

TPP 協定最終版本擴大著作權刑事責任範圍

黃意涵

摘要

跨太平洋夥伴協定 (TPP 協定) 於 2015 年 11 月達成共識，並於今 (2016) 年 1 月 26 日發表經「法律檢視 (legal scrub)」後之最終版本。然而於智慧財產權專章中，因註腳 135 (原為舊版之註腳 134) 一字之差，將使締約國豁免 (exempted) 不使用刑事程序之空間縮小。對此，締約國或可從「商業規模」或「合理使用例外」要件加以平衡，惟因兩者皆為不確定法律概念，且性質上較偏向侵犯著作權不法行為態樣之構成要件與阻卻違法事由，與系爭註腳作為適用於刑罰之規範有所差異，效果有限。故最終版 TPP 協定註腳 135 對於著作權及相關權利之使用將有重大影響，值得深入探討。

跨太平洋夥伴關係協定 (The Trans-Pacific Partnership Agreement, 以下簡稱 TPP 協定) 締約國於 2015 年年底達成共識，並於今 (2016) 年 1 月 26 日紐西蘭秘書處發表「法律檢視 (legal scrub)」後之最終版本 (相對於法律檢視前的舊版文字，本文將稱其為「最終版」)。締約國隨後於同年 2 月 4 日依最終版條文簽署 TPP 協定¹。然而，在最終版 TPP 協定智慧財產權專章 (Intellectual Property Chapter, 以下簡稱 IP 專章) 中，註腳 135²之修訂使第 18.77 條之實質內容有所變動，將影響締約國排除著作權與相關權利適用刑事程序之裁量空間，此用意為何，值得探討。

本文首先介紹議題緣起背景，並先列舉三次談判紀錄中締約國對系爭條款的協議情況，說明最終版與舊版註腳差異，以解釋法律文字的更動將如何改變條文法律效果；接著，對於該變更後之最終條文條文內容，其生效後締約國將面臨哪些實際問題，將舉例說明之；最後，將提出各締約國國內法規之因應辦法與潛在問題並作結論。

壹、緣起

TPP 協定於 2015 年 11 月經 12 個締約國對條文實質內容達成共識後，尚須

¹ *Trans Pacific Partnership Trade Deal Signed in Auckland*, BBC NEWS, Feb, 4, 2016, <http://www.bbc.com/news/business-35480600> (last visited Apr. 4, 2016).

² The Trans-Pacific Partnership Agreement, fn. 135 (providing that “With regard to copyright and related rights piracy provided for under paragraph 1, a Party may limit application of this subparagraph to the cases in which there is an impact on the right holder’s ability to exploit the work, performance or phonogram in the market.”) [hereinafter TPP Agreement].

經過法律檢視，即經各締約國之律師、貿易代表、翻譯人員與編輯合力完成條文之形式審查程序，以檢查條約文字之一致性，確定無任何意外錯誤或漏洞，並確保協定內容為各國所明瞭³。故原則上，除非存在錯誤，否則法律檢視的過程中不得變更條文之實質內容⁴；然而，經法律檢視後之最終版 TPP 協定中，IP 專章註腳 135 之適用範圍由「項 (paragraph)」變更為「款 (subparagraph)」，使條文法律效果產生變動，似違反法律檢視之基本原則，引發各界關注⁵。

貳、談判過程

比較前後版本條文可以得知，舊版註腳134係對應最終版註腳135；然在條文內容方面，舊版註腳134之「項」卻變更為最終版註腳135之「款」，此舉為單純誤植或另有原因，似可藉由歷史解釋探求締約國之真意。

TPP 協定經法律檢視後變更之註腳 135，係置於第 18.77 條第 6 項第 7 款「主管機關得依職權發動相關法律程序，無待第三人或權利人之正式起訴⁶（以下簡稱「職權起訴」）」⁷。觀察維基解密於 2013 年 11 月釋出之版本，職權起訴的規定在第 QQ.H.7 條第 7 項第 8 款，其中尚未出現最終版註腳 135 之相關敘述，但載有日本與越南反對本款之紀錄⁷。另外，根據維基解密在 2014 年 10 月釋出之 TPP 協定版本，職權起訴之規定移至第 QQ.H.7 條第 6 項第 8 款，雖無附加註腳，但此處註記日本提議加入註腳「關於侵犯著作權及相關權利，締約國得限制當該行為對權利人於市場利用著作之能力有所影響時，始有本規定 (provision) 之適用」作為同意本款之要件，但越南仍持續反對⁸。在 2015 年 10 月所解密的版本中，職權起訴為第 QQ.H.7 條第 6 項第 7 款⁹，並附加註腳 144，規定「有關第 18.87 條第 1 項著作權及相關權利之侵害，締約國得限制如對權利人於市場利用著作 (work) 之能力造成影響，始有第 8『款』¹⁰之適用。」

³ Marilyn Geewax, *Scrubbing A Trade Deal: Translators Get Behind the Ears Of The TPP*, NATIONAL PUBLIC MEDIA, Oct. 11, 2015, <http://www.npr.org/2015/10/11/447684250/scrubbing-a-trade-deal-translators-get-behind-the-ears-of-the-tpp> (last visited Apr. 4, 2016).

⁴ Jeremy Malcolm, *Sneaky Change to the TPP Drastically Extends Criminal Penalties*, Electronic Frontier Foundation, Feb. 17, 2016, <https://www.eff.org/deeplinks/2016/02/sneaky-change-tpp-drastically-extends-criminal-penalties> (last visited Apr. 4, 2016).

⁵ *Id.*

⁶ TPP Agreement, art. 18.77.6(g).

⁷ Wikileaks leaked TPP Agreement, art. QQ.H.7.7(h), Nov. 13, 2013, <https://wikileaks.org/tpplib/static/pdf/Wikileaks-secret-TPP-treaty-IP-chapter.pdf>.

⁸ Wikileaks leaked TPP Agreement, art. QQ.H.7.6(h), Oct. 16, 2014, https://www.eff.org/files/2014/10/28/tpplib_ipchapter_may2014.pdf.

⁹ Wikileaks leaked TPP Agreement, art. QQ.H.7.6(g), Oct. 5, 2015, <https://wikileaks.org/tpplib-ip3/WikiLeaks-TPP-IP-Chapter/WikiLeaks-TPP-IP-Chapter-051015.pdf>.

¹⁰ 同上註，該版本條文中無第 18.77 條第 6 項第 8 款，推測為誤植。

吾人或可由談判文件推知，最早係日本於2014年10月的維基解密版本中提議在職權起訴一款加上註腳，限定締約國須以「權利人之權利於市場遭受侵害時」方能適用特定規定。然而因該註腳位於第18.87條第6項第7款末，同時為本條「第6項」及本條第6項「第7款」的結束之處，故無法探知註腳中之「規定」應解釋為「項」或「款」。2015年10月之解密的版本以「款」為適用範圍，與法律檢視後最終版相同，即締約國僅對職權起訴擁有裁量權，且兩者註腳內容大致相同，因此最終版條文內容似有跡可循。惟2015年11月發佈之舊版條文以「項」為適用客體，究竟為書寫錯誤或各國折衝樽俎下之妥協，則不得而知。

參、前後版 TPP 協定之落差

經法律檢視之最終版 TPP 協定之註腳 135 位於第 18.77 條第 6 項第 7 款末，該條規範締約國在哪些情況下須以刑事手段處罰侵害著作權及相關權利的行為人。第 18.77 條第 6 項共有 7 款，規定對於 18.77 條第 1 項至第 5 項之違法行為，應訂定有期徒刑、罰金¹¹；司法機關有審酌裁量權¹²、得命沒收因侵權行為所得之資產¹³、得命沒收或銷毀犯罪物品，或以不傷害權利人之方式於商業管道外處分之¹⁴；司法機關或其他主管機關得命扣押疑似犯罪物品¹⁵、有權發布或於替代方案中提供相關權利人於民事侵權程序取得貨物、原料、器具或其他證據¹⁶；第 7 款，即註腳 135 對應之條文，則規定主管機關得依職權發動相關法律程序，無待第三人或權利人之正式起訴¹⁷。

紐西蘭秘書處 2015 年 11 月公布的舊版條文中，註腳 134 規定「有關第 1 項著作權及相關權利之侵害，締約國得限制如對權利人於市場利用作品、表演、錄音之能力造成影響，始有本『項』之適用」；而最終版條文將註腳 134 內容移至註腳 135，並使「項」變更為「款」¹⁸。一字之差看似微不足道，卻大幅限縮締約國裁量權。在舊版註腳下，締約國得於行為人有第 18.77 條第 1 項著作權及相關權利之侵權行為，且對權利人造成市場上影響時，始得採取第 18.77 條第 6 項中共 7 款的刑事手段；然而最終版條文將註腳 135 的「項」改為「款」後，若有前述影響權利人於市場利用著作之情況，締約國僅能決定是否採取第 7 款職權起訴，至於其他款之刑事處罰方法，則無論對權利人於市場利用作品、表演、錄音之能力是否影響，締約國皆應有所規範。換言之，最終版條文將締約國使用刑事手段之裁量空間由 7 款限縮至 1 款，可見最終版 TPP 協定擴大著作權及相關權利之侵害所適用的刑事責任範圍。

¹¹ TPP Agreement, art. 18.77.6(a).

¹² TPP Agreement, art. 18.77.6(b).

¹³ TPP Agreement, art. 18.77.6(d).

¹⁴ TPP Agreement, art. 18.77.6(e).

¹⁵ TPP Agreement, art. 18.77.6(c).

¹⁶ TPP Agreement, art. 18.77.6(f).

¹⁷ TPP Agreement, art. 18.77.6(g).

¹⁸ TPP Agreement, fn. 135.

肆、最終版註腳對著作使用人之影響

綜上所述，註腳 135 之改變將使 TPP 協定第 18.77 條中所規範之行為受到更加嚴格限制，因主管機關僅對「職權起訴」留有裁量空間，大幅限縮使用人被允許再次利用著作之範圍。

最終版 TPP 協定生效後，即便在對著作權人於市場之商業利益毫無影響的情況下，仍須將刑事處罰程序納入智慧財產權保護體系中。以提供電影翻譯字幕之網站為例，若有一部電影未在消費者所在國上映，消費者透過合法管道取得該外國電影之影像檔後，再向前述網站購買翻譯字幕的文件檔搭配觀賞，單就字幕文件而言，因為電影未在消費者所在國上映（此處假設該電影未發行消費者所在國之語言字幕版本），著作權人並不會因為消費者購買其他語言字幕而使其電影有商業上損失，故並未侵犯著作權人之商業利益。在舊版條文中，各締約國可視情況使前述提供字幕檔案之網站所有人免受徒刑，並使該網站免於被查扣或銷毀；然而，最終版條文更改註腳 135 後，提供字幕文件的網站所有人將可能面臨徒刑或罰金之刑罰，該網站亦可能被要求關閉¹⁹。

伍、締約國可能採取之因應辦法與潛在問題

為因應最終版 TPP 協定將限縮締約國使用刑事手段之裁量權，締約國可能採取之因應辦法有二。其一，專家提出因註腳 135 對應第 18.77 條第 1 項以「故意 (wilful)」及「具有商業規模 (commercial scale)」為犯罪行為之構成要件²⁰，締約國或可從「商業規模」之要件著手²¹，以適度平衡 TPP 協定過度侵犯締約國實施刑罰權之現狀；其二，依法理，第 18.65 條、第 18.66 條限制及例外「合理使用」之阻卻違法規定，亦可使侵權行為免於落入違法範疇。以下分述之：

一、以商業規模要件平衡

TPP 協定第 18.77 條第 1 項所規定之「商業規模」至少包括兩種情況：其一，該行為具有商業利益或財務利得²²；其二，雖不具商業利益或財務利得，但對著作權人或相關權利人之市場構成實質利益影響之重大行為²³。同時，該項(b)款註腳 127 規定，締約國得規定是否將侵權物數量與價值納入考量，用以判斷權利人於市場之實質利益是否受到該侵權行為顯著的不利影響 (substantial prejudicial impact)²⁴。故與屢提及「商業規模」之其他國際協定相比²⁵，TPP 協定以財產利

¹⁹ Jeremy Malcolm, *supra* note 4.

²⁰ 其中「故意」為行為人主觀要件，非本文討論重點，在此茲不贅述。

²¹ Jeremy Malcolm, *supra* note 4.

²² TPP Agreement, art. 18.77.1(a).

²³ TPP Agreement, art. 18.77.1(b).

²⁴ TPP Agreement, fn. 127.

²⁵ 如 WIPO、TRIPS，將於下一段說明。

得及商品遭受實質影響作為判斷標準，可謂對商業規模之要件提出了相對充分的敘述。

若欲進一步分析解釋「商業規模」，吾人或可以歷史解釋作為參考基礎。在 TPP 協定簽訂前，「商業規模」一詞即已出現於國際條款中。1988 年世界智慧財產權組織 (World Intellectual Property Organization, WIPO) 在日內瓦公佈針對反仿冒與剽竊措施擬定之國家法律模範條款草案 (Draft Model Provisions for National Law) 中，認為商業規模係一個「需將製造行為概念納入考量因素之情境，包括侵權產品的製造數量、侵權行為人已經、正在或者企圖採取之方式，以及營利之意圖 (will to make profit) 等²⁶」。而後，與貿易有關之智慧財產權協定 (Agreement on Trade-related Intellectual Property Rights, 以下簡稱 TRIPS 協定) 再次提出商業規模之概念²⁷，然何謂商業規模，TRIPS 中並未進一步闡釋或說明。直到 2007 年「中國—智慧財產權 (China—Intellectual Property Rights)」案，小組分析認為 TRIPS 條文中的商業規模係指「典型或通常商業活動的規模或程度」，應將「行為的性質」和「相對大小」結合作為市場基準進行考察，且商業規模是一相對標準，將隨商業的形式、假冒商標和盜版的型態等眾多因素而改變²⁸。除國際條款外，部分國家之著作權法 (如美國²⁹、澳洲³⁰) 中亦可見「商業規模」之用語。「商業規模」一詞雖屢見於國際條文，其要件之實質標準，各國迄今仍未有定論。

此外，以「商業規模」作為法院判斷「犯罪行為是否影響權利人於市場利用著作」之抗衡，其合適性仍有待商榷。首先，在刑法論中，基於刑法的謙抑性產生罪刑法定原則，其中衍生出包含「罪刑明確性」的四個重要派生原則³¹。在罪刑明確性中又可分為「構成要件明確」與「法律效果明確」。「構成要件明確」要求構成要件要素之內容，應避免使用模稜兩可之用語，避免使人民面對空泛法規無從遵守，以確保國家刑罰權不任意侵犯人民。故此處之「商業規模」既為構成侵犯著作權之構成要件，應當有足夠詳細之定義與論述，方使法院判斷時有所依據，不致完全流於法官之裁量權限。惟若依前所述，目前無論在國際條約或各國立法中，均未對商業規模有一致或明顯多數之見解，故以「商業規模」作為犯罪行為之構成要件，本身即存在不確定性。

²⁶ MARINA FOLTEA, INTERNATIONAL ORGANIZATIONS IN WTO DISPUTE SETTLEMENT: HOW MUCH INSTITUTIONAL SENSITIVITY? 212 (Cambridge University Press eds., 2014).

²⁷ Agreement on Trade-Related Aspect of Intellectual Property Rights, art. 61 [hereinafter TRIPS Agreement].

²⁸ Panel Report, *China—Measures Affecting the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights*, ¶¶ 7.577-7.578, WT/DS362/R (adopted Jan. 26, 2009).

²⁹ 美國著作權法中商業規模用詞為「commercial distribution」; see 17 U.S.C. § 506(a).

³⁰ Australian Copyright Act 1968, sec. 132AC.

³¹ 包含禁止溯及既往、習慣法禁止、禁止類推適用及罪刑明確性。黃翰義，刑法總則新論，頁 22 (2010 年)。

其次，以最終版 TPP 協定註腳 135 中「對權利人於市場利用著作、表演或錄音物之能力受影響」之性質，或可推測其係犯罪行為之客觀處罰條件³²，係立法者基於刑事政策的考量，所為之例外性規定，以至於必待此等事由存在時始能加以處罰，藉此將不具刑罰需求性的情形予以排除³³。又客觀處罰條件因為不法與罪責以外之可罰性要件，故學說上多認為應於檢討構成要件該當性、違法性及罪責後，再進入下一階層予以檢驗³⁴。若上述之假設成立，可知「商業規模」與「對權利人於市場利用著作、表演或錄音物之能力受影響」係屬不同階層之要件，且註腳 135 目的在於使締約國確定犯罪行為成立後擴大使用刑事手段，係法律效果之改變，故欲以商業規模平衡此處之刑罰權擴大，恐有不足。縱「商業規模」要件本身已發展至具備完整定義，亦將因為與最終版 TPP 協定註腳 135 要件及結果處於相異審查位階，而非盡善之道。

二、例外規定—合理使用

除了前述「商業規模」構成要件外，「合理使用」亦可作為阻卻刑事著作權侵權成立的抗辯事由 (defense)³⁵。最終版 TPP 協定第 18.65 條規定，各締約方就對專屬權利之限制及例外，應限定於不違反著作、表演或錄音物之正常利用，且不至於不合理損害權利人之合法權益之特定個案情形。同時不致限縮或擴張「TRIPS 協定」、「伯恩公約 (Berne Convention)」、「世界智慧財產權組織著作權條約 (WCT)」及「世界智慧財產權組織表演及錄音物條約 (WPPT)」所定限制及例外之適用範圍³⁶。第 18.66 條規定為因應數位環境，經充分考量之合法目的下之限制及例外規定，包括但不限於：為批評、評論、新聞報導、教學、學術、研究或其他類似之目的；及促進盲人、視覺障礙或其他閱讀障礙者接觸已公開發表之著作³⁷。

以美國常見的嘲諷作品 (parody) 為例，在美國著作權下，將其定義為出於「評論」之目的而利用 (引用) 他人之作品或加以改作，可被允許合理使用³⁸。惟值得注意者，由於合理使用仍屬不確定法律概念，在適用上有相當模糊、不確定地帶，因此美國實務見解認為著作利用人應明示出處，較有可能成立合理使用，並由法院以「利用之目的及性質」或「利用結果對著作潛在市場與現在價值之影

³² 係指不法與罪責外，可罰性之實體要件，若欠缺此要件，在風險評估或利益衡量上，不應予以處罰。同上註，頁 227。

³³ 蔡聖偉，「斬手是眾—論聚眾鬥毆罪的適用與重傷害的認定」，台灣法學雜誌，199 期，頁 246 (2012 年)。

³⁴ 林山田，刑法各罪論 (上)，5 版，頁 514 (2015 年)。

³⁵ 蔡蕙芳，「美國著作權法上刑事著作權侵權之研究」，台灣本土法學雜誌，101 期，頁 61，79 (2007 年)。

³⁶ TPP Agreement, art. 18.65.

³⁷ TPP Agreement, art. 18.66.

³⁸ 黃怡騰，「談著作權法之合理使用原則研討會」演講內容逐字稿 (1999 年)。

響」作為判斷基準³⁹。學界方面，學者亦認為，利用人若標明出處可使利用行為更貼近報導、學術論著、批評或評論，而提高成立合力的使用性⁴⁰，亦有論者將標明出處視為合理使用第一項判斷基準「利用之目的及性質」之考量因素⁴¹。由是可知，主張合理使用時仍應明示出處，以示對原著作人之尊重，亦俾使用人自保。

「合理使用」固可作為平衡刑罰權擴大手段之一，但此處將面臨與前述「商業規模」要件相同之問題，合理使用除了為不確定法律概念外，性質亦較偏向阻卻違法或阻卻構成要件⁴²，不得直接與最終版TPP協定註腳135之條件或法律效果相抗衡，故似仍無法根本解決刑罰適用範圍擴大之問題。

總體而言，無論是「商業規模」與「合理使用」皆僅能作為最終版TPP擴大刑事權之彌補方式，雖或可使締約國取得轉圜空間，但因仍存有潛在之疑慮，故可能無法完全弭平註腳135將帶來之影響。

陸、結論

最終版TPP協定在原則不得修改實質內容的法律檢視程序中變更註腳135，究係為單純錯字更正，抑或別有居心，至今非吾人所能得知。但無論其背後原因，更改註腳後，即便權利人未於市場利用著作時遭受影響，締約國仍必須針對犯罪行為人訂定刑事制裁手段，締約國之司法裁量權由原先7款限縮為1款，著作使用人之權益亦將受到嚴重影響。

締約國如欲在符合最終版TPP協定下，尋求緩衝侵犯著作權入罪化之管道，或可藉由對「商業規模」之解釋及「合理使用例外」之適用，作為平衡限縮著作使用權之方法，惟因要件審查位階不同，效果亦有限。而此次TPP協定大幅將侵犯著作權入罪化之規定，是否能在不違背智慧財產權專章促進創新、技術移轉之立法初衷⁴³下達成保護著作權人之目的，值得吾人繼續觀察。

³⁹ 李治安，「合理使用誰的著作？—論合理使用與出處明示之關聯」，政大法學評論，126期，頁357，370-372（2012年）。

⁴⁰ Laurie Stearns, *Copy Wrong: Plagiarism, Process, Property, and the Law*, 80(2) CALIFORNIA LAW REVIEW 513, 530 (1992).

⁴¹ 李治安，前揭註39，頁374。

⁴² 章忠信，「談諧仿作之合理使用規範與判准」簡報，「2015著作權法合理使用」研討會，經濟部智慧財產局主辦，頁6（2015年）。

⁴³ TPP Agreement, art. 18.2.