注103，頁351-52。

105. 類似推論，可參Liu, *supra* note 14, at 403-4。

務之相關散布規避「利用控制」技術之行為。此等規定係參考美國版權法而來，該國版權法亦為使用人保留了規避「利用控制」措施可成立合理使用之可能性；¹⁰⁶ 此外，台灣《著作權法》第80條之2第3項設有版權技術保護措施之免責規定，符合該等例外規定之情況，可合法規避版權技術保護措施，該等例外規範亦係參考美國版權法¹⁰⁷ 而來，而美國國會當時設立例外規範之主要考量，即是為了避免合理使用原則受到前述 DMCA 規範的過度限縮。¹⁰⁸ 由此可知，立法者在版權技術保護措施規範中，其實並非完全未意識到合理使用的問題，值得深究的是：在具體的立法規範及法律實施過程中，使用人原本的合理使用空間是否仍然受到了不當限縮（例如針對原本可合理使用的著作，使用人是否會因規避「進入控制」版權技術保護措施之行為而負擔刑事責任）？

(1)「進入控制」與「利用控制」

台灣及美國版權法中關於「進入控制」及「利用控制」兩種類型版權技術保護措施之實際區別，以及其所賦予使用人規避「利用控制」成立合理使用可能性之規範，在美國學界早已受到質疑。以該規定在美國早期施行時之 *Universal City Studios, Inc. v. Reimerdes* 一案為例，其涉及的版權技術保護措施 CSS (Content Scramble System) 是一種利用加密技術控制 DVD 播放之程式，主要目的係為使全球不同區域發行之 DVD 只能以相同地區販售之設備播放收看，且亦使 DVD 不易重製，在概念上應屬於「利用控制」之版權技術保護措施。¹⁰⁹ 然而法院卻將其認定為「進入控制」之版權技術保護措施，¹¹⁰ 其理由

106. 17 U.S.C. §1201(a)-(b) (2000); H.R. Rep. No. 105-551, pt. 1, at 17-19 (1998).

107. 17 U.S.C. §1201(a)(3)(A).

108. H.R. Rep. No. 105-551, pt. 2, at 36 (1998)；參 Exemption to Prohibition on Circumvention of Copyright Protection Systems for Access Control Technologies, 65 Fed. Reg. 64,556, 64,561 (October 27, 2000)。歐盟科技保護措施相關規定亦有相同的合理使用考量，參章忠信 (2006)，前注100，頁291。然而，免責條款的實施結果，仍可能造成使用人原有的合理使用空間被不當限縮，參黃銘傑，〈解碼、破碼與公平競爭秩序〉，《臺大法學叢論》28卷4期 (1999)，頁146。

109. Michael Boldrin and David K. Levine, *Against Intellectual Monopoly* (Cambridge: Cambridge University Press, 2008), 115-16; Cohen, *supra* note 43, at 390。台灣文獻對此判決之介紹，可參馮震宇，前注103，頁80-81。

110. *Universal City Studios, Inc. v. Reimerdes*, 111 F. Supp. 2d 294 (S.D.N.Y. 2000), amended as 111 F. Supp. 2d 346, 347, *aff'd sub nom.* 其他相同見解可參 *Universal City Studios, Inc. v. Corley*, 273 F.3d 429, 440-42 (2d Cir. 2001); *Paramount Pictures Corp. v. 321 Studios*, No. 03-CV8970, 2004 WL 402756 (S.D.N.Y. Mar. 3, 2004); *321 Studios v. Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc.*, 307 F. Supp. 2d 1085, 1095 (N.D. Cal. 2004)。

為只有得到授權的同區域 DVD 放映機才能「進入」版權技術保護措施保護的 DVD 內容。就此許多學者都指出，如依此見解之標準，則所有的「利用控制」版權技術保護措施都會被解釋為「進入控制」版權技術保護措施，而使用人規避「利用控制」措施可成立合理使用而無須負擔法律責任之可能性，在實際上將不可能存在；¹¹¹ 事實上，「進入控制」有時與「利用控制」在概念上的確可能有相當的模糊空間，因為要先「進入」才會有「利用」的可能，因此，所有的單純「利用控制」版權技術保護措施都可能被當成「進入控制」版權技術保護措施，¹¹² 但是司法實務若採此見解，則顯然未仔細考慮使用人權益在版權政策上所應有之地位，及立法當時對於使用人權益之平衡考量。

當然，並非所有法院判決都排除了規避「利用控制」措施無須負擔法律責任之可能性。舉例而言，在 *Lexmark Int'l, Inc. v. Static Control Components, Inc.* 案中，原告 Lexmark 為了避免競爭對手將其碳粉匣回收使用，遂於印表機及碳粉匣上裝置版權技術保護措施，而被告 Static Control 則設計一種名為 SMARTEK 的電腦微晶片規避前述保護措施。法院審理後拒絕接受原告關於被告規避版權技術保護措施、因而侵權的主張，因為該措施並非保護著作之「進入控制」措施。¹¹³ 相較於前述 *Reimerdes* 案，本案法院似較重視使用人權益。

(2) 版權技術保護措施下的使用人權益

在諸多版權技術保護措施判決中，對於使用人之權益與地位最為肯定的應屬聯邦巡迴法院於 *Chamberlain Group, Inc. v. Skylink Techs., Inc.* 一案之判決，該案中原告主張其所製造的車庫門鎖系統內包含了一套控制進入系統運作軟

111. Cohen, *supra* note 43, at 359–60, 364; Jacqueline Lipton, “The Law of Unintended Consequences: The Digital Millennium Copyright Act and Interoperability,” *Washington and Lee Law Review* 62 (2005): 494–95; R. Anthony Reese, “Will Merging Access Controls and Rights Controls Undermine the Structure of Anticircumvention Law?,” *Berkeley Technology Law Journal* 18 (2003): 650–51; Pamela Samuelson, “Intellectual Property and the Digital Economy: Why the Anti-Circumvention Regulations Need to Be Revised,” *Berkeley Technology Law Journal* 14 (1999): 543.

112. 參 Michael Landau, “Has the Digital Millennium Copyright Act Really Created a New Exclusive Right of Access? Attempting to Reach a Balance Between Users’ and Content Providers’ Rights,” *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.* 49 (2001): 300。

113. *Lexmark Intern., Inc. v. Static Control Components, Inc.*, 387 F.3d 522, 530, 546–47, 550–51 (6th Cir. 2004)。台灣文獻對此判決之介紹，可參胡心蘭，前注 38，頁 185–86；馮震宇，前注 103，頁 81–82。

件之技術，而被告所銷售的車庫匣門開啟器則規避了該「進入控制」措施。¹¹⁴就此法院並未採納原告主張，反而認定被告之產品可協助使用人（消費者）合法使用原告系統內受版權保護之軟件。¹¹⁵法院指出，使用人對於著作之使用有一合理期待，而 DMCA 並未推翻該合理期待，¹¹⁶就原告所出售的門鎖系統而言，使用人的合理期待是可以為了使用該系統，而合法重製系統內含的軟件程式，¹¹⁷且若肯認原告之請求，則今後所有產品製造商都可在產品中增加一個簡單的加密程式，以防止消費者（使用人）將此產品和其他競爭對手的產品搭配使用，如此明顯不符托拉斯法之精神，且有版權濫用（copyright misuse）之嫌。¹¹⁸

仔細解讀該判決可以發現，法院實質上已肯認使用人就其所購買的著作物及附著於其上的著作，具有相當的自主決定權，而當使用人為了正當的使用目的規避版權技術保護措施時（如將此產品與其他產品搭配使用），並無違反 DMCA 的問題。學者 Niva Elkin-Koren 相當支持法院這種對消費者友善（consumer-friendly）的法律適用方式，¹¹⁹並將此法院見解解釋為：只要是版權法未禁止之行為，都是屬於使用人的權利，若使用人本來就有權將這個門鎖系統與其他相容產品搭配使用，則自無侵權或須經版權人同意之問題。¹²⁰如此的解讀方式或許有些大膽，因為在版權法中，只有版權人可享有法律明文列舉的權利，使用人雖在特定情況（如合理使用或權利耗盡時）下可利用這個著作，但是一般學者並未將其視為版權法中的法律權利，¹²¹Litman 因此主張以版權自由（copyright liberty）之用語指涉政策上應予維護的著作使用人權益，用以和著作人之版權區隔、平衡。¹²²姑不論法院容許使用人所為之使用行為是否為使用人之「權利」或「自由」，由此判決的推論及相關學術討論中，

114. *Chamberlain Grp., Inc. v. Skylink Technologies, Inc.*, 381 F.3d 1178, 1193–94 (Fed. Cir. 2004).

115. 同上註，頁 1198。

116. 同上註，頁 1194。

117. 同上註，頁 1203。

118. 同上註，頁 1201。關於技術保護措施與版權濫用之關聯分析，亦可參 Dan L. Burk, “Anticircumvention Misuse,” *UCLA Law Review* 50 (2003): 1132–34；台灣文獻則可參胡心蘭，前注 38，頁 186；馮震宇，前注 103，頁 85、90。

119. Elkin-Koren, *supra* note 44, at 1122.

120. 同上註，頁 1149。此外，許多學者均肯定該判決對著作權法及競爭政策之考量，如 Boyle, *supra* note 103, at 117。

121. 積極肯認使用人權利者，可參 Boldrin and Levine, *supra* note 109, at 5。亦有論者認為法制面上宜在數碼環境中創設使用權，參 Thomas M. Byron, “For a Protected ‘Right to Use’ in Copyright,” *The Intellectual Property Law Review* 55 (2015): 286。

122. Litman, *supra* note 10, at 1903–7.

至少可以確定：在版權政策的決定過程中，著作使用行為具有相當重要且不應被忽略的價值。

（二）合理使用

合理使用是版權法中為使用人權益所明確設立的規範，本文前揭關於使用人理論之推陳，已對合理使用制度與利用人權益之關連多所著墨。¹²³ 美國主流學說認為，合理使用制度存在之主要原因在於，若強求使用人就所有的使用行為均須取得版權人授權，則最終會因為交易成本過大而形成使用人無法取得授權的市場失靈，因此，版權法中創設合理使用制度，以協助使用人雖未取得授權，但仍能合法使用著作，以矯正該等市場失靈，¹²⁴ 如此不但符合使用人之需求，也同時提升社會整體福祉與效率。

從版權法條文及司法實務中亦可看出將使用人權益列入考量後所作的政策決定。舉例而言，除了本章第三節第二項第3點所述 Sony 案中關於時間移轉的合理使用外，許多法院在處理合理使用判斷標準中「使用之目的及性質，包括係為商業目的或非營利教育目的」及「使用結果對著作潛在市場與現在價值之影響」時，若使用人只是就著作作私人使用，則法院通常會傾向作出符合合理使用的認定；¹²⁵ 台灣《著作權法》第51條規定：「供個人或家庭為非營利之目的，在合理範圍內，得利用圖書館及非供公眾使用之機器重製已公開發表之著作。」亦是關於私人使用的合理使用規範；¹²⁶ 而世界許多國家版權法中，也都有「私人使用」之相關規範，用以確保對著作私人使用行為之合

123. 如本文第二節強調合理使用規範是著作權制度中對使用人權益之肯認，亦說明合理使用之限縮與不確定會傷害使用人權益，且如嚴肅看待使用人於著作權制度中之地位，則對合理使用會採取從寬認定的法學解釋方法；第三節除介紹消極使用人與積極使用人對合理使用實踐之態度不同外，亦主張合理使用制度能促進學習、自主決定及自我表達等社會價值。

124. Wendy J. Gordon, "Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and Its Predecessors," *Columbia Law Review* 82 (1982): 1648-57.

125. 參板橋地方法院89年度訴字第2207號刑事判決、台灣高等法院92年度上易字第2348號刑事判決、台中地方法院95年度沙智簡字第1號民事判決及台灣高等法院97年度上易字第1255號刑事判決等。

126. 該條之實際適用，可參台灣高等法院90年度上易字第3237號刑事判決、台灣高等法院94年度上訴字第3195號刑事判決、台北地方法院90年度易字第1128號刑事判決及桃園地方法院91年度易字第1878號刑事判決等。蔡惠如法官則認為，私人使用未必成立合理使用，只是權利人基於執行有效性及經濟性之考量，而可能不願積極主張權利，參蔡惠如，《著作權之未來展望：論合理使用之價值創新》（台北：元照出版社，2007），頁209-11。

法性。¹²⁷ 上述規範及適用方向其實隱含有在不影響著作人創作誘因之前提下，尊重使用人就著作使用之自主決定權的原則。

然而，雖然使用人權益之保護係合理使用之主要規範目的之一，但是法院在合理使用規範的適用上是否真的已全然考慮使用人之權益，仍係一有待探討之問題，本文茲以校園教材影印是否構成合理使用及其他相關判決為例說明之。¹²⁸ 就此問題，美國最知名之判決為 *Princeton University Press v. Michigan Document Services (MDS)*¹²⁹ 及 *Basic Books, Inc. v. Kinko's Graphics Corp.*¹³⁰ 兩案，在這兩個案件中，影印店收費為教授或學生影印上課講義資料彙編之行為，都被法院認定為不符合合理使用之規定，而構成版權侵權。在 *MDS* 一案中，被告 *MDS* 認為，法院應把真正的著作使用人（即買該講義彙編的學生）列入考慮，如果使用人自己將教授所指定之文章自各期刊中蒐集、影印、彙整，則應可成立合理使用，而 *MDS* 只是代使用人為合理使用之行為，故不應構成版權侵害。¹³¹ 但是法院對於這個主張並未採納，也拒絕考慮學生自行影印構成合理使用之可能性。¹³²

然而，就該判決有兩位法官提出不同意見書，肯定 *MDS* 的主張，其中 *Martin* 法官認為：由影印店和由學生自行製作講義彙編的表面差別在於前者是為商業目的，而後者則是為非營利之教育目的，但是，兩者實質的差別只在於對使用人來說，由影印店代為處理較為快速且更符合成本效益，法院純粹考量影印店之商業目的而否認成立合理使用的可能性，實與版權法精神不

127. Paul Goldstein and Bernet Hugenholtz, *International Copyright: Principles, Law, and Practice* (Oxford: Oxford University press, 2010), 367-74.

128. 此處須特別說明的是，合理使用制度涉及廣泛，校園影印只是諸多合理使用爭議與情境的其中之一，其他不同合理使用情境中的使用人地位，亦應為著作權政策關注的重點。本文選擇以校園影印作為事例之原因在於，對照台灣與美國法院於類似案件事實中迥然不同的判決結果，適足說明縱使事實關係與法律規範相似，但是法院對使用人地位看法之不同，將會實質影響其判決結果。

129. *Princeton Univ. Press v. Michigan Document Serv., Inc.*, 99 F.3d 1381 (6th Cir. 1996).

130. *Basic Books, Inc. v. Kinko's Graphics Corp.*, 758 F. Supp. 1522 (S.D.N.Y. 1991)。該案判決後，雙方達成和解，由被告支付原告一百九十萬美元的和解金，參 Goldstein, *supra* note 83, at 206。關於本案及其他美國校園教學資料影印涉及著作權合理使用爭議案例分析，可參馮震宇，〈從美國校園影印爭議看我國校園教學研究合理使用問題〉，《臺大法學論叢》24卷1期（1994），頁454-62。

131. *Princeton Univ. Press*, 99 F.3d, at 1389.

132. 同上注。

符。¹³³ Merritt 法官則認為，法院判決忽視了社會分工的基本需求，事實上版權法並未禁止使用人僱用他人從事合理使用之行為。¹³⁴

台灣法院針對相同情形之見解則與前述美國法院判決不同，智慧財產法院在 99 年刑智上易字第 61 號判決中認定，經營影印店的被告得主張合理使用而不構成版權侵害，判決分析中有將實際利用人（學生）之權益列入考量，並謂：「各該論文所編輯之位置，均在各講師所製作講義內容之後，顯係供學生研究、參考所用，而非為商業目的。又此講義除該校所屬科系之學生上課使用外，對他人而言並無使用價值，且扣案數量僅有七本，依市場交易經驗判斷，該講義因屬學生教學目的不具市場流通性，致無法產生市場替代性……倘弘光科技大學學生因上課需求，僅對於上開期刊中之各一篇文章有參考或閱讀之必要，即需購買整本期刊，對學生教學目的而言，反係構成不當之資訊取得障礙，亦構成沉重之教育負擔，此與著作權法立法之目的顯然相違。」相較於前述美國判決而言，本案法院顯然對利用人（學生）之權益（包括其研究、參考之非商業用途及取得講義內容之成本等）有較為細緻的考慮。¹³⁵

上述美國法院判決校園影印店無法主張合理使用之部分原因為影印店之營利性質，但是若代為印製之機構為非營利性質，美國法院即可能有不同之認定結果。以 *Williams & Wilkins Co. v. United States* 案為例，原告係一專業之醫學期刊出版機構，其主張國家醫學圖書館為了館際交流借閱之目的而重製原告出版之期刊論文，已侵害其版權，¹³⁶ 但是第二巡迴上訴法院卻未採納原告主張，反而認定被告的重製行為係屬合理使用。法院從使用人（研究人員）的觀點出發並指出，若將該重製行為認定為版權侵害，則實際需要使用文章內容的研究人員並不會因此而採購原告出版的期刊，反而會花更多的時間到圖書館或藉由其他管道抄錄文章內容，或花費更久的時間等待借閱期刊的正本，如此對於研究人員實際投入研究的時間及整體科學進展的時程都有相當負面的影響。¹³⁷ 就此，*Williams & Wilkins Co.* 判決中關於研究人員不會購買

133. 同上注，頁 1393 (Martin, C.J., dissenting)。

134. 同上注，頁 1395 (Merritt, J., dissenting)。

135. 此處須說明的是，雖然兩案的事實有許多相似性，但是「使用人」其實只是觀察台灣與美國法院這兩個判決差異的角度之一；論者亦可由兩國其他著作權相關法制之差異觀察之，如美國校園影印店向著作權授權中心（Copyright Clearance Center, CCC）取得相關教材之授權係行之有年之制度，但台灣相關運作機制則尚待發展，此等差異亦對於上述判決之不同見解有相當影響。

136. *Williams & Wilkins Co. v. U.S.*, 487 F.2d 1345 (Ct. Cl. 1973).

137. 同上注，頁 1358。本案後來上訴到美國聯邦最高法院，但最高法院仍維持原判。

該著作，只會花更多時間去重製之論述，其實亦可適用於校園影印爭議中的實際使用人（學生）身上。相較於前述 *MDS* 案之判決，*Williams & Wilkins Co.* 之該等論理對於實際之著作使用人有更多的關注，藉由分析使用人之使用行為及其社會價值，法院其實更能實現版權促進資訊流通及國家整體文化發展的政策目標，由此亦可看出對於使用人及使用行為之重視程度，會實質地影響法院判決結果及版權立法目的之達成。

回到前述校園影印店之合理使用爭議，校園影印店代學生蒐集、影印、彙整講義之行為或許對著作人之創作誘因有相當負面影響，前述美國法院於 *MDS* 案判決所考量者，係若容許影印店合法從事這種業務，則其重製的規模將明顯大於個人重製，如此對著作人權益之傷害亦將提升，有可能超過著作人從事創作時所願意承擔之成本，進而影響創作誘因。然而，在 *Williams & Wilkins Co.* 一案中，美國國家醫學圖書館所為之重製行為其實規模更大，¹³⁸ 法院卻認為其成立合理使用，分析兩案可發現兩者之差別只是 *MDS* 係以營利為目的，而國家醫學圖書館不是。本文並非謂法院判決無須考慮重製之規模與數量，¹³⁹ 而是認為：法院在作出判決前，仍應審慎分析使用人之權益，如 *MDS* 案中持不同意見之法官所言，影印店其實在協助學生以更經濟效率的方式從事合理使用。¹⁴⁰

綜合而言，若法院了解合理使用之設計目的是為了維護使用人權益，則在適用相關規範時，自能將真正著作使用人之權益列入重要考量，而不會以表像形式上，何人（影印店或學生本人）從事使用行為來判斷合理使用成立與否。¹⁴¹ 就使用人權益觀點分析前述校園影印店之合理使用爭議，前述台灣智慧財產法院判決考量實際使用人之使用方式及資訊取得障礙等因素，並作

138. 同上注，頁 1348。根據統計，在 1957 年到 1961 年之間，美國國家醫學圖書館經由館際合作所出借的 352,262 件文獻中，有 301,528 件是影本；而與國家圖書館類似的美國國家衛生研究院（National Institutes of Health, NIH）附設圖書館至 1970 年為止，每年都為其研究人員複印了接近一百萬頁的研究所需文獻，參 Goldstein, *supra* note 83, at 67; Gordon, *supra* note 124, at 1647。

139. 不可否認的，公開、商業性且大量的重製（著作利用）行為本來就是版權人較具正當性及誘因介入控制者，參 Litman, *supra* note 10, at 1918。

140. 學者中亦有明確支持該不同意見者，參 Liu, *supra* note 104, at 1110–11。

141. 就此林利芝教授基於不同切入點而有不同的見解，其認為：「即使影印店提供之影印服務對促進學生的學習助益良多，其初衷乃是在於牟利，即使利潤甚微，積少成多亦不容小覷。」林教授並指出：本案被告能否在法院合理使用利用之目的及性質之判斷上取得有利的認定，另一關鍵在於利用目的能否成為有「產出性使用」價值的轉化性使用。參林利芝，〈教學講義找麻煩，合理使用費思量：評析智慧財產法院九十九年度刑智上易字第六一號刑事判決〉，《月旦法學雜誌》207 期（2012），頁 168–69。

出影印店重製行為構成合理使用之推論，似較美國 MDS 案法院之考慮更為妥適。¹⁴²

五、結語

一個平衡的版權政策，除了須考慮對著作人提供誘因及保障外，亦須妥適考量使用人之利益。如果將著作使用行為理解為使用人與著作之互動過程，則數碼科技將使該互動過程所涉及的權益分配與治理方式更形複雜。數碼科技使著作積極使用人在文化創造的過程中，扮演越來越重要的角色，但是附隨而來的 DRM 技術及相關版權技術保護措施規範，卻使得使用行為受到前所未有的嚴密控制，而在此時空背景下，將使用人之角色及使用行為之社會價值植入版權相關制度分析及政策決定中，實有其必要。

使用人在版權制度中扮演重要角色，使用人利益之總合即為版權法中所應保護之社會公共利益。版權理論與實務對使用人之定位，應同時考量消極與積極兩種類型的使用人，亦應對使用行為之促進想像力、學習、自主決定及自我表達的社會功能有妥適的認識，這些社會功能其實與版權法促進國家文化發展的政策目標密切相關。

在多數版權爭議中，都會涉及使用人權益的考量與平衡，本文選擇以版權技術保護措施及合理使用兩個議題，具體呈現是否考量使用人權益所可能造成的不同結果。在版權技術保護措施相關案例中的使用人，雖然不一定是以傳統的方式（如重製、改作或無形使用等）使用著作，但是法律對其規避行為或規避準備行為的控制程度，其實會相當程度地影響其對著作與著作物之使用空間與權益。本文以為，美國法院就 *Chamberlain* 一案之判決，清楚地意識到版權技術保護措施規範之適用，應妥適考量使用人之地位與權益，頗符立法初衷；而在合理使用規範的適用上，法院若能清楚認知合理使用規範係為使用人而存在，則較能立於實際使用人之地位，判斷使用行為對使用人乃至於社會整體之價值，以及此利用行為是否構成合理使用，而不會拘泥

142. 另一個值得參考的判決是在知名的 *Sony v. Universal Studios* 案中，美國聯邦最高法院亦由使用人之角度出發，認為：雖然版權法未明文規定，但是依據版權法之立法目的，著作使用人（電視觀眾）在家中以錄影機將節目錄下，選擇於其他時間觀賞，當然不會有版權侵害的問題，該等使用係屬合理使用，因此，製造、銷售錄影機的 Sony 公司也不會有版權輔助侵權的責任，參 *Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, at 456。與校園影印店爭議不同的是，Sony 公司未直接為重製行為，只是提供重製的器材，但 Sony 公司和影印店都是協助使用人從事實際使用行為的中介人。

於從事使用行為之主體（由使用人親自為之或委託以營利為目的之影印店為之），或以其為判斷合理使用成立與否之主要標準，如此方更符合合理使用規範係為使用人制訂之立法本旨。就此而言，台灣智慧財產法院 99 年刑智上易字第 61 號判決將使用人權益納入考慮，並作出利用行為成立合理使用之認定，是相當值得肯定的。

第三章

「用戶衍生內容」例外與香港版權條例修訂

關文偉

一、問題的背景

用戶衍生內容 (user-generated content 或 user-created content) 並非一個全新的問題。當互聯網從作者向讀者單向提供內容過渡到作者與讀者互動、雙向的內容交流的所謂「網絡 2.0」時代，個人用戶衍生內容就成為一個獨特的問題。在新的網絡時代，由於受到網絡服務越來越多的影響，網絡用戶更多地參與到評價、分發網絡內容、定制網絡應用等活動中來。在這種背景下，經濟合作與發展組織 (Organization for Economic Co-operation and Development, OECD) 提出「參與式網絡」(participative web) 的概念。¹ 由於互聯網業已深入到人們的生活當中，因此網絡用戶在參與式網絡中更多地用個人用戶衍生內容表達他們自己。OECD 定義個人用戶衍生內容為：(1) 在互聯網上向公眾提供的內容；(2) 其中反映若干程度的創作努力，及 (3) 於專業常規和實踐以外所創作的。²

個人用戶衍生內容通過網絡而公之於衆。雖非網絡用戶經意的專業創作，卻也在一定程度上體現了個人的創意，個人用戶衍生內容便因此產生相應的版權法問題。一是在多大程度上這樣的創作受到版權法的保護。更重要的是，一旦這種創作可能對他人的版權利益產生影響，應如何釐定版權的侵權責任。美國加州北區法院 2007 年 *Lenz* 案，便是一個很好的例子。³ 這個案件中，網絡用戶 Stephanie Lenz 把一段家裏自拍的小孩跳舞短片上

-
1. OECD Working Party on the Information Economy, “Participative Web: User-Created Content” (DSTI/ICCP/IE[2006]/final, April 12, 2007), 4.
 2. 同上注。
 3. *Lenz v Universal Music Corp.*, 572 F. Supp. 2d 1150.

載到 YouTube。短片以樂隊 Prince 的名曲“Let's Go Crazy”為背景音樂。該歌曲的版權持有人環球唱片（Universal Music）依美國《千禧年版權法》（Digital Millennium Copyright Act 或 DMCA）發出移除通知，要求網絡服務商 YouTube 把侵權短片撤下。Lenz 以合理使用作抗辯，向法院起訴環球唱片，宣稱被告沒有首先考慮合理使用，便對其合理使用版權作品作出不實陳述（misrepresentation），並影響其言論自由。法院最後判決確也認為環球唱片在依《千禧年版權法》發出移除通知時，疏於先行考慮合理使用，實為不當。不過，法院卻也沒有支持原告言論自由被侵犯而請求的象徵性賠償，認為言論自由侵犯案例針對的是政府機關而非商業機構。Lenz 自拍的短片事後得以在 YouTube 上重見天日。

Lenz 案件很好地體現了個人用戶衍生內容在版權法中爭議的核心內容，即使用版權作品進行個人表達所涉及的言論自由與版權作品版權的保護之間的緊張關係。這個問題在香港 2014 年版權法例修訂過程中，是一個核心的熱點問題。本文下面會對香港版權法修例中個人用戶衍生內容的例外問題進行探討。下一節會先介紹個人用戶衍生內容問題在香港的來龍去脈，並聯繫戲仿版權例外立法的反覆，找出個人用戶衍生內容例外的核心問題。在此基礎之上，第三節進一步分析 2014 年版權（修訂）條例草案在戲仿與個人用戶衍生內容版權例外之間的取捨，並指出其迷思，從而對條例草案拒絕個人用戶衍生內容例外作評價。最後第四節是簡單的結論。

二、版權法修訂：搖擺於戲仿和個人用戶衍生內容例外之間

（一）言論自由語境下戲仿版權例外的確立

所謂版權保護與言論自由之間的衝突，其實在香港版權法修訂中並非新話題，而是自 2006 年以來香港政府修訂版權法過程中的核心爭議問題。為了適應科技發展，尤其網絡應用的急劇發展對版權保護形成的挑戰，香港政府早於 2006 年開始就「在數碼環境中保護知識產權」作公眾諮詢。⁴在此公眾諮詢的基礎上，香港政府於 2008 年提出「初步建議」作進一步公眾諮詢，

4. 香港政府工商及科技局，〈在數碼環境中保護知識產權〉（2006），載於 http://www.ipd.gov.hk/eng/intellectual_property/copyright/digital_environment.htm（瀏覽日期：2016 年 7 月 16 日，下同）

最終形成2009年的「在數碼環境中加強保護版權的建議」。⁵該建議提議確認所有人擁有以任何電子傳送模式傳播作品的權利，並訂定違反這一權利的刑責。⁶香港其後依此於2011年6月向立法會提交2011版權條例的修訂草案。⁷在草案的討論過程中，新擬訂的全覆蓋網絡傳播權與網絡區間的戲仿行為產生衝突。社會上有聲音廣泛呼籲對戲仿增設例外。不過政府認為，為戲仿例外訂例「是一項具爭議的議題，亦可能實質改變《版權條例》下版權持有人與使用者權益之間的平衡」，因此非經充分論證和諮詢，「不宜匆匆提出立法建議」。⁸政府並承諾「會繼續聽取版權擁有人和使用者的意見和留意最新的國際情況，以決定應否就戲仿作品訂定版權豁免，提出具體立法建議」。⁹立法會審議條例草案期間，社會人士對此表達了廣泛的意見，而2011年條例草案也被稱為「網絡23條」而飽受詬病。¹⁰香港立法會中的泛民議員強烈反對條例草案。立法會不少議員，包括譚偉豪議員、湯家驊議員、余若薇議員及劉慧卿議員都與版權使用者持相近的看法，認為不涉及大規模盜版和牟利的戲仿作品應獲豁免刑責，以保障表達自由。其中譚偉豪議員並建議政府當局應考慮為使用政府宣傳及推廣材料的戲仿作品提供豁免。¹¹然而，2011年條例草案最終沒有進入二讀辯論，並隨該屆立法會會期於2012年7月結束而失效。

香港政府於2013年重新啟動版權法例的修訂。戲仿作品作為2011年條例草案審議中懸而未決的問題，此次自成修例的核心議題。香港政府於2013年7至11月對公眾就「在版權制度下處理戲仿作品」展開諮詢，探討在香港的版權制度下，如何照顧現實，妥當處理戲仿作品。諮詢所收集的意見中，版權使用者與擁有人間的分歧頗大。政府最終根據收集到的公眾意見和相關域外經驗，將新的版權豁免與現行的非法分發、傳播的刑責進一步釐

5. 香港立法會工商事務委員會，〈在數碼環境中加強保護版權的建議〉，載於 http://www.cedb.gov.hk/citb/doc/tc/publication/consultation/Panel_Paper_Digital_Chi_Full.pdf。

6. 香港政府商務及經濟發展局，〈在數碼環境中加強保護版權的初步建議〉。

7. 2011年版權（修訂）條例草案，載於 <http://www.legco.gov.hk/yr10-11/chinese/bills/b201106033.pdf>。

8. 香港政府商務及經濟發展局暨知識產權局就「為戲仿作品提供版權豁免」提供的文件（立法會CB(1)385/11-12(04)號文件），載於 <http://www.legco.gov.hk/yr10-11/chinese/bc/bc10/papers/bc101122cb1-385-4-c.pdf>。

9. 同上注。

10. Wenwei Guan, "When Copyrights Meet Human Rights: 'Cyberspace Article 23' and Hong Kong's Copyright Protection in the Digital Era," *Hong Kong Law Journal* 42, no. 3 (2012): 786.

11. 香港立法會，〈2012年4月20日內務委員會會議文件：《2011年版權（修訂）條例草案》委員會報告〉，第11段，載於 <http://www.legco.gov.hk/yr11-12/chinese/hc/papers/hc0420cb1-1610-c.pdf>（瀏覽日期：2016年7月16日）的法案委員會報告。

清，並在 2011 年條例草案基礎上形成一套新的建議，以取得使用者與版權人之間的平衡。

新增的公平處理豁免，除「評論時事」及「引用」之外，引入新的戲仿公平處理是其中的核心。2014 年條例修訂草案建議引入相關的公平處理豁免，包括為戲仿、諷刺、營造滑稽和模仿目的的用途。根據 2014 年版權（修訂）條例草案，在現版權條例第 40 條之前加入：

39A. 戲仿、諷刺、營造滑稽及模仿：

- (1) 為戲仿、諷刺、營造滑稽及模仿的目的而公平處理某作品，不屬侵犯該作品的任何版權。
- (2) 在裁定處理作品是否第 (1) 款所指的公平處理時，法院須考慮有關個案的整體情況，並尤其須考慮——
 - (a) 該項處理的目的及性質，包括該項處理是否為非牟利的目的而作出以及是否屬商業性質；
 - (b) 該作品的性質；
 - (c) 就該作品的整項而言，被處理的部分所佔的數量及實質分量；及
 - (d) 該項處理對該作品的潛在市場或價值的影響。¹²

政府在解釋引入戲仿原因時肯定，戲仿作品「是市民經常用作表達意見和評論時事的工具，有助促進表達自由」，且戲仿創作「鼓勵創意，培育人才，甚至促進娛樂事業，因此對社會的整體經濟及文化發展有所裨益」。政府並認為，戲仿作品「通常具批判或轉化意味，不大可能取代原作品」，而且戲仿作品「範圍清楚明確，屬公認為文學或藝術創作手法，並已獲海外版權制度適當接納」。¹³至此，歷經多次反覆，戲仿的版權例外終於納入版權法例修訂草案之中。

(二) 戲仿例外與個人用戶衍生內容例外之間

不過，戲仿例外最終納入版權法例外修訂草案，並沒有終結版權保護與言論自由之間的緊張關係，反而引申出新的議題。政府諮詢雖以戲仿例外

12. 立法會參考資料摘要（CITB 07/09/17），《2014 年版權（修訂）條例草案》，第 20 條。

13. 同上注，第 13 段，頁 10。

展開，公眾回應卻有不少擴展至二次創作。¹⁴不少公眾回應支持二次創作，認為：

「不同方式的二次創作在歷史的不同時期出現，已有一段長時間，並以藝術形式被肯定及存在著」，且經轉化後，「與原作的市場不同，即使作品的使用有商業成份，只要其作品並無取代原作，有關的刑事及民事責任均應獲豁免」。¹⁵

而且，公眾回應不單肯定二次創作作品的政治性角色，亦視其為「創意的成果」而為本地文化、娛樂不可或缺的一部分，並且罕有帶來實際損失。¹⁶

但是，政府的公眾諮詢是以「戲仿作品」而非「二次創作」為題進行的。政府強調，原因主要是：「戲仿作品」泛指「加入了仿效元素或包含原版權作品若干元素，以營造滑稽或評論等效果的作品」，包括「戲仿作品」(parody)、「諷刺作品」(satire)、「滑稽作品」(caricature)或「模仿作品」(pastiche)，範圍相當寬闊。但「二次創作」並非版權法學的常用概念，其實質涵蓋範圍不清。而翻譯、改編這些衍生創作(derivative works)在現有版權法中屬原作品版權人的專有權利，有明確的保護。其次，「雖然本身可以有原創成分，但單單以此為界考慮版權豁免，未必適宜。……如僅以『二次創作』的不明確概念提供版權豁免，會令分辨是否侵犯版權的界綫變得模糊，產生不明確的因素及增加版權作品被濫用的機會。」¹⁷

不過，支持二次創作的群體對此頗為不滿。新民主同盟認為，戲仿例外「無法涵蓋所有二次創作，變相逼迫創作人只可以搞笑、惡搞的方式創作，令二次創作人淪為小丑」，而且「以限制創作方式的法例規管創作人」是為「剝削創作自由之舉」。¹⁸新民主同盟因此強調，引入個人用戶衍生內容例外，「是最能平衡創作自由及版權人利益的方案」。¹⁹

14. 如新民主同盟，〈《2014年版權(修訂)條例草案》立場書〉，立法會 CB(4)67/14-15(118)號文件，載於 <http://www.legco.gov.hk/yr13-14/chinese/bc/bc106/papers/bc1061025cb4-67-118-c.pdf> (瀏覽日期：2016年7月16日，下同)；二次創作權關注組，〈對《2014年版權(修訂)條例草案》之意見書〉，立法會 CB(4)67/14-15(115)號文件，載於 <http://www.legco.gov.hk/yr13-14/chinese/bc/bc106/papers/bc1061025cb4-67-115-c.pdf>。

15. 《2014年版權(修訂)條例草案》，附件C，〈在版權制度下處理戲仿作品的公眾諮詢收集到的意見摘要〉，頁5。

16. 同上注。

17. http://www.ipd.gov.hk/sc/intellectual_property/copyright/Q_A1.htm (瀏覽日期：2016年7月16日)。

18. 前注14。

19. 同上注。

不過，基於不同理由，政府提請修訂的報告對引入個人用戶衍生內容例外有所保留。理由之一是，「本次修訂引入戲仿例外及擴大評論和引用的公平處理的範圍似乎已經能夠滿足個人網絡用戶的需要」。²⁰另一個理由是，相關問題的國際實踐中接受的仍屬極少數。除加拿大立法接受個人用戶衍生內容版權例外、愛爾蘭傾向接受但未立法之外，澳洲否決、英國認為支持的論據不足，而美國和歐盟尚處檢討階段。更重要的是，政府認為個人用戶衍生內容概念沒有定論，且有可能不符合《與貿易有關的知識產權協定》（Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights，簡稱 TRIPS 協定）的三步檢測標準中第一步的準則，即任何限制或豁免須僅限於某些特別個案。²¹政府因而不接受個人用戶衍生內容的版權例外，不過承諾「會繼續密切留意海外在保護版權方面的發展，以助將來再更新版權法例時，認清和處理進一步的版權議題」。²²

三、拒絕個人用戶衍生內容例外的邏輯困境

（一）言論自由與版權保護之間

香港版權條例修訂從2011年草案到2014年草案，版權使用者的言論和表達自由始終是香港社會各界的關注核心。戲仿版權例外之所以由開初之外圍議題，游離於法案之外卻得以進而成為公平處理的核心選項之一被納入草案，實拜社會公眾言論自由熱忱之所賜。個人用戶衍生內容問題隨二次創作議題而從2014年草案進入公眾視野，其過程與戲仿議題於2011年草案討論之肇端有相似之處。不過，歷史會否輪迴不得而知。然而，言論自由與版權保護之衝突，實仍為版權條例修訂核心議題之首。

其實，強調版權保護與言論自由的必然衝突，存在相當的誤導成分。首先，從歷史的演化過程來看，言論自由的興趣與版權保護在歷史上是同源而相互依存的。現代知識產權中的專利和版權制度，一般認為是分別源於英國1624年的《壟斷法令》（Statute of Monopolies）和1710年的《安妮法令》（Statute of Anne）。當時，正值英國的工業革命蓬勃興起、社會契約論成功讓世俗政府脫離神權、私有財產權有力地論證個人自治而為資本主義生產提供

20. 《2014年版權（修訂）條例草案》，第19段，頁14。

21. 同上注。

22. 同上注。

自由勞動力這樣的一個社會大背景之下。²³ 言論自由與版權保護均為當時個人主義發展的必然結果。作者或者版權所有者以通過版權登記並接受審查為代價，換取表述自由和禁止未經許可翻印的權利。²⁴ 版權作為一種所有權的概念，得以在言論自由對抗新聞審查的過程中發展起來。²⁵ 況且，版權保護的是表達的形式而非思想，而言論自由強調的是思想的自由而非表達形式的自由。版權保護與言論自由因而是相輔相成，共同保護思想和形式的自由，以達到真正的言論自由。²⁶ 美國最高法院不少著名案例對此多有論述。從1985年的 *Harper & Row* 案到2003年的 *Eldred v. Ashcroft* 案，再到2011年的 *Golan v. Holder* 案，無不證明版權保護與言論自由之間存在的是相容而非相斥的關係。²⁷

其次，版權是一種財產權。香港《版權條例》就明確訂明，版權是依法存在於相關作品中的財產權（property right）。²⁸ 作為財產權利，版權或者知識產權總的來說是一種私權。TRIPS 協定在其前言明確界定：「知識產權是一種私權」。不僅是私權，版權或其他的知識產權作為權利擁有人的排他權利，還是一種「消極權利」，也即權利擁有人得以合法要求他人不得為一定行為的權利。對知識產權的「消極權利」的特性，世貿組織專家組在解決爭端時多次強調，TRIPS 協定給予權利擁有人的是消極權利而非要求他人實施一定行為的「積極權利」。²⁹ 因此，非於特定的情況下，政府不得對版權這種私權作出限制或例外。應該強調的是，言論自由作為一種根本人權，也是一種消極權利。一般來說，政府非有憲政依據，不得限制私人的言論和表達的自由。這當然包括個人自由表達自我而取得版權並享有法律相應保護，政府不得非法干涉的這樣一種消極權利。因而在理論上，版權與言論自由非但不互相衝突，反而存在政府非法限制這麼一個「共同的敵人」。

前述美國的 *Lenz* 一案是一個很好的例子。在該案中，由於 YouTube 自拍因環球唱片的移除通知被撤下，Lenz 深感其言論自由受限制，因而訴請象

23. Wenwei Guan, *Intellectual Property Theory and Practice: A Critical Examination of China's TRIPS Compliance and Beyond* (Heidelberg: Springer, 2014), 3–4.

24. 前注10，頁799。

25. Lyman Ray Patterson, *Copyright in Historical Perspective* (Nashville, TN: Vanderbilt University Press, 1968), 114–42.

26. 前注10，頁800–801。

27. 同上注，頁793–94。

28. 香港版權條例，第2條第(1)款。

29. 世界貿易組織爭端解決機制專家組決定，EC—Trademarks and Geographical Indications (Australia), Panel report (WT/DS290/R, March 15, 2005), para. 7.210。

徵性的損害賠償。不過法院認為，Lenz 所倚賴的案件均係政府僱員對州政府提出的訴訟而獲象徵性賠償，而 Lenz 要求將僱員與政府間關於言論自由侵權賠償的判例，擴展至適用於《千禧年版權法》背景下的私人行為中，缺乏相應的法律依據；Lenz 也沒能證明其所謂損害是源於 YouTube 移除短片和限制其言論自由，因而其象徵性賠償的訴求應該被駁回。³⁰

雖然 Lenz 案作為美國區域法院的判決，並非有廣泛的約束力，但其中的法理說明卻非常有意義。案件中的真正衝突是兩種私權——環球唱片所擁有的歌曲版權與 Lenz 的私人創作權——之間的衝突，而非通常的政府公權干預個人表達意願的限制言論自由的衝突。法院駁回 Lenz 言論自由被侵犯的象徵性賠償請求於法有據。這一案件也生動地說明，以版權與言論自由的衝突，來解釋 2014 年條例草案中的個人用戶衍生內容例外和 2011 年條例草案的戲仿例外，均有明顯的誤導成分。

（二）版權法三步檢測法之於戲仿與二次創作

香港政府拒絕個人用戶衍生內容版權例外的主要理由之一是例外與版權條例的三步檢測法，其中尤其是與第一步「僅限於個案」的要求的衝突。香港政府在其向立法會提交的 2014 年條例草案說明指出，個人用戶衍生內容是一個「隨科技發展而不斷演變」和「十分廣闊及含糊」的概念，「並沒有一個廣獲國際社會接納的定義」；其豁免「未必能符合 TRIPS 訂明的『三步檢測』中第一步的準則」。³¹ 針對用戶援引加拿大豁免個人用戶衍生內容的立法來說服政府引入相關豁免，政府回應認為：

根據世貿組織小組報告文件 (WT/DS160/R)，「特別」是指一項豁免或限制必須有清楚的定義、涵蓋範圍亦應該為狹窄、並有其特殊及顯然的目的。有意見關注到，加拿大個人用戶衍生內容豁免的第 29.21(1)(a) 條所訂明的，即用戶在純粹為非商業的

30. *Lenz v. Universal Music Corp.*, 572 F. Supp. 2d 1150. 在此案中，法院認為：

Lenz invites this Court to extend the reach of such cases to the conduct of private actors in the DMCA context. However, absent some authority supporting such an extension, the Court declines the invitation. Accordingly, the Court concludes that Lenz cannot demonstrate damages based upon the loss of YouTube's hosting services and the chilling of her free speech.

31. 立法會參考資料摘要 (CITB 07/09/17)，《2014 年版權（修訂）條例草案》，頁 14。

目的而創作有版權存在的新作品的時候，可以使用現有版權作品，可能不會被視作「有清楚的定義」。尤其是「為非商業的目的」的分界可能太含糊。另外，潛在的用戶數量龐大，有關涵蓋範圍可能不會被視為「狹窄」。「為非商業的目的」的要求未必算是「一項特殊及顯然的目的」。有見及此，此項豁免是否符合第一步檢測尚有商榷餘地。³²

香港版權條例所謂的三步檢測法，乃源於世貿組織的 TRIPS 協定。TRIPS 協定第 13 條訂明，「各成員對專有權作出的任何限制或例外規定僅限於某些特殊情況，且與作品的正常利用不相衝突，也不得無理損害權利持有人的合法權益」。此條乃針對版權的專屬權利的限制與例外而定。而其實際來源出自《伯爾尼公約》(Berne Convention) 第 9 條第 (2) 款。³³ 按照「三步檢測」標準的規定，任何政府如欲對版權專屬權利作出限制與例外規定，必須確保例外規定符合三個要素：(a) 僅限於「特別個案」；(b) 與作品的正常利用沒有衝突；以及 (c) 沒有不合理地損害版權擁有人的合法權益。

作為其相應規定，香港版權條例對此作出如下規定：

在決定本分部指明的作為是否可在儘管有版權存在的情況下就版權作品而作出時，基本考慮因素是該項作為並不與版權擁有人對作品的正常利用有所抵觸，以及該項作為並沒有不合理地損害版權擁有人的合法權益。³⁴

首先應該指出的是，香港版權條例對三步檢測法的貫徹乃於 1997 年之後，而作為香港版權條例之源的英國版權法例並沒有引入所謂的三步檢測

32. 同上注，附件 F，第 6 段。政府並引述和認同反對個人用戶衍生內容例外的相關人士的看法（同上引，第 7 段）：

事實上，世界知識產權組織的前助理總幹事米哈依・菲徹爾博士 (Dr. Mihaly Ficsor) 認為加拿大的個人用戶衍生內容豁免不能夠符合三步檢測標準的第一步檢測，因為豁免並非「特別個案」。他尤其指出，單以創作及向公眾提供衍生作品，而提出應該可以自由使用他人版權作品，以確保表達自由為理由，實屬難以接受，因為《伯爾尼公約》第 12 及 14(1) 條訂明對作品進行改編的專有權利，而其「定義」已涵蓋了創作衍生作品。菲徹爾博士認為，將個人用戶衍生內容豁免的涵蓋範圍及性質縮窄至為「特別個案」，必須有更實質的條件。

33. 《伯爾尼保護文學和藝術作品公約》第 9 條第 (2) 款訂明：「本同盟成員國法律得允許在某些特殊情況下複製上述作品，只要這種複製不損害作品的正常使用也不致無故侵害作者的合法利益。」

34. 香港版權條例，第 37 條第 (3) 款。

法。這裏可以看得出來，香港對於履行其國際條約義務是相當積極的。其次，行文中可以看到與 TRIPS 協定或《伯爾尼公約》仍有細微差別，香港的版權條例對於第二、第三步的檢測法的規定完全依照 TRIPS 協定的行文而訂定，不過對於第一步檢測法的「僅限於特別個案」上並未有特別強調。當然，或可認為「僅限於特別個案」已經可蘊含於上下文間而不需訂明。但細微的差別卻是不容否認的。從法律解釋學角度來看，如此細微差別當有其必然含義。最保守的看法是，三步檢測法的第一步之「僅限於特別個案」就算可以推斷其存在，其重要性亦不比 TRIPS 協定或《伯爾尼公約》之規定。2014年條例草案以不符合三步檢測法的第一步，來拒絕個人用戶衍生內容版權例外的法理基礎，尚非十分充實。

對於引入戲仿例外從而擴闊特別處理範圍，為何又符合三步檢測法，尤其是第一步檢測法的「僅限於特別個案」，政府的報告卻是語焉不詳。政府承認，在增加戲仿例外時，戲仿作品的轉化性用途和戲仿乃常見的互聯網行為是相關考慮。但也認為，僅此不足為豁免的充分理據，不單「轉化性用途此概念寬闊，在某些情況下會對原作者或版權擁有人造成不公平」；且「任何行為也不可能純粹因為普遍和常見，便構成提供豁免的理由」，何況「網上活動，也不一定屬私人用途」。³⁵ 為了符合三步檢測法的第一步，「透過劃出清楚界定和範圍狹窄，並具有合理原因支持的豁免範圍，以確保版權豁免只適用於某些特定個案」，2014年條例草案對戲仿作品限於「為戲仿、諷刺、營造滑稽及模仿目的」為用途的特別處理。³⁶ 政府也清楚「特別處理範圍內所包含的行為，不一定全部具充分的理據得到豁免」，固仍得依據「三步檢測」中其餘兩步的準則，以考慮某項行為會否與作品的正常利用有衝突或不合理地損害版權擁有人的合法權益。³⁷ 政府因而將公平處理條文所反映的公平評估準則適用於擬擴大的戲仿例外的特別處理範圍，引入非盡列式的四因素，「供法庭分析個案，平衡各方利益，達至公平的裁決」。³⁸

客觀而言，僅將戲仿作品限制於一定的處理目的並加上公平處理四因素的約束，與加拿大立法確立非商業目的個人用戶衍生內容例外並無二致。以此接納戲仿作品的公平處理而拒絕個人用戶衍生內容的版權例外，理據並不充分。實際也反映了香港於 TRIPS 協定三步檢測法的實施困境。

35. 立法會參考資料摘要 (CITB 07/09/17)，《2014年版權（修訂）條例草案》，附件 E，第3段。

36. 同上注，第4段。

37. 同上注，第5段。

38. 同上注，第6、7段。四因素包括處理的目的及性質，作品的性質，被處理的數量及分量，和處理的市場或價值影響。詳見前注 12 中 39A(2) 的內容。

（三）網絡環境下版權作品的使用與創作

傳統的模擬時代，版權作品的使用十分純粹，使用就是作用。著作者與讀者之間涇渭分明。不過到了網絡 2.0 的數碼化時代，一切完全改變。版權作品的使用，如果不是純粹為了創作，至少也包含一定的創作成分。正如戲仿者與二次創作者，均非傳統意義上的讀者可以包括。這或許正是戲仿或個人用戶衍生內容版權例外的核心問題之所在。在本次 2014 年版權（修訂）條例草案諮詢過程中，支持個人用戶衍生內容版權例外的陣營，比方新民主同盟和二次創作權關注組，均從長時間以來存在的藝術創作形式來看個人用戶衍生內容，並視其為本地文化和娛樂不可或缺的一部分。³⁹ 以再創作作為公平處理行為，在現今香港版權條例的框架下，產生了嚴重的困難。

現行的香港版權條例，包括英國的版權法，公平處理是羅列式而非美國合理使用的概括式。因而，未經列舉者，不屬公平處理之範疇。按香港現行版權條例，公平處理緊跟所謂「三步檢測法」的引言條文之後，為「研究及私人研習」例外而引入。⁴⁰ 此條之前的「三步檢測法」當然適用於釐定「研究及私人研習」例外。此外，條例訂明，法院在考慮是否屬於研究及私人研習的公平處理時，必須考慮相關個案的整體情況，尤其是處理的目的性質為非牟利抑或商業性質、作品的性質、被處理部分的數量和分量，以及處理的市場或價值影響等等四個因素。⁴¹ 版權條例此後論及各種例外時，公平處理有關表述並非完全一致。版權條例第 41A(2) 條「為教學或接受教學的目的而作的公平處理」及第 54A(2) 條的「為公共行政的目的而公平處理」中均提及此公平處理四要素。不過，第 39 條「批評、評論及新聞報導」雖也屬公平處理，卻沒有條例 38(3) 相近的四因素的表述。好像說明並非所有的公平處理均得考慮此四要素。且並非所有的例外均屬公平處理，因為版權條例第 II 部「就版權作品而允許的作為」中的其他作為並非同樣的提及公平處理。

因此，香港版權條例中公平處理的法理並非十分一致，頗為雜亂無章。不過，有一點是一致的，就是無論私人研習、教學、公共行政，還是批評、執導，所有的「處理」均為傳統的「使用」，而非「創作」，並不產生「衍生作品」（derivative works）的問題。依香港或英國現行的版權條例，在現在版權

39. 見新民主同盟，〈《2014 年版權（修訂）條例草案》立場書〉；二次創作權關注組，〈對《2014 年版權（修訂）條例草案》之意見書〉。參見前注 14。

40. 香港版權條例，第 38 條，「研究及私人研習」。

41. 香港版權條例，第 38 條第 (3) 款。2014 年條例草案建議新增的 39A(2) 一字不差的重複此公平處理四因素。具體行文見前注 12 之相關正文。

作品之上的再創作的衍生作品，僅有改編一項，即對文學作品（或電腦程式）的翻譯，音樂作品的編排或改編譜，或文學作品與戲劇作品間的轉換等等。首先，依香港版權條例，改編現有作品僅適用於文學、戲劇或音樂作品，且屬受相應作品的「版權所限制的作為」。⁴²其次，僅僅作品的版權擁有人有「獨有權利」製作該作品的改編本或就該等改編本而作出複製、發放、租賃、傳播、表演等等版權所有人方能實施的行為。⁴³也就是說，依託於現有作品的衍生作品或二次創作是嚴格受限的，基本上也只有版權所有人方可實施。

不過，戲仿例外如果獲得通過，基於現有版權作品的再創作的嚴格限制將獲突破。只要是以「為戲仿、諷刺、營造滑稽及模仿目的」為用途的「處理」，且該處理不與作品的正常利用有衝突或不合理地損害版權擁有人的合法權益，版權擁有人並不得控制。而對於個人用戶衍生內容例外的拒絕，說明就算再創作不與原作品的正常利用有衝突或不合理地損害版權擁有人的合法權益，而非以「為戲仿、諷刺、營造滑稽及模仿目的」為用途的「處理」也不得為之。2014年版權條例草案對傳統的嚴格限制基於現有版權作品進行再創作的個人創作自由有所突破，不過仍是有選擇性的突破。從這個意義上看，新民主同盟認為的戲仿例外「變相逼迫創作人只可以搞笑、惡搞的方式創作，令二次創作人淪為小丑」⁴⁴有一定的道理。

關鍵的問題在於，在網絡2.0的數碼化時代，傳統上對於版權作品的「處理」已經很難局限於純粹的「使用」之上。二次創作，不管是惡搞還是善搞，將不可避免地呈現增加態勢。接納戲仿版權例外但拒絕個人用戶衍生內容版權例外，法律邏輯上是不通的，事實上也並不是一個明智的選擇。

四、版權條例修訂：迷失於戲仿與二次創作版權例外之間

經過上面對2014年版權（修訂）條例草案中對個人用戶衍生內容版權例外的分析，可見新條例草案是舊病未除，新症又發。一方面，吸取2011年條例草案失敗的教訓，2014年條例草案引入戲仿版權例外，對以「為戲仿、諷刺、營造滑稽及模仿目的」為用途的公平處理提供版權例外，以平息社會公眾對草案限制言論自由的疑慮。但正如本文上面指出的，版權保護與言論自由是共生和互補的關係，共同維護言論表達的形式與意志之自由。2014年條

42. 香港版權條例，第29條第（1）款。參見英國版權法 s. 21.1。

43. 香港版權條例，第22條第（1）款。參見英國版權法 s. 16.1(e)。

44. 前註14，18。

例草案非但沒有將2011草案的舊問題解決，反而帶進來的是，妥協、討好社會公眾輿論。此為舊病未除。另一方面，2014年條例草案引入戲仿例外，突破現有版權條例框架對基於現有版權作品之上的衍生作品創作的嚴格限制，卻同時又對個人用戶衍生內容的二次創作例外關上大門，以致版權保護與言論自由之爭的烽煙又起。此為新症又發。香港2014年版權（修訂）條例草案在言論自由的語境下，迷失於戲仿與二次創作版權例外之間而無所適從。更令人深感遺憾的是，由於社會公眾輿論的圍追堵截和立法會泛民議員拉布抵制，2014條例草案在立法會二讀過程也不順利。在歷經三個多月相關議員拉布阻撓之後，香港政府於2016年4月14日表示將撤回版權條例修訂草案。⁴⁵由於本屆立法會會期業於2016年7月15日結束，版權條例修訂只有寄望來年新一屆立法會。希望在近期內對香港版權條例做出那怕是非常簡單的修訂，也顯然是不可能了。

香港版權條例修訂的紛爭，核心仍是言論自由的迷思。言論自由固然重要，然而版權條例修訂並非一個合適的論壇。在這一問題上，胎死腹中的2011年版權條例草案以及現在的2014年版權條例草案均過分糾結於這一問題。在數碼化環境下，如何保護版權並取得版權擁有者與公眾的利益平衡這一初衷，反而湮沒於言論自由的迷思之中而幾不可聞。版權條例的修訂應該集中火力於核心問題，關注於數碼化環境下版權人與使用人的利益平衡，切實面對網絡新環境下作者與讀者關係的全新發展，切莫將法律問題政治化。

此外，本文揭示的2014年版權（修訂）條例草案中迷失於戲仿與二次創作版權例外間的邏輯混亂，以及現行版權條例中關於三步檢測法的困惑，也應當於條例修訂過程中釐清。只有釐清這些基礎理論問題，方能走出戲仿與二次創作例外間的迷局。進而更好擺脫政治化的紛擾，令條例修訂對數碼化新環境下版權保護與使用自由取得合理平衡。

45. 香港文匯網，〈林鄭：港府將撤回版權修訂條例草案〉<http://news.wenweipo.com/2016/04/01/IN1604010040.htm>（瀏覽日期：2016年7月16日）。

第四章

數碼環境下的合理使用

中國法院的解讀

陶中怡

引言

合理使用制度是版權法上平衡版權人利益和社會公共利益的重要制度之一，對實現版權法宗旨至關重要。合理使用制度的立法模式主要有封閉式和開放式之分，中國大陸（以下簡稱「中國」）版權法採用的是前者。隨著數碼環境下新興使用方式的湧現，封閉式立法模式的不足日益突出。本文以數碼環境下一系列的判決為例，指出中國司法實踐中已經開始了大膽的嘗試，突破了既有的合理使用情形，以三步檢驗法、要素分析、版權法的立法宗旨等為判斷依據，認定了新的合理使用的情形，從而在實質上突破了立法的封閉模式。法院的這一突破有其內在原因，也有深遠影響。對這一現象的梳理、原因分析和利弊探討，對中國合理使用制度乃至整個版權法的完善有重要意義。

本章第一節介紹中國版權法中合理使用制度的立法模式及面臨的問題；第二節詳細介紹中國法院在網頁快照、圖書線上搜索、網絡課堂教學等情形下使用他人作品是否合理使用的認定；第三節梳理上述案件中法院認定的新的合理使用情形的判決依據，並比較中外司法之異同，以及在此基礎上分析法院突破既有封閉模式的原因及利弊；第四節探討中國版權法第三次修改過程中在合理使用制度上「進」與「退」的糾結，最後給出筆者的結論和建議。

一、中國版權法上的合理使用

版權法旨在通過授予版權人專有權利，鼓勵作品的創作，進而提升社會文化水平。中國版權法第1條明確規定版權法的立法宗旨，也體現了其多

重性，即「保護文學、藝術和科學作品作者的著作權，以及與著作權有關的權益」，「鼓勵有益於社會主義精神文明、物質文明建設的作品的創作和傳播」，以及「促進社會主義文化和科學事業的發展與繁榮」。¹正因為此，版權的保護並非絕對，版權的限制與例外制度是版權法的應有之義。表達思想兩分法、合理使用、法定許可等等就是版權法內部對這一問題的一系列制度設計。合理使用制度是其中尤為重要的一項。合理使用是指在某些情況下，或符合特定條件時，可以不經版權人的同意，也無需向版權人支付報酬，而使用版權人作品的一項制度。在中國，雖然版權法中沒有明確使用「合理使用」這一術語，但學界及司法界普遍接受了這一概念，並用來指稱版權法第22條規定的情形。

合理使用制度在立法模式上有開放有封閉。前者之典型如美國，其版權法第107條，並沒有窮盡列出合理使用之情形，但列出了四個判斷某項情形是否為合理使用應考慮的要素（以下簡稱「四要素」），即使用的目的、被使用作品的性質、使用的部分相對於被使用作品的數量和品質；使用對被使用作品潛在市場或價值的影響。²簡言之，立法僅規定了合理使用應考慮的要素，法官在具體案件中行使自由裁量權來判斷是否涉案情形為合理使用。封閉之典型如中國，現行版權法第22條列舉了12種合理使用之具體情形，即：(1) 個人使用；(2) 引用；(3) 新聞報導使用；(4) 對時事性文章的轉載、傳播；(5) 對公開演講的使用；(6) 教學或研究使用；(7) 執行公務使用；(8) 館藏使用；(9) 免費表演使用；(10) 室外陳列品的使用；(11) 翻譯成少數民族文字的使用；(12) 盲文使用，³且沒有「其他情形」等所謂兜底條款。2006年頒布實施

1. 《中華人民共和國著作權法》（1990年頒布，2001年及2010年兩次修訂）第1條。

2. 美國版權法（1976），第107條。

3. 《中華人民共和國著作權法》第22條規定的12種合理使用的原文為：「（一）為個人學習、研究或者欣賞，使用他人已經發表的作品；（二）為介紹、評論某一作品或者說明某一問題，在作品中適當引用他人已經發表的作品；（三）為報導時事新聞，在報紙、期刊、廣播電台、電視台等媒體中不可避免地再現或者引用已經發表的作品；（四）報紙、期刊、廣播電台、電視台等媒體刊登或者播放其他報紙、期刊、廣播電台、電視台等媒體已經發表的關於政治、經濟、宗教問題的時事性文章，但作者聲明不許刊登、播放的除外；（五）報紙、期刊、廣播電台、電視台等媒體刊登或者播放公眾集會上發表的講話，但作者聲明不許刊登、播放的除外；（六）為學校課堂教學或者科學研究，翻譯或者少量複製已經發表的作品，供教學或者科研人員使用，但不得出版發行；（七）國家機關為執行公務在合理範圍內使用已經發表的作品；（八）圖書館、檔案館、紀念館、博物館、美術館等為陳列或者保存版本的需要，複製本館收藏的作品；（九）免費表演已經發表的作品，該表演未向公眾收取費用，也未向表演者支付報酬；（十）對設置或者陳列在室外公共場所的藝術作品進行臨摹、繪畫、攝影、錄影；

的《信息網絡傳播權保護條例》將絕大部分情形擴展至網絡環境。此外還有在特別法上，如《計算機軟件保護條例》的相關規定。⁴《中華人民共和國著作權法實施條例》（以下簡稱「實施條例」）第21條規定，「依照著作權法有關規定，使用可以不經著作權人許可的已經發表的作品的，不得影響該作品的正常使用，也不得不合理地損害版權人的合法利益」。一般認為該條是對版權法第22條的補充，即合理使用的情形除需屬於著作權法規定的特定情形外，還需符合實施條例的規定，即不得影響該作品的正常使用，也不得不合理地損害著作權人的合法利益。簡言之，中國的合理使用制度在立法上採取了封閉的模式。

然而面對紛繁複雜的社會現實，法律常常顯得力不從心，封閉的立法模式更是掛一漏萬。日新月異的技術變革和社會發展，帶來了全新的傳播形式和使用方式，由此產生了新的利益群體和利益格局。這些新的使用方式應如何定性，如認定合法，既有的法定情形沒有規定，也不可能事先規定；如認定違法，對新興產業的打擊是一方面，是否與版權法的立法主旨相一致也值得深思。本文即是考察在數碼環境下，中國法院及法官在司法實踐中，如何判定新興的使用方式係合理使用抑或版權侵權，梳理出中國法官之考察依據、邏輯及其特點，並對相似情形做中外司法之比較，以期對中國司法及立法提出更優化之建議。

二、數碼環境下新的使用方式與合理使用的應用

（一）網頁快照

網頁快照，又稱網頁緩存，即搜尋引擎在收錄網頁時，對網頁進行備份，存在自己的伺服器緩存裏，當用戶在搜尋引擎中點擊「網頁快照」鏈接時，搜尋引擎將特定系統當時所抓取並保存的網頁內容展現出來。這一新的服務可以使目標網頁的內容存儲在搜尋引擎的伺服器一段時間，即使某項內容已經在目標網頁中刪除或變更，使用者仍然可以在網頁快照中找到原有內容。而且由於網頁快照是存儲在搜尋引擎伺服器中，所以查看網頁快照的速度往往比直接訪問網頁要快。並且網頁快照中，搜索的關鍵字用亮色顯示，使用者直接找到關鍵字出現的位置，便於快速找到所需資訊，從而提高搜索

（十一）將中國公民、法人或者其他組織已經發表的以漢語言文字創作的作品翻譯成少數民族語言文字作品在國內出版發行；（十二）將已經發表的作品改成盲文出版。」

4. 《計算機軟件保護條例》（2001年公布，2002年施行）第16條、第17條。

效率。⁵ 然而網頁快照也有其負面效應。對原網站而言，使用者完全可以不實際登陸該網站而獲得資訊（儘管該資訊有一段時間的滯後），從而使其點擊登錄數量大大減低；如網頁內容為版權作品，也會影響版權人對版權作品的網絡傳播的控制，因為使用者完全可以從快照中知曉其內容。如何判定網頁快照的合法性就擺在了司法人員面前。

中國對網頁快照的司法實踐有不同的審判依據。較早的「王路訴雅虎案」中，原告的文章未經許可出現在被告的網頁快照中，法院判決被告行為不侵權，其理由是被告提供網頁快照服務並沒有侵犯原告版權的主觀過錯，並且被告在原告主張權利後已履行了其應盡的義務，原告提供的證據不足以證明被告提供涉案網頁快照已經超過合理期限。⁶ 該判決的判定結果並無很大異議。但判決理由有爭議。一個很重要的問題是，如果版權使用者未經許可對他人作品實施了網絡傳播行為，除法律許可的情形外，是否可以依據主觀無過錯而免責。王遷教授指出快照與系統緩存不同，不能適用「避風港規則」，因此法院以被告無過錯為由認定被告沒有侵權，理由欠妥。⁷

在「泛亞訴百度」和「音著協訴百度」兩起糾紛中，用戶可以通過百度網頁快照獲得歌詞的完整內容，法院認定被告的行為構成侵權。在這兩起判決理由中，法院並沒有關注被告的主觀過錯，而是著眼於網頁快照對目標網站內容所產生的實際影響。例如在音著協訴百度案件中，法院認為：

百度公司完整直接地將歌詞放置在其伺服器上，由用戶以點擊歌詞搜索按鈕方式向用戶提供歌詞，由於百度公司在其快照等頁面提供了歌詞的全部內容，使得大多數用戶在一般情況下無需再選擇點擊來源網站的網址以獲得歌詞。百度網的上述操作方式已實際起到了取代來源網站，而由百度網提供歌詞的作用，這種提供並未得到歌詞作者的有效許可。百度公司的搜索已失去了其提供資訊索引和來源的基本特徵，客觀上起到了讓

5. 關於「網頁快照」的定義及用途，見「百度百科」對網頁快照的定義，<http://baike.baidu.com/view/522994.htm>，瀏覽日期：2015年10月13日。

6. 參見北京市第一中級人民法院（2005）一中民初字第5761號民事判決書；北京市高級人民法院（2007）高民終字第1729號民事判決書。一審判決中法院從三方面論證被告主觀沒有過錯：第一，「搜索引擎對網頁快照的內容是否具有合法性並無預見性和識別性，被告在原告提起本案訴訟之前並不知曉其為載有涉案作品的網頁設置了快照，亦不知曉涉案網頁快照的內容」；其次，「被告在根據技術安排自動生成的載有涉案作品的網頁快照上明確提示用戶這只是原網站網頁頁面的存檔資料，是搜索引擎自動從原網站上抓取的快照，這說明被告已盡到了告知義務」；再次，「在原告提起本案訴訟後，被告已經在其網站上屏蔽了涉案作品的網頁快照鏈接。」

7. 王遷，《網絡環境中著作權保護研究》（北京：法律出版社，2011），頁405-7。

用戶直接從其伺服器上獲取歌詞的作用，因此，百度公司所謂以快照方式提供歌詞的行為已不屬於為提供搜尋引擎服務而合理使用服務內容的性質，不屬於法律規定的免責條款所規定的情形。⁸

在「泛亞訴百度」案中，法院的判決理由也是被告提供的快照「客觀上起到了讓用戶直接從其伺服器上獲得歌詞的作用，足以影響提供歌詞方的協力廠商的市場利益」。⁹這一點極其類似在美國法上合理使用判定的標準之一，即「該使用是否影響了作品的正常使用，不合理損害了版權人的合法權益」。

這一司法經驗在北京高級人民法院出台的《關於審理涉及網絡環境下著作權糾紛案件若干問題的指導意見（一）（試行）》¹⁰有了進一步的體現。該意見第13條規定：

網絡服務提供者以提供網頁「快照」的形式使用他人網站上傳播的作品、表演、錄音錄影製品，未影響他人網站對作品、表演、錄音錄影製品的正常使用，亦未不合理地損害他人網站對作品、表演、錄音錄影製品的合法權益，從而未實質性代替用戶對他人網站的訪問，並符合法律規定的其他條件的，可以認定構成合理使用。

在這一意見中，實施條例第21條成為判定新類型的使用是否合理的一項重要依據。

（二）圖書線上搜索

谷歌圖書館專案在全球範圍內掀起軒然大波。儘管該專案對使用者帶來的巨大便利不言而喻，但它仍然受到了各國版權人的激烈反對，並在數次訴訟中處於不利的地位。在此背景下，中國的一則圖書線上搜索案的判決有其不同尋常的意義。在該案中，被告獨秀公司是提供圖書線上搜索服務，在其營運的讀秀網上提供了涉案的原告三種圖書的版權頁、前言、目錄和正文8-10頁的內容。原告主張被告侵犯了其版權。¹¹該案的判決難點在於難

8. 北京市第一中級人民法院（2010）一中民終字第10275號民事判決書。

9. 北京市高級人民法院（2007）高民初字第1201號民事判決書。

10. 北京市高級人民法院關於印發《關於審理涉及網絡環境下著作權糾紛案件若干問題的指導意見（一）（試行）》的通知（京高法發〔2010〕166號），2010年5月19日發布。

11. 北京市第一中級人民法院（2008）一中民終字第6512號民事判決書。

以認定被告的使用屬於合理使用的何種法定情形，即使列入「為介紹某一作品或說明某一問題」這一情形也明顯牽強。法院出乎意料地訴諸於版權的目的性條款，並以此作為判決的重要依據。在該案的判決理由部分，第一段即指明：

本院認為：根據中國《著作權法》第一條的規定，著作權法的立法目的既要保護著作權人的合法權利，又要維護社會公眾對作品正當合理的使用，以鼓勵優秀作品的創作和傳播。

緊接著，法院考察了被告使用的目的、數量以及對原告作品市場價值的影響，並依據實施條例21條作出了合理使用的認定。法院認為：

由於讀秀公司在其運營的讀秀網上僅提供了涉案三種圖書的版權頁、前言、目錄和正文8-10頁的內容，其目的在於向讀者介紹圖書的主要內容，便於讀者根據少量的正文閱覽了解作者的表達風格。考慮到讀秀公司對於涉案圖書的使用量在整個作品中所佔比例較小，沒有對涉案作品的市場價值造成不利的影響，也不會對涉案作品的發行和傳播構成威脅，即既未影響涉案作品的正常使用，也未不合理地損害吳銳對其作品享有的合法權益，因此，讀秀公司的這種使用行為構成合理使用，無需徵得著作權人的許可，未構成對吳著作權的侵犯。¹²

在該案的判決理由中，法院沒有具體指出被告的使用屬於版權法或《信息網絡傳播權保護條例》中哪種合理使用的情形，而是將論述重點放到了版權法的目的，並通過具體考察被告使用的目的、數量以及對原告作品市場價值的影響等方面，來論證被告的使用符合了版權法的目的。因為該使用「既未影響涉案作品的正常使用，也未不合理地損害原告對其作品享有的合法權益」，即保證了「保護版權人的合法權利」，同時，該使用「便於讀者根據少量的正文閱覽了解作者的表達風格」，從而有利於「鼓勵優秀作品的創作和傳播」。這一點，正是版權法宗旨的體現。

該案的另一特殊之處在於，法院沒有因為對被告商業性利用的本質而否定其合理使用。對於這一新穎的利用形式，其商業性利用本質無容置疑，但法院意識到了該利用形式帶來的正面效益，如「便於讀者根據少量的正文閱覽了解作者的表達風格」，並在考察其他因素及綜合考慮後作出結論。這體現了法院在認定新的利用形式是否合法時更為全面的司法理念。

12. 同上注。

該案判決形成於2008年8月。五年後，美國紐約南區聯邦地區法院對谷歌數碼圖書館的判決也體現了該法院對合理使用認定的全面考量。¹³ Chin法官在判決書中肯定了該專案給公眾帶來的效益，「它推進了藝術和科學的發展，同時也對作者及其他創作者的權益給予了尊重，也沒有損害版權人的利益。」¹⁴ 在該案中，複製內容的數量是巨大的且都是實質性的，谷歌對作品的使用是「商業性」的，但是美國法院的考察視角是全面的。在諸多因素中，該使用對社會公眾帶來的益處，換言之，該使用是否有助於版權法目的的實現，在合理使用認定中佔有非常重要的分量。

（三）網絡課堂教學

「朱莉亞·班納·亞歷山大訴北京市海澱區戴爾培訓學校等」是一起有關網絡課堂教學的案件（以下簡稱「新概念英語案」）。該案件中，原告係著名英語教材《新概念英語》1-4冊的版權所有人，其中1-3冊為原創作品，第4冊為彙編作品。被告戴爾學校銷售《新概念英語1-4冊下載學習》網絡課程。該課程下載後僅能在一台電腦上學習。該課件中老師的講解方式為：第1冊，單詞和課文基本為逐一和逐句朗讀、講解以及頁面顯示，頁面上同時顯示老師擴充講解的部分內容。第2-4冊中仍然會逐一和逐句地朗讀和講解單詞及課文，但只有部分單詞和課文中的句子在頁面上顯示，大部分顯示的內容是老師延伸講解的內容。原告認為被告侵犯了其複製權、發行權及網絡傳播權。被告提出合理使用的抗辯，但未明確相關法律依據。

儘管如此，一審法院支持了被告合理使用的抗辯，認為被告的使用是一種教學行為，而非版權法意義上的複製。法院認為，老師的朗讀與老師有選擇地就重點內容的頁面顯示均是為了更好的講授，服務於教學目的，而不是向相關公眾提供複製件。相關學員雖能下載該課件，但只能在一定期限內在固定的一台電腦終端上使用，並不能將相關內容另行下載，亦即不能通過此途徑獲得版權人作品。¹⁵ 正因為此，法院認為，該行為「與版權法意義上的複製顯然不是同一概念」。¹⁶ 因此一審法院沒有支持原告認為被告侵犯複製權的

13. *The Author's Guild Inc. et al. v. Google Inc.*, 05 Civ. 8136 (DC), 2013.

14. 同上注，頁26。

15. 北京市第一中級人民法院（2007）一中民初字第10169號民事判決書。

16. 同上注。

主張，基於類似的理由，法院也駁回了原告認為被告侵犯其網絡傳播權和發行權的主張。

一審法院還結合版權法的目的進行了反面的論證：

如果如茉莉亞－亞歷山大（原告）所主張，戴爾學校進行相關新概念英語教學均需獲得許可，無疑使茉莉亞－亞歷山大獲得了可以控制哪些主題有資格開設該課程的權力，而這種權力顯然並非版權法所要和能賦予的，且與版權法保護的目的並不符合。¹⁷

二審法院推翻了一審的判決。在終審判決書的判決理由中，法院首先指出，「創作目的以及作為一教材本身的性質不能成為他人可以違反法律關於合理使用的規定而進行複製和向公眾傳播的依據」。¹⁸ 接著從判定合理使用的四個要素入手，逐一考察。法院指出：

判斷是否構成合理使用一般參考以下標準，即是否基於商業目的而使用、所使用作品的性質、使用的數量和比例、使用行為對作品的潛在市場價值是否有較大的不利影響。本案中，被告是營利性教學機構，其使用《新概念英語》是基於商業目的；被告對《新概念英語》絕大部分英文內容進行了使用，而非少量使用；學員通過涉案網絡教學中教師的朗讀和頁面的顯示，完全可以不再購買《新概念英語》而進行學習，這對《新概念英語》潛在的市場價值會帶來較大的不利影響。因此戴爾學校、洲際公司關於使用涉案作品係合理使用的抗辯理由於法無據，不予支持。¹⁹

兩審判決著眼點不同。一審法院側重於使用的性質，認為通過網絡的教學雖然與傳統課堂教學有所不同，但本案中戴爾學校的行為仍然是正常的教學行為，其性質並不改變。筆者認為，的確，包括朗讀、對單詞和句型的講解以及對講解內容有重點的重現是語言類教學通常的教學手段，如果在傳統環境下進行，使用《新概念英語》教材，包括少量複製教材內容，都是合理使用。法律如此規定，既然這與著作權法促進作品的傳播的立法宗旨相一致，同時也因為這一使用空間的有限性決定了其對版權人利益影響的限度。而網

17. 同上注。

18. 北京市高級人民法院（2008）高民終字第185號民事判決書。

19. 同上注。

絡環境下這一平衡被打破，正是由於數碼化和網絡，使得這一講解超越了課堂，而輕易地散播到網絡能及的地方。二審法院採用四要素的分析，進行全面的考察，從而得出不同的結論。

三、對數碼環境下法院合理使用認定的分析

（一）從封閉到開放

本章第一節介紹了中國合理使用制度在立法上採用的是封閉的模式，第二節列舉了一系列案例對這一模式加以說明。從這些案例可以發現，中國司法實踐已經做了大膽的嘗試，實際上突破了既有的合理使用情形，認定了新的合理使用的情形，例如符合特定情形的網頁快照、圖書線上檢索，這些都沒有列舉在法定的合理使用情形中；即使是最終沒有認定合理使用，在判斷依據上也不是簡單地以沒有法律依據為由，而是全面考察了合理使用的諸要素後作出的判斷，如完整再現歌詞內容的歌詞快照，以及使用他人作品的網絡教學課件等。

在從封閉到開放的過程中，法院的裁判依據也值得我們關注。法官不僅繼續使用實施條例第 21 條來判定使用是否「合理」，而且使用合理使用四要素分析加強說理，並結合版權法的目的等一般性條款加以論證。

1. 實施條例第 21 條的應用

實施條例用語來源於《伯爾尼公約》(Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works) 的所謂三步檢驗法。《伯爾尼公約》第九條第二款規定，「本聯盟成員國法律有權允許在某些特殊情況下複製上述作品，只要這種複製不損害作品的正常使用，也不致無故危害作者的合法利益」。在版權的限制與例外問題上，各國體例不一，內容多樣，《伯爾尼公約》的規定設定一個原則性的標準，用來規範成員國的國內立法行為。該三步檢驗法之後又為《與貿易有關的知識產權協定》(Agreement on Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights, 簡稱 TRIPS 協定) 和《世界知識產權組織版權條約》(World Intellectual Property Organization Copyright Treaty)、《世界知識產權組織表演和錄音製品條約》(World Intellectual Property Organization Performances and Phonograms Treaty) 所確認。儘管三步檢驗法最早是規範

國家立法行為，但也被許多國內法用來確定某一行為是否構成合理使用。國家版權局在其1999年某一批覆中使用了《伯爾尼公約》的三步檢驗法來認定複製教材的行為是否合法。²⁰在起草實施條例時，即採用了三步檢驗法的後半段。

儘管立法上實施條例第21條是對合理使用設置了另一個限制，但實踐中，法院在法律沒有明確規定的情形下判定某一使用是否侵權時，實施條例第21條成了重要的判定依據。例如，在一起拍賣中使用美術作品的版權糾紛，法院認為：

被告作為拍賣公司，其複製國畫《通途劈上彩雲間》並向特定客戶發行，以及在拍賣過程中以幻燈的方式放映該畫的行為，均係為了便於客戶了解拍賣標的而提供的便利手段，原告沒有證據證明被告的上述使用行為係出於其他目的，並且被告的行為既沒有影響作品的正常使用，也沒有不合理地損害原告的合法權益，因此，被告的上述行為並不構成侵權。²¹

在上述「讀秀網」圖書線上檢索案中，法院即在考察了被告使用的目的、數量以及對原告作品市場價值的影響等方面後，依據實施條例第21條論證其構成合理使用。

有些遺憾的是，三步檢驗法的用語高度抽象且彈性。中國法院在使用實施條例第21條中也很少正面闡述「不得影響作品的正常使用」與「不得不合理地損害版權人的合法利益」的具體含義。在具體案件中，往往列舉出使用的數量，所佔原作品的比例，對原作品市場價值的影響等，來論證其是否影響作品的正常使用，是否「不合理地損害版權人的合法利益」。而且，兩者通常是同時提及，並未加以區分。似乎「影響作品的正常使用」就必然「不合理地損害版權人的合法利益」，反之亦然。但這顯然不合邏輯，因為如果兩者含義相同，法律條文就不必將兩者同時列舉，「三步檢驗法」也就變成了「兩步檢驗法」。

20. 國家版權局版權管理司《關於對〈××醫療手冊案〉的答覆》（權司〔1999〕第15號）。

21. 北京市第一中級人民法院（2003）一中民初字第12064號民事判決書。

2. 要素分析的使用

前面提到，由於實施條例第21條的用語極為抽象，而四要素²²則較易理解。因此，法院在審理時往往採用四要素的分析來加強論證。法院會逐個分析涉案的使用在四個要素方面的結果。除了個案中的結合使用，在司法意見中兩者也同時出現，並成為了事實上判定新的合理使用類型的依據。最高人民法院《關於充分發揮知識產權審判職能作用推動社會主義文化大發展大繁榮和促進經濟自主協調發展若干問題的意見》²³第八條規定：

在促進技術創新和商業發展確有必要的特殊情形下，考慮作品使用行為的性質和目的、被使用作品的性質、被使用部分的數量和品質、使用對作品潛在市場或價值的影響等因素，如果該使用行為既不與作品的正常使用相衝突，也不至於不合理地損害作者的正當利益，可以認定為合理使用。

四要素雖然給裁判者們以強有力的分析工具，但並不意味著問題的簡單化，甚至也帶來了新的問題：如果按照每個要素逐一考察某一使用情形，有的傾向於認定為合理使用，有的傾向於認定為侵權，該如何處理？是否一項要素的考察結果不利於合理使用，就可以否定合理使用認定的可能性，無需論及其他，還是要綜合考慮各項要素後作出定奪？如果答案是後者，那麼各要素在認定過程中所佔的分量平等均一還是有所分別？如有分別，法院又是以何種標準權衡取捨？

對於四要素在合理使用認定中的關係問題，美國 Leval 法官在其專門論述合理使用的認定標準時，沒有認為某一個或幾個要素是決定性的。合理使用是四個要素，甚至包括其他要素綜合考慮的結果。²⁴在其多年司法實踐的積累中，某些要素確實顯示了尤為突出的地位，Leval 法官就提到第一個要素，使用的目的及性質，是合理使用的靈魂。²⁵在某些判例中，第四個要素，使用對作品潛在市場或價值的影響，被認為是「唯一最重要的要素」。²⁶

22. 見注2。

23. 最高人民法院《關於充分發揮知識產權審判職能作用推動社會主義文化大發展大繁榮和促進經濟自主協調發展若干問題的意見》（法發〔2011〕18號）。

24. Pierre N. Leval, "Toward a Fair Use Standard," *Harvard Law Review* 103, no. 5 (1990): 1105-36, 1110.

25. Leval, *supra* note 23, at 1105-36, 1116.

26. *Harper & Row v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539 (1985) at 566.

基於對中國法院部分判決書的考察，筆者發現，其中第一個要素「使用的目的」和第四個要素「使用對原有版權作品的潛在市場價值的影響」對合理使用的認定最為關鍵。

四要素的第一點為「使用行為的性質和目的」。一般而言，中國法官會認為要認定為合理使用，使用的目的必須是非商業性的。他們在多個判決中提到這一點。²⁷但值得注意的是，審理有關科技發展帶來新的利用形式是否為合理使用時，法官並沒有因為在商業過程中使用而否定合理使用的可能。即使某項服務本身是免費的，如網頁快照、或線上圖書搜索，但仍然是在商業活動中，提供者以廣告等其他收益營利，因此，很難否定其商業性使用的本質。但法院會關注這一服務本身帶來的社會意義或給用戶帶來的便利，比如注意到「快照」能提高搜索的效率，圖書線上檢索能讓讀者更好的了解作品的風格。這一點與美國的轉換性使用（transformative use）極為相似，儘管中國法院並沒有採用這一說法。美國法院曾經用轉換性使用來判定網頁快照，比如在 *Blake v. Google* 案中，法院認為「由於谷歌通過提供網頁快照鏈接處於全新的而且有重要社會意義的目的，不僅僅是代替原作品的目的，因此谷歌複製和發布包含版權作品的網頁構成了一種轉換性的使用。」²⁸

四要素的最後一個要素為使用對原有版權作品的潛在市場價值的影響。這一點在合理使用新類型中成為最具關鍵性的因素。如，決定網頁快照是否「合理」的重要標準就是該快照是否實質上替代了原網頁的內容。上述讀秀網案中，法院認定合理使用的重要理由也是因為「讀秀公司對於涉案圖書的使用量在整個作品中所佔比例較小，沒有對涉案作品的市場價值造成不利的影響，也不會對涉案作品的發行和傳播構成威脅」。²⁹

27. 這在不同地方法院的判決書中有所體現，如在謝新發訴上海和泰房地產開發有限公司等版權糾紛案中，上海市第二中級人民法院認為「正當的合理使用，不應是個人或法人單位為從事其經營活動所作的商業用途的使用」，上海市第二中級人民法院（2003）滬二中民五（知）初字第262號民事判決書；在南通騎士廣告設計有限公司訴南通佳麥食品有限公司侵犯版權糾紛案中，江蘇省南通市中級人民法院認為「合理使用作品的目的必須是正當的，包括不具有商業目的和非營利的教育目的。如果使用他人作品是基於商業目的，則不是合理使用」，江蘇省南通市中級人民法院（2005）通中民三初字第0079號民事判決書；在莊智偉訴湖南柒天廣告有限公司版權侵權糾紛案中，湖南省長沙市天心區人民法院認為「著作權合理使用制度有嚴格的適用條件，原則上只針對已發表作品並排除商業性使用」，湖南省長沙市天心區人民法院（2009）天民初字第955號民事判決書。

28. *Blake A. Field v. Google*, 412 F. Supp.2d 1106, 1121–22.

29. 北京市第一中級人民法院（2008）一中民終字第6512號民事判決書。

亦有各要素分析的結果對合理使用的認定指向不同的情形。如前述的新概念英語案。在一審中法院注重使用的性質，即教學性質，從而以此為重要依據認定為合理使用。二審法院則注重使用的目的，甚至在列舉考慮的要素時就直接列明「判斷是否構成合理使用一般參考一下：是否基於商業目的而使用、所使用作品的性質、使用的數量和比例、使用行為對作品的潛在市場價值是否有較大的不利影響」，³⁰對使用的性質沒有提及。可以說在有限的案例中，筆者發現法院的權衡取捨似乎往往是隱蔽的，即著力闡述指向判定結論的部分。法官對版權法立法宗旨的理解或側重，往往對合理使用的認定起非常重要的作用。

3. 版權法目的的結合

法院在認定合理使用時，版權法的目的等原則性條款往往起到燈塔的作用，而且決定了法院判決的方向。但正如前面所言，實施條例第21條用於高度抽象、也沒有司法等文件做權威性的解釋，而四要素也可能是每個要素分析的結果對是否認定為合理使用指向不同的方向，所以對法官而言，法官自身的價值取向就極為重要。除了極其明顯的情形外，很難說在法院判決的過程中是先從四要素分析了一遍，從而得出結論，還是先有了結論再去尋找論證，後者的可能性也許更大。如讀秀網案中，法院從版權法的目的出發，強調了被告的使用對作品的傳播的正面意義。³¹在新概念英語案一審判決中，法院還結合版權法的目的進行了反面的論證，指出如果原告的主張得到支持，那麼可能產生哪些後果，且這些後果與版權法保護的目的並不相符合。³²二審法院判決一開始即間接否定了這一論證，指出「創作目的以及作為教材本身的性質不能成為他人可以違反法律關於合理使用的規定而進行複製和向公眾傳播的依據」，³³進而從四個要素方面逐一分析。由此可見法官對版權法目的的理解或不同價值之間的偏向，直接決定了某一行為的合法與否。

這一點在美國的合理使用實踐中也有所反映。四要素分析並沒有提供一個明確的認定合理使用的標準。Story 法官在1841年即提到很難給定一個適

30. 北京市高級人民法院（2008）高民終字第185號民事判決書。

31. 北京市第一中級人民法院（2008）一中民終字第6512號民事判決書。

32. 北京市第一中級人民法院（2007）一中民初字第10169號民事判決書。

33. 北京市高級人民法院（2008）高民終字第185號民事判決書。

用於所有案件的一般原則。³⁴ 儘管如此，Leval 法官認為可以通過對版權法立法目的的重視來加強合理使用制度的連貫性和可預期性。³⁵

（二）法院「從封閉到開放」實踐的原因

可以說法院在長期的司法實踐中，面對現實中湧現的新問題，本著版權法的基本目標，在法律列舉的合理使用情形之外，認定新的合理使用情形，以努力達到權利人保護和公共利益的平衡，有其現實的合理性，既是現實的需要，也有制度上的土壤。

封閉的立法模式在司法實踐中變得不再封閉有其現實的需要。即使是在非資訊網絡時代，法律也很難窮盡所有合理使用的情形。科技發展帶來的現實需要使得法院不得不在不斷湧現的新的使用類型中作出利益平衡，在已有的法律條文中尋找依據，作出是否侵權的認定。具有高度原則性和彈性的實施條例第 21 條成為「萬能鑰匙」，四要素分析法也可以借鑒，版權法的目的性條款更是增強結論合法性和公正性的有力依據。

從更廣闊的視野來看，不僅合理使用制度如此，整個版權法都面臨在修訂之前「被迫」解決新問題。這一現象即使不是司空見慣，也不是絕無僅有。例如當時影響深遠的王蒙等六作家訴北京世紀互聯通訊技術有限公司系列案件中，該等案件發生時，在版權法尚未修訂，舊版權法第 10 條第 5 項明確列舉的使用權和獲得報酬權的使用形式中並無網絡傳播，³⁶ 法院最後通過解釋該條的「等方式」，認為該作品在互聯網傳播的方式也屬於使用方式之一，判定未經授權的作品在互聯網傳播的行為係侵權，³⁷ 從而開創了作品網絡傳播保護的先河。這些「大膽」或有開創性的案例，既與主審法官的審判理念相關，也與中國的審判制度和司法制度密不可分。在出現這些所謂疑難案件之後，合議庭會內部討論，複雜案件提交審判委員會討論，甚至舉辦專家討論會徵求意見。在作出最終判決後，如果上級法院也認可，往往會編入包括《最高法院公報》在內的各級法院出版物，對其他法院的判決產生指導或參考作用，

34. *Folsom v. Marsh*, 9 F. Cas. 342, 344 (C.C.D. Mass. 1841) (No. 4901).

35. Leval, *supra* note 23, at 1105–36、1135。

36. 該項原文是「（五）使用權和獲得報酬權，即以複製、表演、播放、展覽、發行、攝製電影、電視、錄影或者改編、翻譯、注釋、編輯等方式使用作品的權利；以及許可他人以上述方式使用作品，並由此獲得報酬的權利。」

37. 北京市第一中級人民法院（1999）一中知終字第 183、184、185、186、187、194 號民事判決書。

並可能會入選經典案例、某省、市乃至全國「十大 / 五十大大知識產權案件」，從而進一步增強其社會影響力。³⁸

(三) 法院「從封閉到開放」實踐的潛在風險

在肯定「從封閉到開放」實踐的合理性的同時，我們也要看到這一靈活性措施背後的潛在風險。首先，法院司法能動性在中國一直存在爭議。³⁹ 中國奉行大陸法系的司法傳統，法官的自由裁量權依然是在法律規定的範圍內解釋條文、應用法律。法律既然採取了窮盡式列舉模式，法官就應該遵循。理論上，他們僅能夠通過擴張性解釋等辦法將一些新情況歸入到既有的合理適用情形中。超出此形式之外的造法與大陸法法系的法官自由裁量權相悖。而且這一做法打破了立法者既定的利益平衡。當新的利益群體出現時，應該由立法者來進行利益格局的重新劃分，而不是由司法者，因為司法者做出的利益平衡在其憲法合法性上有著「先天不足」。立法權與司法權的分立有其憲法依據。根據《中華人民共和國憲法》，立法權屬於全國人民代表大會及其常務委員會，⁴⁰ 人民法院是審判機關。⁴¹ 儘管法官在適用法律時有時需要解釋法律，但並不能創設法律。根據《人民法院組織法》，僅最高人民法院有權對於在審判過程中如何具體應用法律、法令的問題進行解釋。⁴² 即便是最高人民法院的法律解釋性文件，亦有學者提出批評，認為最高人民法院是在以一種系統且全面的方式創設新的法律規則，已經篡奪了立法者的權限。⁴³ 因此，在奉行大陸法系的中國，司法者超出一般意義的解釋法律權限外進行利益平衡、創設新的法律規則缺乏憲法上的正當性。此外，法院進行利益平

38. 例如吳銳訴讀秀網案、王虎訴雅虎案都被編入《網絡著作權經典判例1999-2010》，北京市高級人民法院知識產權庭編（北京：知識產權出版社，2011）。該書由北京市三級法院1999至2010年審結的46件具有代表性的經典網絡版權案件彙編而成。

39. 關於知識產權領域司法能動性，或所謂「法官造法」問題，有持批評意見，如崔國斌，〈知識產權法官造法批判〉，《中國法學》129期（2006年1月），頁144；亦有學者持肯定態度，如應振芳，〈司法能動、法官造法和知識產權法定主義〉，《浙江社會科學》143期（2008年7月），頁56。

40. 《中華人民共和國憲法》（1982年頒佈，2004年最新修訂）第62條、67條。同時見《中華人民共和國立法法》（2000年頒佈，2015年修訂）第7條。

41. 《中華人民共和國憲法》（1982年頒佈，2004年最新修訂）第123條。

42. 《中華人民共和國法院組織法》（1979年頒佈，2006年最新修訂）第32條。

43. Albert H. Y. Chen, *An Introduction to the Legal System of the People's Republic of China*, 3rd Edition (Hong Kong, Singapore, Kuala Lumpur: LexisNexis, 2004), 128.

衡時缺乏立法機構所具有的制度設置，它不能像立法機構那樣在立法過程中調查、收集和研究各個利益群體的意見，難以對每一利益客體所牽涉的權利人、社會公眾、國家產業政策乃至國際競爭利益等問題全盤考慮以確立平衡的法律制度。⁴⁴

其次，即使賦予法官自由判定合理使用的裁量權，消除了制度上的障礙，中國的法院判決中也有具體細節上的可商榷之處。例如合理使用判定的邏輯和具體標準仍遠未清晰，「不得影響作品的正常使用」和「不得不合理地損害版權人的合法利益」並沒有作具體的區分，何謂「正常使用」、「合法利益」以及在何種程度上構成「不合理損害」等重要概念的內涵，在有限的判決中還難以梳理出較為清晰的規則。即使採用了四要素的分析工具，法官在進行利益平衡時，著眼點也有很強的主觀性。原有封閉的模式被打開，但開放之後的標準卻還沒有明確，這就對法律的確定性、可預期性產生了影響。

四、版權法第三次修改中的「進」與「退」

版權法第三次修改中版權的限制是修訂的重點之一。在有關合理使用條文在國家版權局徵求意見稿的第一稿和第二稿中均有相應的變動。在第一稿有關合理使用的修改中，一個重要的變化就是增加了第三十九條的規定，該條規定「依照本法規定，不經版權人許可使用其已經發表作品的，不得影響該作品的正常使用，也不得不合理地侵害著作權人的合法權益」。⁴⁵該條實際上是將《著作權法實施條例》第21條略做變動後搬到著作權法中。⁴⁶隨後，徵求意見稿第二稿又做了調整，刪除了該條的規定，而是在四十二條（即第一稿的四十條）列舉了十二條具體的合理使用情形後，增加了第十三項「其他情形」，同時在該條增加了一款，「以前款規定的方式使用作品，不得影響作品的正常使用，也不得不合理地損害著作權人的合法利益」。⁴⁷在國家版權局交

44. 崔國斌，〈知識產權法官造法批判〉，《中國法學》129期（2006年1月），頁156。

45. 《中華人民共和國著作權法》（修改草案），取自國家版權局網站：<http://www.ncac.gov.cn/chinacopyright/contents/483/17745.html>，瀏覽日期：2015年10月13日。

46. 《著作權法實施條例》第21條原文是「依照著作權法有關規定，使用可以不經著作權人許可的已經發表的作品的，不得影響該作品的正常使用，也不得不合理地損害著作權人的合法利益」。比照該條款與徵求意見稿第一稿規定，主要差別在於「損害……合法利益」變成了「侵害……合法權益」。

47. 《中華人民共和國著作權法》（修改草案第二稿），取自國家版權局網站：<http://www.ncac.gov.cn/chinacopyright/contents/483/17753.html>，瀏覽日期：2015年10月13日。

給國務院法制辦公室的修改草案送審稿⁴⁸中，關於合理使用條款的修改也得到了延續，僅將條款序號從第四十二條改至第四十三條。

如果說第一稿對是否將中國版權法合理使用的立法模式從封閉變成開放還有尚未明晰的話，那麼第二稿就給出了明確的答案，以增加「其他情形」一項明確將合理使用變成了開放式。在第二稿中原有實施條例第21條的「不得影響作品的正常使用，也不得不合理地損害著作權人的合法利益」一字未變地搬到了版權法中成為合理使用條文中的一款。從第一稿中的獨立一條，變成第二稿中的一款，立法者似乎不想將其明確為判定合理使用的原則性條款，而是依然作為合理使用情形的限制性條件，延續了其在實施條例中的功能。其中緣由雖尚未明晰，可見立法者仍然對此問題持審慎的態度。何種情形為「其他情形」，採用何種判斷標準，均留有空白。如果該修改稿通過，那麼這將依然是立法者留給司法者的一個難題。

五、結語及建議

在數碼時代特別是網絡時代，因為技術的進步帶來了前所未有的使用模式，並由此產生了新型的商業模式。這其中往往涉及到對作品的全部複製，如網頁快照，或對大量作品的部分內容的同時複製，如圖書目錄摘要線上檢索。使用目的的商業性與非商業性也不那麼純粹。如果僅僅以使用的目的，或使用的數量來作為評判的標準，幾乎這些全新的利用形式很難能認定是合理使用。但如果一概禁止這些使用方式，不僅廣大的用戶不能享用這些全新服務所帶來的便捷，而且可能使版權人通過內容來控制新興產業的發展走向，這些都是整個社會的損失。如何在保護版權人利益以促進知識創新與其他價值及目標，例如技術進步、資訊自由等保持一種微妙的平衡，是版權法在這一時代的重要命題。

法院在長期的司法實踐中，面對現實中湧現的新問題，本著版權法的基本目標，在法律列舉的合理使用情形之外，認定新的合理使用情形，以努力達到版權人權益和公共利益的平衡，這是值得稱道的。但在具體操作上，還有改進之處。比如，中國的合理使用制度在立法上封閉，但在司法中呈現了一定的開放性。為了消除法院對這一做法的合法性的疑慮，筆者認為修改版

48. 《中華人民共和國著作權法（修訂草案送審稿）》，取自國務院法制辦公室網站：<http://www.chinalaw.gov.cn/article/cazjgg/201406/20140600396188.shtml>，瀏覽日期：2015年10月13日。

權法時，應增加認定合理使用的原則性條款，保證法官在確有必要的情形下及在法律列舉的情形之外判定合理使用的空間。

在這些新的合理使用情形認定中，中國法院在判決理由論證上呈現出一定的特點。法院往往從版權法的目的出發，考查使用的目的和性質等四個要素。在案件中，不同法院在考查的重點上有所選擇和側重，從而帶來合理使用認定結果的不確定性。如何在保持一定的開放性的同時，盡量減少合理使用的不確定性，是合理使用制度完善中尤為迫切的問題。筆者認為，考慮不同的合理使用類型所服務的公用政策目標，從而針對不同的目標調整考查的重點，將對增強合理使用認定的確定性有所幫助。例如面對新的使用類型時，就應該將著眼點放在該使用帶來的社會效益和該使用對原作品市場是否產生了不合理的損害方面，而使用的數量、品質，使用的目的則不是考察的重點。這也是從中國法院判決中總結出的經驗之一。

第二部分

網絡侵權與責任認定

第五章

數碼版權侵權責任

台灣法院的認定

馮震宇

一、前言

資訊科技的迅速發展以及應用之突破，不但為人類的生活創造出許多的驚奇與便利，更促成商業模式的變革。但這些變革也不可避免的衍生出許多新形態的法律議題，特別是在版權法方面更是如此，因為在行動通訊與網絡利用快速普及的衝擊下，著作的利用與保護已發生典範轉移的現象，其所衍生的版權侵害議題，也更為複雜與多樣化，並成為一個跨領域之新興課題。面臨過往的法律判斷標準不能夠適用於新興的技術與商業模式，司法機關如何面對科技挑戰與維持適當的平衡，並達成版權法的立法目的，也就是台灣《著作權法》第一條所揭櫫的「保障著作人著作權益，調和社會公共利益，促進國家文化發展」，就是最大的挑戰。

在電腦與網絡尚未普及的過去，版權侵權問題可說是相對的單純，但是隨著數碼化的程度越深，以及數碼化的應用越普及，版權法所面臨的新挑戰也日趨增加。例如蘋果二號的出現就使得電腦軟件的侵權問題油然而生，而 Netscape 公司 1994 年推出第一個商用的網絡瀏覽器 Netscape Navigator 之後，不但引發了所謂的瀏覽器大戰（Browser War），導致微軟面臨競爭法的挑戰，更引發了網絡下載的侵權問題。在 Google 推出網絡搜尋服務後，雖然讓網絡成為人人都可以上手的工具，但也不斷引發是否侵害版權的問題。而 Napster 所推出的 P2P 平台，更引發唱片業者與網絡業者的大戰，促使美國聯邦最高法院在 *Grokster* 一案將專利法的誘引侵權責任導入版權法。

電腦、網絡的技術發展匯出了一個嶄新的數碼環境，配合資訊技術快速的發展，以及新產品、新應用與新服務如雨後春筍般的出現，使得我們在過

去的二十年左右，見證到人類歷史上最快速的發展。¹時至今日，單純的網絡連線已經不足以滿足消費者的需求，業者必須推出更好的服務、更佳的平台，配合行動裝置與雲端運算的冒起。目前許多服務逐步移往雲端，使得雲端服務成為不可擋的趨勢，未來勢必將產生另一波重大的變革，但是雲端服務也不可避免的又會帶來許多的版權侵害問題。

在這麼快速的科技變遷之下，法院如何因應這些層出不窮的新興議題，特別是許多的科技發展與新應用模式都與版權有關，更涉及剪不清理還亂的版權侵害與認定問題。因此，本章特別針對目前數碼環境下主要的版權侵害議題，從台灣法院的案例出發，探討此等類型之案例所涉及之版權侵害認定以及合理使用抗辯在間接侵權責任環境下如何發揮之問題，以使各界能對此跨領域之問題有更多的重視與研究。

二、版權之侵害與認定

在這個無形壓倒有形的時代，知識產權的重要性已經不容忽視。但是如何取得知識產權以及如何認定侵權，則往往有相當的爭議。其中又以版權法的侵害與認定有著相當的不確定性與爭議性，值得特別注意。

最主要的原因是在於認定是否有版權之侵害時，必須先就該創作是否符合版權法之規定而可受到保護（受保護之著作）進行認定，其次則應判斷被控侵害的著作有無未經版權人授權或同意而利用該受保護著作（侵權行為），若發現有侵權行為，還應該就被告之利用是否構成合理使用分別加以判斷。

首先就創作是否屬於受保護著作而言，相對於專利法與商標法所採行的先申請主義與註冊主義，²由於台灣《著作權法》已經廢止登記制度，改採創作保護主義，自創作完成即受保護，並不須向主管機關申請登記或註冊，³也因

1. 據估計，在1993年時，網絡僅傳遞所有通訊資訊約1%的資訊量，但是在2000年時，網絡傳遞的資料量已經達51%。到2007年時，所有人類通訊資訊的97%都是透過網絡。現在人類則是已經無法離開網絡了。請參見 Martin Hilbert and Priscila López, "The World's Technological Capacity to Store, Communicate, and Compute Information," *Science*, 332(6025), 60-65 (April 2011)。
2. 專利權或商標權必須經各國專責機關核准審定公告或核准註冊公告，始能取得權利，縱使美國也在2011年修改專利法，改採先申請主義。
3. 台灣《著作權法》最早採取註冊主義，必須經過審查始發給著作權執照，後改採登記制度，應向主管機關登記，但是在《著作權法》於1998年修正時，已經正式採取創作保護主義，現行《著作權法》第10條即明文規定：「著作人於著作完成時享有著作權。但本法另有規定者，從其規定。」請參見馮震宇，〈論著作權登記制度廢止之影響與因應〉，《月旦法學雜誌》37期（1998年6月），頁80-95。

此對於創作能否在台灣享有版權與能否受到《著作權法》之保護就必須依《著作權法》判斷。⁴

而若要構成版權之侵害，最主要的前提就是要有版權存在，方有侵害可言。若無版權存在，縱使有抄襲等行為，雖然具有道德上之可非難性，但並不會構成版權的侵害。若有爭議而無法仰賴版權專責機關智慧局之意見，則必須由法院就具體個案依《著作權法》規定之要件加以判斷。⁵

根據一般通說，創作是否可受版權保護應考量下列四個要件，⁶也就是(1)是否為人類精神、思想、感情之創作(也就是應屬於文學、藝術、科學之創作)；⁷(2)是否具有原創性(originality)；⁸(3)是否屬於表達、而非僅

4. 但是若是違反數碼權利管理(Digital Rights Management, DRM)與反盜拷措施者，則無法主張合理使用。詳後述。
5. 台灣版權主管機關智慧局一般在其相關的函釋中都會特別表示，「由於著作權係私權，行為有無涉及侵權？應於發生爭議時，由司法機關依具體個案事實調查認定之」。請參見智慧局2006年12月13日電子郵件951213。另外，在智慧局2010年2月11日電子郵件990211a函釋中，智慧局雖指出民衆所詢之英文試題內容，經檢視其內容，僅係簡單表達一般日常生活情形之用句，似未達《著作權法》(下稱本法)所稱「創意性」之程度，而不屬本法保護之著作，縱有他人擅自抽換部分單字，似亦難構成侵害著作權之問題。但是仍於函中表示，「以上說明，僅屬行政機關之見解，有關是否為『著作』？有無構成『抄襲』？如當事人間發生爭議，仍應由司法機關於具體個案予以認定。」
6. 日本學者則認為著作應具有：(1)人類思想與感情的表現；(2)具有表現之創作性；(3)屬於文藝、學術、美術、音樂的範疇。其創作性之意義即與原創性類似。請參見齊藤博，《概說版權法》(第三版)(東京：一粒社，1994)，頁56。而根據德國版權法，版權之保護要件有四，分別為人格的創作(Persoenliche Schoepfung)、精神的形式表達(Geistiger Gehalt)、可感知的形式表達(Wahnehmbare Formgestaltung)與個性(Individualitaet)。請參見蔡明誠，〈論著作之原創性與創作性〉，《臺大法學論叢》26卷1期(1996年10月)，頁177-94。
7. 智慧財產法院(下簡稱智財法院)98年度民著上字第16號民事判決就明白的指出，大都會人壽本件上訴人系爭電腦分析圖表，其分析圖之產生有賴使用人輸入相關參數後，電腦軟件依據該參數自行運算並製作分析圖，是以上開分析圖之產生或變化，係電腦軟件依據輸入之參數運算後之結果，此種結果既係依據數學運算而得，自非「人」之創作，自難因此認為係版權法所保護之標的。而本件被上訴人之「各類必要費用電腦分析圖表」，亦係本於上開方式產生，其內容亦非「人」之創作，自無所謂侵害「他人」版權之問題。本件上訴後，經最高法院99年度臺上字第1024號裁定以上訴不合法駁回上訴，而告確定。顯示最高法院亦同意此等要件。
8. 雖然台灣《著作權法》僅於第7條中規定，「就資料之選擇及編排具有創作性者為編輯著作，以獨立之著作保護之」，並未特別就原創性加以規定。但是學者通說仍認為應符合原創性之要件。司法見解亦多肯認此種見解。例如最高法院92年度臺上字第7347號刑事判決更簡明的指出，「版權法之精神，在於保護具『原創性』之著作」；最高法院93年度臺上字第5206號刑事判決也明確的指出，「著作乃指著作人所創作之精神上作品，而所謂精神上作品除須為思想或感情之表現且有一定之表現形式等要件外，尚須具有原創性始足當之。」而原創性更是國外相關版權案例所肯定。例如美國聯邦最高法院在 *Feist Publications v. Rural Telephone Services Co.* 一案中，就對原創性的要求有相

屬觀念；⁹以及(4)是否具有《著作權法》第9條之消極要件¹⁰等原則加以認定。

而對於版權保護的範疇，台灣法院除了對傳統文字圖形等創作加以保護外，亦將保護範圍擴大到非文字的部分，例如不論是電腦程式的結構(structure)、次序(sequence)、組織(organization)，若是構成具原創性之「表達」，亦可受到保護。至於電腦軟件中之使用者介面，只要認係屬具原創性之「表達」，亦同。¹¹

一旦創作人符合前述之要件而證明其創作係屬於可受版權保護之標的後，若要證明其著作被侵害，創作人可以提供直接侵害的證據。但是由於此等證據不見得很容易取得，因此原告也可以提供被告抄襲的間接證據以為證明。根據一般國際與台灣通說，原告若能證明被告有接觸(access)其著作，

當明確的要求，而將僅是單純依照英文字母排序方式的電話號碼簿認定為不具有原創性，故不受版權保護。美國知名聯邦最高法院大法官 O'Connor 更在該案直接表示，「版權不可或缺的前提要件就是原創性」(the sine qua non of copyright is originality)。499 U.S. 340, 345 (1991)。

9. 台灣《著作權法》特別根據《與貿易有關的知識產權協定》(Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, 簡稱 TRIPS 協定)的要求增加第十條之一，明文規定「依本法取得之著作權，其保護僅及於該著作之表達，而不及於其所表達之思想、程式、製程、系統、操作方法、概念、原理、發現。」
10. 台灣《著作權法》第9條明文規定，下列各款不得為版權之標的：
 - 一、憲法、法律、命令或公文。
 - 二、中央或地方機關就前款著作作成之翻譯物或編輯物。
 - 三、標語及通用之符號、名詞、公式、數表、表格、簿冊或時曆。
 - 四、單純為傳達事實之新聞報導所作成之語文著作。
 - 五、依法令舉行之各類考試試題及其備用試題。
11. 例如台灣智財法院在95年度智68號判決中就明確指出，版權對一般語文著作之保護，並不僅及於文字部分，就非文字部分，如可認屬具原創性之「表達」，亦在保護之列，則關於電腦程式著作之保護，並無理由僅能局限於文字部分，非文字部分如結構(structure)、次序(sequence)及組織(organization)(簡稱 SSO)，如構成具原創性之「表達」，要難將其特別排除在版權保護範圍外。同理，電腦軟件中之使用者介面，只要認係屬具原創性之「表達」，亦無不予版權保護之理。此等見解與國際趨勢相同，值得贊同。不過台灣高等法院94年度上更(一)字222號判決則持不同見解。高院指出，「使用者介面既注重在電腦之使用功能，自非屬《著作權法》第5條第1項第10款所規定之電腦程式著作，或其他例示之著作，則自訴人以其已向經濟部智慧財產局申請取得發明專利權，而主張其設計之使用者介面應受版權法之保護，自非有據。」值得注意的，則是美國聯邦最高法院在 *Borland v. Lotus* 一案對使用者介面之見解。雖然該案是4:4的判決，但是仍有一定的重要性，就是該案確立了電腦程式使用者介面與與電腦程式的執行之區別。聯邦最高法院之見解與智財法院見解相同，就是若該使用者介面具備表達之要件(例如軟件的小圖示 icon)就可以受到版權的保護。但是對於使用者介面的功能性層面，例如該介面如何啟動等等，則不受版權法保護。此種區別模式准許軟件發展商一定的空間得以開發相容的產品。請參見聯邦最高法院 *Borland* 案之判決，516 U.S. 233, 116 S. Ct. 804; 133 L. Ed. 2d 610 (1996)。

且被告所創作之著作與原作構成實質近似 (substantial similarity)，即可間接證明被告之侵權行為。¹²

相反的，若被告雖有接觸，但是其所創作之著作與其所參考的著作並無實質上的近似性，即無侵權可言；同樣的，若被告並無接觸原著作，縱使其所創作的著作與指控侵害的著作構成實質近似，由於均屬獨立創作 (independent creation)，故亦無侵害可言。不過對於台灣《著作權法》第四章之一所規定之數碼權利管理¹³及版權技術保護措施，¹⁴由於是在傳統版權標之外增加限制機制，以防止他人未經授權之使用，故不涉及接觸著作後之使用，且係針對特定違反行為（例如移除或變更數碼權利管理資訊，或破解、破壞或以其他方式規避版權技術保護措施）而加以處罰，故似無法主張合理使用以為抗辯。¹⁵

而此種以接觸與實質近似作為間接認定版權侵害判斷基礎的原則，也早為台灣司法機關所採行。例如台灣最高法院在81年度臺上字第3063號民事判決中就明確的採行此種認定侵害的標準，該判決指出「按在著作財產權方面，認定有無重製或改作之標準有二，即有無實質相似性，有無接觸被重製或改作之著作，而主張版權被侵害之人應負舉證責任」。高等法院臺中分院80年度上字第357號民事判決亦指出，所謂抄襲，乃係剽竊他人的著作當作自己所創作，認定抄襲之要件有二：(1) 接觸；(2) 實質近似。至於智慧局¹⁶與台灣學者也紛紛承認此種認定標準。¹⁷

12. Sean Robert Higgins, "Note: Proving Copyright Infringement: Will Striking Similarity Make Your Case?" 8 *Suffolk J. Trial & App. Adv.* 157, 160-63 (2003); Breana C. Smith, Donly and Mary Schmiedel, "Intellectual Property Crimes," 43 *Am. Crim. L. Rev.* 663, 688 (2006).

13. 台灣《著作權法》第80條之1規定，著作權人所為之權利管理電子資訊，不得移除或變更。但有下列情形之一者，不在此限：

一、因行為時之技術限制，非移除或變更權利管理電子資訊即不能合法利用該著作。

二、錄製或傳輸系統轉換時，其轉換技術上必要之移除或變更。

明知權利管理電子資訊，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。

14. 版權技術保護措施國外又稱為反規避 (anti-circumvention)。台灣《著作權法》第80條之2規定，著作權人所採取禁止或限制他人擅自進入著作之版權技術保護措施，未經合法授權不得予以破解、破壞或以其他方式規避之。

破解、破壞或規避版權技術保護措施之設備、器材、零件、技術或資訊，未經合法授權不得製造、輸入、提供公眾使用或為公眾提供服務。

15. 對於此等權利管理電子資訊可能對合理使用造成的影響，請參見 R. Terry Parker, "Sold Downstream: Free Speech, Fair Use, and Anti-Circumvention Law," 6 *Pierce L. Rev.* 299 (2007).

16. 智慧局2001年6月2日臺(90)智著字第09000055440號函參照。

17. 請參見羅明通，〈著作之抄襲——「接觸」及「實質近似」之判斷〉，載羅明通，〈著作權法論 II〉(第六版)(台北：三民出版社，2005)，第十七章。

面對版權侵害的指控，被告則可主張合理使用（fair use）以為抗辯，特別是《著作權法》第65條在1998年修法時，明確的規定「著作之合理使用，不構成著作財產權之侵害」。這種阻卻違法的規定，使得縱使有使用他人著作的行為亦無侵害之責任可言。但是究竟是否能夠成立合理使用，則仍應由司法機關根據版權法之規定加以判斷。

本章以下即根據技術發展與爭議發生之先後，分別就電腦程式與網絡版權（特別是 P2P 軟件）所衍生之版權爭議案例加以介紹。

三、電腦程式版權之侵害案例與分析

（一）美國法院對電腦程式版權侵害之判斷標準

就電腦程式版權之侵權問題，原本屬於專業人士的領域，但在 Apple II 與 IBM PC 普及後，開始日趨嚴重。為了解決此等問題，各國除了將電腦軟件納入版權的保護範疇之外，¹⁸ 各國司法機關亦發展出各種的判斷方法，但是其中最關鍵的判斷標準，則是美國聯邦第二巡迴上訴法院在1992年於 *Computer Associates International, Inc. v. Altai, Inc.*¹⁹ 一案中所提出的「抽離—過濾—比較」的三步測試法（Abstraction—Filtration—Comparison test，簡稱 AFC Test）判斷標準，並迅速的獲得美國各法院、甚至其他國家之接受，也直接影響到電腦程式版權之侵害認定。²⁰

第二巡迴上訴法院在審理 *Altai* 一案時，就如何判斷電腦程式抄襲的核心問題，也就是判斷 *Altai's OSCAR 3.5* 是否有侵害 *Computer Associates* 的電腦程式版權時，就採取下列三步驟的分析。第一個步驟是抽離，就是將電腦程式解構、抽離、使之抽象化，亦即先把機器碼、原始碼、參數表、模組、程式、次程式、程式最終功能目的之一般性描述分為數個層級，目的在不斷抽離的過程中，使其模式浮現，以便下一個過濾階段能判斷其是否具備版權保護標準。過濾階段則將不屬版權保護部分濾除，並將未具有原創性、特殊性

18. 美國係於1976年修改版權法將電腦軟件列為版權保護之標的，台灣則是在1985年7月10日《著作權法》修正時，將電腦程式著作列入版權保護標的。

19. *Computer Associates Int'l. v. Altai, Inc.*, 982 F.2d 693, 694 (2d Cir. 1992).

20. 請參見馮震宇，〈歐美保護電腦程式與認定侵害的新趨勢——美國 *ALTAI* 判例與歐市軟體指令對保護電腦程式之影響〉，《法學叢刊》38卷4期（1993年10月）。

或其他應屬公共領域之部分排除；最後第三階段則將過濾後應受保護之表達進行是否實質近似的比較。²¹

雖然該院最後判決 *Altai* 並未侵害 *Computer Associates* 的版權，但是第二巡迴上訴法院也表示，對於電腦程式非文字結構部分的法律判斷仍非十分明確，但是隨著後續法院的判決，將會逐漸獲得確定。²² 而嗣後的發展也如同第二巡迴上訴法院所言，隨著其他法院紛紛採用抽離—過濾—比較三步測試法而獲得較一致的法律見解。

首先在 1992 年於 *Atari Games Corp. v. Nintendo of America, Inc.*，聯邦巡迴上訴法院 (CAFC) 就率先採用第二巡迴上訴法院在 *Altai* 案中所揭櫫的抽離—過濾—比較三步測試法來判斷電腦程式之侵權問題，並判決被告因為從美國版權局取得一份未經授權之目的碼加以利用因而構成侵權。²³

隨後，第十巡迴上訴法院在 1993 年於 *Gates Rubber Co. v. Bando Chemical Industries, Ltd.* 案²⁴ 也跟進。在該案中，地方法院雖將涉案的電腦程式於抽離階段拆解為六個不同的層面，也就是主要目的、程式結構或架構、模組、演算法與資料結構、原始碼以及目的碼，但是並未就過濾與比較階段作詳細的比對，因此第十巡迴上訴法院即將地方法院的判決撤銷並發回重審。緊跟著，第五巡迴上訴法院在 1994 年於 *Engineering Dynamics, Inc. v. Structural Software, Inc.* 一案中也在一件涉及結構工程軟件的案件中採用三步測試法，來判斷兩軟件是否構成實質近似。²⁵

第十一巡迴上訴法院接著在 1996 年的 *Mitek Holdings, Inc. v. Arce Engineering Co.* 案中，亦採用抽離—過濾—比較三步測試法維持地方法院無侵害的判決。²⁶ 在該案，地方法院雖然發現原被告之木材衍架布局程式構成實質的近似，但是在運用抽離—過濾—比較三步測試法分析後，卻認定原告所主張被侵害的程式部分並不受到版權的保護，因此駁回原告侵權的主張。²⁷ 雖經原告上訴，但是第十一巡迴上訴法院仍維持地方法院的判決。

21. 羅明通，〈思想與表達之區別、合併及電腦程式侵權判斷之步驟〉，《科技法學評論》6 卷 2 期 (2009)。

22. 982 F.2d at 712.

23. 975 F.2d 832 (Fed. Cir. 1992).

24. 9 F.3d 823 (10th Cir. 1993).

25. 26 F.3d 1335, 1342-43 (5th Cir. 1994).

26. 89 F.3d 1548 (11th Cir. 1996).

27. 864 F. Supp. 1568 (S.D. Fla. 1994).

(二) 台灣法院對電腦程式侵害案件之認定

對於電腦程式侵權問題，隨著台灣企業日趨 e 化，也在台灣出現了相當的案例，司法機關在處理電腦程式侵權案件時，究竟應採何種判斷方法以決定是否構成侵權，產生歧異的現象。

就電腦軟件侵權案件的侵害認定而言，基於專業的考量，司法機關雖係將爭議之軟件送請鑒定機關進行鑒定，但最高法院卻在 94 上字 1530 號判決²⁸與 98 年臺上字第 868 號判決²⁹中明確的揭示其判決原則，也就是法院應自行或委由鑒定機關採用 *Altai* 案中的三步測試法加以分析，再運用接觸 + 實質近似 = 侵權 (Access + Similarity = Infringement) 的原則，來判斷是否構成侵害電腦程式版權。此種見解顯有相當之見地。但較為可惜的是，若從相關案例中可以發現，鑒定機關卻並不一定採取此等判斷方法，以致造成爭議。

在這兩件相距四年的案件中，最高法院使用完全相同的文字指出，「電腦程式著作列入著作權保護之對象以來，隨電腦科技之日新月異，對於非文字之結構 (structure)、次序 (sequence) 及組織 (organization)、功能表之指令結構 (menu command structure)、次級功能表或輔助描述 (long prompts)、巨集指令 (macro instruction)、使用者介面 (user interface)、外觀及感覺 (look and feel)，是否均在著作權保護之範圍，審理之法院自應或委由鑒定機關將 (主張享有著作權保護之人之受保護) 電腦程式予以解構、過濾或抽離出其中應受保護之表達部分，將具有高度抽象性之思想或概念等公共財產及基於效率或電腦軟硬件功能外部因素所限制部分，予以濾除；再就侵權人是否曾經接觸著作權人所享有著作權保護之表達部分及二程式間實質相似程度，加以判斷是否侵害著作權人之著作財產權。」最高法院於 2005 年最初提出此見解，到 2009 年再次重申，亦可凸顯最高法院對此判斷原則之重視。可惜的是，鑒定機關似乎並未遵行，且最高法院似也並未確實要求鑒定機關採行。

28. 在該案中，被告推出一款名為「神乎其指」的電腦教學軟件，並對外販售營利，惟自訴人發現該軟件與自己發明的「指尖學習法」電腦軟件極為相似，無論是藉由程式所呈現於螢幕之表達，如基礎訓練、單字、片語、用功成績等部分，在邏輯、結構、布局、詞彙語意及其所表達之構思，均與自訴人之指尖學習法軟件雷同，僅在若干輸出文字稍作變動。尤其在每次學習成功、失敗之時間及成功率之設計，藉以吸引使用者挑戰及專心之設計皆如出一轍，從而自訴人認為被告已侵害版權。
29. 在展昆公司與皓上公司的電腦程式版權侵害爭議案件，皓上公司指控展昆公司的股東與代表人均曾任職該公司，二人違反保密協定，抄襲該公司享有版權的電腦程式著作，以生產與該公司產品類似的 X9 雷射切割機，侵害其版權。

例如在八目科技公司控告前任研發經理於離職後赴皇捷公司任職，利用其所擁有該公司的「超級尺」軟體程式資料加以改作，開發出相仿的“Precise Gauge”電腦程式，而有侵害八目公司版權之虞的案件中，³⁰檢察官與告訴人將被告發的“Precise Gauge”與超級尺程式送交台灣科技大學鑒定，就電腦程式文字、操作程式介面等進行比較。鑒定結果發現程式運算方式部分相似度約為百分之八十四、程式文字相同度約為百分之三十九。鑒定書還表明：「雖然上揭兩程式是用不同的語言寫的，由程式流程、架構、註解內容及放置位置、變數名稱，判定兩者係出自同一程式之可能性為約百分之九十。」智財法院因此根據該鑒定報告認定被告有罪。

但是此等鑒定報告似僅單純的就兩電腦程式加以比對，至於原告的程式是否全部都受到版權保護，是否有不受版權保護的元件或內容，均未見論及，以致被告不服提起上訴，並於上訴意旨明確指出，鑒定機關應依據最高法院所揭櫫之前述抽離—過濾—比較三步測試法來分析，但鑒定機關卻未依據此等判斷原則處理，故該等鑒定不足為有罪判決的基礎。³¹惟最高法院卻未對該院已經於兩個判決中揭示的判斷原則有任何回應，僅表示證據取捨乃法院職權，其取捨既不違反經驗法則或論理法則，即非合法的上訴，而將被告之上訴駁回，凸顯最高法院似認為縱使不依據其所揭示之判斷原則進行鑒定亦可，反而徒增困擾。³²

除了這兩個相互對照的案件外，本章所檢索到的其他台灣判決對於應否採用最高法院所揭示的判斷原則，以決定電腦軟件之侵害亦不甚明朗。例如在保德信國際壽險公司指控大都會國際壽險公司抄襲該公司壽險顧問制度，並侵害其電腦軟件版權之案件中，³³對於本案爭議之「需求系統行銷應用軟體」與「壽險顧問軟體」，法院送交中山科學研究院鑒定。根據該院鑒定結果，發現兩者並無對應之功能架構，其思想及表達均不相同。此外在 SSO 部分，在 18 項比對項目中，有 11 項實質不同、4 項實質相似（其中 2 項不為版權法保護標的，應予扣除）、3 項實質相同。也就是說，在 18 項比對專案中，僅有必要

30. 智財法院 98 年刑智上更（一）字 45 號判決參照。

31. 被告上訴狀指出，原審法院本應委由鑒定機關將電腦程式予以解構、過濾或抽離出其中應受保護之部分，將具有高度抽象性之思想等公共財產及基於效率或電腦軟硬件功能外部因素所限制部分，予以濾除，再就林嘉宗是否曾經接觸告訴人所享有版權保護之表達部分及二程式間實質相似程度，加以判斷是否侵害告訴人之著作財產權，始足為判決之基礎。

32. 請參見最高法院 100 年臺上字 1823 號判決。

33. 請參見智財法院 95 年智字第 68 號判決與最高法院 98 年民著上字 16 號判決。

費用之次序、必要費用之組織、已備費用之次序、已備費用之組織、圖表分析功能之組織等構成實質相同或近似。

智財法院進一步分析之後認為，「惟關於必要費用、已備費用及圖表分析功能之組織部分，衡諸實施以家庭需求為導向之保險規劃，列舉一般家庭常見之費用專案、常見之已備費用專案，進而以圖表方式讓消費者明瞭其間之差額並據此進行保險規劃，為不應受版權法保護之商業方法……原告列舉之必要費用專案、已備費用專案及圖表種類，經核應屬保險業界在實施前開商業方法時所難以避免之有限表達方式之一；又必要費用及已備費用之次序，核非屬原告軟體 SSO 中之重要或精華部分。綜上，本院認兩造上開軟體尚未達『實質類似』之程度，而不得認被告有抄襲行為。」

從而就本案而言，鑒定機關是否根據抽離—過濾—比較三步測試法分析並不明確，而其 18 項比對專案是否係經過過濾後所得之得受版權法保護標的亦不明確。但是從判決中所述，似乎反而係智財法院自行根據最高法院所揭示的原則進行三段測試法分析，例如認定部分屬不受版權法保護之商業方法，部分有觀念與表達合併 (merger) 原則之適用，進而認定系爭兩程式不構成實質近似。此種由法院自行過濾的模式，符合前述最高法院揭示的原則，值得贊同，但畢竟仍屬少數。

而在安辰電腦公司控告離職軟件研發人員，侵害該公司「光碟魅影」(Fantom CD) 電腦程式版權一案中，³⁴ 法院將二軟件送由工研院進行鑒定。工研院就二者畫面功能、操作方式進行比較，亦反組譯二者的執行檔，比對後發現 (1) ALCOHOL 120% 畫面極為類似「光碟魅影」，功能可說是一模一樣，僅修改了關鍵部分 (名稱、商標以及圖示)，以及少部分視覺元件的排列方式；(2) 程式碼寫作風格 (資料結構名稱、FUNCTION 的命名方式) 亦極為類似，僅修改了關鍵部分 (名稱、商標以及圖示)；(3) 光碟燒錄資料結構相同，內部參數也有高達 99% 以上的相似處，這些參數的相似部分應為各家廠商最高機密，不屬於光碟燒錄技術的共同規格，因此可以合理判斷被告將系爭著作的研發成果 (資料結構以及相關燒錄機參數設定) 攜出，整合至 ALCOHOL 120% 中之結論。另外比對結果亦發現 ALCOHOL 120% 存在許多與光碟魅影相同的拼字錯誤。

34. 智財法院 97 年智字第 20 號判決與最高法院 99 年民著上字 3 號判決。安辰公司指控被告參與「光碟魅影」的研發製造，但離職後推出與光碟魅影極為相似的“ALCOHOL 120%”，因此侵害該公司之電腦程式版權。

根據此等鑒定報告，法院判決被告確有抄襲，判定安辰公司勝訴。但是從判決之述敘可知，或許被告抄襲甚為明顯，故工研院似未能採抽離—過濾—比較三步測試法，反而均在比對兩者參數、拼字錯誤等是否相同，但是對於原告軟件中是否有屬不受版權保護的部分卻均未著墨，殊為可惜。

從台灣的相關司法判決可以了解，對於電腦程式侵害版權之問題，往往涉及程式碼的抄襲，故合理使用顯然並非一個有效的抗辯事由，司法機關主要仍以送請鑒定的方式為之。雖然最高法院於94上字第1530號判決與98年臺上字第868號判決揭示法院「自應或委託鑒定機關」依抽離—過濾—比較三步測試法加以分析後，再行根據是否有接觸與實質近似來判斷是否構成侵權。但是鑒定機關似並未採行該判斷標準，法院也不要求，以致不一定能形成較一致的鑒定原則。³⁵

誠如最高法院在八目科技案所言，證據取捨乃法院職權，但是若鑒定機關關於從事鑒定時，能採用較嚴謹的共同判斷標準，例如抽離—過濾—比較三步測試法，以釐清原告所主張之電腦程式中確實有受到版權法保護之元件或內容，而非僅單純的比對是否有異同，或許將有助於法院在處理電腦程式版權侵害案件時形成一定的見解，亦可減少類似案件的爭議。

四、P2P 侵害案例與分析

隨着其他國家 P2P 網站服務的興起，在網絡大環境的影響下，台灣相關的 P2P 服務也紛紛出現，其中最有名的就屬 Kuro 與 ezPeer 等音樂下載服務。其實除了 Kuro 與 ezPeer 之外，台灣還出現了許多其他 P2P 的網站與服務，例如 Foxy、蘋果論壇、Kupeer、hip2p、UKBBS 論壇等。

由於這些 P2P 站的迅速發展，為防止網絡業者透過網絡提供網友諸如 P2P 等分享軟件程式或技術獲取利益，並阻止網友利用此等技術交換未經合法授權之影音著作物或其他侵害版權之檔案，台灣立法院於2007年6月

35. 雖然美國法院也採取其他的判斷標準，但是其之所以不採 Altai 的三步測試法則往往有特殊的原因，而不像台灣的鑒定似乎可由鑒定機關自行決定。例如雖然第一巡迴上訴法院在 *Lotus Development Corp. v. Borland International, Inc.*, 49 F.3d 807 (1st Cir. 1995) 一案中並未採 Altai 的判斷標準。但是該院之所以未採取該判斷標準的原因在於 Borland 案是故意抄襲原告 Lotus 1-2-3 試算表的文字表達指令部分，而非抄襲非文字部分。另外在 *Apple Computer, Inc. v. Microsoft Corp.* 35 F.3d 1435 (9th Cir. 1994) 一案中第九巡迴上訴法院維持地方法院所採的完全相同判斷標準 (virtual identity standard)，認為微軟並未侵害蘋果的使用者介面，主要原因在於當事人間有授權關係，而被非如 Altai 與 CA 一樣，是屬於毫無契約關係的情況。

14日通過立法委員所提《著作權法》部分條文修正草案，採行美國最高法院 *Grokster* 案中針對 P2P 利用所作出的間接侵權責任之見解，對版權法之法律責任架構作出重大的改變。³⁶

根據增訂《著作權法》第87條第1項第7款，「未經著作財產權人同意或授權，意圖供公眾透過網絡公開傳輸或重製他人著作，侵害著作財產權，對公眾提供可公開傳輸或重製著作之電腦程式或其他技術，而受有利益者」視為侵害版權；同條第2項亦配合增列：「前項第七款之行為人，採取廣告或其他積極措施，教唆、誘使、煽惑、說服公眾利用電腦程式或其他技術侵害著作財產權者，為具備該款之意圖。」若有違反，根據《著作權法》第93條第4款之規定，得處二年以下有期徒刑、拘役，或科或併科新台幣五十萬元以下罰金。

而此間接侵權責任修正條文之通過，將 *Grokster* 原本的民事責任性質轉變成為台灣特有的刑事責任後，再加上此等提供電腦程式與其他技術而受有利益之行為跟合理使用並無直接關係，不但使得合理使用陷入無用武之餘地，也導致這些以 P2P 模式經營的業者面臨重大的法律挑戰。³⁷ 但由於 *Kuro* 與 *ezPeer* 這兩大 P2P 服務提供者與唱片公司的訴訟出現南轅北轍的結果，也就是臺北地方法院依常業犯判決 *Kuro* 有罪，³⁸ 但士林地方法院卻判決 *ezPeer*

36. 該修正案的立法理由明白的指出該次修正係參考 *Grokster* 案，並有如下說明：（一）本款對於技術之提供者賦予法律責任，故本條非難之行為為「提供行為」。至於技術提供者對於使用者之後續版權侵害行為，在民事上是否成立「共同不法侵害」、「造意」或「幫助」；刑事上是否另成立「共犯」、「教唆犯」或「幫助犯」，另行判斷。（二）技術提供者必須是出於供他人侵害著作財產權之意圖，提供技術，始屬本款所規範之範圍。又意圖係行為人內心主觀之狀態，難以判斷，有必要加以補充解釋，故規定如行為人客觀上採取廣告或其他積極措施，教唆、誘使、煽惑公眾利用該技術侵害著作財產權時，即為具備「供公眾透過網絡公開傳輸或重製他人著作，侵害著作財產權」之意圖。

37. 唱片業者除對 P2P 業者提起訴訟外，也對 *Kuro* 的會員陳某加以起訴，一審將他判刑4月但緩刑3年。經上訴後，高院改判為1月又15日如易科罰金以新台幣9百元折換一日，並准予緩刑3年。使 *Kuro* 會員陳某成為台灣第一宗透過網站下載音樂而吃上官司的使用者。

38. 在 *Kuro* 案中，因飛行網（KURO）公司，其代表人及其他從業人員明知其 *Kuro* 軟件及網站服務可供會員違法下載他人著作，但為招攬會員加入，賺取會費，不斷刊登廣告（廣告內容以其所提供軟件及服務可供數十萬首最新流行音樂下載為主要訴求），以誘使大量會員加入，故對於其會員的侵權結果，在主觀上已顯可預見，且不違反其本意，*Kuro* 與其會員之間顯有共同之犯意聯絡與行為分擔，為共同正犯，因而判決有罪成立。請參見臺北地方法院 92 年訴字 2146 號刑事判決。

無罪。³⁹ 面對這兩個技術與營運模式類似，但判決結果迥異的結果，⁴⁰ 第 87 條第 1 項第 7 款間接侵權之規定應如何適用也受到重視。

（一）Kuro 案判決與間接侵權責任之適用

Kuro 案被告三人分別是飛行網公司的董事長、執行長與總經理，三人於 2000 年起開始經營 KURO 網站，該網站即以“Kuro”點對點分享軟件提供服務，並於 2001 年起開始向註冊的會員收費。已註冊的會員在成功連線至 Kuro 主機後，Kuro 用戶端軟件即將會員電腦內之 mp3 格式之錄音檔案自動設定為分享資料夾，並會將檔案大小、連線速度等資訊自動上傳至飛行網之檔名索引伺服器，以建立集中檔名管理之資料庫，供所有連線之其他會員檢索與下載。雖然地方法院判決有罪，高等法院也維持有罪判決，但是飛行網等被告仍上訴到最高法院。

最高法院指出，上訴人三人經營的 P2P 式網站所提供的電腦軟件及網絡搜尋下載服務，可以讓眾多侵害他人著作財產權之會員，藉由其設施服務，在未經版權人同意或授權公開傳輸、重製的情況下，大量彼此交換、傳輸、下載、重製他人享有著作財產權的錄音或音樂著作，而侵害他人版權。另外，上訴人三人又為了獲得巨額利益，在不違背其本意的情況下，刊登多則廣告，吸收廣泛大眾為其會員。

對此，最高法院明確的指出：

網站業者之主要目的，若是在於從中獲得私利，而有積極之廣告等作為，提供足以使會員間非法重製、公開傳輸之電腦程式或技術等服務，該當於直接、確定的故意而作為，符合《著作權法》第八十七條第一項第七款之「未經著作財產權人同意或授權，意圖供公眾透過網絡公開傳輸或重製他人著作，侵害著作財產權，對公眾提供可公開傳輸或重製著作之電腦程式或其

39. 在 *ezPeer* 一案中，士林地方法院指出，現行法令並未禁止或限制 P2P 軟件的使用，且作為傳輸平台的 *ezPeer*，其用途具有多樣性、本身並非犯罪工具，即使有使用者以此一工具傳輸、下載未經授權的版權檔案，則仍應有合理使用空間、刑罰免責條件。此外法院也認定，被告本身並未從事違法公開傳輸及重製行為，被告亦未與實際上公開傳輸及重製之使用人成立「共犯」關係，基於「刑法最後手段性」及「罪刑法定」之原則，判決被告無罪。但該院也表示，至於被告應否負民事侵權責任，則不在本刑事案件審究範圍。請參見士林地方法院 92 年訴字 728 號刑事判決。

40. 智財法院 98 年度刑智上更（一）字第 16 號刑事判決維持 *ezPeer* 無罪之判決。而 Kuro 也在二審判決獲得減刑的結果。

他技術，而受有利益者」，視為侵害版權之一種行為態樣，及第二項「採取廣告或其他積極措施，教唆、誘使、煽惑、說服公眾利用電腦程式或其他技術侵害著作財產權者，為具備該款之意圖。」⁴¹

於發回智財法院更審後，雖被告主張 Kuro 軟件為中性之科技，該主機之功能僅用於輔助會員加快搜尋速度；縱經由該主機搜尋，會員係搜尋檔案名稱，其無法得知檔案內容，亦無法就下載之檔案內容判斷會員是合法或非法使用，故無侵害版權之情事，但智財法院卻認為，⁴² Kuro 系統具有驗證主機、網頁伺服器、檔名索引伺服器、負載平衡主機，驗證是 Kuro 運作之必要條件，沒有經過驗證便無法使用。此外，集中檔名索引伺服器知道每個使用者有哪些檔案，哪些使用者搜尋了哪些檔案，以及哪些使用者下載了哪些檔案，且會員搜尋及下載時，用戶端必須保持與檔名索引伺服器連線才能搜尋，也必須保持與其他用戶端之連線才能下載，若連線中斷，就不能搜尋、下載。基於此等理由，智財法院判決被告構成非法公開傳輸及重製的共同正犯責任。

（二）ezPeer 案與間接侵權責任之適用

於 ezPeer 案中，被告為全球數碼科技股份有限公司之負責人，全球數碼公司自 2000 年 10 月間起，以點對點檔案分享軟件經營 ezPeer 網站，以提供使用者公開傳輸及下載 MP3、電腦遊戲、電影及各類影片等檔案為主要業務。全球數碼公司於 2001 年 10 月 16 日起開始向使用者收取服務費。由於 ezPeer 提供網絡平台讓使用者下載未經授權的著作（包括 MP3 與電影等著作），侵害 RIT（滾石等 13 家公司）與 TFACT（美商迪士尼等 8 家公司）的錄音、音樂、視聽著作之重製權及公開傳輸權，而被唱片業者聯手提告。

不過於審理後，士林地方法院卻判決 ezPeer 無罪，⁴³ 高等法院亦維持無罪判決，⁴⁴ 經上訴至最高法院後，最高法院將原判決關於被告部分撤銷，發交智財法院審理。⁴⁵ 最高法院特別於判決中指出，被告是否因會員利用其所設置

41. 最高法院 98 年度臺上字第 6177 號判決。

42. 智財法院 98 年刑智上更（一）48 號判決。

43. 請參見士林地方法院 92 年訴字第 728 號刑事判決。

44. 台灣高等法院 94 年度上訴字第 3195 號刑事判決。

45. 最高法院 98 年度臺上字第 1132 號刑事判決。

之網絡平台傳輸下載他人享有版權之錄音著作，而與之成立共犯，同負版權法之相關罪責應釐清。但智財法院審理後仍維持無罪判決。⁴⁶

經再上訴後，最高法院再次表示，關於控管及過濾機制，ezPeer 既然可以透過收費驗證機制，驗證會員身份、檔案流量，以管控會員支付費用使用該網站提供之服務，因此對於使用 ezPeer 軟件的會員，應該有掌控管制之能力。其次，關於網絡平台的檔案分類設計，ezPeer 聲稱對網站平台上傳輸之檔案無所認知，那麼其在平台的分類設計上，又是如何得知何種檔案為熱門以及何種檔案不易搜尋到，甚至有所謂的「哈燒榜」的設計？

而對於侵害意圖之問題，最高法院也認為法院對是否有侵權的意圖亦應該要盡調查的義務。最高法院指出，ezPeer 沒有取得滾石等公司的授權，在行銷其軟件時，強調會員每月支付一定的費用，就可以任意下載 MP3 歌曲檔案，而前審認為這只是行銷手法，不可直接認定其有侵權之意圖、該軟件不是只能用在侵權一途，仍有實質合法用途的空間等理由，最高法院則認為前審沒有明白調查審認是否有侵權的意圖，故應該要盡調查的義務。⁴⁷

經發回後，智財法院於更二審中改變其原有之見解，⁴⁸ 認為 ezPeer 軟件所有使用者之上傳及下載檔案，全程均需依賴與該網站之中央伺服器進行連線，除檔案搜尋功能外，尚具有驗證使用者之身份及是否有足夠之 P 點或使用期限以進行下載之功能，並能於使用者上傳點中斷傳輸時，自動搜索相同檔案，而自該檔案下載中斷處繼續進行下載，且能紀錄使用者之下載情況，並於下載完成後，進行 P 點之對帳工作。此外全球數碼公司亦透過各式廣告，鼓勵會員大量公開傳輸上傳檔案供不特定人下載重製。

為此智財法院也於更二審判決中指明，全球數碼公司所經營的 ezPeer 網站屬集中式 P2P 軟件，且該公司對會員有實質控制力，對於會員發生違法公開傳輸下載重製行為此一結果，其不僅有因果關係，且係以作為之方式積極促使不法公開傳輸、下載重製此一構成要件行為之實現，與會員間乃係分工合作完成公開傳輸、下載重製之行為，故應負起共同正犯的責任。透過冗長的訴訟與多輪的判決，法院總算對 Kuro 以及 ezPeer 案件形成一致的見解，但也凸顯台灣司法機關對網絡應用爭議的歧異，而此等認定的歧異，也在其他類似案件中顯現出來。

46. 智財法院 98 年度刑智上更（一）字第 16 號刑事判決。

47. 最高法院 99 年度臺上字第 4697 號判決。

48. 智財法院 99 年度刑智上更（二）24 號判決。

(三) 其他 P2P 侵權案件之判決與分析

雖然最高法院與智財法院在 *Kuro* 與 *ezPeer* 案已經就第 87 條第 1 項第 7 款間接侵權責任之適用逐漸形成具體的看法，但下級法院對其他 P2P 的判決，卻仍有所歧異。有認為提供 P2P 服務僅構成幫助犯者，⁴⁹ 有認為僅構成著作權法第 92 條擅自公開傳輸罪之責任者（例如 P2P 電影院案、⁵⁰ UKBBS 論壇案、⁵¹ 天空論壇管理員案），亦有延續 *Kuro* 與 *ezPeer* 見解，認為構成第 87 條第 1 項第 7 款與第 93 條者（例如 *Foxy* 案⁵²）。

雖然各個被告的營運模式有所不同，理論上會出現不同之認定。但在台灣的 P2P 案例中，問題在於縱使是同一類型或同一經營模式，但下級法院仍無法達成相同的認定。例如收費經營的 P2P 業者中，法院對 hiP2P, UKBBS 的判決結果就與 *Kuro* 與 *ezPeer* 不同。另外對於未直接收取費用，而依賴廣告獲利模式的業者中，蘋果論壇與 Kupeer 的判決就與 *Foxy* 有差異。甚至有部分被告網站的管理員被控侵權，但該網站其實並未收費、亦無提供廣告，卻

49. 在該案（中華資訊分享網案）中，被告分別架設「中華資源分享網」、「新中華資源分享網」等網站，提供 BT、P2P、DSL 等下載連接點檔案的方式予加入之會員。而在新中華資源分享網中所設立之「成人影片區」主題區，則可讓會員依上開類別分別張貼非法音樂及電影著作之檔案連結供其他會員得以瀏覽、下載及收看。對於此等行為，法院指出檔案本身並非著作內容抑或猥褻影音，且被告之網站上亦未儲存該等內容，是被告本身所為，僅係為便利會員間公開傳輸、重製該等著作內容，或便利會員觀覽猥褻之影音，因此認為被告所為，分別係犯著作權法第 91 條第 1 項之幫助擅自重製罪、著作權法第 92 條之幫助擅自公開等罪責（臺北地方法院 96 年易字 2516 號判決參照）。
50. 在該案中，被告自 2004 年間架設名為「P2P 重製電影院」之家族，由其擔任站長（管理員），開放所有加入家族之會員將該「種子」上傳至家族網頁，欲下載該影片之會員，則可以直接連線至存放檔案之網絡硬碟空間下載種子檔案，取得下載重製分散式連結點之檔案，會員可以相同方式將視聽著作分享予其他會員下載。對於此等行為，法院認定被告係犯著作權法第 92 條之擅自以公開傳輸之方法，侵害他人之著作財產權罪（臺北地方法院 96 年易字 1576 號判決參照）。
51. 在該案中，被告自 1999 年底架設「UKBBS 論壇」網站，該網站為論壇（forum）形式，區分多個專題區位並利用該網站招攬會員，將會員區分為「贊助繳費方式之 VIP 會員」及「未贊助繳費方式之一般、初級、中級、高級會員」兩種，繳納金錢會員，可享有無限制使用論壇資源之權利。法院認為該論壇並未直接儲存該等著作內容，僅提供網頁空間供他人張貼超連結，為便利公開傳輸該等著作內容之行為，因此判定甲係犯刑法第 30 條第 1 項、著作權法第 92 條之擅自以公開傳輸之方法侵害他人著作財產權罪及同法第 91 條第 1 項之重製罪之幫助犯（臺灣板橋法院 96 年易字 3447 號判決參照）。
52. *Foxy* 案之相關判決案號包括新北地方法院 98 年重易字第 4 號判決、智財法院 99 年智易字第 33 號判決、智財法院 99 年刑智上易字第 52 號等判決。

因管理員張貼如何上傳或下載侵權的著作物而須負責。⁵³還有法院認為增進違法著作物的下載效能便足夠成為歸責基礎。⁵⁴

特別是對於 Foxy 案，雖然其係免費供網友利用，但是法院認為 Foxy 網站使用大量廣告文宣誘引不特定公眾下載 Foxy 軟件。且在使用者安裝“Foxy”電腦程式時，該程式便會預設分享資料夾並會被強制分享訊息，使用者無法關閉上開資料夾之分享（共用）功能。

故法院認為被告明知 Foxy 軟件並不具有授權確認機制（使用者上傳檔案是否侵權），亦可預見一但有使用者上傳侵權檔案將可能發生擅自公開傳輸之結果，猶共同基於預見其發生、而其發生不違背渠等本意之擅自公開傳輸之不確定犯意聯絡，自應負正犯之責。又依《著作權法》第87條第2項規定，Foxy 已採用廣告誘引不特定人使用該平台進行侵權，此部分違反《著作權法》第87條第1項第7款規定，而應依同法第93條第4款論處。由此可見，台灣司法機關對於第87條第1項第7款的適用，並非以有無收費為準，而係以業者之主觀犯意與客觀行為（如廣告）為判斷標準，尚有其一致性，亦符合立法意旨。

從上述 P2P 案例，特別是 Foxy 與 Kuro 與 exPeer 歷經近十年的判決發展與最後的結果觀察，雖然下級法院之見解有所差異，不過在高級法院與智財法院之判決後，法院的見解已經趨於一致，此可以從智財法院有關 Foxy 的判決可以得知。特別是最高法院明確指出，「網站業者之主要目的，若是在於從中獲得私利，而有積極之廣告等作為，提供足以使會員間非法重製、公開傳輸之電腦程式或技術等服務，該當於直接、確定的故意而作為，符合著作權法第八十七條第一項第七款」之規定即可得證。

53. 例如在新北地院 97 年易字第 208 號判決中，法院就指出被告在天空論壇網站以其所申請暱稱「筱詩」、帳號「yyyh11」，在「天堂論壇」網站網頁「電影專區」及「網上電影區」內擔任管理員，負責提供頁面程式及網站後台管理等服務。被告於上揭討論區內提供說明文字，以指引網友分享或下載所需著作，復在會員下載視聽著作回覆訊息時加以評分；因此法院認為儘管侵權的影音著作非由被告直接張貼，其仍有供該網站不特定會員張貼侵害視聽著作之故意……。

54. 例如臺北地方法院 99 年智簡字第 19 號判決中，被告被控架設蘋果論壇，並提供論壇空間予會員張貼「BT 下載種子」（BitTorrent）之檔案連結，將使衆多未經著作權人之同意或授權之不特定會員，得藉此連結運用 P2P 軟件大量公開傳輸、下載重製著作權人之視聽、錄音或音樂等著作。被告同時擔任論壇管理員，其對於「蘋果論壇」之所有內容包括「BT 電影發布區」及「BT 音樂發布區」等發布區內文章具有增刪變更等許可權。法院就認為被告此等行為同時促使提供 P2P 電腦程式、技術者，使其程式發揮最大效能（因使用人數提高，下載效率增加），因而認定被告成立多項侵權的幫助犯。

而就台灣法院一系列之判決觀之，法院對於此等類型案件之共同正犯的認定標準似乎仍然模糊，雖然都是平台服務提供者（網站或論壇經營者），但法院對該等行為人課以正犯或幫助犯者皆有。似乎法院對提供集中式架構的服務提供者，多會以對檔案具有控制力而被論以正犯之責（如 Kuro、ezPeer），至於對單純提供下載空間且為營利者，則多論以幫助犯（但也有例外如天空論壇管理員案）。

值得注意的，則是在 Kuro 與 ezPeer 判決最終確定時，整體網絡運用技術已經又向前邁進了一大步，雲端新興的服務例如音樂櫃（music locker）與遠端數碼錄影重播等，也已經面臨版權侵權之挑戰，其他雲端服務模式（例如儲存模式）又紛紛出現，未來雲端服務全面發展後，由於台灣《著作權法》第六章之一的網絡服務提供者規定僅提供民事免責規定，並未免除刑事責任。而依最高法院前述見解，雲端服務提供者若有積極之廣告作為，並提供足以使會員非法重製的電腦程式或技術等服務（雲端服務提供者勢必要提供電腦軟件或技術，否則就無法運作），則很有可能落入第 87 條第 1 項第 7 款之範疇。相較於國外雲端服務提供者只有民事責任，而台灣業者之相關網絡服務提供者（ISP）負責人可能面臨刑事責任，是否有可能會影響雲端服務（特別是雲端儲存與應用）業者在台灣的發展也值得觀察。

（四）P2P 業者能否主張 ISP 的免責規定

就其他國家 P2P 業者、網絡服務提供者與雲端服務提供者所面臨之訴訟案件觀察，他們在面臨版權侵權指控時，往往會主張其符合 ISP 免責的安全港規定（例如美國版權法第 512 條），例如 Napster 在被控侵權時，就提出此等抗辯，而在新興的雲端服務提供者而言，美國法院也認為其等可以適用 ISP 的安全港免責規定（詳後述），故此問題攸關業者能否免除民事責任。

同樣的，在《著作權法》於 2009 年增訂第六章之一網絡服務提供者民事免責事由與安全港（safe harbor）規定⁵⁵後，被控侵權的 ISP 業者（特別是 P2P

55. 安全港條款係指網絡服務提供者在履行台灣《著作權法》第 90 條之 4 的責任後，得對其用戶造成的侵權主張免責。該責任安全港規定如下：符合下列規定之網絡服務提供者，適用第 90 條之 5 至第 90 條之 8 之規定：

一、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。

二、以契約、電子傳輸、自動偵測系統或其他方式，告知使用者若有三次涉有侵權情事，應終止全部或部分服務。

業者)也開始主張得適用該等免責規定。但是由於台灣業者所採行的模式不同,且並未建立「通知/取下」的機制,故就相關判決觀察,對於ISP業者是否能夠主張此等安全港規定,法院似乎採取較嚴格之解釋。

例如平台經營業者會主張已提醒用戶注意知識產權的問題,不要進行侵權活動,希望能藉以免責。如Foxy案中Foxy即曾抗辯,⁵⁶其於使用者安裝Foxy軟件時畫面已顯示:「Foxy提醒用戶尊重版權,Foxy使用者本人,尤其是資訊及內容提供者,同意遵守知識產權保護及其他相關的各項法律、法規和具有約束力的規範文件」等語,認為自己並無誘使他人利用該程式為侵權行為之犯意。

但法院則認為一般大眾在下載軟件看見此等說明文字時多直接勾選「我同意」,並未詳讀條款內容,則Foxy程式上要求使用者勾選此項授權合約是否真能阻止、避免或中斷他人利用該程式為侵權的行為甚容質疑;再加上Foxy於廣告時一再宣稱利用Foxy可以「輕鬆獲得檔案,不需到各大論壇辛苦求檔」,而無視檔案來源的正當性,故法院認為被告抗辯不足採信。法院此種態度值得贊同,否則等於鼓勵業者透過形式上的免責聲明達成實質規避之實,且該等警語亦與第六章之一各條所規定之免責要件有別。

另外在Kupeer案中,被告亦辯稱在用戶裝設P2P軟件頁面下加設「授權同意條款」之攔阻機制,要求使用者須合法使用系爭P2P程式外,倘使用者執行系爭P2P程式疑似有侵害版權行為時,系爭程式亦有鎖住使用者電腦之功能,致使用者無法繼續執行系爭P2P程式,足見被告於提供系爭P2P程式時,已盡攔檢機制。且Kupeer系統另設有攔檢機制,以及當使用者傳輸資料超過1G者,會自動加以攔截。

但法院則認為,依搜證所得資料,於網絡上傳輸之檔案多有高達數G者,例如其中「東京甩尾」影片即有2.5G,足見被告所辯不實。何況檔案所佔容量常因其所儲存之格式不同而異其數量。⁵⁷是以,縱認被告確有設置1G攔

三、公告接收通知文件之聯繫窗口資訊。

四、執行第三項之通用辨識或保護技術措施。

連線服務提供者於接獲著作權人或製版權人就其使用者所為涉有侵權行為之通知後,將該通知以電子郵件轉送該使用者,視為符合前項第一款之規定。

56. 板橋地方法院98年度重易字第4號判決。

57. 法院指出,以AVI格式之影片檔為例,其檔案容量只需數百Mega,根本不到1G;另mp3格式之音樂檔,一首五分鐘長度之歌曲,轉檔成為mp3格式後,其檔案量亦僅為五至十Mega。事實上目前許多高清(HD)的影片,其檔案更高達5G以上,顯示該公司限制之流於形式。

檢門檻，以此門檻已足以傳輸約百首 mp3 格式之音樂檔，足見被告所稱之攔檢機制，乃虛應故事，不可採信。

也因此從目前台灣司法機關的態度觀察，即便平台服務業者設有一定控管機制，也不代表一定能根據台灣《著作權法》第六章之一的安全港規定而擺脫第 87 條第 1 項第 7 款與第 93 條之刑事侵權責任，更遑論以制式的授權同意內容而可以免責了。但對於合法經營的 ISP 業者而言，安全港之免責規定至關重要，在歐美各國法院都已經相繼判決表示 ISP 業者並無替權利人把關之責，只要能踐行「通知/取下」(notice and takedown) 的責任即可適用安全港條款時，由於台灣著作權法增訂 ISP 安全港規定較晚，以致目前台灣網站業者採行「通知/取下」機制較少，是否能符合第六章之一之安全港免責規定而免責，仍可能需要依具體個案而認定。

五、結論

網絡與數碼環境的發展，不但為人類帶來便利，也同時為版權之利用與保護帶來挑戰。而在目前發展方向導向雲深不知處的雲端之後，更讓權利人在保護其著作之際面臨困擾。但是從技術與法律的發展觀察，隨著技術的發展與新應用的出現，必然會發生相關的法律問題，這可以從本章所探討的電腦程式、P2P 服務可以得知。但是法院在面對這些法律議題時，也將會發展出不同的認定標準予以處理，以達成平衡權利人與使用人利益之目標。

另一個值得注意的發展，就是早期的數碼法律問題主要在於直接侵權的認定，也就是著作物本身是否有版權，是否構成侵權（包括侵權認定與比對）以及有無合理使用等問題，例如本章討論之電腦程式或其他傳統著作物之侵權，都是例證。但是隨著網絡的發展與網絡服務模式不斷的推陳出新，侵權責任的重點也從直接侵權轉為間接侵權，合理使用之抗辯也越來越難發揮，而本章所探討的 P2P 與 ISP 服務類型即凸顯出此等典範轉移的效應。而在此種轉變之下，未來台灣《著作權法》第 87 條第 1 項第 7 款與第六章之一服務提供者免責規定的適用也將日趨重要，也涉及此等立法適當與否（特別是其規定僅免除民事責任而非刑事責任）之問題。但是不論其變化如何，若司法機關能統一見解，並發展出一個共通的判斷或鑒定模式，不但將會有助於此等新興問題的解決，也可以讓業者有一個可依循之客觀標準，更可促進法律的安定性。

第六章

影視作品版權侵權認定及責任分析

張平、張金平

版權侵權的司法認定是知識產權司法審判中的難點之一，主要原因在於版權的權利在產生時無須行政審批，其權利的邊界並不像專利權和商標權那樣清晰。在侵權司法認定時，不同標準和方法所認定的版權邊界存在誤差，容易引發爭議。在2014年發生的「瓊瑤訴于正」案（以下簡稱瓊瑤案）¹以及「張曉燕訴雷獻和、趙琪、山東愛書人音像圖書有限公司」案（以下簡稱張曉燕案）²中，法院在情節相似是否構成抄襲這一點上得出了不同的結論。在這兩起案件中，被告都不否認接觸過原告的作品，正像最高人民法院（以下稱「最高院」）在張曉燕案判決書中所指：「判斷作品是否構成侵權，應當從被訴侵權作品的作者是否『接觸』過要求保護的權利人作品、被訴侵權作品與權利人的作品之間是否構成『實質相似』兩個方面進行判斷。該案各方當事人對被告接觸原告劇本及電視劇並無爭議，其核心問題在於兩部作品是否構成實質相似。」³而在瓊瑤案中，一、二審法院都認為：《梅花烙》電視劇的公映可以推定滿足了侵害版權中的接觸要件。由於該案原告主張的是侵害改編權，認定是否侵權的基礎前提是判斷改編行為、改編來源關係是否存在。為查證這一基礎事實，可以採用的方法通常是以前後兩作品進行內容比對，基於相似的表達性元素來判斷兩部作品是否存在版權法意義上的關聯性。這一關聯性是指，在作品表達層面，在先作品與在後作品之間是否存在著創作來源與再創作的關係。同時，就受眾的欣賞體驗而言，如果構成改編，則往往能夠產生「兩部作品近似或在後作品來源於在先作品」的感知，從而可以判斷

1. 涉及電視劇《梅花烙》與《宮鎖連城》。

2. 涉及《高原騎兵連》與《最後的騎兵》。

3. 最高人民法院（2013）民申字第1049號民事裁定書。

被告侵權是否成立。⁴可見，兩起案件本質上都圍繞著「實質性相似」判斷這一根本問題而展開。

一、故事情節是思想還是表達

一般而言，作品自完成之日起即享有版權，無須登記或行政審批。版權權利產生的自動性，天生即具有難以彌補的缺陷——權利邊界的模糊性。⁵而按照版權保護的作品必須是具有獨創性的表達，版權保護不延及思想、過程、操作方法和數學概念本身⁶這一點上看，影視劇中的「情節」屬於「思想」還是「表達」亦具有極大的不確定性。在瓊瑤案中，爭議較大的是如何界定被告電視劇與原告電視劇中的「思想與表達」的界線——涉案被告與原告具有相似性的情節是否為不受版權法保護的思想。例如，「偷龍轉鳳」、「少年展英姿」等21處故事情節是否受版權法保護。在張曉燕案中，涉及的是描述中國「最後的騎兵」在撤編前後發生的「英雄末路、騎兵絕唱」的故事情節是否屬於客觀的歷史題材。這兩起案件中法官對故事情節的解釋頗有不同。下面我們會對比分析美國和中國法院法官如何用不同方法來確定故事情節是否屬於思想範疇。

（一）抽象法的來源

對於作品的思想與表達的區分，國內外較為認可的方法是抽象法。抽象法，由美國聯邦第二上訴巡迴法院漢德（Learned Hand）法官在1930年的「尼科訴環球影城」案中最早提出。漢德法官指出，過去一字一句的抄襲很好判斷，但現在這種套用整個故事脈絡的抄襲卻很難判斷，因為涉及了版權法所不保護的思想，而且「沒有任何人曾劃清過思想與表達的界限，也沒有人能夠做到」。⁷為了突破困境，他提出了著名的抽象法（Abstraction test），即「對於任何作品，尤其是戲劇作品，在對所描述的事件進行盡可能多地剔除之後，大量有關記錄故事發展要點的模式就會自動地呈現出來。最後，可能僅

4. 北京市第三中級人民法院（2014）三中民初字第7196號民事判決書；北京市高級人民法院（2015）高民（知）終字第1039號民事判決書。

5. 鄭成思：〈「模糊區」與知識產權的侵權認定〉，《中國法學》2期（1996），頁88。

6. 參見《伯爾尼公約》第二條之一、《與貿易有關的知識產權協定》第九條和《世界版權公約》第二條。

7. *Nichols v. Universal Pictures Co.*, 45 F. 2d 119 (2nd Cir. 1930).

剩下最普通的有關戲劇是關於甚麼的說明，甚至僅剩個標題。在這個不斷抽象的過程中存在一個臨界點，在這個臨界點所抽象的一系列概括性要點不再受到版權法保護，否則劇作家就能禁止他人使用其表達中的思想。」⁸ 具體到「尼科訴環球影城」本案中，兩部作品的具體內容完全不同，經抽象後，剩下的只是兩個愛爾蘭家庭和猶太家庭的家長、子女的結婚、孫子的出生、重新和好四點相同點。這四個要點，屬於思想的範疇，即使是原告首次創作的，也不能對其享有版權。

自該案後，抽象法在美國影視作品侵權案件中常常被引用。但是，正如美國著名版權法專家尼莫爾（Nimmer）所評價的，儘管該方法非常創新，但也沒能告知具體在哪個層次的抽象可以讓思想與表達涇渭分明。⁹ 而且，在提出該方法的三十年後，漢德法官自己也承認，「沒有標準能判斷抄襲者在超越了抄襲思想的情況下抄襲了表達」。¹⁰

（二）中國法院對於抽象法的不同理解

中國司法實踐中，也常用到抽象法來區分作品的思想與表達。例如，在夏德寶訴林黎勝案中，一審法院認為，「對於如何判定文學作品中處於模糊區的創作元素是否屬於版權法的保護範圍，應以抽象性和獨創性為判斷標準對其進行具體衡量，基本的規則是：越抽象越接近於『思想』，越富於獨創性越接近於『表達』。」¹¹ 至於抽象與獨創之間的中間地帶，則仍舊是模糊地帶。

在瓊瑤案中，北京三中院對抽象法有更進一步的表述，「抽象概括法可以作為思想與表達的分析方法，即將一部文學作品中的內容比作一個金字塔，金字塔的底端是由最為具體的表達構成，而金字塔的頂端是最為概括抽象的思想……位置越接近頂端，越可歸類於思想；位置越接近底端，越可歸類於表達……如果人物身份、人物之間的關係、人物與特定情節的具體對應等設置已經達到足夠細緻具體的層面，那麼人物設置及人物關係就將形成具體的表達……就情節本身而言仍然存在思想與表達的分界。區分思想與表達要看這些情節和情節整體僅屬於概括的、一般性的敘事模式，還是具體到了一定程度足以產生感知特定作品來源的特有欣賞體驗。如果具體到了這一程度，

8. 同上注。

9. 4 Melville B. Nimmer and David Nimmer, Nimmer on Copyright, 13.03 (A) (2010).

10. *Peter Pan Fabrics, Inc. v. Martin Weiner Corp.*, 274 F.2d 487, 489 (2d Cir. 1960).

11. 南京市中級人民法院（2009）寧民三初字第116號民事判決書。

足以到達思想與表達的臨界點之下，則可以作為表達。」¹² 由此，北京三中院引入了情節「具體到感知特定作品來源的特有欣賞體驗」的主觀標準，作為區分文學作品中思想與表達的界限。這種將特定情節限定到「具體到足以感知特定作品來源的體驗」的臨界點，已經超出了漢德法官抽象法用於區分一部作品中思想與表達的目的，而有意識地進入兩部作品的比較當中，而且這種比較，僅僅是特定來源，而非唯一來源，也非實質性相似。在這個意義上，瓊瑤一審案件的裁判法官可以說是一種創新。不過，二審法院對於這種在思想與表達區分上的創新並不支持，而是回歸漢德法官的抽象法，指出「確定文學作品保護的表達是不斷抽象過濾的過程」。¹³

（三）從作品整體角度來區分思想與表達

在瓊瑤案以前，中國也有類似的文字作品侵權的案例，法院更傾向於綜合故事情節及其人物形象和具體文字表達來界定作品受保護的表達。例如，在畢然與范穩糾紛案（下稱范穩案）的再審中，最高院認為，版權法保護表達方式，小說作品的表達方式包括故事情節、人物設計以及具體的文字表達。對於涉案的故事情節，最高院指出：

兩部作品中都有牛皮圈地和土司制度的情節，畢然認為兩情節相同即認為構成抄襲。根據范穩提供的證據表明牛皮圈地的情節來源於一個在雲南各民族地區流傳廣泛的傳說，並非畢然獨創，屬於公有領域的素材。世襲土司制度是舊中國少數民族地區的一種普遍現象，也屬於公有領域的素材。任何人都可以在公有領域素材的基礎上進行再創作，只要對該素材的表現形式具有獨創性，依據該公有素材創作完成的作品都各自享有其版權，不能因范穩作品中有牛皮圈地和土司制度的情節就認為范穩抄襲了畢然的《今夜火把到我家》。¹⁴

在蘇州市歷史文化名城研究會與蘇州電視台等侵犯版權糾紛案（沈萬三案）的再審中，最高人民法院指出：

12. 北京市第三中級人民法院（2014）三中民初字第7196號民事判決書。

13. 北京市高級人民法院（2015）高民（知）終字第1039號民事判決書。

14. 最高人民法院（2008）民監字第192號民事判決書。

在本案中，你會〔蘇州市歷史文化名城研究會〕通過《江南巨富沈萬三》一書構思的沈萬三善於經商等人物特點，屬於思想觀念的範疇，不受版權法的保護。另外沈萬三屬於歷史人物，民間對其有多種傳說。本案訴爭電視劇為表達劇中的沈萬三形象特點而虛構的有關情節正是編劇等對沈萬三人物形象的獨創表達，你會申訴稱電視劇虛構該情節侵犯你會的保護作品完整權沒有法律依據。¹⁵

又如，在莊羽訴郭敬明案中，二審法院將小說作品的獨創性與小說所要刻畫的人物形象直接聯繫起來，因而更為到位：

在小說創作中，人物需要通過敘事來刻劃，敘事又要以人物為中心。無論是人物的特徵，還是人物關係，都是通過相關聯的故事情節塑造和體現的。單純的人物特徵，如人物的相貌、個性、品質等，或者單純的人物關係，如戀人關係、母女關係等，都屬於公有領域的素材，不屬於版權法保護的對象。但是一部具有獨創性的作品，以其相應的故事情節及語句，賦予了這些「人物」以獨特的內涵，則這些人物與故事情節和語句一起成為了版權法保護的對象。¹⁶

在張曉燕案中，法官認為：「鑒於《高原騎兵連》、《最後的騎兵》、均係以特定歷史時期騎兵部隊撤（縮）編為主線展開的軍旅題材作品，其中包含的三角戀愛關係、官兵上下關係、軍民關係等人物設置和人物關係，這樣的表現方式屬於軍旅題材作品不可避免地採取的必要場景，因表達方式有限，不應受版權法保護。」¹⁷

由此可見，對於作品的某些處於共有領域的情節或場景不享有版權，不同作者對其進行獨創性的再創作可以各自享有版權，並不必然存在誰來源於誰的特定欣賞體驗的問題。至於獨創性的表現，則在於這些情節的安排及其具體文字表達所刻劃的人物個性的程度。

15. 最高人民法院（2000）知監字第49-2號駁回再審申請通知書。

16. 北京市高級人民法院（2005）高民字第539號民事判決書。

17. 同上注。

二、實質性相似的認定方法：整體觀感法的誤區

在原告作品的權利界限劃定以後，法官進入被告作品是否侵犯原告作品版權的司法認定中。對於侵權的認定，關鍵是認定被告是否非法挪用了原告具有獨創性的表達。在這個問題上，中國法院通常借鑒美國，採用接觸加實質性相似的標準。¹⁸不過，在具體方法的借鑒上，卻可能產生水土不服——「橘生淮南則為橘，生於淮北則為枳」。

（一）實質性相似的內涵

實質性相似考察的是被告作品是否挪用了原告具有獨創性的表達，而正如漢德法官所感慨的，「沒有標準能判斷抄襲者在超越了抄襲思想的情況下抄襲了表達」。¹⁹

在美國的司法實踐中，實質性相似是相對於作品讀者的角度而言的，即一般的讀者在比較了兩部作品後，如果感到被告的作品使用了原告的作品，兩者之間存在著實質性相似，即存在侵權；如果感到兩部作品之間不存在實質性相似，則不存在侵權。在判定實質性相似上，法庭只允許比較兩部作品之間的相似之處，而不允許比較兩部作品之間的不同之處；只允許把作品當做一個整體來感受，而不允許把作品分解開來進行比較；只允許使用一般觀察者的標準，而不接受專家的證據和意見。

（二）實質性相似判斷之整體觀感法

實質性相似的這種普通讀者的整體感受，並不是美國司法實踐中的「整體觀感法」。整體觀感法（total concept and feel）的提出，最早並不是用於解決內容和情節錯綜複雜的戲劇、小說等文字作品的抄襲問題，而是解決簡單圖形作品的抄襲問題。在1970年審理「羅斯卡片公司訴聯合卡片公司」案時，美國第九巡迴上訴法院漢姆利（Hamley）法官指出，「被告聯合卡片公

18. 中國相關的司法判決可以參見北京市第一中級人民法院（2010）一中民終字第5172號民事判決書，北京市高級人民法院（2011）高民終字第31號民事判決書，上海市高級人民法院（2013）滬高民三（知）終字第81號民事判決書（應當指出的事，該案在最高人民法院再審期間再審申請人撤回再審申請，因此最高人民法院對於版權侵權判斷中的接觸加實質相似性的司法認定規則未作評判，參見中華人民共和國最高人民法院〔2014〕民申字第440號民事裁定書）。

19. *Peter Pan Fabrics, Inc. v. Martin Weiner Corp.*, 274 F.2d 487, 489 (2d Cir. 1960).

司的卡片和原告享有版權的卡片從整體觀感上看起來像是相同的。如果一定要說有不同，那可能的例外是：被告卡片上的人物的表情有略微的不同，但這種不同的表情所傳達的資訊，結合卡片上的文字卻表現出與原告卡片相同的意思。」²⁰ 漢姆里法官進一步指出，這種整體觀感上的相似，係實質性相似而構成侵權；而且這種整體觀感的判斷，由普通人通過觀察原被告的作品來實現。²¹

在1976年的「瑞和訴兒童電視工作室」案中，第九巡迴上訴法院麥斯基爾（Meskill）法官將其引入到兩本兒童書的實質性相似比對中。麥思奎法官指出，「我們首先必須注意到，涉案的兩本兒童故事書，都是為兒童所寫的，因此必然沒有複雜到要像其他作品那樣來展開模式法分析。因此，在考慮事件的順序之外，我們可以適當地考慮涉案作品的『整體觀感』」。²² 在具體適用中，麥思奎法官指出：（1）原被告兩本兒童書在講述失散小孩認為自己母親是世界上最漂亮的女人並努力找回母親的故事，在故事情節安排上，都出現了四處相同的情節：失散小孩、失散小孩的印象中母親是全世界最漂亮的但事實上並不是最漂亮的、失散小孩找回母親以及在找回過程中遇到的困難，「然而，這些相同的事件，可以認定為符合共同場景法則（*scenes a faire*），²³ 即在相同情境下會必然出現的場景」。（2）在整體觀念上，原被告的側重點不同：原告側重於闡釋愛是怎麼讓人變得漂亮；被告側重於表達某人感覺的漂亮並不是別人所認可的；（3）在整體感覺上，原告呈現的是俄裔烏克蘭人家庭中失散小女孩與母親的人物個性；被告幾乎沒有嘗試要去表達這樣的個性。綜上所述，兩個故事在情緒、細節和人物個性上都不同，使用的相同場景又是屬於思想，故被告不侵權。²⁴

從美國的整體觀感法來看，這種具體的判斷方法是用於判斷被告作品與原告作品是否實質性相似，但並不是實質性相似標準本身，而且其適用範圍僅限於簡單的圖形作品和簡單的兒童作品，並不擴展適用於複雜的文學作品。另外，整體觀感法分為兩個層面：一是整體觀念，側重考察作品的構思；二是整體感覺，側重考察作品體現的人物個性。

20. *Roth Greeting Cards v. United Cards*, 429 F.2d 1106 (9th Cir. 1970).

21. 同上注。

22. *Reyher v. Children's Television Workshop*, 533 F.2d 87, 91 (2d Cir.), *cert. denied*, 429 U.S. 980 (1976).

23. 在判決中，麥思奎法官指出，共同情景法則由揚科維奇法官在他的文章〈知識產權法中的原創性〉（*Originality in the Law of Intellectual Property*）中提出的。

24. *Reyher v. Children's Television Workshop*, 533 F.2d 87, 92 (2d Cir.), *cert. denied*, 429 U.S. 980 (1976).

（三）對整體觀感法的誤解

在瓊瑤案中，實質性相似標準實際上是整合了美國司法實踐中的抽象法和整體觀感法。在該案中，一審法院認為：

在侵害改編權的案件中，認定是否侵權的基礎前提是判斷改編行為、改編來源關係是否存在。為了查證這一基礎事實，可以採用的方法是以前後兩作品進行內容比對，給予相似的表達元素來判斷兩部作品是否存在著作權法意義上的關聯性，這一關聯性是指，在作品表達層面，在先作品與在後作品之間是否存在著創作來源與再創作的關係。同時，就受眾的欣賞體驗而言，如果構成改編，則往往能夠產生「兩部作品近似或在後作品來源於在先作品」的感知。……被告作品在情節排布及推演上與原告高度近似，並結合具體情節的相似性選擇及設置，構成了被告作品與原告作品整體外觀上的相似性，導致與原告作品相似的欣賞體驗。在版權侵權案件中，受眾對於前後兩作品之間的相似性感知及欣賞體驗，也是侵權認定的重要考量因素。以相關受眾觀賞體驗的相似度調查為參考，佔據絕對優勢比例的參與調查者均認為電視劇《宮鎖連城》情節抄襲自原告作品《梅花烙》，可以推定，受眾在觀賞感受上，已經產生了較高的及具有相對共識的相似體驗。²⁵

由此可見，在該案中，實質性相似的普通讀者對作品的整體比對，被一審法院簡單地理解為兩部作品的近似或在後作品來源於在先作品的感知，從而回到該法院區分思想與表達的抽象法中。而這個抽象法本身，卻糅合了美國司法實踐中漢德法官提出的「抽象法」和漢姆里法官提出的「整體觀感法」。

對此做法，二審法院是認可的，但態度上卻是令人玩味的，因為把一審法院的這個標準放在傳統認定方法之後一筆帶過，「如果被訴侵權作品終包含足夠具體的表達，且這種緊密貫穿的情節設置在被訴侵權作品中達到一定數量、比例，可以認定構成實質性相似；被訴侵權作品中包含的緊密貫穿的情節設置已經佔到了權利作品足夠的比例，即使在被訴侵權作品中所佔比例不大，也足以使受眾感知到來源於特定作品時，可以認為構成實質性相似」，²⁶在具體判斷上並未對整體觀感法加以論證。而且，對於一審法院在具體的受

25. 北京市第三中級人民法院（2014）三中民初字第7916號民事判決書。

26. 北京市高級人民法院（2015）高民（知）終字第1039號民事判決書。

衆感知體驗證據採納上也是否定的，「原審法院將受衆的感知和體驗作為考量因素的觀點並無不當，但由於實施查明部分並未對陳喆提供的關於網絡調查的相關證據所證明的事實予以認證，而直接在本院認為部分予以分析採納，確係不當。」²⁷

在文學作品領域內，對於被告作品與原告具有獨創性的表達是否實質性相似的整體對比，應當是建立在原告對於故事情節的安排以及這種安排所刻劃的具體人物形象的表達上，而不是建立在「兩部作品近似或在後作品來源於在先作品的感知」上。以下判決說明法院更注重比對故事情節以及具體人物形象的表達上。比如莊羽訴郭敬明案的一審判決，「郭敬明未經莊羽許可，在其作品《夢》中剽竊了莊羽作品《圈》中具有獨創性的人物關係的內容及部分情節和語句，造成《夢》文與《圈》文整體上構成實質性相似，侵犯了莊羽的版權。」²⁸這樣的認定，得到二審法院的維持。²⁹又如夏德寶訴林黎勝案中的二審判決，「綜合比較《柳葉刀》與《生命之門》，可以認定兩者既不相同，也不構成實質性相似。其一，主要線索截然不同……其二，故事情節存在明顯差異……其三，文字表述沒有雷同之處……其四，在題材相同的作品中，部分人物的身份、性格、部分故事情節相似，是允許存在的正常現象……其五，夏德寶主張《柳葉刀》剽竊了《生命之門》中其故意設置的『錯誤』，也不能成立。」³⁰

三、停止版權侵權的司法救濟：寬與嚴

對於版權侵權的責任或救濟，《伯爾尼公約》將立法權留給了各個成員國，只是在第十六條特別規定了行政處罰措施中的扣押權。《與貿易有關的知識產權協定》(TRIPS Agreement) 第44(1)條(Article 44(1))則做了進一步細化，明確了各成員國應規定停止侵權禁令的民事責任，並特別要求該停止侵權禁令適用於禁止進口貨物在清關後流入市場。同時，第44(2)條(Article 44(2))規定了停止侵權禁令可以改為適當補償的兩種情形：一種是政府使用或政府強制許可專利使用時發生的侵權；另一種情形是適用於停止侵權禁令與成員國立法不符時，應採取公告式判決的形式給予適當補償。因此，知識

27. 同上注。

28. 北京市第一中級人民法院(2004)一中民初字第47號民事判決書。

29. 北京市高級人民法院(2005)高民終字第539號民事判決書。

30. 江蘇省高級人民法院(2010)蘇知民終字第0163號民事判決書。

產權停止侵權禁令的實施，還可能因為一些特殊情況而進行變通，甚至可以改為損害賠償或補償。

中國在早期的版權立法保護中，版權被作為民事權利的一種納入到民法通則的保護範圍，其侵權責任則最早規定於《民法通則》第118條的規定，即「公民、法人的著作權……受到剽竊、篡改、假冒等侵害的，有權要求停止侵害，消除影響，賠償損失。」中國1990年《著作權法》第45條規定明確了版權侵權的民事侵權責任，即在《民法通則》的基礎之上將「公開賠禮道歉」補充進來。這個立法體例，在2001年和2010年的兩次修訂中得以延續。應該說，中國現有版權侵害責任方面的立法，基本滿足國際條約的要求，但對於停止侵權禁止的限制適用情形，則未給予充分的關注。

在學理上，對於版權停止侵權的理解，通常認為，版權是權利人的專有權利，具有排他性，所以，當非權利人無正當理由侵害版權人的權利時，法院應當根據版權人的請求責令侵權行為人停止繼續實施侵害行為。停止侵害請求權的行使需要滿足兩個構成要件：一是侵權行為客觀存在；二是侵權行為具有違法性，且行為人沒有違法的辯護理由（如合理使用）。此外，停止侵害請求權是基於版權的絕對性和專有性而產生，其行使不需要行為人主觀上具有過錯，亦無須權利人受有實際損失。³¹

不過，對於停止侵害的實施，卻需要視具體情況而定，把握好寬與嚴的度。版權的自動產生導致其權利邊界的模糊性，即使在侵權訴訟中仍會出現思想與表達的難以區分而導致這種模糊性無法全部根除。因此，考慮到版權法的立法目的是激勵人們進行創造，繁榮文化，對於版權侵權救濟中的停止侵害請求權的實施，應當綜合考慮侵權的程度，確定是否有必要禁止他人作品的發行。通常而言，停止侵害請求權原則上可以要求侵權人停止全部的侵權行為，但是不是每種侵權都需要停止全部的侵權，則需要進一步考慮。如果只需要停止部分行為即可達到制止侵權的目的，則權利人僅能請求停止侵權部分而不能請求停止全部行為。³²

對於停止侵害請求權的實施及其不同情況下的限制，日本的經驗可以借鑒。日本學者半田正夫、紋谷暢男指出，制止侵權行為時，原則上可以要求侵權人停止一切侵權行為，但如果侵權為擅自將別人的作品編入彙編之中，

31. 參見吳漢東主編，《知識產權制度基礎理論研究》（北京：知識產權出版社，2009），頁325-26。

32. 同上注，頁326。

僅刪除這一部分便可達請求人的目的時，應當僅要求刪除這一部分。他們還進一步指出，知識產權被侵犯時，在權衡權利人所受損失和被禁止後侵權人所受損失，有時不能行使禁止請求權。例如，擅自演奏他人作品時，相對於因行使停止侵害請求權而使侵權人所受的損失而言，權利人因此所獲利益僅是很少一點點時，行使禁止請求權為濫用權利。有時還有這種情況：作者人格權被侵害時，權衡作者的人格利益和侵權人因行使禁止請求權所受損失後，雖不能根據作品被侵害而行使停止侵害請求權，但可以根據著作人格權被侵權而行使停止侵害請求權。侵害知識產權和著作人格權在停止侵害請求權的實施上出現這種差異，主要原因是侵害人格權後，即使侵權人向作者支付了很多賠償費，但也無法使事情恢復到侵權以前的狀態。³³

在瓊瑤案中，原告主張的是侵害改編權和攝製權，一審法院認為：「未經許可演繹他人作品產生的演繹作品儘管對原作者來說是侵權作品，但它不是對已有作品的抄襲或複製，它本身是創作活動的產物，它的作者也付出了創造性的勞動，它本身是有版權的，演繹作品作者有權禁止他人使用演繹作品。但由於這類作品畢竟是未經授權演繹產生的，在使用時應經原作者的許可，未經許可進行使用是侵權的。」基於這樣的認定，在被告的演繹作品中佔有與原告作品很小比例改編內容的情況下，停止侵權的救濟基礎遭到質疑。二審法院對於停止侵權方法的適用，則更為謹慎，值得肯定，「侵權人不承擔停止侵權責任是一種基於利益衡量之後的政策選擇，是一種例外情形，應當嚴格予以把握。是否對權利人的停止侵害請求權加以限制，主要考量的是個人利益之間利益平衡以及個人和社會公眾利益之間的平衡。」³⁴

總而言之，在中國的司法實踐中，法官應當把握好司法救濟尺度，綜合考慮侵權的權利類型、侵權程度以及侵權給權利人帶來的損失等因素後作出停止侵權禁令。如果侵害的是著作財產權，侵害的程度並不嚴重（例如彙編了部分作品）；而且，相較於版權人因侵權遭受的損失而言，侵權行為人的獲利並不高，則可以考慮停止部分侵權（如刪除侵權部分），或者不停止侵權，但支付相應的賠償金。如果侵害的是著作人格權，則需要停止侵權，並賠禮道歉。

33. [日] 半田正夫、紋谷暢男編，《著作權法50講》，魏啟學譯（北京：法律出版社，1990），頁343-47。

34. 北京市高級人民法院（2015）高民（知）終字第1039號民事判決書。

四、結語

無庸置疑，中國大陸在審理影視作品版權侵權上，已經有很長足的進步。與此同時，我們也應當看到，在一些細節的處理上還得再斟酌。

在判斷影視劇中的情節是屬於思想還是表達上，儘管美國法官提出的抽象法有其自身的局限性，無法說明在哪個層次上的抽象可以區分清楚思想與表達，但這個方法仍為世界各國所普遍採用。原因很簡單，抽象法的主要作用在於區分並確立版權保護對象——受版權保護的表達，而並不是直接用於對比兩部作品是否實質性相似。因此，對於抽象法的解釋，不宜擴展解釋為要「具體到了一定程度足以產生感知特定作品來源的特有欣賞體驗」。³⁵ 否則，唯一表達（如影視作品中的共同場景）可能成為來源於特定作品的特有欣賞體驗，而從思想變為受保護的表達。此外，如果不屬於唯一性的表達，判斷其是否受版權保護，還應回歸到獨創性的標準上。

兩部影視劇作品是否構成實質性相似的判斷，是在剔除兩部作品中不受保護內容之後，對兩部作品中具有獨創性內容的對比；而且，僅對相同之處進行對比，以及僅從作品的整體而非孤立地進行對比。在實質性相似的衆多判斷方法之中，整體觀感法主要用於比較簡單的圖形作品和文字作品的對比；對比時仍以作品具有獨創性的內容進行對比，截取相同的內容，進行整體觀念（作品構思）和整體感覺（人物形象）的比對。在司法實踐中，不宜擴展適用整體觀感法於複雜的作品比對中；也不宜混合抽象法和整體觀感法，在抽象中產生來源於在先作品的整體感覺。尤其在影視作品中，兩部作品的實質性相似判斷，應堅持建立在故事情節的整體安排以及這種安排所刻劃的具體人物形象的表達上。

對於影視劇作品版權的侵權救濟，應當根據所侵權的權利是屬於財產權還是人格權、侵害的程度、侵權人的主觀目的等因素，綜合確定適當的救濟途徑，如停止侵權，或賠償損失。在具體適用停止侵權上，原則上可以判令侵權人停止全部的侵權行為，但不是每種侵權都必須停止全部的侵權，有時還需要進一步考慮。如果只需判令停止侵權部分（如刪除侵權內容）而非整部作品即可達到制止侵權、彌補受害人損失的目的，則應當進行變通適用停止侵權救濟，以求在救濟權利人合法利益的同時，留下足夠的作品創作空間。

35. 北京市第三中級人民法院（2014）三中民初字第7196號民事判決書。

第七章

網絡服務提供者間接侵權責任的「應知」要素

華 劬

數碼網絡技術的發展加快了複製與傳播資訊的速度，任何人都有可能在不受版權權利人約束的情況下複製和通過網絡向公眾提供版權作品，網絡侵權的大量產生極大地削弱了版權保護的力度，一方面查證和核實每一位網絡侵權者費時費力，極為困難；另一方面，即使能夠確認直接的網絡侵權者並向法院起訴，作為網絡使用者的個體侵權者也無足夠的經濟能力支付侵權賠償。因此，經過版權權利人向政府的遊說及各國數碼版權法律間的相互借鑒，各國都傾向於追究作為媒介的網絡服務提供者的間接侵權責任。但一味地追究網絡服務提供者的間接侵權責任會阻礙技術發展和資訊傳播，因此，各國又紛紛制定出避風港規則，規定在滿足一定條件下，網絡服務提供者不需為其用戶的版權侵權承擔間接侵權責任。

避風港規則在維持版權權利人、網絡服務提供者和網絡使用者利益平衡及保障資訊傳播之中起著重要的作用。一方面，只有追究網絡服務提供者的間接侵權責任才能切斷侵權作品的傳播途徑，有效地保護版權及權利人權益；另一方面，網絡服務提供者的服務不只是用於傳播侵權作品，也能用於傳播授權作品和不受版權保護的資訊，不具體分析網絡服務提供者的過錯責任，就要求網絡服務提供者為其使用者的侵權承擔間接侵權責任，則會挫傷網絡服務提供者提供服務的積極性，不利於資訊傳播和技術發展。因此，充分考慮避風港規則中各方利益的平衡，制定出既有效保護版權，又充分保障資訊傳播的避風港規則十分重要。

本文擬在介紹中國網絡服務提供者間接侵權責任及避風港規則的基礎上，通過分析法院相關判決，重點討論網絡服務提供者間接侵權責任中的「應知」要素，總結出實務中的歸責特點和趨勢，探討有利及不利於各方利益

的平衡，為中國網絡服務提供者間接侵權責任和避風港規則的發展提供學理支撐和具體建議。

一、網絡服務提供者間接侵權責任中「應知」要素的不斷細化

（一）法律規定中的「應知」要素

中國對網絡服務提供者間接侵權責任的歸責原則主要由《侵權責任法》、《信息網絡傳播權保護條例》及《最高人民法院關於審理侵害信息網絡傳播權民事糾紛案件適用法律若干問題的規定》（以下簡稱《信息網絡傳播權司法解釋》）規定。此外，各地的法院或版權執法機關也會提供與保護資訊網絡傳播權相關的司法解釋或指導意見。例如，北京市版權局就發布有《信息網絡傳播權保護指導意見（試行）》，其中有涉及網絡服務提供者間接侵權責任條款。但地方性司法解釋或指導意見一般只對該地區行政司法實務有效，不能普遍適用於全國。

1.《侵權責任法》的相關規定

《侵權責任法》第三十六條第三款規定「網絡服務提供者知道網絡使用者利用其網絡服務侵害他人民事權益，未採取必要措施的，與該網絡使用者承擔連帶責任」。該條款對網絡服務提供者的過錯歸責標準為「知道」。雖然該條款並未明確解釋「知道」是指明知還是應知，但司法實踐中一般將「知道」視為既包括明知又包括應知。例如，《北京市高級人民法院審理涉及網絡環境下著作權糾紛案件若干問題的指導意見（一）（試行）》中將網絡服務提供者的過錯標準及判斷，進一步解釋為網絡服務提供者對其所提供服務產生不良後果知道或有合理理由知道，「知道」是指「網絡服務提供者實際知道侵權行為存在」；「有合理理由知道」是指「因存在著明顯侵權行為的事實或者情況，網絡服務提供者從中應當意識到侵權行為的存在」。¹

1. 《北京市高級人民法院審理涉及網絡環境下著作權糾紛案件若干問題的指導意見（一）（試行）》第16條第三款。

2.《信息網絡傳播權保護條例》相關規定

《信息網絡傳播權保護條例》(以下簡稱「條例」)第二十至二十三條為免除網絡服務提供者的間接侵權責任提供了四種避風港類型：(1) 網絡自動接入或傳輸服務；(2) 自動存儲並根據技術安排向使用者提供作品；(3) 為使用者提供資訊存儲空間；(4) 為使用者提供搜索或鏈接服務。前兩種類型的避風港規則著重要求網絡服務提供者沒有選擇或改變自動傳輸或存儲的作品；² 後兩種類型的避風港規則除了要求網絡服務提供者未改變使用者提供的作品外，還納入了網絡服務提供者的應知責任及通知刪除規則。³

在為使用者提供資訊存儲空間這一類型中，條例規定網絡服務提供者的免責條件主要為：(1) 網絡服務提供者不知道也沒有合理理由應當知道使用者提供的作品侵權，換言之，如果網絡服務提供者知道或應知侵權行為，則需承擔間接侵權責任；(2) 未從使用者提供作品的行為中直接獲得經濟利益，《信息網絡傳播權司法解釋》中將「直接獲得經濟利益」解釋為網絡服務提供者針對特定作品投放廣告所獲收益，或獲取與其傳播作品有其他特定聯繫的

-
2. 《信息網絡傳播權保護條例》第二十條規定，「網絡服務提供者根據服務對象的指令提供網絡自動接入服務，或者對服務對象提供的作品、表演、錄音錄影製品提供自動傳輸服務，並具備下列條件的，不承擔賠償責任：(一) 未選擇並且未改變所傳輸的作品、表演、錄音錄影製品；(二) 向指定的服務對象提供該作品、表演、錄音錄影製品，並防止指定的服務對象以外的其他人獲得」。

《信息網絡傳播權保護條例》第二十一條規定，「網絡服務提供者為提高網絡傳輸效率，自動存儲從其他網絡服務提供者獲得的作品、表演、錄音錄影製品，根據技術安排自動向服務對象提供，並具備下列條件的，不承擔賠償責任：(一) 未改變自動存儲的作品、表演、錄音錄影製品；(二) 不影響提供作品、表演、錄音錄影製品的原網絡服務提供者掌握服務對象獲取該作品、表演、錄音錄影製品的情況；(三) 在原網絡服務提供者修改、刪除或者遮罩該作品、表演、錄音錄影製品時，根據技術安排自動予以修改、刪除或者遮罩」。

3. 《信息網絡傳播權保護條例》第二十二條規定，「網絡服務提供者為服務對象提供信息存儲空間，供服務對象通過信息網絡向公眾提供作品、表演、錄音錄影製品，並具備下列條件的，不承擔賠償責任：(一) 明確標示該信息存儲空間是為服務對象提供，並公開網絡服務提供者的名稱、連絡人、網絡位址；(二) 未改變服務對象所提供的作品、表演、錄音錄影製品；(三) 不知道也沒有合理的理由應當知道服務對象提供的作品、表演、錄音錄影製品侵權；(四) 未從服務對象提供作品、表演、錄音錄影製品中直接獲得經濟利益；(五) 在接到權利人的通知書後，根據本條例規定刪除權利人認為侵權的作品、表演、錄音錄影製品」。

《信息網絡傳播權保護條例》第二十三條規定，「網絡服務提供者為服務對象提供搜索或者鏈接服務，在接到權利人的通知書後，根據本條例規定斷開與侵權的作品、表演、錄音錄影製品的鏈接的，不承擔賠償責任；但是，明知或者應知所鏈接的作品、表演、錄音錄影製品侵權的，應當承擔共同侵權責任」。

經濟利益；⁴ (3) 在接到權利人有關侵權的通知後，根據通知刪除規定，刪除權利人認為侵權的作品。⁵

在向使用者提供搜索或鏈接服務這一類型中，條例雖然規定在網絡服務提供者接到權利人通知後，斷開與侵權作品鏈接的，可以免除賠償責任；但如果網絡服務提供者明知或應知所鏈接作品侵權的，則應承擔侵權責任。⁶

在這後兩種避風港類型中，條例都清楚地規定網絡服務提供者的過錯歸責標準為明知或應知，雖然條例並未進一步具體解釋何為應知。

3.《信息網絡傳播權司法解釋》相關規定

《信息網絡傳播權司法解釋》（以下簡稱「司法解釋」）在遵循《信息網絡傳播權保護條例》基本原則的基礎上，進一步細化了條例中的相關規定。司法解釋在第七條和第八條規定中明確提到了網絡服務提供者的明知或應知責任，網絡服務提供者如果明知或應知用戶侵權，而未採取必要措施制止侵權行為或為侵權行為提供說明，則應認定網絡服務提供者需承擔說明侵權責任。

司法解釋在第九條、第十條和第十二條具體列舉出認定網絡服務提供者應知侵權的一系列要素，包括網絡服務提供者提供服務的性質及管理資訊的能力；傳播作品的類型、知名度及侵權的明顯程度；網絡服務提供者是否主動對作品進行選擇、編輯、推薦等；網絡服務提供者是否積極採取了預防侵權的合理措施；網絡服務提供者是否設置了通知刪除程序；網絡服務提供者是否針對同一用戶的重複侵權行為採取了合理措施；⁷ 網絡服務提供者是否以設置榜單、目錄、內容簡介等方式對熱播影視作品進行推薦；⁸ 網絡服務提供者是否將熱播影視作品置於其能明顯感知的位置；網絡服務提供者是否對熱播影視作品主動進行選擇、編輯、整理、推薦等；或其他相關因素。⁹

司法解釋所列舉出的對網絡服務提供者是否應知侵權行為的判定要素，一方面既是對司法判例的總結和歸納，另一方面又能反過來引導法院根據相關要素來判定網絡服務提供者的應知責任。

4. 《最高人民法院關於審理侵害信息網絡傳播權民事糾紛案件適用法律若干問題的規定》第十一條第二款。

5. 《信息網絡傳播權保護條例》第二十二條。

6. 同上注。

7. 《最高人民法院關於審理侵害信息網絡傳播權民事糾紛案件適用法律若干問題的規定》第九條。

8. 同上注，第十條。

9. 同上注，第十二條。

(二)「應知」要素不斷細化的原因

從《侵權責任法》中的「知道」，到《信息網絡傳播權保護條例》中的「明知或應知」，再到《信息網絡傳播權司法解釋》中對「應知」判斷標準具體要素的列舉，法律對網絡服務提供者間接侵權責任及避風港規則中的「應知」要素不斷細化，對判定網絡服務提供者的「應知」過錯責任也不斷加重。究其原因，主要歸結於內外兩方面：一是中國在對待版權產業和資訊技術產業的政策態度上，隨著這兩類產業的發展有所變化；二是中國在制定數碼版權法律制度時，不斷與發達國家接軌。

1. 產業發展導致政策變化

隨著攝影攝像等媒體技術的發展，影視作品逐漸成為版權產業中的核心支柱，而影視作品需要投入大量的資金和人力物力才能完成，如果影視作品未經版權所有者授權，便被公眾無償觀看、下載或傳播，則會導致影視產業入不敷出，無法保證權利人收益，維持產業發展。

資訊技術產業在發展的初期，通常得到寬鬆的政策支援，以避免加重產業的負擔，阻礙資訊的流通和傳播技術的發展。但當資訊技術產業進入快速發展階段，形成一定規模，並且寬鬆的責任承擔容易導致版權侵權，影響版權產業發展時，政策便會傾向於加重資訊技術產業的責任承擔，使這個產業在一定程度上負擔起審查傳播內容的責任。¹⁰

2. 國內立法與國外規定接軌

中國在制定數碼版權法律制度時，大量地吸收和借鑒了美國《數碼千年版權法案》(Digital Millennium Copyright Act, DMCA) 中對網絡服務提供者間接侵權責任及避風港規則的規定。《數碼千年版權法案》第512條款在論述網絡服務提供者免責情形時，將網絡服務提供者的過錯標準定為知道(knowledge) 或「有意識到」(awareness)，¹¹ 而中國法律規定中對網絡服務提供者過錯責任中的「應知」要求則與《數碼千年版權法案》中所提及的「有意識到」相近。

10. 徐偉，〈網絡服務提供者「知道」認定新詮——兼駁網絡服務提供者「應知」論〉，《法律科學（西北政法大學學報）》2期（2014年3月），頁163-73。

11. The Copyright Act of the United States, Section 512 (c)(1)(A)(ii) and Section 512 (d)(1)(B).

此外，美國在遵循先例的原則下，發展出了認定網絡服務提供者間接侵權責任的「紅旗標準」(red flag standard)，即當侵權行為十分明顯，像一面紅旗一樣引人注目並使網絡服務提供者應該知道存在侵權行為時，即使網絡服務提供者在收到權利人通知後刪除了侵權作品，也不能受避風港規則保護而被免責。¹² 中國司法解釋中所列舉的應知情形，則接近於美國判例中的「紅旗標準」。

二、司法實踐判定「應知」要素分析

中國法院在判定網絡服務提供者是否應知存在侵權行為時，除了根據司法解釋，將侵權作品是否熱播；網絡服務提供者是否對侵權作品進行推薦、排榜等；網絡服務提供者是否直接獲得經濟利益等納入主要考量範圍外，法院所採納的另一些主要考量因素卻值得商榷，包括侵權作品類型、作者知名度，以及網絡服務提供者的身份和專業能力。

(一) 侵權作品類型

法院會針對侵權作品是影視、錄音、文字還是圖片作品，作出不同判斷。由於影視作品在製造的資金和人力投入上相較於錄音、文字和圖片作品花費更大，影視作品的版權所有者對作品完成後的收益期望值相較於其他作品也更大，這類作品的版權所有者一般不會將電影、電視劇或電視節目免費置於網上供公眾隨意觀看和下載，因此，當網站服務上出現影視作品時，法院更傾向於加重網絡服務提供者的注意義務，判網絡服務提供者侵權。

例如，在「深圳市快播科技有限公司訴樂視網(天津)信息技術有限公司」¹³一案中，深圳市中級人民法院認為，影視作品需要大量的人力、物力及財力才能製作完成，權利人通常不會將影視作品無償提供給公眾欣賞和下載，而作為普通的網絡使用者，也很難通過權利人授權的方式獲取影視作品的播放資源，因此網絡服務提供者主觀上存在過錯，應承擔侵權責任。

12. Jane Ginsburg, "User-Generated Content Sites and Section 512 of the US Copyright Act," in *Copyright Enforcement and the Internet*, ed. Irini Stamatoudi (Alphen ann den Rijn: Kluwer Law International, 2010), 183–98.

13. (2014) 深中法知民終字第 296 號。

而在「北京傳媒時代影視文化傳播有限公司訴上海全土豆網絡科技有限公司」¹⁴一案中，上海市第一中級人民法院認為侵權音訊作品並非網絡服務提供者作為視頻分享類網站所提供的主要網絡資源，且音訊作品製作成本較低，一般用戶均有可能自行創作完成，難以要求網絡服務提供者對音訊作品履行和視頻作品相同的注意義務，也很難要求網絡服務提供者在海量的網絡資源中關注和排查侵權音訊作品。因此，網絡服務提供者不構成間接侵權。

另外，在「聞曉陽訴北京阿里巴巴信息技術有限公司」¹⁵和「周維海訴途趣網信息技術（北京）有限公司」¹⁶案中，北京市第二中級人民法院和北京市朝陽區人民法院都不認為網絡服務提供者應對使用者在其網站提供侵權照片承擔間接侵權責任。前者認為阿里巴巴搜索網頁中所顯示的是照片的縮略圖，同時也顯示了涉案照片的來源，縮略圖是為用戶搜索而提供，也是通過技術安排自動生成，阿里巴巴並不符合應知涉案照片存在的情形。¹⁷後者認為途趣網並未改變用戶上傳的照片，且鑒於拍攝照片非常容易，一般公眾均可拍攝並上傳照片，途趣網難以注意到其網站中存在涉案照片。¹⁸

雖然針對不同的侵權作品，對網絡服務提供者的注意和應知義務有不同要求，但將影視作品的注意義務視為比其他作品都高，會導致網絡服務提供者主動關注使用者所上傳的影視作品而失去避風港規則為其提供的免責保護。此外，如果網絡服務提供者認為只有影視作品存在於網絡服務上，才有可能被追究間接侵權責任，而網絡服務上有其他類型的作品，被追究侵權責任的風險低，則會忽略對其他類型作品的注意和保護。

（二）作者知名度

法院會傾向於判定網絡服務提供者就其網絡空間中存在的高知名度作者創作的作品承擔間接侵權責任。而對於如何認定作者具有高知名度，則未具體闡明判斷的標準和理由。

在「韓寒訴北京百度網訊科技有限公司」¹⁹一案中，百度文庫中存儲有多部由用戶上傳的韓寒的作品，例如《像少年啦飛馳》等，北京市海澱區人民法

14. （2012）滬一中民五（知）終字第182號。

15. （2009）二中民終字第00010號。

16. （2011）朝民初字第22955號。

17. 見前注15。

18. 見前注16。

19. （2012）海民初字第5558號。

院在判決百度承擔侵權責任時，有考慮到涉案作品為知名作家的知名作品。且韓寒曾與百度協商百度文庫侵權一事，百度理應知道其文庫存儲有侵權作品，對韓寒作品負有較高的注意義務。

在「徐星訴北京新浪互聯信息服務有限公司」²⁰一案中，新浪因其網站上存儲有徐星的作品《無主題變奏曲》而被判侵權，北京市海澱區人民法院在判決中提到，徐星係知名作家，《無主題變奏曲》係其早期成名作品，在國內外均有一定影響力。由於原告及涉案作品均達到一定知名度，新浪作為網站經營商，應該該內容未經許可可能構成侵權，加之新浪對其網站內容進行過挑選，應盡到合理的注意義務，對明知或應知的侵權內容給予注意，阻止上傳，或發現後及時刪除。

雖然在上述兩案件中，法院判斷網絡服務提供者是否應知侵權時參考了多種因素，例如作者是否就侵權一事聯繫過網絡服務提供者，網絡服務提供者是否對網站內容進行過篩選等。但法院同時將作者及作品的知名度和影響力考慮其中，作者及作品知名度越高，網絡服務提供者的注意義務也相對越高。雖然這樣的判斷標準有一定道理，但法院並未仔細闡述判斷高知名度的衡量標準。就上述兩案件中的作者而言，許多青年人可能對韓寒十分熟悉，但卻未必知道徐星是誰。如果要求只要作者及作品知名度高，網絡服務提供者的注意義務也高，則會一方面加重網絡服務提供者的負擔，使網絡服務提供者特別去注意作品的影響力和作者的知名度，從而失去避風港規則的免責保護；另一方面使網絡服務提供者不知遵循何種標準去衡量作品和作者的知名度和影響力。

（三）網絡服務提供者的身份和專業能力

在一部分法院判決中，網絡服務提供者由於屬於專業的視頻網站，而被判決對視頻作品負有更高的注意義務。

例如，在「湖南快樂陽光互動娛樂傳媒有限公司訴上海視暢信息科技有限公司」²¹一案中，上海市徐匯區人民法院在判定被告具有主觀過錯，應承擔間接侵權責任時指出，被告為專業的視頻搜索鏈接服務提供者，顯然具有更高的資訊管理能力，應對其搜索鏈接的涉案節目負有較高的注意義務。

20. (2014)海民初字第3857號。

21. (2013)徐民三(知)初字第831號。

在「北京華錄百納影視有限公司訴廣州市千鈞網絡科技有限公司」²²一案中，原審廣州市天河區人民法院在判決被告侵權時指出，千鈞公司作為較大規模的視頻分享網站經營者，對一些非普通的自拍視頻或屬於專業製作且內容完整的作品應負有相對較高的注意義務。二審廣州市中級人民法院在判決中同樣指出，千鈞公司所提供的網站是一個面向公眾的視頻播放平台，對於上傳至該平台的內容，千鈞公司顯然負有一定程度的管理和注意義務。

在上述判決中，法院雖然指出某類網絡服務提供者作為專業視頻網站經營者，對其網絡平台上的內容負有較高的注意義務，但法院並沒有具體分析專業視頻網站經營者具備哪些技術條件和管理能力，使其更有可能注意到網站上的侵權視頻，並對涉嫌侵權視頻採取措施。此外，法院並沒有給專業視頻網站一準確定義，目前，相當數量的網站都能為使用者提供上傳視頻的服務，如果這些網站都被視為專業視頻網站，經營這些網站的服務提供者則都需負有較高注意義務，去提防可能出現的視頻侵權，這有可能加重相當數量網絡服務提供者的管理負擔。

三、「應知」要素與現有制度設計的矛盾

在網絡服務提供者間接侵權責任中採用「應知」要素來確定網絡服務提供者的過錯，會與中國法律規定中免除網絡服務提供者事先審查義務的基本原則相矛盾，更會導致判定版權間接侵權責任中所採用的過錯歸責原則向推定過錯原則轉變，同時在一定程度上加重網絡服務提供者的責任承擔，使判定網絡服務提供者間接侵權責任的操作複雜化。

（一）「應知」責任與無事先審查義務不一致

中國法律並未規定網絡服務提供者對其網絡使用者提供的作品具有事先審查的義務，對網絡服務提供者不施加事先審查義務也是各國為網絡服務提供者提供避風港保護所採用的一貫做法，《信息網絡傳播權司法解釋》第八條第二款明確指出，「網絡服務提供者未對網絡使用者侵害信息網絡傳播權的行為主動進行審查的，人民法院不應據此認定其具有過錯」。

22. （2011）穗中法民三終字第192號。

法律不對網絡服務提供者做出事先審查的規定，主要是基於以下幾方面的考慮：一是事先審查的成本較高；二是事先審查的難度較大；三是事先審查會導致網絡服務提供者知道使用者所提供內容，從而無法受到避風港規則的保護，使避風港規則喪失應有的作用。因為網絡上儲存和流通的資訊通常過大，使用者上傳、瀏覽或下載作品的次數和頻率過高，即使有技術作為支撐，網絡服務提供者也難以逐一審查，而且網絡服務提供者也不具備知識產權專業知識和能力去判斷每一項上傳作品是否侵權。網絡服務提供者過多地介入網絡使用者的線上活動，會導致其喪失使用避風港規則為其被控侵權提出抗辯的機會，因為避風港規則適用的前提條件是網絡服務提供者不知道也沒有合理的理由知道存在網絡侵權。因此，不對網絡服務提供者苛以事先審查的義務，能夠保證利益平衡和資訊高效流通。

但對網絡服務提供者間接侵權責任中「應知」要素不斷細化，則會加重網絡服務提供者的注意和事先審查義務。如《信息網絡傳播權司法解釋》所列舉的判定應知的要素和上述案例所示，法院會在判定被訴網絡服務提供者是否應知侵權行為時，著重考慮作品的類型、作者的知名度、網絡服務提供者的專業性和管理能力等因素，如果侵權作品是影視作品，作者和作品知名度高，網絡服務提供者是專業視頻網站，則網絡服務提供者更容易被視為負有更高注意義務，其理應知道侵權行為。但這樣的要求會迫使網絡服務提供者更細緻地區分作品類型、關注影視作品的授權狀況、了解作品和作者的知名度等與使用者提供內容相關的情況，負擔起事先審查義務。

另外，《信息網絡傳播權司法解釋》第九條所列舉的「應知」情形中包括「網絡服務提供者是否積極採取了預防侵權的合理措施」。其含義可理解為如果網絡服務提供者積極採取了預防侵權的合理措施，則被視為其應知侵權行為的存在。但從司法實踐中法院的態度又可看到，當網絡服務提供者應知其經營網站或平台上存在侵權作品時，其應採取合理的措施避免侵權作品的上傳或及時刪除侵權作品，即法院是鼓勵網絡服務提供者積極採取預防侵權的措施。那麼這和司法解釋中的規定產生矛盾，網絡服務提供者應積極採取措施預防侵權，但積極採取措施會被視為應知侵權行為的存在，由於其應知侵權，則可能承擔間接侵權責任。這種矛盾所產生的後果就是網絡服務提供者越採取措施預防侵權，越可能承擔侵權責任，這顯然有悖於利益平衡和公平原則。

（二）過錯責任向過錯推定責任的轉化

中國法律對於網絡服務提供者的直接侵權責任採用的是無過錯責任，即只要行為人實施了侵權行為，無論其是否知道侵權，都應承擔包括停止侵權、損害賠償在內的侵權責任。例如，《侵權責任法》第三十六條所提到的直接侵權歸責原則為「網絡使用者、網絡服務提供者利用網絡侵害他人民事權益的，應當承擔侵權責任」。這一規定中並沒有提及網絡服務提供者的主觀狀態，其是否知道侵權在所不論，只要其行為侵害了他人民事權益，則應承擔侵權責任。²³

中國法律對於網絡服務提供者的間接侵權責任所採用的則是過錯責任，因為網絡服務提供者並未直接實施侵權行為，而是為其用戶的侵權行為承擔責任，根據公平原則，網絡服務提供者只有在其具有過錯的情況下，例如知道侵權行為的存在而沒有採取合理措施，才應承擔侵權責任。如網絡服務提供者沒有任何過錯，則無需為其用戶的侵權行為承擔任何責任。

在過錯歸責原則下，有明確的證據證明網絡服務提供者知道侵權行為存在時，網絡服務提供者才應為其過錯承擔責任。在司法實踐中，網絡服務提供者不可能自證自己的過錯，通常是由版權權利人提供證據證明網絡服務提供者的知道侵權，例如版權權利人曾通知網絡服務提供者侵權狀況，要求網絡服務提供者採取合理措施，刪除侵權作品或斷開與侵權作品的鏈接。而當在過錯歸責原則中引入「應知」要素時，過錯歸責原則便開始向過錯推定原則轉化。因為認定應知是在無明確證據證明網絡服務提供者知道侵權行為存在時，根據某些客觀存在的情形，推定網絡服務提供者知道侵權行為。

中國在訴訟法理論上是承認推定規則的，例如《最高人民法院關於民事訴訟證據的若干規定》第九條規定：「下列事實，當事人無需舉證證明：……（三）根據法律規定或者已知事實和日常生活經驗法則，能推定出的另一事實。」因此，在推定過錯歸責原則中，對已知事實的判定就顯得極為重要，當這種已知事實指向網絡服務提供者知道侵權存在的可能性極高時，法院就會傾向於認定網絡服務提供者應承擔侵權責任。當然，再高的可能性指向，嚴格來說也不是證據，只是法院對網絡服務提供者應承擔責任的一種確信。因此，從過錯歸責原則向推定過錯規則原則的轉化，實為加重了網絡服務提

23. 劉曉海，〈《侵權責任法》「互聯網專條」對網絡服務提供者侵犯著作權責任的影響〉，《智慧財產權》9期（2011年11月），頁12-19。

供者對潛在網絡侵權的注意和管理義務，在一定程度上削弱了避風港規則對於平衡版權權利人與網絡服務提供者之間利益的作用。

四、對改進網絡服務提供者間接侵權責任「應知」要素判定的建議

針對上述法律規定和司法實踐中出現的判定網絡服務提供者間接侵權責任不一致的現象，及細化和加重網絡服務提供者對存在侵權行為應知判定的趨勢，筆者提出以下建議：調整對網絡服務提供者間接侵權責任的歸責判定，在法律規定和司法實踐中採用一致的過錯歸責原則，以網絡服務提供者實際知道侵權行為為主，應當知道侵權行為為輔來判定網絡服務提供者的間接侵權責任；以通知刪除程序為主來制止網絡侵權，避免對網絡服務提供者苛以較高注意和事先審查義務。另外，在法律中可以加入資訊披露規定，要求在滿足一定條件時，網絡服務提供者必須披露侵權使用者的真實身份資訊。

（一）採用一致的間接侵權歸責原則

法律規定和司法實踐中應避免採用相互矛盾的間接侵權歸責原則，也應避免既要求網絡服務提供者採用合理的措施避免用戶侵權，又負有較高的注意和事先審查義務。在判定網絡服務提供者是否應知侵權行為時，應注意考慮某些導致網絡服務提供者知道可能性高的因素，而降低對另一些不能確定網絡服務提供者是否知道侵權因素的考量。

由於網絡服務提供者在選擇、編輯、修改、推薦網站或平台所儲存的作品時，會關注作品的內容、上傳者的身份和其他與作品相關的資訊，網絡服務提供者在對作品進行這些操作時，有較高可能性知道作品是否侵權。而且，避風港規則中對網絡服務提供者的免責保護，也要求網絡服務提供者沒有修改使用者提供的內容。因此，網絡服務提供者對作品進行選擇、編輯、推薦、製作排行榜等，可以視為網絡服務提供者應當知道存在侵權行為。

另一種網絡服務提供者知道侵權行為的較高可能性，是直接從侵權行為中獲得經濟利益。當網絡服務提供者僅對一般性廣告或服務收取費用時，其不可能知道特定作品是否侵權。但當網絡服務提供者向針對特定作品投放的廣告收費時，其有較高可能知道作品的內容、瀏覽量和下載量。如果作品是

熱播影視劇，瀏覽和下載量極大，提供作品的使用者又是個人，那該作品就有很大的可能是侵權作品，應被刪除或斷開鏈接。

但除此之外，根據作品的類型、作者的知名度和網絡服務提供者的身份和專業能力，是較難採取一律的標準去追究網絡服務提供者的應知責任的。首先，雖然影視等視頻作品相對於文字、美術作品更容易被網絡服務提供者和使用者的關注，但不能僅因為網站或平台上存在影視作品，網絡服務提供者就應事先關注和審查，確定作品的授權狀態，這會加重網絡服務提供者的管理義務和風險承擔。其次，如果要通過作者知名度來判定網絡服務提供者的應知狀態，則應首先確定作者知名度的標準，例如是在國內外獲得專業領域獎項，圖書銷售量大，媒體曝光率高等，否則網絡服務提供者無法判斷作者是否知名。再者，對於網絡服務提供者專業能力的考量，應著重考慮網絡服務提供者是否具有管理網站作品、事先干預侵權行為的能力，而非考慮網絡服務提供者是否專業視頻網站，因為目前很多網站都允許使用者提供視頻，並不能因為網絡服務提供者經營網站的主要內容為視頻，網絡服務提供者就應對視頻作品負有較高注意和事先審查義務。

綜上所述，在考量網絡服務提供者是否應知存在侵權行為時，應著重注意網絡服務提供者是否對涉嫌侵權作品進行過選擇、修改、推薦等；是否直接從涉嫌侵權行為獲得經濟利益；是否具有管理網站資訊、事先干預侵權行為的能力。

（二）以通知刪除程序為主制止網絡侵權

通知刪除程序是各國制止網絡侵權所採用的普遍程序，規定網絡服務提供者在收到版權權利人發出的有關侵權的通知後，應立即刪除侵權作品或斷開與侵權作品的鏈接，否則應承擔侵權責任。

《信息網絡傳播權保護條例》為通知刪除程序制定了一系列具體的要求，包括權利人發出的通知書應包括的內容，網絡服務提供者接到通知書後應採取的措施，用戶如果認為自己沒有侵權，可以向網絡服務提供者提交書面說明，網絡服務提供者接到書面說明後應恢復刪除的作品或與該作品的鏈接。²⁴

24. 《信息網絡傳播權保護條例》第十四條規定，「對提供信息存儲空間或者提供搜索、鏈接服務的網絡服務提供者，權利人認為其服務所涉及的作品、表演、錄音錄影製品，侵犯自己的信息網絡傳播權或者被刪除、改變了自己的權利管理電子信息的，可以向該網絡服務提供者提交書面通知，要求網絡服務提供者刪除該作品、表演、錄音錄影製品，或者斷開與該作品、表演、錄音錄影製品的鏈接。通知書應當包含下列內容：

這一系列的程序能夠有效制止網絡侵權，同時也兼顧了權利人、網絡服務提供者和使用者的利益平衡。

以通知刪除程序為主相對於追究網絡服務提供者應知責任的好處是，版權權利人基於對自己權利的關注和保護，會主動查看網絡平台上有關自己所有作品的授權狀態和保護情況，當發現有侵權作品時，版權權利人更能確切知道使用者提供作品是否侵權，通知網絡服務提供者後，網絡服務提供者只要刪除涉嫌侵權作品就能免責，而無需承擔更高的注意和審查義務。

（三）加入資訊披露規定

對於網絡服務提供者能否向他人披露使用者身份資訊，《信息網絡傳播權保護條例》第十三條規定，著作權行政管理部門為了查處侵權行為，可以要求網絡服務提供者提供涉嫌侵權的使用者的名稱、聯繫方式、網絡位址等資料。但該規定僅適用於行政執法部門查案，而且不利於保護用戶個人隱私，因為行政執法部門並不一定僅為查處版權侵權而要求網絡服務提供者提供使用者資訊，只要行政執法部門要求，網絡服務提供者就必須進行資訊披露，這可能導致網絡服務提供者為了履行法律義務，而失去用戶信任，從而喪失一部分潛在客戶。

（一）權利人的姓名（名稱）、聯繫方式和地址；（二）要求刪除或者斷開鏈接的侵權作品、表演、錄音錄影製品的名稱和網絡位址；（三）構成侵權的初步證明材料。權利人應當對通知書的真實性負責」。

《信息網絡傳播權保護條例》第十五條規定，「網絡服務提供者接到權利人的通知書後，應當立即刪除涉嫌侵權的作品、表演、錄音錄影製品，或者斷開與涉嫌侵權的作品、表演、錄音錄影製品的鏈接，並同時將通知書轉送提供作品、表演、錄音錄影製品的服務對象；服務對象網絡位址不明、無法轉送的，應當將通知書的內容同時在信息網絡上公告」。

《信息網絡傳播權保護條例》第十六條規定，「服務對象接到網絡服務提供者轉送的通知書後，認為其提供的作品、表演、錄音錄影製品未侵犯他人權利的，可以向網絡服務提供者提交書面說明，要求恢復被刪除的作品、表演、錄音錄影製品，或者恢復與被斷開的作品、表演、錄音錄影製品的鏈接。書面說明應當包含下列內容：（一）服務對象的姓名（名稱）、聯繫方式和地址；（二）要求恢復的作品、表演、錄音錄影製品的名稱和網絡位址；（三）不構成侵權的初步證明材料。服務對象應當對書面說明的真實性負責」。

《信息網絡傳播權保護條例》第十七條規定，「網絡服務提供者接到服務對象的書面說明後，應當立即恢復被刪除的作品、表演、錄音錄影製品，或者可以恢復與被斷開的作品、表演、錄音錄影製品的鏈接，同時將服務對象的書面說明轉送權利人。權利人不得再通知網絡服務提供者刪除該作品、表演、錄音錄影製品，或者斷開與該作品、表演、錄音錄影製品的鏈接」。

不同於以上規定，香港在針對網絡服務提供者披露使用者資訊時，制定了「諾維奇藥物令」(Norwich Pharmacal Order)。根據「諾維奇藥物令」，權利人可以向法院提起申請，要求網絡服務提供者披露使用者身份資訊，如果法院認為權利人有真實的意願對涉嫌侵權者提起訴訟，則會同意資訊披露的請求，發出指令，要求網絡服務提供者披露使用者資訊。²⁵「諾維奇藥物令」被版權權利人廣泛地運用於打擊網絡侵權的訴訟中。例如，在「Dish 網絡有限責任公司訴 Zentek 國際有限公司」一案中，²⁶原告是一家北美衛星廣播公司，被告為一家香港公司，後者經營網站託管業務，而其託管的網站主要為網絡使用者提供盜版軟件，該盜版軟件能夠解碼原告的加密節目。原告在訴訟中向香港高等法院申請「諾維奇藥物令」，請求法院強制被告透露該些網站所有者和用戶的真實身份及相關資訊，以便原告針對這些直接侵權者進行訴訟。法院最終准許了原告的請求，發出「諾維奇藥物令」，要求被告披露原告所請求的資訊。雖然「諾維奇藥物令」在程序上有一些繁瑣，但香港在考慮修訂版權條例時，堅持保留「諾維奇藥物令」以保護用戶的個人隱私，維持版權權利人與用戶之間的利益平衡。²⁷

中國大陸可以借鑒香港的「諾維奇藥物令」，在法律中規定，權利人在對網絡服務提供者提起侵權訴訟時，可向法院請求，要求網絡服務提供者披露涉嫌侵權使用者的身份資訊，法院審查認為請求合理，可以同意網絡服務提供者披露使用者資訊，權利人可追加侵權用戶為共同被告，如最後法院判決網絡服務提供者不需承擔間接侵權責任時，權利人可從直接侵權用戶處獲得停止侵權、損害賠償等法律救濟。這樣的規定，相對於判定網絡服務提供者應知責任，更具確定性和可操作性。

綜上所述，中國在判定網絡服務提供者間接侵權責任和遵循避風港規則對網絡服務提供者進行免責保護時，應兼顧權利人、網絡服務提供者及使用者三者之間的利益，採用更穩定、一致的判定標準和歸責原則，以網絡服務提供者實際知道存在侵權行為為主，應當知道為輔，判定網絡服務提供者的間接侵權責任，避免加重網絡服務提供者的注意和管理義務，阻礙資訊的流通和資訊技術產業的發展。

25. "Norwich Pharmacal Orders: An Overview," <http://uk.practicallaw.com/0-211-3137?service=ld> (accessed March 14, 2015).

26. *Dish Network LLC v. Zentek International Co. Ltd.* [2009] HKEC 220.

27. "Preliminary Proposals for Strengthening Copyright Protection in the Digital Environment," http://www.ipd.gov.hk/eng/ip_practitioners/1117Maintenance_schedule_for_online_services_0811a.pdf (accessed March 14, 2015).

第八章

中國數碼版權的商業起源

胡 凌*

一、引言

互聯網已對很多國家版權執法的方式帶來極大挑戰。例如，在美國，很多年輕人喜歡通過點對點（P2P）網站下載和分享未經版權許可的作品。儘管好萊塢為了阻嚇網絡盜版而對個人使用者提出了多起訴訟，並訴求大量賠償金，人們似乎對此威脅並不以為然。¹ 傳統文化產業的巨頭們逐漸明白他們真正的敵人是互聯網公司而不是普通網民，因為前者為網民提供新技術管道來消費、使用和創造資訊。² 因此，他們對互聯網發動了幾場戰爭，旨在控制互聯網，使之更像傳統銷售程式和音樂的管道。³ 事實上，正如勞倫斯·萊斯格（Lawrence Lessig）所說，在網絡空間內使用數碼權利管理（Digital Rights Management, DRM）來保護版權作品比使用法律更為有效。⁴ 傳統的業界可以採用數碼權利管理和法律進行雙重知識產權保護，但他們真正在意的是資訊傳輸的管道和平台。

中國也有類似情況。首先，盜版一度在互聯網上十分猖獗。人們能通過簡單搜索輕易找到盜版音樂、電影、軟件和書籍。其次，打擊盜版的行政手段是有限的。在中國法治意識增強和國際壓力下，政府開始提高懲治盜版的

* 本文初稿曾提交「第四屆兩岸四地版權制度發展研討會」會議發表，原文為英文，作者根據最新案例進行了補充和修訂。感謝會議主辦方將本文初稿翻譯成中文。

1. 經過幾起針對性的訴訟後，P2P 軟件已經變得更智能化和分散化了。版權人若未得網絡服務提供者的幫助，將更難以收集證據。然而，如 Mega Upload 等若干提供明顯侵權的盜版作品下載服務的網站終於被強制關閉。
2. 這點會在「網絡中立性」爭論中提及。
3. 參見美國的 SOPA 和 PIPA 法案。
4. Lawrence Lessig 著，李旭、沈偉偉譯，《代碼 2.0》（*Code Version 2.0*）（北京：清華大學出版社，2008）。

力度。⁵ 第三，傳統的文化企業想要維持他們生產、傳播、銷售作品和賺錢的原有方式，因為他們當中很多人並不真正了解互聯網的運作方式及其原因。⁶ 2006年《信息網絡傳播權保護條例》就是在這一大背景下推出的。

中國數碼版權法研究通常集中於分析西方國家的典型案例，以探討有關法規如何在法院運作。這種做法背後的邏輯是認為法律可以解決互聯網帶來的問題，數碼版權法可以維護傳統版權人的合法利益，制止他們的版權作品在互聯網上未經授權而被使用或發布，並在多方利益相關人之間維持平衡。然而，現有的研究並不能完美地解答以下問題：如果傳統產業可以控制數碼版權，為甚麼互聯網不能被強制關閉或索性廢棄？這一問題必須從數碼版權的商業基礎中尋找原因。商業經營模式一直在變化，而行使版權的模式也是如此。

本章試圖通過將數碼版權放在更大的語境中來解答這一問題。本章認為，數碼版權法是傳統產業和新興產業之間的一種妥協。新的經濟方式同樣需要數碼版權法，以便從網絡內容和資訊中獲利，但是是以一種不同的方式，而這種方式取決於其獨特的商業模式。盜版（以及其他種類的非法行為）是中國互聯網產業興起的必然要素。互聯網自身地位的確立、隨後為競爭者們所承認、以及在廣大用戶中爭取合法性等努力，終於為其帶來了與傳統產業的合作。互聯網從未意圖摧毀傳統產業。因此，我們需要確定版權法到底保護誰的數碼版權。從歷史上看，新的經濟方式是舊產業的數碼版權的例外：它的「非法興起」需要盜版。然而，其進一步發展仍需尊重版權，以促進對使用者創造的內容以及其他資訊的自由使用。

本章第二節將討論中國網絡盜版下降的最重要的原因，那就是傳統盜版主要依賴於複製特定信息或者程式存儲的媒介（例如光碟）。然而越來越多的數碼產品作為一種商業模式被儲存在網絡上，並被轉化為一種持續性的服務而不是財產。關鍵問題在於是否能夠區分版權的真正所有人。第三節討論互聯網如何利用非法內容來吸引使用者以及與傳統產業之間的關係。「避風港」規則有效地說明了許多網站在收到可能侵權的通知之前盡可能使用更多的資訊。這一結果是具有歷史性意義的：互聯網的「非法興起」最終打敗（而不是摧毀了）舊的文化產業並將後者納入其疆域的一部分。第四節分析互聯網與

5. 新聞出版總署署長柳斌傑最近確認新版權法將大幅度提高盜版的懲罰。例如，即使銷售一兩片光碟也將被追究刑事責任。

6. 例如，作者和出版社仍然依賴書店進行銷售，儘管很多規模細小的實體書店已經無法與線上書店競爭並最後倒閉。音樂家和唱片公司也不習慣於免費提供他們的音樂。

普通用戶之間的關係及其如何使用他們在互聯網上發布的作品，其中包括了另一個重要的根本性問題：互聯網強烈依賴於有關「網絡空間中永遠和自由使用免費資訊」的服務條款。第五節以 2015 年發生的微信打擊盜版與抄襲為例，進一步說明經濟利益、技術架構與法律之間的關係，表明數碼版權糾紛越來越成為平台企業不正當競爭的表現形式。本章認為，任何在資訊時代發生的法律問題，都應該置身於商業化的背景下討論，從而使我們能夠更深遠地理解新經濟方式如何改變影響其利益的法律。中國數碼版權為這一過程提供了豐富的素材。

二、商業模式和數碼版權的轉變

現有研究中，很少有人將數碼版權與新經濟的商業模式聯繫起來。這一節即試圖彌補這一缺陷。具體而言，本節試圖論證互聯網商業的變革實際上減少了對盜版產品的需求，從而降低了中國盜版（包括線上和線下）的總量。

無容置疑，互聯網促進了盜版。人們可以通過 P2P 網絡和線上存儲服務上傳和下載未經授權的作品和產品。在中國，許多侵權作品來源於實體光碟。規避光碟中的技術保護從而獲取裏面的版權作品，如音樂、電影或軟件，是相對容易的。盜版者可以將他們壓縮到多張光碟中並以較低價格出售，但該價格仍然足以賺回支出的成本。在很長一段時間裏，廉價的光碟是中國盜版的普遍方式。不難理解，正是文化產品的商業模式和技術方式決定了其自身的經濟邏輯和易於遭受盜版的特性。企業生產並銷售文化產品給消費者，讓他們有權通過利用這些作為終端設備的 CD 播放機和私人電腦，以有形的形式自由使用這些產品。⁷ 當互聯網發生變革時，新的商業模式出現了。軟件開始在互聯網上被上傳和下載；⁸ 音樂可以線上免費試播直到消費者決定買一首單曲（而不是捆綁的多首歌曲）；電影和電視劇也可以通過瀏覽視頻網站或者下載終端軟件線上免費觀看。與音樂類似，書籍也可以逐章生產並免費提供給消費者閱讀和批評。這樣的線上模式與之前的線下模式有著截然不同的區別。媒介和諸如光碟的有形實體不再需要。只要有一部能上網的個人電腦，人們就能輕易得到比以往更多的文化產品。⁹ 更進一步，線上模式對企

7. Lawrence Lessig 著，王師譯，《免費文化：創意產業的未來》（*Free Culture*）（北京：中信出版社，2009）。

8. Jonathan Zittrain 認為這主要是出於安全考慮，詳見 Jonathan Zittrain 著，康國平譯，《互聯網的未來》（*The Future of the Internet*）（北京：東方出版社，2009）。

9. 連電腦的光碟機都在減少，個人電腦變得更加輕薄。

業來說成本更小：只需要支付維護伺服器的費用，複製品就可以無限次上傳和下載。這一模式的下一階段就是雲計算。越來越多的企業試圖提供雲存儲和接入服務來取代個人電腦的本機存放區。¹⁰ 人們可以隨時隨地享受所有類型的服務，不再需要購買盜版光碟就可把作品轉移到個人電腦上。

值得一提的是，這種技術的趨勢是伴隨著免費向使用者提供作品和服務的。這顛覆了傳統的「銷售——授權」模式。¹¹ 若干對數碼作品和服務收費的嘗試（比如郵件）最終都失敗了。這一變革逐漸出現在所有的文化產業市場，進一步讓人們認識互聯網是一個永遠免費的地方：

- 儘管音樂產業一直不願意為用戶提供免費歌曲，但百度 MP3 強迫國際大公司跟它合作，允許人們試聽並免費下載版權保護作品。
- 在安全軟件市場，奇虎 360 率先承諾為使用者提供免費服務，摧毀了傳統的軟件產業。在這一榜樣之後，其他公司也紛紛轉向免費模式。線上視頻一直都是免費服務。像土豆和優酷這樣的公司之所以能發展，很大程度依靠盜版外國的影視作品。現在他們是與內容提供者合作來獲得特定作品的獨家授權。
- 在中國，數碼出版物並未發展到像美國亞馬遜那樣的程度。與音樂和視頻的興起方式類似，超星、百度這樣的公司剛開始與作者和出版社合作提供免費書籍給用戶。
- 幾乎所有的中國新聞和雜誌都有自己的網站，並提供最新的免費新聞內容。
- 盛大公司也為線上遊戲產業帶來了挑戰，率先允許用戶免費玩線上遊戲。

要提供免費產品，企業必須能夠從其他生意或市場中獲利從而交叉補貼。¹² 廣告收入和增值收入是兩種主要的營利方式。這種商業模式的意圖很明顯：免費服務和產品能吸引人們嘗試。當越來越多的人習慣於這種服務、成為穩定的客戶後，企業就可以誘導他們點擊廣告並要求他們購買虛擬物品（如虛擬貨幣或遊戲中的武器裝備）。

上述的技術和商業模式的轉變過程，同樣也相應改變了財產和知識產權的觀念。在互聯網剛起步的時候，人們很自然地認為文化產品是私有財產，

10. Nicolas Carr 著，閆鮮寧譯，《IT 不再重要》（*IT Doesn't Matter*）（北京：中信出版社，2008）。

11. 即使微軟這樣的公司也開始考慮不再銷售光碟而是出租軟件。例如，在中國新的 Windows 8 系統只能通過原有的正版 Windows 7 系統網路升級。

12. Chris Anderson 著，蔣旭峰譯，《免費》（*Free*）（北京：中信出版社，2012）。

這主要是因為他們能夠實際控制其有形實體媒介。¹³但是在雲計算的年代，所有的財產都是存儲在一個中央集中的伺服器上並通過電、氣和水這樣的網絡服務提供。在這一層面上，虛擬空間中的財產被服務所取代。所有權逐漸喪失了它的重要性，因為用戶無法繼續實際控制文件和程式。與廣為接受的「控制革命」¹⁴相比，這樣的變革實際上是更加基礎性的。因此，互聯網將所有一切都變成了服務，人們只能使用而不能佔有。¹⁵由於這種新的經濟方式，網絡空間的財產就完全不同於物理空間中的財產。在這一意義上，擁有資訊不如使用資訊有意義，因為資訊可以以低成本複製和傳播。這種轉變當然允許使用者消費自由資訊，但與此同時，互聯網企業也在試圖利用這種與其商業模式緊密關聯的免費資訊。下一個問題就是：哪裏能找到更多的免費資訊？

三、互聯網平台的「非法興起」及其法律基礎

作為一個整體，互聯網在中國顯著依賴於通過非授權內容來吸引使用者的注意。這一節將討論互聯網如何處理與傳統產業之間的關係。自從互聯網在1994年被引入中國之後，商品化就主宰了它的進程。如上所述，「免費」最終被證明是成功的盈利模式。在一開始，最受歡迎的線上內容和應用都是從國外盜版而來，這是因為版權人發現並進行法律追究的成本很高。¹⁶儘管美國政府試圖代表大音樂和娛樂公司向中國施壓，中國政府的回應主要集中在光碟盜版這個更為猖獗的領域裏。逐漸地，隨著越來越多的人成為互聯網固定用戶，線上盜版開始超過線下盜版。其中一連串的圍繞百度MP3和百度文庫的案件最為出名。

不難發現，用戶可以在百度MP3上搜索並下載最新的流行歌曲。百度的抗辯理由是，它的搜尋引擎是中立的，也就無法識別哪些歌曲是盜版的而哪些不是；百度無意於侵犯音樂版權，因為人們下載音樂的伺服器並不屬於百

13. 想想手提電腦及其存儲的文件以及安裝的程式。

14. Andrew Shapiro, *The Control Revolution: How the Internet Is Putting Individuals in Charge and Changing the World We Know* (New York: PublicAffairs, 2000), 5–6.

15. 將一首線上歌曲添加到個人帳戶上跟將一首歌下載到個人電腦上是不同的。前者用戶根本無需擁有這首歌。另參見 Jeremy Rifkin, *The Age of Access* (New York: Tarcher, 2001), 22–26。

16. 侵權人使用諸如IP位址攔截等技術來防止侵權行為被發現。許多愛好者團體也幫忙以外語來說明軟件的傳播。

度；以及搜尋引擎有著「實質性的非侵權用途」——從美國司法判例中學來的術語。¹⁷ 部分訴訟發生在「避風港」規則被寫入 2006 年數碼版權法之前。然而我們不難發現，百度的抗辯理由和安全港規則有若干相似之處。結果，根據作為中國政府遵守國際條約的成果的新數碼版權法，百度無需承擔收到任何侵權通知之前所產生的法律責任，只要它能證明它並非故意侵權。相同的邏輯也被應用於五年後的一宗案件裏，一群作者起訴百度文庫——一種允許用戶自由上傳和下載文檔的服務——侵犯版權。儘管百度最後輸掉了訴訟（因為其首頁上的推薦為明顯的「明知」狀態的證明），向其請求的賠償金遠小於其從中獲取的廣告收益和其他潛在收益。¹⁸ 這種邏輯被擴展到一種更廣的名為「選擇退出」（opt-out）的模式，意即除非明確反對，預設的規則是可以使用資訊，這與傳統的版權許可的「選擇加入」（opt-in）模式成對比。互聯網公司更傾向於「選擇退出」模式而不是「選擇加入」，因為他們可以在預先使用（侵權）中獲利。¹⁹

這一法律條款最重要的社會效果，就是促進了對未經授權內容的自由使用，要麼通過在互聯網上的搜索（百度 MP3 蜘蛛機器人），要麼通過用戶的上傳行為（百度文庫）。傳統的版權人沒有能力對網絡空間進行監視或及時發出侵權通知，而這也讓該新經濟方式有機會從非法內容中獲利。法院也無法為其提供充分的救濟。新商業模式最終變得普遍，並在用戶中建立起自身的合法性。在這種情形下，這一互聯網的狀態逐漸被傳統媒體和文化產業所承認。²⁰ 百度文庫不能被強制關閉，正如互聯網不能被強制關閉一樣。

我們需要再一次回歸到新經濟的商業模式上來。這一模式的目的不僅僅是純粹銷售貨物，它還促進了使用者個人資訊的收集和分析。為了實現這一目的，互聯網的架構因為移動互聯網和平台企業的出現而發生了極大的改變。²¹ 例如，那些中國互聯網巨頭試圖提供各種服務並創造出自己的網絡空間。²² 使用者的帳戶是他們獲取服務的通行證。這一虛擬國度的技術基礎是平台（以運行系統、瀏覽器和終端應用的方式）以及垂直整合的不同互聯網層

17. *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984).

18. 更詳細的討論請參見胡凌，〈誰擁有互聯網資訊？〉，《北大法律評論》第 2 輯（2012 年），頁 56–58。

19. 谷歌書籍服務也用了類似的邏輯來抗辯。

20. 唱片公司開始與百度公司合作銷售和傳播音樂，標誌著重要的退讓和妥協。

21. 陳威如、余卓軒，《平台戰略：正在席捲全球的商業模式革命》（北京：中信出版社，2013）。

22. 這是 2010 年騰訊訴 360 案件的本質，但很少觀察者能意識到其重要性，見胡凌，〈網路安全、隱私和互聯網的未來〉，《中外法學》第 2 期（2012），頁 35–37。

面。²³ 通過獨一無二的身份（帳戶）登入，用戶可以享受基於他們的使用歷史記錄分析得到的個人化服務。當平台（platform）的時代到來時，互聯網將不再扮演盜版者的角色。相反，它試圖將一切都納入它的領域。摧毀傳統文化產業似乎從未成為它的計劃的一部分。互聯網只希望與其合作並讓其成為利益鏈條上的一個參與者。平台時代意味著新經濟方式從非法到合法的完美轉變。原有的利益團體除了妥協與合作以外別無選擇，因為互聯網已經聚集了那麼多用戶。不接納新世界的人只能被世界所淘汰。

繼續觀察該新經濟方式在取得完全的勝利後，是否還會在更遠的將來，重新對版權保護的服務進行收費，是一件很有意思的事。同樣地，他們也不會允許任何來自其服務的內容被盜版，並將像原有利益集團那樣堅定地支持數碼版權保護。²⁴ 我們所能得出的唯一結論是，互聯網必然要求自己成為數碼版權的例外。在擊敗舊的秩序之後，互聯網將開始為新秩序重新制定規則。

四、用戶在互聯網興起中的角色

用戶曾經是互聯網天然、忠誠的盟友。他們熱愛免費內容和服務、言論自由以及資訊的自由流動。互聯網幫助他們找到他們想要的一切東西，並誘惑他們沉迷其中。其中一個流行的觀點是：互聯網是一個自由、開放的公共領域。諸如百度文庫這樣的服務明目張膽地宣稱，它正在為整個社會的公共利益構築一個數碼化基礎。²⁵ 基於本章第三節中的分析，這一主張的漏洞是明顯的：首先，根據其商業模式，這種免費資訊收集旨在吸引更多的用戶；其次，任何可能的侵權責任能輕易地在避風港規則下規避。這一節討論互聯網如何免費利用使用者的作品和勞動，以及如何最終改變其與使用者之間的關係。

人們每天都在互聯網上產生大量的資訊，而這些資訊一般都被諸如版權法和隱私權法等傳統法律所涵蓋。這些資料被視為對互聯網企業有價值的資產，因為這些企業可以深入挖掘這些「大數據」來了解誰需要甚麼，從而相應

23. Barbara van Schewick, *Internet Architecture and Innovation* (Cambridge, MA: The MIT Press, 2012), 65–68.

24. 詳見第五節對於微信的分析。

25. 數碼權利也同樣並廣泛應用於對抗傳統的資產階級巨頭。見 Hector Postigo, *The Digital Rights Movement: The Role of Technology in Subverting Digital Copyright* (Cambridge, MA: The MIT Press, 2012), 34–35。

地精準配置資源。²⁶ 使用者創作產生的內容 (User Generated Content, UGC) 也被利用於吸引更多的使用者, 跟傳統媒介裏的高品質作品發揮同樣的功能。「使用者使用協定」是實現這一目的的有效手段。

幾乎所有的使用者從未閱讀任何網站的使用者協定, 即使該協定是被強制要求提供的。其中有一個流行條款被運用於幾乎所有的網站使用者協定中, 即要求使用者授權網站永遠和免費地使用該使用者在該服務的公共區域發布的全部資訊。如上所述, 「使用」這樣的資訊比「佔有」它們更為重要。這一根本性條款的重要影響是, 它確保了即使該互聯網公司破了產, 網絡空間裏也還會有充足的資產。有了免費資訊, 互聯網就不會衰亡或被舊的競爭者趕超。從某種程度上講, 正是使用者和新經濟模式一道, 以一種消費者選擇自由市場的方式打敗了原有的文化產業。

用戶與互聯網之間的關係可以被理解為消費者和商家的關係, 或者是有共同敵人的盟友。然而, 我們很難否認互聯網通過利用使用者產生的自由內容將他們改變為數碼勞動力。人們為互聯網工作 (以娛樂的「遊戲化」方式) 並消費其他人產生的產品。²⁷ 這一循環進而將越來越多的人納入資訊帝國當中來。使用者只是這個數碼鏈條中的另外一個參與者而已。

因此, 似乎免費內容和便利的服務是有利於普通使用者的, 但這種現象有可能在互聯網與傳統文化產業進行合作時終止。合作方可能重新對數碼作品收費並回歸到傳統經營模式。關鍵問題在於, 傳統觀念中諸如分享、創造和自由流動資訊的概念, 只是被用來鼓勵、促使人們為互聯網產生資訊, 而不是為了他們自己的倫理性實踐。網絡空間裏的公共領域, 仍然是一個神話。根據上述服務條款, 這一領域是完全由互聯網公司私人所有的。²⁸ 大規模的創造仍然為新商業模式所嚴重掣肘。

由此可見, 使用者在這一新經濟興起中的作用是雙重的。一方面, 他們利用新經濟方式打敗了舊利益集團並進一步解放自身; 另一方面, 他們允許互聯網為他們設置新的枷鎖——普遍存在的監視和數碼檔案。數碼版權在這一過程中扮演了重要的角色。有必要重申, 正是通過獲得使用大規模產生的內容的權利, 這一新經濟方式才最終得以鞏固自身的經營和利益。

26. 在這一層面上, 該新經濟方式同樣需要隱私權法的例外。在大多數人的要求下, 那些互聯網公司開始出於自身利益制定隱私規則。

27. Trebor Scholz, *Digital Labor: The Internet as Playground and Factory* (New York: Routledge, 2012), 62–75.

28. 胡凌, 〈互聯網與公共領域: 財產與勞動的視角〉, 取自智識網 <http://www.ideobook.com/2206/internet-and-public-domain/> (瀏覽日期: 2015年4月25日)。

五、侵權、封殺與互聯網開放的迷思：以微信為例

騰訊公司開發的微信，試圖從一個單純的移動即時通訊應用，變成一個更加豐富的生態系統，這個生態系包括：(1) 資訊內容生產者，包括普通使用者和公眾號提供者，他們免費為微信生產大量內容；(2) 消費者，他們也是用戶自身，可以免費使用微信各種服務；(3) 基礎架構，由騰訊設計和改變，並試圖連接更多的服務，如支付和廣告系統；(4) 未來更多的協力廠商開發者，如購物和打車。這一節結合近來微信引發爭議的一些做法，探討版權侵權與不正當競爭這樣的微觀話題，並進一步延伸至移動互聯網平台的開放與封閉這樣的宏觀話題。和上文觀點保持一致，版權侵權與不正當競爭是互聯網平台不可避免的現象，這既和平台上的行動者有關，也和平台自身的利益相關。以免費內容和服務吸引使用者的商業模式，必然在開放與封閉之間游移不定，並面臨侵權和限制競爭的雙重指責。

微信上存在大量良莠不齊的公號，它們定期向人們推送免費資訊，整合了傳統網站和 RSS 訂閱的功能。和傳統網站一樣，公號也存在抄襲和侵犯版權行為。²⁹ 這既包括簡單的轉載單篇文章而沒有注明來源和作者資訊的行為，也包括大量複製其他網站、公號內容，建立鏡像公號的行為（類似於原來通過蜘蛛機器人抓取內容而建立的鏡像網站）。按照複製行為的不同性質，需要進一步辨析。首先，對於那些僅僅是複製單篇或少數文章的行為，其要害是抄襲剽竊，隱去了原作者的身份資訊和來源，讓人誤以為是原創，這影響到原作者的精神權利（署名權）。其次，對於那些大量複製內容的行為，就超出了簡單的抄襲侵權，無論是否隱去作者資訊，都屬於某種免費利用了他人勞動而產生的不正當競爭。這一點多少和騰訊聯合「廣點通」團隊試行的廣告系統有關。這一系統邀請了少量公眾號（粉絲不低於十萬）參與測試，允許在推送的內容頁面下放置廣告文字連結；訂閱號的廣告收入在扣稅後將全部歸帳號持有者所有。相關的配套措施則是顯示內容頁面底端的閱讀量和點讚數量，說明評估內容流行程度。這直接催生了大量依靠未經授權轉載、複製為生的公號。

由此，抄襲和轉載似乎是不同的，抄襲針對的是作者的署名權和精神權利，但轉載針對的則是廣告帶來的經濟利益。但無論是抄襲還是轉載，如果只是單純的複製粘貼，就都沒有跳轉連結回原網頁或 APP 介面，微信的架構

29. 新華網，〈微信公眾號：「1人原創，99人抄襲」緣只為抄成「大號」掙鈔票？〉，取自新華網 http://news.xinhuanet.com/fortune/2015-02/01/c_1114206565.htm（瀏覽日期：2015年4月25日）。

也不允許在公號之間相互連結。在這一點上兩者的區別不大了。但從作者的角度看，署名權得到尊重比點擊的廣告收益要大得多。如果在轉載時能夠保留作者身份資訊，他們更樂於看到自己的作品能夠被廣為傳播。同時，因為指望使用者自行分辨並舉報剽竊作品不太可能，就更有必要採取措施確保署名權。

事實上，抄襲和侵權是一個以免費為基礎的生態系統不可避免的現象，騰訊也正在從兩方面獲利。首先，考慮到原創內容所需的時間和成本，微信必然需要大量免費的資訊在短期內不斷被傳播轉載，從而吸引更多的用戶。和微博一樣，這一生態系統的預設架構就是鼓勵轉載複製。這意味著使用者需要真正理解這一不斷複製分享才能得以維持的生態系統，以及其中的風險。但為了和原作者的精神權利相互平衡，鼓勵原創，就有必要強制執行對這一權利的尊重。其次，在廣告系統成熟後，微信也會預期要求收取一定的廣告費用分成，特別是後來又推出了朋友圈廣告測試。這就意味著騰訊能夠從盜版實踐中獲益，但為了平衡同樣依靠廣告模式營利的原創公號權益，仍然需要對無限制的侵權行為進行打擊。

從自身利益出發，騰訊有較少動力打擊盜版，但在經過央視曝光以後，騰訊開始大力整治此類行為，並出台了《微信公眾平台關於抄襲行為處罰規則的公示》和《公眾號文章增加手機端抄襲舉報流程》，這可以看成是自我規制的自律行為。其最主要的特點是採取了「通知/刪除」這樣的避風港制度；並試圖建立黑名單制度，屢次被投訴侵權的公號最後可能會面臨封號的危險。抄襲和侵權的標準很難完全透明化，只能依靠舉報和技術比對。目前已經有關於微信侵犯版權的司法案例，³⁰但總體而言，依靠訴訟維權的成本還是很高，法律事後救濟對大量零散侵權無能為力，基於實名認證的威懾作用十分有限。在這種情況下，依靠技術架構設計來強制執行可能更加可取。首先，系統允許尊重作者署名權，在轉載時由系統自動標識；其次，公眾平台上的「原創聲明」功能會對原創文章添加「原創」標識，當該文章在公眾平台被其他使用者發布時，系統會自動為其注明出處，並同時發送站內信通知原創作者，若原創者提出申訴，微信公眾平台將核實並處理。第三，在轉載其他網頁文章的情況下，後台輸入時還有標注原文連結這樣的架構。最後，微信也在加強技術比對，但還無法區分作者的網站和公號文章，後台資料庫也

30. 例如，林勁標、劉香霞，〈廣東首例微信侵權糾紛案一審宣判〉，載 http://www.legaldaily.com.cn/index/content/2014-09/02/content_5747456.htm?node=20908（瀏覽日期：2016年7月12日）。

有待完善。這些都表明智慧化的數碼權利管理設計在塑造網絡空間行為的重要作用。

這一情形十分類似於上面提到的百度文庫侵權例子。在百度文庫案中，大量盜版圖書被導入百度文庫，免費提供給讀者。直到發生訴訟，百度才逐漸建立起防盜版識別系統，同正規出版社合作探索電子出版。百度文庫的實質是借助免費的勞動力（鼓勵用戶自行上傳）或者純粹的技術（蜘蛛機器人抓取）建立一個有邊界的線上資源庫（使用者需要註冊才能下載，並且遮罩來自其他網站的機器人），從而將處於公共領域的資源變為私有資產，並用於進一步合作（例如和愛國者合作推出電子閱讀器）。微信正在做同樣的事情，鼓勵海量用戶免費勞力，不斷將各種來源的內容聚合到騰訊的伺服器上，變成移動互聯網時代的線上資源庫。微信使公共領域變得更加狹窄，也使得公共領域的資訊交換愈加不對稱。

另一個可供對比的 PC 端例子是新聞搜索。當越來越多的新聞只有通過搜尋引擎的推薦和訂閱才能被人看到的時候，搜尋引擎無形中就成為內容聚合的入口。但如果沒有海量內容和使用者作為支撐，新成立的搜尋引擎就無法提供令人滿意的搜索結果。360 搜索和百度的糾紛即產生於此，還引出了 Robots 協定的使用規範問題。³¹ 其背後的道理仍然是如何以最低的成本獲得各種內容資產的最大價值。

如果是打著維護經濟利益的旗號，那打擊面完全可以更廣些，甚至打擊朋友圈內的抄襲行為。公號推送某種意義上形成了有限的公共空間，而朋友圈則是一個更為私密的交談場所，是向特定人傳播和發布資訊。從某種意義上講，朋友圈的傳播可能比公號傳播更有影響。以個人經驗和觀察所知，在大量公號的資訊轟炸下，人們較少單獨點擊關注的公號獲取最新內容，而是花大把時間刷朋友圈。只有少數資訊（往往是當天頭條）被朋友圈轉發，並獲得了比其他當天推送的資訊不成比例的點擊量（也許呈冪次定律分布）。事實上，騰訊新近出台了《微信朋友圈使用規範》，進一步將規範權力延伸至私人領域。其中明確規定，朋友圈也不能傳播盜版侵權的內容。³² 和上面討論的微信困境類似，朋友圈更需要優質內容作為加強好友之間聯繫的紐帶，盜版侵權問題變得次要。如果按照現有司法解釋規定，每一次轉載都需要經過原

31. 胡凌，〈Robots 協議與不正當競爭〉，取自塞博談網站 <http://lawincyber.com/?p=172>（瀏覽日期：2015 年 4 月 25 日）。

32. 《微信朋友圈使用規範》，第 1.1.2 條，載 <http://tech.qq.com/a/20150315/012453.htm>（瀏覽日期：2016 年 7 月 12 日）。

作者同意的話，幾乎不太可能出現大規模轉載。和微博一樣，微信朋友圈和公號都是便利轉載和分享的默認機制。

由於技術的便利，朋友圈被放置在和公號同樣的治理平台上。打擊假貨、推手謠言、非法資訊、侵權等措施已經越來越使移動私人社交管理變得公共化。這一入侵並不意外，事實上商業力量會抓住一切能夠廣泛傳播的機會進行滲透，無論該力量來自於騰訊還是用戶自身。打擊甚至禁止朋友圈行銷不是最終目標，騰訊自己開發的朋友圈廣告系統才是。問題不是出在是否需要驅逐赤裸裸的商業與資本要素，而是在如何規範地引入這些要素，以及由誰來定義規範和秩序。一旦有了這樣的要素，外部權力的介入也就自然而然了。從微博到微信，私人領域的力量始終無法自我規範，受到行政和商業的雙重夾擊，這是社交應用內在商業基因、模式和架構共同決定的。

上述問題還引出了幾個不同生態系統的競爭和不正當競爭。首先是微信作為一個生態系統和線下出版市場、傳統網站之間的競爭。當越來越多的資源都可以源源不斷地轉移到微信上時，人們花在其他形態的媒體上的時間將越來越少，從而減少了它們的廣告收入和資本收益預期；以至於越來越多的傳統媒體需要在微信上開設公號吸引讀者。其次是微信和智慧型手機 APP 媒體們的競爭。媒體也可以選擇創設獨立的 APP，但面臨著用戶使用習慣的培養問題（很難讓人們每天逐一打開新聞 APP，但他們卻願意接受公號推送）。朋友圈推薦是引爆流行的關鍵機制，基於龐大的用戶群，微信未來可能提供的搜索、定向推薦是獨立 APP 無法比擬的。從這個意義上講，微信向 APP 們開放 API 介面、允許分享到朋友圈是雙贏結果，未來會有越來越多的媒體自願為微信生產內容。第三是平台系統內的公眾號競爭。目前開始有大量原創內容直接在微信平台上發布，並逐漸捨棄其他管道，如果騰訊不希望抄襲行為打擊原創性，就有必要使發展政策向他們傾斜。

除了提供以內容為基礎的通訊平台，微信還試圖成為連接更廣泛物品和行為的平台，掃碼、支付等基礎架構都是這一平台的表現。微信紅包也意在成為吸引大量用戶的行為，一旦人們習慣於通過微信紅包社交，就需要綁定銀行卡，從而培養支付習慣。同樣地，微信不願意讓自己的海量用戶為競爭對手的紅包培養習慣，因此封殺了支付寶紅包，而後者則千方百計地試圖殺入這一生態系統。微信還封殺了指向淘寶、來往等阿里主要服務的連結，直接影響了使用者體驗。背後的趨勢顯而易見：像 BAT（百度、阿里與騰訊）這樣擁有海量使用者和內容資源的平台巨頭，都不肯輕易將資源拱手相讓，為競爭對手的產品提供便利。

讓我們再次以 PC 端的不相容實例比照移動端的封殺行為。3Q 大戰發生在一個處於「自然狀態」中的作業系統上，軟件之間不相容，已經反映了對更加強有力的能夠維持秩序的平台作業系統的需求。現實中的國家只能通過調解和法律命令協調，但遠不如架構的強制執行更有效果。移動端作業系統和硬體設計，多少緩解了技術上的不相容，但無法阻止 APP 平台成為真正的移動互聯網封閉入口。

無論是內容抄襲還是紅包封殺，都指向一個問題：開放與封閉的界限。開放共用曾經是互聯網公司打擊傳統媒體和文化產業公司的理由，在這些理由的蔭蔽下，大眾得以「自由地」在互聯網上分享盜版連結和內容，其直接後果是促成了互聯網平台的非法興起。一旦平台興起並不斷演進，像百度文庫和微信這樣的服務就很難在架構上和其他應用軟件共用其線上資源，只有成為其用戶才能行使有限的使用權（以自身的商品化作為交換）。即是說，「免費共用」只有針對用戶才有意義，「開放」是為了從其他管道獲得更多資源，「封閉」則是前兩者吊詭的必然產物。由此，在商業力量主導的互聯網世界，開放和封閉是一枚硬幣的兩面，相互支撐映照。反映在法律上，則是以免費內容和服務吸引使用者的商業模式，必然在開放與封閉之間游移不定，並面臨侵權和限制競爭的雙重指責。同時需要注意的是，當 BAT 也阻斷了發出聲音的管道（大量中小開發者不敢公開抱怨）的時候，指責的聲音只能來自巨頭之間。他們心照不宣，主導了關於開放、封閉和創新的議程設置，結果是導致互聯網進一步分割成不同的封建領地。開放與封閉背後實則是中心控制力強弱的演變。

移動互聯網儘管可以連接更多的線下物品和行為，看上去更加開放，但卻比 PC 互聯網更加封閉，這主要是因為大量連接起來的事物被以抽象資料的形態，通過演算法和作業系統有序地管理和控制起來。儘管資料可以成指數級增長，但其過程卻受到嚴格監控和培育。更重要的是，私有的演算法和作業系統將更為嚴格地受到專利法的保護，更加集中地為少數資本主義資訊平台產生價值。

法律上開放的限度和標準也仍然是個問題。互聯互通是通訊基礎設施的一個基本特徵，但在法律上對認定像微信這樣的平台為基礎設施仍然有不少疑問。一旦被認定為公共基礎設施，可能就要以公共利益為名受到更為嚴格的監管，這最後將演變為一個政治問題。互聯互通沒有止境，作為一種意識形態的開放，互聯網會（不切實際地）要求連接一切，打擊競爭對手。從歷史上看，要求對講機應當與電話聯通、電腦應當與洗衣機聯通、照相機應當與

社交網站聯通都很不可思議，但技術可以使得這些聯通異想成真。通訊權的邊界強烈依賴於現有技術發展的水平，保護消費者和基本通訊權才應當是互聯互通的基本原則，但這一原則仍然可能在推進過程中被平台巨頭忽略。

六、結語

無論是中國還是西方國家，互聯網的發展與商業動力有緊密的聯繫。商業動力的興起無疑需要相應的法律權利和保護。數碼版權的研究者通常強調價值取向和法律規則的適用層次。本章的研究從經驗角度解釋了新經濟方式如何有效利用從原有產業和大多數使用者中得到的自由資訊，以及相關法律規則。我們應該清楚認識到在數碼版權的統一觀念之下，實際上到底是誰的利益得到了保護。用戶們應該意識到他們與互聯網之間的關係，打破現有的盟友幻想，從而更進一步在一個更加封閉的美麗新世界裏理解數碼版權的本質和命運。

跋 一

2011年大陸開始進行《著作權法》第三次修訂。2012年的「第四屆兩岸四地版權制度發展研討會」適逢這次修訂討論最熱烈的一年，香港大學法學院李亞虹教授承辦了這次會議，而會議的主題也是最具爭議的有關版權限制與例外的話題。來自大陸、台灣和香港的學者對這一問題展開了深入的討論。

版權的限制與例外（limitations and exceptions）包括公共秩序保留、合理使用和法定許可這三種類型，其中合理使用是最重要的內容，是版權法調整作品的創作者、傳播者、使用者等各方利益平衡的一個砝碼，也是確定版權邊界的衡量尺度。若合理使用的範圍過於狹窄或者在制定時過多考慮了作者及相關權利人的利益，就會損害社會公共利益，妨礙公眾合理地獲得和使用相關作品。若合理使用的範圍過於廣泛，又會損害作者或權利人的利益，產生創作新作品的激勵不足。科學並有效地界定合理使用的適用範圍，既是一個理論選擇問題，也是產業發展的實踐所需，其制度安排事關如何調整因新技術、新市場發展所帶來的利益分配問題。

在大陸《著作權法》第三次修訂中，對合理使用修改的內容非常明顯。在形式上的修訂，打破了現行《著作權法》採用的列舉式的立法模式；在內容上的修訂也改變了現有版權保護的邊界。諸如：在個人目的的使用上刪除了現行法律規定的「欣賞」這一使用目的，使合理使用的範圍變得更小。在這次法律修訂的過程中，從最初來自學術界的三個草案到後來版權局提出的草案中對合理使用的範圍限定都不盡相同，也看出了社會各界對這一問題的高度關注。

對於採取了列舉式合理使用情形的立法模式，這次修訂的呼聲較高。《著作權法》立法之初，公眾保護版權普遍意識不高，因此需要在法律中明確版權限制的具體情形，同時考慮在立法之初大陸各地區法官專業審判能力不

一，列舉模式可避免出現法律適用錯誤。隨著二十多年《著作權法》的實施，這種封閉式的規定有許多弊端，在某些方面可能會限制了公眾使用的範圍和知識的廣泛傳播，特別是在互聯網環境下出現的新的商業模式使合理使用有了新的解釋，而公眾對作品利用的方式發生了革命性改變，列舉式立法模式明顯不適用於多元化的版權保護需求。比如：圖書銷售網站在其網站上提供相關書籍的版權頁、前言、目錄和很小一部分正文的內容，目的在於向讀者介紹圖書的主要內容，這種使用是否符合合理使用的構成要件？在搜索服務實踐中，網絡服務提供者的網絡快照服務、提供縮略圖服務，按照現行法律可能被視為侵權，但似乎社會已經接受了這種屬於合理使用行為的認知。多媒體、大數據、雲計算使得對作品使用、修改、彙編或改編更為容易，按照列舉式立法顯然不能窮盡所有合理使用的情況。這次修法在合理使用制度上做了兩個方面的重要修訂：一是規定合理使用的一般原則條款，二是增設「兜底」條款，體現了對網絡時代技術和商業模式迅速發展的回應。

在港大召開的這次會議已經過去四年，大陸《著作權法》第三次修訂呼之不出，還停留在草案階段，所有涉及的問題都還沒有定論，可見所涉及的社會各方利益難以平衡，李亞虹教授將2012年這次會議的內容加以整理擴展，其中的觀點依然彌新，令人回味。

張 平

2016年6月

跋 二

隨著網絡與行動科技的進步，網絡已經滲入到每個人的生活，並與水電瓦斯一樣，成為現代人生活不可或缺的一部分。而在現實生活中，透過智慧型手機、平板電腦等行動裝置與伴隨而生的 App，使得電子商務已可和傳統商業模式分庭抗禮，展現出網絡時代的特質。而在 2015 年 10 月 5 日達成的《跨太平洋夥伴協議》(Trans-Pacific Partnership, TPP) 中，除針對知識產權加以規範外，亦特別就電子商務以專章加以規範，顯見出未來國際發展的趨勢。

伴隨網絡技術的進步與電子商務的快速發展，不但衍生出許多過去未有的問題，例如管轄權、電子簽章、隱私權、電子交易課稅，以及新興知識產權（如商業方法專利、域名）等問題，也對傳統法律造成挑戰。而在新興知識產權中，由於網絡傳輸或使用不可避免會牽涉到內容（content）問題，也使得版權法成為國際關切的重心。

而在國際間，美國不但首先通過《數碼千禧版權法》(Digital Millennium Copyright Act, DMCA)，對網絡有關的版權問題加以規範，引發其他國家的跟進，世界智慧財產權組織 (World Intellectual Property Organization, WIPO) 也通過《世界知識產權組織版權條約》(WIPO Copyright Treaty, WCT) 及《世界知識產權組織表演和錄音製品條約》(WIPO Performances and Phonograms Treat, WPPT)，對網絡時代的版權問題加以規範。

雖然如此，對於網絡環境中因技術進步所不斷出現的版權利用與侵權問題（例如 MP3、P2P、串流〔streaming〕、雲運算等）、相關侵權的責任認定，以及對抗侵權責任的合理使用等問題卻仍無法徹底解決，以致在各國都出現許多的法律爭議。此外，由於美國 DMCA 法案修改美國版權法，增訂第 1201、1202 條有關數碼權利管理 (Digital Rights Management, DRM) 以及科技保護措施等規定，此等規定也出現在 WCT 與 WPPT 等條約與各國版權立

法中，由於 DRM 與科技保護措施等於是在傳統著作物之外，另外增加與合理使用無涉的新的保護機制，也引發合理使用在網絡環境中是否仍可適用與如何適用的疑義。

由於兩岸四地文化、語言相同，再加上商業交易頻繁、資訊傳播迅速、往來互動密切，使得網絡侵權與責任問題，以及相關的合理使用問題也更形重要。雖然一如李亞虹教授所言，兩岸四地就版權有關名詞的學術表述有所差異，但是若探究此等名詞用語的背後與所面臨的問題，其實可以發現兩岸四地學者所關切的，其實有諸多的共通性。

也因此由香港大學所主辦的「第四屆兩岸四地版權制度發展研討會」，特別以網絡時代所面臨的網絡侵權與責任認定以及合理使用問題為主軸進行探討，凸顯出在不同名詞用語背後的版權法制環境中，其相關的法律規範與司法見解，實攸關網絡與內容產業的發展。此外透過本書中多位學者對兩岸四地、甚至美國法院判決的研究與探討，亦可發現兩岸四地學者與司法機關的見解，也有諸多類似。

由於「兩岸四地版權制度發展研討會」在性質上並非係一種大型、公開的研討會，而是一種專業與不公開的研討會，一般人士並無法自由參與；此外，有鑑於參與學者專家精心研究的論文，若有系統地呈現在關切此等議題的讀者眼前，可能會有更大的影響力，因此於台灣政治大學主辦的「第三屆兩岸四地版權制度發展研討會」後，就由政治大學法學院財法中心以論文集的方式，在2012年於台灣出版《網路著作權保護、應用及法制》一書。很高興在李亞虹教授的努力下，香港大學也能繼續將《第四屆兩岸四地版權制度發展研討會》之重要論文，以論文集方式結集出版。

本書的付梓，不但呈顯出兩岸四地學者對網絡侵權與合理使用相關議題的研究成果，也必然會對關切此等議題的兩岸四地讀者帶來豐富的知識饗宴。在此特別感謝李亞虹教授與香港大學出版社的努力，更要感謝催生「兩岸四地版權制度發展研討會」的張平教授，能夠透過此研討會建立了一個兩岸四地版權研究學者的交流平台。

馮震宇

2016年6月

作者簡介

(按目錄序)

- 孫遠釗 北京大學法學院/知識產權學院訪問教授、美國亞太法學研究院執行長；美國馬里蘭大學法律博士 (JD)
- 李治安 香港中文大學法律學院助理教授；美國斯坦福大學法學科學博士 (JSD)
- 關文偉 香港城市大學法律學院助理教授；加拿大英屬哥倫比亞大學法學博士 (PhD in Law)
- 陶中怡 淮陰師範學院法律政治與公共管理學院講師；香港大學法學博士 (SJD)
- 馮震宇 政治大學法律系/商學院科技管理暨智慧財產研究所合聘教授；美國康乃爾大學法學院法律博士 (JD)
- 張 平 北京大學法學院教授、北京大學知識產權學院常務副院長；北京大學法學博士 (PhD in Law)
- 張金平 北京大學法學院在讀博士研究生 (PhD Candidate)
- 華 劼 同濟大學法學院/知識產權學院助理教授；香港大學法學博士 (PhD in Law)
- 胡 凌 上海財經大學法學院副教授、副院長；香港大學法學博士 (PhD in Law)

