

5. Playboy v. George Frena 839 F. Supp. 1552 (1993)

判 決 要 旨

1. 1976 年著作權法使著作權人幾乎可以掌控著作物所有的商業價值。著作權人就下列四者有自為或授權他為之排他權利：(1) 複製受著作權保障之作品；(2) 基於受保護之作品而另衍生之作品；(3) 將享有著作權保障作品供銷於公眾；(4) 若受著作權保護之作品為圖畫或照片，將之公開展示。如果未經著作權所有人允許而從事或授權以上四者時，即屬違反著作權人之排他權，構成著作權之侵害。
(The Copyright Act of 1976 gives copyright owners control over most, if not all, activities of conceivable commercial value. The owner of a copyright has the exclusive rights to do and to authorize any of the following: (1) to reproduce the copyrighted work in copies ; (2) to prepare derivative works based upon the copyrighted work; (3) to distribute copies of the copyrighted work to the public and (4) in the case of pictorial works to display the copyrighted work publicly Engaging in or authorizing any of these categories without the copyright owner's permission violates the exclusive rights of the copyright owner and constitutes infringement of the copyright.)
2. 公開展示，始構成著作權侵害。而公開展示係指將受保護之作品陳列於得為家族及社交範圍外之多數不特定人所共見共聞之場所。縱使某一場所僅限由付費顧客進入，仍屬此處所謂之公共場所。
([I]n order for there to be copyright infringement, the display must be public. A "public display" is a display "at a place open to the public or where a substantial number of persons outside of a normal circle of family and its social acquaintances is gathered." A place is "open

to the public" in this sense even if access is limited to paying customers.)

3. 成立著作權侵害無須具備侵害意圖。「意圖」與「知悉」並非著作權侵害之要件，因此，無知之加害人仍須對侵害行為負責，惟法院於衡量法定損害賠償時，鑒於此項賠償具衡平性質，無侵害意圖當為衡量之要點。

(Intent to infringe is not needed to find copyright infringement. Intent or knowledge is not an element of infringement, and thus even an innocent infringer is liable for infringement; rather, innocence is significant to a trial court when it fixes statutory damages, which is a remedy equitable in nature.)

關 鍵 詞

fair use (合理使用); public display (公開展示); substantial similarity (實質相似性)

(本案判決由聯邦地方法院法官 Schlesinger 主筆撰寫)

事 實

本案原告為一家出版名為花花公子雜誌之公司 (Playboy Enterprises Inc. , 以下簡稱 PEI) , 其於佛羅里達州地方法院向被告 (George Frena 等人 , 以下簡稱 Frena) 提起訴訟。在 PEI 所提之第一部份簡易訴訟 (Doc. No. S-1, filed July 26, 1993) 中 , 主張被告 Frena 侵害其著作權 , 尤其是證物 C 的一百七十張圖片中 , 有五十張

為其公司出版雜誌中之圖片。在第二及第三部份簡易訴訟 (Doc. No. S-3, filed July 26, 1993) 中 , 原告以商標侵害及違反藍漢法 (Lanham) 為由 , 要求法院判決被告 Frena 侵害其於聯邦註冊之花花公子 (PAYTBOY(R) , 商標號碼 600018) 及玩伴女郎 (PLAYMATE(R) , 商標號碼 721987) 之商標 , 並且違反第 1125(a) 條 (15 U.S.C. § 1125(a)) 關於不公平競爭之規定。

被告 Frena 經營一家名為科技總匯 (Techs Warehouse) 的電子佈告欄 (BBS)，專門放置及散佈原告未經授權的圖片，亦即客戶可經由數據機連接電子佈告欄，除了可以在電子佈告欄上瀏覽其他網站名單 (directories) 外，並可以觀看及下載未經授權之圖片，其中有多張圖片即是從 PEI 所出版的成人雜誌中翻印而來。

被告 Frena 在其答辯狀中承認系爭圖片未經 PEI 授權或同意，即置於其電子佈告欄中，並且提供會員下載，會員也可以上傳資料到電子佈告欄中供其他會員使用，但強烈主張其從未上傳原告公司的圖片到電子佈告欄中，上傳的圖片均是會員所為，而且在知悉該事件之後立刻從電子佈告欄中移除所有的圖片，並嚴格控管該站以避免其他原告所屬之圖片被上傳至該網站。據此，被告先則主張合理使用，故無侵害行為可言；並且抗辯其行為於商業利用，根本係無足輕重，因此基於微罪不舉原則 (de minimis non curat lex)，應當認定其為合法。

判 決

原告一部勝訴、一部敗訴。

理 由

如果被告訴訟上自認，並因此顯示無實體爭點時，在法律上賦予起訴之一造勝訴判決即為適當¹，也就是除非本案中無實體上之爭點，否則原告應負擔舉證責任²，換言之，起訴之一造必須證明被訴之一造在本案中缺乏支持其立論之證據始可。民事訴訟法第 56 條允許原告無論有無支持其主張之證詞，均可免除舉證責任而申請簡易訴訟，也就是當原告免除舉證責任時，被告必須以超越普通答辯的證詞證明本案仍有實體上之爭點。

此外，決定原告是否應負舉證責任在於該案件有無實體上的爭點，但進入判決階段時，法院必須從有利於被告之證據中草擬結論³，並對於該造有利證據中任何合理的懷疑加以解決⁴，亦即被告無須在案件中均賦予有利之判

¹ 詳見聯邦民事訴訟法第 56(c)條 (Fed.R.Civ.P. 56(c))。

² 詳見 Celotex Corp. v. Catrett, 477 U.S. 317, 106 S.Ct. 2548, 91 L.Ed.2d 265 (1986). 及 Clark v. Coats & Clark, Inc., 929 F.2d 604 (11th Cir.1991). 案。

³ 詳見 Key West Harbor v. City of Key West, 987 F.2d 723, 726 (11th Cir.1993). 案。

⁴ 詳見 Spence v. Zimmerman, 873 F.2d 256, 257 (11th Cir.1989). 案。

決，但應賦予合理之判決⁵，第十一巡迴法院將該合理標準做出解釋：法院必須從事實中建立衡量兩造的合理抽象標準，並挑出所有可能的結果，以決定該判決結論是否合理。只要可以從事實推得之結論，不利判決之結論無須較有利於原告之結論有更大的可能性，但如果合理的結論超過一個時，應由事實審之法官決定其中一個較為適當之結論。因此，如果承審法官可從合理的事實及證據中擬出一個以上的結論，而該結論可成為實體爭點，法院即不應允許簡易判決⁶。應該強調的是，儘管某些被主張的事實爭論，其存在不會動搖適當的簡易判決結果，但爭點必須非重要事實，否則將不能逕以簡易判決處理該案⁷。

一九七六年的著作權法賦予著作權所有人幾乎可以掌控全部的商業價值，亦即著作權所有人除有排他權外，亦可享有以下四種權利：(1)重製享有著作權之作品、(2)基於受保護作品另置衍生作

品、(3)散佈享有著作權之作品於公眾、(4)公開地展示享有著作權之圖畫或照片。如果從事或授權以上四種行為而未經著作權所有人允許時，即是違反著作權所有人之排他權，並構成著作權侵害。

在本案中，原告必須證明其為著作權之所有人，而被告 Frena 有複製之行為即可⁸。被告對於 PEI 擁有系爭圖片之著作權並無爭執，PEI 並且擁有已出刊的五十期雜誌之著作權註冊，因此，著作權保護應及於在電子佈告欄上之圖片。另，著作權註冊證明書提供原告有利的表面證據 (*prima facie* evidence)，原告一旦證明表面上之所有權，反駁該證據之舉證責任便會移轉至被告，然而 Frena 並未反駁 PEI 擁有著作權之合法性。

其次，PEI 必須證明其受保護之著作遭被告 Frena 盜用，因為著作權侵害案件很難取得抄襲的直接證據，因此可以藉由 Frena 利用系爭遭侵害之作品與享有著作權之作品有實質上之相似，而推定有

⁵ 詳見 *Brown v. City of Clewiston*, 848 F.2d 1534, 1540 n. 12 (11th Cir.1988). 案。

⁶ 詳見 *Augusta Iron and Steel Works v. Employers Insurance of Wausau*, 835 F.2d 855, 856 (11th Cir.1988). 案。

⁷ 詳見 *Anderson v. Liberty Lobby, Inc.*, 477 U.S. 242, 247-48, 106 S.Ct. 2505, 2510, 91 L.Ed.2d 202 (1986). 案。

⁸ 詳見 *Feist Publications, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co.*, 499 U.S. 340, 111 S.Ct. 1282, 113 L.Ed.2d 358 (1991) 及 *Southern Bell Tel. & Tel. v. Assoc. Telephone Directory Publishers*, 756 F.2d 801, 810 (11th Cir.1985). 案。

剽竊行為發生⁹，且 Frena 的行為已涉及到著作權所有人依法受保護的權利之一。

利用已享著作權之作品並非本案之爭點，因為 PEI 在美國每月都銷售超過三百四十萬本雜誌，故利用在本質上亦不可避免。實質相似（substantial similarity）¹⁰亦非本案之爭點，因為被告 Frena 承認系爭所有圖片均與 PEI 所出版之雜誌內容於實質上相似，除此之外，侵權的圖片在本質上亦為複製品，在本案中唯一不同的是 PEI 原本於圖片上印製的文字，於加害的複製品中已不復見。

接下來要決定被告 Frena 是否違反第 106 條（17 U.S.C. § 106）所保護著作權所有人之權利。公開發行享有著作權的作品係保存權利有效的方法之一，若侵占（usurpation）該權利則構成侵害行為¹¹，PEI 主張其依第 106(3)條規定得享有著作權所有人關於銷售、散佈、租借其具體作品之排他權，但卻遭 Frena 破壞，儘管被告

Frena 對於其提供下載的資料中包含未經授權之圖片並無爭執，但卻強調所有的複製行為並非其親自所為。

PEI 另主張基於第 106(5)條的展示權（display rights）亦遭被告 Frena 侵害，因為展示的涵意非常廣泛¹²，包括將影像投射在螢幕或其他物體之上，藉由電子或其他方式傳送的影像，於電視機顯像之圖片，或其他類似之方法等等，也就是展示權排除未經授權之影像傳送，包括以電腦系統傳送之方式。展示亦包含任何著作的複製品之展示，即著作本身直接之展示或以電影、幻燈片、電視畫面或其他任何裝置之方式展示均屬之，然而，加害人展示受保護之著作必須公開為之始構成著作權侵害，亦即公開展示（public display）須於一個向公眾開放，不特定人得共見共聞之場所為之始可。本案法院認為被告將 PEI 享有著作權之圖片供其會員即屬公開展示，因為縱使僅限於會員，仍然屬於多數不特定人¹³。

⁹ 詳見 Howard v. Sterchi, 974 F.2d 1272 (11th Cir.1992). 案。

¹⁰ 關於實質相似之定義，可參閱羅明通著，著作權法論，第 529 頁及第 574~578 頁，台英國際商務法律事務所出版，民國八十七年八月。

¹¹ 詳見 Cable/Home Communication Corp. v. Network Productions, Inc., 902 F.2d 829, 843 (11th Cir.1990). 案。

¹² 詳見第 101 條（17 U.S.C. § 101）。

¹³ Thomas v. Pansy Ellen Products, 672 F.Supp. 237, 240 (W.D.North Carolina 1987) 案認為，商業上之展示均為公開，縱使僅限於會員亦屬之。又 Ackee Music, Inc. v. Williams, 650 F.Supp. 653 (D.Kan.1986) 案則認為，享有著作權的歌曲之表演，縱使在被告私人的俱樂部裡演唱，亦屬公開演唱。

被告 Frena 另抗辯其為合理使用 (fair use)¹⁴ 而無侵害行為, 但合理使用既是法律問題, 也是事實問題, 著作權法規定權利人在四種情形下無排他權, 法院必須針對個案檢視是否為合理使用。第一百零七條並未將合理使用加以定義, 僅規定: 基於批評、評論、新聞報導、教授 (包含課堂上之複製利用)、學術、研究之目的所為之複製行為, 應屬合理使用而不構成著作權侵害, 在個案中, 決定是否為合理使用需考慮以下標準¹⁵: (1) 利用之目的與性質, 包括該利用是否為商業性質或非營利性之教育目的; (2) 著作本身之性質; (3) 所利用之質量及其在整個著作所占之比例; (4) 利用結果對著作潛在市場¹⁶與現在價值之影響。

(1) 利用之目的與性質

著作之商業性使用推定為違反著作權所有人獨占權之非合理使用¹⁷, 因此, 任何商業性之使用便很難以主張合理使用之抗辯¹⁸。被告 Frena 很顯然係商業性使用, 因為電子佈告欄的會員每月需繳交二十五元的費用, Frena 也向外販售商品。散佈受保護之著作而獲利就是商業性使用, 即使購買者未再轉售而係自用亦同¹⁹。無疑地, 此種推定即是假設可能對著作未來的市場造成某種程度之傷害, 也就是 Frena 的行為將造成花花公子雜誌在未來市場之傷害。

(2) 著作本身之性質

著作權於實體著作 (factual works) 的保護範圍較虛構著作

¹⁴ 合理使用即是以有限及有效的方式, 在著作權容許的範圍內, 複製或散佈被保護之作品, 而成為著作權保護之例外, 詳見 *Cable/Home Communications Corp.*, 902 F.2d at 843 案, 該案引用自 *Pacific & Southern Co. v. Duncan*, 744 F.2d 1490, 1494 (11th Cir.1984) 案, 上訴至最高法院時遭駁回 471 U.S. 1004, 105 S.Ct. 1867, 85 L.Ed.2d 161 (1985)。

¹⁵ 此即我國著作權法第六十五條第二項之規定。

¹⁶ 潛在的市場係指著作立即或隨即可銷售之市場, 而且包括衍生著作在內。

¹⁷ 詳見 *Harper & Row, Publishers, Inc.*, 471 U.S. at 562, 105 S.Ct. at 2231 案, 該案引用自 *Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 451, 104 S.Ct. 774, 793, 78 L.Ed.2d 574 (1984) 案。

¹⁸ 詳見 *Triangle Publications, Inc. v. Knight-Ridder Newspapers, Inc.*, 626 F.2d 1171, 1175 (5th Cir.1980). 案。

¹⁹ 詳見 *Pacific & Southern Co. v. Duncan*, 572 F.Supp. 1186 (N.D.Ga.1983) 案, 該案於上訴審維持原判決, 744 F.2d 1490 (11th Cir.1984), 最高法院駁回上訴 471 U.S. 1004, 105 S.Ct. 1867, 85 L.Ed.2d 161 (1985)。

(fiction) 或幻想著作 (fantasy) 為狹窄, 故合理使用之抗辯相對地較為容易, 但如果著作較具備娛樂性質的話, 合理使用的主張便較不為法院接受²⁰, 本案系爭著作屬幻想及娛樂性質, 因此對於 Frena 主張合理使用甚為不利。

(3) 所利用之質量及其在整個著作所占之比例

最高法院就此項標準做出定性之衡量標準, 亦即如果抄襲該著作的主要部份, 縱使份量不多, 亦違反合理使用之範圍²¹。花花公子雜誌中之圖片為該受保護著作之主要部份, 原告在市場上成功的主要因素也是拜雜誌中的圖片所賜, 被告 Frena 抄襲已成名的花花公子雜誌之圖片, 顯然剽竊了該公司受著作權保護刊物的最主要部份。

(4) 利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響

該標準無疑地係衡量合理使用最重要的一點, 因為適當的合理

使用並不會削弱被複製之作品在市場上的地位, 但遭被告無限制並廣泛地散佈, 將可能造成原告受保護之著作於潛在的市場, 發生實質損害的衝擊或降低其價值。

顯然地, 如果產品的形式變得較為普遍, 將對受保護著作的潛在市場產生不利的影響, 也就是被告所提供之服務將會減少 PEI 相當程度的收入, 故本案中顯然有直接侵害著作權之證據。此外, 不論被告 Frena 是否對侵害行為有所認識, 因為成立著作權侵害無須具備侵害之意圖, 也就是意圖或知悉並非侵害之要件, 因此, 無知之加害人仍須對侵害行為負責, 只不過當審判法院在衡量法定損害賠償時, 無侵害意圖 (innocence) 即為相當重要之考量點而已。

最後, 原告於言詞辯論要求第一、第二及第三訴訟之部份簡易訴訟的請求遭法院駁回; 惟該三訴訟所主張之著作權侵害、商標侵害及違反藍漢法之部份簡易訴訟則獲得勝訴, 因此原告於本案一部勝訴、一部敗訴。

²⁰ 詳見 In New Era Publications Intern., ApS v. Carol Publishing Group, 904 F.2d 152 (2d Cir.), 最高法院駁回上訴 498 U.S. 921, 111 S.Ct. 297, 112 L.Ed.2d 251 (1990)。

²¹ Roy Export Co. Establishment of Vaduz, Liechtenstein, Black, Inc. v. Columbia Broadcasting Sys., Inc., 503 F.Supp. 1137, 1145 (S.D.N.Y.1980) 案認為, 從一小時二十九分鐘的影片中擷取五十五秒精華片段, 仍屬著作權侵害 (上訴審維持原判, 最高法院駁回上訴)。Sheldon v. Metro-Goldwyn Pictures Corp., 81 F.2d 49, 56 (2d Cir.) 案則認為, 剽竊者從事犯罪行為時, 均會顯示其所抄襲之作品, 最高法院駁回上訴 298 U.S. 669, 56 S.Ct. 835, 80 L.Ed. 1392 (1936)。

譯者註

原告依著作權法、商標法、藍漢法之不公平競爭提起本訴訟，並分別獲得承審法官之肯認，可謂於實體上獲得完全之勝訴，惟依商標法及藍漢法獲得勝訴部份，非本文討論之內容，故省略之，合先敘明。

基本上，被告於本案之抗辯事項甚少，除系爭圖片為 PEI 所有，並取得著作權保護無爭辯外，就其所經營之科技總匯電子佈告欄放置及散佈系爭圖片於訴訟上自認，或許其策略上對於較為明顯之行為未予爭辯，以免影響法官調查證據之進度而造成不良印象，然此舉已失本訴訟之先機，蓋成立著作權侵害在美國無須具備侵害之意圖，也就是意圖或知悉並非侵害之要件，於我國法上之適用則實屬特殊侵權行為之一種²²，亦即成立侵害著作權無須以意圖得利為要件，加害人之過失行為亦屬之，本案被告 Frena 對於其經營之網站有監督管理之權，其會員於該網站上之一切行為，很難推諉為不知，且被告亦陳述其於知悉會員有上傳、下載系爭圖片之行為後，立刻從電子佈告欄移除所

有圖片，很顯然地，Frena 亦自認其管理網站之過失行為，因此，本案若於我國發生，Frena 亦有成罪之機會。

其次，Frena 所抗辯者為主張合理使用，亦即極盡所能地排除其不法性²³，本案法院所採取之判斷標準，與我國著作權法第六十五條第二項之規定，實有異曲同工之妙²⁴，而承審法院就四項判斷標準均對被告做出不利之認定與解釋，也就是被告唯一強調之抗辯不為法院所採，至此，被告敗訴之結果已顯然可見。

又，我國著作權法就「非以營利為目的」之行為，僅見諸於第五十五條，然並未詳細規定適用之方式。本案法院則認為著作遭商業性使用時，即推定被告違反著作權所有人之排他權，此時，被告主張合理使用之抗辯難矣，蓋原告本須證明被告有侵害行為之舉證責任，將倒置由被告為之，亦即被告須舉證證明其重製或複製行為係屬合理使用之範圍始可免責，此對著作權所有人之保護自然較為周到，我國民事訴訟法就此亦未予規定，著作權法本身亦無條文可資適用，故美國法就該部份之規定，似值我國實務運作上之參考。

²² 我國民法第一百八十四條及著作權法第八十八條參照。

²³ 我國著作權法第六十五條第一項亦規定：「著作之合理使用，不構成著作財產權之侵害。」

²⁴ 我國著作權法定六十五條為八十一年六月大修著作權法時所增訂，惟當時僅有現行法第二項之規定，且尚未將合理使用之概念放入條文中，導致無法因應日趨複雜之著作態樣，為擴大合理使用之範圍，爰於八十七年一月修正著作權法時，增訂第一項，並將第二項改為概括性之規定，亦即利用之樣態符合新法(現行法)第二項各款之一時，即屬合理使用。詳見羅明通著，前揭書，第 497~508 頁。羅明通主編，著作權法法令彙編，第 256~258 頁及第 363~364 頁，台英國際商務法律事務所出版，民國八十六年二月；蕭雄淋主編，著作權法判解決議、令函釋示、實務問題彙編，第 1028~103 頁及第 1602~1609 頁，五南圖書出版有限公司出版，民國八十九年七月。

212 實質相似

不過值得一提的是，我國著作權法終究與美國法不同，法務部(82)檢(二)字第 1121 號²⁵之研討意見即認為，色情錄影帶非著作權適格之標的²⁶，因此無法獲得著作

權保護，本案情狀與該研討會內容頗為相似，若於我國發生該案例，是否會有相同之判決結果，尚難以論斷。

²⁵ 發文日期：民國 82 年 08 月 25 日

資料來源：法務部公報 第 160 期 121 頁

法律問題：甲明知「女歡男愛」之男女性交色情錄影帶，係美商乙公司在美國公開發行享有著作權之著作，竟擅自在國內將該錄影帶片頭之發行公司、製片人、導演姓名等及其內容予以重製，出租與不特定人觀覽，事為乙公司查獲，乃訴請偵辦，問甲所為究係觸犯何罪？

參考法條：刑法 第 210, 216、235 條 (58.12.26)

提案機關討論意見：(臺灣桃園地方法院檢察署)

甲說：依據中美友好通商航海條約，雖給予美國著作權人以同等之國民待遇，惟依據我國著作權法第四條第一項規定左列著作，除本法另有規定外，其著作權人於著作完成時享有著作權，所謂「本法另有規定」係指著作權法第五條、第六條之情形(見行政院草案說明)，男女性交之色情錄影帶依出版法第三十九條第一項第三款屬禁止出售或散佈之出版品，合於著作權法第六條第一項第三款之著作權排除事由，可見違反出版法應查禁之著作，並無著作權(見蕭雄淋所著之著作權又逐條釋義第九十頁)，故甲重製乙公司之色情錄影帶並不構成著作權侵害，至於重製該錄影帶片頭之發行公司、製片人、導演姓名等而出租他人觀覽，亦由於該錄影帶內容本身並不受著作權之保護而不致生損害於公眾或他人，不能以偽造或行使為造私文書相繩，故甲之行為，只係構成刑法第二百三十五條第一項以他法供人觀覽猥褻之其他物品罪。

乙說：同甲說之論理，認甲並不構成侵害著作權，惟認甲重製該錄影帶片頭之發行公司、製片人、導演姓名等而出租他人觀覽，應另行成立刑法第二百十六條、第二百十條之行使為造私文書罪，與所犯刑法第二百三十五條第一項之罪間有方法結果之牽連關係，應從重論以行使偽造私文書罪(見臺灣高等法院七十九年度上訴字第五一四號)。

丙說：認著作權之取得與著作之取締管理，係屬二事，不可混淆，又應受取締之著作如無著作權，將使盜版者更加猖獗，加速其流傳，並無實益(見蕭雄淋前揭書第一三頁)，故認甲重製乙公司之色情錄影帶並出租他人觀覽，仍係構成侵害著作權，其中出租行為係重製行為之低度行為，只論以著作權法第三十八條第一項之罪，並與行使偽造私文書及刑法第二百三十五條第一項之罪間具方法結果之牽連關係，應從重論以行使偽造私文書罪。

結論：採甲說。

審查意見：按經依法禁止出售或散佈者，不得申請著作權註冊，為著作權法第六條第一項第三款所明定，而出版品之記載違反出版法第三十二條第三款(觸犯或煽動他人

觸犯妨害風化者)之規定者,禁止其出售及散佈亦為出版法第三十九條第一項第三款所明定,本題色情錄影帶既屬出版法第三十三條第三款規定之出版品,依上開法條規定,即不構成著作權侵害,又按行使偽造私文書,須提出偽造之文書,本於該文書之內容有所主張,方得成立(最高法第廿六年滬上字第廿三號、四七年台上字第一四八號判例),錄影帶之出租業者將錄影帶出租,想在提供影帶內之娛樂與客戶未就片頭上之片名、出品人公司等對客戶有何權利義務之主張,核與行使偽造私文書之構成要件尚屬有間,且錄影帶片頭上之片名、出品人公司等係收錄於錄影帶內,須借助放映機放映始能顯示於螢光幕,肉眼根本無法看。出擅自重製之錄影帶片頭上究竟有無片名;出品人公司等字樣,出租業者未必盡然知曉,不能因其以出租錄影帶為業,遽行推測其看過該錄影帶,而有文書之認識。又承租擅自重製之錄影帶者,以租賃關係為基礎租用錄影帶觀賞,如該錄影帶有所瑕疵,僅能依據租賃關係而為主張,與該錄影帶內有否片名、出品人公司等字樣無關,並非因錄影帶內有上述字樣而生若何損害,更難認出租業者有行使偽造私文書之故意,亦難認應另成立刑法第二百十六條、第二百十條(或第二百零二條)之行使偽造文書罪。故甲之行為,只係構成刑法第二百三十五條第一項之罪。擬採甲說。

座談會研討結果:同意審查意見,採甲說。

法務部檢察司研究意見:

按著作權法上所稱「著作」,依同法第三條第一項第一款定義規定,係「指屬於文字、科學、藝術或其他範圍之創作」而言。題示錄影帶,如經認定為猥褻物品,因其有違法律及公序良俗,並與著作權法立法目的相悖,即難謂係同法所稱著作,自不在同法保護之列(參見施文高著國際著作權法制析論(上冊)三九頁、「台灣高等法院檢察署既所屬各級法院檢察署七十八年度法律座談會彙編」九五-九七頁所載第四十案法律問題)。是甲之所為,座僅論以刑法第二百三十五條第一項之罪。以甲說結論為當(修正著作權法業於中華民國八十一年六月十日公布施行,原研討意見及審查意見中所引著作權法條文與新法之規定不同,併予敘明)。

²⁶ 法務部(82)法檢(二)字第390號關於色情錄影帶是否為著作權保護之標的,亦有相同之見解。詳見法務部公報第158期第94頁,民國81年07月,士林分院地檢署,八十一年七月份法律座談會。