

國立臺灣大學法律學院法律學系



碩士論文

Department of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis

數位時代下之散布權耗盡原則

—以美歐發展為中心—

A Study on First Sale Doctrine in the Digital Era:

Comparative Study of the U.S. and the E.U.

謝孟哲

Yu-Che Hsieh

指導教授：黃銘傑 博士

Advisor: Ming-Jye Huang, Ph.D.

中華民國 105 年 7 月

July, 2016

國立臺灣大學碩士學位論文

口試委員會審定書

數位時代下之散布權耗盡原則

—以美歐發展為中心—

A Study on First Sale Doctrine in the Digital Era:
Comparative Study of the U.S. and the E.U.

本論文係謝孟哲君 (R01A21083) 在國立臺灣大學法律學系
完成之碩士學位論文，於民國 105 年 6 月 8 日承下列考試委員審
查通過及口試及格，特此證明

指導教授：黃紹修

口試委員：沈子修

王崑廣

黃紹修



謝詞

寫論文這回事，就是有很多話想說，卻又怕別人問起，這是實在話。本論文得以順利完成，過程中不免或多或少受到旁人的支持與鼓勵。以下便利用撰寫謝詞之機會，敬表謝意。

最首要感謝的便是我的指導教授黃銘傑老師，無論在論文題目的挑選或是論文撰寫過程中，黃老師均給予我極大的揮灑空間，卻又能夠適時而精準地給予建議，每每令我讚嘆不已。論文撰寫期間，極其苦悶，因此我特別至黃老師課堂上旁聽研究所課程，如沐春風自不待言，除此之外，老師上課的講解更是激發我論文寫作上的諸多靈感，獲益良多。另外，我也要特別感謝擔任口試委員的沈宗倫老師及王怡蘋老師，從一開始的書信往來，便能感受到兩位老師的溫暖；於口試時，兩位老師更給予我諸多論述上之寶貴建議，筆者均銘記在心。本論文若有論文適格，必須歸功於三位老師之巧手。

本論文能夠在最後時限內完成，也要特別感謝在關鍵時刻推我一把或伸出援手的你們：感謝林穎、懿欣與人豪，以前當兵時，班長總是說跑三千的時候，只要跟著最會跑的那個人，就一定會過。我想，如果沒有你們在前面讓我追著跑，我的畢業日期恐怕必須無限期推遲。也特別感謝你們在研究所期間之陪伴，是你們豐富了我的研究所生活。感謝嘉瑜，我永遠記得那天我在馬路上大喊嘉瑜當我的論發主持人時，妳義不容辭地答應，並無二話。感謝咏儒，同樣爽快地答應當我的口試紀錄，幫我處理瑣事，陪我度過緊張的口試。

感謝同為經濟法組的蕙琦、文心、祥瑜撥空出席我的論文發表，替我撐場；感謝心瑜在我請教她外文引註問題時，致贈論文，供我參考。感謝澤宏、瑋俐、律彤、婷雅、志國、婉婷、彥璟、平翰、建源、俊元、俊逸、詩蓉、人麒、子涵、仲

雯、彬彬、欣儀、揚文、沛蓁、柏良、祐新等好友，和你們的出遊或聚餐聊天，都是我在這段充滿壓力的期間，得以放鬆的美好時刻。



最後也是最重要的，我要感謝我的父母親。在這顯然過長的研究所生涯中，我的父母總是給予我最大的支持，不管是心靈上或是實質的支持都是，使我能安穩地求學與撰寫論文。感謝老天讓我碰上了這麼好的父母。

謝孟哲 于自宅

2016.06.08




中文摘要

自美國聯邦最高法院處理 *Bobbs-Merrill v. Strauss*. 案以及國會將其意旨明文化於 1909 年之美國著作權法後，散布權耗盡原則見於成文法已逾百年。該原則係指著作物經著作權人或經其同意首次銷售或所有權移轉並具獲取報償之機會後，著作權人之散布權即告耗盡，對任何人均不得再行主張散布權。申言之，由於散布權與所有權均具有排他性，惟何者之排他性較為優先，難免發生衝突，此際，散布權耗盡原則便是作為標示出兩者分界之作用。

若謂「著作權法制史，就是科技的發展史」，隨著科技發展，運行逾百年的散布權耗盡原則也開始顯得捉襟見肘。舉例言之，從「易買賣為授權」開始，著作權人藉由添加些許「魔術用語」，將本質上之買賣行為轉變為單純授權，意在規避散布權耗盡原則，此種行為該如何處理，值得探討；而隨著數位科技之盛行，傳統的實體印刷書也有了不同的形式。若散布權耗盡原則是為了因應實體世界裡可能發生之權利衝突，於是我們要問的是，那數位世界呢？

為此，本論文先從根本出發，以傳統散布權耗盡原則之理論基礎開展，蓋萬變不離其宗，須先了解制度本旨，始能應萬變。隨後探討傳統散布權耗盡原則目前所面臨之困境，特別是散布權耗盡原則於數位時代下如何圓滑運作，有賴解釋。是以，本論文所涉重要內容為：關於易買賣為授權，美國 *Vernor* 案所提出的三項判準與歐盟 *UsedSoft* 案的兩大要件即有不同解釋，此其一；若肯認數位著作得以自由轉售，於數位傳輸下亦會遇到許多問題，所涉著作權人之排他權侵權疑慮又如何解決，此其二；最後，歐盟 *UsedSoft* 案作成後，牽動萬千神經，此案之後的實務發展又是如何，值得觀察，本文亦簡單收錄數則判決供卓參，此其三。

本論文初步認為散布權耗盡原則縱以實體世界作為設計背景，惟其制度意旨



於數位時代仍有其重要性，不容抹滅。從而本論文最後則嘗試建構數位時代下之「數位耗盡原則」，惟數位耗盡原則之建構最終仍係以均衡利益為目標，本文亦簡單透過契約自由、合理使用、競爭法等不同面向思考，嘗試給予數位耗盡原則更多元之理論基礎。

關鍵字：第一次銷售原則、耗盡原則、散布權耗盡原則、數位散布權耗盡原則



Abstract

The Supreme Court first articulated the first sale doctrine and the issue of copyright exhaustion in the 1908 case *Bobbs-Merrill v. Strauss*. In 1909, Congress revised the Copyright Act to codify the 1908 *Bobbs-Merrill* decision on copyright exhaustion. In 1976 the language was changed to its current version in 17 U.S.C. §109(a), which reads: “Notwithstanding the provisions of section 106(3), the owner of a particular copy or phonorecord lawfully made under this title, or any person authorized by such owner, is entitled, without the authority of the copyright owner, to sell or otherwise dispose of the possession of that copy or phonorecord.”

But first sale doctrine is designed for the material world. In the digital era, users worldwide enjoy digital goods such as e-books, music, movies on a daily basis. So if users want to resell their digital goods, they will meet a lot of obstacles. First, in this thesis, I try to point out one critical issue about first sale doctrine in the digital era, it is so-called ‘change sale to license’, which concerns that users are often prohibited from using digital goods as they expect. Second, I also discuss the concerns of copyright infringement in the digital transmission.

Finally, in this thesis, I try to discuss how to let exhaustion doctrine apply in the digital era and try to think ‘digital first sale doctrine’. I focus on not only U.S. copyright law, but also briefly examine analogous copyright laws in the European Union. Besides, I also collect many leading cases such as *Vernor* case in U.S. and *UsedSoft* case in E.U., post-*UsedSoft* case especially.

Keywords: first sale doctrine, exhaustion doctrine, digital first sale doctrine

目錄



第一章 緒論	1
第一節 研究動機：老原則新科技	1
第二節 研究範圍與方法	3
第三節 本文架構	5
第二章 散布權耗盡原則	7
第一節 前言	7
第二節 散布權耗盡原則	8
第一項 相關理論基礎	8
第一款 著作物與著作權分離原則	8
第二款 所有權理論	10
第三款 報酬理論	10
第四款 交易安全理論	11
第五款 對價平衡法理	11
第二項 散布權耗盡原則之優點	13
第一款 促進著作物之流通與保存	13
第二款 保護使用者之隱私	14
第三款 降低市場交易成本	15
第四款 促進創新及使用平台之公平競爭	15
第三項 法規	17
第一款 美國	17
第一目 著作權法第 106(3)條	17
第二目 美國著作權法第 109(a)條	18
第三目 說明	18
第二款 歐盟	20



第一目 歐盟資訊社會指令第 4 條.....	20
第二目 歐盟電腦軟體指令第 4 條.....	20
第三目 說明.....	21
第三款 國際條約.....	22
第一目 世界智慧財產權組織著作權條約第 6 條.....	22
第二目 世界智慧財產權組織表演及錄音物條約第 8 條.....	23
第三目 說明.....	24
第四款 臺灣.....	25
第一目 著作權法第 28-1 條.....	25
第二目 散布權耗盡原則：著作權第 59-1 條.....	25
第三目 說明.....	25
第三節 小結.....	26
第三章 鏽蝕中的散布權耗盡原則.....	29
第一節 前言.....	29
第二節 著作物的難題.....	29
第一項 著作權保護之標的.....	30
第二項 固著於有體物上.....	31
第三項 以有體物為主的散布權及散布權耗盡原則.....	32
第四項 小結.....	33
第三節 授權契約之大量使用.....	39
第一項 授權契約之種類.....	41
第一款 拆封授權契約.....	41
第二款 點選授權契約.....	42
第二項 授權契約之成立.....	42
第三項 授權契約之效力.....	44



第四節 近期美國、歐盟相關實務見解分析	46
第一項 美國實務	46
第一款 Vernor v. Autodesk	46
第一目 案例事實	46
第二目 分析	49
第二款 MDY v. Blizzard.....	51
第一目 案例事實	51
第二目 分析	51
第三款 UMG v. Augusto.....	53
第一目 案例事實	53
第二目 分析	54
第二項 歐盟法院：UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp.....	55
第一款 案例事實	56
第二款 分析	57
第一目 問題之提出	57
第二目 法院見解	58
第三款 小結	67
第三項 小結	69
第五節 科技保護措施	71
第一項 科技保護措施	72
第二項 科技保護措施與授權契約之關係	75
第六節 小結	77
第四章 數位時代下之散布權耗盡原則	81
第一節 前言	81
第二節 數位環境與數位著作	81



第一項 數位環境	81
第二項 數位著作	82
第一款 定義	82
第二款 特色	83
第一目 無實體性	84
第二目 非敵對性與非排他性	85
第三目 易於複製及散布	85
第四目 無耗損性	86
第三節 數位環境下可能涉及之權利	86
第一項 散布權	86
第一款 內容概述	86
第二款 問題思考	89
第二項 公眾傳達權	90
第一款 內容概述	90
第二款 問題思考	91
第三項 重製權	92
第一款 內容概述	92
第二款 問題思考	95
第四節 美國之發展	98
第一項 司法實務	98
第一款 著作權濫用原則	99
第一目 概說	99
第二目 公共政策模式之著作權濫用抗辯	101
第三目 反托拉斯模式之著作權濫用抗辯	102
第四目 案例評析：Apple Inc. v. Psystar corp.	103



第五目 著作權濫用原則於 <i>Vernor</i> 案之適用	108
第六目 小結	111
第二款 定型化契約	111
第三款 近期代表性案例：Capitol Records, LLC v. ReDigi Inc.	112
第一目 案例事實	113
第二目 分析	114
第三目 再接再厲的 ReDigi 2.0.....	127
第四款 小結	132
第二項 立法反應	134
第五節 歐盟之發展	136
第一項 司法實務	136
第一款 <i>UsedSoft</i> 案之前.....	139
第二款 <i>UsedSoft</i> 案之後.....	140
第三款 小結	142
第一目 德國實務	142
第二目 歐盟法院未來發展	143
第二項 立法反應	148
第六節 小結	149
第五章 數位耗盡原則	154
第一節 前言	154
第二節 利益衡量	154
第一項 契約自由	156
第一款 內容概述	156
第二款 問題思考	157
第二項 合理使用	161



第一款 內容概述	161
第二款 問題思考	163
第三項 競爭法	164
第一款 內容概述	164
第二款 問題思考	166
第三節 數位耗盡原則之肯否	166
第一項 否定說	166
第二項 肯定說	167
第三項 小結	169
第四節 數位耗盡原則之立法模式	178
第一項 數位耗盡規則	178
第二項 數位耗盡標準	180
第五節 小結	184
第六章 結論與展望	187
參考文獻	202



第一章 緒論

第一節 研究動機：老原則新科技

著作權法是印刷技術之產物¹，英國皇室於 16 世紀初是借用專利制度給予出版商印製發行一本書之特權(printing patent)，即印刷特許權，係統治者給予的特權，從而若沒有統治者或著作權人之同意，任何人均不得重製該特定書籍²。嗣歷經兩百年之發展，始於 1709 年以制定法之形式存在³。

著作權法始於科技，也隨著科技進步。而科技的進步雖為著作之流通帶來新市場，惟著作權法亦將難以避免各種新興之法律問題，例如隨著時代的演進，美國著作權法制亦不斷擴充其保護範圍及保護標的以因應迅速發展之科技。包括影印重製科技、家用錄音錄影科技、電腦程式及網際網路科技等，幾乎每一種新興科技的發展均引發著作權法之變革⁴，而其中最主要的便是關於數位內容之取得、利用、保護等問題⁵。從而便有論者表示：「**著作權法制史，就是科技的發展史⁶**」或者說「**著作權的發展史，可說即是法規對於科技挑戰的回應史⁷**」這也是法律須與社會變遷之必然現象，倘若法律不能適時隨著科技發展作出相應調整，最終必將導致規範失調⁸，影響不可謂不大。

¹ 吳偉光 (2014)，〈版權制度與新媒體技術之間的裂痕與彌補〉，馮震宇 (編)，《數位著作權前瞻議題與發展趨勢》，頁 77，台北：元照。

² 賴文智、王文君 (2007)，《數位著作權法》，再版，頁 7-8，台北：益思科技法律事務所。

³ 鄭中人 (2004)，〈論我國著作權法上之使用報酬請求權〉，《月旦法學雜誌》，105 期，頁 93。

⁴ 蔡岳勳、胡心蘭 (2005)，〈從法律與經濟學的角度分析美國著作權法之科技保護措施及合理使用原則〉，《中原財經法學》，14 期，頁 158-159。

⁵ 馮震宇 (2004)，〈數位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，頁 69。

⁶ 葉玟妤 (2003)，〈永遠搖擺的天秤〉(推薦序)，Siva Vaidhyanathan (著)，陳宜君 (譯) (2003)，《著作權保護了誰？》，頁 XX，台北：商周。

⁷ 蔡宗珍 (1997)，〈網際網路上著作權保障的理論與困境〉，《月旦法學雜誌》，21 期，頁 42。

⁸ 蔡明誠 (1989)，〈評民國七十九年著作權法修正草案〉，《政大法學評論》，40 期，頁 214。



數位化網際網路科技不是著作權法所遭受的第一次挑戰，也不會是最後一次。著作權法制每天都在為著作權人利益、科技永續發展與公眾合理使用接觸資訊等三方面之均衡作考量，此亦係晚近國際著作權公約或各國立法者所須面對之挑戰⁹。不過，這些真的都僅是立法者、學說或司法實務所需面對之問題嗎？非也，社會大眾亦已涉入其中。以本文所涉議題為例，當消費者從網站購買並下載數位著作，消費者當然是期待日後可以「擁有」該數位著作。但是，當消費者在網站上按下「購買(buy now)」鍵時，消費者不會知道，實際上根據著作權人之授權契約，消費者最終僅取得數位著作之「使用權」，而非「所有權」。而結果就是：我們不能像轉賣二手實體書一樣，轉賣二手電子書。

於是我們不禁要問：「消費者到底「買」到了什麼？」換言之，當消費者自網路購買、下載數位著作（如電子書、數位音樂），日後若不再需要，消費者是否可以如同轉賣二手書一般自行轉賣？此即牽涉到「散布權耗盡原則」是否能夠繼續於數位環境下適用。接著我們要問：業者當真能僅憑藉「易買賣為授權」之說詞，而如此肆無忌憚？此則涉及契約自由之界限與著作權濫用之領域。

著作權法基於鼓勵創作者創作、激發其創作誘因，固然賦予著作權人諸多排他權利，但著作權法並不專為權利人服務，從而同時亦設有諸多限制，最主要之兩項限制便是賦予利用人「合理使用」著作之權利；以及允許合法著作重製物之所有人得依照「散布權耗盡原則」於合法範圍內任意處分（特別是「轉售」）其所有之著作重製物¹⁰。準此，消費者至少還有著作權法所給予之「合理使用」與「散布權耗盡原則」可供依靠，惟正當消費者以為可就此鬆一口氣之際，業者卻又拿出「易買賣為授權」、「數位著作係屬無體」等作為說帖。此際，當老原則（散布權耗盡原

⁹ 章忠信（2004），《著作權法的第一堂課》，頁 6-7，台北：書泉。

¹⁰ 林利芝（2011），〈淺談美國著作權法之「First Sale Doctrine」〉，《月旦法學雜誌》，190 期，頁 95。



則) 遇到新科技 (數位科技) 又能擦出什麼火花?


承前, 當老原則碰到新科技時, 著作權法制或許應該作出相應修正。不過, 吾人所要把握的大原則應係: 「**著作權法本身的基本價值並不會隨著時代的變遷及數位科技的發展而有所變動, 否則著作權法的立法正當性將會產生動搖而面臨挑戰**¹¹」 散布權耗盡原則古老但不落伍, 其所蘊含之價值也不會隨著時代變遷或科技發展而改變, 吾人所須思考的係該原則若適用於數位環境時, 現行著作權法制應作如何調整, 使其繼續保有原本之優點, 卻又不至於過度侵害著作權人應有之權利並維持利益平衡。這是我撰寫本論文之初衷。

第二節 研究範圍與方法

著作權法中之「第一次銷售原則(first sale doctrine)」或稱「耗盡原則(doctrine of exhaustion)」或是本論文所稱之「散布權耗盡原則」, 乃係作為限制著作權人散布權之重要原則。吾人自網路購買、下載之數位音樂、電子書與電腦程式等數位著作可否轉賣, 涉及散布權耗盡原則, 相關爭議已於美國、歐盟著有判決, 學說實務討論甚豐。從而本論文主要架構便從美國、歐盟之指標性判決作為骨幹開展。附隨之學說討論, 原則上以美國法為主, 歐盟法為輔。

本論文主要重點置放於美國著作權法上「散布權」及其「耗盡」之規定, 美國法上之散布權概念牽涉較廣, 本論文主要重點則在於數位著作之銷售或其他所有權之移轉部分, 及其所涉及之網路傳輸; 本論文所稱之散布權耗盡原則, 其耗盡的也是指前述關於銷售、移轉所有權 (歸屬權) 與網路傳輸之部分。此外, 本文所

¹¹ 沈宗倫 (2008), 〈論數位暫時性重製於著作權法之法律評價—兼以重製權的新詮釋評我國相關立法〉, 《東吳法律學報》, 19 卷 4 期, 頁 52-53。



稱「數位環境」或「數位」主要是形容消費者透過網路傳輸下載數位著作之環境或模式，乃係相較於「傳統（實體）世界」（即「一手交錢，一手交貨」）之說法；「數位著作」亦同此概念，作為「（傳統）著作物」之對照，例如電子書、數位音樂、電腦軟體等以數位格式呈現之著作。

本論文採用學術文獻分析與個案研究分析並行。文獻資料分析方法主要係蒐集並閱讀與本論文所探討議題所相關之文獻，原則上多係我國法及美國法相關文獻，內容來源多樣，約有學說、實務意見、行政機關報告、碩博士論文等，並對之為系統性之整理，分別置於本篇論文合適之處。

本論文盡力蒐集相關文獻，中文文獻與本論文高度相關者，原則上均已收錄；至於美國文獻，原則上除擇要挑選近三年學術期刊論文外，於撰寫論文過程中，適逢美國商務部網路政策特別委員會(The Department of Commerce Internet Policy Task Force)繼 2013 年發布了「數位經濟下之著作權政策、創新與發明(Copyright Policy, Creativity, and Innovation in the Digital Economy)」綠皮書之後，於 2016 年再度對數位著作權相關議題發布「混搭著作、第一次銷售原則與法定損害賠償白皮書(White Paper on Remixes, First Sale, and Statutory Damages)」，除了表示本論文相關議題目前在美國仍是屬於討論度甚高之議題外，本論文亦一併將美國官方之最新意見納入本論文供讀者參考。

個案研究分析法則主要揀選美國、歐盟案例（除具指標性的歐盟 *UsedSoft* 案判決外並包括之後作成的德國、荷蘭等國判決）作為對照，並對之評析後，再提出個人看法。



第三節 本文架構

本論文主要探討傳統散布權耗盡原則於數位環境適用之可能，架構如下：

第一章為緒論，重點在於點出科技之發展影響著作權法制之制定與變遷，舉世皆然。隨後提出本論文研究之主要問題點、研究方法、研究範圍、研究架構，除了帶出問題意識，也給輪廓。

第二章主要說明傳統散布權耗盡原則。本論文主要探討散布權耗盡原則是否得以適用於數位環境，惟進入實質討論前，則必須先了解傳統散布權耗盡原則基本內涵為何。透過本章，我將介紹散布權耗盡原則之理論基礎、優點及主要國家之法制現況，作為帶領讀者進入問題討論之前置作業。

第三章開始是本論文重點，談的是美國法上運行超過百年的散布權耗盡原則已經開始動搖。本章首先介紹以「有體物」作為設計背景的散布權耗盡原則，隨著數位科技之發展，固守有體物之概念在實務操作上已顯得捉襟見肘，並思考是否真的「非物不可？」。之後則大致介紹授權契約之種類，及簡單的成立與生效問題。最後則帶出本章重要的案例介紹：美國法上關於授權契約認定之重要案例（*Vernor* 案、*MDY* 案、*UMG* 案）以及與其對照之歐盟 *UsedSoft* 案。

第四章亦係本論文重點，主要是介紹美國與歐盟之「立法」與「司法實務」之發展。於本章，讀者所應注意之重點羅列如次：數位二手著作轉賣在數位環境下可能涉及之權利為何，此其一；本文透過美國法發展之著作權濫用原則來檢視現行著作權人限制消費者轉賣之行為是否合理，此其二；最後在案例的部分，美國法上之代表性案例 *ReDigi* 案於此處現身，並帶出美國判決如何影響目前數位二手音樂轉

售之商業模式。歐盟部分則是簡要介紹 *UsedSoft* 案判決作成後之實務發展，此為本論文重點之一，蓋 *UsedSoft* 案固然有其劃時代之意義，但該案所立下之指標是否能夠延續，牽動業者、著作權人、消費者之千萬神經，此其三。



第五章則是直接面對數位耗盡原則。該原則是否應明確立法或是否有存在之必要，各國立場未臻一致，本論文所關注的美國、歐盟幾乎每年都在討論，但都不敢貿然而行。本章嘗試透過幾個原理原則或法規（特別是其背後之立法意旨與功能）作為利益衡量之工具，利益衡量縱使虛無，但終究無從避免，蓋著作權法之法制史，除了是科技發展史，更是各方利益衡量（廝殺）史。接著則簡單論述對於數位耗盡原則之正反意見，最後則是思考可能之立法模式。

第六章是結論也是展望。本章重新整理各章要點，力求使讀者大致了解本論文論述重要之處，最後則提出相關議題未來可能之走向。



第二章 散布權耗盡原則¹²

第一節 前言

著作權之立法目的在於促進文學與藝術，而促進文學與藝術最直接的方法便是給予作者獎勵（誘因），而最直接的獎勵（誘因）就是經濟利益。不過相對地，吾人認為當作者拿到合理應有的報酬後，理論上便再也不能繼續控制其著作之後續散布行為。舉例來說，我到書店購買了一本 J.K 羅琳¹³所著《哈利波特：神秘的魔法石》之後，J.K 羅琳本人（或該書著作權人）在一定範圍內就不能對我手中這本《哈利波特：神秘的魔法石》多所置喙。縱算我閱畢之後，將其撕毀或將其出賣與他人（特別是後者），著作權人也不能對我主張任何法律上之請求。之所以如此，乃是因為前述所稱，當著作權人獲得相當報酬後，便不能控制其著作後續的散布，蓋如果仍然讓著作權人保有散布權，那對購買者將會非常不公平¹⁴。換言之，正是因為著作權法賦予了著作權人散布權，才會產生著作權人與著作物所有權人之權利衝突，而傳統散布權耗盡原則正是因應此種衝突而生之制度。接下來，我會比較詳細地介紹散布權耗盡原則的理論源起及其理論基礎與優點。

¹² 就是美國法所稱之「First Sale Doctrine」，歐盟所稱之「Exhaustion Doctrine」。但由於本論文主要在於探討合法著作重製物在著作權人於移轉其所有權之後，散布權即告耗盡，為求名實相符、望文知義，故逕稱「散布權耗盡原則」。相同意見，請參見，林利芝，前揭註 10，頁 107；此外，蔡明誠老師曾經於文章指出，使用物盡其用之用盡，相較於使用消耗殆盡之耗盡，似乎較為文雅，且較盡理論本意。請參見，蔡明誠（2013），〈智慧權法中之平行輸入、用盡原則與國際用盡理論之探討—從最高法院 98 年度台上字第 597 號民事判決出發〉，《法令月刊》，64 卷 8 期，頁 12-13。另讀者可能於其他文獻亦會看見：第一次銷售原則、（權利）耗盡原則、用盡原則、著作權耗盡原則、首次出售原則、窮竭原則等用語出現，原則上內涵大致相同。

¹³ 之所以舉 J.K 羅琳當例子，除了筆者為哈利波特系列著作的愛好者外，更因為她算是因寫作而獲得龐大酬勞的經典例子之一。她在短短 5 年內從接受政府資助的貧窮單親媽媽成為富有的暢銷作家。她是英國有記錄以來最暢銷的作家，版稅所得約 2,380 萬英鎊。2008 年，《星期日報士報富豪榜》估測羅琳的財產總值約 5,600 萬英鎊，是英國第 12 位富有的女性。《富比士》則將羅琳評為 2007 年最具影響力名人的第 27 位，《時代雜誌》也以她「對哈利波特迷在社會、道德與政治方面的影響」評為 2007 年時代年度風雲人物第二位。2010 年 10 月，《衛報》將羅琳評為全英國最具影響力的女性。請參見，維基百科，<https://zh.wikipedia.org/>（最後瀏覽日：10/05/2015）。

¹⁴ See Girish Agarwal, *Implementing a Digital First Sale Doctrine: Comparative Study of the E.U. and the U.S.A.*, 21 (2015).



第二節 散布權耗盡原則

第一項 相關理論基礎

第一款 著作物與著作權分離原則


在進入本款討論以前，我們可以先想像一個情境：「當我到商店裡購買『正義辯護人』¹⁵DVD時，我到底**想買**什麼？或者是我**買了**什麼？」是電影 DVD 光碟本身、DVD 包裝盒還是「正義辯護人」之電影內容（視聽著作）？很顯然地，我是因為想觀賞電影內容而買了 DVD 光碟片，因為我不可能花錢購買一個沒有電影內容的 DVD。於是有人會進一步問，如果我覺得這部片很好看，那我可以「**燒**¹⁶」個一兩片送或賣給親朋好友嗎？又有人會問，將來大掃除的時候，我可以因為它佔空間而把它丟到資源回收場嗎¹⁷？

有了這些問題意識後，有必要先簡單說明以下幾個名詞的意思：「著作」、「原件」、「著作重製物」、「著作權」。首先，關於「**著作**」，按我國著作權法第 3 條第 1 項第 1 款稱：「著作：指屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作。」至於「**原**

¹⁵ 正義辯護人是一部 2013 年上映的韓國電影。以 1980 年代第五共和國初期發生於釜山的釜林事件為背景，講授一名稅務律師因為突如其來的案件，決意冒著得罪獨裁者的風險，投身人權運動。由宋康昊飾演的律師主角宋佑碩，原型為當時為被害人作人權辯護的韓國已故前總統盧武鉉。詳細介紹，請參見，維基百科，<https://zh.wikipedia.org/>（最後瀏覽日：10/31/2015）。本片非常精彩且節奏明快，不過當時上映戲院極少，筆者當時是到台北西門町的真善美戲院觀看，不過當天觀影人數甚少，至為可惜，從而特別舉此片作為例子，有興趣者可自行找來觀賞。

¹⁶ 就是「燒錄」的口語化說法，即透過燒錄器將所想要儲存的資料，以雷射記錄的方式，燒製於光碟片上。請參見，教育部重編國語辭典修訂本，<http://dict.revised.moe.edu.tw/>（最後瀏覽日：10/31/2015）。而所謂自行「燒錄」電影 DVD，若套用著作權法使用的法律術語，指的就是「重製」電影 DVD。

¹⁷ 這兩個問題的答案：前者不可以，後者可以。又或者，張三畫了一幅油畫，賣給李四，李四可不可以把這一幅畫複製成月曆並在市面上銷售？答案是不可以。蓋李四僅取得油畫所有權，並未取得著作權（重製權）。請參見，謝銘洋、馮震宇、陳家駿、陳逸南、蔡明誠（2005），《著作權法解讀》，2 版，頁 18-19，台北：元照。



件」則規定在同條項的第 16 款：「原件：指著作首次附著之物。」著作人於著作完成時即享有著作權，但著作完成時並不一定有著作物，因我國著作權法與美國不同，並不要求須固著於實體物。而「**著作重製物**」為何，我國著作權法並未給予定義，惟觀察同條項第 5 款對於「重製」之定義，或能推知：「重製：指以印刷、複印、錄音、錄影、攝影、筆錄或其他方法直接、間接、永久或暫時之重複製作。於劇本、音樂著作或其他類似著作演出或播送時予以錄音或錄影；或依建築設計圖或建築模型建造建築物者，亦屬之。」所以，「著作重製物」是從「著作」或「著作原件」所「重製」之物。至於「**著作權**」，我國著作權法於第 3 條第 1 項第 3 款則著有明文：「著作權：指因著作完成所生之著作人格權及著作財產權。」綜上，我們可以知道，著作、原件、著作重製物、著作權是不一樣的東西，「原件」及「著作重製物」係屬「著作物」，涉及「物之所有權」問題，屬民法物權編問題¹⁸。換言之，有體物只是扮演一個載體的角色，有體物本身並非著作權法保護之客體¹⁹；反之，著作權則則屬著作權法之範疇。

之所以必須說明著作物與著作權之關係，乃是因為此觀念係建構出散布權耗盡原則之基礎之一，美國法上甚至將此觀念予以明文化，此按美國著作權法第 202 條規定：「著作權或著作權法所規定之任何排他權，與具體表現該著作之任何實體物(material object)之所有權分離。任何實體物，包括該著作首次附著之重製物或錄音製品(phonorecord)之所有權之移轉，其本身並不移轉具體表現於該實體物之有著作權著作之任何權利。非經契約約定，著作權或著作權法所規定之任何排他權之移轉，亦不移轉任何實體物中之財產權。²⁰」即可知。

¹⁸ 章忠信（2014），《著作權法逐條釋義》，4 版，頁 10，台北：五南。

¹⁹ 謝銘洋（2001），〈智慧財產權與有體物之關係〉，《月旦法學雜誌》，第 70 期，頁 24。

²⁰ 17 U.S.C. §202 (2011) (Ownership of a copyright, or of any of the exclusive rights under a copyright, is distinct from ownership of any material object in which the work is embodied. Transfer of ownership of any material object, including the copy or phonorecord in which the work is first fixed, does not of itself convey any rights in the copyrighted work embodied in the object; nor, in the absence of an agreement, does transfer of ownership of a copyright or of any exclusive rights under a copyright convey property rights in any material object.).



換言之，當消費者從書店購買一本書回家之後，消費者並不能自由影印之後再賣給他人，蓋消費者僅取得該書所有權，並未取得著作權（重製權）²¹；惟之所以可以將該書自由轉售而毋庸懼怕，是因為散布權耗盡原則，而非消費者另行取得散布權。據此，消費者之所以可以自由轉售其所購買之書，乃係因為擁有該書所有權，其所行使者，純屬民法第 765 條²²所賦予所有人之權能。

第二款 所有權理論

所有權理論係指著作物所有權人基於其所有權得自由利用該著作物，此與著作權人就其著作物享有散布權相衝突，然因散布權係源於對著作物享有所有權，故著作權人移轉著作物所有權後，即不得再以限制約定對抗第三人，或主張後續移轉著作所有權之行為須經其同意²³。

第三款 報酬理論

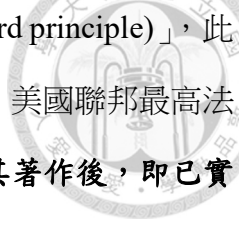
當著作權人於第一次移轉著作物所有權時，可享有自此獲得經濟利益之可能性，此為散布權之目的，著作權人之散布權因而耗盡，無從主張。此項理論觸及權利耗盡原則之核心，並體現著作權法之基本精神，即盡可能使著作權人得參與分配自其著作利用中所獲得之經濟利益²⁴。

²¹ 司法院 24 年院字第 1366 號解釋（節錄）曾謂：「(二) ...則著作人或其繼承人若將未取得著作權以前之著作物轉讓於他人。倘無其他意思表示。當然應視為該著作物上所得之著作權亦已一併移轉。...」此見解應值得商榷。

²² 民法第 765 條：「所有人，於法令限制之範圍內，得自由使用、收益、處分其所有物，並排除他人之干涉。」

²³ 王怡蘋（2014），〈權利耗盡原則與所有權取得〉，《科技法學評論》，11 卷 1 期，頁 7-8；陳皓芸（2008），《從著作權與競爭法交錯之觀點分析著作真品平行輸入相關法制問題》，頁 13-14，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

²⁴ 王怡蘋，前揭註 23，頁 8-9；陳皓芸，前揭註 23，頁 14。



關於報酬理論，美國法上亦有稱「單一報酬原理(single-reward principle)」，此概念可見於散布權耗盡原則之濫觴 *Bobbs-Merrill Co. v. Straus* 案。美國聯邦最高法院於本案表示：「當本案著作權人以其所接受的數量及價格出售其著作後，即已實現其販賣權²⁵」換言之，若著作權人於第一次移轉特定著作物之所有權時即已獲取合理之利益（或者說，著作權人以其可接受之價格而同意移轉特定著作物之所有權），著作權人嗣後即不能就該特定著作物之後續處置再主張任何報酬²⁶，此即為何稱「單一」報酬原理之所由。

第四款 交易安全理論

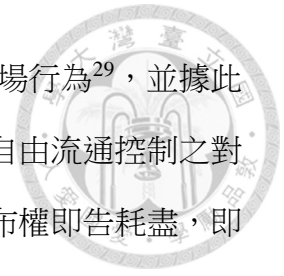
交易安全理論係指散布權耗盡原則之目的在於確保著作物之交易自由，藉以維護使用者之利益與公共利益。換言之，散布權耗盡原則之重點在於著作權人於移轉著作物所有權後，對於該著作物之後續交易均無從置喙，使用者亦毋庸取得原始著作權人之同意，使用者得以自由轉售，後續購買人亦無懼於著作權人之追索，毋須逐一確認過往交易行為，交易安全始得維護²⁷。此想法應可與歐盟法之耗盡原則乃植基於「貨物自由流通原則」相呼應。

第五款 對價平衡法理

²⁵ *Bobbs-Merrill Co. v. Straus*, 210 U.S. 339, 351 (1908) (The owner of the copyright in this case did sell copies of the book in quantities and at a price satisfactory to it. It has exercised the right to vend.).

²⁶ 胡心蘭（2014），〈美國 *Wiley* 案對我國著作權耗盡原則之啟發〉，劉孔中（編），《國際比較下我國著作權法之總檢討（下冊）》，頁 418-420，台北：新學林。

²⁷ 王怡蘋，前揭註 23，頁 9；陳皓芸，前揭註 23，頁 14-15。



對價平衡法理²⁸係指著作權人基於自主意願而作成第一次市場行為²⁹，並據此取得市場利得（或有取得之可能）作為著作權人放棄對商品日後自由流通控制之對價³⁰，而無論該市場利得是否如著作權人預期³¹，著作權人之散布權即告耗盡，即有散布權耗盡原則之適用³²。

此說乍看與前述之報酬理論或單一報酬原理相同，實則不然。蓋報酬理論或單一報酬原理之重點在於強調著作權人於第一次市場行為中所能獲取之「可接受的」或「合理的」報酬，較為偏向「等價平衡」。惟「對價平衡法理」則在強調著作權人經過自身利益衡量後並為第一次市場行為後，無論最終著作權人所獲取之利益是否符合預期，後續取得著作物所有權之人均得主張散布權耗盡原則，強調「對價」而非「等價³³」。再者，著作權之立法意旨亦不支持等價之思維，蓋著作權法之創設並非保障著作權人經濟上之收益³⁴。

²⁸ 沈宗倫教授表示該理論並非傳統著作權法所固有，而係其觀察及理解各國權利耗盡原則運作所提出之概念。請參見，沈宗倫（2007），〈由對價平衡觀點論智慧財產權耗盡原則之適用—以平行輸入為中心〉，《國立中正大學法學集刊》，23期，頁186（註50）。

²⁹ 關於第一次市場行為，指的是使著作物發生所有權移轉之結果（如買賣或贈與），就美國法而言，散布權耗盡原則之所以被稱為「第一次銷售原則(First Sale Doctrine)」，乃因第一次市場行為多以銷售、買賣型態出現，從而稱為第一次銷售原則。請參見，沈宗倫（2015），〈數位著作物自由散布的界限與不法重製防止義務—重新建構我國著作權法數位耗盡原則〉，司法院行政訴訟及懲戒廳（編），《智慧財產訴訟制度相關論文彙編第4輯》，頁269，台北：司法院。

³⁰ 沈宗倫，前揭註28，頁172。

³¹ 著作權人在為第一次市場行為時，原則上應該已經擁有充分的機會去考慮後續的繼續散布行為並計算報酬的多寡，應足以保障其權利。請參見，張懿云（2008），《數位出版應注意之著作權問題》，頁30，台北：經濟部智慧財產局。

³² 散布權耗盡原則之基礎，有謂係考量著作權人基於自由意志所為之第一次市場行為，此為「同意說」；有謂考量著作權人已於第一次市場行為獲取適當報酬，此為「報酬說」。而對價平衡說實際上是結合了上述兩者概念，亦即當著作權人同意第一次市場行為並藉之獲取適當報酬（或有獲得適當報酬之機會）時，散布權即告耗盡。請參見，沈宗倫（2013），〈著作物製造地與權利耗盡原則—以美國修正式的國際耗盡原則為借鏡檢視我國權利耗盡原則的修正方向〉，《臺北大學法學論叢》，86期，頁258（註66）。

³³ 以契約法之角度來說：就契約之實質內容而言，國家法乃尊重當事人之價值判斷，從而契約雙方當事人所達成之「等價」結果，其實應採「主觀等值原則」，而非「客觀等值原則」，只須當事人雙方認為等值即可。請參見，陳聰富（2014），《民法總則》，頁171，台北：元照。不過我認為，由於消費者與業者雙方議價能力懸殊，這邊的主觀等值恐怕還是流於業者之主觀等值。由此觀之，如果輔以著作權法之公益考量，對價平衡法理之出現，多少可以修正這種偏離。

³⁴ 著作權法雖不保障著作權人之收益，但若著作權人無法在第一次市場行為（買賣）取得報酬，此際，對價平衡無從實現，應認為散布權並未耗盡，從而著作權人對於著作物後續流通仍有控制權。請參見，沈宗倫，前揭註28，頁187。



綜上所述，我認為對價平衡法理在現今著作權法之思考相當重要，理由在於晚近著作權（特別是娛樂產業之著作）已經從成本取向(cost-based)之保護體系演變成價值取向(value-based)之保護體系。換言之，著作權之保護已不再僅是保障著作權人合理創作成本之回收，而是保護著作人得因著作所獲取之所有價值，包括任何授權利用著作之機會³⁵。更進一步來說，目前著作權人從著作所能獲取之經濟利益恐怕其實並非他們口中所說的（因數位科技崛起而造成的）逐漸衰退，甚或以此作為拒絕於數位環境下適用散布權耗盡原則之理由，用以確保其未來所能獲取之所有利潤。以這種角度來看，我認為對價平衡法理除了有助於數位耗盡原則之理論建構外，也可以緩和著作權人獲取超額利益之疑慮³⁶。

第二項 散布權耗盡原則之優點³⁷

第一款 促進著作物之流通與保存

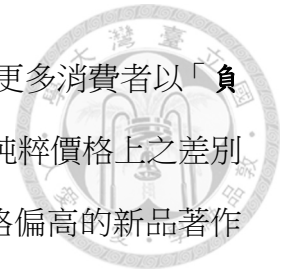
此為散布權耗盡原則最初之目的，即著作權人於首次銷售其著作物後，該著作物便脫離著作權人之控制而得以自由移轉，此種效果因而直接促進二手著作物市場之發展並更能促進著作物之流通接觸³⁸，蓋使用過的著作物於二手市場的價格通

³⁵ 蔡岳勳、胡心蘭，前揭註 4，頁 213。

³⁶ 所謂超額利益，係指著作權人在取得第一次市場的報償或掌握報償可能性後，卻仍得行使著作財產權來支配合法著作物之所有權讓與，或排阻著作物繼續流通，或從中再由授權或損害賠償攫奪額外之經濟利益。請參見，沈宗倫，前揭註 29，頁 275。

³⁷ 綜合整理自：胡心蘭（2014），〈數位環境著作權法新思維—論數位著作權之本質、耗盡、與歸屬〉，頁 118-123，新北市：華藝數位；胡心蘭（2014），〈數位著作授權契約對第一次銷售原則之影響與濫用原則之適用〉，《智慧財產評論》，12 卷 2 期，頁 58-63；黃國政（2006），〈著作之散布權與權利耗盡之研究〉，頁 81-91，私立世新大學法律研究所碩士論文。See Sarah Reis, *Toward a "Digital Transfer Doctrine"? The First Sale Doctrine in the Digital Era*, 109 Nw. U. L. Rev. 173, 189-194 (2015).

³⁸ 促進著作物之流通也就是促進貨物之自由流通。智慧財產權與（國際）貿易行為習習相關，例如 TRIPS 之所以規定會員國應確保執行智慧財產權之措施不會成為合法貿易之阻礙，乃是擔心智慧財產權被濫用之結果，可能會對貨物的自由流通造成損害。請參見，許忠信（2003），〈我國加入 WTO 在智慧財產權所作之法制調整與其評析—以著作權為中心〉，楊光華（主編），《台灣 WTO 新紀元—貿易之開放與防衛》，頁 383，台北：元照。



常較新品低廉，且著作權人無從控制二手市場之價格，因而能使更多消費者以「負擔得起(affordable)」之價格接觸著作物，亦使著作權人無法進行純粹價格上之差別取價³⁹。換言之，消費者再也不是只能直接向著作權人購買價格偏高的新品著作物，而能以較低價格取得著作物；二手市場之賣家也能因為在二手市場獲得部分補償，因此更願意購買新品著作物⁴⁰。

散布權耗盡原則亦可確保公眾接觸著作權人因各種原因而不再發行或提供之著作，包括著作權人不詳或不存在之「孤兒著作(orphan works)」⁴¹。蓋藉由二手市場或圖書館等典藏機構之運作，可使年代久遠、已絕版、曾因政治因素或不具經濟上價值等原因而停止流通之著作物⁴¹仍有可供大眾接觸之機會，此保存上之價值除促進著作物之流通外，更有文化及資訊傳遞之功能⁴²。或有認為，隨著科技發展，著作之保存應不成問題，惟若未來數位著作盛行，假設某小眾出版社為成本考量，僅發行數位形式之著作，若將來該出版社倒閉，日後公眾恐怕無法再取得該出版社之著作⁴³，而此時散布權耗盡原則之保存功能更有其必要性。

第二款 保護使用者之隱私

散布權耗盡原則允許消費者在不受著作權人限制之情況下，得以自由處分其

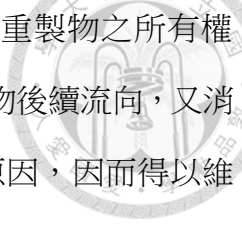
³⁹ 楊智傑（2010），〈智慧財產權差別取價之研究——以藥物專利與電影著作為例〉，《財產法暨經濟法》，24期，頁98。

⁴⁰ 所以也可以說二手市場未必會擠壓到新品市場。See The Department of Commerce Internet Policy Task Force, *White Paper on Remixes, First Sale, and Statutory Damages* (2016), 36-37, available at: <http://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/copyrightwhitepaper.pdf> (last visited: 04/04/2016).

⁴¹ 根據美國之相關統計數據，在美國幾乎有 60%的錄音著作物已於市場消失，而有關書籍著作物方面，以 1999 年為例，有約九萬本書籍不再印製販售，這是一個龐大的數字，因為一年總出版書籍約七到十二萬本。請參見，黃國政，前揭註 37，頁 86。此處引用的是 1999 年的資料，但我認為這個數字只會向上攀升，如果有常逛書店的讀者就會曉得，新書的汰換率極高，而且一本書可能常常僅印了一刷，時日一久，若沒有圖書館收藏，市面上根本難以取得。

⁴² See The Department of Commerce Internet Policy Task Force, *supra* note 40, at 37.

⁴³ See Reis, *supra* note 37, at 190.



合法取得所有權之著作重製物。是以，當消費者欲移轉該著作重製物之所有權時，不須取得原著作權人之許可，因此著作權人也無從追蹤著作物後續流向，又消費者毋庸向著作權人揭露自己之身分或欲移轉該著作重製物之原因，因而得以維護消費者自身隱私與自主權利。此一隱私之維護對於取得或移轉某些極具爭議之著作物時尤為重要，可避免寒蟬效應之發生⁴⁴。

第三款 降低市場交易成本

若無散布權耗盡原則，著作權人即有權限制消費者自由處分其合法取得之著作重製物之權利，若再輔以所謂價格歧視，則不難想見著作權人得依不同之消費族群給予不同的使用與移轉限制。此際，若在交易資訊不對等、不透明之情況下，有意取得二手著作重製物之消費者該如何得知其前手取得者究竟是何種使用及移轉權限？若須一一比較以取得最適合之交易條件，消費者將付出不合理之交易成本，最終消費者僅有兩條路可以選擇：一是直接放棄於二手市場取得二手著作重製物，二是終日祈禱著作權人不會積極行使權利。

第四款 促進創新及使用平台之公平競爭

所謂促進創新，根據美國學者之分析，來源有三：第一，著作權人為求與二手市場有所區隔並有利於競爭，從而著作權人就原著作物所為之創新。例如升級、改版、增添新的功能或特色等；第二，二手市場致力於新技術或商業模式之研發；第三，創新亦可能來自於二手著作重製物之使用者，例如就著作重製物予以加工增添附加價值⁴⁵。

⁴⁴ *Id.* at 38.

⁴⁵ *See* Reis, *supra* note 37, at 191-192.




散布權耗盡原則亦可促進著作物使用平台之公平競爭。換言之，若著作權人無權控制使用者以何種方式使用其著作物，應可減緩消費者於轉換著作物使用平台時所產生之「**鎖定(lock-in)**」問題⁴⁶。蓋除了已於既有市場競爭之競爭者外，新進的競爭者也會因為此種平台鎖定問題而卻步，大幅降低新進競爭者投入市場競爭之意願。

除了上述優點，另有論者特別指出散布權耗盡原則在一個健康的著作權體系裡，有三項主要功能，分述如下：**第一，確保作者創作動機(preserves authorial incentives)**。例如散布權耗盡原則之發動前提在於當著作權人賣出其著作物並獲取合理報酬時，也就是說，散布權耗盡原則促使著作權人程度上可獲取合理報酬，或有獲得合理報酬之可能⁴⁷。**第二，散布權耗盡原則使消費者願意透過正常管道購買著作物(preserves consumers incentives to participate in the legitimate copyright marketplace)**。一般而言，「透過正常管道購買（取得）著作物」所花費的金錢⁴⁸往往高於「透過非正常管道購買（取得）著作物」，既然如此，我們又該如何說服消費者願意多花一些錢透過正常管道購買（取得）著作物呢？此際，散布權耗盡原則便能發揮功能，蓋只要消費者合法取得著作物，消費者之後對於該著作物之任何交

⁴⁶ 例如當亞馬遜的 Kindle 使用者決定不再使用 Kindle 並決定投入蘋果 iPad 的懷抱時，可能會發現以前在亞馬遜買的電子書無法全數轉移至 iPad，理由在於當初的電子書授權協議早已明白規定僅能於 Kindle 使用，這就是所謂的「平台鎖定」。

⁴⁷ 不過，我們也必須明白一件事：著作權法（特別是散布權耗盡原則）從來就不是確保著作權人獲利之工具。從而，著作權人於第一次銷售並獲得合理報酬後，就不應再賦予其控制已賣出之著作重製物之權利，無論該著作重製物是實體(tangible)或無實體(intangible)。

⁴⁸ 作者這邊使用「超競爭價錢(supra-competitive prices)」。*See Aaron Perzanowski & Jason Schultz, Legislation Digital Exhaustion, 29 Berkeley Tech. L.J. 1535, 1538 (2014) (Copyright asks consumers to pay supra-competitive prices for protected works,...)*. 而所謂的「超競爭價錢」簡單來說指的就是「高於市場行情的價錢」，比較詳細的說明，則可參照維基百科，茲節錄一段：「Supracompetitive pricing is pricing above what can be sustained in a competitive market. This may be indicative of a business that has a unique legal or competitive advantage or of anti-competitive behavior that has driven competition from the market. An example of a unique legal advantage would be a drug company that is the first to discover and successfully manufacture a medication to treat a certain disease. Initially, as the only market player, the drug company may be able to charge supra competitive prices until other companies catch up. In this case, the regulatory hurdle for drug approval may prove a substantial barrier to new competition.」, available at: https://en.wikipedia.org/wiki/Supracompetitive_pricing (last visited: 08/28/2015).



易行為均係合法(authorized transactions)。比如說，在傳統實體世界裡，我們可以將我們蒐集來的書、電影、圖畫以及音樂送給朋友、轉賣或是捐出去；但如果消費者不能同樣在數位世界裡滿足同樣的需求的話，他們或許會退出合法市場，轉而透過網路下載，而不花費任何一毛錢。或許我們可以說，若著作權侵權責任以及損害賠償是「棍棒」的話，那散布權耗盡原則就是「胡蘿蔔」(If infringement liability and statutory damages are the sticks, exhaustion is one of the carrots.)。第三，散布權耗盡原則可使交易成本下降(keep transaction costs low)。由於散布權耗盡原則程度上乃係著作權法中的權利法定原則(*numerous clausus*)，其限制著作權人可使用的交易模式以及避免創造出各種特殊權利。故有此原則，消費者原則上可無須一一查閱授權契約，省去許多交易成本⁴⁹。

第三項 法規

第一款 美國

第一目 著作權法第 106(3)條

美國著作權法第 106(3)條⁵⁰規定：「除第 107 條至第 122 條另有規定外，著作權人依本法享有行使或授權下列事項之排他權：(3)以銷售或其他所有權之移轉、或出租、出借等方式，對公眾散布其有著作權之著作物或影音著作。」此為美國法上關於散布權之規定。

⁴⁹ *Id.* at 1537-1538.

⁵⁰ 17 U.S.C. §106(3) (2011) (Subject to sections 107 through 122, the owner of copyright under this title has the exclusive rights to do and to authorize any of the following: (3) to distribute copies or phonorecords of the copyrighted work to the public by sale or other transfer of ownership, or by rental, lease, or lending).



第二目 美國著作權法第 109(a)條

美國著作權法第 109(a)條前段⁵¹規定：「無論第 106(3)條之規定，凡依本法合法取得對特定著作物或影音著作之所有人，或該所有人所授權之任何人，得不經著作權人之授權，將該重製物或影音著作予以販賣或對其持有予以處置。」此為美國法上關於散布權耗盡原則之規定。

第三目 說明

一、立法背景：*Bobbs-Merrill v. Strauss*.案⁵²

在 *Bobbs-Merrill v. Strauss*.案之前，為該案立下基礎的厥為美國聯邦最高法院於 1855 年曾經處理過的 *Stevens v. Royal Gladding* 案⁵³，*Stevens* 案主要確立了「著作權與著作物權分離原則」，亦即，著作權人對於著作之權利（即著作權）與其對著作具體化後之著作物的權利係分離的⁵⁴。

Bobbs-Merrill v. Strauss.案之事實及判決結果略為：出版商 Bobbs-Merrill 公司在小說《The Castaway》之書名頁上印有：「本書的淨售價為\$1。任何業者均不得以

⁵¹ 17 U.S.C. §109(a) (2011) (Notwithstanding the provisions of section 106(3), the owner of a particular copy or phonorecord lawfully made under this title, or any person authorized by such owner, is entitled, without the authority of the copyright owner, to sell or otherwise dispose of the possession of that copy or phonorecord.).

⁵² *Bobbs-Merrill v. Strauss*., 210 U.S. 339 (1908). 此外，在本案之前，1886 年的 *Henry Bill Publishing Co. v. Smythe* (27 F. 914, (C.C.S.D. Ohio))以及 1894 年的 *Harrison v. Maynard, Merrill & Co.* (61 Fed. 689, (2d Cir.))兩案，法院認為著作物經合法移轉所有權後，著作權人就該著作物所附不得轉售或限定只許出售給某些人之限制，都只能具有契約之效力，不再受著作權法之保障。請參見，賀德芬 (2012)，《著作權法論文集—著作權的實務個案》，頁 187 (註 110)，新北市：華藝數位。

⁵³ *Stevens v. Royal Gladding*, 58 U.S. 447 (1855).

⁵⁴ See Nengimote Daphne Diriyai, *To Be or Not To Be? Constructing a Digital Exhaustion Doctrine in the EU and US*, 18 (2013-2014).

較低的價格出售，若以較低價格出售，視為侵害著作權。⁵⁵」不過被告未得原告之同意即自行以 89 分出售，Bobbs-Merrill 因此提起訴訟，主張其販賣權(exclusive right to vend)受侵害。法院認為，小說著作權人已按其所訂價格賣出，即可認為著作權人之販賣權已實現。Bobbs-Merrill 除了想要擁有販賣的權利外，還想藉由印於書上的公告限制後續交易，這已超出當初立法者之立法原意⁵⁶。

嗣後，美國國會認可前述美國聯邦最高法院之見解，並將散布權耗盡原則於 1909 年之美國著作權法明文化，該原則於 1976 年美國著作權法修正時，規定於美國著作權法第 109(a)條。

二、簡要分析

首先，毋庸贅言的當然是散布權耗盡原則乃係散布權之限制；第二，散布權耗盡原則僅適用於合法取得之特定著作重製物；第三，主張散布權耗盡原則者係為該著作重製物之所有權人，從而，僅占有著作重製物並不夠，而這也是為何晚近著作權人流行使用「授權」之由來⁵⁷。

有趣的是，美國法上之散布權耗盡原則之起源乃係為了避免著作權人無限制擴大控制其著作的權利，進而賦予消費者相當保護，不過，就晚近美國實務運作之發展趨勢看來，結果上則似乎偏向著作權人。

⁵⁵ *Bobbs-Merrill*, 201 U.S. 339, at 341 (The price of this book at retail is \$1 net. No dealer is licensed to sell it at a less price, and a sale at a less price will be treated as an infringement of the copyright.).

⁵⁶ *Bobbs-Merrill*, 201 U.S. 339, at 351.

⁵⁷ See Diriyai, *supra* note 54, at 20; Monica L. Dobson, *COMMENT: ReDigi and the Resale of Digital Media: The Courts Reject a Digital First Sale Doctrine and Sustain the Imbalance between Copyright Owners and Consumers*, 7 *Akron Intell. Prop. J.* 179, 184 (2014-2015).



第二款 歐盟

第一目 歐盟資訊社會指令第 4 條

歐盟資訊社會指令第 4 條⁵⁸規定：「(1)會員國應賦予著作權人對其著作原件或其重製物有授權或禁止以買賣或其他方式向公眾為各種形式的散布之排他權。(2)著作原件或其重製物之散布權於歐盟境內不會耗盡，除非著作權人或經其同意於歐盟境內第一次銷售或移轉所有權。」由此可知，歐盟資訊社會指令將散布權及散布權耗盡原則規定在同一條。

第二目 歐盟電腦軟體指令第 4 條

一、散布權

歐盟電腦軟體指令第 4(1)(c)條⁵⁹規定：「除了受限於第 5 條及第 6 條之規定，第 2 條所稱著作權人之排他權應包括：(c)任何形式的對公眾散布電腦軟體原件及其重製物，包括出租。」

二、散布權耗盡原則

⁵⁸ Directive 2001/29/EC, Article 4 (2001) ((1)Member States shall provide for authors, in respect of the original of their works or of copies thereof, the exclusive right to authorise or prohibit any form of distribution to the public by sale or otherwise.(2) The distribution right shall not be exhausted within the Community in respect of the original or copies of the work, except where the first sale or other transfer of ownership in the Community of that object is made by the rightholder or with his consent.).

⁵⁹ Directive 2009/24/EC, Article 4(1)(c) (2009) (Member States shall provide for authors, in respect of the original of their works or of copies thereof, the exclusive right to authorise or prohibit any form of distribution to the public by sale or otherwise.).



歐盟電腦軟體指令第 4(2)條前段⁶⁰規定：「著作權人於歐盟境內第一次銷售電腦軟體重製物或經其同意後，該重製物之散布權於歐盟境內耗盡。」

第三目 說明

歐盟資訊社會指令之適用範圍除了電腦軟體外原則上適用於所有類型之著作物，而該指令第 4(2)條所規定的即是典型的散布權耗盡原則。值得注意的是，歐盟係採區域耗盡，也就是散布權耗盡之範圍僅限於歐盟境內。之所以採取區域耗盡，其中一個基本理由應係為了達成歐盟境內之「商品自由流通⁶¹」以及「歐盟單一內部市場(a single internal market)⁶²」之目標⁶³。不過其實在歐盟之前，許多會員國本身其實就有類似規定，以德國來說，該原則起源於 1906 年之德國帝國法院判決⁶⁴，嗣於 1965 年頒布的著作權法中，將該原則明文於第 17 條第 2 項⁶⁵，比美國

⁶⁰ Directive 2009/24/EC, Article 4(2) (2009) (The first sale in the Community of a copy of a program by the rightholder or with his consent shall exhaust the distribution right within the Community of that copy).

⁶¹ 在歐盟的演進過程中，「貨物流通自由原則」、「工人流動自由原則」、「服務業自由原則」與「資本流通自由原則」均扮演重要角色。請參見，吳嘉生(1999)，〈智慧財產權之理論與應用〉，頁 311，台北：五南。

⁶² 指的是歐盟的內部市場、或稱單一市場，或稱共同市場(The Common Market)，就是要打破會員國間既有的疆界，要讓 28 個小市場變成 1 個大市場，讓會員國的貨物、人員、服務和資金能在這個大市場內，自由地流通、公平地競爭，以提高歐盟整體的經濟福祉。請參見，沈建一(2015)，〈歐盟是怎麼「盟」？(9)〉，載於：經濟部投資業務處(各國商情)，<http://www.dois.moca.gov.tw/> (最後瀏覽日：11/04/2015)；王泰銓(1991)，〈歐洲單一市場之理想與實踐〉，《經社法制論叢》，8 期，頁 37-38。

⁶³ See Diriyai, *supra* note 54, at 22. 散布權耗盡原則之出現，目的之一就是為了避免權利人享有過大之散布權，以致影響物品之自由交易與流通。請參見，謝銘洋(2016)，〈智慧財產權法〉，6 版，頁 255，台北：元照。

⁶⁴ 德國帝國法院於 1906 年 *Koenigs Kursbuch* 判決中首次肯認權利耗盡原則，而令人覺得有趣的是，美國與德國的實務案例居然如此相像。該判決之原告為「Koenigs Kursbuch」一書的著作權人與出版商，該書於一般書店售價為 50 分尼，於原告自營的書店售價為 30 分尼。被告經營百貨商店，於商店中販售「Koenigs Kursbuch」的價格均低於 50 分尼，原告因此主張被告侵害其散布權，從而危害其書籍之行銷營運。法院否定原告主張，理由為著作權人(出版社)或其他權利之人使著作重製物流通於交易市場，經第三人取得所有權後，著作權人即不得再主張其散布權，亦不得禁止該第三人出售其取得之著作重製物。請參見，王怡蘋，前揭註 23，頁 7。

⁶⁵ 現行德國著作權法第 17 條第 2 項英文原文為：「Where the original or copies of the work have been brought to the market by sale with the consent of the person entitled to distribute them within the territory of the European Union or another state party to the Agreement on the European Economic Area, their dissemination shall be permissible, except by means of rental.」



還要早。而關於歐盟電腦軟體指令⁶⁶，最初係於 1991 年通過，嗣於 2009 隨著電腦軟體之發展而配合修正，如指令名稱所稱，本指令適用客體為電腦軟體，至於歐盟著作權指令與電腦軟體指令之差別何在，詳見後述。

此外，既然說在歐盟成立之前，許多會員國成員本身就有類似規定，這代表會員國彼此之間對於耗盡原則之規定各有解讀，標準不一。所以歐盟法院所要做的就是解釋各會員國已存在的耗盡規定並使其統一，而得以達成在歐盟境內耗盡之結果，*Deutsche Grammophon* 案⁶⁷便是歐盟法院最早為促進單一內部市場而建立散布權於歐盟境內耗盡之經典案例。

第三款 國際條約

第一目 世界智慧財產權組織著作權條約第 6 條

世界智慧財產權組織著作權條約(WIPO Copyright Treaty, WCT)第 6 條⁶⁸規定：「(1)文學和藝術作品的作者應享有授權透過銷售或其他所有權轉讓形式向公眾提供其作品原件或複製品的排他權。(2)對於在作品的原件或複製品經作者授權被

⁶⁶ 歐盟電腦軟體指令是歐體在著作權方面通過的第一個重量級指令，對向來由美國法律主導電腦程式保護的趨勢，多少有些均衡作用。請參見，洪麗玲（1992），〈歐市對電腦程式之保護〉，《資訊法務透析》，4 卷 6 期，頁 60；張於仁（1994），〈歐體智慧財產權現況報導—著作權篇〉，《資訊法務透析》，6 卷 7 期，頁 23。

⁶⁷ *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH v. Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG.*, Case 78/70 (1971). 詳細說明，請參見，張凱娜（1997），〈著作物平行輸入立法之檢討〉，《月旦法學雜誌》，26 期，頁 90-91。

⁶⁸ WIPO Copyright Treaty, Article 6 (1996) ((1) Authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing the making available to the public of the original and copies of their works through sale or other transfer of ownership. (2) Nothing in this Treaty shall affect the freedom of Contracting Parties to determine the conditions, if any, under which the exhaustion of the right in paragraph (1) applies after the first sale or other transfer of ownership of the original or a copy of the work with the authorization of the author.). 此處之中文翻譯，主要是參照 WIPO 的官方（簡體）中文版。另須注意的是，該中文版翻譯將「散布權」譯為「發行權」。惟「發行」一詞在我國著作權法上有其固定意義，與散布權顯有不同，從而於我國著作權法體系上兩者無法混用。請參見，羅明通（2014），《著作權法論 I》，8 版，頁 657-658，台北：台英國際商務法律事務所。



首次銷售或其他所有權轉讓之後適用本條第(1)款中權利的用盡所依據的條件（如有此種條件），本條約的任何內容均不得影響締約各方確定該條件的自由。」

第二目 世界智慧財產組織表演及錄音物條約第 8 條

一、表演

世界智慧財產組織表演及錄音物條約(WIPO Performances and Phonograms Treaty, WPPT)第 8 條⁶⁹規定：「(1)表演者應享有授權通過銷售或其他所有權轉讓形式向公眾提供其以錄音製品錄製的表演的原件或複製品的排他權。(2)對於在已錄製的表演的原件或複製品經表演者授權被首次銷售或其他所有權轉讓之後適用本條第(1)款中權利的用盡所依據的條件（如有此種條件），本條約的任何內容均不得影響締約各方確定該條件的自由。」

二、錄音物

世界智慧財產組織表演及錄音物條約(WPPT)第 12 條⁷⁰規定：「(1)錄音製品製作者應享有授權通過銷售或其他所有權轉讓形式向公眾提供其錄音製品的原件或複製品的排他權。(2)對於在錄音製品的原件或複製品經錄音製品製作者授權被首

⁶⁹ WIPO Performances and Phonograms Treaty, Article 8 (1996) ((1) Performers shall enjoy the exclusive right of authorizing the making available to the public of the original and copies of their performances fixed in phonograms through sale or other transfer of ownership. (2) Nothing in this Treaty shall affect the freedom of Contracting Parties to determine the conditions, if any, under which the exhaustion of the right in paragraph (1) applies after the first sale or other transfer of ownership of the original or a copy of the fixed performance with the authorization of the performer.).

⁷⁰ WIPO Performances and Phonograms Treaty, Article 12 (1996) ((1) Producers of phonograms shall enjoy the exclusive right of authorizing the making available to the public of the original and copies of their phonograms through sale or other transfer of ownership. (2) Nothing in this Treaty shall affect the freedom of Contracting Parties to determine the conditions, if any, under which the exhaustion of the right in paragraph (1) applies after the first sale or other transfer of ownership of the original or a copy of the phonogram with the authorization of the producer of the phonogram.).



次銷售或其他所有權轉讓之後適用本條第(1)款中權利的用盡所依據的條件（如有此種條件），本條約的任何內容均不得影響締約各方確定該條件的自由。」

第三目 說明

世界智慧財產權組織著作權條約(WCT)與世界智慧財產權組織表演及錄音物條約(WPPT)係聯合國所屬世界智慧財產權組織(WIPO)於 1996 年 12 月 20 日所通過而用以保護著作權與鄰接權之條約。

WCT 第 6(1)條所規定的即係散布權，另須注意的是，本條所稱之散布權，指的是以「銷售」或「其他所有權轉讓形式」向公眾提供其作品原件或複製品的排他權；第 6(2)條則係散布權耗盡之規定，即原則上對於在作品的原件或複製品經作者授權被首次銷售或其他所有權轉讓之後，散布權即告耗盡。惟本條項屬開放式規定，即若締約國有其他條件，亦屬締約國之自由，WCT 並不加以干涉。

WPPT 關於散布權及其耗盡之規定，則區分「表演者」與「錄音製品製作者」分別規定在第 8 條與第 12 條，也同樣是採用第一項規定散布權，第二項規定散布權耗盡原則之體例。散布權之內涵也與 WCT 相同，均係指「以銷售或其他所有權轉讓形式向公眾提供」；此外，關於耗盡之規定亦屬開放式規定，由各締約國自行決定，WPPT 並不加以干涉。

前述兩條約各有散布權及其耗盡之規定，但原則上差異不大。須注意的是，目前國際條約或協定對於耗盡之規定，原則上允由各國自由決定⁷¹，不過目前看起

⁷¹ 例如與貿易有關之智慧財產權協定(TRIPS)第 6 條即稱：「就本協定爭端解決之目的而言，且受第三條及第四條規定之限制，本協定不得被用以處理智慧財產權耗盡之問題。」也指出只要不違反國



來，各國規範雖不一致，但也大多是以「首次銷售或其他所有權轉讓之後」作為散布權耗盡之分界點。

第四款 臺灣

第一目 著作權法第 28-1 條

著作權法第 28-1 條：「著作人除本法另有規定外，專有以移轉所有權之方式，散布其著作之權利。(第 1 項) 表演人就其經重製於錄音著作之表演，專有以移轉所有權之方式散布之權利。(第 2 項)」此為臺灣法關於散布權之規定。

第二目 散布權耗盡原則：著作權第 59-1 條

著作權法第 59-1 條：「在中華民國管轄區域內取得著作原件或其合法重製物所有權之人，得以移轉所有權之方式散布之。」此為臺灣法關於散布權耗盡原則之規定。

第三目 說明

民待遇原則與最惠國待遇原則，各會員國得自行決定是否適用耗盡原則及其相關規定。此外，我國於 2002 年加入 WTO，根據 WTO 協定，原則上加入 WTO 之國家一併受其附件的協定之拘束。而 TRIPS 即係 WTO 協定之附件協定，因此，我國才得以加入 TRIPS 協定。目前 TRIPS 協定係我國至今唯一參與的多邊國際智財條約。請參見，陳秉訓 (2015)，〈從 TRIPS 協定談專利法第 99 條之解釋〉，《興大法學》，17 期，頁 143。而晚近台灣亟欲加入之「跨太平洋夥伴協定(Trans-Pacific Partnership Agreement, TPP)」關於耗盡之相關規定亦採取類似之作法，其中 18.11 即稱：「本協定不妨礙締約方法其法律制度所適用之智慧財產權耗盡條件。」



我國著作權法立法之初，並未賦予著作人散布權⁷²，直到 1985 年修正著作權法時，才賦予著作權人出租權，也就是一部分的散布權。1992 年修正著作權法的過程中，於著作權法第 87 條⁷³訂定視為侵害的規定，把明知為盜版物而仍予散布的行為，視為侵害著作財產權之行為，雖然未給予著作人完整的散布權保護，但程度上已實質肯認著作人之散布權。嗣為與國際接軌⁷⁴，2003 年我國著作權法配合修正納入散布權之規定，正式賦予著作人專有以移轉所有權之方式，散布其著作之權利⁷⁵。

著作權法第 59-1 條則係規定「散布權」的「第一次銷售原則(First Sale Doctrine)」、「耗盡理論(exhaustion doctrine)」⁷⁶，即本論文所稱的「散布權耗盡原則」。簡單來說，本條係為因應 2003 年著作權法修正新增第 28-1 條關於散布權之規定而配合增訂⁷⁷。

第三節 小結

本章主要內容首先介紹散布權之理論基礎，其中「著作物與著作權分離原則」至為重要，此乃散布權耗盡原則之所由，蓋著作物經買賣並移轉所有權後，著作權人並非一併把著作權移轉，惟若著作權人仍可對賣出之著作物擁有控制權，並

⁷² 以國際條約而言，最早的著作權保護國際條約伯恩公約(Berne Convention)也未一般性賦予著作財產權人散布權，僅僅明定電影著作享有散布權。請參見，內政部（1997），《著作權面對高科技發展之因應配合（第二年）報告》，頁 19，台北：內政部。

⁷³ 著作權法第 87 條（81/07/06）：「有左列情形之一者，視為侵害著作權或製版權：一、以侵害著作人名譽之方法利用其著作。二、明知為侵害著作權或製版權之物而散布或意圖散布而陳列或持有或意圖營利而交付者。三、意圖在中華民國管轄區域內散布而輸入在該區域內重製係屬侵害著作權或製版權之物者。四、明知係侵害電腦程式著作財產權之重製物而仍作為直接營利之使用者。」

⁷⁴ 主要是為了因應前述 WIPO 之「世界智慧財產權組織著作權條約(WCT)」與「世界智慧財產權組織表演及錄音物條約(WPPT)」兩項國際條約所新增之規定。

⁷⁵ 陳櫻琴、葉玟好（2007），《智慧財產權法》，2 版，頁 309-310，台北：五南；謝銘洋、馮震宇、陳家駿、陳逸南、蔡明誠，前揭註 17，頁 26。

⁷⁶ 章忠信，前揭註 18，頁 160-161。

⁷⁷ 陳櫻琴、葉玟好，前揭註 75，頁 310、326。

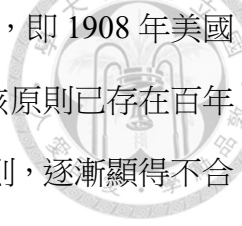


得據以干涉後續交易，並不合理。蓋因移轉繼受取得該著作原件或重製物之所有人，基於物權，本得自由管理、使用、處分或收益該著作原件或重製物。換言之，散布權耗盡原則之功能之一即在於調和著作財產權人之散布權與著作物所有人物權間之關係⁷⁸。不過，為何著作權人於出賣著作物之後，著作權人所擁有之散布權即告耗盡而改以所有權為優先，並不清楚。從而學者提出了許多理論以實其說，晚近通說則兼採「報酬理論」與「交易安全理論」作為散布權耗盡原則之理論基礎。換言之，基於保障著作物於交易市場之自由流通兼有知識傳遞之目的，從而有必要限制散布權（**交易安全理論**）；惟為了保障著作權人之權益並鼓勵創作，乃認為當著作權人首次銷售或經其同意銷售著作物並獲取合理報酬⁷⁹時（**報酬理論、對價平衡法理**），即為散布權耗盡原則發動之時間點。

由於本文主要在於介紹美國與歐盟對於散布權耗盡原則適用於數位環境下之發展為何，故法規的引介以美歐為主，而國際條約作為多數國家之共識，自然也必須加以介紹，不過在散布權耗盡原則規定之部分，如同前述，國際條約並未作過度干涉，理由或許在於耗盡原則與各國商業政策有關，不宜強制規定。最後，在法規的部分，則介紹我國法作為呼應，原則上我國規定大致未脫出美歐規定，僅細節稍有不同，這也正是美歐之發展可以作為我國參考之原因。

⁷⁸ 蕭雄淋（2015），著作權法論，8版，頁202，台北：五南。此為比較流行而普遍的說法。茲提供另一種說法，更能強調出散布權耗盡原則作為散布權耗盡臨界點之內涵：「著作財產權人依第28-1條規定，享有『散布權』，專有以移轉所有權之方式，散布其著作之權利，惟此一『散布權』應與著作重製物之所有權，作一均衡處理，亦即著作原件或著作重製物被散布前，應偏重著作財產權人『散布權』之保護，一旦著作原件或著作重製物，經著作財產權人同意之下，被第一次銷售或以其他方式移轉『所有權』後，就應全力保護著作重製物所有人之『所有權』，使『散布權』在第一次銷售行為後『耗盡』。」請參見，章忠信，前揭註18，頁160-161；換言之，普通物權（即指「所有權」）與智慧財產權（即指「散布權」）均具有排他性，惟何者之排他性較為優先，難免發生衝突，從而散布權耗盡原則便是作為標示出兩者分界之作用。請參見，邵良正（1997），〈智慧財產權商品平行輸入對屬地主義之衝擊—兼論耗盡理論之爭議〉，吳光明（等著），《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》，頁136，台北：台灣大學法律學系。我國立法相關資料亦採此。請參見，立法院第5屆第3會期第15次會議議案關係文書，頁討216-217。

⁷⁹ 至於獲得「多少」報酬？目前學說實務似乎沒有太多著墨，不過比較流行的說法都是說「合理報酬」，此外，「多少」報酬才叫「合理」？其實人言言殊，蓋著作權人希冀獲利極大化，但消費者通常渴望物超所值（CP值要高）。此際，便有「**對價平衡法理**」揮灑餘地。



散布權耗盡原則存在已久，若以美國散布權耗盡原則之濫觴，即 1908 年美國聯邦最高法院所處理的 *Bobbs-Merrill v. Strauss* 案作為起算點，該原則已存在百年以上。隨著科技發展，以實體世界作為基礎設計的散布權耗盡原則，逐漸顯得不合時宜，尤其晚近著作權人藉由一些小技巧，巧妙增添一些「魔術用語(magic words)」後，便能輕鬆規避著作權法存在百年之原則。

接下來，我在下面一章主要說明散布權耗盡原則如何因為本身制度設計問題與實務之發展，而使得運行百年的原則開始發生鏽蝕。

第三章 鏽蝕中的散布權耗盡原則



第一節 前言

雖然散布權耗盡原則有前述許多優點，然已運行百年的散布權耗盡原則，近年來不斷有學者為文表示該原則正面臨「鏽蝕」的危機。主要原因有二：第一，數位化科技的崛起。隨著科技的發展，許多著作不再以傳統實體著作物形式存在，它們形成「資料流(data flow)」於數位世界中到處流動。從而，若要期待消費者、著作權人或是管理者在這個數位世界裡監視每一項個別的著作，就如同要求吾人追蹤大海裡每一滴水的動向一樣困難；第二，「授權條款」試圖阻止消費者「擁有」數位產品。雖然在美國已經有些法院已經贊同授權條款之效力，但是授權條款所規定的內容，與消費者實際購物的經驗與認知仍然存在極大的鴻溝⁸⁰，並不合理。總之，數位科技與網路之發展已逐漸削弱散布權耗盡原則之實用價值。以下則主要說明為何散布權耗盡原則逐漸「鏽蝕」與現行學說實務意見之分析。

第二節 著作物的難題

隨著科技之發展，著作之流通模式已有劇烈改變，例如傳統著作物已從以往的書籍印刷品轉換為電子書。於此，相較於傳統著作物，新型態之無體數位著作顧名思義即有兩大不同：一、具有「數位性」；二、具有「無體性」。

⁸⁰ See Perzanowski & Schultz, *supra* note 48, at 1539-1540.



第一項 著作權保護之標的⁸¹

根據 1996 年的世界智慧財產權組織著作權條約(WCT)第 2 條⁸²規定：「著作權保護的範圍：著作權保護延及表達，而不延及思想、過程、操作方法或數學概念本身。」。換言之，所謂表達係指須具有一定之外部表現形式（即客觀化的表達），而能被人類五感所感知。


1979 年的「伯恩公約(Berne Convention)」第 2 條第 1 項前段⁸³規定：「稱『文學及藝術著作』者，應包括以任何方式或形式表達之文學、科學及藝術範圍之製作物，諸如：書籍、小手冊及其他撰著；演講、演說、佈道及其他類似同性質之著作；戲劇著作或歌劇著作；舞蹈著作及默劇；含歌詞或不含歌詞之音樂作曲；電影著作及其他藉由與電影攝影技術類似之程序表達之同類著作；素描、繪畫、建築、雕塑、雕刻及版畫之著作；攝影著作及其他藉由與攝影技術類似之程序表達之同類著作；應用藝術著作；插圖、地圖、設計圖、素描及地理、地形、建築或科學相關立體著作。」對於可受保護的著作給的定義又更加地寬廣。

在美歐方面，2001 年歐盟的「資訊社會指令」並沒有明確的對於著作權之標

⁸¹ See Agarwal, *supra* note 14, at 10.

⁸² WIPO Copyright Treaty, Article 2 (1996) (Copyright protection extends to expressions and not to ideas, procedures, methods of operation or mathematical concepts as such.). 這邊的中文翻譯，主要是參照 WIPO 的官方（簡體）中文版並加以修改以符合我國用語（也就是將「版權」修改為「著作權」）。請參見，WIPO，<http://www.wipo.int/portal/zh/>（最後瀏覽日：09/14/2015）。

⁸³ Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, Article 2(1) (1979) (The expression “literary and artistic works” shall include every production in the literary, scientific and artistic domain, whatever may be the mode or form of its expression, such as books, pamphlets and other writings; lectures, addresses, sermons and other works of the same nature; dramatic or dramatico-musical works; choreographic works and entertainments in dumb show; musical compositions with or without words; cinematographic works to which are assimilated works expressed by a process analogous to cinematography; works of drawing, painting, architecture, sculpture, engraving and lithography; photographic works to which are assimilated works expressed by a process analogous to photography; works of applied art; illustrations, maps, plans, sketches and three-dimensional works relative to geography, topography, architecture or science.).



的作出定義，倒是美國著作權法第 102 條第 1 項：「依本法受著作權保護之著作，係指附著於現在已知或將來可能發展之有形表現媒介之具原創性著作(original works of authorship)，藉該表現媒介得以感知、重製或播送該著作，不論直接或經由機械或裝置之輔助。原創性著作包括下列各類：(1)文學著作；(2)音樂著作，包括任何伴隨之詞句；(3)戲劇著作，包括任何伴隨之音樂；(4)默劇及舞蹈著作；(5)圖畫、圖形及雕塑著作；(6)電影及其他視聽著作；(7)錄音著作；(8)建築著作。⁸⁴」有明確指出受美國著作權法保護之標的為何。

第二項 固著於有體物上⁸⁵

前面提過的伯恩公約第 2 條第 1 項說過：「稱『文學及藝術著作』者，應包括以任何方式或形式表達之文學、科學及藝術範圍之製作物」；同條第 2 項⁸⁶另規定：「惟概括或特定種類之著作，是否應固著(fixed)於一定之有體形式後，始受保護，依本聯盟各會員國之法律定之。」西班牙著作權法第 10 條明確指出著作物可以以任何方式表達，無論有形或無形；瑞士著作權法亦不論著作是否須固著於有體媒介上；歐盟指令也未提到固著係受著作權保護的要件之一；在法國，例如 *Lacan* 案⁸⁷就表示，著作縱未固著於任何有體媒介，亦受保護。然而，美國著作權法第 102 條第 1 項前段則明確表示：「依本法受著作權保護之著作，係指附著於現在已知或將來可能發展之有形表現媒介之具原創性著作(original works of authorship)，藉該

⁸⁴ 17 U.S.C. §102(a) (2012) (Copyright protection subsists, in accordance with this title, in original works of authorship fixed in any tangible medium of expression, now known or later developed, from which they can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device. Works of authorship include the following categories: (1) literary works; (2) musical works, including any accompanying words; (3) dramatic works, including any accompanying music; (4) pantomimes and choreographic works; (5) pictorial, graphic, and sculptural works; (6) motion pictures and other audiovisual works; (7) sound recordings; and (8) architectural works.).

⁸⁵ See Agarwal, *supra* note 14, at 10-11.

⁸⁶ Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, Article 2(2) (1979) (It shall, however, be a matter for legislation in the countries of the Union to prescribe that works in general or any specified categories of works shall not be protected unless they have been fixed in some material form.).

⁸⁷ 本案法院認為口頭演說(oral presentation)可受到著作權法保護，而毋庸固著於任何媒介上。



表現媒介得以感知、重製或播送該著作，不論直接或經由機械或裝置之輔助。」我國在著作權保護要件上則並無固著之概念，換言之，著作的表現形式是透過有形或無形的媒介物、是否固著於有體物上，均非所問⁸⁸。

美國著作權法上所稱「固著(fixation)」，主要係指透過有體物來表達、具體化概念，從而可以長久地為人所感知而非只是短暫地傳達⁸⁹。惟如同前述，「固著」在歐盟許多國家並非著作權保護要件，不過美國著作權法則將其列為著作權保護要件之一。例如今日我在心中創作了一首詩歌，但我並沒有把這首詩寫在紙上，純就理論言，存乎心中的詩歌在歐盟許多國家仍然能夠受到著作權之保護，但卻不能在美國享有著作權。

第三項 以有體物為主的散布權及散布權耗盡原則

首先，關於散布權保護之範圍是否以有體物為限，國際上有兩種立法例，一種是另設新權利來涵蓋數位檔案之無形傳輸，一種則是直接將網路上之傳輸行為納入散布權規範⁹⁰。同樣地，散布權耗盡原則也分為兩種，限於有體物或有體、無體物均可適用，不過目前觀察國際上現有規定（例如 WCT、WPPT、美國之散布權耗盡原則、歐盟資訊社會指令、我國之散布權耗盡原則）則大多以適用於有體物為限，從而數位環境下是否仍可適用散布權耗盡原則，即生爭議⁹¹。

順著前面的脈絡可知，著作權法保護之標的乃人類精神上之創作，並非著作所

⁸⁸ 謝銘洋，前揭註 63，頁 98。

⁸⁹ See John T. Soma & Michael K. Kugler, *Why Rent When You Can Own? How Redigi, Apple, and Amazon Will Use the Cloud and the Digital First Sale Doctrine to Resell Music, E-Books, Games, and Movies*, 15 N.C. J.L. & Tech., 428 (2014).

⁹⁰ 羅明通，前揭註 68，頁 660-662。

⁹¹ 更加詳細的法規介紹與說明，我會在後面逐漸介紹。



附著之有體物，惟可能因為傳統散布權與散布權耗盡原則所涉事項大多涉及有體物之交易，進而發生散布權與所有權之衝突，從而有為數不少的散布權與散布權耗盡原則於立法之初即係以有體物作為規範客體。若此猜測屬實，那隨著目前著作逐漸採取數位傳輸型態，散布權與散布權耗盡原則以有體物為限之思維或許也該做出改變。

第四項 小結

「上一張專輯的時代，筆電還會附光碟機，現在比較少聽到人買實體 CD，都說『我去網路下載』。⁹²」知名樂團「五月天」之團員「怪兽」於某次接受雜誌專訪時，被問到關於「面對數位音樂的衝擊」時，如是說。

按照目前美國著作權法第 109 條之規定，散布權耗盡原則僅適用於著作物所有人(the owner of a copy)。然而，隨著數位儲存與散布科技的發展，「著作」與「著作物」之界線已日漸模糊⁹³，而消費習慣的改變，也深深地影響著我們與著作物的互動方式。比如說，實體重製物（曾經是散布行為的主要客體）晚近隨著網路的普及⁹⁴早已被雲端儲存(cloud storage)⁹⁵、數位串流(streaming)以及軟體即服務

⁹² 陳玉華、洪依婷(2015),〈五月天:當你開始複製自己 歌再好聽也會打折〉,《今周刊》,975期,頁128-129。

⁹³ 傳統散布權耗盡原則理論基礎之一即建立於著作與著作物之區分,在確保著作權人對著作合理且正常的利用權益下,充分尊重傳統動產因所有權讓與或出租所產生的物之自由流通。請參見,沈宗倫(2014),〈數位著作授權與合理傳輸—論權利耗盡原則的新時代意義〉,《智慧財產評論》,12卷1期,頁12;胡心蘭,前揭註37,頁124。從而,當數位科技模糊了著作與著作物之界線時,傳統的散布權耗盡原則是否能繼續適用於數位時代,即成問題。

⁹⁴ 以台灣整體網際網路用戶數方面,截至2014年3月底止,將各種商用網際網路連線方式用戶數經過加權運算,並加上學術網路(TANet)用戶數,扣除低用度用戶、一人多帳號與多人一帳號等重複值後,2014年第1季我國經常上網人口,為1,110萬人,上網普及率則為48%。請參見,2014年3月底止台灣上網人口,資策會 FIND, <http://www.find.org.tw> (最後瀏覽日:02/05/2016);另根據國家通訊傳播委員會(NCC)公布之統計資料可知,截至2015年12月之統計資料,我國寬頻上網帳號數竟有26,700,758個,超過台灣總人口數。請參見,寬頻上網帳號數(104年),國家通訊傳播委員會, <http://www.ncc.gov.tw> (最後瀏覽日:02/05/2016)。

⁹⁵ 例如由 Google 推出的 Chromebook 是搭載 Chrome OS 作業系統,這個由 Google 推出的系統,核

(software-as-a-service)⁹⁶取代⁹⁷，以出版業為例，近幾年媒體也時常報導銷售額衰退等情形⁹⁸。這些轉變或許值得慶祝（例如在便利、效率甚至是環境保護等），但我們也必須小心這些轉變可能對於在實體時代就建立起的（消費者與著作權人之間的）平衡造成影響⁹⁹。

事實上，這些科技進步，某種程度上也反應了消費者的喜好轉變。其中一項證

心架構源自於 Google Chrome 及 Linux，原本預計是在小筆電上使用，但在 2011 年時發布的版本，已可以在 x86 或 ARM 架構的處理器上運作。Google 是將 Chrome OS 朝向極簡的概念設計，並強化雲端運算的概念，推動使用者從習慣的桌面使用模式，轉移到網際網路上，也就是「網路即平臺」的觀念，只要透過各式雲端服務，便可完成平時在電腦上進行的工作。早已將許多軟體移至雲端而不預先載於電腦上，直接扭轉吾人使用電腦的習慣，拉長遠一點看，未來的電腦使用者或許會認為討論「軟體所有權」是很奇怪的一件事，因為他們自古以來就只是向廠商從雲端借用軟體使用。請參見，T 客邦，<http://www.techbang.com/>（最後瀏覽日：09/02/2015）；目前也出現所謂「雲端手機」，概念大致相同，請參見，Nextbit Robin 正式發表：「活」在雲端的 Android 新機，engadget 中文版，<http://chinese.engadget.com/>（最後瀏覽日：09/02/2015）；前述雲端手機，已於 2016 年 5 月 6 日於 PChome 24 網路店商平台開賣。請參見，Nextbit Robin 雲端手機 5/6 在台開賣 價格 9990，手機王，<http://www.sogi.com.tw/>（最後瀏覽日：05/06/2016）。

⁹⁶ 所謂軟體即服務係指軟體均儲存於雲端上，使用者無需下載安裝即可使用。相關說明，另可參見，維基百科，<https://zh.wikipedia.org>（最後瀏覽日：08/29/2015）。

⁹⁷ 過去我們購買紙本印刷書、電影 DVD、音樂 CD（甚至是黑膠唱片），但現在我們從網路、從雲端下載它們。而後者幾乎在每個部份，包括書籍、音樂、軟體及遊戲，數位買賣(digital sales)都勝過傳統實體交易(physical transacions)。See Perzanowski & Schultz, *supra* note 48, at 1540-1541.

⁹⁸ 在書市艱難的現在，亞馬遜（或是臺灣的網路書店「博客來」）卻又大張旗鼓地開起了「實體書店」，不過此種書店仍與傳統實體書店不同，它更像是一家「線下網店」，亦即書籍分類、評價等都來自亞馬遜官網，價錢保持線上線下同價，並且可以上手體驗各種電子裝置。我認為這應該是宣傳行銷之手法，恐怕不能認為是實體書店復辟。請參見，一家實體書店不夠，傳亞馬遜計劃要再開 400 家！，數位時代，<http://www.bnnext.com.tw/>（最後瀏覽日：02/04/2016）；而在我撰寫論文的期間，適逢「2016 台北國際書展」，由於觀展人數冷清，買氣不佳，引來許多出版業界人士撰文感慨，其中作家兼出版人傅月庵直指「**數位閱讀重傷紙本閱讀，早成事實（2010 年台灣書籍銷售總額 367.5 億，2015 年 190.4 億，下滑近 50%）**」又提及「**另一方面，當新書壽命不斷縮減，又碰到環保意識抬頭，若干二手書店改變經營策略，模仿新書店裝潢、分類、服務後，遂成為讀者寵兒。『很快便能買到舊的，又何必買新的呢？』**這讓出版業雪上加霜，直直掉落惡性循環。」請參見，傅月庵(2016)，〈數位閱讀陰影下的書展〉，端傳媒，<https://theinitium.com/>（最後瀏覽日：02/28/2016）。這是出版業人士的第一線觀察，我認為某種程度也可以解讀為之後若承認「數位散布權耗盡原則」，不意外地應該會造成出版業界的強力反彈，特別是關於那句「**很快便能買到舊的，又何必買新的呢？**」，蓋數位電子書「不會舊」，消費者可以在數位二手市場買到「既新且便宜」的書。這是承認數位散布權耗盡原則之後，所需面對的產業問題。此外我認為，日後部分「電子書」也可能被取代，例如工具書導向的書籍，被網路替代的情形更為明顯，有業者表示過去要學煮一道菜，可能需要買食譜，現在一上網 Google 就有許多的食譜分享。另外像 10 年前熱門的算命、占卜、星象書籍，過去星座專家出 1 本書、1 年銷量 2、3 萬本，如今市場萎縮 2/3，能賣出幾千本就偷笑。請參見，台灣人不愛看書？出版業 2015 銷售額創 13 年新低，風傳媒，<http://www.storm.mg/>（最後瀏覽日：03/03/2016）。其實前段所引述的業者說明，是在說明實體書被網路取代之情形，但是，我相信在不久的將來，可能有一大部分電子書也會被新的媒介所取代。

⁹⁹ See Perzanowski & Schultz, *supra* note 48, at 1541.



據就是 Netflix 跟 YouTube 貢獻（或是堵塞）了近一半的網路流量¹⁰⁰，晚近許多消費者寧願使用線上影音串流而不願意購買或是租借實體光碟，而這樣的情形也同樣發生在音樂市場¹⁰¹以及電玩市場（近期則以 Steam¹⁰²為代表）等。此外，筆者在閱讀國外文獻時，在 2014 年的文獻上有提到 OnLive 這家雲端遊戲平台公司，但在 2015 年的新聞中，有提到「OnLive 估值一度達到 18 億美元，但該公司隨後遭遇了沉重的債務負擔，經歷了一輪大規模裁員，並令人驚訝地以 480 萬美元的價格被出售。OnLive 宣佈，OnLive Game Service、OnLive Desktop 和 SL Go 將於 4 月 30 日關閉。不過，這些服務已不支援繼續付費訂購，而在 3 月 28 日之後付費訂購的用戶將獲得退款。」但該公司之後被 Sony 所收購，Sony 並藉以宣示其進軍雲端遊戲產業的決心¹⁰³，所以將來雲端遊戲產業的發展為何，尚須觀察。但不可否認的是，許多遊戲公司（例如微軟、索尼）都已投入此方面的研發與競爭。綜上所述，這些科技上以及消費習慣上的改變，確實已經使我們對於著作權法中著作物之

¹⁰⁰ See Joan E. Solsman, *Netflix, YouTube Gobble Up Half of Internet Traffic*, CNET (2013), available at: <http://www.cnet.com/news/netflix-youtube-gobble-up-half-of-internet-traffic/> (last visited: 08/31/2015) (In North America, Netflix and YouTube are the main traffic culprits, according to its twice yearly Global Internet Phenomena Report. Combined, they account for 50.31 percent of the downstream traffic during the peak part of the day.).

¹⁰¹ See Lauren DeLisa Coleman, *Why Apple's iTunes Radio Isn't a Threat to Pandora or Spotify... Yet*, *The Daily Beast*, available at: <http://www.thedailybeast.com/articles/2013/11/12/why-apple-s-itunes-radio-isn-t-a-threat-to-pandora-or-spotify-yet.html> (last visited: 08/31/2015) (Pew Research Center recently released figures indicating that as many as 38 percent of Americans listen to audio on digital devices each week, and that number is projected to double by 2015. Analysts estimate that the Internet radio industry will top \$1 billion in the coming years.).

¹⁰² Steam 是美國維爾福(Valve Corporation)於 2003 年 9 月 12 日推出的電子軟體分發、數位版權管理及社交系統，它用於數位軟體及遊戲的發行銷售與後續更新，支援 Windows、Mac OS 和 Linux 等作業系統，目前是全球最大的數位遊戲平臺。請參見，維基百科，<https://zh.wikipedia.org>（最後瀏覽日：09/14/2015）；此外，據報導，2013 年的 Steam 商城總共上架 561 款新遊戲，2014 年成長為 1814 款。2015 上半年至 7 月中旬為止共有 1592 款新遊戲上架，平均每週上架 55 款新遊戲，也就是平均每天上架 8 款新遊戲。請參見，〈Steam 遊戲數量急速成長究竟是福還是禍？〉，電腦王，<http://pcadv.techbang.com/>（最後瀏覽日：09/14/2015）。

¹⁰³ 詳細報導，請參見，〈18 億美金到剩 480 萬美金，Sony 收購雲端遊戲公司 OnLive 逾百專利〉，INSIDE，<http://www.inside.com.tw/2015/04/05/sony-buys-onlive-streaming-game-service>（最後瀏覽日：08/31/2015）。另外關於 Sony 於雲端遊戲產業的相關報導與分析，則可參見 Brian Solomon, *GameStop Plunges After Sony Unveils PlayStation Now Streaming Service*, *Forbes* (2014), available at: <http://www.forbes.com/sites/briansolomon/2014/01/07/gamestop-plunges-after-sony-unveils-playstation-now-streaming-service/> (last visited: 08/31/2015) (The video game world shook on Tuesday afternoon after Sony announced (along with a new Internet-based television service in the US) a streaming service called PlayStation Now at the Consumer Electronics Show. Video game retailer GameStop shares sank immediately following the news, as gamers considered a future without physical CDs and visits to their local store.).



概念理解及其定位產生影響¹⁰⁴。

而於探討傳統的散布權耗盡原則是否能夠適用至數位環境時，由於傳統散布權耗盡原則主要在處理著作物所有權與著作權人散布權之關係，而著作物自古以來均係有體之概念，例如按美國著作權法關於著作物(copies)之規定：「係指錄音製品之外，著作藉由現在已知或將來可能發展之方法所附著之實體物，使該著作內容得以被感知、重製，或直接或經由機器或裝置之輔助而播送。『著作物』一詞，包括該著作首次附著之實體物，但錄音製品除外。¹⁰⁵」另搭配關於「固著(fixed)」之規定¹⁰⁶，也都在在強調有體之概念¹⁰⁷。據此，反對者通常主張數位著作非屬著作物且無所有權，並不符法律文字規定，從而無法適用。以下則對於這兩點作一簡單思考，分述如下：

一、著作物

對此，論者有認為數位著作物仍屬於傳統著作權法下所定義之著作物，蓋只要著作能附於人類五感所能辨識之媒介，且透過此媒介，著作權人得對著作具有支配可能性，則該附於媒介之數位著作當然形成著作物，並不因為該著作係以數位格式呈現，而有所差異，從而數位著作物與實體著作物在法律上評價並無不同，而可稱為數位有體物，具有所有權。換言之，論者認為，即使於數位交易下，著作與著作

¹⁰⁴ See Perzanowski & Schultz, *supra* note 48, at 1542.

¹⁰⁵ 17 U.S.C. §101 (2011) (“Copies” are **material objects**, other than phonorecords, in which a work is fixed by any method now known or later developed, and from which the work can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device. The term “copies” includes **the material object**, other than a phonorecord, in which the work is first fixed.)

¹⁰⁶ 17 U.S.C. §101 (2011) (A work is “fixed” in a **tangible medium of expression when its embodiment in a copy or phonorecord**, by or under the authority of the author, is sufficiently permanent or stable to permit it to be perceived, reproduced, or otherwise communicated for a period of more than transitory duration. A work consisting of sounds, images, or both, that are being transmitted, is “fixed” for purposes of this title if a fixation of the work is being made simultaneously with its transmission.)

¹⁰⁷ 我國亦同，參照智慧財產法院 101 年度民著上字第 9 號民事判決稱：「著作物乃著作依其表現形式所附著之有體物（媒介或載體），為物權歸屬之客體。」即可知。



物仍有區別之可能性存在，尚難謂散布權耗盡原則無適用之實益¹⁰⁸。

事實上，本文認為若強調散布權耗盡原則之精神在於：「以著作權人取得市場利得（或有取得之可能）作為其放棄對商品日後自由流通控制之對價」，淡化其處理散布權與所有權關係之色彩，則此時著作物是否有體及是否有所有權即並非觀察重點，而在於誰對著作物保有「支配（控制）可能性」，思考上更為經濟，乾淨俐落。而散布權之規範原意亦應在此¹⁰⁹。再者，散布權耗盡原則指的也是當著作物售出後，著作權人便不能對該特定著作物後續處分有進一步之控制權¹¹⁰。換言之，當著作權人放棄對於數位著作之支配可能性並取得報酬後，消費者自然取得對數位著作物之支配可能，此際著作權人基於對價平衡法理，即不能再干涉消費者後續移轉數位著作物之行為。

不過前述「支配可能性」的思考（其實類似於後述歐盟 *UsedSoft* 案之「無限期使用」以及美國 *UMG* 案所稱之「是否仍對該著作物握有控制力」）並不能符合現行傳統規範，最多僅能說是取得「類似所有權人之地位」，從而本文認為論者所提出「數位著作物仍屬著作權法所定義之著作物」之見解殊值參考¹¹¹，且透過此見解，並不用更動一般人對於傳統著作物之思維，接受度可能較高。惟現行非有體物

¹⁰⁸ 沈宗倫，前揭註 93，頁 26-27。

¹⁰⁹ 智慧財產法院 99 年度刑智上易字第 80 號刑事判決即稱：「所謂第一次銷售理論（First Sales Doctrine），學理上又稱耗盡理論、用盡理論（Exhaustion Doctrine），係指著作權人一旦出售其著作物或移轉其所有權，即喪失對該著作物應否散布、如何散布之控制力，亦即著作權人對於著作原件及合法重製著作物之散布權，於首次出售或移轉其所有權予他人時，即已耗盡，則取得著作原件及合法重製著作物之人將之再次出售或移轉所有權，著作權人不得再對其主張散布權，是以取得著作原件及合法重製著作物之人就該合法重製著作物享有完全之自由處分權。」

¹¹⁰ See Jonathan C. Tobin, *Licensing as a Means of Providing Affordability and Accessibility in Digital Markets: Alternatives to a Digital First Sale Doctrine*, 93 J. Pat. & Trademark Off. Soc'y 167, 170 (2011).

¹¹¹ 我起初之想法是因應數位時代的來臨，所以質疑真當「非物不可」？因而偏向揚棄實務見解總是強調著作「物」之概念。不過，我認為沈宗倫老師的意見在現行法解釋論下恐怕更具妥當性，理由在於老師的說法在於回歸基本，認為傳統概念下之著作物亦可包括數位著作物，並如同實務見解以詞害意，殊值贊同。從而，我的非「物」不可？是對傳統實務見解之反思，惟若透過解釋即使著作物之概念亦包括數位著作，無疑是對數位散布權耗盡原則注入一劑強心針。



不可的思維，長遠而言，影響的絕非僅有著作權法相關問題，其他法規範¹¹²日後亦應做同等程度的檢討修正。

二、所有權

所有權是典型的物權，或稱物權之原型，我國通說按民法第 765 條認為：所有權者，指於法令限制之範圍內，對物為全面支配的權利¹¹³。物權是一種物之歸屬的權利，法律賦予權利人直接支配其物之力，或者說物權是指人對物的支配，進而排除他人干涉的權利，而所謂直接支配，係指物權人得依自己的意思享受物的利益¹¹⁴。總而言之，物權強調特定物之歸屬(Zuordnung)¹¹⁵於特定主體，至於直接支配特定物及對抗任何人，則屬物權效力，或謂源自於物權財貨功能¹¹⁶。

持「無所有權」之意見者，自然是隨「數位著作係屬無體」之思維而發。所有權之概念建立於公元前 2 世紀的羅馬法，13 世紀義大利注釋法學派大師 Bartolus 氏首次將所有權定義為：「所有權者，除法律禁止外，得對**有體物**為不受限制處分之權利。」¹¹⁷我認為現行對於所有權概以有體物為前提之觀念，應與早期羅馬法有關，惟隨著時代科技之發展，此觀念應有修正之必要。再者，我國學說上關於物之

¹¹² 例如**民法**，林麗真教授指出：無體數位產品之產生與交易模式，均非民法制定之初可以預知，如果產生交易糾紛，除根據雙方契約約定，應如何適用民法現行規範，民法債編中各種契約有名契約之規範，是否仍有適用餘地？將是未來無體數位商品（文章中是以電子書為論述重點）交易興起後會面臨之問題。請參見，林麗真（2011），〈電子書線上交易契約法律問題探討〉，《中原財經法學》，26 期，頁 133；另可參最高法院 80 年度台上字第 2319 號判決稱：「**按民法關於物之瑕疵擔保責任之規定，係適用於有體物之買賣，且係就特定物而言**。申言之，所謂物之瑕疵擔保，係指有體物之買賣，其出賣人應擔保其物依民法第三百七十三條之規定危險移轉於買受人時，無滅失或減少其價值之瑕疵，亦無滅失或減少其通常效用，或契約預定效用之意。」

¹¹³ 王澤鑑（2009），《民法物權》，頁 135，台北：自刊。

¹¹⁴ 王澤鑑，前揭註 113，頁 37，台北：自刊；鄭冠宇（2013），《民法物權》，3 版，頁 3，台北：新學林。

¹¹⁵ 另有譯為「定分」。請參見，蘇永欽（2008），《尋找新民法》，頁 105，台北：元照。

¹¹⁶ 德國通說採此。請參見，蔡明誠（2003），《物權法研究》，頁 6，台北：學林。

¹¹⁷ 王澤鑑，前揭註 113，頁 135。



概念，實際上也並未專指有體物¹¹⁸，只要人力所能排他支配且具獨立性即可¹¹⁹，從而若強調「物之歸屬」，無體物未必不能有所有權之概念。

綜上，若認為數位著作物係屬人力所得支配，且獨立滿足人類社會生活需要之數位有體物，則該數位有體物自能作為所有權之客體¹²⁰，具所有權，數位著作物之銷售即可認為是所有權之讓與¹²¹；再者，若強調物權之重點在於「歸屬權」，吾人基於現今科技，得對數位著作行使占有、使用、收益、處分等所有權之積極權能，亦能行使排除他人干涉之所有權消極權能，若謂吾人對數位著作並無所有權，恐怕昧於現實。比較法上，美國 *London—Sire Records, Inc. v. John Doe 1* 案則認為數位傳輸亦能構成美國著作權法第 106(3)條所稱之所有權移轉¹²²，值得參考。

第三節 授權契約之大量使用

首先必須指出的是，並不是每一個占有的移轉都伴隨著所有權移轉¹²³。而重製物所有權的概念，一直是一個重要的議題¹²⁴，但卻一直到數位時代，這個概念才成為一個學說實務上重要的及主要的討論議題之一。

¹¹⁸ 王澤鑑（2008），《民法總則》，修訂版，頁 225，台北：自刊。

¹¹⁹ 陳聰富，前揭註 33，頁 149-150。

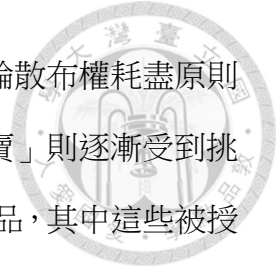
¹²⁰ 這邊雖仍稱「數位有體物」，但我認為是否有體並非重點，重點在於該物是否吾人所能支配。

¹²¹ 沈宗倫，前揭註 93，頁 33。

¹²² *London—Sire Records*, 542 F.Supp.2d, at 174 (For similar reasons, **the Court concludes that an electronic file transfer can constitute a “transfer of ownership” as that term is used in § 106(3).** As noted above, Congress wrote § 106(3) to reach the “unauthorized public distribution of copies or phonorecords that were unlawfully made.” House Report at 62, reprinted in 1976 U.S.C.C.A.N. at 5676. That certainly includes situations where, as here, an “original copy” is read at point A and duplicated elsewhere at point B. **Since the focus of § 106(3) is the ability of the author to control the market, it is concerned with the ability of a transferor to create ownership in someone else—not the transferor’s ability simultaneously to retain his own ownership.**)

¹²³ *UMG Recordings, Inc. v. Augusto*, 628 F.3d 1175 (9th Cir. 2011). 判決也特別指出，這種情形在電腦軟體更加明顯。

¹²⁴ See *Perzanowski & Schultz*, *supra* note 48, at 1544.



「買賣」的概念在實體世界中非常清楚，惟晚近當我們在討論散布權耗盡原則相關議題時，「授權契約」逐漸成為焦點，傳統上所認知的「買賣」則逐漸受到挑戰，蓋散布權耗盡原則僅適用於被賣出的商品而不是被授權的商品，其中這些被授權的商品又以數位著作為大宗¹²⁵。以數位出版業為例，目前業者大多主張其與消費者之關係並非買賣契約，而係數位出版品之再授權利用契約；消費者所取得的，並非出版物之所有權，而是數位出版品之非專屬利用權¹²⁶。

在美國，基於許多理由，例如早期聯邦智慧財產權保護的不確定性，早期許多軟體公司均透過授權條款限制轉賣，造成軟體所有權的混亂。而在法院部分，對於這些授權條款的意見也並不一致。雖然有些法院肯認授權條款之效力，但隨著傳統的實體重製物轉換為數位重製物，以及越來越多的數位產品業者在他們的服務條款置入各種限制，司法實務這種直接肯認授權條款效力的作法，勢必將會對整個著作權經濟結構造成「漣漪效應(ripple effect)¹²⁷」，不可不慎。

總之，智慧財產權與授權契約之關係密切，有時可能產生濫用權利或違反競爭之行為，從而危害交易效能以及阻礙技術之轉移及擴散¹²⁸，美國法上即有學者認為授權契約將導致超著作權之形成，也可能規避著作權保護期間之限制，最後終將阻礙科學之進步¹²⁹。

¹²⁵ See Agarwal, *supra* note 14, at 37.

¹²⁶ 周天 (2011)，〈網路時代我國數位出版產業面臨的著作權挑戰〉，《檢察新論》，10 期，頁 3。

¹²⁷ See Perzanowski & Schultz, *supra* note 48, at 1542. 漣漪效應主要是在描述一個事物造成的影響漸漸擴散的情形，類似物體掉到水面上，所產生的漣漪漸漸擴大的情形，不過它在社會學、社會心理學、經濟學上都有不同的定義；宋／歐陽修／採桑子／輕舟短棹西湖好：「無風水面琉璃滑，不覺船移，微動漣漪。驚起沙禽掠岸飛。」所謂漣漪微動（法院判決）便可驚起沙禽掠岸飛（著作權經濟結構），我認為倒也符合此處所形容之狀況。請參見，重編國語辭典修訂本，<http://dict.revised.moe.edu.tw/index.html>（最後瀏覽日：09/01/2015）。

¹²⁸ 蔡明誠 (2001)，〈加入 WTO 對我國智慧權保護法制的影響〉，《月旦法學雜誌》，79 期，頁 53。

¹²⁹ See Alandis Kyle Brassel, *Confused, Frustrated, and Exhausted: Solving the U.S. Digital First Sale Doctrine Problem through the International Lens*, 48 Vand. J. Transnat'l L. 245, 259 (2015).



第一項 授權契約之種類

以下主要介紹兩種授權契約：「拆封授權契約」與「點選授權契約」。其實根據其名詞即可大略猜出一個使用於實體物上，一個則係使用於網路數位世界裡。以下則分別介紹其內容。

第一款 拆封授權契約

拆封授權條款(shrink-wrap license agreement)係指軟體業者就其所出售之軟體，為了限制消費者僅能於一定的授權範圍內使用，特別將該授權條款事先記載或印刷於軟體包裝盒上，或將已印妥的授權條款書面置於包裝盒內，並註明消費者拆開包裝盒的行為即視為表示願意接受該授權條款之拘束¹³⁰，此種以消費者之拆封行為視為願意接受授權條款拘束之契約條款，就是拆封授權條款，又稱為包裝盒條款(box-top agreement)¹³¹。不過，須加以說明者係，多數盒裝軟體除了拆封授權契約外，在安裝軟體時，也會跳出詢問使用者是否同意授權契約之畫面，以確保使用者看過契約內容，從而實際上目前已無單一拆封授權契約，而多屬拆封授權契約與後述點選授權契約之混合¹³²。

¹³⁰ 例如可能會出現這樣的文字：「**購買者請注意!!!本產品一經拆開包裝，視同購買者同意包裝上所附授權契約之一切條款，請購買者務必詳細閱讀條款內容後再拆封。在未拆封前，購買者有權要求原價退回產品。**」請參見，楊淑玲（2007），〈淺論拆封授權條款相關問題〉，《萬國法律》，155期，頁77。

¹³¹ 林合民（1997），〈拆封授權條款的法律效力〉，《智慧財產權管理季刊》，15期，頁36。

¹³² 葉奇鑫（1998），《電腦軟體拆封授權契約之研究》，頁43-44，私立東吳大學法律研究所碩士論文；黃惠敏（2005），《數位時代下著作權授權契約與著作權限制衝突之研究》，頁20，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。



第二款 點選授權契約

點選授權契約(click-on license agreement)出現的型態和拆封授權契約類似，所以也有人將其合併討論。這種契約在使用者欲安裝程式或進入主要網頁時，電腦螢幕上會出現一個對話視窗，要求使用者點選「同意(I agree)」後使用者始得下載軟體或接觸著作之內容¹³³，如果使用者不接受該契約內容，則程式自動跳出，拒絕使用者安裝使用該軟體，或進入該網站主要網頁，這種型態之契約授權方式亦有稱作「按鈕拆封(click-wrap)」或「螢幕授權(On-Screen License)」¹³⁴。

第二項 授權契約之成立

不同的交易類型，法律上判斷契約成立與否的必要性實際上南轅北轍。在現物買賣，就契約是否成立之問題，在法律上發生訟爭之機會微乎其微；而較複雜之契約（如不動產買賣契約），為求法律關係明確，多以書面為之，從而為契約成立與否而發生爭執，並不多見，惟隨著交易型態之日新月異，就契約成立與否，即生許多問題，例如電子商務領域即是。此外，定型化契約條款是否成為契約之內容，亦成為契約成立判斷上之重要問題¹³⁵，本論文所涉數位產品授權契約，原則上應屬定型化契約¹³⁶，是故授權契約是否成立，即為重點之一。

以拆封授權契約而言，當消費者購買盒裝軟體之後，若無其他情形，原則上系爭盒裝軟體之買賣契約自然成立生效。惟一般消費者若未能於交易之當下知悉

¹³³ 黃惠敏，前揭註 132，頁 20-21。

¹³⁴ 葉奇鑫，前揭註 132，頁 43。

¹³⁵ 陳自強（2014），《契約之成立與生效》，3 版，頁 96，台北：元照。

¹³⁶ 消費者保護法第 2 條第 7 款：「定型化契約條款：指企業經營者為與多數消費者訂立同類契約之用，所提出預先擬定之契約條款。定型化契約條款不限於書面，其以放映字幕、張貼、牌示、網際網路、或其他方法表示者，亦屬之。」



拆封授權契約之內容，而是在事後才知悉授權契約內容，消費者顯然無法另行與軟體業者為承諾與否之意思表示，因此雙方就授權契約條款如何達成合意，則有待進一步討論。論者有認為原則上應可分為兩種情況：首先，消費者所購買的盒裝軟體之包裝盒上已明顯以中文載明消費者拆封或使用軟體之行為將被視為同意接受授權條款之拘束，理由在於此際應符合民法第 161 條¹³⁷之規定，本條規定於學理上稱為「意思實現」，立法目的在於簡化、便利契約之成立¹³⁸。故此時似應認為當消費者於拆封或使用軟體前既已有閱讀拆封授權條款全文之機會，並了解拆封行為或繼續使用該軟體即表示願受該條款之拘束，應認雙方就該拆封授權契約條款已因意思實現達成合意，而發生契約效力，消費者不得於拆封或使用該軟體後主張契約不成立或要求解除買賣契約¹³⁹，此其一；或者，倘若拆封授權條款未印在盒裝軟體包裝盒上而是附在包裝盒內，則至少應在包裝盒外就授權條款之存在為適當之標示，若消費者於閱讀相關條款後，不願接受系爭條款拘束時，應有權向業者要求無條件解除軟體買賣契約及退貨退款之權利，否則應屬違反消費者保護法之平等互惠原則，此其二¹⁴⁰。

點選授權契約之解釋方式與拆封授權契約大同小異。一般而言，點選授權契約之全文有些會直接出現在頁面上，我個人碰過一些「比較功夫的」，甚至會在授權

¹³⁷ 民法第 161 條：「依習慣或依其事件之性質，承諾無須通知者，在相當時期內，有可認為承諾之事實時，其契約為成立。(第 1 項)前項規定，於要約人要約當時預先聲明承諾無須通知者準用之。(第 2 項)」

¹³⁸ 王澤鑑 (1999)，《債法原理 (一)：基本理論、債之發生》，頁 201，台北：自刊。

¹³⁹ 這邊的前提仍然建立在消費者「已有閱讀拆封授權條款全文之機會，並了解拆封行為或繼續使用該軟體即表示願受該條款之拘束」，不過我認為，讀了可是讀不懂 (資訊弱勢)，讀懂了可是卻不得不用該軟體 (消費者只有接受或不接受兩種選項) 才是問題所在。此外，其實「意思實現」之適用前提：「依習慣」或「依事件性質」之要件，並非想像上寬鬆，例如德國法上認為依習慣承諾無須通知者，通常係該事件對於受領人具有所謂「相當利益」及「急迫需要性」，例如與民生必需相關之水、電、瓦斯供應等。適用上似乎應多加斟酌。請參見，鄭冠宇 (2015)，《民法債編總論》，頁 53，台北：新學林；不過也有論者認為由於點選授權或拆封授權在實務上已被十分廣泛地使用，授權人從未要求使用者對其通知承諾之表示，應可認為係依交易之習慣承諾無須通知；另一方面，業者要求使用者在程式畫面上以按鍵來選擇同意，也可解釋成業者有「聲明承諾無須通知」之默示。於是，當使用者按下同意鍵時，解釋上即可認為承諾，契約成立。請參見，郭聯彬 (1997)，《網路軟體使用授權契約之研究》，頁 126-127，私立輔仁大學法律學研究所碩士論文。

¹⁴⁰ 林合民，前揭註 131，頁 37。



契約下之同意鍵上設置讀秒器，例如強迫用戶至少需閱讀契約 30 秒，始得按下同意鍵¹⁴¹；有些則是僅附上授權契約連結。解釋上這些都符合消費者保護法對於定型化契約所要求的明示或以顯著方式公告其內容之要求¹⁴²，再透過要求使用者明確地選取「同意」或「不同意」鍵表示是否同意接受授權契約拘束，原則上若消費者選擇同意，該點選授權契約條款均能因此成為契約之內容¹⁴³。

惟應予注意者，按消保法第 11-1 條之規定¹⁴⁴對於定型化契約條款其實有「猶豫期間」之規定，不過在點選授權契約之實際運作下有其困難之處，因為消費者不可能過兩天再下載，且因該條屬強制性規定，有造成定型化契約條款無法構成契約內容之可能，恐造成不必要之困擾¹⁴⁵。

第三項 授權契約之效力

拆封授權契約及點選授權契約為電腦軟體以及網路服務常見之商業模式，然此種由業者所單方擬定的授權契約之效力為何，早期頗有疑義。美國第七巡迴法院

¹⁴¹ 老實說，就我個人經驗，我從來沒有特別去仔細閱讀，大多利用這 30 秒去做其他事情；有數據指出，不到 8% 的用戶願意詳細閱讀授權契約。See Reis, *supra* note 37, at 183.

¹⁴² 消費者保護法第 2 條第 7 款：「定型化契約條款：指企業經營者為與多數消費者訂立同類契約之用，所提出預先擬定之契約條款。定型化契約條款**不限於書面，其以放映字幕、張貼、牌示、網際網路、或其他方法表示者，亦屬之。**」不過原則上均需使消費者可以方便取得閱讀為準，例如有些網頁瀏覽授權契約(browse-wrap agreement)，消費者有時候想要找來看還找不到，或是路徑非常複雜，要點選很多連結後始能閱讀。這種時候，我們傾向認為系爭授權契約無效。See Reis, *supra* note 37, at 199-200.

¹⁴³ 馮震宇(1999)，〈論網際網路與消費者保護問題〉，氏著，《網路法基本問題研究(一)》，頁 223，台北：學林。

¹⁴⁴ 消費者保護法第 11-1 條：「企業經營者與消費者訂立定型化契約前，應有**三十日**以內之合理期間，供消費者審閱全部條款內容。(第 1 項)企業經營者以定型化契約條款使消費者拋棄前項權利者，無效。(第 2 項)違反第一項規定者，其條款不構成契約之內容。但消費者得主張該條款仍構成契約之內容。(第 3 項)中央主管機關得選擇特定行業，參酌定型化契約條款之重要性、涉及事項之多寡及複雜程度等事項，公告定型化契約之審閱期間。(第 4 項)」。舉例言之，根據行政院消費者保護會公布之「定型化契約審閱期間彙整表」，在「電腦電器類」中的「線上遊戲定型化契約範本」就被規定至少需有**3 日**之審閱期。請參見，行政院消費者保護會，<http://www.cpc.ey.gov.tw/>(最後瀏覽日：03/10/2016)。

¹⁴⁵ 馮震宇，前揭註 143，頁 226。

於 1996 年之 *ProCD, Inc. v. Zeidenberg* 案¹⁴⁶則首度明白承認了拆封授權契約之有效性，法院認為拆封授權契約因具備以下三要件而屬有效：(1)軟體包裝上清楚載明購買人拆封該軟體後即須受到軟體所附之授權契約內容之拘束；(2)購買人有足夠之機會閱讀授權契約之內容；(3)購買人不同意該授權契約，得退回該軟體並取回已支付之價金。亦即法院肯認拆封授權契約之效力，除非拆封授權契約之內容違反一般契約之原則（例如違反法律規定或顯失公平之條款）。嗣後，在 *Hotmail Corp. v. Van\$ Money Pie Inc.* 案¹⁴⁷則肯認了點選授權契約之效力¹⁴⁸。

本文於此處無意詳細介紹拆封授權契約與點選授權契約之實務發展史，原則上讀者僅需知悉於交易上有此種類型之授權契約即可，且該等契約效力原則上是肯定的。此外，早期在討論授權契約時，在細部討論個別不合理條款之部分時（例如免責條款這種單方有利之條款），都會有關於「禁止轉售（讓與）條款」之相關討論（也就是「散布權耗盡原則得否受契約限制而被排除適用？」）¹⁴⁹，因為那時候盒裝軟體相對盛行，所以實際上整個商業模式會是：「消費者與軟體經銷商成立買賣契約；與軟體業者成立授權契約¹⁵⁰」不過到了現在，由於數位著作乃係透過網路下載，消費者能夠直接與業者接觸、交易，所以業者更能直接強調整個交易僅屬「授權」使用，而非「銷售」。

¹⁴⁶ 86 F.3d 1447 (7th Cir. 1996).

¹⁴⁷ 1998 WL 388389.

¹⁴⁸ 經濟部智慧財產局（2013），〈網路傳輸授權模式之研究與所發生之著作權爭議與因應〉，頁 55-56。

¹⁴⁹ 相關討論，請參見，林合民，前揭註 131，頁 38；楊淑玲，前揭註 130，頁 82；經濟部智慧財產局，前揭註 148，頁 59-60；陳家駿（2008），〈數位網路電子商務影音光碟出租交易之著作權爭議—從我國實務及美國聯邦最高法院廣達案判決談權利耗盡原則〉，《智慧財產權月刊》，119 期，頁 52-56。

¹⁵⁰ 周舒雁（1996），〈標準電腦軟體利用契約之研究〉，頁 73-78，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。



第四節 近期美國、歐盟相關實務見解分析

目前世界各國的著作權法之規範取向原則上可概略區分為兩種：「著作權法系 (the copyright system)」(普通法系國家之財產價值取向，例如英美)與「著作權人法系(the author's right)」(大陸法系國家之人格價值觀取向，例如法國、德國)，因為兩種法系所關心之重點不同¹⁵¹，前者著重經濟思維與財產權運用，偏向功利主義；後者則受自然法影響，認為著作權之根基乃建立於自然權利之上，故以作者為中心¹⁵²，導致兩派學說實務之發展可能有些差異，例如就原創性之標準高低即有不同之處¹⁵³。以下則整理美國與歐盟代表性判決來說明法院對於業者這種「是不是授權，我說了算」之看法為何，或許也可以展現兩種法系下之實務發展趨勢。

第一項 美國實務

第一款 Vernor v. Autodesk¹⁵⁴


第一目 案例事實

¹⁵¹ 或者說他們的「智慧財產哲學」不同，即：美國的功利主義，歐陸的天賦人權。請參見，蔡鏞宇(2015)，〈建立與伯恩公約/TRIPs 相容之著作權形式要件(formalities)制度〉，《專利師》，21 期，頁 17；不過若根據由多位著名歐洲智慧財產法學者於 2002 年組成「Wittem Group」所提出之「歐洲著作權法典(The European Copyright Code)」草案，其中不少內容已向著作權法系妥協。請參見，劉孔中(2013)，〈著作權法宏觀修法之比較研究〉，《智慧財產評論》，11 卷 2 期，頁 20。

¹⁵² 沈宗倫(2015)，〈著作權法之基本用語與法律體系概述〉，《月旦法學教室》，150 期，頁 69；許曉芬(2015)，〈歐盟著作權最新修法趨勢與挑戰〉，《智慧財產權月刊》，197 期，頁 31 (註 6)；See Brassel, *supra* note 129, at 254-255.

¹⁵³ 許忠信，前揭註 38，頁 386-387；羅明通，前揭註 68，頁 105。

¹⁵⁴ Vernor v. Autodesk, Inc., 621 F.3d 1102 (9th Cir. 2010). 本案經典之處在於建立了授權契約的判斷標準，惟系爭判決作成後，飽受學者批評，認為此判決作成後將鼓勵著作權人設下更多使用及移轉限制；不過慶幸的是，該判決並未關上著作權濫用抗辯這道門，其詳後述。See Stephen Zinda, *Preserving The Copyright Balance: Why Copyright Misuse Should Invalidate Software Licenses Designed to Prohibit Resale and Oust Service Market Competition*, 48 Hous. L. Rev. 1241, 1256-1257 (2012).



本案在基礎事實上並無爭議。Autodesk 係一家生產電腦繪圖軟體之公司，該軟體主要使用者為建築師、工程師與製造商。Autodesk 並於 1982 年首次發行 AutoCAD 軟體。Autodesk 擁有其公司所生產的所有軟體版本的著作權，包括已經本件所涉及之（已停產的）Release 14 版本。此外，Release 14 的銷售方式是透過實體 CD-ROMs 販售¹⁵⁵。

至少從 1986 年開始，Autodesk 在其販賣給消費者的 AutoCAD 軟體均會附上軟體授權契約(software license agreement, SLA)，且該授權契約另區分為商業版、教育版及學生版¹⁵⁶，消費者在安裝軟體前必須同意該授權契約後始得安裝使用。若消費者不同意該授權契約，亦可退還該軟體並享有全額退費¹⁵⁷。

而 Release 14 之授權契約(SLA)表示：第一，Autodesk 對於所有的重製物保有所有權。第二，消費者所擁有的為非專屬且不可轉讓之使用授權。第三，關於移轉限制之部分，Autodesk 禁止消費者未經事先同意以實體或電子方式出租或移轉軟體於西半球外。第四，其附加了許多使用限制。第五，若消費者未遵守授權契約，則 Autodesk 有權終止授權。最後，若消費者所使用的版本為較新的版本，則消費者必須刪除舊版本，且 Autodesk 有權要求消費者出示已刪除舊版本之證據¹⁵⁸。

Autodesk 採取了許多措施來確保授權條款均確實被履行。例如所有的 AutoCAD 均有一組序號，Autodesk 一會持續追蹤被授權人，而且 Autodesk 會要求消費者在安裝完軟體一個月內輸入軟體啟動碼(activation codes)¹⁵⁹。


¹⁵⁵ *Id.* at 1104.

¹⁵⁶ 雖然商業版最貴，但是最少限制，並且可以較低價格享有軟體更新。

¹⁵⁷ *Vernor*, 621 F.3d, at 1104.

¹⁵⁸ *Id.* at 1104.

¹⁵⁹ 該啟動碼須消費者提供 Autodesk 產品序號始能獲得。 *Id.* at 1104-1105.



1999 年 3 月，Autodesk 與其客戶 Cardwell/Thomas & Associates, Inc. (下稱「CTA」) 達成和解契約，因 Autodesk 未經授權使用 CTA 之軟體。其和解契約部分內容為 Autodesk 須授權 10 套 Release 14 給 CTA。CTA 於嗣後自行升級為較新的第 15 版(AutoCAD 2000)，不過 CTA 並未按照授權契約之規定銷毀舊版本，而是將這些舊版本轉賣給 Vernor 並給予手寫的啟動碼¹⁶⁰。

2005 年 5 月 Vernor 在一次的車庫拍賣(garage sale)向不知名的賣家買了二手的 Release 14。Vernor 從未同意過 Release 14 的授權契約，無論是在打開包裝或是安裝軟體時。雖然 Vernor 知道有授權契約之存在，但相信其並不受該授權契約之拘束，故仍然將二手的 Release 14 放上 eBay 拍賣¹⁶¹。

隨後，Autodesk 根據 Digital Millennium Copyright Act (DMCA)之規定對 eBay 提出「通知取下(take-down notice)」，並主張 Vernor 之拍賣侵害其著作權，嗣後 eBay 停止 Vernor 之拍賣。Autodesk 亦告知 Vernor 其所發行之軟體係禁止移轉之授權，Vernor 之轉賣行為已侵害其著作權。惟 Vernor 亦馬上根據 DMCA 之規定「反通知(counter-notice)」eBay，並爭執 Autodesk 著作權主張之有效性，不過 Autodesk 並未對此回應。從而 eBay 恢復 Vernor 之拍賣¹⁶²。

2007 年 4 月，Vernor 又從 CTA 取得 4 套二手 Release 14，並繼續將之放在 eBay 拍賣，當然，同樣發生前述「通知取下」與「反通知」過程，最後，eBay 將 Vernor 之帳號停用。Vernor 向 Autodesk 表示，根據「散布權耗盡原則」其有權販賣二手的 Release 14，因為它從未安裝該軟體也從未同意該軟體之授權契約，但 Autodesk 僅給予其禁止銷售之回應。嗣後，Vernor 再度反通知 eBay，eBay 亦再度

¹⁶⁰ *Id.* at 1105.

¹⁶¹ *Id.*

¹⁶² *Id.* at 1105-1106.



恢復 Vernor 之帳號¹⁶³。

2007 年 8 月，Vernor 向美國華盛頓州西區聯邦地院提起確認訴訟，要求法院釐清其拍賣二手 Release14 軟體的行為係受到第一次銷售原則之保護且未侵害 Autodesk 之著作權。2008 年 1 月 15 日 Autodesk 聲請駁回原告之訴，或以簡易判決(summary judgment)替代，惟法院拒絕其聲請，並判決 Vernor 之銷售行為並未侵權，Autodesk 因而上訴至美國聯邦第九巡迴上訴法院¹⁶⁴。

第二目 分析

一、本案爭點

本案法院必須確認 Autodesk 是「販賣(sold)」或是「授權(licensed)」Release 14 給消費者。因為如果 CTA「擁有」Release 14，那麼 CTA 將 Release 14 賣給 Vernor 或 Vernor 賣給其他人均可受散布權耗盡原則之庇蔭，而不會侵害著作權¹⁶⁵。反之，若 Autodesk 僅授權 CTA 可以使用 Release 14，那麼 CTA 及 Vernor 就不能受到散布權耗盡原則之保護，而屬侵害 Autodesk 之散布權¹⁶⁶。

二、法院判決

¹⁶³ *Id.* at 1106.

¹⁶⁴ *Id.*

¹⁶⁵ 本案法院特別在判決註解表示，若 Autodesk 移轉 Release 14 給 CTA 確屬「first sale」，那麼 **CTA 於本案僅屬「違約」，但不侵害著作權**。*Id.* at 1107. 我認為這個區別非常重要，因為有時侵害著作權會有刑事責任之問題，違約則無。舉例來說，在我國若侵害散布權，可能的刑責為三年以下有期徒刑、拘役，或科或併科新臺幣五十萬元以下罰金（著作權法第 91-1 條）。不過，根據經濟部智慧財產局所公布之「著作權法全盤修正草案即將出爐」新聞稿指出，目前著作權法修正草案擬將未經著作財產權人同意散布正作品免除刑事責任（但仍有民事責任），應值贊成。請參見，著作權法全盤修正草案即將出爐，經濟部智慧財產局，<http://www.tipo.gov.tw>（最後瀏覽日：01/30/2016）。

¹⁶⁶ *Id.*



法院在本案中分析了四個判決先例：*Wise* 案¹⁶⁷與 *MAI trio* 案¹⁶⁸。

首先，法院認為，基於 *Wise* 案之見解，若要判斷是否為授權契約，會考慮以下兩點：(一) 該契約是否標記為授權契約；(二) 著作權人是否保留權利、要求返還著作重製物或將之銷毀、禁止重製或要求受讓人在契約存續期間保持對著作重製之占有¹⁶⁹。

而本案法院在分析完前述 *Wise* 案以及 *MAI trio* 案後，認為若要判斷軟體使用者究竟是被授權人(licensee)或是所有權人(owner)時，原則上必須考量以下三大要素¹⁷⁰：一、著作權人是否具體指明使用者係被授權(the copyright owner specifies that a user is granted a license)；二、著作權人是否嚴格限制使用人移轉軟體之權限(the copyright owner significantly restricts the user's ability to transfer the software)；三、著作權人是否課以顯著的使用限制(the copyright owner imposes notable use restrictions)¹⁷¹。

本案法院在套用上述標準之後，認為本案的軟體使用者係被授權人而非所有權人，從而 CTA 並非 Release 14 之所有權人，也無法援引散布權耗盡原則及必要步驟抗辯。又既然 CTA 不是所有權人，便不能基於散布權耗盡原則販賣二手 Release 14 給 Vernor，又 Vernor 未從 CTA 獲得任何權利，自然也沒辦法移轉所有權予他人，從而自 Vernor 處購買二手 Release 14 之消費者既然亦未取得任何權利（特別

¹⁶⁷ United States v. Wise, 550 F.2d 1180 (9th Cir. 1977).

¹⁶⁸ 此為三個案件之總稱，分別係：MAI Sys. Corp. v. Peak Computer, Inc., 991 F.2d (1993); Triad Sys. Corp. v. Se. Express Co., 64 F.3d (1995); Wall Data, Inc. v. Los Angeles County Sheriff's Dep't, 447 F.3d (2006).

¹⁶⁹ Vernor, 621 F.3d, at 1109.

¹⁷⁰ 後來有法院稱其為「Vernor's three factor test」。Apple Inc. v. Psystar Corp., 658 F.3d 1150, 1159 (9th Cir. 2011).

¹⁷¹ Vernor, 621 F.3d, at 1110-1111.

是所有權)，其安裝軟體後，亦無從主張必要步驟抗辯¹⁷²。



第二款 MDY v. Blizzard¹⁷³

第一目 案例事實

本件被告 Blizzard Entertainment, Inc.¹⁷⁴（下稱「Blizzard」）係 World of Warcraft¹⁷⁵（下稱「WoW」）之製造商。MDY Industries, LLC 與其夥伴 Michael Donnelly（以下合稱「MDY」）開發與販賣 Glider 軟體¹⁷⁶。Donnelly 是一個 WoW 玩家，同時也是一名程式設計師。2005 年 3 月，他研發了 Glider（稱作 bot，源自於 robot 之縮寫），該軟體主要功能是幫助 WoW 玩家於初級時可以不用自己坐在電腦前操控角色，而是由軟體自動操控¹⁷⁷，Blizzard 認為 Glider 已侵害其著作權或其他權利，因而提起訴訟。

第二目 分析

一、本案爭點

¹⁷² 因為此際消費者可能侵害 Autodesk 之重製權。 *Id.* at 1111-1112.

¹⁷³ MDY Industries, LLC v. Blizzard Entertainment, 629 F.3d 928 (9th Cir. 2010).

¹⁷⁴ 中譯為「暴雪娛樂」，是一家美國電子遊戲開發商和發行商，暴雪娛樂公司的產品在 PC 遊戲界享有極高的評價，出品的遊戲雖然不多，但是多數受歡迎。其中，如「魔獸爭霸」、「星海爭霸」、「暗黑破壞神」等遊戲受到玩家好評，並被多個電子競技賽事列為比賽項目。請參見，維基百科，<https://zh.wikipedia.org/wiki/>（最後瀏覽日：01/12/2016）。

¹⁷⁵ 中譯為「魔獸世界」，簡稱「魔獸」，是由暴雪娛樂製作的一款大型多人在線角色扮演遊戲。是魔獸系列的第 4 款遊戲，該系列的首作是 1994 年上市的「魔獸爭霸：人類與獸人」。請參見，維基百科，<http://zh.wikipedia.org>（最後瀏覽日：01/12/2016）。

¹⁷⁶ MDY, 629 F.3d, at 934-935.

¹⁷⁷ *Id.* at 935.



當玩家執行 WoW 時，玩家之電腦會在 RAM 重製一份 WoW，該重製可能會侵害著作權人之重製權，除非該玩家為：(一) 被授權人，且該使用軟體之行為在授權範圍內；(二) 擁有 WoW 之所有權¹⁷⁸。

二、法院判決

法院在審查必要步驟抗辯時，同樣援引了 *Vernor* 案之見解¹⁷⁹，也就是三個判準：(一) 著作權人是否具體指明使用者係被授權；(二) 著作權人是否嚴格限制使用人移轉軟體之權限；(三) 著作權人是否課以顯著的使用限制¹⁸⁰。

套用到本案，Blizzard 除保留系爭軟體之權利並授予玩家一個非專屬且受限制之授權(a non-exclusive, limited license)。若玩家想要移轉授權，Blizzard 亦課予諸多移轉限制：(一) 須移轉所有原始包裝與文件(transfer all original packaging and documentation)；(二) 須永久刪除所有安裝檔案與遊戲帳號(permanently delete all of the copies and installation of the game client)；(三) 僅能移轉與同意授權條款者(transfer only to a recipient who accepts the EULA)。此外，玩家也不能贈送或販賣其帳號¹⁸¹。

最後，Blizzard 亦課與玩家許多使用限制，例如遊戲僅能為非商業目的之使用、非經 Blizzard 同意不能使用於網咖(cyber cafes)與電腦遊戲中心、不能使用未

¹⁷⁸ 因為玩家若係軟體所有權人，可主張此為使用軟體所不可避免發生之重製，而主張必要步驟抗辯(essential step defense)。17 U.S.C §117(a)(1) (2011) ((a) Making of Additional Copy or Adaptation by Owner of Copy.— Notwithstanding the provisions of section 106, **it is not an infringement for the owner of a copy of a computer program** to make or authorize the making of another copy or adaptation of that computer program provided: (1) **that such a new copy or adaptation is created as an essential step in the utilization of the computer program in conjunction with a machine and that it is used in no other manner**).

¹⁷⁹ 事實上我們不能說是「引用」，因為本案判決的法官其實與 *Vernor* 案相同。

¹⁸⁰ *MDY*, 629 F.3d, at 938.

¹⁸¹ *Id.*

經授權之第三方軟體。此外，Blizzard 甚至會偷偷地（或未取得玩家同意）遠端修改遊戲軟體。若玩家違反授權或使用條款，Blizzard 也會終止授權，一經終止授權，玩家必須立即刪除 WoW，不過不需要退還軟體給 Blizzard¹⁸²。



綜上所述，本案法院認為 WoW 之玩家係屬被授權人(licensee)¹⁸³，從而無法主張必要步驟抗辯。

第三款 UMG v. Augusto¹⁸⁴

第一目 案例事實

UMG 是全世界最大的唱片公司，該公司其中一項核心業務是創作、製造以及販賣音樂著作，UMG 也都擁有這些音樂著作之著作權，而這些音樂著作通常都是以 CD 光碟片的樣式存在¹⁸⁵。

就像許多唱片公司，UMG 也會發送許多特製宣傳版 CD 與樂評人或是電台 DJ 等，惟這些發送宣傳版 CD 之行為並未經過樂評人或是電台 DJ 事先同意，他們也並未請求 UMG 發送這些宣傳 CD。UMG 並未要求或獲得付費，而且這些宣傳版 CD 之內容與設計通常也跟正式發行版不同。少部分的人會拒絕這些宣傳唱片，並將之退還給 UMG，UMG 則會將之銷毀¹⁸⁶。

本案所涉及的大部分宣傳版 CD 之封面都會印有宣傳標語，內容大概是：「本

¹⁸² *Id.* at 938-939.

¹⁸³ *Id.* at 938.

¹⁸⁴ UMG Recordings, Inc. v. Augusto, 628 F.3d 1175 (9th Cir. 2011).

¹⁸⁵ *Id.* at 1177.

¹⁸⁶ *Id.*



CD 屬唱片公司財產，僅授權個人使用。若接受本 CD 則代表同意遵守授權條款。本 CD 不得轉賣或是移轉，否則違法。¹⁸⁷」有些則比較簡單，印有：「僅供宣傳—非賣品¹⁸⁸」¹⁸⁹。

Augusto 並不是 UMG 預定的宣傳版 CD 發送對象，但其設法取得這些宣傳版 CD，並將這些宣傳版 CD 放上 eBay 拍賣，並表示這些 CD 是稀有的企業版，也有提到這些是宣傳版 CD。UMG 認為 Augusto 侵害其散布權，從而提起訴訟¹⁹⁰。

第二目 分析

一、本案爭點

由於本案被告 Augusto 欲援引散布權耗盡原則作為抗辯，故本案爭點在於 UMG 是否成功創造出授權？或是 UMG 已經移轉所有權，縱使 UMG 在其宣傳 CD 上有限制性的標語。

二、法院判決


法院認為那些收到宣傳版 CD 的人們（即樂評人及電台 DJ 們，法院稱其為「recipients」）取得 CD 所有權。而法院之結論主要基於 UMG 散布行為之各種狀況(under all the circumstances of the CDs' distribution)及其本質(the nature of

¹⁸⁷ *Id.* at 1177-1178 (This CD is the property of the record company and is licensed to the intended recipient for personal use only. Acceptance of this CD shall constitute an agreement to comply with the terms of the license. Resale or transfer of possession is not allowed and may be punishable under federal and state laws.).

¹⁸⁸ *Id.* at 1178 (“Promotional Use Only—Not for Sale.”).

¹⁸⁹ *Id.* at 1177-1178.

¹⁹⁰ *Id.* at 1178.



UMG's distribution)¹⁹¹。首先，這些宣傳版 CD 的發送並未經過同意或要求。這些 CD 也沒有被編號，也未企圖追蹤其流向或用途¹⁹²。再者，由於這些 CD 屬於隨機推銷，所以收到宣傳 CD 的人也可以任意丟棄。還有一個理由就是，UMG 單純的發送宣傳 CD 並不能構成一個「雙方同意的(consensual)」授權契約，就本件情形而言，並無法顯示有任何人同意與 UMG 締結授權契約¹⁹³。

綜據上述，本案法院認為根據 UMG 發送宣傳 CD 之方式，可以知道 UMG 允許收受宣傳 CD 之人可以保留該 CD 而不用同意 UMG 之授權契約。此外，UMG 使收受宣傳 CD 之人可以無限期占有 CD，即符合散布權耗盡原則所稱之贈與(gift)或銷售(sale)行為，從而這些宣傳 CD 之轉賣毋庸經過 UMG 之授權¹⁹⁴。

第二項 歐盟法院：UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp.

本案牽涉甚廣¹⁹⁵，而文獻上若要舉出歐盟關於耗盡原則於數位環境適用問題之實務走向，也多會引用該則判決。此外，歐盟法院在歐洲著作權法發展上，扮演相當重要且關鍵之角色，特別是與指令效力或解釋有關之先決裁決(preliminary

¹⁹¹ 法院此項揭示非常重要，蓋著作權人之散布行為，究竟屬於「授權」或是「銷售」並非著作權人說了算，也非如 *Vernor* 案所稱只要符合三個判準即可，而必須要綜合各種情況加以判斷。

¹⁹² 代表 UMG 無法控制那些已經發送出去的宣傳 CD 或甚至不知道它們的狀態。而這將會是我們日後在判斷著作權人究竟是為授權或銷售行為的重點之一。換言之，著作權人**是否放棄對著作物之控制權限**，將是觀察重點。事實上，本件在原審時，法院也是將之列為討論重點，法院認為 UMG 並沒有在 CD 上面表示將會收回這些宣傳用 CD。 *Id.* at 1182 (The district court first held that the licensing language in the detailed promotional statement **did not create a license because it lacked any provision for UMG to regain possession of the CDs.**)

¹⁹³ *Id.* at 1180-1182.

¹⁹⁴ 法院在最後結論是直接認為構成銷售。 *Id.* at 1183 (UMG's distribution of the promotional CDs under the circumstances **effected a sale** (transfer of title) of the CDs to the recipients.)

¹⁹⁵ 也因為如此，筆者對於該判決應置放於本章或第四章多所猶豫，不過由於就該判決而言，在本章與第四章所要強調的重點並不相同，所以原則上本章與第四章都會提到該判決，至於第四章關於歐盟實務發展之部分，我打算比較細緻地談該判決作成前後實務的發展軌跡。



rulings)¹⁹⁶。由於本案涉及歐盟的電腦程式法律保護指令(Directive 2009/24/EC)與資訊社會指令(Directive 2001/29/EC)之重要解釋問題，故德國聯邦最高法院將本案提交至歐盟法院先行裁決。

第一款 案例事實¹⁹⁷

本案被告甲骨文公司(Oracle)是一家軟體公司¹⁹⁸，其推出一套名為「資訊銀行(databank)」的軟體(下稱「系爭軟體」)¹⁹⁹，大約有 85%之用戶均係透過網路直接至 Oracle 官方網站下載系爭軟體²⁰⁰。而用戶之使用權限均規定於授權契約，其內容包括將系爭軟體長期地儲存於伺服器，以及允許一定數量之使用者下載系爭軟體至自己的工作站電腦之主記憶體。此外，基於維護契約，用戶可至 Oracle 的官方網站下載更新版本和修正版本。

本案原告 UsedSoft 則是一間銷售二手軟體授權的公司，該公司亦售有系爭軟

¹⁹⁶ 許曉芬，前揭註 152，頁 32；歐體法院的司法積極主義，對於歐體整合之發展，有相當之貢獻。透過歐體條約第 234 條的先決裁判制度，歐體法院藉由對各國法院所提起之歐體法律詮釋問題，或是對於歐體法規範效力認定問題之裁判，確保了歐體法律之詮釋一致性。請參見，許耀明(2005)，〈歐體法院之規範角色與其法律解釋方法：一個法學方法論上的考察〉，《月旦法學雜誌》，127 期，頁 106-107；洪德欽(2014)，〈歐洲聯盟法的法源〉，《華岡法粹》，57 期，頁 27-28。此外，這邊因為引用文獻之關係，所以使用歐體一詞。不過在文獻上也經常見「歐盟／歐體」並列之用法。順帶加以補充的是：歐盟與歐洲共同體或歐洲經濟共同體概念上有別，歐盟在 1992 年 Maastricht 條約生效後方存在，之前仍為歐洲經濟共同體(European Economic Community)或歐洲共同體(European Community)。而在 2009 年 12 月 1 日里斯本條約(Treaty of Lisbon)生效以前，歐洲共同體及歐盟乃同時存在，併此敘明。請參見，陳自強(2010)，〈整合中之歐盟契約法〉，《月旦法學雜誌》，181 期，頁 116。

¹⁹⁷ 整理自：UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp., Case C-128/11, ¶¶ 20-34 (2012)。

¹⁹⁸ 甲骨文公司為全球大型資料庫軟體公司，在 2013 年，甲骨文是繼 Microsoft 後，全球收入第二多的軟體公司。請參見，維基百科，<http://zh.wikipedia.org> (最後瀏覽日：10/08/2015)。

¹⁹⁹ 其實「databank」也有「資料庫」的意思，而「資訊銀行」的翻譯則是直接借用馮震宇老師在文章的用語，雖與案情無關，但仍於此處略加說明之。請參見，馮震宇(2014)，〈歐盟著作權指令體制與相關歐盟法院判決之研究〉，劉孔中(編)，《國際比較下我國著作權法之總檢討(下冊)》，頁 518，台北：新學林。

²⁰⁰ 如果有消費者需要，業者也可提供(實體光碟版的)CD-ROM 或 DVD。UsedSoft GmbH, Case C-128/11, at ¶ 21。

體之使用授權。而系爭軟體之使用權乃係 UsedSoft 公司向系爭軟體之用戶取得，而之所以會有此情形，乃是因為 Oracle 要求購買團體授權之用戶一次最少要購買 25 份授權，因此假設用戶僅需 27 份授權，那他必須因而購買 50 份授權，而 UsedSoft 便會來收購那些多出來的授權並販售之。

從而，甲骨文公司認為 UsedSoft 販售二手軟體之行為侵害其著作權，向慕尼黑法院(Regional Court, Munich I)提起訴訟，請求停止 UsedSoft 之販賣行為，法院亦同意甲骨文公司之請求。UsedSoft 因而提起上訴，但嗣後遭駁回，UsedSoft 隨即向德國聯邦最高法院提起上訴。雖然德國聯邦最高法院認為 UsedSoft 侵害了甲骨文公司之重製權，但由於本案涉及重要之法律解釋問題，故仍將本案訴訟程序停止，並提交至歐盟法院先行裁決。

第二款 分析

第一目 問題之提出

德國聯邦最高法院提交了三個問題交由歐盟法院裁決，茲臚列於下：

- 一、能主張電腦軟體重製物散布權耗盡之人，是否即為歐盟電腦軟體指令第 5 條第 1 項所稱之「合法取得人(lawful acquirer)」²⁰¹？
- 二、若第一個問題的答案是肯定的：當電腦軟體重製物係經由權利人之同意，而透過網路下載到儲存裝置。該情形是否與歐盟電腦軟體指令第 4 條第 2 項前段

²⁰¹ *UsedSoft GmbH*, Case C-128/11, at ¶ 34 (2012) (Is the person who can rely on exhaustion of the right to distribute a copy of a computer program a “lawful acquirer” within the meaning of Article 5(1) of Directive 2009/24?).



所稱散布權耗盡之情形相一致²⁰²？

三、若第二個問題的答案依舊是肯定的：假設第一位取得電腦軟體重製物的人，其刪除或不再使用該電腦軟體重製物，那取得二手軟體授權之人是否因此得主張散布權耗盡原則²⁰³？

第二目 法院見解

一、第二個問題

歐盟法院認為，第二個問題必須最先回答。換言之，歐盟法院首先試圖尋找出在「經著作權人同意而從網路下載電腦軟體」的情況下，「是否」以及「在何種情況下」可以於歐盟境內發生散布權耗盡之結果。

這個問題的關鍵在於「買賣(sale)」二字，透過觀察歐盟電腦軟體指令第 4 條第 2 項²⁰⁴之規定可以得知，若要在歐盟發生散布權耗盡的前提就是透過著作權人或經其同意而發生的第一次「買賣」。而法院表示，根據一般普遍所接受之買賣定義來看，所謂買賣就是一種契約，其契約內容便是一方當事人支付價金，他方當事人移轉實體物或無體物之所有權²⁰⁵。換言之，所謂買賣係所有權移轉與價金交換之

²⁰² *UsedSoft GmbH*, Case C-128/11, at ¶ 34 (2012) (If the reply to the first question is in the affirmative: is the right to distribute a copy of a computer program exhausted in accordance with the first half-sentence of Article 4(2) of Directive 2009/24 when the acquirer has made the copy with the rightholder's consent by downloading the program from the internet onto a data carrier?).

²⁰³ *UsedSoft GmbH*, Case C-128/11, at ¶ 34 (2012) (If the reply to the second question is also in the affirmative: can a person who has acquired a "used" software licence for generating a program copy as "lawful acquirer" under Article 5(1) and the first half-sentence of Article 4(2) of Directive 2009/24 also rely on exhaustion of the right to distribute the copy of the computer program made by the first acquirer with the rightholder's consent by downloading the program from the internet onto a data carrier if the first acquirer has erased his program copy or no longer uses it?).

²⁰⁴ Directive 2009/24/EC, Article 4(2) (2009) (The first sale in the Community of a copy of a program by the rightholder or with his consent shall exhaust the distribution right within the Community of that copy, with the exception of the right to control further rental of the program or a copy thereof.).

²⁰⁵ *UsedSoft GmbH*, Case C-128/11, at ¶ 42 (2012) (According to a commonly accepted definition, a 'sale' is an agreement by which a person, **in return for payment, transfers to another person his rights of**



契約，而在本案，所有權移轉與否便是本案重點²⁰⁶。

針對此問題，甲骨文公司首先認為他們並沒有「賣」出系爭軟體。甲骨文表示，他們免費提供系爭軟體於其官方網站，而消費者得自行下載取得。然而，系爭軟體下載後並不能使用，除非消費者與甲骨文公司締結使用者授權契約(user licence agreement)²⁰⁷。換言之，甲骨文認為，消費者取得系爭軟體並無花費任何費用，且使用者授權契約也未移轉系爭軟體之所有權。

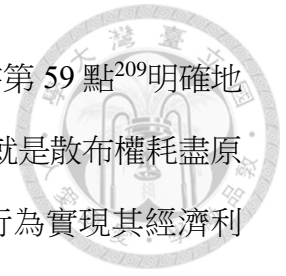
對於甲骨文公司之主張，法院認為，必須將「下載系爭軟體」與「使用者授權契約之締結」視為不可分割之整體(an indivisible whole)，因為下載一個不能使用的軟體是無意義的。法院尚認為，甲骨文之消費者下載系爭軟體並與甲骨文締結消費者授權契約與支付費用，同時也可以無限期地使用系爭軟體，這應該就是一種移轉所有權之行為。法院另外強調無論系爭軟體是透過網路下載或是透過實體媒介物(例如 CD-ROM 或 DVD)取得均無任何區別。最後，法院認為，甲骨文讓消費者從網路下載軟體，並向其取得授權之行為，已構成歐盟電腦軟體指令第 4 條第 2 項之買賣行為，從而有散布權耗盡之適用。

這樣看起來法院在本案對於買賣之認定似乎較為寬鬆，不過，法院在判決理由

ownership in an item of tangible or intangible property belonging to him.)。此與我國民法規定的買賣相同，我國民法第 345 條第 1 項規定：「稱買賣者，謂當事人約定一方移轉財產權於他方，他方支付價金之契約。」此外，得為買賣標之物之財產權，只要具有讓與性，種類並無限制，物權與債權，故不待言，無體財產權(智慧財產權)、準物權等均得為買賣的客體。請參見，陳自強(2013)，《契約之內容與消滅》，2 版，頁 155，台北：新學林；劉春堂(2003)，《民法債編各論(上)》，頁 5-6，台北：自刊。

²⁰⁶ *UsedSoft GmbH, Case C-128/11, at ¶ 42 (2012)* (It follows that the commercial transaction giving rise, in accordance with Article 4(2) of Directive 2009/24, to exhaustion of the right of distribution of a copy of a computer program **must involve a transfer of the right of ownership in that copy.**)

²⁰⁷ 該使用者授權契約乃係一非獨占(non-exclusive)且不能移轉(non-transferable)的無限期(for an unlimited period)契約。



中提到本案佐審官(Advocate General)²⁰⁸之看法，佐審官的意見書第 59 點²⁰⁹明確地表示，在他的觀點，必須把散布權耗盡原則之目的納入考量，也就是散布權耗盡原則旨在限制著作權之排他權（散布權），直到權利人透過市場行為實現其經濟利益。據此，佐審官認為，歐盟電腦軟體指令第 4 條第 2 項之「買賣(sale)」必須擴大解釋，包括雖然該交易宣稱僅授予軟體之使用授權，但若符合下列兩項要求：一、無限期使用(for an unlimited period)；二、一次性的給付(in return for the payment of a one-off fee)，即可稱之為買賣²¹⁰。蓋過度限縮的解釋只會侵蝕散布權耗盡原則之效力及適用範圍，因為軟體業者只要將契約稱作「授權」而非「買賣」即可輕而易舉規避散布權耗盡原則。

另外，甲骨文公司與歐盟執委會(European Commission)也提出一個質疑，關於前述甲骨文公司將系爭軟體置放於官網上供消費者下載之情形，應係構成歐盟資訊社會指令第 3 條第 1 項²¹¹的「對公眾提供(making available to the public)」。從而，根據同條第 3 項²¹²之規定，並不會發生耗盡。不過，法院根據歐盟資訊社會指

²⁰⁸ 佐審官制度是歐洲法院體系獨特的制度，不等同於英美普通法或歐洲大陸法系類似制度，它是歐盟六個創始會員國妥協的產物。佐審官作為法院的成員，用獨立公正的「獨任制」運作方式，以法學論辯方法，補充法院「合議判決」方式可能出現忽略少數的不足，讓司法制度中多元聲音並存。運作五十多年來，佐審官制度藉由輔佐法院審理及提出意見書兩大職能，對於歐洲共同體法秩序的發展有很大貢獻。請參見，陳世杰（2009），〈獨具一格的歐洲法院佐審官制度〉，《淡江人文社會學刊》，37 期，頁 41。

²⁰⁹ OPINION OF ADVOCATE GENERAL BOT, Case C-128/11, at ¶ 59 (2012) (It is my contention that, taking into account the purpose of exhaustion, which is to limit the exclusivity conferred by the intellectual property right once the marketing operation has enabled the rightholder to realise the economic value of his right, the term 'sale' within the meaning of Article 4(2) of Directive 2009/24 must be given a broad interpretation encompassing all forms of product marketing characterised by the grant of a right to use a copy of a computer program, for an unlimited period, in return for the payment of a one-off fee. An excessively restrictive interpretation of that term would undermine the effectiveness of that provision by divesting the exhaustion rule of all scope, since the marketing of computer software most commonly takes the form of user licences and suppliers would only need to call the agreement a 'licence' rather than a 'sale' in order to be able to circumvent that rule.)

²¹⁰ 德國雖然在學說上肯認無體物可以作為買賣之客體，然亦認為數位商品線上交易，依其性質並無法符合典型物之買賣之特性；不過仍有不同意見。請參見，林麗真，前揭註 112，頁 150。

²¹¹ Directive 2001/29/EC, Article 3(1) (2001) (Member States shall provide authors with the exclusive right to authorise or prohibit any communication to the public of their works, by wire or wireless means, including the making available to the public of their works in such a way that members of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them.)

²¹² Directive 2001/29/EC, Article 3(3) (2001) (The rights referred to in paragraphs 1 and 2 shall not be exhausted by any act of communication to the public or making available to the public as set out in this

令第 1 條第 2 項第 a 款²¹³認為，歐盟電腦軟體指令相較於歐盟資訊社會指令乃是基於特別法(*lex specialis*)之地位²¹⁴，故本案仍可適用歐盟電腦軟體指令第 4 條第 2 項之規定，發生散布權耗盡之結果。此外，法院又進一步說明，根據佐審官意見書第 73 點²¹⁵可知，由於歐盟資訊社會指令並沒有明確地對「公開傳達著作(the right to communicate works to the public)」、「對公眾提供著作(the right to make works available to the public)」以及「散布權(the right of distribution)」作出定義，因此，歐盟資訊社會指令第 3 條及第 4 條必須盡可能地按照 WCT 解釋²¹⁶。而 WCT 第 6 條第 1 項關於散布權之規定為：「文學和藝術作品的作者應享有授權經由銷售或其他所有權移轉方式向公眾提供其作品原件或複製品的排他權²¹⁷。」換言之，當以「移轉所有權」之方式「向公眾提供」時，即可稱為「散布」。從而，我們可以知道國際條約將「散布」的概念與「所有權移轉」連結，歐盟資訊社會指令第 4(1)條之規定，亦應作相同解釋²¹⁸。

Article.)

²¹³ Directive 2001/29/EC, Article 1(2)(a) (2001) (Except in the cases referred to in Article 11, this Directive shall leave intact and shall in no way affect existing Community provisions relating to: (a) the legal protection of computer programs.)

²¹⁴ 在本案中，法院強調不只一次：歐盟電腦軟體指令相較於歐盟資訊社會指令，乃是基於特別法之地位。法院甚至獨立用了一個段落來強調。UsedSoft GmbH, Case C-128/11, at ¶ 56 (2012) (Next, it must be recalled that Directive 2009/24, which concerns specifically the legal protection of computer programs, constitutes a *lex specialis* in relation to Directive 2001/29.)

²¹⁵ OPINION OF ADVOCATE GENERAL BOT, Case C-128/11, at ¶ 73 (2012) (Next, in the absence of any definition in Directive 2001/29 of the right to communicate works to the public, the right to make works available to the public and the right of distribution, Articles 3 and 4 of that directive must be interpreted as far as possible in the light of the WIPO Copyright Treaty. **Article 6(1) of that treaty refers to the distribution right as being the right to authorise the making available to the public of the original and copies of a work ‘through sale or other transfer of ownership’.** The wording of that provision is unequivocal. The existence of a transfer of ownership clearly changes a mere act of communication to the public into an act of distribution.)

²¹⁶ 根據歐盟法院之見解，雖然資訊社會指令並未明確的闡述「公眾傳達著作(the right to communicate works to the public)」、「對公眾提供著作(the right to make works available to the public)」以及「散布權(the right of distribution)」之意涵，但在 WCT 卻對「散布權(right of distribution)」有明確地規定。再加上資訊社會指令前言第 15 點表示，該指令乃欲更明確地調和國際法之效果，因此歐盟法院指出，依照案例法，法院須採取與國際法解釋一致的方向來處理此問題。請參見，馮震宇，前揭註 199，頁 523。

²¹⁷ WIPO Copyright Treaty(WCT), Article 6(1) (1996) (Authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing the **making available to the public** of the original and copies of their works **through sale or other transfer of ownership.**)

²¹⁸ 馮震宇，前揭註 199，頁 523。



承前，法院因此認為本件既已涉及「所有權移轉」，按前述佐審官之意見，應可將歐盟資訊社會指令第 3 條所規定之「公眾傳達行為(act of communication to the public)」轉變為同指令第 4 條第 1 項的「散布行為(act of distribution)」²¹⁹。而在透過將公眾傳達行為轉變為散布行為之後，假若符合同指令第 4(2)條之規定，就會發生散布權耗盡之效果²¹⁹。

另外一個比較常見的爭議就是「有體物」與「無體物」之爭。此項爭議於本案中亦由甲骨文公司、政府報告以及歐盟執委會所提出，其認為根據歐盟電腦軟體指令第 4 條第 2 項²²⁰之規定，散布權耗盡只會發生在有體物上，而不會適用於從網路下載的電腦軟體（即所謂「無體物」）。基本上這種看法，除了基於前述電腦軟體指令「字面上²²¹」的解釋外，尚根據歐盟資訊社會指令前言第 28 點²²²、第 29 點

²¹⁹ *UsedSoft GmbH*, Case C-128/11, at ¶ 52 (2012) (Moreover, as stated in paragraph 46 above, **in a situation such as that at issue in the main proceedings, the copyright holder transfers the right of ownership of the copy of the computer program to his customer.** As the Advocate General observes in point 73 of his Opinion, it follows from Article 6(1) of the Copyright Treaty, in the light of which Articles 3 and 4 of Directive 2001/29 must, so far as possible, be interpreted (see, to that effect, Case C-456/06 Peek & Cloppenburg [2008] ECR I-2731, paragraph 30), that the existence of a transfer of ownership changes an ‘act of communication to the public’ provided for in Article 3 of that directive into an act of distribution referred to in Article 4 of the directive which, if the conditions in Article 4(2) of the directive are satisfied, can, like a ‘first sale ... of a copy of a program’ referred to in Article 4(2) of Directive 2009/24, give rise to exhaustion of the distribution right.).

²²⁰ Directive 2009/24/EC, Article 4(2) (2009) (The first sale in the Community of a copy of a program by the rightholder or with his consent shall exhaust the distribution right within the Community of that copy, with the exception of the right to control further rental of the program or a copy thereof.).

²²¹ 所謂單純就「字面上」解釋，意思就是說甲骨文公司可能認為指令中所稱之「copy」僅限定於實體物。

²²² Directive 2001/29/EC, Recital 28 (2001) (Copyright protection under this Directive includes the exclusive right to control distribution of the work incorporated in a tangible article. The first sale in the Community of the original of a work or copies thereof by the rightholder or with his consent exhausts the right to control resale of that object in the Community. This right should not be exhausted in respect of the original or of copies thereof sold by the rightholder or with his consent outside the Community. Rental and lending rights for authors have been established in Directive 92/100/EEC. The distribution right provided for in this Directive is without prejudice to the provisions relating to the rental and lending rights contained in Chapter I of that Directive.).



²²³、歐盟資訊社會指令第 4 條²²⁴、WCT 第 8 條²²⁵以及 WCT 第 6 條與第 7 條的共同聲明(agreed statements)²²⁶所得出。

對之，法院認為，首先必須說明的是，歐盟電腦軟體指令第 4 條第 2 項並沒有提到該條所規定關於電腦軟體散布權之耗盡僅適用於實體的電腦軟體光碟片（例如 CD-ROM 或 DVD）；相反地，該條項並無對於實體或無實體重製物做出任何區別。再者，歐盟電腦軟體指令在第 1 條第 2 項²²⁷關於保護標的即開宗明義地表示本指令適用於「任何表現形式之電腦軟體(the expression in any form of a computer program)」，而同時在指令前言第 7 點也同樣強調指令所稱之電腦軟體乃包含各種形式的電腦軟體²²⁸。因此，法院認為，綜據上述，我們可以知道歐盟立法者之立法意圖即在使實體與無實體電腦軟體重製物獲得相同的保護。此外，法院也強調，就經濟觀點而言，「買賣實體電腦軟體光碟」與「透過網路下載買賣電腦軟體」是相

²²³ Directive 2001/29/EC, Recital 29 (2001) (The question of exhaustion does not arise in the case of services and on-line services in particular. This also applies with regard to a material copy of a work or other subject-matter made by a user of such a service with the consent of the rightholder. Therefore, the same applies to rental and lending of the original and copies of works or other subject-matter which are services by nature. Unlike CD-ROM or CD-I, where the intellectual property is incorporated in a material medium, namely an item of goods, every on-line service is in fact an act which should be subject to authorisation where the copyright or related right so provides.)

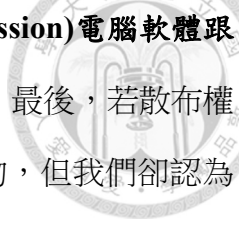
²²⁴ Directive 2001/29/EC, Article 4 (2001) (1. Member States shall provide for authors, in respect of the original of their works or of copies thereof, the exclusive right to authorise or prohibit any form of distribution to the public by sale or otherwise. 2. The distribution right shall not be exhausted within the Community in respect of the original or copies of the work, except where the first sale or other transfer of ownership in the Community of that object is made by the rightholder or with his consent.)

²²⁵ WIPO Copyright Treaty(WCT), Article 8 (1996) (Without prejudice to the provisions of Articles 11(1)(ii), 11bis(1)(i) and (ii), 11ter(1)(ii), 14(1)(ii) and 14bis(1) of the Berne Convention, authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing any communication to the public of their works, by wire or wireless means, including the making available to the public of their works in such a way that members of the public may access these works from a place and at a time individually chosen by them.)

²²⁶ WIPO Copyright Treaty(WCT) Agreed statement concerning Article 6 and 7 (1996) (As used in these Articles, the expressions “copies” and “original and copies,” being subject to the right of distribution and the right of rental under the said Articles, refer exclusively to fixed copies that can be put into circulation as tangible objects.)

²²⁷ Directive 2009/24/EC, Article 1(2) (2009) (Protection in accordance with this Directive shall apply to the expression in any form of a computer program. Ideas and principles which underlie any element of a computer program, including those which underlie its interfaces, are not protected by copyright under this Directive.)

²²⁸ Directive 2009/24/EC, Recital 7 (2009) (For the purpose of this Directive, the term ‘computer program’ shall include programs in any form, including those which are incorporated into hardware. This term also includes preparatory design work leading to the development of a computer program provided that the nature of the preparatory work is such that a computer program can result from it at a later stage.)



似的(similar)；換言之，法院認為，透過線上傳輸(on-line transmission)電腦軟體跟交付實體光碟(the supply of a material medium)具有相同機能²²⁹。最後，若散布權耗盡原則之立法目的係在於避免著作權人過度控制其著作重製物，但我們卻認為該原則僅適用於實體電腦軟體重製物，那豈不是允許著作權人控制無實體電腦軟體重製物之二手市場，藉此可以獲得更多利益(further remuneration)，縱使著作權人已在最初的市場行為就已獲得其應有之利益。

另外甲骨文公司也主張，其與第一個獲得軟體之人(the first acquirer)所訂定之維護契約已排除歐盟電腦軟體指令第 4 條第 2 項所規定之散布權耗盡原則，因為最先購買的電腦軟體與之後所轉讓的電腦軟體可能有所不同。再者，甲骨文公司之軟體授權與其維護契約是以同捆(accompanied)方式²³⁰提供予消費者，如果轉讓前後之電腦軟體並不相同，則前手的維護契約效力就無從延伸到後手的軟體²³¹。

不過法院對之表示，我們必須觀察歐盟電腦軟體指令第 4 條第 2 項關於電腦軟體散布權耗盡之規定，該規定僅涉及（電腦軟體）「重製物(copies)」於歐盟境內經由著作權人第一次銷售或經其同意銷售之情形，並未涉及「服務契約」（如同本案的維護契約）。換言之，維護契約是可以從系爭電腦買賣中獨立出來，並不會影響本案銷售行為之判斷。

綜據上述，法院於此認為，歐盟電腦軟體指令第 4 條第 2 項必須被解釋為：當著作權人授權消費者從網路下載系爭電腦軟體至資料載體（例如硬碟），同時著作

²²⁹ 其實看完整篇判決，會發現最後本案法院的心證就是希望實體與無實體電腦軟體都能受到平等對待(the principle of equal treatment)，所以在推論上會一直強調兩者其實並無重大差異。

²³⁰ 白話地講，就是兩者綁在一起販賣；而馮震宇老師稱其為「包裹式」。請參見，馮震宇，前揭註 199，頁 520。

²³¹ 馮震宇，前揭註 199，頁 520。



權人也獲得相應的報酬²³²並同意消費者擁有無限期的使用權時，系爭電腦軟體之散布權即告耗盡。

二、第一個問題與第三個問題

對於第一個問題與第三個問題，基本上法院所要處理的是：在什麼條件下，取得電腦軟體二手授權之人可以被認為是歐盟電腦軟體指令第 5 條第 1 項²³³所稱之「合法取得者(lawful acquirer)」？另外必須加以說明者係，由於擁有合法取得者之身分後，在一定範圍內²³⁴可以毋庸經著作權人之授權而重製著作物，這在本案（特別是本案涉及網路傳輸之情形）非常重要。

其實從結論上來說，法院基本態度就是既然著作權人（即本案的甲骨文公司）已經將系爭軟體賣出，且據此發生散布權耗盡之結果，那麼甲骨文公司便不能再對系爭軟體的轉賣多加干涉，即使甲骨文公司於契約條款內設有禁止轉賣之約款²³⁵亦同。也因此，消費者從 UsedSoft 購得二手軟體後，該消費者當然就屬於歐

²³² 法院表示，即使是免費(free of charge)的情形，也是會發生相同結果。事實上也應該是如此，因為歐盟電腦軟體指令第 4 條第 2 項本即分成「買賣」與「經著作權人同意」兩種前提，換言之，軟體雖是「免費」下載，但也是「經著作權人同意」免費下載。UsedSoft GmbH, Case C-128/11, ¶ 72 (2012).

²³³ Directive 2009/24/EC, Article 5(1) (2009) (In the absence of specific contractual provisions, the acts referred to in points (a) and (b) of Article 4(1) shall not require authorisation by the rightholder where they are necessary for the use of the computer program by the **lawful acquirer** in accordance with its intended purpose, including for error correction.).

²³⁴ 主要是豁免為了使用電腦軟體所必要的重製、改作行為，歐盟電腦軟體指令第 5 條第 1 項並特別指明包括除錯(error correction)行為。此外，歐盟電腦軟體指令前言第 13 點也有說明包括存取行為(acts of loading)、使用電腦軟體所必要之行為(running necessary for the use of a copy of a program)以及除錯行為(the act of correction of its errors)。另外我覺得比較重要的是，前言裡面有提到上述這些行為都不能用契約加以排除。Directive 2009/24/EC, Recital 13 (2009) (The exclusive rights of the author to prevent the unauthorised reproduction of his work should be subject to a limited exception in the case of a computer program to allow the reproduction technically necessary for the use of that program by the lawful acquirer. This means that the acts of loading and running necessary for the use of a copy of a program which has been lawfully acquired, and the act of correction of its errors, **may not be prohibited by contract**. In the absence of specific contractual provisions, including when a copy of the program has been sold, any other act necessary for the use of the copy of a program may be performed in accordance with its intended purpose by a lawful acquirer of that copy.).

²³⁵ 這邊非常重要，雖然法院僅一句話帶過，不過我們似乎可以認為法院於此已明確表示出只要經



盟電腦軟體指令第 5 條第 1 項的合法取得者²³⁶。

不過法院也同意當消費者欲轉賣電腦軟體時，最初取得人(original acquirer)為了避免侵害重製權，必須於轉賣的同時，將其儲存於硬碟中的電腦軟體刪除，或使其無法使用(unusable)²³⁷。

不過，甲骨文公司主張，縱算課予轉賣者刪除之義務，但軟體是否已被刪除或是無法使用實在難以證明與確認。然而，其實不只是無實體的電腦軟體重製物有這種問題，實體電腦軟體重製物（例如 CD-ROM 或 DVD）也會面臨同樣的問題，因為我們根本不知道轉賣人會不會私底下也拷貝了一份繼續使用。所以為了解決著作權人之疑慮，法院也表示電腦軟體發行人可以使用科技保護措施(technical protective measures)來避免這種情形。總而言之，法院認為 UsedSoft 之消費者為歐盟電腦軟體指令第 5 條第 1 項所稱之「合法取得者」，而且這些二手買家亦有權從甲骨文的網路下載除錯與更新軟體。

不過這個判決也並非對於 UsedSoft 完全有利。歐盟法院認為像本案販賣多餘的團體授權，亦即將團體授權拆開販售(divide the licence and resell)之情形，並不能適用散布權耗盡原則²³⁸。

判定係屬買賣行為，縱使契約有約定禁止嗣後進一步移轉，該約定仍然無效。*UsedSoft GmbH*, Case C-128/11, ¶ 77 (2012) (notwithstanding the existence of contractual terms prohibiting a further transfer, the rightholder in question can no longer oppose the resale of that copy.).

²³⁶ *UsedSoft GmbH*, Case C-128/11, ¶ 80 (2012) (Since the copyright holder cannot object to the resale of a copy of a computer program for which that rightholder's distribution right is exhausted under Article 4(2) of Directive 2009/24, it must be concluded that a second acquirer of that copy and any subsequent acquirer are 'lawful acquirers' of it within the meaning of Article 5(1) of Directive 2009/24.).

²³⁷ 其實法院在判決理由中僅表示轉賣後應使原先下載到電腦之軟體「無法使用(unusable)」，不過最直接的方法就是將軟體「直接刪除」，一般實務上大多也是此種作法。

²³⁸ 不過法院並未說明理由。*UsedSoft GmbH*, Case C-128/11, ¶ 86 (2012) (It should be recalled, however, that, if the licence acquired by the first acquirer relates to a greater number of users than he needs, that acquirer is not authorised by the effect of the exhaustion of the distribution right under Article 4(2) of Directive 2009/24 to divide the licence and resell only the user right for the computer program concerned corresponding to a number of users determined by him, as explained in paragraphs 69 to 71 above.).



三、最後結論

基於以上論述，法院最後判決：

- (一) 歐盟電腦軟體指令第 4(2)條應該被解釋為：當著作權人授權消費者下載電腦軟體至資料載體，並因而獲有一次性的相應報酬（免費提供下載亦同），且授予消費者無限期使用電腦軟體重製物之權利時，系爭電腦軟體重製物之散布權即告耗盡。
- (二) 歐盟電腦軟體指令第 4(2)條及第 5(1)條應該被解釋為：如果系爭二手軟體係著作權人授權第一取得人(first acquirer)無限期使用且著作權人亦獲有相應報酬時，則第二取得人(second acquirer)或是之後的取得人(any subsequent acquirer)均可以依賴歐盟電腦軟體指令第 4(2)條之規定，並進而被認定為歐盟資訊社會指令第 5(1)條所稱之合法取得者，從而可依該條項享有重製權之例外規定。

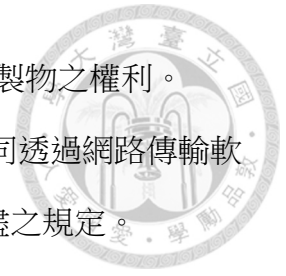
第三款 小結

一、本案所涉條文

本案主要涉及 WCT、歐盟資訊社會指令與歐盟電腦軟體指令，先再次回顧各規定之重點與條文簡單操作如下：

(一) WCT

1. 按照 WCT 第 6 條第 1 項以及關於該條之共同聲明可知，WCT 第 6 條僅適用於



實體重製物，換言之，WCT 所規定的散布權係指散布實體重製物之權利。

2. 另根據 WCT 第 8 條雖有公眾傳達權之規定來看，甲骨文公司透過網路傳輸軟體似可符合本條情形。惟本條並如散布權之規定一般，有耗盡之規定。

(二) 歐盟資訊社會指令

1. 按照歐盟資訊社會指令前言第 28 點指出，本指令所規定之散布權及其耗盡，僅適用於有體物。另根據前言第 29 點之說明可知，服務或線上服務並不會發生耗盡問題。
2. 歐盟資訊社會指令第 3 條第 1 項與 WCT 第 8 條一致，包括公眾傳達權以及對公眾提供權，因此，甲骨文公司將軟體移轉與消費者即落入該條項所規定之情形。惟同條第 3 項已明確規定第 1 項所規定之權利不會耗盡。
3. 歐盟資訊社會指令第 4 條則如第 1 點所述，僅適用於有體物。而由於甲骨文公司主要（85%的比例）係透過網路傳輸電腦軟體與消費者，故至少在此部分無法適用該條。

(三) 歐盟電腦軟體指令

1. 按照歐盟電腦軟體指令前言第 7 點指出，本指令所稱之「電腦軟體(computer program)」係指「任何形式(in any form)」的電腦軟體。
2. 歐盟電腦軟體指令第 4 條第 2 項則是規定於歐盟境內的第一次銷售或經著作權人之同意，散布權耗盡。於此必須特別說明者係，由於前言已經說明本指令所稱電腦軟體，係指任何形式之電腦軟體，因此本條項所稱之「軟體重製物(a copy of a program)」，就不會僅僅指涉傳統的上認為的有體物，而應包括無實體之電



腦軟體重製物²³⁹。

二、本文意見

本文支持歐盟法院意見，惟其中有兩點必須加以強調：法院一再強調媒介並非重點，蓋透過 DVD 或 CD-ROM 取得軟體或是透過下載方式取得軟體並無不同，換言之，法院強調「**離線／線上相同原則(offline-online equivalence)**²⁴⁰」，即重點應放在適用散布權耗盡原則所欲達到的功能，此其一；同樣根據「離線／線上相同原則」，我們應擴大解釋買賣之概念，避免著作權利人僅需單純將契約稱為「授權」契約即可輕易規避散布權耗盡原則，此其二。

第三項 小結

透過本文前述之判決，我們可以發現美國與歐盟實務之見解似乎背道而馳，卻又可以觀察到若干同質重合之處²⁴¹，說明如下。

²³⁹ 雖然這樣子的解釋有點單就條文體系上來做解釋，不過有論者認為，如果歐盟電腦軟體指令於立法之初即有意限制耗盡原則之適用，那條文或前言必會如同其他指令一樣，明確指出本指令「僅適用於有體物」或是如同歐盟資訊社會指令於前言特別表示「服務或線上服務並不生耗盡問題」等明文規範。而且，在軟體大部分絕大部分都是透過網路下載的現在，如果本指令僅適用於實體電腦軟體重製物，那本條項（歐盟電腦軟體指令第 4(2)條）就形同死亡。See Agarwal, *supra* note 14, at 30.

²⁴⁰ 有論者認為這個思維模式，其實間接體現在歐盟資訊社會指令之前言第 5 點：「Technological development has multiplied and diversified the vectors for creation, production and exploitation. **While no new concepts for the protection of intellectual property are needed, the current law on copyright and related rights should be adapted and supplemented to respond adequately to economic realities such as new forms of exploitation.**」 See Maša Galič, *The Legality of Resale of Digital Content after UsedSoft in Subsequent German and CJEU Case Law*, 37 E.I.P.R., Issue 7, 415 (2015).

²⁴¹ 歐洲文化創意產業的特徵為小而美，藉由數位環境，全球市場不再為大型企業所占，從中發展出之商業模式更是競爭力與創新之樞紐。智慧財產權之保護便是決定整個文化創意產業之關鍵因素，然而過多的著作權保護卻又可能阻礙創新。從而，如何謹慎評估歐洲著作權密集產業(copyright-intensive industries)之特性並找出兩者間之平衡，正是目前立法者及歐洲法院近幾年在訂立規範與判決中，煞費苦心之處。請參見，許曉芬，前揭註 152，頁 32。我想更加有趣的是，在 *UsedSoft* 案中，原被告剛好就代表這兩種不同見解的國家：美國與德國。換言之，美歐見解之差異，恐怕也會在商業交易上滋生爭議。



前揭美國法上的三個案例指出，若契約有明確指出屬授權契約並給予消費者權利明確限制(significant restrictions)，則法院通常(generally)會認定為授權契約，實務上即以 *Vernor* 案之三項判準作為代表：一、著作權人是否具體指明使用者係被授權；二、著作權人是否嚴格限制使用人移轉軟體之權限；三、著作權人是否課以顯著的使用限制。從而有判決即因業者於契約上賦予消費者明確限制而逕將移轉(transfer)認定為授權(license)²⁴²。

對照歐盟 *UsedSoft* 案之判決，則比較偏向觀察著作權人所為散布行為之本質，並非單純就契約條款判斷，並且提供相關的判準：一、無限期使用；二、一次性的給付，若符合這兩項要件，即可認定是買賣。

不過如果我們再觀察一下法院在 *UMG* 案之思考過程，會發現法院曾經強調過：「基於 *UMG* 散布行為之各種狀況及其本質。首先，這些宣傳版 CD 的發送並未經過同意或要求。這些 CD 也沒有被編號，也未企圖追蹤其流向或用途。」。我認為此段實務意見可以認為就是歐盟 *UsedSoft* 案所說的「無限期使用」，或可進一步認為 *UMG* 案嘗試以「著作權人是否仍對該著作物握有控制力²⁴³」作為判斷是否為買賣之標準。此外，美國實務也曾有這樣的見解：如果業者有特別表示系爭數位檔案必須在一定日期內歸還(returned at a specific date)或是使用一定期間後必須銷毀檔案(destroyed after a certain period of use)之限制者，該契約會被法院認定為授權契約²⁴⁴，顯然看得出「控制力理論」之蹤影。此外，第二巡迴上訴法院在 *Krause v. Titleserv, Inc.* 案²⁴⁵，也曾經指出法院必須調查是否有足夠的跡象(sufficient incidents)可以明顯地看出當事人對重製物擁有所有權²⁴⁶。

²⁴² *Wall Data Inc. v. Los Angeles County Sheriff's Dept.*, 447 F.3d 769, 785 (9th Cir. 2006).

²⁴³ 有論者稱其為「控制力理論」，我覺得頗為貼切。請參見，陳奐君(2014)，〈論數位著作之權利耗盡—從數位二手市場到雲端服務平台〉，頁 81-83，國立政治大學智慧財產研究所碩士論文。

²⁴⁴ *U.S. v. Wise*, 550 F.2d 1180, 1190 (9th Cir. 1977).

²⁴⁵ 402 F.3d 119 (2nd Cir. 2005).

²⁴⁶ *Krause*, 402 F.3d, at 124.



最後必須再次強調者係，控制力理論並非兄弟所獨創之見解，該理論從散布權耗盡原則之立法意旨甚至條文文字即可推得。申言之，我認為散布權耗盡原則之所以強調所有權移轉，目的在於宣示重點在於：著作權人是否「已終局放棄其對於著作物之控制能力²⁴⁷」或「終局放棄對著作成品(Werkstücke)的處分可能性²⁴⁸」。申言之，散布權耗盡原則之「所有權移轉」要件之解釋，應與民法不同，實不應以民法所有權移轉之概念來認定散布權耗盡原則之所有權移轉。換言之，論者認為，只要具備兩項要素，即：**有意地(willentlich)**、**終局地(endgültig/dauernde)**放棄對於著作物之支配能力即可²⁴⁹，本文認為此見解殊值參酌。

綜上所述，雖然目前美國實務上仍偏向 *Vernor* 案所歸納出之三項判準，但是這份過度簡化的判準與過低的門檻，使得著作權人得以添加幾個「魔術用語」，即得規避散布權耗盡原則²⁵⁰，從而有論者認為已敲響散布權耗盡原則與二手軟體市場之喪鐘²⁵¹。不過，我們不必太過絕望，蓋美國實務上仍有部分實務見解認為從交易本質上來觀察亦屬重要，前述歐盟 *UsedSoft* 案亦從功能性角度出發，並以此作為論述理由²⁵²。本文在此就是想要呈現這樣美歐實務走向，併此敘明。

第五節 科技保護措施

²⁴⁷ 王怡蘋，前揭註 23，頁 24。

²⁴⁸ 蔡明誠（1990），〈論智慧財產權之用盡原則—試從德國法觀察、兼論歐洲法之相關規範〉，《政大法學評論》，41 期，頁 249。

²⁴⁹ 王怡蘋，前揭註 23，頁 13-14。

²⁵⁰ 其實不只，還有必要步驟抗辯以及合理使用。See Lothar Determann & David Nimmer, *Software Copyright's Oracle from the Cloud*, 30 Berkeley Tech. L.J. 161, 201 (2015).

²⁵¹ 蕭宏宜（2012），〈第一次銷售原則與輔助侵害著作權的美國實務趨勢〉，《科技法律透析》，24 卷 11 期，頁 57。

²⁵² 德國學說上也有認為：從經濟的角度考慮，如果一個類似買賣的行為，目的在於終局的給付交換(endgültiger Leistungsaustausch)，應該認為已經有轉讓存在。請參見，蕭宏宜（2013），〈耗盡原則與軟體轉售—以美國與歐盟的發展為中心〉，《東吳法律學報》，24 卷 4 期，頁 167。標楷粗體為筆者所強調，從用語即可瞭解，所謂從經濟上、功能上、類似買賣、目的、終局，再推導至轉讓，都是為了突破現行法之困境。



科技保護措施不像授權契約一樣，採取「封鎖」散布權耗盡原則的要件，也就是將「買賣(sale)」轉變為「授權(license)」，使消費者日後無法轉賣自行所購得之著作重製物。它換個方式，也就是直接將商品「上鎖」，結果就是：縱然消費者得以自由轉賣數位二手著作，後手仍無法自由使用。

第一項 科技保護措施

在著作權法中，有些保護規範並不屬於著作權法之範疇，但卻跟著作權之保護有密切關係，例如「權利管理電子資訊」與「防盜拷措施」即是。這兩者係屬「數位權利管理(Digital Rights Management, DRM)」之一部分。由於 WIPO 於 WCT 第 11 條、第 12 條，以及 WPPT 第 18 條、第 19 條之規定，要求締約各方應規定「適當之法律保護及有效之法律救濟」，用以保護技術措施(Technological Measures)和權利管理資訊(Rights Management Information)。美國於 1988 年所通過之數位千禧年著作權法案(Digital Millennium Copyright Act, DMCA)亦配合條約增訂著作權法第 12 章，對於規避科技保護措施(Circumvention of Technological Measures)與著作權管理資訊(copyright management information)加以規範。而歐盟於 2001 年通過的資訊社會指令亦就此於第 6 條、第 7 條加以規範。我國則於 2003 年修法時，因應國際趨勢，增訂第 80-1 條（權利管理電子資訊），於 2004 年修法時再增訂第 80-2 條（防盜拷措施），應予注意者係，前述兩者均非權利，僅屬一種禁止規範，且違反者有民刑事責任²⁵³。

於本論文較為相關的則是關於科技保護措施之部分，以我國法制來說，指的就

²⁵³ 謝銘洋，前揭註 63，頁 210-211；此外，近期智財局為符合跨太平洋夥伴協定智慧財產（TPP/IP）章之要求，研擬將原違反著作權第 80-2 條第 1 項僅需負民事責任之規定，修改為尚須負刑事責任。請參見，與 TPP 國同步！《著作權法》擬修 破解軟體商業使用有刑責，風傳媒，<http://www.storm.mg/>（最後瀏覽日：02/27/2016）。



是「防盜拷措施²⁵⁴」。按我國著作權法第 3 條第 1 項第 18 款關於防盜拷措施之定義：「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。」可知，重點在於禁止或限制他人擅自「進入」或「利用」著作。所謂「進入」，係指行為人直接對著作內容產生收聽、收看等感官上效果之行為；所謂「利用」，則係指重製、公開傳輸、散布等利用行為。也就是說，我國之防盜拷措施，即相當於國外法制上關於科技保護措施立法之「限制利用(copy control)」及「限制接觸(access control)」兩種型態²⁵⁵。此種防盜拷之技術保護措施本身可能是種設備、一組器材、在機器上加裝的某個零件、一種鎖碼的技術、一組序號或一個密碼，甚至可能是一種特別的科技方法，換言之，只要能夠積極有效禁止或限制他人接觸或利用著作，就是所謂的科技保護措施²⁵⁶。

而無論是權利管理電子資訊或是科技保護措施，均是為了因應數位時代之來臨而設，惟由於這些規範所提供之保護並非著作權之一部分，故著作權法原先所設計用來限制著作權人之規定，例如合理使用、權利耗盡等，並未被一同考慮進去，因而造成著作權人透過此種非著作權之保護，過度擴張其著作權受保護之強度²⁵⁷，甚至使得原先在著作權法中基於公共利益所安排之規範被瓦解，而有違反著作權法基本精神之疑慮²⁵⁸，例如本論文所研究之散布權耗盡原則可能就會因為科技保護

²⁵⁴ 有論者認為我國所稱「防盜拷措施」一詞應修正為「科技措施」或「科技保護措施」，蓋 WCT、WPPT、美國 DMCA、歐盟資訊社會指令均稱為科技措施，且該措施既為保護著作，稱為科技保護措施似乎更加妥貼，故日本著作權法之英文譯文即為「Technological Protection Measures」。請參見，羅明通（2014），《著作權法論 II》，8 版，頁 534，台北：台英國際商務法律事務所；劉孔中教授亦採相似意見，認為應回歸國際通用之用語稱「技術措施」。請參見，劉孔中（2005），〈著作權法有關科技保護措施規定之研究〉，《月旦法學雜誌》，119 期，頁 87；智慧財產局公布的著作權法修正草案（第四稿）也將「防盜拷措施」修正為「科技保護措施」。請參見，著作權法修正草案（第四稿），頁 8、15，經濟部智慧財產局，<https://www.tipo.gov.tw/>（最後瀏覽日：04/18/2016）。

²⁵⁵ 蕭雄淋，前揭註 78，頁 256-257；也有直譯為「複製控制(copy control)」及「接觸控制(access control)」。請參見，章忠信，前揭註 18，頁 191。

²⁵⁶ 羅明通，前揭註 254，頁 500。

²⁵⁷ 例如，使得有規避科技保護措施之行為者，縱使沒有侵害到傳統著作權法所保護之著作，就已先產生了法律責任。請參見，馮震宇，前揭註 5，頁 71。

²⁵⁸ 所謂著作權法的基本精神，簡單來說：就是給作者著作權，以換取作者揭露其構想或概念。請參見，月旦法學雜誌（2004），〈「新版著作權法—著作權保護的一大步？」座談會〉，《月旦法學雜誌》，106 期，頁 109（鄭中人教授之發言）。



措施而被鎖死，或者將令合理使用幾乎無適用餘地²⁵⁹，是以多數學者均認為科技保護措施之規定實應加以檢討²⁶⁰。美國電子前線基金會(Electronic Frontier Foundation, EFF)也曾指出著作權人利用 DMCA 創造了一個新的權利，使著作權人可以控制消費者如何處理合法購得之著作物，違反散布權耗盡原則之精神²⁶¹。美國甚至有論者戲稱：「著作權已死，蓋 DMCA 已將之殺害²⁶²」。

雖然目前多數認為科技保護措施給予著作權人「超著作權」之保護，使著作權人得對於原本不受著作權法保護的「進入(access)」，透過科技保護措施取得實質的保護²⁶³，明顯偏向著作權人而忽略公益。不過，有論者認為，著作權法第 1 條²⁶⁴之立法目的，並非屬於二律背反之關係。就科技保護措施而言，這樣的制度有助於著作權人控制數位著作的出版與流通，某程度上可將數位著作從非敵對性(non-rival)轉變為敵對性(rivalrous)²⁶⁵，從而提高著作權人以數位方式出版的意願，甚至是著

²⁵⁹ 因為根本接觸著作都不可能，如何「合理使用」。請參見，林利芝（2015），〈數位科技環境下合理使用之問題—以美國著作權法「合理使用」案例之兩極化發展為例〉，司法院行政訴訟及懲戒廳（編），《智慧財產訴訟制度相關論文彙編第 4 輯》，頁 323，台北：司法院；比較法上，雖然德國著作權法於 2003 年 9 月間新增第 95 條 a 對「科技保護措施」之保護後，新增之第 95 條 b 第 2 項規定（自 2004 年 9 月才開始施行），讓依照權利限制條款本得合理使用著作，卻受科技保護措施阻擋之受益人，得請求保護措施權利人提供接近使用被保護著作之必要措施，此等主觀上個別請求權之賦予，具有劃時代之意義，不過成效為何，值得觀察。請參見，梁哲瑋（2011），〈從德國著作權法對著作權之權利限制看著作權之合理使用〉，黃銘傑（編），《著作權合理使用規範之現在與未來》，頁 8，台北：元照。

²⁶⁰ 謝銘洋，前揭註 63，頁 212-213；也有論者表示在目前的網際空間環境下，法律所面對的真正問題並非是提升法律保護，而是應該要考慮著作是否已受過度保護。請參見，汪渡村（2004），〈論網際網路時代著作權法因應之道—以合理使用制度為中心—〉，《智慧財產權》，62 期，頁 108。

²⁶¹ 馮震宇（2001），〈論美國 DMCA 反規避條款之規定與檢討〉，《智慧財產權》，頁 83。

²⁶² See Glynn S. Lunney, Jr., *The Death of Copyright: Digital Technology, Private Copying, and the Digital Millennium Copyright Act*, 87 Va. L. Rev. 813, 814 (2001) (COPYRIGHT is dead. The Digital Millennium Copyright Act ("DMCA") has killed it.).

²⁶³ 學說上認為實已賦予著作權人一種「近用權(access right)」(有稱為「接觸權」)。請參見，林利芝（2011），〈著作權濫用之探討—以科技保護措施控制一般商品「售後市場」為例〉，《2011 年第十五屆全國科技法律研討會論文集》(光碟)，頁 639。換言之，從傳統的「控制利用權限(use control)」擴大至對著作之「接觸控制(access control)」。請參見，馮震宇（2001），〈從 MP3 法律爭議論網路著作權保護之未來〉，《月旦法學雜誌》，74 期，頁 128-129。

²⁶⁴ 著作權法第 1 條：「為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，特制定本法。本法未規定者，適用其他法律之規定。」

²⁶⁵ See Gregory Capobianco, *Rethinking ReDigi: How a Characteristics-Based Test Advances the Digital First Sale Doctrine Debate*, 35 Cardozo L. Rev. 391, 409-410, 423-424 (2014). 作者尚指出，若認為敵對性僅發生於實體物上，那將是單純且不合理之錯誤。不過作者也表示 DRM 並非唯一解，其認為



作權人同意數位耗盡原則之方法之一，從這個角度來看，科技保護措施並非全然不具優點²⁶⁶。

事實上，美國國會之所以會通過 DMCA，其目的之一即在於保護數位著作不被盜版以及促進數位著作電子商務之發展²⁶⁷。晚近亦有科技保護措施反倒有助於著作權人接受散布權耗盡原則適用於數位環境之說法產生，我認為有其可行性，但必須對科技保護措施相關規定作出微調。以 *Chamberlain Group v. Skylink Tech., Inc.* 案²⁶⁸ 為例，法院就認為著作權人以科技保護措施控制著作之近用，必須與著作權保護有合理關聯(reasonable relationship)，才有反規避條款之適用²⁶⁹。論者便認為本案法院此舉不僅提醒業者謹守分際同時也是安撫民心，程度上也能舒緩反規避條款對公眾利用著作及科技發展所帶來之衝擊²⁷⁰。

第二項 科技保護措施與授權契約之關係

科技保護措施與授權契約之關係緊密，蓋若欠缺科技保護措施，使用者可以規避授權契約之要約，著作權人亦無能力要求使用者在使用其著作以前，必須與之訂立契約。此外，若無科技保護措施，著作權人也無法確認使用者是否確實履行授權契約條款，例如授權契約條款規定使用者僅能於臺灣使用軟體，惟若無科技保護措施，使用者縱算至美加地區使用，著作權人亦無從管制；但若有科技保護措施，則該科技保護措施之相關機制可令該軟體僅能使用於臺灣（就如同 DVD 光碟的區域

太過強調透過 DRM 來支持消費者得將數位著作轉售的同時，可能會忽略（或是犧牲）掉一些著作權法上重要的限制與例外，例如合理使用。此意見值得參考。

²⁶⁶ 賴文智、王文君，前揭註 2，頁 132-133。

²⁶⁷ See U.S. Copyright Office, *Summary of The Digital Millennium Copyright Act of 1998*, available at: www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf.

²⁶⁸ 381 F.3d 1178 (Fed. Cir. 2004).

²⁶⁹ *Id.* at 1204.

²⁷⁰ 林利芝，前揭註 263，頁 651。



碼限制原理一樣)。

科技保護措施和授權契約之結合²⁷¹，往往造成市場上事實上之壟斷地位與力量，使得原本可能違反競爭法之限制條款，因為以科技保護措施的方式呈現，反而可以規避競爭法之規範而受到著作權法之保護²⁷²，程度上屬於擴大著作權之範圍，簡而言之，就是提供優於著作權法之保障²⁷³。

與本論文相關者係，縱算今日著作權人不再以「易買賣為授權」之方式規避散布權耗盡原則，著作權人也可以利用科技保護措施來達到限制使用者轉賣之效果，因為縱使是合法取得該著作物，且對該著作物之使用並未構成著作權之侵害，但只要破解科技保護措施就會構成違法²⁷⁴。換言之，著作權人將原應耗盡之散布權，透過科技保護措施借屍還魂²⁷⁵。此外，科技保護措施與授權契約之結合，除了影響大眾消費者之權益，學術界作為知識散播的源頭之一，也是苦不堪言，蓋出版商普遍善用數位權利管理措施與包裹授權模式，逐漸強化對於期刊論文之控制能力²⁷⁶，從而程度上造成學者彼此文獻參照之困難。

另外，有論者指出，就授權契約而言，著作權人若要實現其契約內容，尚須透過公權力（法院）；相對地，契約內容若與正義有違，一方當事人亦可尋求公權力

²⁷¹ 若先不談科技保護措施與授權契約之結合，其實業者光透過契約（例如：Microsoft Services Agreement），就可以從遠端「侵入」用戶電腦，檢查用戶是否使用盜版、是否使用原廠軟硬體，防不慎防。我並非鼓勵盜版，只是業者之行為是否妥當，例如著作權之保護與隱私權侵害之權衡等議題，仍值斟酌。請參見，張繼聖（2015），〈Windows 10 直接禁止破解及盜版的遊戲〉，《PC Home 電腦家庭》，236 期，頁 9。

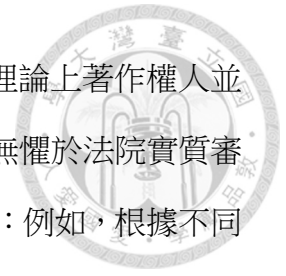
²⁷² 馮震宇，前揭註 5，頁 83。

²⁷³ 曾勝珍、黃鋒榮（2011），〈2010 年加拿大著作權現代化法案之評析〉，《東海大學法學研究》，35 期，頁 181-182。

²⁷⁴ 謝銘洋，前揭註 63，頁 213。

²⁷⁵ 或者反過來，有時候符合了科技保護措施之例外規定，但卻避不了授權條款之拘束。請參見，黃惠敏，前揭註 132，頁 18。

²⁷⁶ 劉靜怡（2011），〈數位時代的知識生產模式與學術資源開放近用運動—以美國法學期刊為例〉，《政大法學評論》，123 期，頁 235。



加以救濟。不過，若著作權人直接使用科技保護措施控制著作，理論上著作權人並毋庸仰賴公權力即能達其目的²⁷⁷。也因此，我憂心最後著作權人無懼於法院實質審查散布行為，因為最後，著作權人還是有科技保護措施這張王牌：例如，根據不同業者對於 DRM 或 TPM 的技術標準或規格不同，受某一特定技術保護的內容可能無法在另一技術下讀取使用，像是 Amazon 所發行之電子書專屬格式 (*.azw) 僅能由 Kindle 讀取²⁷⁸。此種結果將會造成系爭交易縱算被認定為買賣而非授權，從而在法律效果上允許消費者得以自由轉售，惟著作權人仍得透過科技保護措施之運作，達成事實上難以轉賣之效果。

第六節 小結

買軟體到底是買到了什麼？消費者可能並不清楚²⁷⁹。

老實說我身邊有不少人認為我們並非「擁有」軟體，而僅係「被授權使用」軟體是一件沒什麼大不了的事，理由在於很少人會想要特別去轉賣自己電腦內的軟體²⁸⁰。雖然本論文所著重的是著作權人易買賣為授權之行為與散布權耗盡原則之間的關係，不過，如果稍微了解一下為何著作權人會想要把整個商業模式定義為授權行為，或許我們會「緊張一下」，例如：(1)如果不是授權，根據散布權耗盡原則之規定，購買電腦軟體之後，使用者可以自由移轉該軟體重製物；(2)著作權法有許多例外規定僅賦予「重製物所有人」，例如我國著作權法第 59 條²⁸¹；(3)授權條款

²⁷⁷ 汪渡村，前揭註 260，頁 110。

²⁷⁸ 陳思廷（2015），〈著作技術保護措施之互通性之法律研究〉，《成大法學》，30 期，頁 110。

²⁷⁹ 事實上，撰寫本論文之初，我也從未思考過這個問題。請參見，章忠信（2008），〈買軟體到底是買到甚麼？〉，著作權筆記，<http://www.copyrightnote.org/>（最後瀏覽日：03/15/2016）。

²⁸⁰ 有些則是嫌麻煩，有些則甚至不知道可以轉賣。不過，原因或許在於身旁的友人大多屬於在學中，使用的多是校園大量授權版的免費軟體，所以比較不會思考到此議題。

²⁸¹ 著作權法第 59 條：「**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。（第 1 項）前項所有人因滅失以外之事由，喪失原重製物之所有權者，除經著作財產權人同意外，應將其修改或重製之程式銷燬



可以規定許多重要事項，例如擔保的免除或免責條款²⁸²。此外，有論者認為在美國因 *John Wiley & Sons, Inc. v. Kirtsaeng* 案²⁸³ 確立採國際耗盡原則後再加上 *Vernor* 案對於授權契約之寬鬆認定，出版商可能因此更加強化其電子書出版，而以網路授權模式為主²⁸⁴。

在本節我介紹了現行美國實務上對於授權契約之寬鬆認定。不過授權契約的使用其實早已逐漸全面性地充斥在我們生活裡，甚至出現了一些我覺得不可思議的授權契約。例如，Google 先前所推行的 Google 眼鏡²⁸⁵(Google Explorer Edition) 裡面的銷售條款(Terms of Sale)就明確表示消費者於購買裝置後僅能供自己個人使用，而不能為商業性的轉售²⁸⁶。有論者便因此打趣地說：「歡迎來到新世界！一個公司不僅控制數位產品例如軟體以及娛樂媒體甚至連電子裝置都遭受控制的世界，即使在消費者已經購買了。²⁸⁷」²⁸⁸。或有認為 Google 眼鏡之所以有此等限制，乃是基於產品尚處於研發階段，業者要掌控確實的使用者回饋，所以不宜轉賣，待成品正式銷售後，此條款未必會存在。此種說法不無道理，但在業者透過軟體授權契約控制硬體的部分，確實也有人擔心軟體製造商日後可能會宣稱 A 軟體僅屬授

之。(第 2 項)」

²⁸² 郭聯彬，前揭註 139，頁 94-95。

²⁸³ 654 F.3d 210 (2nd Cir. 2011).

²⁸⁴ 胡心蘭，前揭註 37，頁 173、176；See Reis, *supra* note 37, at 176.

²⁸⁵ Google 眼鏡 (Google Glass) 是一款配有光學頭戴式顯示器 (OHMD) 的可穿戴式電腦，由 Google 開發，其目標是希望能製造出供給大眾消費市場的普適計算裝置。Google 眼鏡以免手持、與智慧型手機類似的方式顯示各種資訊。穿戴者透過自然語言語音指令與網際網路服務聯繫溝通。請參見，維基百科，<https://zh.wikipedia.org/> (最後瀏覽日：11/02/2015)。不過在 2015 年的新聞顯示，由於價格因素而導致市場反應不佳，以及各種實際應用上之疑慮 (如隱私權考量)，Google 已宣布 Google Glass 停售停產，未來只保留給開發人員測試。請參見，谷歌眼鏡玩不下去 宣布停售，蘋果日報，<http://www.appledaily.com.tw/> (最後瀏覽日：11/02/2015)。

²⁸⁶ Glass Explorer Edition Terms of Sale (last modified: August 19, 2014) (Resale and Gifts: **You may only purchase Devices for your personal use. You may not commercially resell any Device**, but you may give the Device as a gift. Recipients of gifts may need to open and maintain a Google Wallet account in order to receive any support offered by Google. These Terms apply to any gift recipient.) (emphasis added) (last visited: 11/02/2015).

²⁸⁷ See Agarwal, *supra* note 14, at 43.

²⁸⁸ 事實上，早在 *Vernor* 案，美國圖書館協會(ALA)就已提出它的擔憂，蓋一旦肯認軟體產業可以使用授權契約來取代理銷售，將會導致其他著作權人群起仿效，例如書商、音樂業者與電影業者等。*Vernor*, 621 F.3d, at 1115.



權，所以不得隨裝置轉售，若此時消費者想要轉售裝置，恐怕會因此觸犯授權條款。換言之，業者縱算不能明目張膽地控制消費者硬體之轉售，也能透過限制軟體轉售來遂行其目的²⁸⁹。

我認為這種情況可能不太會發生。首先，應該不會有人丟棄舊電腦、舊手機或轉送 iPad 給家人前，還會去徵求著作權人同意，這是現實上不可能；再者，散布權耗盡原則本即允許合法著作物所有人得自由處分該特定合法著作物，從而業者若欲控制硬體裝置之處分，在法律上可能站不住腳。比較可能的大概是裝置內含之軟體均需前手之帳號密碼始能運行，所以最多只能說業者對帳號所為之各種限制，會造成硬體裝置轉售之不便²⁹⁰，但應無從禁止才是²⁹¹。

但也有不少人對於授權抱持樂觀態度，有認為並不是所有授權契約都符合著作權法之規定，除去那些不合規定的授權契約，一個好的授權框架(licensing framework)將可以恢復(restore)公益與著作權人利益之平衡²⁹²，更使數位耗盡原則之實現接近可能。不過，授權契約條款必須清楚且完整地揭露(terms of licenses should be fully disclosed to consumers)則屬當然之理²⁹³。

回到美國與歐盟的迥異觀點來看，絕大多數的論者都指出美國實務僅依照當事人間之契約規範判斷，並未考量交易的經濟現實；另有論者批評，美國現行實務


²⁸⁹ 或許不只是「轉售」，各種處分行為都有可能。例如除了本文所述情況，我們還能擴展到：當我要丟棄舊電腦時，我需要徵求軟體商的同意嗎？當我要把我的舊 iPad 送給我的家人使用時，也同樣需要徵得內存 App 軟體、電子書等業者之同意嗎？See The Department of Commerce Internet Policy Task Force, *supra* note 40, at 50-51; Reis, *supra* note 37, at 185 (The Kindle Store Terms of Use specifies that users may not transfer Kindle devices to others with purchased digital content still loaded on them.).

²⁹⁰ 不過這種「事實上不便」也可能造成問題，例如後面（第四章第五節第一項第一款）會提到的德國 *Half-Life 2* 案即是類似的情形。

²⁹¹ See The Department of Commerce Internet Policy Task Force, *supra* note 40, at 63-65.

²⁹² See Reuven Ashtar, *Licensing as Digital Rights Management, From the Advent of the Web to the iPad*, 13 Yale J.L. & Tech. 186-87 (2011).

²⁹³ See Tobin, *supra* note 110, at 186-187.



作法形同將著作權法變成武器去對抗常識與消費者之期待。反觀歐盟之判決似乎較為符合現實，可是該判決由於主要涉及電腦程式著作，日後法院對於其他種類著作是否持同一態度，仍不明朗。總之，美歐兩邊的判決均著重於法釋義之角度而為論證，較少論及散布權耗盡原則之意旨或法理基礎²⁹⁴；而這種迥異的觀點在實際操作下也會造成疑義²⁹⁵。

最後，談到著作權人另外一個強大的武器：科技保護措施。科技保護措施或許被認為是著作權人最後一道防線，但我認為在效果上也是最強的，蓋縱算今天業者不再採行授權模式，允許消費者自由轉賣，但透過科技保護措施的設計，也可以達到「事實上」無法或難以轉賣之結果。

²⁹⁴ 沈宗倫，前揭註 93，頁 25。

²⁹⁵ 以 Kindle Store Terms of Use 為例，茲擷取部分條款如下：「**Upon your download of Kindle Content and payment of any applicable fees (including applicable taxes), the Content Provider grants you a non-exclusive right to view, use, and display such Kindle Content an unlimited number of times, solely on the Kindle or a Reading Application or as otherwise permitted as part of the Service, solely on the number of Kindles or Supported Devices specified in the Kindle Store, and solely for your personal, non-commercial use. Kindle Content is licensed, not sold, to you by the Content Provider.**」該服務條款於美國與歐盟即可能有不同之解讀。

第四章 數位時代下之散布權耗盡原則



第一節 前言

按照目前的法律規定，以及現今仍舊盛行的授權手法，散布權耗盡原則及其背後所欲維護的二手市場，在不久的未來可能蕩然無存。為此，無論在司法實務或是立法上，都必須適度地做出調整²⁹⁶。蓋在智慧財產權之領域，「變動」是唯一不變的事物，隨著科技的進步，智慧財產權法也必須與時俱進²⁹⁷。

本章主要介紹的是美國與歐盟之立法與實務走向，就美國之部分，重點在於著作權濫用原則作為抗衡著作權人濫用易買賣為授權手法之效益或可能性為何。另外也介紹了美國實務上重要的 *ReDigi* 案，並進一步介紹為了因應實務意見，數位二手音樂業界所研發出之商業模式，而該模式對於之後投入數位二手市場之業者影響亦屬重大；歐盟之部分，則以 *UsedSoft* 案作為分界點，簡要介紹該案作成前後，歐盟（及其會員國）實務意見之走向。

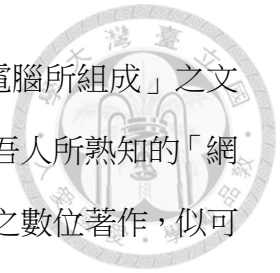
第二節 數位環境與數位著作

第一項 數位環境

根據維基百科的定義，所謂數位環境係透過一台或數台電腦所組成的虛擬場

²⁹⁶ See Kristin Cobb, *The Implications of Licensing Agreements and the First Sale Doctrine on U.S. and EU Secondary Markets for Digital Goods*, 24 *Duke J. Comp. & Int'l L.* 545 (2014).

²⁹⁷ 有論者便開玩笑地說，網路對於著作權法帶來了許多新的、刺激的（律師會說：這是收更高費用的機會）、富有挑戰性的（律師會說：這「確實」是收更多費用的機會）問題，更重要的是也給律師帶來更多的「業務」。See Alexander I. Poltorak & Paul J. Lerner, *Essentials of Intellectual Property Law, Economics, and Strategy*, 174 (2011).



域²⁹⁸。惟該定義並不充分，不過透過其所稱「透過一台或數台電腦所組成」之文字，我們可知數位環境乃強調電腦之間之連結，而這種連結就是吾人所熟知的「網際網路」²⁹⁹。若搭配本論文所關照之重點在於透過網路傳輸交易之數位著作，似可定義本文所稱之數位環境為：資訊之傳遞、交易係透過電腦（行動裝置）間彼此網路連結而完成之場域。更簡單地說，數位環境指的就是網際網路，甚至是晚近大眾媒體習用的「雲端」一詞，亦可指涉數位環境。

第二項 數位著作

第一款 定義

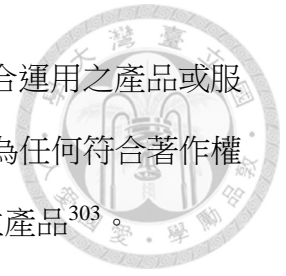
數位產品(digital goods)基本上就是指資訊以位元組(bits and bytes)的方式所儲存，而它們傳送的方式係透過有線或無線，特別是透過網路居多，其中最常見的便是電子書、線上數位音樂、電影、線上資料庫、電腦軟體、電子報等產品³⁰⁰。另根據我國數位內容產業³⁰¹白皮書，其將數位內容(digital content)產業，定義為「將圖

²⁹⁸ 本文於維基百科鍵入「Digital environment」所獲得之解釋，原文如下：「A digital environment is a simulated "place" made through the use of one or more computers.」請參見，維基百科，<https://zh.wikipedia.org/>（最後瀏覽日：04/10/2016）。

²⁹⁹ 簡國璋（2015），《新世代網路概論》，3版，頁1-5-1-8，台北：上奇資訊。

³⁰⁰ 詳細說明，另可參見維基百科。據此，我們不難發現數位產品其實包山包海，尤其於網路發達的現今，這些產品幾乎已經成為吾人日常生活所不可或缺之物：「Digital goods or e-goods are intangible goods that exist in digital form. Examples include webinars, video tutorials, digital media, such as e-books, downloadable music, internet radio, internet television and streaming media; fonts and graphics; digital subscriptions; online ads (as purchased by the advertiser); internet coupons; electronic tickets; online casino tokens; electronically traded financial instruments; downloadable software (Digital Distribution) and mobile apps; cloud-based applications and online games; virtual goods used within the virtual economies of online games and communities; workbooks; worksheets; membership programs; desktop backgrounds or wallpaper; planners; e-learning (online courses); interviews; blog posts; cards; labels; patterns; prints; clipart; stationery; gift tags; website themes; logos; photos; web graphics; templates.」，available at: https://en.wikipedia.org/wiki/Digital_goods (last visited: 10/01/2015).

³⁰¹ 數位內容產業為我國大力推動的新興重點產業，具有發展知識經濟與數位經濟雙重指標意義，伴隨家用寬頻及行動上網的普及，數位匯流、4G 寬頻網路與智慧型載具蓬勃發展，遊戲、影音、生活、社群與教育等數位內容都在同一個匯流平台上競爭，意味數位內容已打破情境、時空和過去媒體形式，為新型態的內容產品開發劃下新頁。請參見，經濟部數位內容產業推動辦公室，<http://dcipo.org.tw/>（最後瀏覽日：02/18/2016）。



像、字元、影像、語音等資料，運用資訊科技加以數位化，並整合運用之產品或服務」³⁰²，可以發現數位產品其實就是數位內容之一部分。另有認為任何符合著作權法之所稱之著作、能夠被數位化、可透過數位科技消費就是數位產品³⁰³。

綜上，我們可以知道數位內容或數位產品種類包山包海，不過本論文所探討者其實還是比較偏向電子書、數位音樂或影片、電玩遊戲、電腦軟體等常見的數位著作類型。從而，雖然前述有論者有認為數位產品即可指涉數位著作，但為了強調本文所討論之議題涉及著作權法與數位型態著作之間之關係，本文在用語使用上偏向使用「數位著作」來指稱經數位化之傳統著作物，可與傳統著作物互相呼應，亦使讀者更能進入狀況。

第二款 特色

前面所談到的數位著作有其異於一般實體著作物之特性，而這些特性也造成數位著作在適用或解釋既存的著作權法體系時產生扞格。更重要的是，由於數位著作所擁有的特性，連帶使其較傳統著作物節省儲存、運送及交易之成本，這通常也是著作權人拒絕將散布權耗盡原則適用於數位著作之主要理由³⁰⁴，而支持散布權耗盡原則得以適用於數位著作之論者，通常也是從此尋求解決之道（特別是在非敵

³⁰² 陳曉慧、呂佩芳（2008），《數位內容之授權與交易機制》，頁 5，台北：經濟部智財局；謝銘洋（2008），《數位內容之著作權基本問題及侵權》，頁 7-10，台北：經濟部智財局。

³⁰³ See Agarwal, *supra* note 14, at 17 (Thus, any subject matter, eligible for copyright, that can be digitized and made available for consumption through digital technology are digital goods.).

³⁰⁴ 2001 年美國著作權辦公室所提出之數位千禧年法案報告中，其反對數位散布權耗盡原則之理由也是基於數位產品與實體產品有其本質上的不同(*inherent differences*)：**(1)在同樣的狀況下，數位產品不會耗損(degrade)；(2)數位產品容易被重製與散布；(3)數位二手市場將會對新品市場造成損害。**此外，該份報告亦指出，除非修改著作權法的需求勝過(*outweighs*)以上負面因素，不然並不建議修改著作權法，其當時甚至指出「現在(*at that time*)」並無「明顯(*apparent*)」需求。不過，雖然感覺美國著作權辦公室在該份報告中把話說得很死，惟其仍表示對該等議題或許需要進一步的考慮，以免未來真的有此需求。See DMCA Report, *supra* note 446, at xix-xx.

對性與非排他性)。以下便簡要歸納敘述數位著作所具有之特性³⁰⁵。



第一目 無實體性

數位著作的第一個特性便是無體性(intangible)，簡單來說，就是數位著作無法被觸摸到，它不像傳統的實體著作物，例如書本，有其實體物質性的存在。大體而言，人之精神創作在被表現於外前，都是無體的存在，必須等到其固著於有形媒介時，始能稱其有體³⁰⁶。但是隨著科技的日新月異，所能「固著」的對象，再也不限於實體媒介物，說到底，實體商品也只是代表購買者對該有體物擁有財產權（最主要就是指所有權），但這對無實體商品來說並不是重點³⁰⁷。

舉例來說，我到書店買了一本實體書，我花錢所買到的除了那些印在書上的「文字」還有就是組成這本書的「紙」，所以假設我有辦法將印於書上的文字全部抹除，我最終仍舊擁有該書所有權。這本書仍舊是我的個人財產，我有權銷毀它或移轉它。但無體數位著作並無法相同對待，比如說我付費購買了一首數位音樂，但我花錢所買到的只有那首歌而不包括任何載體（就是前面提到的「那本書」、「那些紙」），因為它根本未固著於任何實體媒介物上。換言之，雖然我可以刪除那首歌，但刪除之後我無從擁有其他財產權利，未如前面所說：縱然抹去書中所有文字，但我最後至少擁有書的所有權³⁰⁸。

³⁰⁵ 不過，雖說是歸納，但其實這些特性也是環環相扣，有其同質重合之處。

³⁰⁶ See Agarwal, *supra* note 14, at 17 (Generally, intellectual property is intangible as long as it is unexpressed (an idea in the head), but becomes tangible when fixed in a material medium.).

³⁰⁷ *Id.*

³⁰⁸ *Id.*



第二目 非敵對性與非排他性

而關於數位著作之非敵對性(non-rival), 或稱具有共享性, 就如同其字面上之意思, 及係指數位著作可以同時被兩個人以上使用, 且並不會因大眾使用而無損其品質與效用; 而所謂的非排他性(non-excludable)大致上也如同非敵對性一般, 不過其尚強調是否能排除搭便車者(free riders)³⁰⁹, 而公共財若欲排除搭便車者, 其所付出之成本極高, 換言之, 很難禁止他人不付代價, 坐享其成³¹⁰。這兩個特色其實與公共財(public good)無異。舉例來說, 路燈是一個公共財, 該路燈為我照亮道路同時也為其他路人照亮道路, 這就是非敵對性; 此外, 你也不能阻止路燈為他人照亮道路, 這就是所謂的非排他性³¹¹。

第三目 易於複製及散布

第三個性質乃易於複製(proliferate)及散布, 所謂的易於複製, 除了因為科技的發展使數位產品之複製更加快速之外, 更重要的是, 數位著作再怎麼複製, 都沒有原稿損壞的問題。而所謂易於散布, 乃是指透過網路, 數位著作可以迅速傳送給無數的人而不為地理環境所限制³¹²。而且, 無論是複製或散布, 透過電腦, 都只消幾個點擊(clicks)即可完成。

³⁰⁹ *Id.* at 18 (Non-excludability refers to whether free riders can be excluded from enjoying the goods.). 此外, 這兩個特色其實是從不同面向之觀察得來, 此處借用維基百科關於公共財之解釋: 公共物品(public good, 又譯公共財、公共財產)在經濟學的解釋裡, 是一種財貨, 從消費方面的觀點上, 具有「非競爭性」(或稱「非獨享性」、「共享性」、「非敵對性」); 從供給方面的觀點上, 具有「非排他性」。請參見, 維基百科, <https://zh.wikipedia.org/> (最後瀏覽日: 10/04/2015)。

³¹⁰ 張清溪、許嘉棟、劉鶯釧、吳聰敏(2004), 《經濟學: 理論與實際》, 5版, 頁320-321, 台北: 翰蘆。

³¹¹ See Agarwal, *supra* note 14, at 18.

³¹² *Id.*



第四目 無耗損性

數位著作的最後一個性質則是所謂的無耗損性，換句話說，數位著作乃是不滅的(indestructible)。實體著作物最終會面臨物質上的灰飛煙滅，但數位著作不會，例如實體印刷書終究有其滅失之一天，但電子書得以永存，或直到你將其從硬碟上刪除³¹³。此外，正因為數位著作的無耗損性，著作權人因此表示「新的」數位著作與「二手」數位著作並無差別，但數位二手著作卻可以用較低價格取得，顯然會影響到其新品市場之銷售獲利。

簡單來說，數位著作基於前述特色，因而相較於傳統著作物而言具有：「可以大量儲存」、「可精確完整而快速重製」、「可以長久保存」、「可以方便地增值利用」、「可以迅速而無距離地進行傳輸」、「可利用網路進行線上交易」等優點³¹⁴。不過前述優點也成為數位著作適用散布權耗盡原則之阻礙之一。

第三節 數位環境下可能涉及之權利

第一項 散布權³¹⁵

第一款 內容概述

散布權乃係重製權之必要補充(The right to distribute is a natural corollary to the right to produce.)³¹⁶，其賦予著作權人得以控制其著作重製物透過銷售、出租、出

³¹³ *Id.*

³¹⁴ 謝銘洋，前揭註 302，頁 10-12。

³¹⁵ See Agarwal, *supra* note 14, at 13-17.

³¹⁶ 至於到底何謂「散布權乃係重製權之必要補充」？筆者初見亦難曉其義，茲借用羅明通律師於



借等方式對外散布之權。

WCT 第 6 條第 1 項³¹⁷規定：「文學和藝術作品的作者享有授權經由銷售或其他所有權移轉方式向公眾提供其作品原件或複製品的排他權。」。另外，必須特別說明者，在關於該條約第 6 條與第 7 條的共同聲明(agreed statements)³¹⁸中，其特別指出條約第 6 條之規定所指的重製物(copies)或著作原件與重製物(original and copies)，係專門指固著的重製物，而能以有體物狀態流通銷售，換言之，WCT 所規定的散布權係指散布實體重製物之權利。WPPT 關於散布權之規定(第 8 條與第 12 條)亦同，其共同聲明亦特指能以有形商品銷售流通之固著物³¹⁹。總而言之，透過此等共同聲明，WIPO 將散布權之範疇限縮於有體物，亦即必須固著於一定有形的媒介物上(fixed copies)，方可有散布權之適用，至於利用網路所傳遞的數位型態重製物，即非散布權所規範之客體，而屬於公眾傳達權之範疇³²⁰。

其著作所舉一例幫助讀者加速理解：「委託他人代為印刷，該他人未經著作財產權人之同意，違背重製契約，將代印刷之合法重製物以出售、贈與之方法在市場散布。此際，如著作權法設有散布權，則著作權人仍可受著作權法保護，主張權利。若無此散布權，則著作財產權人於此種情形，僅能依民事債務不履行之法律關係請求損害賠償，此對著作財產權人保護顯有不周。」羅明通律師亦表示，美國最高法院亦認為著作權出版授權關係終止後，如繼續銷售契約終止以前印製之合法重製物，雖未構成非法重製，但已侵害著作財產權人之散布權。請參見，羅明通，前揭註 68，頁 655。換言之，著作內容的盜用傳統上係透過將創作內容具體化(embodiment)的方式達成，此部分即涉及(但不只)「重製權」；而具體化之後其實並無任何意義，蓋若欲獲利尚須將此具體化之成果傳遞給公眾，此部分即涉及(但不只)「散布權」。請參見，沈宗倫(2011)，〈由美國 Cartoon Network LP, LLLP v. CSC Holdings, Inc. 一案對於我國著作權法的啟示與借鏡—以「公開傳輸權」為中心〉，《智慧財產評論》，10 卷 1 期，頁 43。反過來說，侵害重製權的同時，也通常會侵害散布權。See Craig Allen Nard & David W. Barnes & Michael J. Madison, *The Law of INTELLECTUAL PROPERTY*, 485 (2006). 不過早期亦有認為有了重製權原則上就無散布權之必要。請參見，鄭中人(2003)，《智慧財產權法導讀》，3 版，頁 97，台北：五南。

³¹⁷ WIPO Copyright Treaty(WCT), Article 6(1) (1996) (Authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing the making available to the public of the original and copies of their works through sale or other transfer of ownership.).

³¹⁸ WIPO Copyright Treaty(WCT) Agreed statement concerning Article 6 and 7 (1996) (As used in these Articles, the expressions “copies” and “original and copies,” being subject to the right of distribution and the right of rental under the said Articles, refer **exclusively to fixed copies that can be put into circulation as tangible objects.**)

³¹⁹ WIPO Performances and Phonograms Treaty(WPPT) Agreed statement concerning Articles 2(e), 8, 9, 12, and 13 (1996) (As used in these Articles, the expressions “copies” and “original and copies,” being subject to the right of distribution and the right of rental under the said Articles, refer **exclusively to fixed copies that can be put into circulation as tangible objects.**)

³²⁰ 馮震宇(2003)，〈散布權的適用與侵害〉，《月旦法學教室》，11 期，頁 33。



歐盟資訊社會指令第 4 條第 1 項³²¹則規定有關於實體重製物之散布權，之所以直接說是實體重製物，是因為指令在前言第 28 點指出本指令所提供之著作權保護包括控制實體重製物之散布，前言第 29 點也同時指出服務(services)以及線上服務(on-line services)並不會發生耗盡問題。同條第 2 項³²²則規定散布權於第一次銷售或經由著作權人同意移轉所有權後於歐盟境內耗盡。不過，前述這些規定恰好與歐盟電腦軟體指令第 4 條第 2 項³²³形成對比，該條項允許耗盡原則適用於實體與無實體電腦軟體重製物。會造成這樣迥異的結果乃是因為電腦軟體指令並未特別區分有體物與無體物³²⁴，因此無論是該電腦軟體是從網路所下載抑或係購買實體電腦光碟片均得適用散布權耗盡原則。

順帶一提，相較於前述之電腦軟體指令，歐盟資料庫法律保護指令則區別對待實體資料庫與無實體資料庫。該指令於前言第 33 點³²⁵前段即指出關於耗盡原則之適用問題並不會出現在線上資料庫，也就是說，指令第 5 條第 3 款關於散布權耗盡之規定僅適用於實體重製物。

綜上所述，在散布權之部分，原則上國際條約及歐盟資訊社會指令主要還是將

³²¹ Directive 2001/29/EC, Article 4(1) (2001) (Member States shall provide for authors, in respect of the original of their works or of copies thereof, the exclusive right to authorise or prohibit any form of distribution to the public by sale or otherwise.).

³²² Directive 2001/29/EC, Article 4(2) (2001) (The distribution right shall not be exhausted within the Community in respect of the original or copies of the work, except where the first sale or other transfer of ownership in the Community of that object is made by the rightholder or with his consent.).

³²³ Directive 2009/24/EC, Article 4(2) (2009) (The first sale in the Community of a copy of a program by the rightholder or with his consent shall exhaust the distribution right within the Community of that copy, with the exception of the right to control further rental of the program or a copy thereof.).

³²⁴ Directive 2009/24/EC, Recital 7 (2009) (For the purpose of this Directive, the term 'computer program' shall include programs in any form, including those which are incorporated into hardware. This term also includes preparatory design work leading to the development of a computer program provided that the nature of the preparatory work is such that a computer program can result from it at a later stage.).

³²⁵ Directive 96/9/EC, Recital 33 (1996) (Whereas the question of exhaustion of the right of distribution does not arise in the case of on-line databases, which come within the field of provision of services; whereas this also applies with regard to a material copy of such a database made by the user of such a service with the consent of the rightholder; whereas, unlike CD-ROM or CD-i, where the intellectual property is incorporated in a material medium, namely an item of goods, every on-line service is in fact an act which will have to be subject to authorization where the copyright so provides.).



散布權限縮於有體物，所以目前在數位環境下談到散布權，美歐主要涉及的法規範：在歐盟，應係歐盟電腦軟體指令；在美國，美國法係透過實務將散布權（著作權法第 106(3)條³²⁶）擴大解釋以涵蓋網路數位傳輸之部分。

如前所述，美國法上之散布權係透過實務之運作將網路傳輸之概念一併納入，而不像其他國家另外創設權利規範，惟這樣是否可能對著作權人保護不周？美國著作權局於 2016 年 2 月對於美國著作權法是否需要強化或是增加規定使相關涉及網路的權利更加清楚之必要性與可行性提出一份報告。就報告結論而言，美國著作權局認為目前規定已提供完整之保護範圍，並符合 WCT 等國際條約規範，不過著作權局亦表示其報告仍可供實務及國會未來修法參考³²⁷。

第二款 問題思考

由於美國法上係將網路傳輸之概念以散布權加以囊括，從而在美國法下談到數位環境下可能涉及之權利即包含有散布權。惟主要爭議反而落在美國法所規定之散布權耗盡原則，雖美國法上之散布權包括數位傳輸，惟由於單就法規文字言，與其相應之散布權耗盡原則卻會導出限於實體著作物始能適用之結論，產生許多爭議，我在想美國晚近開始討論是否如同其他國家另外增設類似公眾傳達權等權利，若未來真的不再透過散布權之概念囊括，恐怕在討論數位耗盡原則時會遇到更多困難，詳如後述。

³²⁶ 17 U.S.C. §106(3) (2012) (to distribute copies or phonorecords of the copyrighted work to the public by sale or other transfer of ownership, or by rental, lease, or lending.).

³²⁷ See U.S. Copyright Office, *The Making Available Right in the United States: A Report of the Register of Copyrights* (2016), 73-81, available at: http://copyright.gov/docs/making_available/making-available-right.pdf (last visited: 04/07/2016).



第二項 公眾傳達權


第一款 內容概述

國際著作權法對於支配向公眾傳達著作內容之排他權，截然區分傳統的權利與數位網路時代之權利。而在國際立法上 1996 年的 WCT 第 8 條³²⁸即特別因應網路科技發展（另也因伯恩公約對公眾傳達權之規定零碎而分散）創設「公眾傳達權 (Right of Communication to the Public)³²⁹」，用以特別規範有線、無線與互動式傳輸，其謂：「在不損害伯恩公約第 11 條第(1)款第(ii)目、第 11 條之二第(1)款第(i)和(ii)目、第 11 條之三第(1)款第(ii)目、第 14 條第(1)款第(ii)目和第 14 條之二第(1)款的規定的情況下，文學和藝術作品的作者應享有以授權將其作品以有線或無線方式向公眾傳播之權，包括將其作品向公眾提供，使公眾中的成員在其個人選定的地點和時間可獲得這些作品。」。此外，就上述之公眾傳達權而言，由於原先在伯恩公約中，並非所有類別之著作都可以享有全部的公眾傳達權(any communication to the public)，且由於科技進步，有許多異於傳統之利用方式出現，從而權利內容有必要加以補充。因此 WCT 擴張公眾傳達權之保護範圍，使其涵蓋所有著作類型³³⁰，另外 WPPT 則創設「對公眾提供權」，分別規定在：第 10 條提供已固著表演之權利(Right of Making Available of Fixed Performances)與第 14 條提供錄音物之權利(Right of Making Available of Phonograms)。

³²⁸ WIPO Copyright Treaty(WCT), Article 8 (1996) (Without prejudice to the provisions of Articles 11(1)(ii), 11bis(1)(i) and (ii), 11ter(1)(ii), 14(1)(ii) and 14bis(1) of the Berne Convention, authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing any communication to the public of their works, by wire or wireless means, including the making available to the public of their works in such a way that members of the public may access these works from a place and at a time individually chosen by them.)

³²⁹ 我國文獻上有譯為「傳播權」、「公開傳播權」、「公眾傳播權」等，WCT 官方中文版則譯為「向公眾傳播的權利」。

³³⁰ 謝銘洋，前揭註 63，頁 87。另外，與其說是「擴張」，或許也可以說 WCT 「集合」了伯恩公約下不同的傳播權，並將其適用到所有文學及藝術作品(What the WCT did, it congregated the different communication rights under the BC and applied it to all literary and artistic works.)。See Agarwal, *supra* note 14, at 13.



WCT 對於各會員國是否立法納入「公眾傳達權」，採取較為彈性之要求，除了直接創設「公眾傳達權」外，亦可透過解釋將其融於傳統著作權法之排他權。歐盟資訊社會指令採取前者之立法模式，例如指令第 3 條第 1 項³³¹與 WCT 第 8 條相似，也有提及公眾傳達權與向公眾提供權，此外，比較特別的是，該條第 3 項³³²另外表示前述權利並不會耗盡；而美國著作權法則採後者，透過實務判決將公眾傳達權之概念包括在散布權與公開演播權之範圍³³³，前已敘及。

第二款 問題思考

本文之所以提及公眾傳達權理由有二：數位傳輸涉及公眾傳達權之規範，此其一；散布權耗盡原則所耗盡者為散布權，從而公眾傳達權與重製權均無從被耗盡，換言之，縱算肯認數位耗盡原則，惟著作權法制上並無所謂公眾傳達權耗盡原則或重製權耗盡原則，所以著作權人仍然可以透過此等排他權禁止數位二手著作轉賣，此其二。關於後者，文獻上時常提到此困境。

透過解釋或許是方法之一。例如在歐盟 *UsedSoft* 案中，歐盟法院曾經透過解釋使「公開傳達行為」轉變為「散布行為」，使其符合散布權耗盡原則之規定。歐盟 *UsedSoft* 案對此問題之解釋固值參考，惟後續實務見解是否支持仍屬未定。再者，歐盟資訊社會指令第 3(3)條既已明確規定公眾傳達權並不會耗盡，此部分最終可能需要仰賴修法。

³³¹ Directive 2001/29/EC, Article 3(1) (2001) (Member States shall provide authors with the exclusive right to authorise or prohibit any communication to the public of their works, by wire or wireless means, including the making available to the public of their works in such a way that members of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them.).

³³² Directive 2001/29/EC, Article 3(3) (2001) (The rights referred to in paragraphs 1 and 2 shall not be exhausted by any act of communication to the public or making available to the public as set out in this Article.).

³³³ 沈宗倫，前揭註 316，頁 55-58。



第三項 重製權³³⁴

第一款 內容概述

重製權基本上就是指可以重製著作的權利，重製權是著作權人基本也是最重要的權利之一³³⁵，理由在於著作唯有透過重製才有可能大量製造並銷售，從而實現其財產價值³³⁶。而過去在利用著作時，只要是合法取得著作重製物之所有權，按照散布權耗盡原則及民法所有權規定，吾人本得基於著作重製物所有權人之身分為一定的處分行為。

在數位環境下，任何數位著作之應用，則涉及暫時性³³⁷或長久的重製問題，例如執行電腦程式著作時，須先將該應用程式（如 Office 作業軟體）載入電腦記憶體始能運作³³⁸。又或者，消費者從國外網站購買電腦軟體並於官網下載至台灣本地消費者之電腦時，其過程大致包含以下重製行為：(1)在國外當地伺服器之重製；(2)在台灣伺服器之重製；(3)在使用者地區域網路伺服器之重製；(4)在使用者當地主機上之重製；(5)WWW 之瀏覽器在使用者之電腦硬碟自動為使用者規劃一快取區域(disk cache)並為儲存之重製；(6)使用者之電腦 RAM 上之重製，以供使用者瀏覽或執行程式³³⁹。

³³⁴ See Agarwal, *supra* note 14, at 11-13.

³³⁵ 我國著作權法將重製權之規定放在著作財產權節規定首條（著作權法第 22 條），或可呼應此種說法。

³³⁶ 謝銘洋，前揭註 63，頁 194。

³³⁷ 當然，暫時性重製被認為是重製是否妥當，並非沒有爭論。詳細討論，請參見，沈宗倫，前揭註 11，頁 31-73。

³³⁸ 賴文智（2002），〈數位環境授權契約與合理使用〉，頁 3，益思科技法律事務所，<http://www.is-law.com/old>（最後瀏覽日：02/06/2016）。此外，我國著作權法第 22 條第 3 項但書：「前二項規定，於專為網路合法中繼性傳輸，或合法使用著作，屬技術操作過程中必要之過渡性、附帶性而不具獨立經濟意義之暫時性重製，不適用之。但電腦程式著作，不在此限。」將電腦程式之暫時性重製排除，應予注意。

³³⁹ 羅明通，前揭註 68，頁 504-505。總之，以瀏覽器從網路取得一份資料，至少可以分三階段（所以至少有三個以上的重製）：(1)從伺服器到伺服器之重製；(2)伺服器到個人電腦之重製；(3)個人觀



伯恩公約第 9 條³⁴⁰主要規定受該公約保護之文學及藝術著作，其著作人專有授權他人以任何方式或形式重製各該著作之權利。不過其也同意在特殊情況下得允許重製，但該重製不得牴觸著作之正常利用，亦不得不當損害著作人合法權益。世界智慧財產組織著作權條約(WCT)對於重製權雖然並未明文規範，但是在關於該條約第 1 條第 4 項的共同聲明(agreed statements)³⁴¹特別指出：「伯恩公約第 9 條所規定的重製權及其所允許之例外，完全適用於數位環境，特別是以數位方式使用作品的情況。也就是說，以數位方式儲存著作於電子媒介中，構成伯恩公約第 9 條所稱之重製。」換言之，WCT 雖然沒有重製權之明文規範，但伯恩公約第 9 條有關重製權之規定，亦為 WCT 所襲用。

歐盟資訊社會指令第 2 條³⁴²也有重製權之規定，其謂：「會員國對於下列各款應賦予專有授權或禁止以任何方式及形式，全部或部分，作直接或間接，暫時或永久重製之權利：(a)著作人就其著作；(b)表演人就其表演之固著；(c)錄音物製作人就其錄音物；(d)首次固著之影片之製作人就其影片之原件及重製物；(e)廣播機構就其廣播之固著，不問該廣播係以有線或無線傳輸，包括藉由有線或衛星。³⁴³」這

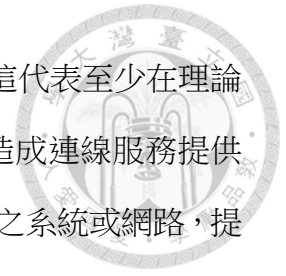
看螢幕時所產生之重製。請參見，內政部，前揭註 72，頁 9-17。

³⁴⁰ Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, Article 9 (1979) ((1) Authors of literary and artistic works protected by this Convention shall have the exclusive right of authorizing the reproduction of these works, in any manner or form. (2) It shall be a matter for legislation in the countries of the Union to permit the reproduction of such works in certain special cases, provided that such reproduction does not conflict with a normal exploitation of the work and does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author. (3) Any sound or visual recording shall be considered as a reproduction for the purposes of this Convention.)

³⁴¹ WIPO Copyright Treaty(WCT) Agreed statement concerning Article 1(4) (1996) (The reproduction right, as set out in Article 9 of the Berne Convention, and the exceptions permitted thereunder, fully apply in the digital environment, in particular to the use of works in digital form. It is understood that the storage of a protected work in digital form in an electronic medium constitutes a reproduction within the meaning of Article 9 of the Berne Convention.)

³⁴² Directive 2001/29/EC, Article 2 (2001) (Member States shall provide for the exclusive right to authorize or prohibit direct or indirect, temporary or permanent reproduction by any means and in any form, in whole or in part: (a) for authors, of their works; (b) for performers, of fixations of their performances; (c) for phonogram producers, of their phonograms; (d) for the producers of the first fixations of films, in respect of the original and copies of their films; (e) for broadcasting organisations, of fixations of their broadcasts, whether those broadcasts are transmitted by wire or over the air, including by cable or satellite.)

³⁴³ Directive 2001/29/EC, Article 2 (2001) (Member States shall provide for the exclusive right to authorize or prohibit direct or indirect, temporary or permanent reproduction by any means and in any form, in whole or in part: (a) for authors, of their works; (b) for performers, of fixations of their performances; (c) for



邊要特別注意的就是，該指令第 2 條包括暫時性重製之規定，這代表至少在理論上將著作載入記憶體(RAM)之行為係屬違法。此項規定可能會造成連線服務提供者(Internet Service Providers, ISP)的困擾，蓋其透過所控制或營運之系統或網路，提供資訊傳輸時免不了發生暫時性重製之情形；同理，對於網路使用者（也就是我們這些普羅大眾）也會發生此種問題，蓋在網路上瀏覽網頁時，記憶體(RAM)上的暫時性重製將會不斷發生。為了避免這種令人困擾的情形發生，指令在第 5 條就規定了一些得以免責的例外情況，例如第 1 項使重製之目的僅在於傳輸，且該暫時性重製係屬於短暫的、附隨的、整體技術之一部時，得以豁免。而且這些重製也都必須是屬於合法使用且無任何經濟價值。最後，指令也在前言第 33 點³⁴⁴特別指出重製權之例外情形也包括網路瀏覽(browsing)及暫存(caching)行為。

歐盟電腦程式法律保護指令第 4 條第 1 項第 a 款也表示暫時或永久性的重製或是電腦程式的改作在合法的使用者以及合法使用下是被允許的³⁴⁵。不過，必須特別注意的是，根據該指令第 5 條第 1 項³⁴⁶之規定，前面那些受允許的行為可能受限於契約條款。此外，比較早期的歐盟資料庫法律保護指令也有關於暫時及永久性

phonogram producers, of their phonograms; (d) for the producers of the first fixations of films, in respect of the original and copies of their films; (e) for broadcasting organisations, of fixations of their broadcasts, whether those broadcasts are transmitted by wire or over the air, including by cable or satellite.).

³⁴⁴ Directive 2001/29/EC, Recital 33 (2001) (The exclusive right of reproduction should be subject to an exception to allow certain acts of temporary reproduction, which are transient or incidental reproductions, forming an integral and essential part of a technological process and carried out for the sole purpose of enabling either efficient transmission in a network between third parties by an intermediary, or a lawful use of a work or other subject-matter to be made. The acts of reproduction concerned should have no separate economic value on their own. To the extent that they meet these conditions, this exception should include acts which enable browsing as well as acts of caching to take place, including those which enable transmission systems to function efficiently, provided that the intermediary does not modify the information and does not interfere with the lawful use of technology, widely recognised and used by industry, to obtain data on the use of the information. A use should be considered lawful where it is authorised by the rightholder or not restricted by law.).

³⁴⁵ Directive 2009/24/EC, Article 4(1)(a) (2009) (the permanent or temporary reproduction of a computer program by any means and in any form, in part or in whole; in so far as loading, displaying, running, transmission or storage of the computer program necessitate such reproduction, such acts shall be subject to authorization by the rightholder.).

³⁴⁶ Directive 2009/24/EC, Article 5(1) (2009) (In the absence of specific contractual provisions, the acts referred to in points (a) and (b) of Article 4(1) shall not require authorisation by the rightholder where they are necessary for the use of the computer program by the lawful acquirer in accordance with its intended purpose, including for error correction.).



重製之規定³⁴⁷，不過其也允許合法的使用者基於使用資料庫的目的，正常使用資料庫而無須經由授權³⁴⁸。

根據美國著作權法第 106 條第 1 款³⁴⁹規定：「除第 107 條至第 122 條另有規定外，著作權人依本法享有行使或授權下列事項之排他權：(1)重製有著作權之著作為重製物或影音著作。」不過同樣地，該條文也有除外規定，例如按照美國著作權法第 117 條第 1 項第 1 款³⁵⁰規定：「該新重製物或改作物之作成是達成該電腦程式連同一機器使用之必要措施，且未以其他方式使用。」即非屬侵權行為。

第二款 問題思考

若欲承認數位傳輸也有耗盡原則適用之可能，重製權侵害將是必須面對的課題之一，蓋散布權耗盡原則所耗盡的是「散布權」而非「重製權」³⁵¹。前面細數了這麼多關於重製權的規定，除了論理上之必要，我們所要思考的應該是這些規定到底在多大程度上可以適用到其他數位著作³⁵²？或者說，在數位環境下所產生之所

³⁴⁷ Directive 96/9/EC, Article 5(a) (1996) (In respect of the expression of the database which is protectable by copyright, the author of a database shall have the exclusive right to carry out or to authorize: (a) temporary or permanent reproduction by any means and in any form, in whole or in part.).

³⁴⁸ Directive 96/9/EC, Article 6(1) (1996) (The performance by the lawful user of a database or of a copy thereof of any of the acts listed in Article 5 which is necessary for the purposes of access to the contents of the databases and normal use of the contents by the lawful user shall not require the authorization of the author of the database. Where the lawful user is authorized to use only part of the database, this provision shall apply only to that part.).

³⁴⁹ 17 U.S.C. §106(1) (2012) (Subject to sections 107 through 122, the owner of copyright under this title has the exclusive rights to do and to authorize any of the following: (1) to reproduce the copyrighted work in copies or phonorecords.).

³⁵⁰ 17 U.S.C. §117(a)(1) (2012) (that such a new copy or adaptation is created as an essential step in the utilization of the computer program in conjunction with a machine and that it is used in no other manner).

³⁵¹ 縱算歐盟法院作成的 *UsedSoft* 案似乎對數位時代下之散布權耗盡原則迎來曙光，但在重製權之問題下，法院還是課予轉賣人須將自身所保有之軟體無法使用之義務。有論者便認為，歐盟法院之判決乃係區分了可被耗盡之散布權與不可被耗盡之重製權。請參見，李森堙（2013），〈附含於機器之軟體重製與著作權耗盡：談智慧財產法院 101 年度刑智上訴字第 47 號刑事判決〉，《科技法律透析》，25 卷 1 期，頁 16。

³⁵² 之所以特別強調，理由在於許多現存的規定是針對電腦程式（或稱軟體），而我們要問的是其他的數位產品（例如電子書）也能夠一體適用嗎？



有重製行為，是否均能一視同仁³⁵³？

首先若以著作權之基本目的來看，有論者認為美國實務可以簡單地借用 *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.* 案³⁵⁴之理由來論證說明關於重製權違反之問題。在本案事實中，Sony 研發了一台錄影裝置(Betamax videotape recording device)，系爭裝置使消費者得以基於「時間轉移(time shifting)³⁵⁵」之需求錄製電視節目。但 Universal City Studios 認為這項技術侵害其著作權法上之權利，法院嗣後認為 Sony 並無責任，並重申由於科技發展會造成既有法律文義上之混淆，也因此，著作權法必須依照其立法目的予以解釋。而著作權法之立法目的即是刺激創作，並且使大眾能夠更廣泛地接觸到文學、音樂以及其他藝術。若以後面會提到之 *ReDigi* 案為例，*ReDigi* 所研發出之科技及商業模式，使消費者可以以更低廉之價格取得數位音樂，不也符合了著作權法之基本目的³⁵⁶？換言之，若以著作權法之基本目的作為解釋制高點，我認為應有解釋空間。

此外，若以重製類型切入，論者有認為，隨著科技的進步，傳統上以重製為目的之重製雖仍然存在，不過也因而產生了新形態的重製類型，此重製係因為使用科技工具或媒體產生，純係為了達成科技功能目的，屬於並非以重製為目的之重製，學說上一般稱之為暫時性重製(temporary reproduction)或間接重製(indirect reproduction)³⁵⁷。我認為這種「並非以重製為目的之重製」概念，可以借用到數位

³⁵³ 我國著作權法第 22 條第 3 項（前二項規定，於專為網路合法中繼性傳輸，或合法使用著作，屬技術操作過程中必要之過渡性、附帶性而不具獨立經濟意義之暫時性重製，不適用之。但電腦程式著作，不在此限。）、第 4 項（前項網路合法中繼性傳輸之暫時性重製情形，包括網路瀏覽、快速存取或其他為達成傳輸功能之電腦或機械本身技術上所不可避免之現象。）其實也可以看出「重製並非一定違反重製權」之思維。

³⁵⁴ 464 U.S. 417 (1984).

³⁵⁵ 所謂「時間轉移」就是錄影裝置的使用者可以將電視節目預錄下來（或是邊看邊錄），等到有空的時候再觀看，而不受電視節目播出時間之限制。

³⁵⁶ See Cobb, *supra* note 296, at 549.

³⁵⁷ 沈宗倫，前揭註 11，頁 33-34。



二手著作透過網路轉售時所會產生之必要重製情形³⁵⁸。且若再輔以歐盟 *UsedSoft* 案所課予的刪除義務，讓數位著作重製物維持在一份的情形下，對於市場替代影響並不大，可以考慮將之排除於重製權之範圍外。

承前所述，若重製乃是數位傳輸的必然結果（屬於「並非以重製為目的之重製」），而接收方（購買二手數位產品之消費者）亦僅是為了接觸使用，而無其他商業用途。準此以言，我們或許可以認為此際並未侵害著作權人之重製權，首先因為行為人對系爭數位二手產品擁有合法權利，而其重製之目的僅是為了使用（蓋數位著作必須依附於載體始能為五官所感知）並不帶有其他商業目的，亦即若該重製係屬：一、專為「非著作侵權使用(non-infringing use)」之目的；二、此重製係為達到「非著作侵權使用」目的之唯一或少數方法時；三、不影響著作權人對著作之正常運用及其合法權益，而對著作權人之經濟利益並無劇烈影響時，似不應受著作權法之非法評價及歸責³⁵⁹。而法律文字或概念可參考美國著作權法第 117(a)條³⁶⁰或我國著作權法第 59 條³⁶¹之立法方式。

值得注意的是，根據我國智財局最新公布之著作權法修正草案（第四稿）對於現行著作權法第 59 條之修正中加入了「被授權人」之文字³⁶²：「合法電腦程式著作

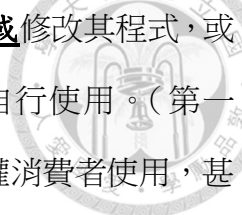
³⁵⁸ 美國文獻有相似見解。See Tobin, *supra* note 110, at 177.

³⁵⁹ 這三點是借用沈宗倫老師在探討數位暫時性重製時，認為透過著作權之上位基本價值所得衍伸之法理歸納出的要點。我認為可以作為思考數位著作轉賣時所必然導致的重製權問題的重要工具。請參見，沈宗倫，前揭註 11，頁 24。

³⁶⁰ 17 U.S.C. §107(a) (2011) ((a) Making of Additional Copy or Adaptation by Owner of Copy.—Notwithstanding the provisions of section 106, it is not an infringement for the owner of a copy of a computer program to make or authorize the making of another copy or adaptation of that computer program provided: (1) that such a new copy or adaptation is created as an essential step in the utilization of the computer program in conjunction with a machine and that it is used in no other manner, or (2) that such new copy or adaptation is for archival purposes only and that all archival copies are destroyed in the event that continued possession of the computer program should cease to be rightful.)

³⁶¹ 著作權法第 59 條：「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。（第一項）前項所有人因滅失以外之事由，喪失原重製物之所有權者，除經著作財產權人同意外，應將其修改或重製之程式銷燬之。（第二項）」

³⁶² 此處僅列出第一項修正文字，標楷體加粗底線部分為現行法所無。



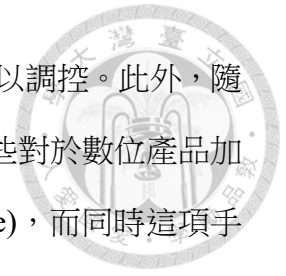
重製物之所有人或被授權人得因配合其所使用機器之需要，重製或修改其程式，或因備用存檔之需要重製其程式。但限於該所有人或被授權人自行使用。(第一項)；修正理由略為：「二、目前電腦程式絕大多數係依契約授權消費者使用，甚至許多軟體係透過下載取得，消費者沒有取得光碟等實體重製物，惟實務上軟體之被授權人與所有權人一樣，均有配合機械使用修改電腦程式之需要，以免因各人使用機型不同及操作系統不統一，造成應用上之困擾，爰參考歐盟一九九一年電腦程式著作保護指令第五條規定，增加電腦程式著作之被授權人為本條之適用主體。」透過此一修正理由，我們可以發現智財局已注意到目前軟體多以授權方式提供予消費者使用，且軟體被授權人與所有權人大多均有相同需求。日後這種思維是否有可能擴大到其他法條，值得觀察。

第四節 美國之發展

第一項 司法實務

在美國，如果消費者想要在數位二手市場毫無顧忌地轉售其數位二手著作，除了重製權侵害疑慮外，更大的難關恐怕是那些依附在數位產品上的授權契約，因為直到目前為止，美國法院的態度主要還是依循 *Vernor* 案之見解，亦即只要系爭授權契約符合三項判準，便可以輕鬆地「易買賣為授權」。

此外，由於缺乏立法機關之介入，聯邦法院因而對此等議題擁有高度的自由，其決定無論是好是壞，程度上均進一步深化或解釋現行之著作權法。若往好的方面想，我們可以因此認為司法機關有權透過提高授權契約之認定標準，進而擴展耗盡原則來擴大對消費者之保護。目前美國實務上對於授權契約之作法則主要嘗



試透過「著作權濫用³⁶³」或是透過「定型化契約」之相關規定予以調控。此外，隨著歐盟 *UsedSoft* 案之作成，美國及歐盟法院日後或許將認為那些對於數位產品加諸各種限制的授權乃係企業用來規避耗盡原則的一項手段(device)，而同時這項手段也違反了著作權法的基本目的³⁶⁴。

第一款 著作權濫用原則

第一目 概說

著作權濫用係司法實務所創設(judicially crafted)的積極抗辯，並用以對抗著作權侵害訴訟，其源自於長久存在於專利訴訟中之專利權濫用抗辯³⁶⁵。著作權濫用與反托拉斯法看起來常常混在一起使用，但在具體訴訟上仍有不同，簡單來說，著作權濫用僅係一種抗辯，但反托拉斯法可作為請求權基礎³⁶⁶。

專利權濫用抗辯首先確立於 1942 年美國聯邦最高法院所處理的 *Morton Salt Co. v. G.S. Suppiger Co.*案³⁶⁷，於該案，法院認為專利權人不能要求被授權人僅能使用專利權人所出售之非專利鹽片；法院認為，此種將專利產品與非專利產品搭售之情形，構成專利權濫用。法院並禁止專利權人繼續侵權訴訟直到專利權人停止專利權濫用之行為。

³⁶³ 在 *Vernor* 案，法院在最後其實開了這道門。*Vernor*, 624 F.3d, at 1115-1116 (The district court **did not consider** Vernor's claim that Autodesk **misused** its **copyright**...We **remand for** further proceedings consistent with this opinion, **including consideration of Vernor's copyright misuse defense**.)

³⁶⁴ See Cobb, *supra* note 296, at 546.

³⁶⁵ *Apple Inc. v. Psystar Corp.*, 658 F.3d 1150, 1157 (9th Cir. 2011).

³⁶⁶ 楊智傑 (2012)，〈著作權濫用與不當使用之研究〉，《公平交易季刊》，20 卷 2 期，頁 13。

³⁶⁷ 314 U.S. 488 (1942). 專利權濫用原則自 1917 年 *Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Mfg. Co.*案後，終於在 *Morton* 案確立。美國先前實務之發展，請參照，黃秋蓮 (2013)，〈專利權及著作權濫用原則與競爭法規之互動—以美國法為借鏡—〉，頁 16-23，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。



到了 1990 年，美國聯邦第四巡迴上訴法院成為第一個將此濫用法則擴展到著作權之法院。在 *Lasercomb Am., Inc. v. Reynolds* 案³⁶⁸中，軟體製造商要求消費者同意按照授權契約之內容，被授權人不能製造任何與其競爭之軟體。對此，法院認為系爭授權條款極度限制競爭，從而構成著作權濫用，法院並且認為著作權濫用毋庸達到違反競爭法之程度而僅需違反著作權之公共政策即可。換言之，第四巡迴上訴法院之標準似乎是只要不能鼓勵創新就是著作權濫用³⁶⁹。隨後，其他法院也逐漸承認此一概念，陸續有判決作成³⁷⁰，不過均屬謹慎適用³⁷¹。

在第九巡迴上訴法院的 *Practice Management Information Corp. v. American Medical Association* 案³⁷²，法院也支持著作權濫用抗辯。本案原告 Practice Management 是一家出版與經銷醫學書籍，其採用美國醫療學會(American Medical Association, AMA)所研發之編碼系統使醫生及其他使用者可以精確地識別特定醫療程序。原告 Practice Management 控告美國醫療學會，要求作出宣示性判決，宣告美國醫療學會所研發的現狀處置技術分類(Current Procedural Terminology, CPT)之著作權無效，蓋 CPT 已成為業界標準。美國醫療學會授權美國健康照護財政局(Health Care Financing Administration, HCFA)使用編碼系統的授權契約裡面約定僅能使用美國醫療學會之系統。法院認為構成著作權濫用，理由在於美國醫療協會不能禁止被授權人使用其他競爭者之產品。此外，本案法院亦明確指出著作權濫用之成立，並不用審酌系爭限制是否違反競爭法，從而在著作權侵害訴訟中不用先證明有違反競爭法之行為³⁷³。

³⁶⁸ 911 F.2d 970 (4th Cir.1990).

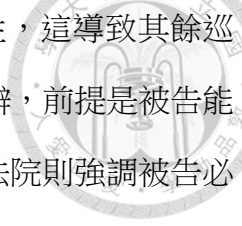
³⁶⁹ See Zinda, *supra* note 154, at 1249-1250.

³⁷⁰ See, e.g., *Altera Corp. v. Clear Logic, Inc.*, 424 F.3d 1079, 1090 (9th Cir.2005); *Practice Mgmt. Info. Corp. v. Am. Med. Ass'n*, 121 F.3d 516, 521 (9th Cir.1997), amended by 133 F.3d 1140 (9th Cir.1998).

³⁷¹ 例如在法院強調著作權濫用僅係抗辯而不能作為請求權依據、須先有一個著作權侵害訴訟或是著作權人必須想要將其有限制的壟斷擴展至其他地方時方得使用。

³⁷² 121 F.3d 516 (9th Cir. 1997).

³⁷³ *Id.* at 521.



惟目前美國聯邦最高法院卻尚未正式介入此一抗辯之可行性，這導致其餘巡迴上訴法院於審判實務上之歧異：「有些法院同意著作權濫用抗辯，前提是被告能夠證實(demonstrate)本案事實存在公共政策之違反；反之，有些法院則強調被告必須指出原告擴展其著作權之行為已違反反托拉斯法³⁷⁴」，雖然第四巡迴上訴法院所採用的公共政策模式之著作權濫用抗辯標準過寬，不過從維護著作權之政策目的來看實屬必要，但可惜的是，多數法院仍然採用較為嚴格的反托拉斯模式³⁷⁵。

於此，美國司法實務上目前關於著作權濫用之操作大概可以大別為兩種基本模式³⁷⁶，分述如下³⁷⁷：

第二目 公共政策模式之著作權濫用抗辯³⁷⁸

所謂公共政策究竟為何，可以透過觀察著作權法背後之立法目的而略知。美國文獻上通常舉美國憲法賦予國會「對於著作家及發明家保證某著作品及發明物於限定期間內享有專利權，以獎進科學文藝³⁷⁹」之權限為例，根據前述文字可知著作權法的至少有三個基本目的：促進學習或學識(to promote learning)、維護公益(preserve the public domain)、保護創作人(to protect author)。只是何者較為優先，即成疑問。美國聯邦最高法院穩定的見解表示，強化公眾利益係著作權法之主要目標，並且透過鼓勵創新以及賦予著作權人有限之壟斷權來達成此目標³⁸⁰，換言

³⁷⁴ 有些則不承認著作權濫用原則。請參見，黃秋蓮，前揭註 367，頁 43。

³⁷⁵ See Zinda, *supra* note 154, at 1251.

³⁷⁶ 此處兩種模式之中譯用語乃係借用胡心蘭教授於其文章中之翻譯。請參見，胡心蘭，前揭註 37，頁 84-91。

³⁷⁷ See Cobb, *supra* note 296, at 546.

³⁷⁸ 目前美國第三、四、五、九巡迴上訴法院主要採取此種看法。請參見，楊智傑，前揭註 366，頁 12。

³⁷⁹ U.S. CONST. art. I, § 8, cl. 8.

³⁸⁰ See Zinda, *supra* note 154, at 1245-1246.



之，著作權人之利益與公益相較，稍微偏重後者³⁸¹。

支持公共政策模式之著作權濫用抗辯的法院，其判斷重點特別在於著作權之使用是否侵蝕了著作權法背後之政策。不過比較麻煩的是，公共政策模式之著作權濫用抗辯範圍似乎過廣，而且法院也未劃出一條明確的線，這導致我們難以預測在何種情況下可以適用公共政策模式之著作權濫用抗辯。

而以下幾種案例情形實務上曾肯認其為著作權濫用：授權人限制被授權人開發相似的軟體並且在實際上將著作權之保護擴展至原來不受著作權法保護之概念(idea)上、授權條款限制被授權者使用競爭者之產品、授權條款限制被授權者研發與授權人未受著作權保護產品競爭之產品。

第三目 反托拉斯模式之著作權濫用抗辯³⁸²

反托拉斯模式是以休曼法(Sherman Act)為基礎，與前述以著作權之公共政策為基礎的公共政策模式不同。支持反托拉斯模式之著作權濫用抗辯的法院，其操作模式類似於專利權濫用之兩部分測試(two-part test)之判斷方法，強調應先評價行為對於競爭所造成的實際或潛在影響。申言之，法院第一步先判斷權利人所為之限制是否包含在著作權之範圍內；第二則係評價行為最終的反競爭效應³⁸³。

有論者將著作權濫用理論之功能區分為三：一、著作權濫用理論讓法院得以彌補法律規定不足之處，從而法院得在立法機關賦予之裁量權範圍內，審酌著作權人

³⁸¹ *Id.* at 1249.

³⁸² 目前第七、八、十一巡迴上訴法院主要採取此種看法。請參見，楊智傑，前揭註 366，頁 11-12。

³⁸³ *See Cobb, supra* note 296, at 547 (Courts will first “evaluate the scope of the rights and the breadth of protection granted to copyright holders; and, second,...evaluate the net competitive effects of any questionable conduct.”); *Zinda, supra* note 154, at 1252.

與著作使用者之間合理使用認知差異存在之問題；二、著作權濫用理論也允許法院調和反托拉斯法、著作權法與專利法等相關法律以及維護一般公眾利益；三、維護交易秩序功能，著作權濫用理論有助於遏止著作權人將著作權法賦予之著作權不當壟斷之情況³⁸⁴。

由此觀之，法院角色吃重，且前述兩種模式各有法院支持已如前述。但不幸的是，在美國，著作權濫用抗辯仍舊尚未成功挑戰著作權人排除二手市場的授權模式之有效性。即便是在歐盟法院表示限制二手市場之授權模式將完全侵蝕耗盡原則之態度下，*UsedSoft* 案也並未特別表示將軟體授權行為評價為著作權濫用³⁸⁵，程度上或許體現著作權濫用抗辯仍有其困難之處。

第四目 案例評析：Apple Inc. v. Psystar corp.³⁸⁶

一、案例事實

Apple 於 1984 年推出麥金塔(Macintosh)個人電腦，其系列商品即是吾人所熟知的 Mac Pro、iMac、Mac Mini、MacBook、MacBook Air 與 MacBook Pro。Apple 於 2001 年推出 Mac OS X 作業系統。Apple 目前販賣其 Mac 系列電腦時均會預先安裝授權的 Mac OS X。Apple 之授權契約表示 Mac OS X 僅能安裝在 Apple 所生產之電腦。此外，Apple 也獨立販售零售包裝的 DVD，提供已經擁有 Mac 系列電腦之用戶升級其作業系統。Apple 擁有所有版本作業系統之著作權，同時每一個作業系統的軟體授權契約(SLA)也都表示僅能於 Mac 系列電腦上安裝。Apple 也使用相關科技保護措施(lock-and-key technological measures)來避免其作業系統被安裝在

³⁸⁴ 林利芝，前揭註 263，頁 636。

³⁸⁵ See Cobb, *supra* note 296, at 547.

³⁸⁶ Apple Inc. v. Psystar Corp., 658 F.3d 1150 (9th Cir. 2011).



非 Mac 系列電腦上³⁸⁷。

2008 年 4 月，Psystar 開始製造並銷售一款個人電腦叫做 OpenMac，後來改名為 Open Computers。事實上，該款電腦可以運行多種作業系統，但 Psystar 選擇將 Open Computers 與未開封的 Mac OS X 一起販賣。不過事實上，每一台賣出的 Open Computers 均早已預先安裝了修改版的 Mac OS X³⁸⁸。

2008 年 7 月 3 日，Apple 於北加州法院對 Psystar 提起訴訟，提出 Psystar 違反與誘引違反 Mac OS X 的軟體授權契約、直接及間接侵害著作權、商標權侵害以及不公平競爭等主張，嗣後再增加關於 Psystar 規避科技保護措施之主張。對之，Psystar 亦主張 Apple 構成著作權濫用，蓋 Apple 要求購買 Mac OS X 之消費者，均僅能安裝於 Mac 系列電腦，惟法院並不受理該主張³⁸⁹。

2009 年 8 月，Apple 發行下一版本之 Mac OS X，名為 Mac OS X Snow Leopard，簡稱 Snow Leopard。於此同時，Psystar 也發行了新版本的 Open Computers，稱為 Rebel EFI，該版本可以運行 Snow Leopard。同年 8 月 27 日，Psystar 於佛羅里達南區聯邦地區法院再度提起訴訟，提出新的反托拉斯主張，並認為在 Open Computers 運行 Snow Leopard 並不違反著作權。同年 11 月 13 日，法院作成判決，認為：(一) Psystar 並不能主張合理使用；(二) Psystar 侵害 Apple 之改作權；(三) **Apple 之軟體授權契約並未過度限制從而也不會構成著作權濫用 (Apple's licensing agreement was not unduly restrictive and thus did not constitute copyright misuse)**；(四) Psystar 使用解碼軟體進入及使用 Apple 之作業系統，已違反 DMCA 之規定³⁹⁰。Psystar 嗣後提起上訴。

³⁸⁷ *Id.* at 1153.

³⁸⁸ *Id.*

³⁸⁹ *Id.* at 1153-1154.

³⁹⁰ *Id.* at 1154.



二、本案爭點

本案主要上訴爭點為法院否決 Psystar 對 Apple 提出之著作權濫用抗辯是否正確？

三、法院判決

Psystar 最主要關於著作權濫用之主張在於 Mac OS X 之被授權人僅能在蘋果電腦(Apple computers)上安裝軟體³⁹¹。其認為 Apple 之軟體授權契約禁止 Mac OS X 在非蘋果電腦上使用形同擴大 Apple 之著作權，而應構成著作權濫用³⁹²。

Psystar 認為 Apple 企圖控制 Mac OS X 出售後之使用方式，Psystar 認為著作權人可以拒絕販賣著作物，但他們不能控制（已賣出的）著作物之後續使用。惟本案法院認為 Psystar 實屬誤解，法院認為 Apple 並未移轉所有權予購買 Mac OS X 之消費者，消費者也都知道他們「不是」購買軟體，因為 Apple 的軟體授權契約已明確表示其屬授權而非買賣³⁹³。

法院在整理第九巡迴法院歷來關於著作權濫用之見解³⁹⁴後表示：**著作權濫用並不禁止使用（授權契約中的）條件(conditions)來合理地控制著作物的使用**，比如說，著作權人單純不讓其他人接觸著作物。此外，法院一直以來也都支持著作權人

³⁹¹ *Id.* at 1155 (This License allows you to install, use and run one (1) copy of the Apple Software on a single-Apple-labeled computer at a time. **You agree not to install, use or run the Apple Software on any non-Apple labeled computer, or to enable others to do so.**) (emphasis added).

³⁹² *Id.*

³⁹³ 本案法院在判決裡有論述其對於授權契約之看法，主要也是引用 *Vernor* 案之見解，所以不難理解法院為何會有此段表示。*Id.* at 1159.

³⁹⁴ 法院在這邊使用的大標題是「Licensees have reacted to the proliferation of software licensing agreements by asking the courts to apply copyright misuse defense to limit the scope of such agreements.」，也就是涉及授權契約與著作權濫用之間的關係。*Id.* at 1157.

利用他們有限的壟斷，透過締結特定條款來影響著作物之使用權限。但法院禁止著作權人使用授權契約來扼殺競爭³⁹⁵。對此，Psystar 在本案引用第五巡迴上訴法院在 *Alcatel* 案³⁹⁶之見解，但本案法院並不同意，因為在 *Alcatel* 案裡，系爭授權條件乃是防止其他競爭產品之發展，從而構成著作權濫用。惟本案法院認為 Apple 之軟體授權契約並沒有限制競爭者研發軟體也沒有禁止消費者在蘋果電腦使用非蘋果製造的零件，Apple 僅限制 Mac OS X 僅能安裝於 Apple 硬體，而且 Psystar 還是可以製造電腦以及自由研發自己的電腦軟體³⁹⁷。從而上訴法院認為 Apple 並不構成著作權濫用。

三、本案評析

如同本文於第三章所說明的，著作權人「易授權為買賣」早已成為常態，傳統上所認知以散布權耗盡原則作為基礎的「When you buy something you have the right to resell it.³⁹⁸」之思維則顯得窒礙難行。晚近電腦軟體以盒裝版發行漸少，取而代之的是請消費者逕至官網下載，惟不論消費者購買何種版本，均須事前同意著作權人之軟體授權條款，否則無從安裝使用軟體。有鑑於此，著作權人均於授權條款設下重重限制，藉以遂行其完全控制著作之企圖。從而，若要使散布權耗盡原則發揮作用，不論在實體世界或是數位世界，首要解決之問題便是這些授權契約之效力究竟如何？

如同前述，本案再次確認 *Vernor* 案之三項判準，法院並且進一步表示著作權

³⁹⁵ 法院一再強調這件事。 *Id.* at 1159 (eg. (1) A software licensing agreement may reasonably restrict use of the software as long as it does not prevent the development of competing products; (2) 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.)

³⁹⁶ *Alcatel USA, Inc. v. DGI Techs., Inc.*, 166 F.3d 772 (5th Cir.1999).

³⁹⁷ *Apple*, 658 F.3d, at 1160.

³⁹⁸ 此為 ReDigi 創辦人 John Ossenmacher 所言。 See Matt Twomey, Can a Used E-Book Market Survive the Legal Attacks?, CNBC (2013), available at: <http://www.cnbc.com/> (last visited: 01/19/2016).



人可以合理地(reasonably)使用授權條款限制軟體的使用。不過何謂「合理」易生疑義，就本件情形而言，法院揭示：「不能扼殺競爭」，換言之，只要不要影響競爭者研發產品或限制被授權人使用競爭者產品即可。

承前，如果套用到本論文重點，也就是所謂「易買賣為授權」之行為，實務上可能的操作結論為何？我認為透過本案判決可以得到以下結論：法院通常判定有清楚載明授權限制之授權契約有效，從而散布權耗盡原則當然無從適用³⁹⁹，此其一；那如果透過檢驗授權契約之個別條款有沒有可能以著作權濫用原則來挑戰其效力？法院對此表示，只要不遏殺競爭，得允許著作人合理限制著作物之使用，對於扼殺競爭之認定，似乎顯得過度限縮⁴⁰⁰。從而被授權人想利用著作權濫用原則作為抗辯似乎難上加難，如果觀察本案對於扼殺競爭之看法，僅能說人言言殊，莫衷一是⁴⁰¹，此其二。

本案法院肯認 Mac OS X 軟體授權契約之效力，認為非屬著作權濫用。此項見解令 Apple 可以肆無忌憚的進行「以著作權控制物權」之行為，似乎早已超越著作權人之權利範圍，再者，系爭授權條造成消費者若欲使用 Apple 之軟體，其僅能選擇 Apple 所生產之硬體，無形中不僅造成限制競爭，亦有違著作權之基本原則，進而可能戕害消費者權益，實應評價為著作權濫用⁴⁰²。

³⁹⁹ 法院在本案論述此一部分時，下了一個大標題讓我頗為介意，不過觀其內文卻又無法明確得出法院是否有此意思。這個標題即是：「**Psystar 的著作權濫用抗辯失敗，蓋其企圖將散布權耗盡原則適用於一個有效的授權契約**(Psystar's Misuse Defense fails because it is an attempt to apply the First Sale Doctrine to a valid licensing agreement)」換言之，這兩者到底有無因果關係，法院並未說明清楚，如果互為因果，那將非常可怕，等於直接宣判散布權耗盡原則死刑，散布權耗盡原則從此成為法制史上之名詞。我認為可以繼續觀察法院日後有無再提到這點。Apple, 658 F.3d, at 1159.

⁴⁰⁰ 胡心蘭 (2016)，〈權利耗盡不耗盡—簡析數位著作次級市場之建構〉，《智慧財產權月刊》，209 期，頁 56。

⁴⁰¹ 關於著作權濫用之部分，本案被告 Psystar 提出 Alcatel 案作為其論述依據，該案所涉及的軟體授權契約內容略為：「**僅授權消費者於 DSC 製造的硬體上使用**」；而如果加以比較本案 Apple 之軟體授權契約，其內容略為：「**該授權允許你安裝、運行一份蘋果軟體於一台蘋果電腦；你同意不將軟體安裝、運行於非蘋果電腦，或使他人為前述行為**」我想問的是，這兩者有何不同，為何前者被法院判定為著作權濫用，而後者卻無？Id. at 1155, 1160.

⁴⁰² 林利芝 (2014)，〈從美國著作權濫用原則檢視電腦程式著作授權契約附加限制使用條件—以美



本案法院還是比較偏向審查「是否有違反反托拉斯法的行為發生」，似乎偏向反托拉斯模式。惟若以公共政策模式的著作權濫用原則觀之，Apple 實已違反了著作權之公共政策，換言之，Apple 藉此不當擴張其著作權以在相關市場獲取超過其競爭者大量且不當之利益⁴⁰³，將其評價為著作權濫用，應屬可行⁴⁰⁴，況且按照前段敘述，Apple 用軟體綁硬體，無形中早已造成限制競爭，應該也有反托拉斯模式之著作權濫用模式介入之空間才是。

第五目 著作權濫用原則於 *Vernor* 案之適用

Vernor 案之主要內容已如前述，法院認為 CTA 為被授權人而非 Release 14 之所有權人，所以也無法援引散布權耗盡原則與必要步驟抗辯。既然 CTA 不是所有權人，便不能基於散布權耗盡原則販賣二手 Release 14 給 Vernor，又 Vernor 未從 CTA 獲得任何權利，自然也沒辦法移轉所有權予他人，從而自 Vernor 處購買二手 Release 14 之消費者既然亦未取得任何權利（特別是所有權），其安裝軟體後，亦無從主張必要步驟抗辯。不過，在本案判決的最後，法院另外表示或許應該要考量著作權濫用抗辯之適用⁴⁰⁵。

如前所述，著作權濫用原則分為兩種模式，即公共政策模式與反托拉斯模式，有論者嘗試將該兩模式適用於 *Vernor* 案，如下所示⁴⁰⁶：

國聯邦第九巡迴上訴法院 *Apple Inc. v. Psystar Corp.* 案為中心》，《2014 智慧財產權理論與實務研討會論文集》（光碟），頁 253-256。

⁴⁰³ *Practice Management*, 121 F.3d, at 521 (The terms under which the AMA agreed to license use of the CPT to HCFA gave the AMA a substantial and unfair advantage over its competitors.).

⁴⁰⁴ *Lasercomb*, 911 F.2d, at 978 (So while it is true that the attempted use of a copyright to violate antitrust law probably would give rise to a misuse of copyright defense, the converse is not necessarily true—a misuse need not be a violation of antitrust law in order to comprise an equitable defense to an infringement action. **The question is not whether the copyright is being used in a manner violative of antitrust law (such as whether the licensing agreement is “reasonable”), but whether the copyright is being used in a manner violative of the public policy embodied in the grant of a copyright.**) (emphasis added).

⁴⁰⁵ *Vernor*, 621 F.3d, at 1115-1116.

⁴⁰⁶ 胡心蘭，前揭註 37，頁 89-91。



一、公共政策模式

幾個適用公共政策模式之實務見解，本文於前均有略述（即前述之 *Lasercomb* 案、*Practice Management* 案、*Alcatel* 案），其主要涉及授權契約條款限制被授權人使用著作重製物之能力。所以回到 *Vernor* 案，本件著作權人係以授權條款限制被授權人再行移轉（轉售）系爭軟體，是否違反著作權法之公共政策，從而構成著作權濫用？

著作權濫用原則所涉及之公共政策，舉其大者，即美國憲法所稱「促進科學及實用藝術之進步」。著作權法賦予著作權人保護（排他權）給予誘因，但同時也藉此促進公益（知識流通與文化傳承），據此，著作權法除了給予著作權人權利，同時也設有權利限制，散布權耗盡原則即為一例。

從而，著作權人之「易買賣為授權」，限制被授權人再行移轉著作重製物之權利，藉以強化其散布壟斷(distribution monopoly)，等同限制著作權法賦予消費者之權利，使得著作物重製物無法透過移轉流通給更多人接觸使用。此外也助長了著作權人可以使用價格歧視來區別不同的消費者，例如在 *Vernor* 案，Autodesk 將其軟體區分為商業、教育及學生版。雖然價格歧視是否對公眾無益在學說上仍有爭論，蓋於某些情況，實在無法要求業者不為價格歧視，況且有時價格歧視程度上可以減少使用者之花費，即使是那些花費較多金錢購買商業版的人⁴⁰⁷。

無論如何，在 *Vernor* 案中，Autodesk 透過授權契約禁止使用者另行移轉軟體，軟體使用者因此無從適用散布權耗盡原則，更無法實踐該原則背後所蘊含之公共政

⁴⁰⁷ 有論者認為如果業者之轉賣限制如果是「限制購買教育版的消費者僅能轉賣給同樣可以購買教育版之消費者」，這種限制應屬可以接受。See Zinda, *supra* note 154, at 1260-1261.



策，知識流通與文化傳承明顯受阻，應構成著作權濫用。

二、反托拉斯模式

在反托拉斯模式下，有兩個重點：(一)是系爭授權契約是否擴展了著作權人之權利而超過著作權法所賦予之權利範圍；(二)系爭授權契約有無任何反競爭效果⁴⁰⁸。蓋反托拉斯模式之第一階段須先判斷權利人所為限制是否包含在著作權之範圍內，若答案為是，則該行為應視為合法；若答案為否，則進入第二階段，就整體而言，該限制行為究係促進競爭或係限制競爭。

在 *Vernor* 案裡，著作權人以授權取代買賣，規避散布權耗盡原則，進而將著作權之保護延伸至本應耗盡後續散布行為，應已超出著作權法之保護範圍⁴⁰⁹。從而，第一階段經判斷已超出著作權法之保護範圍，接下來便應探討系爭行為究係促進或是限制競爭。Autodesk 限制被授權人移轉系爭軟體，阻止 *Vernor* 於二手市場之販賣行為，就反競爭法而言，美國最高法院曾指出單一品牌之產品或服務亦可成為休曼法下判斷有無不正競爭行為之相關市場，所以如果 Autodesk 係為了避免二手市場與其競爭，那系爭授權契約很明顯地即有反競爭效果。因為消費者一定要直接向 Autodesk 購買軟體，而且可預期的是價錢通常不會太低。從而如果分析散布權耗盡原則在促進二手市場之建立、促進創新與使用平台競爭等功能下，限制被授權人移轉（轉賣）系爭軟體，當然有害於競爭，從而構成著作權濫用，所以即使是在反托拉斯模式，本案仍符合著作權濫用⁴¹⁰。

⁴⁰⁸ *Id.* at 1264.

⁴⁰⁹ 如果業者使用授權契約之目的在於規避散布權耗盡原則，那這種限制轉賣授權契約似乎通常會被認為屬於超出著作權法保護之權利範圍。*Id.* at 1264.

⁴¹⁰ *Id.* at 1266.



第六目 小結

學者 Frischmann 與 Moylan 認為濫用原則有三個實質上之功能：一、矯正功能 (corrective function)：當著作權法、專利法與反托拉斯法等實體法間之規定有銜接上之裂縫時，法院應可以法律解釋法條與立法意旨，以及法官造法的方式，以濫用原則來修補實體法上含混不明之處；第二，協調功能 (coordination function)：除前述修補裂縫之功能外，濫用原則亦可用以調和上述實體法間適用上之競合或衝突；第三，保衛功能 (safeguarding function)：由於濫用原則源自於衡平原則，從而法院可藉此調和當事人間之利益平衡，惟此一功能須與前述兩功能併用，避免法院過度行使職權。簡言之，雖目前著作權濫用原則仍處於發展中之狀態，但若依照前述三項功能作為指導準則，運作上應可漸趨穩定⁴¹¹。

第二款 定型化契約

消費者或許也可以透過將授權契約評價為不合理之定型化契約以挑戰其有效性。部分美國州法有給予定型化契約基本定義，例如加州州法的定義是：「由具有談判優勢一方所擬定的標準化契約，簽署方僅有接受或拒絕之機會⁴¹²。」。不過即使是如此，原則上定型化契約之擬定與解釋，仍舊必須符合簽署方之合理期待 (in the light of the reasonable expectations of the adhering parties)，而不能有不合理之壓

⁴¹¹ 蔡岳勳、胡心蘭（2010），《智慧財產權之擴張與公共利益之衡平》，頁 139-140，台北：華藝數位。

⁴¹² See Cobb, *supra* note 296, at 547 (“a standardized contract, drafted by the party of superior bargaining strength, that relegates to the subscribing party only the opportunity to adhere to the contract or reject it.”). 定型化契約乃現代經濟活動之產物，交易條件之定型化可以促進企業合理經營，創設非典型契約，減少交易成本，實屬有益；然而，所以發生問題的是，企業經營者難免利用其優勢地位，訂立有利於己，不利於消費者之條款，且大多時候消費者並無選擇之機會。也因此，如何在契約自由的體制下，維護契約正義，使經濟上之強者，不能假藉契約自由之名，壓榨弱者，是現代法律所面臨之艱鉅任務。請參見，王澤鑑，前揭註 138，頁 94-95。



榨或顯失公平⁴¹³。

拆封授權契約便是顯失公平之定型化契約的其中一例，此種契約通常在購買者閱讀完相關說明（通常是印在外盒或包裝上），並拆開軟體產品的透明塑膠包裝後即完成授權行為。而此種授權行為之效力之所以引起爭論，乃係因為軟體公司的大量使用所造成之結果。在美國，有一些法院認定拆封授權契約係屬無效，理由在於這些授權契約通常是「顯失公平的」以及（或）違反了「統一商法典」之相關規定。這些判決的理由大多基於消費者根本沒有機會去「同意」，又或者是說，消費者必須先同意，才能下載數位產品⁴¹⁴。

總而言之，無論上述這些授權契約寫了什麼、效力為何，我們都應該可以先確定一個大原則：「消費者有權透過簡單且明確之用語，來清楚知道他們在此次交易中獲得什麼權利或是沒有什麼權利。」。而且這項告知義務，或是所謂的「消費者教育(consumer education)」，均應由業者負起責任⁴¹⁵。

第三款 近期代表性案例：Capitol Records, LLC v. ReDigi Inc.⁴¹⁶

此案例係經典案例，並涉及重要問題，即：合法製造、取得的數位音樂，在散布權耗盡原則下，其所有人可否透過 ReDigi（數位二手音樂轉售平台）轉售？惟傳統上認為散布權耗盡原則之客體僅涉及實體著作物（書、CD 以及 DVD 等），從而該原則是否能適用數位產品仍在爭論中，本案例便是在這場「是否創設數位耗盡

⁴¹³ See Cobb, *supra* note 296, at 547.

⁴¹⁴ *Id.* at 548.

⁴¹⁵ See The Department of Commerce Internet Policy Task Force, *supra* note 40, at 57.

⁴¹⁶ Capitol Records, LLC v. ReDigi Inc., 934 F.Supp.2d 640 (S.D.N.Y. 2013).



原則」的戰爭中所生之第一場重要戰役。

第一目 案例事實

ReDigi 宣稱其為全世界第一家也是唯一一家數位二手音樂平台，並且歡迎使用者在平台上販賣⁴¹⁷他們合法取得之數位音樂檔案或是以稍低於 iTunes 的價錢購買數位二手音樂。與一般傳統的二手音樂商店相比，ReDigi 同樣也是提供一個平台讓使用者可以在某種程度上對於其所不需要的音樂獲得補償⁴¹⁸，不同的是，ReDigi 是在數位世界中運行。

如果使用者想要在 ReDigi 上販賣數位二手音樂，那麼用戶必須先到官方網站下載 Media Manager 到電腦。當用戶下載安裝完畢之後，Media Manager 會分析電腦，並產生一個清單，該清單所載之音樂就是 ReDigi 認為可以合法轉賣之音樂。而所謂可以合法轉賣之音樂，其實就是用戶先前從 iTunes 購買或是向其他 ReDigi 用戶所購得之數位音樂，而用戶自行從 CD 擷取之音樂檔案或是從其他分享網站取得之音樂檔案均無法於 ReDigi 平台轉售。當 Media Manager 分析完音樂檔案後，其繼續在背景中運行，並持續確認用戶未將已轉售之數位音樂檔案繼續留存於電腦或再次轉售，不過該軟體有一漏洞，那就是只要用戶將數位音樂檔案轉存於其他儲存裝置，便可規避 Media Manager 之掃描。不過若是被 Media Manager 掃描到有不符規定之數位音樂檔案，ReDigi 會要求用戶刪除，若不刪除，則用戶之帳號將

⁴¹⁷ 不過其實該平台也提供用戶雲端儲存數位音樂供個人使用(simply storing and streaming the file for personal use)。ReDigi, 934 F.Supp.2d, at 646. 這其實是一個常見的商業模式（雙邊市場），提供用戶免費儲存數位音樂檔案，若用戶有轉賣音樂的需要，又可以同時提供轉賣的服務。換言之，前者用來吸引用戶（衝高網站流量），後者才是業者真正的目的（賺取佣金）。

⁴¹⁸ 我認為這是二手市場必須存在的理由之一，而且程度上可以使新品市場更加蓬勃發展。舉例言之，當我賣掉我不想聽的音樂、不想看的書、舊版本的軟體之後，我再加點錢就可以購買最新發行的音樂、書籍與軟體。不過在本案中，用戶使用的是「點數(credits)」，而該點數可用來購買 ReDigi 平台的數位音樂，但點數不能兌換金錢。



會被暫停使用。

而前述的清單產生之後，用戶可以選擇上傳任何一首歌至 ReDigi 的遠端伺服器 Cloud Locker，而 ReDigi 宣稱上傳之後，檔案不會同時出現在兩處⁴¹⁹。想當然爾，Capitol Records 當然反對此種說法，其認為從用戶電腦到 Cloud Locker 的傳輸過程裡「必然包括重製(necessarily involves copying)」⁴¹⁹。不過，由於在完成上傳之後，Media Manager 會自動刪除用戶電腦（或與電腦連結之裝置）內之數位音樂檔案，所以不管怎麼樣，最後檔案只會存在 Cloud Locker。而每完成一次上傳，Media Manager 都會再次確認用戶電腦內有哪些可合法轉售之數位音樂檔案。

最後，當用戶購買數位二手音樂時，出賣人可獲得價金之 20%，另外 20%則用以資助藝術家基金(an “escrow” fund for artist)，剩下的 60%則作為 ReDigi 之收入。

第二目 分析

一、問題的提出

(一) 關於侵害 Capitol 之著作權

1. ReDigi 是否侵害著作權人之「重製權」？

⁴¹⁹ ReDigi 表示，這個過程包含移轉用戶的檔案，以一個個封包的方式，就像火車一樣，從用戶的電腦開到 Cloud Locker。ReDigi, 934 F.Supp.2d, at 645. 不過如果嚴格言之，ReDigi 的這個比喻巧妙地想要迴避掉關於重製的問題，因為火車從甲地開到乙地，當火車抵達乙地之後，甲地當然不會有火車，而相較於數位傳輸，雖然傳輸過程中的確是有封包的傳送，但是卻不能解釋為何傳送者仍可保有檔案。這也是研究數位環境下適用散布權耗盡原則之問題時或是數位二手音樂買賣時，最容易被攻擊的問題點。



2. ReDigi 是否侵害著作權人之「散布權」？

(二) 積極抗辯

1. 合理使用
2. 散布權耗盡原則

二、法院見解

(一) 關於侵害 Capitol 之著作權

原則上，若要主張著作權受有侵害，原告必須證明其擁有系爭著作合法有效的著作權，且被告所侵害的正是該合法有效之著作權。就本案情形而言，Capitol 擁有一些在 ReDigi 平台上所販賣之數位二手音樂的著作權，且 Capitol 從未同意 ReDigi 在平台上進行重製或散布行為，而這些都是當事人所不爭之事實。因此，假若這些在 ReDigi 平台上被重製及散布之數位二手音樂，其重製及散布符合美國著作權法所規定之重製及散布，那 ReDigi 即屬侵權。

1. ReDigi 是否侵害著作權人之「重製權」？

法院一貫地認為透過網路且未經授權的複製數位音樂檔案係侵害著作權人之重製權。然而，法院對於透過網路傳送數位音樂檔案，而且傳送前後都僅會存在一個檔案之情況下，是否構成美國著作權法上之重製，則尚未表示意見。不過，這個問題便是本案的重點之一，也是數位二手市場支持者時常對於重製權違反所提出的抗辯。



法院認為，單就美國著作權法之規定即可知，當著作「固著至一新的實體物」時，就是重製⁴²⁰。換言之，重製權就是將著作實體化(embody)，以及避免其他人擅自將著作實體化之排他權⁴²¹。至於在數位環境中如何認定，本案法院表示先前實務上關於 P2P 侵權之 *London—Sire Records, Inc. v. John Doe 1* 案⁴²²可提供有用的指引。*London—Sire* 案之法院認為，當使用者透過 P2P 網路下載音樂時，使用者電腦會接收到一個代表該音樂檔案的「數位序列(digital sequence)」，而該數位序列會被解譯於使用者硬碟，而該使用者便可使用該數位序列重製音樂檔案。綜上所述，當使用者下載數位音樂檔案或是數位序列到硬碟時，這段過程即為「固著」，並因此產生新的影音著作(phonorecord)。此項關於重製之見解讓法院得以巧妙地處理掉 ReDigi 主張其上傳檔案之技術係移轉(migrate)檔案，而非屬單純重製之抗辯，蓋無論該技術是否為直接轉移原始檔案，或僅係單純重製一份新的檔案於 Cloud Locker，結論上數位音樂檔案在上傳至 Cloud Locker 之後，就是固著於 ReDigi 伺服器之硬碟上，即屬重製⁴²³。

更為重要的是，*London—Sire* 案之法院表示存在一個或數個檔案重製物並非重點，蓋重製所關照的重點從來就不是原始著作重製物是否存在，而是新的重製是否發生，就像字典⁴²⁴裡對「重製(reproduction)」所下的定義，係「再製造一次(to produce again)」或是「導致再一次存在(to cause to exist again or anew)」。換言之，美國著作權法第 106 條第 1 款所稱重製有著作權之著作為影音著作，係指聲音錄音固著至一個新的實體物，而不管聲音錄音是否固著在原來的實體物上⁴²⁵。

⁴²⁰ *ReDigi*, 934 F.Supp.2d, at 648 (Thus, the plain text of the Copyright Act makes clear that reproduction occurs when a copy-righted work is fixed in a new material object.).


⁴²¹ 說得更貼切一點，應該是說將著作「在新的實體物上」實體化。*ReDigi*, 934 F. Supp.2d, at 649 (Put differently, the reproduction right is the exclusive right to embody, and to prevent others from embodying, the copyrighted work (or sound recording) in a new material object (or phonorecord).).

⁴²² *London—Sire Records, Inc. v. John Doe 1*, 542 F.Supp.2d 153, 166 & n. 16 (D.Mass.2008).

⁴²³ *See Soma & Kugler, supra* note 89, at 440.

⁴²⁴ *ReDigi*, 934 F.Supp.2d, at 648 (citing *Merriam—Webster Collegiate Edition* 994 (10th ed. 1998)).

⁴²⁵ *ReDigi*, 934 F.Supp.2d, at 650 (Thus, the right “to reproduce the copyrighted work in ... phonorecords” is implicated whenever a sound recording is fixed in a new material object, regardless of whether the sound recording remains fixed in the original material object.).



從而，本案法院根據 *London—Sire* 案之見解，認為 ReDigi 所提供之數位二手音樂轉售服務已侵害了 Capitol 之重製權。對此，ReDigi 仍然強調其係從用戶電腦移轉(migrates)檔案至 Cloud Locker，而既然檔案已經完全移轉至 ReDigi 之伺服器，那就沒有任何重製發生(no copying occurs)，也就是說，ReDigi 係將重點放在因為沒有第二份重製物存在，所以不是重製。不過法院認為，就算真的是這樣，但根據法院之見解，當檔案從用戶電腦傳送至 ReDigi 伺服器時，就是重製。而同樣地，當 ReDigi 用戶從 ReDigi 下載其購買的二手軟體到電腦時，另一個重製於焉發生。據此，法院再次強調：「原先的影音著作是否存在並非重點，重要的是新的影音著作是否產生⁴²⁶。」。

ReDigi 最後表示法院之見解會造成不合理之結果，例如這會使單純在硬碟內的檔案移動變成違法，包括硬碟重新整理等。不過法院對此表示，這純粹是轉移注意力之說法(a red herring)，該疑慮透過其他原則及抗辯即可解決，而且這個問題與本案其實並無太大關係。總之，本案法院認為 ReDigi 對於重製權侵害之部分並無積極抗辯之存在，從而認為在 ReDigi 平台上轉售二手數位音樂係屬侵害 Capitol 之重製權，並無疑義。

2. ReDigi 是否侵害著作權人之「散布權」？

本案法院表示如同在 *London—Sire* 案認為「電子檔案之傳送(an electronic file transfer)」符合美國著作權第 106(3)條所稱之「散布(distribution)」，另外在美國實務上⁴²⁷也有認為檔案分享(file-sharing)或是電子傳送著作物(electronic transmission of

⁴²⁶ *ReDigi*, 934 F.Supp.2d, at 650 (It is beside the point that the original phonorecord no longer exists. It matters only that a new phonorecord has been created.).

⁴²⁷ *Arista Records LLC v. Greubel*, 453 F.Supp.2d 961, 968 (N.D.Tex.2006); *A & M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004 (9th Cir.2001).



copyrighted works)乃係構成散布權之侵害⁴²⁸，甚至在 *New York Times Co., Inc. v. Tasini* 案⁴²⁹，法院清楚地指出：線上新聞資料庫販售（付費後下載）作者文章之行為，係屬侵害作者之散布權。

事實上，ReDigi 並沒有爭執散布行為之有無，ReDigi 僅主張其散布行為乃受合理使用(fair use)及散布權耗盡原則(first sale)之保護。不過，由於本案法院認為 ReDigi 對於散布權侵害之部分並無積極抗辯之存在，從而認為在 ReDigi 平台上轉售二手數位音樂係屬侵害 Capitol 之散布權，並無疑義。

（二）積極抗辯

在確認 ReDigi 確實侵害了 Capitol 之重製權及散布權後，本案法院轉而審酌合理使用(fair use)與散布權耗盡原則(first sale)可作為抗辯。

1. 合理使用

事實上，關於合理使用的最終判斷其實就是檢驗在同意系爭行為之結果，相較於禁止系爭行為，同意系爭行為所產生之綜效是否更能夠促進著作權法之最後目標，也就是促進科學及實用藝術之進步⁴³⁰。從而，美國著作權法第 107 條便規定吾人在基於為批評、評論、新聞報導、教學（包括為課堂使用之多數重製物）、學術、或研究之目的者⁴³¹，得對有著作權之著作進行重製，而毋庸獲得著作權人之同意。此

⁴²⁸ 精確地說，在 *A&M Records* 案，法院表示，在 Napster 上傳檔案供他人使用侵害了著作權人之散布權；而那些下載數位檔案之使用者，則侵害了重製權。*A&M Records*, 239 F.3d at 1011-1012.

⁴²⁹ *New York Times Co., Inc. v. Tasini*, 533 U.S. 483, 498, 121 S.Ct. 2381, 150 L.Ed.2d 500 (2001).

⁴³⁰ *Castle Rock Entm't, Inc. v. Carol Publ'g Grp., Inc.*, 150 F.3d 132, 141 (2d Cir.1998).

⁴³¹ 17 U.S.C. §107 (2011) (for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research).

外，合理使用係屬一「衡平的合理原則(an equitable rule of reason)⁴³²」，法院基本上得自行依個案衡量適用⁴³³。而衡量的標準也規定在第 107 條，列舉如下⁴³⁴：(1)利用原著作之目的及性質，包括該使用是否為商業性質或為非營利教育之目的；(2)該有著作權著作之性質；(3)就設有著作權著作之全體衡量，被使用部份之質與量；(4)其使用對該有著作權著作之潛在市場或價值之影響⁴³⁵。

ReDigi 主張因為儲存及個人使用之目的，而從 Cloud Locker 上傳或下載數位音樂檔案應受合理使用之保護。對此，本案法院稱該說法為拐彎抹角之主張 (obliquely argues)，並表示 Capitol 本來就沒有爭執此部分，Capitol 所在乎的是從 Cloud Locker 上傳及下載音樂伴隨而來的買賣(incident to sale)是否已經超出合理使用的範圍⁴³⁶。

本案法院隨後依照前述美國著作權法第 107 條所列舉之四大判斷標準逐一判斷，不過每一項都不符合。

首先，關於第一個要素，法院必須判斷 ReDigi 是否「轉化(transforms)⁴³⁷」系

⁴³² 此處名詞中譯是採用王敏銓老師的用語。請參見，王敏銓 (2011)，〈美國法的合理使用〉，黃銘傑 (編)，〈著作權合理使用規範之現在與未來〉，頁 120，台北：元照。


⁴³³ Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 448 n. 31, 104 S.Ct. 774, 78 L.Ed.2d 574 (1984).

⁴³⁴ 美國著作權法之合理使用(fair use)係屬著作權限制之一種，其並未將「合理範圍」加於所有條文；德國著作權法第 44a 條以下列舉對於著作權之限制，亦未將「合理範圍」加諸於所有條文。請參見，謝銘洋，前揭註 63，頁 244 (註 1)，台北：元照。

⁴³⁵ 17 U.S.C. §107 (2011) ((1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes; (2) the nature of the copyrighted work; (3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and (4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.)

⁴³⁶ ReDigi, 934 F.Supp.2d, at 653 (Instead, Capitol asserts only that uploading to and downloading from the Cloud Locker **incident to sale** fall outside the ambit of fair use.) (emphasis added). 法院緊接著又援引了 *Arista Records, LLC v. Doe 3* 案的見解，該見解明確指出：「使用者在 P2P 檔案分享網路上上傳及下載，並不能適用合理使用(rejecting application of fair use to user uploads and downloads on P2P file-sharing network)。」其實在某種程度上法院早已公開了心證。Arista Records, LLC v. Doe 3, 604 F.3d 110, 124 (2d Cir.2010).

⁴³⁷ 所謂「轉化(transform)」，係指對於系爭著作內容加以解釋或添加價值，舉例言之，像是傳記作家或評論家為引述或摘錄之目的而使用著作權內容。請參見，林利芝 (2012)，〈教學講義找麻煩，合



爭有著作權之著作以及是否營利。不過兩者均不利於 ReDigi 之主張。因為 ReDigi 平台僅單純地上傳、販賣、下載數位音樂，並無增添新的東西，例如增進其效用或是不一樣的特色(with a further purpose or different character)於系爭數位音樂上⁴³⁸。此外，ReDigi 之運作模式無疑屬營利性質，也就是說，當數位二手音樂賣出時，ReDigi 以及上傳者可因此獲取利益，而下載者也可以以低於市價的價格購買數位二手音樂⁴³⁹。第二個要素，關於該著作性質之部分，由於錄音著作(sound recordings)貼近著作權法所要保護重要核心⁴⁴⁰，故應嚴格看待。第三個要素，關於被使用部份之質與量，由於本件可以很明顯的知道，在 ReDigi 平台上就是傳輸數位二手音樂檔案之全部(entirety)，所以這關當然也過不了。第四個要素，也是最後一個要素，就是其使用對該有著作權著作之潛在市場或價值之影響。這邊的判斷更為簡單，因為二手市場所販售之商品通常低於市價，而且也會吸引首購族不去購買較貴的新品，進而影響潛在市場⁴⁴¹。

綜上，法院認為 ReDigi 藉由販賣數位二手音樂獲利，並且傳送過程中也是重製數位二手音樂之所有檔案，並且可能⁴⁴²會對新品市場(primary market)造成不良影響。所以，本案法院認為合理使用並不允許 ReDigi 使用者基於販賣目的從 Cloud

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，頁 160-161。Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569, 578-79, 114 S.Ct. 1164, 127 L.Ed.2d 500 (1994).

⁴³⁸ 法院另外引用 *Napster* 案指出，實務上也認為僅「單純下載」MP3 並未發生「轉化」。A & M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d 1015 (9th Cir.2001) (endorsing district court finding that “downloading MP3 files does not transform the copyrighted work”).

⁴³⁹ ReDigi 本身以及上傳數位二手音樂者可以獲取利益應無需贅言，不過下載者可以用較低的價格（通常係相當程度低於市價）獲取數位音樂，實務上也將其視為獲利。Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enters., 471 U.S. 539, 562, 105 S.Ct. 2218, 85 L.Ed.2d 588 (1985) (The crux of the profit/nonprofit distinction is not whether the sole motive of the use is monetary gain but whether the user stands to profit from exploitation of the copyrighted material **without paying the customary price.**) (emphasis added).

⁴⁴⁰ *ReDigi*, 934 F.Supp.2d, at 654 (“close to the core of the intended copyright protection”).

⁴⁴¹ 這也是許多業者厭惡二手市場的原因之一，不過我認為可以討論，蓋二手市場是可以與新品市場相輔相成的，我在後面會另加說明。

⁴⁴² 我個人認為，法院在這邊委婉地使用「可能」二字，或許可以解讀為法院其實對於二手市場是否真的會對新品市場造成不良影響，仍係持保留態度。*ReDigi*, 934 F.Supp.2d, at 654 (with a **likely detrimental impact on the primary market for these goods**) (emphasis added).



Locker 上傳及下載檔案。

2. 散布權耗盡原則

散布權耗盡原則之抗辯，乃係 *Bobbs–Merrill Co. v. Straus* 案⁴⁴³所確定的普通法原則(common law principle)，嗣後國會將該原則明文於美國著作權法第 109(a)條前段⁴⁴⁴：「不論第 106(3)條如何規定，依本法合法取得對特定重製物或影音著作之所有人，或該所有人所授權之任何人，得不經著作權人之授權，將該重製物或影音著作予以販賣或對其占有予以處置。」基於散布權耗盡原則，著作權人一旦將其著作物置放於市場銷售後，著作權法所賦予著作權人之散布權即告耗盡⁴⁴⁵。

本案法院認為散布權耗盡原則並不能支持 ReDigi 對於 Capitol 之數位音樂檔案所為之散布。蓋 ReDigi 平台上轉售之數位二手音樂，已被法院認定侵害 Capitol 之重製權，就不可能符合美國著作權法第 109(a)條所稱「依本法合法取得(lawfully made under this title)」。另美國著作權法第 109(a)條明確規定須為合法取得之「特定」著作重製物，惟法院認為 ReDigi 用戶所擁有數位二手音樂為「新的」音樂檔案，已不再是最初從 iTunes 上購買下載的「特定」音樂檔案，故無從主張受散布權耗盡原則之保護。

此外，法院也認為，美國法上之散布權耗盡原則僅能適用於有體物(material items)上，就本案情形而言，ReDigi 並非散布有體物。對此，ReDigi 表示，由於科

⁴⁴³ *Bobbs–Merrill Co. v. Straus*, 210 U.S. 339 (1908).

⁴⁴⁴ 17 U.S.C. §109(a) (2012) (“Notwithstanding the provisions of section 106(3), the owner of a particular copy or phonorecord lawfully made under this title, or any person authorized by such owner, is entitled, without the authority of the copyright owner, to sell or otherwise dispose of the possession of that copy or phonorecord”).

⁴⁴⁵ *Quality King Distribs., Inc. v. L'anza Research Int'l, Inc.*, 523 U.S. 135, 152, 118 S.Ct. 1125, 140 L.Ed.2d 254 (1998); *Kirtsaeng v. John Wiley & Sons, Inc.*, — U.S. —, 133 S.Ct. 1351, 1354–55, 185 L.Ed.2d 392 (2013).



技的進步，使得法律文字的解讀產生歧異，因此我們必須要依照著作權法基本目的，即：激勵創作並且使大眾更能夠獲得文學、音樂及其他藝術，來進行法律解釋。ReDigi 因此認為若法院拒絕將散布權耗盡原則適用於本案，無異擴大 Capitol 之著作權保護，此作法不僅違背著作權政策目的，也違背司法分際。

不過法院並不同意 ReDigi 之說法，並認為 ReDigi 一直要求法院修正對於法律之解釋以達成其較寬廣之政策目的，但與其說是政策目的，不如說 ReDigi 之目的乃是增進 ReDigi 自身之商業利益。法院進一步論述其不採 ReDigi 說詞的兩個理由：首先，儘管科技進步或許使著作權法第 109(a)條有所不足(unsatisfactory)但並不至於發生歧異(ambiguous)。該條既已明確規定「特定(particular)」影音著作，而本案之 ReDigi 平台上之數位二手音樂，就是不符合其定義，理由已如前述；第二，ReDigi 要求法院必須依據著作權法之目的來修改現行法，這是立法機關的職責，法院並未被授權。

本案法院另援引了 2001 年美國著作權辦公室(the United States Copyright Office, USCO)所提出之數位千禧年法案報告(DMCA Section 104 Report, DMCA Report)⁴⁴⁶，表示限制散布權耗盡原則擴張適用至數位環境有許多因素。舉其大者，例如數位著作重製物並不會像傳統的實體著作重製物一樣會隨著時間與使用而逐漸減損(degrade)，也因為實體著作重製物會隨著時間流逝與使用次數增加而逐漸減損其價值，這也代表其二手貨並不會比新品來得有吸引力。不過數位著作重製物恰好相反，它並不會隨著時間與使用而減損其價值，換言之，新品與二手貨根本一樣。再者，實體著作重製物的複製與運送都有其一定的難度與成本，但數位著作重製物並無此困擾，其複製快速、傳遞快速而不受地理環境限制。總之，因為以上

⁴⁴⁶ See U.S. Copyright Office, DMCA SECTION 104 REPORT (2001), available at: http://www.copyright.gov/reports/studies/dmca/dmca_study.html.



原因，數位二手市場將會非常容易與新品市場直接競爭⁴⁴⁷。

不過 ReDigi 認為前述法院之見解將完全排除數位著作(digital works)適用美國著作權第 109(a)條之空間。法院對此表示，其並未排除數位著作之適用，蓋若合法取得數位著作重製物之所有人所販賣的確實是當初所取得之特定重製物⁴⁴⁸，其仍得受散布權耗盡原則之保護。

綜據上述，法院認為 ReDigi 不能援引散布權耗盡原則作為抗辯，且其表示關於美國著作權法第 109(a)條之規定是否過時，並非法院所能置喙，而係立法者之職責，併此敘明。


三、小結

(一) 法院結論

本案法院逐一檢驗也逐一駁斥 ReDigi 所提出的各項抗辯。首先，關於重製權

⁴⁴⁷ *Id.* at xi (physical copies of works degrade with time and use, making used copies less desirable than new ones. Digital information does not degrade, and can be reproduced perfectly on a recipient's computer. The “used” copy is just as desirable as (in fact, is indistinguishable from) a new copy of the same work. Time, space, effort and cost no longer act as barriers to the movement of copies, since digital copies can be transmitted nearly instantaneously anywhere in the world with minimal effort and negligible cost. The need to transport physical copies of works, which acts as a natural brake on the effect of resales on the copyright owner's market, no longer exists in the realm of digital transmissions. The ability of such “used” copies to compete for market share with new copies is thus far greater in the digital world.). 這也是許多發行數位著作之業者所擔心的問題，他們擔心數位二手市場會分食新品市場，使他們的收益減少。不過這種說法還是不能一概而論，我在之後會另加說明。

⁴⁴⁸ 法院在這邊似乎指的是存有該數位著作檔案之硬碟、iPod 或其他儲存裝置。ReDigi, 934 F.Supp.2d, at 656 (Section 109(a) still protects a lawful owner's sale of her “particular” phonorecord, be it a computer hard disk, iPod, or other memory device onto which the file was originally downloaded.). 不過我覺得弔詭，因為這樣並不同於將散布權耗盡原則適用於數位著作重製物，蓋法院之前提係「儲存於硬碟、iPod 或其他儲存裝置之數位著作」。如果回頭看沒有爭議的 CD-ROM 或 DVD，它其實就是個數位音樂檔案之載體（儲存裝置），跟存有數位音樂檔案的硬碟是一樣的東西。從而，法院於此依舊沿襲舊有框架，仍然僅將散布權耗盡原則適用於實體物上。縱算法院不是如此理解，在數位傳輸下，要符合法文對於特定著作重製物的需求，仍有其技術上困難。



侵害之部分，法院認為 ReDigi 未經著作權人允許即在其平台重製數位二手音樂，顯然侵害著作權人之重製權；第二，關於散布權之部分，雖然雙方當事人並未爭執散布行為之有無，不過關於網路傳輸之部分，美國實務係將其納入散布權之規範內，故 ReDigi 亦侵害了 Capitol 之散布權；第三，關於合理使用之抗辯，法院透過檢驗四大要素，也認為 ReDigi 無從主張合理使用；第四，關於散布權耗盡原則之部分，法院認為 ReDigi 所販賣的數位二手音樂，早已不是最初從 iTunes 上下載之特定音樂檔案，不符合美國著作權法第 109(a)條之條文文義，無從主張。最後，除了前述理由，另外針對現行條文檢討之部分，法院也僅表示（而且強調了不只一次）那是立法者之權限，法院無從過問。

（二）本文見解

本案法院對於重製之認定係當著作物「固著至一新的實體物」時，就屬於重製，而不論最後到底剩下多少著作重製物。我認為，若從著作權法賦予著作權人重製權之目的觀之，重製權的規範重點當然與「重製物數量」有關，因為著作只有透過重製才有可能大量製造並銷售⁴⁴⁹，著作權法為了避免未經授權之人大量重製並銷售著作權人之著作，有害著作權人之利益，所以才賦予著作權人重製權。因此我認為最後「剩下」多少重製物才是評價重點。ReDigi 會透過 Media Manager 掃描用戶電腦，如果發現用戶上傳數位二手音樂檔案後，硬碟尚保有原始檔案時，ReDigi 會要求用戶刪除，若不刪除則用戶帳號將被停用⁴⁵⁰。所以原則上最後僅會剩下「一份」檔案在 ReDigi 平台上供用戶使用或販賣，應該不至於會過分侵害著作權人之（經濟）利益。

⁴⁴⁹ 謝銘洋，前揭註 63，頁 194。

⁴⁵⁰ 所以我們可以發現，在整個 ReDigi 商業模式中，它建構了移轉即刪除技術(forward-and-delete technology)、識別違法行為之系統(a system for discerning illegal activity)、對於違法行為之處罰(the use of penalties for unlawful acts)。ReDigi, 934 F.Supp.2d, at 645; Dobson, *supra* note 57, at 199.



為了解決 *ReDigi* 案對於重製所做成的狹隘解釋，有論者認為，基於國會賦予串流中於 RAM 產生的暫時性重製合理使用例外之邏輯，或許也可以延伸至這種因為數位傳輸而產生的不可避免或伴隨性的重製⁴⁵¹。

此外，對於法院引用字典上對於「重製」之定義⁴⁵²來做為其論述基礎，有論者特別對此做出回應，並認為若要像法院一樣就字義解釋，那是否也可以說所謂的「again」亦有多義，例如「once more」或是「in addition」，吾人是否因此可以推論出重製其實是「to produce in addition」；此外，例如在「copy」一詞，字典上的定義則為「one in a series of reproductions」⁴⁵³。透過以上解釋，重製之焦點就轉而放在是否有「額外的」重製物產生，而非「新」的重製物！如此一來，是否又可以導出完全不同的判決結果？

ReDigi 曾經在訴訟中舉 *C.M. Paula Co. v. Logan* 案⁴⁵⁴作為抗辯，該案事實與判決結果略為：原告 Paula 公司指控被告使用化學方法將其公司所生產的各種有著作權之賀卡圖案設計轉移到磁磚後銷售，侵害了原告的著作權。不過法院最終認定被告並無侵權，因為如果被告要製作一百片的磁磚，那被告同時也必須購買一百張的賀卡，因此系爭行為（將賀卡上圖案轉移至磁磚）即非屬重製或複製⁴⁵⁵。*ReDigi* 據此主張 *ReDigi* 的用戶在平台販賣一首歌，同時代表用戶必須在 iTunes 上購買一首歌，因此也非屬重製或複製。茲再舉一例，加拿大最高法院在 2002 年曾經處理過 *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain Inc.* 案⁴⁵⁶，或許可以作為參考。其案例

⁴⁵¹ See Dobson, *supra* note 57, at 199.


⁴⁵² 即「to produce again」或「to cause to exist again or anew」。 *ReDigi*, 934 F.Supp.2d, at 650.

⁴⁵³ See Dobson, *supra* note 57, at 205 (citing Merriam-Webster's Collegiate Dictionary 23 (11th ed. 2004)) (emphasis added).

⁴⁵⁴ *C.M. Paula Co. v. Logan*, 355 F.Supp. 189 (N.D.Tex.1973).

⁴⁵⁵ *Id.* at 191.

⁴⁵⁶ *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain Inc.*, [2002] 2 S.C.R. 336, 2002 SCC 34. 加拿大著作權法雖未明文設有「權利耗盡原則」之規定，但本判決其實蘊含此概念，並以此作為判決關鍵。請參



事實與判決結果略為：Théberge 為一著名畫家，其與出版商簽訂合約，同意出版商將其畫作印製於卡片及文具產品上。Galerie d'Art du Petit Champlain Inc.則係一間藝廊，其購買了許多前述出版商所出版印製有畫作的卡片、石版畫、海報，並將該畫作利用特殊化學方法移轉至畫布上⁴⁵⁷。最高法院對於是否侵害重製權之部分認為，重製須有額外的(additional)或是新的(new)著作重製物產生⁴⁵⁸。換言之，法院也認為重製應包含重製物數量之增加，或者說「量產」著作重製物乃係「重製」觀念之必然結果⁴⁵⁹。

對照本案情形來看，我認為如果今天 ReDigi 有確實將用戶之原始檔案刪除，也就是說最後僅存在一個檔案的話，縱使無法符合美國著作權法之「特定著作重製物」規定與「重製」之定義，從結論上來看，重製物並未增加而且用戶也必須先購買 iTunes 上的音樂，也沒侵害到著作權人之利益，且「特定著作重製物」之要求，應主要是為了確保著作權人能對於個別著作重製物獲取第一次報酬，若最初上傳音樂之用戶已正常付費購買，那更無問題。

另外，法院在最後不斷強調其無權針對現行著作權法所規定之散布權耗盡原則做出檢討或修正，因為那並非法院的權限，而是立法者之權限⁴⁶⁰。不過，誠如我

見，林利芝（2012），〈從著作權到著作重製物所有人之權利—以加拿大最高法院 Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain Inc.案為中心〉，《智慧財產權月刊》，161 期，頁 69-72。

⁴⁵⁷ *Id.* at 336-337.

⁴⁵⁸ *Id.* at 338 (“Reproduction” has usually been defined as the act of producing **additional** or **new** copies of the work in any material form.) (emphasis added). 法院同時也表示其並不排除因為科技發展而產生新的重製方法，不過本件並不存在這種情形，蓋本件就是物理性(physical)、機械式的(mechanical)將印製於卡片上的圖畫移轉至畫布上而已。

⁴⁵⁹ 林利芝，前揭註 456，頁 56。

⁴⁶⁰ 其實這種「交由國會修法」的作法也不是第一次出現在法院判決。*Sony Corp.*, 464 U.S., at 430-431 (Repeatedly, as new developments have occurred in this country, it has been the Congress that has fashioned the new rules that new technology made necessary... **Congress has the constitutional authority and the institutional ability to accommodate** fully the varied permutations of competing interests that are inevitably implicated by such new technology.); *Vernor*, 621 F.3d, at 1115 (**Congress is free**, of course, **to modify** the first sale doctrine and the essential step defense if it deems these or other policy considerations to require a different approach.).



在論文一開頭就介紹的，美國法上的散布權耗盡原則，其濫觴不就是法院判決嗎？不就是因為先有法院判決才促使國會明文化的嗎⁴⁶¹？況且，在科技日新月異的現在，如果法院判決不能即刻因應，並做出合理的解釋⁴⁶²，除了個案正義無法實現外，更可能對日後相關實務判決造成負面影響⁴⁶³，論者有認為，法院在本案根本就具有能力來確認散布權耗盡原則到底能否用於數位環境⁴⁶⁴。

第三目 再接再厲的 ReDigi 2.0

一、概述

ReDigi 2.0 是 ReDigi 於訴訟後所發展出的「改良版」商業模式。系爭商業模式主要為當用戶在 iTunes 購買數位音樂後，該數位音樂會直接上傳至 ReDigi 的遠端伺服器(Cloud Locker)，用戶轉售的是數位二手音樂之使用、接觸權限，數位二手音樂檔案並未移轉到其他裝置⁴⁶⁵。

二、分析


⁴⁶¹ 惟亦有見解認為由國會或是著作權局來主導修法，或許會比著作權人、數位二手市場業者、消費者在法院決勝負來得更有效率，花費更少時間。See Soma & Kugler, *supra* note 89, at 459-460.

⁴⁶² 在註 460 所提到的 *Sony* 案中，BLACKMUN 法官提出了不同意見，其認為法院的任務就是在依據不合時宜的法律下，盡可能地解決爭議，法院並無理由去討好或延續傳統，況且從著作權法的立法歷史來看，整部著作權法的歷史不就是改變舊模式創造新法律以符合科技發展嗎？*Sony Corp.*, 464 U.S., at 457.

⁴⁶³ 有論者便指出，*ReDigi* 案之判決，已創造出一個極不平衡的判決先例(highly unbalanced precedent)，明顯不利於現代消費者。See Dobson, *supra* note 57, at 201.

⁴⁶⁴ 論者基於三個理由：(1)現行著作權法其實仍有極大解釋空間；(2)若不承認數位散布權耗盡原則恐會扼殺著作權法鼓勵創新之政策；(3)*ReDigi* 案所引用之判決先例並不能導出其判決結果。See Dobson, *supra* note 57, at 208.

⁴⁶⁵ *Capitol Records, LLC v. ReDigi Inc.*, 934 F.Supp.2d, 646 (S.D.N.Y. 2013) (On June 11, 2012, ReDigi launched ReDigi 2.0, new software that, when installed on a user's computer, purportedly directs the user's new iTunes purchases to upload from iTunes directly to the Cloud Locker. Accordingly, while access may transfer from user to user upon resale, the file is never moved from its initial location in the Cloud Locker.).



前述舊有的 ReDigi 商業模式所引發的爭議主要為「重製權之侵害」以及無法符合散布權耗盡原則所要求之「合法取得」的「特定」著作重製物。而新的 ReDigi 2.0 則主要對於該兩大爭議做出改善。不過對於 ReDigi 2.0 而言，是否就確實不會再有任何的法律爭議嗎？有論者認為仍不能掉以輕心⁴⁶⁶，簡單來說，在雲端商業模式下，雲端服務提供者（或用戶）恐怕還是需要考量諸如散布權、重製權、改作權、公開演出權、公開展示權等權利侵害之問題⁴⁶⁷。嚴格言之，ReDigi 2.0 實際上轉售的還是從 iTunes 取得的（非專屬之）使用授權，並非個別歌曲之所有權，換言之，若著作權人強調個別歌曲之授權係屬不得轉讓之授權，ReDigi 2.0 之商業模式及其用戶恐怕還是不能高枕無憂⁴⁶⁸。

ReDigi 認為下載行為可以受到合理使用之保護。惟前述 *ReDigi* 案之判決裡，Capitol 就已經表示，其並不在乎上傳或下載行為，其所在乎的是該等行為所伴隨而來之買賣。對此，*ReDigi* 案之法院引用了 *Arista Records, LLC v. Doe 3* 案⁴⁶⁹ 之見解來作為其禁止該等伴隨買賣之上傳、下載行為之論據。然而，論者表示，前述案件其實並沒有提到所謂「伴隨買賣(incident to sale)」之文字，該案件是引用 *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises* 案⁴⁷⁰，裡面有談到一個重點，即合理使用的前提除了善意(good faith)與合理使用(fair dealing)外，還有一個要件便是：「使用者是否沒有付出合理代價，便藉由利用著作而獲取利益？」所以說，論者認為 *ReDigi* 案之法院創造了一個「伴隨買賣(incident to sale)」的概念，似乎在某種程度上徒增問題，也與制定法產生扞格⁴⁷¹。

⁴⁶⁶ 詳細討論，請參見，陳奐君，前揭註 243，頁 127-134。

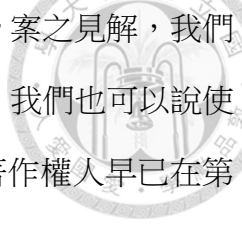
⁴⁶⁷ See Lothar Determann, *What Happens in the Cloud: Software as a Service and Copyrights*, 29 Berkeley Tech. L.J. 1095, 1105-1121 (2014).

⁴⁶⁸ 胡心蘭，前揭註 400，頁 55。

⁴⁶⁹ 604 F.3d 110 (2d Cir. 2010).

⁴⁷⁰ 471 U.S. 539 (1985).

⁴⁷¹ See Soma & Kugler, *supra* note 89, at 448.



所以如果我們思考前述 *Arista Records* 案以及 *Harper & Row* 案之見解，我們或許可以說，縱算 ReDigi 2.0 之使用者下載行為的確伴隨著買賣，我們也可以說使用者之下載行為符合前述兩案對於合理使用之要求，理由在於著作權人早已在第一次銷售時即獲得合理報酬。再者，如果以 CD 作為類比，或許頗具啟發，亦即在 *Recording Industry Ass'n of America v. Diamond Multimedia System, Inc.* 案⁴⁷²中，法院表示將 CD 內的音樂檔案擷取出來儲存於個人電腦之情形，純屬標準的非商業性個人使用(paradigmatic noncommercial personal use)⁴⁷³。也就是說，用戶之下載僅係為非商業性個人使用，並未侵權。

ReDigi 2.0 之用戶如果要以合理使用作為抗辯，其實還須遵守一個前提，這個前提不管在美國或是歐盟判決都有被提到，那就是當轉售者欲轉售音樂時均必須使「自己的那一份」無法使用。當然，Capitol 對此也不是沒有提出過質疑，即到底要如何監控轉售者確實刪除檔案？若 ReDigi 2.0 無法保證，那系爭商業模式之適法性仍有疑義。對之，有論者根據 *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.* 案所表示之見解，認為縱算系爭技術可能促進侵權行為，那也不能因此認為發明系爭技術之公司對日後的侵權行為有責⁴⁷⁴。所以單純主張 ReDigi 2.0 可能無法監控轉售者是否刪除檔案，並不能否定該商業模式之適法性，況且，作為數位音樂檔案之原著作權人，或許也可以開發出相關技術來處理轉售者未刪除檔案之情形，並非一定要將該等義務強加於 ReDigi 2.0。

最後，有論者對於此種以雲端為主之商業模式提出一個我覺得蠻實際的問題：「消費者最終不會甘於其僅能於雲端使用，而不能將該二手數位音樂檔案下載至個人電腦或智慧型手機裡聆聽！」⁴⁷⁵換言之，我認為消費者應該並不願意其聆聽

⁴⁷² 180 F.3d 1072, 1079 (9th Cir. 1999).

⁴⁷³ See Soma & Kugler, *supra* note 89, at 448.

⁴⁷⁴ *Id.* at 448-449; Dobson, *supra* note 57, at 207.

⁴⁷⁵ 這的確是一個大問題，雖然目前網路普及，上傳及下載的速度不斷增加，但是，還是有地方會



音樂之時間與場合受到「行動上網訊號之有無、強弱」或是「wifi 訊號之有無、強弱」影響；又或者是，業者為了使用戶下載速度增快，可能會在音質上有所犧牲，也會影響到用戶之使用意願。

三、後續效應

另外，Apple 在將來對於數位二手市場也可能有類似於 ReDigi 2.0 的商業模式。此商業模式係基於所謂「數位個人財產(Digital Personal Property, DPP)」之概念，此概念於 2010 年由電機電子工程師學會(Institute of Electrical and Electronics Engineers, IEEE)組成之工作小組所提出。在概念上，數位個人財產就像你擁有一台車，不過你雖然擁有一台車，但你仍然需要有一把車鑰匙才能使用你所擁有的那台車。對比到所謂數位個人財產，指的是當消費者購買數位音樂或任何種類的數位產品之後，除了獲得檔案還會獲得一把加密鑰匙(encrypted key)，且此加密鑰匙僅有一把。換言之，消費者可以重製或是移轉該檔案給任何的第三人，但該第三人獲得檔案之後如果沒有檔案加密鑰匙仍舊無法使用該檔案，如同雖然擁有汽車但卻無車鑰匙一般。換言之，就算檔案有很多個，但由於加密鑰匙只有一把，所以程度上也可以達到與實體物交易情形一般，僅有一個重製物可供使用。而 Apple 的專利申請案⁴⁷⁶之內容在某種程度上就是允許用戶交換這些數位個人財產，不過這種商業模式與 ReDigi 2.0 相同，最終都會遇到重製之問題，所以其實 Apple 想出的解決方法最終也是跟 ReDigi 2.0 一樣，也就是將這些數位二手音樂放在於雲端，而消費者最後買到的其實是加密鑰匙，也就是所謂的使用、接觸權⁴⁷⁷。

沒有網路，有網路的地方有時連線品質也未必都是極佳。以筆者自身經驗而言，在上下班時間搭乘捷運，由於同時使用行動上網的人數眾多，連線品質實在令人惱怒。此外，若自身手持行動裝置並非使用所謂「吃到飽」，雖然音樂檔案很小，但仍可能希望這些音樂檔案可以事先就儲存在手持行動裝置裡，而不用擔心連線品質以及行動上網流量限制。See Soma & Kugler, *supra* note 89, at 447.

⁴⁷⁶ 該技術主要是管理對於數位內容接觸權之移轉，並且避免在移轉過後，原先的移轉人(transferor)無法再次接觸其所移轉之數位內容。U.S. Patent Application Pub. No. 20130060616 (filed June 22, 2012), available at: <http://appft.uspto.gov/netahtml/PTO/index.html> (last visited:12/30/2015).

⁴⁷⁷ See Soma & Kugler, *supra* note 89, 450-452.



既然談到 Apple，那就不得不提也在雲端深耕多年且在企業雲端基礎設施服務（亞馬遜網路服務，Amazon Web Service）為市占率最大的 Amazon⁴⁷⁸。Amazon 於 2013 年在美國取得關於數位商品二手市場(Secondary market for digital objects)的專利⁴⁷⁹，同樣也是運行數位二手產品之轉售，不過其專利說明中有一點我認為非常重要，就是所謂的「移轉次數限制(object move threshold, OMT)」簡單來說，OMT 係指業者或著作權人可以為其數位產品設定移轉次數之限制，譬如說一首數位歌曲僅能被移轉 3 次，一旦達到移轉次數限制，即不得再移轉⁴⁸⁰，此外著作權人也可以決定是否允許其數位著作得否被移轉⁴⁸¹。我認為 Amazon 的數位二手商業模式在很大部分上消除了著作權人之疑慮（例如利潤分配、移轉次數限制甚至是可以選擇不被移轉），有其可行之處。此外，Amazon 實際上的商業模式也是如同 Apple 與 ReDigi 2.0 一般：將數位二手商品放在雲端⁴⁸²，僅移轉授權爾⁴⁸³。或許這就是專利說明裡面並未見到「resell」一詞的原因。

不過，我們也必須再次強調一件事，晚近出現的數位二手著作買賣模式，受限於 ReDigi 案之狹隘解釋，從而目前的商業模式均係將數位二手著作存放於雲端，因此購買數位二手著作之人僅能取得授權（接觸權），消費者最終並不能「下載」其

⁴⁷⁸ 江裕真（譯）（2015），〈亞馬遜太好用 躍升日商心頭好〉，《今周刊》，975 期，頁 152。

⁴⁷⁹ 事實上目前數位二手市場之商業模式其實都大同小異。U.S. Patent No.8364595 (filed May 5, 2009), available at: <http://appft.uspto.gov/netahtml/PTO/index.html> (last visited:12/31/2015).

⁴⁸⁰ *Id.* (The OMT may limit the number of transfers of a used digital object to other personalized data stores when the used digital object has been moved more than a threshold number of times, thereby helping to maintain the scarcity of the digital object in the marketplace. For example, a popular used digital object such as a song may have an OMT of three, only allowing three permissible moves of the song to other personalized data stores. After the OMT is reached, the used digital object is no longer permissibly moveable to another personalized data store.).

⁴⁸¹ See Nate Hoffelder, *Amazon Pursues a Canadian Patent on Selling Used Digital Content*, The Digital Reader (2016), available at: <http://the-digital-reader.com/2016/02/24/amazon-files-for-canadian-patent-on-selling-used-digital-content/> (last visited: 03/04/2016).

⁴⁸² Amazon 的優勢在於不用像 ReDigi 尚須事先上傳檔案至雲端伺服器，從而可以避免掉一些重製權侵害之疑慮。See Capobiancot, *supra* note 265, 421.

⁴⁸³ See Soma & Kugler, *supra* note 89, at 452-453. 另外看 Amazon 的專利摘要的其中一段其實便可看出端倪：When the user no longer desires to retain **the right to access** the now-used digital content, the user may move the used digital content to another user's personalized data store when permissible and the used digital content is deleted from the originating user's personalized data store.



所購買之數位二手著作到個人電腦或手持行動裝置。前述所談可能僅係使用上之
不便利，但我必須特別指出一個嚴重問題，蓋若使用者僅能移轉「授權」、取得「授
權」，這代表一件事：平台鎖定。換言之，消費者僅能賣給使用相同平台之其他消
費者，其他消費者若要購買某一平台之數位二手著作，就必須先成為該平台之用
戶。所以，這樣的商業模式到底能不能被消費者接受是一回事，該模式會不會有限
制競爭之疑慮，亦值深思。

第四款 小結

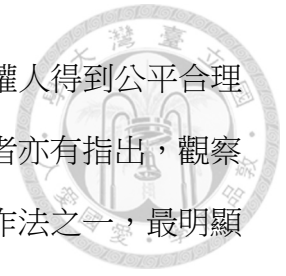
雖然美國實務上對於授權契約之認定標準甚寬，不過學說實務上仍注意到此
種認定標準下所產生之不合理，從而多數認為可利用著作權濫用原則與定型化契
約之相關規定使法院可以依個案予以調控，不過在實務上仍有許多困難之處。以著
作權濫用為例，此抗辯係用於著作權侵害訴訟，若今天著作權人係以契約法作為請
求權基礎，則被告並無主張機會⁴⁸⁴；事實上，若在著作權侵害訴訟，著作權濫用原
則之適用標準也很高⁴⁸⁵。

法院必須對授權契約對於散布權耗盡原則所造成之影響作出決定，論者特別
強調法院不應僅單純按照法律文字分析判斷，比較妥貼的作法應該是從「功能性
(functional)」角度切入，來形塑出對於授權契約之限制⁴⁸⁶，而非如同 *ReDigi* 案過度
拘泥於法律文字，忽略法院本身即有從事法之續造功能。所謂功能性，其實在數位

⁴⁸⁴ 蕭宏宜，前揭註 252，頁 163。

⁴⁸⁵ 從而也有論者主張：軟體授權契約之使用，除非能認為是著作權人意圖將著作權法所賦予之保
護延伸至與立法目的無關之市場行為，否則難謂係不正競爭或權利濫用。也因此，與其寄望於著作
權濫用理論，不如正視權利耗盡原則的適用問題。請參見，蕭宏宜，前揭註 252，頁 164-165。

⁴⁸⁶ 老實說，這是「應然」也是「不得不然」，由於現行條文之限制，如果不從功能性角度出發，而
純由文義解釋(textual approach)，所謂數位耗盡原則可能並無現行法支持，這也是為何多數支持耗
盡原則得以適用於數位時代之學者通常強調應從著作權法之「立法目的」出發，程度上也是為了迴
避現行文義解釋上的困難。



時代開始以前，實務便注意到，散布權耗盡原則之初衷就是著作權人得到公平合理的報酬，或者簡單地說，就是得到獎賞(received his reward)。論者亦有指出，觀察國際趨勢(look to the international community's response)或許也是作法之一，最明顯的便是廣為人知的歐盟 *UsedSoft* 案⁴⁸⁷。

從功能性的角度解決在現行美國實務上並非不可能，蓋 *UMG* 案之判決已可見蛛絲馬跡，惟目前美國實務仍然多數認為只要契約有明確授權限制，即可定性為授權而非買賣。我認為，「易買賣為授權」並非不可，但若著作權人採用授權契約之主要目的在於規避散布權耗盡原則⁴⁸⁸，那就符合著作權濫用，蓋著作權法之初衷並非保障著作權人之收益，這是原則，沒有模糊空間。

不過可惜的是，由於許多立法政策上的考量，例如價格歧視或減少盜版，從而此種（以保障收益為目的之）授權模式仍然得以存在（或者謂有其存在之必要性）。若法院能夠從功能性角度出發，判定那些使用於音樂或電子書上之授權契約實際上為「買賣」而非「授權」。如此一來，程度上將授予消費者在向著作權人支付合理的費用後，便能任意使用其所購買的音樂與電子書，此外經由法院標示出「授權並非買賣」後，數位產品最終也能進入二手市場加以買賣⁴⁸⁹。最後關於 *ReDigi* 案，從各個面向而言，本案無庸置疑有其高度重要性，蓋本案直接觸及散布權耗盡原則得否適用於數位內容，雖然本案於結論上採否定，惟最高法院尚未表示意見，從而吾人仍可期待日後之發展。又，論者有謂線上音樂提供業者與音樂權利人同等重要，雙方應是平等的夥伴，智慧財產權法不應被用於阻礙創新商業模式的出現與推廣⁴⁹⁰，蘋果創辦人 Steve Jobs 曾謂：「Technology is nothing. What's important

⁴⁸⁷ See Cobb, *supra* note 296, at 549.

⁴⁸⁸ 這邊必須特別指出，有論者認為若著作權人之目的在於建立價格區別，則應允許。See Zinda, *supra* note 154, at 1273.

⁴⁸⁹ See Cobb, *supra* note 296, at 549.

⁴⁹⁰ 劉孔中（2015），《解構智財法及其與競爭法的衝突與調和》，頁 9，台北：新學林。



is that you have a faith in people, that they're basically good and smart, and if you give them the tools, they'll do wonderful things with them.」論者因此認為，由於 ReDigi 的出現，我們有了工具，立法者或許應該對使用者、業者有信心，讓創新者「do wonderful things」⁴⁹¹。

第二項 立法反應

或許使數位二手市場得以運行最實際的方法是透過修法⁴⁹²。美國著作權局局長 Maria Pallante 於 2013 年時，因為體認到重新翻修著作權法之需要⁴⁹³，亦向國會請求修法。Maria Pallante 重申，雖然散布權耗盡原則的基本政策理念乃係「源自於普通法禁止限制實體物之轉讓(“rooted in the common law rule against restraints on the alienation of tangible property”)」，但立法機關仍然可以選擇重新檢討該原則適用於數位產品之可能。只不過，國會一方面可能認為在數位市場，著作權人應該掌控所有之著作物，特別是因為數位著作物之複製並不會減損其品質或是目前在數位交易中流行的「易買賣為授權」早已使散布權耗盡原則歸於無效；但另一方面，國會或許可以發現散布權耗盡原則在數位時代下仍然有其價值，而且透過一些措施也能避免重製物或刪除重製物。或者，更簡單的是，國會應該不會希望著作權法裡

⁴⁹¹ See Brassel, *supra* note 129, at 271.

⁴⁹² 美國著作權法在 1970 年代中期完成成果豐碩的革新後，近 40 年來僅作補丁式的修法，導致著作權法複雜難懂。有鑑於快速的科技變遷，美國加州柏克萊大學 Pamela Samuelson 教授於 2007 年發起「著作權原則計畫：改革的方向(The Copyright Principles Project: Directions For Reform)」，並邀請各界人士參與，最後提出 25 項革新之立法建議。請參見，劉孔中，前揭註 151，頁 6；美國國會自 2013 年以來，即推動辦理著作權法制的檢討工作，美國著作權局亦協助國會，彙整各界所提出之意見，並於 2015 年 4 月 29 日於美國國會司法委員會進行報告。請參見，洪盛毅 (2016)，〈出席「2015 年第 17 屆澳洲著作權研討會」報告〉，頁 9，公務出國報告資訊網，<http://report.nat.gov.tw/>(最後瀏覽日：03/11/2016)。

⁴⁹³ Maria Pallante 的說法是為了因應「網路時代的到來，科技發展正快速地影響創作物的創作與傳達。」See Maria A. Pallante, *The Next Great Copyright Act*, 36 Colum. J.L. & Arts 315, 320 (2013) (“the age of the Internet, where technology can so quickly affect the creation and communication of creative materials.”).



每一項東西都是授權，而沒有擁有⁴⁹⁴。

此外，美國商務部於 2013 年所發表的綠皮書也表示，隨著全世界數位散布 (digital distribution) 的增加，在傳統領域上適用散布權耗盡原則的機會可能逐漸消失，二手市場恐亦隨之淘汰。目前的問題在於是否有方法可以保留散布權耗盡原則之好處，也就是我們仍舊可以分享我們喜歡的書給朋友或是使窮學生能夠以較便宜的價格買到教科書。而市場是否願意提供這些機會，如果答案是肯定的，那又該如何做⁴⁹⁵？同前所述，「授權」迅速地成為業者散布數位音樂與電子書等數位著作的普遍方法，而這種方法已使散布權耗盡原則變得毫無意義。在體認到授權與二手市場之關係後，美國專利商標局據此表示，法院或是立法者應該要重新解釋「什麼情形之下構成授權(what constitutes a 'license')」或是「擴大散布權耗盡原則之適用 (expand the scope of the first sale doctrine)」⁴⁹⁶。

老實說，立法上之困難除了立法者難以擺脫傳統有體物之思考外，其實還有（應該說絕大多數）來自數位著作業者之遊說壓力。也因此，有論者也表示，若想立法成功，或許必須建構出「轉售權利金補償制度(resale royalty scheme)」，使著作權人可以獲利於數位二手市場⁴⁹⁷；對於消費者而言，藉由該制度，消費者可以自由轉售其二手數位財產而僅受有些許干涉或付出些微費用⁴⁹⁸。

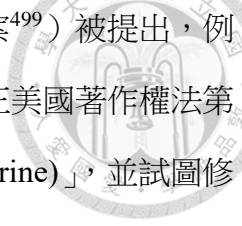
⁴⁹⁴ *Id.* at 332.

⁴⁹⁵ 美國著作權局先前曾於 2001 年公開發表一份報告(A Report of the Register of Copyrights Pursuant to §104 of the Digital Millennium Copyright Act)，其雖然已表示對於散布權耗盡原則適用於數位環境的看法（其實觀其內容，主要也是在有體物思維下打轉），不過這些看法隨著科技發展應該有所改變。綠皮書也提到美國專利商標局將與美國著作權局合作蒐集公眾意見及舉辦一系列會議來討論散布權耗盡原則於數位時代之合理範圍。The Department of Commerce Internet Policy Task Force, *Copyright Policy, Creativity, and Innovation in the Digital Economy* 37 (2013), available at: <http://www.uspto.gov/> (last visited: 08/24/2015).

⁴⁹⁶ *Id.* at 36.

⁴⁹⁷ See Theodore Serra, *Rebalancing at Resale: Redigi, Royalties, and the Digital Secondary Market*, 93 B.U. L. Rev. 1798 (2013).

⁴⁹⁸ *Id.* at 1799 (Consumer advocates would see a digital resale royalty as recognition that consumers are free to sell their digital property with only minimal interference or added financial burden.).



此外，2003 年在美國也不乏有相關的修法（主要有三項法案⁴⁹⁹）被提出，例如前述三項法案之一的「平衡法案(BALANCE Act⁵⁰⁰)」就試圖修正美國著作權法第 109 條之規定，創造出所謂的「數位耗盡原則(digital first sale doctrine)」，並試圖修復著作權人與消費者間之固有利益平衡。可惜的是，該法案最終因無法說明如何解決重製權之問題（例如該如何刪除原使用者所持有之原檔案）以及該如何規定於授權契約而未獲通過⁵⁰¹。不過，我想該法案並未通過的關鍵，或許是因為平衡法案大刀闊斧地除去了許多保護著作權人之規定，所以最後國會僅表示觀望態度(“wait-and-see” approach)⁵⁰²，擱置該案⁵⁰³。

第五節 歐盟之發展

第一項 司法實務

雖然歐盟法院已曾經對於耗盡原則適用於「電腦軟體」表示意見⁵⁰⁴，不過，其

⁴⁹⁹ See Consumer, Schools, and Libraries Digital Rights Management Awareness Act of 2003, S.1621, 108th Cong. (2003); Digital Consumer Right to Know Act, S.692, 108th Cong. (2003); Benefit Authors Without Limiting Advancement or Net Consumer Expectations (BALANCE) Act of 2003, H.R.1066, 108th Cong. (2003).

⁵⁰⁰ 法案全名為「The Benefit Authors Without Limiting Advancement or Net Consumer Expectations (BALANCE) Act of 2003」；美國國會官方網站有相關的法案簡介：Amends Federal copyright law to: (1) include analog or digital transmissions of a copyrighted work within fair use protections; (2) provide that it is not a copyright infringement for a person who lawfully obtains or receives a transmission of a digital work to reproduce, store, adapt, or access it for archival purposes or to transfer it to a preferred digital media device in order to effect a non-public performance or display; (3) allow the owner of a particular copy of a digital work to sell or otherwise dispose of the work by means of a transmission to a single recipient, provided the owner does not retain his or her copy in a retrievable form and the work is sold or otherwise disposed of in its original format; and (4) permit circumvention of copyright encryption technology if it is necessary to enable a noninfringing use and the copyright owner fails to make publicly available the necessary means for circumvention without additional cost or burden to a person who has lawfully obtained a copy or phonorecord of a work, or lawfully received a transmission of it. available at: <https://www.congress.gov/bill/108th-congress/house-bill/1066/all-info> (last visit: 08/24/2015).

⁵⁰¹ See Cobb, *supra* note 296, at 553.

⁵⁰² See Dobson, *supra* note 57, at 184-185.

⁵⁰³ *Id.* at 208.

⁵⁰⁴ 在 *UsedSoft* 案中，法院之判決主要是基於歐盟電腦軟體指令(DIRECTIVE 2009/24/EC)來確認散布權耗盡原則可適用於軟體。



並未對「所有種類」的數位產品表示可以「一體適用」。從而，關於軟體以外的其他數位著作是否當然繼續適用散布權耗盡原則，則必須透過歐盟資訊社會指令之解釋，歐盟會員國亦陸續發生相關案例，程度上也給予歐盟法院一個釐清「**到底散布權耗盡原則是否可以適用於所有數位產品？**」的機會⁵⁰⁵。

歐盟資訊社會指令的制定主要是為了因應網路時代的來臨，並針對技術快速發展而對著作權和鄰接權所產生之挑戰而特別制定的規範⁵⁰⁶，據此統合歐盟各會員國之著作權法，增進法律之確定性與提升對於智慧財產權之保護以刺激創意與創新⁵⁰⁷。不過，麻煩的是，該指令表示「傳達行為(act of communication)」並不會導致「散布權耗盡(exhaustion)」；必須是「第一次銷售(first sale)」或是其他「移轉所有權(transfer of ownership)」的行為才會。關此，歐盟法院在 *UsedSoft* 案中曾經指出：「移轉所有權之存在把(資訊社會指令第 3 條的)向公眾傳達行為轉變成(資訊社會指令第 4 條的)散布行為；而假若符合(資訊社會指令)第 4(2)條之條件，就能像(電腦軟體指令)第 4(2)條所說的一樣，發生散布權耗盡⁵⁰⁸。」再者，歐盟法院也表示，當消費者從網路下載一項產品，並付出一次性之相當費用以及得以無限使用時，這便是一項買賣行為，而可以發生散布權耗盡。有論者因此認為，按此解釋方式，代表從網路下載數位音樂或電子書等數位著作之行為，理論上在資訊社會指令下也有發生散布權耗盡之可能⁵⁰⁹。

⁵⁰⁵ See Cobb, *supra* note 296, at 550.

⁵⁰⁶ 馮震宇，前揭註 199，頁 506。

⁵⁰⁷ Directive 2001/29/EC, recital 4 (2001) (A harmonised legal framework on copyright and related rights, through increased legal certainty and while providing for a high level of protection of intellectual property, will foster substantial investment in creativity and innovation, including network infrastructure, and lead in turn to growth and increased competitiveness of European industry, both in the area of content provision and information technology and more generally across a wide range of industrial and cultural sectors. This will safeguard employment and encourage new job creation.)

⁵⁰⁸ *UsedSoft GmbH*, Case C-128/11, at ¶ 52 (The existence of a transfer of ownership changes an ‘act of communication to the public’ provided for in Article 3 of that directive into an act of distribution referred to in Article 4 of the directive which, if the conditions in Article 4(2) of the directive are satisfied, can, like a ‘first sale ... of a copy of a program’ referred to in Article 4(2) of Directive 2009/24, give rise to exhaustion of the distribution right.)

⁵⁰⁹ See Cobb, *supra* note 296, at 550.



不過，不能否認的是，歐盟法院要做出耗盡原則可以適用於所有數位產品之決定時，勢必遇到許多障礙。首先，資訊社會指令前言表示，散布權耗盡原則並不存在於服務，特別是所謂線上服務。再者，不像一般實體的 CD-ROM 或 CD-I 上已存有智慧財產權，每一個線上服務於使用時都須經過授權⁵¹⁰。而隨著科技進步，歐盟也開始區分無實體項目（如數位著作）與實體項目（如 CD-ROM），此外，歐盟的態度最後仍與美國相同，都認為將散布權耗盡原則適用於無實體的數位產品有其困難性存在。但是，有論者認為，歐盟法院確實也對於授權契約之濫用感到憂心，不過或許區分「下載(download)」與「串流(streaming)」是一條可行之路。換言之，我們可以說「下載數位產品」並不是「線上服務(on-line service)」，此際，散布權耗盡原則或許便有其存在之餘地⁵¹¹。

另外，重製權侵害疑慮也是一個重要而必須加以討論的問題。例如，資訊社會指令第 2 條⁵¹²規定，禁止以任何方式及形式、全部或部分、直接或間接，暫時或永久重製之權利。此外，指令第 5 條第 1 項⁵¹³規定第 2 條所定之暫時性重製，如係屬於暫時性或附隨性，且係技術過程中不可缺及必要之部分，且其唯一目的係為：一、作為網路中第三者之傳輸中介；或，二、合法使用；且無獨立之經濟重要

⁵¹⁰ Directive 2001/29/EC, recital 29 (2001) (**The question of exhaustion does not arise in the case of services and on-line services in particular.** This also applies with regard to a material copy of a work or other subject-matter made by a user of such a service with the consent of the rightholder. Therefore, the same applies to rental and lending of the original and copies of works or other subject-matter which are services by nature. **Unlike CD-ROM or CD-I, where the intellectual property is incorporated in a material medium, namely an item of goods, every on-line service is in fact an act which should be subject to authorisation where the copyright or related right so provides.**)

⁵¹¹ See Cobb, *supra* note 296, at 551.

⁵¹² Directive 2001/29/EC, Article 2 (2001) (Member States shall provide for the exclusive right to authorize or prohibit direct or indirect, temporary or permanent reproduction by any means and in any form, in whole or in part: (a) for authors, of their works; (b) for performers, of fixations of their performances; (c) for phonogram producers, of their phonograms; (d) for the producers of the first fixations of films, in respect of the original and copies of their films; (e) for broadcasting organisations, of fixations of their broadcasts, whether those broadcasts are transmitted by wire or over the air, including by cable or satellite.)

⁵¹³ Directive 2001/29/EC, Article 5(1) (2001) (Temporary acts of reproduction referred to in Article 2, which are transient or incidental [and] an integral and essential part of a technological process and whose sole purpose is to enable: (a) a transmission in a network between third parties by an intermediary, or (b) a lawful use of a work or other subject-matter to be made, and which have no independent economic significance, shall be exempted from the reproduction right provided for in Article 2.)



性者，應排除於第 2 條所定權利之外。數位二手著作轉售時勢必透過網路傳輸，而網路傳輸則必定涉及重製，從而這些問題都必須加以思考。

歐盟 *UsedSoft* 案作成後，無論是專家學者或是社會大眾均因此躁動起來，蓋此判決給予了一項重要的許諾：在歐盟，可以自由轉賣二手電腦程式著作。與此同時，也觸發了許多想像，亦即，其他透過網路下載的數位內容（例如數位音樂、數位遊戲、電子書）可否比照辦理⁵¹⁴？由於 *UsedSoft* 案判決所適用之基礎為歐盟電腦軟體指令，顧名思義，本指令僅適用於電腦程式著作，且本案法院直接指出歐盟電腦軟體指令為歐盟資訊社會指令之特別規定，不受後者對於散布權及散布權耗盡原則以有體物為適用前提之影響。換言之，電腦程式著作外之其他種類著作，實務態度仍不明確⁵¹⁵，消費者仍然動輒得咎，無法放心。

以下則透過觀察德國實務在歐盟 *UsedSoft* 案前後之判決（正好都涉及電玩遊戲這個尷尬的著作類型）來觀察未來歐盟可能的發展走向：

第一款 *UsedSoft* 案之前

2010 年時，德國聯邦最高法院(BGH)作成 *Half-Life 2* 案之判決⁵¹⁶，本案涉及電玩遊戲(video games)之轉售問題。本案事實略為：被告 Valve 公司（Steam 數位遊戲平台之開發商⁵¹⁷）推出一款遊戲名為 *Half-Life 2*，該遊戲不僅以 DVD 光碟形式販售，玩家亦可至 Steam 平台下載。不過玩家必須先註冊帳號才能玩遊戲，惟根據授權契約(EULA)條款，玩家不得移轉其所註冊之帳號予第三人。由於遊戲都是綁

⁵¹⁴ See Galič, *supra* note 240, 414.

⁵¹⁵ 施偉仁(2014)，〈數位二手著作的春天？從美國 ReDigi 與歐盟 *UsedSoft* 案談起〉，《智慧財產權月刊》，191 期，頁 26-27。

⁵¹⁶ I ZR 178/08, *Half-Life 2*, February 11, 2010. 此判決來源轉引自：Galič, *supra* note 240, at 419.

⁵¹⁷ 我曾在註 102 介紹過，讀者可再行參照。

在帳號上（縱算取得實體遊戲光碟，安裝完遊戲之後，還是需要帳號才能玩），若玩家想要轉售某款遊戲，勢必要將帳號一同移轉，因此原告即德國消費者組織聯合會(VZBV)認為 Valve 公司對於帳號所作的限制已違反了散布權耗盡原則，系爭帳號移轉限制應不得強制執行(unenforceable)⁵¹⁸。

本案法院嚴密區分「(實體) DVD 遊戲光碟」與「使用者帳號」，並認為系爭限制合法，蓋該限制僅影響帳號移轉並不影響 DVD 遊戲光碟之移轉，縱使系爭條款可能限制他人購買 DVD 之意願，仍非散布權耗盡原則之規範範圍。原則上法院判決主要理由在於：散布權耗盡原則僅適用於有體物⁵¹⁹。而對於著作物或著作重製物之利用方式，權利人所作之安排，無論是否限制或影響利用人之後續利用，均非著作權法所能過問。

諸多論者認為，此判決將形成先例，甚至即使在 *UsedSoft* 案作成後，仍然能夠拘束（至少對於德國下級法院而言）未來各種類型數位著作（例如電腦軟體、數位遊戲、數位音樂、電子書及數位影片）之轉售爭議，亦即，數位著作轉售將受使用者帳號之限制，同時也可能一併影響有體物之轉售⁵²⁰。

第二款 *UsedSoft* 案之後

2013 年時，德國實務又再度面對電玩遊戲(video games)的轉售問題。同樣是由德國消費者組織聯合會(VZBV)對 Valve 公司提起訴訟⁵²¹，本件涉及 Valve 公司

⁵¹⁸ 德國民法對於定型化契約有諸多嚴密之規定，若定型化契約條款違反其他法規之基本原則（例如本案之「耗盡原則」）使消費者遭受不合理之損害，則系爭條款將不得強制執行。See Galič, *supra* note 240, at 419.

⁵¹⁹ *Id.* at 419.

⁵²⁰ *Id.* at 419-420.

⁵²¹ 前曾敘及，此處判決均涉及尷尬的電玩遊戲著作類型，為何尷尬，在本判決可以看得出來。15 O 56/13, Valve, January 21, 2014, available at: <http://www.telemedicus.info/urteile/Urheberrecht/1442->



之「一般條款與條件(general terms and conditions, GTCs)」，系爭條款（與 *Half-Life 2* 案所涉條款內容幾乎相同）禁止用戶在 Steam 平台上移轉使用者帳號。由於在 *UsedSoft* 案作成之後，VZBV 認為實務見解可能因此翻轉並作成與 *Half-Life 2* 案迥異之判決，從而決定再度挑戰⁵²²。

VZBV 援引歐盟 *UsedSoft* 案之見解表示移轉二手軟體授權是合法的，且散布權耗盡原則同樣適用於透過網路散布之軟體，從而著作權人無權禁止，另外也援引德國民法之相關規定（BGB 第 307 條）認為系爭條款對用戶並不合理⁵²³。

本案法院認為本件與 *UsedSoft* 案之基礎事實並不相同。雖然本案法院講了很多理由，例如：*UsedSoft* 案中之軟體授權與軟體被視為不可分割之整體但本件不是、本件並無銷售(sale)產生、僅屬提供線上服務(online services)、僅涉及對公眾提供而非散布等理由。但我認為法院的其中一項理由非常值得注意，而且恐怕才是真正的理由，那就是本案法院認為本件所涉及之電玩遊戲是一種「**混合著作(hybrid products)**⁵²⁴」，換言之，電玩遊戲可能同時受到歐盟資訊社會指令以及電腦軟體指令之保護。但是，審理 *UsedSoft* 案之法院並沒有清楚說明透過線上傳輸的電腦遊戲也能一同適用歐盟資訊社會指令的散布權耗盡原則⁵²⁵。

當然，可想而知的是，只要看到法院論及歐盟資訊社會指令中的散布權耗盡原則，接下來通常就是丟出例稿式的相關規定，例如於判決理由中援引歐盟資訊社會指令之前言第 28、29 點與 WCT 第 6 條之共同聲明等後，然後再說：散布權耗盡

LG-Berlin-Az-15-O-5613-Erschoepfungsprinzip-nicht-bzgl.-UEbertragbarkeit-von-Nutzerkonten-Steam-Accounts.html (last visited: 03/29/2016). 此判決來源轉引自：*Id.* at 420.

⁵²² *Id.* at 420.

⁵²³ *Id.*

⁵²⁴ 蓋電玩遊戲並不是單純由電腦程式構成，還有許多其他的美術、動畫、人物對話、音樂、錄音、圖形、表演等等。請參見，賴文智（2008），《線上遊戲開發與經營之著作權問題》，頁 21，台北：經濟部智財局。

⁵²⁵ See Galič, *supra* note 240, at 420-421.



原則之適用係以有體物作為客體，從而透過網路下載之數位著作並無從適用散布權耗盡原則⁵²⁶。VZBV 的二度挑戰，最終仍以失敗收場。

第三款 小結

第一目 德國實務

承前，若非明確屬電腦程式著作，至少就德國司法實務而言，法院並不會輕易地受 *UsedSoft* 案之影響而作成相類似判決。或許有人會認為因為上述兩案涉及電玩遊戲，而電玩遊戲又是多種著作類型之綜合，因此法院才会有此種保守意見，蓋 *UsedSoft* 案之判決並未清楚表示其意旨可適用於所有著作類型。

不過，在 2011 年時，VZBV 曾對一提供數位影片、電子書、數位有聲書下載之業者提起訴訟，本件同樣涉及 GTCs 之條款，例如條款中明確表示消費者僅對下載之產品擁有不得移轉之使用權、下載後之產品亦不得轉售或為商業性用途等⁵²⁷。德國 Bielefeld 地方法院於 2013 年 3 月駁回該訴並指出，由於 *UsedSoft* 案指出其所適用之指令為歐盟電腦軟體指令，為歐盟資訊社會指令之特別法；惟本件所涉標的為電子書(e-books)和有聲書(audio books)之著作，非屬電腦軟體指令之保護範圍，按照資訊社會指令之規定，無體數位著作並不適用散布權耗盡原則⁵²⁸。VZBV 隨後上訴至 Hamm court(Oberlandesgericht Hamm)，同年 5 月，Hamm court 支持原判，理由大致與德國 Bielefeld 地方法院相同。此外，於 2014 年時，同樣由 Hamm

⁵²⁶ *Id.* at 421.

⁵²⁷ *Id.*

⁵²⁸ Decision of Landgericht Bielefeld(German Regional Court) of 05 March 2013, Case No: 4 O 191/11。夏禾、張俊宏(2015)，《出席「2014 年泛歐智慧財產權高峰會(The PanEuropean Intellectual Property Summit) 報告》，頁 43-44，公務出國報告資訊網，<http://report.nat.gov.tw/>(最後瀏覽日：03/08/2016)；另特別感謝沈宗倫老師於口試當天提供我判決相關資料。



court(Oberlandesgericht Hamm)所處理的 *Hörbuch-AGB* 案，仍持類似看法，並以資訊社會指令作為電子書訟爭之判決依據⁵²⁹。

所以，透過觀察德國實務上對於否定透過下載取得之電子書或其他非電腦程式之數位著作的轉賣之理由，約略有：一、*UsedSoft* 案處理的是電腦程式著作，而且歐盟電腦軟體指令相較於歐盟資訊社會指令而言有其特別法之地位；二、所以若非屬電腦程式著作，則落入歐盟資訊社會指令之範疇，否則立法者毋庸創設兩種不同指令（實務稱作「基於立法歷史 (based on legislative history)」），而後者規定之散布權耗盡原則係以有體物為客體（例稿式論述）；三、數位傳輸應屬公眾傳達權之範疇，公眾傳達權亦無從耗盡；四、數位傳輸之過程，不免發生重製，惟重製權無法耗盡⁵³⁰。總而言之，只要非屬電腦程式著作，那些透過下載取得之電子書、有聲書等數位著作，就是無法轉賣。

第二目 歐盟法院未來發展

除了前面德國判決，目前歐盟法院也有幾件涉及相關議題之案件刻正進行中。截至目前已做成判決且與本文議題最相關的是 2014 年的 *Nintendo* 案⁵³¹，本案法院於判決部分理由首先援引 *UsedSoft* 案並重申歐盟電腦軟體指令相較於歐盟資訊社會指令乃居於特別法之地位。惟法院似乎認為優先適用電腦軟體指令的前提是系爭標的完全落在歐盟電腦軟體指令之範圍時(falls entirely within the scope of the Software Directive)。換言之，由於本案所涉及的是電玩遊戲，自然回歸資訊社

⁵²⁹ 關於 *Hörbuch-AGB* 案之相關案件事實與判決理由，係筆者於 2015 年 11 月 6 日參加經濟部智慧財產局所舉辦之「2015 著作權法合理使用研討會」時，從王怡蘋老師之報告內容獲知。詳細投影片內容可於經濟部智慧財產局查閱。請參見，王怡蘋：從歐盟法觀點討論數位化時代對權利耗盡之衝擊，<https://www.tipo.gov.tw/dl.asp?fileName=51191538996.pdf>（最後瀏覽日：04/27/2016）。

⁵³⁰ See Galič, *supra* note 240, at 421-423.

⁵³¹ *Nintendo Co. Ltd and Others v. PC Box Srl and 9Net Srl.*, Case C-355/12 (2014).



會指令，與居於特別法地位之電腦軟體指令無涉⁵³²。

另外還有兩件與數位耗盡議題更有關係且已提交至歐盟法院先行裁決之案件，這兩件案件均來自荷蘭，以下分別敘述之：

一、VOB 案

本件原告 *Vereniging van Openbare Bibliotheken (VOB)* 係荷蘭公共圖書館協會，被告 *Stichting Leenrecht* 則為荷蘭公共借閱權益辦公室。而 VOB 之所以決定提起訴訟，乃係因為荷蘭教育、文化及科學部拒絕圖書館未經著作權人同意出借電子書並表示歐盟出租權、公共出借權與鄰接權指令第 6 條之例外規定僅適用於實體書。VOB 對此主張，在「一重製物，一使用者(one copy, one user)」的線上借閱模式下，應該允許使用者下載電子書並擁有暫時的使用權，此外，VOB 也認為前述的線上借閱與借閱實體書非常相似(similarities)⁵³³。嗣後位於海牙之一審法院 (*Rechtbank Den Haag*) 將本案提交至歐盟法院先行裁決⁵³⁴。

⁵³² *Nintendo*, Case C-355/12, at ¶ 23 (2014) (That finding is not weakened by the fact that Directive 2009/24 constitutes a *lex specialis* in relation to Directive 2001/29 (see Case C-128/11 *UsedSoft* [2012] ECR, paragraph 56). In accordance with Article 1(1) thereof, the protection offered by Directive 2009/24 is limited to computer programs. As is apparent from the order for reference, videogames, such as those at issue in the main proceedings, constitute complex matter comprising not only a computer program but also graphic and sound elements, which, although encrypted in computer language, have a unique creative value which cannot be reduced to that encryption. **In so far as the parts of a videogame, in this case, the graphic and sound elements, are part of its originality, they are protected, together with the entire work, by copyright in the context of the system established by Directive 2001/29.**); See Galič, *supra* note 240, at 424.

⁵³³ *Id.*

⁵³⁴ See Eleonora Rosati, *Dutch court refers questions to CJEU on e-lending and digital exhaustion, and another Dutch reference on digital resale may be just about to follow*, The IPKat (2014), available at: <http://ipkitten.blogspot.tw/2014/09/dutch-court-refers-questions-to-cjeu-on.html> (last visited: 03/31/2016). 不過透過本段敘述（甚至是截至目前為止讀者透過本論文所獲取的資訊），我們可以反射性的預料到 VOB 會遭受幾點質疑：(1) 圖書館要如何確保使用者僅能暫時使用該電子書；(2) 如何避免重製權侵害疑慮；(3) 所謂的「一重製物，一使用者(one copy, one user)」線上借閱模式程度上悖於現實，蓋無論如何至少會有一個檔案在圖書館的硬碟中。



一審法院共提交了四個問題⁵³⁵予歐盟法院，其中與本論文關係最大的就是第四個問題，內容略為：「**透過下載取得可無限期使用的數位著作，是否符合歐盟資訊社會指令第 4(2)條所稱之第一次銷售或其他移轉所有權之行為？**⁵³⁶」歐盟法院尚未做成決定，假若歐盟法院對此問題明確表示意見，將補上 *UsedSoft* 案後之最後一塊拼圖：散布權耗盡原則是否適用電腦程式著作以外之其他類型？

二、*Allposters* 案

本件原告 Stichting Pictoright（下稱「Pictoright」）係一個荷蘭著作權集中管理團體，代表著作權人對外授權及提起訴訟；被告 Art & Allposters International BV（下稱「Allposters」）則係一家透過網路銷售海報或其他名畫複製品的公司，此外，該公司也提供顧客將海報上之圖案轉印至油畫布上之服務(canvas transfer)。由於 Allposters 所提供的轉印服務之部分圖案為 Pictoright 所代管之著作權人的創作，從

⁵³⁵ 1. Should the articles 1 (1), 2 (1)(b) and 6 (1) of the Rental and Lending Rights Directive be thus interpreted as meaning that 'lending' also includes the making available: for a limited amount of time, without a direct or indirect economic or commercial benefit, from a distance, through downloading, on the basis of a one user, one copy model, through institutions accessible by the public of a copy in digital form of copyrighted novels, collections of short stories, biographies, travel reports, children's books and young adult literature? 2. If question 1 is answered affirmatively, is it required for the application of the lending exception, within the meaning of the directive, that the copy that is lent by the institution has been lawfully released into circulation by the first sale or other transfer of ownership of that copy in the European Union by the copy right holder or with his permission, in the sense of article 4(2) Copyright Directive? 3. If question 2 is answered in the negative, does article 6 of the Rental and Lending rights Directive set other requirements on the origin of the lent copy, such as the requirement that the copy has been obtained from a legitimate source? 4. **If question 2 is answered affirmatively, should article 4(2) Copyright Directive be interpreted as meaning that the first sale or other transfer of ownership of material referred to also includes the making available from a distance for an indefinite amount of time of a copy in digital form of copyrighted novels, collections of short stories, biographies, travel reports, children's books and young adult literature?** See Galič, *supra* note 240, at 424.

⁵³⁶ 我僅簡略翻譯，歐盟法院之文件與註 535 之文字略有不同，不過對於第四個問題講得更加清楚，茲提供原文如下：「If Question 2 is to be answered in the affirmative: is Article 4(2) of Directive 2001/29 to be construed as meaning that the initial sale or other transfer of ownership of material as referred to in that provision **also means making available remotely by downloading, for use for an unlimited period, a digital copy** of copyright-protected novels, collections of short stories, biographies, travelogues, children's books and youth literature?」See Request for a preliminary ruling from the Rechtbank Den Haag (Netherlands) lodged on 17 April 2015—Vereniging Openbare Bibliotheken v Stichting Leenrecht; interveners: Nederlands Uitgeversverbond and Others, available at: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d5fe573925b40b4415a2a6a2ef525ece62.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4OchiOe0?text=&docid=164990&pageIndex=0&doclang=EN&m ode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=806457> (last visited: 03/31/2016).

而 Pictoright 要求 Allposters 應停止未經著作權人同意而提供轉印服務及其銷售行為，否則將提起訴訟。惟 Allposters 並不理會，Pictoright 遂於荷蘭魯爾蒙德地方法院(Rechtbank Roermond)提起訴訟，要求 Allposters 停止所有直接或間接侵害著作權之行為，嗣經一連串之訴訟，荷蘭最高法院(the Hoge Raad der Nederlanden)決定將本訴訟提交至歐盟法院先行裁決⁵³⁷。

荷蘭最高法院自然也提交了許多問題請歐盟法院釐清，本文並不擬深究⁵³⁸，惟歐盟法院於回答問題時強調的一些理由，倒可作為本論文預測歐盟法院對於電腦程式著作以外之其他類型的數位著作能否適用散布權耗盡原則之材料。又，法院在這短短的 50 個段落之判決並未如歐盟 *UsedSoft* 案處理數位耗盡原則之可能性，我看到的僅是法院執著於文字分析，而之所以強調「文字分析」，乃係法院見解似乎大多為法條文字所困，茲列舉法院判決文字如下：

- (一) 關於散布權，歐盟資訊社會指令第 4(2)條提到第一次銷售或其他移轉「**著作物 (that object)**」之所有權⁵³⁹。
- (二) 根據歐盟資訊社會指令前言第 28 點表示，本指令下之著作權保護包含控制著作所固著之**有形物(tangible article)**的散布權；且根據前言，著作權人第一

⁵³⁷ Art & Allposters International BV v. Stichting Pictoright, Case C-419/13, ¶¶ 14-21 (2015).

⁵³⁸ 但仍提供原文供參：「(1) Does Article 4 of Directive 2001/29 govern the answer to the question whether the distribution right of the copyright holder may be exercised with regard to the reproduction of a copyright-protected work which has been sold and delivered within the [EEA] by or with the consent of the rightholder in the case where that reproduction had subsequently undergone an alteration in respect of its form and is again brought into circulation in that form? (2) (a) If the answer to Question 1 is in the affirmative, does the fact that there has been an alteration as referred to in Question 1 have any bearing on the answer to the question whether exhaustion within the terms of Article 4(2) of [Directive 2001/29] is hindered or interrupted? (b) If the answer to Question 2(a) is in the affirmative, what criteria should then be applied in order to determine whether an alteration exists in respect of the form of the reproduction which hinders or interrupts exhaustion within the terms of Article 4(2) of [Directive 2001/29]? (c) Do those criteria leave room for the criterion developed in Netherlands national law to the effect that there is no longer any question of exhaustion on the sole ground that the reseller has given the reproductions a different form and has disseminated them among the public in that form (judgment of the Hoge Raad of 19 January 1979 in Poortvliet, NJ 1979/412)?」 *Allposters*, Case C-419/13, at ¶ 21.

⁵³⁹ *Allposters*, Case C-419/13, at ¶ 34 (With regard, first, to the purpose of the distribution right, Article 4(2) of Directive 2001/29 refers to the first sale or other transfer of ownership of ‘that object’.).



次（於歐盟）銷售著作原件或其重製物，或經其同意銷售，將耗盡控制著作物（於歐盟）轉賣之權利⁵⁴⁰。

(三) 根據前述的歐盟立法，係透過使用「**有形物(tangible article)**」與「**著作物(that object)**」等詞，希望賦予作者控制其每一個實體著作物於歐盟的第一次市場行為之權利⁵⁴¹。

(四) 歐盟資訊社會指令必須盡可能按照國際法（特別是 WCT）來解釋⁵⁴²。

(五) WCT 第 6(1)條提供文學與藝術作品之作者享有授權透過銷售或其他所有權轉讓形式向公眾提供其作品原件或重製物的排他權。而所謂「重製物(copy)」，依照第 6 條跟第 7 條的共同聲明，所謂的「**重製物(copies)**」與「**原件及其重製物(original and copies)**」特別係指能供銷售之**實體著作物(tangible objects)**⁵⁴³。

(六) 綜上，應該認為**散布權耗盡原則**適用於當**實體著作物(tangible object)**經著作權人同意進入市場時⁵⁴⁴。

⁵⁴⁰ *Allposters*, Case C-419/13, at ¶ 35 (In addition, according to recital 28 to Directive 2001/28, '[c]opyright protection under [that directive] includes the exclusive right to control distribution of **the work incorporated in a tangible article**'. According to that recital, the 'first sale in the [European Union] of the original of a work or copies thereof by the rightholder or with his consent exhausts the right to control resale of **that object** in the [European Union]'.).

⁵⁴¹ *Allposters*, Case C-419/13, at ¶ 37 (It follows from the foregoing considerations that the EU legislature, by using the terms '**tangible article**' and '**that object**', wished to give authors control over the initial marketing in the European Union of each tangible object incorporating their intellectual creation.).

⁵⁴² *Allposters*, Case C-419/13, at ¶ 38 (That finding, as the European Commission correctly states, is supported by international law, and in particular by the WIPO Copyright Treaty, in the light of which Directive 2001/29 must be interpreted as far as possible (see, to that effect, judgments in *Laserdisken*, EU:C:2006:549, paragraphs 39 and 40; *Peek & Cloppenburg*, C-456/06, EU:C:2008:232, paragraphs 30 and 31; *Football Association Premier League and Others*, C-403/08 and C-429/08, EU:C:2011:631, paragraph 189; and *Donner*, C-5/11, EU:C:2012:370, paragraph 23).). 不過根據歐盟法院自己的官方文件介紹，其表示歐盟法可以優先於國際法。See Your questions about: the Court of Justice of the European Union, the EFTA Court, the European Court of Human Rights, the International Court of Justice, the International Criminal Court, available at: http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-05/cjuecoursinterntionales_en.pdf (last visited: 04/04/2016) (**European Union law takes precedence over national law** and is to be applied in a uniform manner in all the Member States.).

⁵⁴³ *Allposters*, Case C-419/13, at ¶ 39 (Article 6(1) of that Treaty provides that authors of literary and artistic works are to enjoy the exclusive right of authorising the making available to the public of the original and copies of their works through sale or other transfer of ownership. In that regard, the significance of the term 'copy' was explained by the Contracting Parties by an agreed statement concerning Articles 6 and 7 of the Treaty adopted by the Diplomatic Conference of 20 December 1996, at which the Treaty itself was also adopted. According to that statement, 'the expressions "**copies**" and "**original and copies**" being subject to the right of distribution and the right of rental under the said Articles, refer exclusively to **fixed copies** that can be put into circulation as **tangible objects**'.).

⁵⁴⁴ *Allposters*, Case C-419/13, at ¶ 40 (Accordingly, it should be found that **exhaustion of the distribution right applies to the tangible object** into which a protected work or its copy is incorporated if it has been



行文至此，讀者或許突然覺得歐盟 *UsedSoft* 案的光芒瞬間黯淡不少，蓋法院碰到涉及歐盟資訊社會指令之案件時，見解似乎十分固定，均拘泥於有體物之概念。我在一些國外的科技論壇上曾經看過一些評論人因為歐盟 *UsedSoft* 案之作成而歡呼，並高喊消費者時代來臨。不過往下一拉，討論區嗣後紛紛有讀者貼出不同之判決表示：別傻了，革命尚未成功，同志仍需努力。

第二項 立法反應

關於立法狀況，在歐盟的情況其實也與美國相仿，都沒有充分地處理關於現行著作權法於數位時代的因應方法。在 2012 年 12 月，為了回應 Ian Hargreaves 教授提出的「數位機會：智慧財產及成長之檢討(Digital opportunity: review of intellectual property and growth⁵⁴⁵)」，英國智慧財產局也發布一項報告，建議英國政府修正其強大卻死板的著作權法，並使其更加現代(modern)、健全(robust)與彈性(flexible)⁵⁴⁶。英國智慧財產局亦表示數位時代與數位科技提供了很多新機會，但同時也對傳統的著作權法造成許多問題，不過不幸的是，這些修正建議仍舊無法直接了當地處理數位耗盡問題。英國智慧局另外對於數位耗盡也曾經特別提出一些建議，例如：私人重製例外(private copying exception)，允許個人可以重製一著作物，並將其永久地移轉予他人，但前提是必須刪除原檔案；或是，假若有任何契約條款內容表示限制

placed onto the market with the copyright holder's consent.)

⁵⁴⁵ An independent report by Professor Ian Hargreaves. Makes recommendations about how the national and international intellectual property system can best work to promote innovation and growth., available at: <https://www.gov.uk/government/publications> (last visited: 08/25/2015). 茲有附言者係，這項報告其實是英國政府委託日前任教於卡地夫大學(Cardiff University)的 Ian Hargreaves 教授作成，其認為近年著作權法因應科技發展之修正，過度傾斜於著作權人之利益，嚴重損及公眾接觸資訊之權益，阻礙進一步創新之機會。請參見，章忠信（2015），〈英國著作權法最新修法趨勢與觀察〉，《智慧財產權月刊》，197 期，頁 6。

⁵⁴⁶ HM Government, MODERNISING COPYRIGHT: A Modern, Robust and Flexible Framework 2 (2012), available at: <https://www.gov.uk/> (last visited: 08/25/2015)



或禁止複製或移轉著作物予他人，該內容則無法強制履行⁵⁴⁷。不過，前述提議未處理「傳送後刪除技術(forward-and-delete technology)」，實質上仍將刪除原檔案之責任留給使用者；此外，在私人重製部分，也只允許私人使用，而不允許營利性使用（例如販賣）。但往好處想，修法內容確實限縮了授權條款之使用，而這正是數位二手市場存在的要素之一⁵⁴⁸。

第六節 小結

在數位時代下，數位原民(digital natives)或數位移民(digital immigrants)⁵⁴⁹大多透過網路取得資訊，特別是在大眾運輸工具上，我們時常看到利用手機、平板電腦透過網路串流觀看影片或聽音樂的人們。這代表什麼？市場！換言之，為何在數位時代下之散布權耗盡原則相較於實體世界裡的散布權耗盡原則普遍被著作權人或業者所排斥？市場或許不能說明一切，但八九不離十。

本章在討論數位環境下可能涉及之權利時，提到了「散布權」、「公眾傳達權」、「重製權」。不過冷靜一想，本文所討論的是「散布權耗盡原則」，所以重點勢必是放在「散布權」「耗盡」之上。可是依照目前多數規定與學說意見，散布權主要又是以有體物作為客體，換言之，傳統上認為著作經上網公開傳輸，並無具體之著作原件或重製物之所有權變動，當然也就沒有散布權耗盡原則之適用⁵⁵⁰。再

⁵⁴⁷ 很明顯地，英國智慧局也是從「重製權」與「契約」兩部分著手。See Cobb, *supra* note 296, at 554 (citing Intellectual Prop. Office, *Private Copying* annex a).

⁵⁴⁸ *Id.* (citing Intellectual Prop. Office, *Private Copying* annex a).

⁵⁴⁹ 數位原民(digital natives)與數位移民(digital immigrants)係美國學者 Marc Prensky 於 2001 年之文章所提出之名詞。數位原民，是指伴隨著網路成長的世代；數位移民則是上一個世代，出社會後才碰到全球網路普及化。請參見，蔡榮峰，鍵盤參戰—淺談「數位原民」的網路政治學，udn 專欄：鳴人堂，<http://opinion.udn.com/opinion/index>（最後瀏覽日：04/04/2016）；See Marc Prensky, *Digital Natives, Digital Immigrants* (2001), 1-2, available at: <http://www.marcprensky.com/writing/Prensky%20-%20Digital%20Natives,%20Digital%20Immigrants%20-%20Part1.pdf> (last visited: 04/04/2016).

⁵⁵⁰ 或許是因為不用處理物權與著作權之衝突。請參見，章忠信（2009），〈著作權法第五十九條之一〉，載於：著作權筆記，<http://www.copyrightnote.org/>（最後瀏覽日：02/22/2016）。不過如果以目



者，目前法制上並沒有所謂「公開傳輸權（或公眾傳達權等）耗盡原則⁵⁵¹」，所以在美國法上或許尚有討論的空間（因為美國法上之散布權包括網路傳輸），但採取歐盟法制之國家則恐怕有適用上之疑義，例如我國。據此，有論者認為或許應該在「散布權」及「公眾傳達權」外思考（或設計）另一種權利來因應數位時代之來臨⁵⁵²，值得注意。

不過散布權耗盡原則所蘊含的優點與精神於數位時代下仍有其價值。論者有基於「媒介中立」，並援引美國著作權法第 102(a)條前段⁵⁵³之規定：「依本法受著作權保護之著作，係指附著於現在已知或將來可能發展之有形表現媒介之具原創性著作(original works of authorship)，藉該表現媒介得以感知、重製或傳達該著作，不論直接或經由機械或裝置之輔助。」據此，由於透過網路傳輸之無體著作物，實際上也必須透過附著於有形媒介物，並藉此媒介物被外界感知、重製或傳達，使得享有著作權之保護。此外，基於媒介中立，無論著作所附著之媒介物為何，其所受的著作權保護均無不同。從而，論者認為「散布權耗盡原則」不僅適用於實體著作物之散布，也應同樣適用於數位環境中，換言之，基於媒介中立，散布權耗盡原則之適用，不應區分有體世界或數位環境⁵⁵⁴。

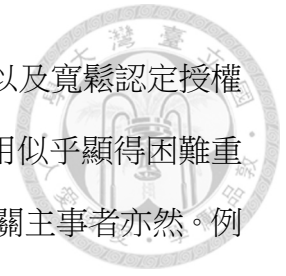
前對於散布權耗盡原則之理論基礎之變動來看（報酬理論、交易安全理論、對價平衡法理），我認為這個理由已經不能當作最堅強的理由。

⁵⁵¹ 再者，網路傳輸過程中所涉及的必要性重製也是問題，因為我們同樣沒有「重製權耗盡原則」之法制。

⁵⁵² “Mihály Ficsor, than Assistant Director General of the WIPO explained that “[b]etween the two opposing alternatives – that is, between basing the international regulation on interpretation and, as a maximum, on slight modification, of existing rights, on the one hand, and **introducing a new on-demand transmission/delivery right**, on the other – a third, compromise alternative would also be possible (and, actually, would seem, for the time being, to have the best chance to get a sufficient general acceptance).” See Péter Mezei, *The Theory of Functional Equivalence and Digital Exhaustion—An Almost Concurring Opinion to the UsedSoft v. Oracle decision*, available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2496876> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2496876> (last visited: 07/17/2016)。

⁵⁵³ 17 U.S.C. §102(a) (2011) (Copyright protection subsists, in accordance with this title, in original works of authorship fixed in any tangible medium of expression, now known or later developed, from which they can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device.)

⁵⁵⁴ 林利芝，前揭註 10，190 期，頁 105。



美國實務方面，由於大多固守文義解釋（如 *ReDigi* 案⁵⁵⁵）以及寬鬆認定授權契約（如 *Vernor* 案），導致散布權耗盡原則於數位時代下之運用似乎顯得困難重重，不過美國文獻上大多數學者對於此多採開放態度，其行政機關主事者亦然。例如美國著作權局局長 *Maria Pallante* 其實一直持續拋出相關議題，認為雖然美國著作權局曾在 2001 作出相關研究報告，並對此採審慎評估（其實是反對）之態度，不過在 10 年後的現在，或許國會有可能發現數位時代仍有適用散布權耗盡原則之可能，並且透過一些科技的運用來監督（例如移轉後刪除技術）⁵⁵⁶。茲附帶一提的是，文獻上有指出，鄰近美國之加拿大無論是晚近立法或是法院判決似乎均對此議題採取較為開放之態度，認為耗盡原則應亦可適用於數位商品⁵⁵⁷。

關於歐盟實務，雖然 *UsedSoft* 案已成為一代表性判決，不過歐盟對此議題之發展如何仍有其高度不確定性，本文在分析 *UsedSoft* 案作成前後之案件，無論是德國、荷蘭實務或是歐盟法院，大多只要標的涉及歐盟資訊社會指令，通常就是簡單丟出指令前言及相關共同聲明後，即表示散布權耗盡原則之客體以實體著作物為限。或逕以 *UsedSoft* 案之判決作為理由，認為系爭判決既係依據歐盟電腦軟體指令作成，且歐盟電腦軟體指令屬歐盟資訊社會指令之特別法，則依據特別法所作成之判決並不能影響到依據普通法所作成的判決。我認為法院之所以強調「歐盟電腦軟體指令的歸歐盟電腦軟體指令，歐盟資訊社會指令的歸歐盟資訊社會指令」，或許是為了規避歐盟法院之判決有拘束其會員國之效力⁵⁵⁸。凡此種種，恐怕

⁵⁵⁵ 論者有謂 *ReDigi* 案之見解或許忠於法條文字，但是卻使得合法購買數位音樂之消費者不得轉售，縱使轉售人於轉售後刪除數位檔案亦然，數位音樂之二手市場因此無從產生，偏離國民對所有權之法感甚遠，又限制市場競爭，誠屬見樹不見林之錯誤判斷。請參見，劉孔中，前揭註 490，頁 207-208。

⁵⁵⁶ 洪盛毅（2014），《出席「2014 年第 16 屆澳洲著作權研討會」報告》，頁 15，公務出國報告資訊網，<http://report.nat.gov.tw/>（最後瀏覽日：03/01/2016）。

⁵⁵⁷ See *Brassel*, *supra* note 129, at 264-265. 文章中所提之法案為 2012 年之 Copyright Modernization Act(Bill C-11 (Can.))與 2002 年之 *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain Inc.* 案。

⁵⁵⁸ See Your questions about: the Court of Justice of the European Union, the EFTA Court, the European Court of Human Rights, the International Court of Justice, the International Criminal Court, available at: http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-05/cjuecoursinterntionales_en.pdf (last visited: 04/04/2016) (**The judgments of the Court of Justice of the European Union are binding in all**



是 *UsedSoft* 案作成當時所始料未及，換言之，*UsedSoft* 案強調歐盟電腦軟體指令作為特別法之地位，某程度上成為自掘墳墓⁵⁵⁹。

不過我們也不用過度失望，晚近荷蘭 *Tom Kabinet* 案又帶來一線希望。本案的 *Tom Kabinet* 是一個銷售二手電子書之網站，荷蘭阿姆斯特丹地方法院 (the Amsterdam District Court) 拒絕了關閉該網站之禁制令，並表示尚未能確定該網站是否涉及著作權侵害，若直接關閉網站似乎太過火了 (a step too far)。該法院作出與本論文最相關的表示為：「適用於實體書 (paper books) 的規則 (rules) 並不能被排除適用於電子書 (e-books)，歐盟法院對於該議題應給予一個較明確的答案」⁵⁶⁰。本案嗣經上訴，荷蘭阿姆斯特丹上訴法院 (the Court of Appeal of Amsterdam) 於 2016 年 1 月 20 日作成判決表示縱使歐盟 *UsedSoft* 案之判決主要係針對電腦程式著作，但仍根據該判決之精神允許 *Tom Kabinet* 的二手電子書買賣，不過法院同時亦承認由於 *Tom Kabinet* 欠缺足夠有效的措施來禁止盜版電子二手書，程度上助長了非法內容之二手轉售⁵⁶¹。若從前揭判決觀察，我認為可以得出以下結論：在肯認數位二手著作得以轉售之同時，我們必須課與相關從事數位二手著作買賣的人一定程度（不法重製防止）之義務，且此義務原則上係由著作權人或數位二手著作交易平台業者（如前揭之「*Tom Kabinet*」）所負擔，普通消費者或二手著作轉售者則負擔不法重製防止「協力」義務。

最後關於立（修）法部分，雖然我們時常批評法律跟不上科技發展，但若要立法者在充分了解科技發展所帶來的問題前便通過立法，無異於緣木求魚，也可能對

the Member States.)

⁵⁵⁹ See Galič, *supra* note 240, at 428.

⁵⁶⁰ *Id.* at 428-429.

⁵⁶¹ Britt van Breda, *Netherlands: NUV v. Tom Kabinet, Court of Appeal of Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2015:66, 20 January 2015*, Kluwer Copyright Blog (2016), available at: <http://kluwercopyrightblog.com/> (last visited: 07/08/2016).

立法機關帶來過度負擔⁵⁶²。



⁵⁶² See Brassel, *supra* note 129, at 248.



第五章 數位耗盡原則

第一節 前言

本章定名為「數位耗盡原則⁵⁶³」或許大膽，不過基於本文之立場，仍係樂見未來會有數位耗盡原則之立法，從而也可以將本章視為立法論之探討。本文於此嘗試提出利益衡量作為立法基礎思考，不僅為將來立法所需，在現行討論數位環境下散布權耗盡原則是否得以適用時，此些利益衡量亦隨侍在側。例如，授權契約可能與契約自由（及其中之契約正義）有關，合理使用則用以處理重製問題，競爭法則介入業者（著作權人）行為（商業）模式。再來則是對數位耗盡原則之正反意見及可能的立法模式作簡單論述。

第二節 利益衡量

此處所稱利益衡量（平衡），其實就是平衡著作權人利益與公益之問題⁵⁶⁴，實則著作權法從第 1 條到最後一條都在談這個，亦即希望能在著作權人與公眾使用者間建立立法利益之平衡，著作權人究竟能否受到保護以及程度為何，均仰賴利益平衡之檢驗⁵⁶⁵。晚近就因科技進步所產生之著作權議題，在立場上大致分為兩派：一

⁵⁶³ 最初是仿造美國文獻稱「數位散布權耗盡原則(digital first sale doctrine)」，不過後來我認為由於光是數位散布權耗盡原則可能還是不夠，蓋數位二手著作之轉售問題尚涉及公眾傳達權、重製權等，首先就名稱而言恐怕就名實不符，若要承認數位二手著作得以轉售，不僅是散布權要耗盡，公眾傳達權與重製權也必須做一定程度之退讓（耗盡）。所以幾經考慮，我決定先使用「數位耗盡原則」一詞，也富有解釋空間；不過，最近我在文獻上也看到有論者使用「functional first sale doctrine」，此稱呼更加強調散布權耗盡原則之本旨及其功能性，亦值參考。See Brassel, *supra* note 129, at 266.

⁵⁶⁴ 不過，若從法經濟學之角度，倒也不是均僅直接考慮公益與私益的利益衡量，例如有時會先看是否有市場失靈等情形。

⁵⁶⁵ 沈宗倫（2009），〈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，頁 321-322。



派的立場基於數位科技對於著作權人之衝擊（重製快速、散布零成本），傾向擴大著作權人之權利，例如透過立法或解釋使著作權人擁有接觸權或使用權，並認為著作之合理使用必須做一定程度之退讓；另一派雖體認數位科技所帶來之法律適用問題，但更重視「利益偏離」所造成的利益平衡崩解問題⁵⁶⁶。

著作權法立法之原意固然是為了獎掖創作因而賦予著作權人擁有一定之排他權。不過為了避免著作權人因此擁有絕對的控制能力，而造成獨占或不公平現象，從而在法制上也設計了相關制衡之規定，例如合理使用或本文所探討的散布權耗盡原則即是⁵⁶⁷。換言之，國家對於著作權人所享有之著作財產權應為一定之限制，以符公益；惟就經濟學之角度觀之，當資源配置或財產權產生變動，必須變動所增加之效益大於減少之效益時，始符合效率，從而限制著作財產權人之權利行使，必須為成本及效益之分析，而不得僅以公益為唯一考量，此便為利益衡量最難之處。在本節，本文嘗試使用一些比較上位的概念⁵⁶⁸來看數位耗盡原則，或許可以提供其未來的發展基礎，不過我也必須指出，散布權耗盡原則本身就是設計用來解決著作權上所生之利益平衡問題，從而契約法（契約自由）或是競爭法僅係當我們要修正或調整該原則時之輔助性思考，蓋契約法或競爭法並不專為解決智慧財產權之議題而存在⁵⁶⁹。

⁵⁶⁶ 沈宗倫，前揭註 11，頁 50-52。

⁵⁶⁷ 例如美國學者 Lawrence Lessig 就特別指出，保護智慧財產權只是美國憲法確保去創造充分誘因 (sufficient incentive) 以產生智慧財產權之手段，但充分誘因並非完全的控制 (perfect control)。從而，著作權法一方面給予著作權人充分的誘因，另一方面又以合理使用、散布權耗盡原則加以限制，換言之，著作權法給予著作權人一定之控制權，但非完全控制；同時，也給公眾接觸之權利，但亦非完整的接觸權限。請參見，馮震宇、胡心蘭 (2001)，〈論美國著作權法合理使用原則之發展與適用〉，《中原財經法學》，6 期，頁 160（註 2）。

⁵⁶⁸ 這邊的論述在法制上基於論述方便會比較偏向使用我國法或學說意見。

⁵⁶⁹ 沈宗倫，前揭註 28，頁 172-174。沈宗倫老師於此雖係針對平行輸入之爭議所做的說明，但我認為相同的觀念應該也可以放在此處。



第一項 契約自由

第一款 內容概述

契約自由原則為民法上私法自治原則的最重要表現。自 19 世紀以來，家長式干涉主義(paternalist ideology)消逝，自由放任主義(laissez-faire)盛行，基於意思主義，契約乃本於雙方當事人之合意，自由之選擇。當事人之選擇，不受政府或立法機關之統治與支配。契約義務由當事人自由設定，法官不得為當事人訂定契約。契約既為自由決定之結果，契約當事人得自由決定是否訂立契約、選擇與何人訂定契約、訂定何種內容之契約以及以何種方式訂定契約，此即契約自由原則之表現。惟隨著經濟發展，強欺弱、眾暴寡之情形逐漸發生，所謂契約自由從來就不是屬於弱者，從而契約自由原則於資本社會裡成為假象，蓋由於經濟力、談判力、資訊取得能力之懸殊，個人與企業體間僅有締約與否之自由⁵⁷⁰，個人對於契約內容如何形成，其實毫無自由可言⁵⁷¹，個人自主發展與實現自我⁵⁷²亦成空談。有鑑於此，為修正此等弊端，干涉主義再度抬頭，此際契約法所欲實現者乃係使生活資源得到合理分配的契約正義⁵⁷³。

因為有契約自由，從而以契約來約束雙方當事人之權利義務關係實屬稀鬆平常，而著作權人根據契約自由與利用人訂立授權契約，最起碼的法律效果是：違約，進而要求民事上之損害賠償⁵⁷⁴；除此之外，透過「易買賣為授權」，若消費者

⁵⁷⁰ 但正如同我在點選授權契約裡面曾經提過的，有時候我們就是不得使用某些軟體，若不按下同意鍵，就是無法下載、無法使用。換言之，連「不締約之自由」也沒有，這是現實。

⁵⁷¹ 陳聰富(2015)，〈契約自由之限制—國家政策或契約正義？〉，氏著，《契約自由與誠信原則》，頁 5，台北：元照。

⁵⁷² 司法院釋字第 576 號解釋理由書曾謂：「**契約自由為個人自主發展與實現自我之重要機制，並為私法自治之基礎。**」

⁵⁷³ 陳聰富，前揭註 571，頁 6。

⁵⁷⁴ 賀德芬，前揭註 52，頁 195-196。



任意轉賣二手著作重製物，消費者除了要面對基本的違約責任，也不能逃過著作權法之刑事責任。

著作權法對於著作財產權之行使有一定的限制，同樣地，雖然基於契約自由，著作財產權人於法律之規範下，對於授權契約之內容享有決定之自由，但該自由並非無限上綱，行使上仍有其限制。美國學說與實務大多指出根據美國憲法第 1 條第 8 款之規定，著作權制度之目的在於追求公共利益，著作權之保護僅係誘因而屬手段（或政策目的），手段無從反客為主⁵⁷⁵。不過原則上，國家對於契約自由之管控仍屬節制⁵⁷⁶，換言之，國家僅於特殊狀況，如契約自由濫用⁵⁷⁷與市場秩序失控時，而有市場失靈(market failure)的現象發生時，國家始基於「自由但限制」原則，例外由國家介入市場，限制著作財產權之自由行使⁵⁷⁸，否則一般大多被認為是民事消費糾紛。

第二款 問題思考

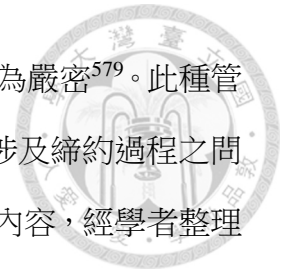
如同前述所稱，隨著資本主義之發展，社會經濟活動漸趨複雜，企業為了快速完成交易，遂發展出所謂定型化契約，本文所涉授權契約（拆封授權契約、點選授權契約）即係所謂定型化契約。惟隨著定型化契約之盛行，伴隨著契約自由濫用，因

⁵⁷⁵ 林洲富（2006），〈著作財產權行使之自由與限制—以法律經濟分析為中心〉，氏著，《智慧財產權法專題研究（一）》，頁 446，台北：翰蘆。

⁵⁷⁶ 理由在於：讓著作財產權人得自由選擇行使其權力之方式，程度上具有簡化交易程序及使交易具有彈性等結果。故當事人在不違背強行規定及公序良俗之範圍內，得創設各種交易類型，使交易具有彈性，滿足當事人交易之需求，達成效用極大化。準此，於市場機能之運行下，公私益並不衝突時，國家並無權力干涉權利人，以免影響當事人交易之意願或增加交易成本。請參見，林洲富，前揭註 575，頁 463-464。

⁵⁷⁷ 否則，任由具強勢地位之一方當事人，得以單方面決定契約內容，該契約內容將成為他人條款(Fremdbestimmung)。請參見，王怡蘋（2009），〈著作財產權之讓與和授權範圍—評最高法院九十七年度台上第一三〇號判決〉，《月旦法學雜誌》，166 期，頁 227。

⁵⁷⁸ 林洲富，前揭註 575，頁 461。



而國家法也逐漸對於定型化契約有所管制，較一般契約之管制更為嚴密⁵⁷⁹。此種管制大別為「程序上管制」與「實質內容之管制」，前者顧名思義涉及締約過程之問題，如消費者是否對契約內容充分明瞭等；後者則涉及契約實質內容，經學者整理相關判決後，國內實務用來控制契約實質內容的手段，計有：契約解釋、公共秩序、誠信原則、平等互惠原則、危險分擔與交易成本⁵⁸⁰。

如果實際上要處理與本論文相關之授權契約問題，前面幾種手段最後可能容易流於法官價值判斷⁵⁸¹。不過我對於最後一項：「危險分擔」倒是覺得可以與論者提出之「不法重製防止協力義務⁵⁸²」一起思考。由於目前著作權人遲遲不願面對數位耗盡原則之原因之一在於數位著作被非法重製之風險極高，所以乾脆透過授權契約，易買賣為授權，使消費者不得轉售數位二手著作，希望藉此免去不法重製之風險。不過我認為，業者或著作權人應該才是最有能力控制此一風險之人，似乎不應該因為此風險，就使消費者無從享有散布權耗盡原則之利益（權利），換言之，不法重製危險之不利益不應由消費者負擔。

所以我認為，以「不法重製防止協力義務」為前提，我們首先讓不法重製之風險由著作權人承擔（控制），並承認數位耗盡原則，使消費者得以轉賣數位二手著作。惟先盡義務始享權利，消費者同時必須負有「不法重製防止協力義務」，不過該等義務僅係數位交易下數位著作物所有人於讓與所有權時，依法所應負之最大義務。從而，若著作權人利用契約條款，實質上擴張該等義務，且增加所有人對於數位著作物之使用限制，除非能證明所增加之義務或使用限制與第一次市場（銷

⁵⁷⁹ 陳聰富（2015），〈契約自由與定型化契約的管制〉，氏著，《契約自由與誠信原則》，頁 56，台北：元照。

⁵⁸⁰ 陳聰富，前揭註 579，頁 66-78。

⁵⁸¹ 除了容易流於價值判斷，更重要的是：判決書難寫。

⁵⁸² 此為沈宗倫老師的創見。請參見，沈宗倫，前揭註 29，頁 288。



售) 行為之報酬形成對價平衡，否則應給予無效評價⁵⁸³。

關於「不法重製防止協力義務」與「契約自由」之間的實際個案操作，有論者舉出數例⁵⁸⁴，本文謹簡單整理如下供讀者參考：

【例 1：無任何限制型】

數位著作 X 之著作財產權人甲，於第一次市場行為將 X 的著作物 Y 交付予乙，乙將之下載至其數位媒體 A。第一次市場行為之相關契約條款，並未言明乙及 Y 轉賣的買受人對於 Y 的使用限制，亦未禁止 Y 日後之轉賣。日後 Y 轉賣並讓與 Y 之所有權給丙。丙下載至其數位媒體 B。

【分析】

- 一、本例屬最單純情況，蓋甲並未作出任何防止著作 X 不法重製之指示，從而乙與丙無從履行相關協力義務。
- 二、是故，本例甲受散布權耗盡原則拘束，不得對 Y 之轉賣有異議。

【例 2：限制轉賣型】

數位著作 X 之著作財產權人甲，於第一次市場行為將 X 的著作物 Y 交付予乙，乙將之下載至其數位媒體 A。第一次市場行為之相關契約條款，載明乙及 Y 轉賣的買受人對於 Y 的使用限制，包括：使用範圍、時間與地域，並禁止 Y 之後續轉賣。惟乙仍轉賣並讓與所有權予丙。丙嗣下載至其數位媒體 B。

【分析】

- 一、單就本例之契約限制，尚無法直接推知系爭第一次市場行為究屬 X 之用益授予行為或係 Y 之所有權讓與行為。

⁵⁸³ 沈宗倫，前揭註 29，頁 289。

⁵⁸⁴ 沈宗倫，前揭註 29，頁 289-296。



二、原則上應先推定甲於第一次市場行為所受報償係以讓與 Y 之所有權為目的所作成；惟此際不妨先承認系爭契約限制之效力，但甲必須舉證證明第一次市場行為乃是計算 Y 相關使用與轉賣限制之結果。

【例 3：不法重製防止協力義務型】

數位著作 X 之著作財產權人甲，於第一次市場行為將 X 的著作物 Y 交付予乙，乙將之下載至其數位媒體 A。第一次市場行為之相關契約條款，載明 Y 之所有人及其後之所有權受讓者，於移轉 Y 之所有權時，應於交付後確實移除所有因重製而於各數位媒體所取得之 Y；並於契約明訂，未來 Y 之所有權讓與，必須在甲允許之數位交易平台為之。乙嗣於未經甲允許之 W 市集，轉賣並讓與 Y 之所有權予丙。丙並下載至其數位媒體 B。

【分析】

- 一、本例較前兩例不同之處為增列使用及轉賣限制以外之義務。此義務分兩部分：一為重製物移除義務；二為禁止跨平台交易。
- 二、本例「重製物移除義務」即為「不法重製防止協力義務」，雖不待契約約定，而可由散布權耗盡原則之「對價平衡法理」導出；惟由於協力義務之履行本質實有賴著作權人明確指示，從而解釋上著作權人仍應以契約條款或其他方式明確告知。
- 三、縱明訂「禁止跨平台交易」，但並不當然影響吾人自由處分數位著作物之自由。惟若探究其真意，應是著作權人為有效防止不法重製，換言之，係便於管控不法重製風險所為之要求。是故，跨平台交易禁止之定性，應屬於不法重製防止之協力義務。
- 四、綜上，若乙未遵守前開協力義務，應構成散布權之侵害，且不得主張散布權耗盡原則。



綜上所述，基於私法自治及市場經濟之機能，契約自由原則應予維護，蓋契約基本上為私人事務，法院不便過度干涉⁵⁸⁵。本文於此首先從契約自由開展，再拉到定型化契約（此時契約自由已先受限制），再拉到司法實務管制定型化契約之實質內容時所使用之手段，並嘗試透過「危險分擔」與「不法重製防止協力義務」之結合，來思考在契約自由與授權契約之間的關係。就結論上來看，我們稍微限縮了著作權人之契約自由，不過我們也給消費者義務⁵⁸⁶。

第二項 合理使用

第一款 內容概述

著作權法立法之初衷，雖係為鼓勵創作，故特給予作者一定範圍之排他權，使創作者得從中獲取經濟利益提升創作誘因，惟此僅係著作權法之目的之一，非唯一。申言之，著作權要確保的是，其他的創作者在「不影響」著作權人之經濟利益與人格權保護下，在某種程度上可以利用現有創作完成新創作，換言之，著作權法所賦予創作人排他全之前提厥為創作人提供大眾具有一定品質且得以合法利用的創作為前提⁵⁸⁷。而何謂不影響？此涉及立法者之價值判斷；體現於條文，則屬著作權行使之限制或例外⁵⁸⁸。

我國著作權法第三章第四節第四款為「著作財產權之限制」，一般亦稱為「合

⁵⁸⁵ 陳聰富，前揭註 579，頁 78。

⁵⁸⁶ 運作結果為何，尚須留待實務發展。不過必須承認的是，此處契約自由之限縮、義務之賦予，主要仍係以散布權耗盡原則之立法意旨以及著作權法之最終目的作為思考。不過我想這正好可以呼應前面論者所說的：「**散布權耗盡原則本身就是設計用來解決著作權上所生之利益平衡問題，從而契約法（契約自由）或是競爭法僅係當我們要修正或調整該原則時之輔助性思考，蓋契約法或競爭法並不專為解決智慧財產權之議題而存在。**」

⁵⁸⁷ 沈宗倫，前揭註 316，頁 42。

⁵⁸⁸ 沈宗倫，前揭註 152，頁 75。



理使用」。而「著作財產權之限制」之用語，應係源自日本著作權法「著作權之限制（著作權の制限）」而來；而「合理使用」的說法，則應來自美國著作權法第 107 條之「Fair use」。著作權法之立法目的在於「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」，而「合理使用」正是「調和社會公共利益」之重要手段之一⁵⁸⁹。惟由於我國關於合理使用之立法過程複雜，將各國立法例混和折衷納入，從而概念上並不易釐清⁵⁹⁰。本質上，合理使用是法院透過諸多具體案例個案衡量而來，最後始由立法者整理歸納並予以明文化。然而，合理使用之明確範圍其實無法透過法律明文，蓋雖然我國著作權法有例示數條可以主張合理使用之情形，但最後仍在著作權法第 65 條第 2 項⁵⁹¹規定四項判斷標準，不過在條文適用上若適用之條文屬豁免規定者（例如第 48 條、第 48-1 條、第 53 條至第 63 條），則毋庸再適用第 65 條所列判斷標準⁵⁹²。惟利用人是否構成侵害著作權，是否可以主張合理使用，最後仍須仰賴法院，法院為最後之決定機關⁵⁹³。無怪乎美國法院判決曾言：合理使用乃「整部著作權法典中最令人頭痛的問題⁵⁹⁴」。

⁵⁸⁹ 章忠信（2000），〈電腦程式著作之使用所涉及著作權之若干議題—兼評臺灣臺中地方法院八十六年度自字第一二一三號刑事判決及臺灣高等法院臺中分院八十七年度訴字第一〇八號民事判決〉，《法令月刊》，51 卷 10 期，頁 584。

⁵⁹⁰ 賴文智，前揭註 338，頁 8。

⁵⁹¹ 著作權法第 65 條第 2 項：「著作之利用是否合於第四十四條至第六十三條所定之合理範圍或其他合理使用之情形，應審酌一切情狀，尤應注意下列事項，以為判斷之基準：一、利用之目的及性質，包括係為商業目的或非營利教育目的。二、著作之性質。三、所利用之質量及其在整個著作所占之比例。四、利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響。」

⁵⁹² 103 年著作權法第 65 條之修正理由。請參見，李貞儀（2015），〈「著作權之合理使用」相關實務判決研析〉，《全國律師》，19 卷 7 期，頁 16-17；相關之討論，請參見，王怡蘋（2011），〈論著作權法第 65 條第 2 項與其他各條之關係〉，黃銘傑（編），《著作權合理使用規範之現在與未來》，頁 205-221，台北：元照。此外，根據智慧財產局所公布的著作權法修正草案（第四稿）總說明第 6 點表示，未來除了私人重製部分，其他均無庸再依第 65 條檢視。請參見，著作權法修正草案（第四稿），頁 3-4，經濟部智慧財產局，<https://www.tipo.gov.tw/>（最後瀏覽日：04/18/2016）。

⁵⁹³ 章忠信（2003），〈著作權保護、科技發展與合理使用—談新著作權法關於合理使用的已然與未然〉，頁 2-3，著作權筆記，<http://www.copyrightnote.org/>（最後瀏覽日：02/26/2016）；實務判決在同一個案，也時常會有一、二審作成不同認定之情形發生。請參見，李貞儀（2015），〈「著作權之合理使用」相關實務判決研析〉，《全國律師》，19 卷 7 期，頁 20-28。

⁵⁹⁴ 蔡惠如（2007），《著作權之未來展望—論合理使用之價值創新》，頁 4，台北：元照。



第二款 問題思考

而與數位耗盡原則有所關聯者，除了因為合理使用制度有其科技中立特質之開放性標準，且對於未來以及將來可能發生的科技、商業及消費習慣可以快速反應外⁵⁹⁵，主要係牽涉合理使用與重製權與公開傳輸權之問題。不過綜觀我國著作權法於合理使用之相關規定，關於數位傳輸必然涉及之重製權問題顯然並無相關可直接援引之規定，更遑論數位傳輸另外所涉及之公開傳輸，更難以適用現行合理使用之相關規定。另外，在數位二手著作轉賣議題中也時常被提到的暫時性重製問題，我國著作權法第 22 條第 3 項但書規定，電腦程式被排除於暫時性重製例外之規定，從而，原則上除非有合理使用之情形，將侵害著作權人之重製權⁵⁹⁶，不過同前所述，目前的合理使用規定並無明確的規定可供適用，最終還是必須交由法院（依人為邏輯和推理⁵⁹⁷）認定。

總而言之，若要免除數位二手著作轉售之侵權疑慮，除了承認數位耗盡原則外，在數位轉售下所必然涉及之重製與公開傳輸問題也必須解決。基本上，從事數位二手著作轉售之人通常合法取得數位商品，轉售通常僅係為了從中獲取一些補償或是提供給更多需要的人利用，其目的不一而足。不過原則上若非屬「基於侵權目的(non-infringement)」，縱轉賣過程中產生「現行科技上無法避免」之重製，似乎仍可以將之評價為著作權法所應容忍之行為⁵⁹⁸。

⁵⁹⁵ 洪盛毅，前揭註 556，頁 26。

⁵⁹⁶ 藍弘仁（2004），〈我國著作權法關於「暫時性重製」修正對於電腦程式著作影響之評析〉，《月旦法學雜誌》，105 期，頁 111-112。

⁵⁹⁷ 林利芝，前揭註 259，頁 304。

⁵⁹⁸ 這個想法的靈感是參考沈宗倫老師在說明暫時性重製問題的文章內容，我在第四章第三節第三項有更詳細的論述說明。沈老師指出，根據著作權立法宗旨，其背後隱含兩個不變之基本法理：一個反應於「合理使用」之概念；一個則是在當著作之利用在不違反著作權法保護著作人權益之規定下，而是達到「非侵權目的」所不得不然的過程時，該利用縱無著作權人之授權，亦為著作權法所須容忍之行為。請參見，沈宗倫，前揭註 11，頁 53-55。承上所述，我認為「**非侵權目的**」跟「**（科技上）不得不然**」（即僅存在唯一或少數方法之意）厥為判斷的重點。此外，由於合理使用在美國法上乃係一個衡平抗辯(equitable defense)，因此美國第二巡迴上訴法院即著有判決指出，被告行為



就我的立場而言，顯然於此處是想要放寬合理使用之認定，特別是因為數位傳輸不可避免會發生重製之問題，而在現行法規對此未有一般性除外規定之情況下，合理使用顯然是最主要的解決之道。不過，須注意的是，有學者認為，在目前著作保護期限較早期延長許多，且使用者已支付對價取得著作物，從而應可「有條件」（例如：使用者合法取得著作、著作權人使用科技保護措施供 ISP 辨認、ISP 設置辨認機制控管上傳資訊）限縮著作權人之權益⁵⁹⁹。

事實上，日後若要承認數位耗盡原則，在重製權違反之部分，也是需要合理使用之概念作為其立法上之說理基礎。不過，這某種程度上自然是基於利用人之立場，誠如論者曾謂：「（在座）現在雖是利用人，以後可能也會是著作人」此外，著作權法上也有一個結構性問題，那就是其實著作權法上強勢的多數是指中間的業者⁶⁰⁰，從而通常會看到「窮困潦倒的音樂家⁶⁰¹」簡而言之，利益衡量所要考慮的面向複雜，除了「將心比心」外，也要分辨清楚「利益」到底在「誰」手上。


第三項 競爭法

第一款 內容概述

之合理性與其利用他人著作是否合理有相當密切之關係，且被告尚負舉證責任。此外，美國最高法院亦指出，合理使用原則隱含有他人之利用行為乃係出於善意或合理行為 (good faith or fair dealing)，因此若被告之行為非出於善意時，其利用就不能主張合理使用，應可與之呼應。請參見，馮震宇 (2000)，〈論網路科技發展對合理使用的影響與未來〉，《法令月刊》，51 卷 10 期，頁 540-541。⁵⁹⁹ 林利芝 (2012)，〈從 Capitol Records, Inc. v. MP3Tunes, LLC. 案初探雲端服務的著作權爭議〉，《智慧財產權月刊》，167 期，頁 72-73。

⁶⁰⁰ 英國著作權法學者 Cornish 也有類似論斷：為了應對使用者，作者和他們的產業者們在一個戰場裡共同進行市場上之戰鬥，其目的主要是為了消滅盜版者和搭便車的人。但是作者長期以來都怨恨出版商，因為後者以作者之名義行使著作權，但卻攫取了大部分之利益。請參見，吳偉光，前揭註 1，頁 86。

⁶⁰¹ 台灣法學雜誌 (2001)，〈成大學生宿舍搜索事件法律問題之探討〉，《台灣法學雜誌》，23 期，頁 93 (蔡明誠教授之發言)。



論者有謂競爭法對於知識經濟下之創新與提升生產力，有兩層含意，我認為可以作為本論文以競爭法作為利益衡量之工具時之參考：第一層含意為透過競爭法使創新及提升生產力之目標更加容易達成；第二層為限制在創新與提升生產力中的不當行為⁶⁰²，其實這兩層含意互為表裡，相輔相成。申言之，競爭法作為「管理型法律」，主要目的並非在於平衡當事人間之個別正義，而係追求社會、經濟政策目標等總體之正義，此從我國公平交易法第 1 條之立法目的：「為維護交易秩序與消費者利益，確保自由與公平競爭，促進經濟之安定與繁榮，特制定本法。」亦可窺知一二⁶⁰³。

日本著作權法權威中山信弘教授曾謂，專利法亦屬經濟法規，其目的在於防止他人未經發明人同意而實施其專利發明，不當取得競爭優勢。故其與獨占禁止法同有保障公平競爭之功能，應屬競爭法規之一環且屬互補關係⁶⁰⁴。故有關專利制度之解釋，應同時思考競爭法之精神，對其獨占權為妥適之調整⁶⁰⁵，我認為此種思考不應僅存在於專利法，於著作權法亦應同等重要。總之，智慧財產權法之解釋運作上，與競爭法息息相關，蓋智慧財產權法透過排他權給予權利人必要之保護與投資誘因，競爭法則用以節制過度保護而形成之弊端⁶⁰⁶。

不過討論競爭法在網路時代之定位問題，並不是一件簡單的事，理由之一在於競爭法經常被視為政府介入進行管制(regulation)⁶⁰⁷的典型代表，而管制通常被解

⁶⁰² 羅昌發(2002)，〈競爭法與知識經濟之關聯及其應有之變革〉，黃宗樂教授祝壽論文及編輯委員會(編)，《黃宗樂教授六秩祝賀—財產法學篇(二)》，頁 348，台北：學林。

⁶⁰³ 黃銘傑(2002)，〈公平交易法損害賠償制度之功能與詮釋—以第三十二條第二項規定為中心—〉，氏著，《公平交易法之理論與實際—不同意見書》，頁 564-566，台北：學林。

⁶⁰⁴ 劉孔中，前揭註 151，頁 48。

⁶⁰⁵ 邵良正，前揭註 78，頁 155。

⁶⁰⁶ 劉孔中，前揭註 490，頁 10-11。

⁶⁰⁷ 這邊的管制可能比較偏向「經濟管制」，即指國家鑑於特定之經濟活動或市場行為對安全、秩序或環境等會產生危險或不利影響，因而為了防止、預防或降低此種危險之發生，而對該經濟活動或市場行為透過法律、命令或其他公權力措施加以干預及監督。惟經濟管制又區分「經濟監督」與「經濟管理」，後者晚近之重點即在於解除管制、開放市場、恢復市場機能，促進並維護競爭。請參見，廖



讀為與科技創新處於對立緊張的關係，同時政府的介入則通常被認為可能斷傷創意⁶⁰⁸，從而競爭法的介入必須小心翼翼。

第二款 問題思考

競爭法或許是支持數位耗盡原則之一帖良藥。如果我們回憶散布權耗盡原則之起源，其實就是來自於出版商對於下游之價格約定(price fixing)，換言之，這是出版商之轉售價格維持系統，透過該運作，出版商縱算已將著作重製物所有權移轉，仍舊可以控制書本之價格，這本身就可以作為一個競爭法訴訟⁶⁰⁹。具體來說，現行業者透過易買賣為授權，使數位二手商品無法轉賣，程度上壓制二手市場之發展，藉以鞏固其市場力量以及強化其遂行價格歧視之銷售模式，恐怕也有限制競爭或妨礙公平競爭之疑慮存在。

第三節 數位耗盡原則之肯否

第一項 否定說

一般而言，否定數位耗盡原則者，大概基於以下兩點擔憂：盜版(Piracy)、市占率下降(Loss of Market Share)，而這些擔憂，通常都跟「錢」有關。由於數位著作的特性，使重製著作物變得更加容易，幾乎不用耗費多少成本，只要在電腦按幾個

義男(2015)，〈經濟管制與競爭之維護〉，氏著，《公平交易法之釋論與實務(第二冊)》，頁1、8-14，台北：元照。

⁶⁰⁸ 劉靜怡(2001)，〈從美國法制經驗看網際網路時代的反托拉斯法：政府管制介入科技創新發展的迷思？〉，《政大法學評論》，67期，頁228。

⁶⁰⁹ See Stephen McIntyre, *Game Over For First Sale*, 29 Berkeley Tech. L.J. 1, 43-44 (2014). 而這種「限制轉售價格」，在我國法上就是一種「垂直限制競爭」。另可參我國公平交易法第19條第1項即規定：「事業不得限制其交易相對人，就供給之商品轉售與第三人或第三人再轉售時之價格。但有正當理由者，不在此限。」



按鍵，就可以在彈指間重製出無數相同的檔案，並發送到世界每一個角落，而不受地理環境之限制。

關於市占率下降，嚴格來講應係指新品市場(primary market)的部分，同樣因為數位著作不會隨著時間減損之特性，新的數位著作跟二手的數位著作其實並無差別，但數位二手著作通常在二手市場上會以低於新品的價格販售，從而對新品市場產生極大的排擠效應⁶¹⁰，例如消費者可能會等待二手市場出現二手軟體時再行購買，而不會在新品一推出時就購買⁶¹¹。

另外也有論者指出，在數位化鋪天蓋地的時代裡，透過網路傳輸、雲端科技，其實已讓消費者持有實體著作重製物之需求大幅降低，對於數位產品而言，使用權與所有權之區別也已不再重要。甚至正因為不再仰賴有體物作為載體，連帶著不需要各種基礎成本（印刷、庫存、中介零售商等），數位資訊提供者直接面對消費者，從而可以壓低售價，而既然售價壓低，自然也不需要二手市場⁶¹²。

第二項 肯定說

其實事情均有其一體兩面，關於著作權人對於盜版(Piracy)、市占率下降(Loss of Market Share)之擔憂，順著著作權人的思路來想，或許也可以提供一點回應。首先關於盜版之問題，我們必須承認，數位檔案有其易於大量複製的特性，但我們要問的是，在實體世界中，難道就沒有盜版的問題嗎？顯然有。且另有文獻指出，承

⁶¹⁰ See Dobson, *supra* note 57, at 192-197.

⁶¹¹ 此話乍看有其道理，不過我認為會等到二手市場出現二手軟體才購買的消費群眾，根本不是軟體業者之主要銷售客群，真正有需求之人，是會在新品一推出即馬上升級、購買，甚至在測試版一推出時即行下載試用，要說二手市場會有多大的「排擠」，似乎有些言過其實。

⁶¹² 胡心蘭（2013），〈從美國第九巡迴上訴法院近期案例初探數位環境下著作權耗盡原則〉，《台灣法學雜誌》，218期，頁62。



認數位耗盡原則可能反倒能夠使盜版情形下降，理由在於消費者得在合法的數位二手著作市場中取得數位著作⁶¹³。又著作權人另外表示數位產品一經「售出⁶¹⁴」即無從追蹤管制，其更可能被任意重製、散布，不過這同樣亦屬實體世界裡會發生的事。再來，關於新品市場市占率下降問題，論者有認為，若著作權人肯認數位耗盡原則，或許消費者會比較願意在新品市場購買軟體，甚至是以較高價格購買軟體⁶¹⁵，理由在於日後消費者可以在數位二手市場轉賣，獲得一定比例的補償⁶¹⁶。

如果再進一步對於著作權人所擔心之經濟利益流失，或許可以參考唱片業對抗盜版之方法例如簽唱會、演唱會、附贈周邊紅利等⁶¹⁷。換言之，業者必須說服消費者前往購買「新的」數位產品，以電腦軟體為例，或許是提供更長的更新服務，或是高價版軟體之試用體驗等附加價值。這並非空口白話，以目前出版業獲利主力已逐漸轉向周邊產品，即可得證。

此外，若任由「易買賣為授權」，可能會引發些許問題，換言之，許多散布權耗盡原則所帶來的優點均告消失，茲列舉一二。首先，因為無散布權耗盡原則之適用，消費者無論欲轉售或是丟棄，甚至是為其他行為（視個別授權契約而定），均須取得著作權人之同意。這將帶來許多不便，例如由於授權契約條款可能隨時變動，消費者必須耗費許多時間成本確認相關規定，此其一；此外，由於必須取得著作權人之同意，所以著作權人擁有最終決定權。也代表著作權人可以隨自己意願同意與否，並無標準，此其二；而正因為事事均須取得著作權人之同意，這代表散布

⁶¹³ See Reiss, *supra* note 37, at 188-189. 我認為，建構出合法的數位二手市場還不夠，相關的使用方便性以及價格低廉等誘因才是重點。

⁶¹⁴ 雖然實際上可能為「授權」在這邊還是先使用「售出」。

⁶¹⁵ 事實上，也有論者表示這或許也是承認數位散布權耗盡原則後，著作權人可以從中獲取之利益。See Serra, *supra* note 497, at 1778.

⁶¹⁶ 其實我認為會買最新版本的就是會買（無論是有專業需求或是單純追求「最新」），不會買的就是不會買。比較會有影響的大概就是那些有需求但沒辦法狠下心購買最新（最貴）版本的族群，他們可能就會願意等二手市場出現軟體時再行購買。

⁶¹⁷ 章忠信，前揭註 9，頁 219-222。



權耗盡原則所帶來之優點：隱私權之保障，也隨之消滅，蓋業者因此得監控著作流向，此其三⁶¹⁸。

最後必須再次強調的是，如果著作權人已透過第一次市場行為獲得報酬或有獲取報酬之機會，何以仍得繼續享有著作之流通控制權，而不耗盡其權利？難道只有不斷維持著作權人之獲利才能提供創作誘因嗎⁶¹⁹？

第三項 小結

本文在結論上認為，數位耗盡原則是必需的。然而，我們也必須承認著作權法之立法目的在於平衡著作權人與公眾（消費者）之利益，而讓散布權耗盡原則亦得於數位環境下適用，在整體上可能較不利於著作權人。不過，如果真要講句「公道話」，自著作權法發展以來，法制上之設計似乎均較靠攏於著作權人，此情形又以美國為甚，此時肯認數位耗盡原則似乎並不為過。不過由於無實體的數位產品與實體產品確實有其本質上不同之處，因此一直以來學說與實務都致力於提出可能的解決方法，而這些解決方法大體上均包含了程式(code)、法律(law)與市場(market)等面向，以下則分別敘述之⁶²⁰：

一、程式(code)

每當數位耗盡原則被談起，著作權人總是馬上跳出來說，因為數位產品永不減

⁶¹⁸ See The Department of Commerce Internet Policy Task Force, *supra* note 40, at 44-50. 關於隱私權保障部分，有論者認為無論有沒有數位散布權耗盡原則，隱私權終將無法保障，蓋只要數位著作透過網路傳輸，有心人士在技術上均可追蹤流向。

⁶¹⁹ 蕭宏宜，前揭註 251，頁 61。

⁶²⁰ See Diriyai, *supra* note 54, at 48-58.



損(degrade)的特性⁶²¹，所以如果同意數位耗盡原則，那將會對他們造成損害。因此，雖然隨著科技的發展而產生了許多問題，不過同時也發明出許多解決方法，換言之，有種科技的問題由科技解決之感⁶²²。

基本上，所謂的「科技解決方案」，其目標只有一個：「控制數位重製物的數量」舉例來說，美國 IBM 於 2011 年 11 月 17 日提出了「Aging File System」的專利申請⁶²³，該專利申請案之專利摘要(abstract)⁶²⁴略為：「一個方法、程式，其能使存於該系統的資料及文件老化(aging)。存於此系統之數位資料會像普通的紙或相片一樣逐漸老化，該系統會根據儲存的資料不同而使用不同的參數(parameters)，例如模擬紙張在各種周遭溫度的老化速率。而當數位資料老化至一定程度後，就會被移除。」該系統可以幫助那些只需要儲存數位資料一定時間的人，但是又希望在一定的時間過後這些資料可以被刪除以釋放出空間。除此之外，此系統或許可以解決一部分著作權人之疑慮，那就是數位著作可以永久保存於載體，無論時間多久都不會有所減損(degradation)，而實體著作會隨著時間而減損，正是散布權耗盡原則於實體世界得以存在的原因之一。雖然該解決方法令人耳目一新，不過也不是沒有問題存在。舉例言之，那些儲存於電腦硬碟裡的數位資料在使用多久、多少次數之後會減損，這些都需要經過市場調查以及國會聽證⁶²⁵。


⁶²¹ 論者有謂數位檔案其實也是一種準財產(quasi-property)，蓋其亦屬有限，因為它們需要特定的軟體驅動，而這些軟體終有淘汰之時（論者特別指出平均約 5 年），到時這些數位檔案將無法運行。See Dobson, *supra* note 57, at 189.

⁶²² 有論者謂：「用更新的科技對抗新科技(Fighting New Technology with Newer Technology)」，我認為頗為傳神。See Evan Hess, *Code-Ifying Copyright: An Architectural Solution To Digitally Expanding The First Sale Doctrine*, 81 Fordham L. Rev. 2006 (2012-2013).

⁶²³ 此專利之說明可於美國專利商標局獲得。Aging File System, U.S. Patent No.20110282838 (filed Nov. 17,2011), available at: <http://appft.uspto.gov/netahtml/PTO/index.html> (last visited: 11/09/2015).

⁶²⁴ *Id.* (A method, programmed medium and system are provided for a file system that provides for the aging of information and files stored thereon. Digital data stored on the aging file systems ages appropriately as would normal paper or photographs without the need for an external application. The aging file system uses a number of parameters depending on what type of digital data are stored. For example, parameters like ambient temperature, rate of aging, simulated type of paper or photo paper are selected and may be input to a filing system at configuration time. The aging file system also creates and stores digital authentication certificates to provide a unique certificate number based on the aged digital information.).

⁶²⁵ See Hess, *supra* note 622, at 2010.



正因為 Aging File System 存在著一些問題，所以另一個方法「移轉後刪除 (Forward-and-delete technology)」就顯得較受歡迎，不過這個技術骨子裡也是想要模仿實體世界裡會發生的情形。顧名思義，當我們移轉檔案給第三人時，該軟體會立即刪除尚留存於硬碟中之檔案。如同前述，該軟體模擬出實體世界裡會發生的情形：「當我把一本書交付給予第三人的時候，我將無法保有該書，無論該書如何移轉、移轉幾次，最終都僅會有一本書存在。⁶²⁶」不過，在 2001 年美國國會曾經考慮過此方法，不過最終因不確定該技術是否真的有用（主要的疑慮是在如何證明傳送者之檔案真的刪除了），以及市場是否能承擔該技術成本因而放棄⁶²⁷。不過麻煩的是，縱算該技術確實可行，成本問題也得以解決，也還是會遇到一個根本的問題：重製！舉例來說，一個合法著作的所有權人依然不被允許販賣一本私自重製的書，縱使他把原來擁有的那本合法的正版書銷毀。

二、法律(law)

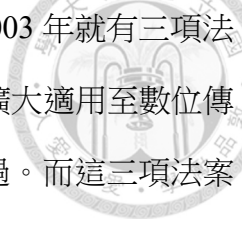
隨著科技發展，逐漸有許多鼓吹擴張散布權耗盡原則適用範圍之聲音，而法律確實是一個能夠促進公共利益與市場發展的手段⁶²⁸。以下則分別介紹美國與歐盟之情況：

(一) 美國

⁶²⁶ 換言之，該技術欲解決數位著作能夠「多重持有」之問題。請參見，邱詩芳（2015），《網路環境中之著作權法第一次銷售原則—迷思之化解與困境之突破》，頁 56，國立中央大學產業經濟研究所碩士論文。

⁶²⁷ 總而言之，問題在於「效率」與「成本」，而且在美國著作權局眼中，一個合適的技術必須「持久(persistent)」並且「容易使用(fairly easy to use)」。DMCA Report, *supra* note 446, at 98, 130.

⁶²⁸ 筆者於修習王仁宏教授於台大法研所開設的國際經濟法專題研究時，王教授也時常於課堂上提醒我們大家：「法律必須扮演胡蘿蔔與棍棒之角色。」See Report to Congress: Study Examining 17 U.S.C. Sections 109 and 117 Pursuant to Section 104 of the Digital Millennium Copyright Act (2001), available at: <http://www.ntia.doc.gov/print/report/2001/report-congress-study-examining-17-usc-sections-109-and-117-pursuant-section-104-digital> (last visited: 11/09/2015) (Nevertheless, the public interest and the evolution of the marketplace often are better served by laws that clearly address and define the rules for a new technological environment).



美國國會曾經嘗試要擴大散布權耗盡原則之適用，例如在 2003 年就有三項法案⁶²⁹被提出，若這三項法案均通過，將會導致散布權耗盡原則會擴大適用至數位傳輸著作(digitally transmitted works)，不過這三項法案最後均未通過。而這三項法案之所以均告失敗，最重要的原因就是這三項法案都太向消費者靠攏，他們提供了消費者轉售數位著作之特權，但卻未相應地給予權利人同等對待，即使他們了解數位著作對著作權人可能造成之威脅⁶³⁰。雖然現行美國著作權法因為業者強大的遊說(lobby)能力而似乎擁有較多的「業者色彩」，也因而造成了許多問題，不過這三項法案卻又矯枉過正地過度偏向消費者⁶³¹，而忘記了著作權法的立法目標應係平衡權利人與消費者（大眾）之權益。

如果回到 *ReDigi* 案的判決理由，我們可以知道美國著作權法第 109(a)條所稱之「特定(particular)」將是修法的重點之一，蓋即使 *ReDigi* 之重製可通過合理使用的檢驗，那也仍舊無法符合美國著作權法第 109(a)條所稱的「『特定』重製物或影音著作(“particular” copy or phonorecord)」。不過如果將其刪除恐又會開啟難以預料的衝擊，所以在 2000 年時，美國圖書館協會(American Library Association, ALA)曾經建議第 109(a)條前段可修正為：「無論第 106(3)條之規定，凡依本法合法取得對特定重製物或影音著作之所有人或擁有著作接觸權之人，或該所有人所授權之任何人，得不經著作權人之授權，將該重製物或影音著作或接觸權予以販賣或對其持有予以處置。⁶³²」該修正條文雖然嚴格來講對於數位耗盡原則之範圍仍有限制，不

⁶²⁹ See Consumer, Schools, and Libraries Digital Rights Management Awareness Act of 2003, S.1621, 108th Cong. (2003); Digital Consumer Right to Know Act, S.692, 108th Cong. (2003); Benefit Authors Without Limiting Advancement or Net Consumer Expectations (BALANCE) Act of 2003, H.R.1066, 108th Cong. (2003).

⁶³⁰ See Serra, *supra* note 497, at 1784.

⁶³¹ 其實我認為有時候偏向某一方利益的立法並非全然不可取，程度上或許可以發揮「試誤」的功能，藉由觀察優勢一方與弱勢一方的互動，或許更能訂出周全的法律。只是經驗上經濟法似乎大多偏向本即優勢之一方。

⁶³² 粗標楷體畫線部分即為新增之處。See Diriyai, *supra* note 54, at 51 (Notwithstanding the provisions of section 106(3), the owner of a particular copy or phonorecord lawfully made under this title, **or the owner of any right of access to the copyrighted work**, or any person authorized by such owner, is entitled, without the authority of the copyright owner, to sell or otherwise dispose of the possession of that copy or phonorecord, **or right of access**.) (emphasis added).



過某程度上可以認為已肯認數位耗盡原則之存在。

其實後來的 ReDigi 2.0⁶³³應該就是這種模式，即當用戶從 iTunes 購買數位音樂檔案時，該音樂檔案會直接下載至 ReDigi 2.0 的遠端伺服器 Cloud Locker，當用戶要聽音樂時則直接於雲端收聽（此部分應可主張合理使用⁶³⁴），對用戶而言在使用上並無不同。而若用戶想要轉售其數位音樂檔案，其實只是將接觸權移轉與第三人，該數位音樂檔案從頭到尾都在 Cloud Locker 裡面，換言之，無論如何轉售，數位音樂檔案都只會有最初從 iTunes 購買的那一份。雖然 ReDigi 2.0 的營運模式是為了符合著作權法第 109(a)條所稱之「特定」重製物或影音著作，不過若日後修正為接觸權亦可轉售，該營運模式之合法性基礎將更為堅實。

(二) 歐盟

在歐盟，主要的法律適用爭議則可能落在歐盟資訊社會指令第 4(2)條與歐盟電腦軟體指令第 4(2)條之比較。首先根據資訊社會指令的前言第 28 點表示，本指令所規定之散布權及其耗盡，僅適用於有體物；另根據同指令前言第 29 點之說明可知，服務或線上服務並不會發生耗盡問題。據此，有認為就單純文義解釋而言，既然資訊社會指令所規定之散布權及散布權耗盡原則僅適用於有體物，那麼以數位形式存在的著作似乎就當然係落入上述前言第 29 點所稱之不會發生耗盡的服務或線上服務。

⁶³³ See Matt Peckham, *ReDigi CEO Says the Court Just Snatched Away Your Right to Resell What You Legally Own*, TIME (2013), available at: <http://techland.time.com> (last visited: 11/10/2015); Twomey, *supra* note 398 (Under ReDigi 2.0, a song purchased on iTunes goes directly to the buyer's space in the ReDigi cloud, and there it remains, with an arrow pointing to the rightful owner, who can make a legal copy for personal use. If she decides to resell and finds a buyer via ReDigi, she foregoes the right to the file, and the software scours her system for the song to ensure there are no illicit copies.).

⁶³⁴ 陳奐君，前揭註 243，頁 127-128。



惟解釋上是否當能如此，非屬無疑，從而有論者質疑該解釋方法。首先，資訊社會指令並無明確定義何謂散布權，如果僅觀察前言第 28 點就可以得出只有實體著作重製物才有散布權問題，那透過反面解釋，吾人是否也當然可以認為著作權人沒有散布無實體著作重製物之排他權？

關此，歐盟 *UsedSoft* 案其實給了我們一些線索，蓋 *UsedSoft* 案判決一再強調散布實體著作重製物與線上傳輸無實體著作物於功能上相同，而應給予相同之對待。況且，如果我們回到散布權耗盡原則之立法目的去思考，其最終目的之一就是要避免著作權人獲得相應報酬之後，仍保有著作重製物之控制權，進而獲取超額利益，這點對於有體著作重製物或是無體著作重製物應係同等重要，因此，資訊社會指令沒有排除無體著作重製物適用散布權耗盡原則之理由⁶³⁵。

若按前述脈絡思考，顯然無體著作重製物也可以發生散布權耗盡，不過，散布權耗盡原則最後能消耗盡的也僅有散布權，從而問題的關鍵仍係重製權違反。因為只要講到數位產品，吾人在存取這些數位產品的時候免不了都會發生永久性或暫時性的重製，我們可以發現重製權之侵害在美國的 *ReDigi* 案以及歐盟的 *UsedSoft* 案都是兩造爭執的重點。

根據電腦軟體指令第 5(1)條之規定，若無契約特別約定，合法取得人得不經權利人授權或經其同意而為必要性的重製。不過由於資訊社會指令並沒有像電腦軟體指令賦予合法取得人(lawful acquirer)一個關於永久性或暫時性重製權之「一般例外(general exception)」，從而非屬二手電腦軟體之購買人所能依靠的重製權例外為何，即成問題⁶³⁶。

⁶³⁵ See Lukas Feiler, *Birth of the First-Download Doctrine: The Application of the First-Sale Doctrine to Internet Downloads under EU and U.S. Copyright Law*, Stanford-Vienna TTLF Working Papers No. 17 7-8, available at: <http://tllf.stanford.edu> (last visited: 11/12/2015).

⁶³⁶ *Id.*



資訊社會指令第 5(1)條規定若暫時性重製符合以下要求，則得以豁免於重製權侵害：一、屬於短暫的或附隨的；二、屬整體技術流程之一部分；三、唯一目的為中繼傳輸或合法使用；四、無獨立經濟上重要性。不過，上述例外僅針對暫時性重製，並不允許永久性重製，特別是基於販賣之目的。舉例言之，當一個檔案利用剪貼功能從賣家的硬碟移動到買家的硬碟時，技術上來說，該檔案第一次被重製於買家之裝置，然後在賣家的裝置被刪除。由於前述重製於買家裝置之重製物係屬永久性重製，故資訊社會指令第 5(1)條並無用武之地。

三、市場(market)

這邊要談的「市場」，指的是著作權人的「新品市場」，也就是如果同意數位二手市場存在，基於數位著作之特性，勢必會影響著作權人在新品市場所能獲取之利潤⁶³⁷。因此，有論者提出可建構⁶³⁸如同視覺藝術(visual arts)⁶³⁹的「追及權制度(resale royalty scheme)⁶⁴⁰」使數位二手市場得以圓滿且公平地運作。此制度可藉由分配一

⁶³⁷ 其實著作權人到底能在新品市場獲得多少利益其實存有疑義，舉例來說，2009 年的統計資料顯示，在美國僅約 37%之音樂是被付費購買的。不過我必須說，這可能跟每個產業的商業模式有關，像是音樂產業，企業的主要獲利來源其實並不是在賣音樂。See Twomey, *supra* note 398.

⁶³⁸ 雖說是建構，不過其實法國早在 1920 年就有類似做法，其賦予視覺藝術家(visual artist)享有其創作之後續買賣(subsequent sales)利益之權利。See Serra, *supra* note 497, at 1787.

⁶³⁹ 視覺藝術(Visual Arts)，簡稱視藝，是一種藝術形式，是指本質上是以視覺目的為創作重點的作品，例如素描、繪畫、攝影、版畫和電影。而牽涉到三維立體空間物件的作品，例如雕塑、建築及陶藝則稱為造型藝術(plastic arts)，但有時也視為是視覺藝術的一部份。詳細說明請參見，維基百科，<https://zh.wikipedia.org/> (最後瀏覽日：11/14/2015)。

⁶⁴⁰ 澳洲目前正運行此種制度：「由陸克文領導的澳大利亞工黨政府(The Rudd Labor Government)於日前宣佈，在 2008-09 年度預算中撥出 3 年 150 萬澳幣的資金，成立視覺藝術家轉售權利金計畫(resale royalty scheme for visual artists)。該國藝術部部長蓋瑞特(Peter Garrett, Minister for the Arts)指出，盼由此舉設立轉售權利金收款補助機制，支援長期對文化認同及社群經濟做出相當貢獻的藝術家，呼應澳大利亞當地獨具特色的藝術市場。今後澳大利亞將與英國及歐洲等國家政策同步，承認藝術家應有權追及其作品所獲得的長期經濟報酬，並設置獨立收款仲介機構，為健全未來著作權法體制鋪路。」請參見，澳大利亞視覺藝術家轉售權利金計畫，載於：財團法人國家文化藝術基金會，<http://www.ncafroc.org.tw/index.asp> (最後瀏覽日：11/14/2015)。所謂「承認藝術家應有權追及其作品所獲得的長期經濟報酬」似乎已打破散布權耗盡原則之原始目的；另外，關於澳洲詳細運作模式，則可參考其官方網站「Copyright Agency Resale Royalty」，<http://www.resaleroyalty.org.au/about-resale-royalty.aspx> (最後瀏覽日：11/14/2015)。美國於 2012 年也曾提案加入此種制度(截至 2015 年，已有 70 個國家有此制度)，不過迄今並未成功，理由在於此制度可能有害於藝術交易市場，例如在英國，作者死後 70 年均可領取此權利金。See Coline Milliard, *No Artist Resale Rights for US, for*



定比例的轉售價金予著作權人作為權利金，換言之，由消費者補償著作權人因數位轉售所造成的損失。如此一來，消費者可以控制其所購得之數位重製物，而著作權人也可從中獲得補償⁶⁴¹。惟此種制度可能引發的疑慮即是著作權人既已於第一次市場行為取得報酬，何以能夠再次取得後續特定重製物之轉售利益？是否與散布權耗盡原則之意旨有違⁶⁴²？依我看，若以「對價平衡法理」觀之，並輔以數位著作之特殊性質，如果著作權人無法在第一次市場行為形成對價平衡，那或許可以肯認著作權人可以取得後續轉售之部分利益。不過，我認為這利益不能過高，是以「適當利益分配⁶⁴³」厥為數位網路時代之核心，錙銖必較。

此外，根據近期聯合國教育、科學及文化組織(UNESCO)、國際作者及作曲者協會聯合會(CISAC)和跨國專業服務公司安永(EY)合作調查，發表第一份全球文創產業報告，名為「世界中的文化：首份全球文創產業經濟概況報告」指出，若要完全從文創產業的商機中獲益，創作者的作品被使用時，必須公平地獲得收入，讓他們能持續為文化和經濟做出貢獻。CISAC 主席賈爾(Jean-Michel Jarre)表示，這份調查顯示，在所有藝術領域的全球創作者，無論在收入和就業上，都對經濟大有貢獻，他們應該要在能夠保護他們權利的環境中工作，以繼續創作，希望這份報告讓所有決策者知道，「保護創作者，就是保護經濟」⁶⁴⁴。雖然此份報告由國際作者及作曲者協會聯合會所作成，會有這樣的結論其實並不意外，不過這或許也展現出近

Now, artnetnews (2015), available at: <https://news.artnet.com/> (last visited: 11/14/2015).

⁶⁴¹ 事實上，目前 ReDigi、Apple、Amazon 在其數位二手市場，均表示會支付部分其銷售數位二手著作之收入給著作權人，以 ReDigi 為例，其比例為 20%，不過 20%是合理的嗎？這些問題其實在現在並沒有答案，因為這些利益分配原則上還是要等著作權人願意「擁抱」數位散布權耗盡原則並同意數位二手商品之轉售後，大家才能坐下來好好談。See Soma & Kugler, *supra* note 89, at 456.

⁶⁴² 相關討論，請參見，林利芝（2013），〈論著作權法「追及權」之國際現況與展望〉，《智慧財產權月刊》，171 期，頁 146-147。

⁶⁴³ 論者有謂只有透過「適當利益分配」滿足作者之「利益分配權」，方得促使著作權人釋放「利用控制權」。如果後續的轉賣利益（特別是數位二手商品轉賣）超過著作權人或業者在第一次銷售、第一次進入市場所獲得之利益，對於後續轉賣之利益，或許可以與著作權人適當分享。除了符合公平正義，也更容易獲得著作權人之支持與配合。請參見，章忠信（2014），〈報章期刊二次利用之困境化解與合理機制〉，馮震宇（編），《數位著作前瞻議題與發展趨勢》，頁 259-260，台北：元照。

⁶⁴⁴ 請參見，全球文創產業調查 創作者須獲公平報酬，中央通訊社，<http://www.cna.com.tw/>（最後瀏覽日：01/31/2016）。



期創作者之環境確實舉步維艱。

未來若美國與歐盟均肯認「數位耗盡原則(digital first sale doctrine)」時，數位二手市場將得以運行；而當數位二手市場成真之時，立法機關最後都必須處理以下幾個問題⁶⁴⁵：授權模式(licensing schemes)、重製權(reproduction right)、傳送後刪除技術(forward-and-delete technology)。特別是關於授權契約方面，立法者必須在一定程度上限制那些禁止移轉或轉賣數位產品的授權契約。再者，關於重製權之問題，或許創造重製權例外會是方法之一⁶⁴⁶，亦即當系爭重製行為之唯一目的(sole purpose)僅是為了在二手市場中完成購買或販賣行為時，並不會侵害著作權人之重製權。最後，立法者也必須創造出一個機制(mechanism)擔保賣家不會在移轉數位產品予買家後仍保留原始檔案⁶⁴⁷，換言之，重製物之數量必須受到控制。最後，建構出數位版的轉售權利金補償制度，因為著作權人之所以反對將散布權耗盡原則適用於數位世界，有很大一部分原因是因為會使其獲利大幅減少，透過前述制度，或許可以減輕著作權人之反對力道。

不過，最重要的是，立法者必須接受一個事實，那就是現行的著作權法制度並不能充分地保護消費者於數位時代下所應擁有之權利⁶⁴⁸，申言之，我們不能因為消費者因為選擇購買實體著作物或係透過網路下載無實體著作物，而受有程度不同之保護⁶⁴⁹。

⁶⁴⁵ 我們必須了解到僅單純認為建構出一個「數位散布權耗盡原則」(把所有適用於實體世界的內容全數套用到數位世界中)就可以解決問題的思維也是極為危險的，蓋兩種原則之適用環境其實並不相同，如何解決「數位散布權耗盡原則」背後(可能發生的)侵權問題才是重要的。See Perzanowski & Schultz, *supra* note 48, at 1538-1539.

⁶⁴⁶ 重製權例外是一個選項，另外有論者認為乾脆修法允許僅為傳送數位檔案目的而產生的重製物，而且傳送前後都僅存在一個著作重製物，此外，賣家所擁有的數位檔案須為合法。See Dobson, *supra* note 57, at 209.

⁶⁴⁷ 這倒不成問題，甚至毋需立法者操心。蓋目前有意投入數位二手市場之業者均致力於開發此種機制。事實上，科技發展固然帶來許多問題，但與此同時，它也逐漸解決許多問題。

⁶⁴⁸ See Cobb, *supra* note 296, at 554-555.

⁶⁴⁹ See Diriyai, *supra* note 54, at 42.



第四節 數位耗盡原則之立法模式

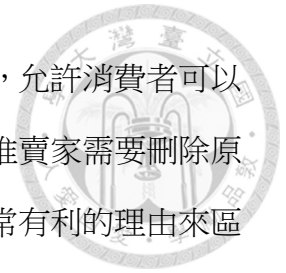
法院或著作權人不願意採用數位耗盡(digital exhaustion)有其道理，蓋數位化的現在相較於過去的有體物世界確實增添了許多問題。而在「數位耗盡」之立法上，有論者提出兩種取徑：其一，直接明確列出所謂「權利清單」，明示哪些權利屬於消費者，哪些權利屬於著作權人所享有；其二，建構出更為彈性的著作權法，同時也給法院指引與操作空間，使消費者真的能遂行「購買」但卻又能夠兼顧著作權人之利益⁶⁵⁰。簡言之，試圖建構出明確的數位散布權耗盡「規則」，或是單純建構出數位散布權耗盡之「標準」即可，然後委諸實務發展。

第一項 數位耗盡規則

美國關於在現行法規上對於著作權耗盡(copyright exhaustion)主要係採「規範基準(rule-based)⁶⁵¹」。比如說，現行美國著作權法第 109 條及第 117 條詳細說明了許多關於消費者對於其購買的著作物所擁有之重製權(reproduce)、改作權(alter)、展示權(display)、移轉權(alienate)的細節。從而，比照前述作法，日後立法者或許能夠指出那些使用情形(use cases)可以落入數位耗盡原則，以及適用該原則之要件與

⁶⁵⁰ See Perzanowski & Schultz, *supra* note 48, at 1545.

⁶⁵¹ 這邊的名詞翻譯乃是參考中華民國證券商業同業公會委託研究計畫：建立以「原則為基準(Principles-based)」之證券商監理制度。文中提到：「關於資本市場活動之管理方式，從立法策略與金融監理之面向觀之，大致可區分為原則基準(Principles-based)以及規範基準(Rules-based)等二種規範模式，前者係以原則性之提挈作為規範內容，後者則以具體且細密的條文呈現。」這邊的說明，完全就是我接下來所要說明關於數位散布權耗盡原則「規則」與「標準」的內涵。這個研究計畫裡面還舉了一個例子來說明兩者的差異：「一般在說明原則基準(Principles-based)與相對概念即規範基準(Rules-based)之區別時，通常會以速限為例。詳言之，如果為防範交通事故之發生，法令規定「行駛於本段道路之車輛，無論在任何情況，均不可以超過合理審慎之速度行進」，此為原則基準模式；倘若規定「行駛於本段道路之車輛，車速均不得超過每小時 90 公里」，此即屬規範基準模式。在後者情況，立法者或執法者所關切者，乃此特定車輛之行駛速度是否超過限速 90 公里；然而，在前者情況，則必須判斷何謂審慎合理之速度。」請參見，陳春山(主持人)，〈建立以「原則為基準(Principles-based)」之證券商監理制度〉，中華民國證券商業同業公會，<http://www.csa.org.tw/> (最後瀏覽日：09/03/2015)。



限制。舉例來說，立法者可以創造一個耗盡原則的底線(baseline)，允許消費者可以移轉數位著作的所有權予他人，即使過程中需要重製一個檔案，惟賣家需要刪除原始檔案或使自己無法再使用、接觸檔案。此外，雖然我們沒有非常有利的理由來區分哪些種類的數位著作可以轉賣，哪些不可以轉賣，但立法者可以允許一部分種類可以轉賣，其餘則不行。立法者甚至可以限制只有個別消費者可以轉賣他們所購得的數位著作，但禁止商業運作(commercial resale operations)⁶⁵²。

承前所述，立法者當然也可以同意、禁止或限制租賃(rental)、借貸(lending)，就像立法者對於錄音著作(phonorecords)及軟體(software)一樣，立法者可以認為某些種類的著作物容易受到二手租借市場影響，從而對於這些著作物給予立法上的特殊限制⁶⁵³。可是在筆者的購物經驗上，那些限制轉賣的著作物「通常」都「價值不斐」，雖然我們同意著作權人確實投注許多心力於開發創作各種產品、著作，也投入了許多生產成本(high upfront production costs)，從而反映到價格上。不過，高價在某種程度上也成為「二手市場」必須存在的理由。因此，有論者提醒，立法者在允許這些對於租借市場限制時，必須思考高價背後反映的是高生產成本抑或只是著作權人的尋租行為⁶⁵⁴。

假設立法者能夠適當地平衡著作權人與消費者間之利益，那採取規範基準模式，主要的好處就在於它的確定性、穩定性以及可預測性⁶⁵⁵。但這個假設實在難以達成，消費者的利益往往在立法過程中被降到最低或消耗殆盡。再者，縱算真的有一個能夠取得平衡的規則，規範基準模式仍然會遇到一個困難，那就是迅速改變的

⁶⁵² 很明顯地，還是要注意到著作權人（商業）利益之保護。See Perzanowski & Schultz, *supra* note 48, at 1547.

⁶⁵³ 舉例言之，我國著作權法第 60 條第 1 項便規定：「著作原件或其合法著作重製物之所有人，得出租該原件或重製物。但錄音及電腦程式著作，不適用之。」這是因為錄音及電腦程式著作重製物，容易被重製，其出租必然使著作財產權人受到嚴重損害，所以排除出租權耗盡原則之適用。請參見，章忠信，前揭註 18，頁 166。

⁶⁵⁴ See Perzanowski & Schultz, *supra* note 48, at 1548.

⁶⁵⁵ *Id.*



科技，與不斷變動的市場。這兩大變動因素使得固定的規範陳舊過時，如果沒有頻繁地修法，對於市場將造成僵化與阻礙創新⁶⁵⁶。

第二項 數位耗盡標準

前面雖然花了一些篇幅介紹了建構一個數位耗盡規則的可能性，不過這個規則最大的挑戰，就是日新月異的科技發展與瞬息萬變的數位內容市場。因此，我們需要的可能是一個更有彈性的選擇。

從而，或許不一定要如同美國著作權法第 109 條及第 117 條一般，做出如此詳細的清單規定，而可以採用美國著作權法第 107 條的模式，或者稱其為較有彈性的框架規定(*flexible framework*)。這種模式可以提供一些準則性的指引，但會對法院造成較大的負擔，不過好處就是此種規範模式可以幫助新的著作權法抵擋住迅速改變的市場⁶⁵⁷。不過我們必須知道，在創造與應用著作權耗盡原則上，法院一直以來都是扮演重要的角色，無論是在普通法的源起、散布權耗盡原則以及其他種耗盡原則之發展，法院皆無役不與⁶⁵⁸。不過，美國著作權法第 107 條的立法模式，雖然有其彈性，但仍多有批評，最普遍的批評就是它造成的不可預測性以及不一致的結果，而無法成為有用的指引。對此，有論者認為，假設我們把所有合理使用的案件聚集起來並以其共通事實作為基礎，仍有獲取預測模式的可能。此外，越多的嘗試更能使我們在不同的情況下妥善地適用合理使用原則，相對地，也可以看出耗盡原則之適用如此狹隘。再者，經由給予法院透過耗盡原則來分析案件的機會，程度

⁶⁵⁶ *Id.* at 1549.

⁶⁵⁷ 這邊文章作者使用的「future-proof」時常出現在商業英文用語，主要意思是指產品或概念不會被未來淘汰。*Id.* at 1551 (This tack ... and helps future-proof the next Copyright Act against a rapidly changing marketplace.).

⁶⁵⁸ *Id.*



上或許能夠減輕合理使用原則所乘載的不合理的負擔⁶⁵⁹。

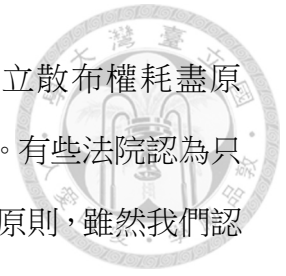
雖然合理使用原則之角色在晚近逐漸吃重，而顯得有些工作過度，不過合理使用原則的確幫忙處理了許多無法阻擋的浪潮：新創作、新科技、新使用模式以及新的市場結構。合理使用原則對法院而言是一個有用的工具，可以幫助法院更深入探索一個基本的著作權政策疑慮：平衡創作者對抗後續創作者(follow-on creators)與大眾之間的利益。而經由探討合理使用判決，也能夠給立法者一些指引，使立法者能夠描繪出散布權耗盡原則來探索另一個著作權法的重要問題：著作權人的權利與（購買著作物的）消費者的權利之間的關係⁶⁶⁰。

回到前面關於建構一個框架規定的討論，該框架規定的第一個任務就是說明清楚目前正在進行中的授權與買賣之爭論。換言之，到底何時會觸發散布權耗盡原則？法院該考慮那些要素？有論者提出法院應該考慮的三個要素：一、消費者占有或接觸的時間(The duration of consumer possession or access)；二、該付費模式是一次性或持續性(whether the payment structure is one-time or ongoing)；三、該交易傳達與消費者之描述，包括是否有提到販賣或購買(the characterization of the transaction communicated to the consumer, including whether it is referred to as a sale or purchase)。事實上，這些要素絕大部分常見於關於授權對買賣的判例法(license-versus-sale caselaw)上。首先關於第一個要素，消費者擁有永久的(perpetual)或是無期間限制(non-term-limited)的占有或接觸與那些只租借一天或一個月的消費者是不一樣的，換言之，消費者若能越長久的持有或接觸重製物，散布權耗盡原則就容易成立⁶⁶¹。再來，第二個要素主要指的是，消費者的持有或接觸是透過一次性給

⁶⁵⁹ *Id.* at 1553.

⁶⁶⁰ *Id.*

⁶⁶¹ 於種子論壇發表時，曾有人問我這樣是否會造成「無限期授權」不可能存在？當時我給予的回答主要是立基於後面會談到的「一次性／持續性給付」要件，亦即，所謂「無限期授權版」與「銷售版」之數位著作訂價策略上一定會有所不同。簡言之，持有或接觸的期間長短，當然是重要判準




付(one-time fee)相較於持續性給付(ongoing payment)更容易成立散布權耗盡原則。前面兩個要素比較單純，不過第三要素可能需要多一些說明。有些法院認為只要著作權人把交易稱為授權，那他們就可以避免適用散布權耗盡原則，雖然我們認為交易的本質(the nature of transaction)與散布權耗盡原則有關，但我們並不認為法院的主要調查重點應該要放在契約所選擇的用語。事實上，著作權人也通常僅提供少量（或根本沒有）的資訊來告訴消費者他們今天從事的這場交易，究竟是「授權」還是「買賣」。又或者，有些著作權人在背地裡擬定的契約是授權契約，但那些在網站上誘惑消費者點選的「閃亮按鈕(shiny button)」卻又大大方方地寫著「現在就買(Buy Now)」或是「購買(Purchase)」，比起那些小的看不清楚字體的授權契約，這樣的字眼更加完全背離消費者的理解。換言之，最後一個要素所要強調的是，法院應該不僅僅要注意那些預先擬定的契約說（寫）了些什麼，更要注意消費者從這整場交易中聽（看）到了什麼⁶⁶²。前述三個要素雖貌似彈性，但其實已經提供了合理的判斷指引，假使能夠一貫地適用這些要素，也能使消費者有更大的信心從事「購買」及「移轉」著作重製物；而相對地，若著作權人不願意適用散布權耗盡原則，他們也有標準可供遵循⁶⁶³。

接下來另一個重要的問題是，假若真的有一個「買賣」觸發了散布權耗盡原則，那法院下一步必須考量的乃係消費者接下來的行為是否合法。申言之，我們一直強調，一個有用且可行的數位耗盡原則不能僅僅只限制（著作權人的）散布權，它也必須在一定的程度上限制（著作權人的）重製權甚至是衍生著作之創造，以便於

之一，但不是唯一。茲有附言者，筆者於 2016 年 6 月 3 日參加「105 年度數位出版的著作權契約與案例剖析」時，講者邱大山先生（城邦出版集團法務部資深經理）提到：一般在電子書網站上看到的所謂「賣斷版」，雖然稱「賣」，但通常係指「永久授權」。不過若觀察微軟之產品授權契約（節錄）：「**軟體係經授權而非賣斷**，且未由 Microsoft 明示授與之軟體所有權利，不論係依默示、禁止翻供或以其他方式為之，均保留為 Microsoft 所有。」顯然此處的「賣斷」又比較偏向銷售的意思。總之，這些都是業者之文字遊戲，應予注意。

⁶⁶² See Perzanowski & Schultz, *supra* note 48, at 1553-1554.

⁶⁶³ 而且如果著作權人不願意「賣」，那他們勢必會發展其他種類的交易模式，從而也更加能夠促進租賃(rental)、串流(streaming)以及訂閱(subscription)服務之發展。Id. at 1554-1555.



在不同的二手市場裡移轉⁶⁶⁴。但是，購買者也絕非可以毫無限制地重製或散布他們所購買的數位產品，從而為了評估消費者對於散布權耗盡的援引(invocation)是否恰當，論者有認為立法者可以建議法院考慮以下三點：一、消費者是否完全捨棄占有或接觸該著作重製物(The consumer fully parted with possession of or access to the work)；二、該行為是否剝奪了著作權人合理的報酬(the use deprives rightsholders of a fair return)；三、消費者是否大量修改了系爭著作重製物的表達(the consumer has materially altered the underlying expression of the work at issue)。首先關於第一點，數位產品的交易跟有體物的交易一樣，一個人「得」，一個人「失」，交易並不能導致有越來越多人可以「同時」享受著作重製物，簡言之，這個要素讓法院專注在交易的「最終結果」；關於第二點，其實就如同美國著作權法第 107 條對於合理使用考量的第四個因素⁶⁶⁵，必須考量消費者之行為對於著作權人誘因⁶⁶⁶的影響，因此簡單來說這個要素其實就是促使法院去審查系爭行為對於前述著作權人誘因之傷害程度為何；最後一個要素，主要是用來防止散布權耗盡原則成為後門。為了有效的強化二手市場，散布權耗盡原則必須有限度地允許消費者改作，就像美國著作權法第 117 條允許消費者改作他們的電腦程式來配合新的硬體跟軟體，同樣地，假設一個使用 Kindle 的消費者如果想要購買一本二手的蘋果電子書(Apple iBook)，買家或賣家勢必需要創造一個格式相符的新電子書(create a new copy in the appropriate format)⁶⁶⁷。

美國國家電信暨資訊管理局(The National Telecommunications and Information Administration, NTIA)曾提出關於數位耗盡原則之修法建議，不過最後並未成功。主

⁶⁶⁴ See Perzanowski & Schultz, *supra* note 48, at 1555 (It should also permit limited acts of reproduction, and even the creation of derivative works, to the extent necessary to enable transfers on secondary markets across competing technology platforms.).

⁶⁶⁵ 17 U.S.C. §107(4) (2012) (the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.).

⁶⁶⁶ 此處原文是寫「the incentives of rightholders」，不過我想作者所要表達的就是「錢（獲利）」的問題。See Perzanowski & Schultz, *supra* note 48, at 1555.

⁶⁶⁷ *Id.* at 1556-1557.



要條文內容其實與既存的散布權耗盡原則類似，略為：在散布權耗盡原則下，合法數位檔案之所有權人透過數位傳輸之方式傳送與單一接受者，並同時刪除其原有檔案時；因表演、展示或散布所造成的必要性重製，並不構成侵權⁶⁶⁸。

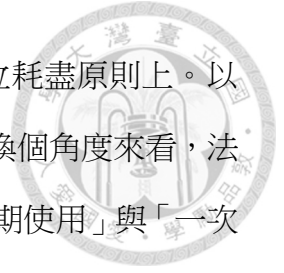
第五節 小結

著作重製物能否以授權而非買賣的方式提供與消費者？在著作權人限制消費者轉售著作重製物的手段中，不管是早期的「買賣加（限制轉售）授權」或是晚近的「易買賣為授權」，其實嚴格來說，並不存在所謂「著作重製物授權」的問題，因為本質上均屬「著作財產權授權」⁶⁶⁹，蓋縱算取得著作重製物所有權，也並不代表所有權人得任意自由利用該著作，例如未經授權即不得任意重製。

所以我認為一般所謂「易買賣為授權」的說法與討論某程度上似乎囿於散布權耗盡原則之法制設計：即散布權耗盡原則以「第一次『銷售』」、「移轉所有權」、「特定重製物『所有人』」等作為發動前提。而且「買賣」通常又和「移轉所有權」的概念綁在一起，也因此我們的思維某程度上會被傳統的散布權耗盡原則所困，這是非戰之罪，因為在修法之前，我們都必須聚焦在如何將傳統的散布權耗盡原則適用於數位環境，不過由於散布權耗盡原則設計之初並未（也不可能）料想到數位環境之種種問題，導致我們必須要加入很多如前所述額外的「要求」才能在某程度上將散布權耗盡原則適用於數位環境。不過學說實務為了將傳統散布權耗盡原則適用

⁶⁶⁸ See Dobson, *supra* note 57, at 209 (“[t]he authorization for use set forth in subsection (a) [the first sale doctrine] applies where the owner of a particular copy or phonorecord in a digital format lawfully made under this title...distributes the work by means of transmission to a single recipient, **if that person erases or destroys his or her copy or phonorecord at substantially the same time. The reproduction of the work, to the extent necessary for such performance, display, distribution, is not infringement.**” H.R. 3048, 105th Cong. §4 (1997).) (emphasis added). 該條文創造出數位傳輸所產生的必要性重製之例外，並將「刪除原檔案」之義務明文化。

⁶⁶⁹ 賴文智，前揭註 338，頁 2-3。



於數位環境之努力也非徒勞無功，這些成果都可以用在設計數位耗盡原則上。以 *UsedSoft* 案為例，歐盟法院看似寬鬆解釋「買賣」的定義，其實換個角度來看，法院其實是在訴說縱算將買賣二字於法文中刪除，改以使用「無限期使用」與「一次性的給付」之文字，仍無違散布權耗盡原則之精神矣⁶⁷⁰。


綜上所述，我認為特別為數位環境下之著作物設計一個屬於它的散布權耗盡原則是必須的，蓋在實體世界之散布權耗盡原則所蘊含之價值在數位世界裡亦同等需要。舉其大者，散布權耗盡原則允許著作重製物之所有權人得任意處分其所擁有之著作重製物，換言之，散布權耗盡原則程度上限制了著作權人控制其著作之二手市場的能力，同時也可以避免控制散布著作之能力集中在少數人手中，而達到分散傳播著作管道的效果，有利於促進資訊之散播。按此要領，在數位時代下，著作權人控制著作之能力更強，若散布權耗盡原則被排除於數位環境之外，這對資訊之散布將明顯造成不利之結果⁶⁷¹，不過應予注意者係，散布權耗盡原則之內涵在數位環境中雖然有其存續之必要，不過由於數位環境較之傳統實體世界有諸多不同，數位耗盡原則之適用範圍或界限恐怕無法與傳統散布權耗盡原則相同，避免過度妨害著作權人之利益，而有架空著作權人排他權之虞⁶⁷²。

最後談的是利益衡量，我目前的基本立場是採取對著作權人利益的緊縮。由於在數位時代之下，著作將更為貼近公共財之特性，惟目前無論是在法制上（賦予著作權人一定的獨占權、排他權）或是著作權人本身所發展之技術（各種科技保護措施）均有一定程度之強化（或者說，過度強化）。然而，若過度地保護著作權人，因

⁶⁷⁰ 我認為這樣的文字修改，程度上可以舒緩數位環境下對著作物所有權之說理困難。

⁶⁷¹ 羅文傑（1997），〈著作在電腦網路上的重製與散布問題之研究〉，頁 143-144，私立東吳大學法律系碩士班乙組碩士論文。

⁶⁷² 這是參考沈宗倫老師對於專利法下之權利耗盡原則之意見的文字，不過這樣的思考論述（**對價平衡法理**），我認為在思考著作權法之「數位」散布權耗盡原則時亦同樣適用。請參見，沈宗倫（2014），〈專利授權與使用排他權耗盡—以智慧財產法院一〇一年度民專訴字第七三號判決為中心〉，《月旦法學雜誌》，230 期，頁 284。



而讓國家社會付出過多保護著作財產權之成本，著作權人反倒毋庸負擔此等成本，勢必造成資源耗竭，社會資源無法有效配置。如此一來，將造成保護著作財產權與資訊傳播文化普及間，形成巨大落差，顯然與著作權法之最終目的有違。準此以言，著作權法若欲達成其公益目的，顯然不應過度保護著作權人，造成未來創作者之成本大增而不利於文化之發展⁶⁷³。

⁶⁷³ 林洲富，前揭註 575，頁 473-474。



第六章 結論與展望

散布權耗盡原則於數位環境下之適用乃至於數位耗盡原則之立法可能性究竟為何，晚近學說實務見解未臻一致，而美歐之經驗亦大多著重於法釋義之角度而拘泥於條文文字，較少論及散布權耗盡原則之本質與創設本旨，以及該原則是否得以繼續延續至數位時代？智慧財產權之耗盡問題，因觀察角度不同，可能得出不同之結論，就本文所涉議題而言，若認為散布權耗盡原則所蘊含之價值於數位環境下仍有存在之必要，則此耗盡問題則屬著作權法之本質問題，得透過法律解釋或實務上判決發展，逕予適用；惟若從產業發展等考量，則屬立法政策問題，留待國會根據現況採取不同之政策選擇⁶⁷⁴。

在本文的結論中，我打算透過爬梳散布權耗盡原則之過去、現在、未來，作為本論文之回顧與重點提要，並於適當處提出個人意見，詳述如下：

一、散布權耗盡原則之過去

散布權耗盡原則係指著作物經著作權人或經其同意首次銷售或所有權移轉並具獲取報償之機會後，著作權人之散布權即告耗盡，對任何人不得再行主張散布權。此時該合法著作重製物之所有人得自行出售或為其他處分行為。換言之，散布權與所有權均具有排他性，惟何者之排他性較為優先，難免發生衝突，從而散布權耗盡原則便是作為標示出兩者分界之作用。

⁶⁷⁴ 關於智慧財產權之用盡原則，究係智慧權之本質問題，或屬立法（法律）政策問題。請參見，蔡明誠，前揭註 12，頁 13-14。



承前所述，散布權耗盡原則因此能夠發揮以下功用：首先，由於著作物所有人得以自由轉售該著作物，從而間接促進二手市場之活動，進而發揮促進著作物之流通與保存；此外，正因為著作物所有人之後續處分毋庸徵詢著作權人同意，亦可發揮保護使用者隱私之作用；又因為著作物所有人毋庸徵詢著作權人之同意而得自為後續處分行為，從而市場上之消費者並不需要因為害怕侵權而另行花費調查著作權人之成本，因此可以降低著作物市場交易成本；最後，由於著作物得以於市場廣泛流通，使用者亦能以較低價格取得，程度上亦可促進創新與文化創作，蓋文化流通與文化創作實屬相輔相成⁶⁷⁵。

以上所述為傳統散布權耗盡原則之定義與功能，另應特加說明者係：**應將「對價平衡法理」作為散布權耗盡原則之理論基礎**。申言之，該法理與報酬理論相似但不同，其重點在於強調著作權人基於自主意願為第一次市場行為時，並有獲致報償之機會時，著作權人之散布權即告耗盡。此外，著作權人所能獲取之經濟利益或非經濟利益，並不以等價為標準，而係以對價為標準，換言之，著作權人日後並不能以著作物售價過低而主張權利並未完全耗盡。

二、散布權耗盡原則之現在

(一)著作物(copies)之難題

散布權耗盡原則之濫觴在於解決著作權人之散布權與著作物所有人所有權間之緊張關係。亦即，此原則之重點主要在於處理著作物(copies)後續的所有權轉讓問題。惟隨著數位化時代之來臨，著作與著作物之界線逐漸消失，部分市場交易不

⁶⁷⁵ 換言之：「copies」多，「works」就會跟著多，反之亦然。



再以實體著作物之現物交易為主，漸改以透過網路傳輸數位著作之形式。首當其衝者係以重製物作為適用客體之散布權耗盡原則是否能繼續適用？或者說，因為數位著作並不具有所有權之概念，也無須處理散布權與所有權間之緊張關係，從而散布權耗盡原則並無用武之地？

惟是否因為數位著作無實體或無所有權，即當然可以得出散布權耗盡原則無從適用於數位環境之結論？本文持否定看法，理由如下：首先，論者有認為只要數位著作能夠附於人類五感所得辨識之媒介，且藉由此媒介，著作權人對該著作具有支配可能性，則該附著於媒介之著作即為著作物，並不因其為數位格式而有差別。從而，應認為於**數位交易下，著作及著作物仍有區別可能性，難謂散布權耗盡原則於數位環境全然無適用實益**。且數位傳輸果真無所有權移轉之概念？若參考美國 *London—Sire Records, Inc. v. John Doe 1* 案之見解，其認為**數位傳輸也能構成美國著作權法第 106(3)條所稱之所有權移轉**。最後，若輔以歐盟 *UsedSoft* 案之意見，法院認為透過 DVD 或 CD-ROM 取得軟體或是透過下載方式取得軟體並無不同，換言之，法院強調「**離線／線上相同原則 (offline-online equivalence)**」。總而言之，本文認為，若單純以散布權耗盡原則係以實體著作物作為適用客體，因而於數位環境下毫無適用空間，稍嫌速斷，理由如前。

前段敘述純屬法律面分析，真正為著作權人或業者所擔心者厥為「成本」問題，蓋早期有體著作物之重製、運送、散布、儲存等成本甚高，他人若欲從事相關不法重製行為，所需付出的成本恐與獲利顯不相當，因此有所顧忌。待數位化時代來臨後，導致上述各項成本幾近為零，有心者不再為成本所困，不法重製因此盛行，若承認數位耗盡原則，恐怕雪上加霜。支持數位耗盡原則之論者，縱然認為從網路下載一本書與到書店購買一本書之意義並無不同，但仍無法為成本問題開脫，這是現實問題。從而，可能的解決辦法僅有透過補貼著作權人或業者一定程度



之損失，此補貼符合對價平衡法理，蓋著作權法雖不保證著作權人收益，但若無法達成對價平衡，散布權耗盡原則無從發動。此外，科技之發展也能提供一些輔助方案，例如，數位著作之轉售次數限制與科技保護措施之相配合，也能達到一定程度的利益平衡。要之，承認數位耗盡原則之目的絕非劫富（業者）濟貧（消費者），而是為了使雙方均能享受著作權法所揭示之立法目的，即：為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。

(二) 易買賣為授權

承前所述，晚近以數位著作作為交易客體之商業模式盛行，著作權人與業者為了仍保有數位著作之控制權或為規避散布權耗盡原則之適用，逐漸流行起「易買賣為授權」之商業模式，而之所以稱之為易買賣為授權，除了絕大多數之交易本質係屬買賣外，理由在於著作權人或業者通常於網站上仍告訴消費者此屬購買，惟在雙方之定型化契約裡，又給予許多限制，並直接將之定性為授權關係。

著作權人或業者選擇將商業模式「易買賣為授權」之好處有二：姑不論散布權耗盡原則於數位環境下能否適用，著作權人首先可以規避散布權耗盡原則之重要要件：「重製物所有權人」始得主張散布權耗盡原則，此其一；又若消費者日後違反授權契約轉售數位著作，消費者除了需負擔民事上損害賠償責任，著作權人亦得發動著作權法（通常有刑事責任），此其二。

關此，於比較法上，美國實務多援引 *Vernor* 案之三項判準：一、著作權人是否具體指明使用者係被授權；二、著作權人是否嚴格限制使用人移轉軟體之權限；三、著作權人是否課以顯著的使用限制。換言之，只要著作權人於契約上載明授權與其他明確限制即得認定為授權契約；歐盟實務方面，目前指標性判決為



UsedSoft 案，法院並不囿於契約文字，認為只要系爭交易模式符合：**一、無限期使用**；**二、一次性的給付**，即可認定是買賣。

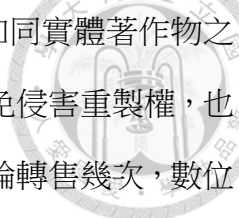
本文認為歐盟 *UsedSoft* 案所持意見較為可採，原則上我認為法院除了根據契約文字做第一次的判讀外，也必須衡量實際交易狀況，換言之，如果著作權人於實際上根本已放棄對於著作物之控制給予消費者無限期使用，消費者亦僅需給付一次性報酬，根據控制力理論，即可將雙方交易定性為買賣。且此項看法並不完全與美國實務見解對立，蓋美國有實務意見（*UMG* 案）認為須衡量交易實際狀況，不單純僅就契約文字判斷。

(三)「散布權」耗盡原則

數位二手著作透過網路轉賣之過程中必定涉及重製，依各國規定不同，可能尚涉及公眾傳達權、公開傳輸權等排他權。此際，有論者指出既稱「散布權」耗盡原則，則最終得以耗盡者僅有散布權，從而數位二手著作之轉賣必然涉及侵害著作權人之重製權或公眾傳達權、公開傳輸權。

文獻上對此大多聚焦於重製權侵害，由於數位著作透過傳輸時，並非是將傳送者所擁有之數位著作直接移轉至接收者，嚴格來說係於接受者之硬碟「重製」一份「新的」數位著作重製物；此外，正因為是「新的」重製物，論者有認為此種情形無法符合美國著作權法第 109(a)條所稱「特定」重製物⁶⁷⁶。對之，主流意見大多以歐盟 *UsedSoft* 案作為修正，亦即傳送者於傳送數位著作後，負有使原持有之數

⁶⁷⁶ 美國著作權法之權威著作 *Nimmer on Copyright* 即因此認為數位移轉無法符合散布權耗盡原則關於特定著作重製物之要求。See 2 MELVILLE B. NIMMER & DAVID NIMMER, *NIMMER ON COPYRIGHT* § 8.12 (2013). 轉引自：Capobiancot, *supra* note 265, 403 (2014).



位著作物「不能使用(unusable)⁶⁷⁷」之義務，使數位著作之移轉如同實體著作物之移轉一般，交易完成後僅會剩下一件著作物。而相關業者為了避免侵害重製權，也開發出「移轉後刪除(Forward-and-delete technology)」之技術，無論轉售幾次，數位著作物僅會存在一件。

前述不法重製風險除了成為著作權人否定散布權耗盡原則於數位環境下適用之主要理由外，也造成對價平衡法理之崩解，本文認為，論者所提出的「**不法重製防止協力義務**」應有助於緩解不法重製對著作權人之利益衝擊。該義務與歐盟 *UsedSoft* 案課予傳送者刪除原數位著作之義務類似，不過說理上則更為細緻，其中蘊含之要點為：1、此義務具準物權效力，無論數位著作如何移轉，均得拘束後續所有受讓人；2、此協力義務為最大義務，除非著作權人能證明擴張義務或增加使用限制仍符合對價平衡，否則該等義務與限制均屬無效⁶⁷⁸；3、既稱「協力」義務，則不法重製之防止措施或作為有賴著作權人提供與指示⁶⁷⁹。換言之，此不法重製防止風險由著作權人負擔⁶⁸⁰；4、既稱協力「義務」，則若欲主張散布權耗盡原則，必先履行該協力義務；5、該義務之違反並不影響數位著作讓與之效力。

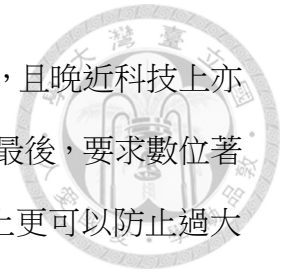
數位傳輸不可避免地會涉及重製，若欲支持散布權耗盡原則於數位環境下繼續適用，重製權侵害問題無從迴避。依我看，就重製權規範目的而言，乃係為避免大量不法重製之產生進而影響著作權人藉由著作所獲取之利益，惟數位二手著作轉售過程中所產生之重製，實屬「**非基於重製目的之重製**」，為科技上不得不然之現象，乃重製權所須容忍之範圍；若再輔以「**不法重製防止協力義務**」，將重製物

⁶⁷⁷ 一般來說，就是「**刪除**」原持有之數位著作物。

⁶⁷⁸ 我認為可作為「契約自由」之界限。

⁶⁷⁹ 此部分得仰賴「定型化契約」相關規定加以輔助處理。

⁶⁸⁰ 王怡蘋教授於口試時指出，就德國實務意見而言，認為主張權利耗盡原則者，對於已使其持有之數位版本無法再使用，負擔舉證責任。惟如何證明，於實際上確有難處。因此，本文認為不法重製防止之風險主要應由有能力之著作權人負擔，一般大眾僅負擔協力義務，較為切中現實。



之數量控制在一份，對於著作權人之經濟利益影響也不至於過大，且晚近科技上亦開發出可以控制數位著作僅限移轉一定次數，即無法再行移轉。最後，要求數位著作二手市場於每次的轉售給予著作權人一定程度之補貼，程度上更可以防止過大的利益偏離。

至於在公眾傳達權或公開傳輸權之問題，文獻上較少論及，歐盟 *UsedSoft* 案雖認為可透過解釋，在發生所有權移轉之前提下，將傳輸行為解釋為散布行為，據以符合散布權耗盡原則之規定。本文認為此法或許可行，但說理上並不充分，且實務趨勢亦尚未形成，須留待學說實務發展。此問題最終可能須仰賴修法，即對於此種以數位二手著作轉售為目的所涉及之公眾傳達權或公開傳輸權設一除外規定，結論上較為一勞永逸。

另有認為應效法美國法將數位傳輸一同納入散布權之概念，則能解決此一問題⁶⁸¹。此項意見有助於數位交易適用散布權耗盡原則，惟對於法體系更動幅度較大，尚須從長計議⁶⁸²。不過，該想法有助於散布權於數位時代之再思考⁶⁸³，且符合本文認為散布權耗盡原則所蘊含之價值與利益調控功能於數位交易下仍有其適用之結論，值得注意。

(四)是否一體適用於「所有類型」著作

歐盟 *UsedSoft* 案作成後，牽動萬千神經，不過由於該判決所涉標的為電腦程

⁶⁸¹ 邱詩芳，前揭註 626，頁 93-95。

⁶⁸² 且就美國最新發展而言，也逐漸有認為是否效法國際條約或歐盟指令另設公眾傳達權，雖美國著作權局官方最新文件表示應無必要，不過倒也體現欲將公眾傳達權納入散布權一併規定之想法可能還是必須再觀察。

⁶⁸³ 若採取論者對於數位著作係屬數位有體物之思維，數位著作之傳輸仍在散布權之概念內，只是需要微調。關於數位時代下散布權規範意義之調整，請參見，沈宗倫，前揭註 29，頁 280-286。



式著作，且判決理由中一再強調歐盟電腦軟體指令相較於歐盟資訊社會指令，係居於特別法(*lex specialis*)之地位，從而衍生的問題便是該判決意旨能否一體適用到除電腦軟體著作外之其他著作類型？

歐盟 *UsedSoft* 案法院所持意見固然堅實有理並有實定法作為依據，惟此種主張仍有其致命缺點，蓋此項特別法之理由使反對適用散布權耗盡原則於數位環境者得出法院認為散布權耗盡原則僅得適用於電腦程式著作，而無法適用於其他類型著作之結論，理由在於「明示其一，排除其他」。

經本文整理 *UsedSoft* 案作成後之歐盟地區國家判決，發現此項「明示其一，排除其他」之意見廣受採用。有判決甚至指出，系爭著作必須完全符合電腦程式著作始能適用歐盟電腦軟體指令，若該著作係混合許多著作，如電玩遊戲，則應回歸適用歐盟資訊社會指令。惟一旦確認使用歐盟資訊社會指令，法院大多機械性地主張歐盟資訊社會指令所規定之散布權與散布權耗盡原則係以有體物為客體，無實體之數位著作，無法適用。

本文於結論上無法肯認此種意見，惟目前對於歐盟實務意見走向較具影響力之德國大多均作如此處理，但說理稍嫌不足。不過，晚近荷蘭的 *Tom Kabinet* 案又帶來一線希望，該法院作出與本論文最相關的初步意見為：「**能適用於實體書的規則並不能被排除適用於電子書，歐盟法院對於該議題應給予一個較明確的答**案」，若本案最後同樣交由歐盟法院先行裁決，歐盟法院勢必要直接回應究竟是否同意電腦程式著作以外之數位著作的轉賣。

三、散布權耗盡原則之未來



(一)數位耗盡原則之建構

孔恩(Thomas Kuhn)在《科學革命的結構》曾提出所謂「典範轉移(paradigm shift)」的概念，換言之，典範並非牢不可破，當既有規則無法解決疑難時，正是尋找新規則之契機⁶⁸⁴。論者有認為科技發展對法律所造成之衝擊，必須提升到典範轉移層次，且須重新檢視吾人習以為常之基本法律觀念與作為，並規畫出新的規範架構⁶⁸⁵。

透過前述「對價平衡法理」以及「不法重製防止協力義務」修正傳統散布權耗盡原則於數位環境交易下可能產生之利益偏離與崩解的同時，我們也因此看到「數位耗盡原則」之雛形。立法模式上要採取具可預測性之數位耗盡規則，或是具有彈性之數位耗盡標準，尚須委由立法作出政策選擇。此等立法論並非空談，比較法上也多有倡議，我國亦曾拋出此一議題，只是最後因「國際間仍有爭議，應持續觀察發展趨勢，暫不列入修法議程⁶⁸⁶」未果。此外，截至目前為止，經濟部智慧財產局所公布的最新著作權法修正草案（第四稿），在散布權耗盡原則之要件上，仍係明定以有體物為限，排除無體形式著作之適用⁶⁸⁷，甚為可惜。


國內智慧財產學界近 20 學者曾提出所謂「學者南港版著作權法典」，其中關

⁶⁸⁴ 孔恩(Thomas Kuhn)(著)，程樹德、傅大為、王道還、錢永祥(譯)(1994)，《科學革命的結構》，頁119，台北：遠流。

⁶⁸⁵ 陳起行(2007)，〈美國數位著作保護的法理論述〉，《臺大法學論叢》，36卷2期，頁2；蕭宏宜(2008)，〈P2P業者的刑事責任問題—ezPeer與Kuro案判決評析〉，《法令月刊》，59卷9期，頁84-85。

⁶⁸⁶ 數位重製物是否有耗盡原則之適用？，經濟部智慧財產局，<https://www.tipo.gov.tw/>（最後瀏覽日：04/13/2016）。

⁶⁸⁷ 著作權法修正草案（第四稿）第73條第1項本文：「經著作財產權人以移轉所有權之方式散布之著作原件或其重製物，任何人得散布之。」此外，另須加以說明者係，筆者於2016年4月28日參加「第四屆著作權法法制學術研討會」時，當時陳皓芸老師對於該條之評釋略為：本條修法仍以有體物為限（陳老師並以歐盟UsedSoft案之意見作為比較），對於未來數位環境下之數位著作究應如何適用，並未處理，日後恐生疑問。



於散布權及散布權耗盡原則之規定被整合在第 24 條⁶⁸⁸：「**著作權人專有以移轉著作原件或重製物所有權之方式，散布其著作之權利。(第 1 項) 著作原件或重製物經散布人同意進入交易或流通者，他人得繼續散布之。(第 2 項) 經著作權人授權永久使用著作之被授權人，亦得繼續散布該著作。授權人無意收回交付被授權人之重製物時，視為授權其永久使用。(第 3 項)**」。

本條修法與本論文相關者有三：本條第 2 項關於散布權耗盡原則之規定相較於現行著作權法第 59-1 條在要件上不再強調「**取得著作原件或其合法重製物所有權之人**」始得以移轉所有權之方式散布之，而係強調「**著作原件或重製物經散布人同意進入交易或流通**」，換言之，對價平衡法理更能與之呼應，此其一；另本條第 3 項將歐盟 *UsedSoft* 案⁶⁸⁹與部分美國實務見解 (*UMG* 案) 之精神具體化，此從「**授權永久使用**」與「**授權人無意收回交付被授權人之重製物**」可知，此其二；另，觀察第三項用語使用「**著作**」一詞，而未如前兩項使用「**著作原件或重製物**」，不知是否有意將傳統上認為無實體之數位著作納入，值得注意，此其三；惟若本條修法寓有將數位著作納入散布權耗盡原則之意，則本條之「**繼續散布**」所指為何，即值思考。申言之，修正條文第一項卻又強調散布權係「**著作權人專有以移轉著作原件或重製物所有權之方式，散布其著作之權利。**」似乎又專指有體物；若採取寬廣解釋，認為可包括數位著作之傳輸，則數位傳輸必定涉及之重製權問題又該如何解決，修正草案並未敘及，此其四。

惟修法是否就能完全解決問題？其實並不盡然如此，此從美國對於是否於法律上明確承認數位耗盡原則仍多有考慮即可見一斑。蓋法律乃最後之手段，「產業

⁶⁸⁸ 本條由劉孔中、張懿云、胡心蘭三位老師負責，修正理由中明確表示參酌歐盟 *UsedSoft* 案之見解。請參見，〈附錄：著作權法草案修法總說明〉，劉孔中（編），《國際比較下我國著作權法之總檢討（上冊）》，頁 575-576，台北：新學林。

⁶⁸⁹ 修正理由即特別指出係參考歐盟 *UsedSoft* 案。請參見，前揭註 688，頁 575-576。



經營模式（商業模式）」才是解決問題之主要途徑。此外，涉及科技發展之智慧財產權法令若太早調整，除了有個案式立法之疑慮外，由於科技發展之難以預測性，也無法確保法規修正後真能順利解決問題，最終可能除了造成過大的立法負擔與成本⁶⁹⁰，也無助於解決現況⁶⁹¹。總而言之，著作權法有其政策與目的導向色彩⁶⁹²，對於產業影響甚大⁶⁹³，且商業模式縱算變化多端，也須在法律框架下進行，著作權法修或不修，都是一個大問題，或許可以考慮先仰賴法院針對個案作出裁判，再透過無數裁判累積作為修法之參考對象，以避免造成前述可能的立法問題。換言之，法律、科技與商業經營模式之關係密不可分，三者如何交錯運用，厥為現階段著作權法所要考量之重要議題⁶⁹⁴。

傳統散布權耗盡原則之創設意旨在於平衡著作權人之利益與消費者自由轉讓其財產之利益，數位耗盡原則之倡議同樣為此而來，只是數位耗盡原則之理論建構上必須善加處理新型態數位著作在交易、運作上帶來相較於傳統實體世界中實體著作物所無之問題，而這些問題便是數位耗盡原則最大之阻力⁶⁹⁵。

⁶⁹⁰ 例如重新立法的成本、隨之而來的利益團體之遊說等均是問題。See Dan L. Burk & Mark A. Lemley, *The Patent Crisis and How the Courts Can Solve It*, at 95-108 (2009). 雖然本書主要係探討專利法，但我認為著作權法所要面對之問題亦與專利法相同。再者，法律並非經濟，當查柏(Richard O. Zerbe Jr.)將法律改變的成本排除在效率的考慮，對於經濟學家或許是恰當的，但對法律人而言，此雖非唯一應關注之重點，但卻是重要的一部分。請參見，簡資修(2004)，〈法律經濟分析的倫理價值與法學方法——一個簡要調和式的說明〉，《月旦法學雜誌》，114期，頁210。

⁶⁹¹ 章忠信(2014)，〈3D列印所牽涉到之智慧財產權議題〉，《專利師》，18期，頁29；換言之，在無法對未來科技發展做正確的預測時，立(修)法即應謹慎為之，避免因錯誤的預測而制定法律，結果將科技的發展誤導到錯誤的方向去，使得法律不僅未成為科技發展之胡蘿蔔，反倒成為絆腳石。請參見，黃銘傑(2002)，〈解碼、破碼與公平競爭秩序——「技術保護措施」規避行為之法規範——〉，氏著，《公平交易法之理論與實際——不同意見書》，頁397，台北：學林。

⁶⁹² 黃銘傑(2014)，〈「原創性」概念之再建構——從產業發展觀點與競爭理念出發〉，劉孔中(編)，《國際比較下我國著作權法之總檢討(上冊)》，頁91，台北：新學林；劉孔中，前揭註490，頁3。

⁶⁹³ 或者說產業影響政策，政策影響產業。例如，OECD於1996年所發表之「知識經濟報告」即表示：「知識經濟的浮現，對經濟成長、生產組織及其對就業的效果與技術的需求等的決定因素，有十分深遠的含意，且可能產生必須重新制定產業政策的情形。」請參見，羅昌發，前揭註602，頁344-345。

⁶⁹⁴ 章忠信(2008)，〈面對著作利用的新局面〉，《智慧財產權月刊》，119期，頁38。

⁶⁹⁵ 黃銘傑老師曾於課堂(104年第2學期之競爭法與智慧財產法專研，2016年5月23日上課內容)上提到：「法理上之必然」與「實務上之困難」。我認為至為關鍵。換言之，吾人於實踐著作權法之立法目的時，必須時刻顧慮現實生活中可能的利益衡量，這是實在話。



(二)雲端提供服務


之所以會討論數位時代下之散布權耗盡原則的適用空間，問題的源起就是業者的「易買賣為授權」商業模式；換言之，因為市場上有這種商業模式的產生，所以引發法律上適用疑義。惟市場每天都在變動，新的商業模式層出不窮，目前業者正在推廣以接觸為基礎之服務(*access-based services*)⁶⁹⁶，簡單來說，業者將所有的資訊都放在自己的伺服器（雲端），他們提供許多不同程度之接觸模式(*access models*)供消費者選擇。舉例來說，消費者可以選擇付月費來訂閱業者提供之所有數位內容，也可以僅付你想看的某一個數位內容，看到哪付到哪(*pay-per-view*)，目前不管在音樂、影片、書、遊戲或電腦軟體都已經有相關的訂閱服務⁶⁹⁷，並且頗為盛行。以音樂 CD 來說，有時候 10 首歌你可能只喜歡其中 2-3 首，此時「*pay-per-listen*」或稱「*pay-per-song*」模式可能更能符合我們的需求。而業者這種從「易買賣為授權」轉變為提供串流服務之商業模式，有論者稱之為「從所有到接觸(*from ownership to access*)」⁶⁹⁸。

因此，我們一樣從商業模式切入，如同我在緒論所提到：「著作權法制史，就是科技的發展史」或者說「著作權的發展史，即是法規對於科技挑戰的回應史」，從早期的實體書買賣，消費者的主觀認知當然是「我付錢，我擁有(*I pay what I own*)」，之後來到數位時代，消費者購買電子書時之主觀認知絕大多數也是與實體書買賣相同，因為整個消費模式或情境與傳統交易之差別僅在場域（線上與線下）的不同，所以當消費者發現「純屬授權，並非買賣」之後，自然發生爭議。到了現在，業者推行新的商業模式「雲端訂閱服務」，就是想要透過新的商業模式來

⁶⁹⁶ 這些商業模式之轉變，萬變不離其宗，最終目的均在於：強化著作權人或業者對於著作之控制力。See Determannt, *supra* note 467, at 1121.

⁶⁹⁷ See The Department of Commerce Internet Policy Task Force, *supra* note 40, at 42-43.

⁶⁹⁸ 所以在雲端提供服務的模式裡，有兩個特色：有限時間之接觸、並非一次性的付費。



再次洗腦消費者，業者這次不說「賣⁶⁹⁹」，改說「訂閱」或提供「服務」使消費者得以隨選即用，透過這些語彙的使用，從根本上改變消費者的主觀認知：既然不是我買的，當然就不是我的。總之，在雲端商業模式下，業者能夠更有效率的排除二手市場。除此之外，就所謂消費者主觀期待而言，由於消費者可以以更低廉之花費，享受到自己最需要的服務，此際，消費者最終是否「擁有」能否「轉賣」，似乎也已不再重要⁷⁰⁰。

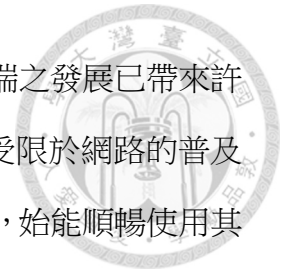
另以 Google 提供的「Google 文件」為例，其提供用戶於線上直接編輯修改文件之服務（功能幾近於微軟之 Office 軟體⁷⁰¹），用戶無需下載應用程式，只要連上網路即可。此類服務之商業模式從根本上改變用戶使用習慣與思維，消費者並不認為自己擁有該等服務，實際上也的確如此，蓋該服務或數位著作自始自終均存於著作權人或業者之遠端伺服器或稱雲端，消費者僅是「使用」，就結論而言，該商業模式恐怕無散布權耗盡原則之適用餘地。

而這便是研究智慧財產權法制相關問題的疲累之處，隨著科技發展，使著作得以各種前所未見之形式或商業模式向公眾提供，但智慧財產權問題之研究或立法往往趕不上科技之發展。舉例來說，本文所探討散布權耗盡原則是否適用於數位環境與數位交易之問題尚未解決，雲端之迅速發展已讓此爭議問題之討論價值遭受質疑。依我看，傳統散布權耗盡原則仍在傳統實體世界裡繼續適用，並無問題，蓋實體書交易仍屬多數；而數位環境能否接續適用也仍有繼續討論之價值，蓋透過網路購買並下載數位著作也仍有一定群眾；至於雲端是否可能全面取代前兩者商業模式，而使散布權耗盡原則最終成為法制史之名詞？我認為現階段並不可能，單就

⁶⁹⁹ 因為至少在購買數位電子書、音樂等數位著作時，雖然實際上契約條款寫授權，但網站上還是會有「Buy it!」按鍵（或是其他諸如「購買(purchase)」、「擁有(own)」等字眼）。See The Department of Commerce Internet Policy Task Force, *supra* note 40, at 68.

⁷⁰⁰ *Id.* at 44.

⁷⁰¹ 微軟推廣甚久的「Office 365」也是強調用戶之「訂閱」。



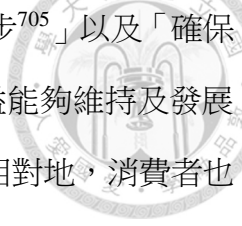
台灣而言，恐怕需要五至十年之發展才有可能，先不論現階段雲端之發展已帶來許多問題⁷⁰²，主要理由在於雲端服務或著作之訂閱等商業模式仍受限於網路的普及與網路頻寬速度，使用者必須時時刻刻與雲端服務提供業者連線，始能順暢使用其所訂閱之服務。因此本文在結論上認為數位耗盡問題仍有其研究及發展之必要性存在，且重點厥為商業模式與訂價策略⁷⁰³。蓋業者表面上雖然對數位耗盡原則仍屬排斥，但私底下卻積極研發數位二手著作買賣之相關技術與平台，顯然無論如何，業者仍有利可圖，利益分配才是真議題。

綜上，透過前述爬梳關於散布權耗盡原則之過去、現在、未來，我們可以了解到消費者與著作權人之間的利益平衡困境存在已久。著作權人透過控制著作物所能獲取的利益以及社會大眾免費獲取的資訊，這兩項利益是否無法共存，而屬競爭關係⁷⁰⁴？本論文所涉議題僅是這問題的其中一環。我從來就不否認著作權人有藉由著作權賦予之排他權獲取利益之權利，只不過我認為如果著作權人因為各種因素（例如因為數位化時代來臨，數位著作遭不法重製之風險大增）而要求著作權法提供更多保護或是利用各種技巧來擴張其著作權保護，則早已逸脫著作權法對於著作權人與使用者間利益之安排。

⁷⁰² 例如當用戶登入 Apple Music 服務時，Apple 會分析用戶硬碟裡所有的音樂檔案，同時與 Apple 之音樂資料庫進行比對，並且自動移除用戶硬碟原有之音樂檔案，此後用戶所有之音樂均自雲端取得。或許一部分用戶認為有其方便性（例如節省硬碟空間或不用帶著儲存設備亦能隨時取用自己的音樂檔案）；惟這種所謂自動移除用戶之檔案是否合法，及音樂使用權限歸屬究竟如何，日後恐生爭議。當然，Apple 得以如此無懼，理由無他，授權契約爾。See Jamespinkstone, *Apple Stole My Music. No, Seriously.*, VELLUM (2016), available at: <https://blog.vellumatlanta.com/2016/05/04/apple-stole-my-music-no-seriously/> (last visited: 05/06/2016).

⁷⁰³ 換言之，可以二手轉賣的數位商品該「賣」多少；不能轉賣僅屬「授權」的數位商品又該收多少使用授權金？假設數位電子書與實體書之銷售價格相去不遠，這也會影響消費者主觀上的認知。舉例來說，消費者花了 500 元取得了一本電子書（而實體書可能是 550 元），消費者會認為他應該是「買」了電子書的所有權；惟若消費者僅花費 200 元至 300 元取得該書，價差顯然出現，此時或許較能說服消費者買到的是「授權」而非「所有權」。

⁷⁰⁴ *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 429 (1984) (involves a difficult balance between the interests of authors and inventors in the control and exploitation of their writings and discoveries on the one hand, and society's competing interest in the free flow of ideas, information, and commerce on the other hand).



綜上，本文在結論上認為：為了「促進科學及實用藝術之進步⁷⁰⁵」以及「確保作者、表演者、製造者、消費者、文化、產業及公眾之創作利益能夠維持及發展⁷⁰⁶」，擁有數位著作者在數位環境下仍享有物之自由移轉價值；相對地，消費者也有權利在數位二手市場裡購買所有種類的數位二手著作。

我也認為，在科技發展日新月異的現在，每個人都是利用人也都是創作者，在創作門檻與流通成本越來越低的現在，我們是否仍需要對於著作給予這麼強大的保護⁷⁰⁷？換言之，是否仍要給予著作權人如此多且強大的排他權？現行著作權法並無法回答，從而這些問題最終恐須跳脫法律文字，以較高層次思考。總之，本文所持意見是否有助於利益平衡並無法確知，不過透過此種主張，或許可以使長期偏向一端之天平，有再度平衡之可能。

⁷⁰⁵ United States Constitution, Article I, Section 8, Clause 8 (1789) (To promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries.).

⁷⁰⁶ Directive 2001/29/EC, Recital 9 (2001) (Any harmonisation of copyright and related rights must take as a basis a high level of protection, since such rights are crucial to intellectual creation. Their protection helps to ensure the maintenance and development of creativity in the interests of authors, performers, producers, consumers, culture, industry and the public at large. Intellectual property has therefore been recognized as an integral part of property.).

⁷⁰⁷ 況且著作權法與吾人社會生活息息相關，若對著作權賦予過強之保護，將對大眾之自由與生活形成極大限制，不可不慎。請參見，劉孔中，前揭註 490，頁 72。



參考文獻

(一) 中文部分

一般書籍

1. 內政部(1997)。《著作權面對高科技發展之因應配合(第二年)報告》。台北：內政部。
2. 王澤鑑(1999)。《債法原理(一)：基本理論、債之發生》。台北：自刊。
3. 王澤鑑(2008)。《民法總則》，修訂版。台北：自刊。
4. 王澤鑑(2009)。《民法物權》。台北：自刊。
5. 吳嘉生(1999)。《智慧財產權之理論與應用》。台北：五南。
6. 林洲富(2006)。《智慧財產權法專題研究(一)》。台北：翰蘆。
7. 胡心蘭(2014)。《數位環境著作權法新思維—論數位著作權之本質、耗盡、與歸屬》。新北市：華藝數位。
8. 張清溪、許嘉棟、劉鶯釧、吳聰敏(2004)。《經濟學：理論與實際》，5版。台北：翰蘆。
9. 張懿云(2008)。《數位出版應注意之著作權問題》。台北：經濟部智慧財產局。
10. 章忠信(2004)。《著作權法的第一堂課》。台北：書泉。
11. 章忠信(2014)。《著作權法逐條釋義》，4版。台北：五南。
12. 陳自強(2013)。《契約之內容與消滅》，2版。台北：新學林。
13. 陳自強(2014)。《契約之成立與生效》，3版。台北：元照。
14. 陳曉慧、呂佩芳(2008)。《數位內容之授權與交易機制》。台北：經濟部智財局。
15. 陳聰富(2014)。《民法總則》。台北：元照。
16. 陳聰富(2015)。《契約自由與誠信原則》。台北：元照。
17. 陳櫻琴、葉玟妤(2007)。《智慧財產權法》，2版。台北：五南。



18. 賀德芬 (2012)。《著作權法論文集—著作權的實務個案》。新北市：華藝數位。
19. 馮震宇 (1999)。《網路法基本問題研究 (一)》。台北：學林。
20. 黃銘傑 (2002)。《公平交易法之理論與實際—不同意見書》。台北：學林。
21. 廖義男 (2015)。《公平交易法之釋論與實務 (第二冊)》。台北：元照。
22. 劉孔中 (2015)。《解構智財法及其與競爭法的衝突與調和》。台北：新學林。
23. 劉孔中 (編) (2014)。《國際比較下我國著作權法之總檢討 (上冊)》。台北：新學林。
24. 劉春堂 (2003)。《民法債編各論 (上)》。台北：自刊。
25. 蔡岳勳、胡心蘭 (2010)。《智慧財產權之擴張與公共利益之衡平》。台北：華藝數位。
26. 蔡明誠 (2003)。《物權法研究》。台北：學林。
27. 蔡惠如 (2007)。《著作權之未來展望—論合理使用之價值創新》。台北：元照。
28. 鄭中人 (2003)。《智慧財產權法導讀》，3 版。台北：五南。
29. 鄭冠宇 (2013)。《民法物權》，3 版。台北：新學林。
30. 鄭冠宇 (2015)。《民法債編總論》。台北：新學林。
31. 賴文智 (2008)。《線上遊戲開發與經營之著作權問題》。台北：經濟部智財局。
32. 賴文智、王文君 (2007)。《數位著作權法》，再版。台北：益思科技法律事務所。
33. 謝銘洋 (2008)。《數位內容之著作權基本問題及侵權》。台北：經濟部智財局。
34. 謝銘洋 (2016)。《智慧財產權法》，6 版。台北：元照。
35. 謝銘洋、馮震宇、陳家駿、陳逸南、蔡明誠 (2005)。《著作權法解讀》，2 版。台北：元照。
36. 簡國璋 (2015)。《新世代網路概論》，3 版。台北：上奇資訊。
37. 羅明通 (2014)。《著作權法論 I》，8 版。台北：台英國際商務法律事務所。
38. 羅明通 (2014)。《著作權法論 II》，8 版。台北：台英國際商務法律事務所。



39. 蘇永欽 (2008)。《尋找新民法》。台北：元照。

翻譯書籍

1. 孔恩(Thomas Kuhn) (著), 程樹德、傅大為、王道還、錢永祥 (譯) (1994)。《科學革命的結構》。台北：遠流。
2. 希瓦·維迪亞那桑(Siva Vaidhyanathan) (著), 陳宜君 (譯) (2003)。《著作權保護了誰?》。台北：商周。

書之篇章

1. 王怡蘋 (2011)。〈論著作權法第 65 條第 2 項與其他各條之關係〉, 收於：黃銘傑 (編), 《著作權合理使用規範之現在與未來》, 頁 205-221, 台北：元照。
2. 王敏銓 (2011)。〈美國法的合理使用〉, 收於：黃銘傑 (編), 《著作權合理使用規範之現在與未來》, 頁 115-147, 台北：元照。
3. 吳偉光 (2014)。〈版權制度與新媒體技術之間的裂痕與彌補〉, 收於：馮震宇 (編), 《數位著作權前瞻議題與發展趨勢》, 頁 73-116。台北：元照。
4. 沈宗倫 (2015)。〈數位著作物自由散布的界限與不法重製防止義務—重新建構我國著作權法數位耗盡原則〉, 收於：司法院行政訴訟及懲戒廳 (編), 《智慧財產訴訟制度相關論文彙編第 4 輯》, 頁 261-297。台北：司法院。
5. 林利芝 (2015)。〈數位科技環境下合理使用之問題—以美國著作權法「合理使用」案例之兩極化發展為例〉, 收於：司法院行政訴訟及懲戒廳 (編), 《智慧財產訴訟制度相關論文彙編第 4 輯》, 頁 299-339。台北：司法院。
6. 邵良正 (1997)。〈智慧財產權商品平行輸入對屬地主義之衝擊—兼論耗盡理論之爭議〉, 收於：吳光明 (等著), 《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》, 頁 133-157。台北：台灣大學法律學系。
7. 胡心蘭 (2014)。〈美國 *Wiley* 案對我國著作權耗盡原則之啟發〉, 收於：劉孔中 (編), 《國際比較下我國著作權法之總檢討 (下冊)》, 頁 415-449。台北：新



學林。

8. 梁哲瑋 (2011)。〈從德國著作權法對著作權之權利限制看著作權之合理使用〉，收於：黃銘傑 (編)，《著作權合理使用規範之現在與未來》，頁 1-57。台北：元照。
9. 章忠信 (2014)。〈報章期刊二次利用之困境化解與合理機制〉，收於：馮震宇 (編)，《數位著作前瞻議題與發展趨勢》，頁 217-260。台北：元照。
10. 許忠信 (2003)。〈我國加入 WTO 在智慧財產權所作之法制調整與其評析—以著作權為中心〉，收於：楊光華 (編)，《台灣 WTO 新紀元—貿易之開放與防衛》，頁 381-405。台北：元照。
11. 馮震宇 (2014)。〈歐盟著作權指令體制與相關歐盟法院判決之研究〉，收於：劉孔中 (編)，《國際比較下我國著作權法之總檢討(下冊)》，頁 491-543。台北：新學林。
12. 黃銘傑 (2014)。〈「原創性」概念之再建構—從產業發展觀點與競爭理念出發〉，收於：劉孔中 (編)，《國際比較下我國著作權法之總檢討(上冊)》，頁 91-115。台北：新學林。
13. 羅昌發 (2002)。〈競爭法與知識經濟之關聯及其應有之變革〉，收於：黃宗樂教授祝壽論文及編輯委員會 (編)，《黃宗樂教授六秩祝賀—財產法學篇(二)》，頁 341-366。台北：學林。

正常卷期之論文

1. 王怡蘋 (2009)。〈著作財產權之讓與和授權範圍—評最高法院九十七年度台上第一三〇號判決〉，《月旦法學雜誌》，166 期，頁 214-233。
2. 王怡蘋 (2014)。〈權利耗盡原則與所有權取得〉，《科技法學評論》，11 卷 1 期，頁 1-28。
3. 王泰銓 (1991)。〈歐洲單一市場之理想與實踐〉，《經社法制論叢》，8 期，頁 37-56。



4. 李貞儀 (2015)。〈「著作權之合理使用」相關實務判決研析〉，《全國律師》，19 卷 7 期，頁 16-28。
5. 李森堙 (2013)。〈附含於機器之軟體重製與著作權耗盡：談智慧財產法院 101 年度刑智上訴字第 47 號刑事判決〉，《科技法律透析》，25 卷 1 期，頁 14-17。
6. 汪渡村 (2004)。〈論網際網路時代著作權法因應之道〉，《智慧財產權》，62 期，頁 102-123。
7. 沈宗倫 (2007)。〈由對價平衡觀點論智慧財產權耗盡原則之適用—以平行輸入為中心〉，《國立中正大學法學集刊》，23 期，頁 161-207。
8. 沈宗倫 (2008)。〈論數位暫時性重製於著作權法之法律評價—兼以重製權的新詮釋評我國相關立法〉，《東吳法律學報》，19 卷 4 期，頁 31-73。
9. 沈宗倫 (2009)。〈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，頁 293-369。
10. 沈宗倫 (2011)。〈由美國 Cartoon Network LP, LLLP v. CSC Holdings, Inc. 一案對於我國著作權法的啟示與借鏡—以「公開傳輸權」為中心〉，《智慧財產評論》，10 卷 1 期，頁 37-68。
11. 沈宗倫 (2013)。〈著作物製造地與權利耗盡原則—以美國修正式的國際耗盡原則為借鏡檢視我國權利耗盡原則的修正方向〉，《臺北大學法學論叢》，86 期，頁 239-274。
12. 沈宗倫 (2014)。〈專利授權與使用排他權耗盡—以智慧財產法院一〇一年度民專訴字第七三號判決為中心〉，《月旦法學雜誌》，230 期，頁 280-291。
13. 沈宗倫 (2014)。〈數位著作授權與合理傳輸—論權利耗盡原則的新時代意義〉，《智慧財產評論》，12 卷 1 期，頁 1-35。
14. 沈宗倫 (2015)。〈著作權法之基本用語與法律體系概述〉，《月旦法學教室》，150 期，頁 68-78。



15. 周天 (2011)。〈網路時代我國數位出版產業面臨的著作權挑戰〉，《檢察新論》，10 期，頁 2-19。
16. 林合民(1997)。「拆封授權條款的法律效力」，《智慧財產權管理季刊》，15 期，頁 36-38。
17. 林利芝 (2011)。〈淺談美國著作權法之「First Sale Doctrine」〉，《月旦法學雜誌》，190 期，頁 94-107。
18. 林利芝 (2012)。〈從 Capitol Records, Inc. v. MP3Tunes, LLC.案初探雲端服務的著作權爭議〉，《智慧財產權月刊》，167 期，頁 33-73。
19. 林利芝 (2012)。〈從著作權到著作重製物所有人之權利—以加拿大最高法院 Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain Inc.案為中心〉，《智慧財產權月刊》，161 期，頁 49-80。
20. 林利芝 (2012)。〈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，頁 150-175。
21. 林利芝 (2013)。〈論著作權法「追及權」之國際現況與展望〉，《智慧財產權月刊》，171 期，頁 132-162。
22. 林麗真 (2011)。〈電子書線上交易契約法律問題探討〉，《中原財經法學》，26 期，頁 131-183。
23. 施偉仁 (2014)。〈數位二手著作的春天？從美國 ReDigi 與歐盟 UsedSoft 案談起〉，《智慧財產權月刊》，191 期，頁 18-27。
24. 洪德欽 (2014)。〈歐洲聯盟法的法源〉，《華岡法粹》，57 期，頁 1-42。
25. 洪麗玲 (1992)。〈歐市對電腦程式之保護〉，《資訊法務透析》，4 卷 6 期，頁 60-73。
26. 胡心蘭 (2013)。〈從美國第九巡迴上訴法院近期案例初探數位環境下著作權耗盡原則〉，《台灣法學雜誌》，218 期，頁 54-62。
27. 胡心蘭 (2014)。〈數位著作授權契約對第一次銷售原則之影響與濫用原則之適




- 用》，《智慧財產評論》，12 卷 2 期，頁 47-98。
28. 胡心蘭 (2016)。〈權利耗盡不耗盡—簡析數位著作次級市場之建構〉，《智慧財產權月刊》，209 期，頁 26-60。
 29. 張於仁 (1994)。〈歐體智慧財產權現況報導—著作權篇〉，《資訊法務透析》，6 卷 7 期，頁 20-41。
 30. 張凱娜 (1997)。〈著作物平行輸入立法之檢討〉，《月旦法學雜誌》，26 期，頁 86-94。
 31. 章忠信 (2000)。〈電腦程式著作之使用所涉及著作權之若干議題—兼評臺灣臺中地方法院八十六年度自字第一二一三號刑事判決及臺灣高等法院臺中分院八十七年度訴字第一〇八號民事判決〉，《法令月刊》，51 卷 10 期，頁 582-595。
 32. 章忠信 (2008)。〈面對著作利用的新局面〉，《智慧財產權月刊》，119 期，頁 21-38。
 33. 章忠信 (2014)。〈3D 列印所牽涉到之智慧財產權議題〉，《專利師》，18 期，頁 18-29。
 34. 章忠信 (2015)。〈英國著作權法最新修法趨勢與觀察〉，《智慧財產權月刊》，197 期，頁 5-28。
 35. 許曉芬 (2015)。〈歐盟著作權最新修法趨勢與挑戰〉，《智慧財產權月刊》，197 期，頁 29-41。
 36. 許耀明 (2005)。〈歐體法院之規範角色與其法律解釋方法：一個法學方法論上的考察〉，《月旦法學雜誌》，127 期，頁 106-131。
 37. 陳世杰 (2009)。〈獨具一格的歐洲法院佐審官制度〉，《淡江人文社會學刊》，37 期，頁 27-52。
 38. 陳自強 (2010)。〈整合中之歐盟契約法〉，《月旦法學雜誌》，181 期，頁 113-132。
 39. 陳秉訓 (2015)。〈從 TRIPS 協定談專利法第 99 條之解釋〉，《興大法學》，17



- 期，頁 141-187。
40. 陳思廷 (2015)。〈著作技術保護措施之互通性之法律研究〉，《成大法學》，30 期，頁 105-149。
 41. 陳家駿 (2008)。〈數位網路電子商務影音光碟出租交易之著作權爭議—從我國實務及美國聯邦最高法院廣達案判決談權利耗盡原則〉，《智慧財產權月刊》，119 期，頁 39-70。
 42. 陳起行 (2007)。〈美國數位著作保護的法理論述〉，《臺大法學論叢》，36 卷 2 期，頁 131-164。
 43. 曾勝珍、黃鋒榮 (2011)。〈2010 年加拿大著作權現代化法草案之評析〉，《東海大學法學研究》，35 期，頁 165-217。
 44. 馮震宇 (2000)。〈論網路科技發展對合理使用的影響與未來〉，《法令月刊》，51 卷 10 期，頁 539-570。
 45. 馮震宇 (2001)。〈從 MP3 法律爭議論網路著作權保護之未來〉，《月旦法學雜誌》，74 期，頁 115-139。
 46. 馮震宇 (2001)。〈論美國 DMCA 反規避條款之規定與檢討〉，《智慧財產權》，頁 45-87。
 47. 馮震宇 (2003)。〈散布權的適用與侵害〉，《月旦法學教室》，11 期，頁 32-33。
 48. 馮震宇 (2004)。〈數位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，頁 68-91。
 49. 馮震宇、胡心蘭 (2001)。〈論美國著作權法合理使用原則之發展與適用〉，《中原財經法學》，6 期，頁 159-225。
 50. 楊淑玲 (2007)。〈淺論拆封授權條款相關問題〉，《萬國法律》，155 期，頁 77-84。
 51. 楊智傑 (2010)。〈智慧財產權差別取價之研究—以藥物專利與電影著作為例〉，《財產法暨經濟法》，24 期，頁 71-128。



52. 楊智傑 (2012)。〈著作權濫用與不當使用之研究〉，《公平交易季刊》，20 卷 2 期，頁 1-64。
53. 劉孔中 (2005)。〈著作權法有關科技保護措施規定之研究〉，《月旦法學雜誌》，119 期，頁 70-90。
54. 劉孔中 (2013)。〈著作權法宏觀修法之比較研究〉，《智慧財產評論》，11 卷 2 期，頁 1-56。
55. 劉靜怡 (2001)。〈從美國法制經驗看網際網路時代的反托拉斯法：政府管制介入科技創新發展的迷思？〉，《政大法學評論》，67 期，頁 227-288。
56. 劉靜怡 (2011)。〈數位時代的知識生產模式與學術資源開放近用運動—以美國法學期刊為例〉，《政大法學評論》，123 期，頁 193-252。
57. 蔡宗珍 (1997)。〈網際網路上著作權保障的理論與困境〉，《月旦法學雜誌》，21 期，頁 38-43。
58. 蔡岳勳、胡心蘭 (2005)。〈從法律與經濟學的角度分析美國著作權法之科技保護措施及合理使用原則〉，《中原財經法學》，14 期，頁 157-243。
59. 蔡明誠 (1989)。〈評民國七十九年著作權法修正草案〉，《政大法學評論》，40 期，頁 203-215。
60. 蔡明誠 (1990)。〈論智慧財產權之用盡原則—試從德國法觀察、兼論歐洲法之相關規範〉，《政大法學評論》，41 期，頁 225-257。
61. 蔡明誠 (2001)。〈加入 WTO 對我國智慧權保護法制的影響〉，《月旦法學雜誌》，79 期，頁 47-58。
62. 蔡明誠 (2013)。〈智慧權法中之平行輸入、用盡原則與國際用盡理論之探討—從最高法院 98 年度台上字第 597 號民事判決出發〉，《法令月刊》，64 卷 8 期，頁 1-14。
63. 蔡鏞宇 (2015)。〈建立與伯恩公約/TRIPs 相容之著作權形式要件(formalities) 制度〉，《專利師》，21 期，頁 1-18。

- 
64. 鄭中人(2004)。
〈論我國著作權法上之使用報酬請求權〉，《月旦法學雜誌》，105期，頁 92-107。
65. 蕭宏宜(2008)。
〈P2P 業者的刑事責任問題—ezPeer 與 Kuro 案判決評析〉，《法令月刊》，59 卷 9 期，頁
66. 蕭宏宜(2012)。
〈第一次銷售原則與輔助侵害著作權的美國實務趨勢〉，《科技法律透析》，24 卷 11 期，頁 48-62。
67. 蕭宏宜(2013)。
〈耗盡原則與軟體轉售—以美國與歐盟的發展為中心〉，《東吳法律學報》，24 卷 4 期，頁 139-173。
68. 謝銘洋(2001)。
〈智慧財產權與有體物之關係〉，《月旦法學雜誌》，第 70 期，頁 24-25。
69. 簡資修(2004)。
〈法律經濟分析的倫理價值與法學方法——一個簡要調和式的說明〉，《月旦法學雜誌》，114 期，頁 207-210。
70. 藍弘仁(2004)。
〈我國著作權法關於「暫時性重製」修正對於電腦程式著作影響之評析〉，《月旦法學雜誌》，105 期，頁 108-119。

研討會論文

1. 林利芝(2014)。
〈從美國著作權濫用原則檢視電腦程式著作授權契約附加限制使用條件—以美國聯邦第九巡迴上訴法院 *Apple Inc. v. Psystar Corp.* 案為中心〉，收於：李傑清(編)，《2014 智慧財產權理論與實務研討會論文集》(光碟)，頁 237-257。台北：國立臺北科技大學智慧財產研究所。
2. 林利芝(2011)。
〈著作權濫用之探討—以科技保護措施控制一般商品「售後市場」為例〉，收於：劉尚志(編)，《2011 年第十五屆全國科技法律研討會論文集》(光碟)，頁 631-658。新竹：國立交通大學科技法律研究所。

座談會紀錄

1. 月旦法學雜誌(2004)。
〈「新版著作權法—著作權保護的一大步？」座談



會》，《月旦法學雜誌》，106期，頁100-119。

2. 台灣法學雜誌(2001)。〈成大學生宿舍搜索事件法律問題之探討〉，《台灣法學雜誌》，23期，頁53-116。

未出版之學位論文

1. 周舒雁(1996)。《標準電腦軟體利用契約之研究》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文(未出版)，台北。
2. 邱詩芳(2015)。《網路環境中之著作權法第一次銷售原則—迷思之化解與困境之突破》，國立中央大學產業經濟研究所碩士論文(未出版)，桃園。
3. 郭聯彬(1997)。《網路上軟體使用授權契約之研究》，私立輔仁大學法律學研究所碩士論文(未出版)，新北市。
4. 陳奐君(2014)。《論數位著作之權利耗盡—從數位二手市場到雲端服務平台》，國立政治大學智慧財產研究所碩士論文(未出版)，台北。
5. 陳皓芸(2008)。《從著作權與競爭法交錯之觀點分析著作真品平行輸入相關法制問題》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文(未出版)，台北。
6. 黃秋蓮(2013)。《專利權及著作權濫用原則與競爭法規之互動—以美國法為借鏡—》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文(未出版)，台北。
7. 黃國政(2006)。《著作之散布權與權利耗盡之研究》，私立世新大學法律研究所碩士論文(未出版)，台北。
8. 黃惠敏(2005)。《數位時代下著作權授權契約與著作權限制衝突之研究》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文(未出版)，台北。
9. 葉奇鑫(1998)。《電腦軟體拆封授權契約之研究》，私立東吳大學法律研究所碩士論文(未出版)，台北。
10. 羅文傑(1997)。《著作在電腦網路上的重製與散布問題之研究》，私立東吳大學法律系碩士班乙組碩士論文(未出版)，台北。



電子書或網路單篇文章

1. 中華民國證券商業同業公會(2008)。《建立以「原則為基準(Principles-based)」之證券商監理制度》。載於：
<http://www.csa.org.tw/downoc/doc/98%E5%B9%B4%E8%AD%89%E5%88%B8%E5%85%AC%E6%9C%83%E7%A0%94%E7%A9%B6%E5%A0%B1%E5%91%8A/%E5%BB%BA%E7%AB%8B%E4%BB%A5%E5%8E%9F%E5%89%87%E7%82%BA%E5%9F%BA%E6%BA%96%E4%B9%8B%E8%AD%89%E5%8B%8E%E5%95%86%E7%9B%A3%E7%90%86%E5%88%B6%E5%BA%A6.pdf>。
2. 沈建一(2015)。〈歐盟是怎麼「盟」?(9)〉。載於：
http://www.dois.moea.gov.tw/doisbin/qd_fdr.exe?STARTPRO=../bin/news.pro&template=display&flag=main&num_DATA_SINGLE=1040921203818。
3. 洪盛毅(2014)。《出席「2014年第16屆澳洲著作權研討會」報告》。載於：
http://report.nat.gov.tw/ReportFront/report_detail.jsp?sysId=C10301006。
4. 洪盛毅(2016)。《出席「2015年第17屆澳洲著作權研討會」報告》。載於：
http://117.56.68.88/ReportFront/report_detail.jsp?sysId=C10403798。
5. 夏禾、張俊宏(2015)。《出席「2014年泛歐智慧財產權高峰會(The PanEuropean Intellectual Property Summit)」報告》。載於：
http://report.nat.gov.tw/ReportFront/report_detail.jsp?sysId=C10305051。
6. 章忠信(2003)。〈著作權保護、科技發展與合理使用—談新著作權法關於合理使用的已然與未然〉。載於：
www.copyrightnote.org/paper/pa0030.doc。
7. 章忠信(2009)。〈著作權法第五十九條之一〉。載於：
<http://www.copyrightnote.org/ArticleContent.aspx?ID=11&aid=112>。
8. 經濟部智慧財產局(2014)。〈數位重製物是否有耗盡原則之適用?〉。載於：
<https://www.tipo.gov.tw/dl.asp?filename=441811572271.docx>。



9. 經濟部智慧財產局 (2013)。《網路傳輸授權模式之研究與所發生之著作權爭議與因應》。載於：
<https://www.tipo.gov.tw/dl.asp?fileName=41311575826.pdf>。
10. 賴文智 (2002)。〈數位環境授權契約與合理使用〉。載於：
www.is-law.com/old/OurDocuments/CR0035LA.pdf。

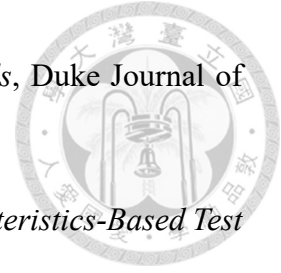
(二) 英文部分

英文專書

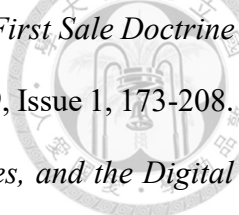
1. Poltorak, Alexander I. & Lerner, Paul J. (2011). *Essentials of Intellectual Property Law, Economics, and Strategy*, Wiley, 2nd edition.
2. Nard, Craig Allen & Barnes, David W. & Madison, Michael J. (2006). *The Law of INTELLECTUAL PROPERTY*, Aspen Publishers.
3. Burk, Dan L. & Lemley, Mark A. (2009). *The Patent Crisis and How the Courts Can Solve It*, University Of Chicago Press.
4. Agarwal, Girish (2015). *Implementing a Digital First Sale Doctrine: Comparative Study of the E.U. and the U.S.A.*, Anchor Academic Publishing.

英文期刊文獻

1. Ashtar, Reuven (2011). *Licensing as Digital Rights Management, from the Advent of the Web to the iPad*, Yale Journal of Law and Technology, Vol. 13, Issue 1, 141-187.
2. Brassel, Alandis Kyle (2015). *Confused, Frustrated, and Exhausted: Solving the U.S. Digital First Sale Doctrine Problem through the International Lens*, Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 48, Issue 1, 245-272.
3. Cobb, Kristin (2014). *The Implications of Licensing Agreements and the First Sale*



- Doctrine on U.S. and EU Secondary Markets for Digital Goods*, Duke Journal of Comparative and International Law, Vol. 24, Issue 3, 529-556.
4. Capobianco, Gregory (2014). *Rethinking ReDigi: How a Characteristics-Based Test Advances the Digital First Sale Doctrine Debate*, Cardozo Law Review, Vol. 35, Issue 1, 391-430.
 5. Dobson, Monica L. (2015). *ReDigi and the Resale of Digital Media: The Courts Reject a Digital First Sale Doctrine and Sustain the Imbalance between Copyright Owners and Consumers*, Akron Intellectual Property Journal, Vol. 7, Issue 2, 179-211.
 6. Determann, Lothar & Nimmer, David (2015). *Software Copyright's Oracle from the Cloud*, Berkeley Technology Law Journal, Vol. 30, Issue 1, 161-212.
 7. Determann, Lothar (2014). *What Happens in the Cloud: Software as a Service and Copyrights*, Berkeley Technology Law Journal, Vol. 29, Issue 2, 1095-1130.
 8. Hess, Evan (2013). *Code-ifying Copyright: An Architectural Solution to Digitally Expanding the First Sale Doctrine*, Fordham Law Review, Vol. 81, Issue 4, 1965-2012.
 9. Lunney, Glynn S. Jr. (2001). *The Death of Copyright: Digital Technology, Private Copying, and the Digital Millennium Copyright Act*, Virginia Law Review, Vol. 87, Issue 5, 813-920.
 10. McIntyre, Stephen (2014). *Game over for First Sale*, Berkeley Technology Law Journal, Vol. 29, Issue 1, 1-60.
 11. Pallante, Maria A. (2013). *The Next Great Copyright Act*, Columbia Journal of Law & the Arts, Vol. 36, Issue 3, 315-344.
 12. Perzonowski, Aaron & Schultz, Jason (2014). *Legislation Digital Exhaustion*, Berkeley Technology Law Journal, Vol. 29, Issue 3, 1535-1558.

- 
13. Reis, Sarah (2015). *Toward a “Digital Transfer Doctrine”?* *The First Sale Doctrine in the Digital Era*, Northwestern University Law Review, Vol. 109, Issue 1, 173-208.
 14. Serra, Theodore (2013). *Rebalancing at Resale: Redigi, Royalties, and the Digital Secondary Market*, Boston University Law Review, Vol. 93, Issue 5, 1753-1808.
 15. Soma, John T. & Kugler, Michael K. (2014). *Why Rent When You Can Own: How ReDigi, Apple, and Amazon Will Use the Cloud and the Digital First Sale Doctrine to Resell Music, E-Books, Games, and Movies*, North Carolina Journal of Law & Technology, Vol. 15, Issue 3, 425-462.
 16. Tobin, Jonathan C. (2011). *Licensing as a Means of Providing Affordability and Accessibility in Digital Markets: Alternatives to a Digital First Sale Doctrine*, Journal of the Patent and Trademark Office Society, Vol. 93, Issue 2, 167-188.
 17. Zinda, Stephen (2012). *Preserving the Copyright Balance: Why Copyright Misuse Should Invalidate Software Licenses Designed to Prohibit Resale and Oust Service Market Competition*, Houston Law Review, Vol. 48, Issue 5, 1241-1274.

未出版之學位論文

Diriyai, Nengimote Daphne (2014). *To Be or Not To Be? Constructing a Digital Exhaustion Doctrine in the EU and US*. Tilburg University, Tilburg.

電子書或網路單篇文章

1. Feiler, Lukas (2013). *Birth of the First-Download Doctrine: The Application of the First-Sale Doctrine to Internet Downloads under EU and U.S. Copyright Law*, Stanford-Vienna TTLF Working Papers No. 17.
Available at: <http://ttlf.stanford.edu>.
2. Galič, Maša (2015). *The Legality of Resale of Digital Content after UsedSoft in Subsequent German and CJEU Case Law*, European Intellectual Property Review



(37, issue 7).

Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2754497>

3. Hargreaves, Ian (2011). *Digital Opportunity: A Review of Intellectual Property and Growth*,

Available at:

https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/32563/ipreview-finalreport.pdf.

4. HM Government (2012). *MODERNISING COPYRIGHT: A Modern, Robust and Flexible Framework*,

Available at: <http://www.ipo.gov.uk/response-2011-copyright-final.pdf>

5. Hoffelder, Nate (2016). *Amazon Pursues a Canadian Patent on Selling Used Digital Content*,

Available at: <http://the-digital-reader.com/2016/02/24/amazon-files-for-canadian-patent-on-selling-used-digital-content/>

6. Mezei, Péter (2014). *The Theory of Functional Equivalence and Digital Exhaustion—An Almost Concurring Opinion to the UsedSoft v. Oracle Decision*,

Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2496876> or

<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2496876>

7. Milliard, Coline (2015). *No Artist Resale Rights for US, for Now*,

Available at: <https://news.artnet.com/market/no-artist-resale-rights-for-us-for-now-220318>

8. National Telecommunications & Information Administration (2001). *Report to Congress: Study Examining 17 U.S.C. Sections 109 and 117 Pursuant to Section 104 of the Digital Millennium Copyright Act*,

Available at: <http://www.ntia.doc.gov/print/report/2001/report-congress-study->



- examining-17-usc-sections-109-and-117-pursuant-section-104-digital
9. Peckham, Matt (2013). *ReDigi CEO Says the Court Just Snatched Away Your Right to Resell What You Legally Own*,
Available at: <http://techland.time.com/2013/04/25/redigi-ceo-says-the-court-just-snatched-away-your-right-to-resell-what-you-legally-own/>
 10. Prensky, Marc (2001). *Digital Natives, Digital Immigrants*,
Available at: <http://www.marcprensky.com/writing/Prensky%20-%20Digital%20Natives,%20Digital%20Immigrants%20-%20Part1.pdf>
 11. Rosati, Eleonora (2014). *Dutch court refers questions to CJEU on e-lending and digital exhaustion, and another Dutch reference on digital resale may be just about to follow*,
Available at: <http://ipkitten.blogspot.tw/2014/09/dutch-court-refers-questions-to-cjeu-on.html>
 12. Solomon, Brian (2014). *GameStop Plunges After Sony Unveils PlayStation Now Streaming Service*,
Available at: <http://www.forbes.com/sites/briansolomon/2014/01/07/gamestop-plunges-after-sony-unveils-playstation-now-streaming-service/>
 13. Solsman, Joan E. (2013). *Netflix, YouTube Gobble Up Half of Internet Traffic*,
Available at: <http://www.cnet.com/news/netflix-youtube-gobble-up-half-of-internet-traffic/>
 14. The Department of Commerce Internet Policy Task Force (2013). *Copyright Policy, Creativity, and Innovation in the Digital Economy*,
Available at:
<http://www.uspto.gov/sites/default/files/news/publications/copyrightgreenpaper.pdf>
 15. The Department of Commerce Internet Policy Task Force (2016). *White Paper on*



Remixes, First Sale, and Statutory Damages,

Available at:

<http://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/copyrightwhitepaper.pdf>

16. Twomey, Matt (2013). *Can a Used E-Book Market Survive the Legal Attacks?*,
Available at: <http://www.cnbc.com/id/100692092>
17. U.S. Copyright Office (2011). *DMCA SECTION 104 REPORT*,
Available at: http://www.copyright.gov/reports/studies/dmca/dmca_study.html
18. U.S. Copyright Office (1998). *Summary of The Digital Millennium Copyright Act of 1998*,
Available at: www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf
19. U.S. Copyright Office (2016). *The Making Available Right in the United States: A Report of the Register of Copyrights*,
Available at: http://copyright.gov/docs/making_available/making-available-right.pdf