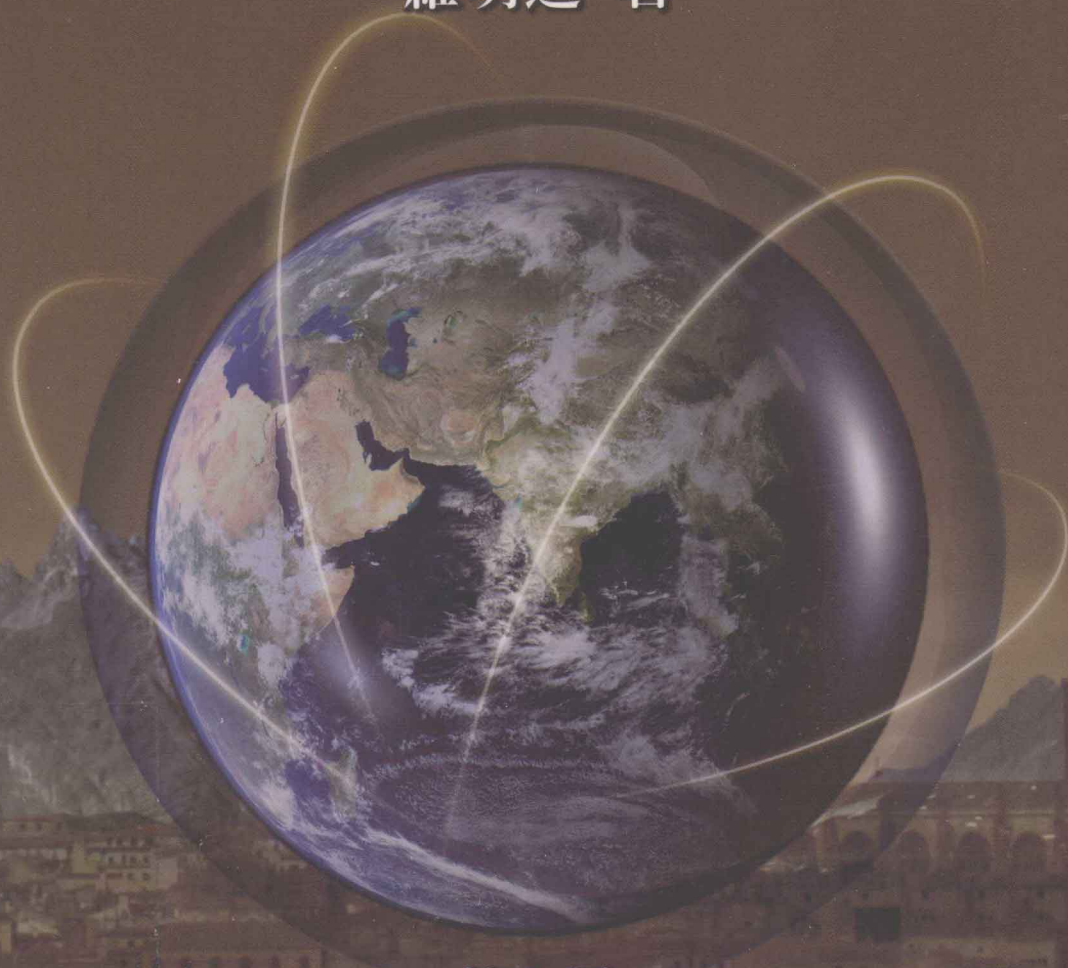


著作權法論

Copyright Law

【I】

羅明通 著



第七版
2009年9月



ISBN 978-957-2916-3-3-9



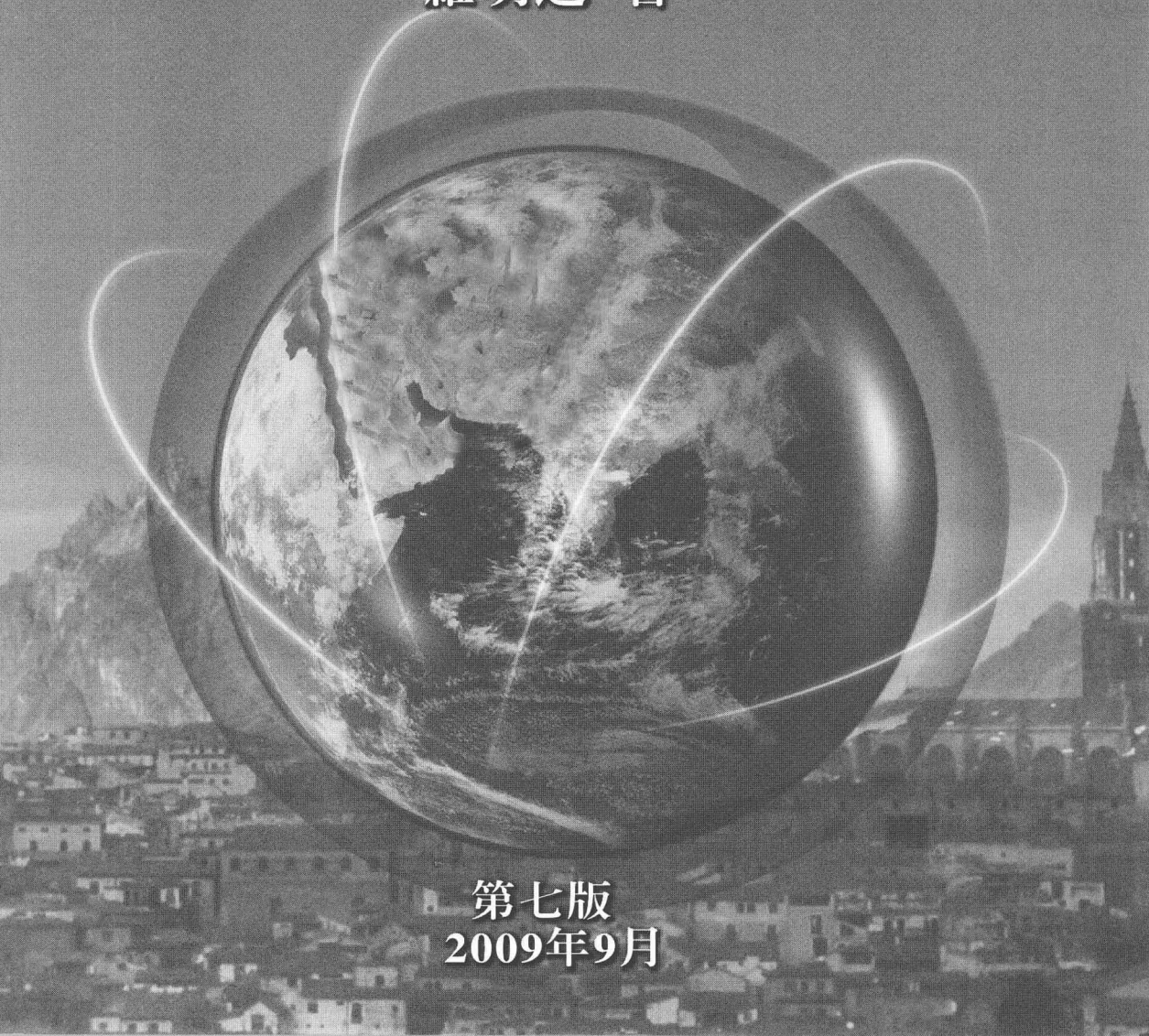
9 789572 916339

著作權法論

Copyright Law

【I】

羅明通 著



第七版
2009年9月

國家圖書出版品預行編目資料

著作權法論 / 羅明通著 — 第七版 (I)

[台北市] 台英商務法律, 2009.09

頁; 公分

ISBN 978-957-29163-3-9 (平裝)

1. 著作權法 2. 論述分析

588.34

98011609

著作權法論 (I)

著作人：羅明通

電話：(0 2) 2 5 0 9 - 5 5 7 9

傳真：(0 2) 2 5 0 9 - 4 5 6 4

地址：台北市長安東路二段八十一號六樓之一

印刷：瑞明彩色印刷有限公司

經銷：群彥圖書股份有限公司

地址：台北市仁愛路二段二十一號三樓

電話：(0 2) 2 3 2 1 - 3 0 5 4

傳真：(0 2) 2 3 2 1 - 4 0 4 1

第七版：西元二〇〇九年九月

定價：每冊新台幣 500 元

劃撥帳戶：1 9 1 0 9 9 4 5 台英國際商務法律事務所

電子郵件：taiin@taiin.com.tw

城序

著作係人類智慧之結晶，攸關文化資產之傳遞與保存，乃是智慧財產中最重要之部分。因此，各國均制定專法，對著作人之權利加以保護，並注意社會公共利益之調和。我國著作權法經歷年來數次修正，迄八十一年六月通過現行條文時，方大致符合國際保護著作權之思潮。然著作權法之法理獨特，與一般法律學科並不相同，且現行著作權制度有待改進之處仍多，例如鄰接權及仲介團體制度之建立即有迫切需要。凡此均亟須學者深入鑽研，闡釋發微，以期制度之臻於完善。

抑有進者，由於科技之進步，網際網路之普遍運用，無數資訊每日在全球網路上流通使用。此等科技之發展與運用，促使著作權之內容發生實質之變動及產生適用之爭議。例如，資訊在 RAM 上之暫時存取是否構成重製，世界智慧財產權組織 (WIPO) 於一九九六年十二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」上即引起激烈爭辯，迄無定論。且因我國亟欲加入世界貿易組織 (WTO)，「與貿易有關之智慧財產權協定」(TRIPS) 係我國加入該組織時必須遵守之協定。依該協定第九條，我國有遵守伯恩公約第一條至第二十一條之條約義務。條約之解釋錯綜複雜，例如其中第十八條有關新加入會員國之回溯保護義務設有多重之例外即其適例。故我國著作權法如何配合伯恩公約、與貿易有關之智慧財產權協定、羅馬公約、及參照甫於一九九六年底通過之世界智慧財產組織各項條約之精神，適當闡釋其內涵，並研究進行著作權法將來之修正，類此相關之學理探討實刻不容緩。

羅明通教授於任職於台北地方法院檢察署主任檢察官時，已見其對於偵辦智慧財產犯罪之興趣及特長，公餘並研讀科技法律書籍。嗣經行政院選派以公費赴英國研讀社會科學，獲英國利物浦大學法學博士學位。於遊學期間，感於歐美智慧財產權法律之發達，乃於返國辭卸公職後，從事智慧財產權法律相關問題之研究，除在各大學法律系教授智慧財產權法外，並著有電腦法暨其他論文多篇，日前並完成「著作權法論」初稿見示於余。

著作權法論全書共有十八章，分別詳論著作權法之基本觀念、保護要件、著作之類型、外國人著作之保護、著作權之發生、歸尋、存續、回溯及過渡、著作人格權及著作財產權之內涵、著作權保護之範圍、著作之抄襲、著作權侵害之民、刑事救濟等。其論述深入淺出、縷析詳盡、引證完備、兼顧理論與實務，頗富研究參考之價值。其中尤以對國際著作權保護條約與我國現行著作權法及修正草案之比較研究、著作權法上構想與表達之區別及合併之解析等，可提供學術理論及實務應用之重要參考。而該書對於與電腦網路相關之著作權問題探討，值茲全球資訊網路倡行之際，更適時提供有用之法律指南。

羅教授自國內研究所以迄英倫博士班，好學多問，治學嚴謹；隨余撰寫碩士論文期間，屢次深夜猶在余寓所討論其公法學上之疑難，具見其心志堅毅、鍥而不捨。自英倫返國後，在各大學及研究所兼任教職，指導研究生寫作，論述甚勤，並曾任法務部憲法訴訟之代理人及為行政院推薦為憲法法庭之專家證人。今欣見其在繁忙之餘著述有成，心甚感佩，並期待其來日在此領域益為精進，是於付梓之際，樂為之序。

城仲模

於司法院

一九九七年六月

七版序

六版迄今，倏忽數載。物換星移，不唯實務更迭遞嬗，著作權法亦幾度修正，為教學所需，亟待改版。2006年夏，搭乘蘇俄製二萬五千噸核子破冰船 YAMAL 號，自北緯六十八度俄羅斯莫曼斯克港出航，經 Barents Sea，御風破冰，覓尋北極熊行跡，直抵地理之極—北緯正九十；2007年夏，與小女雅萱及小兒世帆，前往格陵蘭東部村落 Angmagssalik 小住，搭直昇機登剔透碧瑩之米堤冰川，乘小艇縱橫於冰山林立之格陵蘭海域；去歲之末，則蟄居於阿拉斯加北端之巴羅。永夜酷寒，氣溫直下攝氏零下六十餘度；萬物蟄藏，大地蕭索。與 Floyd 氏，一位終生奉獻於阿拉斯加電信建設之工程師，或乘坐紙牖繩樞、暖氣外洩之舊車，於微光中馳騁於北極凍原雪徑，體驗極限；或閒步於北極海藍色冰層，捕捉穹蒼精靈之舞動。間有餘暇，則執筆為文。於甲子之年，初稿終成。相伴是冷冽冰雪與一室闐靜孤寂；回顧所來徑，卻是喜樂溢滿心頭。

掩卷感懷，尤念遠隔萬里之戰友。王子文律師，自法務開始即任職本所，合夥多年，心思縝密，法理精湛；陳世偉律師，農場出身，有緣回任，長於公法，精於韜略；陳又新律師，少年老成，活力十足，樂於學習，熱忱於工作，具高度同理心；劉曉萍律師，婀娜多姿，樂觀開朗，擔任高等法院法官助理多年，進所後直接投入戰場，綽有餘力；陳博約主任，處理公司法律事務多年，熟稔於中外文契約之審核。他們承擔事務所大部分工作，使作者有餘力得以教學、研究、擔任國內外仲裁人，並兼公共工程委員會法規及申訴審議委員；秘書廖惠美、鄭嘉玉及劉憶瑩於工作繁忙之際，仍為本書校對、編輯。若無他們戮力分勞，本書當無法順利付梓。最後，感念林惠君法官，離職經年，仍戀戀舊誼，總是在本所亟需援手時提供協助。爰為之記。

羅 明 通

初稿完成於

二〇〇九年元旦永夜北極

Barrow, Alaska

The Top of the World

六版序

鑑於著作權法於二〇〇四年九月一日局部修正，爲使教學無所窒礙，仍有改版之必要。惟諸事倥傯，下筆萬難，適在交通大學科技法律研究所開學前有機緣前往南美大陸，踏尋一八三五年達爾文乘小獵犬號考察行跡，並橫渡麥哲倫海峽 (Estrecho de Magallanes) 經由火地島 (Tierra del Fuego) 前往南極，遠離塵囂，遂起旅途撰文之念。

二〇〇五年元月中旬，攜帶達爾文所撰寫「小獵犬號環球航行記」(A Naturalist's — Voyage Round the World in H.M.S. "Beagle") 起行。先至赤道線上厄瓜多爾之加拉巴哥群島 (Galapagos Islands)，觀察火山群島上秉性淳良外形奇特之巨形陸龜、海陸鬣蜥、海象、紅藍足鰹鳥及軍艦鳥等，體察當年達爾文如何因物種遠離美洲大陸產生變化，領悟最適者生存之天擇原理，終完成石破天驚、動搖聖經創世紀章之物種演化理論；再沿安第斯山脈向南，探索印加帝國之餘跡；親睹復活島神秘石雕之丰姿；踽踽行走於當年達爾文撰寫航行記時著墨甚詳之南美大陸最南端巴塔哥尼亞 (Patagonia) 及彭巴草原，感受平原上躍動之生命，遙想達爾文航行記中所描述阿根廷與印第安人間滅種戰爭之慘烈及悲情；親炙最後希望峽灣 (Seno Ultima Esperanza) 之各大冰河，欣賞百內國家公園 (Parque Nacional Torres del Paine) 之藍色塔山三峰併列之奇幻山水；最後則經由聞名於世之怒海德瑞克 (Drake Passage) 海峽進入南極海域，乘坐小艇 (Zodiac) 巡弋於浮冰四佈之南極群島間，間或登陸南極陸地，欣賞鬼斧神雕、壯闊嶙峋之冰棚、冰山及堅苦卓絕又逗趣之各種企鵝。其間行程耗時月餘，旅途獵奇采風固興緻盎然目不暇給，但停歇之際則以爲文，旅程尚未結束，而全書改寫初稿竟幾近完成。

本書改版之時，國際間有關 P2P 網路重製及公開傳輸之爭議風起雲湧，其間之技術既有差異，而各國法院判決之論據亦各有千秋，亟待比較研究。本書爰基於 Sony 案所揭示實質非侵權使用 (Substantial Noninfringing Uses) 原則，就美國聯邦上訴法院及最高法院就 Napster、Aimster 及 Grokster 案所作判決分別予以分析評估；而我國士林地方法院於二〇〇五年六月三十日所

作無罪判決，認為應以 ezPeer 營運模式為刑事責任有無分析之依據。該判決自刑法特有之客觀歸責理論出發，歸結 ezPeer 網站平台之建制並未製造「刑法所不容許之風險」；再自共犯之構成要件著手，解析網站負責人並非基於侵害他人著作權之意圖而設立 ezPeer 機制，與實際侵權之會員間缺乏共同之行爲決意，不該當於共同正犯；又將 ezPeer 網站負責人之幫助行爲定性為「中性幫助」，認定該負責人對於正犯之行爲並不知悉，缺乏幫助故意而判決網路經營者免責。惟台北地方法院於二〇〇五年九月九日就 Kuro 案所作之判決則認定網站負責人與非法重製者間具有共同犯意聯絡及行爲分擔而判決有罪。茲台美法院間之判決結果迥異，揆其理由，主要源於刑事之構成要件及歸責理論與民事法理見解不同所致。前開士林地方法院判決就網路技術及法理立論詳盡，為司法實務上罕見之傑作，見解容或有別，但具有高度之學術及實務參考價值則應無異論。本書爰依該判決所列爭點完整引述其內容，期有助於問題之釐清，並供未來界定 ISP 業者民、刑事責任之參考。

再者，美國聯邦法院經多年之發展，終在著作權法上確立獨立之權利濫用 (misuse) 原則。該衡平法原則乃指著作權人於行使其著作權法上權利時，企圖非法超越著作權法所賦予之權利而擴展其著作之壟斷力，或違反著作權法所強調之公共政策，著作權人依該原則不能行使權利獲得法律救濟而言。法院於判斷是否構成權利濫用時，完全脫離競爭法相關條文體系，不須審酌事業在市場之地位及其行使權利對市場之競爭功能減損之程度，而僅需就行使權利之行爲本身判斷是否構成濫用。我國之競爭法體系中之限制競爭與不公平競爭之分界本即未明，縱使在不公平競爭之條文適用亦常以事業之市場占有率為判斷基準，忽視著作本身之不可替代性及著作權仲介團體之市場獨占性；且縱經公平交易委員會認定為搭售或恣意抬高授權價格而違反公平交易法，但對於未經授權即利用他人著作者是否即能有阻卻故意或阻卻違法而免於刑責亦顯有疑義。權利濫用原則之運用正足以匡此時弊，而其基礎當可源於民法第一百四十八條第一項之規定，爰於改版之際，特別詳予引介。

此次著作權法之修正條文中，以防盜拷措施條款之制定特別影響深遠。此條文將接觸控制之規避行爲課予民事責任，並對於為規避接觸控制及利用

控制之準備行為課予刑責。雖別創接觸權，惟並未如美國之 DMCA 反規避條款一般列有合理使用之保留條款，於著作人之創意保護與憲法第十一條及著作權法第一條所揭示之公共利益之維護間，其天秤擺盪顯有偏執。衡平之道，惟有適度運用合理使用原則，俾利用人得在合於著作權法第四十四條至第六十五條之情形下，合法為接觸控制之規避，或合法為規避接觸控制及利用控制之準備行為，方能確保人民知的權利及思想之流通。本書爰對此為分析、申論並建議修法之方向。

執筆之際，尤其感念萬里之外猶在勦力工作的夥伴陳彥任律師、王子文律師、林銘龍律師及秘書廖惠美等；他們有緣與作者共事多年，理念契合，青春無悔，共同寫下燦爛的奮鬥軌跡，也使著者得以分心旁騖，兼顧教學與研究，及處理政府採購申訴爭議、調解，並擔任國際仲裁法庭 (International Court of Arbitration) 之主任仲裁人；毫無疑問，沒有他們熱誠之支持與全力協助，作者之一切將如鏡花水月。再者，本書改版之原稿經提供為交通大學科技法律研究所著作權法專題之教材，同學勤勉向學，辯才無礙，其中越方如、蔡欣怡、陳順珍、張彥閔、毛彥程、王貞懿、林彥好等尤為特出，本書部分觀點因同學之討論而改變，對他們認真且嚴格之批評由衷感佩；至於事務所律師王師凱及秘書鄭嘉玉、劉憶瑩等均對事務所之業務及本書之出版提供最大之協助，亦在此一併申謝。

羅 明 通

二〇〇五年二月八日農曆除夕

初稿完成於南極海域天堂灣

(Paradise Bay)

五版序

爲因應科技之進步及來自美方之壓力，著作權法終於在二〇〇三年七月九日修正公布施行，同年月十一日生效。新著作權法內容有重大變化：有屬於著作財產權之新創設者，有屬於刑事及民事責任之變動者，有屬於過渡條款條件之修正者，亦有屬於法律關係及定義之釐清者，其中尤以爲因應數位化網路科技發展所作之調整特別值得分析與研究。

就重製權部分，新法明定暫時性重複製作性質上屬於重製，同時又仿歐盟指令，將專爲網路中繼性傳輸，或使用合法著作，屬技術操作過程中必要之過渡性、附帶性而不具獨立經濟意義之暫時性重製排除於重製權之保護，此排除之範圍甚至及於網路瀏覽、快速存取及其他爲網際網路之伺服器。惟所謂暫時性重製，原意係指存於揮發性 RAM 之重製，包含主機版上記憶體 DRAM 及使用於快取 (Cache) 功能之 SRAM (Level 1 及 Level 2) 之重製，新著作權法則仿歐盟著作權指令規定，擴張及於網路快取之功能，使兼及網路傳輸之代理主機 (proxy) 或伺服器之重製，並爲之特設重製權範圍之排除規定，爲著作權法體系注入新的內涵，其立法之目的、法體系之結構及各種科技名詞在法律之意涵均有引介之必要。

新修正之著作權法又創設散布權，此項修正符合國際保護著作財產權之水平，對著作人之保護更爲周延；新法同時又爲散布權設置權利耗盡之原則，以兼顧文化之發展及保障人民在憲法上所應有之言論、講學、著作及出版之自由。該散布權係採狹義意義之立法，限於著作原件及其重製物之銷售或其他所有權之移轉，而與出租權並列。此體例固與 WIPO 之 WCT 及 WPPT 相同，但與美國著作權法則有不同。美國著作權法及美國聯邦法院之見解均對散布權採廣義之解釋，並涵蓋網路公開傳輸。我國之散布權則以有形之有體物爲保護之標的，網路之傳輸則另立公開傳輸權以爲規範。至於散布權之權利耗盡條件，我國則採最嚴格之國家耗盡 (National Exhaustion) 之立法，且明文限於在中華民國領域內爲銷售或爲其他所有權之移轉方產生耗盡之效果，此種立法方式與現行法出租權耗盡規定及 WIPO 一九九六年大會有關散

布權耗盡草案內容均有不同，與美國著作權法之立法方式及保護散布權之法律效力亦非完全一致，而此次修正時為配合散布權之創設另規定自二〇〇四年七月十一日以後不得再販售未經授權之重製物之規定亦有商榷之空間，凡此均有深入分析之價值。

新法為因應網路傳輸之規範，又仿 WIPO 之 WCT 及 WPPT 創設公開傳輸權，其中並內含「向公眾提供」(Making Available to the Public) 之態樣，是以公開傳輸權之侵害不以實際上傳輸或接收之證明為必要，只要將數位檔案置於公眾可得於網路上接收之狀態即為已足。於此串流 (Streaming) 傳輸已漸普及之際，「向公眾提供」實已涉及多種態樣：例如將已儲存數位資訊但原非供公開傳輸之記憶裝置與網際網路之傳輸裝置互為連結、增加該網際網路傳輸伺服器記憶體之儲存資訊、以串流傳輸方式持續將數位資訊輸入網際網路之記憶裝置但未儲存於該記憶體、或將供公眾使用之電訊傳播網路，與網際網路之傳輸裝置互為連結等情形均屬向公眾提供之範圍。是以此公開傳輸權之源起、與公開播送之關係，及向公眾提供之內涵等均有研析比較之必要。

年來 Cyberspace 世界之 P2P 技術發展及其應用亦一日千里。自網路架構之技術面言，主流之傳輸資訊方式已大為改變：自中央集權主從架構進展至半中控折衷混合式點對點架構，再發展至無階層 (No-Tier) 之點對點架構。此種無階層之真正非中控式之點對點傳輸架構之特點在於使用者間係直接溝通與分享資訊，於搜尋、傳輸及重製檔案時，已不需經由中央伺服器為之；此種架構之功能並已廣泛使用於跨國性之分散運算及分散儲存等，檔案交換功能僅不過是其中應用之一環。自法律層次言，此種新架構對著作權之侵害雖有無可比擬之便利性，惟實質上係卻非專為侵權目的而存在，法律無可逃避地必須在科技之發展、著作人之保護與利用人憲法上基本權利間求取均衡。二〇〇二年荷蘭阿姆斯特丹上訴法院於 KaZaA 案及二〇〇三年美國加州中區地方法院於 Grokster 案即分別提出法律見解，咸認若科技產品可供實質非侵權之使用 (Substantial Non-Infringing Uses)，法律即應不能對提供此產品之廠商課予侵害著作權之法律責任，而國內類似網路訟爭亦正方興未艾，

有風起雲湧之勢：例如臺灣臺北地方法院檢察署於二〇〇三年十二月一日起訴經營 Kuro 網站之負責人及一般用戶，士林地方法院檢察署亦於同年十二月四日起訴經營 ezPeer 網站之負責人，彼等之起訴立論基礎與條理與歐美國法院之裁判是否相同，是否均以前開 P2P 網站設有檔案索引伺服器為認定侵權之基準，實應細予檢視評析，期使本書對於著作權法各領域之觀察漸趨於完整。

此次改版時，同時出版三冊。第一、二冊係著作權法論之本文及相關索引，並為原屬鄰接權之表演人保護、權利管理電子資訊及科技保護措施分別特設專章。第三冊則包含各主要國際著作權公約、歷年著作權法、施行細則、修正說明等。按我國於二〇〇二年一月一日加入世界貿易組織 (WTO)，「與貿易有關之智慧財產權協定」(TRIPS) 係我國必須遵守之協定；依該協定第九條，我國雖非伯恩公約會員國，但仍有適用伯恩公約第一條至第二十一條之法律義務，其條文解釋錯綜複雜，其中第十八條有關新加入會員國之回溯保護義務設有多重例外即其適例；又羅馬公約有關保護表演人、錄音物製作人及廣播機構之規定，對於解釋 TRIPS 第十四條有關鄰接權保護規定及探索我國著作權法上表演人及錄音著作著作人之著作財產權保護內容之精義，具相當之研究價值；至於「世界智慧財產組織著作權條約」(WCT) 及「世界智慧財產組織表演及錄音物條約」(WPPT) 係網際網路時代最重要之國際著作權條約，為我國著作權法此次修正之主要藍本，於解釋我國著作權法，為重要之比較參考資料，第三冊均將之列入，俾利查閱引用。又本書鑑於伯恩公約及羅馬公約等現有之譯本過於陳舊，其用語與現行著作權法頗多扞格，乃一併將各條約之原文重予翻譯，以應實際需求。

再者，著作權法迭經遞嬗沿革，源遠流長。特別是自一九八五年以後，歷經大小翻修，內容變化尤大。基於實體從舊、程序從新之基本原則，適用之際，或須援引舊法，定其法律關係；或須追溯源流，參考歷次修正時之立法說明，庶幾能理解法文之精神而窺其精義。惟坊間資料尋覓不易，而網路上之資訊內容亦互有歧異，本書特詳予校正編列，以應實務及研究之需求。

本書作者於翻譯時第三冊各國國際條約時，曾參考前內政部編印之「各國

著作權法令彙編」、中國國家版權局辦公室編印「國際版權和鄰接權條約」、教育部專門委員章忠信（前經濟部智慧財產局科長）所譯之「世界智慧財產組織著作權條約」(WCT)及「世界智慧財產組織表演及錄音物條約」(WPPT)等之譯文。作者及同仁翻譯時雖以「信」(Faithful)、「達」(Loyal)為目標，致力於忠實傳達外文之精義並使與我國著作權法之名詞一致，但限於譯者學養，仍時有謬誤，祈方家不吝指正，俾便來年第六版時改正；至於「雅」(Elegant)則力尚有所不逮。又鑑於我國尚無官方之中文譯文以供司法實務遵循，而本書之譯文又仍有甚大之改進空間，特參考自由軟體 (Free Software) 之精神，授權任何人於註明出處之情況下得基於任何目的為重製、改作或其他之利用。

本書第五版第三冊有關一九九八年、二〇〇一年及二〇〇三年「新舊著作權法對照及說明」部分，特別感謝經濟部智慧財產局授權使用；本書改版時，其中有關權利管理電子資訊之保護及科技保護措施專章係由警政署法制室陳俊宏君共同執筆；陳君聰明而篤學、深思而明辨，就讀碩士班時，由作者指導撰寫其論文「網際網路著作權相關之問題研究」，博士班時復從學於余；又改寫本書時，作者復同時指導新竹地方法院吳上晃法官及新竹地方法院檢察署陳榮林檢察官之碩士論文寫作，前者係有關公開傳輸權之探討，後者則深入分析非中控式點對點著作權侵害責任，他們對於本書之改版提供相關之資料並在各自研究之主題上予作者相當之觀念啟發；另蔡明誠教授亦對本書修正提供若干建議，為本書增色，均一併申謝。

事務所律師陳彥任、王子文、林銘龍、王照宇除協助處理業務外，另參與伯恩公約及羅馬公約之翻譯，常為一字之更易而思量再三、反覆辨證；秘書廖惠美自初版至五版，總攬出版庶務，費心於各版封面設計及版面編排，又與律師曹庭毓、張憶嬋、蔡文玲、黃瑛足及王貞懿，及助理鄭嘉玉、陳依雯利用夜間加班熬夜費心校對及編製各類索引，她們青春之耗損實非作者之寥寥數句謝辭所能等價回報。

異國漫漫長夜寫作卒終結於曙光微露中，闔上電腦，漫步於塞納河畔千年之古道，巴黎冬日清晨是如此冷冽；懸念於文明、科技與法律間之互動，

思索著作人與利用人間憲法上基本權之衝突，內心又是一番洶湧澎湃，深覺爲學立論之艱難與徬徨，更不知如何對多年來協助、鼓勵本書寫作之各方師友及家人致上區區之謝忱。

羅明通

二〇〇三年冬

撰於巴黎塞納河畔

