

再論著作權的權利耗盡原則之理論架構： 以影視串流平臺為中心*

蕭郁澹**

<摘要>

隨著家用影視娛樂市場逐漸被串流平臺所稱霸，實體視聽著作物市場日漸式微，數位著作授權契約走向全球規模化並由少數平臺所掌持，這些趨勢似乎頗讓人憂心。著作權人順應串流平臺之趨勢，善用授權契約進一步規避權利耗盡原則的適用，在當今多數著作皆以無形的數位媒介發行的趨勢下，權利耗盡原則既已過時，其所建構的著作次級市場亦恐終將消失。不同於國內多數學者著重於權利耗盡原則之實務判決評析、法律文字解釋，以及科技的法律評價，本文概括分類美國與歐盟體系下之著名 5 大實務判決，將之分為 2 類，並以此分類回顧國內外文獻，進而提出批評。接著，本文立於實務判決與學術論著之上，建構權利耗盡原則的理論架構，輔以相關論點之評析，聚焦於權利耗盡原則的非經濟價值的考量。本文以當代影視串流平臺為例，論述串流平臺的商業模式如何提升或減損權利耗盡原則所欲追求的經濟與非經濟價值，並提出潛在的法律困境與可能的解套方式。本文認為，權利耗

* 本文由衷感謝2位匿名審查委員對本文仔細斧正，提供寶貴的具體修改意見，使本文更臻完整流暢。本文靈感源自於日本演員滿島光（滿島 ひかり），作者於探尋其過往的影視作品時，發現此法律議題，隨文記錄留念。

** 美國史丹佛大學法學博士候選人（J.S.D. Candidate）、法律科學碩士（J.S.M.）、美國耶魯大學法學碩士（LL.M.）。

E-mail: yutangh@stanford.edu

• 投稿日：04/05/2023；接受刊登日：12/27/2023。

• 責任校對：陳怡君、江昱麟、張馨麟。

• DOI:10.6199/NTULJ.202412_53(4).0002

盡原則所欲維護的非經濟價值不應被忽視。正因權利耗盡原則無從適用主流的影視串流平臺，著作權法更應藉由合理使用和其他相配套的法規補足該原則所欲維護的公益價值，如文化保存、隱私保護、民主價值的維護，以及鼓勵創新與競爭。

關鍵詞：權利耗盡原則、第一次銷售原則、著作權、數位著作、視聽著作、授權契約、影視串流平臺、合理使用、隱私權

◆目次◆

壹、前言

貳、美國與歐盟體系之實務見解及相關學術批評、困境與建議

一、實務見解

二、學術批評、困境與建議

參、權利耗盡原則之理論架構

一、經濟價值的考量

二、非經濟價值的考量

三、從權利耗盡原則之理論架構評論實務見解

肆、權利耗盡原則與影視串流平臺

一、影視串流平臺的市場趨勢和商業模式

二、影視串流平臺的授權生態

三、以影視串流平臺為例再論權利耗盡原則之理論架構

四、可能的解套方式

伍、結論

壹、前言

權利耗盡原則的要旨，在於平衡著作權人的權利以及所有人就著作物之所有權，即為著作權保護與文化自由流通兩者衝突利益的體現。該原則又稱為第一次銷售原則，使著作財產權人對於著作原件或合法重製著作物之散布權，於第一次向公眾出售或因其他原因移轉所有權予他人時即耗盡¹。權利耗盡原則起源於有體物時代，在所有權依附於有形媒介的前提下，權利耗盡原則允許消費者得以所有權人之地位就合法著作重製物為移轉所有權之買賣、互易、贈與，及不以移轉所有權之出租行為。如是，著作之次級市場²，即俗稱的二手市場，便因權利耗盡原則始得而生，二手交易平臺 eBay 和百視達（Blockbuster）皆為顯例。

然而，次級市場的價格競爭因會侵吞著作權人的整體收益，著作權人自不樂見權利耗盡原則的擴張適用及次級市場過於蓬勃發展。隨著數位著作逐漸普及，著作不再以實體媒介存在與流通，所有權無所依附，起源於有體物時代且以所有權為基礎之權利耗盡原則進而產生適用上的困難。此外，現今國內外法院實務見解又對於權利耗盡原則於數位時代中之適用仍普遍採保守見解，權利耗盡原則在數位化時代之適用已前途多舛。又，近年來串流技術盛行，著作權人便善用授權契約更進一步規避權利耗盡原則的適用，進而打壓著作的次級市場³。因此，在當今多數著作皆以無形的數位媒介發行的趨勢下，權利耗盡原則所建構的著作次級市場恐終將消失。

¹ 此原則規定於我國著作權法第59條之1：「在中華民國管轄區域內取得著作原件或其合法重製物所有權之人，得以移轉所有權之方式散布之。」及第60條第1項：「著作原件或其合法著作重製物之所有人，得出租該原件或重製物。但錄音及電腦程式著作，不適用之。」

² 次級市場之名稱是相對於初級市場而生，初級市場是指著作財產權人第一次向公眾出售或以其他方式移轉對於著作原件或合法重製著作物之所有權予他人之場域，權利耗盡原則即發生於初級市場，該原則並促生次級市場。

³ 有論者認為著作權人利用授權契約限制條款阻止消費者取得著作權商品之所有權，此乃用來規避權利耗盡原則之適用，並打壓著作權商品之二手市場。林利芝（2017），〈從授權契約限制條款探討數位著作權商品的二手市場〉，《東吳法律

本文欲處理的核心問題是：當權利耗盡原則不適用於數位著作，著作權人不再出版或發行實體著作物，且著作的次級市場逐漸萎縮並消失時，將會造成何種影響？由於串流技術與授權契約已逐漸稱霸數位著作市場，實體著作的初級和次級市場皆逐漸萎縮，數位著作的次級市場則因權利耗盡原則不適用而幾乎不存在，這樣的市場結構有何優缺？對於消費者或社會大眾而言究竟是利或弊？權利耗盡原則與數位時代的扞格又該如何緩減？

科技的進步應當使更多人可以接觸並利用更多的著作，數位著作的普及省去製作、倉儲、運送和保存等成本，現代人應能更輕鬆且快速地欣賞多元且廣泛的著作。但即便科技允許，在商業模式和閱聽習慣改變的趨勢下，現實生活中似乎不盡然如此。舉例而言，當影視串流平臺龍頭 Netflix（網飛）下架某部電影時，若該電影亦未同時授權於電影院、電視頻道或其他影視串流平臺，且亦未有該電影的 DVD 或藍光片（blu-ray）在實體著作市場上流通，則該電影形同消失在著作市場中⁴。在影視串流服務逐漸稱霸著作市場的前提下，消費者若欲欣賞僅以數位形式發行的視聽著作，僅能在各種網路串流平臺間找尋有無接觸的管道，並受限於串流平臺的服務與授權契約的限制。隨著時間累積，若法律未有所調整，視聽著作的次級市場終將消失，著作的存留完全仰賴著作權人是否同意授權，一旦授權到期、下架且未更新授權契約，未來的消費者若欲欣賞該些著作將難上加難⁵。

學報》，28卷3期，頁159。

⁴ 有論者即以西班牙影集 *El Ministerio del Tiempo* 為例，因該影集已不在電視頻道上播送，且已下架於 Netflix 影視串流平臺，又因該影集的 DVD 僅發行部分區碼，故如美國和亞洲皆無法播放其 DVD，亦即該影集自 Netflix 下架後形同直接消失（雖然可能仍有盜版流通，但盜版非可信賴的著作來源）。Mark A. Lemley, *Disappearing Content*, 101 B.U. L. REV. 1255, 1257 (2021).

⁵ 綁定設備搭配授權契約的消費模式已普遍見於當代各種科技產品中，這些消費限制隱含著對消費者的控制，並逐漸提升消費者終止服務的成本。美國有論者提出「綁定經濟」（tethered economy）的概念，廣泛地描述當代商業模式習以設備和法律限制的方式限制消費者的權限和自主性，如將手機 APP 連結於體重計或洗衣機，並設有 APP 更新限制和會員綁定等功能，See Chris Jay Hoofnagle, Aniket Kesari & Aaron Perzanowski, *The Tethered Economy*, 87 GEO. WASH. L. REV. 783, 798 (2019)。此外，美國電子商務巨擘 Amazon 曾無預警地自消費者的 Kindle 閱讀載具上移除喬

此外，中心化的串流服務與授權契約，連帶使串流平臺能掌握消費者的所有視聽習慣和紀錄，恐將進一步侵害消費者的隱私權。又因次級市場瀕臨消失，繼而降低了著作權人與次級市場著作重製物競爭的誘因；串流平臺服務業者所能創新與競爭的範圍亦受限於授權契約；消費者亦因僅使用串流平臺的服務而完全無涉著作權法上之利用行為，故減少了消費者更多創新與彼此競爭的機會。

本文之所以選擇以影視串流平臺為例，正因消費者在影視串流平臺上閱聽數位著作無涉著作權法上之利用行為，無適用權利耗盡原則之可能，以此為例更能突顯權利耗盡原則已過時及適用上的扞格。理由有四：一、現今消費者已逐漸習慣以訂閱的方式透過串流技術欣賞視聽著作，而非購買並實際「擁有」數位視聽著作，多數著作權人亦順應此趨勢傾向授權其視聽著作於影視串流平臺，不再販售或供下載數位視聽著作，此已為當代視聽著作市場之國際趨勢⁶；二、縱使仍有少數消費者合法擁有數位視聽著作，但國外著名實務見解多數不允許權利耗盡原則適用數位著作，此已成定局；三、不同於實務見解，國內外學術見解多數傾向支持權利耗盡原則適用數位著作，表示權利耗盡原則於數位時代有其適用的價值與實益；四、國內學術文獻多探討權利耗盡原則是否適用於消費者實際擁有並轉售數位著作之情形，而未留意影視串流平臺才是當代主流趨勢⁷。

本文認為，學理上支持權利耗盡原則適用數位著作必有其論理價值與考量，該價值與考量正是本文所欲強調並維護的理論基礎，但不論是實務或學

治·歐威爾的經典文學作品《1984》，See Brad Stone, *Amazon Erases Orwell Books from Kindle*, N.Y. TIMES (July 17, 2009), <https://www.nytimes.com/2009/07/18/technology/companies/18amazon.html>。雖說此議題與本文無直接關聯，但概念上皆使網路平臺、商品業者或著作權人逐漸握有控制權，並降低消費者的自主性。

⁶ 此部分之論述可參見本文第肆章之「一、影視串流平臺的市場趨勢和商業模式」的段落。

⁷ 相較於「音樂」串流平臺，國內外更有法學論著探討權利耗盡原則與「影視」串流平臺間的法律問題。本文猜測可能是因現行國外著名實務判決僅處理過電腦軟體、數位音樂檔案及電子書的轉售，故少有法學論著將焦點放在影視串流平臺。

術界皆僅聚焦於「消費者擁有數位著作」之情形，而未留意消費者擁有數位著作已非當代常見的消費模式，當今主流趨勢已由串流技術和授權契約所取代。儘管消費者使用影視串流平臺完全無涉著作權法上之利用行為，但也正因如此，此趨勢才可真正規避權利耗盡原則的適用。本文擔心，在商業模式與消費型態皆迴避權利耗盡原則的趨勢下，權利耗盡原則將因「理所當然不適用」，而使該原則原欲維護的價值與考量在此趨勢洪流中被忽視且遺忘。本文期待藉由再論權利耗盡原則之理論架構，突破國外法院實務判決和國內學術文獻之聚焦範圍，並因應當代主流視聽著作市場的消費模式，以影視串流平臺為中心，一方面突顯影視串流平臺商業模式的異軍突起，另一方面突顯權利耗盡原則在此趨勢下無所適用的難題。更重要的，是藉由本文申論權利耗盡原則所欲維護的非經濟價值的考量，期待該些考量不會因影視串流平臺的盛行而逐漸被忽視且遺忘，並跳脫權利耗盡原則之範圍提出可能的解套方式，希冀能激起更多學術與實務界的討論。

本文於第貳章先概述美國及歐盟體系之著名 5 大實務判決，將之分為 2 類，並以此分類解釋美國與歐盟體系間法院判決的異同。接著，經回顧國內文獻，依循上述分類詳述本文的觀察及美國與歐盟體系間法院判決異同可能的原因，並說明國內學術如何提出批評、困境，及相應的建議配套措施。再來，經回顧國內外學術文獻，本文於第參章再論權利耗盡原則的理論架構，將文獻既有的理論進行有體系的論述，並隨文搭配實務見解強化論理。於後，本文以該理論架構評析著名 5 大實務判決，並強調不論是實務見解或國內外學術論著，皆過度強調權利耗盡原則之經濟價值的考量，而鮮少論及非經濟價值的考量。最後，為突顯權利耗盡原則所欲維護的價值與考量恐在串流技術與授權契約的趨勢洪流中而被忽視，本文以影視串流平臺為例，依循該論理之體系逐一論述影視串流平臺於著作權法評價上之優勢與劣勢。影視串流平臺雖有其經濟價值考量上的優勢，但本文主張非經濟價值的考量才是數位時代下權利耗盡原則適用與否的最大困境，並於後提出可能的解套方式。

貳、美國與歐盟體系之實務見解及相關學術批評、困境與建議

由於我國已有相當論著分析國外實務判決就權利耗盡原則是否適用數位著作的議題，並以美國與歐盟法院之判決為主⁸，故本文不再贅述判決事實與法院見解⁹，相關論著皆已列於引註中。本章節主要在概括分類並理論化美國與歐盟體系下著名之法院實務見解，共 5 個判決，並點出判決間之差異。

一、實務見解

本文認為，權利耗盡原則是否適用數位著作，實務上主要以 2 種論點切入¹⁰。一是從交易契約定性的角度切入¹¹，判斷雙方間之交易究竟屬「買賣」

⁸ 美國與德國就權利耗盡原則之確立皆已有相當長遠的歷史，美國最高法院最早係於 1908 年之 *Bobbs-Merrill Co. v. Straus* 一案中確立了權利耗盡原則，See *Bobbs-Merrill Co. v. Straus*, 210 U.S. 339 (1908)。德國帝國法院最早則係於 1906 年之 *Koenigs Kursbuch* 一案中首次肯認權利耗盡原則，See RGZ 63, 394 ff。

⁹ 著作權的權利耗盡原則簡史可參照蕭宏宜（2013），〈耗盡原則與軟體轉售：以美國與歐盟的發展為中心〉，《東吳法律學報》，24 卷 4 期，頁 142。

¹⁰ 針對美國與歐盟的實務見解類型分析，我國有論者認為，美國向來採用 2 種方式排除權利耗盡原則適用數位著作，一是將契約定性為授權，二是認定移轉數位著作即構成非法重製。此外，該論者亦認為，歐盟實務見解依據數位重製物的類型不同而給予不同的法律評價，即權利耗盡原則適用電腦軟體之數位重製物，但不適用於電子書之數位重製物。沈宗倫（2020），〈由歐盟法院之 Tom Kabinet 案論電子書散布之權利耗盡原則〉，《萬國法律》，232 期，頁 14-15。

¹¹ 有論者認為我國討論權利耗盡原則主要由 2 方向著手，第一是交易契約之定性，第二則是重製權侵害。惟，本文為概括總結實務判決討論權利耗盡原則的切入點，故保留該論者之交易契約之定性之角度，並將「重製權之侵害」之類別擴張成「科技行為之定性」，此乃本文同步觀察實務見解並依據該論者之論點而進一步擴張該分類。沈宗倫（2016），〈數位著作物自由散布的界限與不法重製防止義務：重新建構我國著作權法數位權利耗盡原則〉，《智慧財產評論》，13 卷 2 期，頁 22-26。

契約抑或「授權」契約。若為買賣契約，則適用權利耗盡原則，若為授權契約，則不適用。實務上多主張契約定性應從實質內容判斷，不以形式上契約之名為限¹²。亦即，不因約定條款使用授權用語即認定為授權，應當以交易架構及所涉及的因素而定，並判定契約條款有無終局讓與數位著作所有權之意思¹³。

另一論點是從科技行為定性的角度切入，判斷數位著作在移轉時是否會因傳輸而產生非法重製物，或於移轉的過程中是否構成公開傳達之行為¹⁴。若有產生非法重製物或構成公開傳達，則構成重製權或公開傳達權的侵害，不適用權利耗盡原則。本文所摘錄的 5 大著名實務判決雖不全然僅論及單一定性或論點，但為有體系地概括分類實務判決，本文以法院的主要論點為評斷標準，依照此 2 種角度大致分類，並按時序簡要說明之。

¹² 惟，不同於國外實務見解，我國最高法院則曾直接以形式上契約之名，承認電腦軟體之交易契約屬授權契約，參照最高法院94年度台上字第5083號刑事判決；林利芝，前揭註3，頁153。

¹³ 美國實務針對電腦軟體的交易，如拆封契約（shrink-wrap license）或點選生效契約（click-wrap license），究竟屬於授權契約抑或銷售契約有很長的論述歷史和實務判決累積。此外，美國聯邦法院間對於此法律議題的見解亦存有分歧。此議題雖與權利耗盡原則於案件事實認定上有幫助，皆在探究交易契約之實質效果，但受限於篇幅限制且此議題多環繞在電腦軟體，與本文著重的視聽著作有別，故不再贅述。相關判決可參見Microsoft Corp. v. DAK Indus., Inc., 66 F.3d 1091 (9th Cir. 1995); SoftMan Prods. Co. v. Adobe Sys. Inc., 171 F. Supp. 2d 1075 (C.D. Cal. 2001); ProCD, Inc. v. Zeidenberg, 86 F.3d 1447 (7th Cir. 1996); Apple Inc. v. Psystar Corp., 658 F.3d 1150 (9th Cir. 2011)。

¹⁴ 公開傳達權與我國著作權法所規範之公開傳輸權類同。美國著作權法將公開傳達行為規定於公開演播權內，See 17 U.S.C. § 106(4)。歐盟的公開傳達權規定於歐盟2001年數位著作權指令，See Directive 2001/29/EC, of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society, art. 3(1), 2001 O.J.(L 167)10,13.

（一）以交易契約定性

美國聯邦第九巡迴上訴法院在 2010 年時，於 *Vernor v. Autodesk* 案（以下簡稱 *Vernor* 案）中¹⁵，確立了 3 個重要的交易契約定性判斷要素：一、著作權人是否指明為授權使用；二、著作權人是否嚴格限制使用人移轉電腦軟體之能力；三、著作權人是否課以使用人顯著的使用限制¹⁶。本案原告 Timothy Vernor 在二手交易平臺 eBay 上拍賣二手的實體 Autodesk 電腦軟體，Vernor 主張其拍賣的 Autodesk 二手軟體應已權利耗盡，故未侵害 Autodesk 的著作權。然，第九巡迴上訴法院以契約定性的角度切入，審查 Autodesk 電腦軟體公司與消費者間締結之契約，並搭配 3 大交易契約定性判斷要素，認定 Autodesk 與消費者締結的電腦軟體交易契約屬授權契約，故買受人非所有權人，而為被授權人。原先販售 Autodesk 軟體給 Vernor 的消費者並非所有權人，無權將該軟體販售給 Vernor，Vernor 亦無權在二手平臺再拍賣轉售，2 次轉售均無權利耗盡原則之適用¹⁷。

歐盟法院在 2012 年時，於 *UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp.* 案（以下簡稱 *UsedSoft* 案）中¹⁸，以契約定性的角度切入，認為交易契約不應因交易方式名為授權即可規避權利耗盡原則，而應視電腦軟體交易整體行為，包含授權與下載等 2 部分。若僅授權使用，卻不允許使用者下載軟體，

¹⁵ *Vernor v. Autodesk*, 621 F.3d 1102 (2010).

¹⁶ 為判斷電腦軟體交易契約是否為授權契約，美國聯邦第九巡迴上訴法院於本案中確立三個判斷要素。沈宗倫（2014），〈數位著作授權與合理傳輸：論權利耗盡原則的新時代意義〉，《智慧財產評論》，12卷1期，頁16；胡心蘭（2016），〈權利耗盡不耗盡：簡析數位著作次級市場之建構〉，《智慧財產權》，209期，頁33-36；王怡蘋（2017），〈無載體提供著作內容模式與權利耗盡原則〉，《臺北大學法學論叢》，101期，頁275。

¹⁷ *Vernor*案相關判決事實與評析可參見胡心蘭（2013），〈從美國第九巡迴上訴法院近期案例初探數位環境下著作權耗盡原則〉，《台灣法學雜誌》，218期，頁58-60；蕭宏宜，前揭註9，頁151-155；沈宗倫，前揭註16，頁12-17；胡心蘭，前揭註16，頁35-36；林利芝，前揭註3，頁144-145。

¹⁸ Case C-128/11, *UsedSoft GmbH v. Oracle Int'l Corp.*, ECLI:EU:C:2012:407 (July 3, 2012).

該授權即失其意義；反之，允許使用者下載，卻不授權其使用，下載亦失其意義¹⁹。由此可見，歐盟法院著重整體契約之本質，認為授權使用與提供下載為整個電腦軟體交易不可切割之部分。於本案中，原告 Oracle 軟體公司主張，被告二手軟體銷售商 UsedSoft 販售 Oracle 電腦軟體之授權權限之行為侵害其著作權²⁰。然，歐盟法院認定，Oracle 軟體業者所制定之授權條款未必構成軟體下載行為的限制或條件，下載與授權應不可分割，否則會造成允許下載卻無法使用的窘境。因此，歐盟法院認為縱使 Oracle 電腦軟體伴隨著軟體授權契約，該交易在實質功能上仍等同於「買賣」電腦軟體²¹。歐盟法院以契約定性的角度切入，認定 UsedSoft 公司所購得的電腦軟體之授權權限適用權利耗盡原則²²，故 UsedSoft 公司繼而有權將其所購得的授權權限再轉售給其他消費者²³。

¹⁹ 陳龍昇（2020），〈歐盟數位著作與耗盡原則：以歐盟法院Tom Kabinet C-263/18 二手電子書判決為中心〉，《萬國法律》，232期，頁35。

²⁰ UsedSoft公司所經銷之內容為Oracle公司之客戶所購買全部或部分使用權限，UsedSoft公司再將全部或部分使用權限轉售給其他消費者。若消費者自UsedSoft公司購買授權權限後，尚未持有系爭Oracle電腦程式者，可直接自Oracle公司網頁下載電腦程式。UsedSoft案相關判決事實與判決分析可參見蕭宏宜，前揭註9，頁158-161；沈宗倫，前揭註16，頁17-25；王怡蘋，前揭註16，頁267-271；林利芝（2021），〈探討區塊鏈技術應用於數位交易之權利耗盡新解：以電子書為例〉，《東吳法律學報》，33卷2期，頁13。

²¹ UsedSoft GmbH v. Oracle Int'l Corp., *supra* note 18, ¶ 49.

²² 然，本判決僅適用於電腦軟體，歐盟法院並未說明權利耗盡規定是否適用於其它類型的數位著作。謝祥揚（2020），〈數位環境中的著作權法規範變遷〉，《萬國法律》，232期，頁5；林利芝，前揭註20，頁13。

²³ UsedSoft案相關判決評析亦可參照謝祥揚，前揭註22，頁5；沈宗倫，前揭註10，頁15-16；陳龍昇，前揭註19，頁34-36；胡心蘭（2014），〈數位著作授權契約對第一次銷售原則之影響與濫用原則之適用〉，《智慧財產評論》，12卷2期，頁83-84。

（二）以科技行為定性

德國 Hamm 高等法院在 2014 年時，於 *Hörbuch-AGB* 案（以下簡稱 *Hörbuch* 案）中²⁴，以科技行為定性的角度切入，主張電子書與電腦軟體之類型有別，應分開處理，不得依循 *UsedSoft* 判決之見解而適用權利耗盡原則，並以「網路下載」之行為不適用權利耗盡原則為論點，否定權利耗盡原則適用於電子書。本案原告為消費者保護團體，主張被告經營網路書店，將著作以電子書和有聲書等形式提供給讀者侵害其著作權²⁵。德國 Hamm 高等法院雖亦有論及契約之內容，但僅說明契約既已約定當事人間之權利義務關係，故消費者不應期待享有超過著作權法規範範圍之權限²⁶。因此，該法院著重科技行為之定性，認定於網路書店「下載」電子書和有聲書之行為有別於「散布」，故權利耗盡原則不得適用於網路上下載之電子書和有聲書。

美國聯邦第二巡迴上訴法院在 2018 年時，於 *Capitol Records, LLC v. ReDigi Inc.* 案（以下簡稱 *ReDigi* 案）中，聚焦分析行為人利用著作之行為，並未探究交易契約之定性²⁷。本案原告 Capitol Records 唱片公司主張，被告 ReDigi 提供網站供使用者轉售自 iTunes 商店合法購買之數位音樂檔案的服務，已侵害其著作權。ReDigi 則主張，數位音樂檔案是從賣方使用者的電腦移動至其雲端儲存空間，為同一檔案移轉至 ReDigi 的伺服器，故未發生任何重製行為²⁸。聯邦第二巡迴上訴法院延續紐約南區聯邦地方法院之見解²⁹，

²⁴ OLG Hamm GRUR 2014, 853.

²⁵ *Hörbuch*案相關判決事實與評析可參見王怡蘋，前揭註16，頁271-278。

²⁶ 王怡蘋，前揭註16，頁272-274。

²⁷ *ReDigi*案聯邦第二巡迴上訴法院的見解評析可參照林利芝，前揭註20，頁11-12；林利芝，前揭註3，頁150。

²⁸ *Capitol Records, LLC v. ReDigi Inc.*, 910 F.3d 649 (2d Cir. 2018). *ReDigi*案的案件事實可參閱林利芝，前揭註3，頁147-148；林利芝，前揭註20，頁8-9；胡心蘭，前揭註16，頁39-40。

²⁹ *Capitol Records, LLC v. ReDigi Inc.*, 934 F. Supp. 2d 640, 645 (S.D.N.Y. 2013). 紐約州南區聯邦地方法院認為，只要產生一個錄音著作固著於一個新的實體物件，即構成著作權法定義的重製，構成重製而侵害重製權。此外，因使用者在ReDigi網站所轉售的數位音樂檔案，既不是合法製作亦不是特定著作重製物，故不受散布

判定因 ReDigi 網站移動數位音樂檔案的技術在傳輸過程中會產生新的數位音樂檔案，為非法重製物，不符權利耗盡原則中重製物須為「合法製造」的要件，故不屬於權利耗盡原則的保護範圍³⁰。簡言之，第二巡迴上訴法院同意紐約州南區聯邦地方法院的判決³¹，著重於行為人移動數位音樂檔案是否屬於重製之利用行為之爭議，即以科技行為的角度定性，判定 ReDigi 網站轉售數位檔案之過程構成多次未經授權的重製行為，侵害了 Capitol 唱片公司的重製權，無權利耗盡原則之適用。

歐盟法院在 2019 年時，於 *NUV v. Tom Kabinet* 案（以下簡稱 *Kabinet* 案）中³²，以科技定性的角度切入，認定本案主要爭點在於提供未附有閱讀期限之電子書下載服務，究竟係該當歐盟 2001 年數位著作權指令第 4 條第 1 項所定之散布行為，抑或係該當同指令第 3 條第 1 項所定之公開傳達行為³³。本案被告 Tom Kabinet 建立二手電子書交易平臺，於該平臺上提供讀書俱樂部之服務，並於該平臺上轉售二手之電子書給該俱樂部之會員。原告 Nederlands Uitgeversverbond (NUV) 為著作權管理協會，受出版社之要求，主張被告透過交易平臺提供電子書及重製電子書之行為已侵害協會中相關著作權人之著作權³⁴。歐盟法院於本案中，認定 Tom Kabinet 以線上讀者俱樂部的交易與傳輸方式，提供電子書的行為屬向公眾傳達著作的行為，侵害著作權人的公開傳達權，與散布權無涉，故無權利耗盡原則之適用。由此可

權耗盡規定的保護。

³⁰ *Capitol Records, LLC*, 910 F.3d at 659.

³¹ 紐約州南區聯邦地方法院的見解可參見林利芝，前揭註 3，頁 148-149；林利芝，前揭註 20，頁 9-11；胡心蘭，前揭註 16，頁 40-44。

³² CJEU Case C-263/18 *NUV v. Tom Kabinet*, ECLI:EU:C:2019:1111 (Dec. 19, 2019).

³³ 歐盟 2001 年數位著作權指令第 3 條第 1 項之公開傳達行為與第 4 條第 1 項之散布行為為 *See Directive 2001/29/EC, of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society*, art. 3(1), 2001 O.J.(L 167)10, 13。其中，公開傳達權之權利內容與我國著作權法所規範之公開傳輸權類同。Tom Kabinet Case C-263/18, para. 28；陳龍昇，前揭註 19，頁 28；沈宗倫，前揭註 10，頁 9。

³⁴ *Kabinet* 案的案件事實、裁定理由與結果，及相關評析可參照陳龍昇，前揭註 19，頁 27-34；沈宗倫，前揭註 10，頁 10-14；林利芝，前揭註 20，頁 13-15。

見，歐盟法院於本案中著重於該科技行為，即提供電子書給會員之行為如何以著作權法進行評價，乃以科技定性的角度切入。

（三）小結

綜觀國外實務見解，不論爭議著作類型為何，亦不論法院採取交易契約定性或科技行為定性，皆難以找到一定的邏輯、公式或趨勢去分析法院究竟如何判斷何種數位著作始有適用權利耗盡原則。唯一可以確定的是，美國法院實務通盤採取保守的態度³⁵，不許權利耗盡原則適用數位著作，而歐盟體系中僅限電腦軟體有適用該原則³⁶，其餘數位著作目前皆不適用該原則。

本文將以上 5 大著名國外實務判決分類為 2 種定性，是為突顯美國與歐盟體系之法院在面對此議題時既有的趨勢，並嘗試概括理論化 2 種派別的差異。惟，交易契約定性或科技行為定性之分類無法說明為何僅有 *UsedSoft* 案肯認權利耗盡原則適用數位著作，此定性分類亦無法說明為何其他類型的數位著作皆不適用。目前國外實務見解對權利耗盡原則於數位時代之適用仍普遍採保守見解，法院不僅至今未提供強而有力的論點，此法律趨勢亦深深困惑著學術界。

二、學術批評、困境與建議

經爬梳國內外之學術論述，可見多數皆傾向支持權利耗盡原則應有適用數位著作³⁷，顯見學理與實務對於此法律議題之見解顯有差距。本文認為，上述實務見解雖皆嘗試在個案事實中探尋契約之真諦及新興科技行為之法律評價，但皆未提及並探究權利耗盡原則的理論架構，亦未能適時回應學理上的批評。本文如下提出就上述 5 大實務判決之淺見，並同步回應及綜整國內現有學術文獻之批評與建議。

³⁵ 沈宗倫，前揭註10，頁14；沈宗倫，前揭註16，頁32。

³⁶ 亦即，*UsedSoft*案所確立權利耗盡原則適用電腦軟體著作之見解。

³⁷ 學理上如何支持權利耗盡原則適用數位著作可詳見本文第參章。

（一）歐盟與德國法院過度仰賴著作類型之不同而採差別待遇

本文認為歐盟與德國法院皆大幅仰賴形式上爭議著作類型的不同，而就有無適用權利耗盡原則之議題採取差別對待。舉例而言，德國法院於 *Hörbuch* 案中，主張電腦程式與傳統著作有別，因電腦程式與資料處理系統兼容，且電腦程式之運作方式、功能與著作內容，非任何第三人得直接獲知，有別於傳統著作內容，故主張歐盟 *UsedSoft* 判決之見解與效力僅適用於電腦軟體，權利耗盡原則不適用電子書³⁸。又，歐盟法院於 *Kabinet* 案中，強調電子書重製物於功能、內容與市場行銷之意義不同於電腦軟體重製物³⁹，故判定電子書無權利耗盡原則之適用。然，本文認為縱然電子書重製物本質上與電腦軟體重製物有別，但以此為由論理上過於單薄，且科技技術瞬息萬變，以此為由將使法律原則之適用欠缺安定性。歐盟法院與德國法院皆未提供充足的論證說明何以因不同著作類型而有適用上的差別待遇⁴⁰。

（二）電腦軟體交易爭議易偏向以交易契約定性

從上述 5 大國外實務判決中，可觀察到僅歐盟法院的 *UsedSoft* 案肯認權利耗盡原則適用數位著作，其他皆採否定見解。然，*UsedSoft* 案也是歐盟體系下唯一以交易契約定性角度切入的判決，其他皆採以科技行為定性角度切入。本文認為，於 *UsedSoft* 案中，歐盟法院可能受美國長期聯邦法院實務見解的影響，在面對電腦軟體交易有爭議時，偏向採取以契約定性的角度切入。雖說美國聯邦法院間就電腦軟體交易契約究竟屬銷售契約抑或是授權契約並無統一見解，而是依個案判斷，但契約定性長期以來皆屬美國聯邦法院

³⁸ 王怡蘋，前揭註16，頁272-273。

³⁹ 沈宗倫，前揭註10，頁16。

⁴⁰ 我國亦有論者提出此觀察，認為歐盟法院在 *UsedSoft* 案和 *Kabinet* 案中，數位著作重製物既有相類交易模式，卻有不同的行為定性與評價，其理由為何，歐盟法院並未清楚回應，參見沈宗倫，前揭註10，頁16。另有論者認為，於探討權利耗盡原則是否適用數位著作，似無須就電腦程式著作與其他著作類型作差別對待，而應一體適用，參見王怡蘋，前揭註16，頁291-292。

在面對電腦軟體交易時最為重視的法律議題之一⁴¹。是故，延續此趨勢，美國法院與歐盟法院在面對權利耗盡原則是否適用電腦軟體交易時，依照判決先例以交易契約之定性切入，實質檢視交易內容究竟屬銷售契約抑或授權契約，繼而以此作為論理基礎來判定權利耗盡原則有無適用數位著作⁴²。

（三）轉售行為涉及網路平臺時易趨向以科技行為定性

有論者主張，美國聯邦巡迴上訴法院在面對 *UsedSoft* 案和 *ReDigi* 案時採用不同的角度切入，原因之一在於轉賣人是否與著作權人直接締結契約⁴³。該論者說明，當交易的客體如 *ReDigi* 案屬音樂這類型的著作時，音樂轉售人並未與著作權人直接締結契約，而係先於平臺，如 iTunes，線上交易後直接下載合法數位著作權商品再將之轉售，此交易模式不同於其他實務上常見的電腦軟體交易，係轉售人先和著作權人直接進行交易再進行轉售⁴⁴。

本文認為此論述雖屬實，但不應聚焦於轉售人如何取得該數位著作，而應聚焦於轉售人如何轉售數位著作。因即便轉售人未直接與著作權人締結契

⁴¹ 美國聯邦法院間就電腦軟體交易契約究屬銷售契約抑或是授權契約並無定見，參見 *Microsoft Corp. v. DAK Indus., Inc.*, 66 F.3d 1091 (9th Cir. 1995)（認定電腦軟體交易契約為一次性銷售契約）；*ProCD, Inc. v. Zeidenberg*, 86 F.3d 1447 (7th Cir. 1996)（認定電腦軟體交易契約為授權契約）；*SoftMan Prods. Co. v. Adobe Sys. Inc.*, 171 F. Supp. 2d 1075 (C.D. Cal. 2001)（認定套裝軟體交易契約為銷售契約，適用權利耗盡原則）；*MDY Industries, LLC v. Blizzard Entertainment, Inc.*, 629 F.3d 928 (9th Cir. 2010)（認定線上遊戲軟體交易契約為授權契約）；*Apple Inc. v. Psystar Corp.*, 658 F.3d 1150 (9th Cir. 2011)（認定電腦軟體交易契約為授權契約）。美國聯邦法院就電腦軟體交易相關判決分析可參照胡心蘭，前揭註17，頁60-61；蕭宏宜，前揭註9，頁155-157；胡心蘭，前揭註16，頁36；胡心蘭，前揭註23，頁64-72。

⁴² 另須注意的是，在處理交易契約定性時，學術論述上有主張應當處理私法自治契約與強制規定的調合。若肯認授權契約的有效性，將形同實質上以私法契約凌駕著作權的限制規定。此論點主張，著作權人不應利用授權契約排除權利耗盡原則之適用，若著作權之契約有違法律規定或著作權法立法意旨，以契約自由之名義阻撓契約正義之實現，則法院應以「著作權法立法目的」檢視此一授權契約的正當性。參見林利芝，前揭註3，頁159。

⁴³ 林利芝，前揭註3，頁150。

⁴⁴ 林利芝，前揭註3，頁150。

約，如 *ReDigi* 案之情形，但其於 iTunes 平臺購得的數位著作本屬合法，故轉賣人是否與著作權人直接締結契約非屬重點，是否與著作權人直接締結契約不生法律效果之差異。本文認為，癥結點應落於轉售人如何轉售該數位著作。舉例而言，以科技行為定性的 3 個判決之轉售行為，皆發生於網路平臺，如 *Hörbuch* 案中的網路書店⁴⁵、*ReDigi* 案中的數位音樂二手平臺⁴⁶，以及 *Kabinet* 案中的線上讀者俱樂部⁴⁷。後繼的利用人皆係透過網路平臺進行第一次取得後的轉售或移轉數位著作之行為，但以交易行為定性的 *UsedSoft* 案和 *Vernor* 案皆未涉及利用人於網路平臺轉售電腦軟體。*UsedSoft* 案所涉之交易標的為授權權限，未涉及電腦軟體程式之移轉，*Vernor* 案之轉售人則雖係將電腦軟體刊登於 eBay 出售，但其轉售的商品係二手「實體」著作權商品⁴⁸，為移轉實體的電腦軟體商品，並未透過網路平臺進行數位著作之移轉。本文認為，當轉售行為涉及網路平臺，並透過網路平臺之技術進行數位著作之移轉時，此移轉行為不同於直接和著作權人取得電腦軟體，必然會涉及是否有進行重製或公開傳達行為之法律評價，進而使法院趨向聚焦於科技行為之定性。

為避免過度侵害著作權人的權益、持續提供創新誘因，並提供立法者與實務界更多配套措施，在支持權利耗盡原則適用數位著作的脈絡下，國內外學術上有相當論著構思相應的配套措施，藉以緩解權利耗盡原則適用於數位

⁴⁵ 被告 *Hörbuch* 經營網路書店，將文學作品以傳統紙本書、電子書（E-Book）、有聲書等各種形式提供給讀者，王怡蘋，前揭註 16，頁 271-272。

⁴⁶ *ReDigi* 提供二手數位音樂檔案線上交易服務，使用者可在 *ReDigi* 網站上出售其合法購得的數位音樂檔案，或以低於 iTunes 商店目前銷售價格向他人購買二手數位音樂檔案，林利芝，前揭註 3，頁 146。

⁴⁷ 被告 *Tom Kabinet Internet BV* 提供線上讀者俱樂部服務，名為 *Tom Leesclub*。該線上俱樂部提供的服務內容為當有會員銷售電子書給系爭網站時，系爭網站改以提供其他二手電子書作為對價。會員付費後，該俱樂部將提供會員由 *Tom Kabinet* 所購入或受會員無償捐贈之二手電子書。沈宗倫，前揭註 10，頁 10；陳龍昇，前揭註 19，頁 27。

⁴⁸ *Vernor v. Autodesk*, 621 F.3d 1102, 1105 (2010); 胡心蘭，前揭註 23，頁 65。

著作所帶來的衝擊。本文認為，學理上構思的配套措施亦得依循上述實務 2 種派別，大致分類為以契約角度切入及以科技角度切入之配套措施。

（四）以契約角度切入之配套措施

以契約角度切入者，包含從消費者保護的角度看待著作權人與消費者締結的契約。此論點主張不論是銷售契約或是授權契約，實務上皆採用定型化契約⁴⁹。定型化契約的問題在於，消費者鮮少會真正閱讀授權條款⁵⁰，亦不易區別究竟是購得一個數位產品，抑或僅取得使用該數位產品的授權。在定型化契約之「同意」僅流於形式的前提下⁵¹，無形中弱化消費者就交易的數位產品所得掌握的控制權⁵²。此外，因多數消費者鮮少閱讀定型化契約條款，故對於其購買的數位商品或著作而取得的權利均無正確的認知與理解⁵³，甚至有認為可永久保留其購買的數位著作，或可自由出租、贈送，或轉售他人⁵⁴。為避免誘導或誤導消費者，論者主張應管制著作權人不實廣告，並要求

⁴⁹ 此現象乃源自於當代著作財產權人大多數並非著作原始的創作者，著作財產權人透過權利讓與的方式逐漸企業化，如經營文化事業之企業等，故著作的交易契約多為業者與消費者的契約關係，採用定型化契約。

⁵⁰ 胡心蘭，前揭註16，頁36-38。電子尖端基金會（Electronic Frontier Foundation, EFF）曾以法院之友（Amicus Curiae）的身分籲請美國最高法院移審Vernor案，並強調消費者鮮少於使用電腦軟體時會真正閱讀授權條款。See Brief of Amici Curiae American Library Association, Association of College and Research Libraries, Association of Research Libraries, Consumer Federation of America, Electronic Frontier Foundation, Public Knowledge, and U.S. PIRG in Support of Petition for Writ of Certiorari, Vernor v. Autodesk, Inc., 621 F.3d 1102 (9th Cir. 2010) (no. 10-1421), 2011 WL 2472742.

⁵¹ See generally Yannis Bakos, Florencia Marotta-Wurgler & David R. Trossen, *Does Anyone Read the Fine Print? Consumer Attention to Standard-Form Contracts*, 43 J. LEGAL STUD. 1 (2014).

⁵² AARON PERZANOWSKI & JASON SCHULTZ, *THE END OF OWNERSHIP: PERSONAL PROPERTY IN THE DIGITAL ECONOMY* 169 (2016).

⁵³ 我國亦有論者主張，一般著作物所有權或占有受讓人，無能力辨識第一次市場行為究為著作物所有權讓與或其他之利用型態，更不易具備相關專業知識以探求對價平衡的範圍。沈宗倫，前揭註11，頁18。

⁵⁴ Aaron Perzanowski & Chris Jay Hoofnagle, *What We Buy When We Buy Now*, 165 U.

清楚標示，確保消費者在進行數位商品和著作等相關交易時，不會基於錯誤的理解而下錯誤的判斷⁵⁵。

（五）以科技角度切入之配套措施

以科技角度切入者，如透過科技保護措施（technological protection measure, TPM）⁵⁶來避免權利耗盡原則被不當濫用⁵⁷。科技保護措施是著作權人及相關權利人用於保護其著作或其他數位內容的科技技術⁵⁸，亦即藉由科技技術延伸著作權人就數位著作物的控制。舉例而言，有論者提出，利用區塊鏈的技術與特性可有效控管著作的重製與散布⁵⁹，因區塊鏈的時間戳可追蹤著作流向，區塊鏈的共識機制亦可防止變造，其密鑰亦得禁止近用著作內容⁶⁰。該論者主張，利用區塊鏈技術散布數位著作可謂為著作權保護再加上一層防護⁶¹。

然，有論者認為，因科技保護措施對於著作重製物之控制可延伸至銷售後之每一次接觸，使買受人實際上更難執行權利耗盡原則，有礙權利耗盡原則之適用⁶²。是故，有論者認為，為避免架空權利耗盡原則，科技保護措施

PA. L. REV. 315, 336-43 (2017).

⁵⁵ *Id.* at 366-75.

⁵⁶ 我國著作權法稱為「防盜拷措施」，學理上或有稱作數位權利管理措施（digital right management, DRM）。參見楊智傑（2006），《資訊法》，頁34-35，五南；謝祥揚，前揭註22，頁3。

⁵⁷ 沈宗倫，前揭註16，頁11。

⁵⁸ 林利芝，前揭註20，頁21。

⁵⁹ 林利芝，前揭註20，頁21。

⁶⁰ GSMA, DISTRIBUTED LEDGER TECHNOLOGY, BLOCKCHAINS AND IDENTITY: A REGULATORY OVERVIEW 10-11, <https://www.gsma.com/identity/wp-content/uploads/2018/09/Distributed-Ledger-Technology-Blockchains-and-Identity-20180907ii.pdf> (2018).

⁶¹ 林利芝，前揭註20，頁21-22。

⁶² 如美國數位千禧年著作權法案（The Digital Millennium Copyright Act, DMCA）第1201條禁止任何人未經授權而規避著作權人於其數位著作重製物上所設置之控制接觸及控制重製之科技保護措施，此規範將阻礙權利耗盡原則之適用。胡心蘭，前揭註16，頁31。胡心蘭，前揭註23，頁63-64。

亦不得對後續之轉賣人和利用人基於權利耗盡原則移轉其持有之數位著作時加諸過多的限制⁶³。該論者進而主張，利用人應可基於合理使用的法理⁶⁴，於移轉時得自行解除科技保護措施，不成立著作權法第 80 條之 2 第 1 項責任⁶⁵。本文認為，科技保護措施固然是緩解之計，但此措施亦仰賴當下之技術及數位著作所依附之介質或載體。科技保護措施若稍有設計不當便易使著作權人之利益受損，或反而過度限制後繼之利用人之權益，故科技保護措施仍有其執行上之困難。

（六）同時以契約和科技角度切入之配套措施

另有一配套措施為非法重製防阻義務或刪除義務，因同時涉及契約之明示義務並須利用科技技術方能履行，故較難硬性分類為契約角度或科技角度。有論者基於對價衡平法理⁶⁶，主張透過制度上的設計來課予數位著作所有人負擔非法重製防阻義務或刪除義務，並以著作權人於數位著作物第一次銷售時之著作權授權契約所載者為限⁶⁷。著作權人須以契約條款明示與非法重製風險防阻有關的作為義務，在該等義務的範圍內，著作物所有人方有履行的義務⁶⁸。著作物所有人須移除原先儲存於工作平臺或伺服器的著作物或令其失能，藉此削減或遏止數位著作物易於重製之特性而導致著作權人的權益受到損害⁶⁹，如此方能正確貫徹對價平衡法理⁷⁰。此非法重製防阻義務亦被 *UsedSoft* 案所肯認⁷¹。德國聯邦最高法院亦曾主張，為確保後繼之利用人

⁶³ 王怡蘋，前揭註16，頁295。

⁶⁴ 羅明通（2014），《著作權法論II》，8版，頁528，三民。

⁶⁵ 王怡蘋，前揭註16，頁295。

⁶⁶ 對價衡平法理可詳見本文第參章之「提升可負擔性」之段落。

⁶⁷ 沈宗倫，前揭註11，頁29-31；沈宗倫，前揭註16，頁29-31。亦有論者認為，當著作物的合法所有人將數位著作物移轉給他人時，亦應將其原本所有的數位著作檔案刪除或銷毀。See PERZANOWSKI & SCHULTZ, *supra* note 52, at 178。

⁶⁸ 沈宗倫，前揭註16，頁30。

⁶⁹ 沈宗倫，前揭註10，頁17-19。

⁷⁰ 沈宗倫，前揭註16，頁33。

⁷¹ 相關原文論述可參照 *UsedSoft GmbH v. Oracle Int'l Corp.*, *supra* note 18, ¶ 70 (“An original acquirer who resells a tangible or intangible copy of a computer program for

於重製儲存完成後刪除自己持有之數位著作重製物，利用人對於已使其持有之數位重製物無法再使用，負擔舉證責任⁷²。

然，有論者認為，防阻義務或刪除義務仍有窒礙難行之處。因不存在之事無法證明，轉售人難以證明已使其持有之數位著作物無法再使用，故舉證實有難處⁷³。此外，轉售人之刪除行為是否確實使該數位著作物終局無法回復、使用，對一般轉售人而言於技術執行上仍有頗高的門檻⁷⁴。

防阻義務或刪除義務乍看較似採以契約的角度切入，要求著作權人須於第一次銷售時的契約中即明示相關作為義務，且著作物所有人履行的義務以契約明示的義務為限。然，因防阻義務或刪除義務亦可能包含相對應的科技保護措施之遵循義務⁷⁵，亦即須藉由科技保護措施來履行防阻義務或刪除義務，故此配套措施亦帶有從科技角度切入的色彩。

本文贊同以上配套措施皆有助於權利耗盡原則適用數位著作，畢竟科技與時俱進，數位著作的型態亦隨時順應科技的改變而經常改變其介質，權利耗盡原則及所搭配的契約勢必也須因應科技的變化而有所調整。惟，不論國外實務判決或國內學術論著，皆鮮少深入探究權利耗盡的各項理論架構，亦未提出有體系的理論架構來思考權利耗盡原則所蘊含的公益價值。本文以國外著名實務判決及國內外學術見解為基礎，經綜整論述後於下一章再次建構並完整化權利耗盡原則的理論架構，期能貢獻予實務界與學術界。

which the copyright holder's right of distribution is exhausted in accordance with Article 4(2) of Directive 2009/24 must, in order to avoid infringing the exclusive right of reproduction of a computer program which belongs to its author, laid down in Article 4(1)(a) of Directive 2009/24, make his own copy unusable at the time of its resale. In a situation such as that mentioned in the preceding paragraph, the customer of the copyright holder will continue to use the copy of the program installed on his server and will not thus make it unusable.”).

⁷² 王怡蘋，前揭註16，頁297-298。

⁷³ 王怡蘋，前揭註16，頁298。

⁷⁴ 王怡蘋，前揭註16，頁298。

⁷⁵ 沈宗倫，前揭註16，頁30。

參、權利耗盡原則之理論架構

為什麼著作權法要對著作權人於第一次移轉著作重製物後的散布權設下限制？換言之，為什麼權利耗盡原則要規定著作權人於第一次轉讓著作重製物後，便不得再干涉後續利用人對於該著作物所為之處分或收益？以白話文而言，允許閱聽大眾可以自由轉售、出租，或贈與書、CD、DVD，或甚至是電子書和音樂檔案，且著作權人不得干涉，這樣的規定到底有什麼意義與價值？

本文經爬梳美國與國內相關學術文獻後⁷⁶，將理論架構大略分為2種類型，一種是經濟價值的考量，一種為非經濟價值的考量。經濟價值的考量採量化的方式看待著作權人和公眾的利益，以經濟分析的方式理解權利耗盡原則如何在著作權人的私益和公眾的公益間取得平衡。經濟價值的考量包含提升可負擔性以及降低交易成本⁷⁷。前者係以著作物價格之可負擔性高低作為私益與公益平衡之量尺，後者係以著作物於市場交易產生之成本作為平衡之量尺。

非經濟價值的考量包含加強可利用性、保護隱私並促進民主價值、鼓勵創新與競爭。由於非經濟價值的考量非如經濟價值般可量化，故無量尺等單位作為衡量基準，且非經濟價值的考量較具有公益的色彩。

本章節依序如下介紹理論架構，並隨文提出相關批評與檢討。此外，我國有論者參考德國學術文獻後，條列出權利耗盡原則於德國法體系下之理論

⁷⁶ 美國學術文獻中，就著作權的權利耗盡原則之理論架構，論述上包含促進著作重製物流通與保存、維護使用者隱私、促進著作權市場效率與交易透明、促進創新與使用平臺競爭等。蕭宏宜，前揭註9，頁144-145。胡心蘭，前揭註16，頁28；胡心蘭，前揭註23，頁59。

⁷⁷ 但美國有論者認為可負擔性和可利用性為權利耗盡原則的主要2大理論架構。See R. Anthony Reese, *The First Sale Doctrine in the Era of Digital Networks*, 44 B.C. L. REV. 577, 578 (2003).

基礎，並說明德國通說兼採報酬理論與交易安全理論⁷⁸。本文亦同步於如下章節之恰當處附帶討論德國的報酬理論與交易安全理論。

一、經濟價值的考量

由於經濟價值的考量嘗試量化著作權人和公眾的利益，故有過度簡化著作權保護與權利耗盡原則之虞⁷⁹。然，正也因經濟分析可量化，故也提供一個相對較易理解的方式論理著作權人的私益和公眾的公益間的拉扯。美國學術論理上，採用可量化觀點看待著作權的以著作權極大主義（copyright maximalist）和著作權極小主義（copyright minimalist）最為著名⁸⁰。著作權極大主義者站在著作權人一方的角度極力為著作權人主張「最大」的利益和最強的著作權保護，並以鼓勵創新為終極目標，要求不斷擴張著作權的保護範圍⁸¹。相反地，著作權極小主義者則是站在公眾的角度，以公眾能接觸到最多的著作為目標，主張必要、「最小」、最低限度的著作權保護，任何多餘的著作權保護都被視為侵害公眾的公益⁸²。在兩邊利益拉扯中，從經濟價值考量的角度論之，著作權法存在的目的便是修正與調整利益的衡平。事實上，著作權極大主義與著作權極小主義的最終目標是相同的，皆是希望消費者能接觸到最大量且最多類型的著作，只是兩個主義所欲採用的方法不同。極大主義者強調提升創作的誘因，方能鼓勵更多的著作，極小主義者則是強調提升著作可被接觸的範圍與機會⁸³。

⁷⁸ 德國學術尚有另一個理論基礎：所有權理論，但因已漸失支持者，故不再贅述。參見王怡蘋，前揭註16，頁278-281。

⁷⁹ Joseph P. Liu, *Owning Digital Copies: Copyright Law and the Incidents of Copy Ownership*, 42 WM. & MARY L. REV. 1245, 1317 (2001).

⁸⁰ Abraham Drassinower, *A Note on Incentives, Rights, and the Public Domain in Copyright Law*, 86 NOTRE DAME L. REV. 1869 (2011).

⁸¹ Glynn S. Lunney, Jr., *A Tale of Two Copyrights*, 53 AKRON L. REV. 987, 994 (2019); Liu, *supra* note 79, at 1316.

⁸² Liu, *supra* note 79, at 1311.

⁸³ *Id.* at 1316.

因權利耗盡原則限制了著作權的保護範圍，此原則本當受著作權極小主義者所支持，但因該原則不得無限擴張適用，故極小主義者關切的是著作權人的報酬與誘因，以及公眾接觸著作的利益，「可負擔性」即是極小主義者用於衡平此 2 大利益的量尺。相反地，著作權極大主義者雖當然反對權利耗盡原則，但該主義並非毫無理由地反對。該主義關切的是著作市場的交易成本，亦即當交易成本過高時，適度地調整著作權保護範圍始能對交易雙方皆有利，故此主義主張權利耗盡原則的適用範圍應當因應交易成本的變動而修正。以下將說明權利耗盡原則於經濟層面的理論基礎，並適時闡述著作權極大主義和著作權極小主義對理論基礎的評論與批評。

（一）提升可負擔性

可負擔性（affordability）的概念亦可理解為近用（access）⁸⁴，亦即權利耗盡原則有助於降低著作的價格，使公眾更能負擔得起並利用各式著作，進而提升接觸著作的機會和範圍。舉例而言，權利耗盡原則可促進著作物的零售價格與次級市場的價格競爭，不同的零售商、二手賣家與買家能自由提供並選擇不同的價格，藉此提升著作物的可負擔性。又或消費者因深知即便購買全新的著作物，未來亦可再轉售以降低原購買全新著作物所付出的成本，權利耗盡原則便因此提高了著作物的可負擔性⁸⁵。隨著可負擔性的提升，大眾能接觸到的著作便增加，其他如出租市場亦是權利耗盡原則提升著作可負擔性的例子⁸⁶。

⁸⁴ 美國有論者將近用的概念概括認定包含可負擔性和可利用性（availability），本文亦贊同之。See Aaron Perzanowski & Jason Schultz, *Digital Exhaustion*, 58 UCLA L. REV. 889, 894 (2011). 惟，在本文的理論架構中，因可負擔性著重公眾「接觸」著作的機會與範圍（偏經濟考量），可利用性著重著作的「保存」（偏非經濟考量），且近用的原意較貼近接觸，故本文將可負擔性與近用歸於一類，將可利用性與保存歸於一類，以突顯 2 個不同概念的差異，關於可利用性的概念可詳見本章之「加強可利用性」的段落。

⁸⁵ 胡心蘭，前揭註 23，頁 59。

⁸⁶ Reese, *supra* note 77, at 587-90. 胡心蘭，前揭註 23，頁 60。

惟，權利耗盡原則不全然必定提升著作物的可負擔性⁸⁷。著作權人因權利耗盡原則的適用，在第一次銷售時必然考量自己的著作將在不久的未來會與二手市場的同樣著作物競爭。因此，權利耗盡原則會刺激著作權人設定較高的第一次銷售價格⁸⁸，以補足未來著作重製物在二手市場流通時可能損失的報酬⁸⁹。換言之，權利耗盡原則雖提升了次級市場著作物的可負擔性，但卻也降低了初級市場著作物的可負擔性。但也因如此，當著作權人設定較高的第一次銷售價格時，可能會使消費者選擇等待該些著作物流向次級市場後，再購買次級市場的著作物⁹⁰。這樣的市場結構亦會更進一步促使部分著作權人選擇甫進行第一次銷售時先設定較高的價格，待次級市場慢慢形成時再開始降價，或發行較便宜但簡易的版本（如平裝書），以便和次級市場的著作物競爭⁹¹。

由於權利耗盡原則削弱了著作權的保護範圍，此原則自然受到著作權極小主義者的青睞。然而，不同於著作權極大主義聚焦於著作權保護極大化，著作權極小主義須計算何謂「剛好」的著作權保護，此保護的程度須剛好足夠鼓勵創新，但又不能逾越必要的範圍⁹²。如是，為了避免過度限制而影響著作權人的創作動機，著作權極小主義者須巧妙地設計著作權保護的範圍，才能在著作權人的創作誘因和公眾的可負擔性間取得平衡。有鑑於此，著作權極小主義者須特別考量著作權人的誘因與報酬始能在利益拉扯中找到動態平衡⁹³。

本文認為，我國有論者提出的對價理論即應屬著作權極小主義之立論基礎之一。對價理論強調著作權人於第一次以著作物所有權移轉的方式進入市

⁸⁷ 胡心蘭，前揭註23，頁60。

⁸⁸ Reese, *supra* note 77, at 591.

⁸⁹ Perzanowski & Schultz, *supra* note 84, at 894-98.

⁹⁰ Reese, *supra* note 77, at 591.

⁹¹ *Id.* at 591.

⁹² Liu, *supra* note 79, at 1310.

⁹³ 美國有論者認為，著作權法即是在提供著作權人創作誘因和公眾接觸著作的利益間取得平衡。See Reese, *supra* note 77, at 577.

場時，享有主宰之權限⁹⁴。著作權人因進入市場而獲得報酬的機會即為權利耗盡的對價⁹⁵，該對價應足以支撐並鼓勵著作權人的創作誘因⁹⁶。若著作權人能針對同一著作重製物進入二手市場而再次分配利潤，或是限制著作重製物之轉讓，無異於一物二賣重複獲利⁹⁷。簡言之，對價理論主張，著作權人於第一次進入市場時獲得報酬的機會應當足以作為鼓勵創新的誘因，故任何第一次銷售行為以後的排他權應皆屬非必要的著作權保護⁹⁸。

美國學術上的「單一報酬原理」(single-reward principle)即與對價理論類同⁹⁹，德國通說之一的「報酬理論」亦與對價理論類同¹⁰⁰。單一報酬理論指著作權人就其著作之銷售或其他移轉所有權的行為獲得一次補償，著作權人就該特定著作重製物自此而後的各種利用均不應再獲得報酬¹⁰¹。報酬理論指著作權人於第一次移轉著作物所有權時，享有自此獲得經濟利益之「可能性」。當此可能性獲得滿足，即完成散布權之目的，故散布權繼而因此耗盡¹⁰²。

又，本文認為，市場替代性此經濟利益之論點亦應屬著作權極小主義之立論基礎之一，與對價理論恰好形成對比。對價理論和市場替代性皆嘗試在著作權人的創作誘因和公眾的可負擔性間找到平衡。惟，本文認為，對價理論是以第一次移轉或銷售著作為關鍵時點，主張第一次進入市場的對價即足

⁹⁴ 沈宗倫，前揭註10，頁18。

⁹⁵ 論者所稱著作權人具有獲致報償之「機會」，即著作權人的誘因和報酬。

⁹⁶ 該論者主張：「一旦著作財產權人同意以著作物的第一次市場行為作為實踐著作價值的方法，其由第一次市場行為所取得的市場利得，即為著作財產權人於著作權法下支配合法著作物自由流通的最大合法價值。」沈宗倫，前揭註11，頁11-14。

⁹⁷ 林利芝，前揭註3，頁138。

⁹⁸ 此論理邏輯與著作權極小主義雷同。

⁹⁹ 單一報酬原理即是美國最高法院在1908年Bobbs-Merrill Co. v. Straus案中正當化權利耗盡原則的法理。See Bobbs-Merrill Co. v. Straus, 210 U.S. 339, 351 (1908). 胡心蘭，前揭註23，頁57。

¹⁰⁰ 王怡蘋，前揭註16，頁279-280。

¹⁰¹ John A. Rothchild, *Exhausting Extraterritoriality*, 51 SANTA CLARA L. REV. 1187, 1191-92 (2011).

¹⁰² 王怡蘋，前揭註16，頁280。

以作為鼓勵著作權人的創作誘因，此理論較有利於後繼的著作物轉得人或利用人。相反地，市場替代性則是著重於第一次移轉或銷售著作「後」之期間，主張著作進入市場後依序累積的報酬始足以作為鼓勵著作權人的創作誘因，較有利於著作權人。舉例而言，*Kabinet* 案中歐盟法院即採取了著作權極小主義中的市場替代性的論點，判定二手電子書之重製成本低、不易折損，且具充分的市場替代性，故主張權利耗盡原則將衝擊著作權人就其著作應享有之適切報償¹⁰³。

本文認為，*Kabinet* 案以市場替代性之理論，提出對於著作權人較有利之論點，主張電子書無權利耗盡的適用，藉此擴張著作權人的權利保護範圍。由此可見，著作權極小主義者並非毫無限制地支持權利耗盡原則，極小主義亦不全然有利於消費者。對極小主義者而言，權利耗盡原則應考量著作的可負擔性，亦即須同時拿捏對價理論與市場替代性，方能在著作權人與公眾的利益間取得動態平衡。

此外，不法重製之風險，如盜版，亦是採納市場替代性理論者亦常提出的論點之一。此論點主張基於數位著作易重製的特性，因數位著作取得者多需藉由重製方式，若允許權利耗盡原則適用數位著作，將提高不法重製之可能性¹⁰⁴。不法重製物容易在著作市場產生先占或替代效果，易影響著作權人於第一次移轉或銷售著作後的期間能獲得的報酬¹⁰⁵。其他如強調數位著作可無差別、無限次、無耗損的完美複製與散布；複製與散布之邊際成本幾近於零；二手數位著作重製物與原始著作重製物無實質上差異，與原始著作重製物直接競爭，且享有價格上的優勢等，本文認為這些論述皆屬採市場替代性理論，著重於著作權人可從第一次移轉或銷售著作「後」的期間獲得的報酬¹⁰⁶。

¹⁰³ 沈宗倫，前揭註10，頁13。

¹⁰⁴ 王怡蘋，前揭註16，頁290-291。

¹⁰⁵ 沈宗倫，前揭註16，頁11。

¹⁰⁶ 胡心蘭，前揭註16，頁30。

然而，著作權極小主義仍遭受過於抽象的批評¹⁰⁷，因著作權人獲得的報酬無法在進行第一次銷售時準確地預測，亦無法確切計算著作權人應自第一次移轉或銷售著作後之期間獲得多少相當的對價報酬，故此主義無法得知多少程度的著作權保護才能真的剛好足以鼓勵創新¹⁰⁸。此外，該動態平衡深受當時的科技、市場結構、閱聽習慣和利益團體等的影響，其中又以科技的變化最為快速也最為深遠，其他因素亦常因科技的變動而同時改變¹⁰⁹。舉例而言，光碟片的發明降低了著作重製物複製和倉儲的成本，網路的誕生改變了大眾欣賞著作的習慣，這些科技的發明皆影響了當代的著作市場結構¹¹⁰。隨著新科技的誕生，利益團體們如新創公司或新興科技公司也會構思新的商業模式，著作權人便不斷地因應這些因素改變其預期的誘因和報酬，公眾預期能接觸到的著作也不斷地隨之調整。過多因素都使此動態平衡抽象且浮動，著作權法甚難隨著此變動隨時動態調整著作權人的保護範圍。

（二）降低交易成本

因權利耗盡原則讓著作權人第一次銷售其著作物後即無權再控制該著作物，故往後該著作物的所有權轉讓都如物之所有權轉讓一般，清楚、簡單、絕對¹¹¹。權利耗盡原則使著作物於第一次銷售後既不須著作權人的同意或授權，著作物的買賣和移轉之法律關係亦都會相對清楚且簡單，大幅減少著作物交易的成本¹¹²。舉例而言，假設不同的著作物所附帶的使用條件都不相同，有的著作物只能欣賞一週，有的著作物不得與他人共享，有的著作物可以轉賣但有的不行，這些過於複雜的附帶條件將大幅增加消費者所需耗費的精力

¹⁰⁷ Liu, *supra* note 79, at 1311-12.

¹⁰⁸ *Id.*

¹⁰⁹ *Id.* at 1312.

¹¹⁰ See generally Ben Depoorter, *Technology and Uncertainty: The Shaping Effect on Copyright Law*, 157 U. PA. L. REV. 1831 (2009).

¹¹¹ Perzanowski & Schultz, *supra* note 84, at 896.

¹¹² 胡心蘭，前揭註23，頁61-62。

與時間成本。相反地，權利耗盡原則提供了著作重製物的「所有權買斷制度」，故消費者可以享有交易穩定、清楚、單純、可信賴的著作重製物交易市場¹¹³。

本文認為，德國通說之一的交易安全理論即與降低交易成本的理論類同，惟交易安全理論較關切交易穩定帶來的公共秩序與交易安全，交易成本理論則較偏向採用經濟分析的方式看待因交易穩定所降低的交易成本¹¹⁴。交易安全理論指權利耗盡原則之目的在於確保著作物的交易自由，使後續交易之受讓人不須逐一檢視過去的交易行為是否均得著作權人之同意，維護交易行為所生法律關係清楚且明確¹¹⁵。

本文認為，權利耗盡原則既是削弱著作權保護的機制，可想而知著作權極大主義者自然反對該原則，其理由在於權利耗盡原則不僅過度削弱著作權保護，亦過度干預自由的市場機制，此見解不因著作存於有形或無形的媒介而有改變或差別。著作權極大主義者就權利耗盡原則所能容忍的適用範圍必定遠小於極小主義者所倡導的適用範圍。換言之，極大主義者想必反對權利耗盡原則適用於實體或數位著作，且必然樂見目前國外著名法院實務見解普遍不允許權利耗盡原則適用數位著作。著作權極大主義者相信即便賦予著作權人更多的著作權保護，也不會因此有損公眾接觸著作的利益，因市場競爭自然會調和出雙方都可接受的平衡¹¹⁶。

然，著作權極大主義者亦非毫無限度地要求擴張著作權保護，並認為在自由競爭的著作市場中，交易成本應當才是著作權法的首要考量¹¹⁷。舉例而言，小規模或個人利用著作時若須個別與著作權人協商授權條件，勢必會對雙方造成過高的時間和人力成本，故此時著作權法應當介入，並藉由合理使用的機制允許小規模或個人利用該著作，而免除授權的需要和侵權的可能

¹¹³ Perzanowski & Schultz, *supra* note 84, at 896.

¹¹⁴ 王怡蘋，前揭註16，頁280-281。

¹¹⁵ 王怡蘋，前揭註16，頁280-281。

¹¹⁶ Liu, *supra* note 79, at 1316; See Frank H. Easterbrook, *Cyberspace and the Law of the Horse*, 1996 U. CHI. LEGAL F. 207, 208, 216 (1996).

¹¹⁷ Liu, *supra* note 79, at 1316.

¹¹⁸。同理，相較於數位著作，因就傳統實體著作物商談授權契約與條件之交易成本較高，涉及著作物之實體移轉或倉儲等，故極大主義者就權利耗盡原則適用傳統實體著作物所能容忍的適用範圍必定大於該原則適用數位著作之適用範圍。

著作權極大主義者進一步主張，若授權機制可以在最低交易成本的前提下運作，則著作權人應當享有更多的著作權保護。若透過有效率的授權機制，使交易成本可以降到最低，且市場成熟到足以提供合理的授權價格，則高度著作權保護和高度可負擔性是可以並存的¹¹⁹。舉例而言，授權機制下細緻的價格分層可讓著作物完善且有效地被利用，達到物盡其用，著作權人徹底地收取權利金既能鼓勵創作，細部的授權價格分層亦能讓公眾享有極高的近用可能，影視串流平臺所採用的串流技術與搭配授權契約之商業模式即有此效果。

著作權極大主義者批評極小主義者所提出的最低限度的著作權保護不僅過於抽象，著作權人的誘因與報酬和公益的近用間之平衡亦難以捉摸¹²⁰。該論理無法適時反應日新月異的科技，故主張在最大程度的著作權保護下，自由市場自然會調和因應¹²¹。換言之，著作權極大主義者認為權利耗盡原則固然使著作重製物的交易穩定，減少了一定的交易成本，但仍無法確切反應當下的科技、市場結構、閱聽習慣和商業模式等¹²²。舉例而言，實體著作物商品可能因科技的改變而終將消失，屆時實體著作物的交易成本可能根本不存在，取而代之的是於數位著作市場中盛行的授權機制產生的交易成本。若權利耗盡原則未隨科技、商業模式，和其他因素的轉變而調和交易成本，終究會干預著作權人的創作誘因與期待的報酬。

¹¹⁸ *Id.*

¹¹⁹ 但若交易成本過高，甚至高過消費者欣賞該著作的價值，則著作權極大主義者亦贊同著作權法應介入並透過法律機制讓消費者享有著作，合理使用即為顯例，*Id.* at 1315。

¹²⁰ *Id.* at 1316.

¹²¹ *Id.*

¹²² *Id.* at 1312; See I. Trotter Hardy, *Contracts, Copyright and Preemption in A Digital World*, 1 RICH. J.L. & TECH. 2, 1-3 (1995).

須注意的是，交易成本的高低是個相對的概念，比較的對象是此刻的市場現狀¹²³。舉例來說，權利耗盡原則既已是長久的交易規範與習慣，公眾對於著作重製物的期待正如擁有物的所有權般，若此時調整實體著作物的權利耗盡原則，勢必會造成鉅額的交易成本。但若是新興科技甫誕生，且新的商業模式、機制或科技可使授權的交易成本降到最低，並低於尚未有該科技前的授權交易成本，則原本的著作權限制可能已無法反應時下的新興科技，甚至將干預新興科技與市場所降低的交易成本。如是，著作權保護的範圍應隨之調整或增強，否則原先的著作權限制將會扼殺著作權人的創作誘因¹²⁴。

惟，著作權極大主義過度強調市場自由、授權與交易成本的論點亦遭受批評，舉例而言，極大主義者認為有效率的授權便可滿足公眾的近用需求，顯然已過度簡化著作所帶來的價值和權利耗盡原則的立法目的與理論基礎¹²⁵。反對著作權極大主義的另一核心批評在於，極大主義者過度重視經濟效益而忽略了部分著作的創作型態和所帶來的價值乃遠超過授權機制可以涵蓋的。例如，受言論自由保護的仿作的現象即非授權機制所能處理的¹²⁶。

本文認為，考量當代數位著作市場的商業模式和消費型態之趨勢，若數位著作市場能透過有效率的授權機制和細部的授權價格分層，使交易成本降到最低，讓數位著作完善且有效地被利用，則著作權人徹底地收取權利金既能鼓勵創作，亦能讓公眾享有極高的近用可能。換言之，過多動態的市場因素都將使著作權極小主義所欲維護的動態平衡抽象且浮動，權利耗盡原則亦甚難隨此變動隨時動態調整著作權人的保護範圍。本文認為，因應新興數位科技的日新月異，取而代之的可能是較具有彈性且較貼近數位市場脈動的著作權極大主義。亦即，著作權極小主義所倡導的權利耗盡原則似較適合以有形媒介為主流的實體著作市場，但隨著數位著作市場的成熟，完善的授權機制似更能兼顧高度著作權保護和高度可負擔性。權利耗盡原則在科技快速變

¹²³ Liu, *supra* note 79, at 1311.

¹²⁴ *Id.* at 1320.

¹²⁵ *Id.* at 1321-22.

¹²⁶ *Id.*

動的環境下似顯得僵硬且難以變通，著作權極小主義的論理亦可能將因數位時代的來臨而退居幕後，改由極大主義所取代。

二、非經濟價值的考量

非經濟價值的考量係指其他無法用量化或經濟分析的方式理解權利耗盡原則的理論基礎，這些考量隱含更多其他具公益性的面向，如文化保存、隱私保護、民主價值，以及促進競爭與創新。非經濟價值考量的理論基礎較少被學術論理深入討論，更罕見於實務判決中。立基於部分學術論著之上，本文更著重於權利耗盡原則的非經濟價值的考量¹²⁷，並如下依序論述之。

（一）加強可利用性

雖說可利用性（availability）與可負擔性相輔相成，且有論者將可負擔性和可利用性視為一體¹²⁸，但本文特別強調可利用性的非經濟面，以便清楚區分可利用性與可負擔性的差異。因此，若說可負擔性是以著作「價格高低」此經濟論點理解著作被接觸的範圍與機會，本文認為可利用性乃以「時間長短」來理解著作被接觸的範圍與機會。當權利耗盡原則提升可負擔性的同時，自當然也延長了公眾接觸與利用著作的時間。

本文認為，可利用性的概念可被理解為保存（preservation），亦即權利耗盡原則加強著作物被保存的可能。舉例而言，當著作財產權的存續期間到期後，權利耗盡原則使著作重製物仍安然地被保存，如存放於收藏家中或圖書館，故可被其他第三方所利用，例如再出版¹²⁹。又或如權利耗盡原則因促成次級市場的生成，故讓短暫不再發行¹³⁰、著作權人不詳、不存在的孤兒著

¹²⁷ 國內外大多數學術論著都將權利耗盡原則的經濟與非經濟層面的理論混合討論，且就經濟層面的理論討論較為成熟且深入。

¹²⁸ 美國有論者主張保存的功能應屬近用的概念之一，即可負擔性和可利用性皆落入近用的概念。See Reese, *supra* note 77, at 603.

¹²⁹ *Id.* at 598.

¹³⁰ 著作權人基於商業策略，有時會暫時不再發行著作，藉此創造空窗期以提升市場的需求，如迪士尼便經常使用此策略來提升卡通影片的商機。*Id.* at 602-03.

作¹³¹，或絕版的著作物得以在市場上合法、穩定、持續並長久地流通。權利耗盡原則亦讓年代久遠、或曾因政治因素、或不具經濟上價值等原因而停止流通之著作物仍有被大眾接觸之機會¹³²。

以絕版而言，著作絕版的原因很多，最常見的原因之一是著作權人因認定報酬已低於出版或發行的成本而使其絕版。其他包含因應著作載體的轉變而使附著於舊載體或介質的著作重製物絕版¹³³，如著作權人因 DVD 已取代舊式卡匣式錄影帶而使附著於卡匣式錄影帶的著作物絕版。其他絕版的原因尚包含著作權人而後不滿意先前著作的品質、變更見解、擔心著作的內容在未來會遭來批評，或著作權人的繼承人基於個別理由決定不再發行或出版。若無權利耗盡原則，著作權人將可全權控制著作物的存滅，遇有上述這些情形時，將使著作難以透過著作重製物的流通而再次被更多的閱聽大眾接觸且利用。

著作物的保存，尤其是當著作權人決定停止出版或發行後，或是當著作進入公眾領域幾十年或幾百年後，所帶來的價值與意義不只停留於個人對於特定著作的喜好、情感和連結，更是歷史、文化、宗教、學術、藝術、證據和資訊的保留、傳承和啟發，屬於人類共同的文化遺產¹³⁴。著作物透過長久的保存，在不特定的將來都有可能再產出嶄新的商業、藝術和批判價值，並可能刺激更多因此受啟發的全新著作。權利耗盡原則使著作重製物以不同形式於不同載體散落於不同的所有權人手中，如此去中心化且發散的收藏與保存才能讓著作免於因著作權人單方面恣意的決定、天然災害、政權迫害或遺失等因素而讓著作消失¹³⁵。事實上，若基於保存的需要，與其僅允許讓著作權人自行保存其著作物，不如使上百、上千或上萬個不特定團體，如圖書館，或不特定所有人保有、保管並保存著作重製物，反而更能使著作物免於在歷

¹³¹ 胡心蘭，前揭註23，頁60。

¹³² 胡心蘭，前揭註23，頁60-61。

¹³³ Reese, *supra* note 77, at 594.

¹³⁴ *Id.* at 600.

¹³⁵ *Id.* at 605.

史洪流中遺失或消失¹³⁶，這也是立法者原先創立權利耗盡原則的目的之一。從過去歷史迫害或集權政治的經驗中可見¹³⁷，著作的保存事實上仰賴分散且去中心化的所有權制度，方能妥善保存文化遺產¹³⁸，中心化所有或中央監管著作物都更容易使著作因不正當的理由而消失。

（二）保護隱私並促進民主價值

因權利耗盡原則允許著作物在進入市場後得以自由流通，消費者可以不須經由著作權人同意自由處分著作重製物，後續的處分方式、交易的對象、時間和地點都不需告知著作權人，故權利耗盡原則有被認為可以保護消費者的隱私¹³⁹。進一步言，若無權利耗盡原則，著作權人可以追蹤並清楚得知個別消費者的閱聽習慣，有論者認為，這將侵害從言論自由衍生出的匿名閱讀的權利（right to read anonymously）¹⁴⁰。本文認為，這個權利在涉及較具爭議性的著作，如色情著作、含政治立場的著作或其他容易引起偏見或被污名化的著作時，更顯得格外重要。

¹³⁶ *Id.* at 610.

¹³⁷ LUCIANO CANFORA, *THE VANISHED LIBRARY: A WONDER OF THE ANCIENT WORLD* 196-97 (Martin Ryle trans., 1990). 我國亦有論者強調即便是數位著作仍應有確保市場自由流通的必要，尤其是目前數位交易環境側重於「中央管控」的數位內容服務提供，應當更有自由移轉流通的需要。沈宗倫，前揭註16，頁28。

¹³⁸ 古希臘詩人荷馬（Homer）和羅馬詩人維吉爾（Virgil）的著作都是在不同時代透過著作重製物散布於各處才得以保存下來。更多透過著作重製物的散布而得以保存經典著作的例子可參見Reese, *supra* note 77, at 603-09。

¹³⁹ 胡心蘭，前揭註23，頁61。

¹⁴⁰ 美國有論者主張美國憲法上的言論自由即保護匿名閱讀的權利，此權利禁止政府藉著規範科技保護措施來侵害人民匿名閱讀的機會。See Julie E. Cohen, *A Right to Read Anonymously: A Closer Look at "Copyright Management" in Cyberspace*, 28 CONN. L. REV. 981 (1996); Julie E. Cohen, *Copyright and the Perfect Curve*, 53 VAND. L. REV. 1799, 1812 (2000); Niva Elkin-Koren, *Copyright Law and Social Dialogue on the Information Superhighway: The Case Against Copyright Liability of Bulletin Board Operators*, 13 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 345, 410-11 (1995); Julie E. Cohen, *Some Reflections on Copyright Management Systems and Laws Designed to Protect Them*, 12 BERKELEY TECH. L.J. 161 (1997).

中心化的管理著作，意味著著作權人或經著作權人授權同意的主體可以統一化地全盤知悉著作物如何被使用和利用，及相關的交易對象、時點和著作類型。如是，著作物的流通與散布並非散落式地發生在個別交易之間，而是發生在著作權人或該被授權主體和個別的消費者之間¹⁴¹。若無權利耗盡原則，中心化的管理將使著作權人或經著作權人授權同意的主體全盤知悉著作的流通範圍和方式，若這些資訊遭不當使用，則不僅將侵害消費者的隱私，更可能進一步引起涉及政治言論等之寒蟬效應¹⁴²。

此外，著作既是公眾吸收知識的主要來源之一，每個人欣賞過的著作的紀錄皆是其知識與智慧養成的遺跡，可謂個別思想的體現¹⁴³。本文借用美國學術上智慧隱私權（intellectual privacy）和思想自由（freedom of thought）的概念¹⁴⁴，主張權利耗盡原則有助於智慧隱私權的保護。因應數位時代的來臨，每個人在網路上進行思想上的活動時，如閱讀、撰寫、點閱、分享、傳送、拍攝，以及錄製等，都會留下思想活動的紀錄，使思想的過程得以具體化地呈現並移轉給他人。從言論自由和表達自由延伸而來，智慧隱私權欲保護的，是該些思想活動的紀錄因有其自主性，故應有免於受到他人監視的權利¹⁴⁵。想法、創意、啟發，甚至是小而新興的點子（idea）都需要私密的空間才能自由且不受拘束地趨緩成形。欣賞過的著作都是其思想的來源，亦會是未來言論表達的養分。雖說該論者所論之智慧隱私權並未提及權利耗盡原則，但以欣賞著作而論，若每個人閱覽或閱聽過的著作都被中心化地管理與記錄，當該監控或紀錄的資訊遭不當外洩，將有損思想自由與言論自由的保護¹⁴⁶。

進一步言，權利耗盡原則提供的去中心化結構，以及其促進著作重製物傳播與散布的目的更隱含著深層的民主價值。著作權所維護的本不僅止於經

¹⁴¹ Perzanowski & Schultz, *supra* note 84, at 896.

¹⁴² Liu, *supra* note 79, at 1338-39.

¹⁴³ Neil M. Richards, *Intellectual Privacy*, 87 TEX. L. REV. 387, 399 (2008).

¹⁴⁴ *Id.* at 407-25.

¹⁴⁵ *Id.* at 406.

¹⁴⁶ *Id.* at 418.

濟層面上的著作權人創作誘因，更蘊含著透過自由市場機制使創意的表達可免於政府的監管¹⁴⁷。立基於免於受政府或集中化控制、管理與生產知識的論理，權利耗盡原則建構了思想與表達的次級市場，使消費者免於受著作權人中心化的監控，並得自由處分及收益著作重製物，進而從著作中吸收、發想，並獲得更多的知識和文化，藉此鼓勵更多的文化吸收與創新。換句話說，權利耗盡原則更強化了著作權本蘊含的民主公益價值，即知識的傳遞與吸收應當免於受中心化的管控¹⁴⁸。

（三）促進創新與競爭

權利耗盡原則促進創新的對象有三，一是著作權人，一是次級市場業者，另一是消費者¹⁴⁹。權利耗盡原則能刺激著作權人為與次級市場自己的著作重製物競爭，而就原著作再進行改版、增修、再版，或如發行限定版、特別版、周年版或精裝版¹⁵⁰，又或添加獨家周邊內容與商品等¹⁵¹。因此，原著作因權利耗盡原則而有了更多新的創作元素。本文認為，權利耗盡原則對著作權人而言，其所刺激的創新與可負擔性相呼應，因次級市場的生成，一方面提升著作的可負擔性，一方面也因著作重製物的價格競爭而刺激著作權人再創作。

對次級市場業者而言，因權利耗盡原則提供了後繼利用人穩定的所有權買斷制度，買斷後的利用不受著作權人控制，故業者可在所有權允許的範圍內不受拘束地發展新興科技技術與商業模式，並彼此競爭¹⁵²。次級市場業者，如二手交易平臺 eBay 和百視達，即是在權利耗盡原則的蔭蔽下修改其商業模式而能蓬勃發展¹⁵³。本文認為，權利耗盡原則對次級市場業者所刺激的創

¹⁴⁷ Liu, *supra* note 79, at 1327.

¹⁴⁸ Neil Weinstock Netanel, *Copyright and a Democratic Civil Society*, 106 YALE L.J. 283, 373 (1996).

¹⁴⁹ Perzanowski & Schultz, *supra* note 84, at 897-98.

¹⁵⁰ *Id.*

¹⁵¹ 胡心蘭，前揭註23，頁62-63。

¹⁵² Perzanowski & Schultz, *supra* note 84, at 897-98.

¹⁵³ *Id.*

新，同時與可負擔性和交易成本相呼應。因權利耗盡原則穩定了著作重製物的二手交易市場，降低了交易成本，故次級市場業者更能專注於商業模式的競爭。當次級市場業者不斷競爭，次級市場亦也同步更趨成熟，使著作物的交易有更多的價格分層，進而提升著作的可負擔性。

對消費者而言，本文認為權利耗盡原則所鼓勵的創新與其帶來的可利用性相呼應。雖說可利用性著重在時間的長短和保存的面向，亦即著作權人不得恣意地使著作消失，亦不得隨時暫停著作的流通，但正因如此，消費者始能對於其所有的著作重製物再利用、改造，甚至創作，將其轉變為完全不同的著作¹⁵⁴。舉例而言，消費者得將數本小說堆疊改作成一張椅子，或將黑膠唱片作成一個時鐘¹⁵⁵。在權利耗盡原則庇蔭下，消費者不須經著作權人同意，便可自由且不受拘束地就該著作重製物進行贈與和移轉，不須擔心其所購買的著作重製物是否有使用上的附帶限制，亦不須擔心有附隨的授權契約而限制特定行為。

簡言之，權利耗盡原則促進著作權人與自己的著作重製物競爭，進而激發創作；鼓勵次級市場業者創新商業模式，彼此競爭；亦刺激消費者再利用與創造¹⁵⁶。這些促進創新與競爭的效果都源自於權利耗盡原則所建構的次級市場，而次級市場的成熟又仰賴著作的高可負擔性、低交易成本，及高可利用性。由此可見，權利耗盡原則的各理論基礎之間相輔相成，自有其動態平衡。

三、從權利耗盡原則之理論架構評論實務見解

本文認為，實務判決中慣用的 2 大切入角度，即交易契約定性和科技行為定性，皆屬權利耗盡原則理論架構中的經濟價值的考量。交易契約定性既

¹⁵⁴ *Id.* at 898-900.

¹⁵⁵ *Id.*

¹⁵⁶ 著作權若僅著重於經濟上的創作鼓勵，忽略公共領域對於一般人在創作上所能享有的公共利益，尤其是對於文化創作，例如創作素材、啟發與嘗試等，對整體和長期而言反而可能產生壓抑文化創作的結果。當著作權人創作能力受限，也可能連帶影響經濟上將來的利益。

著重於著作物交易雙方當事人所締結之契約，即表其所重視的乃著作權人第一次進入市場時所採用的契約定性，較看重對價理論中著作權人於第一次進入市場時享有主宰之權限。相對地，科技行為定性因著重於科技技術之法律評價，並重視轉售人如何透過網路平臺轉售數位著作，可見此定性較看重市場替代性理論中轉售人於第一次移轉或銷售著作後之期間的利用行為，此亦可從 *Kabinet* 案中歐盟法院強調市場替代性之論理可見一斑。

進一步言，本文所摘錄的 5 大著名判決，皆採用了經濟價值考量中的可負擔性理論，如對價理論和市場替代性理論，而未論及交易成本。此外，該些判決的主要論述基礎皆屬著作權極小主義者所重視的，嘗試在著作權人的創作誘因和公眾的接觸利益間取得平衡，但未考量交易成本在數位著作轉售中的影響，亦鮮少論及權利耗盡原則理論架構中非經濟價值的考量。

本文認為，經濟價值的考量固然是著作權法本身自帶有的色彩，著作權人的私益和公眾的公益間的平衡本是著作權法的核心重點，法院實務見解著重經濟價值的考量自屬合理。然，面對數位科技與數位商業模式瞬息萬變，法院若仍以處理實體著作物之邏輯，僅考量著作權極小主義所倡導的動態平衡，而未注意許多數位著作市場因素都將使該動態平衡抽象且浮動，因權利耗盡原則本甚難隨時動態調整著作權人的保護範圍，故該原則必然會有適用上的困難。於是，自不難想見多數法院實務見解均得出不允許權利耗盡原則適用數位著作之結論。

在學術論理與實務見解間存有歧見，且認知與期待漸行漸遠時，本文呼籲應當重新調整權利耗盡原則之論證方向。面對新興數位科技與數位著作市場，在經濟價值的考量中，似可見著作權極小主義的論理將因數位時代的來臨而退居幕後，改由極大主義所取代。亦即，以降低交易成本作為目標可能會比尋求動態平衡來得更為適切，此也代表著作權權利耗盡原則恐終將不再適合數位著作市場。然，因權利耗盡原則不僅有經濟價值的考量，更有實務與學術界較少論及，但分量同等重要的非經濟價值的考量。此外，著作權極大主義本有過度強調經濟效益、授權機制與交易成本，而忽略了著作所帶來的其他非經濟價值等批評。鑒於此，本文更加強調非經濟價值的考量之重要性，

尤其隨著數位著作市場日趨成熟，當有效的授權機制將交易成本降到最低，商業模式過具有說服力，恐將使權利耗盡原則欲維護的非經濟價值考量在著作權極大主義的壯大下，加上實務見解持續否定權利耗盡原則適用數位著作之趨勢下，逐漸為人所忽略且遺忘。

本文呼籲，因著作權極大主義所主張的授權機制極度適性於當代數位著作市場，故更應該留意極大主義所遭到的批評：過度簡化著作所帶來的價值和權利耗盡原則的立法目的與理論基礎。因此，本文因應當代主流商業模式與消費習慣，因影視串流平臺採用的商業模式乃於數位時代善用授權機制之顯例，故本文以影視串流平臺為討論中心，期能更加突顯忽略或遺忘非經濟價值的考量可能帶來的後果與影響。以下將以權利耗盡原則理論架構為骨幹，深入探討在影視串流平臺趨於主流的時代，數位時代與權利耗盡原則的扞格之處，以及可能相對應的解套方式。

肆、權利耗盡原則與影視串流平臺

本文已在前言提供 4 大理由說明為何以影視串流平臺為例¹⁵⁷。其中，針對現今消費者已逐漸習慣以訂閱的方式透過串流技術欣賞視聽著作，為當代視聽著作市場之國際趨勢，本文如下依序分別以市場趨勢和商業模式，以及及授權生態細論之。緊接著，本文延續上述權利耗盡原則之理論架構，以影視串流平臺為例分別探討其與各理論基礎之互動，論述串流平臺的商業模式如何提升或減損權利耗盡原則所欲追求的經濟與非經濟價值，並提出可能的解套方式。

¹⁵⁷ 4大理由詳參本文第壹章之「前言」的段落。

一、影視串流平臺的市場趨勢和商業模式

順應 2020 年年初爆發的新冠肺炎（COVID-19）疫情，影視串流（streaming）平臺遂成為宅經濟的娛樂首選¹⁵⁸，也改變了全球觀眾的觀影模式。從我國國內電影院市場總票房觀之，2019 年時電影總票房達 101.91 億元，但疫情爆發後的 2020 年至 2022 年每年總票房皆低於 60 億元，其中 2021 年時僅只有 49.64 億元¹⁵⁹。國際電影院市場也受到同樣影響，相較於

¹⁵⁸ 串流是指將影音內容檔案壓縮封包（packets）後，透過網路分段傳送給接收端，並在接收端重組串接封包後即時播放的技術。由於接收端並不會取得檔案，不同於下載，影音內容檔案讀取播放後即丟棄，不留存於接收端，故可節省接收端的磁碟儲存空間，亦可避免盜版或檔案遭不法重製或下載。陳佑寰（09/17/2015），〈經營網路串流影音服務 除個資外更應留意著作權〉，《網管人》，<https://www.netadmin.com.tw/netadmin/zh-tw/trend/884DDF9750B4416894BE80273278F5F0>（最後瀏覽日：01/09/2024）；李昕（2018），《從著作權議題探討我國OTT影視產業之發展：以侵權因應及內容授權為中心》，頁7，國立政治大學科技管理與智慧財產研究所碩士論文。

¹⁵⁹ 文化部影視及流行音樂產業局（2019），《2019年電影市場動態（年報）》，<https://file.moc.gov.tw/Download.ashx?u=LzAwMS9VcGxvYWQvT2xkRmlsZXNmQWRtaW5VcGxvYWRzL2ZpbGVzLzIwMjAwNi82ZDk5OTE1ZC02NWFiLTQxNGQtOGMzYi0xZGI5MTc4MTBhNmYucGRm&n=MjAxOeW5tOmbu%2bW9seW4guWgtOWLleaFiyJlubTloLEpLnBkZg%3d%3d>；文化部影視及流行音樂產業局（2020），《2020年電影市場動態（年報）》，<https://file.moc.gov.tw/Download.ashx?u=LzAwMS9VcGxvYWQvT2xkRmlsZXNmQWRtaW5VcGxvYWRzL2ZpbGVzLzIwMjAwNi82ZDk5OTE1ZC02NWFiLTQxNGQtOGMzYi0xZGI5MTc4MTBhNmYucGRm&n=MjAyMOWLeaFi%2be1seioiCjJlubTloLEpLnBkZg%3d%3d>；文化部影視及流行音樂產業局（2021），《2021年電影市場動態（年報）》，<https://file.moc.gov.tw/Download.ashx?u=LzAwMS9VcGxvYWQvT2xkRmlsZXNmQWRtaW5VcGxvYWRzL2ZpbGVzLzIwMjAwNi82ZDk5OTE1ZC02NWFiLTQxNGQtOGMzYi0xZGI5MTc4MTBhNmYucGRm&n=MjAyMeW5tOmbu%2bW9seW4guWgtOWLleaFi%2be1seioiCjJlubTloLEpLnBkZg%3d%3d>；文化部影視及流行音樂產業局（2022），《2022年電影市場動態（年報）》，<https://file.moc.gov.tw/Download.ashx?u=LzAwMS9VcGxvYWQvT2xkRmlsZXNmQWRtaW5VcGxvYWRzL2ZpbGVzLzIwMjAwNi82ZDk5OTE1ZC02NWFiLTQxNGQtOGMzYi0xZGI5MTc4MTBhNmYucGRm&n=MjAyMuWLleaFi%2be1seioiCjJlubTloLEpLnBkZg%3d%3d>。

2019 年，2020 年上半年北美總票房衰退 68.31%、英國總票房衰退 66.51%、法國觀影人次也衰退了 62.59%¹⁶⁰。相較之下，影視串流平臺龍頭 Netflix，訂閱用戶數從 2019 年底疫情前的 1.6 億戶快速成長到 2022 年第四季 2.31 億人¹⁶¹，Netflix 此類影視串流平臺已逐漸成為家喻戶曉的家用影視娛樂首選。

然，疫情和串流技術影響的不僅只是電影院的票房，連同有線電視的衰落¹⁶²，實體著作物如 DVD 與藍光片的市場，更是逐漸地被人所遺忘。DVD 的銷售在 2005 年時曾高達 163 億美元，在美國市場市佔 64%，而藍光片的銷售最高曾在 2013 年時達到 23 億美元¹⁶³。惟，隨著各家影視串流平臺在 2010 年代逐漸問世，串流平臺逐漸搶占家用影視娛樂的大餅，致使 DVD 的銷售營收在過去十幾年間跌落超過 86%，DVD 在 2018 年總銷售額更僅剩下 22 億美元¹⁶⁴。反之，串流平臺異軍突起，自 2011 年以來，Netflix、Hulu 和 HBO 等影視串流平臺總銷售額增長了 1,231%，達到 129 億美元，成為家

¹⁶⁰ 產業專題研究及調查報告（09/07/2021），〈疫情之下的影視產業：線上影音平台改變全球影迷觀影模式〉，《文化內容策進院》，<https://taicca.tw/article/24bfb3da>（最後瀏覽日：01/09/2024）。

¹⁶¹ 楊又肇（01/20/2023），〈Netflix 營收成長幅度創上市以來最低，但全球付費用戶新增數量超乎預期〉，《mashdigi》，<https://mashdigi.com/netflixs-revenue-growth-rate-hits-the-lowest-since-listing-but-the-number-of-new-global-paying-subscribers-exceeds-expectations/>（最後瀏覽日：01/09/2024）。

¹⁶² 王佐銘（07/20/2022），〈影音串流興起改變傳統收視習慣 Netflix 執行長大膽預言：有線電視 5-10 年會消失〉，《匯流新聞網》，<https://cnews.com.tw/%E5%BD%B1%E9%9F%B3%E4%B8%B2%E6%B5%81%E8%88%88%E8%B5%B7%E6%94%B9%E8%AE%8A%E5%82%B3%E7%B5%B1%E6%94%B6%E8%A6%96%E7%BF%92%E6%85%A3-netflix%E5%9F%B7%E8%A1%8C%E9%95%B7%E5%A4%A7%E8%86%BD%E9%A0%90%E8%A8%80/>（最後瀏覽日：01/09/2024）。

¹⁶³ Sarah Whitten, *The Death of the DVD: Why Sales Dropped More Than 86% in 13 Years*, CNBC (Nov. 8, 2019, 3:57 PM), <https://www.cnbc.com/2019/11/08/the-death-of-the-dvd-why-sales-dropped-more-than-86percent-in-13-years.html#:~:text=Instead%2C%20a%20combination%20of%20the,in%20the%20last%2013%20years.>

¹⁶⁴ *Id.*

庭影視娛樂的新寵兒¹⁶⁵。臺灣影視串流平臺 Hami Video、friDay 影音、CATCHPLAY+、MyVideo 等也順應疫情，從 2019 年到 2022 年逐年成長，2022 年 10 月更是達到單月成長 3.24 倍的成績¹⁶⁶。

現今民眾熟悉的影視串流平臺，為提供隨選隨看（video-on-demand，簡稱 VOD）服務的網路平臺¹⁶⁷。事實上，影視串流平臺並非獨樹一幟的商業模式，傳統中與其類似的商業模式包含影片出租店（如百視達）、付費的圖書館會員、有線電視訂閱等，皆採會員和訂閱制的方式增強消費者的黏著度。VOD 的商業模式以獲利方式而言可分為 3 種類型：訂閱制（Subscription VOD）、交易制（Transactional VOD），以及廣告制（Advertising VOD）¹⁶⁸。訂閱制類似傳統的有線電視，消費者可按月或按年的方式訂閱串流服務，可隨時取消訂閱，且於訂閱期間內可觀賞平臺上所有的內容，Netflix、Disney+ 和 Amazon Prime Video 皆為此種類型¹⁶⁹。交易制類似傳統購買或單次租 CD、DVD，消費者可選擇「購買」或有限期地租看數位內容¹⁷⁰，Apple TV 或 Google Play 為此種類型¹⁷¹。廣告制則是靠廣告盈利，免費提供消費者數位內容，YouTube 即為最著名的例子，其他如 KKTV 亦會提供部分附帶廣告的數位內容給免費用戶¹⁷²。3 種獲利類型並非互斥，部分串流平臺會選擇混合運用，

¹⁶⁵ *Id.*

¹⁶⁶ 陳伊婷（12/22/2022），〈2019-2022年台劇網路聲量排行榜暨OTT平台台劇推廣策略洞察報告〉，《網路溫度計》，<https://dailyview.tw/insight/detail/32>（最後瀏覽日：07/11/2024）。

¹⁶⁷ 林利芝（2022），〈著作權決戰串流技術：從美國最新立法PLSA論網路著作權保護政策〉，《智慧財產權》，282期，頁34-35。

¹⁶⁸ Shadia Imanuella Pradsmadji & Irwansyah, *Media Convergence in the Platform of Video-on-Demand: Opportunities, Challenges, and Audience Behaviour*, 5 JURNAL ASPIKOM 115, 119 (2020).

¹⁶⁹ 林明洋（2019），〈台灣OTT網路視頻平台獲利模式之研究：以美國Netflix、中國愛奇藝為參考模型〉，頁8，國立政治大學商學院經營管理碩士學程碩士論文。

¹⁷⁰ 此處選用「購買」一詞是因多數TVOD串流平臺都用此詞供消費者選購，但事實上在串流平臺上購買影音作品仍不同於購買CD或DVD，購買的數位著作仍受限於授權契約之限制。

¹⁷¹ 林明洋，前揭註169，頁8。

¹⁷² 林明洋，前揭註169，頁8。

有些資力較龐大的串流平臺甚至開始自行生產原創內容，而不單僅以傳輸數位內容為限。

不同於以獲利方式分類，我國有論者以著作權法的角度，將我國電子書、音樂與電影 3 種類型的數位著作商品交易模式分為 2 類¹⁷³。一為允許消費者將數位著作下載於其設備上，消費者經交付對價而取得該數位著作得以線下閱聽的權限，性質上較類似實體著作重製物；另一類為消費者於線上接觸著作，未將數位著作重製物儲存於其設備上，故無支配或讓與數位著作的問題¹⁷⁴。

以著作權法論串流的定性，其最大的特點，在於串流屬公開傳輸¹⁷⁵，故串流平臺理當須先取得著作權人的同意始能在特定區域提供串流服務予消費者欣賞著作。又，消費者於串流平臺上欣賞視聽著作時，因未進行下載亦未轉傳送，不涉及重製及公開傳輸之行為，故無著作權法所稱著作之利用行為¹⁷⁶。正因如此，同上述論者之分類所言，影視串流平臺應屬消費者於線上接觸著作，未將數位著作重製物儲存於其設備上，無支配或讓與數位著作的問題。是故，依照著作權法，消費者於串流平臺上欣賞視聽著作之行為，完全無涉權利耗盡原則。

二、影視串流平臺的授權生態

影視串流平臺的授權關係主要分為 2 類，第 1 類是與著作權人的授權關係，第 2 類是與消費者的授權關係。在串流平臺與著作權人的授權關係中，由於串流平臺需處理影片，如調整規格、尺寸，以及提供字幕選擇等，

¹⁷³ 王怡蘋，前揭註16，頁286。

¹⁷⁴ 王怡蘋，前揭註16，頁286。

¹⁷⁵ 將音樂以串流方式傳輸至用戶端，涉及音樂著作及錄音著作之「公開傳輸」利用行為，參見經濟部智慧財產局網站，<https://www.tipo.gov.tw/copyright-tw/cp-407-879843-729dc-301.html>（最後瀏覽日：07/11/2024）；林利芝，前揭註3，頁153。

¹⁷⁶ 章忠信（01/08/2016），〈Netflix在台開播的著作權議題〉，《著作權筆記》，<http://www.copyrightnote.org/ArticleContent.aspx?ID=2&aid=2759>（最後瀏覽日：01/09/2024）。

故該授權契約內容主要涉及重製權和公開傳輸權的授權¹⁷⁷。在串流平臺與消費者的授權關係中，如上所述，因消費者透過串流技術欣賞數位著作的行為不屬著作權法所稱的任何利用，故該授權契約僅為單純的服務提供，無法以現行的著作權法進行法律評價。因此，串流平臺的服務不同於本文所摘的 5 大實務判決之情形，消費者既非直接和著作權人進行交易，亦非透過第三方平臺進行數位著作的移轉，而僅由串流平臺透過串流技術使消費者得以欣賞數位著作，不論以交易契約定性或科技行為定性，皆無涉權利耗盡原則。

舉例而言，Netflix 於其說明中心的網頁上寫明：「將影片下載至裝置後，影片過期前會有一段觀賞的期限。該期限視個別授權而定，且可能依影片而異。¹⁷⁸」同樣地，MyVideo 於其服務暨收費說明細則中，載明：「購買的影片仍受授權期限規範，請於期限抵達前完成影片下載。在您保有 MyVideo 服務與下載影片的裝置期間，將可持續觀看影片。¹⁷⁹」又，friDay 影音則於其常見問題的影片下載網頁中說明：「影片下載後僅可觀看 7 天，7 天後需重新下載。」若影片下載後無法觀看，friDay 影音另說明：「請確認購買方案是否已到期；請確認下載影片是否已超過 7 天。¹⁸⁰」由此可見，部分串流平臺雖有提供「購買」或下載影片並得離線觀看的服務，但經購買或下載的影片事實上皆仍受到授權契約的限制，非如傳統購買即取得所有權的概念。若消費者未持續訂閱方案，或未定期切換至線上模式以便更新或確認影片的授權，該些經下載或購買的影片即無法觀看。經下載或購買的影片

¹⁷⁷ 我國著作權法第3條第1項第10款規定，「公開傳輸」是指以有線電、無線電之網路或其他通訊方法，藉聲音或影像向公眾提供或傳達著作內容，包括使公眾得於其各自選定之時間或地點，以上述方法接收著作內容。因公開傳輸不涉及移轉實體著作物，故無成立實體著作物之移轉，無法適用第59條之1權利耗盡原則之規定。楊海平（2014），〈散布權之適用〉，《智慧財產權月刊》，191期，頁11-12。

¹⁷⁸ 下載的影片顯示「已到期」之相關說明，參見 Netflix 網站，<https://help.netflix.com/zh-tw/node/54865>（最後瀏覽日：01/09/2024）。

¹⁷⁹ MyVideo 服務暨收費說明細則，參見 MyVideo 網站，<https://www.myvideo.net.tw/info/termsInstructions>（最後瀏覽日：01/09/2024）。

¹⁸⁰ 影片下載後無法觀看之相關說明，參見 friDay 影音網站，<https://video.friday.tw/faq>（最後瀏覽日：01/09/2024）。

仍受串流平臺與著作權人的授權契約限制，若該授權契約到期，影片便因過期而須下架，消費者亦無法再觀看。由此可見，即便是「下載」而可離線觀看的影片仍會因授權限制而無法再觀看，雖說消費者以「合法下載」而有「類所有」的感受，但事實上「類所有」仍受限於會員的訂閱契約及著作權的授權契約¹⁸¹。

綜上所述，家用影視娛樂逐漸被串流平臺所稱霸，實體視聽著作物市場日漸式微，數位著作授權契約走向全球規模化並由少數平臺所掌持，這些趨勢似乎頗讓人憂心。尤其網路媒介大幅降低授權契約的交易成本，授權關係逐漸集結於少數平臺，並搭載串流技術，剔除所有「出租和所有」的可能，繼而毫無權利耗盡原則的適用，此市場趨勢將使數位著作之次級市場瀕臨消失，再次敲響著作權法的警鐘。

三、以影視串流平臺為例再論權利耗盡原則之理論架構

影視串流平臺的最大特色，在於其所搭配的高效率、低成本授權契約，以及其商業模式使消費者完全無涉著作權法上的利用行為。本文認為，以經濟價值的考量而論，影視串流平臺實則頗近似著作權極大主義者的理想：以極低的交易成本正當化更多的著作權保護。然，權利耗盡原則處理的並非僅有衡平私益與公益間的經濟價值的考量，本文再次強調，權利耗盡原則有其他更易被忽視，但影響深遠的公益價值值得被保護，以下分別就經濟與非經濟價值的考量依序細論之。

（一）經濟價值的考量

從可負擔性而論，相較於單次前往電影院觀賞或購買單片 DVD 或藍光片，消費者現在得以更優惠的價格在串流平臺上以月付的訂閱方案無限暢看

¹⁸¹ 美國有論者提出此觀察，說明永久下載事實上並非「永久」，部分串流平臺之消費者，如Netflix或Amazon Kindle，皆體驗過其所購買的數位著作突然消失。See Lemley, *supra* note 4, at 1266.

各種影劇¹⁸²。以消費者付出的成本及可接觸到的視聽著作數量而言，串流平臺遠勝傳統電影院或實體視聽著作之出租或銷售模式。由於免除實體著作物之持有、倉儲、運送和保存，更不須中介零售商之行銷，以授權契約提供串流服務予使用者，不僅可降低著作權人之固定成本，更能將免除的成本受惠於消費者而進一步壓低服務售價，故消費者能以更實惠且「負擔得起」的價格接觸更多的數位著作¹⁸³，著實提高著作的可負擔性。也正因串流平臺極具優勢的優惠售價，致使實體視聽著作物市場日漸式微，消費者已無誘因亦無必要在二手市場尋求更實惠的交易價格。

惟，串流平臺並非在可負擔性之層面具有絕對優勢，應留意其所帶來的高可負擔性是附帶條件的，一來是消費者須能負擔網路技術、儀器設備之成本，如購買網路連線服務、智慧型平板和裝置；二來是消費者欣賞著作的權限和期間受到授權契約的限制¹⁸⁴。再者，若消費者欲欣賞單一或特定類型的著作，如僅欲欣賞特定演員的所有電影或電視劇，且欲不受期間限制地欣賞該些著作，則串流平臺對這類型消費者而言著實降低了著作的可負擔性。舉例來說，該消費者須在不同的串流平臺間找尋該特定演員的作品，若不巧該特定演員的5部作品分別散布在5個不同的串流平臺¹⁸⁵，則該消費者須各別負擔5筆訂閱費用¹⁸⁶，平均下來每部作品的觀賞成本遂提升許多，且受授

¹⁸² 在臺灣，1張一般電影院全票票價約200至300元臺幣不等，1張DVD或藍光片約兩三百至五六百元臺幣不等，但串流平臺1個月無限暢看的訂閱費約才200至300元臺幣，如Netflix、MyVideo，和friDay影音的月費皆可300元有找。

¹⁸³ 胡心蘭，前揭註23，頁92。

¹⁸⁴ Reese, *supra* note 77, at 624.

¹⁸⁵ 5部視聽著作可能會因獨家授權而分別散落於5個不同的串流平臺。著作財產權的授權方式分為專屬授權、非專屬授權，但在影視產業的實務中又可見獨家授權。著作權法並未定義何謂獨家授權，但在司法實務上則有定義：獨家授權係指著作財產權人於授權他人後，同時負有不得再行授權第三人之義務，並未排除著作財產權人自行行使權利，不同於專屬授權。獨家授權的定義可參見最高法院106年度台上字第31號刑事判決。

¹⁸⁶ 這種情形發生在5部作品皆採獨家授權時。我國影視市場最常見的授權方式為非獨家授權（亦為非專屬授權），亦即著作權人同時授權給多家業者上架、播出，多個管道同時播出亦能達到宣傳的效果。然，影視製作發行公司有時會考量斡旋成本、評估串流平臺或發行管道的收益，綜合精算權利金的數額等，選擇獨家授

權契約和服務契約之期間限制，享有之權限亦低於擁有實體著作重製物之所有權。

此外，因應實體著作物市場衰弱，愈來愈多著作權人放棄發行實體著作物，故於初級市場和次級市場流通的實體視聽著作大幅減少。對於喜愛 DVD 或藍光片等實體著作物的消費者和收藏家，以及網路和資通訊設備較不發達的偏鄉消費者而言，即便著作權人仍有發行少量實體著作物，但該些著作物商品也因數量稀少而價格提升¹⁸⁷，進而降低實體著作物的可負擔性。

不可否認地，對多數消費者而言，串流技術確實讓更多消費者能以更低且更優惠的價格接觸到更多的著作，進一步提升著作的可負擔性¹⁸⁸。此外，因無權利耗盡原則之適用，數位著作的次級市場根本不存在，亦無從討論市場替代性理論的可能。再加上網路的低成本、快速、跨國界和跨時差的媒合，使得串流平臺得以與全球的消費者締結授權契約。事實上，美國柯林頓執政時期的幕僚團體早在 1995 年便發表與智慧財產權相關的白皮書，主張網路會大幅降低著作授權的交易成本¹⁸⁹。經過了二十幾年，影視串流平臺確實大幅降低著作授權契約的商談和締結等交易成本，並讓影視產業的授權規模達到過往未有的層次。

本文認為，當今影視串流平臺所建立的授權生態或許正是著作權極大主義者所嚮往的，成熟的串流技術和細緻的授權模式讓著作權保護的擴張更具正當性。串流平臺的商業模式實現了極低交易成本且極高效率的授權機制，細緻的授權模式使高度著作權保護和高度可負擔性得以並存。串流平臺設計的多元月付方案和價格分層讓著作完善且更有效地被利用，達到物盡其用，

權。李昕，前揭註158，頁113。

¹⁸⁷ 然，這也取決於當下次級市場的需求，或許因串流平臺的興起，故實體著作物的次級市場的需求量亦降低，價格不致於有顯著的提升。

¹⁸⁸ Reese, *supra* note 77, at 616.

¹⁸⁹ Bruce A. Lehman, *Information Infrastructure Task Force, Intellectual Property and the National Information Infrastructure—The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights* (1995), https://www.eff.org/files/filenode/DMCA/ntia_dmca_white_paper.pdf; Liu, *supra* note 79, at 1320-21.

且著作權人的著作權保護亦不須妥協，既能徹底收取授權金，鼓勵創作，亦能讓公眾接觸更多的著作。

然，自交易成本中的公共交易安全而論，如同學理上就權利耗盡原則是否適用數位著作既有的批評¹⁹⁰，因消費者鮮少會真正閱讀授權條款，消費者對於「下載或購買」數位著作的概念並不熟稔，且多僅取得使用該數位著作的授權，無形中弱化消費者就交易的數位著作所得掌握的控制權¹⁹¹。此外，消費者對於其下載或購買的數位著作而取得的權利均無正確的認知與理解，多不清楚下載或購買數位著作與購買實體著作物有何差別。是故，以交易安全而論，相較於傳統消費者能直接「買斷」實體著作物，與影視串流平臺締結授權契約使消費者較居於劣勢，法律關係較不清楚且不明確。

（二）非經濟價值的考量

因權利耗盡原則的非經濟考量通常非著作權人所重視，非經濟價值考量蘊含的價值亦非一般消費者所能預見和認知，故較易被輕忽。然，即便如此，本文認為非經濟價值考量影響的層面卻不低於經濟價值考量，若長期忽略該些公益價值，所造成的損害和影響可能更為深遠。

以可利用性而論，雖說數位著作因不易毀損，不易受自然或物理外力的影響而耗損，理當更能有效維持著作的可利用性和保存¹⁹²。惟，本文認為，串流平臺的主流化卻讓數位著作無法利用科技的進步而享有易於保存的優勢。舉例來說，因愈來愈少著作權人選擇發行或出版實體著作物，僅授權數位著作以公開傳輸的方式交由串流平臺提供服務予消費者，致使著作的流通管道趨於單一。當著作權人終止其與串流平臺的授權契約時，數位著作便不得再由任何人接觸且利用。如是，數位著作因無次級市場，故消費者須承擔

¹⁹⁰ 公共交易安全的論述詳見本文第參章「一、（二）降低交易成本」之段落。

¹⁹¹ 此論述亦可詳見本文第貳章之「二、學術批評、困境與建議」之段落。

¹⁹² 然而，數位著作亦有其保存上的劣勢，如缺少利用該數位著作所需的設備，或未進行轉檔，或未隨科技的變動改變其介質，數位著作仍可能會遺失。

數位著作隨時下架的風險，數位著作亦得由著作權人單方恣意決定而使其消失於著作市場中，且一旦下架則毫不留痕跡。

進一步言，若大膽假設未來的所有視聽著作都僅以串流的方式搭配授權契約進行公開傳輸，消費者根本無從購買實體著作物，圖書館更難有機會透過權利耗盡原則提供公眾可借閱的視聽著作¹⁹³，原可協助保存的次級市場業者和公益團體亦無從取得實體著作物。在可預見的將來，得以被移轉或讓與的實體著作物將日趨稀有¹⁹⁴，視聽著作亦不再以去中心化的方式散布於公共領域¹⁹⁵，未來的所有視聽著作都由著作權人單方自行保存，且得自行決定留存。

從保存的利益而論，若著作權人可因個人成本考量、不滿意先前著作的品質、變更見解、或擔心著作的內容在未來會遭來批評等原因而全權控制著作物的存滅，則造成的損害不將僅止於消費者突然無法再欣賞授權到期的著作等個人接觸利益，而是斷絕歷史、文化、宗教、學術、藝術、證據和資訊的保留、傳承和啟發¹⁹⁶。中心化地由著作權人自行掌管其著作，將使著作更因著作權人單方面恣意的決定、天然災害、政權迫害或遺失等因素而讓著作消失，長遠而論文化遺產將無法妥善保存。

¹⁹³ 美國著作權法規定，著作權人就其著作享有各種專有排他權利，此權利包含以出租、出借等方法將著作之重製物向公眾公開散布之專有排他權利，但在我國著作權法中，著作利用行為不包含出借權。美國有論者指出，未來著作權人可能會利用綁定（tethered）設備的方式散布著作，即便圖書館取得該著作並提供讀者可於館內閱覽，但該著作仍可能綁定於設備上始能供閱覽。See Reese, *supra* note 77, at 622.

¹⁹⁴ 美國亦有論者提出此觀察，說明在消費者追求一鍵可及的趨勢下，實體著作物終將成為過去。雖說豪華精裝版的實體著作物仍會少量於市場上流通，但便宜且優惠的大眾實體著作物市場將會消失。畢竟消費者僅為追求觀看體驗，並未追求如實體物般的擁有，最終網路傳輸此類服務終將會取代實體物之消費。See Jane C. Ginsburg, *Essay: From Having Copies to Experiencing Works: The Development of an Access Right in U.S. Copyright Law*, 50 J. COPYRIGHT SOC'Y U.S.A. 113, 116-17(2003).

¹⁹⁵ Reese, *supra* note 77, at 611-12.

¹⁹⁶ *Id.* at 603-10.

以隱私權的觀點而論，相較於著作權人本身，影視串流平臺服務提供者更有誘因仔細掌握每位消費者的影視紀錄、喜好與習慣。以影視串流平臺龍頭 Netflix 為例，Netflix 利用演算法和大數據開發成熟的推薦片單功能¹⁹⁷，藉由蒐集消費者觀影行為的紀錄，包含點選、觀看、暫停、快轉、新增、移除、時間的長短和觀看的次數，以及欣賞的影劇選擇和分類等，為消費者打造客製化的推薦片單和影視體驗，加強消費者的黏著度¹⁹⁸。影視串流平臺為了吸引消費者，透過大量蒐集消費者的觀影紀錄和資料來優化其服務，雖說消費者不全然反對資訊的蒐集，但多數消費者並不知悉有多少資料被蒐集、處理及利用，不了解資料運用的方式和程度¹⁹⁹。

影視串流平臺的獨霸，使消費者愈來愈難透過去中心化的方式，如購買實體著作物來欣賞視聽著作，也讓去中心化的實體著作物次級市場逐漸萎縮。如是，消費者若欲觀賞最新或最當紅的作品，則必定須使用影視串流平臺的服務，這也代表著消費者的影視習慣與紀錄必然須受到串流平臺業者的追蹤與記錄。進一步言，本文認為這樣的追蹤對消費者而言恐有 2 種層面的影響。一是若影視串流平臺的市場由少數業者或極權政治所把持，或若不幸遭遇個資外洩，則中心化地控制並記錄思想活動和知識生產的軌跡將侵犯消費者的智慧隱私權²⁰⁰。二是影視串流平臺可藉由個資的蒐集來推播或投放推薦片單或客製廣告，間接地框限個別消費者所接收到資訊及能接觸到的著作，使消費者「被動」地選擇影視串流平臺所欲其觀賞的著作，影響並誘導消費之決策，而可能有損言論自由與表達自由²⁰¹。

¹⁹⁷ Jonathan A. Knee (著)，林步昇 (譯) (2022)，《平台假象：拆解超級平台的神話，分析數位生態系的深層特徵，建立在數位環境中不被吞噬的結構性優勢》，頁165-199，天下雜誌。

¹⁹⁸ Netflix還可以針對特定使用者顯示特定的預告圖片，更能吸引消費者持續使用串流服務。李昕，前揭註158，頁14-15。

¹⁹⁹ Lucas Ugoiti, *The Video Privacy Protection Act and Consumer Data: Are You Plugged in?*, 53 U.C. DAVIS L. REV. 1689, 1700-06 (2020).

²⁰⁰ 智慧隱私權的主要論述詳見本文第參章「二、(二)保護隱私並促進民主價值」的段落。

²⁰¹ See generally Dacia Green, *Big Brother Is Listening to You: Digital Eavesdropping in*

以促進創新與競爭而論，權利耗盡原則因建構實體著作物的次級市場，鼓勵創新與競爭的對象本有 3 類。然，本文認為，在次級市場萎縮並瀕臨消失的趨勢下，著作權人不再須與次級市場自己的著作重製物競爭，次級市場業者亦逐漸遭淘汰，消費者因毫無涉及著作的利用行為故無法有任何創新的空間與機會。

以著作權人而言，舉例來說，過往迪士尼為了與次級市場的著作重製物競爭，會暫時不再發行同一著作物，藉此創造空窗期以提升市場需求²⁰²。例如，迪士尼會僅於特定期間才發行特定卡通電影來吸引新一代的孩子。待需求隨著空窗期延長而增加後，再就原著作進行改版、增修、再版，或發行限定版、特別版、周年版或精裝版，或添加獨家周邊內容與商品等再創商機。如今，迪士尼若有全新的視聽著作，在無發行實體著作物且無次級市場的前提下，Disney+ 可以隨時下架該著作來直接創造空窗期，就著作於市場的存續掌有完全的控制權。如是，迪士尼掌握空窗期與市場供需的方式變得相對容易，繼而免於市場競爭並減少再創作的誘因²⁰³。

同樣地，因次級市場逐漸萎縮，著作物所有權買斷制度將不復存在，次級市場業者亦逐漸遭淘汰，取而代之的是串流平臺服務業者。雖說串流技術的興起創造了另一新的市場，即串流平臺服務，但該市場競爭的為串流技術的純熟及與著作權人的授權關係，如爭取獨家授權或長期授權，以及消費者的忠誠度。本文認為，相較於傳統次級市場業者，因串流平臺服務提供者所能競爭的內容受限於授權契約，故其競爭和創新的範圍小於次級市場業者所能發揮的。此外，影視串流平臺的商業模式使消費者完全無涉著作權法上之利用行為，故就著作權法可評價之行為而論，該商業模式大幅縮減了著作後續可利用的範圍與機會，並使著作之利用完全受限於授權契約，對消費者而言減少了更多創新的機會。

the Advertising Industry, 16 DUKE L. & TECH. REV. 352 (2018).

²⁰² Lemley, *supra* note 4, at 1266-67, 1275.

²⁰³ See generally Blaine Roth, *Tuning into the on-Demand Streaming Culture-Hollywood Guilds' Evolution Imperative in Today's Media Landscape*, 27 UCLA ENT. L. REV. 141 (2020).

四、可能的解套方式

本文認為，不論是串流平臺或是其他新興的傳輸技術或商業模式，數位時代下科技快速變動的趨勢本質使著作權極大主義享有更多優勢。因科技的進步和授權契約的搭配確實能有效降低交易成本，故若以經濟價值的考量為主要論述基礎探究權利耗盡原則是否適用數位著作時，都很難提出有力道的論點去限縮著作權人的著作權保護。即便提出可負擔性的論點，亦有較有利於著作權人的市場替代性理論來與對價理論抗衡，市場替代性理論亦已被歐盟法院所採納²⁰⁴，可見有利於著作權人的論點亦受實務界所支持。

簡言之，若從經濟價值的考量來論述權利耗盡原則是否適用數位著作，在數位科技蓬勃發展且串流技術已趨成熟的前提下，權利耗盡原則勢必如同實體著作物的命運般，終將遭到淘汰。本文認為，在此前提下，更當留意權利耗盡原則理論架構所蘊含的非經濟價值的考量。若這些考量能有相關配套措施得以維護其價值，則權利耗盡原則或許也能功成身退。然，本文主張，可利用性、隱私保護、民主價值，以及促進創新與競爭皆是數位時代中須被關切且受到重視的理論基礎，更也是著作權法在面對新興科技時應極力維護的公益價值。

學術論理上所提出的配套措施固然有幫助，包含加強消費者對於授權定型化契約的理解，透過科技保護措施加強著作權人的保護，以及課予著作物所有人非法重製防阻義務或刪除義務。但，該些配套措施不論採以契約角度或科技角度切入，皆屬經濟價值的考量，著重對價理論與市場替代性理論，而未能回應非經濟價值的考量，故本文就目前學術論理尚未補足的部分，如下依序提出可能的配套措施。

²⁰⁴ 即Kabinet案，相關論述可詳見本文第參章之「一、（一）提升可負擔性」之段落。

（一）透過合理使用加強可利用性

可利用性既重於保存，本文認為我國現有的送存規定確實能達到特定的保存效果。參照我國圖書館法第 15 條規定²⁰⁵，我國所有出版品皆應送存乙份至國家圖書館。惟，送存制度僅仰賴單一主體進行保存，無法達到去中心化的效果。另依照國家圖書館閱覽服務規定第 2 條：「本館（按：國家圖書館）以典藏全國圖書文獻，保存文化資產為主要任務，所蒐藏實體圖書資訊限館內閱覽不得攜出。」如是，送存的規定雖能妥善保存數位著作，但中心化的保存效果有限，且因限館內當日閱覽，不提供外部借閱，故若公眾欲接觸並利用該些數位著作將受到許多時間、空間與距離等限制。

有論者主張，因網路使授權成本降低²⁰⁶，且鑑於數位著作易於重製的特性，故應限縮網路上合理使用的範圍²⁰⁷。為保護著作權人，此主張亦可見於各國著作權法因應數位科技的興起而對合理使用改抱持保守的態度²⁰⁸。然，在權利耗盡原則不適用數位著作的趨勢下，合理使用因具有平衡著作權獨佔控制與創作共享的具體作用²⁰⁹，本文認為合理使用將可適時補足「可利用性」之考量，允許消費者在特定情狀下，可將數位著作下載於可移轉的實體介質

²⁰⁵ 圖書館法第15條第1項規定：「為完整保存國家圖書文獻，國家圖書館為全國出版品之法定送存機關。」國家圖書館全國出版品送存要點第3條第5款：「數位形式出版品之送存，應上傳檔案至本館「電子書刊送存閱覽服務系統」，並涵蓋其完整內容，資料不得加密，經本館檢查有不符者，應於本館通知期限內重新送存。」同要點第4條：「圖書、視聽資料及數位形式等出版品應於發行後30日內送存；期刊報紙應於發行後14日內送存。」

²⁰⁶ 美國柯林頓時期的幕僚團體於1995年發表的與智慧財產權相關的白皮書，主張網路既然會大幅降低授權的交易成本，故應因授權成本的降低而限縮網路上合理使用的範圍。

²⁰⁷ Liu, *supra* note 79, at 1320-21.

²⁰⁸ 由於科技保護措施會限縮合理使用的適用範圍，國際條約又已將科技保護措施納入規範，使得各國相繼履行配合修正國內法之義務，科技保護措施入法亦已成為國際立法趨勢，故對數位時代中合理使用的適用範圍造成衝擊。張喻閔（2010），〈論數位著作保護對合理使用之衝擊〉，《國立空中大學社會科學學報》，17期，頁81-108；沈宗倫，前揭註16，頁11-12。See MARSHALL A. LEAFFER, UNDERSTANDING COPYRIGHT LAW § 10.17[A] (5th ed. 2010).

²⁰⁹ 張喻閔，前揭註208，頁81-108。

上，並透過合理使用的機制進行移轉或保存²¹⁰，不因串流平臺與消費者間訂有授權契約而影響合理使用之適用。尤其，對於長期大量仰賴合理使用來利用著作之單位，如教育機構或博物館、科學館、檔案館等典藏機構，因串流技術盛行且該些單位無從透過合法下載和權利耗盡原則取得或備份數位著作檔案²¹¹，若著作權法未處理此情形，則該些單位將無法在往後的數位時代中透過現行合理使用的機制取得並利用數位著作²¹²。

鑒於著作利用之態樣日趨複雜，且數位科技日新月異，本文認為此處所論之合理使用應交由法院於個案作彈性認定。雖交由法院個案判斷難免有其不確定性，但正也因保有彈性，始能隨著科技快速變動和個案調整合理使用之適用情狀。若將本文之情形以立法論之方式定於法定例外之情形²¹³，亦易使合理使用是否適用於數位著作之判斷流於著作權極小主義過於僵化之批評。是故，參照我國著作權法第 65 條第 2 項合理使用之規定，該 4 款抽象概括性之判斷基準應可用於判斷消費者可否透過合理使用之機制，在特定情狀下就數位著作進行移轉或保存。針對第 1 款，若利用人欲使消失的數位著作基於保存性而留存於市場中，此理由因具有公益性，應足以滿足此款之基準²¹⁴，即便係為商業目的者亦同²¹⁵。針對第 2 款和第 3 款，參考美國法院實務見解，已有美國法院認為已發表之著作若不再存於市場上，則按第 2 款應屬合理使用²¹⁶。針對所利用之質量，實務見解亦認為，即便重製整份著作，

²¹⁰ Reese, *supra* note 77, at 612.

²¹¹ 雖Netflix有提供極少數的視聽著作以作為教育目的使用，但該類型著作之數量極少。教育目的使用之相關說明，參見Netflix網站，<https://help.netflix.com/en/node/57695>（最後瀏覽日：01/09/2024）。

²¹² Lemley, *supra* note 4, at 1265.

²¹³ 我國著作權法第44條至第63條定有著作財產權之限制之法定例外的規定。

²¹⁴ 美國實務見解有認，著作是否已絕版或是否能在市場上購買到應可作為判斷有無符合合理使用的判斷因素之一。See *Basic Books, Inc. v. Kinko's Graphics Corp.*, 758 F. Supp. 1522, 1533 (S.D.N.Y. 1991); Lemley, *supra* note 4, at 1271.

²¹⁵ 美國有論者主張，美國最高法院已認定不得因基於商業目的即認非屬合理使用。*Id.* at 1272.

²¹⁶ *Id.* at 1272-73.

第 3 款仍不得作為否認非屬合理使用之基準²¹⁷。至於第 4 款，著作權人既選擇不讓其著作流通於市場上，即代表該著作權人已認該著作之潛在市場與現在價值不足以再繼續使其流通，如是，更無理由以此款否認將該著作得經合理使用而回復於著作市場中。換言之，若著作權人決定終止授權契約並下架該著作，即表示著作權人已否認該著作之市場價值，此亦代表公眾更可基於可利用性而有將該著作留存於市場之公共利益，合理使用之機制本應該維護此公共利益²¹⁸。

惟，上述合理使用可適用之情狀，應限於著作權人下架或使該著作消失於著作市場中的理由不具正當性時始有合理使用的可能。如第肆章所述，在影視串流平臺的授權生態中，著作權人可能基於各種原因，透過終止授權契約或順應授權到期，使其著作下架並消失於數位著作的市場中。有論者認為，有些下架的原因不具正當性，例如著作權人可能因視聽著作的品質、內容有誤或有爭議，或基於其他個人因素考量而欲變更見解、修改且下架原著作，並以新版取代之²¹⁹。若允許著作權人得以該些理由下架並以新版取代之，將有損公眾接觸原著作的利益²²⁰。在傳統實體著作物的市場中，即便著作權人使原版絕版，公眾仍可自次級市場取得原版，該原版的內容對於文化的保存仍具有價值。惟，不可因串流技術的普及而允許著作權人得恣意使原版消失並抹滅紀錄，否則將有損原版的可利用性與保存。著作一旦已流入市場，公眾對於該著作的各種版本皆應當享有接觸及利用的權益²²¹。更甚者，若著作權人基於類似的理由，如擔心遭到批評，或其他道德及政治上的理由，進而下架原版，且未有新版取代之，如是類似抹滅證據的下架行為不具正當性，

²¹⁷ *Id.*

²¹⁸ *Id.* at 1273-74.

²¹⁹ *Id.* at 1276.

²²⁰ *Id.* at 1276-77.

²²¹ 著作權法的立法意旨之一，在於當著作一旦經出版或發行，散布於眾，公眾應即得透過交付對價給著作權人而取得該著作，或透過公眾領域（public domain）的機制取得該著作。*Id.* at 1268.

並更能正當化合理使用的可能²²²。既然該著作曾進入市場，公眾便有知的權利，適度地允許合理使用將有助於提升各種版本著作的可利用性與保存。

此外，另一種情形是著作權人並無意下架其著作，而是影視串流平臺單方基於商業考量自行下架該著作，且因該著作權人僅獨家授權予某影視串流平臺，致使該著作僅因該串流平臺可能基於流量、頻寬或人氣等商業考量而停止串流並使該著作消失於著作市場中²²³。如是，著作權人應當終止授權契約並另尋串流平臺，若著作權人仍無作為，則應有合理使用的可能。

另須注意的是，在上述基於不正當理由而下架著作的情形中，若著作權人而後決定重新上架原版，或另尋其他串流平臺並再次授權，則該些合理使用的利用人即不得再進行基於合理使用的著作上之利用行為²²⁴。然，著作權人尚未重新上架前所為的合理使用當然仍屬合法，以保障合理使用的利用人，並確保當著作權人欲重新使其著作串流於網路平臺時，不會因合理使用而影響其作為著作權人的權利保護²²⁵。

相反地，在特定情形下，著作權人若下架著作應屬具正當性，例如該數位視聽著作的檔案在進行串流時因技術上的缺陷或檔案有毀損，而無法正常提供串流服務予消費者，則著作權人有權將之替換²²⁶。又或該視聽製作因遭法院判定侵權而應當允許著作權人得下架該著作²²⁷。若基於這些正當理由，著作權人都應可下架該著作，且無合理使用的可能。

然而，透過合理使用而為的保存僅能保障曾有接觸過該著作的消費者或利用人就該著作之可利用性，至於其他未曾有機會接觸過該些著作之人，則

²²² *Id.* at 1277.

²²³ *Id.* at 1281.

²²⁴ *Id.* at 1286-87.

²²⁵ 若無合理使用作為配套機制，盜版很有可能會成為最廣泛的主流保存方式。更極端的例子是，甚至有著作權人仰賴盜版來重新找回自己的著作。*Id.* at 1267-68, 1282.

²²⁶ *Id.* at 1278-79.

²²⁷ 又或著作權人可能擔心被判侵權而以下架作為和解的條件，但著作權人亦可能會濫用此理由而另隱瞞其他不正當的理由來下架著作，*Id.* at 1279-80.

無法透過合理使用的方式再次接觸到該些著作²²⁸，故合理使用之配套方式仍有其限制。另須注意的是，若著作權人使著作消失的原因不正當，且利用人透過合理使用保存了該著作，若為使該著作能持續被接觸與利用，亦應允許利用人因應科技技術的更迭將該著作重製於當代新興的設備或介質上，方能確保該著作在未來仍可以被接觸與利用²²⁹。

（二）加強消費者隱私保護

消費者的隱私保護涉及個人資料保護法的多重面向，尤其是消費者的同意真意和同意範圍，以及技術上對於個人資料的蒐集、處理，及利用的合法性²³⁰。由於本文著重於著作權法之討論，故不再贅述隱私權與個人資料的實質法律議題。著作權保護與隱私權保護相關聯的部分，在於消費者欣賞數位著作時所留下的後設資料（metadata）受到集中式的管理²³¹，進而有侵害消費者隱私保護之虞。雖說該些資料在傳統實體著作物交易的時代亦存，如圖書館的借閱紀錄、影視光碟出租與販售的紀錄，及二手市場的交易紀錄等，但該些紀錄因較零星地散布於各主體間，且僅有交易的紀錄，無法涵蓋消費者細部的觀看行為和習慣，相較於影視串流平臺，對於隱私權的侵害程度存有質與量的差異²³²。此外，因平臺可以透過大數據第一時間進行互動式的廣

²²⁸ *Id.* at 1267.

²²⁹ *Id.* at 1283-84.

²³⁰ See generally Christopher Bret Alexander, *The General Data Protection Regulation and California Consumer Privacy Act: The Economic Impact and Future of Data Privacy Regulations*, 32 LOY. CONSUMER L. REV. 199 (2020).

²³¹ 後設資料（metadata）有許多中譯名，例如「元資料」、「詮釋資料」，以及「超資料」等。後設資料意旨有關資料的資料，或可稱作描述資料的資料。後設資料為協助資料進行技術性的利用，可用於儲存、控制、管理、散布和交換，亦可搜尋、辨識、選擇、詮釋、使用數位資料。簡言之，後設資料是用來定義、辨識電子資源，以及協助資源取用的描述方式。在利用個資的情形中，後設資料可以讓個人資料精準搜尋，加強資訊的連結，乃大數據的素材。

²³² 美國影視隱私保護法（Video Privacy Protection Act）禁止影視租片服務提供者在未經消費者同意的前提下，揭露消費者有關出租或購買影視的資訊，但該法是否適用影視串流平臺尚無定論。See 18 U.S.C. § 2710 (2013); Kathryn Elizabeth

告投放與片單推薦，此特色不存於傳統著作的初級與次級市場，其對於消費者的決策影響程度亦有別²³³。

就消費者保護的配套措施而言，可改進的方向著重於影視串流平臺業者就個資使用的告知與揭露義務，且揭露的範圍應特別著重於個資如何利用於廣告投放與推薦功能，使消費者得以知悉個資是如何被利用於廣告行銷，始能確保消費者就數位著作握有正確的消費決策力²³⁴。進一步論，藉由加強個資與隱私的保護使消費者就其知識的吸收與智慧的養成享有一定的自主性，使著作的傳播與散布免於受到業者的市場操縱，以維護民主價值中的言論與表達自由。

（三）透過合理使用促進創新與競爭

在實體著作物的次級市場中，著作權人須為與自己的著作重製物競爭而進行市場區隔並再創新，但在串流平臺的時代，著作權人可基於市場競爭和報酬考量而恣意終止授權契約並下架舊著作。例如，著作權人為促銷新發行的電影而下架同質性很高的舊電影。然，若著作權人以此原因下架舊的視聽著作，將有損著作市場的競爭，屬不具正當性的下架理由。是故，為保有市場的競爭性並鼓勵更多的創新，當著作權人以此理由恣意下架舊著作時，應當允許適度的合理使用²³⁵。此部分所論之合理使用，同透過合理使用加強可利用性之論述，亦交由法院按我國著作權法第 65 條第 2 項個案判斷，不再贅述。

McCabe, *Just You and Me and Netflix Makes Three: Implications for Allowing "Frictionless Sharing" of Personally Identifiable Information Under the Video Privacy Protection Act*, 20 J. INTELL. PROP. L. 413 (2013); *Mollett v. Netflix, Inc.*, 795 F.3d 1062, 1066-67 (9th Cir. 2015). *Mollett v. Netflix, Inc.*案判定Netflix未違反影視隱私保護法。

²³³ See Yarden Z. Kakon, *"Hello, My Name Is User #101": Defining PII Under the VPPA*, 33 BERKELEY TECH. L.J. 1251, 1253-57 (2018).

²³⁴ See generally Dustin D. Berger, *Balancing Consumer Privacy with Behavioral Targeting*, 27 SANTA CLARA COMPUT. & HIGH TECH. L.J. 3 (2010).

²³⁵ Lemley, *supra* note 4, at 1274-76.

此外，有時著作權人會故意製造著作的空窗期以提升該著作的市場競爭力，使消費者於特定期間無法於串流平臺上觀賞某特定著作，亦即以飢餓行銷的方式提升市場需求。雖說在實體著作重製物的時代便已有著作權人會透過此策略提升市場需求，如迪士尼即經常利用此策略，但因有次級市場的存在和二手實體著作物的流通，不至於過度影響著作市場的競爭。然，因串流平臺和授權契約的特性使著作權人得使其著作完全消失於著作市場，如此過度影響競爭並抑制創新的商業模式應屬不具正當性的理由，故應允許適度的合理使用，以緩解串流平臺和授權契約可能帶來的反競爭性²³⁶。

至於影視串流平臺間的競爭，因受限於授權契約，故其競爭和創新的範圍確實小於傳統實體著作次級市場業者。惟，因交易成本已大幅降低，市場的成熟能仰賴有效率的授權契約，故在授權的範圍內應仍保有一定程度的競爭活絡度，競爭市場的成熟亦能透過實惠的價格回饋予消費者。至於對消費者而言，如上所述，允許特定情形的合理使用亦能提供消費者在合理的範圍內進行創新。

伍、結 論

在影視娛樂的長遠歷史中，電影和電視劇透過電影院和電視的播送，事實上頗類似影視串流平臺提供的服務，具有限時且限次播出的特色²³⁷。若觀眾沒有趕上檔期觀賞，就很難再看到該特定影視作品。然，在錄影帶和光碟片相繼問世後，視聽著作開始打破時間的限制，消費者可如收藏書籍般收藏各式影視作品。但，這個潮流在串流技術問世後卻又開始倒退走，且串流服務的範圍亦同步擴張至音樂和書籍，使大多數著作的閱聽模式都走向限時提供的服務型態。

²³⁶ *Id.*

²³⁷ 即便許多消費者並未充分意識到影視串流平臺提供的影視服務有限時的限制。

訂閱經濟標榜所有權是過時的權利，主打服務的提供，藉此取代所有權。當串流技術與授權契約成為消費影視娛樂的主流，人們便會逐漸習慣以訂閱代替購買。當實體書依序絕版，市場上不再販售 CD 或 DVD 或藍光片，當報紙全部改為電子訂閱版，自串流平臺服務與訂閱模式興盛的時代始出生的孩子，對於實體著作物可能不熟悉，甚至完全不知實體著作物的存在。

如是，下一代對於欣賞著作方式的認知，可能會比曾經歷過實體著作物的這代更為限縮，以為授權契約是唯一的方式，並可能無法想像次級市場的存在，而未曾體驗過交換、出借、出租或購買實體著作物的感受。對這些未曾擁有或利用實體著作物的下一代而言，他們對於保存的概念及創作的想像是否變得更狹隘？吸收知識的範圍與表達是否更受限？對於文化的傳承、智慧的論理、知識的考核與考古是否更為輕率？

數位科技模糊了著作權法原本清楚界定的著作與著作物間之區隔，數位科技已顛覆有形或無形的區別，數位科技的興起讓人分不清著作權法究竟是要保護具體的表達方式，還是無形的概念與想法。是故，實體著作物的式微，讓著作權人的權利保護範圍逐漸擴張。此外，在現今著作市場的架構下，尤其是影視業，著作權人大多數並非著作原始的創作者，反而多為經由權利讓與的方式而取得著作財產權的影視集團。如是，著作權法在著作權人企業化和著作物數位化的趨勢下逐漸失衡。本文認為，權利耗盡原則的過時，正能突顯著作權法失衡時所耗損的公益價值，而該些公益價值正是立法者、司法實務和學術界應當積極維護的公共利益，始能確保著作權法不因數位浪潮而失能，並捍衛下一代對於創作及文化的保存能有正確的認知和更多接觸與利用的機會。

參考文獻

一、中文部分

Jonathan A. Knee (著)，林步昇 (譯) (2022)，《平台假象：拆解超級平台的神話，分析數位生態系的深層特徵，建立在數位環境中不被吞噬的結構性優勢》，天下雜誌。

文化部影視及流行音樂產業局 (2019)，《2019 年電影市場動態 (年報)》，載於：
<https://file.moc.gov.tw/Download.ashx?u=LzAwMS9VcGxvYWQvT2xkRmlsZXNmVQWRtaW5VcGxvYWZlL2ZpbGVzLzIwMjAwNi82ZDk5OTE1ZC02NWFiLTQxNGQtOGMzYi0xZGI5MTc4MTBhNmYucGRm&n=MjAxOeW5tOmbu%2bW9seW4guWgtOWLleaFiyjclubTloLEpLnBkZg%3d%3d>。

----- (2020)，《2020 年電影市場動態 (年報)》，載於：
<https://file.moc.gov.tw/Download.ashx?u=LzAwMS9VcGxvYWQvT2xkRmlsZXNmVQWRtaW5VcGxvYWZlL2ZpbGVzLzIwMjEwMy84ZTZlZjg5ZC1kMGZlLTQ4NWZlOWIyYS1mMzRIYjE0YWZmOGYucGRm&n=MjAyMOWLeaFi%2be1seioiCjclubTloLEpLnBkZg%3d%3d>。

----- (2021)，《2021 年電影市場動態 (年報)》，載於：
<https://file.moc.gov.tw/Download.ashx?u=LzAwMS9VcGxvYWQvT2xkRmlsZXNmVQWRtaW5VcGxvYWZlL2ZpbGVzLzIwMjIwMy8xZGVkNWVhNC1iZmI3LTRIMjEtYjU5OS04OGZmN2E2YTk0NjkucGRm&n=MjAyMeW5tOmbu%2bW9seW4guWgtOWLleaFi%2be1seioiCjclubTloLEpLnBkZg%3d%3d>。

----- (2022)，《2022 年電影市場動態 (年報)》，載於：
<https://file.moc.gov.tw/Download.ashx?u=LzAwMS9VcGxvYWQvT2xkRmlsZXNmVQWRtaW5VcGxvYWZlL2ZpbGVzLzIwMjMwNC8xOTYxNjQ>

xMi1kYzIyLTQzZjMtODBmNi1lNjg0ODI4ZTNlNzkucGRm&n=MjAyMuWlleaFi%2be1seioiCjIubTloLEpLnBkZg%3d%3d。

王怡蘋(2017)，〈無載體提供著作內容模式與權利耗盡原則〉，《臺北大學法學論叢》，101期，頁263-304。

李昕(2018)，〈從著作權議題探討我國OTT影視產業之發展：以侵權因應及內容授權為中心〉，國立政治大學科技管理與智慧財產研究所碩士論文(未出版)，臺北。

沈宗倫(2014)，〈數位著作授權與合理傳輸：論權利耗盡原則的新時代意義〉，《智慧財產評論》，12卷1期，頁1-35。
[https://doi.org/10.30387/NCCUIPR.201406_12\(1\).0001](https://doi.org/10.30387/NCCUIPR.201406_12(1).0001)

----- (2016)，〈數位著作物自由散布的界限與不法重製防止義務：重新建構我國著作權法數位權利耗盡原則〉，《智慧財產評論》，13卷2期，頁1-41。
[https://doi.org/10.30387/NCCUIPR.201601_13\(2\).0001](https://doi.org/10.30387/NCCUIPR.201601_13(2).0001)

----- (2020)，〈由歐盟法院之Tom Kabinet案論電子書散布之權利耗盡原則〉，《萬國法律》，232期，頁9-25。

林利芝(2017)，〈從授權契約限制條款探討數位著作權商品的二手市場〉，《東吳法律學報》，28卷3期，頁133-165。

----- (2021)，〈探討區塊鏈技術應用於數位交易之權利耗盡新解：以電子書為例〉，《東吳法律學報》，33卷2期，頁1-34。

----- (2022)，〈著作權決戰串流技術：從美國最新立法PLSA論網路著作權保護政策〉，《智慧財產權》，282期，頁32-62。

林明洋(2019)，〈台灣OTT網路視頻平台獲利模式之研究：以美國Netflix、中國愛奇藝為參考模型〉，國立政治大學商學院經營管理碩士學程碩士論文(未出版)，臺北。

胡心蘭(2013)，〈從美國第九巡迴上訴法院近期案例初探數位環境下著作權耗盡原則〉，《台灣法學雜誌》，218期，頁54-62。

- (2014), 〈數位著作授權契約對第一次銷售原則之影響與濫用原則之適用〉, 《智慧財產評論》, 12 卷 2 期, 頁 47-98。
[https://doi.org/10.30387/NCCUIPR.201412_12\(2\).0002](https://doi.org/10.30387/NCCUIPR.201412_12(2).0002)
- (2016), 〈權利耗盡不耗盡：簡析數位著作次級市場之建構〉, 《智慧財產權》, 209 期, 頁 26-60。
- 張喻閔 (2010), 〈論數位著作保護對合理使用之衝擊〉, 《國立空中大學社會科學學報》, 17 期, 頁 81-108。
- 章忠信 (2016), 〈Netflix 在台開播的著作權議題〉, 《著作權筆記》, 載於：<http://www.copyrightnote.org/ArticleContent.aspx?ID=2&aid=2759>。
- 陳龍昇 (2020), 〈歐盟數位著作與耗盡原則：以歐盟法院 Tom Kabinet C-263/18 二手電子書判決為中心〉, 《萬國法律》, 232 期, 頁 26-43。
- 楊海平 (2014), 〈散布權之適用〉, 《智慧財產權月刊》, 191 期, 頁 5-17。
- 楊智傑 (2006), 《資訊法》, 五南。
- 蕭宏宜 (2013), 〈耗盡原則與軟體轉售：以美國與歐盟的發展為中心〉, 《東吳法律學報》, 24 卷 4 期, 頁 139-173。
- 謝祥揚 (2020), 〈數位環境中的著作權法規範變遷〉, 《萬國法律》, 232 期, 頁 2-8。
- 羅明通 (2014), 《著作權法論 II》, 8 版, 三民。

二、英文部分

- Alexander, C. B. (2020). The General Data Protection Regulation and California Consumer Privacy Act: The Economic Impact and Future of Data Privacy Regulations. *Loyola Consumer Law Review*, 32(2), 199-245.
- Bakos, Y., Marotta-Wurgler, F., & Trossen, D. R. (2014). Does Anyone Read the Fine Print? Consumer Attention to Standard-Form Contracts. *The Journal of Legal Studies*, 43(1), 1-35. <https://doi.org/10.1086/674424>

- Berger, D. D. (2011). Balancing Consumer Privacy with Behavioral Targeting. *Santa Clara Computer and High Technology Law Journal*, 27(1), 3-61.
- Brief of Amici Curiae American Library Association, Association of College and Research Libraries, Association of Research Libraries, Consumer Federation of America, Electronic Frontier Foundation, Public Knowledge, and U.S. PIRG in Support of Petition for Writ of Certiorari, *Vernor v. Autodesk, Inc.*, 621 F.3d 1102 (9th Cir. 2010) (no. 10-1421), 2011 WL 2472742.
- Canfora, L. (1990). *The Vanished Library: A Wonder of the Ancient World* (M. Ryle, Trans.). University of California Press. (Original work published 1987)
- Cohen, J. E. (1996). A Right to Read Anonymously: A Closer Look at "Copyright Management" in Cyberspace. *Connecticut Law Review*, 28, 981-1039. <https://doi.org/10.2139/ssrn.17990>
- (1997). Some Reflections on Copyright Management Systems and Laws Designed to Protect Them. *Berkeley Technology Law Journal*, 12(1), 161-187. <https://doi.org/10.15779/Z38DH33>
- (2000). Copyright and the Perfect Curve. *Vanderbilt Law Review*, 53(6), 1799-1819.
- Depoorter, B. (2009). Technology and Uncertainty: The Shaping Effect on Copyright Law. *University of Pennsylvania Law Review*, 157, 1831-1868.
- Drassinower, A. (2011) A Note on Incentives, Rights, and the Public Domain in Copyright Law. *Notre Dame Law Review*, 86(5), 1869-1884.
- Easterbrook, F. H. (1996). Cyberspace and the Law of the Horse. *University of Chicago Legal Forum*, 1996, 207-216.
- Elkin-Koren, N. (1995). Copyright Law and Social Dialogue on the Information Superhighway: The Case Against Copyright Liability of Bulletin Board Operators. *Cardozo Arts and Entertainment Law Journal*, 13, 345-411.
- European Parliament and Council. (2001). Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonization of

- certain aspects of copyright and related rights in the information society, art. 3(1), 2001 O.J. (L 167), 10, 13.
- Ginsburg, J. C. (2003). Essay: From Having Copies to Experiencing Works: The Development of an Access Right in U.S. Copyright Law. *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.*, 50, 113-131.
- Green, D. (2018). Big Brother Is Listening to You: Digital Eavesdropping in the Advertising Industry. *Duke Law & Technology Review*, 16, 352-392.
- GSMA. (2018). *Distributed Ledger Technology, Blockchains and Identity: A Regulatory Overview*. <https://www.gsma.com/identity/wp-content/uploads/2018/09/Distributed-Ledger-Technology-Blockchains-and-Identity-20180907ii.pdf>
- Hardy, I. T. (1995). Contracts, Copyright and Preemption in A Digital World. *Richmond Journal of Law and Technology*, 1, 2-48.
- Hoofnagle, C. J., Kesari, A., & Perzanowski, A. (2019). The Tethered Economy. *George Washington Law Review*, 87(4), 783-874.
- Kakon, Y. Z. (2018). "Hello, My Name Is User #101": Defining PII Under the VPPA. *Berkeley Technology Law Journal*, 33, 1251-1276. <https://doi.org/10.15779/Z384X54G9X>
- Leaffer, M. A. (2010). *Understanding Copyright Law* (5th ed.). Carolina Academic Press.
- Lehman, Bruce A. (1995). Information Infrastructure Task Force, Intellectual Property and the National Information Infrastructure—The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights. https://www.eff.org/files/filenode/DMCA/ntia_dmca_white_paper.pdf
- Lemley, M. A. (2021). Disappearing Content. *Boston University Law Review*, 101, 1255-1288. <http://doi.org/10.2139/ssrn.3715133>
- Liu, J. P. (2001). Owning Digital Copies: Copyright Law and the Incidents of Copy Ownership. *William and Mary Law Review*, 42(4), 1245-1366.

- Lunney, Jr. G. S. (2019). A Tale of Two Copyrights. *Akron Law Review*, 53(4), 987-1016. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3544757>
- McCabe, K. E. (2013). Just You and Me and Netflix Makes Three: Implications for Allowing "Frictionless Sharing" of Personally Identifiable Information Under the Video Privacy Protection Act. *Journal of Intellectual Property Law*, 20(2), 413-443.
- Netanel, N. W. (1996). Copyright and a Democratic Civil Society. *Yale Law Journal*, 106(2), 283-387. <https://doi.org/10.2307/797212>
- Perzanowski, A., & Hoofnagle, C. J. (2017). What We Buy When We Buy Now. *University of Pennsylvania Law Review*, 165(2), 315-378.
- Perzanowski, A., & Schultz, J. (2011). Digital Exhaustion. *UCLA Law Review*, 58(4), 889-946.
- Perzanowski, A., & Schultz, J. (2016). *The End of Ownership: Personal Property in The Digital Economy*. MIT Press. <https://doi.org/10.7551/mitpress/10524.001.0001>
- Pradsmadji, S. I., & Irwansyah (2020). Media Convergence in the Platform of Video-on-Demand: Opportunities, Challenges, and Audience Behaviour. *Jurnal ASPIKOM*, 5(1), 115-128. <https://doi.org/10.24329/aspikom.v5i1.491>
- Reese, R. A. (2003). The First Sale Doctrine in the Era of Digital Networks. *Boston College Law Review*, 44(2), 577-652. <https://doi.org/10.2139/ssrn.463620>
- Richards, N. M. (2008). Intellectual Privacy, *Texas Law Review*, 87, 387-445.
- Roth, B. (2020). Tuning into the on-Demand Streaming Culture-Hollywood Guilds' Evolution Imperative in Today's Media Landscape. *UCLA Entertainment Law Review*, 27, 141-171. <https://doi.org/10.5070/LR8271048856>
- Rothchild, J. A. (2011). Exhausting Extraterritoriality. *Santa Clara Law Review*, 51(4), 1187-1239.

Stone, B. (2009, July 17). *Amazon Erases Orwell Books from Kindle*. N.Y. Times.
<https://www.nytimes.com/2009/07/18/technology/companies/18amazon.html>

Urgoiti, L. (2020). The Video Privacy Protection Act and Consumer Data: Are You Plugged in? *U.C. Davis Law Review*, 53(3), 1689-1737.

Whitten, S. (2019, November 8). *The Death of The DVD: Why Sales Dropped More Than 86% In 13 Years*. CNBC. <https://www.cnbc.com/2019/11/08/the-death-of-the-dvd-why-sales-dropped-more-than-86percent-in-13-years.html#:~:text=Instead%2C%20a%20combination%20of%20the,in%20the%20last%2013%20years>

Revisiting the Theoretical Framework of Exhaustion Doctrine in Copyright with a Focus on the Video Streaming Platforms

*Yu-Tang Hsiao**

Abstract

As video streaming platforms dominate the home entertainment market, it is concerning that the market for tangible audiovisual copyrighted works is shrinking and that the trend of licensing agreements of digital works is growing to the global scale. It raises greater concern that copyright owners follow this trend and circumvent the application of the exhaustion doctrine by using licensing agreements which have been reinforced by only a few streaming platform companies. As most of the works are now published in intangible and digital forms, the exhaustion doctrine might be increasingly obsolete. Thus, the secondary markets for copyrighted works may soon disappear.

Unlike most scholars in Taiwan focusing on the review of court cases, doctrinal reading of laws, and the analysis of technology complexities in legal terms, this Article proposes a legal framework to revisit the core theories underpinning the exhaustion doctrine. It classifies the five landmark cases from the U.S. and E.U. into two categories. Based on this categorization, it reviews the current literature and policy suggestions and further raises the legal questions that the suggestions may pose. Built on the case studies and literature review, this Article proposes a theoretical framework for the exhaustion doctrine, provides an examination of each argument, and accordingly directs its attention to the non-economic concerns of the doctrine. Furthermore, this Article uses video streaming platforms as a case study and reveals how the business models of streaming platforms either increase or decrease the economic and non-economic values

* Also known as Yutang Hsiao or Avross Hsiao. J.S.D. Candidate, J.S.M., Stanford Law School; LL.M., Yale Law School.
E-mail: yutangh@stanford.edu

preserved by the exhaustion doctrine. This context shows that the loss of the non-economic values will have a negative impact on the society. The impact further illustrates how the video streaming service serves as a compelling example for advocating reform of the doctrine. Potential legal barriers and possible solutions are thus presented and proposed.

This Article concludes that the non-economic values promoted by the doctrine have long been overlooked and should warrant greater attention. It is because the doctrine does not apply to the mainstream video streaming platforms, copyright law should, by means of fair use or other regulatory mechanisms, protect the public interests and values that the doctrine aims to promote, such as cultural preservation, privacy protection, democratic value, innovation, and competition.

Keywords: exhaustion doctrine, first sale doctrine, copyright, digital work, audiovisual works, licensing agreement, video streaming platform, fair use, privacy