

行政院經濟部智慧財產局

95 年度

「美國著作權法相關法案
最新立法趨勢之研究」

**Research on Recent Development
in U.S. Copyright Law**

期 末 報 告

計畫主持人：林發立
財團法人萬國法律基金會

中華民國 96 年 2 月

計畫參與人

主持人

林發立 萬國法律事務所科技法律部合夥律師

副研究員

陳人傑 世新大學法律學系兼任講師

助理研究員

汪家倩 萬國法律事務所科技法律部律師

陳龍昇 萬國法律事務所科技法律部律師

林翰緯 萬國法律事務所科技法律部律師

王莉維 萬國法律事務所科技法律部律師

謝祥揚 萬國法律事務所科技法律部律師

王琍瑩 萬國法律事務所科技法律部律師

研究助理

葉家宇 國立台灣大學法律學研究所碩士班經濟法組

賴韻羽 國立台灣大學法律學研究所碩士班民商法組

摘 要

美國近年來為加強國、內外數位環境之著作權保護，積極推動相關著作權保護新法案，自其 1998 年訂定「數位千禧年著作權法」以來，美國著作權法制已歷經多次修正，其中不乏影響甚劇之變革，實有預先瞭解之必要。

為此，本研究計畫之內容包括：1. 美國 DMCA 通過後，其著作權法新增法案及內容，包含各法案之立法背景、規範內容及實施現況；2. 分析美國新增著作權法案之最新立法趨勢及內容，其中將以美國第 108 屆(2003-2004)及 109 屆(2005-2006)國會所通過之法案中與著作權法有關者，為研究標的；3. 分析美國自 DMCA 以來，針對網路侵權問題所提出及新增之規範，及其未來發展之趨勢。

本計畫擬分為自「回顧」與「展望」兩部分。「回顧」者，將綜覽自 1998 年 DMCA 以降至今美國著作權法之各項變革，闡述各新增法案之立法背景、目的、規範內容及實施現況，並勾勒出美國著作權法制之規範架構。「展望」者，則將以美國現行法制各界之評論為基礎，並調查目前美國各界對著作權法是否另有修正提案或遊說團體提出之改制方案，同時評估其正式立法之可能性，以供判斷美國著作權法制未來可能發展之趨勢。

本計畫期末報告共分六章。第一章「序論」將說明本研究之「問題意識」、「研究目的」、「研究方法」及「研究架構」。第二章以下開始分別詳細闡述 DMCA 通過後各個著作權法律(案)的立法背景、法律內容以及法律(案)制訂之影響。第二章為「著作權權利人權利保護之提升」，旨在介紹幾個促進著作權權利人權利保護的法律(案)。第三章為「促進著作之利用」，說明促進著作利用的相關法律(案)，包括孤兒著作的法律(案)以及權利金相關的法律(案)。第四章「與公共利益之調和」，則主要探討著重於公共利益維護的相關著作權法律(案)。第五章「網路著作權侵權責任發展趨勢」，另探討美國著作權法制關於網路侵權責任之規範，並以 ISP 業者責任及 P2P 侵權責任為主題。第六章「美國著作權法的回顧與展望：代結論」，總結以上研究成果，歸納美國著作權法制的立法趨勢，並對我國若欲參考美國法制修訂著作權法，可能面對的問題加以提醒。

關 鍵 字

數位千禧年著作權法、預先註冊、反剽竊、孤兒著作、勤勉搜尋、權利金法官、消費者權益保護、身心障礙、間接侵權責任、輔助侵權責任、點對點傳輸、網際網路服務提供者、安全港條款、通知暨取下程序。

ABSTRACT

The United States Congress has been progressively passing legislation in order to strengthen copyright protection in connection with both national and international digital environments. The Copyright Act of the United States has been revised several times since the passage of the Digital Millennium Copyright Act (DMCA) in 1998, and some of the revisions have had a great impact. Given the high-intensity economic transactions that take place between Taiwan and the United States, it is necessary for us to understand the legal system of the United.

This project encompasses the following areas of research: 1. the introduction of the revised Copyright Act and its contents after the passage of the DMCA; 2. the analysis of the most recent legislative trends and contents of the revised Copyright Act, especially those passed by 108th and 109th Congress that are related to copyright and which are the subject of the research; 3. an analysis of the proposed and amended regulations regarding Internet tort law and the future developing trends of this area since the passage of the DMCA.

This project is divided into two parts. The first part is a review and the second part is a prediction. In the review, we will observe all of the revisions to the United States Copyright Act since the passage of the DMCA, and explain the legislative background, purpose, content, and practice of every revised Act in order to sketch the framework of legal institution of copyright protection in the United States. In the prediction, based on criticism of the Copyright Acts, we will examine whether there are any proposed bills or revisions being raised by lobby groups and at the same time assess the likelihood of these bills being passed, so that we can identify the trend of copyright protection in the United States.

KEY WORDS

Digital Millennium Copyright Act (DMCA), Preregistration, Anti-counterfeiting, Orphan Works, Diligent Search, Copyright Royalty Judge (CRJ), Secondary Liability, Contributory Infringement, Peer to Peer (P2P), Internet Service Provider (ISP), Safe Harbor, Notice & Take.

簡 目

計畫參與人	i
摘要	ii
ABSTRACT	iii
簡目	iv
詳目	v
附件：法案索引	iii
第一章 序論	1
第二章 著作權權利人權利保護之提升	15
第三章 促進著作利用	55
第四章 與公共利益之調和	139
第五章 著作權網路侵權責任發展趨勢	185
第六章 美國著作權法的回顧與展望：代結論	239
附件：各法（草）案內容彙編（光碟）	

詳 目

計畫參與人.....	i
摘要、關鍵字.....	ii
ABSTRACT & KEY WORDS.....	iii
簡目.....	iv
詳目.....	v
附件：法案索引.....	v
第一章 序論.....	1
I.1 研究動機.....	1
I.2 計畫背景：DMCA 之制訂及回顧.....	2
I.2.1 DMCA 的規範內容及其影響.....	2
I.2.2 DMCA 之後美國著作權法的發展.....	7
I.3 實施策略及方法.....	12
I.4 計畫架構及範圍.....	13
第二章 著作權權利人權利保護之提升.....	15
II.1 概說.....	15
II.2 藝術家權利暨剽竊防制法.....	17
II.2.1 立法背景.....	17
II.2.2 法律內容.....	18
II.2.3 各界反應.....	24
II.3 2004 年智慧財產權保護及法院修正法.....	28
II.3.1 2004 年反剽竊修正法.....	28
II.3.2 線上身份詐欺制裁法.....	37
II.4. 2004 年保護智慧財產權及反剽竊草案.....	40
II.5 「遏阻仿冒及教育草案」.....	44
II.5.1 概說.....	44
II.5.2 草案內容.....	45
II.5.3 各界反應.....	51
II.5.4 小結.....	52
第三章 促進著作利用.....	55
III.1 前言.....	55
III.2 孤兒著作 (orphan works).....	55
III.2.1 2005 孤兒著作保存法(Preservation of Orphan Works Act of 2005).....	56
III.2.2 美國著作權局孤兒著作研究報告(US Copyrights Office' s	

Reports on Orphan Works).....	60
III.2.3 2006 年孤兒著作草案 (Orphan Works Act of 2006).....	73
III.2.4 各界評論.....	78
III.3 授權暨權利金議題.....	83
III.3.1 著作權權利金法官 (Copyright Royalty Judge, CRJ).....	83
III.3.2 網路及音樂產業之授權暨權利金.....	109
III.4 衛星業者議題.....	134
III.4.1 2004 年衛星家庭收視拓展與再授權法(Satellite Home Viewer Extension and Reauthorization Act of 2004).....	134
III.4.2 1999 年衛星著作權、競爭及消費者保護草案.....	137
第四章 與公共利益之調和.....	139
IV.1 前言.....	139
IV.2 國家電影保存及家庭電影.....	139
IV.2.1 國家電影保存法 (National Film Preservation Act of 2005).....	140
IV.2.2 國家電影保存基金會再授權法.....	142
IV.2.3 家庭電影法.....	143
IV.3 身心障礙人士教育問題.....	148
IV.3.1 2004 年身心障礙人士教育促進法 (Individuals with Disabilities Education Improvement Act of 2004).....	148
IV.3.2 2003 年無障礙教學資源利用草案 (Instructional Materials Accessibility Act of 2003).....	151
IV.4 消費者數位權益保護.....	153
IV.4.1 概說.....	153
IV.4.2 2005 年促進、維護消費者期待與作者權益(均衡)草案.....	154
IV.4.3 2005 年數位視聽消費者權利草案.....	172
IV.4.4 2003 年消費者、學校及圖書館數位權利管理認知草案.....	176
第五章 著作權網路侵權責任發展趨勢.....	185
V.1 著作權網路侵權責任.....	185
V.1.1 直接侵害責任.....	186
V.1.2 間接侵害責任.....	187
V.2 美國 P2P 相關案例.....	189
V.2.1 Napster 案.....	189
V.2.2 Grokster 案.....	197
V.3 網際網路服務提供者.....	203
V.3.1 網際網路服務提供者安全港條款規定近期實務見解分析.....	203
V.4 美國相關法案.....	231

V.4.1 2004 年誘使侵害著作權草案.....	232
V.4.2 「為保護著作權權利人在 peer-to-peer 網路上之著作，限制其所負 責任之修正草案」.....	234
第六章 美國著作權法的回顧與展望：代結論.....	239
附件：各法（草）案內容彙編（光碟）	

法 案 索 引

1. 2005 年家庭娛樂暨著作權法(Family Entertainment and Copyright Act of 2005)
2. 2004 年智慧財產權保護與法院修正法(Intellectual Property Protection and Courts Amendments Act of 2004)
3. 遏阻仿冒及教育草案(Piracy Deterrence and Education Act)
4. 2006 年孤兒著作草案(Orphan Works Act of 2006)
5. 2006 年著作權現代化草案(Copyright Modernization Act of 2006)
6. 2004 年著作權權利金分配改革法(Copyright Royalty and Distribution Reform Act of 2004)
7. 2006 年音樂授權改革草案(Section 115 Reform Act of 2006)
8. 2006 年平台平等與音樂權利人補償草案(Platform Equality and remedies for Rights Holders in Music Act of 2006)
9. 2002 年網路廣播公平法案(Internet Radio Fairness Act)
10. 2002 年小型廣播和解法(Small Webcaster Settlement Act of 2002)
11. 2004 年衛星家庭收視拓展與再授權法(Satellite Home Viewer Extension and Reauthorization Act of 2004)
12. 2004 年身心障礙人士教育促進法(Individuals with Disabilities Education Improvement Act of 2004)
13. 2003 年無障礙教學資源利用草案(Instructional Materials Accessibility Act of 2003)
14. 2005 年促進、維護消費者期待與作者權益草案(Benefit Authors without Limiting Advancement or Net Consumer Expectations (BALANCE) Act of 2005)

15. 2005 年數位視聽消費者權利草案(Digital Media Consumers' Rights Act of 2005)

16. 2003 年消費者、學校及圖書館數位權利管理認知草案(Consumers, Schools, and Libraries Digital Rights Management Awareness Act of 2003)

17. 美國著作權法第 512 條(17. U.S.C. 512)

18. 2004 年誘使侵害著作權草案(Inducing Infringement of Copyright Act of 2004)

19. 為保護著作權人在 Peer-to-peer 網路上之著作，限制其所負責任之修正草案 (Amendment to Limit the Liability of Copyright Owners for Protecting Their Works on Peer-to-peer Networks)

20. 2004 年保護智慧財產權暨反剽竊草案 Protecting Intellectual Property Rights Against Theft and Expropriation Act of 2004

第一章 序論

I.1 研究動機

美國近年來為加強國、內外數位環境之著作權保護，積極推動相關之著作權保護新法案，而美國與我國有密切之經貿交流活動，於雙方經貿交流時，常以調和雙方著作權法之發展或相關規定為目標，以致兩國著作權法制往往相互影響。

就美國與我國著作權法之變遷觀之，美國 1998 年千禧著作權法案(DMCA)通過後，我國著作權法曾經歷數次修正，惟並未完全參考並擷取美國 DMCA 之法制，例如當時著作權法第 87 條之 2 之免責條款，在考量當時背景及環境下即予以擱置而未納入修法內容。時至今日，DMCA 經常成為美國諸多案例中當事人雙方攻防焦點，無論學者專家、利害相關團體及人士，多有進一步檢討 DMCA 相關法制之議，近來有不少相關子法在美國通過或等待通過，就是明例。DMCA 通過後在美國引起之討論或重要實務案例，也程度不一地反映在美國著作權法後續之修法行動中。

依我國長期與美國貿易交流之經驗，我國與美方進行貿易談判時，美國常以其法制為由，要求我國著作權法修法方向盡可能與其方向一致。然兩者國情未盡相同，法制互殊，我國現行著作權法與 DMCA 已未必相互調和，遑論美國於 DMCA 後所通過之子法或待通過之著作權相關草案，驟然全盤抄襲美國法制而不問其緣由及成效，不如先就美國該等法律詳加研究了解，以預為日後著作權法修正方向之基石。為加強對美國 DMCA 及相關法制、子法之瞭解，實有加以研究之必要，我國著作權主管機關並可以此為基礎，作為我國日後與美方談判之準備。

另一方面，我國已加入 WTO，與美國同為國際社會之一份子，做為世界公民之一員，面對各國對著作權保護之差異，特別是擁有強大經貿實力，往往對他國立法產生重大影響之美國，本有了解之必要，以保障我國之權益。因此，對美國著作權法相關法案最新立法趨勢加以了解，實為我國現階段亟待完成之工作之一。

I.2 計畫背景：DMCA 之制訂及回顧

I.2.1 DMCA 的規範內容及其影響

「著作」乃係著作人以精神勞動所獲得之成果，為思想、智能及感情之產物，對促進文化及科學之發展，甚有貢獻。為鼓勵著作人發揮其創造力，應給予著作人就其著作所享有之人格利益及經濟利益適當之保障，此為著作權法主要立法目的之一。然而，除保障、獎勵著作人外，著作權法亦有促進知識流通與文化傳承等公益目的，是以各國之著作權法制就著作人之權利多有適當之限制，以求著作人個人私益及社會公益間之衡平。以美國法為例，其聯邦憲法第 1 條第 8 項第 8 款規定：「為促進科學及實用藝術之發展，應於特定時間內保障著作人就其著作物之專屬權利」¹，成為該國著作權保護之憲法上基礎，而另一方面，美國 1976 年著作權法則將由其法院判例法所創之「合理使用」(fair use)原則明文化²，成為該國著作權法制成文法之規範。

¹ See U.S. Constitution Article 1, Sec 8, Cl. 8 (“To promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries;”).

² 美國著作權法第 107 條規定，合理使用著作物將不構成對著作權之侵害。See 17 U.S.C. 107.

近年來科技發展日新月異，人類社會於進入「資訊時代」(information age)後，隨著網際網路及數位設備之蓬勃發展，「數位化」(digitalization)之趨勢已難以抵擋，「著作」之形式亦隨之改變，除傳統著作之型態外，更有「數位著作」(digital works)之產生。此一變革所帶來之影響、衝擊，可謂近代著作權法最屬重要之議題。

為因應時代及環境之快速變遷與數位化之趨勢，各國對著作權之保護及限制、著作權法之規定亦須與時俱進，方符合現實需求。以美國為例，1998年訂定之「數位千禧年著作權法」(Digital Millennium Copyright Act of 1998, DMCA)³，論者多謂此為近年來美國著作權法之變革中，影響最為深遠者。

美國 DMCA 之立法背景與緣由，可推及 1993 年 2 月，當時為因應數位化趨勢，美國總統柯林頓指示設立「資訊基礎建設特別小組」(Information Infrastructure Task Force)，用以整合聯邦行政體系對於國家資訊基礎建設(National Information Infrastructure)的觀點，並提出執行方案⁴。其中，「智慧財產權工作小組」(Working Group on Intellectual Property Rights)於 1995 年 9 月提出「智慧財產權與國家資訊基礎建設」(Intellectual Property and National Information Infrastructure)報告，當時即倡議應即針對數位化時代著作權法所面臨之問題有所回應⁵。後於 1996 年 12 月 20 日，美國正式簽署「世界智慧財產權組織著作權條約」(WIPO Copyright Treaty, WCT)及「世界智慧財產權組織表演與錄音物條約」(WIPO Performances and Phonograms Treaty,

³ DMCA 全文，參見<http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c105:H.R.2281.ENR>: (last visited Apr. 9, 2006)。

⁴ See *The Information Infrastructure Task Force*, available at <http://www.ibiblio.org/nii/NII-Task-Force.html> (last visited Apr. 9, 2006).

⁵ See Bruce A. Lehman, *Intellectual Property and National Information Infrastructure*, the Report of the Working Group Intellectual Property Rights, 1994.9, available at <http://www.uspto.gov/web/offices/com/doc/ipnii/> (last visited Apr. 9, 2006).

WPPT)⁶，其後 1998 年 DMCA 的制訂即考量了此二條約之內容，將之融入美國著作權法的規範中。

DMCA 主要規範內容計有五項：1. 世界智慧財產權組織條約之施行；2. 網際網路侵害著作權責任之範圍；3. 電腦之維護與修理；4. 綜合規定；5. 船舶設計保護。其中較受重視、亦較有爭議者為 DMCA 第 1201 條所規定之「反規避著作權保護措施」(Anti-circumvention of Copyright Protection Systems)。該法第 1201 條 a 款規定：「任何人不得規避用於控制著作物使用之科技保護措施」(“No person shall circumvent a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title.”)⁷，其目的在於防止他人未經著作權人同意，以任何可能之方式規避著作權人就其受保障之著作物所採取之科技保護措施。該法第 1203 條並規定違反前述規定者，應負損害賠償之責，並對再犯者，設有懲罰性損害賠償之規範。同時，該法第 1024 條亦有刑事責任之規定。

前開規定顯然擴大了著作人所獲保障之範圍，使著作權人對其著作物之控制大為擴張，雖該法第 1021 條 c 項規定美國著作權法關於「合理使用」之抗辯，不因 DMCA 之規定而受影響，惟美國實務見解相當程度限縮「合理使用」可適用之範圍，使 DMCA 對美國著作權法帶來之衝擊難以想像。在美國，如此的立法方式引發正反雙方熱烈討論，例如 DMCA 是否過分保障著作權人，而不當限制了一般人民之「合

⁶ WIPO Copyright Treaty, available at http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wct/trtdocs_wo033.html (last visited Apr. 9, 2006); WIPO Performances and Phonograms Treaty, available at <http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wppt/index.html> (last visited Apr. 9, 2006).

又關於與智慧財產權有關之重要國際規範，詳請參閱馮震宇，〈WTO 架構下智慧財產權之發展與變革〉，《月旦法學雜誌》，第 29 期，1997 年 9 月；謝銘洋，〈智慧財產權：第四講 智慧財產權之重要國際規範〉，《月旦法學教室》，第 3 期，2003 年 1 月。See also Elaine B. Gin, *International Copyright Law: Beyond the WIPO & TRIPS Debate*, 86 J. PAT. & TRADEMARK OFF. SOC'Y 763 (2004).

⁷ See 17 U.S.C. §1201 (a) (2001).

理使用權」(fair use rights)，此爭議引發美國各界之論戰，甚至引發 DMCA 是否違憲之爭議。

就美國 DMCA 之規定，法院雖然未宣告 DMCA 違憲⁸，但由於 DMCA 明顯傾向著作人權利之保障，就著作權人私益與公眾利益(public interests)、資訊傳播(information communications)及言論自由(speech freedom)間之權衡，似缺乏全盤性思考；再者，DMCA 在使大眾參與政策及法令形成之過程未臻理想，使 DMCA 施行後，其實定法規範與實際執行面間存有落差。因此，如何在數位化世界中調整著作人、網路服務業者及使用者間利益之衝突，顯已成爲 DMCA 後美國著作權法必須面對之課題。同時，隨著網際網路之快速發展，在網路間所生之著作權爭議亦隨之出現，而且由於網路科技日新月異，新興的著作形式，以及其相應之侵害形式，亦日漸成爲各方關注之焦點。

DMCA 的制訂，某種程度上反映了若干現象：

1. 由於在科技及商業上的重大改變，因此在國際法的層次上，各國著作權保護公約方能針對著作權規範的修改獲得初步共識⁹，美國著作權法爲因應國際規範的變動，也因而著手修改其規範內容，因此 DMCA 的第一個主要部分即是在於「WIPO 組織下的 WCT、WPPT 兩個國際公約的執行」；

⁸ See e.g. *Universal City Studios, Inc. v. Corley*, 273 F.3d 429; *United States v. Elcom Ltd.*, 203 F. Supp 2d 1111 (N.D. Cal. 2002); *Universal City Studios, Inc. v. Reimerdes*, 111 F. Supp. 2d 294 (S.D.N.Y. 2000). 於此三判決中，法院均對 DMCA 之合憲性進行審查，包括是否侵害言論自由、是否過度限制合理使用權等，惟最後法院均未宣告 DMCA 違憲，此亦使 DMCA 之合憲性獲致確認。See Albert Sieber, *The Constitutionality of the DMCA Explored: Universal City Studios, Inc. v. Corley & United States v. Elcom Ltd.*, 18 BERKELEY TECH. L.J. 7. (2003).

⁹ WCT 及 WPPT 的生效，係分別自 2002 年 3 月 6 日及 2002 年 5 月 20 日開始生效。

2. 關於 ISP 責任之規定，DMCA 並未對普通法(common law)中關於「間接責任」(secondary liability)¹⁰之規範進行修正，而是補充其內涵，因此反映了美國立法者的意志：雖立法者無可避免地必須面對日新月異的科技，但並不因此表示現行法律體系中的歸責原理必定有改變的必要。然而，DMCA 關於「科技保護措施」之規定，卻採取與普通法不同的標準。

針對「著作權法是否應針對新興數位科技所造成的衝擊，訂定新的著作權規範？」之議題，美國著名的著作權法學者 Jessica Litman 即指出，雖然多數的企業經營者希望藉由訂定新的著作權規範抑制新科技於著作上的利用，然而過去經驗顯示，此一作法難以有所發揮。若從促進科技發展的角度而言，建立著作權的庇護所(shelter)及豁免規定，是鼓勵新傳播媒介投資與成長的有效方式¹¹。

對於 DMCA 的立法，Litman 教授認為其設計過於偏向著作權人之利益。美國著作權法的立法目的，在於美國憲法所謂的「促進科學及實用藝術的發展」。從過去美國著作權法的發展史觀察，「公眾散布」(public dissemination)在大多數情形下，是著作權保護的重要條件¹²，但反規避條款的制訂則與此相違背。

另外，值得瞭解的是，美國著作權法的立法或修法往往是受到利益團體遊說的結果。依據 Litman 教授的經驗，即便是在國會所舉辦的聽證會(Hearing)，大部分的國會議員（不論是參、眾議員）並未實際與會聽取專家證言，或者所問問題並非自己思考所得，而是由遊說團體所提供¹³。因此，國會通過的法律為產業所「俘虜」，並

¹⁰ 關於「間接責任」之討論，請參考本文 V.1.2 處。

¹¹ See JESSICA LITMAN, DIGITAL COPYRIGHT 171-173.

¹² Litman 教授以 1976 年美國著作權法的修訂為例，該次修法將著作保護範圍及於未發表之著作，但在此之前之法律只保護已發表的著作。

¹³ See JESSICA LITMAN, DIGITAL COPYRIGHT 192-194.

不讓人意外。Litman 最後在其《數位著作權》(Digital Copyright)專書中，認為著作權人與利用人應「坐上談判桌」，協商雙方均可獲得共識的處理方式，倘若著作權人一再持續將其著作權法上的權利擴張，社會大眾仍將持續不遵守無法令其信服的法律，最後終將使該法難以得到落實¹⁴。

另一著名的著作權法學者 David Nimmer 於其文章中指出，DMCA 在立法過程之論辯中，「數位媒體聯盟」(Digital Media Association)的代表即指出，要求硬體及軟體設計者必須對於類比或數位訊號所使用之科技，負有回應之義務，是一不合理、繁重的義務¹⁵。Nimmer 從過去美國著作權法的修法歷史觀察，修法往往不是等既有的科技應用發生問題時，才加以處理，這種先於問題產生的立法模式，通常會使得該法律成爲阻礙應用發展的絆腳石。

I.2.2 DMCA 之後美國著作權法的發展

在 DMCA 之後，美國著作權法之發展，略可歸納如下：¹⁶

1. 與國際接軌，積極參與各項國際著作權保障條約，採取與國際相同、甚至更高的保障標準；
2. 延長著作權保障期間至 70 年¹⁷；

¹⁴ See JESSICA LITMAN, DIGITAL COPYRIGHT 195.

¹⁵ See David Nimmer, *Back from the Future: A Proleptic Review of the Digital Millennium Copyright Act*, 16 BERKELEY TECH. L.J., available at http://btlj.boalt.org/data/articles/16-2_summer-2001_nimmer.pdf (last visited Sep. 25, 2006).

¹⁶ 參見張基銘，〈美國著作權保護制度之研究-- 以網際網路著作權爲中心〉，淡江大學美國研究所碩士論文，頁 114-116，2003 年。

¹⁷ See Sonny Bono Copyright Term Extension Act, S. 505 (1998).

3. 加重著作權侵害之法律責任；
4. 彈性修法，回應網路及數位科技之挑戰；
5. 堅持登記制度。

其中，與本研究密切相關者，即為美國立法部門對數位環境之回應。據觀察，美國立法部門以極為彈性之立法方式，隨時回應數位時代下著作權法之需求，以 2002 年「二十一世紀司法部預算授權法」(The 21st Century Department of Justice Appropriations Authorization Act)¹⁸為例，其中包含「科技、教育與著作權協調法」(The Technology, Education, and Copyright Harmonization Act, TEACH)¹⁹，該法修正美國著作權法第 110 條第 2 項之規定，使經主管機關認可之非營利性教育機構(nonprofit educational institutions)，得透過網路或其他數位科技以遠距教學(distant education)之方式，將受著作權保護之資訊傳遞予其學生，而無須經過著作權人之授權或同意，亦無須給付著作權人權利金²⁰。

又於 2004 年通過之「智慧財產保障及智慧財產法院修正法」(Intellectual Property Protection and Courts Amendments Act of 2004)中之「反仿冒法」(Anti-counterfeiting Amendments Act of 2004)，係為防止受著作權保障之著作物（包含錄音物）遭仿冒而設，其對美國著作權法第 2318 條之規定有所修正：「故意買賣仿冒標籤、非法標

¹⁸ 該法案包括美國國會對美國司法部(Department of Justice)預算之授權，及其他法案。

¹⁹ H.R. 2215 (2002).

²⁰ See generally Distance Education and the TEACH Act, available at <http://www.ala.org/Template.cfm?Section=distanced&Template=/ContentManagement/ContentDisplay.cfm&ContentID=25939#introduction> (last visited Apr. 11, 2006).

籤、仿冒軟體使用說明或包裝者，應依本法處以罰鍰或五年以下有期徒刑。」
（“Whoever knowingly traffics in counterfeit labels, illicit labels, or counterfeit documentation or packaging, shall be fined under this title or imprisoned for not more than 5 years, or both.”）²¹

另 2004 智慧財產保障法(Intellectual Property Protection Act of 2004)中之「合作研究暨技術強化法」(Cooperative Research and Technology Enhancement Act of 2004, CREATE)²²，則對美國智慧財產保護之相關法制有所修正，用以促進大學及公私部門間的合作研究。

其後，於 2005 年，美國國會復通過「家庭娛樂暨著作權法」(Family Entertainment and Copyright Act of 2005, FECA)，該法一方面將在電影院側錄影片之行爲列爲犯罪行爲，以刑罰相繩；另一方面亦將盜版販賣尚未正式發行之著作物(pre-release works)之行爲，施以刑事責任，此二部分對於娛樂產業可謂一項大禮。然而，該法也允許清除影片之聲音或影像內容²³。而該法實際上係由「藝術家權利暨剽竊防制法」(Artists' Rights and Theft Prevention Act of 2005)、「家庭電影法」(Family Movie Act of 2005)、「國家電影保存法」(National Movie Preservation Act of 2005)，及「孤兒著作保存法」(Preservation of Orphan Works Act)等子法構成，主要係爲提供著作物適切之保障而設²⁴：

1. 「藝術家權利暨剽竊防制法」(Artists' Rights and Theft Prevention Act of 2005)：

²¹ H.R. 3632 (2004).

²² H.R.2391 (2004).

²³ See e.g. Family Entertainment and Copyright Act Passes, available at <http://www.eff.org/deeplinks/archives/003515.php> (last visited Apr. 11, 2006).

²⁴ S. 167 (2005).

其禁止未經授權即在電影院內側錄影片內容(unauthorized recording of motion pictures in a motion picture exhibition facility)之行爲，並對該行爲設有刑事處罰規定。

2. 「家庭電影法」(Family Movie Act of 2005)：其例外允許清除影片之聲音或影像內容(skipping audio and video content in motion pictures)之行爲。
3. 「國家電影保存法」(National Film Preservation Act of 2005)及「國家電影保存基金會再授權法」(National Film Preservation Foundation Reauthorization Act of 2005)：使得影音視聽著作得以被電影保存機構，以適當的方式加以保存，並提供學術研究或著作權法所允許之人。
4. 「孤兒著作保存法」(Preservation of Orphan Works Act)：所謂「孤兒著作」(orphan works)係指著作權人已難以尋得或無法得知，然其著作權仍受保障之著作物²⁵。該法使圖書館等機構對於此等著作，於其著作權期間最後二十年內，得爲保存、學術或研究之目的加以重製及散布。

由上可知，美國著作權法近年來之修正，已有不少成果。

除立法部門之成果外，美國司法部門爲解決網路間之著作權爭議，已累積甚多相關判決，其中不乏具有指標性者，例如 *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*²⁶及 *MGM v. Grokster*²⁷等案，即屬「點對點傳輸」(P2P)模式是否構成著作權侵害（尤其

²⁵ See Orphan Works, U.S. Copyright Office, available at <http://www.copyright.gov/orphan/index.html> (last visited Apr. 11, 2006).

²⁶ *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 114 F. Supp. 2d 896 (N.D. Cal. 2000).

²⁷ *MGM v. Grokster*, 380 F. 3d 1154 (9th Cir. 2004); 259 F. Supp. 2d 1029 (CD Cal. 2003).

是否違反 DMCA 之規定)之著名案例。另一方面，*Computer Associates v. Altai*²⁸案則屬電腦軟體著作權侵害之判決，而 *Tasini v. New York Times*²⁹案則屬電子資料庫(database)與網路著作權之判決。

反觀我國，我國之著作權法近來分於 2003 年及 2004 年有所修正，2003 年之修正重點略以：1. 明列「暫時性重製」屬「重製」之範圍；2. 增訂「公開傳輸權」及「散布權」，並配合修正「合理使用」之規定；3. 增訂錄音著作及錄製於錄音著作之表演之報酬請求權；4. 增訂「權利管理電子資訊」保護規定；5. 增訂企業使用盜版電腦程式責任。2004 年之修正重點則略以：1. 增訂「防盜拷措施保護」；2. 修正暫時性重製於重製權之排除規定；3. 刪除表演人公開演出之報酬請求權。此二次甚具規模之修正，部分或為符合國際公約之規範，然亦有部分與世界各國之立法例仍未相符，容有檢討之空間。

除此之外，對應於美國積極回應數位時代之需求，推動各項新法之立法，我國應以何種態度回應，即屬重要之課題，尤以我國與美國有密切之貿易交流，因此該國之著作權法最新立法趨勢及規範內容，即值得深入研究。在此問題意識下，為使我方與美國從事經貿交流及談判時，得以預先瞭解美國著作權法制，對美國著作權法最新立法規範及未來之發展趨勢，即有加以探究之必要。

因此，本研究計畫將以美國著作權法最新之立法趨勢為題，就以下各項議題進行研究：

1. 美國 DMCA 通過後，其著作權法新增法案及內容，包含各法案之立法背景

²⁸ *Computer Associates v. Altai*, 126 F.3d 365 (1997).

²⁹ *Tasini v. New York Times*, 533 U.S. 483(2001).

(legislation background)、規範內容(context)，並對DMCA之實施現況(enforcement)加以了解；

2. 整理並了解美國新增著作權法案之最新立法趨勢及內容，其中將以美國第 108 屆(2003-2004)及 109 屆(2005-2006)國會所通過之法案（及提案）中與著作權法有關者，為研究標的；
3. 整理並了解美國自 DMCA 以來，針對網路侵權問題所提出及新增之規範，及其未來發展之趨勢。

I.3 實施策略及方法

本研究主要研究對象為「美國著作權法近年來最新之立法趨勢」，是以本研究擬分為「回顧」及「展望」二部分。「回顧」者將綜覽自 1998 年 DMCA 至今美國著作權法之變革，整理並了解各新增法案之內容(包括立法背景、目的、規範內容及實施現況)，以勾勒出美國著作權法規範之架構。同時，就美國法院實務及學界對各新增法案之內容所持態度，本研究亦將蒐集資料進行了解，以供比較參考之用。

而「展望」者，則將以美國現行法制各界之評論為基礎，調查目前美國各界對著作權法是否另有修正之提案、或遊說團體提出之改制方案，以了解評估其成為正式立法之可能性，俾利研議美國著作權未來發展趨勢。

本於前開目的，本研究依以下各階段實施：

1. 第一階段：蒐集自 DMCA 以降美國著作權法之修正或新增法案；
2. 第二階段：了解美國著作權法修正或新增法案修法之背景、修法理由、規範內容及實施現況；
3. 第三階段：了解美國各界對現行法制之態度，例如司法實務之反應及學界對現行法制之評論；
4. 第四階段：了解美國著作權法關於網路著作權侵害之相關規範；
5. 第五階段：綜觀美國著作權法立法概況，並勾勒出其立法趨勢。

I.4 計畫架構及範圍

在結構上，本研究主要共分為六章。第一章「序論」將說明本研究之「問題意識」、「研究目的」、「研究方法」及「研究架構」。第二章以下開始分別詳細闡述 DMCA 通過後各個著作權法律（案）的立法背景、法律內容以及法律（案）制訂之影響。第二章為「著作權權利人權利保護之提升」，旨在介紹幾個促進著作權權利人權利保護的法律（案）。第三章為「促進著作之利用」，說明促進著作利用的相關法律（案），包括孤兒著作的法律（案）以及權利金相關的法律（案）。第四章「與公共利益之調和」，則主要探討著重於公共利益維護的相關著作權法律（案）。第五章「網路著作權侵權責任發展趨勢」，另探討美國著作權法制關於網路侵權責任之規

範，並以 ISP 業者責任及 P2P 侵權責任為主題。第六章「美國著作權法的回顧與展望：代結論」，總結以上研究成果，歸納美國著作權法制的立法趨勢，並對我國若欲參考美國法制修訂著作權法，可能面對的問題加以提醒。

在範圍上，因本研究的主要任務在於探討 DMCA 制訂後美國著作權法之最新發展及趨勢，因此將以近四至五年來美國國會所通過關於著作權法之法律及曾經提出草案為主要研究及評析的對象³⁰。首先應說明的是，為便於讀者區別，**在行文時，本研究就已通過的法律將以「法」稱之，至於僅為提案而未於國會通過者，將以「草案」稱之**；然而，又需說明者為，就後者而言，因提案僅於各該國會會期有效，若仍未通過者，則需另由國會議員提案，**因此本文所介紹之「草案」，除「2006 年著作權法現代化草案」於本文截稿時間(2007/1/18)仍屬有效之提案外，其餘均已失其「提案」效力**，惟因各該提案均一定程度反映當時社會各界所關注的議題及利益，仍具相當程度之參考價值，故本研究仍將之納入研究範圍，併予指明。

經研究團隊參考美國著作權局(US Copyright Office)網站所載美國各屆國會所通過之著作權法相關立法及提案並加以彙整後，本研究將各法案依其主要的立場歸納為三個議題，分別為：「著作權權利人權利保護之提升」、「促進著作之利用」及「與公共利益之調和」，並將分別於第二章、第三章及第四章加以探討、說明。另外，為配合本研究應執行項目第三項關於「網路侵權問題」之研究，爰於第五章探討美國著作權法近年來關於網路侵權問題的規範現況，其中將以 ISP 及 P2P 二子題為主要內容，並介紹相關指標性案例(leading case)及立法概況。文末，並於第六章處提出對於近年來美國著作權法發展之回顧與展望，以代結語。

³⁰ 為便委託單位參照，本文亦將各法(草)案，自美國著作權局網站下載其原始版本檔案後，另以附件之方式提供委託單位，俾便對照、查詢。資料來源：<http://www.copyright.gov/legislation/> (last visited: 2007/1/18)。

第二章 著作權權利人權利保護之提升

II.1 概說

「著作人權利保護」，向為著作權法的重要立法目的。本章主要介紹美國幾個與「著作人權利保護」議題有關的法律和草案，包括屬於家庭娛樂暨著作權法(Family Entertainment and Copyright Act)第一部份的藝術家權利暨剽竊防制法(Artists' Rights and Theft Prevention Act of 2005)、2004年智慧財產權保護與法院修正法(Intellectual Property Protection and Courts Amendments Act of 2004)、2004年保護智慧財產權及反剽竊草案(Protecting Intellectual Rights Against Theft and Expropriation Act of 2004)，以及2004年遏阻仿冒及教育草案(Piracy Deterrence and Education Act)。

其中藝術家權利暨剽竊防制法是2005年國會通過之家庭娛樂暨著作權法之第一部分¹，該法是由Orrin G. Hatch參議員於2005年1月25日於參議院提案，在同年4月27日經過總統簽署，正式生效成為法律。該法是智慧財產權保護法的修正版本，是一部有關智慧財產權的包裹性法律。這部法律是經過長時間和相當縝密的規劃而制訂，兩個政黨在議院審議該法律時，也曾討論許多意義重大且深富爭議性的智慧財產問題。藝術家權利暨剽竊防制法主要是將在電影院錄製電影的行為入罪化，以及對於故意散布未經公開著作之人，課以民事及刑事責任。

¹ 「家庭娛樂暨著作權法」是由數個個別法律組成，除本章介紹的「藝術家權利暨剽竊防制法」外，尚包括「家庭電影法」、「孤兒著作法」、「國家電影保存法」及「國家電影保存基金會再授權法」。這些法律由於規範目的差異極大，因此本文將依照各個法律之立法重點，分別於不同的章節說明。本章只介紹家庭娛樂暨著作權法的第一部份，其他部分的法律將分別在第四章、第五章詳細說明。

2004 年智慧財產權保護與法院修正法在 9 月 21 日通過眾議院，並在 108 屆國會會期結束前 12 月 8 日通過參議院。這個法律包括二個部分，第一個部分是 2004 年反剽竊修正法(Anti-counterfeiting Amendments Act of 2004)，擴張 18 U.S.C. § 2318 的規範，禁止走私仿冒品，如走私仿冒標籤、違法標籤，或剽竊文件包裝等，本法給予受到侵害或是有受侵害之虞的著作權權利人，提起訴訟的權利。同時擴張保護的範圍，保護的範圍除了錄音製品、電腦程式、電影之外，也及於所有文字、圖畫、圖表、雕塑或視覺藝術著作。此外，本法也適用於一種新型態的違法標籤，這種標籤雖為著作權權利人所使用，屬於真正的識別標籤，但是卻附著於違法的仿冒品上；第二部分是線上身份詐欺制裁法(Fraudulent Online Identity Sanctions Act)，規定若使用者在登記網域名稱時，提供實質上錯誤的聯絡資料予網域名稱登記機構，則推定其有侵害著作權之故意（但是此推定是可被舉證推翻）。

另外一個加強對著作權權利人保護的法案，是 2004 年保護智慧財產權及反剽竊草案，這個草案在 3 月 25 日由參議員 Patrick J. Leahy 提案。該草案規定在一定情形下，檢察總長可以對著作權侵害者提起民事訴訟。

遏阻仿冒及教育草案要求 FBI 實施打擊盜版計畫、司法部門執行一項反盜版教育計畫，並計畫在 2005 年撥出 1500 萬美金起訴盜版行為。本草案也提高對著作權侵害之犯罪處罰。其中，關於處罰行為人於電影院盜錄電影的行為，以及處罰行為人侵害未公開但將用於商業銷售著作之行為部分，已被納入上述藝術家權利暨剽竊防制法，成為生效之法律。

以下本章即分別介紹各個法律、草案的立法背景、法律（草案）的內容，以及該法律（草案）提出或通過後各界的反應。

II.2 藝術家權利暨剽竊防制法²

II.2.1 立法背景

早在 2003 年美國國會已經有意針對在網路上散布未經公開電影之行爲，立法加以規範。³好萊塢的片場，長久以來受到這種行爲的困擾，據稱包括星際大戰二部曲、古墓奇兵、綠巨人浩克等多部電影在上映前，都已經可在 peer to peer 的網路中取得。因此在 2003 年 9 月，幾個主要的片廠決定不再依照舊習慣於電影上映前，將影片送至美國電影藝術與科學學院 (The Academy of Motion Picture Arts and Sciences) 評審。雖然 1997 年的禁止電子竊盜法 (No Electronic Theft Act)⁴ 規定當犯罪所牽涉的金額超過美金 1,000 元時，該著作權侵害行爲即使沒有實際發生金錢交易，也已可列爲聯邦犯罪。但是好萊塢和美國唱片產業協會 (Recording Industry Association of America, RIAA) 認爲要求美國司法部追訴散布未上映電影和未出版音樂的行爲，是非常困難的⁵。因此有必要針對未上映的電影，制訂本法，以規範這種對未上映電影的非法散布行爲。除了電影之外，電腦遊戲產業也受到類似的威脅。根據國際智慧財產權聯盟 (International Intellectual Property Alliance) 的統計，全球在 2005 年因爲盜

² P.L. 109-9.

³ See Declan McCullagh, *Share "True Crime", do the time*, in CNET NEWS.COM, Nov. 12, 2003, available at http://news.com.com/Share+True+Crime,+do+the+time/2100-1026_3-5106684.html?tag=nl (last visited Nov. 27, 2006).

⁴ P.L. 105-147.

⁵ Declan McCullagh, *Prison terms on tap for 'prerelease' pirates*, in CNET NETWORKS, Aug. 29, 2005, available at http://news.com.com/Prison+terms+on+tap+for+prerelease+pirates/2100-1028_3-5677232.html (last visited Nov. 27, 2006).

版行爲，在遊戲上市前，已經可以透過網路取得該遊戲，而導致遊戲產業損失 24 億美金。⁶

本法除了規範對未上映著作的侵害行爲之外，也同樣規範未經著作權人授權，於電影放映場所盜錄電影的行爲。通常犯罪者會參加上映前的試映會或是首映會，使用精密的數位儀器錄製電影。然後將這些盜錄的影片賣給當地的廠商或海外的製作商，複製生產後再以每份極低的價格於街上販賣。這種盜錄行爲已經成爲電影工業每年預計損失美金 3.5 億元的重要因素⁷。

這些盜錄的影片，也被犯罪者透過 *Pee-to-Peer* 的傳輸方式，傳輸到網路上，使得成千上萬的網路使用者可以輕易的下載。根據美國電影協會(Motion Picture Association of America, MPAA)的統計，網路上非法流傳的電影版本，超過 90%是這種盜錄的版本⁸。本法這部分的規定是模仿既存的刑法和刑事程序法第 2319A 條。該法規範的對象是音樂和音樂錄影帶，禁止在現場演奏的場合，未經授權盜錄或傳輸音樂或音樂錄影帶。

II.2.2 法律內容

本法的規範內容，可分爲兩部分，第一部分是規定行爲人在電影院從事盜錄行爲的刑事處罰，第二個部分則是規範對於準備用於商業銷售的著作所爲侵害行爲的

⁶ Tina Benitez, *Save the game*, in PLAYINGS, Aug. 1, 2006, available at <http://www.playthings.com/article/CA6362448.html?stt=001> (last visited Nov. 27, 2006).

⁷ See Declan McCullagh, *Share "True Crime", do the time*, in CNET NEWS.COM, Nov. 12, 2003, available at http://news.com.com/Share+True+Crime,+do+the+time/2100-1026_3-5106684.html?tag=nl (last visited Nov. 27, 2006).

⁸ See 109 Congress REPT. 109-33 House of Representative, available at <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/cpquery/T?&report=hr033p1&dbname=109&> (last visited Nov. 27, 2006).

處罰，以及建立預先註冊制度。

(一) 電影院盜錄行爲

本法修改聯邦刑事程序法 113 章，在第 2319A 條之後加入 2319B，其中該條(a) 規定「任何人於著作權人未授權下，在電影放映場所，故意使用或意圖使用影音錄製設備傳輸或拷貝電影或其他受著作權法保護的視聽作品，或這些著作的部分，應：(1)處三年以下有期徒刑，科或併科罰金，或；(2)累犯處六年以下有期徒刑，科或併科罰金。個人在電影放映場所持有影音錄製設備可以在任何程序被當作證據，以判斷個人是否犯本章之罪，但持有本身不應成爲判斷個人是否犯罪之唯一證據。」⁹

在規範範圍部分，本法係針對在電影放映場所違法盜錄電影的行爲，亦即未禁止個人使用相機、手機相機或是其他照相設備，在電影放映中拍照。本法所禁止的行爲是個人使用影音錄製設備，錄影或傳輸一連串的影像。當然這並不表示使用相

⁹ 17 U.S.C. § 102(a): IN GENERAL.—Chapter 113 of title 18, United States Code, is amended by adding after section 2319A the following new section:

“§ 2319B. Unauthorized recording of Motion pictures in a Motion picture exhibition facility

“(a) OFFENSE.—Any person who, without the authorization of the copyright owner, knowingly uses or attempts to use an audiovisual recording device to transmit or make a copy of a motion picture or other audiovisual work protected under title 17, or any part thereof, from a performance of such work in a motion picture exhibition facility, shall—

“(1) be imprisoned for not more than 3 years, fined under this title, or both; or

“(2) if the offense is a second or subsequent offense, be imprisoned for no more than 6 years, fined under this title, or both.

The possession by a person of an audiovisual recording device in a motion picture exhibition facility may be considered as evidence in any proceeding to determine whether that person committed an offense under this subsection, but shall not, by itself, be sufficient to support a conviction of that person for such offense.

機在電影放映場所是合法的行為，這類行為仍然受到著作權法的規範，行為人仍可能面對民事或刑事責任，只不過這類的行為不在本法規範範圍之內。¹⁰

盜錄的影片，本法有沒收及銷毀的規定：「凡違反上述之行為，法院除上述處罰外，並得對於所有未經授權重製之動畫，影音作品，或影音錄製設備予以沒收，銷毀或為其他處置。¹¹」

在犯罪行為的證據部分，本法規定個人在電影放映場所擁有影音錄製設備，可以做為個人從事本法規定之犯罪行為的證據，但是不可作為唯一的證據。因為個人攜帶影音錄製設備進入電影放映場所，固然可以用於盜錄放映中的電影，但是也不能排除個人只是單純的攜帶這些設備，無意進行盜錄行為的情形。¹²

其中關於電影放映場所的定義為「電影放映場所意指一家電影院，放映室，或其他主要用來放映有著作權電影的場所，如果這種放映室對公眾公開或對非家庭成員或其朋友之一群觀賞者放映¹³」。因此在販賣電視機的商店中，為了測試電視機的放映效果而播放影片，並不會使該商店成為電影放映場所。同時，私人在家中將電視

¹⁰ See REPT. 109-33, available at

<http://thomas.loc.gov/cgi-bin/cpquery/T?&report=hr033p1&dbname=109&>.

¹¹ Section 2319B(b): FORFEITURE AND DESTRUCTION.—When a person is convicted of a violation of subsection (a), the court in its judgment of conviction shall, in addition to any penalty provided, order the forfeiture and destruction or other disposition of all unauthorized work.

¹² See REPT. 109-33, available at

<http://thomas.loc.gov/cgi-bin/cpquery/T?&report=hr033p1&dbname=109&>.

¹³ 17 U.S.C. 102 (C): DEFINITION.—Section 101 of title 17, United States Code, is amended by inserting after the definition of “Motion pictures” the following: “The term “motion picture exhibition facility” means a movie theater, screening room, or other venue that is being used primarily for the exhibition of a copyrighted motion picture, if such exhibition is open to the public or is made to an assembled group of viewers outside of a normal circle of a family and its social acquaintances.”.

播放的影片錄製下來的行爲，亦不會購成本法之罪。因爲私人的家，也不會成爲法條所定義的電影放映場所。必須強調的是，所謂對公眾公開（open to the public）係指該項放映行爲是對公眾公開，並非指放映場所對外公開。換言之，在一個對外公開的場所放映影片，如果放映時並非對公眾公開，則在放映中進行錄影的行爲，並不會受到本法的規範。舉例言之，一個學生在學校的視聽教室爲了研究或學習的目的觀賞影片。學校的視聽教室或可該當對公眾公開的場所。但是該名學生獨自研究影片的行爲，卻不能將其放映行爲算是對公眾公開。因此若是該名學生此時翻錄其所觀賞的影片，亦不會構成本法之罪。¹⁴

此外，本法也在 2319B (d)中規定「電影或影音著作播放場所之擁有者、承租人或其代理人、員工、電影或影音著作的授權者或其代理人、員工，有合理的原因：(1)可以用合理的方式在合理的期間內，留置有違反本章之罪嫌疑之個人，以詢問或召喚執法官員，且；(2)不應因此留置而負有民事或刑事責任。」¹⁵這個條文和該條所規定的「合理」檢驗標準，應該與其他州法所規定的商店所有人特權爲相同的詮釋。本法並不優先於其他州法適用。¹⁶

¹⁴ See REPT. 109-33, available at <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/cpquery/T?&report=hr033p1&dbname=109&>.

¹⁵ Section 2319B(d): IMMUNITY FOR THEATERS.—With reasonable cause, the owner or lessee of a motion picture exhibition facility where a motion picture or other audiovisual work is being exhibited, the authorized agent or employee of such owner or lessee, the licensor of the motion picture or other audiovisual work being exhibited, or the agent or employee of such licensor—
 “(1) may detain, in a reasonable manner and for a reasonable time, any person suspected of a violation of this section with respect to that motion picture or audiovisual work for the purpose of questioning or summoning a law enforcement officer; and
 “(2) shall not be held liable in any civil or criminal action arising out of a detention under paragraph (1).

¹⁶ See REPT. 109-33, available at <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/cpquery/T?&report=hr033p1&dbname=109&>.

本法也特別規定「受害人所受衝擊之陳述」，也就是指「在刑事訴訟之準備程序，被害人得提出所受衝擊之陳述，以指明被害人、損害程度範圍、被害人所受損失，包括估計經濟上所受之衝擊。受害人衝擊敘述應包含「(A) 受侵害行為影響之正當產品生產者及銷售者；(B) 涉訟智慧財產權之所有權人；(C) 上述生產者、銷售者及智慧財產所有權人之法定代理人。」¹⁷

(二) 侵害準備用於商業銷售作品之處罰與預先註冊

本法 103 條對於個人故意散布準備用於商業銷售的作品，課以刑事處罰。該條規定修正著作權法 506(a)條「任何人故意侵害著作權應依刑法及刑事程序法 第 2319 條處罰，如果此侵害行為的從事—(A)是爲了商業利益或私人的經濟利益；(B)是在 180 天內，對一份或超過一份的著作或著作物，進行一份或超過一份的重製或散布，包括使用電子的方式，這些行為產生多於美金 1,000 元的零售價值或；(C)是散布準備作為商業銷售的著作，使公眾可經由電腦網路取得，如果此人明知或應知該著作將用於商業銷售。¹⁸」

¹⁷ Section 2319B (e): VICTIM IMPACT STATEMENT.—

“(1) IN GENERAL.—During the preparation of the presentence report under rule 32(c) of the Federal Rules of Criminal Procedure, victims of an offense under this section shall be permitted to submit to the probation officer a victim impact statement that identifies the victim of the offense and the extent and scope of the injury and loss suffered by the victim, including the estimated economic impact of the offense on that victim.

“(2) CONTENTS.—A victim impact statement submitted under this subsection shall include—

“(A) producers and sellers of legitimate works affected by conduct involved in the offense;

“(B) holders of intellectual property rights in the works described in subparagraph (A); and

“(C) the legal representatives of such producers, sellers, and holders.

¹⁸ 17 U.S.C. 103 (a): PROHIBITED ACTS.—Section 506(a) of title 17, United States Code, is amended to read as follows:

“(a) CRIMINAL INFRINGEMENT.—

“(1) IN GENERAL.—Any person who willfully infringes a copyright shall be punished as provided under

本法第 104 條明確要求著作權局局長(Register of Copyrights)訂定規則，為著作建立一個預先註冊系統 (preregistration system)。這個條文賦予著作權局權力，可以決定何種類型的著作適合預先註冊。該條規定乃是修改著作權法 408 條，規定「(1)在本部分生效後 180 日內，著作權局應該發佈規則，以建立未經公開之準備用於商業銷售作品之預先註冊程序。(2)在(1)下建立之規則，應該對於經過著作權局認為其在發布前曾經受到侵害 (had a history of infringement) 之作品，允許其為預先註冊。¹⁹」就此一條文，國會授予著作權局判斷何種著作，係受到侵害權力。

為了鼓勵和確保預先註冊之著作，在可以申請正式註冊時，會進行正式註冊的申請，本法第 104 條規定限制在特定情形下，著作權人可以提起民事訴訟的情形。在本法修改下，著作權法 408(f)(3)條規定「在一個經過本法預先註冊之作品第一次公開之三個月內，申請者應該提交著作權局—(A)申請註冊該作品；(B)一個寄存物；

section 2319 of title 18, if the infringement was committed—

“(A) for purposes of commercial advantage or private financial gain;

“(B) by the reproduction or distribution, including by electronic means, during any 180-day period, of 1 or more copies or phonorecords of 1 or more copyrighted works, which have a total retail value of more than \$1,000; or

“(C) by the distribution of a work being prepared for commercial distribution, by making it available on a computer network accessible to members of the public, if such person knew or should have known that the work was intended for commercial distribution...

¹⁹ 17 U.S.C. 140(a): PREREGISTRATION.—Section 408 of title 17, United States Code, is amended by adding at the end the following:

“(f) PREREGISTRATION OF WORKS BEING PREPARED FOR COMMERCIAL DISTRIBUTION.—

“(1) RULEMAKING.—Not later than 180 days after the date of enactment of this subsection, the Register of Copyrights shall issue regulations to establish procedures for preregistration of a work that is being prepared for commercial distribution and has not been published.

“(2) CLASS OF WORKS.—The regulations established under paragraph (1) shall permit preregistration for any work that is in a class of works that the Register determines has had a history of infringement prior to authorized commercial distribution...

(C)申請費用²⁰」。同條文(4)規定「如果上述(3)所要求之物未在下列時間（以較早者為準）被適當的送至著作權局，對於侵害依本法預先註冊之作品採取法律行動，當侵害行為開始於該作品第一次公開後 2 個月內，系爭法律行動應該被駁回，(A)該作品第一次公開三個月後；或 (B)著作權人知道該項侵害的一個月後。²¹」

對於一個錄音資料（sound recording）的預先註冊並不會構成對於錄音資料上之音樂著作（musical works）的預先註冊。因此，對於該音樂著作的侵害，將不會受到上述第 408(f)(4)條的限制。

第 105 條要求美國量刑委員會（United States Sentencing Commission）適當的檢視和更新對於一些智慧財產權犯罪的量刑規則和政策聲明。此項規定主要是為了因應對未經發行著作侵害行為的新規定，要求判決委員會重新衡量既有的量刑規則是否適當。

II.2.3 各界反應

²⁰ “(3) APPLICATION FOR REGISTRATION.—Not later than 3 months after the first publication of a work preregistered under this subsection, the applicant shall submit to the Copyright Office—

“(A) an application for registration of the work;

“(B) a deposit; and

“(C) the applicable fee.

²¹ ”(4) EFFECT OF UNTIMELY APPLICATION.—An action under this chapter for infringement of a work preregistered under this subsection, in a case in which the infringement commenced no later than 2 months after the first publication of the work, shall be dismissed if the items described in paragraph (3) are not submitted to the Copyright Office in proper form within the earlier of—

“(A) 3 months after the first publication of the work; or

“(B) 1 month after the copyright owner has learned of the infringement.”.

本法通過施行後，著作權局依據法律的規定，在 2005 年 10 月 19 日制訂規則以規範預先註冊²²。預先註冊只能透過網路為之，在申請時，需先指明申請的著作種類、名稱、作者、著作權人、著作開始創作之日、預計完成日、預計商業銷售時間，以及對著作的描述。能進行預先註冊的著作包括電影、聲音著作(sound recordings)、音樂著作(musical compositions)、預備將來成書的文字著作(literary works being prepared for publication in book form)、電腦程式包括電腦遊戲(computer programs)、廣告或行銷的照片(advertising or marketing photographs)。²³這個規則擴張了原來著作權局決定預先註冊的範圍，不侷限於電影、音樂著作，而擴及其他種類的著作。²⁴

著作權局原先要求申請預先註冊的著作，必須已經與行銷商簽署銷售契約，但是著作權局後來放棄這項要求。因此，申請預先註冊的著作，除了必須屬於上述種類的著作之外，申請者仍須證明(certify)系爭著作是準備用於商業銷售，而且申請者對於該著作將會對公眾進行商業銷售，有合理的期待。申請預先註冊的著作，不限於具有實體的著作，即使是將來打算用於網路上銷售的著作，也可以申請預先註冊。²⁵

至於預先註冊是否需要保密，著作權局則採取否定的看法。著作權局認為，預

²² 從 2005 年 11 月 15 日開始實施預先註冊。

²³ 對於預先註冊的詳細說明，請參見美國著作權局的網站，
<http://www.copyright.gov/prereg/help.html#helptext30>。

²⁴ Cathy Kirkman, *Copyright Office enacts preregistration rules*, available at <http://www.svmedialaw.com/content-copyright-office-enacts-preregistration-rules.html> (last visited Nov. 27, 2006).

²⁵ Cathy Kirkman, *Copyright Office enacts preregistration rules*, available at <http://www.svmedialaw.com/content-copyright-office-enacts-preregistration-rules.html> (last visited Nov. 27, 2006).

先註冊仍屬於資訊自由法的規範標的，因此不可以拒絕公眾請求閱覽預先註冊的紀錄。

最後著作權局也針對受到大眾討論的預先註冊使用的瀏覽器問題有所著墨，著作權局認為對於不使用 Internet Explorer 作為瀏覽器的使用者而言，因為預先註冊只可以透過網路為之，可能會在申請時遭遇困難，但是著作權局也提供幫助的資訊給這些無法使用 Internet Explorer 進行預先註冊之人。

本法是自 1997 年禁止電子竊盜法(No Electronic Theft Act)以來，對著作權侵害行為為刑事處罰有重大改變的法律。尤其是對於侵害未發表著作的處罰規定，這部分的規定被認為是針對 peer-to-peer 業者所為的處罰規定。美國唱片工業協會(Recording Industry Association of America)會長 Mitch Bainwol 認為這將使得司法部門更容易且更迅速的對侵害未發表著作的行為進行追訴。²⁶民主黨參議員 Dianne Feinstein 也認為本法的通過，將使我們可以進一步對抗這種令人震驚的著作權侵害行為。²⁷

Steve S. Barbarich 是一家在舊金山專門幫助發明者行銷產品以及申請專利的公司的總裁，他認為本法關於預先註冊和對未發表著作侵害處罰的規定，對於發明者是有利的。到 2006 年 4 月為止，已經有 100 件著作進行預先註冊。²⁸

除了這些對本法的正面評價之外，也有不少批評者對本法抱持著負面的看法。

²⁶ Declan McCullagh, *Prison terms on tap for 'prerelease' pirates*, in NEWS.COM, Aug. 29, 2005, available at http://www.news.com/2001-1_3-0.html?tag=prntfr (last visited Nov. 27, 2006).

²⁷ Declan McCullagh, *Prison terms on tap for 'prerelease' pirates*, in NEWS.COM, Aug. 29, 2005, available at http://www.news.com/2001-1_3-0.html?tag=prntfr (last visited Nov. 27, 2006).

²⁸ Tina Benitez, *Save the game*, in PLAYINGS, Aug. 1, 2006, available at <http://www.playthings.com/article/CA6362448.html?stt=001> (last visited Nov. 27, 2006).

StreamCast Networks 的執行長 Michael Weiss 認為本法是娛樂產業的一大勝利，他們使國會利用納稅者的金錢，解決娛樂產業內部的問題。因為未發表的著作可以外流，往往都是娛樂產業的員工所為，這應該是娛樂產業內部管控的問題。²⁹ peer-to-peer 業者組成的聯盟 P2P United 的執行長 Adam Eisgrau 則是認為本法的處罰規定與違法行為的嚴重性是不成比例的。Washington College of Law 的教授 Peter Jaszi 認為本法的規範方式並不是一種會使人尊重著作權法制的適當方式。³⁰ University of Colorado 教授 Phil Weiser 認為本法規定並沒有將美國著作權法合理使用納入考量³¹。

此外，有關本法適用一個具有爭議性的問題是，本法第 103 條規定，行為人將準備用於商業銷售的作品放置於電腦網路上供公眾下載的行為，將負有刑事責任。此規定的效力是否及於 Peer-to-Peer 的經營者？這些經營者會在網路上放置一份可下載清單，清單的內容都是具有著作權的音樂著作、聲音著作。處理 Napster 訴訟的 Marilyn Hall Patel 法官對此爭議，抱持否定的看法。他認為無論是從本法的立法過程或是法條本身，都看不出國會想要擴張著作權人散布著作的權利，廣泛到即使在缺乏任何確切的證據可以證明實際存在散布行為的時候，都可以將一個單純使著作可

²⁹ 2005 年 9 月 26 日一名密蘇里州的年輕人與檢察官達成認罪協商，這是根據本法起訴的第一個個案。他涉嫌違反的是本法有關在電影院錄製影片行為的規定。Curtis Salisbury 是一名 19 歲密蘇里州的青年，認罪協商的內容顯示，他在 2005 年 6 月間受僱於 Des Peres Cinema。他在電影院關門後，與其他人一起從放置放映機的隔音間(projection booth)盜錄電影，他另外使用 MD 錄音機錄製影片的聲音，最後再使用電腦使聲音與影像同步化。U.S. Department of Justice District of California, *First Guilty Plea to New Federal Law Prohibiting Camcording Films in Movie Theaters, Missouri Theater Employee First Conviction in "Operation Copycat"*, available at <http://www.usdoj.gov/criminal/cybercrime/salisburyPlea.htm> (last visited Nov. 27, 2006).

³⁰ Declan McCullagh, *Prison terms on tap for 'prerelease' pirates*, in NEWS.COM, Aug. 29, 2005, available at http://www.news.com/2001-1_3-0.html?tag=prntfr (last visited Nov. 27, 2006).

³¹ Phil Weise, *H.R. 2391: The Intellectual Property Protection Act*, available at <http://www.publicknowledge.org/issues/hr2391> (last visited Nov. 27, 2006).

以被公眾所取得的行為，認為屬於著作之散布。³²換言之，他認為所謂的散布著作，必須有證據證明散布行為實際存在。單純將著作放置於網路上使公眾可以取得，仍不屬於散布行為。

³² Eric J. Sinrod, *Proof of distribution required under recent copyright act*, in USA TODAY, available at http://www.usatoday.com/tech/columnist/ericjsinrod/2005-05-25-copyright-clarification_x.htm;

<http://www.svmedialaw.com/Napster%20summary%20judgment%20order.pdf>;

http://www.news.com/2001-1_3-0.html?tag=prntfr.com/Napster%20summary%20judgment%20order.pdf
(last visited Nov. 27, 2006).

II.3 智慧財產權保護及法院修正法³³

為制止及懲罰侵害著作權之重製剽竊行為，2004年12月23日生效之「2004年智慧財產權保護及法院修正法」，修正了著作權法的相關規定等，該法律包含兩個重要的部分：「2004年反剽竊修正法」³⁴、「線上身份詐欺制裁法」³⁵，以及一個對於法院管轄權的些微修正。本文這部份僅介紹與著作權人權利保障較為相關且重要的第一與第二部分。

II.3.1 2004年反剽竊修正法

實務上，侵害智慧財產權往往伴隨高度獲利機會，而對個人或團體侵害智慧財產權之追訴常有其困難，而導致這種侵害行為發生數量增加。國會為了因應侵害軟體智慧財產權的新型態，制定2004年反剽竊修正法。

實際上為遏止剽竊，軟體公司愈來愈常使用精密鑑別特徵以確認產品真正，但是此等鑑識特徵無法結合在實際產品上，故將此類鑑識特徵放置於產品包裝上或與產品包裝在一起。這種特徵事實上，早已運用在美金和外幣現鈔的防偽上，包括雷射、微印和特殊油墨處理等。因為巨大商機和少有被追訴重罰之風險，國際犯罪組織開始將這些軟體公司的認證標籤結合在仿冒軟體上出售，而成為侵害軟體智慧財產權的新方式。雖然以亞洲為基礎的犯罪集團生產最大宗的仿冒品，產銷中心實際上遍佈全世界。並且美國加州是仿冒軟體、光碟片等主要的入口和據點，例如在

³³ Intellectual Property Protection and Courts Amendments Act of 2004 (P.L.108-482) signed Dec. 23, 2004.

³⁴ Anti-counterfeiting Amendments Act of 2004.

³⁵ Fraudulent Online Identity Sanctions Act.

2001年11月，美國海關搜扣了總價約一億的盜版軟體，該等盜版軟體主要進口至加州，因此美國也深受這種新犯罪型態的影響。但是受限於現行法律規範的不足，有部分海關不確定其是否有權力可以查扣未附在仿冒的產品上的鑑別特徵，而沒有扣押這些進口的鑑別特徵³⁶。

以美國微軟公司在2005年，遍及明尼蘇達州、亞諾桑州、加州、伊利諾州和紐約州起訴8家涉嫌販售微軟盜版個人電腦軟體之公司為例，這些公司。微軟公司主張在明尼蘇達州遭起訴的 Ion Technologies、母公司 World Online Communications Corp. of Spring Park 和執行長等，係屬連續侵害其著作權和商標權，並且 Ion Technologies 未遵守2001年與微軟公司間侵權訴訟之和解協議。該2005年所訴事實為，Ion Technologies 再出售微軟公司之認證貼紙，導致用在新電腦後方之認證貼紙有使人誤以為該電腦內部視窗軟體為正版之不實印象。微軟公司律師表示，該認證貼紙通常在大學或大型辦公室等公共區域遭到拔除，之後在公開市場以每枚75~80美元成交。微軟公司於是訴請法院禁止 Ion Technologies 販賣微軟正版認證之標籤，並向微軟公司返還所得利益及賠償損害³⁷。

消費者目前習於尋找認證特徵，以保護他們免於被詐欺購買贗品，於是企圖假冒真品者對真正的認證特徵存有高度需求。已有大量真正認證特徵在生產工廠和儲運過程遭竊，並且該真正認證特徵在網上交易走私。儘管實際案例中，走私真正認證特徵者係意圖將認認特徵用在仿冒軟體的主觀犯意難以證明，美國立法委員會認為絕大多數經手仿冒認證特徵之人，極可能係從事詐欺活動。由於上開犯罪除軟體外，亦涉及其他智慧財產權之侵害，本法提案時，立法委員會欲使反剽竊草案亦適

³⁶ H.R. REP. 108-600, available at http://frwebgate.access.gpo.gov/cgi-bin/getdoc.cgi?dbname=108_cong_reports&docid=f:hr600.108.pdf (last visited Nov. 22, 2006).

³⁷ 9/20/05 Star Trib., 2005 WLNR 14873104.

用於其他產品。³⁸

本次 2004 反剽竊修正法增訂「非法標籤」之定義性規定：「未經著作權人授權而使用或散布之標籤；或者，除該認證特徵係僅供著作權人追蹤散布管道之用外，被故意假造多於經著作權人授權之份數」³⁹。本法並要求銷毀任何用於生產、重製或組合仿冒違法標籤之設備或材料。美國立法委員會欲使此銷毀之規定廣泛適用，以確使違法者在被訴後，相同設備不會再被他人使用以製作違法標籤。立法委員會並且諮詢美國司法部，以確保該立法不致對正當業者造成額外負擔。

此外，美國立法委員會對於具有正當性之一般功能交易網站，如 eBay、Amazon、Froogle 或 Yahoo 等，雖然該等網站使第三人能夠在網站陳列販賣各式商品，但該等網站並不控管商品。立法委員會期望該等正當網站訂定禁止使用其網站出售違法商品之服務條款，並須合理實行其條款。本次立法未將數位認證特徵包括在內，此係由於現今並無遭剽竊案例出現，倘立法委員會確知此類違法活動實際發生，仍可能舉行聽證及引介相關立法。2004 年反剽竊修正法亦不包括以電子交易方式散布或出售之商品在內⁴⁰。

³⁸ H.R. REP. 108-600, *available at* http://frwebgate.access.gpo.gov/cgi-bin/getdoc.cgi?dbname=108_cong_reports&docid=f:hr600.108.pdf (last visited Nov. 22, 2006).

³⁹ (1) being used or otherwise distributed without the authorization of the copyright owner, or (2) knowingly falsified to indicate a higher number of licensed users or copies than authorized by the copyright owner unless the certificate or document is used by the copyright owner solely to monitor or track the copyright owner's distribution channel. *See* H.R. REP. 108-600, *available at* http://frwebgate.access.gpo.gov/cgi-bin/getdoc.cgi?dbname=108_cong_reports&docid=f:hr600.108.pdf (last visited Nov. 22, 2006).

⁴⁰ H.R. REP. 108-600, *available at* http://frwebgate.access.gpo.gov/cgi-bin/getdoc.cgi?dbname=108_cong_reports&docid=f:hr600.108.pdf (last visited Nov. 22, 2006).

在聽證過程中，國會預算局認為制定和施行本法，不致對聯邦政府造成過大負擔，亦無須政府部門或私人單位另外授權，故不影響各級政府預算。

本法禁止走私錄音帶、電腦程式、視聽作品和類似產品之授權文件，並使著作權人得就違法情事而向聯邦法院提起民事訴訟，使政府得以追訴案件種類增多，故執行法律、法院程序及施刑等成本應適切為之。本法增訂之罰金規範，將用於一般補償犯罪被害人之資金⁴¹。

本法概稱為「2004年反剽竊修正法」，主旨在禁止走私仿冒品，如走私仿冒標籤、違法標籤，或剽竊文件包裝等。立法目的係為強化美國反剽竊法律，以及保護生產者、供應商和消費者免受仿冒品之害，並藉由保障生產者合理收益，以維護工作權益。新法在功能上加強禁止走私仿冒商標⁴²，阻絕了現行法只禁止走私附著在商品上商標（如標籤和包裝）之漏洞⁴³，即新法不限定仿冒標籤須附在產品上。

由於本法通過前之法律有如上缺漏，於是侵權仿冒者可分別走私未附在產品上的仿冒標籤、和未附標籤之產品，進而輕易卸責。2000年6月美國聯邦上訴法院第十巡迴法庭之見解⁴⁴，確認法律未禁止不附在貨品上的走私仿冒標籤，此係法律漏洞。於是新法明確禁止走私標籤、縫補、貼紙，或任何種類性質的包裝在內，只要行為人明知係屬仿冒標籤⁴⁵。

⁴¹ See H.R. REP. 108-600, available at

http://frwebgate.access.gpo.gov/cgi-bin/getdoc.cgi?dbname=108_cong_reports&docid=f:hr600.108.pdf (last visited Nov. 22, 2006).

⁴² 3/16/06 US Fed. News, 2006 WLNR 44640002.

⁴³ 5/1/06 Indus. Eng'r 21. 2006 WLNR 8620221

⁴⁴ 213 F.3d 1247, 2000 CJ C.A.R. 2783, 54 U.S.P.Q.2d 1919

⁴⁵ 3/31/06 mondaq Bus. Briefing. 2006 WLNR 5405633

修正內容如下：

1. 故意走私之違法情況符合以下要件者，將科處 5 年以下徒刑，或科或併科罰金⁴⁶：
 - (1) 在美國某些特別的海空管轄權範圍或在美國某些特別的航空機內發生；
 - (2) 該違法行為使用或意圖使用郵務系統或州際或國外貿易機構；
 - (3) 仿冒或違法之標籤係附著或伴隨於剽竊受到著作權保護之錄音或音樂作品、電腦程式、動畫或其他影音作品、文學作品、繪畫、圖表或雕刻作品、視覺藝術之作品或文件包裝等；
 - (4) 被仿冒之文件或包裝須受著作權保護。

⁴⁶ 18 USC 2318(c): The circumstances referred to in subsection (a) of this section are—

- (1) the offense is committed within the special maritime and territorial jurisdiction of the United States; or within the special aircraft jurisdiction of the United States (as defined in section 46501 of title 49);
- (2) the mail or a facility of interstate or foreign commerce is used or intended to be used in the commission of the offense;
- (3) the counterfeit label or illicit label is affixed to, encloses, or accompanies, or is designed to be affixed to, enclose, or accompany—
 - (A) a phonorecord of a copyrighted sound recording or copyrighted musical work;
 - (B) a copy of a copyrighted computer program;
 - (C) a copy of a copyrighted motion picture or other audiovisual work;
 - (D) a copy of a literary work;
 - (E) a copy of a pictorial, graphic, or sculptural work;
 - (F) a work of visual art; or
 - (G) copyrighted documentation or packaging; or
- (4) the counterfeited documentation or packaging is copyrighted.

2. 條文釋義⁴⁷

- (1) 違法標籤—係指原證件、授權文件、登記卡或其他類似標籤，
 - A. 經著作權人用來確認無剽竊或侵犯著作權，並且
 - B. 未得著作權人允許而
 - (a) 未與著作權人原本屬意將標籤附著之物品，一同散布或意圖散布；或
 - (b) 在原件或授權文件上故意造假，以指定超出著作權人授權之被

⁴⁷ 18USC2318 (b): (A) in paragraph (2), by striking "and" after the semicolon;

(B) in paragraph (3)--

(i) by striking "and 'audiovisual work' have" and inserting the following: 'audiovisual work', 'literary work', 'pictorial, graphic, or sculptural work', 'sound recording', 'work of visual art', and 'copyright owner' have"; and

(ii) by striking the period at the end and inserting a semicolon; and

(C) by adding at the end the following:

(4) the term 'illicit label' means a genuine certificate, licensing document, registration card, or similar labeling component--

(A) that is used by the copyright owner to verify that a phonorecord, a copy of a computer program, a copy of a motion picture or other audiovisual work, a copy of a literary work, a copy of a pictorial, graphic, or sculptural work, a work of visual art, or documentation or packaging is not counterfeit or infringing of any copyright; and

(B) that is, without the authorization of the copyright owner--

(i) distributed or intended for distribution not in connection with the copy, phonorecord, or work of visual art to which such labeling component was intended to be affixed by the respective copyright owner; or

(ii) in connection with a genuine certificate or licensing document, knowingly falsified in order to designate a higher number of licensed users or copies than authorized by the copyright owner, unless that certificate or document is used by the copyright owner solely for the purpose of monitoring or tracking the copyright owner's distribution channel and not for the purpose of verifying that a copy or phonorecord is noninfringing;

(5) the term 'documentation or packaging' means documentation or packaging, in physical form, for a phonorecord, copy of a computer program, copy of a motion picture or other audiovisual work, copy of a literary work, copy of a pictorial, graphic, or sculptural work, or work of visual art; and

(6) the term 'counterfeit documentation or packaging' means documentation or packaging that appears to be genuine, but is not."

授權人或經授權之複本數。除非著作權人使用該文件，純粹爲了追蹤其發送管道，而非用該文件確認使用者是否構成侵權。

- (2) 文件或包裝—係指有體之文件或包裝。
- (3) 仿冒文件或包裝—係指該文件或包裝看似真正，但非爲真。

3. 民事賠償⁴⁸

⁴⁸ 18USC2318 (f): Civil Remedies.--

(1) In general.--Any copyright owner who is injured, or is threatened with injury, by a violation of subsection (a) may bring a civil action in an appropriate United States district court.

(2) Discretion of court.--In any action brought under paragraph (1), the court--

(A) may grant 1 or more temporary or permanent injunctions on such terms as the court determines to be reasonable to prevent or restrain a violation of subsection (a);

(B) at any time while the action is pending, may order the impounding, on such terms as the court determines to be reasonable, of any article that is in the custody or control of the alleged violator and that the court has reasonable cause to believe was involved in a violation of subsection (a); and

(C) may award to the injured party--

(i) reasonable attorney fees and costs; and

(ii)(I) actual damages and any additional profits of the violator, as provided in paragraph (3); or

(II) statutory damages, as provided in paragraph (4).

(3) Actual damages and profits.--

(A) In general.--The injured party is entitled to recover—

(i) the actual damages suffered by the injured party as a result of a violation of subsection (a), as provided in subparagraph (B) of this paragraph; and

(ii) any profits of the violator that are attributable to a violation of subsection (a) and are not taken into account in computing the actual damages.

(B) Calculation of damages.--The court shall calculate actual damages by multiplying--

(i) the value of the phonorecords, copies, or works of visual art which are, or are intended to be, affixed with, enclosed in, or accompanied by any counterfeit labels, illicit labels, or counterfeit documentation or packaging, by

(ii) the number of phonorecords, copies, or works of visual art which are, or are intended to be, affixed with, enclosed in, or accompanied by any counterfeit labels, illicit labels, or counterfeit documentation or packaging.

(C) Definition.--For purposes of this paragraph, the `value' of a phonorecord, copy, or work of visual art is--

- (1) 任何著作權人遭到以上故意走私違法情況之侵害或威脅，得向美國地區法院提起民事訴訟；
- (2) 法院有權授予一個或多個暫時或永久禁制令，其內容須能合理預防或抑止故意走私情狀之違反；
- (3) 在訴訟繫屬中任何時候，如法院基於合理確信該物品涉及違法走私案，於適當情形下，得對於被控違法者所管物品發扣留命令；
- (4) 法院得判給被害一方之項目有：合理律師酬金及費用、由於違法走私

(i) in the case of a copyrighted sound recording or copyrighted musical work, the retail value of an authorized phonorecord of that sound recording or musical work;

(ii) in the case of a copyrighted computer program, the retail value of an authorized copy of that computer program;

(iii) in the case of a copyrighted motion picture or other audiovisual work, the retail value of an authorized copy of that motion picture or audiovisual work;

(iv) in the case of a copyrighted literary work, the retail value of an authorized copy of that literary work;

(v) in the case of a pictorial, graphic, or sculptural work, the retail value of an authorized copy of that work;

and

(vi) in the case of a work of visual art, the retail value of that work.

(4) Statutory damages.--The injured party may elect, at any time before final judgment is rendered, to recover, instead of actual damages and profits, an award of statutory damages for each violation of subsection (a) in a sum of not less than \$2,500 or more than \$25,000, as the court considers appropriate.

(5) Subsequent violation.--The court may increase an award of damages under this subsection by 3 times the amount that would otherwise be awarded, as the court considers appropriate, if the court finds that a person has subsequently violated subsection (a) within 3 years after a final judgment was entered against that person for a violation of that subsection.

(6) Limitation on actions.--A civil action may not be commenced under section unless it is commenced within 3 years after the date on which the claimant discovers the violation of subsection (a).

所致實際損害(法院得根據受害物品之零售價額乘以數量計之)、違法走私者因此所得利益(不與實際損害重複計算),以及法定損害賠償數額(終局判決以前,經法院認為適當者,被害一方得就上述所受損害及所得利益,於 2,500 美元以上至 25,000 美元以下範圍之定損害賠償額,擇一求償);

- (5) 在終局判決後 3 年內,加害人有後續再犯情形者,法院得增加賠償額至原應判賠數額之 3 倍;
- (6) 被害者應於發現違法走私情形起 3 年內,須提起民事訴訟,否則罹於消滅時效。

軟體和資訊產業協會(Software & Information Industry Association)對本法採取正面之看法⁴⁹為,由於非法走私使人誤信為真品之包裝、標籤等欺詐消費者文件,已使軟體和資訊出版者倍受損害。並且美國微軟公司認為,本法對於出售、持有、散布及故意使用原始真正之認證標籤而使仿冒品看似真品之非法行為,明定應負民刑事責任,有填補法律漏洞之作用^{50 51 52}。

⁴⁹ SIIA Commands Passage of “Intellectual Property Protection and Courts Amendments Act of 2004” (HR 3632) WASHINGTON, DC, 9/21/2004, *available at* http://www.siiia.net/press/releases/SIIA_HR3632_release_final103.pdf (last visited Nov. 22, 2006).

“The fraudulent online identity sanctions in the bill are significant steps to promoting confidence on the internet,” said Mark Bohannon, SIIA’s General Counsel & SVP Public Policy. “Software and information publishers are seriously hurt when pirates traffic in illicit packaging, labels and other documentation in order to defraud consumers into thinking that what they are purchasing is legit,” said Keith Kupferschmid, SIIA’s Vice President of Intellectual Property Policy and Enforcement. “H.R. 3632 fills an important gap in the law to enable copyright owners to combat these unscrupulous practices.”

⁵⁰ Politech: [Politech] Microsoft Applauds Bush’s signing of Anti-Counterfeiting Bill into Law

⁵¹ Microsoft PressPass-Information for Journalists 6/15/2005

II.3.2 2004 線上身份詐欺制裁法

本法之立法目的在於處理網域名稱登記者提供不實聯絡資訊之問題。對於網域名稱登記者在主動或被動登記、維修或更新網域名稱時，提供實質上錯誤之聯絡資料予網域名稱登記機構，若此與違反著作權法或商標法有所關聯時，明定前開提供錯誤聯絡資料之行爲本身構成違犯著作權法和商標法之行爲⁵³。換言之，本法對於登記網域名稱時提供錯誤聯絡資訊，所導致犯罪或從事侵害著作權或商標權行爲，有加重刑事處罰之明文⁵⁴。

線上身份詐欺制裁法新增訂之內容，略有以下各項⁵⁵：

“Previously, legal action was taken against those selling or possessing counterfeit COA labels. The law created specific criminal and civil penalties for the distribution of genuine COA labels without the software the COA labels were intended to authenticate.”

⁵² The Metropolitan Corporate Counsel P.29 - New Copyright Legislation In The Works, June 2004

“However, current statutory provisions is not broad enough to cover a situation in which the seller of pirated works somehow acquires genuine certificates of authenticity and packages them with unauthorized copies.”

⁵³ SK102 ALI-ABA 1i

⁵⁴ Marcia S. Smith, John D. Moteff, Lennard G. Kruger, Glenn J. McLoughlin, Jeffrey W. Seifert, and Patricia Moloney Figliola, *Internet: An Overview of Key Technology Policy Issues Affecting its Use and Growth*, Congressional Research Service 2, available at

<http://fpc.state.gov/documents/organization/43369.pdf> (last visited Nov. 26, 2006).

⁵⁵ 15USCA1117(e): In the case of a violation referred to in this section, it shall be a rebuttable presumption that the violation is willful for purposes of determining relief if the violator, or a person acting in concert with the violator, knowingly provided or knowingly caused to be provided materially false contact information to a domain name registrar, domain name registry, or other domain name registration authority in registering, maintaining, or renewing a domain name used in connection with the violation. Nothing in this subsection limits what may be considered a willful violation under this section.

1. 凡是違反本法規定者，倘該違反者或共同違犯者，明知而主動或被動在登記、維修或更新網域名稱時，提供實質上錯誤之聯絡資料予網域名稱登記機構，推定該違反行為人係出於故意，但前開規定不構成本法認定何為故意違反行為之限制。
2. 加重罰則⁵⁶部分：倘被告被控違犯故意不實登記網域名稱及故意使用該網域名稱之重罪，除法律別有規定外，最高刑期應加重一倍或增加7年，兩者以較短者為準。
3. 條文釋義⁵⁷

本法所稱之「不實登記」，係指登記方式阻礙辨認登記者或與登記者之接觸而言。

4. 美國量刑委員會⁵⁸：

⁵⁶ 18USC3559 (g)(1): If a defendant who is convicted of a felony offense (other than offense of which an element is the false registration of a domain name) knowingly falsely registered a domain name and knowingly used that domain name in the course of that offense, the maximum imprisonment otherwise provided by law for that offense shall be doubled or increased by 7 years, whichever is less.

⁵⁷ 18USC3559 (g)(2): (A) the term "falsely registers" means registers in a manner that prevents the effective identification of or contact with the person who registers; and
(B) the term "domain name" has the meaning given that term is section 45 of the Act entitled "An Act to provide for the registration and protection of trademarks used in commerce, to carry out the provisions of certain international conventions, and for other purposes" approved July 5, 1946 (commonly referred to as the "Trademark Act of 1946").

⁵⁸ 本法 Section 204 (b): UNITED STATES SENTENCING COMMISSION.—

(1) DIRECTIVE.—Pursuant to its authority under section 994(p) of title 28, United States Code, and in accordance with this section, the United States Sentencing Commission shall review and amend the

- (1) 該委員會應審閱及修正處罰綱領及政策內涵，以確保充分遏阻違犯行為。
 - (2) 加重刑責之規定，對於任何人故意提供不實資訊予網域登記機構，而於登記、維修及更新網域名稱構成違反重罪，均有適用。
5. 本法規定不影響有關登記或使用網域名稱之言論自由或新聞自由，亦不影響法院決定智慧財產權侵害之賠償額、其他救濟，或徒刑期間。⁵⁹

對於本法採取肯定看法之軟體和資訊產業協會(Software & Information Industry Association；SIIA)表示，線上身份詐欺法有助推動民眾對於網路使用的信心，由於著作權侵害、消費者詐欺及網站安全缺失之被害人，經常遭到網域名稱登記者提供錯誤聯絡資訊，本法確有助於處理類此問題⁶⁰。

sentencing guidelines and policy statements to ensure that the applicable guideline range for a defendant convicted of any felony offense carried out online that may be facilitated through the use of a domain name registered with materially false contact information is sufficiently stringent to deter commission of such acts.

(2) REQUIREMENTS.—In carrying out this subsection, the Sentencing Commission shall provide sentencing enhancements for anyone convicted of any felony offense furthered through knowingly providing or knowingly causing to be provided materially false contact information to a domain name registrar, domain name registry, or other domain name registration authority in registering, maintaining, or renewing a domain name used in connection with the violation.

⁵⁹ 本法 Section 205: (a) FREE SPEECH AND PRESS.—Nothing in this title shall enlarge or diminish any rights of free speech or of the press for activities related to the registration or use of domain names.

(b) DISCRETION OF COURTS IN DETERMINING RELIEF.—Nothing in this title shall restrict the discretion of a court in determining damages or other relief to be assessed against a person found liable for the infringement of intellectual property rights.

⁶⁰ SIIA Commends Passage of “Intellectual Property Protection and Courts Amendments Act of 2004 (HR 3632)”, available at http://www.siiia.net/press/releases/SIIA_HR3632_release_final103.pdf (last visited Nov. 22, 2006).

雖然本法修正之意旨，在於協助執法單位追蹤網站經營者展示違法內容或進行侵權之活動，但關於線上身份詐欺制裁法的實際效用，論者顧慮有弱化可能。由於個人以匿名方式在網站上發布資訊，有時確具特殊理由，例如調侃諷刺著作權人或商標權人，或開設有關於健康狀況等其他敏感資訊可供交流。倘若作者和發佈者不得以匿名方式傳布資訊，他們可能不再樂意發表意見⁶¹。

II.4 2004 年保護智慧財產權及反剽竊草案⁶²

當著作權人之著作權遭受侵害而尋求救濟時，長久以來存在之雙重困境為美國聯邦檢察官追訴往往負有嚴格的刑事舉證責任，須證明刑事被告明知其行為違法而仍決意從事犯行，因此檢察官幾乎難以證立刑案控訴，著作權人於是孤軍奮戰保障自身權利，但是又受限於其自身的資力，而無法有效尋求司法救濟⁶³。為解決這種困境，本草案修正內容有：⁶⁴

⁶¹ The Metropolitan Corporate Counsel P.29 - New Copyright Legislation In The Works, June 2004

“Although the intent of the proposed legislation is laudable, the bill does pose some cause for concern. While law enforcement officials may have a need for accurate contact information for domain name registrants, critics have rightfully expressed concerns about the potential chilling effects of the legislation.”

⁶² S. 2237.

⁶³ Library of Congress, ALL CONGRESSIONAL ACTIONS - S. 2237

⁶⁴ Sec. 506a. Civil penalties for violations of section 506

(a) IN GENERAL- The Attorney General may commence a civil action in the appropriate United States district court against any person who engages in conduct constituting an offense under section 506. Upon proof of such conduct by a preponderance of the evidence, such person shall be subject to a civil penalty under section 504 which shall be in an amount equal to the amount which would be awarded under section 3663(a)(1)(B) of title 18 and restitution to the copyright owner aggrieved by the conduct.

(b) OTHER REMEDIES-

1. 美國檢察總長得向美國地區法院對於以下侵害著作權之人提起民事訴訟：
 - (1) 基於商業優勢或私人經濟利益為目的；
 - (2) 在 180 天的期間內，重製或散布(包括電子傳輸方法)至少一件受著作權保護作品，其零售價超過 1 千美元；或
 - (3) 對於著作權人合理期待將於商業上散布但尚未供商業散布之用之作品，以在網站上散布之方式，將其置於一般公眾可使用狀態，並且侵權人須明知或可得知悉該作品原供商業上散布之用。

2. 若證明該違反著作權行為之證據，符合優越性原則(**preponderance of the evidence**)，違犯者將被科以民事罰款。此罰款之數額，由法院斟酌被害者所受

(1) IN GENERAL- Imposition of a civil penalty under this section does not preclude any other criminal or civil statutory, injunctive, common law or administrative remedy, which is available by law to the United States or any other person;

(2) OFFSET- Any restitution received by a copyright owner as a result of a civil action brought under this section shall be offset against any award of damages in a subsequent copyright infringement civil action by that copyright owner for the conduct that gave rise to the civil action brought under this section.¹

17USCA506:(a) Criminal infringement.--

(1) In general.--Any person who willfully infringes a copyright shall be punished as provided under section 2319 of title 18, if the infringement was committed--

(A) for purposes of commercial advantage or private financial gain;

(B) by the reproduction or distribution, including by electronic means, during any 180-day period, of 1 or more copies or phonorecords of 1 or more copyrighted works, which have a total retail value of more than \$1,000; or

(C) by the distribution of a work being prepared for commercial distribution, by making it available on a computer network accessible to members of the public, if such person knew or should have known that the work was intended for commercial distribution.

損害以及被告所得利益、謀生能力需求等決定。違犯者並應對著作權人回復損害發生前原狀。

3. 依本草案科以民事罰款，並不排除美國法上其他民刑事救濟、禁制令、一般法或行政救濟等規定。
4. 著作權人因提起民事訴訟獲得回復原狀之救濟，後來因著作權侵害獲得損害賠償救濟，應予抵銷。
5. 在本草案完成立法生效後 180 日內，美國檢察總長應發展有效實行著作權法之計劃，內容包括：⁶⁵

⁶⁵ SEC. 3. AUTHORIZATION OF FUNDING FOR TRAINING AND PILOT PROGRAM.

(a) TRAINING AND PILOT PROGRAM- Not later than 180 days after enactment of this Act, the Attorney General shall develop a program to ensure effective implementation and use of the authority for civil enforcement of the copyright laws by--

(1) establishing training programs, including practical training and written materials, for qualified personnel from the Department of Justice and United States Attorneys Offices to educate and inform such personnel about--

(A) resource information on intellectual property and the legal framework established both to protect and encourage creative works as well as legitimate uses of information and rights under the first amendment of the United States Constitution;

(B) the technological challenges to protecting digital copyrighted works from online piracy;

(C) guidance on and support for bringing copyright enforcement actions against persons engaging in infringing conduct, including model charging documents and related litigation materials;

(D) strategic issues in copyright enforcement actions, including whether to proceed in a criminal or a civil action;

(E) how to employ and leverage the expertise of technical experts in computer forensics;

(F) the collection and preservation of electronic data in a forensically sound manner for use in court proceedings;

(G) the role of the victim copyright owner in providing relevant information for enforcement actions and in the computation of damages; and

(1) 建立訓練課程，提供實務訓練和書面資料予符合資格的司法部人員及檢察官。包括下列資訊：

A. 教育智慧財產相關資訊、為保護和鼓勵原創作品而建立之法律架構、正當使用資訊之方式，以及憲法第一增補條文賦予人民之權利

(H) the appropriate use of injunctions, impoundment, forfeiture, and related authorities in copyright law;

(2) designating personnel from at least 4 United States Attorneys Offices to participate in a pilot program designed to implement the civil enforcement authority of the Attorney General under section 506a of title 17, United States Code, as added by this Act; and

(3) reporting to Congress annually on--

(A) the use of the civil enforcement authority of the Attorney General under section 506a of title 17, United States Code, as added by this Act; and

(B) the progress made in implementing the training and pilot programs described under paragraphs (1) and (2) of this subsection.

(b) ANNUAL REPORT- The report under subsection (a)(3) may be included in the annual performance report of the Department of Justice and shall include--

(1) with respect to civil actions filed under section 506a of title 17, United States Code, as added by this Act--

(A) the number of investigative matters received by the Department of Justice and United States Attorneys Offices;

(B) the number of defendants involved in those matters;

(C) the number of civil actions filed and the number of defendants involved;

(D) the number of civil actions resolved or terminated;

(E) the number of defendants involved in those civil actions;

(F) the disposition of those civil actions, including whether the civil actions were settled, dismissed, or resolved after a trial;

(G) the dollar value of any civil penalty imposed and the amount remitted to any copyright owner; and

(H) other information that the Attorney General may consider relevant to inform Congress on the effective use of the civil enforcement authority;

(2) a description of the training program and the number of personnel who participated in the program; and

(3) the locations of the United States Attorneys Offices designated to participate in the pilot program.

(c) AUTHORIZATION OF APPROPRIATIONS- There are authorized to be appropriated \$2,000,000 for fiscal year 2005 to carry out this section.

等資訊。

- B. 爲了保護數位著作免於遭受線上剽竊的科技挑戰。
 - C. 對於侵害著作權行爲提起訴訟之相關指導資料，包括指控侵害著作權之文件範本和相關訴訟資料。
 - D. 策略選擇相關資料，包括面對著作權侵害時，應選擇採取刑事或民事追訴的選擇問題。
 - E. 如何利用電腦見識專家的專長。
 - F. 爲了訴訟程序中使用目的，有效的蒐集和保存電子資料的方式。
 - G. 在提供訴訟資訊和計算損害時，著作權人（受侵害者）的角色。
 - H. 適當利用著作權法規範之禁制令、扣押、沒收和其他強制處分的方式。
- (2) 從至少 4 個檢察官辦公室指派人員參與試驗計畫，這些人員將負責本草案新增之民事救濟之執行。
- (3) 每年報告司法部門之表現，包含美國司法部和檢察官辦公室收到的調查案件數，涉案被告數目，民事起訴和被告數目，民事結案數和被告數目，民事處理狀況包括和解、撤回、審判終結等數目，民事罰款及賠付著作權人數額等，以評估民事執法機構之實效。
- (4) 2005 年授權資金數額約 200 萬美元。

II.5 「遏阻仿冒及教育草案」⁶⁶

⁶⁶ Bill Number H.R.4077 for the 108th Congress, <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c108:H.R.4077>: (last visited Sep. 7, 2006).

II.5.1 概說

由於網路改變了社會的溝通方式，也改變許多犯罪的本質，其中亦包括剽竊智慧財產權之方式。藉由越來越複雜的電子方式，例如透過 P2P 檔案交換網路、網上聊天室以及新聞群組的方式，著作權作品被交易而造成著作權之侵害。目前最受歡迎的 P2P 檔案交換軟體程式已被電腦使用者下載超過 2 億次，任何時間內皆有超過 3 百萬人同時在使用其服務，而每個月平均有超過 23 億的數位媒介檔案，透過 P2P 系統在使用者之間傳送。很多電腦使用者單純相信他們不會因此被抓或被追訴，但此種侵害卻會造成工作機會喪失、創作者收入減少，稅收下降以及誠實守法交易者必須負擔上揚價格之不良結果。另外，一些 P2P 網路造成的安全和隱私方面威脅，使駭客得以接觸使用者檔案，並使獨立公司得接管使用者電腦及網路連結，並能追蹤使用者線上習慣。⁶⁷

美國國會有鑑於此，認為有必要使聯邦法律之執行單位主動追查著作權侵害之犯罪，並經由教育大眾有關 P2P 之電腦安全與盜版之風險，來避免違法行為，故制訂本草案。本草案正式成為法律後，將要求 FBI 實施打擊盜版計畫、司法部門執行一項反盜版教育計畫，並預計在 2005 年撥出 1500 萬美金起訴盜版行為。此草案也是第一個對線上音樂盜版行為課以牢獄之災的法律。主要適用對象則是在網站上以 P2P 方式，交易超過 1000 首歌曲之人或是製作、販售盜版院線片之人。

II.5.2 草案內容

本草案於 2004 年 3 月 31 日提出於眾議院之司法委員會 (the House Committee on

⁶⁷ SEC.102. FINDINGS. on HR 4077 RDS, available at <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/C?c108:./temp/~c108CIYj1M> (last visited Sep. 7, 2006).

the Judiciary)，並由眾議院法院、網路與智慧財產小組委員會（the Subcommittee on Courts, the Internet, and Intellectual Property）審查。2004年9月24日由眾議院之司法委員會做成修訂後之報告（H. Rept. 108-700），並於同年9月28日由眾議院通過。同年9月29日送到參議院（H.R.4077.RDS⁶⁸）⁶⁹。

本草案內容主要包括：

（一） 司法部門之自願性計畫⁷⁰

本草案授權檢察總長(Attorney General)建立一個計畫，並於此計畫之下，於網路申請者在使用網路服務業者提供之服務時，倘其行為涉及著作權侵害，司法部門得以警告函通知網路服務提供者，其服務對象因該著作權侵害行為可能受到之懲罰，且網路服務提供者得轉交此一警告信函給侵害著作權之服務對象。上述信函應於本草案施行後18個月期間內進行，但發出之信函總數不得超過10,000封。為保障當事人隱私權，除有法院命令或因其他法律程序需要外，網路服務提供者不得提供其服務對象之任何個人身份辨識有關資料予司法部門。

（二） 教育計畫⁷¹

本草案規定應於副檢察總長（the Associate Attorney General of the United States）

⁶⁸ HR 4077 RDS, available at <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/C?c108:./temp/~c108CIYj1M> (last visited Sep. 7, 2006).

⁶⁹ HR 4077, Major Actions, <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/bdquery/z?d108:HR04077:@@R>.

⁷⁰ SEC. 103. Voluntary Program of Department of Justice on HR 4077 RDS, available at <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/C?c108:./temp/~c108CIYj1M> (last visited Sep. 7, 2006).

⁷¹ Sec. 105. Education Program on HR 4077 RDS, available at <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/C?c108:./temp/~c108CIYj1M> (last visited Sep. 7, 2006).

辦公室下成立「網路使用教育計畫」(Internet Use Education Program)。計畫之目的包括：(1)教育一般大眾關於著作權作品之價值與偷竊有著作權作品對作者的影響；(2)教育一般大眾使用網路非法複製著作權作品的可能風險，包括盜版與安全性的問題。

(三) 在電影放映處所未經授權私自攝影行為之刑罰⁷²

本草案規範「電影放映處所未經授權私自攝影行為之刑罰」之條文，另被納入「家庭娛樂暨著作權法」(Family Entertainment and Copyright Act of 2005⁷³)一部的「藝術家權利暨剽竊防制法」(Artist's Rights and Theft Reform Act of 2006)中，已正式生效成爲法律⁷⁴。

(四) 國會認爲有必要遏阻 P-TO-P 違法行為之見解：

經過調查認爲，全世界最受歡迎之公開 P2P 分享檔案程式，已被下載超過 6 億次。雖然包括 P2P 科技在內，大多數軟體產品本身並無風險，惟負責軟體製造之人員仍應在文件指示與給予相關資訊，散布、調節或更新適當軟體時，付予合理的注意及正當之查核。

由於大量非法活動，包括散布兒童色情品，病毒，機密性個人資訊，以及著作

⁷² SEC. 108. Criminal Penalties for Unauthorized Recording of Motion Pictures in a Motion Picture Exhibition Facility. on HR 4077 RDS, available at <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/C?c108:./temp/~c108CIYj1M> (last visited Sep. 7, 2006).

⁷³ S. 167, 109th Congress of the United States of America at the 1st Session, available at <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/C?c109:./temp/~c109iG1bYc> (last visited Sep. 7, 2006).

⁷⁴ 關於本法這部分之介紹，請參考本章第 2 部分之說明。

權侵害每天發生在公開 P2P 分享檔案服務。甚至有些公眾可得之 P2P 分享檔案服務，使消費者(特別是兒童)暴露在法律責任，隱私權侵害，消費者安全以及非法物品等風險中。一些使用者父母保護兒童免於接觸色情之管控，在這些公開可得之 P2P 分享檔案服務中並不具備。聯邦交易委員會(Federal Trade Commission)於 2003 年 7 月發佈的一份消費者注意文件，警告消費者某些分享檔案服務包藏有傷害性電腦病毒、蠕蟲(worm)，而且會在未經電腦使用者知情與同意之下，於其電腦中裝置間諜軟體以監視使用者瀏覽網路習慣並傳送資料至第三方或自動開啓網路連結。除非這些問題得以解決，P2P 科技將無法達到消費者最高福祉之要求。但到目前為止，從事公開 P2P 分享檔案服務之事業體仍不願或無力面對此問題。

確有許多使用者因為可以得到「免費」的音樂或電影之引誘，而被吸引到此一服務系統。而且，研究與報告顯示，公開 P2P 分享檔案服務事業體從著作權侵害之行爲中得利甚豐，而著作權工業則因其作品被非法「分享」與下載而蒙受巨大損失。由於合法之數位音樂公司提供消費者獲取之音樂已屬廣泛且日益成長，而且能免除公開 P2P 分享檔案服務之可能風險，所以，公開 P2P 分享檔案服務也應該以合理之商業行爲，使用科技方法告知消費者其服務可能存在之風險，並促進其 P2P 分享檔案科技與軟體之合法使用。

基於目前 P2P 分享檔案服務上持續進行的非法與危險活動，有害消費者、幼童及經濟之認識，美國國會認爲負責任的軟體開發者應致力於保護消費者，故國會與政府行政部門必須採取所有適當步驟以保護消費者與幼童，並預防 P2P 上之非法活動發生。⁷⁵

⁷⁵ SEC.109. Sense of the Congress on Need to take Steps to Prevent Illegal Activity on Peer-To-Peer Services. on HR 4077 RDS, available at <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/C?c108:./temp/~c108CIYj1M> (last visited Sep. 7, 2006).

(五) 著作權侵害犯罪處罰之提高⁷⁶：

美國國會基於對上述事實的認識，乃決定就著作權侵害犯罪之定義加以修改，新增「未發表作品」(pre-release work)損害賠償額推定之規定，並提高著作權侵害犯罪之處罰如下：

1. 著作權法第 506 條有關侵權犯罪定義之修改：

修改著作權法第 506(a)條侵權犯罪之定義為：(1) 任何人為得商業利益或私人獲利而故意侵害著作權；(2) 故意重製或散布，包括 180 天期間內以電子傳訊方式，造成至少 1 件著作權作品之一份（含）以上複製品或聲音紀錄之著作權侵害，其零售價(retail value)超過 1 千美元者；(3) 或故意散布或要約散布，無視於進一步侵害之風險，包括 180 天期間內以電子傳訊方式，造成 (A) 至少 1 件著作權作品之一千份（含）以上複製品或聲音紀錄之著作權侵害；(B) 至少 1 件著作權作品之一份（含）以上複製品或聲音紀錄之著作權侵害，其零售總價(retail value)超過 1 萬美元者；(C) 至少 1 件未發表著作權作品之一份（含）以上複製品或聲音紀錄之著作權侵害；應依刑法及刑事程序法第 2319 條處罰。

2. 刑法及刑事程序法第 2319 條有關處罰規定之修改：

任何人違反著作權法第 506(a)(3)條，應處 3 年以下有期徒刑，或科或併科本法所定之罰金；若為商業利益或私益而犯罪者，應處 5 年以下有期徒刑，或

⁷⁶ SEC. 110. Enhancement of Criminal Copyright Infringement. on HR 4077 RDS, available at <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/C?c108:./temp/~c108CIYj1M> (last visited Sep. 7, 2006).

科或並併科本法所定之罰金。累犯則處 6 年以下徒刑，或科或併科本法所定之罰金；為商業利益或私益之累犯，則處 10 年以下徒刑，或科或併科本法所定之罰金。

本草案關於著作權法第 506(a)條侵權犯罪定義修改：(1)與(2)，以及刑法及刑事訴訟法第 2319 條有關處罰規定之修改已被納入「家庭娛樂暨著作權法」⁷⁷ (Family Entertainment and Copyright Act of 2005) 的第 103 條 Criminal Infringement of A Work Being Prepared for Commercial Distribution. 一節，正式生效成為法律⁷⁸。惟侵權犯罪定義(3)之部分則尚未通過立法成為正式法律。

3. 著作權法第 504(b)條有關未發表作品(pre-releas work)損害賠償額推定之修改：

在損害賠償計算方面，增定未發表作品(pre-release work)之損害賠償之推定。倘以電腦網路散布作品於公眾；且明知散發原創作品係供商業用途；則每次侵害未發表作品之推定實際損害為每 1 作品 1 萬美元以上。

(六) 其他

本草案授權司法部門於 2005 會計年度動用至少 1500 萬美金之經費於違反著作權法之調查與執行。⁷⁹司法部門中任何負責電腦駭客或智慧財產犯罪調查單位，至少

⁷⁷ S. 167, 109th Congress of the United States of America at the 1st Session, *available at* <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/C?c109:./temp/~c109iG1bYc> (last visited Sep. 7, 2006).

⁷⁸ Public Law No: 109-009.

⁷⁹ SEC. 107. Authorized Appropriations. on HR 4077 RDS, *available at* <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/C?c108:./temp/~c108CIYj1M> (last visited Sep. 7, 2006).

應有一名幹員協助有關智慧財產偷竊之犯罪調查，且此人員並應受過智慧財產犯罪調查與執行之訓練。⁸⁰

II.5.3 各界反應

「遏阻仿冒及教育草案」(Piracy Deterrence and Education Act)的提出，證明相關利益團體⁸¹已成功說服國會議員：既存之法律規定不足以遏阻網路上剽竊著作權之行爲，另立新法以降低著作權侵害之認定標準有其需要。惟美國圖書館協會(American Library Association, ALA)對之前的草案 H.R.4077 就持反對的立場表示⁸²：

(1) 美國圖書館協會(ALA)並不反對關於著作權侵害之立法上考量，但認爲 H.R.4077 將著作權法進一步犯罪化是不適當之作法。(2) ALA 支持執行具有清楚侵權界線之既有法律。從 H.R.4077 所增加之廣泛犯罪條款內容看來，其犯罪界線模糊不清。(3) ALA 關心 H.R.4077 所使用之模糊法律用語，對其會員可能有潛在之風險。(4) 即使沒有著作權侵害之情況，H.R.4077 仍然禁止在電影院使用錄製設備。在圖書館中，學生如果在影片課程錄製簡短之影片摘錄，可能觸犯重罪。(5) H.R.4077 授權使用美元一百五十萬於調查與執行著作權與建立網路使用教育計畫。ALA 會員相信，電影與錄音錄影產業應自行提供資金，而不是使用公共資源於其自己的著作權教育活動中。

⁸⁰ SEC. 104. Designation and Training of Agents in Computer Hacking and Intellectual Property Unit. on HR 4077 RDS, available at <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/C?c108:./temp/~c108CIYj1M> (last visited Sep. 7, 2006).

⁸¹ 主要代表團體爲 Motion Picture Association of America (MPAA) 以及 Recording Industry Association of America (RIAA).

⁸² Anti-Piracy Legislation, available at <http://www.ala.org/ala/washoff/Woissues/copyrightb/antipiracylegislation/antipiracy.htm> (last visited Nov. 12, 2006).

CCIA(Computer & Communications Industry Association)執行長亦表示⁸³，「本草案之影響深遠。將原來兩家公司間之著作權爭議變成聯邦法的犯罪，將增加司法部門工作的負荷。本草案讓律師插手在尚未發明完成的科技工程進程中，只會使公司害怕在適應新科技時因疏忽造成錯誤而犯罪，因而在新科技發展上造成寒蟬效應。」他更進一步指出，「在此草案之下的『教育』計畫，司法部門將變成相關利益產業的執行部門，因為司法部門只會提出有利於相關產業的材料，卻忽略多數公眾的權利。」因此，他要求國會議長與弱勢團體領導人應該檢視此一草案，並重新檢視其所要達成之目標是否合適。

II.5.4 小結

「遏阻仿冒及教育草案」(Piracy Deterrence and Education Act)的目標在遏止著作權之侵害，特別是針對網路世界中的 P2P 行為所造成之著作權侵害。「遏阻仿冒及教育草案」立法之後，網站所有人與娛樂事業將可以用此一草案所提供之新武器，對抗新的網路侵權型態。此一遏止著作權被侵害之新武器，主要是侵權犯罪定義之修改，包括：(1) 任何人為得商業利益或私人獲利而故意侵害著作權；(2) 故意重製或散布，包括 180 天期間內以電子傳訊方式，造成至少 1 件著作權作品之一份(含)以上複製品或聲音紀錄之著作權侵害，其零售價(retail value) 超過 1 千美元者；(3) 或故意散布或要約散布，無視於進一步侵害之風險，包括 180 天期間內以電子傳訊方式，造成(A) 至少 1 件著作權作品之一千份(含)以上複製品或聲音紀錄之著作權侵害；(B) 至少 1 件著作權作品之一份(含)以上複製品或聲音紀錄之著作權侵害，其零售總價(retail value) 超過 1 萬美元者；(C) 至少 1 件未發表著作權作品之一份(含)

⁸³ CCIA Send Letter to Hastert and Pelosi Discuss HR 4077 Piracy Deterrence and Education Act of 2004, available at <http://www.ccianet.org/modules/php?op=modload&nam=News&file=article&sid=569&mode=thread&order=0&thold=0> (last visited Nov. 12, 2006).

以上複製品或聲音紀錄之著作權侵害。違反上述規定者應處 3 年以下有期徒刑，或科或併科本法所定之罰金；若為商業利益或私益而犯罪者，應處 5 年以下有期徒刑，或科或並併科本法所定之罰金。累犯則處兩倍之徒刑，即 6 年以下有期徒刑；為商業利益或私益之累犯，則可處更高之 10 年以下有期徒刑。

至於使用影音錄製設備竊錄（傳輸或重製）電影院第一輪上映之影片者，「遏阻仿冒及教育法」也就此種犯罪行為，訂定得處 3 年以下有期徒刑得併科罰金，累犯者得處 6 年以下有期徒刑之規定。

若本草案經國會通過並成為正式法律，預料將對於以數位檔案分享方式侵權之網路時代犯罪型態，產生一定之遏阻效果。惟在提供相關娛樂事業保護之同時，是否有因為過度嚴格規範而犧牲其他網路使用者、網路廣告業者與其顧客、或網路科技公司及網路之發明，尚有待觀察⁸⁴。

⁸⁴ Jason Allen Cody, *Congressional Attack on Axis of Internet Evil: Pop-Up Ad Spies & P2P Pirates*, available at http://practice.findlaw.com/scripts/printer_friendly.pl?page=/tooltalk-1004.html (last visited Nov. 12, 2006).

第三章 促進著作利用

III.1 前言

本章旨在探討美國近年著作權法關於「促進著作利用」所為之努力。蓋建制著作權法制之主要目的，除保護著作人之著作權外，亦在於促進人類社會之智慧得有所進展。是一味保護權利人，恐非著作權法制之本旨所在，適當兼及著作利用人之利益，方得使該著作獲致最大經濟效益，並追求人類社會得有所進步。以下，謹對與「促進著作利用」有關之法案及議題加以分析、討論，其中包括 3.2 之「孤兒著作」議題、3.3 之「權利金暨授權」議題及 3.4 之「衛星業者」議題。

III.2 孤兒著作 (orphan works)

所謂「孤兒著作」(orphan works)，一般係指欲使用著作之人經善意(good faith)合理搜尋(a reasonable search)後仍陷於不明、難以（或無法）尋得(locate)著作權人之著作¹。美國著作權局於 2006 年「孤兒著作研究報告」中認定「孤兒著作」乃係指涉一種著作權所有人無法為欲使用該著作之人尋得，而該使用人所欲使用該著作之方式，依法需取得該著作所有人同意者²。在此情形者，因無法取得著作權人之授權，此等著作之利用即陷於困難。此際，使用人即須承擔一種因無法自著作人取得授權

¹ See e.g. Jerry Brito & Bridget Dooling, *An Orphan Works Affirmative Defense to Copyrights Infringement Actions*, 12 MICH. TELECOMM. TECH. L. REV. 75, 76 (2005).

² See US Copyrights Office, *Reports on Orphan Works* 15 (2006).

而遭控侵權的風險，因而形成一種法律關係無法獲致確定的困境。倘使用人已盡合理相當之搜尋責任，仍舊無法尋得著作權人以取得其授權時，如仍限制其不得使用，或仍准許該著作之著作權人對該使用人追究侵權責任，則似與著作權保障之精神有違。尤以，美國著作權法於 1998 年著作權期間延長法(Sonny Bono Copyright Term Extension Act)通過後，著作權保護期間乃延長 20 年，因此而生之前述爭議更為突顯（關於孤兒著作問題的成因，詳見 3.2.2.3 之討論）。

其中，學術研究及攝影著作可謂是最常需要面臨孤兒著作問題的領域。美國近來備受關注的案例即是由 Google, Inc 及數家網路搜尋公司合夥成立之 Google Print Library，其計畫透過 Google 的搜尋網絡，將各大學如哈佛大學、史丹佛大學、密西根大學、牛津大學、紐約大學之圖書館之館藏加以掃描後，供使用者得從網路中直接搜尋後列印使用，但其在取得各著作人授權時，即面臨嚴重困難，蓋只有在 1923 年以前之著作始無須取得著作人授權。Google 此一大型電子化典藏(digital archives)計畫，亦引發美國各界對於孤兒著作議題的討論³。目前各界逐漸出現應如何適切調整「孤兒著作」相關規範的討論，最後更有相關法案的提出、甚至於獲得國會通過，以下茲簡述之。

III.2.1 2005 孤兒著作保存法(Preservation of Orphan Works Act of 2005)

2005 年 4 月 27 日，美國總統布希正式簽署先前由國會通過之「家庭娛樂暨著作

³ 關於此計畫之介紹及評論，請參考 Jonathan Band, *The Google Print Library Project: A Copyright Analysis*, available at <http://www.policybandwidth.com/doc/googleprint.pdf#search='Google%20Print%20Library'> (last visited Sep. 26, 2006)。See also Emily Anne Proskine, Note, *Google's Technicolor Dreamcoat: A Copyright Analysis of the Google Book Search Library Project*, 21 BERKELEY TECH. L.J. 213 (2006).

權法」(Family Entertainment and Copyright Act of 2005, FECA)⁴，該法一方面將在電影院側錄影片之行爲列爲犯罪行爲，以刑罰相繩；另一方面亦將盜版販賣尙未正式發行之著作物(pre-release works)之行爲，施以刑事責任，凡此對娛樂事業均屬重大利多。然而，該法也允許清除影片之聲音或影像內容。該法實際上係由「藝術家權利及防止竊盜法」(Artists' Rights and Theft Prevention Act of 2005)、「家庭電影法」(Family Movie Act of 2005)、「國家電影保存法」(National Movie Preservation Act of 2005)，及「孤兒著作保存法」(Preservation of Orphan Works Act)等子法構成。其中，後二子法原先於提案階段時，亦曾被合併而稱爲「爲學術教育目的保存及修復孤兒著作法草案」(Preservation and Restoration of Orphan Works for Use in Scholarship and Education Act of 2005, PRO-USE Act)。

在此之前，於美國國會第 108 會期，「2004 年家庭娛樂暨著作權法案」(Family Entertainment and Copyright Act of 2004)即已被提出⁵，「2004 年孤兒著作保存法案」亦曾被單獨提出⁶，惟最後均未獲國會通過。直至第 109 會期時，本法案捲土重來，始獲得通過，成爲正式立法。

其中，關於「孤兒著作保存法」，其主要在於修正著作權法第 108 條第 i 項之規定，使得圖書館得就原受著作權保障惟於其著作權期間最後 20 年內未曾經商業使用 (commercially exploited)或得以合理價格取得(available at a reasonable)之影音視聽著作，予以複製⁷。著作權法第 108 條規定旨在於使開放公眾使用(open to public)之圖書館(libraries)或檔案機構(archives)或其受雇人於受雇範圍內，得爲非直接或間接商業利用目的(without any purpose of direct or indirect commercial advantage)，重製

⁴ P.L. 109-9 (2005).

⁵ S. 3012 (2004).

⁶ H.R. 5136 (2004).

⁷ Section 402, P.L. 109-9.

(reproduction)或散布(distribution)著作物⁸。此項規定於 1998 年 DMCA 修法時，曾針對「數位圖書館」(digital library)之趨勢，而有所修正⁹。

然而，該項第 i 款修正前之規定將音樂、圖畫、圖形或雕塑著作、電影或其他非屬新聞性之視聽著作排除於本項適用範圍之外。惟其仍設有豁免條款，即於符合該條第 b 項及第 c 項者，得例外適用本項規定¹⁰。此二項規定分別為：

1. 第 b 項：係對「未發行著作」(unpublished work)所為規定，其限制於此情形，圖書館或檔案機構僅得為保存(preservation)、保全(security)或供其他圖書館或檔案機構研究之用，始得重製三份；且該著作應本即為該圖書館之館藏¹¹。
2. 第 c 項：係對「已發行著作」(published work)所為規定，其限制於此情形，圖書館僅得為更換原以受損、變質、遺失或遭竊之館藏，或該館藏著作原有之格式業遭淘汰者，且圖書館已盡相當努力確定無法以合理價格取得該著作物者，圖書館始得合法重製之¹²。

⁸ 17 U.S.C. §108 (a).

⁹ 詳請參見章忠信，〈數位化圖書館與著作權法之修正〉，《智慧財產權》，第 61 期，頁 26 以下（93 年 1 月）。

¹⁰ 17 U.S.C. §108 (i).

¹¹ 17 U.S.C. §108 (b): The rights of reproduction and distribution under this section apply to three copies or phonorecords of an duplicated solely for purposes of preservation and security or for deposit for research use in another library or archives of the type described by clause (2) of subsection (a), if—

(1) the copy or phonorecord reproduced is currently in the collections of the library or archives; and
(2) any such copy or phonorecord that is reproduced in digital format is not otherwise distributed in that format and is not made available to the public in that format outside the premises of the library or archives.

¹² 17 U.S.C. §108 (c): The right of reproduction under this section applies to three copies or phonorecords of a published work duplicated solely for the purpose of replacement of a copy or phonorecord that is damaged, deteriorating, lost, or stolen, or if the existing format in which the work is stored has become obsolete, if—

(1) the library or archives has, after a reasonable effort, determined that an unused replacement cannot be

是以，第 i 項所指之音樂、圖畫、圖形或雕塑著作、電影或其他非屬新聞性之視聽著作等非書籍類型之著作，在本次修法之前，僅得於前述二款例外事由該當時，圖書館或檔案機構始得加以複製。

至於本次修法之後，則將例外情形增列一項，即原第 108 條第 h 項之規定。該規定內容略以：已發行之著作，於其著作權保護期間最後 20 年間，倘經合理調查(a reasonable investigation)，圖書館認定無下列情況者，即得予以重製、散布、展示或演出該著作之重製物或錄音物：

1. 該著作係為一般商業使用者；
2. 該著作得以合理價格購得者；
3. 該著作之作者或其代理人，依著作權法規揭示該著作有前述二項情形之一該當者。¹³

obtained at a fair price; and

(2) any such copy or phonorecord that is reproduced in digital format is not made available to the public in that format outside the premises of the library or archives in lawful possession of such copy.

For purposes of this subsection, a format shall be considered obsolete if the machine or device necessary to render perceptible a work stored in that format is no longer manufactured or is no longer reasonably available in the commercial marketplace.

¹³ 17 U.S.C. §108 (h): (1) For purposes of this section, during the last 20 years of any term of copyright of a published work, a library or archives, including a nonprofit educational institution that functions as such, may reproduce, distribute, display, or perform in facsimile or digital form a copy or phonorecord of such work, or portions thereof, for purposes of preservation, scholarship, or research, if such library or archives has first determined, on the basis of a reasonable investigation, that none of the conditions set forth in subparagraphs (A), (B), and (C) of paragraph (2) apply.

(2) No reproduction, distribution, display, or performance is authorized under this subsection if—

因此，於本次修法之後，關於原第i項所列之非書籍之影音視聽著作，於其著作權保護期間最後 20 年間，若符合上述要件而得被認定屬「孤兒著作」者，即得由圖書館、檔案機構等為非營利目的而使用。

III.2.2 美國著作權局孤兒著作研究報告(US Copyrights Office's Reports on Orphan Works)

(一) 調查公告 (Notice of Inquiry)

孤兒著作的問題，長期為美國各界所關注，其中當然包括美國參眾兩院。2005 年 1 月 5 日美國參議員 Orrin Hatch 及 Patrick Leahy 即要求著作權局應就此議題進行研究，並提出解決方案；後眾議員 Lamar Smith 及 Howard Berman 表達相同之關切，並支持著作權局應對本議題進行研究。¹⁴為此，著作權局特於 2005 年 1 月 27 日於聯邦公報(Federal Register)上刊載「調查公告」(Notice of Inquiry)¹⁵，就孤兒著作議題廣徵各界意見。其詢問的問題主要包括：

1. 創作人或其他使用人所面臨之問題(problems faced by the subsequent creators and users)：

(A) the work is subject to normal commercial exploitation;

(B) a copy or phonorecord of the work can be obtained at a reasonable price; or

(C) the copyright owner or its agent provides notice pursuant to regulations promulgated by the Register of Copyrights that either of the conditions set forth in subparagraphs (A) and (B) applies.

(3) The exemption provided in this subsection does not apply to any subsequent uses by users other than such library or archives.

¹⁴ See US Copyrights Office, *Reports on Orphan Works* 1 (2006).

¹⁵ <http://www.copyright.gov/fedreg/2005/70fr3739.pdf> (last visited Sep. 20, 2006).

- 在就前已存在之著作(pre-existing works)取得授權或權利證明(clearances)時，創作人或其他使用人所遭遇的困難為何？
 - 何種創作人或使用人會遭遇前述困難，及彼等擬欲使用之方式的類型為何？
 - 搜尋權利人遭遇困難的頻率為何？
 - 其找尋權利人通常使用的途徑？
 - 當權利人尋獲後，使用人會否面臨其他困難？
2. 孤兒著作應如何界定(identification and designation)：
- 孤兒著作應如何定義？
 - 是否應參酌各該著作之情形為個案判斷？
 - 抑或應建立一套較為正式的判別系統？例如使權利人得以主張其繼續就該著作享有權利之註冊或檔案系統，或者使用人得提出其對權利人不明之著作之使用意願。
 - 又以上判別系統應由何機關建制？
3. 期間(age)：
- 在判斷某項著作是否屬孤兒著作時，應否以該著作之創作時間迄今已距特定期間以上，始得認之為孤兒著作？
 - 若是，則該期間應為多久？
4. 出版(publication)：

- 是否僅經出版之著作始得認定為孤兒著作？
 - 抑或，未經出版之著作亦得認之為孤兒著作？其將孤兒著作規範適用於未經出版著作之理由何在？
5. 特定著作經認屬孤兒著作後之法律效果為何？
6. 若欲對孤兒著作有所規範，其與現有國際規範間之關係為何？應如何適用？

該意見徵集直至 2005 年 5 月 9 日截止。根據著作權局統計，其總計收到 867 件書面意見，其中包括 721 件初次意見(initial comments)及 146 件回覆意見(reply comments)¹⁶，主要係由書籍出版者、作者、圖書館及檔案機構、博物館、音樂出版者、錄音著作藝術家及音樂家、唱片公司、權利管理團體(rights administration organizations)、學術機構、插圖畫家、攝影師、獨立製片者、電影片廠、軟體業者、網路業者及個人所提出¹⁷。該局並於同年 7、8 月間舉辦三場圓桌會議，分別於華盛頓特區、柏克萊及加州舉辦，參與者包含：書籍出版者、作者、圖書館及檔案機構、博物館、錄音著作藝術家及音樂家、唱片公司、權利管理團體(rights administration organizations)、學術機構、插圖畫家、攝影師、獨立製片者、電影片廠、軟體業者及網路業者¹⁸。又，該局亦分別訪談各個利益團體、組織，以探究自

¹⁶ 詳細意見內容，均已公布於該局網站，網址：<http://www.copyright.gov/orphan/>。部分意見之中文介紹，請參照「著作權數位產業市場授權之研究」，第 143 頁至第 151 頁，available at http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright_book/研究報告/著作權數位產業市場授權之研究.pdf (last visited Sep. 20, 2006)。

¹⁷ See US Copyrights Office, *Reports on Orphan Works* 17-8 (2006).

¹⁸ See US Copyrights Office, *Reports on Orphan Works* 17-8 (2006).

各方意見及圓桌會議中發現之爭點，並邀請該團體表示意見¹⁹。最後，經彙整以上所有成果後，著作權局於 2006 年 1 月提出「孤兒著作研究報告」(Report on Orphan Works)。²⁰

(二) 研究報告

本研究報告共分六章，分別為：第一章「摘要」(Executive Summary)、第二章「導論及背景」(Introduction and Background)、第三章「孤兒著作實例彙整」(Description of Orphan Works Situations)、第四章「法律背景」(Legal Background)、第五章「解決方案彙整」(Description of Proposed Solutions)、第六章「結論及建議」(Conclusions and Recommendations)。其中，第一章及第二章分別在摘要全文及敘述本研究報告的緣起及背景，於此不予贅述。以下謹分別簡述第三章至第六章之內容。

1. 孤兒著作案例彙整

研究報告第三章主要在彙整各界所提建議中對於孤兒著作案例之描繪，以及各該案例中，使用人所擬採取之使用措施。然而，經彙整結果發現，欲將孤兒著作問題之範圍予以量化的方式清楚界定，實有其困難。理由在於在各方提供之意見中，有將近 40% 之比例，未表明實際孤兒著作之案例事實，甚且有少部分意見 (10%) 所提情形根本非屬孤兒著作。縱然如此，在各方提供之意見中，有 50% 之比例，其所提案例可認之為孤兒著作，並且在許多由各協會團體所提意見中，更曾舉出多件實際案例供參。例如，在藝術學院協會 (College Art Association) 所提意見中即舉出該協會會員於出版藝術史與藝術教育學術研究著

¹⁹ 詳細訪談對象，請參見 US Copyrights Office, *Reports on Orphan Works* Appendix D。

²⁰ See US Copyrights Office, *Reports on Orphan Works* 1-2 (2006).

作之過程中，無法尋得權利人之具體案例。²¹

(1) 搜尋權利人之困難所在 (Obstacles to Identifying and Locating Copyright Owners) :

繼之，研究報告將各方意見所提及之實際案例，使用人於搜尋權利人時所面臨之困難，歸納如下：²²

- A. 原著作本身就權利人資訊之揭露不足或不當 (inadequate information on the work itself) ;
- B. 著作權移轉或著作人本身情況之改變，但著作本身並無適當資訊 (inadequate information about copyright ownership because of a change of ownership or a change in the circumstances of the owner) ;
- C. 現有著作權人資訊來源之不足 (limitations of existing copyright ownership information sources) ;
- D. 搜尋權利人資訊之困難性 (difficulties researching copyright information) 。

(2) 使用人所擬採取之使用措施 (Proposed Uses) :

至於，使用人擬欲採取使用孤兒著作之方式，研究報告分類如下：²³

²¹ See US Copyrights Office, *Reports on Orphan Works* 21-2 (2006).

²² See US Copyrights Office, *Reports on Orphan Works* 23-4 (2006).

²³ See US Copyrights Office, *Reports on Orphan Works* 41-68 (2006).

- A. 衍生著作(derivative work)：即後續使用人欲以原著作為基礎，於其上增加創意；
- B. 將著作置於網路上，以對公眾提供大範圍的連結使用(large-scale access uses)；
- C. 為嗜好或熱情所為之使用；
- D. 私人使用(private uses)。

2. 法律背景

(1) 歷史因素(historical factors)

研究報告第四章主要在探討孤兒著作議題之法律背景。其首先說明孤兒著作問題發生的歷史因素(historical factors)，指出：1976年著作權法的修正，是本問題的起源，特別是1976年著作權法規定改採「創作保護主義」，使著作權人於完成著作時即取得著作權保護，而無須經過登記（「登記保護主義」），此使權利人較之於1909年著作權法時代更易於取得著作權保障，且1976年著作權法延長著作權保護時間至50年（現更延長為70年²⁴），原「更新登記」(renewal registration)制度（即在著作登記後28年屆至時，應向登記機關為著作權更新，始得續受著作權保障）亦因而廢止。此等著作權法制之重大變遷，實為美國著作權法為與國際著作權法規範接軌所為之修正，特別是「伯恩公約」(Berne Convention)²⁵。

²⁴ 1998年著作權期間延長法案(Sonny Bono Copyright Term Extension Act)將著作權保護期間延長20年。

²⁵ 亦即Berne Convention for the Protection of Literary and Artist Works，美國國會於1988年正式加入該公約。

按伯恩公約第五條第二項規定：「〔受本公約保護之〕各項權利的享有與行使不以特定形式為必要...」（“The enjoyment and the exercise of these rights shall not be subject to any formality...”），此即所謂著作權之「自動保護原則」（the principle of automatic protection），或「創作保護主義」，意指著作權之行使無須履行任何形式要件，著作一旦完成，即自動受到著作權法之保護，無須待完成登記或註冊²⁶。其他國際公約諸如 TRIPS、WCT 及 WPPT 亦均禁止會員國對著作權保障附加「形式要件」，故而美國亦於 1976 年修正其著作權法改採「創作保護主義」，此亦成爲美國孤兒著作問題日益嚴重的主要原因。

（2）美國著作權法現對孤兒著作之規範

研究報告續對美國現行著作權法對孤兒著作之規範，有概要之討論。其指出：雖然美國著作權法未對孤兒著作有全面而完整之特別規定，但在個別條文中，仍有見個別允許使用人使用孤兒著作之情形，且亦有減輕使用孤兒著作風險之規定。諸如：著作權法第 108 條第 h 項、第 115 條 b 項、第 504 條第 c 項第 2 款第 203 條、第 304 條第 c 項及第 d 項等規定。

（3）國際規範

此外，研究報告亦就孤兒著作議題有關之國際規範有所論述，其中包括前述之伯恩公約、WTO 之 TRIPS、WIPO 之 WCT 及 WPPT 等國

²⁶ 參見羅明通，著作權法論，2005 年，第 6 版，台英法律事務所出版，頁 33。

際規範。此等國際規範要求締約國應對著作權有最低限度之保障，並對著作權限制與例外及其救濟等項有所規範。研究報告並提醒在考量孤兒著作之立法規範時，必須將前述對美國存有拘束力之國際規範應納入考量範圍內，尤其應留意：A. 著作權之保障不得增設「形式要件」；B. 任何著作權的例外或限制均應符合「三步驟審查標準」(three-step test)²⁷；C. 權利人之權利救濟應符合國際規範中的相關規定。²⁸詳述如下：

A. 著作權之保障不得增設「形式要件」：

如前述，伯恩公約、TRIPS、WCT 及 WPPT 等國際規範均禁止各國於著作權法中對於著作權之保障加諸形式要件。所謂形式要件，一般而言，係指與創作著作本身無關的條件或方法，常見的形式要件為註冊(registration)、提交著作(deposit of copies)、通知(notice)，而此種形式要件亦為過去美國著作權法所採取。²⁹

為了踐行美國對於國際規範的義務，任何孤兒著作的立法方案即不得對著作人增列權利享有或行使的形式要件，例如：倘著作人疏於踐行某項要件或程序，以致於該著作成為孤兒著作時，該著作人即不得主張其對該著作之著作權；倘著作人未向著作權局登記，其著

²⁷ 所謂「三階段審查標準」係出自於「伯恩公約」對於「重製權」的例外規範，包含：1. 特定特殊案例(certain special cases)；2. 不得與正常使用著作衝突(does not conflict with a normal exploitation of the work)；3. 不得對作者之正當利益構成不合理之侵害(does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author)。

²⁸ See US Copyrights Office, *Reports on Orphan Works*, 68.

²⁹ See US Copyrights Office, *Reports on Orphan Works*, 60.

作即落入公共財之領域(public domain)；倘著作人未依規定為通知，其著作即落入公共領域；以上情形都已違反伯恩公約，而非其所允許。

B. 任何著作權的例外或限制均應符合「三步驟審查標準」(three-step test)：

除了形式要件之禁止外，國際規範中關於著作權例外及界限之規定，亦需留意。其中，以伯恩公約關於重製規定之「三步驟審查標準」(three-step test)最為著名。該公約第九條第二項規定：「各國得於特定案例情形下立法允許重製著作物之行爲，但以該重製行爲係基於著作之正常利用，且未對著作人法定利益造成不合理之損害為限」。基此，各國著作權法欲對著作權施以例外規定，1. 首先應僅限於「特定案例情形」(certain special cases)，並且 2. 各該重製行爲不得違反著作之正常利用(does not conflict with a normal exploitation of the work)，最後 3. 該重製行爲不得對著作人法定利益造成不合理損害(does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author)。雖然此三步驟審查方式原僅於伯恩公約中適用在著作重製規範的領域，但因為 TRIPS 之故，致使所有關於著作權「限制」(limitations)及「例外」(exceptions)之規範均應遵守「三步驟審查標準」。³⁰其他諸如 WCT、WPPT 等國際規範亦均採之。

因此，倘立法者欲對著作權於「孤兒著作」之「例外情形」施以著

³⁰ See TRIPS article 13 (“Members shall confine limitations or exceptions to exclusive rights to certain special cases which do not conflict with a normal exploitation of the work and do not reasonably prejudice the legitimate interests of the right holder.”).

作權之「限制」或「例外」之規範，即須符合「三步驟審查標準」，始得為之。尤其，應清楚界定「孤兒著作」所指情形為何（雖不必明確到具體案例情形），方能符合「特定案件情形」之要件。

C. 權利人之權利救濟應符合國際規範中的相關規定：

依 TRIPS 第三部分之規定，各國必須於其司法制度中有適切之規範，使權利人得以藉由各國之司法體系、程序主張其權利，以使其著作權得以獲得落實。因此，倘欲藉由修正孤兒著作權利人於司法程序中的救濟管道，以適度解決孤兒著作的問題，即應注意避免違反 TRIPS 中關於權利人救濟途徑之規定。

3. 解決方案彙整

研究報告第五章主要在於彙整各方意見所提解決孤兒著作問題之方案，經其分析比較，略可歸類於以下四項：³¹

- (1) 依現有法律及處理方式解決，但多數意見並不贊成此種解決方式；
- (2) 不另立法，但以強化搜尋權利人之資料庫等配套方案解決；
- (3) 立法限制與孤兒著作有關之侵權訴訟，此亦為最多意見支持者；
- (4) 其他立法方案，如將所有孤兒著作均視為公共財(public domain)等。

³¹ See US Copyrights Office, *Reports on Orphan Works* 69 (2006).

其中，多數意見支持以第三種方案---「限制孤兒著作權利人之救濟方式」(a limitation-on remedies system)。多數意見認為，在此方案中，利用人應於使用前盡其勤勉搜尋義務，搜尋權利人之所在，倘已克盡前開義務仍無法尋得權利人所在時，此利用人所擬欲使用之著作始得被認定為孤兒著作，並且得於嗣後該著作權利人對其主張權利時，享有「救濟方式限制」之處遇。³²至於限制權利人對使用人救濟之「限制方式」，多數意見認為，該「限制」應有助於達到鼓勵利用人利用該著作之目的。其中關於「推定損害」及「訴訟律師費用」部分，多數意見即認為不應在權利人得請求之範圍內；關於禁制令部分，多數見解認為在權利人出現前使用人對該著作已使用之部分，應不得以禁制令禁止之，換言之，應許之繼續存在；至於在權利人出現後，則利用人即不得繼續使用，即此部分應屬禁制令得核發之範圍。³³

至於如前所述，在孤兒著作之判斷上，究竟應建立一套正式判別系統，抑或應以個案判斷，經研究報告觀察，多數意見傾向後者，亦即在判斷利用人是否已經克盡其搜尋義務，而得將該著作認定為孤兒著作時，應取之於各該個案之實際情形。多數意見認為，這樣的判斷方式始能涵蓋各式各項的孤兒著作情形；但仍有為數不少之意見贊成應採取前者，例如 Google, Inc.及 Sincaglia & O' Shell 等。³⁴

另外，研究報告亦指出，各方意見中對於「登記制度」，亦有不少討論。部分意見認為應該建立一套「強制登記權利資訊」之制度(a mandatory registry for owner information)，但此意見受不少其他意見之反對，蓋此舉無異於將美國著作權法

³² See US Copyrights Office, *Reports on Orphan Works* 71 (2006).

³³ See US Copyrights Office, *Reports on Orphan Works* 115-21 (2006).

³⁴ See US Copyrights Office, *Reports on Orphan Works* 72 (2006).

退回 1976 年修正前之時代，並且亦將與國際規範相牴觸。但對於「自願登記權利資訊」制度(a voluntary registry for owner information)卻有不少意見支持，惟此種方式對於攝影孤兒著作問題，則似無太大的助益。另有倡議建立「使用通知登記」制度，即使用者可將其欲對無法尋得權利人著作之使用，向該登記系統為通知(notice)，至於此種方式應以強制或自願，則各有意見支持。

至於如 4.2.2.1 中所述，在界定孤兒著作時，應否將該著作之「年齡」(age)---即該著作完成後迄今所經歷之時間---納入考量範圍？應否將其是否出版考量在內？該著作是否為外國著作？關於此等問題，多數人持反對立場，其認為：在認定是否為孤兒著作時不應將前揭問題納入考量範圍，即孤兒著作不應以具備前揭特質為限；相反的，前揭項目應是在判斷使用人是否克盡搜尋義務時，始應判斷者。

4. 結論及建議

研究報告第六章則是著作權局對於本議題之結論及建議。文末，其更提出對孤兒著作之修法建議³⁵，謹概述如下。

該修正案擬規定於著作權法第 514 條，係對著作權法第 502 條至第 505 條規定所為修正。其首先就得主張救濟限制抗辯之被控侵權者（利用人）之要件，有以下規定：

- (1) 在使用系爭著作前，利用人已基於善意克盡合理搜尋義務，搜尋權

³⁵ See US Copyrights Office, *Reports on Orphan Works* 127 (2006).

利人所在，但搜尋未果者；³⁶

(2) 業已相當程度標明其於搜尋過程中所得知之該著作來源者。³⁷

符合於以上要件之利用人，其於被控侵權之訴訟中，即得主張以下抗辯：

(1) 金錢損害賠償：

- A. 權利人僅得請求利用人對其利用該著作行為之合理補償；
- B. 逾此範圍之損害賠償，均不得主張（包括事實上之損害、推定損害、訴訟費用、律師費用等）。

(2) 禁制令：

- A. 於利用人已對系爭著作開始為利用行為，且該利用包含利用人創意之表達之情形，倘利用人已就該利用行為對權利人為合理補償，並適當於其衍生著作上表徵權利來源者，法院即不得核發禁制令，限制該利用人不得繼續利用；
- B. 除前述情形外，法院得核發禁制令，限制利用人之利用行為，但法院需考量該禁制令是否將會損害該利用人之信賴利益。

³⁶ “prior to the commencement of the infringement, performed a good faith, reasonably diligent search to locate the owner of the infringed copyright and the infringer did not locate that owner”

³⁷ “throughout the course of the infringement, provided attribution to the author and copyright owner of the work, if possible and as appropriate under the circumstances,”

該法案並規定，該法案對於著作權法之修正，並不影響原著作權法關於著作權侵害所規定之權利、限制及抗辯，尤其包括合理使用之規定³⁸。並且規定，本修正案應於生效十年後始得使用³⁹。

III.2.3 2006 年孤兒著作草案 (Orphan Works Act of 2006)

本草案⁴⁰係由美國德州 Smith 眾議員於 2006 年 5 月 22 日提出。本草案擬於美國著作權法第五章中增列第 514 條規定，旨在於對與孤兒著作有關之救濟案件，予以適當之限制及調整，並排除同章中的第 502 條至第 505 條規定之適用⁴¹。以下略述本草案內容。

一、 草案內容

(一) 適用範圍

本草案首先確認適用本條規定之案件，僅限於依著作權法所提起之侵權訴訟，若被告能證明下列各項，且獲法官認許者：⁴²

³⁸ “Nothing in this section shall affect rights, limitations or defenses to copyright infringement,”

³⁹ “This section shall not apply to any infringement occurring after the date that is ten years from date of enactment of this Act.”

⁴⁰ H. R. 5439 (2006).

⁴¹ 審查意見中提及「本草案中孤兒著作究探強勢授權抑或法定授權？」之問題，經研究團隊複閱草案內容，發見本草案均僅與救濟途徑之規定有關，而未言及授權性質的問題。

⁴² H. R. 5439 (a) (1): Notwithstanding sections 502 through 505, in an action brought under this title for infringement of copyright in a work, the remedies for infringement shall be limited under subsection (b) if the infringer sustains the burden of proving, and the court finds, that--

(A) before the infringing use of the work began, the infringer, a person acting on behalf of the infringer, or

1. 被控侵權者在使用該著作權前，（1）曾善意搜尋(locate)著作人所在，並已達合理勤勉(reasonably diligent)之程度，並得以文件證明之；（2）但搜尋未果者；
2. 該被控侵權之使用，業已相當程度標明其於搜尋過程中所得知之該著作來源者。

（二） 勤勉搜尋 (diligent search)

在此之後，本草案對得主張免責的「勤勉搜尋」(diligent search)有所規範。其中，所謂「合理勤勉」(reasonably diligent)應係指其搜尋步驟中包含試圖搜尋著作權人之所在，以取得使用其著作之同意；並且，不得僅以「缺少可資辨識權利人身分之資訊」為由，即認其已盡合理勤勉之搜尋。除此之外，其搜尋步驟尚應包含檢索搜尋如後所述之由著作權局局長(Register of Copyrights)提供之「資訊搜尋指南」。如必要時，更應尋求相關之專家或技術之協助。⁴³

any person jointly and severally liable with the infringer for the infringement of the work--

(i) performed and documented a reasonably diligent search in good faith to locate the owner of the infringed copyright; but

(ii) was unable to locate the owner; and

(B) the infringing use of the work provided attribution, in a manner reasonable under the circumstances, to the author and owner of the copyright, if known with a reasonable degree of certainty based on information obtained in performing the reasonably diligent search.

⁴³ H. R. 5439 (a) (2) (B): (i) For purposes of paragraph (1), a search to locate the owner of an infringed copyright in a work--

(I) is `reasonably diligent' only if it includes steps that are reasonable under the circumstances to locate that owner in order to obtain permission for the use of the work; and

(II) is not `reasonably diligent' solely by reference to the lack of identifying information with respect to the

(三) 著作權局資訊搜尋指南 (Information to Guild Searches)

本草案特規定著作權局局長應對各界提供各種資訊，俾便使用者得以進行勤勉搜尋，並以文書證明之。該資訊內容包括：著作權局中關於辨識著作權人身分之各項紀錄、其他與著作權人身分資訊有關者、搜尋著作權人身分之方法、搜尋時可使用之技術方法或可尋求協助之專家以及將搜尋過程以文件證明的方式。⁴⁴

(四) 救濟之限制

倘使用人得以證明其於使用該著作前，業已克盡合理勤勉搜尋之義務，則權利人對其未獲授權而使用之侵權行為所得主張之救濟，則應以下列方式限制之：

1. 金錢損害賠償救濟(monetary relief)

copyright on the copy or phonorecord of the work.

(ii) The steps referred to in clause (i)(I) shall ordinarily include, at a minimum, review of the information maintained by the Register of Copyrights under subparagraph (C).

(iii) A reasonably diligent search includes the use of reasonably available expert assistance and reasonably available technology, which may include, if reasonable under the circumstances, resources for which a charge or subscription fee is imposed.

⁴⁴ H. R. 5439 (a) (2) (C): The Register of Copyrights shall receive, maintain, and make available to the public, including through the Internet, information from authoritative sources, such as industry guidelines, statements of best practices, and other relevant documents, that is designed to assist users in conducting and documenting a reasonably diligent search under this subsection. Such information may include--

- (i) the records of the Copyright Office that are relevant to identifying and locating copyright owners;
- (ii) other sources of copyright ownership information reasonably available to users;
- (iii) methods to identify copyright ownership information associated with a work;
- (III) sources of reasonably available technology tools and reasonably available expert assistance; and
- (v) best practices for documenting a reasonably diligent search.

原則上，此時權利人得主張之金錢損害賠償（包括實際上之損害賠償、法定損害賠償、律師費用等）僅於使用人因該使用行為所需對權利人負擔之補償的範圍內，始得准許之。然而，在以下情形，則應不許其獲得金錢救濟，除非權利人能夠證明使用人因該使用行為確有銷售額之收入：⁴⁵

- (1) 使用目的與商業利益無直接或間接關係，而係為慈善、宗教、學術或教育目的所為者；
- (2) 使用人於收受權利人侵害著作權通知後立即停止使用行為者。

關於使用該著作而應給予權利人之合理補償，若使用人無法與權利人達成協商共識，則法院得依法裁決之。

2. 禁制令救濟(injunction relief)

美國著作權法第 502 條規定，權利人依該法提起著作權侵害損害賠償訴訟時，法院得核發暫時及永久禁制令(temporary and final injunctions)，命侵權人不得為侵權行為⁴⁶。至於，在與孤兒著作有關案件中，本法案規定：原則上為防止或限制使用人繼續使用（侵害）權利人之著作，法院得核發禁制令，禁止（或限制）使用人繼續使用該著作。惟若使用行為符合前述勤勉搜尋要件者，該禁制令之核

⁴⁵ H. R. 5439, §514 (b) (1).

⁴⁶ 17 U.S.C. §502 (a).

發即應考量使用人前依照本法案所訂之勤勉搜尋之信賴所造成之損害⁴⁷。

另一方面，當使用人將該著作之使用以另一新著作(new works)之方式呈現者，則於下列情形者，法院將不得准許權利人之禁制令聲請：⁴⁸

- (1) 使用人對權利人就該著作之使用予以合理補償者，且；
- (2) 使用人已於該新著作上合理註明權利人與該著作之關連，並經法院認為合理者。

3. 合理補償(reasonable compensation)

若權利人主張使用人應就其使用行為予以合理補償，則其應負擔舉證責任證明其所提出之補償價額，雙方於該使用行為前，基於合理買賣之意願(reasonable

⁴⁷ H. R. 5439, §514 (b) (2) (A): Subject to subparagraph (B), the court may impose injunctive relief to prevent or restrain the infringing use, except that, if the infringer has met the requirements of subsection (a), the relief shall, to the extent practicable, account for any harm that the relief would cause the infringer due to its reliance on having performed a reasonably diligent search under subsection (a).

⁴⁸ H. R. 5439, §514 (b) (2) (B): In a case in which the infringer recasts, transforms, adapts, or integrates the infringed work with the infringer's original expression in a new work of authorship, the court may not, in granting injunctive relief, restrain the infringer's continued preparation or use of that new work, if the infringer--

(i) pays reasonable compensation to the owner of the infringed copyright for the use of the infringed work; and

(ii) provides attribution to the owner of the infringed copyright in a manner that the court determines is reasonable under the circumstances.

willing buyer and seller)，均得以接受該價額為使用該著作之代價⁴⁹。

二、 後續發展：2006 年著作權現代化草案(Copyright Modernization Act of 2006)

雖然前述草案因國會會期結束並改選而失其效力，但美國國會於 2006 年 9 月 12 日提出之「2006 年著作權現代化草案」(Copyright Modernization Act of 2006)⁵⁰，其中第二部分「孤兒著作」即再次將前揭草案內容納入（經對照後發現，其各條規定之內容均完全相同於前揭「2006 年孤兒著作草案」，是有關於本草案之內容，於此不另贅述），足見孤兒著作之議題於美國受關注之程度。

III.2.4 各界評論

一、 反對意見代表：攝影師團體

在各類著作領域中，最常發生孤兒著作問題者，如前述，是學術著作及攝影著作。其中，攝影著作的作者人代表---攝影師團體對於上揭孤兒著作法制的改革，尤其著作權局提出之建議解決方案，明顯持不同意見。以下謹以「美國媒體攝影師協會」(American Society Media Photographers, ASMP)⁵¹對孤兒著作議題提交予著作權局

⁴⁹ H. R. 5439, §514 (b) (3): In establishing reasonable compensation under paragraph (1) or (2), the owner of the infringed copyright has the burden of establishing the amount on which a reasonable willing buyer and a reasonable willing seller in the positions of the owner and the infringer would have agreed with respect to the infringing use of the work immediately before the infringement began.

⁵⁰ H.R. 6052 (2006). 至本文截稿時間(2007/1/18)為止，本草案仍屬有效之「提案」，於國會待審中。

⁵¹ ASMP 創立於 1944 年，以保護專業攝影師之權益為宗旨，現有約 5000 名來自美國及全球之攝影師之會員，多年來積極參與相關立法、司法及行政活動。

評論意見⁵²為例，以茲說明。

首先，ASMP 提出其初步建議(preliminary suggestions)，認為著作權局，或其他政府機關，應建立著作權利資訊登記制度(Register of Copyright Holders)，亦即，應建立一套（線上）中央指南系統(central directory)，供權利人得自願地將其姓名及聯絡資訊於該登記系統中註冊，並隨時更新，以解決孤兒著作的問題。另一方面，ASMP 另建議應建立一套影像辨識搜尋工具系統(image-recognition search tool)，將既有的著作副本數位化，致使使用人得以藉由此項工具輕易辨識、尋得著作人所在。

53

至於回歸孤兒著作本身，ASMP 表明其基本立場：關於「孤兒著作」的認定，應該依個案方式(case by case)判斷，若以立法方式制訂出絕對的判斷規則(absolute rules)或公式(formulas)將過於武斷而令人無法接受。⁵⁴

另一個 ASMP 的基本態度為：任何與孤兒著作有關的規範，均應僅限於曾經公開發行的著作。其認為合適的判斷標準為：

1. 一個曾公開發行之著作得被認定為孤兒著作，當其符合以下要件：
 - 1.1 其未於著作權局註冊；
 - 1.2 使用人業已經過正當勤勉搜尋(a duly diligent search)，仍無法

⁵² See Comment of the American Society of Media Photographers, available at <http://www.copyright.gov/orphan/comments/OW0668-ASMP.pdf> (last visited at Nov. 27, 2006).

⁵³ See Comment of the American Society of Media Photographers, 2.

⁵⁴ *Id.*

得知權利人何在。⁵⁵至於「正當勤勉」的判斷標準，有別於著作權局所採取的「合理勤勉」(reasonable diligent)標準，毋寧對使用人採取一個高標準的要求，其認為此時應考量該著作對於著作人的價值高低，以決斷使用人應盡何種程度的搜尋義務。⁵⁶

2. 一旦被認定為孤兒著作，使用者於使用前亦應先給付合理的授權金，並取得「孤兒著作使用許可」(orphan work licence)，若逕予使用而未經前揭程序，該使用行為將被認定為已侵害該著作之權利。而此等授權相關業務（包含授權金之決定、授權條件、核准授權、給付授權金予權利人），ASMP 建議應由著作權局掌理。⁵⁷

（二） 學界見解

在學界中，首先明確提出孤兒著作問題者，厥為史丹佛法律學院的 Lawrence Lessig 教授，其在 2003 年紐約時報(New York Times)專欄中即已呼籲各界注意孤兒著作的問題⁵⁸。至於其提出之解決方案，後來形諸於 2003 年的 Public Domain Enhancement Act⁵⁹（並未通過）中：該草案規定著作人於著作完成 50 年後，除非每年繳交一美元的稅金，否則該著作將被視為已屬公共領域⁶⁰。此一方式將使部分著作人未依法繳稅而年代久遠之著作自動進入公共領域，而有助於孤兒著作問題的解

⁵⁵ See Comment of the American Society of Media Photographers, 3.

⁵⁶ See Comment of the American Society of Media Photographers, 3-5.

⁵⁷ See Comment of the American Society of Media Photographers, 5-6.

⁵⁸ See Lawrence Lessig, *Protecting Mickey Mouse at Art's Expense*, N.Y. TIMES, JAN. 18, at A17 (2003).

⁵⁹ Public Domain Enhancement Act, H.R. 2601, 108th Cong. (2003).

⁶⁰ See LAWRENCE LESSIG, FREE CULTURE 248-53 (2004).

決，但此方案顯然已對著作人加諸其權利行使的「形式要件」而與伯恩公約有所抵觸。

另一位來自史丹佛大學網路與社會研究中心(Center for Internet and Society)的 Christopher Sprigman 教授則正確的體認，美國既然無法放棄遵守伯恩公約的規範，欲解決孤兒著作的問題，美國著作權法即不得重新加設著作權的形式要件。在其規劃的解決方案中，其採取自願性註冊、通知及移轉登記制度，以及自願性的更新制度，此又被稱為著作權的「新形式要件」(new-style formalities)。然而，當來自全球（包含美國本土著作及外國著作）的作者們未「自願地」採取前揭措施，以使自己的資訊為使用者們容易取得，則政府機關得核發強制授權令(compulsory licence)允許使用人使用該等著作，但政府機關亦會對該使用人徵收授權金。⁶¹此見解雖看似有效避免違反國際公約的疑慮，或屬可採，惟關於因其違反伯恩公約關於「三步驟審查標準」之規定，亦無法為國際規範所認可。在由包括前述二位教授在內等多位美國學者代表 Creative Common & Save Music 聯名提出的評論意見中，亦有出現類似的情形，該見解雖號稱採取「折衷方案」(halfway)⁶²，但因該見解認為應建立類型化的分類方式(categorical approaches)，區分各種不同著作的類別，故仍有違反三階段審查標準的疑慮。

Jerry Brito 教授提出的建議則類似於前述「2006 年孤兒著作草案」，其認為應給予（未經權利人同意，即擅自）使用孤兒著作的善意(good faith)使用人在抗辯上的優惠(affirmative defense)，倘其於使用前以盡過合理搜尋權利人之義務，則其嗣後遭訴侵害著作權時，法官即應於個案中認定以盡合理搜尋義務的使用人不應負擔侵權責

⁶¹ See Christopher Sprigman, *Reform(aliz)ing Copyright*, 57 STAN. L. REV. 485 (2004).

⁶² Lawrence Lessig *et al.*, *Comments of: Creative Commons & Save the Music*, available at <http://www.copyright.gov/orphan/comments/OW0643-STM-CreativeCommons.pdf> (last visited Dec. 4, 2006).

任。⁶³

(三) 小結

綜合以上意見可知，欲建立一套判斷判準，用於區別何者為孤兒著作實非易事。除應考量偏向權利人之利益團體（如前述 ASMP）的反對意見外，亦需留意是否容於國際規範。為此，孤兒著作的解決方案似仍宜於「個案中」判別其是否屬孤兒著作的範疇，並且應避免加諸權利人任何與「形式要件」有關的額外義務，因此，即便建立「自願性」的註冊或更新制度，亦應避免使得此些註冊或更新制度產生「半強制」的法律效果，以致於違反國際規範的限制。又，關於「強制授權」制度，為符合「三步驟審查標準」，應明確具體規範得強制授權著作的要件，使僅有「特殊」個案的著作方始得採取「強制授權」的方式。最後，於訴訟中給予被控侵權的孤兒著作使用人抗辯上的優惠，則應留意不得違反國際公約中關於訴訟救濟制度的最低限度要求。

⁶³ See Jerry Brito & Bridget Dooling, *An Orphan Works Affirmative Defense to Copyright Infringement Actions*, 12 MICH. TELECOMM. TECH. L. REV. 75 (2005).

III.3 授權暨權利金議題

III.3.1 著作權權利金法官 (Copyright Royalty Judge, CRJ)

III.3.1.1 2004 年著作權權利金分配改革法 (Copyright Royalty and Distribution Reform Act of 2004)

當著作權人授權他人利用其著作時，權利人獲得收益的最直接方法，即是向利用人收取一定額度的權利金。在需要授權的狀況下，著作權人與利用人若能就授權的各項條件、以及權利金的決定達成協議，固為兩全其美之事，但由於兩者有某程度的利益衝突，現實狀況往往是著作權人與利用人無法協商一個彼此滿意的權利金費率。況且，除了著作權人與利用人自由洽商、約定授權事宜的情形外，美國著作權法尚有強制授權、法定授權的規定，在適用強制授權與法定授權規定的情形下，更不易期待著作權人與利用人有機會就權利金自由達成協議。因此，以促進著作利用之角度而言，如何兼顧保護權利人之權益，同時又能決定合理的權利金費率，便需要在制度上予以設計。

一、 從「著作權權利金法庭」到「著作權權利金仲裁委員會」

為核定有關著作權強制授權、法定授權的權利金，以及製造、銷售、散布重製設備或空白儲存媒體之業者依法所應支付的權利金，在 1976 年美國著作權法修正時，即設有「著作權權利金法庭」(Copyright Royalty Tribunal)，專門處理有關上開權利金條件、費率之設定、徵收等事項。此一法庭其後於 1993 年著作權法再次修法時，由「著作權權利金仲裁委員會」(Copyright Arbitration Royalty Panels, CARP)予以

取代。「著作權權利金仲裁委員會」乃一臨時性的組織，其成員概由仲裁機構所提供之名單選出。⁶⁴

二、 從「著作權權利金仲裁委員會」到「著作權權利金法官」

「著作權權利金仲裁委員會」自 1993 年開始運作，一直到十一年後「2004 年著作權權利金分配改革法」(Copyright Royalty and Distribution Reform Act of 2004)通過並施行後，才由「著作權權利金法官」(Copyright Royalty Judge, CRJ)取代。此係因「著作權權利金仲裁委員會」執行職務的成本過高，且其成員往往對於著作權法及相關法律缺乏足夠的專門知識，使得該委員會的決定常缺乏一致性。因此，美國參議院司法委員會乃在 2004 年 9 月 30 日無異議通過「2004 年著作權權利金分配改革法」。此一法案乃由眾議院議員 Lamar Smith 等人於 2003 年 3 月間提出，並於同年 9 月 24 日由眾議院司法委員會表決通過。「2004 年著作權權利金分配改革法」於 2004 年 11 月 30 日施行⁶⁵後，強制授權、法定授權權利金費率的相關事項，就改由三位著作權權利金法官決定之。該法詳列了著作權權利金法官的職權、組成、任命、以及權利金裁決程序、針對權利金裁決的司法救濟等相關規定。

三、 2004 年著作權權利金分配改革法 (Copyright Royalty and Distribution Reform Act of 2004)

如前所述，為設立著作權權利金費率的核定機制，並解決「著作權權利金仲裁委員會」運作未臻理想的問題，「2004 年著作權權利金分配改革法」(Copyright Royalty

⁶⁴ See Copyright Royalty Tribunal Reform Act of 1993. 關於「著作權權利金法庭」及「著作權權利金仲裁委員會」之介紹及沿革，see e.g. Stuart M. Maxey, *That CARP is No Keeper: Copyright Arbitration Royalty Panels-Change is Needed, Here is Why, and How*, 10 J. INTELL. PROP. L. 385 (2003).

⁶⁵ <http://www.copyright.gov/crj/>

and Distribution Reform Act of 2004)⁶⁶建立了「著作權權利金法官」之制度。該法案內容包括授權著作權權利金法官設定、調整著作權法第 112 條(e)項、第 114 條至 116 條以及 118、119、1004 條之權利金給付相關事項，包括合理的給付條件及費率等。另外，就著作權權利金法官如何行使職權亦有詳細規定。以下謹就相關規定簡要說明。

(一) 著作權權利金法官之任命與職權

依 2004 年著作權權利金分配改革法之規定，國會圖書館館長於諮詢著作權局局長後，應任命三位全職著作權權利金法官，並指定其中一位為首席法官。這三位著作權權利金法官的職權(function)為：

1. 依著作權法第 112(e)條、第 114 條、第 115 條、第 116 條、第 118 條、第 119 條及第 1004 條等規定裁決並調整著作權之權利金合理費率及期間，以達到下列目標：⁶⁷

⁶⁶ P. L. 108-419 (2004).

⁶⁷ “(1) To make determinations and adjustments of reasonable terms and rates of royalty payments as provided in sections 112(e), 114, 115, 116, 118, 119 and 1004. The rates applicable under sections 114(f)(1)(B), 115, and 116 shall be calculated to achieve the following objectives:

(A) To maximize the availability of creative works to the public.

(B) To afford the copyright owner a fair return for his or her creative work and the copyright user a fair income under existing economic conditions.

(C) To reflect the relative roles of the copyright owner and the copyright user in the product made available to the public with respect to relative creative contribution, technological contribution, capital investment, cost, risk, and contribution to the opening of new markets for creative expression and media for their communication.

(D) To minimize any disruptive impact on the structure of the industries involved and on generally prevailing industry practices.”

- (1) 使公眾對著作之接近使用得以極致；
 - (2) 使著作權人就其創作性著作獲得公平合理之報酬；並使著作權使用人在現存經濟條件下，取得合理收益；
 - (3) 反映著作權人與著作權使用人在向公眾提供之產品中，就有關原創性表達、溝通媒介的新市場開放原創性、技術性貢獻、投資資本、成本、風險的相對地位；
 - (4) 儘量減少對產業結構及普遍流行之產業慣例之破壞性影響。
2. 依著作權法第 111 條決定有關調節著作權權利金費率，以完全符合該節之規定。⁶⁸

⁶⁸ “(2) To make determinations concerning the adjustment of the copyright royalty rates under section 111 solely in accordance with the following provisions:

(A) The rates established by section 111(d)(1)(B) may be adjusted to reflect--

(i) national monetary inflation or deflation; or

(ii) changes in the average rates charged cable subscribers for the basic service of providing secondary transmissions to maintain the real constant dollar level of the royalty fee per subscriber which existed as of the date of October 19, 1976,

except that--

(I) if the average rates charged cable system subscribers for the basic service of providing secondary transmissions are changed so that the average rates exceed national monetary inflation, no change in the rates established by section 111(d)(1)(B) shall be permitted; and

(II) no increase in the royalty fee shall be permitted based on any reduction in the average number of distant signal equivalents per subscriber.

The Copyright Royalty Judges may consider all factors relating to the maintenance of such level of payments, including, as an extenuating factor, whether the industry has been restrained by subscriber rate regulating authorities from increasing the rates for the basic service of providing secondary transmissions.

(B) In the event that the rules and regulations of the Federal Communications Commission are amended at

3. 依據著作權法第 111 條、第 119 條或第 1007 條授權分配已繳納權利金之範圍，並於處理爭議程序過程中，決定部分著作物權利金之費率。⁶⁹

any time after April 15, 1976, to permit the carriage by cable systems of additional television broadcast signals beyond the local service area of the primary transmitters of such signals, the royalty rates established by section 111(d)(1)(B) may be adjusted to ensure that the rates for the additional distant signal equivalents resulting from such carriage are reasonable in the light of the changes effected by the amendment to such rules and regulations. In determining the reasonableness of rates proposed following an amendment of Federal Communications Commission rules and regulations, the Copyright Royalty Judges shall consider, among other factors, the economic impact on copyright owners and users; except that no adjustment in royalty rates shall be made under this subparagraph with respect to any distant signal equivalent or fraction thereof represented by--

- (i) carriage of any signal permitted under the rules and regulations of the Federal Communications Commission in effect on April 15, 1976, or the carriage of a signal of the same type (that is, independent, network, or noncommercial educational) substituted for such permitted signal; or
- (ii) a television broadcast signal first carried after April 15, 1976, pursuant to an individual waiver of the rules and regulations of the Federal Communications Commission, as such rules and regulations were in effect on April 15, 1976.

(C) In the event of any change in the rules and regulations of the Federal Communications Commission with respect to syndicated and sports program exclusivity after April 15, 1976, the rates established by section 111(d)(1)(B) may be adjusted to assure that such rates are reasonable in light of the changes to such rules and regulations, but any such adjustment shall apply only to the affected television broadcast signals carried on those systems affected by the change.

(D) The gross receipts limitations established by section 111(d)(1) (C) and (D) shall be adjusted to reflect national monetary inflation or deflation or changes in the average rates charged cable system subscribers for the basic service of providing secondary transmissions to maintain the real constant dollar value of the exemption provided by such section, and the royalty rate specified therein shall not be subject to adjustment.”

⁶⁹ “(3)(A) To authorize the distribution, under sections 111, 119, and 1007, of those royalty fees collected under sections 111, 119, and 1005, as the case may be, to the extent that the Copyright Royalty Judges have found that the distribution of such fees is not subject to controversy.

(B) In cases where the Copyright Royalty Judges determine that controversy exists, the Copyright Royalty Judges shall determine the distribution of such fees, including partial distributions, in accordance with section 111, 119, or 1007, as the case may be.

(C) The Copyright Royalty Judges may make a partial distribution of such fees during the pendency of the

4. 依著作權法第 111 條、第 119 條或第 1007 條，以能否即時建立請求基礎為準、駁權利金請求之依據。⁷⁰ 美國國會於 2006 年 7 月 13 日通過「著作權權利金法官計畫之技術修正法案」(Copyright Royalty Judges Program Technical Corrections Act)，並經美國總統於同年 10 月 6 日簽署⁷¹，日後進行權利金分配時，賦予權利金法官於一位以上有權分配權利金者之提議後，即可先行就第 111、119 或 1007 條所定權利金之部分金額先行分配。
5. 依著作權法第 804 條准、駁調整著作權權利金之請求，並依第 803(b)(1)、(2) 條之規定准、駁參與程序之請求。⁷²
6. 依著作權法第 1002 條、第 1003 條、第 1010 條決定數位視聽錄製裝置或數

proceeding under subparagraph (B) if all participants under section 803(b)(2) in the proceeding that are entitled to receive those fees that are to be partially distributed--

(i) agree to such partial distribution;

(ii) sign an agreement obligating them to return any excess amounts to the extent necessary to comply with the final determination on the distribution of the fees made under subparagraph (B);

(iii) file the agreement with the Copyright Royalty Judges; and

(iv) agree that such funds are available for distribution.

(D) The Copyright Royalty Judges and any other officer or employee acting in good faith in distributing funds under subparagraph (C) shall not be held liable for the payment of any excess fees under subparagraph (C). The Copyright Royalty Judges shall, at the time the final determination is made, calculate any such excess amounts.”

⁷⁰ (4) To accept or reject royalty claims filed under sections 111, 119, and 1007, on the basis of timeliness or the failure to establish the basis for a claim.

⁷¹ See President Signs H.R. 1036, the Copyright Royalty Judges Program Technical Corrections Act, available at <http://www.copyright.gov/newsnet/2006/296.html> (last visited at Dec.28,2006)

⁷² “(5) To accept or reject rate adjustment petitions as provided in section 804 and petitions to participate as provided in section 803(b) (1) and (2).”

位視聽介面的定位。⁷³

7. 在程序進行中接受一部或全部參與者所達成符合法律要件、法定費率、法定權利金之協議。⁷⁴
8. 執行由著作權局局長指派在國會圖書館職權內除了第 802 條(g)款之其他職務。⁷⁵

就權利金之調整而言，宜予以說明者為：美國著作權權利金法官可以決定哪些

⁷³ “(6) To determine the status of a digital audio recording device or a digital audio interface device under sections 1002 and 1003, as provided in section 1010.”

⁷⁴ “(7)(A) To adopt as a basis for statutory terms and rates or as a basis for the distribution of statutory royalty payments, an agreement concerning such matters reached among some or all of the participants in a proceeding at any time during the proceeding, except that--

(i) the Copyright Royalty Judges shall provide to those that would be bound by the terms, rates, or other determination set by any agreement in a proceeding to determine royalty rates an opportunity to comment on the agreement and shall provide to participants in the proceeding under section 803(b)(2) that would be bound by the terms, rates, or other determination set by the agreement an opportunity to comment on the agreement and object to its adoption as a basis for statutory terms and rates; and

(ii) the Copyright Royalty Judges may decline to adopt the agreement as a basis for statutory terms and rates for participants that are not parties to the agreement, if any participant described in clause (i) objects to the agreement and the Copyright Royalty Judges conclude, based on the record before them if one exists, that the agreement does not provide a reasonable basis for setting statutory terms or rates.

(B) License agreements voluntarily negotiated pursuant to section 112(e)(5), 114(f)(3), 115(c)(3)(E)(i), 116(c), or 118(b)(2) that do not result in statutory terms and rates shall not be subject to clauses (i) and (ii) of subparagraph (A).

(C) Interested parties may negotiate and agree to, and the Copyright Royalty Judges may adopt, an agreement that specifies as terms notice and recordkeeping requirements that apply in lieu of those that would otherwise apply under regulations.”

⁷⁵ “(8) To perform other duties, as assigned by the Register of Copyrights within the Library of Congress, except as provided in section 802(g), at times when Copyright Royalty Judges are not engaged in performing the other duties set forth in this section.”

授權金的調整、分配？是否包括法定授權之授權金費率、強制授權之授權金費率？是否亦包括權利人團體自行決定的授權金費率？就此一問題，由於第 801 (b) 明定著作權權利金法官之功能為決定並調整 112 (e)、114、115、116、118、119 及 1004 條中有關著作權權利金費用的費率及條件至合理的程度。是以著作權權利金法官得決定並調整之權利金費率、條件，均限於「法定授權、強制授權」之權利金費率、條件⁷⁶，至於法定授權、強制授權以外，由權利人團體自行決定之權利金費率、條件，則非屬權利金法官裁量之範圍。

著作權權利金法官於 2004 年著作權權利金分配改革法所定各項程序中，可隨時作任何必要之程序或證據方面的裁決，並於開始該法所定之程序前，作成任何適用於由法官指揮之程序。並且，國會圖書館館長應提供著作權權利金法官有關程序之必要協助。

(二) 著作權權利金法官之定位

關於美國著作權權利金費率之核定，最初（即 1909 年）係以著作權法明定重製一份經法定授權之著作，應給付該著作之著作權權利人權利金美金 0.2 元。然由於該法定費率非經由修法程序無從調整，往往導致著作權權利人無法獲得合理之補償。基此，國會於 1976 年著作權法修正時，即有意由著作權局局長指派若干成員組成專責核定著作權權利金費率之行政機關。惟國會當時為避免產生憲法上之疑義（按：著作權局局長隸屬於國會圖書館，亦即立法機構之一員），最後決定設置性質屬「獨立管制機關」(an independent regulatory agency)之「著作權權利金法庭」(Copyright Royalty Tribunal)以裁定著作權權利金費率⁷⁷。

⁷⁶ 請參見 17 U.S.C.112(e)(3)、17 U.S.C.114(f)、17 U.S.C.115(c)、17 U.S.C.116(b)、17 U.S.C.118(b)、17 U.S.C.118(b)(3)、17 U.S.C.1004(a)(3)

⁷⁷ See e.g. Stuart M. Maxey, *That CARP Is No Keeper: Copyright Arbitration Royalty Panels-Change Is*

嗣美國國會於 1993 年再次修正著作權法時，鑑於由常設之「著作權權利金法庭」所裁定權利金費率之正當性飽受批評，乃決定由臨時性之「著作權權利金仲裁委員會」(Copyright Arbitration Royalty Panels)取代原有之「著作權權利金法庭」，並由著作權局局長及國會圖書館館長，由仲裁機構所提供之名單中選出該仲裁委員會之成員。

而「2004 年著作權權利金分配改革法」(Copyright Royalty and Distribution Reform Act of 2004)雖再次改由全職之「著作權權利金法官」(Copyright Royalty Judges)取代臨時性之「著作權權利金仲裁委員會」，然著作權權利金法官仍由國會圖書館館長於諮詢著作權局局長後任命之，故其選任程序並無重大變革。應特別注意者，此「著作權權利金法官」屬於美國法上之「行政法法官」(Administrative Law Judges)而為一特種公務員(civil servant)，並非美國聯邦憲法第三條所稱之「法官」⁷⁸。國會圖書館得制訂著作權權利金法官的行為規範，若著作權權利金法官違反行為規範，行為不當、廢弛職務、或身心處於不適任狀態，國會圖書館得在通知著作權權利金法官、並賦予其聽證權後，懲戒或免職該著作權權利金法官，國會圖書館並得暫時停止該

Needed, Here Is Why, and How, 10 J. INTELL. PROP. L. 385 (2003)

⁷⁸ 美國行政程序可區分為「正式程序」(formal procedures)與「非正式程序」(informal procedures)，我國行政程序法雖未使用「正式程序」與「非正式程序」等語，然實際將「聽證權」(right to be heard, right to hearing)區分為「正式的聽證權」與「非正式的聽證權」。前者稱為「聽證」，後者稱為「陳述意見之機會」。美國為確保「聽證」之公正，在機關內部厲行職能分工(separation of function)。一方面，凡曾參與案件調查或檢舉業務的公務員，即不得主持聽證，亦不得建議行政處分。實務上各機關多設置聽證官—「行政法法官」(administrative law judges)，主持聽證、建議(草擬)處分。另一方面，聽證官不接受機關內負責調查或檢舉業務的公務員之監督，其懲戒(含免職)僅能由功績制度維護委員會(Merit System Protection Board)經聽證後為之，薪給亦由人事管理處(Office of Personnel Management)決定，不受該服務機關首長左右。參見湯德宗，行政程序法，行政法 2000(下冊)，頁 804, 807, 827-831，2000 年。美國權利金法官的薪給，依照 17 U.S.C. 802 (e)之規定，亦是依照行政法法官(5 U.S.C. 5372 (b))的規定給薪，但與其他行政法法官不同的是，人事管理處無權調整權利金法官的薪級。

著作權權利金法官之職務，並應指定過渡時期之著作權權利金法官⁷⁹。

(三) 著作權權利金法官之資格與任期

該法規定，著作權權利金法官應為7年以上執業律師，首席法官則須至少5年訴訟、仲裁或法庭訴訟之經驗。另外二位法官，一位須專精於著作權，另一位須專精於經濟學。首席法官首次任期為6年，其餘二位法官一位任期為4年，另一位為2年，之後每一位法官之任期為6年，可連任。⁸⁰

首批權利金法官已於2006年1月9日就職，分別為James S.Sledge、Stanley C. Wisniewski 以及 William J.Robert。被任命為首席權利金法官之 James S.Sledge 自

⁷⁹ 17 U.S.C. 802 (i) “REMOVAL OR SANCTION. – The Librarian of Congress may sanction or remove a Copyright Royalty Judge for violation of the standards of conduct adopted under subsection (h), misconduct, neglect of duty, or any disqualifying physical or mental disability. Any such sanction or removal may be made only after notice and opportunity for a hearing, but the Librarian of Congress may suspend the Copyright Royalty Judge during the pendency of such hearing. The Librarian shall appoint an interim Copyright Royalty Judge during the period of any such suspension.”

⁸⁰ 17 U.S.C. 802 (a)(1): “QUALIFICATIONS OF COPYRIGHT ROYALTY JUDGES. – (1) IN GENERAL. - Each Copyright Royalty Judge shall be an attorney who has at least 7 years of legal experience. The Chief Copyright Royalty Judge shall have at least 5 years of experience in adjudications, arbitrations, or court trials. Of the other 2 Copyright Royalty Judges, 1 shall have significant knowledge of copyright law, and the other shall have significant knowledge of economics. An individual may serve as a Copyright Royalty Judge only if the individual is free of any financial conflict of interest under subsection (h).” 17 U.S.C. 802 (c): “TERMS. – The individual first appointed as the Chief Copyright Royalty Judge shall be appointed to a term of 6 years, and of the remaining individuals first appointed as Copyright Royalty Judges, 1 shall be appointed to a term of 4 years, and the other shall be appointed to a term of 2 years. Thereafter, the terms of succeeding Copyright Royalty Judges shall each be 6 years. An individual serving as a Copyright Royalty Judge may be reappointed to subsequent terms. The term of a Copyright Royalty Judge shall begin when the term of the predecessor of that Copyright Royalty Judge ends. When the term of office of a Copyright Royalty Judge ends, the individual serving that term may continue to serve until a successor is selected.”

1991年起即擔任阿拉巴馬州（the Alabama state）破產法院法官，曾擔任美國律師協會司法部主席(the Chair of the Judicial Division of the American Bar Association)並曾在阿拉巴馬州藝術委員會(Alabama State Council on the Arts)服務約12年。Stanley C. Wisniewski 則具有經濟學博士、法學博士(J.D)學位，並曾任聯邦法院專家證人一職。William J.Robert 自1987年起即任職美國著作權局，並曾以諮詢律師(an attorney advisor)之身分服務於「著作權權利金仲裁委員會」(Copyright Arbitration Royalty Panels)達12年。

（四） 著作權權利金法官之獨立性

1. 裁決程序之獨立性(independence)：

- (1) 著作權權利金法官於調整或裁決著作權權利金之條件、費率、分配以及是否接受著作權權利金請求、參與程序之聲請及在此範圍內發佈其他命令時，應全然獨立。權利金法官得向著作權局局長請教案件事實以外之問題。⁸¹
- (2) 權利金法官得主動或因參與程序者之聲請，就有關實體法上之重要問題(但不包括與權利金法官所行之程序有關之問題、與著作權權利金費率及條件之最終決定有關之問題、與著作權權利金最終分配有關之問

⁸¹ 17 U.S.C. 802 (f) INDEPENDENCE OF COPYRIGHT ROYALTY JUDGE. –“(i) Subject to clause (ii) of this subparagraph and subparagraph (B), the Copyright Royalty Judges shall have full independence in making determinations concerning adjustments and determinations of copyright royalty rates and terms, the distribution of copyright royalties, the acceptance or rejection of royalty claims, rate adjustment petitions, and petitions to participate, and in issuing other rulings under this title, except that the Copyright Royalty Judges may consult with the Register of Copyrights on any matter other than a question of fact.”

題、或與決定接受或拒絕針對著作權權利金裁決或調整之請求有關之問題），請著作權局局長提出解釋。向著作權局局長所為任何書面解釋之請求應列入記錄。在不延滯裁決程序的前提下，參與程序者應有權在程序中針對這些實體法上之重要問題提出意見。著作權局局長應於收到聲請後 14 日內以書面回覆，而著作權權利金法官應將該解釋列為最後裁決所附之紀錄的一部份，如著作權局局長所為的解釋即時送交著作權權利金法官，權利金法官應依著作權局局長解釋之意旨適用法律，將此法律解釋用於處理實體法上的重要問題。⁸²

2 諮詢(consultation)與審核(review)：

- (1) 若權利金法官之裁判內容需要由著作權局執行，著作權權利金法官應向著作權局局長諮詢，且權利金法官之裁判內容不拘束著作權局局長⁸³。

⁸² 17 U.S.C. 802 (f) (ii) “A Copyright Royalty Judge or Judges, or, by motion to the Copyright Royalty Judge or Judges, any participant in a proceeding may request an interpretation by the Register of Copyrights concerning any material question of substantive law (not including questions of procedure before the Copyright Royalty Judges, the ultimate adjustments and determinations of copyright royalty rates and terms, the ultimate distribution of copyright royalties, or the acceptance or rejection of royalty claims, rate adjustment petitions, or petitions to participate) concerning an interpretation or construction of those provisions of this title that are the subject of the proceeding. Any such request for a written interpretation by the Register of Copyrights shall be on the record. Reasonable provision shall be made for comment by the participants in the proceeding on the material question of substantive law in such a way as to minimize duplication and delay. Except as provided in subparagraph (B), the Register of Copyrights shall deliver to the Copyright Royalty Judges a response within 14 days after the Register of Copyrights receives all of the briefs or comments of the participants. Such decision shall be in writing and shall be included by the Copyright Royalty Judges in the record that accompanies their final determination. If such a decision is timely delivered to the Copyright Royalty Judges, the Copyright Royalty Judges shall apply the legal interpretation embodied in the response of the Register of Copyrights in resolving material questions of substantive law.”

⁸³ “Notwithstanding the provisions of subparagraph (A), the Copyright Royalty Judges shall consult with the

- (2) 著作權局局長可檢閱法官最終決定內容關於重要法律問題是否有錯誤。如其發現有重大錯誤，著作權局局長應以書面為更正之決定，並列入該程序之記錄。而著作權局局長所為之書面更正，應於著作權權利金法官做出最終決定後 60 日內為之，該書面更正應刊載於聯邦公報，並指出著作權權利金法官裁決中之法律錯誤。著作權局局長針對著作權法重要問題所為之解釋，有如裁判先例，對權利金法官在其後所為之裁判有拘束力。當著作權局局長做出前開書面決定，著作權局局長得依據該書面決定，有權參與針對權利金法官之決定而在上訴法院或哥倫比亞特區巡迴法院提起的的上訴或終審程序。⁸⁴

Register of Copyrights with respect to any determination or ruling that would require that any act be performed by the Copyright Office, and any such determination or ruling shall not be binding upon the Register of Copyrights.”

⁸⁴ 17 U.S.C. 802 (f)(1)(D) “REVIEW OF LEGAL CONCLUSIONS BY THE REGISTER OF COPYRIGHTS. - The Register of Copyrights may review for legal error the resolution by the Copyright Royalty Judges of a material question of substantive law under this title that underlies or is contained in a final determination of the Copyright Royalty Judges. If the Register of Copyrights concludes, after taking into consideration the views of the participants in the proceeding, that any resolution reached by the Copyright Royalty Judges was in material error, the Register of Copyrights shall issue a written decision correcting such legal error, which shall be made part of the record of the proceeding. The Register of Copyrights shall issue such written decision not later than 60 days after the date on which the final determination by the Copyright Royalty Judges is issued. Additionally, the Register of Copyrights shall cause to be published in the Federal Register such written decision, together with a specific identification of the legal conclusion of the Copyright Royalty Judges that is determined to be erroneous. As to conclusions of substantive law involving an interpretation of the statutory provisions of this title, the decision of the Register of Copyrights shall be binding as precedent upon the Copyright Royalty Judges in subsequent proceedings under this chapter. When a decision has been rendered pursuant to this subparagraph, the Register of Copyrights may, on the basis of and in accordance with such decision, intervene as of right in any appeal of a final determination of the Copyright Royalty Judges pursuant to section 803(d) in the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit. If, prior to intervening in such an appeal, the Register of Copyrights gives notification to, and undertakes to consult with the Attorney General with respect to such

- (3) 法院審理著作權法案件應適用之標準，不因前開程序而改變，且著作權局局長對著作權法所為之詮釋不拘束法院。⁸⁵

(五) 權利金裁決程序

1. 通則(General Rule)：

著作權權利金法官應符合著作權權利金法官及國會圖書館館長發佈之規範，並以著作權權利金法庭(Copyright Royalty Tribunal)、國會圖書館館長、著作權局局長之書面記錄、先例及解釋為執行職務之依據。⁸⁶此外，著作權權利金法官以獨立之審查小組行使職權，三位法官應以合議庭之方式召開聽證會。首席著

intervention, and the Attorney General fails, within a reasonable period after receiving such notification, to intervene in such appeal, the Register of Copyrights may intervene in such appeal in his or her own name by any attorney designated by the Register of Copyrights for such purpose. Intervention by the Register of Copyrights in his or her own name shall not preclude the Attorney General from intervening on behalf of the United States in such an appeal as may be otherwise provided or required by law.”

⁸⁵ 17 U.S.C. 802 (f)(1)(E) “EFFECT ON JUDICIAL REVIEW. – Nothing in this section shall be interpreted to alter the standard applied by a court in reviewing legal determinations involving an interpretation or construction of the provisions of this title or to affect the extent to which any construction or interpretation of the provisions of this title shall be accorded deference by a reviewing court.”

⁸⁶ 17 U.S.C. 803 (a) PROCEEDINGS. - “(1) IN GENERAL- The Copyright Royalty Judges shall act in accordance with regulations issued by the Copyright Royalty Judges and the Librarian of Congress, and on the basis of a written record, prior determinations and interpretations of the Copyright Royalty Tribunal, Librarian of Congress, the Register of Copyrights, and the Copyright Royalty Judges (to the extent those determinations are not inconsistent with a decision of the Register of Copyrights that was timely delivered to the Copyright Royalty Judges pursuant to section 802(f)(1) (A) or (B), or with a decision of the Register of Copyrights pursuant to section 802(f)(1)(D)), under this chapter, and decisions of the court of appeals under this chapter before, on, or after the effective date of the Copyright Royalty and Distribution Reform Act of 2004.”

作權權利金法官如認適當，可指派一位法官獨立召開附屬及行政事務之程序。⁸⁷並且，法官應以多數決之方式作成最終裁決，有不同意見之法官可將其意見加入裁決內容⁸⁸。

2. 裁決程序

(1) 程序之開始(initiation)與自願協商期間(voluntary negotiation period)：

法官應於聯邦公報刊載有關裁決程序程序開始之訊息，以便利害關係人能參與程序，而作成第 111、112、114、115、116、118、119、1004、1007 條之相關裁決。聲請參與程序者，應於上開訊息刊載後 30 日內，敘明其對於系爭程序之重要事項利害關係。⁸⁹

⁸⁷ 17 U.S.C. 803(a) “(2) JUDGES ACTING AS PANEL AND INDIVIDUALLY. – The Copyright Royalty Judges shall preside over hearings in proceedings under this chapter en banc. The Chief Copyright Royalty Judge may designate a Copyright Royalty Judge to preside individually over such collateral and administrative proceedings, and over such proceedings under paragraphs (1) through (5) of subsection (b), as the Chief Judge considers appropriate.”

⁸⁸ 17 U.S.C. 803 (a) “(3) DETERMINATIONS. – Final determinations of the Copyright Royalty Judges in proceedings under this chapter shall be made by majority vote. A Copyright Royalty Judge dissenting from the majority on any determination under this chapter may issue his or her dissenting opinion, which shall be included with the determination.”

⁸⁹ 17 U.S.C. 803 (b) PROCEDURES. – “(1) INITIATION. – (A) CALL FOR PETITIONS TO PARTICIPATE. – (i) The Copyright Royalty Judges shall cause to be published in the Federal Register notice of commencement of proceedings under this chapter, calling for the filing of petitions to participate in a proceeding under this chapter for the purpose of making the relevant determination under section 111, 112, 114, 115, 116, 118, 119, 1004, or 1007, as the case may be--
(I) promptly upon a determination made under section 804(a);
(II) by no later than January 5 of a year specified in paragraph (2) of section 804(b) for the commencement of proceedings;
(III) by no later than January 5 of a year specified in subparagraph (A) or (B) of paragraph (3) of section

於聲請人提出參與程序之聲請後，著作權權利金法官應將參與者名單提供與所有參與者，並開始參與者間之協商程序。該協商期間為 3 個月，進行協商程序後，法官應視情況決定是否繼續進行後續程序⁹⁰。

(2) 小額請求之分配程序 (small claims procedure in distribution proceedings) :

如分配權利金數額之爭議為美金一萬元以下，著作權權利金法官應以

804(b) for the commencement of proceedings, or as otherwise provided in subparagraph (A) or (C) of such paragraph for the commencement of proceedings;

(IV) as provided under section 804(b)(8); or

(V) by no later than January 5 of a year specified in any other provision of section 804(b) for the filing of petitions for the commencement of proceedings, if a petition has not been filed by that date.

(ii) Petitions to participate shall be filed by no later than 30 days after publication of notice of commencement of a proceeding under clause (i), except that the Copyright Royalty Judges may, for substantial good cause shown and if there is no prejudice to the participants that have already filed petitions, accept late petitions to participate at any time up to the date that is 90 days before the date on which participants in the proceeding are to file their written direct statements. Notwithstanding the preceding sentence, petitioners whose petitions are filed more than 30 days after publication of notice of commencement of a proceeding are not eligible to object to a settlement reached during the voluntary negotiation period under paragraph (3), and any objection filed by such a petitioner shall not be taken into account by the Copyright Royalty Judges.”

⁹⁰ 17 U.S.C. 803 (b) (3) VOLUNTARY NEGOTIATION PERIOD. - “(A) IN GENERAL- Promptly after the date for filing of petitions to participate in a proceeding, the Copyright Royalty Judges shall make available to all participants in the proceeding a list of such participants and shall initiate a voluntary negotiation period among the participants.

(B) LENGTH OF PROCEEDINGS- The voluntary negotiation period initiated under subparagraph (A) shall be 3 months.

(C) DETERMINATION OF SUBSEQUENT PROCEEDINGS- At the close of the voluntary negotiation proceedings, the Copyright Royalty Judges shall, if further proceedings under this chapter are necessary, determine whether and to what extent paragraphs (4) and (5) will apply to the parties.”

參與程序者之書面聲明為裁決之依據。惟如法官認為參與程序者就爭議數額，係為避免進行上開程序，故意為超過一萬元之主張，法官可對行為人處以罰鍰，該罰鍰之數額不超過參與程序者請求之權利金數額與實際分配權利金數額之差額。⁹¹

(3) 書面審理程序(paper proceedings)

法官可依職權或聲請，於案件有下列情況時，裁定系爭案件僅以參與程序者之書面意見為裁決之依據，而參與者可對該裁定表示意見：(A) 於重要事實無實質上爭議，不需對於證據進行聽證，而參與者同意以書面審理。(B) 法官依其他情形認為適當時。⁹²

⁹¹ “(A) IN GENERAL- If, in a proceeding under this chapter to determine the distribution of royalties, the contested amount of a claim is \$10,000 or less, the Copyright Royalty Judges shall decide the controversy on the basis of the filing of the written direct statement by the participant, the response by any opposing participant, and 1 additional response by each such party. The participant asserting the claim shall not be required to pay the filing fee under paragraph (2).

(B) BAD FAITH INFLATION OF CLAIM- If the Copyright Royalty Judges determine that a participant asserts in bad faith an amount in controversy in excess of \$10,000 for the purpose of avoiding a determination under the procedure set forth in subparagraph (A), the Copyright Royalty Judges shall impose a fine on that participant in an amount not to exceed the difference between the actual amount distributed and the amount asserted by the participant.”

⁹² “The Copyright Royalty Judges in proceedings under this chapter may decide, sua sponte or upon motion of a participant, to determine issues on the basis of the filing of the written direct statement by the participant, the response by any opposing participant, and one additional response by each such participant. Prior to making such decision to proceed on such a paper record only, the Copyright Royalty Judges shall offer to all parties to the proceeding the opportunity to comment on the decision. The procedure under this paragraph-- (A) shall be applied in cases in which there is no genuine issue of material fact, there is no need for evidentiary hearings, and all participants in the proceeding agree in writing to the procedure; and (B) may be applied under such other circumstances as the Copyright Royalty Judges consider appropriate.”

(4) 裁決規則(regulations)之發布

著作權權利金法官為行使職權，得制訂若干規則(regulations)，用以規制與本法有關的裁決程序（詳如下述），但須經國會圖書館館長同意，這些程序規範需於本法案生效且著作權權利金法官或臨時法官(interim Copyright Royalty Judges)受任後 120 日內制訂完成。⁹³

上開規則應包含之項目略為：

- (A) 於自願協商程序後，所有參與程序者應於法官指定之期間提出書面直接陳述(written direct statements)，所謂書面直間陳述乃證人之陳述、證言及與決定著作權權利金費率、條件、分配之相關證物。於證據開釋(discovery)程序後 15 日內，雖然已由先前裁定，著作權權利金法官可容許參與者以證據開釋(discovery)程序所發現之資料，提出更正後之陳述。
- (B) 參與者提出書面直接陳述後，法官應與參與者進行會議，以安排進行證據開釋(discovery)程序。
- (C) 證據開示(discovery)程序終結後，法官應命參與程序者自行進行協調會

⁹³ “The Copyright Royalty Judges may issue regulations to carry out their functions under this title. All regulations issued by the Copyright Royalty Judges are subject to the approval of the Librarian of Congress. Not later than 120 days after Copyright Royalty Judges or interim Copyright Royalty Judges, as the case may be, are first appointed after the enactment of the Copyright Royalty and Distribution Reform Act of 2004, such judges shall issue regulations to govern proceedings under this chapter.”

議，而該協調會議以 21 日為限⁹⁴。

⁹⁴ “(i) The written direct statements of all participants in a proceeding under paragraph (2) shall be filed by a date specified by the Copyright Royalty Judges, which may be not earlier than 4 months, and not later than 5 months, after the end of the voluntary negotiation period under paragraph (3). ...

(II) In this chapter, the term `written direct statements' means witness statements, testimony, and exhibits to be presented in the proceedings, and such other information that is necessary to establish terms and rates, or the distribution of royalty payments, as the case may be, as set forth in regulations issued by the Copyright Royalty Judges.

(iii) Hearsay may be admitted in proceedings under this chapter to the extent deemed appropriate by the Copyright Royalty Judges.

(iv) Discovery in such proceedings shall be permitted for a period of 60 days, except for discovery ordered by the Copyright Royalty Judges in connection with the resolution of motions, orders, and disputes pending at the end of such period.

(v) Any participant under paragraph (2) in a proceeding under this chapter to determine royalty rates may request of an opposing participant nonprivileged documents directly related to the written direct statement or written rebuttal statement of that participant. Any objection to such a request shall be resolved by a motion or request to compel production made to the Copyright Royalty Judges in accordance with regulations adopted by the Copyright Royalty Judges. Each motion or request to compel discovery shall be determined by the Copyright Royalty Judges, or by a Copyright Royalty Judge when permitted under subsection (a)(2). Upon such motion, the Copyright Royalty Judges may order discovery pursuant to regulations established under this paragraph.

(vi)(I) Any participant under paragraph (2) in a proceeding under this chapter to determine royalty rates may, by means of written motion or on the record, request of an opposing participant or witness other relevant information and materials if, absent the discovery sought, the Copyright Royalty Judges' resolution of the proceeding would be substantially impaired. In determining whether discovery will be granted under this clause, the Copyright Royalty Judges may consider--

(aa) whether the burden or expense of producing the requested information or materials outweighs the likely benefit, taking into account the needs and resources of the participants, the importance of the issues at stake, and the probative value of the requested information or materials in resolving such issues;

(bb) whether the requested information or materials would be unreasonably cumulative or duplicative, or are obtainable from another source that is more convenient, less burdensome, or less expensive; and

(cc) whether the participant seeking discovery has had ample opportunity by discovery in the proceeding or by other means to obtain the information sought.

(II) This clause shall not apply to any proceeding scheduled to commence after December 31, 2010.

(vii) In a proceeding under this chapter to determine royalty rates, the participants entitled to receive royalties

(5) 著作權權利金法官之裁決(determination of copyright royalty judge)

著作權權利金法官應於前開協調會議後 11 個月作成裁決⁹⁵。在特殊情況下，如著作權權利金法官認為適當，可於作成裁定後依聲請人之聲

shall collectively be permitted to take no more than 10 depositions and secure responses to no more than 25 interrogatories, and the participants obligated to pay royalties shall collectively be permitted to take no more than 10 depositions and secure responses to no more than 25 interrogatories. The Copyright Royalty Judges shall resolve any disputes among similarly aligned participants to allocate the number of depositions or interrogatories permitted under this clause.

(viii) The rules and practices in effect on the day before the effective date of the Copyright Royalty and Distribution Reform Act of 2004, relating to discovery in proceedings under this chapter to determine the distribution of royalty fees, shall continue to apply to such proceedings on and after such effective date.

(ix) In proceedings to determine royalty rates, the Copyright Royalty Judges may issue a subpoena commanding a participant or witness to appear and give testimony, or to produce and permit inspection of documents or tangible things, if the Copyright Royalty Judges' resolution of the proceeding would be substantially impaired by the absence of such testimony or production of documents or tangible things. Such subpoena shall specify with reasonable particularity the materials to be produced or the scope and nature of the required testimony. Nothing in this clause shall preclude the Copyright Royalty Judges from requesting the production by a nonparticipant of information or materials relevant to the resolution by the Copyright Royalty Judges of a material issue of fact.

(x) The Copyright Royalty Judges shall order a settlement conference among the participants in the proceeding to facilitate the presentation of offers of settlement among the participants. The settlement conference shall be held during a 21-day period following the end of the discovery period and shall take place outside the presence of the Copyright Royalty Judges.

(xi) No evidence, including exhibits, may be submitted in the written direct statement or written rebuttal statement of a participant without a sponsoring witness, except where the Copyright Royalty Judges have taken official notice, or in the case of incorporation by reference of past records, or for good cause shown.”

⁹⁵ “The Copyright Royalty Judges shall issue their determination in a proceeding not later than 11 months after the conclusion of the 21-day settlement conference period under subsection (b)(6)(C)(x), but, in the case of a proceeding to determine successors to rates or terms that expire on a specified date, in no event later than 15 days before the expiration of the then current statutory rates and terms.”

請，進行重新審理(Rehearing)程序⁹⁶。

(6) 裁決之內容(content of determination)

著作權權利金法官之裁決應以書面記錄為依據，並提出其對於本案事實之認定。著作權權利金法官可於裁決所列之條件註明並保留本案著作權授權使用人所要求載明可適用該條件之其他情形⁹⁷。

(7) 保護性命令(Protective Order)：

著作權權利金法官為保護機密資訊，如認適當，可核發「保護性命令」(Protective Order)，並將除不能刪除之著作權權利金條件、費率以外之機密資訊，自經公告之裁決記錄中刪除⁹⁸。

(六) 各項權利金裁決案件之進行

1. 提出聲請：

⁹⁶ “The Copyright Royalty Judges may, in exceptional cases, upon motion of a participant in a proceeding under subsection (b)(2), order a rehearing, after the determination in the proceeding is issued under paragraph (1), on such matters as the Copyright Royalty Judges determine to be appropriate.”

⁹⁷ “A determination of the Copyright Royalty Judges shall be supported by the written record and shall set forth the findings of fact relied on by the Copyright Royalty Judges. Among other terms adopted in a determination, the Copyright Royalty Judges may specify notice and recordkeeping requirements of users of the copyrights at issue that apply in lieu of those that would otherwise apply under regulations.”

⁹⁸ “The Copyright Royalty Judges may issue such orders as may be appropriate to protect confidential information, including orders excluding confidential information from the record of the determination that is published or made available to the public, except that any terms or rates of royalty payments or distributions may not be excluded.”

任何於 2004 年著作權權利金及分配修正法案施行前後，而其著作權權利金費率屬於本條所明確規範者，該著作權人或使用人即可請求著作權權利金法官宣示其要求裁決或調整著作權權利金費率。而法官應先決定該聲請人是否有要求裁決或調整著作權權利金費率之特定利益。如有，法官即應於聯邦公報連同其理由宣示此項裁決，並開始第 805 條之程序。

2. 程序開始之時期：

- (1) 關於就著作權法第 111 條發動之程序：依據上開聲請程序發動第 801(b)(2)條有關調整著作權法第 111 條而適用著作權法第 801(b)(2)(A)或(D)條所定權利金之程序，於 2005 年及之後之每 5 年可提出聲請。
- (2) 發動著作權法第 801(b)(2)條有關調整第 111 條而適用第 801(b)(2)(B)或(C)條所定權利金之程序，應於該條所規定之情事發生後 12 個月內，由 2004 年著作權權利金及分配修正法案施行前後，而其著作權權利金費率由著作權第 111 條或本條所定之著作物所有人或授權使用人，可向著作權權利金法官提出調整著作權權利金費率之聲請。著作權權利金法官應依上開聲請程序進行。
- (3) 關於就著作權法第 112 條發動之程序：決定第 112(e)(1)條關於限制第 114(d)(1)(c)(IV)條所規範排他權利之合理著作權權利金條件及費率，應於 2007 年開始，並於 2009 年 1 月 1 日生效。該程序應每 5 年重新進行。

- (4) 關於就著作權法第 114 條及配合第 112 條發動之程序：決定第 114、112 條有關非訂購傳輸(nonsubscription transmission)及新式訂購服務之合理著作權權利金條件及費率，應儘速於本法案生效後為之，以便於 2006 年生效。
- (5) 關於就著作權法第 115 條發動之程序：發動 801 (b) (1) 有關調整或決定依第 115 條所定權利金之程序，可於 2006 年及之後之每 5 年可提出聲請。
- (6) 關於就著作權法第 116 條發動之程序：發動 801 (b) 有關調整第 116 條所定權利金之程序，應於依第 116 條協商授權程序終止或授權期限後一年內，於無其他代替協議之情況下提出聲請。
- (7) 關於就著作權法第 118 條發動之程序：發動 801 (b) (1) 有關調整或決定依第 115 條所定權利金之程序，可於 2006 年及之後之每 5 年可提出聲請。
- (8) 關於就著作權法第 1004 條發動之程序：發動 801 (b) (1) 有關調整依第 1004 條所定權利金之程序，可依第 1004 (a) (3) 款提出聲請。

(七) 自願協商和解條款通則 (General rule for voluntarily negotiated agreements)

有關經參與第 803 (b) (3) 程序之參與者同意，並由著作權權利金法官認可而納入裁定，且其有效期間短於其他依合於本章規定之裁定之權利金費率及條款，除

法官應反映延長期間之通貨膨脹而調整經協商之費率，否則應使該費率繼續其效力。⁹⁹

(八) 司法審查(judicial review)：

對於著作權權利金法官依上開規定所為之裁決(determination)，參與程序而受該裁決拘束之任一方於該裁決在聯邦公報公告之 30 日內，向美國哥倫比亞特區巡迴上訴法院(the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit)提起上訴。未參與重新審理(Rehearing)者，不得以重新審理(Rehearing)之爭點作為提起上訴之理由。若參與程序者未於裁定公告後 30 日內提起上訴，著作權權利金法官該項裁決即告確定，而與系爭案件相關之著作權權利金費率及分配，及依本條第 (d) (2) 款之規定生效。¹⁰⁰

按由具有「行政法法官」(administrative law judges)性質之「著作權權利金法官」(Copyright Royalty Judges)負責裁決權利金費率之後，而美國哥倫比亞特區巡迴上訴

⁹⁹ “Any rates or terms under this title that--

(1) are agreed to by participants to a proceeding under section 803(b)(3),
 (2) are adopted by the Copyright Royalty Judges as part of a determination under this chapter, and
 (3) are in effect for a period shorter than would otherwise apply under a determination pursuant to this chapter,

shall remain in effect for such period of time as would otherwise apply under such determination, except that the Copyright Royalty Judges shall adjust the rates pursuant to the voluntary negotiations to reflect national monetary inflation during the additional period the rates remain in effect.”

¹⁰⁰ “Any determination of the Copyright Royalty Judges under subsection (d) may be appealed, by a party to the proceeding, in accordance with section 803(d) of this title. The pendency of an appeal under this subsection shall not stay the determination of the Copyright Royalty Judges. If the court modifies the determination of the Copyright Royalty Judges, the court shall have jurisdiction to enter its own decision in accordance with its final judgment. The court may further vacate the determination of the Copyright Royalty Judges and remand the case for proceedings as provided in this section.”

法院於進行司法審查時，將得直接適用「聯邦行政程序法」(Federal Administrative Procedure Act, APA)所定之「禁止恣意」原則。¹⁰¹

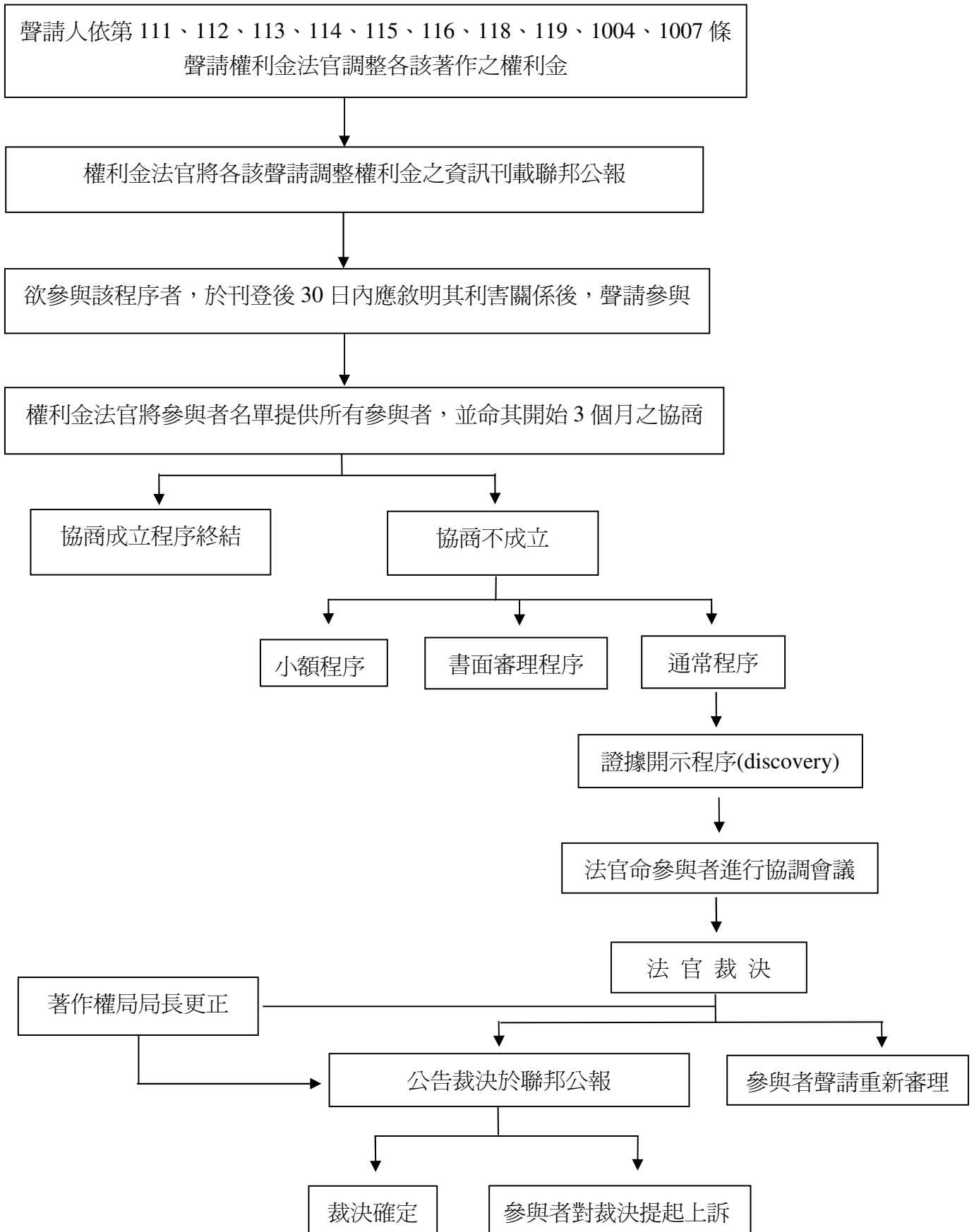
(九) 實施現況：

由於美國著作權權利金法官於 2006 年 1 月始就職，此一制度之實施及利用，實際案例甚少。截至本研究案期末審查日為止，美國著作權權利金法官僅於 2006 年 12 月 1 日做成乙件裁決。該決定之內容係權利金法官依據第 118、801(b)(1)以及 803 條之授權，宣示各學院、大學、或非隸屬國家公共廣播 (National Public Radio) 之非營利教育機構，為使用著作權屬於 ASCAP、BMI、及 SESAC 等團體之非戲劇類音樂作品(nondramatic musical composition)所支付權利金費率之生活指數調整率 (cost of living adjustment)，應隨 2005 年 10 月至 2006 年 10 月之消費者物價指數(the Consumer Price Index) 調高百分之 1.3¹⁰²。

¹⁰¹ See David Jakhelln & James Menefee, *Recent Decisions of the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit: Intellectual Property Law*, 74 GEO. WASH. L. REV. 837, 850-851 (2006).

¹⁰² See Cost of Living Adjustment for Performance of Musical Compositions by Colleges and Universities, available at <http://www.loc.gov/crb/fedreg/2006/71fr69486.html> (last visited at Dec.28,2006)

權利金仲裁案件審理程序流程圖



III.3.2 網路及音樂產業之授權暨權利金

在美國著作權法之下，音樂著作會有兩個著作權。一個是作曲者的著作權，也就是歌詞和音符的著作權，通常由音樂出版者代表他們行使該項權利。另外一個著作權，則是演奏者的著作權，通常由音樂製作公司代表他們行使該項權利。

所謂音樂出版者(music publisher)會代表作曲者的利益，促銷他們的著作，同時也會授權他人透過 CD、網路或公開表演等方式重製和散布這些歌曲。在一個世紀前，一個新的技術「琴鍵軸」(piano roll)——一種將樂譜製成打洞紙的捲軸——的發明，改變了美國著作權法。這種在 1890 年左右盛行的技術，引發了音樂著作是否可以廣泛的受到他人利用，包括使用琴鍵軸和其他方式的爭議，也使得美國國會在 1909 年制訂了 Section 115 強制授權規定。這個法定的機制，允許任何想要利用音樂製作之人，只要支付法律規定的授權金和符合第 115 條規定的其他條件，即可重製和散布該著作的錄音製品。

這個法律在 1909 年制訂之時，國會所制訂的授權金是，每個音樂著作 2 分美金。這個費率維持了將近 70 年，直到國會在 1976 年修改法律，訂定可以調整法定費率的機制。今日，每首歌的授權金是 9.1 分美金。根據美國音樂出版協會(National Music Publisher's Association)會長暨執行長 David Israelite 在國會聽證會所言，如果這個法定的費率隨著消費物價指數調整的話，今日每首歌應該有 40 分美金的授權金。

然而，到了 20 世紀早期，錄製音樂的重要性逐步提高，到了第一次世界大戰結束時，錄製音樂已經超越紙本的音樂，成為音樂市場的主軸。音樂出版者會將作曲者的著作權授權給音樂製作公司，這些音樂製作公司就可以販售擁有兩個著作權的音樂錄製物。這些音樂製作公司一直以來，可以自由的與其他人在市場上就授權的

問題進行協商，而沒有如同音樂出版者一般，受到法律強制授權規定的影響。

這種授權方式，在數位時代來臨前，一直未出現太大的爭議。但是當我們可以透過電腦網路傳輸錄音製品時，舊有的法律開始出現問題。網路音樂的市場，目前正在成倍數增長，將來有可能會成為主要的音樂市場。因此，如果音樂出版者和作者希望能從網路音樂的銷售中，取得適當的酬勞，音樂出版者必須能夠授權給合法的網路音樂服務業者。

但是新興的網路音樂公司需要及時的提供上百萬首歌曲，這造成了音樂出版業者在授權方面的問題。當前最重要的問題在於，在現行體制下，缺乏一個有效率且可靠的機制，可以讓合法的音樂服務業者對於他們提供大量的音樂，取得所有他們需要的授權，同時確保著作權人受到合理的權利金。¹⁰³

III.3.2.1 2006 年音樂授權改革草案(Section 115 Reform Act of 2006)¹⁰⁴

一、 立法背景

網路音樂服務提供者，如果要在網路上提供各式各樣的音樂服務，在美國必須先取得兩個著作權授權，一個是從音樂出版者處取得其所代理作曲家之音樂著作的重製、散布權，另一個則是從音樂製作公司取得音樂錄製品的公開表演權。前者在美國法制下，是透過法律強制授權；後者則是透過權利人與被授權人間之協商。這

¹⁰³ 關於美國音樂著作權的背景介紹，請參閱 David M. Israelite, Testimony of David M. Israelite, Subcommittee on Courts, The Internet, and Intellectual Property of the Committee on the Judiciary House of Representatives, available at <http://judiciary.house.gov> (last visited Sep. 22,2006).

¹⁰⁴ H.R. 5553.

些音樂服務提供者可以取得音樂出版者授權的方式有三種，一種是透過與個別音樂出版者協議取得授權，這種方式對於在網路上提供為數眾多音樂的服務者而言，是相當不經濟的。第二種方式是，如果無法找到音樂的出版者時，他們可以透過著作權局取得授權，但是這與前種方式一樣，無法因應網路音樂服務提供者大量的需求。第三種方式，是透過 Harry Fox Agency(HFA)取得授權，這也是大多數數位音樂服務業者選擇取得授權的方式。

HFA 是美國音樂出版協會的附屬機構，設立於 1927 年，他目前提供最多實體和數位音樂使用的授權。但是 HFA 並未代表所有的音樂著作，因此數位音樂服務者將無法從 HFA 取得所有的音樂著作授權。就是在上述的需求之下，經過美國音樂出版協會和美國數位媒體協會(Digital Media Association)經過長久的協商，最終產生現在的草案。¹⁰⁵

二、 草案內容

這個草案的內容主要包含：「總括授權」(Blanket Licensing)、 「代理人指定」(Designated Agents)、和「授權金費率」(Royalty Rates)。但在個別介紹前，實有必要先界定何謂「數位音樂提供者」(digital music provider)。本草案將「數位音樂提供者」定義為「一個人(i)其提供的服務從事的行為受到本法的授權—(I)與服務的最終使用者締結合約或有直接的經濟關係，而且控制最終消費者為該項服務所付的費用；(II)控制著作內容如何被處理並透過該服務提供給他人；(III)能夠完整的報告該服務所有的收入和報酬和；(IV)有能力完整的報告該服務相關的所有音樂使用因素（或取得這

¹⁰⁵ 關於本草案的立法背景，請詳見 David M. Israelite, Testimony Before the House Judiciary Committee, Subcommittee on Courts, the Internet & Intellectual Property, May 16, 2006, 7-9, available at <http://judiciary.house.gov> (last visited Nov. 27, 2006).

樣的報告)；或(ii)製造和散布一個混合物(hybrid offering)」¹⁰⁶。

(一) 總括授權(Blanket Licensing)

聯邦著作權法第 115 條(e)(4)規定任何數位音樂提供者可以向一個指定的代理人申請授權，在申請中表示就哪一類的行為申請授權。在本法下擁有授權的數位音樂提供者，若想從事授權範圍外，但是在本法規範圍內之利用時，必須提出新的申請，指明此新的活動。¹⁰⁷同條(5)規定根據(4)規定提出的申請，如果該授權在本法下是可以得到的，指定代理人應該給予授權。對於此指定代理人代理的所有著作權的非戲劇類音樂，此授權應該在提出申請時即已生效。¹⁰⁸

因此數位音樂提供者可以透過一個授權的申請，即可獲得授權使用所有的音樂著作。當然在有複數指定代理人或申請人改變數位使用的方式時，可能必須另外提

¹⁰⁶ Section 115 of title(e)(14) (C): The term 'digital music provider' means a person that—

(i) with respect to a service engaging in activities licensed under this subsection--

(I) contracts with or has a direct economic relationship with the end users of the service, and controls what end users pay for the service;

(II) controls how content is bundled and offered through the service;

(III) is able to fully report on all revenues and consideration generated by the service; and

(IV) is able to fully report on all elements of music usage by the service (or procure such reporting); or

(ii) makes and distributes a hybrid offering.

¹⁰⁷ Section 115 of title 17(e) (4): APPLICATIONS FOR LICENSES- Any digital music provider seeking a license under this subsection may apply to a designated agent for the license, identifying in the application each type of qualifying activity for which the license is sought. Any digital music provider that has a license under this subsection and seeks to engage in any activity covered by this subsection that is not identified in the license may engage in that activity only upon filing a new application identifying the additional activity.

¹⁰⁸ Section 115 of title 17(e) (5): LICENSES- All activities specified in an application filed under paragraph (4) for which a license is available under this subsection shall be licensed by the designated agent. The license shall be effective, upon the filing of the application, for all copyrighted nondramatic musical works (or shares of such musical works) represented by the designated agent.

出申請，但是無論如何申請的次數仍是有限的。數位音樂提供者不需要個別尋找音樂著作的著作權人，並分別取得他們的授權。

再者，本草案對於所有數位音樂提供者提出的申請，在符合申請程序時，都給予授權，並且授權的生效時點是溯及於提出申請時，這加快了授權的程序。而且本草案的強制授權適用於所有非戲劇類音樂著作，這使得著作權人不可以選擇性的不授權，也使得數位音樂提供者可以透過向指定代理人的授權，取得全部的音樂著作授權。

聯邦著作權法第 115 條(e)(1)規定對於數位音樂製品傳輸和混合物的強制授權，包括(A)製造和散布一般和附隨產生的數位錄音製品傳輸，傳輸的形式包括完整的下載、有限制的下載（亦即下載後可以使用的時間或次數受到限制）、互動的串流 (interactive streams)和其他會產生數位音樂製品傳輸或混合物者；和(B)所有從事(A)所述行為所需的重製和散布權，且單純基於授權下從事該類行為的目的，包括—(i) 為最終消費者製作或由最終消費者製作的重製物；(ii)在授權人許可下於伺服器產生的重製物；和(iii) 在一般情形下，從事(A)所述行為，於授權許可下產生的附隨重製物，包括快速緩衝儲存區(cached)、網路和隨機存取記憶體緩衝區(RAM buffer)的重製物。¹⁰⁹

¹⁰⁹ Section 115 of title 17(e)(1): IN GENERAL- The compulsory license for digital phonorecord deliveries and hybrid offerings shall be governed by this subsection, in addition to subsections (a), (c), and (d). The license under this subsection covers--

(A) the making and distribution of general and incidental digital phonorecord deliveries in the form of full downloads, limited downloads, interactive streams, and any other form constituting a digital phonorecord delivery or hybrid offering; and

(B) all reproduction and distribution rights necessary to engage in activities described in subparagraph (A), solely for the purpose of engaging in such activities under the license, including--

(i) the making of reproductions by and for end users;

(ii) reproductions made on servers under the authority of the licensee; and

由此可見，本草案總括授權包含所有數位傳輸中產生的音樂著作物，例如主機、快速緩衝儲存區和緩衝區的著作物。並且適用於串流和有限制下載的情形。這可以解決目前關於數位傳輸過程中產生的著作物是否需要個別授權的爭議，也使數位音樂服務提供者可以放心創新其服務提供的方式，不必擔心新的方式可能在傳輸音樂的過程中產生著作物，而需要另外授權的問題。

(二) 指定代理人(Designated Agents)

本草案在聯邦著作權法第 115 條新增(e)(9)規定指定代理人。在草案中存有兩種指定代理人，一種是一般指定代理人(general designated agents)，這是經由著作權局指定的，另一種則是額外的指定代理人(additional designated agent)，這也必須經由著作權局認證。¹¹⁰

草案規定著作權局局長(the Register of Copyrights)應該在 2007 年 8 月 1 日前指定一個代理音樂出版業者授權和收受權利金的代理人。這個代理人必須是音樂出版市場中佔有最大比例的代理人，至於如何認定代理人在市場上佔有的比例，則是依據指定前三年代理人收取的權利金的金額認定。這一個一般代理人應該管理、核發授權和收取、分配權利金。此一般指定代理人會受到由至少 5 個音樂出版業者組成的委員會的管理。¹¹¹

(iii) incidental reproductions made under the authority of the license in the normal course of engaging in activities described in subparagraph (A), including cached, network, and RAM buffer reproductions.

¹¹⁰ Section 115 of title 17(e)(9)(A): IN GENERAL- Designated agents under this subsection are the General Designated Agent and additional designated agents.

¹¹¹ Section 115 of title 17(e)(9)(B)(i): DESIGNATION AND PURPOSE- (I) Not later than August 1, 2007, the Register of Copyrights shall designate a mechanical licensing and collection agency representing music publishing entities that represent the greatest share of the music publishing market, as measured by the

若是其他人想要申請成為額外指定代理人，本草案規定，申請者必須至少代理15%的音樂出版市場，這個比例的計算，同樣是透過前三年此代理人收取的權利金金額為之。此外，申請者也必須有能力處理本草案規定的各種行為。¹¹²每一個經過認證的額外指定代理人，應該通知一般指定代理人和其他額外的指定代理人，他所代理的著作權人和音樂著作。¹¹³

這些指定代理人有權處理本草案規定的授權行為，以及其他適當的行為，例如業者間的協商、設定費率的程序、訴訟、草案的草擬等，並且可以將收取的管理費用用於上述的行為上。¹¹⁴

amount of royalties collected during the preceding 3 full calendar years with respect to the use of copyrighted musical works pursuant to this section, to establish and operate the General Designated Agent.

(II) The General Designated Agent shall grant and administer licenses and collect and distribute royalties payable for the use of musical works licensed under this subsection.

(III) The General Designated Agent shall be governed by a board of directors consisting of representatives of at least 5 music publishing entities.

¹¹² Section 115 of title 17(e)(9) (C): ADDITIONAL DESIGNATED AGENTS-

(i) CERTIFICATION- The Register of Copyrights shall certify as an additional designated agent to represent copyright owners for purposes of licenses under this subsection any entity that demonstrates that--

(I) upon certification, it will represent music publishing entities that represent at least a 15 percent share of the music publishing market, as measured by the amount of royalties collected during the preceding 3 full calendar years with respect to the use of copyrighted musical works pursuant to this section; and

(II) it has the capability to perform the required functions of a designated agent under this subsection.

¹¹³ Section 115 of title 17(e)(9) (C) (ii) (II): Each additional designated agent shall notify the General Designated Agent and any other additional designated agent of each copyright owner, and the musical works (or shares of musical works) owned or controlled by the copyright owner, that the additional designated agent represents pursuant to subclause (I).

¹¹⁴ Section 115 of title 17(e)(9) (D): AUTHORITIES OF DESIGNATED AGENTS- A designated agent may--

(i) engage in activities pursuant to this subsection;

(ii) engage in such additional activities in the interest of music publishers and songwriters as the designated

本草案規定每一個著作權所有人對於他所擁有著作權的音樂著作，或音樂著作的部分，只可以由一個指定代理人代理。¹¹⁵該草案並規定，如果著作權所有人沒有選擇額外指定代理人，該著作權人和其音樂著作，就應該由一般指定代理人代理。

116

但是，必須注意的是，本草案並沒有剝奪著作權人與數位音樂提供者直接協商的权利。草案規定著作權人可以直接與數位音樂提供者締結授權協議，並且根據協議約定的著作使用，比例的減少法定權利金。每一個指定代理人應該建立一套程序，讓著作權人和被授權人可以通知指定代理人，他們之間的協議。這個協議將會代替總括授權。這種通知程序，也必須可以確保被授權人的機密資訊。¹¹⁷

agent considers appropriate, including industry negotiations, ratesetting proceedings, litigation, and legislative efforts; and

(iii) apply any administrative fees or other funds it collects to support the activities described in clauses (i) and (ii).

¹¹⁵ Section 115 of title 17(e)(9) (E) (i): REPRESENTATION BY SINGLE DESIGNATED AGENT- Each copyright owner, and the musical works (or shares of musical works) that the copyright owner owns or controls, may be represented by only one designated agent during any calendar year.

¹¹⁶ Section 115 of title 17(e)(9) (E) (iv): DEFAULT REPRESENTATION BY GENERAL DESIGNATED AGENT- If a copyright owner does not choose to be represented by an additional designated agent, the General Designated Agent shall represent the copyright owner and musical works (or shares of musical works) owned or controlled by the copyright owner.

¹¹⁷ Section 115 of title 17(e)(9) (E) (v): VOLUNTARY AGREEMENTS- A copyright owner and a digital music provider may enter into a voluntary license agreement pursuant to subsection (c)(3)(E)(i) to cover activities licensed under this subsection. Any such agreement shall apply in lieu of a blanket license under this subsection with respect to those musical works (or shares of musical works) and activities covered by the agreement during the period that the agreement is in effect. The royalty fees due for usage of musical works (or shares of musical works) under a blanket license under this subsection shall be reduced in proportion to the usage covered under such a voluntary license agreement. Each designated agent shall establish procedures by which copyright owners and licensees shall be required to notify the designated agent of the existence of voluntary license agreements upon which they are relying in lieu of the blanket license. Such

爲了配合數位音樂提供者取得音樂著作權，草案規定一般指定代理人 and 每一個額外指定代理人應該建置一個免費的電子資料庫，表明哪一些音樂著作可以透過這一個指定代理人取得授權。若是有任何音樂著作無法在一般指定代理人 and 任何額外指定代理人的資料庫找到，就視爲由一般指定代理人代理該著作之授權事宜。這個資料庫應被用於提供指定代理人 and 被授權人決定某個音樂著作的代理人 and 該音樂著作是否可以授權、取得授權、報告音樂著作的使用、給付權利金以及其他本草案規定的授權事宜。指定代理人也可以將資料庫用於其他與音樂著作有關的用途上。¹¹⁸

原則上指定代理人應該將權利金交給著作權人，但是草案也規定兩個例外情形，指定代理人應該將權利金交給著作權人以外之他人。第一種情形是，當著作權人與音樂製作公司已經在 2006 年 1 月 1 日前達成協議，並且從製作公司取得預付款，

procedures shall include appropriate measures to protect confidential information of licensees.

¹¹⁸ Section 115 of title 17(e)(9) (H) (i): AVAILABILITY- The General Designated Agent and each additional designated agent shall maintain and make available to licensees, free of charge, a searchable electronic database of information from which licensees can determine which musical works (or shares of musical works) are available for licensing under this subsection through that designated agent. Any musical work (or shares of a musical work) not identified as being represented by the General Designated Agent or any additional designated agent in any such database may be presumed by licensees to be represented by the General Designated Agent.

(ii) USE OF DATABASE BY DESIGNATED AGENTS AND LICENSEES- Subject to the public access described under clause (iii), the database required by clause (i) may be used by designated agents and licensees only for purposes of determining the identity and availability of musical works for licenses under this subsection, obtaining such licenses, reporting of use of musical works, payment of royalties, and otherwise to comply with licenses under this subsection, except that a designated agent may use or make the database it maintains available for other purposes relating to musical works or music publishers. The Copyright Royalty Judges shall, in establishing cost-sharing amounts pursuant to paragraph (12), consider the value and benefit of any such other purposes to the designated agent and the copyright owners it represents. The use of any such database shall be subject to reasonable confidentiality and security standards prescribed in regulations to carry out this subsection.

此時，製作公司可以請求著作權人寫信指示指定代理人在製作公司預付的範圍內，將權利金交給製作公司。¹¹⁹

另外一種情形是製作公司已經預付權利金給著作權人，但是在製作公司經過合理的努力後仍然無法找到著作權人，製作公司可以寫信指示指定代理人，在製作公司預付的範圍內，將權利金交給製作公司。¹²⁰

本草案規定創造、維持指定代理人活動的費用，應該由被授權人分攤。由著作權權利金法官決定一個適當的成本分攤機制，並且透過適當的程序決定由被授權人分攤的成本數額。¹²¹

本草案規定指定代理人可以對被授權人是否遵守規定，進行檢查。檢查的費用由指定代理人負擔，如果檢查的結果，被授權人少付授權金超過 10%，則被授權人應該負擔合理的檢查費用。¹²²

¹¹⁹ Section 115 of title 17(e)(9) (I) (ii): RECOUPMENT OF ADVANCE- A copyright owner that receives an advance payment from a sound recording company under a contract entered into before June 1, 2006, that has not been recouped by the sound recording company shall, at the request of the sound recording company, submit a letter of direction to a designated agent instructing the designated agent to pay royalties otherwise payable to the copyright owner to the sound recording company until such time as the advance payment made by the sound recording company to the copyright owner is recouped by the sound recording company.

¹²⁰ Section 115 of title 17(e)(9) (I) (iii): MISSING COPYRIGHT OWNER- In any case in which a sound recording company is, after reasonable efforts, unable to locate a copyright owner that received an advance payment from the sound recording company that has not fully been recouped by the sound recording company, the sound recording company may submit a letter of direction to a designated agent directing the designated agent to pay royalties that would be due the copyright owner to the sound recording company.

¹²¹ Section 115 of title 17(e)(12) (A): IN GENERAL- The Copyright Royalty Judges shall determine, under such procedures as they may establish, an appropriate cost-sharing mechanism and cost-sharing amounts to be paid by licensees under this subsection to designated agents....

¹²² Section 115 of title 17(e)(10) (B) (iv): The designated agent shall bear the costs of the examination, except that, if the licensee underpaid royalty fees by 10 percent or more, the licensee shall bear the

(三) 授權金費率

每一個指定代理人應該免費授權給非互動的串流(noninteractive streaming)所產生於伺服器及附隨的重製物。¹²³指定代理人可以對申請授權者收取美金 30 元以下的申請費用。這個授權的範圍應該包含在被授權人許可下，於伺服器產生的重製物，以及經被授權人許可，利用技術上合理且有效率的方式進行非互動式串流產生的附隨的重製物，包括快速緩衝儲存區(cached)、網路和隨機存取記憶體緩衝區(RAM buffer)的重製物。¹²⁴

本草案另外有一個回溯費用的規定。當一個數位音樂提供者從指定代理人處取得對於有限制下載或是互動串流的授權時，他可以向指定代理人報告他在 2001 年月 1 日到 2008 年月 1 日間，曾經從事的現在授權的行為，並且給付相關的費用給指定代理人。這樣的報告和付費行為不得晚於 2008 年 3 月 1 日。數位音樂提供者在報告且付費之後，就可以免於著作權侵害的法律責任，並且可以對於非互動式的串流，

reasonable costs of the examination.

¹²³ Section 115 of title 17(e)(3) (A): IN GENERAL- A compulsory license shall be available for the making of server and incidental reproductions to facilitate noninteractive streaming.

¹²⁴ Section 115 of title 17(e)(3) (B): ACTIVITIES COVERED- Each designated agent shall grant a license under this subsection for the making of server and incidental reproductions to facilitate noninteractive streaming at a royalty-free rate. The designated agent may charge only a filing fee of not more than \$30 to administer the issuance of the license. The license shall cover reproductions made on servers under authority of the licensee and incidental reproductions made under the authority of the licensee in the course of the noninteractive streaming, including cached, network, and RAM buffer reproductions, to the extent reasonably necessary for, and solely for the purpose of, engaging in noninteractive streaming under the license in a technologically reasonable and efficient matter.

可以得到免費的授權，授權的效力回溯到 2001 年 1 月 1 日。¹²⁵

草案規定，權利金應該由著作權權利金法官(Copyright Royalty Judge)決定，被授權人應該將權利金交給指定代理人。¹²⁶在著作權權利金法官決定權利金的程序中，所有的指定代理人和其他與權利金有重大利益關係者，都可以參與這個程序。

127

草案另外規定中間費率，也就是在最終費率尚未決定前，數位音樂提供者獲得本草案規定的授權時，可以與指定代理人商議一個中間費率、條件，適用於被授權的活動或是數位音樂提供者或是指定代理人，或是兩者一起向著作權權利金法官申請由其訂定一個中間費率、條件。在後者的情形，著作權權利金法官應該在收到申

¹²⁵ Section 115 of title 17(e)(6) (A): RETROACTIVE PAYMENTS- A digital music provider that has obtained a license from a designated agent under this subsection for--
(i) the making and distribution of limited downloads, or
(ii) the making or distribution of interactive streams,
may report to the designated agent activity authorized by the license that the digital music provider engaged in during the period beginning January 1, 2001, and ending on January 1, 2008, and pay to the designated agent royalties applicable to that activity. Such reporting and payments shall be made not later than March 1, 2008, in accordance with the regulations issued under paragraph (10) regarding reporting and payments.

Section 115 of title 17(e)(6)(B): LIMITATION ON LIABILITY- A digital music provider that reports activity and makes payments under this paragraph for an activity under this paragraph shall not be subject to an action for copyright infringement alleging violation of reproduction or distribution rights to the extent such action is based on activity so reported for which all payments due have been made.

¹²⁶ Section 115 of title 17(e)(8)(A): IN GENERAL- Except as provided in this paragraph, the Copyright Royalty Judges shall determine reasonable rates and terms for digital phonorecord deliveries and hybrid offerings as provided under subsection (c) and chapter 8, except for server and incidental reproductions for noninteractive streaming that are eligible for royalty-free licenses under this subsection.

¹²⁷ Section 115 of title 17(e)(6) (D) (iii): PARTICIPATION OF DESIGNATED AGENTS- All designated agents, and any other parties who have a significant interest, within the meaning of section 804(a), in the applicable royalty rate, are entitled to participate in a proceeding under this subparagraph relating to activities licensed under this subsection.

請後 15 天發佈通知，說明將有一個快速的程序決定中間費率和條件。法官應該在發佈通知後 30 到 60 天間透過快速程序決定中間費率、條件。當法官決定中間費率、條件，這個費率和條件應該適用於從事同樣活動的任何數位音樂提供者。¹²⁸

(四) 各界反應

本草案立法的目的，是希望因應科技的進步，解決音樂出版業者和數位音樂服務提供者間的授權問題，但是本草案關於傳輸或播放過程中產生之附隨著作物授權的問題以及指定代理人的相關規定卻引發各界的評論。

本草案規範在數位音樂傳輸過程中，產生所有的附隨(incidental)重製物都必須受到授權（無論是免費或收費的授權），這個規定引發不少批評。有論者認為，在現行著作權法的規範下，音樂傳輸過程所產生的附隨重製物，為合理使用(fair use)的範圍，不需取得授權。然而本草案將附隨重製物納入授權的範圍，這種規範方式將會影響日後法院考慮科技傳輸過程中附隨重製物性質的態度。隨著科技的進展，法院在處理此類問題時，往往缺乏判決先例可資參考，所以法院將會參考其他類似法律的規定，本草案對於附隨重製物的規定，極有可能成為法院日後參考的標的。¹²⁹

¹²⁸ Section 115 of title 17(e)(8) (E)(ii): (I) the digital music provider and the designated agent may negotiate an interim rate and terms that will apply to the activity under the license; or (II) the digital music provider or the designated agent, or both, may apply to the Copyright Royalty Judges for an interim rate and terms, in which case-- (aa) the Copyright Royalty Judges shall, not later than 15 days after the application is made, publish notice of an expedited proceeding to determine the interim rate and terms; and (bb) the Judges shall determine the interim rate and terms not less than 30 days and not more than 60 days after publishing the notice, through the expedited proceeding.

¹²⁹ Season of Bad Laws, Part 4: Music Services Sell Out Fair Use, June 04, 2006, *available at* <http://www.eff.org/deeplinks/archives/004721.php> (last visited Nov. 27, 2006).

而支持本草案的 Rick Boucher 眾議員對於這部分的規定也抱持疑慮。他認為本草案將附隨重製物納入重製的範圍，是有問題的。這些附隨的重製物並不具有獨立的經濟價值，只是在傳輸或播放的過程中偶然產生。此外，本草案對於免費的授權只限於不具有錄製功能的設備產生的附隨著作。如果個人使用的設備具有錄製功能，對於傳輸或播放過程中產生的附隨著作，將無法取得免費授權。這樣的規定會使本草案具有爭議性。第三點在於本草案在研擬之初，本來有意修改美國現行著作權法下，音樂著作的重製、散布和公開演出權分屬兩個團體，而使得音樂服務提供者必須取得雙重授權的問題。但是本草案將公開演出過程中產生的附隨重製物也納入著作重製、散布的範圍，這樣的規定仍然無法解決音樂服務提供者必須雙重付費的問題。¹³⁰

針對這個問題，美國著作權局也提出其看法。美國著作權局在國會正式提出本草案前，曾經在法院、網際網路和智慧財產委員會的聽證中發表一份針對本草案的聲明，其中針對草案的內容提出一些建議。¹³¹ 首先著作權局認為本草案使用總括授權的方式，採取正面肯定的態度，相信這種授權方式將可以配合數位科技進展所帶來的授權的需求。然而，著作權局認為本草案不應該將串流(streaming)當作一種著作的散布或是當作一種數位錄音著作傳輸(digital phonorecord delivery)。因為無論是互動或非互動式的串流，仍然屬於公開表演(public performance)。所謂的散布，是指散布一個有用的製作物給接收者。雖然串流的過程會產生一些附隨的重製物，但是這些重製物只是暫時存在接收者的電腦，除了表演之外，無法發揮其他用途。而且在大多數的情形，使用者並不知道這些重製物的存在。本草案有意修改數位錄音著

¹³⁰ CIIP Subcommittee Approves Section 115 Reform Act, *available at* <http://www.techlawjournal.com/topstories/2006/20060608b.asp> (last visited Nov. 28, 2006).

¹³¹ Statement of the United States Copyright Office to the Subcommittee on Courts, the Internet, and Intellectual Property, Committee on the Judiciary, May 16, 2006, *available at* <http://www.copyright.gov/docs/regstat051606.html> (last visited Nov. 28, 2006).

作傳輸的定義，將串流列入數位錄音著作傳輸的範圍之內，但是著作權局認為這種作法，非但與事實不符，同時在法律上也並不妥當。因為這會造成數位傳輸概念的混淆。

雖然著作權局認為，串流不屬於數位錄音著作傳輸和散布，但是因為串流會產生附隨著作物，因此仍應為本草案規範的範圍。所以在規範的方式上，可以在草案中明白表示本法適用於數位錄音著作傳輸（不包括串流）和串流兩者。

至於存在美國著作權法已久的雙重收費問題，著作權局認為本草案關於非互動性串流免費授權的規定，解決了一些音樂服務提供者抱怨的雙重收費的問題。因為這些音樂服務提供者只需要在取得授權時，付費即可，不必再為取得非互動性串流產生的附隨重製物的授權，再次付費。但是，著作權局也提到，某些音樂著作傳送機制同時涉及表演、重製和散布時，可能產生的雙重收費問題，本草案並沒有提供解決的方式。

對於本草案規定，免費授權給非互動串流行為的規定，著作權局認為這將有助於非互動網路廣播的活動。但是另為一個更簡單且同樣有效的規定方式，應該是直接將這類的活動豁免於本法的規定。本草案規定申請免費授權的行政費用，將會增加指定代理人和被授權者的負擔，而不如直接將此種活動豁免於本法需要授權的規定。

本草案是由眾議員 Smith Lamar 於 2006 年 6 月 8 日提出。另外 Lamar 於同年 9 月 12 日提出 2006 著作權現代化草案 (Copyright Modernization Act of 2006)¹³²，將本草案的內容略作修改後，放入該草案第一部份。其中兩個草案最大差異之處在於對非

¹³² H.R. 6052.

互動式串流部分的規定。9月12日的草案，直接將非互動式串流和附隨的重製物豁免於侵害著作權的重製和散布行為之外。此舉等於是回應上述論者及著作權局對於這部分的意見。

另外在指定代理人方面，著作權局認為本草案規定指定代理人必須提供其所代理的音樂著作名單，並在音樂著作無法找到代理人時，以一般指定代理人為代理人的規定，將有助於線上音樂提供者輕易、快速的取得著作權授權。再加上，本法規定的指定代理人必須具有一定的市場佔有率，這個規定可以減少指定代理人的數量，從而降低因為過多的指定代理人，而使音樂服務提供者難以找到適當的指定代理人取得授權的困擾。¹³³

但是著作權局認為本草案決定管理費用的使用方式上給予指定代理人過多的權力。指定代理人從被授權人處收取的管理費用，應該在扣除收費相關的成本之後，將剩餘的錢交給著作權人，而不應該如本草案規定的，可以將這些管理費用花在業界協商、費用制訂程序、訴訟程序和立法過程上。

此外，著作權局認為雖然被授權人應該分攤一般指定代理人的成立、維持的費用是合理的規定，但是要求被授權人分攤其他指定代理人的設立、維持的費用，則不合理。

在授權金是否按照規定給付的問題上，著作權局認為，本草案規定單由指定代理人判斷，並且決定是否有短付授權金的情事，這樣的規定是有問題的。對於其他強制授權的規定，有的法規有規範由獨立的檢查人進行檢查，著作權局認為這種規

¹³³ 關於美國著作權局對於本草案這部分的評論，請參見 Statement of the United States Copyright Office to the Subcommittee on Courts, the Internet, and Intellectual Property, Committee on the Judiciary, May 16, 2006, available at <http://www.copyright.gov/docs/regstat051606.html> (last visited Nov. 16, 2006).

定更為恰當。

著作權局認為本草案適當的將取得強制授權和費用的決定過程分離，使得數位音樂提供者可以在提出申請時，迅速的取得授權，而不必等待最後費用決定過程的結果。然而，本草案似乎忽略規定指定代理人如何將權利金交給著作權人，這應該是本草案規定不足之處。著作權局認為，草案應該規定一個指導原則，確保權利金的分配是公平且公正的。

也有論者認同美國著作權局的看法，認為本草案的規定，將使一般指定代理人具有過大的權力，剝奪個別的作曲家控制權利金數額以及音樂著作是否數位化的權利。因此建議草案應該規定至少有一位作曲家可以參與指定代理人的管理委員會。

134

在 2006 著作權現代化草案中，關於指定代理人的管理，該草案規定「一般指定代理人應該受到一個由五個人組成的委員會管理，其中二個成員應為專業作曲家。

¹³⁵」這個規定可能是回應上述美國著作權局與其他評論者的意見，所為之修改。

III.3.2.2 2006 年平台平等與音樂權利人補償草案 (Platform Equality and Remedies for Rights Holders in Music Act of 2006)

¹³⁴ Wallace Collins, Pending Legislation 115 Reform Act of 2006, *available at* <http://www.wallacecollins.com/Incra2006.html> (last visited Nov. 28, 2006).

¹³⁵ Section 115 of title 17 (e) (9) (III) (aa): The General Designated Agent shall be governed by a board of directors consisting of 5 members, 2 of whom shall be professional songwriters.

「2006年平台平等與音樂權利人補償草案」(Platform Equality and Remedies for Rights Holders in Music Act of 2006, Perform Act)係於美國國會第109會期期間，分別由參議員 Feinstein Dianne 於2006年4月25日提交參議院(S. 2644)、眾議員 Berman Howard L.於同年5月11日提交眾議院(H. R. 5361)。本草案主要為調和現行著作權法第112條(Limitations on exclusive rights: Ephemeral recordings)及114條(Scope of exclusive rights in sound recordings)之規定，促使網際網路及衛星服務提供者採取與線上音樂提供者相同之權利金費率與數位內容保護標準。

參照參議員 Feinstein Dianne 於公聽會(hearing)之說明，本草案之提出係為解決下述問題：

1. 現行法針對新型態之廣播雖已建立「強制授權」(compulsory license)模式，惟此種授權對於網際網路、有線電視及衛星服務提供者仍採取差別待遇，即使隨著技術發展，其等服務內涵已日趨近似。
2. 基於此種強制授權而獲得演出權利之部分商業，正在探索新的技術以使演出(performance)轉換為散布(distribution)並且規避另行負擔權利金。

為此，本草案採取以下解決之道：

1. 對於強制授權下之各個服務提供者均採取固定之權利金費率，無論網際網路、有線電視及衛星服務提供者均適用同一費率標準。
2. 要求網際網路、有線電視及衛星服務提供者，對於禁止建立個人化之播放清單之音樂，採取防止下載(download)、更改(manipulation)及分類(sorting)之技術。

依據美國著作權法第 112 條(e)(4)之規定，著作權權利金法官(Copyright Royalty Judges, CRJs)對於法定授權(statutory license)所建立之權利金費率必須最能清楚反應出相當於買賣雙方透過市場協商而自由決定之價格。本草案第 2 條第(a)項則擬修正為「著作權權利金法官應建立最能代表依據本項所規定各該授權之『合理市場價值』(the fair market value of the rights licensed under this subsection)」¹³⁶。

本草案第 2 條第(b)項，針對著作權法第 114 條(f)之規定，除移列並調整文字外，主要擬刪除現行法對於數位音頻傳輸服務各種不同態樣之區分，修正為一致性地規定：「依據第 8 章規定之程序，除『2004 年著作權權利金散布改革法案』第 6 條第(b)項第(3)款提供不同之過渡期間或各團體同意其他期間外，自該程序實施後次年 1 月 1 日起之 5 年期間內，對於『傳輸』行爲(transmissions)應決定其權利金報酬之合理費率及條件。」同時就有關權利金之決定，亦比照前述，修正為「各該授權之『合理市場價值』」。換言之，本草案欲以單一程序適用於全部傳輸情形之方式，取代原有各種不同權利金報酬費率及條件之設定模式。

此外，相較於現行法有關數位形式直接傳輸存檔之限制，本草案擬增訂關於特定傳輸之法定授權包含下述情形：「傳輸實體並未採取積極行動以授權、促進、導致或誘使傳輸接受者加以複製備份或錄音存檔，並且使用合理可取得的、技術上可實行的且經濟上合理的措施以防止除本項規定之合理錄音外，該傳輸一部或全部之複製備份或錄音存檔。」自另一角度觀之，本草案強調傳輸實體應使用合理可取得的、技術上可實行的且經濟上合理的措施以防止音樂剽竊(music theft)。舉例而言，如有聽眾選擇自動錄製每天下午 2 點的爵士電台節目及每週六下午 4 點的談話電台節目，

¹³⁶ “Section 112 Licenses- Section 112(e)(4) of title 17, United States Code, is amended in the third sentence by striking ‘fees that would have been negotiated in the marketplace between a willing buyer and a willing seller’ and inserting ‘the fair market value of the rights licensed under this subsection’.”

或者進一步使用錄音裝置整理使各節目連貫，應被允許。然而，聽眾不得透過錄音裝置搜尋所有廣播頻道針對特定歌手之曲目並且僅錄製該等曲目。

本草案之提出，難免引發技術發展與著作權保護之對立衝突，地區廣播網路聯盟(The Local Radio Internet Coalition)與家庭錄音權利聯盟(The Home Recording Rights Coalition)等團體即認為本草案將造成技術革新之停滯並阻撓消費者享有數位技術之利益，其結果導致當消費者付費接收衛星廣播服務所提供之節目，卻再也無法如同以往數十年來所習慣之方式，收聽他們自行錄製之單一曲目，顯然相當不合理。

III.3.2.3 2002 年網路廣播公平草案(Internet Radio Fairness Act)

依美國著作權法第 112、114 條之規定，網路廣播業者(webcaster)只要遵守美國國會圖書館館長依第 114 條所訂之各項著作權權利金之條件、費率，依法即有權在一定範圍內重製並公開傳輸著作物，而不會被認定構成對錄音著作排他權之侵害。

然而，究竟網路廣播服務提供者應給付多少權利金才合理，一直是網路廣播業者與音樂錄製產業團體間爭執不休的問題。2002 年 7 月，美國國會圖書館館長基於著作權法的授權，曾規定每 1000 人在網路上點去某一首歌時，網路廣播業者即應給付 0.7 美元給音樂錄製產業團體，這項規定同時追溯自 1998 年 10 月 28 日，隨即引起了網路廣播業者強烈的反彈。為此，美國國會乃希冀以立法方式處理此類爭議，而於確立「**合理但並非免費**」之原則(fair but not free)之後，陸續提出網路廣播公平法案(Internet Radio Fairness Act)¹³⁷及 2002 年小型網路廣播和解法案(Small Webcaster Settlement Act of 2002)¹³⁸，希望各網路廣播業者儘量於其經濟能力可能之範圍內，

¹³⁷ H.R. 5285.

¹³⁸ H.R.5469.

依法取得對於錄音著作之授權。以下，謹簡要介紹該二法案之重要條文。

一、 小型企業對於著作權權利金費率之適用：

2002年7月8日國會圖書館館長依第112(e)及114(f)(2)(B)條就播放數位音效錄音著作及暫時性錄音著作所做裁定之權利金條款及費率，不應適用於小型機構所為之傳輸或暫時性錄製。

對於由小型企業所為上開傳輸，將於數位千禧年著作權法實施後，首次依美國著作權法第17冊第114(f)(2)(B)條裁定應適用之著作權權利金條款及費率，並於該裁定中決定終止日。

本條規定不影響小型企業參與依美國著作權法第17冊第114(f)(2)(A)及(C)所定之自願協商程序。

依上開規定，小型廣播業者目前並無須依照國會圖書館館長於2002年7月8日所裁定之費率繳納權利金，而有待日後國會圖書館館長委請權利金法官另行決定小型廣播業者所應繳納之權利金。

二、 彈性管制小型企業之費用：

美國著作權法第802條(C)應修正為「在決定費率之程序，參與程序者」後加入「除了第114(f)(2)(B)所決定小型機構之費率決定程序」。並於該項未加入「於本項之小型機構乃指由美國著作權法第5冊第601條所規定之小型企業、小型組織或小型行政區」。

三、 排除部分對暫時性錄製之法定授權之規定：

美國著作權法第 112 條(a)應修正為：無論第 106 條如何規定，且除電影或其他視聽著作之情形外，依授權或依第 114(f)之法定授權或著作權之轉讓或有權對公眾播送著作之演出或展示之播送組織，或依聯邦通訊委員會授權之播送組織、廣播電台及以非訂購為前提之廣播播送之數位錄音，而製作一份或一份以上之重製物或錄製物，非屬著作權之侵害，若：(1) 每一份重製物或錄製物專由製作該重製物或錄製物之播送組織保管或使用。(2) 每一份重製物或錄製物專用於製作該重製物或錄製物之播送組織之播送或保存目的。

III.3.2.4 2002 小型網路廣播和解法 (Small Webcaster Settlement Act of 2002)¹³⁹

由於當聯邦法第 261 條制定時，部分小型網路廣播業者並未參與經由著作權權利仲裁委員會依 2002 年 7 月 8 日國會圖書館館長之命令，對於某些數位播映及錄音著作之暫時性重製所裁定權利金費率、條款之程序。因此，部分小型網路廣播業者對於該裁定所設之費率並不能同意，而希望以其收入之百分比作為繳納費用之基礎。

經國會積極鼓勵雙方代表進行和解後，雙方已同意小型網路廣播業者在本法所定之特殊、例外之情形下，無法負擔上開 2002 年 7 月 8 日裁定所定之費率。由於雙方之前從未就合理之權利金費率、條款進行協商，國會也從未對此議題做出任何裁決或針對上開 2002 年 7 月 8 日之裁定是否合理表示意見。因此，為符合公眾利益而

¹³⁹ P.L. 107-321 (2002).

使當事者免於因違反上開 2002 年 7 月 8 日裁定之責任而願意進行協商，該和解將不得作為涉及設定、調整著作權權利人可收取權利金及本條所規定對相關條款之裁決、記錄、證據或其他。

一、 暫時免納費用 (suspension of certain payments)

1. 於 1998 年 10 月 28 日至 2003 年 5 月 31 日期間，為進行第 114 條所定之錄音著作數位播放以及製作第 112 條所定之暫時性錄製物之非商業網路廣播業者(noncommercial webcasters)，其所應付之費用，於 2003 年 1 月 20 日以前均無需繳付¹⁴⁰。
2. 收取權利金仲介團體，經本法所定有權代表以書面同意後，除非和解期間於 2002 年 12 月 15 日以前終結，否則其可於本法第 4 條所定之和解期間，延緩任何一個或一個以上之小型網路廣播業者依第 112、114 條付費之義務。而延緩期間及條件係依前開書面定之¹⁴¹。

二、 和解相關規定

¹⁴⁰ “The payments to be made by noncommercial webcasters for the digital performance of sound recordings under section 114 of title 17, United States Code, and the making of ephemeral phonorecords under section 112 of title 17, United States Code, during the period beginning on October 28, 1998, and ending on May 31, 2003, which have not already been paid, shall not be due until June 20, 2003.”

¹⁴¹ “The receiving agent may, in a writing signed by an authorized representative thereof, delay the obligation of any 1 or more small commercial webcasters to make payments pursuant to sections 112 and 114 of title 17, United States Code, for a period determined by such entity to allow negotiations as permitted in section 4 of this Act, except that any such period shall end no later than December 15, 2002. The duration and terms of any such delay shall be as set forth in such writing.”

1. 美國著作權法第 114 條第 f 項中，應於(4)項修正為：加入(5)：(A)無論第 112 條(e)及本項如何規定，權利金仲介團體為使一個或一個以上之非商業網路廣播業者於 1998 年 10 月 28 日至 2003 年 12 月 31 日間，能重製及播放第 112 條(e)及本項之錄音著作，可加入和解而代替著作權權利金委員會及裁決及國會圖書館館長之裁定。該和解應包括交付權利金之計算基礎是以年收入或支出或兩者，以及最低費用於任何該類之和解內容，著作權人可要求小型網路廣播業者或非商業網路廣播業者應於使用其錄音著作時予以告知。
2. 著作權局應將上開所定之和解內容公告於聯邦公報。如此，其他小型網路廣播業者或非商業網路廣播業者於符合該和解之條件時，可選擇適用該和解內容條款。
3. 和解條款之內容，包括費率、結構、費用條款、通知及列為紀錄之要求，均不得用於任何涉及或調整對公眾播送或暫時性重製或重製錄音著作之權利金條款裁決，或相關之行政、司法或其他公法程序。
4. 2002 年小型網路廣播和解法或依上開 (A) 所訂之和解內容均不得於美國哥倫比亞特區巡迴法院之上訴法院 (the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit) 審理 2002 年 7 月 8 日國會圖書館館長有關依第 112、114 條對錄音著作及暫時性錄製之數位放映之裁決時，加以適用。

三、 權利金之分配方式之變革

1. 美國著作權法第 114 條(g)應於(2)項修正及增加下：

增加第(3)項：依(f)向受指定分配傳輸之權利金之非營利仲介團體，可於分配該權利金予由其他仲介團體推選有權取得權利金而以書面通知該非營利仲介團體之著作權所有人以外之前述有權之自然人、法人之前，可由該權利金扣除自1995年11月1日以後所生之合理費用。

2. 權利金應直接給付予藝術家

美國著作權法第114條(g)應於(2)修正為：

依(f)項負責分配傳輸權利金之仲介團體，應依下列規定分配：

- (A) 因以數位音頻訊號傳輸為公開播放方式所收取之權利金，其中百分之五十應支付予依第106(6)所指有排他權之著作權權利人。
- (B) 該權利金之百分之二點五應撥入代管帳戶(escrow account)，由錄音著作之著作權人及美國音樂家聯盟(the American Federation of Musicians)(或任何繼承實體)共同指定之獨立管理人負責管理，預定分配對象為其演出存於錄音著作之不特定音樂家(無論其是否為美國音樂家聯盟或其繼承實體之會員)。
- (C) 該權利金之百分之二點五應撥入代管帳戶(escrow account)，由錄音著作之著作權人及美國電視及廣播藝術家聯盟(the American Federation of Television and Radio Artists)(或任何繼承實體)共同指定之獨立管理人負責管理，預定分配對象為其演出存於錄音著作之不特定歌唱家(無論其是

否為美國電視及廣播藝術家聯盟或其繼承實體之會員)。

- (D) 該權利金之百分之四十五應以每個錄音著作為計算基礎，分配予錄製之音樂家或演出該錄音作之音樂家(或讓與存於該錄音著作中之演出之權利者)。

四、 各界反應

按本法雖為促使小型網路廣播業者與著作權權利人(即「美國錄音工業協會」(Recording Industry Association of America))進行協商，而實際運作後美國錄音工業協會確實將原有「按次收費」(per-performance fee)之計算方式，改以小型網路廣播業者之年收入為收費之依據，惟因同屬「小型網路廣播業者」之規模差異甚大，本法施行後，仍有部分小型網路廣播業者既無法參與和解程序，亦無力負擔和解後所定之費率。從而，本法實際運作後，即引發對於國會當初創設「數位錄音播送權」(a digital sound recording performance right)之舉妥當與否之討論。

III.4 衛星業者議題

III.4.1 2004 年衛星家庭收視拓展與再授權法(Satellite Home Viewer Extension and Reauthorization Act of 2004)

2004 年衛星家庭收視拓展與再授權法(Satellite Home Viewer Extension and Reauthorization Act of 2004)已於 2004 年 12 月 8 日簽署生效。該規定之主要目的，係對於衛星載具經營者再傳送電視訊號，於符合特定要件時，得以為之，並設有權利

金費率之規定。

類此規定對於鄉村、偏遠地區之終端收視戶而言，的確保障其收視之權利，避免因位處偏遠而無法近用節目之影音資訊。對於節目供應商而言，亦可因設有授權金之決定、收取機制，而可保障其著作權益。

本法重點，可整理如下：

(一) 衛星載具經營者的法定授權

此部分係針對美國著作權法第 119 條有關「供私人家庭觀賞之用，對於超級台¹⁴²及網路台¹⁴³之再傳輸」的規定，主要係針對法定授權的構成要件酌為修正，包括所需遞交的用戶名單資料，規定衛星傳播者應將用戶資訊定期提報予廣播站，並限制該用戶資訊之使用範圍，以及該資訊之保存方式。此外，對於用戶放棄其收視的情形，要求須提出放棄之聲明（waiver）。

(二) 規定確定類比訊號再次傳輸權利金之程序

此一包含由當事人間相互協議或由著作權權利金仲裁小組做成決定之情形。針對數位訊號之再次傳輸權利金計算方式¹⁴⁴，規定在特定情形下，和類比訊號之再次傳輸

¹⁴² 有關「超級台」（superstation）的定義，依據著作權法第 119(d)(9)條的規定，為「1.衛星載具經營者所再傳送之電視廣播站，且非網路台者；2.無須推算授權金者，包括公共廣播服務衛星費用」

¹⁴³ 「網路台」（network station）的定義，依據著作權法第 111 條規定，係指「提供美國境內節目傳輸的電視廣播台」。

¹⁴⁴ 該規定內容如下：(c)權利金(Royalty Fees)之調整-

“(1)對於類比訊號(analog signals)之權利金適用與決定-

“(A)初始費用(Initial Fee)-一適當費用用以決定 subsection(b)(1)(B)之作為原始(primary)類比通訊之廣播

不同。

- (三) 規定關於低功率電視站之再次傳輸，其法定授權之範圍，及應負擔之權利金。並修正有關低功率電視站的定義。
- (四) 規定在欠缺再傳輸衛星傳播者之地區，司法部門在符合特定要件下，評估後可允許再次傳輸進入地區市場。

站(network stations)和有線電視超級台(superstations)的再次傳輸之權利金，應為 2004 年 7 月 1 日生效，在此段落中被修正之聯邦行政規則彙編(Code of Federal Regulations) part 258 of 37 所規定者

“(B)自願協商而確定之費用-在 2005 年 1 月 2 日或之前，國會圖書館長(Librarian of Congress)應出版(cause to be published)在聯邦公報之初始自願協商事項(Federal Register of the initiation of voluntary negotiation proceedings)，以決定衛星傳播者(satellite carriers)對在 subsection(b)(1)(B)之原始類比通訊廣播站和有線電視超級台之再次傳輸需付之費用。

“(C)協商-衛星傳播者、分配者，和在此條款下被給予權利金之著作權擁有者，應基於誠信協商，以達成權利金之自願協議。任何衛星傳播者，分配者，和著作權擁有者可以隨時協商並且同意權利金，以及指定共同代表以協商、同意或支付類此費用。如果當事人間未能確認共同代表人，國會圖書館長(Librarian of Congress)在要求由參與協商事項之當事人間推薦後，可以為之。參與各協商事項之當事人應支付因此所生之費用。

“(D)拘束當事人之協議；協議之歸檔；公告-(i)根據本段落，在任何時候協商之自願協議，應拘束所有衛星傳播者、分配者和協議另一方之著作權擁有者。類此協議之影本應在執行依據著作權註冊應失效(the Register of Copyright)之規定後 30 日內，歸檔存放於著作權局。

“(ii)(I)在聯邦公報(Federal Register)出版初始自願協議事項公告(notice)之 10 天後，當事人間達成自願協議者，可以要求協議中的權利金適用於所有衛星傳播者、分配者，和著作權擁有者，無須依據(E)段召開仲裁程序。

“(II)一旦接受 subclause(I)下之要求，國會圖書館館長應立即提供自願協議中權利金之公告，並提供當事人機會以陳述其反對這些費用。

“(III)圖書館長(The Librarian)應對所有衛星傳播者、分配者和著作權擁有者採納自願協議中之權利金，無須召開仲裁程序。除非一方當事人有意願參與仲裁程序，且一重要利益存在於 subclause(II)下程序目的(a significant interest in the outcome of that proceeding objects under subclause(II)之結果中。

“(E)週期性協議是有效的(Period Agreement is in effect)-依據本段落而建立在已歸檔於著作權局之自願性協議上之支付權利金的義務，在協議中指明的日期將發生效力，並且應在 2009 年 12 月 31 日前均維持其效力，或依據協議中之期限有其效力，不論何者為晚(whichever is later)。

(五) 規定著作權登記處應向國會議員報告其執行、修正法定授權之研究結果與建議內容。

由於美國幅員廣大，對於鄉村、偏遠地區電視節目訊號之傳送，往往有無法藉由無線或有線電視傳送訊號的情形，此時必須仰賴衛星載具經營者將節目訊號進行再次傳送，使偏遠地區收視戶得以近用。美國著作權法及通訊法對於此一情形，均設有特別規定，使衛星載具經營者享有法定之授權，得以傳送節目訊號，惟應依規定支付權利金予頻道的經營者，以保障其著作權益。本法案即為修正相關之規定，對於授權金之計算標準等事宜，著墨甚多，可供參考。

III.4.2 1999 年衛星著作權、競爭及消費者保護草案¹⁴⁵

此一草案共有四個版本，是在 106 次會期於美國眾議院首先提出(HR1554 IH)，全院通過之版本(HR1554 EH)，參議院亦提出相關之版本(HR1554 PCS)，眾議院及參議院對於本法案若干條文並達成協議(HR1554 EAS)¹⁴⁶。本文擬針對最重要的 HR 1554 EAS 的內容加以介紹。

此一草案之主要部分，在於第一部份 (Title I) 即「衛星家庭收視者改進草案」(Satellite Home Viewers Improvements Act)，其內容包括：對於在地市場內衛星載具經營者再傳輸的法定授權¹⁴⁷，衛星載具經營者並有報告其訂戶名單的義務。

¹⁴⁵ HR 1554.

¹⁴⁶ See <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c106:H.R.1554>: (last visited Sep. 18, 2006).

¹⁴⁷ 法定授權的內容，包括：(1)對公眾再傳輸之行爲，爲衛星載具經營者所爲者；(2)再傳輸之行爲爲 FCC 之規則、規定所事先允許或經其許可者；以及 (3)衛星載具經營者對於再傳輸行爲，直接或間接

對於違反的情形，亦設有損害賠償的規定：違法之態樣(pattern)-

如果衛星載具經營者從事故意或重複模式，或者實施對公眾再傳輸由電視廣播站製作的首次傳輸，並且包含公開表演或展示著作予未居住於站台地區市場之訂戶，則還有以下(1)段之損害賠償方式—

- (A) 如果此類態樣或實施(practice)已在一相當全國性的基礎上實現，法院應作成永久禁制令限制為電視廣播站(並且如果此電視廣播站是一聯播網站(network station)，所有其他電視廣播站與此網絡均有聯繫)首次傳輸之衛星載具經營者再傳輸，並且法院應判定法定損害賠償額，額度不超過於此態樣或實施實現之每 6 個月期間 250,000 美元價額。並且；
- (B) 如果此態樣或實施已在一地方或區域性基礎上實施，而關聯於超過一家以上之電視廣播站台，法院應下一永久禁制令，限制任何電視廣播站首次傳輸之衛星載具經營者，不得於該地區(locality)或區域(region)為再傳輸，且法院應判定法定損害賠償額，額度不超過於此態樣或實施實現之每 6 個月期間 250,000 美元價額。

授權金之計算方式亦酌為修正¹⁴⁸。

向以下之人收取費用— (A)對於接收再傳輸之訂戶；或 (B)與衛星載具經營者有契約關係之散布者(distributor)，對公眾直接或間接散布再傳輸之內容。

¹⁴⁸ 修正著作權法第 119(c)條規定：(4)減少-(A)有線電視超級台(superstation)-個案中依 subsection(b)(1)(B)(i)於 1998 年 1 月 1 日生效而應支付的授權金費率應減少 30%。(B)網絡(network)-個案中依 subsection(b)(1)(B)(ii)於 1998 年 1 月 1 日生效而應支付的授權金費率應減少 45%。

本法案的主要目的，在於賦予衛星載具經營者取得再傳送節目訊號的法定授權，以及違反法定授權範圍的損害賠償規定。由於類似修正已於上述完成立法的「2004年衛星家庭收視拓展與再授權法案」有所規範，因此本法案相對較不具重要性，僅可供立法資料之參考。

第四章 與公共利益之調和

IV.1 前言

“The world goes ahead because each of us builds on the work of our predecessors. A dwarf standing on the shoulders of a giant can see farther than the giant himself.”¹

美國著名法學教授 Zechariah Chafee 在研究著作權法之過程中，對於著作之利用對文化促進之重要，曾經有如上之深刻體悟，實則科學文化之進步與累積，仰賴眾力協成，著作無不均霑前人光輝，創新亦往往立基於固有智識之上。

就著作權法而言，最理想之設計不僅要提供著作人充分的誘因、鼓勵其從事文學、音樂、藝術的創作與傳播，更包含著某些限制性機制，藉由這些限制性機制，雖然限制著作人權利之行使，但卻能鼓勵著作人以外之人，因著作人的作品易於接近，繼而創作新的著作，最終實現著作權法促進文化進步之最終目的。在著作權法之設計與運作上，不僅在於保護著作權人之權利，更在於促進公共利益之發展。

針對著作權法與公共利益調和之部分，本章將整理近年來美國在「國家電影保存及家庭電影」、「身心障礙人士教育」及「消費者數位權益保護」等議題上，曾經提出過之相關立法與草案，以便進一步瞭解美國著作權法在公共利益方面之發展。

IV.2 國家電影保存及家庭電影

¹ See Zechariah Chafee, Jr., *Reflections on the Law of Copyright*, 45 COLUM. L. REV. 503-529 (1945).

美國國會早在 1988 年就已經立法建立國家電影保護局(National Film Preservation Board)，在 1992 年國會又透過法律再次授權予電影保護局 4 年，到了 1996 年，又再次授權 7 年。同時在 1996 年的法律，創造了國家電影保存基金會(National Film Preservation Foundation)，而 2005 年通過的國家電影保存法，則是再次授權電影保存基金會。國家電影保存局是在國會圖書館內的聯邦機構，國家電影保存基金會則是非營利性、私領域的組織。

電影屬於美國文化的產物，同時也是美國文化的紀錄。但是新興科技的發展，已經使得人們得以輕易的改變舊影片。利用數位科技，在經典的畫面中，插入商業廣告，或是讓不同的人重新扮演經典的角色，在科技的長足進步下都變成可能。因此，爲了保存反應當時文化的重要資產，國會開始立法保存舊的電影。同時，國會更透過一次又一次的修法，如「國家電影保存法」等，試圖對這個寶貴的電影資產提供充足的保護。

另一方面，隨著科技的發展，父母也得以利用某些過濾技術刪除影片的畫面、聲音，進而控制孩童在家庭中觀賞影片的內容，保護未成年人，使其不至於過早接觸過於暴力、色情等影片而受到不良的影響。國會對於這類行爲，透過家庭電影法，規範在某些條件下，使用這種科技刪減影片內容並不會構成著作權的侵害行爲。

IV.2.1 國家電影保存法 (National Film Preservation Act of 2005)²

本法規定國家電影保存局的成員主要的任務，是提供國會圖書館館長(Librarian of Congress)諮詢。保存局提供的建議，主要有兩方面：(1) 每年選擇給國家電影登

² PL 109-9.

記部 (National Film Registry) 保存的電影，(2) 擬定國家電影保存計畫。

國會圖書館長和國家電影保存局每年會選擇最多 25 部電影給國家電影登記部。這些電影是文化上、歷史上或美術上具有重要性的作品。入選的電影，必須具有 10 年的歷史，但是了確保被選擇的電影範圍不會過於狹窄，被選擇的電影不必然是長篇或曾經於戲院上映過的。³

國會圖書館長，在電影保存局的建議之下，實行國家電影保存計畫以及其他保存國家電影的必要事項。使得他人基於研究或教育的目的，可以取得國家電影登記部的電影，並且使公眾瞭解和支持國家電影登記部以及整個國家電影保存計畫。同時也必須檢視國家電影保存計畫，並且確保這個計畫會根據科技的發展，對於影片的保存、存取的方式，做出必要的修正。

本法增加國家電影保存局的組織，成員的總數增加 2 位，現在國家電影保存局有 22 個成員。

本法規定了更多與國家聲音影像保存中心(National Audio-Visual Conservation Center)的合作。本法規定在國家電影保存局的建議下，圖書館長應該採取更多的行動確保美國影片的保存，這些影片包括電影、錄影帶、電視和數位影片。這些保存行動包括與國會圖書館的音樂影像保存中心和其他非營利的檔案保存組織合作。透過與這些組織的合作，將能更有效的保存國家電影。

³ 到 2005 年為止，國家電影登記部已經選擇 425 部電影。See <http://www.loc.gov/film/titles.html> (last visited Sep. 22, 2006).

IV.2.2 國家電影保存基金會再授權法 (National Film Preservation Foundation Reauthorization Act of 2005)⁴

美國國會在 1996 年的法律中創造了電影保存基金會，這個基金會是附屬於國家電影保存局的一個獨立、非營利性機構。這個基金會透過私人資金的募集，幫助檔案室保存電影，以及讓公眾可以取得這些電影。

本法增加基金會成員的員額，從原來的 9 人增加為 12 人。基金會的成員是由國會圖書館館長任命，任期為 4 年。這些成員不再受到原來不得連任的限制，意即這些成員是連選得連任。酬勞部分，這些基金會的成員，都是無給職。

在經費部分，本法規定從 2005 年到 2009 年，基金會每年可以獲得聯邦配合款美金 530,000 元。但是這些款項必須被用於電影的保存，而不可以被用於管理費用、募款費用等其他項目上。

這個基金會主要的任務在於保存孤兒電影。所謂孤兒電影是指那些沒有人可以付費使這些電影受到保存的電影。其中新聞、默劇、試驗性作品以及一些非商業主流的作品，為最具有流失危險性的影片類型。孤兒電影為 20 世紀留下記錄，因此成千上百的美國博物館、檔案室、圖書館、大學都非常重視孤兒電影的文化價值。國家保存基金會與這些機構合作，一起保存孤兒電影，希望現在以及將來的美國人都可以欣賞這些電影。

⁴ PL 109-9

IV.2.3 家庭電影法 (Family Movie Act of 2005)⁵

(一) 立法背景

本法的 Title II，也就是家庭電影法的規範內容是基於第 108 屆國會 2004 年的家庭電影草案。國會認為，在特定的條件下，著作權法和商標法不應該用來限制家長控制其小孩在家庭中可以觀賞某些影片的權力。

這個關於是否可以編輯電影的爭議，最早可以回溯到 1998 年美國的猶他州的一家電影出租店 Sunrise Video。這家出租店提供消費者經過剪輯的電影「鐵達尼號」，⁶這項服務很快受到以當地教會為首的社區廣大的迴響。

一名 Sunrise Video 的員工 Ray Lines 在 1999 年開了一家電影租售店，CleanFlicks Video。CleanFlicks 購買一些熱門的電影，然後剪去所有不雅的畫面，再將這些產品出售或出租給顧客。⁷CleanFlicks 先複製原本的電影，然後將複製品加以剪輯後，再拷貝剪輯後的電影。至於 CleanFlicks 原先購入的電影，則被刪除或內容受到覆蓋。Lines 堅稱他拷貝的份數與他購入的電影份數是相當的。在 CleanFlicks 成功拓展生意之後，也有許多公司開始仿效他的作法。⁸

然而這類的生意型態，很快就引起好萊塢的注意。許多導演和美國導演工會

⁵ PL 109-9.

⁶ Larry Williams, *Cleaning Up Hollywood; Sanitized Tapes, DVDs Have Directors Crying Foul*, in CHI TRIB., Oct. 1, 2002, at 3.

⁷ See Frequently Asked Questions: What Content Do You Edit Out?, <http://www.cleanflicks.com/lovDetail.php?detailID=6> (last visited Sep. 22, 2006).

⁸ Nathan Grow, Note: *Clearing Clearplayer's Name: Tracing the Legitimization of Digital Movie Editing Technology*, COLUM. BUS. L. REV. 723, 726-730 (2005).

(Directors Guild of America)持續公開的反對這種行爲。⁹導演公會的會長 Martha Coolidge 認爲在沒有導演的同意下，他人不應隨意剪輯電影。支持剪輯電影者則認爲，觀賞者有權刪除一些電影內容，這就如同讀者有權跳過一些書的內容，略而不讀一般。¹⁰另有論者認爲這些娛樂產業希望用導演的人格權(moral rights)來要求觀眾不要刪除不道德的內容，是很諷刺的。¹¹面對這些支持電影剪輯行爲的看法，Coolidge 認爲我們不應該因爲某些畫面我們不喜歡就支持刪除這些畫面，難道我們希望教導我們的下一代，只要我們不喜歡某些事的呈現方式，我們就可以將之遮蓋起來嗎？¹²

這些從事電影剪輯或過濾行爲的業者，希望可以與電影公司和這些導演協調，取得他們的授權。但是在 2002 與導演公會一次的協商中，Movie Mask（一種過濾電影軟體）的創造者向電影公會展示其軟體的過濾能力，電影公會對此非常憤怒，在他們的網站上表示將對這些電影剪輯者採取法律行動。¹³得知此項消息之後，在愛達荷州擁有 CleanFlicks 分店的 Korey Smitheran 和一個正在爲其電影剪輯軟體申請專利的愛達荷州人 Robert Huntsman 在 2002 對導演公會和一些導演在聯邦地方法院提起訴訟，也就是 *Huntsman v. Soderbergh* 一案。國會在審議本法時，該訴訟仍在進行中。

在 *Huntsman v. Soderbergh* 一案中，這些導演無法主張著作權的保護，因爲這些

⁹ Martha Coolidge, *Letter from the President*, DGA Mag., Sept. 2002, available at http://www.dga.org/news/v27_3/dept_presreport.php3 (last visited Sep. 22, 2006).

¹⁰ CleanFilms: About Edited Movies, at http://www.cleanfilms.com/about_edited.phtml (last visited Sep. 22, 2006).

¹¹ Matthew S. Bethards, *Can Moral Rights Be Used to Protect Immorality? Editing Motion Pictures to Remove Objectionable Content*, 3 VA. SPORTS & ENT. L.J. 1, 5 (2003).

¹² Martha Coolidge, *Letter from the President*, DGA Mag., Sept. 2002, available at http://www.dga.org/news/v27_3/dept_presreport.php3 (last visited Sep. 22, 2006).

¹³ Vince Horiuchi, *CleanFlicks Boss Wants No Part of Suit*, in SALT LAKE TRIB., Aug. 31, 2002, at B1.

導演都未擁有影片的著作權。¹⁴於是這些導演加入電影片場一方，進行訴訟。這些製片場主張他們在著作權法保障下的重製和衍生著作的權利受到侵害，他們也依據 Lanham Act 提出其他的主張。法院決定先等待國會是否通過家庭電影法，再審理本案。在家庭電影法通過之後，因為本案已經無訴訟利益（moot），因此在 2005 年 8 月 17 日駁回訴訟。¹⁵

國會制訂本法時，主要考量的層面有四者¹⁶：

1. 希望可以將能被剪輯的內容限制在基於特定原因或特定目的而為者。
2. 提供這類服務業者的營利本質。
3. 對於電視廣告的影響。
4. 對導演著作人格權的影響。

（二） 法律內容

本法規範內容主要是對於私人所為或受到私人的指示所為的剪輯行為，將其豁免於著作權法的規定。本法第 202(a)(3)條規定這種剪輯行為是，「任何家庭成員或根據其指示之人，在影片於家庭放映中或傳送到家庭的過程中，對於一部電影的聲音、影像有限部分使其消失，無論是對經過授權的電影著作物或透過電腦程式或其他科技（這些技術是被設計並被販售作為使影片某部分消失之用）。如果這些電腦程式或其他技術沒有產生實體的修改後的電影著作物。¹⁷」第 202 (b)條修改商標法的規

¹⁴ 在美國著作權法下，電影屬於受雇著作，因此電影的著作權應歸片場所有。

¹⁵ Order Dismissing Moot Claims at 2-3, *Huntsman v. Soderbergh*, No. 02-M-1662 (D. Colo. Aug. 17, 2005).

¹⁶ See <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/cpquery/T?&report=hr033p1&dbname=109&> (last visited Sep. 22, 2006).

¹⁷ SEC. 202(a)(3): by inserting after paragraph (10) the following:

定，將上述的剪輯行爲納入非違反商標法的行爲。

爲了遵守憲法第一增補條文對表現自由的保護，「家庭電影法」在立法時就是被設計成爲一部「內容中立」(content-neutral)的法律，因此本法的操作和影響，將不會取決於被消除的內容是否一般而言屬於具有侵犯性的內容。也就是這個內容中立的法律，一樣適用於消除一些通常不會被認爲具有侵犯性的內容。具體而言，本法的目的是在於給予觀賞者選擇消除部分影片內容的權利，不管這些被消除的內容是否客觀上被大多數人認爲具有侵犯性。所以在立法之初，國會即因第一增補條文的規定，否決針對某類影片內容，賦予觀賞者消除權利的法律。

本法並未區分從事剪輯者是否以營利爲目的，亦即沒有區分剪輯者剪輯影片的目的是爲了營利抑或是爲了自己觀賞的喜好。因爲立法者無法在營利與非營利的剪輯者間，找到明確的區分基礎。大部分的電影都是由以營利爲目的的公司所生產的，而很多公司現在都與廣告業者合作，將廣告剪輯入電影中。電視轉播的體育活動通常也都會有廣告穿插其中，而這些廣告看起來就像競賽活動的一部份。很少電視節目會向觀眾說明他們正在插撥廣告，並向觀眾表示他們所觀賞的是經過剪輯的版本。當然觀眾也沒有辦法阻止這些以營利爲目的者進行這一類的剪輯行爲。

本法與之前第 108 屆國會的家庭電影草案一個差異在於，本法刪除對廣告的規範，也就是本法規範的範圍不及於某些可以跳過廣告的電視裝置，這種裝置所引發

“(11) the making imperceptible, by or at the direction of a member of a private household, of limited portions of audio or video content of a motion picture, during a performance in or transmitted to that household for private home viewing, from an authorized copy of the motion picture, or the creation or provision of a computer program or other technology that enables such making imperceptible and that is designed and marketed to be used, at the direction of a member of a private household, for such making imperceptible, if no fixed copy of the altered version of the motion picture is created by such computer program or other technology.”

的合法性或是法律責任問題，不在本法的效力範圍內。

立法者在本法中，對於何謂「有限的部分」(limited portions)沒有規定一個特定的比例或是數量，因此這必須依靠司法者於個案中判斷何謂對影片有限的部分進行剪輯。

本法並沒有對於剪輯行為會產生修改後的著作物(fixed copy)的行為豁免其受到著作權法的規範。也就是說，會產生實體的修改後衍生著作物的剪輯行為，仍然屬於著作權法下違法的行為。

國會認為這種私人對電影的剪輯行為，對於導演的著作人格權的影響，與一般為了電視放映，配合電視螢幕大小、播放時間而剪輯電影的行為並無不同，因此本法並不會對導演的著作人格權有更大的侵害。

(三) 法律影響

本法在國會立法時，已經有眾議員對本法的規定提出質疑，眾議員 John Conyers 認為本法為了一家製作剪輯軟體公司的經濟利益，將剝奪製片者的著作權¹⁸。而本法在 108 屆國會被提出之時，著作權局的局長 Merybeth Peters 也在國會發表聲明，反對家庭電影法的立法。不過 Peters 的反對理由並不是因為本法賦予消費者新的權利，反而是認為在美國現行著作權法下，家庭電影法所規範的行為本就不違法，因

¹⁸ See H. Rpt. 109-33, available at

<http://thomas.loc.gov/cgi-bin/cpquery/T?&report=hr033p1&dbname=109&> (last visited Sep. 22, 2006).

此沒有必要對本來即屬合法的行為再行立法肯定其合法性¹⁹。

在本法制訂通過之後，也有不少學者發表文章，評論本法。其中有學者認為，本法的制訂將會造成電影業者生產更多具有侵犯性內容的影片。因為本法允許私人利用過濾電影內容，電影業者將不必再為了配合消費者的喜好，於電影發行前，先行剪輯自己的電影。²⁰

另外一個本法可能造成的影響，在於本法可能會促進將內容加入既有影片的科技的發展。將某些畫面或聲音加入既有影片的技術早已存在，有可能因為本法的制訂通過，而鼓勵私人對這種技術的使用。當然，國會並沒有透過本法允許這種在既有影片加入特定內容的技術的使用，但是當國會認為電影製造者沒有所謂的著作人格權阻止他人剪輯電影時，可能會使得大家對將特定內容加入影片的技術的使用態度有所改觀。²¹

IV.3 身心障礙人士教育問題

IV.3.1 2004 年身心障礙人士教育促進法 (Individuals with Disabilities Education Improvement Act of 2004)²²

¹⁹ See Statement of Marybeth Peters (Register of Copyrights) before the Subcommittee on Courts, The Internet and Intellectual Property of the House Committee on the Judiciary, available at <http://www.copyright.gov/docs/regstat061704.html> (last visited Sep. 22, 2006).

²⁰ Nathan Grow, Note: *Clearing Clearplayer's Name: Tracing the Legitimization of Digital Movie Editing Technology*, COLUM. BUS. L. REV. 723, 759 (2005).

²¹ Nathan Grow, Note: *Clearing Clearplayer's Name: Tracing the Legitimization of Digital Movie Editing Technology*, COLUM. BUS. L. REV. 723, 760-61 (2005).

²² P.L. 108-446.

本法共有 Title I、Title II、Title III 共三大標題。Title I 為身心障礙個人教育促進草案修正案內容(Amendments to the Individuals With Disabilities Education Act)，Title II 為國家特殊教育研究機構之相關規定（National Center for Special Education Research），Title III 為其他相關法規(Miscellaneous Provisions)。

(一) 立法背景

修正本法之理由，係在根據近 30 年來對身心障礙兒童教育成果之統計、研究，調整教育身心障礙兒童之方針。而對於教育身心障礙者所使用之教材，則規定於特定條件下，「影印」(copy)此類教材不構成著作權之侵害。可以分為以下幾點加以說明：

1. 雖然美國實施 1975 年全體障礙兒童教育法 (the Education for All Handicapped Children Act of 1975²³)，使身心障礙兒童得以接受公立教育，然而對身心障礙兒童教育之成果並不如預期。
2. 根據近 30 年之研究和經驗指出，如欲使身心障礙兒童之教育更有成效，則在方式上：
 - (1) 應確保他們有機會接觸正規教育課程。
 - (2) 使身心障礙兒童之雙親有更多機會參與教育他們孩子的機會。
 - (3) 協調各州教育局與學校，以確保特殊教育是為服務身心障礙兒童而存

²³ P.L. 94-142.

在，而非處置這類兒童之方式。

- (4) 培訓專業的身心障礙兒童個人工作者，爲此類兒童服務。
 - (5) 透過鼓勵學校開設早期閱讀課程及早期介入服務的方式，減少使兒童被標示爲身心障礙兒童的情形。
 - (6) 減少書面作業等對促進教育成果無幫助之程序。
 - (7) 發展可協助身心障礙兒童學習的科技設備與服務。
3. 聯邦政府有達成提供平等教育機會予所有個人之義務。
 4. 根據統計，弱勢兒童在公立學校學童中所佔組成比例漸增，並且有比一般預期比例更多的弱勢兒童接受特殊教育。事實上，非裔美籍兒童被認定爲心智障礙者的比例多於白種人。此外，在白種學童、教師人數佔優勢之學校，也安排比例過多的弱勢學生接受特殊教育。相對的，隨著接受特殊教育的弱勢學生增加，特殊教育教師和相關服務員工在大學和學院中之數目卻持續減少。
 5. 提供離校的身心障礙學生轉銜服務措施 (transition service)，是對身心障礙兒童教育負責的重要方式。

(二) 與著作權法有關的修正內容

本法第 306 條係針對美國著作權法第 121 條進行修正，於 subsection B 加入以下之規定：

倘「影印」供小學或出版者使用的教學教材，是來自提供予國家教學資源利用中心(National Instructional Materials Access Center)的電子檔影本，且符合身心障礙個人教育促進法中所規定，使用國家教學資源利用標準(National Instructional Material Accessibility Standard)之影印教材者，如果(1)州立或地方教育局要求利用此類影印指導教材之內容(2)出版者有權出版此類教材影本(3)影本僅被單獨使用於重製或散布此些特定格式(所謂特定格式，是指由視障者或身心障礙人士專用，以盲用點字法、聽覺、數位文本(digital text)呈現予身心障礙人士使用)之影印指導教材內容，則不存有著作權侵害情事。

(三) 法律評析

本法基於促進身心障礙人士得以近用著作內容的觀點，於教學上得以廣泛應用作為教材，無須事先取得著作權人的同意或授權。本法對於此一教材的利用，設有若干要件以供遵循，並由地方教育單位進行適當介入（指定作為教材內容），得以避免在著作使用上可能過於浮濫的情形發生。此一立法方式可供參考。

IV.3.2 2003 年無障礙教學資源利用草案(Instructional Materials Accessibility Act of 2003)²⁴

(一) 概說

²⁴ H.R. 490.

「2003 年無障礙教學資源利用草案」的立法目的，是希望經由一協調且有效率之系統，將教材之取得與分配以妥適之電子檔案格式轉換成各種格式，促進小學與中學視障人士或其他閱讀障礙人士對於印刷教材之利用。

本草案的主要內容，在於課與州政府一任務：確保該州小學及中學視障或有閱讀障礙之學童，得與獲得相同教材之健全學童同時地使用特殊格式之教材。本草案並做相關之配套設計，包括：訂立技術標準（建立「教材近用標準」the Instructional Materials Accessibility Standard）、設立諮詢委員會、與出版者訂立契約，促進教材之提供等等。

（二） 與著作權法相關之修正內容

與著作權法有關的草案條文，規定在第 8 條，該條規定在於釐清與著作權法第 121 條的關連：

授權實體：提供依 SEC. 3(a)所要求之電子檔案格式之教材予州教育機關或地方教育機關之出版者，應被認定為聯邦法典 SEC. 121 of title 17 規定中之授權實體。

非侵權使用：以大字體印刷(large print)格式專供小學或中學視障或有閱讀障礙者使用之教材之重製或散布，如係基於授權實體指導下，應被認定為該教材之非侵權使用（如著作權法第 121 條定義之要件）。

（三） 草案評析

本草案有關著作權法部分的規範目的，在於釐清製作供身心障礙人士教材使用之電子檔案及大字體印刷的內容，均符合美國著作權法第 121 條不構成著作權侵害的行為²⁵。此草案與上述所介紹的「2004 年身心障礙人士教育促進草案」相較，內容與規範目的相似，2004 年草案的規定內容較為詳細，值得觀察其後續之發展。²⁶

IV.4 消費者數位權益保護

IV.4.1 概說

「2005 年促進、維護消費者期待與作者權益（均衡）草案」及「2005 年數位視聽消費者權利草案」可謂為對數位千禧年著作權法(Digital Millennium Copyright Act, DMCA)之反動，草案提出人希望藉由這些草案修正 DMCA 造成過度保護著作權利人之情況，再度重申著作權法合理使用之規定、放寬規避防盜拷保護措施之責任及不可協商條款之效力等規定，以釐清 DMCA 立法後所帶來之爭議。

支持 DMCA 之著作權人團體批評此二草案將導致盜版之氾濫並有合法化不法下載之虞，但若是站在支持消費者之角度，則會認為此二草案不過是將 DMCA 過度偏

²⁵ 根據美國著作法第 121(a)條規定，僅限於著作之「重製」或「散布」，而未包括公開傳輸權。

²⁶ 美國著作權法第 121(a)條規定，為「視障者」或「其他身心障礙者」而重製、散布著作，非侵害著作權之行爲，與我國著作權法第 53 條規定相較之下，我國僅限於增進「視覺障礙者」、「聽覺障礙者」福利為目的，除此之外之「其他的身心障礙者」，如瘡啞者，則需視其是否符合我國著作權法第 65 條之規定。See 17 U.S.C. § 121(a): Notwithstanding the provisions of section 106, it is not an infringement of copyright for an authorized entity to reproduce or to distribute copies or phonorecords of a previously published, nondramatic literary work if such copies or phonorecords are reproduced or distributed in specialized formats exclusively for use by blind or other persons with disabilities.” See 17 U.S.C. § 121(d) (2), “blind or other persons with disabilities” means individuals who are eligible or who may qualify in accordance with the Act entitled “An Act to provide books for the adult blind”, approved March 3, 1931 (2 U.S.C. 135a; 46 Stat. 1487) to receive books and other publications produced in specialized formats.

向保護著作權人之狀態，再調整回著作權法原本立法目的所追求之均衡。隨著著作權人團體與消費者利益團體之對立，可以預見的是，在此兩個草案在國會通過前，其仍將繼續在美國國會中進行拉鋸戰。

又，「2003 年消費者、學校及圖書館數位權利管理認知草案」(Consumers, Schools, and Libraries Digital Rights Management Awareness Act of 2003)則係基於國家經濟、市場革新及消費者與教育界福利等公益面向考量，為與著作權權利人之保護相調和，立法促使消費者、教育機構及圖書館就其購買數位媒體產品所附加之數位權利管理技術有所認知，詳細內容將於後介紹。

IV.4.2 2005 年促進、維護消費者期待與作者權益（均衡）草案

（一）立法背景

「2005 年促進、維護消費者期待與作者權益（均衡）草案」(Benefit Authors without Limiting Advancement or Net Consumer Expectations (BALANCE) Act of 2005)²⁷在西元 2003 年即曾被提出²⁸，草案提出之目的即是為修正美國聯邦著作權法之規定，以保護合法取得數位著作消費者之權利並符合消費者之期待。

為了實現著作權法「促進科學進步與工藝藝術」([t]o promote the Progress of Science and useful Arts)之立法目的，著作權法在資訊自由流通與商業競爭間，除了需保護「作者利益」、鼓勵並促進創新²⁹之外，在制度之設計上更應保有使用者「合

²⁷ H.R. 4563.

²⁸ H.R. 1066.

²⁹ See *Twentieth Century Music Corp. v. Aiken*, 422 U.S. 151, 156 (1975).

理使用」著作權物之空間³⁰，亦即著作權法必須在「著作權人權益」與「使用者權益」之間巧妙地取得一個平衡，此在 *Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc* 案中明白揭示³¹。

然而，隨著科技之進步，也影響了著作權法均衡「著作權人權益」與「使用者權益」之立法目的，早期「有線電視」之發展不但引發了 *Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc* 之爭議，更影響美國聯邦著作權法第 111 條之修正。近年來，數位科技快速發展與網路之興起嚴重威脅著作權法之「均衡」狀態，尤其是利用數位科技不需要經過著作權人授權授權、只需要少數花費、甚至免費，就可以將歌曲、電影的數位版本完整地、公開傳輸給數千人，嚴重侵害到著作權人之權益。

著作權人爲加強對著作之保護，亦利用數位科技發展出各式防盜拷措施以保護其著作，數位千禧年著作權法(Digital Millennium Copyright Act, DMCA)之制訂原是爲了再次捍衛著作權法之「均衡」(balance)狀態，允許著作權人能夠利用科技限制措施防止「非法取得」或「盜拷」之行爲，以對抗「數位剽竊」(digital piracy)，但也因過度保護著作權人，而被批評未將合法取得著作之消費者的權益與期待納入考量，也引發了是否有過度限制想法 (idea)、資訊(information)自由流通、交流之爭議。

按美國著作權法第 1201 條規定，使用者包括合法使用者，不論任何理由、皆不能規避防盜拷措施³²，結果導致即便在「合理使用」之情況下，消費者仍無法合法規

³⁰ See *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 575 (1994). 在本案中美國最高法院肯定諷刺性著作 (Parody) 應屬於著作權法合理使用之範圍，諷刺性著作轉化 (transformative) 原始著作、賦予原始著作新的意義之成分越高，就越容易主張合理使用。

³¹ See *Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 429 (1984).

³² “No person shall circumvent a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title”.

避科技限制措施、利用著作³³，事實上已和國會保護著作權法之旨意相違。

然而依第 105 期國會之意旨，個人不應藉由規避的方式、未經授權使用著作，但個人在其合法取得著作、合理使用著作之情況下，仍可為上述之行爲³⁴，可見 DMCA 並非企圖立即、劇烈地變動著作權人與使用者之間之均衡狀態，數位時代之著作權法在防範、懲罰數位剽竊之同時，為了維持「著作權人權益」與「社會大眾利益」之平衡，仍不應該危害到合法取得著作之權益，本草案之發起人 Lofgren 在這樣的理念下，向國會提出本草案之內容。

（二） 立法內容

本草案修正內容共有四點，（1）數位時代下著作權法「合理使用」與「消費者期待」之保護，（2）不可協商條款之效力，（3）擴大第一次銷售理論之適用，（4）修正 DMCA 之規定，允許對於「合理使用」及「消費者期待」所為規避行爲。

1. 數位時代下著作權法「合理使用」與「消費者期待」之保護

（1） 將「類比或數位傳輸」納入「合理使用」保護範圍內：

修正美國著作權法第 107 條第 1 項「合理使用」之規定，在「or by any other means specified in that section」之後，加上「including by analog or digital transmissions」，亦即將「類比或數位傳輸」包含在

³³ See *Universal City Studios, Inc. v. Reimerdes*, 111 F. Supp. 2d 294, 321-24 (S.D.N.Y. 2000) 在本案中，Universal City Studios 根據 DMCA 第 1201 之規定起訴禁止網站所有人散布可規避防盜拷保護措施之程式，或提供任何可連結到任何可下載該等破解、規避防盜拷保護措施程式之網頁。

³⁴ See House Report 105-551, Part I, Section-by-Section Analysis of section 1201(a)(1).

「合理使用」之保護範圍³⁵。

- (2) 為「存檔目的」或「轉換於數位媒體裝置以便非公開之演出或展示」，而將合法取得或接收之數位著作加以「重製」、「儲存」、「改寫」，並「非」侵害著作權之行爲：

於美國著作權法第 122 條之後，再增加第 123 (a) 條之規定，「使用者合法取得數位著作之重製物或錄音物，或合法接收數位著作之傳遞，其重製、儲存、改寫、或接近使用該數位著作之行爲，雖有著作權法第 106 條之規定，然而若符合下述目的，則非侵害著作權之行爲³⁶：(1) 為存檔之目的，當所有儲存檔案皆毀或是永遠無法接觸取得，將導致該著作物之持有不合法³⁷。(2) 非公開演出或展示之著作，而為於數位媒體設備上演出、展示或改寫該著作³⁸。」

所謂之「數位著作」係指文學作品（除電腦程式外）、錄音、音樂著作、戲劇著作、動畫、或其他錄音物，全部或一部以數位或非類比之格式呈現。

「數位視聽設備」則指可以將數位格式之著作物轉換為可視聽之聲音或影像、以數位格式回復或取得著作物、轉換或使其能夠轉換至該硬體或軟體之硬體或軟體。

³⁵“The first sentence of section 107 of title 17, United States Code, is amended by inserting after `or by any other means specified in that section,' the following: `including by analog or digital transmissions'”.

³⁶ “Use of Lawfully Obtained Digital Works- Notwithstanding the provisions of section 106, it is not an infringement of copyright for a person who lawfully obtains a copy or phonorecord of a digital work, or who lawfully receives a transmission of a digital work, to reproduce, store, adapt, or access the digital work.”

³⁷ “for archival purposes, if all such archival copies are destroyed or rendered permanently inaccessible in the event that continued possession of the work should cease to be rightful; and”

³⁸ “in order to perform or display the work, or an adaptation of the work, on a digital media device, if the work is not so performed or displayed publicly”.

- (3) 增加第 123(d)條規定，本條並未擴大或縮減著作權法之限制規範，包括第 107 條及第 108 條關於圖書館存檔及備檔³⁹。

2. 不可協商條款之效力 (Nonnegotiable license terms)

在著作權法中增加第 123 (b) 條之規定，基於「不可協商之授權條款」⁴⁰(Nonnegotiable license terms)而公開傳送數位著作，該授權條款在其限縮著作權法對專有權利所規定之限制範圍不能執行 (enforceable) ⁴¹。

3. 擴大「第一次銷售理論」(first sale doctrine)之適用

在美國著作權法第 109 條⁴²後增加第 (f) 項規定，「(f) 第 a 項及第 c 項規定適用於，當數位或其他非類比形式之特定著作之重製物或錄音物之所有人，或經該所有人授權者，於著作所有人未以可回復之方式保留該著作或錄音物，且該份著作已以其原始格式販售或處理，而以傳遞給單一接受者之方式銷售或處理該著作之情形。」⁴³

³⁹ “Construction- Nothing in this section shall enlarge or diminish any of the other limitations on exclusive rights contained in this title, including any limitations that relate to archival activities by a library or an archives under sections 107 and 108.”

⁴⁰ 其性質類似我國消費者保護法中之定型化條款，惟並不限於企業經營者提出，亦不限於與不特定多數消費者之間所訂立之條款，故本計畫僅按照字面翻譯，以茲區分。

⁴¹ “Effect of Licenses- When a digital work is distributed to the public subject to nonnegotiable license terms, such terms shall not be enforceable under the common laws or statutes of any State to the extent that they restrict or limit any of the limitations on exclusive rights under this title”.

⁴² 17 U.S.C. §109:Limitations on exclusive rights: Effect of transfer of particular copy or phonorecord

⁴³ “(f) The privileges prescribed by subsections (a) and (c) apply in a case in which the owner of a particular copy or phonorecord of a work in a digital or other nonanalog format, or any person authorized by such owner, sells or otherwise disposes of the work by means of a transmission to a single recipient, if the owner

亦即若著作物所有人未將該其著作物置於已可回復之狀態，而該著作係以其原本之形式出售或處理之情況下，允許特定數位著作之所有人販售或將該著作傳輸給單一接受者。

4. 對於「合理使用」及「消費者期待」所為規避行為之允許

修正著作權法第 1201 條⁴⁴「防盜拷措施⁴⁵之規避」，在第 (b) 項規定後增加 (c) 項，在符合一定要件下，允許為非侵權目的使用著作物而規避防盜拷措施之行為：

- (1) 合法取得著作物、錄音物者，或合法接收著作物之傳輸者，符合下列要件之情況，可以規避為有效控制接觸 (control access) 著作物或保護著作權人權利人之防盜拷措施⁴⁶：

(A) 其行為在著作權法之下需為不侵害著作使用之行為。

does not retain the copy or phonorecord in a retrievable form and the work is so sold or otherwise disposed of in its original format.”

⁴⁴ 17 U.S.C § 1201. Circumvention of copyright protection systems.

⁴⁵ 一般有將「technological measure」譯為科技保護措施，惟我國我國著作權法修法時在第 3 條增加防盜拷措施之定義，觀其立法意旨係指「technological measure」，為統一用語，本計畫將採「防盜拷措施」，以與我國著作權法之用語一致。參照著作權法第 3 條第 1 項第 18 款，「防盜拷措施：指著作權人所採取有效禁止或限制他人擅自進入或利用著作之設備、器材、零件、技術或其他科技方法。」

⁴⁶ “(1) Notwithstanding any other provision in this title, a person who lawfully obtains a copy or phonorecord of a work, or who lawfully receives a transmission of a work, may circumvent a technological measure that effectively controls access to the work or protects a right of the copyright holder under this title if--(A) such act is necessary to make a noninfringing use of the work under this title; and (B) the copyright owner fails to make publicly available the necessary means to make such noninfringing use without additional cost or burden to such person.”

(B) 著作權人未公開提供必要措施，以便消費者不需額外之花費或負擔即可為此不侵權之使用。

(2) 任何人在符合下列要件下，均可以生產、輸入、提供大眾或提供可以規避有效控制進入 (control access) 著作或保護著作所有人防盜拷措施之科技方法⁴⁷

(A) 該科技方法為前條第 1 項 (A) 為「非侵權使用」所必要。

(B) 該科技方法為前條第 1 項 (A) 為「非侵權使用」所設計、生產和銷售。

(C) 著作權人無法提供前條第 1 項 (B) 之必要措施。

(三) 各界反應

如同本草案之發起人 Lofgren 所言，在國會中僅有少數人願意為消費者權益推動 DMCA 之修法，惟「消費者需要發出聲音，這不僅僅只是科技與好萊塢的戰爭」(“Customers need a voice. This is not just a technology versus Hollywood fight”)⁴⁸，Lofgren 之所以提出本草案，其目的即在於釐清西元 1998 年通過的 DMCA 中消費者權益保護之問題。

⁴⁷ “(2) Notwithstanding the provisions of subsections (a)(2) and (b), any person may manufacture, import, offer to the public, provide, or otherwise make available technological means to circumvent a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title or protects a right of a copyright holder under this title, if--(A) such means are necessary to make a noninfringing use under paragraph (1)(A); (B) such means are designed, produced, and marketed to make a noninfringing use under paragraph (1)(A); and (C) the copyright owner fails to make available the necessary means referred to in paragraph (1)(B).”

⁴⁸ See http://www.infoworld.com/article/03/03/05/HNdmca_1.html (last visited Aug. 28, 2006.)

許多利益團體對本草案表示批評與不贊同，如美國電影協會（Motion Picture Association of American，簡稱MPAA）主席 Jack Valenti 批評本草案無異是「在DMCA的心臟插上匕首」...「該草案之立法本質上等於將盜版合法化，此將導致著作權人無法利用科技措施保護其著作，上百萬的電影可以不受任何刑罰地非法下載」⁴⁹；商業軟體聯盟(The business Software Alliance，簡稱BSA)主席 Robert Holleyman 亦認為，本草案將會破壞 DMCA 之核心目的，並且違背鼓勵著作權人創新之保護目的⁵⁰。

（四） 小結

「2005 年促進、維護消費者期待與作者權益（均衡）草案」之提出引發「著作權人權利」與「消費者權益」爭議的拉鋸戰，針對該草案所提出之內容，本計畫謹進一步提出說明與分析如後，以供參考：

1. 數位時代下著作權法「合理使用」與「消費者期待」之保護

首先，本草案規定爲了備檔或非公開需要而「重製」或「儲存」數位著作之行爲並不侵害著作權，亦即在上述兩種情況下，「重製」或「儲存」數位著作之行爲不違反著作權法之規定，聽起來似乎相當合理。

惟在目前「合理使用」之操作下，即便「無」本草案之規定，「備檔」或「非公開」使用本即在「合理使用」之範圍內，並不違反著作權法之規定，故立法者在此似乎是欲圖藉由本次修法再一次確認使用者合理使用之空間，尤其是爲「備檔」或「非公開」之目的而以數位設備將合法取得或接收之數位著作加以「重製」、「儲存」、

⁴⁹ See http://www.infoworld.com/article/03/03/05/HNdmca_1.html (last visited Aug. 28, 2006.)

⁵⁰ <http://www.bsa.org/usa/press/newsreleases/Business-Software-Alliance-Shares-Rep-Lofgrens-Objective-Bu-t-Opposes-Proposed-Copyright-Legislation.cfm> (last visited Aug. 28,2006.)

「改寫」，仍屬於消費者合理使用著作之空間。

相較於 *Sony* 案之「時間移轉」(time-shifting)，有認為本草案似乎為「科技移轉」(technology-shifting)，亦即將「利用數位設備重製、儲存、改寫數位著作」之行爲明確地納入合理使用之範圍內，惟著作權人團體實難接受此部分之修法，尤其是美國電影協會、商業軟體聯盟之批評更是嚴厲，認為此無異是合法化「盜版行爲」。

2. 不可協商條款之效力

所謂之「不可協商條款」係指著作權人利用「使用者著作權授權契約」⁵¹，限制使用人在著作權法下比方說合理使用、除外規定等原本容許的行爲，隨著科技之發展，定型化著作權授權契約成立之基準越來越低⁵²，使用者常在不知不覺中就和著

⁵¹ 使用者著作權授權契約 (end user agreement) 按照契約形成方式之不同，可以區分成三類，第一類是拆封授權契約(shrinkwrap agreement)，第二類是點選授權契約(clickwrap agreement)，第三類是網頁瀏覽契約 (Browsewrap agreement)。所謂的「拆封授權契約」(shrinkwrap agreement)一般係指軟體供應者將授權契約用塑膠套密封於軟體包裝之內，塑膠封套不僅保護磁片、光碟及使用說明書免於灰塵之污染，同時也讓使用者確認其所購買之產品是未經他人使用之新品，使用者若是將塑膠封套打開(即拆封)，即表示願意接受契約之全部內容。「點選授權契約」(clickwrap agreement)出現的型態和拆封授權契約類似，多有將其合併討論，這種契約在使用者欲取得著作人之授權時，電腦螢幕上會出現一個對話視窗，要求利用人點選「同意」(I agree)或「不同意」(I disagree)，使用者才能下載軟體或接觸著作之內容，這種交易方式在網路上尤為常見。「網頁瀏覽契約」(Browsewrap agreement)，最常出現在各個網站上，尤其是有大量平面資訊的網站，例如雅虎奇摩、Chinapost、PChome Online、CNN 等等，網頁瀏覽授權契約之名稱，在各個網頁有不同之名稱，和拆封授權契約、點選授權契約最大的不同，在於只要使用者瀏覽該網頁，就形同受到授權契約之拘束，中間不需要像拆封授權契約一樣經過一個「拆封」的動作，也沒有像「點選授權契約」需要經過「點選」同意之動作，只要一登錄該網頁，契約就算是形成。

⁵² 如前註所述，不論是拆封授權契約、點選授權契約或網頁瀏覽契約，契約成立之標準越來越低，尤其是在美國 *ProCD* 案中法院認為僅需要消費者一有「拆封」塑膠封套之動作，雙方契約即成立，消費者即需受到定型化契約條款之拘束。鑑於美國法院對於契約成立多持肯定見解，故美國案

作權人訂約，而定型化著作權授權契約又擴張著作權法之下不受保護之範圍，使用者只要是違反了契約，即使對著作的使用是符合著作權法下之規定，仍然要可能需要承擔違約之責任⁵³。

「不可協商條款」效力之爭執，起源於 1994 年美國 *ProCD v. Zeidenber*⁵⁴一案，並延續到美國 2002 年統一電腦資訊交易法⁵⁵(Uniform Computer Information Transaction Act, UCITA)。

Zeidenberg 是一位專攻電腦科學的博士班學生，其買了一個由 ProCD 公司製造、名為「Select Phone TM CD-Rom」的 CD-Rom，這個 CD-Rom 是 ProCD 公司花了很高的費用編輯電話簿資料庫所完成的，其中有電話資料以及可以接觸、取得並下載資料的軟體程式，在販賣的時候還包括一組磁片和一本使用手冊，使用手冊上記載著「個人版使用者授權契約」，除此之外在使用資料庫的時候，螢幕上會顯示「本產

例上之討論多集中在是否有無效之事由，如是否顯失公平？是否有違消費者保護法？以及是否與著作權法之規定相背等，詳如後文。

⁵³關於使用者著作權授權契約與著作權限制規定之爭議，請參考雷憶瑜，論著作之合理使用-以電腦程式還原工程為中心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，1995 年 6 月；周舒雁，標準電腦軟體契約之研究，臺灣大學法律研究所碩士論文，1996 年 1 月；郭聯彬，網路上軟體使用授權契約之研究，輔仁大學法律學研究所碩士，1997 年 7 月；葉奇鑫，「電腦軟體拆封授權契約之研究」，私立東吳大學法律研究所碩士論文，1998 年；胡心蘭，論科技發展對合理使用與著作財產權限制之影響，中原大學財經法律研究所碩士論文，2002 年 6 月；陶德斌，定型化契約條款與誠實信用原則，國立成功大學法律學研究所碩士論文，2003 年 7 月；許富雄，數位時代合理使用之再探討-以反規避條款為中心，中原大學財經法律學系碩士學位論文，2004 年 7 月；姚嘉琳，授權契約限制約款與公平交易法--簡介美國 1995 年反托拉斯法智慧財產權授權行為準則，科技法律透析，2000 年 8 月；賴文智，數位科技對著作權授權契約及合理使用範圍之影響之研究，智慧財產權，2004 年 5 月。

⁵⁴ See *ProCD v. Zeidenber*, Court of Appeals of the 7th Circuit, 20 June 1996, 86 F. 3d 1447.

⁵⁵ 本草案僅適用於「電腦資訊契約」，亦即「在電腦資訊上創造、修改、移轉、或授權電腦資訊或資訊上的權利之契約或契約的履行，立法目的係在統一解決所有關於電腦資訊契約之法律爭議，包括契約之形成、契約解釋、擔保、履行、毀約、損害填補等。

品僅提供被授權者使用」(“The listings on this product are licensed for authorized users only”)之警示，在著作權授權契約中並規定資料及軟體僅供個人使用之複製，並且禁止散布、再授權及出租該軟體及資料，契約中亦明白規定使用者不可以在網路上或時間分享環境下(in any networked or time-share environment)，將該資料或軟體一部或全部提供給其他使用者，或是將資料一部或全部傳送到其他電腦，而這些條款是以很小的字體印刷，也沒有針對這些特別授權條款加以說明。1995年4月Zeidenberg成立了Silken Mountain Web Services公司，並將電話資料庫運用在網路上，利用ProCD部分的資料庫資料建立自己的資料庫，並寫了一個新的電腦軟體程式執行資料庫，1995年5月聯邦威斯康辛州地方法院(the Federal District Court for the Western District of Wisconsin)在發出禁止令(preliminary injunction)之前，Zeidenberg已建立了一個一天大約有20,000人次登入、全新的網路資料庫。

在本案中，ProCD公司控告Zeidenberg和Silken Mountain Web Services公司：侵害著作權法、違反明示契約條款、違反威斯康辛州電腦犯罪法、盜用營業秘密及不公平競爭。第七巡迴法院Easterbrook法官裁判認定ProCD公司與Zeidenberg間之「個人版使用者授權契約」條款是有效的⁵⁶，惟此等見解引發很多爭議，批評第七巡迴法院為了避免「不受著作權法保護之資料庫」受到Silken Mountain Web Services公司的不公平競爭，竟然承認雙方當事人之間存在著有效之契約關係，實則已嚴重違害消費者權利之保護。

事實上，在*Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service*⁵⁷案中，法院早已揚棄辛勤蒐集原則(又有稱眉梢之汗原則)(the sweat of the brow doctrine)，闡明「原創性」係著作權法之重要條件，認為單單只是羅列姓名、住址、電話號碼且依字母順

⁵⁶ See *ProCD v. Zeidenber*, 86 F.3d 1447 (7th Cir. 1996).

⁵⁷ See *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Serv. Co. Inc.*, 499 U.S. 340 (1991)

序之「電話簿」，本不應該受到著作權法之保障，在 *Feist* 案中法院決議「不」保護不具原創性的資料庫，此項判決對於資料庫業者產生很大的衝擊，很多具有價值的資料庫因為無法受到著作權法之保護，轉而考慮以和消費者訂立契約之方法來保護資料庫內容之使用。

從這個觀點來看，第七巡迴法院在 *ProCD* 案中，認為「保護不受著作權保護之資料庫的契約條款是有效」的這個決議，顯然和 *Feist* 案的見解所有歧異。第七巡迴法院對於 *ProCD* 案的見解對於著作權體系的平衡也產生很大的衝擊，尤其是著作權授權契約條款不僅擴大授權人的權利，甚至還超過著作權法所賦予的範圍，這不僅僅影響著作權人、後續的創作者、甚至於其他第三人，消費者將必須承擔限制性契約條款妨礙競爭或限制後續的創作者創作出新著作的風險。

根據著作權法之規定，利用人可以利用的著作，除了需要得到著作權人授權的著作之外，大抵上可以分成兩類，一種是自始就不受著作權法保護，亦即不具備著作權要件之著作，一種是雖然著作受到著作權法的保護，但是屬於著作權法中著作權限制規定所允許的行為，如合理使用、除外規定、保護期間、強制授權、第一次銷售原則之屬的限制規定。關於第一種類型為著作權要件之限制，可能是欠缺原創性(如單純的事實收集)，或者著作的內容非屬於著作權法所保護的客體(如法條)，利用人可以不用擔心侵害到這些著作的著作權，因為這些著作並不受著作權法的保護，任何人都可以自由地運用。至於第二種類型的著作為著作權制度上之限制，著作權人原享有著作權法之保護，但在某些情況下(如合理使用原則、除外規定等)，其權利必須受到限制，利用這些著作的行為是被允許的，著作權人並不能主張其侵害著作權人之著作。不過，著作權人為了保護著作，利用著作權授權契約限制了利用人這兩者的使用方式，迫使利用人只能藉由取得著作權人的授權，才能合法地利用著作，甚至於連原本不受著作權法拘束的著作，也因為契約的限制，迫使其遵守

與著作權人之間不合理的約定，大大地壓迫了使用者的利用空間。

對於著作權人來說，保護似乎是越多越好，可以避免未經授權的使用者利用其著作而損害其經濟利益，然而站在著作權法的立場上，卻未必是一件好事，防盜拷保護措施再加上著作權授權契約控制著作使用之能力，似乎比著作權法還要強大，使用者甚至可以按照個人需求自由地設計著作權授權契約，著作權法在法制度的設計上賦予利用人在一定的條件下⁵⁸可以合理使用著作，惟若著作人基於限制競爭對手或其他考量，在著作權授權契約中增加對利用人合理使用之限制，例如完全限制還原工程之使用⁵⁹，藉由契約禁止利用人原本可以主張合理使用的行為，作為對於著作權法保護的另一種替代方法，並擴大其對著作控制之範圍，這樣的約定對於維持著作權人利益和利用人利益平衡的著作權法制度設計，投下了一個很大的變數，將會把原本屬於公共領域(public domain)的著作，再劃進著作權人之控制勢力下⁶⁰，難謂不會對於資訊之交流與文化之發展造成任何阻礙。

⁵⁸ 以我國著作權法第六十五條之規定為例：「著作之合理使用，不構成著作財產權之侵害。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。

⁵⁹ 關於電腦程式的還原工程是否適用合理使用的規定，並非無疑，但在一定的情況下應可以使用合理使用之規定，相關討論詳見雷憶瑜，論著作之合理使用-以電腦還原工程為中心，台灣大學法律學研究所碩士論文，1995年6月；羅明通，《著作權論II》，台英國際商務法律事務所，頁204-218，2002年8月；陳家駿，〈軟體向後轉可以嗎？談還原工程〉，倚天雜誌，頁201-203，1994年1月；陳偉潔，〈從著作權法觀點談電腦程式還原工程之合法性〉，資訊法律透析，頁32，1993年8月。

⁶⁰ See Nathan Smith, *The Shrinkrap Snafu: Untangling The "Extra Element" In Breach Of Contract Claims Based On Shrinkwrap Licenses*, BRIGHAM YOUNG UNIVERSITY LAW REVIEW 1380-1383, (2003).

爲了解決這個爭議，2002年統一電腦資訊交易法⁶¹ (Uniform Computer Information Transaction Act, 以下簡稱 UCITA)，UCITA 提出了四個判斷標準以限制契約之效力，分別是(1)優先適用原則(the federal preemption)⁶²，(2)基本公共政策之例外(fundamental public policy Exception)⁶³，(3)顯失公平原則(unconscionability)⁶⁴(4)消費者保護法(consumer protection laws)⁶⁵」然而目前只有維吉尼亞州(Virginia)與馬里蘭州(Maryland)兩個州採行 UCITA，其他各州仍在觀望當中，由於欠缺各州之支持，UCITA 之成效現階段似乎不大。

⁶¹ 本草案僅適用於「電腦資訊契約」，亦即「在電腦資訊上創造、修改、移轉、或授權電腦資訊或資訊上的權利之契約或契約的履行，立法目的係在統一解決所有關於電腦資訊契約之法律爭議，包括契約之形成、契約解釋、擔保、履行、毀約、損害填補等。

⁶² UCITA 第 105 (a)條規定「本法規定如有涉及聯邦法律優先適用者，於該優先適用範圍內本法不予執行」SEC. 105 (a)： A provision of this [Act] which is preempted by federal law is unenforceable to the extent of the preemption.

⁶³ 第 105(b)條規定「契約條款若違背基本公共政策，法院可以拒絕執行該契約、或僅執行契約中除了不允許條款之外的其他條款，或限制不允許條款之運用，以避免產生抵觸公共政策之結果，在每一案例當中應以公共政策衡量執行契約條款所能產生的利益。」(If a term of a contract violates a fundamental public policy, the court may refuse to enforce the contract, enforce the remainder of the contract without the impermissible term, or limit the application of the impermissible term so as to avoid a result contrary to public policy, in each case to the extent that the interest in enforcement is clearly outweighed by a public policy against enforcement of the term.)

⁶⁴ 第 111 (a)條規定，法院若發現契約或契約條款在訂定當時顯失公平，法院可以拒絕執行該契約、或僅執行除了顯失公平條款之外的其他契約條款、或限制顯失公平條款之應用範圍，以避免發生顯失公平之結果。(If a court as a matter of law finds a contract or a term thereof to have been unconscionable at the time it was made, the court may refuse to enforce the contract, enforce the remainder of the contract without the unconscionable term, or limit the application of the unconscionable term so as to avoid an unconscionable result.)

⁶⁵ 第 105(c)條規定，除了 d 項之規定外，如果本法或契約條款和消費者保護法相抵觸，消費者保護法之規定優先適用。(Except as otherwise provided in subsection (d), if this [Act] or a term of a contract under this [Act] conflicts with a consumer protection statute [or administrative rule], the consumer protection statute [or rule] governs.)

「2005 年促進、維護消費者期待與作者權益（均衡）草案」規定，基於不可協商之授權條款(Nonnegotiable license terms)而公開傳送數位著作，該授權條款在其限縮著作權法對專有權利所規定之限制範圍不能執行，本草案首次明訂不可協商之授權條款與著作權法有抵觸時之效力，惟本草案此條規定與 UCITA 相較之下，依照 UCITA 之規定尚且必須綜合「公共政策」、「是否有顯失公平」等情況綜合判斷不可協商條款之效力，似非可以單一條款即可輕易解決，可預見仍會引發諸多爭議⁶⁶，留待將來靜觀其變。

3. 擴大第一次銷售理論之適用

「第一次銷售理論」係指著作財產權人對於合法重製著作物之散布權，在第一次出售或其他原因移轉所有權與他人時（例如拍賣、贈與）即耗盡，此時合法著作物之所有人得自行出售、出租或為其他所有權讓與行為，著作財產權人不得對其主張散布權，一般稱之為「第一次銷售理論」、「耗盡理論」(The doctrine of exhaustion)或「用盡理論」。

美國聯邦最高法院在 *Bobbs-Merrill Co. v. Straus*⁶⁷ 首揭示第一次銷售原則，並於次年將該規定明訂於著作權法之中，並擴及著作物所有權之移轉與出租、出借，美國現行著作權法將公開散布權 (right of distribution to the public) 規定於第 106 條第 3

⁶⁶ 「2005 年促進、維護消費者期待與作者權益（均衡）草案」之規定仍將引發諸多疑義，如是否所有不可協商條款均無效？以及何謂超過著作權法限制範圍？是否所有著作權法中關於著作權之限制規定均為強制規定？著作權限制規定究屬於使用者之「權利」或只是「抗辯事由」等等問題，目前仍尚未有定論，關於著作權限制究屬強制規定或是任意規定，以及其性質請參見 LUCIE M.C.R. GUIBAULT, COPYRIGHT LIMITATIONS AND CONTRACTS-AN ANALYSIS OF CONTRACTUAL OVERRIDABILITY OF LIMITATIONS ON COPYRIGHT (2002); LAWRENCE LESSIG, THE FUTURE OF IDEAS: THE FATE OF THE COMMONS IN A CONNECTED WORLD (2001)。

⁶⁷ See *Bobbs-Merrill Co. v. Straus*, 210 U.S. 339, 349-350 (1908).

項，並在第 109 條 (a) 規定經合法製作之重製物或錄音物之所有人，或其所授權之任何人，有權不經著作權人之授權，出售或處分該重製物或錄音物。

我國著作權法中第 29 條規定「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。」第 60 條規定「著作原件或其合法著作重製物之所有人，得出租該原件或重製物。但錄音及電腦程式著作，不適用之。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。」此即為有關出租權耗盡與第一次銷售理論之規定。

第一次銷售原則事實上是在限縮著作財產權人之散布權，使著作人之散布權與重製物所有人之所有權之權益獲得平衡，在著作重製物公開散布之「前」，理應保護著作人之公開散布權，惟一旦著作權人獲得合理報償而讓與所有權後，即應重在保護著作重製物所有人，以免違背自由貿易之基本精神。

「2005 年促進、維護消費者期待與作者權益（均衡）草案」將「第一次銷售原則」適用範圍由「實體」著作擴大至「數位」著作，讓「數位著作」也能適用「第一次銷售原則」，此想法立意甚佳，惟在現實中似乎難以期待消費者會在傳輸「數位著作」給他人之後，刪除該「數位著作」之原本檔案，或者將整張光碟片中的一首歌傳輸給他人之後，要求或期待該消費者將光碟片整張銷毀，此項立法建議必須透過科技之發展，比方檔案格式或配合消費者需求之檔案，以達成其所預期之目的。

4. 規避「防盜拷措施」之效力

什麼是防盜拷保護措施？所謂的「防盜拷保護措施」（修法前稱之為科技保護措

施，Technological Protection Measures)，有謂著作權人爲保護其權利，因而發展出以「鎖碼」等科技措施，來禁止或限制他人擅自接觸或利用其著作之保護措施⁶⁸，亦有謂著作權人爲控制其著作是否可以被接觸(access)、重製(copy)或傳輸(transmit)，而以有效的科技方法所採取之保護措施，可能的方式包括插梢(Keyplugs)、智慧卡(Smartcards)、密碼>Password)、浮水印(Watermarking)、多次重製管制系統(Serial Copy Management Systems, SCMS)、鎖碼(Encryption)、電腦程式如content-scrambling system (CSS)等等，透過這些硬體或軟體設計，著作權人之著作只有在獲得授權之情形下，使用者才能以加以接觸、重製或傳輸⁶⁹，也有學者認爲著作權人利用加密(encryption)、鎖碼等技術，防止未經授權之不法複製或使用行爲，以求在法律救濟之外，另闢一條得以有效地保護本身著作權之蹊徑⁷⁰，總結來看，不論這些措施所用之方法爲何，只要是能夠有效的禁止或限制他人在未經同意或授權的情狀下任意接觸或利用該著作，基本上都是所謂的「防盜拷保護措施」。

在各國之立法例中，除了世界智慧財產權組織(WIPO)沒有對何謂防盜拷保護措施有所定義之外，其他各國都對防盜拷保護措施有所定義，不過相較於其他各國⁷¹，美國著作權法卻僅針對「規避一個技術措施」(circumvent a technological measure)⁷²與「有效控制接觸一個著作」(efficiently controls access to a work)⁷³定義，這種抽象的

⁶⁸ 馮震宇，〈數位內容之保護與科技保護措施-法律、產業與政策的考量〉，月旦法學雜誌，頁 71，2004 年 2 月。

⁶⁹ 章忠信，〈著作權法制中「科技保護措施」與「權利管理資訊」之探討〉，萬國法律，2000 年。

⁷⁰ 黃銘傑，〈解碼、破碼與公平競爭秩序〉，國立臺灣大學法學論叢，第二十八卷四期，頁 130，1999 年。

⁷¹ 馮震宇，〈數位內容之保護與防盜拷保護措施-法律、產業與政策的考量〉，月旦法學雜誌，頁 71-72，2004 年 2 月。

⁷² 17 U.S.C. § 1201(a)(3)(A) to “circumvent a technological measure” means to descramble to a scramble work, to decrypted work, or otherwise to avoid, bypass, remove, deactivate, or to impair a technological measure, without the authority of the copyright owner.

⁷³ 17 U.S.C. § 1201(a) (3) (B) a technological measure “effectively control access to a work “ if the

定義，使得美國的著作權法在防盜拷保護措施之政策上有更大的發展與解釋空間，不過卻也造成美國千禧年著作權保護法(DMCA)實施後，產生許多爭議⁷⁴，使得防盜拷保護措施成爲排除競爭對手或防止競爭對手開發相容性產品之最佳工具。

「防盜拷保護措施」最受爭議的部分是賦予著作權人太過廣泛之權利，進而影響到著作權保護範圍之大小，甚至有學者將之稱爲「超著作權」(Paracopyright)⁷⁵，著作權人不但可以利用防盜拷保護措施保護不受著作權保護之標的⁷⁶，更賦予數位內容之權利人一個專屬的權利，可以控制利用人如何接觸與利用受防盜拷保護措施保護之著作，甚至可以控制其所運用之保護技術，這樣的權利已經遠遠超過傳統著作權法所賦予著作人之權利範圍，甚至可能被濫用作爲限制競爭之手段。

「2005 年促進、維護消費者期待與作者權益（均衡）草案」對於「超著作權」之現象似能加以改善，在著作權人未「提供必要措施」而讓消費者得以合理使用著作

measure ,in the ordinary course of its operation ,require the application of information, or a process or a treatment, with the authority of the copyright owner, to gain access to the work.

⁷⁴ 論者謂有影響利用人合理使用空間以及侵害言論自由之嫌，相關討論請見李筱萍，著作權與言論自由保障之界限-以美國有關受保護著作的技術措施立法爲例，台灣大學法律學研究所碩士論文，2003 年 6 月；胡心蘭，〈論科技發展對合理使用與著作財產權限制之影響〉，中原大學財經法律研究所碩士論文，2002 年 6 月；馮震宇，〈數位內容之保護與防盜拷保護措施-法律、產業與政策的考量〉，月旦法學雜誌，頁 69-91，2004 年 2 月；李森堙，〈著作權新近國際爭議-從 Skylarov 事件談解密軟體有關爭議〉，資策會科技法律中心，<http://stlc.iii.rg.tw/articles/Science/90/3-910315-04.pdf> (last visited Sep. 22, 2006)；邵瓊慧，〈防盜拷保護措施之著作權法爭議及挑戰〉，智慧財產權季刊，頁 12-18，2002 年 9 月；陳人傑，〈防盜拷保護措施與著作權保護面面觀〉，智慧財產權季刊，頁 18-24，2001 年 9 月。

⁷⁵ 這個名詞是由 62 位著作權教授聯名請求國會審慎處理 DMCA 防盜拷保護措施時，所創造出來的名詞，係指 DMCA 已經超越了傳統著作權法之保護範圍。See [H.R. Rep. No. 105-551, at 24 \(1998\)](#) (quoting a letter endorsed by sixty-two copyright law professors characterizing the Digital Millennium Copyright Act (DMCA) anticircumvention provisions as "paracopyright").

⁷⁶ 例如 Pro.CD 案就是著作權授權契約結合防盜拷保護措施保護不具原創性的電話簿事實資料。

的情況下，其規避防盜拷措施之行爲或生產製造規避防盜拷措施之行爲並不違反著作權法⁷⁷。

IV.4.3 2005 年數位視聽消費者權利草案

(一) 立法背景

「2005 年數位視聽消費者權利草案」⁷⁸(Digital Media Consumers' Rights Act of 2005, DMCRA)，曾於 2002 年 (H.R. 5544)、2003 年 (H.R. 107) 年提出，涉及聯邦貿易委員會法(Federal Trade Commission Act, FTCA)與著作權法，修正聯邦貿易委員會法關於販賣或行銷貼錯誤標籤、受著作權保護音樂光碟之行爲，並揭示該等行爲係不公平競爭之欺騙行爲。

另外，本草案亦對於著作權法第 1201 條(c)之規定關於著作權法之「合理使用」範圍與規避防盜拷設施之責任提出修法建議。

(二) 立法內容

本草案之內容主要有三，(1) 修正聯邦貿易委員會法(Federal Trade Commission

⁷⁷ 惟是否就此即可合理期待著作權人必須「提供必要措施」？著作權人爲了保護其著作，對於此等必要措施之提供是否有意願？是否所有著作權人均有能力研發或提供「必要措施」？此要件是否無意中課予了無資力之著作權人更重的責任？此將造成若無法提供「必要措施」讓消費者合理使用著作，即便規避防盜拷保護措施。再者，其行爲雖不違反著作權法，然而卻無法確保消費者是否會在將此等已破解而無防盜拷措施保護之著作再散布給他人，導致有心人利用中間之「白手套」破解防盜拷措施，再將該等著作散布他人，可預見仍引發諸多疑義。

⁷⁸ H.R. 1201.

Act, FTCA)之規定。(2) 要求聯邦貿易委員會法必須向國會報告。(3) 修正 DMCA 第 1201 條(c)規定再次強調合理使用之規定。由於前二項內容與聯邦貿易委員會法有關，與著作權法並無太大關係，本文僅簡單介紹，後者則與著作權法中合理使用之規定相關，亦是近來著作權人與使用者在「合理使用」此部分爭執不休之重要課題，本計畫將著重於此部分之研究。

1. 增加聯邦貿易委員會法第 24 (A)條之規定

本草案修正聯邦貿易委員會法，在第 24 條後增加第 24(A)條之規定，禁止銷售「為錯誤標示、不正確、欺騙行銷」「預錄之數位音樂唱片產品」(prerecorded digital music disc product)⁷⁹，其行為係屬不正當競爭且欺騙之行為，更進一步要求在「預錄數位音樂唱片產品」包裝上必須附加特定資訊，並可由聯邦貿易委員會決定需要哪些資訊必要，甚至於在草案通過後 2 年，聯邦貿易委員會必須報告「預錄數位音樂唱片產品」之市場情況、消費者申訴、執行行為及相關建議等⁸⁰。

⁷⁹ “(b) Prohibited Acts-` (1) The introduction into commerce, sale, offering for sale, or advertising for sale of a prerecorded digital music disc product which is mislabeled or falsely or deceptively advertised or invoiced, within the meaning of this section or any rules or regulations prescribed by the Commission pursuant to subsection (d), is unlawful and shall be deemed an unfair method of competition and an unfair and deceptive act or practice in commerce under section 5(a)(1). ` (2) Prior to the time a prerecorded digital music disc product is sold and delivered to the ultimate consumer, it shall be unlawful to remove or mutilate, or cause or participate in the removal or mutilation of, any label required by this section or any rules or regulations prescribed by the Commission pursuant to subsection (d) to be affixed to such prerecorded digital music disc product. Any person violating this subsection shall be deemed to have engaged in an unfair method of competition and an unfair and deceptive act or practice in commerce under this Act.”

⁸⁰ “Not later than 2 years after the date of enactment of this Act, the Federal Trade Commission shall submit to Congress a report detailing the following :

- 1) The extent to which prerecorded digital music disc products (as defined in section 24A of the Federal Trade Commission Act, as added by section 3 of this Act) have entered the market over the preceding 2 years.
- (2) The extent to which the Commission has received complaints from consumers about the implementation

2. 修改著作權法第 1201 條(c)之規定

本草案與著作權法最有關係之部分，即係在第五條之部分建議修改著作權法第 1201 條(c)之規定，強調著作權法之「合理使用」範圍：

(1) 「為科學之研究」防盜拷措施，非侵害著作權之行爲

著作權法第 1201 條第 (a) (2)(A)款規定及第 1201 條第 (b) (1)(A)款係禁止任何人生產、進口、提供大眾、給予或買賣，為規避防盜拷措施為目的而設計、生產之任何科學技術、商品、服務、零件，本草案建議在著作權法第 1201 條第 (a) (2)(A)款「title」及第 (b) (1)(A)款「thereof」後，增加「除係為科學之研究」等文字⁸¹。亦即本草案增加「除係為科學之研究」(unless the person is acting solely in furtherance of scientific research into technological measures)為除外規定，故只要係為「科學研究」防盜拷措施之目的，即非侵害著作權之行爲。

(2) 『為非侵權目的』使用著作權物而規避防盜拷措施，非違反著作權

of return policies for consumers who find that a prerecorded digital music disc product does not play properly in a device capable of playing an audio compact disc (as defined in section 24A of such Act). (3) The extent to which manufacturers and retailers have been burdened by consumer returns of devices unable to play prerecorded digital music disc products. (4) The number of enforcement actions taken by the Commission pursuant to section 24A of such Act. (5) The number of convictions or settlements achieved as a result of enforcement actions taken by the Commission pursuant to section 24A of such Act .”

⁸¹ (a) Scientific Research- Subsections (a)(2)(A) and (b)(1)(A) of section 1201 of title 17, United States Code, are each amended by inserting after `title' in subsection (a)(2)(A) and after `thereof' in subsection (b)(1)(A) the following: `unless the person is acting solely in furtherance of scientific research into technological measures'

法

於第 1201 (C) (1) 條增加為「非侵權目的使用」著作權物而規避防盜拷措施，著作權法第 1201 (C) (1) 條規定，著作權法第 1201 條並不影響著作權之權利、救濟、限制及著作權侵害之抗辯、合理使用，本草案於第 1201 (C) (1) 條增加為「非侵權目的使用」著作權物而規避防盜拷措施⁸²，非違反著作權法之行爲，確認縱然係規避防盜拷措施，若非侵害著作權法之規定，該規避行爲仍不違反著作權法之規定。

在著作權法第 1201 (C) 後增加 (5)，「除非係直接侵害行爲，否則製造或銷售實質上非侵害著作權之硬體或軟體之行爲，並非侵害著作權之行爲。」⁸³，則除了前述「非侵權目的」規避防盜拷措施外，若為「非侵權目的」製造、銷售規避防盜拷措施之硬體或軟體，同樣亦不侵害著作權。

(三) 各界反應

消費者聯盟(Consumers Union)及美國消費者協會(Consumer Federation of America)於 2005 年 4 月聯名遊說眾議員支持本草案，並表示本草案將達成「避免消

⁸² (b) Fair Use Restoration- Section 1201(c) of title 17, United States Code, is amended

(1) in paragraph (1), by inserting before the period at the end the following: `and it is not a violation of this section to circumvent a technological measure in order to obtain access to the work for purposes of making noninfringing use of the work'; and

(2) by adding at the end the following new paragraph:

`(5) Except in instances of direct infringement, it shall not be a violation of the Copyright Act to manufacture or distribute a hardware or software product capable of substantial noninfringing uses.'

⁸³ Except in instances of direct infringement, it shall not be a violation of the Copyright Act to manufacture or distribute a hardware or software product capable of substantial noninfringing uses.

費者混淆誤認」及「修正 DMCA 之缺失」兩大目標⁸⁴。美國圖書館協會亦表示贊同本草案確保合理使用空間，維護著作權制度平衡之目的⁸⁵。

(四) 小結

「2005 年數位視聽消費者權利草案」對於著作權法第 1201 條 (c) 規定之修改，肯認為科學目的而研究防盜拷措施，及非侵害著作權之使用著作權物而規避防盜拷措施之行爲，並不違反著作權法之規定，重申著作權法制度平衡著作權人權利與使用者利益之設計理念，立法本意在於希望將規避防盜拷措施行爲之責任能與著作權法合理使用或法定除外規定一致，避免發生著作權法下容許之使用行爲，卻因有防盜拷措施而額外受到限制，與「2005 年促進、維護消費者期待與作者權益（均衡）草案」相較，並不限於著作權人無法提供必要措施之情況。

本草案目前最大的困難在於現實上尚「無」任何一種防盜拷措施能夠「聰明」地判斷消費者的利用行爲是否符合合理使用或其他法定例外之要件，甚至，即便有這樣的技術出現，此等技術是否能夠取代法院在具體個案對於「合理使用」之判斷，仍屬可疑，此有待將來科技進一步之發展。

IV.4.4 2003 年消費者、學校及圖書館數位權利管理認知草案

(一) 立法背景

⁸⁴ See http://www.consumersunion.org/pub/core_telecom_and_utilities/002191.html (last visited Sep. 22, 2006).

⁸⁵ See <http://www.ala.org/ala/washoff/WOissues/copyrightb/copyagenda.pdf> (last visited Oct. 22, 2006).

商業市場引進附加數位權利管理技術(digital rights management technologies, DRM)之數位媒體產品(digital media product)⁸⁶已有逐漸普及之趨勢，造成部分消費者、教育機構及圖書館之困擾與不便，並增加零售業者、消費性電子產品製造業者及個人電腦製造業者於回應上開意見時之負擔。2001 年間加州一位消費者 Karen DeLise 指控 Fahrenheit Entertainment 唱片公司所發行 CD 專集，並未告知消費者無法在電腦播放機器上收聽。該 CD 並要求消費者於唱片發行商專屬網站上註冊，提供個人資料後才能將音樂下載於電腦硬碟。Karen DeLise 女士認為上述情形違反消費者保護及隱私權相關法律。雙方最後於 2002 年 2 月間達成和解，唱片業者同意於包裝更為詳盡標示，提醒消費者不能在電腦 CD-ROM 硬碟或 DVD 播放器播出，同時，也不再要求消費者應提供姓名、電子郵件信箱作為下載 MP3 之條件。⁸⁷至於現行法對於教育機構及圖書館相關保障規定，僅有第 1201 條⁸⁸關於非營利性圖書館、

⁸⁶ S.1621(2003): SEC. 9. DEFINITIONS. (3) DIGITAL MEDIA PRODUCT- The term 'digital media product' means--(A) a literary work;(B) a pictorial and graphic work;(C) a motion picture or other audiovisual work;(D) a sound recording; or(E) a musical work, including accompanying words that is distributed, broadcast, transmitted, performed, intended for sale, or licensed on nonnegotiable terms, to the general public, in digital form, either electronically or fixed in a physical medium.

⁸⁷ See <http://www.mp3newswire.net/stories/2001/cdsue.html> (last visited Sep. 18, 2006).

⁸⁸ 17USC1201 (d) Exemption for Nonprofit Libraries, Archives, and Educational Institutions.--(1) A nonprofit library, archives, or educational institution which gains access to a commercially exploited copyrighted work solely in order to make a good faith determination of whether to acquire a copy of that work for the sole purpose of engaging in conduct permitted under this title shall not be in violation of subsection (a)(1)(A). A copy of a work to which access has been gained under this paragraph-- (A) may not be retained longer than necessary to make such good faith determination; and (B) may not be used for any other purpose. (2) The exemption made available under paragraph (1) shall only apply with respect to a work when an identical copy of that work is not reasonably available in another form. (3) A nonprofit library, archives, or educational institution that willfully for the purpose of commercial advantage or financial gain violates paragraph (1)-- (A) shall, for the first offense, be subject to the civil remedies under section 1203; and (B) shall, for repeated or subsequent offenses, in addition to the civil remedies under section 1203, forfeit the exemption provided under paragraph (1). (4) This subsection may not be used as a defense to a claim under subsection (a)(2) or (b), nor may this subsection permit a nonprofit library, archives, or educational institution to manufacture, import, offer to the public, provide, or otherwise traffic in any technology, product, service, component, or part thereof, which circumvents a technological measure.

檔案機構與教育機構之免責條款，即對於供公眾利用之非營利性圖書館、檔案機構與教育機構，如本於善意，得規避科技保護措施而為接觸使用，以決定是否取得一份重製物，進而從事著作權法所允許之行爲，而本於該接觸所獲得之著作不得逾越原始目的所允許之必要期間，且不得移作他用。

有鑑於此，美國國會第 108 會期由堪薩斯州參議員Brownback進一步於 2003 年 9 月 16 日提出「2003 年消費者、學校及圖書館數位權利管理認知草案」⁸⁹(Consumers, Schools, and Libraries Digital Rights Management Awareness Act of 2003)，主要目的即在於促使消費者、教育機構及圖書館就其購買數位媒體產品所附加之數位權利管理技術有所認知，並針對其他相關事項加以規定。換言之，本草案係基於國家經濟、市場革新及消費者與教育界福利等公益面向所提出，期使與著作權權利人之保護相調和。

(二) 立法內容

本草案所稱數位權利管理技術，包含接觸控制技術⁹⁰(access control technology)與再散布控制技術⁹¹(redistribution control technology)。前者指一種技術或程序得以控

(5) In order for a library or archives to qualify for the exemption under this subsection, the collections of that library or archives shall be-- (A) open to the public; or (B) available not only to researchers affiliated with the library or archives or with the institution of which it is a part, but also to other persons doing research in a specialized field.

⁸⁹ S.1621 (2003)

⁹⁰ S.1621 (2003): SEC. 9. DEFINITIONS. (2) ACCESS CONTROL TECHNOLOGY- The term `access control technology' means a technology or process that controls or inhibits the use, reproduction, display, transmission or resale, or transfer of control of a license to use, of a digital media product.

⁹¹ S.1621 (2003): SEC. 9. DEFINITIONS. (9) REDISTRIBUTION CONTROL TECHNOLOGY- The term `redistribution control technology' means a technology or process that controls or inhibits the transmission of a digital media product over the Internet following its initial receipt by a member of the public, without regard to whether such transmission is for the purpose of use, reproduction, performance, resale, or

制或限制數位媒體產品之使用、重製、展示、傳輸、轉售或對於授權使用之轉讓；後者指一種技術或程序得以控制或限制數位媒體產品自公眾成員接收之後於網際網路之傳輸，無論該傳輸是否係基於對數位媒體產品之使用、重製、演出、轉售或對於授權使用之轉讓等目的。本草案認為對於數位媒體產品所附加之接觸控制技術或再散布控制技術之存在及其影響，消費者、教育機構及圖書館應有瞭解之權利。為達此一目的，公私領域應共同合作，除透過私領域以自願方式盡力促使消費者、教育機構及圖書館有所認知外，本草案明文規定聯邦貿易委員會(Federal Trade Commission, FTC)應負責確保購買者獲得適當充足之資訊。

關於聯邦貿易委員會為確保消費者、教育機構及圖書館對於購買數位媒體產品所附加之接觸控制技術或再散布控制技術之存在及其影響獲得適當充足資訊，本草案明訂方法如下，惟另設有過渡期間，明訂於本法施行後一年內，聯邦貿易委員會不得對於違反下述規定者加以執行。

1. 成立消費者、教育機構及圖書館數位權利管理認知諮詢委員會(Consumers, Schools, and Libraries Digital Rights Management Awareness Advisory Committee)：
 - (1) 聯邦貿易委員會於本草案施行後應儘速成立諮詢委員會，其功能在於告知聯邦貿易委員會接觸控制或再散布控制技術將以何種方式影響合法正常使用數位媒體產品之消費者、教育機構及圖書館，以及消費者、教育機構及圖書館對於存在於所購買或透過其他方式合法擁有之數位媒體產品之各該控制技術有如何之認知。
 - (2) 諮詢委員會應確保包含以下代表：廣播及電視播送者、電視節目製作人、動

畫製作人、錄音製作人、文學著作出版人、電視遊戲製作人、有線電視經營者、衛星電視經營者、3C 產品（即消費性電子產品、通訊器材與電腦產品）製造業者、進階服務提供者、網際網路服務⁹²提供者、消費者利益團體、教育機構、圖書館、及其他私領域利害關係人。並且就政府之介入、代表之觀點及委員會之功能應力求平衡。所提供之其成員及資源應足以促使聯邦貿易委員會之功能有效並及時運作。

- (3) 諮詢委員會應要求聯邦貿易委員會提出期末報告，該報告應經成員多數決認可。

2. 聯邦貿易委員會規定告示及標籤：

- (1) 除於銷售或散布時已於產品上提供清楚而顯著之告示或標籤，載明接觸控制或再散布控制技術所導致刻意的或可預見的任何使用限制外，任何人不得提供銷售、提供授權或提供使用受接觸控制或再散布控制之數位媒體產品予消費者、教育機構或圖書館。
- (2) 除散布人或出賣人明知該產品包含或受限於接觸控制或再散布控制技術，且上開告示或標籤於散布或傳送時對於消費者、教育機構或圖書館而言並非明顯可見者外，上述規定對於數位媒體產品之散布人或出賣人不適用之。

⁹² 47 U.S.C. § 231(e) (4) Internet access service: The term "Internet access service" means a service that enables users to access content, information, electronic mail, or other services offered over the Internet, and may also include access to proprietary content, information, and other services as part of a package of services offered to consumers. Such term does not include telecommunications services.

- (3) 適用及生效日期：除因數位媒體產品製造業者已於原訂生效日期前達成下列條件並經諮詢委員會建議、聯邦貿易委員會決議外，上述規定應於本草案施行後一年生效。
- a. 數位媒體產品製造業者對於受接觸控制或再散布控制之數位媒體產品已建立自願性規則，包含各該控制技術經設計促使消費者、教育機構及圖書館認知各該控制技術將如何影響其對於數位媒體產品合法的、預期的、通常的使用。
 - b. 數位媒體產品製造業者自願性同意履行產品告示及標籤之規定。

其次，基於上述公益之考量，本草案亦明文規定對於技術命令之禁止，即除經國會具體授權外，聯邦電信委員會(Federal Communications Commission, FCC)不得要求任何人於美國各州間產製、進口、提供銷售、授權或散布任何基於提出、加工、轉換、接收或複製數位媒體產品之目的而設計、產製、行銷之裝置、機器或器具，用以使接觸控制技術或再散布控制技術或回應該技術之能力，與此種裝置、機器或加工之設計相結合。⁹³

⁹³S.1621(2003): SEC. 3. PROHIBITION ON FCC TECHNOLOGY MANDATES. (b) PROHIBITION ON TECHNOLOGY MANDATES- Except as specifically authorized by Congress the Federal Communications Commission may not require a person manufacturing, importing into, offering for sale, license or distribution in, or affecting, interstate commerce in the United States a device, machine, or process that is designed, manufactured, marketed for the purpose of, or that is capable of rendering, processing, transmitting, receiving or reproducing a digital media product--(1) to incorporate access control technology, or the ability to respond to such technology, into the design of such a device, machine, or process; or(2) to incorporate redistribution control technology, or the ability to respond to such technology, into the design of such a device, machine, or process.

然而上述規定對於聯邦電信委員會繫屬中之立法程序將產生影響。自數位電視(digital television; DTV)成功轉換後，相較於傳統類比市場，為消費者提供使用數位內容之各種創新而多樣化方式，進而衍生非法再散布數位電視廣播節目等問題，聯邦電信委員會乃提案立法以資因應。對此，本草案明文規定不得禁止或限制聯邦電信委員會為採行於 CS Docket No. 97-80 與 PP Docket No. 00-67 之「cable plug and play」⁹⁴所為之提案。倘聯邦電信委員會決議其有權提案於 MB Docket No.02-230，其所為提案將不受本草案上述關於技術命令禁止之限制，惟該提案仍應：

1. 保留消費者、教育機構及圖書館合理通常之接觸使用。
2. 不得直接或間接包含任何基於提出、加工、轉換、接收或複製數位媒體產品之目的而設計、產製、行銷之裝置、機器或加工，使其使用任何特定再散布控制技術。但僅得提供建立標準物件以達成防止透過網際網路非法再散布數位電視廣播節目之功能性要求。
3. 提供製造業者自我認證，使委員會於再散布控制技術符合上開(1)及(2)之要求且並未妨礙網際網路上無關之內容散布時，得依據其現有權利專屬執行。

再者，自消費者隱私(consumer privacy)之觀點而言，本草案認為，倘於欠缺正當程序又未能接受司法審查以確保合法性之情形下，准許數位媒體產品製造業者或其代表得以要求僅提供電信傳輸工具之網路服務提供者揭露用戶個人資訊⁹⁵(personal

⁹⁴ A "plug-and-play" digital television is a television that you can plug directly into your cable system to receive analog and most digital cable services without the need for a set-top box, <http://www.fcc.gov/cgb/consumerfacts/plugandplaytv.html> (last visited Sep. 22, 2006).

⁹⁵ 15USC6501 (8) Personal information: The term "personal information" means individually identifiable information about an individual collected online, including-- (A) a first and last name; (B) a home or other physical address including street name and name of a city or town; (C) an e-mail address;

information)，將違反消費者之福利、隱私及安全性，並違反網際網路作為通訊傳播及經濟資源工具之持續發展等利益。依據司法程序要求網路服務提供者揭露用戶個人資訊之情形，已規定於現行法第 512 條規定(即「網路著作權侵害責任限制草案」，17 U.S.C. §512. Limitations on liability relating to material online)，以經合法請求，並由法院核發有效傳票者為限⁹⁶。至於數位媒體產品製造業者或其代表於司法程序外要求網路服務提供者揭露用戶個人資訊之情形，本草案則課以聯邦貿易委員會應確保消費者之福利、隱私及安全受到保障之責任。因此，本草案明文規定：

1. 除於繫屬中之民事案件，由法院依數位媒體產品製造業者或其代表之請求，而核發有效之傳票或命令，或其他基於民事程序法之明確授權外，縱有其他法律規定，仍不得強迫網際網路接觸使用服務向數位媒體產品製造業者或其代表提供用戶個人資訊。
2. 上述規定於其他法律針對聲稱非法使用產品而授權要求提供個人資訊且非僅於網路服務系統暫存者，不適用之。

此外，因准許引進接觸或再散布控制技術，將造成對於傳統合法二手市場之限制，倘該市場係提供國家教育機構及圖書館重要資訊來源且合法者，此種限制將違反國家經濟、市場革新或消費者、教育機構及圖書館福利等公共利益。準此，針對數位媒體產品二手市場，本草案亦明文加以保障，即分別就消費者之二手市場

(D) a telephone number; (E) a Social Security number; (F) any other identifier that the mmission determines permits the physical or online contacting of a specific individual; or (G) information concerning the child or the parents of that child that the website collects online from the child and combines with an identifier described in this paragraph.

⁹⁶ 17USC512 (h) Subpoena To Identify Infringer.-- (1) Request.--A copyright owner or a person authorized to act on the owner's behalf may request the clerk of any United States district court to issue a subpoena to a service provider for identification of an alleged infringer in accordance with this subsection.

(consumer secondary markets)與對於教育機構與圖書館從事慈善捐贈之二手市場 (secondary markets for charitable donations to educational institutions and libraries)規定如下：

1. 只要該傳送技術得於傳送副本之同時自動刪除原數位媒體產品，則原產品之合法所有人得傳送副本予單一受領人。
2. 任何人於美國各州間產製、進口、提供銷售數位媒體產品者，不得於數位媒體產品結合、強加或意圖強加任何接觸或再散布控制技術，用以防止消費者於符合上開條件下捐贈其所有之數位媒體產品予教育機構或圖書館。
3. 任何人於美國各州間產製、進口、提供銷售數位媒體產品者，不得於數位媒體產品結合、強加或意圖強加任何接觸或再散布控制技術，用以限制消費者透過特殊管道於符合上開第一條件下加以轉售或於符合上開第二條件下從事慈善捐贈。

第五章 著作權網路侵權責任發展趨勢

V.1 著作權網路侵權責任

在網際網路著作權侵權案件中，近年來以點對點檔案分享系統(Peer-to-Peer file sharing，下簡稱 P2P)之發展以及相關侵害訴訟最為重要，尤其是在點對點技術出現以後，使用者得以藉由 P2P 技術，單向或是多向的傳輸、散布文件、圖片、影音等著作，促使數位格式著作之傳輸更容易。

Peer to Peer 技術對於著作權人之衝擊莫過於危及著作權人之重製權與散布權，著作權人憂心其著作在網際網路上遭到過度濫用而影響其在實體世界之著作市場，紛紛對點對點檔案分享系統業者提出訴訟，如 *A & M. v. Napster.com* 案¹、*Grokster & Stream Cast (Morpheus)*案²。

然而點對點分享系統業者對其使用者之侵權行為是否應負責，並非沒有疑義，事實上點對點系統業者並未直接侵害著作權，而是由其使用者透過該系統傳輸和散布他人之著作，應由使用者負直接侵害著作權責任，然而為了有效遏止使用者利用點對點檔案分享散布其著作，著作權人多根據「間接侵權責任」主張點對點系統業者因對使用者之行為有所貢獻並因此獲有利益，故其仍應負間接侵害著作權責任。

為瞭解美國近年來在網路侵權方面之發展方向及相關規範，以下將以點對點檔

¹ *A & M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001); affirming *A & M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 114 F. Supp. 2d 896 (N. D. Cal. 2000)

² *METRO-GOLDWYN-MAYER STUDIOS INC. V. GROKSTER, LTD.* (04-480) 380 F.3d 1154, vacated and remanded.

案分享系統業者之責任為主，介紹美國關於著作權侵害責任之概念以及近年來 P2P 相關訴訟之案件。

V.1.1 直接侵害責任

在美國侵害著作權之訴訟中，在直接侵害之部分，原告首應證明其為著作之著作權人，以及該著作之著作權遭被告侵害，而不問侵權行為人是否知情及意圖如何，只要未經著作權人之授權，而逕行為著作權人專有之行為者均屬侵害著作權之行為³，在直接侵害責任之部分，原告僅需要舉證證明有侵權之事實存在即可，而不需探討行為人是否有直接侵害之故意（*Intent to Infringe*）。

³ 美國著作權法第 501 條「Anyone who violates any of the exclusive rights of the copyright owner as provided by sections 106 through 122 or of the author as provided in section 106A (a), or who imports copies or phonorecords into the United States in violation of section 602, is an infringer of the copyright or right of the author, as the case may be. For purposes of this chapter (other than section 506), any reference to copyright shall be deemed to include the rights conferred by section 106A (a). As used in this subsection, the term “anyone” includes any State, any instrumentality of a State, and any officer or employee of a State or instrumentality of a State acting in his or her official capacity. Any State, and any such instrumentality, officer, or employee, shall be subject to the provisions of this title in the same manner and to the same extent as any nongovernmental entity.」

V.1.2 間接侵害責任 (Secondary Liability for Copyright Infringement)

4

間接侵害責任 (Secondary Liability for Copyright Infringement) 包括輔助侵害責任(Contributory infringement)及「代理責任(Vicarious liability)」⁵，在美國著作權法中並沒有很明確地規定著作權侵害之間接侵權責任，而係透過美國法院歷年來所累積之判決，逐步發展出「輔助侵害(Contributory infringement)」及「代理責任(Vicarious liability)」等理論，用以補直接侵害責任之不足。在 Sony 案中美國最高法院闡釋，輔助侵權責任之概念是關於在哪些情況下個人雖未親自為侵害之行爲，仍須就他人之行爲負責者⁶，亦可知代理責任與輔助侵害責任之發展，係源自於民事案件中侵權行爲(tort)之理論，進而於侵害著作權案件中援用此概念，「間接侵權責任」實爲一般侵權法下之政策概念。

V.1.2.1 輔助侵權責任(Contributory infringement)

⁴國內有將「Secondary Liability for Copyright Infringement」翻譯成「第二次侵害或二度侵害」者，參見章忠信，網路服務業者(Internet Service Provider)之著作權侵害責任，萬國法律，97期，87年2月；有翻譯成「次要責任」者，參見吳復興，網際網路點對點檔案傳輸與著作權侵害之研究-以音樂著作網路下載行爲爲例，世新大學法研所碩士論文；惟按其所涵蓋之輔助侵害責任(Contributory infringement)及「代理責任(Vicarious liability)」之內涵，係針對非直接侵權人所應負擔之責任，故在本文中則將「Secondary Liability for Copyright Infringement」翻譯爲「間接責任」，合先敘明。

⁵「Contributory infringement」國內多翻譯爲「輔助侵害責任」及「Vicarious liability」則翻譯爲「代理責任」，參見參見章忠信，網路服務業者(Internet Service Provider)之著作權侵害責任，萬國法律，97期，87年2月，著作權與數位網路科技發展-從MP3.com案及Napster案談起，90年2月「智慧財產權月刊」26期，本文則沿用之。

⁶ Sony Corp. of American v. Universal City Studios, 464 U.S. 417,435 (1984), “the concept of contributory infringement is merely a species of the broader problem of identifying the circumstances in which it is just to hold one individual accountable for the actions of another.”

所謂輔助侵害責任，指雖非自己親自為直接之侵害行為，但促成、引起他人之侵害，或對於他人之侵害有重大之輔助，而其就此為知情或可得而知者，亦應負責⁷。在 *Napster* 案中，第九巡迴法院亦表示，在知情有侵害行為之情況下，仍促使、引起或實質上對他人侵害行為有所貢獻，其應負輔助侵害責任⁸，並舉出歷來相關案例如 *Gershwin Pub' g Corp. v. Columbia Artists Mgmt., Inc.*⁹, *Fonovisa, Inc. v. Cherry Auction, Inc.*¹⁰。

輔助侵權責任之要件有二：（一）獲有直接經濟上利益（a direct financial interest in it），（二）有權利且有能力監控（the right and ability to supervise the infringing activity）

V.1.2.2 代理侵權責任(Vicarious liability)

所謂代理責任，係指雖非自己親自為直接之侵害行為，但對於他人之侵權行為有權且有能力加以控制，並自該他人之侵權行為獲有直接利益者，不問對於該侵害是否知情，均應負責，比方說雇用人因受僱人之行為而得利。在 *Napster* 案中第九巡迴法院表示，在著作權法之規範下，代理侵權責任已經從一般雇用人/受僱人關係之案件，而延伸應用於「有權且有能力」控制侵權行為且「因而獲得直接利益」之被告¹¹。

其要件應具備：（一）有權且有能力監控（the right and ability to supervise the

⁷ *Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 435 (1984).

⁸ *A & M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004,1019 (9th Cir. 2001)

⁹ *Gershwin Pub' g Corp. v. Columbia Artists Mgmt., Inc.*, 443 F. 2 1159, 1162 (2d Cir. 1971).

¹⁰ *Fonovisa, Inc. v. Cherry Auction, Inc.*, 76 F. 3d 259,264 (9th Cir. 1996)

¹¹ *A & M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004,1022 (9th Cir. 2001).

infringing activity)，(二)因此而獲有直接經濟上利益(a direct financial interest in it)，始得主張代理侵權責任(Vicarious liability)。

V.1.2.3 小結

不論是代理侵害或輔助侵害責任，均是就他人之直接侵害行為所負之責任，必須先要有直接侵害之存在，始能就直接為侵害行為者以外之人科以代理侵害或輔助侵害責任。間接責任在著作權之實施上有其存在之實益，尤其是當一對直接侵權者提起訴訟顯然不合經濟效益且不實際之情況下，主張代理侵害或輔助侵害責任顯然比主張直接侵害著作權責任更實際，如同 Posner 法官之觀察，鑑於著作權人對複數著作權者起訴之不實際與不合經濟效益，著作權人應得對促使侵害行為之人主張責任¹²，惟對於同時具有合法使用用途及侵權用途之產品，間接責任讓著作權人有能力控制促進侵害之新科技發展，似有降低產品繼續創新之疑慮¹³。

V.2.美國 P2P 相關案例

以下介紹美國近年來在 P2P 之兩個重要案例，Napster 案及 Grokster 案。尤其是美國最高法院對 Grokster 案之見解，雖然引發諸多疑義，惟仍可作為瞭解美國在處理 P2P 發展與保護著作權人間之方向。

V.2.1 Napster 案

¹² In re Aimster Copyright Litigation, 334 F. 3d 643, 645 (7th Cir. 2003), “Recognizing the impracticality or futility of a copyright owner’s suing a multitude of individual infringers...the law allows a copyright holder to sue a contributory to the infringement...”

¹³ Landes and Lichtman, 17 J. Econ. Lit., at 114.

V.2.1.1 本案事實

Napster 可謂為第一個廣泛應用的檔案分享系統，Napster 之使用者只要以其免費軟體即可登錄 Napster 系統，再由 Napster 中央伺服器檢查使用者是否同意提供 MP3 檔案給其他的使用者，然後將使用者願意提供的檔案名稱下載於伺服器，該伺服器存有所有可以透過系統下載的檔案名稱資料庫。使用者搜尋歌曲請求有無該檔案(如歌曲名稱)，Napster 伺服器搜尋其目錄並且回傳在系統中符合該詢問的檔案列表，使用者可以選擇其中一個檔案，Napster 伺服器會提供必要之網址給使用者下載該檔案，之後使用者即可直接從另一個使用者電腦中下載該檔案¹⁴。

V.2.2.2 Napster 使用者之直接侵權責任

原告在本案中已提出相關證據證實(一)原告為被侵害資料之著作權人(show ownership of the alleged infringed material)，(二)被告侵害美國著作權法第 106 條所規定之專屬排他權利(demonstrate that the alleged infringers violate at least one exclusive right granted to copyright holder under 17 U.S.C. §106)，地方法院並特別指出 Napster 使用者上傳檔案名稱及下載原告擁有著作權檔案之行爲，已侵害著作權法第 106 條第(3)項公開傳輸權及第 106 條第(1)項重製權之規定。

Napster 爭執其使用者並未侵害原告之著作權，因其乃是在合理使用之範圍內，惟地方法院並未採納，使用者之行爲並不符合美國著作權法第 107 條合理使用之規定，第九巡迴法院亦同意其看法¹⁵。

¹⁴ A & M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d 1011-1013 (9th Cir. 2001).

¹⁵ A & M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d 1014-1019 (9th Cir. 2001).

首先，（一）從「利用的目的及性質」（the purpose and character of the use）來看，需視新著作是否有轉化（transformative）以及轉化之程度，地方法院認為使用者下載 MP3 檔案並未轉化原始著作權之著作，再從該侵權行為是商業性或非商業性（whether the allegedly infringing use is commercial or noncommercial）來判斷，使用者傳送其檔案給不知名的請求人（requester），該行為非屬個人行為，且 Napster 使用者是以免費的方式得到其本來應該花錢購買之物，商業性行為並不要求一定要有直接經濟上利益，即使該著作並未在市場上販售，但反覆、剝奪性地拷貝著作仍構成商業性利用，故地方法院認為 Napster 之使用者之行為屬商業性行為。

再從（二）「著作之性質」（the nature of the copyrighted work）來看，原創性越高之著作比事實性著作更接近著作權保護範圍之核心，更應受著作權保護，地方法院認為原告之音樂著作和唱片在本質上屬於「原創性」之著作（creative in nature）。

就（三）「所利用之質量及其在整個著作所占之比例」（the “amount and substantiality of the portion used” in relation to the work as a whole）而言，雖然整體的利用並不排除合理使用之主張，但重製整份著作對合理使用產生不利之影響，地方法院認為 Napster 之使用者在檔案傳輸時需要重製整份著作物，其仍涉及重製整體著作之重製。

就（四）「利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響」（the effect of the use upon the potential market for the work or the value of the work）而言，Napster 提出 Jay Report、Fine Report 以及 Teece Report 證實線上分享 MP3 檔案的確造成大學市場銷售量之減少及對市場之傷害，地方法院則認為 Napster 至少在兩方面對市場造成傷害，其降低大學學生購買音樂 CD 之銷售量，且其提高原告進入數位下載音樂市場門檻。

最後，Napster 爭執其在合理使用方面所提出之抗辯事由如「試聽」(sampling) 及「空間轉換」(space-shifting)，地方法院竟將之錯誤地排除在合理使用之範圍外。

惟第九巡迴法院表示(一)Napster 雖主張下載 MP3 檔案只是「試聽」(sample) 音樂以便決定是否需要購買該唱片，即使最後有些使用者會購買音樂唱片，地方法院仍認為該行為屬於商業使用 (commercial use)，第九巡迴法院亦同此見解，由證據顯示音樂公司所提供之試聽只有 30 秒至 60 秒，或即便是一首歌，但也只能短暫存於電腦裡，相較之下，Napster 的使用者則可以下載完全、免費、永久的唱片內容，故第九巡迴法院表示就「利用的目的及性質」而言，試聽仍屬商業性利用，地方法院又發現 Napster 之服務嚴重影響音樂 CD 及線上下載之市場，越多使用者下載音樂，就越少有使用者去購買音樂 CD，且對線上下載音樂之市場產生不利影響。

(二)在「空間轉換」方面，Napster 主張其使用者下載已擁有音樂 CD 之 MP3 音樂檔案時即為「空間轉換」，在 *Recording Indus. Ass'n of Am. v. Diamond Multimedia Sys., Inc*¹⁶ 及 *Sony Corp. of American v. Universal City Studios*¹⁷ 案中，均肯認「空間之轉換」為合理使用。不過，第九巡迴法院表示前述兩個案例在本案本不適用，因「空間轉換」(space-shifting) 或「時間轉換」(time-shifting) 僅限於對原始使用者，並不包括向公眾傳輸有著作權之物，以 *Diamond* 為例是從使用者電腦中移轉至 MP3 隨身聽，在 *Sony* 中則是在家自行享用所錄製之電視節目，而非向大眾傳輸，相較之下，在 *Napster* 案中，系統內之音樂本非僅原始 CD 所有人可取得，而是無數的使用

¹⁶ See *Recording Indus. Ass'n of Am. v. Diamond Multimedia Sys., Inc.*, 180 F.3d 1072, 1079 (9th Cir. 1999) (“Rio [a portable MP3 player] merely makes copies in order to render portable, or ‘space-shift,’ those files that already reside on a user’s hard drive. . . . Such copying is a paradigmatic noncommercial personal use.”)

¹⁷ *Sony Corp. of American v. Universal City Studios*, 464 U.S. 423 (1984). ”holding that “time-shifting,” where a video tape recorder owner records a television show for later viewing, is a fair use”.

者皆可取得，在本案中 Napster 之抗辯並不可採。

在本案判決中，地方法院及聯邦第九巡迴法院均肯認 Napster 之使用者無合理使用之適用，應負直接侵權責任。

V.2.2.3 Napster 之間接侵害責任 (Secondary Liability for Copyright Infringement)

一、輔助侵權責任(Contributory infringement)

地方法院及聯邦第九巡迴法院均認為 Napster 會構成輔助侵權責任(Contributory infringement)，首先從輔助侵權責任之要件有二，(一)明知直接侵害行爲(knowledge of the direct infringement)，(二)該行爲實質上促進該侵害行爲(activity that materially furthers that infringement)加以分析。

從第一個明知 (Knowledge) 要件來看，地方法院發現 Napster 實際上積極瞭解 (both actual and constructive knowledge) 其使用者的確有交換有著作權之音樂著作，地方法院並表示法律並未規定要求必須知悉個別特定之侵權行爲，Napster 爭執因該公司無法區辨侵權檔案或是不侵權之檔案，所以其無從得知該直接侵權行爲，惟地方法院並不採，聯邦第九巡迴法院同此見解，其雖不認同地方法院之推理，認為地方法院將使用之分析僅限於現在之使用，而未考慮到 Napster 系統有無能力辨識，但是仍認為並有資料顯示 Napster 的確知悉直接侵權人之使用，且 Napster 並未將有侵權之檔案移除。

從第二個要件「實質促進」(material Contribution) 來看，地方法院認為 Napster 實質上促進該侵害行爲，因若非其提供服務，Napster 之使用者亦無法找到並下載他

們想要之音樂，第九巡迴法院均同意「Napster 對於直接侵害行為提供場所與設備」(Napster provides “the site and facilities” for direct infringement)。

綜上，第九巡迴法院認為 Napster 應負輔助侵權責任(Contributory infringement)，但其修正暫時禁制令之範圍，表示輔助侵權責任應僅限於(1) Napster 合理知悉特定侵權檔案(receives reasonable knowledge of specific infringing files with copyrighted musical compositions and sound recordings)，(2) 明知或應知這樣的檔案在 Napster 系統上可得(knows or should know that such files are available on the Napster system)，(3) 且未避免這些檔案被大量散布(fails to act to prevent viral distribution of the works)。

二、「代理責任(Vicarious liability)」

本案地方法院從「代理責任(Vicarious liability)」之二要件分析，認定 Napster 應負代理侵權責任，其要件有(一) 獲有直接經濟上利益(a direct financial interest in it)，(二) 有權利且有能能力監控(the right and ability to supervise the infringing activity)。

從「經濟上利益」(Financial Benefit)來看，地方法院表示有充分之證據顯示 Napster 將來之營收與使用者資料庫之增加有直接相關，Napster 因侵害行為受有直接經濟上利益，第九巡迴法院亦同意之。

從「監控」(Supervision)要件分析，地方法院表示 Napster 有權利且有能能力監控其使用者之行為，第九巡迴法院雖肯認地方法院之見解認為，Napster 有權利且有能能力監控其使用者之行為，且未避免使用者交換有著作權之著作，惟地方法院並未

意識 Napster 控制和監測之能力有限 (the boundaries of the premises that Napster “controls and patrols” are limited)，Napster 現行系統並無法閱讀到目錄中檔案之內容，只能確定其是否為正確的 MP3 形式。

不過，第九巡迴法院也表示 Napster 有能力在其所列的目錄中找到侵權檔案，且有權利終止使用者進入該系統，雖然檔案名稱是由使用者命名，且未必和有著作權之檔案內容相符，比方說也許拼錯歌手或歌曲名稱，但是在 Napster 之運作上，檔案名稱必須要合理或大概符合檔案中的檔案內容，否則使用者無法找到其想要之音樂，所以檔案名稱目錄應是 Napster 有能力監控之範圍，使用者的確可藉其搜尋功能找到侵權檔案，第九巡迴法院仍同意地方法院之看法，Napster 未監控其系統設施，再加上其因此獲利，Napster 應負代理侵權責任。第九巡迴法院亦表示僅有在 Napster 未積極運用其監控系統之能力及排除他人取得在目錄中有侵害可能性之檔案時，始負代理侵權責任，而在本案例中 Napster 有能力運用其搜尋之功能辨識侵權檔案，且有能力禁止其他使用者傳輸之¹⁸。

V.2.2.4 暫時禁制令範圍

在本案審理中，地方法院 Patel 法官認為按照輔助侵權責任及代理侵權責任之理論，Napster 極有可能應負責任，因此其核發一個範圍相當廣泛的禁制令，禁止 Napster 繼續對其使用者侵害原告著作之行為提供幫助。

惟第九巡迴法院認為該暫時進制令之範圍太過廣泛，Napster 需負確保該系統中「完全」無重製、下載、上傳、傳輸、或散布原告著作之責任，如前所述，第九巡迴法院認為輔助侵權責任及代理侵權責任應限縮在一定範圍，原告應通知 Napster 在其

¹⁸ A & M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d 1021-1022 (9th Cir. 2001).

系統中有著作權之檔案，Napster 始有義務禁制取得該資料，Napster 同時應該在系統限度內賦有監控系統之責任，是以，地方法院所授與之暫時禁制令將保留直到地方法院將之修正為符合第九巡迴法院所要求之條件。

Napster 在本案中尚提出兩個法律規定以求免除其暫時禁止令，Napster 主張(一)其使用者之行爲應受 1992 年家庭錄音法 (the Audio Home Recording Act) 第 1008 條之保護，(二) Napster 之輔助侵害責任(Contributory infringement)」及「代理責任(Vicarious liability)」應受數位千禧年著作權法 (the Digital Millennium Copyright Act) 第 512 條之限制。

針對家庭錄音法 (the Audio Home Recording Act) 第 1008 條，地方法院認爲其與本案無關，因原告並未依家庭錄音法主張權利，且家庭錄音法並不規範下載 MP3 檔案之行爲，第九巡迴法院亦同此見解¹⁹。

至於 Napster 是否符合著作權法(the Digital Millennium Copyright Act)第 512 條，原告提出幾個問題包括(1)Napster 是否屬於數位千禧年著作權法第 512 條(d)所規定之網路服務提供者 (whether Napster is an Internet service provider as defined by 17 U.S.C. § 512(d))，(2)著作權人是否需要對網路服務提供者提供正式通知以使其明知或意識到在系統中有侵權著作 (whether copyright owners must give a service provider “official” notice of infringing activity in order for it to have knowledge or awareness of infringing activity on its system)，(3)Napster 是否符合數位千禧年著作權法第 512 條(i)時建立一個詳細的著作權遵循政策 (whether Napster complies with § 512(i), which requires a service provider to timely establish a detailed copyright compliance policy)，地

¹⁹ A & M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d 1024 (9th Cir. 2001).

方法院參考諸多證據做出有利原告之決定，認為暫時禁制令仍有其必要²⁰。

V.2.2 *Grokster* 案

在 *MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.*²¹ 案中，美國最高法院一致判決被告檔案分享公司 Grokster 及 Streamcast 對於其誘使使用者侵害著作權之行爲應負其責，原告係 Metro-Goldwyn-Mayer studios 所領軍、由 28 個娛樂公司所組成，在地方法院及聯邦第九巡迴法院，被告均獲勝訴判決，但最高法院認為第九巡迴法院誤解 Sony 案之意涵，撤銷並發回重審，本案被稱爲近年來美國智慧財產權之重要案例。

V.2.1.1 本案事實

在本案中，被告散布能讓電腦使用者透過點對點網路分享電子檔案的免費軟體，這樣的軟體能讓電腦直接互相溝通，而不需要透過中央伺服器，雖然使用者可以透過這種網路系統取得數位檔案，但卻往往用以取得未經授權之有著作權的音樂和錄影檔案，原告係由一群電影公司及其他著作權人所組成，並由 Metro-Goldwyn-Mayer studios 所帶領，控訴被告應爲其使用者之侵權行爲負責，主張被告明知並有意散布其軟體，並促使其使用者侵害有著作權之著作，已違反著作權之規定。

V.2.2.2 地方法院與第九巡迴法院之見解

²⁰ A & M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d 1025 (9th Cir. 2001).

²¹ See MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd., 545 U.S. 913 (2005).

一、 使用者已構成直接侵權責任

地方法院認為被告之使用者下載有著作權之著作之行爲，已直接侵害（directly infringe）原告之著作權，第九巡迴法院亦肯認之。

二、 間接侵權責任

（一）被告不構成輔助侵害責任（contributory liability）

針對被告是否應爲其散布軟體所致之責任負責，第九巡迴法院引用 *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*²²案之見解，在 *Sony* 案中，最高法院認為散布使用於實質非侵權使用目的之商業產品，除因散布者已實際明知特定之侵權行爲，且未爲任何避免之行爲外，散布者並不因此而應負輔助侵害責任²³，第九巡迴法院認為被告之軟體能夠使用於實質非侵害之使用，且因爲該軟體之分散架構（decentralized architecture），被告對於使用者之侵害行爲並無法明知，因此第九巡迴法院肯認地方法院之見解，認為被告並不需負輔助侵權責任。

（二）被告不構成代理責任

再者，第九巡迴法院亦認為被告對於其使用者侵害行爲並無實質貢獻，因爲使

²² See *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984).

²³ “the distribution of a commercial product capable of substantial noninfringing uses could not give rise to contributory liability for infringement unless the distributor had actual knowledge of specific instances of infringement and failed to act on that knowledge.”

用者係自行搜尋、檢索、儲存侵權檔案，被告除了一開始提供軟體，即未再參與其他行爲，且因被告並未監控或控制軟體之使用，亦無權利或能力監督軟體之使用，對於使用者之侵害並無獨立之管理監督責任，故其認定被告不構成代理責任。

V.2.2.3 最高法院之見解²⁴

原告不服第九巡迴法院之判決，即向美國最高法院提起上訴，美國最高法院於2005年6月27日做出廢棄第九巡迴法院之決定。

最高法院認爲證據顯示透過系爭點對點網路系統，每個月均有無數的檔案被分享下載，雖然本案系爭點對點技術爲分散式網路(decentralized networks)，並無法顯示哪些檔案被重製，或何時被重製，但被告明知其使用者利用其所散布之軟體下載有著作權之著作，尤其是當使用者以電子郵件詢問被告有關著作權著作之問題時，被告即按照指導原則回覆，可見被告甚至於能夠直接得知侵害之行爲。

最高法院認爲被告亦非僅僅是侵權資訊之被動接收者，證據顯示其散布免費軟體之時，即明瞭其使用者使用其軟體下載有著作權之著作，並且積極地鼓勵侵害，被告在市場上以身爲Napster之替代選擇爲促銷。儘管未向使用者收費，卻以銷售廣告版面爲收入來源，且將該廣告提供給使用者，隨著使用者之增加，其廣告越有價值。最後，被告亦無任何證據顯示其從使用者所下載之資料中，過濾有著作權之著作或爲其他可以抑制分享有著作權著作之行爲。

最高法院認爲，散布帶有促進使用並以侵害著作爲目的之設備者，如有明白表示或其他積極行爲促使侵害，此已超過單純知道第三人行爲之散布，不管該設備是

²⁴ 判決原文請參考<http://www.law.cornell.edu/supct/html/04-480.ZS.html>

否用於合法使用，其應對於第三人使用該設備所造成之損害負責²⁵。最高法院針對本見解提出下列說明：

一、 本案之核心問題在於如何在著作權法保護創新與藉由限制侵權責任促進科技發展之間衡量其價值取捨：

鑑於每天均有大量之侵權著作下載，以間接責任要求業者負責為一相當重要之爭議，尤其是當廣泛地以該設備侵害著作權，要對於所有直接侵權人主張權利事實上顯不可能。因此最高法院肯認，唯一有效之方法即是對於散布該設備之人，按照輔助侵害或代理責任之理論，課以間接侵權之責任（secondary liability），當侵權人意圖誘使或鼓勵直接侵權行為，即應負輔助侵權責任，若其拒絕行使其權利禁止或限制直接侵權行為，並自該直接侵權行為獲得利益時，則應負代理責任。

二、 第九巡迴法院誤解 Sony 案：

在 Sony 案中，對於錄影機使用者錄製有著作權節目的行為，著作權人控訴錄影機製造者 Sony 應負輔助侵害責任，該案證據顯示錄影機之主要目的在於「時間移轉」（time-shifting），使用者可以預先錄製節目，以便在比較方便的時間觀賞，最高法院在該案中認為此行為為一合理、不侵權之使用(the Court found to be a fair, noninfringing use)²⁶，且並無任何證據顯示，Sony 欲促使違反著作權法之錄製行為，

²⁵ “One who distributes a device with the object of promoting its use to infringe copyright, as shown by clear expression or other affirmative steps taken to foster infringement, going beyond mere distribution with knowledge of third-party action, is liable for the resulting acts of infringement by third parties using the device, regardless of the device’s lawful uses.”

²⁶ See Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. at 423-424 (1984).

或採取任何積極行動透過不合法之錄製行為以增進其獲利，故僅能透過檢驗有無因散布該產品而適用輔助侵權責任之理論。

在 Sony 案中，因為該錄影機「能使用於商業上非侵權之使用」（capable of commercially significant noninfringing uses），故最高法院認為 Sony 需負輔助侵害責任，此反應專利法原則，專利設備之零件若能使用於其他地方，則不侵害專利權，這樣的原則免除（absolve）了在販賣一件同時具有侵權及不侵權零件的產品時之責任，並且限制該責任範圍。

最高法院認為在本案中，第九巡迴法院誤解 Sony 案之意涵，認為當某一產品能夠實質合法使用時，即便已顯示有實質促進侵權之目的、即使散布者在對其促進侵害時，已明知該侵權且未因此而採取行動，該生產者仍不需對第三人之侵權行為負輔助侵權責任²⁷。

三、 誘使侵害責任（Inducement of Infringement）：

Sony 案並未限制，即便法院發現有促進侵權行為意圖之證據存在，仍可不考量該等證據，亦未指可忽視從普通法發展出來之責任原則。當有證據顯示產品之特性或是侵權人明知將使用於侵權用途時，且有任何言論或舉動促使侵權行為，Sony 案之見解並不會排除其責任。根據普通法及 *Kalem Co. v. Harper Brothers*²⁸，對於那些

²⁷ “the Ninth Circuit misread *Sony* to mean that when a product is capable of substantial lawful use, the producer cannot be held contributorily liable for third parties’ infringing use of it, even when an actual purpose to cause infringing use is shown, unless the distributors had specific knowledge of infringement at a time when they contributed to the infringement and failed to act upon that information.”

²⁸ See *Kalem Co. v. Harper Brothers*, 222 U.S. 55, 62-63.

不僅僅是期待、甚至是利用廣告誘使侵權之著作權或專利權被告，其仍應對這些侵權行為負責。

早期發展之誘使侵害責任(inducement of infringement)即便在今日亦無不同，若有積極行為鼓勵直接侵害之證據，如廣告其侵權用途或指導如何使用於侵權用途等，即可顯示侵權人有積極意圖將該產品使用於侵權用途，此亦可克服當被告銷售之商業上產品雖適用於某些合法之用途時，法律在認定侵權責任時之困境，亦即其目的性、可歸責之言論或行為之歸責責任，並不因其有合法商業目的而妥協。

四、 證據顯示本案被告應負誘使侵權之責：

由證據顯示被告違法目的，所謂之「誘使」，係藉由散布訊息促使他人侵權之廣告或引誘行為，本案證據顯示被告確有該等意圖。首先，被告之市場涵蓋之前 Napster 之使用者，被告對其使用者提供服務，顯示其原則上有促進侵權之意圖。再者，被告未發展過濾工具或其他機制以降低侵權行為，第九巡迴法院因被告無監控其使用者之能力，而認為其不作為與此無關，但此行為卻更顯現出被告便利其使用者侵權行為之意圖。最後，被告透過銷售廣告版面營利，當越多人使用該軟體，即能獲得越多之廣告收益。

五、 最高法院認為地方法院及第九巡迴法院之判決有誤、應發還重審：

除了促使侵害行為之及散布侵權使用之設備外，誘使侵權理論尚需要設備接受者之實際侵害行為證據，在本案中為該軟體，由於在本件中直接侵害者侵害之範圍廣泛，且所有實質證據皆支持原告，最高法院認為地方法院及第九巡迴法院之判決有誤，應發還重審。

V.3 網際網路服務提供者(Internet Service Provider, ISP)

V.3.1 網際網路服務提供者安全港條款規定近期實務見解分析

由於網際網路的快速發展，數位資訊的流通已超越國與國之間的界線，並且在數位科技的匯流下，得以跨越廣播、電視、電信等不同載具傳輸。作為資訊服務媒介的網際網路服務提供者(Internet Service Provider; ISP)²⁹，由於其介於資訊提供者與服務使用者之間，對於資訊提供者所提供的資訊內容，如有涉及不法(如銷售侵害著作權之物)或不當(如散布可能構成誹謗他人之言論)時，被害者或利害關係人為阻止該資訊的流通，或者為便於獲得賠償，往往以之為訴訟的對象。此一經營風險對於 ISP 而言，因規範的不明確，或者司法實務見解可能的不一致，而導致其無法正確評估可能面臨的風險。是以在我國致力於發展電子商務等資訊通信服務產業之際，如何有效排除服務提供者可能面臨在法律規範上的不確定性，應是政府所需面臨的重要課題。

為了解決上述法律適用上可能產生的爭議，世界主要發展電子商務的國家，均針對 ISP 服務訂定若干免責規定，以試圖透過賦予「安全港」(safe harbor)的方式，讓符合要件的服務在法律評價上確定是免責的。以本研究案所研究之美國著作權法為例，「數位千禧年著作權法」(DMCA)於美國著作權法增訂第 512 條規定，即對 ISP 是否對於其用戶之侵權行為負責一事，以法律劃定一安全港，避免 ISP 承受用戶侵害著作權行為的法律風險。近期美國法院針對第 512 條安全港條款之適用，有若

²⁹ 一般對於「網際網路服務提供者」的定義，於廣義上係包括提供網路連線服務的 Internet Access Provider (IAP)、提供網路平台服務的 Internet Platform Provider (IPP)以及提供網路內容的 Internet Content Provider (ICP)。由於各國於 ISP 服務免責規範上，對於適用主體的範圍不一，因此本文在此擬先比照一般通稱，以 ISP 泛稱上述三種服務型態，待於後述探討免責規範要件時，再予分別詳述其責任要件。

干實務見解值得吾人參考，對於我國法制未來就網路侵權防制方案之研擬及推動上，應有相當之助益。

一、 美國著作權法網路服務提供者安全港條款規定簡介

(一) 「服務提供者」之定義

第 512 條有關「服務提供者」的定義，係在(k)項：首先針對提供暫時性數位網路傳輸(transitory digital network communication)此一類型的服務提供者，其定義為：法人(entity)提供使用者就其選擇的內容於指定端點間的傳輸、路由(route)或數位線上通訊之連線，對於發送或接取的內容均未加以修改。另外針對系統快速存取服務(system caching)、應使用者指示之資訊存取於系統或網路(Information residing on system or networks at direction of users)以及資訊搜尋工具(Information location tool)三種服務類型的服務提供者定義，係指線上服務或網路接取的提供者，或為提供線上服務或網路接取的營運者，前項定義所指之服務提供者亦涵括之。

(二) 主張安全港條款的適格要件

第 512 條以服務提供者(service provider)代稱一般所謂的網際網路服務提供者，再將服務提供者的定義區分為二，分別適用本法條中類型化的不同服務。網路服務提供者依其服務類型分別適用 DMCA 對服務提供者之定義後，服務提供者尚須符合兩項要件；其一，服務提供者須告知其使用者，何種情況下將阻斷重複實施侵害著作權行為之使用者的網路傳輸之政策，且該服務提供者須已採納或合理地實施該政策，本文以下概稱為著作權保護政策的合理實施。其二，服務提供者必須順應且不規避標準科技措施(standard technical measures)。所謂標準科技措施係指著作權利人用以識別或保護著作物之科技措施，且該措施必須已於公開、公平、自願且多元產

業的標準進程中，順應著作權利人或服務提供者的廣泛共識而發展，且任何人都可以合理、不歧視的待遇獲得該措施、並且未強加服務提供者的實質花費，或造成系統或網路的過大負擔³⁰。吾人將此階段審酌因素稱為網路服務提供者之適格要件。

(三) 安全港條款之免責類型

A. 暫時性數位化網路傳輸

此規定在第 512 條第(a)項，係指服務提供者對於透過其所控制或操作的系統或網路，進行資料的傳輸、路由與數位線上通訊之連線，或於上述資料傳輸、路由或連線之際形成之中介(intermediate)或暫時儲存(transient storage)，所導致的侵害著作權行為，於符合下述要件後得免除財產上損害賠償責任。

1. 資料的傳輸係由服務提供者以外之自然人發起或指示；
2. 傳輸、路由、連線的提供、或儲存係透過自動化科技程序執行，服務提供者並未對資料進行篩選；
3. 除了應對方要求而進行之自動回應，服務提供者並未選擇資料之接收人；
4. 系統或網路的中介、暫時儲存過程中，服務提供者並未重製系爭資料使得特定接收者之外的其他人皆可於通常方法下接觸該筆資料，或者重製資料不得置於系統或網路之上，超過特定接收者接觸資料之合理必須的傳輸、

³⁰ 17 U.S.C. §512 (i).

路由及連線提供的時間；

5. 透過系統或網路所傳輸的資訊未經修正。

B. 系統快速存取

此一型態規定於第 512 條第(b)項，係指服務提供者對於在符合以下情形，於服務提供者所控制或經營的系統或網路上，將資料為中介或暫時性儲存的行為，無須負損害賠償責任、同條(j)項的禁制令或著作權之侵害責任：

- (A) 資料之上線，係服務提供者以外之自然人所為；
- (B) 資料係藉由系統或網路，因他人之指示，而從上述自然人所傳送出來；以及
- (C) 基於供系統或網路使用者利用之目的，於合乎以下條件時，藉由自動化的技術程序，將上述資料加以儲存：
 - (1) 資訊於傳輸過程中並未加以修改；
 - (2) 服務提供者應確實遵守產業界所建立有關資訊補充、重載或更新之共同規則；
 - (3) 服務提供者並未干預資訊利用回傳的技術；
 - (4) 服務提供者依據將資訊建置於網路的提供者，其所設定的條件限制使用者接取該資訊；
 - (5) 資訊提供者並未經著作權人的授權而將資訊置於網路，如服務提供者一旦被通知原網站的資訊已遭刪除或無法接取，或

者已被命令為此一行為時，應迅速移除或使該資訊無法接
取。

於第 512 條第(b)項(2)(E)規定，系統快速存取亦有通知及取下程序的適用。

C. 應使用者指示之資訊存取於系統或網路

此一型態規定於第 512 條第(c)項，係指服務提供者對於透過其所控制或操作的系統或網路，應使用者指示將資訊存取於系統或網路，所導致的侵害著作權行為，於符合下述要件後得免除財產上損害賠償責任。

(A)

1. 未確實知悉在系統或網路的該筆資料，或使用該筆資料的活動，係侵害行為；
2. 在欠缺此一確實知悉下，不知有顯著侵害活動的事實或狀態；
3. 於知悉該事實後，立即採取行動刪除或阻斷該資料之存取；

(B) 服務提供者有權利及能力控制侵權活動時，服務提供者並未自該侵權活動直接獲得經濟利益；

(C) 服務提供者應於其指定之代理人接獲依本項第三款所為的通知時，迅速移除或阻斷侵權資料、活動的存取。此即所謂的「通知及取下」(notice and takedown)程序。

服務提供者應藉由其提供的服務將指定代理人的聯絡方式置於網站上供公眾可得接取，或向著作權局(Copyright Office)報備，由指定代理人接收本項第 3 款的通知書。指定代理人的資訊至少應包含其姓名、住址、電話號碼或電子郵件地址，以及著作權局長(Register of Copyrights)認為恰當的聯絡資訊。著作權局長應建立一份代理人名冊以供公眾查詢，該名冊可置於網路上以電子或硬拷貝(hard copy)形式呈現。著作權局長並可向服務提供者請求該名冊的維護費用³¹。

D. 資訊搜尋工具

此一型態規定於第 512 條第(d)項，係指服務提供者對於透過其所控制或操作的系統或網路，使用資訊搜尋工具如線上目錄(online directory)、索引(index)、參考(reference)、超鏈結(hyperlink)等，指引使用者至含有侵權物或侵權活動之線上位址，所導致的侵害著作權行為，於符合下述要件後得免除財產上損害賠償責任：

1. 未確實知悉該筆資料或利用該筆資料所從事之活動造成侵權，或於知悉、了解該事實後立即採取行動刪除或使無法存取該資料；
2. 服務提供者有權利及能力控制侵權活動時，服務提供者並未自該侵權活動直接獲得經濟利益；
3. 服務提供者於其指定代理人接獲依本項第三款所為的通知時，若該通知指出侵權資料或活動的連結位址，或其他相關資訊合理地使得服務提供者得以識別被宣稱為侵權資料或活動之連結位址，服務提供者迅速移除或阻斷侵權資料或活動的存取。

³¹ 17 U.S.C. §512 (c)(2).

提供資訊搜尋服務的網路服務提供者，並無法於網頁瀏覽時即輕易地判別出該網站內容是否侵害他人著作權，因此本類型服務提供者亦適用「通知其取下程序」，藉由著作權利人對自己權利的主動主張，服務提供者再與以配合。

(四) 通知與取下程序

「通知及取下程序」(notice and take down procedure)，係規定於第 512 條第 c 項第 3 款³²，著作權利人或是被授權代表著作權利人者，應以書面通訊方式(written communication)向服務提供者的指定代理人(designated agent)發出通知書，且該通知書內容包含：

1. 指控侵權之專屬權人，授權爲此一行爲的實體或電子簽章。
2. 聲明受侵害之著作物，若單一網站上具有數個侵害著作物之資料，通知書應表列之。
3. 聲明造成侵害或該侵害活動的主旨，以及其應被移除或阻斷之意，並提供服務提供者足以找到該筆資料的資訊。
4. 提供充足資訊使服務提供者得以聯繫申訴人，諸如：住址、電話，必要時包括得以聯繫投訴人的電子郵件等。
5. 提出聲明(statement)，表明申訴人善意相信其所指之侵害著作權資料，均未獲著作權利人、其代理人或法律之授權許可。

³² 17 U.S.C. §512 (c)(3).

6. 提出聲明，表明其通知之內容係屬正確，且申訴人若未獲得專屬權人之授權時，願受偽證罪之處罰。

著作權人或其授權之人所提出之通知，若未實質上 (substantially) 遵守前述要件時，不應認為服務提供者係確實知悉該侵害行為之事實或狀態。假若通知書係服務提供者之指定代理人所收受，而該通知書未實質遵守前述所有的要件，但已實質符合上述第 2、3、4 項時，服務提供者若立即與通知者聯繫，或採取其他合理措施協助通知之收受者實質遵守前述所有要件時，可認為有上述情形之適用，亦即不應認為服務提供者係確實知悉該侵害行為之事實或狀態³³。

服務提供者因信任該通知書之陳述，誤而移除或阻斷被宣稱為侵權之資料或活動的存取，服務提供者原則上毋庸負擔任何責任³⁴。例外情況：服務提供者係應使用者指示之資訊存取於系統或網路，該服務提供者因接獲著作權利人或經著作權利人授權之人所為的通知，而刪除或阻斷該資料的接取後，服務提供者應將該通知轉通知使用人，於使用者為「交互通知(counter-notification)」時再轉知著作權利人。如此，不論該筆資料是否被確認為侵害著作權，網路服務業者對於該刪除或阻斷資料接取的行為毋庸負擔責任。著作權利人接獲交互通知時，應於 10 至 14 個工作天內向法院提起侵害著作權之訴。未提起者，服務提供者應於 10 個工作天內回復原先刪除或阻斷接取的資料。

「通知及取下程序」主要在於建立服務提供者、著作權利人與被指控為侵權人間的合作模式，恰與 DMCA 安全港條款的立意呼應。藉由著作權利人主動發現侵權活動並踐行通知義務，免除網路服務提供者的監控義務，但課予網路服務提供者的後

³³ 17 U.S.C. §512 (c)(3)(B).

³⁴ 17 U.S.C. §512 (g)(1).

續取下及轉通知義務，再藉由轉通知程序使得使用者有為自己行為主張抗辯之權利。因此，著作權利人未為妥適通知、服務提供者未立即回應通知等，均可能為雙方訴訟時主張服務提供者否免責的攻防重點之一。

（五）傳票（Subpoena）

根據第 512 條第(h)項規定，著作權利人或是被授權代表著作權利人者可向法院書記官(clerk)提出要求，要求法院發出傳票予服務提供者以識別侵權者身分。提出要求之際，應附上本條第 c 項第 3 款的通知、研擬的傳票(a proposed subpoena)及一份宣誓聲明 (a sworn declaration)，宣誓該傳票的目的係為了獲得侵權嫌疑人的識別資料且該資料僅供用於保障本條以下之權利³⁵。

傳票內容應包含授權並命令服務提供者於接獲通知及傳票後，應立即向著作權利人或其代表人揭露服務提供者手邊可得的資訊，使著作權利人或其代表人得藉由上述資訊識別侵權嫌疑人³⁶。如果傳票申請人之前發出的通知合乎本條第 c 項第 3 款(A)的規定、傳票內容格式適當、且誓詞生效，書記官應立即簽署並核發該傳票予著作權利人或是被授權者，俾其將傳票交付服務提供者³⁷。

不論是否附隨本條第 c 項第 3 款的通知，服務提供者接獲傳票後應立即將傳票所要求的資料交付傳票申請人，其他法律規定或服務提供者事前是對該通知的回應為何，均非所問³⁸。

³⁵ 17 U.S.C. §512(h)(1)、(2).

³⁶ 17 U.S.C. §512(h)(3).

³⁷ 17 U.S.C. §512(h)(4).

³⁸ 17 U.S.C. §512(h)(5).

須陳明者，本法並未要求服務提供者監控、記錄、保存其使用的網路使用行為。服務提供者接獲傳票後應提供的資料僅限於該服務提供者可得的資料。

（六）禁制令

雖然安全港條款免去服務提供者的損害賠償責任，但為衡平雙方利益，法院仍可對符合免責規定的服務提供者核發「禁制令」(injunction)。

第 512 條第(j)項規定，法院對服務提供者發出禁制令的要求區分為二。對提供暫時性數位網路傳輸的服務提供者，法院可以發出內容如下的一個以上之禁制令：經禁制令指明利用服務提供者所提供之服務，而從事侵害著作權行為的訂戶，服務提供者必須終止該訂戶的帳號，避免再提供其網路接取；服務提供者應依法院指明程序採取合理措施進行阻斷接取，避免提供接取至美國境外的特定線上位址³⁹。

至於本法條中其他類型的服務提供者，如系統快速存取、應使用者指示之資訊存取於系統或網路、以及資訊搜尋工具，法院可以發出內容如下的一個以上之禁制令：禁止服務提供者提供網路接取至其網路或系統上之某一網址，該網址含有侵權物或侵權活動；經禁制令指明從事侵害著作權行為的使用訂戶，服務提供者必須終止該訂戶的帳號，避免再提供網路接取；其他法院視為必要以避免或遏止侵害著作權行為，而對服務提供者而言係最小負擔且比較有效的禁制令⁴⁰。

法院於發出禁制令時，應考量該禁制令的發出是否造成服務提供者或其網路、系統運作的重大負擔。數位環境下，未採取措施預防或遏止該侵權時對著作權利人

³⁹ 17 U.S.C. §512(j)(1)(B).

⁴⁰ 17 U.S.C. §512(j)(1)(A).

所致傷害大小。該禁制令的實施係科技上可行且有效，且不妨礙接取其他線上網址的非侵權物。是否有其他較無負擔或限制較少的方式可以預防或遏止接取侵權物⁴¹。換言之，應以比例原則考量禁制令的授予與否。

二、 近期美國實務案例見解分析

(一) 關於四種免責類型之案例分析

A. *Perfect 10, Inc. v. CCBill, LLC*⁴²

1. 案例事實

本案原告為 Perfect 10，其發行成人雜誌並提供雜誌內容於網路上。本案被告共有四家 ISP，分別為 IBill（經營線上付款服務），Internet Key（經營線上使用者年齡驗證服務及提供連結至成人網站），CWIE（經營網頁資料儲存服務）及 CCBill（經營線上付款服務）。Perfect 10 聲稱被告的 4 家 ISP 的客戶（即成人網站）未經授權在網路上刊載侵害 Perfect 10 著作權的圖片，有些網站則含有 Perfect 10 的商標，宣稱其與 Perfect 10 有關係，或謊稱網站內容已獲 Perfect 10 授權等。Perfect 10 認為本案被告對於上述問題均已知悉，卻未加以禁止或終止其與侵權成人網站間的網路服務，遂向加州聯邦地方法院控訴被告侵害其著作權、商標權及肖像權，另涉及不公平競爭及不實廣告，被告等反請求法院逕就法律爭點進行簡式判決(Summary Judgment)。

2. 主要爭點及法院判決見解

⁴¹ 17 U.S.C. §512(j)(2).

⁴² 340, F.Supp.2d 1077(2004).

本案涉及爭點眾多，除了著作權的相關爭議，商標、肖像權侵權及不公平競爭行為等均屬之，限於撰文目的，本文僅針對 DMCA 安全港條款的適用加以論述。依被告經營服務類型之不同，可分為三項爭點：

- (1) IBill、CCBill（線上付款服務）是否適用 DMCA 第 512 條(a)項安全港條款？
- (2) Internet Key（線上使用者年齡驗證服務）是否適用 DMCA 第 512 條(a)及(d)項安全港條款？
- (3) CWIE（網頁資料儲存服務）是否適用 DMCA 第 512 條(c)項安全港條款？

(1) 兩造主張

被告等分別主張其等適用 DMCA 安全港條款的保護而免責。Perfect 10 則主張被告等未採行或未有效執行 DMCA 第 512 條(i)項要求的「終止重複侵權者的連線帳戶」政策，及其等提供服務類型不屬於第 512 條(a)-(d)項安全港條款規範之 ISP 服務類型。

(2) 判決理由

針對原告主張被告等未採行或未有效執行 DMCA 第 512 條(i)項要求的「終止重複侵權者的連線帳戶」政策乙節，法院發現原告在給被告等的侵權通知中，並未提供被告足夠的資訊及證據使之知悉特定使用者的重複侵權行為（大部分的情況下原告僅提供被侵權的圖片內容及其指控侵權的網站名單，對於每一禡圖片可以在那些網站

發現，原告並未提供具體連結的 URL 位址）。由於是原告未盡到充分的侵權通知，致使被告等無所依據判定有無重複侵權行為，原告指控被告等未採行或未有效執行第 512 條(i)項，係過度加重 ISP 辨識及終止侵權活動之責任，法院認定不能成立。

至於被告等提供的服務是否落入第 512 條(a)-(d)項規範的類型及要件，分析如下：

(a) IBill、CCBill

IBill、CCBill 提供的是線上付款服務，消費者可以透過 IBill、CCBill 的系統線上刷卡或用支票訂購其等客戶的產品或服務，IBill、CCBill 不介入其客戶網站內容的管理。

Perfect 10 主張 IBill、CCBill 並非第 512 條(a)項規範的 ISP，因為第 512 條(a)項保護的對象僅限於單純提供連線以之傳送侵權著作的 ISP，不包括提供連線傳送其他資訊（如此處的信用卡資料）的 ISP。然而，法院表示此種見解過於狹隘，第 512 條(a)項著重保護的是提供連線(provision of connection)的行為，而非關傳送的內容，傳送內容是否即為侵權著作並非所問。是以，法院判定 IBill、CCBill 可適用第 512 條(a)項的規定。

(b) Internet Key

Internet Key 提供的是線上使用者年齡驗證服務及成人網站連結服務，當消費者連線至與 Internet Key 有結盟關係的成人網站時，Internet Key 會自動導引消費者先至其網站進行年齡驗證。一旦消費者確認成年並加入會員後，消費者取得一組得進入

相關成人網站的密碼，Internet Key 並提供連結至這些成人網站。

Perfect 10 主張 Internet Key 並非第 512 條(d)項規範的 ISP，因為第 512 條(d)項保護的對象僅限於像 Yahoo!或 Google 等提供數百萬個與其無關網站連結服務的 ISP，Internet Key 卻僅提供與其有契約結盟關係的成人網站連結。法院認為 Perfect 10 的主張毫無根據，蓋從第 512 條(d)項法條文字來看，任何使用超連結(Hyperlink)、索引(Index)或目錄(directory)等工具將使用者引至含侵害著作權網頁的 ISP 均屬之，第 512 條(d)項並未對其提供連結網站的數量或該等網站與 ISP 的利害關係作任何限制。

關於 Perfect 10 主張本案 Internet Key 有權利及能力控制該侵權活動，並因該侵權活動直接獲得經濟利益而不符合第 512 條(d)項保護要件乙節，法院認定 Internet Key 對於侵權活動唯一的控制僅止於事後移除侵權網站使用 Internet Key 的年齡驗證服務，而這事後的移除或限制接觸不能輕易與 DMCA 所謂之「有權利及能力控制侵權活動」劃上等號⁴³。

法院除判定 Internet Key 適用第 512 條(d)項外，對於其導引使用者至其網站進行年齡認證的行為，亦認有第 512 條(a)項的適用。

(c) CWIE

CWIE 提供的是資料儲存服務，但對於其客戶的網站，未提供任何張貼、設計、監督或編輯內容的服務。Perfect 10 主張 CWIE 不適用第 512 條(c)項，因為 CWIE 對其客戶儲存的內容會進行違法資料（如兒童猥褻圖片）之預覽及篩選，表示其有權

⁴³ See also *Costar Group Inc., v. Loopnet, Inc.*, 164 F. Supp.2d 688, 704(D.Md.2001); *Perfect 10 v. Cybernet Ventures, Inc.*, 213 F. Supp.2d 1146, 1181 (C.D. Cal 2002).

利及能力控制侵權活動。然而，本案法院認為，不同於 *Perfect 10 v. Cybernet*⁴⁴ 一案中，Cybernet 對其客戶網站有預覽篩選內容、提供建議及禁止複製相同網站等控制權限，CWIE 的審查僅限於尋找並篩除明顯違法或構成犯罪之內容，是以，不能因此即認定 CWIE 有權利及能力控制侵權活動，否則將過度加重 ISP 責任，牴觸 DMCA 鼓勵 ISP 及著作權人共同合作打擊網路侵權行為之立法目的。因此，法院判定 CWIE 受到第 512 條(c)項安全港的保護。

B. *Rossi v. MPAA*⁴⁵

1. 案例事實

Rossi 擁有並經營“internetmovies.com”網站，提供電影相關資訊及網站連結。美國電影產業協會 (Motion Picture Association of America, 以下簡稱 MPAA) 發現 Rossi 的網站上載有“Join to download full length movies online now! new movies every month”; “Full length Downloadable Movies”及“NOW DOWNABLE”等字句，之後並附有 MPAA 會員的著作權電影圖片。MPAA 認為該網站侵害其電影著作權，乃依照通知及取下程序，通知 Rossi 及其 ISP。在接到 MPAA 的通知後，Rossi 的 ISP 遂依照程序關閉 Rossi 的網站，Rossi 因而以 MPAA 所為不符通知及取下程序，造成其網站關閉的巨大損失，向 MPAA 訴請損害賠償。本案地方法院審理後認為 MPAA 係善意相信(have a good faith belief)侵權行為存在，並未違反 DMCA 第 512 條(c)(A)(v)的規定，而駁回 Rossi 的損害賠償訴訟。Rossi 不服，乃向聯邦第九巡迴上訴法院提出上訴。

2. 主要爭點及法院判決見解

⁴⁴ *Id.*

⁴⁵ 391 F.3d 1000 (2004).

本案主要爭點在於 DMCA 第 512 條(c)(3)(A)(v)有關通知及取下程序中，要求著作權人發出侵權通知時，應表明其善意相信通知書所指摘之網路內容構成著作權侵權行為。所謂的「善意相信」(good faith belief)應如何判斷？

(1) 兩造主張

Rossi 主張 MPAA 並未蒐集足夠之資訊以形成 Rossi 構成著作權侵害的善意相信。Rossi 指出如果 MPAA 有嘗試下載其網站上或其連結網站上的電影，MPAA 會發現沒有任何一部電影可以被下載成功，如果 MPAA 有進行合理的調查，MPAA 會確認 Rossi 的網站並未提供任何侵權電影的下載。依據 Rossi 的論點，第 512 條(c)(3)(A)(v)「善意相信」的認定將涉及客觀標準的審查，即著作權人必須先進行合理的調查(reasonable investigation)以形成「善意相信」。MPAA 則主張依照普通法向來對「善意相信」採主觀判斷原則，DMCA 法條文字亦應作相同解釋。

(2) 判決理由

第九巡迴上訴法院從普通法慣例及 DMCA 第 512 條法條架構進行分析後，認定第 512 條(c)(3)(A)(v)「善意相信」的認定應為「主觀標準」。普通法對「善意相信」(good faith)的解讀向採主觀標準，對「合理性」(reasonableness)的認定則採客觀標準，此一普通法上之區別，法院認為國會在制訂 DMCA 時必然知悉，如果立法者認為著作權人應在侵權通知前先對侵權行為進行客觀的合理調查，立法者大可以明確地將合理調查原則納入通知及取下程序的一環，立法者此處既選擇使用「善意相信」(good faith)的文字，即表示其要求著作權人具主觀的善意相信即足。另外，從 DMCA 第 512 條(f)項的規定來看，唯有當著作權人「明知」侵權通知書內容不實而仍然通知 ISP

移除所指控的網站時，著作權人才須對侵權通知的不實負責，由此觀之，DMCA 持偏重保護著作權人的立場，若將第 512 條(c)(A)(v)的「善意相信」解釋成客觀的合理性調查，亦將與 DMCA 的立法意旨相背。

確認「善意相信」的認定應採主觀標準後，上訴法院認為 Rossi 網站上的陳述清楚明白地讓一般使用者相信其可以從該網站下載電影，該等陳述已足以讓 MPAA 善意相信該網站涉及非法著作權侵害行為。因此，MPAA 所為完全遵照通知及取下程序之規定，MPAA 毋須對 Rossi 負任何損害賠償責任。

(二) 關於「搜尋引擎服務」之案例分析

A. *Parker v. Google, Inc.*⁴⁶

1. 案例事實

原告網路作家 Gordon Roy Parker 主張被告網路搜尋引擎 Google, Inc. 對其著作構成直接侵害與輔助侵害。被告則抗辯原告之主張無理由。

Google 網站提供搜尋技術，使其用戶搜尋網站、商品或影像。Google 以網路「漫遊」(crawl) 方式提供該服務並建構一可搜尋之網站索引，用戶鍵入搜尋關鍵字，Google 所有技術將提供一可能並相關聯之超鏈結(hyperlinks)清單。於此服務過程中，Google 製作各網站之複本並存於快速存取(cache)內。當提供特定搜尋之結果時，通常包括各快取之連結，並提供原始網頁之檔案複本。

原告 Gordon Roy Parker 主張其為網路作家，以 Snodgrass Publishing Group 名義

⁴⁶ Gordon Roy PARKER v. GOOGLE, Inc. 422 F. Supp. 2d 492 (2006).

於出版其書籍，並管理網站(www.cybersheet.com)。原告主張其撰寫「29 Reasons Not To Be A Nice Guy」一書且擁有已登記著作權，被告 Google 上開搜尋引擎服務引用其書內容行爲已侵害其著作權。

判決結果，賓州東區聯邦地方法院判決本案原告敗訴。

2. 主要爭點及法院判決見解

(1) 直接著作權侵害

原告主張 Google 搜尋服務行爲違反著作權法第 106 條及第 512 條。法院認爲原告主張不足以認定其因 Google 之自動快取網頁以作爲搜尋網站或產品結果索引之搜尋引擎服務導致其著作權之直接侵害。

(2) 輔助著作權侵害

法院認原告之主張過於不確定，其僅謂「Google 網站之功能每日造成爲數甚鉅之著作權侵害，該侵害係由 Google 服務所促使、幫助而使之可能發生。」系爭廣泛陳述無助於輔助侵害之判斷。原告應證明其所有已登記之著作權受第三人侵害，且被告之行爲允許或幫助第三人之侵害行爲，本案原告對第三人侵害行爲未清楚主張。

(3) 代理著作權侵害

原告主張被告有權限或能力監督或控制其服務本身或其用戶之著作權侵害行爲，並取得龐大之廣告收益與商譽等經濟利益，繼而主張被告應負代理著作權侵害

責任。按主張「代理侵害」之要件有二：1. 監督或控制侵害行為之權限或能力；2. 利用著作物獲取明確而直接之經濟利益。法院認定原告未主張任何侵害行為，不構成代理著作權侵害。

(4) 誹謗、隱私權侵害、過失之侵權行為

法院認定被告依通訊端正法（Communication Decency Act）第 230 條，不負上開侵權責任。

原告主張被告收集 USENET 用戶之誹謗文字與原告稱之為「RayFAQ website」之被告快取網站上之誹謗文字，已構成誹謗行為。原告並主張經由 Google 用戶輸入原告姓名以為搜尋之行為，構成對原告隱私權之侵害。最後主張被告未對 RayFAQ website 儲存之誹謗或威脅性文字內容之注意構成過失。

法院肯認依通訊端正法第 230 條被告免責於上開州侵權規定，職此，被告之行為不構成誹謗、隱私權侵害或過失侵權行為。

(5) 違反蘭哈姆法案(Lanham Act)

原告主張被告經由「Google RayFAQ website 再版」效用，構成原本（origin）之不正設計與不公平競爭。原告似主張用戶使用 Google 搜尋引擎尋找原告網站時，將得到含有其誹謗性文字之 RayFAQ website 之搜尋結果，而誤認其係原告所營運之網站。被告主張原告並無依蘭哈姆法案請求之立場。

法院認定原告基於以下二理由不得依蘭哈姆法案主張商標權侵害：一、即便 RayFAQ website 創設者於評論原告文章時使用原告網站之商標，並無造成認定原告

為該網站創設者之混淆之虞；二、原告僅主張 RayFAQ website 內含對其本身與作品之負面評論，而未主張其販賣任何產品或服務。更者，消費者無法想像原告建立一內含對自己負面評論之網站。職此，並無任何混淆之虞。

(6) 詐取財物(racketeering)與民事上共謀虛偽行爲

法院認定原告本項主張難以理解，且無法說明與訴訟之直接關聯。

(7) 程序濫用

原告依被告先前提出答辯狀中提及「困擾訴訟之事例」(history of vexatious litigations)，主張程序濫用。於賓州程序濫用包括基於不合法目的而誤用法律程序。法院認為被告上開答辯狀之主張，並未構成基於不合法目的誤用法律程序，而不構成程序濫用，原告之主張無理由。

B. *Field v. Google, Inc.*⁴⁷

1. 案例事實

原告作者以網路搜尋引擎服務業者為被告，提起著作權侵害訴訟，請求法律損害與禁制令(injunctive relief)，主張被告經由使網路用於取得儲存於線上貯存處(online repository)複本之方式，違反其專屬之複製與散布著作物複本之權利。

承審本案的內華達州聯邦地方法院，基於以下理由作成肯認 Google 搜尋引擎服

⁴⁷ FIELD v. GOOGLE, Inc. 412 F. Supp. 2d 1106 (2006).

務，駁回原告請求之中間判決：

- 一、 被告行為未直接侵害原告著作物本身。
- 二、 被告擁有重製與散布該著作物複本本身之默示同意。
- 三、 原告基於禁反言原則，不得就被告之行為主張著作權侵害。
- 四、 被告之行為該當著作權法第 107 條之合理使用。

2. 主要爭點及法院判決見解

就本案法院作成以下認定：

(1) 法院認定被告行為未直接侵害原告之著作物

被告提出中間判決之申請，要求經由操作快取記憶體（cache）與顯示連結操作方式，證明其未對原告之著作物造成直接侵害。法院採取被告之主張，駁回原告之意見。

本案兩造未就原告擁有訴訟標的著作權一事爭執，而係爭執是否依著作權法有經由快取連結有意識地重製或散布著作物之同意，以建立著作權侵害之表面證據（prima facie）。

原告未主張被告所有之 Googlebot 構成其內含著作物網頁的初次複製，並儲存該複件於 Google 之快取。而主張網路用戶點選內含其著作物網頁之快取連結並由

Google 電腦下載該相關網頁之複件時，Google 之服務構成直接侵害。法院認定網路用戶經由點選快取連結而使用 Google 之快取時，係用戶本身製造並下載該網頁之複件，而非 Google。Google 於該程序中僅經由電腦自動回應用戶要求扮演被動角色。Google 之自動性、非有意識的回應用戶要求行爲，不構成著作權之直接侵害行爲。

(2) 原告授與被告默示許可，以展示含有其著作物內容之網頁之快取 (cache) 連結

依據兩造不爭執之專家證言，網站發表者通常允許搜尋引擎使用其標記 (metatags)，網站發表者可經由使用一不存檔 (no-archive) 之標記，告知搜尋引擎不得存取其網站內容。依專家證言，該不存檔之標記係已高度公開且廣為大眾所知之產業標準。原告知悉該技術存在並使用該技術可告知被告不存取其網站內容，卻選擇不使用不存檔之標記。原告並知悉其行爲可受被告解釋為存取其網站之同意，從而，經由知悉被告使用其網頁上著作物與其所可採取之防免措施，原告卻有意識地作成許可之決定。其行爲可被合理解釋為對被告使用行爲之許可。

(3) 基於禁反言原則，原告不得主張被告侵害其著作權

為主張禁反言原則，被告須證明下列四要件：(A) 原告知悉被告主張之侵害行爲；(B) 被告依循原告之意思而行爲或相信其有系爭意思而行爲；(C) 原告不知事實；(D) 被告不利地信賴原告之行爲。

首先，本件原告知悉被告之侵害行爲；其次，原告對於被告存取其網站內容行為保持沉默，被告並信賴該沉默；第三，被告不知原告不欲被告提供其網站快取連結之事實；第四，被告錯誤且不利地信賴原告之沉默。職此，被告得主張禁反言原則以爲抗辯。

(4) 被告使用原告著作物之行爲受到合理使用原則之保護

關於合理使用原則之使用，美國著作權法第 107 條規定四個要件：(A) 使用行爲之目的與特性；(B) 著作物之特質；(C) 該使用部分對於著作物整體使用之數量與實質性；(D) 該使用對潛在市場使用或著作物價值之影響。

依第一判斷要件，法院認爲被告之系統係提供與原告創作物不同之服務，且其作爲商業公司之地位不否定合理使用之可能；於第二要件中，法院認爲原告於網路上發表其著作物且意欲使公眾免費取得，企圖使其著作物更廣受讀者免費取得，該著作物之特質於原告意思中相當微弱；第三，原告使公眾廣泛免費閱讀其著作物，而被告之服務提供更多元之有變化且有社會價值之目的，被告提供搜尋服務並不令使用者認知相關網頁之關聯性，因被告未使用於使用其連結所必須以外之其他行爲，第三要件被認爲係不確定；於第四要件中，法院認定因不存在證據顯示被告搜尋引擎服務影響原告著作物之潛在市場，該第四要件可強烈支持合理使用原則之確定。

(5) 搜尋引擎服務受數位千禧年著作權法案之安全港條款所保護

於本判決中，法院認定被告之搜尋引擎服務，應該當數位千禧年著作權法案 DMCA 17 U.S.C. Section 512(b)項之規範客體「系統快速存取」，而有該項安全港條款之適用。

(三) 揭露用戶資料

A. *RIAA v. Verizon Internet Services*⁴⁸

1. 案例事實

美國錄音產業協會（Recording Industry Association of America, 以下簡稱 RIAA）針對美國 ISP 業者 Verizon Internet Services（以下簡稱 Verizon）之用戶疑似使用 Verizon 網路以 Peer-to-Peer 技術提供數位 MP3 音樂非法下載，依 DMCA 第 512 條(h) 項有關傳票（Subpoena）之規定⁴⁹，請求 Verizon 提供該用戶真實姓名及住址資料。

Verizon 拒絕提供系爭資料，RIAA 乃代表著作權人向美國哥倫比亞特區聯邦地方法院（United States District Court for the District of Columbia）請求執行該傳票。Verizon 於法院程序中抗辯並申明其對 DMCA 第 512 條(h)的觀點，認為該條傳票的規定僅能適用於受侵害的著作資料被儲存於服務提供者的系統中，不適用於單純提供連線服務(merely act as a conduit)的 ISP 業者，由於本件 Verizon 僅提供網路連線服務，因此其不受(h)項傳票規定所規範。惟聯邦地方法院不採納 Verizon 的主張，判決命 Verizon 應提供該用戶之身份資料予 RIAA⁵⁰。Verizon 不服，向哥倫比亞特區聯邦巡迴上訴法院（United States Court of Appeals for District of Columbia Circuit）提出上訴。

2. 本案爭點與法院判決見解

⁴⁸ RIAA v. Verizon Internet Services, Inc., 351 F.3d 1229 (2003).

⁴⁹ 根據 DMCA 第 512 條(h)項規定，著作權利人或是被授權代表著作權利人者可向法院書記官(clerk)提出要求，要求法院發出傳票予服務提供者，以識別侵權者身分。提出要求之際，應附上同條(c)項第3款的侵權通知、傳票(subpoena)擬稿及宣誓書，宣誓該傳票的目的係為了獲得侵權嫌疑人的識別資料且該資料僅供用於保障著作權人之權利。

⁵⁰ See *In re Verizon Internet Services, Inc.*, 240 F. Supp. 2d 24; *In re Verizon Internet Services, Inc.*, 257 F. Supp. 2d 244.

本案主要爭點在於，對於 DMCA 第 512 條(h)項有關傳票規定法條解釋的爭議。具體而言，僅提供單純網路連線服務之 ISP 業者（如系爭案件中之 Verizon）是否落入(h)項傳票規定的適用範圍？

(1) 兩造主張

本案被告 Verizon 主張其未於其系統中儲存任何用戶的資料，其僅提供用戶單純網路連線服務，屬於 DMCA 第 512 條(a)項所謂之單純連線服務提供者。Verizon 認為第 512 條(h)傳票的規定不適用於(a)項單純連線服務提供者，而僅適用在第(c)項依用戶指示將資訊儲存於系統或網路的服務提供者，理由在於(h)項要求著作權人申請核發傳票時應附上同條(c)項第 3 款之侵權通知書，而(c)項通知書在(a)項並未提及，因此(h)項傳票規定只能適用於(c)項所規定的服務提供者。

相反地，本案原告 RIAA 認為 DMCA 第 512 條(h)項傳票的規定從字面解釋包括適用第 512 條(a)項至(d)項，第 512 條(a)項規定範圍內的所有服務提供者，包含本案例中 Verizon 所提供的服務。

(2) 判決理由

本案上訴法院從 DMCA 文義解釋及法條架構之探討著手，認為第 512 條(h)項中有關傳票的規定，僅適用於對用戶資訊之移除或阻斷連結有一定控制權限的 ISP 業者，即適用「通知及取下程序」(notice and take-down provision)之第 512 條(b)項至(d)項的服務提供者而言，而不適用第 512 條(a)項之單純連線服務提供者。是以，Verizon 毋須提供其用戶之身份資料予 RIAA。

依第 512 條(h)項之文義解釋，上訴法院認為(h)項要求著作權人申請核發傳票時應附上同條(c)項第 3 款之侵權通知書(當中一項應敘明應移除或應被阻斷連結的侵害著作權資料或侵害著作權活動之內容，使服務提供者得以順利找到該筆資料並移除或阻斷連結)，即表示受(h)項傳票規範之 ISP 業者，至少必須有能力依侵權通知書之指示，移除或阻斷侵權資料之連結。然而在 P2P 平台交換檔案之情形下，侵權資料均儲存於各用戶自己的電腦硬體中，ISP 業者如 Verizon 根本無法移除或阻斷用戶電腦中特定侵權資料之連結，是以，本案中 RIAA 不得依據 512 條(h)項傳票之規定，要求 Verizon 提供其用戶身份資料，因為 RIAA 申請核發傳票之過程無法滿足同條(c)項第 3 款侵權通知書的要件。

從法條架構來看，上訴法院認為第 512 條(h)項核發傳票之權限屬於「通知及取下程序」的一部份。由於「通知及取下程序」僅適用於第 512 條(b)項至(d)項涉及儲存侵權資料於其系統上的 ISP，而不及於第 512 條(a)項單純提供侵權資料連線傳輸的 ISP，第 512 條(h)項依傳票請求 ISP 提供用戶身份資料之規定自然亦不適用於提供單純網路連線之 ISP。

附帶一提，對於 RIAA 以 DMCA 立法目的為訴求，主張由於今日眾多網路著作侵權型態係透過 P2P 造成，512 條(h)項規定不應侷限適用於傳統提供資訊儲存服務的 ISP 的論點，上訴法院表示其並非不同情著作權人的處境，惟強調因應新科技發展而有加強著作權保護需要時，應透過國會立法修正的方式為之，法院僅能解釋法律而不能創造法律。

B. *Sony Music Entertainment Inc. v. Does 1-40*⁵¹

⁵¹ *Sony Music Entertainment Inc. v. Does 1-40*, 326 F.Supp.2d 556 (2006).

1. 案例事實

Sony 唱片公司（以下簡稱 Sony）對四十名涉嫌透過 P2P 檔案交換方式下載、散布數位音樂的使用者在紐約聯邦地方法院提起著作權侵權訴訟。由於 Sony 僅得知該等使用者的代號及 IP address，Sony 乃依據 DMCA 第 512 條(h)項有關傳票（Subpoena）之規定，請求提供本案被告網路連線服務的 Cablevision 公司提供被告等的真實姓名及住址資料。Cablevision 於收到 Sony 的傳票後，即通知各被告有關 Sony 的要求，當中四名被告乃向法院提出撤銷傳票之申請。

2. 本案爭點與法院判決見解

本案爭點主要在於 DMCA 第 512 條(h)項是否牴觸憲法第一增補條文(First Amendment)保障之言論自由。具體分成以下二個爭點：(1)網路使用者未經著作權人同意，擅自下載或散布數位音樂，是否構成言論的行使？(2)如果屬言論的行使，言論自由是否可以保障網路使用者的身份資料免於被揭露？

(1) 兩造主張

本案被告主張 Sony 送達給 Cablevision 的傳票違反被告發表匿名言論之言論自由，應予撤銷。原告 Sony 駁斥被告主張，並表示為保障著作權人訴訟權益，法院應儘速命 Cablevision 提供被告真實身份資料。

(2) 判決理由

本案法院判決 DMCA 第 512 條(h)項並未違反言論自由的保護，Sony 請求 ISP 提供被告身份資料的傳票有效。

針對被告未經著作權人同意擅自下載或散布數位音樂，是否構成言論的行使一事，法院採肯認見解。法院援引最高法院見解，表明憲法第一增補條文向來保護匿名言論(anonymous speech)，且言論自由之保護不因網路媒介而有差異，網路使用者透過 P2P 方式下載、散布或公開傳輸音樂檔案的行為屬於一種自我表達，構成第一增補條文保障的言論。

惟法院進一步敘明言論自由的保護並非無限上綱，至少不能作為著作權侵權行為的護身符。在評估及利益衡量(a)本案著作權侵權的表面證據充分，(b)原告傳票請求內容的細緻程度，(c)欠缺其他替代方案取得被告之身份資料，(d)被告身份資料在本案中之重要性，(e)被告對其身份資料保持隱私不具期待性⁵²等要件後，法院判定被告保持匿名的言論自由與原告需要獲得被告身份資料以進行著作權侵權追訴二者之間，被告的言論自由應退居其次並受到限制。

三、 小結

美國著作權法第 512 條對於網際網路服務提供者 (ISP) 所賦予安全港條款，已普遍規定在其他相關法規，如「通訊端正法」(CDA) 等法律，期能藉此減少 ISP 於業務經營上是否對於使用者之不法行為負責的法律風險。

就本研究蒐集近兩年美國法院實務有關第 512 條的判決，除了針對四種服務類型適用上的爭議之外，對於搜尋引擎 (如 Google) 所引發的侵權爭議，美國法院基本上均認為搜尋引擎對於資料之快取 (caching)，得以主張第 512 條第(b)項，並合

⁵² 本案中，被告與 Cablevision 間的服務契約明文約定用戶不得散布或傳輸任何違法的內容，如有違反，Cablevision 有權利揭露任何依據法律或法院命令所要求的資訊。是以，法院據此認為被告對於其違法下載及散布音樂檔案的行為不具隱私權的期待保護。

於第 107 條合理使用之要件。

另美國於訴訟程序上有關「傳票」(subpoena)的規定，由於在民事訴訟上得以作為取得侵權行為人資料之用，因此在實務上是否合於取得之要件，亦為重要之爭議。在本研究所介紹的 *RIAA v. Verizon Internet Services* 一案，哥倫比亞特區的巡迴上訴法院認為，「傳票」的規定僅適用於有「通知及取下程序」規定適用的服務類型，亦即系統快速存取服務(system caching)、應使用者指示之資訊存取於系統或網路(Information residing on system or networks at direction of users)以及資訊搜尋工具(Information location tool)三種服務類型。本案可謂是 DMCA 有關著作權人以傳票要求 ISP 提供用戶身份資料規定的首要案例，具有相當指標性之意義。自本案判決結果出爐後，目前已有聯邦第八巡迴上訴法院(United States Court of Appeals, Eight Circuit)及北卡羅萊那聯邦地方法院(United States District Court, M.D. North Carolina)於事實雷同的案件中，援用本案上訴法院見解，判決 RIAA 不得依第 512 條(h)項規定，請求提供單純連線服務的 ISP 提供其用戶身份資料⁵³。

第 512 條(h)項的爭議不僅在於法條文義之解釋，亦涉及 DMCA 傳票規定的合憲性問題，即著作權人以傳票要求 ISP 提供疑似侵權用戶之身分資料，是否會影響並侵害用戶的隱私及言論自由？在本案中，上訴法院就此部分並未進一步分析，吾等無法得知其所持態度為何。不過，在 *Sony Music Entertainment Inc. v. Does 1-40* 一案中，紐約聯邦地方法院倒是直接從第 512 條(h)項與言論自由之關係切入，探討第 512 條(h)項的合憲性。就本研究所蒐集到的美國法院實務見解，未見有認為傳票規定有侵害用戶隱私權及言論自由的認定，此應可確定。

⁵³ See *In re Charter Communication, Inc., Subpoena Enforcement Matter*, 393 F. 3d 771 (2005); *In re Subpoena to University of North Carolina at Chapel Hill*, 367 F.Supp.2d 945 (2005).

V.4 美國相關法案

DMCA 通過後，對於網路這種新興的媒介所引發的著作權爭議問題，除了有上述法院判決進一步將法規範細緻化之外，美國國會也出現兩個與網路著作權侵害問題相關的草案，分別為「2004 年誘使侵害著作權草案」以及「為保護著作權權利人在 peer-to-peer 網路上之著作，限制其所負責任之修正草案」。

V.4.1 2004 年誘使侵害著作權草案 (Inducing Infringement of Copyrights Act of 2004)⁵⁴

本草案之制訂係為解決逐漸嚴重的線上剽竊犯行，並為保護其他形式的著作權作品。美國每月非法下載音樂已達 260 億首音樂，此非法下載享有著作權音樂已嚴重打擊音樂家、作曲者、錄音公司和出版者。然而為推動發展新科技，避免因為法律規定而影響未來科技發展方式，且為避免施加著作權侵害責任於重製技術生產者之可能性，本法將著作權侵害早已存在於法律規定之「間接侵害責任」予以明文化，因此本草案並非全新的立法。本草案藉此述明只有意圖獲利而故意誘使他人侵害著作權者，始在處罰之列。是以電子設備製造者、程式軟體兜售者及網站服務提供者，只要營業時不具有誘使他人違法之意圖，皆不在本法處罰範圍內⁵⁵。

主要修正內容有：

⁵⁴ S. 2560

⁵⁵ Library of Congress, STATEMENTS ON INTRODUCED BILLS AND JOINT RESOLUTIONS--(Senate-June 22, 2004)

1. 名詞解釋⁵⁶

(1) 故意誘使—係指故意協助、誘引或設法取得，該意欲可藉由行為體現，一般合理之人根據行為當時一切資訊，足已認定促使侵權之欲念，包括行為態樣及商業可行性。

(2) 任何人故意誘使違反侵害著作權，或進口盜版錄音帶，應負侵權者責任。此包括任何州及其部門人員，私人在內。

2. 目前有關著作權侵害之輔助侵害責任、代理責任及間接侵害責任，係以相關侵權人主動實施、對於實施侵權行為之地點有監管權限或掌控侵權行為內容，並且意圖取得商業利益，而直接間接自侵權作品獲利。本草案規定不影響這些這些既存的要件⁵⁷。

本案支持者似乎主要認為本草案係針對 Peer to Peer 技術之廠商故意誘使他人違犯著作權法而設。這是由於本案介紹當時，有參議員引用法院於 *Grokster* 案之見解：被告可能故意設計以維持不掌控侵權活動之模式，以避免負擔著作權之間接侵

⁵⁶ Section 2. INTENTIONAL INDUCEMENT OF COPYRIGHT INFRINGEMENT.

Section 501 of title 17, United States Code, is amended by adding at the end the following:

(g)(1) In this subsection, the term 'intentionally induces' means intentionally aids, abets, induces, or procures, and intent may be shown by acts from which a reasonable person would find intent to induce infringement based upon all relevant information about such acts then reasonably available to the actor, including whether the activity relies on infringement for its commercial viability.

(2) Whoever intentionally induces any violation identified in subsection (a) shall be liable as an infringer.

(3) Nothing in this subsection shall enlarge or diminish the doctrines of vicarious and contributory liability for copyright infringement or require any court to unjustly withhold or impose any secondary liability for copyright infringement.

⁵⁷ 17USCA s 501 Historical And Statutory Notes

害責任。但由於被告同時自此非法活動獲得經濟利益，故該引案之參議員認為，上開判決著眼於軟體運作方式和軟體提供者於資訊交流之角色，因軟體提供者並無監督或控制軟體使用之能力，故不須對著作權侵害負責任之結論，實未解決問題。因此，修法重點應在於主觀犯意之存在。至於本案對於錄放影設備提供者將否產生負面影響，似乎應從該服務本質著眼，即若該服務一開始特色在於引誘使用者非屬合理使用範疇，則設備廠商可能有違法風險，但仍須由法院具體認定故意誘使之要件成立。

關於設備廠商是否故意誘使侵權行為，將視具體個案而定。對此，本草案規定採取「合理性」標準。本草案明定將個人因侵權獲取商業利益的可行性作為考量個人是否有誘使侵權故意的一項因素。除非法律明定違法行為態樣，否則避免潛在責任的簡單方法是不涉及任何推展或鼓勵侵權活動。為免本法解釋過於廣泛，宜修正文字為禁止技術供應者故意或主動促成重製或散布被保護客體，以限縮本法之適用⁵⁸。

⁵⁸ Inducing Infringement of Copyrights Act of 2004: FindLaw Interview with John Hughes and Jennifer M. Rich of Townsend and Townsend and Crew LLP, *available at* http://library.findlaw.com/2004/Sep/27/133584.html#Scene_1 last visited Sep.4, 2006).

“In introducing the bill, Senator Hatch referred to the Grokster decision, in which the Court acknowledged that there was the possibility that the ‘Defendants may have intentionally structured their business to avoid secondary liability for copyright infringement, while benefiting financially from the illicit draw of their wares’.”; “Whether a company is engaging in ‘intentional inducement’ will depend on the facts of the given situation. The bill provides that intent should be based on the ‘reasonable person standard,’ meaning that a court will look to whether a reasonable person would find intent to induce infringement based on the facts. The bill also provides that one factor that may be considered is whether the activity ‘relies on infringement for its commercial viability’.”; “One way to amend the bill would be to tailor its language to explain that its purpose is to target technology providers who deliberately and/or actively facilitate the copying, reproduction, or distribution of protected materials. Such an amendment would help to narrow the applicability of the bill, and prevent an overbroad interpretation.”

V.4.2 「為保護著作權權利人在 peer-to-peer 網路上之著作，限制其所負責任之修正草案」(Amendment to limit the liability of copyright owners for protecting their works on peer-to-peer networks)⁵⁹

V.4.2.1 概說

本件草案擬修正美國著作權法第五章之部份，以減輕或免除著作權人為保護其著作權免於在 peer-to-peer 網路上受侵害，所為行為之責任(limit the liability of copyright owner for protecting their works on peer-to-peer network)。

V.4.2.2 草案內容

本草案於 2002 年 7 月 25 日在眾議院之司法委員會 (the House Committee on the Judiciary) 提出，2002 年 8 月 20 日移到眾議院小組委員會，後由法院、網路與智慧財產小組委員會 (the Subcommittee on Courts, the Internet, and Intellectual Property) 審查。草案擬於美國著作權法第 513 條後，新增第 514 條之規定。該條之標題為「侵權的補償：使用科技方法避免著作權物在 peer-to-peer 電腦網路上受侵害」(Remedies for infringement: use of technologies to prevent infringement of copyrighted works on peer-to-peer computer network.)。⁶⁰本草案目的在於：使著作權人得於發現其作品著作權在 peer-to-peer 網路上受到侵害時，使用必要之手段保護其權利，而不必擔心其行為會受到刑事或民事責任之追訴。

⁵⁹ H.R. 5211, <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c107:H.R.5211>: (last visited Sep. 4, 2006).

⁶⁰ SEC. 514. on H.R. 5211, <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c107:H.R.5211>: (last visited Sep. 4, 2006).

新增之第 514 條的主要內容，係為使著作權人在保護其未經授權之著作權物不會在 P-to-P 檔案交易網路上被公開散布、展示、演出或複製，以癱瘓、干擾、阻斷或轉向等方式損害該 P-to-P 檔案交易網站功能時，倘若未改寫、刪除、或以其他方法破壞任何電腦檔案之完整性，則不負任何刑事與民事責任之規定。

著作權人雖然在此草案中受到不負任何刑事與民事責任之保護，惟在踐行上述保護其著作權之行爲前，仍須盡到事前通知之義務，否則將無法受到免除刑事與民事責任之保護。所謂事前通知，必須包括：（1）著作權人應通知司法部與檢察官，阻止將其未經授權著作權物於 P-to-P 檔案交易網路上散布、展示、表演或重製所使用之特定技術；（2）上述通知，最晚應於行動前七日提出；（3）應受影響之檔案交易人或其網路位址受讓人之要求，著作權人所提出之通知應包含下列內容：（A）理由；（B）著作權人之姓名與地址；（C）受影響者於著作權人無合理理由破壞其網路時，有提起損害賠償訴訟之權利。惟不論作為何種目的，上述之通知皆不得解釋為違法行爲之承認。事前通知之內容，不得公開。

著作權人保護其著作權之行爲，雖得以免責，惟仍有例外不得免責之情形，其情形包括：（1）功能被損害之公開 P-to-P 檔案交易網路上沒有行爲人之著作權物；（2）造成檔案交易者以外第三人之經濟上損失；（3）除 P-to-P 網路上可公開取得之檔案資料相關之經濟損失外，每次行爲造成檔案交易者 5000 元以上經濟損失者；（4）著作權人未盡到前述通知之要求者。

著作權人於無合理理由破壞網路業者時，網路業者仍得以提起損害賠償之訴訟。且著作權人倘無合理理由破壞 P-to-P 網路業者之網路時，檢察官亦得向法院申請禁制令，禁止著作權人之行爲。

本草案並針對法條中涉及之名詞，包括“economic loss”，“peer-to-peer file trading network”，“public accessible”，“file trader”，“distribution”以及 “copyright owner”做出定義。

V.4.2.3 各界反應

批評者指出，上述草案的某些條文並不明確⁶¹。例如，本草案允許著作權人於「合理」(reasonably)⁶²需要的範圍內，可以使非侵權之電腦檔案無法使用，以避免受著作權保護之物件在未授權情況下散布出去。但是「合理」(reasonably)的範圍很難界定，這種模糊的地方，可能使著作權人被訴，甚至受到傷害。另外，因為本草案要求著作權人在對侵害其著作權之網站做出反擊前，必須表明可能理由(probable cause)⁶³，諸如律師等法律代理人可能才是真正的獲利者，而非著作權人⁶⁴。

無辜旁觀者受害也必須考量⁶⁵，舉例而言，如果你使用 cable modem 而與鄰居共

⁶¹ James L. Gattuso and Norbert J. Michel, Self-Defense: A different Tune On copyright, *available at* [http://www.heritage.org/Research/Internetand Technology/EM835.cfm](http://www.heritage.org/Research/Internetand%20Technology/EM835.cfm) (last visited Nov. 20, 2006)

⁶² H.R. 5211 SEC.514 (b)(1)(A)impairs the availability within a publicly accessible peer-to-peer file trading network of a computer file or data that does not contain a work, or portion thereof, in which the copyright owner has an exclusive right granted under section 106, except as may be reasonably necessary to impair the distribution, display, performance, or reproduction of such a work, or portion thereof, in violation of any of the exclusive rights of the copyright owner under section 106;

⁶³ H.R. 5211 SEC.514 (c) NOTIFICATION REQUIREMENT- (2) At the request of an affected file trader or the assignee of an Internet Protocol address used by an affected file trader, a copyright owner shall provide notice to the affected file trader or assignee (as the case may be) of-- (A) the reason for impairing trading in the computer file or data containing the copyrighted work of the copyright owner;

⁶⁴ The challenge of P2P- IS296A-2, Thoughts on H.R. 5211, *available at* <http://groups.sims.berkeley.edu/pam-p2p/index.php?p=76> (last visited Nov. 20, 2006)

⁶⁵ The Berman P2P Bill: Vigilantism Unbound, *available at* http://www.eff.org/IP/P2P/20020802_eff_berman_p2p_bill.html (last visited Nov. 20, 2006)

享連結，當 RIAA 對你鄰居青少年做出拒絕服務 (denial of service, DoS) 的攻擊時，可能也會使你無法連上網路。這時候，即使是警察也無權停止 RIAA 的攻擊，除非你證實你有「經濟上損失」(economic loss) 或 RIAA 的攻擊超出「合理之需要」(reasonably necessary)。

V.4.2.4 小結

檔案分享 (file sharing) 最早於 1999 年由 Napster 提出，作為歌曲之數位複製分享 (share)。由於檔案分享的方式使著作權物被廣泛散布而沒有支付授權金，故 Napster 於 2000 年被判決違法。然而，經由其他與 Napster 不同方式之「去中心化」P2P 網絡，檔案分享卻仍舊在進行，且上述的新方式使法院在追究著作權侵害者時更加困難。

本草案立法之精神實出自於所有權人發現物品被竊時之自助行為的作法，然而，物品所有權人之行動也非毫無限制⁶⁶，故本草案並不允許著作權人刪除或破壞檔案，也不允許不分是否侵權一律「拒絕服務」之攻擊——也就是完全關閉 P2P 網路之攻擊。除此之外，本草案也創造一種新的訴因 (legal claim)⁶⁷——“wrongful impairment”使受影響之檔案商人可以向使用過當自助行為而造成損害之著作權人求償。本草案

⁶⁶ James L. Gattuso and Norbert J. Michel, Self-Defense: A different Tune On copyright, *available at* [http://www.heritage.org/Research/Internetand Technology/EM835.cfm](http://www.heritage.org/Research/Internetand%20Technology/EM835.cfm) (last visited Nov. 20, 2006).

⁶⁷ H.R. 5211 SEC.514 (d) CAUSE OF ACTION FOR WRONGFUL IMPAIRMENT- (1) If, pursuant to the authority provided by subsection (a), a copyright owner knowingly and intentionally impairs the distribution, display, performance, or reproduction of a particular computer file or data, and has no reasonable basis to believe that such distribution, display, performance, or reproduction constitutes an infringement of copyright, and an affected file trader suffers economic loss in excess of \$250 as a result of the act by the copyright owner, the affected file trader may seek compensation for such economic loss in accordance with the following:

亦允許法院於發現所有權人濫用此一種自助方法時，得禁止其行為⁶⁸。

針對現代數位時代之網路著作權問題，本草案僅就解決的方式提出一小步解決建議，惟其是否通過與將來可能之影響，則尚待觀察。

⁶⁸ H.R. 5211 SEC.514 (e) SUITS BY UNITED STATES- The Attorney General of the United States may seek injunctive relief in the appropriate United States district court to prevent a copyright owner from engaging in impairing activities that would not be lawful but for subsection (a) if that owner has engaged in a pattern or practice of impairing the distribution, display, performance, or reproduction of computer files or data without a reasonable basis to believe that infringement of copyright has occurred.

第六章 美國著作權法的回顧與展望：代結論

綜合本文以上研究成果，本研究團隊發現，美國著作權法的發展，有下列幾點應予留意，茲彙整分述如下，以代結論：

1. 刑事制裁手段的大量使用：

首先，在權利人保護的部分，美國著作權法在權利人利益團體「不遺餘力」的運作下，可謂大有斬獲。如本文第二章所示，與此領域有關的重要法（草）案略有：藝術家權利暨剽竊防制法、2004 年智慧財產權保護與法院修正法以及遏阻仿冒及教育草案。從以上法案中不難觀察出一個現象，即：美國著作權法仍係以「刑事制裁」的方式作為保護權利人的利器，在國內外一片著作權法「除罪化」的呼聲中¹，美國的如是作為與態度便值得關切。尤其，藝術家權利暨剽竊防制法中，對電影院內的盜錄行為施以三年以下（累犯：六年以下）有期徒刑的重罰，更能顯示出美國著作權法藉由重刑威嚇方式以保障著作權的決心²。

2. 娛樂影音著作的相關立法甚多：

另一方面，藉由本文對近年美國著作權法（草）案的蒐集及彙整，另一個明顯的現象在於：關於娛樂影音產業著作保護的立法動作頻頻，舉例言之，前述的藝術家

¹ 相關討論，略參馮達發，著作權法刑事責任之研究，國立政治大學法律學系碩士論文，2002 年；王淑惠，著作權刑罰合理性之探討—以法律經濟方法分析，銘傳大學法律學系碩士論文，2005 年。

² 審查意見指出美國著作權法雖含有大量刑事處罰，但實際執行情況如何，則應另行考察。本文甚為贊同並感謝審查委員之提醒，惟本文限於篇幅及人力，就美國著作權實際執行層面之考察，僅得割愛暫且不論。

權利暨剽竊防制法及其所屬的家庭娛樂暨智慧財產權保護法即屬適例。另外，2006年音樂授權改革法草案、2006年平台平等與音樂權利人補償法草案，以及2001年線上音樂競爭法草案等，雖未通過，但仍可見娛樂影音產業於「立法戰場」上的一波接一波的不斷攻勢。

3. 孤兒著作議題的發展趨勢--- 以立法方式解決：

雖然如此，美國著作權法在促進著作利用（使用人保護）的部分，亦有相當發展。最顯而易見的例子，即是關於「孤兒著作」議題的爭論。爲了促進著作利用，使權利人未臻明確的著作亦得爲各界使用，美國各界（包括國會、各利益團體）近年來密切關注孤兒著作議題的發展。誠如本文第三章介紹之美國著作權局孤兒著作研究報告所述，孤兒著作議題的成因主要源自於美國著作權法爲因應國際條約之規範，刪除其行之有年的註冊、更新等制度，致使著作權利人下落不明的情況經常發生。然而，爲解決孤兒著作的問題，如欲透過立法方式解決，馬上就會面臨不得與各國國際規範牴觸的問題。以美國著作權局於其研究報告中所揭示的初步立場看來，似乎透過立法方式合理限制孤兒著作權利人訴訟救濟的方式，或屬可行，但仍應留意不得低於各國國際規範中關於著作人救濟途徑最低限度的保障。

4. 美國權利金法官制度--- 未必與我國法制相容：

美國權利金裁決制度的改革，亦爲美國著作權法近年來的重點之一，其以著作權權利金法官取代著作權權利金仲裁委員會，乃爲 2004 年下半年之重要變革。然而，我國若欲創設權利金裁決法制、思索應否仿效美國採行著作權權利金法官制度時，宜留意美國制度與我國制度本身的差異所在。首先，美國著作權權利金權利金法官，如同本文第三章所述，其性質屬「行政法法官」(administrative law judges)，職

司「權利金」事項的「裁決」(adjustment)任務，有類我國的行政處分，然而其雖屬行政部門之體系，但又從事聽審(hearing)、裁判(judgment)等類似司法之職務，其決定程序與司法程序相仿，並有其獨立性(independency)。惟就此等「行政法官」之職務，我國或有類似於本研究案委託單位經濟部智慧財產局中的專利審查委員，或消費者保護法中的「消保官」，但總非我國法制中所常見者，若於我國法制中設置類似「權利金法官」制度，其與我國整體法制結構是否相容，即應妥善思量。尤其，美國著作權權利金法官的任命，是經過國會圖書館館長諮詢著作權局長後任命，而美國國會圖書館及其下屬之著作權局，其結構甚為特殊，與我國著作權主管機關即委託機關智慧局隸屬於行政院經濟部，有其結構上之不同。

美國著作權權利金法官得決定並調整之權利金費率、條件，限於法定授權、強制授權之範圍，已如第三章所述。我國若引進由三位專業之權利金法官審酌各項權利金費率、條件，就法定授權、強制授權之權利金費率，或能提升決定各項費率決定之效率及妥適性。

此外，我國現行著作權法第 82 條明定「著作權專責機關應設置著作權審議及調解委員會，辦理下列事項：一、第四十七條第四項規定使用報酬率之審議。二、著作權仲介團體與利用人間，對使用報酬爭議之調解。三、著作權或製版權爭議之調解。四、其他有關著作權審議及調解之諮詢。前項第三款所定爭議之調解，其涉及刑事者，以告訴乃論罪之案件為限。」查著作權法所以於民國 93 年 9 月 1 日將原有著作權專責機關於著作權仲介團體與利用人對使用報酬爭議調解不成時，即授權著作權專責機關強制仲裁之規定予以刪除，乃基於「按人民有訴訟之權利，為憲法第十六條所明定。又著作權案件，權利人得尋求民事訴訟程序，以保障權利，為世界貿易組織與貿易有關之智慧財產權協定(TRIPS)所明訂。易言之，調解與仲裁應採完全之任意性，現行條文強制仲裁之規定，剝奪人民民事訴訟之權利，確有不當。」、「中華民國仲裁協會曾召開『著作權法第八十二條相關仲裁規定之解釋與實務運作』

座談會，與會司法實務界、學者、專家意見紛紜，莫衷一是。綜言之，本條第二項條文確實窒礙難行，爰予刪除。」以此觀點而言，若考慮由三位專業權利金法官進行著作權仲介團體與利用人間對使用報酬爭議之調解，或亦能提升兩造合意使用調解方式解決非強制授權權利金之爭議。

然而，由於美國著作權權利金法官與我國法制不完全相容，倘我國欲採類似制度，即應衡酌我國法制情形，再為適當之設計。

5. 各方利益的均衡：公共利益的兼顧

保護權利人和促進著作使用本為天平的兩端，著作權法的設立法者，總是在此天平的二端不斷衡酌孰輕孰重，並作成最後的設計。但是除此之外，著作權法之設計與運作，尚會顧及公共利益之發展。針對著作權法與公共利益調和部分，本文第四章整理近年來美國著作權法在「國家電影保存及家庭電影」、「身心障礙人士教育」及「消費者數位權益保護」等議題上的相關法（草）案，一窺美國著作權法在公共利益領域之發展，足見美國近年著作權法之發展，不僅在於著作權人權利保護之提升，亦逐漸意識到公共利益維護之重要。

6. 允許私人剪接、編輯行為的家庭電影法：

與藝術家權利暨剽竊防制法立場相對，「家庭電影法」(Family Movie Act of 2005) 允許私人所為或受到私人的指示所為的剪輯行為，將其豁免於著作權法的規定，即為著作權法兼顧公共利益的適例。為了遵守憲法增修條文第條對人民表現自由的保護，「家庭電影法」在立法時就是被設計成為一部「內容中立」(content-neutral)的法律。另一方面，其允許為家庭觀賞用而編輯影片之行為，也適度顧及了父母（家長）

對子女（家庭成員）的教育目的及利益。

7. 弱勢團體保障--- 身心障礙人士教育：

再者，在「身心障礙人士教育」問題方面，「2004年身心障礙人士教育促進法」(Individuals with Disabilities Education Improvement Act of 2004)基於促進身心障礙人士得以近用著作內容的觀點，允許無需事先取得著作權人的同意或授權，在教學上得以廣泛應用作為教材，本法案對於教材之利用設有若干要件，並由地方教育單位進行適當介入（指定作為教材內容），得以避免在著作使用上可能過於浮濫的情形發生，頗值得我國參考。又如「2003年無障礙教學資源利用法案」(Instructional Materials Accessibility Act of 2003)目的，在於確認製作供身心障礙人士教材使用之電子檔案及大字體印刷的內容，應屬符合美國著作權法第 121 條行為，而不構成著作權侵害，相較於我國著作權法第 53 條僅限於以增進「視覺障礙者」、「聽覺障礙者」福利為目的之規定，其範圍更為廣泛，更能促進身心障礙者之福利。

8. 終端消費者權益維護--- BALANCE ACT 草案：

在「消費者數位權益保護」方面，「2005年促進、維護消費者期待與作者權益（均衡）法草案」(Benefit Authors without Limiting Advancement or Net Consumer Expectations Act of 2005, BALANCE ACT)，目的即是為修正美國聯邦著作權法之規定，在防範、懲罰數位剽竊同時，為了維持「著作權人權益」與「消費者權益保障」間之平衡，仍不應該危害到合法取得著作權人之權益，以維護合法取得數位著作消費者之權利並符合消費者之期待；草案中關於「不可協商條款」之規定，使原基於「不可協商之授權條款」(Nonnegotiable license terms)而公開傳送數位著作，該授權條款在其限縮著作權法對專有權利所規定之限制範圍內不能執行(not enforceable)。關於此

問題，我國現僅以民法或消費者保護法「定型化契約」規範思考之，BALANCE 草案可謂於此等思考觀點之外，提供我國從著作權法思量相關問題的觀點。

9. 網路侵權規範--- P2P 業者責任：

在網路著作權的領域，近來美國著作權法在「P2P 業者責任」與「網路服務提供業者(ISP)責任」(或稱平台業者)二領域，均有重要發展。就前者而言，主要的討論則是在於「輔助侵權責任」與「代理侵權責任」的問題，不論是代理侵害或輔助侵害責任，均需係就他人之直接侵害行為負擔責任。因此，必須先有直接侵害行為之存在，始能就直接為侵害行為者以外之人科以代理侵害或輔助侵害責任。就此部分，本文於第五章中提出二則指標性判決(leading cases)即 2001 年美國聯邦第九巡迴法院 *Napster* 判決及 2005 年聯邦最高法院 *Grokster* 案件，此二案的判決結果均認 P2P 業者構成「間接侵權責任」，其中 *Napster* 案中，第九巡迴法院認為 P2P 業者應負擔「輔助侵權責任」與「代理侵權責任」；在 *Grokster* 案中，最高法院則認為 P2P 業者應負擔「誘使侵權責任」。但此等判決係以美國普通法之間接責任類型為依據，在我國法領域卻無類似之責任類型，故此二案例雖屬受矚目之案例，於參考援引時，仍需留意兩國法律間之根本差異所在。

10. 網路侵權規範--- 網路服務提供業者(ISP)責任：

就平台業者而言，美國 DMCA 之「安全港」(safe harbor)條款，其雖提供平台業者得對其使用者所生法律責任主張免責的「避風港」(設立四種免責類型：「暫時性數位化網路傳輸」、「系統快速存取」、「應使用者指示之資訊存取於系統或網路」及「資訊搜尋工具」，並有「通知暨取下」(notice and take down)程序之規定)，但爭議仍不斷發生。自本文於第五章中論列的數則美國法院判決中約可得知，其間爭

議除與法律文義解釋有關外，另亦涉及 DMCA 中關於「傳票」(Subpoena)之規定（即「著作權利人或是被授權代表著作權利人者可向法院書記官(clerk)提出要求，要求法院發出傳票予服務提供者以識別侵權者身分」）的合憲性問題，即著作權人以傳票要求 ISP 提供疑似侵權用戶之身分資料，是否會影響並侵害用戶的隱私及言論自由。就此而言，以目前本文蒐集之美國實務見解以觀，似多持前開規定並未侵害隱私及言論自由的立場。另外，經檢視美國諸多相關爭議後，本文認為，關於平台業者的責任，似應由立法機關制訂法律，以釐清平台業者與使用者之法律責任，以避兔不必要之爭端。