

--散布權與第一次銷售理論

一、有關「散布」定義問題

（一）目前草案第 3 條第 1 項第 12 款就「散布」定義修改為：「指以移轉所有權、出租或出借方式，將著作原件或重製物為流通而向公眾提供或進行交易。」已經較現行法為進步，使「散布」之意義，並包含「意圖散布而陳列」之概念。但是草案第 87 條第 1 項第 2 款規定：「有下列情形之一者，除本法另有規定外，視為侵害著作權或製版權：…二、明知為侵害製版權之物而散布或意圖散布而公開陳列或持有者。」草案第 87 條第 1 項第 2 款，僅指「製版權」之散布，而第 3 條第 1 項第 12 款就「散布」定義，不包含「製版權」，二者似有互相不能配合的不周延情形。第 3 條第 1 項第 12 款僅規定「將著作原件或重製物為流通而向公眾提供或進行交易。」該定義中未規定「製版物」，則第 87 條第 1 項第 2 款有關製版物的「散布」，是否可以適用第 3 條第 1 項第 12 款有關「散布」之定義，不無疑義。

（二）此種不周延情形，其實在現行法已經存在。解決之法有二，一為在草案第 3 條第 1 項第 12 款就「散布」定義修改為：「指以移轉所有權、出租或出借方式，將著作原件或其重製物、製版物，為流通而向公眾提供或進行交易。」二為在第 87 條第 1 項第 2 款修法之理由中敘明，第 1 項第 2 款之「散布」，應依第 3 條之定義即可。為使條文明確簡潔，勿為一小問題而使定義十分腫脹，似可採第二種方法。

二、草案將「散布」改為「向公眾提供」，是否妥當？

（一）草案將第 28 條之 1、第 29 條、第 87 條、第 91 條之 1、第 93 條有關「散布」，均改為「向公眾提供」，似為符合 WCT 規定而設。尤其草案第 28 條之 1 第 1 項規定：「著作人除本法另有規定外，專有以銷售或其他移轉所有權之方式，向公眾提供其著作之權利。」與 WCT 第 6 條規定：「文學與藝術著作的著作人應享有將其著作原件或重製物授權他人以銷售或其他移轉所有權的方式向公眾提供的專屬權利。」文字相仿。然而此種修正，似無必要。蓋：

1、WCT 第 6 條規定的內文文字是「向公眾提供」(making available to the public)，但是在該條的標題所顯示之權利，為「散布權」(right of distribution)

我國著作權法第 28 條之 1 係「移轉所有權方式之散布權」，第 29 條係「以出租方式之散布權」，自施行起至今，並無混淆現象。而出借方式之散布，則不落入權利中。如果說「移轉所有權方式的散布權」及「出租方式的散布權」，在權利上容易混淆，則「移轉所有權方式的向公眾提供權」及「出租方式的向公眾提供權」，一樣會造成權利的容易混淆。此種修正，並無因此解決權利的混淆問題（如

果真有權利混淆的話)。

2、依現行草案第 28 條之 1 第 1 項規定：「著作人除本法另有規定外，專有以銷售或其他移轉所有權之方式，向公眾提供其著作之權利。」將「散布」改為「向公眾提供」，與草案第 3 條第 1 項第 12 款就「散布」定義修改為：「指以移轉所有權、出租或出借方式，將著作原件或重製物為流通而向公眾提供或進行交易」，內涵並不一定相當。蓋「散布」行為包含兩階段，一是前階段的「向公眾提供」，一是後階段的「進行交易」。從語意來看，第 28 條之 1 第 1 項規定：「著作人除本法另有規定外，專有以銷售或其他移轉所有權之方式，向公眾提供其著作之權利。」文意似僅包含規範前階段，對「進入交易」的後階段，是否規範，容易造成爭議。此在第 29 條，一樣會有這種狀況發生。

3、草案第 91 條之 1 第 1 項規定：「擅自以移轉所有權之方法向公眾提供散布著作原件或重製物而侵害他人之著作財產權者，處三年以下有期徒刑、拘役，或科或併科新臺幣五十七萬五千元以下罰金。」此為刑事責任之規定。而具有刑事責任規定的條文，應受「罪刑法定主義」的拘束，而「罪刑法定主義」不能作不利於被告之擴張解釋。如果「向公眾提供」被誤解為係散布的前階行為，那麼實際交易的後階行為，以何規定加以處罰？

(二) 如果前述諸多條文之「散布」，均改為「向公眾提供」，那麼是否整部著作權法，是否均作檢討了呢？例如下列規定之「散布」，是否需要修改：

1、第 63 條第 3 項規定：「依第四十六條至第五十條、第五十二條至第五十四條、第五十七條第二項、第五十八條、第六十一條及第六十二條規定利用他人著作，得散布該著作。」這些散布的法定例外，許多都是為著作權法第 28 條之 1 而設的，何以未修正為「向公眾提供」？

2、第 80 條之 1 規定：「著作權人所為之權利管理電子資訊，不得移除或變更。但有下列情形之一者，不在此限：…二、錄製或傳輸系統轉換時，其轉換技術上必要之移除或變更。明知著作權利管理電子資訊，業經非法移除或變更者，不得散布或意圖散布而輸入或持有該著作原件或其重製物，亦不得公開播送、公開演出或公開傳輸。」別處修改，此處未修改，有無特別考量之理由？

3、草案第 87 條第 1 項：「有下列情形之一者，除本法另有規定外，視為侵害著作權或製版權：…二、明知為侵害製版權之物而散布或意圖散布而公開陳列或持有者。」目前的草案並不承認「出借」權，何以草案第 87 條第 1 項第 6 款，用「向公眾提供」，而第 2 款卻用「散布」？

（三）如果 WCT 第 6 條的「向公眾提供權」，係規定在內文，其權利之標題係「散布權」，既然很多條文的「散布」，都改為「向公眾提供」，那麼「散布」之定義，是否還需要規定？

三、有關出租權及第 1 次銷售理論的調整事項

（一）依草案第 29 條規定，出租權限制在錄音、電腦程式、語文、視聽等四種著作。早在 100 年第 1 次修法會議時，本人即已提出補充意見，認為：

1、既然美、日、德、英、歐盟、新加坡、南韓均賦與全部著作出租權，與我國著作權法類似，則我國著作權法在此部分，自無修正僅限於部分著作之必要。

2、如果我國著作權就此部分限制某些種類之著作，方有出租權，則在選擇何種著作方能擁有出租權，各國不同，尚發生困難。再者，很可能語文著作將無出租權，因而產生盜版或因失竊而由出租店擁有所有權之語文著作重製物，其出租他人之行為不侵害著作權問題，並不合理。（此部分欲救濟另須在第 87 條以擬制侵害方式處理）

3、有關草案第 29 條增設但書問題，宜多參考大陸法系有鄰接權制度之國家，對於鄰接權中的表演、錄音物製作人如何訂定出租權之規定。

4、若未限制著作種類，即任何著作均有出租權，則出租權在除錄音著作及電腦程式著作以外之其他著作，仍應採美國模式，有第一次銷售原則規定。依我國產業模式，不宜採德、日模式，未訂定第一次銷售原則規定¹。

（二）上述理由，在此次草案仍然適用。既然我國現行法採取者為多數國家之立法例，即原則上任何著作均有出租權，似無必要因少數國家限制出租權種類而加以改變。目前欲將出租權限制於某類著作，主要是認為出租權不能有權利耗盡原則的適用，既然目前的草案，承認出租權亦適用權利耗盡原則，那麼何以必須限制若干著作種類方有出租權？以目前草案，失竊或盜版之美術圖畫，仍可出租，並無著作權法第 87 條之「視為侵害著作權」情形及第 91 條以後的刑責問題，似不合理。

（三）第一次銷售原則（權利耗盡理論），美國將其列為法定例外，規定於著作財產權限制章中，日本及德國直接把它當作「權利耗盡」，規定於專有權利的種類章中。現行草案採日本及德國直接把它當作「權利耗盡」，規定於專有權利的

¹ 日本著作權法第 38 條第 4 項，對於電影以外之著作，在未以營利為目的，未對借用人收取費用的出借情形，仍列為著作權限制之一種。即允許圖書館自由出借電影以外之其他著作。

種類章中，而第 28 條之 1 及第 29 條，均有權利耗盡原則，在立法體例上，很不簡潔經濟。如果採美國模式，較可能將第 59 條之 1 及第 60 條規定，合併解決。如果並非多數國家採德、日立法模式，似不宜變動目前條文次序，以使立法整潔，並維持條文的穩定性。

（四）WCT 第 6 條第 1 項之散布權，在第 2 項中係規定散布權之限制，此限制規定，由締約國自由訂定，並未限制應在權利中規定，抑或在法定例外中規定。在法定例外中規定，在法理上，並無違誤。在權利中規定，較可能會破壞權利種類規定體系的嚴整性。

（五）本人曾建議刪除著作權法第 59 條之 1 規定，而於第 60 條規定：「著作財產權人或得其授權之人在中華民國管轄區域內，以移轉所有權方式散布之著作原件或合法重製物者，得以移轉所有權或出租之方式散布之（第 1 項）。」「前項以出租方式之散布，於錄音及電腦程式著作，不適用之。但於附合於貨物、機器或設備之電腦程式著作重製物，隨同貨物、機器或設備合法出租且非該項出租之主要標的物者，不在此限（第 2 項）。」「第一項之合法重製物，包含依本法第 69 條及文化創意產業發展法第 24 條規定之強制授權所生產之重製物在內。」上述建議，係變動最小之修正，可供討論參考²。

（六）日本著作權法第 26 條之 2 規定有關權利耗盡原則，有五種例外情形，此情形均包含因強制授權之產品，亦在權利耗盡之範圍，目前我國草案未及注意此點，宜再斟酌。

四、有關網拍及廣告 DM 問題

依目前現行法「散布」的定義，及目前草案第 3 條第 1 項第 12 款就「散布」定義：「指以移轉所有權、出租或出借方式，將著作原件或重製物為流通而向公眾提供或進行交易。」有關網拍及廣告 DM 問題，均尚未有提供或提示「著作原件或重製物」之行為，尚難認定已經達到「陳列」階段，尤其在刑事責任的認定採嚴格的罪刑法定主義，不宜作擴張解釋，宜在修法中解決。欲解決此一問題，宜以著作權法第 87 條「視為著作權侵害」處理。草案第 91 條之 1 第 1 項規定：「透過電子媒體或網路方式為之者，亦同。」一方面文義不明確，一方面亦無法解決此種行為之民事責任問題，似非完善之立法。

² 上述規定，似宜再思考合法在國內取得之著作原件或重製物，是否得輸出國外問題，此部分德國法似未明文規定，但仍須注意其他採國內耗盡國家有無明文規定。