

國立臺灣大學法律學院法律學系

碩士論文

Department of Law

College of Law

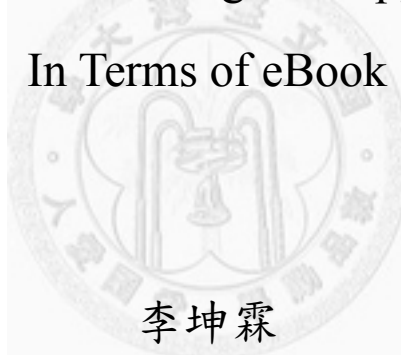
National Taiwan University

Master Thesis

線上數位著作授權地域限制之研究－以電子書為中心

Territorial Restrictions of Digital Copyright Licensing－

In Terms of eBook



Kun-Lin Lee

指導教授：謝銘洋 博士

Advisor: Ming-Yan Shieh, Ph.D.

中華民國 101 年 1 月

Jan. 2012

誌 謝

論文寫了近兩百頁，終於寫到了謝辭的部分。還記得研一的時候還不知死活地跟曉慧老師開玩笑說：既然寫謝辭是最愉快的部分，那就先寫謝辭吧！不過，老師只是微笑地溫柔提醒，如果沒有好好地做完研究，好好地寫完一本論文，是沒辦法感受到寫謝辭的快樂的。如今看來，誠哉斯言，當初真是太白目一些。當論文寫作到了尾聲，也代表求學生涯必須暫時告一個段落，往下個階段邁進。然而，心中除了喜悅以外，更多的是感恩。當我回首寫作的過程，無可避免地也回顧了大學畢業後到進法研所前的這一段跌跌撞撞的過程以及法研所三年的點點滴滴。值得感恩的是，這一路上，幸虧有許多師長朋友鼓勵、指引、提攜與陪伴，讓我這條路即使走得有點曲折卻不會失了方向，雖然有點辛苦卻不曾孤獨。

這一路走來，首先必須感恩這路上提攜與指引我的師長們，而最先要感恩的是我的父母。我的爸媽對於我服完兵役後再回到學校的百分之百支持，讓我退伍後在外租屋準備考試時可以心無旁騖。而他們身體健康，辛勤工作維持家裡穩定的經濟狀況，讓我沒有後顧之憂地可以完成學業。在我撰寫論文期間，他們也不曾給我壓力，催促我及早畢業，讓我毋須倉促寫作。其次，我要感謝我的指導老師，謝銘洋教授。打從我剛考上研究所那年尚未入學的暑假開始，謝老師就讓我參與數位典藏計畫，讓我有機會提早接觸研究工作，奠定往後修課做報告與撰寫畢業論文的基礎。論文撰寫期間，老師除了給我在論文撰寫上許多寶貴的意見外，偶爾還要在慢跑時接受我用論文問題「騷擾」。而老師對於慢跑的熱中激勵了我繼續慢跑的鬥志，也讓我看到自己一直以來缺乏耐性的短處。此外，更要感謝陳曉慧教授在我參與研究計畫期間兩年來的指導，讓我在就學期間有堅實的基礎完成各種學業上的挑戰，在論文寫作期間也有豐富的現成資料可以參考。另外，更要感曉慧老師與張懿云教授在口試時給予我的肯定以及豐富而具體的修正意見，

著實惠我良多。

另外，也要感謝過去四個月來在台北地方法院公證處指導我進行民間公證人實務訓練的所有同仁，特別是林尚音主任以及指導我實習的陳靜心公證人與洪西東公證人，他們體諒我仍未完成論文，給我在實習期間相當多的便利得以經常返校處理論文事宜。另外，也必須感謝公證處所有同仁四個月來的照顧與指導，讓我在公證處學習期間不僅收穫豐富，也感到相當愉快自在。真的很感恩在人生邁入下一階段的當下可以認識這些可愛、善良而正直的朋友。當然，也要感謝這四個月來一起在公證處學習的林公、淑卿以及之和，幸好有他們像革命夥伴一般的陪伴與協助，我才能順利把論文與四個月的公證人實務訓練課程完成。

最後，我必須感謝我的女朋友孟珊，感謝她當初激勵我繼續攻讀碩士學位以及這一路的陪伴。感謝我那在科技公司當研發副理的表哥郁智，多虧他提供本論文在地理定位技術方面的諮詢，我才能順利完成第一章。也感謝在研究所求學及參與研究計畫期間我所認識的每位朋友的幫忙與陪伴，像是我打從新生體檢就認識到现在的同門師兄弟向旭、經常被我麻煩著做東做西的慧珊、研究所期間經常帶我們一票助理出去「聯誼」的欣怡、總是與我們同仇敵愾的若凡、論文寫作期間與我分享畢業情報的晏慈與書郁、從念外文系時就認識到現在並且一直在我身旁鼓舞我的好朋友盛加、論文寫作期間帶我征戰兩場路跑賽事的冠廷、大學認識到現在且在我回到學校這三年多來每個月都與我一起去芳蘭山莊關懷老榮民的育禔，以及與我一起住了三年但給了我很多個人空間而能夠專心寫論文的室友喻傑學長。當然，還有許多的朋友在這個人生的階段给了我許多的忠告、啟發、鼓勵與陪伴，無法在此一一細數，真的很感恩這一路上遇到的你們，不論你們在我的生活中留下了什麼，都成了我生命成長的重要養分以及繼續前進的動力。

中文摘要

美國電子書市場沿襲實體書市場中的授權策略，試圖透過技術措施來將實體書市場中的授權地域限制落實於網路世界中。而目前的科技的確也足以提供著作權人許多方式來對消費者的所在區域進行辨識與定位。本文以市場區隔理論來檢驗此種措施的妥適性，以及討論其是否有可能達成授權地域限制在法律上與經濟上之目的。並且以差別取價理論來驗證此等措施落實之有效性，特別是從規範上檢驗著作權法是否能協助落實此等措施。本文認為，受到網路鋪設普及度之影響，即便要在網路世界落實地域限制，也不應直接將實體書世界的授權規則套用在網路世界中。此外，不論是從平行輸入禁止、科技保護措施、授權契約等面向，皆可發現網路世界的地域限制措施難以受到法律的保護。總結來說，對終端消費者進行任何的地域限制並不可行，著作權人應該考慮對數量較少的直接被授權人進行地域限制，例如僅對交易平台或是出版社進行限制，或是乾脆將全球視為單一之市場。對華文電子書市場來說，著作權人可以考慮以其他授權條件來區隔市場，例如以文字差異作為授權條件已進行市場區隔。如此，方可兼顧電子書著作權人極大化經濟利益、避免中間商（包含交易平台）跨區域競爭以及保障終端消費者合法近用電子書之權利等利益。

關鍵字：電子書、授權、地域限制、差別取價、市場區隔、線上數位著作、平行輸入、科技保護措施、防盜拷、授權條件

Abstract

Nowadays, the copyright owners of American eBook market maintain the licensing practice of book market, implementing territorial restriction on ebook licensing. Although there are many technical means helping enforce territorial restriction in the cyber world, this paper wonders the enforceability of such means and whether they can reach the economic and legal purposes of territorial restriction or not. This paper applies the market segmentation theory to examine the appropriateness of applying the same territorial market segmentation in real world to cyber world. Price discrimination theory is also used to explore the enforceability of such practice, especially in terms of copyright law. This paper argues that even it is necessary to implement the same rule on Internet, we should also take the uneven geographical development of the Internet into account, rather than replicate the same territorial market arrangement. In addition, no matter in terms of parallel importation, technological protection measures, or licensing agreement, we can find them useless in protecting the territorial restrictions from being violated. In conclusion, it isn't enforceable to apply territorial restrictions over the ebook end users. Copyright owners should consider applying this rule only over the direct licensees, whose number is smaller, such as publishers or ebook platforms, or managing the global market as a whole. As for Chinese ebook market, copyright owners may consider applying other licensing restrictions to segment the market. For example, the traditional and simplified characters may be used as the licensing restriction. That way, the needs to maximize the loyalty income of copyright owners, to avoid cross-territorial competition among licensees or agencies, including platforms, and to protect the end users' right to legally access ebooks might all be satisfied.

Keyword : territorial restriction, parallel importation, technological protection measures, DRM, licensing agreement, ebook, price discrimination, market segmentation theory, digital content, online content

目 錄

誌謝.....	i
中文摘要.....	iii
Abstract.....	iv
第一章 緒論	1
第一節 研究動機與目的	1
第一項 研究動機	1
第二項 研究目的	4
第二節 研究範圍、架構與方法	5
第一項 研究範圍	5
第二項 研究架構	7
第三項 研究方法	8
第二章 綜觀線上數位著作之授權地域限制.....	9
第一節 線上數位著作意義、特性與類型	9
第一項 意義.....	9
第二項 特性.....	10
第一款 重製便利	11
第二款 無實體化	12
第三款 數位匯流	13

第四款 去中介化	16
第三項 類型.....	17
第一款 即時性與隨選互動性資訊	17
第二款 線上近用與可供下載	18
第四項 電子書.....	19
第一款 定義.....	19
第二款 電子書之特性	20
第三款 線上電子書交易之三重數位性質	23
第二節 地理位置在網際網路之意義與功能	25
第一項 網際網路與地理界線之關係	25
第一款 網際網路與網際空間	25
第二款 網路無國界	26
第三款 網路有國界	27
第二項 地理位置與網際空間的對應關係	29
第一款 地理位置	29
第二款 地理位置在網際網路之應用	29
第三款 地理位置資訊與資源的取得及分配	33
第三項 識別地域與地理位置之技術	34
第一款 主動式.....	34

第二款 被動式.....	37
第四項 識別地理位置之目的	39
第一款 興利.....	39
第二款 防弊.....	39
第五項 網路上定位功能所衍生之問題	41
第一款 隱私權問題	42
第二款 安全問題	42
第三節 電子書與其他線上數位著作限制授權地域之態樣.....	43
第一項 地域限制手段	43
第一款 契約.....	43
第二款 IP 位址過濾（Geo-blocking／Geo-filtering）	44
第三款 信用卡帳單地址	45
第二項 地域限制的效果	46
第一款 差別取價	46
第二款 限制交易與近用	47
第三款 限制利用方式	47
第四節 地域限制在電子書與其他線上著作之應用	48
第一項 電子書線上平台所為之地域限制	48
第一款 Google eBooks Store 的地域限制	48

第二款 Barnes and Nobles 的 Nook Book 地域限制	49
第三款 Amazon 的 Kindle Book 地域限制	51
第四款 Sony 的地域限制	52
第二項 其他線上數位著作之地域限制	53
第一款 影音分享社群網站	53
第二款 線上音樂廣播	54
第三款 線上串流影片	55
第四款 線上遊戲	56
第五節 常見的規避方式介紹	56
第一項 對 Geo-blocking 的規避—VPN	56
第二項 對 Geo-blocking 的規避—Proxy	58
第六節 小結	59
第三章 電子書與實體書地域限制之比較	61
第一節 著作財產權之內容及其法律上限制	61
第一項 著作性質	61
第一款 實體書	61
第二款 電子書	63
第二項 著作財產權	65
第一款 類型	65

第二款 實體書之著作財產權	67
第三款 電子書之著作財產權	67
第三項 著作財產權之法律上限制	68
第一款 合理使用	68
第二款 散布權及其限制：第一次銷售原則（權利耗盡）	
70	
第三款 輸入輸出之權及其限制	73
第四款 強制授權	77
第五款 電子書之著作財產權限制與合理使用	78
第二節 圖書供應鏈上的地域限制觀察	80
第一項 作者與出版社	81
第一款 出版契約之意義	81
第二款 出版契約之性質	81
第三款 出版契約之地域約定	82
第四款 新型態的出版模式—POD	86
第二項 出版社與中間商	86
第一款 經銷契約之定義	86
第二款 經銷契約之地域約定	88
第三款 經銷契約之本質	90

第四款 經銷商的圖書出口行為	90
第三項 出版社與零售通路—以網路書店為例	92
第四項 電子書之產業鏈及其法律關係	94
第一款 市場參與者	94
第二款 參與者之間的法律關係	95
第三款 地域限制之約定	97
第三節 地域限制之標的及其目的	97
第一項 地域限制之標的	97
第一款 對於實體書	98
第二款 對於電子書	100
第二項 法律上目的	101
第一款 外國人著作之保護	101
第二款 智慧財產權之屬地主義	103
第三款 強制授權下的地域限制	104
第四款 涉外法律適用與管轄	104
第三項 經濟上目的	105
第一款 進行市場區隔	105
第二款 節省授權金	108
第四節 市場區隔與地域限制	109

第一項	市場區隔及其理論	109
第一款	市場區隔	109
第二款	市場區隔理論	109
第二項	實體書地域限制與市場區隔理論	110
第三項	電子書地域限制與市場區隔理論	111
第一款	概說.....	111
第二款	市場區隔理論之檢驗	112
第三款	較佳之地理市場區隔方式	113
第五節	小結	114
第四章	電子書的地域限制實踐分析.....	116
第一節	差別取價理論作為驗證工具	116
第一項	差別取價	116
第一款	概說.....	116
第二款	授權人或被授權人具備市場力量	118
第三款	可以用價格來區別消費者	120
第四款	避免套利	120
第二項	避免套利之檢驗：不可移轉性	122
第一款	客觀自然因素	122
第二款	契約安排	123

第三款 法律規範	123
第三項 實體書地域限制之實踐分析	124
第一款 以價格區分消費者	124
第二款 授權契約與不可移轉性	125
第三款 形成不可移轉性之非契約因素	130
第四款 小結	131
第二節 平行輸入禁止對電子書不可移轉性之影響	132
第一項 平行輸入禁止	132
第一款 平行輸入之意義	132
第二款 平行輸入禁止之目的	133
第三款 立法及構成要件	134
第二項 線上電子書對平行輸入之衝擊	136
第一款 電子商務的去中介化	136
第二款 線上電子書之無實體化	137
第三款 電子書之提供與取得	139
第四款 美國著作權法「外國網站條款（Foreign Site Provision）」之介紹	140
第三項 小結	143
第三節 科技保護措施對電子書不可移轉性之影響	143

第一項	科技保護措施之目的及其立法	145
第二項	科技保護措施	145
第一款	用於區隔地域市場之相關技術措施	145
第二款	意義及其要件	146
第三項	規避行為	153
第四項	準備行為與規避工具	154
第一款	比較法上觀察	155
第二款	我國法之規定	156
第五項	小結	157
第四節	授權契約對電子書不可移轉性之影響	157
第一項	授權契約	158
第一款	特徵	158
第二款	類型	159
第三款	效力	161
第四款	授權條件	163
第二項	對網路銷售平台	163
第一款	契約性質	163
第二款	地域約定之方式	164
第三款	違反地域限制約定之效果	167

第三項	對終端消費者	168
第一款	電子書使用條款 (Terms of Use/Terms and Conditions)	168
第二款	契約性質	174
第三款	地域約定方式	175
第四款	違約之效果	177
第四項	小結	178
第五節	以價格區別消費者之可能性：域外電子書交易之法律效果179	
第一項	銷售平台業者	179
第一款	公開發表權之侵害	179
第二款	公開傳輸權之侵害	180
第二項	消費者	180
第一款	重製權之侵害	181
第二款	契約得撤銷	182
第六節	小結	183
第五章	結論與對台灣電子書產業之啟示	187
第一節	結論	187
第二節	建議	192

第三節	對台灣電子書產業之啟示	193
參考文獻.....		196



第一章 緒論

第一節 研究動機與目的

第一項 研究動機

著作之數位化、網際網路之普及加上資訊應用科技的進步，使得著作之利用方式更加多元，使用者近用著作的機會也大幅增加。數位化使得幾乎各種形式與內容的著作皆可轉化成0與1的數位格式而利用各式數位裝置儲存、讀取與編輯¹；網際網路無遠弗屆的特性，使得著作之近用沒有時間、距離與地理環境的限制；資訊應用科技在硬體與軟體上的發展，更充分利用數位化與網際網路的上述特性，實現各種著作利用的形式。如此的發展，伴隨而來新型態的利用方式，除了引發新形態的侵權爭議²與規範上的修正³以外，也使得傳統的著作權授權安排有重新檢討之必要。傳統以實體著作物作為客體之各種授權條款是否皆能適用在以網際網路作為傳輸媒介的數位著作上？以授權條件中的地域限制來說，授權人要如何因應網路「無國界」所帶來的挑戰，以便對數位著作為理想的授權安排，此乃本文關心之問題。

著作權法第37條第1項規定：「著作財產權人得授權他人利用著作，其授權利用之地域、時間、內容、利用方法或其他事項，依當事人之約定；其約定不明之部分，推定為未授權。」基於契約自治，著作權人自得在不違反強制規定的前提下以各種條件授權他人利用，條件也不限於上述規定例示之地域、時間、內容與利用方法。網際網路的發達與數位化技術之發展使得大部分著作得以數位形式在網際網路上快速流通，並且超越國界與地域的藩籬。網際網路具有「無遠弗屆」

¹ 此即所謂數位匯流現象，詳下述。

² 例如點對點(peer to peer)檔案交換軟體的提供者與其網路平台之經營者對於重製權侵害的間接侵權責任問題。

³ 公開傳輸權的立法即是著眼於網際網路傳輸屬於「互動式隨選之傳播行為」，終端消費者對於著作的接收不再處於被動的地位，對於將著作置於網路上提供不特定公眾於任何時間、地點自由接收著作內容之行為，已非公開演出、公開播送、公開上映等等權利可以涵蓋。

而不受地理界線阻隔的特性，但不當然表示當著作權人授權他人利用網際網路提供其著作時，則「無法」或「不得」再對著作在網路上散布流通之地域加以限制⁴。傳統有形的著作重製物可以透過約定限制流通散布之地域，並且由於有體物的國際流通仍有賴實體的交通工具以及各國海關對於貨物進出口之把關，因此，授權地域之限制尚可有效落實。但在網路世界中，數位著作之授權如何限制利用的地域，誠有疑問。

本文觀察以美國為主的線上串流影音網站以及電子書交易平台後發現，不管是線上廣播、線上影音或是電子書線上交易，幾乎都不開放美國境外網路使用者進行瀏覽或交易，仍舊在形式上透過各種技術上的措施落實地域限制。各個網路平台對於此一限制的解釋，無非是基於著作權人對於授權利用地域之限制。此一現象在電子書尤其受到諸多使用者的批評⁵，一則因為這種限制不僅剝奪了使用者原本在實體書籍上的諸多權利，也造成使用者在搭配各種行動閱讀載具進行跨國界的使用時的不便；二則認為平台業者所採取的限制措施不僅易於規避，禁止潛在消費者透過合法管道購買電子書是在逼迫消費者向盜版靠攏。

關於前述的第一個批評，一般而言，終端消費者在實體書籍的境外取得上，大致上有兩種方式：一是由消費者自行在境外取得境外出版的圖書，並攜帶回國；二是消費者自網路上取得境外出版的圖書，再由該境外被授權販售者以郵寄方式寄達消費者。二者皆不違反平行輸入禁止之規定⁶，實際上就亞馬遜網路書店而言，

⁴ 以衛星電視為例，透過衛星播送電視訊號不受到國界之限制，但實際上，衛星電視訊號的發送者仍會透過加密的方式使特定地區或國家的被授權人方可接受與解密，以落實地域之限制。詳參章忠信，《架設接收器接收衛星電視節目是否違法？》，

<http://www.copyrightnote.org/cnote/bbs.php?board=3&act=read&id=589>（最後瀏覽日：2011/9/5）

⁵ Chris Meadows, *Territorial Restrictions Continue to Frustrate eBook Customers*, Jan. 20, 2011, <http://www.teleread.com/ebooks/territorial-restrictions-continue-to-frustrate-e-book-customers/> (last visited Apr. 8, 2011)

⁶ 以亞馬遜書店為例，在 1997 年，英國亞馬遜（Amazon.co.uk）該開張不久，哈利波特第二集—消失的密室率先在英國上市。美國的忠實讀者等不及美國上市，因此有不少人透過英國亞馬遜訂購該書的英國版，並在美國亞馬遜網站（Amazon.com）上發表如何以最低的價格以及最短的時

其可以寄達的地區幾乎涵蓋全球，但消費者必須負擔進口稅、營業稅以及運費。以電子書而言，其取得方式只有一種，無論消費者是否在網路書店被授權地域內上網購書，其方式皆是網路上完成交易並由網路書店將電子書之下載連結發送給消費者。然而，網路書店所設下的地域限制措施使得境外消費者無法於境外購買電子書，換言之，原本在實體書籍可以進行的跨國電子商務，在電子書則受到相當之限制。而在消費者順利購得電子書後，後續的某些利用方式也受到地域限制，例如電子書的「出借」功能。

關於第二個批評，網路書店採取的地域限制措施主要有兩種：過濾上網的實際位置與過濾信用卡帳單註冊地址。前者主要透過 IP 過濾的方式來達成，但實務上規避的手段很多，例如虛擬私人網路（VPN）或代理伺服器（Proxy）。其原理皆是透過第三方的電腦連結到網路書店，以隱藏其真實 IP。後者資訊主要是由使用者在註冊網路書店平台上的個人帳號時自行輸入，網路書店的過濾系統並不會在結帳時自動自金融機構取得該信用卡登記於金融機構之帳單地址，因此其規避並不需任何複雜的技術。然而，不管採取何等限制機制，已然對於消費者取得合法電子書之管道設下障礙，勢必增加消費者尋求盜版電子書的風險。

當然也有認為，對電子書設下地域限制有其必要。其主要的理由包含：第一，小作家仍舊需要將地域市場區隔以利行銷。作為一位暢銷作家，你不需要在市場當地出版，因為簡單的行銷就能很自然地把你推向全球市場，但小作家需要當地的出版社來彌補這個行銷的斷層。第二，避免特定出版社獨佔所有電子書銷售利

間內取得最新哈利波特第二集的方法，造成大量美國讀者向英國亞馬遜購書的現象，導致已經購得哈利波特美國出版權的 Scholastic 公司不滿。不過，依照美國著作權法之規定，雖然禁止著作之平行輸入，但若個人基於個人非散布之使用，可以於境外購買一件帶回美國。亞馬遜的執行長貝佐斯（Bezos）認為，一個美國人在英國亞馬遜網站買一本書，其情形與該美國人在英國倫敦買一本書，放在行李中帶回家，並無二致。任何想要去挑戰或質疑這樣體制的人，一定會犯眾怒。See Robert Spector, *AMAZON.COM-GET BIG FAST*, 188-189 (2000)

益，維護本土出版產業。第三，避免僅剩價格競爭⁷。第四，電子書可能影響紙本書的銷售。

美國的電子書產業走在世界的尖端⁸，但電子書的交易卻僅以內國消費者為限。相較於實體書籍早已做起跨國的電子商務，電子書之發展卻是在一開始就設下了地域的限制。當許多評論者一致認為在數位出版下，授權利用地域在無國界的網際網路中已不具任何意義，美國各大電子書交易平台卻仍舊落實程度不等的地域限制。究竟其原由何在？目的又是什麼？是否有必要以及可行？對於台灣的電子書產業，又有何啟發？華文電子書市場是否應有不同的思考？凡此皆引起本文研究的興趣。

第二項 研究目的

本文希望透過對於電子書產業中關於電子書內容之授權地域限制之觀察，了解數位內容之授權利用地域限制在網路世界的實踐，並進而分析此一實踐在無遠弗屆的網際網路中存在的問題，評估其是否有改進或終止之必要，是否應該建立單一（地域）市場。本文希望能夠找到一種得以因應數位著作與網際網路特性的授權模式，在公眾對著作之取得、使用利益與著作權人之經濟利益之間找到一個平衡點。

最後，台灣的華文電子書市場尚未出現如美國亞馬遜或邦諾一般成熟與略具規模的電子書交易平台。儘管各種電子閱讀器早已在市面上流通，各種型態的電

⁷ *Digital Must Not Make Territories Obsolete, warns Franklin*, <http://www.thebookseller.com/news/digital-must-not-make-territories-obsolete-warns-franklin.html> (last visited Sep. 5, 2011)

⁸ 在電子書的內容部分，除了各電子書交易平台本身架上的書籍外，古騰堡計畫超過 33,000 本的免費公版電子書更是整個英文電子書內容產業的一大後盾。而主要的電子書交易平台（如亞馬遜、邦諾以及 Sony）皆推出自家品牌的專用閱讀器，亞馬遜的 Kindle 閱讀器在 2010 年的出貨量更是達到 800 萬臺。Kindle 上市三年以來，美國暢銷電子書銷售量已超越紙本書的 2 倍。

子書城百家爭鳴⁹，eInk 電子紙關鍵技術亦掌握在台灣廠商元太科技手中，但是內容的授權一直是台灣電子書產業拼圖中最欠缺的那一塊。雖然華文電子書的發展還談不上國際市場的授權，但中國最大電子書閱讀器供應商漢王科技在閱讀器的銷售量上僅次於亞馬遜所發表的 Kindle¹⁰，其「漢王書城」的簡體華文電子書藏書量據稱亦有 10 萬冊以上，並且已陸續在香港以及台灣架設分站，台灣書城並提供一萬本左右的華文電子書¹¹。此外，依照亞馬遜的發展企圖¹²，亞馬遜進入華文電子書市場只是早晚的問題¹³。因此，台灣電子書產業的數位內容授權與商業模式的確定，其急迫程度與數位內容的充實一樣，都是現階段必須解決的問題。從而，在分析美國電子書產業之際，本文也希望能夠為台灣的電子書產業找到一個適合華文電子書市場的商業模式或是一個發展的方向。具體言之，本文希望至少在釐清內容授權時是否仍需就利用之地域進行限制之後，能夠提供台灣電子書產業之發展一個參考，並且討論是否有調整之必要。

第二節 研究範圍、架構與方法

第一項 研究範圍

在研究客體上，本文以數位著作為研究對象，並將重心放在數位著作中的電子書。又所謂數位著作又依其流通之方式而有離線型與線上型¹⁴之別，前者係指儲存於載體，並以該載體之交付作為散布著作之方式，例如燒錄於光碟的電玩遊戲

⁹ 包含通信業者所提供以手機為閱讀媒介的電子書城（如中華電信的 Hami 書城及遠傳 e 書城）以及由其他業者所提供以個人電腦、平板電腦以及專門閱讀器為載具的電子書城（如城邦的讀書花園—電子書館以及聯合報系的數位閱讀網）。

¹⁰ 經濟日報（12/28/2010），漢王電子書 吃掉大陸 70%市占，A13 版

¹¹ 聯合晚報（12/31/2010）台灣書城上線漢王 辦電子書論壇，B2 版

¹² 亞馬遜創辦人貝佐斯在 1998 年接受 CNET 訪問時，提到他心中的國際版圖及公司發展。他說：「我們要使全球每個角落的人士都能訂購到所需要的書籍，不只是英文書籍而已，甚至還包括德文書籍、日文書籍等。」「我們的焦點主要一直是擺在歐洲與亞洲，這是兩個極大的地區。」張志偉(1999)，《amazon.com—亞馬遜網路書店發跡傳奇》，頁 210-211，台北：城邦

¹³ 亞馬遜書店早已有販售簡體中文圖書的「Joyo 卓越亞馬遜圖書」網站（www.amazon.cn），該站尚未提供中文電子書。

¹⁴ 張懿云（2008），《數位出版應注意之著作權問題》，頁 6-7，台北：經濟部智慧局

或是影音檔案；後者係指著作以無形之數位資料型態透過網際網路傳輸，例如線上之音樂或影片。電子書可能為離線型數位著作，亦可能為線上型者，本文主要以線上型之電子書為討論對象，換言之，只有以網際網路為傳輸媒介的電子書才是本文研究之客體。

其次，有鑑於美國的書籍零售市場乃全球最大¹⁵，因而其電子書之發展亦堪稱全球最成熟，不管在內容的提供、線上交易機制以及閱讀載具的普及度，美國的電子書市場之發展皆可做為其他國家參考學習的對象。因此，本文僅以美國的電子書市場為研究之重心。具體言之，本文將以美國的電子書交易平台之發展情形、其商業模式以及服務條款等為研究之範圍。並且將觸及交易平台與授權出版社之授權安排以及交易平台與消費者間的法律關係。

另外，本文將以授權契約中關於利用地域之約定以及其實際的落實情形為分析研究之對象。因為電子書是紙本書的數位型態，紙本書的電子商務早就做起跨國的生意，但是後來興起的電子書，在無國界無時差的網路世界中卻是打從一開始就只做內國的生意，即使是容許跨國交易的交易平台，亦採取差別取價的方式作地域區隔。此一現象可能涉及授權契約中授權利用地域之約定，因此，本文希望以授權利用地域之約定為中心，探討造成此等現象之各種法律上或經濟上因素以及相關議題。

最後，由於著作權法具有強烈的屬地主義色彩，而本文又以美國電子書零售市場為研究之重心，並希望能作為我國電子書發展之借鏡。因此，為免討論失焦，本文對於法律規範的相關探討將以國際公約、我國著作權法以及美國著作權法為重點。

¹⁵ 行政院新聞局（2009），《97年出版產業調查》，<http://www.gio.gov.tw/info/publish/2008survey/>（最後瀏覽日：11/9/2011）。

第二項 研究架構

由於電子書的內涵可能廣及各種形式以及以各種方式散布或流通之數位內容，但本文所關注者並非一般性之數位內容，故在進行論述之前，有必要就本文所欲討論的「電子書」之涵義加以描述。因此，本文的第二章將先就電子書的線上數位著作性質以及電子書的性質予以分析，將研究之客體加以界定。並整理目前在網路上所採取的主要的地理定位技術以及其應用服務，分析其優缺點以及發展趨勢。進而，再以電子書為重心，針對常見之線上數位著作，整理其在現狀下所採取之各種以地域為基礎的近用限制之技術及相應之規避方式。

第三章將比較實體書與電子書在進行地域限制上之客觀條件差異，及在授權出版、銷售等方面地域限制之相關機制，並進而分析相關機制的優劣。本文先就實體書與電子書在著作財產權內容及其法律上之限制等與著作之利用直接相關之特性加以比較，先釐清著作權法對於此兩種形式之著作的基本設定之差異。次而觀察著作供應鏈上個參與者之間的關係以及交易安排，藉以比較電子書與實體書如何透過契約進行地域限制。進而，本文欲討論此種地域上之限制所限制之客體究竟為何（何種權利），以及其目的何在，而目前實體書與電子書對於地域限制之安排是否能達到該目的，凡此將於第三章進行分析比較。

第四章將針對各電子書交易平台所採取之地域限制措施進行分析。本文以差別取價理論作為分析之工具，檢驗電子書目前採取之地域限制措施是否可能阻絕消費者個人基於價格差異而跨區消費的套利行為，法律是否能夠提供助力以落實該地域限制。其次，根據著作權法之規定，檢驗電子書市場是否有可能利用價格來區分消費者，亦即在無國界的網際網路中，消費者對於同一電子書的願付價格是否可能受到地域限制之影響。並藉此一檢驗結果來同時說明消費者違反著作權人或被授權人所為地理市場區隔而為交易之法律效果。

第五章除了就前述分析提出本文之結論與建議外，也將反觀台灣電子書市場之發展，檢視台灣電子書產業在華文電子書市場是否應該遵循美國電子書市場的發展模式，也進行地域限制，或是有其他能達到相同目的之方法。

第三項 研究方法

首先，本文針對亞馬遜、邦諾、Sony 以及 Google 等四個電子書交易平台進行整體的觀察，了解其在交易機制、服務條款（terms and conditions）以及技術措施上對於電子書利用之限制，特別是關於以地域作為條件之各種限制。並且以亞馬遜為重心，比較其在實體書籍的國際郵寄政策，以及其電子書交易與傳輸上與地域限制有關之措施。對於那些涉及地域限制的技術措施，本文除了採取實際進行交易的方式以了解其技術運作之實際狀況，也對各個網站所設立之顧客論壇以及網路上其他主題論壇一一檢索瀏覽，收集使用者對於相關利用限制或技術措施之體驗感受與遭遇之問題。其次，本文主要透過收集整理在資訊技術、經濟學、法律學、行銷學以及圖書出版等領域的中文與英文文獻，分析電子書利用地域限制的可行性與必要性。

第二章 綜觀線上數位著作之授權地域限制

第一節 線上數位著作意義、特性與類型

第一項 意義

數位著作係指經過數位化之著作。數位內容產業發展條例草案第2條第1款對於「數位內容」之定義可援引於「數位著作」之初步定義。根據前述規定，所謂之「數位內容」係指「以符號、文字、聲音、圖像、影像或以其他方式表現之個別或經整合之數位化資料或資訊。」而所謂數位化則係指將複雜的資訊予以解構並轉化成一系列簡單的指令，亦即將資訊以二進位的方式編碼成0與1，而使之可以為電腦處理器所理解以及加以回應之程序¹⁶。也因為此一本質，使得數位著作無法由人類感官予以直接感知其內容，而必須藉由數位裝置將數位化的資訊轉化成人類感官可以感知的符號、文字、聲音、圖像、影像。因此，不論著作之原始表現形式及其內容為何，只要能予以數位化，皆可該當為數位著作。

數位著作依其流通之方式而可再分為離線型與線上型數位著作。離線型著作係指將著作以特定載體予以儲存，並以該載體占有之交付作為該著作之流通方式，例如音樂CD、DVD、資料光碟、套裝軟體等等。線上型著作則係指著作之流通非以載體之占有交付，而係以網際網路為傳輸之媒介，例如線上音樂之下載、線上影音網站瀏覽、線上電台廣播之收聽以及網頁之瀏覽等等。

離線型數位著作除了無法透過人類感官直接感知著作之內容以外，其與一般具有同樣內容之非數位化著作並無差異。此等數位著作所遭遇之問題集中在「非法散布」與「無權重製」之上¹⁷。舉例言之，儲存於光碟的畫作與印刷在紙面上的畫作雖有是否可直接透過人體感官感受之差異，但二者在重製、散布、公開展示

¹⁶ See ALAN WILLIAMS ET AL., DIGITAL MEDIA—CONTRACTS, RIGHTS, AND LICENSING, 3, (2nd ed. 2001).

¹⁷ 張懿云，前揭註14，頁7。

的行為上並無差別。甚至在某些情形中，離線型數位著作與非數位著作只存在資料儲存形式的差異，其餘並無二致。例如傳統的錄音帶與音樂 CD 除了前者係以類比方式儲存而後者係以數位方式儲存以外，二者皆須透過特定機器裝置加以播放，且其可能遭遇的著作權法問題幾無差異。

對線上型數位著作而言，載體為何並非重點，因其檔案的傳遞是以網際網路為媒介。對於使用者來說，其以電腦等數位裝置自網路上取得特定著作之後即可立即以同一裝置直接瀏覽觀賞，並且可再透過網際網路將該著作以各種方式「分享」給其他人。這些行為完全無須交付任何儲存裝置之占有，因此，線上型數位著作可謂充分體現著作無體財產之本質。也因為其利用方式不脫網際網路，使得即時性的資訊以及隨選互動性的資訊之近用成為可能。例如即時的線上廣播以及容許使用者在任何時間與地點進行資訊的下載。從而，其所涉及之著作權法上問題便具有特殊性。一般而言，其主要問題集中在「公開傳輸」及個人線上利用行為之評價¹⁸。

第二項 特性

根據學者 Pamela Samuelson 的分析，數位媒體具有六種特性，此六種特性將使得現行著作權法所為對於著作之分類必須加以調整，否則難以保護數位形式的著作：第一、簡化數位著作的重製；第二、便利數位著作的傳輸與多人同時使用；第三、簡化著作之修改與利用；第四、模糊著作分類之界線；第五、數位方式大量儲存的可能性；第六、容許檢索與著作之間的連結¹⁹。其所謂之數位媒體係指「得以數位電子形式取得之智慧創作，不論是在電腦或是其他可以讀取數位形式

¹⁸ 同前註。

¹⁹ Pamela Samuelson, *Digital Media and the Changing Face of Intellectual Property Law*, 16 RUTGERS COMPUTER AND TECH. L. J., at 323, 324 (1990), available at <http://www.ischool.berkeley.edu/research/publications/1990/137/1> (last visited May 5, 2011)

著作的機器上操作者。²⁰」因此，其所謂之數位媒體與本文之數位著作之涵義應屬相同。但本文以為，對線上數位著作而言，傳輸其實是一種遠距離的重製活動，傳送者並不因為將檔案傳輸給遠端而失去原本之檔案，因此以下不區分傳輸與重製。又線上數位著作除了內容的呈現是數位形式外，其流通散布之方式亦為數位化，亦即其係以網際網路為媒介。因此，綜合前述之各種特色，本文認為，針對線上數位著作在授權利用地域限制上之討論，線上數位著作所展現的無實體化、數位匯流以及去中介化等特性對於電子書交易的商業模式發展具有重要性，故僅針對此四點進行介紹。

第一款 重製便利

重製便利是數位化最重要的特色，也是數位化對著作權影響最大之處。數位化重製的便利之處主要展現在兩點上，一是重製成本近乎於零，二是重製後的品質不減損。由於進行數位重製的數位裝置甚為普及，透過個人電腦即可進行快速而大量的重製，無需特殊的設備與大量的人力，因為通常用來使用該數位著作的科技產品同樣具有重製該數位著作之功能，因此數位著作之重製成本幾近於零。其次，數位化重製可以保持資料的品質不失真，不管重製幾次，重製後的資料品質與原資料並無不同。

數位著作的重製便利性更展現在網際網路的運用上。網際網路的檔案傳輸其實是一種遠距離的重製活動。撇開為了增進線上影音資訊瀏覽效率的串流技術不談，大部分網際網路上的檔案傳輸都必定包含重製行為在內。資料的提供者或發送者在將檔案放置於網路上供人下載或是以電子郵件方式主動寄送給他人時，原檔案並不會因為被下載或被寄送而消失，而是會繼續留存在提供者或發送者的電

²⁰ 原文為：intellectual products made available in digital electronic form, whether operational in computers or other machines capable of “reading” works is digital form.

腦當中或是特定網路位置，直到該檔案被刪除為止。

因此，線上數位著作因為網際網路的運用而更具重製便利性。其不僅具備數位著作容易重製的本質，更具備遠距重製之特性，而更加大著作被重製之可能性。換言之，只要數位著作被放置於線上，則任何人皆可在全世界任何有網路的地方，在任何時間，不限次數地重製該著作至其電腦中。

第二款 無實體化

線上數位著作具有無實體化的特性。所謂無實體化，意指著作存在形式上的無實體，而非表現形式的無實體。表現形式既為著作權保護之要件，則其意義毋寧在於是否可為人類感官所感知，因此，其表現形式究為實體可觸及的文書，或是無形的聲音，即非要事。

在具有實體形式存在的著作之情形，某些著作之存在形式與表現形式合一，人類可直接感知著作之內容，例如以書本方式呈現的語文著作以及以雕塑方式呈現的美術著作；另有一些著作則剛好相反，其存在形式與表現形式分離，必須藉由機器或其他方式將著作從存在形式轉化成可以為人類感知的表現形式，例如錄影帶中的影音著作必須透過錄放影機與電視予以播放，方可為人類所感受。至於無實體存在形式之著作，其表現形式必定是屬於上述後者，僅能透過機器或其他方式加以表現。例如音樂著作與舞蹈著作，縱然有紀錄音符與舞步之樂譜與舞譜，但樂譜與舞譜仍非音樂或舞蹈之表現形式，只能算是獨立的語文或圖形著作²¹。只有透過表演人的表演，音樂與舞蹈才能為人類所感知。本文所欲討論之數位著作，

²¹ 雖然我國於81年公布的「著作權法第五條第一項各款著作內容例示」將所謂的音樂著作定義為包括「包括曲譜、歌詞及其他之音樂著作」，但作為單純記載音樂旋律的樂譜是否有必要獨立為一種音樂著作而受保護，其實是有爭議的。相同意見請參看：羅明通(2009)，〈著作權法論 I〉，第7版，頁201-202，台北市：台英商務法律。

抑是屬於此類。

線上數位著作還原數位著作無實體的本質。如前所述，著作只要可為人類感官所感知，即可能認為具備一定之表達形式，因此著作本質上是可為人類感官所接受之資訊，其是否以實體之形式存在並非要事。數位化技術與錄音、錄影一樣，皆具有將著作與其所附著之媒介分離之特性²²。數位化技術將著作轉化成二進位之數位格式資料，其本質上是一系列電磁紀錄，從而其存在形式是屬於非實體的，也因此，其必須再透過數位裝置加以轉化為可為人類感知的文字、影像或聲音。雖然，為了便利著作之流通，著作權人通常將數位著作儲存於磁片、CD 或 DVD，將其存在形式實體化為可供交付流通之有體物。然而，在網際網路普及的現代，數位著作之流通毋須再依賴特定載體，而可以透過網際網路進行傳輸，因此，還原了數位著作無實體之本質。

第三款 數位匯流

數位匯流（digital convergence），簡而言之，係指數位化技術所帶來之對於內容與技術的整合。數位匯流與上述學者 Pamela 提出之第四點特性同一內涵，亦即數位匯流亦代表著傳統著作權法對於著作之分類界線已然模糊。而原本著作權法中對於著作所為之類型化，其原因除了具有歷史與公共政策之考量外，更重要的理由在於，各種類型著作作用來提供與公眾之媒介不同，利用來創作之技術以及賴以散布之管道存在差異²³。

因此，一般而言，數位匯流有兩個層面的意義。其一指水平方向之內容層面的整合。由於數位化使得不同種類的資料與各種內容可以被轉化成單一形式的

²² 賴文智、王文君（2007），《數位著作權法》，再版，頁 39，台北市：益思科技法律事務所

²³ See Pamela Samuelson, *supra* note 19, at 332.

數位資訊，而可為電腦使用，或是利用各種數位媒體進行傳輸。因此，各種內容產業便急於與數位化進行連結，以便善加運用數位化所帶來的各種新商機。此一市場的匯流現象乃當代數位媒體發展的重要元素²⁴。對內容提供者而言，數位化代表著內容的呈現或利用出現另一種新的可能性，或是較舊有形式更有效率。因此，數位化也代表著新的市場與商機。例如音樂的提供型態從錄音帶發展成 CD，再從 CD 發展成 MP3；原本依賴紙張為媒介的圖書，其數位化格式在包含閱讀器、筆記型電腦以及手機等行動載具上之提供，亦使之接觸到更多潛在的讀者群；電視節目的提供，除了傳統的無線與有線電視之外，如今也多了一種在數位化後藉由網際網路播出之可能性。

數位匯流另一層面的意義係指網際網路發展所帶來的垂直方向之技術層面的整合，亦即電信、廣播電視及網際網路整合與 IP 化的趨勢，透過單一平台可提供相同的語音、數據與影音內容等應用服務。以往電信網路只能提供語音服務，廣播電視網路只能提供聲音與影像服務，而數位化技術則使得此等產業與服務得以利用數位化技術與網際網路進行垂直整合²⁵。例如數位電視與線上廣播的出現使得電腦同時具備收看電視與收聽廣播的功能，智慧型手機與 3G 行動上網的發展使得手機同時具有電腦的上網功能。從而，消費者不需再受限於特定技術或設備，可以選擇任何一個業者提供的傳輸平台取得他所想要的任何種類的應用服務時，業界的競爭也將轉向「以服務為中心」的競爭²⁶。

簡而言之，數位匯流就是各種內容的數位化以及數位內容可以透過網際網路而輸出到與網路整合的電信與廣播電視平台。有人將數位匯流比擬作自來水的處理過程，甚為貼切，以下提出參考：水從降雨、河流與地下水集結至水庫，經過

²⁴ See ALAN WILLIAMS, *Supra* note 16, at 3-5.

²⁵ 行政院（2011），《數位匯流發展方案（2101-2015 年）》，頁 2，
<http://www.ey.gov.tw/public/Attachment/012916565471.pdf>（最後瀏覽日：2011/5/4）

²⁶ 同前註。

自來水處理廠、自來水送水管線而到達各家庭的水龍頭。其過程就好比來自四面的資訊匯集到資料處理中心，資料透過整合（數位化處理），並產出適合不同設備的規格，運用 ADSL、Cable、光纖、無線傳輸等提供資訊，無論是電視、電腦、手機，更多螢幕可以將彙整後的資訊以最接近消費者的方式來呈現²⁷。因此用電視也能夠上網看影音內容，也能夠用來通訊；或是用手機來上網、看電視、看書；或是用電腦來看看電視與收聽廣播。只要擁有可以連接上網的數位視聽裝置，在足夠頻寬容許之下，即可近用網路上所有數位內容。

上述二種意義的數位匯流所帶來的衝擊亦有差異。內容層面的數位匯流同時代表著各種內容在數位化後皆須面對容易被非法重製與傳輸之風險，因此，著作權法如何因應新型態的利用方式，乃此一層面之數位匯流應該思考之問題。技術層面的數位匯流則牽涉到規範上的整合。具體言之，在技術垂直整合後，應該關注者在於，原本用以規範廣播、電信與網際網路之法規應該如何進行規範上的「匯流」。另外，當各種數位化內容皆以網際網路為提供的平台，甚至可以因此跨越硬體的限制，而以包含手機在內的各式各樣行動式數位裝置進行存取，則關於各種數位內容之交易便須相當依賴健全之電子商務。從而，電子商務的商業模式發展以及法制的健全亦為數位匯流趨勢下應關注之課題。

線上數位著作所代表者恰巧包含上述兩種意義的數位匯流。一則因為數位著作即指涉以數位化形式存在之所有類型內容之著作；二則「線上」一詞亦顯示，不論該等著作在傳統上利用之傳輸媒介究為廣播、電視或其他通訊設施，在數位化後，其所利用之傳輸媒介乃係網際網路。

²⁷ 文字經過潤飾，原文請參考康健寧（2011），〈智慧媒體應找出資訊匯流利基〉，<http://www.wretch.cc/blog/kangjim/12327602>（最後瀏覽日：2011/5/11）

第四款 去中介化

線上數位著作由於透過網際網路進行傳輸，因此具有的「去中介化（disintermediation）」的性質。具體而言，新數位化形式的媒體以及他們所提供的新服務與新產品，在使用者與創作者之間創造了新的直接關係。創作者毋須授權一中間人為其將著作引入市場，創作者可以透過網際網路直接將其著作提供給終端的使用者。舉例來說，過去歌手發行唱片必須授權唱片公司利用既有的通路來達成，但是，在網際網路發達與 MP3 流行之現代，任何人或團體皆可以自行錄製自己的歌聲，並置於自己的部落格或是放在 Youtube 供人欣賞；圖書的出版亦如是，任何想出版圖書者，已經不需要再授權出版社為其出版，只要有網際網路，即可以將其創作公開給全世界的人閱讀。甚至，創作者可以透過特定的網路平台發行其著作，並利用該平台所提供的授權與金流服務獲得經濟上的利益。此等發展動搖到傳統產業模式下現存之市場參與者背後的商業邏輯。

「中間人」在任何的散布鍊（chain of distribution）中都必须冒著去中介化的風險，除非他們能夠為自己創造新的角色或增加新的價值來穩固其自身在市場上的地位²⁸。誠如本文與前款所提，數位匯流已經使產業界的競爭轉向「以服務為中心」的競爭，內容的提供或許不能再作為利基所在，而只能是身為這個市場競爭者的基本配備。因此，作為一個數位內容的交易平台，如何吸引最多的內容以及最多的消費者，「服務」便成為其競爭力的來源。從而，「中間人」若欲在線上數位著作之市場維持其不可取代的地位，就只有透過服務的提供來創造其不可取代的價值。

²⁸ See ALAN WILLIAMS, *Supra* note 16, at 4-5.

第三項 類型

數位化著作之表現形式不脫影像（包含文字）、聲音與軟體程式，然內容層面的數位匯流現象已然使得所有數位化著作具有數位化後的特性，因此，在著作之利用方式上，其界限已然模糊。因此，以下亦不再就數位著作之內容予以類型化，而僅就常見之利用方式分成以下兩種類型：一係根據著作向公眾提供之方式劃分為即時性與隨選互動性資訊；二係根據使用者對線上數位著作之利用權限而劃分為僅供瀏覽與可供下載之線上數位著作。

第一款 即時性與隨選互動性資訊

即時性與隨選互動性線上數位著作之分類其實係與公開播送權與公開傳輸權之區分相對應，前者以公眾直接收視與收聽為其特色，後者則係指使公眾得於其各自選定之時間或地點接收著作之內容。但因數位匯流之故，以網路方式同步播送著作內容是否構成公開傳輸或公開播送，迭生爭議²⁹。有鑒於此，公開播送與公開傳輸之釐清便成為目前我國著作權法修法規畫之第一優先順序³⁰。因此根據目前修法方向與立法上之討論³¹，可以確定的是，以目前的技術而言，線上數位著作之提供方式應有即時性與隨選互動性之兩種類型。

誠如前項所述，由於技術層面的數位匯流現象，廣播與電信皆可利用網際網

²⁹ 賴文智等（2010），《數位匯流下著作權之檢討期末報告書》，頁 49-50，
http://www.tipo.gov.tw/ch/MultiMedia_FileDownload.ashx?guid=6387fc50-b159-476c-8a98-ce7ea9644c5c.pdf（最後瀏覽日：2011/05/08）；張懿云（2010），《關於「公開播送」與「公開傳輸」權之立法建議》，

http://www.tipo.gov.tw/ch/MultiMedia_FileDownload.ashx?guid=388ea2ec-4359-4f4b-b44b-b1dba0389170.doc（最後瀏覽日：2011/05/08）

³⁰ 經濟部智慧財產局，《著作權整體法制檢討與修法規劃》，

http://www.tipo.gov.tw/ch/MultiMedia_FileDownload.ashx?guid=b116460b-e1a5-466a-b8ad-a6b002bb3e89（最後瀏覽日：2011/05/09）

³¹ 經濟部智慧財產局（2011），《著作權修法諮詢小組 100 年第 9 次會議紀錄》，

http://www.tipo.gov.tw/ch/MultiMedia_FileDownload.ashx?guid=ccb2a59e-0489-4165-9f82-e92bcf5bda2e.doc（最後瀏覽日：2011/05/09）

路為平台進行資訊的傳播，因此，原本具有即時性與同步性的廣播與電視節目在網際網路上亦維持其即時與同步的特性。換言之，對於傳統的電視與廣播節目而言，網際網路只是另一個新的節目播送管道。從而，在傳統的電視與廣播型態中會遭遇的問題，在數位化之後亦會繼續存在。例如在公開場所播放網際網路直播的電視節目或廣播節目同樣會有侵害著作權人之公開播送權³²。此外，數位化所帶來的風險亦隨之而生。例如使用者更便於側錄重製³³與改作，以及跨越國界的播送可能增加取得授權之成本。

另外，非同步性的線上數位著作具備隨選互動的性質，使用者可以選擇特定的時間與地點以接收著作之內容。此種著作之利用方式乃因網際網路而生，其非傳統的公開口述、公開播送、公開演出等單向之傳統傳達著作內容之行為可以涵蓋，但因此種行為態樣影響著作權人權益甚鉅，從而國際條約便亟思予以規範，例如世界智慧財產權組織著作權條約(The WIPO Copyright Treaty, 以下簡稱 WCT) 第 8 條及 WPPT 第 10 條、第 14 條及歐盟 2001 年著作權指令第 2 條、第 3 條第 1 項、第 2 項規定。因此，參照上述國際條約之規定，我國著作權法亦於第 3 條第 1 項第 10 款增訂公開傳輸權，用以規範具互動性之電腦或網際網路傳輸之形態。

第二款 線上近用與可供下載

根據使用者對於著作之利用權限，線上數位著作尚可分為容許下載者與只容許線上近用者。前者無須任何技術支援，只需將一個有效連結到特定數位著作檔

³² 根據經濟部智慧財產局 98 年 12 月 14 日智著字第 09800110140 號函以及經濟部智慧財產局 100 年 03 月 24 日智著字第 10000024150 號，在受控制或處於適當管理下的網路系統內，基於公眾收聽或收視為目的，使用網際網路通訊協定(IP Protocol)技術之多媒體服務，並按照事先安排之播放次序及時間將著作內容向公眾傳達，使公眾僅得在該受管控的範圍內為單向、即時性的接收，則此種著作利用行為，亦屬本法所稱以廣播系統傳送訊息之「公開播送」行為。關於以網路同步播放影音節目之行為評價，可參考賴文智等，前揭註 29，頁 49，http://www.tipo.gov.tw/ch/MultiMedia_FileDownload.ashx?guid=6387fc50-b159-476c-8a98-ce7ea9644c5c.pdf（最後瀏覽日：2011/05/08）

³³ 例如著名影音播放軟體 Realplayer 具備辨識網站中內嵌的視訊並將之下載與錄製之功能。

案的超連結即可。至於下載後的檔案可否直接近用、再行被重製或是進行改作，則端視著作權人所採取之科技保護措施而定。

後者之特色在於，每次近用著作必須上網，根本斷絕其著作被重製與改作之可能性。換言之，其採取之線上近用方式本身或許就可被評價為係一種科技保護措施。在技術上，其可能透過雲端技術與串流技術達成。舉例來說，透過雲端技術近用著作的方式常見於電腦軟體的情形，例如台灣大學提供的軟體銀行，使用者欲使用其所提供之應用軟體，無須先行下載安裝，只須事先在電腦中安裝一個驅動軟體即可在線上使用所有的應用軟體。其優點在於增加應用軟體被分享使用之功能，動態分析報表提供合理授權採購數量³⁴。也可降低授權應用軟體被重製以及序號被分享之風險。另外，串流技術常用於影音著作，例如前述同步性或即時性的數位著作便常需要利用此項技術進行傳輸。又如著名的影音分享網站 Youtube 亦係採取串流技術，以滿足使用者分享著作但又不欲被任意重製之需求。然而，串流影音仍然必須面對被使用者利用其他軟體側錄下載之風險。

然而，儘管線上數位著作存在上述差異，將著作放在網路上供公眾近用或是下載，皆屬於著作權法中公開傳輸權之內涵。因此，未經授權而將著作提供於網路上供人單純瀏覽或下載，皆係對著作權人公開傳輸權之侵害。

第四項 電子書

第一款 定義

關於什麼是電子書，缺乏統一的定義，這是來自於觀察角度之不同。有認為，電子書乃是紙本書的延續，其精神應與傳統的出版品相同，只是使用電子媒體呈

³⁴ 陳永樵（2007），〈軟體銀行@臺大〉，《國立台灣大學計算機及資訊網路中心電子報》，第3期
http://www.cc.ntu.edu.tw/chinese/epaper/0003/20071220_3004.htm（最後瀏覽日：2011/05/09）

現書的內容。亦有認為，將知識內容予以電子化，並以圖文、影像、聲音等形式以互動方式呈現者，才是電子書³⁵。

本文以為，電子書一詞之定義可以分成兩部分，一是何謂「電子」？二是何謂「書」？前者指的是形式，後者是內容。關於何謂電子形式，通常涉的都是指數位形式，對比較無爭議³⁶，最多的爭議出現在何謂「書」。首先，既然後者指涉者乃內容，因此，應先排除各種數位閱讀載具。其次，怎樣的內容可以稱為是書，則見仁見智。有認為係指與紙本書一樣具備圖文內容者才是書，因此，紙本書的電子版即為電子書。亦有認為，數位化既然賦予知識的呈現更多的可能性，則所謂的書不能再侷限在靜態的圖文呈現，書的內容亦可能加入聲音或影像動畫等多媒體。但是如此一來，書與多媒體網頁以及互動式教學軟體的分界似乎就變得模糊。

由於本文關注者在於電子書的授權地域限制問題，雖然無可避免地必須與實體紙本書之出版授權以及利用方式進行比較，並且本文所觀察之電子書銷售平台所銷售者皆屬於紙本書之電子版本，但對電子書之定義採取寬或窄之範圍，對於授權地域限制之討論並無影響。因此，本文原則上傾向於對電子書採取較廣義之內涵，不以實體書之數位版本為限。然而，由於本文所欲討論者在於線上電子書之交易與授權，因此，也只有透過網際網路散布之電子書方為本文關心者。

第二款 電子書之特性

電子書作為一種數位著作，自然具備上開所描述之數位著作之性質，而上開

³⁵ 各家說法請詳參唐真成（2003），《電子書》，頁 84-89，台北市：楊智文化。

³⁶ 亦有少數認為：「只要是透過電氣訊號，將傳統印刷術所要表現出來的內容取而代之的媒體，都可稱為電子書，所以舉凡錄音影帶、CD、電腦檔案，都可以算是電子書的裝置。」李健成（2000），〈從資訊科技看電子書的未來〉，《PC World》，頁 32-6。轉引自前註，頁 86，台北市：楊智文化。

數位著作之特性也是足以翻轉在實體書世界所建立的交易秩序的因素。首先，數位著作的重製便利性使得電子書被非法重製的風險增加，對於著作權人的經濟利益影響甚鉅。原本在紙本書的世界雖然仍存在便利的影印設備可以供個人重製書籍，唯影印機價格高昂，非普遍存在於家庭之電器，又使用者必須支付的影印費用有時候甚至大於書籍本身之價格，影印工作亦須耗上不短的時間，加上影印後的品質與原稿書籍有一定之落差，因此，紙本書重製的不便利性對於著作權人經濟利益之保護仍具有重要性。然而，電子書的重製卻全然無上述缺點，加以著作權人無法追蹤使用者對於電子書的利用情形，因此大部分電子書皆會以禁止重製的科技保護措施加以保護。

其次，線上數位著作無實體化特性對於電子書而言，代表著圖書的提供管道將從實體的店面轉移到網際網路，電子書的交易不再是實體書本或是光碟等載體所有權的移轉，而是電子書內容的近用。因此，所謂的近用契約（access contract）逐漸被普遍使用於內容的散布³⁷。另外，寬頻網際網路的普及為電子書創造了一個巨大的市場，特別是使得跨國境的電子商務更加便利，境外的消費者無須再承受高昂的運費，增加其交易的意願。如此之發展也使得原本作為劃分實體書籍市場的地理變數受到挑戰。因此，為了因應交易方式的改變以及維持舊有地理市場的界線，權利人透過技術對於使用者的近用附加限制，使得無實體化的電子書在某程度上亦發生被實體化的效果（亦即使得電子書的散布與利用類似於紙本書）³⁸。又這些技術上限制是來自於契約之約定，因此，終端使用者所獲得的不過是針對電子書之有限的近用權利，從而，所謂的產品（電子書）就等於是契約，或者說，產品與契約本身已經合而為一³⁹。

³⁷ Raymond T. Nimmer, *Breaking Barriers : The Relation Between Contract And Intellectual Property Law*, 13 BERKELEY TECH. L.J. 827, at 884.

³⁸ NICOLA LUCCHI, *DIGITAL MEDIA & INTELLECTUAL PROPERTY*, 30 (2006)

³⁹ 「產品即為契約（product as contract）」之現象原本只出現在上游產業，亦即著作人對於欲將其著作進行商業性發行之廠商的授權，由於此時利用者取得者僅為重製與散布等無形之權利，而

數位匯流現象對電子書的影響主要發生在電信與網際網路的匯流。電子書除了可以發送至固有的電腦或專用閱讀器上閱讀之外，3G 行動上網以及智慧型手機也讓電信業得以跨足電子書市場，使得手機也可以用來下載與閱讀電子書。對電子書的著作權人而言，閱讀裝置的差異以及電子書的格式亦為區隔市場的可能變數，而電信與網際網路整合的數位匯流現象使得電子書的著作權人在授權市場上多了更多的可能性。但這些以閱讀平台為區隔的市場是否互相重疊，答案或許還是在於權利人究竟要如何利用科技措施限制近用與利用的權利。另外，對於出版社而言，面對數位匯流下多樣性的資訊流通管道以及來自電信與資訊網路產業的競爭者，有些甚至已經體認到，其角色應該從圖書的出版者轉換成（不受限特定媒介）的特定（專業化）內容的提供者⁴⁰。

最後，線上著作的去中介化使得紙本書市場中出版社的角色被弱化。傳統的圖書出版需要出版社進行排版、申請 ISBN、印刷、行銷以及置於通路等工作，因此，出版社對於圖書的出版有相當大的主導權。但當電子書可以透過網路流通，作者可以直接與讀者聯絡，以及自助出版平台⁴¹提供排版、申請 ISBN 以及銷售平台等服務後，作者既可自行出版，即可取得書籍銷售的所有利益⁴²，從而出版社的功能被大大地弱化。根據統計，美國亞馬遜書店的前 100 暢銷書中，有 28 本是來自於自助出版，其中 11 本甚至還擠進前 50 名的暢銷書排行榜⁴³。由此足見電子書的去中介化對於著作人具有正面的影響，相對地亦動搖了出版社在出版產業鏈上

並非以實體的物之交付為標的，因此，此時契約即為產品。See Raymond T. Nimmer, *supra* note 37, at 841.

⁴⁰ See ALAN WILLIAMS, *supra* note 16, at 5.

⁴¹ 例如在台灣的 Pubu 電子書城 (<http://www.pubu.com.tw>)，另外如美國的 Amazon 以及 Barnes & Nobel 網路書店亦皆提供自助出版平台。

⁴² 聯合報 (12/28/2010)，自行出版電子書 作家賺更大，A17 版

⁴³ Piotr Kowalczyk, *28 out of 100 Top Kindle eBooks Are Self-published* (Apr. 22, 2011), <http://www.teleread.com/paul-biba/28-out-of-100-top-kindle-ebooks-are-self-published-by-piotr-kowalczyk/> (last visited May 11, 2011)

的傳統地位。

第三款 線上電子書交易之三重數位性質

線上電子書交易具有交易客體數位化、流通方式數位化以及交易方式數位化三重地數位化特性。前兩種數位化特性已在前開各款說明，在此，本文將說明交易方式數位化對於電子書之影響。交易方式之數位化指的就是電子商務，亦即透過網際網路進行交易，其依據交易的主體又分為 B2C（企業對個人）、B2B（企業對企業）以及 C2C（個人對個人）等模式，其中又以 B2C 之發展最具代表性，加上本文主要以電子書線上交易平台為研究對象，因此以下僅以 B2C 為討論重點。電子商務有幾點特性影響電子書的商業模式的發展，以下將從兩方面說明電子商務對電子書市場的影響，一是從供給者的立場，二是消費者的觀點。

首先，電子商務擴展了商品或服務之市場。對於那些無鄰近實體營業據點的上網人口而言，透過電子商務，商品或服務的供給者毋須另開設店面即可爭取到這類的顧客。另外，電子商務的跨國界特性對於不需要物流系統的服務而言更具有魅力。根據統計，在 2010 年，全球的上網人口有 21 億⁴⁴。換言之，對於透過網際網路傳輸即可的交易標的，消費者無須負擔跨國物流的運費，也無需等待商品的貨運時間，消費者自然有較高的消費意願。例如以軟體、音樂、票券及影音內容等為交易之標的者⁴⁵，電子書既以網路為傳輸之媒介，自然也具有上述的優勢，電子書的供給者毋須在倉儲物流做任何投資就可以將電子書賣給全世界的人。

然而，跨國電子商務仍存幾個在無形的成本，包含語言文字差異的限制、客服的時間必須滿足全世界的客戶、運費的支出、安全金流機制的建立以及各地法

⁴⁴ CIA FACTBOOK, <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/xx.html> (last visited May 12, 2011)

⁴⁵ WARD A. HANSON & KIRTHI KALYANAM, INTERNET MARKETING & E-COMMERCE, 492 (2007)

律的差異等。對於電子書來說並無運費問題，且金流機制的建立及全天候的客服成本亦非電子書交易會面對的特殊問題，但是語言文字以及法律差異對於電子書交易之影響是值得多加說明的。首先，若仔細觀察全球上網人口的國家排名，可以發現，上網人口數的前五名分別為中國、美國、日本、巴西與德國⁴⁶，其語言與文化迥異，因此，就個別的商品與服務而言，其在網路上仍存在無形的市場界線。電子書作為一種主要以語言文字為內容的商品⁴⁷，自然不可能忽視上網人口中語言與文化之差異，而將同樣的內容銷售給具有不同語言文化背景的讀者。第二是法律上的限制，舉例而言，賭博在某些國家是違法的，因此，以電子商務提供跨國的賭博服務時，提供服務者或消費者即可能必須面臨法律責任。以電子書而言，各國著作權法制不盡然相同，著作權人權利範圍因地而異，因此在交易對象的選擇上亦應注意。例如在一國已成為公共財（public domain）的著作，在他國卻仍在著作權存續期間。此外，某種資訊在一國雖為合法，但在另一國可能會受到禁止，例如色情、宣揚特定意識形態、鼓勵特定政治活動等資訊不是在所有國家都是法律所允許，此亦為電子書之電子商務應予注意者。

其次，對於消費者而言，電子商務的魅力在於其便利性。其便利性展現時間、空間上。消費者的消費需求構成電子商務的基礎，這些需求中最基本者為 iPACE：資訊（information）、價格（Price）、分類（Assortment）、便利（Convenient）以及樂趣（Entertainment）⁴⁸。iPACE 會因商品或服務的不同而在電子商務上有不同的實踐，但「便利」卻是電子商務的本質，不因商品或服務種類而有差異。所謂的

⁴⁶ CIA FACTBOOK, <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/rankorder/2153rank.html> (last visited May 12, 2011)

⁴⁷ 線上電子書以網路為傳輸之媒介，消費者並不會取得實體之商品，嚴格來說，電子書應該歸類為一種服務。本文為方便論述，於此暫以商品稱之。

⁴⁸ 所謂資訊係指關於商品或服務之資訊以及商品價格的比較；價格則包含各種策略定價，如促銷價、保證最低價以及每日最低價等；分類係指在特定商品類別中所提供商品的深度以及跨類商品的廣度；便利則係指在時間、地點以及購買程序上的便利；娛樂則泛指購物的各種樂趣。See WARD A. HANSON & KIRTHI KALYANAM, *supra* note 45, at 436-438.

「便利」主要表現在時間與空間之上。時間上的便利係指，線上購物可以節省到實體店面購物所付出的時間（包含交通、找到正確商品、比價等時間）以及可以在任何時間下訂單而無須顧慮商店之營業時間⁴⁹。空間上的便利性則係指消費者在線上交易無地域與國界的限制，只要負擔運費與忍受等待運送時間，即使是在國外的商品亦可購得。對於電子書的線上交易而言，由於其傳輸係直接透過網路，因此在交易完成後，消費者即可馬上使用，不須運送，其便利性更甚於實體商品。

進行線上交易的消費者最關心的乃是隱私權的保護與對交易平台之信任⁵⁰，線上交易平台如何運用顧客資料便成為顧客完成交易前待決的重要的問題。線上交易平台為了完成交易或提供客製化的服務，除了基本的付款資訊以及收件地址外，經常要求使用者提供其他個人資訊（例如嗜好、年齡、職業等等），或是記錄消費者的消費行為與相關資訊，以便提供個人化的廣告與服務。然而，要求太多的資訊會耗盡消費者的耐心，消費者通常亦不見得提供正確的資訊，只能透過網站自動記錄的資訊。然而，哪些資訊涉及消費者個人隱私，技術上是否設計有徵求消費者同意的程序，交易平台網站可以基於什麼理由收集消費者的私人資訊，諸如此類的問題可能影響網際網路與電子商務未來的發展。

第二節 地理位置在網際網路之意義與功能

第一項 網際網路與地理界線之關係

第一款 網際網路與網際空間

在說明地理位置在網際網路之意義之前，有必要先就網際網路之特性做簡要的介紹。網際網路（Internet）的發展起源於國防需求，其構想在於設計一個沒有控制中心的網路系統，讓每台電腦的功能都一樣重要，傳送資料時可以經由任何

⁴⁹ See *id.*, at 446.

⁵⁰ DAVE CHAFFEY & PR SMITH, EMARKETING EXCELLENCE, 135 (3rd ed. 2008).

一台電腦、任何一條可用路線，如此國家防衛系統就可永不斷線。為了達到此目的，在軟體上，電腦間的資料交換必須建立一定的傳輸規則，此稱為通訊協定；而在硬體上，主要是依賴實體的電纜建立節點（node）間的連結，各洲之間則使依賴海底電纜⁵¹。因此，網際網路本質上是一種通訊技術，並且由於其與電話一樣，各洲之間皆是依賴海底電纜傳輸資訊，所以該技術在先天上是無地域限制的⁵²。

在網際空間（cyberspace）中，對通訊而言⁵³，現實世界的地理位置是不重要的。網際網路作為一種通訊科技，理論上應該與電話一樣，只是一種單純傳遞資訊的媒介，是輔助現實世界運作的一種 GPT（general purpose technology），不應存在所謂的「空間」。然而，由於網際網路所傳輸之資訊內容多元，加上無數的使用者可以在網路上同時進行互動，此一特色迥異於電話通信。事實上，幾乎所有人類互動的形式都能被完整地轉換於網際空間中的形式，因此，網際網路便形成了一個虛擬的空間，稱之為網際空間⁵⁴。基於網路通訊之便，所有上網的節點必須加以特定，因此，就需要一套用來特定各節點的通訊協定，在這套通訊協定下，每個節點都有個 IP，其功能就如電話號碼或是住家的住址一般。在這套通訊協定下，電腦所認識的是 IP 而不是各該節點的實際地理位置。縱然 IP 的分配有統一個規則，但是 IP 與實體世界的位置並不具有絕對的對應關係。因此，網際網路作為一種通訊科技，IP 相較於各節點在現實世界的地理位置是較具有意義的。

第二款 網路無國界

⁵¹ 每個節點可能再透過有線或是無線的方式與鄰近的電腦建立連線，對外提供近用公用網路服務，但跨國的連線主要還是必須依賴實體的電纜。

⁵² 無線電波技術本質上就無法做到跨越地域限制，因為通訊距離和電波強度有很大的關係，距離愈長將出現訊號衰弱現象。

⁵³ 之所以這麼說，是因為在某些層面，現實世界的地理位置在網際空間仍具有意義。

⁵⁴ See Michael Batty, *Virtual Geography*, 29 FUTURES, NO. 4/5, 337, at 343-344 (1997). Available at <http://lab.geog.ntu.edu.tw/course/sir/forehw/louis/Virtual%20Geography.htm> (last visited May 13, 2011)

硬體上的發展促進資訊傳輸的速度與廣度，使得網際網路提供之服務內容可以克服距離、跨越地理界線，進而模糊網路上個人與個人間在現實空間中的地理界線，因此產生「網路無國界」的概念。

在討論「網路無國界」之前，須先就「網路」一詞加以釐清。網際網路之發展，就網際網路本身而言⁵⁵，至少包含兩個面向，一是網際網路使用可及性（accessibility）的發展，二是網路所提供服務內容的發展。前者係指網際網路傳輸技術以及線路鋪設等層面上的發展；後者則包含以網路為媒介提供之各種線上服務，這些服務可能是轉換自現實世界中之類似服務（例如電子郵件和電子商務），亦可能是僅能以網路提供之新型態服務內容（例如網路社群、線上遊戲以及視訊會議等線上互動性通訊與娛樂服務）。本文認為，所謂的網路無國界，指的應該是在網路所提供服務內容上的無國界。

網路所提供服務內容上的無國界則以網際網路使用可及性程度為基礎，網際網路使用可及性包含兩個要件，一是資訊傳輸的快速，另一是資訊傳輸的無地理界線。欠缺快速的資訊傳輸，無地理界線則無任何意義，因為透過傳統的郵政系統，資訊亦可到跨越地理界線傳送到目的地。相對地，若在特定區域無網路鋪設或不在無線網路訊號範圍中，快速的資訊傳輸亦無用武之地。而因為網際網路使用可及性的提高，使得網路上所提供服務內容亦可為全球網路使用者所近用，網路上個人與個人間原本存在的地理界線因而變得模糊，網路無國界的觀念由此而生。

第三款 網路有國界

⁵⁵ 在此不論網際網路對於其他領域所帶來之發展，而只論網際網路之技術以及所提供服務之發展。

然而，許多研究指出，網際網路使用可及性在現實上之不足，網路其實有國界；此外，近年來，網際網路中的服務或內容提供者也越來越重視對於網路使用者地理位置或所在地域之界定。

學者 M. Kitchin Robert 認為網際空間連結性與頻寬是不平等地分佈的，尤其以發展中國家和已開發國家有明顯差距⁵⁶。根據美國中央情報局在 2010 年針對 231 個國家或地區的調查⁵⁷，擁有最多網路主機的国家是美國，共有 4 億 3 千 9 百萬部直接與網際網路連結的主機 (host)⁵⁸，但相對的有些國家或地區卻根本達不到 100 部主機，人口將近 6000 人的法屬聖皮埃爾和密克隆群島 (Saint Pierre and Miquelon) 甚至根本無電腦主機與網際網路直接連接。M. Kitchin Robert 也認為網際空間是依賴著實際世界中的基礎線路設施而建構的，所以這些線路的實體關係和連結性是有很大的影響的⁵⁹。具體言之，地理上的距離與網路硬體的良窳對於資訊的傳遞仍具有影響。舉例來說，光纖網路的鋪設通常是依著原有的基礎設施所施工，因此，它們會鋪設在鐵路或公路旁或下水道中。另外，如果你想使用高速的 DSL 方式上網，則越接近電話交換主機越好，因為利用電話線的 DSL 上網方式只能在短距離發揮其功能⁶⁰。因此，資訊的提供者為了確保使用者可以快速近用其所提供的資料，努力地用發展各種資料傳輸技術來消弭因為地理距離與硬體資源對於資料傳輸速度的限制，讓使用者感受不到地理限制的存在⁶¹。

M. Kitchin Robert 也認為，資訊的流動雖然無遠弗屆，但是確有其地方特性，

⁵⁶ See M. KITCHIN ROBERT, CYBERSPACE: THE WORLD IN THE WIRES, 15 (1998) .

⁵⁷ CIA FACTBOOK, <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/rankorder/2184rank.html> (last visited May 15, 2011)

⁵⁸ 一般私人上網之節點皆須透過網路服務提供者 (Internet Service Provider)，無法直接連接網際網路，因此，直接連接網際網路的主機數目可以顯示一地網際網路的普及程度。

⁵⁹ See M. KITCHIN ROBERT, *supra* note 56, at 16.

⁶⁰ See Special Report: Putting it in its place - Geography and the net. (2001, August). The Economist, 360(8234), 18-20. Retrieved May 13, 2011, from ABI/INFORM Global. (Document ID: 81994525).

⁶¹ *Id.*

在一個地方有用的資訊可能到了遠方的另一節點就變得無用了。詳言之，網路使用者對於資訊的需求仍受限於其地理位置、語言與文化。當使用者欲取得者僅是單純的無形資訊時，大部分使用者所使用的入口平台、社群或論壇亦必定係以其所熟悉之語言文字為內容；而當使用者透過網際網路想要取得者是在現實世界中必需的資源時，在地化的資訊更顯得格外重要。網路資訊與服務的提供者在努力消弭地理界線的同時，也開始注意到網際空間與真實世界地理空間上的對應關係。

第二項 地理位置與網際空間的對應關係

第一款 地理位置

關於地理位置在網際空間的對應，其實踐包含網際空間中資訊與其所指涉之實際資源在現實世界中的位置對應，以及網際空間中的個人在現實世界中的位置對應。而網際空間與現實地理空間的對應，大致上有兩種對應方式：特定區域與特定地點。前者是一種較概括的對應，其對應的實際地理空間為特定地理區域，例如國家、省（州）、城市等等；後者是精確的對應，其對應的實際地理空間為特定之位置，例如經緯度座標、地址或是其他地標位置。若係以網路上的使用者為定位之對象，兩種對應方式即為分類網路使用者的標準寬嚴差異。至於要用概括的對應方式還是精確的對應方式，涉及所提供之網路服務或資訊在個人化需求上之高低。

第二款 地理位置在網際網路之應用

地理位置之定位在網際網路上之應用服務概有以下四種：

一、適地性服務（Location-Based Services，簡稱 LBS）：

適地性服務（以下簡稱 LBS），簡言之，就是一種根據使用者所在區域來提供

相關資訊的服務。此等服務是建立在一個假設上：如果根據顧客的所在位置將服務客製化，許多服務將可以被提升。這個想法來自於越來越普及的行動通信數據服務⁶²。它是透過行動通信業者的行動電話通訊網路（如 GSM）或外部定位方式（如 GPS）獲取行動電話使用者的位置資訊（地理座標）。在 GIS（地理資訊系統）平台的支援下，為使用者提供相應服務的一種增值業務。目前常見的服務包含行動安全、個人定位、導航及興趣點或交通路況查詢、商業廣告與購物付款、遊戲與地點行影像管理、資產追蹤與戶外服務⁶³。例如為使用者找到最近的提款機或朋友同事的目前位置；利用手機呼叫計程車，並由計程車業者透過手機定位乘客位置，同時乘客也可將位置資訊發送給親友，以確保乘車安全；也能透過客戶目前所在的位置提供直接的手機廣告⁶⁴，並包括個人化的天氣訊息提供。

事實上，由於數位匯流之故，第三代行動通訊技術（3G）、WiFi 無線上網熱點（Hot Spot）的普及、定位技術進步以及智慧型手機的流行，使得在具體應用層面上，LBS 所能提供的服務內容增加，可以與網際網路上的社群網站整合或是結合遊戲、團購網站⁶⁵，增加 LBS 之樂趣。服務平台也不局限在手機，任何行動式上網裝置皆有應用可能，例如筆記型電腦、平板電腦、PDA 等。另外，Google 所開發的瀏覽器 Chrome 也在 5.0.375.25 版（Official Build 45690）新增了地理定位功能，使得任何一部電腦（桌上型電腦亦可）皆可透過瀏覽器告訴特定網站該電腦

⁶² Martin Kofahl & Erik Wilde, *Location Concepts For The Web*, WEAVING SERVICES AND PEOPLE ON THE WORLD WIDE WEB, 147, at 149-150 (Irwin King and Ricardo Baeza-Yates ed. 2009)

⁶³ 陳哲銘等 (2006)，〈「無所不在」的資訊服務：LBS 定位服務簡介〉，《國土資訊系統通訊》，第 55 期，頁 15-16。

⁶⁴ 外貿協會在世貿舉辦電腦展，也透過 LBS，針對展場附近的手機，發送邀請參觀的簡訊，並且因為展覽的目標對象是外國人，所以，也會篩選一些處在國際漫遊狀態的手機，發送活動簡訊，吸引更多國外廠商參加展覽。政令及公益宣導的運用也算多，宜蘭縣政府在雪山隧道附近，會發送「歡迎來到宜蘭」的歡迎簡訊；恆春警察局，也在春天吶喊活動期間，在墾丁地區發送反嗑藥簡訊，希望可以達到嚇阻作用。台北市國際花卉博覽會活動期間，在花博園區內也可收到與花博有關之活動簡訊。

⁶⁵ 例如中國的拉手網就是結合 LBS 與美國團購網站 Groupon 的概念，而美國的 gowalla 則是結合 LBS、遊戲與社交功能的 LBS 服務。

所在位置⁶⁶。

二、物聯網 (Internet of Things)：

物聯網的概念，簡言之就是讓現實世界的物品也連結上網，建立人與物以及物與物之間在網際網路的連結關係。最早由國際電信聯盟(International Telecommunication Union, ITU)於 2005 年所發布的報告「The Internet of Things」中提出，係指在網路化的時代下，除了人跟人之間可以透過網路相互聯繫、人也可透過網路取得物件的資訊外，物件與物件之間可以互通的網路環境。在網際網路已經發展到讓我們可以在任何時間及任何地點與「任何人」建立聯繫之後，我們又開始思索著將這樣的聯繫關係往「任何物品」延伸⁶⁷，以便我們可以進行智慧化的辨識與管理。物聯網用途廣泛，遍及交通、環境保護、政府工作、公共安全、家居安全、消防、工業監測、老人護理、個人健康等多個領域，如監測建築物與橋梁的狀態，以便防災。也可以應用在日常生活中，例如：將公車行進動態或到達各站的預測時間轉化為網路上可供查詢的資訊⁶⁸，讓依賴公車通勤的人們可以更有效分配時間。又或是運用在貴重物品上，避免遺失或遭竊。因為物品皆有其在真實世界的地理位置，因此，此一技術也需要能夠辨識地理位置 (location-aware) 的技術予以支援⁶⁹。

三、資源物件關聯性之建立 (Resource-Object Associations)：

資源物件關聯性之建立係以連結網路上資源與其所指涉之現實世界中資源為其目的，事實上是網路上資源在地理位置方面的後設資料 (metadata) 之建立。舉

⁶⁶ ZDNet Taiwan，新版 Chrome 增加地理定位功能，
<http://www.zdnet.com.tw/news/web/0,2000085679,20145316,00.htm> (最後瀏覽日：2011/05/16)

⁶⁷ International Telecommunication Union, ITU Internet Reports 2005: The Internet of Things, 2
http://www.itu.int/osg/spu/publications/internetofthings/InternetofThings_summary.pdf (last visited May 16, 2011)

⁶⁸ 台北市與新北市的公車皆已提供此等服務，詳見台北市公共運輸處公車動態資訊系統，
<http://www.e-bus.taipei.gov.tw/> (最後瀏覽日：2011/05/16)

⁶⁹ Martin Kofahl & Erik Wilde, *supra* note 62, at 150

例言之，最常見的應用是將網路上的文字、照片或影音與其所指涉或拍攝地點的位置資訊建立連結，或是將各種文物的照片或影片連結至其展示地點或發現地點的相關地理資訊。例如 Google 提供的 Picasa 相簿即結合其 Google Earth 服務，提供相簿使用者標記相片地理資訊之功能（geotag），使得該相片除了內嵌地理資訊之外，更可以在「Google 地球」呈現的衛星地圖上顯示相片⁷⁰。又如以具有 GPS 功能的相機（或照相手機，如 iPhone）拍攝的相片，其所隱含的地理位置標記，記錄了照片拍攝地點的經緯度⁷¹。另外，有些程式可以辨識網頁中的地名字串，並自動將之與地圖以及相關照片建立連結。例如 Yahoo 所開放的 Placemaker 就是一套辨識文本中地理資訊的軟體開發工具，其容許軟體開發者可以對 Placemaker 輸入任何形式的結構化和非結構化資料，包括頻道、網頁，程式會分析文本並從中取得地理位置資訊。具體應用上，例如可以便利新聞媒體快捷地為新聞內容加上地理位置標籤，並基於此資訊建立超本地（hyper-local）產品⁷²。

四、社群網站（Social Networking）：

對社群網站而言，如果能釐清使用者在哪邊，將可以使服務的內容更具價值，更加有趣，因為如此一來可以使這些服務與使用者在地理空間上更加契合。⁷³由於社群網站近來之發展朝向各種服務的集中化，因此，包含上述的 LBS 以及物件關聯性等服務也被整合進社群網站中。以著名的社群網站 FACEBOOK 為例，其企圖要成為所有社群連結匯聚的社群網站。在 LBS 服務上，除了本來就有讓使用者自行標註其所在國家與城市之功能外，其整合了各種智慧型手機之作業系統，提出了「打卡」服務，使每個擁有 FACEBOOK 帳號的使用者可以利用智慧型手機隨時

⁷⁰ 運用 Google 地球為相片標上地理標記，
<http://picasa.google.com/support/bin/answer.py?hl=zh-Hant&answer=43896>（最後瀏覽日：
2011/05/16）

⁷¹ New York Times, Web Photos That Reveal Secrets, Like Where You Live,
<http://www.nytimes.com/2010/08/12/technology/personaltech/12basics.html?scp=1&sq=Geotag&st=cse>（last visited May 16, 2011）

⁷² Yahoo! Placemaker™ Beta, <http://developer.yahoo.com/geo/placemaker/>（last visited May 17, 2011）

⁷³ See Martin Kofahl & Erik Wilde, *supra* note 62, at 150.

隨地在 FACEBOOK 上發布自己所在位置、標記與誰同行，還可以搜尋位在附近的好友。另外，為了使這些地理資訊可以被加值，一方面，FACEBOOK 尋求街頭商家加入打卡服務，商家可以因為 FACEBOOK 使用者的打卡而因此增加曝光度⁷⁴；另一方面，FACEBOOK 也開放可以整合 FACEBOOK 的軟體開發工具(所謂的 API)，讓外部的其他網路服務提供者可以開發用於 FACEBOOK 的 LBS 服務，並提供給 FACEBOOK 的使用者利用。

第三款 地理位置資訊與資源的取得及分配

近年來，地理位置的概念在許多網路應用服務上非常熱門，特別是那些關注於將現實世界與網路資源建立連結的應用上⁷⁵。地域與地理位置資訊在網際網路之意義除了更豐富資訊之內容外，綜合分析前款所列四種應用方式，本文認為，另一個意義在於管理資源的取得及分配，所謂的資源包含現實世界的資源以及網際網路上的資源。

從上述應用領域，我們可以發現網際空間與真實世界地理空間上的對應關係主要展現在兩個層面。一是單純將網路上之資訊與該資訊所指涉或取得該資訊之真實地理位置空間做連結，而此一層面應用之目的主要在於豐富資訊之內容，一方面使一般資訊（文字、影像、聲音）增加地理資訊，另一方面使之在連結至電子地圖之後，可以豐富電子地圖之內容，便利該等資料在旅遊、學術研究或商業利用等領域之利用。

地理位置資訊在網際網路中另一個層次的應用則是即時的定位，目的取得現

⁷⁴ Foursquare (<https://foursquare.com>) 是 LBS 打卡服務的創始者，該公司提供的地理位置服務可以讓用戶與朋友分享地理位置信息以及頻繁在 Foursquare 上簽到所獲得的積分獎勵、獎章和其他獎勵。比如，如果用戶在一家餐廳用餐，然後使用自己的行動上網裝置在這家餐廳簽到，那麼該用戶在 Foursquare 上的好友就會收到該用戶所處的位置訊息。

⁷⁵ See Martin Kofahl & Erik Wilde, *supra* note 62, at 147

實世界中使用者或有體物目前所在地域或地理位置之資訊，並將此一地理資訊作為提供服務或資源之參考，LBS、物聯網以及社群網站即屬之。在此等應用之下，地域或地理位置資訊之意義即在於網際空間與現實空間中資源的分配，透過即時的地理定位，將網路上的資訊進行地理上的分類，將在地化資訊提供給使用者，進而加強資源與需求者間的聯繫。而這一層次的應用也才是影響電子書授權地域之落實，而為本文所欲討論者。

第三項 識別地域與地理位置之技術

應用於網際網路的地理定位技術概可分為兩類，一是主動式，二是被動式。前者由網路服務提供者利用相關定位技術主動獲取使用者的所在地理位置資訊；後者則是由使用者自行輸入或是授權網路服務提供者偵測取得其地理位置資訊。事實上，後者並非獨立的一種定位技術，只是基於用戶隱私保護之需求，而發展出了一種間接取得地理位置資訊的方式。

第一款 主動式

一、GPS（全球衛星定位）

全球衛星定位系統(Global Position System, GPS)是透過 24 顆衛星傳輸訊號，當 GPS 接收器收到訊號後，進行解碼、運算，提供使用者正確的位置。美國聯邦通訊委員會(US Federal Communications Commission, FCC)在 1996 年通過 E911(Enhanced 911)法案，強制規定在 2005 年底之前，所有新推出的手機，都須配備簡易的定位功能，以方便救難單位及時找到發話者的位置。此乃 GPS 在行動通訊上應用之濫觴。時至今日，GPS 的應用不侷限在手機，市面上許多平板電腦也配備有 GPS 接收器(iPad 即為一例)。然而依賴衛星定位的 GPS 卻須在直視線(line of sight)的情形下，才能接收到衛星訊號，一旦進入室內或在高樓林立的都會區中，

GPS 的準確度將受到嚴重影響，甚至收不到定位訊號。從而，有 A-GPS (Assisted-GPS)技術的發展，結合 GPS 與通訊功能的定位系統，解決傳統 GPS 在室內或都會區內收不到定位訊號的問題⁷⁶。

二、行動電話定位技術

由於數位匯流之故，可供行動上網之智慧型手機蔚為風潮，行動電話定位技術所得之定位資訊自亦可為數位化之網際網路所使用⁷⁷，但因行動電話定位技術眾多，其技術內涵亦非本文之重點，因此僅臚列幾種重要的行動電話定位之技術，並簡要介紹其中常見於文獻之兩種定位技術。行動電話定位技術除了上述的 GPS 以及 A-GPS 外，尚有 Cell-ID、到達角度(Angle of Arrival, AOA)、增強測量時間差(Enhanced Observed Time Difference, E-OTD)、抵達時間差異(Observed Time Difference of Arrival, OTDOA)。

1. Cell-ID 是全球使用的識別碼，每個基地台都有一個唯一的 ID。只要能找出目前手機所使用的基地台的 Cell-ID，再根據此 Cell-ID 找到該基地台的位置，就可以大致判斷出該手機用戶所在位置。Google 的 My Location 服務就是利用其所建立的基地台位置資料庫，使手機用戶可以透過 Cell ID 定位出自身位置⁷⁸。

2. OTDOA

由手機發送訊號至鄰近數個基地台(2 維空間定位至少需 3 個基地台)，利

⁷⁶ 李傑勳 (2005)，〈GPS 手機今年引爆商機 E911 強制規定手機須配備定位功能〉，《新通訊》，第 54 期，also available at http://www.2cm.com.tw/zoomin_content.asp?sn=0701010516 (最後瀏覽日：2011/05/17)

⁷⁷ 「為解決在無線通訊網路環境中使用空間資訊的問題，並須整合無線通訊、網際網路、數位內容、地理資訊和平台發展等不同業者，因此訂定 GIS 與無線通訊間的介面標準與協定是需要優先處理的議題，包括 ESRI、Autodesk、MapInfo 和 Oracle 等等 30 多家廠商便合力透過「開放式地理資訊系統協會 (Open GIS Consortium, OGC)」發展「開放式定位服務草案」(Open Location Services Initiative, OpenLS)，其目標是要加速並強化定位服務的可用性，以迎合各種不同的市場需求。」陳哲銘等，前揭註 63，頁 18。

⁷⁸ Google Maps with My Location, <http://www.google.com/mobile/gmm/mylocation/index.html> (last visited May 18, 2011)

用雙曲線的特性(2 焦點至曲線上的距離差值是定值)在兩兩基地台間的時間差來繪製雙曲線，2 組雙曲線之交點即為手機位置，定位精度會依據基地台分佈的幾何位置有很大的影響，優點是手機時間並不需要與基地台時間同步且不需修改軟硬體之建置即可完成，缺點則是基地台間必須達成時間同步，且只適用於都市區(基地台涵蓋量大之地區)⁷⁹。

3. 其他

其他透過手機定位或辨別位置資訊的技術，尚包括根據手機 SIM 卡、上網 IP 位址、電信業者之服務訊號等來判斷。目前智慧型手機的作業系統與一般個人電腦相比，具有較為閉鎖的特性，使用者無法輕易地去更改、刪除或重新安裝作業系統⁸⁰，並且有可能因為自行變更作業系統而導致手機失去保固服務。因此，利用手機來辨識使用者的所在位置或國家可以達到較高的準確度⁸¹。

三、WiFi 定位

WiFi 是一種廣泛被用於架設無線網際網路的技術，而 WiFi 訊號必須藉由 AP (Access Point) 所發送。而利用 WiFi 定位的原理其實很簡單，就是先把所有出現這些「固定 WiFi 訊號」的地點，儲存在後端的資料庫裡，使用者再透過 WiFi 所有搜尋到的 AP 資料，連到後端去比對，用來推斷出使用者的位置。事實上，這個

⁷⁹ 大白，峻珽 (2009)，《定位技術在 LBS 應用裡所扮演的角色與迷思》，

<http://www.geo.com.tw/geolab/Lbsfields/1/09071601.htm> (最後瀏覽日：2011/05/18)

⁸⁰ 若要進行作業系統的更改、刪除或重新安裝，涉及「Root」的概念。Root 是 Unix 作業系統中的超級管理員用戶帳號，這個帳號擁有整個系統的最高權限 (類似 Windows 上的 Admin)，所有指令和動作都可以透過 Root 來進行！所以很多駭客在入侵系統的時候，都要把權限提升到 Root 權限，也就是將自己的非法帳號添加到 Root 用戶組。將這個解說套用到同樣是使用 Linux 為基礎的 Android 作業系統裡，使用者可以透過 Root 來破解手機出廠時在作業系統上所做的各種限制。

⁸¹ 日前 Google 因為未能提供台灣消費者手機 App 消費的 7 日鑑賞期，而被台北市政府處以罰鍰，因此停止對台灣提供 App 交易。台灣消費者無法透過手機上網在 Google 的 App Market 取得付費 App。Google 為了辨識哪些使用者是自台灣上網，就必須透過手機的各種定位或是國籍辨識等技術來實踐此一退出台灣市場的策略。

收集 WiFi 訊號位置資料的工作，Google 早就藉著街景車在進行⁸²。這個蒐集街頭 WiFi 訊號位置資料的工作使得不具 GPS 的筆記型電腦也能在 Google Map 上使用自我定位功能⁸³。因此，只要具有 WIFI 上網功能的裝置未關閉 WiFi 功能，而附近的 WiFi 訊號仍可偵測得到，則即使該裝置並非以無線方式連結公用網路，仍舊可以利用此種技術予以定位。

四、IP Geo-location

IP Geo-location 是網際網路上最常用來判斷使用者所在位置的技術，其原理就是單純地藉由使用者上網的 IP 位址來判斷。由於 IP 位址的分配是經由國際組織 ICANN (The Internet Corporation for Assigned Names and Numbers) 統一進行，而各國所分配到的 IP 位址皆屬公開資訊。且網路上亦有許多網站提供 IP 定位服務，只要輸入 IP 即可找出利用該 IP 來找出上網的電腦⁸⁴的地址與經緯度。因此，網路服務的提供者可以很容易地就判斷使用者所處位置。唯在一般情形下，通常查到的會是 ISP (Internet Service Provider) 的位置，僅可確定上網電腦所處之城市或是國家；但若使用者利用 Proxy 或 VPN 等服務連接公用網路，則所得到的定位資訊更與使用者所在地理位置無任何關聯。為了使這種定位資訊盡量精確，以滿足程度不同的定位需求，專門提供 IP Geo-location 服務的公司便應運而生，像是 Quova 便是此公司服務中具有相當規模的公司。

第二款 被動式

⁸² The Register, Google Street View logs WiFi networks, Mac addresses, http://www.theregister.co.uk/2010/04/22/google_streetview_logs_wlans/ (last visited May 18, 2011)

⁸³ Google 對於智慧型手機之定位採取了 Cell ID 定位技術，而對於智慧型手機以外的上網裝置（如桌上型與筆記型電腦）則是同時採取 WiFi 以及 IP Geo-location 定位技術。詳參 Google 地圖說明 (Google 地圖、說明文章、Google 地圖、基礎以外的資訊、My Location、隱私權和我的位置) <http://maps.google.com/support/bin/answer.py?hl=zh-Hant&answer=153807> (最後瀏覽日：2011/06/05)

⁸⁴ 例如 http://www.ip-adress.com/ip_tracer/、<http://www.ip-adress.com/>、<http://wq.apnic.net/apnic-bin/whois.pl> (last visited May 19, 2011) 等網站。

一、Geo-Location API

所謂 API 是 Application Programming Interface 之縮寫，它是一個提供給程式設計師用於編寫應用程式的介面，而 Geo-location API 則是一個用於編寫定位程式的介面，而非定位技術。在 2008 年時，負責制定網際網路標準的 W3C 組織制定了一個 Geo-location API 規範，提供了一套 Geo-location API 的設計參考，可以讓瀏覽器取得硬體裝置提供的定位資訊，包含透過 IP、GPS、AGPS 等技術所得之地理位置資訊。其目的在便利程式開發者為各種上網裝置編寫合用之定位程式，而免去另外熟悉各種硬體裝置的軟體開發環境之麻煩。W3C 為了避免這項技術侵犯隱私權，也對這項功能加上授權限制。應用程式在使用 Geo-location API 取得定位資訊前，必須先獲得使用者授權同意。使用者可以決定要提供多精準的定位資訊，例如只開放城市位置的資訊，或是可以精準到數十公尺的定位⁸⁵。目前有許多新版瀏覽器（browser）支援 Geo-location 的功能，透過 WiFi、IP 以及 GPS 等方式收集使用者的地理資訊，以進行精確的定位。目前，包含最新版的 IE、FireFox 以及 Chrome 等瀏覽器皆有此項定位功能。

網路上利用此項技術的服務也不勝枚舉。像是前述 Facebook 的打卡服務以及 Google Map 的我的位置（My location）功能皆會在啟動時詢問使用者是否同意開啟此定位功能，並且將所收集的地理資訊回傳到上述網路服務提供者以便使用其定位服務。

二、用戶手動輸入

根據用戶手動輸入的地理位置資訊而提供 LBS 服務也是常見的一種定位方式。例如 Google 的搜尋引擎會利用位置資訊來判斷最符合使用者需求的搜尋條件之結果，而其位置資訊之取得，預設為透過 IP 位址以及「我的位置」功能，但使用者

⁸⁵ 王宏仁（2011），〈3 分鐘 keyword—Geolocation API〉，
<http://www.ithome.com.tw/itadm/article.php?c=66519>（最後瀏覽日：2011/05/19）

也可以自行指定位置⁸⁶。另外，亞馬遜販售電子書的書目網頁也會根據使用者之來源位置，顯示使用者可以購買的電子書書目，而使用者位置資訊的取得則是根據使用者註冊帳號時在「My Country」所填寫的國家，而此一資訊是可以隨時修改的。

第四項 識別地理位置之目的

綜合上述對定位技術之應用領域及技術之說明，識別地理位置之目的，表面上在於使網際空間與地理空間產生對應關係，然而單純的對應關係並非最終目的，如何加值應用才是最終的目標。大致上來說，識別地理位置有兩個目的：興利與防弊。前者乃藉由地理位置資訊之利用，增加或提升服務內容；後者則利用地理位置資訊於防免或修正「網路無國界」所帶來的負面效應。

第一款 興利

識別地理位置之目的之一在於增加或提升網際網路服務內容。地理定位功能被用於民間以及商業活動應是以美國的 E911 法案為濫觴，美國聯邦通訊委員會要求手機必須具備定位裝置以便利救援單位對發話者進行搜救，因此，人身救助乃地理位置資訊之最初目的。其後，數位匯流以及 3G 普及之故，可供上網的智慧型手機逐漸流行，包含手機在內的各種地理定位技術也與網際網路服務整合，而產生各種商業性之應用，而以提供客制化的內容以及加強廣告與行銷為其目的，本節前開第二項第二款所述之應用服務概屬於為達成此類目的者。

第二款 防弊

識別地理位置之另一目的在於修正「網路無國界」所帶來的負面效應。因為網際網路的資訊傳遞跨越國界，可能便利歹徒利用網路進行跨國的犯罪活動，躲

⁸⁶ <http://www.google.com.tw/support/websearch/bin/answer.py?answer=179386&hl=zh-TW> (last visited May 19, 2011)

避追蹤；又各國對於資訊內容的管制（例如涉及色情、賭博、藥物等資訊）有不同之標準，也有必要以特定區域為單位過濾特定資訊。因此，此類對地理位置資訊的應用，其目的可能為進行數位權利管理、確保法律之遵守、預防信用卡詐欺等。以下針對上述三者的實踐狀況為簡要說明。

一、確保法律之遵守

各個不同法域中的規範或是司法判決如何落實在跨越國界的網際網路上，經常是個被拿出來討論的議題。在 2000 年，兩個法國的人權團體（Union of Jewish Students 以及 International Anti-Racism and Anti-Semitism League）在巴黎法院起訴請求 Yahoo 將與納粹有關之紀念品移除自其拍賣網頁。巴黎法院認為，法國法律禁止涉及種族主義之資料的陳列展示或販售，因此判決 Yahoo 應該使系爭資訊屏蔽於法國之外。美國的千禧年著作權法中稱為「外國網站條款（Foreign Site Provision）」的 Section 512(j)(1)(B)(ii)⁸⁷也課予網路服務提供者將侵害著作權之外國網站屏蔽（block）於美國之外，使美國的網路使用者無法近用⁸⁸。另外，為了排除利用網路侵害商標權的網站對於商標權人在本國之侵害，將該網站屏蔽於本國境外亦為不得不的作法，因為侵權行為人可以透過將網站架設於外國主機的方式輕易躲避司法的執行手段。因此，為排除侵害，較為有效的方式就是過濾使用者來源地，使本國網路使用者無法訪問瀏覽該等網站⁸⁹。

⁸⁷ Section 512(j) : Injunctions. — The following rules shall apply in the case of any application for an injunction under section 502 against a service provider that is not subject to monetary remedies under this section :

(1) Scope of relief. —

(B) If the service provider qualifies for the limitation on remedies described in subsection (a), the court may only grant injunctive relief in one or both of the following forms:

(ii) “An order restraining the service provider from providing access, by taking reasonable steps specified in the order to block access, to a specific, identified, online location outside the United States.”

⁸⁸ See Todd Ryan Hambidge, *Containing Online Copyright Infringement : Use of The Digital Millennium Copyright Acts Foreign Site Provision to Block U.S. Access to Infringing Foreign Websites*, 60 VAND. L. REV. 905 (2007)

⁸⁹ See Michael Kwon, *Filtering The Smoke Out of Cigarette Websites: A Technological Solution To Enforcing Judgments Against Offshore Websites*, 30 BROOK. J. INT'L L. 1067 (2005)

二、數位權利管理

線上數位著作基於諸多原因也有根據使用者之來源地進行過濾之需求。例如線上遊戲為了區隔市場，維護各地區被授權廠商之經營權利，以及維護遊戲品質，被授權廠商會對於玩家登入遊戲伺服器的權限加以限制。而限制的標準即為玩家所處之地域。同樣地，線上廣播也有同樣的需求。基於被授權廣播地域之限制，線上廣播電台必須將得以收聽線上廣播的聽眾來源加以限制，以免違反授權契約⁹⁰。

三、預防網路犯罪

網際網路的匿名以及跨國界特性使得犯罪者可以肆無忌憚地在網際網路上從事犯罪行為，最常見者乃信用卡詐欺，亦即盜用他人信用卡之情形。為了防止類似犯罪情形發生，並且避免消費者因為被要求輸入其他額外認證資訊而減少消費意願，偵測刷卡者地理位置便成為另一種防範信用卡盜刷的機制。其方式主要是透過信用卡帳單地址與消費者上網位置進行比較，以發覺潛在的盜刷行為⁹¹。另外，透過網路的誹謗或霸凌行為亦屬常見，行為人莫不是仗勢著網際網路的匿名特性以及一般人以為網路也可以匿蹤的性質而「暢所欲言」，因此，利用網際網路進行地理定位亦具有遏阻類似犯罪行為之功能。

第五項 網路上定位功能所衍生之問題

隱私權與安全是網路上地理定位功能所生的兩大問題，而事實上，這兩個問題也非完全獨立，相反地，二者休戚相關。因為，當個人隱私資訊被揭露或取得

⁹⁰ <http://www.quova.com/why/control-use-of-digital-media/> (last visited May 20, 2011)

⁹¹ MaxMind, Fraud Detection through IP Address Reputation and a Mutual Collaboration Network, <http://www.maxmind.com/minFraudWhitePaper.pdf>; Quova, Quova Helps to Fight Online Crime at the Devon and Cornwall Constabulary <http://www.quova.com/downloads/cs-d-and-c-1109.pdf> (last visited May 20, 2011)

時，固然造成隱私權的侵害；當該等資訊被作為犯罪使用時，則受害的法益恐怕殃及生命身體與財產之安全。

第一款 隱私權問題

為了提供更精緻的網路服務，網路服務業者與數位硬體業者透過服務或商品收集消費者位置資訊即屬必要，然而，位置資訊的蒐集也引發侵害消費者隱私權之爭議。今年（2011 年）四月，蘋果的 iPhone 被發現，即便使用者已經取消定位服務功能，iPhone 仍未經使用者同意而定期蒐集使用者的位置資訊，追蹤使用者行蹤。⁹²縱然蘋果公司事後否認此項消息，並聲稱 iPhone 只是在蒐集更新 WiFi 跟信號塔台資料，同時發布更新軟體解決此一漏洞，但定位功能所引發之隱私權爭議已然是網路上地理定位功能必須嚴肅面對的問題。而此問題目前的解決方式就是在位置資訊蒐集之前必須取得使用者之同意授權，但問題是，是否任何商業上目的的地理位置資訊之蒐集皆須獲得授權？換言之，為了興利與為了防弊的商業上目的之利用，對於地理位置資訊之取得是否可能有不同的標準？這可能影響到電子書銷售平台在落實授權地域限制時收集使用者位置資訊之正當性。

第二款 安全問題

透過通訊系統來定位使用者原本是為了個人安全之目的（美國的 E911 法案），然而，水能載舟亦能覆舟。地理位置資訊的揭露同時也可能是帶來安全上的隱憂，而所謂的地理位置資訊恐怕不僅侷限在即時的定位資訊，還包括單純的位置資訊與其歷史紀錄。舉例言之，如果 iPhone 果真對於使用者的位置資訊進行定期的蒐集，不論是否取得使用者之授權，則該等歷史資訊一旦流出，對於計畫綁架、竊盜或搶劫的歹徒而言將相當有用。因為，歹徒將可以透過該等資訊判斷目標對象

⁹² 經濟日報（04/23/2011），美德義法將調查蘋果，A8 版

的每日作息，毋須真正花時間追蹤跟監被害人，並以此擬定周全的犯罪計畫⁹³。

第三節 電子書與其他線上數位著作限制授權地域之態樣

電子書與其他線上數位著作之地域限制，係指電子書與其他線上數位著作之線上交易或流通平台（以下簡稱線上平台）基於終端使用者來源地域，對於終端使用者所設之各種限制（例如過濾交易對象、限制瀏覽權限、限制使用權限等）或安排不同之服務內容。而此等限制或係作為被授權人之線上平台為落實其授權契約所為之措施，或是著作權人本身直接對於終端使用者所為之限制。上述兩種情形構成了網路上對於電子書與其他線上數位著作之近用限制的基礎。

電子書或其他線上數位著作之產業鏈上的參與者可以粗分為：內容生產者、內容提供者以及終端使用者。因此，以著作之提供與利用為標的之契約，依其主體可以概分為內容生產者對內容提供者，以及內容提供者對終端使用者，或者是內容生產者直接對上終端使用者。而地域限制之措施必定是來自於上述契約之實踐，而其實踐又可分為所採取之手段，以及所欲連結之效果兩個層面。

第一項 地域限制手段

第一款 契約

透過契約約定限制交易相對人就著作之特定利用方式限定於特定地域毋寧是最簡單而直接的方式。在內容生產者與內容提供者之間，由於被授權人為內容供應鏈上的中上游，主體為具有一定規模的組織或廠商，作為授權人的內容生產者對於被授權之內容提供者較容易追蹤監督其是否違反契約，而在授權地域以外利用著作。唯在交易之相對人為終端個人使用者之情形，不論是上游的內容的生產

⁹³ 網路上有個有趣的網站名為 Please Rob Me，目的在引起大眾對於在網路上分享個人地理位置資訊所生安全問題之重視，詳見 <http://pleaserobme.com/>。

者或是中上游的內容提供者，對於為數眾多而可能遍布廣大區域的終端個人使用者而言，恐怕無法有效追蹤與監督個別使用者的使用情形；而且，對於內容提供者不欲（或依授權契約而不得）交易的終端使用者而言，更不可能以契約禁止其交易或近用。因此，單純利用契約來達到限制利用或近用地域之目的便不可行，藉由技術來落實契約之約定便屬必要。

第二款 IP 位址過濾（Geo-blocking／Geo-filtering）

IP 位址過濾即是前述的 IP Geo-location 技術，另由於是以 IP 作為過濾以及屏蔽使用者近用特定著作之技術，因此又被稱作 Geo-blocking 或 Geofiltering。利用 IP 位址作為過濾限制使用者之手段，是一種很常見措施，也被廣泛用於判斷使用者所處之地域。

網際網路與國家界線都是人為的產物，因此，要在網路世界畫出與現實世界相應的國界並非難事。而為了畫出與現實國界相應的網路國界，以落實數位著作授權契約中對於授權利用地域之限制，最直接的方式莫過於以 IP 位址（IP Address）作為過濾網路使用者的參數。由於網路是由許多節點所組成，訊息在節點間的傳送必須依賴共同的傳輸規則，來定義複雜的資料傳送程序⁹⁴，此等規則泛稱為「網路協定」。IP 位址的規範安排亦為網路協定的功能之一。所謂的 IP 位址，就像現實生活中每戶人家都要擁有唯一的地址一樣，傳送者可以根據 IP 位址進行辨識，將資料傳送到唯一目的地位址完成通訊。世界各地的 IP 位址必須具有一致性，才不會導致辨識上的混亂，故必須依循共同的規範才能達成⁹⁵。因此，不僅目前我們所使用的 IP 位址皆採取 IPv4⁹⁶協定所訂下的規則，全世界的 IP 位址分配亦是由國

⁹⁴ 葉乃菁、陳世雄（2001），《網路概論最新版》，頁 1-14，台北：文魁資訊。

⁹⁵ 同前註，頁 5-2。

⁹⁶ 此網路層協定乃 1981 年所制定，採取 32 位元（4 個位元組）長度的位址，而為了便於閱讀與記憶，通常採取 10 進位表示法，例如 140.112.254.4。其中每個 10 進位數字代表 1 個位元組（8 個位元），所以每個 10 進位數字的範圍從 0 到 255（28-1）。不過此一格式已經面臨位址竭盡的困境，

際組織 ICANN (The Internet Corporation for Assigned Names and Numbers)⁹⁷統一進行，而各國所分配到的 IP 位址皆屬公開資訊⁹⁸。我們甚至可以透過網路上許多 IP Geolocation 服務，將 IP 所處之實際地理位置定位城市以及門牌號碼的層級。

在釐清 IP 位址與現實國界之間的關係之後，在網路世界中畫出虛擬的國界就簡單多了，只要過濾特定 IP 位址的存取權限即可。實務上常見的過濾方式有兩種：黑名單與白名單。前者採取原則不限制，僅負面表列無存取權限之 IP 位址；後者採取原則禁止存取，例外正面表列有存取權限之 IP 位址。以數位內容著作之網路上使用授權而言，白名單自然是較符合智慧財產權排他的特性與授權的本質。亦即原則上著作之利用乃著作權人獨占，僅被授權者方得利用，因此只有被授權者方會列名於白名單上。授權人自得根據已公開之 IP 位址分配資訊，過濾無存取權限之 IP，將其對授權著作之散布地域限制於約定被授權之範圍，或是依據銷售對象所在區域的不同而給予相異的交易條件。這個透過 IP 位址所畫出來的界線就恍如實體世界的一面「牆」一般，隔絕了兩地資訊的流通往來。

第三款 信用卡帳單地址

由於線上數位著作之交易採取的是電子商務方式，從選擇、下單到結帳付款，一切都是在網路上完成，因此，利用電子商務所取得的個人資訊來做為判斷交易對象之所處地域亦甚簡便。而其中與使用者所處地域最為相關者，莫過於使用者的信用卡帳單地址了（因為線上數位著作不須貨運，故不須輸入使用者的收件地址）。

然而，根據信用卡帳單地址作為判斷使用者所處地域位置相當不精確，無法

因此有 IPv6 協定的誕生。

⁹⁷ ICANN 官方網站，<http://www.icann.org/en/participate/what-icann-do.html> (last visited May 20, 2011)。

⁹⁸ 全球 IP 位址統計分配：<http://trace.twnic.net.tw/ipstats/>

作為一種獨立驗證使用者來源地域之方式。一來，信用卡帳單地址是使用者手動輸入，信用卡帳單地址之真偽並無法驗證；二來，信用卡持卡人與實際消費者未必同一，因此信用卡帳單地址與實際消費者所在位置並無直接的關聯性。

第二項 地域限制的效果

第一款 差別取價

所謂的差別取價，就是對於同樣的商品或服務，卻對不同的人售予不同的價格，而這樣的價格差別，雖然產品或服務表面上看起來有差異，但卻不是因為不同產品或服務的差異所涉及的成本高低所致⁹⁹。

經濟學上，一般根據已故經濟學家 Arthur C. Pigou 在 1920 年所提出之標準¹⁰⁰，將差別取價分成三級。第一級稱為「完全差別取價」，意指在生產者可以完全獲知消費者的需求條件下，生產者依照消費者每一單位願付最高之保留價格來銷售。第二級稱為「區間定價」，生產者依照消費者不同的購買數量區間，訂定不同的價格出售。在第三級的差別取價，生產者必須可以有效區隔市場，且在市場之間需求的價格彈性有所不同下，依照不同的市場或不同的消費族群收取不同的訂價。依照地域而對各地域市場的消費者給予不同的價格即是屬於第三級的差別取價。

以地域作為差別取價之標準乃常見的市場策略，而為了將此等市場策略運用在網路上，即須利用地理定位技術方得以區隔出市場。然而，必須再次強調，對於那些單純反映各地域生產成本的訂價則非此所謂之差別取價，現實空間中對同一商品或服務在不同地域之不同訂價未必是純然的差別取價，可能只是反映製造、

⁹⁹ William W. Fisher III, *When Should We Permit Differential Pricing of Information?*, 55 UCLAL. REV. 1,3(2007).轉引自楊智傑(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》，第 24 期，頁 93。

¹⁰⁰ Arthur Cecil Pigou 著，陸民仁譯（1971），《福利經濟學》，頁 238，台北：台灣銀行。

運輸、店租、人事等成本的差異。但是，包含電子書在內之線上數位著作則通常無此因地域而生之成本差異，從而，各地域若有不同之訂價策略，則通常必為差別取價。

第二款 限制交易與近用

地域限制的另一個效果在於過濾交易對象，禁止特定地域以外之消費者下單交易。由於授權契約之約定、基於各地法律規範差異或是客服需求之提供，內容提供者有將著作之散布範圍限制在特定地域之必要。而這也是網路上利用地域限制所欲達成之最普遍之效果。

具體實踐上，態樣可分為以下幾種。其一，當內容提供者所提供之內容乃是免費讓特定地區使用者近用時，可能是完全使特定區域以外之使用者完全無法瀏覽網站上所提供之特定內容。其二，在內容提供者所提供之內容是為供市場交易時，可能只容許特定地域以外之使用者瀏覽其可供交易之所有著作之型錄，但不許其下單交易。其三是根據使用者來源地不同而顯示不同之著作型錄予其作為交易之參考。

第三款 限制利用方式

內容的提供者也可能以地域為標準，限制特定利用方式僅能在特定地域行使。這種措施通常會在服務條款中（terms and conditions）中約定，拘束的對象是已經與內容提供者交易之終端使用者。因此，此等措施一方面是對終端使用者的拘束，另一方面則可視為內容提供者所為之給付的一部份，因為內容提供者對於所提供著作附加之技術措施不僅使得終端使用者無違約使用之可能，相對地也構成終端使用者所受領給付之界線。例如在電子書的情形，線上平台對於電子書提供除了

閱讀以外之其他利用方式，例如列印、畫重點、出租或出借等，但出租與出借涉及著作之散布，若線上平台並無將著作銷售與特定地域以外之消費者時，對於電子書之出租與出借自當一併限制服務之地域。

第四節 地域限制在電子書與其他線上著作之應用

第一項 電子書線上平台所為之地域限制

第一款 Google eBooks Store 的地域限制

Google eBook Store 電子書線上平台於 2010 年 12 月開張，其提供將近三百萬本已屆著作權保護期限的書籍以及數以千計的付費電子書，但目前僅開放美國地區消費者購買其電子書。其所採取之定位方式即是常見的 IP Geolocation 技術，以 IP 位址來過濾非美國地區之使用者。因此，若在台灣連結該網站，便會呈現以下訊息：「您所在地區目前尚未販售最新版的 Google 電子書」。但仍可下載閱讀已屆著作權保護期限的電子書。另外，若使用者以其他方式規避 IP Geo-location，在結帳程序上，Google 尚會再以信用卡以及手機號碼驗證作為第二層的過濾方式，相當嚴格。

Google 電子書之閱讀，原則上並不限制地域。Google 電子書預設係以瀏覽器為閱讀平台，無須下載任何專用軟體，因此，原則上必須上網方可瀏覽，但是一旦購買成功，使用者在任何地區閱讀皆不受限制。另外，Google 雖提供離線閱讀功能，但依其說明¹⁰¹，僅容許在行動載具（例如 iPad 或智慧型手機）上利用專用的 APP 閱讀，並且要一直保持在登入該 APP 的狀態之下，一旦登出該 APP，已下載的電子書將自動被刪除¹⁰²。雖然 Google 所之提供 ePub 及 PDF 格式電子書供使

¹⁰¹ Google, Offline reading, <http://books.google.com/support/bin/answer.py?answer=1063705&ctx=books> (last visited Nov. 10, 2011)

¹⁰² Google, Reading on your iPhone, iPod Touch, or iPad,

用者下載於電子閱讀器閱讀，但是該等檔案其實亦可用於桌上型電腦或筆記型電腦中以特定軟體閱讀(如其 PDF 檔須以 Adobe 的 Digital Editions 方可開啟閱讀)。總體言之，Google 對於其電子書的交易地域限制之執行相當嚴格，但對電子書的閱讀及下載則不再有地域限制。

第二款 Barnes and Nobles 的 Nook Book 地域限制

Barnes and Nobles (以下簡稱邦諾)是美國最大連鎖書店，而其線上書籍零售平台亦提供超過兩百萬本電子書(其中包括來自 Google 的著作權屆期之免費電子書)，唯其電子書之銷售亦僅限美國與加拿大地區。經過筆者的實際驗證，邦諾採取的地域限制措施一樣是 IP Geo-location。而其官方在其 Facebook 社群討論區也公開說明，海外購買電子書的要件是必須擁有一個美國或加拿大的收件地址與 IP，但對於經常需派駐海外的美軍、外交官員及其眷屬而言，邦諾容許上述用戶使用非美加的 IP 進行交易，但用戶在邦諾註冊之帳號必須是以 .mil 或 .gov 結尾的電子郵件信箱。

邦諾電子書書目的瀏覽權限並不區分消費者是從何地區上網，任何人皆可瀏覽其書目，但只有實際居住在美國地區的使用者才可以完成交易。如果消費者的上網 IP 位址並非來自美國地區，則消費者會在完成交易的數分鐘之後收到一封來自邦諾的電子郵件，告知交易失敗。反之，交易成功之後，消費者可以馬上在自己的線上數位圖書館中看到該本電子書的完整版。

其次，邦諾對於電子書的閱讀並不設地域限制。消費者只要能成功在邦諾購得電子書，則可以在全世界任何地區上網閱讀或下載該電子書。至於定期性的刊

<http://books.google.com/support/bin/answer.py?answer=188504&ctx=books> (last visited Nov. 10, 2011)

物，如電子報紙或期刊雜誌，在成功訂閱後，不論消費者後來是否在美國境內，邦諾皆會將該等電子刊物發送到消費者的線上數位圖書館¹⁰³。而這個功能對於使用邦諾的電子書閱讀器 NOOK 之使用者而言至為重要，因為電子書閱讀器有便於隨身攜帶的特性，因此電子期刊物的發送若有地域限制，對於使用者將會相當不便，將會使得該等刊物的即時性大打折扣。

邦諾所提供的電子書出借功能也不設地域限制。邦諾的電子書出借功能（LendMe）容許用戶將已購買之可外借之電子書「出借」給其他在邦諾有帳號之用戶。電子書出借的次數只有一次，一旦出借過一次，即不可再出借給任何人，而借期為 14 天。出借期間，出借者對於該被出借之電子書的閱讀權限暫停，14 天過後，出借者對該書的閱讀權限自動回復。根據筆者實際驗證，此項功能並無地域限制，不論出借人或借用人是否在美國或加拿大境內皆可利用；換言之，即使出借人不在美國與加拿大，仍可發出出借的邀請給他人，該他人只要在邦諾有帳號即可接受該出借之邀請，無須同時具有一個在美國或加拿大的 IP 或收件地址。

另外，邦諾有個限定只能在實體書店裡使用的功能。由於邦諾本來即有經營實體書店，因此，邦諾提供使用其 NOOK 的消費者一個可以在邦諾實體書店中免費閱讀電子書機會。消費者只要走進邦諾書店，利用書店提供的 WiFi 無線上網訊號，即可以享受得到此等服務，甚至邦諾還會請你喝杯咖啡，讓你邊喝咖啡邊用 NOOK 看書。

最後，邦諾線上已屆著作權保護期限之電子書主要是來自 Google，而該等電

¹⁰³ Barnes & Noble, Nook Support, http://www.barnesandnoble.com/nook/container/standard_bothnavs.asp?PID=35682 (last visited Nov. 10, 2011)

子書仍可能存在地域限制。根據邦諾的說明，所謂已屆著作權保護期限之電子書係指西元 1923 年出版者，此等圖書在美國已不受著作權保護，但由於不能保證其在他國是否已屆著作權保護期限，因此，對於此等免費電子書仍可能存在地域限制措施。¹⁰⁴

第三款 Amazon 的 Kindle Book 地域限制

Amazon 乃全球最大的網路書店，其電子書的發展上也是處在領先地位，不僅提供 95 萬種電子書，還率先提出專門的電子書閱讀器 Kindle。由於 Amazon 的電子書銷售發展較早，因此，在以地域作為交易條件的安排上發展較為成熟，亦更為細膩。對於將電子書的銷售附加地域限制的原因，Amazon 在網站上說明，這是因為出版社所授予 Amazon 的電子書權利係以國家為單位，因此，每個消費者依其來源國之不同，所得購買的電子書也會有差異。¹⁰⁵

首先，在書目的瀏覽權限上，Amazon 即針對地域有所限制區別。由於 Amazon 的電子書是以為全球銷售的市場，並非如上述電子書線上交易平台僅以北美為銷售地區，但是並非每一本電子書可以銷售的地區皆同，又即便同一本書的銷售地區涵蓋全球，但其價格也不一定一致，因此，為了節省消費者的資訊蒐集成本，Amazon 針對不同地區的消費者提供不同的書目¹⁰⁶。但是確認消費者所在地域的標準只是消費者手動輸入的地址，並非系統自動偵測上網 IP，因此，消費者仍可藉由修改地址的方式看到其他書目。

¹⁰⁴ Barnes & Noble, Top Nook Book FAQs, <http://www.barnesandnoble.com/ebooks/help-faqs.asp?cds2Pid=30684> (last visited Nov. 10, 2011)

¹⁰⁵ Live Outside the U.S.? <http://www.amazon.com/dp/B003FSUDM4> (last visited Nov. 10, 2011)

¹⁰⁶ “Certain Kindle Titles are not available everywhere. Kindle Titles that are available in your country or region will be displayed.If the country or region displayed is incorrect, you may change it at www.amazon.com/manageyourkindle.”http://www.amazon.com/gp/help/customer/display.html/ref=sr_kc_whatsthis?ie=UTF8&nodeId=200333530&pop-up=1 (last visited Nov. 10, 2011)

誠如前述，雖然全球的消費者皆可在 Amazon 購買電子書，但是可購買之圖書種類不同，價格也有差異，因此也有必要在交易程序上過濾消費者。根據筆者實際驗證結果，Amazon 所採取的限制措施相當鬆散，完全根據消費者所輸入的收件信用卡地址來判斷消費者所處地域，無怪乎有人稱 Amazon 的地域限制是一種「榮譽機制 (honor system)」¹⁰⁷。然而，一旦消費者成功完成交易，Amazon 對於消費者的閱讀權限亦同樣不再予以限制。

最後，Amazon 也仿效邦諾提供消費者電子書出借的功能，但是出借功能僅限美國地區的消費者使用，出借人與借用人皆必須位於美國境內方可使用此一功能，但如果借用人雖不在美國，但其在該國本來就可以在 Amazon 上購買該電子書的話，則其仍然可以借用該本電子書。然而，根據筆者實際驗證，電子書出借功能並無該等限制，即使不使用美國 IP 以及美國地址，仍舊可以順利完成借出與借入。整體言之，Amazon 所採取的地域限制雖然細緻，但是實踐上卻是相當鬆散。

第四款 Sony 的地域限制

Sony 是另一家同時推出專用閱讀器以及電子書內容的業者，其經營的線上電子書交易平台 Reader Store 與邦諾及 Amazon 乃並列為北美三大電子書服務廠商¹⁰⁸。Reader Store 的特色在於，其在 2010 年與美國 30 間圖書館合作，提供讀者利用其專用閱讀器全年無休且 24 小時的借書服務。但是，Reader Store 的服務範圍仍僅限於美國與加拿大。

¹⁰⁷ Google eBooks Launch: What You Need to Know ,
<http://content.boomerangbooks.com.au/smell-of-books-blog/tag/territorial-restrictions>(last visited Nov. 10, 2011)

¹⁰⁸ 財團法人資訊工業策進會 (2010)，〈電子書戰國時代各家爭鳴－從產品與服務面淺談目前國際電子書市場走向〉，《數位知識閱刊》，第 1 期，頁 5。
<http://media.iii.org.tw/Upload/Publication/00118/ipub-201007.pdf>（最後瀏覽日：06/01/2011）

Reader Store 雖以美國與加拿大為服務範圍，但兩地消費者得以購買的電子書種類並非全部相同，某些暢銷電子書只容許美國消費者購買而不許加拿大消費者購買。Sony 對此之解釋是，他們目前大部分的書籍內容來自於美國的出版社，而這些美國出版社不一定有權利將他們的書販售到加拿大。原因有兩個，一為同一本書在加拿大的出版權歸屬於不同的出版社，或者是出版社並沒有以電子形式在加拿大出版的權利¹⁰⁹。

而 Reader Store 所採取之過濾消費者的措施是完全依照消費者所註冊之信用卡帳單地址。事實上，Reader Store 的帳號註冊過程已經在用戶居住地之欄位上限定美國與加拿大地區，因此，除非放棄註冊，否則必然要輸入一個美國或加拿大的地址，方可完成註冊手續。所以，總體來說，Sony 的 Reader Store 所採取的地域限制措施亦是依賴使用者所輸入之地域資訊¹¹⁰。

第二項 其他線上數位著作之地域限制

第一款 影音分享社群網站

Youtube 作為一個提供所有人上傳分享影音的社群網站，其對上傳至其網站上的影音檔案也會依著作權人之要求附加地域限制，而這個措施運用在兩個方面。其一，對於著作權人所上傳的影音檔案，Youtube 提供著作權人選擇該檔案僅容許特定地域網路使用者觀賞。¹¹¹其二，Youtube 容許著作權人對第三人上傳之侵權影音檔案進行封鎖。為了避免用戶上傳侵權檔案，Youtube 推出了內容識別服

¹⁰⁹ Reader Store, Customer support, http://ebooks.custhelp.com/app/answers/detail/a_id/126/related/1 (last visited Nov. 10, 2011)

¹¹⁰ 以上僅以北美三大電子書服務廠商以及 Google 的 ebookstore 為例說明電子書業對於電子書之相關地域限制措施，其他像是 Sony 在英國的合作書店 Watersones 以及 WHSmith 亦僅以英國及愛爾蘭為服務區域，並有類似的限制措施。

¹¹¹ 但此功能似非個人用戶得使用，可能須以合作夥伴等資格在 Youtube 上發布影音著作才有權限使用此等功能。

務，使著作權人得向 YouTube 提供所擁有內容的參考檔案（純音訊檔案或影片檔案）、描述該內容的中繼資料，Youtube 會為該等檔案建立所謂的 Content ID，以之與 Youtube 上的影音檔案進行比對。一旦比對發現侵權檔案，Youtube 可以根據著作權人的需求，對該檔案進行賺取收益、取得影片的統計資料，或是封鎖所有這類出現在 YouTube 上的影片¹¹²。其中的封鎖功能包含了禁止所有人觀賞該影片以及禁止部分地區的網路使用者瀏覽該影音檔案¹¹³。

Youtube 網站上影音之觀賞無須事先註冊帳號，因此，Youtube 對於地域限制所採取的過濾措施乃 IP Geolocation。舉例來說，2008 年北京奧運，透過 Youtube 轉播的奧運賽事可以在全世界 77 個國家觀賞，但不包含台灣。因此，在當時所有的台灣觀眾若進入 Youtube 欲觀賞奧運賽事影片，即會「這個影片在您的國家並不適用」之訊息。另外，某些國外電視台在 Youtube 上建立之頻道內容也存在地域限制，因此，一旦我們從被禁止瀏覽的國家或地區上網點選該外國電視台的專屬頻道（內含其製作的節目短片），即會出現"This video is not available in your country"之訊息。

第二款 線上音樂廣播

數位匯流之故，廣播電台也開始利用網際網路作為服務平台，使其服務範圍可以不受無線電波範圍之限制，而向全球同步廣播，這將發生與電子書一樣的問題，亦即廣播電台是否會因此違反授權契約中對於公開播送權的地域限制約定，因此有利用地理定位功能的需求。但是，根據本文的觀察，實際從事地域限制的

¹¹² YouTube，內容識別，<http://www.youtube.com/t/contentid>（最後瀏覽日：11/10/2011）

¹¹³ Content ID 的過濾功能使得一般使用者的合理使用空間大為縮減。因為一旦第三人上傳的影音檔案中包含了特定著作權人的影像或音樂，不論使用量多寡，一概會被認定為屬於侵權檔案，如此使得混和各種著作的個人衍生著作皆可能被認定為侵權而無法透過 Youtube 公開分享。詳細討論請參照 Fred von Lohmann, *YouTube's Content ID (C)ensorship Problem Illustrated*, <https://www.eff.org/deeplinks/2010/03/youtubes-content-id-c-ensorship-problem>（last visited Jun. 3, 2011）

線上廣播網站並不多見。

線上廣播大體上有兩種，一種是傳統廣播電台所經營者，線上廣播對其而言只是另一種服務平台；另一種則是單純的線上廣播，網際網路為其唯一的服務平台。就前者而言，通常未見對聽眾設下地域限制，但後者即不然，Pandora 即是著例。

Pandora 是一個提供個人化線上廣播服務的網站，其服務地區僅限於美國。任何人只要在 Pandora 註冊使用帳號，即可每個月享有 40 小時的免費收聽服務，超過 40 小時即須付費。使用者可以設定喜歡的歌手、曲風或音樂種類，Pandora 就會為使用者安排相關曲目，使用者並可以在電腦、智慧型手機、iPad 及其他可以上網的娛樂裝置上以串流方式欣賞。但使用者必須位於美國境內，Pandora 會偵測使用者的上網 IP，阻擋非美國用戶使用其服務。根據筆者實際驗證，筆者在台灣以通常方式進入 Pandora 首頁之後，首頁即出現一封道歉信，說明筆者所處位置是在台灣，礙於授權契約之限制，僅能提供服務給美國的用戶云云¹¹⁴。

第三款 線上串流影片

不少美國的線上串流影片欣賞網站也僅以美國為服務地區，例如 CBS 電視台在其官方網站上放置的自製最新影集，以及由美國 NBC 及 FOX 電視台所合作建置的 Hulu.com。該等網站放置的影片皆屬於原本在電視上定期播放的影集內容，而為了服務錯過節目的觀眾，越來越多電視台將原本透過電視播放的節目也放置在網路上，讓觀眾不用擔心錯過精彩的節目。然而，正如原本電視的收視一般，同樣的內容在網路上仍係以美國地區的觀眾為服務對象，不因網際網路之便而擴大服務範圍。因此，上述網站通常也會根據使用者的上網 IP 辨識所在位置。一旦

¹¹⁴ 詳參 Pandora 網站首頁說明，<http://www.pandora.com/restricted>（最後瀏覽日：2011/5/4）

使用者非以美國 IP 連結其網站，網站即會出現禁止瀏覽的訊息，並說明此等限制乃是出自於授權之限制¹¹⁵。Hulu 甚至聲稱其系統可以禁止使用者利用 Proxy 與 VPN 等隱匿真實 IP 的方式瀏覽觀賞其影片¹¹⁶。

第四款 線上遊戲

線上遊戲是另一個經常需要過濾使用者地理位置的線上數位著作。線上遊戲不同於傳統單機遊戲之處在於玩家間的互動性，玩家不再只是與電腦比賽，而必須與其他玩家比賽或廝殺。而這份互動性則是來自於眾多玩家可以透過網際網路而在同一的平台上進行遊戲，而這個平台即是所謂的遊戲伺服器。因此，線上遊戲也同時具有社交功能，甚至是跨國的社交功能。然而，隨著線上遊戲授權的區域性逐漸增強，一線上遊戲在各國會有不同的被授權遊戲廠商（俗稱代理商），也因此會設置各自的伺服器，若容許各國玩家可以任意選擇到各國伺服器遊戲，可能無法區隔各被授權廠商之市場，影響其收益；特定遊戲伺服器被太多各國玩家使用也會影響遊戲進行之品質，損害本國玩家的利益¹¹⁷。因此，被授權廠商皆會對於其設置的遊戲伺服器附加 IP 過濾措施，僅限本國玩家登入遊戲。相對地，原本線上遊戲所帶來的社交功能也因此打了個折扣。

第五節 常見的規避方式介紹

第一項 對 Geo-blocking 的規避—VPN

VPN 是一種用於一個如網際網路的中間網路上，連接一部電腦或一個網路到

¹¹⁵ 詳參 Hulu 網站說明，<http://www.hulu.com/support/article/171122>（最後瀏覽日：2011/5/4）

¹¹⁶ 同上註。

¹¹⁷ 銀狐（2009），《線上遊戲裡的國界》，http://mag.udn.com/mag/digital/storypage.jsp?f_MAIN_ID=314&f_SUB_ID=2923&f_ART_ID=192699（最後瀏覽日：06/03/2011）

一個遠端網路的技術¹¹⁸。多年來，虛擬私有網路（Virtual Private Network，VPN）一直是企業及學術等各單位組織用在公共開放的網際網路上，提供安全且專屬之通訊連結網路的主要技術。之所以稱為「虛擬」是因為，相對於實際於兩點之間佈設實體線路，此種連線方式屬於一種並非實體存在的暫時性連線，所欲通訊的資料透過網際網路在兩點之間傳遞，就像其間存在著一條專屬的「通道」(tunnel)，也因此又稱為「通道技術（tunneling）」¹¹⁹。

企業或其他私人組織為追求內部網路之安全性，會以專線方式自行架設內部網路，以方便管理其內部資訊之存取。但由於具有佈線成本高，且缺乏擴充彈性的缺點，VPN 便逐漸取代實體私人網路。透過 VPN 的認證與加密機制，私人網路得限制存取之使用者以確保內部網路的安全，而任何一個擁有授權帳號及密碼的使用者只要有公用網路即可連結 VPN，無須實體專線之連結。

然而，VPN 的附加功能在於容許使用者隱藏其真實 IP¹²⁰，便利其使用者規避任何 IP 過濾機制。由於 VPN 的使用者從遠端登入 VPN 之後得再經由管理 VPN 之電腦向外連結公用網路，該部電腦即如同「代理人」一般可為使用者存取公用網路上的資料，只要該代理電腦之 IP 並未被禁止存取特定位址上之資料，VPN 的使用者亦得藉該電腦存取該資料與發出指令。從而，對被存取之電腦而言，其回應的對象乃是該代理電腦，而非使用者之電腦，進而達到隱藏使用者真實 IP 之目的。

因此，對於在任一數位著作授權散布地域外上網的使用者自得透過 VPN 連結

¹¹⁸ Mitch Tulloch & Ingrid Tulloch 著，金格電腦譯（2003），《微軟網路百科全書（Microsoft Encyclopedia of Networking）》，頁 V-10 至頁 V-12，文魁資訊。

¹¹⁹ 邵喻美（2007），〈虛擬私有網路(VPN)服務介紹〉，《國立台灣大學計算機及資訊網路中心電子報》，第 1 期，http://www.cc.ntu.edu.tw/chinese/epaper/20070620_1004.htm（最後瀏覽日：2011/03/06）

¹²⁰ 事實上，由於 IPv4 所提供的 IP 將近耗竭，大部分一般網路使用者之 IP 皆為虛擬 IP，因此，若以自 IP 追蹤網站查詢，其所顯示之上網來源地理位置可能皆為網路服務提供者（ISP）之公司位置。此所謂真實 IP 其實是指網路使用者利用本地 ISP 網路服務而取得之 IP，非必為實體 IP。

公用網路，隱藏其電腦真實的 IP，進而隱藏其真正之上網來源地，以便存取未授權於其居住地散布之數位內容著作，或與網路商店進行交易，或登入外國電腦主進行線上遊戲，或是規避某些網管單位或軟體對特定外國網站瀏覽之封鎖。鑒於此種需求日增，網路上甚至有業者提供免費或付費的 VPN 服務¹²¹，專門協助網路使用者進行「翻牆」活動。

但在以瀏覽器收集地理資訊的情形，VPN 似乎即難發揮功效。根據筆者利用 Google 瀏覽器啟動 Google Map 的「我的位置」定位功能的經驗，在未關閉 WiFi 功能的情形下，定位結果可以精確到正確的街區（block）程度，但若關閉 WiFi 功能，則仍可以判斷出筆者位置在台灣北部，而此一定位結果在筆者利用 VPN 仍舊不變，定位結果並不因為筆者改用美國 IP 而改變。顯然利用瀏覽器收集地理資訊並不受到任何規避措施之影響。

第二項 對 Geo-blocking 的規避—Proxy

利用 Proxy 來連接公用網路也是經常被用來規避 Geo-blocking 的常見方式。所謂 Proxy，又稱之為代理伺服器。其功能在於加速網路使用者對於網路資料存取的速度。其加速資料存取的原理在於，網路服務提供者（ISP）提供一主機（即 Proxy）事先將網路上的資料予以下載儲存，供眾多的網路使用者作為快取（cache）¹²²之用，使用者毋庸直接連結到各筆資料的實際存放位置重新下載，對使用者而言，他們就能在近端的主機讀取到外國的資訊，而不必實際連往國外做耗時的長程連接。實際運作上，Proxy 在收到網路使用者對於特定資訊的要求之後，會先檢查硬碟上符合需求的資料。如果有，Proxy 會跟真正的主機核對檔案的大小跟日期，如

¹²¹ 例如 Hotspot Shield 免費軟體。

¹²² 快取的應用範圍很廣，例如電腦中的隨機存取記憶體（RAM）也應用了快取之原理來加速電腦對資料的處理速度。電腦將已執行過的程式自硬碟暫時複製到 RAM 中，以便下次執行時無須再重新自硬碟讀取，藉此加速電腦執行程式的速度。

果檔案並沒有更新的話，就直接把硬碟裡的資料提供給網路使用者。反之，Proxy 就會向遠端主機擷取該筆資料，然後再傳送給網路使用者。所以，如果使用 Proxy 連結公用網路，則不論其上是否有符合使用者需求之資料，Proxy 都會負責將資料找到。因此網路使用者的電腦本身並不與 Proxy 以外的主機做溝通，全由 Proxy 代理取得資料。

由於 Proxy 具有代替網路使用者的電腦存取公用網路上資料的功能，因此，與 VPN 的使用一樣，真正存放資訊的主機無法辨識代理伺服器所代理的電腦主機及其 IP 位址，從而達到規避 Geo-blocking 的目的。因此，網路上有不少免費或付費的 Proxy 服務¹²³，以滿足使用者規避 IP 過濾的需求。

第六節 小結

過去，人們總是認為網際網路具有「無遠弗屆」而不受地理界線阻隔的特性，但事實上，不僅網際網路的分布受到地形、都市化及其他基礎設施的限制，地理位置資訊在網際網路上之應用也成為目前發展的趨勢。如何將現實世界中二維空間裡的人與物的地理位置對應到網路世界中，以進行有效率的資源分配，乃是大部分地理位置服務（LBS）的共同目標。在資源分配的意義下，包含了促進資源的分配以及限制資源的取用。前者之目的在於透過地理位置資訊在網路上的運用，降低使用者對於資訊的搜尋成本，增加資源提供者行銷的效率，反映出地理位置資訊對網際網路的「興利」功能。後者則在利用地理位置資訊將現實世界的秩序或規範落實到網路世界中，避免法域之間規範的差異造成特定違法資訊在網路上不受管制。這是地理位置資訊的「防弊」功能。

然而，使用者地理位置資訊的獲取涉及到個人隱私與安全的問題，以主動方

¹²³ 例如 FreeGate 軟體即是常被中國網民用來規避網路長城對資訊的封鎖。

式取得使用者位置資訊存在侵害隱私權的疑慮，因此目前定位技術逐漸採取的是被動的方式，要求使用者授權啟動定位功能。主動式的地理資訊擷取僅在 IP Geo-location 技術較無上述疑慮，蓋 IP 位址會在使用者發出指令到網路上另一部電腦時自動顯示，這是網路通訊技術上的必然結果，不須以特殊技術擷取。網路上每個節點之間的聯絡就是依賴 IP 位址之識別，正如實體世界的住址或電話號碼一樣，一旦欠缺或隱藏即無法進行資訊的交換。然而，正如電話可以設定轉接一樣，此一 IP 位址並不一定是發出指令的電腦的真實 IP，因此根據此一 IP 所推算出的地理位置並不精確。但若採取被動式的技術，即使是取得使用者電腦 IP，所取得者也是瀏覽器所回傳的真實 IP，可以精確到城市的層級。

綜覽美國各主要電子書交易平台對於消費者所在地域的過濾機制，可以發現，其乃落實電子書授權地域限制的措施，目的在於「防弊」；技術上則主要透過主動式的 IP Geo-location 技術以及取得信用卡地址取得之被動式定位方式。其最終目的在限制電子書的流通範圍，以便區隔市場或進而實施差別取價，或者是單純限制電子書銷售的地域範圍。然而，其定位技術易於規避而過濾效果有限。而電子書交易最成熟的亞馬遜網路書店更是採取由消費者自行輸入信用卡帳單地址的方式而對消費者進行地域的分類。整體看來，電子書商所採取的地域限制措施似乎有如「雞肋」一般，食之無味，棄之可惜。然而，這也不表示地域限制措施在電子書的交易上不可能落實。其一，電子書交易平台也不無可能在交易程序上添加授權取得地理位置資訊的程序，但其是否可能影響消費者消費的意願，則是另一個必須考量的問題。其二，規範上是否可能阻止終端消費者有意識之規避活動則為本文以下欲討論者。

第三章 電子書與實體書地域限制之比較

第一節 著作財產權之內容及其法律上限制

第一項 著作性質

第一款 實體書

實體書係一種以紙張為媒體，表現特定內容之物。因此，只要能以平面方式印刷於紙張的各種內容，皆可以書的方式呈現。而此等內容即為著作權法中所謂的著作，該等可以平面方式印刷於紙張的著作應包含著作權法中的語文著作、圖形著作、美術著作及攝影著作。而由於不同類型之著作有不同之利用方式，因此著作權人對於各種著作所擁有之著作財產權亦有不同。著作權人對於實體書擁有何等著作財產權，應先判斷實體書屬於著作權法中何等著作。

第一目 語文著作

所謂的語文著作，又可細分為語言著作與文字著作。所謂文字著作，係指以文字、數字或符號產生之著作，性質上屬於有形著作，包含詩、詞、散文、小說、童話、腳本、劇本、學術論述隨筆、書簡、日記、日誌、講義等。而語言著作則係指以演述之方法將自己思想、感情陳述於外所完成之創作，性質上屬於無形著作，包括演講、佈道、辯論、吟詩、賀辭等。¹²⁴因此，記載文字之圖書應屬於有形之文字著作。

第二目 圖形著作

所謂圖形著作，乃指以思想、感情表現圖形之形狀或模樣之著作。依內政部於民國 81 年所頒佈之「著作權法第五條第一項各款著作內容例示」第 2 條第 6 款之規定：「圖形著作：包括地圖、圖表、科技或工程設計圖及其他之圖形著作。」

¹²⁴ 羅明通，前揭註 21，頁 196。

圖形著作包含二類：第一類是地圖、圖表及其他圖形著作。第二類是科技或工程設計圖¹²⁵。因此，實體書所表達之內容若有上述之圖形，亦可為圖形著作之內涵所包括。

第三目 攝影著作

攝影著作係指將思想、感情以固定影像表現之著作¹²⁶。依內政部於民國 81 年所頒佈之「著作權法第五條第一項各款著作內容例示」第 2 條第 5 款之規定：「攝影著作：包括照片、幻燈片及其他以攝影之製作方法所創作之著作。」攝影著作著要藉機械及電子裝置，利用光線之物理及化學作用，將被攝客體再現於底片或紙張而完成，此為與美術著作主要不同之處¹²⁷。因此，攝影著作亦屬於以平面方式且可呈現於紙張上之著作，從而亦可以實體書為媒介傳達其內容。

第四目 美術著作

美術著作係指以描繪、著色、書寫、雕刻等平面或立體之美術技巧表達線條、色彩、明暗或形狀等，以美感為特徵而表現思想或感情之創作¹²⁸。依內政部於民國 81 年所頒佈之「著作權法第五條第一項各款著作內容例示」第 2 條第 4 款之規定：「美術著作：包括繪畫、版畫、漫畫、連環圖（卡通）、素描、法書（書法）、字型繪畫、雕塑、美術工藝品及其他之美術著作。」美術著作可分為純粹美術著作（fine art）及應用美術著作（applied art work）二大類。前者係為創作而創作，後者則是將純粹美術繪製於實用物品上。廣義言之，美術著作應包含建築著作、圖形著作、攝影著作及工業上大量生產之廣義應用美術著作，惟現行著作權法已將建築、圖形及攝影另設著作類型，且將應用美術之保護明文規定僅限於美術工藝

¹²⁵ 羅明通，頁 227。

¹²⁶ 半田正夫，《著作權法概說》，第七版，第 101 頁。轉引自羅明通，前揭註 21，頁 223。

¹²⁷ 羅明通，前揭註 21，頁 223。

¹²⁸ 內政部 85.12.16.台（85）內著會發字第 8520074 號函。轉引自羅明通，前揭註 21，頁 204。

品，故我國著作權法上之美術著作應採狹義之解釋¹²⁹。因此，可以平面方式呈現，並以紙張為表達媒介的美術著作應只限於得以平面表達之純粹美術著作，例如繪畫、版畫、漫畫、連環圖（卡通）、素描、法書（書法）、字型繪畫等。從而該等美術著作亦得為實體書之內容。

第二款 電子書

第一目 電腦程式著作

電腦程式在著作權法發展初期並未能預見，因此對於著作權法是否保護之，早期有爭議，但自美國率先以著作權法保護電腦程式後，世界各國亦紛紛採之。1996 年的 WCT 第 4 條更明文規定電腦程式屬於伯恩公約第 2 條意義底下的文學著作，必須賦予相關之保護。我國著作權法亦於民國 74 年於修正時將電腦程式著作於第 5 條第 1 項第 10 款明定為保護之著作類型之一。

根據著作權法主管機關於民國 81 年間公布之「著作權法第五條第一項各款著作內容例示」，電腦程式著作之定義為「包括直接或間接使電腦產生一定結果為目的所組成指令組合之著作。」其係由文字、數字、符號、或標記等陳述（statement）或指令（instruction）所組成，程式規格書（specification）、流程圖（flow chart）、各種設計圖（layout）、資料檔案（data file）及圖表（diagrams and tables）等均屬程式之範圍¹³⁰。換言之，所謂電腦程式著作必須是著作人以文字、數字、符號、或標記等陳述或指令而為創作，其目的在直接或間接使電腦產生一定結果。所謂電腦程式著作，其重點在於其功能性而非文藝性¹³¹，因此僅電腦程式語言之文字部分才是創作之核心與電腦程式著作保護之重點。電子書係將原本屬於文字、圖

¹²⁹ 羅明通，前揭註 21，頁 204-206。

¹³⁰ 羅明通，前揭註 21，頁 236。

¹³¹ 賴文智、王文君，前揭註 22，頁 336。

形以及影音等著作內容以數位格式儲存之資料檔案，並非著作人以直接或間接使電腦產生一定結果為目的，而利用文字、數字、符號、或標記等陳述或指令所為之創作，且單純的電子書檔案並無法使電腦產生一定的文字、圖形或影音，而仍須有其他相應之應用軟體方可使用。因此，單純的電子書資料檔案與前述定義之「直接或間接使電腦產生一定結果」似有未洽。從而，電子書並無法該當電腦程式著作，而仍應視其內容而歸類為前述之語文、圖形、攝影或美術著作¹³²。

第二目 多媒體著作

所謂多媒體係指單一媒體內含有數種不同種類之著作，唯所謂的多媒體著作並非著作權法上列舉之著作類型，因此，如何對之加以定性涉及多媒體著作保護期間之起算、權利內容、權利限制等問題¹³³。依美國著作權法，多媒體著作僅在登記註冊時加以分類，通常以編輯著作進行註冊，但實際上並未對多媒體著作加以定性，蓋註冊僅為對著作權侵權行為提起民事訴訟之前提要件¹³⁴，註冊為何種類型之著作並不影響其所含之各種著作之專有權利之保護。我國著作權法過去採取註冊保護主義，實務上對於多媒體著作仍傾向於以單一種類著作保護之。但多數學說採取與美國實務類似的看法，認為如何註冊應不影響多媒體之內容依各相關著作獨立保護之¹³⁵。

電子書與實體書並無太大差異，內容上可能為文字、圖形、相片、美術作品等等，而可能包含語文、圖形、攝影以及美術著作。然而，因為數位匯流之故，

¹³² 然而，不能排除有些電子書係以執行檔的方式存在，無須其他軟體輔助開啓閱讀。此種電子書可能該當電腦程式著作，但其表現出的文字、圖形、聲音恐怕還是必須以其他著作保護之，自不待言。

¹³³ 詳參羅明通，前揭註 21，頁 262。

¹³⁴ 美國著作權法第 411 條(a)項前段規定：「除因侵害著作人依第 106A 條第(a)項之權利而提起之訴訟，以及本條第(c)項另有規定外，非依法註冊或為預先登記者，不得就對任何美國之著作之著作權侵害行為提起民事訴訟。」

¹³⁵ 詳參羅明通，前揭註 21，頁 264。

不只靜態的與以視覺為訴求的著作可以轉化為數位格式，動態的或以聽覺為訴求的著作也得以數位格式儲存，從而電子書的內容可能包含動態的視聽著作或戲劇、舞蹈著作以及用聽覺感受的音樂著作或錄音著作。所以，電子書也可能是一種包含更多種類著作之多媒體著作。而其著作權之保護亦當依其內容而分別論之，非依單一種類之著作保護之，自不待言。

第二項 著作財產權

第一款 類型

著作權法下所賦予著作權人利用其著作之權利（著作財產權），概可分為以下三大類¹³⁶：

1. 有形利用的權利：包括重製權、公開展示權、出租權以及散佈權。
2. 無形傳達的權利：如公開口述權、公開播送權、公開上映權與、公開演出權、公開傳輸權。
3. 改作及編輯的權利：包括改成衍生著作，以及編輯成編輯著作之權利。

有形利用之權利與無形傳達之權利的差異在於，前者係對著作本身之利用，不論著作係以實體或非實體的方式存在；後者則是對於著作內容之傳達，因此，著作之形式較不重要，重點在於著作之內容是否適合以上述的表達方式而予以表現，而為人類感官所感受。

第一目 有形利用之權利

在有形利用之權利中，除公開展示僅適用於美術著作與攝影著作外¹³⁷，其餘之權利在語文著作、圖形著作、攝影著作及美術著作皆有適用。惟公開傳輸依著作權法第3條第1項第10款之規定，係指「指以有線電、無線電之網路或其他通訊方法，藉聲音或影像向公眾提供或傳達著作內容，包括使公眾得於其各自選定

¹³⁶ 謝銘洋等（2005），《著作權法解讀》，頁23，台北：元照。

¹³⁷ 著作權法第27條：著作人專有公開展示其未發行之美術著作或攝影著作之權利。

之時間或地點，以上述方法接收著作內容。」其與其他的有形利用之權利的不同之處在於，公開傳輸權之客體必須為不具實體之著作內容。因此，只有當上述著作被轉化成得以有線電、無線電之網路或其他通訊方法加以對公眾提供或傳達之形式時，才有可能被以公開傳輸之方式利用。

第二目 無形傳達之權利

無形傳達的權利當中，公開上映權僅適用於視聽著作¹³⁸，公開口述與公開演出僅適用於語文著作，至於圖形著作、攝影著作及美術著作則無法透過口述或演出的方式傳達著作之內容。而關於公開播送之權利，依我國著作權法第3條第1項第7款之規定，係指「基於公眾直接收聽或收視為目的，以有線電、無線電或其他器材之廣播系統傳送訊息之方法，藉聲音或影像，向公眾傳達著作內容。」因此，與上述公開傳輸權相類似之處在於，上述著作也只有在被轉化成得以有線電、無線電之網路或其他器材之廣播系統之方法而對公眾傳達時，才有可能被公開播送。蓋上術著作，除語文著作可同時以影像或聲音對公眾傳達以外，其餘圖形著作、攝影著作及美術著作亦得以影像方式加以公開播送。

第三目 改作及編輯之權利

所謂改作，依我國著作權法第3條第1項權係指「以翻譯、編曲、改寫、拍攝影片或其他方法就原著作另為創作。」因此，改作權包括對語文著作之翻譯、對樂曲之改編、改寫以及翻拍成電影等利用行為。事實上，上述利用行為僅為例示，並不排除其他的改作方法。因此，上述四種著作類型皆有加以改作之可能，而改作之後的著作若符合著作權保護之要件，亦為獨立受到保護的衍生著作。但改作之後之衍生著作可能與原作之著作類型迥異，例如將小說哈利波特翻拍成電

¹³⁸ 著作權法第25條：著作人專有公開上映其視聽著作之權利。

影，則該電影已不再是語文著作，而為視聽著作。

至於編輯權，則係指將對著作進行資料選擇、整理、組合以及編排之謂也。理論上，任何著作類型皆有被編輯之可能，但實際上，編輯是一種對資料的整理編排，因此，最後產出的編輯著作通常係以平面方式呈現，從而只有平面形式或是得以平面形式傳達之著作內容方可有編輯權之適用。所以，上述所討論之四種著作類型皆有作為被編輯之客體。

第二款 實體書之著作財產權

誠如上述，實體書之內容可能包含語文著作、圖形著作、美術著作及攝影著作。因此，對於實體書之利用方式，考量到實體書具有實體的本質，在有形利用權利中，除公開傳輸之外，皆可適用在以實體書為媒介之著作。至於在無形傳達權利當中，誠如上所述，著作之存在形式並不影響其傳達，僅著作之內容才是影響傳達方式之因素，因此，依據實體書之內容為語文或是圖形、美術、攝影著作而各皆有其傳達之方式，從而著作權人可以依著作內容之不同而主張上述各種無形傳達之著作財產權。最後，如同上述討論，著作權人對於實體書也有編輯與改作之權。而與實體書之流通最為相關且常受到地域限制者，莫過於有形利用權利中的散布權與出租權。

第三款 電子書之著作財產權

電子書之內容除了包含實體書所能呈現之著作類型外，尚包含聲音、影像等無法以實體書作為傳達媒介之內容，因此，除了原本著作權人在實體書上所享有之著作財產權之外，舉凡得以數位形式利用或傳達之權利亦得適用於電子書。具體來說，在有形利用之權利中，與著作流通最直接相關的散布權雖係以實體著作物為適用對象，從而著作權人無法對於電子書主張散布權，但著作權人對於電子

書卻可另外主張公開傳輸權，而公開傳輸權同樣是直接關係到著作流通的一種著作財產權；在無形傳達之權利中，理論上著作權人對於電子書享有所有的無形傳達權利。至於電子書亦享有改作及編輯權，自不待言。因此，數位匯流以及數位著作無實體化之特性使得電子書幾乎可以囊括各種著作內容，並享有各種著作財產權。

第三項 著作財產權之法律上限制

關於著作財產權之法律上限制，為免討論失焦，僅針對合理使用之一般規定以及涉及著作流通地域限制有關之著作財產權限制進行介紹，合先敘明。

第一款 合理使用

第一目 制度目的

合理使用乃是由英美法的判例經驗累積而形成的立法，認為只要是基於公平、合理的原則而為著作之利用，則不構成著作權之侵害¹³⁹。在英美法上稱為 fair use 或 fair dealing，其制度目的在於平衡著作財產權人之利益及公共利益。按著作權法承認作品之可著作權性並給予著作人在市場上具獨占性之經濟及人格利益，其目的在於提升或促進文化、科學之進步，以鼓勵具有原創性之表達¹⁴⁰。唯基於憲法第 11 條賦予人民之表達自由包含了人民接受訊息之基本權利，為促進國家文學、科學、藝術及其他學術範圍之文化發展，以及考量到任何創作往往都是立基在前人的創作或啟發，某種程度上屬於社會協力的成果，因此有必要對著作人之著作財產權加以限制。

¹³⁹ 賴文智、王文君，前揭註 21，頁 164。

¹⁴⁰ 羅明通，前揭註 21，頁 145。

第二目 相關規定

關於合理使用之立法模式，有採取列舉式者（例如德國與日本），亦有以概括抽象的要件作為個案認定之標準者（如美國）¹⁴¹。我國著作權法則兼採此二種立法模式，規定於第 44 條至第 65 條，其中第 65 條第 1 項明白宣示：「著作之合理使用，不構成著作財產權之侵害。」我國著作權法第 44 條之第 63 條列舉各種合理使用之具體情狀，並於第 65 條第 2 項加列其他合理使用之情形。唯是否合於合理使用，仍應審酌一切情狀，特別是就第 65 條第 2 項所列四款事項予以判斷，包含「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。」我國的合理使用立法模式雖然兼採列舉式與概括式，但與典型的列舉式立法模式不同者在於，即使個案中的行為形式上屬於法律列舉之合理使用行為，但仍應再就法律所規定之概括標準一一檢驗。

第三目 法律性質

關於合理使用的法律性質，學說上主要有三種見解：權利限制說者認為合理使用法則是對著作權人權利的限制，以免阻礙知識之利用；侵權阻卻說者先假定合理使用為不法侵權行為，但因具阻卻違法性或欠卻實質違法性，故不予處罰；使用者權利說者，即不僅將合理使用視為消極性的防禦侵權事由，而更進一步將之視為立法者賦予作者專屬權利之同時，一併賦予作者以外之人使用著作之權利¹⁴²。

¹⁴¹ 多數學說認為，列舉式屬於法定例外規定，概括式之規定才是合理使用。「合理使用」是否構成，應由法院決定，相同情況，今日構成合理使用之事實，明日卻不一定構成合理使用。而「法定例外」是否構成，則有一定的成文要件，在該要件內，法院不能恣意認定，而應遵守該法定要件，如果因環境變遷，欲改變結論，不能由法院逕行決定，而應由立法機關另行修改法律。詳參蕭雄淋（2010），《著作權法第 65 條之修法芻議》，<http://blog.ylib.com/nsgrotius/Archives/2010/11/15/16991>（最後瀏覽日：2011/7/14）。但為免討論失焦，本文仍先將二者皆以合理使用稱之。

¹⁴² 羅明通（2009），《著作權法論 II》，第 7 版，頁 148-150，台北市：台英商務法律。

事實上，若從著作權法之發展歷史來看，使用者權利說或許會是最適合的說法。著作權法之發展可上溯至英國安妮法案（The Statute of Anne）的制定，在此之前，著作人並不當然因為創作而取得一定權利。而從安妮法案的發展可以發現，立法者對於著作權之關注點從保障著作權人之利益轉變成促進學習與創造公共領域。為免著作權人權利不當延伸而影響公共利益，法律僅賦予著作人有限之權利，例如若賦予著作人出借權，可能導致圖書館之功能減損；或是賦予著作人對其著作專有視聽閱讀之權利，將導致文化之傳播更平添障礙。

並且，從當代著作權法之立法目的來看，著作權法之終極目的並非在於保障著作權人之經濟利益，而係在促進國家文化之發展，而此等發展則體現在一般大眾對於著作之利用上。因此，對於著作權人權利之保障毋寧只是達成此一目的的手段而已。是故，將合理使用之法律性質定位在使用者權利，毋寧是較符合著作權法發展歷史脈絡與著作權法立法精神之解釋。換言之，著作權並非自然權利，乃係基於鼓勵文化創新而創設之權利，著作權人享有該等權利並非著作權法之最終目的，而只是為達成促進國家文化發展之手段而已，因此，倘若對於國家文化發展有助益之利用行為，即不應將之歸為著作權之範圍，而應評價為合理使用之行為。因此，合理使用應解釋為法律不欲劃分給著作權人享有之領域，而仍保持其公共領域之特性，亦即維持其為使用者權利之範圍。

第二款 散布權及其限制：第一次銷售原則（權利耗盡）

第一目 理論目的

第一次銷售原則（First sale rule）起源於美國的案例法¹⁴³，並於後來明文化成為著作權法中對於散布權之合理使用規定。其目的在於平衡著作權人之散布權以

¹⁴³ 1908年，美國聯邦最高法院在 Bobbs-Merrill Co. v. Straus 案的判決中稱：著作人專有之販賣權僅適用於著作物之第一次銷售。

及著作物所有人之所有權。其內涵為，在著作已獲得合理報償而讓與所有權後，著作權人即不得對之主張散布權，俾使著作物受讓人或再受讓人得以透過所有權之移轉、出租、出借等方法，充分發揮該著作物之經濟或文化價值。由於著作權人在將著作物所有權移轉於他人之後，著作權人即不得再對該著作物主張散布權，換言之，著作權人對該著作物之散布權即已耗盡，從而，在歐洲稱此一原則為權利耗盡原則¹⁴⁴。

第二目 適用客體

誠如上述，權利耗盡原則乃在平衡著作權人之散布權與著作物所有人之所有權，因此，在適用的標的上也受到相當之限制。首先，由於所要保護的是所有人的所有權，因此，此原則適用的客體必須同時是所有權之客體，亦即必須為「物」。此外，散布權是以實體環境中「有體的(tangible)」著作原件或著作重製物為客體，不包括有線、無線廣播或網路上「無體的(intangible)」的廣播(broadcast)或傳輸(transmission)¹⁴⁵。因此散布權之客體與權利耗盡原則適用之客體皆為有體的著作物。

其次，此原則所限制之標的乃散布權，不及於其他著作財產權之耗盡，著作權人仍可對該著作物主張散布權以外之著作財產權。但問題在於，散布權的內涵為何？按「散布權」既在規範著作人對於著作原件或著作重製物「對公眾散布」之掌控能力，範圍包括著作原件或著作重製物對公眾之有償或無償之流通，則舉凡著作原件、著作重製物之買賣、其他所有權移轉、出租或出借等，均屬之。不過，國際著作權法制傾向於採取將「散布權」限制在涉及著作原件或著作重製物

¹⁴⁴ 為便利對於此一原則之分析討論，以下僅以權利耗盡原則稱之。

¹⁴⁵ 關於無體的傳輸，WCT 與 WCCT 另外創設「right of communication to the public」以及「right of making available to the public」等權利，但美國著作權法及司法實務則直接將網路不具有體物形態的傳輸以「散布權」包括之。我國著作權法則以公開傳輸權規範之。

所有權移轉之範圍，而不包括未移轉所有權之「出租」或「出借」等情形¹⁴⁶。就出租權而言，國際公約採取獨立規定，而不納於散布權以下¹⁴⁷，至於出借權則通常僅限於「公共出借權」¹⁴⁸。權利耗盡是否僅及於以移轉所有權為方式之散布，或是亦及於出租權，乃各國法律政策選擇之問題。

以我國著作權法之規定而言，第 28 條之 1 第 1 項將散布權限於以移轉所有權之方式，並另於第 29 條第 1 項就出租權另為規定。散布權之耗盡規定於第 59 條之 1，而出租權之耗盡則規定於第 60 條。並且，我國著作權法並不賦予著作權人出借權，從而出借權是否耗盡之問題。

第三目 立法方式

關於權利耗盡之立法，各國不盡一致，對於權利耗盡的範圍，立法上尚有國家耗盡（national exhaustion）、全球耗盡（global exhaustion）及區域耗盡（regional exhaustion）等立法方式。在全球耗盡，如著作物一旦出售或移轉所有權，其散布權即已在國內外全部耗盡，不得在於他地另為主張或請求保護。因此，假設 A 國採取全球耗盡之立法，著作權人甲在 B 國將其著作物所有權移轉給乙，乙若在 A 國將該著作物移轉所有權、出租或出借給丙，甲不得在 A 國主張對該著作物有散布權。而在國家耗盡之情形，則耗盡範圍僅限於該國家領地，著作人在前述範圍以外國家或地區仍可主張其散布權。因此，假設上例中之 A 國採取國家耗盡之立法，則甲仍可在 A 國對該著作物主張其散布權，禁止乙將該著作物之所有權移轉或出租、出借予丙。最後，關於區域耗盡，歐洲法院所發展出來的共同體耗盡

¹⁴⁶ 章忠信（2001），〈著作權法中「散布權」之檢討〉，《萬國法律》，第 116 期，頁 74。

¹⁴⁷ 伯恩公約第 14 條之散布權並不包括「出租權」，WCT 第 6 條與 WPPT 第 8 條及第 12 條規範「散布權」，WCT 第 7 條及 WPPT 第 9 條及第 13 條則另外就「出租權」為規範。

¹⁴⁸ 公共出借權乃是基於圖書館將著作權相關權利人的著作物免費出借，而對權利人所為的補償，是一種權利補償金制度，目前僅部分歐洲國家與日本訂有相關規定。詳參賴文智與葉乃璋（2001），《數位圖書館系列—公共出借權》，<http://www.is-law.com/old/OurDocuments/CR0021LA.pdf>（最後瀏覽日：2011/7/14）

理論無疑是區域耗盡之典型，而此乃來自於歐洲經濟共同體條約所追求之單一市場及貨物自由流通之理想。根據此一理論，受保護之著作物若由著作權人或經其同意之人，在歐盟內之任一國流通交易，則其散布權在歐盟內即屬耗盡。

依我國現行著作權法，第 59 條之 1 規定：「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。」因此，散布權之耗盡以在中華民國管轄區域內為限，顯然採取國家耗盡之立法方式。但由於我國的散布權係指以移轉所有權之方式散布，因此出租權之耗盡規定不應援引同一規定，而應求諸於第 60 條。根據第 60 條第 1 項之規定：「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。」故關於出租權之耗盡似採取國際耗盡之立法¹⁴⁹。

第三款 輸入輸出之權及其限制

第一目 輸出權？

散布權若再加上跨國境的因素，則衍生出進口與出口之問題。雖然著作物之進口與出口並不當然一定涉及所有權移轉、出租與出借等散布行為，唯通常也是著作物散布的前置準備行為，因此常與散布權一併討論。但基於屬地主義，著作權乃一國所賦予，其權利之得喪變更以及行使亦以一國之法律而定，一國法律所保護者亦僅以其管轄之國境為限。因此，關於著作物的出口或輸出，其所直接影響者乃著作權人於他國領域內之經濟利益，從而，國際上並無賦予著作權人出口權之立法，此在商標法及專利法亦無不同¹⁵⁰。從而，輸出行為被包含在散布權之

¹⁴⁹ 但學者羅明通認為，因為我國著作權法第 87 條第 4 款明文禁止真品平行輸入，從而著作物若在外國第一次銷售而在該外國權利耗盡，在輸入至我國管轄區域內時，仍因為違反真品平行輸入之規定而不該當為合法重製物，因此其出租權仍不耗盡。詳參羅明通，前揭註 142，頁 148-150。

¹⁵⁰ 但在強制授權之情形則有例外，一般而言，國際著作權公約所允許的強制授權包括三種：1)翻譯權的強制授權；2)重製權的強制授權；以及 3)音樂著作的強制授權。蓋著作權之強制授權制度在促進著作之利用，提升一國之文化水準，因此在一定條件下強制著作權人授權他人利用，

中，一旦散布權因為著作物投入市場銷售或移轉所有權而耗盡，著作權人亦無法主張有禁止著作物輸出之權利。著作權人僅能透過契約方式來約束被授權對著作物之輸出行為。

輸出行為既然被包含在散布權之內涵當中，則同樣有權利耗盡原則之適用。因此，當被授權重製與散布之人將合法重製物之所有權交付他人時，該他人自得再將該重製物輸出至國外，著作權人不得對該重製物主張仍有散布權¹⁵¹。至於該被授權重製與散布之人在授權契約已經就散布地域為約定之情形下，自無法主張權利耗盡而將著作物輸出¹⁵²。

雖然著作權人並無所謂的輸出權，但某些與貿易相關之規定可能對於著作物之出口會加以管制。以台灣為例，貿易法第 17 條規定：「出進口人不得有下列行為：第 1 款：『侵害我國或他國依法保護之智慧財產權。』」而貨品輸出管理辦法第 15 條則規定：「出口人輸出附有特定著作之特定貨品時，應檢附著作權相關文件，不得有侵權情事；必要時，智慧局或其委託單位得對該特定貨品予以查核。」因此，經濟部智慧財產局依上述規定之授權訂有「輸出視聽著作及代工鐳射唱片申請核驗著作權文件作業要點」，對於視聽著作與鐳射唱片之出口加以管制，輸出者必須提交著作財產權人授權得在出口目的地製造或輸入該地之文件以及其他著

唯為求公平，凡經由強制授權而做成之著作及其重製物自應限制其再向他國輸出。詳參章忠信（2004），《著作權的強制授權》，

<http://www.copyrightnote.org/cnote/bbs.php?board=9&act=read&id=18>（最後瀏覽日：2011/7/14）；羅明通，前揭註 142，頁 345。

¹⁵¹ 在此係指著作權人不得在系爭著作物發生第一次銷售之本國（出口國）主張權利耗盡，至於可否於入口國主張散布權，則應視入口國之規定而定。我國著作權法第 59 條之 1 的立法說明也曾就此舉例說明在國內取得合法重製物後之輸出行為有權利耗盡之適用。詳參九十二年新舊著作權法條文對照及說明，載於智慧財產局網站，

http://www.tipo.gov.tw/ch/MultiMedia_FileDownload.ashx?guid=832aee43-f69b-41e4-8a05-cf1792b9ea48.doc（最後瀏覽日：2011/8/4）

¹⁵² 不過，有認為依照我國著作權法第 59 條之 1 的規定，原始取得著作物所有權之被授權人亦得主張權利耗盡而輸出國外，僅生債務不履行之違約問題而無侵害散布權之問題。詳參蕭雄淋（2008），《逾越授權範圍將合法重製之重製物輸出國外之責任問題》，

<http://blog.ylib.com/nsgrotius/Archives/2008/08/08/7019>（最後瀏覽日：2011/7/14）

作財產權證明文件向智慧財產局申請核驗單，方可出口。當出口之著作物為非法重製物時，著作權人除可阻止其出口外，更可依著作權法規定請求重製權侵害之損害賠償；但若為合法重製物時，著作權人並無任何請求損害賠償之權利，蓋著作權人於國內並無任何著作財產權受到損害。

第二目 輸入權：平行輸入禁止

至於輸入權或進口權之情形剛好與前之輸出對於著作權人之影響相反，國境外著作物之輸入對於著作權人在國內之經濟利益有潛在的影響，若能以法律賦予著作權人輸入權，則將可更有效保護著作權人之權益¹⁵³。輸入權在國際條約中未見有相關規定¹⁵⁴，而在各國立法的實踐上即是採取賦予專屬輸入權（例如美國¹⁵⁵）或是禁止平行輸入（例如我國）之立法方式。因此，權利耗盡雖將著作權人之散布權加以限制，但輸入權之規定卻又限制了權利耗盡的範圍，延伸了散布權之範圍。至於輸入權本身，不管是直接由法律所賦予，或係採取禁止平行輸入的方式間接承認著作權人之輸入權，也應該與其他的著作財產權一般，受到公益目的之限制。

¹⁵³ 事實上，對於著作物輸入之禁止，也有認為可以透過契約方式即可，無立法之必要。1961 年時，美國著作權局曾就是否立法賦予著作權人輸入權而採取反對的見解，其認為輸出行為也可以透過契約約定加以落實。詳參章忠信（1998），〈著作權法真品平行輸入之研究〉，《資訊法務透析》，7 月號，頁 62。

¹⁵⁴ 1996 年 12 月世界財產權組織在日內瓦召開之「有關著作權及鄰接權問題」之外交會議上，曾針對是否應規定權利耗盡而提出 A、B 兩立法版本。B 版採用全球耗盡之體制，美國所提出之 A 版則建議採用耗盡理論，但不影響輸入權。A 版草案中也提出另一種附條件式的輸入權，例如一旦著作重製物等，經權利人於其他國家或地區散布一段時間之後，如本國市場仍無足夠數量的重製物可以滿足公眾合理需求者，權利人對於他人由國外輸入或在本國市場散布之重製物，均不得主張散布權及輸入權。輸入權後來雖未於會議中被接受，但此種立法方式也為許多國家或地區立法接受，例如澳洲、香港、紐西蘭及日本。詳參章忠信（2004），〈新著作權法「散布權」相關規定之檢討〉，《政大智慧財產評論》，第 2 卷第 1 期，頁 57-58。

¹⁵⁵ 美國著作權法第 602 條(a)項本文規定「未經本法所定著作權人之授權，將在國外取得之著作重製物或錄音物輸入美國者，為侵害第 106 條所定散布重製物或錄音物之專有權利，得依第 501 條規定追訴。」由此可知，輸入行為屬於第 106 條的散布權之內涵。

第三目 輸入權之限制

基於公益之保護，輸入權亦應受到合理使用之限制。美國著作權法於第 602 條(a)項下列舉三款例外事由，就輸入之主體、目的以及數量為規定，有限度地容許平行輸入。我國著作權法第 87 條之 1 亦仿其體例而於第一項規定五款排除事由，包括：

- 一、為供中央或地方機關之利用而輸入。但為供學校或其他教育機構之利用而輸入或非以保存資料之目的而輸入視聽著作原件或其重製物者，不在此限。
- 二、為供非營利之學術、教育或宗教機構保存資料之目的而輸入視聽著作原件或一定數量重製物，或為其圖書館借閱或保存資料之目的而輸入視聽著作以外之其他著作原件或一定數量重製物，並應依第四十八條規定利用之。
- 三、為供輸入者個人非散布之利用或屬入境人員行李之一部分而輸入著作原件或一定數量重製物者。
- 四、附含於貨物、機器或設備之著作原件或其重製物，隨同貨物、機器或設備之合法輸入而輸入者，該著作原件或其重製物於使用或操作貨物、機器或設備時不得重製。
- 五、附屬於貨物、機器或設備之說明書或操作手冊，隨同貨物、機器或設備之合法輸入而輸入者。但以說明書或操作手冊為主要輸入者，不在此限。

綜觀上述規定，關於實體書之平行輸入應注意第三款之規定，蓋此款乃針對所有著作物之輸入的一般性規定，在實體書之輸入有其適用。由該款規定也可看出散布權與輸入權乃個別獨立之權利，因為，只要輸入者個人輸入之目的不是為了散布，則法律容許此等形式之輸入。

另外，輸入權延長了散布權之範圍，則權利耗盡原則是否為輸入權的另一個限制，誠有疑問。一般認為，採取全球耗盡的立法例通常容許平行輸入，反之，

在採取國家耗盡之立法例則通常禁止平行輸入。然而，必須釐清者為，即使採取國家耗盡原則，只表示著作物在國外的第一次銷售不使得其在國內的散布權耗盡，不當然表示著作物之所有權人不得其擁有所有權之著作物輸入國內，只是表示該所有權人不得在國內散布該著作物而已。因此，是否採取國家耗盡或國際耗盡，與是否禁止平行輸入乃二事。至於若採禁止平行輸入，或賦予著作權人輸入權，則權利耗盡原則是否可適用於輸入權乃立法政策之問題，無絕對之答案¹⁵⁶。

第四款 強制授權

本文雖將強制授權歸類於著作權之法律上限制，但實際上，與合理使用及著作財產權限制不同之處在於，強制授權乃是對於權利人是否授權的一種限制，亦即所限制之標的並非著作財產權本身，而是著作權人的契約自由¹⁵⁷，因此利用人仍應支付著作權人對價，而與此類似者尚有所謂的法定授權，合先敘明。

一般而言，國際著作權公約所允許的強制授權包括三種：1)翻譯權的強制授權；3)重製權的強制授權；以及3)音樂著作的強制授權。翻譯權的強制授權及重製權的強制授權，主要是為保護開發中國家而考量。在世界著作權公約第5條第2項以及第5條之3，明定對於翻譯權之強制授權，第5條之4則規定重製權之強制授權。而伯恩公約在開發中國家的施壓下也於1971年新增強制授權之規定¹⁵⁸，使開發中國家更易於取得教育性與學術性著作之授權。在適用主體上，依上開二公約之規

¹⁵⁶ 1996年12月世界財產權組織在日內瓦召開之「有關著作權及鄰接權問題」之外交會議上，曾針對是否應規定權利耗盡而提出A、B兩立法版本。B版採用全球耗盡之體制，美國所提出之A版則建議採用耗盡理論，但不影響輸入權。換言之，A版即是將輸入權獨立於散布權以外，無權利耗盡原則之適用。另外，在1998年美國的Quality King Distrib. Inc. v. L'Anza Research Int'l案中，美國聯邦最高法院推翻第九巡迴上訴法院與聯邦地方法院對於該案之判決，認為著作權人於美國境內所完成之合法著作重製物，不論該出售行為係於國內或國外，第一次銷售原則皆有適用，著作權人不得禁止該已出售之合法著作重製物之輸入。詳參章忠信，前揭註153，頁58。

¹⁵⁷ 詳參謝銘洋（2004），〈契約自由原則在智慧財產授權契約中之運用及其限制〉，謝銘洋著，《智慧財產權之基礎理論》，四版，頁28-29，台北：自刊。

¹⁵⁸ 此相關規定又稱為巴黎修正案。

定，以開發中國家為限。在適用客體上，翻譯權之強制授權係以語文著作為客體，並無疑問；至於重製權之強制授權，上述二公約皆規定，其適用的著作類型原則上皆以能「以印刷或類似重製方式發行者為限」，因此主要係指能以書籍形式傳達之著作而言¹⁵⁹。當一項文字著作發行經過一段時間，在某一國家始終未出現合法授權印製的版本，或該國語文的翻譯本時，或者經過合理磋商談判，始終無法獲得授權重製或翻譯，為避免因此阻礙該國人民吸收新知、引進科技文化的機會，則任何人得經該國政府主管機關的許可，向著作財產權人支付主管機關所定的使用報酬後，逕行重製或翻譯，在該國領域內發行¹⁶⁰。

至於音樂著作之強制授權，其目的則與重製權及翻譯權之強制授權不同。由於音樂著作具有高度經濟利益，但大部分音樂著作從一完成時，就被唱片工業所掌握，因此為了避免大量音樂著作被唱片工業所壟斷，無法充分流通，以保障大眾欣賞之權利，便以強制授權制度限制著作權人的契約自由。我國由於已不屬於開發中國家，因此，我國著作權法已刪除舊法第 67 條及第 68 條關於翻譯權之強制授權，僅留音樂著作之強制授權於第 69 條。

第五款 電子書之著作財產權限制與合理使用

線上電子書之流通並非依賴實體著作物，因此，對於僅適用在實體著作物的散布權與輸入權及其限制規定即不適用。但比較特殊的是，必須注意到散布權在電腦程式著作之特別規定是否可適用在電子書。蓋散布的形式尚有以不移轉所有權方式進行者，如出租或出借。然而以出租之方式散布電腦程式之權利並無所謂耗盡原則之適用（我國著作權法第 60 條第 1 項但書），故電腦程式之出租權限乃專屬於電腦程式著作財產權人所有，縱係消費者合法取得電腦程式所有權，除非

¹⁵⁹ 國際著作權公約規定於第 5 條之 4 第 3 項，而伯恩公約則規定於修正案第 3 條第 7 項

¹⁶⁰ 章忠信，前揭註 150。

徵得電腦程式著作權人之同意，否則不得任意出租之。此外，如果該電腦程式並非出租之主要標的，而係附含於貨物、機器或設備之電腦程式著作重製物，隨同貨物、機器或設備合法出租者，此時即例外不需徵得著作財產權人之同意（第 60 條第 2 項）。因此，電子書若以搭載閱讀裝置並出租是否適用前述規定，值得推敲。然而，誠如本文於前述著作性質之討論，電子書通常並不該當電腦程式著作，因此，並不適用上開規定。惟此亦不表示電子書之所有權人得以不經著作權人同意而出租其電子書，蓋電子書乃無實體的數位檔案，並無法交付承租人使用。至於將電子書搭載於閱讀裝置出租的情形，是否可以與將著作內容附著於紙張而以實體書形式出租之情形相提並論，誠有疑問有認為此種情形與實體書之銷售似無任何不同，當使用者將儲存有受著作權保護之電子書的閱讀器移轉所有權予他人，應有第一次銷售原則之適用¹⁶¹。但此一問題事涉多端，限於篇幅，本文對此不做評論。至於使用者將閱讀器中電子書檔案再傳輸給他人，則必然涉及重製行為，應視其有無合理使用之情形，否則當然侵害著作權人之重製權，並無第一次銷售原則之適用，併與敘明。

線上電子書之流通主要是依賴網路的傳輸，而網路的傳輸行為主要包含著作提供者的公開傳輸行為以及接收者的重製或近用行為¹⁶²。關於公開傳輸權之合理使用規定，我國法上僅針對以中央或地方機關或公法人之名義公開發表之著作（第 50 條），以及掲載於新聞紙、雜誌或網路上有關政治、經濟或社會上時事問題之論述（第 61 條）兩種著作有容許合理範圍內不經著作權人同意而公開傳輸之規定。至於重製權，我國著作權法相當多的合理使用規定，例如中央或地方機關，因立法或行政目的需要之重製（第 44 條）、司法程序使用之重製（第 45 條）、學校授

¹⁶¹ 相關意見詳參林麗真（2011），〈電子書線上交易契約法律問題探討〉，《中原財經法學》，第 26 期，頁 175。應再加說明的是，適用第一次銷售原則之客體應為裝載該著作內容的閱讀器，而非著作本身。

¹⁶² 例如利用串流技術（streaming）提供著作之情形，使用者並不須對著作進行下載重製即可瀏覽欣賞。

課需要之重製（第 46 條）、個人或家庭為非營利之目的之重製（第 51 條）等等。然而，在公開傳輸權之合理使用範圍如此受到限制的前提下，電子書的接收者可以依據合理使用規定重製下載的可能性便受到相應的限制¹⁶³。加上科技保護措施之規定，使得電子書的合理使用範圍與單純的近用之機會更為壓縮。

第二節 圖書供應鏈上的地域限制觀察

美國是圖書出口大國，其圖書出口已佔世界圖書出口總量的 21.8%，超過了原來領先的英國，躍居世界第一位¹⁶⁴。根據美國商務部的資料，2008 年，美國圖書出口總額 21.9 億美元，加拿大、英國、澳大利亞、墨西哥和日本是美國前五大圖書出口國¹⁶⁵。由此可知，在圖書出版產業與圖書零售業相當發達的美國，圖書出口是產業中非常重要的一部分。然而，奇怪的是，美國相當具有規模的電子書市場卻採取「鎖國」的策略，而其中最具規模的電子書銷售平台還是由傳統圖書零售業者所經營，例如亞馬遜與邦諾。

本節試圖從紙本書供應鏈上發生的法律關係以及圖書出口的各種形式來分析美國紙本書出口貿易發達的原因，並與電子書產業鏈進行比較。圖書從作者完稿，交付出版社出版，再由出版社直接或間接的方式交付到零售通路，最後消費者再從各零售通路取得。在這一連串過程中，主要涉及作者與出版社之間，出版社與中間商之間，以及出版社與零售通路之間的法律關係，其間如何安排，地域限制出現在哪些法律關係中，所限制者是哪些權利等概為本節欲先予以釐清者。

¹⁶³ 這涉及到主張合理使用之重製的前提是否必須著作來源為合法之問題。有認為，合理使用範圍應限定在著作來源為合法取得之情形，本文從之。詳參賴文智、王文君，前揭註 21，頁 204-205。

¹⁶⁴ 魏龍泉（2001），《美國出版社的組織與營銷》，頁 263，台北：三思堂。

¹⁶⁵ 北京印刷學院，《中美圖書出口 10 年來首現下滑，同比下降 3%》，北京印刷學院學報，2009 年第 3 期，頁 41。

第一項 作者與出版社

第一款 出版契約之意義

民法第 515 條第 1 項規定：「稱出版者，謂當事人約定，一方以文學、科學、藝術或其他之著作，為出版而交付於他方，他方擔任印刷或以其他方式重製及發行之契約。」因此，所謂的出版契約，即指當事人一方以著作物為出版之目的而交付他方，他方擔任印刷及發行之契約。在圖書出版，所謂的一方即指圖書作者而言，他方則為出版社，而著作之印刷及發行則為契約之標的。實務上，出版契約通常使用出版與銷售或出版與發行等文字。

所謂著作之印刷與發行應係指著作之重製與散布而言。根據民法第 515 條第 1 項後段文字：「印刷或以其他方式重製」，可見印刷乃重製行為之例示；而「發行」究何所指，民法中未見定義，則有疑義。參照著作權法第 3 條第 1 項第 14 款對於發行之定義，發行係指「權利人散布能滿足公眾合理需要之重製物」，因此，民法第 515 條第 1 項所謂之發行，至少必包含「對公眾散布」之內涵。又所謂散布，參照著作權法第 3 條第 1 項第 12 款之規定，係指「不問有償或無償，將著作之原件或重製物提供公眾交易或流通。」因此，所謂的發行即是指不問有償或無償，將著作之原件或重製物以能滿足公眾合理需要之方式提供公眾交易或流通。出版契約實為以著作之重製與散布為標的之契約。

第二款 出版契約之性質

承上所述，出版契約之標的，事實上包含了著作之重製與散布，出版人因為出版契約獲得著作權人授予重製與散布之權，出版契約本質上即為一種著作權授權契約。出版契約既係以無體財產權之行使為標的之契約，則著作權人對於契約之履行便無交付任何有體物之必要，因為是否交付著作與著作之利用並無絕對之

關係。原則上，著作權授權契約乃諾成契約，只要雙方意思表示合致且無瑕疵，契約即為成立，因此，民法第 515 條第 1 項雖規定出版權授予人將著作「為出版而交付於他方」，著作之交付仍非出版契約之成立或生效要件。但因為民法第 515 條之 1 第 1 項之規定¹⁶⁶，著作之交付乃被定位為出版權授予的準物權行為¹⁶⁷，係屬出版契約之債務履行行為。

因此，除出版權之授予以著作之交付為方式之外，著作權人對於出版人（即被授權人）之權利行使限制全然依賴契約之約定。因此，根據著作權法第 37 條第 1 項之規定，「著作財產權人得授權他人利用著作，其授權利用之地域、時間、內容、利用方法或其他事項，依當事人之約定；其約定不明之部分，推定為未授權。」著作權人自得就出版社對於著作重製與散布之地域、時間、內容、方法或其他事項予以約定。未約定之部分應先適用民法第 515 條以下對於出版之相關任意規定，若無可適用之規定方依著作權法第 37 條第 1 項後段，推定為未授權。

第三款 出版契約之地域約定

實體書的出版授權有非常多種的安排方式¹⁶⁸，英語書籍之出版除了依照翻譯語言與發行地域而分版之外，在同一發行地域中也會依照發行時間的先後，而發行精裝本(Hardback)、平裝本(Paperback)以及大眾平裝本(Mass market paperback)。另外，價格優惠的書友俱樂部版專門供應英美地區的書友俱樂部(Book club)之會員。而為了供應開發中國家對英語教科書的需求，尚有僅限海外特定地區發行之低價版本，以及為了照顧弱視者而出版的大字版，為了視障者而出版的有聲書亦分劇場版與朗讀版等等。涉及地域約定的主要有三種授權類型：同一語言版本

¹⁶⁶ 民法第 515 條之 1 第 1 項：「出版權於出版權授與人依出版契約將著作交付於出版人時，授與出版人。」

¹⁶⁷ 謝銘洋（2002），〈智慧財產授權契約之性質〉，《月旦法學教室》，第 82 期，頁 24，註 3、註 5。

¹⁶⁸ 在此主要係以英文書籍的出版而言。

之地域授權約定、翻譯權之地域約定、低價版本出版之地域約定。

第一目 同一語言版本之地域授權約定

所謂同一語言地域授權約定係指就特定實體書之同一種語言版本授權由不同出版社在不同地域出版。在英語實體書出版實務上，一般將出版地域劃分成北美（或僅美國）、英國與大英國協以及其他地區。在共同出版（Co-publishing）的情形，例如同時在英國與美國個別有出版社出版同一本書之情形，通常會協議一份關於全球地域的清單：可能會某些地區個別專屬於其中一方，而其他的地區則是開放的市場，兩種版本（英國版與美國版）都可以在該市場販售¹⁶⁹。美國的出版社通常會想要在北美擁有專屬的出版權利，英國出版社可能會要求擁有在英國以及前大英國協領域的獨佔權利¹⁷⁰。如果一本書在上述兩個主要的獨佔市場皆有潛力，著作權人必須及早考慮是否將同一語言的全球出版權授權給同一出版社（特別係指在海外有分支機構者）或在兩個市場各授權一出版社，並將二者的專屬銷售地域與開放市場加以約定¹⁷¹。

然而，上述的獨佔市場安排有一個限制存在，使得以英國為獨佔市場的安排不易落實。歐洲共同體條約（EC Treaty）第 28 至第 30 條規定了貨物自由流通原則，其禁止會員國對於彼此之間的進口或出口上附加任何數量上的限制。換言之，在單一共同市場中，不得存在內在的障礙，在歐盟之中必須讓貨物自由流通（並且，還包含服務與資訊的自由流通）。在一會員國合法上市的商品，不得禁止其進入任何其他會員國。這個原則顯然地是在宣告各國自身採取的總量管制係違法，

¹⁶⁹ 原本英美出版產業就此種市場版圖的劃分有通案的協議，但直到 1976 年，美國司法部的反托拉斯部門對 21 指控美國 21 家出版社與英國出版商協會及其協會成員共謀壟斷市場，從此以後，英美出版產業不得做成全面預先決定國家及市場分配的相關協定，必須逐書個案協商獨占之地域。See LYNETTE OWEN, SELLING RIGHTS [online]., 104-105(2006)

¹⁷⁰ HUGH JONES & CHRISTOPHER BENSON, PUBLISHING LAW, 324 (3rd ed. 2006).

¹⁷¹ LYNETTE OWEN, *supra* note 169, at 49.

但相對地限制了歐洲內部的地理市場的劃分¹⁷²。傳統上而言，世界上的大部分其他地區會被視為是一個開放的市場，包含歐洲的國家，像是荷蘭與比利時。以第 28 條¹⁷³所揭櫫之貨物自由流通原則之觀點，這種安排並不安全，獨占英國市場的安排幾乎肯定無法落實，其無法對抗美國（或其他）版本在荷蘭或比利時或其他國家的平行輸入¹⁷⁴。舉例來說，一旦美國版合法地在荷蘭上市，依據第 28 條之規定，英國的出版者根本沒辦法避免該書的進口。因此，基本上，任何將歐盟地區作地域市場分割並為專屬授權之約定都可能淪於無效之窘境。

第二目 翻譯權之地域約定

授權出版同一本書之英文原文以外之翻譯版本時，地域之約定亦屬不可或缺。正如英語的使用遍佈在英美及大英國協地區，葡萄牙文和西班牙文的使用地區也非僅以葡萄牙及西班牙為限，因此，在同一種語言文字下，尚可再就出版地域進行區隔。並且，被授權人除了應當取得特定地域出版特定語言版本之權利之外，有時候也需要約定禁止英文原文版本在該地域販售。對授權人而言則應當評估對於授權出版該翻譯版於該特定地域之授權金收入是否可以超過販賣原文版本之收入¹⁷⁵，再做決定。雖然翻譯版與原文版有語言上的差異，但在某些對於英語閱讀能力不錯的國家而言，翻譯版即可能打擊原本原文版在當地市場的銷售¹⁷⁶。

在中文圖書出版之情形（包含外文圖書譯為中文出版之情形）更可見其微妙關係。中文圖書授權出版之版本主要細分為台灣版、中國版與海外版，或是約定

¹⁷² HUGH JONES & CHRISTOPHER BENSON, *supra* note 170, at 323.

¹⁷³ EC Treaty Article 28, “Quantitative restrictions on imports and all measures having equivalent effect shall be prohibited between Member States.”

¹⁷⁴ See HUGH JONES & CHRISTOPHER BENSON, *supra* note 170, at 324; LYNETTE OWEN, *supra* note 169, at 105.

¹⁷⁵ LYNETTE OWEN, *supra* note 169, at 209. 因為英文原文版之授權金通常高於翻譯版，因此在是否授權出版翻譯版以及是否約定在翻譯版銷售地域禁止銷售原文版等問題上，授權人仍應權衡其利弊。但若約定禁止原文版在歐洲當地市場銷售，可能會違反前述歐洲共同體條約中對於貨物自由流通之規定。

¹⁷⁶ See LYNETTE OWEN, *supra* note 169, at 51.

以正體字或簡體字出版。¹⁷⁷文字的差異事實上也是一種隱性的地域限制，蓋以兩種不同文字出版的圖書通常只會吸引熟悉該等文字的特定區域的消費者購買¹⁷⁸。但是，由於簡體字乃正體字所衍生而來，正體字的消費者其實也非全然無法理解簡體字圖書，因此倘兩種版本之圖書價格相當，慣用正體字的消費者自無選擇購買簡體版之誘因，但若簡體版的價格顯然較低廉，則消費者選擇簡體版圖書之誘因將會大大增加，反之亦然。此外，在外文圖書授權翻譯成中文出版之情形，當同時授權台灣與中國的出版社分別翻譯成中文版並分正體字與簡體字出版時，由於翻譯之著作為獨立於原作之著作，若未於原授權契約限制出版之地域，則兩地之出版社皆無法以著作權人地位阻止對方的譯作進口。¹⁷⁹因此，在中文圖書的出版上，除以文字作為授權條件外，限定地域亦屬必要。

第三目 低價版本出版之地域約定

另外，低價版本之出版授權對於地域之約定亦屬重要，這在大學教科書最為常見。由於英語教科書在全世界都有需求存在，唯英美本土出版的教科書單價較高，其他國家的學生無法負擔¹⁸⁰，因此，英美出版社通常會再出版較低價的國際學生版或海外版。這些版本所用的紙質與印刷品質較低劣（例如原來的全彩圖片改以黑白印刷），或是直接在海外印刷，人工成本較低，因此可以用較低的訂價出售。然而，這些教科書並不容許在英美本土銷售，其在內頁或封面通常會印上僅限某某國銷售，或是不得在英國或美國銷售等字樣。相較之下，在英美本土的教科書因為單價較高，在海外市場較無法與低價版本競爭，因此較無限制出口之情形。

¹⁷⁷ 章忠信（2003），《輸入大陸簡體字版之著作權侵害議題》，
<http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php?board=6&act=read&id=18>（最後瀏覽日：06/11/2011）

¹⁷⁸ See Michael D. Scott, *Scott on Multimedia Law*, 2010 WL 3714956 (C.C.H.), at *3.

¹⁷⁹ 章忠信（2003），《輸入大陸簡體字版之著作權侵害議題》，載於著作權筆記網站，
<http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php?board=6&act=read&id=18>（最後瀏覽日：06/11/2011）

¹⁸⁰ 主要是開發中國家與新興工業國。

最後，上述三種涉及地域約定的出版授權模式皆可透過由原出版社與海外出版社合作印行與授予翻印權之方式達成。前者係由本來即已取得全球出版權的原出版社先將特殊版本之書籍印製好，再輸出至被授權發行的海外出版社。或是僅印刷散頁，由該海外出版社自行裝訂。後者則是直接授權海外出版社印刷。當書籍的印刷有控制一定品質之需求、市場需求小而為節省印刷成本或是為了控制重製權時，就有必要採取合作印行之方式，反之則直接授權海外出版社印刷即可。

第四款 新型態的出版模式—POD

關於發行權與重製權的限制，尚值得一提的是另一種新型態的出版模式—POD (Print on Demand)。POD 經常與電子書一併被提起，但事實上 POD 所涉及的仍是實體書。其概念為，出版社只在消費者有需求時才印書，避免庫存壓力。而這個理想的達成有賴於一部可以完成所有印刷與裝訂程序的專門印書機。只要有機器與圖書的數位檔案在，消費者毋須向國外購書，等待貨運郵遞時間，可以直接在出版社取書。因此，在 POD 出版模式之下，印刷與發行幾乎在同時同地發生，數量也剛好符合市場需求，因此對於採取此等出版模式之地域限制將更為容易。然而，因為此種出版模式通常用於需求量小的圖書，因此，對之約定重製與發行地域似無必要，反之將使得 POD 遠距出版的功能無法發揮。

第二項 出版社與中間商

第一款 經銷契約之定義

經銷契約乃民法中未規定之無名契約，其內涵可從實務上經銷商之功能角色以及相關立法資料中窺其梗概。實務上，經銷商制度乃演變自代理商制度¹⁸¹，二

¹⁸¹ 代理商制度仍舊存在，在圖書產業中，經銷商與代理商經常被混用，但真正的代理商通常是代

者都是介於商品之生產者與流通通路之間的中間商（middleman），此二制度的比較可以用來說明經銷契約之內涵。中間商的存在乃來自於商業活動的專業化，生產者為了降低交易成本¹⁸²，而將商品的行銷與物流等業務交給在這方面具有專業的中間商執行。這種中間商在國際市場的開拓經營上尤具重要性，因為對於生產者而言，外國當地的中間商對於本地市場較為了解，由其負責產品行銷將更有效率¹⁸³。早期中間商採取代理商模式，其功能在於為生產者尋求締約機會，其獲利的來源乃是生產者給付的佣金。當中間商對於市場資訊掌握能力的增加，對於產品滯銷的疑慮減少，便開始出現經銷商，透過向生產者大宗購買並再轉售到市場上其他通路或是之方式賺取價差，相對地，經銷商必須自行承擔商品之倉儲、滯銷與運送等風險。根據民國 92 年立法院對於民法債編修正的立法資料，所謂經銷係指「當事人約定，一方於一定期限內，繼續供應商品於他方，他方於期限內，以自己名義，並為自己計算，在一定區域內，銷售該商品與第三人之契約。」¹⁸⁴因此，綜上所述，所謂經銷契約應係指：契約之一方自他方取得商品所有權以轉售於市場，而其轉售之權利受到期間與地域等限制，而他方則負有於一定期間內提供商品之義務。

在圖書出版產業，經銷商也有存在之必要。為了節省物流成本、交易成本¹⁸⁵以及早日取得書款，出版社通常會將其出版的圖書先交付給經銷商，經銷商給付書款之後，負責將圖書送到各個書店販售，而經銷商與出版社再定期結算退書之書款。實務上，即使是配置有行銷與物流部門的大型出版社，也不會經營所有的通

表買方的中間商，藉由「團購」的方式向經銷商或出版社取得較多的折扣，例如圖書館的圖書採購便需要採取此種方式。

¹⁸² 假設一市場中賣方有 n 個，買方有 m 個，在無中間商存在的情形，交易的次數是 $n \times m$ ，反之，如果存在一個中間商，所有賣方只需與該名中間商交易，交易次數會下降到 $n + m$ 次。

¹⁸³ 詳參林佳瑩（2010），《經銷契約法律關係之研究》，頁 16，國立臺灣大學法律學系碩士論。

¹⁸⁴ 詳參民國 92 年 10 月 22 日，立法院議案關係文書院總字第 1150 號委員提案第 5181 號關於民法債編增訂「經銷」節草案第 564 條之 1 之規定。轉引自盧彥廷（2005），《跨國總經銷契約之研究--兼論終止補償爭議之解決方式》，銘傳大學法律研究所碩士論文，頁 25，註 25。

¹⁸⁵ 如果沒有經銷商存在，出版社必須直接與所有的大小書店交易並且對各大小書店配送其出版之圖書，交易成本與物流成本就會因此增加，每本書的毛利將因此減少。

路，而係將其無法照顧到的通路交給經銷商處理，例如出版社僅直接對大型連鎖書店（如誠品、金石堂）交易並配送圖書，其餘書局則交由各區域經銷商去處理。經銷商的角色在小型出版社更加重要，因為其出版的量少，若由出版社直接將圖書配送到各書店，出版社必須負擔運送之成本（包含配送到各書店以及退書回收之運費），加上台灣書店的圖書交易普遍採取月結交易制度¹⁸⁶，書店於進貨時所須給付的貨款乃是依每月的進貨及月底的存庫數量（應退回給出版社的圖書數量）的差額，來計算支付圖書銷售的價金，如此將更壓縮小出版社獲利的空間¹⁸⁷。因此，實務上，圖書經銷商是圖書出版產業上相當重要的一環¹⁸⁸。

第二款 經銷契約之地域約定

經銷地域之約定雖非經銷契約的必要之點，但實務上相當重要。一則，經銷商的出現係來自於生產者節省行銷、物流與交易等成本之需求，特別是當生產者跨足陌生的市場時，經銷商的地域性即屬重要。二則，當存在有複數經銷商時，為避免彼此互相競爭或是搭便車，依地域劃分市場界線亦屬必要。三則，生產者生產製造之商品可能來自於其他智慧財產權人之授權，而若該授權契約中對於商品之販賣或其他散布行為附加地域之限制，則在將商品交付經銷商時，可能依據原授權契約之約定，亦有限制經銷商銷售地域之必要。因此，在經銷契約中，經銷地域的約定相當重要，甚至會延伸出「禁止越區轉售(Prohibition of Resale Outside Territory)」等條款¹⁸⁹，用以落實經銷地域之約定。

¹⁸⁶ 張豐榮(2008)，〈淺析當前出版產業問題與解決之道——出版、發行、零售所需的都贏策略〉，行政院新聞局編《2008年中華民國出版年鑑》，<http://info.gio.gov.tw/Yearbook/97/5-3.html>（最後瀏覽日：2011/05/16）

¹⁸⁷ 詳參戴伯勳(2007)，《圖書出版業與音樂產業的現況與未來發展》，國立政治大學企業管理研究所碩士論文，附錄：個案訪談紀錄頁3、頁10。

¹⁸⁸ 美國出版界也是採取類似的作法，由所謂的批發商(wholesaler)作為出版社與零售通路之間的中間人，以降低出版社的交易成本。詳參魏龍泉，前揭註164，頁345-352。

¹⁸⁹ 詳參盧彥廷，前揭註184，頁190。

經銷契約依據區域獨占性之有無而分為獨家經銷與非獨家經銷。在獨家經銷，生產者就特定地域僅選擇一家經銷商經銷其產品，予其獨家銷售之權利，生產者並且不得再於該區域選任其他經銷商，甚至是生產者也受到競業禁止之約束，自己也不得在該區域銷售該產品。然相對地，獨家經銷商則可能負有競業禁止¹⁹⁰、最低購買商品義務以及禁止越區轉售等條款之約束¹⁹¹。獨家經銷又稱為總經銷，在國際貿易上最為常見¹⁹²。然而，當生產者發現，經銷商越多，消費者越容易取得該商品而可以因此增加銷售量時，即可能採取非獨家經銷的方式。經銷商因此也不負有競業禁止之義務，而可同時銷售其他品牌之同種商品。在生產者係以其母國國內為市場時，此種非獨家經銷最為常見，特別是家電產品市場最為普遍。¹⁹³

在圖書出版產業，圖書的排版、印刷等重製工作係由出版社完成，至於發行的工作則多交由所謂的「發行商」來處理。「發行商」在實務上即是總經銷、區經銷（或稱大盤商、中盤商）等概念，而實務上圖書的發行流程的第一關通常就是總經銷商¹⁹⁴。然而，在圖書出版產業，總經銷其實與上述的獨家經銷尚有差別。首先，國內圖書經銷商的主要功能在於節省出版社交易成本與物流成本，圖書的行銷通常仍由出版社所規劃運作¹⁹⁵。其次，出版社在圖書的發行上，有時會自己保留與某些零售通路交易之機會，特別是針對大型連鎖書店、便利商店以及獨立網路書店。因為該等零售通路有自己的物流中心，出版社只須將圖書送至其物流中心即可，無須對該通路在全國的據點進行圖書的運輸配送，運輸成本較小。而對於其他非連鎖的獨立小書店，出版社可能會全部交由總經銷去處理。總經銷可

¹⁹⁰ 獨家經銷商不得同時製造、銷售或進口任何競爭商品，目的在促使經銷商專心致力於所經銷商品的行銷與販賣。

¹⁹¹ 林佳瑩，前揭註 183，頁 167。

¹⁹² 其原因可參盧彥廷，前揭註 184，頁 43-45。

¹⁹³ 同前註，頁 68。

¹⁹⁴ 詳參戴伯勳，前揭註 187，第 4 章，頁 6，圖五。

¹⁹⁵ 經銷商在圖書行銷上可能與出版社合作進行，亦可能只是配合出版社的計畫。相關案例詳參江秋滿（1996），《連鎖通路權力互動之研究－以圖書出版品為例》，頁 71、頁 78，國立臺灣大學商學研究所碩士論文。

能自己與各書店交易，也可能再將各該零售通路交由各區域的區經銷去經營。因此，在圖書總經銷，經銷商與出版社在同一區域可以同時經營發行業務，總經銷商通常也無不得販售競爭商品之義務，較無競業禁止問題。

對總經銷而言，最主要的地域限制在於是否可以將圖書出口。限制與否將視出版社的發行權是否受到地域限制以及該項限制是否也落實到經銷契約中而定。若著作權人同時有在國外以同種語言文字出版之計畫，則發行地域之限制將不可避免，並且應同時要求出版社在經銷契約中約束經銷商的出口行為。

第三款 經銷契約之本質

經銷契約之核心在於轉售之約定，本質上與智慧財產權之授權無涉。由於經銷商之功能在於有效率地將生產者的商品流通到市場上，生產者通常也會在契約中要求經銷商應達成之銷售目標，因此通常也會授權經銷商將其商標作為行銷之用。但除此之外，經銷契約僅為一般之債權契約，無涉智慧財產權之利用，經銷商對商品之販賣並移轉所有權並不須另外取得生產者授予何等智慧財產權。然而，在未特別約定經銷商對圖書是否可出口之情形下，經銷商將圖書出口的行為是否構成著作權之侵害？具體言之，是否侵害著作權人之散布權？

第四款 經銷商的圖書出口行為

經銷商對於圖書轉售出口的行為如何評價，近期一則由印度德里高等法院所為之判決值得作為觀察的切入點。本件事實為，原告乃包含 John Wiley 在內等三個美國出版社，其專屬授權當地出版社出版數種低價版本（Low Price Edition，簡稱 LPE）的英語教科書，書的封面或內頁皆有「僅限印度、孟加拉、印尼、巴基斯坦...等國家銷售」以及「不得出口」等字樣。而被告 Prabhat Chander 則利用網

路書店轉售上述 LPE 英語教科書，接受國際訂單，並將之郵寄給海外讀者。本件之爭點為，被告在網路上銷售並出口系爭圖書之行為是否構成對原告著作權之侵害。原告主張，任何人意圖將系爭圖書銷售、散布或流通至著作權人指定地域以外，皆構成著作權之侵害。被告則以第一次銷售原則為抗辯，其對系爭圖書之出口行為在印度並不構成著作權侵害。德里高等法院認為，本件被告所取得的圖書係自著作權人在印度之專屬被授權人取得，而非自著作權人處所取得，因此，第一次銷售原則僅能用來對抗專屬被授權人，不能用來對抗著作權人。因而判決原告勝訴¹⁹⁶。

經銷商所販賣之商品乃權利人或經權利人授權同意之人¹⁹⁷所製造，並且係向該等人購買而取得所有權，因此基於第一次銷售原則，權利人不得再對該等已出售之商品主張商標權、專利權以及著作財產權中的散布權與出租權。唯問題在於，經銷商若將商品出口至他國，是否仍有第一次銷售原則之適用？以及，權利人是否可以經銷契約限制第一次銷售原則之適用？對於前者，應視進口國對於第一次銷售原則係採國際耗盡或國內耗盡之規定。國際耗盡係指，如著作物一旦出售或移轉所有權，其散布權即已在國內外耗盡；而在國內耗盡，耗盡範圍有其特定領域，通常以國家之領地為限，換言之，在該特定區域或該國家領土主權以外之地區，著作權人仍可主張散布權¹⁹⁸。至於後者，一般認為，智慧財產權法不僅在保護智慧財產權人之權益，亦在促進公共利益，第一次銷售原則在於平衡智慧財產權人與所有權人的利益，不得契約排除。即使契約如此約定，亦僅在契約相對人之間產生債務不履行之責任¹⁹⁹。

¹⁹⁶ See John Wiley v. Prabhat Chander, IA No.11331/2008 in CS (OS) No.1960/2008 (High Court of Delhi : New Delhi)

¹⁹⁷ 此泛指對商品具有著作權、專利權或商標權之生產者。

¹⁹⁸ 羅明通，前揭註 142，頁 208。

¹⁹⁹ 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〉，《智慧財產月刊》，第 119 期，頁 53。

綜上所述，經銷商對於商品之銷售（包含買賣與移轉所有權）權利乃是來自於其所有權之行使，而非權利人之授權。因此，在圖書銷售之情形，出版社得以散布一定著作之權利雖然是來自於著作權人之授權，但圖書經銷商對於圖書之轉售則非來自於出版社的轉授權，而係其基於所有權人地位的正當權利行使，至於經銷契約中對於轉售所附加之限制則屬一般債權債務關係，非對於散布權之保留，若有違反，僅生契約責任而無侵權責任。至於經銷商是否可將圖書出口，則視著作權人與出版社之間是否就出版地域進行限制，以及著作權人是否亦要求出版社在擬定經銷契約時亦限制經銷商出口圖書之權利²⁰⁰。倘著作權人僅授權出版社於國內出版，但並未要求出版社對於經銷契約亦為發行地域之約定，則基於第一次銷售原則，經銷商基於圖書所有權人之地位自可將圖書出口至他國。至於著作權人可否於他國主張對該等圖書有散布權，則視該他國對於第一次銷售原則係採國內耗盡或是國際耗盡以及其對於外國人著作之保護規定而定。

由此看來，上開印度法院之判決似乎頗值推敲。印度德里高等法院認為，印度著作權法採取國內耗盡原則，著作權人對於系爭圖書的散布權在印度以外地域並未耗盡，被告並無在他國散布系爭圖書之權利，從而法院認為被告在國外散布系爭圖書之行為構成著作權之侵害，印度法院對該行為有管轄權。此一結論似乎忽略著作權法之屬地性，並且對國內耗盡理論做了與一般學理相反的解釋。一方面擴張了內國管轄權之範圍，二方面間接地賦予了著作權人出口權。

第三項 出版社與零售通路—以網路書店為例

誠如上所述，出版社可能保留某些零售通路由自己直接接洽圖書交易，例如

²⁰⁰ 當然也可能存在著作權人對出版之地域未限制，但非著作權人之出版社基於開拓國外市場之計畫而限制國內經銷商出口圖書之行為。此種限制非來自於著作權之授權限制，因此暫不於本文討論。

連鎖書店、網路書店與便利商店等，而出版社與這些通路商之間的法律關係或是交易安排為何，特別是與網路書店之間的關係最值得注意，因為電子書的唯一通路即是網路書店，從而網路書店在實體書的發行所扮演的角色與在電子書的銷售所扮演的角色是否相同，可能影響網路書店經營電子書銷售是否應附加地域限制之討論。

一般而言，網路書店有三種：出版社所設置者（像是遠流與聯經）、實體書店所設置者（像是金石堂及誠品）以及純粹網路書店（例如博客來）²⁰¹。前兩者只是將原本即有占有權限的圖書以網路方式完成交易而已，其與傳統的郵購買賣並無不同，但純粹網路書店並非如此。純粹網路書店在圖書的發行上所扮演的角色，應先從此種書店發展的始祖－亞馬遜網路書店－談起。

亞馬遜網路書店 Jeffrey Bezos 所創辦，成立於 1995 年，發跡於美國，是全球第一家網路書店。創辦之初，亞馬遜僅從事書籍零售，發展至今，其所販售的商品雖已不再局限於書籍，但仍在全球網路書店市場中具有重要的地位。亞馬遜在圖書銷售的成功之道²⁰²，除了藉由直接自圖書批發商或出版社購書並轉售給消費者而能夠給予消費者較多的折扣之外，最重要的因素在於，其不須如實體書店或是經銷商一般，必須維持相當規模的庫存以因應消費者的需求。一方面，亞馬遜發展初期，其經營策略在於，僅維持庫存兩百種暢銷書籍，其他書籍則是待消費者下訂單之後，亞馬遜才向大盤書商²⁰³下單²⁰⁴。因此，相較於實體書店，其可以提供更豐富的書目，毋須付出庫存成本與受到展售空間之限制，並且大大地減少

²⁰¹ 詳參唐真成，前揭註 35，頁 104。

²⁰² 亞馬遜已在美國以外地區開設以非英語圖書為主要商品的網路書店，但以下僅以英語圖書的銷售狀況為討論的對象。

²⁰³ 美國兩大圖書經銷商為 Ingram 圖書集團以及 Baker & Taylor，Bezos 當初選在西雅圖設立亞馬遜的原因，即是因為靠近 Ingram 在奧瑞岡的書庫，可以降低物流與庫存成本。See ROBERT SPECTOR, *supra* note 6, at 27.

²⁰⁴ 張志偉，前揭註 12，頁 166-167。

退書率。在另一方面，亞馬遜在圖書銷售上也扮演著交易平台的角色，各出版社可以自行將其書籍放到亞馬遜網站上，出版社可以在收到訂單後，自行將書籍寄送到消費者手上，或是事先將書籍送到亞馬遜的物流中心，由亞馬遜代為包裝與寄送。亞馬遜只收取服務費用，不經手書籍的銷售²⁰⁵。

由此可知，亞馬遜一方面扮演著類似經銷商的角色，一方面又是扮演服務提供者的角色。在前者，亞馬遜在取得書籍的所有權之後再轉售給消費者，以賺取其間的價差；在後者，亞馬遜僅提供一個管道或是空間給出版社販售書籍，並不取得書籍的所有權，甚至不占有該等書籍，僅對出版社收取服務費用（佣金）。因此，亞馬遜所販售的書籍是否受到地域限制，亦即可否寄送到美國境外，原則上，除了出版社可以自行決定外，對於以轉售方式交易的書籍，亞馬遜自得基於第一次銷售原則將之寄送给外國讀者。事實上，幾乎所有在亞馬遜的書籍皆可寄送到國外。例外在共同出版（co-publishing）之情形，則可能有所限制。例如當一本書同時在美國與英國各有出版社被授權在當地出版時，英國亞馬遜的政策是，消費者若在美國或加拿大，僅容許購買該本書一本²⁰⁶。

第四項 電子書之產業鏈及其法律關係

第一款 市場參與者

電子書的產業鏈大致上可粗分為三個階段：內容、平台與載具。在內容端主要係指內容的提供與加值者，主要包括著作人或著作財產權人、出版社以及其他

²⁰⁵ 下游零售商賣出多少書就結多少款給中、上游供應商（實銷實結）。零售商未銷售出去的庫存部分，供應商需提交相對現金買回庫存，但庫存仍放在零售商手上繼續銷售。
http://www.amazonservices.com/content/sell-on-amazon.htm/ref=as_left_soa?ld=AZSOAMakeMAmznServAS#pricing

²⁰⁶ 英國亞馬遜的商品國際郵遞說明：「Please note that customers in the US and Canada may be restricted to one copy of certain book titles.」，See amazon.co.uk, Delivery Destinations, <http://www.amazon.co.uk/gp/help/customer/display.html?nodeId=524836>（last visited Jun. 18, 2011）。

設計電子書的資訊公司（例如製作電子書 App 的軟體公司）；平台端則係指電子書交易流通之網路平台，包含網路書店、電信公司為手機用戶建置的網路書城以及各種線上 App 商店等；至於硬體端主要指電子紙閱讀器製造商，次則包含平板電腦、智慧型手機等可用於電子閱讀的多功能裝置之製造者。相較於實體書的產業鏈，受到去中介化的影響，電子書對於專門從事物流與銷售之中間商（經銷商或發行商）的需求並不高，但是仍需要像書店一樣的場域作為吸引消費者以及進行交易的平台。由於交易平台需要有越多的內容才能吸引越多的消費者，因此，單一內容提供者鮮少有能力建置具有各種電子書的交易平台，從而如亞馬遜、邦諾、Google 等專營電子書交易平台服務的業者便有存在的需求。至於在閱讀載具方面，由於數位匯流之故，除了專用閱讀器之外，電腦、手機、電視等顯示裝置皆有可能用來閱讀電子書，加上內容才是電子書產業競爭的重點，因此相較於平板電腦或智慧型手機等多功能的數位閱讀載具，單一功能的專用閱讀器經常必須與內容提供者或平台業者合作，以便爭取競爭優勢。

第二款 參與者之間的法律關係

關於電子書產業鏈上的各參與者之間的法律關係，首先在內容端，著作人或著作財產權人若不自行出版，而係透過傳統出版社為其出版，其間應是基於圖書出版目的之著作財產權授權契約，其可能的授權安排主要有以下兩種：第一，出版社買斷作者的著作權，換言之，作者將完整的著作財產權終局地移轉與出版社。因此，出版社得自由出版電子化之內容，無須再向作者取得授權²⁰⁷。第二，出版社以授權方式取得出版電子書之權利，僅在一定時間與地點方得出版電子書，並且可能搭配專屬授權或非專屬授權。

其次，在內容端與平台端，其間的法律關係可能有三種情形：第一，電子書

²⁰⁷ 詳參蕭雄淋(2008)，〈數位時代的專業顯學：版權談判〉，行政院新聞局編《2008 年中華民國出版年鑑》

交易平台可能直接自著作財產權人獲得授權而以自己名義將電子書提供給消費者。

第二，也可能是獲得另一被授權人（如被授權出版之出版社）之授權而以自己名義將電子書提供給消費，此時平台業者與該被授權人之間屬於再授權關係，平台業者乃再被授權人（Wholesale model）。第三種可能是，平台業者僅提供交易平台，由內容提供者自行將電子書放置於平台上或是由交易平台為其代理人，並以內容提供者自己之名義與消費者交易（Agency model）²⁰⁸。

第三，在消費者端，消費者與內容提供者或交易平台之間的法律關係如何，應視內容提供者與交易平台之間的法律關係而定。在前述的第一與第二種情形，消費者為了取得對電子書利用的權利，其與交易平台之間乃是再授權的關係。至於在第三種情形，消費者與交易平台之間並無任何法律關係，蓋交易平台可能僅提供平台服務或是僅為內容提供者之代理人，因此消費者與內容提供者之間建立直接的聯繫，其法律關係為何，端視內容提供者為著作財產權人或另一有再授權權限之被授權人。若為前者，則為著作權授權之法律關係；若為後者，則為再授權之法律關係。

最後，關於電子書載具的製造商與產業鏈中其他參與者的法律關係則較為單純。電子書之閱讀載具是消費者用來傳達電子書內容的工具，消費者向閱讀載具之製造商取得載具是基於買賣之法律關係。即使閱讀載具係以存放大量電子書內容的方式「搭售」時，消費者對於該等電子書內容仍並不因此取得任何著作財產權，僅有閱讀瀏覽之權利。其權利狀態與購買實體書時相同，消費者僅取得載具的所有權，對於載具中任何數位內容，原則上除了閱讀瀏覽之外，並無任何著作財產權。

²⁰⁸ Wholesale model 與 Agency model 涉及電子書的訂價策略，其內容詳參本節第三項關於差別取價之討論。電子書交易平台與內容提供者之法律關係可詳參林麗真，前揭註 161，頁 145-146。

第三款 地域限制之約定

在電子書產業，關於限制利用地域之約定同樣亦區分主體之不同而有相異之安排。在著作財產權人與網路銷售平台之間，實務上會直接約定 Authorized users 或 Authorized site，直接對使用者或近用之來源位址加以限制，達到限制電子書散布範圍之目的。至於網路銷售平台對於終端使用者，由於數位著作的去中介化之影響，使得著作權人得以直接透過服務條款或使用條款來約定得消費近用電子書之主體，並利用終止約款來制裁違反上開規定之使用者。本文將於下一章進行詳細討論分析。

第三節 地域限制之標的及其目的

第一項 地域限制之標的

著作權法第 37 條第 1 項前段規定，「著作財產權人得授權他人利用著作，其授權利用之地域、時間、內容、利用方法或其他事項，依當事人之約定。」關於地域、時間、內容、利用方法等事項乃著作財產權人對被授權人行使被授予之著作財產權之限制，因此，上述限制條件必須依附在著作財產權之上方具有意義。然而，並非所有的著作財產權皆可做地域、時間、內容、利用方法等之限制。就實體書的授權利用地域限制而言，可能涉及著作之翻譯、編輯、重製、散布等權利。理論上，上述權利皆可限制其行使的地域，並且不一定所有權利之行使皆須限制在同一地域，但是，實際上，限制翻譯與編輯之地域並無任何意義，並不影響權利人之經濟上利益。承前所述，著作權人最關心者莫過於著作物之流通，因此反映在授權契約當中即是對於散布權之地域限制以及為了加強對散布權之的域限制而對重製權之控制（包含不授權重製與僅授權於一定地區重製）。以下僅就與著作權之授權最直接相關之出版契約為中心，分析說明實體書出版授權契約中對於散布權與重製權之的域限制，以及涉及電子書流通之相關權利。

第一款 對於實體書

第一目 散布權

理論上，出版契約既是以授權出版人對著作為重製與散布之契約，則重製與散布行為應為地域約定之限制客體。關於重製行為的地域限制固無疑問，惟所謂散布的地域限制則有疑問。具體言之，此所謂之散布，究為事實上的散布行為（廣義的散布權）或散布權（僅指所有權之移轉），必須先予以釐清。

民法第 515 條第 1 項規定，出版契約係指當事人一方以著作物為出版之目的而交付他方，他方擔任印刷及發行之契約。所謂之印刷乃重製行為之例示，而發行則係指不問有償或無償，將著作之原件或重製物以能滿足公眾合理需要之方式提供公眾交易或流通。因此，所謂之發行應係指廣義的散布行為而言，亦即著作權法第 3 條第 1 項第 12 款所謂之散布。

因此，概念上，提供出售、出租、出借、贈與等皆包含在發行之中，從而民法上出版契約所指涉的行為態樣相當廣泛。但就實體書出版契約而言，契約之目的在於使出版社可以銷售所印製的書籍，因此，實務上，實體書出版契約中所謂的發行應侷限在銷售行為，不包含出租、出借、贈與等行為。但是這當然不表示圖書出版契約的發行就等於散布權，因為，我國著作權法第 28 條之 1 關於散布權之規定，指的是「移轉所有權之方式散布」，似乎是指物權行為而言。因此，買賣固然會是以所有權的移轉為標的，但是買賣不等於所有權的移轉，所以如果以我國著作權法對於散布權的規定，銷售權不等於散布權。

如果參照美國著作權法第 106(3)條對於著作權人散布權之規定，著作權人散布

權的內容是「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之重製物或影音著作。」所以買賣本身是散布權的內涵。因此，我國許多學者都認為，散布權的規定應該改成以移轉所有權為「目的」散布才正確，散布權之行使不須以現實上交付為必要²⁰⁹。所以，如果採取此說法，實體書出版契約所謂的發行權就是銷售權就是散布權。

在釐清出版契約中發行的意義後，另一個必須面對的問題是，發行地域如何限制？具體言之，出版社透過網路或郵購方式接受外國訂單並輸出之行為是否違反授權契約中對於發行地域之限制？承前所述，出版契約中的發行權就是銷售權，因此，受到地域限制者乃是以買賣為方式之散布行為。從而，所謂銷售地域之限制，應係指買賣的發生必須受到地域之限制。所謂買賣的發生即是指買賣契約之成立而言，因此，買賣契約的成立地乃是判斷是否違反授權契約之重點。

在網購或郵購之情形，出版社利用網路或其他方式所為之廣告行銷屬於要約之引誘，消費者下訂單乃要約，而出版社對之為承諾，契約方為成立。問題在於，買賣契約之成立於何時？亦即，承諾於何時生效？若採發信主義，契約成立於承諾人發出承諾之通知時；若採到達主義，契約則成立於承諾到達要約人之時²¹⁰。依照我國民法第 95 條第 1 項前段之規定：「非對話而為意思表示者，其意思表示，以通知達到相對人時，發生效力。」係採到達主義²¹¹；英美法上的 Mailbox Rule

²⁰⁹ 章忠信，前揭註 154，頁 60，註 37。羅明通，前揭註 21，頁 604。另外，根據智慧財產局所發布之「九十三年新修正著作權法條文適用之相關問題解釋表」，編號一針對「散布權」有以下之解釋內容：「著作權法第三條第一項第十二款、第十四款、第二十八條之一、第五十九條之一、第六十三條第三項、第八十條之一第二項、第八十七條第二款及第六款、第八十七條之一第一項第三款及第九十一條之一第一、二項規定所稱之『散布』，其程度以達『使公眾可取得』之情況即可，並不以現實交付為必要。」

http://www.tipo.gov.tw/ch/News_Content.aspx?NewsID=3586（最後瀏覽日：2011/11/16）

²¹⁰ 許耀明（2002），《Internet 跨國 B2C 實體商品交易契約之準據法》，第一屆留法法律學人論文研討會，中法比較法學會主辦，Paris。

²¹¹ 或稱達到原則，而所謂的達到，係指意思表示已進入相對人的支配範圍，置於相對人可以了解的狀態而言。詳參王澤鑑（2001），《民法總則》，頁 371，台北：自刊。

則是採取發信主義，在出版社發出承諾時，買賣契約即成立，因此契約成立地乃出版社所在地。因此，關於美國的英語圖書的出口，結論上，若作者未明白約定禁止出口，應不違反發行地域約定。

第二目 重製權

重製權是著作財產權中最重要的一種權利，因為著作只有透過重製才有可能大量散佈或利用，並實現其財產價值²¹²。因此透過對重製權之限制，也能達到限制散布與利用之目的。首先，重製權的地域限制具有兩種功能：一方面影響出版的成本，重製印刷成本受到紙張、品質、人工等成本之影響，而這些成本通常因地而異，例如在美國印刷與在印度印刷，可能存在人工薪資成本之差異。因此，重製地域之約定可能影響被授權人重製之成本。一般而言，重製地域通常與發行地域相同。二方面輔助落實對散布權之地域限制。重製權的地域限制可以將被授權出版著作物之散布地域加以限制。如果重製地域與發行地域一致，則被授權人因為無法在發行地域以外為重製行為，因此，將著作物散布至發行地域以外之運輸成本將會增加，而此一成本勢必由被授權人或是終端的消費者所吸收，足以減少被授權人將著作物散布到發行地域外之誘因。此外，對於重製數量的限制也能避免被授權人有多餘的重製物可供應其他地理市場，例如約定第一版可印刷 1 萬冊，再版須再取得授權。因此，在未特別約定禁止出口之情形，重製權的地域限制與數量限制仍可發揮抑制著作物輸出之效果。

第二款 對於電子書

第一目 公開傳輸權

電子書係以無實體的方式存在，其流通亦不需透過所有權之移轉，電子書檔

²¹² 謝銘洋等，前揭註 136，頁 25。

案的傳遞是透過網際網路向公眾提供或傳達，終端使用者得於各自選定之時間或地點以網際網路接收著作內容。著作內容提供者並不因此喪失對於該電子書檔案之使用權利。因此，電子書之提供必定涉及公開傳輸權之內涵。從而，對於電子書流通範圍之限制，通常即是針對公開傳輸權之限制，而不是散布權之限制。

第二目 接觸權

電子書之著作權人藉由契約或科技保護措施過濾與限制交易或近用著作之對象，使得願意付費利用或是單純想近用接觸（access）的使用者也不見得可以完成交易或接觸近用，也可以達成限制著作流通範圍之目的。實質上，這是限制終端使用者對於著作接觸近用之權利，但此一權利並非著作財產權之內容。然而，即便公共政策上希望資訊能夠流通到公共領域，也不代表公眾就有權利去接觸近用私人所持有之資訊²¹³。著作權人選擇締約之對象，若無強制締約之情形，應屬契約自由之範圍。但是，即使終端使用者違背著作權人之意願與之締約而付費接觸近用其著作，此亦非屬著作權法可以規範者，而應尋求其他救濟管道。然而，科技保護措施卻是使接觸近用變成一種受到著作權法保護之「權利」。蓋科技保護措施一般區分為接觸控制與利用（或重製）控制二種，對於前者措施之保護將產生間接保護接觸之效果。雖然，事實上，規避接觸控制措施僅是一種違反著作權法之行為，而非侵害著作權之行為。由是可知，對於電子書之流通範圍限制也常涉及對於接觸權之限制，至於其法律效果如何則依情形而定，非必然是違反著作權法之行為。

第二項 法律上目的

第一款 外國人著作之保護

²¹³ Raymond T. Nimmer, *supra* note 37, at 833-834.

著作權人決定是否在其本國以外國家或地區發行其著作的原因之一在於該國家或地區對於外國人著作保護之規定。一般而言，各國對於著作權之保護仍以本國人為保護之主體，外國人之著作並不當然有著作權，須另行規定。大部分國家對於外國人著作之保護採取平等互惠原則，以該外國人之本國對於其所請求保護之國家的國民也以相同條件提供著作權保護為前提。例如我國著作權法第 4 條第 2 款即規定，外國人之著作須符合「於中華民國管轄區域內首次發行，或於中華民國管轄區域外首次發行後三十日內在中華民國管轄區域內發行者。但以該外國人之本國，對中華民國人之著作，在相同之情形下，亦予保護且經查證屬實者為限。」方受保護。其次，國際間也會透過雙邊協定的方式來保護彼此的國民之著作²¹⁴。而多邊的國際公約如伯恩公約以及 TRIPS，也已經確立了國民待遇原則，要求締約國應對其他締約國之國民提供和本國著作同等的著作權保護。而我國在加入 WTO 之後，自然受到 TRIPS 之約束，我國國民之著作依照國民待遇原則在其他 WTO 會員國可取得著作權保護，因此，外國人著作依我國著作權法第 4 條第 2 款²¹⁵之規定也可在我國享有著作權。

然而，一方面，並非所有國家皆有加入國際公約或與著作權人本國簽訂雙邊協定，或是著作權人無法依平等互惠原則在他國取得著作權保護；另一方面，據國民待遇原則，國際公約雖要求聯盟國對其他聯盟國國民的著作提供和本國著作同等的著作權保護，但其保護標準和該著作在其本國所受到的保護相比，可能又略顯不足²¹⁶。因此，會影響著作權人是否在授權他人或自行在他國發行其著作之意願。

²¹⁴ 如我國著作權法第 4 條規定：「外國人之著作合於下列情形之一者，得依本法享有著作權。但條約或協定另有約定，經立法院議決通過者，從其約定」

²¹⁵ 我國著作權法第 4 條第 2 款規定，若「依條約、協定或其本國法令、慣例，中華民國人之著作得在該國享有著作權者。」該外國人之著作得依本法享有著作權。

²¹⁶ See LYNETTE OWEN, *supra* note 169, at 148.

第二款 智慧財產權之屬地主義

由於智慧財產權具有強烈的屬地主義色彩，智慧財產權乃一國基於其國家高權所賦予之排他性權利，是以其效力範圍即限於該國領域之內，權利人若欲在他國亦享受保護，原則上即須具備他國法律所要求之保護要件，否則不受保護。在屬地主義之下，權利人在各國所取得之權利只有域內效力而無域外效力²¹⁷，權利的得喪變更、權利之內容以及侵權之法律效果（僅有民事責任或同時有刑事責任）等須依各國法律而定，因此，對於是否將著作授權至特定國家或法域利用，著作權人便須考慮到該國家或法域之著作權法規定。在國際文化交流頻繁的現代，此一情形可能造成某種程度的交流障礙，因此有加以改變之必要。自 19 世紀末起，國際間便開始推動著作權相關之國際公約，試圖建立一個國際的著作權法保護的最低標準，例如伯恩公約、羅馬公約、世界著作權公約、與貿易有關之智慧財產權協定（Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights）、著作權條約以及世界智慧財產權組織表演及錄音物條約。

然而，國際公約只是設定一個最低的標準，不代表存在一個國際的著作權法而可以適用，也不代表對著作權人而言就是最佳的保護密度。以伯恩公約為例，其確立了四個原則，國民待遇原則、著作權自動保護原則、著作獨立保護原則以及著作權最低保護期間²¹⁸。關於著作權最低保護期間，伯恩公約雖要求聯盟國應給予著作人終身並及於死後 50 年的保護期間，但歐美許多國家（如歐盟與美國）都早已延長為死後 70 年，但亞洲大部份國家（如我國、中國與韓國）仍維持著作人終身加死後 50 年之規定。因此，即使國際公約努力在會員國間訂定一個最基本

²¹⁷ 謝銘洋（2004），〈從德國法及歐洲共同體規範之觀點探討專利權行使與競爭法之關係〉，謝銘洋著，《智慧財產權之基礎理論》，四版，頁 331，台北：自刊。

²¹⁸ 依國民待遇原則，著作人之著作於任一聯盟國內，享有與各該聯盟國現在或將來賦予其國民之同等權利。依著作權自動保護原則，著作權之行使不履行任何形式要件，故著作一旦完成，即自動保護，無須待註冊或登記，亦即採創作保護主義。著作權獨立保護原則係指，著作權之享有即行使，獨立於其源流國外。至於著作權之最低保護期間，伯恩公約則規定為著作人終身並及於死後 50 年。

的保護標準，但各國落實的情形卻不盡一致，著作人在各國所獲得的權利範圍亦因地而異。因此，著作權人為了避免其著作在特定國家遭受較大的侵權風險，可能拒絕將其著作授權在該特定國家進行利用²¹⁹。

第三款 強制授權下的地域限制

著作權法中的強制授權已於本章第一節第三項第四款有所論及，於此僅針對強制授權下所受到的地域限制為深入論述。誠如前所述，國際著作權公約所允許的強制授權包括三種：1)翻譯權的強制授權；2)重製權的強制授權；以及3)音樂著作的強制授權。雖然三種強制授權適用之對象不盡一致，但其共通的目的在於平衡著作權保護與一國學術與文化之發展。因此，既然是為了一國之公益目的，強制授權之效力也僅於一國之內有效。甚至應該要求被授權人不得將該重製物銷售至海外，才足以平衡對著作權人之保護，此乃世界主要國家著作權法之基本原則。例如伯恩公約附屬書第4條第4項(a)款即規定「依第II條或第III條²²⁰取得之授權許可，不及於重製物之輸出，其效力僅及於於申請當地國境內發行之翻譯物或重製物。」世界著作權公約第5條第4項亦有類似規定。從而，一旦被授權人係以強制授權方式取得對著作利用之權限者，其被授權利用著作之地域當然僅限於本國領域之內，違反地域限制者，以我國著作權法²²¹之規定，將遭受廢止強制授權之命運。

第四款 涉外法律適用與管轄

著作權人若將著作授權或自行於其他國家或地區進行利用，在遇到侵權糾紛

²¹⁹ 不過，如果該特定國家是加入伯恩公約或世界著作權公約之開發中國家，而其著作又是屬於可以印刷或類似方式重製之著作，則在拒絕採行自由授權的情形下可能會遭受該國以強制授權方式進行著作之利用，著作權人恐怕在授權金上無法取得與自由授權時一般的數額，因此著作權人必須同時考量其利弊得失。

²²⁰ 伯恩公約第II條乃翻譯權之強制授權，第III條為重製權之強制授權。

²²¹ 我國著作權法第71條第2項：「依第六十九條規定，取得強制授權之許可後，未依著作權專責機關許可之方式利用著作，著作權專責機關應廢止其許可。」

時，無可避免地必須面對在何地法院起訴之問題，而此一情形在涉及網際網路時更加複雜。關於在何地法院起訴之問題，涉及法院對於涉外事件管轄權之處理。當著作權之侵權事件是發生在網際網路上時，究以何地法院有管轄權，一般來說，至少有三種解決方式。一是根據系爭活動之性質，二是根據電腦系統的所在地，三是依可以近用網際網路之地點而定²²²。舉例來說，中國人甲在中國利用網際網路將美國人乙的音樂著作放置於其商業網站上供全世界下載，乙在美國利用自己的電腦發現了上述行為。若依第一種標準，應以該網站本質上為消極提供資訊或積極互動式的交易網站，或是其對於法庭地之影響而定；若為第二種標準，則應視該放置侵權檔案的主機（亦即該商業網站主機）之所在地而定；至於第三種標準，則只要有可以獲悉系爭侵權行為之上網設備，該上網設備所在之地之法院就有管轄權。

由此可知，當侵權事件發生於網際網路時，究竟應向何法院請求救濟將會是個複雜的問題，為了避免發生此等事件。著作權人通常可以在其網站上聲明法院之管轄，或採取 geo-location 技術以及在註冊或訂閱程序上過濾使用者²²³。因此，涉外事件之法院管轄問題也可能使得著作權人卻步於將著作授權或自行於本國以外地區利用。

第三項 經濟上目的

第一款 進行市場區隔

授權人對於被授權人利用著作之地域進行限制，對受權人而言，最主要的經

²²² 第一種標準乃美國實務所採，判例法上發展出 Sliding Scale test 與 Effect test 兩種測試法；第二種乃中國所採取的作法，但在面對涉外事件時，中國則是採取第三種作法，盡量使其法院取得該事件的管轄權；第三種作法乃澳洲法院所採，也最受學者批評，因為這幾乎使得全世界法院對於發生在網路上的智慧財產權糾紛皆有管轄權。See Brian Fitzgerald & Sampson Xiaoxiang Shi, *Civil Jurisdiction, Intellectual Property and The Internet, Copyright Law, DIGITAL CONTENT AND THE INTERNET THE ASIA—PACIFIC*, 381, at 402-403, (Brian Fitzgerald ed. 2008)

²²³ See *id.* at 402.

濟上目的即在於進行地域市場的區隔。而市場區隔的目的即在於極大化授權金收入以及進行差別取價²²⁴。

第一目 極大化授權金收入

透過地理市場區隔來極大化授權金收入，實踐上有兩個面向：一是將相關之著作財產權專屬授權給在各地域市場中最有行銷能力之人；二是確保這些被授權人在各自市場的獨占地位，避免其彼此間就同一授權商品互相競爭。

首先，對授權人而言，將被授權人利用著作之地域加以限定於單一地區、數地區或不限定（即授權於全球利用），其經濟上之目的都是為了確保其著作的銷售可以達到最好的狀態，極大化授權金收入。有些著作的需求量較高（如小說），市場較大，有必要將市場依地域進行切割並專屬授權當地最有行銷能力之人加以利用；有些著作雖具有相當之市場潛力，但因作者不具知名度，可能也必須透過同樣的方式來行銷，以增加能見度與銷售量；但對於市場較小的著作（如學術性書籍），則無妨將全球視為一個單一市場，專屬授權給一個具有全球行銷能力之人來利用，或是以非專屬授權方式授權多人於全球銷售。舉例來說，英、美、澳同為英語系國家，不僅在度量衡、拼字以及文化上仍舊存在差異，讀者的消費習慣也可能不同，因此在銷售技術類書籍時，除了對書裡所有的單位進行調整；而在出版文學類作品時，除了依據當地拼字習慣調整部分文字之外，偶爾也要依各國文化之差異而給予不同的書名。因此，專屬授權一個了解當地文化與消費者習慣並且具有相當之行銷能力的出版社來處理上述相關出版事宜，無疑是較由單一被授權人來處理全球出版事宜或是在各國以非專屬方式授權數出版社²²⁵更為有效率。

²²⁴ 詳參柳瑜珊（2002），《著作權授權與競爭法相關問題之研究》，頁 36-37，國立臺灣大學法律學系碩士論文。

²²⁵ 非專屬授權給一地數個被授權人可能使得每個授權人無法全力行銷，因為擔心行銷廣告的成果被其他被授權人搭便車。因此，除非授權人自任該地域市場的行銷任務，或是專屬授權給當地一位被授權人，並予其再授權之權利，否則不宜採取此種授權方式。

其次，授權地域之限制也是為了確保各地域的專屬被授權人能夠獨享行銷成果，激勵被授權人投資意願，避免被授權人間就同一品牌之產品互相競爭，進而加強與其他功能相同或他廠牌產品的競爭力²²⁶。同樣以前述英語圖書出版為例，若一本英文小說同時由美國與英國出版社，若不能以專屬授權方式限制各該出版社在各自的地域市場銷售，則可能使得其中一方在市場行銷之努力被他方搭便車，或是彼此進行價格競爭，導致授權人授權金收入因此減少。

第二目 差別取價

差別取價之意義已於前章第三節中有所提及，在此必須再加強調，差別取價係指在同一時間對同一種商品向不同的購買者索取不同的價格，並非來自於成本之差異所致。並且其主體係指同一賣家而言，因此被授權人間因為定價不同而導致的價格競爭並非差別取價。例如 DVD 發行商利用 DVD 區域碼設計來對全球各地區設定不同的 DVD 費率，又如電影業者依時間先後將電影於院線上映、提供出租店出租以及授權電視台播放一般，也是一種根據消費者願付價格所為的差別取價²²⁷。而如本章第二節對於實體書出版的討論，實體書出版依時間先後出版精裝本、平裝本與大眾平裝本也是一種差別取價行為。

地域間的差別取價是來自於同時經營複數地域市場的單一廠商基於每個地域中消費者願付之價格所為之定價，其目的同樣也在於透過此種定價策略來極大化其利潤。而此種定價策略亦有賴於授權人與被授權人就授權地域之約定才能加以落實。舉例來說，著作權人將其語文著作授權給甲出版社於 A、B、C 三地出版銷售，也授權給乙出版社在 C、D、E 三地出版銷售。甲出版社根據此 A、B、C 三

²²⁶ 柳瑜珊，前揭註 224，頁 36-37。

²²⁷ 楊智傑，前揭註 99，頁 94。

地的需求情形以及消費者願意支付的價格而為不同的定價，縱然該出版社於此三地出版銷售所需支出的成本並無差異。但若不限制乙出版銷售之地域範圍而使乙出版之著作物流進 A、B、C，則甲所為之定價策略即會落空。

第二款 節省授權金

對被授權人而言，被授權利用地域之廣狹也是影響授權金數額之因素。著作權可以授權他人於一定之地區範圍內得行使所授與之權利而不得越區；當然，亦可以不為區域之指定與限制，而使被授權人取得於著作權之全部保護領域皆可行使之權利，對於被授權人而言，通常其所取得之行使區域愈大，意味著其所要給付之權利金愈高²²⁸。但是，實際上，因為有些地域市場的需求較高，獨佔所帶來的利益甚高；有些地區的需求較低，甚至因為需求過低，不足以構成一個獨立的市場，因此被授權人僅願意取得非專屬授權即可。故在授權談判上，每個地域市場對於系爭著作之需求以及所採取的授權方式（專屬或非專屬）亦是影響授權金之要素。以英語書籍為例，誠如前所述，實務上將英語書籍的出版地域劃分成三大塊：北美（或僅美國）、英國及大英國協、其他地區。對被授權人而言，取得北美或英國及大英國協的專屬出版權利才是重點，至於包含非英語系國家的其他地區，只能統合為一個開放市場並以非專屬授權之方式授權給北美版與英國版的出版社去經營。因此，雖然出版北美版的出版社僅有加拿大與美國兩個市場，而出版英國及大英國協版的出版社可以獨佔在五十幾個主權國家的市場，但二者所應付的授權金應無太大差別。上述二獨佔市場以外的開放市場雖及於全球，但由於其對英語書籍的需求量不高，且採取非專屬授權之方式，因此被授權人不致於因為被授權出版區域擴及全球而必須再付出相對高額的授權金。

²²⁸ 謝銘洋，前揭註 157，頁 69。See LESLEY ELLEN HARRIS, LICENSING DIGITAL CONTENT, 71 (2nd ed. 2009).

第四節 市場區隔與地域限制

第一項 市場區隔及其理論

第一款 市場區隔

市場區隔之目的在於將相同需求的消費者間分類成不同的群組，以便對不同的群組採取不同的行銷策略。而需求的差異可能來自於距離、年齡、性別、生活型態等各種因素。一般來說，市場區隔之變數或基礎主要包含地理、人口統計、心理與行為等四類變數。地理變數係將市場分為不同之地理單位，如地區、國家、區域等。人口統計變數則係利用消費者之年齡、性別、收入、職業等來區隔市場。而心理變數指的是消費者生活型態特性、個人性格描述、態度等差異。最後，行為變數包含品牌忠誠度、隊所使用產品的概念性想法等。

以何種變數來區分消費者，除了必須考慮是否充分區隔化市場，也必考量到該等市場是否過小而不值得經營或是市場範圍過大而無法經營等問題。此乃市場區隔理論所要處理的問題。

第二款 市場區隔理論

關於如何有效地進行市場區隔，在行銷學上，一般認為，應具備以下五個要件²²⁹：

1. 可衡量的（measurable）：用以區隔市場的變數是可以衡量的。
2. 可接近的（accessible）：區隔市場必須能夠有效地去接觸與服務。
3. 足量的（substantial）：區隔市場要夠大或獲利性夠高，才值得服務。
4. 可區別的（differentiable）：區隔市場要在概念上可以辨別，並對不同的行銷組

²²⁹ GARY AMSTRONG & PHILIP KOTLER, MARKETING: AN INTRODUCTION, 177 (8th ed. 2007), 轉引自黃俊英（2007），《行銷學的世界》，第4版，頁180，台北：天下文化

合要素和方案有不同的反應。

5. 可行動的 (actionable): 可以擬定有效的方案去吸引與服務。

第一，以地理單位作為市場區隔之變數，可以透過人為的國界、行政區域或是自然的河流、山岳、距離等加以衡量。第二，該等地理市場亦應以被授權人有能力供應，消費者便利取得之範圍為限。第三，以地域為市場區隔之單位，該地域亦當能產生相當之利潤，方值得劃分為一獨立之市場。第四，兩個地理市場之間應可以區別，而此區別應指兩個市場具有不同的需求而言。最後，被授權人應當有能力去擬定有效的行銷方案。

第二項 實體書地域限制與市場區隔理論

以上述理論來檢視英美實體書出版的地域市場區隔，可以發現將市場劃分成北美（美國與加拿大）、英國與大英國協、其他地區是相當理性的安排。此種市場區隔乃是以國家為區隔之變數，具有可衡量性。將北美的出版權授權給北美的出版社，而英國與大英國協的出版權則授權給在英國本土及大英國協有分支機構的英國出版社，此亦能確保各出版社有能力供應其市場。至於北美和英國與大英國協皆為使用英語的國家，英語閱讀市場皆相當龐大，其獲利足以使之個別構成獨立的市場，而其他地區雖不乏英語人口，但個別國家的英語閱讀市場不足以構成一個獨立市場，因此僅將所有其他地區概括地統合為另一個獨立市場²³⁰。另外，在文化上，前者與後者也可資區別，對於書籍的行銷策略應有不同的反應。最後，被授權人應擬定有效的行銷策略以吸引與服務該地域市場的消費者。

²³⁰ 加拿大與澳洲雖皆係幅員廣大且以英語為官方語言之國家，但通常不被作為一個獨立的授權市場。以澳洲為例，澳洲的人口密度小，分布並不集中，因此書籍在澳洲的物流成本相當高，從而不適於作為一個獨立的市場。

第三項 電子書地域限制與市場區隔理論

第一款 概說

根據本文對於美國各主要電子書銷售平台之調查，對於電子書的交易進行地域限制，原因主要是來自於銷售平台網站並未取得全球的銷售權，而這可能來自於著作財產權人或中間出版商對於維持原有實體書出版產業中既有的地理市場安排之需求。因此，同樣一本電子書，在美國亞馬遜網站（amazon.com）上既容許美國消費者選購，亦以稍高的價格出售給其他海外消費者，但在邦諾網路書店則只能容許美國與加拿大消費者購買。並且，根據美國亞馬遜網站的說明，出版社與銷售平台之間的授權模式是以國家為授權之地域單位，因此每一個國家的消費者所能夠購得的電子書種類容有差異。

另外，同一內容之電子書也會因為銷售地域之不同而分別由銷售平台或出版社自任賣方²³¹，並有不同版本。舉例來說，目前美國亞馬遜網路書店的暢銷小說 *The Help*（by Kathryn Stockett）在美國、亞太、歐洲地區、拉丁美洲及加勒比海的銷售版本是由 Penguin 集團的 Berkley 出版社所出版，並由 Penguin 出版社負責銷售，亞馬遜只提供銷售平台；至於非洲、澳洲、印度、與中東版本則是由 ePenguin 出版社出版，並由亞馬遜自任銷售。至於英國版本則須至英國亞馬遜網站購買，該書之出版者同樣是 ePenguin 所出版，並且由亞馬遜在歐洲的分支（Amazon Media EU S.à r.l.）負責銷售。至於加拿大版，在美國亞馬遜上並未銷售，而加拿大亞馬遜網站並未銷售電子書，但加拿大消費者可以在其他電子書銷售平台取得該電子書，例如邦諾網路書店。

因此，除美國亞馬遜以外，本文所觀察到的各美國電子書銷售平台皆係以美

²³¹ 這涉及電子書的訂價模式差異，請參照以下對於差別取價之說明。

國或者包含加拿大為銷售市場，美加以外地區消費者皆不在服務範圍之內。而此種現象其實也存在於英國的電子書銷售平台。英語電子書產業此種以國家作為授權地域基礎的授權模式，形式上在實踐實體書在現實世界中的授權規則，實質上則較英語實體書的地理市場劃分更為細密。

第二款 市場區隔理論之檢驗

此種以國家作為授權地域基礎的授權模式是否合理，本文擬以市場區隔理論進行檢驗。根據前述的市場區隔理論，有效的市場區隔必須具備五個要件：可衡量、可接近、足量、可區別以及可行動。

以國家作為市場區隔之變數，其範圍具有可衡量性。線上電子書透過網際網路來供應，事實上即使以全球為市場範圍，亦具有可接近性，更遑論以一個國家為地理市場之基礎。而在可區別性上，電子書與實體書僅是形式上有差異，內容並無不同，因此，實體書的行銷、編輯與翻譯需要因應國情之不同而為不同之策略，電子書並無不同。至於在可行動性上，則在於之後的行銷策略如何依據各國市場之差異而來擬訂以吸引並服務該國市場，與如何區隔市場較無關聯。最後，關於足量性則容有討論之空間。

足量性係指，該市場區隔之規模必須夠大，獲利夠高，而值得作為一個獨立的市場去服務。電子書與實體書一樣，其內容固然影響市場需求，然而其服務的形式也影響市場的需求。誠如本文於第二章所述，網際網路是存在國界的，網際空間連結性與頻寬是不平等地分佈的，尤其以發展中國家和已開發國家有明顯差距。換言之，各國的網際網路普及度是有差異的，網路普及度也會影響對電子書的需求人口。因此，對某本書需求很高的國家，不一定對該書的電子版之需求也很高，這與該國網路鋪設的密度有關係。舉例來說，斐濟也是一個以英語為官方

語言的國家，但其網際網路普及度甚低，或許在英語電子書的需求上甚至低於以華語為國語的中國。因此，單純以國家作為授權地域之基礎顯然是漏未考慮一個市場是否具有足量的需求。

第三款 較佳之地理市場區隔方式

英語實體書的地域市場區隔先區分成英語區與非英語區，由於英語區的市場涵蓋相當多國家，且英美兩國的圖書出版產業亦各具規模，因此又將英語區分割成英國及大英國協國家與北美（美國及加拿大）兩大區域，分別專屬授權由英國與美國的出版社獨占出版權。至於非英語區，由於對一般英語書籍的需求不高，若僅以單一非英語國家作為獨立地域市場，恐怕並不合於市場區隔理論中足量性之要求。因此，實務上將這些非英語區統合為單一市場，並以非專屬授權方式授權給英國與美國的出版社自由競爭。

電子書的地域市場區隔與實體書一樣，皆應考量到市場的需求。這個需求不僅受到電子書之內容所用語言文字之影響，也受到網路普及度之影響。因此，在不考慮網路普及度之前提下，電子書的地域市場區隔至少應如實體書一般方為合理。但若考慮到網路普及度，英語系的開發中國家或許與非英語系的已開發國家對於英語電子書的需求並無太大差異，因此，或許應將英語系的已開發國家（如英、美、加、澳等國）視為獨立的授權市場，專屬授權各該國出版社經營，或是切成兩大區塊而分由美國與英國出版社獨占經營，至於其他非英語系國家以及英語系的開發中國家則統合為一個開放市場由各版本自由競爭，或是再分割成兩三個地域市場與前述的專屬授權市場結合，由各該專屬被授權人獨占經營。

事實上，美國亞馬遜對於電子書的地域市場區隔相當符合本文之分析。其將美國、英國、加拿大、澳洲與印度等開發程度相當高之英語系國家分別獨立為不

同之市場，至於其他非英語區則以歐洲、非洲、亞洲太平洋地區、中東、拉丁美洲加勒比海地區統稱之，不再以國家為地理市場的區隔基準。

第五節 小結

實體書進行授權地域限制之標的，主要是散布權，至於重製權之限制則在輔助散布權地域限制之落實。授權地域限制之目的有基於法律上與經濟上之原因，前者影響著作權人是否授權，後者影響著作權人如何授權。然著作權人在決定是否授權時，仍須考慮到開發中國家的強制授權規定可能使其失去透過自由授權時所能取得之較高額授權金。經濟上之最主要原因在於地理市場之區隔，以便行銷與差別取價，避免同商品之間的價格競爭，將授權金收入最大化。對於實體書的市場區隔之合理性，本文採取市場區隔理論加以檢驗。英語實體書出版授權的地理市場區隔主要有三種類型，包含同一語言版本（此指英語而言）的地域授權、翻譯權的授權以及低價版本書籍的出版地域約定。同一語言版本的地域授權將全球地理市場區隔為三大塊，其中包含兩個專屬授權的英語世界以及一個非專屬授權的非英語世界，而非以單一國家為授權之地域，相當符合市場區隔理論中對於「足量」之要求。低價版本書籍的地理市場區隔則以英語教科書為主，其區隔標準則與前述同一語言版本的地域授權不同，蓋其目的在避免低價書籍流通到高價的市場，因此嚴格限制只能在特定一個或數個國家銷售。由此看來，對被授權人而言，授權金之高低應以各地域市場的需求量而非以地域之廣狹而定，因此被授權人不必然因為被授權利用之地域較小而可以節省授權金之給付。

至於在電子書之情形，其為地域限制之法律上與經濟上目的與實體書並無差異，但受到限制的主體不僅包含負責出版與銷售的內容提供者，更及於終端的使用者；受到限制的權利則為被授權人公開傳輸之權利與終端消費者近用接觸之權利。相較於實體書，線上電子書所為之地域限制措施似乎更為廣泛。在電子書合

理使用機會受到壓縮的情形下，公眾對於電子書的近用與利用似乎受到著作財產權人的嚴格控制。這樣的控制的可行性如何，本文將於第四章進行分析。然而，電子書對於地理市場的安排係以個別國家為市場單位，似乎與實體書並不一致。這種市場區隔並無法通過市場區隔理論之檢驗，特別是不合於足量性之要件，本文以為，電子書的傳遞媒介是網際網路，而各國的網際網路普及度是有差異的，網路普及度也會影響對電子書的需求人口。因此，對某本書需求很高的國家，不一定對該書的電子版之需求也很高。單純以國家作為授權地域之基礎顯然是漏未考慮一個市場是否具有足量的需求，應再考量各區域的網際網路發展程度。因此，除亞馬遜之外，目前美國各電子書銷售平台限制銷售地域的安排顯然有相當大的改進空間。



第四章 電子書的地域限制實踐分析

第一節 差別取價理論作為驗證工具

第一項 差別取價

第一款 概說

假設當我們以市場區隔理論檢驗，確認地域適合做為市場區隔之變數之後，第二個層次的問題在於，這樣的市場區隔是否能夠落實，換言之，是否能夠長時間維持而不被打破。具體來說，當區隔化後之地域市場授權由不同的廠商經營，或是採取不同的訂價策略時，這些廠商之間是否互相競爭，而產生實質上市場互相重疊之效果，或是訂價策略因為其他中間商在不同地域市場間的轉售或消費者個人追求低價商品的套利行為而落空。在此，本文將求諸差別取價理論作為檢驗的工具。

以地域進行差別取價屬於 Arthur C. Pigou 所指的第三級差別取價，而第三級差別取價的落實有賴於有效的市場區隔，已如上述。而根據差別取價理論，差別取價實施的要件有三：一是廠商必須具有市場力量，換言之，該市場中並不存在同樣能夠滿足消費者的替代商品或服務；二是廠商必須能夠避免套利（arbitrage），亦即能夠避免有人從低價地區購得商品後轉售到高價地區以賺取中間差額；三是消費者間對於該商品的評價（Value）不同（或是說願付價格不同）而可以用來區別消費者²³²。因此，事實上，這些要件即是進行有效市場區隔的要件，從而以差別取價理論來檢驗市場區隔之落實，應無不妥。

目前，美國電子書業對於電子書的訂價有兩種模式，一是傳統的 Wholesale

²³² William W. Fisher III, *When Should We Permit Differential Pricing of Information*, 55 UCLA L. REV. 1, 3-4 (2007).

model，另一是 Agency Model²³³。此二種定價模式在前述第三章第二節對於網路書店的實體書銷售中已略為提及，在電子書也採取同樣的模式。在 Wholesale model，出版社以一定的折扣價格將書賣給網路零售商，網路零售商再自訂售價。這是大部分實體書的定價模式，部分電子書也採取這種定價模式。只要是採取這種定價模式者，美國亞馬遜即會標示 Digital List Price（出版社所訂的電子書建議售價）。而在 Agency model，書的價格由出版社訂定，網路零售業者僅收取一定的服務費用。採取這種定價模式者，美國亞馬遜會標示“This price was set by the publisher”。目前，大部分新出版的電子書都是採取這種定價模式，因此，新出版電子書在各個零售平台的價格幾乎一致。

不過，所謂的價格一致，指的是在同一個地區而言，電子書的價格依消費者所在地域不同仍有不同的訂價。同以美國亞馬遜為例，其不僅將其電子書的銷售地域區隔成 10 個地理市場，同一本電子書在各地地理市場也有不盡相同的定價。以小說 *Of Thee I Zing* (by Raymond Arroyo & Laura Ingraham) 為例，美國、英國與加拿大市場採取 Agency model 定價模式，由出版社統一訂價，其價格分別為 11.99 美元、17.26 美元與 18.11 美元。其餘地區採取 Wholesale model，由美國亞馬遜自行訂價。該書在澳洲定價為 9.99 美元，歐洲地區為 22.76 美元，其他地區則為 11.99 美元。由此可見不論採取何種訂價模式，出版社與零售平台都透過市場區隔進行差別取價之行為²³⁴。

²³³ See Sarah Weinman, *Publishers Try to Protect E-Book Prices from Apple, Amazon*, <http://www.dailyfinance.com/2010/01/20/publishers-try-to-protect-e-book-prices-from-apple-amazon/>; Mike Fulton, *This Price Was Set By The Publisher*, <http://www.ebook-lookup.com/2011/04/this-price-was-set-by-the-publisher/> (last visited Jul. 30, 2011)

²³⁴ 由於亞馬遜推出的 Kindle 閱讀器與本地電信業者合作提供免費 3G 無線上網服務以方便讀者能夠利用閱讀器在線上進行電子書的購買與下載，因此，根據每本電子書得出版地域之不同，與當地合作電信業者合作提供無線上網之費用也會有些許差異，而這些費用則會轉嫁到書價上。根據亞馬遜使用者論壇上的討論，亞馬遜在美國是與電信業者 AT&T 合作，而在美國以外其他國家則是單純利用 AT&T 的國際漫遊，並未在當地尋覓合作之電信業者，因此在某些國家，電子書的價格會比美國本土的電子書價格高出 1.99 美元。不過，實際上這部分漫遊費用並不總是反映在書價上，且若以電腦上網購書，也不應被索取這費用。許多使用者都建議透過電腦上網購書後傳輸到閱讀器的方式規避這費用。另外，歐洲版本（包含英國）的電子書皆註明包含 VAT

此等對於電子書的差別取價行為是否可行，仍應就廠商是否具有市場力量，廠商是否能夠避免套利（arbitrage），以及能否以價格來區別消費者等三個要件來予以檢驗。其中又以是否能避免套利最為重要，其次是以價格區別消費者之可能性，本章將分別以專節說明討論。

第二款 授權人或被授權人具備市場力量

首先就第一個要件而言，進行差別取價的出版社或電子書零售網站應具有相當之市場力量。市場力量在差別取價的實踐上具有兩種功能，一是設下進入市場的障礙，二是有能力懲罰違反差別取價的銷售者²³⁵。藉由這兩種功能，一方面使得市場上無法存在進行價格競爭的其他市場參與者，另一方面確保下游的銷售者也能遵守差別取價之策略。出版社與電子書零售網站進行差別取價的市場力量來自於著作權。因為著作權可以強化產品差異²³⁶，因而產生市場力量。著作權賦予其權利所有人專屬的權利以保護其表達，如果該表達又具有相當高之價值且無相近的替代品時，則著作權人即可從著作權取得相當之市場力量²³⁷。

著作權法賦予著作權人可以限制被授權人利用其著作之地域之權利，使得著作權人得以地域作為差異化其產品²³⁸並為差別取價之標準，而著作權法的屬地主義賦予著作權人在地域市場上的獨占力量。著作權人依據國際公約或各國著作權法之規定取得在各國專有之利用與傳達其著作的各種著作財產權，這其中包含以

加值稅。但實際上，上述成本並不當然使得美國本土以外的消費者必須購買較高價的電子書，換言之，有時候，亞馬遜提供給美國以外地區之消費者同一本書的價格甚至比較低。

²³⁵ Michael J. Meurer, *Copyright Law and Price Discrimination*, 23 CARDOZO L. REV. 55, 82(2001). also available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=274729> (last visited Jul. 25, 2011)

²³⁶ 舉例來說，由於著作權法賦予音樂著作之著作權人公開發演出權，從而著作權人才有辦法針對一般個人使用者與表演團體或是教育機構為差別取價，換言之，著作權人可以根據利用方式之不同而收取不同之費用。若著作權人並無公開發演出權，則著作權人對於他人公開演出之行爲無法主張權利，從而更不可能區分出較高價的公播版以為銷售。

²³⁷ Michael J. Meurer, *supra* note 235, at 82.

²³⁸ 此指契約中的授權條件而言。

電子形式出版其著作的權利。基於屬地主義，此一權利又各以各該賦予著作權人著作權之國家或法域為其界限而無域外效力，因此，著作權人在各該國家或法域便對於電子書之出版具有獨占之權利，因而在各該國家或法域具有相當之市場力量，得以排除其他人在該國家或法域與之就相同或相似內容之電子書為價格之競爭，也因此容許著作權人可以於各該國家或法域就同一電子書為不同之訂價。

出版社雖非著作權人，但其自著作權人取得在全球或是特定區域出版電子書之專屬授權，亦承受了著作權人的市場力量，甚至較之著作權人更有落實差別取價之市場力量。因為出版社通常同時受到複數著作權人之授權，因此，當其下游的銷售廠商違反價格之約定時，出版社相較於個別的著作權人更有力量懲罰該銷售者，例如出版社可以拒絕與該違反規定之廠商就其他電子書為交易。雖然轉售價格之約定有違反競爭法之虞，但實務上，出版社就特定數個地理市場，透過 Agency model 的訂價模式約束各電子書銷售平台對於同一本電子書在同一地理市場之訂價，以達到實質上約定轉售價格之目的。

至於電子書的零售平台，在採取 Wholesale model 訂價模式底下，其可以自由地針對電子書為訂價，甚至根據地理市場的差異而為不同之訂價。唯其落實差別取價的市場力量來自於出版社對於零售平台的專屬授權，使零售平台得於被專屬授權之數個地域為差別取價而毋須擔心其他零售平台在同一地理市場與之為價格競爭。

然而，市場力量之具備對於市場區隔之落實效果有限。蓋市場區隔落實之關鍵在於是否能夠避免無契約關係之第三人為了賺取價差之轉售以及消費者往低價市場消費之行為發生，著作權人或被授權人所具備的市場力量至多只能用於控制與其有契約關係之被授權人，對於無契約關係之第三人或是人數眾多之終端消費

者，其效果顯然有限²³⁹。因此，市場區隔之檢驗重點便落於其餘兩個要件之上。

第三款 可以用價格來區別消費者

差別取價的第二個要件在於，可以透過價格來區別消費者，亦即消費者的願付價格存在差異。舉例來說，圖書出版業透過發行時間的先後將新書之出版區分為精裝版、平裝版與大眾平裝版，並為不同之定價（精裝版最貴，平裝版次之，大眾平裝版最便宜），目的在於將想要先睹為快的讀者與願意等待的讀者予以區分。想要先睹為快的讀者自然願意付較高的費用來購買精裝版，因此此兩種消費者能夠透過價格予以區分。又如公播版 DVD 與家用版 DVD 涉及公開上映權之授權有無，欲在公開場合播放 DVD 之消費者為免侵權涉訟，自然亦存在購買高價公播版 DVD 之誘因，從而 DVD 的消費者也可透過價格加以區分。至於透過地域來為差別取價的情形，當不同地域之間消費者對於產品的需求並無差異時，通常是根據各該地域的國民所得或消費水準來決定產品價格，例如英語教科書在英美以外國家的低價策略。也可能為了開發特定市場，而故意在開發中的市場採取促銷的低價，至於已經明顯具有相當需求的市場則採取較高的價格。驗證電子書的差別取價是否能夠透過價格區別不同地域之消費者，有兩個關鍵。其一，消費者是否充分掌握市場上的價格資訊，而有可能進行比價。其二，消費者不依各自所處地域而購買電子書是否構成著作權之侵害，若否，則消費者並無遵守此一規定之誘因，從而無法透過價格來將各地域之消費者在網路上加以區分。這點本文將於本章末節進行討論。

第四款 避免套利

差別取價的第三個要件在於廠商能夠避免套利（arbitrage），包含避免他人透

²³⁹ 另外，強制授權制度也可能剝奪著作權人的獨佔地位。

過轉售方式賺取價差以及同樣商品之高價市場消費者向低價市場購買之個人套利（personal arbitrage）行為，此與市場區隔之落實最為直接相關，也是本文作為驗證電子書地域限制之分析重點。而相較於前一個要件關注於消費者跨區交易行為本身之評價，此一要件的檢驗重點在於授權人如何與被授權廠商進行約定，以及廠商為了避免跨區交易行為發生所採取之措施或使用條款的落實可能性，具體來說，觀察的重點在於，以及消費者違反或規避系爭措施或條款之行為本身。

經濟學家 A. C. Pigou 認為，「不能移轉性」是避免套利的關鍵。A. C. Pigou 舉數例說明何謂「移轉性」：醫生對甲收費較低，對乙收費較高，乙並無法把他所受到的服務移轉給甲。或是醫生對富人收費較高，也不可能使富人故意變窮。這類例子中所呈現的不可移轉性之程度最高。另外，水電公司向私人住宅以不同價格供應水電，低價者雖可能將水電移轉給高價者，但受到技術上限制，因此其不可移轉性略低。其他尚有基於關稅或運費而產生的不可移轉性以及以約定方式限制購買者轉售，否則予以懲罰等，皆具有不同程度的不可移轉性²⁴⁰。此所謂之不可移轉性即上述第二個要件所要傳達之內涵。不可移轉性之程度高低，除了與我們一開始以何種變數區隔市場有關外，也與商品或服務之本質、自然環境因素、技術以及契約約定以及法律的規定息息相關。

客觀上，線上電子書具有無實體化與重製便利之特性，因此能夠進行跨國界的傳輸，其傳輸與重製的成本近乎於零，相較於實體書的可移轉性受到距離所生的運輸成本之限制，線上電子書顯然自由許多，因此電子書本質上具有相當高的可移轉性。從而，電子書銷售平台必須透過技術措施防止套利行為發生，也避免電子書被無限制重製並流通。具體來說，電子書銷售平台一般透過三種技術措施來增加電子書的不可移轉性。一是透過地理定位技術過濾消費者，避免個人套利

²⁴⁰ 詳參 Arthur Cecil Pigou 著，陸民仁譯，前揭註 100，頁 235-236。

行為，亦即防止位處高價市場的消費者卻購買低價市場的電子書。二是透過消費者會員帳號註冊方式，要求消費者必須先註冊才能消費，進而將消費者所購買的電子書與消費者的帳號「綁在一起」，使個別消費者利用電子書之前皆須登入帳號，達到避免轉售的目的²⁴¹。三是對電子書加諸防止重製的科技保護措施，避免電子書被未經授權重製與流通。

然而，電子商務的其中一個優點在於方便消費者比價，當消費者可以在同一個電子書銷售平台比較同一電子書的不同價格，而且購買的程序皆無不同，則消費者便存在套利之誘因，危及市場區隔之實踐。因此，防止消費者進行套利的關鍵便存在於技術措施、契約約定以及法律規定等因素之上。而關於技術措施之限制，本文已於第二章詳細討論，不再贅述。本文將於以下針對規避該技術措施的法律效果，以及契約和法律如何賦予個人套利行為法律效果進行討論，以分析電子書在差別取價上的不可移轉性。

第二項 避免套利之檢驗：不可移轉性

第一款 客觀自然因素

根據 A. C. Pigou 針對不可移轉性所舉之例，有些不可移轉性是來自於客觀的自然因素所致，例如商品或服務之本質以及區隔市場之變數。如果交易的標的是具體的商品，則其移轉性自然高於無形之服務，例如醫療服務的可移轉性一定低於醫療器材；但當服務又以證券方式加以表彰時，移轉性又可提高，例如電影票與車票雖可能根據消費者職業區分成全票與軍警學生票，但由於購買與使用並非同時，因此就存在移轉之可能性，具有套利空間存在。至於區隔市場之變數對於可移轉性之影響，例如當我們以季節作為區分旅館房價的標準時，在春夏季預定

²⁴¹ 但仍有可能透過轉讓帳號與密碼的方式，將特定帳號下「整批」的電子書近用權利轉讓給第三人。相關討論見本章第 4 節。

之房間與在秋冬季預定之房間並不具可移轉性。實體書籍依時間先後順序而出版精裝版、平裝版、大眾平裝本並為差別取價之情形，想先睹為快的消費者並無法取得便宜的平裝版與最便宜的大眾平裝版，因此，各版本之間也存在高程度的不可移轉性。以地域為市場區隔標準時，地域市場之間的運費與交通的便利性也是增加不可移轉性的重要因素。

第二款 契約安排

契約安排也可能增加商品或服務的不可移轉性。以前款所舉之電影票之例，將服務票券化之後，雖然增加了其移轉性，但若業者與消費者約定，使用優惠票時仍應出具優惠之身分證件，或是以記名方式購票，並限制本人方可使用，也可回復電影服務本身之不可移轉性。另一個直接的例子是廠商直接與交易相對人約定禁止轉售，否則將予以懲罰，例如交易相對人應支付賠償金或是拒絕下次再與交易相對人交易等。但禁止轉售之約定只在契約相對人之間有效，並不因為商品附加任何標示而拘束第三人。

第三款 法律規範

法律規範所產生之不可移轉性來自於公權力之行使，可能產生對商品或服務之移轉禁止或是增加成本之效果。舉例來說，當我們以國家作為區隔地理市場之基礎時，商品的進口關稅之高低影響商品在國際間之不可移轉性程度。當商品為專利物品時，專利權人在一國領域內專有之製造、販賣、為販賣之要約、使用以及為上述目的進口之權利也對於不可移轉性增加相當程度之障礙。在具有著作權之商品亦然，著作權人專有之散布權與禁止真品平行輸入之相關規定也可增加商品之不可移轉性，壓縮套利空間²⁴²。但必須注意的是，對於商品貨物之流通，在

²⁴² See Michael J. Meurer, *supra* note 235, at 140-141 (2001).

智慧財產權領域有權利耗盡以及合理使用等規定，又降低了此一不可移轉性。歐盟的貨物自由流通原則也使得智慧財產權的權利耗盡原則被擴大為歐盟區域內耗盡，而使得廠商在歐洲以國家作為地理市場區隔之基礎之安排落空。而開發中國家的強制授權規定也可能剝奪著作權人選擇是否授權他人在特定國家利用其著作之自由。

第三項 實體書地域限制之實踐分析

誠如上述，著作權賦予著作權人相當之市場力量以進行差別取價，因此，以下僅先以實體書例分析實體書是否得以價格區別消費者，以及在避免套利之要件上的分析進行討論，並輔以對其他實體著作物之觀察，作為電子書地域限制落實情形之比較。

第一款 以價格區分消費者

能否以價格區分不同地域之間的消費者，關鍵除了在於消費者對於價格資訊是否能充分掌握外，更重要者在於消費者跨區消費是否違反法律之規定，消費者在未被授權販賣之區域使用著作是否侵害著作權。首先，當消費者自一地域市場移動到另一地域市場購買實體書時，該實體書原本即是被授權於當地銷售，消費者於當地購買該實體書並無任何違法之處，不論該消費者是否只是暫時過境當地。其次，當消費者並未移動至該地域市場，而只是利用網際網路或其他郵購方式進行交易時，不論我們如何認定買賣契約成立之地點，消費者取得該書所有權後，只要其利用行為不涉及著作財產權之行使，不論其在何地使用該著作，亦難謂侵害了著作權人何等權利，換言之，只要著作之利用不落入著作財產權人權利之範圍，不論消費者於何地進行利用，皆不侵權。至於消費者是否能將該實體書攜帶或輸入進國內以進行利用，則為不可移轉性（避免套利）要件所要討論之問題。

因此，就實體書而言，除了阻絕各地域市場消費者對於各地域市場價格資訊之掌握外，並無法以價格區分不同地域之間的消費者。

第二款 授權契約與不可移轉性

第一目 契約主體與標的

在不可移轉性之檢驗上，本文首先以實體書出版發行所涉及之契約為觀察的對象，檢視如何透過約定增加實體書之不可移轉性。實體書之供應鏈雖存在眾多參與者，參與者之間亦彼此存在某種契約關係。著作人與出版社之間通常以著作財產權之授權契約規範其法律關係；關於出版社與經銷商（或發行商）之間、經銷商與零售商之間以及零售商與終端消費者之間主要是單純的或是附加轉售限制或出口限制之買賣契約關係。著作財產權人透過契約固然可以禁止相對人對於實體書之轉售或限制交易與轉售對象，但對於為數眾多的終端消費者、零售商或中間商而言，著作財產權人欲以契約加以限制，其效果有限。相對來說，在著作權人與上游出版社或出版社與主要通路締結之出版契約或授權契約，其相對人人數較少，授權人較有能力監督相對人是否確實履行契約義務，因此，以下也以此類契約為主要的討論對象。

如前所述，出版社與著作人間之法律關係主要係依出版契約而定。雖然，實務上，出版契約所約定之著作財產權之授權除了印刷、發行與翻譯之外，可能旁及其他衍生權利，例如改作成劇本、電影或是進行商品化（對書中的人物角色）等權利，但單純就實體書之出版而言，允許被授權人行使重製權與散布權（特別是銷售權）乃是主要的契約標的。其次，當涉及其他語言版之出版授權時，契約標的更應包括翻譯權之行使；在將眾多著作人之著作或一著作人之眾多著作以合集方式出版時，出版契約之標的尚應包括編輯權之行使。最後，地域限制之目的

在於進行地理市場之區隔，因此，地域限制之客體主要係以散布權為主，其他權利（如重製權）之地域限制乃在輔助落實散布權之地域限制，已見於前文，不再贅述。

第二目 約定方式

一、地域單位

著作權授權地域通常係以國家為最小單位。蓋地域之涵義固然可能包含一個洲、一國或者小至一個省、州、市等，也可能係以自然地理界線為其範圍，但自然地理界線不如人為的地理界線明確，因此，所謂的地域通常係以人為的地理界線為其標準。而在人為地理界線中，國家相較之下又是最常使用的單位。一則，基於著作權法的屬地主義，著作權之效力原則上須依一國之法律而定，並無超越國界之效力，而一個國家代表著一個獨立的法域，在該國之內所適用的法律一致（至少在智慧財產權法領域是如此）；二則，在法律效果上，若以一國之內的各省、州、市為地域之限制，對於被授權人固然可依授權契約予以限制，對於非被授權之人，其若將該等著作物流通至未被授權之省、州、市，則將無任何法律責任可言。因此，以國家作為著作權授權地域之基本單位，具有簡明單純的優點。

二、行銷與營業據點之限制

單純約定散布權之地域並無法阻止著作物流通至授權地域之外，一則因為所謂銷售權之限制可能被電子商務所打破，在電子商務下，買賣契約之成立地可能因為契約法對於意思表示的生效採取發信主義而被認定為仍在授權地域之內，從而被授權人未因此違反授權契約；二則基於權利耗盡原則之影響，被授權人將著作物之所有權移轉給第三人後，該第三人即得以所有權人之地位任意處分之，包括將之輸出國外。因此，若欲確實落實地域限制，尚須就行銷以及營業據點之設立等非屬著作財產權內涵之行為亦為地域之限制。

商品之行銷廣告乃銷售的前階行為，為了避免被授權人將授權商品越區銷售，授權人應限制被授權人不得針對授權地域以外之市場為行銷。若使用電子商務進行銷售，也僅能以特定語言文字進行網路行銷。另外，為了增加被授權人將商品在授權地域外散布之成本，授權人除了限制被授權人不得於授權地域外進行重製以外，也可進而限制被授權人不得在授權地域外設立營業所或發貨站（如物流中心與倉庫）²⁴³。當然，為上述的約定必須付出相當高的締約成本，在一般的實體書出版契約未見如此嚴格之約定。

三、對第三人之限制

授權人也可能透過契約的安排來限制第三人商品之轉售，以達到限制商品流通地域之目的。例如在 DVD 出租業，DVD 著作權人直接禁止出租店轉售，或是 DVD 著作權人保留 DVD 所有權，僅授權出租店為出租行為²⁴⁴；或是著作權人與被授權人約定，如被授權人將著作產品銷售予第三人時，該第三人仍然應該取得著作權人之授權²⁴⁵，或是要求被授權人在商品上註明禁止轉售、出口之文字。此等限制之目的在於排除權利耗盡原則之適用，使得終端消費者無法自由處分該商品。然而，除了著作權人保留所有權之約定可能被解釋為通謀虛偽意思表示而無效，並依其隱藏的買賣關係是用關於買賣之規定外²⁴⁶，一般認為，這種欲排除權利耗盡原則適用的約定僅具債權效力，無法拘束第三人。並且基於權利耗盡原則在平衡私人利益與公共利益之目的，不應容許著作權人假借契約自由名義而排除適用²⁴⁷。

²⁴³ 詳參謝銘洋，前揭註 217，頁 344-345。不過，對於實體書的出版，似無法為如此之約定。因為任一出版社都不是只出版單一作者的作品，授權出版的地域範圍也不可能一致，因此約定出版社在某地區或國家不能設置物流中心或發貨站並不可行。

²⁴⁴ 陳家駿，前揭註 199，頁 43-44。

²⁴⁵ 如 *Quanta Computer, Inc., et al. v. LG Electronics, Inc.* 一案，原告 LG 公司授權 Intel 銷售與製造 LG 之微處理器與晶片組，但要求 Intel 必須以書面通知其客戶來自 LG 的授權範圍，不及於任何合併使用 Intel 產品或非 Intel 產品的產品。換言之，Intel 之客戶若欲將 LG 的微處理器與晶片組用在非 Intel 的產品之上，則應該再向 LG 另外取得授權。

²⁴⁶ 如我國民法第 87 條第 2 項規定：「虛偽意思表示，隱藏他項法律行為者，適用關於該項法律行為之規定。」

²⁴⁷ 陳家駿，前揭註 199，頁 69-70。

四、顧客限制條款

顧客限制係指限制交易相對人僅得將產品售與特定顧客群而不得售與其他顧客之約款。授權人可以利用顧客種類不同採取差別取價，例如授權人掌握資訊得知哪些消費者願付較高價格購買產品，授權人便可以利用顧客限制約款防止高價地區的顧客流向低價地區，或以低價取得產品在高價市場出售套利，藉以區隔市場並達到授權人利潤最大化。顧客限制與地域限制對市場競爭秩序之效果頗為類似，前者為銷售對象之限制，而後者為銷售區域之限制，皆為銷售條件之限制，目的皆在限制商品流通之範圍，具有相同的減少品牌內競爭、區隔市場或共同瓜分市場而不為競爭之效果²⁴⁸。

第三目 未約定地域之效果

著作權法第 37 條第一項規定：「著作財產權人得授權他人利用著作，其授權利用之地域、時間、內容、利用方法或其他事項，依當事人之約定；其約定不明之部分，推定為未授權。」若未就地域為明確之約定，是否導致「推定為未授權」之效果？關於此，有認為，如果雙方關於地區之問題沒有約定的話，原則上應認為及於全球²⁴⁹。也有認為，應先探求當事人之真意，如真意不明時，才應認為及於全球²⁵⁰。

民法第 153 條第 2 項前段規定：「當事人對於必要之點，意思一致，而對於非必要之點，未經表示意思者，推定其契約為成立。」若僅因為就地域特別約定而即推定為未授權，其結果乃是推翻整個授權契約之效力，似將授權地域視為授權契約的必要之點，實有未妥。蓋授權契約之目的在使被授權人得行使著作權人之

²⁴⁸ 柳瑜珊，前揭註 224，頁 40。

²⁴⁹ 呂榮海、陳家駿（1987），《著作權·版權》，頁 44，台北：蔚理法律；

²⁵⁰ 羅明通，前揭註 142，頁 43。

著作財產權，而授權人可因此取得授權金，因此，只要雙方就著作財產權之內容以及授權金意思表示一致，即推定契約為成立。至於授權的地域、時間等屬於對被授權人利用著作之條件限制，並非權利本身。

本文以為，若未約定授權利用之地域，屬於契約規範漏洞，首先應依任意規定加以補充，否則應進行補充的契約解釋。授權契約並非民法上之有名契約，難以尋得合適的任意規定以為補充。著作權法第 37 條第 1 項雖亦在補充授權契約之漏洞，但在對於未約定授權範圍或限制之情形可能導致推定未授權之效果，不當之處已如上述。因此，只能進行補充的契約解釋。補充的契約解釋所探求的當事人真意，不是事實上經驗的意思，而是「假設的當事人意思」，即雙方當事人在通常交易上合理所意欲或接受的意思。因此，應依誠實信用原則並斟酌交易慣例加以認定，以實現契約上的平均正義²⁵¹。所以，對於漏未約定授權利用地域之情形，應依誠信原則，斟酌雙方當事人產業之慣例，包含被授權人所支付授權金之多寡以為判斷。至於若仍未能判斷，本文以為，地域之約定屬於對授權範圍之限制，既未約定，應認為未限制，從而被授權人對於著作之利用不受地域之限制。

因此，著作權法第 37 條第 1 項後段之規定應適用在「明示其一，排除其他」之情形，若全未約定，除授權契約的必要之點外（如未就授予何種著作財產權為約定），還是應該回歸民法契約解釋之原則。舉例來說，若授權契約約定授權出版社出版精裝本，則對於未明白表示的平裝本出版權，應推定為未授權；若約定授權出版繁體中文版，應認為未授權出版簡體中文版及其他語言之翻譯版；若僅約定授權印刷（重製）與發行（散布），對於未約定的公開傳輸權，也應推定其未授權。

²⁵¹ 王澤鑑，前揭註 211，頁 245-246。

第三款 形成不可移轉性之非契約因素

第一目 規範上的助力

當著作權人以「國家」做為區隔地理市場的基礎時，各國對於國際間商品流通的規定將增加地域市場之間商品流通的阻力。首先，國境間貨物之流通可能涉及關稅之問題，藉由對進口商品課徵關稅，可以增加進口商品之成本，降低其市場競爭力。從而，關稅對於實體書之國際貿易是一種阻力，有助於落實授權地域之限制。

其次，國境間實體書的流通亦須受到著作權法之規範。著作權人在一國領域內專有之散布權可以禁止他人未經授權之散布行為，因此，從外國輸入之實體書，若未經著作權人授權，不得在本國散布。但若本國對權利耗盡之立法採取國際耗盡，則著作權人即不得對之主張散布權。另外，著作權法中禁止平行輸入或輸入權之規定亦對實體書之國際流通增添阻力，但著作權人必須容忍符合合理使用的輸入行為。而為了避免侵害智慧財產權之商品在國際間流通，國際間也會以雙邊或多邊協定之方式制定邊境管制措施，賦予海關檢視進、出口侵權物品、暫不放行及扣留等職權，強化智慧財產侵權物品之查緝。因此，邊境保護措施對於侵害著作權之平行輸入行為亦有遏阻之效果。

第二目 客觀條件上之限制

以地理變數區隔市場，一個客觀上直接影響實體書可移轉性的因素即是距離。誠如前揭之市場區隔理論，一個市場必須是廠商能有效地去接觸與服務，換言之，如果廠商無法有效地去接觸與服務某個地區之消費者，則將該地區不能納入市場之範圍中。反面言之，如果廠商可以有效地去接觸與服務某個地區之消費者，則該地區就會被納入市場當中。而是否能「有效地去接觸與服務」，關鍵就在於商品或服務提供者與消費者的距離，而距離將具體化為運輸的費用，因而增加實體書

的不可移轉性。包含供應者將實體書運輸到消費者之費用，以及消費者自行到鄰近銷售點購書的費用。也是因為如此，授權契約中必須對於被授權行銷與營業據點加以限制。

第三目 技術上限制

嚴格說來，並無任何技術可以增加實體書的不可移轉性，但與實體書同樣具有實體性質的其他著作物卻可能透過技術方式來增加著作物移轉的障礙，為求論述之完整，於此一併論之。關於技術上限制，最明顯的例子是 DVD 的 CSS 系統（Content Scrambling System）²⁵²，即俗稱的區域碼系統。DVD 的製造發行商目前將全球分為六區：（1）北美，（2）西歐、中東、南非和法屬圭亞那，（3）南韓、東南亞、印尼，（4）澳大利亞和紐西蘭，（5）非洲和中南亞（6）中國。其將不同的區域碼設計在 DVD 和播放設備上，某一區域購買的 DVD 播放設備，只能播放該區購買和出租的 DVD。此一措施增加消費者使用購自其他地區之 DVD 的障礙，並且其破解與規避受到著作權法關於科技保護措施規定之保護，因此亦增加 DVD 的不可移轉性，使得 DVD 的製造發行商得在各地區進行差別取價²⁵³。

第四款 小結

包含實體書在內之實體著作物，雖然難以用價格區隔消費者，但在避免套利之各種措施之落實上，並無明顯的阻礙。透過授權契約，授權人除了得以對被授權人散布著作物之地域加以限制外，更得透過著作物重製、行銷、營業據點等之地域範圍加以約定，以協助落實散布地域之約定。至於為了排除權利耗盡所為之

²⁵² 其正確譯名應為內容擾亂系統，乃是 1996 年起由 DVD Forum 開始採用於電影 DVD 光碟片及線上付費影片中，該系統係採用一種加密運算法，並且要求播放設備製造商簽訂授權契約已限制其光碟機所內含的功能，例如數位輸出功能，以防止高品質數位影像被截取複製。因此，其所採用的方式乃是藉由控制硬體，間接達到保護其內容之目的。郭祝熒（2009），《數位權利管理(DRM)系統可行性研究-從技術、法律和管理三面向剖析》，國立政治大學智慧財產研究所碩士論文。

²⁵³ 楊智傑，前揭註 99，頁 95。

轉售限制僅具債權效力，無法拘束第三人，效果有限。而若未約定地域則可能被解釋為無地域限制，不可不察。

除了契約以外，實體書的地域限制在規範上有平行輸入與邊境保護措施可以避免未經授權之著作物輸入，而關稅制度也可增加著作物自境外輸入之成本。客觀條件上，地形與距離對於著作物運輸所增加之成本也對實體書之不可移轉性具有增益之效果。凡此皆顯示，在避免套利之實踐上，實體書具有充分的優勢。

第二節 平行輸入禁止對電子書不可移轉性之影響

第一項 平行輸入禁止

第一款 平行輸入之意義

平行輸入涉及著作權人是否具有輸入權的問題，立法例上有明文承認輸入權者，亦有透過禁止平行輸入之方式間接承認輸入權之國家。本文不擬就二種立法例之差異進行討論，蓋在法律效果上，二者皆使得他人未經著作權人同意不得自境外輸入合法重製物，因此本文於此不擬區分之，並以較為人所熟知的平行輸入來指稱以下將討論之行為態樣及相關規定。

平行輸入係指，著作權人以外之人在未經過著作財產權人授權的情況下，從國外取到合法的著作重製物後，自行輸入國內而為散布。因為此輸入行為與著作財產權人或其被授權人從國外輸入的行為具有平行之關係，所以稱為「平行輸入」。但所謂「平行輸入(parallel imports)」，只是學理上之用詞。實則，縱使著作財產權人實際上未有授權輸入重製物之情形，致使其他人未經著作財產權人之同意，另外輸入經著作財產權人授權製造之合法重製物，並無與其造成「平行」之輸入情形，對此未經授權而輸入者，雖僅屬「單線輸入」之行為，仍被認為是違反「平

行輸入」之行為²⁵⁴。又所謂平行輸入通常是針對經授權合法重製之著作重製物而言，因此，通常又以「真品平行輸入」來描述此種行為之完整內涵。

依據合法重製物是於國外製造或國內製造又可區分成兩種，國外合法製造後輸入乃典型的真品平行輸入；國內合法製造後輸出國外，再從國外輸入國內，此種所謂的「回銷」行為是否違反平行輸入之規定，並非絕對²⁵⁵。

而之所以會存在平行輸入市場，主要原因是商品價格的差異²⁵⁶。價格的差異可能來自於地域市場間生產與物流成本之差異，也可能是具有市場獨佔力量的廠商進行差別取價之結果。當兩個地理市場之間對同一商品的價格有高低之別，則存在套利空間，此即平行輸入行為之誘因。

第二款 平行輸入禁止之目的

誠如前述，平行輸入之誘因在於地理市場之間商品價格之差異，影響所及，將使得著作權人所為之地理市場區隔被架空，因此，真品平行輸入禁止之立法目的即在於賦予著作權人「市場區隔」的權利。市場區隔發生在著作權人專屬授權複數被授權人於數個國家或地區銷售其著作物，以及著作權人自行於數個國家或地區自任銷售之情形。不管在何種市場區隔情形，為了極大化利潤，商品價格根據各種成本以及考量消費者願付價格之差異而不可能各地市場完全一致。

真品平行輸入起因於商品價格之差異，而商品價格差異則有賴市場區隔之

²⁵⁴ 章忠信，前揭註 154，頁 54，註 13。

²⁵⁵ 美國聯邦最高法院在 *Quality King Distrib. Inc. v. L Anza Research Int'l* 案中認為，「第一次銷售理論」對於在美國合法製造並輸出銷售後之重製物，於其再輸入時亦有其適用。因此，回銷行為並不違反平行輸入之規定。但在我國著作權法第 87 條第 4 款之規定下，回銷行為仍可能被認定為違反平行輸入規定之行為。

²⁵⁶ 陳櫻琴（2000），〈真品平行輸入之廣告——評行政院八十六年判字第二七四五號判決〉，《月旦法學雜誌》，第 58 期，頁 167。

維持，因此，真品平行輸入與市場區隔有密切之關係。在著作權人於複數國家或地區自任銷售或是專屬授權一人於全球銷售之情形，平行輸入之禁止在於給予著作權人一個國際差別取價的權利，使其回收對於創作的投資，鼓勵創作。在專屬授權複數被授權人於數個國家或地區銷售之情形，禁止平行輸入則在保護專屬被授權人在各地域市場獨佔之權利，避免被授權人對於商品之銷售投注大量廣告費以建立品牌知名度之後，被真品平行輸入者搭便車而造成不公平，也避免在各地理市場的專屬被授權人彼此進行價格競爭。

第三款 立法及構成要件

國際公約對於是否賦予著作權人輸入權，並未特別規定，而係任由各國自行決定，多數國家均採肯定說。如美國著作權法第 602 條(a)項本文規定「未經本法所定著作權人之授權，將在國外取得之著作重製物或錄音物輸入美國者，為侵害第 106 條所定散布重製物或錄音物之專有權利，得依第 501 條規定追訴。」顯然，第 602 條(a)項之輸入權係第 106 條(3)項散布權之延伸，並非於第 106 條(3)項散布權之外另有獨立之輸入權。我國著作權法雖非直接承認輸入權，但第 87 條第 1 項第 4 款也規定「未經著作財產權人同意而輸入著作原件或其重製物者。」視為侵害著作權。

上述規定，其要件可以根據規範之客體、主體、行為態樣加以分析說明。首先，以規範之客體來說，有三點必須加以說明。第一，美國著作權法並未特別規定所輸入者為經授權製造之重製物或未經授權者，因此其射程範圍同時包含非法重製之盜版品與合法重製之真品。我國著作權法本應為相同解釋，但因為同條項第三款已規定「輸入未經著作財產權人或製版權人授權重製之重製物或製版物」視為侵害著作權，因此，同條項第四款應解釋為係以真品為規範客體之真品平行輸入禁止規定。第二，該真品是否限於國外製造，或是及於國內製造而輸出者，

上述規定也並未說明。但根據美國聯邦最高法院在 L'Anza 案之見解²⁵⁷，在國內經授權製造並外銷國外者應受到第一次銷售原則之限制，從而其回銷並不違反平行輸入規定。因此，或可認為，就真品平行輸入而言，美國著作權法第 602 條(a)項之規範客體限於國外製造者。至於我國之規定，未限制「著作重製物」須於何處製造，是無論被輸入之著作合法重製物係於何處製造，均為第 87 條第 1 項第 4 款所禁止之對象。第三，規範文字既曰著作原件、重製物、錄音物，因此，規範之客體必為有體之「著作物」²⁵⁸，否則應以抽象之「著作」稱之。縱然在美國法之下，輸入權屬於第 106 條之散布權之內涵，而美國著作權法散布權之內涵包含無體的傳輸行為，但在第 602 條關於平行輸入之規定上仍舊係以有體的重製物(copies)與錄音物(phonorecords)為規範之對象。

其次，就主體而言，上述規定並未加以限制，著作權人以外之任何人皆受規範。雖然，平行輸入之影響在於進口貿易商對於進口商品之轉售套利，而衝擊著作權人所為之地理市場區隔，但規範上並未就此加以區隔。因此，著作權人以外任何人直接向國外被授權銷售者購買經授權製造之重製物並輸入國內，原則上皆在禁止之列。最後，就行為態樣而言，單純之輸入之行為即構成，不論其輸入後是否進行散布。因此，原則上，貿易商的轉售套利或是終端使用者輸入之個人套利行為皆在規範射程範圍之內。

然而，如此保障著作權人之輸入權可能扼殺公眾近用著作之權利。蓋平行輸入禁止並未以著作權人已於國內散布其著作並滿足公眾合理需求為前提，因此可能使得國內人民近用著作之權利大受限制²⁵⁹；又即使著作權人已在國內散布其著

²⁵⁷ 美國聯邦最高法院在 Quality King Distrib. Inc. v. L Anza Research Int'l 案中認為，「第一次銷售理論」對於在美國合法製造並輸出銷售後之重製物，於其再輸入時亦有其適用。

²⁵⁸ 章忠信（2001），《著作與著作物》，

<http://www.copyrightnote.org/cnote/bbs.php?board=9&act=read&id=6>（最後瀏覽日：08/09/2011）

²⁵⁹ 因此，有些國家便採取有條件的平行輸入規定，例如澳洲著作權法第 44A 條便規定，書籍在澳

作並滿足公眾合理需求，對於個人或組織基於非散布目的之輸入行為，著作權人也曾獲得合理對價，著作權人之經濟利益並未完全犧牲，因此，完全保護著作權人基於著作權所獲得之獨占利益亦不公平。是故，不管是美國或是我國著作權法，皆針對平行輸入禁止訂有例外規定²⁶⁰。我國與美國對於平行輸入之例外規定大致相同，皆針對特定主體之非散布目的之一定數量之輸入行為予以豁免。包含特定行政機關基於自用目的之輸入，非營利之學術、教育或宗教機構基於自用或保存資料之目的之輸入，圖書館基於保存資料與借閱目的之輸入，以及個人非散布之利用或屬入境人員行李之一部分而輸入等皆不違反平行輸入之規定。

綜合平行輸入禁止與其例外規定，可以發現，大致上，完全禁止基於散布目的而輸入之行為（除圖書館基於借閱目的之輸入外）；至於基於輸入者本身利用目的之輸入則不再禁止之列。因此，真正受到平行輸入之限制者以進口貿易商為主。個人、公務機關或非營利組織或許因此無法在國內自進口商取得平行輸入之著作物，但在一定用途與數量限制下仍可直接自國外輸入著作物。

第二項 線上電子書對平行輸入之衝擊

第一款 電子商務的去中介化

電子商務對於平行輸入之影響有二：一是去中介化，二是地理市場區隔的模糊。首先，去中介化是數位化所帶來相當重要的特色，其表現在許多面向上。誠如本文第二章對於線上數位著作特性之介紹，去中介化在使用者與創作者之間創造了新的直接關係。創作者毋須授權中間人為其將著作引入市場，創作者可以透過網際網路直接將其著作提供給終端的使用者。就實體的商品而言，電子商務代表交易方式的數位化，因此也帶來去中介化之特色。具體而言，電子商務使得商

洲境外首次發行後 30 日內若未於澳洲發行，則任何人皆可自境外輸入書籍。

²⁶⁰ 我國著作權法第 87 條之 1，美國著作權法第 602 條(a)項

品的生產者可以不用透過開設實體店面以及過高的行銷成本而吸引消費者並完成交易，生產者同時跨足銷售工作的成本降低；對消費者來說，其可以與更上游的供應者（甚至是生產者）直接交易，因此可以避免中間商的層層剝削而取得較低廉的價格。對於平行輸入規定的衝擊在於，有越來越多的著作物交易活動直接發生在終端消費者與海外的銷售者之間²⁶¹，B2C 的線上交易型態將成為常態。換言之，基於個人非散布目的之輸入行為將愈加頻繁，而最受到平行輸入限制的進口貿易商輸入行為將相形減少。平行輸入之禁止恐怕漸無用武之地。

其次，在交易之客體轉變為不須運輸的數位資訊時，地理市場間的界線將逐漸模糊。誠如本文於第二章第一節對於線上電子書交易之電子商務特色之討論，雖然電子書係一種以語言文字為內容之著作，語言文字可能成為市場間的隔閡，但對於具有同樣需求的地理市場來說，網路上的行銷廣告並無法限制接收資訊之地域，將電子書提供給紐約的讀者與提供給倫敦讀者，並無運費上的差異。因此，距離與國界之意義變得不再重要²⁶²。

第二款 線上電子書之無實體化

線上電子書與一般線上數位著作一樣，具有重製便利、無實體化、去中介化與數位匯流之特性，而其中無實體化之特性可能衝擊平行輸入禁止之適用。誠如本文第二章之說明，所謂無實體化係指存在形式的無實體化，而非表現形式的無實體化。線上電子書雖然仍需儲存在一定的裝置上，例如電子書銷售平台的伺服器或是使用者的電腦及其他閱讀載具，但與音樂 CD、DVD、套裝軟體光碟等數位化著作不同之處在於，線上電子書之「交付」無須涉及實體物占有之移轉，而只是數位檔案的傳輸，亦即透過重製方式使終端消費者取得電子書的數位檔案，原

²⁶¹ Mark J Davison, *Parallel Importing of Copyright Material In a Digital Age: Why It Should Be Lawful And Unlawful And Why It May Be*, 25 FEDERAL L. REV., 263, at 272. (1997)

²⁶² See *id.*, at 272.

始的電子書檔案不因此而消失或減損，而不是將存有電子書的伺服器以現實交付方式移轉占有予終端消費者。有時候甚至不存在所謂的「交付」，消費者僅能在網路上瀏覽已「購買」之電子書內容，而無法下載。因此，線上電子書與實體書一樣雖然都是以文字、圖畫或影像為表現之形式，但線上電子書本質上係以數位化的電磁紀錄方式存在，其利用與儲存或許必須使用一定之載具或裝置，但其流通則與載具脫鉤。

因此，電子書交易之客體，究竟係以何者為是？若單純將交易之客體二分為商品與服務，電子書交易之契約標的究為商品之交付或服務之提供，或可做為一個切入探討的點。姑且先不論商品是否必須為有體物，惟依我國民法之規定，所謂的交付包含現實交付、簡易交付、指示交付以及占有改定等四種交付方式²⁶³，其意義在於占有之移轉。蓋占有乃表彰物權的一種方式，因為占有而對外表現權利之外觀而被推定為具有某種權利之人²⁶⁴。因此，為了表現出權利之外觀，占有必須能達到對外公示之效果，而特定權利之行使又須以占有為前提，如此便可推定占有人對占有物擁有特定權利。因此，原則上，占有僅能對「物」為之²⁶⁵，無法對無形之「權利」進行占有，因此我們無法占有債權或智慧財產權，也無法因為占有著作物或專利物品而主張被推定擁有著作權或專利權。雖然我民法第 966 條第 1 項規定：「財產權，不因物之占有而成立者，行使其財產權之人，為準占有人。」對於無形之權利，仍得為準占有。但仍須以該財產權係不因物之占有而成立者，以及須事實上行使其權利為其要件。且該等權利之移轉並無法準用民法第 761 條關於交付之規定。因此，權利即使可為準占有，其移轉亦非以交付為其要件。

²⁶³ 我國民法第 761 條可資參照。

²⁶⁴ 詳參謝在全（1997），《民法物權論下冊》，頁 507-510，台北：自版；我國民法第 943 條參照。

²⁶⁵ 同前註，頁 477，台北：自版；我國民法第 940 條規定「對於物有事實上管領之力者，為占有人。」顯然亦將占有之客體限定於物。有所謂的「物」，依我民法之規定係指動產與不動產，皆指涉具體有形者。

因此，結論上，電子書既非「物」，無占有之可能，則不可能「交付」電子書。我們既無法占有電子書檔案，更遑論以交付方式移轉電子書之占有，故所謂的商品，僅限於有體物。電子書交易之契約標的至多僅能是一種服務之提供，而非商品之交付。

並且，誠如前所述，平行輸入之適用客體乃實體之著作物，亦即著作所附著之物。而線上電子書上述無實體化之特性使得其流通不存在實體的物之交付，因此，即使是線上電子書跨國境的流通，亦不屬於實體著作物之交付，故也無法受到平行輸入禁止規定之約束。

第三款 電子書之提供與取得

不論從電子書的提供或是取得之法律性質來看，電子書的流通與輸入行為並無關聯。

首先，以著作權法之觀念來看，所謂的交付其實與散布權之內涵相當，但線上電子書之提供並非散布權之內涵。散布權僅以實體著作物為客體，前述所謂電子書的「交付」實際上僅為檔案之傳輸。具體來說，是電子書銷售平台提供電子書檔案，而消費者主動重製下載。銷售平台提供電子書之行為非散布權之內涵，且重製行為之主體乃消費者，其以互動性之電腦或網際網路傳輸之型態為特色，與公開口述、公開播送、公開演出等單向之傳統傳達著作內容之型態有別²⁶⁶，因此針對此種行為，WIPO 於著作權條約另創設「對公眾傳播權」，而在表演及錄音物條約創設「對公眾提供權」，我國著作權法也於民國 92 年新增公開傳輸權以為因應。所以，銷售平台提供電子書檔案供消費者下載之行為非散布權所能涵蓋，而應評價為公開傳輸之行為。

²⁶⁶ 智慧財產局針對公開傳輸權之立法說明。

其次，就消費者這端來說，取得電子書的方式實際上是透過重製之方式，或是直接在雲端書櫃中閱讀瀏覽。即使對於散布權的範圍採取最廣義的美國著作權法，消費者不論是對電子書進行重製或是單純近用皆無法構成散布行為。因此，消費者取得電子書既非散布行為或散布權之內涵所包括，則更無法該當於作為散布權延伸的輸入行為。

第四款 美國著作權法「外國網站條款（Foreign Site Provision）」之介紹

針對實體著作物的流通，著作權法賦予著作權人散布權以維護其經濟利益，但數位化的影響，使得著作不必以實體的方式也能流通，衝擊著作權人原本享有的經濟利益。所謂無實體的流通，並非指無形的傳達權利而言，蓋其以互動性之電腦或網際網路傳輸為其特色，使用者得以在自己選定的時間與地點透過網際網路觀賞或下載，已非單向的無形傳達之公開演出、公開播送、公開口述等行為可以加以評價規範。因此，對於此等無形著作的流通，有必要創設其他權利以為因應。從而國際公約上有所謂的「對公眾傳播權」或「對公眾提供權」等權利之創設，我國著作權法的公開傳輸權亦是本於同一意旨。然而，在實體著作物的世界中，散布權之範圍因為輸入權或平行輸入禁止之影響而更為延伸，而非實體的著作流通似乎僅有公開傳輸權卻無相應阻止非實體之著作自境外流通進國內的規定。對於此，美國數位千禧年著作權法（以下簡稱 DMCA）第 512(j)(1)(B)(ii) 所謂的「外國網站條款（Foreign Site Provision）」是否可視為非實體著作流通的「平行輸入」規定，殊值研究。

自從美國聯邦最高法院在 Grokster²⁶⁷ 案確認非集中式的 P2P 檔案分享服務中，

²⁶⁷ Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster, Ltd., 259 F. Supp. 2d. 1029 (C.D.Cal. 2003) ; Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster, Ltd., 380 F.3d 1154 (9th Cir. 2004) ; vacated and remanded by 125 S. Ct. 2764 U.S. 2005.

P2P 服務提供者對於使用者侵害著作權之行為應負輔助侵權、代理侵權或誘引侵權等責任後，許多 P2P 服務業者乾脆將服務網站架設於美國境外，以躲避權利人在美國所發動的侵權訴訟。如此一來，美國法院即無法採取直接的措施來要求網站排除侵害，因此，DMCA 便容許法院命令網路服務提供者屏蔽（Block）侵害著作權之網站，使美國的使用者無法連結近用該網站²⁶⁸。

DMCA512(j)(1)(B)(ii)規定：「針對因本條規定不負金錢賠償責任之服務供應商，提起第 502 條禁止命令之行動，將適用下列之規定：『(B)服務供應商符合第(a)項賠償限制之規定時，法院得以下列任一方式發出禁止命令：(ii)以命令限制服務供應商提供連結管道，此命令將要求服務供應商採取命令指示之合理措施，防止連結至命令指示之美國境外網路位置。』」分析其適用要件包括：(1)直接侵權行為、(2)有個服務提供者、(3)該服務提供者有能力屏蔽近用（access）、(4)藉由合理的步驟、(5)系爭網站或服務必須位於美國境外²⁶⁹。姑且不論其他要件，但所謂的直接侵權行為何所指則有疑問，蓋在實體著作物的平行輸入上，重點在於該著作物為合法重製之真品，但在無實體的著作傳輸上，所謂的直接侵權行為是否包含境外被授權人違反授權契約之地域約定而將著作提供給境外使用者之情形？蓋所謂的侵權，根據美國著作權法第 501 條(a) 項規定「侵害著作權人依本法第 106 條至第 122 條或侵害著作人依本法第 106(a)所享有之著作排他性權利，或違反第 602 條規定輸入重製物或影音著作進入美國者，為侵害著作權或著作人權利之侵權人。」但此一規定仍未說明違反授權契約是否屬於著作權侵害行為。

蓋基於契約自由，著作權人本得與被授權人約定著作利用之時間、地域以及方式等，違反授權契約之範圍，自然屬於授權契約外之著作利用，從而若無合理使用可資抗辯，系爭利用行為可能被評價為侵權行為。也有學者認為，在法律適用上，違約而超出授權的利用，就是著作權侵害，利用人不能以違約來規避侵害

²⁶⁸ See Todd Ryan Hambidge, *supra* note 88, at 908.

²⁶⁹ See *id.*, at 913.

著作權的民刑事責任，否則就很容易地發生合法掩護非法的情形。²⁷⁰

事實上，違反授權契約的著作利用行為應負著作權侵權責任，此點在美國司法實務上並無爭議，相反地，爭議集中在是否構成契約責任。蓋授權契約之契約標的在於授權人容許被授權人在一定範圍與時間，以一定方式利用授權人之著作，授權人因此負擔一個不得起訴被授權人的不作為義務²⁷¹。但被授權人並不當然因為授權契約而負擔一個不得在授權範圍外利用著作之義務，因此，美國判例法上便認為，授權契約必須明白表示被授權人被課予此一不作為之義務，或者可以推知有此不作為之義務，否則被授權人僅有侵權責任而無須負契約責任²⁷²。

因此，著作權人對於被授權人未限制公開傳輸地域範圍之著作利用行為係對於授權契約之違反，應構成著作權之侵害。理論上，著作權人可以援引上開規定聲請美國法院命令網路服務提供者屏蔽該等網站，達到與禁止實體著作物平行輸入之相同效果。然而，授權人本可以直接以中止授權契約之方式制裁被授權人，從源頭強制被授權人附加相關限制措施，實無必要援引此一規定，自行負擔屏蔽侵權資訊的成本。況且，此種特殊的規定並非各國皆有，若被授權人僅被授權於一個國家利用，著作權人單純屏蔽美國的使用者接觸該等資訊亦顯徒勞。因此，實際上援引此規定以對抗被授權人違反授權範圍之利用行為，其效果極其有限。

²⁷⁰ 章忠信（2005），《著作權的違約與侵權》，
<http://www.copyrightnote.org/cnote/bbs.php?board=2&act=read&id=101>（最後瀏覽日：08/12/2011）

²⁷¹ 美國最高法院曾表示，非專屬授權「只是對於起訴的權利之放棄」。See *General Talking Pictures Corp. v. Western Electric Co.*, 304 U.S. 175, 181 (1938). 至於專屬授權，除了有非專屬授權之特徵外，尚包含授權人在被授權人所取得之權利範圍內不得再授權或同意他人行使，甚至於如果未約定，授權人自己在授權範圍內亦不得再行使權利。詳參謝銘洋，前揭註 154，頁 70。

²⁷² See Phillip B.C. Jones, *Violation of A Patent License Restriction : Breach of Contract or Patent Infringement ?*, 33 J. L. & Tech. (IDEA), 225, at 227 (1993).

第三項 小結

綜上所述，電子書之交易受到電子商務去中介化之影響，通常發生在終端使用者與外國有權銷售者之間，與實體著作物的國際貿易活動相較，前者以 B2C 為常態，終端消費者通常係以個人利用為目的，後者則以 B2B 較為常見，購買者通常以轉售為輸入之目的。因此，在電子商務之影響下，以散布為目的的輸入行為將越來越少，而受到豁免的個人非散布目的輸入行為將增加，可能使平行輸入禁止規定適用機會減少。而在當交易之標的物變成無實體之電子書之後，更不可能存在 B2B 的交易情形而存在進口貿易商轉售套利之空間。甚至，在交易標的變成無實體之電子書後，也無法再受到平行輸入規定之限制，蓋平行輸入係以實體物為規範之客體。又電子書的提供行為屬於公開傳輸權之範疇，銷售平台並未主動將電子書的檔案傳輸給終端消費者，而係消費者主動透過重製下載的方式取得，因此，即使這些行為造成電子書在國際流通，也不構成平行輸入規定所禁止的「輸入」行為。

散布權係以有體著作物為規範客體，無體的散布行為則另外創設了公開傳輸權以為因應。惟針對跨國境的散布，立法例上雖以直接或間接的方式賦予著作權人輸入權，但也僅及於實體著作物，至於無體的著作則未有相應的規範，換言之，散布權有平行輸入規定加以保障，但公開傳輸權則缺乏類似規定。雖然美國著作權法第 512(j)(1)(B)(ii)規定著作權人得聲請法院命令網路服務提供者將侵害著作權之境外網站屏蔽於美國以外，使美國的使用者無法近用該網站，但實際上並效果極為有限。

第三節 科技保護措施對電子書不可移轉性之影響

數位著作因為重製成本近乎於零以及傳輸便利，因此其著作權之保護除有賴

於著作權人附加各種科技保護措施之外，法規對於科技保護措施之破解或規避亦當予以禁止，方可有效保護數位著作之著作權。另一方面，科技保護措施的全面利用催生差別取價商業模式的誕生²⁷³，著作權人可以根據授權利用之範圍附加相關的科技保護措施，以便對消費者收取不同之費用。

電子書之著作權人或其被授權人基於授權散布地域之限制，普遍利用消費者的信用卡帳單地址資料與 IP 位址等資訊過濾消費者，限制將著作之散布地域，從而非自授權地域上網之人即無法順利近用該著作，甚或無法進行交易。以信用卡帳單地址作為過濾條件，有賴於消費者個人的誠實信用，甚難認為係一種科技保護措施。以 IP 位址作為過濾條件的 Geo-blocking 技術則無此缺點，但是否構成適格的科技保護措施，仍待分析討論。然而，原本用於取代實體專線內部網路的 VPN 技術以及加速網路資訊存取的 Proxy 具有隱藏網路使用者真正 IP 之功能，可以滿足網路使用者規避 IP 過濾機制之需求。晚近，甚至有網站專門提供個人使用者 VPN 與 Proxy 服務，消費者付費取得帳號與密碼，即是為滿足各種「翻牆」需求。對於此等「翻牆」行為而言，著作權人可否援引科技保護措施之相關規定予以反制？若系爭行為在法律上不具任何負面評價，則此等藉由過濾 IP 來限制存取權限的機制便無法受到法律的保護，從而以之作為落實授權地域約定之方式則不具可行性，以之作為增加電子書不可移轉性以進行差別取價的可能性亦可能落空。而此一問題涉及科技保護措施之立法目的，以及科技保護措施、規避行為與規避工具之認定等問題。而關於規避行為與規避工具之討論，由於 Proxy 與 VPN 在規避 IP Geo-blocking 的原理上相同，因此本文不擬個別討論，而將僅以 VPN 技術做為討論之重點，合先敘明。

²⁷³ 謝家宜（2011），〈論美國數位網路環境對合理使用之定位〉，《「著作權合理使用條款之現在與未來」研討會》，智財判決研究會主辦，頁 10。

第一項 科技保護措施之目的及其立法

由於數位著作具有重製成本極低以及傳輸便利之特性，著作權人無法隨時監控個別使用者於網路上對於特定著作之瀏覽與利用，即便使用者合法下載數位著作，著作權人欲追蹤其利用方式亦不容易，因此，有必要從技術上對於使用者之利用行為以及未經授權者之近用行為加以限制，此即科技保護措施之所來由。然而，技術終非不可破解，若破解行為不以其他方式予以限制或嚇阻，則科技保護措施與相應的破解技術之發展終將淪為無止盡的競賽，著作權人勢必終日惴惴不安，從而有必要以立法方式禁止破解與規避行為²⁷⁴。

是故，世界智慧財產權組織著作權條約（WCT）第 11 條以及世界智慧財產權組織表演及錄音物條約（WPPT）第 18 條皆要求締約國必須對於科技保護措施給予適當之法律保護及有效之法律救濟。順應此一立法趨勢，我國著作權法亦於民國 93 年 9 月 1 日增訂第 80 條之 2，其第 1 項規定：「著作權人所採取禁止或限制他人擅自進入著作之防盜拷措施，未經合法授權不得予以破解、破壞或以其他方式規避之。」第 2 項規定：「破解、破壞或規避防盜拷措施之設備、器材、零件、技術或資訊，未經合法授權不得製造、輸入、提供公眾使用或為公眾提供服務。」而所謂的防盜拷措施之定義則於第 18 條第 1 項第 18 款規定之，並於第 90 條之 3 及第 96 條之 1 分別規定其民刑事責任。

第二項 科技保護措施

第一款 用於區隔地域市場之相關技術措施

科技保護措施使得著作權人更容易對其著作依授權範圍之不同而進行差別取價，而所謂授權範圍也包含利用地域之範圍。關於用於區隔地域市場的科技保護

²⁷⁴ 詳參張懿云，前揭註 14，頁 64。

措施，最為人熟知者乃 DVD 所採用的內容擾亂系統 (Content Scrambling System, CSS)，其將 DVD 之內容加密，並且僅有特定播放機可以解碼讀取播放，從而 DVD 發行商可以與 DVD 播放機製造商合作將全球市場予以切割劃分。

此外，在數位電視領域未來也可能存在類似的機制。1993 年成立的 Digital Video Broadcasting (DVB) 係由 260 個包含遍布 35 國的電視台、設備製造商、網路營運商、軟體開發商及其他管理組織所組成，目的在於為全球數位電視之接收制定相關標準。DVB 於 2003 年進行的 Digital Video Broadcasting Project 制定了一套內容保護與複製管理機制 (Content Protection and Copy Management)，其中包含控制使用者觀賞節目地點的科技保護措施，使得節目的播放僅能現在在家中或特定地域，一旦離開該區域，便會出現地域限制而停止節目之播放。此種限制可能透過播放裝置內建之衛星定位系統加以落實²⁷⁵。

另外，IBM 針對線上音樂所發表的電子媒體管理系統 (Electronic Media Management System, EMMS) 也容許著作權人根據使用者地理位置不同而對所提供之內容附加不同的使用條件²⁷⁶。

第二款 意義及其要件

第一目 意義與類型

所謂科技保護措施在我國法上又稱為防盜拷措施。依我國著作權法第 3 條第 18 款之規定，防盜拷措施係指「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。」故其內涵包含禁止或限

²⁷⁵ See Electronic Frontier Foundation, *Who Controls Your Television ?* http://w2.eff.org/IP/DVB/dvb_briefing_paper.php (last visited Aug. 16, 2011)

²⁷⁶ IBM, *IBM to Introduce Superdistribution Capabilities for Advancement of Digital Music Marketplace* <http://www-03.ibm.com/press/us/en/pressrelease/1410.wss> (last visited Aug. 16, 2011)

制他人擅自「進入」著作，以及禁止或限制他人擅自「利用」著作之措施。前者所謂的「進入」係指對於著作之閱聽或瀏覽而言，有稱之為接觸控制措施（access control）。根據著作權法第3條第1項第18款「防盜拷措施」之立法理由，「所謂『進入』係指行為人直接對於著作內容產生收聽、收看等感官上效果之行為。」後者則是指著作權法所賦予之各種權利之行使，有稱其為利用控制措施（copy control）。但「防盜拷」一詞易使人誤會其內涵僅限於禁止或限制他人對著作未經授權之重製行為，故學界咸認應修正為「科技保護措施」為宜²⁷⁷，本文從之。然而，一個適格的科技保護措施究竟應具備何等要件？分析我國著作權法第3條第18款之規定，主要有三：須係著作權人所採取、須係科技方法，以及須「有效」禁止或限制他人擅自進入或利用著作。另外，尚有學者提出「有因性」做為第四個要件²⁷⁸。本文所欲討論的IP過濾機制與前二個要件較無爭議，因此僅針對後二個要件作分析。

第二目 有效性要件

首先，科技保護措施須「有效」禁止或限制他人擅自進入或利用著作。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多種，技術層次與效用不一，如何的措施才能稱得上是科技保護措施？「有效性」似乎是一個判斷的門檻，亦即必須是有效達成上述目的之措施才屬著作權法所欲保護之科技保護措施。本文以為，為有效遏阻科技保護措施之破解、破壞及規避行為，加強數位著作之保護，對於「有效」之解釋不宜過窄。所謂有效技術保護措施，歐盟對技術保護措施特別要求應具備「有效控制」（effectively control）要件，著作權人有義務證明其所使用技術保護措施的有效性，歐盟指令對「有效」的要求並不嚴格，只要權利人為控制使用著作或其他標的所採取可達到保護目的之接觸控

²⁷⁷ 羅明通，前揭註142，頁458。

²⁷⁸ 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〉，《台大法學論叢》，第38卷第2期，註36，頁327。

制 (access control)、保護程序 (加密、變頻或將著作或其他標的作其他形式的轉換) 或控制重製之機制即為「有效」(歐盟著作權指令第六條第三項規定)。美國 DMCA 第 1201 (a) (3) (B) 規定：「如該技術保護措施於正常操作過程中，受著作權人所禁止、限制或其他使用上之限制者，即表示該措施為有效之科技保護措施 (a technological measure「effectively protects a right of a copyright owner under this title」if the measure, in the ordinary course of its operation, prevents, restricts, or otherwise limits the exercise of a right of a copyright owner under this title.)」²⁷⁹ 參考著作權法第 3 條第 1 項第 18 款之立法理由，所謂防盜拷措施，必須是積極、有效之措施，始足當之。又所謂積極、有效之科技保護措施，係指在該措施之正常應用上，即能產生保護之功能，例如：採行某一防盜拷措施後，必須在著作財產權人之授權下，輸入一定之資訊或採行一定之程序，始能以人類之感官知覺某著作之內容，或利用該著作，藉此達到保護之目的。所謂有效，非指無法被破解、破壞或規避者而言，蓋永不被破解之技術只能說是空中閣樓，即使存在，又何需法律保護？因此，所謂有效技術措施，不需要達到萬無一失、絕對有效的地步，否則著作權調和指令所提供的保護將高不可攀，整個保護技術措施的制度會因此落空。「有效」僅指，在該科技措施正常使用情況下，確實可以依其定義的方式控制著作之接觸，即得成立「有效」之要件²⁸⁰，而非自技術施行的結果上予以認定。

亦有研究針對現有常見之防盜拷措施進行技術分析以及歸納，其認為所謂有效的科技保護措施，其技術內涵必須具備「使用憑證」、「驗證裝置」以及「隔絕」技術三者之整合，始足當之²⁸¹。其所採取檢驗標準雖然似乎高於現行規範上之文

²⁷⁹ 陳家駿等 (2004)，《著作權科技保護措施之研究報告》，頁 143-144，經濟部智慧財產局委託研究專案。

²⁸⁰ Universal City Studios, Inc., et al., Plaintiffs, v. Shawn C. Reimerdes, et al., Defendants, Sept. 6, 2000, 111 F.Supp.2d 294, 317，轉引自陳曉慧 (2006)，《網際網路與著作權》，頁 87，經濟部智慧財產局。

²⁸¹ 洪吉亮 (2007)，《著作權法上科技保護措施之研究》，頁 79，國立清華大學科技法律研究所碩士論文。

義²⁸²，但仍足供參考。其所謂憑證係指「序號」、「註冊碼」、「產品識別碼」、「播放器密碼」、「CD-Key」等用以對於使用者的使用行為表示許可之意思之電子資訊。所謂驗證裝置係指用以檢驗使用憑證是否為真實的元件，其尚必須對於著作的使用產生限制或妨礙，並對使用條件作查核，例如對使用的時間、次數與方式進行限制。最後，所謂的隔絕是指對於著作施加的「編碼」或是將其隱藏於使用者無法存取的區域，使著作物無法被直接地讀取、使用²⁸³。

然而，本文以為，是否為積極有效之科技保護措施，其標準應為相對而非絕對。因為科學技術之發展是不會停息的，今日有效之科技保護措施，或許日後可能無用武之地。因此，對於特定技術是否為科技保護措施之判斷，其結果並非絕對不變。換言之，雖然特定限制或禁止他人接觸利用著作之技術正常使用情況下，在當下確實可以依其定義的方式控制著作之接觸，但未來不一定仍舊可以依其定義的方式控制著作之接觸，而被認為係積極、有效之措施。舉例言之，在過去只有唯讀光碟機的時代，資訊儲存於唯讀光碟皆不容易為使用者所任意重製，但在燒錄機成為一般個人電腦通常配備之現代，唯讀光碟即使在正常使用情況下亦難以避免使用者進行重製。

第三目 有因性要件

第二，所謂「有因性」的要件是認為，適格的科技保護措施必須基於保護著作權之目的，始足當之。對於此，我國法上並未有說明，但歐盟對於防接觸或防盜拷措施是否要與防止著作權侵害相關聯，曾出現二極化反應。因為第三人接觸著作權法保護著作所生著作權侵害危險就傳統著作權法觀點而論並非如此直接而

²⁸² 對於科技保護措施之認定採取標準之高低，對於著作權人權利保護與公眾使用權利顯然是有所影響。若採取高標準，則不容易將特定技術認定為科技保護措施，則其規避行為亦不受規範，公眾對於著作將有更大的近用空間；反之，過低之認定標準則使得公眾動輒得咎，減少其近用著作之機會。

²⁸³ 洪吉亮，前揭註 280，頁 20-24。

明顯。新修正的澳洲著作權法第 10 條關於科技保護措施之定義在本文上不再特別強調科技保護措施與防止或抑制著作權侵害之關聯，但在其中已將合法電影著作或電腦程式著作重製物部分，關於避免在國外所購買之重製物於澳洲使用之「地理市場區隔」(geographical market segmentation)之裝置(device)、產品(product)、科技(technology)或元件(component)排除於法定科技保護措施之外²⁸⁴。由於科技保護措施中關於禁止規避接觸控制措施(access control)之立法可能發生著作權未受侵害，但卻因規避行為而須負起民刑事責任。如此法規範適用的結果經常引起創設「接觸權」的疑慮，且從我國著作權法第 80 條之 2 的立法目的觀之，亦無創設接觸權之意旨，從而，解釋上採取科技保護措施應以保護著作權為目的之看法應無不妥。

第四目 IP 過濾機制

著作權人對於數位著作的交易或瀏覽所採取的 IP 過濾機制是否該當我國著作權法之「科技保護措施」，在有效性與有因性上較有爭議。首先，以較低的標準來檢驗，IP 過濾機制之實踐，可能係透過防火牆或是利用其他網管軟體將禁止或允許存取之 IP 來源予以表列或設定。只要網路使用者透過其本地之網路服務提供者(ISP)以通常方式連結網際網路，IP 過濾機制即可發揮其效用。縱然目前有多種方式得以隱藏真實 IP，以達到「矇騙」IP 過濾系統之目的，但由於一般網路使用者皆是透過本地 ISP 連接網際網路，其所分配到的 IP 即表彰了其所在地域，因此，在一般情形下，除非刻意規避，否則 IP 過濾機制自可發揮其阻擋來自特定區域之網路使用者近用特定數位著作之功能。因此，IP 過濾機制在正常應用之下，確實能依其定義之方式控制著作的接觸，可認為具備「有效性」。

若以較高的標準加以檢驗，應檢驗 IP 位址是否構成一種使用憑證，過濾機制

²⁸⁴ 沈宗倫，前揭註 278，頁 307。

是否屬於驗證裝置，以及是否存在隔絕之措施。本文以為，電子書平台以防火牆或網管軟體對於使用者之 IP 加以過濾，以 IP 來判斷是否為被授權對象，一旦 IP 不在被許可名單中，即不許其近用，應合於前述使用憑證、驗證裝置與隔絕之條件。因此，以 IP 過濾機制來限制使用者近用線上的著作，以較高標準檢驗，亦應符合「有效性」之要件。

然而，當 VPN 與 Proxy 等應用的層面越趨普及，IP 位址作為使用憑證的功能越顯不彰，而其他地理定位技術（如本文第一章所提及者）發展愈加成熟，則 IP 過濾機制是否能繼續被認為是一種科技保護措施，恐怕有再檢討之必要。

其次，著作權人採取之 IP 過濾機制目的在於限制著作之散佈地域，但是此一目的是否最終在防止著作權遭受侵害？若答案為否定，則此等機制恐怕不該當為科技保護措施。同樣的問題也曾出現在 DVD 的 CSS 機制（Content Scrambling System）²⁸⁵。CSS 機制的功能除了防止盜版之外，更有區隔市場的功能。然而，對於以區隔市場為主要功能的 CSS 機制是否該當為科技保護措施，則有相當爭議。²⁸⁶亦有認為，既然著作權法容許有限度的真品平行輸入，則又為何限制合法輸入真品的消費者必須遵守 DVD 區域碼之安排²⁸⁷？縱然區域碼的功能在於便利權利人得以對於電影之行銷，在不同地區，有時間先後及電影院或出租店或錄影帶發行等不同之安排²⁸⁸。但本文以為，區域碼的安排既是在於區隔市場，擁有合法 DVD

²⁸⁵ 其作用除了防止未經授權的重製之外，亦將全世界的 DVD-video 播放區域分為六區，每一區的 DVD 光碟與播放系統，都有獨立編碼，不同區域的 DVD-video 不能互相兼容。從而，使在特定地區購買之 DVD 僅能以該特定地區上市之 DVD 播放機收看，因此，若自國外平行輸入 DVD，即無法播放，進而達到限制著作散布地域之目的。

²⁸⁶ 美國在關於反規避條款的例外立法上，針對 DVD 區域碼之規避是否應納入反規避條款之例外，經常被提起。主要的原因在於區碼限制，只是讓消費者不方便而已，並不會使得消費者完全無法接觸資訊，消費者還是有很多其他管道取得同樣內容的資訊，而且價格也不是太高。詳參章忠信（2007），〈美國著作權法科技保護措施例外規定之探討〉，《萬國法律》，第 151 期，頁 50。

²⁸⁷ 詳參陳志宇（2008），〈批判著作權法反規避條款〉，<http://lawblog.ilf-tw.com/attachment.php?fid=2>（最後瀏覽日：2011/03/06）。

²⁸⁸ 詳參章忠信，前揭註 285，頁 50。

者不會因為破解區域碼的安排而侵害何等著作權，因此難認為 DVD 的區域碼該當於科技保護措施。又真品平行輸入的規定已足以達成區隔市場的目的，誠無必要再將區域碼認定為科技保護措施而給予著作權人雙重的保護。至於限制電子書「瀏覽」的 IP 過濾機制，其可能產生的爭議與 DVD 的 CSS 機制相似，雖然以網路作為傳輸媒介的數位著作無法受到真品平行輸入規定之保護，但基於 IP 過濾機制非以防止著作權受侵害之理由，結論應無不同。不過，目前幾乎無電子書平台會針對已付費的消費者之後的利用行為再進行地域限制，因此，這部分討論的問題實際上較無發生之可能。

此外，限制電子書「交易」的 IP 過濾機制是否該當科技保護措施中的接觸控制措施亦有疑問。前述立法理由中對於接觸控制措施所指涉的「進入」定義為「行為人直接對於著作內容產生收聽、收看等感官上效果之行為。」蓋科技保護措施之採取，就數位著作而言，乃是著眼於該等著作之著作權容易遭受侵害，並且不易為權利人追蹤察覺，因此，乃以技術保護及利用法律宣告破解行為違法之方式，保障著作權人之權利。從而，該等技術保護措施必須與受保護之數位化著作有著密接的關係。以 IP 過濾交易對象，直接影響者乃締約機會之得喪，對於著作近用權利之無法取得只是附隨的效果，相較於前述定義，似乎並不一致。消費者在規避 IP 過濾機制後僅是處於得與著作權人或交易平台為交易之狀態，不當然可以直接收聽或收看著作內容，也不一定實際購買特定電子書並下載閱讀，因此以 IP 過濾交易對象之機制難謂是一種限制「進入」之措施。且跨國境的消費活動乃電子商務之常態，並不會導致侵害著作權之效果，而當消費者完成交易後即與著作權人締結了授權契約，其對於電子書之後的下載或瀏覽皆屬授權範圍內之行為，因此，限制電子書交易的 IP 過濾機制所欲達到之目的亦非著作權之侵害，亦無法該當於有因性之要求。甚至，即使是如本文第二章所提及之各種比 IP 過濾機制更有效的定位技術，仍難以被認為是一種科技保護措施。

第三項 規避行為

著作權法第 80 條之 2 第 1 項規定：「著作權人所採取禁止或限制他人擅自進入著作之防盜拷措施，未經合法授權不得予以破解、破壞之。」就規避行為之禁止而言，我國著作權法僅禁止對於接觸控制措施之規避行為，對於重製（利用）控制措施僅禁止準備行為，合先敘明。科技保護措施之內涵已如上述，但規避行為究何所指，是否主觀上須可歸責，我國著作權法皆無規定。然從上開規定後段對於禁止行為之敘述，應可認為，破解與破壞係屬規避之下位概念，且破解與破壞僅為規避行為之例示，否則「或以其他方法規避」之文字便成贅文。又破解與破壞既為例示，則所謂其他方法，應係與破解、破壞具有同樣效果者始足當之。參考美國著作權法第 1201 條(a)項，所謂規避技術措施，尚包含未經著作權人之授權所為之解碼(descramble a scrambled)、解密(devrypt an encrypted)、避開(avoid)、繞過(bypass)、移除(remove)、解除(deactivate)或損害(impaire)該技術措施。²⁸⁹因此，綜合以上種種規避行為之態樣，以及考量科技保護措施係指在正常應用下可發揮控制著作接觸之功能，應可歸納認為，所謂規避行為係指以非通常方式或途徑接觸、利用²⁹⁰著作而使科技保護措施無法發揮其預定效用之行為。其次，規避行為既在第 90 條之 3 及第 96 條之 1 分別有民事賠償責任與刑事責任，因此行為人主觀上對於規避行為亦應有故意過失，對此應無爭議。

利用 VPN 以逃避 IP 過濾機制的行為是否屬於一種規避行為，除應視其客觀上是否可被歸類為例示之規避行為外，尚可依主觀上²⁹¹行為人使用該技術之情狀判斷是否屬於一種對於著作的通常接觸行為。誠如前所述，VPN 乃是一種代替實體

²⁸⁹ DMCA Section 1201(a)(1)(A)，轉引自羅明通，前揭註 142，頁 452。

²⁹⁰ 雖然著作權法並不禁止重製(利用)控制措施之規避，但基於行文之便利，在無害於論述之前提下，本文對規避行為之內涵討論仍不擬區分接觸與利用著作之防盜拷措施。

²⁹¹ 此指個案上之觀察，而非指行為人之認知。

專線式內部網路的技術，使用者在公用網路上使用特定帳號密碼以登入 VPN，使用者在不登出 VPN 的狀態之下可再向外連結公用網路(甚至可再登入另一個 VPN)。此時使用者其實是利用 VPN 之主機向外進行通訊，包含利用該主機代替使用者發出命令以及傳輸資訊。從而，對於網路上另一端通訊的電腦而言，其所識別者乃係 VPN 之主機而非使用者之電腦，因此，使用者可以達到隱藏自身 IP 之目的。客觀上，VPN 之使用雖未破壞或破解 IP 過濾機制，但實質上可歸類為美國法上的「繞過 (bypass)」²⁹²。主觀上，就 VPN 利用者利用 VPN 之行為而言，利用位於他地（通常為境外）VPN 之電腦為代理之主機對公用網路上另一部電腦發出指令與傳輸資訊並非通常之網路使用行為；直接透過公用網路，以自己之電腦²⁹²直接與欲通訊之電腦連結，毋寧才是常態。然而，若行為人只是在正常使用 VPN 之情形下無意間瀏覽了原本無法瀏覽的數位著作，或是該等數位著作亦無明示相關授權資訊，則亦難謂該行為人具有故意過失而應負起規避科技保護措施之法律責任。

第四項 準備行為與規避工具

除直接的規避行為外，我國著作權法尚禁止間接的規避行為²⁹³，亦即準備行為。著作權法第 80 條之 2 第 2 項規定：「破解、破壞或規避防盜拷措施之設備、器材、零件、技術或資訊，未經合法授權不得製造、輸入、提供公眾使用或為公眾提供服務。」根據此一規定，不論是對於接觸控制或是利用控制之破解、破壞或規避，其設備、器材、零件、技術或資訊（以下簡稱規避工具）皆禁止其製造、輸入、提供公眾使用或為公眾提供服務。然有疑義者在於，何謂規避工具？以本文所欲關注之 VPN 技術為例，VPN 技術原本係用於代替實體專線式內部網路，目的在以低廉的費用建立一個與實體專線式內部網路一樣具有安全性的內部網路，以維護企業或組織內部資訊安全。但是其另一項功能是允許使用者利用其主機連

²⁹² 或是利用 ISP 授權提供的本地代理伺服器 (proxy) 進行通訊。

²⁹³ 星友康 (2006)，《衝突或妥協？—科技保護措施立法之研究》，頁 14，國立臺灣大學法律學系碩士論文。

結公用網路，使用者進而可以規避著作權人設定之 IP 過濾機制，則 VPN 是否也該當於我國著作權法所禁止流通交易之規避工具？

第一款 比較法上觀察

就比較法上而言，根據美國著作權法 Section 1201(a)(2)之規定，所謂應被禁止交易流通之規避工具，係指(A)其主要（primarily）²⁹⁴設計或製造之使用目的係為規避本條所欲保護之科技保護措施；(B)其主要商業價值僅於為規避科技保護措施，以取得(接觸)本條所欲保護之著作；(C)其個人及其他相關人行銷之方式，係為使他人得以規避科技保護措施，以取得(接觸)本條所欲保護之著作為目的。²⁹⁵日本著作權法第 120 條之 2 第 1 款規定：「將專以規避科技保護措施為其功能之裝置（包含該當裝置之一套零件且易於組裝者。）或專以規避科技保護措施為其功能之電腦程式之重製物，散布或出租給公眾、或是為散布或出租給公眾之目的而製造、輸入或持有、或是為供公眾使用而將該當電腦程式予以公開傳輸或傳輸可能化」處三年以下有期徒刑、或科或併科三百萬圓以下罰金。」

分析美日兩國著作權法上對於散布規避工具之規定可知，美國從技術之主要功能與主要商業價值，以及行為人散布流通該等技術之目的三個擇一之標準去界定受規範之客體。而日本則是單純以該等技術是否「專以規避科技保護措施為其

²⁹⁴ 包含智慧財產局網站在內的大部分論著皆將原文中的 primarily 譯為「主要地」，但有學者指出，其另一項意義是「原始地」，不同的意義將影響該規定之適用，一項技術可能主要不是用於規避防盜拷措施，但或許其原始之目的係為了規避之用。詳參陳曉慧（2006），前揭註 279，頁 90。

²⁹⁵ Copyright Law of the United States of America, Section 1201(a)(2)：

No person shall manufacture, import, offer to the public, provide, or otherwise traffic in any technology, product, service, device, component, or part thereof, that —

(A) is primarily designed or produced for the purpose of circumventing a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title;

(B) has only limited commercially significant purpose or use other than to circumvent a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title; or

(C) is marketed by that person or another acting in concert with that person with that person's knowledge for use in circumventing a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title.

功能」作為受規範之規避工具的內涵。

第二款 我國法之規定

我國著作權法對於何謂規避工具，並無詳細說明，依照上開規定，似乎只要具有「破解、破壞或規避防盜拷措施」之功能者，皆該當之。然而，因為欠缺如著作權法第 87 條第 1 項第 7 款之規定²⁹⁶，恐怕導致涵蓋過廣，容易陷技術提供者於違法風險之中，進而阻礙技術創新，有違科技中立原則。事實上，根據經濟部智慧財產局於民國 95 年所公布的「著作權法第八十條之二第三項各款內容認定要點」，所謂的規避工具應符合以下三種情形：(1)主要供破解、破壞或規避防盜拷措施之用者。(2)除前款用途外，其商業用途有限者。(3)為供破解、破壞或規避防盜拷措施之用而行銷者。分析上述三款，其內容與上開美國之規定並無差異。事實上，根據經濟部智慧財產局制定上開要點之說明，上開要點的確也是參酌美、歐、日、韓等國之相關規定所制定。

VPN 之主要目的在於代替實體專線式內部網路，目的在以低廉的費用建立一個與實體專線式內部網路一樣具有安全性的內部網路，以維護企業或組織內部資訊安全。縱然其可做為規避 IP 過濾機制的工具，但除此規避功能以外，其商業價值主要仍在於為企業或組織服務，建構具有實體專功能的並具有安全性的內部網路，並為客戶節省維護設備之費用。然而，針對某些專以規避 IP 過濾機制為號召

²⁹⁶ 該規定係於民國 96 年 7 月 11 日所增訂，其規定「未經著作產權人同意或授權，意圖供公眾透過網路公開傳輸或重製他人著作，侵害著作財產權，對公眾提供可公開傳輸或重製著作之電腦程式或其他技術，而受有利益者。」視為侵害著作權。本款之增訂係因部分不肖網路平台業者，以免費提供電腦下載程式為號召，並藉口收取手續與網路維修費等營利行為，在網路上直接媒合下載與上傳著作權人之文字與影音著作，卻不願支付權利金給著作權人，嚴重侵害著作權人之合法權益，及故意陷付費良善下載者於民、刑法之追溯恐懼中，從而增訂本款以課予此等檔案傳輸軟體之提供者及網路平台業者相應之侵權責任。分析本款責任成立之要件，可以發現，電腦程式或技術之提供者責任之成立非僅基於(1)其對公眾提供可公開傳輸或重製著作之電腦程式或其他技術，而尚應具備(2)意圖供公眾透過網路公開傳輸或重製他人著作，侵害著作財產權，以及(3)因此受有利益，方應負侵權責任。其規範目的在於平衡保障科技之創新發展以及著作權人之合法權益，因此技術提供者不會僅因為其技術可作為侵權用途而負侵權責任。

的 VPN 服務提供者而言，則 VPN 有可能被認定為是一種規避工具。

第五項 小結

綜上所述，透過 IP 過濾機制限制數位著作授權地域之手段恐怕無法該當科技保護措施。首先，IP 過濾機制不論是以較高的標準或是最低的標準來檢驗，應具備有效性。IP 過濾機制雖然在通常的網路使用中可以發揮其功效，但隨著包含 VPN 在內各種利用代理主機連接公用網路之上網方式的普及，其是否尚屬於一種有效的科技保護措施，恐有疑問。其次，因其目的係在於限制授權地域，直接影響者乃締約機會之得喪，其規避並不會造成著作權受侵害或增加被侵害之風險，因此，其不具備科技保護措施的有因性要件。因此，即使目前有許多較 IP 過濾機制更難以規避的地理定位技術，但若其是對於限制交易機會之限制，仍難以該當一種禁止或限制他人擅自「進入」著作之科技保護措施。

又即使此機制該當科技保護措施，利用 VPN 規避 IP 過濾機制尚以行為人主觀上有規避之意思為要件，對於偶然利用 VPN 躲過 IP 過濾者，仍不應課予其責任。最後，VPN 作為一種主要功能在於取代實體內部網路的技術，是否可被認為一種規避技術，承上開之討論，答案恐怕應採否定見解。只有在網路服務提供者以規避 IP 過濾機制為行銷訴求而提供 VPN 等服務以便利使用者「翻牆」之情形，VPN 才有可能被認為是一種規避工具。

第四節 授權契約對電子書不可移轉性之影響

契約對於電子書的不可移轉性表現在契約之性質、約定之內容以及違約之效果上。又以契約限制網路銷售平台在於避免中間商轉售套利，但限制終端消費者是否能避免個人套利行為發生之情形，則有疑問。本文將區分契約主體為網路銷

售平台以及終端消費者而從約定方式、契約性質以及違約效果等層面討論契約對於電子書不可移轉性之影響。而電子書著作財產權人與電子書銷售平台及電子書銷售平台與終端消費者之間的契約可能涉及著作財產權之授權，因此，以下擬就授權契約之特性先為介紹，再以之作為檢驗前述契約性質之準據。

第一項 授權契約

第一款 特徵

智慧財產權之授權契約的首要特徵在於，其乃以智慧財產權之實施為標的之契約。由於智慧財產權並不以特定之有體物為其權利之客體，其權利之範圍亦不受限於特定之物，因此一般稱之為「無體財產權」，從而使得智慧財產權人在訂立契約時能運用之交易型態比一般財產權人多²⁹⁷。智慧財產權人得根據智慧財產權之種類、行使之地域範圍、行使之方式以及時間長短等而為各種契約安排。

其次，授權契約並未將其權利地位全部移轉與他人，而只是將自己之權利中之使用權交由他人行使，自己仍保有智慧財產權人之地位，日後仍有回復成為完整權利人之可能性²⁹⁸。但在美國法，一般認為授權（License）是一種對被授權人起訴權利之放棄，在授權範圍內，授權人必須容忍被授權人之利用行為。因為美國司法實務認為，專利權與著作權只是一種消極排他權，並非積極利用權，因此無所謂的權利授與²⁹⁹。因此，所謂的授權係指積極的權利授予或消極的容忍他人利用。然而，無爭議的是，授權契約係以智慧財產權之行使為標的。

以著作權之授權契約為例，包含有形利用權、無形傳達權以及編輯與改作權

²⁹⁷ 詳參謝銘洋，前揭註 157，頁 67。

²⁹⁸ 謝銘洋，前揭註 157，頁 67。

²⁹⁹ See General Talking Pictures Corp. v. Western Electric Co., 304 U.S. 175, 181 (1938).

皆可為授權之客體，甚至具有財產價值的著作人格權亦可進行授權³⁰⁰（如公開發表權）。各種權利可以依據被授權人利用之目的而為單一或複數權利之授權，並限制權利行使之時間、地域以及方式等，使得著作權之經濟價值可以充分發揮。

因此，對權利人與被授權人之間的交易來說，授權契約本身即是產品³⁰¹。有別於有體財產權之交易，無體財產權的交易並不涉及實體物之交付，智慧財產權如何行使毋寧才是契約當事人所關注者。授權契約條款中對於授權範圍以及授權金之約定即決定了被授權人所得行使之權利內容以及應支付之對價。縱然某些法律規定仍會要求必須以物之交付為要件，但該物仍非交易之客體，例如我國民法對於出版契約之規定，「出版權於出版權授與人依出版契約將著作交付於出版人時，授與出版人。」著作之交付乃被定位為出版權授予的準物權行為，係屬出版契約之債務履行行為，著作本身並非交易之客體。

第二款 類型

根據被授權人所取得地位之強弱，授權契約又分成專屬授權契約與非專屬授權契約。專屬授權係指授權人在一定範圍內只授權一人單獨行使智慧財產權之權利，而在該一定範圍內，授權人不得再授權或同意他人行使，甚至授權人自己也不得在授權範圍內行使該權利。被授權人在授權範圍內取得相當於原權利人之地位，得對抗任何第三人³⁰²。其不僅取得積極的使用權，亦取得消極排除他人為相同利用之權利。相反地，在非專屬授權之情形，授權人得就相同之授權範圍授權數人。但被授權人並未取得可以對抗任何第三人³⁰³之權利，亦即若授權人再授權

³⁰⁰ 詳參謝銘洋（2002），〈論人格權之經濟利益〉，謝銘洋著，《智慧財產權基本問題研究》，頁18，台北：自刊。

³⁰¹ See Raymond T. Nimmer, *supra* note 37, at 841.

³⁰² 謝銘洋，前揭註157，頁71。

³⁰³ 此所謂之第三人不合嗣後取得專屬授權之第三人或嗣後受讓取得智慧財產權之第三人，蓋在此種情形若不許原先之被授權人對抗嗣後取得權利之第三人，則其只能向授權之人主張權利瑕疵擔保，對其保障並不充足，可能使整個授權制度大打折扣。詳參謝銘洋，前揭註157，頁74。

他人非專屬授權，被授權人並無權出面禁止，甚至於他人為侵害智慧財產權之行為時，被授權人亦無權以自己名義提起訴訟，而應由原權利人為之。

另外，根據被授權人是否直接自著作財產權人獲得授權，又可分為原授權契約與再授權契約。再授權契約的授權人非著作財產權人，而係另一被授權人。被授權人是否可再授權與第三人，應區分專屬授權與非專屬授權而定。依我國著作權法第 37 條第 3 項規定：「非專屬授權之被授權人非經著作財產權人同意，不得將其被授與之權利再授權第三人利用。」依此反面推知，若為專屬授權人則可不必著作財產權人之同意。但美國司法實務對此則有爭議，有認為，專屬被授權人對第三人的再授權仍須獲得著作財產權人之同意³⁰⁴。但有更多的意見採取與我國法制相同的看法，認為專屬被授權人可以自由地再授權他人，不須經授權人同意³⁰⁵。至於再授權契約之效力如何，也應該區分專屬與非專屬契約而論。若原授權契約為非專屬授權契約，當再被授權人違反契約所規範之義務，可能構成再授權契約之違反，此違約之效果僅存在再授權人（原被授權人）與再被授權人之間。若再被授權人對於著作之使用逾越再授權之範圍，則可能侵害原授權人的著作財產權。若原授權契約為專屬授權契約，再被授權人超過授權範圍之受益所涉及的權利內容是原授權契約授予原被授權人，而原被授權人卻未以再授權契約授予被再授權人，此受益行為並未侵害原授權人之著作財產權，卻侵害原被授權人關於著作財產權之受益權，應由原被授權人（再授權人）依著作權法向行使用益行為的再被授權人，主張侵害的救濟。若受益行為所涉及的權利內容在原授權契約範圍外，此時原授權人於著作財產權法下的權利人地位尚未耗盡，仍得向再被授權人主張

³⁰⁴ See *Gardner v. Nike, Inc.*, 279 F.3d 774, 780 (9th Cir. 2002)

³⁰⁵ See *Traicoff v. Digital Media, Inc.*, 439 F. Supp. 2d 872 (S.D. Ind. 2006) ; *In re Golden Books Family Entm't, Inc.*, 269 B.R. 311, 318–19 (D. Del. 2001) ('an exclusive licensee does acquire property rights and may 'freely transfer his rights'); *In re Patient Educ. Media, Inc.*, 210 B.R. 237, 240 (S.D.N.Y. 1997) (the licensee under an exclusive licensee may freely transfer his rights').學者意見請參看 3 MELVILLE B. NIMMER & DAVID NIMMER, *NIMMER ON COPYRIGHT*, 10-28. (1996)

侵害的救濟³⁰⁶。

第三款 效力

關於授權契約之效力，本文擬以契約之效力、違約之效果及其對於不可移轉性之影響為重心。首先，授權契約作為一種契約類型，同樣具有契約之效力。所謂契約之效力，係指基於契約而生的權利義務³⁰⁷。當事人締結之契約一經合法成立，其在私法上之權利義務，即應受契約之拘束³⁰⁸。至於拘束之對象，原則上亦以契約之當事人為主，亦即僅有相對效，而無法對契約外之第三人主張契約所生之權利義務。因此，著作財產權之授權人若以契約限制被授權人利用著作之地域範圍，對於契約外之第三人則無法主張。從而，若被授權人將授權重製之重製物銷售與下游中間商時，授權人則無法同時要求該中間商應遵守授權契約中對於著作利用之地域限制。

其次，在違約之效果上，除了授權人取得終止契約之權利外，亦可能產生債務不履行之違約責任（可能是損害賠償或違約金）或智慧財產權之侵權責任。契約之終止係對於被授權人之制裁，在授權人具有相當市場地位的情形下，契約終止之效果對於被授權人將產生相當大之拘束力，因為授權人可能拒絕再與之交易，對被授權人是相當嚴重的懲罰，可以促使被授權人盡力遵守授權契約之約定。然而，侵權責任則不一定會發生。首先，所謂的授權契約其實是包含授權條款之契約的總稱，蓋在許多與資訊之移轉有關的契約中，智慧財產權之授權通常不是唯一的契約條款，甚至不是契約條款中主要的標的³⁰⁹。因此，若被授權人所違反之條款與智慧財產權之授權無關，則僅生契約責任，不同時產生侵權責任。違約通

³⁰⁶ 沈宗倫（2010），〈新興科技媒體與著作財產權授權疑義－評最高法院九十七年度台上字第 1535 號民事判決及其下級法院判決〉，《月旦法學雜誌》，第 180 期，頁 260。

³⁰⁷ 王澤鑑（2003），《債法原理（一）：基本理論、債之發生》，頁 216，台北：自刊。

³⁰⁸ 最高法院 20 年上字第 1941 號判例。

³⁰⁹ Raymond T. Nimmer, *supra* note 37, at 835.

常伴隨契約終止之效果，若被授權人仍繼續利用，則可能構成智慧財產權之侵權責任。反之，若被授權人所違反之條款恰巧為關於授權利用範圍之限制，則必生侵權責任，蓋被授權人之利用行為已屬於授權範圍外之利用，因此授權人對之無容忍義務³¹⁰。至於被授權人是否產生契約責任，則應視該契約中是否明白課與（或可得推知）被授權人不得為授權範圍外利用之義務。若被授人於契約中存在有此不作為義務，則其違反約定之行為將產生契約責任³¹¹。

最後，授權契約係以無體財產權之行使為標的，契約本身就是產品，相較於實體的商品，其不可移轉性顯然較高。誠如本文於第三章之分析，交易客體之本質會影響其不可移轉性，例如服務之不可移轉性會高於具體的商品。授權契約不存在具體之商品，而契約之成立是來自於雙方意思表示之合致，也只在雙方當事人之間具有拘束力，因此，縱然授權人對於不同之被授權人為不同之約定，或收取高低不同之授權金，但享有較優惠授權條件的被授權人無法片面地將此一利益移轉給第三人。被授權人必須透過契約承擔、債權讓與或是再授權之方式才能使第三人享有同樣之利益。唯契約承擔應得授權人之同意³¹²，而債權讓與在債權具有專屬性時亦不得為之，至於再授權則僅能由專屬被授權人為之，非專屬被授權人應得授權人之同意方可為之。

³¹⁰ 德國實務對此有不同意見，例如其雖承認實體書可以區分為讀書俱樂部與書局版本而為授權，但對於同一本書在咖啡連鎖店與書報雜誌市場銷售時，則不認為是兩種不同的散布方式。Bibelreproduktion, BGH GRUR 1990, 669ff. 因此若被授權人被限制於咖啡連鎖店銷售，卻又將之置於書報雜誌市場銷售時，不生侵權責任。但本文認為，依我國法之規定，既然著作權人得對被授權人限制授權利用之地域、時間、內容、利用方法或其他事項，則應肯認著作權人對於著作利用權利之各種限制可以產生著作權之效力，而不僅是債權效力而已。因此，我們真正面對的問題是，著作權人所為利用限制之範圍如何解釋之問題，例如授權他人以書本形式出版是否包含電子書出版之情形。至於若以契約排除權利耗盡之適用則應僅生債權效力，已見於前章第二節，於茲不贅述。

³¹¹ See Phillip B.C. Jones, *supra* note 272.

³¹² 最高法院 73 年台上字第 1573 號判例：「按當事人之一方將其因契約所生之權利義務，概括的讓與第三人承受，係屬契約承擔，與單純的債權讓與，尚有不同。非經他造之承認，對他造不生效力。」

第四款 授權條件

授權契約中，除了就授予什麼權利以及權利金之計算為約定外，授權條件也同時影響權利行使之限制以及權利金之計算，並且具有區隔市場之功能。所謂的授權條件包含限制被授權人以怎樣的方式、在怎樣的時間、在什麼地域行使該被授予之權利。例如同樣授權他人重製，但可以約定授權甲以印刷方式重製，而授權乙以數位方式重製，以便將同一內容之著作再區別成兩種商品，滿足兩種市場需求。又例如電影著作權人依據時間先後區分為院線、DVD 與電視播放等三種利用方式授權給他人利用。這些授權條件之限制搭配權利內容而將同一內容之著作包裝成各種「產品」以授權並提供給消費者，便利著作權人對被授權人進行差別取價，使著作的經濟利益得以充分發揮，也同時因為被授權人基於不同授權內容而對著作進行之商品化而區隔出各種商品或服務市場。

第二項 對網路銷售平台

第一款 契約性質

誠如前所述，從美國電子書出版的經驗看來，對於電子書之銷售，出版社與網路銷售平台之間可能存在兩種法律關係：一是傳統的 wholesale model，另一是新型態的 agency model。前者由網路銷售平台擔任電子書交易的內容提供者，可以自訂電子書的價格；後者乃由出版社直接與終端消費者進行交易，價格也由其制定，網路銷售平台只是出版社的代理人，單純提供技術與平台，而非電子書交易之當事人³¹³。就後者而言，網路銷售平台只是出版社的代理人，其僅提供交易平台並賺取傭金或服務費用，其法律關係應類似於勞務之提供，傾向於委任關係。至於前者，其性質應屬於著作財產權之授權契約。

³¹³ 如 Sony 的電子書銷售網站 Reader Store 中的服務條款(Terms of Service)的第 1.2 條即說明：「對某些內容而言，該內容乃是直接由出版社提供給您，而我們只是該出版社的代理人。(For certain Content, the Content is offered to you directly by the publisher of such Content by us as the agent for the publisher.)」 <http://ebookstore.sony.com/termservice.html> (last visited Aug. 29, 2011)

首先，在傳統的 wholesale model 下，線上電子書之銷售不涉及實體著作物之交付，而銷售平台不論是以容許消費者下載或是僅限消費者線上瀏覽的方式提供電子書，皆必須以授權方式取得公開傳輸權之授權。此與網路銷售平台對於實體書之銷售係單純透過買賣契約取得實體書之所有權，再將實體書轉售給消費者之情形不同，網路銷售平台基於權利耗盡原則，可以自由轉讓實體書，不須再行取得散布權之授權。其次，網路銷售平台為了將電子書儲存於特定的一部或數部伺服器上供消費者瀏覽或下載，也必須取得出版社授予重製權³¹⁴。甚至於平台業者欲將電子書提供消費者下載時，也必須確保消費者取得合法之重製權利，因此，平台業者必須同時取再授權（sublicense）之權利。

在電子書銷售平台與出版社之間，授權契約的優點在於，銷售平台必須受到契約之拘束，不得將電子書提供給約定地域以外之消費者。與實體書不同者在於，在實體書的銷售情形，銷售平台通常是先以買賣方式向出版社取得實體書的所有權，之後再以所有權人之地位轉售給終端消費者，基於權利耗盡原則，其不受著作權人散布權之限制。即使曾有轉售地域之約定，銷售平台若有違反，僅生債務不履行之契約責任而無著作財產權侵權責任。

第二款 地域約定之方式

一般來說，授權人為了盡量落實地域上之限制，必須增加被授權人將商品在授權地域外散布之成本，因此，授權人可能限制被授權人僅得發行特定語言版本之著作物，或限制其不得於授權地域外進行重製，或不得對授權地域以外之地區進行廣告行銷，甚至進而限制被授權人不得在授權地域外設立營業所或發貨站（如

³¹⁴ 「縱然只是為了公開傳輸之目的，但由於網路技術使然，仍必須先有儲存在 Server 之行爲，之後才能夠透過網路將著作提供於眾。由此看來，線上出版行爲似必須同時取得『重製』與『公開傳輸』的授權，始得免於著作權侵權的疑慮。」張懿云，前揭註 14，頁 45。

物流中心與倉庫)。但上述措施在電子書仍舊適用者似乎所剩無幾。蓋電子書不具實體性質，因此，目的在限制實體著作物之散布之相關約定皆無法適用；另外，電子書的交易與行銷係以網際網路為媒介，欲限制其行銷廣告之地域似乎是緣木求魚。事實上，不論是限制散布之地域或是限制公開傳輸之地域，其目的皆在於限制得以近用著作之對象的範圍。授權實務上，對於線上數位著作，有其他的約定方式也具有與限制地域同樣之效果，例如對於被授權使用者（Authorized users）以及被授權近用位置（Authorized site）之約定。如果授權契約中已經存在上述約定可以滿足限制近用著作之對象的範圍之需求，則限制地域則無必要³¹⁵。

第一目 Authorized users

所謂的被授權使用者（Authorized users）條款，係用於約定容許近用線上數位著作之對象的資格，例如在 B2B 的資料庫授權契約，授權人為資料庫之提供者，被授權人為其他商業網路平台、圖書館或教育單位，則通常會再就得以再授權（sublicense）之對象或是得使用資料庫的終端使用者之資格予以限制。如限於圖書館或組織內員工或教職員、限於相關的研究人員、限於學生與實習工作者、限於特定註冊登記者、或甚至不限制而容許一般公眾近用等。

如此約定之目的也是在於限制近用線上著作之使用者範圍，以便進行市場區隔。例如線上著作之授權者為了區隔營利與非營利組織團體之市場，則若容許非營利的圖書館可以將著作提供給一般公眾近用，將會影響其將同樣著作授權給營利組織之可行性。授權人潛在的客戶可能寧願派他的員工到提供公眾近用的非營利組織使用其著作而不願意以授權方式取得該著作利用之權利³¹⁶。

³¹⁵ LESLEY ELLEN HARRIS, *supra* note 228, 71.

³¹⁶ BECKY ALBITZ, LICENSING AND MANAGING ELECTRONIC RESOURCES, 87. (2008)

第二目 Authorized site

確定使用者資格之限制後，另一個也一樣重要的條款是對於被授權使用者從何處近用該著作內容的約定，即所謂 Authorized site 條款。一般來說，這涉及兩種近用形式，一是在特定地點之近用（on-site），例如限制只能在圖書館或組織的營運地點近用著作內容；另一是遠距式近用（remotely），例如容許從家裡、辦公室近用，或因為旅行，或居住在不同城市、州或國家而仍可透過網路連線使用³¹⁷。當容許遠距式的近用時，被授權人必須採取合理的技術措施來限制近用，以免違反對於被授權使用者（Authorized users）之約定。例如利用密碼、IP 位址或是最新的 Federated Access Management 技術（或譯為「聯邦式存取管理」）。利用密碼的方式對使用者來說具有相當高的便利性，但對授權人來說，存在密碼被分享共用的風險。至於以 IP 位址來過濾使用者也相當常見，不過通常容易規避，也不算是非常有效的管理機制。而 Federated Access Management 技術透過一個國際性中立的組織（Access Management Federation）賦予每個使用者一個單一的認證碼，使之可以用於網路上各種服務之認證，免去使用者記憶眾多帳號密碼的麻煩。相較於上述兩種技術，具有更安全與方便的特性³¹⁸。

然而，詳細約定可近用授權著作內容之位置有兩個缺點³¹⁹。首先，在實體著作物的時代，被授權人可能僅取得一份重製物並置於其特定有需求的分支機構，但當著作變成數位形式而可以透過網路近用後，可能該被授權人的所有分支機構皆有機會近用，因為這些分支單位之間的 IP 位址可能共用或差異不大，無法以技術方式加以排除，授權人可能因此要求更多的授權金，雖然實際上之需求並無增加。其次，將近用位置過於限縮也可能影響遠距近用，與被授權人相關的員工、研究員、贊助者等終端使用者對於該著作內容的近用將受到空間上的限制，限制

³¹⁷ LESLEY ELLEN HARRIS, *supra* note 228, 73.

³¹⁸ See MICHAEL UPSHALL, CONTENT LICENSING, 101. (2009)

³¹⁹ BECKY ALBITZ, *supra* note 313, at 89-90.

了數位化原本所帶來的便利性。

第三款 違反地域限制約定之效果

第一目 是否違約之判斷

誠如前述，傳統上用於限制實體著作物散布地域之相關約定，在電子書仍舊適用者已所剩無幾。授權人可能單純限制公開傳輸權的行使地域，也可能再就被授權使用者以及被授權近用位置另為約定，甚至對於應採取之近用管理的技術措施也加以約定。若出版社單純約定公開傳輸之地域，則被授權人應該採取合理之措施來遵守此一約定。從授權人的角度來說，單純約定地域是比較省事的，蓋落實地域約定的技術措施可能甚多，授權人可能無法具體知悉何種技術才是屬於有效之手段。但被授權人所採取之措施究竟是否屬於「符合債之本旨」之完全給付，恐怕只能待日後由司法判斷，因此具有不夠明確的缺點。然而，如果授權人甚至具體地就被授權使用者以及被授權近用位置也加以約定，或是要求被授權人應該採取何等技術措施，則對於被授權人是否完全給付也就比較清楚明白，在被授權人履行前述義務之情形下，應推定被授權人已經依照約定限制公開傳輸之地域範圍。相對地，挂一漏萬是這種約定方式可能發生的問題。

第二目 違約之效果

違反授權契約之約定，通常導致契約終止之效果，並且被授權人的繼續利用行為會構成著作權之侵害，而誠如上所述，對於授權範圍限制條款之違反也同時會構成著作權之侵害。然而，對於公開傳輸權的地域範圍限制，如何才構成授權範圍之違反與公開傳輸權之侵害？蓋電子書的提供係透過網際網路，涉及著作財產權人的公開傳輸權之行使，但網際網路具有跨地域、跨國界之特性，若將地域限制定性為一種課與被授權人的不作為義務，則對電子書而言，其結果可能是等

於一種無效之約定。在實體著作物的世界中，對於銷售地域之約定若解釋為被授權人的不作為義務，則至少可以推導出被授權人不得於授權地域外設立銷售點以及不得故意將著作物出售予出口商等不作為義務。然而，反觀電子書，似乎並不然。如果被授權人甚麼措施都不採取，則電子書公開傳輸的地域限制必定完全無法實踐。因此，本文認為，在公開傳輸權行使的地域限制上，被授權人所負之義務不應為消極的不作為義務，而應為採取合理技術措施以落實地域限制之積極作為義務。

其次，當被授權人未採取合理的技術措施落實公開傳輸之地域限制，違反授權契約，同時侵害著作財產權人之公開傳輸權，著作財產權人又要如何起訴主張？假使一個美國的出版社授權美國的電子書銷售平台網站銷售某本電子書，授權契約約定只能在美國銷售，但該網站未採取任何限制措施，以至於美國以外地區的消費者也能夠輕易購買到電子書。就契約責任而言，著作權人自可在契約約定之管轄法院起訴，而雙方可能在美國法院解決此一紛爭。但在侵權責任部份，被授權人所侵害者乃著作財產權人在美國以外國家的公開傳輸權，因為著作權人在美國的公開傳輸權（在美國屬於散布權之內涵）已經授權給被授權人。因此，著作權人應於何地起訴？依據何國法律起訴？又即使選擇在某國法院起訴，該國法院的判決要如何執行，以排除侵害或請求損害賠償？問題的解決恐將相當複雜，從而著作財產權人只能在美國法院尋求契約上所生之損害賠償。

第三項 對終端消費者

第一款 電子書使用條款（Terms of Use/Terms and Conditions）

電子書的提供者與終端消費者之間的法律關係通常係以定型化的使用條款（Terms of Use 或 Terms and Conditions）加以安排。關於此種常用於數位著作（不

論是線上或離線)的使用條款的契約性質，我們可以先對幾個重要的電子書銷售網站的電子書使用條款之主要內容進行觀察了解。

第一目 Amazon.com

在美國亞馬遜繁體中文版的 AMAZON.COM KINDLE 許可協定及使用條款³²⁰中，對於電子書之利用以及其限制，與違反使用條款之效果有如下之規定：

1. 數位內容的使用：在您下載數位內容並支付任何相關費用（包括相關稅費）之後，內容提供商即授予您非排他性權利，您可以無限次地觀看、使用及顯示此等數位內容，但僅限於在 Kindle 或閱讀應用程式上或作為服務一部分所指定的方式進行，並且僅限於您個人的、非商業的用途。除非另有指定，數位內容由內容提供商向您許可，而非出售。
2. 限制：除非另外明確說明，您不得向任何第三方出售、出租、租賃、分發、廣播、轉許可或以其他方式轉讓對數位內容或其任何部分享有的任何權利，而且您不得移除或修改數字內容上任何專有權告示或標識。此外，您也不得避開、修改、挫敗或者繞過保護數位內容的安全功能。
3. 終止：如果您違反本協議任何條款，則您在本協議項下的權利自動終止。如發生此等終止情形，您必須停止對軟體的一切使用，而且 Amazon 可以立即取消您獲取服務或數位內容的權利，並且不會退還任何費用。如 Amazon 未能堅持或者強制您嚴格遵守本協議，並不表明對其任何權利的放棄。

第二目 Google eBookstore

對於電子書的使用、限制與終止，Google eBookstore 上的服務條款 (Terms of

³²⁰ License Agreement and Terms of Use, Warranty, Safety Information, http://kindle.s3.amazonaws.com/AppB_07072010_Traditional_Chinese.pdf (last visited Aug. 29, 2011) 以下索引條款直接引自其官方翻譯，非本文所翻譯。

Service)³²¹有以下之規定：

1. 數位內容之使用：在對於數位內容支付適當的費用之後，只要 Google 以及適宜的著作權權利人擁有提供你數位內容之權利，Google 就會提供你非專屬之權利以下載(須遵守以下之限制)適合的數位內容，以及無限次地在你的裝置上瀏覽、使用與展示該等數位內容，或是其他 Google 同意你所進行的個人非商業性之使用。...某些數位內容可以進行選取與剪貼功能，但你必須在規定的限制內並且僅容許個人非商業目的之使用。
2. 限制：除 Google 明確同意之外，不得將你對於數位內容的全部或部分權利出售、出租、散佈、廣播、傳送或移轉給第三人。然而，服務條款不得限制美國著作權法所容許的著作利用行為。...Google 得隨時對於使用者使用於近用數位內容之裝置的數量以及應用程式設下限制。Google 並得紀錄與儲存特定裝置之識別資訊以便執行上述限制。
3. 終止：如果你違反了本服務條款的任何規定，Google 可以自動終止你此後的權利，包含不經通知地取消你對於數位內容服務的近用，並且不退還你曾支付的費用。Google 若未能落實本服務條款中的任何規定，並不表示放棄了本服務條款中的任何權利。

第三目 Barnes & Noble

邦諾的使用條款³²²相較於上述二者更為詳細，但以下僅節錄關於電子書之使用、限制、契約終止以及與交易資格相關等條款。

1. 數位內容：
 - (1) 邦諾隨時容許使用者可以從或透過邦諾網站購買或下載數位內容，例如電子書、數位雜誌、數位報紙、數位期刊以及其他定期性刊物、部落格以及其他

³²¹ Terms of Service, <http://www.google.com/googlebooks/tos.html> (last visited Aug. 29, 2011)

³²² Terms and Conditions of Use, http://www.barnesandnoble.com/include/terms_of_use.asp (last visited Aug. 29, 2011)

- 邦諾所認定的數位內容。在不違反使用條款的情形下，邦諾授予你一個有限、非專屬、可撤回的權利以針對數位內容從事近用以及個人非營利性的利用。
- (2) 你所購買的數位內容將會被儲存於你在邦諾網站的電子書圖書館，並且也從此近用。你可以透過登入你的邦諾帳號以近用你的電子書圖書館。你也可以把數位內容從你的電子書圖書館傳送到你所擁有的其他電子裝置。你不可以移除適當的數位權利管理措施後，將數位內容從一個電子閱讀裝置除送到另一個閱讀裝置。你不得迴避、修改、破解或規避任何安全措施、特殊規則或其他用來保護數位內容的應用程式。
- (3) 數位內容僅容許擁有美國帳單地址之信用卡所有者購買。在開啟一個邦諾帳號的時候，代表你向邦諾陳述並且保證你住在美國，並且有能力在美國法下與邦諾締結這份契約。
- (4) 你不得 (i)對於邦諾的 eReader 軟體或數位內容進行修改、變更、複製、重製、拷貝、散布，或是拆卸、進行反向工程、仿製、反組譯或竄改。(ii) 對於邦諾的 eReader 軟體或數位內容進行衍生創作。(iii) 迴避、修改、竄改、破解或規避任何安全元件、特殊規則或其他保護邦諾的 eReader 軟體或數位內容的其他應用程式。(iv) 使用任何機器人、蜘蛛、資料探勘者等其他自動化措施來近用數位內容或其任何部分，或對之建立索引，包含與該數位內容相關的後設資料。(v) 出租、出借、再授權、傳送、重製、展示、散布或其他使數位內容可以為第三人取得之行為。
2. 終止使用：邦諾得根據任何理由，包含但不限於使用者對於使用條款之違反，或是邦諾相信系爭的近用行為會違反有效的法律，或將危害邦諾、邦諾之供應商或其他使用者之利益，或有可能造成其經濟上損失或法律責任，得不事先經通知而發出警告，暫時或無限期地停止或終止任何使用者使用或近用邦諾網站之全部或其部分。

第四目 Sony Reader Store

Sony 的電子書交易平台 Reader Store 在其服務條款 (Terms of Service)³²³ 中詳細地規範了其與消費者之間的權利義務，以下同樣節錄關於電子書之使用、限制、契約終止等條款作為討論之基礎。

1. 授權；權利保留 (License；Reservation of Rights)³²⁴

(1) 有限的授權

一旦您接受了本服務條款，您即被授予一個非專屬、不得移轉、不得再授權的有限權利，並僅限於下載、閱讀、收聽以及瀏覽與本服務有關之內容之目的以使用本服務。

(2) 額外的限制

我們並不保證任何內容或者是使用我們的服務所產出之成果的準確性、可信度、完整性以及即時性，從而您也明確地同意您對於我們的服務之使用應自行負責。您同意您將依非商業性之個人使用且不得基於其他目的使用我們的服務，並且除了您之外，他人不得在授權給您的範圍內使用本服務。您使用我們服務的權利不得轉讓或轉。除了本條授予您之有限的權利外，您在本服務中無其他權利、資格或利益，而任何未由我們特別授予您的權利將全部由我們及我們的授權人所保留。任何對於我們的服務之未經授權或禁止的利用行為可能會使您身負民事責任、刑事追訴或同時負起民刑責任。您了解並承認，在任何情況下，您對於內容的權利將受到著作權法以及本服務條款之限制。

2. 服務內容 (Description of our Service)³²⁵

(1) 觀看與移轉內容 (Viewing and Transferring Content)

本服務中可能有些內容、產品或者裝置是您可以瀏覽、預覽或檢索，但根

³²³ Terms of Service, <http://ebookstore.sony.com/termsofservice.html> (last visited Aug. 30, 2011)

³²⁴ Reader Store 服務條款第 2 條

³²⁵ Reader Store 服務條款第 3 條

據您所居住的地點以及相關內容、產品及裝置被容許販售的區域而使您無法取得或購買。

一旦您下載了內容到註冊過之電腦或裝置，您可以不限次數地透過用戶端軟體或裝置軟體在該電腦或裝置上閱覽該內容。在您受許可之裝置數量範圍內，您也可以將該內容從您的服務帳號移轉到您註冊的可攜式裝置上。

您不得在移除有效之權利管理措施之情形下，將內容從一個裝置移轉、拷貝或者輸出到另一個裝置或其他任何種類的媒體。

3. 額外限制 (Additional Restrictions) ³²⁶

(1) 地域 (Territory)

本服務僅提供給其所有之信用卡擁有在美國或加拿大之帳單地址的使用者。

您了解如果您是加拿大的居民，您將只能近用那些可以於加拿大散布之內容，而如果您是美國的居民，您將只能近用那些可以於美國散布之內容。

您了解並承認您不得在未經授權的地域登入、近用或意圖近用或使用本服務。藉由使用或繼續使用本服務，代表您同意，只要您仍保留服務帳號，您會永遠遵守地域條件。

(2) 與內容有關之使用限制 (Restriction on Use Related to Content)

此授權契約並未將以下的權利轉讓給你：(a)重製或更進一步對於內容的利用權（例如任何涉及或需要公開演出之使用行為，或是會導致內容或任何標明內容之後設資料的商業性再散布的利用行為）(b)與任何營利廣播系統締結和約之權利（地面的、衛星的、有線的或是其他散布管道）(c) 在串流應用程式散布或再散布內容之權利（透過網際網路、內部網路或其他網路系統）(d)利用其他內容散布系統或實體媒介物將內容散布給其他人之權利（例如利用光碟、DVD、半導體晶片、硬碟、記憶卡或其他類似裝置）或者 (e) 對內容為商業性、出售、轉售、重製、散布、促銷目的之利用權。任何附

³²⁶ Reader Store 服務條款第 7 條

加在內容上的數位權利管理措施皆是不可分割的部分。如果您擁有內容，您有責任確保其不遺失、毀損或使之滅失。

4. 雜項條款 (Miscellaneous Terms) ³²⁷

(1) 期間；終止 (Term; Termination)

這些服務條款在依以下規定終止前皆應有效。本服務條款與您使用本服務的權利將不經通知，立即終止，如果 (a) 你違反了服務條款中的任何規定(或我們合理懷疑您已經違反)或 (b) 我們對於此服務的傳遞或支援不再繼續。如果該等未經通知之終止是受到有效法律之禁止，則該等終止將會在通知後始發生效力。一旦終止，您必須停止對於本服務的所有使用行為。如果我們基於前述服務條款中所列之各種原因終止了服務條款或是停止您的服務帳號，相關的個人或團體對您不應有任何責任，我們也將不會退還您原因支付的費用。

第二款 契約性質

線上電子書之提供不涉及實體著作物之交付已如上述，而根據前述電子書銷售平台提供之定型化使用條款，可以發現電子書之消費者在支付對價之後，所取得的僅是非專屬、可撤回且有條件近用或利用電子書之權利。電書銷售平台或是出版社並未因此而喪失其對於電子書的著作財產權，並且在消費者違反使用條款時，有權終止此一法律關係，使消費者不得再近用電子書。由此可見，所謂的使用條款或服務條款，不僅在用語上使用「授權」而非出售，實質上也具有著作財產權授權契約的特徵，因此消費者與電子書銷售平台之間就電子書之使用應包含著作財產權授權之法律關係，電子書之使用或服務條款應具備授權契約之性質。

然而，使用條款雖具有授權契約的特徵，但授權範圍之限制與其說是被授權

³²⁷ Reader Store 服務條款第 11 條

人之不作為義務，毋寧比較類似於授權人給付內容的描述，換言之，是對「產品」本身之敘述。因為利用行為早就透過各種技術措施加以限制，消費者違反契約就必然須以各種方式規避這些限制著作利用方式的技術措施。前述電子書的使用條款也必定會禁止消費者從事相關的規避活動，因此，消費者規避相關利用限制措施的行為除了構成對著作財產權之侵害外，也構成對使用條款之違反。從而，對消費者而言，真正的不作為義務來自於不得規避相關的保護措施；而授權範圍之限制則構成授權人給付之主要內容。

第三款 地域約定方式

地域限制對於終端消費者的意義在於消費者是否有資格與電子書的提供者締結授權契約，其目的除了在於落實電子書提供者與著作權人之間的授權約定，也在避免消費者的個人套利行為發生。因此，若欲透過契約限制消費者之範圍，首先，應將會員資格或消費者資格也列為授權契約之條款之一。其次應該限制消費者移轉其帳號與第三人。

第一目 會員或消費者資格

判斷電子書的消費者實際所處地域有不少的判斷標準，而在契約的約定上，可以單純約定註冊之會員或是消費之會員應實際居住在電子書被授權銷售地域，否則不具備與電子書供應者締結授權契約之資格。或是要求註冊之會員或是消費之會員所用來消費之信用卡應具備在電子書被授權銷售地域之帳單地址。前述 Barnes & Noble 以及 Sony Reader Store 皆有此等規定。並且由於上述資訊涉及消費者個人資料之保護，電子書銷售平台通常無法直接驗證，因此，Sony Reader Store 甚至在服務條款³²⁸中要求消費者應確保相關資料的正確性並應隨時更新。

³²⁸ Sony Reader Store 的 Terms of Service 第 8.2 條要求使用者應通知客服中心信用卡帳單地址變更之訊息（“If any of your billing information changes, you must update that information by contacting Customer Support or changing your Service Account information online on the Service.”）。第 9.2 條

然而，有些電子書銷售平台則乾脆以技術方式將可能實際上不是來自於被授權地域的消費者加以過濾，從而其所提供的電子書使用條款或服務條款在根本上即不以被授權地域外之消費者為規範之對象，是故此類的契約通常缺乏對於會員資格或消費者資格之限制條款，例如 Amazon.com 以及 Google。

第二目 帳號轉讓禁止

另外，由於電子書之交易方式通常採取會員制，每個會員可以透過帳號與密碼瀏覽或下載其所「購買」的所有電子書，因此，每組帳號密碼代表的各別是對於許多電子書的瀏覽與下載的權利，擁有該等帳號密碼就等於可以行使前述權利。如果不禁止消費者任意轉讓帳號與第三人，則關於會員資格或消費者資格之限制將如同虛設。而終端消費者也會因為帳號之轉讓而取得套利的機會，亦即將帳號密碼轉售以賺取差價，其情形將與實體書的轉售相差無幾。此種情形在線上遊戲甚為常見，因為遊戲角色之經營培養與遊戲道具的取得需要時間與金錢，有些玩家只想坐享其成，因此便存在遊戲帳號轉售之市場。因此，在線上遊戲的使用條款或授權契約中皆會有限制帳號轉讓條款³²⁹。

前述所列之各電子書銷售平台皆未見此等條款³³⁰，但事實上，使用條款中對於禁止消費者轉授權與他人之規定應可涵蓋轉讓或分享帳號密碼之行為態樣。此

也要求使用者保證所提供資料的正確性，並要求隨時更新。（“You represent and warrant that all information you provide to us is correct, complete, and current, and you agree to update such information as necessary.”）See Sony Reader Store, Terms of Service,

<http://ebookstore.sony.com/termservice.html> (last visited Aug. 31, 2011)

³²⁹ 經濟部工業局所公布的線上遊戲定型化契約範本第 11 條第 1 項即規定：「乙方於甲方完成註冊程序後，應核發一組帳號及密碼；該組帳號一經設定即不得變更，且僅供甲方使用。」

http://gameservice.org.tw/contract_copy991207.doc（最後瀏覽日：08/31/2011）

³³⁰ 我國有學者建議電子書的交易也可附加此一條款。在新聞局於民國 100 年 8 月 29 日所舉辦的數位出版實戰講座中，周天教授於「數位版權簽訂實務」場次中所提供的「數位出版品銷售契約書範例」第 5 條關於消費者義務之規定中，該條第 1 款規定：「消費者不得以任何形式擅自轉讓或授權他人使用自己的會員帳號或密碼。」

外，帳號密碼之轉讓係消費者對於權利義務的概括轉讓，係一種契約承擔的法律行為，因此，原則上也應該得到他方之同意，否則不生效力，因此理論上應通知電子書內容提供者，徵得其同意。

第四款 違約之效果

觀察前述電子書銷售平台之電子書使用條款或服務條款，可以發現，契約終止乃違反契約的共通法律效果。契約終止後，消費者將無法繼續近用曾經付費獲得授權利用之電子書，並且無法獲得退費。而違反契約之消費者是否同時構成著作權之侵害，則應視其所違反者為何條款而定。例如，若消費者提供不實的信用卡帳單地址資訊，在此情形下，消費者仍舊取得授權利用電子書，其瀏覽與下載電子書之行為並非未獲授權，故此行為僅能論以授權契約之違反。又如消費者違反不得規避數位權利管理措施（或科技保護措施）之規定，此時不僅違反授權契約中課予被授權人之不作為義務，同時構成對著作財產權之侵害。

然而，對於消費者是否非來自被授權電子書銷售地域、是否提供不實帳單地址資訊、是否將帳號轉讓第三人，電子書銷售平台是否有能力對於眾多消費者一一驗證與監督即有疑問。線上電子書的去中介化特性讓電子書銷售平台與出版社的角色不再那麼清楚可分，雖然概念上仍區分成 wholesale model 與 agency model 兩種模式，但當出版的平台同時變成了銷售的通路之後，圖書從作者到消費者的流程縮短了，交易相對人是出版社還是銷售平台業者，其界線變得模糊了。授權契約原本只能用來規範上游著作權人與出版社之法律關係，如今更讓著作權人可以直接用來規範其與消費者之間的法律關係。不過，實際上，對消費者而言，主要還是透過技術上的限制，而非契約上的限制。蓋契約中義務之履行有賴債務人的誠實信用，並輔以債權人的監督。因此，在當債務人是不特定的多數人時，契約拘束的力量即相對減少，因為債權人無法一一監督，僅可依賴消費者的誠實信

用。又即使消費者違反契約而導致契約終止，匿名機制讓消費者可以再註冊新的帳號而繼續使用，根本無須擔心平台業者拒絕與之交易，對違約之消費者無嚴重的懲罰效果。是故，在電子書的授權契約，其只適合用來表明內容提供者給付之標的，不適合用來作為對消費者之限制。

第四項 小結

欲以契約來落實電子書銷售之地域限制，限制中間的平台業者或消費者套利的空間，契約必須能夠增加電子書的不可移轉性。而這不可移轉性表現在契約之性質、約定方式以及違約之效果上。在契約之性質上，不論是著作權人與電子書銷售平台，或內容提供者（可能為著作權人自身或電子書銷售平台）與消費者，其間的關係皆屬著作財產權的授權契約。由於不存在實體著作物之流通交付，契約之標的乃無形權利之授權，本質上具有相當高之不可移轉性。而由於線上電子書去中介化之特性，使得著作權人也可以直接以授權契約限制消費者對電子書的利用行為，相較於實體書，著作權人對於終端消費對著作之利用有更高的控制能力。

當被授權人為電子書銷售平台時，授權人可以透過 Authorized users 以及 Authorized site 條款來具體規範電子書被公開傳輸之對象與範圍，達到與地域限制相同之效果。也可以單純要求平台業者僅能於特定地域公開傳輸其著作，並由平台業者採取合理的措施來落實上開約定。當平台業者未能落實地域限制之約定時，可能同時構成公開傳輸權之侵害，授權人可以採取終止契約之方式制裁之，但對於侵權部分要在何國法院起訴與適用何國法律則有疑問，因為網際網路跨越國界之特性使得侵權行為可能發生在許多國家。事實上，授權人採取終止契約之方式以為制裁，並拒絕再提供內容，即可達到嚇阻的效果。

當被授權人為消費者時，授權人可能透過會員或消費者資格限制以及禁止帳號轉讓之方式加以約定。但契約中義務之履行除了債權人的積極主張與監督外，須賴債務人的誠實信用之。電子書的消費者乃不特定之多數人，授權人不可能對之一一監督並個別行使契約終止之權利，最終只能依賴消費者的誠實信用。加上電子商務的匿名機制使得違約的消費者不容易受到拒絕交易的懲罰，因此，欲以契約增加電子書的不可移轉性，避免消費者個人套利或轉售套利即不可行。

第五節 以價格區別消費者之可能性：域外電子書交易之法律效果

誠如前節之分析，違反授權契約中授權範圍限制之約定除了導致契約終止之效果外，在授權範圍外的著作利用行為通常也構成著作權之侵害。當電子書銷售平台業者未能落實授權地域限制之約定，或是消費者規避相關驗證措施而完成交易，取得利用電子書的相關權利時，究竟會產生何種法律效果，殊值研究。特別是當消費者若未遵守平台業者拒絕與授權地域外消費者交易的規則或服務條款而與之交易時，消費者是否侵害著作權人何等權利而應受制裁，則影響到授權人是否能夠以價格區隔消費者以落實差別取價。嚴格來說，這只是從另一種角度觀察市場區隔是否能落實，合先敘明。

第一項 銷售平台業者

第一款 公開發表權之侵害

如果授權人約定授權地域之目的在於其不欲在授權地域以外之地區發行其著作，則電子書銷售平台是否可能侵害著作權人之公開發表權？公開發表權係指著作人有決定其著作如何向公眾發表之權利，包含「是否將著作發表」、「何時發表」、「以何種方式發表」及「在何地發表」之決定權³³¹。公開發表權之行使往往與其

³³¹ 羅明通，前揭註 21，頁 433。

他著作利用權密切相關，例如當作人授權他人利用時，若因著作財產權之行使或裡用而公開發表，則應推定著作人同意被授權人公開發表其著作，我國著作權法第15條第2項第1款可資參照。又所謂的公開發表權係指第一次之公開發表而言，一經行使即行消滅，並無所謂再次公開發表權，也不分行使之地域。因此，即使著作人只欲在一國發行其電子書，而不欲在他國發行，當著作人授權出版社或電子書銷售平台銷售其電子書時，應認為著作人已同意被授權人以電子書形式公開發表其著作，其公開發表權一經行使即行消滅，無法再於其他法域行使第二次公開發表權，從而，電子書銷售平台對於未能落實電子書銷售地域限制之行為並不會侵害著作人之公開發表權。至於若同樣內容之電子書翻譯成不同語言，已屬於獨立的著作，有其獨立於原作之公開發表權，自不在話下。

第二款 公開傳輸權之侵害

電子書銷售平台利用網際網路提供消費者瀏覽與下載電子書，必須取得著作權人公開發表權之授權，已如上述。雖然網際網路具有跨越國界之特性，但不當然表示當著作權人授權他人公開發表權以利用網際網路提供著作時，則不得再對公開發表權行使之地域加以限制，進一步言之，不得認為對公開發表權之行使所為之地域限制乃單純的債權約定，從而認為其違反不侵害公開發表權。因此，對於被授權人未能將電子書之線上提供限制在一定地域，其在被授權地域以外利用網際網路提供著作之行為應構成公開發表權之侵害。因此，對於電子書銷售平台而言，著作權人是有可能根據地域市場差異而對之收取不同的授權金，換言之，著作權人有辦法以價格來區別欲在不同地區銷售電子書的平台業者。不過，誠如前所述，此時著作權人被侵害的權利應為其在授權地域以外法域所享有之公開發表權，關於是否侵權之認定所應適用的法律應為該法域之著作權法。

第二項 消費者

第一款 重製權之侵害

誠如本文前述之分析，終端消費者購買實體書，主要是用於閱讀，不必然須涉及著作財產權之行使，而消費者即使在未被授權販售之地域閱讀或在合理使用範圍內利用該書籍，亦不構成著作權侵害。原則上在電子書也是如此，但仍有些問題應加以釐清。雖然消費者仍可能透過網路直接在雲端書櫃閱讀電子書，而不須進行重製，但誠如前述，網際網路之近用具有地理上的限制，消費者有時需要將電子書存放於其閱讀載具中，因此，重製行為便不可或缺。在線上電子書之交易中，消費者在支付作為授權金之費用後，通常取得閱讀及下載電子書全文之權利，甚至有些電子書作權人尚授權消費者以有限的列印方式重製電子書之內容。如果消費者並非電子書銷售平台被授權交易之對象，其對於電子書閱讀的行為固然不至於侵害著作權人任何著作財產權，但其對於電子書之下載或其他重製行為是否構成重製權之侵害則有疑問。

終端消費者對於電子書的使用權利有可能直接來自於著作財產權人之授權或不受地域限制之專屬被授權人之再授權，也有可能是來自於其他非專屬被授權人或地域限制之專屬被授權人之再授權。終端消費者與其直接授權人之間之法律關係係以授權契約為準繩，其在授權契約範圍內之著作利用行為，授權人皆有容忍之義務，不論其在著作權法上是否有以自己名義排除侵權之訴訟上權利，即使被授權人並非其意欲服務之對象，授權人也僅能先依契約約定行使終止權，並對於被授權人之後的重製行為主張侵權責任。因此，在前述第一種情形，終端消費者的下載行為並不構成重製權之侵害。

然而，契約終究僅有相對效力，無法拘束契約外第三人，特別是在前述第二種情形中，再授權契約並不拘束著作財產權人或不受地域限制之專屬被授權人。理論上，著作財產權人對於再被授權人利用著作之行為仍可主張著作財產權之侵

害，但如此一來，再被授權人恐怕會向原被授權人主張權利瑕疵擔保，而原被授權人也會再依原授權契約向原授權人主張權利瑕疵擔保，因此實際上著作財產權人受到原授權契約之拘束，只要再授權契約之授權範圍未逾越原授權契約之授權範圍，著作財產權人即無法對於再授權契約之再被授權人主張著作財產權之侵害。不受地域限制之被授權人在被授權範圍內有與著作財產權人同樣之地位，因此，也應做同樣解釋。

當終端消費者規避過濾機制而與電子書銷售平台或出版社締結再授權契約時，由於著作財產權人於原授權契約僅授權電子書銷售平台或出版社得再授權與符合一定資格之消費者，因此，若有未符合資格的消費者與之締結再授權契約，此乃超出原授權契約之範圍，著作財產權人即不受原授權契約之限制，從而若該不符合資格的消費者進而對電子書有下載、列印等重製行為，著作財產權人自得對之主張重製權之侵害。惟是否構成著作財產權之侵害，尚應考量消費者的重製是否構成合理使用。蓋消費者仍支付一定之對價，且是為個人非營利目的之使用，極有可能構成合理使用。

第二款 契約得撤銷

如果消費者是直接獲得著作權人之授權，縱然其本來不是著作權人欲授權之對象，在契約仍有效的期間，其在授權範圍內利用著作之行為並未構成著作權之侵害。然而，若授權契約中本即對於消費者之資格加以約定，授權人自然可以依據授權契約對於不具資格卻與之締約的消費者行使終止權。而在授權契約並未約定消費者資格之情形，授權人是否可以撤銷其意思表示，使契約歸於無效？

依我國民法之規定，意思表示受詐欺、脅迫或有錯誤皆為可撤銷之原因。我國民法第 92 條本文規定：「因被詐欺或被脅迫而為意思表示者，表意人得撤銷其

意思表示。」在消費者明知其本身非授權人欲授權之對象卻故意輸入不實資訊，使授權人誤以為其乃適格的被授權人而與之締結授權契約之情形，授權人之意思表示受到詐欺，應容許授權人撤銷其意思表示。若授權人僅以簡單的技術措施過濾消費者，並未特別明示拒絕與特定地域以外之消費者交易之情形，消費者偶然迴避了過濾措施而完成交易，此時，是否可容許授權人以意思表示錯誤而撤銷，值得研究。

我國民法第 88 條第 1 項本文規定：「意思表示之內容有錯誤，或表意人若知其事情即不為意思表示者，表意人得將其意思表示撤銷之。」因此，所謂的意思表示錯誤包含意思表示內容錯誤以及表示行為錯誤。前者指表意人表示其所欲為的表示，但誤認其表示的客觀意義，例如對當事人同一性的錯誤（誤甲為乙）、關於標的物本身的錯誤（誤 A 物為 B 物而交付）、關於法律性質的錯誤（誤買賣為贈與而承諾）³³²。在電子書交易之情形，授權人係誤以為消費者符合特定資格而與之交易，並非對於當事人同一性有所誤認，對於當事人之資格誤認使屬於動機錯誤的範疇，原則上不得撤銷。但前開規定第 2 項規定：「當事人之資格或物之性質，若交易上認為重要者，其錯誤，視為意思表示內容之錯誤。」此乃動機錯誤但可以撤銷之例外規定³³³。如果消費者所在地域在線上電子書交易中認為重要，則應容許授權人撤銷其意思表示。不過與契約終止不同者在於，意思表示一經撤銷，授權契約及自始不生效力，契約當事人應負回復原狀之義務，授權人應退還消費者所支出之費用，消費者應刪除已下載之電子書。

第六節 小結

本文從差別取價的角度來檢視電子書之地域市場區隔的可行性，而差別取價

³³² 詳參王澤鑑，前揭註 211，頁 402。

³³³ 詳參王澤鑑，前揭註 211，頁 403。

之實行應具備三個要件：廠商具備市場力量、可以用價格來區別消費者以及有辦法避免套利。著作財產權賦予了廠商市場力量，套利行為受到不可移轉性之限制，不可移轉性之高低受到自然因素、技術措施、契約以及法律規範之影響，是影響市場區隔是否能夠落實的最關鍵因素。而若著作權人欲進一步進行差別取價，則應再檢驗是否有辦法以價格來區別消費者，其關鍵在於消費者跨地域進行電子書交易的行為是否構成對著作權之侵害行為。

市場區隔或為進行差別取價，或為避免各地域市場的被授權人進行價格競爭，不論目的為何，市場區隔是否能夠落實，皆須視電子書不可移轉性之程度高低而定。在差別取價理論中，避免套利是實施差別取價的要件之一，而不可移轉性則是檢驗是否能夠避免套利之標準。影響不可移轉性的因素，除了交易客體本身之性質以及進行市場區隔的變數外。藉由比較實體書地域限制之落實，透過「不可移轉性」的檢驗，可以發現實體書的授權地域限制之落實除了契約之約定之外，契約外的自然客觀條件以及法律規範都提供了相當之助力。雖然，實際上，契約之安排必須考慮締約成本，不可能對出版社嚴格限制，法律規範上關於國際耗盡以及合理使用之規定也為實體書散布地域之限制開了小門。換言之，對於實體書進行散布地域限制固然在規範上與客觀條件上有其優勢，但實際上並無嚴格之落實情形，特別是對於個人基於私人目的之跨國交易或輸入行為。

電子書的不可移轉性尚受到契約和法律之規定以及規避相關過濾技術措施之法律效果而定。電子書不具實體，本質上便於流通，但著作權人仍利用科技保護措施限制其流通，以簡單的地理定位方式過濾消費者，並以會員制限制會員對於電子書的轉讓，以技術方式去除其本質上的高度可移轉性。但電子商務便利消費者比價與尋找電子書，因此，消費者存在套利的誘因，即使其不去破解規避過濾措施，也可能鑽會員制的漏洞。而避免這些行為發生的方法就是透過法律與契約

來加以限制，如果這些行為違反法律或契約，而招致嚴重的法律效果，則自可增加電子書的不可移轉性。

在法律規範方面，本文認為，電子書不具實體的數位化特性使之無法適用平行輸入禁止之相關規定，因此消費者自境外購買電子書的行為並無法受到約束。況且，即使電子書受到平行輸入之規範，消費者為了個人非散布目的而自境外取得電子書的行為也通常能夠豁免於平行輸入之規定。對於電子書銷售之被授權人未能禁止被授權地域外消費者交易之行為，美國著作權法中的境外網站條款效果亦有限。其次，規避對於消費者定位過濾之措施並不構成科技保護措施而被認定為侵害著作權之行為。目前實務常用的以信用卡帳單地址作為過濾標準的措施固然不屬於科技保護措施，以 IP 位址過濾消費者的措施也不具有有效性，欺騙 IP 過濾機制的 VPN 與 Proxy 技術也難認為是一種規避工具。最後，在授權契約上，契約僅具有相對效力，無法約束第三人之行為，但電子書去中介化之特性使得不論是電子書銷售平台或是終端消費者皆可受到契約效力之拘束。然而，問題在於，授權人無法對於被授權利用電子書的終端消費者一一監督，最後仍只能有賴於消費者自我約束。因此，原本用來增加電子書不可移轉性的各種措施又失去其功能，電子書再次回復其本質上的高度可移轉性。

最後，若著作權人進而欲以地域為差別取價之標準，則應再檢驗是否能夠以價格區別消費者，而判斷的重點應在於消費者未在被授權銷售地區利用系爭著作以及跨區交易之法律效果。首先，與實體書相同，消費者並不會因為在非被授權銷售地區近用電子書而侵害著作權，實際上，也無電子書交易平台會限制消費者只能在完成交易之地區使用電子書。其次，當消費者規避過濾機制而與電子書銷售平台或出版社締結再授權契約時，若著作財產權人於原授權契約僅授權電子書銷售平台或出版社得再授權與符合一定資格之消費者，則平台或出版社再授權與

未符合資格的消費者，乃超出原授權契約之範圍，著作財產權人即不受原授權契約之限制，而可對該不符合資格的消費者對於電子書之下載、列印等重製行為主張重製權之侵害。惟是否構成著作財產權之侵害，尚應考量是否構成合理使用。畢竟消費者已支付一定之對價，且通常是為個人非營利目的之使用。反之，若電子書銷售平台或出版社所取得的是全球性的權利，分類消費者僅是其區隔地理市場以便進行差別取價的方式，則消費者迴避其分類機制以進行交易與重製，至多僅是一種違反契約或以詐欺方式取得締約機會之行為，再授權人得終止或撤銷授權契約，並不當然構成重製權之侵害，蓋其利用行為並未落入原授權人保留的權利範圍內。因此，相較於銷售平台業者可能因為未取得在特定地域公開傳輸的權利而涉訟，從而著作權人有可能依據銷售地域之差異對之收取不同比例或金額的授權金，對消費者而言，顯然是較難以用價格加以區別。



第五章 結論與對台灣電子書產業之啟示

第一節 結論

網際網路具有「無遠弗屆」而不受地理界線阻隔的特性，但不當然表示當著作權人授權他人利用網際網路對公眾提供其著作時，則不得再對公開傳輸權行使之地域加以限制。實際上，不僅網際網路的分布受到地形、都市化及其他基礎設施的限制，地理位置資訊在網際網路上之應用也成為目前發展的趨勢。地理位置資訊的取得與應用，即可協助著作權人在網際網路上落實授權地域之約定。

然而，使用者地理位置資訊的獲取涉及到個人隱私與安全的問題，以主動方式取得使用者位置資訊存在侵害隱私權的疑慮，因此目前定位技術逐漸採取的是被動的方式，要求使用者授權啟動定位功能。主動式的地理資訊擷取僅在 IP Geo-location 技術較無上述疑慮，蓋 IP 位址會在使用者發出指令到網路上另一部電腦時自動顯示，這是網路通訊技術上的必然結果，不須以其他技術獲取。雖然 IP 位址只能推算出使用者所處的區域，但對於限制電子書提供之地域範圍已然綽綽有餘。問題是，IP 位址容易偽裝，欲取得真實 IP 位址仍舊必須透過使用者授權，由瀏覽器回傳之 IP 位址資訊方具正確性。

綜覽美國各主要電子書交易平台對於消費者所在地域的過濾機制，可以發現，除了一般的平台透過 IP Geo-location 技術來屏蔽未經授權之地域範圍的消費者，電子書交易最成熟的亞馬遜網路書店更是採取由消費者自行輸入信用卡帳單地址的方式而對消費者進行地域的分類。其效果可能受到電子書的價格差異度之影響而有所消長，非絕對有效之措施。雖然，電子書交易平台也不無可能在交易程序上添加授權取得地理位置資訊的程序，但其是否可能影響消費者消費的意願，則是另一個必須考量的問題，已非本文討論範圍。至於在規範上是否能夠提供助力以

強迫消費者遵守相關之地域限制措施，方為本文所欲討論者。

對於線上電子書進行地域限制的可行性如何，英語實體書的地域限制或可做為一個比較參考。實體書進行授權地域限制之標的，主要是散布權，至於重製權之限制則在輔助散布權地域限制之落實。授權地域限制之目的有基於法律上與經濟上之原因，前者影響著作權人是否授權，後者影響著作權人如何授權。然著作權人在決定是否授權時，仍須考慮到開發中國家的強制授權規定可能使其失去透過自由授權時所能取得之較高額授權金。經濟上之最主要原因在於地理市場之區隔，以便行銷與差別取價，避免同商品之間的價格競爭，將授權金收入最大化。

對於地理市場區隔之合理性，本文採取市場區隔理論加以檢驗。以英語實體書為例，英語實體書出版授權的地理市場區隔主要有三種類型，包含同一語言版本（此指英語而言）的地域授權、翻譯權的授權以及低價版本書籍的出版地域約定。同一語言版本的地域授權將全球地理市場區隔為三大塊，其中包含兩個專屬授權的英語世界以及一個非專屬授權的非英語世界，而非以單一國家為授權之地域，相當符合市場區隔理論中對於「足量」之要求。低價版本書籍的地理市場區隔則以英語教科書為主，其區隔標準則與前述同一語言版本的地域授權不同，蓋其目的在避免低價書籍流通到高價的市場，因此嚴格限制只能在特定一個或數個國家銷售。

至於在電子書之情形，其為地域限制之法律上與經濟上目的與實體書並無差異，但受到限制的主體不僅包含負責出版與銷售的內容提供者，更及於終端的使用者；受到限制的權利則為被授權人公開傳輸之權利與終端消費者近用接觸之權利。相較於實體書，線上電子書所為之地域限制措施似乎更為廣泛。然而，電子書對於地理市場的安排係以個別國家為市場單位，似乎與實體書並不一致。這種

市場區隔並不合於市場區隔理論中對於足量性之要求。本文以為，電子書的傳遞媒介是網際網路，而各國的網際網路普及度是有差異的，網路普及度也會影響對電子書的需求人口。單純以國家作為授權地域之基礎顯然是漏未考慮一個市場是否具有足量的需求，應再考量各區域的網際網路發展程度。

對於市場區隔落實之可能性，本文以差別取價理論作為檢驗之標準。蓋市場區隔的目的之一在於進行差別取價，而差別取價之實行應具備三個要件：廠商具備市場力量、可以用價格來區別消費者以及有辦法避免套利。著作財產權賦予了廠商市場力量，套利行為受到不可移轉性之限制，不可移轉性之高低受到自然因素、技術措施、契約以及法律規範之影響。其中，對於「避免套利」之要求所衍生出的「不可移轉性」正是落實市場區隔的關鍵。而若著作權人欲再進行差別取價，方須進一步檢驗以價格區隔不同地域市場消費者之可能性。

本文發現實體書的授權地域限制之落實除了契約之約定之外，契約外的自然客觀條件以及法律規範都增加了消費者跨域取得書籍的成本，為授權地域限制提供了相當之助力。然而，實際上，契約之安排必須考慮締約成本，不可能對出版社嚴格限制，法律規範上關於國際耗盡以及合理使用之規定也為實體書散布地域之限制開了小門。因此，實際上，對英語實體書的國際貿易而言，甚少關於地域限制之問題。一則，除幾個主要的專屬授權市場外，其全球市場之劃分仍容許圖書國際貿易的存在。二則，即使是在專屬授權市場中，也無法阻止消費者透過電子商務郵購買賣以及個人自行攜帶入境的方式進行少量的流通。三則，實體書的經銷商作為實體書的轉售者，本得基於權利耗盡原則將圖書輸出至海外市場而不受到限制。至於經銷商在海外市場輸入該等書籍是否侵害著作權人之進口權與散布權，則應視該海外市場（輸入國）著作權法如何規定，非本國（輸出國）著作權法可以干涉。至於若欲就實體書的銷售地域進行差別取價，本文以為，消費者

在未被授權販售之地區閱讀或以合理使用方式利用從境外購得之實體書並不致於構成侵權，從而消費者並無誘因只購買被授權在其所在地區之實體書，因此，若欲以價格區隔不同地域市場之消費者，顯然並不可行。

就電子書而言，電子書的不可移轉性受到契約和法律之規定以及規避相關過濾技術措施之法律效果而定。電子書不具實體，本質上便於流通，但著作權人仍利用科技保護措施限制其流通，以簡單的地理定位方式過濾消費者，並以會員制限制會員對於電子書的轉讓，以技術方式去除其本質上的高度可移轉性。但電子商務便利消費者比價與尋找電子書，因此，消費者存在套利的誘因，即使其不去破解規避過濾措施，其也可能去利用會員制的漏洞而藉由帳號之轉讓來將已合法取得利用權限的電子書轉讓給第三人。而避免這些行為發生的方法就是透過法律與契約來加以限制，如果這些行為違反法律或契約，而招致嚴重的法律效果，則自可增加電子書的不可移轉性。

然而，首先，在法律規範方面，本文認為，電子書不具實體的數位化特性使之無法適用平行輸入禁止之相關規定，因此消費者自境外購買電子書的行為並無法受到約束。況且，越來越發達的 B2C 電子商務也早已使得平行輸入禁止之規範逐漸無適用的空間，蓋消費者為了個人非散布目的而自境外取得著作物的行為通常能夠豁免於平行輸入之規定。因此，實體書之輸入已難以限制，更遑論無實體的電子書。至於對電子書銷售之被授權人未能禁止被授權地域外消費者交易之行為，美國著作權法中的境外網站條款效果亦有極為有限，不如授權人以契約約定之效果制裁違約之被授權人。其次，規避對於消費者定位過濾之措施並不構成科技保護措施而被認定為侵害著作權之行為。目前實務常用的以信用卡帳單地址作為過濾標準的措施固然不屬於科技保護措施，以 IP 位址過濾消費者的措施目的非在防止著作權受到侵害，本文認為也不構成是一種科技保護措施，而欺騙 IP 過濾

機制的 VPN 與 Proxy 技術也難認為是一種規避工具。最後，在授權契約上，契約僅具有相對效力，無法約束第三人行為，但電子書去中介化之特性使得不論是電子書銷售平台或是終端消費者皆可受到契約效力之拘束。然而，問題在於，授權人無法對於被授權利用電子書的終端消費者一一監督，最後仍只能有賴於消費者自我約束。因此，原本用來增加電子書不可移轉性的各種措施皆難發揮其功效，電子書再次回復其本質上的高度可移轉性。

最後，關於是否能用價格來區別消費者，關鍵在於消費者跨地域進行電子書交易的行為是否構成對著作權之侵害行為。本文認為，當終端消費者規避過濾機制而與電子書銷售平台或出版社締結再授權契約時，若著作財產權人於原授權契約僅授權電子書銷售平台或出版社得再授權與符合一定資格之消費者，則其平台或出版社再授權與未符合資格的消費者，乃超出原授權契約之範圍，著作財產權人即不受原授權契約之限制，而可對該不符合資格的消費者對於電子書之下載、列印等重製行為主張重製權之侵害。惟是否構成著作財產權之侵害，尚應考量是否構成合理使用。畢竟消費者已支付一定之對價，且是為個人非營利目的之使用。反之，若電子書銷售平台或出版社所取得的是全球性的權利，分類消費者僅是其區隔地理市場以便進行差別取價的方式，則消費者迴避其分類機制以進行交易與重製，至多僅是一種違反契約或以詐欺方式取得締約機會之行為，再授權人得終止或撤銷授權契約，並不當然構成重製權之侵害，蓋其利用行為並未落入原授權人保留的權利範圍內。

美國電子書出版社形式上與各電子書交易平台維持 agency model 的合作模式，使電子書之訂價在所有交易平台維持一致，不致於互相為價格競爭，實質上乃是以非專屬授權之方式授權各交易平台對公眾提供其電子書，並同時附加地域與價格（再授權之權利金）之限制，據以迴避約定轉售價格所帶來的限制競爭問題。

至於在其他地域（需求較小的區域），根據本文對美國亞馬遜之觀察，出版社則授權電子書交易平台可以自行訂價，採取 Wholesale model 之合作模式，此時，係由電子書交易平台對於終端消費者進行地域上的分類以從事差別取價。但不論採取何種合作模式，著作財產權人或專屬被授權人欲對規避過濾機制或違反資格限制（例如限特定地域消費者購買）之消費者主張著作財產權之侵害，在理論上的可能性小，實踐上的可行性更小。因此難以利用價格來區隔各地域市場之消費者。

第二節 建議

本文認為，面對電子書的地域限制問題，可能的解決方法有二：一是完全捨棄地域限制，其結果可能是電子書供應鏈的完全去中介化，由著作權人或專屬被授權人以單一價格經營全球市場。二是將地域限制之效果侷限在中間商與電子書的提供者之間，消費者不受到地域之限制，特別是終端市場價格的一致化。第一種方法可能衝擊傳統實體書市場裡中間商的利益，中間商必須轉型為服務或技術之提供者而非內容的提供者，才可能繼續生存。第二種方法可能涉及競爭法中禁止約定轉售價格之規定，從而亦有所短。因此，本文認為應該截二種方法之所長。

地理市場區隔的最終目的在追求利潤的最大化，而影響消費者跨區消費的主要因素就是在於價格的差異，電子書的製作成本並不會因為地域而有太大差異，因此這種價格差異通常是廠商差別取價之結果。因此，其實廠商是透過地域間消費者願付價格之差異以極大化其收入。問題是，誠如本文之檢驗，電子書消費者的願付價格其實難有差異，結果是著作權人無法獲得其預期的最大化利益。本文以為，被授權銷售之電子書平台才存在願付價格之差異，著作權人應從對銷售平台授權金計算標準的差異化來極大化其收入。具體來說，著作權人可以與電子書銷售平台約定電子書的統一價格，但是針對販售地區的不同而差異化授權金收取的比例。例如若 10 元美金的電子書賣給美國地區消費者則收取 3 元的授權金，若

賣給中國地區消費者則收取 2 元，著作權人總收入為 5 元。如此一來，消費者即無跨區消費之誘因。否則，若對美國賣 12 元，對中國賣 10 元，統一收取授權金 20%，在消費者具有套利誘因之前提下，著作權人最後還是只能收取到 4 元的授權金。

然而，如此的安排必須注意到競爭法中對於禁止限制轉售價格的規定。雖然，電子書的提供之法律性質是否屬於「轉售」必須先予以釐清，但在這個問題釐清之前，本文認為，可以參考美國電子書市場所普遍採取的 Agency model，使著作權人或專屬被授權人成為消費者直接交易之對象（至少名義上是如此），平台業者僅提供交易平台。如此一來，應可避免受到競爭法上的非難。

而為確保下游被授權人於各地域之銷售利益，授權契約也可參考前述實務上對於行銷地域限制之約定，限制被授權人僅得在 IP 位址屬於其被授權銷售地域或國家之相關入口網站進行廣告，以及僅能以其被授權銷售地域慣用之語言文字為行銷活動。並透過各被授權人之間緊張的監督關係，來發揮此等約定之效力。

第三節 對台灣電子書產業之啟示

傳統上，華文實體書出版的地理市場主要分為台灣與中國，著作權人將其著作出版或翻譯並出版的權利專屬授權給被授權人於此二市場利用。因為此兩地乃世界上唯二以華語文為官方語言的國家，具有足量的需求可以構成一個獨立的市場，至於其他地區雖仍存在不少的華語文人口，但因密度不高，不適於作為獨立的地域市場以進行授權。因此，在華文電子書的授權活動上，與英語電子書一樣，也不適於以個別的國家作為單位而一一對被授權人授權。至於在差別取價的實踐或是刻意不授權於特定地區出版電子書之策略的執行上，華文電子書的不可移轉性依然難以從規範上或契約之安排上獲得提升，因此，華文電子書同樣無進行授

權地域限制之可能性。

電子書之地理市場區隔雖然無法與實體書帶來一樣的效果，但仍可利用其他授權條件來充分利用著作權制度為電子書所帶來的經濟利益。誠如本文於第一章地域限制作為一種授權條件，功能在於區隔市場，即使放棄地域限制，著作財產權人仍可透過其他授權條件來區隔市場，特別是關於利用方式之限制，蓋其與科技之發展最為息息相關，例如著作權人得依閱讀載具或是電子書檔案格式之不同而為多種類的授權安排。此外，在實體書的授權上，尚可利用語言文字作為授權之限制，此種授權條件在電子書之授權上並無適用困難。對電子書的提供者而言，語言文字是電子書線上交易的客觀上兩種限制之一，而語言文字對於華語電子書的授權更具有意義，蓋華語世界有兩種文字，包含繁體字與簡體字，因此不論是授權外文電子書的華語翻譯版或是出版原本即以華文創作的電子書內容，僅就字體進行授權即有可能將使用繁體字與簡體字的地理市場區自然隔開來。然而，可能須就被授權人對電子書之價格約定其最高或最低之價格限制，避免兩種文字版本因為價格差異太大而產生互相替代之作用，導致價格之惡性競爭，降低授權金收入。

對於電子書之發展，相較於劃分電子書之地域市場，整合或建置一個國際性且具有豐富內容的華文電子書交易平台更為重要。於雖然進行地域市場區隔的目的之一在於進行在地化的行銷，以吸引消費者，進而極大化收益，但在線上電子書產業顯然不可行。因此，授權上似乎只能退而求其次，尋求最有能力進行全球行銷的出版社，從而可能導致跨國性大出版社獨大而本土出版社萎縮倒閉之情形。然而，事實上，目前掌握主要電子書通路的網路書店並非傳統的出版社，除了提供自助出版的服務外，並不從事出版業務，不與一般出版社競爭。因此，既然通路非由出版社所掌控，只要通路不被壟斷，出版社不論大小，其仍武器平等，不

至於發生本土出版社萎縮之情形。又即便電子書如何的去中介化而使得出版社可以直接與消費者交易，一個有豐富內容而可以吸引消費者的電子書交易平台仍舊非單一出版社可以建置與維持。因此，比較需要憂慮的是，像亞馬遜這樣的國際性電子書銷售平台的發展是否可能壓縮其他網路平台進入市場的空間，特別是美國以外地區的本土電子書網路平台？目前美國亞馬遜雖然已提供全世界的消費者進行電子書交易，但慶幸的是，目前 Kindle 只提供英語書籍。因此，在電信公司所建置之本地手機上網用戶為服務客群的線上書城之外，整合或建置一個國際性且具有豐富內容的華文電子書交易平台或是加速電子書之授權以豐富現有交易平台之內容，或許才是比劃分電子書之地域市場更加重要。



參考文獻

壹、中文文獻

一、專書

1. 王澤鑑 (2001)。《民法總則》。台北：自刊。
2. 王澤鑑 (2003)。《債法原理 (一)：基本理論、債之發生》。台北：自刊。
3. 呂榮海、陳家駿 (1987)。《著作權·出版權》。台北：蔚理法律。
4. 唐真成 (2003)。《電子書》。台北市：楊智文化。
5. 陳曉慧 (2006)。《網際網路與著作權》。台北：經濟部智慧財產局。
6. 陳家駿等 (2004)。《著作權科技保護措施之研究研究報告》，經濟部智慧財產局委託研究專案。
7. 黃俊英 (2007)。《行銷學的世界》，第 4 版，台北：天下文化。
8. 張懿云 (2008)。《數位出版應注意之著作權問題》。台北：經濟部智慧局
9. 張志偉 (1999)。《amazon.com—亞馬遜網路書店發跡傳奇》。台北：城邦
10. 葉乃菁、陳世雄 (2001)。《網路概論最新版》。台北：文魁資訊。
11. 賴文智、王文君 (2007)。《數位著作權法》，再版。台北：益思科技法律
12. 謝銘洋等 (2005)，《著作權法解讀》。台北：元照。
13. 謝銘洋 (2004)，《智慧財產權之基礎理論》，四版。台北：自刊。
14. 謝銘洋 (2002)，《智慧財產權基本問題研究》。台北：自刊。
15. 謝在全 (1997)，《民法物權論下冊》。台北：自刊
16. 魏龍泉 (2001)，《美國出版社的組織與營銷》。台北：三思堂。
17. 羅明通 (2009)。《著作權法論 I》，第 7 版。台北市：台英商務法律。
18. 羅明通 (2009)，《著作權法論 II》，第 7 版。台北市：台英商務法律。

二、譯著

1. Arthur Cecil Pigou 著，陸民仁譯 (1971)，《福利經濟學》，頁 238，台北：台灣銀行。
2. Mitch Tulloch & Ingrid Tulloch 著，金格電腦譯 (2003)，「微軟網路百科全書」(Microsoft Encyclopedia of Networking)，頁 V-10 至頁 V-12，文魁資訊，2003 年。

三、書之篇章

1. 謝銘洋 (2004)。〈契約自由原則在智慧財產授權契約中之運用及其限制〉，謝銘洋著，《智慧財產權之基礎理論》，四版，頁 57-89，台北：自刊。
2. 謝銘洋 (2004)。〈從德國法及歐洲共同體規範之觀點探討專利權行使與競爭法之關係〉，謝銘洋著，《智慧財產權之基礎理論》，四版，頁 305-355，台北：

自刊。

3. 謝銘洋 (2002)。〈論人格權之經濟利益〉，謝銘洋著，《智慧財產權基本問題研究》，頁 37-62，台北：自刊。
4. 張豐榮 (2008)。〈淺析當前出版產業問題與解決之道——出版、發行、零售所需的都贏策略〉，行政院新聞局編《2008 年中華民國出版年鑑》，頁 258-265
5. 蕭雄淋 (2008)。〈數位時代的專業顯學：版權談判〉，行政院新聞局編《2008 年中華民國出版年鑑》，頁 391-395。

四、期刊論文

1. 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〉，《台大法學論叢》，第 38 卷第 2 期，註 36，頁 293-369。
2. 沈宗倫 (2010)。〈新興科技媒體與著作財產權授權疑義——評最高法院九十七年度台上字第 1535 號民事判決及其下級法院判決〉，《月旦法學雜誌》，第 180 期，頁 249-278。
3. 李傑勳 (2005)。〈GPS 手機今年引爆商機 E911 強制規定手機須配備定位功能〉，《新通訊》，第 54 期。
4. 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》，第 26 期，頁 131-181。
5. 財團法人資訊工業策進會 (2010)。〈電子書戰國時代各家爭鳴——從產品與服務面淺談目前國際電子書市場走向〉，《數位知識閱刊》，第 1 期，頁 2-5。
6. 章忠信 (2001)。〈著作權法中「散布權」之檢討〉，《萬國法律》，第 116 期，頁 74-91。
7. 章忠信 (1998)。〈著作權法真品平行輸入之研究〉，《資訊法務透析》，7 月號，頁 58-74。
8. 章忠信 (2004)。〈新著作權法「散布權」相關規定之檢討〉，《政大智慧財產評論》，第 2 卷第 1 期，頁 49-72。
9. 章忠信 (2007)。〈美國著作權法科技保護措施例外規定之探討〉，《萬國法律》，第 151 期，頁 44-54。
10. 陳哲銘等 (2006)。〈「無所不在」的資訊服務：LBS 定位服務簡介〉，《國土資訊系統通訊》，第 55 期，頁 14-26。
11. 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〉，《智慧財產月刊》，第 119 期，頁 39-70。
12. 陳櫻琴 (2000)。〈真品平行輸入之廣告——評行政法院八十六年判字第二七四五號判決〉，《月旦法學雜誌》，第 58 期，頁 166-175。
13. 許耀明 (2002)。《Internet 跨國 B2C 實體商品交易契約之準據法》，第一屆留法法律學人論文研討會，中法比較法學會主辦，Paris。
14. 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》，第 24 期，頁 73-128。

15. 謝銘洋 (2002)。〈智慧財產授權契約之性質〉，《月旦法學教室》，第 82 期，頁 24-25。
16. 謝家宜 (2011)。〈論美國數位網路環境對合理使用之定位〉，《「著作權合理使用條款之現在與未來」研討會》，智財判決研究會主辦。

五、學位論文

1. 江秋滿 (1996)。《連鎖通路權力互動之研究—以圖書出版品為例》，國立臺灣大學商學研究所碩士論文。
2. 林佳瑩 (2010)。《經銷契約法律關係之研究》，國立臺灣大學法律學系碩士論文。
1. 柳瑜珊 (2002)。《著作權授權與競爭法相關問題之研究》，國立臺灣大學法律學系碩士論文。
3. 洪吉亮 (2007)。《著作權法上科技保護措施之研究》，國立清華大學科技法律研究所碩士論文。
4. 星友康 (2006)。《衝突或妥協？—科技保護措施立法之研究》，國立臺灣大學法律學系碩士論文。
5. 郭祝榮 (2009)。《數位權利管理(DRM)系統可行性研究-從技術、法律和管理三面向剖析》，國立政治大學智慧財產研究所碩士論文。
6. 盧彥廷 (2005)。《跨國總經銷契約之研究--兼論終止補償爭議之解決方式》，銘傳大學法律研究所碩士論文。
7. 戴伯勳 (2007)。《圖書出版業與音樂產業的現況與未來發展》，國立政治大學企業管理研究所碩士論文。

六、新聞與電子資料

1. ZDNet Taiwan (05/04/2010)，新版 Chrome 增加地理定位功能，
<http://www.zdnet.com.tw/news/web/0,2000085679,20145316,00.htm> (最後瀏覽日：2011/05/16)
2. 經濟日報 (12/28/2010)，漢王電子書 吃掉大陸 70%市占，A13 版
3. 聯合晚報 (12/31/2010) 台灣書城上線漢王 辦電子書論壇，B2 版
4. 聯合報 (12/28/2010)，自行出版電子書 作家賺更大，A17 版
5. 經濟日報 (04/23/2011)，美德義法將調查蘋果，A8 版
6. 行政院 (2011)。《數位匯流發展方案 (2101-2015 年)》，載於行政院網站，
<http://www.ey.gov.tw/public/Attachment/012916565471.pdf> (最後瀏覽日：2011/5/4)
7. 行政院新聞局 (2009)。《97 年出版產業調查》，載於行政院新聞局網站
<http://www.gio.gov.tw/info/publish/2008survey/> (最後瀏覽日：11/9/2011)。
8. 經濟部智慧財產局。《著作權整體法制檢討與修法規劃》，載於智慧財產局網

站

http://www.tipo.gov.tw/ch/MultiMedia_FileDownload.ashx?guid=b116460b-e1a5-466a-b8ad-a6b002bb3e89 (最後瀏覽日：2011/05/09)

9. 經濟部智慧財產局 (2011)。《著作權修法諮詢小組 100 年第 9 次會議紀錄》，
http://www.tipo.gov.tw/ch/MultiMedia_FileDownload.ashx?guid=ccb2a59e-0489-4165-9f82-e92bcf5bda2e.doc (最後瀏覽日：2011/05/09)
10. 蕭雄淋 (2010)。《著作權法第 65 條之修法芻議》，載於作者遠流部落格
<http://blog.ylib.com/nsgrotius/Archives/2010/11/15/16991> (最後瀏覽日：2011/7/14)。
11. 蕭雄淋 (2008)。《逾越授權範圍將合法重製之重製物輸出國外之責任問題》，載於作者遠流部落格 <http://blog.ylib.com/nsgrotius/Archives/2008/08/08/7019> (最後瀏覽日：2011/7/14)
12. 賴文智、葉乃瑋 (2001)。《數位圖書館系列—公共出借權》，載於益思科技法律事務所網站 <http://www.is-law.com/old/OurDocuments/CR0021LA.pdf> (最後瀏覽日：2011/7/14)
13. 賴文智等 (2010)。《數位匯流下著作權之檢討期末報告書》，載於智慧財產局網站
http://www.tipo.gov.tw/ch/MultiMedia_FileDownload.ashx?guid=6387fc50-b159-476c-8a98-ce7ea9644c5c.pdf (最後瀏覽日：2011/05/08)
14. 賴文智 (2010)。《大陸數位出版品進入臺灣市場之管制困境》，載於益思科技法律事務所網站 <http://www.is-law.com/post/4/615> (最後瀏覽日：2011/10/25)
15. 章忠信。《架設接收器接收衛星電視節目是否違法？》，載於著作權筆記網站
<http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php?board=3&act=read&id=589> (最後瀏覽日：2011/9/5)
16. 章忠信 (2003)。《輸入大陸簡體字版之著作權侵害議題》，載於著作權筆記網站，
<http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php?board=6&act=read&id=18> (最後瀏覽日：06/11/2011)
17. 章忠信 (2001)。《著作與著作物》，載於著作權筆記網站，
<http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php?board=9&act=read&id=6> (最後瀏覽日：08/09/2011)
18. 章忠信 (2005)。《著作權的違約與侵權》，載於著作權筆記網站，
<http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php?board=2&act=read&id=101> (最後瀏覽日：08/12/2011)
19. 章忠信 (2004)。《著作權的強制授權》，載於著作權筆記網站
<http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php?board=9&act=read&id=18> (最後瀏覽日：2011/7/14)
20. 張懿云 (2010)。《關於「公開播送」與「公開傳輸」權之立法建議》，載於智慧財產局網站

- http://www.tipo.gov.tw/ch/MultiMedia_FileDownload.ashx?guid=388ea2ec-4359-4f4b-b44b-b1dba0389170.doc (最後瀏覽日：2011/05/08)
21. 銀狐 (2009)。《線上遊戲裡的國界》，載於聯合新聞網
http://mag.udn.com/mag/digital/storypage.jsp?f_MAIN_ID=314&f_SUB_ID=2923&f_ART_ID=192699 (最後瀏覽日：06/03/2011)
 22. 陳志宇 (2008)。《批判著作權法反規避條款》，
<http://lawblog.ilf-tw.com/attachment.php?fid=2> (最後瀏覽日：2011/03/06)。
 23. 陳永樵 (2007)。〈軟體銀行@臺大〉，《國立台灣大學計算機及資訊網路中心電子報》，第 3 期
http://www.cc.ntu.edu.tw/chinese/epaper/0003/20071220_3004.htm (最後瀏覽日：2011/05/09)
 24. 康健寧 (2011)。《智慧媒體應找出資訊匯流利基》，載於作者無名小站部落格
<http://www.wretch.cc/blog/kangjim/12327602> (最後瀏覽日：2011/5/11)
 25. 邵喻美 (2007)。〈虛擬私有網路(VPN)服務介紹〉，《國立台灣大學計算機及資訊網路中心電子報》，第 1 期，
http://www.cc.ntu.edu.tw/chinese/epaper/20070620_1004.htm (最後瀏覽日：2011/03/06)
 26. 王宏仁 (2011)。《3 分鐘 keyword—Geolocation API》，載於 iThome Online 網站
<http://www.ithome.com.tw/itadm/article.php?c=66519> (最後瀏覽日：2011/05/19)
 27. 大白與峻珽 (2009)。《定位技術在 LBS 應用裡所扮演的角色與迷思》，
<http://www.geo.com.tw/geolab/Lbsfields/1/09071601.htm> (最後瀏覽日：2011/05/18)
 28. 北京印刷學院。《中美圖書出口 10 年來首現下滑,同比下降 3%》，北京印刷學院學報，2009 年第 3 期，頁 41。

貳、英文文獻

一、專書論文

1. 3 MELVILLE B. NIMMER & DAVID NIMMER, NIMMER ON COPYRIGHT (1996)
2. ALAN WILLIAMS ET AL., DIGITAL MEDIA—CONTRACTS, RIGHTS, AND LICENSING (2nd ed. 2001)
3. BECKY ALBITZ, LICENSING AND MANAGING ELECTRONIC RESOURCES (2008)
4. Brian Fitzgerald & Sampung Xiaoxiang Shi, *Civil Jurisdiction, Intellectual Property and The Internet, Copyright Law*, DIGITAL CONTENT AND THE INTERNET THE ASIA—PACIFIC, 381 (Brian Fitzgerald ed. 2008)
5. DAVE CHAFFEY & PR SMITH, EMARKETING EXCELLENCE (3rd ed. 2008)
6. HUGH JONES & CHRISTOPHER BENSON, PUBLISHING LAW, 324 (3rd ed. 2006)
7. LYNETTE OWEN, SELLING RIGHTS (2006)

8. LESLEY ELLEN HARRIS, *LICENSING DIGITAL CONTENT* (2nd ed. 2009)
9. M. KITCHIN ROBERT, *CYBERSPACE : THE WORLD IN THE WIRES* (1998)
10. MICHAEL UPSHALL, *CONTENT LICENSING* (2009)
11. Martin Kofahl & Erik Wilde, *Location Concepts For The Web*, *WEAVING SERVICES AND PEOPLE ON THE WORLD WIDE WEB*, 147 (Irwin King and Ricardo Baeza-Yates ed. 2009)
12. NICOLA LUCCHI, *DIGITAL MEDIA & INTELLECTUAL PROPERTY* (2006)
13. Robert Spector, *AMAZON.COM-GET BIG FAST* (2000)
14. WARD A. HANSON & KIRTHI KALYANAM, *INTERNET MARKETING & E-COMMERCE* (2007)

二、期刊論文

1. Raymond T. Nimmer, *Breaking Barriers : The Relation Between Contract And Intellectual Property Law*, 13 *BERKELEY TECH. L.J.* 827. (1998)
2. Todd Ryan Hambidge, *Containing Online Copyright Infringement : Use of The Digital Millennium Copyright Acts Foreign Site Provision to Block U.S. Access to Infringing Foreign Websites*, 60 *VAND. L. REV.* 905. (2007)
3. Michael Batty, *Virtual Geography*, 29 *FUTURES*, No. 4/5, 337. (1997)
4. Special Report: Putting it in its place - Geography and the net. (2001, August). *The Economist*, 360(8234).
5. Michael Kwon, *Filtering The Smoke Out of Cigarette Websites: A Technological Solution To Enforcing Judgments Against Offshore Websites*, 30 *BROOK. J. INT'L L.* 1067 (2005)
6. William W. Fisher III, *When Should We Permit Differential Pricing of Information* , 55 *UCLA L. REV.* 1. (2007)
7. Michael J. Meurer, *Copyright Law and Price Discrimination*, 23 *CARDOZO L. REV.* 55. (2001)
8. Mark J Davison, *Parallel Importing of Copyright Material In a Digital Age: Why It Should Be Lawful And Unlawful And Why It May Be*, 25 *FEDERAL L. REV.*, 263. (1997)
9. Phillip B.C. Jones, *Violation of A Patent License Restriction : Breach of Contract or Patent Infringement ?*, 33 *J. L. & Tech. (IDEA)*, 225. (1993).
10. Pamela Samuelson, *Digital Media and the Changing Face of Intellectual Property Law*, 16 *RUTGERS COMPUTER AND TECH. L. J.*, 323. (1990)

三、新聞與電子資料

1. The Register, Google Street View logs WiFi networks, Mac addresses, http://www.theregister.co.uk/2010/04/22/google_streetview_logs_wlans/ (last

- visited May 18, 2011)
2. Google Maps with My Location ,
<http://www.google.com/mobile/gmm/mylocation/index.html> (last visited May 18, 2011)
 3. *Digital Must Not Make Territories Obsolete*, warns Franklin,
<http://www.thebookseller.com/news/digital-must-not-make-territories-obsolete-warns-franklin.html> (last visited Sep. 5, 2011)
 4. Chris Meadows, *Territorial Restrictions Continue to Frustrate eBook Customers*, Jan. 20, 2011,
<http://www.teleread.com/ebooks/territorial-restrictions-continue-to-frustrate-e-book-customers/> (last visited Apr. 8, 2011)
 5. Piotr Kowalczyk, *28 out of 100 Top Kindle eBooks Are Self-published* (Apr. 22, 2011) ,
<http://www.teleread.com/paul-biba/28-out-of-100-top-kindle-ebooks-are-self-published-by-piotr-kowalczyk/> (last visited May 11, 2011)
 6. CIA FACTBOOK, <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook>
(last visited May 12, 2011)
 7. Fred von Lohmann, *YouTube's Content ID (C)ensorship Problem Illustrated*,
<https://www.eff.org/deeplinks/2010/03/youtubes-content-id-c-ensorship-problem>
(last visited Jun. 3, 2011)
 8. International Telecommunication Union, *ITU Internet Reports 2005: The Internet of Things*, 2
http://www.itu.int/osg/spu/publications/internetofthings/InternetofThings_summary.pdf (last visited May 16, 2011)
 9. New York Times, *Web Photos That Reveal Secrets, Like Where You Live*,
<http://www.nytimes.com/2010/08/12/technology/personaltech/12basics.html?scp=1&sq=Geotag&st=cse> (last visited May 16, 2011)
 10. MaxMind, *Fraud Detection through IP Address Reputation and a Mutual Collaboration Network*, <http://www.maxmind.com/minFraudWhitePaper.pdf> (last visited May 20, 2011)
 11. Quova, *Quova Helps to Fight Online Crime at the Devon and Cornwall Constabulary* <http://www.quova.com/downloads/cs-d-and-c-1109.pdf> (last visited May 20, 2011)
 12. Google eBooks Launch: What You Need to Know ,
<http://content.boomerangbooks.com.au/smell-of-books-blog/tag/territorial-restrictions> (last visited May 20, 2011)
 13. Michael D. Scott, *Scott on Multimedia Law*, 2010 WL 3714956 (C.C.H.), at *3
 14. Sarah Weinman, *Publishers Try to Protect E-Book Prices from Apple, Amazon*,

<http://www.dailyfinance.com/2010/01/20/publishers-try-to-protect-e-book-prices-from-apple-amazon/>

15. Mike Fulton, *This Price Was Set By The Publisher*,
<http://www.ebook-lookup.com/2011/04/this-price-was-set-by-the-publisher/> (last visited Jul. 30, 2011)
16. Electronic Frontier Foundation, *Who Controls Your Television ?*
http://w2.eff.org/IP/DVB/dvb_briefing_paper.php (last visited Aug. 16, 2011)
17. IBM, *IBM to Introduce Superdistribution Capabilities for Advancement of Digital Music Marketplace* <http://www-03.ibm.com/press/us/en/pressrelease/1410.wss>
(last visited Aug. 16, 2011)

