

# 第一章

## 導論

**資訊法**到底是什麼？其包含哪些範圍？哪些法律可算是資訊法律？而資訊法有哪些法律原則？資訊科技的發展與法律的互動又是什麼關係？本章將會先替資訊法做一簡單界定，並且就資訊法的一些原理做說明。其中，由於智慧財產權是資訊法裡很重要的一塊，故特別對智慧財產權的原理做一分析。其次，再進一步就資訊流通的議題做介紹，並說明其困難之處。最後，由於資訊法是一不斷發展中的法律，法律要如何與資訊發展相因應，本章也會做一說明。

### 第一節 資訊法概說

#### 一、資訊法的範疇

資訊（information）是什麼？資訊法（information law）又有哪些內涵？根據本書的探討範圍，資訊法包括下述幾個面向：

##### 1. 對於知識、創新資訊的保護

這主要是關於智慧財產權方面的法律問題。

##### 2. 資訊內容的法律問題

傳統言論自由、新聞自由等關於資訊內容等法律問題，以及資訊隱私、資訊公開等等問題。

##### 3. 對於資訊科技發展的相關法律問題

這主要是關於網路發展、資訊科技等引發的相關法律問題。除了上述兩個領域都可能會因為資訊科技發展而出現新的問題外，另外還包括第三個領域，就是網路交易等相關問題。

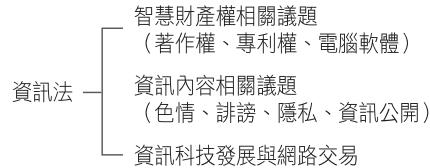


圖 1-1 資訊法架構

## 二、資訊各面向的內在衝突

資訊實在是一個很有趣的問題。對於資訊，我們可以用不同的面向來看待。以下列出三個面向的衝突<sup>1</sup>，而這三個面向的衝突，也貫穿了這整本書。

1. 從「智慧財產權」的角度來看，我們把資訊當做一種財產，希望讓資訊交由私人控制，他人未經同意不得使用。透過智慧財產權的保護，可以鼓勵資訊創作，鼓勵知識累積、分享。可是，如果過度保護智慧財產權，卻可能會扼殺後續創作者的創作空間。



圖 1-2 智慧財產權的內在衝突

2. 我們主張保護言論自由，讓資訊能夠自由的流通。可是有些言論卻也可能傷害到其他人，對於這類資訊，我們會希望有所限制。此時，言論自由的利益和其他公共利益，產生了矛盾、衝突。

<sup>1</sup> 關於資訊法律各面向的衝突，最經典的書籍，可參考 James Boyle, *Shamans, Software, & Spleens* (Harvard University Press, 1996)。



圖 1-3 言論自由的衝突

3. 若從隱私的角度來看，我們傾向保護資訊，讓資訊留在個人身上，讓真相隱蔽。但在政府資訊公開的角度來看，我們又希望資訊能夠越公開越好，透過更多的資訊，讓真相大白。而從消費資訊保護的角度來看，我們也希望消費資訊越公開、越透明。



圖 1-4 隱權和資訊公開的衝突

所以，到底該如何在資訊時代中，將資訊各面向的衝突獲得調和，也是一個難題。而在討論資訊法各具體面向的爭議時，這些衝突都會浮現出來。

## 第二節 智慧財產權

### 一、智慧財產權是對資訊的鼓勵、保障

智慧財產權，所保護的就是知識，也就是資訊。智慧財產權一般有著作權、專利權、商標權等，以及其他個別的特別法，都是在保護知識的發明創新，甚至是鼓勵知識的發明創新。

### 二、資訊產品的特性

資訊產品如同資訊一樣，產生的成本昂貴（固定成本高），但傳遞的



成本相對很低（邊際成本低）。其一般具備有無體性、非排他性與非敵對性。

#### (一)無體性

首先，智財權具有無體性的特性。智財權本身係人類的精神創作，該精神創作雖藉由有形物表現出來，使人類得以感知，但真正受智財權法保護的只是該精神創作，而非有形物本身，該有形物只是為了傳達精神創作的媒介而已。因此智財權本身是抽象存在的精神創作，具有無體性。

#### (二)非排他性

所謂的非排他性（non-excludability），就是一件商品在你使用的同時，不能排除他人使用，所以，要排除他人未經付費而享用該財貨的排他成本很高，以至於沒有一個想要追求利潤極大化的私人企業願意提供此種商品。而公共財便具有這種特色。舉例而言，國防屬於公共財的一種，很難讓沒有支付稅金的人民不去享有國防的好處，因此產生搭便車（free rider）的情況。

而智財權的非排他性，則在智財權加以公開發表後出現。一旦智財權為他人所感知，則要排除他人重製、抄襲的機會極低。尤其當著作轉成數位型態，要利用電腦重製著作的容易度更大幅提升，而無法排他。除非在著作上附加科技保護措施，防止他人接近著作或是對著作進行重製，才有辦法增加著作的排他性，不過這也是增加排他成本下的結果。因此著作在事實上要去排除他人搭便車的情況，相當不容易，因此著作本身具有非排他性。

#### (三)非敵對性

再者，智財權具有共享性的特性，增加一個人的消費，其他人消費並不會減少，亦即非敵對性。所謂的非敵對性（non-rival），就是指可以讓多人共用而不損及其中任何人的效用。一般的私有財（private goods）都只能獨享，例如某一份蛋糕已經被某人食用之後，他人便不得再吃那一塊被吃

掉的部分。而智財權本身便具有共享性，如果有人正在欣賞電影《魔戒》，並無法排除他人也在其他地方欣賞《魔戒》。當然，如果有人到百事達租借《魔戒》的DVD回家觀賞，其他人便無法在同一時間借用同一片DVD，這是因為該著作附著於有體物，基於該有體物的獨享特性、排他性所使然，而非著作具有獨享特性，其他人仍然可以租借《魔戒》的其他DVD片，特此說明。

#### 四讓創新者能夠回收投入

從以上智財權的特性可以知道，智財權具有無體性、非排他性與非敵對性。而這種不能排他和不具敵對性的財產，由於阻止他人享用的成本相當高，為了效率起見，這種財貨應由公眾所擁有，而非將該財貨私有化。

然而，我們今天為什麼又會賦予智慧無體財產權，使智財權成為私人財產的一種？這是因為產生智慧的成本相當昂貴，而重製智慧的成本卻相對低廉，如此容易形成搭便車的情況，也會造成市場中智財權的供應不足。此時政府所能採取的手法有三<sup>2</sup>：(1)由政府提供智財權；(2)政府對私人所提供的智財權加以補貼；(3)智慧財產權的建立與保護。而智財權的出現，便是採取第三種做法，使智財權人對其智慧財產享有法律保護，以提供智財權人創作的誘因，繼續生產著作。如此，將著作成為私人財產後，才能鼓勵創作人進行創作，確保市場上的創作供應量充足。

### 三、對資訊產品過度保護的危險

不過，用法律保護了某些人的知識，就會限制了他人的知識創新，甚至影響資訊的流通。例如，軟體用著作權保護，卻不開放原始碼，影響了資訊的流通進步。而軟體用專利法保護，更是會威脅到其他潛在的創作者，影響知識的創新。

2 參考 Robert Cooter, and Thomas Ulen, Law and Economics 119-122 (4<sup>th</sup> ed. 2004)。



### 第三節 言論自由與資訊內容

資訊法中，很多都涉及了憲法言論自由所處理的問題，包括色情資訊、誹謗言論、隱私權、政府資訊公開等。這些比較是資訊的內容面向，而資訊內容又可以分為好的、壞的、該公開的、不該公開的……等等。

#### 一、資訊自願的流通

資訊內容到底該以何種標準來決定該不該流通？若以傳統言論自由的理論，如果是出版者自願出版的，那麼國家不應該限制，至少不應該事前限制。倘若資訊內容涉及色情、誹謗等，則可以用事後處罰的方式來限制之。亦即，原則上我們鼓勵資訊的出版、流通。

#### 二、資訊非自願的流通

可是有一些資訊是非自願的流通。例如資訊隱私被侵害，導致自己不想被他人知道的資訊流通在外，此時法律就會禁止這些資訊流通。

但對於政府資訊或消費資訊，這種有利於民眾「知的權利」的資訊，儘管政府不願公開、廠商不願公開，我們還是會立法強迫這些資訊公開。

#### 三、兩者的衝突

資訊被公開的人可能是非自願的流通出那些資訊，但是將他人資訊公開的人卻是自願的將資訊流通。這時，就會涉及兩者的衝突。到底我們對資訊的流通該採取何種立場呢？這可能最後得訴諸民情乃至個人價值觀的判斷。

例如，大法官以釋字第 603 號解釋宣告指紋資料庫違憲，就是認為其過度侵犯了個人的資訊隱私。但是，其論理是否有理？為何指紋會是一種隱私呢？這可能純粹是大法官的價值判斷。

## 第四節 資訊科技發展與法律回應

本書除了智慧財產權和資訊內容兩大主題外，還涵蓋了網際網路法的主要內容，尤其是包括電子簽章法、網路交易、網路契約等等。其實這些主題不必然涉及資訊的問題，而比較是傳統的交易、課稅等問題。只是由於網路資訊科技的興起，對於傳統問題必須有特別的規定。因而本書也將這些內容納入，一一分析在網路資訊科技發展下，一些傳統的交易、商業，會有哪些新的規範。故在此，本節最後想討論，資訊科技發展對法律的影響，以及法律的回應。此處探討的內容並不局限在網路交易的部分，而是概括地討論資訊科技與法律的關係。

### 一、法律對網際網路的控制

一般皆會引用 Lawrence Lessig 發展出來的網路規範控制模式<sup>3</sup>。其認為網路生活受到四種控制，包括法律的控制、技術的控制、社會規範的控制及市場的控制。

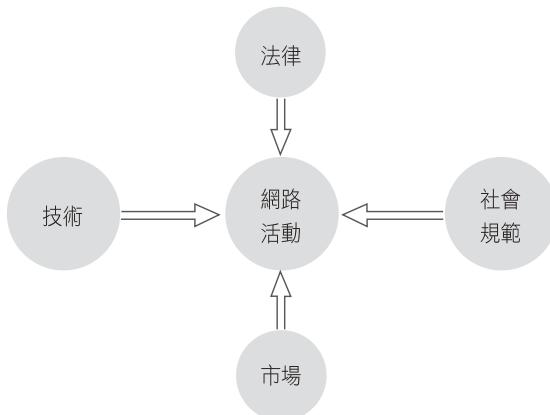


圖 1-5 對網路的四種控制（第一層次）

<sup>3</sup> 勞倫斯・雷席格著，劉靜怡譯《網路自由與法律》，頁 226-228，商周。



在第一層次上，網路活動會受到法律、技術、社會規範及市場四者的控制。但在第二層次上，傳統世界的法律，還可以影響到市場、技術和社會規範<sup>4</sup>。所以，法律在此間扮演的角色特別重大。

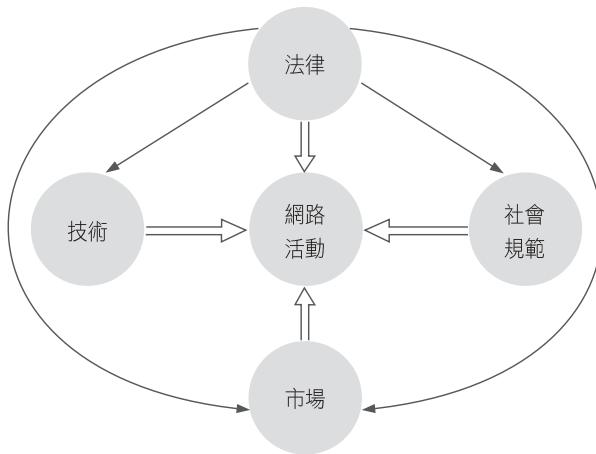


圖 1-6 對網路的四種控制（第二層次）

例如，電子簽章法的通過，讓網路契約具有一般書面契約的效力，但在某種程度上也可能選擇、影響了技術的發展。

## 二、法律對科技發展的回應

傳統上我們對於網路交易選擇不課徵任何稅收，主要的用意是想鼓勵網路交易這種電子商務模式。但等到電子商務發展成熟後，我們就決定要對網路交易進行課稅。亦即，科技發展初期，法律可能不會做出選擇，交由市場或技術、社會規範等自由運作。但等到時機成熟時，法律可能就會介入控制。

但若法律過早介入資訊科技，可能就會影響到科技的發展。例如前面說到電子簽章法的通過，就有可能影響到電子簽章技術的選擇。也正是由

<sup>4</sup> 同上，頁 236。

於法律可能會影響科技的發展，所以電子簽章法才引入所謂的「科技中立」原則，對於電子認證的技術不加以限制。所謂科技中立原則，就是不挑選、不限制科技的種類方式，讓市場自由選擇大家想要的科技。

不過，在著作權法上，我們漸漸發現某些資訊科技的出現就是為了鼓勵盜版、提倡盜版，所以，立法院也通過相關法律，開始禁止這些便利盜版的資訊科技。從這個角度看，某些科技走到一個程度，法律還是可能加以限制。這其實就像是傳統科技一樣，例如我們覺得槍枝會傷人，是不好的科技，所以我國決定加以管制流通。

### 三、法院和立法院的回應

科技不斷發展，除了剛開始法律保持科技中立外，最終法律還是要做出選擇。可是到底該由誰來對資訊科技做出何種判斷呢？

有可能是立法者高瞻遠矚，在資訊還沒真正運用時，就已經介入立法。不過大多數時候立法院都是慢半拍的，通常都是等行政機關或法院做出決定後，立法院才做出選擇。

例如，有時候可能立法院還未制定相關法律，但卻產生了爭議，而鬧到法院，此時法院可能就扮演了試金石的角色，初步的做出判決，試探社會各界的反應。倘若社會各界覺得法院的判決不妥，則可以用立法的方式修正法院的判決。亦即，立法院可能是採取觀望的態度，讓法院先做判決，在經思索後，才做出決定。看起來這種模式是不錯的選擇。

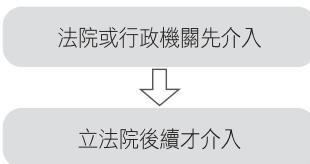


圖 1-7 法律回應模式一



上述模式一在英美法國家或許可行。由於美國資訊科技發達，許多相關問題，可能早我們十年前就出現。而美國的特色就在於法官有很大的造法空間，在美國國會尚未制定相關法律前，法院可以做出一些嘗試性的判決，而形成先例。

不過，在大陸法系國家，法官的造法空間不大，法院可能會說：由於沒有相關法律，而判斷一切合法。故若遲遲等待法院介入，也未必是種好的選擇。例如，我國商業電子郵件氾濫情形早就非常嚴重，卻因為沒有相關法律，法院也無從判決，故電子郵件管理的立法也因為立法機關的效率太低而遲遲不前。

法院或行政機關不敢判決



等待立法院出手

圖 1-8 法律回應模式二

不過，以台灣的現況來看，其特色在於，在全球化浪潮下，我們非常喜歡參考先進國家的法律。尤其在資訊科技方面，不論立法院還是法院，都會參考歐美相關判決或立法。故實際上其模式，可能不是在觀望市場的反應，而是觀望外國的判決或立法，等外國有判決或立法後，我們台灣的法院和立法院才陸續跟進學習。

歐美法院判決



台灣法院跟進

歐美立法



台灣立法院跟進

圖 1-9 法律回應模式三