經濟部智慧財產局委託研究專案

著作權科技保護措施之研究

研究報告

計畫主持人：陳家駿

協同主持人：馮震宇、劉孔中

受託單位

陳家駿律師事務所

台北市基河路三五二號八樓
TEL：（02）2567-8676　FAX：（02）2755-7285

中華民國九十三年十一月三十日

著作權科技保護措施之研究
研究報告目錄

第一章　研究動機與目的……12

第一節　WIPO 條約中著作權技術保護措施對各國立法之影響…12

第二節　歐盟科技保護措施法制概況…… 19

第三節　美國著作權法反規避措施法制概況…… 21

第二章　美國 DMCA 法對反規避條款之規範…… 27

第一節　前言…… 27

第二節　美國著作權法反規避條款之規定…… 30

壹、第 1201 條反規避條款之架構…… 30

貳、規避科技保護措施之處罰規範……33

一、對控制接觸型科技保護措施……33

二、防止利用型科技保護措施……37

參、反規避條款之免責規定..... 37

一、非營利性圖書館、檔案保存處及教育機構之免責...38

二、法律執行與情報蒐集之免責.....38

三、還原工程之免責.....39

四、加密研究之免責.....39

五、保護未成年人之免責.....41

六、隱私權保護免責.....42

七、安全性測試之免責.....43

肆、DMCA 反規避條款免責規定之分析.....44

第三節　接觸控制措施之問題與討論..... ...46

壹、美國著作權局對反規避條款所提出的問題.....47

一、科技措施（問題 1-2）.....47

二、著作之可得性（問題 3-7）.....48

三、為非營利之建檔、保存、教育等目的之著作的可得性（問題 8-11）.....48

四、對評論、建議、新聞報導、教學、學術、或研究之衝擊（問題 12-17）.....48

五、規避科技措施對著作之市場銷售或價值之影響（問題19-22）……49

六、其他因素及問題（問題 23-29）……50

貳、美國著作權局二０００年所提出的豁免建議……52

一、由一串被過濾器應用軟體所妨礙之網站構成編輯物…53

二、文學著作，包括受接觸控制措施所保護，因該等保護措施故障、損害或被淘汰而無法提供接觸之電腦程式及資料庫……55

參、未採納之其他建議……56

一、「微弱著作權」之著作（「Thin Copyright」Works）…57

二、單一來源之著作（Sole Source Works）……58

三、以 DVD 呈現之視聽著作……59

肆、美國著作權局二００三年所提出的豁免建議……61

第四節　科技保護措施的影響……66

壹、對內容控制之類型……66

一、RealNetworks v. Streambox 案……66

貳、對相容性之控制……68

一、Universal City Studios v. Corley 與 Universal City Studios v. Reimerdes 案……68

參、對商品或服務的控制……70

一、Sony Computer Entertainment v. Game Masters 案…70

二、Lexmark Inc. v. Static Control Components, Inc 案……70

肆、對消費者的控制……72

一、Sony v. AiboPet 案……72

伍、對學術自由與言論自由的控制……72

一、Felten v. Recording Industry Ass'n of America Inc. 案……72

二、Blackboard Inc. v. Billy Hoffman & Virgil Griffith……74

三、ElcomSoft Co. Ltd. v. Dmitry Sklyarov 案……76

第五節　美國 DMCA 反規避條款影響……78

壹、限制競爭與抑制創新……78

貳、禁止著作權濫用原則（copyright misuse）……79

第三章　歐盟及德國科技保護措施法制..... 81

第一節　前言.....81

第二節　歐盟科技保護措施法制.....82

壹、電腦程式指令.....82

一、並非實質的著作權規定，只是輔助性質的規定.....83

二、禁止流通或為商業目的而持有.....84

三、以協助不法去除或規避技術裝置為唯一預定用途之手段.....84

貳、接觸控制指令.....85

一、受保護之服務.....86

二、附條件接觸.....86

三、不法設備.....87

參、著作權調和指令.....87

一、宣示此種保護不應阻礙技術發展.....90

二、保護範圍很廣.....90

三、有效技術措施不需要是絕對有效.....91

四、涉及電腦程式之技術保護措施不適用本指令.....91

五、會員國應協助實現某些著作權例外規定.....92

學者批評自行設計著作權之例外情形.....94

1.漫無標準.....94

2.著作權利人契約自由優先.....94

3.欠缺契約不得排除例外規定的強制要求.....95

4.會員國得協助實現個人重製例外規定.....96

5.會員國不得針對流通規避設備或提供相關服務之行為協助實現例外規定.....97

6.互動式線上服務全然依契約.....97

7.本指令並不妨礙會員國禁止持有規避技術措施之設備.....98

8.本指令與其他法律之關係.....98

9.未來的發展.....99

10.目前各會員國轉化的情形.....99

11.與美國著作權法之比較..... 100

（1）禁止的行為遠比美國廣..... 100

（2）對互動式線上服務的處理不同..... 100

（3）均不允許以一般的合理使用原則排除禁止規避條款之適用.....101

第三節　德國科技保護措施法制..... 103

壹、著作權法之規定..... 103

貳、解析..... 107

一、保護技術措施不被規避或受到特定準備行為波及·108

二、確保著作權例外規定之實現..... 109

三、權利人負標示義務..... 111

1.保護消費者及正當競爭之標示義務..... 111

2.協助例外規定受益人之標示義務..... 112

第四章　我國著作權法科技保護措施規範之檢討..... 113

第一節　前言.....113

壹、美國模式.....118

貳、德國模式.....121

第二節　行政院九十二年著作權法修正版本之檢討..... 123

壹、技術措施必須有效.....123

貳、釐清技術措施之保護與合理使用原則之間的關係.....124

參、課著作權人相對義務.....125

一、提供必要手段之義務.....125

二、標示之義務.....126

肆、制定嚴謹的刑事責任要件.....126

第三節　我國著作權法立院通過修正版本之解釋與適用..... 128

壹、關於防盜拷措施之名稱.....133

貳、關於無著作權之防盜拷措施.....134

參、關於著作權人之涵義及範圍.....135

肆、關於所謂著作權人所採取之措施.....137

伍、關於所謂未經合法授權.....138

陸、關於防盜拷措施之適用內涵有無目的限縮解釋之空間...139

柒、關於所謂有效之防盜拷措施.....142

捌、關於破解、破壞或其它方法規避等相關行為之法律定性·144

玖、防盜拷措施之例外規範.....146

拾、規避防盜拷措施與合理使用之關係.....149

拾壹、侵害防盜拷措施之民、刑事法律責任.....150

拾貳、防盜拷措施可能面臨實務問題.....151

第五章　我國立法的適用、檢討及建議－－代結論.....154

壹、針對防盜拷措施整體規範之思維及強化公益之考量.....154

貳、「防盜拷措施」一詞將來再考慮修正.....155

參、第八十條之二第二項文字疏失將來應考慮調整.....156

一、何謂「破解、破壞或規避防盜拷措施之設備器材、技術或資訊」欠缺限制性定義.....156

二、「未經合法授權」並無必要.....156

肆、防盜拷措施例外規定智慧局應掌握整合機制妥為制訂...157

伍、重新思考定位合理使用和防盜拷措施之間的關係.....158

陸、主管機關宜妥善宣導--關於禁止規避技術措施的行為及規避技術措施的民事責任要件，是否失之寬鬆.....159

柒、主管機關宜妥善宣導--關於製造流通規避設備或提供規避服務的刑責要件，是否失之寬鬆.....160

捌、未來修法可考慮適度衡平課予著作權人相對義務.....161

一、提供必要手段之義務.....162

二、標示之義務.....162

參考資料.....163

附錄

1.立法院新修正條文對照表.....169

2.新舊著作權法條文對照及說明.....181

著作權科技保護措施之研究

研究報告

第一章　研究動機與目的

第一節　WIPO 國際條約中著作權技術保護措施對各國立法之影響

隨著知識經濟的興起與資訊時代的來臨，無形的智慧資產已經取代一般有形的資產而一躍成為企業界最重視的資產之一，而無形資產可以經由數位科技大量且迅速的傳播，雖然使得知識更容易普及，但是也使得智慧財產權的權利人面臨更大的挑戰，此種問題在著作權的保護方面也更為明顯。

為配合數位化時代的挑戰，並協助凝聚國際間對保護數位化著作權的共識，世界智慧財產權組織（WIPO）特別在一九九六年召開外交會議，就如何因應數位時代著作權保護的需求，以及如何統合國際間對數位化著作保護進行協商。雖然各國因為科技與產業發展程度有別，見解亦不同，最後卻仍然對數位化著作應予以保護有所共識，並於 1996 年 12 月簽署了「世界智慧財產權組織著作權條約」（WIPO Copyright Treaty）與「世界智慧財產權組織表演與錄音物條約」（WIPO Performances and Phonograms Treaty）[1]。而在該等條約亦於 2002 年分別生效。

1 WIPO 此等條約全文，請參見 WIPO 網站，http://www.wipo.org/ent/。

在 WIPO 這兩個重要條約通過後，不但對以數位資訊傳遞為主的網際網路產生莫大的影響，還進一步將對著作權的保護的範圍，擴展到數位資訊時代的主要傳播媒介（亦即網際網路）與利用數位化著作而衍生的新種形態的商品與服務，使得世界各國根據傳統著作權法概念所訂定的著作權法與 WIPO 條約所要求的數位著作保護原則產生歧異。因此各國亦開始配合 WIPO 條約義務與網路時代的需要修正傳統著作權法。

而這兩個 WIPO 條約，不但要求各締約國賦予著作權人、表演人與錄音物製作人過去所未有的權利，WCT 第十一條與 WPPT 第十八條更共同要求締約國，對規避有效技術保護措施之行為，提供充分的法律保護與有效的法律救濟的規定，這也是引發爭議最多的各國科技保護措施的法源所在。由於此新增的義務為傳統的著作權法所無，因此亦引發諸多的討論與疑義。

事實上在 WIPO 外交會議於討論這兩個條約時就已經有相當大的爭議，故在該條約中均只有原則上的規定。例如 WIPO 條約僅要求締約國對「規避行為」（circumvention）做規範，並僅禁止造成侵害行為，並未要求締約國對「準備行為」（例如製造、銷售、進口等）加以禁止，但是各國則因為其個別之考量而有不同之立法規範。

雖然這兩個條約已經通過數年，但是技術保護措施義務的影響力卻一直到最近才逐漸發揮。主要的原因是因為各國根據 WIPO 條約所制定或修改的法律正陸續完成，而所衍生的訴訟案件亦直到最近才陸續出現，例如美國所出現的 DVD, RealNetworks 與等案件。由於法院初步的判決都是認為這些新的利用形態違反科技保護措施的規定，使得 WIPO 條約的影響力逐漸開始發揮。

例如為了履行 WIPO 兩個條約的義務，美國首先在一九九八年十月通過「1998 年數位千禧年著作權法案」（The Digital Millenium Copyright Act of 1998；DMCA），並在新增的美國著作權法中對有關科技保護措施之科技保護措施（第 1201 條）及著作權管理資訊（第 1202 條）有十分詳細的規定，除對「準備行為」與「規避行為」均加以規範外，並對違反其規定者制定了嚴格的民事及刑事責任，並遠較原有著作權法之規定更為嚴格。

除了美國之外，其他國家例如日本、歐盟、澳洲、大陸等國亦完成其國內法之修法工作。以日本而言，日本平成十一年法律第七十七號中關於技術保護措施的修正，就已於平成十一年（1999 年）十月一日起施行。原則上日本在技術保護措施規範方面，雖涵蓋「準備行為」與「規避行為」，但在適用範圍上卻加以限縮。例如於準備行為方面，只以「專以規避技術保護措施為功能之裝置或電腦程式」為對象；而於規避行為方面，亦僅以應公眾之要求而為「規避技術保護措施之行為」之業者為規範對象。

在歐洲方面，於 TRIPS 與 WIPO 的兩項條約通過後，歐盟執委會於 1996 年 12 月所通過的資訊社會著作權暨相關權利公告（Communication Copyright and Related Rights in the Information Society）中，更特別指出歐盟努力的目標，係著重在重製權、公開傳播權、銷售權、以及反規避措施等議題。歐盟執委會亦於 1997 年 12 月 10 日通過「資訊時代著作權與相關權利指令」草案（Directive on Copyright and Related Rights in the Information Society），以履行歐盟與其締約國所負的 1996 年 WIPO 條約之義務。

嗣後，歐洲議會於 1999 年 2 月 10 日的全體大會通過該建議，並附帶修正意見。而執委會在考慮歐洲議會所提的修正意見後，在 1999

年五月，就其同意與不同意的部份，對歐洲議會與理事會提出「調和著作權及鄰接權的修正草案」，對資訊社會中著作權與相關權利之保護提出規劃。雖然歐洲共同體部長會議在今年六月八日通過歐盟執委會（European Commission）所提的「調和著作權及鄰接權的修正草案」[2]以履行 WIPO 條約義務，並對資訊社會中著作權與鄰接權之保護加以規範。

根據歐盟著作權指令修正草案之規定，其對技術保護措施特別要求應具備「有效控制」（effectively control）要件，因此著作權人有義務證明其所使用技術保護措施的有效性。而在規範行為上，歐盟亦對「規避行為」與「準備行為」均加以規範。其中在規避行為部份，歐盟有「明知或可得而知」的要求。而在準備行為部份，歐盟則禁止「未經授權的任何行為，包括製造或散布裝置、產品或零件，或提供服務」，且該等行為須具備下列三個條件：（1）為規避技術保護措施之目的而提供、廣告或行銷。（2）除規避技術保護措施之外僅具有限的商業意義或用途。（3）主要係為使規避行為發生或促進之目的而設計、生產、修改或執行。

2 參見歐盟執委會「對於資訊社會中特定著作權與相關權利概念之調和」（the Harmonization of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society, COM（1999） 250 final, 97/0359/COD。相關介紹，參見 http://www.europa.eu.int/comm/dg15/en/intrprop/intrprop/copy2.htm。

WIPO 著作權條約技術保護措施與各國修法內容對照表

	美國	歐盟	日本
技術保護措施之義務	於 DMCA 第 103 條修改美國的著作權法增訂第 1201 條加以規範	於指令第 6 條加以規定	日本著作權法修正第 2 條第 20 款、第 30 條第 1 項第 2 款、第 120 條之 2、平成 11 年法律第 77 號

而在我國，為因應我國加入 WTO，並使我國著作權法制能符合國際規範，智慧財產局亦已提出著作權法部份條文修正草案，欲將 WIPO 條約中的相關規定落實在我國著作權法之中，並擬增訂科技保護措施及電子化著作權權利管理資訊保護規定。

在科技保護措施規定方面，修正草案擬議在第三條增訂第十五款，規定科技保護措施係「著作權人為防止其權利被侵害所使用有效之科技方法。但用以限制他人依法得利用該著作之行為者，不屬之。」若有違反之行為，包括意圖供侵害他人著作權而製造、輸入、散布專供規避科技保護措施之設備，或提供專供規避科技保護措施之服務或資訊者，依草案第九十二條之一，可以處一年以下有期徒刑，並併科十萬元以下罰金。從此等規定觀之，主管機關意在採取低度規範方式，不但只對「防止侵害權利的技術保護措施」提供保護，亦僅對「準備行為」做規範，而不及於「規避行為」，同時違反的刑度也比一般侵害著作權刑度要低。

但是經立法院審議後，立法委員認為剛通過的刑法電腦犯罪專章已經可以涵蓋科技保護措施，因此僅通過電子化著作權權利管理資訊保護規定，也使得是否應繼續訂定科技保護措施有研究的必要與價值。但於民國九十三年八月二十四日時，立法院卻意外的將科技保護措施之條款納入立院議程，並經立院三讀通過，將科技保護措施乙詞，改為防盜拷措施。

此次修正與技術措施的保護有關的規定如下：

第三條第一項第十八款：

防盜拷措施：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。

第八十條之二：

著作權人所採取禁止或限制他人擅自進入著作之防盜拷措施，未經合法授權不得予以破解、破壞或以其他方法規避之。

破解、破壞或規避防盜拷措施之設備、器材、零件、技術或資訊，未經合法授權不得製造、輸入、提供公眾使用或為公眾提供服務。

前二項規定，於下列情形不適用之：

一、為維護國家安全者。

二、中央或地方機關所為者。

三、檔案保存機構、教育機構或供公眾使用之圖書館，為評估是否取得資料所為者。

四、為保護未成年人者。

五、為保護個人資料者。

六、為電腦或網路進行安全測試者。

七、為進行加密研究者。

八、為進行還原工程者。

九、其他經主管機關所定情形。

前項各款之內容，由主管機關定之，並定期檢討。

第九十條之三 ：

違反第八十條之一或第八十條之二規定，致著作權人受損害者，負賠償責任。數人共同違反者，負連帶賠償責任。

第八十四條、第八十八條之一、第八十九條之一及第九十條之一規定，於違反第八十條之一或第八十條之二規定者，準用之。

第九十六條之一：

有下列情形之一者，處一年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣二萬元以上二十五萬元以下罰金：

一、……

二、違反第八十條之二第二項規定者。

上述修正有待釐清及可檢討改進之處，以下僅先就歐盟與美國有關科技保護措施的內容，作簡略的介紹。

第二節　歐盟科技保護措施法制概況

歐洲聯盟（以下簡稱歐盟）於２００１年5月２２日公布之「調和資訊社會某些著作權及鄰接權指令」（以下簡稱本指令，Directive 2001/29/EC on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society），為了滿足「世界智慧財產權組織著作權條約」第十一條以及「世界智慧財產權織表演及錄音物條約」第十八條之要求，亦就保護著作之技術措施提供充分的法律保護與有效的法律救濟[3]。

本指令第六條極為詳盡地規定：

1.會員國應提供適當的法律保護，禁止系爭當事人在明知或他人可合理認為其知悉之情況下規避有效技術措施。

2.會員國應提供適當的法律保護，禁止製造、進口、配銷、銷售、出租、為銷售或出租而廣告，或為商業目的而持有下列設備、產品、組件或提供下列服務：

（1）為規避有效技術施之目的而促銷、廣告或行銷，

（2）供規避有效技術措施外，僅具極為有效的商業目的或用途，

（3）其設計、製造、改造或操作之主要目的為促使或協助規避有效技術措施。

3.本指令所謂「技術措施」是指其正常操作之目的為防止或限制未經著作權人、鄰接權人或 96/91/EC 號資料庫保護指令第三章權利人授權而對其著作權或其他標的有所作為的任何技術、設備或組件。權利人為控制使用著作或其他標的所採取可達到保護目的

3 本指令立法前言（15）。

之接觸控制(access control)、保護程序(加密、變頻或將著作或其他標的作其他形式的轉換)或控制重製之機制即為「有效」。

4.會員國在權利人未採取自願措施（包括與相關當事人達成協議）時，不受第一項規定之限制，應採取適當措施，以確保權利人對會員國依本指令第五條第二項第一、三、四、五款（重製權）、第三項第一、三、五款規定所（重製權及公開傳輸權）制定之例外或限制的受益人，提供其可使其足以獲得該例外或限制利益以及接觸受保護著作或其他標的之手段。

除非權利人已提供為個人使用而重製，否則會員國並得就本指令第五條第二項第二款規定之例外或限制的受益人，採取可使其足以獲得該例外或限制利益並且符合本指令第五條第二項第二款及第五項規定的措施，惟不得妨礙權利人依本指令第二項第二款及第五項就重製數量採取適當措施。

權利人自願採取之技術措施（包括為執行自願協議而採取之技術措施）以及為執行會員國所採措施而採取的技術措施，享有第一項規定之法律保護。

依契約約款提供大眾依其個別指定之時間及地點接觸之著作或其他標的物，不適用本項第一段及第二段之規定。

在 92/100/EEC 出租權指令以及 96/9/EC 保護資料庫指令範圍適用本條時，本項規定應作相對調整。

本指令要求會員國在 2002 年 12 月 22 日以前將本指令轉換成內國法[4]。

4 本指令第十三條第一項。

第三節　美國著作權法反規避措施法制概況

為了履行 WIPO 兩個條約的義務，美國在一九九八年完成的 DMCA 立法中，詳細規範了 WIPO 條約中僅就原則加以規範的科技保護措施，並在美國著作權法中增訂第 1201 條。在 DMCA 於一九九八年九月十六日經科林頓總統簽署生效後，著作權人已開始根據第 1201 條之規定採取法律行動，例如以該法禁止侵害準備行為（亦即禁止製造或銷售規避防止接觸著作之科技保護措施的產品或服務）之規定，陸續對多家軟體製造商（例如 RealNetwork 控告 Streambox）或對著名網站提出訴訟（例如 RIAA 控告張貼 DVD 解碼軟體之 2600.com），頓時引起各方就 DMCA 第 1201 條「科技保護措施」的注意與討論。究竟 DMCA 中有關規避科技保護措施之規定為何？其有如何之限制及免責的例外規定？這些免責規定之適用會產生什麼樣的問題？就是我國是否應該增訂科技保護措施的重要考慮因素。

根據 17 U. S. C.1201（a）（2）及（b）（1），DMCA 禁止製造或銷售規避科技措施之規定僅適用於下列之.產品或其元件：（1）規避科技保護措施係該設備之主要目的者；（2）除規避科技保護措施外僅具有限之商業意義者;（3）為做為規避科技保護措施之使用而銷售者。

原則上，第 1201（b）並未禁止規避防止未經授權而「重製」著作之科技保護措施之行為（conduct），以確保合理使用範圍內之重製行為。另一方面，此等條款所禁止製造或銷售規避科技措施之規定僅適用於符合下列要件之設備（devices）：

（A）規避科技保護措施係該設備之主要目的者；

（B）除規避科技保護措施外僅具有限之商業意義者；

（C）為做為規避科技保護措施之使用而銷售者。

不同於 1201（a）（1）對規避科技保護措施行為之禁止規定，國會將其延後至 DMCA 通過兩年後生效，上述禁止製造或銷售規避設備或提供服務的規定[5]則是於 DMCA 通過後立即生效。另外，為避免科技保護措施之影響不當的擴大，國會也在第 1201 條第（c）項中規定保留條款，亦即「本法所定有關權利、救濟、限制或著作權侵害之抗辯，包括合理使用等，均不因本條規定而受影響」[6]；「任何技術、產品、服務、裝置、組件或其零件，有關著作權之代理或輔助侵害之責任均不因本條規定而擴大或減低」[7]。

根據上述之規定，若著作人為防止他人未經授權而接觸著作，而採用科技保護措施時，任何人所為之規避著作權人用以保護著作之科技措施的行為均違反第 1201（a）（1）禁止為規避行為之規定，而任何人提供任何的規避技術、產品、服務、裝置、組件或其零件，以協助他人完成規避行為者，亦將會違反禁止準備行為之規定（1201（a）（2）與 1201（b））。

相反的，若某人對其已獲授權接觸之著作從事被禁止的規避行為，由於其已經獲得合法授權，因此法律並不會對其取得合法授權後的利用行為作特別的規範，故其授權後的重製等行為並不會受到任何非難，但提供任何技術、產品、服務、裝置、組件或其零件，以協助他人完成規避行為之人，則會違反第 1201（b）的規範。

---

5 包括 17 U.S.C. 1201（a）（2）與 1201（b）。

6 17 U.S.C. 1201 （c） OTHER RIGHTS, ETC.,NOT AFFECTED.—（1）Nothing in this section shall affect rights, remedies, limitations, or defenses to copyright infringement, including fair use, under this title.

7 17 U.S.C. 1201（c）（2） Nothing in this section shall enlarge or diminish vicarious or contributory liability for copyright infringement in connection with any technology, product, service, device, component, or part thereof.

而在 DMCA 科技保護措施正式生效後，許多網路上新興的商業模式或是新的科技產品或服務，都面臨是否違反此等科技保護措施之規定。其中最早發生的案件就是 RealNetworks, Inv. v. Streambox, Inc.，嗣後又有 Kelly v. Arriba Soft Corp.[8]，RIAA v. 2600.com，甚至連 Napster 案在輸掉其主張為 ISP 的初步判決後，亦改變策略主張其服務構成美國最高法院 Sony 判例所稱的非實質侵害用途，此亦與 1201 有關。

在 Adobe 與 Elcomsoft 之間，因為 Elcomsoft 破解 Adobe 電子書所引發的刑事案件的爭議，更是引發各方的關切。更值得探討的，就是晚近發生的 Lexmark v. Static Control Co. 案[9]凸顯出科技保護措施有可能被濫用，反而可能會引發限制競爭的重大問題，這與美國當初推動科技保護措施的目的完全不同。

另外在 DMCA 的立法過程中，由於科技保護措施的規定引發極大的爭議，因此國會認為宜修正規避禁止規定，以確保社會大眾可繼續從事諸如合理使用等非侵權行為的利用（non-infringing use）[10]。因此 DMCA 第 1201 條第（c）項第（1）、（2）款中設有保留條款[11]，規定「本法所定有關權利、救濟、限制或著作權侵害之抗辯，包括合理使用等，均不因本條規定而受影響」，但是該法第 1201 條第（a）項

8 Kelly v. Arriba Soft Corp., 77 F. Supp. 2d 1116 （C.D. Calif., 1999）。本案原告爲攝影師，指控被告所經營的圖形搜尋引擎在建構其搜尋資料庫時，將其攝影著作上原有的著作權管理資訊除去，以致侵害其權利。

9 Lexmark Int'l, Inc. v. Static Control Co., No.02-571-KSF。在該案中，爲了避免消費者重複使用 Prebate 墨水匣安裝他人生產之墨水，Lexmark 設計了兩種科技保護措施，一爲「列印啓動程式」（Printer Engine Program），一爲「墨水下載程式」（Toner Loading Program）。Lexmark 並使用一種認證程序，其方式爲在印表機及墨水匣電腦微晶片設置「訊息認證碼」（Message Authentication Code，簡稱 MAC），若認證不通過，則印表機便無法使用。而被告 SCC 爲規避上述的技術，生產銷售一種稱之爲 SMARTEK 的電腦微晶片來模擬 Lexmark 前述的認證程序，而可執行 Lexmark 的「列印啓動程式」及「墨水下載程式」，進一步使用印表機。爲此，Lexmark 乃向法院控告 SCC 違反科技保護措施，肯得基州聯邦地方法院判決 SCC 違反科技保護措施的規定，本案目前在上訴中。

10 請參見美國眾議院報告 H.R.Rep.No.105-551, pt.2, at 36。

11 17 U.S.C. 1201（c）（1）（2）。

第（2）款，卻禁止製造或銷售規避防止接觸著作之科技保護措施的產品或服務。此外 1201 條（b）項則禁止製造或銷售規避防止「重製」著作之科技保護措施的產品或服務，也因此陸續出現相關訴訟，例如 RealNetworks, 2600.com, Elcomsof 等案，也引發各方就 DMCA 第 1201 條「科技保護措施」與合理使用之間的廣泛討論。

由於 DMCA 影響重大，因此美國國會在決定有關 DMCA 中反規避科技措施條款之適用範圍時曾有過不小之爭議，各個相關之利益團體均積極運用其力量進行遊說，以促使國會通過有利於己的規定。在各方角力之下，美國國會亦特別針對 1201 條科技保護措施的規定另外規範了七個例外規定，以降低可能的衝擊。雖然如此，但是仍有相當的爭議，而其中 Lexmark 案的出現就是一個明顯的例證。

1.非營利性圖書館、檔案保存處及教育機構之免責規定；

2.還原工程之免責；

3.加密研究之免責；

4.保護未成年人之免責；

5.隱私權保護免責；

6.安全性測試之免責；

7.國家安全與政府活動之免責。

DMCA 中雖然提供七種科技保護措施的免責規定，但是由於 DMCA 對於所規定之免責行為太過狹隘，顯然未考量到尚有其他為

合法目的所為之規避行為[12]，也可能會對合理使用加以進一步的限制。

例如就上述之免責規定觀察，不論是營利或非營利機構在從事還原工程、加密技術之研究及安全性測試，而為規避行為時，從事發展、製造或銷售規避科技措施者，並不違反禁止規避條款。相反的，在非營利性圖書館、檔案保存處及教育機構之規避行為、或是為保護未成年人及隱私權而為規避行為時，則上述規定並不允許為該等目的而發展、製造或銷售規避科技措施之產品、服務或裝置。此種限制的不相當，使得這七項免責規定在適用上亦產生歧異。

另一方面，為避免規範範圍過於廣泛，DMCA 第 1201（a）（1）亦授權國會圖書館可以豁免某些特殊類型的著作不受反規避科技保護措施禁止規範的適用，因此國會圖書館亦由著作權局出面，就是否有某些特定著作類型的使用者會因為 DMCA 科技保護措施之規定，而受到不利的影響進行調查，以作為最後應就哪些類型可以豁免（exempt）規避科技保護措施禁止的適用做最後的決定[13]。

2000 年 10 月 28 日國會圖書館和著作權局發布了除外條款的第一次認定，認為以下兩種符合豁免規定，一為過濾應用軟體（Filtering Software Application）篩選後的網站名單編輯，因此軟體在阻擋孩童或其他使用者接近色情猥褻網站，但可能導致其他使用者被限制無法瀏覽特定網頁，因此可豁免；一為以電腦程式或資料庫來保護接觸著作，若因故障、損壞而無法允許有權接觸該類著作之人接觸上開著作

12 在最初之草案中，美國政府甚至將法律執行及情報收集以外之反規避行爲一律禁止，遭到許多資訊科技公司之大力反對，指稱如此一來，將扼殺如加密研究、電腦安全測試等資訊科技之發展。請參見 Intellectual Property and the Digital Economy: Why the Anti-Circumvention Regulations Need to Be Revised, 14 Berkeley Tech. L. J. 519, 535 （1999）。

13 Copyright Office, Exemption to Prohibition on Circumvention of Copyright Protection Systems for Access Control Technologies, 64 F. R 66139, Nov. 24, 1999. 有關美國著作權局所收到的建議與評論，可參見該局網站 http://lcweb.loc.gov/copyright/1201。

時，也在豁免範圍內[14]。

雖然各國之立法都是為了履行 WIPO 條約的義務，但是由於 WIPO 僅有原則性規定，使得各國之規範不盡相同。而與美國立法例比較，美國的高度立法與我國著作權法修正草案中的低度立法其間相去甚遠。由於反規避條款的規定可能對數位著作的未來有直接而深遠的影響，再加上美國已經有司法判決出現，因此國內業者應該特別注意各國根據 WIPO 技術保護措施反規避條款的規定，方可避免日後發生侵害爭議。

立法院院會於九十三年八月二十四日三讀通過「著作權法部分條文修正草案」，且此次修法未依照正常立法程序，經立法院經濟及能源委員會進行逐條審查，由黨團協商，與其他法案包裹交付立法院院會二讀與三讀。上述修正有若干待釐清及可檢討改進之處，茲述於后供主管機關在進行防盜拷措施解釋、適用及未來修法的參考。

因此本計畫希望藉著對國際上以及其他國家對科技保護措施之研究，釐清相關之概念與法制之建構，特別是在網路傳輸下，對權利人之影響，並提出具體建議，以供主管機關未來修法上之參考。

14 PATENT,TRADEMARK & COPYRIGHT JOURNAL Vol.64, No.1593, Oct. 18, 2002.

第二章　美國 DMCA 法對反規避條款的規範

第一節　前言

在世界智慧財產權組織（World Intellectual Property Organization；以下稱 WIPO）於一九九六年十二月通過「世界智慧財產權組織著作權條約」（WIPO Copyright Treaty；以下稱 WCT）與「世界智慧財產權組織表演與錄音物條約」（WIPO Performances and Phonograms Treaty；以下稱 WPPT）[15]，以規範網路環境與網路傳輸相關的著作權問題後，美國不但立即於一九九六年九月十六日正式簽署加入這二條約，也積極促使該等條約在美國國內生效。

但由於該等條約均非美國法上所謂的「自動執行」條約（self-execution treaty），為使該二條約能在美國國內法生效，必須透過國會根據該法訂定相關法律，因此美國國會乃依據 WCT 與 WPPT 的規定，通過了「一九九八年數位千禧年著作權法案」（The Digital Millennium Copyright Act of 1998；DMCA），修正美國著作權法以配合數位化發展的挑戰[16]，並美國總統柯林頓於一九九八年十月二十八日批准而正式生效。

DMCA 法案最主要的立法目的，就是在於將美國著作權法「引領入數位時代」[17]。因此 DMCA 之第一案：世界智慧財產權組條約執行法案（WIPO TREATIES IMPLEMENTATION）中即包含有關科技措施義務之修正。DMCA 第 103 條則對著作權法標題十七新增第十二

---

[15] 有關此等條約的文件，請參見 WIPO 網站 http://www.wipo.int；有關該等條約的介紹，請參見馮震宇，WIPO 著作權相關條約規範內容與其爭議問題之探討（上）（下），智慧財產月刊，九十年十一月與十二月。

[16] 參見劉詠萱，「美國『1998 數位千禧年著作權法案』淺析」，資訊法務透析，1999 年 7 月，頁 38-42。

[17] 參見美國參議院司法委員會報告，S.Rep.No.105-190，at 2 （1998）。

章：「著作權保護及管理系統（Copyright Protection and Management Systems）」，規定有關科技保護措施之反規避條款及著作權管理訊息完整性條款，並制定了配套的民事及刑事責任[18]。

在 DMCA 的立法過程中，國會秉持者兩個主要的基本原則，也就是（1）促進持續發展中之電子商務；（2）保護智慧財產權[19]。事實上，美國國會長期以來都藉由對「資訊之使用」的規範，而非對「資訊消費者所傳達或使用資訊之裝置或方法」加以規範，並藉由確保著作權人與資訊使用者間之適當的平衡[20]，來達成美國憲法保護著作權之目標[21]。也就是說，法律不應管制資訊科技界之商業交易，及用以傳遞、儲存及利用資訊之產品或裝置；所應禁止的，僅是某些使用資訊之行為，並創設一些除外的免責或豁免規定以增進大眾之利益，以平衡著作權人及著作物使用者間之利益[22]。

惟在面臨數位環境與數位化的新威脅之下，美國國會商業委員會發現，與類比環境相比，在數位環境下，重製及散佈等侵害著作權之行為變的輕而易舉，著作權人的利益受到極大之威脅，因此，國會除了訂定 DMCA 以履行 WIPO 條約外，還在 DMCA 中強化了對權利人的保護，並擴大了 WIPO 條約中對反規避條款的保護範疇。因此，根據 DMCA，美國除限制不當的利用行為（重製行為本身）外，亦限制不當的設備（幫助重製之裝置）及不當的服務（增進重製能力之行

---

[18] 根據第 1203 與 1204 條之規定，違反者有刑事與民事責任。民事方面可就每件產品處 200-2,500 美元的損害賠償，刑事責任則爲五年以下有期徒刑並得併科五十萬美元以下的罰金。

[19] 請參見 H.R.Rep.N0.105-551, pt.2, at 22.

[20] 原文爲"by regulating the use of information – not the devices or means by which the information is delivered or used by information consumers – and by ensuring an appropriate balance between the interests of copyright owners and information users." *Id.*, at 23.

[21] 美國憲法第八條授權美國國會可制頒法令，規定無體化"作者之著作"爲財產權，並享有使用之特權。其根本目的在於"促進科學及使用藝術之進步"。*Id.*

[22] 請參見 David Nimmer,「A RIFF ON FAIR USE IN THE DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT」, 148 U. Pa. L. Rev. 673, at 683 （2000）。

為）[23]。

由於反規避條款在本質上與傳統著作權人所可主張之權利有所不同，為平衡著作權人與使用者間之利益，國會亦對此一條款制定了某些例外規定，並授權美國著作權局應每三年就 DMCA 的反規避條款加以檢討，以避免著作利用人因為反規避條款的限制規定，而不當的影響到利用人在某些特定著作（particular class of works）從事非侵害著作權行為之能力[24]。

除此之外，隨著相關案件的逐漸增加，特別是與 DVD 有關的訴訟案件，使得反規避條款的適當性與可能衍生的問題，成為各方討論的焦點，更成為美國著作權局豁免於反規避條款的利用類型三年檢討的重心。截至二００三年十二月，美國著作權局已經在二０００年與二００三年分別舉辦公聽會，並公佈了豁免於反規避條款的利用類型。雖然如此，反規避條款在可預見的將來，仍將是著作權法爭議的重心。

由於在台美智慧財產權協商中，美國不斷的對台灣施加壓力，並將對智慧財產權的保護良窳作為台美簽署自由貿易區協定的前提，也因此對我國主管當局也產生莫大的壓力。也因為如此，了解美國對反規避條款的規定，乃是我國是否訂定科技保護措施與如何訂定其內容的重要關鍵[25]，故以下特別就美國反規避條款的法規、相關判決加以介紹。

---

[23] 同前註 at 684。

[24] 17 U. S. C. Sec. 1201 （a）（1）（C）, （D） and U.S.C. 1201（a）（1）（B）.

[25] 我國著作權法修正草案將 anti-circumvention 翻譯爲「科技保護措施」，不過美國法的規範與限制內容都較著作權法草案中有關科技保護措施的規範爲廣，兩者在實質上與內容上均有不同，因此本研究報告仍以「反規避條款」爲討論的對象，並仍沿用反規避條款的翻譯，以凸顯兩者之不同。

第二節　美國著作權法反規避條款之規定

壹、第 1201 條反規避條款之架構

第 1201 條所禁止的反規避行為，若加以分析，其實可以分為下列三種類型，亦即：(1) 基本條款 (basic provision)：規定任何人均不得規避可有效控制「接觸」受本章保護之著作之科技保護措施[26];(2) 違法交易之禁止 (ban on trafficking)：規定任何人均不得製造、進口、提供、銷售或其他任何方式之交易任何用以規避「防止接觸著作」之科技保護措施的任何技術、產品、服務、裝置、組件或其零件；(3) 特別侵權之禁止 (additional violations)：規定任何人均不得製造、進口、提供、銷售或其他任何方式之交易任何用以規避「防止重製著作」之科技保護措施的任何技術、產品、服務、裝置、組件或其零件。

而在這三種規範的適用態樣方面，國會特別於 DMCA 的立法報告中特別指出，基本條款與違法交易之禁止規定係適用於「當某人未經合法授權即接觸某著作重製物或錄音物，而該著作係經著作權人以有效控制接觸著作之科技措施加以保護者」[27]。而根據美國著作權權威 Nimmer 教授的說法，「規避著作權人有效控制接觸其著作之科技保護措施的行為，即係以電子化的設備入侵一個上鎖的房間，以取得著作重製物」。基本條款禁令即相當於禁止入侵他人的房間。而違法交易之禁止，其規範對象並非入侵他人的領域，而係協助該入侵過程的行為[28]。

而若將這三種禁止規定加以分析，DMCA 所採行的科技保護措

---

[26] 17 U. S. C. Sec. 1201 (a) (1) .
[27] 請參見 H.R. Rep. No. 105-551, pt.1, at 17.
[28] 請參見 David Nimmer, 前揭文, at 686-688.

施還可以分成兩大類：（1）控制未經授權而「接觸（access）」著作之保護（「控制接觸型」（control access）科技保護措施；以及（2）防止未經授權而利用、侵害著作權法所保護之權利之科技保護措施（「防止利用型」科技保護措施。而這兩種保護規範均需具備「有效性」（effectively）之要件，也就是說，在「控制接觸型」之科技保護措施方面，係指該科技措施在正常的運作之下，需要著作權人的授權，取得特定的資訊，才能接觸該著作[29]；而就「防止利用型」科技保護措施而言，責係指該措施在通常運作下，能防止、抑制、或其他限制著作權人依此規定得行使之權利[30]。

因此，根據第 1201 條的反規避條款規定，任何人從事規避著作權人用以保護著作之科技措施的行為均違反基本條款，而任何透過公然提供任何技術、產品、服務、裝置、組件或其零件，以協助前者完成規避行為之人，則將違反違法交易之禁止規定。相對的，若某人對其已獲授權接觸之著作從事被禁止的規避行為，其並不會受到任何責難，但透過公然提供任何技術、產品、服務、裝置、組件或其零件，以協助其完成規避行為之人，則會受到特別侵權之禁止的規範。

另外，若就第 1201 條第（a）項之規定加以觀察，其保護之標的為「實施於有著作權之著作物上，控制接觸該著作之科技保護措施」，故乃係賦予著作權人一個「預防他人規避用以控制接觸有著作權之著作的科技保護措施」的權利。因此美國國會在制定本法時，特將此權與規定於同條第（b）款中之「規避用以保障著作權法下，著作權人所享有之權利的科技保護措施[31]」的權利予以區別：在準備行為階段，

[29] 1201（a）（3）（B）a technological measure "effectively controls access to a work" if the measure, in the ordinary course of its operation, requires the application of information, or a process or a treatment, with the authority of the copyright owner, to gain access to the work.

[30] 1201（b）（2）（B） a technological measure "effectively protects a right of a copyright owner under this title" if the measure, in the ordinary course of its operation, prevents, restricts, or otherwise limits the exercise of a right of a copyright owner under this title.

[31] “著作權法下，著作權人所享有之權利”係指傳統著作權法制下，著作權人所專有重製、散布，

DMCA 禁止製造、銷售、提供規避保護著作權下之權利的設備或服務，卻允許最終使用者自行從事該等規避行為，然關於控制接觸之規避行為，則除了禁止製造、銷售、提供規避之用的設備或服務外，亦禁止最終使用者自行從事規避接觸控制之行為。是故 DMCA 對於著作權人接觸控制之權利賦予極大的保護。

另一方面，DMCA 也將「接觸著作」與「接觸後之使用」加以區別[32]。在此範圍內，美國著作權學者 Ginsburg 就指出，所謂「接觸」之概念或可類比於傳統著作權法制下，著作權人專有之散布權[33]。然第 1201 條中所保護之「接觸」似乎已超出了傳統著作權法制下著作權人專有排他權之範圍。此可從比較第 1201 條第（a）、（b）兩項之規定即可得知，接觸控制實為 DMCA 中首次創設之權利[34]。

根據此等反規避條款的規定，美國國會在 DMCA 的立法中，實際上係將著作權擴張到「對著作之使用」。這是因為傳統的著作權法只禁止他人對有著作權之著作為未經授權之重製、散布、公開展示等

公開發表、公開展示及公開傳播等權利。請參見 Jane C.Ginsburg, Copyright Legislation for the "Digital Millennium", Columbia -VLA Journal of Law & the Arts, 23 Colum.-VLA J.L. &Arts 137, at 139。

[32] 在傳統著作權領域（紙本時代：hardcopy），即為「第一次取得著作重製物」與「對該重製物之後續使用」間之區別，而有關合理使用之考量主要係著重於第二階段。*Id*., at 140.

[33]美國最高法院在 Harper & Row 一案中曾闡釋散布權為：「賦予作者控制是否同意（他人）「接觸」其著作之決定，亦即依其意願，為使公眾得以購得之目的，而將其著作揭露及提供給大眾」（"[T]o give the author control over the determination to grant 'access' to her work, that is, to disclose and offer it to the public, for purchase if she chooses."）See Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enters., 471 U.S. 539 （1985）.

[34] 例如使用者購買一片設置有接觸控制之 CD-ROM，CD-ROM 本身依美國著作權法第 101 條之定義，屬於"著作重製物"，但若欲接觸該 CD-ROM 內之著作，則須先向著作權人登記，著作權人再回傳密碼給使用者，而 CD-ROM 內之接觸控制措施將辨識該密碼及使用者之個人電腦。當法律禁止規避者係為對"著作"之接觸控制時，接觸即成為一個重複的動作（repeated operation），在第 1201 條第（a）項之保護下，將不得規避控制此一"接觸"行為的措施，若將密碼告訴朋友，或在別台電腦上使用該 CD-ROM，均屬違反第 1201 條之規避行為。然而，若法律禁止規避者為對"著作重製物"之接觸控制時，則在美國著作權法第 107 條所規定之"第一次銷售理論"（亦稱權利耗盡原則）下，一旦合法取得該著作重製物，即可自由從事後續之非侵權行為，如出借給朋友；或依同法第 117 條規定，電腦軟體之重製物的所有人可在別台電腦上使用該軟體。請參見 Jane C.Ginsburg 前揭文 at 142.

行為，此等行為均與「使用」無關。相反的，反規避條款則對「接觸」著作加以限制，而接觸乃係使用該著作之前提，因此著作權人可以經由對著作之接觸行為的限制，而達到控制使用的結果[35]。

貳、規避科技保護措施之處罰規範

根據上述的討論，DMCA 對規避科技保護措施之處罰對象有二：一為「規避行為」，即直接對科技保護措施為規避之行為；一為「準備行為」，即製造、進口、提供規避科技保護措施之產品、服務或裝置，可圖示如下：

- 控制接觸型科技保護措施
  - 規避行為（1201（a）（1）
  - 準備行為（1201（a）（2）
- 防止利用型科技保護措施：準備行為（1201（b））

一、對控制接觸型科技保護措施

對控制接觸型科技保護措施處罰對象包括「規避行為」[36]及「準備行為」[37]，惟「規避行為」在法案通過後二年（即 2000 年 10 月 28 日）方始生效，其主要原因在於希望能有足夠的時間，評估該條文對於著作合法使用會產生何等影響[38]。

另一方面，對於何種設備方構成本法所稱之「準備行為」，則須

---

[35] 同前註 at 143.

[36] 17 U.S.C.1201（a）（1）（A） No person shall circumvent a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title. The prohibition contained in the preceding sentence shall take effect at the end of the 2-year period beginning on the date of the enactment of this chapter.

[37] 17 U.S.C.1201（a）（2） No person shall manufacture, import, offer to the public, provide, or otherwise traffic in any technology, product, service, device, component, or part thereof.

[38] 請參見 1998 年 7 月 22 日美國眾議院 DMCA 立法報告第二部分第 37 頁。

符合[39]：（A）規避科技保護措施係該設備之主要目的；（B）除規避科技保護措施外，僅具極有限之商業意義者；（C）行為人以用作規避科技保護措施之意思而加以流通。

對於「規避行為」，在第 1201（a）（1）（C）規定，國會圖書館館長應於該部分規定生效後，每三年向國會作該部分規定之執行評估報告，並依規則制訂程序（rule making）做出豁免決定並公告之。

所謂的豁免決定，則係指某些特定類型著作（particular class of works）的使用者的非侵害著作權使用，會受到防止接觸著作的科技措施的不利影響，而豁免該等行為在豁免規定發佈後接續三年內的直接規避責任[40]。

根據此等規範，國會圖書館和著作權局在舉辦了多次的公聽會並對公眾建議提出審查後，於二０００年十月二十八日，發布了除外條款的第一次認定，認為以下兩種符合豁免規定，該次的認定之效力有效至二００三年十月二十八日：

1.過濾應用軟體（Filtering Software Application）篩選後的網站名單編輯。因為此軟體在阻擋孩童或其他使用者接近色情猥褻網

[39] （A） is primarily designed or produced for the purpose of circumventing a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title;
（B） has only limited commercially significant purpose or use other than to circumvent a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title; or
（C） is marketed by that person or another acting in concert with that person with that person's knowledge for use in circumventing a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title.

[40] （C） During the 2-year period described in subparagraph （A）, and during each succeeding 3-year period, the Librarian of Congress, upon the recommendation of the Register of Copyrights, who shall consult with the Assistant Secretary for Communications and Information of the Department of Commerce and report and comment on his or her views in making such recommendation, shall make the determination in a rulemaking proceeding for purposes of subparagraph （B） of whether persons who are users of a copyrighted work are, or are likely to be in the succeeding 3-year period, adversely affected by the prohibition under subparagraph （A） in their ability to make non-infringing uses under this title of a particular class of copyrighted works. In conducting such rulemaking, the Librarian shall examine.

站，但可能導致其他使用者被限制無法瀏覽特定網頁，因此可豁免；

2.以電腦程式或資料庫來保護接觸著作，若因故障、損壞或老舊而無法允許有權接觸該類著作之人接觸上開著作者。其原因在於「接觸控制接觸」之目的並非阻擋諸如圖書館或是其他教育機構等有權接觸之使用者利用上述著作。

在二００二年十月十五日，著作權局發布了關於第二次調查通知（Notice of Inquiry, NOI），並在通知中明確的指出，舉證責任須由「非侵害性使用該著作物而因反規避條款的禁止規定極有可能遭受負面影響者」提出，至於提出豁免請求人的舉證責任，並強調在決定免除適用反規避條款的作品類型時，國會圖書館亦應考量，若某著作除可運用科技保護措施之形式外（例如經加密之電子檔），是否尚可利用其他在市場上未應用科技保護措施形式的著作重製物（例如傳統之紙本、書面），若前者所產生之不良影響可被後者減緩時，縱使後者並非為使用上最佳的形式，仍應將後者之可得性（availability）一併予以考量[41]。

而在歷經多次的公聽會後[42]，美國著作權局在二００三年十月三十一日公佈，從二００三年十月二十八日起，至二００六年十月二十七日止，科技保護措施將不適用於下列四種類型的反規避行為[43]，美國著作權局也修正了相關的規定[44]：

---

[41] 相關介紹，請參見簡維克,國際動態、趨勢新聞，載智慧財產權雜誌，九十一年十二月。

[42] 參見 Copyright Office, Notice of Public Hearings: Exemption to Prohibition on Circumvention of Copyright Protection Systems for Access Control Technologies, 68 FR 19966 （April 18, 2003）。其他的公告請參見 Notice of Public Hearings, 68 FR 13652（March 20, 2003）, Notice of Public Hearings, 68 FR 15972 （April 2, 2003）。

[43] 請參見 68 FR 62011, October 31, 2003, htpp://www.copyright.gov/1201.

[44] 37 C.F.R. §201.40.

1.由商業性過濾軟體所編輯的網路位址（Internet locations）名單，該等名單的目的僅在於防止接觸網域、網站或部份網站內容，但此項豁免並不包括為了防止對電腦或是電腦系統的損害，或是單純為了防止接收電子郵件，而由電腦軟體所排除的網路位址名單。

2.電腦軟體因硬體鎖（donlges）故障、損壞與淘汰，而無法接觸該電腦程式。

3.電腦程式或遊戲軟體發行所用的格式已經淘汰（obsolete），但必須要使用原來的原始媒介或是硬體才能接觸。

4.以電子書（ebook）型式發行的文學著作，其所有的版本（包括被授權機構所採行的數位文字版本）均包括可防止電子書啟動讀出（read-aloud）功能的接觸控制裝置，因而防止銀幕讀取裝置以特定格式表現一定的文字。

配合此項新的修正，美國著作權局也修改了相關的施行細則，規定所謂的網路位址（Internet locations）包括網域（domains）、URL（Uniform Resource locators）、以數字組成的 IP 位址以及任何相關的組合。至於淘汰（obsolete），則係指「在商業市場中已經不再繼續製造或無法合理的取得」（no longer manufactured or reasonably available in the commercial marketplace）[45]。

二、防止利用型科技保護措施

與前開控制接觸型科技保護措施不同，其處罰對象僅限於「準備

[45] 請參見新修正的 37 C.F.R. part 201, §201.40 Exemption to prohibition against circumvention.

行為」而不及於「規避行為」，此乃因立法者為小心處理避免對合理使用權或原不屬於著作權人專屬權部分造成衝擊[46]。至於何種設備構成本類型所稱之「準備行為」，則與前開控制接觸型科技保護措施所規定者相同[47]。

參、反規避條款之免責規定

美國國會在決定有關 DMCA 中反規避條款之適用範圍時曾有過不小之爭議，最主要的原因，乃在於各個利益團體均積極運用其力量進行遊說，以促使國會通過有利於己的條文[48]。更有六十二位著名法學院之教授曾聯名致函給國會，表達他們對於執行反規避條款之疑慮[49]。然而，國會仍強調數位環境對著作權人產生了極大的威脅，因此有必要制定反規避條款，以資對抗可能破壞著作權利益之科技措施及行為[50]，但為確保社會大眾仍可對有著作權之著作為合理使用等非侵權之利用，故特別在 1201（d）項到 1201（j）項中規定了七項免責規定以為平衡。由於這些免責規定與著作權人的權益與著作利用人之使用攸關，因此特別就此等免責規定加以討論如下。

---

[46] 145 Cong.Rec.S11887（daily ed.Oct.8,1998）, http://www.hrrc.org/current/include/pdf/2281ConfReptAshcroftOct8.pdf.

[47] 17 U.S.C.1201（b）（1）（A）-（C）。

[48] 國會中之爭議事實上可謂為好萊塢與矽谷間之戰爭：好萊塢及其擁護者強烈建議對規避著作權人用以保護其著作之科技措施的行為，及使得使用者具有規避能力之科技均應加以限制；而位於矽谷之電腦科技公司及其擁護者則反對過廣之限制，因其將有害於他們從事合法之還原工程、電腦安全性測試及加密研究之能力。此爭議之結果係好萊塢獲勝，雖然加入了某些矽谷公司所要求之免責規定，好萊塢仍成功的促使國會採行較廣的反規避條款。請參見 Pamela Samuelson, Intellectual Property and the Digital Economy: Why the Anti-Circumvention Regulations Need to be Revised, 14 Berkeley Tech. L. J. 519, 522-523 （1999）。

[49]這些法律學者認為，雖然反規避條款制定於美國法典第十七章（著作權相關法制）中，但其並非一般的著作權規定，在此條款下，責任係產生於與侵權行為或意圖幫助侵權之行為分離且獨立之其他行為態樣。因此，實行反規避條款將可能走進史無前例之以立法方式加強著作人權利之”超著作權”（paracopyright）領域。請參見 See H.R.Rep.N0.105-551, pt.2, at 24。

[50] 同前註。

一、非營利性圖書館、檔案保存處及教育機構之免責

第 1201 條第（d）項對非營利性之圖書館、檔案保存處以及教育機構，提供一個有限的免責規定[51]。該項第（1）款允許該等機構，可單純本於善意而接觸供商業利用目的之受著作權保護之著作，以決定是否取得一份重製物，而其接觸不得逾越善意作成決定之所需時間，且不得作為其他用途。第（2）款則規定為適用本條項第（1）款之免責規定，需該等機構無法獲得以其他形式表現之著作重製物。

為了保護作權人的合法利益，同條項第（3）款則規定非營利性之圖書館、檔案保存處以及教育機構，若故意以商業利益或財務利潤為目的而違反第（1）款者，即應負第 1203 條所規定之民事、刑事責任，若為連續犯，並喪失本項之免責保護。第 1201 條第（d）項第（4）款規定本項不得作為違反第（a）項第（2）款或第（b）項之抗辯。本項亦非使非營利性之圖書館、檔案保存處以及教育機構可製造、進口、銷售、提供或任何其他交易方式，用以規避科技措施之技術、產品、服務、組件或其零件。第（5）款則定義符合本免責規定之非營利性之圖書館及檔案保存處需開放給公眾使用。

二、法律執行與情報蒐集之免責

本條第（e）項規定：法律之執行、情報活動及政府之其他活動--本條不禁止任何由美國、各州、或州之政府單位之官員、代理人或雇員，或依據與美國、各州、或州之政府單位簽訂之契約的個人，所為之研究、保護、資訊安全或情報活動[52]。為本項之目的，所謂之「資

[51] 17 U. S. C. Sec. 1201（d）, see also H.R.Rep.N0.105-551, pt.2, at 41。
[52] 17 U. S. C. Sec. 1201（e）; see also H.R.Rep.N0.105-551, pt.2, Section-by-section analysis of legislation, at 42。

訊安全」（information security），係指為確認及處理為政府所有之電腦、電腦系統，或電腦網路之缺陷的行為。」

三、還原工程之免責

第 1201 條第（f）款旨在藉由允許為達成電腦程式間可彼此相容之目的，可規避有效控制接觸著作之科技措施，以促進還原工程之發展[53]。第 1201 條第（f）項第（1）款所允許之單純本於善意，為確認及分析該程式中之要素而為之規避行為，需該電腦程式重製物係合法取得，且須係為執行單一程式與其他程式之相容所必須者。為完成前述之目的，同條項第（2）款並允許發展可用以規避科技措施，或其所提供之保護的工具。這些工具可為硬體或軟體。

同樣的，第(3)款認知到發展複雜的電腦程式可能需要許多人的共同合作，因此規定應與其他亦為相同目的而為規避行為之人分享成果及規避工具。第(4)款則在定義所謂之「相容性」(interoperability)，係指電腦程式間可相互交換並使用資訊之能力。

四、加密研究之免責

加密技術之研究被視為電子商務發展之重心及活力，第 1201 條第（g）項即為加密技術之研究設立了免責規定[54]，其第（1）款定義「加密研究」（Encryption Research）為：為確認並分析應用於有著作

[53] 17 U. S. C. Sec. 1201（f）, see also H.R.Rep.N0.105-551, pt.2, at 42-43。

[54] 17 U. S. C. Sec. 1201（g）, see also H.R.Rep.N0.105-551, pt.2, at 43-45。與其他免責規定不同之處，在於本項第（5）款要求著作局局長及商業部之通訊與資訊助理秘書，於本篇施行後一年內，需聯合向國會報告本條款對下列事項之影響：加密研究及加密技術之發展；為保護有著作權之著作而設計之科技措施的適當性及有效性；及為使著作權人對抗未經授權而接觸其已加密之著作的保護。該報告並應包含立法建議。

權之著作的加密技術本身之瑕疵或缺陷而為之行為，而該行為係為提昇加密技術之知識，或協助加密產品之發展。而所謂之「加密技術」（Encryption Technology）則指以數學公式或邏輯學將資訊加密或解密。

第（2）款則定義「可被允許之加密研究」（Permissible acts of encryption research），包括規避應用於重製物、聲音紀錄、表演、或公開展示之著作上之科技措施者，係本於善意而為加密之研究，若該個人係合法取得著作之重製物，且該規避行為係為加密研究所必須，並曾致力於取得著作權人之授權，及該行為不違反本篇之規定或其他合適之法律，包括第 18 篇之第 1030 條，以及該篇中經 1986 年「電腦詐欺與濫用法案」修正後之規定時，不違反本條第（a）項第（1）款第（A）目之規定。

考量到美國法院可能對於加密技術或科技並不熟悉，故於本項第（3）款訂立免責要件，即法院在決定某研究人員是否符合本項免責條款時，需考量[55]：

---

[55] In determining whether a person qualifies for the exemption under paragraph （2）, the factors to be considered shall include:

（A） whether the information derived from the encryption research was disseminated, and if so, whether it was disseminated in a manner reasonably calculated to advance the state of knowledge or development of encryption technology, versus whether it was disseminated in a manner that facilitates infringement under this title or a violation of applicable law other than this section, including a violation of privacy or breach of security;

（B） whether the person is engaged in a legitimate course of study, is employed, or is appropriately trained or experienced, in the field of encryption technology; and

（C）whether the person provides the copyright owner of the work to which the technological measure is applied with notice of the findings and documentation of the research, and the time when such notice is provided.

（A）從加密研究中所導出之資訊是否曾被散布，若是，則其散布是否係用於增進加密知識，或發展加密產品，亦或係用於幫助侵害著作權。

（B）該個人是否係於加密技術之範疇內學習、從事、或曾受合適之訓練或具相關經驗。

（C）該個人有無立即通知著作權人有關其研究之發現及文獻。

第 1201 條第（g）項第（4）款考慮到，為完成前述合法之規避行為，輔助工具之發展與銷售亦不應被禁止，本款第（A）目即規定發展或利用科技措施係指本於善意，單純為執行本項第（2）款所描述之加密研究而規避科技措施，不違反本條第（a）項第（2）款之規定；第（B）目則允許為本項第（2）款之目的而將科技措施提供給一起研究，或檢驗其研究之他人。

五、保護未成年人之免責

考量到第 1201 條第(a)項可能會使得父母在保護其未成年子女，避免他們接觸網路上不良題材時，會成為違法行為[56]，因而 1201 條第（h）項規定，在對組件或零件適用本條（a）項時，法院應考量其意圖，即實際納入一個技術、產品、服務、或裝置之必要性，其本身並未違反本篇之規定或單純為避免未成年人接觸網路上之題材。

[56] 17 U. S. C. Sec. 1201（h）, see also H.R.Rep.N0.105-551, pt.2, at 45。

六、隱私權保護免責

為確保個人隱私之保障，第 1201 條第（i）項制定了隱私權保護之免責規定[57]，個人為保護己身之隱私，規避下列有效控制接觸有著作權之著作的科技措施，不違反本條第（a）項第（1）款第（A）目之規定[58]：

（A）該科技措施，或其所保護之著作，在該個人尋求接近該著作時，具有蒐集或散布可資辨識該個人在線上活動之資料的能力；

（B）在正常操作下，該科技措施，或其所保護之著作，就其將蒐集或散布可資辨識個人在線上活動之資料，未對尋求接近該著作之個人提供明顯之通知，亦未使該個人有避免或

[57] 17 U. S. C. Sec. 1201（I）, see also H.R.Rep.N0.105-551, pt.2, at 45。

[58] 1201（i）（1） Circumvention permitted. Notwithstanding the provisions of subsection （a）（1）（A）, it is not a violation of that subsection for a person to circumvent a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title, if:

（A） the technological measure, or the work it protects, contains the capability of collecting or disseminating personally identifying information reflecting the online activities of a natural person who seeks to gain access to the work protected;

（B） in the normal course of its operation, the technological measure, or the work it protects, collects or disseminates personally identifying information about the person who seeks to gain access to the work protected, without providing conspicuous notice of such collection or dissemination to such person, and without providing such person with the capability to prevent or restrict such collection or dissemination;

（C） the act of circumvention has the sole effect of identifying and disabling the capability described in subparagraph （A）, and has no other effect on the ability of any person to gain access to any work; and

（D） the act of circumvention is carried out solely for the purpose of preventing the collection or dissemination of personally identifying information about a natural person who seeks to gain access to the work protected, and is not in violation of any other law.

限制其蒐集或散布資料之能力；

（C）其行為需僅能影響本款項第(A)目所描述之蒐集所散布之能力，而不能有其他可影響任何人接觸任何著作之能力；及

（D）該規避行為僅限於避免蒐集或散布可資辨識尋求接近該著作之個人的資料，並且需未違反其他法律。

但本條款不適用於未蒐集或散布可資辨識個人之資料，及已向使用者揭示其並未擁有或使用該能力之科技措施，或其所保護之著作。

七、安全性測試之免責

第 1201 條第（j）項係對安全性測試之免責規定[59]，第（1）款係定義本項所謂之「安全性測試」（Security Testing），係指單純本於善意，為測試、研究、或修正一個安全性瑕疵或缺陷，而在獲得電腦、電腦系統、電腦網路之所有人或操作人之授權後，接觸該電腦、電腦系統、電腦網路[60]。第（2）款則列舉本項所認可之之安全性測試行為，係指從事一個安全性測試行為之人，若該行為未違反本篇之規定或其他合適之法律，包括第 18 篇之第 1030 條，以及該篇中經 1986 年「電腦詐欺與濫用法案」修正後之規定時，即不違反本條第（a）項第（1）款第（A）目之規定。

同條項第（3）款在決定某人是否符合本項第（2）款之規定時，須考量：從安全性測試所導出之資訊，是否僅為促進電腦、電腦系統、

[59] 17 U. S. C. Sec. 1201（j）.

[60] The term“security testing”means accessing a computer, computer system, or computer network, solely for the purpose of good faith testing, investigating, or correcting, a security flaw or vulnerability, with the authorization of the owner or operator of such computer, computer system, or computer network. 1201（j）（1）.

電腦網路之所有人或操作人之安全，或直接與電腦、電腦系統、電腦網路之發展者分享，或該等資訊是否係以不會協助侵害本篇或合適之法律，包括侵害隱私或安全性之方式，而為使用或持有。最後，為完成本項之目的，第（4）項則規定為安全性測試而發展、製造、銷售或利用科技措施之人，不違反本條第（a）項第（2）款之規定。

肆、DMCA 反規避條款免責規定之分析

根據上述之介紹可以得知，DMCA 針對反規避條款所提供的免責規定的適用範圍並不相同，其適用情形與要件亦不一致，因此可以從下列的分類加以探討[61]：

（1）非營利性圖書館、檔案保存處及教育機構之免責僅適用於基本條款（17 U.S.C.1201（d）：此等機構有「瀏覽權」），對於違法交易之禁止與特別侵權之禁止則不提供任何抗辯。換句話說，某圖書館可憑藉本款在未經授權的情況下，仍得以接觸某受著作權保護之著作，但不得製造或散佈可幫助接觸或規避著作權人所設置之科技保護措施的裝置或系統。

（2）用以保護使用者隱私之免責規定亦僅適用於基本條款（17 U.S.C.1201（i）（1）：為保護己身之隱私可規避有效控制接觸有著作權之著作的科技措施，即可”自助”規避 Cookies）。因此，若某工程人員想要提供可用以迴避專為侵害個人隱私之科技措施的服務或零件，仍有可能違反違法交易之禁止的規定。

[61] 請參見 David Nimmer 前揭文 at 700-701.

（3）有關法律執行及情報收集行為對 1201 之反規避條款則係全面免責，對於三種禁止規定均可用以抗辯。

（4）就還原工程而言，一部份的免責規定可用以對抗基本條款（17 U.S.C.1201（f）（1）：可規避有效控制接觸著作之科技措施）；一部份可適用於另外兩種禁令（17 U.S.C.1201（f）（2）：允許發展可用以規避科技措施，或其所提供之保護的工具）。

（5）加密研究之免責與還原工程相同，一部份的免責規定可用以對抗基本條款（17 U.S.C.1201（g）（2）：列舉"可被允許之加密研究"），一部份可適用於另外兩種禁令（17 U.S.C.1201（g）（4）：為完成前述合法之規避行為，輔助工具之發展與銷售亦不應被禁止）。

（6）安全性測試之免責則僅能用以抗辯基本條款及違法交易之禁止（17 U.S.C.1201（j）（2）：列舉本項所認可之之安全性測試行為；（4）：為安全性測試而發展、製造、銷售或利用科技措施之人，不違反本條第（a）項第（2）款之規定），對於特別侵權之禁止則無法用以抗辯。

（7）為保護未成年，在對基本條款及違法交易之禁止時可主張免責（17 U.S.C.1201（h）：對組件或零件適用本條（a）項時，法官有裁量權）。

為何會有如此不同的適用規定？其衡量標準為何？從法條本身或立法沿革中，均無法看出端倪。在此同時需注意的是，國會有意逐條適用每一項免責規定，也就是說，即使某使用者的行為可以符合其中一項免責規定，但不代表即可忽略整個 1201 條中之禁止規定，而係僅能單單免除其行為確切符合法律文意的某一項而已。

第三節　接觸控制措施之問題與討論

在反規避條款所規範的三種禁止行為之中，引發爭議最大，問題也最多的，就是有關接觸控制（access control）的規範。而為確保社會大眾可繼續從事諸如合理使用等非侵權行為[62]，並降低可能的衝擊，接觸控制係在 DMCA 開始實施之兩年後，即二○○○年十月二十八日才開始生效。在此兩年間，國會要求著作權局必須決定應排除適用反接觸控制禁令之「特殊著作類型」（particular class of works），而起決定自該禁令生效時起試行三年，直至三年後再行評估以決定是否續行或是要加入新的規範[63]。

而在國會所準備的立法報告中，國會也特別要求著作權局在決定過程中，應針對實施科技保護措施所可能造成「明顯的、可證實並可測量的影響」的特殊著作類型加以豁免，若僅造成某程度之不便，或僅對某個人產生負面影響（adversely affected），即非決定過程所欲考量的因素[64]。其次，負面影響之產生必須確定與使用科技保護措施有因果關係，若負面影響係源自於其他因素，或不能確定係直接與使用科技措施有關，亦非決定過程中所欲考量的範圍[65]。

最後，著作權局亦應考量到，若某著作除了可取得有應用科技保護措施之形式外（例如，經加密之電子檔），尚可取得其他未應用科技保護措施之形式的著作重製物（例如，傳統之紙本、書面），若前者所產生之負面影響可被後者緩和時，著作權局即應將後者之可得性

---

[62] 請參見 H.R.Rep.N0.105-551, pt.2, at 36。

[63] 第 1201 條第（a）項第（1）款之第（C）目明文規定，「國會圖書館館長應於在第（A）目所描述之期間內，及其後之每三年間，根據著作權局之建議，會同商業部之通訊與資訊助理秘書，提出報告並提供建議，爲本款第（B）目之目的，對於受著作權保護之某特定典型著作的使用者，其對本篇下之特定典型著作，爲非侵權使用之能力，是否在其後三年間因本款第（A）目中規定之禁令而受到負面之影響，需在立法程序之紀錄中做出決定。

[64] 請參見 H.R.Rep.N0.105-551, pt.2, at 37。

[65] 請參見 Staff of House Committee on the Judiciary, 105th Cong., Section-By-Section Analysis of H.R. 2281. August 4, 1998, at 6.

一併予以考量[66]。

壹、美國著作權局對反規避條款所提出的問題

根據 DMCA 第 1201 條第（a）項第（1）款第（C）目之規定，國會圖書館根據著作權局會同商業部之通訊與資訊助理秘書之建議，向國會提出報告並提供建議，因此，國會圖書館所轄之著作權局即於一九九九年十一月二十四日起開始此一規定決定（rule making）過程，並公開徵詢社會各界之意見。著作權局並在其所公佈的詢問通知 （Notice of inquiry；NOI）中，根據國會的立法報告列出二十九個問題[67]，涵蓋了有關使用有效控制接觸著作之科技措施所將面臨的各種問題。截至美國著作權局第二次的規則決定程序完成止，絕大多數的爭議均未能超出著作權局最初所提出的問題，因此本研究報告特別將該等問題臚列，以供參酌。

一、科技措施（問題 1-2）

1.現存何種有效控制接觸有著作權之著作的科技措施？

2.使用不同的科技措施，對於使用者之非侵權使用的能力是否會有不同的效果？國會是否能或應將不同之效果列入考量，以決定是否將某種典型之著作排除第 1201 條之適用？若是，則應如何為之？

---

[66] 同前註 at 7。

[67] 請參見美國著作權局，Exemption to Prohibition on Circumvention of Copyright Protection Systems for Access Control Technologies, Notice of inquiry, 64 FR 66139 （November 24, 1999）。

二、著作之可得性（問題 3-7）

1.使用有效控制接觸有著作權之著作的科技措施，將如何影響合法，或欲合法使用著作者對該著作之可得性？有無特定著作或某典型之著作，因而無法或較難取取得？若有，確認該特定著作或該典型之著作，並說明其如何的變成不可得或較難取得。

2.如果某著作可取得有應用科技措施之形式，亦可取得未應用科技措施之形式，在何種情況下後者可以代替前者？有無任何特定著作或某典型之著作僅能取得電子化、有應用科技措施之形式？若有之，係何種著作？

三、為非營利之建檔、保存、教育等目的之著作的可得性（問題 8-11）

1.使用有效控制接觸有著作權之著作的科技措施，是否會影響為非營利之建檔、保存、教育目的對著作的可得性？若有，確認該特定著作或該典型之著作，說明其如何的受影響，並說明該著作是否可以未應用科技措施之他種形式取得。

2.為本立法之目的，為分類可排除適用反規避有效控制接觸之禁止規定的著作，在定義該典型之著作時，應否基於其是否已被應用於非營利性之建檔、保存、及/或教育目的上？例如「新聞廣播」或許不是可排除適用的著作典型，但「非營利教育機構，在教室，或類似之場所，用於面對面互動教學之新聞廣播」，則可能可排除適用。並說明原因。

四、對評論、建議、新聞報導、教學、學術、或研究之衝擊（問題

12-17）

1.使用有效控制接觸有著作權之著作的科技措施，對有興趣從事評論、建議、新聞報導、教學、學術、或研究之人的能力，或對有興趣從事包括合理使用、免責規定所允許之行為等非侵權利用該著作之人的能力，會造成什麼影響？

2.有無特定著作或某典型之著作因科技措施之實施，而使得有興趣從事評論、建議、新聞報導、教學、學術、或研究之人的能力，或對有興趣從事包括合理使用、免責規定所允許之行為等非侵權利用該著作之人的能力遭受阻礙？若有，確認該特定著作或該典型之著作，說明其如何的受阻礙，並說明該著作是否可以未應用科技措施之他種形式取得。

3.為本立法之目的，為分類可排除適用反規避有效控制接觸之禁止規定的著作，在定義該典型之著作時，應否基於其是否已被應用於評論、建議、新聞報導、教學、學術、或研究之目的，或基於其是否已被應用於不會構成侵權行為之使用方式？例如，以合理使用，或法律所允許之的方式。並說明原因。

五、規避科技措施對著作之市場銷售或價值之影響（問題 19-22）

1.有效控制接觸有著作權之著作的科技措施，在何種情況下可以被規避？其規避的範圍有多廣？此種規避（或類似之規避行為），是否會影響有著作權之著作的價格及可得性？係對特定形式或所有形式之著作產生影響？請說明之。

2.此種規避行為對於市場銷售之著作是否會造成其他影響？若

是，請說明該影響，以及係何特定著作或某典型之著作會受影響。

六、其他因素及問題（問題 23-29）

1.為本立法之目的，在決定何謂"特殊類型"之著作時，應採用什麼標準？

2.使用有效控制接觸著作的科技措施，對有著作權之著作的可得行有無增加？或對著作的合法使用有無幫助？請說明之。

3.有無其他應被考量之因素？若有，請舉出並處理之。有無其他的建議？

對於著作權局所提出的問題，著作權人與相關著作權團體均持限制的態度，例如美國電影協會（Motion Picture Association；MPAA）及其成員如新力（Sony Pictures Entertainment）、時代華納（Time Warner Inc.）等著名電影公司曾就著作權局所提之 NOI 作出回應。MPAA 反對延後第 1201 條第（a）項第（1）款之實施，其不認為有任何典型著作之合法使用者會因該條款之施行而受到不良影響。

MPAA 指出，早在 DMCA 制定之前，著作權人對控制接觸著作物之科技保護措施即已行之有年，而因為此類科技措施之使用，可阻止未經授權之非法使用（例如盜版），更可促進電子商務之發展，並提高著作物在數位網路環境下之散播。

相反的，由於當時第一個有關 DVD 之案例正在紐約地方法院中審理[68]，因此反對實施第 1201 條第（a）項第（1）款者之回應，大致

[68] Universal City Studios, Inc. v. Reimerdes, Civ. 0277 （S.D.N.Y., Feb. 2, 2000）。

均以 DVD（Digital Versatile Disk）為主要討論對象。DVD 與 CD 相同，是一種光學的儲存磁片，但其儲存量比 CD 大上許多。為了保護 DVD 內所儲存之影像及聲音，DVD 內容控制協會（The DVD Control Association DVD-CCA）設計了「內容加密系統」（The DVD Scrambling System CSS），其可將磁片之內容加密，使未經授權之使用者無法播放該 DVD 磁片。DVD-CCA 要求 DVD 播放器之製造商必須裝置 CSS 系統，以使這些 DVD 播放器只能播放，而無法重製[69]。

又如，電子前線基金會（Electronic Frontier Foundation，EFF）即主張，CSS 與美國唱片工業協會（Recording Industry Association of America；RIAA）大力宣傳之 SDMI （Secure Digital Music Initiative ）[70]等被設計用以阻礙消費者合理使用其財產之科技措施，均因排除 DMCA 反規避條款之適用。

一般而言，代表著作權人的一方均對施行 DMCA 第 1201 條第（a）款第（1）項有效控制接觸著作物之規定表示贊成。以著作權人的角度而言，賦予其極大的權利去控制著作之使用，並盡量限縮例外規定之適用，才能在數位化網路時代全面制止非法重製及盜版，讓消費者養成使用者付費的習慣，以保障著作權人之權益。然而，從著作權人之代表們所提對著作權局的建議中觀之，執行反規避接觸控制之禁令將根本否定合理使用或非侵權使用之存在，過度強調著作權人之利益，而破壞了其與公眾利益間之平衡。

---

[69] See Jason M. Mahler, Vice President and General Counsel 代表電腦與通訊工業協會（The Computer & Communication Industry Association；CCIA）對國會圖書館之 Notice of inquiry 所作之建議。可至 EFF 網站下載建議內容之 PDF 檔。

[70] SDMI 的成員包括知名唱片公司及可攜式設備製造商，及一些軟體開發商等 100 多家公司。SDMI 系統的第一階段工作，是要求可攜式設備製造商在其產品上裝置機種安全配備，其中最重要的是加裝數位權利管理（digital right management；DRM）系統，該系統使知名唱片可以安全的銷售，且可於音樂在網路上傳輸時追蹤該檔案。請參見 Christopher Jones，Creative Secures MP3 Player，Wired News.com，1999 年 11 月 12 日，http://www.wired.com/news/mp3/0,1285,32491,00.html.。SDMI 的網站為：The SDMI homepage，http://www.sdmi.org

貳、美國著作權局二０００年所提出的豁免建議

根據 DMCA 的規定，並在舉辦公聽會與彙整各方意見後，美國著作權局於二０００年十月二十七日發表了「禁止規避接觸控制科技之著作權保護系統之例外規定」（Exemption to Prohibition on Circumvention of Copyright Protection Systems for Access Control Technologies）的最終決定[71]，文中建議國會對兩種特殊類型的著作排除反規避接觸控制條款之適用。第一種為「由一連串被過濾器應用軟體所妨礙之網站所構成之編輯物[72]」；另一種為「文學著作，包括受接觸控制錯時所保護，因故障、損害或被淘汰而無法提供接觸之電腦程式及資料庫[73]」。

著作權局指出，根據 DMCA 之用語，從第 1201 條第（a）款第（1）項第（B）至（D）目中所提及之「特殊類型著作」[74]觀之，國會圖書館對於特殊類型著作所下之定義，係根據著作本身之性質，而非基於該等著作之潛在的使用者群，或對該著作之使用方式來下定義。因此「特殊」應可直接定義為「建立或分享同一屬性之群體」（a group, set or kind sharing common attributes）[75]。

由於特殊類型著作的認定可能影響反規避條款的適用與範疇，因此美國國會亦特別指出：「界定所謂特殊類型著作之範圍及界限，及執行科技保護措施所可能產生之負面影響等，是本次規則制訂程序中

---

[71] 請參見美國著作權局，Exemption to Prohibition on Circumvention of Copyright Protection Systems for Access Control Technologies, 65 FR 64555 （October 27, 2000）, http://www.loc.gov/copyright/fedreg/65fr64555.html （以下簡稱為 2000 年決定）。

[72] 原文為：”Compilations consisting of lists of websites blocked by filtering software applications”, *id*., at 64562.

[73] 原文為：”Literary works, including computer programs and databases, protected by access control mechanisms that fail to permit access because of malfunction, damage or obsoleteness.” *id*.

[74] Sec.1201（a）（1）（B） refers to ”a copyrighted work which is in a particular class of works.” Sec.1201（a）（1）（C） refers to ”a particular class of copyrighted works.” Sec.1201（a）（1）（D） refers to “any class of copyrighted works.”

[75] 請參見 2000 年決定 at 64559.

之主要議題。特殊類型著作應以著作權法第 102 條中所列之著作類行為基礎，再加以限縮並集中（narrow and focused）[76]。」因此，在定義何謂特殊類型著作之前提，就必須以美國著作權法第 102 條中所列之著作類型為基礎[77]。

在社會各界對著作權局所提 NOI 之回應中，著作權局認為有些例外規定之提案跟本不符合前述特殊類型著作之定義，而幾乎所有的提案人均未能確實舉證其在非侵權的使用上，受到或將受到「顯著、可證實並可測量」的不利影響。有某些提案類型對於非侵權使用僅係造成某程度上之不便，或僅對某個人產生不良影響，故亦不採用[78]。

另外，許多提案者所表達之考量實際上係屬授權政策的問題，而與控制接觸著作之科技保護措施無關。部分提案者強調非常關心「過度限制之授權」（overly restrictive licenses）、「難以處理之授權條件」（unwieldy licensing terms）、「難以接受之條件及價格」（undesirable terms and prices），及「實施科技保護措施而產生之其他授權限制」（other licensing restrictions enforced by technological protection measures）等，但由於此等使用類型之提案者並未符合舉證責任而不為著作權局所採納[79]。相反的著作權局認為下列兩種類型的特殊類型應與以除外：

一、由一連串被過濾器應用軟體所妨礙之網站所構成之編輯物

某些稱為過濾軟體（filtering software）或阻絕軟體（blocking

[76] 請參見 Commerce Committee Report, at 38.
[77] 美國著作權法第 102 條中所列之著作類型包括：文學著作、音樂著作、戲劇著作、默劇或舞蹈著作、插畫、繪畫及雕塑著作、電影及其他視聽著作、錄音著作、及建築著作等。
[78] *Id*., at 64563.
[79] *Id*.

software）的軟體產品可限制使用者瀏覽某些網站。這些軟體產品包括由一連串被該軟體拒絕接觸之網站所構成之編輯物，家長或學校可利用這些過濾軟體限制其子女或學生瀏覽內含色情或暴力等不當資訊之網站，以免其子女或學生受到不良資訊之影響，並保護其隱私[80]。

由於過濾軟體的製造者會將被妨礙之網站名單與以加密，而某些過濾軟體常常會把不含不良內容題材之網站也過濾掉了，其錯誤率高達 76%，且此等軟體廠商通常不會對此等錯誤作適當之回應。因此，為瞭解究竟哪些網站在該過濾軟體妨礙接觸之名單上，除破解該軟體上之密碼外別無他法，若此等解密（decryption）之行為不能成為例外規定，即可能違反第 1201 條第（a）項第（1）款之規定[81]。

美國著作權局發現，原本為評論之目的而重製或展示此一名單係可成立合理使用抗辯的行為，然實施反規避接觸控制之禁令後，卻因為不能規避該等名單上之科技保護措施（即不得將內含該名單之軟體解密）而無法繼續從事該等非侵權行為，故對於欲就該等編輯物從事非侵權使用之使用者而言，實施反規避接觸控制之禁令確實對其產生了很大的負面影響。此外，該局亦發現確實無法以其他方式取得該等名單，亦沒有任何證據顯示，若允許規避該等名單上之接觸控制科技會對第 1201 條第（a）項第（1）款第（C）目中所列之要素產生負面之影響[82]，因此，該局同意「由一連串被過濾器應用軟體所妨礙之網站所構成之編輯物」應排除反規避接觸控制科技禁令之例外。

---

[80] 至少一個以上之美國法院曾判定：在公共圖書館內使用此類過濾軟體違反美國憲法第一修正案（言論自由條款）。See, e.g., Mainstream Loudoun v. Board of Trustees of the Loudoun County Library, 24 F. Supp. 2d 552 （E.D. Va. 1998）. See also Tenn. Op. Atty. Gen. No. 00-030 （2000）. 然另一方面，美國最高法院卻認爲父母使用該等軟體以保護其子女不去接觸不當的網路題材，是一個正面的發展（positive development）。See Reno v. American Civil Liberties Union, 521 U.S. 844, 876-77 （1997）; United States v. Playboy Entertainment Group, Inc., 120 S.Ct. 1878, 1887 （2000）. *Id*., at 64564.

[81] *Id*.

[82] *Id*.

二、文學著作，包括受接觸控制措施所保護，因該等保護措施故障、損害或被淘汰而無法提供接觸之電腦程式及資料庫

此除外規定係為將因為電腦軟體、資料庫或其他數位形式之文學著作著作物上之接觸控制保護措施無法正常運作，而被妨礙接觸該等著作之使用者排除反規避接觸控制科技禁令之適用。

許多提案人皆以一種與軟體相互作用之硬體鎖（dongles）為例：使用 dongles 可以防止未經授權而接觸其所”鎖住”之軟體，然而一旦 dongles 因損壞或故障而喪失功能，使用者即無法再接觸受 dongles 所保護之軟體。在大部分的例證中，該軟體的製造者多半不會回應使用者所提退換或修復 dongles 之要求，反而可能要求使用者購買新的 dongles，或重新購買全套軟體封包。在某些案例中，該等產品甚至可能已經退出市場，使用者根本沒有退換或修補的機會[83]。

在本次立法過程中，沒有出現任何證據可以反駁有關接觸控制保護措施可能因為故障、損害或被淘汰，而產生無法提供接觸之問題；也沒有任何證據顯示在為未來的三年內，軟體市場會自行解決此一問題。當合法使用者因為接觸控制措施之損壞、故障或被淘汰而無法再接觸該被保護之著作時，控制接觸之目的以非為保護未經授權之接觸，反而阻礙經授權者接觸其已合法取得之著作，亦即妨礙其從事非侵權使用之能力。

此一問題對圖書館或檔案保存機構之影響尤其深遠，該等機構將可能因為著作物上之接觸控制措施之損壞、故障或被淘汰，而無法對該等著作物從事非侵權使用之保存或存檔之行為[84]。然礙於第 1201

[83] *Id*., at 64565.

[84] 有些圖書館指出，他們擔心 1201（a）（1）將會妨礙他們將儲存於即將被淘汰的形式中之著作轉換成其他形式，以便存檔或保存。然事實上，若該著作所儲存之形式金飾即將被淘汰，而非受接觸控制之保護，則 1201（a）（1）並未禁止此類行爲。在此範圍內，若有任何阻擾圖書館等機

條第（a）項第（1）款之規定，使用者仍不得規避該等喪失原始功能之接觸控制措施。

著作權局發現，不得規避已喪失原始功能之接觸控制保護措施之結果，除可能對非侵權使用產生負面之影響外，亦不符合第 1201 條第(a)款所欲保障之著作權人之利益，而大部分之著作權人通常均已就使用者接觸其著作之行為取得報酬，且本例外只有在接觸控制措施失效時才有適用之可能，對著作權人之利益不會造成傷害。況且，除非經授權之使用者無法獲得著作權人之協助，否則不會自行為規避之行為，因為自行為規避行為會比獲得著作權人之協助來得費力耗時。

至於「淘汰」（obsolete）一詞之定義，著作權局則參照美國著作權法第 108 條第（c）款中之相關規定加以解釋，亦即「若為使以某種形式儲存之著作可被知覺所必須之機器或設備不再生產，或無法合理的在商業市場上獲得，則該種形式應認為已被淘汰[85]。」

參、未採納之其他建議

除上述被美國著作權局採納，而推薦給國會為修法參考之兩種例外規定外，來自社會各界之提案人尚建議多種其他應排除反規避禁令之適用的著作類型，然卻因為不符特殊類型著作之定義，或未能舉出確實或可能受到負面影響的實證等理由，而不被著作權局採納。這些類型的著作包括：

構爲轉換形式（包括重製）之行爲者，應爲重製控制（copy controls）之問題，若此，則 1201（a）（1）並未進此對重製控制科技保護措施爲規避之行爲。*Id.*

[85] ``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." See 17 U. S. C. Sec. 108（c）.

一、「微弱著作權」之著作（「Thin Copyright」Works）

所謂「微弱著作權」之著作，係指主要（但非完全）由不受著作權保護之題材所構成之著作類型，例如美國政府之著作、已逾保護期間之著作、著作內容為事實資料之著作等[86]。而此處最主要的爭議在於資料庫的內容，通常資料庫中包含了大量不受著作權保護之題材。資料庫本身受著作權保護者係在於其選擇、收集及整理資料之價值。其也可能內含其他諸如搜尋引擎、批註（head note）、解釋（explanatory text）等具有原創性之受著作權保護之著作或要素。

但著作權局認為，在該次規則制定程序中，對於上述類型著作賦予例外規定之需求並未被實證。雖然提案人質疑第 1201 條第（a）項第（1）款第（A）目會將反規避禁令擴及資料庫中不受著作權保護之題材，但受著作權保護之題材與編輯本身即創造了顯著的附加價值。此外，大部分不受著作權保護之題材均可以其他方式取得未經加工（raw）的形式，然而，經資料庫收集、整理的題材則使得使用上更為便利，正由於其具有便利性之特徵而使促使使用者願意去接觸，因此宜以第 1201 條第（a）項第（1）款第（A）目保護之。

其次，美國著作權局認為提案人並未提出實施第 1201 條以後，這些不受著作權保護之題材將會變得比較昂貴或難以接觸之相關例證。且由於電子形式並非取得該等題材之唯一來源，使用者仍可以其他形式取得，故不致發生該等題材將被鎖住之問題[87]。綜上所述，微弱著作權之著作不須成違反規避接觸控制科技保護措施之例外。

---

[86] 如美國大學協會（Association of American Universities）所舉之例，所謂”微弱著作權”之著作典型，包括「學術期刊、資料庫、地圖及報紙等，這些著作之價值在於其內含之資訊，而資訊本身並非美國著作權法第 102 條第（b）項所保護之標的 See Exemption to Prohibition on Circumvention of Copyright Protection Systems for Access Control Technologies, *supra* note 3, at 64566.

[87] *Id*., at 64567.

二、單一來源之著作（Sole Source Works）

所謂單一來源之著作，係指僅能以被接觸控制措施保護之形式取得之著作。提案人擔心，以後著作物將逐漸演變成僅能以受接觸控制措施所保護之數位化形式取得，而由於接觸該等著作之成本過高，或可能根本被拒絕接觸，等於是禁止了使用者為非侵權行為之使用，且因為沒有其他可以取得這些著作之方式，故所有非侵權使用之行為均會受到負面的影響[88]。提案者所列之著作類型包括資料庫及索引（indexes），亦有人提及數位化視聽著作，如 DVD 形式之電影，通常會包括影片介紹及影片之片段、搜尋引擎等類比式視聽著作所不會提供之內容題材。

著作權局認為提案人僅說明了事實情況，卻未提出受到負面影響的證據。沒有提案人能明確證實，若欲對這些僅能以受保護之形式取得之著作為接觸之行為必會遭到拒絕，或無法獲得授權，或須受制於難以接受之條件或價格。除此之外，著作權局認為，該等例外尚須平衡著作人專有之「同意接觸」權利。所有未經公開之著作均只有單一取得來源，即著作人本身。

接觸尚未公開之著作在歷史上從未成為一種權利，且法律賦予著作享有首次公開其著作之權利，即使不是數位化之形式，為接觸該著作，仍須購買該著作之重製物。綜上所述，沒有證據顯示有第 1201 條第（a）款第（1）項第（C）目（i）（ii）之影響產生，因此單一來源之著作不須成違反規避接觸控制科技保護措施之例外。

[88] *Id.*

三、以 DVD 呈現之視聽著作

反對實施接觸控制保護措施之提案人多以 DVDs 為例，強調應將 DVDs 上之視聽著作排除該禁令之適用。其理由在於 CSS 加密系統加接觸控制及重製控制兩種科技保護措施結合在一起。若欲規避重制控制保護措施，將不可避免的將接觸控制措施一併予以規避。

以此觀點，禁止規避接觸控制保護措施，同時亦無法規避重製控制科計保護措施，如此將阻礙使用者對其合法取得之著作重製物從事其他非侵權使用之行為[89]。雖然國會在第 1201 條第（a）項第（1）款規定了"反規避接觸控制科技保護措施"之禁令，但卻未在第 1201 條第（b）款下設置類似的規定，因此，提案人指稱如此之結合已超出了國會所允許之範圍。

不過，著作權局指出，大部分可以 DVDs 形式取得之著作，亦可以類比之形式（VHS）取得，而類比形式之著作並不受接觸控制科技保護措施之保護。此外，著作權局亦認為此建議並未提出任何證據，證明為規避 DVDs 上重製控制措施，同時會有須規避 DVDs 上接觸控制措施之必要。而既然在規避重製控制措施不須同時規避接觸控制措施，就沒有違反第 1201 條第（a）項第（1）款之可能[90]。

有關 DVDs 的另一個爭議來自於 Linux 及其他作業系統的使用者，這些使用者在其個人電腦上設置有 DVD 播放軟體，他們認為，只要其所購買 DVD 上之的視聽著作重製物是合法的，其應有權觀賞 DVD 內之視聽著作。許多 Linux 作業系統的使用者抱怨，因為經授

[89] 例如因不可規避 DVD 上之科技保護措施（包括接觸控制及重製控制），而無法為課堂上之需要從 DVD 上節錄影片之片段，然此種行為本屬合理使用之範圍。See Exemption to Prohibition on Circumvention of Copyright Protection Systems for Access Control Technologies, *supra* note 3, at 64568.

[90] 例如有一種稱為 Macovision，可安裝於 DVDs 播放器上的類比式輸出（analog output）重製控制措施，在規避該種重製控制措施時，不會規避到 DVDs 上之接觸控制措施。

權之 DVD 播放器尚未發展出可與 Linux 作業系統相容的平台，因此他們不能在其所擁有的個人電腦上觀賞 DVD[91]。然而，著作權局亦認為此建議並不構成「明顯的、可證實並可測量的影響」，因為這是個人使用偏好的問題，最多僅造成某程度之不便，或僅對某個人產生不良影響。

第三種爭議則與對 DVD 為還原工程，以發展出可與其相容的設備或操作系統有關。由於已有一個地方法院否定對 DVD 為還原工程可適用第 1201 條第（f）項之規定[92]，若法院最後判決對 DVD 為還原工程可適用第 1201 條第（f）項之規定，則無重複設置本例外之必要；但若最後審理結果維持地方法院之判決，即需有明確的規範，但著作權局認為既未確定，故不符合 DMCA 的要件。

最後一個有關 DVDs 上之視聽著作是否應成為列外之爭點在於，電影工業使用「區域密碼」作為接觸控制之科技保護措施[93]。提案人抗議，在某地區合法購買之影片不能在另一個地區放映，且因區域密碼之不同亦無法以另一地區之 DVD 播放器播放，為解決此一不公平的問題，因此對「區域密碼」為規避行為是有必要的[94]。

關於此一爭議，美國著作權局之回應指出，此一問題僅困擾到少數人，並且也只是造成使用上之不方便，非可謂為「明顯的、可證實

---

[91] See Exemption to Prohibition on Circumvention of Copyright Protection Systems for Access Control Technologies, *supra* note 3, at 64568.

[92] See Universal City Studios, Inc. et al. v. Reimerdes et al., 00 Civ. 0277 （S.D.N.Y., Feb. 2, 2000），詳後述。

[93] 電影工業實施"區域密碼"制的主要目的，係爲從事市場劃分。例如一部電影才剛在美國上映並發行 DVD，台灣地區的人民必須等到幾個星期甚至幾個月以後才能在電影院欣賞到，若沒有 DVD 上之區域密碼，則台灣地區的影迷可自由在網路上下載最新的 DVD 影片並觀賞之，根本不會到電影院去消費。

[94] See Exemption to Prohibition on Circumvention of Copyright Protection Systems for Access Control Technologies, *supra* note 3, at 64569.

並可測量的不良影響」，故此一提案仍不足以設置例外規定[95]。

除此之外，著作權局還駁回了下述的其他建議，例如：

1.僅能在專用之平台上運作的視訊遊戲（Video Games in Formats Playable Only on Dedicated Platforms）。

2.為還原工程之目的的電腦程式及其他數位著作。

3.為加密研究之目的。

4.合理使用之著作。

5.無法存檔或保存之題材。

6.使用者欲對其合法取得之著作重製物中之著作為非侵權使用。

7.公共廣播機構之例外。

肆、美國著作權局二００三年所提出的豁免建議

而在第一次規則制定完成後，根據 DMCA 1201（a）（1）（C）的規定，美國著作權局從二００二年十月十五日就公告展開第二度三年一次的規則制定程序[96]，著作權局一共收到了 51 個豁免類型的建議，也收到了 338 份贊同與反對這些建議的意見[97]。最後，在分別於華盛頓與洛杉磯舉行的公聽會後，在二００三年十月三十一日公佈，從二００三年十月二十八日起，至二００六年十月二十七日止，科技保護

[95] *Id.*
[96] 請參見 67 FR 63578, http://www.copyright.gov/fedreg/2002/67fr63578.html。
[97] 所有的建議與意見都置於著作權局的網站中，請參見 http://www.copyright.gov/1201/index.html。

措施將不適用於下列四種類型的反規避行為[98]：

1. 由商業性過濾軟體所編輯的網路位址（Internet locations）名單，該等名單的目的僅在於防止接觸網域、網站或部份網站內容，但此項豁免並不包括為了防止對電腦或是電腦系統的損害，或是單純為了防止接收電子郵件，而由電腦軟體所排除的網路位址名單[99]。本項豁免規定與 2000 年的規範類似，但是有所限制，最主要的限制，就是為了防止駭客發動攻擊或是電腦病毒的散播，而採用的防護軟體，例如防火牆（firewalls）或是防毒軟體，以及為了防止垃圾郵件所採用的電腦軟體，雖然都有阻絕特定的網路位址的功能，也是具有某些過濾功能的商業性的電腦軟體，但是由於具有合法的目的（防止病毒、駭客與垃圾郵件等），因此特別予以除外，因此使用人不得對此等電腦軟體所採行的接觸控制措施予以規避。

2. 電腦程式因硬體鎖（dongles）故障、損壞與淘汰，而無法接觸該電腦程式[100]。此種類型亦與 2000 年的豁免規定類似，但是範圍則有所限縮。原則上，2003 年的豁免規定僅限於由於電腦硬體鎖損壞或故障，且此等硬體鎖無法修理或替換的情形才有適用[101]。至於硬體鎖在何種情況之下可以視為淘汰（obsolete），美國著作權局則認為，只要該硬體鎖的替換或修理在市場上無法合

---

[98] 請參見 68 FR 62011, October 31, 2003, http://www.copyright.gov/1201/index.html。

[99] Compilations consisting of lists of Internet locations blocked by commercially marketed filtering software applications that are intended to prevent access to domains, websites or portions of websites, but not including lists of Internet locations blocked by software applications that operate exclusively to protect against damage to a computer or computer network or lists of Internet locations blocked by software applications that operate exclusively to prevent receipt of email.

[100] Computer programs protected by dongles that prevent access due to malfunction or damage and which are obsolete.

[101] The exempted class includes only that software that actually cannot be accessed due to a damaged or malfunctioning dongle, and only when the dongle cannot be replaced or repaired. 68 FR 62013（October 31, 2003）.

理的取得即可，以鼓勵業者能提供使用者合理的支援，因此根據此項豁免規定，使用人若因為硬體鎖損壞或故障而無法接觸軟體時，且該硬體鎖無從修理或替換時，縱使採行反規避措施，亦不會違反 1201 條的規定。

3. 電腦程式或遊戲軟體發行所用的格式已經淘汰（obsolete），但必須要使用原來的原始媒介或是硬體才能接觸[102]。此項豁免規定是 2003 年新增的規定，主要的考量點是因為許多電腦程式或是遊戲軟體所附著的媒介物（例如磁片、CD-ROM 等），常常採行「僅限原版」（original-only）的接觸控制保護措施，也就是說，雖然可以複製，但是重製物卻無法運作，而這種控制亦阻礙了諸如 Internet Archive 等機構將這些電腦程式或是遊戲軟體從原有的媒介物轉存至新的儲存媒體之中[103]。

更嚴重的，就是著作權局發現，許多電腦程式或是遊戲軟體原先發行所利用的有形格式已經快速的被淘汰，例如過去所用的 5 1/4 英吋的磁碟片，在目前電腦已經淘汰 5 1/4 英吋磁碟機的今日，連想要接觸以該等磁碟片所儲存的電腦程式或遊戲軟體亦不可得。

有鑑於此等問題的嚴重性，因此著作權局決定，在圖書館與檔案保存機構欲就電腦程式與遊戲軟體保存時，若該等著作所附著之媒介物已不再使用（the physical medium on which they were distributed is no longer in use），或是必須使用已經淘汰的操作系統（the use of an obsolete operating system is required），此等保

[102] Computer programs and video games distributed in formats that have become obsolete and which require the original media or hardware as a condition of access.
[103] 此項豁免規定是 The Internet Archives 公司所提出。

存行為即符合美國著作權法第 108 條（c）項非侵權之使用規定所涵蓋[104]。但此豁免規定僅適用於電腦程式與遊戲軟體，且限於以現已淘汰的格式所發行的電腦程式或遊戲軟體，因此本項豁免仍有相當的限制性。

4.以電子書（ebook）型式發行的文學著作，其所有的版本（包括被授權機構所採行的數位文字版本）均包括可防止電子書啟動讀出（read-aloud）功能的接觸控制裝置，因而防止銀幕讀取裝置以特定格式表現一定的文字[105]。此項豁免建議是由美國盲人協會（the American Foundation for the Blind）以及五個圖書館協會所共同提出。最主要的原因，就是因為透過基於接觸控制而發展的權利管理工具，電子書的出版商可以將電子書中的讀出功能解除，因此進而防止銀幕閱讀軟體（screen reader software）的啟動，進而防止他人接觸其內容。

美國著作權局發現，出版商若將電子書中的讀出與銀幕閱讀軟體解除，將損害盲人與視覺受損害人士的權利，而盲人使用讀出功能，則為其接觸此等文學創作的合理方法，因此著作權局採行此項豁免規定，其目的在於確保盲人有接觸文學創作的相同權利。

不過，與其他三種類型的豁免規定類似的，就是本豁免規定亦有相當的限制。著作權局特別指出，若要適用本豁免規定，一個特定的文學著作一定要以電子書的方式存在，此外，如果該文學著

[104] 請參見 68 FR 62014 （October 31, 2003）。

[105] Literary works distributed in ebook format when all existing ebook editions of the work（including digital text editions made available by authorized entities） contain access controls that prevent the enabling of the ebook's read-aloud function and that prevent the enabling of screen readers to render the text into a specialized format. 至於此處所用的名詞，例如特殊的格式（specialized format）、數位文字（digital text）與被授權機構，則應與美國著作權法第 121 條有關盲人或點字規定相同的意義。

作若有任何版本准許讀出功能或是具有銀幕閱讀功能時，此項豁免規定即無從適用。因此，著作權局亦指出，出版商只要確保其所出版的電子書中，有一種版本是以非電子書或是縱使以電子書格式出現，但是有啟動讀出或是銀幕閱讀功能，即可避免此種豁免規定的適用[106]。

值得注意的，就是除了這四種類型之外，著作權局將其餘的四十餘種豁免的建議均予以駁回，其中許多都與 2000 年第一次規則制定過程中的類型類似。而在駁回的各種類型中，最引人注意的，就是著作權局駁回了 Static Control 公司針對 Lexmark 公司利用晶片控制其雷射印表機碳粉夾，以阻止類似 Static Control 等公司利用使用回收的碳粉夾從新裝填出售，因此 Static Control 公司乃向著作權局請求將此等限制再製造人（re-manufacturers）的類型予以排除。但是著作權局並未接受，最主要的原因，就是因為著作權局認為 1201（f）項還原工程之免責規定已經足以涵蓋此等由再製造人的問題。

[106] To be included in the exempted class, a literary work must exist in ebook format. Moreover, the exemption is not available if any existing edition of the work permits the "read-aloud" function or is screen reader-enabled. Thus, a publisher may avoid subjecting any of its works to this exemption simply by ensuring that for each of its works published in ebook form, an edition exists which is accessible to the blind and visually impaired in at least one of these two ways. 68 FR 62014 （October 31, 2003）.

第四節　科技保護措施的影響

雖然 WIPO 僅對科技保護措施作原則性規定，使得各國的法規內容與法律責任亦各不相同，但是從科技保護措施立法以來，亦可以清楚的發現，由於科技保護措施賦予權利人太廣泛的權利，這也使得科技保護措施所帶來的影響日益增加，甚至有學者將科技保護措施稱之為「超著作權」（Paracopyright）[107]，以便和規範重製等利用方式的傳統著作權加以區隔。

而這些學者之所以將科技保護措施稱為超著作權，主要的原因在於其不但准許權利人以科技保護措施將不受著作權法保護的標的（例如單純的事實或著作權保護期間屆滿的著作等）加以控制[108]，更賦予數位內容的權利人一個專屬的權利，不但可以控制利用人如何接觸與利用受科技保護措施保護的著作，而且還可以控制其所運用的保護技術。由於此等權利遠超過傳統的著作權法所賦予著作權人的權利，因此這個具有超著作權性質的科技保護措施也可能被權利人濫用，或是利用其作為限制競爭的工具[109]。而科技保護措施的負面影響，可以輕易的從下列類型的案件中得知。

壹、對內容控制之類型

一、RealNetworks v. Streambox 案

美國反規避條款的立法目的，最主要的目的是在於保護著作權

---

[107] 此名詞的出現，是在 DMCA 的立法過程中，62 位著作權法教授聯名向國會提出建議，請求國會審慎處理 DMCA 科技保護措施時所創造出來的名詞。請參見 H.R. Rep. No. 105-551（1998）。

[108] 最明顯的例子，就是 Adobe 所販售的電子書之內容係已經著作權消滅的愛莉絲夢遊仙境，但是 Adobe 卻利用科技保護措施限制消費者的列印頁數，甚至禁止消費者開啓讀出（read-aloud）的功能，而引發許多的爭議。

[109] 請參見 Pamela Samuelson 前揭文 at 522-523。

人。但是直接受益的，卻不見得是真正的著作權人，反而是掌控傳遞或是交付數位內容技術的業者，而且這些業者更可利用對技術的掌控而排除其他的競爭者。最明顯的例子，就是在 RealNetworks v. Streambox[110]一案所顯現出來的問題。

在該案中，Streambox 公司生產銷售一種稱為 StreamboxVCR 產品，該產品最大的特色就是可以模擬 RealPlayer 軟體所運用的數位認證程序（稱之為秘密握手 secret handshake），進而規避 RealNetworks 公司對以串流（streaming）方式傳輸數位內容的保護控制設計，使得 Streambox VCR 使用者可以從網路上下載 RealMedia 與 RealAudio 等檔案格式，並加以重製或利用。RealNetworks 公司乃對 Streambox 公司提出違反 DMCA 反規避條款的訴訟，但是 Streambox 則主張合理使用的抗辯[111]。

法院認為，RealServer 在傳送數位化資料之前，與 RealPlayer 之間的秘密握手認證程序，就是 DMCA 第 1201（a）（3）（B）所稱的有效控制接觸（effectively controls access）著作物的技術措施（technological measure）。另外，法院亦認為任何產品或其元件若能能避免、規避、移除、關閉或為其他損害該技術措施的運作時，就構成規避技術保護措施[112]，因而違反 DMCA 第 1201（b）（2）（A）。

而在本案，Streambox VCR 模擬 RealPlayer 的認證程序，而使 RealServer 准許 Streambox VCR 使用者下載串流的數位內容，法院因

---

[110] No. C99-2070P, 2000 U.S. Dist. LEXIS 1889 （W.D. Wash., Jan. 18, 2000）。本案因為並未收錄在判決彙編中，故無正式的引註。

[111] 原則上，若根據 DMCA 提起違反 1201 條規避保護設計訴訟者，就不能再提出侵害著作權之訴訟，因為根據美國著作權法權威 Nimmer 的見解，DMCA 第 1201 條與著作權之侵害有別，而且 1201 條並不包含在該法有關著作權侵害的定義之中。請參見 1 Nimmer on Copyright （1999 Supp）, ¶ 12.A17[B]。

[112] Under the DMCA, a product or part thereof "circumvents" protections afforded a technological measure by avoiding, bypassing, removing, deactivating or otherwise impairing the operation of that technological measure. RealNetworks, Conclusion of Law, ¶ 7-9。

此認為至少有部份該 VCR 元件的主要目的在於規避保護著作權人的接觸控制與拷貝控制機制，因此判決 Streambox 違反 DMCA 第 1201 的規定，並核准 RealNetworks 的禁制令（Injunction）之申請。

值得注意的就是在本案中，真正的著作權人並未出現，原告也沒有證明任何著作被不法重製，只是兩家有相容性產品(提供對內容控制的電腦軟體)業者之間的競爭，很明顯的，RealNetworks 透過反規避條款對科技保護措施的規定，成功的將競爭對手排除於市場之外。

貳、對相容性之控制

一、Universal City Studios v. Corley 與 Universal City Studios v. Reimerdes 案

除了對內容的控制之外，另一個值得討論的類型，就是對相容性產品的控制。而最佳的例子，就是有關 DVD 解碼軟體 DeCSS 的訴訟案件[113]。DVD 案件的發生，主要是好萊塢電影業者所成立的 DVD 著作權管制協會（DVD-CCA）為了防止 DVD 遭非法重製，而開發出 Content Scramble System（CSS）的控制軟體，用來控制 DVD 的播放。CSS 的主要特徵，就是內建在控制 DVD 播放機的晶片中，使 DVD 碟片只能在符合一定區碼的播放機中播放，這種 DVD 區碼的限制，不但使得業者能夠有效的控制電影片在全球各地區銷售的時間與銷售的管道，更可透過掌控 CSS 而要求硬體業者必須遵從。

---

[113] 除了本文所討論的 DVD 案件外，還有 DVD Copy Control Ass'n v. Bunner, 2003 Cal. Lexis 6295。但由於該案係州法院的判決，對屬於聯邦管轄權的著作權影響有限，故本文不加以探討。相對於美國法院的判決多偏向於內容業者，挪威上訴法院則判決撰寫 DVD 解碼軟體 DeCSS 的挪威少年並未侵害著作權，當然最主要的原因就是挪威並未訂定類似美國 DMCA 的立法。請參見日本經濟新聞,ＤＶＤ　暗号解除「私的利用　　合法」――　　高裁判決, 2003 年 12 月 27 日，http://it.nikkei.co.jp/it/news/newsCh.cfm?i=2003122606593j0&h=1。

不過，這套 CSS 控制軟體 DeCSS 卻被一位十五歲挪威少年 Jon Johansen 所破解。他為了使自己合法購得之 DVD 影片可在電腦 Linux 作業系統下觀賞，寫出了破解 CSS 的軟體 DeCSS，並將 DeCSS 放到網路上供人免費下載，並迅速的被其他網站所連結，而被張貼在全球的許多網站中，因此美國影業協會（MAPP）與 DVD-CCA 乃對提供 DeCSS 的網站提起訴訟，指控這些網站違反第 1201 條之反規避條款。其中最有名的即是 Universal City Studios v. Corley[114]與 Universal City Studios v. Reimerdes 兩案[115]。

這兩個案件中，事實均類似，也就是原告主張被告 Corley 於其所設置的網站（2600.com）上張貼 DeCSS 的原始碼，違反第 1201 條（a）（2）的禁止散布（ban on trafficking）的規定，而被告主張 DeCSS 的目的並非為了盜拷電影，而是為了使 DVD 電影與 Linux 作業系統相結合，並幫助其他欲以合理使用方式利用著作之人，例如為了教學需要利用 DeCSS 將不同的 DVD 影片中片段轉錄，如同 Sony 案以錄影機轉錄處理一樣，因此主張合理使用之抗辯。

地方法院審理後，認為 CSS 乃係有效防止接觸的科技保護措施，而 DeCSS 之主要目的就是為了規避 CSS 的科技保護措施，故被告違反第 1201（a）（2）與第 1201（b）所禁止的準備行為。被告上訴後，第二巡迴法院認為，原審判決並未違反第一修正案，且最高法院從未主張合理使用是憲法所要求保障之原則，因此被告散佈 DeCSS 軟體就違反了 DMCA 反規避條款之限制，因此駁回被告之上訴[116]。

---

[114] 82 F. Supp. 2d 211 （S.D.N.Y. 2000）.
[115] 111 F. Supp. 2d 346 （S.D.N.Y. 2000）
[116]. 這兩案於上訴後，第二巡迴上訴法院合併審理作出判決，Universal City Studios, Inc. v. Corley, 273 F.3d 429 （2d Cir. 2001）。

參、對商品或服務的控制

一、Sony Computer Entertainment America v. Game Masters 案

反規避條款的爭議的另一個戰場，就是在於掌控商品或服務市場，以及排除競爭對手。第一個這種類型的案件，就是在 1999 年所發生的 Sony Computer Entertainment America v. Game Masters[117]案。在該案，Sony 指控被告所開發的遊戲加強機（game enhancer）係一種違反科技保護措施的裝置。該裝置係針對 Sony PlayStation 所開發出來的產品，不但可以讓使用者變更遊戲內容，還可以讓使用者使用 Sony 在美國銷售的主機來玩僅在日本或歐洲銷售的遊戲，因此打亂了 Sony 的地域限制[118]。法院審理後，判決 Game Enhenser 構成規避科技保護措施，違反了第 1201（a）（1）的規定，而其銷售則違反了違反了第 1201（a）（2）禁止散布交易的規定，故判決 Sony 勝訴。

二、Lexmark Inc. v. Static Control components, Inc 案

不過，最受到矚目的案件，卻是 Lexmark Int'l, Inc. v. Static Control components, Inc.[119]一案。在該案中，Lexmark 生產了兩種印表機的墨水夾，一種是標準的產品，並無折扣；另外一種則是有折扣，價錢較低、但只能使用一次的 Prebate 碳粉匣。為了避免競爭對手回收 Prebate 碳粉匣再利用，Lexmark 設計了兩種科技保護措施，一為「列印引擎程式」（Printer Engine Program），一為「碳粉下載程式」（Toner Loading

---

[117] 87 F. Supp. 2d 976 （N.D. Cal. 1999）.

[118] Game Enhencer 的規避方式，是在使用者開機後將主機的控制權轉給 Game Enhencer，然後在其控制下，將美國遊戲換成日本或是歐洲的遊戲，在換好後，Game Enhencer 又將控制權交回給主機，以便使用人能得以玩遊戲。Sony at 981-982。

[119] 253 F. Supp. 2d 943; 2003 U.S. Dist. LEXIS 3734; 66 U.S.P.Q.2D （BNA） 1405 （February 27, 2003）. 本案的程序訴訟則爲 Static Control Components, Inc. v. Dallas Semiconductor Corp., 2003 U.S. Dist. LEXIS 12313; 56 Fed. R. Serv. 3d （Callaghan） 307 （2003）。

Program），並在印表機及碳粉匣電腦微晶片設置「訊息認證碼」（Message Authentication Code，MAC），若認證不通過，則印表機便無法使用。

被告 Static Control 為規避上述的技術，設計了一種稱之為 SMARTEK 的電腦微晶片來模擬 Lexmark 前述的認證程序，以便規避 Lexmark 對 Prebate 碳粉夾的科技保護措施。為此，Lexmark 乃向法院控告 Static Control 違反科技保護措施。Static Control 則以 Lexmark 的利用方式超過立法者所欲規範的範疇，以及 DMCA 只應限於數位內容仿冒，不宜擴大至限制競爭作為抗辯。

而在審理後，法院否決了 Static Control 所有的抗辯，並認為 Lexmark 所用的認證程序係一種控制接觸著作物（亦即碳粉下載程式與列印引擎程式）的科技保護措施，因此 Static Control 公司銷售附有 SMARTEK 微晶片的回收碳粉夾就違反了 1202（a）（2）。此外，法院也發現 Static Control 公司亦承認其開發 SMARKTEK 晶片主要用來規避 Lexmark 的認證程序，且該晶片除了規避 Lexmark 的認證程序外，沒有其他的商業目的。因此肯得基州聯邦地方法院在 2003 年 6 月判決，准許 Lexmark 的初步禁制令（Preliminary Injunction）的申請，並禁止 Static Control 繼續銷售違反科技保護措施的產品。

由於此決定使得反規避條款的適用範圍得以擴大到國會所欲保護的數位內容範圍之外，因此 Static Control 乃緊急向美國著作權局請求將此種規避行為，列入著作權局根據 1201（a）（1）（C）所作的豁免類型範圍之中[120]。但是美國著作權局在 2003 年 10 月 31 日所公佈的反規避條款的豁免名單中，卻沒有採納 Static Control 的建議[121]，因

[120] 有關 Static Control 的聲請書，請參見 http://www.copyright.gov/1201/2003/petitions/index.html。
[121] 請參見 68 FR 62011, October 31, 2003, htpp://www.copyright.gov/1201.

為著作權局認為 Static Control 所建議的豁免行為已經可以為還原工程的免責規定（1201（f））所涵蓋，故不需要另外給與其他的豁免。

肆、對消費者的控制

一、Sony v. AiboPet 案

除了對數位內容、對競爭商品、對技術手段等等的控制之外，DMCA 還被用來作為對消費者的控制之用。例如極受歡迎的 Sony 機器狗愛波（Aibo）就是一個明顯的例子。愛波其實是一隻可用程式控制的機器狗，Sony 也提供消費者控制愛波的程式工具，但是卻有一位化名為 AiboPet 的愛波消費者另外寫了一個控制程式，並透過網路提供給其他愛波買主。由於其所提供的程式功能較 Sony 提供的更強，甚至可以修改愛波的操作系統，因此 Sony 乃主張該程式工具違反 DMCA 的反規避條款，因為該程式可以允許合法購買愛波的消費者規避 Sony 對愛波操作軟體所加的保護措施[122]。但是這種法律動作卻引起購買愛波人士的抗議，才迫使 Sony 停止對 AiboPet 的訴訟[123]。

伍、對學術自由與言論自由的控制

一、Felten v. Recording Industry Ass'n of America Inc. 案

美國反規避條款對學術自由影響最明顯的例證，就是 Felten v. Recording Industry Association of America Inc.一案。[124]在該案中，普

---

[122] 請參見 Farhad Manjoo, Aibo Owners Biting Mad at Sony, Wired News, Nov. 2, 2001, http://www.wired.com/news/busisness/0,1367,48088,00.html。

[123] 請參見 James Middleton, Sony Plays Ball with Aibo Hackers, May 7, 2002, http://www.vnunet.com/news/1131538。

[124] Felten v. Recording Industry Association of America Inc., No. CV-01-2669 （D.N.J. June 26,

林斯頓大學電腦系教授 Edward Felten 所領導的研究團隊在 2000 年 9 月間參與美國「數位音樂安全聯盟」（Secure Digital Initiative, SDMI）懸賞破解該聯盟的數位浮水印（digital watermark）技術，並成功的破解該防止音樂重製或盜拷的數位浮水印技術。

不過在 Felten 教授欲在學術研討會中發表其研究成果時，卻遭到美國錄音工業協會（RIAA）的律師函，警告 Felten 教授若依計畫發表論文，則將依 DMCA 的反規避條款追訴，這封律師函迫使研討會的主辦單位為了避免訴訟而婉拒 Felten 教授發表其論文，使得 Felten 教授不得已臨時取消其論文的發表。[125]

嗣後，Felten 教授乃向法院提出訴訟，指控由於 RIAA 的律師函宣稱其違反 DMCA 的反規避條款，使其不敢完整的將研究成果發表，不僅妨礙其學術研究之獨立性與完整性，也相對的限制其言論自由。此外，Felten 教授也認為，其研究成果對於技術的進步有其貢獻，並可發現該數位浮水印技術的缺失予以補救，對於業者的權益的保護亦有正面的意義，因此請求法院宣告其研究成果並未違反 DMCA 的規定，且 DMCA 的規定違反美國憲法。[126]

本案在美國電子前線基金會（EFF）協助下提起訴訟後，RIAA 僅表示其並未意圖威脅 Felten 教授不得發表的任何相關研究成果，嗣後在 RIAA 與 SDMI 的同意下，Felton 教授終於在 2001 年 8 月於 Usenix Security Conference 上發表其研究結果，但是 RIAA 與 SDMI 仍表示

2001）, http://www.eff.org/legal/cases/felten_v_RIAA/20010606_eff_complaint.html。

[125] 請參見 EFF: Scientists Support Professor's Copyright Law Challenge, http://www.newsforge.com/article.pl?sid=01/08/14/013 1222&mode=nocomment （Aug. 13, 2001）。

[126] 請參見章忠信，公布科技研究成果構成違反著作權？著作權筆記，http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php?board=4&act=read&id=39；國外報導請參見 Free Speech Versus the Record Industry, Cyberspace Lawyer, June 2001, at P. 18。

其對後續研究成果的發表有否決權。[127]

而在 RIAA 利用 DMCA 反規避條款威脅 Felten 教授之後，HP 也同樣利用反規避條款來防止其 HP Tru64 UNIX 操作系統瑕疵被揭露。在該案中，一個稱為 SNOsoft 的團體發現了該 HP UNIX 操作系統上的瑕疵，但是隨即接到 HP 律師的來函，警告 SNOsoft 不得揭露其所發現的問題，否則將依法提出控告。[128]不過在此新聞揭露後，反而導致對 HP 產生負面影響，最後 HP 雖然撤回其律師函的威脅，但是在 Felten 和 HP 事件後，已經凸顯 DMCA 對資訊安全與學術研究的嚴重影響。

為此，美國白宮主管網路安全的負責官員（White House Cyber Security Chief ）Richard Clarke 亦呼籲對 DMCA 作部分的修改，以免 DMCA 反規避條款被用來作為威脅電腦安全研究的工具。Clareke 特別指出，「我想很多人並不知道 DMCA 會對電腦脆弱性研究有此種潛在的寒蟬效應」。[129]

二、Blackboard Inc. v. Billy Hoffman & Virgil Griffith

雖然如此，類似的案件仍繼續發生。例如在 2003 年 4 月，一家教育軟體公司 Blackboard Inc. 也同樣運用 DMCA 反規避條款的威脅，阻止了二位學生 Billy Hoffman 與 Virgil Griffith 預計在 InterzOne II 會議上所作的報告。這兩位學生原本要在該研討會中對廣為美國校園

---

[127] 請參見 Felten 教授的網站，http://www.cs.princeton.edu/sip/sdmi/。

[128] Declan McCullagh, Security Warning Draws DMCA Threat, CNET News, July 30, 2002, http://news.com.com/2100-1023-947325.html.

[129] 請參見 Jonathan Band, Congress Unknowingly Undermines Cyber-Security, S.J. Mercury News, Dec. 16, 2002, http://www.siliconvalley.com/mld/siliconvalley/4750224.htm. Mr. Clareke 指出，"I think a lot of people didn't realize that it would have this potential chilling effect on vulnerability research."

所使用的 Blackboard 公司 ID 卡系統的瑕疵提出報告，但是 Blackboard 公司在研討會召開前就發出律師函，警告這兩位學生其報告將違反 DMCA 的反規避條款，並在研討會召開的前一天獲得法院頒發臨時禁止令，使得該論文無法進行報告。[130]

除此之外，RIAA 除了利用 DMCA 反規避條款的禁止規定，在前述 *2600* magazine 案中請求法院禁止該網站刊登有關 DeCSS 的資訊，法院並進一步禁止 2600 連結到其他有關 DeCSS 的網站，則是直接與言論自由有關。[131]而在 RIAA 之後，反規避條款也被進一步的運用於禁止特定資訊的出版之上。例如在 2003 年，著名的美國出版社 John Wiley & Sons 突然以會有 DMCA 反規避條款責任問題，而臨時取消一本由電腦安全專家 Andrew Huang 所寫有關微軟 X-Box 安全問題的書籍出版。

該出版社原本請 Andrew Huang 就其對 X-Box 進行還原工程時所發現的 X-Box 安全問題出版專書，雖然該書中並未對 X-Box 的公開金鑰加以揭露，也未重製 X-Box 的任何原始碼，但是在微軟對一個 X-Box 網站發出律師函警告以及 Felten 的事件後，Wiley 出版社認為出版該書可能會使其違反 DMCA 的反規避條款，因此臨時取消該書的出版。[132]雖然 DMCA 中有規定還原工程與安全研究免責的規定，但是從這些案例可以輕易的得知，這些豁免規定並無法防範反規避條款對言論自由的寒蟬效應。

---

[130]請參見 John Borland, Court Blocks Security Conference Talk, CNET News, April 14, 2003, http://news.com.com/2100-1028-996836.html.

[131] 2600 Magazine 就是前述 Universal City Studios v. Reimerdes 案。有關該案的報導與分析，請參見 Simson Garfinkel, The Net Effect: The DVD Rebellion, Technology Review at 25, July/Aug. 2001, http://www.technologyreview.com/articles/garfinkel0701.asp.

[132]請參見 David Becker, Testing Microsoft and the DMCA, CNET News, April 15, 2003, http://news.com.com/2008-1082-996787.html; Clive Akass, "*Huang Jury on Xbox Cracker*", TechNewsWorld, August 2003, http://www.technewsworld.com/perl/story/31406.html.

三、ElcomSoft Co. Ltd. v. Dmitry Sklyarov 案

更嚴重的，就是在 2001 年 7 月，在 Adobe 的指控下，美國聯邦檢察官在拉斯維加斯所舉行的 DEFCON 研討會中，於俄國的程式設計師 Dmitry Sklyarov 演講完畢後，就將其逮捕，指控其為 ElcomSoft Co. Ltd.撰寫的 Advanced e-Book Processor 程式，能在未經 Adobe 的同意之下，改變 Adobe 在電子書內建格式所作的限制設定，[133]故雖然 Sklyarov 並未侵害電子書的著作權，也未協助任何人侵害著作權，但是仍被認為是違反 DMCA 的反規避條款。而在各方的壓力之下，美國司法部並未對 Sklyarov 起訴，並讓 Sklyarov 離境，但是卻對其雇主 Elcomsoft 提起 DMCA 的刑事追訴，一直到 2002 年 12 月，舊金山的陪審團認定 Elcomsoft 並未違反 DMCA 的反規避條款，才結束這場長達 18 個月的 DMCA 刑事責任訴訟。[134]

雖然 Elcomsoft 最後被判決無罪，但是這場訴訟也同樣的對業界帶來 DMCA 反規避條款的威脅，使得許多研究人員選擇避免，也導致 DMCA 的豁免規定無從發揮其立法目的。

例如國際間知名的荷蘭電腦安全專家 Niels Ferguson 就發現了 Intel 視訊壓縮系統，也就是通稱的高頻數位內容保護（High Bandwidth Digital Content Protection,HDCP）的瑕疵，但是他卻拒絕公開，理由是他常常要來往於美國與荷蘭，他擔心揭露此瑕疵會使其遭到 DMCA 反規避條款的指控。[135]其實不止 Ferguson 一人，還有其他許多為知名

---

[133] 這個程式最主要的功能，就是可以將 Adobe 所出版的電子書特殊格式，轉爲 Adobe 廣爲一般人利用的 PDF 格式，因此等於是解除了 Adobe 對其電子書所內建的各種限制。

[134]請參見 Lawrence Lessig, “Jail Time in the Digital Age,” N.Y. Times at A7, July 30, 2001, http://www.nytimes.com/2001/07/30/opinion/30LESS.html; Lisa Bowman, “Elcomsoft Verdict: Not Guilty,” CNET News, Dec. 17, 2002, http://news.com.com/2100-1023-978176.html.

[135]請參見 Niels Ferguson, Censorship in Action: Why I Don’t Publish My HDCP Results,” Aug. 15, 2001, http://www.macfergus.com/niels/dmca/cia.html; Lisa M. Bowman, Researchers Weigh Publication, Prosecution, CNET News, Aug. 15, 2001, http://news.cnet.com/news/0-1005-200-6886574.html.

的專家都因此而改變其公開的態度。例如知名的網路系統安全專家 Dug Song 就將其網站中有關防火牆脆弱性的若干文章移除，理由就是避免涉及 DMCA 的反規避條款問題。[136]

[136]請參見 Robert Lemos, Security Workers: Copyright Law Stifles, CNET News, Sept. 6, 2001, http://news.com.com/2100-1001-272716.html.

第五節　美國 DMCA 反規避條款影響

壹、限制競爭與抑制創新

在科技保護措施所衍生問題中，影響最大的就是 Lexmark 一案，該案不但凸顯出科技保護措施有可能被濫用，並可能使反規避條款的適用擴大到各種的資訊電子產品或裝置上，將會引發限制競爭與抑制創新與限制競爭的重大問題，這與 WIPO 當初推動科技保護措施的目的完全不同。有些美國學者更擔心此種擴大反規避條款的解釋，可能會引發其他的問題，也就是會促使業者在面對競爭者競爭之際，會在其產品（如車輛）中增加類似的認證裝置，然後就可以利用反規避條款來排除其他競爭對手的產品。如此一來，不但將使產品的相容性為之喪失，更可能會產生限制競爭與抑制創新的結果。

另一方面，由於 DMCA 反規避條款的寒蟬效應，也使得許多過去合法的資訊安全研究、學術研究甚至言論自由受到一定的壓抑，這種結果也不利於整體社會的發展。

除此之外，透過這些科技措施，著作權人更可以運用契約（特別是拆封合約或是按鍵合約等定型化契約[137]）的限制條款，限制使用人的利用方式（例如限制重複的使用）或限制使用人不得為合理使用。而在科技保護措施與定型化契約的結合下，如果法律不加以適當的規範，將會使著作權人獲得事實上的壟斷地位與力量[138]。而這兩種方式

---

[137] 在 ProCD, Inc. v. Zeidenberg, 86 F.3d 1447 （7th Cir. 1996）一案，美國第六巡迴上訴法院明確的肯定拆封合約的有效性後，就受到其他法院的支持，而奠定法律效力。後續遵循 ProCD 見解承認契約得限制部份合理使用的判決還包括 Hill v. Gateway 2000, Inc., 105 F.3d 1147 （7th Cir. 1997）; M.A. Mortenson Co. v. Timberline Software Corp., 93 Wash. App. 819 （Wash. App. 1999）; Micro Data Base Systems, Inc. v. Dharma Systems, Inc., 148 F.3d 649 （7th Cir. 1998）等。

[138] 請參見 Yochai Benkler, Free as the Air to Common Use: First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain, 74 N.Y.U. L. Rev. 354 （1999）。

的交互運用結果，更可將原本可能違反競爭法的限制性條款，改以科技保護或是權利管理資訊措施方式呈現，反而可以規避競爭法的限制，而受到著作權法的保護[139]，這也證明美國國會原本為平衡反規避條款所為的設計有其基本上的缺失[140]。

貳、禁止著作權濫用原則（copyright misuse）

由於 DMCA 的架構無法防止權利人濫用科技保護措施，因此，美國學者主張，若要能回復到傳統著作權法平衡著作權人與著作利用人的境界，則必須採行其他的方法，除了強化合理使用的範圍[141]外，更重要的，就是由於 1990 年美國第四巡迴上訴法院在 Lasercomb America, Inc. v. Reynolds[142]一案中，承認權利濫用也可以在著作權之行使時適用。

Lasercomb 的見解，嗣後也獲得其他上訴法院的遵循[143]，使得著作權法權利濫用也因此成為美國司法實務的確認原則之一，故美國學者建議在合理使用無法有效平衡反規避條款所賦予著作權人的權利

---

[139] 最明顯的例子，就是 DVD 播放機的區碼保護裝置，限制消費者只能使用該區的 DVD 碟片，並不是寫在 DVD 的授權契約中，反而是以技術標準的方式呈現，而成爲科技保護措施。而在化身爲科技保護措施後，就可以受到著作權的保護，而規避了各國競爭法的適用。有關將法律限制轉化爲科技措施的一般性討論，請參見 Lawrence Lessig, Code and Other Laws of Cyberspace（1998）; Joel.R. Reidenberg, Lex Informatica: The Formation of Information Policy Rules Thrugh Technology, 76 Tex. L. Rev. 553 （1998）。

[140] 請參見 Evan Hansen 前揭文。該文指出，美國國會雖然有議員提出兩個修改 DMCA 的法案，但是通過的機會不大。

[141] 值得注意的，就是在 Corley 案，第二巡迴上訴法院更指出，合理使用從未被法院認爲是一個接觸受保護著作權，並以使用人所偏好的技術或格式重製的保證（Fair use has never been held to be a guarantee of access to copyrighted material in order to copy it by the fair user's preferred technique or in the format of the original），Universal City Studios, Inc. v. Corley, 273 F.3d 429, 459 （2d Cir. 2001），因此法院認爲反規避條款與合理使用無關。

[142] 911 F.2d 970 （4th Cir. 1990）.

[143] 例如 qad Inc. v. ALN Assocs. Inc., 974 F.2d 834 （7th Cir. 1992）; Data General Corp. v. Grumman Systems Support Corp., 35 F.3d 1147 （1st Cir. 1994）; DSC Communications Corp. v. DGI Tech., Inc., 81 F.3d 597, （5th Cir. 1996）; Bateman v. Mnemonics Inc., 79 F.3d 1532 （11th Cir. 1996）; Practice Management Information Corp. v. American Medical Association, 121 F. 3d 516 （9th Cir. 1997）; Alcatel USA, Inc. v. DGI Tech., Inc. 166 F.3d 772 （5th Cir. 1999）。

時，可以採行禁止著作權濫用（copyright misuse）的原則，並擴大權利濫用原則的適用以為平衡。[144]

[144] 請參見 Dan L. Burk, Anti-circumvention Misue, 50 UCLA L. Rev. 1095, 1132-1134 （2003）; Jason Sheets , Copyright Misused: The Impact of the DMCA Anti-circumvention Measures on Fair & Innovative Markets, 23 Hastings Comm. & Ent. L.J. 1, 7-12 （2000）。Burk 教授甚至主張，此種濫用著作權的請求權基礎，在 DMCA 出現後，已經不在於傳統的著作權法，而在於濫用反規避條款的本身，甚至是超著作權法（paracopyright）的觀念上。請參見 Burk, supra, at 1133。

第三章　歐盟及德國科技保護措施法制

第一節　前言

「世界智慧財產權組織著作權條約（WCT）」第十一條以及「世界智慧財產權組織表演及錄音物條約（WPPT）」第十八條之要求締約國，對規避著作人（表演人）就與行使該條約權利有關所採取可限制未經著作人（表演人）同意或法律許可之行為的有效技術措施，提供適當的法律保護與有效法律救濟的義務。但是此兩項國際條約並未明定達成其立法目標的特定手段，因此給予締約國相當大的彈性以決定如何落實條約。

我國政府自民國八十五年起就開始研究著作權法如何因應高科技（特別是數位網路）發展趨勢的相關議題，並自民國八十七年開始草擬著作權法修正草案。行政院在民國九十二年三月廿七日送立法院審議的「著作權法部分修正案」原本擬定增定科技保護措施規定，但因立法委員認為此舉「對公眾利用著作及科技發展影響太大，且新修正通過之刑法第三五八條對於入侵電腦犯罪之行為已有規定，而認為暫時不予增訂[145]」。

盱衡未來之產業及國際著作權發展趨勢，在著作權法增加保護技術措施的規定，已不再是「是否要」，而只是「如何要」的問題。因此有必要博諮先進國家相關法制之利弊，供我國修法參考。歐盟就此發展出與國人較熟悉的美國差異頗大的法制，值得吾人重視；又德國著作權法在 2003 年將歐盟相關指令轉化到其著作權法時，對公共利益平衡上多有著墨，不乏可供國人借鏡之處，因此本章將研究歐盟及德國著作權法對技術措施之保護，從而得出對我國法制的一些想法。

---

[145]. 見章忠信，<九十二年新修正著作權法簡析>，《月旦法學雜誌》，第 103 期，2003 年 12 月，第 104 頁、118 頁。

第二節　歐盟科技保護措施法制

歐盟歷經十餘年的演進，已由上一世紀 90 年代僅針對特定著作物要求會員國禁止特定技術手段之流通或商業持有，發展成為進一步要求會員國禁止規避保護各種著作物之技術措施，以及禁止提供與此相關之特定服務。詳言之，歐盟在 1991 年 5 月 14 日制定公布之「電腦程式法律保護指令」(Council Directive 91/250/EC on the legal protection of computer programs，以下簡稱電腦程式指令)。

歐盟在 1998 年 11 月 20 日制定公布「由附條件接觸組成或以附條件接觸為基礎之服務保護指令」(Council Directive 98/84/EC on the legal protection of services based on, or consisting of, conditional access，以下簡稱接觸控制指令)，要求會員國禁止特定技術手段之流通或商業持有，避免因此種技術手段之擴散而間接破壞保護特定著作物或服務之技術措施。

其次，歐盟在 2001 年 5 月 22 日制定公布之「調和資訊社會著作權及鄰接權某些層面指令」(Council Directive 2001/29/EC on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society，以下簡稱著作權調和指令)，則是要求會員國禁止規避保護各種著作物之技術措施，禁止特定技術手段之流通或商業持有，以及禁止提供與此相關之特定服務。

壹、電腦程式指令

電腦程式指令在第四條賦予權利人重製權（第一項，包括暫時及永久重製)、翻譯權、改作權（第二項)、散布權（第三項，

包括出租權)，緊接著在第五條及第六條規定前述排他權的例外情況。第五條第一項規定若契約沒有約定，電腦程式合法取得人依據該程式之預定目的（包括更正錯誤）使用而為必要之重製、翻譯或改作，不需權利人同意；第五條第二項甚至規定不得以契約禁止有權使用系爭電腦程式之人為使用之必要而製作備份。第五條第三項則是明文表示還原工程不受前述各種排他權限制，可以為之。電腦程式指令第六條則進一步將獨立開發之電腦程式為與其他程式可交互運作（interoperability）所必須的反譯（decompilation 包括重製及翻譯)，排除在該其他程式著作權人的排他權之外。

針對保護電腦程式之技術措施，電腦程式指令第七條第一項第三款要求會員國提供下列特別保護：會員國應依本國立法提供充分救濟禁止下列行為，但不得影響第四、五、六條之規定：將唯一預定用途是協助不法去除或規避可用於保護電腦程式之技術裝置的手段帶入市場流通，或為商業目的而持有此種手段。

一、並非實質的著作權規定，只是輔助性質的規定

如同「世界智慧財產權組織著作權條約」第十一條及「世界智慧財產權組織表演及錄音物條約」第十八條，本款規定並非實質的著作權規定，只是輔助性質的規定，帶有英國著作權法的痕跡[146]，使得著作權人不僅可對侵害其著作權之行為尋求保護，而且也可以對抗某些間接侵害的行為以及為將來侵權行為所作的準備行為。

[146] Wand, Technische Schutzmaβnahmen und Urheberrecht, 2001, 67.

二、禁止流通或為商業目的而持有

所謂流通是帶入市場使其他人取得並可任意處置之行為，此種行為使得能夠從事規避行為的人數增加。至於持有是事實上的占有支配，而商業目的是指持有人意圖以持有取得收入而持有，因此不包括為個人目的而持有[147]。

三、以協助不法去除或規避技術裝置為唯一預定用途之手段

去除是指將保護機制自電腦程式除去，而規避是指使保護措施失效。至於將密碼交付他人的行為本身，並非一種可帶入市場流通或為商業目的而持有的手段，因此不構成此處所謂的去除或規避[148]。此外，該手段必須只有一種預定用途，也就是協助去除或規避保護電腦程式的技術裝置。此項限制與執行委員會（以下簡稱執委會）之前提出的二項草案顯有不同（其用語為「特定目的」），大大限縮了本款規定的適用範圍[149]。

去除或規避必須是不法（unauthorized），但何時才是此種情況，電腦程式指令並未明言，不過若經當事人同意或法律許可，應該就不是不法。然而在此會產生一項爭議，也就是在什麼情況下去除或規避技術裝置是法律許可的，因為電腦程式指令並沒有特別就第七條第一項第三款有明文的例外規定，而前述第五條及第六條只是對本指令第四條的例外規定。

具體而言，會員國是否可或必須再以著作權法的例外規定允許去除或規避？對此，學說有不同看法，有主張電腦程式指令是

[147] Wand, aaO., 69-70.
[148] Wand, aaO., 71.
[149] Wand, aaO., 75.

以對電腦程式提供著作權保護為標的，而本款規定之宗旨在就是實現此種保護，所以本款之適用不應超越著作權保護的範圍本身。也有主張電腦程式指令就此給予會員國在法制轉換上裁量空間，由其決定本款規定的例外情形。

事實上，各會員國在將電腦程式指令轉換到本國著作權法時均採用本款語意不明的用語，而把問題留給法院及學界解決，只有英國在重製權的例外範圍之內，間接允許排除保護電腦程式的技術裝置，及荷蘭只有權利人同意時，才允許排除保護電腦程式的技術裝置[150]。

貳、接觸控制指令

隨著網際網路之普及，各種隨選視聽服務（audio/video-on-demand）、線上服務以及提供接觸此種服務的服務（即所謂資訊社會服務，information society service），日益發達。為了保障此等服務提供者獲得報酬，以維護其生存的經濟基礎，歐盟在 1998 年制定接觸控制指令，雖然並不禁止不法接觸受保護服務之行為本身，但是保護其服務不被不法設備非法接觸。本指令第四條規定，會員國應在其領土禁止下列行為：

1.為商業目的製造、進口、配銷、出租或持有不法設備[151]；

2.為商業目的安裝、維護或更換不法設備；

3.使用商業活動（commercial communications）推銷不法設備[152]。

---

[150] Wand, aaO., 72-74.

[151] 依據接觸控制指令立法前言（13），「爲商業目的」應指爲直接或間接財務所得。

由於接觸控制指令所保護的服務並不一定要享有或是依據著作權、鄰接權或歐盟 96/91/EC 號資料庫保護指令（以下簡稱資料庫保護指令）第三章之權利，而與下述著作權調和指令不同，因此可以補充著作權、鄰接權或資料庫保護指令第三章權利領域特定反規避規定的不足，因此在此一併討論。

一、受保護之服務

接觸控制指令第二條第一款規定受保護之服務（protected services）是指以有償、附條件接觸為基礎提供下列服務：電視、廣播、無線電廣播、資訊社會服務（依據歐盟 1998 年 6 月 22 日公告之 98/34/EC 號指令之定義），以及對此等服務提供附條件接觸之服務。

二、附條件接觸

接觸控制指令第二條第二款將附條件接觸定義為：使得必須事前取得個別授權，才能以可辨識方式（in an intelligible form）接觸受保護之服務的技術措施及/或安排。附條件接觸所使用的技術措施或安排並不以“有效”為要件，以防止小型服務提供者因為無法採購昂貴的保護機制而不能受到保護[153]。

[152] 依據接觸控制指令立法前言（14），「商業活動」包括各種廣告、直接市場行銷、贊助、促銷及公共關係活動。

[153] Wand, aaO., 84.

三、不法設備

依據接觸控制指令第二條第五款規定，凡是可使未經許可以可辨識方式接觸受保護服務之任何設備或電腦程式，就是不法設備（illicit device）。

參、著作權調和指令

歐盟在「世界智慧財產權組織著作權條約」及「世界智慧財產權組織表演及錄音物條約」締結前的一年（即 1995 年），就提出「資訊社會之著作權與鄰接權綠皮書」，並在 1997 年 12 月 10 日提出「調和資訊社會著作權及鄰接權之某些層面指令草案」，更在 2000 年 3 月 16 日及 4 月 11 日分別加入前述兩項條約。由於歐盟不甘心只是沿用世界智慧財產權組織前述兩項條約之條文，而想要提高著作權保護標準，成為世界著作權的標竿，因而引發各種慘烈且醜陋的肉搏戰，以致立法過程延宕，歷經近 4 年的討論，才正式制定公布著作權調和指令。而最後通過的條文被批評為「立法技術極差、文字充滿妥協的曖昧立法，不僅沒有提高「法安定性」，而且因為使用模糊有時甚至不明智用語而增加新的「法不安定性」[154]。」

此外，值得一提的是，著作權調和指令起草之初冀望改變歐盟以往點點滴滴漸進式的調和，一舉調和會員國著作權法的諸多歧異，例如準據法、權利耗盡、著作財產權的範圍、著作人格權、權利管理及技術措施。但是就結果論，歐盟可謂壯志未酬，因為其達成率不到百分之五十。

[154] Hugenholtz, *Why the Copyright Directive is Unimportant, and Possibly Invalid* 2000, E.I.P.R. at 499-500.

著作權調和指令第六條是關於技術措施的規定，為便於後文的討論，先將其內容翻譯如下：

1.會員國應提供適當法律保護，禁止在明知或有合理事由應知悉之情況下規避有效技術措施。

2.會員國應提供適當法律保護，禁止為商業目的製造、進口、配銷、銷售、出租、為銷售或出租而廣告、或持有下列設備、產品、組件或提供下列性質服務：

（1）為規避有效技術施之目的而促銷、廣告或行銷，或

（2）在供規避有效技術措施外，僅具有限的商業目的或用途，或

（3）其設計、製造、改造或提供之主要目的為促使或協助規避有效技術措施。

3.本指令所謂“技術措施”是指其正常操作之目的為防止或限制未經著作權人、鄰接權人或 96/91/EC 號資料庫保護指令第三章權利人授權，而對其著作權或其他標的有所作為的任何技術、設備或組件。權利人所採取可達到保護目標之接觸控制（access control）或保護程序-例如加密、混波（scrambling）、或其他將著作或其他標的轉碼（transformation）-或重製控制（copy control）機制，使著作或其他標的之使用受到控制者，即視為“有效”技術措施。

4.會員國在權利人未採取自願措施(包括與相關當事人達成協

議）時，應採取適當措施，以確保權利人對會員國依本指令第五條第二項第一、三、四、五款（重製權）、第三項第一、二、五款規定（重製權及公開傳輸權）所制定之例外或限制的受益人，提供可使其足以獲得該例外或限制利益之手段，而不受第一項規定之限制，但只在該受益人享受及接觸該例外或限制利益必要的範圍內，以及受益人得合法接觸受保護著作或其他標的之情形。

會員國亦得針對本指令第五條第二項第二款規定之例外或限制的受益人採取前段規定措施，並不妨礙權利人依本指令第五條第二項第二款就重製數量採取適當措施，但權利人已在落實該例外或限制規定必要範圍內依據本指令第五條第二項第二款及第五項規定重製而提供個人使用者，會員國不得採取前段規定措施。

權利人自願採取之技術措施（包括為執行自願協議而採取之技術措施）以及為執行會員國所採措施而採取的技術措施，享有第一項規定之法律保護。

依契約約款提供大眾依其個別選定時間及地點接觸之著作或其他標的，不適用本項第一段及第二段之規定。

在 92/100/EEC 出租權指令以及 96/9/EC 保護資料庫指令範圍適用本條時，準用本項規定。

著作權調和指令要求會員國在 2002 年 12 月 22 日以前將本指令轉換成內國法155。事實上，只有希臘及丹麥遵守此項期限。而

[155] 著作權調和指令第十三條第一項。

至 2003 年 9 月為止，完成此項轉換工作的會員國僅增加義大利、奧地利及德國三國。

要確實理解著作權調和指令有一定的困難，一方面因為本指令立法說明極為簡要，對於解釋具體規定幫助有限，另一方面本指令只是針對各會員國的調和指示，尚有待各會員國立法將之落實或具體化，只有在執委會認為會員國之轉換立法不符合本指令而向歐洲法院請求裁處時，本指令才有機會被歐洲法院統一解釋，但是這是要在轉換期限屆滿後一段期間才可能發生，而本指令轉換期限屆滿才年餘，執委會尚未提起任何訴訟；再就是本指令是針對會員國，因此縱使私人間就指令之解釋有爭議，也不可以向歐洲法院提起訴訟，以致目前並沒有相關的歐盟訴訟案件可供國人參考。

一、宣示此種保護不應阻礙技術發展

著作權調和指令在提供技術措施不被規避的法律保護同時，也在立法前言強調，此種保護不應阻礙電子設備的正常操作及技術發展、應尊重比例原則、不應禁止在規避技術措施之外還有其他重大商業目的或用途的設備，尤其是不得妨礙密碼學的研究[156]。

二、保護範圍很廣

著作權調和指令第六條第一項及第二項為本指令界定極廣的保護範圍，包括禁止規避任何有效技術措施之行為本身，及製造流通規避設備以及提供相關服務。由於第六條第三項定義的技術

[156] 著作權調和指令立法前言（48）。

措施並不區分”接觸控制”及”重製控制”技術，所以此兩種技術都在保護之列，不得規避[157]。應該強調的是本指令與世界智慧財產權組織前述二項條約的目的只是在於保護技術措施，而不是為權利人創造新的著作財產權[158]。

三、有效技術措施不需要是絕對有效

所謂有效技術措施不需要達到萬無一失、絕對有效的地步，否則著作權調和指令所提供的保護將高不可攀，整個保護技術措施的制度會因此落空[159]。

四、涉及電腦程式之技術保護措施不適用本指令

由於歐盟電腦程式指令已有電腦程式保護的例外規定（第五、六條）以及針對技術措施的特別保護（第七條），為避免電腦程式之發展受到著作權調和指令反規避規定之限制，著作權調和指令特別在立法前言表明：「本指令提供之保護不影響電腦程式指令所賦予之保護。尤其是本指令提供之保護不適用保護使用於與電腦程式有關的技術措施，而是由電腦程式指令獨家規範。本指令提供之保護不得禁止或阻礙為達成依據電腦程式指令第五條第三項（還原工程）或第六條（反譯）所必要規避技術措施之手段的發展或使用。換言之，電腦程式指令第五條及第六條獨家規定

[157] Braun, *The Interface Between the Protection of Technological Measures and the Exercise of Exceptions to Copyright and Related Rights: Comparing the Situation in the U.S. and in the European Community*, 2003, E.I.P.R. at 498.

[158] 因此關於在將技術保護措施應用在某著作物之前，必須先取得該著作或表演之權利人同意的主張，已超出著作權調和指令之射程。見 Braun, ibid., at 499.

[159] Braun, ibid., at 499.

電腦程式排他權的例外情形[160]。」

五、會員國應協助實現某些著作權例外規定

著作權調和指令第五條是關於著作權之例外及限制規定，其中第一項將技術過程中暫時、附帶、不可分割、必要的、無獨立經濟價值而其唯一目的是協助在第三人間之網路傳輸或為合法使用的重製行為，排除在第二條暫時重製之外；其中第二、三項則是窮盡列出會員國得對第二條重製權及第三條公開傳輸權規定例外及限制規定的情形（共 23 種）。然而此種例外規定如何與技術措施之保護規定取得平衡? 技術措施之保護是否會導致技術鎖定（lock-ups）?在在引發激烈爭議，幾乎一度癱瘓著作權調和指令的立法工作。最後，敵對兩方終於在本指令第六條第四項上達成妥協[161]。

著作權調和指令第六條第四項第一段規定，會員國應該優先鼓勵權利人採取自願措施（包括與相關當事人締結協定並落實），以實現本指令第五條第二項第一、三、四、五款著作重製權（「會員國得就下列情形制定本指令第二條重製權之例外或限制規定：

1. 以攝影技術或其他具有類似效果之方式在紙張或類似媒介上重製，但不得重製單張樂譜（sheet music），並應給予權利人公平補償。

2. 由公眾可使用之圖書館、教育機構、博物館或檔案館所作並無直接或間接經濟或商業利益的特定重製行為。

[160] 著作權調和指令立法前言（50）。

[161] Dusollier, *Exceptions and Technological Measures in the European in the European Copyright Directive of 2001- An Empty Promise*, 34 IIC （2003）, 67.

3.廣播機構以其自有設備為自行播送目的暫時錄製著作；前述錄製有特殊檔案性質者，公共檔案館得加以保存。

4.非追求商業目的之社會機構（例如醫院或監所）重製廣播，但應給與權利人公平補償。」）

以及第五條第三項第一、二、五款著作重製權、公開傳輸權及散布權之例外或限制規定（「會員國得就下列情形制定本指令第二條重製權、第三條公開傳輸權及散布權之例外或限制規定：

1.僅供教學說明或科學研究之目的而使用，除非確有困難並且在非商業目的範圍內確屬正當，否則應標明出處及作者姓名。

2.為殘障人士福利與殘障直接有關而且非商業性質之使用，但必須在系爭特定殘障所要求之範圍內。

3.為公共安全目的或為確保報導行政、立法或司法程序或其正常運作之使用。」）；

會員國只有在權利人不在合理期間內採取自願措施或協議時，才應該以適當作為使權利人提供本指令前述規定例外或限制之受益人適當手段，俾其自此等例外或限制獲益，例如修改已執行的技術措施或其他方式，但受益人必須是可以合法接觸受保護著作或其他標的。第二款與公共政策無關）

相較於美國及澳洲著作權法只有在著作權的實行階段才允許被告例外以合理使用作為侵權之抗辯，以排除其可能的侵權責任，而並不以技術措施減少著作權的例外規定，歐盟著作權調和指

令的獨特性在於允許或當事人在設計散布享有著作權之著作的技術、商業及契約模型時，就約定著作權的例外規定，亦即由權利人在授權契約或商業模型中決定為使用人留下哪些呼吸的空間[162]。

比利時學者 Dusollier （Namur 大學）將之稱為「自行設計著作權之例外情形」（building copyright exceptions by design），或所謂「自行設計的合理使用」（fair use by design）著作權調和指令此項設計雖然看似命令會員國採行實現例外或限制規定的措施，以維護例外或限制規定受益人的利益，但是充滿瑕疵，而且空洞無法實現，因為：

1.漫無標準

依據著作權調和指令立法前言（51）（：「對技術措施的保護不影響公共政策—正如第五條所反應--或公共安全。」），著作權調和指令第六條第四項第一段規定選定本指令第五條第二項第一、三、四、五款及第三項第一、二、五款著作重製權、公開傳輸權及散布權之例外或限制規定，似乎是因為該七款規定與公共政策或公共安全有關，但事實上第五條第二項第一款與公共政策或公共安全並無關連，而第五條第三項規定與公共政策或公共安全有關的大有人在，例如第三款媒體的重製、評論的引用。究其實際，其實是利益團體力量角逐的結果，漫無標準可言。

2.著作權利人契約自由優先

著作權調和指令第六條第四項第一段確立著作權利人之自願措施優先之原則，僅要求會員國只有在著作權利人未採取自願措

[162] Dusollier, ibid., 63.

施時才應以適當措施介入干涉[163]。而且在互動式隨選服務，六條第四項第四段更是完全排除會員國介入干涉的權限（詳見下文 8）。

然而，本項規定對於何謂自願措施並未加以限定，因此可由著作權利人決定（例如本指令立法過程中所提到的：提供企業或集體用戶未上鎖的著作物、採用不同的定價政策，或設計或修改技術措施），而且本項規定並沒有對著作權利人應該依據何種標準有所要求，似乎只要著作權利人採取自願措施，不論著作權的例外或限制規定是否有效實現，會員國就不可加以干涉，使得著作權的例外或限制規定削弱為可任由「私人訂購」（private orderings）[164]。

至於著作權調和指令立法前言（51）雖然提及若著作權利人未在合理期間內採取自願措施，會員國才應介入干涉，但是如何認定「合理期間」，並無標準，容易引發爭執，不利歐盟維持一致的著作權例外或限制規定。

3.欠缺契約不得排除例外規定的強制要求

歐盟電腦程式指令第五條第二項明文規定，有權使用電腦程式之人為使用該程式之必要而製作備份的權利，不得以契約排除。而該指令第五條第三項關於還原工程及第六條關於反譯之例外規定，雖然並未有相同的明文規定，但是在解釋上亦傾向於認為不可被契約排除[165]。

---

[163] 著作權調和指令立法前言（51）。

[164] Dusollier, ibid., 70-71.

[165] Dusollier, ibid., 66-67.

歐盟 1996 年 3 月 11 日制定公布的資料庫保護指令（Council Directive 96/9/EC on the legal protection of databases）則在第十五條明定，契約約定違反第六條第一項（合法使用人為接近該資料庫及正常使用其內容所必要之行為，不需要資料庫著作人同意）及第八條（不得禁止資料庫的合法使用者抽出及再利用其內容中不重要的部分供任何目的之使用）規定者，無效。但是著作權調和指令卻沒有此種契約不得排除例外規定的強制要求，使得著作權人前述的契約自由全然不受到任何節制。

4.會員國得協助實現個人重製例外規定

著作權調和指令第五條第二項第二款規定授權會員國得就個人重製（private copying）制定本指令第二條重製權之例外或限制規定：自然人為個人使用而且並無直接或間接商業目的以任何媒介重製，不受第二條重製權之限制，但應視權利人是否在著作或其他標的採用第六條規定之技術措施，給予其公平補償。

此款例外規定比較偏重個人利益，因此本指令第六條第四項第二段規定，會員國在執行針對個人重製之例外或限制規定時，除了應該鼓勵權利人採取自願措施外，如果權利人不在合理期間內採取自願措施允許為個人使用而重製，會員國得（注意不是「應」）採取足以使該例外或限制規定之受益人自該例外或限制獲益的手段。

不論是權利人採取的自願措施或會員國採取的強制措施，均不能阻礙權利人採行符合其國內依據本指令第五條第二項第二款為個人重製制定之例外或限制規定的技術措施，例如控制重製之數量，但應考慮該款公平補償之規定，以及依據本指令第五條第

五項「三步測試原則」(three-step test)(：本條第一、二、三、四項之例外或限制限於在某些特殊情形才能適用，並且不得抵觸著作或其他標的物之正常利用以及不合理妨礙權利人之正當利益。)不同使用條件間的差別。為防止此種措施被規避，所以六條第四項第三段亦對為執行此等措施而採用的技術手段提供第六條第一項的法律保護[166]。

5.會員國不得針對流通規避設備或提供相關服務之行為協助實現例外規定

著作權調和指令第六條第四項第一段只明文排除本指令第六條第一項之適用，而沒有排除本指令第六條第二項，因此本指令第六條第二項是一種嚴格責任(strict liability)，在解釋上會員國不得針對本指令第六條第二項流通規避設備或提供相關服務協助實現例外規定[167]。然而著作權調和指令何以作此種決定，令人不解。在此，不禁令人想起丹麥阿姆斯特丹大學資訊法研究所Hugenholtz教授的激昂宣言：我願免費為會員國主張著作權調和指令為無效的—因為本指令既不能提供法律安定性，又不能調和會員國著作權法[168]！

6.互動式線上服務全然依契約

本指令立法前言指出對技術措施的保護應該確保有安全環境可提供互動式隨選服務(interactive on demand services)，俾大眾得依其個別選定之地點及時間接觸著作或其他標的。因此若此種服

[166] 著作權調和指令立法前言(52)。
[167] Braun, ibid., at 499.
[168] Hugenholtz, ibid., at 502.

務已受到契約協議之規範，著作權調和指令第六條第四項第四段規定，會員國就不得再適用本指令第六條第四項第一、二段，協助大眾就此種服務主張例外規定，而完全交由權利人以契約約定，排除著作權的例外或限制規定，令人感到不安，尤其隨著網際網路隨選服務可能成為著作散布的主要模式，此段規定益發不妥，難怪被學者批評為本指令第六條第四項整個結構中最大的敗筆[169]。

7.本指令並不妨礙會員國禁止持有規避技術措施之設備

著作權調和指令本身並未禁止持有規避技術措施之設備、產品或組件，如果會員國以國內法禁止持有此種裝備，是否抵觸本指令，不免產生疑問，因此本指令立法前言特別申明，對技術措施的法律保護並不妨礙會員國國內法禁止持有此種裝備[170]。

8.本指令與其他法律之關係

著作權調和指令第九條表示本指令不得影響其他法律，特別是關於可能影響著作權或鄰接權保護的專利權、商標權、設計權、新型權、半導體產品佈局權、字形、附條件接觸、廣播服務線纜之接取、國家瑰寶（national treasures）之保護、法定提存要求、限制競爭或不公平競爭、營業秘密、證券、保密協定、資訊保護、隱私權、接觸公共文件以及契約的法律[171]。本條規定以及本指令立法前言對於契約採取放任態度[172]，坐視資訊時代「主要玩家」（即

[169] Dusollier, ibid., 74-75.
[170] 著作權調和指令立法前言（49）。
[171] 著作權調和指令立法前言（60）。
[172] 著作權調和指令立法前言（30）：在不影響會員國相關著作權及鄰接權立法的條件下，本指令

製作人、廣播機構以及機構用戶）對內容之實際著作者普遍採行的「買斷全部權利」契約，因而遭到學者批評[173]。

9.未來的發展

著作權調和指令第十二條第一項要求執委會在 2004 年 12 月 22 日以前向歐洲議會、部長會議及經濟及社會委員會提出關於本指令執行的報告，並且之後每三年均要提出此項報告，以適應數位市場的發展。該報告應特別檢視本指令第五、六、八條（處罰與救濟）執行的情況，而第六條的部份尤其應檢討該條是否提供充分保護，以及法律所允許的行為是否因為有效技術措施之採行而受到不利影響。

10.目前各會員國轉化的情形[174]

希臘2002年9月24日制定公告之著作權法授予著作權利人及例外規定受益人主動要求調解人協助之機會，調解人是從文化部所設「著作權機構」編列的名單中選出。若一造不接受調解的結果，得在一個月內向雅典上訴法院上訴，但不得再上訴。不過，本法並未對「個人重製」授權政府介入。

丹麥2002年12月22日生效的著作權法亦僅就「公共政策」之例外規定政府的介入：受益人得向著作權授權委員會提起救濟程序，此程序包含仲裁及調解的成分，對當事人有拘束力。如果權利人不在四個星期內遵守委員會的決定，使用人得逕行規避技術

所賦予之權利得轉讓或依據契約授權處分。

[173] Hugenholtz, ibid., at 501; Dusollier, ibid., 67.

[174] Braun, ibid, at 501.

措施。不過，受益人亦得捨著作權授權委員會而直接向法院起訴。

義大利 2003 年 4 月 29 日生效的著作權法針對「公共政策」之例外訂有和解機制，由當事人向著作權常設諮詢委員會請求「嚐試強制和解」。若當事人不能達成和解，再交由法官裁判。而「個人重製」之例外部分，新法允許一份類比形式的個人重製。奧地利則完全沒有將著作權調和指令第六條第四項轉化為本國法。至於德國法容後再述。

11.與美國著作權法之比較[175]

（1）禁止的行為遠比美國廣

美國著作權法第 1201 條（a）（1）（A）只禁止規避接觸控制（access control）之技術措施的行為，但是並不禁止規避保護著作權之技術措施的行為，亦即並不禁止規避「重製控制」（copy control）之技術措施的行為，以確保大眾得繼續對享有著作權之著作物從事非侵權之使用[176]。反之，歐盟著作權調和指令將接觸控制及重製控制均包括在技術措施之內，一律禁止規避此二種技術措施之行為，其禁止規避之範圍遠比美國廣。

（2）對互動式線上服務的處理不同

歐盟著作權調和指令規定若互動式線上服務之當事人間已有協議，完全從其約定，不允許會員國介入協助著作權例外規定的

[175] 關於美國法制可參閱馮震宇，<數位內容之保護與科技保護措施>，月旦法學雜誌，第 105 期，2004 年 2 月，第 73-75 頁。

[176] Library of Congress, 37 CFR Part 201, Docket No. RM 2002-4E, Federal 68 Register 62011.

實現，使得例外規定在網際網路時代全無發揮作用的空間，已廣遭批評，有如前述。相較之下，美國著作權法並沒有犯此錯誤。

（3）均不允許以一般的合理使用原則排除禁止規避條款之適用

美國著作權法第 1201 條（d）-（j）項直接列舉禁止規避條款之七種免責規定，並且授權美國國會圖書館館長每三年豁免特定因禁止規避條款而受到不利影響之人，可繼續對享有著作權之著作物從事非侵權之使用（第 1201 條（a）（1）（C））。美國法院認為在解釋上沒有再援用一般合理使用原則排除禁止規避條款適用的餘地—雖然第 1201 條（c）（1）提到本條規定不影響依本法對侵害著作權之其他權利、救濟、限制或抗辯，包括合理使用[177]。

反之，歐盟著作權調和指令雖然並沒有另外明文制定禁止規避條款之排除條款，但是本指令第五條所允許之著作權例外規定已多達 23 種，使得當初調和會員國著作權利例外規定之努力徹底失敗，唯一獲得的共識是在此 23 種例外規定之外，會員國不得再採行其他例外規定[178]。

再加上歐洲著作權法對著作權採取”自然權利”（natural rights）而不是”功利主義”（utilitarian）的哲學基本立場，以開放而彈性的用語承認著作權，而對著作權的限制則是嚴格加以限定，並不承認可廣泛排除著作權的一般合理使用原則（可稱為”權利是開放，

[177] 2000 年 RealNetworks, Inc. v. Streambox, Inc. 及 2001 年 Universal City Studio, Inc. v. Reimerdes 兩案，華盛頓州西部地區法院及第二巡迴上訴法院均判定在第 1201 條之外，不可再援引合理使用作爲侵權之抗辯。引自 Braun, ibid., at 497 （footnote5）.

[178] 著作權調和指令立法前言（32）。Lehmann, “The EC Directive on the Harmonization of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society”, *IIC* 5, 2003, at 525; Lauber/Schwipps, “Das Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft“, *GRUR*, 2004 （Heft 4）, 293.

但例外是限制的”open right, closed exemptions）[179]，所以歐盟應該不允許會員國再以一般性的合理使用原則排除禁止規避條款之適用[180]。

[179] Hugenholz, Copyright and Freedom of Expression in Europe in Dreyfuss/Zimmerman/First （ed.）, *Expanding the Boundaries of Intellectual Property*, 2001, at 352-353.

[180] 王遷，對技術措施立法保護之比較研究，知識產權，第 13 卷總第 74 期（2003 年 2 月），第 3-10 頁（第 6 頁）；Dusollier, ibid., 74.

第三節　德國科技保護措施法制

壹、著作權法之規定

德國在 2003 年 9 月 13 日制定資訊社會著作權規範法（Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft，為一包裹立法）修正著作權法，以因應數位科技帶來的機會與挑戰，並將歐盟著作權調和指令轉化到國內法。修正後的著作權法第四章第一節標題為「補充的保護規定」，其中新增關於技術措施的保護規定。本法第九十五條之一規定：

1. 為保護受本法保護著作或其他標的而採行之技術措施，行為人在知悉或依情況可得而知規避之目的在於使他人接觸或使用系爭著作或標的時，未經權利人同意不得規避之。

2. 本法所謂技術措施是指其正常操作之目的為防止或限制未經權利人同意而對其受保護著作或其他本法保護標的有所作為之技術、設備或組件。權利人所採取可達到保護目標之接觸控制、保護機制，例如加密、混波或其他轉碼或控制重製機制，使受保護著作或其他本法保護標的之使用受到管制者，即為有效技術措施。

3. 不得製造、進口、推廣、銷售、出租、為銷售或出租而廣告、意圖營利而持有下列設備、產品、組件或提供下列性質服務：

（1）為規避有效技術措施目的而促銷、廣告或行銷，或

（2）在規避有效技術措施外，僅具有限的商業目的或用途，或

（3）其設計、製造、改造或提供之主要目的為促使或協助規避有效術措措施。

（4）公部門保護公共安全或刑事追訴制度之任務及職權，不受前三項規定限制。

著作權法第九十五條之二規定，權利人若依本法規定採取技術措施，應在下列任一規定受益人得合法接觸著作或受保護標的時，提供其在必要範圍得以使用各該規定之必要手段：

1.權利人若依本法規定採取技術措施，應在下列任一規定受益人得合法接觸著作或受保護標的時，提供其在必要範圍得以使用各該規定之必要手段：

（1）第四十五條（司法制度以及公共安全），

（2）第四十五條之一（殘障人士），

（3）第四十六條（供教堂、學校或授課使用而編輯），但不包括教堂使用，

（4）第四十七條（供學校電台播送），

（5）第五十二條之一（供教學或研究而向公眾傳播），

（6）第五十三條（供個人或其他自行使用而重製）

a）第一項，但限於以攝影或具類似效果之程序在紙張或其他類似媒介上重製，

b）第二項第一句第一款（供個人學術使用），

c）第二項第一句第二款連同第二句第一款或第三款（供個人檔案使用，但限於以攝影或具類似效果之程序在紙張或其他類似媒介上重製，或未追求直接或間接的經濟或營業目的），

d）第二項第一句第三款連同第二句第一款（供個人掌握廣播傳送著作上日常問題，但限於以攝影或具類似效果之程序在紙張或其他類似媒介上重製）及第二項第一句第四款連同第三句（供其他個人使用，但限於以攝影或具類似效果之程序在紙張或其他類似媒介上重製，或限於純粹以類比方式使用），

e）第三項（為學校上課、考試或國家考試而重製），

（7）第五十五條（廣播事業之重製）。

排除前述義務之協議，無效。

2.權利人違反第一項規定者，上述各條規定之受益人得請求提供實現各該規定權能所必要之手段。權利人提供之手段符合其與權利限制規定受益人達成之協議者，推定為充分。

3.在已依據契約使公眾依其選擇之時間及地點接觸著作或其他標的之範圍內，不適用第一項及第二項規定。

4.為履行第一項規定義務所採取之技術措施，以及為實現自願協議所採取之手段，享有第九十五條之一法律保護。

著作權法第九十五條之四則規定採用技術措施之人應清楚標示技術措施特徵及權利人商號與地址之義務：

1.以技術措施保護之著作或其他保護標的者，應清楚標示該技術措施之特徵。

2.以技術措施保護著作或其他受保護標的者，應標示該技術措施及其姓名、商號與地址，俾第九十五條之二規定之受益人對其行使請求權。第一句之規定不適用於第九十五條之二第三項規定之情形。

著作權法第一０八條之二（：不當侵害技術保護措施及權利管理必要資訊）以刑罰處罰規避技術措施之行為：

1.意圖為自己或第三人接觸或使用本法保護之著作或標的，未經權利人同意，規避有效技術措施‥而並非單純為行為人或與其有私人關係之其他人自己私人使用或與此種行為有關者，處一年以下有期徒刑或罰金。

2.意圖營利，違反第九十五條之一第三項製造、進口、推廣、銷售或出租系爭設備、產品或組件者，依前項規定處罰。

3.以犯第一項之行為為常業者，處三年以下有期徒刑或罰金。

此外，著作權法第一一一條之一對可協助規避技術措施之前置或準備行為以及不提供例外規定受益人必要手段之權利人處以下行政秩序罰：

1.違反下列規定之一者，違反行政秩序：

（1）違反第九十五條之一第三項

a）銷售、出租或向與行為沒有私人關係之人推廣系爭設備、產品或組件，或

b）意圖營利，持有、為銷售或出租而取得系爭設備、產品或組件或提供服務，

（2）違反第九十五條之二第一項第一句不提供必要手段，或

（3）違反第九十五條之四第二項第一句不在或不充分在著作或其他保護標的上標示。

2.違反第一項第一、二款之違反行政秩序行為，處五萬歐元以下罰鍰，其餘處一萬歐元以下罰鍰。

依據資訊社會著作權規範法第六條第二項規定，前述著作權法原則上自本法公布之日起生效，但第九十五條之二第二項、第九十五條之四第二項、第一一一條之一第一項第二、三款則有一年緩衝期，供權利人與受益人達成協議或為必要之標示，而自 2004 年 9 月 1 日生效。

貳、解析

本次修正並未大幅變動著作權法，而只是限於將世界智慧財產權組織前述二項條約及歐盟著作權調和指令之義務規定轉換成國內法，並且作一些必要的對應修正。因此此次修正並未行使歐盟著作權調和指令對會員國的授權規定（例如第六條第四項第二

段)，而留待日後充分討論後再作決定181。

一、保護技術措施不被規避或受到特定準備行為波及

第九十五條之一規定保護技術措施不被規避或受到特定準備行為破壞：第一項規定將歐盟著作權調和指令第六條第一項對有效技術措施之廣泛保護轉換為德國法，並以保護受著作權法保護之著作或其他保護標的為限，因此對不受著作權法保護標的所使用的技術措施，以及限制進入市場為唯一目的保護措施均不受本項規定之保護。

本項保護之技術措施不論其技術之種類，所以即使是以電腦程式加以執行之保護措施仍受到保護。第一項規定是以行為人有接觸或使用著作為目的之規避意思為前提，因此如果只是為了純粹科學目的進行的規避，並不被禁止[182]。

本條第二項是第一項用語之法律定義，並且為了達成歐盟著作權調和指令之調和目標，所以是密切沿用後者之用語。技術措施雖然可能被規避，但是仍然可以是一個有效的技術措施，否則一旦被規避，禁止規避之規定就無適用餘地。

本條第三項所稱之推廣（Verbreitung)，比著作權法第十七條限於有體作物之散布權 （Verbreitungsrecht）廣泛；其所稱服務包括教導他人如何規避。本條各項之措詞均有意避免“在文義上變得比歐盟著作權調和指令更密集”或加入歐盟著作權調和指令所

[181] Begründung Allgemeiner Teil, Abschnitt I, BT Drucksache 15/38, 15.
[182] Begründung zu § 95a, BT Drucksache 15/38, 26.

沒有的其他要件[183]。

若不是純為個人自己使用或與其有私人關係之人個人自己使用，而不法規避技術措施者，處一年以下有期徒刑或罰金，常業犯加重為三年（著作權法第一０八之二第一、三項）。在此本法秉持本法第十五條第三項界定「公開」時所要求的「個人關聯性」，排除在個人關聯性之下為個人自己使用而規避技術措施之行為的刑事責任，以避免廣泛發動刑事程序從事效果有限的追訴行動以及違反比例原則（因為必須搜索住家），同時並不影響著作權人可對規避人主張的民事請求權（例如損害賠償與不作為請求權）[184]。

違反第九十五條之一第三項之行為，若是意圖營利而製造、進口、推廣、銷售或出租規避設備、產品或組件，則因不法內涵較高，亦可處一年以下有期徒刑或罰金，常業犯加重為三年（著作權法第一０八之二第二項）；若是銷售、出租或推廣規避設備、產品或組件，或意圖營利而持有、為銷售或出租而取得規避設備、產品或組件或提供服務，則因不法內涵較低，僅處五萬歐元以下罰鍰（著作權法第一一一條之一第二項）。

二、確保著作權例外規定之實現

在此次修法前行之有效的著作權限制規定在類比領域之著作權人及公眾間構成平衡體系，但是在第九十五條之一對技術措施授予廣泛而且大幅包括前置階段之保護同時，如果不能保障權利限制規定之受益人有效行使其使用權，此項平衡在數位環境中將陷於險境，因此德國著作權法依據歐盟著作權調和指令第六條第

[183] Begründung zu § 95a, BT Drucksache 15/38, 26.
[184] Begründung zu den Nummern 38 und 42 （§§108b, 111a）, BT Druchsache 15/38, 29.

四項第一段規定第九十五條之二，以確保特定著作權限制規定之受益人的使用權，但限於以攝影或具類似效果之程序在紙張或其他類似媒介上重製。

至於供個人目的重製錄音物及錄影物之權利限制，是否應納入使用技術保護措施之人提供必要手段的義務中，則是留待自2003 年 9 月開始的下一階段著作權法修法工作（俗稱「第二籃」zwiter Korb）解決，對此已有學者抱持肯定見解[185]。

著作權法第九十五條之二第一項並未指明使用技術保護措施之人應以何種方式提供必要手段，以適應未來技術的發展，所以各種差異極大的方式都可能被允許，例如提供受益人一次或多次克服技術措施的解密資訊，或授權受益人團體重製並自行再分配給個別受益人，或提供受益人經由全然獨立之途徑（例如網際網路下載），以其需要之形式取得重製物。但是不可以提供已過時或尚未普遍之手段，或需要投入相當額外支出才能使用的手段[186]。

為了確保著作權法的保護體系，著作權法第九十五之二第二項並沒有授予受益人自救權（Selbsthilferecht），亦即並不允許受益人逕行規避技術措施，而只授予個別受益人可對權利人主張的民事請求權[187]，但是考慮到民事請求的一般訴訟風險以及可觀的費用及時間的延宕，德國立法者在資訊社會著作權規範法第三條一併修正不作為訴訟法（Unterlassungsklagengesetz），增加以團體訴訟行使前述民事請求權的規定。

---

[185] Lauber/ Schwipps, aaO., 300.

[186] Begründung zu § § 95a, 95b, 111a, BT Drucksache 15/38, 27.

[187] Begründung zu § § 95a, 95b, 111a, BT Drucksache 15/38, 27.

著作權法第九十五之二第三項轉換歐盟著作權調和指令第六條第四項第四段之規定，使得在已依據契約使公眾依其選擇之時間及地點接觸著作或其他標的之範圍內，排除權利人依本條第一項提供必要手段之義務，以及排除受益人依本條第二項請求提供必要手段之權利。此項特別規定僅適用在具體依據契約使公眾依其選擇之時間及地點接觸著作或其他標的之範圍內，而不適用互動銷售以外其他的銷售方式[188]。

三、權利人負標示義務

著作權法第九十五條之四課予使用技術措施之權利人二種標示義務：

1.保護消費者及正當競爭之標示義務

相關大眾決定是否購買或使用著作物時應獲得充分必要資訊，才能作出理性選擇（因此才符合正當競爭）。例如在錄音物及錄影物的情形，消費者多會期待能夠重製此著作物，而且可以在市面上常見的各種播放機器不斷播放。因此，權利人應以標示方式告知消費者其是否採取技術措施、此種措施有何特性、會對著作之使用有何種限制，供消費者判斷是否以及以何種價格購買著作物，這就是著作權法第九十五條之四第一項的立法目的。不過，違反本項標示義務並沒有行政罰，這點與下述之標示義務不同。

[188] Begründung zu § § 95a, 95b, 111a, BT Drucksache 15/38, 26-27.

2.協助例外規定受益人之標示義務

著作權法第九十五條之二第二項雖然授予例外規定受益人得向權利人請求提供必要手段之權利，但是若受益人無法取得與採行技術措施之人及該技術的相關資料，將難於行使此項請求權，因此著作權法第九十五條之四第二項要求標示此類資訊[189]。若有違反，不標示或不充分標示此類資訊，依著作權第一一一條之一第一項第三款及第二項將處一萬歐元以下罰鍰。

惟目前德國並沒有相關的訴訟案件可供參考。

[189] Begründung zu § 95d, BT Drucksache 15/38, 28.

第四章　我國著作權法科技保護措施規範之檢討

第一節　前言

我國為因應已加入 WTO，並使我國著作權法制能符合國際規範，智慧財產局早已提出著作權法部份條文修正草案，欲將 WIPO 條約中的相關規定落實在我國著作權法之中，並擬增訂科技保護措施及電子化著作權權利管理資訊保護規定。

在科技保護措施規定方面，行政院九十二年修正草案在第三條增訂第十七款，規定科技保護措施係「指著作權人所採取有效禁止或限制他人擅自進入或利用著作之設備、器材、零件、技術或其他科技方法。」若有違反之行為，依草案第九十六條之一，可以處一年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣二萬元以上二十五萬元以下罰金。

針對科技保護措施之規範，既然這已經是 WIPO 既定供會員國遵循之國際法規，我國當然也應該予以遵守，並不因為是所謂履行會員國之國際義務，最主要是因為，我國在頻繁的國際貿易以及電子商務的線上交易中，完全不能夠自外於國際社會的規範，譬如當初在電子商務交易中，我國於尚未制訂電子簽章法時，國外就曾經在評估台灣之法制是否完備時，將此作為對我國不利之貿易評估，可見與國際間同步之法制的重要性。

但民國九十二年七月總統公佈修正之著作權法，在之前九十二年立法院三讀時，將行政院之科技保護措施相關規定草案條文悉數刪除，因經立法院審議後，立法委員認為剛通過的刑法電腦犯罪專章已經可以涵蓋科技保護措施，因此僅通過電子化著作權權利管理

資訊保護規定，其理由是我國刑法已有規範。

因我國刑法在民國九十二年六月二十五日修正通過之條文，其中第三十六章妨害電腦使用罪之內，第三五八條規定：「無故輸入他人帳號密碼、破解使用電腦之保護措施或利用電腦系統之漏洞，而入侵他人之電腦或其相關設備者，處三年以下有期徒刑、拘役或科或併科十萬元以下罰金。」該三五八條之條文文字，既然規定破解使用電腦之保護措施，因此部分立法委員認為刑法既然已有規範，我國之著作權法當然就不需要再疊床架屋重複規定，因此，當時在立院時將著作權法修正草案之科技保護措施相關條款完全刪除，也使得是否應繼續訂定科技保護措施，有重加檢討的必要與價值。

基本上，針對此部分，立法委員可能有相當之誤解，蓋刑法三五八條所規定之破解使用電腦之保護措施，其構成要件之元素中，必須是無故破解使用電腦的保護措施，其保護之法益在於防止他人未經同意或授權，擅自破解電腦相關之防護，而最重要的，結果上必須是產生入侵到他人之電腦或系統，方屬構成要件該當，至於所破解之保護措施，則可能涵蓋電腦軟硬體之部分。

因此，針對其所破解之軟硬體相關保護措施，固然與著作權法之科技保護措施有若干少部分重疊，但著作權法修正草案之科保規範，其重點是在保護擁有著作法益標的所加在外層之防範措施，亦即著作權法之規範重點，是因為要保護著作權之標的，而例外延伸保護到外層權利人所加之科技防範措施（這部分本非受著作權法保護之標的），但它的結果，並非以違反者實際上侵害到該著作權標的本身，亦即只要有規避或破解科技保護措施之行為，即屬相當。

尤其是著作權之科保措施，並不需要以入侵他人電腦或相關設備

為條件，且就實際而言，侵犯到著作權科保措施者，理論上根本不需要有所謂入侵他人電腦或設備之情節，亦即違反者經常根本就只是在自己的電腦或網路上操作而已，由此觀之，著作權法之科技保護措施規範，與刑法第三五八條之規範內容，充其量只有若干少部分構成重疊，而這個重疊的部分，在法律上當然可依照刑法基本之法律競合概念處理，並不衝突；但是在其他部分，則完全無疊床架屋之問題。

換言之，如有人為相關著作標的內涵而破解他人之科保措施，但卻未入侵到他人電腦或設備，此時刑法即完全無適用之餘地，這個時候著作權法科保措施當然就會發揮一定的功能。總而言之，既然WIPO所規範之著作權科保措施之保護，已成為國際立法之必須遵從架構，我國身為WIPO之一員自無法倖免，因此，本研究報告認為，在國際立法趨勢及未來國際條約義務之下，我國著作權法當然還是必須將其納入，實不待言，重點是該怎麼訂的問題，在此吾人可首先觀照當初行政院之版本，然後再來檢討立法院所通過之版本。

當初行政院著作權法修正草案條文第八十條之一規定：「著作權人所採取禁止或限制他人擅自進入著作之科技保護措施，不得予以破解、破壞或以其他方法規避之。符合下列情形之一之設備、器材器材、零件、技術或資訊，不得製造、輸入、提供公眾使用或為公重提供服務：

一、主要供破解、破壞或規避科技保護措施之用者。

二、除前款用途外，其商業用途有限者。

三、為供破解、破壞或規避科技保護措施之用而行銷者。

前二項規定，於下列情形不適用之：

一、為維護國家安全者。

二、中央或機關所為之。

三、檔案保存機構、教育機構或供公眾使用之圖書館，為評估是否取得資料所為者。

四、為保護未成年人者。

五、為保護個人資料者。

六、為電腦或網路進行安全測試者。

七、為進行加密研究者。

八、為進行還原工程者。

前項各款之內容，由主管機關定之。」

上述修正草案之立法說明為：「

一、著作權人依本法享有著作權，但如其額外再採取科技保護措施保護其著作者，則除既有著作權保護外，再給予額外之保護。又此等保護究與著作權有別，爰增訂本條，明定科技保護措施受本法之保護。

二、第一項所謂之破解、破壞或以其他方法規避，包括將已鎖碼（encrypt）者予以解碼（decrypt）、將以混波（scramble）者予以解波（de-scramble），或於網際網路上，破解權利人所採行之註冊

制度及其他始原來有效之科技保護措施歸於無效之規避行為。又本項規定僅禁止對於著作權人所採取禁止或限制他人擅自「進入著作」之科技保護措施（access controls）之破解、破壞或以其他方法規避。至於破解、破壞或以其他方法規避著作權人所採取禁止或限制他人「利用著作」(例如重製、公開傳輸等著作權法所明定之利用行為）之科技保護措施（copy controls）行為，則不在本項適用範圍，應視其有無合理使用或是否構成侵害著作權而定期法律效果。

三、第二項係針對行為人本身雖無破解、破壞、規避行為，但對於促成、幫助他人達到破解、破壞、規避權利人所採行科技保護措施之行為，仍應加以禁止。本項僅適用於供他人破解、破壞或規避科技保護措施之情形，如係為供自己破解、破壞或規避者，應視其是否合於第一項規定情形而定其法律效果。又第二款所稱「除前款用途外，其商業用途有限者」，參考美國著作權法第一二〇一條第（b）項所述「有限的商業意義目的或使用（limited commercially significant purpose or use）」，係指除供破解、破壞或規避科技保護措施之外，一般消費者不致選購或作為交易客體者。

四、基於正當目的所為破解、破壞、規避科技保護措施之行為，應予許可，爰參照美國著作權法第一二〇一條之規定，於第三項增訂例外之情形，以平衡社會公益與著作權人間之關係。

五、關於科技保護措施之例外情形，第三項僅作原則性規定，其具體詳細內容則於第四項授權主管機關訂定。未來國人、產業、執行

之警察、檢查機關與法院等，均應遵守該命令之規定。」

從以上被立院刪除之行政院科保措施草案條文及立法說明，吾人可看出一些立法端倪，基本上，原來草案中之八項條款，係參考美國之立法模式，但問題是我國的法制與美國不同，前面已經分析過美國在 DMCA 立法規範內，因有所不足或必須因應新的技術或實際之社會需要，所以美國著作權局必須每三年檢討一次而隨時加以補充，這對我國立法技術而言，似乎有所困難，因我國著作權之修法在立院之程序上，相較之下無法像美國這麼靈活。

因此，原來草案中才授權主管機關，來訂定具體內容，以調整關於科技保護措施例外情形之內容，因為行政命令在我國法律體制下較為機動，且容易切合社會之實際需求，而且針對科技保護措施這麼科技化之內涵，當然是透過委任立法授權主管機關來作機動因應較為得宜！但問題是原來行政院草案之八項條款，既然必須訂在法條裡面，就我國之立法技術原則上，其文字當然必須講究推敲使其完備為佳。吾人可看出原來八項條款，是有若干待補充或加強之處。以下，茲先就前面各章所敘述之美國及德國相關之模式，再扼要的針對這個部分予以介紹。

壹、美國模式

由前述可知，美國著作權局 2000 年所提出豁免建議，根據 DMCA 的規定，並在舉辦公聽會與彙整各方意見後，US Copyright Office 於 2000 年 10 月發表「禁止規避接觸控制科技之著作權保護系統之例外規定」最終決定，建議國會對兩種特殊類型的著作排除反規避接觸控制條款之適用：一種為「由一連串被過濾器應用軟體所妨礙之網站所

構成之編輯物」；另一種為「文學著作，包括受接觸控制錯時所保護，因故障、損害或被淘汰而無法提供接觸之電腦程式及資料庫」。

所謂「由一連串被過濾器應用軟體所妨礙之網站所構成之編輯物」，指某些過濾軟體（filtering software）或阻絕軟體（blocking software）的軟體產品可限制使用者瀏覽某些網站。這些軟體產品包括由一連串被該軟體拒絕接觸之網站所構成之編輯物，家長或學校可利用這些過濾軟體限制其子女或學生瀏覽內含色情或暴力等不當資訊之網站，以免其子女或學生受到不良資訊之影響，並保護其隱私。

所謂「文學著作，包括受接觸控制錯時所保護，因故障、損害或被淘汰而無法提供接觸之電腦程式及資料庫」，此除外規定，係因當電腦軟體、資料庫或其他數位形式之文學著作物，其上之接觸控制保護措施無法正常運作時，為了被妨礙接觸該等著作之使用者，所訂之排除反規避接觸控制科技禁令之適用。

許多提案人皆以一種與軟體相互作用之硬體鎖（dongles）為例：使用 dongles 可以防止未經授權而接觸其所鎖住之軟體，然而一旦 dongles 因損壞或故障而喪失功能，使用者即無法再接觸受 dongles 所保護之軟體。在大部分的例證中，該軟體的製造者多半不會回應使用者所提退換或修復 dongles 之要求，反而可能要求使用者購買新的 dongles，或重新購買全套軟體封包。在某些案例中，該等產品甚至可能已經退出市場，使用者根本沒有退換或修補的機會。

而在第一次規則制定完成後，根據 DMCA 1201（a）（1）（C）的規定，美國著作權局從 2002 年 10 月 15 日就公告展開第二度三年一次的規則制定程序，著作權局一共收到了 51 個豁免類型的建議，也收到了 338 份贊同與反對這些建議的意見。最後，在分別於華盛頓與

洛杉磯舉行的公聽會後，在 2003 年 10 月 31 日公佈，從 2003 年 10 月 28 日起，至 2006 年 10 月 27 日止，科技保護措施將不適用於下列四種類型的反規避行為：

1. 由商業性過濾軟體所編輯的網路位址（Internet locations）名單，該名單的目的僅在於防止接觸網域、網站或部份網站內容，但此項豁免並不包括為了防止對電腦或系統的損害，或是單純為了防止接收電子郵件，而由電腦軟體所排除的網路位址名單。

   本項豁免規定與 2000 年的規範類似，但有所限制，最主要的限制，就是為了防止駭客發動攻擊或是電腦病毒的散播，而採用的防護軟體，例如防火牆或防毒軟體，以及為了防止垃圾郵件所採用的電腦軟體，雖然都有阻絕特定的網路位址的功能，某些也是具有過濾功能的商業性電腦軟體，但由於具有合法的目的（防止病毒、駭客與垃圾郵件等），因此特別予以除外，故使用人不得對此等電腦軟體所採行的接觸控制措施予以規避。

2. 電腦程式因硬體鎖故障、損壞與淘汰，而無法接觸該程式。此與 2000 年的豁免規定類似，但範圍有所限縮。原則上 2003 年的豁免規定，僅限於由於電腦硬體鎖損壞或故障，且此等硬體鎖無法修理或替換的情形才有適用。

   至於硬體鎖在何種情況之下可視為淘汰（obsolete），美國著作權局認為，只要該硬體鎖的替換或修理，在市場上無法合理的取得即可，以鼓勵業者能提供使用者合理的支援，因此根據此項豁免規定，使用人若因硬體鎖損壞或故障而無法接觸軟體時，且該硬體鎖無從修理或替換時，縱使採行反規避措施，亦不會違反 1201 條的規定。

3.電腦程式或遊戲軟體發行所用的格式已經淘汰（obsolete），但必須要使用原來的原始媒介或是硬體才能接觸。此項豁免規定是2003年新增規定，主要的考量點是因為許多電腦程式或是遊戲軟體所附著的磁片或是 CD-ROM 等，常常採行「僅限原版」（original-only）的接觸控制保護措施，也就是說雖可複製，但是重製物卻無法運作，而這種控制亦阻礙了將這些電腦程式或是遊戲軟體，從原有的媒介物轉存至新的儲存媒體之中。

4.以電子書（e-book）型式發行的文學著作，其所有的版本（包括被授權機構所採行的數位文字版本）均包括可防止電子書啟動讀出（read-aloud）功能的接觸控制裝置，因而防止銀幕讀取裝置以特定格式表現一定的文字。此項豁免建議之提出，最主要的原因，是因為透過基於接觸控制而發展的權利管理工具，電子書的出版商可以將電子書中的讀出功能解除，因此防止銀幕閱讀軟體（screen reader software）的啟動，進而防止他人接觸其內容。

貳、德國模式

德國著作權法第九十五條之二規定，權利人若依本法規定採取技術措施，應在下列任一規定受益人得合法接觸著作或受保護標的時，提供其得以使用各該規定之必要手段：

一、權利人若依本法規定採取技術措施，應在下列任一規定受益人得合法接觸著作或受保護標的時，提供其得以使用各該規定之必要手段：

1.司法制度以及公共安全（第四十五條）

2.殘障人士（第四十五條之一）

3.供教堂、學校或授課使用而編輯，但不包括教堂使用（第四十六條）

4.供學校電台播送（第四十七條）

5.供教學或研究而向公眾傳播（第五十二條之一）

6.供個人或其他自行使用而重製（第五十三條）

a）第一項，但限於以攝影或具類似效果之程序在紙張或其他類似媒介上重製

b）第二項第一句第一款

c）第二項第一句第二款連同第二句第一款或第三款

d）第二項第一句第三款及第四款各自連同第二句第一款及第三句

e）第三項

7.廣播事業之重製（第五十五條）

排除前述義務之協議，無效。

二、違反第一項規定者，上述各條規定之受益人得請求其提供實現各該規定權能所必要之手段。權利人提供之手段符合其與權利限制規定受益人達成之協議者，推定為充分。

第二節　行政院九十二年提交立院審議著作權法修正版本之檢討

在行政院於民國九十二年提交立法院審議的著作權法部分條文修正草案中，曾擬增加保護技術措施（該草案第八十條之一），綜合其內容有下列要點：

1. 禁止規避防止接觸著作之技術措施的行為—並不要求規避人有規避之認知（主觀認識），但並不禁止規避防止重製之技術措施的行為。

2. 禁止製造、流通主要供規避用的設備，並禁止提供他人規避技術措施之服務。

3. 若違反前兩項禁令，會產生防止、排除侵害以及損害賠償請求權等；違反第二項禁令者，更還要受到刑事制裁（一年以下有期徒刑、拘役或科或併科兩萬元以上，廿五萬元以下罰金。）

4. 明訂排除前述兩項禁令的八種例外情形：（1）為維護國家安全；（2）中央或地方機關所為；（3）檔案保存機構、教育機構或供公眾使用之圖書館，為評估是否取得資料所為；（4）為保護未成年人；（5）為保護個人資料；（6）為電腦或網路進行安全測試；（7）為進行加密研究；（8）為進行還原工程。

在掌握歐盟及德國法制之後，再比較上述立法草案，我國著作權法在增訂技術措施之保護規定時，至少應注意到：

壹、技術措施必須有效

無論 WCT、WPPT、歐盟著作權調和指令、德國以及美國著作權

法均要求著作權人採取的技術措施必須是「有效」，也就是足以達到保護目的，並不需要牢不可破或萬無一失。若欠缺此項「有效」要件，嚴格說應該並無技術措施可言。所以建議應確定地將「有效」作為技術措施的條件。

貳、釐清技術措施之保護與合理使用原則之間的關係

合理使用原則在民國八十七年修改著作權法第六十五條時，已成為著作權法各種具體例外規定之外（第四十四條到第六十三條），可再用來限制著作權的一般原則，正如最高法院 91 年台上字第 873 號判決所言：

舊法（指八十二年四月二十四日修正公布）有關著作財產權之限制（學理上所泛稱之合理使用）僅限於第四十四條至第六十三條規定之範圍，而第六十五條係為審酌著作之利用是否合於第四十四條至第六十三條規定所訂定之判斷標準。惟著作權利用之態樣日趨複雜，舊法第四十四條至第六十三條規定之合理使用範圍已顯僵化，無足肆應實際上之需要，為擴大合理使用之範圍，新法（指八十七年一月二十一日修正公布）將本條修正為概括性之規定，即使未符合第四十四條至第六十三條之規定，但如其利用之程度與第四十四條至第六十三條規定之情形相類似或甚至更低，而以本條所定標準審酌亦屬合理者，則仍屬合理使用。

我國立法在引進技術措施之保護規定時，自然仍有必要就此保護規定設立例外規定，但是必須明確規定的是，此種例外規定是否是窮盡規定，而不允許再援用一般的合理使用原則作為抗辯，以杜爭議。不過鑑於未來產業商業模式的不確定性，並不適合採窮盡規定的立法。

此外，該等例外規定之受益人是否可以逕行規避該技術措施而接觸受該措施保護之著作，或只能向著作權人請求提供規避之協助，不無討論空間。對此，德國著作權法第九十五條之二第二項採取後者的立場，但是本研究報告認為，合理使用的精神，就是受益人可不待權利人許可而使用著作物，所以應該允許例外規定的受益人逕行規避，爭取時效。

參、課著作權人相對義務

未來著作權人對著作的控制將更加有效、甚至絕對，因為著作權法在既有著作權保護外，對技術措施給予額外保護，而且技術措施不斷改進精良，如此會造成著作權法許多例外規定無法實現，相關的交易條件將趨於不透明。為避免此種弊端，德國著作權法在歐盟著作權調和指令的授權下課予著作權人相當義務（第九十五條之四），值得借鏡。我國未來立法可考慮課予著作權人下列兩種義務，並對違反此兩種義務的行為一律處以行政罰鍰，借國家高權作為引導公共意見重視著作權利益的平衡：

一、提供必要手段之義務

如上所述，不論未來著作權法如何劃定技術措施之保護的例外規定，均應允許例外規定受益人逕行規避技術措施，不用先向權利人請求許可，但是因為並不是每一個受益人均具備規避技術措施所必要的技術能力，所以還應課予權利人提供規避必要手段之義務，以及授予例外規定受益人要求權利人提供規避必要手段之權利。

二、標示之義務

著作權人若採取技術措施保護其著作物，必然會影響到著作物使用人使用該著作物的能力，進而連帶影響其是否購買或使用該著作物的意願，因此為提升交易內容的透明、保護消費者以及維護市場的正當競爭秩序，應仿效德國著作權第九十五條之四的規定，要求著作權人明確標示其採行何種技術措施以及該措施之特徵（尤其是對使用的限制）。此外，還應該課予著作權人標示例外規定受益人行使提供必要手段請求權時所需要的資訊，例如著作權人姓名、商號及地址，以加速受益人自例外規定獲益。

肆、制定嚴謹的刑事責任要件

依據行政院提出的著作權法部分條文修正案第八十條之一及第九十條之一，凡是擅自規避禁止接觸之技術措施、製造流通相關設備或提供相關規避服務，就可處一年以下有期徒刑、拘役及（或）二萬元以上、廿五萬元以下罰金，不論行為人是否有規避之認知或圖利的意圖，曾有學者認為，處罰的要件似乎較為寬鬆。

因為相較之下，美國著作權法第 1204 條第（a）項的刑責是以規避是「明知而且為商業利益或個人財物所得目的」為構成要件，而德國著作權法第九十五條之一第一項以及第一 0 八項之二，僅以刑事責任處罰個人使用以外的規避行為，以及「意圖營利」的製造流通相關設備或提供相關迴避服務的行為（二者均以規避人有規避之認知為前題）。

所以有論者以為，我國立法應該制定嚴謹的刑事責任要件，明確要求規避行為人主觀認知之要件，不處分為個人使用目的而規避禁止接觸技術措施的行為（事實上，此種行為根本無從調查），

而只處分「意圖營利」而製造、流通相關設備或提供相關迴避服務的行為，然而，這樣的看法，在比較美國與德國的法律體系時，或有意義，但基於我國的法制，意圖營利在實務上已經產生了很多問題，因此這個部分必須要另外計議（詳後述）。

第三節　我國著作權法立院通過修正版本之解釋與適用

關於行政院九十二年著作權法修正版本，並未通過已如前述。但於民國九十三年八月二十四日時，立法院卻意外的將科技保護措施之條款納入立院議程，並經立院三讀通過，只不過已將科技保護措施乙詞，改為防盜拷措施。

首先，關於刑法三五八條規定與防盜拷措施之間的關聯，在本次立院通過之條文立法理由中，講的非常明白，而且立論清楚，其認為依立法文獻，增訂立法理由中特別說明：「

1.該刑法條文僅適用於「狹義之電腦犯罪」，即專指以電腦或網路為攻擊對象之犯罪。不適用於廣義之電腦犯罪（廣義之電腦犯罪指凡犯罪之工具或過程牽涉到電腦或網路，即為電腦犯罪）。

2.刑法立法之目的在「確保電腦系統之安全性」，與著作權法中規範防盜拷措施機制係在保護著作權之目的無關，刑法立法理由說明：電腦系統遭惡意入侵後，系統管理者須耗費大量之時間人力檢查，始能確保電腦系統之安全性，此種行為之危害性應已達科以刑事責任之程度，為保護電腦系統之安全性，爰增訂刑法本條條文。

3.刑法條文犯罪構成要件有「入侵『他人』電腦或其他相關設備」之限制，其立法理由對此「他人」特別加以說明與強調，電腦系統之所有人與使用人並非限於同一人。

惟刑法第三百五十八條並不足以因應「防盜拷措施」相關問題，理由如下：

一、刑法第三百五十八條僅規範無故入侵「他人」「電腦或其相關設備」之行為，不及於：

1.進入「自己」之電腦或其相關設備，及

2.進入與電腦或其相關設備無關之媒介、設備，與

3.製造、販賣破解防盜拷措施之器材、零件、技術、資訊與提供破解服務等之行為。

二、具體舉例如下：

1.一本書（含語文著作等）採取防止影印之防盜拷措施，使影印機無法影印，但行為人製造專門破解之影印機，使著作權人所採取防止影印之防盜拷措施歸於無效；

2.一片光碟（含語文、音樂、錄音、視聽、電腦程式等著作）採取防止盜拷之措施，使燒錄機無法燒錄，但行為人製造專門破解之燒錄機，使著作權人所採取防止盜拷之措施歸於無效；

3.一個隨選電視服務系統採取收視控制之措施，使未付費的家庭無法收視，但行為人專門提供破解之服務，使未付費之家庭亦得收視。

4.網際網路線上電影院採取鎖碼措施，未付費者因無密碼無法任意進入，但行為人在網路上公布密碼，使任何人均得進入自己之電腦免費看電影。

以上情形，或未涉及刑法「侵入電腦或其相關設備」、或行為人

所侵入者為自己之電腦，非他人之電腦，或係提供他人破解服務與器材，不符刑法第三百五十八條之構成要件，無法適用，但依防盜拷措施之立法精神，此等措施只要構成要件符合，均可、均應受到保護。質言之，刑法第三百五十八條駭客處罰條款，無法替代著作權法防盜拷措施規定。各國也未因在其刑法中有電腦犯罪相關處罰條文，即不於其著作權法中規範「防盜拷措施」機制。」

新修正通過之條文，對於防盜拷措施，將其定義為防盜拷措施：「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」(詳參新修正條文第三條第一項第十八款)，基本上，這個定義比起本研究前述之各國立法例，尚屬符合國際的趨勢，不過國際各國間對此立法本來就比較廣泛。

其次，針對防盜拷行為之禁止態樣，新修正通過之著作權法，將其規定為：「著作權人所採取禁止或限制他人擅自進入著作之防盜拷措施，未經合法授權不得予以破解、破壞或以其他方法規避之。破解、破壞或規避防盜拷措施之設備、器材、零件、技術或資訊，未經合法授權不得製造、輸入、提供公眾使用或為公眾提供服務。前二項規定，於下列情形不適用之：

一、為維護國家安全者。

二、中央或地方機關所為者。

三、檔案保存機構、教育機構或供公眾使用之圖書館，為評估是否取得資料所為者。

四、為保護未成年人者。

五、為保護個人資料者。

六、為電腦或網路進行安全測試者。

七、為進行加密研究者。

八、為進行還原工程者。

九、其他經主管機關所定情形。

前項各款之內容，由主管機關定之，並定期檢討。」(詳參著作權法第八十條之二)。

從此規範之行為態樣中，可知原則上立法院所修正通過之版本，顯係參照本研究案前所述之美國立法模式。對照美國 DMCA 1201(d)至 1201（j）所規定之豁免條款中，我國新修正條文就第三款檔案保存機構、教育機構及公眾使用之圖書館、第四款保護未成年人、第五款保護個人資料、第六款進行安全測試、第七款進行加密研究、以及第八款進行還原工程，均為上述美國 DMCA 1201（d）至 1201（j）之內容，其中稍有差異者，為美國 DMCA 第 1201（e）所規定之法律執行與情報蒐集之免責規定。

此係因我國立法院參酌到國情、法律制度及社會現象之不同，乃將修正草案提升為為了保護國家安全，因為國家在行政上，針對國家安全利益攸關之事項，當然可以作必要的破解或規避，這是因為牽涉到公共利益的考量，所以有此條款之規定。其次，針對國家施政之需要，不論是中央或地方機關，為了行政目的，在推動公共行政事務的過程中，當然也可能有必須去作破解或規避之可能，以提供公眾大眾利益之目的所推行，因此，在第二款內，我國修正草案特別加上中央

或地方機關所為者，亦可豁免。除此以外，其餘皆與美國 DMCA 法律相似。

另需進而強調的，同樣在公的領域，針對資訊檔案的保存、以及教育目的所需、甚至是供公眾使用之圖書社教機構，在評估是否取得資料時，也有可能會去針對保護措施為破解或規避，此時基於公共利益之目的，同樣必須加以豁免。另外，就父母或相關人士，為了保護未成年人，在成長過程中身心健康之需要，也有可能會針對保護措施進行破解或規避，此時因為是為了保護未成年人之目的，法理上當然也有予以豁免之必要。至於維護個人資料，這個部分世界各國針對相關之隱私權至為重視，因此如有保護措施會對於個人資料之隱私有所探究或侵犯，則針對維護個人資料之保護目的，當然也應該容許，得以就該保護措施進行必要之規避或破解，此亦為其豁免之理由。

再者，為電腦網路進行相關之安全測試，此為電腦或網路基於技術安全之需要而有所需求，此在各國技術發展皆然，故也有予以加以豁免之必要。至於還原工程，我國著作權法雖未對其予以相關規範，但我國營業秘密法當初制定之立法理由中，已點出還原工程並不具當然違法性，而在美國的案例當中，在一定的範圍及特定目的之下，進行還原工程並非一定可構成著作權之侵犯，美國眾多案例亦認定其屬合法，尤其在業界或技術發展單位，還原工程之進行已屬平常，因此，基於此理由，也有必要予以加以豁免。

針對以上之規定，我國立法機關為恐不夠周延，特地授權主管機關，以委任授權立法之方式，賦予主管機關權限，來制訂其它為因應社會需要之豁免情形，此一規定比起其他國家之法律，當然就比較有彈性，以符合社會公眾之需要；此外，立法機關更進一步的賦予主管機關權限，就前述第一至第九款內容來訂定應有之內涵，並定期檢

討，以因應科技社會之下之變動及產生之需求，此當然是屬於進步的立法。

針對此，立法院通過版本之立法理由中說明：「增訂第一項第十八款，界定「防盜拷措施」之定義，說明如下：按世界智慧財產權組織著作權條約（WCT）第十一條及世界智慧財產權組織表演及錄音物條約（WPPT）第十八條要求對於防盜拷措施必須給予適當之法律保護及有效之法律救濟，爰參考上開條文、歐盟二〇〇一年著作權指令第六條、美國著作權法第一二〇一條、日本著作權法第二條第一項第二十款及韓國線上數位內容產業發展法第十八條及電腦程式保護法第三十條規定，除配合增訂相關條文外，並於本款先予定義。」

另外，針對八十條之二，立法理由則認為：「按著作權人依本法享有著作權，但如其額外再採取防盜拷措施保護其著作者，則除既有著作權保護外，宜再給予額外之保護。又此等保護究與著作權有別，爰增訂本條，明定防盜拷措施受本法之保護。」

關於我國新通過防盜拷措施之條文中，有下列數點值得吾人深入探討：

壹、關於防盜拷措施之名稱

九十二年行政院提出之版本，使用的名稱為科技保護措施，依照本研究前面所顯示，在各國立法例中，WIPO 條約稱技術保護措施（Technological Measures），美國 DMCA 稱反規避條款（Anti-circumvention）（但另有美國學者因為反對科技保護措施之立法，將科技保護措施稱為「超著作權」（Paracopyright）），日本稱技術保護措施，以上均屬於中肯之用詞。我國行政院著作權法修正草案版本將 anti-circumvention 翻為「科技保護措施」，不過美國法的規範與

限制內容，都較著作權法草案中有關科技保護措施的規範為廣，兩者在實質上與內容上均有不同。

但立法院現在通過之名稱，將我國用詞改稱為防盜拷措施，從中文之字義而言，予人有刻意限縮之感覺，因為即使如主管機關當初所提出之草案版本時，都一再強調，保護措施係分別針對 access control 以及 copy control 二個層面，也許 copy control 的部分，在文字裡面含有防盜拷之意，但針對科技保護措施中，最重要之 access control，基本上它可以是和盜拷無關的事項，也就是說，只要逾越 access 的接觸控制，就應該構成侵犯著作權保護措施，至於其後是否進行拷貝，完全是另外一項議題，故命名為防盜拷措施，反而不能夠從字面上看出其內的涵義，不過，既然它的定義已經在第三條第一項第十八款出現，所以在解釋上尚不成為問題。

不過值得觀察且可能轉變成問題的是，當立法者以防盜拷措施來替代科技保護措施時，從立法文字用語的詮釋當中，可能會針對新修正通過版本，在實際應用中，衍生出立法目的所欲涵蓋範圍以外及規範行為之解釋的問題，此涉及稍後所要探討關於禁止行為構成要件認定之重要議題，例如某人所採取之行為是否必須以積極的作為為限，還是包括消極的作為但仍然可以達到規避的結果，亦屬之，因論者以為，既然稱為防盜拷措施，則該破壞防盜拷措施的行為本身，必須就應該是違法的，而在一般智慧財產權領域中，理論上，違法的行為當然必須是積極的行為，至於單純的「純正不作為」，應該不在其內，關於這個部分稍後再討論。

貳、關於無著作權之防盜拷措施

著作權之科保措施規範，既然是在保護權利人加在著作標的外層

之措施，在邏輯上，就必須探究實際上是否有著作內涵標的保護之前提存在為必要，因此，如果著作權保護標的已不存在，則其外加之科技保護措施本身，即失所附麗，毫無保護之必要！從這個觀點而言，對於不受著作權保護之內涵、超過著作權保護期間之標的、社會上所共知之公益共享/公共所有（public domain）、以及著作權人拋棄著作權之標的等等，此時這些標的外層之科技保護措施，就應該沒有保護的必要。

因此，這個部分在當初修正條文第八十條之一的文字中，已加以考量，並開宗明義予以揭櫫，將法條文字規定為：「著作權人所採取之措施……」。因此，既然是所謂著作權人，當然針對公共所有、著作期限屆滿、或著作權人已拋棄著作權等等情形者，自然就不屬於本法所欲保護之對象。但針對此，也會使人考慮到著作人格權的問題，因為針對著作人格權人是否也可主張防盜拷措施之規範，但是著作人格權本身並無所謂之屆滿期限，故就此問題似乎值得再進一步探討（詳後述）。

參、關於著作權人之涵義及範圍

依新修正通過之第八十條之二規定，必須是著作權人所採取之措施，此處立即出現一個問題，何謂著作權人？基本上，它可能有一些解釋的問題，因為著作權法第三條第一項第二款規定，著作人是指創作著作之人，而同條項第三款規定，指因著作完成所生之著作人格權及著作財產權，從法理探討的角度而言，著作權人在我國法律體系中，基本上當然可包括著作財產權人及著作人格權人。

然而，吾人從八十條之二修正案的歷史沿革中，還看不出這一方面的討論，但如果對照著作權法第八十條之一，有關權利管理電子資

訊之規範，一樣是明言規定所謂著作權人，因此，法律上八十條之一及之二在理論上應該是有一致性的解釋，八十條之一所規範之著作權權利管理資訊，在第三條的定義中，包括有著作人、著作財產權人及被授權之人，範圍似乎比較廣，吾人認為八十條之二似應予以準用，但是在立法技術的文字上，將來這個部分也許應該再作文字上的修正。

然而，如果從深一層的觀點作思考，如有人逾越、規避、破解或甚至破壞該保護措施，他的目的當然是要去接觸該著作，甚至可能進一步去作拷貝等行為，此時其行為對於著作人格權這一方面屬於精神狀態層面的規範，似乎看不出有任何侵犯的地方。當我們在探討科技保護措施或防盜拷措施時，都知道它是將著作權的保護，從一個住宅的房子（著作權）往外延伸到通到該住宅外圍之柵欄，以防止他人之接觸及使用，這些行為的可罰的違法性，從著作權法第三節第十五條至十七條著作人格權的規範，關於公開發表權、姓名表示權、以及同一性保持權等，似乎均無涉。

因此，如從財產權與人格權的立法區別來看，似乎不應該包括人格權的部分，但是如果從與八十條之一體系對照之規範的角度來看，似乎又沒有將人格權排除的必要。基於國外，特別是美國，對人格權完全不在意的情況下，自然無法取得根據，但美國學者 Jane C.Ginsburg 教授認為，在美國著作權法下，著作權人所享有之權利”係指傳統著作權法制下，著作權人所專有重製、散布，公開發表、公開展示及公開傳播等權利(參本研究註釋第 17)，似乎將人格權排除。反觀日本著作權法第二條第二十款規定，似乎又包括了著作人格權，基於上述，本研究報告傾向暫不涵蓋著作人格權，至於其與權利管理電子資訊間，欠缺法律體系的完整性之問題，則係因著作權法第三條第一項第十七與第十八款定義尚有所別而導致。

再者，在談到著作權人的問題時，似乎不能不提關於授權的情形，也就是說著作權人將一項著作授權予他人使用，則該被授權人如果採取了防盜拷措施，他是否也屬於著作權人。關於這一點，從法條文義上來看，表面上當然並不包括被授權人，但實務上既然被授權人取得授權，而去使用他人之著作財產權時，經常也可能會採取這一方面的保護措施，因此，被授權人在其所採取之措施，遭他人破解、破壞或規避時，可否採取法律行動主張權利？

針對此，類似的問題為，被授權人所行使之著作財產權，如遭他人侵害時，可否自己主張權利？基本上是不可以，因為依據著作權法第三十七條第四項規定：「專屬授權之被授權人在被授權範圍內，得以著作財產權人之地位行使權利，並得以自己名義為訴訟上之行為。著作財產權人在專屬授權範圍內，不得行使權利。」換言之，在一般著作財產權侵權行為發生時，單純的被授權人不得直接行使權利，而仍然必須應由著作權人來主張或提出訴訟；只有在專屬授權之被授權人，才可以於其授權範圍內，以自己名義來提出訴訟行使權利。

比照同一法理，在新修正著作權法之下，既然破解、破壞或規避防盜拷措施，也是一種侵害著作權的行為，因此，三十七條第四項之規定，法理上也應該要一體適用才是，亦即如果是被授權人採取防盜拷措施，則其尚不得以自己名義來提出訴訟，而仍必須由著作權人提出；若是由專屬被授權人所採取之防盜拷措施，則基於三十七條第四項之規定，即可獨立行使權利。

肆、關於所謂著作權人所採取之措施

新修正著作權法第八十條之二，規定必須是由著作權人所採取之防盜拷措施，但何謂「採取」，值得進一步探討。理論上，該防盜拷

措施，當然不必是由著作權人自己所設計或製造出來，在實務上，經常可能是由著作權人委託其它軟硬體公司之廠商，為其設計提供該措施，因此，防盜拷措施是否由著作權人自己所製造或產出，在所不問。

因此，只要由著作權人基於合約的關係，不論是買賣、委託設計、開發、加工均在其範圍內；而且著作權人與第三者提供之關係，也不需要是民法上嚴格的有名契約，即使沒有合約關係，但只要有意思的聯絡或表達類似相關的意願即可（不只是合約，合作或其它情形均屬之），亦即，不論該防盜拷措施是基於何種情況下產出，只要經過著作權人同意採取——不論是事前或事後同意，均在所不問，而可構成所謂之採取，至於著作權人與該第三人之間，法律上係屬有償或無償關係，亦在所不問，均可構成。

質言之，防盜拷措施如係由著作權人自己所製造，自然該當於其範圍內，如果由第三人所提供的話，只要在其之間有一項最低度的關聯性即可（即使是默示同意亦可涵蓋在內）。從以上的情況看，除非是有人在著作權人完全不知情的情況下，單方片面的提供防盜拷措施時，似乎才不屬於八十條之二所認定之著作權人的範圍內。

伍、關於所謂未經合法授權

在行政院九十二年提出之修正草案版本中，並無類似文字，這次立法院特別將條文內增加「未經合法授權，不得予以破解、破壞……」，這裡可能產生的問題是，何謂授權？如細繹立法院通過之條文，可發現其本意在於，如果經過權利人同意，則不屬於所謂之侵害行為，也就是說該授權二字比較傾向於所謂之「同意」而已。然而，授權二字，在著作權法之下，很清楚的是指將著作權人所專屬之各項著作財產權，授予他人使用（詳參著作權法第三十七條之規定）。

因此，立法委員既然用了授權二字，立即令人聯想到的是：第一，立法者是否有意創立科技保護措施之破解/規避之專屬權？而該等專屬權，在體系上是否亦可能納入著作權法第二十二條以下財產權之種類？針對此點，本研究報告認為，不應拘泥於概念法學上法條文字之狹意解釋，因為基本上，防盜拷措施制度之規劃設計，主要目的在於「防弊」，而較無「興利」之性質，與著作權法第二十二條各項可授權他人實施之著作財產權，法律性質上有間，故吾人只須考量立法者的真正用意，只是在取得著作權人之同意而已，並非在創設法定之專屬權限，不是新增之權利，但確是一種保護機制給予額外之保護，而不需要將其複雜化。

陸、關於防盜拷措施之適用內涵有無目的限縮解釋之空間

本次立法院所通過之條文第八十二條之二係規定：「著作權人所採取禁止或限制他人擅自進入著作之防盜拷措施，未經合法授權不得予以破解、破壞或以其他方法規避之。破解、破壞或規避防盜拷措施之設備、器材、零件、技術或資訊，未經合法授權不得製造、輸入、提供公眾使用或為公眾提供服務。」在行政院九十二年所提出之修正版本草案中，規定的條文為：「著作權人所採取禁止或限制他人擅自進入著作之防盜拷措施，不得予以破解、破壞或以其他方法規避之。符合下列情形之一之設備、器材、零件、技術或資訊，不得製造、輸入、提供公眾使用或為公眾提供服務：一、主要供破解、破壞或規避防盜拷措施之用者。二、除前款用途外，其商業用途有限者。三、為供破解、破壞或規避防盜拷措施之用而行銷者。」

以上二相對照之下，可以發現本次立法院所三讀通過條文中，很明顯的將防盜拷措施之內涵予以擴大。簡而言之，當初行政院所提出

之版本中，之所以將本法所欲規範之防盜拷措施，將其目的限縮在「一、主要供破解、破壞或規避防盜拷措施之用者。二、除前款用途外，其商業用途有限者。三、為供破解、破壞或規避防盜拷措施之用而行銷者。」最主要的理由是：第一、這是國際立法趨勢，不論是歐盟指令或美國 DMCA 法，都有類似限縮的目的用語，在歐盟著作權指令第六條第二項規定：

Member States shall provide adequate legal protection against any activities, including the manufacture or distribution of devices, products or components or the provision of services, carried out without authority, which:

a ） are promoted, advertised or marketed for the purpose of circumvention of, or

b）have only a limited commercially significant purpose or use other than to circumvent, or

c ）are primarily designed, produced, adapted or performed for the purpose of enabling or facilitating the circumvention of, any effective technological measures designed to protect any copyright or any right related to copyright as provided by law or the sui generis right provided for in Chapter III of European Parliament and Council Directive 96/9/EC.

另外，在美國 DMCA 法第 17 章 U.S.C. 1201（a）（2）或 1201（b）（1）規定：

No person shall manufacture, import, offer to the public, provide, or

otherwise traffic in any technology, product, service, device, component, or part thereof.

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

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

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

從以上可知，不論是美國或歐盟的規範，很明顯的都將科技保護措施，會構成侵害的客體用途加以限制，簡言之，就是主要供破解之用、此外，商業用途有限、而且必須是為了作行銷等商業用途，因此，當初行政院草案的版本，是非常正確的規定，但不知為什麼，這次在立法院三讀通過的條文，竟然將這三項限制全部拿掉，此誠令人驚訝！

因為早先於九十二年立法院之所以不想通過它，部分原因是因為擔心影響到我國產業的發展，而課予過多的負荷，但現在通過的條文，卻又將應當緊守住的條件予以放鬆，導致其適用的範圍會擴大，這反而才不只對產業界、甚至對使用者都可能產生重大衝擊，立法院的修正，真可以說是過猶不及，令人遺憾！

吾人茲舉一例即明，今企業界有廠商開發出一項產品，該產品透過科技應用的結果，的確會產生破解或規避他人防盜拷措施之結果，但是實際上該產品可以提供許多其它不同的用途及功能，而之所以會產生破解規避之情形，只不過是它其中的一項附帶的甚至不是主要的用途，此時在世界上其他的國家都不會構成侵害，但是在我國的立法文字下，就有違法的危險！

其次，上述之產品，除了破解或規避的用途外，該產品本身就能夠提供別的不同之商業用途，而不是指單靠該破解或規避之特點，在市場上得以暢銷大賣，在這個時候，也一樣構成違法的危險；尤有甚者，該產品如果根本沒有供行銷或廣告促銷，在國際上也同樣不會變成是違法的行為，但是在我國法制之下，卻都有可能變成侵權，因此立法院這次通過的版本，實在可說是錯的離譜！更反應出我國立法品質之低落，特別是在行政部門之建議草案版本，有這三種目的限制的文字下，立法院竟仍然予以修改，將來在解釋上，如有人刻意主張是立法者有意刪除或省略該等文字，則法律上將完全產生不同的效果。

針對此點，本於國際之間共通之立法趨勢，實在不得不進行若干補救的作法，因為基本上，我國當然不可能制定一項比國際間其他國家還要嚴酷的法律，因此，必須趕快思考如何補救的問題，而其補救之道，在目前這種狀況下，可能不得不透過八十條之二第三項，關於九款例外之情形，來作解套（詳後述）。

柒、關於所謂有效之防盜拷措施

本次立法院所通過修正之版本，將防盜拷措施定義為：「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。」這裡可能會衍生一個重要的法律問題，

亦即何謂有效之方法或設施，因為觀念上很多人會以為，一項防盜拷措施如果被他人破解、破壞或規避，那它當然是無效的，亦即如果是有效的，又怎麼會被他人所破解？這樣的看法，完全是曲解了科技保護措施的制度。

依照國際之間的立法趨勢，例如美國及歐盟之規定，其中歐盟的部分，所謂有效技術保護措施，歐盟對技術保護措施特別要求應具備「有效控制」（effectively control）要件，著作權人有義務證明其所使用技術保護措施的有效性，歐盟指令對「有效」的要求並不嚴格，只要權利人為控制使用著作或其他標的所採取可達到保護目的之接觸控制（access control）、保護程序（加密、變頻或將著作或其他標的作其他形式的轉換）或控制重製之機制即為「有效」（歐盟著作權指令第六條第三項規定）。因此，所謂有效技術措施，不需要達到萬無一失、絕對有效的地步，否則著作權調和指令所提供的保護將高不可攀，整個保護技術措施的制度會因此落空。

其次，美國 DMCA 法第 1201（a）（3）（B）規定，所謂有效技術保護措施係：「

（A）「規避技術保護措施」指未經著作權人同意，而將鎖碼著作解碼，或其他避 免、迴避、刪除、消除或破壞某技術保護措施（to「circumvent protection afforded by a technological measure」means avoiding, bypassing, removing, deactivating, or otherwise impairing a technological measure）；及

（B）如該技術保護措施於正常操作過程中，受著作權人所禁止、限制或其他使用上之限制者，即表示該措施為有效之科技保護措施（a technological measure「effectively protects a right of

a copyright owner under this title」if the measure, in the ordinary course of its operation, prevents, restricts, or otherwise limits the exercise of a right of a copyright owner under this title）.

本次立院通過條文中，在立法理由特別強調，所謂防盜拷措施，必須是積極、有效之措施，始足當之。如果權利人本身消極並未採行任何防盜拷措施，或雖有採行一定措施，但該措施客觀上並無效果者，即非本款所稱之防盜拷措施。又所謂積極、有效之防盜拷措施，係指在該措施之正常應用上，即能產生保護之功能，例如：採行某一防盜拷措施後，必須在著作財產權人之授權下，輸入一定之資訊或採行一定之程序，始能以人類之感官知覺某著作之內容，或利用該著作，藉此達到保護之目的。

捌、關於所謂破解、破壞或其它方法規避等相關行為之法律定性

另外一個比較值得關切的問題是，如果有人破解、破壞或其它方法規避防盜拷措施，則該人所進行之破解等行為，到底應該要如何定性，意思是說，他是否必須是採取一項積極的行為，而不是所謂的一般消極性的行為，在我國刑法的概念當中，行為又可分為作為與不作為，所以有所謂「純正不作為犯」，在此處，它的意思是侵害防盜拷措施是一個積極的行為，固無論矣，但如果只是用一個非積極性的行為，而達到規避的結果，是否也構成？因為，既然稱為防盜拷措施，則其本身的行為，當然必須是一違法的行為，而通常在著作權的違法侵權行為中，似乎還沒有可用消極的方式來觸犯。

從立法院通過的條文中，似乎作為與不作為都有可能涵蓋在內，然而，亦有論者指出，既然稱為防盜拷措施，誠如前述討論名稱的時候所提出的，有人認為必須是應該以積極行為為限，因此，例

如有使用者將產品買來使用，而使用的結果產生了規避的情形，採狹義解釋觀點者，即認為不應該構成。

針對此，本研究報告有較不同的看法，因為從法條文字有所謂或其他方法規避，此時上述對消費者較有利之解釋，似乎仍不能予以採用，至於此時是否對消費者會過苛，理論上應該是否定的，因為消費者只有單純之民事賠償責任，而且依照新修正之著作權法第九十條之三的規定，違反八十條之二規定者，尚需「致著作權人受損害」，基於使用者在單一使用的情況下，對於採取防盜拷措施之著作權人所可能產生之損害，在法律上另須通過民法上的「有損害，才有賠償」之嚴格的法則來審查是否需負責，所以應該不至於有過苛之情形產生。

其次，關於防盜拷措施定義中，所謂進入之涵義，依立院通過條文之立法理由中，特別針對第三條第一項第十八款中所謂進入予以說明：「所謂「進入（access）」係指行為人直接對於著作內容產生收聽、收看等感官上效果之行為。一個措施係用以限制著作被他人進入或限制他人於進入後進一步以重製於硬碟或傳輸等方法進一步利用者，均屬本款之防盜拷措施。按防盜拷措施應予適用之範圍，並不僅限於行為人進入著作後，破解防盜拷措施，進一步重製、公開傳輸等相關行為，亦包括單純「進入」著作之行為（例如看、聽著作內容，但並未重製在硬碟或傳輸他人）。」

再者，有哪些行為可看成破解破壞，立院於其通過條文之八十條之二的立法理由中，特別說明：「第一項所謂之破解、破壞或以其他方法規避，包括將已鎖碼（encrypt）者予以解碼（decrypt）、將已混波（scramble）者予以解波（descramble），或於網際網路上，破解權利人所採行之註冊制度及其他使原來有效之防盜拷措施歸於無效

之規避行為。

又本項規定僅禁止對於著作權人所採取禁止或限制他人擅自「進入著作」之防盜拷措施（access controls）之破解、破壞或以其他方法規避。至於破解、破壞或以其他方法規避著作權人所採取禁止或限制他人進入著作以後之進一步「利用著作」(例如重製、公開傳輸等著作權法所明定之利用行為）之防盜拷措施（copy controls）行為，則不在本項適用範圍，應視其有無合理使用或是否構成侵害著作權而定其法律效果。」

玖、防盜拷措施之例外規範

這次立法院修正通過之著作權，於八十條之二第一項及第二項規範破解破壞防盜拷措施之行為，但因為我國法制是採取美國式，而美國之立法依前所述，另外訂立八款所謂之例外條款，因此這次立法院通過的版本，也師法美國法制加入所謂之例外條款，而在八十條之二第三條作以下之規定，前二項規定，於下列情形不適用之：「

一、為維護國家安全者。

二、中央或地方機關所為者。

三、檔案保存機構、教育機構或供公眾使用之圖書館，為評估是否取得資料所為者。

四、為保護未成年人者。

五、為保護個人資料者。

六、為電腦或網路進行安全測試者。

七、為進行加密研究者。

八、為進行還原工程者。

九、其他經主管機關所定情形。」

從以上可知，我國所規範之前八款，與美國完全相同，但略有不同的是，美國著作權法 DMCA，所規定的八項條款，每一項之下都會詳細的限制其可能適用之範圍及條件，但是由於我國法制不可能在個別條文中長篇累牘，作詳細的規範，因此，法條文字的本身，反而提供了比較寬廣的解釋和適用空間，這點對我國初實施防盜拷措施而言，應該也是比較適當的，因為它對於產業界及使用者可能產生之衝擊，目前還看不出來，將來在適用上，當然也必須配合我國科技的發展、產業界就產品開發之需求、以及民間日常生活所需等等因素，來加以考量，彈性較大的條文當然比較符合我國之國情。

以上八項條款中，對業界及使用者比較有關的，吾人可舉還原工程為例，通常人們在使用科技產品的時候（特別是電腦軟體相關產品），經常在包裝外面都會禁止使用者進行還原工程，此於美國已經有若干司法判例（詳參前述第三章之描述），但在我國此種拆封包裝合約，其法律上的效力，實務上還沒有明確的判決；另外，在科技產業間，高科技公司經常會簽訂合約，限制對方進行還原工程，在以上二種情況下，如果以還原工程的方式破解或規避他人之防盜拷措施，是否仍應負責？也是將來實務會產生的問題。

基本上，以還原工程本身進行破解或規避，依新修正之著作權法規定，當然是屬於不構成侵害行為之例外規定，但是如果雙方間有合

約加以限制或禁止，則可能會構成民事上的違約，而必須由當事人舉證是否會有所謂的損害產生，但在著作權法領域，當事人彼此之間的合約，並無取代著作權法或優於著作權法規定的效力，不過對於違反者，他不需要負擔可能之著作權民事侵權責任，但如上所述，是否違約則是另外一個民事法律問題。

其次，本次立法院通過的條款當中，最值得注意的就是在八十條之二第三項第九款中，加入其它經主管機關所定情形，此屬於法律上所謂委任立法或授權立法，亦即委任或授權經濟部將來可以在前面一至八款的情形以外，隨時以行政命令的方式加以補充規範，以避免因為防盜拷措施過於彈性的範圍，而造成不必要之衝擊，因此將來主管機關智慧財產局，應開始作長程規劃，掌握國內外相關之案例及資訊，來進行必要之法律補充，以免造成嚴刑峻法。

這裡要特別提到的是，針對上述在八十條之二第二項，當初立法院所遺漏之三項重要之目的性限縮文字，亦即「一、主要供破解、破壞或規避防盜拷措施之用者。二、除前款用途外，其商業用途有限者。三、為供破解、破壞或規避防盜拷措施之用而行銷者。」可否在這裡由主管機關加以補充進去，如純粹從立法目的規範及文義解釋的角度，既然說是其它情形，在解釋上當然必須是要與另外八款屬性相同之例外因素，也就是說，必須是類似於該八款中其他之可得豁免的理由，但是上述三項目的性限縮之文字，在性質上與以上八款完全有不同的屬性，因為它是描述、界定或限制性之文字，而非依照社會觀念或業界作法，可單獨個別存在而得獨立成立之項目。然而，基於前面所述的理由，本研究認為暫時不得不由主管機關，從這裡進行目的性的補充立法，俟將來有機會修法時，再於母法中訂定。

再者，八十條之二的第四項亦規定：「前項各款之內容，由主管

機關定之，並定期檢討。」此種立法模式，仍然是依循美國立法，因為依據本研究前述，美國國會圖書館所掌管之著作權局，會定期的去檢討上列各款之內容，並仔細傾聽社會各界之建議事項，以決定是否增加或修改關於各款內容之內涵，此種開放性立法，或委任授權立法，對主管機關而言勿寧是一項可以仔細傾聽民間聲音，來修改主管機關對於重要事項的看法，所採取的重要機制。

拾、規避防盜拷措施與合理使用之關係

在防盜拷措施訂立之後，很多人馬上都會提出下一個問題，亦即防盜拷措施這個制度，和合理使用之間的關係究竟為何？針對此點，基於法制上防盜拷措施包涵，接觸控制「access control」以及重製控制「copy control」二項，而主管機關當初在提出草案版本時，就這二項與合理使用的關係，作了很清楚的界定，亦即如行為人所破解、破壞或以其他方法規避防盜拷措施，是禁止或限制他人擅自「進入」著作之措施，需適用八十條之二第三項各款內容，來判別其行為之合法性，而不適用著作權法第四十四至六十五條合理使用判斷。

反之，copy control 則須回歸著作權法合理使用判斷，如合法則不致有侵權問題；換言之，如果是某項防盜拷措施，並未提供 access control，而僅有 copy control，此時基於它介入規避行為的時候，直接進入到是否 copy 的議題，所以這個時候就必須從著作權法一般合理使用的原則，來推定該行為是否構成侵害。因此，一般人如果以為去規避或破解防盜拷措施時，其最終目的是為了要就有著作權之標的進行合理使用的話，這個時候他就有觸犯侵犯防盜拷措施的危險，所以在此必須呼籲行政主管機關，針對這個部分應該要好好對民眾加以宣導，以免觸法。

上述所破壞或規避是禁止或限制他人擅自「利用」著作之措施者，則應適用著作權法第四十四條至第六十五條合理使用之規定，來判定其是否構成著作財產權之侵害。

拾壹、侵害防盜拷措施之民、刑事法律責任

依據立法院新修正通過之防盜拷措施規定，違反者必須要負一定之法律責任，針對此，吾人可以從八十條之二第一項看出，它是適用在一般人作破解破壞或規避之行為，因此可以說是適用於一般人或使用者；反之，八十條之二所規範之對象，則為提供破解破壞或規避設施之業者或製造商。本次立法院所通過之條文第九十條之三係規定民事責任：違反第八十條之一或第八十條之二規定，致著作權人受損害者，負賠償責任。數人共同違反者，負連帶賠償責任。

第九十六條之一規定刑事責任：有下列情形之一者，處一年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣二萬元以上二十五萬元以下罰金：

一、違反第八十條之一規定者

二、違反第八十條之二第二項規定者。

根據以上規定，如果自己破解 access control ， 有民事責任，但無刑事責任。反之，供別人破解（製造、輸入、提供公眾使用或為公眾提供服務，不論 access control or copy control），有民事責任與刑事責任，但刑事為告訴乃論。以上立法的設計，主要是針對提供破解設施之廠商，或擅自提供給公眾的一般人進行規範，因此，原則上單純

的使用者並不會觸犯刑事的問題。

關於使用者的問題，我們可以美國著作權法為例作說明，例如，使用者購買一片設置有接觸控制之 CD-ROM，CD-ROM 本身，依美國著作權法第 101 條之定義，屬於「著作重製物」，但若欲接觸該 CD-ROM 內之著作，則須先向著作權人登記，著作權人再回傳密碼給使用者，而 CD-ROM 內之接觸控制措施，將辨識該密碼及使用者之個人電腦。當法律禁止規避者係為對「著作」之接觸控制時，接觸即成為一個重複的動作（repeated operation），在第 1201 條第（a）項之保護下，將不得規避控制此一「接觸」行為的措施，若將密碼告訴朋友，或在別台電腦上使用該 CD-ROM，均屬違反第 1201 條之規避行為。

然而，若法律禁止規避者為對「著作重製物」之接觸控制時，則在美國著作權法第 107 條所規定之「第一次銷售理論」（亦稱權利耗盡原則）下，一旦合法取得該著作重製物，即可自由從事後續之非侵權行為，如出借給朋友；或依同法第 117 條規定，電腦軟體之重製物的所有人可在別台電腦上使用該軟體。

拾貳、防盜拷拷措施可能面臨實務問題

最後我們必須要討論的是，防盜拷措施在我國實施後，可能會立即面臨哪些實務上會產生的問題，這當中有針對業界、以及消費者之間可能產生的衝擊與影響，而且誠如本研究報告前面所提出的，如同美國的實務狀況，防盜拷措施到後來，甚至演變成是產業之間所衍生出來的不公平競爭的問題，再者，主管機關對於防盜拷措施，更應該針對上述可能產生的問題預先研析，以便進行必要之宣導。

其實在科技業間，早就已經有許多層出不窮的破解反盜拷措施（技術保護措施）之情形，例如蘋果公司不斷推出相關之線上音樂科技產品，但是，它的 iTunes 以及 iPod，在國際間就不斷的遭到破解。至於在我國，比較可能產生問題的型態是：例如有人破解他人軟體鎖或硬體鎖，然後在網路間廣泛擴散，這個是我們最常見到的；另有人將商用軟體的使用序號 post 在網站上，到處供人使用；或者是將某項科技軟體解碼後，在網路上公開等等情形，這些例子，在理論上都有可能會構成八十條之二的情形，不過詳細的情形當然要等事實確定後，才有辦法從法律上評價其是否違法，及應負何種責任。

另外，在遊戲業界也是有類似之情形；甚至已經有廠商提供虛擬光碟軟體，而在其使用的過程或結果中，假設如果確含有規避某項科技措施之情形產生，則其是否應適用目前之反盜拷措施規範？再者，使用該產品之消費者，如果也產生了規避的效果，是否應負民事責任？另外，關於提供 DVD Player 解碼，或者是解除使用限制之區域相關措施或方法，其提供之廠商是否適用防盜拷措施之規範？甚至該等 DVD Player 之消費者或使用者，在收看提供區域限制解除之機器時，而達到規避之結果，是否又有此規範之適用？

以上等等問題，本研究報告並不傾向一一分析其可能構成適法或違法之結果，因為各項產品之用途及功能，以及在產品各別內涵之設計不同等等的情況下，難以一一探討；反而在此應該提出的問題是，究竟前面第 6 點有無目的限縮解釋之空間，關於是否可以從使用目的限縮解釋來援引到本問題？換言之，本研究報告認為如果沒有在以上第 6 點所提出之限縮解釋之空間，上述各種問題，造成違反防盜拷措施規範之可能性將大為增加；反之，如果有該三項限制之目的，則對業界所產生之衝擊相對降低，因此本研究認為，比較具體的解決之道，應該是先將前述第六點的問題處理好，再來談這些問題，不但比

較符合國際趨勢，而且也不致於對業界造成嚴重的衝擊！

此外，針對業者彼此之間是否會形成公平交易法的不正競爭，因為這個部分從美國的案例中已看出端倪，在我國當然就必須依公平交易法第四十五條之規定來處理，亦即當有智慧財產權權利濫用（Misuse of Intellectual Property）之情形發生時，就必須要回歸到公平交易法的規定來檢視，而這一方面，我國公平交易委員會，在過去也已經累積了若干智慧財產權相關案例，同時本研究報告進行當中，亦曾將相關之問題轉予該會供其參考，而這部分的國內外司法案例眾多，但因篇幅關係，而且非本研究報告之重點，請參考本研究報告前面所述即明。

第五章　我國立法的適用、檢討及建議——代結論

立法院院會於九十三年八月二十四日三讀通過「著作權法部分條文修正草案」，且此次修法未依照正常立法程序，經立法院經濟及能源委員會進行逐條審查，由黨團協商，與其他法案包裹交付立法院院會二讀與三讀[190]。上述修正有若干待釐清及可檢討改進之處，茲條述於后，供主管機關在進行防盜拷措施解釋、適用及未來修法的參考。

壹、針對防盜拷措施整體規範之思維及強化公益之考量

技術措施的保護是因應技術進步的法律安排，各國採行期間甚短，對權利人、使用大眾及產業技術的影響如何，尚待經驗檢證。而且技術措施日益進步而不易規避，壓力團體又不斷要求各國政府擴大對技術措施的保護，因此使得學界憂慮是否會因而使得人類社會賴以進步的「自由文化」（free culture）會被限縮為「許可文化」（permission culture）[191]，導致另一波的資訊獨占[192]。

在此背景下，我國著作權法在訂定技術措施之保護規定時，應有整體性思維，而盡量深度規劃，上策是以歐美法制的交集為規範上限，而不是以歐美法制為聯集將之全部納入，避免躁進，破壞著作權法調和公益與私益的生機。此次修法，針對防盜拷措

---

[190] 見章忠信，著作權筆記電子報第三十二期（93.08.26），立法院臨時會通過著作權法部分條文修正草案。

[191] Lawrence Lessig, Free Culture—How Big Media uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity, 2004, xiv.

[192] 黃銘傑，解碼、破碼與公平競爭秩序，台大法學論叢，第 28 卷第 4 期（88 年 7 月），頁 129-166（頁 161）。

施整體規範之思維，以及公共利益之考量，將來可以再進一步深思規劃。

其次，著作權法制的本質是著作權人、使用大眾及國家間所締結的社會契約，從來就不只是以片面保護著作權人為目的。然而近年來著作權法不斷在水平及垂直面向加大並延長對著作權人的保障、加重對「不法」侵害的刑事處罰，也許已經對若干層面之群眾引起社會疑慮，因為每一次著作權法修正時，都會一定程度的讓某些人感到不安、甚至誤解主管機關之修法，因此主管機關應戒慎恐懼，不要讓人誤會其係過度立法，而破壞著作權法制的社會契約本質（each tome public or Prof. challenge）！

此次修法為避免不必要的誤解，並避免加深社會的懷疑，主管機關應好好著重宣導，特別是針對有人認為防盜拷措施的規範，僅僅在單方面增加保護著作權人採行的技術措施的同時，只看到立法者削減合理使用的範圍，而未見增加著作權人何種負擔或義務，使其在新制下為公益的達成做出貢獻。為了避免有人認為其係過於偏袒權利人的立法，而偏離著作權法的正當性基礎，並非整體國民之福，因此，主管機關亦應從長計議，短期內詳細說明本制度之精神，而長程的規劃是博採眾議，在本制度實施一段時間後，考量是否進一步再適當修正。

貳、「防盜拷措施」一詞將來再考慮修正

「防盜拷措施」一詞從未出現在歷年的修法草案中，在國際上亦堪稱首創，與國際間不一致，恐引起誤解。其次，「防盜拷」在字面上給人的印象是防止他人非法重製，但是著作權法第八十條之二第一項所禁止的行為，卻是非法進入（即「接觸」）著作的

行為，而可能不見得是非法重製著作的行為，所以採用「防盜拷措施」一詞可能會誤導法律的適用。建議未來修法時回歸國際上通用的用語「技術措施」。

參、第八十條之二第二項文字疏失將來應考慮調整

按著作權法第八十條之二第二項規定：「破解、破壞或規避防盜拷措施之設備、器材、零件、技術或資訊，未經合法授權不得製造、輸入、提供公眾使用或為公眾提供服務。」此項規定，已於上述詳細探討，有欠允恰，茲再簡述：

一、何謂「破解、破壞或規避防盜拷措施之設備器材、技術或資訊」欠缺限制性定義

基本上任何設備、器材、技術或資訊均有可能被用來破解、破壞或規避防盜拷措施，所以在立法上理應加以限制。準此，歐盟、德國及美國著作權法制無不要求此等設備或資訊在供規避有效技術措施之外，僅具有有限的商業目的或用途，而且其設計、製造或提供之主要目的是為促使或協助規避有效技術措施。對於此項立法疏失，只能在解釋上參照歐、美法制採限縮解釋作為補救。關於這個部分，如上所述，智慧局應該好好規劃如何配合八十條之二第三項第九款之規定，來進行合法律目的性的補充解釋。

二、「未經合法授權」並無必要

著作權法第八十條之二第二項以「未經合法授權」為前提，才禁止製造、輸入、提供公眾使用前述設備或資訊或為公眾提供

服務。但是此項前提文字並無必要，因為如上所述系爭設備或資訊主要的目的及用途就是在規避有效技術措施，因此本身就是犯罪或不法工具，任何人原本就不得製造、輸入或提供公眾使用，不需要再以「未經合法授權」為前提。

更何況沒有人能合法授權製造、輸入、提供公眾使用犯罪或不法工具，因此歐盟、德國及美國法制均未作此規定，建議未來在解釋適用時將「未經合法授權」視為贅詞，不予理會。無論如何，以上二項文字的修正，其實，原來行政院的版本基本上文字規範的頗為恰當，反而是立法院過猶不及的，將不需要加入的擺進去，而將應該要存在的又刪除，因此只能賴將來繼續修正，導回正軌。

肆、防盜拷措施例外規定主管機關應掌握整合機制妥為制訂

著作權法在引進禁止規避防止接觸著作之技術措施規定時，於第八十條之二第三項規定九種例外情形，以避免造成著作權法許多例外規定無法實現。然而第八十條之二第三項第九款給予主管機關廣泛授權（:「其他經主管機關所定情形」)，作為補充，但是，有學者批評此種空白授權並不符合授權明確性的憲法要求[193]，並擔心主管機關行使此項授權的正當性及意願，因此主管機關也必須正視學者的批評，而應好好的掌握授權立法之機制，妥當地善加利用該制度，而訂出適當之補充規範。

[193] 釋 字第 570 號（民國 92 年 12 月 26 日）表示：「人民自由及權利之限制，依憲法第二十三條規定，應以法律定之。其得由法律授權以命令爲補充規定者，則授權之目的、內容及範圍應具體明確，始得據以發布命令。」

伍、重新思考定位合理使用和防盜拷措施之間的關係

這裡應該特別指出的是，前面雖然已提到合理使用和防盜拷措施之間的關係，但是本研究計畫誠懇建議主管機關，從目前思考架構當中跳脫出來，針對違反防盜拷措施，既然也是屬於侵犯智慧財產權之一部分，則似乎應該回頭來，將著作權法中是否構成侵權之合理使用的原則，重新加以思考定位，考慮如何將合理使用原則，在一定的範圍內整合性地放入防盜拷措施之中，這個方向的發展似乎值得主管機關予以重視。

因為合理使用原則，在民國八十七年修改著作權法第六十五條時，已成為著作權法各種具體例外規定之外（第四十四條到第六十三條），可再用來限制著作權的一般性法原則，此點迴異於歐陸法系的著作權法，而是師承美國。正如最高法院 91 年台上字第 873 號判決所言：

舊法（指八十二年四月二十四日修正公布）有關著作財產權之限制（學理上所泛稱之合理使用）僅限於第四十四條至第六十三條規定之範圍，而第六十五條係為審酌著作之利用是否合於第四十四條至第六十三條規定所訂定之判斷標準。惟著作權利用之態樣日趨複雜，舊法第四十四條至第六十三條規定之合理使用範圍已顯僵化，無足肆應實際上之需要，為擴大合理使用之範圍，新法（指八十七年一月二十一日修正公布）將本條修正為概括性之規定，即使未符合第四十四條至第六十三條之規定，但如其利用之程度與第四十四條至第六十三條規定之情形相類似或甚至更低，而以本條所定標準審酌亦屬合理者，則仍屬合理使用。

既然合理使用原則在我國已成為可用來限制著作權的一般性

法原則，所以建議主管機關將來應該以合理使用原則之核心價值為依歸，確實行使此項授權，以平衡公益與私益。比較歐盟及德國法制，再以我國發展的程度而論，至少著作權法第四十九條時事報導、第五十一條供個人或家庭為非營利使用、第五十二條報導、評論、教學、研究使用，以及第五十三條為視覺、聽覺機能障礙者等四種攸關公共利益，及個人在資訊時代之大量重製需要的例外規定，應該是主管機關定可以考慮定為保護技術措施規定的例外事項。

其次，在依據著作權法第八十條之二第三項規定不適用第一項禁止規避防盜拷措施規定時，例外規定之受益人是否可以逕行規避該技術措施而接觸該措施所保護之著作，或只能向著作權人請求提供規避之協助，不無討論空間。對此，德國著作權法第九十五條之二第二項採取後者的立場，但合理使用的精神就是受益人可不待權利人許可而使用著作物，再考慮我國團體訴訟及公益訴訟並不如德國發達，所以主張在解釋上應該允許例外規定的受益人逕行規避，爭取時效，並避免訟累，並建議未來修法時，再予以規劃考量，是否可以加以明訂。

最後，合理使用作為著作權法的基礎樑柱，應該具有強制性，不容權利人以契約加以限制或排除，在著作權法增加保護技術措施之際，更是如此，因此建議未來修法時可參考德國著作權法第九十五條之二第一項之規定，明文揭諸此項法益判斷。

陸、主管機關宜妥善宣導--關於禁止規避技術措施的行為及規避技術措施的民事責任要件，是否失之寬鬆

在立法院這次通過修法之後，有若干學者認為，禁止規避技

術措施的行為及規避技術措施的民事責任要件，均失之寬鬆，對於禁止規避技術措施的行為及課予規避技術措施民事責任，歐盟及德國有主觀構成要件的要求：歐盟要求規避人有規避故意或對規避應有認知，德國法制則更進一步要求規避人認知規避之目的在於使他人接觸或使用系爭著作或標的，而我國著作權法卻採美國法制，不論規避人是否有故意或認知規避之目的在於使他人接觸或使用系爭著作或標的[194]，一律禁止規避技術措施的行為，並在該行為造成著作權人受損害時，均要求規避人負賠償責任，不論其是否有規避之故意或認知，過於寬鬆，將導致嚴苛後果。

但實質上，我國著作權法相關之民事責任，理論上在著作權法內之規範，當然還是依循民事基本法律的要求，也就是在侵權行為中，不論故意或過失，當然仍必須是構成責任要件之前提，但因為有學者不斷的對此加以反映，故主管機關可能必須要在各項宣導以及法令解釋時，甚至透過網頁妥善宣導為宜。

柒、主管機關宜妥善宣導--關於製造流通規避設備或提供規避服務的刑責要件，是否失之寬鬆

在立法院這次通過修法之後，有若干學者認為，主管機關宜妥善宣導關於製造流通規避設備或提供規避服務的刑責要件，失之寬鬆，因為依據著作權法第九十六條之一規定，凡是製造流通規避設備或提供相關規避服務，就可處一年以下有期徒刑、拘役及（或）二萬元以上廿五萬元以下罰金，不論行為人是否有圖利的意圖，處罰要件比美德寬鬆。事實上，美國著作權法第 1204 條第（a）項的刑責以「明知而且為商業利益或個人財物所得目的」

[194] 事實上，德國政府在 2002 年 3 月 18 日提出的參事版修法草案並不要求規避人有規避之故意或對此應有認知，見 Dreyer in HK-UrhR （2004） , § 95a Rn 1, 30.

為構成要件，而德國著作權法第一〇八項之二第二項之刑事責任僅針對「意圖營利」製造流通相關設備的行為。

因此，有論者建議，未來修法時應該只以刑事責任處分「意圖營利」而製造、流通相關設備或提供相關迴避服務的行為。關於此點，理論上似乎有其可取之處，因為針對美國與德國之立法體系，的確有可師法之處。然而，所謂意圖營利此種立法文字，在我國九十二年著作權法修正時也曾加以納入，可是在司法實務運作當中，卻產生了極大的不一致之處。

因為在許多司法案件當中，針對何謂意圖營利這項看起來似乎很清楚的文字，在實際司法個案當中，不論是在地檢署以及法院、地院與高院之間、或不同地區的法院之間，針對是否構成意圖營利，竟然經常發生不一致的適用狀況，導致司法實務中莫衷一是的認定。因此，在九十三年的修正草案中，立法院終於將意圖營利云云予以刪除，由於學者或業界可能不瞭解相關司法實務中，意圖營利之規定所帶來的困擾，因此也建議智慧局應針對此點妥善加以宣導，否則引起誤解。

捌、未來修法可考慮適度衡平課予著作權人相對義務

在技術措施的鎖定下，相關的交易條件將趨於不透明，不利交易安定及消費者保護。此外，技術措施不斷改進精良，常非例外規定受益人所能趕上。為避免可能弊端，德國著作權法在歐盟著作權調和指令的授權下課予著作權人相當義務（第九十五條之四），值得借鏡。我國未來可考慮修法適度課予著作權人下列兩種義務，並對違反此兩種義務的行為一律處以行政罰鍰，借國家高權作為引導公共意見重視著作權利益的平衡。詳言之：

一、提供必要手段之義務

例外規定受益人（使用人）雖然如上所述，應該可以逕行規避技術措施，不需先向權利人請求許可，但是因為並不是每一個受益人均具備規避技術措施所必要的技術能力，所以應仿效德國著作權法，課予權利人提供規避技術措施之必要手段的義務，以及授予例外規定受益人要求權利人提供規避技術措施之必要手段的權利，才能落實受益人的權利。

二、標示之義務

著作權人若採取技術措施保護其著作物，必然會影響到著作物使用人使用該著作物的能力，進而連帶影響其是否購買或使用該著作物的意願，因此為提升交易內容的透明、保護消費者以及維護市場的正當競爭秩序，應仿效德國著作權第九十五條之四的規定，要求著作權人明確標示其採行何種技術措施以及該措施之特徵（尤其是對使用的限制）。此外，還應該課予著作權人標示例外規定受益人行使提供必要手段請求權時所需要的資訊，例如著作權人姓名、商號及地址，以加速受益人自例外規定獲益。

參考資料：

1. WIPO 條約全文，參 WIPO 網站 http://www.wipo.int.
2. 美國參議院司法委員會報告，S.Rep.No.105-190，at 2 （1998）.
3. H.R.Rep.N0.105-551, H.R.Rep.N0.105-551, pt.2, Section-by-section analysis of legislation.
4. 歐盟執委會「對於資訊社會中特定著作權與相關權利概念之調和」（the Harmonization of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society, COM（1999） 250 final, 97/0359/COD http://www.europa.eu.int/comm/dg15/en/intrprop/intrprop/copy2.htm.
5. 美國憲法第八條授權美國國會可制頒法令，規定無體化”作者之著作”爲財產權，並享有使用之特權，其根本目的在於”促進科學及使用藝術之進步”。
6. David Nimmer,「A RIFF ON FAIR USE IN THE DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT」, 148 U. Pa. L. Rev. 673（2000）.
7. David Nimmer, 1 Nimmer on Copyright （1999 Supp）, ¶ 12.A17[B].
8. 17 U. S. C. Sec. 1201（a）（1）（A）, 1201（a）（1）（B） ,1201（a）（1）（C）, （D）, 1201（a）（1）（B）, 1201（a）（2）, 1201（a） （3） （B）, 1201（b）（1）（A）-（C）, 1201（b）（2）（B）, 1201（d）, 1201（e）, 1201（f）, 1201（g）, 1201（h）, 1201（I）and 1201（j）.
9. Jane C.Ginsburg, Copyright Legislation for the “Digital Millennium”, Columbia -VLA Journal of Law & the Arts, 23 Colum.-VLA J.L. & Arts 137。
10. 美國最高法院 Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enters., 471 U.S. 539 （1985）.
11. 美國眾議院 1998 年 7 月 22 日 DMCA 立法報告。
12. 簡維克,國際動態、趨勢新聞，載智慧財產權雜誌，九十一年十二月。
13. Copyright Office, Notice of Public Hearings: Exemption to Prohibition on Circumvention of Copyright Protection Systems for Access Control Technologies, 68 FR 19966 （April 18, 2003）。
14. Notice of Public Hearings, 68 FR 13652 （March 20, 2003）, Notice of Public Hearings, 68 FR 15972 （April 2, 2003）。
15. 68 FR 62011, October 31, 2003, htpp://www.copyright.gov/1201.
16. 37 C.F.R. §201.40. 新修正的 37 C.F.R. part 201, §201. 40 Exemption to prohibition against circumvention.
17. http://www.hrrc.org/current/include/pdf/2281ConfReptAshcroftOct8.pdf.
18. 145 Cong. Rec. S11887（daily ed.Oct.8,1998）

19. Pamela Samuelson, Intellectual Property and the Digital Economy: Why the Anti-Circumvention Regulations Need to be Revised, 14 Berkeley Tech. L. J. 519, 522-523 （1999）。
20. Staff of House Committee on the Judiciary, 105th Cong., Section-By-Section Analysis of H.R. 2281. August 4, 1998, at 6.
21. Intellectual Property and the Digital Economy: Why the Anti-Circumvention Regulations Need to Be Revised, 14 Berkeley Tech. L. J. 519, 535 （1999）
22. 美國著作權局，Exemption to Prohibition on Circumvention of Copyright Protection Systems for Access Control Technologies, Notice of inquiry, 64 FR 66139 （November 24, 1999）.
23. Copyright Office, Exemption to Prohibition on Circumvention of Copyright Protection Systems for Access Control Technologies, 64 F. R 66139, Nov. 24, 1999. 有關美國著作權局所收到的建議與評論，可參見該局網站 http://lcweb.loc.gov/copyright/1201。
24. Universal City Studios, Inc. v. Reimerdes, Civ. 0277 （S.D.N.Y., Feb. 2, 2000）.
25. Jason M. Mahler, Vice President and General Counsel 代表電腦與通訊工業協會（The Computer & Communication Industry Association；CCIA）對國會圖書館之 Notice of inquiry 所作之建議，可至 EFF 網站下載建議內容之 PDF 檔。
26. Christopher Jones, Creative Secures MP3 Player, Wired News.com, Nov.12, 1999, http://www.wired.com/news/mp3/0,1285,32491,00.html.
27. SDMI 網站：The SDMI homepage，http://www.sdmi.org
28. 美國著作權局，Exemption to Prohibition on Circumvention of Copyright Protection, http://www.loc.gov/copyright/fedreg/65fr64555.html Systems for Access Control Technologies, 65 FR 64555（October 27, 2000）.
29. Universal City Studios, Inc. v. Corley: http://digital-law-online.info/cases/60PQ2D1953.htm
30. Lexmark Inc. v. Static Control Components, Inc: http://homepages.law.asu.edu/~dkarjala/cyberlaw/LexmarkvSCC(EDKy2003).htm
31. Commerce Committee Report, at 38.
32. PATENT,TRADEMARK & COPYRIGHT JOURNAL Vol.64, No.1593, Oct. 18, 2002.
33. Mainstream Loudoun v. Board of Trustees of the Loudoun County Library, 24 F. Supp. 2d 552 （E.D. Va. 1998）. See also Tenn. Op. Atty. Gen. No. 00-030 （2000）.

34. Reno v. American Civil Liberties Union, 521 U.S. 844, 876-77 （1997）; United States v. Playboy Entertainment Group, Inc., 120 S.Ct. 1878, 1887 （2000）.
35. 17 U. S. C. Sec. 108（c）.
36. Universal City Studios, Inc. et al. v. Reimerdes et al., 00 Civ. 0277（S.D.N.Y., Feb. 2, 2000）.
37. Kelly v. Arriba Soft Corp., 77 F. Supp. 2d 1116 （C.D. Calif., 1999）.
38. Lexmark Int'l, Inc. v. Static Control Co., No.02-571-KSF。
39. 67 FR 63578, http://www.copyright.gov/fedreg/2002/67fr63578.html.
40. http://www.copyright.gov/1201/index.html 著作權局的網站中建議與意見。
41. 68 FR 62011, October 31, 2003, http://www.copyright.gov/1201/index.html.
42. 68 FR 62013（October 31, 2003）, 68 FR 62014 （October 31, 2003）.
43. H.R. Rep. No. 105-551 （1998）.
44. No. C99-2070P, 2000 U.S. Dist. LEXIS 1889 （W.D. Wash., Jan. 18, 2000）.
45. RealNetworks, Conclusion of Law, ¶ 7-9.
46. DVD Copy Control Ass'n v. Bunner, 2003 Cal. Lexis 6295.
47. 日本経済新聞,ＤＶＤ　暗号解除「私的利用　　合法」——高裁判決, 2003 年 12 月 27 日，http://it.nikkei.co.jp/it/news/newsCh.cfm?i=2003122606593j0&h=1.
48. Universal City Studios v. Corley, 82 F. Supp. 2d 211 （S.D.N.Y. 2000）.
49. Universal City Studios v. Reimerdes, 111 F. Supp. 2d 346 （S.D.N.Y. 2000）.
50. Universal City Studios, Inc. v. Corley, 273 F.3d 429 （2d Cir. 2001）.
51. Sony Computer Entertainment America v. Game Masters, 87 F. Supp. 2d 976 （N.D. Cal. 1999）.
52. Lexmark Int'l, Inc. v. Static Control components, Inc., 253 F. Supp. 2d 943; 2003 U.S. Dist. LEXIS 3734; 66 U.S.P.Q.2D （BNA） 1405 （February 27, 2003）.
53. Static Control Components, Inc. v. Dallas Semiconductor Corp., 2003 U.S. Dist. LEXIS 12313; 56 Fed. R. Serv. 3d （Callaghan） 307 （2003）.
54. Static Control 聲請書，http://www.copyright.gov/1201/2003/petitions/index.html.
55. 68 FR 62011, October 31, 2003, htpp://www.copyright.gov/1201.
56. Farhad Manjoo, Aibo Owners Biting Mad at Sony, Wired News, Nov. 2, 2001, http://www.wired.com/news/busisness/0,1367,48088,00.html.
57. James Middleton, Sony Plays Ball with Aibo Hackers, May 7, 2002, http://www.vnunet.com/news/1131538.
58. Felten v. Recording Industry Association of America Inc., No. CV-01-2669

（D.N.J. June 26, 2001），
http://www.eff.org/legal/cases/felten_v_RIAA/20010606_eff_complaint.html.
59. EFF: Scientists Support Professor's Copyright Law Challenge, http://www.newsforge.com/article.pl?sid=01/08/14/013 1222&mode=nocomment （Aug. 13, 2001）.
60. Free Speech Versus the Record Industry, Cyberspace Lawyer, June 2001.
61. Felten 教授網站，http://www.cs.princeton.edu/sip/sdmi/.
62. Declan McCullagh, Security Warning Draws DMCA Threat, CNET News, July 30, 2002, http://news.com.com/2100-1023-947325.html.
63. Jonathan Band, Congress Unknowingly Undermines Cyber-Security, S.J. Mercury News, Dec. 16, 2002, http://www.siliconvalley.com/mld/siliconvalley/4750224.htm.
64. John Borland, Court Blocks Security Conference Talk, CNET News, April 14, 2003, http://news.com.com/2100-1028-996836.html.
65. Simson Garfinkel, The Net Effect: The DVD Rebellion, Technology Review at 25, July/Aug. 2001, http://www.technologyreview.com/articles/garfinkel0701.asp.
66. David Becker, Testing Microsoft and the DMCA, CNET News, April 15, 2003, http://news.com.com/2008-1082-996787.html.
67. Clive Akass, "*Huang Jury on Xbox Cracker*", TechNewsWorld, August 2003, http://www.technewsworld.com/perl/story/31406.html.
68. Lawrence Lessig, "Jail Time in the Digital Age," N.Y. Times at A7, July 30, 2001, http://www.nytimes.com/2001/07/30/opinion/30LESS.html.
69. Lisa Bowman, "Elcomsoft Verdict: Not Guilty," CNET News, Dec. 17, 2002, http://news.com.com/2100-1023-978176.html.
70. Niels Ferguson, Censorship in Action: Why I Don't Publish My HDCP Results," Aug. 15, 2001, http://www.macfergus.com/niels/dmca/cia.html.
71. Lisa M. Bowman, Researchers Weigh Publication, Prosecution, CNET News, Aug. 15, 2001, http://news.cnet.com/news/0-1005-200-6886574.html.
72. Robert Lemos, Security Workers: Copyright Law Stifles, CNET News, Sept. 6, 2001, http://news.com.com/2100-1001-272716.html.
73. ProCD, Inc. v. Zeidenberg, 86 F.3d 1447 （7th Cir. 1996）.
74. Hill v. Gateway 2000, Inc., 105 F.3d 1147 （7th Cir. 1997）.
75. M.A. Mortenson Co. v. Timberline Software Corp., 93 Wash. App. 819 （Wash. App. 1999）.
76. Micro Data Base Systems, Inc. v. Dharma Systems, Inc., 148 F.3d 649 （7th Cir. 1998）.

77. Yochai Benkler, Free as the Air to Common Use: First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain, 74 N.Y.U. L. Rev. 354 （1999）.
78. Lawrence Lessig, Code and Other Laws of Cyberspace （1998）.
79. Joel.R. Reidenberg, Lex Informatica: The Formation of Information Policy Rules Thrugh Technology, 76 Tex. L. Rev. 553 （1998）.
80. Universal City Studios, Inc. v. Corley, 273 F.3d 429, 459 （2d Cir. 2001）.
81. 911 F.2d 970 （4th Cir. 1990）.
82. Qad Inc. v. ALN Assocs. Inc., 974 F.2d 834 （7th Cir. 1992）.
83. Data General Corp. v. Grumman Systems Support Corp., 35 F.3d 1147 （1st Cir. 1994）.
84. DSC Communications Corp. v. DGI Tech., Inc., 81 F.3d 597, （5th Cir. 1996）.
85. Bateman v. Mnemonics Inc., 79 F.3d 1532 （11th Cir. 1996）.
86. Practice Management Information Corp. v. American Medical Association, 121 F. 3d 516 （9th Cir. 1997）.
87. Alcatel USA, Inc. v. DGI Tech., Inc. 166 F.3d 772 （5th Cir. 1999）.
88. Dan L. Burk, Anti-circumvention Misuse, 50 UCLA L. Rev. 1095, 1132-1134 （2003）.
89. Jason Sheets , Copyright Misused: The Impact of the DMCA Anti-circumvention Measures on Fair & Innovative Markets, 23 Hastings Comm. & Ent. L.J. 1, 7-12 （2000）.
90. Wand, Technische Schutzma β nahmen und Urheberrecht, 2001.
91. Hugenholtz, *Why the Copyright Directive is Unimportant, and Possibly Invalid* 2000, E.I.P.R. at 499-500.
92. Braun, *The Interface Between the Protection of Technological Measures and the Exercise of Exceptions to Copyright and Related Rights: Comparing the Situation in the U.S. and in the European Community*, 2003, E.I.P.R.
93. Dusollier, *Exceptions and Technological Measures in the European in the European Copyright Directive of 2001- An Empty Promise*, 34 IIC （2003）.
94. Library of Congress, 37 CFR Part 201, Docket No. RM 2002-4E, Federal 68 Register 62011.
95. 2000 年 RealNetworks, Inc. v. Streambox, Inc. 及 2001 年 Universal City Studio, Inc. v. Reimerdes 兩案，華盛頓州西部地區法院及第二巡迴上訴法院均判定在第 1201 條之外，不可再援引合理使用作爲侵權之抗辯。引自 Braun, ibid., at 497 （footnote5）.
96. Lehmann, “The EC Directive on the Harmonization of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society”, *IIC* 5, 2003.

97. Lauber/Schwipps, “Das Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft“, *GRUR*, 2004 （Heft 4）.
98. Hugenholz, Copyright and Freedom of Expression in Europe in Dreyfuss/Zimmerman/First （ed.）, *Expanding the Boundaries of Intellectual Property*, 2001.
99. Begründung Allgemeiner Teil, Abschnitt I, BT Drucksache 15/38, 15.
100. Begründung zu § 95a, BT Drucksache 15/38, 26.
101. Begründung zu den Nummern 38 und 42 （§§108b, 111a）, BT Druchsache 15/38, 29.
102. Lauber/ Schwipps, aaO., 300.
103. Dreyer in HK-UrhR （2004） , § 95a Rn 1, 30.
104. Lawrence Lessig, Free Culture—How Big Media uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity, 2004, xiv.
105. Begründung zu § § 95a, 95b, 111a, BT Drucksache 15/38.
106. Begründung zu § 95d, BT Drucksache 15/38, 28.
107. 著作權調和指令立法前言（13）（14）（30）（32）（48）（49）（50）（51）（52）（60）。
108. 著作權調和指令第十三條第一項。
109. 有關 WIPO 條約的介紹，馮震宇，WIPO 著作權相關條約規範內容與其爭議問題之探討（上）（下），智慧財產月刊，九十年十一月與十二月。
110. 馮震宇，數位內容之保護與科技保護措施，月旦法學雜誌，第 105 期，2004 年 2 月，第 73-75 頁。
111. 黃銘傑，解碼、破碼與公平競爭秩序，台大法學論叢，第 28 卷第 4 期（88 年 7 月），頁 129-166（頁 161）。
112. 釋 字第 570 號：「人民自由及權利之限制，依憲法第二十三條規定，應以法律定之。其得由法律授權以命令爲補充規定者，則授權之目的、內容及範圍應具體明確，始得據以發布命令。」（民國 92 年 12 月 26 日）。
113. 章忠信，公布科技研究成果構成違反著作權？著作權筆記，http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php?board=4&act=read&id=39.
114. 章忠信，九十二年新修正著作權法簡析，《月旦法學雜誌》，第 103 期，2003 年 12 月，第 104 頁、118 頁。
115. 章忠信，著作權筆記電子報第三十二期（93.08.26），立法院臨時會通過著作權法部分條文修正草案。
116. 王遷，對技術措施立法保護之比較研究，知識產權，第 13 卷總第 74 期（2003 年 2 月）。
117. 劉詠萱，「美國『1998 數位千禧年著作權法案』淺析」，資訊法務透析，1999 年 7 月，頁 38-42。