

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

從著作權與競爭法交錯之觀點分析

著作真品平行輸入相關法制問題

An Analysis of the Parallel Import of copyright works  
from the viewpoint of copyright and competition law



陳皓芸

Hao-Yun Chen

指導教授：黃銘傑 博士

Advisor: Ming-jye Huang, Ph.D.

中華民國 97 年 7 月

July, 2008

國立台灣大學法律學研究所

碩士論文學位口試

論文題目：從著作權與競爭法交錯之觀點分析著作真品平行輸入相關法制問題

指導教授：黃銘傑 博士

研究生：陳皓芸

口試地點：法律學院第四會議室

考試委員：

張慧云 沈宗偉 黃明輝

中華民國九十七年七月十六日

## 謝 辭

能夠順利完成這篇論文，老師、同學與好朋友們以及家人一路上的扶持與協助實屬功不可沒。

首先要感謝的就是我的指導教授黃銘傑老師。於研究所期間有幸擔任黃老師幾項研究計畫助理，於撰寫計畫的過程中雖然辛苦，但也讓我真正學習到如何從無到有地分析一個研究課題，奠定了今日能夠寫出這本論文的重要基礎。於撰寫論文期間，老師的持續關心與鼓勵更是我及時完成論文的重要動力，真的覺得能夠成為老師的學生是件幸福又幸運的事，謝謝老師。

其次要感謝張懿云老師與沈宗倫老師，於百忙之中撥冗擔任我的口試委員。張老師學養豐富，從德國法角度指出問題的不同思考面向，對我深有啟發；沈老師則鉅細靡遺地指出論文中有所缺失或論理不夠完備之處，感謝兩位老師不吝給予鼓勵與指導，使我的論文更臻完整。

還要感謝我的榮譽導師廖義男教授，於大學期間修習廖老師所開授之公平交易法課程，初窺競爭法領域之奧妙，自此萌生我對於競爭法的興趣，研究所期間兩度選修廖老師之課程，並幸得廖老師擔任榮譽導師，親炙廖老師嚴謹的治學態度與幽默又親切的待人處事風範，令我獲益良多。另外，謝銘洋教授於研究所期間亦對學生照顧良多，在與老師討論問題的過程中往往令人茅塞頓開，感謝老師為我奠定著作權法的基礎。

謝謝詩敏，從高中以來就一直是我的好戰友，總是陪伴著我度過各種大小難關，希望未來我們也能繼續互相鼓勵，一起努力。謝謝同研究室的巧筠、建良、俊佑，近幾個月來幾乎每天皆窩在研究室中度過，室友們成為我的重要支柱，謝謝你們提供各種笑料使苦悶的寫論文生活顯得不再單調。巧筠更是每每在我為論文感到焦慮不堪時給予鼓勵，並且為我的研討會提供實質與精神上的協助。建良

## 摘 要

在近年來全球貿易蓬勃發展之潮流下，我國社會文化日趨多元化與國際化，國民對於外國書刊雜誌、CD、DVD 等著作物之需求亦與日俱增。其中若係國民自行自國外購買攜回國內、或藉由向國外網路商店下單後郵寄回國內之情況，由於並非經由著作權人所授權之流通管道而輸入，係屬所謂的「真品平行輸入」(Parallel Import) 行為。此時所輸入者雖為經著作權人授權合法重製，俗稱為真品 (Genuine Goods) 的合法重製物，但其輸入行為則未取得著作權人之授權，其進入國內市場非在著作權人之預期市場計畫內，將直接與市場上其他經由著作權人授權之流通事業產生競爭關係。

然而由於我國現行著作權法設有散布權與實質輸入權等規定，實際適用之結果，非但禁止「著作真品平行輸入」行為；縱令其輸入行為合法，亦有可能因其取得地點不在我國境內而導致其嗣後散布行為亦屬違法，而須負擔民、刑事責任。甚至，即使係在我國境內取得著作重製物之善意消費者，亦可能由於有權解釋機關對於所謂「合法重製物」概念之解釋不當，致其後續散布行為無法適用於第 59 條之 1 耗盡原則的規定，致一般民眾於無形中觸法而不自知，此種結果是否合理，實值深思。因此我國法現行對於著作真品平行輸入的規範究竟是否妥適，而如有不盡妥當之處又應如何改善，即為本論文所亟欲探討之問題。

本文擬透過比較法之介紹，分別由著作權法與競爭法之觀點分析著作真品平行輸入相關法制問題，就各國與此議題相關的立法背景與沿革、規範內容、實際運作狀況及相關配套等加以整理介紹，期能徹底釐清其各該法制的優劣之處及其所蘊藏之政策性考量，並在此基礎上進一步檢視我國現行法制之諸多缺失，最後嘗試由解釋論與立法論之角度提出筆者個人之淺見，謹供各界參考指教。

關鍵字：平行輸入、散布權、權利耗盡原則、第一次銷售原則、輸入權

從公衛 306 時代就是共同打拼的戰友，到 111 之後依然是大家的開心果。還要謝謝小青，雖然不同間研究室但天天來敲門報到，互相交換寫作心得，即使後來遠赴日本，仍時常給予我各種鼓勵與協助。

謝謝潔妮、惠菁、頌翰學長在我舉辦論文研討會與口試時所提供之各種協助，也要感謝來參加我的論文研討會的怡利學姐、大堂、湘榆、依琪、郁嵐、韋誠、佩慶、懿德，靠大家的義氣相挺，讓我的研討會能順利落幕。而研究所期間與同為經濟法組的大家一起南征北討，從宜蘭玩到蘭嶼，真的很開心能夠在研究所與大家成為同學，也讓我們成為聚餐最頻繁的吃吃吃組。

感謝同門的孟彥學長、威良學長、莉慈學姐在各方面的關心與照顧。謝謝人傑學長，在研究所期間對我照顧有加，從研究計畫的撰寫到擇定論文題目時的徬徨，都仰賴學長提供諸多寶貴建議。也謝謝小玉學姐與怡利學姐分享自己的口試經驗，讓我緊張的情緒得到舒緩。

謝謝昆霖，在論文撰寫期間無數次為我跟詩敏購買午晚餐，並且就論文內容提出諸多建議，最後關頭更常陪我一起熬夜衝刺，謝謝你的陪伴。

最後要感謝我的家人，爸媽在我漫長的求學路上一直扮演默默支持的角色，使我得以無後顧之憂地專心於學業，因為你們的包容與協助才能有今天的我。也謝謝我的哥哥，從小就一直是我的好玩伴，寫一整天論文回家後與你一起聊天看電視的時間，對我而言是彌足珍貴的光陰。

論文的完成，是人生另一階段的開始，期許自己能繼續努力，謹以此文向各位致上我最高的謝意。



## Abstract

Parallel import of copyright works is the importation of goods without the authority of the copyright holder. In recent years the international trade of copyright works has been flourishing, and the discussion on parallel importation and exhaustion of copyright becomes ardent but divergent. However, the present regulations of parallel import in Taiwan are not appropriate theoretically and practically, thus the citizens in Taiwan offend against the rules unintentionally.

This thesis is to analyze the complex situation of the parallel import of copyright works. Through the comparative analysis on American, European, Japanese, Australian and New Zealand law, it reveals that the countries such as U.S. and E.U. prefer to adopt national exhaustion or regional exhaustion to secure the rights and interests of copyright holders. On the contrary, countries like Japan, Australia and New Zealand take the side of international exhaustion for the purpose of stimulating competition in related markets and defending the interests of consumers. The regulatory diversity is mostly derived from the different administrative policies.

Based on the comparative analysis from the aspect of copyright and competition law, this thesis attempts to constitute an adequate framework of the regulations of parallel import of copyright works. The thesis also aims at solving perplexing predicament in present regulation systems by addressing the legislative suggestions that relieve the Taiwanese consumers of potential improper criminal prosecutions.

keywords: parallel import, distribution right, the doctrine of exhaustion, the first sale doctrine, importation right.



# 目 錄

|   |    |
|---|----|
| 第一章 緒論.....                               | 1  |
| 第一節 研究動機.....                             | 1  |
| 第二節 研究方法.....                             | 4  |
| 第三節 研究範圍.....                             | 5  |
| 第四節 本文架構.....                             | 6  |
| 第二章 散布權與權利耗盡原則及輸入權之交錯.....                | 9  |
| 第一節 散布權與權利耗盡原則.....                       | 10 |
| 第一項 散布權與權利耗盡原則之概念.....                    | 10 |
| 第一款 散布權.....                              | 10 |
| 第二款 權利耗盡原則之理論基礎.....                      | 12 |
| 第一目 所有權行使說.....                           | 13 |
| 第二目 報酬理論.....                             | 14 |
| 第三目 交易安全理論.....                           | 14 |
| 第三款 權利耗盡原則之各種類型.....                      | 16 |
| 第一目 國際耗盡.....                             | 16 |
| 第二目 國內耗盡.....                             | 18 |
| 第三目 區域耗盡.....                             | 20 |
| 第二項 權利耗盡原則與屬地主義之關係.....                   | 20 |
| 第二節 散布權輸入權之重疊適用產生之矛盾.....                 | 25 |
| 第一項 輸入權.....                              | 25 |
| 第二項 散布權與輸入權之重疊適用問題.....                   | 29 |
| 第三節 小結.....                               | 33 |
| 第三章 國際公約與主要國家著作權法制關於著作真品平行輸入之規範.....      | 35 |
| 第一節 國際公約.....                             | 35 |
| 第一項 伯恩公約.....                             | 36 |
| 第二項 羅馬公約.....                             | 38 |
| 第三項 與貿易有關之智慧財產權協定.....                    | 38 |
| 第四項 世界智慧財產權組織著作權條約暨世界智慧財產權組織表演及錄音物條約..... | 40 |
| 第二節 美國及歐洲有關著作真品平行輸入之規範.....               | 45 |
| 第一項 美國.....                               | 45 |

|     |  |     |
|-----|--|-----|
| 第一款 | 著作權法規範之內容                                      | 45  |
| 第一目 | 散布權與權利耗盡原則                                     | 45  |
| 第二目 | 實質輸入權  | 47  |
| 第三目 | 實質輸入權與散布權之適用關係                                 | 50  |
| 第二款 | 司法實務之見解  | 51  |
| 第一目 | <i>Scorpio</i> 案                               | 51  |
| 第二目 | <i>Sebastian</i> 案與 <i>Quality King</i> 案（第二審） | 52  |
| 第三目 | <i>Quality King</i> 案（第三審）                     | 55  |
| 第二項 | 歐洲聯盟   | 57  |
| 第一款 | 歐洲共同體條約—商品自由流通原則                               | 57  |
| 第二款 | 區域耗盡之規定  | 59  |
| 第一目 | 電腦程式法律保護指令                                     | 60  |
| 第二目 | 資訊社會著作權及相關權利協調指令                               | 61  |
| 第三目 | 智慧財產權領域中與著作權有關之出租權、出借權及<br>特定權利指令              | 62  |
| 第三款 | 國際耗盡與區域耗盡之爭議                                   | 63  |
| 第三節 | 日本、澳洲、紐西蘭有關著作真品平行輸入之規範                         | 73  |
| 第一項 | 日本   | 73  |
| 第一款 | 散布權與權利耗盡原則                                     | 74  |
| 第一目 | 立法沿革   | 74  |
| 第二目 | 頒布權—電影著作                                       | 75  |
| 第三目 | 讓渡權—非電影著作之其他著作                                 | 76  |
| 第四目 | 國際耗盡原則   | 76  |
| 第五目 | 善意無過失者之例外保護                                    | 80  |
| 第二款 | 音樂錄音著作回銷禁止規定                                   | 82  |
| 第一目 | 立法背景   | 82  |
| 第二目 | 規範內容   | 84  |
| 第二項 | 澳洲   | 90  |
| 第一款 | 1968 年著作權法—禁止平行輸入                              | 91  |
| 第二款 | 1991 年著作權法修正—開放書籍之部份輸入                         | 92  |
| 第三款 | 1998 年著作權法修正—開放錄音著作之輸入                         | 96  |
| 第四款 | 2003 年著作權法—開放電腦軟體之輸入                           | 98  |
| 第三項 | 紐西蘭  | 100 |
| 第一款 | 1994 年著作權法—禁止平行輸入                              | 100 |
| 第二款 | 1998 年著作權法修正—全面允許平行輸入                          | 100 |
| 第三款 | 2003 年著作權法修正—限制電影著作之真品平行輸入                     | 103 |
| 第四款 | 2008 年著作權法修正—延展限制電影著作平行輸入的規<br>定               | 105 |

|  |     |
|--|-----|
| 第四節 小結 .....                                       | 106 |
| 第四章 著作真品平行輸入所涉競爭政策分析 .....                         | 109 |
| 第一節 智慧財產權與競爭法之衝突與調和 .....                          | 109 |
| 第一項 智慧財產權與競爭法之本質 .....                             | 109 |
| 第一款 智慧財產權之本質 .....                                 | 109 |
| 第二款 競爭法之本質 .....                                   | 112 |
| 第二項 智慧財產權與競爭法之交錯關係 .....                           | 114 |
| 第三項 智慧財產權行使之界線 .....                               | 121 |
| 第二節 限制著作真品平行輸入行為衍生之限制競爭及評價 .....                   | 126 |
| 第一項 著作權人妨礙著作真品平行輸入之實態 .....                        | 127 |
| 第一款 基於著作權之行使而禁止 .....                              | 127 |
| 第二款 非基於著作權之行使而妨礙著作真品平行輸入行為 .....                   | 128 |
| 第二項 非基於著作權之行使而妨礙著作真品平行輸入之競爭法評價 .....               | 129 |
| 第一款 歐洲聯盟 .....                                     | 130 |
| 第一目 基本態度—智慧財產權存在與行使之區別 .....                       | 130 |
| 第二目 水平與垂直的限制競爭協議 .....                             | 133 |
| 第三目 濫用市場優勢地位 .....                                 | 144 |
| 第二款 瑞士 .....                                       | 152 |
| 第一目 現行卡特爾法規範 .....                                 | 153 |
| 第二目 選擇性流通制度之合法性問題 .....                            | 157 |
| 第三目 真品平行輸入與搭便車（Free Rider）問題 .....                 | 158 |
| 第三款 日本 .....                                       | 161 |
| 第一目 關於流通交易慣行之獨占禁止法指針 .....                         | 161 |
| 第二目 著作權侵害之擬制 .....                                 | 169 |
| 第三節 我國於著作真品平行輸入議題上應採取之競爭政策 .....                   | 174 |
| 第一項 澳洲與紐西蘭經驗之啟示 .....                              | 176 |
| 第一款 澳洲 .....                                       | 176 |
| 第二款 紐西蘭 .....                                      | 177 |
| 第二項 競爭法主管機關應扮演之角色 .....                            | 180 |
| 第四節 小結 .....                                       | 185 |
| 第五章 我國著作權法關於著作真品平行輸入應有之面貌 .....                    | 187 |
| 第一節 我國現行著作權法規範於實務解釋之困境 .....                       | 187 |
| 第二節 為實務困境解套—從解釋論出發 .....                           | 195 |
| 第三節 我國著作權法未來應有改革之道—修法建議 .....                      | 203 |
| 第一項 修法建議（一）—散布權侵害之一般性善意無過失免責條款 .....               | 204 |
| 第二項 修法建議（二）—個人合法輸入著作物之散布行為的除罪化 .....               | 205 |
| 第三項 修法建議（三）—針對散布權之權利耗盡規定，刪除「在中華民國管轄區域內取得」之限制 ..... | 211 |

|                                  |     |
|----------------------------------|-----|
| 第四項  修法建議（四）－國內著作真品平行輸入整體政策之檢討.. | 213 |
| 第四節  小結.....                     | 216 |
| 第六章  結論.....                     | 217 |
| 參考文獻.....                        | 221 |



## 圖目錄

|             |     |
|-------------|-----|
| 【圖 1】 ..... | 32  |
| 【圖 2】 ..... | 54  |
| 【圖 3】 ..... | 189 |
| 【圖 4】 ..... | 190 |
| 【圖 5】 ..... | 191 |
| 【圖 6】 ..... | 194 |





# 第一章 緒論

## 第一節 研究動機

近年來在全球貿易蓬勃發展之潮流下，貨品物流系統已日漸成熟，加上我國社會文化日趨多元化與國際化，對於外國書刊雜誌、CD、DVD 等著作之需求與日俱增。而其需求之滿足，或藉由外國出版社之國內代理商或進口商為之，或因國人至國外旅遊時有計畫或隨性購買攜回國內，或藉由網路訂購、拍賣網站等下訂單後郵寄至國內等，皆屬常見之舉，著作商品之跨國流通實屬不可避免之趨勢，因此與其相關的法制健全妥適與否，即成為與一般人民切身相關之重要問題。

於上述各種流通管道中，透過著作權人授權之代理商或進口商所輸入之著作商品，由於其輸入行為已獲得著作權人同意，故其輸入與後續散布行為並無違反著作權法之疑慮；然而若係國人自行自國外購買攜回國內、或藉由向國外網路商店、拍賣網站等下單後郵寄回國內之情況，由於並非經由著作權人所授權之流通管道而輸入，係屬所謂的「真品平行輸入」(Parallel Import) 行為。此時所輸入者雖為經著作權人授權合法重製，俗稱為真品 (Genuine Goods) 的合法重製物，惟其輸入行為則未取得著作權人之授權，其進入國內市場非在著作權人之預期市場計畫內，將直接與市場上其他經由著作權人授權之流通事業產生競爭關係。

真品平行輸入之起因很多，例如各國價格差異、各國貨幣匯率、商品品質、特性、擔保責任及服務等因素之差異，皆有可能成為平行輸入之誘因，其中又以著作商品的跨國性價差為其主因<sup>1</sup>。由於真品平行輸入並非經由所謂的正規流通管道，一般而言皆由系爭著作售價較低之國家輸往售價較高之國家，因此平行輸入之著作商品一般可以提供低於由著作權人所授權管道輸入之著作的價格，此外，當著作權人根本未授權任何代理商或進口商於特定國家內散布時，真品平行輸入

---

<sup>1</sup> See Tait R. Swanson, *Combating Gray Market Goods in a Global Market: Comparative Analysis of Intellectual Property Laws and Recommended Strategies*, 22 Hous. J. Int'l L. 327, 329 (2000).

者亦提供該國消費者另一個取得近用著作物之機會。換言之，著作真品平行輸入可促進品牌內競爭（intra-brand competition），而在價格與可得性方面提供消費者另一種選擇。

而我國著作權法於 1993 年 4 月修正時，在美國政府要求我方應遵守「北美事務協調委員會與美國在台協會著作權保護協定」第 14 條規定<sup>2</sup>的壓力下，於同法第 87 條第 1 項第 4 款，增訂禁止著作真品平行輸入之規範。依據上開規定，一般人除經著作權人明示同意或符合著作權法第 87 條之 1 第 1 項各款之除外規定，否則不得逕行輸入於外國重製之著作物，縱令其為「真品」亦同。但只要該等外國著作物係經其著作權人同意或依第 87 條之 1 而輸入至我國國內，則其後有關於該著作原件或重製物之散布行為，原應不受禁止。

惟我國為因應加入世界貿易組織，為符合國際公約之要求而於 2003 年修正著作權法增訂第 28 條之 1：「著作人除本法另有規定外，專有以移轉所有權之方式，散布其著作之權利。」賦予著作權人專屬散布權，此修正導致已經著作權人同意或依第 87 條之 1 而合法從外國輸入之著作物，若於取得輸入同意時，未同時獲得於我國境內散布之授權者，則輸入後之「以移轉所有權之方式」所為之散布行為，可能會構成散布權之侵害。而為免過度危害著作物之自由流通與交易安全，我國著作權法原本亦仿效外國法制於著作權法第 59 條之 1 設有權利耗盡（Exhaustion Doctrine；美國法上則稱之為第一次銷售原則，First Sale Doctrine）之規定，以茲衡平：「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。」，但卻因法條文字將權利耗盡之適用對象限定於「在中華民國管轄區域內」取得之著作原件或合法重製物。導致於現行法適用下，即便為合法輸入之著作物，因係於外國「取得」，無法滿足境內取得之要件，致令合法

---

<sup>2</sup> 「北美事務協調委員會與美國在台協會著作權保護協定」第 14 條有如下之規定：「受本協定保護之著作，其侵害物，在該著作享有合法保護之締約任一方領域內，應予扣押。侵害物係指侵害依國內法及本協定所規定之專屬權利之任何著作版本；包括進口版本，倘該版本之進口商縱係於進口地自行製作該版本亦構成侵害著作權者。」

輸入之著作物仍可能無法於我國自由散布流通。因此，「著作真品平行輸入」行為及其後所伴隨的散布行為於我國現行著作權法制下，將有因違反著作權法而需負民、刑事責任之虞。甚至，即使係在我國境內取得著作重製物之消費者，亦可能由於法律解釋適用之不當，致其後續散布行為無法適用於第 59 條之 1 耗盡原則的規定，在無形中觸法而不自知。

然而，此種結果是否合理？頗值深思。畢竟真品平行輸入有別於輸入未經著作權人授權重製的「盜版」重製物，其所輸入者乃確實經著作權人授權重製的「正版」重製物，僅其輸入行為本身未經著作權人授權而已。固然平行輸入行為可能打亂原本著作權人以國境為界劃定各國市場分別定價行銷之計畫，而有影響著作權人獲利之虞，但同時亦具有促進品牌內競爭，提昇相關市場內之競爭效率，且對於消費者可以較具競爭力之價格，更快速地提供多樣化的著作等正面效益。

著作權法之目的，除保障著作權人之私益以提供持續創作之誘因外，亦肩負有文化傳播與社會公眾近用著作之公益使命，因此著作權雖然賦予著作權人有限度的專屬排他權利，但絕非就此毫無節制，此觀著作權法仍設有諸如合理使用原則、散布權權利耗盡原則等之限制規定即可自明，而除著作權法本身就著作權之行使設有之內在限制外，為確保著作權不致過度擴張而侵蝕整體社會公益，競爭法亦須扮演制衡的角色，確保相關市場競爭不致受到不當之限制。

在知識經濟時代下，著作物流通制度之合理健全與否事涉國家社會整體競爭力，為促進社會文化之進步與發展，應盡可能於保障著作權人獲得合理報酬之餘，亦確保社會大眾有合理接觸與使用著作之機會。而我國在文化方面係以輸入為主，不論係對西洋或東洋等外來文化接受度皆相當高，民眾每天日常生活都可能多少接觸、利用到外國之書報雜誌、CD、DVD 等影音著作、電腦軟體等著作物，對外國著作之需求甚渴，因此，著作真品平行輸入問題實乃與一般人民生活切身相關的重要問題。基於上述背景，我國法現行對於著作真品平行輸入的規範是否

妥適，而如有不盡妥當之處又應如何改善，即為本論文所亟欲探討之問題。

## 第二節 研究方法

由於著作物真品平行輸入行為涉及著作商品之跨國性流通，因此關於著作真品平行輸入之法制研究不宜閉門造車，而且，就與真品平行輸入相關之散布權、權利耗盡原則等規範，除國際公約外，其餘國家法律亦多半就此議題訂有相關法律規範。而我國著作權法關於輸入權、散布權等規定即係受到外國法與國際公約之影響而陸續修法增訂，因此於研究著作真品平行輸入相關法制問題時，仍應參酌外國法制之規範內容與經驗，作為檢討我國相關法律規範之參考與比較對象。

基此，本論文主要擬由比較法學研究方法，先透過相關國際公約、各國著作權法對此議題之相關立法背景與沿革之介紹、規範理念之闡述與規範內容之整理、實際運作狀況與相關配套措施等事項之分析，瞭解各國就此議題之基本規範態度與方法，除法制介紹外，並且就部份法律規範不明而具疑義之問題點，介紹兼具重要性與代表性的司法實務判決，期能徹底釐清其各該法制的優劣之處，並瞭解每一規範背後之背景因素，以發掘其中可能隱含之政策性考量。

在比較法研究對象國家之選擇上，本論文將先就身為世界第二大經濟體之美國及歐洲聯盟之著作權法制關於散布權、輸入權、以及權利耗盡原則等規範內容加以說明，其次再就日本、澳洲、紐西蘭之著作權相關法制予以說明。之所以為如此區分，主因為美國及歐洲聯盟除為全球重要的經濟體外，在文化產業發展方面亦屬相對強勢，以輸出為主之國家；而日本、澳洲與紐西蘭雖然皆屬相當現代化進步之國家，惟其經濟市場規模仍顯然小於美國與歐盟，而且除日本在動漫畫產業部份可能在輸出市場占有一席之地外，其餘在文化產業方面皆屬相對較為弱勢，以輸入為主之國家。則此種經濟規模與文化產業方面之差異性，是否可能影響各國著作權法關於真品平行輸入之規範態度，以及若可能對規範態度造成影

響，其原因為何，皆為本文所欲探討之問題。因此本文藉由此種分類方式，期能於介紹各該著作權相關法制後，整理歸納出可能影響各國著作真品平行輸入法制規範設計之背景因素。

於對各國著作權法對於著作真品平行輸入議題之規範有一整體之認識後，本文擬再由競爭法之觀點，分析著作真品平行輸入所涉及之競爭法問題。首先，本文將從理論分析認識智慧財產權與競爭法之本質與目的，後藉由競爭法實施歷史悠久之美國法為例，藉由司法實務案例見解之分析，嘗試釐清智慧財產權法與競爭法之交錯關係，找出智慧財產權行使之界線與範圍。之後，由於我國現行著作權法禁止著作真品平行輸入，故若著作權人僅係單純行使其權利而禁止真品平行輸入之行為，不致違反我國競爭法規定，故此，本文擬再透過比較法學研究方法，先就在競爭法上對妨礙著作真品平行輸入之行為有特別規範之歐盟、瑞士與日本三個國家，分析著作真品平行輸入議題上可能衍生之限制競爭行為與評價。再由澳洲及紐西蘭開放著作真品平行輸入之經驗及其研究報告之整理分析，試圖探尋我國公平交易委員會在此議題的政策面向能發揮之角色究竟為何？

最後，本文將汲取前述研究分析之成果與發現，回頭徹底檢視我國著作權法關於著作真品平行輸入之規範內容與缺失，搭配立法理由以實例說明實務所面臨之困境，試圖分別從解釋論與立法論提出筆者個人之淺見。

### 第三節 研究範圍

本論文之研究範圍，係以與有體著作物的真品平行輸入相關之著作權法與競爭法議題為主。雖然於網際網路與數位科技日趨進步普及的時代背景下，無體著作之散布的議題於未來之重要性勢必與日俱增，惟礙於篇幅，本論文僅以「有體著作物」之平行輸入作為研究對象，至於無體著作之散布問題，則非本文之研究範圍。

其次，在著作權法方面，儘管「平行輸入」行為似乎是指該「輸入」行為本身，惟就一般社會常情而論，平行輸入之後通常亦會伴隨有後續的散布行為，因此本文雖然以「著作真品平行輸入」相關法制之研究為題，但並不只於輸入權之介紹，而是以散布權、權利耗盡原則以及輸入權為主，整體性的處理平行輸入問題，惟礙於篇幅，同屬廣義散布權一環的「出租權」則非本文研究重心，惟並不代表此一問題即不重要，僅無法於本篇論文中一併處理而已。

再者，在競爭法方面，由於平行輸入也可視為著作整體流通體系之一環，僅其並非循著作權人所授權之管道輸入國內，因此只要是一般通路商、經銷商在商品流通體系中可能面臨之限制競爭或不公平競爭行為，皆可能同樣發生於平行輸入者身上。兩者之差異主要在於妨礙著作平行輸入行為之合法性判斷，尚涉及著作權人行使權利之界線與競爭法間之適用關係，故問題較為複雜而有為文討論之必要。礙於篇幅，本文僅能就部份最典型妨礙平行輸入之行為類型，及其在競爭法上之評價加以說明，而無法窮盡所有可能發生之限制競爭行為態樣。

最後，在著作真品平行輸入應否開放之議題探討上，本文主要係由法政策面之觀點切入，就比較法上整理歸納出之現象，並參酌澳洲、紐西蘭等開放平行輸入之實證研究經驗加以佐證，對照我國現實法規範狀態與經濟、文化等相關背景因素後提出筆者個人之觀察與建議，但礙於筆者個人學識能力有限，並無法就開放平行輸入與否之損益利弊做精確的經濟學上分析，就此部份或許容待未來其他文獻再予補充。

#### **第四節 本文架構**

基於前述研究動機與方法、範圍，本論文將分為三大部份，第一部份介紹基本概念並點出我國現行著作權法所面臨之問題，作為後續研究分析之基礎；其次第二部份則主要為比較法之分析，分別從著作權法與競爭法之觀點，探討著作真

品平行輸入之相關議題，並藉此瞭解我國現行法制與他國間所存在之差異性，以作為檢討我國法問題時參考比較之基準；第三部份則檢討我國現行法之各種缺失與不當，並提出筆者個人之淺見。關於本論文之詳細章節架構如下：

#### 一、第一章「緒論」

經由研究動機、研究方法、研究範圍以及本文架構之說明，突顯本論文之研究內容與目的，藉此奠定本論文研究主題之定位與基礎，在此基本架構下進行以下各章具體研究內容之論述。

#### 二、第二章「散布權與權利耗盡原則及輸入權之交錯」

本章將先就與著作真品平行輸入最密切相關之散布權、權利耗盡原則以及輸入權等規定之基本概念作一介紹，並同時將我國著作權法之相關規範內容作一初步之介紹，點出在我國現行散布權與輸入權兩者並立之法制下可能衍生之法律衝突與問題，先就我國現行著作真品平行輸入相關法制規範所面臨之基本問題有一初步瞭解，以作為後續研究比較之基礎。

#### 三、第三章「國際公約與主要國家著作權法關於著作真品平行輸入之規範」

在上一章先對我國現行法制下著作真品平行輸入可能發生之問題有基本認知後，本章即將逐一介紹國際公約、美國及歐洲聯盟、日本與澳洲及紐西蘭著作權法對於著作真品平行輸入之規範，並將觀察重心置於「美國與歐洲聯盟」，以及「日本與澳洲及紐西蘭」兩種在經濟規模與文化產業力量上截然不同之國家，對於著作真品平行輸入之規範態度的差異性，供為後續與我國著作權法制進行比較分析時之參考素材。

#### 四、第四章「著作真品平行輸入所涉競爭政策分析」

經由前一章之介紹對於真品平行輸入在著作權法上之相關問題有所認識後，本章則將由競爭法之觀點，先釐清智慧財產權與競爭法交錯之關係，再藉由比較法之介紹，分析著作平行輸入可能涉及之競爭法上問題，最後則援引澳洲與紐西蘭等國開放著作平行輸入之經驗，並參酌澳洲、日本等國競爭法主管機關面對此一議題之作法，期能作為思考我國在著作真品平行輸入議題上應採取何種競爭政策時之參考借鏡。

#### 五、第五章「我國著作權法關於著作真品平行輸入應有之面貌」

以前述第二、三、四章之論述為基礎，本章將仔細檢視我國現行著作權法對於著作真品平行輸入之規範內容，以及現行規範在實務上所面臨之困境及其不合理之處，並試圖分別從解釋論與立法論之角度，勾勒出我國著作權法在著作真品平行輸入規範上應有之面貌。

#### 六、第六章「結論」

最後，經由前揭各章對於著作真品平行輸入在著作權法與競爭法上的相關分析說明，本章將綜合歸納本論文之研究成果，謹供社會先進參酌指教，期許本文對於我國著作真品平行輸入相關法制所存問題點之釐清與解決，能有些許綿薄貢獻。

## 第二章 散布權與權利耗盡原則及輸入權之交錯

所謂真品平行輸入 (Parallel Import)，或俗稱之「水貨」，並非法律上之固有名詞，其意義一般係指並非經由智慧財產權人所授權之流通管道而輸入一國境內，輸入之結果超出原製造商之預定行銷計畫，而與經授權之流通管道的商品產生競爭。因此，所謂的「平行」係指平行於經智慧財產權人所授權之流通管道而言，惟其所輸入者，並非未經著作權人授權重製而俗稱為「盜版」的商品，而係確實經由著作權人授權重製的「真品 (Genuine Goods)」，僅其輸入行為本身未經著作權人授權。

既然著作真品平行輸入係經由未獲著作權人授權之管道輸入國內、並散布流通，乃廣義散布行為之一種，故欲分析其合法性問題，首先應釐清著作權法上散布權與權利耗盡原則及輸入權之關係。蓋因我國現行著作權法關於著作平行輸入之規範，既於第 87 條第 1 項第 4 款定有「未經著作財產權人同意而輸入著作原件或其重製物者」，視為侵害著作權之擬制侵權規定；但另一方面又於第 59 條之 1 定有「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。」之散布權耗盡原則，則兩者之適用關係為何？此實為論及我國著作真品平行輸入時之關鍵點。

為解決此問題，本章第一節擬先就散布權與權利耗盡原則之概念及理論基礎加以說明，並介紹權利耗盡原則。依其耗盡的適用區域範圍，權利耗盡原則尚可大致分為國內耗盡、國際耗盡或區域耗盡三種類型。此外，因有學說基於屬地主義而否認國際耗盡或區域耗盡等超出國家管轄權範圍的耗盡類型之存在可能，故本文亦將說明屬地主義之概念，試圖釐清屬地主義與權利耗盡原則之關係。

其次，欲透過著作權法規範真品平行輸入行為者，大致可分為三大類規範方式：僅對於國內市場之散布行為加以規範、直接創設禁止輸入權而從海關控制著

作之流入、或者兩者並用，即一方面對於散布權之權利耗盡原則採取國內耗盡制度，另一方面又創設實質輸入權之規定。而目前我國著作權法即係受到與外國談判結果之影響，而採取散布權與實質輸入權兩者並立之規範模式，於此暫且先不論在政策上究應對真品平行輸入行為採取何種態度較為妥當，僅就立法規範體系而言，由於散布權與輸入權於著作權法規範體系上重疊適用之結果，理論上係有所衝突，因而於實務上產生不少爭議，加上我國著作權法就散布權耗盡原則立法用語之不當，導致問題更形複雜。因此，本章第二節將先介紹我國輸入權之規範，並點出我國現行法制下散布權與輸入權兩者交錯適用可能產生的問題所在，以作為後續討論之基礎。

## 第一節 散布權與權利耗盡原則

### 第一項 散布權與權利耗盡原則之概念

#### 第一款 散布權

所謂「散布權」(Distribution Right)，其意義有廣義與狹義之別。廣義的散布權指著作財產權人專有以銷售、贈與、轉讓、出租、互易、借貸及輸入等方式將著作物之原件或重製物提供交易或流通之權利<sup>3</sup>，美國著作權法即採此見解<sup>4</sup>，按美國著作權法第 106 條第 3 款：「於第 107 條至第 122 條之規定限制下，依本法享有著作權者就其著作專有下述各種權利：(3)以買賣或其他移轉所有權之方式或出租、出借等方式將著作之重製物或錄音物向公眾散布。」<sup>5</sup>

<sup>3</sup> 參照羅明通，「著作權法論 (I)」，頁 579，台英商務法律，2005 年修訂 6 版。

<sup>4</sup> 關於美國著作權法關於散布權與耗盡原則之規範，請詳見本文第三章第二節之介紹。

<sup>5</sup> 至於公開傳輸等無體散布行為是否亦屬散布權之範疇，較具爭議。就美國著作權法之規範方式而言，無體散布行為亦屬於本款所稱之「散布行為」惟就我國著作權法而言，係就無體散布之權利另行創設「公開傳輸權」加以獨立規範。對此，筆者認為若由散布權之核心意義在於「著作權人專有將其著作以任何形式提供予公眾流通之權利」之觀點切入，則應肯認無體散布行為亦屬廣義散布權之範疇，而非另外一種獨立的權利，較為合理。惟因傳統散布權規範對象原僅針對有體物之散布，若將散布權原有規範直接套用於無體散布行為是否適當，不無疑義，此問題於著作數位化傳輸越顯普及之現今，其重要性不言可喻，惟本文礙於篇幅，就此問題無法深入分析，相關討論文獻可參考：R. Anthony Reese, *The First Sale Doctrine in the Era of Digital Networks*, 44 B.C. L. Rev. 577 (2003); Victor F. Calaba, *Quibbles 'N Bits: Making a Digital First Sale Doctrine Feasible*, 9

狹義的散布權則僅限於以銷售、贈與或其他移轉所有權方法將著作原件或重製物提供交易或流通之權利<sup>6</sup>。我國即採此說，現行著作權法就散布權係規定於第 28 條之 1：「著作人除本法另有規定外，專有以移轉所有權之方式，散布其著作之權利。表演人就其經重製於錄音著作之表演，專有以移轉所有權之方式散布之權利。」，而所謂「散布」則定義於同法第 3 條第 1 項第 12 款：「散布：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。」

上述散布權規定係於 2003 年參考「世界智慧財產權組織」(World Intellectual Property Organization, WIPO) 1996 年底通過之「世界智慧財產組織著作權條約」(The WIPO Copyright Treaty, WCT) 及「世界智慧財產權組織表演及錄音物條約」(The WIPO Performances and Phonograms Treaty, WPPT) 二部國際條約所訂定<sup>7</sup>。WCT 第 6 條以及 WPPT 第 8 條、第 12 條皆以著作權人對於著作重製物「所有權移轉」之散布享有權利為限，並不包括著作重製物「占有移轉」之散布情形，因此出租、出借或輸入等行為態樣皆非狹義散布權之範疇，各自獨立。因此出租權現係規定於我國著作權法第 29 條<sup>8</sup>；對於輸入行為之限制則規定於同法第 87 條第 1 項第 3 款、第 4 款<sup>9</sup>；至於出借行為，我國目前並未賦予著作權人此種專屬性權利。

由上可知，著作物之真品平行輸入亦屬廣義散布權之一環，就字義上雖為輸入行為之一種態樣，概念上並不必然包括狹義的散布行為在內，惟就一般社會經濟生活常態而言，輸入後伴隨著銷售等狹義散布行為亦屬常見，而且由於我國著作權法規範方式之不當，使平行輸入著作重製物之合法與否，與輸入擬制侵權規

---

Mich. Telecomm. & Tech. L. Rev. 1 (2002); Eric Matthew Hinkes, *Access Controls in the Digital Era and the Fair Use/First Sale Doctrines*, 23 Santa Clara Computer & High Tech. L.J. 685 (2007).

<sup>6</sup> 參照羅明通，前揭註 3 書，頁 580。

<sup>7</sup> 參照我國著作權法第 28 條之 1 立法理由第一點：「本條新增。參照 WCT 第六條、WPPT 第八條及第十二條規定，增訂散布權。並針對表演之特殊性，於第二項為特別規定。」

<sup>8</sup> 「著作人除本法另有規定外，專有出租其著作之權利。表演人就其經重製於錄音著作之表演，專有出租之權利。」

<sup>9</sup> 我國著作權法關於輸入行為之規範請見本章第二節之介紹。

定及散布權耗盡問題互相糾結，相當複雜。因此本文將一併分析於著作真品平行輸入之情況下，伴隨的狹義散布行為所涉及之法律問題，至於究竟輸入之擬制侵權規定與散布權耗盡規定在適用上可能發生何種問題，將於本章第二節予以說明。

## 第二款 權利耗盡原則之理論基礎

權利耗盡原則 (the Doctrine of Exhaustion)，於美國法上相對應之概念則稱為第一次銷售原則 (the First Sale Doctrine)。該理論最早係起源自德國，由德國法學家 Josef Kohler 所提出，稱為保護權之用盡或耗盡理論，德國帝國法院於 1906 年 6 月 16 日，首先於判決肯認該學說<sup>10</sup>。該案中出版權人依據其散布權提出訴訟，欲阻止該由其所訂定售價的零售本再另出售，但法院認為該零售本的散布權，於其由權利人因行使權利而使之交易流通，且由第三人取得該物所有權時，該物之著作權人的排他權即歸於消滅，不得禁止其再轉讓該著作成品，因此駁回該出版權人之訴<sup>11</sup>。後於 1965 年西德著作權法修正時，將之納入該法第 17 條第 2 項之規定中<sup>12</sup>。

美國聯邦最高法院於 1908 年的 *Bobbs-Merrill Co. v. Straus* 案<sup>13</sup>亦認為，當一著作重製物已為合法有效之出售，著作權人即不得再控制該著作之散布<sup>14</sup>。書籍一旦已獲得著作權人授權而出售，則其買受人得再予轉售，但不得出版一本新的書（筆者按：即雖可自由散布，惟不得重製之意）<sup>15</sup>。此乃第一次銷售原則首次出現於美國法院判決中，後於 1976 年美國著作權法修正時，更將之納入該法第

<sup>10</sup> RGZ 63, 394—Koenigs Kursbuch。轉引自蔡明誠，論智慧財產權之用盡原則—試從德國法觀察、兼論歐洲法之相關規範，政大法學論叢第 41 期，頁 227，1990 年 6 月。

<sup>11</sup> 參照蔡明誠，同前註，頁 248。

<sup>12</sup> 同前註。

<sup>13</sup> 210 U.S. 339 (1908) 本案事實略為：出版商 Bobbs-Merrill Company 為限制其所出版書籍之最低轉售價格，因而於系爭書籍之版權頁上註明：「本書之零售價為一美元，任何人皆不得以低於一美元的售價轉售，否則將被視為侵害著作權。」等字樣。而被告為一經銷商，因被告將其合法購買之該書籍以較低價格轉售予百貨公司而被原告提起訴訟，要求其不得繼續轉售。

<sup>14</sup> *Id.* at 350. (stating that: “It is not denied that one who has sold a copyrighted article, without restriction, has parted with all right to control the sale of it.”)

<sup>15</sup> *Id.*

109 條之規定中<sup>16</sup>。

至於散布權權利耗盡原則之理論基礎，較具重要性者有三：所有權行使說、報酬理論及交易安全理論<sup>17</sup>。以下分別簡述之：

#### 第一目 所有權行使說

首先，所有權行使說係指，由於如何處分或使用收益該著作物之權利應歸屬於物之所有權人，因此著作權人將其著作物讓與他人後，受讓人基於其對該著作物之所有權而不受散布權之拘束<sup>18</sup>。此說主要是以物權效力作為支持權利耗盡原則之依據，我國新增散布權耗盡規定時，於立法理由中亦表明參考此種見解<sup>19</sup>。

此說之缺陷主要為，著作原件或重製物之所有人儘管擁有對於著作物之所有權，但仍需受到著作權法禁止任意重製或改作等限制。換言之，著作權法賦予著作權人之各種專有權利效力，本即對所有權人基於物權所享之權能有所限制，所有權人不當然具有任意使用收益其所有之著作物的權利。例如小明自書店購入一本書，雖成為該本書籍的所有權人，可以自由閱覽、在書本上劃線甚至把書頁撕下，但卻不得將整本書拿到影印店複印，蓋因此種利用方式會侵害著作權人之重製權，此乃當然之理。若受讓人係基於其對該著作物之所有權而不受散布權之拘束，則何以重製權卻並不因著作權人將其著作移轉予他人而耗盡，所有權人仍不得任意重製其所有之著作物？為何獨有散布權有權利耗盡原則之適用，而其他諸如重製權、改作權皆無耗盡之問題？此係所有權行使說所無法解釋者。

<sup>16</sup> 17 U.S.C. §109. 關於美國著作權法對於權利耗盡原則之規範，請詳見本文第三章第二節之介紹。

<sup>17</sup> 參照小泉直樹，著作權による国際市場の分割—並行輸入論の構造，神戸法学雜誌 40 卷 1 号，頁 102，1990 年 6 月。

<sup>18</sup> 同前註。

<sup>19</sup> 參照我國著作權法第 59 條之 1 立法理由第三點：「所謂「散布權耗盡原則」，係指著作財產權人（或其授權之人）將其著作原件或重製物之所有權移轉之同時，即喪失該著作之散布權。因移轉繼受取得該著作原件或重製物之所有權人，基於物權，本得自由管理、使用、處分或收益該著作原件或重製物。本修正草案既納入『散布權』，自宜增設『散布權耗盡原則』之合理使用條款，以茲平衡。」

由於所有權行使說有上述缺陷，後學說上發展出從著作權法之本質與目的探求權利耗盡原則之根據的見解，即所謂的報酬理論以及交易安全理論<sup>20</sup>。

## 第二目 報酬理論

報酬理論係主張：著作權法之基本目的在於盡量賦予著作權人取得他人利用其著作時所生經濟上利益之機會，藉此以鼓勵著作行為。由於透過第一次的讓與行為，著作權人已享有取得正當報酬之機會，散布權已達成其目的，因而耗盡其權利<sup>21</sup>。美國司法實務上有判決即係採取此說之見解，而認為第一次銷售理論效力應優先於禁止輸入之規定，因此允許將於美國重製之著作物逆向輸入回銷至美國之行為<sup>22</sup>。

此說儘管言之成理，然學說上仍有認為此一理論過度評價首次散布所能獲得之利益，而無法確實保障著作權人利益之批評存在<sup>23</sup>。

## 第三目 交易安全理論

上述批評報酬理論之學者，提出交易安全理論作為權利耗盡原則之理論基礎，該理論認為：若轉讓已一度置於交易流程中的重製物之行為必須獲得權利人之同意，將妨害全體著作利用人之利益<sup>24</sup>。換言之，若任何人於市場上取得著作物後，欲再予以轉讓皆須取得著作權人之同意，此時由於雙方當事人間處分行為之效力繫於第三人（即著作權人）之手，顯然有害於交易安全。再者，於今日知識經濟時代之背景下，著作物之交易蓬勃興盛，每日皆有無數涉及著作權之商品於市場上流通，若需一一取得著作權人授權，整體社會因此增加之交易成本相較

<sup>20</sup> 參照小泉直樹，前揭註 17。

<sup>21</sup> 同前註。

<sup>22</sup> *See Sebastian International v. Consumer Contacts (PTY) Ltd.*, 847 F.2d 1093 (3rd Cir. 1988). 關於本案之詳細介紹請參見本文於第三章第二節之介紹。

<sup>23</sup> 參照小泉直樹，前揭註 17。

<sup>24</sup> 同前註。

於著作權人取得之報酬，兩者似乎有失衡平，整體社會交易成本將遠高於著作權人個人因此所獲利益。

儘管上述三說單獨作為權利耗盡理論之依據似皆略有不足，然若將上述三種理論予以綜合考量，既然著作權人於其自發性地將著作第一次置於交易流程中時，已有獲得相當報酬之機會，為求於著作權人個人利益與社會大眾近用著作之公共利益間取得一衡平點，因此創設權利耗盡原則。按照權利耗盡原則之設計，係將著作權法所保護之著作物的「第一次市場行為（the First Marketing）」或「第一次銷售行為（the First Sale）」作為法益衡量之臨界點，在此臨界點前，著作權人得自由基於其商業考量決定是否在特定市場實施第一次銷售行為；而一旦著作權人已決定將其著作商品置於市場中散布流通，則在此臨界點後，第一市場行為或銷售行為所得之報酬，在法律上已視為著作權人放棄對系爭商品日後自由流通控制之對價，因此著作權人不得再主張法律上之權利排除商品的流通<sup>25</sup>。藉此，一方面確著作權人仍有決定其著作是否散布、以及以何種方式在市場上散布之權利，一方面也藉由臨界點之明確劃分，避免賦予著作權人對於其著作流通過強的控制力，以維護著作物之自由流通與交易安全，確實達到調和社會公益之著作權立法意旨，如今已成為世界各先進國家之普遍立法共識<sup>26</sup>。

然而，上述共識僅限於著作物係僅於各國國境內流通之情形，當涉及著作物之跨國性流通時，各國之立法即出現相當落差，其差異存在於判斷權利是否耗盡之「第一次市場行為」或「第一次銷售行為」發生地點的領域範圍。部份國家立法例認為，若其第一次市場行為係發生於該國境外或特定區域外，則散布權不因此耗盡，換言之僅承認所謂散布權之「國內耗盡」或「區域耗盡」，而不承認所謂

<sup>25</sup> 參照沈宗倫，由對價平衡觀點論智慧財產權耗盡原則之適用，國立中正大學法學集刊第 23 期，頁 172，2007 年。

<sup>26</sup> 關於世界各先進國家關於散布權與權利耗盡原則之規範內容，請詳見本文第三章之介紹，於此茲不贅述。

的「國際耗盡」<sup>27</sup>。而所謂著作之「真品平行輸入」，一般係指經由未獲著作權人授權之流通管道而輸入俗稱為真品的合法重製物之行為，已如前述。則在不承認散布權之國際耗盡的前提下，被平行輸入之著作物的第一次散布行為既發生於國境之外，此時著作權人之散布權當然尚未耗盡，則其後的散布行為亦將因其尚未獲得著作權人同意而成為非法行為，因此採取何種權利耗盡原則將決定真品平行輸入行為於該國是否合法，影響不可謂不巨。

### 第三款 權利耗盡原則之各種類型

一國欲採取何種權利耗盡原則，在目前國際公約並未統一規定之情形下<sup>28</sup>，乃為各個國家得以自主決定之事項，各國應考量自身的文化、社會、政治、經濟等多方面背景因素，採取最有利於本國文化產業發展與國民利益之法律制度。綜觀世界各主要國家，目前各國在散布權的權利耗盡原則立法上，按其耗盡原則適用範圍可大別為三種類型：國際耗盡、區域耗盡與國內耗盡。本文以下即分別介紹此三種耗盡原則之內容，並簡要分析採取各種類型國家之特性及其可能帶來之影響。

#### 第一目 國際耗盡

在散布權耗盡之立法上，採取國際耗盡原則（International Exhaustion）者，認為不論系爭著作商品的第一次市場行為之地點位在何處，一旦著作權人已自願性地將其著作原件或重製物置於公開市場上供交易流通，則其對於系爭著作物之散布權即已耗盡。換言之，著作權人不得再藉其散布權而控制該著作物之後續流通，包括平行輸入行為在內。因此採行國際耗盡原則之國家，於著作權法上對於平行輸入行為原則上皆承認其合法性。

<sup>27</sup> 關於國內耗盡、區域耗盡或國際耗盡等權利耗盡之類型，請詳見本節第三款「權利耗盡原則之各種類型」的介紹。

<sup>28</sup> 關於國際公約就著作平行輸入之相關規範介紹，請參見本文第三章第一節之說明。

主張採取國際耗盡者，在法理上有依據國際自由貿易原則（the principle of international free trade），認為智慧財產權之保護不應成為貿易障礙<sup>29</sup>；此外亦有從競爭之觀點認為，採取國際耗盡有助於促進競爭，透過平行輸入之開放刺激國內既有之流通管道，使其體認到潛在競爭者之存在，因此不得不改善經營體質以便與平行輸入者競爭<sup>30</sup>；同時從消費者之角度觀之，採取國際耗盡對於消費者福祉亦有正面之效益<sup>31</sup>。

由於國際耗盡原則允許平行輸入，較有利於在智慧財產權領域以輸入為主，或者含有智慧財產權之商品國內外價格差較大之國家，因此如澳洲、紐西蘭在著作方面幾乎皆係以輸入為主的國家，或者例如瑞士、日本等國內外物價差距極大之國家，在著作權法就散布權耗盡原則皆採取國際耗盡原則。

反之，以智慧財產權輸出為主之國家則自然傾向於反對國際耗盡原則。事實上，根據國際商會智慧財產權委員會（International Chamber of Commerce's Commission on Intellectual and Industrial Property）於 1999 年對該商會之成員所作之一份問卷調查報告指出，其商會成員對於專利與商標採取國際耗盡原則，持反對立場者占 67.8%，對著作權採取國際耗盡持反對立場者則占 54%<sup>32</sup>。惟必須注意者為，該份問卷之回函率相當低<sup>33</sup>，因此其代表性是否足夠，已有疑問；再者，其問卷回函之會員來自歐美者的比例高達 86%，來自拉丁美洲以及亞洲（僅有印

<sup>29</sup> 參照沈宗倫，前揭註 25 文，頁 175。

<sup>30</sup> 參照中山信弘，特許製品の並行輸入問題における基本的視座，ジュリスト 1094 号，頁 62，1996 年。中山教授於該文中舉出，日本開放商標商品之平行輸入後，因平行輸入商品之輸入，日本國內流通體系上因此被迫有所改善，在化妝品與汽車產業皆為例證。

<sup>31</sup> 同前註，對於消費者福利之提昇，實亦來自競爭效率的改善，使國內外價格差距迅速縮小，商品之可得性及選擇亦相對大幅提昇。

<sup>32</sup> See Joint Group on Trade and Competition of Directorate for Financial, Fiscal and Enterprise Affairs of OECD, *Synthesis Report on Parallel Imports*, (2002), at 36 [hereinafter *the OECD Report*]. 其全文可自下列網址取得：  
[http://www.olis.oecd.org/olis/2002doc.nsf/LinkTo/NT00002A72/\\$FILE/JT00128903.PDF](http://www.olis.oecd.org/olis/2002doc.nsf/LinkTo/NT00002A72/$FILE/JT00128903.PDF)（查訪日期：2008 年 6 月 20 日）

<sup>33</sup> 根據 OECD 指出，國際商會之會員至少有超過 7000 家公司團體，分布於超過 130 個國家，但回函數僅 87 份，回函率僅略高於 1%（See *id.* at 36, n.71）。

度)者則僅占 14%<sup>34</sup>，因此本問卷調查之總體結果相當程度反應出歐美地區之企業基本上較反對採取國際耗盡原則。若再進一步深入調查結果的地區比例來看此一傾向就更為明顯，身為智慧財產總輸出國的美國與歐盟企業，反對採用國際耗盡原則之比例皆高於拉丁美洲與亞洲地區企業，唯一的例外為拉丁美洲國家，唯獨針對著作權反對國際耗盡理論之比例略高於歐洲，惟除此之外其餘來自拉丁美洲與亞洲之企業大多數皆支持國際耗盡理論<sup>35</sup>。至於何以拉丁美洲特別針對著作權強力反對採取國際耗盡理論，推測應係為有利於拉丁音樂之輸出<sup>36</sup>。

儘管上述問卷調查之代表性仍有待檢驗，不過由上述統計數字仍可看出，就智慧財產權的專利、商標、著作權三種權利之耗盡原則，在專利與商標方面反對採取國際耗盡之比例較高，而就著作權反對採取國際耗盡之比例相對較低；其次，就智慧財產權應採取何種耗盡原則實與各國之產業特色息息相關，儘管拉丁美洲國家在專利技術產業方面並不特別發達、亦缺乏大型跨國企業，因此在商標與專利方面皆傾向採取國際耗盡原則，唯獨在著作權方面基於其文化特色，為擴大其拉丁音樂之市場報酬而傾向反對國際耗盡原則，更可明白顯示出耗盡理論之選擇，往往是出於政策利益取向，而非單純法理之考量。

## 第二目 國內耗盡

在散布權耗盡之立法上，採取國內耗盡原則 (National Exhaustion) 者，認為只有當系爭著作商品已於國內為第一次市場行為或第一次銷售後，其散布權方始耗盡。因此，在此法制下，任何未曾於國內為第一次銷售之著作物，其平行輸入行為應屬違法，縱令該著作物已於國外市場合法散布者亦同。

主張此說者認為著作權人應享有按個別國家分別設定其著作散布策略之利益

<sup>34</sup> *Id.* at 36.

<sup>35</sup> *Id.* at 37.

<sup>36</sup> 參照東田尚子，並行輸入と独禁法(1)―スイス法を手掛かりに，一橋法学第5卷第3号，頁133註19，2006年。

<sup>37</sup>，若採取國際耗盡將影響著作權人之收益，而減緩著作權人繼續創作之誘因並降低相關產業的投資意願，因此認為採取國內耗盡理論較能確保長期整體社會福利之增加<sup>38</sup>。此外亦有論者以屬地主義為理由，認為每個國家的智慧財產權法皆獨立於其他國家的法律而存在，各智慧財產權人在各國境內皆享有各自獨立之權利，因此發生於其他國家之行為亦不應影響一國國內散布權之效力。因此權利是否耗盡乃以各國主權領域為界，只有在本國內散布著作的行為才可能使國內著作權人之散布權耗盡<sup>39</sup>。

採取國內耗盡原則對於著作權人較為有利，因為形同賦予著作權人得按照各國之物價水準及對個別著作之需求、文化習慣、民族風俗或語言等差異而分別擬定著作的散布流通策略，以尋求其經濟利益之極大化，能確保著作權人之充分保護，且避免平行輸入業者搭上著作權人的順風車，利用各國之物價水平及匯差等取得價格優勢，卻又不需付出行銷成本而賺取不當利益。

惟另一方面，也因為國內耗盡原則允許著作權人以國境為界線，分割全球著作物交易市場，則行政管制成本必然遽增、各國執法機關須設法區辨系爭著作是否來自國外而為不同處理；且國際貿易之障礙亦隨之擴大，甚至可能招致不利於品牌內競爭之批評，對於消費者利益亦有不利之影響。而此舉是否過度保護著作權人利益，使著作權人得以利用智慧財產權行分割市場之限制競爭行為、過度擴張著作權之範圍，實難謂毫無疑慮。

基於此說對於著作權人之保護較為充分，因此以著作輸出為主之國家傾向採取國內耗盡原則，以求最大化其國內著作權人所能獲得之利益。

而我國著作權法第 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。」此即我國目前散布

<sup>37</sup> See Thomas Hays, *Parallel Importation Under European Union Law*, ¶1.09 (2004).

<sup>38</sup> See the *OECD Report*, *supra* note 32, at 37.

<sup>39</sup> 關於屬地主義之問題，本文將於本節第二項「權利耗盡原則與屬地主義之關係」予以說明。

權權利耗盡原則之規定。本條的適用前提係所有權人須於「中華民國管轄區域內取得」著作原件或合法重製物，因此若是從未曾在我國境內為任何銷售或市場行為之著作原件或重製物，當無本條規定之適用，故我國就耗盡原則應係採取國內耗盡原則，應無疑問，惟因法條文字使用之不當，加上我國另有實質輸入權之規定，導致於實際法律適用上即可能產生不盡合理之處，其結果使我國第 59 條之 1 成為「比國內耗盡更嚴格」的耗盡原則規定，此問題將於本章第二節再予說明。

### 第三目 區域耗盡

介於上述兩種耗盡原則間者，則為區域耗盡原則（Regional Exhaustion），目前國際上就著作散布權採取區域耗盡原則最具代表性者，當為歐洲聯盟（下稱「歐盟」）。歐盟主管機關將其耗盡原則稱為「Community Exhaustion」，為兼顧國際耗盡原則所欲維護之自由貿易，以及國內耗盡原則保護著作權人利益之兩種需求，歐盟一方面成立自由貿易區，在該區域內確保商品得以自由流通不受任何阻礙；一方面又為維護該區域內之特殊政治、經濟利益，而將散布權耗盡原則之適用範圍限縮於僅以第一次市場行為發生於該區域內者為限。因此，在區域耗盡原則下，該區域內部之各國家彼此間之著作平行輸入係屬合法，惟若系爭著作商品之第一次市場行為發生於該區域以外之其他地域，且未曾於區域內銷售或散布者，則此時散布權尚未耗盡，著作權人得基於其散布權而禁止平行輸入行為。

關於歐盟所採取的散布權區域耗盡原則，較為詳細之內容將於第三章再予介紹，在此暫不贅述。

### 第二項 權利耗盡原則與屬地主義之關係

各國贊成或反對國際耗盡皆有其自身政經背景利益的考量，固不待言，但有論者基於屬地主義而從法解釋論上直接否認國際耗盡或區域耗盡等超出國家管轄權範圍的耗盡類型之存在可能，筆者認為此見解實係對於屬地主義意涵之誤解。

故本文將於下文介紹屬地主義之意涵，及其適用於著作權法時所代表之意義，試圖釐清權利耗盡原則與屬地主義之關係。

所謂「屬地主義」(Territoriality Principle)一般係指：一個國家不具有使其法律之適用與效力範圍及於其國界之外的行為之權限<sup>40</sup>。論者認為，屬地主義係為保護兩種利益：第一、國家主權之利益。例如，若 A 國針對發生於 B 國境內之行為課予著作權法上責任，可能將令 B 國認為其主權受到 A 國之侵害，尤其當依 B 國法律豁免此種行為而無需負著作權法上責任時<sup>41</sup>。第二、藉由保護合理投資期待以促進跨國貿易。例如，假設 A 國著作權法禁止未經授權而重製電視公開播送之內容，但 B 國則並未禁止此種行為，此時若 A 國得以依該國法律追究僅於 B 國境內提供重製服務之 C 公司之法律責任，則 C 公司之合理預期商業利益將嚴重受損<sup>42</sup>。

蓋因於判斷某利用人對於智慧財產之利用行為是否侵害他人智慧財產權時，若須適用除行為地國以外的其他國家法律，則因其法律關係將變得相當錯綜複雜，究竟是否必須取得授權、若有取得授權必要則應取得何者之授權？此類問題本身已有無從判斷之可能性存在，縱令其判斷為可能，但出現依據複數法律應取得複數權利人同意方得利用著作之情形的可能性亦極高，不論係上述何種情況，皆可能造成利用人根本無法合理利用智慧財產權<sup>43</sup>。為賦予利用人合理預測可能性，因此於判斷智慧財產權利用行為之合法性時，應適用利用行為地國家的法律，此即為一般說明智慧財產權法體系係採「屬地主義」時所指涉之意涵<sup>44</sup>。

著作權法雖然係採創作保護主義，不像同為智慧財產法體系一環之專利權與商標權，原則上皆需透過向各國家主管機關申請或註冊等程序，並於獲得各國主

<sup>40</sup> See Paul Goldstein, *International Copyright Principles, Law, and Practice*, 63 (2001).

<sup>41</sup> *Id.*

<sup>42</sup> *Id.*

<sup>43</sup> 參照田村善之，「機能的知的財産権の理論」，頁 241-242，信山社，1996 年。

<sup>44</sup> 同前註，頁 242；石黒一憲＝中山信弘＝村上政博，特許製品の並行輸入－BBS 事件判決を契機として－，*ジュリスト* 1064 号，頁 32，1995 年 4 月。

管機關審查核准後，其專利權或商標權之存在與效力方受承認，因此有論者認為著作權法之屬地性較薄弱<sup>45</sup>。但依照「保護文學及藝術著作之伯恩公約」(Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works)1979年巴黎修正案之第5條第1項至第3項規定如下<sup>46</sup>：「(1) 著作人就其受本公約保護之著作，於源流國以外本聯盟各會員國境內，應享有本公約特別授予之權利，以及各該國家法律現在或將來對其國民授予之權利。(2) 上開權利之享有及行使，不得要求須履行一定形式要件，且應不問著作源流國是否給予保護。是故，除本公約另有規定者外，保護之範圍，以及著作人為保護其權利所享有之救濟方式，專受主張保護之當地國法律之拘束。(3) 源流國境內之保護，從其國內法規定。但如著作人就其受本公約保護之著作，非係源流國之國民者，著作人應與該國之本國著作人享有相同權利。」

由上述公約規定觀之，著作權人於著作源流國以外的其他各會員國境內，除公約所賦予之特別權利外，應享有各該國家法律對其國民所授予之權利，且其保護之範圍、救濟方式等皆專受主張保護之當地國法律拘束；而在著作源流國境內則從其國內法規定。由此可推知著作權人於伯恩公約各會員國境內（不論係源流國或其他會員國）所受之保護範圍與救濟方式等，皆專受該著作權人主張保護之

<sup>45</sup> 參照王藹芸，「著作物平行輸入問題之研究」，中國文化大學法律學研究所碩士論文，頁25，1993年；高維駿，「以國際私法的角度探討著作物之真品平行輸入」，國立臺北大學法律學系碩士論文，頁107，2008年。

<sup>46</sup> 本中譯係參照經濟部智慧財產局所提供之翻譯，請參照：[http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright\\_law/copyright\\_law\\_2\\_1.asp](http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright_law/copyright_law_2_1.asp)（查訪日期：2008年6月20日），條文原文如下：

Article 5:

(1) Authors shall enjoy, in respect of works for which they are protected under this Convention, in countries of the Union other than the country of origin, the rights which their respective laws do now or may hereafter grant to their nationals, as well as the rights specially granted by this Convention.

(2) The enjoyment and the exercise of these rights shall not be subject to any formality; such enjoyment and such exercise shall be independent of the existence of protection in the country of origin of the work. Consequently, apart from the provisions of this Convention, the extent of protection, as well as the means of redress afforded to the author to protect his rights, shall be governed exclusively by the laws of the country where protection is claimed.

(3) Protection in the country of origin is governed by domestic law. However, when the author is not a national of the country of origin of the work for which he is protected under this Convention, he shall enjoy in that country the same rights as national authors.

當地國法律拘束，此即為前述判斷智慧財產權利用行為之合法性時，應適用利用行為地國家的法律的屬地主義之精神，各會員國內法律規定著作保護之要件與效力範圍皆應適用且僅適用於該國境內之行為。由於目前加入世界貿易組織（World Trade Organization, WTO）之會員國已有 151 個國家，根據該組織下的「與貿易有關之智慧財產權協定」（Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights, TRIPS）第 9 條第 1 項前段規定：「各會員國應遵守（一九七一年）伯恩公約第一條至第二十一條及附錄之規定。」，故可謂幾乎全球絕大多數國家皆需受到伯恩公約上述關於屬地主義條文之拘束，據此應可肯認著作權法亦受屬地主義之限制，採取屬地主義之理由則不外乎國家主權以及使智慧財產權之合理利用成為可能等因素，已如前述。

部份以屬地主義為理論基礎禁止平行輸入或主張國內耗盡者，即認為於平行輸入之情形，若採行散布權國際耗盡原則或容許平行輸入，因利用人係於國外取得著作原件或重製物，將造成國內法律之效力及於國家主權領域外之結果，妨礙權利人於各國有效行使其著作權，有違屬地主義應依各該國家賦予權利、適用利用行為地國家法律之理念<sup>47</sup>。

然而，屬地主義係指各國對於某一發明創作是否給與智慧財產權之保護、保

<sup>47</sup> 例如臺灣台北地方法院 80 年訴字第 803 號民事判決，就是以屬地主義為理由否決平行輸入的合法性，該案之爭點雖為商標權真品平行輸入之合法性問題，惟在論理上同樣可能被套用至著作真品平行輸入。判決大意摘錄如下：「我國商標法採屬地主義，依我國商標法取得註冊之商標其成立保護移轉等，均依我國法律之規定，且僅限於我國領域內並不及於他國領域，亦不受發生在他國事實之影響，是被告等（即進口人）自美國輸入銷售之可口可樂產品，縱於美國已經合法授權使用系爭商標於該等商品上，然既未得我國商標人之同意且其輸入行為發生在我國，依我國商標法規定仍為於同一商品使用他人註冊商標而輸入，尚難謂非侵害我國商標專用人，即被授權人之商標專用權及使用權。」故是以屬地主義否認平行輸入之合法性，惟於被告提出上訴後，高等及最高法院已揚棄上述見解。上述判決節錄參照張作為，真品平行輸入之商標權問題—從臺灣高等法院九十二年度上易字第 2690 號刑事判決談起，政大智慧財產評論第 4 卷 2 期，頁 128，2006 年。另外，民國 76 年 10 月法務部司法官訓練所司法實務研究會亦有與上述判決相同結論：「我國商標法係採屬地主義為原則之立法，商標權之效力，自以我國領域為範圍，不受發生於外國事實所影響。同一商標分別在我國及他國註冊，在他國製造並適法貼附商標之同一產品，若由我國商標權人以外之第三人輸入我國，因輸入行為發生於我國且未得我國商標權人之同意，自構成對我國商標權之侵害，至其在他國雖屬適法貼附商標，但對我國言，此為在外國發生之事實，於其在我國構成侵害商標權並無影響。」引用自張作為，前揭文，頁 127-128，2006 年。

護之要件如何、所取得權利之效力及範圍如何、以及權利之消滅等，悉依各國之法律定之，並不受他國就同一發明創作是否給與保護，以及在他國是否有喪失、無效及撤銷等情事之影響，而且各國所授與之權利均有其範圍與界限，原則上並無域外之效力<sup>48</sup>。屬地主義運用於著作權法時，所強調者乃是系爭著作物有無著作權存在、權利範圍與效力及其要件為何、相關利用行為是否構成權利或法律上利益侵害等事項之判斷，應適用該著作物所在或侵權行為發生之國家的法律一事，並無法推論出應禁止平行輸入之結論。

於判斷著作權人行使散布權是否應受到限制之問題時，法院若考量成為權利行使對象之著作係利用人自國外取得，且於該外國係經在該國的著作權人或經著作權人授權之人（有可能與本國之權利人並非同一人，但不影響其合法性之判斷）授權合法散布之著作的事實，而認定應受到國內著作權法所規定之耗盡原則的限制，此時僅其所考量之事實關係發生於國外，但其判決內容仍係基於本國著作權法所為之法律評價，本國著作權法所發生之效力仍僅及於國家主權領域內，並不違反屬地主義原則。同理，即使一國法律承認真品平行輸入係合法行為，亦不影響該行為在其他國家之法律評價或妨礙他國著作權人在該國完整行使其權利之機會，僅係國內立法者就足以影響國內著作物流通秩序之真品平行輸入行為，作出該行為在國內係合法之法律評價而已。申言之，屬地主義所關心者乃為一國法律是否可以適用至其主權領土範圍外，又於何種特殊要件下，可以如此適用；至於一國政府於其主權範圍內，決定是否容許外國著作輸入國境內，乃國家得以自主決定之範圍，並非屬地主義所得限制或禁止之對象。

例如某甲自 A 國購入一本書籍，該書籍係 A 國著作權人授權出版之正版書籍，某甲將之自行輸入 B 國，並於閱覽完畢後再轉售與某乙，此時 B 國著作權人

---

<sup>48</sup> 參照謝銘洋，專利進口權與平行輸入，月旦法學雜誌第 2 期，頁 81-82，1995 年。謝銘洋教授並進而表示：「就專利權的進口權而言，屬地主義之意義在於一國可以自由決定其所欲賦予之進口權之效力，包括可以自由決定就專利權之效力限制係採取國內耗盡或國際耗盡，因此如果一國願意承認國際耗盡，並不違反屬地主義。」

認為某甲之行為侵害其散布權而向某甲提起訴訟，請求損害賠償。則法院於判斷 B 國著作權人之散布權是否受到侵害時，必須調查系爭書籍是否為著作權人授權合法重製之重製物、其第一次散布是否確實經過著作權人同意授權散布等事實關係，而該等事實關係有可能係發生於 B 國境內、亦有可能發生於 B 國境外，但皆不影響 B 國法院獨立判斷其事實關係適用於 B 國法律時之合法性評價。縱令 B 國著作權法係採取散布權國際耗盡原則，也係 B 國立法者所代表之國民法意志表現，與屬地主義彼此不相扞格。

## 第二節 散布權輸入權之重疊適用產生之矛盾

### 第一項 輸入權

所謂「輸入權」，係指賦予著作權人專有自國外輸入其著作之權利，任何人未經其同意，不得將其著作輸入國內。輸入權係屬廣義的散布權之一環，而目前與著作權相關的國際條約例如伯恩公約、世界智慧財產組織著作權條約、世界智慧財產權組織表演及錄音物條約等皆未針對輸入權加以規範，因此原則上各國得享有自由決定是否創設輸入權之自由，並非所有國家皆設有輸入權之規範。目前設有輸入權之國家，採取原則禁止者較少，例如澳洲目前仍保留原則禁止，例外針對特定著作類型允許輸入之規範方式，此外美國亦設有概括的實質輸入權之規範；其他如日本、紐西蘭等國則僅針對特定著作類型例外設有一定期間內的限制輸入規範，但其他著作類型原則上仍可自由輸入<sup>49</sup>。

我國著作權法就輸入權相關規範條文，係著作權法第 87 條第 1 項第 3 款與第 4 款：「有下列情形之一者，除本法另有規定外，視為侵害著作權或製版權：三、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者。四、未經著作財產權人同意而輸入著作原件或其重製物者。」

<sup>49</sup> 關於國際公約之規範以及上述各國著作權法規定之詳細內容，請參見本文第三章之介紹。

應注意者，我國著作權法並未於著作權法第三章第四節著作財產權中明文賦予著作權人「輸入權」之專屬權能，而係僅於第 87 條第 1 項第 4 款規範就輸入未經著作財產權人同意之著作原件或重製物，視為侵害著作權，藉此規定將未經同意之輸入行為擬制為侵害著作權，並藉此賦予著作權人得以主張其具有同意真品輸入與否之權限。該條立法理由中，對於此款之說明乃「間接賦予著作財產權人專屬輸入權」。惟嚴格而言，並非真正的「輸入權」，僅實質上可達到禁止輸入之效果而已。

而參照歷來修法研議相關文件可以得知，於 1993 年本條修訂之前，我國學界與實務界多否認我國舊法中「輸入權」與「散布權」之存在，然而由於中美綜合經貿諮商談判中所簽訂「北美事務協調委員會與美國在台協會著作權保護協定」第 14 條<sup>50</sup>之故，我國遂於 1992 年修訂著作權法第 87 條第 3 項，將「意圖在中華民國管轄區域內散布而輸入在該區域內重製係屬侵害著作權或製版權之物者」亦視為侵害著作權，並且由內政部發布函釋，認定當時著作權法未規定輸入之專有權利，因此回歸協定第 14 條第 1 項前段解釋所得之結論，認定該條係允許真品平行輸入<sup>51</sup>；然而由於美方認為我國就該項規範之實際執行並無法符合「北美事務協調委員會與美國在台協會著作權保護協定」第 14 條之規範意旨<sup>52</sup>，因此於 1992 至 1993 年間與美方進行數回合的經貿雙邊談判之後，在擔心受到貿易報復之壓力

<sup>50</sup> 「北美事務協調委員會與美國在台協會著作權保護協定」第 14 條第 1 項：「(一) 受本協定保護之著作，其侵害物，在該著作享有合法保護之締約任一方領域內，應予扣押。侵害物係指侵害依國內法及本協定所規定之專屬權利之任何著作版本；包括進口版本，倘該版本之進口商縱係於進口地自行製作該版本亦構成侵害著作權者。」其英文原文為：「...An infringing copy shall mean a copy of such work that infringes any of the exclusive rights provided in domestic law and in this Agreement including a copy which is imported into the territory represented by either Party where, if made in such territory by the importer, would constitute an infringement of the copyright.”

<sup>51</sup> 台 (81) 內 著 字 第 8186845 號 函。該 函 內 容 可 於 下 列 網 頁 取 得：  
[http://newweb.tipo.gov.tw/ch/Enactment\\_LMExplainLook.aspx?type=Link&ID=931&KeyCh=&KeyEn](http://newweb.tipo.gov.tw/ch/Enactment_LMExplainLook.aspx?type=Link&ID=931&KeyCh=&KeyEn)  
= (查訪日期：2008 年 6 月 20 日)

<sup>52</sup> 美方宣稱協定第 14 條第 1 項之立法精神係為賦予權利人一獨立授權或禁止進口之權利，且此著作人之專屬權利係當時著作權法未明文規範賦與著作權人保障者，因此主張第 14 條所稱之「侵害物 (infringing copy)」包括「未經著作權人授權而輸入的著作原件與重製物」在內。相關資料請參照內政部著作權委員會彙編，「民國八十二年三月份中美智慧財產權諮商 (著作權部份) 紀要暨相關資料彙編」，頁 75，美方就中美著作權協定第十四條提出之說明；頁 81-82，美方對協定八項保留之意見。

下，我方同意增列輸入權之規範，並於 1993 年修正著作權法，於第 87 條增列第 3 款與第 4 款，禁止著作原件或重製物（不論經合法授權與否）於未經著作權人同意授權之情形下輸入，藉此實質賦與著作權人得行使「輸入權」。其中第 3 款事由為針對未經著作權人授權重製之「盜版」重製物的輸入禁止規定；第 4 款事由則為針對「真品平行輸入」所為之規定，按該規定，即使系爭著作為經著作權人授權重製之「正版」重製物，惟若未經著作財產權人同意而輸入者，除有第 87 條之 1 之例外事由外，視為侵害著作權。

由於與著作權相關的國際條約例如伯恩公約、世界智慧財產組織著作權條約、世界智慧財產權組織表演及錄音物條約等皆未針對輸入權加以規範，僅少數國家如美國有就輸入權設有單獨規定<sup>53</sup>，因此於我國制訂該項規定後，亦招致國內不少批評；惟由於「北美事務協調委員會與美國在台協會著作權保護協定」之雙邊拘束效力，以及考量到我國整體對外經貿利益等諸多因素，輸入權的相關規定於 1993 年修法通過後迄今未再修訂。因此，依據本條之規定，我國國民除非取得著作權人授權同意其輸入，抑或符合著作權法第 87 條之 1 第 1 項各款之例外排除規定，否則不得輸入該著作原件或重製物。依此，在我國現行著作權法規範下，原則上不允許著作真品平行輸入。

不過，考量到輸入權對於國內文教利用、資訊取得等實然面可能招致之不利因素，於增訂實質輸入權之際，亦明訂除外規定，以求緩和輸入權對於我國文化發展之負面影響。著作權法第 87 條之 1 設有輸入權之例外規定：「有下列情形之一者，前條第四款之規定，不適用之：

- 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。

<sup>53</sup> 關於國際公約之規範以及美國著作權法之內容，請參見本文第三章之介紹。

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。

前項第二款及第三款之一定數量，由主管機關另定之。」

依此，符合本條各款例外事由者，得不經著作權人同意而自行輸入著作原件或重製物，此時之平行輸入行為係屬合法。其中，較具爭議性且對一般民眾較可能適用者，係該條第1項第3款之規定：「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。」如何解釋本款輸入例外之規定與散布權耗盡原則之交互關係，即屬我國現行著作權法關於著作真品平行輸入規範適用上一大問題，關於此問題，本文將於下述「散布權與輸入權之重疊適用問題」先行點出問題所在，至於較詳盡之分析則請參見第五章。

在此先簡要說明本款除外規定。該規定要件有二：其一，須為「供輸入者個人非散布之利用」，或係「屬入境人員行李之一部分」；其二，為輸入著作原件或

重製物需在「一定數量」之內。而根據主管機關所發布之函釋，所謂「一定數量」係以「每次每一著作以一份為限」<sup>54</sup>。而其中「屬入境人員行李之一部分」之要件涉及事實認定之問題，法律上較無疑義。至於所謂「供輸入者個人非散布之利用」，參照著作權法第3條第1項第12款「散布」之定義：「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」，就散布行為可進一步分為「提供公眾」以及「使重製物交易或流通」兩要件。而所謂「提供公眾」，乃使著作物處於交易中流通之前階段行為，包括為移轉所有權或占有之邀約，然而其並不需符合締結契約之「要約」概念，因此不論廣告、商品目錄或說明書等宣傳、招徠之方法皆屬之；另一方面，所謂「使其交易或流通」之概念包含甚廣，包括移轉所有權、出租以及將著作物事實上交付供受領人自由使用等行為<sup>55</sup>。而所謂「公眾」，依著作權法第3條第1項第4款規定，係「指不特定人或特定之多數人。但家庭及其正常社交之多數人，不在此限。」因此，第87條之1第1項第3款「供輸入者個人非散布之利用」之適用範圍，亦即輸入之使用目的包括僅係供輸入者個人使用之情形、以及輸入者對於「家庭及其正常社交之多數人」為提供而交易或流通重製物之情形。

## 第二項 散布權與輸入權之重疊適用問題

我國著作權法，同時存在有散布權以及實質輸入權之規定，其規範大致內容已分別如前所述，而此種並存之規範方式可能造成幾項適用上之問題。首先，關於著作真品平行輸入之規範，在立法技術上可能採取幾種不同規範方式，例如賦予著作權人散布權，再以耗盡原則加以調整；或者直接創設輸入權，賦予著作權人禁止他人未經同意而平行輸入著作之權利，皆可達到規範平行輸入行為之目

<sup>54</sup> 台（82）內著字第8284870號公告。

<sup>55</sup> 參照蔡明誠主持，「禁止真品平行輸入法制之研究」，經濟部智慧財產局委託研究計畫，頁83-84，2006年。其內容全文可於下列網頁取得：[http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright\\_book/%E7%A0%94%E7%A9%B6%E5%A0%B1%E5%91%8A/%E7%A6%81%E6%AD%A2%E7%9C%9F%E5%93%81%E5%B9%B3%E8%A1%8C%E8%BC%B8%E5%85%A5%E6%9C%9F%E6%9C%AB%E5%A0%B1%E5%91%8A960130.pdf](http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright_book/%E7%A0%94%E7%A9%B6%E5%A0%B1%E5%91%8A/%E7%A6%81%E6%AD%A2%E7%9C%9F%E5%93%81%E5%B9%B3%E8%A1%8C%E8%BC%B8%E5%85%A5%E6%9C%9F%E6%9C%AB%E5%A0%B1%E5%91%8A960130.pdf)（查訪日期：2008年6月20日）

的。至於以何種規範方式較為妥適，則視各國情況而定，原本並無定論。然而，若散布權與輸入權兩種權利同時並存，則當就散布權耗盡原則採行國際耗盡原則時，二者將產生衝突；而若採取國內耗盡原則時，輸入權之規範實無存在之必要。蓋就著作權人之角度而言，既採取國內耗盡原則，又享有輸入權，兩者事實上所達成之效果皆為使其享有控制著作物是否得以自由進入一國境內流通之權利，則兩者同時並立之實益何在？若是著眼於著作權人得以在海關即直接禁止非法重製物進入國內，則直接在關稅法規等法律中明文授權海關對於非法侵權的著作物得直接扣押即可，在立法技術上實無必要既採行國內耗盡原則，又另行創設輸入權之規定。

再者，若著作權人就系爭著作表示同意輸入，或者因法律之規定而使其輸入行為合法，但著作權人並未表示是否同意系爭著作在國內散布，則此時該合法輸入著作物之所有權人究竟得否在國內合法散布著作，即成問題。此外，若原本即係於國內生產製造之著作商品，於輸出後又再回銷入國內時，其合法性應如何判斷？此時應先適用耗盡原則，認為散布權已耗盡，不得禁止其輸入與後續散布，抑或輸入權應優先適用？美國著作權法即因其一方面就散布權採取國內耗盡原則，一方面又設有實質輸入權，而在兩者之適用上引發諸多爭議，除學界之論戰，司法實務上亦出現相當多案例，且各巡迴法院間亦相繼出現南轅北轍之見解，最後於1998年聯邦最高法院於 *Quality King* 一案中方始就在美國境內合法重製之著作物於輸出後又再回銷之問題，做出此時應允許平行輸入之結論，然而此一爭議仍未因此解決<sup>56</sup>。

而觀察我國現行著作權法，實際上亦面臨相當複雜的狀況<sup>57</sup>。於1993年修法創設實質輸入權規定時，依照著作權法第87條第4款以及第87條之1的規定，

<sup>56</sup> 關於美國司法實務上就此問題之論爭過程，請參見本文第三章第二節美國法，「實質輸入權與散布權之適用關係」部份之說明。

<sup>57</sup> 以下關於我國現行著作權法之問題，部份係引用自筆者曾參與之黃銘傑主持，經濟部智慧財產局2007年度委託研究計畫「進口著作物所涉著作權法之輸入權、出租權及散布權適用關係法制之研究」，頁154-158，由筆者所執筆部份的內容，合先敘明。

只要該等外國著作物係經其著作權人同意或依第 87 條之 1 而輸入至我國國內，則其後有關於該著作物之散布行為，原應不受禁止；然而，我國於 2003 年修訂著作權法增列第 28 條之 1 賦予著作權人專屬的散布權：「著作人除本法另有規定外，專有以移轉所有權之方式，散布其著作之權利。」此修正導致，已經著作權人同意或依第 87 條之 1 而合法從外國輸入之著作原件或重製物，若於取得輸入同意時，未同時獲得授權可於我國境內散布者，則輸入後之「以移轉所有權之方式」的散布行為，可能會構成散布權之侵害。

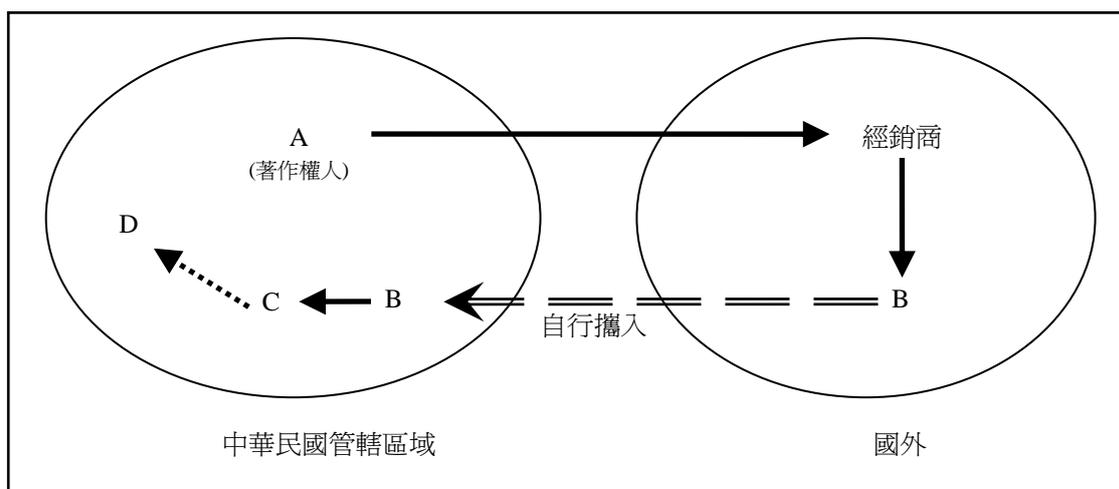
綜觀我國著作權法，原本為因應新訂對於著作物自由流通控制權之規範，以求於著作權人個人利益與社會大眾近用著作之公共利益間取得平衡，我國著作權法亦仿效外國法制設有權利耗盡之規定，然因現行著作權法第 59 條之 1 將適用對象限定於「在中華民國管轄區域內」取得之著作物，合法輸入之著作物因係於外國「取得」，無法滿足境內取得之要件，導致合法輸入著作物仍無法於我國自由流通。此種已經著作權人同意或依第 87 條之 1 而合法從外國輸入之著作物，嗣後之散布行為於修法前本屬合法，卻因修法新增散布權而從合法行為轉變成違法行為，是否妥當？難謂無疑。

尤其依第 59 條之 1 之立法理由：「合法取得著作原件或其重製物所有權之人，基於物權，本得自由管理、使用、處分或收益該著作原件或其重製物。」在國外取得著作物之所有權人，其輸入行為既已取得著作權人同意或依第 87 條之 1 為合法輸入，則依一般社會常理，當然會認為其輸入後之散布行為亦屬合法。以上所述，為其「取得」地點係在中華民國管轄區域外者之情形。

尤有甚者，即使其「取得」著作原件或其重製物之地點在「中華民國管轄區域內」，仍有可能不該當於第 59 條之 1 的規定而無法適用散布權耗盡之規定，造成其散布行為違法之結果。蓋因在現行著作權法第 59 條之 1 條文下，欲適用散布權耗盡規定之前提要件為：所取得者需為「著作原件」或其「合法重製物」。「著

作原件」之意涵當無疑義，但所謂「合法重製物」之定義究何所指？即有爭議。

對此，由於著作權法第 59 條之 1 立法理由第 3 點、第 4 點均指出「未經授權而輸入之物非屬『合法重製物』，因此無第 59 條之 1 之適用」，則立法理由似乎認為「合法重製物」的要件並非單純就其字面解釋為「經著作財產權人授權合法重製之物」，而是除須先經由著作財產權人之授權重製外，於國外真品平行輸入之情形，須再取得國內著作財產權人授權輸入與散布後，該真品方屬於著作權法上之「合法重製物」。然而如此一來，散布行為人在中華民國管轄區域內所取得者，縱為經著作財產權人授權製造之「正版」重製物，若未取得著作財產權人在我國國內散布之授權，則其散布行為仍屬違反著作權法第 28 條之 1 規定之行為，違反該款規定而散布之物因非屬「合法重製物」，並無第 59 條之 1 之適用，故其行為有侵害著作財產權人之專屬散布權之虞。而依我國現行著作權法第 87 條第 1 項第 6 款，第 88 條以及第 91 條之 1、第 93 條規定，未經著作財產權人同意，而散布著作原件或重製物，除需負擔民事損害賠償責任外，甚至還負有刑事責任，最高可處三年有期徒刑，責任不可謂不重。依此解釋，很有可能引發無數民眾觸法於無形之嚴重弊端，試舉日常生活中常見之情境為例（如下圖 1）：



【圖 1】

某民眾 B 出國旅遊或留學，於國外購入經著作財產權人 A 授權合法重製之正

版光碟，後以入境行李之形式輸入國內，此輸入行為依照我國著作權法第 87 條之 1 第 1 項第 3 款係屬合法。但因其取得著作重製物之地點在國外，非中華民國管轄區域內，散布權尚未耗盡，若 B 於自行使用完畢後欲上網拍賣，則其行為仍將被認定侵害散布權。其次，B 於拍賣網站上轉售予 C，但就外觀而言此一正版光碟往往與其他經國內代理商合法散布之正版光碟並無二致，C 無從得知系爭光碟為未經授權散布之光碟，主觀上當然認為既係於國內取得系爭光碟，散布權應已耗盡，遂於使用完畢後再行轉手拍賣予 D，殊不知此一轉手拍賣之行為已觸法於無形，可能面臨遠超過該著作物本身價值之鉅額民事賠償甚至刑事責任。蓋就一般常理而言，消費者能注意者至多為系爭商品是否為盜版重製物，而對於所謂的正版重製物，要求作為後手之消費者於交易前尚須進一步探究其過往之流通過程是否完全合法，實屬強人所難，恐與一般民眾之認知不符，且有失衡平。

在國際交通便利、文化交流亦無遠弗屆的現代社會中，類似上述舉例之情境，實為日常生活中俯拾即是之場景，然而由於我國現行著作權法就著作真品平行輸入之規範之不當，在散布權與輸入權重疊規範之架構下，搭配法條文字與解釋之不當，竟可能衍生出如此嚴重之後果，實為必須正視之問題。

### 第三節 小結

如上所述，我國目前著作權法關於著作真品平行輸入之規範實存有重大缺陷，而對於以文化輸入為主軸之我國而言，面對著作真品平行輸入，究竟應抱持何種規範態度方為最有利於國家以及人民利益之作法，實有深究之必要。因此，如何在著作權人利益之保護以及社會大眾接近利用著作之利益間取得衡平，一方面確保國內文化產業持續創作與投資之誘因，促進相關產業之蓬勃發展，另一方面也盡量排除著作流通之障礙，使我國國民能以合理價格迅速而廣泛的接收外來文化之刺激與啟發，即為本論文亟欲處理之問題。

以下第三章將先介紹國際公約以及世界各國在著作權法上對於平行輸入問題之規範態度，期能藉由比較法之介紹與分析，廣泛瞭解目前國際社會中就平行輸入問題所採取之迥異立場，並試圖由各國在其各自之經濟、社會、文化、政治發展脈絡下所發展出之差異性分析中，發掘最適合我國的規範之道。



### 第三章 國際公約與主要國家著作權法制關於著作真 品平行輸入之規範

由於平行輸入行為橫跨不同國家，且在知識經濟時代下著作真品平行輸入規範之健全與否對於國家競爭力影響甚鉅，已如前述。任何國家於擬定其關於著作真品平行輸入之規範時，皆無法無視他國規範而自外於世界潮流。我國作為國際社會之一員，探討本國著作真品平行輸入之規範問題時，除應了解國際公約與其他世界各主要國家關於著作真品平行輸入之規範內容外，更應進而深入剖析各國所定規範內容所蘊含之背景因素或政經關係，最後再將我國自身各種政治經濟社會等要素揉合其中，以便找出最適於我國之規範模式。

若初步將世界各主要國家作一分類，其結果可大別為：以美國及歐洲聯盟為首的智慧財產輸出國，原則禁止著作真品平行輸入；與以日本、澳洲、紐西蘭為代表的智慧財產輸入國，原則允許著作真品平行輸入之兩種規範模式。

因此，本文以下將逐一介紹國際公約、美國及歐洲聯盟、日本與澳洲及紐西蘭著作權法對於著作真品平行輸入之規範，供為比較法參考之素材。

#### 第一節 國際公約

本節以下將針對「伯恩公約」(Berne Convention)、「羅馬條約」(Rome Convention)、「與貿易有關之智慧財產權協定」(TRIPS)、「世界智慧財產組織著作權條約」(The WIPO Copyright Treaty, WCT)及「世界智慧財產權組織表演及錄音物條約」(The WIPO Performances and Phonograms Treaty, WPPT)等國際條約中，有關著作真品平行輸入之規範予以說明，以輸入權與散布權之規定為主。

## 第一項 伯恩公約

伯恩公約第 14 條規定：「1.文學或藝術著作之著作人專有授權為下列行為之權利：(1)上開著作之改作及重製成電影，以及經此改作或重製後著作之散布。(2)公開演出及以有線電向公眾傳達經此改作或重製後之著作。2.將源自文學或藝術著作之電影製作物改作成其他藝術形式者，於不損害電影製作物著作人授權的範圍內，仍須取得原著作各著作人之授權。3.第十三條第(1)項之規定，不適用之<sup>58</sup>。」

在散布權方面，伯恩公約僅於第 14 條第 1 項就電影著作賦予散布權之保護，而就其它著作則未賦予類似權利，亦未言及耗盡原則。若觀察伯恩公約歷次修正之過程，於該公約 1967 年斯德哥爾摩修正案中，以法國為首之國家原擬於第 9 條重製權之後增訂「散布權」之一般性規定，惟最後並未獲得多數會員國支持，其主要原因有二：一是因草案原僅擬賦予著作人「首次散布權」，但著作人依重製權得授權他人重製，應即得藉以授權他人首次散布，無須再另行賦予著作人「首次散布權」；其二是認為著作人透過契約即可控制著作之首次散布<sup>59</sup>。基於此等理由，各會員國乃決議不增訂「散布權」之一般性規定。

其次，在輸入權方面，至今伯恩公約尚未設有相關規定。有論者以為著作權法係以屬地主義為原則，於不同司法領域下，同一著作人之著作權係為分別行使之權利，並非單一權利；因此著作人於某國司法管轄領域內進行合法授權之著作

<sup>58</sup> 本中譯文係參考經濟部智慧財產局之翻譯，請參照 [http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright\\_law/copyright\\_law\\_2\\_1.asp](http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright_law/copyright_law_2_1.asp)（查訪日期：2008 年 6 月 20 日），條約原文如下：Article 14 “(1) Authors of literary or artistic works shall have the exclusive right of authorizing: (i) the cinematographic adaptation and reproduction of these works, and the distribution of the works thus adapted or reproduced; (ii) the public performance and communication to the public by wire of the works thus adapted or reproduced. (2) The adaptation into any other artistic form of a cinematographic production derived from literary or artistic works shall, without prejudice to the authorization of the author of the cinematographic production, remain subject to the authorization of the authors of the original works. (3) The provisions of Article 13(1) shall not apply.”

<sup>59</sup> 參照章忠信，新著作權法「散布權」相關規定之檢討，政大智慧財產評論第 1 卷第 2 期，註 15，2004 年。

重製物，若欲輸入至他國境內，理論上仍需再經由著作人同意之，因此毋須另行增訂著作人之輸入權；然亦有論者對上述論點提出批評，認為非有法律明文規定，應不致使在一國經合法授權利用產生之著作，於其他國家直接變成非法利用產生之著作，尤其著作權之侵權行為如涉及刑事責任，更與「罪刑法定主義」之原則大相違背<sup>60</sup>。

此外，由於伯恩公約第 13 條第 1 項規定各會員國得自行對音樂著作權人所享有之專屬錄音權或與該音樂著作相結合的文字著作權人所享有之專屬錄音權課予權利保留及條件<sup>61</sup>，容許各國就其權利要件等做出相異規定，因此在 A 國為合法錄製之同一錄音物若依 B 國法律有可能卻屬於違法錄音物。為因應此種各國保護程度不一的狀況，同條第 3 項規定：「根據本條第一、二項製作的錄音物，如未經權利人許可而輸入將此類錄音物視為違法錄音物的國家，該國得予以扣押<sup>62</sup>。」其規範目的係為賦予內國權利人於國境或海關即得阻止部份在外國雖屬合法、但若依本國法律規定卻屬違法的錄音物輸入國內，以免成為平行輸入業者規避內國法律規定之藉口、造成內國權利人之不合理損失。因此本條規定雖表面上看似賦予權利人於真品平行輸入業者未經其同意而輸入時得予禁止之輸入權，但實際上並未創設一專屬輸入權，應予明辨。

<sup>60</sup> 參照章忠信，著作權法真品平行輸入之研究，資訊法務透析第 10 卷第 7 期，註 27、31，1998 年。

<sup>61</sup> 伯恩公約第 13 條第 1 項：「關於音樂著作著作人所獲對其音樂著作為錄音授權之專有權，以及於音樂著作結合文字之情形，如該文字與該音樂著作之併同錄製，業經文字著作人授權者，該文字著作人所獲對該音樂著作併同其文字為錄音授權之專有權，聯盟各會員國得自行對上開專有權課予權利保留及條件，惟所課權利保留及條件，應僅於課予該等權利保留及條件之國家內適用之，且無論情形為何，一律不得損害上開著作人取得相當報酬之權利；上述相當報酬如無相關協議者，應由主管機關定之。」（本中譯文係參照經濟部智慧財產局之翻譯，[http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright\\_law/copyright\\_law\\_2\\_1.asp](http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright_law/copyright_law_2_1.asp)，查訪日期 2008 年 6 月 20 日）。原文如下：(1) Each country of the Union may impose for itself reservations and conditions on the exclusive right granted to the author of a musical work and to the author of any words, the recording of which together with the musical work has already been authorized by the latter, to authorize the sound recording of that musical work, together with such words, if any; but all such reservations and conditions shall apply only in the countries which have imposed them and shall not, in any circumstances, be prejudicial to the rights of these authors to obtain equitable remuneration which, in the absence of agreement, shall be fixed by competent authority.

<sup>62</sup> 伯恩公約第 13 條第 3 項原文如下：(3) Recordings made in accordance with paragraphs (1) and (2) of this Article and imported without permission from the parties concerned into a country where they are treated as infringing recordings shall be liable to seizure.

綜上所述，現行伯恩公約明文規定僅對於電影著作賦與散布權，至於電影著作以外之著作則未賦予散布權此種專屬性權利。此外，伯恩公約亦未要求賦予著作權人專屬輸入權。若此，則伯恩公約會員國就電影著作以外之著作，並無義務賦予散布權；且其亦無義務對所有著作賦與輸入權之保護<sup>63</sup>。

## 第二項 羅馬公約

羅馬公約之全名為「保護表演人、錄音物製作人及廣播機構之國際公約」(The International Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations)，但一般皆簡稱為羅馬公約(Rome Convention)。

羅馬公約係成立於1961年，而於1960年其處於草案階段時，曾有會員國代表建議於公約草案內賦予錄音著作人得禁止未經其同意或逾越其授權範圍，散布其錄音重製物之權利；而北歐數國與印度代表亦曾提案建議於公約中增訂禁止在各會員國境內輸入未經著作人同意之非法著作重製物<sup>64</sup>。但前述提案皆未被採納，論其原因係由於多數羅馬公約會員國考量到羅馬公約係成立在伯恩公約之後，則就一般性保護而言，伯恩公約實為普世奉行之著作權保護基準；因此於伯恩公約尚未建構著作人的散布權及輸入權前，羅馬公約作為主要保護著作鄰接權之國際條約，似不宜逕為制定散布權及輸入權相關制度<sup>65</sup>。

## 第三項 與貿易有關之智慧財產權協定

世界貿易組織 (World Trade Organization，下簡稱為WTO) 為一重要國際性

<sup>63</sup> 伯恩公約專家委員會曾提議以議定書 (protocol) 方式，賦予著作人享有首次散布權與輸入權。而後於1996年提出「關於保護文學及藝術著作相關問題之條約 (The Treaty on Certain Questions Concerning the Protection of Literary and Artistic Works)」，此份草案後成為「世界智慧財產權組織著作權條約 (The WIPO Copyright Treaty)」之基礎文件之一。參照章忠信，前揭註60文，註腳32之內容。

<sup>64</sup> 參照章忠信，著作權法中「散布權」之檢討，萬國法律第116期，頁6，2001年。

<sup>65</sup> 同前註。

組織<sup>66</sup>，我國於 2002 年 1 月 1 日起亦正式成為其會員國，因此該組織相關協定與條約皆有遵守之必要。WTO 所包括之多項附屬協定中，與智慧財產相關者為「與貿易有關之智慧財產權協定」(Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights, 下簡稱為 TRIPS)。

就著作權保護之層面，於 TRIPS 第 9 條第 1 項規定：「會員應遵守（一九七一年）伯恩公約第一條至第二十一條及附錄之規定。但會員依本協定所享有之權利及所負擔之義務不及於伯恩公約第六條之一之規定所賦予或衍生之權利<sup>67</sup>。」換言之，TRIPS 僅要求其全體會員國需遵守伯恩公約之相關規範，作為一最低規範要求，但整部條約內容則未另行創設著作權之其他權利。由於伯恩公約除電影著作外並未賦予著作權人一般性的散布權，已如本章第一節第一項內容所述，因此以伯恩公約作為著作權方面依歸的 TRIPS 同樣未設有關於一般性散布權之規定。而輸入權之部份，亦呈現未為規範的狀況。

至於耗盡原則之問題，TRIPS 於其第 6 條特別指明：「就本協定爭端解決之目的而言，且受第三條（國民待遇原則）及第四條（最惠國待遇原則）規定之限制，本協定不得被用以處理智慧財產權耗盡之問題<sup>68</sup>。」依此，各會員國皆不得援引

<sup>66</sup> WTO 之前身為「關稅暨貿易總協定(GATT)」，該協定成立於 1947 年，其創立目的在確保關稅減讓之成果，原擬作為國際貿易組織(International Trade Organization)成立前之暫時約定，惟因部分國家，包括美國之反對，該組織始終未能成立。1986 年 9 月 15 日於烏拉圭部長會議中宣布新回合多邊貿易談判開始，1993 年 12 月 15 日通過「烏拉圭回合多邊談判議定書」，1994 年 4 月 15 日簽署。1995 年 1 月 1 日成立，當時 GATT 與 WTO 併存一年，直到 1996 年 1 月 1 日，GATT 功成身退。參照章忠信，我國加入世界貿易組織後關於著作權法適用之淺述，律師雜誌第 243 期，註 1，1999 年。截至 2007 年 7 月 27 日為止，WTO 已有 151 個會員國，相關詳細資料請參見 WTO 之網頁 [http://www.wto.org/english/thewto\\_e/whatis\\_e/tif\\_e/org6\\_e.htm](http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm)（查訪日期：2008 年 6 月 20 日）。

<sup>67</sup> 本中譯文係參考經濟部智慧財產局之翻譯，請參照 [http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright\\_law/copyright\\_law\\_2\\_9\\_2.asp#1](http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright_law/copyright_law_2_9_2.asp#1)（查訪日期：2008 年 6 月 20 日），原文如下：”Members shall comply with Articles 1 through 21 of the Berne Convention (1971) and the Appendix thereto. However, Members shall not have rights or obligations under this Agreement in respect of the rights conferred under Article 6bis of that Convention or of the rights derived therefrom.”

<sup>68</sup> 本中譯文係參考經濟部智慧財產局之翻譯，括弧內補充文字則為筆者所添加，請參照 [http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright\\_law/copyright\\_law\\_2\\_9\\_1.asp](http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright_law/copyright_law_2_9_1.asp)（查訪日期：2008 年 6 月 20 日），原文如下：TRIPS Article 6: "For the purposes of dispute settlement under this Agreement, subject to the provisions of Articles 3 and 4 above nothing in this Agreement shall be used to address the

TRIPS 之規定，主張其他會員國所採行之權利耗盡原則違反 TRIPS 協定而訴諸於爭端解決機制，從而各國皆得自行考量其本國之利益而採行適當之權利耗盡原則，惟以不違反國民待遇原則及最惠國待遇原則為前提。然而何須特別明文規定排除智慧財產權耗盡原則於爭端解決機制之外，迴避於 TRIPS 協定中直接作出一般性原則規範？應係出於折衷妥協智慧財產輸出國與輸入國之利益衝突所致。蓋因身為智慧財產權主要輸出國之美國、歐盟等已開發國家欲挾其掌握絕大多數重要智慧財產權之優勢，主張強化其法律保護之程度以鞏固其國家利益，故反對採取國際耗盡原則；相對於此，作為智慧財產權主要輸入國之開發中與未開發國家，則主張應鬆綁智慧財產保護法規，使輸入國維持其基本競爭能力，故極力支持採用智慧財產權國際耗盡原則，在雙方利害衝突甚巨之情形下，難以獲得一致共識，因此 TRIPS 遂不予規定，於協定中明文排除會員國就耗盡原則以 TRIPS 向世界貿易組織的爭端解決機制請求諮商或是進行訴訟的可能性，表明其不欲干涉各會員國自由立法之立場。

綜上所述，TRIPS 各會員國得於不違反 TRIPS 第 3 條國民待遇原則、第 4 條最惠國待遇原則、第 8 條第 2 項關於智慧財產權人權利濫用、及第 40 條契約違反公平競爭等原則之前提下，且於不抵觸伯恩公約規定範圍內，就散布權與輸入權及權利耗盡原則自行採取最有利之立法模式。

#### **第四項 世界智慧財產權組織著作權條約暨世界智慧財產權組織表演及錄音物條約**

TRIPS 協定於著作權法規範面向僅重申各會員國應遵守伯恩公約，將伯恩公約納入 WTO 之架構下，但並未新設任何權利，已如前述。但隨著科技發展及其所伴隨的社會經濟活動變遷，世界智慧財產權組織（World Intellectual Property

Organization，下簡稱為 WIPO)<sup>69</sup>有感於僅靠伯恩公約之約束已無法充分保護著作權人以及表演人等之權益，於 1996 年 12 月在瑞士日內瓦召開「關於著作權與鄰接權相關問題之外交會議 (Diplomatic Conference on Certain Copyright and Neighboring Rights Questions)」，並決議通過「世界智慧財產組織著作權條約」(The WIPO Copyright Treaty, 下簡稱為 WCT) 以及「世界智慧財產權組織表演及錄音物條約」(The WIPO Performances and Phonograms Treaty, 下簡稱為 WPPT) 兩項條約<sup>70</sup>。

依此二條約規定，參與 WIPO 組織之各會員國，須就著作人之著作原件、著作重製物、表演人之固著錄音錄影原件或重製物等，賦予其出租權與散布權等專屬性權利；但就權利耗盡原則之國際、區域、國內等耗盡範圍，由於會員國之間歧見仍深未能達成協議，因而於條約中依舊未作出統一之規範，明文規定任由各會員國自行決定散布權之耗盡原則範圍<sup>71</sup>。此外，就出租權與散布權之關係亦未論及，此係由於訂定 WCT 與 WPPT 條約之時，會員國中部分國家已於其國內法將出租權納入散布權權能之下，但亦有部分國家將出租權與散布權並列為獨立權能。

職是之故，WIPO 於討論 WCT 與 WPPT 時，囿於上述會員國法制不一之情形，於會議過程中將出租權與散布權分開討論，然而此舉並非意謂其肯認出租權不屬於散布權權能之一部；分別討論之故，實係為遷就各會員國法制現況，不強迫要求就出租權與散布權明文分別規範之國家須修正著作權法，將出租權納入散

<sup>69</sup> WIPO 為總部設於瑞士日內瓦之國際性組織，為聯合國所轄之特別組織，成立於 1967 年，其任務目標為與各會員國及其他國際組織合作促進全球智慧財產權之保護，建立一衡平且兼顧可利用性之國際智慧財產系統，包括獎勵創造力、刺激創新並於捍衛公共利益之同時亦確保智慧財產對於經濟發展之貢獻。迄 2008 年 6 月 20 日為止 WIPO 共有 184 個會員國，關於該組織之介紹請參照 [http://www.wipo.int/about-wipo/en/what\\_is\\_wipo.html](http://www.wipo.int/about-wipo/en/what_is_wipo.html) (查訪日期：2008 年 6 月 20 日)。

<sup>70</sup> 相關會議過程之介紹請參照章忠信，世界智慧財產權組織一九九六年十二月「關於著作權與鄰接權相關問題之外交會議」側記，資訊法務透析第 9 卷第 2 期，頁 31-46，1997 年。

<sup>71</sup> 參照章忠信，前揭註 59，頁 5。

布權中<sup>72</sup>，依照本文於第二章第一節所闡明散布權之概念，出租權實應為廣義散布權之一環，宜予明辨<sup>73</sup>。

首先就著作人所被賦予之權利而言，WCT 第 6 條規定：「(1)文學及藝術著作之著作人應享有授權以銷售或其他轉讓所有權之方式對公眾提供其著作之原件或重製物之專有權利。(2)於著作人授權之情形，將著作之原件或重製物為第一次銷售或其他所有權轉讓方式時，締約各方得自行決定對第(1)項權利之耗盡條件，不受本條約規定之拘束。<sup>74</sup>」同時，第 7 條另規定：「(1)(i)電腦程式著作；(ii)電影著作；及(iii)締約各國國內法所規定包含於錄音物之著作，其著作人應有授權將其著作原件或重製物對公眾為商業性出租之專有權利。(2)第(1)項規定，於下列情形不適用之：(i)非屬出租之主要客體之電腦程式著作；及(ii)電影著作，但以該商業性出租行為將導致就該著作廣泛重製而致損害重製權者為限。(3)於第(1)項規定之情形，於 1994 年 4 月 15 日前已存在並繼續施行特定制度，使著作人就其被包含於錄音物上之著作之出租行為得請求適當使用報酬之締約國，得維持該制度。但以該被包含於錄音物上著作之出租行為，不致嚴重損害著作人之重製權者為限。<sup>75</sup>」

其次，就表演人權利之面向而言，WPPT 第 8 條就表演人散布權加以規定：「(1)

<sup>72</sup> 同前註文，註腳 18 之內容。

<sup>73</sup> 基於肯認出租權為廣義散布權之一環之立場，筆者認為我國著作權法現行規定針對散布權與出租權之耗盡原則異其規定，實屬立法不當，請詳見本文第五章之分析。

<sup>74</sup> 本中譯文係參考學者章忠信之翻譯：<http://www.copyrightnote.org/statute/cc0007.html>（查訪日期：2008 年 6 月 20 日）並加以潤飾。原文如下：WCT Article 6 Right of Distribution "(1) Authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing the making available to the public of the original and copies of their works through sale or other transfer of ownership. (2) Nothing in this Treaty shall affect the freedom of Contracting Parties to determine the conditions, if any, under which the exhaustion of the right in paragraph (1) applies after the first sale or other transfer of ownership of the original or a copy of the work with the authorization of the author."

<sup>75</sup> 同前註。原文如下，WCT Article 7 Right of Rental : "(1) Authors of:(i) computer programs;(ii) cinematographic works; and(iii)works embodied in phonograms as determined in the national law of Contracting Parties, shall enjoy the exclusive right of authorizing commercial rental to the public of the originals or copies of their works.(2) Paragraph (1) shall not apply:(i) in the case of computer programs where the program itself is not the essential object of the rental; and (ii) in the case of cinematographic works, unless such commercial rental has led to widespread copying of such works materially impairing the exclusive right of reproduction. (3)Notwithstanding the provisions of paragraph (1), a Contracting Party that, on April 15, 1994, had and continues to have in force a system of equitable remuneration of authors for the rental of copies of their works embodied in phonograms may maintain that system provided that the commercial rental of works embodied in phonograms is not giving rise to the material impairment of the exclusive rights of reproduction of authors."

表演人應享有授權將其固著於錄音物之表演原件或重製物，以出售或其他轉讓所有權之方式，對公眾提供之權利；(2) 於表演人授權之情形，就表演固著之原件或重製物為第一次銷售或其他所有權轉讓方式時，締約各方得自行決定對第(1)項權利之耗盡條件，不受本條約規定之拘束。<sup>76</sup>」第9條則係表演人出租權之規定：「(1)表演人應享有授權將其依締約各國國內法所定固著於錄音物上表演之原件或重製物，對公眾為商業性出租之權利。於表演人或經表演人授權而就該原件或重製物加以散布後，亦同。(2)第(1)項規定之情形，於1994年4月15日已存在並繼續施行特定制度，使表演人就其被包含於錄音物上之表演重製物之出租行為得請求適當使用報酬之締約國，得維持該制度。但以該被包含於錄音物上表演重製物之出租行為，不致嚴重損害表演人之重製權者為限。<sup>77</sup>」

再者，於錄音物製作人之權利方面，WPPT第12條關於錄音物製作人之散布權規定：「(1)錄音物製作人應享有授權將其錄音物原件或重製物，以出售或其他轉讓所有權之方式，對公眾提供之權利；(2) 於錄音物製作人授權之情形，就錄音物之原件或重製物為第一次銷售或其他所有權轉讓方式時，締約各方得自行決定對第(1)項權利耗盡之條件不受本條約規定之拘束。<sup>78</sup>」第13條則為關於錄音物

---

<sup>76</sup> 本中譯文係參考學者章忠信之翻譯：<http://www.copyrightnote.org/statute/cc0009.html>（查訪日期：2008年6月20日）並加以潤飾。原文如下：WPPT Article 8 Right of Distribution：“(1)Performers shall enjoy the exclusive right of authorizing the making available to the public of the original and copies of their performances fixed in phonograms through sale or other transfer of ownership.(2)Nothing in this Treaty shall affect the freedom of Contracting Parties to determine the conditions, if any, under which the exhaustion of the right in paragraph (1) applies after the first sale or other transfer of ownership of the original or a copy of the fixed performance with the authorization of the performer.”

<sup>77</sup> 同前註。原文如下：WPPT Article 9 Right of Rental：“(1)Performers shall enjoy the exclusive right of authorizing the commercial rental to the public of the original and copies of their performances fixed in phonograms as determined in the national law of Contracting Parties, even after distribution of them by, or pursuant to, authorization by the performer.(2)Notwithstanding the provisions of paragraph (1), a Contracting Party that, on April 15, 1994, had and continues to have in force a system of equitable remuneration of performers for the rental of copies of their performances fixed in phonograms, may maintain that system provided that the commercial rental of phonograms is not giving rise to the material impairment of the exclusive rights of reproduction of performers.”

<sup>78</sup> 同前註。原文如下：WPPT Article 12 Right of Distribution：“(1)Producers of phonograms shall enjoy the exclusive right of authorizing the making available to the public of the original and copies of their phonograms through sale or other transfer of ownership.(2)Nothing in this Treaty shall affect the freedom of Contracting Parties to determine the conditions, if any, under which the exhaustion of the right in paragraph (1) applies after the first sale or transfer of ownership of the original or a copy of the phonogram with the authorization of the producer of phonograms.”

製作人之出租權：「(1)錄音物製作人應享有授權將其錄音物原件或重製物對公眾為商業性出租之權利。於錄音物製作人或經錄音物製作人授權而就該原件或重製物加以散布後，亦同。(2)第(1)項之規定，於1994年4月15日已存在並繼續施行特定制度，使錄音物製作人就其錄音物之重製物之出租行為得請求適當使用報酬之締約國，得維持該制度。但以該錄音物之出租行為，不致嚴重損害錄音物製作人之重製權者為限。<sup>79</sup>」

最後，於輸入權方面，當WCT與WPPT兩項條約仍於草擬階段時，美國曾就輸入權提出提案，賦予著作人、表演人及錄音物製作人，就其著作原件或重製物、固著之表演、錄音物原件或其重製物，得享有授權輸入之權限，不受到第一次銷售理論之限制<sup>80</sup>。換言之，縱令著作原件或重製物等係在權利人同意下被銷售或移轉所有權後，權利人仍得禁止其未經授權之輸入。此外，為避免規定過於嚴苛，草案並針對專為個人、非營利性使用且屬於入境隨身行李之一部分（solely for his personal and non-commercial use as part of his personal luggage）之輸入行為，作輸入權之例外規定<sup>81</sup>。然而此一提案並未獲得多數國家支持，最後並未納入條約中，因此現行WCT以及WPPT兩項條約皆未創設著作權人之專屬輸入權。

另一方面，上述由美國所提出之草案亦主張，如果輸入權之賦予無法被普遍地接受，則另一種折衷選項是附條件的賦予，例如一旦該著作重製物等，經權利人於其他國家或地區散布一段期間(例如一年)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

---

<sup>79</sup> 同前註。原文如下：WPPT Article 13 Right of Rental：“(1)Producers of phonograms shall enjoy the exclusive right of authorizing the commercial rental to the public of the original and copies of their phonograms, even after distribution of them by or pursuant to authorization by the producer. (2)Notwithstanding the provisions of paragraph (1), a Contracting Party that, on April 15, 1994, had and continues to have in force a system of equitable remuneration of producers of phonograms for the rental of copies of their phonograms, may maintain that system provided that the commercial rental of phonograms is not giving rise to the material impairment of the exclusive rights of reproduction of producers of phonograms.”

<sup>80</sup> 參照章忠信，前揭註59，頁7。

<sup>81</sup> 同前註。

重製物，均不得主張散布權及輸入權<sup>82</sup>。此種附條件之輸入權同樣未納入條約內容中，但此種規範模式則成為不少國家欲緩和著作利益團體之壓力又不願過度犧牲民眾利用著作的權益時所採取的折衷之道，諸如日本、澳洲、紐西蘭等國家之著作權法目前皆可見此種規範類型，請詳見本章第三節之介紹。然而此類立法模式多半依照特定著作類型之不同而做出特別的期間規定，是否妥適？著作權法會否淪於保護特定著作權團體之打手而衍生政策偏頗或有違反競爭法之疑慮？皆有疑問。請詳見本文後述。

綜上所述，WCT 與 WPPT 兩項條約創設著作權人、表演人及錄音物製作人皆享有散布權與出租權，至於權利耗盡原則以及輸入權之規定則仍付之闕如，留予各會員國自行決定。

## 第二節 美國及歐洲有關著作真品平行輸入之規範

### 第一項 美國

#### 第一款 著作權法規範之內容

##### 第一目 散布權與權利耗盡原則

美國著作權法關於散布權之規範，規定於第 106 條第 3 款：「於第 107 條至第 122 條之規定限制下，依本法享有著作權者就其著作專有下述各種權利：(3)以買賣或其他移轉所有權之方式或出租、出借等方式將著作之重製物或錄音物向公眾散布。<sup>83</sup>」此即為散布權之規定。因此，美國法上對於所謂散布之定義，不僅限於狹義的移轉所有權，而是包括出租、出借等較廣義的散布行為在內，並未另行創設出租權。

<sup>82</sup> 同前註。

<sup>83</sup> 原文如下：17 U.S.C §106(3): "Subject to sections 107 through 122, the owner of copyright under this title has the exclusive rights to do and to authorize any of the following : (3) to distribute copies or phonorecords of the copyrighted work to the public by sale or other transfer of ownership, or by rental, lease, or lending."

至於散布權之權利耗盡原則，在美國法上稱之為「第一次銷售原則」(First Sale Doctrine) 惟其實質內涵與歐陸法系所稱之權利耗盡原則並無二致。「第一次銷售原則」係規定於第 109 條 (a) 項，其內容為：「縱有第 106 條第 3 款之規定，依本法合法重製之特定重製物或錄音物之所有人或其所授權之人，得不經著作權人之授權，出賣或處分該重製物或錄音物。(以下略)<sup>84</sup>」惟應注意者，依美國著作權法第 109 條 (b) 項，錄音物以及電腦程式著作之出租權、出借權並無耗盡之虞<sup>85</sup>。

---

<sup>84</sup> 原文如下：17 U.S.C §109(a)：”Notwithstanding the provisions of section 106 (3), the owner of a particular copy or phonorecord lawfully made under this title, or any person authorized by such owner, is entitled, without the authority of the copyright owner, to sell or otherwise dispose of the possession of that copy or phonorecord...”

<sup>85</sup> 原文如下：17 U.S.C §109 (b)：

(第 1 款) (A) Notwithstanding the provisions of subsection (a), unless authorized by the owners of copyright in the sound recording or the owner of copyright in a computer program (including any tape, disk, or other medium embodying such program), and in the case of a sound recording in the musical works embodied therein, neither the owner of a particular phonorecord nor any person in possession of a particular copy of a computer program (including any tape, disk, or other medium embodying such program), may, for the purposes of direct or indirect commercial advantage, dispose of, or authorize the disposal of, the possession of that phonorecord or computer program (including any tape, disk, or other medium embodying such program) by rental, lease, or lending, or by any other act or practice in the nature of rental, lease, or lending. Nothing in the preceding sentence shall apply to the rental, lease, or lending of a phonorecord for nonprofit purposes by a nonprofit library or nonprofit educational institution. The transfer of possession of a lawfully made copy of a computer program by a nonprofit educational institution to another nonprofit educational institution or to faculty, staff, and students does not constitute rental, lease, or lending for direct or indirect commercial purposes under this subsection. (B) This subsection does not apply to—(i) a computer program which is embodied in a machine or product and which cannot be copied during the ordinary operation or use of the machine or product; or (ii) a computer program embodied in or used in conjunction with a limited purpose computer that is designed for playing video games and may be designed for other purposes. (C) Nothing in this subsection affects any provision of chapter 9 of this title.

(第 2 款) (A) Nothing in this subsection shall apply to the lending of a computer program for nonprofit purposes by a nonprofit library, if each copy of a computer program which is lent by such library has affixed to the packaging containing the program a warning of copyright in accordance with requirements that the Register of Copyrights shall prescribe by regulation. (B) Not later than three years after the date of the enactment of the Computer Software Rental Amendments Act of 1990, and at such times thereafter as the Register of Copyrights considers appropriate, the Register of Copyrights, after consultation with representatives of copyright owners and librarians, shall submit to the Congress a report stating whether this paragraph has achieved its intended purpose of maintaining the integrity of the copyright system while providing nonprofit libraries the capability to fulfill their function. Such report shall advise the Congress as to any information or recommendations that the Register of Copyrights considers necessary to carry out the purposes of this subsection.

(第 3 款) Nothing in this subsection shall affect any provision of the antitrust laws. For purposes of the preceding sentence, “antitrust laws” has the meaning given that term in the first section of the Clayton Act and includes section 5 of the Federal Trade Commission Act to the extent that section relates to unfair methods of competition.

(第 4 款) Any person who distributes a phonorecord or a copy of a computer program (including any tape, disk, or other medium embodying such program) in violation of paragraph (1) is an infringer of copyright under section 501 of this title and is subject to the remedies set forth in sections 502, 503, 504, 505, and 509. Such violation shall not be a criminal offense under section 506 or cause such person to be subject to the criminal penalties set forth in section 2319 of title 18.

應注意者在於，得適用於第一次銷售原則之客體，依第 109 條 (a) 項之法條用語原文為「lawfully made under this title」之著作重製物或錄音物，應如何解釋此一要件，由此衍生出不少疑問，請詳見後述。

## 第二目 實質輸入權

### 一、美國著作權法第 602 條 (a) 項實質輸入權

除上述散布權與耗盡原則之規定外，針對將著作輸入美國之行為，美國著作權法第 602 條 (a) 項前段另有規定：「未經本法所稱著作權人之授權，將於美國境外取得之著作重製物或錄音物輸入美國者，係侵害第 106 條所定散布重製物或錄音物之專屬性權利，得依第 501 條規定追訴之。<sup>86</sup>」

但上述規定依著作權法第 602 條 (a) 項後段，有下列三種例外不適用之情形：「(1) 著作重製物或錄音物之輸入，係經授權或供美國聯邦政府、州政府或州政府下之次級單位之利用者，但不包括為供學校之利用而輸入之重製物或錄音物，或非以保存資料之目的而輸入之視聽著作重製物。(2) 為供輸入者個人非散布之利用，每次每一著作以一份重製物或錄音物為限，或屬入境人員行李之一部分而輸入重製物或錄音物者。(3) 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重製物者，以一份為限，為供非營利之學術、教育或宗教機構之圖

---

<sup>86</sup> 原文如下：17 U.S.C §602(a): “Importation into the United States, without the authority of the owner of copyright under this title, of copies or phonorecords of a work that have been acquired outside the United States is an infringement of the exclusive right to distribute copies or phonorecords under section 106, actionable under section 501. This subsection does not apply to—(1) importation of copies or phonorecords under the authority or for the use of the Government of the United States or of any State or political subdivision of a State, but not including copies or phonorecords for use in schools, or copies of any audiovisual work imported for purposes other than archival use; (2) importation, for the private use of the importer and not for distribution, by any person with respect to no more than one copy or phonorecord of any one work at any one time, or by any person arriving from outside the United States with respect to copies or phonorecords forming part of such person’s personal baggage; or (3) importation by or for an organization operated for scholarly, educational, or religious purposes and not for private gain, with respect to no more than one copy of an audiovisual work solely for its archival purposes, and no more than five copies or phonorecords of any other work for its library lending or archival purposes, unless the importation of such copies or phonorecords is part of an activity consisting of systematic reproduction or distribution, engaged in by such organization in violation of the provisions of section 108(g)(2).”

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重製物或錄音物者，以五份為限。但重製物或錄音物之輸入係構成系統性之重製或散布（systematic reproduction or distribution），違反第 108 條第 g 項第 2 款者，不在此限。<sup>87</sup>」

第 602 條 (a) 項表面上似未明文創設「輸入權」(Right of Importation) 此一獨立權利態樣，且於同項後段定有三種例外免責事由，惟該免責事由僅限於係供政府機關利用、個人非散布之利用或非營利之學術、教育或宗教機構保存或借閱之目的而輸入等情形，且在個人與學術、教育或宗教機構利用部份還設有份數之限制。故若究其實質，施行此一規定之結果，將造成除係符合上述少數例外情況者外，任何人非經著作權人授權，皆不得輸入其於美國境外取得之著作重製物或錄音物，否則即屬侵害著作權，實與賦予權利人輸入權無異，因此可謂為一種「實質上之輸入權」。

## 二、美國著作權法第 602 條 (b) 項海關禁止輸入規定

此外，第 602 條 (b) 項則規定：「於輸入之時，若該被輸入之著作重製物或錄音物有美國著作權法之適用，而其重製將構成著作權侵害之情形，應禁止該輸入行為，但於該重製物或錄音物係屬合法重製之情形，美國海關除有第 601 條<sup>88</sup>適

<sup>87</sup> 本條之中譯係參照蔡明誠主持，前揭註 55 研究計畫，頁 57-58。法條原文請參照前註。

<sup>88</sup> 第 601 條又被稱為「製造條款 (manufacturing clause)」，係關於除某些例外情況外，美國著作人以英語寫成之非戲劇類語文著作，在美國或加拿大尚未生產該著作前禁止輸入美國或加拿大的規定，因該禁止輸入規定僅適用至 1986 年 7 月 1 日為止，現已較不具討論實益，礙於篇幅，在此不擬深入探討。該條文之相關問題請參照 J. Hayden Boyd & William S. Lofquist, *New Interests in Old Issues: Antiprotection and the End of the Manufacturing Clause of the U.S. Copyright Law*, Vol.7 No.4 *Publishing Research Quarterly* 21-39 (1991)。另因美國著作權法第 601 條規定相當冗長繁瑣，礙於篇幅，其原文請自行參照 <http://www.copyright.gov/title17/chapter06.pdf> (查訪日期：2008 年 6 月 20 日)。在此僅引用部份較具相關性之中譯條文供讀者參考。(以下中譯條文引用自蔡明誠主持，前揭註 55 研究計畫，頁 60。)

第 601 條規定：「(第 a 項) 於 1986 年 7 月 1 日之前以及除第 b 項另有規定外，輸入至美國境內或於美國境內公開散布 (public distribution) 以非戲劇文學為主要構成部分 (copies of a work consisting preponderantly of nondramatic literary material) 並以英語表現且受本法保護之著作重製物者，禁止之，但該重製物如係於美國或加拿大境內重製者，不在此限。(第 b 項) 下列之情形，第 a 項不適用之：(第 1 款) 於輸入至美國境內或於美國境內公開散布之日，該重製物之著作人非美國國民或居民或雖為美國國民但於該日之前居住於美國境外繼續一年以上者；於聘雇著作之情形 (work made for hire)，本條規定之豁免不適用之，除非該著作之主要部分係為非屬於美國國民、居民、國內公司、企業之雇用人而製作者；(第 2 款) 美國海關經提示著作權局核發之輸入聲明，

用外，不得禁止其輸入。<sup>89</sup>」換言之，即係假設該重製行為如果發生於美國境內，適用於美國著作權法，若該重製物適用於美國法之結果係屬違法重製物，則該重製物不得輸入美國，若係合法則海關無權禁止。另依照美國聯邦行政規則彙編（Code of Federal Regulations）海關規則第 133.42 條（b）項，海關應禁止侵權的著作重製物或錄音物輸入美國境內，然而合法重製之著作重製物或錄音物之輸入則不得禁止之<sup>90</sup>。

應注意者在於，第 602 條（b）項之規定係為確保美國著作權人之權益，避免在各國著作權法規保護程度不一之情形下，若他國根本不保護此類著作或雖有保護但其保護期間較短暫等對權利人保護較不周延之情形，此時該輸入品本身在他國雖係屬合法之重製物，但若相同行為發生於美國則屬非法，而若容許此種重製物輸入美國，一方面因其重製行為發生於國外，美國著作權法原則上無權適用於境外行為，著作權人不得對該重製人主張權利受損，但另一方面該重製物實質上違反美國著作權法之規範，恐將造成有心人士得以利用此一漏洞規避美國著作權法規定，大量輸入此類重製物，對在美國仍受著作權法保護之權利人權益造成影響，基於此等考量而訂定第 602 條（b）項，讓美國海關得以直接禁止此種輸入，可謂為將原本並非違法重製物者透過特別規定之方式，於海關重新以美國著作權法加以檢視，進而禁止輸入。日本著作權法第 113 條第 1 項第 1 款也可見相類似之規定，進一步之介紹分析請詳見第四章第二節第二項日本法部份之說明，在此僅特別指出美國著作權法第 602 條（b）項海關禁止輸入之規定與第 602 條（a）

---

於不超過 2000 份之重製物之範圍內，應准予進入國內；輸入聲明應依著作權人或著作權人指定之人請求，於依第 408 條聲請註冊之日或其後發給；（後略）」

<sup>89</sup> 原文如下：17 U.S.C §602(b): “In a case where the making of the copies or phonorecords would have constituted an infringement of copyright if this title had been applicable, their importation is prohibited. In a case where the copies or phonorecords were lawfully made, the United States Customs Service has no authority to prevent their importation unless the provisions of section 601 are applicable. In either case, the Secretary of the Treasury is authorized to prescribe, by regulation, a procedure under which any person claiming an interest in the copyright in a particular work may, upon payment of a specified fee, be entitled to notification by the Customs Service of the importation of articles that appear to be copies or phonorecords of the work.”

<sup>90</sup> 原文如下：19 C.F.R. §133.42 (b): “Importation prohibited. The importation of infringing copies or phonorecords of works copyrighted in the U.S. is prohibited by Customs. The importation of lawfully made copies is not a Customs violation.”

項實質輸入權之規範，不論規範意旨或適用範圍皆不相同。

### 第三目 實質輸入權與散布權之適用關係

美國著作權法關於散布權與輸入權之規範已如上述。然而在著作真品平行輸入之情形，常出現之問題是：當一份著作重製物或錄音物係於美國國內或國外合法重製，而後未經美國國內權利人授權即輸入美國境內時（即典型之真品平行輸入行為態樣），究應優先適用第 109 條（a）項之第一次銷售原則，認為此時散布權已耗盡而不構成侵權；或應適用第 602 條（a）項之輸入權，認為此一輸入行為已侵害著作權人權利？此時即發生相當重要之爭議。申言之，由於著作權法第 107 條至第 122 條係對於著作權人之獨占性權利加以限制之規定<sup>91</sup>，因此若第 602 條（a）項係屬同法第 106 條所賦予著作權人之獨占性權利之延伸，則其是否亦應同樣受到同法第 107 條至第 120 條（包括第一次銷售原則在內）規定之限制<sup>92</sup>？真品平行輸入業者是否得引用第 109 條（a）項主張有第一次銷售原則之適用，因此著作權人不得禁止其輸入？

由於法律文字本身不夠明確，加上立法者於立法當時亦未明確表明其意旨<sup>93</sup>，因此耗盡原則與輸入權之重疊適用關係間始終存有重大爭議，本文以下即透過介紹三個代表性案例，說明美國司法實務判決對於此一爭議問題之見解與演變。

<sup>91</sup> 簡單而言，第 107 條為合理使用之一般性規定與判斷標準；第 108 條至第 112 條以及第 117 條、第 119 條、第 121 條、122 條皆為具體規定於特定情況下，特定著作的特定著作權權能，允許特定人行使的合理使用規定；至於第 113 至第 115 條、第 118 條、第 120 條等則為著作權權利之範圍限制規定。與我國著作權法之規範體系不盡相同。

<sup>92</sup> See William Richelieu, *Gray Days Ahead? : The Impact of Quality King Distributors, Inc. v. L'Anza Research International, Inc.*, 27 Pepp. L. Rev. 827, 838 (2000).

<sup>93</sup> See Doris R. Perl, *The Use of Copyright Law to Block the Importation of Gray-Market Goods: The Black & White of It All*, 23 Loy. L.A. L. Rev. 645, 665 (1990) (Stating that “Legislative history does not provide sufficient guidance to clarify the relationship between sections 109(a) and 602(a).”)

## 第二款 司法實務之見解

### 第一目 *Scorpio* 案<sup>94</sup>

*Scorpio* 一案，係原告 Columbia Broadcasting System 公司認為被告 Scorpio Music Distribution 公司(下簡稱為 Scorpio 公司)未經其授權而輸入以其為著作權人，而於菲律賓合法製造之錄音著作的真品平行輸入案件，認為其行為已構成著作權法第 602 條 (a) 項之侵權行為<sup>95</sup>。被告 Scorpio 公司則主張既然系爭錄音物係經著作權人授權合法製造並已販售之著作物，則其行為應受著作權法第 109 條 (a) 項第一次銷售原則之保護，因此不構成侵權<sup>96</sup>。

聯邦第九巡迴法院於本案判決中認為：第 109 條 (a) 項所稱之「lawfully made under this title」係以「美國國內合法『製造』並『販售』之商品」(Legally manufactured and sold within the United States)為限，而不包括自國外輸入之商品在內<sup>97</sup>。因為若將第 109 條 (a) 項的第一次銷售原則解釋為在適用上優先於第 602 條 (a) 項禁止輸入之規定，將造成第 602 條 (a) 項之規定實質上失去意義<sup>98</sup>。如此一來任何人皆得輕易以間接購買之方式規避輸入的限制，從而令著作權人無法控制著作物之流通，被迫與其他未經其允許而輸入並散布之著作物競爭<sup>99</sup>。既然本案系爭錄音著作物係製造並銷售於美國境外，則無第一次銷售原則之適用，應該當於第 602 條 (a) 項之侵權行為<sup>100</sup>。

<sup>94</sup> *Columbia Broadcasting System, Inc. v. Scorpio Music Distributors, Inc.*, 569 F. Supp.47 (E.D. Pa. 1983) [hereinafter *Scorpio*].

<sup>95</sup> *Id.* at 47-48.

<sup>96</sup> *Id.* at 48.

<sup>97</sup> *Id.* at 49.

<sup>98</sup> *Id.* at 49 (Construing § 109(a) as superseding the prohibition on importation set forth in the more recently enacted § 602 would render § 602 virtually meaningless.)

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

<sup>100</sup> *Id.*

## 第二目 *Sebastian* 案<sup>101</sup>與 *Quality King* 案（第二審）<sup>102</sup>

上述 *Scorpio* 案判決後，許多判決皆採取與 *Scorpio* 案相同之見解，認為縱令是合法著作物，只要其係未經權利人同意而輸入者，即不得主張依第 109 條（a）項之第一次銷售原則提出抗辯<sup>103</sup>。

然而，於涉及逆向輸入(回銷)之案例時，美國實務上卻出現不同見解。1988 年聯邦第三巡迴法院的 *Sebastian* 判決，即採取與上述 *Scorpio* 判決不同見解之判斷，該案事實與法院見解大致如下：

在 *Sebastian* 案中，原告 Sebastian International, Inc. 公司，為製造護髮產品之廠商，將其於美國製造，但限定於南非販售而貼有具著作物性質的標籤之洗髮精與髮型噴霧，出售予被告 Consumer Contacts 公司，但被告嗣後將該批商品自南非回銷入美國<sup>104</sup>。就此，聯邦第三巡迴法院認為：原告已從其將系爭商品出賣予被告時所收取之價金獲得其應有之合理報酬，不論從法條文字、歷史或論理之角度來看，第 109 條（a）項從未表示將在國外出售著作物者並未獲得其著作之報酬<sup>105</sup>；同樣地，第 602 條（a）項之法條文字亦從未暗示當著作權人選擇將其重製物銷售至海外時應獲得較國內銷售者「更充足的報酬」，而若肯認著作權人除收取銷售著作物之價金外，尚擁有限制他人輸入之權利，即可能造成對於跨國銷售著作或其重製物之著作權人保護較為周到之疑慮<sup>106</sup>。

因此，聯邦第三巡迴法院認為 *Sebastian* 案中之包裝，其上所附有著作權標籤

---

<sup>101</sup> *Sebastian International v. Consumer Contacts (PTY) Ltd.*, 847 F.2d 1093 (3rd Cir. 1988) [hereinafter *Sebastian*].

<sup>102</sup> *L'Anza Research Int'l. Inc. v. Quality King Distrib., Inc.*, 98 F.3d 1109 (9th Cir. 1996).

<sup>103</sup> See, e.g., *BMG Music v. Perez*, 952 F.2d 318(9th Cir. 1991); *Parfums Givenchy, Inc. v. Drug Emporium, Inc.*, 38 F.3d 477(9th Cir. 1994).

<sup>104</sup> See *Sebastian*, *supra* note 101, at 1094-1095.

<sup>105</sup> *Id.* at 1099. (Nothing in the wording of section 109(a), its history or philosophy, suggests that the owner of copies who sells them abroad does not receive a “reward for his work.”)

<sup>106</sup> *Id.* (Nor does the language of section 602(a) intimate that a copyright owner who elects to sell copies abroad should receive “a more adequate award” than those who sell domestically. That result would occur if the holder were to receive not only the purchase price, but a right to limit importation as well.)

之護髮產品既然係於美國國內合法製造，則其出售於外國之批發商時，已獲得合理之報酬，自亦應受到第一次銷售原則之限制，已耗盡之散布權不會於輸入時重新復活，故不得再對嗣後未經授權的輸入及回銷至美國的行為，主張著作權之侵害<sup>107</sup>。

然而相對於此，在 1996 年之 *Quality King* 一案中，聯邦第九巡迴法院並未採納上述第三巡迴法院於 *Sebastian* 案判決之見解，認為將於美國國內製造而附有著作權標籤之護髮產品回銷入美國之行為，不得主張第 109 條 (a) 項第一次銷售原則之抗辯<sup>108</sup>。

該案事實略為：原告 L'Anza Research International (下稱 L'Anza) 係一美國加州護髮產品之製造商，其所製造之護髮產品包裝皆附有受著作權法保護之標籤<sup>109</sup>。L'Anza 將其生產於美國之 L'Anza 產品銷售予英國批發商 Planetary Eco, Ltd. (下稱 Planetary) 後，Planetary 轉運給另一批發商 L. Intertrade Limited (下稱 L. Intertrade)，供其銷售至馬爾他 (Malta)。然而部份產品實際上並未在馬爾他販售，而是被 L. Intertrade 出售予 Quality King Distributors Inc. (下稱 Quality King)，其後 Quality King 未經 L'Anza 公司同意，即將該批產品再度回銷美國，並以折扣價格出售予未經 L'Anza 授權之零售商<sup>110</sup>。

為求理解與說明上便利，茲將系爭產品之流通關係以下圖二表示：

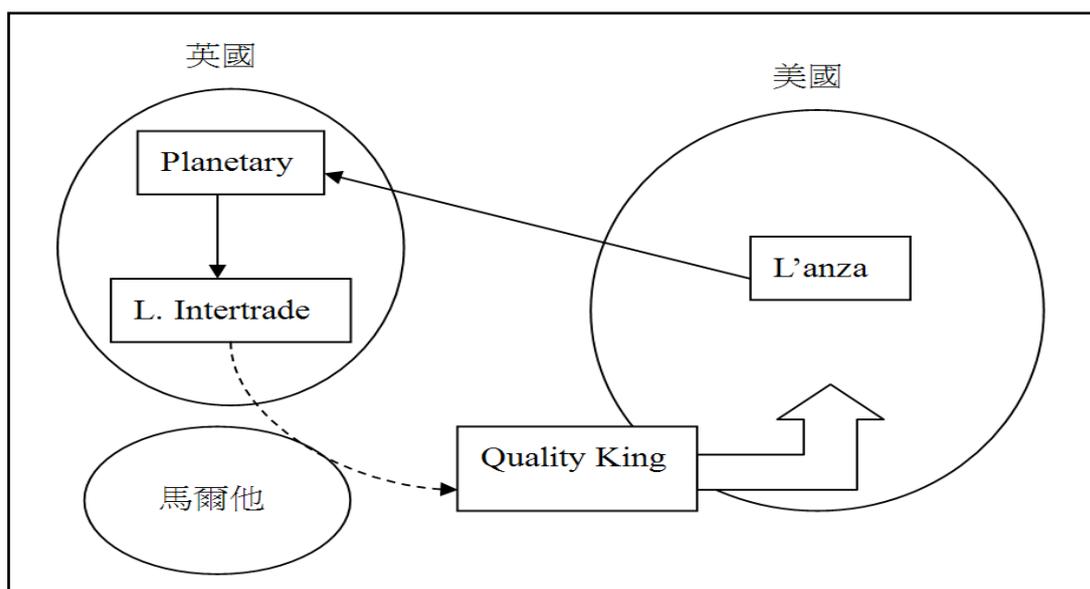
---

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

<sup>108</sup> *See supra* note 102, at 1111.

<sup>109</sup> *Id.*

<sup>110</sup> *Id.* at 1111-1112.



【圖 2】

第一審法院駁回 Quality King 援引第 109 條 (a) 項第一次銷售原則之抗辯，蓋若承認第 109 條 (a) 項第一次銷售原則優先於第 602 條 (a) 項禁止輸入之適用，則第 602 條 (a) 項規定將喪失其規範意義而形同具文，從而判決 Quality King 敗訴<sup>111</sup>。案件經上訴至聯邦第九巡迴法院，第九巡迴法院依舊維持原判決。簡言之，第九巡迴法院在 1996 年所為之 *Quality King* 案判決中表示，即使第一次銷售係發生於美國境內，只需系爭商品係於美國境外取得(acquired)，其後之輸入行為即有第 602 條 (a) 項禁止輸入規定之適用<sup>112</sup>。

如此，於聯邦第二審級法院中，針對於美國國內製造其後回銷至美國國內之著作物，是否享有第一次銷售原則之保護，乃產生 *Sebastian* 案判決與 *Quality King* 案判決不同之見解。解決此一歧異者，乃是聯邦最高法院針對 *Quality King* 案上訴所為之判斷。

<sup>111</sup> *L'Anza Research Int'l. Inc. v. Quality King Distrib., Inc.*, 1995 WL 908331 (C.D. Cal. 1995).

<sup>112</sup> See *supra* note 102, at 1114.

### 第三目 *Quality King* 案（第三審）<sup>113</sup>

由於美國聯邦第九巡迴法院在上述 1996 年作成之 *Quality King* 案判決之見解與前述 1988 年聯邦第三巡迴法院於 *Sebastian* 案之見解差異甚大，被告 *Quality King* 上訴至美國聯邦最高法院，聯邦最高法院推翻第九巡迴法院之見解，做出如下判決：

聯邦最高法院認為：「法條用語已經清楚展現出第 602 條 (a) 項所賦予之權利係從屬於第 109 條 (a) 項。著作權法第 602 條 (a) 項並未明確禁止未經授權而輸入受著作權法保護標的之行為，而僅表示某種輸入行為是侵害第 106 條之散布權。第 106 條明示其所賦予之專屬排他性權利，包含第 3 款之散布權，均應受第 107 條至第 120 條之限制，第 109 條 (a) 項即為其中之一，該條文表示縱有第 106 條(3)款之規定，仍允許合法重製之著作重製物所有人得出售該重製物<sup>114</sup>。亦即依本法合法重製之著作重製物經過第一次銷售後，其後任何之買受人均為該著作重製物之「所有人」，而不問買受人係由國內或國外之出賣人處取得。第 109 條 (a) 項就其文義上已經清楚揭示，上述之所有人係經由法律賦予權利，得不經著作權人同意出售該重製物。而既然第 602 條 (a) 項僅表示未經授權之輸入行為係侵害第 106 條之散布權，並且此種有限的權利並不及於合法所有人之再次銷售行為 (reselling)，因此就第 602 條(a)項之文義以觀，於本案中不論係由買受 *L'Anza* 產品之國內或國外所有人輸入及銷售該產品，均無該條文之適用。<sup>115</sup>」

判決並指出：「第一次銷售原則之重點在於：一旦著作權人將受著作權法保護之標的藉由出售之方式使之置於交易流程中，著作權人對於控制該標的散布之專屬性權利即已耗盡。並沒有理由可以推斷立法者有意藉由著作權法第 109 (a) 項

<sup>113</sup> *Quality King Distrib., Inc. v. L'Anza Research Int'l. Inc.*, 523 U.S. 135 (1998).

<sup>114</sup> *Id.* at 144.

<sup>115</sup> *Id.* at 145 n. 14.

限縮此一原則之適用。<sup>116</sup>」

依此，於美國國內合法「製造」之商品，不論係於國內或國外「販賣」，均得援用美國著作權法第 109 條 (a) 項「第一次銷售原則」作為抗辯。本案判決在認同著作物之真品平行輸入一事上，的確往前跨越了一大步。然而，其所肯定者，乃是於美國「國內」合法製造之著作物，倘若該當著作乃係經美國著作權人授權而合法於美國「國外」所製造時，其輸入美國時是否仍享有權利耗盡之保護。本案判決並未解決此一疑問，聯邦最高法院於判決中也特別強調，本案判決僅在處理於美國國內製造之著作物，嗣後回銷進入美國國內之問題，至於美國境外製造之商品的平行輸入問題，並不在其判斷範疇內<sup>117</sup>。

雖然，聯邦最高法院對此問題並未表達明確態度，但於 *Quality King* 案判決後，面臨於美國國外合法製造之著作物，未經美國著作權人同意而輸入美國之行為，下級法院多認為，於此情形，美國著作權人之權利並未耗盡，輸入者不得主張第一次銷售原則之抗辯。此類判決包括紐約南區聯邦地方法院之 *Lingo* 案判決<sup>118</sup>及加州中區聯邦地方法院之 *UMG Recordings* 案判決<sup>119</sup>。*Lingo* 案判決中，法院如此說明：「第一次銷售原則僅適用於依據本法合法製造之著作物，當系爭著作物係於美國國外製造且銷售時，其並不必然可成為第 602 條 (a) 項違反之抗辯。」

從以上敘述可知，美國著作權法一方面賦予著作權人散布權，並設有權利耗盡之規定，但另一方面又於第 602 條 (a) 項規定：「未經本法所稱著作權人之授權，將於美國境外取得之著作重製物或錄音物輸入美國者，係侵害第 106 條所定散布重製物或錄音物之專屬性權利，得依第 501 條規定追訴之。」使著作權人得

<sup>116</sup> *Id.* at 152. (“The whole point of the first sale doctrine is that once the copyright owner places a copyrighted item in the stream of commerce by selling it, he has exhausted his exclusive statutory right to control its distribution.” “There is no reason to assume that Congress intended either § 109(a) or the earlier codifications of the doctrine to limit its broad scope.”)

<sup>117</sup> *Id.* at 148. 此外，Ginsburg 法官更於其所提出之協同意見書中暗示：於國外重製而後輸入美國之著作物，若未取得美國著作權人之同意，將該當於第 602 條(a)項之行為。*Id.* at 154.

<sup>118</sup> *Lingo Corp. v. Topix Inc.*, 2003 WL 223454 (S.D.N.Y. 2003).

<sup>119</sup> *UMG Recordings Inc. v. Norwalk Distributors Inc.*, 2003 WL 22722410 (C.D. Cal. 2003).

依該條規定禁止自境外取得著作重製物者將之輸入美國，實質上賦予著作權人輸入權。二者規範之併存，產生合法著作重製物真品平行輸入美國時，究竟何者規定先行適用之疑問。

美國判決在此採取較為中庸之見解，聯邦最高法院於 1998 年 *Quality King* 一案判決中，針對於美國國內製造之商品嗣後回銷入美國時之法律爭議，表明於美國國內合法「製造」之商品，不論係於國內或國外「販賣」，均得援用美國著作權法第 109 條 (a) 項「第一次銷售原則」作為抗辯。惟該判決並未就於美國境外製造之著作物的平行輸入，其法律爭議如何解決，表示明確看法，導致該項問題迄今懸而未決。不論如何，聯邦下級法院就此似乎傾向較為消極之看法，認為於此情形，並無第一次銷售原則之適用，縱使於外國合法製造之著作物，倘若未經美國著作權人同意而逕行輸入美國，將侵害美國著作權人之輸入權。

## 第二項 歐洲聯盟

### 第一款 歐洲共同體條約—商品自由流通原則

歐洲聯盟 (European Union, EU, 以下簡稱為「歐盟」)<sup>120</sup>，為一跨越國界的超國家組織，各會員國限縮部份本國之主權而移轉予歐盟轄下之各機構，使歐盟具有獨立之法律人格得以為各會員國之共同利益做出各種決策<sup>121</sup>。各會員國之所以願意以限縮本國主權之方式組成歐盟，無非是體認到在此種全球化時代下，國

<sup>120</sup> 歐盟現行之法律架構係建立於 1992 年在荷蘭馬斯垂克簽署之歐洲聯盟條約 (the Treaty on European Union)，又稱為馬斯垂克條約 (Maastricht Treaty) 之基礎上。該條約整合歐洲地區的經濟 (以歐洲共同體為主)、對外政策 (共同外交與安全政策)、內部事務 (司法與內政事務) 三大面向，使歐盟由一個區域性貿易實體轉變成一個經濟和政治聯盟，其會員國目前包括法國、德國、義大利、比利時、荷蘭、盧森堡、英國、丹麥、愛爾蘭、希臘、西班牙、葡萄牙、奧地利、瑞典、芬蘭、塞浦路斯、匈牙利、捷克、愛沙尼亞、拉脫維亞、立陶宛、馬爾他、波蘭、斯洛伐克、斯洛文尼亞、羅馬尼亞、保加利亞共計 27 個國家。參照歐盟網頁之介紹 [http://europa.eu/abc/history/2000\\_today/index\\_en.htm](http://europa.eu/abc/history/2000_today/index_en.htm) (查訪日期：2008 年 6 月 20 日)。另外關於歐盟之法律架構介紹，請參照陳麗娟，歐洲共同體競爭法與商品自由流通原則--從歐洲法院之案例法論歐洲共同體在共同市場內維持自由貿易之機制，東海大學法學研究第 23 期，頁 225-230，2005 年。

<sup>121</sup> 參照歐盟網頁之介紹：[http://europa.eu/institutions/index\\_en.htm](http://europa.eu/institutions/index_en.htm) (查訪日期：2008 年 6 月 20 日)。

家疆界之存在已成為貿易進一步發展之阻礙，因此希望透過成立一超國家組織之方式打破各國疆界，藉由區域內人流、物流的自由化以及貨幣之統一化，消除原本因國界之存在所樹立起之關稅障壁、貨幣匯兌之不便等貿易障礙，強化競爭力，並期能在各國合作的情形下在全球化的現代社會中發揮集體影響力，達成促進歐洲地區整體最大利益之目的。

因此商品的自由流通為歐盟成立之重要基本原則之一<sup>122</sup>。「建立歐洲共同體條約」(The Treaty Establishing the European Community, 一般直接稱之為 EC Treaty, 下簡稱為歐洲共同體條約)第 28 條規定：「會員國應禁止進口數量限制以及一切具有類似效果的措施。<sup>123</sup>」、第 29 條規定：「會員國應禁止出口數量限制以及一切具有類似效果的措施。<sup>124</sup>」上述兩條文明確宣示歐盟促進貨物自由流通的理念。然而另一方面考量到各國在歷史背景與語言文化之差異下仍有保留部份公共政策自主決定空間之必要，因此於歐洲共同體條約第 30 條也規定：「基於公共道德、公共政策、公共安全、人類、動物或植物之健康生命保護、具有藝術、歷史、考古價值之國寶的保護、工業及商業財產之保護的理由所為對於進口、出口、過境貨品之限制，第 28 條及第 29 條不排除之。<sup>125</sup>」

由於上述規定，歐盟各會員國原則上不得採取任何限制商品進出口之措施，以免影響商品在歐洲聯盟境內之自由流通，惟若係該當於歐洲共同體條約第 30 條規定之例外情形所為之限制則不在此限。其中較具爭議性者在於「工業及商業

<sup>122</sup> 歐洲聯盟的四大基本原則為商品自由流通（歐洲共同體條約第 23 條至第 31 條）、人員自由遷徙（歐洲共同體條約第 39 條至第 42 條）、勞務自由流通（歐洲共同體條約第 49 條至第 55 條）、與資金自由流通（歐洲共同體條約第 56 條至第 60 條）。參照陳麗娟，前揭註 120 文，頁 230 註 14。

<sup>123</sup> 原文如下：“Quantitative restrictions on imports and all measures having equivalent effect shall be prohibited between Member States.”

<sup>124</sup> 原文如下：“Quantitative restrictions on exports, and all measures having equivalent effect, shall be prohibited between Member States.”

<sup>125</sup> 原文如下：“The provisions of Articles 28 and 29 shall not preclude prohibitions or restrictions on imports, exports or goods in transit justified on grounds of public morality, public policy or public security; the protection of health and life of humans, animals or plants; the protection of national treasures possessing artistic, historic or archaeological value; or the protection of industrial and commercial property. Such prohibitions or restrictions shall not, however, constitute a means of arbitrary discrimination or a disguised restriction on trade between Member States.”

財產之保護 (the protection of industrial and commercial property)」之例外情形。在著作真品平行輸入之情形，若各會員國內之個別著作權人在其著作重製物上標示限於國內販售或於授權契約中約定不得自其他歐盟會員國輸入或輸出至他國內，得否主張其基於著作權之行使所為之限制著作重製物輸入或輸出的行為係為保護其商業財產，故該當上述例外情形而不違反歐盟商品自由流通原則？對於歐洲共同體條約第 30 條之例外規定究應如何解釋？

對此問題，歐盟立法者以及法院一貫採取之態度係以「區域耗盡 (Community Exhaustion)」限制著作權人之散布權，詳見本文下述之介紹。

## 第二款 區域耗盡之規定

關於著作真品平行輸入之合法性，由於涉及從其他國家經由非著作權人授權之流通管道輸入國內予以散布之問題，著作權人得否禁止此種輸入以及後續之散布行為，關鍵在於著作權人之散布權是否已耗盡。散布權之權利耗盡原則依其耗盡的適用範圍可分為國內耗盡、國際耗盡以及區域耗盡三種類型，已如本文第二章所述。而傾向採取何種耗盡原則，則受各國自身的文化、社會、政治、經濟等背景因素而影響，在著作權與文化方面以輸出為主的強勢國家，自然傾向於採取國內耗盡原則，以便加強著作權人對於其著作在各國市場之控制力，獲取最大利潤；相對於此，在文化方面以輸入為主之相對弱勢國家，自然傾向於採取國際耗盡原則，以便讓國內民眾有更多元且便利之接觸著作的管道，以刺激國內之文化產業發展與創作。

然而歐盟之特殊性在於，其雖具有獨立之法人格地位而在部份事務上具備代表各會員國獨自處理之能力，惟同時各會員國仍屬獨立之個別主權國家，且其於經濟、文化發展方面仍有相當程度之差異性存在。故此，歐盟在散布權耗盡原則之議題上，雖本於促進商品自由流通的核心理念，採取「區域耗盡」原則，亦即

一旦著作權人已將其著作重製物置於歐盟市場上流通販售，即不得再禁止他人就該著作重製物於歐盟會員國間之平行輸入，若係來自歐盟市場以外之地區的著作重製物，則著作權人仍得禁止其輸入歐盟境內。但是，各國或學者間對於歐盟境內之會員國是否絕對必須採取「區域耗盡」原則，或仍得選擇採取「國際耗盡」原則，並非毫無爭議。

以下本文將先介紹歐洲議會所訂定之「電腦程式法律保護指令」、「資訊社會著作權及相關權利協調準則」、及「智慧財產權領域中與著作權有關之出租權、出借權及特定權利指令」三項指令，該三項指令皆設有散布權之規定，而針對此一散布權的權利耗盡原則，則毫無例外地採取「區域耗盡」原則。之後本文將再針對「區域耗盡」與「國際耗盡」之爭議加以說明，並以 2006 年歐盟法院所為具代表性的 *Laserdisken ApS v Kulturministeriet* 案<sup>126</sup>判決為例，說明歐盟法院對此爭議問題之見解。

#### 第一目 電腦程式法律保護指令

歐盟於 1991 年所制定之「電腦程式法律保護指令」<sup>127</sup>第 4 條 (c) 款規定，應賦予權利人以任何形式（包括出租）向公眾散布電腦程式著作原件或其重製物之排他性權利。該標的之散布權應因權利人自身或經其同意於歐盟境內所為之第一次銷售而耗盡，惟出租該著作原件或重製物之權利並不因此耗盡<sup>128</sup>。

本號指令之適用對象雖僅針對「電腦程式」著作，但在歐盟著作權法制的協

<sup>126</sup> Case C-479/04 *Laserdisken ApS v Kulturministeriet*, September 12, 2006 [hereinafter *Laserdisken*]. 其判決全文內容可於下列網頁取得：  
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62004J0479:EN:HTML>.（查訪日期：2008 年 6 月 20 日）

<sup>127</sup> Directive 91/250/EEC of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs.

<sup>128</sup> 原文如下：Directive 91/250/EEC Article 4: “Subject to the provisions of Articles 5 and 6, the exclusive rights of the rightholder within the meaning of Article 2, shall include the right to do or to authorize: (c) any form of distribution to the public, including the rental, of the original computer program or of copies thereof. The first sale in the Community of a copy of a program by the rightholder or with his consent shall exhaust the distribution right within the Community of that copy, with the exception of the right to control further rental of the program or a copy thereof.”

調整合方面係首開先河，對日後「資訊社會著作權及相關權利協調準則」、及「智慧財產權領域中與著作權有關之出租權、出借權及特定權利指令」等指令之內容皆具相當影響。依本號指令之規定，除明文表示各會員國應賦予電腦程式著作之著作權人專屬散布權外，並指出散布權之權利耗盡原則係採「區域耗盡」。換言之，權利人若以自己之行為或同意將其電腦程式著作原件或其重製物於歐盟境內銷售，則其對該著作之散布權應已耗盡，任何人得自由將該電腦程式著作平行輸入至歐盟各會員國內，著作權人不得主張其散布權受到侵害。惟應注意者，出租權並不因此耗盡，因此即使著作權人已將其電腦程式販賣至歐盟境內，該電腦程式所有人仍不得將之出租予他人。

## 第二目 資訊社會著作權及相關權利協調指令

上述「電腦程式法律保護指令」雖首開先例，試圖整合歐盟地區在著作權方面之法律規範，但適用範圍僅侷限於「電腦程式」著作，終嫌不足。歐盟議會於2001年進一步制定的「資訊社會著作權及相關權利協調指令」<sup>129</sup>（以下簡稱為「著作權指令」）擴張其適用範圍及於整體著作權及相關權利（惟本號指令不影響歐盟關於電腦程式著作、出租與出借權及特定權利、衛星及有線電視之再傳送、著作權保護期間、資料庫之法律保護等面向的既有保護<sup>130</sup>），可謂更接近歐盟協調統一各會員國關於著作權法規範之目標。其中第4條第1項為有關散布權之規定，該項規定要求會員國應賦予作者（author）專屬散布權，得以授權或禁止以銷售或其他形式向公眾散布其著作原件或重製物<sup>131</sup>。

<sup>129</sup> Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society，又有稱為「EU Copyright Directive (EUCD)」或「the Information Society Directive (Infosoc)」。

<sup>130</sup> 參照同指令第1條第2項。原文如下：Directive 2001/29/EC Article 1 (2): “Except in the cases referred to in Article 11, this Directive shall leave intact and shall in no way affect existing Community provisions relating to: (a) the legal protection of computer programs; (b) rental right, lending right and certain rights related to copyright in the field of intellectual property; (c) copyright and related rights applicable to broadcasting of programmes by satellite and cable retransmission; (d) the term of protection of copyright and certain related rights; (e) the legal protection of databases.”

<sup>131</sup> 原文如下：Directive 2001/29/EC, Article 4 (1): “Member States shall provide for authors, in respect

至於權利耗盡原則係規定於同條第 2 項：「著作原件或其重製物之散布權不會在歐盟境內耗盡，但若該著作物於『歐盟境內』之首次銷售或以其他方式移轉所有權係由權利人所為或經其同意者，不在此限。<sup>132</sup>」本條規定原則上與前述 1991 年「電腦程式法律保護指令」第 4 條之規定相同。惟在「著作權指令」中法律文言係先以否定方式排除散布權之耗盡，再以列舉方式規定例外耗盡之情形，更明確定義著作權人於歐盟境內第一次銷售之權利，避免其他解釋空間造成適用上困擾<sup>133</sup>。

### 第三目 智慧財產權領域中與著作權有關之出租權、出借權及特定權利指令

除上述 2001 年著作權指令外，歐盟關於出租權、出借權以及部份著作鄰接權之協調統一原先係規定於 1992 年 11 月 19 日所制定之「智慧財產權領域中與著作權有關之出租權、出借權及特定權利指令」<sup>134</sup>。惟該號指令現已遭廢止，而由 2006 年 12 月 12 日制定之「智慧財產權領域中與著作權有關之出租權、出借權及特定權利指令」取代<sup>135</sup>。依該指令第 9 條第 1 項規定：各會員國應提供專有將以下 (a) 款至 (d) 款所列舉之著作原件或其重製物以銷售或以其他方式提供予公眾之排他性權利，稱之為「散布權」：(a) 款：表演人經固著之表演、(b) 款：錄音物製作人之錄音物、(c) 款：電影製作人首次固著之影片原件及其重製物、(d) 款：廣播事業依第 7 條第 2 項經固著之廣播<sup>136</sup>。因此歐盟各會員國之表演人、錄音物製作

---

of the original of their works or of copies thereof, the exclusive right to authorise or prohibit any form of distribution to the public by sale or otherwise.”

<sup>132</sup> 原文如下：Directive 2001/29/EC, Article 4 (2): “The distribution right shall not be exhausted within the Community in respect of the original or copies of the work, except where the first sale or other transfer of ownership in the Community of that object is made by the rightholder or with his consent.”

<sup>133</sup> See Thomas Hays, *supra* note 37, at 367.

<sup>134</sup> Directive 92/100/EEC of 19 November 1992 on rental right and lending right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property. (已廢止)

<sup>135</sup> Directive 2006/115/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on rental right and lending right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property. 本號指令與 1992 年訂定之「Directive 92/100/EEC」號指令在散布權與權利耗盡原則之規範上相當雷同，關於散布權之規範內容僅作部份文字更動，但實質內容則無變更，至於權利耗盡原則之規範內容亦無更動。關於「Directive 92/100/EEC」之介紹，請參見黃銘傑主持，前揭註 57 研究計畫，頁 38-39。

<sup>136</sup> 原文如下：Directive 2006/115/EC Article 9 (Distribution right) 1.: “Member States shall provide the exclusive right to make available to the public, by sale or otherwise, the objects indicated in points (a) to

人、電影製作人及廣播事業皆就其經固著之表演、錄音、影片、廣播皆享有散布權。

至於散布權之權利耗盡原則規範，則規定於其第9條第2項規定中：第1項所定之客體於歐盟境內的散布權不耗盡，但當該客體於歐盟內之首次銷售係由權利人為之或經其同意者，不在此限<sup>137</sup>。本號指令關於權利耗盡原則所採行者，仍為區域耗盡理論，因此一旦表演人或錄音物製作人等權利人已透過其本身之行為或同意將其經固著之表演或錄音物置於歐盟境內市場上流通，其散布權即已耗盡，不得再透過主張散布權受侵害之方式對抗真品平行輸入業者。

綜上所述，歐盟為求達成單一區域市場內商品自由流通之目標，透過指令要求各會員國對於著作散布權之權利耗盡原則採取區域耗盡，應無疑問。因此會員國不得採取國內耗盡之立法，當一著作原件或重製物已由權利人自行或經其同意而銷售於歐盟境內市場時，其平行輸入行為即不得再以著作權法限制之，否則將違反歐洲共同體條約以及歐盟指令之要求。

### 第三款 國際耗盡與區域耗盡之爭議

然而，歐盟儘管高舉區域共同市場之大纛，強力要求各會員國應使商品於歐盟境內能「貨暢其流」，但並非全體會員國皆完全贊同對散布權採取區域耗盡理論，也有國家倡議應採取國際耗盡理論，讓縱令係來自歐盟市場外之著作亦有耗盡理論之適用。蓋因各會員國仍屬獨立之個別主權國家，且其於經濟、文化發展方面仍有相當程度之差異性存在，已如前述，其個別國家之利益所在亦未必全然

---

(d), including copies thereof, hereinafter ‘the distribution right’: (a) for performers, in respect of fixations of their performances; (b) for phonogram producers, in respect of their phonograms; (c) for producers of the first fixations of films, in respect of the original and copies of their films; (d) for broadcasting organisations, in respect of fixations of their broadcasts as set out in Article 7(2).”

<sup>137</sup> 本條之中譯係參考黃銘傑主持，前揭註57研究計畫，頁39之翻譯，予以潤飾而成。原文如下：Directive 2006/115/EC Article 9(2):“The distribution right shall not be exhausted within the Community in respect of an object as referred to in paragraph 1, except where the first sale in the Community of that object is made by the rightholder or with his consent.”

相同。傳統上，較為支持適用「國際耗盡」原則之歐盟國家，如丹麥、愛爾蘭、盧森堡、荷蘭、芬蘭、瑞典等，此等國家曾經在制定 2001 年「著作權指令」第 4 條第 2 項時表示支持「國際耗盡」原則，強調於全球發展之考量下，應重新審視耗盡原則應有之規範內容<sup>138</sup>。雖然後來「著作權指令」仍決定採「區域耗盡理論」，但解釋上是否因此就不容許會員國在區域耗盡之外，更進一步採取國際耗盡理論？非無爭議之餘地。畢竟採取國際耗盡原則非但無礙於單一區域市場之成形，反而更能將商品自由流通之理念擴及於歐盟境外之其他市場，對於部份文化或娛樂產業經濟規模較小之國家而言，相較於採取「區域耗盡」原則能提供著作權人之保護，毋寧更加仰賴「國際耗盡」原則所允許之真品平行輸入對國內著作市場競爭狀態之改善所能帶來之益處。

2006 年 *Laserdisken ApS v Kulturministeriet* 案<sup>139</sup>即為頗具代表性之案例，本案中丹麥東部區域法院（Østre Landsret）向歐盟法院提起先行裁決（preliminary ruling）訴訟，質疑歐盟「著作權指令」第 4 條第 2 項採用區域耗盡原則之有效性，以及倘若該項規定有效，是否排除會員國在其內國立法上自行採取「國際耗盡原則」之餘地。本文以下即分別介紹 *Laserdisken* 案之背景事實及歐盟法院在本案中之見解：

該案背景事實略為：

原告「Laserdisken」為一家以銷售特別版本的電影著作予個別消費者為主要業務內容之丹麥公司<sup>140</sup>。直至 2002 年底為止，其所進口之電影大宗為美國地區限定版或其他在歐洲根本無法或很難取得之特別版本<sup>141</sup>。由於丹麥著作權法第 19 條對散布權原係採取國際耗盡原則，但在 2001 年「著作權指令」制定後，丹麥政

<sup>138</sup> 參照黃銘傑主持，前揭註 57 研究計畫，頁 35。

<sup>139</sup> See *Laserdisken*, supra note 126.

<sup>140</sup> *Id.* at para. 11.

<sup>141</sup> *Id.* at para. 12.

府被迫於 2002 年修改其著作權法，就散布權之耗盡改採「區域耗盡原則」<sup>142</sup>。此一修法限制 Laserdisken 無法再從非歐洲經濟區之國家（例如美國）將電影著作平行輸入至丹麥，對於像 Laserdisken 公司這樣的真品平行輸入業者影響極大，因此 Laserdisken 於 2003 年 2 月向丹麥東部區域法院以丹麥文化部（Kulturministeriet）為被告提起訴訟，主張 2001 年「著作權指令」第 4 條第 2 項規定有違反國際條約、歐盟競爭原則、比例原則、言論自由、平等對待原則以及歐洲共同體條約第 151 條與 153 條所闡明之歐盟文化與教育政策之虞，因此質疑其有效性<sup>143</sup>。

有鑑於 Laserdisken 所挑戰者為該法律整體，丹麥法院決定暫停訴訟程序而向歐盟法院請求就下列兩事項做出先行裁決：第一、2001 年「著作權指令」第 4 條第 2 項是否有效？第二、2001 年「著作權指令」第 4 條第 2 項是否排除會員國自行立法採取國際耗盡原則之空間？<sup>144</sup>

#### 一、2001 年「著作權指令」第 4 條第 2 項之效力問題

關於第一個爭點：2001 年「著作權指令」第 4 條第 2 項之效力問題。Laserdisken 提出以下數個論點主張「著作權指令」第 4 條第 2 項應屬無效，惟皆不為歐盟法院所接受：

##### （一）違反國際協定

Laserdisken 首先主張，「著作權指令」第 4 條第 2 項違反 1960 年 12 月 14 日

<sup>142</sup> Act No.1051 of December 17, 2002. 筆者按：丹麥現行著作權法關於散布權耗盡原則規定於第 19 條第 1 項，「當著作之重製物已在歐洲經濟區（EEA）內經作者同意銷售或以其他形式移轉予他人，該重製物得被進一步散布。當進一步的散布行為係出借或出租時，第 1 項之條款應亦適用於在歐洲經濟區外以銷售或以任何其他形式移轉之重製物。」換言之，目前丹麥著作權法對於散布權之耗盡原則係採「區域耗盡」，但出租權與出借權之權利耗盡原則則採「國際耗盡」。原文如下：Danish Consolidated Act on Copyright 2006, Section 19 (1) “Where a copy of a work has been sold or otherwise transferred to others within the European Economic Area with the consent of the author the copy may be further distributed. In respect of further distribution in the form of lending or rental, the provision of subsection (1) shall also apply to sale or assignment in any other form to others outside the European Economic Area.”

<sup>143</sup> See *Laserdisken*, *supra* note 126, at para. 13-15.

<sup>144</sup> *Id.* at para. 16.

在巴黎所簽訂之經濟合作暨發展組織協定(Convention on Organization for Economic Cooperation and Development, OECD)第 1 (c) 條：「OECD 之目標係基於多邊無歧視之基礎下，推廣發展世界貿易之政策<sup>145</sup>」及第 2 (a) 條：「會員國同意將會促進其經濟資源之有效利用<sup>146</sup>」。惟對此論點，歐盟法院認為其主張相當模糊，且上開規定亦與「耗盡原則」之適用無關，因此略而不予論述<sup>147</sup>。

其次，歐盟法院認為 WCT 第 6 條第 2 項<sup>148</sup>和 WPPT 第 8 條第 2 項<sup>149</sup>及第 12 條第 2 項<sup>150</sup>，皆未課予歐盟必須採取特定「耗盡原則」之義務<sup>151</sup>。WCT 與 WPPT 之規範目的皆在調和著作權及鄰接權之規定，賦予著作權人散布權為其調和之方法之一，但條約並未意圖影響各締約國決定散布權耗盡條件之自由，因此歐盟應得自行就耗盡原則部分進一步尋求國內法之調和<sup>152</sup>。基於以上理由，歐盟法院認為「著作權指令」第 4 條第 2 項與上述條約在促進規範調和的目標上，是互相補足的 (complementary) <sup>153</sup>。

## (二) 違反歐盟競爭政策<sup>154</sup>

<sup>145</sup> 本條文中譯係參照黃銘傑主持，前揭註 57 研究計畫，頁 45 之翻譯。原文如下：The OECD Convention Article 1(c) : "The aims of the Organisation for Economic Co-operation and Development (hereinafter called the "Organisation") shall be to promote policies designed: (中略) (c) to contribute to the expansion of world trade on a multilateral, non-discriminatory basis in accordance with international obligations."

<sup>146</sup> 原文如下：The OECD Convention Article 2(a) : "In the pursuit of these aims, the Members agree that they will, both individually and jointly: (a) promote the efficient use of their economic resources."

<sup>147</sup> See *Laserdisken*, *supra* note 126, at para. 38.

<sup>148</sup> 於著作人授權之情形，將著作之原件或重製物為第一次銷售或其他所有權轉讓方式時，締約各方得自行決定對第(1)項權利之耗盡條件，不受本條約規定之拘束。關於本條規定，請參見本文第三章第一節關於 WCT 之介紹。

<sup>149</sup> 於表演人授權之情形，就表演固著之原件或重製物為第一次銷售或其他所有權轉讓方式時，締約各方得自行決定對第(1)項權利之耗盡條件，不受本條約規定之拘束。關於本條規定，請參見本文第三章第一節關於 WPPT 之介紹。

<sup>150</sup> 於錄音物製作人授權之情形，就錄音物之原件或重製物為第一次銷售或其他所有權轉讓方式時，締約各方得自行決定對第(1)項權利耗盡之條件不受本條約規定之拘束。關於本條規定，請參見本文第三章第一節關於 WPPT 之介紹。

<sup>151</sup> See *Laserdisken*, *supra* note 126, at para. 40.

<sup>152</sup> *Id.* at para. 41-42.

<sup>153</sup> *Id.* at para. 42-43.

<sup>154</sup> 關於歐盟競爭法規範之介紹，詳見本文第四章之介述。於此僅就案例中原告與歐盟法院之見解加以介紹，至於平行輸入於競爭法上相關問題則待本文第四章再行論述。

Laserdisken 主張，「著作權指令」第 4 條第 2 項所規定之耗盡原則強化了著作供給者對於流通管道之控制力，因此對於自由競爭將產生負面影響，且有損於全球層次之自由競爭（prevents free competition at the global level）<sup>155</sup>。

歐盟法院則認為，歐洲共同體條約第 3 條（1）項（g）款規定：「歐盟之活動應包括：（g）提供一套能確保內部市場之競爭不致扭曲之制度。<sup>156</sup>」但按照 2001 年「著作權指令」前言部份第 1 點說明所闡明之目標，該指令調和歐盟會員國間關於著作權及鄰接權之規範，對於建構內部市場以及確保該市場之競爭不致扭曲皆有所貢獻，因此該指令應不致對內部市場競爭有所減損、亦不違反歐洲共同體條約第 3 條（1）項（g）款之要求<sup>157</sup>。若依原告之主張，形同要求歐盟負有立法保護全球市場層次之自由競爭之義務，惟此顯然已超過歐洲共同體條約第 3 條（1）項（g）款以及該條約其他競爭法規定所課予之義務<sup>158</sup>。基於以上理由，歐盟法院認為原告此一論點應不可採。

### （三）侵害比例原則

Laserdisken 主張，「著作權指令」第 4 條第 2 項所規定之耗盡原則並非達成成立無障礙的內部市場此一目標之必要手段、且該規定對於歐盟境內民眾課予超過必要限度之負擔，事實上反而因為權利人將得以阻止未經其同意而在歐盟境內散布著作之行為，有礙於內部市場之達成<sup>159</sup>。

惟歐盟法院認為，既定之案例法固然要求歐盟採取的相關規定需有助於目標之達成，且其手段不得超過必要之限度，但若各會員國之內國法對於散布權採取不同的耗盡原則，將會直接影響內部市場之順暢運作，從而調和統一各國在這方

<sup>155</sup> See *Laserdisken*, *supra* note 126, at para. 44-46.

<sup>156</sup> 原文如下：EC Treaty Article 3(1)(g): “For the purposes set out in Article 2, the activities of the Community shall include, as provided in this Treaty and in accordance with the timetable set out therein: (g) a system ensuring that competition in the internal market is not distorted”

<sup>157</sup> See *Laserdisken*, *supra* note 126, at para. 47-49.

<sup>158</sup> *Id.* at para. 50.

<sup>159</sup> *Id.* at para. 52.

面之規範，有助於除去商品自由流通之阻礙<sup>160</sup>。此外，歐盟法院更進一步舉出其  
他採取區域耗盡理論之目的，包括保護著作權及鄰接權有助於確保作者、表演人、  
製作人與消費者的利益（著作權指令前言部份第 9 點說明）、智慧財產權之保護對  
於確保適當報酬、回收投資有其必要（著作權指令前言部份第 10 點說明）、建立  
有效的體制對於確保歐洲的文化創新能獲得足夠資源，並且保障藝術創作與表演  
者之獨立與尊嚴亦屬必要（著作權指令前言部份第 11 點說明）。因此，歐盟法院  
認為「著作權指令」第 4 條第 2 項所採取的區域耗盡規範並未違反比例原則，當  
然不影響該條款之效力。

#### （四）侵害言論自由

Laserdisken 主張，「著作權指令」第 4 條第 2 項剝奪了居住於歐盟境內市民  
的資訊接收權（right to receive information），此外著作權人亦因此被限制傳播其  
想法的自由，因此違反歐洲人權協定（European Convention on Human Rights,  
ECHR）第 10 條的規定<sup>161</sup>。

惟歐盟法院則認為，「著作權指令」第 4 條第 2 項係規定散布權必須得到作者  
同意後才會耗盡，亦即作者得自由決定是否將其著作置於市場上提供流通，惟有  
在其將著作自行或同意他人為第一次銷售後，散布權方可能耗盡，此為作者言論  
自由保障之所由生<sup>162</sup>。至於資訊接收權，歐盟法院則認為，縱令「著作權指令」  
第 4 條第 2 項的區域耗盡原則對於資訊接受之自由可能有所限制，但言論自由仍  
非絕對，依照「歐洲人權協定」第 10 條第 2 項規定<sup>163</sup>，仍容許為公共利益等特定

<sup>160</sup> *Id.* at para. 56.

<sup>161</sup> *Id.* at para. 60. 歐洲人權協定第 10 條第 1 項規定原文如下：ECHR Article 10 (1): "Everyone has the right to freedom of expression. this right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises."

<sup>162</sup> See *Laserdisken*, *supra* note 126, at para. 63.

<sup>163</sup> 歐洲人權協定第 10 條第 2 項規定原文如下：ECHR Article 10 (2): "The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the

目的而以法律加以限制之<sup>164</sup>。因此，歐盟法院認為在系爭案例之情況，即使真如 Laserdisken 所宣稱「著作權指令」第 4 條第 2 項可能對資訊接收權造成之限制，但「保護包含著作權在內的智慧財產權」應足以作為該限制之正當化基礎，故此一論點亦不可採<sup>165</sup>。

#### （五）違反平等待遇原則

Laserdisken 主張「區域耗盡原則」有違反平等待遇原則之虞，其主張在「非歐盟國家」的生產者與被授權人和在「歐盟國家」的生產者與被授權人間的情況並不相同<sup>166</sup>。

惟歐盟法院認為，依據案例法，所謂平等待遇原則係指除有正當理由外，「相同」之情況不應為差別待遇，而「不同」之情況亦不應為相同處理，於本案之情形「著作權指令」第 4 條第 2 項並未對相同之情況為不同之處理，因此 Laserdisken 實際上是將兩種不同之情況要求為相同之處理，並不妥當<sup>167</sup>。

#### （六）違反歐洲共同體條約第 151 條及第 153 條

Laserdisken 表示，依據歐洲共同體條約第 151 條（1）項，歐盟之建立目標之一為：「在尊重各國及地區性差異之前提下，促進各會員國文化之蓬勃發展，同時帶來引人注目的普世文化遺產。<sup>168</sup>」歐洲共同體條約第 153 條（1）項則規定：「為促進消費者利益並確保高度消費者保護，歐盟應促進消費者接受資訊與教育

---

interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or the rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.”

<sup>164</sup> See *Laserdisken*, *supra* note 126, at para. 64.

<sup>165</sup> *Id.* at para. 65-66.

<sup>166</sup> *Id.* at para. 67.

<sup>167</sup> *Id.* at para. 68-70.

<sup>168</sup> 原文如下：EC Treaty Article 151 (1) : “The Community shall contribute to the flowering of the cultures of the Member States, while respecting their national and regional diversity and at the same time bringing the common cultural heritage to the fore.”

之權利、並培育組成消費者團體以保衛其自身權益。<sup>169</sup>」基於上述規定，Laserdisken 認為歐盟制定「著作權指令」第 4 條第 2 項忽視了上述條款所闡述之目標。

惟歐盟法院則認為，上述政策目標已經在「著作權指令」前言部份的說明中，或予以明示、或就其精神本質予以表明<sup>170</sup>。例如由該指令前言第 9、11、12 條可知，著作權與鄰接權之調和為提供高度保護之基礎，且該等權利之賦予對於智慧創作至屬重要、而建立有效的保護系統為確保歐洲文化創意與產出能獲得必要資源、並維護藝術創作人與表演人獨立與尊嚴之主要方法<sup>171</sup>。此外，「著作權指令」第 5 條已賦予會員國在特定要件下（尤其是教育方面）得自行就重製權、散布權等權利為例外與限制的規定，歐盟法院認為此種規範方式並未不當侵害權利人之利益，因此並不違反歐洲共同體條約第 151、153 條規定，從而原告此一論點應不成立<sup>172</sup>。

綜上所述，歐盟法院認為原告 Laserdisken 所提出之各項論點皆不成立，因此 2001 年「著作權指令」第 4 條第 2 項應屬有效之規範。

## 二、會員國得否自行立法採取「國際耗盡原則」

其次第二個爭點為：2001 年「著作權指令」第 4 條第 2 項是否排除會員國自行立法採取國際耗盡原則之空間。對此問題，Laserdisken 主張：2001 年「著作權指令」第 4 條第 2 項對會員國就散布權之耗盡問題自行採取國際耗盡原則係保持開放態度。惟歐盟法院認為 Laserdisken 之上述主張並不可採，理由如下：

歐盟法院認為，依照 2001 年「著作權指令」第 4 條第 2 項，散布權的耗盡有

<sup>169</sup> 原文如下：EC Treaty Article 153 (1)：“In order to promote the interests of consumers and to ensure a high level of consumer protection, the Community shall contribute to protecting the health, safety and economic interests of consumers, as well as to promoting their right to information, education and to organize themselves in order to safeguard their interests.”

<sup>170</sup> See *Laserdisken*, *supra* note 126, at para. 74.

<sup>171</sup> *Id.* at para. 75-76.

<sup>172</sup> *Id.* at para. 78-81.

兩要件：其一，該著作原件或重製物被置於市場上需係由權利人所為、或係出於其同意而為之；其二，該著作原件或重製物必須係被置於「歐盟境內」市場內<sup>173</sup>。由於「著作權指令」前言部份第 28 點已明確表示：「因著作權人所為或經其同意而銷售於『歐盟境外』之著作原件或重製物，其散布權不應耗盡。<sup>174</sup>」，將此說明與第 4 條第 2 項之規定予以合併觀察可知，該條款並未保留會員國自行決定採取「國際耗盡」原則之空間<sup>175</sup>。加上「著作權指令」第 5 條允許各會員國於特定情況下就重製權、公開傳輸權、散布權等得自行制定例外或限制規定，但該條規定完全沒有提及所允許之例外或限制情形與第 4 條第 2 項的區域耗盡原則有關，反面解釋之結果，應不允許各會員國自行排除第 4 條第 2 項之規定<sup>176</sup>。再者，歐盟法院認為，依照「著作權指令」前言部份第 1 點說明，該指令之目標在於確保內部市場之順暢運作，因此若允許部份會員國就散布權得採取國際耗盡原則，但其餘會員國仍採取區域耗盡原則，勢將無可避免地造成商品或服務之自由流通與提供的障礙<sup>177</sup>。

綜上所述，歐盟法院認為應解釋為 2001 年「著作權指令」第 4 條第 2 項已排除會員國自行立法採取國際耗盡原則之可能，會員國不得繼續維持國際耗盡原則。

總而言之，歐盟法院於 *Laserdisken* 案中明確表示：2001 年「著作權指令」第 4 條第 2 項之效力不容質疑，且於現行規範體系下歐盟會員國皆應採取區域耗盡原則、不得繼續維持國際耗盡原則。充分展現其捍衛區域耗盡原則以及確保整體歐盟在耗盡原則規範上之一致性的決心。然而，仍有論者認為，權利人於現行散布權以及區域耗盡原則規範下所享有的自由斟酌空間，極可能危及歐洲共同體條約所揭櫫之商品自由流通原則<sup>178</sup>。採取區域耗盡原則對於降低因盜版和非法平

<sup>173</sup> *Id.* at para. 21.

<sup>174</sup> 節錄原文如下：Directive 2001/29/EC, Recital (28) : "This right should not be exhausted in respect of the original or of copies thereof sold by the rightholder or with his consent outside the Community."

<sup>175</sup> See *Laserdisken*, *supra* note 126, at para. 23-24.

<sup>176</sup> *Id.* at para. 25.

<sup>177</sup> *Id.* at para. 26.

<sup>178</sup> Maria Mercedes Frabboni., case comment, *Two For the Price of One- The Advocate General's*

行輸入可能造成的損失將產生何等影響，仍為政策上有待討論之議題，換言之，於採取區域耗盡理論之法制下，公共利益是否能獲得較佳之保護仍有待證明<sup>179</sup>。

筆者認為，歐盟法院雖於 *Laserdisken* 案中一再強調採行區域耗盡原則為保護著作權之重要方法，但卻未能充分回應究竟採行國際耗盡原則對於著作權保護將造成何種漏洞，以至於法院認為唯有採行區域耗盡原則，方能確實保護創作人與表演人之利益。而採取區域耗盡原則對歐盟市場的競爭秩序以及消費者利益可能造成之不利影響，似亦未見本案法院予以詳細評價。

再者，歐盟法院認為，若容認歐盟境內同時存在國際耗盡與區域耗盡，將造成商品或服務之自由流通與提供的障礙，對於消費者保護反有不利影響。固然，一區域市場內同時存在不同的耗盡原則，就制度面與執行上的成本或有增加，畢竟假若允許丹麥自行採取國際耗盡，而整體歐盟則仍維持區域耗盡，此時對於在歐盟區域市場內流通之著作其合法性之判斷將造成困難，為判斷其來源國勢必增加不少檢核之成本，亦與歐盟區域市場內貨暢其流的宗旨有違；此外，假設一本書籍發行於美國，由平行輸入業者輸入丹麥，因丹麥採取國際耗盡，其輸入與後續之散布行為皆屬合法，後又轉售至採取區域耗盡的英國，此時該書籍在英國散布之合法性應如何評價？亦將出現問題。或許歐盟法院係基於上述考量，因而做出不應容許丹麥政府自行立法採取國際耗盡原則之結論。

然而筆者認為，問題之癥結在於，全面採取「區域耗盡」才是對商品自由流通原則造成較大威脅之潛在不利因素，蓋因國際耗盡原則下，不論著作首次發行或銷售之地點位於何國，皆得自由流通，原則上不會造成商品流通之障礙；反之，若採區域耗盡原則，著作在歐盟境內流通時反而需檢視該著作之來源，若第一次銷售係在歐盟境外，其流通即有適法性之問題。歐盟法院以 *Laserdisken* 所主張的

---

*Opinion in Laserdisken and the European Court of Justice Ruling in Uradex*, 17(7) Ent. L.R. 225, 226 (2006).

<sup>179</sup> *Id.*

是「全球層次」的商品自由流通，並非歐盟成立之目的而駁斥其主張，殊不知縱令採取國際耗盡，其所追求者仍為「區域市場內部」的商品自由流通，蓋若繼續採取區域耗盡原則，在歐盟市場內流通之著作仍有侵害著作權人散布權之疑慮，需先釐清其最初銷售地為歐盟境內方得繼續散布。因此，欲真正落實商品自由流通，實應改弦易轍全面採取區域耗盡原則，而非以同一法域內不宜容認兩種法制並存為理由，駁斥主張國際耗盡原則之不當。

### 第三節 日本、澳洲、紐西蘭有關著作真品平行輸入之規範

相對於本文前一節所介紹美國、歐盟在著作權法上堅採國內耗盡及區域耗盡等對著作真品平行輸入較不友善之法制，日本、澳洲與紐西蘭對於著作真品平行輸入則抱持較為正面開放之立場，或直接採取國際耗盡原則但針對特別著作類型加上部份限制（如日本、紐西蘭），或雖設有輸入權但針對特別著作類型逐步予以放寬（如澳洲），不論採取何種制度皆有其背後考量之政策性因素。本節以下將詳盡介紹日本、澳洲與紐西蘭於著作權法方面關於著作真品平行輸入之規範，以作為與美國、歐盟以及我國著作權法後續比較分析之基礎。<sup>180</sup>

#### 第一項 日本

日本著作權法於有關著作真品平行輸入之規範上，原則上係採取較為開放之態度，由於國際公約之歷史因素，在散布權方面依照著作類型區分為電影著作之「頒布權」及一般著作之「讓渡權」<sup>181</sup>；就一般著作之讓渡權的權利耗盡原則係採「國際耗盡」，並特別針對善意無過失而不知讓渡權尚未耗盡之情形，設有例外

<sup>180</sup> 本文於本節中關於日本、澳洲與紐西蘭法制之介紹，部份係引用自筆者曾參與之黃銘傑主持，前揭註 57 研究計畫，由筆者所執筆部份的內容，酌予增刪添補而來，合先敘明。以下若有直接引用，將於註腳中註明原研究計畫頁碼，不予贅述。

<sup>181</sup> 由於日本著作權法將散布權區分為「頒布權」（專指電影著作）與「讓渡權」（非電影著作），為避免混淆，本文以下均直譯為「頒布權」與「讓渡權」。惟其權利實質內容與我國所謂之「散布權」相當，合先敘明。

不構成侵害的規定，此一立法相當值得我國參考<sup>182</sup>。另一方面應注意者，日本於 2004 年在音樂著作產業團體的壓力下，新增音樂錄音著作之禁止回銷規範，惟此一立法是否妥當，於日本國內亦引發不少爭議。

本文以下即分別就散布權相關規範以及音樂錄音著作之回銷規定，按其立法沿革與規範內容予以詳細說明。

## 第一款 散布權與權利耗盡原則

### 第一目 立法沿革

按日本著作權法關於散布權之規定，因伯恩公約第 14 條僅就電影著作賦予散布權之保護，就其他著作則無賦予類似權益<sup>183</sup>，因此日本著作權法於 1999 年修法前原僅承認電影著作之散布與出租權（日本法上稱之為「頒布權」），其他種類之著作則僅限於明知為盜版物而仍加以散布之情況，以「擬制侵害」之方式加以規範。但日本於 1996 年承認「世界智慧財產權組織著作權條約」（WIPO Copyright Treaty, WCT）以及「世界智慧財產權組織表演及錄音物條約」（WIPO Performances and Phonograms Treaty, WPPT）後，依照 WCT 第 6 條以及 WPPT 第 8 條、第 12 條規定，各會員國應保障著作權人之散布權<sup>184</sup>，加上考量到英、美、德等國均有散布權之規定，日本認為有導入全面性散布權之必要<sup>185</sup>。故於 1999 年修正著作權法，參照先進諸國之立法狀況以及國際條約規定之旨意，增訂第 26 條之 2<sup>186</sup>、第 95 條之 2、第 97 條之 2 賦予著作權人以及表演人、錄音物製作人「讓渡權」。此後非電影著作之著作權人以及著作鄰接權人亦享有散布權。

<sup>182</sup> 關於此一規定值得我國法參考之理由以及進一步的比較分析，請詳見本文第五章之論述。

<sup>183</sup> 關於伯恩公約之規範，請詳見本章第一節第一項之介紹。

<sup>184</sup> 關於 WCT 以及 WPPT 之規範，請詳見本章第一節第四項之介紹。

<sup>185</sup> 參照作花文雄，「詳解著作權法」，頁 280-281，ぎょうせい，2005 年修訂 3 版。

<sup>186</sup> 日本著作權法第 26 條の 2，參照我國法條編排之習慣，實應譯為第 26 條之 1，惟為求閱讀者翻閱原法典條文之便利，故以下均直接譯為 26 條之 2。又以下遇其餘日本法條之情形均同。

## 第二目 頒布權－電影著作

依照日本著作權法第 26 條規定，電影著作之著作權人專有「頒布」該電影著作之重製物的權利<sup>187</sup>。而依照日本著作權法第 2 條第 1 項第 19 款規定，所謂「頒布」之定義為：「不問有償或無償，將著作之重製物讓渡(筆者按：移轉所有權)或出租予公眾，在電影著作或於電影著作中所複製之著作之情況，則係以將該著作等向公眾傳達為目的而將該電影著作之重製物讓渡予公眾，出租之方式亦包含在內<sup>188</sup>。」

因此，在一般著作重製物之情形，必須是以「公眾」(即特定多數人或不特定人)為對象而將該重製物讓與或出租方始該當於「頒布」之概念；但在電影著作則要求以「向公眾傳達提供」(即上映)為目的，即使交付之對象並非公眾而僅為特定人物，且即使所讓與或出租者僅為「一部」影片，仍該當於此處「頒布」之概念。

於此，必須注意者為，日本著作權法針對此一頒布權規定，並未設計出相應之權利耗盡規定。理由在於，就電影產業之實態而言，傳統上乃是由原製作廠商將影片膠捲或拷貝帶交由電影院於一定期間內播放，播放完畢後再交回原製作廠商。於此情形，若電影著作亦有權利耗盡規範，將會導致原著作廠商無法控制此一電影著作流通行為，對其權利保護可能帶來不當影響<sup>189</sup>。

<sup>187</sup> 原文如下：日本著作權法第 26 條(頒布權)：「著作者は、その映画の著作物をその複製物により頒布する権利を専有する。 2 著作者は、映画の著作物において複製されているその著作物を当該映画の著作物の複製物により頒布する権利を専有する。」

<sup>188</sup> 原文如下：日本著作權法第 2 條第 1 項第 19 号：「この法律において、次の各号に掲げる用語の意義は、当該各号に定めるところによる。」

十九、頒布 有償であるか又は無償であるかを問わず、複製物を公衆に譲渡し、又は貸与することをいい、映画の著作物又は映画の著作物において複製されている著作物にあつては、これらの著作物を公衆に提示することを目的として当該映画の著作物の複製物を譲渡し、又は貸与することを含むものとする。」

<sup>189</sup> 參照作花文雄，前掲註 185 書，頁 279-281；加戸守行，「著作權法逐條講義」，頁 193-194，著作權情報センター，2006 年修訂 5 版。

### 第三目 讓渡權－非電影著作之其他著作

依照日本著作權法第 26 條之 2 第 1 項規定，「著作權人對其著作物（電影著作除外。以下同），專有以讓渡著作之原件或重製物（在電影著作中被重製之著作物之情形，其該當電影著作之重製物除外。以下同）之方式提供予公眾之權利。<sup>190</sup>」換言之，讓渡權係以著作原件或重製物為對象。相對於此，於 1984 年即已引進之「出租權」（現行法第 26 條之 3<sup>191</sup>）的對象，則僅限於著作之重製物，著作原件並未包含在內，其立法意旨係考量到在美術、攝影、建築等著作類型特別重視「著作原件」與「重製物」之差異，因此為確保著作權人於將其美術、攝影著作之原件出租予他人展覽時能透過契約獲得一定報酬，促進美術館巡迴展覽之順利舉辦，並調整著作出租權與所有權之關係等理由，因此在出租權方面僅有著作重製物方有耗盡原則之適用<sup>192</sup>。

### 第四目 國際耗盡原則

日本政府於 1999 年修正著作權法新增讓渡權時，亦同時引進權利耗盡之規定，於著作權法第 26 條之 2 第 2 項增訂四款不適用讓渡權之例外事由，凡著作原件或重製物已經讓渡權人或得其同意之人，將其合法讓與之情況，該著作原件或重製物之再移轉讓與不在讓渡權之範疇內。該四款例外事由分述如下<sup>193</sup>：

<sup>190</sup> 原文如下：日本著作權法第 26 條の 2 第 1 項：「著作者は、その著作物（映画の著作物を除く。以下この条において同じ。）をその原作品又は複製物（映画の著作物において複製されている著作物にあつては、当該映画の著作物の複製物を除く。以下この条において同じ。）の譲渡により公衆に提供する権利を専有する。」

<sup>191</sup> 原文如下：日本著作權法第 26 條の 3：「著作者は、その著作物（映画の著作物を除く。）をその複製物（映画の著作物において複製されている著作物にあつては、当該映画の著作物の複製物を除く。）の貸与により公衆に提供する権利を専有する。」

<sup>192</sup> 參照作花文雄，前掲註 185 書，頁 281；加戶守行，前掲註 189 書，頁 199。

<sup>193</sup> 原文如下：日本著作權法第 26 條の 2 第 2 項：「前項の規定は、著作物の原作品又は複製物で次の各号のいずれかに該当するものの譲渡による場合には、適用しない。

一 前項に規定する権利を有する者又はその許諾を得た者により公衆に譲渡された著作物の原作品又は複製物

二 第六十七条第一項若しくは第六十九条の規定による裁定又は万国著作權條約の実施に伴う著作權法の特例に関する法律（昭和三十一年法律第八十六号）第五条第一項の規定による

(一) 讓渡權人將著作原件或其重製物讓與予「公眾」之情況；或經讓渡權人承諾而將著作原件或其重製物讓與予「公眾」之情況。

本款規定雖然並未特別指明所適用之讓與行為係發生於日本國內或國外，但對照同項第四款規定可知，本款應專指其讓與行為發生於「日本國內」之情形。因此，依本款規定，凡在日本國內，因讓渡權人本身之行為或經其同意而將著作原件或其重製物移轉讓與予「公眾」之情況，其讓渡權即已耗盡。其理由在於，權利人已獲得妥善行使其權利之機會，因此嗣後之再讓渡、再再讓渡等應非讓渡權效力所及<sup>194</sup>。

(二) 著作權人不明之情況<sup>195</sup>或商業用 CD 之錄音物<sup>196</sup>之情形，而經文化廳長官裁定者；或依據世界著作權條約（Universal Copyright Convention）第 5 條第 1 項所規定之翻譯權七年強制授權制，而受文化廳長官許可者，於上述兩種情況所作成之著作物原件或其重製物，而讓渡予公眾之情況。

---

許可を受けて公衆に讓渡された著作物の複製物。

三 前項に規定する権利を有する者又はその承諾を得た者により特定かつ少数の者に讓渡された著作物の原作品又は複製物

四 国外において、前項に規定する権利に相当する権利を害することなく、又は同項に規定する権利に相当する権利を有する者若しくはその承諾を得た者により讓渡された著作物の原作品又は複製物。」

<sup>194</sup> 參照加戸守行，前掲註 189 書，頁 200。

<sup>195</sup> 參照日本著作權法第 67 條第 1 項規定。原文如下：「公表された著作物又は相当期間にわたり公衆に提供され、若しくは提示されている事実が明らかである著作物は、著作権者の不明その他の理由により相当な努力を払つてもその著作権者と連絡することができないときは、文化庁長官の裁定を受け、かつ、通常の使用料の額に相当するものとして文化庁長官が定める額の補償金を著作権者のために供託して、その裁定に係る利用方法により利用することができる。」

<sup>196</sup> 參照日本著作權法第 69 條規定。其內容大致為：商業用 CD 之錄音物最初發行地為日本國內，且自最初發行日起已經過三年者，欲利用該音樂著作錄製其他商業用錄音著作物，若經向該錄音物著作權人提出請求授權或散布之協議，而協議不成之情況，得請求文化廳長官以裁定相當數額之使用報酬的方式，強制授權利用。

原文如下：「商業用レコードが最初に国内において販売され、かつ、その最初の販売の日から三年を経過した場合において、当該商業用レコードに著作権者の許諾を得て録音されている音楽の著作物を録音して他の商業用レコードを製作しようとする者は、その著作権者に対し録音又は讓渡による公衆への提供の許諾につき協議を求めたが、その協議が成立せず、又はその協議をすることができないときは、文化庁長官の裁定を受け、かつ、通常の使用料の額に相当するものとして文化庁長官が定める額の補償金を著作権者に支払つて、当該録音又は讓渡による公衆への提供をすることができる。」

本款事由即指於依所謂「強制授權」而將其著作讓與予公眾之情形，其讓渡權亦已耗盡。得依文化廳長官之裁定而利用著作之情形雖規定於著作權法第 67 條至第 69 條，惟關於讓渡「有體著作物」之規定則僅「著作權人不明」(第 67 條)以及「商業用 CD 錄音物」(第 69 條)此兩種事由而已<sup>197</sup>。另外，依據世界著作權條約第 5 條第 2 項關於翻譯權設有七年強制授權之特別規定<sup>198</sup>，故得經文化廳長官裁定許可後翻譯並發行其譯本。在本款之兩種情形，可視為文化廳已代位著作權人為授權，故與第一款已受權利人許可的情形相同，於其適法讓渡後，讓渡權亦已耗盡<sup>199</sup>。

(三)讓渡權人將著作原件或其重製物直接讓與予「公眾以外之特定少數人」之情況；或經讓渡權人承諾而將著作原件或其重製物直接讓與予「公眾以外之特定少數人」之情況。

相對於同項第 1 款事由係針對讓與給「公眾」的讓渡行為，本款事由則係針對「非公眾」的特定少數人，例如家族、友人等。其實讓與給「非公眾」的行為本來非經著作權人同意即可為之，而單就著作原件或重製物之外觀無法辨認是否

<sup>197</sup> 蓋因第 68 條為關於公開播送之強制授權規定，但在此讓渡權以及耗盡原則之對象以有體著作物為原則，因此非屬本款讓渡權耗盡事由之範疇。

<sup>198</sup> 世界著作權條約第 5 條：「(第 1 項)第一條所定之權利，包括著作人撰製、發行及授與他人撰製、發行本公約保障下著作之譯本之排他權利。(第 2 項)但任何締約國得於下列情節範圍內，以國內法限制文字著作之翻譯排他權利。(1)文字著作首次發行日起滿七年，如原著作權人仍未發行締約國當地通用語文譯本者，則該締約國之任何國民得向其本國政府有關機關請求授與「非排他授權」，俾以當地語文翻譯該著作，並發行其譯本。(2)前款非排他授權之請求，應依當地國法定程序為之，並應證明，曾向原著作權人請求而遭拒絕或雖經相當努力而仍未能與原著作權人連繫。遇當地國語文譯本絕版之情節亦同。(3)如原著翻譯同意權持有人無法連繫，請求授與翻譯權之人，得將其申請書寄達原著所掲載之出版人；於知悉原著翻譯權人國籍之情節，並應將申請書寄達其所屬國之外交或領事人員或該國政府指定之機構。申請書投遞未滿兩個月者，當地國政府不得核准翻譯申請案。(4)締約國國內法應確保原著翻譯權人公平而符合國際標準之酬償金額數、支付、傳送，並顧及譯本內容之精進。(5)譯本應載明原著及其著作人之名稱。獲准授權之譯本，以當地國行銷為限，但同語文之他締約國國內法亦作相同規定者，得輸入譯本行銷。於無前述之情節下，則譯本之輸入與行銷，依締約國國內法或協議定之。獲准之授權，不得為讓與之標的。(6)原著收回其發行者，不適用前各款強制授權之規定。」

以上條約中譯係參照經濟部智慧財產局網頁之翻譯：[http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright\\_law/copyright\\_law\\_2\\_7.asp](http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright_law/copyright_law_2_7.asp) (查訪日期：2008 年 6 月 20 日)。

<sup>199</sup> 參照加戶守行，前揭註 189 書，頁 201。

為已獲讓渡權人承諾向公眾讓渡的著作，因此有可能其前手取得著作係經由其家族親友等非公眾管道，從來未經讓渡權人同意向公眾散布，故其讓渡權尚未耗盡，但其外觀則與其他讓渡權已耗盡的著作相同，如此一來該不知情的後手若將之向公眾散布，將侵害著作權人的讓渡權，惟如此結果顯然有失公允，為確保交易安全，特設本款事由。換言之，不問最初讓與之對象是否為公眾，只要是合法讓渡之情形，其讓渡權即應已然耗盡。

(四) 在承認相當於讓渡權制度的外國，若在該國讓渡著作物原件或重製物而不構成侵權(包含已得讓渡權人之承諾而讓渡);或於不承認相當於讓渡權的制度之外國合法讓渡的情形。

本款事由即為所謂「國際耗盡」的規定，只要在外國其讓渡行為係屬合法者，其讓渡權即已耗盡，因此日本著作權法於有關散布權之權利耗盡上，乃是採取「國際耗盡原則」。立法理由認為，採取國際耗盡原則方能促進著作物在國際間之順暢流通，並確保交易安全。

關於散布權應採取何種耗盡原則較為妥適，儘管於立法當時，日本國內亦有論者認為，為能適當控制國外廉價商品之平行輸入，使著作權人能安心讓其著作在外國市場流通，應採行國內耗盡理論，亦即只允許在國內讓渡之情況，讓渡權方始耗盡。然而，伴隨著經濟日趨全球化、跨國流通之著作其範圍與數量皆與日俱增，考量到關於著作的國際交易安全、若是任令著作權人可以如此分割著作權之國際市場，將對於著作物之順暢流通以及交易安全、進而對消費者利益帶來不利影響<sup>200</sup>。因此，多數學說及實務大多認為，在現行時點尚難以找出足以支持國內耗盡理論之合理理由<sup>201</sup>，基於上述理由，日本著作權法於制定有關散布權之權利耗盡，目前仍採取國際耗盡理論之立場。

<sup>200</sup> 同前註，頁 202；作花文雄，前揭註 185 書，頁 282。

<sup>201</sup> 參照作花文雄，前揭註 185 書，頁 282。

至於在外國合法讓渡之情形，具體而言，包括以下三種態樣：第一、於承認與讓渡權相當之權利的外國，在該國之讓渡行為已該當於相當於日本法前述三種權利耗盡情形（換言之，在該外國其讓渡權已經耗盡的情形）；第二、於承認與讓渡權相當之權利的外國，其向公眾讓渡的行為依據該國權利限制的規定而不侵害讓渡權的情形；第三、於不承認與讓渡權相當之權利的外國，從事讓渡行為，此時因並未侵害相當於讓渡權之權利，因此其權利亦已耗盡<sup>202</sup>。該當上述三種情形之一者，不問其讓渡之對象為公眾或非公眾的特定少數人，其讓渡權一律已經耗盡。

綜上所述，可知現行日本著作權法，關於散布權之耗盡原則是採取「國際耗盡」原則，對於著作真品平行輸入基本上採取正面開放的態度。此外，日本著作權法另針對善意無過失而侵害讓渡權者，訂有例外免責之規定，詳見下述。

#### 第五目 善意無過失者之例外保護

依日本著作權法第 113 條之 2 規定：於接受著作原件或重製物（電影著作除外，以下同）、表演之錄音錄影、或錄音物之讓與時，對於「該著作原件或重製物、表演之錄音錄影物或錄音著作物『不該當』於本法第 26 條之 2 第 2 項各款、第 95 條之 2 第 3 項各款或第 97 條之 2 第 2 項各款之任一種事由」此事並不知情，且就其不知情係無過失者，其向公眾散布該著作原件或重製物、經固著之表演或錄音物之行為，視為不構成本法第 26 條之 2 第 1 項、第 95 條之 2 第 1 項或第 97 條之 2 第 1 項規定之權利<sup>203</sup>。

<sup>202</sup> 參照加戶守行，前揭註 189 書，頁 202。

<sup>203</sup> 原文如下：日本著作權法第 113 條の 2：「著作物の原作品若しくは複製物（映画の著作物の複製物（映画の著作物において複製されている著作物にあつては、当該映画の著作物の複製物を含む。）を除く。以下この条において同じ。）、実演の録音物若しくは録画物又はレコードの複製物の譲渡を受けた時において、当該著作物の原作品若しくは複製物、実演の録音物若しくは録画物又はレコードの複製物がそれぞれ第二十六条の二第二項各号、第九十五条の二第三項各号又は第九十七条の二第二項各号のいずれにも該当しないものであることを知らず、かつ、知らないことにつき過失がない者が当該著作物の原作品若しくは複製物、実演の録音物若しくは

簡言之，本條規定是針對因善意無過失而不知其讓渡為違法者所設的例外特別規定，善意而無過失的讓渡行為人，不受讓渡權效力範圍所及。例如在某些情形下著作之重製權與讓渡權的權利人可能非同一人，即有可能該著作重製物本身雖屬合法重製物、但卻尚未獲得向公眾讓渡的授權，此時因為讓渡權尚未耗盡，後手的所有人若將之向公眾散布，即有侵害讓渡權之虞。然而由於單就著作外觀實難判斷系爭著作重製物是否曾為合法讓渡，基於保護善意無過失的第三人之理由，故有此例外規定。

因此，若平行輸入日本之著作其讓渡權尚未依法耗盡，但受讓人善意且無過失不知其讓渡權並未耗盡而將之讓渡予他人，則其讓渡行為依日本著作權法第113條之2規定視為未侵害讓渡權。惟應注意依本條規定僅為「視為不侵害讓渡權」，但原本尚未耗盡之讓渡權仍未耗盡，因此若於嗣後之流通過程中，對於違法讓渡一事於讓受時為惡意或善意但有過失者，著作讓渡權人仍有對之行使讓渡權的可能<sup>204</sup>。

此外附帶一提，未經讓渡權人之同意而移轉讓與之盜版重製物等，若其受讓人於「受讓時」對於其所受讓之著作物或其重製物之讓渡權尚未耗盡一事並不知情，且對此不知情並無過失者，也視為未侵害著作權人之讓渡權，以保障交易安全<sup>205</sup>。蓋因非法重製物連重製行為都未獲著作權人授權，其讓渡權當然更不可能合法耗盡，但有時盜版重製物仿製的維妙維肖，從外觀上易與合法重製物相混淆，此時若身為後手的受讓人善意不知系爭重製物為非法重製，則其不知讓渡權尚未耗盡亦應情有可原，倘若因此即加諸其法律責任，實有過份苛責之嫌。有鑑於此，日本著作權法於引進讓渡權時，除設計出權利耗盡規範外，對於流通階段末端的消費者等，設計出此一善意無過失之例外規定，求取對著作權人權利保護及消費

---

録画物又はレコードの複製物を公衆に譲渡する行為は、第二十六条の二第一項、第九十五条の二第一項又は第九十七条の二第一項に規定する権利を侵害する行為でないものとみなす。」

<sup>204</sup> 參照加戶守行，前揭註189書，頁669。

<sup>205</sup> 參照作花文雄，前揭註185書，頁283。

者利益二者之平衡。

另外值得注意的是，依據日本著作權法第 113 條第 1 項第 2 款<sup>206</sup>，明知為非法重製物而仍加以散布之行為視為侵害著作權，其善惡意之判斷時點係為「散布時」，但第 113 條之 2 則係以「受讓著作物原件或其重製物時」作為善意無過失之判斷時點，不可不辨。相對於判斷是否為非法「重製物」，欲自外觀上判斷是否為非法「散布」之物其難度顯然更高，因此日本著作權法認為只需於「受讓」著作物原件或其重製物時係善意無過失者，即可依 113 條之 2 排除對讓渡權之侵害，以免課予一般消費者過重之責任，且有害交易安全之虞。

## 第二款 音樂錄音著作回銷禁止規定

### 第一目 立法背景<sup>207</sup>

2004 年日本政府修正著作權法，增訂第 113 條第 5 項，針對所謂的「回銷錄音著作」之輸入或散布加以規範<sup>208</sup>。按於國外未經權利人同意而生產之盜版錄音物，於修法前本可依著作權法第 113 條第 1 項第 1 款限制其輸入，另同條第 2 款

<sup>206</sup> 日本著作權法第 113 條第 1 項第 2 款：「明知為侵害著作人格權、著作財產權、出版權、表演人格權或著作鄰接權而作成之物（包含依前款輸入之物），而加以散布、或以散布為目的而持有之行為。」係針對散布或持有「非法重製物」者之擬制侵權規定。因本文之研究重心為「真品」平行輸入及其後之散布行為等相關法制問題，故對於「非法重製物」之規範非本文重點，在此不擬深入介紹，僅就與第 113 條之 2 相關之部份予以闡明。關於本款規定之介紹，請詳見黃銘傑主持，前揭註 57 研究計畫，頁 67-69 之介紹。

<sup>207</sup> 本段以下關於立法背景之介紹主要參照黃銘傑主持，前揭註 57 研究計畫，頁 70。

<sup>208</sup> 原文如下：日本著作權法第 113 條第 5 項：国内において頒布することを目的とする商業用レコード（以下この項において「国内頒布目的商業用レコード」という。）を自ら発行し、又は他の者に発行させている著作権者又は著作隣接権者が、当該国内頒布目的商業用レコードと同一の商業用レコードであつて、専ら国外において頒布することを目的とするもの（以下この項において「国外頒布目的商業用レコード」という。）を国外において自ら発行し、又は他の者に発行させている場合において、情を知つて、当該国外頒布目的商業用レコードを国内において頒布する目的をもつて輸入する行為又は当該国外頒布目的商業用レコードを国内において頒布し、若しくは国内において頒布する目的をもつて所持する行為は、当該国外頒布目的商業用レコードが国内で頒布されることにより当該国内頒布目的商業用レコードの発行により当該著作権者又は著作隣接権者の得ることが見込まれる利益が不当に害されることとなる場合に限り、それらの著作権又は著作隣接権を侵害する行為とみなす。ただし、国内において最初に発行された日から起算して七年を超えない範囲内において政令で定める期間を経過した国内頒布目的商業用レコードと同一の国外頒布目的商業用レコードを輸入する行為又は当該国外頒布目的商業用レコードを国内において頒布し、若しくは国内において頒布する目的をもつて所持する行為については、この限りでない。

亦針對散布或以散布為目的之持有行為加以規範。此外著作權法第 26 條之 2（第 95 條之 2、第 97 條之 2）的讓渡權及著作權法第 26 條之 3（第 95 條之 3、第 97 條之 3）的出租權亦均可加以規範。

然而，倘若該等著作物為經權利人合法授權之商品（即俗稱之「真品」），因其為合法生產製造，於經首次讓與後，依日本著作權法第 26 條之 2 第 2 項（第 95 條之 2 第 3 項、第 97 條之 2 第 2 項）所採之國際耗盡原則，該等商品將可自由輸入日本國內，並可合法散布。此一結果本為考量促進文化產業得以在國際間自由流通之政策觀點下，採取國際耗盡原則所生之必然結果。

惟於音樂產業界，由於一般通稱「J-POP」的日本流行音樂在亞洲各國亦有相當龐大的市場，商業用錄音著作在海外之需求量相當大，但另一方面為避免盜版之盛行，日本著作權人或著作鄰接權人多半配合被授權國當地之國民所得水準，設定不同之授權金額，造成日本國內與海外音樂錄音市場出現顯著之價差<sup>209</sup>。若此種因海外授權金較低，而廉價生產之商業用錄音著作大規模回銷輸入日本國內，將使依據日本國內相對較高額授權金生產之錄音著作市場有嚴重虧損之虞<sup>210</sup>。

因此日本音樂著作權相關團體積極促使政府與立法機關正視此一問題，制定防止日本音樂錄音著作回銷現象之政策與法律<sup>211</sup>，後於 2004 年正式修正日本著作權法，增訂第 113 條第 5 項規定。自此，音樂錄音著作成為日本獨占禁止法第 23 條第 4 項禁止維持轉售價格規定之例外。然而，此種限制自國外輸入回銷錄音著作之規定將某程度抑制日本國內錄音著作價格競爭，從消費者保護之觀點，仍有

<sup>209</sup> 參照加戶守行，前揭註 189 書，頁 661。

<sup>210</sup> 依據日本株式会社文化科学研究所於 2003 年所作之調查研究，回銷日本之音樂 CD 每年平均數量約為 58.8 萬張，錄音帶約為 9 萬卷，兩者合計約 67.8 萬張。CD 回銷率（回銷張數除以總授權張數之比率）約為 17.8%。關於上述統計資料之詳細調查方式與數據等請參見：[http://www.mext.go.jp/b\\_menu/shingi/bunka/gijiroku/013/03121001/007.pdf](http://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/bunka/gijiroku/013/03121001/007.pdf)（查訪日期：2008 年 6 月 20 日）

<sup>211</sup> 相關立法過程以及利益團體之意見整理，請參見南亮一，「音楽レコード還流防止措置について」，国立国会図書館「調査と情報」第 451 号，2004 年。其原文可於下列網址查閱取得：<http://www.ndl.go.jp/jp/data/publication/issue/0451.pdf>（查訪日期：2008 年 6 月 20 日）。

相當爭議<sup>212</sup>。

## 第二目 規範內容<sup>213</sup>

考量平衡權利人與消費者之利益，商業用錄音著作之輸入行為欲成為回銷防止措施之對象，參照日本著作權法第 113 條第 5 項規定，需滿足以下五點要件，方始該當<sup>214</sup>：

(一) 專為於國外散布目的之商業用錄音著作（以下稱國外散布用錄音著作），而與於日本國內同時或先發行之國內散布為目的之商業用錄音著作（以下稱國內散布用錄音著作）具有同一性者。

(二) 行為人於輸入時知悉系爭錄音著作滿足上述第一點要件之事實。

(三) 以於日本國內散布為目的而輸入國外散布用錄音著作、或於國內散布或以散布為目的而持有。

(四) 由於國外散布用錄音著作在日本國內散布，導致發行國內散布用錄音著作之權利人之應得利益遭受不當損害。

(五) 自國內散布用錄音著作在日本最初發行日起（惟於新修正著作權法施行前<sup>215</sup>已發行之錄音著作，則一律自新法施行之日起算）尚未超過政令所定之期間（目前為四年）。

以下即針對各要件分別加以說明：

<sup>212</sup> 日本競爭法主管機關之公平交易委員會對此亦曾表示不同意見，請詳見本文第四章之介紹。

<sup>213</sup> 本段以下規範內容之介紹主要參照黃銘傑主持，前揭註 57 研究計畫，頁 71-76。

<sup>214</sup> 參照日本文化廳於 2004 年 12 月 6 日所公布之「還流防止措置を行使するに当たっての実務上の留意事項等について」，16 庁房第 306 号。可於下列網址查閱其內容：[http://www.bunka.go.jp/1tyosaku/kanryuu\\_ryuuijikou.html](http://www.bunka.go.jp/1tyosaku/kanryuu_ryuuijikou.html)（查訪日期：2008 年 6 月 20 日）。另可參閱加戶守行，前揭註 189 書，頁 662-664；作花文雄，前揭註 185 書，頁 303-307；中山信弘，「著作權法」，頁 514-515，有斐閣，2007 年。

<sup>215</sup> 本次修法係自 2005 年 1 月 1 日正式施行。

(一) 專於國外散布為目的之商業用錄音著作，而與於日本國內同時或先發行之國內散布為目的之商業用錄音著作具有同一性

#### 1. 規範保護主體—發行以於國內散布為目的之商業用錄音著作之權利人

首先，錄音著作回銷防止措施所欲保護之主體為「發行以於國內散布為目的之商業用錄音著作之權利人」，包括自行發行或授權他人發行之著作權人（如作詞作曲家、編曲家等）以及著作鄰接權人（唱片製作公司、表演人）在內。其中「國內散布為目的之商業用錄音著作（下稱國內散布用錄音著作）」，僅需具有在國內散布之目的即可，不以「專門限定」於國內散布為必要，因此若同時在國內外散布銷售之錄音著作，仍該當本要件所稱「於國內散布為目的」<sup>216</sup>。另外，在國外製造，但以在日本國內散布為目的之錄音著作，仍屬國內散布用錄音著作<sup>217</sup>。

至於國外之音樂錄音著作發行權利人是否亦得援用著作權法第 113 條第 5 項？基於日本所簽訂之國際條約（例如 TRIPs 條約第 3 條）所要求之「國民待遇原則」，國外之音樂錄音著作亦可享有同等之權利。因此只需系爭錄音著作在國內市場已發行，與該錄音著作具同一性之國外散布用錄音著作之輸入亦將受到規範<sup>218</sup>。

#### 2. 規範客體—專於國外散布為目的之商業用錄音著作

錄音著作回銷防止措施之規範客體為與「國內散布用錄音著作」具同一性，而專於國外散布為目的，經著作權人與著作鄰接權人自行或授權他人於國外發行之商業用錄音著作（下稱「國外散布用錄音著作」）。至於是否具有同一性，在「國外散布用錄音著作」與「國內散布用錄音著作」完全相同時，自無疑義；惟其餘

<sup>216</sup> 參照作花文雄，前揭註 185 書，頁 303。

<sup>217</sup> 同前註。

<sup>218</sup> 同前註，頁 303-304。

情況則需就個案參酌立法意旨加以判斷是否得認為係屬同一商品<sup>219</sup>。例如 CD 重製物之情形，只需固著於 CD 上之音樂完全相同，縱令 CD 外殼之宣傳封面或其 CD 光碟片上所印製之圖樣不同，仍不影響同一性之認定<sup>220</sup>。另外，儲存媒體不論係 CD 光碟片或錄音式卡帶，在著作權法上均認定為同一商業用錄音著作<sup>221</sup>。惟若收錄曲目雖然相同，但曲目順序相異之情況，依照日本文化廳所採之實務見解，將被認為不具同一性<sup>222</sup>。

此外，「國內散布用錄音著作」之發行時間需比「國外散布用錄音著作」發行時間早，或至少需同時發行。若「國外散布用錄音著作」發行時，「國內散布用錄音著作」尚未發行，則不該當本條錄音著作回銷限制措施之對象。蓋因禁止回銷之規定目的，本在避免相關權利人因廉價 CD 回銷破壞國內市場行情而可能遭受之損害，因此必須該著作於日本國內的市場已經成形，相關權利人之利益方有受損之可能<sup>223</sup>。

## （二）行為人於輸入時知悉系爭錄音著作滿足上述第一點要件之事實

由於「國外散布用錄音著作」本來即為經過權利人依法授權製造之合法商品，為避免不當阻礙其流通，因此限縮為需行為人主觀上知悉系爭錄音著作為「國外散布用錄音著作」，而仍基於在日本國內散布之目的將之輸入、在國內散布、或以國內散布為目的而持有者，方視為侵害著作權。

為證明行為人確實知悉上述事項，日本錄音協會於 2004 年 12 月 6 日公布一項「關於回銷防止措施以國外散布為目的之商業用錄音之表示運用基準」<sup>224</sup>，用

<sup>219</sup> 同前註，頁 304。

<sup>220</sup> 同前註。

<sup>221</sup> 同前註。

<sup>222</sup> 參照前揭註 214，「還流防止措置を行使するに当たっての実務上の留意事項等について」第 2 點 1(2)(ウ)。

<sup>223</sup> 參照加戶守行，前揭註 189 書，頁 662。

<sup>224</sup> 「還流防止措置に係る国外頒布目的商業用レコードの表示に関する運用基準」，惟該基準並無強制拘束力，僅提供錄音物製作人參考之用，其內容請參閱：

以提供各錄音物製作人生產 CD 或錄音卡帶時，在外觀標示之參考。通常只需在 CD 之外盒載明「國外散布專用」或「日本販售禁止」之意旨，被告即很難舉反證主張其不知情。

(三) 以於日本國內散布為目的而輸入國外散布用錄音著作或於國內散布或以散布為目的而持有

侵權行為之類型包含三種：以於國內散布為目的之輸入行為、在國內散布之行為、以於國內散布為目的而持有之行為。從而，單純為個人使用之目的而輸入之行為等不構成侵權。

「散布」係指不問有償或無償，讓與或出租予公眾之行為（日本著作權法第 2 條第 1 項第 19 款）。其中「讓與」行為由於讓渡權係採國際耗盡原則，因此著作權法第 113 條第 5 項將之擬制為侵害，有其獨立之規範意義；但「出租」行為部份則與第 26 條之 3 出租權之規範有所重疊<sup>225</sup>。公眾則係指不特定人或特定之多數人（日本著作權法第 2 條第 5 項），因此若係個人至海外旅遊，為個人使用或為贈與身邊親友、特定少數人之目的而攜帶回國之情況，不該當於本項規定所欲限制之行為。

(四) 由於國外散布用錄音著作在日本國內散布，導致發行國內散布用錄音著作之權利人之應得利益遭受不當損害

由於本項規定之目的係在保護國內散布用錄音著作之權利人之利益，因此並非一旦在國內散布或輸入即構成侵權。換言之，必須因低價之「國外散布用錄音著作」在日本國內市場流通，因而造成「國內散布用錄音著作」之銷售量下滑，進而使著作權人或著作鄰接權人應得之授權金相應不當減少（需達到不當之程

---

[http://www.bunka.go.jp/chosakuken/pdf/ris\\_kanryu.pdf](http://www.bunka.go.jp/chosakuken/pdf/ris_kanryu.pdf)（查訪日期：2008 年 6 月 20 日）

<sup>225</sup> 參照作花文雄，前揭註 185 書，頁 305。

度)，始擬制為侵害著作權之行為，以避免過度限制在「國際耗盡原則」下原本得以享有之合法商品自由流通空間<sup>226</sup>。

應注意者，錄音著作回銷禁止規定所欲保護之利益並非錄音著作之銷售額，而係著作權人或著作鄰接權人之應得利益（即授權金），實務上當「國外散布用錄音著作」的平均每份重製物授權金除以「國內散布用錄音著作」的平均每份重製物授權金所得之商數在 0.6 以下者，就認定為「不當侵害權利人之利益」<sup>227</sup>。因此縱令系爭國外商品之價格比國內商品低廉，若該國之授權金比率高於國內商品之情況，著作權人之應得利益即不因此而受到損害<sup>228</sup>。

此外，若今「國內散布用錄音著作」販售已有一段時間，於該時點依日本國內販售價格，已鮮有消費者願意購買，而低價的「國外散布用錄音著作」輸入國內反而促進消費者之購買意願，若有此種狀況，則著作權人之可期待利益是否因此受到不當損害，尚難以其價格差異程度一概而論（因有可能著作權人之整體授權金回饋收入反而增加）<sup>229</sup>。

總而言之，國內散布用錄音著作之權利人之應得利益是否遭受不當損害，應以系爭商業用錄音著作之國內外價格差為基本判斷基準，並考量距其首次發行所經時間長短、以及當時國內販售市場之實際狀況等因素，綜合加以判斷<sup>230</sup>。

（五）自國內散布用錄音著作在日本最初發行日起（惟於新修正著作權法施行前已發行之錄音著作，則一律自新法施行之日起算）尚未超過政令所定之期間

依日本著作權法第 113 條第 5 項但書，以自國內最初發行之日起算，尚未超

<sup>226</sup> 同前註，頁 305-306。

<sup>227</sup> 參照中山信弘，前揭註 213 書，頁 515。以及前揭註 214，「還流防止措置を行使するに当たつての実務上の留意事項等について」第 2 點 4(1) 不当の基準の運用。

<sup>228</sup> 參照作花文雄，前揭註 185 書，頁 306。

<sup>229</sup> 同前註。

<sup>230</sup> 同前註。

過「依政令所定七年以內之期間」之國內散布用錄音著作為限，方可受到本條之保護。所謂「依政令所定七年以內之期間」，目前依照日本文化廳於 2004 年所公布之「著作權法施行令之一部改正政令<sup>231</sup>」第 66 條，其期間為四年。此乃考量日本國內音樂市場實態及促進亞洲各國等音樂文化之普及，認為發行時間四年內之錄音著作之國內市場秩序有需特別保護之必要，於國內市場銷售進入較為穩定之時期後，再開放國外散布用錄音著作得以自由回銷，以調和商品自由流通之原則<sup>232</sup>。

此外，若於著作權法第 113 條第 5 項施行前（即 2005 年 1 月 1 日）已發行之錄音著作，則一律自新法施行之日起算四年之期間。但若於本條施行日前已輸入、或於施行時以於日本國內散布為目的而持有之國外散布用錄音著作（即庫存品），依據 2004 年著作權法一部改正法之附則第 2 條，不適用修正後著作權法第 113 條第 5 項之規定<sup>233</sup>，以避免發生溯及既往之效力，並維護交易安全。

最後，違反著作權法第 113 條第 5 項規定者被擬制為侵害著作權或著作鄰接權者，民事責任方面，權利人得依著作權法第 112 條請求停止侵害<sup>234</sup>，或依第 114 條請求損害賠償，此外尚有依關稅法第 69 條之 11 第 1 項第 9 款之規定申請認定

<sup>231</sup> 著作權法施行令の一部を改正する政令（平成 16 年政令第 338 号）。

<sup>232</sup> 關於為何將期間設定為四年，日本文化廳曾接受各界提供意見，並進行市場調查，最後認為以四年期間較為妥適。礙於篇幅，本文於此茲不贅述，如欲知其議論之詳細內容及調查數據，請參閱文化廳於 2004 年 11 月 3 日所公布之公開意見調查結果報告內容：[http://www.mext.go.jp/b\\_menu/public/2004/04110201.htm](http://www.mext.go.jp/b_menu/public/2004/04110201.htm)（查訪日期：2008 年 6 月 20 日）。

<sup>233</sup> 原文如下：著作權法の一部を改正する法律（平成 16 年法律第 92 号）附則第 2 条：「改正後の著作權法第百十三條第五項の規定は、この法律の施行前に輸入され、この法律の施行の際現に頒布の目的をもって所持されている同項に規定する国外頒布目的商業用レコードについては、適用しない。」

<sup>234</sup> 「（第 1 項）著作人、著作權人、出版權人、表演人或著作鄰接權人對於侵害其著作人格權、著作權、出版權、表演人格權或著作鄰接權者，得請求停止之；有侵害之虞者，得請求防止之。（第 2 項）著作人、著作權人、出版權人、表演人或著作鄰接權人於為前項請求之際，對於侵害行為所組成、作成之物、或主要供侵害所用之機械或器具，得請求銷燬或為其他必要之處置。」其原文如下：日本著作權法第 112 条：「著作者、著作權者、出版權者、実演家又は著作隣接權者は、その著作者人格權、著作權、出版權、実演家人格權又は著作隣接權を侵害する者又は侵害するおそれがある者に対し、その侵害の停止又は予防を請求することができる。2 著作者、著作權者、出版權者、実演家又は著作隣接權者は、前項の規定による請求をするに際し、侵害の行為を組成した物、侵害の行為によつて作成された物又は専ら侵害の行為に供された機械若しくは器具の廃棄その他の侵害の停止又は予防に必要な措置を請求することができる。」

為輸入禁制品之可能<sup>235</sup>。刑事責任方面，則與一般侵害著作權之行為係依著作權法第 119 條不同，以具有營利目的者為限，依著作權法第 120 條之 2 第 4 款處斷，處以 3 年以下有期徒刑或拘役，或 300 萬日圓以下之罰金，兩者得併科。之所以限定以「具營利目的者為限」，係因本項擬制侵權之客體「外國散布用錄音著作」本為合法重製物，不宜與一般侵害著作權之行為課以同等罰則<sup>236</sup>。

從以上有關錄音著作之回銷規定，或可窺知日本著作權法於創造新的權利時之謹慎態度，雖然產業壓力龐大且禁止回銷或許有其正當事由，但不能單僅慮及產業方面的需求，而必須兼顧消費者利益可能受到之不利影響。從而，最後政策決定必須引進此一禁止錄音著作物回銷之規定，但仍對其禁止之前提要件設下各種門檻，令其不致遭到濫用，求取權利人與消費者雙方利益保護之均衡。日本著作權法於此之用心，或可為我國著作權法未來修正時之參考。不過，儘管其立法時已盡量力求兼顧對消費者利益之影響，惟對此種針對特定著作類型創設輸入限制之立法，日本競爭法主管機關仍表達其反對之立場，關於此部份本文將留待第四章再予論述。

## 第二項 澳洲

屬於大英國協之一的澳洲，傳統上其著作權亦與英國法制相同，賦予著作權人享有輸入權，因此過去在澳洲著作真品平行輸入是被禁止的行為。然而，此一規範態度從 1990 年代初期起，開始發生劇烈的變化。澳洲政府不僅於 1990 年修正其著作權法，容許對於在該國以外首次發行之書籍，得自由輸入至其國內，限制國外著作權人於澳洲所享有之輸入權；於 1997 年底，澳洲政府更基於保護澳洲消費者之利益，令其得以更低價格取得錄音著作物之觀點，修正其著作權法，容

<sup>235</sup> 原文如下：日本關稅法第 69 條の 11 第 1 項第 9 款：「次に掲げる貨物は、輸入してはならない。九 特許権、実用新案権、意匠権、商標権、著作権、著作隣接権、回路配置利用権又は育成者権を侵害する物品。」

<sup>236</sup> 參照作花文雄，前掲註 185 書，頁 307。

許合法錄音著作物之平行輸入。其後，澳洲政府再度於 2003 年修正著作權法，放寬對於電腦程式、電子文學與電子音樂之真品平行輸入限制，只需系爭著作已於澳洲或其他授權國家發行，且系爭著作並非為侵權重製物，則在一定要件下其輸入與散布行為均不構成著作權之侵害。此種配合社會需求、文化發展需要，針對特定著作類型逐步放寬允許外國著作真品平行輸入之規範態度與作法，成為澳洲著作權法制有別於其他國家之特色，此一作法亦對於紐西蘭著作權法的大幅修正，產生重大影響。

以下，本文將先介紹澳洲著作權法關於輸入權規範之演變過程，再探討法制之轉變對於澳洲相關產業之影響為何，試圖透過與他國法制之比較，為我國著作權法制提供值得參考之思考方向。<sup>237</sup>

#### 第一款 1968 年著作權法—禁止平行輸入

澳洲於現行 1968 年著作權法<sup>238</sup>制定時，即包含有輸入權之規定，該法第 37 條第 1 項規定：「未經著作權人授權，而將語文、戲劇、音樂或美術著作以下列目的輸入澳洲：(a) 販賣、出租、或以商業方式提出販賣或出租之要約；(b) (i) 為商業目的而為散布；或 (ii) 為其他足生損害於著作權人之目的而為散布；(c) 以商業方式將著作向公眾公開展示。上述輸入行為，以行為人明知或有合理原因可得而知，設若系爭著作係於澳洲境內製造，該著作將構成著作權侵害者為限，侵害著作權。<sup>239</sup>」

<sup>237</sup> 本文以下關於澳洲著作權法之介紹主要參照黃銘傑主持，前揭註 57 研究計畫，頁 81-91，並補充更新部份文獻資料。

<sup>238</sup> Copyright Act 1968 其全文可於 [http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol\\_act/ca1968133/](http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/ca1968133/) 查閱（查訪日期：2008 年 6 月 20 日）。

<sup>239</sup> 原文如下：Copyright Act 1968, Section 37 (1): “Subject to Division 3, the copyright in a literary, dramatic, musical or artistic work is infringed by a person who, without the licence of the owner of the copyright, imports an article into Australia for the purpose of: (a) selling, letting for hire, or by way of trade offering or exposing for sale or hire, the article; (b) distributing the article: (i) for the purpose of trade; or (ii) for any other purpose to an extent that will affect prejudicially the owner of the copyright; or (c) by way of trade exhibiting the article in public; if the importer knew, or ought reasonably to have known, that the making of the article would, if the

由此可知，該項規定賦予著作權人於一定條件下得禁止他人將語文、戲劇、音樂或美術著作「輸入」澳洲之權利。

其次，澳洲 1968 年著作權法第 38 條第 1 項並規定：「未經著作權人授權而在澳洲境內對語文、戲劇、音樂或美術著作為以下行為者，侵害著作權：(a) 販賣、出租、或以商業方式提出販賣或出租之要約；(b) 以商業方式向公眾展示。但以行為人明知或可得而知，系爭著作為非法重製物；或在輸入之情況，設若系爭著作係由輸入者於澳洲境內製造，該著作將構成著作權侵害者為限。<sup>240</sup>」依此規定，平行輸入之語文、戲劇、音樂或美術著作皆不得為販賣、出租等散布行為。

1968 年著作權法第 102 條、第 103 條亦對聲音錄製物、電影、電視、廣播或公開版本的著作為相同之規定，限制未經著作權人授權者，不得為輸入販賣、出租。

總而言之，於 1968 年法制下，縱使係於國外合法作成之書籍或錄音著作等亦不得未經著作權人同意即輸入澳洲，全面禁止著作真品平行輸入。

## 第二款 1991 年著作權法修正—開放書籍之部份輸入

上開著作權法中有關輸入權之規定，雖係依循英國法制傳統而為，但其實施卻對澳洲消費者帶來不利影響。澳洲消費者因此輸入權的存在，不僅時而必須付出較高的價格獲取國外著作物，而且可能因為國內經銷商的延宕或不積極，在取

---

article had been made in Australia by the importer, have constituted an infringement of the copyright.”

<sup>240</sup> 原文如下：Copyright Act 1968, Section 38: “(1) Subject to Division 3, the copyright in a literary, dramatic, musical or artistic work is infringed by a person who, in Australia, and without the licence of the owner of the copyright: (a) sells, lets for hire, or by way of trade offers or exposes for sale or hire, an article; or (b) by way of trade exhibits an article in public; if the person knew, or ought reasonably to have known, that the making of the article constituted an infringement of the copyright or, in the case of an imported article, would, if the article had been made in Australia by the importer, have constituted such an infringement. (2) For the purposes of the last preceding subsection, the distribution of any articles: (a) for the purpose of trade; or (b) for any other purpose to an extent that affects prejudicially the owner of the copyright concerned; shall be taken to be the sale of those articles. (3) In this section: "article" includes a reproduction or copy of a work or other subject-matter, being a reproduction or copy in electronic form.”

得時程上時而遭受不當拖延。有鑑於此等弊端的存在，澳洲政府乃決定對於輸入權可能隱藏的問題，進行檢討。

1983 年，澳洲著作權法檢討審議委員會（Copyright Law Review Committee）開始檢討著作權法關於平行輸入之限制是否應予開放之問題，並於 1988 年作成「1968 年著作權法輸入權條款」報告<sup>241</sup>，該報告結論指出在現今大多數商業行為領域皆傾向解除管制的潮流下，應開放允許著作的平行輸入。其後，當時的價格監視局（Price Surveillance Authority，以下簡稱 PSA）<sup>242</sup>針對上述報告，再做出一系列共三份報告：1989 年書籍價格調查報告<sup>243</sup>、1990 年錄音著作價格調查報告<sup>244</sup>、1992 年電腦軟體價格調查報告<sup>245</sup>。該等報告之結果，都顯示出，因為輸入權的存在，導致澳洲市場與外國市場遭到分割，澳洲市場內之書籍、錄音著作及電腦軟體著作等之價格，都較國外市場（例如北美、歐洲）同類著作為高。

於此認識下，在 PSA 所出版之 1989 年書籍價格調查報告中，即建議放寬書籍之輸入限制。對此要求，政府積極回應並於 1991 年通過著作權法修正案<sup>246</sup>，有限度開放書籍之自由輸入，但以著作權人無法擔保在一定時限內滿足消費者需求為限。簡言之，出版商必須保證書籍於海外首次發行後三十日內亦在澳洲發行，否則即應永久放棄限制書籍真品平行輸入之權利<sup>247</sup>。同樣地，若出版商無法在九十日內供應已經發行之書籍，則平行輸入將被允許直到需求已經滿足為止。其相關規定內容如下：

---

<sup>241</sup> Copyright Law Review Committee, *The Importation provisions of the Copyright Act 1968* (1988). 本報告之內容全文可於下列網址取得：[http://www.ag.gov.au/www/agd/agd.nsf/Page/Copyright\\_CopyrightLawReviewCommittee\\_CLRCReports\\_TheImportationProvisionsoftheCopyrightAct1968](http://www.ag.gov.au/www/agd/agd.nsf/Page/Copyright_CopyrightLawReviewCommittee_CLRCReports_TheImportationProvisionsoftheCopyrightAct1968)（查訪日期：2008 年 6 月 20 日）

<sup>242</sup> PSA 與貿易委員會（Trade Practices Commission, TPC）於 1995 年已合併為澳洲競爭與消費者委員會（Australian Competition and Consumer Commission, ACCC）。

<sup>243</sup> PSA, *Inquiry into book prices*, Final report (1989).

<sup>244</sup> PSA, *Inquiry into the prices of sound recordings*, Final report (1990).

<sup>245</sup> PSA, *Inquiry into prices of computer software*, Final report (1992).

<sup>246</sup> Copyright Amendment Act 1991, No. 174 of 1991.

<sup>247</sup> 此即所謂的「30 day」規則，詳見後述第 44A 條第 1 項規定。

此處所稱書籍，依據第 44A 條第 9 項<sup>248</sup>之規定，不包含以下三種：(a) 該書籍之主要內容是一或多個音樂著作，包含或未包含任何相關之文學、戲劇或藝術著作；(b) 與電腦軟體一同販賣之使用手冊；或 (c) 週期性的出版品。

第 44A 條對海外首次出版的著作做出例外不構成著作權侵害之規定，第 1 項規定：「為第 37 條第 1 項 (a)、(b)、(c) 款之目的，未經著作權人授權而將非侵權之書籍輸入澳洲之行為，對自本法施行日起首次發行之海外著作之著作權人不構成侵害。<sup>249</sup>」其中所謂「海外著作 (overseas work)」係指首次發行於澳洲以外之其他國家，而且自該國之首次發行日起三十日內並未在澳洲發行之著作<sup>250</sup>。

第 44A 條第 2 項則係就精裝或平裝的重製物規定：「為第 37 條第 1 項 (a)、(b)、(c) 款之目的，未經著作權人授權而將非侵權之著作物精裝或平裝的重製物輸入澳洲，如該當以下要件，則對自本法施行日起首次發行之海外著作之著作權人不構成侵害：(c) 輸入者已以書面向著作權人、被授權人或代理人訂購一本或多本該版本的書籍 (不包括二手重製物或超過合理需求數量的重製物)；且(d) 輸入者訂購時並未撤銷或取消 (c) 項的原訂購；且(i)輸入者訂購後著作權人、被授權人、或代理人已逾七日未以書面回覆其可於九十日內完成其訂貨；或(ii)輸入者完成訂購後著作權人、被授權人或代理人未於九十日內供貨。<sup>251</sup>」

<sup>248</sup> 原文如下：Section 44 A(9): In this section: 'book' does not include: (a) a book whose main content is one or more musical works, with or without any related literary, dramatic or artistic work; or (b) a manual sold with computer software for use in connection with that software; or (c) a periodical publication.

<sup>249</sup> 原文如下：Section 44A. (1): The copyright in an overseas work first published on or after the commencing day is not infringed by a person who, without the licence of the owner of the copyright, imports a non-infringing book into Australia for a purpose mentioned in paragraph 37 (a), (b) or (c).

<sup>250</sup> 原文如下：Section 44A. (9): 'overseas work' means a work: (a) that was first published in a country other than Australia; and (b) that was not published in Australia within 30 days after its first publication in that other country.

<sup>251</sup> 原文如下：Section 44A. (2): Subject to this section, the copyright in:

(a) an overseas work first published before the commencing day; or

(b) a work first published in Australia, whether before, on or after the commencing day;

is not infringed by a person who, without the licence of the owner of the copyright, imports a copy (in this subsection called the 'imported copy') of a hardback or paperback version of a non-infringing book into Australia for a purpose mentioned in paragraph 37 (a), (b) or (c) if:

第 44A 條第 3 項、第 4 項則為針對公開出版著作所為之規定。其中第 44A 條第 3 項係就輸入單一重製物規定：「未經著作權人授權，而以完成顧客書面訂購、可證實的電話訂購為目的，輸入非侵權之書籍的單一重製物，如符合以下要件，則不構成對於公開出版著作之著作權侵害：(a) 該書面訂購包含顧客簽署的聲明；或 (b) 若電話訂購有顧客可證實的聲明，可表明其非以第 37 條第 1 項 (a)、(b)、(c) 款為使用目的。<sup>252</sup>」

最後，第 44A 條第 4 項則就輸入兩本或兩本以上非侵權之書籍的重製物規定：「未經著作權人授權，輸入兩本或兩本以上非侵害之書籍的重製物，如符合以下要件，則不構成對於公開出版著作之著作權侵害：(a) 該訂購是由非營利圖書館所為之書面或可確認之電話訂購；且 (b) 若以書面方式訂購，該書面需包含顧客簽署的聲明，表示該圖書館非以第 37 條第 1 項 (a)、(b)、(c) 款為使用目的；且 (c) 若以電話方式訂購，該電話訂購需有顧客所為內容如同前面 (b) 項之可證實的聲明；且 (d) 所輸入之重製物數量並未超過訂購數量。<sup>253</sup>」

---

(c) the person had ordered in writing from the copyright owner, or the owner's licenSee or agent, one or more copies of that version of the book (not being second-hand copies or more copies than were needed to satisfy the person's reasonable requirements); and

(d) when the person ordered the imported copy, the original order mentioned in paragraph (c) had not been withdrawn or cancelled by, or with the consent of, the person and: (i) at least 7 days had elapsed since the person placed the original order and the copyright owner, licenSee or agent had not notified the person in writing that the original order would be filled within 90 days after it was placed; or (ii) at least 90 days had elapsed since the person placed the original order and the copyright owner, licenSee or agent had not filled the order.

<sup>252</sup> 原文如下：Section 44A. (3) The copyright in a published work (whether first published before, on or after the commencing day) is not infringed by a person who, without the licence of the owner of the copyright, imports a single copy of a non-infringing book into Australia if the importation is for the purpose of filling a written order, or a verifiable telephone order, by a customer of the person and:

(a) in the case of a written order, the order contains a statement, signed by the customer; or

(b) in the case of a telephone order, the customer makes a verifiable statement;

to the effect that the customer does not intend to use the book for a purpose mentioned in paragraph 37

(a), (b) or (c).

<sup>253</sup> Section 44A. (4) The copyright in a published work (whether first published before, on or after the commencing day) is not infringed by a person who, without the licence of the owner of the copyright, imports 2 or more copies of a non-infringing book into Australia if:

(a) the importation is for the purpose of filling a written order, or a verifiable telephone order, placed with the person by or on behalf of a library, other than a library conducted for the profit (direct or indirect) of a person or organisation; and

(b) in the case of a written order - the order contains a statement, signed by the person placing the order, to the effect that the library does not intend to use any of the books for a purpose mentioned in

此外，澳洲著作權法第 112A 條則係針對海外版本之書籍的平行輸入，容許在合乎一定要件下得輸入，依該條第 1 項：「為第 102 條第 1 項 (a)、(b)、(c) 款之目的，未經著作權人授權而將非侵權之書籍輸入澳洲之行為，對自本法施行日起首次發行之海外版本著作之著作權人不構成侵害。<sup>254</sup>」所謂「海外版本 (overseas edition)」係指，已公開發行之著作在澳洲以外之其他國家首次發行之版本；且於該國首次發行日後三十日內尚未於澳洲發行<sup>255</sup>。

本條規定與第 44A 條之規定相類似，僅規範之客體不同，第 44A 條為海外著作，第 112A 條則為海外版本之書籍而已。

### 第三款 1998 年著作權法修正—開放錄音著作之輸入

如同前述，PSA 除於 1989 年提出書籍價格調查報告，促成 1991 年澳洲著作權法之修正外，該局亦於 1990 年再度針對錄音著作物之價格，提出調查報告。此一報告內容經過多年發酵，其間並經過澳洲消費者保護團體的催促，終於在 1998 年發酵。1998 年著作權法修正<sup>256</sup>，放寬錄音著作之真品平行輸入限制。

依照新增的著作權法第 44D 條第 1 項：「語文、戲劇或音樂著作之著作權不因行為人之下列行為而受侵害：(a) 將非侵權之錄音著作重製物輸入澳洲；或 (b) 利用已被輸入澳洲的非侵權之錄音著作重製物，從事第 38 條所描述之行為者。<sup>257</sup>」

---

paragraph 37 (a), (b) or (c); and

(c) in the case of a telephone order - the person placing the order makes a verifiable statement to the effect referred to in paragraph (b); and

(d) the number of copies so imported is not more than the number of copies so ordered.

<sup>254</sup> 原文如下：Section 112A. (1) The copyright in an overseas edition first published on or after the commencing day, is not infringed by a person who, without the licence of the owner of the copyright, imports a non-infringing book into Australia for a purpose mentioned in paragraph 102 (a), (b) or (c).

<sup>255</sup> 原文如下：Section 112A. (9) 'overseas edition' means a published edition of a work, being an edition: (a) that was first published in a country other than Australia; and (b) that was not published in Australia within 30 days after its first publication in that other country.

<sup>256</sup> Copyright Amendment Act (No. 2) 1998, No. 105, 1998。

<sup>257</sup> 原文如下：Section 44D (1): The copyright in a literary, dramatic or musical work is not infringed by a person who: (a) imports into Australia a non infringing copy of a sound recording of the work; or (b) does an act described in section 38 involving an article that is a non infringing copy of a sound recording of the work and has been imported into Australia by anyone. 筆者按：另關於第 38 條所描述

惟須注意者，按照著作權法第 130A 條之規定，於侵害著作權之民事訴訟中，錄音著作之重製物將被推定為屬於侵權之重製物，除非被告能舉證證明系爭錄音著作為非侵權之重製物。

另外，依照第 44D 條第 2 項，「上述所允許之錄音重製物平行輸入，僅限於該錄音重製物已被發行於：(a) 澳洲；或 (b) 於其他國家發行，且已獲得下列人同意：(i) 系爭錄音著作在該發行國家之著作權人或其他相關權利人；或 (ii) 發行時，發行國之法律不保護該錄音著作之著作權或相關權利，而得到系爭錄音重製物在原始錄音國家之著作權人或其他相關權利人之同意；或 (iii) 發行時，發行國之法律與原始錄音國家之法律均不保護該錄音著作之著作權或相關權利時，得到系爭錄音著作之製作人同意。<sup>258</sup>」

另外，澳洲著作權法第 120D 條亦有相類似規定，但其規範客體則係針對「錄音著作本身之著作權 (copyright in the sound recording)」，明示平行輸入合法錄音著作之重製物之行為不侵害該錄音著作之著作權<sup>259</sup>。相對於此，第 44D 條規定之規範客體則為「錄音著作中所錄製之著作之著作權 (copyright in works recorded)」，不可不察。

---

之行為，請參照本節第一款「1968 年著作權法之輸入規範」之部份已有介紹，簡單而言即為銷售、出租或公開展示等散布行為。

<sup>258</sup> 原文如下：Section 44D (2): This section applies to a copy of a sound recording only if, when the copy is imported into Australia, the sound recording has been published:

(a) in Australia; or

(b) in another country (the publication country) by or with the consent of: (i) the owner of the copyright or related right in the sound recording in the publication country; or (ii) the owner of the copyright or related right in the sound recording in the country (the original recording country) in which the sound recording was made, if the law of the publication country did not provide for copyright or a related right in sound recordings when publication occurred; or (iii) the maker of the sound recording, if neither the law of the publication country nor the law of the original recording country (whether those countries are different or not) provided for copyright or a related right in sound recordings when publication occurred.

Note: Subsection 29(6) deals with unauthorised publication.

<sup>259</sup> 原文如下：Section 120D (1): The copyright in a sound recording is not infringed by a person who:

(a) imports into Australia a non infringing copy of the sound recording; or

(b) does an act described in section 103 involving an article that is a non infringing copy of the sound recording and has been imported into Australia by anyone.

根據澳洲競爭法主管機關之「澳洲競爭暨消費者委員會」(Australian Competition and Consumer Commission, ACCC)的持續追蹤調查,此一錄音著作物輸入禁止的解除,使得2002年中,澳洲國內CD音樂著作物的價格,比起禁令解除前平均低廉7.9%左右,而同樣的CD音樂著作物則比美國市場低廉17%、比英國市場低廉28%左右,但仍然比紐西蘭市場價格高出12%左右,蓋後者於1990年代末期徹底廢止所有著作之輸入權,而有更為徹底的改革<sup>260</sup>。此一結果,使得澳洲政府更理解到輸入權的存在,對消費者利益可能帶來的不利影響,因此乃於2003年更進一步廢止電腦軟體之輸入權規定。

#### 第四款 2003年著作權法—開放電腦軟體之輸入

1999年中,澳洲政府要求競爭暨消費者委員會針對廢止書籍和電腦軟體輸入權規定,對於消費者利益可能帶來之衝擊,進行調查。該委員會之調查結果顯示,從1990年至1998年這段期間中,澳洲國內市場之套裝軟體平均較諸美國市場價格高出27%,而在有關遊戲軟體方面則平均較美國市場高出33%,較英國消費者就同樣遊戲軟體所必須付出之價格,亦平均高出20%,且該調查同時發現,尚未全面解除平行輸入禁令之書籍,其價格亦呈現出與電腦軟體有同樣高昂的趨勢<sup>261</sup>。有鑑於此,澳洲競爭暨消費者委員會乃做出結論,認為容許電腦軟體及書籍的平行輸入將有利於澳洲消費者利益,並有必要廢止當時著作權法中有關電腦軟體之輸入權規定<sup>262</sup>。接受此一建議,澳洲政府乃於2003年3月28日通過著作權法修正案,開放電腦軟體著作亦得平行輸入。原本,該次修法本欲同時開放書籍與電腦軟體之平行輸入,惟最後通過之法案僅開放電腦軟體部份,至於書籍部份則仍維持1991年修法時有條件的平行輸入規範方式。

<sup>260</sup> See Network Economics Consulting Group, *The Impact of Parallel Imports on New Zealand's Creative Industries* [hereinafter *NECG Report*], at 26 (2004). 其報告全文可於下列網頁取得:  
[http://www.med.govt.nz/templates/Page\\_\\_\\_\\_\\_5662.aspx](http://www.med.govt.nz/templates/Page_____5662.aspx) (查訪日期:2008年6月20日)。

<sup>261</sup> ACCC, *Potential Consumer Benefits of Repealing the Importation Provisions of the Copyright Act 1968 as they Apply to Books and Computer Software* (1999).

<sup>262</sup> *Id.*

著作權法第 44E 條係針對「電腦程式 (computer program)」規定：「語文著作若為：(a) 電腦程式；且 (b) 已於澳洲或其他授權國為發行者，其著作權不因行為人以下行為受到侵害：(c) 輸入包含非侵權之電腦程式重製物之文件；或(d) 利用已被輸入澳洲而包含非侵權之電腦程式重製物之文件，從事第 38 條所描述之行為者。<sup>263</sup>」

另外，著作權法第 44F 條則係針對「全部或一部為電子文學或電子音樂 (electronic literary or music item)」之著作所為之允許平行輸入規定<sup>264</sup>。著作權法第 112DA 條則係針對「已公開發行之著作，其全部或一部為電子文學或電子音樂(a published edition of a work, which is, or is part of an electronic literary or music item)」之平行輸入所為之放寬規定<sup>265</sup>。

換言之，2003 年修正著作權法後，放寬對於電腦程式、電子文學與電子音樂之真品平行輸入限制，只需系爭著作已於澳洲或其他授權國家發行，且系爭著作並非為侵權重製物，則在一定要件下其輸入與散布行為均不構成著作權之侵害。

---

<sup>263</sup> 原文如下：Section 44E: The copyright in a literary work: (a) that is a computer program; and (b) that has been published in Australia or a qualifying country; is not infringed by a person who: (c) imports into Australia an article that has embodied in it a non infringing copy of the program; or (d) does an act mentioned in section 38 involving an article that has embodied in it a non infringing copy of the program and that has been imported into Australia by anyone.

<sup>264</sup> 原文如下：Section 44F: The copyright in a work: (a) that is, or is part of, an electronic literary or music item; and (b) that has been published in Australia or a qualifying country; is not infringed by a person who: (c) imports into Australia an article that has embodied in it a non infringing copy of the electronic literary or music item; or (d) does an act mentioned in section 38 involving an article that has embodied in it a non infringing copy of the electronic literary or music item and that has been imported into Australia by anyone.

<sup>265</sup> 原文如下：Section 112DA: If, in relation to a published edition of a work:

(a) the work is, or is part of, an electronic literary or music item; and

(b) the edition has been published in Australia or a qualifying country;

then the copyright in the published edition is not infringed by a person who:

(c) imports into Australia an article that has embodied in it a non infringing copy of the electronic literary or music item; or

(d) does an act mentioned in section 103 involving an article that has embodied in it a non infringing copy of the electronic literary or music item and that has been imported into Australia by anyone.

### 第三項 紐西蘭

與澳洲同屬大英國協一員的紐西蘭，其著作權法原有規定，當然亦符合英國著作權法傳統，含有輸入權在內。然而，地處澳洲鄰國，見證到澳洲因為廢止輸入權、開放平行輸入進口所享受到的利益，促使紐西蘭政府興起仿效之心，且其改革的作法更為徹底，於 1998 年全面廢棄輸入權，允許著作真品平行輸入。其後，雖在部分外國政府的壓力下，不得不於電影著作類型有所退縮，但其現行著作權法的基調，乃是採取國際耗盡原則之作法，則是不容否認的。

以下即就紐西蘭著作權法從全面禁止平行輸入到幾近全面開放平行輸入之沿革及其規範內容作一簡要介紹<sup>266</sup>。

#### 第一款 1994 年著作權法<sup>267</sup>—禁止平行輸入

於 1998 年 7 月紐西蘭修正其著作權法容許真品平行輸入前，依據 1994 年著作權法第 12 條以及第 35 條規定，任何人不得未經著作權人同意而將受著作權法保護之客體輸入紐西蘭，除非輸入者係出於個人國內使用之目的。換言之，在 1998 年以前，該國著作權法賦予著作人享有輸入權，因此合法重製物的平行輸入在紐西蘭著作權法上係被禁止之行為。

#### 第二款 1998 年著作權法修正<sup>268</sup>—全面允許平行輸入

然而，見識到關係向來密切的澳洲因為 1991 年著作權法修正，有條件地開放書籍平行輸入後所得到之利益，以及該國又將廢止錄音著作之輸入權等動向，紐西蘭經濟部與法務部乃要求紐西蘭經濟研究院（New Zealand Institute of Economic Research, NZIER）針對是否廢除輸入權、以及開放著作真品平行輸入的經濟效果

<sup>266</sup> 本文以下關於紐西蘭著作權法之介紹主要參照黃銘傑主持，前揭註 57 研究計畫，頁 94-100，並補充更新部份文獻資料。

<sup>267</sup> Copyright Act 1994, No.143 1994.

<sup>268</sup> Copyright (Removal of the Prohibition on Parallel Importing) Act 1998.

進行研究。根據該院研究結果，廢除著作權法上之輸入權、開放平行輸入，對於紐西蘭之經濟而言具有正面效果及意義。該項研究結果並指出，在當時紐西蘭的著作商品之價格高於不少國家，若能解除平行輸入的禁令，將可藉由輸入競爭，引發國內著作物市場之競爭，達到降低價格之效果。雖然，容許著作物的平行輸入可能會對著作人的創作誘因帶來負面影響，但該份研究結果認為，此種負面影響僅屬輕微，並不會嚴重影響著作權人之創作誘因或相關產業之投資意願。整體而言，廢除著作權法上之輸入權，開放著作真品平行輸入對於紐西蘭整體經濟發展是有利的<sup>269</sup>。

基於上述紐西蘭經濟研究院之研究結果，紐西蘭政府乃決定廢除著作權法中之輸入權規定，並將修正草案提交國會審議，以提昇紐西蘭之著作相關市場的整體競爭效率，同時確保紐西蘭消費者可以合理之價格購買所需著作。在上開研究報告於1998年2月完成後的5個月之同年7月，紐西蘭國會通過政府所提著作權法修正案，增訂散布權國際耗盡之規定，開放允許真品平行輸入。蓋因依據紐西蘭1994年著作權法第16條(1)項(b)款<sup>270</sup>，著作權人專有將著作重製物散布予公眾之權利，不論係以販賣或其他方式為之。此即為散布權(the right to distribution)之規定。1998年修正著作權法時，於著作權法第9條增訂第(1)項(d)款：「本法所稱之向公眾『散布』著作重製物，係指第一次散布，但不包括以下行為：(d) 散布依第12條定義為非侵權重製物(not infringing copies)之輸入品。<sup>271</sup>」

---

<sup>269</sup> NZIER, *Parallel Importing – A Theoretical and Empirical Investigation* (1998). 其全文可自下列網頁取得：[http://www.med.govt.nz/templates/MultipageDocumentTOC\\_\\_\\_5664.aspx](http://www.med.govt.nz/templates/MultipageDocumentTOC___5664.aspx) (查訪日期：2008年6月20日)

<sup>270</sup> Section 16(1) The owner of the copyright in a work has the exclusive right to do, in accordance with sections 30 to 34 of this Act, the following acts in New Zealand: (b) To issue copies of the work to the public, whether by sale or otherwise.

<sup>271</sup> Section 9(1) References in this Act to the issue of copies of a work to the public mean the act of putting into circulation copies not previously put into circulation; and do not include the acts of— (a) Subsequent distribution or sale of those copies; or (b) Subject to subsections (2) and (3) of this section, subsequent hiring or loan of those copies; or (c) Subsequent importation of those copies into New Zealand; or (d) Distribution of imported copies that are not infringing copies within the meaning of

與此同時，在輸入權方面，1998年修正著作權法並修正第12條，創設「侵權重製物 (infringing copies)」之例外排除條款。平行輸入之商品若該當於第12條第5A項(a)(b)款之要件則不構成侵權重製物<sup>272</sup>。其中，第12條第5A項(a)款允許經著作權人或經其同意之人授權而在其他國家製造之商品得以平行輸入紐西蘭。第5A項(b)款則在處理所謂的「準仿冒品 (quasi-counterfeit goods)」問題，亦即該商品為「合法」製造係因為其製造於不保護著作權之國家。於「準仿冒品」之情形，需該當於第5A項(b)款(i)-(iv)之下列任一要件，其輸入行為才不致構成著作權之侵害：(1)系爭著作在製造國之著作權保護期間已屆滿；或(2)在製造國可能成為著作權人之人並未採取任何可能之法律行動以保護其在該國之著作權，換言之，無人試圖針對該商品在製造國主張受著作權之保護；或(3)系爭商品為美術著作之立體重製物，而在製造國曾以著作權法第75條第(4)項所規定之方式為工業化生產；或(4)系爭商品係經紐西蘭之著作權人或經其同意之人授權而在該國製造者。

至於何謂「以著作權法第75條第(4)項所規定之方式為工業化生產」？依據著作權法第75條第(4)項<sup>273</sup>，包括以下三種情形：(1)以銷售或出租為目的，

---

section 12 subsequent to their importation into New Zealand.

<sup>272</sup> Section 12 (5A): An object that a person imports or proposes to import into New Zealand is not an infringing copy under subsection (3) (b) if (a) It was made by or with the consent of the owner of the copyright, or other equivalent intellectual property right, in the work in question in the country in which the object was made; or (b) Where no person owned the copyright, or other equivalent intellectual property right, in the work in question in the country in which the object was made, any of the following applies: (i) The copyright protection (or other equivalent intellectual property right protection) formerly afforded to the work in question in that country has expired: (ii) The person otherwise entitled to be the owner of the copyright (or other equivalent intellectual property right) in the work in question in that country has failed to take some step legally available to them to secure the copyright (or other equivalent intellectual property right) in the work in that country: (iii) The object is a copy in 3 dimensions of an artistic work that has been industrially applied in that country in the manner specified in section 75(4): (iv) The object was made in that country by or with the consent of the owner of the copyright in the work in New Zealand.

<sup>273</sup> Section 75 (4): For the purposes of subsection (1) of this section, an artistic work is applied industrially if—

(a) More than 50 copies in 3 dimensions are made of the work, for the purposes of sale or hire; or  
(b) The work is copied in 3 dimensions in one or more objects manufactured in lengths, for the purposes of sale or hire; or (c) The work is copied as a plate that has been used to produce—

(i) More than 50 copies of an object in 3 dimensions for the purpose of sale or hire; or (ii) One or more objects in 3 dimensions manufactured in lengths for the purposes of sale or hire.

而生產超過五十份以上的系爭著作立體重製物；或（2）以銷售或出租為目的，於一定期間內重製一份或多份系爭著作之立體重製物；或（3）系爭著作被重製成模組以生產上述第（1）、（2）項之立體重製物。

若系爭商品不能該當上述第 12 條第 5A 項第（a）（b）款之要件，則仍然會被視為侵權重製物，依照第 12 條第（3）項（b）款被禁止輸入。

由上可知，紐西蘭 1998 年的著作權法修正，乃是就散布權採取國際耗盡原則，開放合法著作物的平行輸入，而例外對部分所謂的準仿冒品則於其不符合第 12 條第 5A 項（b）款之各該要件的情況下，方認為其侵害著作人之權利而對之進行取締。

### 第三款 2003 年著作權法修正<sup>274</sup>—限制電影著作之真品平行輸入

然而，紐西蘭全面開放真品平行輸入之政策，引起包括美國音樂與軟體廠商等在內之關切，認為開放平行輸入將造成打擊盜版之困難、並影響其商品價值等<sup>275</sup>。此類壓力的接踵而至，導致後來紐西蘭政府不得不於 2003 年，再度修正著作權法，針對電影著作設計出國內耗盡原則，禁止該類著作物的平行輸入。

2003 年著作權法修正案，修正紐西蘭著作權法第 35 條規定，針對電影著作（包括 VHS 錄影帶、VCD 以及 DVD 等）創設平行輸入之禁止規定。依修正後著作權法第 35 條第（3）項規定<sup>276</sup>，除非係為輸入者個人國內使用為目的，否則於系爭電影著作首次公開發行日起（不限於紐西蘭國內或國外）九個月內不得輸

<sup>274</sup> Copyright (Parallel Importation of Films and Onus of Proof) Amendment Act 2003.

<sup>275</sup> 相關意見彙整可參照美國國家貿易代表協會，所作之國際貿易障礙統計報告：[http://www.ustr.gov/Document\\_Library/Reports\\_Publications/2006/2006\\_NTE\\_Report/Section\\_Index.html](http://www.ustr.gov/Document_Library/Reports_Publications/2006/2006_NTE_Report/Section_Index.html), at 460-61.（查訪日期：2008 年 6 月 20 日）

<sup>276</sup> Section 35 (3): A person also infringes copyright in a film to which subsection (6) applies if that person— “ (a) imports a copy of the film into New Zealand within 9 months of first being made available to the public; and “ (b) knows or has reason to believe that the film is imported into New Zealand within 9 months of first being made available to the public; and “ (c) is not the licenSee of the copyright in New Zealand; and “(d)imports the film into New Zealand other than for that person's private and domestic use.

入紐西蘭。但若要該當於侵權行為，尚以輸入行為人知悉系爭電影著作於輸入時尚未超過首次公開發行日起九個月為前提。同條第(5)項<sup>277</sup>則設有自施行日起五年期限之落日條款，因此本條款至少生效至2008年，惟可另行立法延長。

再者，本次修法亦修正舉證責任分配之問題：在涉及錄音著作、電影著作或電腦程式著作之侵權民事訴訟程序中，對於輸入之商品是否為侵權重製物之舉證責任移轉至被告身上。換言之，依據修法後著作權法第35條第(2)項<sup>278</sup>，除非被告能舉反證證明系爭商品為非侵權之重製物，否則將系爭物品將被推定為侵權重製物。此一修法對於著作權人顯然較為有利。

接著，2003年修法並修正在涉及錄音著作、電影著作或電腦程式著作之侵權民事訴訟程序中，行為人對於輸入之商品是否為侵權重製物之主觀要件。從修法前之「知悉或有理由足信其知悉 (knows or has reason to believe)」，修正為「知悉或合理判斷其應知悉 (knows or ought reasonably to know)」<sup>279</sup>。

最後，2003年著作權法修正尚針對「出租權」做出明確規範，依據修法後第9條第(2)項、第(3)項<sup>280</sup>規定，關於電腦程式、錄音著作、電影著作此三種

<sup>277</sup> Section 35 (5): Subsection (3) expires with the close of the period of 5 years beginning on the date of commencement of this Act.

<sup>278</sup> Section 35 (2): In civil proceedings for infringement of copyright under subsection (1), in the case of a work that is a sound recording, film, or computer program to which subsection (6) applies,— “(a) an object is presumed to be an infringing copy in the absence of evidence to the contrary; and “(b) the Court must not require any person to disclose any information concerning the sources of supply of the object if it appears to the Court that it is unreasonable to do so.

<sup>279</sup> 參照修法後著作權法第35條(1)規定：“A person infringes copyright in a work if—“(a) that person imports into New Zealand an object that is an infringing copy of the work and,—“(i) in the case of a work that is a sound recording, film, or computer program to which subsection (6) applies, that person knows or ought reasonably to know that the object is an infringing copy; or“(ii) in the case of other works, that person knows or has reason to believe that the object is an infringing copy; and“(b) the object was imported into New Zealand without a copyright licence; and“(c) the object was imported into New Zealand other than for that person's private or domestic use.”

<sup>280</sup> Section 9 (2): The issue of copies of a work to the public, in relation to computer programs, includes the rental of copies of computer programs to the public and rental subsequent to those works having been put into circulation; but does not include any such rental where— (a) The computer program is incorporated into any other thing; and (b) The rental of the computer program is not the principal purpose or one of the principal purposes of the rental; and (c) The computer program cannot readily be copied by the hirer.

Section 9 (3): The issue of copies of a work to the public, in relation to sound recordings and films,

類型，其著作權人專有出租其著作予他人之權利，包括已經第一次散布之著作在內，此即所謂「出租權」之規定。本條規定明示出租權不因第一次散布而耗盡，而且對於平行輸入之著作仍有其適用。此一規定，實係將 2002 年紐西蘭高等法院 *Video Ezy .Ltd v Roadshow Entertainment .Ltd* 案<sup>281</sup>之判決見解，予以明文化。

無論如何，2003 年的著作權法修正雖於國際壓力下不得不針對電影著作創設一定期間內禁止平行輸入之規定，同時在舉證責任方面，亦減輕不少著作權人的負擔，但整體而言，紐西蘭政府堅守部分立場，將得禁止平行輸入之期間限定於首次公開發行日起九個月內，使得電影著作等之平行輸入自由不致受到完全的禁止，其作為當值得肯定。

#### 第四款 2008 年著作權法修正<sup>282</sup>— 延展限制電影著作平行輸入的規定

由於上述限制電影著作平行輸入規定的五年落日條款期限將於 2008 年 10 月屆至，紐西蘭經濟發展部（Ministry of Economic Development）委託「法律與經濟顧問團體股份有限公司（Law and Economics Consulting Group Ltd, 下簡稱為 LECG）」，針對現行的平行輸入政策對紐西蘭國內四大文化創意產業（書籍、錄音物、電腦軟體以及電影產業）之影響做出研究報告<sup>283</sup>，並且要求其對於電影著作平行輸入之限制規定應否延展做出建議。LECG 於 2007 年提出的報告中指出，開放平行輸入後在書籍、錄音物、電腦軟體方面，皆沒有出現原本預想中可能對國內產業發生的負面影響或衝擊<sup>284</sup>，但電影產業則由於其產業特性使然，LECG

---

includes the rental of copies of those works to the public and rental subsequent to those works having been put into circulation.

<sup>281</sup> *Video Ezy (New Zealand) Ltd v Roadshow Entertainment (New Zealand) Ltd* [2002] 1 NZLR 855, (2002) 7 NZBLC 103, 524.

<sup>282</sup> Copyright (New Technologies) Amendment Act 2008.

<sup>283</sup> LECG, *Ministry of Economic Development Parallel Importing Review 2007: Impact Upon Creative Industries* (2007). [hereinafter *LECG Report*] 其報告全文可於下列網頁取得：[http://www.med.govt.nz/templates/MultipageDocumentTOC\\_\\_\\_32747.aspx](http://www.med.govt.nz/templates/MultipageDocumentTOC___32747.aspx)（查訪日期：2008 年 6 月 20 日）。

<sup>284</sup> *Id.* at 36-38. 關於本報告較詳細的介紹，請參見本文第四章第三節第一項「澳洲與紐西蘭經驗之啟示」部份之說明，在此暫不贅述。

認為仍然有保留電影著作平行輸入之限制的必要，惟其建議將原本的九個月期間縮短為六個月期間。

此外，紐西蘭經濟發展部於 2008 年又提出一份關於平行輸入的報告<sup>285</sup>，報告中綜合參酌 LECG 報告與相關利益團體之意見後，認為現行對於電影著作首次公開發行日起九個月內不得平行輸入紐西蘭之規定，乃鼓勵國內電影相關製作、散布及放映產業能夠持續投資與發展最適當之方法，因此建議應予維持。

基於上述 LECG 以及經濟發展部之報告建議，最後紐西蘭國會於 2008 年 4 月 8 日通過新修正的著作權法<sup>286</sup>，修正著作權法第 35 條第（5）項，將現行關於電影著作首次公開發行日起九個月內不得平行輸入紐西蘭之規定的落日條款期限，延展至 2013 年 10 月 31 日，預計於五年後再重行檢討其必要性與合理性。

#### 第四節 小結

綜上所述，關於著作真品平行輸入行為，國際公約並未就各國散布權應採取何種耗盡原則做出統一規範，因此原則上各國得依其國情自由選擇最符合其國家利益與產業發展之規範模式。而本章研究分析美國及歐盟、還有日本與澳洲及紐西蘭等國家著作權法對於著作真品平行輸入之規範，發現身為文化主要輸出國的美國與歐盟，與身為文化主要輸入國之日本、澳洲、紐西蘭等國採取相當不同之規範態度。

美國與歐盟目前在智慧財產權領域仍居於領先地位，較重視著作權人之保護，希冀藉由分割國際市場，使其著作權人之利益最大化，因此對散布權各自採取國內耗盡與區域耗盡原則，限制自國外或共同市場外平行輸入著作之行為。其

---

<sup>285</sup> Ministry of Economic Development, *Parallel Importing Cabinet Paper* (2008). 其全文可於下列網址取得：[http://www.med.govt.nz/templates/MultipageDocumentTOC\\_\\_\\_\\_35584.aspx](http://www.med.govt.nz/templates/MultipageDocumentTOC____35584.aspx)（查訪日期：2008 年 6 月 20 日）

<sup>286</sup> Copyright (New Technologies) Amendment Act 2008.

中值得注意者為歐盟，歐盟之組成會員國在經濟規模與國際政治力量上仍有相當程度之差距，因此歐盟法律之制定亦多遵循政經力量較強大之國家之偏好，所以儘管為貫徹商品自由流通原則而採取區域耗盡原則，使著作得以在共同市場內部自由散布，惟對於來自共同市場外部之平行輸入著作，仍採取禁止之態度，但並非全體會員國皆完全贊同對散布權採取區域耗盡理論，如丹麥、愛爾蘭、盧森堡、荷蘭、芬蘭、瑞典等國家曾經在制定 2001 年「著作權指令」第 4 條第 2 項時表示支持「國際耗盡」原則，惟並未獲得接受。後來 2006 年的 *Laserdisken* 案更可視為丹麥政府試圖挑戰區域耗盡原則之舉，雖然最後未獲歐盟法院的支持，但明顯暴露出文化輸出國與文化輸入國在平行輸入議題上之矛盾。

另一方面，身為文化主要輸入國之日本、澳洲、紐西蘭等國，由於其著作商品多半皆由歐美各國輸入，因此政府相當重視國內消費者是否能以合理價格取得利用著作，故在平行輸入之規範上皆採取較彈性之作法，具體針對本國之情形，或直接採取國際耗盡原則，但特別針對特定需保護之著作類型限制其平行輸入(例如日本、紐西蘭)；或採取較為循序漸進之改革方式，針對特定著作類型逐步開放輸入權之限制(例如澳洲)。然而不論採取何種規範方式，皆為考量其本國之經濟、文化發展狀況等諸多因素後，才做出最有利於國內相關產業發展與消費者利益之判斷，此種規範態度頗值得我國省思。



## 第四章 著作真品平行輸入所涉競爭政策分析

由前一章對於國際公約以及世界主要國家在著作權法上關於著作真品平行輸入之規範介紹，已對於真品平行輸入在著作權法上之相關問題有所認識，本章則嘗試改由競爭法之觀點，先釐清智慧財產權與競爭法交錯之關係，再藉由比較法之介紹，分析著作平行輸入行為於競爭法上可能涉及之問題，最後則援引澳洲與紐西蘭等國開放著作平行輸入之經驗，嘗試釐清我國於著作真品平行輸入的議題上應採取之競爭政策。

### 第一節 智慧財產權與競爭法之衝突與調和

#### 第一項 智慧財產權與競爭法之本質

智慧財產權與競爭法間之關係，可謂既互斥又相容。就智慧財產權賦予權利人有限度之獨占權利的層面觀之，的確與競爭法不鼓勵獨占事業之產生、維護市場競爭質量之本旨相衝突；然而若從智慧財產權之核心概念在於以確保權利人獲得一定經濟利益為手段，以達成鼓勵創造發明與推動整體社會文化進步之目的此一層面觀之，則又與競爭法以保護消費者並維護公共利益之核心價值相輔相成。因此探究智慧財產權與競爭法之交錯適用關係時，首先必須解決之問題在於，兩者究竟是否存在本質上的衝突與差異？若肯定兩者本質之間確實存在某程度之衝突性，則究應如何緩和其衝突、找出兩者間之平衡點，即成為本文之重要課題。

#### 第一款 智慧財產權之本質

首先應釐清者，係何謂智慧財產權之本質。不論從經濟學或道德之層面，任何欲證立智慧財產權保護係屬必要者，皆需面對實體財產與思想（ideas）間之差異。「實體財產」（例如土地、城堡等）具有固定的物理狀態，且於一特定時間點

僅能存在於一處，此意味著擁有實體財產於概念上必然是「排他的」<sup>287</sup>。然而「思想」則不具排他性，任何新穎的資訊、創意、觀念即使被傳遞給他人，亦不代表自己放棄了此種想法。多數人能夠於同一時點擁有相同的思想觀念，且任何人皆得利用該思想而不致減損其價值<sup>288</sup>。因此，傳統財產權理論中用以說明保護「實體財產」之邏輯並無法直接套用至「思想」上，提倡創設「智慧財產權」用以保護思想與創意者，勢必須另尋其他能證立智慧財產權保護正當性的理由。

一般而言，最常為論者提出之保護理由，係藉由智慧財產權的賦予，給予一定期間的排他專屬權，藉以提供創作與發明的「經濟上誘因」，於保護期間屆滿後，則讓社會公眾得以自由接近與利用創作、發明，以便促進整體文化、技術產業之進步與成長。換言之，即犧牲短期靜態效率（static efficiency），以追求長期的動態效率（dynamic efficiency）<sup>289</sup>。

然則為何必須創設「智慧財產權」此種具排他性的權利，才能保護思想的創新？以著作權為例，一般認為最早具備近代著作權法精神的法律，為英國於1709年由安妮女王頒布的「安妮法（Statute of Anne, 8 Anne, c.19）」<sup>290</sup>，更早以前英國對於印刷業者之特許權保護則可追溯至15世紀左右<sup>291</sup>。則縱觀史冊，甚多地域於毫無智慧財產權的概念下，人類智慧仍舊得以開花結果，發明創造仍舊源源不絕，進而創造了輝煌燦爛的人類古文明。則究竟智慧財產權之存在必要為何？由於創作與發明皆需投入作者或發明家之精神心力甚至財富資源等，就經濟學角度而言，一個人若無法期待其創作發明所帶來之整體報酬將高於其所投入之經濟成本，於制度面上即欠缺誘因吸引其從事創作與發明。因此為使其能藉由創作與發

<sup>287</sup> See 1 Herbert Hovenkamp, Mark D. Janis & Mark A. Lemley, *IP and Antitrust: An Analysis of Antitrust Principles Applied to Intellectual Property Law*, 1-2 (2004 supplement) [hereinafter *Hovenkamp*].

<sup>288</sup> *Id.*

<sup>289</sup> 楊宏暉，*創新誘因的維護與競爭法規範—以專利拒絕授權為例—*，*公平交易季刊* 12卷2期，頁74，2004年。

<sup>290</sup> 參照白田秀彰，「コピーライトの史的展開」，頁13-14，信山社，1998年。

<sup>291</sup> 同前註，頁19-21。

明獲取利益，創作者必須設法將其創作或發明出售或授權給他人以獲取對價、或運用此種技術使自己在市場中更具競爭力，然而思想之流通卻非常難以控制<sup>292</sup>。由於資訊或思想知識等具備經濟學上所謂「公共財（public good）」之特性<sup>293</sup>，因此其品質不因眾人消費利用而有所損耗、而且要區隔並阻止不願付費利用的「搭便車的人（free rider）」相當困難（此即「非排他性」）；一旦創作或發明之內容揭露在公眾面前，由於省去研發創新之成本投入，其他人即得以相對低廉的成本加以複製或模仿<sup>294</sup>，而不影響其他人對該創作或發明之利用（此即「非獨享性」）。

此時若思想之傳遞成本近乎於零（雖然此一假設並非現實社會中之真實情形，但在網際網路普及後，此假設已相當程度合理化），則在該思想未如實體財產般設有財產權規範的情況下，思想之創作人欲對思想的傳遞散播索取費用，事實上幾乎是不可能的<sup>295</sup>。若書籍之作者索取的費用大於散布著作的費用，則立刻會有其他競爭者以更低廉的價格提供該書籍的重製本，在一個處於完全競爭狀態的市場中，著作之價格終將被壓低到接近邊際成本的水準（在本例中即指重製與散布該重製物之費用），如此一來，作者幾乎不可能百分百回收其於寫作過程中所支付的固定成本。依據經濟學理論，此種情形最終將導致整體社會創作與發明之萎縮<sup>296</sup>。

當然，經濟學分析並非絕對正確，創作或發明之誘因亦絕非僅有純粹的成本利益考量而已，即使無財產上利益可圖，創作人仍可能出於自我實現或抒發情感等精神目的，而繼續從事創造發明，惟若其智慧結晶可能輕易被他人複製、擷取甚至冒名為他人所作，即使對於僅追求精神上成就的創作人而言，不啻亦為一種

<sup>292</sup> See Hovenkamp, *supra* note 287, at 1-3.

<sup>293</sup> 公共財之特性，具有「非獨享性（nonrival）」及「非排他性（nonexclusive）」。「請參照張清溪、許嘉棟、劉鶯釗、吳聰敏，「經濟學：理論與實際」上冊，頁 348，翰蘆出版，2004 年修訂 5 版。

<sup>294</sup> 在此所謂「相對較低」之成本係指相對於該著作被創作或發明過程中所付出之成本，重製或模仿的成本顯然遠低於創造開發所付出的成本。而在網際網路日漸普及之後，數位化著作之重製成本更近乎於零，且其重製之品質幾乎完全相等，對於著作之保護更產生相當衝擊，本文雖礙於篇幅而未能處理及於無體散布之問題，惟此問題在著作權法上的重要性勢必與日俱增，值得注意。

<sup>295</sup> See Hovenkamp, *supra* note 287, at 1-4.

<sup>296</sup> *Id.*

嚴重打擊與侵害。因此現代先進國家普遍承認對於智慧創作有賦予「智慧財產權」加以保護之必要，重點在於如何兼顧社會公眾近用著作或發明之利益，以謀求整體社會之最大利益，方為法規設計之核心課題。

## 第二款 競爭法之本質

競爭法為廣義的經濟法之一環，惟其性質、範圍則容有不同界定。依其意義可區分為廣狹二義：廣義的競爭法係指於經濟活動從事者尋求或維持交易相對人時，規範所發生競爭行為之法規的總稱；狹義的競爭法則強調對企業限制競爭行為的規整<sup>297</sup>。換言之，廣義的競爭法包括限制競爭與不正競爭行為在內（所謂不正競爭行為，指仿冒、引人錯誤之廣告、散布不實情事等涉及「不公平」競爭手段之行為），而狹義競爭法則針對限制競爭行為而言，尤其指獨占、寡占、聯合壟斷、企業結合等美國法上稱之為「反托拉斯（antitrust）」之範疇。

而所謂經濟法係在一定之經濟基本體制下，調和經濟活動，以促進社會整體經濟之平衡發展，並達成公平合理目的之法規範體系<sup>298</sup>。而於各種調節經濟活動之法規範中，依其涉及之事項可分為數種類型<sup>299</sup>，而在市場經濟法制下，以規範經濟主體在市場經濟秩序中活動方式為最主要規範內容之法規，即是在維護市場自由及公平競爭機能之公平交易法<sup>300</sup>。觀察我國公平交易法之規範內容可知，我國公平交易法係將限制競爭以及不正競爭兩者之規範熔為一爐，應屬於前述廣義之競爭法，而與美國、日本、德國等將限制競爭與不正競爭行為分別立法管制之

<sup>297</sup> 參照何之邁，「限制競爭的發展與立法—從法國限制競爭法觀察」，收錄於氏著「公平交易法專論」，頁5，1993年。

<sup>298</sup> 參照廖義男，「經濟法之概念與內容體系」收錄於氏著「企業與經濟法」，頁30以下，1980年。

<sup>299</sup> 包括：一、規範經濟活動主體組織之企業法；二、為防範或糾正經濟主體之經濟活動危害公共利益或整體經濟利益，或破壞經濟秩序所為之監督、糾正及制裁措施之規範，即所謂「經濟監督」之規範；三、為達成特定經濟政策之目的，對於經濟活動加以管制、變更、調整、獎勵、輔助、形成或影響等一切措施之規範，即所謂「經濟之指導與管理」之規範；四、為規範經濟主體在經濟基本法制所塑造或形成之經濟體系或秩序中之活動方式的規範。參照廖義男主持，廖義男、王以國撰寫，〈導論〉，行政院公平交易委員會九十二年度合作研究「公平交易法之註釋研究系列（一）」，邊碼3。

<sup>300</sup> 同前註。

國家法體例不同<sup>301</sup>。

至於競爭法之立法目的，依據我國公平交易法第 1 條規定：「為維護交易秩序與消費者利益，確保公平競爭，促進經濟之安定與繁榮，特制定本法；本法未規定者，適用其他有關法律之規定。」共揭櫫維護交易秩序、維護消費者利益、確保公平競爭以及促進經濟之安定與繁榮四大立法目的。其中所謂交易秩序係指商品或服務之交易市場上，為供給及需要之經濟活動時所應遵守之規則<sup>302</sup>；競爭則為二以上事業在市場上已較有利之價格、數量、品質、服務或其他條件，爭取交易機會之行為，換言之，公平交易法所保護者乃為「效能競爭」<sup>303</sup>。公平交易法希冀能藉由禁止對於事業的公平與自由競爭有所妨礙或限制的行為，以達成上述維護交易秩序、確保公平競爭的直接目的，應無疑義。而若能確實發揮上述公平且自由的競爭效果，則非但消費者之利益將獲得保障，整體國家經濟之健全發展與安定繁榮亦將得以確保，此等狀態之達成應為經濟法規之終極目標，亦無問題。然而當消費者利益之維護與事業在市場上自由競爭之利益無法兼顧時，應以何者之利益為優先，迭有爭議。

對此問題，法條結構與我國較相似之日本獨占禁止法亦於其第一條開宗明義揭櫫其立法目的：「為禁止私的獨占、不當之交易限制及不公平之交易方法，防止事業支配力之過度集中，排除依結合、協定等方法所為生產、販賣、價格、技術等之不當限制，及其他一切事業活動之不當拘束，以促進公平自由之競爭，使事業人發揮其創意，加強事業活動，提高就業及國民實際所得水準，確保一般消費者之利益，並促進國民經濟之民主的健全發展，特制定本法。<sup>304</sup>」，在日本同樣也

<sup>301</sup> 至於我國是否應選擇將限制競爭與不正競爭行為合併規定於一法，於公平交易法在 1991 年立法前的草擬階段亦非毫無爭議，相關討論請參見廖義男，「公平交易法應否制定之檢討及其草案之修正建議」，收錄於氏著「公平交易法之理論與立法」，頁 189-200，1995 年。

<sup>302</sup> 參照廖義男，公平交易法之立法目的與保護之法益—第一條之詮釋，收錄於氏著「公平交易法之釋論與實務」第一冊，頁 2，1994 年。

<sup>303</sup> 同前註，頁 3。

<sup>304</sup> 私的獨占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（昭和 22 年法律第 54 号）第 1 条：「この法律は、私的獨占、不当な取引制限及び不公正な取引方法を禁止し、事業支配力の過度の集中

面臨「促進公平自由之競爭」的直接目的與「確保一般消費者之利益，並促進國民經濟之民主的健全發展」的終極目標間之關係的爭議。而日本學界一般通說以及日本公平會於其行政處分決定中皆認為，獨占禁止法所要實現的真正立法目的乃在直接目的之公平且自由競爭秩序之維持，至於消費者利益之保護與國民經濟之民主且健全的發展則僅為公平且自由競爭獲得確保後之效果而已<sup>305</sup>。惟學說上亦不乏有力見解認為獨占禁止法的真正立法目的應為「確保一般消費者之利益，並促進國民經濟之民主的健全發展」的終極目標，因此主張競爭秩序之維護僅為實現此一終極目標之手段<sup>306</sup>。

而在我國法之解釋上，學者廖義男認為，固然消費者利益亦應予以重視，但並非競爭法之所保護的唯一法益，而當消費者利益與事業在市場上自由競爭之利益無法兼顧時，應從維護競爭制度與功能以及整體經濟利益之觀點，予以衡量取捨<sup>307</sup>。由於在我國已有「消費者保護法」專責維護消費者權益事宜，為避免規範焦點之模糊，本文認為似乎應讓公平交易法專責「維護公平與自由交易」之使命，因而公平交易法第1條所稱之「維護消費者利益」，應解釋為係指消費者藉由公平且自由的競爭秩序之維持而獲得的長期最終利益，不宜因個案中短期的消費者利益而有害於整體競爭秩序。

## 第二項 智慧財產權與競爭法之交錯關係

賦予著作人或發明者得以禁止他人非經授權而利用其著作或發明之排他性權利，一方面固然確保著作人與發明人的經濟利益，但同時亦對於思想之散布與利用造成限制，公眾將因此無法受惠於該創新思想，亦即，智慧財產權實質侷限了

---

を防止して、結合、協定等の方法による生産、販売、価格、技術等の不当な制限その他一切の事業活動の不当な拘束を排除することにより、公正且つ自由な競争を促進し、事業者の創意を發揮させ、事業活動を盛んにし、雇傭及び国民実所得の水準を高め、以て、一般消費者の利益を確保するとともに、国民経済の民主的で健全な發達を促進することを目的とする。」本條中譯係參照廖義男主持，前揭註299研究計畫，邊碼13。

<sup>305</sup> 同前註，邊碼15。

<sup>306</sup> 同前註。

<sup>307</sup> 參照廖義男，前揭註302書，頁7-8。

該著作或發明所處之商品或技術市場內的競爭。為確保智慧財產權人所獲取之經濟利益足以填補其於創作發明過程中所投入之成本、並提供適當之報酬以鼓勵繼續創作發明，智慧財產權法因此允許權利人得訂定高於重製該商品的邊際成本之價格，並禁止他人於未經授權之情況下從事特定利用行為，形同排除他人加入市場參與競爭之可能性。正如本文於本節第一項所述，考量智慧財產具備的「公共財」特性，此種立法模式實為不得不然之手段；然此一模式亦將造成社會公眾必須支付較處於完全競爭狀態下更高的價格，方能合法利用受保護之智慧財產。

從現代經濟學之觀點出發，於未發生市場失靈的前提下，原則上肯認自由競爭的市場係為資源最有效率配置之市場狀態<sup>308</sup>。即係因此，競爭法著眼於藉由維護市場自由競爭之方式，確保市場不致受到特定事業之不當支配、或因不公平競爭手段而扭曲以降低價格或提昇品質等方式招攬顧客的正常市場運作機制。因此就智慧財產權賦予著作人或發明者等排他性權利，而限制其著作、商品或技術市場內的競爭此一角度而言，智慧財產權法與競爭法鼓勵自由且公平競爭的目的似乎有所抵觸<sup>309</sup>。

另一方面，拋開市場的短期靜態效率，若從長期效率觀點出發，反而會認為兩者實具有相同的經濟目的。論者認為，競爭法與專利法具備相同的核心經濟目標：「以最低價格生產消費者所需的產品，藉此導致社會福利最大化。」亦即要「最大化資源配置之效率(生產消費者所需的產品)與生產效率(以最少資源生產之)。<sup>310</sup>」因此在相同目的之下，智慧財產權法與競爭法的相互調和固須解決效益衡平的嚴重問題，但實質上兩者並不衝突<sup>311</sup>。智慧財產權是透過保護創新而提昇長期的動態效率，其與競爭法最終皆以提昇整體社會福利為目標，兩者實具互補

<sup>308</sup> See Hovenkamp, *supra* note 287, at 1-10.

<sup>309</sup> *Id.*

<sup>310</sup> See Ward Bowman Jr., *Patent and Antitrust Law: A Legal and Economic Appraisal* (1973).

<sup>311</sup> *Id.*

(complementary) 的性質<sup>312</sup>。

如上所述，智慧財產權是為了確保智慧財產權人能獲得足夠報償以鼓勵其續為創作，因此賦予智慧財產權人特定排他性權利。惟於社會因創作發明之誕生而受惠的同時，實則亦犧牲部分公共利益（例如：市場因欠缺競爭而造成的無效率、限制一般人接近利用新知識的機會等），故筆者認為：智慧財產權之保護範圍應以「為繼續創造或發明所必要的經濟誘因」為其限度，且惟有當智慧財產權制度所產生的整體社會福利成長，與因限制知識散布所肇生之整體社會損失，兩者達到損益平衡之狀態，智慧財產權之「賦予」方具正當性。

然而，即便肯認智慧財產權制度之存在必要性，並肯定創設智慧財產權賦予相關權利人有限的排他性權利具有正當性，但智慧財產權之「行使」，不可諱言仍會產生限制競爭之效果，此種效果顯非競爭法所樂見。因此智慧財產權之行使與競爭法之間確實存有某程度上的緊張關係，此等衝突究應如何處理，向來為一大難題。

關於智慧財產權與競爭法間之交錯關係，在規範態度上隨著時間演進而迭有變化。大體上是在光譜的兩端循環擺盪，兩者關係之詮釋時而流於「智慧財產權是一種『財產權』（故應以較寬鬆態度看待其權利之行使）」與「智慧財產權是一種『獨占』（故應以嚴格標準檢視其權利行使行為）」兩種過於簡化的極端見解<sup>313</sup>。鑑於我國目前司法實務相關案例累積尚嫌不足，因此本文試以競爭法規範歷史較為悠久的美國競爭法制為例，就其司法實務上見解之演變歷程做一介紹，或可供我國未來於處理類似問題時之參酌依據<sup>314</sup>：

<sup>312</sup> See *Atari Games Corp. v. Nintendo of Am.*, 897 F.2d 1572, 1576 (Fed. Cir. 1990).

<sup>313</sup> See *Hovenkamp*, *supra* note 287, at 1-15.

<sup>314</sup> 筆者按：美國司法實務上討論智慧財產權與競爭法關係的判決大多與專利法相關，儘管近年來著作權行使所涉及的競爭法議題實有越來越重要的趨勢，不過美國早期法院對於智慧財產權與競爭法相關議題之基本態度主要係由專利法的案例累積而成，因此儘管本文之重點應在著作權法與競爭法之交錯關係，但以下的介紹仍多為與專利有關的案例，合先敘明。

## 一、1930 年代以前—智慧財產權的自由行使應優先於競爭法之適用

早期美國法院實務傾向認為，智慧財產權的自由行使應優先於競爭法之適用<sup>315</sup>。於二十世紀初，美國聯邦最高法院曾表示：「在美國專利法下，權利人對於其權利之利用與販賣享有絕對自由」，因為「專利法最終目標即在於獨占。」<sup>316</sup>基於此種認知，最高法院允許智慧財產權人設定固定水平價格（horizontal price fixing）<sup>317</sup>及維持最低轉售價格（minimum resale price maintenance）<sup>318</sup>，但同樣的行為若發生於實體財產之權利人身上，卻會被評價為當然違法（illegal per se）<sup>319</sup>。

惟此種過度偏向保護智慧財產權人的執法態度於學界引發甚多批評，論者多認為應設法抑制專利權人濫用其權利的行為。法院對此呼籲的回應係運用權利濫用（misuse）的法理，於 1917 年的 *Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Mfg. Co.*<sup>320</sup> 案中，法院認為專利權人意圖在其授權契約中訂定超過專利權範圍的條款，已構成專利權的濫用。

## 二、1930 年代至 1970 年代—嚴格適用競爭法管制智慧財產權行使行為

而後，於 1930 至 1970 年代，鐘擺急遽地偏向光譜的另一端。首先於 1930 至 1940 年代，法院開始承認具限制競爭效果的專利權濫用行為亦有違反競爭法之虞，其中尤以「搭售」行為成為競爭法管制專利權之主要議題。於此期間，競爭法相對取得較為強勢之地位，1931 年的 *Carbice Corp. v. Am. Patents Dev.* 案<sup>321</sup> 以及 1944 年的 *Mercoid Corp. v. Mid-Continent Investment Co.* 案<sup>322</sup> 皆為具代表性的案例

<sup>315</sup> See ABA Section of Antitrust Law, *Intellectual Property and Antitrust Handbook*, 2 (2007) [hereinafter ABA, *Handbook*]

<sup>316</sup> See *E. Bement & Sons v. National Harrow Co.*, 186 U.S. 70, 92 (1902).

<sup>317</sup> *Id.* at 91-92. (“The fact that the conditions in the contracts keeps up the monopoly or fix prices does not render them illegal.”)

<sup>318</sup> See *United States v. GE*, 272 U.S. 476, 490 (1926).

<sup>319</sup> See ABA Section of Law, *Antitrust Law Developments*, 1080-1081 (6th ed. 2007) [hereinafter ABA, *Antitrust Law Developments*]

<sup>320</sup> 243 U.S. 502 (1917).

<sup>321</sup> 283 U.S. 27 (1931)

<sup>322</sup> 320 U.S. 661 (1944).

<sup>323</sup>。進一步檢視這些案例，於判決中法院判定專利權的濫用係違反競爭法的「初步證據 (prima facie evidence)」，縱令尚無法證明該事業具備市場力量或濫用行為會產生限制競爭效果，仍可能違反競爭法，而且法院亦指出，當專利權人將其專利機器與非主要商品（指若不跟專利機器相搭配就不具備商業用途的產品）予以搭售時，就有可能該當於專利權的濫用<sup>324</sup>。

緊接著於 1940 至 1960 年代，美國法院於適用競爭法時，對於智慧財產權之行使是否在其所被授與的法定範圍內，大致上採取相當嚴格的態度進行審查。這一傾向可以從兩個相隔近 20 年但背景事實極為類似的案例中明顯窺知<sup>325</sup>：*Automatic Radio Co. v. Hazeltine Research, Inc.* 案<sup>326</sup>與 *Zenith Radio Corp. v. Hazeltine Research, Inc.* 案<sup>327</sup>。在 1950 年的 *Automatic* 案中，美國聯邦最高法院支持專利權人有權要求被授權人按其所生產的收音原件總數量來支付授權費用，而不論該產品是否有利用到相關專利，其所持理由為此種固定授權金計算方式合理且方便，雙方當事人藉由此種計算方法，毋需判斷每一產品是否確實包含被授權的技術在內。然而 1969 年的 *Zenith* 一案中，美國聯邦最高法院卻否決了同一當事人所採取的相同內容授權金條款，其所持理由為專利權人此一行為擴張了其專利權範圍，因為專利權人要求被授權人就實際上未包含被授權技術的產品亦須支付權利金之故。

到 1970 年代，美國司法部 (Department of Justice, DOJ) 的競爭法部門更針對智慧財產權的授權行為揭示所謂「九不原則 (Nine No-No's)」的政策方向，認為包含以下九種條款的授權契約皆屬當然違法 (per se illegal)：(1) 權利金與專利商品之銷售計算比例不合理；(2) 限制被授權人專利權範圍外的商業活動；(3) 搭售；(4) 強制包裹授權；(5) 專屬性回饋授權；(6) 禁止被授權人轉授權他人；

<sup>323</sup> See *Hovenkamp, supra* note 287, at 1-16.

<sup>324</sup> *Id.*

<sup>325</sup> See *ABA, Handbook, supra* note 315, at 2-3.

<sup>326</sup> 339 U.S. 827 (1950).

<sup>327</sup> 395 U.S. 100 (1969).

(7) 限制被授權人出售依方法專利作成的無專利產品；(8) 限制轉售；(9) 限制最低轉售價格<sup>328</sup>。在此政策性原則下，競爭法執法機關對於被其認定非法擴張其專利權範圍者，皆視為當然違反夏曼法第 1 條<sup>329</sup>。

### 三、1980 年代迄今—智慧財產權與競爭法具互補性

隨著學說演變，到了 1980 年代至 1990 年代，相關政策與法院見解再次轉變。這段期間執法機關與部份法院逐漸不再強調智慧財產權與競爭法之衝突，司法部先於 1981 年推翻了先前的「九不原則」<sup>330</sup>，最高法院更明確表示：「兩法具互補性 (complementary)，且皆以鼓勵創新、促進產業與競爭為目的。<sup>331</sup>」一方面肯認在專利權或著作權權利範圍內之行為皆為合法，另一方面也逐漸推翻先前判決中認為智慧財產權與競爭法兩法互相衝突的見解。

之後，美國競爭法兩大主管機關司法部與聯邦貿易委員會 (Federal Trade Commission, FTC) 於 1995 年共同發布「關於智慧財產權授權之反托拉斯準則」<sup>332</sup>，該準則揚棄了先前的「當然違法」判斷標準，改採「合理原則 (rule of reason)」作為判斷基準，並揭示以下三大原則：第一、對於智慧財產權之適用，競爭法應

<sup>328</sup> 最早提出此概念者為 Bruce Wilson 於 1970 年 11 月 6 日在波士頓所為之一場演說："Patent and Know-How License Arrangements: Field of Use, Territorial, Price and Quantity Restrictions." 該「九不原則」之原文如下："(1) Royalties not reasonably related to sales of the patented products; (2) Restraints on licenSees' commerce outside the scope of the patent (tie-outs); (3) Requiring the licenSee to purchase unpatented materials from the licensor (tie-ins); (4) Mandatory package licensing; (5) Requiring the licenSee to assign to the patentee patents that may be issued to the licenSee after the licensing arrangement is executed (exclusive grantbacks); (6) LicenSee veto power over grants of further licenses; (7) Restraints on sales of unpatented products made with a patented process; (8) Post-sale restraints on resale; and (9) Setting minimum prices on resale of the patent products." 請參見 Richard Gilbert & Carl Shapiro, *Antitrust Issues in the Licensing of Intellectual Property: The Nine No-No's Meet the Nineties*, 1997 Brookings Papers on Economic Activity: Microeconomics 283, 284-285.

<sup>329</sup> 夏曼法 (Sherman Act) 為美國競爭法成文法規範之一，關於其內容請參見本文下一節之介紹。此一時期因違反「九不原則」而被政府挑戰其合法性並提起訴訟之案件例如：*United States v. Glaxo Group*, 302 F. Supp. 1, 4 (D.D.C. 1969), rev'd, 410 U.S. 52 (1973). See ABA, *Antitrust Law Developments*, supra note 319, at 1082 n.35.

<sup>330</sup> See Abbott. B Lipsky, Jr., Deputy Assistant Attorney General, U.S. Department of Justice, Current Antitrust Division Views on Patent Licensing Practices, Remarks Before the American Bar Association Antitrust Section (Nov. 5, 1981), reprinted in 4 Trade Reg. Rep. (CCH) ¶ 13,129.

<sup>331</sup> See *Atari Games Corp. v. Nintendo of Am.*, 897 F.2d 1572, 1576 (Fed. Cir. 1990).

<sup>332</sup> U.S. Dep't of Justice & Fed. Trade Comm'n, *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property* (Apr. 6, 1995).

採取與規範其他形式財產權相同的態度；第二、智慧財產權並不必然被推定為具有市場力量；第三、授權有助於各事業彼此互補，故原則上具有促進競爭之效果<sup>333</sup>。此準則亦為目前美國競爭法執法機關所採取之基本態度。

於 2007 年，美國司法部與聯邦貿易委員會再次聯手，共同發布名為「反托拉斯執法與智慧財產權—促進創新與競爭」的報告<sup>334</sup>，該報告歸納統整了美國司法部與聯邦貿易委員會於 2002 年所舉行的一系列名為「知識經濟時代之競爭與智慧財產權法制政策」(Competition and Intellectual Property Law and Policy in the Knowledge-Based Economy) 公聽會重點，以及來自於不同利益團體、產業代表及學者專家之看法<sup>335</sup>。

2007 年報告於整體政策方針上，大致係為重申前述 1995 年之「關於智慧財產權授權之反托拉斯準則」所揭示之原則，包括智慧財產權與競爭法應為彼此互補、兩者皆欲達成相同目標……等基本態度，皆並未改變<sup>336</sup>，並以相當篇幅特別針對單方拒絕授權契約、共同標準設定、交互授權與專利聯盟、特殊授權條款、搭售等經常引發爭議之授權態樣，分別宣示執法方向與準則<sup>337</sup>。

由上述歷史可知，儘管對於智慧財產權與競爭法之交錯適用關係的基本規範態度迭有變易，然而於折衝調和後，現今之執法態度係肯認兩者在目標上皆是為鼓勵創新、極大化整體社會利益，因此在目標上具備互補性，惟在智慧財產權之行使方法上仍無法免除與競爭法發生若干緊張關係。則智慧財產權之行使與競爭法之界線究竟應如何畫下？即為下文欲討論之問題。

<sup>333</sup> *Id.* at § 2.0.

<sup>334</sup> U.S. Dep't of Justice & Fed. Trade Comm'n, *Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition* (2007).

<sup>335</sup> *Id.* at 3.

<sup>336</sup> *Id.* at 1-2.

<sup>337</sup> *Id.* at 15-123. 由於其內容相當繁雜，且多半以專利法為主，因此本文在此不予贅述。其介紹可參考范曉玲，專利權人授權行為與競爭法之規範—從美國 FTC/DOJ 報告及中國反壟斷法與專利法修正草案談起，全國律師第 12 卷 1 期，頁 40 以下，2008 年。

### 第三項 智慧財產權行使之界線

於行使智慧財產權之際，究竟應如何適用競爭法？此牽涉智慧財產權於競爭法上之定位，以下試舉我國法為例。

我國公平交易法第 45 條規定：「依照著作權法、商標法或專利法行使權利之正當行為，不適用本法之規定。」本條規範之意義及地位於學說上頗具爭議，何以對於其他財產權所有權人依法行使其排他獨占權限時，皆毫無疑問可直接適用於公平交易法，唯獨特別針對依著作權、商標法、或專利法等智慧財產權法規行使權利之情形創設第 45 條，指明依該類法規「行使權利之正當行為」不適用本法之規定，其規範目的究為何指？

關於公平交易法第 45 條之地位，學說上見解分歧，大抵可分為兩大方向<sup>338</sup>：其中一說認為智慧財產權法為公平交易法之特別規定，智慧財產權權利行使之正當行為並非公平交易法所規範之範圍，但對於逾越、濫用或違背智慧財產權法所賦予權利之權利行使行為，則屬公平交易法之規範範疇，此類學說包括：「適用除外說」、「權利濫用說」、「違背立法意旨說」、「違法考量因素說」、「阻卻違法事由說」、等；另一說則認為第 45 條實質上僅為訓示性規定，亦即提醒智財權賦予權利人之專屬排他權利並不等於競爭法上之獨占，除此之外並無其他功能，換言之，本條僅具「確認」的性質。以下分別簡述之：

#### 一、智慧財產權法為公平交易法之特別規定

##### （一）適用除外說

有學說主張，本條文性質上為除外規定，亦即符合該規定者，即可豁免於公平交易法適用範圍之外而不受公平交易法的規範，因此亦可稱之為範圍性的規定

<sup>338</sup> 此分類係參照黃惠敏，智慧財產權之行使與公平交易法之界線，全國律師第 12 卷 1 期，頁 80，2008 年。

<sup>339</sup>。此說立於公平交易法之立場，認為原則上所有之經濟活動均應受到公平交易法之規範，但在智慧財產權之「正當行使」權利之範圍內，例外不受公平交易法之規範，彼此之間的關係理應為緩和甚至是相互補充之關係<sup>340</sup>。

筆者認為此說主張智慧財產權與公平交易法間應為互補、不必然存有衝突關係，此點應可贊同；惟究竟如何判斷是否為「正當行使」之範圍，概念上似難以明確界定。在個案的操作中，是否偏向認定絕大多數智慧財產權之行使行為皆屬正當行為？若非如此，則其判斷標準究竟為何？仍有爭議。蓋其實際意涵必須藉由司法實務個案之累積方得逐漸釐清，故對於當事人而言，須待至爭執產生後才可能於個案中由司法判決加以確定，當事人因而難以於行使智慧財產權之前即預測其行為是否跨越界線，則此說於法安定性上似嫌不足。

## （二）權利濫用說

本說係自美國法上「專利濫用」之法理衍生而來，其指出若專利權之行為屬於權利濫用時，則不受公平交易法第 45 條規定的保護（即非正當行使權利行為），其權利濫用行為應直接適用公平交易法之規定<sup>341</sup>。

惟本說實質上僅係將是否屬於「正當行使權利行為」之判斷基準託付於「權利濫用」之法理，與上述「適用除外說」並無明顯差異；再者，該當於權利濫用之行為不必然會構成公平交易法之違反，權利濫用乃行使權利時本應遵守權利之內在界線，若權利人逾越此一內在界線，則其行為不值得保護，相較之下公平交易法於規範目的及法律效果上與權利濫用之法理仍有不同，故將兩者合為一談，似略有不妥。

<sup>339</sup> 參照謝銘洋、張懿云主持，行政院公平交易委員會 91 年度合作研究計畫，「著作權法與公平交易法關係之研究」，頁 6，2002 年；紀舒青，「公平交易法對專利授權契約中限制競爭條款之規制」，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，頁 148，1993 年。

<sup>340</sup> 同前註「著作權法與公平交易法關係之研究」，頁 7。

<sup>341</sup> 參照陳家駿、羅怡德，美國反托拉斯法對專利權行使之限制，收錄於氏著「公平交易法與智慧財產權：以專利追索為中心」，頁 181 以下，1999 年。

### （三）違背立法意旨說

本說認為權利行使之正當行為應符合各該智慧財產權之立法意旨，從而當其權利行使行為已跳脫智慧財產權法保護之範圍，即非屬公平交易法第 45 條所稱之正當行使權利行為。根據我國公平交易委員會所公布之「行政院公平交易委員會對於技術授權協議案件之處理原則」第（四）之（一）點：「本會審理技術授權協議案件，將先依公平交易法第四十五條規定檢視之；形式上雖為依照專利法等行使權利之正當行為，惟實質上逾越專利權等正當權利之行使範圍，違反專利法等保障發明創作之立法意旨時，仍應依公平交易法及本原則處理。」似乎兼採除外規定說及本說之見解。

筆者認為此說實質上與前述「除外規定說」差別甚微，仍須先行確認其是否為行使權利之正當行為，而後方就該行為在公平法上應受何種評價進行判斷。此說與前說不同處，僅於判斷是否為正當權利行使時，本說特別強調應考量各智慧財產權之立法意旨，以之作為判斷的依據之一，但實質上差異不大。

### （四）違法考量因素說

本說認為應將是否構成智慧財產權之正當行使，納入個別競爭法規範之解釋適用過程，作為違法衡量因素之一，然除此之外不應賦予其他特殊地位<sup>342</sup>。對於行為人擁有智慧財產權保護的事實，在競爭法上應仔細體察個案情形，在評估系爭行為之限制競爭效果時，應將智慧財產權所伴隨之促進競爭效果確實納入考量，並在評估其效率提昇及其他正面效益時，將其鼓勵創新等正面功能納入評估，較為適當<sup>343</sup>。

儘管本說認為公平法第 45 條並非除外適用的規定，但基本上本說仍然認為公

<sup>342</sup> 參照王立達，競爭法對智慧財產權市場力量之管制—以有線電視頻道授權案件為例，月旦法學雜誌第 84 期，頁 155、160-162，2002 年。

<sup>343</sup> 同前註。

平交易法之規範範圍係以智慧財產權正當行使為界線<sup>344</sup>，僅其將之置於眾多違法衡量的因素之一，並認為應妥善評估智財權之競爭效益，一併納入整體行為違法性的考量，故本文仍將之歸為「智慧財產權法為公平交易法之特別規定」此一類別的學說中。

#### （五）阻卻違法事由說

本說認為公平交易法第 45 條與修正後同法第 46 條之規定相同，兩者皆為違反公平交易法規定行為阻卻違法事由，並非該法適用範圍之規定<sup>345</sup>。依照本說見解，智財權行使行為須依公平法個別條文認定違法之後，再就其是否屬於智財權之正當行使，衡酌其所牽涉之智財權特性、系爭行為與智財權之關聯程度、行為本身之適法性及對市場競爭影響程度，決定其是否構成阻卻違法<sup>346</sup>。

有論者認為本說將智慧財產權之相關考量置於違法性階段來判斷（即阻卻違法事由），在思考上具有層次清晰之優點，但在智財權行使行為是否該當公平法禁制規定之構成要件時（即構成要件該當性認定），並未考慮智慧財產權本身所具備之促進競爭效果，以及鼓勵創新、避免為人盜用、提昇經濟效率等正面效益，即逕自認定其具有競爭法上之違法性表徵，在理論上實有未洽<sup>347</sup>。

#### 二、第 45 條實質上僅為訓示性規定

本說認為於解釋本條規定時，無庸拘泥於公平交易法第 45 條之文義，不論有無公平交易法第 45 條規定的存在，行使智慧財產權法所賦予的權利之正當行為，皆不應適用公平法，否則智慧財產權法領域下其他諸如植物種苗法、積體電路電

<sup>344</sup> 同前註，頁 151。「對於智慧財產權權利範圍內之事業行為，則不當然將其豁免於競爭法之規範範圍。（中略）尚須就其是否不當擴張智財權專屬排他權能之影響範圍、不當侵害他人權益或影響公共利益、是否專為損害他人或對市場競爭造成過度限制等不同面向加以考量，以決定是否適用競爭法上相關規範。」

<sup>345</sup> 參照蘇永欽、范建得，公平交易法第四十六條修正後適用問題之研究，收錄於行政院公平交易委員會編，「第七屆競爭政策與公平交易法學術研討會論文集」，頁 420，2001 年。

<sup>346</sup> 參照王立達，前揭註 342，頁 155。

<sup>347</sup> 同前註，頁 161。

路佈局保護法、營業秘密法等未在第 45 條明文規定之智財法律，都將無法排除公平法適用，此種結論顯然並不恰當，因此本說認為該條規定實質上僅是一種「訓示」或「確認」規定<sup>348</sup>。

本說進一步指出，該條規定之最大意義應在於，在適用除外說的觀點下，技術獨占經常被視為等同於市場獨占，從而對此種受法律保障的獨占，適用公平法規定的話將引起二法領域的衝突。故本條規定之目的即在提醒：技術經常與其他替代技術並存，技術獨占通常不會帶來市場獨占，故不宜直接將技術獨占推定為在特定市場具有市場力量<sup>349</sup>。

### 三、小結—本文見解

筆者認為，儘管智慧財產權與其他傳統財產權之性質差異極大，因此不宜直接將傳統財產權之概念套用至智慧財產權之規範上，然而若認為智慧財產權法為公平交易法之特別規定，而認為其具有較為優先的地位得以排除公平交易法之適用，是否過度偏重保護智慧財產權？蓋因智慧財產權法與公平交易法兩者間既為互相補足的關係，則理應立於同等之地位，而無所謂何者為特別規定故可排除他者規範適用之餘地。

固然在認定智慧財產權人之市場力量時不宜僅因其法律所賦予之一定排他權限而當然推定具有市場力量，因此在判斷是否具備市場力量時，仍應回歸特定市場之相關產品「替代可能性」此一基本概念，不可一概論斷；惟若就智財權行使行為本身而言，其與其他事業經濟活動有何本質上之差異而須特別訂立第 45 條規定加以排除適用？由於違反公平交易法之行為，皆須足以造成限制競爭秩序或妨礙公平競爭之效果才有可能該當，若系爭智財權經由「替代可能性」之判斷確認

<sup>348</sup> 參照黃銘傑，「專利授權與公平交易法—以拒絕授權與強制授權為中心」，收錄於氏著「競爭法與智慧財產權法之交會—相生與相剋之間」，頁 172-174，2006 年 9 月。

<sup>349</sup> 同前註，頁 173。

其已具備市場力量、而智財權人之行為態樣又足認對競爭秩序造成不當之影響，此時競爭法應得直接適用於該等行為，而不因系爭產品是否附含智慧財產權而有所歧異。本文前述的美國 1995 年「關於智慧財產權授權之反托拉斯準則」以及 2007 年「反托拉斯執法與智慧財產權—促進創新與競爭」報告，其要旨亦同本文見解，明白指出競爭法應以同於規範其他形式財產權的態度，而適用於智慧財產權。

綜上所述，筆者認為宜將公平交易法第 45 條規定視為一訓示規定，不因適用客體為智慧財產權而混淆競爭法之規範意旨，讓智慧財產權與公平交易法處於平等之地位，共同維護競爭秩序、提昇整體社會福利，方為較妥適之看法。

## 第二節 限制著作真品平行輸入行為衍生之限制競爭及評價

由於平行輸入是將著作原件或受著作權人授權合法重製之著作重製物在未經權利人同意之情況下，經由其他管道輸入的行為，故當系爭著作在輸入國的價格較高，平行輸入業者基於其價差有利可圖的誘因而輸入著作時，往往在價格上與著作權人形成品牌內競爭，因此成為著作權人施行國際性差別取價策略之阻礙。因此著作權人經常透過各種方式，試圖盡量減少著作真品平行輸入之數量，其常見的手段包括透過其著作權之行使而直接禁止平行輸入行為、或於授權契約中限制下游通路業者不得與平行輸入業者進行交易、或要求維持轉售價格以間接阻斷平行輸入之可能……等，態樣各異。由於限制著作真品平行輸入的同時，往往也一併侷限了品牌內競爭之可能性，在上一節本文已確認智慧財產權之行使與其他財產權之行使皆應受到競爭法之同等對待後，此等行使著作權而限制平行輸入的行為，在競爭法上應如何評價？是否已不當擴張其著作權保護範圍，而對競爭秩序造成限制或妨礙？即為本節所欲討論之問題。

以下，將先簡要介紹著作權人妨礙著作真品平行輸入之實態，分為直接基於

著作權之行使而禁止，或者以契約約定等其他方式而妨礙著作真品平行輸入行為兩大類型，其中單純基於著作權法所賦與行為人之權利而禁止平行輸入者，係屬於立法政策之選擇，原則上競爭法應予以尊重；至於非基於著作權之行使而妨礙平行輸入之情形，則可能有違反競爭法之疑慮。對此本文將分別以歐盟、瑞士、日本三個各自採取不同規範態度的國家為例，就其規範內容與背景因素予以比較說明，詳如下述。

## **第一項 著作權人妨礙著作真品平行輸入之實態**

### **第一款 基於著作權之行使而禁止**

首先，如果一國之著作權法直接針對輸入行為定有輸入權之規定，由於平行輸入行為是在未經權利人同意之情況下，經由其他管道輸入的行為，著作權人因此得直接行使其輸入權而禁止此種輸入行為，應無疑義。

其次，即使並未定有輸入權之規定，但若該國著作權法就散布權方面採取國內耗盡原則，則由於平行輸入的著作重製物其第一次銷售地點位於國外，所以散布權尚未耗盡，著作權人得基於其散布權，禁止平行輸入之著作未經其同意而於國內向公眾為散布之行為。此外，若立法政策上係採取區域耗盡原則，但系爭著作重製物的首次銷售地點位於該區域外，而後被平行輸入區域內者（換言之，若第一次銷售位於區域內，僅於輸出後又再回銷入區域內者，則其散布權應已耗盡），由於散布權尚未耗盡，著作權人同樣得行使其散布權而禁止平行輸入之著作在該區域內向公眾為散布。如此一來，雖然得將著作平行輸入該國境內，但考量其後續散布行為皆屬侵害著作權而受禁止，則對平行輸入業者而言，其平行輸入行為本身即無實益，自然也不會有從事平行輸入之動機。

如上述情況，著作權人藉法律所賦予之輸入權或散布權直接限制或禁止真品平行輸入行為，雖然也可能對於國內相關著作市場之競爭產生限制，但既然著作

權法已明文賦予著作權人在此種情形下享有輸入權或散布權，則應認為是立法者經過利弊衡量後所為之政策性判斷。著作權人基於該等權利而禁止平行輸入之行為，僅係正當行使國家法律所賦予之權利，針對此種行為，應認為無構成競爭法之違反，至於各國著作權法對於著作平行輸入相關規範之現狀，已如本文第三章所詳述，在此茲不贅述。

## 第二款 非基於著作權之行使而妨礙著作真品平行輸入行為

若著作權法並未賦予著作權人輸入權、或就散布權之規範係採國際耗盡原則、或雖採區域耗盡原則但平行輸入之著作第一次銷售地點係同樣在區域內其他國家，則此時平行輸入之著作的散布權已然耗盡，著作權人無法藉其著作權之行使而禁止此種平行輸入行為；著作權人即可能轉而藉由在契約中約定或其他方式禁止對平行輸入業者販賣或進行交易，此種情形下，若該約款足以產生限制競爭的效果，即應受競爭法之評價。

其實，平行輸入也可視為著作整體流通體系之一環，只不過其並非循著作權人所授權之管道輸入國內，因此對於平行輸入業者而言，其所可能遭受之限制競爭或不公平競爭行為，實與一般情形下通路商、經銷商在商品流通體系中所可能面臨之限制競爭或不公平競爭行為殊無二致。換言之，著作權人所為妨礙平行輸入著作之銷售的行為態樣，同樣可能發生於經著作權人授權之「正統」流通體系內，僅其干預之對象不同。惟因妨礙著作平行輸入行為之合法性問題，尚涉及著作權人行使權利之界線與競爭法間之適用關係，實較一般單純流通體系下之限制競爭行為問題更為錯綜複雜，因此仍有特別加以討論之必要。

概括而言，妨礙平行輸入之行為態樣可能包括以下幾種：限制銷售之地域、對象、或者價格等限制競爭行為，藉此達成維持著作價格之目的。蓋因著作權人為使其獲利最大化，往往會採取分區定價行銷策略，針對不同地區或國家設定不

同價格，但此種價差同時也成為平行輸入盛行之誘因，故為確保其國內著作之價格不致受到未經授權而輸入著作的影響，著作權人往往即設法透過契約或其他方式直接或間接限制著作的平行輸入。

在商業實務上，著作權人若為跨國企業，首先可能會直接從海外斷絕對於平行輸入業者之供給。位於國外的著作權人藉由供給者的身份施加壓力，要求外國之子公司、總代理商甚至一般經銷商，不得將系爭著作銷售給特定地區以外之顧客，或者於經銷契約中特別約定不得與平行輸入業者從事交易，否則即可能遭受不利益之商業性報復，亦即藉由限制銷售之地域或對象，排除平行輸入業者從國外取得著作之機會。

其次，著作權人尚可能對於國內的經銷商與零售商等施壓，禁止其主動或被動與平行輸入業者進行交易，並且限制經銷商不得販售平行輸入之著作，或者不得與販售平行輸入著作之零售業者交易，藉此直接或間接地妨礙或打擊平行輸入業者，令其不得不放棄平行輸入，藉此維持系爭著作在國內市場之價格。

綜合觀之，由於上述妨礙平行輸入之行為多已涉及限制轉售地域、顧客或價格等限制競爭行為，不論其實際採取之行為態樣為何種類型，皆可能對於國內相關著作市場的競爭秩序造成不當影響，因而可能衍生違反競爭法之問題，對於此等行為在競爭法上應如何評價，即為下文所欲探討之問題。

## **第二項 非基於著作權之行使而妨礙著作真品平行輸入之競爭法評價**

對於上述非基於著作權所賦予的輸入權、散布權等權利之行使，而係以契約或其他方式直接或間接妨礙著作真品平行輸入的行為，在競爭法上應如何評價，本文以下將從比較法觀點，分別就歐盟、瑞士與日本之規範情形予以說明，藉此探求各該國家對於相關議題之所採取之執法態度，詳見下述。

## 第一款 歐洲聯盟

### 第一目 基本態度—智慧財產權存在與行使之區別

建立單一區域市場，並確保該市場內商品的自由流通，為歐洲聯盟成立之基本原則之一。「歐洲共同體條約」(EC Treaty)也於第 28 條、第 29 條規定會員國應禁止進出口數量限制以及一切具有類似效果的措施，明確宣示歐洲聯盟促進貨物自由流通的理念。但另一方面於歐洲共同體條約第 30 條一方面允許會員國以「工業及商業財產之保護」之理由限制貨品之進出口，但另一方面又以「不得形成歧視或貿易限制」之但書加以限制，則兩者間的關係究竟如何，即有爭議<sup>350</sup>。具體而言，在著作真品平行輸入之情形，著作權人得否行使其散布權加以限制，歐盟法院向來採取「區域耗盡原則」來限制著作權人之散布權，已於本文第三章第二節予以詳盡介紹，在此則嘗試由競爭法之觀點探究智慧財產權之行使與競爭法之交錯關係。

就智慧財產權而言，各會員國目前仍獨立制定智慧財產權法，智慧財產權本質上固有的限制是否會與單一區域市場的商品自由流通原則存在衝突？對此問題，歐盟法院試圖透過區別「存在 (existence)」與「行使 (exercise)」的概念來釐清。歐盟法院最早於 1966 年 *Consten and Grundig* 案判決<sup>351</sup>中即表示，歐洲經濟共同體條約 (Treaty establishing the European Economic Community, EEC Treaty) 第 222 條<sup>352</sup>並未排除第 85 條第 1 項<sup>353</sup>對於「運用內國商標權以分割區域內市場的行為」之適用。該判決進一步表示歐洲經濟共同體條約第 222 條所保護者系各國

<sup>350</sup> 關於歐盟「商品自由流通原則」之介紹以及上開條約之內容等皆已於本文第三章第二節第二項介紹歐盟法時予以詳述，於此茲不贅述。

<sup>351</sup> Cases 56, 58/64, *Etablissements Consten SA and Grundig-Verkaufs-GmbH v. EEC Commission*, [1966] E.C.R. 299; [1966] C.M.L.R. 418 [hereinafter *Consten and Grundig*]. 判決全文可自下列網頁取得：<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61964J0056:EN:HTML> (查訪日期：2008 年 6 月 20 日)。

<sup>352</sup> 該條文現已變更為歐洲共同體條約第 295 條規定：本條約不應對各會員國的所有權規範存有偏見。原文如下：EC Treaty Article 295: “This Treaty shall in no way prejudice the rules in Member States governing the system of property ownership.”

<sup>353</sup> 該條文現已變更為歐洲共同體條約第 81 條第 1 項規定。

智慧財產權之「存在」，然而智財權係如何被運用，則與其他商業活動同樣受到限制。

後來在 1971 年的 *Deutsche Grammophon* 案<sup>354</sup>中，上述 *Consten and Grundig* 案之論理亦受到採納。*Deutsche Grammophon* 案為關於著作物真品平行輸入之重要案例，其背景事實大致如下：德國的 Deutsche Grammophon 公司將其於德國所製造之錄音物販賣至法國的子公司 Polydor，其後 Metro 公司在法國購買這些錄音物，並回銷至德國。後來 Deutsche Grammophon 公司向德國法院提起訴訟，主張禁止 Metro 公司將錄音物回銷入德國。德國漢堡法院將本案提請歐盟法院針對下列事項做出先行裁決 (preliminary ruling)：「將德國著作權法解釋為允許德國錄音物製作人行使其散布權禁止上述平行輸入的回銷行為，是否違反歐洲經濟共同體條約第 5 條第 2 項<sup>355</sup>與第 85 條第 1 項之規定<sup>356</sup>。」

對此問題，歐盟法院表示：「儘管歐洲共同體條約並不影響各會員國制定的工業或商業財產相關法律所賦予權利的『存在 (existence)』，惟這些權利之『行使 (exercise)』仍有可能受到條約之禁止。儘管條約允許基於保護工業或商業財產的理由而禁止或限制商品自由流通，但此種對於交易自由之限制僅限於以保護構成該財產權之特定目標的範圍方具正當性<sup>357</sup>」

<sup>354</sup> Case 78/70, *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH v Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG*, [1971] E.C.R. 487; [1971] C.M.L.R. 631 [hereinafter *Deutsche Grammophon*]. 其判決全文內容可自下列網址取得：  
[http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61970J0078](http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61970J0078) (查訪日期：2008 年 6 月 20 日)

<sup>355</sup> 第 5 條第 2 項規定：會員國應避免任何可能危及本條約目標之達成的措施。原文如下：EEC Treaty Article 5, second paragraph: member states " shall abstain from any measure which could jeopardize the attainment of the objective of this treaty ".

<sup>356</sup> 即現行歐洲共同體條約第 81 條第 1 項。

<sup>357</sup> See *Deutsche Grammophon*, *supra* note 354, at para. 11. "although the treaty does not affect the existence of rights recognized by the legislation of a member state with regard to industrial and commercial property, the exercise of such rights may nevertheless fall within the prohibitions laid down by the treaty . Although it permits prohibitions or restrictions on the free movement of products, which are justified for the purpose of protecting industrial and commercial property, article 36 only admits derogations from that freedom to the extent to which they are justified for the purpose of safeguarding rights which constitute the specific subject-matter of such property."

此外，歐盟法院更進而表示：「當著作權被用來防止『已經被權利人在其他會員國境內散布或經其同意而散布之著作』在某一會員國境內的銷售，且僅出於系爭著作物先前的散布並非發生在該國境內這種理由，則此種禁止散布之行為將造成市場被依國界而分割，將違反本條約之核心目標—建立區域單一市場。若允許在法律體系相異的各會員國，國民皆可分割市場並且任意為差別待遇或隱含對會員國間交易之限制，此一目標將無法達成。<sup>358</sup>」因此歐盟法院認為 *Deutsche Grammophon* 應不得依散布權之規定限制他人在德國買賣其已經販賣給法國子公司的錄音物，故本判決同時也確立了著作權的「區域耗盡原則」。

後來，在 1991 年的 *Radio Telefis Eireann v. E.C. Commission* 案<sup>359</sup>中，歐盟第一審法院（the Court of First Instance）再次肯認上述 *Deutsche Grammophon* 案之論理，並認為只有基於智慧財產權真正本質上（actual substance）所蘊含的保護而限制商品或服務的自由流通與提供，才是受到歐盟法律所允許的<sup>360</sup>。

綜上所述，歐盟法院實務上對於智慧財產權與商品自由流通原則間關係之基本態度為：儘管智慧財產權之「存在」並不適用於歐盟競爭法規範，但 *Deutsche Grammophon* 案判決確認了競爭法應可適用於各國智慧財產權在區域市場內的「行使」行為，歐盟法院其後並積極適用此一法理，當相關智慧財產權之權利「行使」行為之目的或效果，導致歐盟市場的競爭受到不利限制時，即不得以智慧財

<sup>358</sup> *Id.* at para. 12. “If a right related to copyright is relied upon to prevent the marketing in a member state of products distributed by the holder of the right or with his consent on the territory of another member state on the sole ground that such distribution did not take place on the national territory, such a prohibition, which would legitimize the isolation of national markets, would be repugnant to the essential purpose of the treaty, which is to unite national markets into a single market. That purpose could not be attained if, under the various legal systems of the member states, nationals of those states were able to partition the market and bring about arbitrary discrimination or disguised restrictions on trade between member states.”

<sup>359</sup> Case T-69/89 *Radio Telefis Eireann v Commission of the European Communities* [1991] E.C.R. II-485; [1991] 4 C.M.L.R. 586. 其判決全文可自下列網頁取得：[http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61989A0069](http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61989A0069)（查訪日期：2008年6月20日）

<sup>360</sup> *Id.* at para. 69. “only those restrictions on freedom of competition, free movement of goods or freedom to provide services which are inherent in the protection of the actual substance of the intellectual property right are permitted in Community law.”

產權作為規避規範的屏障，該權利行使行為將受到歐洲共同體條約第 81 條（水平與垂直的限制競爭協議<sup>361</sup>）、第 82 條（濫用優勢地位）等競爭法規定的適用，以下分述之。

## 第二目 水平與垂直的限制競爭協議

依據歐洲共同體條約第 81 條第 1 項規定：「下列行為因與共同市場相牴觸而應予禁止：所有事業間之協議、同業公會之決定與互為一致的共同行為（concerted practices），將影響會員國間貿易，以及意圖或足以產生妨礙、限制或破壞共同市場內部競爭者，特別是有下列行為：

- (a) 直接或間接地調整買賣價格或其他任何交易條件；
- (b) 限制或控制生產、市場、技術發展或投資；
- (c) 分割市場或供應來源；
- (d) 就相同之交易適用不同的交易條件，因而使相對人處於不利之競爭地位；
- (e) 契約之簽訂係以交易相對人接受附加義務為條件，而該義務就其本質或

依商業習慣而言，皆與契約意旨無關。<sup>362</sup>」

<sup>361</sup> 由於我國公平交易法第 7 條將聯合行為之定義限定在同一產銷階段的「水平聯合」，而不包括「垂直」的限制競爭協議在內，但歐盟競爭法則未區分水平或垂直的限制競爭協議，統一規範於歐洲共同體條約第 81 條，為避免誤解，本文在此避免使用「聯合行為」一詞，而改用「限制競爭協議」。

<sup>362</sup> 本中譯係參照王泰銓主編，「歐洲聯盟條約與歐洲共同體條約譯文及重要參考文件」，頁 105-106，翰蘆出版，2006 年，予以潤飾而成。原文如下：EC Treaty Article 81 (1): “The following shall be prohibited as incompatible with the common market: all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the common market, and in particular those which:

- (a) directly or indirectly fix purchase or selling prices or any other trading conditions;
- (b) limit or control production, markets, technical development, or investment;
- (c) share markets or sources of supply;
- (d) apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;

此外，同條第 2 項則規定：「任何違反本條規定之協議或決定應自動無效。<sup>363</sup>」

依此，本條規範並未區別垂直或水平限制競爭協議，亦不論其協議之形式為何，只要其意圖或足以產生妨礙、限制或破壞共同市場內部競爭者，即應有本條之適用。以下即按照一般限制真品平行輸入行為時較常見的限制銷售地域、對象、價格等行為態樣分別簡述：

### 一、限制銷售地域

在著作真品平行輸入之情形，由於平行輸入係透過未經著作權人授權之管道輸入並且流通，因此平行輸入行為即意謂就系爭之著作物著作權人所預期銷售之區域與實際上該著作被銷售予公眾之地區不同。為避免平行輸入之發生，著作權人有可能意圖限制其著作之轉售地域範圍。不論是藉由契約、非正式的默契或一致性行為而意圖限制其顧客之轉售地域，皆可能違反第 81 條規定。

首先為「禁止輸出」之約款。系爭著作物的提供者以買受人同意不將系爭著作原件或重製物輸出至其他地區作為繼續提供之條件，此同意可能是直接的約定、或者透過第三人而溝通。其目的通常是為了防止其著作物被從低價的區域傳遞到高價的區域，實際上往往就是在防止平行輸入之發生<sup>364</sup>。由於此種行為將造成市場被按照經濟發展程度而分割，歐盟法院實務上認為此種禁止輸出之約定違反第 81 條<sup>365</sup>。

以 1978 年的 *Miller Int'l Schallplatten GmbH v E.C. Commission* 案<sup>366</sup>為例，該

---

(e) make the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.”

<sup>363</sup> 原文如下：EC Treaty Article 81 (2): “Any agreements or decisions prohibited pursuant to this Article shall be automatically void.”

<sup>364</sup> See Thomas Hays, *supra* note 37, at ¶ 4.17.

<sup>365</sup> E.g. Case C-70/93 *Bayerische Motorenwerke AG v ALD Auto-Leasing D GmbH* [1995] E.C.R. I-3439; [1996] 4 C.M.L.R. 478.

<sup>366</sup> Case 19/77 *Miller Int'l Schallplatten GmbH v E.C. Commission* [1978] E.C.R. 131; [1978] 2 C.M.L.R. 334. 其判決全文可自下列網頁取得：

案之背景事實為：Miller 為一製造唱片、錄音帶之德國公司，其產品主要銷售於德國境內市場，僅有少部份會輸出至歐盟其他國家或歐盟以外的國家。其所製造之錄音物主要皆為較低價位之錄音，銷售給批發商、百貨公司、零售商、超級市場等通路，出口部份則由國外的獨家進口商或德國出口商為主<sup>367</sup>。Miller 公司與其經銷商簽訂獨家銷售協議，禁止其錄音物之輸出，本案之爭點在於此一行為是否造成共同市場之競爭受到限制，而違反歐洲經濟共同體條約第 85 條第 1 項（即現行歐洲共同體條約第 81 條第 1 項）之規定<sup>368</sup>。

歐盟法院於該案中認為，禁止出口的條款，不論是出於供貨者或顧客之提議而成立的，既然締約當事人之合意的目的在於分割市場，就應該構成限制競爭，而供貨者並未嚴格執行其禁止出口約款的事實，並無法證明此約定不會對競爭秩序造成影響。因此儘管 Miller 宣稱該禁止出口之條款並非出於其單方的獨斷要求，而是出於其交易相對人之希望才締結的，但此種行為仍受到歐洲經濟共同體條約第 85 條第 1 項所禁止<sup>369</sup>。法院進一步認為 Miller 之行為是意圖藉由禁止出口來防止低價錄音物之回銷，以保護其德國市場<sup>370</sup>，衡量 Miller 於市場之地位、生產規模、以及其出口與定價策略，應認為系爭約款對於會員國間之貿易有生實質影響之虞<sup>371</sup>。同樣地，「禁止輸入」之約款也受到歐洲共同體條約第 81 條之禁止<sup>372</sup>。

綜上所述，儘管禁止輸出或輸入並非「當然」具有限制競爭之效果<sup>373</sup>，然而歐盟法院仍認為禁止輸出或輸入之行為具有相當的限制競爭性質，因為其將造成

---

[http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61977J0019](http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61977J0019)（查訪日期：2008 年 6 月 20 日）

<sup>367</sup> *Id.* at para. 2.

<sup>368</sup> *Id.* at para. 3.

<sup>369</sup> *Id.* at para. 7.

<sup>370</sup> *Id.* at para. 12.

<sup>371</sup> *Id.* at para. 15.

<sup>372</sup> *E.g.* Case 258/78 *Nungesser (L.C.) KG and Kurt Eisele v EC Commission* [1982] E.C.R. 2015; [1983] 1 C.M.L.R. 278, para. 77-78. 其判決全文可自下列網頁取得：  
[http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61978J0258](http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61978J0258)（查訪日期：2008 年 6 月 20 日）

<sup>373</sup> 例如禁止輸出或輸入是在產品剛上市尚未廣為大眾所接受或熟悉時，為拓展市場知名度等情形，則可能不違反競爭法的規定，惟此種情況多見於專利或商標法之情形，著作之平行輸入則較少此種情形。

市場劃分之效果(尤其以禁止輸出更被認為具有違法性),所以在實務上歐盟法院與執委會在判斷是否構成第 81 條第 1 項之侵害時,實質上是將舉證責任移轉至供應商身上,供應商必須負責證明其限制區域市場內平行輸入或輸出的約款並非違法的限制競爭行為<sup>374</sup>。

## 二、限制銷售對象

限制銷售對象之約款尚可分為垂直的限制(從批發商至零售商的垂直銷售體系間)與水平的限制(在批發商或零售商等同一產銷階段間),但不論哪一種限制約定皆受到歐洲共同體條約第 81 條之規範,此點與我國公平交易法不同。

典型的限制銷售對象依其行為態樣尚可分為三類:第一、全面禁止嗣後之商業化行為的「全面禁止轉售條款」;第二、限制排除某類型的轉售購買對象;第三、限制只能向獨家供應商購買的「獨家銷售條款」<sup>375</sup>。

### (一) 全面禁止轉售條款

針對第一種「全面禁止轉售條款」,歐盟法院認為此種約款本身即該當於第 81 條所禁止的行為<sup>376</sup>,此種情況應較無疑義。

### (二) 排除特定類型之轉售對象

其次第二種「排除特定類型之轉售對象」(在平行輸入之情形,特別是針對平行輸入業者),包括經銷商被要求不得提供著作給平行輸入業者、或者製造商要求某會員國之經銷商不得轉售給在其他會員國為顧客擔任仲介購買之事業等情形,由於其目的皆在阻礙平行輸入行為之發生,對於區域內市場的競爭足以產生影

<sup>374</sup> See Thomas Hays, *supra* note 37, at ¶ 4.21. 另請參照 P. Jakobsen and M. Broberg, *The Concept of Agreement in Article 81 EC*, [2002] E.C.L.R. 127, 138.

<sup>375</sup> See Thomas Hays, *supra* note 37, at ¶ 4.27.

<sup>376</sup> 相關案例例如 *Case 41/69 ACF Chemiefarma, NV v EC Commission* [1970] E.C.R. 661.

響，歐盟法院認為這類限制轉售行為皆違反第 81 條之規定<sup>377</sup>。

在此值得特別說明者為「選擇性流通體系 (selective distribution system)」。所謂「選擇性流通體系」係指商品從製造、廣告、運輸、批發到零售的整體流通體系皆由經選定的特定事業負責而具排他性<sup>378</sup>。選擇性流通體系的問題在真品平行輸入之討論中具相當之重要性，因為其為智慧財產權人最基本的商業化散布模式，藉由選擇性流通體系所建立起的商品稀少性，可使體系內的事業獲得較高的單位利益<sup>379</sup>，此外，由於選擇性流通體系能擴張智慧財產權人或其所授權之製造商對於含有其智慧財產之商品的控制力，當流通體系夠廣泛時，甚至能讓智慧財產權人持續控制系爭商品直到賣給最終端消費者為止，故此種流通體系對於阻礙平行輸入行為具相當的作用<sup>380</sup>。另一方面，選擇性流通體系要能順利運作往往需伴隨一定程度的供給獨占性，所以智慧財產權正好與其相輔相成。蓋因若市場上還有其他供給來源（例如在工具書市場中，有其他功能性較接近的著作存在可供替代挑選），則流通體系中其他事業願意配合著作權人所要求之限制轉售價格與對象等條款之意願即隨之降低。因此可以說實質上「選擇性流通體系」是兩種妨礙著作平行輸入方法之結合：以契約控制著作散布之對象與地區、並以著作權為後盾確保此種流通體系之不被破壞。

此種流通體系可能造成非體系內部之事業根本無法參與競爭，且就體系內部之事業彼此間的交易自由也受到限制（因其不得與該體系外的事業交易），從而減損其競爭之可能，因此實質上也屬於排除特定轉售對象的行為。惟就其合法性而言，歐盟法院基本上認為，建立「選擇性流通體系」之協議如果並未限制該體系內部之轉售自由，則得豁免於第 81 條之禁止規定，反之則將被視為足以產生分割

---

<sup>377</sup> 相關案例例如 Case 86/82 *Hasselblad (G.B.) Ltd. v E.C. Commission* [1984] E.C.R. 883, [1984] 1 C.M.L.R. 559.

<sup>378</sup> See Thomas Hays, *supra* note 37, at ¶ 4.37.

<sup>379</sup> *Id.*

<sup>380</sup> *Id.* at ¶ 4.46.

市場的效果、有損於區域市場之目標而違反第 81 條的規定<sup>381</sup>。申言之，儘管選擇性流通體系必然會多少影響區域市場內的競爭，但事業為了符合法律規定（例如提供在高品質或高科技產品方面所需的特別服務，以維持其交易的專業性），足以成為其減少價格競爭但促進價格以外其他競爭因素的正當理由<sup>382</sup>。選擇性流通體系在為了達成法定目標的範圍內，具有促進價格以外其他方面競爭的效果，因此與第 81 條規定所要求的競爭狀態相符合，選擇性流通體系所隱含對競爭的限制僅限於事實上具有上述促進競爭效果時，方屬合法，否則就只是單純的限制價格競爭<sup>383</sup>。

此外，歐盟法院在判斷選擇性流通體系是否以妨礙平行輸入為目的時，基本上是以該散布協議內容是否包含禁止「再輸出 (re-export)」的約款作為判斷準據，依據歐盟法院之案例法，如果獨家流通契約的內容包含禁止「再輸出 (re-export)」的條款，則締約雙方當事人應是意圖藉由一致性行為限制未經授權之經銷商從事平行輸入行為，此時該行為即屬違反第 81 條第 1 項的規定<sup>384</sup>。例如若製造商直接要求其下游經銷商不得供貨給特定顧客，因為製造商相信該顧客意圖將商品輸出並轉售至其他會員國市場，若經銷商同意此等約款，即該當於第 81 條第 1 項<sup>385</sup>。

總而言之，由於選擇性流通體系有助於促進價格以外其他面向的競爭，因此

---

<sup>381</sup> See Case T-43/92 *Dunlop Slazenger International Ltd v EC Commission* [1994] E.C.R. II-441, para. S3. 原文如下：“When a producer chooses to organize the distribution of its products by a network of authorized distributors who are guaranteed exclusive or selective distribution, such a distribution system will be permitted under Community competition law only on condition that inter alia no prohibition on the resale of the products in question within the distribution network is imposed in fact or in law on the authorized distributors. Such stipulations, the effect of which is to partition national markets and in so doing to thwart the objective of achieving a common market, are inherently contrary to Article 85(1) of the Treaty.”

<sup>382</sup> See Case 107/82 *Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG v EC Commission* [1983] E.C.R. 3151; [1984] 3 C.M.L.R. 325, para. S4.

<sup>383</sup> *Id.* 另請參照 Case 26/76 *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG v EC Commission* [1977] E.C.R. 1875, [1978] 2 C.M.L.R. 1, para. 21. 以及本文下述限制轉售價格部份之討論。

<sup>384</sup> See Case T-49/95 *Van Megen Sports Group BV v EC Commission* [1995] E.C.R. II-1799; [1997] 4 C.M.L.R. 843, para. 35; Case 86/82 *Hasselblad (G.B.) Ltd. v E.C. Commission* [1984] E.C.R. 883, [1984] 1 C.M.L.R. 559, para. S2; Case T-43/92 *Dunlop Slazenger International Ltd v EC Commission* [1994] E.C.R. II-441, para. 88.

<sup>385</sup> See *W. Burns Tractors v Sperry New Holland*, (85/617/EEC) [1985] O.J. L-376/21; [1988] 4 C.M.L.R. 306, para. 56.

原則上選擇性流通體系之成立並不違反第 81 條規定。惟一旦選定哪些事業可加入該「選擇性流通體系」後，在該體系內的事業即應得以自由地彼此進行交易，不論是水平或垂直、不論在地理區域內或區域外，方屬合法<sup>386</sup>。

### （三）獨家銷售條款

最後一種「獨家銷售條款」則多半直接規定於供給契約中，但不必然會構成第 81 條的違反，依照歐盟法院之見解，除非符合以下兩要件，否則不致違反第 81 條規定：其一，在系爭的特定之經濟與法律背景下，該市場之進入障礙較高；其二，該契約適用於該特定之經濟與法律背景下，所產生之限制競爭之效果對於「封鎖效應 (sealing-off effect)」具重大影響，至於其影響程度則取決於締約當事人在相關市場之地位以及該約款的期間長短<sup>387</sup>。申言之，當獨家銷售契約同時課予買受人獨家購買的義務 (exclusive purchasing obligation) 時，就有可能違反第 81 條規定，反之，若獨家銷售契約允許買受人向其他會員國的供應商購買系爭商品，此時若系爭商品在其他會員國或區域市場外之供應貨源充足，則獨家銷售契約不至於對區域市場內的競爭造成負面影響<sup>388</sup>。

### 三、限制轉售價格

再者，對於競爭秩序具有最直接影響者則為限制轉售價格條款。因為能夠獨立自由設定或變更商品或服務的價格為市場經濟中最重要的競爭機制之一，因此競爭法對於限制價格行為的規範態度也特別嚴格。不論其形式為何，只要在經銷契約中對經銷商設定轉售價格之自由加以限制的條款皆屬違反第 81 條第 1 項規定

<sup>386</sup> See Thomas Hays, *supra* note 37, at ¶ 4.38.

<sup>387</sup> Case C-234/89 *Stergios Delimitis v Henninger Bräu AG* [1991] E.C.R. I-935, [1992] 5 C.M.L.R. 210, para. 27 其判決全文可自下列網頁取得：  
[http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61989J0234](http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61989J0234) (查訪日期：2008 年 6 月 20 日)

<sup>388</sup> *Id.* at para. 28-33.

然而仍應注意，價格也不是競爭機制的唯一要素，正如同本文前述歐盟法院在判斷「選擇性流通體系」的合法性時，曾指出「事業為了符合法律規定（例如提供在高品質或高科技產品方面所需的特別服務以維持其交易的專業性），足以成為其減少價格競爭但促進價格以外其他競爭因素的正當理由。」於1977年的 *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG v EC Commission* 案<sup>390</sup>中，歐盟法院表示儘管價格競爭相當重要，但仍非唯一具影響力的競爭形式，或絕對不得被限制。當「選擇性流通體系」之成員是依據各事業與其職員的技術資格等品質面向，以及其交易條件的適合度等客觀標準而挑選，且上述條件對於所有潛在競爭者而言是統一而無偏見的，則此種選擇性流通體系本身就可認為是一種符合第81條第1項規定的競爭<sup>391</sup>。

由上述見解可歸納出讓選擇性流通體系不致違反第81條規定需符合三點要件<sup>392</sup>，第一、系爭商品必須在本質上有採用「選擇性流通體系」之需求，像是精密的電子儀器例如汽車（需要經訓練的專業人員協助顧客挑選與操作適合的車輛，並提供售後服務等），或者流行商品例如化妝品或皮包（其價值的一大部份都是建構在社會大眾期待其被展示銷售於某些場所，藉此顯示出其品牌之魅力，就如同化妝品專櫃一定設置在百貨公司精美裝潢的展間，至少也是在藥粧店內，但絕不會被期待放在路邊攤銷售），此類商品在先天條件上或者大眾主觀認知上可能需要滿足部份「品質方面的條件」（qualitative measures）以確保商品被適當的展示。第二、選擇該流通體系成員的標準必須完全是從「品質面向」來要求，且必須以一貫而沒有偏見的方式進行。第三、其品質的要求不得高於為保護該商品而在本質上所需的程度。若上述三項要件皆符合，則選擇性流通體系就不致該當於

<sup>389</sup> See Thomas Hays, *supra* note 37, at ¶ 4.33.

<sup>390</sup> Case 26/76 *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG v EC Commission* [1977] E.C.R. 1875, [1978] 2 C.M.L.R. 1.

<sup>391</sup> *Id.* at para. 20-21.

<sup>392</sup> See Thomas Hays, *supra* note 37, at ¶ 4.34.

第 81 條第 1 項所禁止的行為。本案之見解也成為後來歐盟法院在諸多案例中參考援用之基礎<sup>393</sup>。

不過，單純的著作權案件似乎較少見能滿足上述要件所要求的特質之情形，因此事實上著作權人若採取選擇性流通體系作為其散布著作之方式，很有可能因為無法該當歐盟法院對於選擇性流通體系合法性之要求，而被認定為違反第 81 條第 1 項規定。

#### 四、區域市場外之限制競爭約款

上述各種限制競爭的條款的合法性分析皆以當事人雙方皆為歐盟共同市場內的事業且其行為亦發生於歐盟境內為限。然而平行輸入也有可能來自於歐盟市場外的其他國家，若一方當事人為非歐盟會員國的事業，所限制的是從區域市場外輸入的行為，此種約款效力如何？是否有歐盟競爭法之適用？

對此，歐盟所採取的態度仍以保護共同市場內部之競爭秩序為主。首先，如果系爭行為足以對於歐盟共同市場之競爭秩序造成不良影響，則仍應有歐盟競爭法之適用，不因其行為人是否在法律上屬於歐盟共同市場內的事業而有差異。因為第 81 條第 1 項所要規範的是會對於區域共同市場之競爭秩序造成妨礙的行為，因此判斷重點實應放在行為之限制競爭效果對區域共同市場之影響程度。

歐盟法院於 1971 年的 *Béguelin Import Co. v S.A.G.L. Import Export. SA* 案<sup>394</sup>中即表示，當事人之事業為位於非歐盟區域共同市場之國家並不影響第 81 條第 1 項之適用，因為其限制競爭條款是在共同市場境內生效。當一份獨家銷售契約之雙方當事人分別為位於共同市場外的第三國製造商，以及位於共同市場內的流

<sup>393</sup> See e.g. Case 107/82 *Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG v EC Commission* [1983] E.C.R. 3151; [1984] 3 C.M.L.R. 325; Case 210/81 *Demo-Studio Schmidt v EC Commission* [1983] E.C.R. 3045; [1984] 1 C.M.L.R. 63; Case 126/80 *Maria Salonia v Giorgio Poidomani and Franca Baglieri* [1981] E.C.R. 1563; [1982] 1 C.M.L.R. 64。

<sup>394</sup> Case 22/71 *Béguelin Import Co. v S.A.G.L. Import Export. SA* [1971] E.C.R. 949; [1972] 1 C.M.L.R. 81

通業者時，若其契約禁止流通業者將系爭商品「再輸出」至其他會員國；或禁止從其他會員國輸入受保護的地區內；或禁止非獨家經銷業者或其顧客以外之人將系爭商品輸入至該受保護地區，就會對共同市場內競爭造成影響<sup>395</sup>。尤其當結合了契約的效力與各國法對於不公平競爭之規範後，經銷商將得以阻止他人自其他會員國將系爭商品平行輸入至契約所指定的特定地區時，此時該獨家銷售協議將對於共同市場之交易秩序產生影響<sup>396</sup>。

基此，即使有一方當事人位於歐盟境外其他國家，但其妨礙真品平行輸入之協議若實行於歐盟會員國境內，限制了他人自其他會員國將系爭商品平行輸入至契約所指定的特定地區時，則行為之效果仍會對歐盟共同市場造成負面影響，所以應有第 81 條第 1 項之適用。惟應注意者為，在此競爭法適用之前提仍為系爭著作原件或重製物之散布權已耗盡，換言之，即已經由著作權人自願性的將系爭著作原件或重製物散布於歐盟區域市場內，其散布權方始耗盡，此時若著作權人再利用契約協議等方式意圖控制或妨礙系爭著作之散布，才會該當於第 81 條第 1 項所禁止的行為。

至於限制或禁止來自歐盟共同市場外其他國家的著作平行輸入行為，由於目前歐盟關於著作散布權之耗盡原則是採取區域耗盡理論，已如本文第三章所述，若系爭著作原件或重製物從未經過著作權人自願性的將之散布於歐盟區域市場內，此時散布權尚未耗盡，著作權人本得基於其散布權禁止未經其同意的散布行為，所以原則上單純行使其散布權的行為，應不構成第 81 條所禁止之限制競爭行為<sup>397</sup>。然而，必須注意者，歐盟法院向來認為智慧財產權的「行使」行為仍需受到競爭法規範，故限制散布權尚未耗盡的著作從共同市場外平行輸入的合意或協議並非「絕對」沒有第 81 條的適用可能。在商標法的領域，儘管歐盟對商標權也

<sup>395</sup> *Id.* at para. 11-12.

<sup>396</sup> *Id.* at para. 14.

<sup>397</sup> 與此相關的案例請參照本文下述濫用優勢地位部份的 *Micro Leader* 案。

是採取區域耗盡理論，但於著名的 *EMI v CBS* 案<sup>398</sup>中，法院就曾經表示：當限制競爭協議成立於共同市場內的事業以及市場外第三國的競爭者之間，其效果足以隔離共同市場，而妨礙從共同市場外部第三國供給系爭商品或者相類似的商品時，就可能對共同市場內部的競爭秩序造成負面影響。尤其當系爭商品在第三國的商標權人同時也在共同市場內各會員國設有子公司，並負責系爭商品的經銷販售，則此種分割市場的行為就可能對會員國間的貿易產生影響<sup>399</sup>。

學者整理法院在上述 *EMI v CBS* 案之見解，認為限制來自共同市場外部的平行輸入行為要該當於歐洲共同體第 81 條所禁止之限制競爭協議，必須符合下列四點要件<sup>400</sup>：

- (一)、協議的當事人之一方必須在共同市場內有商業活動。
- (二)、用來阻礙輸入的機制是基於與市場有關的智慧財產權。
- (三)、其行為的效果足以造成市場被隔離切割，而無法自外部取得供給或其他替代品。
- (四)、智慧財產權人在共同市場內維持著選擇性流通體系，藉此在共同市場內部設定更高的商品價格。

若認可歐盟法院在上述涉及商標權的 *EMI v CBS* 案之見解，則同理似亦應可套用於著作權法案件<sup>401</sup>。綜上所述，儘管歐盟在著作權方面採取的是區域耗盡原

<sup>398</sup> Case 51/75 *EMI Records Limited v CBS United Kingdom Ltd* [1976] E.C.R. 811; [1976] 2 C.M.L.R. 235.

<sup>399</sup> *Id.* at para. 28-29.

<sup>400</sup> See Thomas Hays, *supra* note 37, at ¶ 4.63.

<sup>401</sup> 歐盟法院於 Case 55 & 57/80 *Musik-Vertrieb membran GmbH et K-tel International v GEMA* [1981] E.C.R. 147; [1981] 2 C.M.L.R. 44. 案件中即曾表示，「在判斷歐洲共同體條約第 30 條規定的『industrial and commercial property』時，著作權法應與專利權及商標權受到同等對待，儘管著作權確實包含人格權的部份在內，但同時也包含將其著作予以商業化行銷的權利，當透過授權利用著作的形式收取權利金時尤然（參見該判決，para. 11-12）。」若從此觀點，則上述 EMI 案的見解或許可供為處理著作權平行輸入問題之依據，惟亦有論者認為尚無法就此斷言法院對著作權案件也會採取相同態度，而主張仍有待法院判決進一步確認此一問題，請參見 Helen Norman, *Parallel*

則，因此著作權人若僅僅基於其散布權而禁止在共同市場內尚未耗盡的著作自市場外的國家輸入歐盟並在歐盟境內散布，本應屬正當行使其法律所賦予的權利，不致違反競爭法的規定，但當其結合了選擇性流通體系等措施而不當分割市場、造成共同市場內外巨幅價差時，則仍可能有第 81 條規定的適用。

### 第三目 濫用市場優勢地位

歐洲共同體條約第 82 條規定：「一個或數個事業濫用其在共同市場或其重要部份內之優勢地位，而可能影響會員國間貿易者，因與共同市場之目標相牴觸，應予禁止。此等濫用特別可能存在於下列情況中：

- (a) 直接或間接設定不公平的買賣價格或其他不公平之交易條件；
- (b) 限制生產、市場或技術之發展而不利於消費者；
- (c) 針對其他貿易者將相異條件應用於相同交易，因而使其在競爭中處於劣勢；
- (d) 契約之簽訂係以交易相對人接受附加義務為條件，而該義務就其性質或依商業習慣而言，皆與契約意旨無關。<sup>402</sup>」

---

*Imports From Non-EEA Member States: The Vision Remains Unclear*, E.I.P.R. 2000, 22(4), 159-170。

<sup>402</sup> 本中譯係參照王泰銓主編，前揭註 362 書，頁 106-107 之翻譯，予以潤飾而成。原文如下：EC Treaty Article 82: “Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the common market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the common market in so far as it may affect trade between Member States. Such abuse may, in particular, consist in:

- (a) directly or indirectly imposing unfair purchase or selling prices or other unfair trading conditions;
- (b) limiting production, markets or technical development to the prejudice of consumers;
- (c) applying dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;
- (d) making the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.”

依此規定，要構成第 82 條所規定之濫用優勢地位（abuse of dominant positions），必須符合以下三大要件：第一、需有優勢地位的存在；第二、不當濫用該優勢地位；第三、其濫用行為需足以影響會員國間的貿易。

#### 一、具有優勢地位（the existence of a dominant position）

欲判斷是否有優勢地位的存在，首先必須先處理者為「市場定義」之問題。依據歐盟法院於 *United Brands* 案之見解，界定「相關特定市場」時，需考量系爭商品之特性、及其所行銷之地理區域在競爭條件需相類似到達足以判斷相關事業的經濟上實力（economic strength）所帶來之影響的程度<sup>403</sup>。換言之，原則上係以商品市場之界定為主，再輔以地理區域之判斷。

根據歐盟執委會參酌歐盟法院之見解而於 1997 年所公布之「共同體競爭法之相關市場定義通知」<sup>404</sup>，「商品市場」範圍之界定主要係由商品服務對於消費者而言之「可替換性（interchangeable）」或「可替代性（substitutable）」來決定，換言之，主要是以「需求面之可替代性」作為其判斷標準，若商品或服務按其性質、價格或用途對於購買人而言是可替代的，即可被劃分為同一商品或服務市場<sup>405</sup>。

其次在「地理市場」之界定方面，依據上述「共同體競爭法之相關市場定義通知」，對於地理市場之定義如下：特定地理市場係指涉案的事業供給或者購買商品或服務之地域，在該地域範圍內其競爭條件具足夠的相似性，並且能與其他相鄰地域因為競爭條件的一定程度差異而相區別<sup>406</sup>。至於具體判斷上，前述商品市場中之替代可能性判斷原則同樣適用於地理市場之界定<sup>407</sup>。

當依照上述定義確認系爭特定市場的範圍之後，接著必須判斷者，即為系爭

<sup>403</sup> See Case 27/76 *United Brands Company and United Brands Continentaal BV v E.C. Commission* [1978] E.C.R. 207; [1978] 1 C.M.L.R. 429 [hereinafter *United Brands*], at para. 11.

<sup>404</sup> Commission Notice on the definition of the relevant market for the purpose of Community competition law, OJ 1997 C 372/5

<sup>405</sup> *Id.* at para. 7.

<sup>406</sup> *Id.* at para. 8.

<sup>407</sup> 關於歐盟競爭法第 82 條較詳盡的說明，請參照 Robert O'Donoghue & A Jorge Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, (2006).

事業在該市場中是否具有優勢地位。對此，歐盟法院基本上認為，當事業所擁有之經濟上實力（economic strength）使其得以在一定程度上獨立於其他競爭事業、客戶甚至最終消費者，而進行妨礙該特定市場內有效競爭（effective competition）之維持的行為時，即被認為具有優勢地位<sup>408</sup>。

至於具體認定之方法，一般皆從市場結構之分析出發，以市場占有率之高低作為最重要的一項判斷要素，再參酌競爭事業進入或擴張市場之容易程度、是否存在特殊障礙等其他事實狀態，各種因素予以綜合考量後方可認定<sup>409</sup>。歐盟法院以及執委會在實務運作上一般認為，在相關特定市場上，市場占有率高於70%之事業，強烈推定其具有優勢地位，幾乎毋需提供進一步證據<sup>410</sup>；市場占有率介於50%至70%之間之事業，其推定力稍弱，需有其餘事由佐證其優勢地位之存在；市場占有率介於40%至50%之間之事業，則需仔細斟酌相關事證，不直接推定為具有優勢地位；市場占有率低於40%之事業，原則上除有特殊情形，否則不被認為具有優勢地位<sup>411</sup>。

依照上述判斷標準，在判斷妨礙著作真品平行輸入之行為是否構成優勢地位之濫用時，為確認行為人是否具有優勢地位，同樣需先界定系爭商品市場究竟為何。若由購買者需求的面向觀之，由於著作所表達者為作者個人之思想觀念，每一著作皆為作者人格特質之展現，因此一般消費者於挑選著作商品時可能是出於其個人主觀上對於該著作之偏好。則依前述歐盟法院於界定商品市場時所根據之「可替代性」判斷標準，由於每一著作之重製權、散布權、改作權等皆由其著作權人所專有，並具有排他性，加之著作權之賦予以具有原創性為前提，因此就作

<sup>408</sup> See *United Brands*, supra note 403, at para. 65; Case 322/81 *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v E.C. Commission*, [1983] E.C.R. 3461; [1985] 1 C.M.L.R. 282, para. 30; Case T-69/89 *Radio Telefis Eireann v E.C. Commission* [1991] E.C.R. II-485; [1991] 4 C.M.L.R. 586, para. 63.

<sup>409</sup> See Robert O'Donoghue & A Jorge Padilla, supra note 407, at 109.

<sup>410</sup> 歐盟法院於部份判決中認為，70%以上的市場占有率本身即已足以證明優勢地位之存在，毋需提供更進一步之證據。請參見例如 Case 85/76 *Hoffmann-La Roche & Co. AG v E.C. Commission* [1979] E.C.R. 461; Case C-53/92P, *Hilti AG v E.C. Commission*, [1994] E.C.R. I-667; Case C-333/94 P *Tetra Pak International SA v E.C. Commission* [1996] E.C.R. I-5951.

<sup>411</sup> See Robert O'Donoghue & A Jorge Padilla, supra note 407, at 112-115.

者所灌注之精神創作與人格特質層面的獨特性而言，原則上可以說各著作相互間不具完全的可替代性，甚至可以說每一著作皆為無可替代。著作權相異於商標權與專利權之特色即在於，著作權相當注重著作權人於著作中所蘊藏的人格精神內涵及其各自獨特的表現方式，固然在部份功能性色彩較強烈的工具書類型著作或者電腦程式著作等情形，在功能上或許可能具備某程度之可替代性，但就其他一般語文著作、音樂著作、戲劇舞蹈著作、視聽著作等未必有特定功能取向的著作類型，實難謂其有完全的可替代性。

如上所述，若在具體個案中肯認系爭著作與其他同類型著作彼此間不具可替代性，則該著作本身即可構成一獨立商品市場，此時著作權人或其所授權之人基於法律所賦予之排他性權利，可完全排除其他人非經同意而重製或散布系爭著作之權利，即在此著作的供給市場中取得絕對的優勢地位。而若在個案中發現雖然系爭著作與其他同類型著作，彼此在內容上不具完全的可替代性，但當消費者搭配價格或其他因素綜合考量的結果，仍可能以其他著作替換時，則此時商品市場之範圍即不僅止於系爭著作而已，則該著作之提供權人在特定市場中是否具備優勢地位，尚需視其市場占有率、市場參進障礙等其他因素，綜合判斷其是否擁有得以獨立影響該特定市場內競爭秩序的市場地位。

在此值得注意者，為著名的 *Magill* 案<sup>412</sup>，該案背景事實略為：Radio Telefis Eireann（下簡稱為 RTE）為愛爾蘭一家廣播電視公司，其與 ITV 以及 BBC 同為愛爾蘭三大電視公司，在愛爾蘭絕大多數家庭皆可收看上述三家電視公司之節目。而當時 RTE 等三家電視公司皆各自出版其自家的廣播電視節目表，並擁有該廣播電視節目表之著作權，因而可禁止他人未經同意重製其節目表。由於 *Magill TV Guide Ltd*（下簡稱為 *Magill*）希望能出版完整的電視節目導覽週刊，卻遭到 RTE 等三家電視公司之禁止，*Magill* 因此控訴 RTE 等拒絕授權其出版電視節目

<sup>412</sup> Joined Cases C-241/91 P and C-242/91 P, *Radio Telefis Eireann (RTE) and Independent Television Publications Ltd (ITP) v E.C Commission* [1995] E.C.R. I-743; [1995] 4 C.M.L.R. 718 [hereinafter *Magill*].

表，已構成優勢地位之濫用，違反歐洲經濟共同體條約第 86 條（筆者按：即現行歐洲共同體條約第 82 條）<sup>413</sup>。對此，歐盟法院認定由於頻道之基本資訊，例如日期、時間與節目名稱等資訊為電視公司製播節目之必要成果，而為製作電視節目雜誌所需資訊之唯一來源，因此 RTE 等公司事實上獨占了編輯全愛爾蘭家庭所收看的電視節目表所需的資訊，在此種情況下，RTE 等公司即處於得以阻止電視週刊市場之有效競爭的地位，因此 RTE 等公司確實具有優勢地位<sup>414</sup>。

如上所述，儘管 *Magill* 案中沒有任何一家事業之市場占有率超過 33%，但由於電視節目表的相關資訊內容事實上皆由電視公司所獨占，再加上著作權所賦予之排他性權利，創造出市場參進的法定障礙，因此法院仍認定其具有優勢地位。

## 二、不當濫用該優勢地位

如上所述，若已確認系爭事業在相關市場中具有優勢地位，則尚須進一步檢視其妨礙平行輸入之行為是否已構成優勢地位之濫用。單純的具有優勢地位並不足以構成優勢地位之濫用，然而若事業進一步企圖擴張或者鞏固其優勢地位，即有可能構成濫用之情事。就著作權而言，依據歐盟法院於上述 *Magill* 案之見解：在現行歐盟尚未有統一協調法律的情形下，關於賦予智慧財產權保護之實體及程序要件固然係屬各會員國自行決定之事項，並且當著作權人基於其所享之排他性重製權而拒絕授權，即使該著作權人具有優勢地位，其拒絕授權行為本身仍不得視為一種優勢地位的濫用。然而，例外當此種排他性權利之「行使（exercise）」構成「濫用行為（abusive conduct）」時，則仍有第 86 條（即現行第 82 條）的適用<sup>415</sup>。

既然著作權人本來享有決定是否以及如何散布其著作之權利，因此單純行使其著作權所賦予之排他性權利，此行為本身並不構成優勢地位之濫用，惟若著作

<sup>413</sup> *Id.* at para. 6-11.

<sup>414</sup> *Id.* at para. 47.

<sup>415</sup> *Id.* at para. 49-50.

權人係意圖藉由智慧財產權之授權，積極限制著作的平行輸入行為，藉此排除競爭並維持其所設定之價格，則可能構成優勢地位之濫用<sup>416</sup>。因此，不論是直接或間接以何種方式阻止或妨礙平行輸入行為，例如全面禁止轉售系爭著作商品、拒絕出售給平行輸入業者、或報復性的拒絕與「曾與平行輸入業者交易之事業」繼續進行交易等，只要其目的在排除平行輸入之競爭，皆屬第 82 條所禁止之濫用優勢地位行為。

再者，若著作權人所排除者為來自歐洲共同市場以外之平行輸入，由於歐盟對於散布權係採取區域耗盡原則，則其妨礙輸入之行為是否構成優勢地位之濫用？則為另一難題。對此，歐盟第一審法院於 1999 年的 *Micro Leader Business v. Commission* 案<sup>417</sup>認為，雖然著作權人禁止來自歐盟以外的平行輸入此行為本身不當然違反第 82 條規定，但若有足以認定為濫用市場地位之情事仍可能有第 82 條之適用。

該案之背景略為：Micro Leader Business（下簡稱為 Micro Leader）為一法國的電腦相關產品批發商，銷售多種美國微軟公司（Microsoft）的產品。Micro Leader 從加拿大向微軟公司購買法語版的微軟軟體後，將之平行輸入至法國並向公眾銷售。惟後來微軟的法國子公司以新聞稿方式發表數項聲明表示，從加拿大平行輸入微軟之法語版軟體是違法的行為，並且已經不當侵害一般微軟經銷體系的經銷商的利益，並宣稱他們將採取各種措施以禁止加拿大的產品銷售於加拿大境外。結果 Micro Leader 因此喪失大量訂購微軟軟體的訂單，因此主張美國微軟與法國微軟公司之行為已違反歐洲共同體條約第 85、86 條（現為第 81、82 條）之規定<sup>418</sup>。

對此，歐盟第一審法院（the Court of First Instance, CFI）認為，美國微軟與

<sup>416</sup> See Thomas Hays, *supra* note 37, at ¶ 5.21.

<sup>417</sup> Case T-198/98 *Micro Leader Business v. E.C. Commission* [1999] E.C.R. II-3989, [2000] 4 C.M.L.R. 886 [hereinafter *Micro Leader Business*]. 其判決全文可自以下網頁取得：[http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&numdoc=61998A0198&lg=en](http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&numdoc=61998A0198&lg=en)（查訪日期：2008 年 6 月 20 日）

<sup>418</sup> *Id.* at para. 2-6.

法國微軟並未違反歐洲共同體條約第 85 條規定（即現行第 81 條），其理由有三：第一、第 85 條所禁止之限制競爭協議必須達成於兩個以上的事業間，但美國微軟與法國微軟屬於同一事業體，換言之在此實際上做出禁止加拿大的軟體輸入法國的決策是「微軟公司集團」；第二、Micro Leader 無法舉證證明「微軟公司」與其加拿大經銷商之間有拒絕出售給法國的平行輸入業者的分割市場協議存在；第三、縱令「微軟公司」真的有禁止其加拿大經銷商出售微軟的軟體給法國平行輸入業者，由於歐盟關於電腦程式著作散布權的耗盡原則是採取「區域耗盡原則」<sup>419</sup>，因此微軟公司禁止經銷商自加拿大輸入法國的行為僅在正當行使法律所賦予的散布權而已，並不構成第 85 條明文禁止的行為<sup>420</sup>。

然而，在歐洲共同體條約第 86 規定（即現行第 82 條）方面，歐盟第一審法院則有不同於執委會的看法，法院表示，既然內容相同的法語版軟體在加拿大的售價遠低於在法國的售價，而且在扣掉平行輸入業者將之從加拿大運至法國之運費等費用後仍然有相當差距，則如同歐盟法院在上述 1995 年的 *Magill* 案所表示的見解一般，歐盟第一審法院在本案中認為，具有優勢地位的事業所為之阻礙平行輸入行為，其行為若構成優勢地位之濫用，仍有該當於歐洲共同體條約第 86 條（現行條約第 82 條）之可能，因此法院認為執委會完全不顧歐盟市場內與市場外售價之重大差異此一事實而直接駁斥可能該當於濫用優勢地位的主張，顯然有「重大錯誤（manifest error）」<sup>421</sup>。換言之，法院似乎認為在此情形下，著作權人行使其散布權禁止來自歐盟以外的平行輸入，並非完全沒有競爭法適用之餘地，重點仍在於是否有足以構成「濫用」之情事，而法院在本案中並未直接表明其認為系爭行為究竟有無市場地位濫用之見解，僅重申雖然著作權人禁止來自歐盟以外的平行輸入此行為本身不當然違反第 82 條規定，但若有足以認定為濫用市場地

<sup>419</sup> 電腦程式著作是受到「電腦程式法律保護指令（Directive 91/250/EEC）」之規範，依該指令第 4 條（c）款之規定，其散布權的耗盡原則是採區域耗盡原則，請參見本文前述第三章第二節第二項第二款之介紹，在此不予贅述。

<sup>420</sup> See *Micro Leader Business*, *supra* note 417, at para. 29-39.

<sup>421</sup> *Id.* at para. 53-58.

位之情事仍有第 82 條之適用，而無法豁免於競爭法規範的立場。

### 三、其濫用行為需足以影響會員國間的貿易

至於濫用行為需足以影響會員國間的貿易此一要件，根據歐盟法院之見解，基本上系爭濫用行為毋需達到「實際上已對會員國間貿易產生重大影響」的程度，只要證明系爭行為「足以」影響會員國間貿易即可<sup>422</sup>。因此，原則上若著作權人基於妨礙平行輸入之目的，直接或間接採取各種阻礙平行輸入之行為，將對於相關市場內的有效競爭造成妨礙，應可認定其已足以對會員國間之貿易產生影響。

綜上所述，儘管著作權人基於法律所賦予之排他性權利，原則上得自由選擇交易之對象、銷售之地域、價格等，因此其拒絕與平行輸入業者交易、或者限制銷售地域等行為原則上仍屬其權利行使之範圍，並不當然構成優勢地位之濫用。然而若係出於排除競爭之目的妨礙平行輸入，則仍有可能該當於第 82 條所禁止之濫用優勢地位行為，並不因其屬著作權行使行為而可豁免於競爭法之規範。

總而言之，歐盟為貫徹其「商品自由流通原則」之政策性目標，一方面採取散布權區域耗盡原則，使已被著作權人自願性置於歐盟域內公開市場上之著作得以在各國間自由流通，另一方面在競爭法上，嚴格管制事業以各種方式直接或間接限制共同市場內部著作真品平行輸入之行為，盡力移除共同市場內部之貿易障礙；然而對於來自共同市場外部之著作商品，則因其散布權尚未耗盡，故除非有特殊違法之情形（例如搭配採取選擇性流通體系以加強對於著作之控制，足以對歐盟市場之競爭造成影響，或者其目的在排除共同市場內部之競爭，而濫用其優勢地位等例外情形）以外，原則上其限制平行輸入行為不構成競爭法之違反。

---

<sup>422</sup> See Magill, *supra* note 412, at para. 69.

## 第二款 瑞士

瑞士對於著作真品平行輸入行為的管制具有相當獨樹一格的規範態度。由於瑞士並未加入歐盟，亦不屬於歐洲經濟特區（European Economic Area, EEA<sup>423</sup>）之成員，因此其市場規模係屬相對較小的國家，相當仰賴自由貿易帶來之利益，其 2006 年實質國民平均所得高居世界第 7 位<sup>424</sup>，且為擁有許多智慧財產權的世界級藥廠與精密機械製造公司之總公司所在地，長期以來皆為 TRIPs 協定之最大受益國家之一<sup>425</sup>，故其對於智慧財產權保護之重視程度絕不亞於歐美等智慧財產權輸出大國。惟在另一方面，由於瑞士之物價較鄰近國家為高，因此政府對於藉由促進包含平行輸入在內的各種輸入行為來刺激國內市場競爭、降低國內物價的功能亦相當重視，因此瑞士於 2003 年修正其「聯邦卡特爾與其它限制競爭法」（Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, 又稱 Kartellgesetz, 本文下簡稱為卡特爾法），採取不同於歐美的管制態度，一方面對於著作權的散布權耗盡採取國際耗盡原則，允許平行輸入；另一方面彈性適用其卡特爾法，當被平行輸入的著作重製物是來自與瑞士在法律或經濟發展情形相近之國家時，嚴格適用卡特爾法，不允許著作權人以限制競爭之手段妨礙平行輸入；但當來自對著作權的法律保護不如瑞士或物價明顯低於瑞士之國家時，則限縮卡特爾法之適用，適度的允許著作權人妨礙平行輸入以保護其著作權人之利益。此

<sup>423</sup> 按歐洲經濟特區之組成員包括歐盟的會員國以及歐洲自由貿易協會（European Free Trade Association, EFTA）的其中三個成員國—冰島（Iceland）、列不支士敦（Liechtenstein）、以及挪威（Norway）。關於 EFTA 與 EEA 之關係簡介，請參見歐盟網頁上的之介紹：[http://ec.europa.eu/external\\_relations/eea/](http://ec.europa.eu/external_relations/eea/)（查訪日期：2008 年 6 月 20 日）

<sup>424</sup> 資料來源：World Bank, GNI per capita 2006, Atlas Method and PPP, 參考網頁：<http://siteresources.worldbank.org/DATASTATISTICS/Resources/GNIPC.pdf>（查訪日期：2008 年 6 月 20 日）。此排名為採用購買力平價（purchasing power parity, PPP）調整後之國民平均所得順位排名，日本則為第 24 名。至於台灣並未為國際銀行納入排名計算，但參照日本北九州的財團法人「國際東亞細亞研究中心」（簡稱 ICSEAD, 與美國賓西尼亞大學協同的研究機構）於其出版之「東亞細亞經濟展望」（East Asian Economic Perspectives, EAEP, 頁 67 之表 6.1, 卷 18, 2007 年。參考網頁：<http://www.icsead.or.jp/7publication/eaep.html>, 查訪日期：2008 年 6 月 20 日）所刊載之台灣 2006 年經購買力平價調整後之國民平均所得，經筆者對照上述世界銀行之統計資料，台灣應居於第 30 名。

<sup>425</sup> See Phillip McCalman, *Who Enjoys "TRIPs" Abroad? An Empirical Analysis of Intellectual Property Rights in the Uruguay Round*, 38 Canadian J. of Economics 574, 592 (2005).

種彈性的規範設計在比較法上頗具參考價值，因此本文在此特別針對其卡特爾法規範作一介紹，以下分述之。

## 第一目 現行卡特爾法規範

為了消弭國內外顯著的物價差異，瑞士政府原則上抱持著鼓勵自由貿易之政策態度，在商標權與著作權法方面皆採取國際耗盡原則，開放平行輸入，希冀藉由競爭事業之導入以活化國內市場的競爭、達成降低國內物價之目標。惟在專利法方面，考量到專利權人所付出之研究開發成本較高，為確保其報酬，仍採取國內耗盡原則，但對於妨礙平行輸入的行為則仍有可能該當於卡特爾法所禁止的行為。不過，本來卡特爾法並未特別針對妨礙平行輸入的行為作明文規範，而是透過實際案例的累積以及其競爭主管機關「競爭委員會（Wettbewerbskommission，以下簡稱為 Weko）」於 2002 年所公布的「處理垂直限制競爭協議應注意事項<sup>426</sup>」建立判斷準據。後來瑞士於 2003 年修正其卡特爾法，將上述經由實務運作所建立起的判斷準據予以明文化，本文以下即直接就其卡特爾法的內容予以介紹。

瑞士現行卡特爾法與妨礙真品平行輸入行為之違法性判斷相關之條文主要包括：第 2 條第 2 項、第 3 條第 2 項以及第 5 條。

其中第 2 條第 2 項係域外適用之規定：「本法適用於足以對瑞士造成影響的限制競爭行為，即使該行為源自於其他國家者亦同。<sup>427</sup>」依據該條規定，只要系爭限制競爭行為之效果足以對瑞士國內市場產生實質且直接的影響，即有卡特爾法

<sup>426</sup> Weko, Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden vom 18. Februar 2002. 惟 Weko 已於 2007 年 7 月 2 日另行公布了新的「處理垂直限制競爭協議應注意事項」，並於 2008 年 1 月 1 日開始生效，故原 2002 年的處理原則已於 2008 年 1 月 1 日同時失效。

<sup>427</sup> 本文關於瑞士卡特爾法的中譯皆係筆者根據 Weko 所提供的卡特爾法條文英譯版本予以翻譯成中文，至於德文版條文另可於 Weko 的網頁上取得，其網址如下：<http://www.weko.admin.ch/index.html?lang=de>（查訪日期：2008 年 6 月 20 日）。第 2 條第 2 項英譯版原文如下：“The present law applies to restrictive practices whose effects are felt in Switzerland, even if they originate in another country.”

之適用<sup>428</sup>。因此，外國著作權人或其所授權之人藉由限制銷售地域或對象等手段妨礙瑞士的真品平行輸入業者在國外向其購買著作，應有瑞士卡特爾法之適用。

第 3 條第 2 項規範者則為智慧財產權法與卡特爾法之間的關係：「僅基於智慧財產權而生之限制競爭不適用於本法之規定。但基於智慧財產權而為之限制輸入行為，有本法之適用。<sup>429</sup>」在 2003 年修法前，第 3 條第 2 項並無上述但書的規定，因此原本卡特爾法得否適用於限制平行輸入行為頗有爭議。所以在 2003 年修正卡特爾法時，新增但書的規定，明文表示基於智慧財產權而為之限制輸入行為，有本法之適用。至於本條之解釋，若從法條文義解釋來看，所有限制輸入之行為皆應有卡特爾法之適用；然而目前瑞士實務上的多數說則是採取限縮解釋說或者目的性解釋說，亦即將本條所適用之情狀限縮為僅當著作權人濫用法律所賦予的權利，妨礙從與瑞士在法律或經濟層面條件皆可相提並論的國家平行輸入著作、意圖在瑞士設定不合理的高價的情形為限，才會有卡特爾法的適用；至於如果是從在法律或經濟條件較瑞士差之國家平行輸入系爭著作，則其妨礙行為可以說是為因應現實上全球各國物價水準差異的因素所為，此時其妨礙行為則不適用於卡特爾法，這是將先前瑞士聯邦法院的判決見解予以具體明文化的結果，也是在 2003 年修正卡特爾法前 Weko 一貫採取之規範態度<sup>430</sup>。

另一方面，瑞士卡特爾法第 5 條則為關於禁止限制競爭協議的規定，其中第 1 項為概括性規定：「足以對特定商品或服務的市場競爭秩序造成重大影響，而無基於經濟效率的正當理由之協議，以及所有會妨礙效能競爭的協議皆屬違法。<sup>431</sup>」

<sup>428</sup> 參照東田尚子，並行輸入と独禁法（3）—スイス法を手掛かりに—，一橋法学 6 卷 2 号，頁 730，2007 年 7 月。

<sup>429</sup> 其英譯原文如下：“The present Act does not apply to effects on competition that result exclusively from laws governing intellectual property. However, import restrictions based on intellectual property rights fall to be assessed under this Act.”

<sup>430</sup> 參照東田尚子，前揭註 428 文，頁 730-731。

<sup>431</sup> 其英譯原文如下：“Agreements that significantly affect competition in the market for certain goods or services and are not justified on grounds of economic efficiency and all agreements that lead to the suppression of effective competition are unlawful.”

同條第 2 項則為經濟效率之正當化事由之擬制規定：「協議在以下情形被視為有基於經濟效率的正當理由：(a) 為降低生產或散布之成本、改良品質或生產流程、增進研發或傳遞技術或專業知識、或更有效率的開發資源而必要時；而且 (b) 此種協議無論在各種情況下，皆不致讓相關事業得以限制競爭效率。<sup>432</sup>」符合本項所定之事由而為之限制競爭協議不構成第 1 項的違法行為。

同條第 3 項則為水平限制競爭協議之推定違法規定，列舉了三種行為類型：「事業與有實際或潛在競爭關係之他事業締結下列各種協議者，被推定為限制競爭效率：(a) 直接或間接約定固定價格；或 (b) 限制商品或服務之生產、購買或銷售數量；或 (c) 依地理區域或交易對象劃分市場。<sup>433</sup>」處於水平競爭關係之事業間，有上述限制價格、數量與市場的三種協議之一者，即被推定為具有限制競爭的效果，當事人若無法舉證推翻，依第 5 條第 1 項規定即屬違法的卡特爾行為。

原本在 2003 年修正卡特爾法前，第 5 條僅有上述三項規定，而沒有關於垂直限制競爭的規範，因此關於妨礙平行輸入行為之違法性判斷的具體規範是規定於前述 Weko 所公布的 2002 年「處理垂直限制競爭協議應注意事項」中，後來卡特爾法在 2003 年修正時新增第 5 條第 4 項規定如下：「處於不同產銷階段之事業間所為之協議，若包含設定固定或最低轉售價格也推定為足以限制競爭效率；在流通契約中協議劃分地域而達到完全不允許其他流通業者進入該地域之程度者亦同。<sup>434</sup>」

<sup>432</sup> 其英譯原文如下：“An agreement is deemed to be justified on grounds of economic efficiency:

a) when it is necessary in order to reduce production or distribution costs, improve products or production processes, promote research into or dissemination of technical or professional know-how, or exploit resources more rationally; and

b) when such agreement will not in any way whatsoever allow the enterprises concerned to eliminate effective competition.”

<sup>433</sup> 其英譯原文如下：“The following agreements among actual or potential competitors are presumed to lead to the elimination of effective competition when they:

a) directly or indirectly fix prices; or

b) restrict the quantities of goods or services to be produced, bought or supplied; or

c) allocate markets geographically or according to trading partners.”

<sup>434</sup> 本項規定自 2004 年 4 月 1 日開始生效，其英譯原文如下：“The elimination of effective competition

上述新增條文明定，即使是「垂直限制競爭協議」，若包含維持轉售價格或者嚴格的限制銷售地域之情形，也會被推定為具有限制競爭的效果，而可能違反第 5 條第 1 項規定。因此，意圖藉由選擇性流通體系分割瑞士市場，而禁止將著作直接平行輸入至瑞士境內販售予終端消費者之行為，將被推定為原則違法的行為，締結限制競爭協議之事業，必須負擔證明有第 5 條第 2 項所定之促進效率之正當化事由的舉證責任。而且，根據 Weko 於 2007 年新公布的「處理垂直限制競爭協議應注意事項」<sup>435</sup>第 10 條第 2 項，單純舉證「品牌之間 (inter-brand)」的競爭自由未受影響尚不足以成為此處所稱之「正當化事由」，其理由如下：(1) 這些行為是立法者於立法過程中所明示欲加以管制的行為類型；(2) Weko 於處理涉及第 5 條第 4 項的案件時，將預設在本項所列舉的這些情況下，其限制競爭效果大於其可能帶來之促進效率效果；(3) 此種處理原則與歐盟競爭主管機關原則禁止維持轉售價格協議與限制地域約款之態度一致<sup>436</sup>。因此，事業必須能舉出「品牌內 (intra-brand)」的競爭自由並未受到限制之事由才能免於違反卡特爾法之疑慮，由此也可見瑞士對於品牌內競爭之重視程度。

瑞士卡特爾法在此可謂係採取較為折衷的規範態度，此種方式有兩個優點，一方面強調「品牌內競爭」的重要性，將禁止消極販售與拒絕對居住於瑞士境內的最終消費者販售的行為規定為「原則違法」，藉此避免於將垂直限制競爭協議可能促進的品牌間競爭與可能減損的品牌內競爭兩者拿來比較衡量時，可能遭遇的困難以及不確定性<sup>437</sup>；另一方面因為是採取「推定」而非「擬制」為具有限制競爭

---

is also presumed in the case of agreements between enterprises at different levels in the market regarding fixed or minimum prices as well as in the case of agreements in distribution contracts regarding the allocation of territories in so far as sales by other distributors into these territories are not permitted.”

<sup>435</sup> Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden Beschluss der Wettbewerbskommission vom 2. Juli 2007.

<sup>436</sup> 參照 Weko 於 2007 年 7 月 2 日所公布的「處理垂直限制競爭協議應注意事項」前言部份第 (6) 點以及正文第 10 條第 (2) 項。

<sup>437</sup> 相對於瑞士的規範方式，美國競爭法對此則採取「合理原則 (rule of reason)」，認為對於含有地域限制在內的垂直限制競爭約款的評價，應綜合考量其可能促進的品牌間競爭與可能減損的品牌內競爭，兩者相比較衡量後方能判斷其合法性（代表性案例請參照 *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 U.S. 36 (1977).)。惟此種判斷方法無法訂出較統一的基準，僅能就個案判斷，因

的效果，故當事業例外地能證明品牌內競爭未受不當減損，整體經濟效益反而提昇時，仍允許事業舉出反證推翻法條的推定，讓消費者能享受整體經濟效率提昇之利益<sup>438</sup>。

## 第二目 選擇性流通制度之合法性問題

瑞士妨礙平行輸入行為成為卡特爾法上問題者，主要在於選擇性流通制度。如同本文前述歐盟法上處理妨礙平行輸入行為的合法性問題時，常面臨著作權人結合選擇性流通制度以強化其對著作流通之控制力的情形，瑞士實務上也面臨著作權人利用選擇性流通制度阻止平行輸入業者取得著作，使其根本無貨源得以輸入，也就無法影響著作權人在各國差別定價的策略。尤其部份經濟規模較大的事業，往往在各國廣設子公司，利用其在各國的子公司作為該國流通階段的頂點，並結合選擇性流通制度，徹底控制其著作物在各國之散布管道。而且因為通說皆認為限制競爭協議必須成立於「兩個以上」彼此獨立之事業之間，故同一事業內部母公司與子公司間的一致行為不被認為是兩個事業間的協議，因此無卡特爾法第 5 條規範之適用，形成規範上的漏洞。

對此，Weko 所採取的態度為：「『單純品質取向（purely qualitative）<sup>439</sup>』的

---

此其法安定性與可預見性亦較低，更有甚者，下級法院為避免判斷上的困難，往往直接以市場力量作為是否執法的標準，僅於事業在相關市場中具備一定市場力量之情形才需進一步比較其品牌間競爭與品牌內競爭之增減，若欠缺市場力量則直接否定其限制地域行為之違法可能性，導致實務上實際進行「品牌間競爭與品牌內競爭」之比較衡量者相當罕見，相關案例介紹與分析請參照東田尚子，前揭註 428 文，頁 735-739。而最後比較衡量之結果認為違法者亦少之又少，因而甚至有論者指出美國競爭法對於包含地域限制的垂直限制競爭實際上是「當然合法」。See Douglas H. Ginsburg, *Vertical Restraints: De Facto Legality Under the Rule of Reason*, 60 *Antitrust L.J.* 67 (1991).

<sup>438</sup> 相對於此，歐盟的規範態度如同本文前述，為了建立沒有貿易障礙的單一共同市場，對於違反共同市場內部「商品自由流通原則」的限制轉售地域行為是採取嚴格規範的態度，禁止任何意圖在共同市場內部分割地域、妨礙商品自由流通的限制競爭行為，因此完全禁止販售著作給位於歐盟境內其他會員國的平行輸入業者或最終消費者之行為，係屬當然違法，此種嚴格規範態度其實是基於歐盟貫徹其「商品自由流通原則」的政策性目的而來，而非單純出於競爭法上的考量，故相較於瑞士法又顯得過於嚴格。因此筆者才認為瑞士法在此係採取較為折衷的規範態度。

<sup>439</sup> 所謂「單純品質取向的選擇性流通體系（Purely qualitative selective distribution）」是指該流通體系挑選參與的流通業者時，完全依照配合商品特性所定出的客觀標準，例如業務員的訓練、銷售時所需提供的服務、或產品特定的銷售範圍。參照「處理垂直限制競爭協議應注意事項」第 4 條第（2）項。英譯版原文如下：”Purely qualitative selective distribution: Distribution system in which the distributors are selected exclusively on the basis of objective criteria required by the nature of the

選擇性流通制度不構成對競爭的「重大限制」，但須同時滿足以下三要件：(1) 系爭商品為了滿足法律的要求、或考量商品特性、為維持其品質或確保適當的用途，而在本質上有採行選擇性流通體系的必要；(2) 轉售的對象必須是依據品質方面的客觀標準。且該標準必須一致適用於所有潛在的轉售對象，而以毫無偏頗的方式實行；(3) 該標準不得超過必要的程度。<sup>440</sup>」因此，原則上瑞士與歐盟法院在處理選擇性流通體系之合法性問題時，是採取相同的判斷標準，一方面肯認某些商品在特性上有維持選擇性流通制度的必要，因此這種流通制度儘管可能造成限制競爭的效果仍不當然違反卡特爾法之規定，惟於另一方面也嚴格規範其合法性要件，不允許超過必要的保護範圍。依此，若著作權人在瑞士設立子公司並採行選擇性流通體系，而不符合上述三項要件，或者其挑選轉售對象根本不是依據品質方面的考量，則將違反卡特爾法規定。

至於在輸入總代理商制度下妨礙平行輸入行為者，由於外國的著作權人與國內的輸入總代理商非屬同一事業，可直接適用垂直限制競爭行為的規範，故不致發生上述透過各國子公司實行選擇性流通制度時，因母公司與子公司在法人格上屬於同一事業，而無法適用限制競爭協議規範的問題。

### 第三目 真品平行輸入與搭便車 (Free Rider) 問題

最後，在探討是否應允許真品平行輸入行為時，常被提出來討論之問題為「搭便車 (Free Rider)」的問題。由於平行輸入業者無須負擔廣告行銷等拓展市場知名度的費用，為防範此種搭便車的情形得否成為垂直限制競爭之合理化理由？對

---

product such as training of sales personnel, the service provided at the point of sale, or a certain range of the products being sold.”

<sup>440</sup> 參照「處理垂直限制競爭協議應注意事項」第 8 條第 (4) 項，其英譯版原文如下：

“(4) Purely qualitative selective distribution agreements fall outside the scope of this Notice for lack of any significant restriction of competition, provided that three requirements are satisfied cumulatively:

i) the nature of the product in question must necessitate a selective distribution system, in the sense that such a system must constitute a legitimate requirement, having regard to the nature of the product concerned, to preserve its quality and ensure its proper use;

ii) resellers must be chosen on the basis of objective criteria of a qualitative nature. These criteria must be laid down uniformly for all potential resellers and must not be applied in a discriminatory manner;

iii) the criteria laid down must not go beyond what is necessary.”

此，必須先釐清者為：究竟消費者在決定是否購買某一商品時，所考量之因素為何？平行輸入業者可能搭便車的服務內容是否對於所有消費者來說皆為重要而且必須的？如果未先確認經銷商所投入之行銷成本、品牌維護成本（例如保固服務等）與消費者選購商品之間的因果關係，遽然認定平行輸入業者構成搭便車的行為而足以影響競爭的公平性，似嫌速斷。尤其在著作真品平行輸入的情形，對於保固或維護的需求更遠不及商標或專利商品，著作權人或其所授權之人得否僅藉「防止平行輸入業者搭便車」的理由作為其垂直限制競爭行為的正當化依據，實有疑義。

對此，瑞士卡特爾法認為，應視該被平行輸入之著作重製物的輸出地之法律與經濟情況來判斷是否為法律所允許的搭便車行為。換言之，如果被平行輸入之著作重製物是來自著作權法保護程度或整體經濟發展程度較瑞士低的國家（例如，根本不承認著作權人有散布權、或者著作權保護期間較短等；以及物價明顯比瑞士低上一截，導致著作權人在該國的授權金或售價遠低於瑞士而無法充分回收其創作所投入之成本等情形），則此時著作權人以防止搭便車作為妨礙平行輸入的正當化理由是被允許的。但若被平行輸入之重製物是來自於與瑞士在法律保護或經濟發展狀況皆可相提並論之國家（根據學者 Zäch 的見解，歐盟、美國、日本等國家皆在此之列<sup>441</sup>），且被平行輸入之著作重製物在輸出國與瑞士的售價有明顯差距時，應認為此種情況下著作權人或其所授權之人限制平行輸入之協議對於競爭秩序足以造成重大影響而有卡特爾法第 5 條第 1 項之適用。

至於應如何判斷被平行輸入之著作物是否來自在法律、經濟發展方面與瑞士相當的市場？學說上有認為應視該被平行輸入之著作物其價格低廉之原因，例如

---

<sup>441</sup> See R. Zäch, *Parallelimporte patentrechtlich geschützter Güter nach Massgabe des Kartellgesetzes*, sic! 275, 277 (2000). 同此見解者尚有 R. Hilty, *Verbot von Parallelimporten-Heimatschutz oder Schildbürgerstreich? Eine rechtliche Kritik, eine ökonomische Analyse und ein Regelungsvorschlag zwischen Schwarz und Weiss*, sic! 231, 235 (2000). 以及 D. E. Kraus, *Les importations parallèles de produits brevets* 357 (2004)。轉引自東田尚子，並行輸入と独禁法（2）—スイス法を手掛かりに—，一橋法學 6 卷 1 号，頁 103 的註 132，2007 年 3 月。

其輸出國是否實行價格管制、著作權人得否自由設定價格、是否滿足瑞士或歐洲對於著作保護之基準，並將該國的經濟生活水平（包括國民購買力、價格變化、貨幣的安定性等）亦納入考量後，判斷該輸出國是否有何特殊情事，再決定系爭妨礙平行輸入之行為是否違反卡特爾法<sup>442</sup>；其次亦有認為不宜一概依照輸出國別來決定，而應視系爭著作之市場個案判斷該特定市場是否在法律或經濟上能與瑞士等視之，因為即使是整體上與瑞士具有同等法律、經濟狀況之國家，也可能針對某特定商品做出特別管制<sup>443</sup>。惟不論採取何種說法，基本上皆認為瑞士卡特爾法第3條第2項應配合上述見解採取限縮解釋，僅於著作權人所妨礙者為從與瑞士在法律或經濟層面條件皆可等而視之的國家平行輸入的著作重製物時，才有卡特爾法之適用，而若被平行輸入之著作重製物在輸出國與瑞士的售價有明顯差距，即可進一步肯認著作權人是意圖抬高系爭著作在瑞士的價格，則其妨礙平行輸入的限制競爭協議即該當於第5條第1項明文禁止之卡特爾行為。

綜上所述，瑞士對於著作真品平行輸入之問題，原則上採取較有彈性的管制方法，首先在著作權法方面，就其散布權是採取國際耗盡原則，開放平行輸入，以盡量促進瑞士國內市場的競爭，希冀藉此達成降低物價之效果，同時搭配卡特爾法第5條第4項，將採取嚴格的限制地域協議或者藉由不合法要件的選擇性流通制度等方式而禁止將著作販售給瑞士國內的平行輸入業者或消費者的行為，推定為足以對競爭秩序造成重大影響，故依同法第5條第1項係屬違法；惟另一方面又考量到目前全球市場上存在國際性價格差異乃不爭事實，因此承認事業者擁有為合理對應法律規範以及各國經濟性差異而設定價格的自由，對卡特爾法第3條第2項採取限縮解釋，僅限於以維持價格差異為目的所實行之妨礙平行輸入行為才受到卡特爾法之禁止，以求在著作權人之保護以及國內市場競爭秩序與消費者權益之維護之間求取最佳之平衡。

<sup>442</sup> 同前註，東田尚子，頁102-103。

<sup>443</sup> 同前註，頁103。

### 第三款 日本

日本自 1970 至 1980 年代日幣持續升值，但自國外輸入的舶來品價格卻未相應調整，導致相同的商品直接於海外購買與輸入日本後的售價有相當差距，國內外價格差距日益擴大，日幣升值所帶來之利益幾乎全被流通業者所吸收卻未回饋至國內消費者身上，因而受到不少批評<sup>444</sup>。於上述背景下平行輸入行為亦隨之激增，為因應此種狀況，日本競爭法之主管機關「公正取引委員會」（公正取引委員會，為便於理解下簡稱為日本公平會）於 1991 年公布「關於流通交易慣行之獨占禁止法指針」，具體列舉七種妨礙平行輸入之行為並表達日本公平會之執法立場。由於日本著作權法就讓渡權係採取國際耗盡原則，已如本文第三章所述，因此平行輸入行為原則上係屬合法而不構成著作權之侵害，故對於不當妨礙平行輸入的行為，日本公平會基本上係採取嚴格適用獨占禁止法<sup>445</sup>之規範態度。惟另一方面，日本著作權法第 113 條又針對假設該物係在日本國內作成，將構成侵權的著作之輸入或散布行為，將之擬制為侵害著作權，以避免實質上違法之重製物進入日本國內，因此若著作權人所禁止輸入者為依著作權法第 113 條擬制為侵害著作權之著作重製物，其禁止輸入行為即屬合法行使其法律所賦予之權利，以下即分別說明之<sup>446</sup>。

#### 第一目 關於流通交易慣行之獨占禁止法指針

日本公平會曾於 1990 年 3 月進行「歐美商標輸入品之流通實態調查」<sup>447</sup>，後

<sup>444</sup> 參照岩澤孝雄，「取引流通システムと競争政策」，頁 170-171，白桃書房，1998 年。

<sup>445</sup> 私的獨占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（昭和二十二年法律第五十四号）

<sup>446</sup> 應予說明者，本章雖然在分析著作真品平行輸入之競爭法問題，但卻將日本著作權法擬制侵權之規定置於本章內容，是筆者考量到日本著作權擬制侵害規定，與本文前述瑞士卡特爾法實務上區分平行輸入之著作是否來自與瑞士在法律、經濟背景皆可等而視之的國家，來決定是否有卡特爾法之適用，兩者在立法旨趣上實屬雷同，皆在處理當外國法制與內國法不同時，一概禁止著作權人採取任何妨礙平行輸入之行為，可能造成著作權人權益未受保障而有失公允之情形，故在開放平行輸入之同時仍針對特殊情形做出一定的限縮。為便於對照參考，故筆者在論文架構上將日本著作權法第 113 條關於著作權擬制侵害規定之介紹，安排於本章瑞士卡特爾法之介紹後面，合先敘明。

<sup>447</sup> 「欧米ブランド輸入品等の流通実態調査結果」（平成 2 年 3 月公正取引委員会）其概要內容

依該調查結果而於 1991 年 7 月公布的「關於流通交易慣行之獨占禁止法指針<sup>448</sup>」中具體列舉了七種妨礙平行輸入之行為態樣，分別說明其違法性及判斷基準<sup>449</sup>。

首先在基本規範態度方面，原則上日本公平會認定平行輸入具有促進價格競爭的一般性效果，從而為維持價格而妨礙平行輸入之情形將違反獨占禁止法<sup>450</sup>。換言之，不論是基於何種理由而妨礙平行輸入，都會以某種方式產生維持價格的效果，故日本公平會為了宣示其積極維持價格競爭的態度，在此非以「有產生維持價格的效果之虞」作為其合法性判斷基準，而是以「為維持轉售價格而妨礙平行輸入」作為其判斷基準。至於是否「為維持轉售價格而妨礙平行輸入」的認定，則並非僅考量行為人之主觀意圖，應進而將行為當時之各種客觀情狀一併予以綜合考慮後方始認定<sup>451</sup>。此外，當認定系爭行為是「為維持轉售價格而妨礙平行輸入」時，不論該事業是否具備一定的市場力量，皆有違反獨占禁止法之虞<sup>452</sup>。

再者，該指針亦特別列舉兩種例外不違反獨占禁止法的妨礙平行輸入行為，即事實上根本非「真品」，卻就其商品來源為虛偽不實之標示，足以造成一般消費者誤信其與總代理商所販售的商品相同者；以及平行輸入之真品因品質變差足以損害消費者之健康、安全而可能損及商標權人商譽之情形<sup>453</sup>。惟其中第一款實為

---

可參照：<http://www.jftc.go.jp/info/nenpou/h01/02040000.html>（查訪日期：2008 年 6 月 20 日）。

<sup>448</sup> 「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」（平成 17 年 11 月 1 日公正取引委員会）其內容可於下列網頁取得：<http://hrs.k.jftc.go.jp/dk/03.asp?process=0&filename=dk002100.xml&key=>（查訪日期：2008 年 6 月 20 日）（筆者按：為求行文的方便，下文所稱之「指針」若未另行指明者，皆指本指針，合先敘明）。

<sup>449</sup> 規定於「指針」的「第 3 部、総代理店に関する独占禁止法上の指針」之「第三、並行輸入の不当阻害」。

<sup>450</sup> 「指針」第 3 部之「第三、並行輸入の不当阻害」1.「考え方」第（1）點：「並行輸入は一般に価格競争を促進する効果を有するものであり、したがって、価格を維持するためにこれを阻害する場合には独占禁止法上問題となる。」

<sup>451</sup> 參照山田昭雄、大熊まさよ、檜崎憲安，「解説 流通・取引慣行に関する独占禁止法ガイドライン」，頁 270，商事法務研究会，1991 年。

<sup>452</sup> 同前註。

<sup>453</sup> 「指針」第 3 部之「第三、並行輸入の不当阻害」1.「考え方」第（2）點：「並行輸入品と称する商品が真正商品でなく偽物である場合には、商標権侵害を理由にその販売を差し止めることができる。このほか、次のような場合において、商標の信用を保持するために必要な措置を採ることは、原則として独占禁止法上問題とはならない。」

① 商品仕様や品質が異なる商標品であるにもかかわらず、虚偽の出所表示をすること等により、一般消費者に総代理店が取り扱う商品と同一であると誤認されるおそれのある場合

事業為虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵的問題，事實上根本不是所謂的「真品」，已非本文所欲探討之議題；其次第二款所列之情事在著作真品平行輸入亦較無此種問題。因此，按照日本公平會在指針中所表明之立場，原則上若著作權人或其所授權之總代理商等為維持轉售價格而實行各種妨礙平行輸入之行為，皆可能違反獨占禁止法之規定，本文以下即分就「指針」所列舉之各種行為態樣分別具體說明。

### 一、妨礙平行輸入業者從海外通路取得著作真品

為阻止著作從著作售價較低之國家平行輸入至著作高售價國家，而破壞著作權人的分區差別定價行銷策略，第一種手法為從海外流通體系直接斷絕對平行輸入業者之供給管道，以維持其著作之國內價格。位於國外的著作權人藉由供給者的身份施加壓力，徹底要求外國之總代理商或子公司不得對其特定地區以外之顧客進行積極或消極的販賣行為。其中所謂「積極販賣（active sales）」係指透過廣告等方式積極接觸限定區域外（在此指國外）的顧客，為要約之引誘；所謂「消極販賣（passive sales）」則指僅被動接受國外顧客之自發性要約，而並未主動接觸顧客<sup>454</sup>。藉由切斷平行輸入業者之貨源，以徹底阻絕平行輸入之可能。

對於此種情形，首先需釐清者為，在此所謂之「輸入總代理商制度」，係指國外特定事業就特定商品賦予在日本國內的獨家輸入與銷售權利的制度，使跨國企業在拓展其日本市場時，得以盡量避免因商業習慣等差異而可能產生之風險與障礙、並由於輸入總代理商能提供完備的廣告宣傳、後續保固服務等制度，有助於積極提昇海外事業之品牌形象與價值，亦可降低海外的事業進入日本市場之成

---

② 海外で適法に販売された商標品を並行輸入する場合に、その品質が劣化して消費者の健康・安全性を害すること等により、総代理店の取り扱う商品の信用が損なわれることとなる場合。」

<sup>454</sup> 参照東田尚子，並行輸入と独禁法（1）—スイス法を手掛かりに—，一橋法学5卷3号，頁843-844，2006年3月。

本，提昇其進入日本市場之誘因<sup>455</sup>。著眼於輸入總代理商制度可能為國內市場注入新的競爭者，並提昇海外事業在國內的流通效率等因素，基本上日本公平會並不否認其具有促進競爭的效果，故為使輸入總代理商特定事業能發揮其功能，散布權人所為之以下兩種限制應不致違反獨占禁止法之規定<sup>456</sup>：

(1) 散布權人在授予日本總代理商獨家販賣權之地域範圍內，不主動銷售系爭著作、或不主動向總代理商以外之其他國內事業者銷售其著作。具體而言，例如外國著作權人在其所在地舉辦展覽會邀請各國之總代理商共同參與，但不邀請日本的平行輸入業者參與、或者要求外國的流通事業於收到獨家販賣地域內的顧客所提出之要約或訂購時，必須將之全部委由負責該地域的總代理商代為處理的約定。

(2) 散布權人要求其在國外的直接交易相對人，不主動在日本總代理商獨家販賣權之地域範圍內銷售其著作。具體而言，例如限制國外的總代理商不得在日本設置分店或倉儲處所、且不得在日本進行廣告宣傳等活動以招徠顧客。

依據日本公平會之見解，上述兩種情形是為賦予系爭著作在日本的獨家銷售權利而限制不得對限定地域以外的顧客為「積極販賣」，因此原則上並不違反獨占禁止法<sup>457</sup>。

但若是輸入總代理商或著作權人為維持價格而為下列兩種行為：(1) 在平行輸入業者向散布權人在國外之交易對象訂購著作之情形，而令其交易對象終止對平行輸入業者之銷售；(2) 藉由平行輸入商品之商品編號等探知其入手之途徑，並通知散布權人或其國外的交易對象等方法，令其交易對象終止對平行輸入業

<sup>455</sup> 參照岩澤孝雄，前揭註 444 書，頁 175-176。

<sup>456</sup> 參照山田昭雄等，前揭註 451 書，頁 273-274。

<sup>457</sup> 同前註。學說上亦有論者認為不論是積極販賣或消極販賣，只要是銷售給他國之平行輸入業者，即屬違反輸入總代理商契約之行為（參照紋谷暢男，「總代理店による並行輸入の妨害」，別冊ジュリスト 141 号，頁 210-211，1997 年）。但通說仍認為禁止消極販賣非為維持輸入總代理商制度所必要。

者之銷售。亦即禁止對地域外顧客為「消極販賣」，妨礙平行輸入業者自國外取得系爭著作之情形，依日本公平會之見解<sup>458</sup>，若行為人之目的是在維持價格，則已超過總代理商制度發揮其功能的必要範圍，且將影響「品牌內」之價格競爭，該當於日本公平會所公布之「一般指定」<sup>459</sup>第 13 項（不當附限制條件交易）<sup>460</sup>、第 15 項（妨礙競爭事業之交易）<sup>461</sup>所定之不公正交易方法，依獨占禁止法第 19 條<sup>462</sup>係屬違法。

## 二、限制經銷商不得販售平行輸入之著作

根據公平會的實態調查，總代理商以不得販售平行輸入之產品為條件而與下游經銷商為交易的情形也相當常見。蓋是否販售平行輸入之著作本應為各經銷商自由決定之事項，然而在總代理商的壓力下，經銷商為避免影響其與代理商之交易關係，因而不敢與平行輸入業者締約或為其鋪貨。對於此種情形，日本公平會於「指針」中指出此種維持商品價格之行為該當於不公正的交易方法，依照一般指定第 13 項「不當附限制條件交易」與第 15 項「妨礙競爭事業之交易」應屬違法<sup>463</sup>。在此所規範者不僅限於課予契約上義務之情形，只需經濟上可能產生某程度不利益而足以達到拘束經銷商之實際效果即為足矣，例如雖未採取停止出貨的

<sup>458</sup> 參照「指針」第 3 部之第三的「2 獨占禁止法上問題となる場合」的第（1）點「海外の流通ルートからの真正商品の入手の妨害」。

<sup>459</sup> 依據日本獨占禁止法第 2 條第 9 項授權由日本公平會所公告之「不公正な取引方法」（昭和 57 年 6 月 18 日公正取引委員会告示第 15 号，又稱「一般指定」），共有 16 項事由，依序對應於獨占禁止法第 2 條第 9 項各款規定之違法態樣。

<sup>460</sup> 一般指定第 13 項：「除該當於前兩項行為者（筆者按：即不當附排他條件的交易與限制轉售價格）以外，其他以不正當限制交易相對人之事業活動為條件，而與其交易之行為。」原文如下：「（拘束条件付取引）13 前二項に該当する行為のほか、相手方とその取引の相手方との取引その他相手方の事業活動を不当に拘束する条件をつけて、当該相手方と取引すること。」

<sup>461</sup> 一般指定第 15 項：「關於與自己或自己為股東或負責人之公司在國內有競爭關係之他事業與其交易相對人間的取引，不論是阻止契約之成立、誘使不履行契約或以其他任何方法，不當妨礙其交易者。」原文如下：「（競争者に対する取引妨害）15 自己又は自己が株主若しくは役員である会社と国内において競争関係にある他の事業者とその取引の相手方との取引について、契約の成立の阻止、契約の不履行の誘引その他いかなる方法をもつてするかを問わず、その取引を不当に妨害すること。」

<sup>462</sup> 獨占禁止法第 19 條規定：事業不得使用不公正的交易方法。

<sup>463</sup> 參照「指針」第 3 部之第三的「2 獨占禁止法上問題となる場合」的第（2）點「販売業者に対する並行輸入品の取扱い制限」。

極端手段，但於經銷商要求協助製作產品型錄等促銷活動時，消極抵制拒不協助，亦可該當於本條所規範之情形<sup>464</sup>。

### 三、限制經銷商不得與販售平行輸入著作之零售業者交易

經銷商自總代理商購入之商品欲如何出售給哪些零售業者本應為經銷商得以自行決定之事項，惟若總代理商限制經銷商選擇交易對象之自由，促使經銷商終止其與販售平行輸入著作的零售商之交易，藉此阻止平行輸入之流通，換言之，零售商考量到其若銷售平行輸入之著作，就會遭到總代理店以斷貨之手段報復，為確保其貨源不受影響，就會停止販賣平行輸入之著作。總代理商藉由限制經銷商選擇交易對象之自由而妨礙零售業者與平行輸入業者之交易，具有將平行輸入商品排除於國內流通體系之外的效果，因此日本公平會於「指針」中表示，若總代理商係為維持系爭著作之價格而為上述行為者，該當於一般指定第 13 項「不當附限制條件交易」或第 15 項「妨礙競爭事業之交易」，依照獨占禁止法第 19 條規定係屬違法<sup>465</sup>。

### 四、宣稱平行輸入之著作為非法重製物以妨礙其銷售

依照著作權法規定，著作權人固得以其著作權受侵害為理由，請求販賣非法重製物之行為人停止其販賣行為，此乃正當行使其法律所賦予之權利，自然不構成獨占禁止法上問題。然而總代理商或著作權人若在欠缺足夠根據之情形下，宣稱系爭重製物為非法重製的「盜版著作」，因而要求終止其販賣，藉此維持系爭著作之價格者，該當於一般指定第 15 項所定之「妨礙競爭事業之交易」行為，依照獨占禁止法第 19 條規定係屬違法<sup>466</sup>。

<sup>464</sup> 參照山田昭雄等，前揭註 451 書，頁 278。

<sup>465</sup> 參照「指針」第 3 部之第三的「2 獨占禁止法上問題となる場合」的第 (3) 點「並行輸入品を取り扱う小売業者に対する契約対象商品の販売制限」。

<sup>466</sup> 參照「指針」第 3 部之第三的「2 獨占禁止法上問題となる場合」的第 (4) 點「並行輸入品を偽物扱いすることによる販売妨害」。

一般而言，著作的真品平行輸入行為並不侵害著作權（基於國際耗盡原則，散布權已然耗盡），因此若著作權人並非依據何種客觀情事，僅因其散布非透過著作權人所授權之流通管道，或者係以極低價格出售等理由逕行主張其所散布者為非法重製物而要求終止販賣，即有反應過度之疑慮<sup>467</sup>。日本公平會於「指針」中明確指出，縱令平行輸入業者能夠證明所散布之系爭著作重製物為「真品」，但商家仍可能因擔心被指控販賣「盜版」會損及其商譽與信用，故不願販賣平行輸入之著作<sup>468</sup>，故當著作權人或總代理商欠缺充分客觀根據，即任意主張系爭著作重製物為「盜版商品」而要求終止銷售時，若其目的是為阻止銷售低價的平行輸入著作以維持系爭著作在國內之價格，即屬違反獨占禁止法而受禁止。

#### 五、收購市面上平行輸入商品

由於平行輸入之著作若被以低價在市面上散布流通，即可能造成經由總代理商所代理之通路流通之著作商品滯銷或價值下跌，為避免此種情形，總代理商直接派員赴各零售商收購市面上之平行輸入著作物，使其不致為一般消費者所購買。若站在零售商之立場，其商品仍順利賣出，僅其販賣之對象並非一般消費者而是總代理商，則是否會產生何種不利益之情形而有特別規範之必要？

對此，日本公平會於「指針」中表示，對零售商而言，例如當其已向一般消費者打出廣告表示有銷售低價的平行輸入著作，但卻被總代理商悉數收購，結果當消費者受到廣告吸引而來到零售商店準備購買時，卻發現早已銷售一空，則不免懷疑店家是否僅意圖以廣告誘騙消費者上門，造成零售商之信譽有受損之虞，在此種壓力下，零售商為免遭冠上使用誘騙廣告的惡名，即不得不停止販賣平行輸入的著作<sup>469</sup>。尤其若總代理商有計劃性地於每次零售商一打出低價出售平行輸

<sup>467</sup> 參照山田昭雄等，前揭註 451 書，頁 281。

<sup>468</sup> 參照「指針」第 3 部之第三的「2 独占禁止法上問題となる場合」的第（4）點「並行輸入品を偽物扱いすることによる販売妨害」之（注 1）。

<sup>469</sup> 參照「指針」第 3 部之第三的「2 独占禁止法上問題となる場合」的第（5）點「並行輸入品の買占め」之（注 2）。

入著作之廣告時，立刻將之收購一空，如此反覆持續實施，則上述之疑慮更為明顯<sup>470</sup>。是故，日本公平會於「指針」規定此種收購行為若係出於維持系爭著作商品之價格者，即該當於一般指定第 15 項所定之「妨礙競爭事業之交易」行為，依照獨占禁止法第 19 條規定係屬違法<sup>471</sup>。

#### 六、妨礙平行輸入著作之廣告宣傳活動<sup>472</sup>

平行輸入業者於宣傳時，除非其廣告宣傳方式可能侵害著作權（例如自行製作試閱本或者在網際網路上宣傳書本內容時就重要段落加以大量引用等），或者足以造成一般消費者誤認為其為獲總代理商授權之經銷商等情形外，總代理商若以主要廣告主的身份要求雜誌、新聞等媒體避免刊載平行輸入業者之廣告等方式不當妨礙平行輸入業者之廣告或宣傳活動，藉此維持系爭著作之價格，此種行為依「指針」之規定，亦屬該當於一般指定第 13 項「不當附限制條件交易」或第 15 項「妨礙競爭事業之交易」，依照獨占禁止法第 19 條規定係屬違法<sup>473</sup>。

#### 七、小評

綜上所述，原則上日本公平會認定平行輸入具有促進價格競爭的一般性效果，因此對於「為維持價格而妨礙平行輸入」之情形積極適用獨占禁止法，然而學說上對於此種規範方式卻有部份批評。首先，由於「指針」之規範對象為「輸入總代理商」，因此實務上當著作權人為跨國企業（例如大型唱片公司或電影發行商）時，往往直接在日本成立子公司，透過該子公司實行妨礙平行輸入著作之行

<sup>470</sup> 參照山田昭雄等，前揭註 451 書，頁 283。

<sup>471</sup> 參照「指針」第 3 部之第三的「2 独占禁止法上問題となる場合」的第（5）點「並行輸入品の買占め」。

<sup>472</sup> 原本「指針」第 6 款事由為「拒絕修理平行輸入商品」，但本款事由較常見於商標或專利製品，因為消費者對於商標或專利製品在後續保固服務方面之需求較高，但在本文所欲討論的著作真品平行輸入方面，基本上除書籍缺頁、錄音物或影音產品壞軌等產品本身重製品質有瑕疵之狀況外，幾乎少有需要提供保固之情事，因此本款事由在著作真品平行輸入之議題上較不重要，故本文在此不擬討論本款事由，直接就第 7 款事由「妨礙平行輸入著作之廣告宣傳活動」加以說明。

<sup>473</sup> 參照「指針」第 3 部之第三的「2 独占禁止法上問題となる場合」的第（7）點「並行輸入品の広告宣伝活動の妨害」。

為，此時即可規避「指針」之適用，結果非但產生法律漏洞，更變相鼓勵著作權人解除與日本輸入總代理商的契約後自行設立子公司，進一步強化著作權人在流通管道上的垂直整合力量，而且不利於其他資金不夠雄厚而無法設立子公司之事業進入日本市場<sup>474</sup>。

其次，「指針」對於限制對地域外之顧客銷售的行為，原則上必須有「有維持價格的效果之虞」才構成獨占禁止法之違反，蓋因價格競爭之狀況為判斷是否有損於整體競爭之重要指標<sup>475</sup>。然而「指針」對於妨礙平行輸入行為之違法性判準卻規定為「為維持價格而妨礙平行輸入」，換言之，僅需就行為人主觀意圖加上客觀情事綜合判斷系爭妨礙平行輸入行為之目的為「維持價格」，即可能該當於一般指定第 15 項「妨礙競爭事業之交易」的不公正交易行為而違反獨占禁止法，無須進一步判斷該行為實際上是否有造成維持價格效果之虞。對此，部份論者認為，「指針」所謂的「為維持轉售價格而妨礙平行輸入」在概念上較為模糊，在適用上恐怕過於廣泛<sup>476</sup>。惟另一方面亦有論者認為妨礙平行輸入之主要目的除單純維持價格外，大部分情形更有排除平行輸入業者之意圖，因此於適用一般指定第 15 項時，不應以「為維持價格」作為違法性判斷之要件，而應承認「排除平行輸入業者」此目的本身即已該當於不公正交易方法<sup>477</sup>。

## 第二目 著作權侵害之擬制

日本公平會對於妨礙平行輸入著作行為係採取比一般限制非價格競爭之行為更嚴格之規範態度，已如前述。然而另一方面，日本著作權法第 113 條又針對「假設該物係在日本國內作成，將構成侵權的著作之輸入或散布行為」將之擬制為侵害著作權，以避免實質上違法之重製物進入日本國內，對國內著作權人之利益造

<sup>474</sup> 參照東田尚子，前揭註 428 文，頁 755。

<sup>475</sup> 參照根岸哲、舟田正之，「獨占禁止法概說」，頁 273，有斐閣，2006 年修訂 3 版。

<sup>476</sup> 參照金井貴嗣，排他的取引慣行と獨占禁止法—輸入總代理店制と専売店制について—，經濟法學會年報 11 号，頁 51、58，1990 年。

<sup>477</sup> 參照根岸哲等，前揭註 475 書，頁 301；渋谷達紀，輸入業者による並行輸入妨害，別冊ジュリスト 161 号，頁 206、301，2002 年。

成不當影響，詳見下述。

日本著作權法於第 18 條至第 20 條規定著作權人所享著作人格權之內容、第 21 條至第 28 條則規定著作財產權之內容，但部份情況下，行為人雖未侵害上述條文所定之著作人格權或財產權，但若容認該等行為將有致權利人利益不當受損之虞。為求賦予權利人充分之保障，故於著作權法第 113 條將此種行為擬制為侵害著作權，實質上擴充權利人之權利內容。違反本條規定者將依著作權法第 7 章（第 112 條至第 118 條）負擔民事責任，並依第 8 章（第 119 條至第 124 條）負有刑事責任。

其中與著作真品平行輸入直接相關的輸入行為以及散布行為之擬制侵害係規定於著作權法第 113 條第 1 項：<sup>478</sup>

依日本著作權法第 113 條第 1 項規定<sup>479</sup>：「下列各行為視為侵害該當著作物之著作人格權、著作財產權、出版權、表演人格權或著作鄰接權：

（一）於輸入之時點，設若該物係在日本國內作成，將構成侵害日本著作權法上之著作人格權、著作財產權、出版權、表演人格權或著作鄰接權之行為，而以在日本國內散布為目的之輸入行為。

（二）明知為侵害著作人格權、著作財產權、出版權、表演人格權或著作鄰接權而作成之物（包含依前款輸入之物），而加以散布或以散布為目的而持有、以及以輸出為業而輸出或以輸出為業的目的而持有之行為。」

<sup>478</sup> 本文以下關於日本著作權法第 113 條第 1 項規定之介紹主要係引自筆者曾參與之黃銘傑主持，前揭註 57 研究計畫，頁 63-67，由筆者所執筆部份的內容，酌予增刪添補而來，合先敘明。

<sup>479</sup> 原文如下：日本著作權法第 113 條第 1 項：「次に掲げる行為は、当該著作人格権、著作権、出版権、実演家人格権又は著作隣接権を侵害する行為とみなす。一、国内において頒布する目的をもって、輸入の時に国内で作成したとしたならば著作人格権、著作権、出版権、実演家人格権又は著作隣接権の侵害となるべき行為によつて作成された物を輸入する行為。二、著作人格権、著作権、出版権、実演家人格権又は著作隣接権を侵害する行為によつて作成された物（前号の輸入に係る物を含む。）を、情を知つて、頒布し、若しくは頒布の目的をもって所持し、又は業として輸出し、若しくは業としての輸出の目的をもって所持する行為。」

日本著作權法第 113 條第 1 項第 1 款，係為避免實質上違法之重製物進入日本國內，因而禁止相關輸入行為。由於日本著作權法原則上僅適用於日本管轄區域內（惟若有著作權法罰則章特別規定日本國民在國外侵權的責任之情形則為例外），故若在日本管轄區域外從事侵害日本著作權之行為，本來無法依日本著作權法追訴其侵權責任。惟若任令此種侵權物品得以自由輸入日本國內，實質上與允許在日本國內非法重製之侵害著作權之物得以任意散布流通並無二致。因此特別以擬制侵權之方式，於國境畫一條隱形界線禁止其輸入日本國內。惟應注意者，此處之擬制侵權以在日本國內散布為目的之輸入行為為限，個人使用目的之輸入行為並不該當此規定。

具體而言，本款所欲規範之情況可能包括下列四種情形：(1) 於與日本締結有國際條約之國家中，在該國亦屬侵害著作權之物的輸入；(2) 於與日本無國際條約關係之國家中，在該國係屬合法製作之物的輸入；(3) 於與日本締結有國際條約之國家中，因該國保護期間較日本為短，從而在該國製作時已進入公共領域，但於輸入日本時其著作權保護期間尚未屆滿者；(4) 依其他國家法律強制授權或合理使用所製作之物，日本法並不認同該強制授權規定者<sup>480</sup>。以下簡要分述之：

(一) 於與日本締結有國際條約之國家中，在該國亦屬侵害著作權之物的輸入

例如法國或英國此種與日本締結有國際條約，且與日本採取相同法制之國家，在該國未經著作財產權人同意而重製之物（亦即不論在法國、英國或日本皆屬侵害著作權之物）的輸入，擬制為侵害著作權。

(二) 於與日本無國際條約關係之國家中，在該國係屬合法製作之物的輸入

由於該國與日本並無締結國際條約關係，縱為依該國法令得自由重製之物，

---

<sup>480</sup> 以下主要參照作花文雄，前揭註 185 書，頁 292-293；加戶守行，前揭註 189 書，頁 648-653。

設若該行為於日本國內作成將侵害日本著作權法所保護之權利，為保護日本著作權人之權益，其輸入行為仍將被擬制為侵害著作權。

(三) 於與日本締結有國際條約之國家中，因該國保護期間較日本為短，從而在該國製作時已進入公共領域 (public domain)，但於輸入日本時其著作權保護期間尚未屆滿者

例如某些與日本締結有國際條約關係之國家，其著作權法上之權利保護期間可能僅為著作人死亡後 25 年或 30 年，而較日本法保護期間 (著作人死亡後 50 年) 為短。則於「該外國保護期間屆滿後，但日本之保護期間屆滿前」這段期間，系爭著作雖然在該外國已成為公共財，而得在該國自由重製或以其他方式利用，惟因系爭著作在日本之保護期間尚未屆滿，若不禁禁止此種重製物之輸入，將造成日本法對於著作權保護期間之規範被實質架空。因此立法者認為此時亦有將之視為侵害日本著作權法之禁止輸入之必要，擬制為侵害著作權之行為。

(四) 依其他國家法律強制授權或合理使用所製作之物，日本法並不認同該強制授權規定者

例如，於 1971 年同時修正之伯恩公約巴黎修正案以及世界著作權公約二份國際公約創設一項有利於開發中國家之特別條款，允許開發中國家得於已開發國家之著作物發行日起一定期間後 (通常較短)，經該開發中國家之政府許可而支付相當之補償金後進行著作物之翻譯或重製，是為一種強制授權，其目的在促進開發中國家得以較低廉之價格取得已開發國家之著作物，平衡兩者之文化差距。基於此強制授權許可而於開發中國家重製之著作物亦有可能輸入日本市場，立法者為避免此種輸入侵害本國著作權人之權益，亦將之擬制為侵害著作權。

日本法院實務上曾就此種經他國主管機關依照該國法律所為之強制授權許可而在該國合法作成之物，其輸入日本之行為是否合法之問題，做出禁止輸入與在

日本國內散布之假處分裁定：1987 年東京地方法院曾經針對依法國 Nanterre 地方法院裁定許可，而在法國合法出版之畫冊有意輸入日本時，做出禁止其輸入日本及在日本販賣之假處分裁定<sup>481</sup>。其案例事實略為<sup>482</sup>：

法國的 B 夫婦與 ACR 公司希望於印象派畫家藤田嗣治（Leonard Foujita）誕辰一百年時出版一本以「Leonard Foujita 的生涯與作品」為題之書籍，因而向藤田嗣治之著作權繼承人（即藤田嗣治之妻）請求授權之許可但遭拒絕。依當時法國著作權法第 20 條規定：「已死亡之著作人之代理人，若其行使或不行使出版權或利用權構成明顯權利濫用之情形，地方法院得命其採取法院認為適當之措施。」基於此一規定，法國 Nanterre 地方法院於 1986 年 9 月 15 日裁定應予授權。凡爾賽上訴法院亦支持原審之見解（1987 年 3 月 3 日）。後來，在法國合法作成之本件書籍由「日本美術出版股份有限公司」輸入日本並在國內進行販售，藤田嗣治之妻以日本美術公司已侵害其著作權為由，向法院提出禁止輸入與販售系爭書籍之假處分之申請，並經東京地方法院裁定許可。

總而言之，日本著作權法第 113 條第 1 項第 1 款規定係以系爭著作重製物輸入之時點為基準，假設該物若係在日本國內製造而成，適用日本著作權法來判斷該物是否侵害著作權。若適用結果認為係屬侵害著作權之物，則以於日本國內「散布」為目的而「輸入」該物之行為，將被擬制為侵害著作權之行為。至於若以個人使用為目的，或許有道德層面之可非難性，但因非以「散布」為目的，故不該當於擬制侵害著作權之行為。此外，依本款規定被認定侵權行為之主體為該輸入者，而非在外國製作該物之人<sup>483</sup>。

最後，日本「關稅法」第 69 條之 11 第 1 項第 9 款<sup>484</sup>禁止侵害著作權或著作

<sup>481</sup> 昭和 62 年 11 月 27 日東京地裁假處分申請事件裁定，判例時報 1269 號 136-144 頁。

<sup>482</sup> 參照作花文雄，前揭註 185 書，頁 293。

<sup>483</sup> 同前註。

<sup>484</sup> 原文如下：日本關稅法第 69 条の 11 第 1 項第 9 款：「次に掲げる貨物は、輸入してはならない。九 特許権、実用新案権、意匠権、商標権、著作権、著作隣接権、回路配置利用権又は

鄰接權之物品輸入，乍看似與著作權法第 113 條第 1 項第 1 款之規定有所重複，然而兩者規範目的實不相同。依關稅法規定，其禁止輸入之著眼點在於透過關稅法第 109 條之罰則防範職業性的輸入犯罪，以維護國內社會秩序，較著重公共利益之保護，此觀「關稅法」第 69 條之 11 第 1 項之其餘各款事由多為毒品、槍砲彈藥等違禁品即可自明。因此，關稅法並未限定其禁止輸入之對象以「輸入之目的係在日本國內散布」者為限，反之由於著作權法第 113 條第 1 項擬制侵權之條款係在避免侵權著作物自外國輸入及散布，將造成國內著作權人之權益受損，因此以「輸入之目的係在日本國內散布」為限，其輸入行為才可能該當第 113 條第 1 項第 1 款之規定。

### 第三節 我國於著作真品平行輸入議題上應採取之競爭政策

由上一節對於歐盟、瑞士以及日本競爭法上關於限制著作真品平行輸入行為衍生之限制競爭行為規範的介紹，可知由於各國的政經環境差異頗巨、藉由著作權法及競爭法之交錯適用所欲達成之政策性目的亦各異其趣，因此在競爭法規範上對於限制著作真品平行輸入行為亦做出寬嚴不一的規範。例如歐盟為達成單一共同市場內部商品自由流通之目的，嚴格禁止妨礙在歐盟境內各會員國間平行輸入的行為，但若是來自共同市場外部之平行輸入著作則可能因為散布權尚未耗盡，故其妨礙輸入或散布的行為不違反競爭法規定；瑞士身為智慧財產權主要輸出國之一，為兼顧鼓勵競爭以降低國內物價以及保護國內智慧財產權人權益之雙重政策目標，一方面開放著作平行輸入活化國內之競爭，並搭配卡特爾法對具限制品牌內競爭效果的妨礙平行輸入行為加以嚴格管控，但另一方面又依據系爭著作的輸出來源國家之相關法律及經濟發展程度，適度限縮卡特爾法之適用，以確保著作權人之利益；此外，日本與瑞士同樣為縮短國內外的物價差距，因此在著作權法採取國際耗盡原則，開放平行輸入促進競爭，一方面對限制著作真品平行輸

---

育成者權を侵害する物品。」

入的行為嚴格適用其獨占禁止法，但另一方面又在著作權法訂定「擬制侵權」之規定，針對「假設該物係在日本國內作成，將構成侵權的著作之輸入或散布行為」將之擬制為侵害著作權，同樣是考量到各國法律規範不同，若一律允許毫無限制的平行輸入，恐對國內著作權人權益造成不當之損害，對於國內文化產業以及整體社會利益恐生不良影響。

然而相對於上述各國，我國著作權法第 59 條之 1 對於散布權之權利耗盡係採取「極端嚴格的國內耗盡原則」，加上同法第 87 條第 1 項第 4 款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，間接賦予著作財產權人專屬輸入權，禁止合法著作重製物的平行輸入<sup>485</sup>。因此原則上，著作權人得基於著作權法之規定禁止著作之平行輸入，縱令其為合法重製物亦同，且因其禁止著作真品平行輸入是基於著作權法之規定，則依照我國公平交易法第 45 條規定，行使著作權法所賦予的權利之正當行為，不適用公平交易法，故著作權人禁止平行輸入的行為原則上應無公平交易法之適用。

然而，是否著作真品平行輸入之相關問題，於我國法制現況未改變之前提之下，即完全與公平交易法毫無瓜葛？筆者認為應非如此。競爭法主管機關若能秉持專業，筆者相信仍有甚多可供著力之點留待競爭法主管機關繼續深耕努力。以下將先整理澳洲及紐西蘭在其著作真品平行輸入規範分別從禁止逐步走向開放後所作的幾份實證研究報告，期能由澳洲與紐西蘭之法制經驗中得到寶貴的啟示；接著再舉澳洲及日本為例，介紹其競爭法主管機關在著作真品平行輸入之相關議論中，各自以何種方式介入此一議題、及其所表達的政策與立場，藉此瞭解競爭法主管機關在此議題上究竟「應該」以及「能夠」扮演何種角色，或可供我國援為參考借鏡。

---

<sup>485</sup> 關於我國現行著作權法之解釋適用問題，將於本文第五章再予以詳細說明，在此暫不處理。

## 第一項 澳洲與紐西蘭經驗之啟示

關於是否應開放著作真品平行輸入，於學理上向來爭議不斷，惟一國於決定其管制政策與方向時，在學說理論之爭議之外，更關心者應為開放平行輸入與否在實際運作上，究竟可能會對國內相關市場以及產業發展帶來何種影響與效果。在此情形下，澳洲與紐西蘭無疑提供了相當寶貴的經驗，蓋其亦為原本全面禁止著作真品平行輸入的國家，但近年來陸續透過不同方式修法開放，其實際效益與影響如何，以下即分別整理澳洲與紐西蘭政府機構或其委託之研究機構所作成的實證研究報告一窺究竟。

### 第一款 澳洲

澳洲著作權法經歷多次修法後，現在已開放書籍附條件的允許輸入、錄音著作與電腦程式著作則全面開放平行輸入，其開放輸入所帶來之正面效益可分為兩種，即價格之降低以及可得性之提昇。

在書籍方面，根據澳洲價格監視局（Price Surveillance Authority，以下簡稱PSA<sup>486</sup>）在1995年作的一份問卷調查報告指出，澳洲於1991年修法在特定條件下允許書籍平行輸入，結果發現著作散布之效率明顯有所提昇、在新書的可得性方面亦有長足進步，然而部份科技或專業類書籍以及平裝書系之售價仍相對偏高，部份書商也表示1991年著作權法所定下的「三十天限制」以及「九十天限制」在執行上徒增成本與困難度<sup>487</sup>。此外，根據澳洲競爭與消費者委員會（Australian Competition and Consumer Commission，以下簡稱ACCC）的調查，在1988年至2002年6月這段期間內，澳洲之消費者購買平裝版暢銷小說平均約需比美國讀者

<sup>486</sup> PSA與貿易委員會（Trade Practices Commission, TPC）於1995年合併為澳洲競爭與消費者委員會（Australian Competition and Consumer Commission, ACCC），成為澳洲現行競爭法主管機關。

<sup>487</sup> Allan Fels, *Parallel Importing*, Victorian Employers Chamber of Commerce and Industry, International Trade Committee, 21 Jun 1999, at 6-7. 其全文可於下列網頁取得：<http://www.accc.gov.au/content/item.phtml?itemId=179183&nodeId=5466d384ea376830f3007417eef6cb72&fn=PARALLEL%20IMPORTING.pdf>（查訪日期：2008年6月20日）

多付 41.9% 之價金，也比英國讀者多付 7.3%；但在 1994 年至 2002 年 6 月這段期間內，澳洲之消費者購買平裝版暢銷小說則平均約需比美國讀者多付 16.5% 之價金。因此，1991 年修法確實有助於縮小國內外書籍價格的差距，但因並非全面性的開放，故其幫助有限，整體而言書籍價格在澳洲仍屬相對偏高<sup>488</sup>。

其次，在錄音物方面，經過 ACCC 持續的調查後發現在 1998 年修正著作權法移除錄音物的輸入權限制後，錄音物的價格開始呈現下滑的趨勢，於 2002 年 9 月的一份調查中指出，澳洲銷售排行榜前四十名的音樂錄音物在經授權的經銷商店之平均零售價比廢除輸入權之前的平均售價降低了 7.9%，而平行輸入之錄音物價格更比經銷商的售價低廉 18.3%（比較數據已考量到國際關稅之差異性）。若與國外相比較，同樣的錄音物比美國市場低廉 17.2%、比英國市場低廉 28.1%，但仍然比紐西蘭市場價格高出 12.9%，蓋因後者於 1990 年代末期徹底廢止所有著作之輸入權，因此於著作價格上顯示出更明顯的變化<sup>489</sup>。

## 第二款 紐西蘭

至於紐西蘭，雖然開放著作真品平行輸入之時間較澳洲為晚，但其改革實行之較為徹底，從一開始即全面允許平行輸入，而非如同澳洲般針對個別特定著作類型逐步移除輸入權之限制，以下即分就著作價格、可得性、產業發展等方面介紹開放平行輸入所帶來之影響。

首先在著作價格之影響方面，根據紐西蘭經濟發展部（Ministry of Economic Development）於 2004 年委託 NECG 之報告<sup>490</sup>，針對澳洲與紐西蘭兩國市場上之書籍、音樂著作、電腦軟體等之價格調查顯示，雖然在開放前紐西蘭的書籍較諸澳洲市場的售價更高，但開放後紐西蘭的書籍價格已低於澳洲市場價格；而於音樂著作方面，在該次法律修正前，紐西蘭之音樂著作價格原本就比澳洲市場價格

<sup>488</sup> See NECG Report, *supra* note 260, at 29-30.

<sup>489</sup> *Id.* at 26.

<sup>490</sup> NECG Report, *supra* note 260.

低，於該次修法後，二者間差距的程度更形增加；最後，在有關電腦軟體方面，原本於價格上處於競爭劣勢的紐西蘭，現在已經可以與澳洲市場處於同等地位了<sup>491</sup>。此等結果充分顯示出，紐西蘭政府當初企圖藉由廢除輸入權使著作真品平行輸入合法化，促進國內市場競爭以降低價格之目標，於相當程度上獲得實現，而且因為紐西蘭之開放比澳洲更為徹底，故平行輸入刺激國內市場競爭後反映於著作物價格之調降幅度亦更為顯著。

其次，在著作可得性方面，平行輸入的開放也增加著作物的種類、增進消費者的選擇可能性與速度。例如，於書籍方面，因為平行輸入的開放，促使業者必須以更快的速度回應消費者的訂單，並提供更多的書籍種類及取得可能性，而且其國內發行期間亦相對提早。音樂著作方面亦因平行輸入的開放，使得過去比較難以取得之非流行性的音樂著作，有可能自國外管道輸入取得。值得注意者，NECG 於 2004 年的調查報告中提出一項相當重要的觀察，其認為上述正面效益雖亦部分肇因於平行輸入物品，但真正有平行輸入發生之情形，其實並不高。廢除輸入權、開放平行輸入最大的效應，或應在於，相關著作物平行輸入的可能性本身，就是一種潛在的競爭，使得市場中既存的經銷事業面對此一可能的競爭，必須改進他們的經營效率、降低零售價格、迅速滿足消費者需求，因此產生上述效果<sup>492</sup>。

至於在對產業發展之影響方面，反對平行輸入最力的著作權利益團體最擔心之問題，不外乎開放平行輸入後可能造成其收益減少、相關產業投資減縮等不利影響，事實上紐西蘭政府亦相當關心此一問題。除上述 2004 年 NECG 報告外，又於 2007 年再委託 LECG 針對現行的平行輸入政策對紐西蘭國內四大文化創意產業（書籍、錄音物、電腦軟體以及電影產業）之影響做出評估報告<sup>493</sup>。尤其在 2003 年修法新增電影著作之平行輸入限制後，此一限制輸入規定對於國內產業究

<sup>491</sup> *Id.* at 6-7.

<sup>492</sup> *Id.* at 7.

<sup>493</sup> *LECG Report, supra* note 283.

竟有何影響，在 2004 年報告中由於施行時間尚短，還無法做出評估，而由於當時該項規定設有五年期限的落日條款，將於 2008 年 10 月到期，因此限制輸入規定對於國內電影著作產業有何影響以及是否仍有必要繼續延長，即成為 2007 年報告之重心。

首先就書籍產業而言，紐西蘭之出版業近年來皆持續成長，整體而言並未因開放平行輸入而遭受何等重大的不利影響，儘管出版業之利潤在禁止平行輸入之狀況下或許會比現在更高，但此等利潤卻是從消費者所付出的高價而來<sup>494</sup>。至於書籍的經銷商更認為如果不是允許平行輸入後可以提供折扣較多的低價書籍，某些消費者族群可能根本不會願意掏出荷包來購買，因此開放平行輸入後所造成的價格競爭非但沒有減損其獲利，反而創造出新的「低價書籍市場」<sup>495</sup>。

其次就錄音著作產業而言，上述 2007 年報告指出儘管在總銷售數量上自 2002 年開始即出現下滑的情形，但紐西蘭音樂市場的全球評比自從開放平行輸入後持續呈現向上爬昇的趨勢，因此基本上可謂音樂產業儘管面臨全球盜版與數位化散布橫行之嚴峻考驗，仍然表現不差<sup>496</sup>。紐西蘭經濟發展部於 2008 年提出的平行輸入內閣報告中即表示，固然平行輸入亦為影響音樂產業發展的因素之一，但在現行全球盜版猖獗之情形與科技帶來之音樂新散布型態的背景下，縱令禁止平行輸入亦無法對音樂產業產生實質助益，因此建議仍應繼續維持允許錄音著作之平行輸入<sup>497</sup>。

接著在電腦軟體產業方面，由於紐西蘭絕大多數軟體皆自國外輸入，而紐西蘭本身之軟體製造商則多半致力於部份較冷僻之市場，例如邏輯軟體或健康資訊系統等，此等軟體在全球輸出市場上並不重要，因此紐西蘭製造的電腦軟體於輸

<sup>494</sup> *Id.* at 21.

<sup>495</sup> *Id.* at 19.

<sup>496</sup> *Id.* at 22-23, 29.

<sup>497</sup> Ministry of Economic Development, Parallel Importing Cabinet Paper, at para. 41 (2008). 其全文可於下列網頁取得：[http://www.med.govt.nz/templates/MultipageDocumentTOC\\_\\_\\_\\_35584.aspx](http://www.med.govt.nz/templates/MultipageDocumentTOC____35584.aspx)（查訪日期：2008 年 6 月 20 日）。

出後再回銷之機率亦相當低，因此原則上開放平行輸入對於國內電腦軟體產業影響不大，但卻可為紐西蘭消費者帶來價格大幅下降之正面效益<sup>498</sup>。

最後則是 2003 年才修法新增九個月禁止平行輸入期間的電影產業，根據紐西蘭經濟發展部 2008 年的平行輸入報告，電影在全球初次上映（通常在美國）之時間與實際在紐西蘭院線上映的時間間隔已於近幾年縮短至僅有幾天的差距，因此大多數強檔院線片發行全球版 DVD 之時間皆於該片在紐西蘭戲院上映後約三至六個月內，為讓片商除熱門強檔片外，即使是較非主流之影片亦有足夠時間以不同媒介形式分別發行，避免因此擠壓到非主流電影在戲院上映之機會，故經濟發展部認為應維持現行的九個月暫時禁止平行輸入期間規定<sup>499</sup>。

## 第二項 競爭法主管機關應扮演之角色

從前述澳洲與紐西蘭不同的開放平行輸入經驗可知，開放平行輸入對於著作市場之競爭效率提昇具極大幫助，不論在價格或著作的可得性方面皆有明顯之進步；而另一方面根據紐西蘭實證研究的結果，除少部份特殊產業外（如電影著作），開放平行輸入不致對國內相關文化產業造成負面影響。知識經濟時代下，如何提昇我國文化創意產業之競爭力，並同時兼顧消費者之利益，實屬重要議題，而一國的競爭法主管機關在此議題上能扮演何種角色，則為接下來的問題。

### 一、澳洲

澳洲著作權法原本也訂有輸入權全面禁止平行輸入，但自 1991 年修法允許書籍的部份輸入後，逐步廢止輸入權，其修法過程與內容已如本文第三章所述，能夠有此成果，競爭法主管機關實居功厥偉，扮演相當重要之角色。從較早期的 PSA（價格監視局），到現在的 ACCC（競爭與消費者委員會）皆有相當積極的態度與作為。

<sup>498</sup> See *LECG Report*, *supra* note 283, at 35.

<sup>499</sup> See *supra* note 497, at para. 76.

PSA 在 1989 年至 1992 年間分別針對書籍、錄音著作、電腦軟體著作等做出一連串調查報告，並指出因為輸入權的存在，導致澳洲市場內著作物價格被不當抬高，而且也導致部份非主流或專業性較高的書籍，即使無出版商願意代理，亦無法透過平行輸入之管道取得，對於國內消費者相當不利，建議廢除此等輸入權，結果成功地促使澳洲政府於 1991 年修正著作權法容許部份書籍之平行輸入。雖然仍設有三十天與九十天之限制，在書籍價格上或許影響不大，但至少確保了書籍之「可取得性 (availability)」<sup>500</sup>，顧及消費者對於書籍的需求。

在錄音著作方面，雖然於 PSA 在 1990 年提出錄音著作價格調查報告時未立刻獲得修法的回應，但也引起社會各界對於相關問題的重視與討論，後來間接促成 1998 年的修法。於相關議論過程中澳洲錄音產業協會 (Australian Record Industry Association, ARIA) 曾主張開放平行輸入只會造成國內錄音物價格些微的下滑 (甚至可能根本不會下滑)，但卻會對國內相關產業帶來毀滅性的影響，因此堅決反對開放平行輸入<sup>501</sup>，ACCC 之主任委員 Allan Fels 則在 1998 年一場研討會中撰文駁斥此種見解，表示在引入平行輸入後價格的下跌會造成消費者對於錄音物需求量急遽上升，這對於國內表演人來說實為一項利多，尤其根據 PSA 所作的調查，表演人與唱片公司間存在著利益衝突，對按照錄音物之銷售數量計酬的表演人而言，能夠賣出越多唱片其報酬越豐厚，但對唱片公司而言，為求獲得更高利潤往往傾向設定較高之價格，即使會影響唱片之整體銷售數字亦然，換言之，表演人比唱片公司更樂於降低錄音物的價格<sup>502</sup>。因此 PSA 認為輸入權制度是保護本土產業所能採取的方法中最欠缺效率的一種，澳洲的消費者付出高價，但絕大

<sup>500</sup> See Allan Fels, *Intellectual Property, Competition & Trade Policy Implications of Parallel Import Restrictions*, Meeting on Competition, Trade & Development in Rome, 23 May 2001, at 7. 其全文可於下列網頁取得：<http://www.accc.gov.au/content/index.phtml/itemId/255604> (查訪日期：2008 年 6 月 20 日)

<sup>501</sup> See Allan Fels, *Repeal of Parallel Importation Restrictions: A Step Forward for Copyright in Australia and New Zealand*, 12th Annual Intellectual Property Society of Australia and New Zealand Inc Conference in Auckland, 29 Aug 1998, at 13-15. 其全文可於下列網頁取得：<http://www.accc.gov.au/content/index.phtml/itemId/97077> (查訪日期：2008 年 6 月 20 日)

<sup>502</sup> *Id.* at 15.

多數利益卻都是進到外國唱片公司及表演人的口袋<sup>503</sup>。

此外，Allan Fels 在 1999 年的演講中也宣示 ACCC 將接續 PSA 先前在促進對於平行輸入價值的認識與促成著作權法修正上的努力與成果，並強調 ACCC 將繼續推動 PSA 未完成的工作，呼籲廢止澳洲著作權法中尚存的輸入權條文，以促進著作供給面之競爭，進而降低價格、縮短系爭著作在澳洲可被取得所需之時間並拓展其著作類型之廣度<sup>504</sup>。

ACCC 尚於 1999 年中接受政府委託，就書籍和電腦軟體的價格進行調查，調查結果發現二者價格於澳洲市場內皆較美國、英國等國家為高，基於此一調查結果，該委員會建議政府亦迅速廢止此二種著作物之輸入權，而間接促成 2003 年澳洲著作權法的修正，廢止有關電腦軟體的輸入權<sup>505</sup>。

除上述藉由進行產業調查並援引所得實證資料作為有力依據，具體建議政府相關部門修正法律、廢止對於國內市場競爭以及消費者利益造成不利影響之輸入權等方式，努力移除著作權法上對於平行輸入的障礙之外，ACCC 更進一步藉由競爭法積極監督各事業是否改以契約或其他限制競爭之方式妨礙著作的平行輸入，避免事業濫用其市場地位、拒絕交易或任意為差別待遇等不當限制平行輸入以達成分割市場之效果。實際案例上，ACCC 於 1999 年對於 Universal Music Australia Pty Ltd、Sony Music Entertainment (Australia) Limited 以及 Warner Music Australia Pty Ltd. 等大型唱片公司開啟調查程序，懷疑該等公司涉嫌對於販賣平行輸入錄音物之經銷商採取不利的差別待遇或者終止供應契約等非法手段，妨礙澳洲事業從事錄音物的平行輸入行為<sup>506</sup>。其後，ACCC 在 Sony 承諾日後不會採取任何妨礙平行輸入進入澳洲的行為後與其和解，其他二家公司則最後在

<sup>503</sup> *Id.*

<sup>504</sup> See Allan Fels, *supra* note 487, at 5.

<sup>505</sup> See NECG Report, *supra* note 260, at 30.

<sup>506</sup> See Allan Fels, *supra* note 500, at 8.

2001 年經法院判定確有濫用市場力量以及排他交易的限制競爭行為<sup>507</sup>。

## 二、日本

除了澳洲以外，日本於 2004 年修正著作權法第 113 條第 5 項新增錄音著作物回銷禁止規定的立法過程中，身為競爭法主管機關的日本公平會（公正取引委員會）亦曾基於維護自由競爭機制、確保消費者利益之觀點表達反對增訂禁止回銷規定之立場。儘管最後在保護日本 J-POP 音樂產業的政策性判斷下，仍通過錄音物回銷禁止規定，但日本公平會於其所提出的不同意見書<sup>508</sup>中所表示的觀點，亦為法案起草者所採納，從而有如本文第三章第三節所述的各種門檻要件的設計與嚴格規定。

日本公平交易委員會認為，著作權法修正新增第 113 條第 5 項之「音樂錄音著作回銷禁止規定」，可能對競爭秩序與消費者利益造成嚴重影響，從而乃基於競爭政策觀點提出不同意見<sup>509</sup>。其意見大致如下：

阻止經錄音著作之權利人合法授權而於海外生產販賣之 CD、唱盤、錄音帶等輸入日本國內之事業行為，本將構成日本獨占禁止法中之妨害交易的優勢地位濫用行為。若承認於日本販賣之 CD 得訂定其他主要國家均不允許之維持轉售價格契約，而成為獨占禁止法之例外規定，非但將限制原本自由的價格競爭機制，輸入品之價格競爭亦將消失，更有造成整體市場競爭秩序甚至消費者利益極大負面影響之虞。再者，一旦承認 CD 等錄音著作物享有此種權利，今後其他著作物（例如遊戲軟體、錄影帶等）之業者勢必亦將要求享有同等權利，應如何因應？

<sup>507</sup> See NECG Report, *supra* note 260, at 28.

<sup>508</sup> 日本公平交易委員會於 2003 年 12 月 3 日在文化審議會著作權分科會法制問題小委員會第 8 回會議上提出之意見書：「レコード輸入権創設に係る公正取引委員會の考え方」，其全文可於下列網頁取得：[http://211.120.54.153/b\\_menu/shingi/bunka/gijiroku/013/03121003/002.htm](http://211.120.54.153/b_menu/shingi/bunka/gijiroku/013/03121003/002.htm)（查訪日期：2008 年 6 月 20 日）。

<sup>509</sup> 同前註。另請參照稗貫俊文，音樂レコードの国内還流防止措置と公正取引委員會，收錄於氏著「市場・知的財産・競争法」，頁 143-144，有斐閣，2007 年。

其次，創設「音樂錄音著作回銷禁止規定」固然是出於日本音樂產業有特別立法加以保護之必要，因此希望能限定其適用對象為日本語版本的 CD，但事實上在國際公約要求採取國民待遇原則之客觀情勢下，最後勢必連同西洋音樂的 CD 亦有該禁止回銷規定之適用，將造成著作權人亦可阻止西洋音樂 CD 輸入日本，對於競爭秩序及國內消費者之影響恐將更巨。

再者，限制錄音物回銷之期間長短，依照著作權法第 113 條第 5 項授權由主管機關以政令方式在不超過七年之限度內定之。公平交易委員會認為此一時間之設定對於價格會否因此僵硬化之影響也相當大，因此有必要慎重考量。受到其反對意見的影響，使得現今之期間，並未擴展至七年，而以四年為期。

### 三、我國公平交易委員會

由上述可知，無論澳洲或日本之競爭法主管機關在著作真品平行輸入議題上皆投入相當心力，從主動進行實證調查、推動著作權法修正、解除對於國內著作相關市場競爭不利之限制、到積極適用競爭法規範，避免著作權人或代理經銷商等藉由契約協議或其他方式不當限制著作之自由散布流通，透過以上各種積極作為表達其身為競爭主管機關，試圖維護競爭秩序與消費者之利益之立場，力求在國內文化知識產業健全而有效率發展的同時，消費者亦得以合理的價格近用著作。正如澳洲著作權法原本亦設有輸入權之限制，但從早期的 PSA 到現在的 ACCC，皆不以著作權法已有規範而劃地自限，反而積極展現其改變現狀之企圖心，反觀我國公平交易委員會在此議題上卻似乎漠不關心，似乎尚未體認到其所能發揮之功能，實屬可惜。畢竟智慧財產權之目的本在於求取社會公眾近用著作以及持續創造發明之利益兩者之平衡，而競爭法與智慧財產權既然處於互補之關係，則當天平已逐漸向智慧財產權傾斜，而主管機關智慧財產局又在我國國際現實處境之壓力下有無法輕易移除著作權保護砝碼的難言之隱時，公平交易委員會實應體認其身為競爭法主管機關所肩負的使命，挺身而出為其所當為，善盡維護

交易秩序以及消費者權益之職責。

#### 第四節 小結

由本章介紹可知，現今一般肯認智慧財產權與競爭法最終皆以鼓勵創新、提昇整體社會福利為目標，兩者實具互補（complementary）的性質，惟在智慧財產權之行使方法上仍無法免除與競爭法發生若干緊張關係。而就智慧財產權行使之界線而言，智慧財產權法與公平交易法兩者間既屬互為補充的關係，則彼此理應立於同等之地位，故當智財權人經過「替代可能性」之判斷已經確認其具備市場力量、其行為態樣又足以對競爭秩序造成不當之影響，則競爭法當應得以直接適用於該等行為，不因系爭產品是否包含智慧財產權在內而所有差異。

依此，則當著作權人非單純基於著作權之行使，而妨礙著作真品平行輸入行為時，即應有競爭法之適用。而由本章之介紹可知，歐盟為實現其「單一區域市場」之目標而致力於消弭區域內之貿易障礙，故競爭法之適用較為嚴格，但對於區域外之限制輸入則採取較寬鬆之態度；瑞士則在力求降低國內物價的同時，又希冀能保護國內智慧財產權人之利益，故於 2003 年修正其卡特爾法，視個案中平行輸入物品之來源國在法律或經濟發展情形上，是否與瑞士相當，彈性調整卡特爾法之適用；至於日本與瑞士同樣皆面臨國內外價差明顯的情形，故日本對妨礙平行輸入行為採取相當嚴格的規範態度，但另一方面也於著作權法設有擬制為侵害著作權之規定，以避免實質上違法之重製物進入日本國內，對國內著作權人之利益造成不當影響。因此瑞士與日本皆考量到各國法律規範不同，若一律允許毫無限制的平行輸入，恐對國內著作權人權益造成不當之損害，對於國內文化產業以及整體社會利益反生不良影響，因而採取較為彈性之規範方式，靈活運用著作權與競爭法規範之互補性，此種彈性化的規範態度，頗值我國主管機關借鏡。

最後，在著作真品平行輸入議題上應採取之競爭政策方面，從本章所介紹之

澳洲與紐西蘭的經驗可以得知，開放著作平行輸入後，無論在著作之可得性與價格方面皆有長足之進步。著作可得性之提昇，使國民能夠以更快的速度接觸到範圍更廣泛的著作，而著作價格之下降讓消費者更願意購買著作，同時也帶動整體文化產業之成長。最重要的是，根據紐西蘭的數份研究報告調查結果皆顯示，允許著作平行輸入並未對於國內相關產業之發展造成負面影響，反而在部份產業皆呈現正向成長之情形，而且，平行輸入之所帶來之上述效益，實際上是來自市場中既存的經銷事業面對潛在的可能競爭，而不得不改進他們的經營效率、降低零售價格、迅速滿足消費者需求，事實上這也正是開放平行輸入所欲達成之目的。然而相對於澳洲與日本競爭法主管機關對著作真品平行輸入議題所表現出之積極態度，我國公平會目前則似乎尚未能充分認知其所應扮演之角色。關於此點，於下一章檢視我國現行著作權法關於著作真品平行輸入規範之缺陷後，當更可深刻體認推動修改我國現行著作真品平行輸入法制之必要與急迫性。



## 第五章 我國著作權法關於著作真品平行輸入應有之面貌

本文已於第三章以及第四章分別由著作權法與競爭法之觀點，透過比較法之介紹，分析著作真品平行輸入之問題，並從與我國在文化產業發展與經濟規模方面皆較為相近的澳洲、紐西蘭之經驗，發現開放著作平行輸入後，無論在著作之可得性與價格方面皆有長足之進步，並且有助於促進整體文化相關產業之競爭與成長，因而建議我國公平會就此議題實應以更積極之態度，扮演推動文化知識產業健全而有效率發展的火車頭角色。

以上述論述為基礎，本章將檢視我國現行著作權法對於著作真品平行輸入之規範內容，以及現行規範在實務上所面臨之困境及其不合理之處，並試圖分別從解釋論與立法論之角度，勾勒出我國著作權法在著作真品平行輸入規範上應有之面貌。

### 第一節 我國現行著作權法規範於實務解釋之困境

我國著作權法與美國著作權法之規範方式較為類似，既有散布權之規範，同時又有賦予著作權人「實質輸入權」之規定，因此散布權與輸入權兩者之適用關係在我國所面臨之爭議比之美國可謂有過之而無不及。究其箇中原因，除我國於著作權法修法過程中遭到美方相當程度之關切與影響，因而無法基於本國國情考量設計最妥適之法制外，更重要者莫過於立法過程之粗糙與法律文字之不精確，導致原已複雜之問題更形困擾。關於我國著作權法散布權、輸入權之規定，已於第二章加以介紹，並點出我國現行著作權法規範關鍵的問題點。在此則進一步就其問題與困境做一詳細分析。

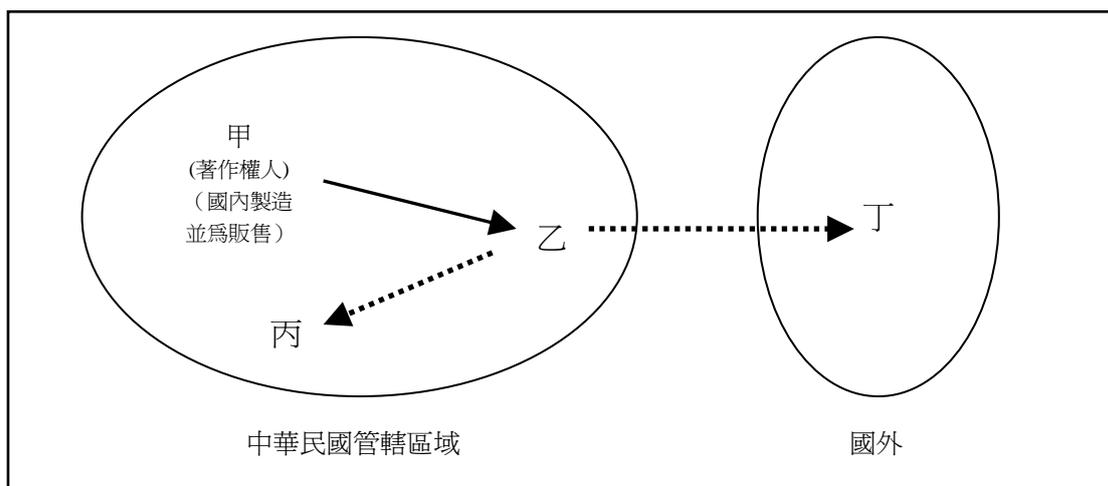
依據我國現行著作權法第 87 條第 1 項第 4 款，未經著作財產權人同意而輸入

著作原件或其重製物者，除本法另有規定外，視為侵害著作權。依此，我國國民除非取得著作權人授權同意其輸入，抑或符合著作權法第 87 條之 1 第 1 項各款之例外排除規定，否則不得輸入該著作原件或重製物，已如第二章所述。然而此處將產生一問題，即該重製物若係於我國領域內製造，而後由代工廠商輸出至外國，而後再銷售回本國，此種「回銷」的情形是否仍有本條之適用？亦即，適用於本條規定者，是否以該著作原件或重製物之製造地點位於外國為限，而不包括於我國管轄領域內製造之情形？基本上，若單從法條文義來看，無法得出立法者有意區別系爭著作原件或重製物係製造於我國境內或境外之結論，因此就文義解釋似應認為，原則上即使係於我國領域內製造後輸出且再次回銷的情形，仍需先取得著作權人之同意，方可合法輸入。然則如此一來，此種先在我國重製後再輸出國外之情形，是否有散布權耗盡原則之適用，即有疑問。

因為現行著作權法第 59 條之 1 將適用對象限定於「在中華民國管轄區域內」取得之著作物，雖然於立法理由中，就本條與第 87 條第 1 項第 4 款：「未經著作財產權人同意而輸入著作原件或其重製物者。」之合併適用例示了四種情形，然而其說明非但未能將問題點釐清，反而萌生更多疑問。以下即就該立法理由所例示之四種耗盡情形逐一說明<sup>510</sup>：

一、某著作重製物係由著作財產權人甲所製造，在中華民國管轄區域內販售，乙在中華民國管轄區域內購買該重製物後，成為物權所有人。嗣後乙將該重製物以移轉所有權之方式予以散布，例如出售予國內丙，或輸出國外販售予丁，即有本條之適用，此等散布行為均不須另行徵得著作財產權人甲之同意，不侵害著作財產權人甲之散布權，此時甲對該等重製物之散布權業因其移轉所有權之行為而耗盡（如下圖 3）。

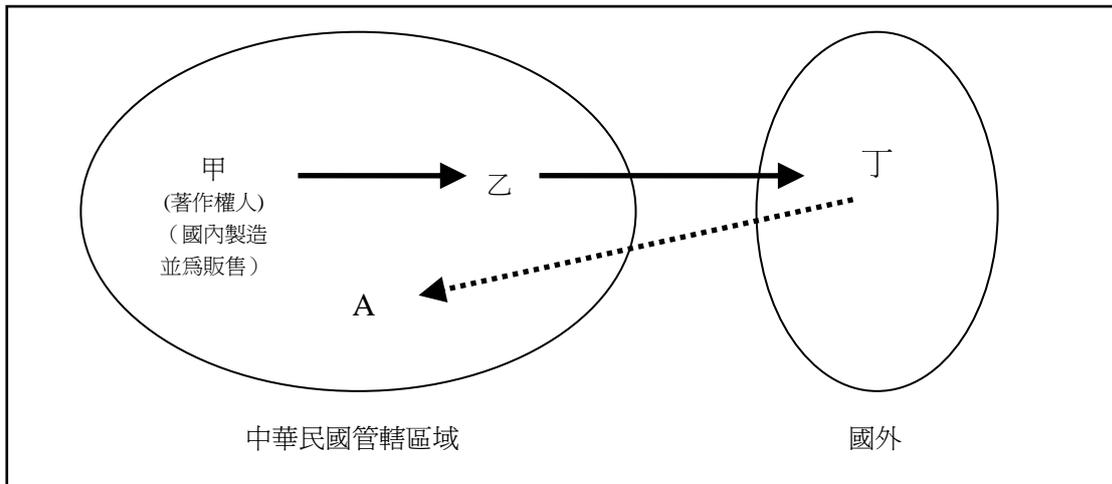
<sup>510</sup> 以下主要參照黃銘傑主持，前揭註 57 研究計畫，頁 110-117。



【圖 3】

於此種情形中，由於乙係於中華民國管轄區域內「取得」該有體著作重製物，因此本類型即為最典型適用第 59 條之 1 的類型，於乙取得該重製物時，甲之散布權即因為本條規定而耗盡。而後不論乙移轉所有權之對象係位於國內或國外，由於甲對於該重製物得主張之散布權已耗盡，故甲對於繼受取得該重製物的丙或丁即不得主張散布權。丙或丁若欲繼續以移轉所有權方式散布該份重製物，對於著作權人甲之散布權亦無侵害之虞。此種情形較無問題。

二、承前例，國外之購買者丁嗣後將其自己買得之重製物，再輸入中華民國管轄區域時（即所謂「回銷」）者，亦不必徵得著作財產權人甲之同意，而無現行法第 87 條第 1 項第 4 款之適用（如下圖 4）。



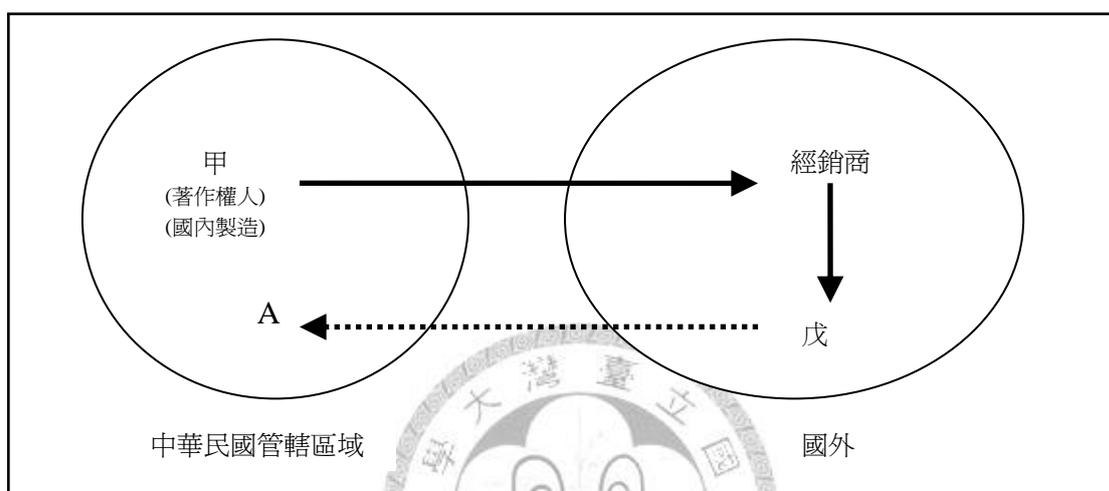
【圖 4】

於此情形中，除應考量第 59 條之 1 外，同時應考量著作權法第 87 條第 1 項第 4 款：「有下列情形之一者，除本法另有規定外，視為侵害著作權或製版權：四、未經著作財產權人同意而輸入著作原件或其重製物者。」，則上述情形中，丁之輸入行為直觀上似乎並未得到甲之允許而該當於第 87 條第 1 項第 4 款，而被視為侵害甲之著作權；然而，由於該份重製物於甲出賣予乙時，甲之散布權即已耗盡，則於丁將該份重製物再行輸入中華民國管轄區域內時，立法理由肯認此時該「輸入」行為無須適用第 87 條第 1 項第 4 款，因此丁無須取得甲之同意即得為輸入。

考量到實質輸入權係於 1993 年訂定，而散布權與權利耗盡原則則係於 2003 年訂定，因此於制訂散布權時我國已有實質輸入權之概念，則由此例似乎可以推導出，立法者係認為若是「散布權」已因第一次銷售行為而耗盡，則作為廣義散布概念下的「輸入權」亦應隨之耗盡，因此本例中雖然丁並未取得甲之同意即將該重製物輸入我國，但此時散布權既已耗盡，因而甲就該份重製物之輸入權亦隨之耗盡，其輸入行為並不違反著作權法第 87 條第 1 項第 4 款之規範。

三、如著作重製物係由著作財產權人甲在中華民國管轄區域內所製造，但未在中華民國管轄區域內販售，直接輸出國外在他國銷售散布，戊在他國合法購買

該重製物後，成為物權所有人<sup>511</sup>。嗣後戊欲將該重製物回銷至中華民國管轄區域內者，因該重製物並未取得甲同意在中華民國管轄區域內散布之授權，仍應徵得著作財產權人甲之同意始得輸入，否則即屬違反現行法第八十七條第四款規定之行為，而其違反該款規定而輸入之物因非屬本條所稱之「合法重製物」，亦無本條之適用（如下圖 5）。



【圖 5】

本例中應值注意者，係甲並未將該份著作重製物於中華民國管轄領域內銷售，而係於我國境內製造後直接外銷，而於國外散布流通，而戊係合法買受該重製物之人，則若戊欲將該份重製物輸入至中華民國管轄區域內，此時依照立法理由所稱：「因該重製物並未取得甲同意在中華民國管轄區域內散布之授權，仍應徵得著作財產權人甲之同意始得輸入。」否則即違反輸入權之規範，然此理由似有語意不明之嫌。

由於我國著作權法於 2003 年修法後，即呈現輸入權與散布權兩者並立的情形，因此如果立法者認為輸入權與散布權為兩種各自獨立之權利，應分別取得著作權人授權，則戊欲將系爭重製物輸入中華民國管轄區域內，理應取得著作權人

<sup>511</sup> 筆者按：立法理由原文為「『或』在他國合法購買該重製物後，成為物權所有人」，然「或」字應為「戊」之筆誤，否則此句文意不通，且與下句難以銜接，因此本文即在將之理解為「戊」之前提下進行說明。

甲對其「輸入」行為之授權才對，至於戊是否取得散布之授權則並非所問，除非戊欲於中華民國管轄區域內再次散布該重製物時，始有取得著作權人甲對於其「散布」行為之授權的必要。然而，反觀立法理由所述卻是戊於未取得甲同意於中華民國管轄區域內「散布」之授權前不得逕行「輸入」，明顯是將散布權與輸入權之授權兩者混為一談。如果對照上述第二例的情形，該例中立法理由說明，在散布權已經耗盡的情形，丁於再輸入中華民國管轄區域時，亦不必徵得著作財產權人甲之同意，似乎可以認為，立法理由實際上仍然將輸入權視為廣義散布權的一環，因此如果散布權已經耗盡，則著作權人亦不得依著作權法第 87 條第 1 項第 4 款禁止輸入，反之如果散布權尚未耗盡，則其輸入行為仍有第 87 條第 1 項第 4 款之適用。

然而，依據我國著作權法第 3 條第 1 項第 12 款，就「散布」定義為：「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。」，因此我國法就散布的概念係採廣義的定義，實際上並未限定需以「移轉所有權」方式讓與予他人的行為為限，然而在第 28 條之 1 所賦予著作權人的散布權卻規定為：「著作人除本法另有規定外，專有以移轉所有權之方式，散布其著作之權利。」改採狹義的散布權見解。而到第 59 條之 1 耗盡原則的立法理由中卻又似乎將輸入權視為廣義散布權之一環，法律體系概念之混亂可見一斑。

由此或可推知，事實上立法者根本並非意圖賦予著作權人一獨立的輸入權，僅係迫於美方之壓力而不得不以擬制授權之方式，於著作權法「權利侵害的救濟」章，就未經著作權人同意而輸入著作之行為擬制為侵害著作權，賦予著作權人禁止輸入之一定權限，惟此種權限不如其他規定於著作權法第三章第四節「著作財產權」之著作財產權一般可單獨自由讓與。因此，若要貫徹立法者不願創設獨立輸入權賦予著作權人過度保護之意志，筆者認為似乎應該將立法者之上述理由進一步解釋為：固然當著作權人之散布權已耗盡時，廣義散布概念下所包含之輸入

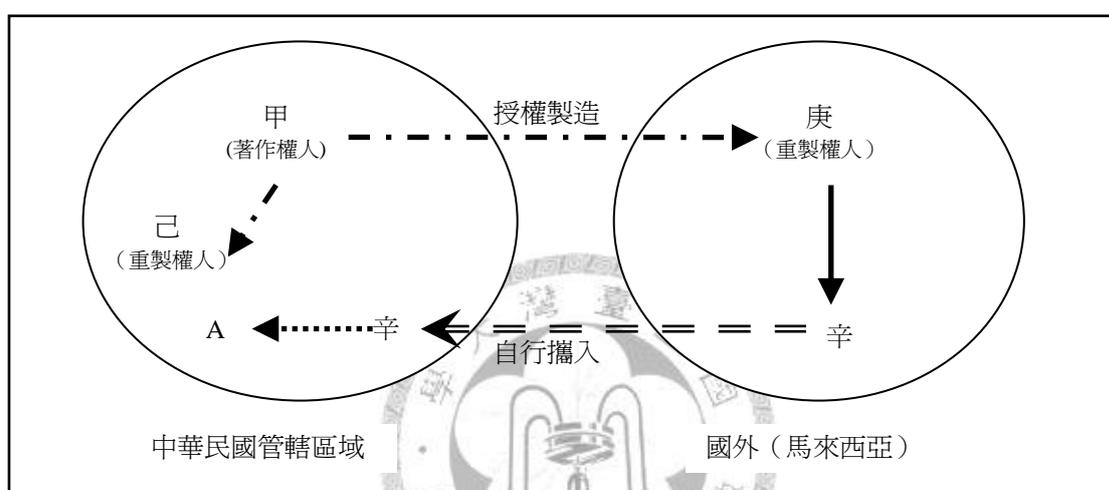
行為之權限亦已耗盡，因此此時其輸入行為不違反第 87 條規定；縱令係原本散布權尚未耗盡之情形，若輸入行為人已取得著作權人同意輸入著作原件或重製物，按理來說著作權人亦應知悉輸入人之使用目的，則既然其已同意輸入人輸入系爭著作物，理應亦同時默示同意其嗣後之散布行為，故除非著作權人有明白表示禁止任何後續散布行為，否則此時該合法輸入著作物之後續散布行為原則上亦屬合法，較為合理。

此外，本例立法理由中還指出，未經授權而輸入之物非屬「合法重製物」，因此無第 59 條之 1 之適用。依此，立法理由似乎認為「合法重製物」的要件除須經由著作財產權人之授權重製外，於國外真品平行輸入之情形，尚須再取得國內著作財產權人授權輸入後，該真品方屬於著作權法上之「合法重製物」。然此論點對於消費者保護似嫌不周，其可能衍生之弊端，正如同本文於第二章關於「散布權與輸入權之重疊適用問題」所述，對於消費者而言，其若於國內二手拍賣市場取得「真品」，則對於其前手就該份原件或重製物有無取得著作財產權人之授權輸入，或是其前手是否符合第 87 條之 1 第 1 項輸入權的例外規定因而輸入行為不受輸入權之限制等事項，作為後手的消費者方根本無從判別。

於此情形之下，若是以事後的角度認定該重製物未取得著作財產權人授權輸入、且亦不符合第 87 條之 1 第 1 項的各款例外，因此認定該重製物並非「合法重製物」，而不適用第 59 條之 1 散布權耗盡原則，對於繼受時並不知情、並且實質上也難以知悉前手權利狀態的消費者而言，不啻課與其過重之責任；且若該重製物因此被認定並非「合法重製物」，則不論消費者是否係於中華民國管轄區域內取得，皆不得適用第 59 條之 1，因此其亦無法為後續之散布，否則依著作權法第 91 條之 1 第 1 項之規定，甚至可能負有刑事責任。此種結果，對於不知情的無辜消費者而言，實屬難以承受之重。

四、假設著作財產權人甲授權已在中華民國管轄區域內製造其著作重製物，

另在區域外例如馬來西亞，授權庚製造重製物。辛考量二國重製物價差，認有利益可圖，在馬國購買該重製物後，欲輸入中華民國管轄區域內販賣者，因庚在馬來西亞製造之重製物並未取得甲同意在中華民國管轄區域內散布之授權，故仍應徵得著作財產權人甲之同意，否則即屬違反現行法第八十七條第四款規定之行為，而其違反該款規定而輸入之物因非屬「合法重製物」，並無本條之適用（如下圖 6）。



【圖 6】

本例與前例頗為相似，差異點在於，本例中辛所欲輸入之著作真品係由庚於國外生產製造，且甲已於中華民國管轄區域內另行授權「己」為重製；而前例中被輸入之著作則是在我國境內所生產製造者。根據立法理由表示：「因庚在馬來西亞製造之重製物並未取得甲同意在中華民國管轄區域內散布之授權，故仍應徵得著作財產權人甲之同意，否則即屬違反現行法第八十七條第四款規定之行為。」係可認為立法者實際上乃承認著作權人甲享有依國境分割市場並差別取價之利益。然而，與前例相同，本例之立法理由同樣將未取得「散布」之授權，與違反禁止「輸入」之規定混為一談，因此前例之解釋方法似亦應同樣適用於本例之情形，換言之，若甲同意辛得將系爭著作重製物輸入我國境內，則似乎應認為甲同時已默示同意辛嗣後的散布行為，蓋如此解釋亦不致於影響已在國內之重製權，

因為甲本身仍為著作財產權人，且並未專屬授權與己，故甲自仍得決定是否同意他人輸入其著作重製物，而無侵害己之利益之問題。

其次，就「合法重製物」之概念問題，與前例相同，立法理由似乎將之認定為必須包含「授權重製」以及「授權輸入」兩要件在內，然而此種觀點將造成合法重製物定性之不安定，並有輕易入無辜的消費者於罪之危險，已如前例所述，在此茲不贅述。

綜上所述，我國現行著作權法由於規範與解釋不當，導致在實務運用上發生相當多不盡合理之情況，以下本文擬由法律解釋之方法，期能在現行法架構下試圖提出較為合理之運作模式，以供參考。

## 第二節 為實務困境解套—從解釋論出發

如前文所述，我國著作權法於 2003 年 7 月新增散布權的同時，亦於同法第 59 條之 1 訂出有關權利限制或合理使用的規範。從其立法理由來看，第 59 條之 1 所欲規範之合理使用內容，原本應係欲依循美國聯邦最高法院 1998 年 *Quality King* 案<sup>512</sup>判決之理念與作法；然而，由於該條規定對於權利耗盡的要件，限定必須是「在中華民國管轄區域內取得」著作原件或其合法重製物者，方能主張權利耗盡，導致該條規定於解釋上，根本無法引導出類似美國最高法院上開判決之結果。如本文於上一節所引述之第 59 條之 1 立法理由所舉的第三例，即與 *Quality King* 案之背景事實相同，然而根據立法理由之解釋，此時「因該重製物並未取得甲同意在中華民國管轄區域內散布之授權，仍應徵得著作財產權人甲之同意始得輸入。」因此其輸入行為仍屬非法，必須徵得著作權人同意方得輸入，反之，美國聯邦最高法院於 *Quality King* 案則表示，只要係於美國國內合法「製造」之商品，不論係於國內或國外「販賣」，均得援用美國著作權法第 109 條 (a) 項「第

<sup>512</sup> See *supra* note 113. 關於本案判決內容請參照本文第三章之介紹。

一次銷售原則」作為抗辯。

我國禁止平行輸入之規定既係於美國的貿易制裁壓力之下訂定，且美方所持之理由為，美方早有賦予著作權人此等專屬輸入權利，要求我國亦應採取同等規格的保護。然而實際適用之結果，我國之禁止輸入規定竟比美國更為嚴格，身為以文化輸入為主之國家，但就著作真品平行輸入之態度，卻採取比向來保護著作權人不餘遺力的美國更為嚴格之規範立場，如此結果實屬不當。

更嚴重者，依據此一規定文言，於外國取得之合法重製物即使係經著作權人同意而合法從外國輸入，或是依據著作權法第 87 條之 1 第 1 項第 3 款等規定而合法攜入國內之著作物，倘若於取得時並未同時獲得授權可於我國境內散布者，則輸入後之「以移轉所有權之方式」的散布行為，仍有可能會構成散布權之侵害。為解決現行實務適用上之困境，筆者以下嘗試從第 59 條之 1 規定提出以下可能之解釋方法，期能在現行不當的法律規範下另闢蹊徑。

按第 59 條之 1 的構成要件共有以下四項：

「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」。

「著作原件或其合法重製物」。

「以移轉所有權之方式」散布之。

其中第四項構成要件較無爭議，較具解釋空間者係為第一項至第三項構成要件，以下即針對各項要件分析之<sup>513</sup>。

<sup>513</sup> 以下之解釋方法，部份係參考黃銘傑主持，前揭註 57 研究計畫，頁 126-133 之說明，並酌添筆者個人之見解。

## 一、在中華民國管轄區域內

本條條文明示須於「中華民國管轄區域內」取得著作原件或合法重製物所有權，然則於解釋散布權耗盡原則時，是否完全排除「在中華民國管轄區域外」取得著作原件或合法重製物所有權之情形？是否因法律明示其一而完全排除其他？按理而言，權利耗盡原則所注重者，應為著作權人之「第一次市場行為」發生地，而非利用人實際取得系爭著作物之地點，而我國著作權法將散布權耗盡之條件限定為須於我國境內取得著作物，實屬相當特異之立法。面對此種特異而不合理之立法，有無可能採用目的性擴張解釋加以解套？由於法律條文係以正面說明之方式表達：於中華民國管轄區域內取得著作物所有權者，得以移轉所有權之方式散布之。而在「中華民國管轄區域外」取得者，即不得以移轉所有權之方式散布，則為反面解釋之結果，是否已完全窮盡其他解釋之可能，而得當然導出在「中華民國管轄區域外」取得所有權之情形其散布權未耗盡之結論，尚非絕對無疑。而本條立法目的係為維護所有權人得基於其物權而自由管理、使用、處分、收益該著作原件或重製物，此目的不應因為所有權人「取得」該著作物之地域而有所不同，如此一來，目的性擴張本條之適用，使在中華民國管轄區域外取得著作原件或重製物者亦得適用散布權耗盡原則，似乎反而較能真正實現立法目的。惟一般於法律解釋上，目的性擴張解釋方法應謹慎為之，故此種解釋方式或許略嫌牽強，而較難獲得普遍之認同。然現行規範確有不當之處則屬無疑，究竟在法律修正前應如何解套，筆者認為或許可嘗試由下一要件「取得著作物所有權」之解釋方法著手。

## 二、取得著作原件或其合法重製物所有權

就「取得著作原件或其合法重製物所有權」的認定，依照我國民法第 761 條第 1 項前半之規定：「動產物權之讓與，非將動產交付，不生效力。」依此規定，通說認為動產物權的讓與必須具備「讓與合意」與「交付」二個要件。就「讓與

合意」而言，通常係以物權契約之形式表示其合意；然而就「交付」此要件則可能發生爭議。若是重製物本係位於中華民國管轄區域內，則「取得」重製物所有權之地點位於「中華民國管轄區域內」應無疑問；然而若是該重製物係位於中華民國管轄區域以外，而由國外經銷商輸入著作物予中華民國管轄區域內的消費者，此時「取得」之地點應如何界定？於法律解釋上可能產生爭議。

尤其，在現行全球貨品物流系統與網際網路如此便捷發達之時代，民眾或經由國內代理商或進口商取得最即時之國外著作商品，或藉由網路訂購、於國外拍賣網站等下訂單並匯款後運送至國內，因此跨國運送著作原件或重製物的情形早已司空見慣。然則於此種跨國購入著作原件或重製物的情形中，究竟「取得所有權」之地點係為清償地抑或交付地？尚難一概而論，且依國際貿易之實態，清償地與交付地亦可能依交易條件不同而有所變動，為杜爭議，並維護我國消費者之權益，筆者認為於國外經銷商將重製物輸入中華民國管轄區域內的情形，此時取得所有權之地點似宜以「出賣人將著作物之危險負擔，移轉與中華民國管轄區域內之買受人」時該著作物之所在地<sup>514</sup>，作為判斷標準。

則於一般情形下，此類跨國著作商品的交易，買受人通常係先行以刷卡或匯款等方式給付價金而於一段時間後方始取得；或係採貨到付款，由運送人將著作物輸入後再向買受人收取貨款並同時交付貨物，此二種情形皆有我國民法第 373 條之適用：「買賣標之物之利益及危險，自交付時起，均由買受人承受負擔，但契約另有訂定者，不在此限。」因此除非消費者與經銷商有另行約定，否則依照民法第 373 條之規定，於跨國購入著作原件或重製物之情形，其取得所有權之時點仍以該著作物現實交付予買受人時為準。由於買受人係位於中華民國管轄區域內，因此依照前述判斷基準，跨國著作物交易多數仍符合「在中華民國管轄區域

<sup>514</sup> 所謂危險負擔，係指買賣標之物因不可歸責於雙方當事人之事由致發生毀損、滅失時，該項危險（損失）應由何人負擔而言。買賣標之物之危險，如買受人未為給付，依民法第 266 條之規定，應由出賣人負擔該危險；此外，如買受人已為給付，依照民法第 373 條規定，除契約另有訂定外，應自交付時起由買受人負擔該危險。又標之物之危險，依照當事人之特約或法律規定，實際上亦有可能發生於交付前即應由買受人負擔之情形。

內取得著作原件或其合法重製物所有權」之要求。

惟在實務上，依照主管機關智慧財產局之過去解釋令函，似乎並不盡然認同筆者此種解釋方法，節錄智財局 2004 年 6 月 14 日所發布之「智著字第 0930004605-0 號」函如下：「利用網際網路上網訂購合法之 V C D 影片，進而透過快遞公司郵寄至我國領域者，並不符合『屬入境人員行李之一部分』，且其輸入之 V C D 影片如係輸入者於輸入後再交付他人利用者，亦與『為供輸入者個人非散布之利用』之規定不符。又違反本法第八十七條第四款規定而輸入之物，並非本法所規定之『合法重製物』，自不得援引第五十九條之一或第六十條規定再行轉售或出租，違者仍得依第九十一條之一或第九十二條規定處罰。」<sup>515</sup>

依此，則透過網路訂購合法重製之著作物（即所謂正版），因不符合第 87 條第 1 項第 4 款規定而成為「非合法重製物」，因此不得援引第 59 條之 1 規定再行轉售。惟筆者認為此號解釋函有兩點不妥：

第一點，透過網際網路訂購合法重製之正版著作，依照智財局之解釋，其輸入行為係屬違法，然而上國外購物網站訂購國內較難購得之外國著作物，實已成為我國國民日常生活常見之消費行為，在我國國民即時獲得外國文化資訊之基本需求下，基於個人使用之目的而輸入正版著作，對於著作權人之利益亦不致有重大影響，何苦要以如此嚴格的解釋將之論為非法？筆者認為，如此似乎過度偏重於著作權人之保護，而未顧及我國消費者之利益，有失公允。

我國實務上即曾出現數起不肖之代理商利用現行規範不當之法律，專門以「釣

---

<sup>515</sup> 智慧財產局於 2004 年 6 月 17 日作成之電子郵件第 930617b 號亦同此見解：「利用人自外國購買一份正版 CD，以『入境人員行李之一部分』之方式輸入者，該 CD 如符合上述著作權法之規定，應屬合法之重製物，購入後因個人興趣改變而將其上網拍賣，應無侵害著作權之問題。至於實務上，有人在網路上販賣 CD，如果不符合上述規定者（例如以自己利用之名義，在國內向國外郵購一份或多份，或入境行李輸入多份），已超出法律許可範圍，會構成違反『禁止真品平行輸入』規定。」（底線為筆者所加）

魚」手法，向在網拍販賣海外購入之正版光碟的民眾索取高額和解金的案例<sup>516</sup>，其案例事實幾乎皆如出一轍，國內民眾透過網際網路向海外之購物網站訂購一片正版 DVD 光碟片，嗣後將之上網拍賣，最後卻遭檢察官以該光碟片係非法輸入，故其嗣後上網拍賣散佈的行為係屬「明知係侵害著作財產權之重製物而散佈」，而依著作權法第 91 條之 1 第 2 項規定起訴，雖然最後都因告訴人於第一審言詞辯論終結前撤回告訴而經法院判決不受理，但就常理推測，極可能係被告因擔憂留下刑事犯罪的前科紀錄，因此皆向告訴人繳付高額和解金以求息事寧人，一片原價僅數百元之光碟，在代理商以刑相逼之情形下，和解金往往高達十餘萬元，如此結果豈為立法者當初修法禁止著作真品平行輸入時所預見？此種案例之頻繁出現，導致著作權法淪為不肖商人之打手，足證我國著作權法就著作真品平行輸入法制之規範的改革，實已到刻不容緩之地步。

事實上，關於透過網際網路購買外國著作商品，是否違反輸入權規定，智財局本身亦呈現見解反覆之狀態<sup>517</sup>，而或許這一兩年來逐漸意識到以現行電子商務發達之程度，若將從網路購買國外著作真品之情形解釋為違反著作權法第 87 條第 1 項第 4 款規定，其後果可能相當嚴重，因此最近又於 2007 年 10 月作成電子郵件第 961023b 號，推翻先前之見解改認為：「以供個人觀賞為目的，自台灣網路下標向國外賣家購買『海外正版』的 DVD，在每一著作只購買一份時，是屬於合法的行為，尚不違反著作權法第 87 條第 4 款規定。」，表達其認為消費者以個人使用為目的透過網路購買海外正版影音著作之行為，不違反禁止著作真品平行輸入規定之立場，惟因主管機關之解釋令函僅具參考效力，無法拘束司法機關之見解，因此仍無法完全杜絕類似上述不當案例之發生。而從上述智財局見解反覆不定之

<sup>516</sup> 例如 95 年易字 1845 號、95 年易字 1802 號、96 年易字 407 號，全部為同一家代理商以佯裝客戶之方式上網「釣魚」而發生之案例。

<sup>517</sup> 依照智財局於 2004 年 01 月 14 日所作成之電子郵件第 930114a 號表示：「利用網際網路上網購買軟體，因著作權法第八十七條之一第一項第三款規定，『以供輸入者個人非散佈之利用』，且『每次每一著作以一份為限』，故個別消費者合於上述二項要件之購買行為，為合法之行為，不發生侵權之問題；貨運業者也不至於發生侵權之問題。」（底線為筆者所加）。但智財局於同年 6 月又相繼作成上述兩解釋函，改認為透過網路購買外國著作商品不合於著作權法第 87 條之 1 第 1 項第 3 款規定，違反禁止真品平行輸入之規定。

情形，亦可推知現行法律規定之不明確，在實務適用上確實造成相當之困擾。

至於第二點不妥，則為智財局對於「合法重製物」之認定方式實有疑問，並將引起連串不當效應，詳如下述。

### 三、著作原件或其合法重製物

所謂「著作原件」，依照著作權法第3條第1項第16款之規定，係指「著作首次附著之物」，此定義應無疑問。由於本法散布權所規範之對象係限於有體著作物之散布。因此必須先有著作之附著固定於有體物之上，始有可能構成散布。

至於何謂「合法重製物」，則富有爭議。依照本條立法理由所言，「合法重製物」除須經由著作財產權人之授權重製外，於國外真品平行輸入之情形，須再取得國內著作財產權人授權輸入，方屬於「合法重製物」，亦即立法理由認為「合法重製物」之構成要件係包含「授權重製」以及「授權輸入」<sup>518</sup>。此觀點係以該重製物之散布過程合法與否，藉以認定該著作物是否屬於「合法重製物」，故若輸入並未取得著作財產權人之授權，則該重製物自此被貼上「非法重製物」的標籤，即便其重製係已取得著作財產權人之授權亦同。

筆者認為，如此之解釋方法甚不合理，蓋立法理由判別「合法重製物」之標準著重於「重製物」之整體流通過程，並且認為未經授權之輸入行為將使一合法重製物轉變成為非法重製物。然而從消費者觀點而言，由於著作物流通過程是否合法完全無法自物品外觀得知，故其於取得該著作原件或重製物時，根本無法認知該著作物於輸入之際是否已取得輸入授權或是符合第87條之1第1項輸入權之例外規定，最多僅能從重製物外觀分辨該重製物是否為經著作財產權人合法授權

<sup>518</sup> 學說上亦不乏論者持與立法理由相同的見解：「合法重製物」有二層意義，第一層意義係指著作內容必須為非侵害他人著作之盜版，如為盜版之著作物，自無散布權耗盡之問題；第二層意義係指輸入或取得著作之原件或重製物必須合法，故即便是侵害輸入權之真品平行輸入之重製物所有人，因其進入國境之過程不合法，亦非所謂「合法重製物」之所有人。（參見羅明通，「著作權法論（II）」，頁212，台英商務法律，2005年修訂6版）

重製之「真品」；甚至於著作權人亦授權我國國內廠商重製之情形，若是於著作物上並未標明銷售區域，消費者甚至連該著作物究竟係於我國國內合法重製而無散布權之適用、抑或係由國外輸入因而可能有散布權適用等情形皆有分辨之困難。

在此情況下，消費者將被迫負有應探明該重製物是否係由國外輸入、以及該重製物於輸入時是否已取得權利人同意或是合乎例外規定之義務，而事實上要求消費者於購買任何外國著作物前皆需先確認上述資訊，實屬強人所難，最後為避免因為該重製物並非屬於第 59 條之 1 的「合法重製物」而侵害著作權人之散布權，進而負有民、刑事責任之風險，我國國內的重製物所有權人將不敢逕為散布。此種結果豈為主管機關與立法者所樂見？

各國著作權法在有關是否合於耗盡原則之規範上，所指稱的「合法重製物」，理應係指於其作成時點，單就重製行為本身之合法性來判斷，例如美國著作權法第一次銷售原則即係以依該國著作權法合法「重製」之重製物作為適用之前提。因此，實應改由「行為」之角度進行法律解釋，故第 87 條第 1 項第 4 款輸入權係規範未經著作財產權人同意之「輸入行為」，而該次未經著作財產權人授權輸入而且不符合例外規定之「著作原件或其重製物」仍屬於「合法之著作原件或重製物」，僅其輸入行為本身可能違反該條規定而被擬制為侵害著作權而已，惟不因此影響其為合法重製物之法律評價。亦即，此解釋將第 59 條之 1 的「合法重製物」之構成要件，與「輸入時取得授權或符合輸入權除外規定」此一事實狀態脫勾，讓「合法重製物」回歸真品之概念，不論著作財產權人係授權製造商於何處重製，只要確定該重製物於重製當時已取得授權者，即認為其屬於著作權法第 59 條之 1 的「合法重製物」。

依此，則於中華民國管轄區域內取得該著作重製物所有權之人，應得適用散布權耗盡原則逕為散布，著作重製物之所有人毋須擔憂其是否可能因而負有民、刑事責任。此一解釋著重於明確區分「合法行為」與「合法重製物」，不因為不符

合著作權法之輸入行為（未取得輸入授權且亦不合於例外規定）而使得該「合法重製物」異其性質，則於法律適用上自然簡單明瞭而不橫生枝節。相對於立法理由之解釋，此種解釋似乎更能維護我國消費者權益，以達成「調和社會公共利益，促進國家文化發展」的立法意旨。

綜上所述，本文透過解釋論之方法，試圖解決我國現行著作權法於著作真品平行輸入議題之適用可能面臨之困境，然而，此種學說上的解釋終究並非司法機關的有權解釋，若欲徹底杜絕爭議，最終仍需透過修法的途徑加以解決，下一節即就我國著作權法未來應有之改革方向，提出筆者之拙見謹供參考。

### 第三節 我國著作權法未來應有改革之道—修法建議

我國目前著作權法係採嚴格的國內耗盡原則，且設有禁止著作真品平行輸入之規定，而有關於著作真品平行輸入規範所蘊藏之種種問題點，及其實際適用上可能衍生之弊端，皆已如前所述。而由本文先前由比較法分析所觀察到之現象可知，澳洲、紐西蘭等與我國在文化產業發展與經濟規模較為相當的國家，皆在近年開放著作物平行輸入後，獲得極大之利益，反觀我國卻反其道而行，訂定實際適用上比美國更為嚴苛之法律，全面禁止著作真品平行輸入行為。固然我國面對國際現實之壓力，著作真品平行輸入之改革與開放或許並非一蹴可及，但若主管機關僅因外國之壓力即全然棄守國內民眾之利益，甚至因為法律文字之用語之不當以及未經深思之解釋方法而帶來民眾散布著作時可能輕易觸法之疑慮，即屬失職。知識經濟時代下，著作權法制之合理健全與否事涉國家社會整體競爭力，尤其在全球貿易蓬勃發展之潮流下，貨品物流系統亦日漸成熟，著作物之跨國流通實屬不可避免之趨勢。考量我國係屬文化輸入為主之國家，針對著作真品平行輸入法制儘速建立妥適法制實有其必要。

基此，本文以下將參酌前述國外相關法制，嘗試提出四種可能之修法模式謹

供社會先進參酌，分別依其急迫性與影響層面漸進式提出，目的在兼顧緩和社會衝擊以及國際壓力之前提下，修正目前我國之著作權法關於進口著作物之規範闕漏，建立對著作物流通較為友善而妥適之法律環境，促進我國整體社會文化之發展與進步。<sup>519</sup>

### 第一項 修法建議（一）— 散布權侵害之一般性善意無過失免責條款

由於我國著作權法第 59 條之 1 的立法理由認為「合法重製物」之要件並非單純就其字面解釋為「經著作財產權人授權合法重製之物」，而係以該重製物之散布過程合法與否，藉以認定該著作物是否屬於「合法重製物」，故除須經由著作財產權人之授權重製外，於國外真品平行輸入之情形，須再取得國內著作財產權人同意輸入後，該真品方屬於著作權法上之「合法重製物」，已如前述。而若輸入行為並未取得著作財產權人之授權，則該重製物自此即被貼上「非法重製物」的標籤，即便其重製係已取得著作財產權人之授權亦同。而主管機關基本上亦支持立法理由之此種見解，此由前述的「智著字第 0930004605-0 號」函即可得知。儘管本文已於上一節明確指出此種解釋方法之不當，並且建議應讓「合法行為」與「合法重製物」之概念脫鉤，只要其重製行為係經著作權人授權重製之「真品」，即應屬於法律上所稱之「合法重製物」較為妥當，但不可否認立法理由以及主管機關之上述解釋函令，極可能誤導司法機關亦採取與之相同的解釋方法。然就一般常理而言，消費者能注意者，至多為系爭商品是否為盜版重製物，而對於所謂的正版重製物，要求作為後手之消費者於交易前尚須進一步探究其過往之流通過程是否完全合法，實屬強人所難，而當消費者於國內所購買者明明為著作「真品」，卻僅其為平行輸入而成為「非合法重製物」，當其嗣後再轉讓予他人時，居然需可能遭到民、刑事責任之追訴，恐與一般民眾之認知以及國民法感情不符，且有失衡平。

<sup>519</sup> 本文以下對於我國著作權法之修法建議，部份係整理自筆者曾參與之黃銘傑主持，前揭註 57 研究計畫，頁 153-171，由筆者所執筆部份的內容，酌予增刪添補而來，合先敘明。

相對於我國的規定，日本著作權法則顯得通情達理許多，依照本文於第三章所介紹日本著作權法第 113 條之 2 的規定，善意而無過失的讓渡行為人，不受讓渡權效力範圍所及。換言之，未經讓渡權人之同意而移轉讓與之重製物等，其受讓人於「受讓時」若對於其所受讓之著作原件或其重製物之讓渡權尚未耗盡一事並不知情，且對此不知情並無過失者，即視為未侵害著作權人之讓渡權，以保障交易安全。此一立法即係考量系爭物品是否為合法讓渡之著作，自物品外觀上往往難以辨認，倘若因此即對其加諸法律責任，實有過份苛責之嫌。有鑑於此，日本著作權法於引進讓渡權時，除設計出權利耗盡規範外，對於流通階段末端的消費者等，鑑於其消費不應過份課予責任，乃設計出此一善意無過失之例外規定，求取對著作權人權利保護及消費者利益二者之平衡，應可認為係較為妥適之立法方式。

基於上述理由，為杜絕我國現行著作權法第 59 條之 1 在解釋上可能造成善意無過失之受讓人，於受讓著作物時因不知其前手所讓與之著作物並非第 59 條之 1 所稱之「合法重製物」，致其誤認著作物之散布權已耗盡而予以散布之行為有不慎觸法之危險，站在鼓勵著作物之流通與維護交易安全、以及保護消費者權益之立場，本文建議增訂著作權法第 87 條之 2 如下：

「受讓著作原件或其重製物時，因善意且無過失而不知該著作原件或其重製物尚未依第五十九條之一合法散布，進而散布或意圖散布而公開陳列或持有者，視為未侵害著作財產權。」

## 第二項 修法建議（二）一個人合法輸入著作物之散布行為的除罪化

第二種立法建議，則針對個人合法輸入之著作物，將其嗣後之散布行為予以除罪化。建議修正我國著作權法第九十一之一條，於第一項增訂但書如下：

「但所散布之著作原件或其重製物為依本法第八十七條之一第一項第三款至

第五款規定合法輸入者，不在此限。」

按經著作財產權人授權重製之著作物，於國外販售、流通之行為本屬合法；然而由特定人於國外購入並輸入我國管轄區域之情形、或是由我國民眾藉由電子商務交易平臺交易而將著作物運送至我國管轄區域內之情形，依照我國現行法規，必須輸入者已取得原著作權人授權其輸入行為，抑或其輸入行為符合我國著作權法第 87 條之 1 第 1 項之行為態樣，此時其自行攜入行為始無侵害輸入權之虞。惟若合法輸入者嗣後將該份著作物提供公眾交易、流通，則由於其並未取得於我國管轄區域內散布該著作物之授權，且其行為亦可能無法符合我國著作權法第 59 條之 1 散布權耗盡原則「在中華民國管轄區域內取得」的要件，因此輸入者嗣後的散布行為將侵害著作財產權人之散布權，而依著作權法第 88 條、第 91 條之 1 第 1 項分別負有民事與刑事責任，已如前述。

然而，考量散布權所欲保護者，係藉由此權利之賦予，使著作權人於著作物流通之際得適時適度主張其權利，若此則就「輸入後散布」之行為歷程以觀，似得認為合法輸入後散布之情形，與單純未取得授權而逕為散布之情形，兩者侵害散布權之程度有顯著差異，實不應將「合法輸入後散布」之行為與未經授權之散布行為等量齊觀之。

著作權法第 87 條之 1 第 1 項之各款規定，係立法者鑑於輸入權對於國內文教利用、資訊取得等方面可能導致之負面影響，故增訂實質輸入權之除外規定，以求緩和輸入權對於我國文化發展之負面影響。就此立法理由所持論點觀之，既然符合第 87 條之 1 第 1 項各款事由而輸入的著作重製物屬於相對少量，則輸入權賦予著作財產權人控管流通的意義，亦因輸入著作物數量稀少而較不具重要性，實際上對於該著作物之國內市場影響甚微，因此立法者判斷此種情形有助於我國文化向上提升，而認為不屬於侵害輸入權。則在此類輸入行為已為立法者肯認不屬於侵害輸入權的前提下，為全面性達成文教利用、資訊取得等立法目的，其後之

散布行為似乎亦不應被認定侵害著作權人的散布權。

揆諸散布著作本係有助於提升文化水平之手段，既然立法者判斷應允許該著作物以第 87 條之 1 第 1 項之方式輸入，實無允許輸入者輸入後僅得合法自行持有、但卻不允許嗣後散布轉讓予公眾之理，否則一方面未能全面達成提升文化發展之立法意旨、另一方面亦限制了所有權人之處分權能，綜合觀之，實難謂適當、合理。實務上，著作權主管機關已多次於函釋中指出依著作權法第 87 條之 1 第 1 項第 3 款合法輸入著作物的所有人得予以出售，並無侵害著作權<sup>520</sup>。且台灣高等法院 93 年上易字第 1119 號判決亦表示：「若著作物在輸入時未侵害著作權人之著作權，嗣後輸入者將之轉售予他人，亦不致更異性質成為違法重製物。<sup>521</sup>」雖然該判決之案例事實係輸入後出租予他人之情形，與狹義的散布權係將著作物以移轉所有權之方式讓與他人有異，然出租與出售均屬廣義散布權之範疇，就論理上實應一致，換言之，在輸入之時點係合法重製物者，不應因嗣後之銷售散布行為而從合法重製物轉變性質成為違法重製物。

然而，因為現行著作權法規定係將輸入權與散布權並立規範，因此單純依照文義解釋之結果，確實可能產生合法輸入後的散布行為，仍舊須依照著作權法第 88 條、第 91 條之 1 第 1 項之規定，而課與散布者民事與刑事責任。如此責任

<sup>520</sup> 經濟部智慧財產局電子郵件第 930114a 號（節錄）：「對於上述『輸入權』之規定，著作權法設有例外規定，以肆應消費者個人之需要。針對屬於『入境人員行李之一部分而輸入』軟體（電腦程式），每次每一著作以一份為限，則此種輸入行為是著作權法所容許的，此種合法輸入行為所輸入之物為合法重製物，其所有人得予以賣出，並不會發生侵害著作權之問題。如有後手購買此種電腦軟體重製物（二手買賣模式），亦應屬合法取得，亦應無侵害著作權之問題。實務上，輸入者或後續購買者如能提出向海關報關相關文件，證明確為上述『入境人員行李之一部分而輸入』之情形，且每次每一著作以一份為限，似可認為合於著作權法規定。」（底線為筆者所加）

經濟部智慧財產局智著字第 0930003678-0 號（節錄）：「輸入之著作原件或一份重製物，如屬入境人員行李之一部分，且已報關、繳稅，為合法輸入品，雖非本法第五十九條之一所規定「在中華民國管轄區域內取得」，仍得於輸入後予以出租或出售，並無侵害他人之著作財產權之問題。又該著作原件或合法重製物復經出售予第三人，則該第三人仍為合法重製物所有權之人，而得依本法第五十九條之一及第六十條規定再行出售或出租，亦不會構成本法第九十一條之一散布權或第九十二條出租權之侵害。」（底線為筆者所加）

<sup>521</sup> 台灣高等法院 93 年上易字第 1119 號（節錄）：「揆諸前揭說明，應認扣案之兩部光碟影片並未違反著作權法第八十七條第四款之規定，而屬合法重製物。又該重製物於輸入時既未侵害著作權人之著作權，嗣後輸入者將之轉售予他人，亦不致更異性質成為違法重製物，本件被告既為該合法重製物之所有人，依著作權法第六十條第一項規定自得出租該重製物。」

實為輸入者不可承受之重，其中尤以刑事責任為甚，依照著作權法第 91 條之 1 第 1 項之規定：「擅自以移轉所有權之方法散布著作原件或其重製物而侵害他人之著作財產權者，處三年以下有期徒刑、拘役，或科或併科新臺幣五十萬元以下罰金。」對於合法輸入後散布之情形，最高竟可能被科以三年有期徒刑；反觀對於著作財產權人財產利益侵害最巨的未經授權重製行為，依照著作權法第 91 條第 1 項之規定：「擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權者，處三年以下有期徒刑、拘役，或科或併科新臺幣七十五萬元以下罰金。」對於重製人之刑責最高亦同為三年有期徒刑，二者可罰性差距甚遠，但其刑度卻相仿，顯有輕重失衡之嫌。再者，違法輸入者在目前著作權法下並無需負擔刑責，至多僅需負民事責任，但合法輸入者卻可能因其嗣後之散布行為而導致其所輸入之著作物變成非法重製物而負有民刑事責任，亦顯屬有欠公允。因此，即便近期內無法立即修訂著作權法輸入權與散布權的相關條文，但將「合法輸入後散布」之行為除罪化，仍屬當務之急。

除上述理由之外，若再深入「散布」行為之定義，如同本文前述，著作權法對於「散布」之定義係為「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」，其構成要件中並未限制散布行為發生地，因此於概念上，不論係於國外流通抑或國內流通，皆屬於廣義散布概念下之一環；然而由於文化與歷史因素，跨國界的交易流通卻以「輸入」行為定義之，惟若論其行為實質，其與其他種類之散布行為並無二致，僅係因為交易跨越國界之故，故以「輸入」描述此種散布行為之特徵，故儘管輸入行為有其跨國之特殊性，但其保護目的一部分亦與散布權立法目的相同。正如本文前述，當著作財產權人同意輸入著作物時，按理來說著作權人亦應知悉輸入人之使用目的，故解釋上應認為著作權人同意輸入時實際上亦已同時默許該份著作物的嗣後散布行為，因此基於散布權耗盡原則之精神，其合法輸入後之散布行為自亦應為允許，以求維護重製物持有人與著作權人間利益之衡平。

此外，於數位化時代下，無體散布實已蔚為風潮，蓋無體散布與有體散布相比，實具有重製成本、運送成本極小化之特色，因此對於消費者而言，若是同一著作具有有體著作物與無體著作兩種形式可供其選購，考量無體散布下著作取得成本亦大幅降低，泰半消費者會選擇以無體散布方式作為其接觸著作之途徑，此觀近年來 CD 銷售量之衰減、而線上音樂商店卻如雨後春筍般興起，可為明鑑。無體散布基於其低成本、散布之即時性等特徵，因此未經授權而為散布之情形亦較有體散布更為猖獗，則以著作財產權人之觀點，無體散布對於其著作利益所肇生的經濟上損害遠大於有體散布，然而現行著作權法下對於無體散布之規範，對於非法散布行為人係以侵害重製權或是公開傳輸權的相關規定繩之，而其刑責依照著作權法第 91 條第 1 項、第 92 條之規定，最高刑度亦為三年有期徒刑，與未經授權之有體散布行為所課與刑責相當。從刑事法的角度觀之，如此規範模式不啻變向鼓勵未經授權之無體散布，體系上顯非適當。則應如何修正規範架構方屬適宜？筆者認為，最根本之作法仍應使著作權法全面回歸民事責任，藉由計算各行為的損害額而要求侵權行為人負起損害賠償責任；然而鑑於來自國外壓力以及刑事法嚇阻之實效性，短期內著作權法欲全面除罪化實難以達成；但就本項所述「依本法第八十七條之一第一項第三款至第五款規定合法輸入後散布」之情形，一來其並無實質侵害散布權所欲保護法益，再者考量其可罰性與未經授權散布之情形相比亦嫌輕微，因此若能先行將此種情形下的散布行為除罪化，純粹回歸民事侵權責任，藉此突顯各行為間對於著作權侵害程度之實質差距，亦屬於修正規範體系的方法之一。

又主管機關既已作出函釋，認為依照著作權法第 87 條之 1 第 1 項輸入之物品，著作物的所有人得予以賣出，並無侵害著作權，則此函釋背後的根據究竟何在？著作權法第 87 條之 1 係針對輸入權擬制侵害訂立排除條款，以求緩和輸入權對於我國文化發展之負面影響，則其實際上屬於著作「合理使用」之規範。此觀著作權法第 65 條第 2 項法條文字可知：「著作之利用是否合於第四十四條至第六

十三條規定或其他合理使用之情形，應審酌一切情狀，尤應注意下列事項，以為判斷之基準：一、利用之目的及性質，包括係為商業目的或非營利教育目的。二、著作之性質。三、所利用之質量及其在整個著作所占之比例。四、利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響。」著作權法上合理使用之規定並不限於著作權法第三章第四節第四款「著作財產權之限制」所明示之各種行為，尚包括第 65 條第 2 項文言中所稱「其他合理使用」之部分，因此認為第 87 條之 1 第 1 項屬於「合理使用」並非無由。

則以第 87 條之 1 第 1 項行為屬於合理使用為前提，嘗試分析於適用該項輸入之著作物嗣後散布的行為：第 87 條之 1 第 1 項第 1、2 款於輸入後較無散布之可能，蓋其係為公部門或非營利機構利用而輸入，嗣後本即不應續為散布，因此本論文所提之修法建議並未將此二款事由列入但書例外除罪化範疇；而第 4 款隨同貨物、機器或設備輸入之著作物，考量其著作性質，多係協助貨物、機器或設備發揮正常功能所必需者，如筆記型電腦所預載的作業系統、或是隨機器一併運送的驅動程式光碟，因此若嗣後貨物、機器或設備轉手與他人時，隨同輸入的著作物亦應容許其同時轉讓與他人，方能發揮器材設備之正常功效，且其於條文中既已限制不得再行重製，即便其嗣後再為散布，對於該著作潛在市場與現值之影響亦屬甚微。又第 5 款之情形亦同，說明書與操作手冊作為輔助貨物、機器或設備得以正常發揮其應有效用所必需者，若認為於轉讓貨物、機器或設備時尚須徵求說明書或操作手冊之著作權人同意方得一併轉讓說明書與操作手冊，此種作法既不合常情，對於國民日常生活交易習慣亦將造成極大不便。

而第 3 款事由，依主管機關訂定之「著作權法第八十七條之一第一項第二款及第三款之一定數量」規定，著作權法第 87 條之 1 第 1 項第 3 款規定之情形，係指「為供輸入者個人非散布之利用而輸入著作重製物者，每次每一著作以一份為限」或「屬入境人員行李之一部分而輸入著作重製物者，每次每一著作以一份為

限」兩種情形。其中「為供輸入者個人非散布之利用而輸入著作重製物者，每次每一著作以一份為限」，雖然限定以「個人非散布之利用」為目的，但此等標的物只要在輸入之時點係基於「為供輸入者個人非散布之利用」之主觀意思而輸入，其在法律上之評價即為「合法重製物」<sup>522</sup>。換言之，係以輸入者於輸入當時之主觀意思為判斷基準，如於事後變更意思，例如因出國留學而攜帶一份書籍回國作為學術研究之用，後來認為無保存價值或已使用完畢而欲脫手出售，於網路電子交易平臺上向不特定人販售，此時其處分係基於物權法上所有權人之地位，且其份數亦限於一份，實際上對於該著作物之國內銷售市場幾無影響，因此參酌著作權法第 87 條第 1 項各款事由例外允許輸入之立法目的，以及前述散布權之本質，應認為此種合法輸入後散布之行為屬於著作權法第 65 條第 1 項「合理使用」之範疇，並無侵害著作權。

同理，「屬入境人員行李之一部分而輸入著作重製物者」由於輸入時僅限一份，因此雖然其嗣後散布未經著作財產權人同意，但是考量散布者既非藉此營利，且其轉讓該份著作物與他人的結果，對於該著作潛在市場之影響程度實如滄海一粟，國內著作物價格亦不會因為單一交易價格之差異而有所波動，並且此一散布行為實亦具有間接提升我國文化水平之作用，因此認為此種「合法輸入後散布」行為屬於著作權法第 65 條第 1 項之「合理使用」，進而不構成著作財產權之侵害，不論於法、於理、於情皆為至明之理。為求明確，並解決實務上運用之困擾，本文建議應修法將依第 87 條之 1 第 1 項第 3 款至第 5 款合法輸入後散布之行為予以除罪化。

### 第三項 修法建議（三）—針對散布權之權利耗盡規定，刪除「在中華民國管轄區域內取得」之限制

其次，第三種立法建議則為直接刪除「在中華民國管轄區域內取得」之限制。

<sup>522</sup> 請參照智慧財產局所公布之「有關著作權法第 87 條之 1 第 3 款與散布權法律效果之說明」

建議修正我國著作權法第 59 條之 1，刪除「在中華民國管轄區域內」之文字，修正為：

「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。」

其理由如下：蓋因從其立法理由來看，第 59 條之 1 所欲規範之合理使用內容，原本應係欲依循美國聯邦最高法院 1998 年 *Quality King* 案判決之理念與作法；然而，該條規定對於權利耗盡的要件，限定為須「在中華民國管轄區域內『取得』」之著作原件或其合法重製物，方有散布權耗盡之適用。而權利耗盡原則之設計，係將著作權法所保護之著作物的「第一次市場行為」或「第一次銷售行為」作為法益衡量之臨界點，已如本文第二章所述，故就理論上而言本應將規範重心放在著作權人就系爭著作物之「第一次市場行為」是否已經發生，及其發生地點為何處；而美國著作權法第 109 條 (a) 項以及上開 *Quality King* 案判決則係將規範重心置於系爭著作物被「重製」之地點，然不論如何，絕無如我國這般以利用人實際「取得」系爭著作物之地點，作為判斷散布權是否已耗盡之立法。而由於我國現行法律將規範重心錯置於「取得」之地點，且立法理由對於所謂「合法重製物」之解釋，更是將輸入與散布之概念交錯揉合其中，導致該條規定於實際適用上，根本無法導出類似美國聯邦最高法院上開判決之結果，已如前述。

再者，我國著作權法第 60 條<sup>523</sup>出租權之耗盡並無需在我國管轄區域內取得之限制。出租權係屬廣義散布權之一種，惟事實上若論對於著作權人潛在權益之影響，或許出租權之可能影響範圍更為廣泛（因狹義散布權係指移轉所有權之權利，同一人就同一特定著作物僅能為一次轉讓，轉讓後著作物即已移轉至他人處；但出租權僅為暫時移轉其占有，同一人就同一特定物可先後多次反覆出租予不同對

<sup>523</sup> 著作權法第 60 條：「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。 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且非該項出租之主要標的物者，不適用前項但書之規定。」

象，對著作權人所能獲得的潛在利益之影響層面可能更為廣泛)。既然出租權對於著作權人潛在權益之影響範圍可能較狹義散布權更深遠，則我國著作權法何以獨對散布權耗盡增加取得地點之限制，對於出租權之取得來源地域反而未置一詞？

基於上述理由，本文建議修正我國著作權法第 59 條之 1，刪除原條文「在中華民國管轄區域內」取得之限制，使我國散布權與出租權之耗盡規定趨於一致，並且在適用範圍上至少得與美國聯邦最高法院於 *Quality King* 案所揭示之見解相當，只須係於我國合法重製之著作重製物，不論其首次銷售係位於國內或國外，該重製物所有人均得依本條文主張權利耗盡之抗辯而予以自由散布。

#### 第四項 修法建議（四）—國內著作真品平行輸入整體政策之檢討

前述三種修法建議，主要在解決部份我國著作權法所特有之不合理問題，第四種修法建議則對於我國著作權法有關著作真品平行輸入的規範方針做一根本性之檢視省思。由本文第三章及第四章所介紹之內容可知，各國關於著作真品平行輸入之規範態度，並非單純理論或論理上之問題，而係牽涉各該國家或地區之經濟發展、社會背景、文化需求等因素，進而綜合此等因素做出最適合該當國家應有之法律規範。職是之故，世界其他國家為配合其產業特性與政經狀況所建制之相關立法例、以及採取不同法制所帶來之影響即頗值得我國參考借鏡。

首先，就與我國同樣為以文化輸入之澳洲與紐西蘭而言，如同本論文於第三章第三節所作之介紹，澳洲與紐西蘭原本皆全面禁止平行輸入，然而輸入權之存在阻礙國內相關市場競爭效率，經過調查發現各該國內著作商品之價格皆高於相同著作在美國與歐洲之價格，此種現象對國內消費者明顯較為不利，因此兩國於 1990 年代先後展開改革，但採取之方法不同。澳洲仍保留輸入權原則違法的規定，但就書籍、錄音著作、電腦軟體著作等特定著作類型階段性逐步開放平行輸入，避免一次開放可能對於國內相關產業衝擊過大。而紐西蘭則是於 1998 年直接

全面開放著作真品平行輸入，雖然後來在國際壓力下，並考量電影產業之特殊性，於 2003 年修法針對電影著作創設例外限制輸入之規定，採取原則允許平行輸入，例外針對電影著作類型予以禁止之立法，但其禁止輸入至少仍以首次公開發行日起九個月為限度，並非永久性的禁止輸入。而該規定後來於 2008 年 4 月再次修法延展為期五年之落日條款，使該暫時禁止輸入條款之期限延至 2013 年 10 月 31 日，可再視系爭規範實際施行狀況與對國內相關產業之衝擊程度作彈性調整。

至於其修法實際造成之影響，根據本文於第四章第三節所作之介紹，澳洲與紐西蘭兩國在開放著作真品平行輸入後，於價格之降低以及可得性之提昇兩方面皆得到明顯之成效。尤其紐西蘭政府於 2004 年、2007 年兩度委託專業機構研究開放平行輸入對於國內文化創意產業之影響，但兩份研究報告皆指出在書籍、錄音著作、電腦軟體著作方面皆並未發現平行輸入對各該產業造成任何重大的負面衝擊，反而是由於廢止輸入權，原本國內流通事業之保護傘被移除後，既有之事業感受到潛在競爭者之存在，經營效率與品質皆相應有所提昇，或許其利潤在禁止平行輸入之情形下會更高，但此種利潤卻是從國內消費者須以比國外更高的價格購買著作的代價所得來。因此開放真品平行輸入非但並未對於國內產業造成負面衝擊，更因保護傘之移除，著作權人無法再以法律為後盾恣意分割市場，促使國內產業競爭效率之提昇。

另一個值得參考者則為瑞士就著作真品平行輸入之規範態度。瑞士身為智慧財產權主要輸出國之一，為兼顧鼓勵競爭以降低國內物價以及保護國內智慧財產權人權益兩種政策性目標，一方面開放著作平行輸入活化國內之競爭並搭配卡特爾法對具限制品牌內競爭效果的妨礙平行輸入行為加以嚴格規範，但另一方面又根據系爭著作的輸出來源國家之法律及經濟發展程度，適度限縮卡特爾法之適用，當平行輸入業者係從法律對於著作權人保障不周、或經濟發展水平明顯低於瑞士之國家購買著作商品而後平行輸入瑞士者，將被視為有意搭著作權人便車之行

為，此時著作權人妨礙其輸入之行為即不違反卡特爾法之規定。換言之，考量到各國經濟發展程度與生活物價水準不同，各國法律規範亦各有差異，若一律允許毫無限制的平行輸入恐對國內著作權人權益造成不當之損害，對於國內文化產業以及整體社會利益反生不良影響，藉由此種彈性運用之規範模式，確保國內競爭效率，另一方面也允許部份限制平行輸入行為，兼顧著作權人之保護，頗具參考價值。

綜上所述，由於我國在文化產業方面係以輸入為主之國家，處境與澳洲、紐西蘭較為類似，儘管澳洲與紐西蘭基於各自本國利益與國際壓力之考量而在修法程度與步驟上有所差異，但其開放著作真品平行輸入之大方向則無二致。長遠而言，允許真品平行輸入將促進著作商品之跨國流通，根據比較法上之經驗得知，將得以讓消費者得以在更短時間內、以更低廉之價格接收更多樣化著作之刺激，對於我國整體文化創意產業之發展以及競爭力之提昇相信必將有正面助益。然而，在我國著作權法之修正研議皆常引起外國政府「關注」之國際現實壓力下，若直接開放著作平行輸入而無任何其他配套，遭到之反彈與關切壓力恐將十分沈重，因此筆者認為，或許可參考瑞士之立法例，結合著作權與競爭法之規定，一方面修正著作權法，就散布權改採國際耗盡原則，並廢止第 87 條第 1 項第 4 款禁止平行輸入之規定，使著作真品平行輸入行為合法化，但同時修正公平交易法或促請公平交易委員會針對著作真品平行輸入行為與公平交易法之適用關係訂定處理原則，就平行輸入業者明顯有意搭著作權人便車，而從法律保護或經濟發展程度皆明顯不及於我國之國家輸入著作商品之情形，允許著作權人適度採取行動阻止其輸入，而不致違反公平交易法之規定，以兼顧著作權人之利益。待開放平行輸入一段時間後，再仿效紐西蘭委託專業機構研究開放對於國內產業之衝擊，視狀況考慮是否如日本或紐西蘭一般，就特定產業訂定暫時禁止輸入之規定，確保消費者利益與產業健全效率發展之衡平，不致過度向任何一方傾斜，如此或許為現階段推動修法較為務實而穩健的作法。

#### 第四節 小結

本文基於前面各章之比較法研究之成果，試圖就我國法關於著作真品平行輸入規範應有之面貌作一完整之介述說明。首先針對由於現行著作權法修正增訂散布權與耗盡原則規定時之倉促與立法疏漏，導致法條用語明顯不當，再加上對於法條解釋方法及散布權背景法制之理解錯誤，在先天不良、後天失調之狀況下，實務處理平行輸入問題時面臨種種棘手的困境，而此種規範之不當在與他國法制比較之下更形明顯。對於此種現狀，本文先加以逐一剖析並點出其缺失後，其次嘗試由解釋論出發，希冀藉由法律解釋之妥適操作，調和輸入權與散布權並立時交錯適用之問題，再從立法論之觀點，提出可供思考之可能解決方案。基本態度為，首先應解決者，即為針對善意無過失而不知系爭著作重製物散布權尚未耗盡者，增訂免責條款，改善因規範解釋不當而使善意無過失之消費者隨時可能不慎誤觸法網之弊端；其次則逐步去除散布權與耗盡原則之不合理限制，至少使我國耗盡原則之適用範圍與美國 *Quality King* 案之見解相當；最後則從較為長期與宏觀的觀點，就我國著作真品平行輸入整體政策提出可能之建言，期能藉由著作權法與競爭法之彈性交錯適用，建構健全的著作物流通體制，促成我國文化創意產業與消費者雙贏的局面。

## 第六章 結論

根據前述各章之研究，現行國際公約對於著作真品平行輸入議題並無硬性規定，故各國得自行本於其立法裁量採取最適於本國利益之規範方式。而各國由於其經濟發展與社會文化背景不同，對於著作真品平行輸入之規範態度亦不相同，大體而言，文化或經濟發展較為強勢之國家，例如本論文所提及之美國、歐盟，較傾向禁止平行輸入，在著作權法有關散布權的耗盡原則傾向採取國內耗盡原則，在競爭法上亦對於妨礙平行輸入之行為採取較寬鬆之規範立場，以保護其著作權人利益；相對於此，文化或經濟發展較為弱勢之國家，例如本論文所提及之日本、澳洲、紐西蘭，則較傾向開放平行輸入，就著作權法有關散布權的耗盡原則傾向採取國際耗盡原則，且搭配競爭法規範禁止不當妨礙平行輸入的限制競爭行為，期待藉由平行輸入的引進，促進國內相關市場之競爭，藉此改善著作商品在國內之價格與可得性。而根據澳洲、紐西蘭之實證研究發現，開放著作真品平行輸入確實有助於提昇著作相關市場之競爭效率，著作物之價格普遍下降、可得性亦有所提昇，對於國內消費者更為有利，同時亦不致於對國內產業產生重大負面影響。

上述研究結果顯示，是否開放著作真品平行輸入應非單純的法理問題，而是牽涉到國家文化產業發展之政策性問題。則按照上述與我國同樣以文化輸入為主的澳洲、紐西蘭之實證經驗，或許採取開放著作真品平行輸入之策略對於我國較為有利。而若從智慧財產權整體體系的衡平之觀點來看，我國專利法第 56 條雖規定有進口權之存在，但於同法第 57 條第 1 項第 6 款規定：「發明專利之效力不及於下列情事：六、專利權人所製造或經其同意製造之專利物品販賣後，使用或再販賣該物品者。上述製造、販賣不以國內為限」，應係採取國際耗盡原則。而商標法第 30 條第 2 項則規定：「附有註冊商標之商品，由商標權人或經其同意之人於市場上交易流通，或經有關機關依法拍賣或處置者，商標權人不得就該商品主張

商標權。」亦係採取國際耗盡原則。則專利權物品、商標權所附著之商品皆得自由平行輸入我國，唯獨附著有著作權之重製物不得自由輸入，於法律規範上是否有輕重失衡之嫌？一般而言，由於專利權人欲取得專利所須投入之資本往往較著作權人為高，因此就整體智慧財產權體系而言，通常皆為專利權之保護強度應高於商標權、而著作權又再次之。從歐盟法院對於選擇性流通體系之合法性要件亦可看出端倪，歐盟法院所要求必須在「品質方面」有特殊條件需求的特質，通常僅見於專利或商標商品，著作商品則很難符合上述要件，因此原則上歐盟法院肯認專利或商標商品較可能有透過選擇性流通體系加強對其商品流通之控制力之需要，但著作商品則否。這也反映出一個常態現象：在專利權、商標權與著作權三種智慧財產權領域中，著作之流通相對於附著商標或專利權之商品，本應享有最大的自由度。然而我國卻是反其道而行，專利權、商標權所附著之商品皆可平行輸入，因此我國民眾可以合法購買「水貨」的電視機，卻不能購買平行輸入的正版影音光碟，此種過度保護著作權人利益之法制，實有失衡平。

在我國外有美國等國際強權壓力干涉、內有立法技術粗糙、議事效率低落的國會，內外交攻的窘境之下，我國現行著作權法關於著作真品平行輸入的規定，既有第 87 條第 1 項第 4 款的禁止真品平行輸入規定，於 2003 年引進散布權時，同時增訂之權利耗盡原則又將其適用範圍限縮於「在中華民國管轄區域內取得」之合法重製物，導致實際適用結果竟比身為經濟與文化輸出大國的美國著作權法更為嚴格，非但有礙於著作物之自由流通與競爭，對於一般民眾而言，更可能面臨其係依照社會一般通念所為之正常交易行為，卻隨時可能誤蹈法網而不自知的危險，如此規範顯屬不當。因此，我國現行著作權法關於著作真品平行輸入之面貌，乃呈現極度扭曲而未能真切反應我國國家利益之所在的情形，實有必要劍及履及，針對各種不當之處進行檢討與改革之必要。

對於現行法所面臨之困境，本文分別從解釋論與立法論之角度，嘗試提出筆

者個人之淺見，在解釋論方面，於國外經銷商將重製物輸入中華民國管轄區域內的情形，似可認為除非消費者與經銷商有另行約定，否則依照民法第 373 條危險負擔移轉之規定，於跨國購入著作原件或重製物之情形，其取得所有權之時點仍以該著作物現實交付予買受人時為準，以使大部分網路購買國外著作物之情形皆可符合我國著作權法第 59 條之 1 的「於中華民國管轄區域內取得重製物所有權」之要件。其次，就所謂「合法重製物」之概念而言，筆者認為應將重製行為與後續輸入、散布行為之合法性脫鉤，蓋因由作為後手之消費者觀點而言，其於取得該著作原件或重製物時，根本無法認知該著作物於輸入之際是否已取得輸入授權或是符合第 87 條之 1 第 1 項輸入權之例外規定，最多僅能從重製物外觀分辨該重製物是否為經著作財產權人合法授權重製之「真品」，因此解釋上實應認為只要係在我國境內取得著作真品之所有權者，即有散布權耗盡原則之適用，較為合理。

其次在立法論方面，筆者考量到現今我國所面臨之國際現實情形，要全面開放著作真品平行輸入所面臨之修法困難程度較高，因此在兼顧可行性與改革急迫性之前提下，提出四階段的修法建議，謹供社會先進參考指教。首先建議參酌日本著作權法規定，優先為善意而無過失不知散布權尚未耗盡之消費者訂定例外免責條款；其次則為個人合法輸入著作物之散布行為的除罪化，在此種對於著作權人影響程度明顯較小的情形，使其回歸民事事件之本質，避免動輒使一般消費者有受到刑事追訴之虞；其後建議逐步移除我國現行著作權法第 59 條之 1 對權利耗盡原則適用範圍之不當限縮，至少先使我國之規範程度與美國著作權法在 1998 年 *Quality King* 案後所確立之「只要係在國內合法重製之著作物，不論第一次市場行為發生於何處，其散布權皆應已耗盡，故其嗣後之回銷行為毋須經過著作權人之同意」的規範程度相當。

最後再重新檢視我國著作真品平行輸入之整體政策，筆者建議或可參照瑞士之立法例，結合著作權與競爭法之規定，一方面修正著作權法，就散布權改採國

際耗盡原則，並廢止第 87 條第 1 項第 4 款禁止平行輸入之規定，使著作真品平行輸入行為合法化，另方面彈性運用公平交易法，當平行輸入業者明顯有意搭著作權人便車，而從法律保護或經濟發展程度皆明顯不及於我國之國家輸入著作商品時，允許著作權人適度採取行動阻止其輸入，以確保消費者利益與產業健全效率發展之衡平。

胡適先生嘗謂：「凡富於創造性的人必敏於模仿，凡不善模仿的人絕不能創造。」，一切的學習都始自於模仿，則對於在文化產業發展尚不如歐美各國蓬勃興盛的我國而言，如何透過著作權法與競爭法之交錯適用，確保國外著作物能在我國境內自由流通，以便我國民眾得以合理價格接受最即時而多樣化的外來文化之薰陶，激發更多創造與想法，在知識經濟時代實屬重要課題。期望本篇論文能發揮拋磚引玉之功效，引起國內各界對於著作真品平行輸入法制合理性之重視，並使相關法制之不當解釋情況得以儘速獲得改善，以保障我國國民之權益。



# 參考文獻

## 一、中文參考文獻

### (一) 中文專書

王泰銓主編，「歐洲聯盟條約與歐洲共同體條約譯文及重要參考文件」，翰蘆出版，2006年

何之邁，「公平交易法專論」，自版，1993年。

張清溪、許嘉棟、劉鶯釗、吳聰敏，「經濟學：理論與實際」，翰蘆出版，2004年修訂5版

陳家駿、羅怡德，「公平交易法與智慧財產權：以專利追索為中心」，1999年。

黃銘傑，「競爭法與智慧財產權法之交會—相生與相剋之間」，元照出版，2006年。

廖義男，「企業與經濟法」，1980年。

廖義男，「公平交易法之釋論與實務」第一冊，1994年。

廖義男，「公平交易法之理論與立法」，1995年。

羅明通，「著作權法論」，台英商務法律出版，2005年修訂6版。

### (二) 中文學位論文

王藹芸，「著作物平行輸入問題之研究」，中國文化大學法律學研究所碩士論文，1993年。

紀舒青，「公平交易法對專利授權契約中限制競爭條款之規制」，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，1993年。

高維駿，「以國際私法的角度探討著作物之真品平行輸入」，國立臺北大學法律學系碩士論文，2008年。

### (三) 中文期刊論文

王立達，競爭法對智慧財產權市場力量之管制—以有線電視頻道授權案件為例，月旦法學雜誌第84期，2002年。

沈宗倫，由對價平衡觀點論智慧財產權耗盡原則之適用，國立中正大學法學集刊第23期，2007年。

范曉玲，專利權人授權行為與競爭法之規範—從美國FTC/DOJ報告及中國反壟斷法與專利法修正草案談起，全國律師第12卷1期，2008年。

張作為，真品平行輸入之商標權問題—從臺灣高等法院九十二年度上易字第二六九〇號刑事判決談起，政大智慧財產評論第4卷2期，2006年。

陳麗娟，歐洲共同體競爭法與商品自由流通原則—從歐洲法院之案例法論歐洲共同體在共同市場內維持自由貿易之機制，東海大學法學研究第23期，2005年。

章忠信，世界智慧財產權組織一九九六年十二月「關於著作權與鄰接權相關問題之外交會議」側記，資訊法務透析第9卷第2期，1997年。

章忠信，著作權法真品平行輸入之研究，資訊法務透析第10卷第7期，1998年。

章忠信，我國加入世界貿易組織後關於著作權法適用之淺述，律師雜誌第243期，

1999 年。

章忠信，著作權法中「散布權」之檢討，萬國法律第 116 期，2001 年。

章忠信，新著作權法「散布權」相關規定之檢討，政大智慧財產評論第 1 卷第 2 期，2004 年。

黃惠敏，智慧財產權之行使與公平交易法之界線，全國律師第 12 卷 1 期，2008 年。

楊宏暉，創新誘因的維護與競爭法規範——以專利拒絕授權為例——，公平交易季刊 12 卷 2 期，2004 年。

蔡明誠，論智慧財產權之用盡原則——試從德國法觀察、兼論歐洲法之相關規範，政大法學論叢第 41 期，1990 年 6 月。

謝銘洋，專利進口權與平行輸入，月旦法學雜誌第 2 期，1995 年。

顏廷棟、余朝權，日本獨占禁止法對相對優勢地位濫用之規範，公平交易季刊第 14 卷第 4 期，2006 年 10 月。

蘇永欽、范建得，公平交易法第四十六條修正後適用問題之研究，收錄於行政院公平交易委員會編，「第七屆競爭政策與公平交易法學術研討會論文集」，2001 年。

#### （四）研究計畫與政府出版品

內政部著作權委員會彙編，「民國八十二年三月份中美智慧財產權諮商（著作權部份）紀要暨相關資料彙編」

行政院公平交易委員會編，「第七屆競爭政策與公平交易法學術研討會論文集」

黃銘傑主持，「進口著作物所涉著作權法之輸入權、出租權及散布權適用關係法制之研究」，經濟部智慧財產局委託研究計畫，2007年。

廖義男主持，「公平交易法之註釋研究系列(一)」，行政院公平交易委員會合作研究計畫，2003年。

蔡明誠主持，「禁止真品平行輸入法制之研究」，經濟部智慧財產局委託研究計畫，2006年。

謝銘洋、張懿云主持，「著作權法與公平交易法關係之研究」，行政院公平交易委員會合作研究計畫，2002年。

## 二、日文參考文獻

### (一) 日文專書

山田昭雄、大熊まさよ、榎崎憲安，「解説 流通・取引慣行に関する独占禁止法ガイドライン」，商事法務研究会，1991年。

中山信弘，「著作權法」，有斐閣，2007年。

加戸守行，「著作權法逐条講義」，著作權情報センター，2006年修訂5版。

白田秀彰，「コピーライトの史的展開」，信山社，1998年。

田村善之，「機能的知的財産権の理論」，信山社，1996年。

作花文雄，「詳解著作權法」，ぎょうせい，2005年修訂3版。

岩澤孝雄，「取引流通システムと競争政策」，白桃書房，1998年。

根岸哲、舟田正之，「独占禁止法概説」，有斐閣，2006年修訂3版。

稗貫俊文，「市場・知的財産・競争法」，有斐閣，2007年。

## (二) 日文期刊論文

小泉直樹，著作権による国際市場の分割—並行輸入論の構造，神戸法学雑誌40巻1号，1990年6月。

中山信弘，特許製品の並行輸入問題における基本的視座，ジュリスト1094号，1996年。

石黒一憲＝中山信弘＝村上政博，特許製品の並行輸入—BBS事件判決を契機として—，ジュリスト1064号，1995年4月。

金井貴嗣，排他的取引慣行と独占禁止法—輸入総代理店制と専売店制について—，経済法学会年報11号，1990年。

東田尚子，並行輸入と独禁法(1)—スイス法を手掛かりに—，一橋法学第5巻第3号，2006年。

東田尚子，並行輸入と独禁法(2)—スイス法を手掛かりに—，一橋法学第6巻第1号，2007年。

東田尚子，並行輸入と独禁法(3)—スイス法を手掛かりに—，一橋法学第6巻第2号，2007年。

南亮一，「音楽レコード還流防止措置について」，国立国会図書館「調査と情報」第451号，2004年。其原文可於下列網址查閱取得：

<http://www.ndl.go.jp/jp/data/publication/issue/0451.pdf>

紋谷暢男，「総代理店による並行輸入の妨害」，別冊ジュリスト 141 号，1997 年。

渋谷達紀，輸入業者による並行輸入妨害，別冊ジュリスト 161 号，2002 年。

### (三) 日文研究報告與政府機構資料

公正取引委員会，「欧米ブランド輸入品等の流通実態調査結果」，1990 年。其原文可於下列網址查閱取得：

<http://www.jftc.go.jp/info/nenpou/h01/02040000.html>

公正取引委員会，「レコード輸入権創設に係る公正取引委員会の考え方」，2003 年。其原文可於下列網址查閱取得：

[http://211.120.54.153/b\\_menu/shingi/bunka/gijiroku/013/03121003/002.htm](http://211.120.54.153/b_menu/shingi/bunka/gijiroku/013/03121003/002.htm)

## 三、英文參考文獻

### (一) 英文專書

ABA Section of Antitrust Law, Intellectual Property and Antitrust Handbook (2007).

ABA Section of Law, Antitrust Law Developments (6th ed. 2007).

Bowman, Ward Jr., Patent and Antitrust Law: A Legal and Economic Appraisal (1973).

Goldstein, Paul, International Copyright Principles, Law, and Practice (2001).

Hays, Thomas, Parallel Importation Under European Union Law (2004).

1 Hovenkamp, Herbert & Mark D. Janis & Mark A. Lemley, IP and Antitrust: An Analysis of Antitrust Principles Applied to Intellectual Property Law (2004

supplement).

O'Donoghue, Robert & A Jorge Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC* (2006).

## (二) 英文期刊文獻

Boyd, J. Hayden & William S. Lofquist, *New Interests in Old Issues: Antiprotection and the End of the Manufacturing Clause of the U.S. Copyright Law*, Vol.7 No.4 *Publishing Research Quarterly* 21 (1991).

Calaba, Victor F., *Quibbles 'N Bits: Making a Digital First Sale Doctrine Feasible*, 9 *Mich. Telecomm. & Tech. L. Rev.* 1 (2002).

Cyr, Maureen M., *Determining the Scope of a Copyright Owner's Right to Bar Imports: L'anza Research International, Inc. v. Quality King Distributors*, 73 *Wash. L. Rev.* 81 (1998).

Dugan, Elin, *United States of America, Home of the Cheap and the Grey: A Comparison of Recent Court Decisions Affecting the U.S. and European Gray Markets*, 33 *Geo. Wash. Int'l L. Rev.* 397, (2001).

Frabboni., Maria Mercedes, *case comment, The ECJ Has No Doubts Over Community Exhaustion*, *Ent. L.R.* 2007, 18(2), 70-72.

Frabboni., Maria Mercedes, *case comment, Two For the Price of One- The Advocate General's Opinion in Laserdisken and the European Court of Justice Ruling in Uradex*, *Ent. L.R.* 2006, 17(7), 225-226.

Gilbert, Richard & Carl Shapiro, *Antitrust Issues in the Licensing of Intellectual*

*Property: The Nine No-No's Meet the Nineties*, 1997 Brookings Papers on Economic Activity: Microeconomics 283.

Ginsburg, Douglas H., *Vertical Restraints: De Facto Legality Under the Rule of Reason*, 60 Antitrust L.J. 67 (1991).

Hinkes, Eric Matthew, *Access Controls in the Digital Era and the Fair Use/First Sale Doctrines*, 23 Santa Clara Computer & High Tech. L.J. 685 (2007).

Jakobsen, Peter Stig & Morten Broberg, *The Concept of Agreement in Article 81 EC*, E.C.L.R. 2002, 23(3), 127-141.

McCalman, Phillip, *Who Enjoys "TRIPs" Abroad? An Empirical Analysis of Intellectual Property Rights in the Uruguay Round*, 38 Canadian J. of Economics 574 (2005).

Norman, Helen, *Parallel Imports From Non-EEA Member States: The Vision Remains Unclear*, E.I.P.R. 2000, 22(4), 159-170.

Perl, Doris R., *The Use of Copyright Law to Block the Importation of Gray-Market Goods: The Black & White of It All*, 23 Loy. L.A. L. Rev. 645 (1990).

Reese, R. Anthony, *The First Sale Doctrine in the Era of Digital Networks*, 44 B.C. L. Rev. 577 (2003).

Richelieu, William, *Gray Days Ahead? : The Impact of Quality King Distributors, Inc. v. L'Anza Research International, Inc.*, 27 Pepp. L. Rev. 827 (2000).

Swanson, Tait R., *Combating Gray Market Goods in a Global Market: Comparative Analysis of Intellectual Property Laws and Recommended Strategies*, 22 Hous. J. Int'l

L. 327 (2000).

Gonzalez, Alexis, *Why the Supreme Court Said Yes to the First Sale Doctrine in Quality King Distributors, Inc. V. L'anza Research International, Inc.*, 8 U. Miami Bus. L. Rev. 29 (1999).

### (三) 英文研究報告與演講資料

ACCC, *Potential Consumer Benefits of Repealing the Importation Provisions of the Copyright Act 1968 as they Apply to Books and Computer Software* (1999).

Copyright Law Review Committee, *The Importation provisions of the Copyright Act 1968* (1988). available at:

[http://www.ag.gov.au/www/agd/agd.nsf/Page/Copyright\\_CopyrightLawReviewCommittee\\_CLRCReports\\_TheImportationProvisionsoftheCopyrightAct1968](http://www.ag.gov.au/www/agd/agd.nsf/Page/Copyright_CopyrightLawReviewCommittee_CLRCReports_TheImportationProvisionsoftheCopyrightAct1968)

Fels, Allan, *Intellectual Property, Competition & Trade Policy Implications of Parallel Import Restrictions*, Meeting on Competition, Trade & Development in Rome, 23 May 2001. available at:

<http://www.accc.gov.au/content/index.phtml/itemId/255604>

Fels, Allan, *Parallel Importing*, Victorian Employers Chamber of Commerce and Industry, International Trade Committee, 21 Jun 1999. available at:

<http://www.accc.gov.au/content/item.phtml?itemId=179183&nodeId=5466d384ea376830f3007417eef6cb72&fn=PARALLEL%20IMPORTING.pdf>

Fels, Allan, *Repeal of Parallel Importation Restrictions: A Step Forward for Copyright in Australia and New Zealand*, 12th Annual Intellectual Property Society of Australia and New Zealand Inc Conference in Auckland, 29 Aug 1998. available at:

<http://www.accc.gov.au/content/index.phtml/itemId/97077>

Joint Group on Trade and Competition of Directorate for Financial, Fiscal and Enterprise Affairs of OECD, *Synthesis Report on Parallel Imports* (2002). available at: [http://www.oalis.oecd.org/oalis/2002doc.nsf/LinkTo/com-daffe-comp-td\(2002\)18-final](http://www.oalis.oecd.org/oalis/2002doc.nsf/LinkTo/com-daffe-comp-td(2002)18-final)

LECG, *Ministry of Economic Development Parallel Importing Review 2007: Impact Upon Creative Industries* (2007). available at: [http://www.med.govt.nz/templates/MultipageDocumentTOC\\_\\_\\_\\_32747.aspx](http://www.med.govt.nz/templates/MultipageDocumentTOC____32747.aspx)

Lipsky, Abbott B., Jr., Deputy Assistant Attorney General, U.S. Department of Justice, *Current Antitrust Division Views on Patent Licensing Practices*, Remarks Before the American Bar Association Antitrust Section (Nov. 5, 1981), reprinted in 4 Trade Reg. Rep. (CCH) ¶ 13,129.

Ministry of Economic Development, *Parallel Importing Cabinet Paper* (2008). available at: [http://www.med.govt.nz/templates/MultipageDocumentTOC\\_\\_\\_\\_35584.aspx](http://www.med.govt.nz/templates/MultipageDocumentTOC____35584.aspx)

Network Economics Consulting Group, *The Impact of Parallel Imports on New Zealand's Creative Industries* (2004). available at: [http://www.med.govt.nz/templates/Page\\_\\_\\_\\_5662.aspx](http://www.med.govt.nz/templates/Page____5662.aspx)

New Zealand Institute of Economic Research, *Parallel Importing – A Theoretical and Empirical Investigation* (1998). available at: [http://www.med.govt.nz/templates/MultipageDocumentTOC\\_\\_\\_\\_5664.aspx](http://www.med.govt.nz/templates/MultipageDocumentTOC____5664.aspx)

PSA, *Inquiry into book prices*, Final report (1989).

PSA, *Inquiry into prices of computer software*, Final report (1992).

PSA, *Inquiry into the prices of sound recordings*, Final report (1990).

The United States Trade Representative, *National Trade Estimate Report on Foreign Trade Barriers* (2006). available at:

[http://www.ustr.gov/Document\\_Library/Reports\\_Publications/2006/2006\\_NTE\\_Report/Section\\_Index.html](http://www.ustr.gov/Document_Library/Reports_Publications/2006/2006_NTE_Report/Section_Index.html)

World Bank, GNI per capita 2006, Atlas Method and PPP, available at:

<http://siteresources.worldbank.org/DATASTATISTICS/Resources/GNIPC.pdf>

