

## 歐盟著作權指令體制與相關歐盟 法院判決之研究\*

馮震宇\*\*

### 摘要

就著作權法制而言，除了美國之外，另一個值得重視的法律區塊則是歐盟。特別是歐盟著作權法體系透過一系列指令架構調和不同法系與各國法制間的差異，降低區域內的交易成本，達到真正的「單一市場」，凸顯其重要性。惟就歐盟著作權相關指令之體系觀察，不僅呈現出多元的面相，更涵蓋極為廣泛的議題。從針對特定主題的指令（如電腦程式法律保護指令、資料庫指令、衛星傳播暨有線電視再傳輸指令），到整合型規範（如資訊社會指令、智慧財產權執行指令、電子商務指令等），再加上歐盟法院（European Court of Justice, ECJ）積極處理了許多數位化環境中著作權的新挑戰，也對許多重要的議題顯現其特別之見地，均值得我國在擬定我國著作權法制之際參酌。本文嘗試透過對歐盟相關指令與歐盟法院案件的介紹，提供我國著作權法立法過程中一個不同面向的參酌內容。

關鍵詞：著作權、歐盟著作權指令、歐盟法院、視聽著作、孤兒著作。

\* 投稿日：2013年10月29日；接受刊登日：2014年5月2日。〔責任校對：向民潔〕。  
本文感謝助理吳君的協助蒐集資料與整理，惟所有文責由本人自行負責。

\*\* 國立政治大學法律系暨科技管理與智慧財產研究所教授。  
穩定網址：<http://publication.ias.sinica.edu.tw/71116141.pdf>。



## 目次

壹、前言	肆、歐盟著作權相關指令值得臺灣參酌之處
貳、歐盟著作權指令架構與介紹	一、散布權與權利耗盡原則的再思考
一、特定議題之著作權指令	二、視聽著作的報酬請求權
二、與智慧財產權有關之歐盟整合型指令	三、私人重製補償金（private copying levy）與權利的例外與限制
參、歐盟法院有關 ISP 與網路侵權案例之研究	伍、結論
一、歐盟法院有關權利耗盡原則與散布權適用之案例	
二、網路服務業者在歐盟指令下的義務	
三、小結	

## 壹、前言

在網路與無所不在行動通訊技術的快速發展之下，傳統的著作權面臨重大的挑戰。雖然世界智慧財產權組織（WIPO）於 1996 年通過 WIPO 著作權條約（WIPO Copyright Treaty, WCT）與 WIPO 表演與錄音物條約（WIPO Performance and Phonograms Treaty, WPPT）兩個與網路運用有關的著作權條約，但是各國對於網路相關著作權之保護與因應，仍有不同之態度與規範。

就臺灣之著作權法制而言，由於早期受到與美國智慧財產權談判之影響，許多著作權之內容均受到美國直接或間接之影響。但是就著作權領域而言，除了美國之外，另一個值得重視的法律區塊則是歐盟。特別是歐盟著作權法體系透過一系列指令架構進而調和不

同法系與各國法制間的差異，降低區域內的交易成本，達到真正的「單一市場」，似乎更值得我國參酌。

就現在的歐盟指令之體系內容觀察，不僅呈現出多元的面相，更涵蓋極為廣泛的議題。從針對各種特定主題的指令（如電腦程式法律保護指令、資料庫指令），到整合型規範（如資訊社會指令、智慧財產權執行指令、電子商務指令、衛星傳播暨有線電視再傳輸指令等）的出現，歐盟其實已發展出一套獨特而綿密的著作權指令體系。加上 2000 年代中葉以降，歐盟法院（European Court of Justice, ECJ）處理著作權的案件量有顯著的增加，特別是積極的處理了許多數位化環境中著作權的新挑戰，也因此對許多重要的議題，例如對公眾傳播的概念、暫時性重製認定、電腦程式還原工程等等，顯現出其特別之見地，亦值得我國在擬定我國著作權法制之際參酌。故本文嘗試透過對歐盟相關指定與案件的介紹，提供我國著作權法一個不同參酌內容。

就本文之整體架構而言，可分成三大部分，第一部分就歐盟與著作權相關的指令進行簡要介紹，並補充與該等指定相關之歐盟法院判決。這是因為近年來歐盟法院已不僅僅只是解釋既有歐盟指令，而更進一步嘗試填補、調和指定中所發現的法律漏洞，例如將「作者自身的智慧創造」（the author's own intellectual creation）當作是所有著作之原創性的標準。惟這究竟是因為歐盟法院欠缺專業法院專業的「意外」，還是歐盟法院有意在歐盟著作權法調和過程中扮演積極角色，即有待觀察。

第二部分則是有鑑於近年來網路技術發展快速，數位時代下的著作權侵權問題，不論是類型、速度、以及數量皆造成權利人莫大的威脅，為此各國立法者希望透過對網路服務提供者（ISP）來解決問題，但究竟 ISP 業者應負多高的義務？揭露用戶資訊是否會侵害用戶隱私等議題也因此受到各方的關切。因此本文將於第二部分就歐盟 ISP 業者的責任發展與歐盟法院相關網路判決加以討論。

第三部分則針對數項筆者認為可作為我國著作權修法參酌之議

題，例如除了 ISP 業者責任外，亦針對視聽著作的報酬請求權與散布權進行檢視。至於視聽著作的報酬請求權，在中國大陸著作權修法草案也引起廣大的討論，由於視聽著作本身具有集合著作之特性，該如何公平分配收益一直是個難解的議題。至於散布權則同時涉及權利耗盡原則的適用，這也讓著作權人特別關切其會在何種情況下將失去對著作物的控制，因此認定散布行為的標準有特殊的意義；同時，筆者也欲透過歐盟法院判決，對權利人得否藉由契約限縮權利耗盡原則之適用進行探討，以供國人參酌。

## 貳、歐盟著作權指令架構與介紹

如前所述，歐盟有關著作權指令之發展，逐漸從早期針對各種特定主題所制定之指令，如電腦程式指令、資料庫指令、出租出借權與鄰接權指令、衛星廣播與有線廣播指令等，發展到針對智慧財產權或電子商務之整合型指令，例如資訊社會指令、智慧財產權指令、電子商務指令等，透過這些特定性與整合型指令，歐盟建構出其特殊的著作權規範體系，由於其中許多指令的規範內容具有不同於美國著作權法制之規範內容，值得我國特別參酌。以下即分別針對特定主題之著作權指令與整合型指令分別加以介紹。

### 一、特定議題之著作權指令

就歐盟著作權指令之制定過程觀察，可以發現歐盟過去往往會針對特定的議題訂定特別的指令，也因此就此等特定議題之指令觀察，可以發現這些指令具有相當深入之規範內涵。這些針對特定議題所完成的指令，包括 1989 年之電腦程式法律保護指令、1993 年之衛星廣播與有線再轉播指令、1996 年資料庫保護指令、以及 2006 年之出租權、出借權與鄰接權指令等，以下即分別加以介紹。

### (一) 電腦程式法律保護指令

歐盟對於電腦程式保護的濫觴，出現在 1985 年歐盟執委會所提出「完整內部市場」(Completing the Internal Market) 白皮書，並具體呈現於 1988 年歐盟執委會所提出之「著作權與科技挑戰」綠皮書中的「需要立即行動的著作權議題 (Green Paper on Copyright and the Challenge of Technology — Copyright Issues Requiring Immediate Action)。」執委會於發表綠皮書及舉行公聽會後，於 1989 年提出「電腦程式法律保護指令 (Directive on the Legal Protection of Computer Programs)」，並於 1991 年正式通過<sup>1</sup>。

在其立法說明中，該指令特別指出，電腦程式不僅為近代智慧創造的新客體，且其開發需投入龐大的資源，但是重製電腦程式的成本卻相當低廉，考量到電腦程式對現代社會之重要性，故即便電腦程式本質上具有功能性用途，但歐盟仍決定有賦予電腦程式排他權並以法律保護之必要。嗣後，隨著電腦程式技術進一步的發展，歐盟又在 2009 年修改電腦程式指令<sup>2</sup>。

依照 2009 年版指令第 1 (3) 條，電腦程式的原創性標準為「作者自身之智慧創作」。這項標準在對原創性採不同認定標準的歐盟會員國間，發揮了一定的調和作用，也在採辛勤原則 (如英國) 與採表達作者人格特徵 (如德國) 的原創性光譜兩端，創設了一個為各會員國所能共同接受的折衷標準<sup>3</sup>。此外，透過歐盟法院的判決，更進而對其他新興之議題，如使用者圖形介面 (GUI) 之保護，提供了統一的見解。

---

1 Council Directive of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs (91/250/EEC).

2 Directive 2009/24/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the legal protection of computer programs.

3 請參見李明德、閻文軍、黃暉、邵中林合著，歐盟知識產權法，頁 163 (2010 年)。

例如在 2010 年的 *BSA* 案<sup>4</sup>，歐盟法院就指出，使用者圖形介面並不屬電腦程式指令保護之範圍，蓋無法藉由重製該使用者圖形介面而重製整個電腦程式；但法院亦指出，若該圖形介面能符合「作者自身之智慧創作」(the author's own intellectual creation) 標準，則可取得資訊社會指令的保護<sup>5</sup>。此外，該指令也針對著作權人之專有權利，分別在指令第 4 條、第 7 條加以規定。這些專有權利包含：重製權 (第 4 (1) (a) 條)、改作權 (第 4 (1) (b) 條)、向公眾散布權 (第 4 (1) (c) 條) 與 (第 4 (2) 條)、以及違反技術規避措施第 (7 (1) (c) 條)。

此外，該指令亦針對權利限制特別於第 5 條就必要使用行為 (第 5 (1) 條)、備份 (第 5 (2) 條)、電腦程式功能之觀察、研究、測試 (第 5 (3) 條)、以及解譯 (decompilation, 又稱為還原工程 reversing engineering 或反組譯 disassembly) 加以規定。例如該指令在第 6 條明文規定，為開發與其他程式相容之軟體，可在未經程式權利人授權的情況下，重製或解譯有關的程式，惟該重製與解譯不得用於取得程式相容性以外之用途。

至於關於解譯／還原工程的爭議，則可以舉 *SAS Institute Inc. v. World Programming Ltd.*<sup>6</sup>案作為代表。在該案中，被告 WPL 公司為開發與原告 SAS 公司類似的軟體，並希望可在電腦系統上執行以 SAS 語言編寫的程式，乃於市場上以合法方式取得 SAS 軟體後進行還原工程<sup>7</sup>。惟此舉違反 SAS 公司對使用其軟體所規定之拆封契

---

4 Bezpečnostní softwarová asociace - Svaz softwarové ochrany v. Ministerstvo kultury, C-393/09 (2010).

5 其實在眾多歐盟指令下，僅有電腦程式法律保護指令、資料庫指令與攝影著作明確採「作者自身之智慧創作」為原創性標準，歐盟法院則闡述資訊社會指令亦採用相同標準，惟學者仍有持保留態度。

6 Case C-406/10, *SAS Institute Inc. v. World Programming Ltd.*, 2012.

7 在該案中，法院認為 WPL 從事還原工程之目的僅為了瞭解軟體運作的功能，故不違反電腦程式指令第 6 (2) 條所禁止之解譯或還原工程規定，亦即：  
(1) 以開發或行銷一個與原本電腦軟體的表達具有實質相似性的新軟體；或  
(2) 為其他侵害著作權。

約限制<sup>8</sup>。歐盟法院在本案特別指出，依照電腦程式指令第 5（3）條，組成電腦程式的「概念」與「原則」並不在權利人以授權契約方式加以保護的範圍之內，因此，被授權人有權檢視構成電腦程式之概念與原則，只要該行為是因伴隨合法（例如經授權）之下載、播放、運作、傳輸、或儲存該軟體而生。

此外，歐盟法院在 SAS 案還指出，2009 年修正的電腦程式指令前言第 14 點規定，只要不侵害電腦程式的著作權，權利人不可禁止有權使用電腦程式的使用人從事觀察、研究、測試該電腦程式的行為<sup>9</sup>；換句話說，法院認為電腦程式著作的權利人不得以契約禁止合法的被授權人對組成程式的基本概念與原則進行研究。此項見解顯然較我國著作權法現行規範更為寬廣，且有助於業者開發相容之產品，不但可促進競爭，更有利於消費者權益之保護。

## （二）衛星廣播與有線再轉播指令

衛星廣播與有線再轉播指令<sup>10</sup>主要之規範目的，在於規定法律的適用與選擇。此外，該指令亦賦予作者得准許或禁止以衛星傳播方式廣播其著作的專屬權利（broadcasting right，第 2 條）。而在有線轉播方面，該指令明文規定有線再轉播（cable retransmission）必須以契約授權（而非法定授權）方式進行。不過由於此等授權限於由集體管理團體為之（第 9（1）條）<sup>11</sup>，這使得集管團體成為授權

---

8 SAS 在其軟體之拆封合約中，要求使用者一旦開始使用該公司軟體，必須先勾選接受使用者條款，同意僅限於因非重製目的而使用該公司之軟體。

9 其原文為：“A person having a right to use a computer program should not be prevented from performing acts necessary to observe, study or test the functioning of the program, provided that those acts do not infringe the copyright in the program.”

10 Council Directive 93/83/EEC of 27 September 1993 on the coordination of certain rules concerning copyright and rights related to copyright applicable to satellite broadcasting and cable retransmission.

11 Article 9 Exercise of the cable retransmission right: “1. Member States shall ensure that the right of copyright owners and holders or related rights to grant or refuse authorization to a cable operator for a cable retransmission may be exercised only through a collecting society.”

不可或缺的一環。

此外，就衛星廣播而言，該指令還規定應以節目發射地之法律為主要適用法規；而在有線轉播則適用轉播地法律。為了管理方便，指令還規定衛星廣播和有線廣播組織可以透過著作權集體管理團體獲得授權，其中關於有線轉播的集體授權即屬於強制規定。

### （三）資料庫保護指令

資料庫特別權（*sui generis*）乃是歐盟資料庫保護指令<sup>12</sup>下的特殊制度。其實早在 1996 年，WIPO 就曾提出資料庫條約的草案，但遭到美國與科學界的反對，致使該草案最後未能通過。

在 WIPO 資料庫條約草案無疾而終後，歐盟反而自行訂定資料庫保護指令，進而在歐盟創造出一種雙軌制的保護架構。也就是說，在合於著作權「作者自身之智慧創作」（the author's own intellectual creation）的標準時，會員國應依資料庫指令第二章賦予資料庫著作權保護；相反地，對於未達著作權保護但卻因建置資料庫而投入具實質重要性的投資時，該資料庫則可例外的獲得特別權利的保護。這兩種權利保護可以同時適用，也就是若資料庫同時符合這兩個標準，就能獲得雙重權利保障。

而就資料庫的著作權保護而言，其保護的標準為「著作人就其選擇和編排的資料編輯內容本身具有智慧創作」<sup>13</sup>，也就是必須要具有原創性。若符合此要件之權利人則享有重製權、改作權、散布權、以及傳送、公開展示、公開演出其資料庫或達成此等結果等權利；但該指令也對著作人專屬權作出例外規定（指令第 6 條）。若進一步分析，該指令第二章規定對資料庫的著作權保護，其實就是

---

12 Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council on the legal protection of databases.

13 Article 3(1): "In accordance with this Directive, databases which, by reason of the selection or arrangement of their contents, constitute the author's own intellectual creation shall be protected as such by copyright. No other criteria shall be applied to determine their eligibility for that protection."



傳統上對編輯著作的保護；與之相對的資料庫特別權，則可被視為一種對「投資」的特殊保護，並非對創作人本身之智慧創造加以保護。詳言之，對於在內容取得、證實或呈現上，有質與（或）量上之相當投資的資料庫建立者，該指令賦予資料庫建立者有權防止他人對該資料庫進行不論是質與（或）量上、或全部或相當部分內容之擷取或再利用的行為<sup>14</sup>。簡言之，歐盟對資料庫建立人所賦予之特別權所專注的，乃是達一定實質程度（a substantial investment）之投資，而非創作人本身之智慧創作。

須特別注意的是，此之所謂「投資」，乃是對「製作或建構資料庫的投資」，而非「創設資料的投資」。特別是在歐盟法院於 2004 年的 *BHB 賽馬協會判決*<sup>15</sup>後，此區別益加重要。而在 2012 年 3 月，歐盟法院又在 *Football Dataco Ltd. and Others v. Yahoo! UK Ltd. and Others*<sup>16</sup>再次重申此區別。

雖然歐盟資料庫保護指令採取此種雙軌保護模式，以期鼓勵歐盟資料庫產業的發展，但是根據歐盟執委會於 2005 年完成的「資料庫指令第一次評估報告」顯示，資料庫保護指令的訂定並未因此而促進歐盟資料庫產業的發展；相較之下，美國雖沒有相當於資料庫特別權利的保護，但資料庫產業反而發展迅速。其主要的原因在於特別權利雖提供了多重保護（著作物本身的著作權、資料庫的編輯著作權與資料庫的特別權利），但多層次的保護未必能促進創新；更值得詬病的，就是此種新興權利的範圍、概念並不明確，適

---

14 Article 7(1): “Member States shall provide for a right for the maker of a database which shows that there has been qualitatively and/or quantitatively a substantial investment in either the obtaining, verification or presentation of the contents to prevent extraction and/or re-utilization of the whole or of a substantial part, evaluated qualitatively and/or quantitatively, of the contents of that database.”

15 Case C-203/02, *British Horseracing Board Limited (BHB) v. William Hill*, 2004. 有關該案之分析與見解，請參見 *ECJ Delivers Surprise Judgment in the BHB v. William Hill Database Case*, 2005, <http://www.ffw.com/publications/all/articles/ecj-delivers-surprise-judgment.aspx> (last visited Dec. 22, 2013).

16 Case C-604/10, *Football Dataco Ltd. and Others v. Yahoo! UK Ltd. and Others.*, 2012.

用上易生阻礙，從而歐盟內部甚至有廢除資料庫指令的聲音出現，也凸顯出賦予特別權利的問題。

#### (四) 出租權、公共出借權與鄰接權指令

出租權、公共出借權與鄰接權指令<sup>17</sup>共有兩章，第一章係會員國應賦予作者和特定鄰接權人（表演者、錄音著作物製作人、影片製片人）出租和出借權；第二章則賦予表演者、錄音、電影製作人和廣播組織關於附著、廣播、公開傳輸和散布權等鄰接權的相關規定。值得注意的，就是對於表演著作、錄音著作等，歐盟不但要求會員國應賦予作者和特定鄰接權人（表演人、錄音著作物製作人、影片製片人）出租<sup>18</sup>和公共出借之排他權，更賦予表演人、錄音與電影製作人、以及廣播組織更多的鄰接權。

##### 1. 指令對出租權之規定

考慮到可享有出租權的主體包含作者、表演人、視聽物製作人與製片人，當著作物實際出租時，就可能會面臨須同時獲得不同權利人許可的管理難題。因此，出租與公共出借指令允許各權利人得以契約方式移轉、授權他人出租權（第 3（3）條），但要求在此種情況下仍需保留其等對後續利用行為的報酬請求權，且該項報酬請求權不得事先拋棄，但可透過集體管理團體收取<sup>19</sup>。

除此之外，考慮到實際運用著作物的便利性，出租與公共出借

---

17 Directive 2006/115/EC (92/100/EEC) 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. 根據該指令，出租權針對的是商業利用模式，出借權則是透過對公眾開放的機構所進行的非商業利用。

18 依照該指令第 1（1）條，是指為了直接或間接的經濟或商業利益，提供他人在有限的時間內，使用著作或其他受保護客體的原件或複製品。

19 出租與公共出借指令第 5 條即規定，如果作者或表演人把錄音著作物或影片著作物的原件、重製物的出租權轉讓給錄音製作人或影片製片人，則他們仍保留分享適當的報酬請求權，這種報酬請求權不能事先放棄，但是可以由集體管理機構來行使。

指令還在第 3 條訂有對出租權的推定授權，規定當表演人與製片人簽訂製作電影契約時，除非有相反約定，否則應認為表演人已將自己的出租出借權利轉讓給製片人<sup>20</sup>。此外，指令第 3（6）條則規定，第 3（4）條對出租出借權的權利轉讓推定亦可用於本指令第二章（包含固著權、廣播權、傳播權、散布權等）之鄰接權<sup>21</sup>，也因此使移轉權利之權利人仍得享有適當報酬請求權。但是對於主要演員與製片人間之權利歸屬則不明。而此漏洞則由歐盟法院在 2012 年審理 *Martin Luksan v. Petrus van der Let* 案<sup>22</sup>時予以釐清。

於該案中，Martin Luksan 是戰爭紀錄片的主要導演與編劇，其與被告製片人 van der Let 約定，由 van der Let 負責製片並將影片發行利用。契約言明 van der Let 有權重製並利用系爭著作，而 Luksan 則同意將所有著作權移轉給 van der Let。但該契約亦同時附有兩個例外規定，也就是：（1）van der Let 不得以數位方式向公眾傳播，以及（2）不得以加密或閉路方式廣播（如付費電視 pay TV）。後來 van der Let 違反此等例外限制，而將系爭影片權利授權給 Movieeurope.com，而該網站則准許網路使用者可透過網路下載；另外 van der Let 還將付費電視的權利轉讓給 Scandinavia TV。

Luksan 乃以 van der Let 違約向奧國法院提起訴訟，van der Let 則主張依照奧國著作權法第 38（1）條，所有與影片有關的利用權皆應移轉給製片人，並宣稱此乃法定讓與（statutory assignment），

---

20 該指令第 3（4）條係有關於表演人對電影製片人權利轉讓之推定與擬制授權規定。其原文為：“Without prejudice to paragraph 6, when a contract concerning film production is concluded, individually or collectively, by performers with a film producer, the performer covered by this contract shall be presumed, subject to contractual clauses to the contrary, to have transferred his rental right, subject to Article 5.”

21 其原文為：“Member States may provide that the signing of a contract concluded between a performer and a film producer concerning the production of a film has the effect of authorising rental, provided that such contract provides for an equitable remuneration within the meaning of Article 5. Member States may also provide that this paragraph shall apply mutatis mutandis to the rights included in Chapter II.”

22 Case C-277/10, *Martin Luksan v. Petrus van der Let*, 2012.

所有與此相牴觸的契約條款皆應無效；且既然其享有對該影片的所有利用權，則依法利用該影片所能收取的報酬也應全歸於他。

本案的關鍵，在於歐盟會員國得否排除出租與公共出借指令所賦予著作人之權利，透過內國法將視聽製作物的利用權（本案所涉及之權利包括衛星廣播權、重製權、對公眾傳輸權），以直接且溯及自簽約日方式歸屬給視聽著作的製片人？

由於出租與公共出借指令第 2（2）條將主要導演視同視聽著作之著作人，雖然資訊社會指令未明確表示主要導演得否享有著作人的地位，但歐盟法院認為資訊社會指令中亦應賦予視聽著作的主要導演等同於著作人的法律地位，使其可享有重製權與對公眾傳播權。因此，各會員國不得以內國法方式否定主要導演對該視聽著作的利用權。歐盟法院還進一步表示，各會員國不得以內國法規定，推定主要導演亦將其擁有的權利轉讓給視聽著作的製片人，藉以使主要導演拋棄報酬請求權，否則即違反出租與公共出借指令之規定。

## 2. 指令對公共出借權之規定

所謂公共出借權（public lending），乃指權利人允許或禁止有關機構出借權利客體的權利。公共出借權客體除一般著作外，尚包含錄音著作物、視聽著作與已固著的表演。此處所稱的有關機構係指對公眾開放的機構，且僅在非商業目的下得將上述客體於一定期間內交付他人使用。依據該指令第 6（1）條，會員國可以降低公共出借權的保護標準，即不把公共出借權當成專有權利，但前提要件是著作人仍得因其著作的公共出借而獲得一定的報酬；至於補償標準則由各會員國依照其各別之文化政策訂之。

例如在涉及公共出借權公平報酬計算的 *VEWA* 案<sup>23</sup>中，歐盟法

---

23 Case C-271/10, *VEWA v. Belgische Staat*, 2011. *VEWA* 為比利時著作權集體管理團體。

院指出，各會員國得在不違反歐盟法原則的前提下，依照不同情況自行決定收費標準，惟公共出借權既然不具備經濟上獲利性質，故不應以著作物的商業利用價值作為收費標準，亦無法以固定費率方式收取報酬；也就是說，報酬應與作者損害程度有相當因果關係。由於該案涉及公共機構支付報酬的計算，故歐盟法院判決指出，若公共機構收藏越多的著作物、或越多人得以接觸著作物，則作者受到的損害也就越大；從而法院認為應將著作物數量與瀏覽人多寡納為報酬計算標準。是故歐盟法院最後判決，比利時皇家法案僅以公共機構註冊的借閱者數量作為報酬計算標準並不公允。

而就與表演人、錄音物（phonogram）製作人、廣播組織、電影製片人攸關的鄰接權而言，該指令則賦予權利人專有固著權（第 7 條）、廣播與公開傳輸權（broadcasting and communication to the public）（第 8 條）、以及散布權（第 9 條）等權利，但亦規定此等權利的限制（第 10 條）以為平衡。因此，私人使用（private use）、為時事報導所為的使用、廣播組織利用自己的設備完成的暫時錄製，以及為了教學及科學研究的使用等，均不為權利人之鄰接權所及。

#### （五）孤兒著作指令<sup>24</sup>

由於伯恩公約採創作保護主義，故著作權保護不以登記註冊為要件，導致現今各國著作權法雖然提供著作即時、方便的保護，但在欠缺註冊紀錄的體制下，無法尋得權利人之孤兒著作已普遍存在於各國。

而在歐盟，早在 2008 年，歐盟便開始推動歐洲數位圖書館計畫<sup>25</sup>，意在將歐盟出版圖書以數位典藏方式建置成大型資料庫，使全世界皆能透過網路接觸這些著作。惟「孤兒著作」卻成為建置資

---

24 Directive 2012/28/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 on certain permitted uses of orphan works.

25 請參見 Europeana，<http://www.europeana.eu> (last visited Oct. 10, 2014).

料庫的一大阻礙，這是因為各國館藏中有大量著作物皆屬權利人不明或無法向權利人接洽授權的孤兒著作。但依照資訊社會指令，若欲利用他人著作，原則上仍須取得著作權人之事前同意，方得以重製或散布等方式利用之，但孤兒著作卻無從滿足此事前同意之要件，以致大量孤兒著作僅能束之高閣、難以利用，對歐洲文化保存與推廣甚為不利<sup>26</sup>。

為突破此等困局，歐盟乃於 2008 年 11 月開始推動「可接觸著作資訊與孤兒著作登記制度」( Accessible Registries of Rights Information and Orphan Works, ARROW )，希望通過各國圖書館、著作權集體管理團體、以及出版商間的合作，整合歐洲境內不同的權利登記機制，開發出一套適用於全歐洲的權利登記系統，不但可清楚揭示歐盟境內著作的權利狀態，促使數位化館藏的授權可以在透明且合理的機制下進行，亦可確保著作權人可得到適當的報酬<sup>27</sup>。

經多年的努力之後，歐盟執委會終於在 2012 年 10 月通過孤兒

---

26 在歐盟執委會的努力之下，圖書館界與出版商、作者及集體管理團體三方，於 2011 年 9 月簽署了一份備忘錄 (MOU)，同意通過著作權集體管理機制，共同努力將圖書館館藏中不具經濟價值的絕版書及學術期刊數位化，以供歐盟人民接觸利用。參與簽定之團體包括：代表作者的 The European Writers' Council (EWC), the European Federation of Journalists (EFJ) 以及 the European Visual Artists (EVA)，代表出版商的團體則包括 the Federation of European Publishers (FEP)，the European Publishers' Council (EPC)，以及 the International Association of Scientific, Technical & Medical Publishers (STM)。請參見 IFRRO, *Rightholders' Organisations and Libraries sign groundbreaking MoU on Out of Commerce Works* (Sep. 20, 2011, 1:34 PM), <http://www.ifrro.org/content/rightholders%E2%80%99-organisations-and-libraries-sign-groundbreaking-mou-out-commerce-works>。該備忘錄全文 (Key Principles on the Digitisation and Making Available of Out-of-Commerce Works)，請參見 [http://ec.europa.eu/internal\\_market/copyright/docs/copyright-info/20110920-mou\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/copyright-info/20110920-mou_en.pdf). (last visited Jun. 10, 2013)。

27 在 ARROW 的官方網站中即說明，此登記制度可為「勤勉搜尋義務」建置平台，欲利用特定著作者僅需在系統上輸入著作名稱，ARROW 便自動在資料庫中搜尋該著作之權利狀態，若搜尋結果為查無權利人，系統將自動判斷該著作是否屬於孤兒著作。透過 ARROW 資料庫將有助於大幅降低潛在利用人的搜尋成本。請參見塞瑞卿、于佳亮、馬炳和，探尋孤兒著作版權問題的解決之道——歐洲 ARROW 項目的實踐與啟示，*圖書館建設*，10 期，頁 37-40 (2011 年)。

著作指令<sup>28</sup>，進而建立跨境的虛擬網路圖書館，以促進歐洲文化保存並提供創作的種子<sup>29</sup>。根據該指令，所謂的孤兒著作是指尚在著作權保護期間內，但其權利人不明或已盡勤勉搜尋義務卻仍不知權利人所在（located）等情況<sup>30</sup>。

而指令中最重要條文，莫過於對「勤勉搜尋義務」（diligent search）設下標準，並將之作為利用孤兒著作之前提<sup>31</sup>。例如指令第 3 條規定，使用人需於利用孤兒著作前盡勤勉搜尋權利人之義務。因此利用人應依著作之不同類型尋找適宜的資源，以查尋著作權利歸屬狀態。至於何謂適宜的資源，則由各會員國自行定義。另一方面，勤勉搜尋義務的地域範圍，則以著作物首次出版地或廣播地為原則，視聽著作則以著作人住所地（若權利屬於公司，則指公司總部所在地）為原則；但若有證據顯示可在他國尋得權利人資訊，則利用人亦應至他國盡勤勉搜尋之義務。

為確認利用人已盡勤勉搜尋之義務，該指令要求符合本指令之使用人（即同指令第 1 條所稱之公益機構）須保留勤勉搜尋之記錄並交予主管機關。該等記錄包括對搜尋結果、判斷該著作為孤兒著作之主要資訊、該孤兒著作之利用方式；若後續該孤兒著作地位有所變更還需記錄其變更，以及該機構聯絡方式；此外該指令亦要求

---

28 孤兒著作指令共有 12 條，包含指令的適用範圍、孤兒著作的定義、孤兒著作利用之前提要件（勤勉搜尋義務）、孤兒著作的利用方式與著作權人可終止孤兒著作地位與相關補償等。

29 惟值得注意的是，適用歐盟孤兒著作指令的主體相當有限，僅包括歐洲圖書館、教育機構與檔案保存機構等少數機構。

30 除了孤兒著作外，在指令的前言也提到「不具經濟價值之絕版書（out of commerce）」之利用，其指該著作雖尚在著作權保護期間內，但因著作人與出版商決定不公开发表或不再出新版，導致市場上已無管道取得該著作。此外，雖然孤兒著作指令未將無法從市面輕易獲得之著作亦納入適用範圍，但歐盟已體認此類著作亦為數位圖書計畫中不可或缺的一環。

31 該指令涵蓋一般著作（work）、影視著作（cinematographic or audiovisual work）與錄音著作（phonogram），由於指令的適用範圍包含廣播組織，因此在廣播中的錄音片段亦屬孤兒著作的範圍。除已公开发行與廣播的著作外，曾經著作權人同意而使公眾得以接觸的未出版著作亦可能屬於孤兒著作（指令第 1 條第 3 項）。

會員國建置單一、公眾可接觸的線上資料庫（single publicly accessible online database），並將上述機構所提供之資訊留存<sup>32</sup>。

此外，該指令也在第 6 條規範兩種孤兒著作之利用方式，也就是資訊社會指令第 3 條的提供公眾利用（available to the public）與以提供目錄、類型化、保存或修復（indexing, cataloguing, preservation or restoration）為目的所為之數位化重製。要言之，孤兒著作之利用須出於滿足公眾之需要和利益，並用於推廣文化和教育發展的目的。惟考量到將孤兒著作數位化之成本，該指令亦允許進行數位化之機構在支應數位化與提供公用利用之成本範圍內，得對利用該孤兒著作收取一定的費用。

## 二、與智慧財產權有關之歐盟整合型指令

除了前述針對特定領域或標的所訂定的特定議題指令之外，歐盟為因應網路與電子商務之發展，亦制定了與智慧財產權有關的整合型指令，包括資訊社會指令、智慧財產權執行指令以及電子商務指令等，其影響層面亦較特定主題之指令更為廣泛。以下即分別加以介紹。

### （一）資訊社會指令

資訊社會指令<sup>33</sup>的制定主要是為了因應網路時代的來臨，並針對技術快速發展而對著作權和鄰接權所產生之挑戰，而特別制定的規範。不過該指令不僅侷限於此，而是廣泛地就重製權<sup>34</sup>、向公眾

32 例如指令第 5 條、第 6 條即要求會員國應確保著作權人得隨時確認其著作不再屬於孤兒著作，並提供該著作權人公平補償（fair compensation）。但公平補償之數額與方式則授權各會員國在歐盟法允許之範圍自行訂定之。

33 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.

34 指令第 2 條所規定的重製權，包含以任何方法直接或間接、暫時或永久的重製著作之一部或全部：著作人就其著作物、表演人就其表演的固著物、錄音著作的製作人對其著作物、影片製作人對其首次固著的影片原件或重製物、廣播機



傳播權、向公眾提供權等權利加以規定；另外也針對技術保護措施、數位權利管理與相關的技術規避進行規定。以下僅針對網路有關之規範與歐盟特別之私人補償金規定加以介紹。

### 1. 公開傳輸權

首先就公開傳輸權之規定觀之，此部分又可分成向公眾傳輸權（right of communication to the public）和向公眾提供權（right of making available to the public）兩種類型。值得注意的是，指令還引入「互動式、隨選式」的公眾傳輸模式，且此概念不限於網路傳輸，互動電視亦屬之。

針對向公眾傳輸權，指令第 3（1）條賦予著作權人可授權或禁止他人以無線或有線之方式向公眾傳輸其著作的權利，包括將著作提供給公眾、使公眾得在其選定的時間與地點接觸這些著作，但排除現場表演（live）的公開傳輸權。至於所謂向公眾提供權，則是提供鄰接權人（表演人、錄音物製作人、電影片製片人與廣播組織）的保護。例如指令第 3（2）條即規定，鄰接權人就其受保護的客體享有授權或禁止他人以有線或無線的方式，向公眾提供這些受保護的著作。同樣地，向公眾提供權也不包含對現場表演的保護。

對於這些權利的實際適用，歐盟法院則提供了適時的補充。例如在 *Circul Globus București* 案<sup>35</sup>中，歐盟法院及判決指出，指令第 3（1）條僅限於「對不在訊號傳輸來源地的公眾」所為的傳輸。因此，舞團即便未獲得著作權人授權於現場演出，也未侵害著作權人的公開傳輸權。

---

構（不論有線無線、衛星傳播）對其廣播節目的固著物皆享有此權。至於暫時性重製之例外規定則與我國之規定相同。

35 Case C283-10, *Circul Globus București v. UCMR – ADA*, 2011.

## 2. 技術保護措施的規避

由於數位化與網路傳輸的技術發展迅速，著作權人為了避免自己的著作在數位環境中被侵害，開始積極採行技術保護措施（*technological measure*），以控制使用人在未經同意或授權的情況下，不會「接觸（*access*）」著作物或鄰接權客體，或者不會以對著作物或鄰接權客體以「追蹤、控制」的方式加以利用。

指令第 6（3）條即對技術措施有所定義，說明「技術保護措施」泛指任何技術、設備或零件，在其正常的操作下，可用於防止或限制著作或其他受保護客體於未經權利人同意或授權的情況下被利用。一般而言，技術保護措施可用於接觸控制（*access control*）與保護程序（*protection process*）的用途，例如加密、擾碼（*scrambling*）或其他轉化（*transformation*）；只要能有效達到控制著作的利用，就是有效的技術保護措施。

而在提供權利人保護的手段外，指令第 6 條也試圖平衡權利人和公眾利益，其在保護權利人的技術措施外另設置一個限制技術措施的兩階段模式。首先，要求會員國推動權利人為實現權利的例外和限制，得採取「自願措施」讓社會公眾得以享有相關的優點（例如權利人和其他利益團體達成協議）；其次，若權利人未採取自願措施，或者權利人和其他利益團體在合理的期間內沒有達成協議，會員國即應介入並採取適當的措施。

## 3. 權利管理資訊

權利管理資訊係指表明著作或鄰接權客體、著作人或其他權利人的資訊，以及他人使用該著作或鄰接權客體的條件。權利人可以透過權利管理資訊就授權他人使用該著作的條件加以規定，以達成契約的目的<sup>36</sup>。

---

<sup>36</sup> 在數位化的網路環境中，權利管理資訊與技術保護措施兩者關係密不可分，因為當權利人若欲對自己的著作或鄰接權客體運用權利管理資訊加以保護時，通

為此，指令第 7 條規定，會員國應當禁止任何人未經授權從事下列行為：(1) 未經授權而故意刪除、竄改電子權利管理資訊；(2) 為散布、以散布為目的而進口、廣播、或向公眾傳輸之目的而刪改或變更電子權利管理資訊。惟其前提則係以行為人明知或可得而知該行為會誘使 (inducing)、促成 (enabling)、便利 (facilitating) 或隱匿 (concealing) 對著作權、鄰接權和資料庫特別權利造成侵害。

從上述有關網路之相關規定觀察，歐盟的規定與 WIPO 的 WCT、WPPT 條約，以及美國的數位千禧年法案 (DMCA) 的規定類似。也因為如此，該指令與其他歐盟指令間出現微妙的差異。而其間之差異與執行上之問題，則係透過歐盟法院的相關判決來作進一步的釐清。

例如在 *Società Consortile Fonografici (SCF) v. Marco Del Corso*<sup>37</sup>一案中，歐盟法院特別針對「對公眾傳輸權」在資訊社會指令與出租出借指令中的異同加以討論。在該案中，原告 *Società Consortile Fonografici* (以下簡稱 SCF) 為跨國的錄音著作物集體管理團體，其業務包括管理、收取和分配權利金。在本案中，SCF 主張牙醫診所內所播放之音樂未取得授權，侵害其會員之著作權，故與義大利牙醫聯盟就「向公眾傳輸」行為所應支付的公平補償金進行協商。

但最後協商破裂，故 SCF 乃於 2006 年向義大利杜林地方法院提起訴訟，主張本案被告馬可 (Marco Del Corso) 醫生在其私人診所營業時，未經 SCF 同意向病患播放廣播的行為構成「向公眾傳輸」，故應支付衡平補償金 (equitable remuneration)。被告馬可醫生則認為，SCF 僅能在該廣播音樂已附著於有體的媒介物後，向電

---

常會在其中設置一定的識別代碼 (包括浮水印)，日後權利人即可利用這些代碼與浮水印，使用如網路機器人 (bot)、網路蠕蟲 (crawler) 等工具，進行追蹤、偵測，檢查他人是否非法使用了原合法取得之著作權或鄰接權客體。

37 Case C-135/10, *Società Consortile Fonografici (SCF) v. Marco Del Corso*, 2012.

台或廣播人收取衡平補償金，而非向收聽人收補償金。馬可醫生主張，SCF 不得援引義大利著作權法第 73 和 73 (a) 條，因為私人牙醫診所與公共醫療機構不同，不屬於公開場合 (public place)。

杜林地方法院審理後判決馬可醫生無須支付衡平補償金，因為其屬非商業使用；再加上會到私人診所就診的病患須先經預約，非屬不特定公眾 (random public)，因此私人牙醫診所不算公共場所，自然無法適用義大利著作權法第 73 (a) 條。不過由於杜林上訴法院對私人牙醫診所播放廣播是否能構成對公眾傳播仍有疑問，因此請求歐盟法院對此等疑義加以審理。

本案的主要爭點，就在於在類似私人牙醫診所這種與專業經濟活動 (professional economic activity) 有關場所播放廣播，即便病患無主動選擇播放節目的權利，但病患仍享受到音樂播放的好處，此種情況下是否構成資訊社會指令第 3 (1) 條的「對公眾傳輸 (communicate to the public)」或第 3 (2) 條的「對公眾提供 (making available to the public)」？

對於此等問題，歐盟法院指出，根據該指令前言第 25 點，資訊社會指令中的「對公眾提供」主要是為了隨選式／互動式傳輸所做的規定，但本案中病患所接受的廣播並不具互動性或隨選式之特質，故不符合資訊社會指令的規定。但歐盟法院亦從過去案例中歸納出三個判斷因素，作為在判斷是否成立資訊社會指令第 3 (1) 條規定之重要考慮因素：

1. 使用者的必要性 (indispensable role of the user)。亦即若缺乏使用者的介入行為，對公眾傳輸的行為即無法完成。
2. 「公眾」的概念是指不特定的多數人，並且數量需達合理大量的程度 (fairly large number)，不過這個數量重點在累積效果，也就是不以單一特定時點有多少人可以接觸著作，而是看長久所累積的接觸人數<sup>38</sup>。

---

38 本案歐盟法院固然對資訊社會指令中「公眾」的概念有相當深入的討論，但在

3. 資訊社會指令第 3 (1) 條的「傳輸 (communication)」與該行為是否具有營利性質 (profit-making nature) 無關。

而在比較資訊社會指令第 3 (1) 條和出租與出借權指令第 8 (2) 條之後，法院認為，雖然兩者皆提到「對公眾傳輸」的概念，且兩者追求的目的亦類似，但卻不盡相同。其最主要的差異，在於資訊社會指令第 3 (1) 條所賦予著作人之向公眾傳播權具有預防性質 (preventive in nature)，其可使著作人得以在利用者實際利用該著作前便行介入或禁止他人對著作物的利用。

相反的，出租與公共出借指令第 8 (2) 條對錄音著作物及表演人賦予的公眾傳播權則具有補償性質 (compensatory in nature)。因此在他人實際為商業目的之利用或重製物出現之前，權利人很難先行介入。除此之外，出租與公共出借指令第 8 (2) 條的權利還具有財務性質 (financial in nature)。故在判斷一個行為是否構成本條所稱的對公眾傳輸時，須先判斷究係何人向何人傳輸，這個過程應是依個案判定，應由各國法院就整體情況進行評估。

就本案而言，歐盟法院認為特定診所的病患其實是一個特定群體，因此診所病患不能算是「不特定的大眾 (person in general)」。雖然這個特定的群體會反覆回診，除非能造成累積效果，或因播放廣播而影響病患是否回診的意願。但縱使如此，法院認為，並不會因此而增加回診的病患數，亦即診所廣播本身對牙醫的收入實無影響。由於這個行為不具有獲利性質，且不符合出租與公共出借指令第 8 (2) 條的制定目的，故法院判決馬可醫生不需支付補償金。

---

之後的 *Phonographic Performance (Ireland) Limited v. Ireland, Attorney General* 案時，該標準也直接適用於出租與出借指令對公眾概念的認定 (C162/10 (2012), paragraph 32-35)；實際上本案判斷馬可醫生診所的病患是否足以被認定為公眾時，就已經考量累積效果的問題。再加上 *Phonographic Performance (Ireland) Limited v. Ireland, Attorney General* 案也援用前面提到的「使用人須扮演不可或缺的角色」，故資訊社會指令與出租與公共出借指令中，對於「對公眾傳輸」概念的差異似乎僅剩下補償性質和財務性質之別。

另一個值得注意的案件，則是 *Infopaq* 案<sup>39</sup>。本案由歐盟法院分別在 2009 年和 2012 年作出判決，而 2012 年的判決甚至推翻前案的部分見解。本案 *Infopaq* 是家專門追蹤與分析商業資訊的公司，其提供的服務係依照客戶指定的主題，將丹麥報紙與其他期刊中的文章製作摘要，完成摘要後再以郵件方式送給客戶。本案原告 *Danske Dagblades Forening* (DDF) 則是丹麥新聞出版商協會，其主要業務是襄助會員處理著作權相關爭議。2005 年，DDF 發現 *Infopaq* 在未經授權的情況下掃描報紙，並進一步為商業性使用，因此向丹麥法院提起訴訟。

*Infopaq* 的資訊處理模式可分為五個階段，並涉及數次重製行為。而有爭議的重製行為分別是將掃描的文檔轉成 TIFF 格式，以及把 TIFF 格式轉成文字檔。而其法律爭議主要在於 *Infopaq* 在找到關鍵字後，將關鍵字及其前後五個字標註並擷取出來的行為，是否構成資訊社會指令第 2 條所稱之重製行為？其次，*Infopaq* 的資料處理程序是否符合資訊社會指令第 5 條第 1 項的重製豁免事由？

歐盟法院指出，根據資訊社對指令前言第 9 至 11 點，其制定的目標在於提供高標準的保護，尤其應讓作者對於他人利用其著作行為獲得足夠的回饋，這些行為當然也包含重製著作。另外，在前言第 21 點也提到對於重製概念，應採取寬廣的解釋，這點在指令第 2 條重製權規定中明文要求會員國應提供權利人授權或禁止「直接或間接、暫時或永久、以任何手段、任何方法、全部或部分」之複製的專屬權利<sup>40</sup>，即可得知。

而就本案而言，法院認為，新聞報紙之文章當然滿足「作者自身之智力創造」的著作權原創性標準，且屬於受資訊社會指令保護

---

39 Case C-5/08, *Infopaq International A/S v. Danske Dagblades Forening*, 2009; Case C-302/10, *Infopaq International A/S v. Danske Dagblades Forening*, 2012.

40 Article 2 Reproduction right: “Member States shall provide for the exclusive right to authorise or prohibit direct or indirect, temporary or permanent reproduction by any means and in any form, in whole or in part:...”

的文學著作，因此該節錄出來的十一個字若能符合這個標準，也應受資訊社會指令保護，至於是否已符合此標準，則應交由各國法院自行判斷。

歐盟法院指出，由於 Infopaq 資料處理程序可能對著作進行複數摘錄之重製（for the reproduction multiple extracts），也因為進行數次摘錄的累積效果，也較易反映出原著作的原創性，故其構成重製行為的可能性會提高。

在第一次判決中，法院指出欲符合資訊社會指令第 5（1）條的暫時性重製而享有重製權侵害例外，須符合以下五個條件：（1）該行為屬暫時性；（2）該行為係暫時的或附帶的（transient or incidental）之行為；（3）為某種技術不可分割的一部分；（4）唯一目的是做為傳輸的中介者（intermediary），或者為了合法使用著作物或鄰接權客體；（5）該行為並無獨立的經濟意義（independent economic significance）<sup>41</sup>。法院特別強調，由於第 5（1）條屬於例外，故適用上應從嚴解釋，且解讀結果亦應符合法律安定性。

針對 Infopaq 之主張，也就是該公司在完成程序後會刪除電子處理資料，故該程序僅具有暫時性重製性質之主張，法院卻認為，在法律安定性之考量下，刪除程序不能仰賴人為之任意介入（discretionary human intervention），且 Infopaq 無法保證這些處理程序中所用到的資訊都會被刪除。因此法院認為，本案中 Infopaq 以 TIFF 格式與文字檔格式所產生之檔案，皆不符合暫時性重製的要求，除非該刪除程序係由電腦自動為之。

不過在第二次判決時，歐盟法院又轉而認為社會資訊指令中並

---

<sup>41</sup> Article 5 Exceptions and limitations: “1. Temporary acts of reproduction referred to in Article 2, which are transient or incidental [and] an integral and essential part of a technological process and whose sole purpose is to enable: (a) a transmission in a network between third parties by an intermediary, or (b) a lawful use of a work or other subject-matter to be made, and which have no independent economic significance, shall be exempted from the reproduction right provided for in Article 2.”

未規定在科技程序中不得包含人為的介入，因此即便 Infopaq 在完成摘要的過程中需要透過人工方式將報章資料掃描、轉檔，但並不影響是否成立暫時性重製的判斷。此外，第二次判決也對成立暫時性重製的其他要件做更詳細的解釋。例如對於 Infopaq 的重製行為是否具有獨立的經濟意義之問題，歐盟法院首先強調，資訊社會指令允許暫時性重製的目的、乃在於讓使用者得以接觸（access）受保護的著作，因為這些受保護的著作具有經濟價值，而接觸、使用這些著作也同樣具有經濟上的重要性（access to them and their use necessarily has economic significance）。

例如在指令前言第 33 點所提到的暫時性重製，包含瀏覽（browsing）、儲存與快速存取（caching），都是為了促進對原著作的利用或是使利用更有效率（facilitating the use of a work or making the use more efficiency），故可藉由暫時性重製增加原著作的利益或降低使用的成本。

不過法院認為，這些暫時性重製行為本身不能具有獨立的經濟意義，而增加效率也不能被視為獨立的經濟意義，因為這仍是在合法使用受保護著作下的行為。如果為暫時性重製的行為本身可獲取其他的經濟利益，則該暫時性重製行為便具有獨立的經濟意義；又如果該暫時性重製行為將導致重製物改變，也會被認定具有獨立的經濟利益，因為該重製已產生不同的客體。

## （二）智慧財產權執行指令

在歐盟智慧財產權執行指令<sup>42</sup>出現之前，雖然各國對於執行智財案件設有相關規定，但各會員國間的規定仍有很大的落差，例如證據保全的暫時性措施、損害賠償的計算方式、禁制令等。而這些差異也成為歐盟共同市場運行的障礙，除了妨礙對智財權的保護，

---

42 Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights.



亦損害市場主體從事商業活動的信心。為改善此等問題，歐盟於 2004 年通過智慧財產權執行指令，針對智慧財產權之一般性義務、證據取得、資訊獲得權和暫時性及預防性措施加以明確規定<sup>43</sup>。

就一般性義務（指令第 3 條、第 4 條、第 5 條）之規定而言，會員國應提供必要的措施、程序和救濟，以確保指令所提及的智慧財產權得有效實施。這些措施、程序和救濟應當公平、衡平（*fair and equitable*）；不可過於複雜或導致執行成本過高，亦不應包含不合理的時效限制或無理由的遲延（*unwarranted delays*）。

而在證據取得（指令第 6 條、第 7 條）方面，若訴訟當事人一方提供合理證據證明具有實質意義的特定證據在對造手中，司法機關可令對造提供該證據，惟需考量對秘密資訊之保護。另外針對商業性規模（*commercial scale*）的侵權活動，會員國司法機關得依權利人請求，要求被告提供銀行、財務和商業性往來文件。

此外，指令第 7 條亦就保全證據的方法加以規範。即便在訴訟程序開始前，若權利人以合理證據表明其智慧財產被侵害或即將受侵害，司法機關可依權利人要求，採取迅速而有效的暫時性措施（*provisional measures*），必要時還可以一造辯論（*without the other party having been heard*）方式採行暫時性措施，但應立即通知（*notice*）對造，對造則有提出異議（*review*）的權利，申請人也應提供必要的保證金或與擔保，以確保被告受到損害時可以獲得補償。

如果申請人在合理期間內正式起訴，會員國司法機關可以應對對造之請求，取消或終止相關暫時性措施。該合理期間為何則授權各會員國決定，但以不超過 20 個工作天或 31 個日曆日為限。在資訊獲得權（第 8 條）方面，會員國的司法機關亦可應權利人的合理請求，命侵權人或其他人揭露侵權物品或服務的來源與銷售管道<sup>44</sup>。

43 但須注意智慧財產權執行指令不包含對刑事措施的規定。

44 這裡所指的其他人包括以商業性規模擁有侵權物品的人、以商業性規模使用或提供侵權服務的人、涉及生產、製造和銷售侵權物品或服務者。此外，應提供之資訊包含侵權產品生產、製造者、銷售者、提供者的姓名和地址，侵權產品

而在暫時性措施與預防措施（provisional and precautionary measures，指令第 9 條）方面，會員國的司法機關可以應權利人的請求，下令扣押或轉移涉嫌侵權的物品，以防止其進入商業流通管道（entry into or movement within the channels of commerce）。在商業性大規模侵權時，權利人若證明將遭受不可回復之損害，會員國的司法機關亦可採取預防性措施，扣押侵權人的動產和不動產，包括凍結銀行帳戶和其他財產。至於案件審理後的救濟措施（第 10 條至第 14 條），則包含改善性措施（corrective measures）、命令停止侵權、支付損害賠償額與法律費用。

### （三）電子商務指令

配合網路科技的迅速發展，歐盟各國早就意識到電子商務交易興起的趨勢，為使整個歐盟市場得透過電子商務成為一個實質的單一市場，勢必需要打破各國不同的規範法制，因而在 2000 年時歐盟就通過電子商務指令（2000/31/EC）<sup>45</sup>，其規範重點包括社會資訊服務（Information Society Service），以及資訊服務業者的設立與管理、線上契約、中介機構的責任與商業通訊，範圍非常廣泛。

其中，網路服務提供者（ISP, Internet Service Provider）的責任是數位化時代下的重要議題，考慮到控管每個終端使用者行為之困難，故歐盟在制度上乃轉而要求中介機構（即 ISP 業者）負起一定的監控責任；不過，這項責任並非毫無限制，以免造成業者經營上的風險或降低提供服務的意願。為此，電子商務指令於第 12 至 15 條舉出三種網路服務提供者的責任豁免類型，分別是單純連線（mere conduit）、快速存取（cache）與資訊儲存（hosting）。惟需特別注意的是，豁免僅限於散布其他利用人的內容，若是散布服務提

---

或服務的持有人，包括批發商和零售商的姓名和地址，以及有關侵權產品的數量、價格等資訊。

<sup>45</sup> Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market.

供者自己提供的內容，則應依照各會員國相關的法規處理。

電子商務指令第 15 (1) 條亦規定，會員國對於符合前述三種豁免型態的服務提供者，不得課予監控其所傳輸或儲存資料的義務，亦不得就尋找不法活動徵兆 (indicating) 之事實或狀況對業者課以一般性義務 (general obligation)。第 15 (2) 條更規定，各會員國可以針對當使用者可能進行的不法活動 (alleged illegal activities) 或傳輸的不法資訊，要求服務提供者立即 (promptly) 通知主管機關；或者在主管機關的要求下，提供與服務提供者簽約的使用者身分資訊。

## 參、歐盟法院有關 ISP 與網路侵權案例之研究

雖然歐盟透過諸多與著作權有關的特殊目的與整合型指令完成歐盟著作權體系之建構，但於實際運用時，仍不免會因相關指令規範之歧異或矛盾，而發生適用上的疑義。但是透過歐盟法院 (ECJ) 之努力，不但適時的補充了歐盟指令的不足，更使相關指令的適用更為明確，特別是在權利耗盡原則、散布權與網路服務提供者 (ISP) 之義務等問題，就是例證。

### 一、歐盟法院有關權利耗盡原則與散布權適用之案例

權利耗盡原則是智慧財產權的基本原則之一，該原則不但有效避免著作權人無限擴張其控制權的負面影響，也成為智慧財產權平衡公私益的重要工具。惟權利耗盡原則是否應屬強制規定，權利人可否以契約方式規避權利耗盡原則，此等規避之契約約定是否有效？均成為重要的爭議問題。而此等問題在軟體與數位內容領域尤其明顯。這是因為權利人往往主張自己是以「授權」(license) 方式，而非以「販賣」(sale) 方式利用該著作，以藉此架空權利耗盡原則的規範。而此問題也在歐盟法院審以 *UsedSoft* 一案中充分的凸

顯出來。

(一) *UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp.*<sup>46</sup> 案

本案被告甲骨文公司推出一套名為「資訊銀行 (databank)」的電腦軟體<sup>47</sup>，客戶可直接透過網路甲骨文的官方網站下載該軟體。甲骨文則透過授權契約允許客戶將透過網路下載之軟體可永久地儲存在伺服器，並准許一定數量的使用者得使用該軟體；此外，客戶亦可透過與甲骨文所簽訂的維修合約 (maintenance agreement)，到甲骨文的官方網站下載軟體的更新版本 (update) 與除錯軟體 (patch)。

惟本案所涉及的團體授權合約，甲骨文卻是要求以 25 份軟體授權為一授權單位，但本案訴外人僅欲取得 27 份授權，故其被迫向甲骨文取得兩單位的授權。對於其多餘之 23 份授權軟體，則透過本案原告 UsedSoft 公司所提供軟體授權交易平台<sup>48</sup>進行拍賣<sup>49</sup>。

甲骨文認為 UsedSoft 販售二手軟體的行為侵害其著作權，乃

---

46 Case C-128/11, *UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp.*, 2012. 該案相關新聞資料，請參見 Court of Justice of European Union, An author of software cannot oppose the resale of his 'used' licences allowing the use of his programs downloaded from the internet, CVRIA (July 3, 2012), <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-07/cp120094en.pdf> (last visited Dec. 15, 2013); Jennifer Baker, *EU Court Rules Resale of Software Licenses Is Legal Even Online*, COMPUTERWORLD (July 3, 2012, 11:40 AM), [http://www.computerworld.com/s/article/9228762/EU\\_court\\_rules\\_resale\\_of\\_used\\_software\\_licenses\\_is\\_legal\\_even\\_online](http://www.computerworld.com/s/article/9228762/EU_court_rules_resale_of_used_software_licenses_is_legal_even_online) (last visited Dec. 15, 2013).

47 該軟體 (被稱為 "client-server-software") 85% 的銷售都是由網路下載構成，甲骨文亦提供實體的 CD-ROM 及 DVD 版本。

48 在 UsedSoft 平台上銷售的軟體須配合公證制度 (Notarial Testimonial)，以證明交易客體來源合法，亦即賣家需提供公證證書 (notary certificate) 主張自己合法取得該軟體授權後方可上架，並且承諾將完全移除所擁有的軟體複本；惟此種作法並無法讓購買者得知這套軟體的來源、授權條件等。UsedSoft 的競爭者 Disclis 便指責 UsedSoft 的公證制度可被用來隱匿其將全新但較廉價的「教育版」軟體以價格較高的「普通版」形式出售的伎倆。請參見 Disclis 官方網站 <http://www.discount-licensing.com/> (最後瀏覽日期：2013 年 1 月 19 日)。

49 Usedsoft 在 2005 年推出 "Oracle Special Offer"，販售使用過的甲骨文軟體授權，其中包含本案系爭之未使用的軟體授權 (亦即團體授權中未被使用的部分)。

向德國法院提起侵權訴訟。德國聯邦地方法院認為，甲骨文在將授權軟體提供給客戶時，已經透過契約明確約定該軟體的使用權「不可轉讓」<sup>50</sup>，因而判決 UsedSoft 販售二手甲骨文軟體的行為違反授權契約，侵害歐盟電腦軟體指令第 4 (1) (a) 條的規定。

本案的主要爭點在於甲骨文的客戶得否主張指令第 4 (2) 條的權利耗盡原則<sup>51</sup>作為抗辯，這是因為若甲骨文將軟體授權給客戶時權利便已耗盡，自然無法限制客戶後續的轉售行為。因此由權利人許可而由客戶從網路下載之電腦軟體是否可以有電腦軟體指令第 4 (2) 條的權利耗盡原則之適用即成為各方關切的重點。

甲骨文主張，該公司允許客戶下載軟體的行為並非銷售，因為客戶必須與甲骨文簽署授權契約，才能取得一項沒有時間限制、且不可移轉的非專屬授權。甲骨文認為，不論是從網站下載軟體，或是後續取得使用授權，皆與所有權移轉無關，亦均不屬於「銷售」行為，自無權利耗盡原則應否適用的問題。

而在審理此案時，歐盟法院對甲骨文將「允許客戶自網站下載軟體」與「授權客戶使用軟體」拆成兩個不同的行為並不認同。該院指出，「軟體下載」與「取得授權」應視為不可分割的一個行為 (indivisible whole)，因為只是單純的下載軟體，卻不讓客戶使用該軟體並無討論的意義。事實上，甲骨文之所以讓客戶下載軟體就是讓客戶得以使用該軟體，也因此而獲得授予客戶使用的對價，這種情況與交付客戶含有電腦軟體的實體媒介物（如 CD-ROM 或 DVD）並無區別<sup>52</sup>。也因此法院認為，本案中甲骨文讓客戶從網路

---

50 甲骨文的軟體授權契約明文約定如下：“With the payment for services you receive, exclusively for your internal business purposes, for an unlimited period a non-exclusive non-transferable user right free of charge for everything that Oracle develops and makes available to you on the basis of this agreement.”

51 Article 4 Restricted Acts: “2. 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.”

52 UsedSoft 法院認為，權利人主張該實體媒介物中包含使用軟體的授權同意，也

下載軟體、並向其取得授權的行為，已構成電腦軟體指令第 4 (2) 條的銷售行為，即有權利耗盡原則的適用。

如同歐盟法院佐審官 (Advocate General) 在意見書所言，對於電腦軟體指令第 4 (2) 條「銷售」行為必須採取廣義解釋，只要具有對價給付、授予他方不具時間限制的電腦軟體使用授權，即應視為銷售行為；即便權利人在契約中以「授權 (license)」取代「銷售 (sale)」，但法院仍認為其無法規避權利耗盡原則的適用<sup>53</sup>。

對於甲骨文主張，電腦軟體指令第 4 (2) 條關於權利耗盡原則僅適用於有體物，因此本案讓客戶自行從網站下載軟體的方式並無權利耗盡原則適用的問題，歐盟法院並不接受這項主張。法院指出，電腦軟體指令並未將有體物與無體物加以區別，且電腦軟體指令第 1 (2) 條也指明，「本指令適用於以任何形式呈現的電腦軟體」，因此無論該電腦軟體的複製物是以有體物或無體物方式呈現，都應涵蓋在該指令的適用範圍內。

甲骨文另外主張，依據其與訴外人客戶所簽訂的維護契約，已排除電腦軟體指令第 4 (2) 條權利耗盡原則的適用。甲骨文認為，最先購買的電腦軟體與之後所轉讓的電腦軟體可能有所不同<sup>54</sup>；而甲骨文的授權與針對該軟體的維護契約是以包裹式 (accompanied) 方式提供與客戶。因此若轉讓前後使用兩套不同的軟體，則前手的維護契約效力將無從延伸至後手的軟體 (因維護契約僅是針對前手取得的特定軟體所提供)<sup>55</sup>。

---

是一樣的情形，因為兩者必須被視為一個不可分割的整體。

<sup>53</sup> *Id.*

<sup>54</sup> 其原文為：“[T]he maintenance agreement concluded by the first acquirer prevents in any event the exhaustion of the right provided for in Article 4(2) of Directive 2009/24, since the copy of the computer program which the first acquirer may transfer to a second acquirer no longer corresponds to the copy he downloaded but to a new copy of the program.” 也就是甲骨文主張，該電腦軟體可能係由後手自行從甲骨文網站下載之另一個軟體重製物。

<sup>55</sup> 其原文為：“According to the order for reference, the used licences offered by UsedSoft are ‘current’, in that the sale of the copy of the program by Oracle to its

不過歐盟法院仍不接受此種主張。歐盟法院強調，根據電腦軟體指令判斷權利耗盡與否，僅需考量著作物是否在權利人同意下銷售予他人，至於其他服務契約（如本案之維護契約）並不影響對銷售行為的判斷。也就是說，即便是透過維護契約更新原先購買的軟體，權利耗盡的效力仍能延伸至更新的部分。

值得注意的，就是德國法院向歐盟法院提出的另一個問題在於，在何種情況下取得二手授權的買家（例如利用 UsedSoft 平台向轉售買家所取得的甲骨文授權）可因為電腦軟體指令第 4（2）條權利耗盡規定，而得主張自己乃是該指令第 5（1）條的「合法取得者（lawful acquirer）」？

根據指令第 5（1）條，軟體的合法取得者為使用該軟體，在契約未明確約定下，可為達成契約目的而可不經權利人同意，對合法取得的軟體進行重製或改作的行為，包含除錯<sup>56</sup>。根據前面之討論，既然甲骨文對電腦軟體的權利已因為銷售給最先買受之客戶而耗盡，因此只要原客戶在轉售軟體時將原下載的軟體移除（unusable），甲骨文即無權再禁止客戶為轉售行為<sup>57</sup>。

對此問題，甲骨文主張其難以知悉原客戶是否在轉售後確實將原軟體移除，但即便甲骨文是以 CD-ROM 或 DVD 的方式販售電腦軟體，仍然存在貨物一旦出售便難以追蹤控管的問題<sup>58</sup>。雖然如此，歐盟法院仍認為能主張電腦軟體指令第 4（2）條權利耗盡的二手買家，亦屬該指令第 5（1）條的合法取得者，因此，這些二

---

customer was accompanied by the conclusion of a maintenance agreement for that copy.”

56 Article 5 Exception to the Restricted Acts: “1. In the absence of specific contractual provisions, the acts referred to in points (a) and (b) of Article 4(1) shall not require authorisation by the rightholder where they are necessary for the use of the computer program by the lawful acquirer in accordance with its intended purpose, including for error correction.”

57 蓋若未刪除原軟體則有侵害同指令第 4（1）（a）條的疑慮。

58 但為了解決這個問題，各國法律，包括歐盟指令，均允許權利人以科技保護措施保護自己的著作物。

手買家亦有權從甲骨文的網站下載除錯與更新軟體。

不過，值得注意的，就是本案判決結果也並非對 UsedSoft 皆有利。例如歐盟法院認為若係取得團體授權（例如本案以一個契約取得複數軟體授權）為之，則不能將該團體授權拆開轉售。例如本案訴外人取得 50 個授權，就不能僅將自己不用的 23 份授權轉讓予他人，如欲轉讓必須將所有已取得的授權（軟體）移除，才能在不侵權的情況下將授權轉讓給後手。

由於這種將團體授權中未使用的授權轉售乃是 UsedSoft 平台上主要標的<sup>59</sup>，故本判決仍對 UsedSoft 的實際運作造成一定的影響，也使得 UsedSoft 無法有效繼續其商業模式<sup>60</sup>。

### (二) *Peek & Cloppenburg KG v. Cassina SpA*<sup>61</sup> 案

本案原告 Cassina 為傢具製造商，其向設計師 Carles-Edourd Jeannret 取得製造並販賣其所設計之部分產品的權利。Peek & Cloppenburg 則為德國服裝公司，其在店內休息區與展示櫥窗內放置了未取得 Cassina 授權之義大利公司所販售之仿冒桌椅。Cassina 認為 Peek & Cloppenburg 之行為構成侵權，乃向德國法蘭克福地方法院提起訴訟，要求 Peek & Cloppenburg 停止侵權行為、提供 Cassina 關於仿冒者之資料，並支付損害賠償。

本案的主要爭點，在於此種情形是否仍能構成資訊社會指令第

---

59 在相關報導中，甲骨文的律師認為販賣未使用的團體授權是 UsedSoft 經營模式的基礎：“The court has forbidden the splitting of licences, but UsedSoft’s whole business model is based on that. We will demand that the BGH upholds this principle.” Jakob Jung, *Oracle: The battle against reselling software licences is not over*, ZDNET (July 11, 2012, 11:51 AM), <http://www.zdnet.com/oracle-the-battle-against-reselling-software-licences-is-not-over-7000000702/>.

60 一般公司取得團體授權軟體後不會立即將該軟體安裝於公司每一台需要電腦中，往往要花上數個月才會完成所有軟體安裝程序，因此一定會許多授權未被使用；而 UsedSoft 的商業模式便在於提供一個交易這些“shelfware”的平台。請參見 Larry Walsh, *EU Court Clears Way for Used Software Sales*, CHANNELNOMICS (July 16, 2012), <http://channelnomics.com/2012/07/16/eu-court-clears-software-sales/>.

61 Case C-456/06, *Peek & Cloppenburg KG v. Cassina SpA*, 2008.



4 (1) 條的「向公眾散布」(distribution to the public) 行為？以及「將受著作權保護客體向公眾展示」，是否適用資訊社會指令中第 4 (1) 條<sup>62</sup>？

根據歐盟法院之見解，雖然資訊社會指令並未明確的闡述「對公眾散布」的意涵，但在 WCT 和 WPPT 卻有明確的規定，再加上資訊社會指令前言第 15 點已清楚表示，該指令乃欲更明確地調和國際法的效果，因此歐盟法院指出，依照案例法，法院須採取與國際法解釋一致的方向來處理此問題。

歐盟法院指出，根據 WCT 第 6 條第 1 項，「文學及藝術著作之作者所能享有的專屬散布權係指透過買賣或『所有權移轉』；WPPT 第 8 條和第 12 條對表演人和視聽物製作人享有的散布權，亦皆有相同的規範，可知國際條約將「散布」的概念與「所有權移轉」連結，故資訊社會指令第 4 條第 1 款的規定亦應採相同解釋。

歐盟法院還認為，若適用權利耗盡的規定亦會得到相同結論。這是因為在 WCT 第 6 條有關權利耗盡的規定，亦以「所有權的移轉」為耗盡的前提；而資訊社會指令第 4 條第 2 項亦規定，「在歐盟境內的第一次買賣或針對該客體（著作原件或重製件）的其他所有權移轉」會構成權利耗盡。因此歐盟法院認為，散布行為的成立以所有權移轉為前提，本案 Peek & Cloppenburg 在櫥窗與休息室放置之侵權桌椅之行為，由於均不涉及所有權之移轉，故並不構成對散布權的侵害。

---

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

### (三) *Titus Alexander Jochen Donner*<sup>63</sup> 案

義大利公司 *Dimentione* 利用報紙、郵遞廣告與德語網站針對德國消費者販賣仿冒傢具。雖然這些傢具在義大利無法受到保護，但是卻在德國受到著作權保護。在實際運作上，於德國客戶訂貨後，*Dimentione* 則委由 *Donner* 經營的 *Inspem* 貨運公司將貨物運交給在德國的買受人。

依照德國著作權法第 17 條，「散布」分為兩種類型：一是移轉貨物所有權（transfer of the ownership of the good sold），二是出賣人移轉處分權給買受人（transfer of the power of disposal from the vendor to the purchaser）。惟本案所有權移轉發生在義大利，但標的處分權的移轉卻發生在德國，因此，慕尼黑第二地方法院認為 *Donner* 與 *Inspem* 構成侵害散布權的幫助。*Donner* 則主張資訊社會指令第 4（1）條「向公眾散布」僅要求「商品所有權的移轉」，至於對商品處分權的移轉則非所問。由於本案的散布行為發生在義大利，既然系爭傢具商品在義大利不受到著作權保護，*Donner* 與 *Inspem* 自無由成立幫助或教唆侵權。

對於此項爭議，歐盟法院首先指出，資訊社會指令對「散布」概念的認定應與 WCT 第 6（1）條一致，該院在前述 *Peek & Cloppenburg* 案已有闡述，而「對公眾散布」的觀念也不該有例外，亦應與 WCT 第 6（1）條相同。其次，法院指出資訊社會指令中的「散布」，不能僅依散布行為發生地的法律加以適用，因為「對公眾散布」乃係由一連串動態行為組成，即「契約簽訂、履約至交付貨物」的過程，因此，指令第 4（1）條對公眾散布也可能發生在數個會員國境內。

也因此，歐盟法院認為判斷是否構成「對公眾散布」，應依個案判斷下列兩個問題：（1）賣方是否針對（target）特定會員國市

---

<sup>63</sup> Case C-5/11, Criminal proceedings against Titus Alexander Jochen Donner, 2012.

場為「對公眾散布」的行為？以及（2）賣方是否已意識到第三人的行為？

本案中 *Dimentione* 經營德語網站，其廣告內容顯示其與 *Inspem* 合作，提供送貨至德國的服務，此等事實足以證明其等針對德國消費者散布侵害著作權商品的意圖，構成侵害公眾散布權。據上所述，歐盟法院認為若賣家（或委由第三人）針對特定市場從事廣告宣傳，或提供特定市場運送或付費機制服務，使特定市場的消費大眾能從境外取得受著作權保護的非法重製物，則不論對特定市場所在的會員國，或運送發生地的會員國，皆構成資訊社會指令第 4（1）條的「對公眾散布」。

## 二、網路服務業者在歐盟指令下的義務

在歐盟著作權指令規範架構下，由於各指令規定有別，再加上網路發展迅速，不但對網路服務提供者（ISP）產生挑戰，也進一步放大了相關指令間規範歧異的問題。不過歐盟法院適時的判決，則提供了解決此等爭議的管道，也避免了指令規範歧異所導致之適用問題。

### （一）*Scarlet Extended SA v. SABAM*<sup>64</sup> 案

在該案中，比利時音樂著作權人團體 *SABAM* 指控網路服務業者 *Scarlet Extend* 的用戶利用其平台與服務分享非法之侵權檔案。被告 *Scarlet Extend* 則主張其僅提供網路連線服務，至於非法之下載和檔案分享行為皆非其所為。*SABAM* 乃於 2004 年向布魯塞爾法院起訴，主張未經授權的檔案分享行為已侵害 *SABAM* 會員的著作權，並主張 *Scarlet Extend* 有管理其用戶行為的義務，要求法院命令 *Scarlet Extend* 加裝過濾軟體以監控諸如 P2P 軟體之利用，以

---

64 Case C-70/10, *Scarlet Extended SA v. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, 2011.

防止侵權發生。

面對 SABAM 的請求，比利時法院請專家評估由網路業者加裝過濾軟體的成本與可行性，並獲得「不排除有可能」的結論。因此比利時法院乃在 2007 年判決被告應加裝過濾軟體，並終止對侵權用戶的連線服務。對此判決結果，Scarlet Extend 認為加裝過濾軟體在技術上不可行，況且 P2P 軟體不斷推陳出新，ISP 根本不可能監控其用戶所有的檔案分享行為，因此法院核發禁制令實質上無法達成其目的。此外，Scarlet Extend 還指出，加裝過濾軟體監控使用者之使用情形，已違反電子商務指令的規定，因為此措施形同課予 ISP 業者一般監控義務（general obligation）；而且要求業者提供使用者 IP 位置也違反歐盟個資與祕密通訊保護指令，因此向歐盟法院提起上訴。

對於本案的爭議，歐盟法院認為資訊社會指令第 8（3）條和智財執行指令的第 11 條，固然均提到智慧財產權人有權對侵權行為的中介機構請求禁制令以防止損害的發生與擴大，但在電子資訊指令前言第 16 點與智財執行指令第 2（3）（a）條中，均要求指令的規定不可影響電子商務指令適用。因此歐盟法院認為，既然在電子商務指令第 15（1）條中，已禁止各國對 ISP 業者課以對利用其平台傳輸資料的一般監控義務，自不得要求其加裝過濾軟體以預防侵權行為之發生。

此外，該判決亦對智財執行指令第 3 條加以討論。根據該條規定，執行手段須合理且符合比例原則（fair and proportionate）、不得造成過度的成本負擔（excessively costly）。法院認為，本案中 SABAM 所要求的過濾機制不但適用上沒有時間限制，所有未來可能發生的行為都將造成 ISP 業者的負擔，若採用此種機制，顯然將對業者造成嚴重的成本壓力；再加上在利用過濾軟體監控利用其平台所傳輸的資訊時，將不可避免得知使用者的身份，故此種機制也限制了 ISP 使用者（即終端用戶）的基本權。

最後，法院還認為，加裝過濾軟體將可能侵害資訊自由，因欲

達到封鎖違法資訊傳輸的行為，必然需先蒐集分析所有資訊，但此時即便是合法的傳輸也不可避免的被納入系統監控，此種情形顯然並不合理。因此歐盟法院駁回 SABAM 對 Scarlet Extend 課以加裝過濾軟體禁制令的請求。

### (二) *SABAM v. Netlog NV*.<sup>65</sup> 案

與前述的 *Scarlet Extended SA v. SABAM* 案相似，原告 SABAM 主張被告 Netlog 線上社群平台應對其平台使用者之侵權行為（分享盜版檔案）負責。Netlog 所提供的服務是讓註冊用戶取得一個名為“profile”的個人空間，用戶可在這個專屬空間建置虛擬的社群並提供他人瀏覽下載其內容。SABAM 發現該社群用戶常將受保護著作上網供公眾利用，因此 SABAM 於 2009 年向布魯塞爾法院起訴，要求法院核發禁制令，命 Netlog 停止對侵權用戶繼續提供服務以阻止侵權。

Netlog 則認為，此項要求已構成電子商務指令第 15 條所禁止的「一般性義務」，並且在辨認哪些使用者為違法侵權用戶時，形同讓 Netlog 採用預防性的過濾資訊措施，在過濾的程序中亦將違反歐盟對個人資料及秘密通訊保護的規定。

在本案中，歐盟法院首先指出，SABAM 的要求形同要求 Netlog 對平台上的資訊採取預防性的過濾機制，此等機制應具有下列五個特點：（1）針對使用者儲存於伺服器上的資訊；（2）對所有用戶無差別適用；（3）是一種預防性措施（preventive measure）；（4）業者自行負擔所有成本（exclusively at its expense）；（5）適用上無時間限制。

法院認為，Netlog 無疑屬於電子商務指令第 14 條的儲存服務提供者，且根據前述的 *Scarlet Extend* 案，對儲存服務提供者<sup>66</sup>課予

---

<sup>65</sup> Case C360/10, *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) v. Netlog NV*, 2012.

<sup>66</sup> *Scarlet Extend* 案針對 ISP 業者提出解釋，而本案的儲存服務提供者亦屬於 ISP

事前監督的預防機制不但違反電子商務指令第 15 (1) 條「不得課予一般性監控義務」，也違反智財執行指令第 3 條對防止侵權手段須為公平且符合比例原則、且不得對服務提供者造成過重成本負擔的規定。從而，歐洲法院再次肯定根據電子商務指令 (2000/31/EC)、資訊社會指令 (2001/29/EC)、智財執行指令 (2004/48/EC) 和其他對基本權的保護，各會員國不得要求網路儲存服務提供者加裝事前過濾機制。

(三) *Bonnier Audio AB v. Perfect Communication Sweden AB*<sup>67</sup> 案

原告 Bonnier Audio AB、Earbooks AB 等瑞典出版商擁有 27 件有聲書的重製、出版和對公眾散布權。原告主張網路平台 ePhone 的使用者透過 FTP 方式分享檔案，侵害該 27 件著作的著作權，因此向丹麥 Solan 地方法院請求命 ePhone 揭露使用特定 IP 位置的用戶姓名與相關資訊。ePhone 則認為原告的請求違反歐盟電子通訊資訊保存指令<sup>68</sup>的規定。

一審時地方法院判決原告勝訴，但二審斯德哥爾摩上訴法院認為電子通訊資訊保存指令雖未禁止各會員國制定在民事程序中，要求一方當事人向國家機關以外之人揭露用戶資訊的法律，但該院認為原告並未提供足夠的證據，證明有侵害智慧財產權事實的存在，從而撤銷一審法院的判決。瑞典最高法院則認為，儘管有相關判決，但歐盟法是否禁止會員國制定如瑞典著作權法第 53 條 (C)<sup>69</sup>

---

業者之一。

67 Case C-461/10, *Bonnier Audio AB, Earbooks AB, Norstedts Förlagsgrupp AB, Piratförlaget AB, Storyside AB v. Perfect Communication Sweden AB*, 2012.

68 Directive 2006/24/EC of the European Parliament and of the Council of 15 March 2006 on the retention of data generated or processed in connection with the provision of publicly available electronic communications services or of public communications networks and amending Directive 2002/58/EC.

69 其原文為：“If the applicant shows clear evidence that someone has committed an infringement referred to in Paragraph 53, the court may order one or more of the

的規定仍有疑問，因此乃將全案請求歐盟法院加以審理。

歐盟法院認為，在特定情況下電子資訊保存指令可以排除隱私與電子通訊指令第 15（1）條<sup>70</sup>的適用，並再次引用過去判例強調，從智財執行指令第 8（3）條與隱私與電子通訊指令第 15（1）條看來，歐盟並不禁止會員國在與著作權侵權相關的民事程序中，制定要求當事人揭露個人資料的規定；但歐盟亦未課予會員國制定此種規定的義務。但法院也指出，當會員國將隱私與電子通訊指令和智財執行指令內國法化時，則必須確認其採用的規定已在不同的

---

persons referred to in the second paragraph below, on penalty of a fine, to provide the applicant with information on the origin and distribution network of the goods or services affected by the infringement (order for disclosure of information). Such an order may be made at the request of an author or a successor in title of an author or a person who, on the basis of a licence, is entitled to exploit the work. It may be made only if the information can be regarded as facilitating the investigation into an infringement concerning the goods or services.”

70 各會員國可透過立法限制本指令第 5 條、第 6 條、第 8（1）（2）（3）（4）條和第 9 條，關於課予服務提供者義務的適用，只要這些限制在會員國社會中對於保護國家安全、防衛、公共安全、對刑事案件的防止、偵查與起訴、或者在歐盟個資保護指令（Directive 95/46/EC）第 13（1）條提及的情況下，屬於必要、合適且合於比例原則的方式下，會員國即可以在符合該條規定的基礎上，立法對資料保存的期間設下限制。惟所有採用的方法都必須符合歐盟法的基本原則，包含歐盟條約第 6（1）（2）條提及的原則。其原文如下：“Member States may adopt legislative measures to restrict the scope of the rights and obligations provided for in Article 5, Article 6, Article 8(1), (2), (3) and (4), and Article 9 of this Directive when such restriction constitutes a necessary, appropriate and proportionate measure within a democratic society to safeguard national security (i.e. State security), defence, public security, and the prevention, investigation, detection and prosecution of criminal offences or of unauthorised use of the electronic communication system, as referred to in Article 13(1) of Directive 95/46/EC. To this end, Member States may, inter alia, adopt legislative measures providing for the retention of data for a limited period justified on the grounds laid down in this paragraph. All the measures referred to in this paragraph shall be in accordance with the general principles of Community law, including those referred to in Article 6(1) and (2) of the Treaty on European Union.”

至於隱私與電子通訊指令的制定目的，則是在於保護使用人在電子通訊程序中的資訊不被他人獲知，因此指令內容多在禁止不當獲取使用人的資訊，所以第 15 條第 1 項所謂限制其他條文適用，就代表在這些情況下維護通訊資料的機密性可被犧牲。

基本權間取得衡平，並且在實際適用該法規時，除依內國法做出一致的解釋適用外，還需確定未違反歐盟法提出的各項基本原則，例如比例原則。

#### (四) *L'Oréal SA v. eBay International AG*<sup>71</sup> 案

本案被告 eBay 經營拍賣網站，讓註冊的賣家可在其網路平台販賣各式物品，並藉由商品成交賺取一定比例的佣金；此外，eBay 也藉由幫賣家促銷商品賺取廣告費。為促銷之目的，eBay 也向搜尋引擎購買關鍵字廣告，例如 eBay 購買“L'Oréal”關鍵字，當網路瀏覽者在搜尋引擎上鍵入“L'Oréal”時，頁面右側或上側的「贊助連結」區便會出現 eBay 網站販賣 L'Oréal 產品的頁面。

為避免侵權爭議，eBay 於其使用者條款中明文要求其使用者不得販賣侵權商品，並於平台內安裝過濾機制以偵測賣家是否違反使用者條款；此外，eBay 也推出 VeRO (Verified Rights Owner 驗證權利人) 機制，讓智慧財產權人得透過「通知/取下 (notice and take-down)」方式請求 eBay 取下侵權防冒商品。

本案原告 L'Oréal 在 eBay 網路商城中發現有賣家販賣仿冒品、非賣品 (如商品樣品)、未包裝產品，以及其他應僅於美國市場販賣之產品，L'Oréal 認為此等販賣行為侵害其商標權，主張 eBay 需為利用其平台侵害商標權的行為負責。另外，L'Oréal 還主張 eBay 向搜索引擎購買其商標當關鍵字廣告的行為構成商標的「使用」，因此主張 eBay 侵害 L'Oréal 商標權，並請求法院對 eBay 核發禁制令。

對於 eBay 是否為電子商務指令第 14 條「提供資訊儲存 (hosting) 者」之問題，歐盟法院首先就電子商務指令的適用範圍加以探討。法院認為該指令欲規範的主體範圍包含「可依照個人要求，利用電子設備處理、儲存資訊，且該服務提供者通常也因而獲

---

71 Case C-324/09, *L'Oréal SA v. eBay International AG*, 2011.



益」<sup>72</sup>。eBay 的經營模式，是先將客戶所提供的資訊保存在伺服器，當客戶登入平台時再將這些資訊提供給客戶，待交易完成 eBay 可從中賺取佣金。綜上，法院認為 eBay 的服務模式符合電子商務指令欲規範的行為主體。

但是歐盟法院亦指出，若網路服務提供者不僅是提供中性技術，而是扮演主動的角色（active rule），諸如提供、控制資訊<sup>73</sup>，則該服務提供者便不得主張指令第 14 條的豁免。而本案 eBay 為特定賣家促銷其商品，這種促銷行為已不單純是建立一個讓潛在的買家、賣家溝通的中性平台，而是扮演起主動的角色，故判決在此種情況下。eBay 不可適用電子商務指令第 14 條的豁免。

其次，對於法院是否可以根據智財執行指令第 11 條<sup>74</sup>核准禁制令的問題，eBay 主張僅當該特定侵權行為、且已被清楚認定（specific and clearly identified）時，智財權人方可主張智財執行指令第 11 條。但 L'Oréal 與部分會員國則認為，該條在一定的情況下，應可被用於防範未來的侵權行為。

---

72 其原文為：“[T]hat concept encompasses service provided at a distance by means of electronic equipment for the processing and storage of data, at the individual request of a recipient of service and, normally, for remuneration.”

73 其原文為：“That is not the case where the service provider, instead of confining itself to providing that service neutrally by a merely technical and automatic processing of the data provided by its customers, plays an active role of such a kind as to give it knowledge of, or control over, those data.”

74 其原文為：“Member States shall ensure that, where a judicial decision is taken finding an infringement of an intellectual property right, the judicial authorities may issue against the infringer an injunction aimed at prohibiting the continuation of the infringement. Where provided for by national law, non-compliance with an injunction shall, where appropriate, be subject to a recurring penalty payment, with a view to ensuring compliance. Member States shall also ensure that right holders are in a position to apply for an injunction against intermediaries whose services are used by a third party to infringe an intellectual property right, without prejudice to Article 8(3) of Directive 2001/29/EC.” 在不違反社會資訊指令第 8（3）條規定的情況下，歐盟會員國的司法機關應核發禁制令，以防止第三人繼續侵害智慧財產權；當有第三人利用中介服務提供者從事侵權行為時，歐盟各會員國應保障智慧財產權人向司法機關申請對該中介服務提供者核發禁制令的權利。

對此爭議，歐盟法院指出，智財執行指令的目的，是為了提供智財權人有效的保護手段，因此不能僅停留在「已發生的侵害」，也須具備防止未來侵害發生的功能。且智財執行指令第 2（3）條明確表示，本指令之規定不得影響已存在的電子商務指令。而電子商務指令第 18（1）條則要求各會員國提供智財權利人之防護手段，不僅限於終止侵害行為，也包含防止侵害行為之發生<sup>75</sup>。因此，若將智財執行指令提供給權利人的救濟方式限縮在「終止侵害行為」，等於形同限縮電子商務指令賦予智慧財產權人的權利救濟範圍。此外，ECJ 指出，在智財執行指令前言第 24 點，亦提及關於預防侵害行為發生的意旨<sup>76</sup>。綜上，歐盟法院認為該指令第 11 條禁制令核發的範圍，應不限於對已發生侵害行為的終止，也應擴及對未來侵害行為之預防。

法院還指出，核發禁制令的詳細規定，雖應由各會員國自行訂之，但各會員國之規定仍須符合電子商務指令的要求，例如不得課網路服務提供者一般性監督義務、不得造成合法貿易的障礙<sup>77</sup>。不過，若網路服務提供者拒絕主動將利用其平台進行侵權行為的使用者停權，則各會員國司法機關則可利用禁制令來防止未來特定賣家針對特定類型商品的侵權行為。此外，法院還指出，為了能提供權利人有效的救濟手段，在一定情況下也可要求網路服務提供者採取一定的措施，讓使用該平台的買家、賣家身分更容易被辨識<sup>78</sup>。

---

75 其原文為：“Member States shall ensure that court actions available under national law concerning information society services’ activities allow for the rapid adoption of measures, including interim measures, designed to terminate any alleged infringement and to prevent any further impairment of the interests involved.”

76 其原文為：“Depending on the particular case, and if justified by the circumstances, the measures, procedures and remedies to be provided for should include prohibitory measures aimed at preventing further infringements of intellectual property rights.”

77 例如在本案中不可因該禁制令造成 eBay 全面性、永久性的禁止販賣行為。

78 其原文為：“In that regard, as L’Oréal has rightly submitted in its written observations and as follows from Article 6 of Directive 2000/31, although it is certainly necessary to respect the protection of personal data, the fact remains that

### (五) Google 關鍵字搜尋案<sup>79</sup>

就網路搜尋霸主 Google 而言，其除了提供免費的搜尋引擎之外，也提供付費的「關鍵字廣告」服務，也就是將關鍵字拍賣給出價最高的業者，而在使用者運用該關鍵字進行檢索時，搜尋結果與廣告連結（以贊助連結的姿態出現）將一併提供給使用者<sup>80</sup>，但是這種經營模式也讓 Google 不斷受到侵權的質疑。

就本案而言，一共有三組原告，在 C-236/08 案的原告為路易威登（“LV”）<sup>81</sup>。第二組原告為 Viaticum 與 Luteciel<sup>82</sup>，第三組原告則是 Pierre-Alexis Thonet 先生等人與 CNRRH<sup>83</sup>，由於案件性質相近，因此歐盟法院將這三件案件合併審理。

本案所涉及之問題在於 Google 關鍵字廣告是否符電子商務指

---

when the infringer is operating in the course of trade and not in a private matter, that person must be clearly identifiable.”

79 Google 的關鍵字搜索案件其實包括多件案件，也就是 Cases C-236/08 to C-238/08（2010）。其詳細的案名包括：Case C-236/08, Google France SARL and Google Inc. v. Louis Vuitton Malletier SA, Case C-237/08, Google France SARL v. Viaticum SA and Luteciel SARL, and Case C-238/08, Google France SARL v. Centre national de recherche en relations humaines (CNRRH) SARL and Others.

80 Google 在此經營模式下的獲利來源，係依照網路使用者點擊該連結的次數向購買關鍵字廣告者收費；至於該關鍵字廣告則依照刊登人願意支付的費用高低來決定。

81 LV 於 2003 年發現當消費者運用 Google 搜尋 LV 時，搜尋結果頁面同時呈現 LV 仿冒品的贊助連結，同時 LV 也發現 Google 不但將“LV”作為廣告關鍵字的連結放入贊助連結，其他有提到“LV”時（諸如“LV imitation”），也會出現在“LV”的搜尋結果頁面，因此 LV 乃在法國法院對 Google 提起侵權訴訟，Case C-236/08, Google France SARL and Google Inc. v. Louis Vuitton Malletier SA。

82 Viaticum 擁有數件與旅遊業相關的商標，並由 Luteciel 為其管理。兩家公司發現當網路瀏覽利用 Google 搜尋其商標時，在贊助連結區塊居然顯示著競爭者的網站，從而在法國提起訴訟，Case C-237/08, Google France SARL v. Viaticum SA and Luteciel SARL。

83 Thonet 擁有用於婚姻仲介服務的“Eurochallenges”商標，而 CNRRH 獲得 Thonet 的授權，以該商標經營婚姻介紹所。在 2003 年，Thonet 與 CNRRH 發現利用 Google 的搜尋引擎尋找“Eurochallenges”時，搜尋結果頁面的贊助連結區出現 CNRRH 競爭者的網站，因此 Thonet 與 CNRRH 乃向 Google 提起侵權訴訟，Case C-238/08, Google France SARL v. Centre national de recherche en relations humaines (CNRRH) SARL and Others。

令第 14 條的儲存服務提供者？若為肯定，則在他人利用其平台為侵權行為時，該服務的營利性質是否會使 Google 成為侵權行為的「主動角色」？

歐盟法院認為，Google 所提供的關鍵字廣告服務，是透過軟體處理廣告主所提供資訊，再依照 Google 設定好的條件呈現在搜尋結果頁面中，屬於電子商務指令第 14 條的資訊儲存服務提供者。法院強調這項關鍵字廣告服務即便帶有營利性質，也不影響 Google 主張電子商務指令第 14 條的豁免規定。因為將關鍵字廣告與搜尋引擎所鍵入關鍵字做連結，並不會因此而使得 Google 對侵權行為產生認知或控制性，既然 Google 對利用其平台從事侵權行為一事並未扮演主動角色，自不須為該侵權行為負責。

### 三、小結

從歐盟法院一系列的判決可以得知，歐盟指令並未要求會員國須於民事程序中，訂定命一方當事人（如 ISP 業者）提供用戶個人資料的規定；即便會員國真的制定相關法制，也需在保護個人隱私、ISP 業者經營與保護著作權人三者間取得平衡。因此，要求 ISP 業者對用戶資訊進行「事前的（預防性的）」、「所有用戶一體適用」的監控機制基本上都會被禁止。

不過，在 L'Oréal 案則帶出當 ISP 業者扮演「主動角色」時，法院認為應例外地要求其對利用其平台所為之侵權行為負責。但在 Google 案中，同樣都具營利色彩的促銷與販賣廣告行為，卻有著截然不同的認定結果，到底主動與否的判定關鍵為何？乃成為另一個爭議的焦點。顯然單純以營利與否作為標準是不可行的，因為現代社會活動很難完全擺脫營利意圖，若對 ISP 業者課加嚴苛的監控義務將難以避免會阻礙興新商業模式的發展，反而可能對整體社會福祉產生負面影響。

## 肆、歐盟著作權相關指令值得臺灣參酌之處

由於歐盟著作權相關指令涉及範圍廣泛，且許多內容均值得我國參酌，但是限於篇幅，無法一一臚列說明，以下僅針對散布權與權利耗盡原則、視聽著作之報酬請求權、私人重製補償金等問題加以探討<sup>84</sup>。

### 一、散布權與權利耗盡原則的再思考

我國對散布行為的定義規定在著作權法第 3 條第 1 項第 12 款，即「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。」雖然條文本身並未以「移轉所有權」作為散布權發生之前提，但結合同法第 28 條之 1<sup>85</sup>與 59 條之 1<sup>86</sup>觀之，卻可得出所有權移轉應為散布權發生之必要條件，此點與歐盟法制一致；若不存在所有權移轉<sup>87</sup>，則可能有出租、公開展示等問題。

散布權的權利耗盡一直是平衡公私益的重要工具，亦避免讓著作權人的權利無限擴張，因此權利耗盡原則之規定應為一強制規定，以免權利人得以契約方式規避權利耗盡原則之適用。此問題在軟體與數位內容領域尤其明顯，因為權利人往往主張自己是以「授

---

84 例如歐盟為解決孤兒著作問題而推動「可接觸著作資訊與孤兒著作登記制度」(ARROW)，透過整合歐洲境內不同的權利登記機制，開發出一套適用於全歐洲的權利登記系統，以清楚揭示歐盟境內著作的權利狀態就相當值得我國參酌。不過由於臺灣並無歐盟眾多成員國之問題，且臺灣資訊科技發達，若主管機關有意建置相關資料庫，應無太大之問題，故不在本文探討。

85 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。

86 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。

87 但此處的所有權移轉應不待現實交付行為完成，經智字第 09204611120 號解釋令：「著作權法第三條第一項第十二款、第二十八條之一、第五十九條之一、第六十三條第三項、第八十條之一第二項、第八十七條第二款及第六款、第八十七條之一第一項第三款及第九十一條之一第一、二項規定所稱之『散布』，其程度以達『使公眾可取得』之情況即可，並不以現實交付為必要。」請參見章忠信，新著作權法「散布權」相關規定之檢討，政大智慧財產評論，2 卷 1 期，頁 49-72 (2004 年)。

權」方式，而非以移轉所有權之「販賣」方式授權利用其著作，藉此架空權利耗盡的規範。

對於此基礎性的問題，歐盟的相關指令並無明確的規定，但是歐盟法院在 *UsedSoft* 案<sup>88</sup>的見解，則提供吾人對「銷售」定義的不同思考，特別是法院認為對於電腦程式指令第 4（2）條「銷售」行為必須採取廣義解釋，只要具有對價給付、授予他方不具時間限制的電腦軟體使用授權，就視為銷售行為；即便權利人在契約中以「授權（license）」取代「銷售（sale）」仍無法規避權利耗盡的適用。也就是說，應以具有對價、且讓契約當事人獲得不具時間限制的使用權就屬銷售，至於契約文字是「授權（license）」或「銷售（sale）」則非所問，以避免權利人利用授權契約迴避權利耗盡原則之適用。

此外，歐盟法強調電腦程式指令中，判斷權利耗盡與否僅須考量著作物是否在權利人同意下銷售與他人，至於其他服務契約（如維修契約）則不影響對銷售行為的判斷。也就是說，即便是透過維護契約更新原先購買的軟體，權利耗盡的效力仍能延伸至這些更新的部分。歐盟法院還認為能主張電腦程式指令第 4（2）條權利耗盡的第三人買家，亦屬於同指令第 5（1）條的合法取得者，因此，這些第三人買家亦有權從甲骨文的網站下載除錯與更新軟體。

就實務而言，針對數位內容，權利人常以科技保護措施與權利管理資訊的方式達到對著作物重製、轉售、改作等的限制，藉此規避權利耗盡的適用。誠然，數位內容面臨易被重製與散布的問題，造成即便明知違法事實存在也防不勝防的窘境，但與其就此以科技

---

88 Case C-128/11, *UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp.*, Case 2012. 該案相關新聞資料，請參見 Court of Justice of European Union, *supra* note 46; Jennifer Baker, *EU Court Rules Resale of Software Licenses Is Legal Even Online*, COMPUTERWORLD (July 3, 2012, 11:40 AM), [http://www.computerworld.com/s/article/9228762/EU\\_court\\_rules\\_resale\\_of\\_used\\_software\\_licenses\\_is\\_legal\\_even\\_online](http://www.computerworld.com/s/article/9228762/EU_court_rules_resale_of_used_software_licenses_is_legal_even_online).

該案的主要爭點在於究竟經由權利人許可而由網路下載電腦軟體是否引發歐盟電腦程式指令第 4（2）條的權利耗盡原則之適用？

保護措施全面防堵所有對著作利用的可能性，筆者認為，或以私人重製補償金制度彌補權利人更為妥當，惟不論是私人重製補償金或報酬請求權制度的建立，都須有健全的著作權集體管理團體與協商機制支持，而成功的集體管理組織更應具有一站式（one-stop）、有足夠代表性與數量的會員等特質方足以成就其目的。

## 二、視聽著作的報酬請求權

由於創作視聽著作常需仰賴各種著作（如音樂、其他視聽著作、表演人表演著作）方能完成，其中所涉及的權利關係更是錯綜複雜，使得權利歸屬問題成為困擾各方的議題<sup>89</sup>。

例如歐盟指令採取的模式，乃是不讓單一貢獻者取得整個視聽著作的著作權，而是分別將不同種類的權利授予不同的貢獻者，但允許貢獻者間以契約方式移轉或授權予其中一方，以達到降低交易成本，且更有效率運用之目的。相反的，中國大陸在 2012 年 7 月公布的著作權第三次修法草案，則選擇將視聽著作的著作權歸屬於製片人，同時規定原著作作者、編劇、導演、以及詞曲作者等五類作者對視聽著作後續利用行為享有「二次獲酬權」<sup>90</sup>。

臺灣現行著作權法針對視聽著作的權利人並無特別的認定標準<sup>91</sup>，著作權法僅於第 26 條第 3 項規定「錄音著作經公開演出者，著作人得請求公開演出之人支付使用報酬」，乃是我國著作權法少

89 詳細討論請參考張懿云，視聽著作在國際著作權法上之保護，2007 新世紀 WTO 論壇（上），新世紀智庫論壇，41 期，頁 78-95（2008），<http://www.taiwanncf.org.tw/tforum/41/41-15.pdf>（最後瀏覽日：2012 年 12 月 14 日）。

90 中華人民共和國著作權修法草案第 17 條：「I 製片者使用劇本、音樂等著作攝製視聽著作，應當取得著作權人的許可，並支付報酬。II 視聽著作的著作權由製片者享有，但原作作者、編劇、導演、攝影、作詞、作曲等作者享有署名權。III 原作作者、編劇、導演、作詞、作曲作者有權就他人使用視聽著作獲得合理報酬。IV 視聽著作中可以單獨使用的劇本、音樂等著作，作者可以單獨行使著作權，但不得妨礙視聽著作的正常使用。」

91 著作權法僅規定表演人就其重製於錄音著作之表演取得公開演出權，並得以錄音、錄影等方式享有重製權，對於演出亦享有公開傳輸權。

數與報酬請求權相關的法規，惟其適用範圍相當狹隘。

實務上視聽著作的權利歸屬多依照著作權法第 11 條、第 12 條，以契約方式決定該著作之利用人，例如智著字第 09900052860 號函釋即謂：「電視節目於創作過程中拍攝之工作帶、樣帶，從拍攝到剪輯完成是整體地被當成一個視聽著作，未經剪輯、後製之拍攝母帶並未產生獨立的著作權，故拍攝電視節目之著作權歸屬應依合約及著作權法第 12 條規定認定。」又在經濟部智慧財產局 97 年 12 月 11 日電子郵件字第 971211b 號提到：「藝人在 MV 中歌唱或跳舞，如對既有音樂或舞蹈著作加以詮釋，即屬著作權法上之『表演』，享有著作權，又『配音』應屬視聽著作內容一部分，不能獨立主張享有著作權。」

從主管機關的上述見解可以發現，實際參與視聽著作創作者未必能成為該視聽著作的權利人，而放任市場運作的結果往往是具有經濟實力的製作人（片商、發行人）取得最終著作完整的利用權。因此筆者認為不論是採取中國大陸法「先讓製片商擁有著作權，搭配利益相關者的二次報酬請求權」，或者歐盟法「允許以契約轉讓、授權甚至法律擬制授權給特定人，搭配不可放棄的報酬請求權」，都較能合理地將利用視聽著作所獲得之利益分配給對該著作創造有貢獻之人。

### 三、私人重製補償金（private copying levy）與權利的例外與限制

歐盟資訊社會指令第 5（2）（b）條就私人重製行為設有權利限制之例外規定，但會員國採取這項例外規定時，需同時提供權利人獲得公平補償金的配套措施。此項規範雖然立意良善，但補償金的支付義務人、補償金的計算標準等則引起爭論，也因此引發歐盟法院出現一系列判決以處理此等問題。



例如歐盟法院在 *Padawan* 案<sup>92</sup>指出，雖然應繳交補償金的義務人應是最終使用人，但考量逐一認定「私人重製者」的難度與高成本，各會員國可決定轉向擁有數位重製設備、媒體收取補償金的制度；且因重製設備的廠商有能力將費用再轉嫁給最終消費者，因此實際繳納補償金的仍是支付義務人，與制度精神並無違背。

至於何時才能收取補償金呢？歐盟法院在 *Padawan* 案則以推定方式認為，自然人將受惠於該設備之供應，即私人使用者可充分利用該設備，就成為收取補償金之對象。換言之，只要該設備係提供給私人使用，在該設備能夠產生重製物的情況下，權利人便有向該自然人收取重製補償金的正當性。這是因為在資訊社會指令前言第 35 點中明確表示，無論是實際的損害或可能的損害，都應作為決定合理補償金補償程度的標準，而造成著作人損害的可能性乃係因重製設備而生，從而無須待事實上重製物的產生，便可主張收取補償金。

歐盟法院隨後在 *Stichting de ThuisKopie v. Opus Supplies Deutschland GmbH* 案<sup>93</sup>對補償金的支付義務人有更深一層的探討。*Opus* 是一家專門透過網路販賣空白錄音載體的德國公司，其營運重心與客戶皆在荷蘭，而其作業流程係當客戶在荷蘭下單後，由 *Opus* 處理訂單並委由運送人將商品送至荷蘭。*Opus* 主張真正進口貨物的是在荷蘭下訂單的客戶，而非 *Opus*，因此拒絕向荷蘭的著作權集體管理團體（*Stichting de ThuisKopie*）支付私人重製補償金<sup>94</sup>。相反地，荷蘭著作權集管團體則認為 *Opus* 符合荷蘭著作權上的商品進口者，自有支付補償金之義務。

---

92 Case C-467/08, *Padawan SL v. Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE)*, 2010. 有關該案之討論，請參見 Enrico Bonadio & Carlo Maria Cantore, *The ECJ Rules on Private Copying Levy: Padawan SL v. Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) (C-467/08)*, 33 EUROPEAN INTELL. PROP. REV. 260, 263 (2011), available at: <http://ssrn.com/abstract=1802627> (last visited Dec. 25, 2013).

93 Case C-467/08, *Stichting de ThuisKopie v. Opus Supplies Deutschland GmbH*, 2011.

94 但實際上 *Opus* 亦未向德國的集管團體付補償金。

歐盟法院於本案中首先闡明，實施私人重製行為的最終消費者才是補償金的支付義務人，接著又認為購買者既然位於荷蘭境內，則著作權利人之損害應發生於荷蘭境內，從而荷蘭集管團體的確有收取補償金的權利。但是，向在荷蘭的最終使用者逐一收取權利金現實上難以達成，為確保國家採用私人重製例外時必須同時落實重製補償金制度（即讓權利人獲得公平的補償），因此歐盟法院認為要求為此銷售商業行為的 Opus 支付補償金是合理的。

關於私人重製補償金之議題，臺灣過去修法時亦曾被提出討論，當時有立委提案讓經營網路音樂交換服務平台業者，於對音樂或錄音著作的著作財產權人支付補償金後，就視為已經取得授權。惟本項提案在 2004 年著作權修法時並未通過。究竟私人重製補償金的本質為何？有論者認為，「補償金」接近於「使用報酬 (royalty)」，但前者在於「補償」著作權人因利用人合理使用行為對其所造成之損失，後者則是一般狀態下（即非合理使用），使用該著作所必須支付的「全額報酬」<sup>95</sup>；亦有論者認為著作權補償金制度乃是一種為因應科技產品應用於私人重製行為時，因應私人重製之行為難以禁絕，且著作權人無法確實探知私人重製之利用狀況，再加以部分資訊散布具有公益目的的情況下，所產生的一種折衷式的特別補償制度。

惟依學者見解，私人重製的例外應限縮在合理使用的範圍之內，但既然符合合理使用標準，使用人是否還需向權利人支付補償金？由於在數位時代下的私人重製行為對著作權利人的威脅擴大<sup>96</sup>，因此，藉由私人重製補償金制度以確保著作權人能在他人利用其著作時能獲得合理報酬，也不失為一種可行之解決方式。

從歐盟經驗看來，完善的補償金制度引進，需以健全的著作權集體管理團體與著作權利人協商合理的補償金為前提，進而才會涉

---

95 章忠信，著作權補償金制度之初探，著作權筆記，<http://www.copyrightnote.org/paper/pa0037.doc>（最後瀏覽日：2013 年 12 月 13 日）。

96 一般數位著作的複製幾乎零成本，且資訊的流通速度極快，若將私人交友圈內的資訊流通皆視為私人非營利使用，可能將影響著作權人獲取合理收益。

及該藉由何種方式收取補償金<sup>97</sup>。但也應考量如何在收取補償金時就確定最終使用人將從事私人重製行為？收得的補償金應如何分配？推動補償金制度是否將造成消費者在已繳費的心態下濫用私人重製權？筆者認為臺灣目前的著作權集體管理團體職權分散，短期內推動補償金制度難度極高，若有心引進此制度，勢必需從集管團體組織的改革做起，否則驟然引進仍將無法解決臺灣目前之問題。

## 伍、結論

隨著網路與無線通訊的快速發展，數位化浪潮已經排山倒海的席捲而來，不但對傳統的著作造成重大的挑戰，更凸顯著作權法若不能順勢修正，將無法面對數位化技術挑戰。

其實國際間對於此等變革，早在 1996 年就已經開始。在 WIPO 的主導下，通過了 WCT 與 WPPT 這兩個與數位著作權有關的國際公約，也開啟了國際間著作權法制變革的第一槍。在此之後，美國的 DMCA，歐盟的資訊社會指令，以及各國之著作權法變革，也如火如荼的進行，臺灣自然也不例外。

但是就臺灣目前的著作權法內容觀察，雖然已經有相當的進步，但是仍有許多內容有進一步的改善空間。而臺灣著作權法制若要進一步的強化，除了觀察美國法的動向之外，其實歐盟著作權相關指令以及歐洲法院的相關判決，均是一個值得參酌的比較法規範。特別是在有關散布權與權利耗盡、ISP 的責任、甚至視聽著作的報酬請求權、私人重製補償金等制度，都是未來可以供臺灣未來著作權立法參酌之處。而歐盟與歐盟法院不採美國立場，著重自主判斷的立場，更是值得臺灣學習。

---

<sup>97</sup> 例如針對空白媒介物？還是重製設備製造商或是終端消費者？此點上應考量政策的執行可行性與是否真能將成本轉嫁到應負補償金支付義務者。

## 參考文獻

### 1. 中文部分

李明德、閻文軍、黃暉、邵中林（2010），*歐盟知識產權法*，北京：法律出版社。

張懿云（2008），視聽著作在國際著作權法上之保護，2007新世紀 WTO 論壇（上），新世紀智庫論壇，41期，頁78-95，<http://www.taiwanncf.org.tw/tforum/41/41-15.pdf>。

章忠信（2004），新著作權法「散布權」相關規定之檢討，*政大智慧財產評論*，2卷1期，頁49-72。

——（2004），著作權補償金制度之初探，*著作權筆記*，<http://www.copyrightnote.org/paper/pa0037.doc>。

蹇瑞卿、于佳亮、馬炳和（2011），探尋孤兒著作版權問題的解決之道——歐洲 ARROW 項目的實踐與啟示，*圖書館建設*，10期，頁37-40。

### 2. 外文部分

Bonadio, Enrico, and Carlo Maria Cantore. 2001. The ECJ Rules on Private Copying Levy: *Padawan SL v. Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) (C-467/08)*, *European Intellectual Property Review*. 33:260-263. Available at <http://ssrn.com/abstract=1802627>.

Court of Justice of European Union. 2013. An author of software cannot oppose the resale of his 'used' licences allowing the use of his programs downloaded from the internet, July 3, 2012, <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-07/cp120094en.pdf>.

IFRRO. 2011. Rightholders' Organisations and Libraries sign groundbreaking MoU on Out of Commerce Works (Sep. 20, 2011, 1:34 PM), <http://www.ifrro.org/content/rightholders%E2%80%99-organisations-and-libraries-sign-groundbreaking-mou-out-commerce-works>.