

日本著作權法關於技術保護措施之修正（下）

陳錦全 撰

大綱

一、前言

二、日本著作權法關於技術保護措施的修法背景

1. 本次修法主要考量的技術環境背景
2. 技術環境變化對著作利用方式的影響
3. 規避技術保護措施要受法律規範的原因
4. 各國與國際組織對技術保護措施問題的檢討
5. 日本對技術保護措施問題的檢討

三、日本著作權法關於技術保護措施之修正

1. 增訂著作權法第二條第二十款「技術保護措施之定義」
2. 增訂著作權法第三十條第一項第二款「技術保護措施關於個人合理使用重製之例外規定」
3. 增訂著作權法第一百二十條之二「規避技術保護措施之罰則」

四、小結

三、日本著作權法關於技術保護措施之修正

「平成十一年法律第七十七號」中關於技術保護措施的修正，已於平成十一年（1999 年）十月一日起施行。

在「技術保護措施」部份，共有

三個條文：（一）增訂著作權法第二條第二十款「技術保護措施之定義」；（二）增訂著作權法第三十條第一項第二款「技術保護措施關於個人合理使用重製之例外規定」；（三）增訂著作權法第一百二十條之二「規避技術保護措施之罰則」。¹²

12. 以下除另以註解註明出處之外，出自日本文化廳著作權課對「平成十一年法律第七十七號」之說明。參見 越田崇夫「著作權法の一部を改正する法律について（前編）— 技術の進展と著作權保護の新たなステップ —」コピライト 460 号 24 頁（1999 年）。

茲將三條文內容及其立法理由分述如下：

1. 增訂著作權法第二條第二十款「技術保護措施之定義」

【第二條第二十款條文原文翻譯】

技術保護措施：係指以電子、磁氣或其他人類知覺無法理解之方法（於次款簡稱為「電磁之方法」），對第十七條第一項規定之著作人格權或著作權或第八十九條第六項規定之著作鄰接權（以下於本款中簡稱為「著作權等」）之侵害行為予以防止或抑止（所謂「抑止」係指對侵害著作權等之行為結果產生顯著障礙者，於第三十條第一項第二款亦同。）之措施（但非基於著作權人之意思而使用者除外）。於利用（包括未經著作人同意而為之利用應構成侵害著作人格權之行為）著作、表演、錄音物、放送或有線放送（於次款簡稱為「著作物等」）時，係指使用此種措施之機器將特定反應之訊號與著作、表演、錄音物、放送或有線放送之聲音或影像一起記錄於記錄媒介物或一起送信者。

為便於閱讀，本文將第二條第二十款關於技術保護措施定義之規定調整文句如下：

【第二條第二十款條文調整文句】

技術保護措施：係指基於著作權

人之意思而使用電子、磁氣或其他人類知覺無法理解之方法，對第十七條第一項規定之著作人格權或著作權或第八十九條第六項規定之著作鄰接權之侵害行為予以防止或抑止之措施。於利用著作、表演、錄音物、放送或有線放送時，係指使用此種措施之機器將特定反應之訊號與著作、表演、錄音物、放送或有線放送之聲音或影像一起記錄於記錄媒介物或一起送信者。

本定義包含三部份概念：(1)技術保護措施係「以電磁之方法，對侵害著作權之行為予以防止或抑止」之措施；(2)技術保護措施不得為「非經著作權人之意思而為」之情形；(3)係於利用「著作物等」之時，使用技術保護措施之機器將特定反應之訊號與著作物等一起記錄或送信。

謹將本款定義內容及立法理由說明如下：

(1) 技術保護措施係「以電磁之方法，對侵害著作權之行為予以防止或抑止」之措施

(a) 電磁之方法

所謂「電磁之方法」，包括使用電子、磁氣或其他人類知覺無法理解之方法，而所謂「其他人類知覺無法理解之方法」，例如光學方法。

在本款定義中，並未看到如美國

「數位千禧年著作權法」和歐聯「著作權指令草案」對技術保護措施做「有效」(effective)要件的要求，僅在前述「技術保護措施暨權利管理資訊報告書」中提到，某些電腦軟體以輸入序號(serial number)的方式做保護控制，是以僅讓軟體合法重製物所有人得以使用為主要目的，如果知道該軟體的序號的話，就能輕易規避其保護控制，因此不能認為是「有效的」技術保護措施，沒有做為規範對象的必要。¹³ 其實，從本款的「電磁之方法」的限制上，就可以直接排除序號這種保護控制方式。

(b) 侵害「著作權等」之行爲

所謂「侵害著作權等之行爲」，係指「對『第十七條第一項規定之著作人格權或著作權』或『第八十九條第六項規定之著作鄰接權』之侵害行爲」。

日本著作權法係採取著作權與著作鄰接權分立之立法體例，其著作權分為「著作人格權」與「著作權」（即我國之著作財產權），規定於第十七條第一項；其關於表演人與錄音

物製作人之保護的「著作鄰接權」¹⁴則規定於第八十九條第六項。因此，本款所謂「侵害著作權等之行爲」包括侵害著作人格權、著作財產權和著作鄰接權之行爲三種情形。為求條文簡潔，將「第十七條第一項規定之著作人格權或著作權或第八十九條第六項規定之著作鄰接權」於本款中簡稱為「著作權等」。

(c) 「防止」與「抑止」

所謂「防止」係指制止侵害著作權之行爲，例如令錄音機無法錄音之裝置或措施。

所謂「抑止」係指「對侵害著作權等之行爲結果產生顯著障礙者」，此定義亦適用於第三十條第一項第二款中關於「抑止」之規定。

「抑止」和「防止」不同的地方是在於「抑止」並無法制止侵害著作權之行爲，而是以對侵害著作權行爲之結果產生顯著障礙之方式，達到阻止侵害著作權行爲之效果，例如令錄影機錄下之畫面出現亂紋，使著作利用人無法觀看之裝

13. 「技術保護措施暨權利管理資訊報告書」，前揭註2，頁16。

14. 我國則是將表演人與錄音物製作人之保護直接列為著作給予保護，見我國著作權法第五條第一項第八款與第七條之一。

置或措施。

僅對利用者發出禁止違法重製

之警告的措施，例如在錄影帶上載有「禁止違法重製、違者究辦」或「著作權所有、請勿侵害」等文字，並不該當「防止」和「抑止」之規定。

(d) 措施僅限於「侵害著作權等行為有關」之技術保護措施

值得注意的是，本款所謂之「措施」僅限於「侵害著作權等行為有關」之技術保護措施，不包括「接觸控制(access control)有關」之技術保護措施。接觸控制有關之技術保護措施（例如廣播訊號之加密）僅為控制單純之視聽行為，而單純之視聽行為並非著作權人之權利，所以不在本條範圍內。¹⁵

在前述的「技術保護措施暨權利管理資訊報告書」中指出，接觸控制的問題並非僅是技術保護措施的問題，而須歸結到「是否賦予著作權人新的權利」的問題，因為著作的使用和收訊在傳統上是屬於「著作之享受」的範圍，並非著作權範圍所及，

如果對接觸控制的技術保護措施的規避行為予以禁止，等於賦予著作權人一個新的權利（指對著作的接觸權），會對整體現行著作權制度發生影響。而接觸控制之規避裝置的流通所伴隨而來的問題，也不單只是牽涉到著作權人，還涉及流通業者，因此有必要對此問題針對今後著作的流通與利用型態的發展狀況繼續觀察檢討，於現在的時點最好只對「侵害著作權等行為有關」之技術保護措施做規範。然而考量到將來也許控制接觸的技術保護措施對於網路上流通的著作可能是不可或缺的保護，加上日本國內也有意見認為應將接觸控制的技術保護措施納入保護，且美國的「數位千禧年著作權法」也已將之納入規範，因此有必要留意國際動向，對此問題再做進一步檢討。¹⁶

(2) 技術保護措施須係基於著作權人之意思而使用

技術保護措施不得為「非經著

15. 關於接觸控制有關之技術保護措施的規避行為，日本另行修正不正競爭防止法予以規範。見 吉田大輔「最近の著作權問題の動向」コピライト 461 号 7-8 頁(1999 年)。關於該不正競爭防止法條文之規定與解說，參見 通商産業省産業政策局知的財産政策室「不正競争法の一部を改正する法律について」コピライト 460 号 38 頁(1999 年)。

16. 「技術保護措施暨權利管理資訊報告書」，前揭註 2，頁 15。

作權人之意思而為」之情形，因此，流通業者基於自己的利益、未經著作

權人同意，所採取的防止重製措施就不受保護。例如著作之經銷商或零售

商自行在所銷售的著作重製物上加
上技術保護措施，以防止著作利用
人侵害著作權之行爲，如果未經著作權
人同意，該經銷商或零售商所採取的
技術保護措施仍非本款所謂的「侵害
著作權等行爲有關之技術保護措
施」。至於何謂「基於著作權人之意
思」，基本上要依具體個案由司法機
關來判斷。

權利人將其欲採取技術保護措
施的意思事先指示散布者或提供
者，而由散布者或提供者進行技術保
護，當然是「基於著作權人之意思」
的一種，除此之外，如果業界有廣泛
遵行的採取技術保護措施的習慣，也
可以認為是基於著作權人之意思而
採取之技術保護措施。¹⁷

(3) 係於利用「著作物等」時，使用
技術保護措施之機器將特定反應
之訊號與著作物等一起記錄或送
信

(a) 著作物等

本款將「著作、表演、錄音物、
放送或有線放送」簡稱為「著作物
等」，於本條新增第二十一款「權利
管理資訊」定義中所稱的「著作物

等」，也是指這裡所說的「著作、表
演、錄音物、放送或有線放送」。

(b) 利用

「利用」著作物等之行爲，係指
對著作、表演、錄音物、放送或有線
放送之利用行爲，除了著作財產權的
利用行爲外，也包括其行爲會侵害著
作人格權的情形。

(c) 使用此種措施之機器

例如錄音機、錄影機、個人電腦
等，只要於機器上使用之技術保護措
施係將特定反應之訊號與著作物等
之聲音或影像一起記錄於記錄媒介
物或一起送信，即該當於本款所稱之
「機器」。

2. 增訂著作權法第三十條第一項第
二款「技術保護措施關於個人合理
使用重製之例外規定」

日本著作權法第三十條是關於
個人或家庭合理使用之規定，第一項
原來是為個人或家庭等學說上所謂
「私的使用（個人使用）」之重製的
著作權限制規定，「平成十一年法律
第七十七號」將原第一項之內容改列
為第一項第一款，增訂第一項第二款
「技術保護措施關於個人合

17. 吉田大輔，前掲註15，頁6。

理使用重製之例外規定」。

新增之第三十條第一項第二款

條文如下：

【第三十條第一項第二款條文翻譯】

著作於個人或家庭或其他類似範圍內之使用（以下簡稱為「個人使用」）為目的時，除下列情形外，使用者得為重製：

一、(略)。

二、明知係因規避技術保護措施（將技術保護措施之訊號除去或改變（但因記錄或送信方式變換而生之技術限制所致之除去或改變者不在此限），使該技術保護措施所防止之行爲變得可能，或使該技術保護措施所抑制之行爲結果不生障礙，於第一百二十條之二第一款及第二款亦同）而得為該技術保護措施所防止之重製或使其所抑制之結果不生障礙之重製而仍為重製者。

為便於閱讀，本文將第三十條第一項第二款之規定調整文句如下：

【第三十條第一項第二款條文調整文句】

著作於個人或家庭或其他類似範圍內之使用（以下簡稱為「個人使用」）為目的時，除下列情形外，使用者得為重製：

明知係「因規避技術保護措施而得為該技術保護措施所防止或抑制之重製」，而仍為重製者。

所謂「規避技術保護措施」，係指使該技術保護措施所防止之重製

行為變得可能，或使該技術保護措施所抑制之重製行為結果不生障礙。但因記錄或送信方式變換而生之技術限制所致之除去或改變者，不在此限。

第一百二十條之二第一款及第二款所稱之規避技術保護措施亦同。

本款目的是對「明知有規避技術保護措施之情事」而仍「為個人使用目的」重製之行爲，仍然評價為著作權侵害，不和其他「為個人使用目的」之重製享有限制著作權人權利之相同待遇。

本款主要內容包括兩部份：（一）定義「規避技術保護措施」；（二）將明知著作上的技術保護措施已被規避解除而仍予以重製者，評價為非法。

本款之主要內容及立法理由說明如下：

(1) 定義「規避技術保護措施」

所謂「規避技術保護措施」，係指「使該技術保護措施所防止之重製行為變得可能」，或「使該技術保護措施所抑制之重製行為結果不生障礙」。也就是原先著作權人採用「防止重製的技術保護措施」來保護其著作，希望達到防止其著作被重製的效果，或是著作權人採用「抑制重製的技術保護措施」來保護其著作，希望

縱使其著作被重製，其重製物的品質亦不佳，因而可以抑制或打消他人非法重製之意願。

所謂「因記錄或送信方式變換而生之技術限制所致之除去或改變者」，例如將 CD 上之音樂轉錄到類比式的錄音帶上時，由於儲存媒體的性質不同，會令原先在 CD 上之音樂所附加的技術保護措施訊號去除。而將資料壓縮後在網路上傳送時，也可能因壓縮技術而改變技術保護措施訊號，這些因技術限制所致之訊號除去或改變，不算本款所說的規避行為。

(2) 將明知著作上的技術保護措施已被規避解除而仍予以重製者，評價為不得主張個人非營利合理使用

在本次修法之前，日本著作權法對個人重製一直都是採取「自由且無償」的原則，而於數位式錄音和錄影的情形，才例外的採取「自由但須支付補償金」的制度，所以可說日本著作權法的個人重製是以「自由且無償」為原則、以「自由但有償」為例外。本次對規避技術保護措施的情形

改變了「自由」的部份，讓規避技術保護措施之後的個人重製以明知為前提，為重製權範圍所及。¹⁸

利用規避技術保護措施的結果，在著作物的外型上可能看不出來，此種著作物輾轉流通後，利用人不見得知道該著作重製物是規避技術保護措施的結果，因此以「明知」係「因規避技術保護措施而得為該技術保護措施所防止或抑制之重製」為本款適用之要件。

違反本款規定之行為，排除於為個人使用目的之權利限制規定之外，也就是說，明知有規避技術保護措施之情事而仍「為個人使用目的」重製，仍然構成著作權侵害，無法享受「為個人使用目的之合理使用」的待遇。

值得注意的是，本次修法認為明知有規避技術保護措施之情事而仍為個人使用之重製的情形，尚無至科刑事罰的違法性程度，因此違反本條只有民事救濟而無刑事責任。

18. 吉田大輔，同上註。

3. 增訂著作權法第一百二十條之二「規避技術保護措施之罰則」

【第一百二十條之二條文原文翻譯】
有下列各款情形之一者，處一年

以下有期徒刑，或科一百萬日圓以下罰金：

一、將專以規避技術保護措施為功能之裝置（包括該裝置之得以容易

組合之整套零組件)或電腦程式之重製物讓與或出租於公眾,或以讓與或出租於公眾之目的而製造、輸入或持有,或提供公眾使用,或對該電腦程式為向公眾送信或送信可能化之行爲者。

二、應公眾之要求而以規避技術保護措施之行爲爲業者。

爲便於閱讀,本文將第一百二十條之二關於技術保護措施定義之規定調整文句如下:

【第一百二十條之二條文調整文句】

有下列各款情形之一者,處一年以下有期徒刑,或科一百萬日圓以下罰金:

將「專以規避技術保護措施爲功能之裝置」之重製物讓與或出租於公眾,或以讓與或出租於公眾之目的而

製造、輸入或持有,或提供公眾使用者。

所謂「裝置」,包括得以容易組合成該裝置之整套零組件。

將「專以規避技術保護措施爲功能之電腦程式」之重製物讓與或出租於公眾,或以讓與或出租於公眾之目的而製造、輸入或持有,或提供公眾使用,或對該電腦程式爲「向公眾送信之行爲」或「送信可能化之行爲」者。

應公眾之要求而以「規避技術保護措施之行爲」爲業者。

本條主要内容有四部份:(一)對於技術保護措施的「準備行爲」¹⁹,只以「專以」規避技術保護措施爲功能的裝置或電腦程式爲對象;(二)對於技術保護措施的「規避

19. 所謂技術保護措施的「準備行爲」,係相對於「規避行爲」而言。「規避行爲」是對技術保護措施直接做破解、繞道規避的行爲,而在做「規避行爲」時,有可能不須藉助規避裝置或軟體工具即可進行「規避行爲」,也有可能須藉助規避裝置或軟體工具的幫助才能進行,提供規避裝置或軟體工具、使人得藉以進行規避的行爲就稱爲「準備行爲」,例如製造、輸入,或以出借、出租、讓與等各種方式提供規避裝置或軟體工具的行爲,都是「準備行爲」。

行爲」,僅以應公眾之要求而以「規避技術保護措施之行爲」爲業者爲規範對象;(三)本條爲公訴罪,非告訴乃論;(四)本條罰則並無相對應的民事救濟規定。

本條之主要内容及立法理由說明如下:

(1) 專以規避技術保護措施爲功能

所謂「專以規避技術保護措施爲功能」,是指除了規避技術保護措施

之外，不具其他實用機能者。

由於一般通用功能的機器並非「專以規避技術保護措施為功能」，因此像電腦這類通用機器雖然可以用來進行規避行為，但其規避功能僅為電腦眾多功能中的一項而已，並不在本次修法的規範範圍內。另外，雖然在市場上有「無反應型的機器」出現，這種機器可以在面對防止重製的技術保護措施時，對防止重製的訊號不予理會而直接進行重製，但本次修法也不規範此種機器，將留待日後再行檢討。²⁰

(2) 本條所處罰之行為以提供公眾為前提

本條處罰之行為依對象可分為三大類：(一)對「專以規避技術保護措施為功能之裝置」所為之行為；(二)對「專以規避技術保護措施為功能之電腦程式」所為之行為；(三)提供規避技術保護措施服務之行為。而這三者所處罰之行為都以對象是公眾為前提條件。

(a) 對「專以規避技術保護措施為功能之裝置」所為之行為

所謂「專以規避技術保護措施為功能之裝置」，包括得以容易組合成該裝置之整套零組件。

對專以規避技術保護措施為功能之「裝置」而言，處罰的行為包括將該裝置：(一)讓與或出租於公眾；(二)基於讓與或出租於公眾之目的，而製造、輸入或持有；(三)提供公眾使用。

因此，將專以規避技術保護措施為功能之「裝置」：(1)置於店中，讓顧客得以使用，(2)向公眾出售、出租、互易、贈與，(3)為向公眾出售、出租、互易、贈與之目的而製造、輸入或持有等情形，都有本條的刑事責任。

(b) 對「專以規避技術保護措施為功能之電腦程式」所為之行為

對專以規避技術保護措施為功能之「電腦程式」而言，處罰的行為包括：(一)將該電腦程式之重製

20. 吉田大輔，前揭註15，頁7。

物讓與或出租於公眾；(二)基於讓與或出租於公眾之目的，而製造、輸入或持有該電腦程式之重製物；(三)將該電腦程式之重製物提供公眾使

用；(四)將該電腦程式向公眾送信；(五)對該電腦程式為「送信可能化」之行為²¹。

21. 日本著作權法中關於向公眾送信與送信可能化之規定，簡述如下：

日本平成9年6月18日公布的「平成九年法律第八十六號」修法之後，關於「送信」相關的用語做過體系整理。其中最大範圍的用語是「公眾送信」，之下再分成「自動公眾送信」、「放送」和「有線放送」和「其他公眾送信」四部份：

所謂「公眾送信」係指以公眾直接受信為目的，以無線通信或有線電氣通信之方式所為之發信。但於以有線電氣通信方式發信之情形，不包括有線電氣通信設備一部份設置所在位置與他部份設置所在位置係位於同一建築物內之情形。惟若同一建築物分屬不同之人占有時，但書僅限於部份設置所在位置係屬同一人占有之區域內始有適用（第二條第一項第七之二款）；

「自動公眾送信」係指公眾送信中，應公眾要求而為之自動送信，但不包括該當於「放送」或「有線放送」之情形（第二條第一項第九之四款）。也就是說，「自動公眾送信」是以有線或無線的方式為互動式送信之情形，例如應公眾個別之要求，由網際網路伺服器自動做的發信行為；

「放送」係指公眾送信中，以公眾同時受信同一內容為目的所為之無線發信（第二條第一項第八款）。所以「放送」僅限於同時發信之情形，例如由電視播送、廣播播送等以公眾同時受信同一內容為目的之無線發信行為；

「有線放送」係指公眾送信中，以公眾同時受信同一內容為目的所為之有線發信（第二條第一項第九之二款）。所以「有線放送」也是指同時發信之情形，例如由有線電視播送、有線音樂頻道播送等以公眾同時受信同一內容為目的之有線發信行為；

「其他公眾送信」則例如以電話傳真機手動向公眾發送傳真之情形。

在「自動公眾送信」之條文中，並規定「互動式送信的前階段」行為亦為「自動公眾送信權」的範圍所及，此「互動式送信的前階段」，是指以特定方法將使著作置於得自動公眾送信狀態之情形，法條稱之為「送信可能化」（第二條第一項第九之五款）。因此，將他人著作未經同意放上網路伺服器，縱使尚未有網友接觸該伺服器中之該著作，仍為著作人「自動公眾送信權」的範圍所及。見 濱口太久未「著作權法の一部を改正する法律について——『インタラクティブ送信』について世界最先端を維持した日本の著作権法——」コピライト 436 号 3-5, 6-9 頁（1997 年）。

- (3) 本條第一款「提供公眾使用」和第二款「應公眾之要求而以規避技術保護措施之行為為業者」不同之處

本條第一款「提供公眾使用」係指提供者將專以規避技術保護措施

為功能之裝置或電腦程式放置讓公眾自行操作進行規避與侵害著作權之行為；而第二款「應公眾之要求而以規避技術保護措施之行為為業者」（即所謂的「規避業者」），則是指備置專以規避技術保護措施為功能之

裝置或電腦程式，於顧客請求時，代為進行規避行為（例如代為除去防止重製的訊號），或將受技術保護的著作置於可重製的狀態而提供該資訊為業者。所以本條第二款所用的工具並不以第一款所稱的專以規避技術保護措施為功能之裝置或電腦程式為限，規避業者以普通的電腦來進行規避行為也受第二款所規範。²²

(4) 違反本條之責任

本次修法認為，專用於規避技術保護措施的裝置或電腦程式如果放置於社會上，會對著作權有很大的影響，為防此種提供於公眾的行為引發社會大眾利用規避裝置來規避著作權人採取的技術保護措施而侵害著作權，有必要將此種行為界定為非法。惟本條之刑度僅為「一年以下有期徒刑，或科一百萬日圓以下罰金」，比一般侵害著作權之行為輕，是因為本條並非真正「侵害著作權之

行為」，僅為「準備行為」之故。

另外值得注意的是，本條為「非親告罪」（非告訴乃論之罪），修法理由是認為，當專用於規避技術保護措施的裝置或電腦程式提供於公眾的階段，哪一個著作權人或著作鄰接權人的權利會被侵害，尚處於不清楚的狀態，雖然一般著作權侵害的情形多半是「親告罪」（告訴乃論之罪），須待權利人告訴才發動刑罰，但向公眾提供規避裝置之行為會有令著作權侵害行為大量產生的危險，因此將刑事追訴權的發動委由特定權利人來判斷並不適當。

本條罰則並無侵害除去、侵害防止請求權等相對應的民事救濟規定，立法理由是認為各種著作共用同一種技術保護措施的情形很多，專用規避裝置提供於公眾時，實際會被用在何種著作權侵害並不明確之故。

22. 吉田大輔，前揭註15，頁5。

四、小結

「平成十一年法律第七十七號」仍有幾個問題值得討論：

1. 雖然本次修法號稱是因應 WIPO 著作權條約而做的修正，但其實 WIPO 著作權條約第 11 條²³只要

求會員國對規避技術保護措施的行為提供適當的法律保護與救濟，會員國並無對製造、散布具有規避功能的裝置予以規範的義務²⁴。

日本修法則是同時對「準備行為」和「規避行為」予以規範，但在

對象上做限縮，於準備行為只以「專以規避技術保護措施為功能之裝置或電腦程式」為對象；而於規避行為僅以應公眾之要求而以「規避技術保護措施之行為」為業者為規範對象。

至於為何要超過 WIPO 著作權條約的範圍、將「準備行為」納入規

範？據說是因為考量到利用已經破解規避後之物來進行重製等侵害著作權之行為已經是末端的行為，要掌握末端行為非常困難，不如規範此種規避裝置的散布與製造等準備行為，將此種準備行為於提供公眾之時，界定為社會不容許的行為，

23. 相對應的條文在 WIPO 表演與錄音物條約中是第 18 條。

24. 1996 年底 WIPO 外交會議之著作權條約原草案第 13 條關於技術保護措施部份，原先是要求會員國對「明知或可得而知裝置或服務將被用於侵害著作權」而仍「輸入、製造、散布」具有破解功能的裝置，或「要約提供、或代為進行具有相同效果之服務」之行為予以規範，也就是規範「準備行為」而非規範「規避行為」。然而在該次會議中，由於業界（尤其是消費電子業和電腦製造商）的遊說反對和各國代表的質疑，最後通過的是由南非代表提出的替代案，也就是現在的 WIPO 著作權條約第 11 條，僅要求會員國規範「規避行為」，而無對製造、散布等「準備行為」予以規範的義務。見 Thomas C. Vinje, *The New WIPO Copyright Treaty: A Happy Result in Geneva*, [1997] 5 EIPR 230, 234-35. WIPO 著作權條約原草案見 *Basic Proposal for the Substantive Provisions of the Treaty on Certain Questions Concerning the Protection of Literary and Artistic Works to Be Considered by the Conference*, prepared by the Chairman of the Committee of Experts on a Possible Protocol to the Berne Convention, WIPO Document CRNR/DC/4, Aug. 30, 1996 <http://www.wipo.org/eng/diplconf/4dc_star.htm>.

比較有制止效果之故。²⁵

2. 在修法的討論過程中，曾經爭議過究竟是要「以規避行為為規範對象」還是要以「規避結果所進行的重製為規範對象」的問題，最後決定不從正面掌握規避行為，而改由

從規避結果所進行的重製做為評價的對象。因此，如果圖書館在重製著作時，將該著作上之技術保護措施除去再做重製，或是學校教師為教學使用而去除技術保護措施進行重製，仍為合法。惟於此種情形，如果圖書館和教師是利用規避專用裝置或電腦程式來除去該著

作上的技術保護措施的話，由於規避專用裝置或電腦程式的散布仍為著作權法所禁止的準備行為，等於圖書館和教師縱使想做上述合法行為，也欠缺除去技術保護措施的工具²⁶。

3. 本次修法第三十條第一項第二款對明知有規避技術保護措施之情事而仍「為個人使用目的」重製之行為，仍然評價為著作權侵害，只是其法律效果僅有民事救濟而無刑事責任。WIPO 著作權條約對「個人合理使用」和「技術保護措施」之間的關係並未清楚界定，僅於第 11 條規定「該措施係用來限制未經相關之著作人授權或非經法律所許可之行為」之情形，而同

條約第 10 條又讓各會員國在可以通得過伯恩公約的三步測試原則的情況下，得以自行以法律做著作權的限制或例外規定，所以日本新法第三十條第一項第二款將明知有規避技術保護措施之情事而仍「為個人使用目的」重製之行為界定為著作權侵害，並不違反條約義務，可說是日本體認到數位環境和網路環境中有調整著作權相關利益人間平衡點之必要，所做的自發性選擇。²⁷

4. 本次修法第一百二十條之二規定，技術保護措施限於「專以規避技術保護措施為功能」者，而所謂「專以規避技術保護措施為

25. 吉田大輔，前揭註 15，頁 2-5。

26. 吉田大輔，前揭註 15，頁 7。

27. 關於個人重製之合理使用規定在數位環境中的利益平衡點調整的問題與其趨勢，可參考張懿云，『個人非營利目的重製』之研究，慶祝輔仁大學創校七十週年國際貿易法暨智慧財產權法學術研討會，頁 24-40（民國 88 年 12 月 30 日）。

功能」，是指除了規避技術保護措施之外，不具其他實用機能者。這種簡明的規定方式避開了歐聯著作權指令草案和美國數位千禧年著作權法上關於何謂「除規避外僅具有有限的商業目的或用途」(have only limited commercially

significant purpose or use other than circumvention)、「以規避為唯一或主要目的或以規避為其商業目的」(have circumvention as their sole or principal purpose or as their commercial purpose)、和「主要是為規避之目的而設計或

- 生產」(is primarily designed, or produced for the purpose of circumvention)等含有許多不確定概念的文字所帶來爭議，也縮小了技術保護措施的規避裝置所適用的範圍，應可認為是在目前立法體例中打擊面最小的一種方式。在一項新事物納入規範之初，此種謹慎、小範圍的規範方式值得參考。
5. WIPO 著作權條約和美國數位千禧年著作權法都要求著作權人所採取的技術保護措施應係「有效」

的技術保護措施，因此著作權人有義務證明其所採取的技術保護措施不是隨隨便便、輕易就能被破解或規避，而日本此次修法第二條第二十款關於技術保護措施之定義中，並無此「有效」要件之要求，期待著作權人至少盡一下「審視各種技術保護措施是否有效、以決定採取何者做為其著作的技術保護工具」的義務，似乎也不可得。

(本文作者為中原大學財法系、世新大學法律系兼任講師)

