

五、我國著作權合理使用制度之新境界

合理使用制度固然歷史悠久，然科技革命引發著作權法之反動，合理使用如能於新興科技案例適時發揮調整著作權人個人私利、社會大眾公共利益與媒介／科技提供者利益之功能，將可使合理使用再為價值之創新，尋找合理使用之未來發展方向。本章節即從國際公約、外國著作權法制及實際案例所揭櫫之法理原則，輔以法學實證研究之結果，反思我國著作權合理使用法制，並提出合理使用法律規定之修法建議及合理使用判斷邏輯體系，同時斟酌數位時代下媒介之重要性，導入媒介中立原則，完整建構我國著作權新制度。

5.1 著作權之四面關係之剖析

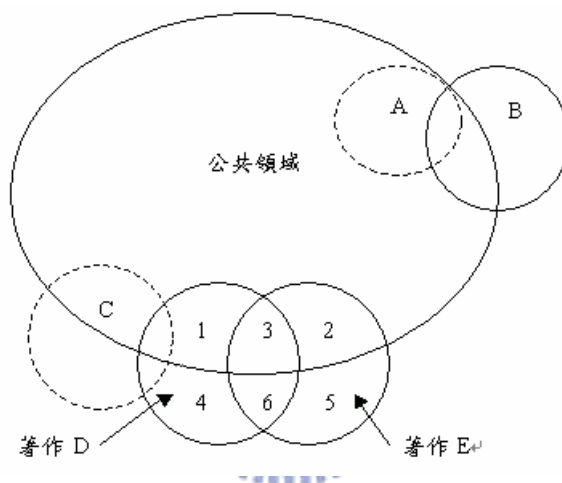


圖 1：人類智識文化資產圖

(資料來源：本文研究結果)

人類智識文化資產之總體係由公共領域及所有個人著作彙整而成，其中公共領域係指不受著作權保護之物，例如原不受著作權保障之事實、概念、著作權存續期間屆滿之著作及著作權人自願拋棄其著作權之著作等，任何人均得自由、無償地加以利用，無庸負任何侵害著作權責任。至個人著作之內容，以是否具備著作權保護要件—原創性—為標準，包含二部分：一為專有部分，二為非專有部分。¹茲分述如下。

¹ 大陸作者吳漢東、陳昌柏將著作權區分為「專有區域」(exclusive zones)與「自由區域」(free zones)，認為作者為專有區域之獨占者，如欲使用專有區域之人，必須取得作者授權，並支付報酬。而使用者為自由區域之「自由人」，無須徵得作者之同意，更無庸支付報酬，此即合理使用之概念(參見吳漢東，著作權合理使用制度研究，71頁，民國85年10月。陳昌柏，知識產權經濟學，211-212頁，民國92年11月。)

個人著作之專有部分係指個人著作中屬於作者原創性之表達，此為著作權所賦予專有權利所保護之獨占範圍，非經著作權人之授權，不得擅自利用此部分。惟著作權法就此專有部分加諸各種限制，如著作權存續期間（即於存續期間內始有獨占權）、特定類型之專有權利（即專有權利限於特定類型，並非包含任何類型之權能）、合理使用（即於一定條件下第三人得自由使用）、強制授權（即基於特殊考量，以法律規定允許他人未經授權之使用）、第一次銷售原則（即合法取得著作物之人得自由處分、散布該著作物，著作權人不得過問）、概念與表達二分法（即僅原創性之表達始屬著作權保護標的，概念不屬之）、媒介中立原則（即媒介／科技提供者於符合一定條件時不負侵害著作權責任）等。

就個人著作之非專有部分，任何人無須徵得著作權人之同意或授權，均得自行利用之。此非專有部分包含作者為完成其創作而借用公共領域之部分，及作者合理使用他人著作之部分。前者如未受著作權保護之概念（即概念與表達二分法）、不得作為著作權標的之物（我國著作權法第9條規定參照）、已逾著作權存續期間而落入公共領域之著作、著作權人拋棄其著作權而自願貢獻予公共領域之著作等。後者乃作者利用他人著作而受合理使用保障之部分，就此部分作者並無任何著作權之專有權利。

自圖1之人類智識文化資產圖觀察，人類智識文化資產係由「公共領域」（即大圓）及無數「個人著作」（即小圓A、B、C、D、E等）所構成。首先，先前著作A由於著作權存續期間屆滿，或先前作者A自願拋棄著作權而納入公共領域之範疇，任何人就A著作之全部（含專有部分）均得自由、無償地加以利用，是以後續之作者B即使利用A著作之部分或全部，不問係使用A著作之專有部分或非專有部分，均無侵害作者A著作權之問題可言。

其次，先前作者C完成著作C，之後作者D自由使用編號1、3部分之公共領域部分，並合理使用部分屬於著作C之專有部分，而完成著作D（包含編號1、3、4、6部分），其中編號1、3部分屬於公共領域，即非專有部分，編號4、6部分為原創性之表達，屬作者D之著作權專有部分。嗣後作者E由於受到著作D之啟發、刺激，而創作完成著作E（包含編號2、3、5、6部分），其中編號2、3部分屬於公共領域，即非專有部分，並無任何侵害著作權之情事，而編號5、6部分為原創性之表達，屬作者E之著作權專有部分。爭點在於著作E中之編號6部分屬於作者D之著作權專有部分，事涉作者E是否侵害作者D之著作權，抑或E得否以合理使用為抗辯。

值得省思之處在於作者D於創作著作D之過程中，原即自由利用公共領域及合理使用著作C，是以著作D之完成除作者D之辛勤從事創造活動外，公共領域及著作C均為

前開概念專從使用著作之人有無必要經著作權人同意而劃分，與本論文對個人著作所為「專有部分」與「非專有部分」之類型區分係從原創性之有無、著作權保護之有無而出發，並未相同。

幕後功臣，此為不辯自明之事實。則後續之作者 E 為完成著作 E 之創作，縱有利用屬於作者 D 之著作權專有部分（即編號 6 部分），曾取用人類智識文化資產之作者 D 是否應思及回饋予人類智識文化資產，而容許作者 E 之合理使用行爲？

上揭問題乃著作權利法政策之重點所在，即應從著作權之存在目的深入思考。著作權法制之宗旨在於充實人類智識文化資產，應納入審酌之因素乃究因著作權所生之創作誘因而產生更多的著作？抑或鼓勵社會大眾多方接觸著作，始能刺激更多的創意火花？此外，在著作權不斷隨著科技發展而膨脹之資訊時代，著作人一方面擬藉由科技之力量，對社會大眾廣泛地散布其著作，進而獲取鉅額之經濟利潤，另一方面卻亟思獨占市場，極力排除媒介／科技提供者之參與，如此矛盾之心態構成著作權人與媒介／科技提供者間動態之賽局。

於剖析著作權法律關係之前，首應釐清所謂「社會大眾」之觀念，其成員應包含「潛在之後續作者」（與現已完成創作而受著作權保護之先前作者相對應）及「一般消費大眾」。之所以如此細分社會大眾之種類，係因個人使用他人著作之目的皆不相同，潛在之後續作者因接觸、利用先前著作之後，將產生創意的火花，進而完成其創作，豐富人類智識文化資產。而一般消費大眾則單純享受著作，其接觸、利用著作之目的僅為休閒娛樂、充實自我知識、提升自我認知及價值等，日後並不會產生任何創作。從而，按利用著作之目的，利用著作之類型即有下列二種：一為利用先前著作，附加後續作者本身之原創性，進而為全新創作。二為單純按著作之本質而為使用，並未就該著作添加任何新意，如閱讀書籍、欣賞美術作品、聆聽音樂、觀賞電影之視聽著作、使用 Windows 等電腦程式從事文書編輯、繪製圖形、表格等工作。²

整體觀察著作權法律關係中各關係人彼此間之關聯性，應為四面關係：著作權人（即先前著作之著作人，享有著作人格權及著作財產權）、潛在之後續作者、一般消費大眾、媒介／科技提供者，彼此間利益互相流動，環環相扣，呈動態發展之狀態。（如圖 2：著作權法律關係圖所示）

1. 著作權人希望透過市場交易廣為散布著作，以其著作獲取經濟利益，進而多加創作，故有著作權之創設，以提供創作誘因。
2. 潛在之後續作者期能自由無償接觸、使用先前著作（fair access & fair use），以激發創意火花，此即合理使用原則之價值。
3. 一般消費大眾期待以最小之代價、甚至無償地享受他人著作，以滿足其個人需求與慾

² 就使用電腦程式部分而言，僅單純按電腦程式之本質而使用，至事後因使用電腦程式所產生之原創性表達，屬另一著作，自亦受著作權之保護，附此敘明。

望，因而產生「個人使用」(personal use, private use)之議題。

4. 媒介／科技提供者希冀其所提供之產品或服務廣受使用者歡迎，向使用者收取費用或向廣告業主收取廣告費用而獲取最高利潤，但無須承擔任何法律責任之風險，故而有媒介中立原則之適用餘地。

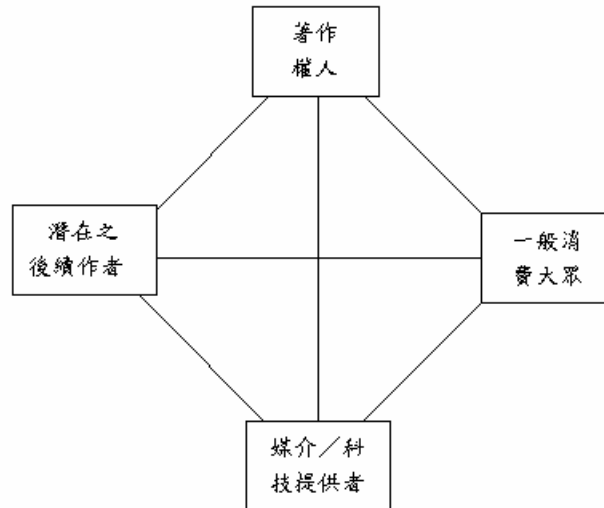


圖 2：著作權法律關係圖

(資料來源：本文研究結果)

為使著作權法律關係中各關係人之利益相互均衡，立法者特為著作權、合理使用、媒介中立原則之設計。一方面，此種制度性之安排，著作權人之利益（主要係因其著作而於一定時間內以獨占權利所獲取之經濟利益）與社會大眾（包含潛在之後續作者、一般消費大眾）之利益（即公眾廣泛地接觸、利用著作、享受智識成果、滿足個人意欲，並引發後續作者之創意火花）長久以來處於天平的兩端，互相抵觸、對立，著作權法旨在調和此二利益，此觀著作權法第 1 條規定自明。在著作權人與稱社會大眾之間，最適狀態莫過於著作權能提供著作權人最適之創作誘因，同時給予社會大眾合理之接觸著作機會。

具體言之，人類社會充滿各式各樣之資訊 (information)，其內容屬性不問人文性、科學性、教育性、政治性、社會性、市場性、娛樂性等均屬之。人類彼此間發送訊息、接收訊息、進而產生回饋互動，此種互相交換資訊之活動為社會架構之主軸，且資訊內容之深度及廣度與資訊傳遞之速度深刻影響社會中每一份子。而著作表彰作者個人之思想與觀念，自屬資訊之一種，著作之散布當為資訊傳遞、交流過程之一環。

對著作權人而言，莫不期待社會大眾任何一次接觸、利用其著作均須取得其授權並

加以付費，然著作表彰一作者之智識活動成果，此智識成果固然來自作者之智慧結晶，但係以前人經年累月所堆砌之文化智識資產為根柢，此為不爭之共識，由人類智識文化資產所衍生之智慧結晶，社會大眾於合理範圍內皆有權接觸與利用。倘硬性執行著作權之獨占權利之後果，將導致社會大眾之接觸、利用、散布資訊自由過度遭受箝制，倘缺乏前人著作之潛陳教化，後人所為之創作顯然乏善可陳，且若不允許合理地接觸、利用前人著作，任何作者於創作完成之前，均須迴避前人獨占之權利範圍，各自從頭獨力摸索學習，不僅耗費時日，且此惡性循環之後果，將導致公共領域由於先前著作不斷蠶食鯨吞而日益萎縮，假以時日即消失殆盡，人類文明恐將停滯不前。同時言論殿堂亦因資訊不足而無法發揮其彰顯人民思想多元化之應有功能，民主政治之理念恐將由於寥寥無幾、乏善可陳之言論、思想而無法充分落實。

從而，自著作權概念創設以來，著作權法之中心思想始終為「著作權人個人私益」與「社會大眾公共利益」之折衝與調整，而衡平之基準隨著時間流程、社會背景、歷史文化、經濟理念、地理環境而有所異動，至如何在合理範疇內容許著作權人及社會大眾各自追求其預設之利益目標，此即合理使用所擔負之重責大任。

另一方面，社會大眾經由媒介接觸著作，例如讀者因閱讀書籍後，得以瞭解作者於書籍中所欲傳達之原創性思想及觀念。又如音樂家將其所創作之樂曲儲存於錄音帶、CD 或 MP3 音樂檔案格式等媒介，使社會大眾得以欣賞優美的旋律。除一般消費大眾純粹欣賞、享用作者之智識結晶外，潛在之後續作者因此獲得啟發，進而從事創作活動，人類智識文化資產因此更加豐沛。隨著科技之飛躍發展，媒介之功能愈形增強，媒介因此所產生之影響及其範圍日益擴大及深遠，是以媒介與社會大眾能否接觸著作（即資訊）及其接觸層面關係密切。

然而，在著作權人與媒介／科技提供者之間，其利害衝突隨技術之進展而不斷升高。著作權人一方面將其著作附著於媒介之上，擬藉由科技之力量對社會大眾廣泛地散布其著作物，進而獲取經濟利潤，另一方面卻亟思獨占市場，極力排除媒介／科技提供者之參與。而反觀媒介／科技提供者，自從英國安妮法案以降，始終於著作權獨占性權利之陰影下成長，其發展潛能由於可能承擔法律責任之風險而受到相當之箝制，然而由於著作權人對於媒介之高度需求，絕大部分時間，媒介／科技提供者多能與著作權人處於共生互利之生態環境。惟由於著作權人對於媒介／科技提供者因使用者眾多所生之鉅額利潤分外眼紅，尤其對於著作權人未能及時參與之新興媒介市場，著作權人亟欲追求經濟利益之獨占性，無欲與媒介／科技提供者利潤均霑，反而破壞長久以來與媒介／科技提供者所保持之均衡狀態。

有鑑於著作權人與媒介／科技提供者間利害與共卻又競爭對立之微妙關係，著作權人與媒介／科技提供者任何一方均本於就對方未來行動之預測而決定己身所採取之策

略，形成一場動態之賽局。而正由於著作權人對於媒介好惡參半之矛盾心理，導致原本著作權人與媒介／科技提供者之合作賽局，演變成不合作之賽局，此即著作權人與媒介／科技提供者間三次戰爭之由來。觀察此三次戰爭之發展歷程（見本論文第「3.2 新興科技對於著作權法之衝擊」章節），可知著作權人與媒介／科技提供者間彼此合作與衝突之矛盾。

第一次戰爭乃印刷術之發明，印刷術促使著作散布之方式大量化與商業化，但由於印刷業者長期藉由其對媒介（即印刷術）之強大控制力而壟斷鉅額之經濟利益，安妮法案為打破印刷業者之強制優勢因而制定，於此經由立法程序決定著作衍生經濟利益之歸屬，由著作權人獲勝。

第二次戰爭乃 *Sony v. Universal City Studio* 案³，由於存在媒介之上的科技急速演進，社會大眾亦利用先進之科技大量接觸、使用著作，利用著作之態樣持續更新，著作權人為求有效控制未經授權之著作利用情形，原本期待著作權法對於媒介／科技提供者課以侵權責任，法院判決確立媒介中立原則，劃分著作權人與媒介／科技提供者各自獲利之界線，惟著作權人之期待因 *Sony* 判決而落空，阻絕著作權人蠻橫跨入新興科技之領域，此次可謂媒介／科技提供者之勝仗。

第三次戰爭乃資訊科技與網際網路之發展，對於電腦與網際網路之發明與進展，社會大眾充分利用此新興科技輕易地、廣泛地接觸、利用著作，有鑑於大多利用著作之情況均未經著作權人之同意或授權，而著作權人難以及無意對利用著作之個人興訟主張權利，希冀藉由對於中界者即媒介／科技提供者之控制，減緩其著作權遭受大量侵害之情狀，因而再度掀起著作權人與媒介／科技提供者之對抗，目前仍如火如荼地進行中，著作權人一方面想利用新興科技大量散布其著作，另一方面卻苦於新興科技所帶來的鉅量盜版、侵害著作權問題，現今熱門的搜尋引擎、電子資料庫、P2P 傳輸技術案例即為最佳事例。

綜觀著作權人與社會大眾（包含潛在之後續作者、一般消費大眾）、媒介／科技提供者間之衝突與角力，利益之平衡乃解決之道，蓋所有關係人之權利或利益均非無限上綱，均有其一定之界限，應求其平衡。著作權之天平左右兩端立場鮮明，各關係人各自追求自己之目標，唯一目標即在自身利益之最大化，乍看之下，似乎均處於對立、緊張之關係，互相競爭，彷彿形成一種賽局，任一方均有其策略，視他方之行動而定其己身之決策。實則，有無可能各關係人四者全體合作，創造雙贏、多贏之局面？究竟在數位世界中，如何破除著作權人一味追求獨占利益之迷思？如何適當地界定權利（著作權）之歸屬與範圍，並妥善地規劃媒介／科技提供者的責任界線，使各方均能摒除成見，互信互

³ 464 U.S. 417 (1984).

賴地維持以往的合作關係，將不合作賽局昇華成合作賽局，使總效益最大化？如何從全方位的思維出發，建構數位著作權法制，俾使著作權人能理性地與媒介／科技提供者再度攜手合作，共創新競爭時代的未來，達到「價值創新」的目標？此乃本論文之目標。茲先論述合理使用之基本原則，輔以法律的經濟分析論點，以拓展合理使用制度之嶄新視野。

5.2 形塑合理使用理論之基本原則

於本論文第「2.6 合理使用之理論基礎」章節論及合理使用之理論基礎有四：默示同意說、強制同意說、慣例說及公共利益說，每一理論各有其所本，實則不同利用著作之類型，其合理使用之程度及範圍各異其趣，自應分別探尋其立論基礎，再歸納出其核心思想，否則將有以偏概全之虞。以下章節分從公共政策、交易成本、公共利益各面向分別探討合理使用理論之基本原則。

5.2.1 公共政策面向

所謂公共政策（public policy），係指「尚未納入法律的政府政策與慣例」，原則上法院面臨選擇實定法、正義、慣例、公共政策等多項價值時，由於公共政策與慣例在法律秩序之價值體系內係屬較低之階層，法院較無必要為公共政策而折衝。⁴然而現代法治國莫不嘗試經由法律調整人民之「制度性行為」（institutional behavior）往立法者所預設之方向前進，以完成特定之政策目標，從而法律具有工具性及因工具性所生之合目的性。有鑑於法律與政策之密切互動，「法政策學」（Legal Policymaking）重在法律之工具性及合目的性與政策之適法性及可行性，旨在探討政策轉化為法律之設計，如何使法律圓滿達成其政策目的，及是否適合或必要以法律實踐政策。⁵綜上，法院於解釋適用相關法律規定之際，仍應顧及公共政策之方向，蓋公共政策顯現現行法制之思維及未來立法之趨勢，自可為法學解釋之重要參酌。

我國著作權法第 44 條至第 63 條規定明文例示各種合理使用之特殊情狀，將此具特定目的或類型之利用行為排除在著作權之獨占範圍之外。舉例言之，國家為履行其照顧

⁴ 邱琦，「純粹經濟上損失之研究」，國立臺灣大學，博士論文，24-25 頁，民國 91 年。上開博士論文甚至認為所謂「政策」，未必同於一般社會道德認知，且缺乏經濟、社會、政治各方面之實證依據。英美法院判決中常見以「政策」、「公平、公正與合理」為名，作為論斷權利義務歸屬之依據，起因於單以經濟等技術上用語，無從圓滿解釋其認定結果，而需求助於道德論證，加強其判決理由（參見邱琦，同本註，47 頁）。此說對於政策、公共政策於現代法治社會所扮演之角色採取悲觀之態度，實則公共政策具有導向社會觀念、修法方向之積極功能。

⁵ 陳銘祥，「立法政策—將政策轉化為法律之理論與實踐」，月旦法學雜誌，第 86 期，73、78 頁，民國 91 年 7 月。

全民福祉之義務，得依「主權豁免」原則（Sovereign Immunity），主張於一定範圍內得自由利用著作，如我國著作權法第 44 條、第 45 條、第 50 條、第 54 條、第 63 條第 1 項即允許中央或地方機關，因立法、行政、司法目的之目的，得於合理範圍內重製他人著作。⁶

再者，教育之宗旨在於增強人文涵養，傳遞知識資訊，提升人類素質，培養是非判斷能力，故於教學、研究、學習歷程中，有必要允許學校、文教機構於特定範圍內合理使用著作之行爲（著作權法第 46 條至第 48 條之 1、第 52 條、第 63 條第 1 項規定參照）。

又資訊之充分自由流通傳遞及言論之自由化與多元化乃現代民主社會之重要指標，則基於報導、評論之目的所爲之利用著作行爲，或政治、宗教上公開演說，裁判程序及中央或地方機關之公開陳述，於必要範圍內即應加以容許（著作權法第 49 條、第 52 條、第 61 條、第 62 條、第 63 條第 1 項規定參照）。

爲維護社會中特定社群團體（如視覺、聽覺障礙者）得以正常接觸資訊之利益，著作權法第 53 條、第 63 條第 1 項許可特定之利用著作方式。又廣播或電視係以提供社會公眾休閒、娛樂、教育等節目爲其服務內容，爲提升其服務品質，滿足社會公眾之需求（即公開播送之目的或加強收視效能），第 56 條、第 56 條之 1、第 63 條第 1 項規定容任特定態樣之合理使用。

另於公開場所公開展示之美術、建築著作，有鑑於其著作物公開之特殊性，除特定情形外，著作權法第 58 條、第 63 條第 1 項規定容許自由利用。此外，以第一次銷售理論（第 59 條、第 59 條之 1、第 57 條、第 60 條、第 63 條第 2 項規定）合理限制著作權人之散布權，以維持合法著作物所有權人所享有之物權權能。

綜觀上述規定，立法者之所以基於特定公共政策目標而將之納入合理使用之領域，⁷係考量著作權人對於上開利用著作之行爲可能不爲授權或同意，爲達成公共政策之預設目標，遂以著作權法強制著作權人同意之，使此類利用著作之行爲免於侵害著作權之法律責任，此即強制同意說之基礎。

5.2.2 交易成本面向

從法律的經濟分析之思維模式出發，如利用著作之數量係屬「微量」（*de minimis*），

⁶ 黃怡騰，著作之合理使用案例介紹，30-31 頁，民國 90 年 8 月，available at http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright_book/copyright_book.asp# (造訪日期：95 年 7 月 10 日)。

⁷ 黃怡騰，同前註，28-30 頁。學者黃怡騰認爲此類利用著作之型態於法體例上應屬「法定許可」或「例外使用」（*exemptions or exempted uses*）之類型，然我國著作權法卻將之以「合理使用」類型規範，歸類有所不當。參見黃怡騰，同前註，註 15，30 頁。

或屬「無關緊要或微不足道的使用 (a insignificant use)」之情形，由於未對著作權人造成重大損害，即應予以便宜處理，容許於一定範圍內合理利用享有著作權之著作，而此必要性及正當性即在於「微罪不舉」之法理 (*de minimis non curat lex*)。⁸且若要求此類未造成著作權人重大損害之利用著作之行爲仍須一一取得著作權人之同意或授權，其交易成本誠屬過高，不符經濟效益，故爲求社會效益之最大化，而承認此屬合理使用。如我國著作權法第 51 條、第 55 條、第 59 條、第 63 條第 1 項、第 91 條第 4 項⁹規定有關個人使用、非營利使用之類型即屬之。另依第 65 條第 2 項第 1、3、4 款規定衡量利用著作之行爲，亦有此成本效益之考量。

5.2.3 公共利益面向

我國學者王敏銓認爲近年來著作權法之發展係從「技術性的法律」轉變成「意識紛爭的戰場」，而美國學者 Lawrence Lessig 積極地嘗試在「著作權激進主義」、「著作權左」(copyleft)、或「著作權極端化」、「著作權中間派」與「自由文化」之間謀求「中道」。¹⁰誠然，研究著作權法制之焦點不宜停留在純粹法律規範之理論邏輯推理，而應深入思考著作權所隱含之社會意義與法律目的—就各關係人相互抵觸之利益予以權衡取捨，以人類文化智識資產爲研究客體。探究前述合理使用之公共政策面向、交易成本面向，其潛藏之論點莫不與公共利益攸關，蓋所謂公共政策，係指國家所預設與社會大眾利益相關之政策方針，其決策自應以公共利益爲依歸；而有關利用著作所生交易成本之衡量，即以經濟效益最大化爲目標，當無法與社會資源運用與整體財富及福祉之公共利益脫免關係。從而，合理使用之根本理論基礎實爲公共利益。以下章節先就著作權整體法律關係予以分析，再研究著作權所隱含公共利益之實質內涵。

首先，在著作權法下著作權人、潛在之後續作者、一般消費大眾、媒介／科技提供者之制度性之設計安排，整體著作權法律關係如圖 3 所示，乃一嚴謹周延之矩陣 (matrix)，在各利害關係人各自追求自己之效益最大化、成爲競租者之同時，理應以公共利益爲中心，將各關係人之利益衝突組合成一彼此制約之均衡狀態。

⁸ 黃怡騰，同前註，27 頁。

⁹ 關於著作權法第 91 條第 4 項規定於立法體例上之質疑，參見羅明通，著作權法論，第 II 冊，155-156 頁，民國 94 年 9 月。

¹⁰ 王敏銓，「Free Culture」，科技法學評論，第 2 卷第 2 期，216、218、226 頁，民國 94 年 10 月。

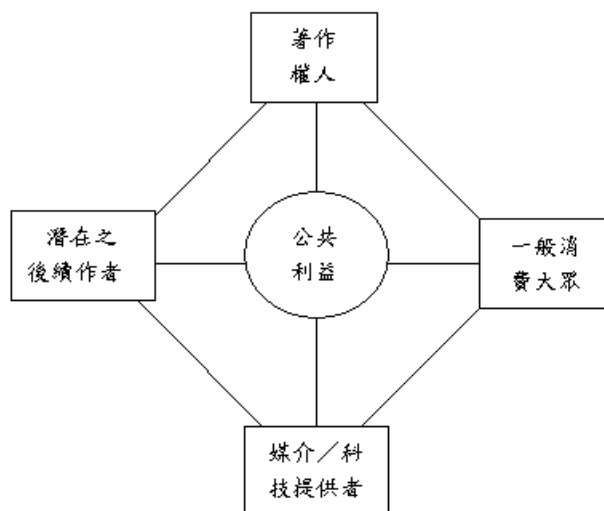


圖 3：著作權法律關係整體圖

（資料來源：本文研究結果）

在著作權之利益光譜上，一端為著作權人之絕對獨占權利，另一端則為社會大眾（含潛在之後續作者、一般消費大眾）完全自由免費、毫無限制地利用著作之利益，著作權的權利架構之設計如果堅持站在任何一端，均屬過於極端，而無法達到著作權所期待豐富人類智識文化資產之最終目標，理想狀態是各關係人均不斷地嘗試往中間靠攏，為合理使用在著作權規範體系予以定位，尋求利益平衡之最適值所在，始能達到社會財富及福祉最大化之目的。

至著作權與合理使用背後所含之公共利益，其具體內涵為何？我國學者羅明通認為本於積極表見之自由權利，人民得以合理使用他人著作，傳達其意見或思想，實現言論、講學、著作及出版之權，同時表現其被動或消極之接收資訊權，如此解釋較能平衡著作財產權人利益與利用人權益，故合理使用源自憲法第 11 條所定之權利，乃人民之基本權利，而非單純之抗辯。準此，著作權與合理使用均為保障人民所享有積極表見之自由權利及被動或消極之接收訊息權。¹¹此外，廖偉迪則從資訊流通之角度出發，以為合理使用係避免著作權之過度壟斷，以遵循言論自由之宗旨—維持資訊自由流通。¹²二者均從憲法所保障之基本人權—言論自由思考著作權與合理使用之基礎。

我國憲法第 11 條規定言論、講學、著作、出版自由之保障，其中言論自由重在資訊

¹¹ 羅明通，前揭註 9，第 II 冊，159-164 頁。

¹² 廖偉迪，「資訊時代著作權合理使用原則演變之探討—以美國著作權法為中心」，13-29 頁，國立中正大學，碩士論文，民國 92 年。

與想法之流通 (the dissemination of information and ideas)，包含積極主動之「表意自由權」(the right to speak) 及消極被動之「接收資訊權」(the right to receive)。其中表意自由權係指人人均得自由選擇表達之方式，將其意見或想法表達予他人，使他人獲知其意見或想法。而接收資訊權係指一般私人得以接收由其他私人所表達的資訊之權利，與所謂「知的權利」(the right to know，係指人民有權接近、取得政府所掌控之資訊) 有別。接收資訊權固源自於表意自由權，惟此乃一補充性、依附性之權利，並不具獨立性，亦即接收資訊權係補充表意自由權，不可獨立於表意自由權而存在。¹³

基本權利之授與取決於權利人之獨立自主性，並非此基本權利對於他人有價值。倘認接收資訊權乃一主動性、獨立性之權利，將容許一人得強迫他人表示意見或提供資訊，無異侵犯他人不表示意見之自由 (the right not to speak)，更使表意自由取決於接收資訊權之支持，表意人之言論自由反成爲接收資訊者之工具，有悖於言論自由係爲維護表意人之自主尊嚴之基本精神。再者，獲取資訊與想法概念之利益固然無可否認，惟此獲取資訊與想法之利益所衍生之權利 (即接收資訊權) 並未優於資訊與想法溝通權。¹⁴準此，在言論自由積極保障表意人之表意自由之同時，雖亦保障他人有接受資訊之自由，然接收資訊權僅屬補充、依附於言論自由之消極權利。

自表意自由權與接收資訊權之主從關係思索著作權與合理使用之意涵，按資訊架構人類社會生活之多元化內容，由媒介承載之資訊自由流通，成爲知識經濟必備之顯性知識，組合成資訊權之基石，更成爲言論自由與民主制度之中流砥柱。而資訊之價值取決於如何運用資訊以創造更高之價值，並非單純地持有資訊即可。惟由於傳播資訊之科技日新月異，智慧財產權與著作權觀念因而興起，卻也阻礙資訊之流通與自由化；另一方面，資訊生產者與資訊消費者之區隔因資訊科技之產生及使用而不再涇渭分明，資訊生產者與資訊消費者角色與功能合而爲一，原本掌握在資訊生產者手中的資訊不再單純爲資訊生產者所控制，資訊消費者身兼資訊生產者，亟需廣大的發揮空間，呼籲資訊自由之口號因應而生，與允許著作權人獨占資訊之著作權正面針鋒相對。¹⁵

爲調和資訊自由與著作權之對立狀態，合理使用因此占有關鍵性法律地位。合理使用係於一定合理範圍內，自由利用他人著作之行爲，除接觸、接收他人著作內容之外，更有一積極主動之利用他人著作內容行爲，故合理使用雖與接收資訊權、資訊自由輔車相依，但接收資訊權僅爲合理使用行爲外在表現之一部分，並非合理使用之實質內涵即

¹³ 林子儀，「The Right to Receive Under the Freedom of Speech」，言論自由與新聞自由，295-296、319-320 頁，民國 88 年 9 月。

¹⁴ 林子儀，同前註，295-296、319-320 頁。

¹⁵ 毛慶禎，「自由資訊」(民國 91 年 1 月)，at <http://www.lins.fju.edu.tw/mao/works/freeinfo.htm> (造訪日期：95 年 7 月 10 日)。

與接收資訊權劃上等號。

釐清合理使用與言論自由、接收資訊權之關係後，進一步思量合理使用之基本原則。如前所述，前人累積其智慧結晶，形成豐碩的智識文化資產，作者以之為基石，踩在巨人的肩膀上向前邁進，完成具原創性之著作，則源自人類智識文化資產之著作，理應回饋人類智識文化資產。至其回饋方式即許可社會大眾於合理範圍內加以接觸與利用，供一般消費大眾滿足其增加知識、休閒娛樂等慾念，同時鼓勵所有潛在的後續作者得以前仆後繼從事更多的創作活動，使人類智識文化資產不斷壯大。

倘硬性執行著作權之獨占權利之後果，絲毫不容許社會大眾之合理接觸、利用個人著作，無疑促成「資訊壟斷」現象之發生，原屬自由體質之資訊因著作權獨占權之羈絆而窒礙不通，著作所承載之資訊無法自由流通，社會大眾之接收資訊權將受不當限制，著作權之獨占特性因而對於社會產生重大負面衝擊，尤其網際網路現已成為人類普遍使用之溝通、散布平台，著作權以著作權法規為屏障，將左右利用著作之人所享有之言論、講學、著作、出版自由，嚴重者將導致「公有物悲劇」、「著作權造神運動」之產生，故基於公共利益之考量，有必要予以限制與衡平，以實現著作權法促進文化科學進步之目標。¹⁶

如從各關係人之角度多元思考著作之社會意義，更可發現著作之多重目的。對（先前）作者而言，作者因其著作之完成而產生成就感，實現自我，提升個人價值（此即非經濟上意義），且可於市場上進行著作之交易，因此獲得經濟利益（此即經濟上意義）。對社會而言，著作之創造累積人類智識文化資產，同時刺激後續作者產生創意火花，後續創作源源不絕地充實人類文化寶藏，並提供一般消費大眾休閒娛樂、常識知識及文化涵養，增進社會人文、藝術、科學素質，昇華文化精神層面，此乃著作之初始目的。而作者藉由著作自由表達其思想，社會大眾接觸其著作後，瞭解不同的思考觀點，腦力激盪以探索真理，產生多元化之言論，言論殿堂因此更加充實，達到民主法治之目的，此乃著作之深層目的。而合理使用原則係使著作權之核心觀念—公共利益—臻於完美的重要關鍵。

進言之，美國憲法之著作權條款強調著作權之目的在於「促進科學及實用技藝之發展」，我國著作權法第 1 條明文揭櫫立法目的在於「保障著作人著作權益，調和社會公共利益，促進國家文化發展」。準此，著作權法制之目的無他，唯有提供獎勵創作誘因，而促進文化、科學、藝術之發展，為此採用二種手段：一方面賦予獨占權，以鼓勵作者

¹⁶ 黃怡騰，前揭註 6，28 頁。賴文智，數位著作權法，168 頁，民國 92 年 11 月。廖偉迪，前揭註 12，19 頁。毛慶禎，同前註。劉靜怡，「當『自由社會』不再有『合理使用』」（民國 95 年 2 月 26 日），at <http://www.ithome.com.tw/itadm/article.php?c=35673>（造訪日期：95 年 7 月 10 日）。

多加創作，並加以流傳散布。另一方面則限制獨占權，以使社會大眾得適當地接觸、使用前人著作，進而深耕、加值開發，提升學習、創作水平。¹⁷從而，著作權之終極目的在於鼓勵知識與資訊之傳遞、交流與共享，促使人類智識文化資產之永續性、豐盈化與優質化，而著作權及合理使用均為其達成上開目標之途徑。

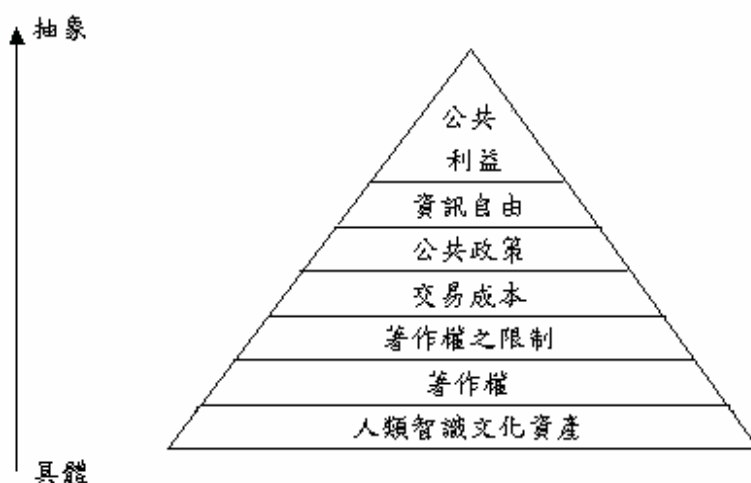


圖 4：著作權金字塔

(資料來源：本文研究結果)

綜觀著作權整體法律關係可知，在著作權法學領域之中，係以人類智識文化資產為基礎，其上建構著作權之權利體系，以鼓勵創作之產生，而為避免著作權無限擴張，致人類智識文化資產萎縮殆盡，特於著作權之上設有諸多限制（如合理使用、概念與表達二元論、存續期間、強制授權、第一次銷售原則、媒介中立原則等）。其中合理使用之基本理念在於公共政策與交易成本之考量，其核心概念即為「公共利益」，旨在於促進資訊自由流通，最終目的乃鼓勵知識與資訊之傳遞、交流與共享，並充實豐富人類智識文化資產。上述各元素整體建構成一金字塔型之結構設計（如圖 4：著作權金字塔所示），其實質內涵從具體至抽象，層層疊砌，而各元素本身為著作權金字塔之重要構件，支撐穩固著作權金字塔，而各元素彼此間互相支援因應，均為此金字塔型整體設計不可或缺之關鍵要素。

整體言之，著作權法與合理使用主要有四項目標：1. 社會效益（social utility）—藉由智慧財產權產物之生產與散布，促進社會效益。2. 勞動之合理報酬（a fair return for their

¹⁷ LYMAN RAY PATTERSON & STANLEY W. LINDBERG, THE NATURE OF COPYRIGHT: A LAW OF USERS' RIGHTS 198 (1991).

labors) — 針對作者之辛勤勞動成果實現其自然權利。3. 個人權利 (personal rights) — 使作者就其對外所為之表達得以自由控制，進而保護其利益。4. 妥當性與慣例 (propriety and custom) — 以有關行為妥當性之慣例及通用概念調整法律，使法律中「妥當性」概念與社會通念相一致而無落差。此四大目標各有獨自之發展方向，如何將以整合乃一大挑戰，¹⁸亦為本論文嘗試以合理使用為價值創新以開創新局之目標。以下章節即跳脫傳統抽象法學論理邏輯之推理演繹，從資訊與知識之經濟特質推演著作權與合理使用之經濟基礎，復從外部性及交易成本的角度，尋者合理使用與資訊自由之經濟正當性，以為本論文所建議之合理使用判斷邏輯體系奠立經濟結構。

5.3 合理使用之經濟分析觀點

「正義」與「效率」為法律的經濟分析二大主軸，在有限資源之脈絡情境下，追求正義之結果均不應將其成本置於度外，此即美國法律經濟學巨擘 Richard A. Posner 名言：「公平正義與其追求代價息息相關，公平正義絕無可能無視於成本而單獨存在。」(The demand for justice is not independent of its price)。¹⁹職是，於設計、選擇社會組織（如市場或政府部門）或法律制度時，應將全面性影響納入考量，兼顧社會組織運作所需之成本與法律制度操作所涉及之成本。²⁰

準此，除從純粹法學理論探討合理使用之存在意義外，亦可自法律的經濟分析角度思考合理使用之實益。此章節首先探討著作權權利設計之經濟理論，以此為出發點，就合理使用之經濟效益層面分析其存在價值，進一步思考新興科技之產生對於資訊市場所引發之衝擊，以全新之角度檢視合理使用之效益，推展合理使用之創新價值。

5.3.1 著作權與合理使用之經濟基礎—資訊市場與資訊自由

人類之生產勞動包含物質活動與精神活動二部分，所生產之物質產物與精神產物均以交換、交易為目的，故精神產物與物質產物同具商品屬性，均得為交易之對象，透過權利之交換而實現及增加其價值，以追求個人效益與社會資源運用之最大化。²¹從而，法律之經濟意義如以經濟均衡分析 (an economic equilibrium analysis) 方式加以闡釋，法律之制定與適用旨在經濟效益之最大化，以數學公式表示即為： $L = f(P)$ ，其中 L 係指法律，而 P 係指生產力 (productivity)，如何使資源使用之效率最大化，達到穩定長

¹⁸ William Fisher, *Reconstructing the Fair Use Doctrine*, 101 HARV. L. REV. 1661, 1668-69, 1686-92 (1988).

¹⁹ 轉引自熊秉元，*漫步法律*，46 頁，民國 92 年 8 月。

²⁰ RONALD H. COASE, *THE FIRM, THE MARKET AND THE LAW* 155-56 (1988). (美) 寇斯 (Ronald H. Coase)，*廠商、市場與法律 (The Firm, the Market and the Law)*，陳坤銘、李華夏譯，172 頁，民國 84 年。

²¹ 吳漢東，前揭註 1，59 頁。

久均衡之狀態，乃法律的經濟分析之最高指導原則。²²

作者自人類智識文化資產汲取精華，經由其智力思慮活動而創造具原創性之著作，為給予作者從事創作之誘因，即授與「條件式之獨占權利」—著作權，附有存續時間及權利範圍之限制，在著作權限制之下，著作權人適當地回饋人類智識文化資產，合理使用之原理因而產生。**貫穿整個著作權及合理使用架構者即公共利益—鼓勵知識與資訊之傳遞、交流與共享，並豐富人類智識文化資產，而滿足此公共利益之手段即資訊自由，其實質內涵即資訊自由接觸、利用、傳遞、散布與流通。**

合理使用之實質內涵蘊含經濟利益之平衡概念，惟此衡平測試標準經常遭學者抨擊過於抽象而有流於濫用之虞，其判斷前提在於合理使用之合理性及正當性何在？²³如何使同具稀少性之智識產物之資源效益最大化？²⁴再者，由於新興科技之現身，使界定合理使用抑或侵害著作權之社會成本不斷提升，²⁵如能從法律的經濟分析角度，證明合理使用得以使社會經濟效益最大化，將可為合理使用找到合理性及正當性之基礎。²⁶

合理使用乃著作權制度之重要一環，其立論基礎自與著作權同一經濟思考模式，即當「社會大眾有關接觸與散布著作之利益」、「違反著作權人獨占權對社會所生之利益」超過「著作權人獨占權所生之利益」、「社會大眾因著作權人實施其著作權致社會大眾獲益」時，法院將認定合理使用之存在。易言之，法院必須衡量實施著作權保護與否所產生之效益差距，以確保著作權之經濟結構不致於使社會大眾之接觸、散布著作之利益因著作權之實施而消失殆盡。²⁷

合理使用之經濟分析首應以公共財特性之知識及資訊為研究對象。經濟學上所稱「公共財」(public good)，係相對應於「私有財」之概念，具有共享性(nonrival)及非排他性(nonexclusive)之特徵，而兼具共享性及非排他性者，即「純公共財」(pure public good)。²⁸一般而言，國家解決公共財課題之策略有五：1.由政府自行提供公共財，如國防。2.補貼—政府補貼願意提供公共財之私人。3.獎勵—政府對願意提供公共財之私人或組織團

²² Eric Allen Engle, *When is Fair Use Fair?: A Comparison of E.U. and U.S. Intellectual Property Law*, 15 TRANSNAT'L LAW 194 (2002); Fisher, *supra* note 18, at 1664. 吳漢東，同前註，76 頁。陳昌柏，前揭註 1，214-215 頁。

²³ Engle, *supra* note 22, at 195.

²⁴ 吳漢東，前揭註 1，64 頁。

²⁵ 陳昌柏，前揭註 1，208 頁。

²⁶ Engle, *supra* note 22, at 199.

²⁷ Jayashri Srikantiah, *The Response of Copyright to the Enforcement Strain of Inexpensive Copying Technology*, 71 N.Y.U. L. REV. 1634, 1658 (1996); Engle, *supra* note 22, at 187, 193-94.

²⁸ 張清溪、許嘉棟、劉鶯釧、吳聰敏，經濟學理論與實際（五版）（上冊），321 頁，民國 93 年。

體發給獎金。4.排除競爭—政府確保提供公共財之人免於競爭，典型的事例即授與獨占權或專屬權。5.政府協助私人使用增加公共財排他性之設備或方法，使其得以對公共財之使用者加以收費。其中著作權係採用第4種策略，而有部分國家則以鄰接權保護音樂、電影相關著作。²⁹

有關知識之經濟上特性，張清溪等經濟學者認為知識兼具共享性及非排他性，乃現今最龐大的純公共財，³⁰而香港經濟學者張五常稱知識可由社會上無數人共同使用，屬「共用品」。³¹大陸學者吳漢東則以知識產品之「占有」並非實在而具體之控制，而係以認識與利用表現之，得為多數主體共同「占有」、使用，一旦公開，即有可能為第三人非法取得利益，進而有必要賦予獨占權加以保護，減少知識產品屬於公共財之問題。³²

進言之，知識之自然屬性並無排他性，蓋對於知識，無論一人使用，或千萬人使用，其使用效益均屬相同，不會因使用人數之多寡而增減其效用，由此共享性之特徵導致知識所有人無法如有體財產所有權人般控制他人使用其知識之行爲模式。然而，一人如運用先前所習得之知識，進而加以創作、發明，則因此所生產之智識產物將不再具有共享性。而有關知識在法律上之使用，由於法律規範可對知識賦予獨占權，使之具有排他性，從而，著作所代表之知識與資訊因著作權之存在，將其共享性與非排他性之自然本質轉化成法律上之專用性與排他性，對於資訊之接觸、散布自由與人類智識文化資產之影響不可謂不大。是以對於著作權之法律關係進行經濟分析之推理即有其必要性。

其次，應討論資訊於著作權及合理使用之重要性。按作品、著作乃精神產物，係屬資訊之一種，具有一定之使用價值，³³著作權之存在實益即與資訊之傳遞、交流有關。準此，探討著作權之權利結構可從「資訊結構」(information structure)分析，思考整體社會之資訊質量與個人所支配、擁有之資訊質量。在原始社會中，缺少文字之記載與電報、電話、電腦、網際網路等現代科技之輔助，人類所擁有之資訊相當缺乏，共同生活之人所持有之資訊幾乎一致，則原始社會之權利架構相當單純，並無獨立之爭端解決機制(如司法機關)，對於侵權行爲即採取嚴格責任(strict liability)及連帶責任概念，更

²⁹ WILLIAM FISHER, PROMISES TO KEEP 199-201 (2004).

³⁰ 張清溪等，前揭註 28，321 頁。

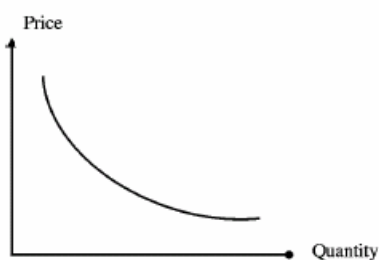
³¹ 張五常，「重要的知識資產」，民國 73 年 4 月 3 日，賣桔者言(增訂四版)，205-206 頁，91 年 2 月，available at http://www.ksyss.edu.hk/~kwng/s_cheung_articles/maiju/mai juzhech04a.html (造訪日期：95 年 7 月 10 日)。
張五常，「知識的產權保障」，民國 73 年 4 月 17 日，同本註，223 頁，available at http://www.ksyss.edu.hk/~kwng/s_cheung_articles/maiju/mai juzhech04c.html (造訪日期：95 年 7 月 10 日)。

³² 吳漢東，前揭註 1，63-64 頁。

³³ 吳漢東，同前註，62-63 頁。

無隱私權、言論自由之可言。³⁴然隨著社會經濟之變遷，科技因之有突破性之發展，於資訊產生之後，透過現代科技之傳播，資訊可輕易散布至全世界任何一角落，人類所持有之資訊因科技之助力而增加其深度與廣度。

從古典經濟學之論點，著作權之哲學基礎在於「資訊之生產」(information production) 與「資訊之散布」(information diffusion) 互為對峙，如圖表 A 所示之資訊供給曲線顯示資訊的數量與質量具有「互易」(trade-off) 之關係，且所能取得的資訊數量一旦發生變化，即會將影響生產可能性，是資訊供給曲線係隨時處於動態反應之狀態 (dynamically reactive)。³⁵



圖表 A：資訊供給曲線圖

準此，鼓勵生產資訊的措施將不利於資訊之傳遞散布，反之亦然。易言之，倘允許資訊獨占者生產資訊（發明或創作均同），拒絕他人無償之「搭便車」行為，將使接觸、散布資訊之自由與資訊之複製活動及遭受抑制。反之，如允許資訊自由接觸、散布、複製，以現代科技為傳播媒介，自可促使資訊廣為傳遞散布，共享人類智識文化資產，然卻使智慧財產作品之產出因缺乏創作誘因而大為減少，無法達到以財產權創造資源有效運用的誘因之目的。³⁶從而，如何避免著作權之授與及社會大眾接觸、利用著作產生外部效應，並降低其交易成本，即著作權設置與限制（合理使用）之經濟合理性。³⁷易言之，若對於創作者（即資訊生產者）賦予著作權，得以刺激更多作品之產生，此部分經濟效益高於由於著作權之獨占權能致資訊散布不自由所衍生之不利益時，即應肯認著作權之授與具有經濟效益，具有存在價值。反之，即應容許合理使用之成立。

由於知識、資訊具有公共財之性質，其共享性及非排他性之自然屬性，使任何人均得無須支付對價，即可「搭便車」、「坐享其成」，而投注生產知識、資訊之開發成本遠遠高於重製、散布成本，其重製、散布邊際成本超低，甚至趨近於零，乃一「成本遞減產

³⁴ Richard A. Posner, *A Theory of Primitive Society, with Special Reference to Law*, 23 J. LAW & ECON. 1, 26 (1980).
轉引自熊秉元，前揭註 19，91-92 頁。

³⁵ Engle, *supra* note 22, at 199-200.

³⁶ POSNER, *supra* note 34, at 36; Engle, *id.* at 199. 陳昌柏，前揭註 1，206 頁。

³⁷ 陳昌柏，同前註，208 頁

業」(即隨產業規模之擴大,相關產品開發使產品成本更低或價值更大),導致知識、資訊之產出者(即作者)無意從事生產創作。另一方面,著作權之獨占性質亦使社會大眾接觸、散布知識、資訊之自由備受限制,進而影響一般消費大眾之慾望滿足,及潛在之後續作者無法利用先前著作而加以創作,人類智識文化資產將因此創新減少成本而無法擴充。如此情形即使在放任自由的競爭市場,市場機能仍無法達到最大之經濟效率,形成「市場失靈」(market failure)之窘境。³⁸而合理使用能使著作權適時地為作者提供創作誘因,同時能使社會大眾合理地接觸、利用先前著作,致使人類智識文化資產得以充實、豐富,完成市場機能所無法達到之境界。職是之故,合理使用係為修補市場失靈而創設。³⁹

合理使用不僅有助於傳統著作市場失靈之修補,亦可解決新興科技所肇致之市場失靈現象,蓋以往有關市場之界定係以國境(national)或區域(regional)為準,複製著作之成本受限於市場邊境而相當高,然而由於網際網路促使資訊之複製成本大幅降低,且散布(diffuse)資訊之成本亦趨近於零,將資訊快速散布至全球各角落幾乎無須負擔任何成本,新興科技之大量複製低成本特色潛藏著潛在的市場失靈風險。從而,具有修補市場失靈功能之合理使用原則對於現代全球化市場即具相當之重要性。⁴⁰

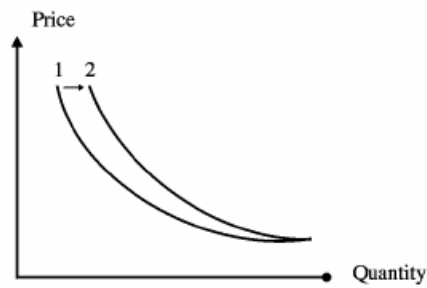
如前所述,古典經濟學理論強調資訊之產生與資訊之散布互相對立,如圖表 A 資訊供給曲線所示。而網際網路容許資訊以低成本、高效率的方式散布全球,致新興資訊科技對於資訊供給曲線之效應如圖表 B 所示。詳言之,「供給曲線 1」代表科技創新之前的生產可能性,「供給曲線 2」代表新興科技使生產力增加,而使生產可能性往右方移動,⁴¹表示生產力增加,社會財富亦隨之增加。

³⁸ 張清溪等,前揭註 28,237、322-323 頁,民國 93 年。陳志民,「巨人的肩膀或自己的腳尖?—從『競爭平台模型』理論看著作權『合理使用』原則」,2003 全國科技法律研討會,295 頁,新竹國立交通大學,民國 92 年 11 月 20 日至 21 日。

³⁹ Wendy J. Gordon, *Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and Its Predecessor*, 82 COLUM. L. REV. 1601 (1982); Engle, *supra* note 22, at 193.

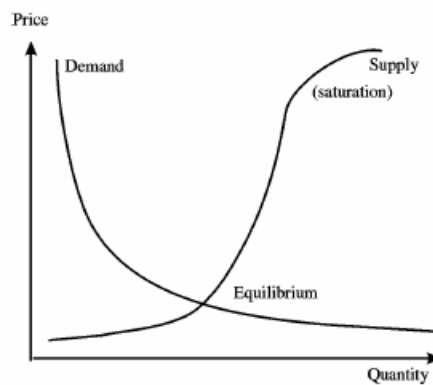
⁴⁰ Engle, *supra* note 22, at 193, 194.

⁴¹ Engle, *id.* at 200. 附帶說明的是,圖 B 係簡化後之圖表,原因在於經濟模型之實證限制,蓋置於經濟分析之資訊及資訊科技市場並不具同質性,例如書籍、電視、電影、CD 光碟片、音樂錄音作品、影音錄影帶等。See Engle, *id.* at 200-01.



圖表 B：新興資訊科技之資訊供給曲線圖

綜上所述，據以推論資訊之總供給曲線與總需求曲線如圖表 C 所示：⁴²



圖表 C：資訊總供給需求曲線圖

資訊之散布若具開放性，將可刺激新資訊之產生，倘對資訊授與財產權，將會限制資訊之散布與流通，此極具財產權性質之資訊的問題所在。然而，即使缺乏律之保障，資訊仍會產生，此可從開放原始碼運動（Open Source Movement）⁴³觀之自明。任何人需要作業系統、文字處理軟體、圖表應用程式、電腦遊戲等，均可於 GNU⁴⁴得到滿足。然

⁴² Engle, *id.* at 201.

⁴³ 開放原始碼運動（Open Source Movement）起因於程式設計師 Richard Stallman 於西元 1985 年設立「自由軟體協會」（Free Software Foundation），提倡電腦程式原始碼應予開放，搭配特別設計之「開放原始碼授權契約」（Open Source Licenses），提供終端使用者包含原始碼之免費軟體，其中最著名者為 GNU General Public License (GPL)，允許自由取得電腦程式之原始碼，並得自由修改之，然後如欲散布此衍生著作，必須依 GPL 的約定予以貢獻回饋共同遵守 GPL 之社群。巧妙地利用著作權法有關授權規定與授權契約之拘束性，確保大眾心血結晶得以於公共領域中存續。參見王明禮等，「網際網路法發展趨勢特別報導」，*科技法學評論*，第 1 卷第 1 期，20-22 頁，民國 93 年 4 月。See also GNU Operation System, at <http://www.gnu.org/> (last visited on July 10, 2006).

⁴⁴ 有關 GNU 的說明同前註。

而，並非所有軟體需求者均知悉 GNU 可滿足其需求，此時資訊之財產權人可對不知情的軟體需求者入取利潤／租（rents），是以對資訊施加著作權之限制並未鼓勵新資訊之創造，而僅在擔保資訊之財產權人可得之利潤／租（rents）。⁴⁵

以上係古典經濟學理論有關資訊生產與散布之觀點，而現代經濟學理論則從成本面向思索著作權之意義，亦即智慧財產權乃政府為作者、著作權人所提供之法律障礙，衍生進入市場成本及交易成本，導致整體社會財富降低。倘新興科技將生產可能性往右方巨幅移動（亦即生產力增強），則智慧財產權所生之獨占力將使生產可能性往左方拉回（亦即生產力衰退），而損及整體社會利益。⁴⁶當代智慧財產權之爭議起因於生產、複製、散布資訊之成本低廉，幾近零成本，此低成本之特質為芝加哥學派之「效率資本市場理論」（Efficient Capital Market Hypothesis, ECMH）提出強有力之論據。⁴⁷

「效率市場理論」（Efficient Market Hypothesis, EMH）之基本論點為股票價格可充分反應所有資訊。此說源自於 Eugene Fama 於西元 1960 年代的博士論文，主張在積極運作之市場中，有許多經充分告知的聰明投資者，股票因此將有適當之價格且反應所有可得之資訊。當股市參與者越多，且資訊散布越快速，市場即越有效率。而所謂有效率的市場，係指大量的市場參與者均具有理性且追求利潤最大化，參與者彼此間互相競爭，並嘗試預測個人所持有股票之市場價值，且重大資訊幾乎均是無償地提供予參與者參考。⁴⁸

固然學界對於 ECHM 有所抨擊，⁴⁹惟即使依循古典學派之見解，認為資訊生產與資訊散布相互對立，由於搜尋、取得、利用資訊之成本大為降低，減少著作權之獨占效果，將可調降進入市場成本及交易成本，換言之，資訊自由將促使資訊市場更具效率，故資

⁴⁵ Engle, *supra* note 22, at 201-02. 惟 GNU 等自願貢獻知識結晶的創作者所提出之知識產物能否完全因應人類對於資訊之需求？值得深思。

⁴⁶ Engle, *id.* at 202.

⁴⁷ Engle, *id.* at 202.

⁴⁸ Investor Home, *The Efficient Market Hypothesis & The Random Walk Theory*, at

<http://www.investorhome.com/emh.htm> (last visited on July 10, 2006)。此理論引發許多判斷特定市場是否有效率及其效率程度的實證研究，然絕大部分的研究報告顯示預測股票價格之各種策略均無實用價值。

⁴⁹ 有論者以為 ECMH 僅有部分論點正確，因景氣循環與失業（cyclicality and unemployment）均無可避免，致必定存在某些市場不完美（market imperfections）。See Engle, *supra* note 22, at 202-03. 此外，ECHM 主張資訊為一完美散布之商品，且此資訊並無任何交易成本（Investor Home, *id.*），從現代經濟學理論加以反芻，當資訊可以相當低廉的成本快速取得時，則搜尋與利用資訊即非快速、無成本，亦非平均普遍地散布（neither instant, nor costless, nor evenly distributed）。再者，ECHM 忽略有關錯誤與誤導之資訊及始終存在的法定格式與翻譯（legal formalities and translations）之交易成本、進入市場之成本（market entry costs，如機器、車輛、土地等實體成本）問題，即使資訊成本大為降低，進入市場成本及交易成本始終存在，是以資本市場無法完全有效率。See Engle, *supra* note 22, at 202-03.

訊自由有其正當性。⁵⁰

另外，我國學者陳志民認為創作成果受有著作權之保障，此乃先前創作人與潛在之創作人從事創新與競爭之誘因，故將競爭法概念引入著作權法之領域，思考合理使用是否果能發揮創新功能？若發生執法錯誤，此成本應否全歸由著作權人負擔？等問題，並援引 Philip Weiser 教授之「競爭平台模型」(Competitive Platform model) 理論，將「市場支配地位」與「市場力量」概念及判斷原則適用於合理使用理論。以市場競爭之存在與否、被利用著作所處相關市場之結構及競爭強度作為合理使用之根據，僅於市場競爭之力量無法制衡著作權人濫用其獨占地位時，始允許利用著作之人主張合理使用之可能。⁵¹

誠然，此「競爭平台模型」深具法學概念之啟發性，尤其我國著作權法第 65 條第 2 項第 4 款即規定合理使用得審究利用結果對於著作潛在市場與現在價值之影響，此即涉及「市場」之界定與判斷。惟討論是否適用合理使用之場合，有時固存有先前著作與後續著作之情形，但有時僅有一(先前)著作之存在，而由一般消費大眾單純利用該著作，並無另行生產後續著作之況狀，於後者之情事，並無二競爭產業(或著作)，難以想像「競爭平台模型」之適用。

又先前著作與後續著作有時確有可能具有競爭關係，或發生所謂之「水平效果」，然非謂於此場合即應導入競爭法之原理原則處理合理使用之問題，蓋競爭法之立法精神在於維護整體市場競爭秩序，於妨害市場競爭之情狀，競爭法即予以介入規範，而著作權法之最終目的在於豐富人類智識文化資產，與競爭秩序之維持實屬二事，競爭法與著作權法各有其規範目的，不宜混為一談。

而我國著作權法第 65 條第 2 項第 4 款所定判斷基準之重點在於「先前作者是否將因社會大眾(含潛在之後續作者、一般消費大眾)利用其著作而降低創作意願」，與「縱然減少先前作者創作誘因，但整體社會將因社會大眾利用先前著作所產生之利得」，二者兩相比較利弊得失，與產業競爭秩序之維持並無直接關連，亦即不問先前著作與後續著作、單純利用先前著作之行為有無競爭關係，均應斟酌此二因素。再者，縱有競爭關係或「水平效果」之發生，後續著作顯然加強先前著作所在同一市場之競爭度，應為競爭法所樂見，如此推論結果，似反應贊同合理使用始為恰當。⁵²

⁵⁰ Engle, *id.* at 202-03.

⁵¹ 陳志民，前揭註 38，305-312 頁。

⁵² 然而，如後續作者有搭便車之不當行為，即為競爭法關切之競爭秩序公平性問題，此或許為學者擬將競爭法之規範法則引介至著作權法領域之動機。

5.3.2 著作權與合理使用法律架構之最佳設計

任何權益衝突均交互影響、互為因果（reciporal nature），則解決問題之重點在於整體社會資源運用及社會福祉之最大化，此為處理公共議題之思維方式。⁵³本論文係從著作權法律關係中因著作權之存否所生之外部性問題與交易成本著眼，思考資訊自由與著作交易市場中，著作權法律關係各關係人權益配置之成本與效益，嘗試為著作權人、潛在之後續作者、一般消費大眾與媒介／科技提供者彼此間利益分配為一最適設計安排，以追求社會總效益與整體資源配置之最大化。

1. 著作權四面關係之成本效益模型

大陸學者吳漢東認為在作者、傳播者、使用者之利益衝突與均衡保障中，作者的權利為「第一位的權利」，乃「本源性的權利」。而傳播者居中聯繫作者與使用者，「以物化與人化的形式再現原創作品」，法律因此授與鄰接權，以保護其利益。另使用者既為現存作品之消費者，亦為未來作品之創造者，法律所賦予在一定範圍內自由享用他人著作之利益，乃法律所認可之權利—使用者權。上開三者所組成之均衡係以公平原則、誠信原則之形態表現。⁵⁴是以吳漢東係以創作者為討論重心，對於使用者之利用行為內容與行為尺度課以公平原則、誠信原則之要求。

在著作權金字塔（圖4）中，就著作權與合理使用之分野，從公共利益之宏觀角度切入爭點之核心，一方面，在著作權人之專有部分中分割出合理使用之領域；另一方面，應就合理使用的範圍加諸合理之限制。職是，探究著作權與合理使用之分際時無須特別偏重任何一方，而應本於中立客觀之立場，看待著作權與合理使用各自於著作權法體系中所扮演互相制衡之角色，亦即**合理使用為著作權之限制，而著作權亦為合理使用之制約**。

著作權人一心一意以著作權之獨占性質，擬於著作交易市場上獲取鉅額之獨占利益，追求最大化利潤，然潛在之後續作者或一般消費大眾可能無力負擔利用著作之對價，因此導致人類智識文化資產之萎靡不振，產生外部效應。而潛在之後續作者與一般消費大眾為滿足自己之創作與消費慾望，利用智識文化資產共享性及非排他性之自然屬性，廣泛接觸、無限制地利用著作，追求自我效用最大化，卻因而影響著作權人之經濟收益，而降低繼續創作之誘因，致使人類智識文化資產貧瘠，產

⁵³ COASE, *supra* note 20, at 96. 寇斯，前揭註 20，114 頁。熊秉元，「論布坎楠和寇斯的異同」，天平的機械原理，157 頁，民國 91 年 5 月。吳惠林，「『使用者付費』的省思」，貿易雜誌，第 130 期，民國 92 年 8 月 16 日，at <http://www.iatepe.org.tw/magazine/130i.htm> (造訪日期：95 年 7 月 10 日)。

⁵⁴ 吳漢東，前揭註 1，76-79 頁。

生外部效應。⁵⁵另媒介／科技提供者固然提供先進之科技，使著作權人之著作得以於著作交易市場廣為散布流傳，且使社會大眾（含潛在之後續作者與一般消費大眾）容易接觸著作，並得以便利、快速的方式為著作之利用，隨著其產品或服務之高使用率，媒介／科技提供者藉此賺取高額利潤，然於社會大眾善加利用媒介／科技提供者所提供之產品或服務，無庸取得著作權人之授權，即得輕易為著作權之利用，損及著作權人原應獲得之經濟利益，減少其創作意願，人類智識文化資產因而萎縮，產生外部效應。

從而，如任憑各著作權法律關係之關係人恣意為追求自身利潤或效益之最大化，置對於他人所造成之影響或損害（外部效應）於不顧，則最後加總結果，社會總效益可能為負值，既非 Kaldor-Hicks 效率，更非 Pareto 效率。⁵⁶欲探求尋找使著作權四面關係之各關係人均能同時達到效益最大化而能長久相互作用之均衡狀態，合理使用原則乃平衡著作權人、潛在之後續作者、一般消費大眾與媒介／科技提供者四者具體經濟型態之利器。⁵⁷

理想之著作權四面關係應如圖 3 所示之鑽石型態，每一瓣面之切割比例、角度適中勻稱（見本論文第「5.1 著作權之四面關係之剖析」章節），著作權人、潛在之後續作者、一般消費大眾與媒介／科技提供者各自追求自己效益最大化，而未使其他方受有實質重大損害，彼此處於利益均衡之狀態，使社會總效益、淨效益達到最高點，如此縱未能符合 Pareto 效率概念，至少已具 Kaldor-Hicks 效率。然而，由於近年來著作權人不斷經由立法程序擴張其權利範圍，更藉由法律訴追程序對於利用其著作之人（含後續作者、一般消費大眾）、媒介／科技提供者興訟，無所不用其極地行使其獨占權利，使原應互相制約平衡之狀態單方面地往著作權人處傾斜，形成著作權人一方獨力與後續作者、一般消費大眾與媒介／科技提供者三方互相敵對之失衡狀態，反而與著作權之最終目標越行越遠。

前已述及，著作權法之最終目標在於鼓勵知識與資訊之傳遞、交流與共享，促使人類智識文化資產之永續性、豐盈化與優質化，而著作權及合理使用均為其達成目標之手段，以上述公共利益交織串連四方關係人。有鑑於著作權與合理使用係成反比關係（如圖 5 著作權均衡曲線所示），當著作權權利範圍增大，將使合理使用範圍縮小，反之亦然。而 A、B、C 點各自顯示決策者所切入著作權與合理使用之均衡點，各點所形成之矩形面積即為社會總效益，著作權法所追求之均衡狀態自以能使社會總效益最大化之處，即矩形面積最大之均衡點—B 點。

⁵⁵ 陳昌柏，前揭註 1，211 頁。

⁵⁶ 陳昌柏，同前註，211 頁。

⁵⁷ 吳漢東，前揭註 1，76-77 頁。

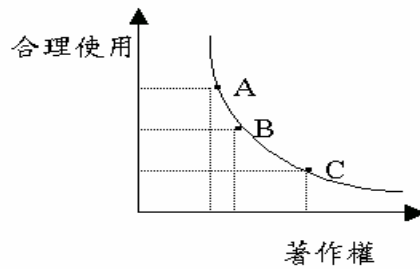
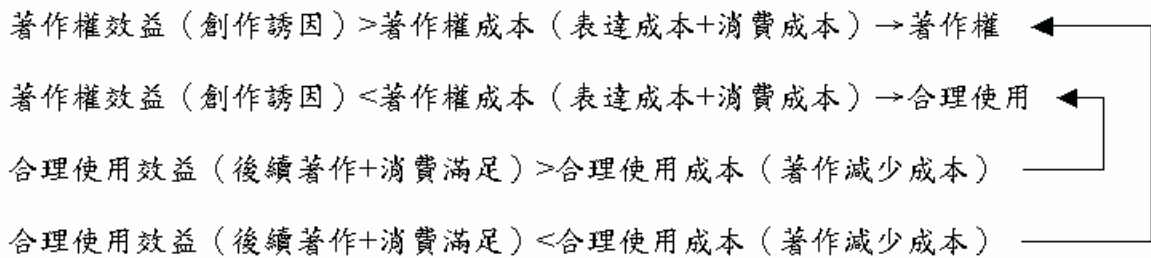


圖 5：著作權均衡曲線圖

(資料來源：本文研究結果)

再者，從著作權與合理使用各自實現之結果觀之，如以數學方程式表現其成本效益面向，關於著作權部分為「效益（作者之創作誘因增強）」與「成本（後續作者之表達成本+消費大眾之消費成本）」之差額，如此差額大於零，即應賦予著作權，如此差額小於零，則有市場失靈之現象，此時即應導入合理使用原則。而合理使用之成本效益方程式為「效益（後續著作增加+消費大眾之滿足）」與「成本（作者之創作誘因減少，即著作減少成本）」之差額，如此差額大於零，即屬於上開市場失靈之情狀，應容許合理使用之主張，如此差額小於零，則合理使用原則應退讓予著作權。實則著作權與合理使用相關成本效益之判斷乃一體之二面，互相對應，一方之效益即他方之成本。茲簡化如下：



以上成本效益之方程式結構看似單純簡單，惟究竟著作權可以誘發多少創作？阻礙多少後續著作？影響多少消費活動？又合理使用可以鼓勵多少後續創作？滿足多少消費目的？妨害多少創作誘因？如何精算其數額，誠屬一大難事，長期之著作市場及整體社會之觀察確有其必要性，且影響著作市場之因素眾多，單就某一後續作者之利用著作行為判斷其效益，顯過於簡化分析之模型。然著作權人、利用著作之人、法院皆須即時判斷合理使用之成立與否，從而較為可行之方式應從力求具體判斷原則之妥當性著手，將成本效益之考量融入各判斷基準之適用，一旦判斷基準之解釋、運用得當，即可獲得符合經濟效益之結果。

2. 合理經濟理性之檢驗

著作權法制規範之真諦在於「利益衡量」—折衝互相對立之利益以追求更高深之公共利益，因此著作權之法律政策即在於如何妥適劃分相互衝突之利益，以落實「保障著作人著作權益，調和社會公共利益，促進國家文化發展」之立法目的。法律政策之實現必須經由法律技術，而合理使用法規範之法律技術牽涉以下二面向：一、於立法方面，如何規範合理使用之構成要件？二、於法解釋方面，如何因時、地制宜彈性解釋運用合理使用原則以因應時代變遷之需求？此二者皆與財產權之界定、紛爭解決機制有高度相關，對於合理使用法規範之建立與內涵有深遠之影響。⁵⁸

(1) 判斷基準之最適類型

美國知名教授 Lawrence Lessig 於「自由文化」(Free Culture) 一書中，觀察著作權環境之改變造成三種「實害」(harms)：侷限創作者 (Constraining Creators)、限制科技創新者 (Constraining Innovators)、腐蝕公民精神 (Corrupting Citizens)。⁵⁹ 就其中第一種實害，Lessig 教授認為現行著作權法所施行之高度管制 (即責任範圍不清、卻科以嚴重處罰) 無疑箝制創意，寒蟬效應因應而生。而對於傳統著作權法學者恃以對抗著作權之合理使用，Lessig 教授以為此觀點純屬法律人偏離社會現實之事例，缺乏實證之依據，合理使用之成立要件曖昧不明，行使成本過鉅，徒使言論與創意靜默無聲。⁶⁰

某些美國學者即建議對合理使用採列舉式立法方式，然而美國專利商標局曾於西元 1994 年 9 月至 1997 年 5 月，召開「合理使用研討會議」(Conference on Fair Use, CONFU)，針對五大議題予以討論：遠距教學 (Distance Learning)、多媒體著作 (Multimedia)、電子典藏 (Electronic Reserves)、圖書館館際合作借閱 (Interlibrary Loan) 及影像圖檔保存蒐集 (Image Collections)，歷經多方辯論，仍因事涉眾多利益團體之利害糾葛而無法達成共識。⁶¹ 此外，亦有學者建議組成一獨立機構 (如「數位財產信託委員會」，Digital Property Trust)，負責於事前判斷合理使用成立與否，與現行純由法院為合理使用之判斷架構形成「合理使用雙層模式」，然此機構之法律地位及其所為判斷之法律效果為何，仍值得深思。⁶² 由上述學界與實務界之多方嘗

⁵⁸ 王澤鑑，侵權行為法第一冊—基本理論一般侵權行為，74-75 頁，民國 87 年 9 月。

⁵⁹ LAWRENCE LESSIG, *FREE CULTURE* 183-207 (2004). 王敏銓，前揭註 10，222-224 頁。

⁶⁰ LESSIG, *id.* at 186-87. 王敏銓，同前註，223 頁。

⁶¹ CONFU: *Conference on Fair Use*, at <http://www.utsystem.edu/ogc/INTELLECTUALPROPERTY/confu.htm> (last visited on July 10, 2006). 邵瓊慧，「數位時代之合理使用--挑戰與回應」，2003 全國科技法律研討會，31-32 頁，新竹國立交通大學，民國 92 年 11 月 20 日至 21 日。

⁶² 邵瓊慧，同前註，31-32 頁。

試，可見合理使用面對科技發展之困難處。對於此棘手之議題，或可從成本效益結構思考合理使用判斷基準之最適類型。

從法律實踐之時點觀察法律規定，倘行為人於事前（*ex ante*）即可確定法律內容者，即屬「嚴格規定」、「規則」（rules）；如事後（*ex post*）始能確定者，即屬「衡平規定」（standards）、「權衡」（discretion）。此二者之區別實益在於法律制定時探求成本有所差異，嚴格規定之探求主體為立法者，於立法階段即須付出取得資訊之成本，但其好處在於僅需支付一次即可，日後法院及行為人無須另行支付取得資訊成本。衡平規定之探求主體則為法院與法律規範對象，於執法階段及個人行為階段均須付出取得資訊之成本，且每一次權衡操作即須不斷支付取得資訊成本。原則上，嚴格規定可藉由法律適用次數頻繁而攤平其立法成本，且個人因得以於行為之前即瞭解嚴格規定之內容，預期其行為尺度，其守法成本較低，故其立法成本雖高，但執法成本及手法成本卻低。至衡平規定則恰如其反。⁶³

另外，法律制定之初固然可分辨嚴格規定與衡平規定之別，然法律施行之後，二者間之界線將愈趨含糊，而法院係先後針對具體個案予以處理，後續審理相同或類似案例之法院與一般社會大眾將因依循判決先例之脈絡軌跡而減少其法律探求成本，是判決先例有將衡平規定轉為嚴格規定之功效。⁶⁴

準此，嚴格規定與衡平規定各有其優勢，就特定之法律議題，究應採行嚴格規定抑或衡平規定，端視系爭法律議題之特質而定，不一而足。以著作權合理使用原則而言，由於每一著作利用情形各有其獨特性，若於立法當初即要求立法者事前搜尋所有相關著作交易訊息，以制定最有效之合理使用規定，顯屬過苛，亦無可能實現，且倘由立法者於制定著作權法之際即制式規定合理使用之態樣，日後利用著作之型態若因科技發展而產生變革，嚴格規定式之合理使用制度恐將無法因時因地制宜。是以我國著作權法即於第 44 條至第 63 條先分別例示規定合理使用之特定情形，復於第 65 條第 2 項概括規定合理使用之通則，雖第 65 條第 2 項規定採取多項判斷基準之衡平原則，因此導致適用界線有隱晦不明之虞，增加法院執法成本及各關係人之守法成本。然以衡平規定式之立法體例委由法院於事後視具體案例情狀予以彈性回應，而無須頻繁地修改著作權法，可妥善因應瞬息萬變的社會變遷。且如法院於審理具體案件時能明確釐清判斷合理使用之原則，使著作權法律關係之各關係人對於利用著作行為之尺度有一明確之標準可資遵循，將可使第 65 條第 2 項之衡平規定成功轉形成準嚴格規定之性質。

⁶³ 熊秉元，「『專款專用』和經濟理論」，前揭註 53，47 頁。簡資修，「嚴格規定與衡平規定：法律實踐的時間維度」，月旦法學雜誌，第 102 期，193 至 196 頁，民國 92 年 11 月。

⁶⁴ 簡資修，同前註，193 至 196 頁。

(2) 資訊自由之交易成本

分析著作權法律關係之前提，首應釐清者乃資訊與交易成本之關聯性。搜尋、議價、履約等交易成本之成因乃交易雙方所持有之資訊不完整或不對稱，是以從資訊之觀點解析交易成本，係屬具體可行之途徑。如果交易雙方擁有完整之資訊 (complete information)，則整個交易過程中並未存在任何交易成本，雙方均知悉資源運用各種方式之利弊良窳及何者為最有效率之方式，更明瞭彼此協商、議價能力之優劣強弱，則透過交易，將使資源流向最有效率之處，至相關財產權之歸屬如何界定，充其量僅影響最後利益之分配結果，與資源運用之方式及效率無涉。⁶⁵反之，資訊不完整與不對稱將造成交易成本之產生，導致社會資源之運用缺乏效率。⁶⁶

另一方面，從交易成本之觀念出發，若交易成本為零，交易雙方均有尋覓必要措施之誘因，且彼此分享相關資訊，調整契約之內容，改變彼此之權利義務，以求產值之提高，因此極有可能取得設計最適法律制度所需之資訊。然而，正因交易成本為零，不問法律制度如何設定相關權利或責任，產值均會臻於最大，資源配置將維持不變，則反而無需上開設計最適法律制度之資訊。⁶⁷反之，若交易成本存在，為使產值臻於最大，法律規範將左右契約內容調整之方向與範圍，然契約內容之調整將因交易成本過高而放棄採行可提高產值之措施，參與交易之雙方因此欠缺任何誘因而未相互告知設計最適法律制度所需之資訊，交易雙方可能無從知悉此類資訊之存在，且交易若無法進行，自無人樂意蒐集與此交易有關之資訊。⁶⁸揆諸上開說明，足見交易成本與資訊之取得、交易雙方持有資訊完整與否之狀態互相依存。

準此，以上述資訊、交易成本與最適法律制度設計為始點，合理使用經濟分析

⁶⁵ 熊秉元，「航向沒有交易成本的美麗新世界！」，前揭註 53，168-170 頁。

⁶⁶ 熊秉元，「論布坎楠與寇斯的異同」，同前註，153-154 頁。熊秉元，「寇斯定理與我」，同前註，203 頁。然而無交易成本之世界是否即屬最佳？亦非必然肯定，蓋由於交易成本之存在，使交易雙方必須於學習過程 (learning by doing) 中不斷自我摸索、認知、體驗，進而創新，藉由交易雙方之交往與互動，形成一動態之世界 (dynamic world)。若將無交易成本之世界推至極致，將導致學習、摸索、創新付之闕如，反而陷入靜態之世界 (static world) (參見熊秉元，「航向沒有交易成本的美麗新世界！」，同前註，182-183 頁)。此外，每一位想進行交易之人既持有完整之資訊，且會尋找議價能力較弱之人為交易對象，但人人皆如此，則最後成交結果反而無人因此享受交易利得，交易是否成交已不再重要，因此不見得會進行交易 (參見熊秉元，「寇斯定理與我」，同前註，204 頁)。另一方面，由於資訊完整且對稱，使資訊與社會資源具共享性、共用性，故任何人一旦進行策略性行為，將立刻為他人或交易對方所得知，無所遁形，即無陷入囚犯困境之虞，最佳因應之策即人人皆各自辛勤耕種、享受收穫。所謂資源稀少性、財產權之問題在無交易成本之世界中，即無存在之必要 (參見熊秉元，「寇斯定理與我」，同前註，209 頁)。

⁶⁷ COASE, *supra* note 53, at 178. 寇斯，前揭註 53，202 頁。

⁶⁸ COASE, *id.*, at 178. 寇斯，同前註，202 頁。

之思維模式應以交易成本最低、資源最佳配置為原則，⁶⁹沒有交易成本存在之著作權世界，所有關係人均能掌握完整之資訊，各自本於自願交易之原則，於市場完成資源最佳配置之交易，使經濟效率最大化。然而，目前由於資訊不完全與不對稱，導致著作權法律關係之各關係人成為競租者，各自追求一己之私利，僅能達到次佳之經濟效益狀態，此自非各關係人所樂見，是以如何從最佳之角度切入，切割出合理使用之最適均衡狀態，以解決各關係人之權益配置與衝突？又著作權之法律架構應如何設計以達到資訊自由、進而促進人類智識文化資產之目標？均有賴於將利用著作之態樣予以類型化，並加以分析各關係人所承擔之交易成本，本論文將於第「5.4.2 合理使用判斷基準之靈活運用」章節深入探討。

5.4 我國合理使用制度之嶄新視野

於架構我國著作權合理使用制度之際，首應審酌下列原則：智慧財產權與傳統財產權（以排他性質之物權為主）之性質與結構究有何區別？如何從智慧財產權之特性推演出智慧財產權之取得、保護與限制？公益與私益之間是否相互衝突、對立，抑或相輔相成？本論文嘗試從著作權基礎理論與實務運作彼此間之衝突、論對、折衝、調和過程中，雕塑出屬於我國著作權法制特有的一片天空，以達著作權之終極目標。

5.4.1 合理使用法律性質之省思

從本論文第「五、我國著作權合理使用案例之量化研究」章節之統計結果可知，絕大部分案例係利用著作之人遭著作權人指控侵害其著作權時，利用人始為合理使用之抗辯，或刑事法院於審酌利用人之利用著作情形，認定有侵害著作權情事存在時，始進一步討論合理使用之成立可能性，是以法院實務係將合理使用定位為一抗辯權。如此劃分著作權人權利範圍與社會大眾可資利用著作範疇之方式，不僅權利之實現與利用界限之確定與救濟緩不濟急，且彼此間界線含糊不清，全然取決於事後法院之判斷，於判決定讞之前，所有關係人之利益狀態皆處於不可預測之渾沌狀態，則應思考有無必要將合理使用提升至「權利」位階？亦即「合理使用權利」性質之肯認能否突破前開渾沌未明之難題？

前已述及（本論文第「2.7 合理使用之法律性質 2.7.4 小結」章節），關於合理使用之法律性質，應先釐清美國法所謂「Right」與「Privilege」之差異，再斟酌合理使用在著作權侵害概念中有關「違法性」概念之意義與分類，究以結果不法抑或行為不法為宜，就合理使用制度相關面向予以分析後始為定論，不宜單純作法學邏輯之抽象討論，或逕自將美國法之概念移植至我國著作權法制。茲分述如下：

⁶⁹ 吳漢東，前揭註 1，70-71 頁。

1. 「權利」與「利益」之思辨

從美國權威法學用語辭典 *Black's Law Dictionary* 就「right」⁷⁰、就「privilege」⁷¹之定義，可推知於英美法體系中，「right」係指法律授予某人之一種權力（power）、特殊權益（privilege）或免責事由（immunity）；得以要求他人應為或不應為某特定行為之合法、具有執行力之法律主張；一種受肯認、保護之利益，若有違反即屬錯誤、應受責難；某人就有體財產或無體財產所享有之利益（interest）、主張（claim）或所有權（ownership）。而「privilege」係指賦予某人法定權利（legal right）、特別許可（exemption）、免責事由（immunity），或應負義務之例外情事（an exception to a duty）；容許某人有關自由決定是否為某行為或不為某行為；免除應負之責任；被告得抗辯其行為乃法律所授權或認可之積極抗辯事由（an affirmative defense）。

綜上所述，可知美國法制所謂「right」與「privilege」之分界有時並不明確，有時具有同一概念內涵，「privilege」可謂特殊的「right」，然約略觀之，「right」係指本人得對他人要求為一定行為或不為一定行為；而「privilege」係指原本依一般規則，某人之行為或不行為將受非難，惟因其享有法律所規定之「privilege」，得主張免責或豁免，且於他人有所指訴時，得為積極之抗辯。

反觀我國，學者羅明通認為所謂「權利」，悉依各法律規定定之。以著作權為例，係指行使著作權法「所賦予之各種積極實現經濟利益上之權利」，如重製權、公開發表權、公開發表權、公開發表權、公開發表權、公開發表權、改作權、散布權、發行權、公開發表權等。⁷²另自最高法院 55 年臺上字第 2053 號判例⁷³要旨可知，權利

⁷⁰ 此部分係使用 WestLaw 資料庫所提供「Definitions—Define Using Black's Law Dictionary (8th ed., 2004)」功能檢索所得之資料。See also BRYAN A. GARNER, BLACK'S LAW DICTIONARY 1322 (7th ed. 1999). 見本論文附錄四。

⁷¹ 此部分係使用 WestLaw 資料庫「Definitions—Define Using Black's Law Dictionary (8th ed., 2004)」功能檢索所得之資料。See also BRYAN A. GARNER ED., BLACK'S LAW DICTIONARY 1215-17 (7th ed. 1999). 見本論文附錄四。

⁷² 羅明通，前揭註 9，第 II 冊，141-142 頁。

⁷³ 最高法院 55 年臺上字第 2053 號判例：「民法第 184 條第 1 項前段規定，以權利之侵害為侵權行為要件之一，故有謂非侵害既存法律體系所明認之權利，不構成侵權行為。惟同法條後段規定，故意以背於善良風俗之方法加害於他人者，亦同。則侵權行為係指違法以及不當加損害於他人之行為而言，至於侵害係何權利，要非所問。而所謂違法以及不當，不僅限於侵害法律明定之權利，即違反保護個人法益之法規，或廣泛悖反規律社會生活之根本原理的公序良俗者，亦同。通姦之足以破壞夫妻間之共同生活而非法之所許，此從公序良俗之觀點可得斷言，不問所侵害係何權利，對於配偶之他方應構成共同侵權行為。婚姻係以夫妻之共同生活為其目的，配偶應互相協力保持其共同生活之圓滿安全及幸福，而夫妻互守誠實，係為確保其共同生活之圓滿

係指「既存法律體系所明認」者。惟以上二者僅論及權利係依法律規定判斷，均未闡明何謂權利及其內涵為何，尙無法充分瞭解權利之概念。

探究權利之內涵應從權利形成之原因著手，美國法律社會學者 Lawrence M. Friedman 描述需求乃人類主觀上對於某些事物所產生之一般性慾望，利益即因人類之需求而發生。而人類之態度、意識型態、價值等法律文化元素於法律體系中，將人類之主觀利益轉換成需求，人類進而制定法律規範，故法律來自於因主觀利益所生的需求。⁷⁴另美國法律社會學者 Pound 將人類利益分爲個人的利益、公共的利益與社會的利益，其中公共利益可以社會利益視之，而所謂社會的利益，乃人類所追求而由法律所保護之需要、意欲與期待，將之轉化成「權利」。簡言之，賦予法律保護之社會利益即爲權利。⁷⁵

綜言之，權利起因於當人類各自追求自身利益之際時有衝突，爲求社會生活之安定，法律於一定要件下，在合理正當範圍內，承認個人得享受特定利益之力量，以定人與人之間之分際。是以權利係爲保障個人之自由，使個人得自主決定其行爲，進而構成社會生活，實現私法自治原則之精神。且權利爲「主觀化的法律」(subjective recht)，而法律爲「客觀化的法律」(objective recht)，則行使權利係「爲法律而奮鬥」。⁷⁶

如從社會資源的角度觀察，社會得以多種措施（如市場機制等）而爲整體資源之運用與分配，如何選擇適當之措施，社會成員得以明示或默示方法決之，因而有賦予社會成員某些權利或利益之必要。易言之，權利乃社會成員享有財富或資源之特定方式。而權利之發生與界定並非自然存在，係基於大多數社會成員之共識（ consensus ），即大部分社會成員認同以賦予權利作爲資源安排之手段。⁷⁷從權利社會化之觀念言之，利益之比較與衡量乃必經之途徑，應審酌「權利人因權利行使所

安全及幸福之必要條件，故應解爲配偶因婚姻契約而互負誠實之義務，配偶之一方行爲不誠實，破壞共同生活之圓滿安全及幸福者，即爲違反因婚姻契約之義務而侵害他方之權利。」

⁷⁴（美）勞倫斯·傅利曼（Lawrence M. Friedman），法律與社會，吳錫堂、楊滿郁譯，148-150 頁，民國 80 年。

⁷⁵ Pound 將社會利益分爲 6 類：（1）與社會安全有關之社會利益，（2）與社會制度穩定有關之社會利益，（3）與普遍的道德有關之社會利益，（4）與公共資源使用、維護有關之社會利益，（5）與政治、經濟發展有關之社會利益，（6）與個人有關之社會利益。參見洪鑣德，法律社會學，76-77 頁，民國 90 年 12 月。

⁷⁶ 王澤鑑，民法總則，91-92 頁，民國 89 年 9 月。

⁷⁷ 熊秉元，「賦稅原則、公民責任和社會變遷」，前揭註 53，19 頁。熊秉元，「保險與個人」，前揭註 53，65-66 頁。吳漢東，前揭註 1，65 頁。

能取得之利益」與「他人及國家社會因其權利行使所受之損失」，孰輕孰重，⁷⁸進而決定應否賦予權利及其權利內容為何。

準此，所謂「權利」，依法律上利益說，係指「個人所得享有，且由國家保障、得以強制貫徹其實現之個人生活上之一般利益。」。權利之種類因保障內涵之不同，可分為公法上權利（即公法學上所稱之權利）及私法上權利（即私權，以私法或私法學領域為範圍）。⁷⁹由於著作權法係涉及私人間法律關係，而不涵蓋公法上法律關係，故本論文僅探究「私權」之意涵。所謂「私權」，係指「法律所賦予享受一定利益之法律上之力」、「享受特定利益的法律之力」，例如人身權（含人格權、身分權）、財產權（含債權、物權及智慧財產權）等。⁸⁰而著作權乃著作權法對著作權人所賦予享有一定專有權能的法律之力，係屬私權自明。

再者，依法律上功能及作用言之，權利可分為請求權、支配權、形成權及抗辯權。所謂請求權，係指請求特定人為特定行為（含作為及不作為）之權利，此乃權利體系之樞紐，為發揮權利之功能，必得藉由請求權之行使始能實現。所謂支配權，係指直接管領權利標的之權利。所謂形成權，係指得依權利人之意思而形成一定法律效果（即發生、變更或消滅特定法律關係）之法律之力，相對人對此並未擔負任何義務，唯有容忍、受拘束之效果。所謂抗辯，廣義言之，係指就相對人所行使之權利所為之對抗或異議，包含（狹義）抗辯與抗辯權。其中（狹義）抗辯足使請求權發生消滅之效果，包括權利障礙抗辯及權利毀滅抗辯。而抗辯權係義務人針對已存在之請求權所發生之對抗權利，其行使與否端視義務人之自由決之，法院不得依職權審酌。⁸¹

另一方面，依權利效力所及範圍言之，權利可分為絕對權與相對權。所謂絕對權（又稱對世權），係指對於一般人所得請求不作為之權利，並得請求一般人不得侵害其權利，如身分權、物權。所謂相對權（又稱對人權），係指對於特定人請求特定行為之權利，不僅得請求特定人不得侵害其權利，並得請求為該權利內容之行為，如債權。⁸²

⁷⁸ 王澤鑑，前揭註 58，10 頁。最高法院 71 年臺上字第 737 號判例要旨參照。

⁷⁹ 王澤鑑，同前註，109 頁。邱聰智，「權利」，月旦法學教室，第 1 期，民國 91 年 11 月。

⁸⁰ 王澤鑑，前揭註 76，90-91 頁。王澤鑑，前揭註 58，109 頁。另參見最高法院 39 年臺上字第 987 號判例：「因故意或過失不法侵害他人之權利者，負擔損害賠償責任，此在民法第 184 條第 1 項規定甚明。所謂權利，應指一切私權而言，故因身體上所受損害致生財產上之損害者，當然包括在內。」

⁸¹ 王澤鑑，前揭註 76，92、99-100、102-103、105 頁。邱聰智，前揭註 79。

⁸² 王澤鑑，同前註，92 頁。

從而，權利應具備「社會典型公開性」，特別是「歸屬」與「排他」功能，⁸³由此引伸出權利之特性：不可侵犯性、限制性及強制性。權利之不可侵犯性為其最基本之特質，旨在保障權利人得不受他人干涉，合法執行其權利。而由於權利並非毫無範圍可言，人類生活關係彼此交錯，一人行使其權利可能妨礙他人之權利行使，反之亦然，故權利之限制性在於目的（權利於目的已達後即無存在實益）、義務（權利與義務為一體之兩面，密不可分，若權利有礙於義務之履行，即應停止）、**更高層次權利之干預**（不同層次之權利互相衝突抵觸時，自然權利高於人定權利、公共權利高於私人權利）。另權利人得以強力執行其權利，或追索其權利，此即權利之強制性。⁸⁴

另一方面，自最高法院 86 年度臺上字第 3760 號民事判決要旨⁸⁵可推知，所謂法益係屬上位概念，其下包含「權利」與「一般法益」二種態樣。而所謂「利益」係與「權利」、「私權」相對應，包含純粹財產上利益與精神自由等非財產利益。⁸⁶而純粹財產上利益於利益衡量上無從與人身權利、所有權等同視之，且此類利益若受侵害，則侵權行為直接侵害客體乃經濟上損失，並非因權利受侵害所造成之不利利益，此純粹經濟上損失之範圍具有高度不確定性，而涉及侵權行為法與契約法交錯適用之機制，於我國則以民法第 184 條第 1 項後段規定概括地予以保障，惟目前司法實務上對此理論有權利化之趨勢。⁸⁷

瞭解權利與利益之內涵後，且進一步思索權利之存在、行使、實現與保障所應付出之代價，亦即權利隱含運用資源之方式，社會資源有其極限，並非取之不盡、用之不竭，倘將資源用於 A 權利，則 B 權利所能享受的資源勢必受到影響，於資源有限之情形下，此機會成本之考量非常重要。另權利立基於社會成員所形成之共識，嚴格言之，應是由權力結構決定資源之分配與運用（power-weighted consensus），是以各關係人之權力架構權利之實質內涵，彼此權益互相對峙，如何折衝端視各關係

⁸³ 王澤鑑，前揭註 58，206 頁。

⁸⁴ 梁瑞祥，網際網路與傳播理論，128-129 頁，民國 90 年 12 月。

⁸⁵ 最高法院 86 年度臺上字第 3760 號民事判決：「按因故意或過失不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任，故意以背於善良風俗之方法加損害於他人者亦同，民法第 184 條第 1 項定有明文。本項規定前後兩段為相異之侵權行為類型。關於保護之法益，前段為權利，後段為一般法益。關於主觀責任，前者以故意過失為已足，後者則限制須故意以背於善良風俗之方法加損害於他人，兩者要件有別，請求權基礎相異，訴訟標的自屬不同。」

⁸⁶ 王澤鑑，前揭註 58，110-115、326 頁。

⁸⁷ 王澤鑑，同前註，110-115、326 頁。王澤鑑，民法概要，207 頁，民國 91 年 9 月。有關純粹財產上利益之理論探討，參見邱琦，前揭註 4。

人及社會成員所共同選擇之章典制度。⁸⁸

2. 違法性之概念

釐清權利與利益之概念後，其次應斟酌違法性之觀念。按侵害權利行為之成立，係以構成要件該當行為（侵害他人權利，致他人受有損害）及具備不法性或違法性、故意或過失為前提，前者為客觀歸責要件，後者為主觀歸責要件。而所謂違法性，依其性質區分為結果不法說及行為不法說。⁸⁹

結果不法說係指一旦侵害他人權利，原則上即推定此行為即具違法性，亦即加害行為之法非難性在於該行為所導致權利受侵害之結果，蓋權利具有不可侵犯性，人人均不得恣意侵害他人權利或法律利益。惟例外允許由於一定事由之存在而阻卻其違法性，此即「阻卻違法事由」之謂。⁹⁰

行為不法說則抨擊結果不法說過於嚴苛，故基於故意而侵害他人權利者，固應推定其違法性，然就出於過失而侵害他人權利者，即應以行為人未盡避免侵害他人之注意義務為其違法性要件，⁹¹且應判斷系爭行為本身是否屬於具有價值之生產活動，如是，即非不法。⁹²

行為不法說充滿高度法學論理之吸引力，致引起德國學界熱烈討論，惟由於究竟行為人係因侵害行為不具違法性而無庸負責，抑或因無故意、過失而不該當侵權責任，其法律效果並無二致，德國聯邦法院仍採結果不法說。⁹³至我國實務見解對於權利之不可侵犯性與阻卻違法事由間之關聯，可自我國最高法院 72 年度臺上字第 1469 號民事判決⁹⁴、93 年度臺上字第 851 號民事判決⁹⁵可明瞭。而前任大法官王澤鑑則認為將侵權行為之構成要件切割為「違法性（不法）」（結果的非價值）及「故意或過失」（對行為人的非難），架構清楚明確，並無捨結果不法說而改行為不法說

⁸⁸ 熊秉元，「賦稅原則、公民責任和社會變遷」，前揭註 53，19 頁。熊秉元，「全民健保、寇斯定理、預算程序」，前揭註 53，89 頁。

⁸⁹ 王澤鑑，前揭註 58，97-99、260-262 頁。

⁹⁰ 王澤鑑，同前註，260-261 頁。

⁹¹ 王澤鑑，同前註，261-262 頁。

⁹² 簡資修，「違反保護他人法律之過失推定」，經濟推理與法律，116-117 頁，民國 93 年。

⁹³ 王澤鑑，前揭註 58，263 頁。

⁹⁴ 最高法院 72 年度臺上字第 1469 號民事判決：「因過失不法侵害他人之權利者，原則上皆成立侵權行為，侵權行為人之行為，除有阻卻違法之事由外，概屬不法。」

⁹⁵ 最高法院 93 年度臺上字第 851 號民事判決：「侵害他人權利，即係違反權利不可侵之義務，除有阻卻違法之事由外，應屬不法。」

之必要。⁹⁶

此外，結果不法說之評價標的乃侵害行為，至侵害結果係侵害行為受違法性評價之原因（即結果非價值）。而之所以直接推定侵害權利行為具違法性，係由於權利（如生命、身體、健康、自由、所有權等）內容明確可知，倘權利之內容及界線模糊不清，則應依「利益衡量及價值判斷」認定其違法性。⁹⁷

綜上所述，侵害他人權利者，若被害人能證明其受害事實，即應受違法之推定，例外於行為人舉證證明阻卻違法事由存在時，該行為之違法性即遭阻卻，非屬不法。一般而言，主要有六種阻卻違法事由：正當防衛，緊急避難，自助行為，無因管理，權利行使，被害者之允諾等。其中權利行使部分，不問其性質為公權或私權，縱然因此侵害他人權利仍可阻卻違法。惟任何權利之行使，仍有一定之限制，若濫用其權利，逾越合理範疇，仍屬違法，而無從主張阻卻違法事由。⁹⁸

3. 合理使用之定性

以上章節詳述權利與利益之內涵、違法性與阻卻違法事由之意義，據此推論合理使用之法律性質。如本論文第「2.7 合理使用之法律性質」章節所述，合理使用之性質有權利限制說、侵權阻卻說與使用權利說，三理論各有所本，實則侵權阻卻說與使用權利說對合理使用所為之解釋，均可推論合理使用係屬著作財產權之限制，因而侵權阻卻說與使用權利說以何者為可採，所應審究者專以何理論最能發揮合理使用之預設功能為準。

(1) 理論探討方面

我國學者羅明通主張著作人之權利乃憲法第 15 條、第 165 條所保障之基本權利，惟憲法第 11 條所保障之表現自由（含言論、講學、著作及出版之自由）為人民實現自我、追求知識、參與民主政治之舉足輕重的基石，是以本於此積極表見之自由權利，人民得於合理範圍內，合理使用他人著作，以行使其言論、講學、著作及出版之權，傳達其意見或思想予他人。更據此推演出人民享有被動、消極之「接收訊息權」（the right to receive），故對他人著作得於合理範圍內，接觸、重製、改作或以其他方式利用他人著作之內容。⁹⁹是其積極主張合理使用權利說甚明。

然而，著作權為法律所賦予之法定權利（statutory-grant right），並非自然律所賦

⁹⁶ 王澤鑑，前揭註 58，263 頁。

⁹⁷ 王澤鑑，同前註，263-264 頁。

⁹⁸ 王澤鑑，同前註，264、272 頁。

⁹⁹ 羅明通，前揭註 9，第 I 冊，15-16 頁。羅明通，前揭註 9，第 II 冊，159-164 頁。

予之有自然權利 (inherent natural rights, 即天賦人權), 易言之, 其權利本質即得附加一定之法律上限制。¹⁰⁰此與前述權利之限制性中「更高層次權利之干預」面向(見本論文第「5.4.1 合理使用法律性質之省思 1. 「權利」與「利益」之思辨」章節)互相呼應。而著作權遭受侵害時, 著作權人得請求排除侵害、防止侵害, 且得請求損害賠償, 侵害著作權之人並應負一定之刑事責任(著作權法第 84 條至 103 條規定參照), 而著作權人所得行使、主張權利之對象係對所有人, 而非僅限於某一特定人或團體, 揆諸前述前任大法官王澤鑑就「絕對權」所下之定義(見本論文第「5.4.1 合理使用法律性質之省思 1. 「權利」與「利益」之思辨」章節),¹⁰¹著作權具有排他權能, 應屬絕對權。儘管著作權受有限制(如合理使用、第一次銷售理論、存續期間、強制授權、觀念與表達二分法等), 非謂著作權因諸多限制而喪失絕對權之特質。

另著作權包含著作人格權與著作財產權, 由於合理使用之標的係著作財產權, 因此本論文皆以著作財產權為討論對象。而著作權法對於著作財產權之權利內容有明確之規定, 著作財產權人係於一定時間內專有重製等權利, 縱有合理使用加以限制之例, 惟其權利內容仍屬清晰可知, 並無「過於廣泛難以明確限界」¹⁰²之情事, 故以「著作財產權受合理使用極大之限制, 其權利之界線係隱晦不明而充滿不確定性」為由, 作為支持行為不法說及利益衡量、價值判斷之根據,¹⁰³似有未洽。綜上所述, 著作權乃一法律授予具絕對權性質、設有限制(如合理使用)之法定權利, 其權利內容及界線明確。

所有法律利益之保障, 並非給予同等程度之保護, 而係基於立法政策之考量有所區別, 原則上「權利」之保護優先於「利益」(財富或經濟上利益), 從而「利益」之保護要件較「權利」為嚴格。¹⁰⁴再者, 結果不法說亦立論於權利具有絕對性、排他性、明確性、相對優先性, 故而一旦有權利受侵害之情形, 即率先推定其行為不法。¹⁰⁵是以權利與利益受有不同程度之保障, 而著作權為一絕對權, 則用以限制著作權之合理使用性質上究否亦屬權利之一種, 其定性之關鍵在於有無對合理使用賦予權利性質之必要。

按人與人之間彼此溝通、交往, 互受對方之影響, 此種交互影響蘊含社會資源

¹⁰⁰ 梁瑞祥, 前揭註 84, 129-130 頁。廖偉迪, 前揭註 12, 16-17 頁。 See also *Wheaton v. Peters*, 33 U.S. 591 (1834).

¹⁰¹ 王澤鑑, 前揭註 58, 206 頁。

¹⁰² 王澤鑑, 同前註, 264 頁。

¹⁰³ 羅明通, 前揭註 9, 第 II 冊, 162 頁。

¹⁰⁴ 王澤鑑, 「挖斷電纜的民事責任: 經濟上損失的賠償」, 民法學說與判例研究(七), 105 頁, 民國 92 年 9 月。

¹⁰⁵ 羅明通, 前揭註 9, 第 II 冊, 162 頁。

於雙方交往過程中之交換、流通，而整體社會成員為妥善運用、分配社會資源，得採取多種措施，市場機能即為其中一種方式。至於採用何種方案，社會成員得以明示或默示方法決之，其決定之結果即賦予社會成員某些權利。易言之，權利之發生並非自然存在，而係基於大多數社會成員之共識，認同以賦予權利的方式安排資源，且權利可謂得以控制及利用社會資源之一種權力。¹⁰⁶

著作代表前人智慧之累積、智識思慮之結晶，係屬重要之社會資源，為鼓勵創作，藉由選舉所推舉之立法者通過著作權法之制定，表達出大部分社會成員就此所達成之共識。一方面授與創作人一獨占之權利—著作（財產）權，獎勵其為創作所為之付出及對人類文化智識資產之貢獻。另一方面，賦與社會大眾得以合理使用著作財產權人之著作，使其於一定合理範圍內，自由接觸、利用著作。惟合理使用之表徵缺乏權利所應具備之「社會典型公開性」及「歸屬」與「排他」功能，¹⁰⁷故甚難想像某人得主張著作財產權人或他人侵害其「合理使用權」而請求排除「加害人之侵害」或賠償其損害。

再者，前已述及（見本論文第「5.2 形塑合理使用理論之基本原則 5.2.3 公共利益面向」章節），憲法所保障之言論自由，一方面積極保障表意人之表意自由，另一方面亦同時保障表意人以外之他人有接收資訊之自由，然接收資訊權僅屬補充、依附於言論自由之消極權利。且整體觀察合理使用他人著作之行爲歷程，利用著作之人先處於消極地位接觸他人著作，接收其中所傳達之資訊，加以吸收消化後，進而為合於該著作本質目的之行爲（以上乃對一般消費大眾而言），或注入自己的創意，創造出另一新的作品（以上乃對潛在之後續作者而言）。是以接收資訊權僅為合理使用行爲表現之一部分，充其量僅能認為接收資訊權內化成合理使用之一部分，而非逕謂合理使用即等於接收資訊權，進而得以接收資訊權之主張，將合理使用之性質提升至權利之位階。

此外，如何衡量著作權人利益與社會大眾利益，此乃合理使用原則創設以來，始終存在之利益衡量疑義，目前仍無定論。即使強化合理使用，將合理使用轉化成權利，並無助於解決合理使用有史以來之爭執—如何劃分著作財產權人之權利範圍與社會大眾之自由利用著作範疇，有關著作權利用之四面關係之利益糾葛狀態仍無法因使用權利說而及早達到均衡而告確定。

復從權利實現面向觀之，倘承認對於他人著作有「合理使用權利」，則對「合理

¹⁰⁶ 熊秉元，「賦稅原則、公民責任和社會變遷」，前揭註 53，18-19 頁。熊秉元，「保險與個人」，前揭註 53，65-66 頁。

¹⁰⁷ 王澤鑑，前揭註 58，206 頁。

使用權利人」而言，是否容許「合理使用權利人」自由移轉、授權、處分、拋棄其「合理使用權利」？於「合理使用權利人」死亡後，其繼承人能否繼承其「合理使用權利」？抑或認定「合理使用權利」具有個人專屬性，一旦權利人死亡隨即消滅，無得由繼承人繼承之？容許「合理使用權利」自由處分之前提在於「合理使用權利」之權利範圍係屬清楚確定，其權利界線清晰可辨，於「合理使用權利人」處分之際，始能讓交易雙方瞭解交易之標的及其權利義務範圍，惟於著作權法制所規範之合理使用原則，其成立與否取決於著作權法第 65 條第 2 項所列四款判斷基準及其他一切情狀之審酌，具有高度不確定性，則其「權利範圍」為何，殊難想像。綜上所述，無論從權利發生之基礎、合理使用之外在表徵、內在意涵及權利實現等面向，均無從認定合理使用之法律性質係屬權利。

(2) 法律的經濟分析方面

法院於審理訴訟案件時，其認事用法須支出成本（司法成本），蓋法院為認定某一法律事實之存否，必須經由調查證據程序，由當事人（原則上為民事訴訟之原告、刑事訴訟之檢察官或自訴人）就其主張之事實提出證據，經法院予以調查審理後始為事實之認定，於此事實認定過程中所花費者係屬訊息處理成本。為降低此訊息處理成本，訴訟法即要求當事人負舉證責任，若事實不明時，則由負舉證責任之一方承受不利認定之風險；實體法則有法律上之推定，如契約之成立須契約當事人互相表示意思一致（民法第 153 條第 1 項規定參照），現已知契約當事人對於必要之點，意思一致，而對於非必要之點，未經表示意思者，則同條第 2 項即推定其契約為成立，以節省主張契約成立之一方尚須花費時間、精神證明兩造就非必要之點亦有合致之意思表示，如此可降低訊息處理成本。¹⁰⁸

若承認合理使用之權利性質，即使尚無利用他人著作之行爲，人人皆可對他人著作預先提起「確認合理使用權利存在」之訴，要求法院預先確認合理使用之範圍，既然尚未利用他人著作，法院為判斷其日後合理使用之界線，勢必耗費許多司法資源予以調查，其司法成本／訊息處理成本甚高。即令法院善盡調查之能事而得以判決確認之，如「合理使用權利人」未來利用該他人著作時，著作權人質疑其利用方式逾越前開確認判決既判力所及之範圍，再次產生合理使用成立與否之爭執，勢必二度進入訴訟程序，再由法院就此爭執重為審理、判決，顯然多重利用司法程序確立並實現其權利內涵，其司法成本與訊息處理成本過鉅。再者，如前所述，承認合理使用之權利性質，仍無法避免因個案判斷原則所生之不確定性，並無任何實益。

對著作權人而言，基於契約自由原則，能否與「合理使用權利人」簽訂契約，

¹⁰⁸ 簡資修，前揭註 92，113、116、118 頁。

約定「合理使用權利人」拋棄其「合理使用權利」？以觀現今社會中，著作權人多方利用契約自由原則要求消費者接受定型化使用條款，否則將不許就著作物有進一步利用之情形（如拆封契約 shrink-wrap agreement、點選契約 click-wrap agreement、瀏覽契約 browse-wrap agreement, web-wrap agreement, browse-through agreement 等），即可推知。如此結果將導致合理使用原則形同虛設，恐非著作權法制之終極目的。再者，除既有對侵害其著作權之人所為追索、談判、訴訟流程之外，著作權人尚須應付自稱享有「合理使用權利」之人於尚未利用其著作之前所提出之相關主張、訴訟，遑論訴訟確定之後更須花費許多時間、精力確認「合理使用權利人」所行使之「合理使用權利」之方式與內容是否與原確定判決所確認之範圍相符，其所付出之維護權利（著作權）成本過鉅，顯超乎其因著作權所獲取之經濟利潤，有為著作權追求社會經濟效益最大化的目的。

如採侵權阻卻說，則可於利用著作之人對他人著作為利用行為之後，引發究屬侵害著作權抑或構成合理使用之質疑時，由著作權人自行決定是否提起訴訟解決紛爭。若著作權人考量蒐證、訴訟及執行等成本，不願對利用著作之人提起訴訟，此為著作權人行使其著作權及訴訟權之自由，無由他人置喙。如著作權人執意行使其著作權，一旦進入法院訴訟程序，先由著作權人舉證證明利用著作之人擅自為重製等行為，侵害其著作權之專有權利，依結果不法說推定其行為不法，再由利用著作之人得為合理使用之抗辯以作為阻卻違法之事由，由法院視具體個案之利用著作情形，審酌一切情狀之後，判斷合理使用之存在與否，並認定利用著作之人是否構成侵害著作權之責任。如此權利確立流程遠較使用權利說所需之交易成本、司法成本及訊息處理成本及維護權利成本為低，符合法律以最小成本追求正義之宗旨。

(3) 判決實務方面

在司法判決實務方面，我國學者羅明通舉出臺灣高等法院 83 年度上更（一）字第 788 號刑事判決：「依憲法第 11 條規定，人民有言論自由及出版自由，惟若著作權法所保護之著作過於浮濫，不但將使人民於熟識出版活動時困難重重，影響所及，亦將妨害人民資訊取得之權利，故著作權人所創作之作品固須加以保護，但仍需有一定之限度，以調和社會公共利益及保障一般人民之言論、出版自由等基本權利。是以著作權法第 52 條……此為對已取得著作權之著作，合理使用型態之一，而認為阻卻違法。」，及採相同見解之臺灣高等法院 84 年度上更（二）字第 902 號刑事判決，皆肯認合理使用之法源基礎為憲法第 11 條規定，故推論此二判決係採合理使用權利說，然此二判決又認合理使用乃一阻卻違法事由，學者羅明通據此推論此二

判決係採結果不法說。¹⁰⁹

然而本論文所檢索整理之合理使用民事判決，絕大部分均由利用著作之人提出合理使用之抗辯後，法院始為審酌（見本論文第「4.2 我國法院關於合理使用之適用概況統計 4.2.1 民事訴訟 6. 合理使用之性質」章節），其中臺灣臺北地方法院 93 年度小上字第 4 號民事判決直指：「對於著作權之合理使用，『並非權利，而是許可』（not a right, but a privilege），乃是著作權人對於利用人之行為提出侵害著作權訴訟後，利用人據此主張其利用行為，係對於著作權之合理使用，擬藉此免除其構成侵害著作權責任的一種訴訟上防禦方法（參黃怡騰，著作之合理使用案例介紹，頁七，刊登於經濟部智慧產局網站 <http://www.tipo.gov.tw>）。是上訴人依著作權法第 65 條之規定，僅係許可上訴人於例外情形下得基於非營利之目的，而自行為重製系爭音樂著作雷射唱片之合理使用行為，並非授與上訴人即得請求被上訴人應提供科技上協助供其便利為重製行為之權利，揆諸首揭說明，上訴人並無所謂『合理使用』之權利。」。

於刑事判決方面，由法院依職權逕自審酌被告（利用著作之人）使用著作財產權人著作之行為是否該當合理使用之構成要件，其數量占大多數，此係由於法院有依職權為被告注意一切有利及不利之情形，並應依職權調查於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項（刑事訴訟法第 2 條、第 163 條第 2 項規定參照）。而由利用著作之人於法院審理時提出合理使用之抗辯之案件數量次之（見本論文第「4.2 我國法院關於合理使用之適用概況統計 4.2.2 刑事訴訟 7. 合理使用之性質」章節）。

再者，關於法院審酌合理使用之時點，無論民事判決或刑事判決，大多均是先行審酌利用著作之人是否重製、擅自重製、引用、使用、發行、接觸及實質近似或逾越授權範圍等而構成著作權之侵害後，始進一步探討合理使用之成立可能性（見本論文第「4.2 我國法院關於合理使用之適用概況統計 4.2.1 民事訴訟 6. 合理使用之性質」、「4.2 我國法院關於合理使用之適用概況統計 4.2.2 刑事訴訟 7. 合理使用之性質」章節）。

¹⁰⁹ 羅明通，同前註 9，第 II 冊，160 頁。學者羅明通認為臺灣臺北地方法院 91 年度自字第 69 號刑事判決亦採使用權利說，然觀諸該判決係謂：「被告裴偉為維護人民知的權利，指派記者採訪並取得受訪者所提供系爭九幀相片，並刊載在壹週刊第 24 期雜誌內用以報導鄭明析所涉不法事證，顯係為報導時事而使用採訪所得之攝影著作。且系爭九幀相片既僅供教友選購之用，而被告裴偉只有在壹週刊第 24 期雜誌刊登該相片，依著作權法第 65 條第 2 項利用標準來衡量，對於該攝影著作市場價值影響不大，尚屬合理使用的範疇，自不構成侵害自訴人著作財產權（重製權部分）。」，固肯定合理使用之目的在於「維護人民知的權利」，似未認定合理使用即屬一權利。

另臺灣板橋地方法院 87 年度自字第 527 號、臺灣新竹地方法院 93 年度訴字第 404 號刑事判決認為被告合理使用著作財產人所有之攝影著作，因合理使用而阻卻違法，自難認其應負擔擅自重製他人之著作罪責，係採阻卻違法說。又臺灣桃園地方法院 91 年度自字第 156 號刑事判決則從實質違法性之觀點，認為系爭攝影著作並無相當之經濟價值，難認被告所為侵害著作財產權之潛在市場價值，是其侵害之法益、行為均甚輕微，縱然不科以刑罰，亦不致違反社會一般倫理觀念，違法性極低，自亦無依著作權法對被告科以刑罰之必要。

綜觀合理使用相關判決之實證統計結果，實務通說係認合理使用乃一違法阻卻事由，亦即當認定利用著作之行為侵害著作權時，即先推定具違法性，嗣後再審酌是否構成合理使用，而阻卻其違法性，不令利用著作之人負擔侵害著作權之責任。亦即對違法性部分採結果不法說，對合理使用部分則採阻卻違法說。

(4) 小結

從學理上觀之，合理使用雖為著作權法所承認之著作權限制，然從權利發生之基礎、合理使用之外在表徵、內在意涵及權利實現等面向，均無法認定合理使用之保護強度到達「權利」之程度，是以合理使用僅屬著作權法上所賦予之一般法律利益。另從法律的經濟分析及法院判決實務之實證角度觀之，採使用權利說之相關成本較高，故以侵權阻卻說為宜。從而，對於合理使用給予「利益式保護」¹¹⁰即為已足，並無承認「合理使用權利」之必要。

5.4.2 合理使用判斷基準之靈活運用

1. 基本判斷原則

「重製」與「重製物」、「複製物」(copies) 乃著作權法之規範重點，此係傳統著作權之鼓勵創作誘因。而著作之利用型態有三種：「不受規範之利用」(unregulated uses)、「受規範之利用」(regulated uses)、「受規範但視為合理之利用」(regulated uses which are regarded fair)。第一種型態為 Lawrence Lessig 教授所提倡「自由文化」(free culture) 之領域，此在實體世界 (real space) 為數眾多，是以寬鬆 (thin) 的合理使用保護即為已足。然而，網際網路之開展使每一利用行為均符合「重製」之定義而落入「受規範之利用」的範疇，利用著作之人難以創作內容之利用態樣的轉換為由而解套，因而將希望寄託於第三種型態「受規範但視為合理之利用」，則合理使用在

¹¹⁰ 我國學者簡資修就侵權行為之損害客體，按功能性區分為「權利式保護」與「利益式保護」，其內容可為增減，並非一成不變。見簡資修，前揭註 92，117 頁。

新數位環境中所扮演的角色甚為吃重。¹¹¹職是之故，合理使用自著作權創設以來即負有追求公共利益、維護公共領域之重責大任，隨著科技之演進，合理使用所發揮之功能更應與時併進。為使合理使用發揮其重要調和功能，以下分就合理使用之規範體例與適用模式予以討論。

有關合理使用判斷基準之規範體例究以嚴格規定抑或衡平規定為宜，此從著作權政策決定之歸臬乃著作權人私人利益與社會利益之均衡，佐以利用著作之類型不斷推陳出新，制式之法規範模式將產生法律無法適當因應社會變革的僵局，是以著作權合理使用之法文內容宜為抽象之法規範，而將合理使用之判斷基準予以例示，借重法院於日後審理、判決時，視具體個案情形，將均衡之思維融入判決內，具體實施均衡原則。再者，科技發展一日千里，著作權法即有必要跟隨因應，惟任何人均無法預估日後法律與科技之發展方向，遑論事先以統計數據、計量經濟學¹¹²精算法律制定或修正前後所生之損益，是以立法者於制定合理使用方法規範時，宜為衡平規定，由法院事後秉持均衡原則加以思量、判斷，始具實現可能性。

於探究如何靈活運用合理使用判斷基準之前，首應觀察法院對於合理使用各判斷基準之偏好。綜觀我國合理使用案例之量化研究結果（見本論文第「

4.2.3 統計結果分析－合理使用之適用概況 8. 合理使用之判斷」、「4.3 臺灣社會獨有之特色」章節），我國法院相當依賴著作權法第 65 條第 2 項第 1 款所定之判斷基準，尤其是商業營利與非商業營利用二分法之適用，一旦系爭著作利用型態具有商業目的或營利性質，則合理使用成立的機率微乎其微，少有法院判決突破商業營利與非商業營利用二分法。如此單一判斷基準之適用模式，顯然過於忽略其餘判斷基準之重要性。

應補充說明者，本論文有關合理使用判決之統計資料，係以宣判日期為民國 94 年 12 月 2 日以前之判決為檢索對象，而最高法院於同年 16 日以 94 年度台上字第 7127 號刑事判決認為：「著作權法第 65 條第 2 項第 1 款所謂『利用之目的及性質，包括係為商業目的或非營利教育目的』，應以著作權法第一條所規定之立法精神解析其使用目的，而非單純二分為商業及非營利（或教育目的），以符合著作權之立法宗旨。申言之，如果使用者之使用目的及性質係有助於調和社會公共利益或國家文化

¹¹¹ LESSIG, *supra* note 59, at 139-45.

¹¹² 所謂計量經濟學（Econometrics）係以數理經濟學與統計學為方法論之研究基礎，嘗試綜合研究理論之數據與實證上之數據，以進行經濟現象之分析與經濟問題之解決，將經濟學之定性研究拓展至定量分析。維基百科，「計量經濟學」，at <http://zh.wikipedia.org/wiki/%E8%AE%A1%E9%87%8F%E7%BB%8F%E6%B5%8E%E5%AD%A6>（造訪日期：民國 95 年 7 月 10 日）。

發展，則即使其使用目的非屬於教育目的，亦應予以正面之評價；反之，若其使用目的及性質，對於社會公益或國家文化發展毫無助益，即使使用者並未以之作爲營利之手段，亦因該重製行爲並未有利於其他更重要之利益，以致於必須犧牲著作財產權人之利益去容許該重製行爲，而應給予負面之評價。」，此判決明確揚棄商業營利與非商業營利利用二分法之適用，改從能否有助於調和社會公共利益或國家文化發展爲斷，誠屬可採。惟上開判決係針對著作權法第 65 條第 2 項第 1 款所定之判斷基準，至於其餘三款所定之判斷基準，其法律地位爲何？應否一併納入審酌，抑或擇一適用？其餘三判斷基準是否亦以有助於調和社會公共利益或國家文化發展爲原則？上開判決均未論及於此，且其認定準則係以「有助於調和社會公共利益或國家文化發展」，亦過於抽象。

另從本論文第「3.2 新興科技對於著作權法之衝擊」章節所介紹之美國諸多案例，美國法院雖多全面探討美國著作權法第 107 條所例示之四項判斷基準於系爭案件之適用情形，逐一判斷各基準於合理使用成立之有利／不利／中性結果，然並非單純加總各基準適用結果，以總數較多者認定合理使用成立與否，實則由於綜合判斷之審酌模式，可推知第一、四項判斷基準實際上占有重要之關鍵地位，有學者因而推演出「市場替代理論」。¹¹³

誠然，商業營利與非商業營利用之判斷基準與被利用著作價值、潛在市場之判斷基準息息相關，蓋著作權本在提供鼓勵創作之誘因，當認定系爭著作利用行爲具商業目的、營利性質時，自將減少著作權人原本預期著作物之銷售數量與經濟收益，當會影響被係用著作之現在價值與潛在交易市場。又第二、三項之判斷基準亦與第四項判斷基準高度相關，蓋被利用著作若爲非事實性著作，其市場經濟價值較高，容許合理使用非事實性著作，其於市場上經濟價值受損程度較事實性著作爲大。同樣地，利用比例及數量、質量較高者亦對被利用著作之經濟價值有較大的影響。

然而，非謂合理使用之判斷基準僅須保留第四項（即「市場替代理論」）即可，此單一基準見解過於簡化合理使用理論，亦小覷合理使用利益衡平之功能，蓋從經濟誘因說之觀點，第四項判斷基準固爲著作權與合理使用之中心理念，惟任何未經著作權人授權或同意之利用著作行爲原則上均會影響被利用著作之價值與潛在市場，差別僅在於影響程度之高低，如以利用著作之結果影響被利用著作之潛在市場與現在價值爲由，不許合理使用之成立，如此單一基準之操作反而導致合理使用永

¹¹³ 「市場替代理論」係以第 65 條第 1 項第 4 款所定之判斷基準「利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響」爲主，認爲法院於判斷利用目的時，係審酌利用著作之人的利用目的與性質是否與被利用著作的利用目的與性質相同或近似，而發生市場替代效果。參見林柏杉，「從市場觀點論著作之合理使用—分析『市場替代效果』與『市場失靈』之理論」，華岡社科學報，第 14 期，107-114 頁，民國 89 年。

無成立之機會。

再者，單以經濟價值及潛在市場加以衡量，會產生判斷上之偏差，蓋於市場上散布、流通著作藉此獲利並非授與著作權之唯一目的，尙應深層思考人類智識文化資產之整體面向。縱然經評估結果，第四項判斷基準不利於合理使用之成立，惟若著作利用之目的、性質更有助於人類智識文化資產之提升，即應考慮有利於合理使用之認定，而第二、三項判斷基準亦具有類似之輔助認定功能，此即獨立於第四項判斷基準之外另設有第一至三項判斷基準之道理。從而，不宜單取一項判斷基準，應以人類智識文化資產之公共利益為核心，以利用著作之類型為判斷標的，綜合判斷著作利用之型態與內容。上開著作權與合理使用相關原理原則之邏輯演繹看似理所當然，惟關鍵在於究應如何適用著作權法第 65 條第 2 項之判斷基準，不至於形同空中閣樓之虛無飄渺？

首應探求本條文之文義，著作權法第 65 條第 2 項規定：「著作之利用是否合於第 44 條至第 63 條規定或其他合理使用之情形，**應審酌一切情狀，尤應注意**下列事項，以為判斷之基準：一、利用之目的及性質，包括係為商業目的或非營利教育目的。二、著作之性質。三、所利用之質量及其在整體著作所占之比例。四、利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響。」，是以，依法條之文義解釋，有關合理使用之判斷「應」審酌所有著作利用之相關情狀，至該條項所定之四項基準乃其中一部分，故於判斷合理使用之際，理應將所有著作利用之相關情狀整體納入考量，且應將該條項所定之四項基準均一併審酌。

然而，觀察本論文所蒐集我國法院自民國 85 年以來之著作權合理使用相關判決（見本論文第「4.2 我國法院關於合理使用之適用概況統計 4.2.2 刑事訴訟 9. 判斷基準（4）著作權法第 65 條第 2 項第 1 款判斷基準之具體適用」章節），大部分法院判決偏重第 1 項、第 3 項判斷基準之適用，第 4 項判斷基準次之，第 2 項判斷基準更是稀少，故法院之判斷集中於利用目的及使用比例之判斷，且利用著作之人倘具商業目的或營利意圖者，及利用原著作之比例越高者，較不利於合理使用之認定，此種判斷方式即與法條文義有悖。

另一方面，綜合判斷所有情狀之方法固然符合著作權法第 65 條第 2 項之要求，惟此方法之流弊即在於純粹機械化的套用各判斷基準，缺乏具體、明確性，各關係人無從預測利用著作行為之法律效果及責任。為免合理使用流於抽象法則之判斷反具高度不確定性，有必要將判斷基準之運用精緻化，各判斷基準不應個別獨立加以論斷，否則將淪為機械式地套用法律規定，僅屬法匠之工作，而無從完成法學家之重大任務。

實則各判斷基準彼此間環環相扣，相互影響，理應釐清彼此間之關聯性。如觀察著作權法第 65 條第 2 項各款，其中第 4 款判斷基準明顯著重著作權人及著作權提供創作誘因之角度，且第 2、3 款判斷基準亦輔助第 4 款判斷基準之認定，此三項判斷基準係屬客觀因素之衡量。而第 1 款判斷基準則強調利用著作之人之主觀利用目的及利用著作之客觀性質，且有關利用著作性質之判斷，應審究著作權人原始創作目的或是否明示或默示允許他人逕自利用其著作。綜合各判斷基準及主觀因素與客觀因素之衡量，其背後隱含之思想即在於如果利用著作之目的與性質有助於鼓勵知識與資訊之傳遞、交流與共享，促使人類智識文化資產之永續性、豐盈化與優質化，即應考慮合理使用之成立可能性。職是之故，著作權法第 65 條第 2 項所定之四項判斷基準並非全然屬客觀情狀之審酌，亦涵蓋著作權人及利用著作之人的主觀因素，且著作權法第 65 條第 2 項本文所稱「一切情狀」固可包含著作權之核心—鼓勵知識與資訊之傳遞、交流與共享，促使人類智識文化資產之永續性、豐盈化與優質化—，然與其潛藏在此抽象文字背後，不如將之明文列為審酌之第五項基準「利用結果對於人類智識文化資產之整體影響」，並將「其他情狀」（如公共政策、商業競爭上之公平與合理、節省相關費用之支出、公平合理、商業利益衝突、商業習慣、知的權利、教育傳承、資訊自由、著作之社會意義、憲法所賦予之職權、一般使用慣例、惡意抄襲之情節等）列為第六項基準，始屬完整之衡平考量。

易言之，著作權法第 65 條第 2 項現行規定模式易使法院於判斷合理使用成立與否之際，僅強調本條項例示之四項判斷基準，而忽略條文所稱「一切情狀」及著作權本身欲追求之目標，故本論文建議可考慮將著作權法第 65 條第 2 項規定修改如下：「著作之利用是否合於第 44 條至第 63 條規定或其他合理使用之情形，應審酌利用著作之一切情狀，以下列情形為判斷之基準：一、利用之目的及性質，包括係為商業目的或非營利教育目的。二、著作之性質。三、所利用之質量及其在整體著作所占之比例。四、利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響。五、利用結果對於人類智識文化資產之整體影響。六、其他情狀。」，可使法院於適用過程中全盤注意所有利用著作相關情狀。

此外，有關各判斷基準之審酌，應釐清一般論者所謂「為促進文化進步，故應限制著作權」之論點，深究其實體內涵具有三面向：

第一面向：對一般消費大眾而言，雖無產生後續創作之可能，卻因各式各樣著作（含先前著作與後續著作）之滋養，不僅增加個人之文學藝術涵養或身心舒暢健康，同時使整體社會文化環境優質化。

第二面向：對潛在之後續作者而言，其得經由合理使用、思想與表達二分法、著作權期間等著作權限制，得以自由接觸、利用先前著作，進而產生創意而加以創

作更多的後續著作，提升整體社會之文化水準。

第三面向：此係從第二面向衍生而來，思量著作權對於整體社會之影響。若容任著作權獨大、毫無任何限制，潛在的後續作者動輒得咎，若未經授權，無從利用先前著作，造成「寒蟬效應」，無疑先前作者得藉由著作權之保護獨占思想及表達方式，後續作者之發展空間日益縮小，言論漸趨同一性，甚至形成「一言堂」之局面，違反民主鼓勵言論多元化之真諦。

以上三面向之立足點均不相同，可視為「著作之多重目的」，爰審酌著作權之初始任務即在提供誘因以鼓勵作者持續創作，佐以著作權之最終目的在於鼓勵知識與資訊之傳遞、交流與共享，促使人類智識文化資產之永續性、豐盈化與優質化，著作權法對於各面向即應給予不同之法律評價，從而，應按照各利用著作之目的與態樣，容許各面向之合理使用或使用先前著作之程度有所差異。

對第一面向而言，雖著作能提供一般消費大眾相當之功用，惟在衡量著作權人之利益與一般消費大眾因著作所得享受之效益之際，原則上應偏重前者之保護，蓋一般消費大眾對於著作之產生並未提供直接助力，作者花盡心力創作，理應給予相當之肯定與保障，倘任令一般消費大眾毫無任何條件地免費使用著作，將使作者喪失繼續創作之動機，日後創意將不斷凋零，甚至消失殆盡。職是，應認一般消費大眾對於著作之利用僅享有些許自由，原則上必須獲得作者或著作權人之同意或授權後始得為之，除非有特殊情狀（如另有其他利用目的、被利用著作之特質或其他特殊情事等），否則一般消費大眾所能主張之合理使用空間較為狹隘。

對第二面向而言，由於潛在之後續作者因先前著作之刺激，而產生新創作，對於整體社會而言，係屬有生產性（productive）之積極創作行為，從而對人類智識文化資產有所貢獻，倘要求潛在之後續作者創作之際，處處留心是否取得先前作者之同意或授權，動輒得咎，如無法獲得授權，即須放棄此部分著作之利用，無疑箝制其創意，反而減損人類智識文化資產。是以為鼓勵潛在之後續作者能進行創作，應給與其較寬廣之合理使用空間。

對第三面向而言，為鼓勵言論多元化，促進民主政治之發展，並避免因著作權獨大導致寒蟬效應之發生，應積極提倡知識與資訊之自由分享，賦予潛在之後續作者較大之合理使用可能性。

從前揭著作權之賦與對於一般消費大眾、潛在之後續作者、整體社會所生影響之面向，合理使用之判斷應完整考慮「承認著作權之存在」與「肯定合理使用之成立」二者之結果，無論是各判斷基準或一切利用著作之相關情狀之審酌，均不得忘卻著作權之中心思想－鼓勵知識與資訊之傳遞、交流與共享，促使人類智識文

化資產之永續性、豐盈化與優質化。

準此，為降低現行合理使用運作方式及適用流程之不妥與困擾，本論文所建議合理使用具體類型化之基本原則在於不同利用著作之類型之合理使用範圍各有差異，其所適用各判斷基準之次序及比重有不同程度之差別，且為使分析單純化，本論文所為之具體分類係就著作權法第 65 條第 2 項所定之合理使用之情形予以探索，嘗試將本條項所例示之判斷基準予以邏輯性之排序，至第 44 條至第 63 條所定之個別合理使用情事，於審酌其使用他人著作之情形是否合理而回歸著作權法第 65 條第 2 項規定時，自得適用此判斷體系。

本論文所建議之合理使用判斷方式如圖 6 之合理使用判斷邏輯體系所示，首先判斷系爭著作之利用型態，從利用著作行為是否屬於轉化、生產性使用為起點，再考慮利用之目的與性質，進而從被利用著作之性質思考被利用著作之著作權人原始創作目的，倘原著作權人明示或可得推知不同意系爭利用著作行為時，參以所利用之質量及其在整個著作所占之比例，以交易成本之觀點分別探討利用著作之結果，衡量利用結果對著作潛在市場、著作現在價值與人類智識文化資產之影響，並注意其他特殊情事之存否。綜言之，並非於具體個案中逐一判斷著作權法第 65 條第 2 項各款判斷基準，而係視具體案情為判斷基準之取捨，其詳細適用流程如下章節所述。

2. 合理使用判斷邏輯體系之內蘊

前已述及，各種利用著作之類型各有其使用目的（如創作、消費、散布著作、保存及典藏著作等），所欲達成之目標影響人類智識文化資產之深度及廣度自有差異，是以有必要區分利用著作之類型，而承認不同程度與範圍之合理使用。本論文所建議之合理使用判斷邏輯體系參考長久以來學說與實務針對合理使用各判斷基準所衍生之各理論及見解，以豐富人類智識文化資產為中心思想，嘗試將各判斷基準¹¹⁴及其相關理論予以邏輯順序之排列，將合理使用適用情形加以類型化。

於建構合理使用判斷邏輯體系之前，首應簡介於著作權法中「轉化理論」。「轉化性使用」(transformative use) 或「生產性使用」(productive use) 一詞可自美國著作權法第 107 條第 1 項本文規定：「……著作之合理使用……基於議論 (criticism)、評論 (comment)、新聞報導 (news reporting)、教學 (包含於課堂上使用多份影印) (teaching (including multiple copies for classroom use))、學術 (scholarship)、研究

¹¹⁴ 以下將「利用之目的及性質」簡稱為「第一項判斷基準」，「著作之性質」簡稱為「第二項判斷基準」，將「所利用之質量及其在整體著作所占之比例」簡稱為「第三項判斷基準」，將「利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響」簡稱為「第四項判斷基準」，將「利用結果對於人類智識文化資產之整體影響」簡稱為「第五項判斷基準」，將「其他情狀」簡稱為「第六項判斷基準」。

(research) 等目的，非屬著作權之侵害。……」，¹¹⁵及同法第 101 條就「衍生性著作」(derivative work) 之定義為「就先前著作予以重新編排、轉化或調整 (recast, transformed, or adapted) 之著作」¹¹⁶，可約略尋得「轉化」概念之蛛絲馬跡，¹¹⁷惟由於第 107 條所例示之數種合理使用情事—教學、學術、研究—均不具生產性，且第 107 條條文本身及美國國會於制定第 107 條規定當初之立法理由¹¹⁸亦未提及任何「生產性使用」之文句。¹¹⁹「生產性使用」一詞首次出現於 *Sony v. Universal City Studio* 案，之後於 *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.* 案再次予以肯認。¹²⁰

美國聯邦最高法院於 *Sony v. Universal City Studio* 案中即表示系爭利用先前著作之行爲是否具生產性，固可爲成立合理使用與否之參考依據，但並非決定性之因素，因而認定不具任何生產性、轉化性之家庭錄影行爲仍該當合理使用之要件。¹²¹是以於 *Sony* 判決中，系爭利用著作行爲轉化性或生產性之有無並非探討之重點。¹²²嗣於 *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.* 案，美國聯邦最高法院修正 *Sony* 判決所提出之商業

¹¹⁵ Section 107 of the Copyright Law provides: “Notwithstanding the provisions of section 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include--

- (1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;
- (2) the nature of the copyrighted work;
- (3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and
- (4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.

The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors.” See 17 U.S.C. §107.

¹¹⁶ Section 107 of the Copyright Law provides: “A ‘derivative work’ is a work based upon one or more preexisting works, such as a translation, musical arrangement, dramatization, fictionalization, motion picture version, sound recording, art reproduction, abridgment, condensation, or any other form in which a work may be recast, transformed, or adapted. A work consisting of editorial revisions, annotations, elaborations, or other modifications which, as a whole, represent an original work of authorship, is a ‘derivative work’”. See 17 U.S.C. §101.

¹¹⁷ Lori E. Lesser, *Advanced Seminar on Copyright Law 2006: Fair Use*, 863 PLI/PAT 433, 439-40 (May 2006).

¹¹⁸ H.R. Rep. No. 1476, 94th Cong. 2d Sess. at 66 (1975).

¹¹⁹ Laura G. Lape, *Transforming Fair Use: the Productive Use Factor in Fair Use Doctrine*, 58 ALB. L. REV. 677, 701-02 (1995).

¹²⁰ Lape, *id.* at 702-04.

¹²¹ 464 U.S. 417, 455, n. 40 (1984).

¹²² Lape, *supra* note 119, at 702-04; Lesser, *supra* note 117, at 440.

／非商業利用標準，改以「轉化標準」(transformative)為判斷，認為應視使用行為對於被利用著作是否注入新意，具有嶄新或不同之特性，改變原作品而有全新的表達(expression)、意義(meaning)或訊息(message)，而判斷合理使用之成立與否，蓋轉化作品之產生一般可以進一步促進科學與藝術之進步，一作品之轉化程度越高，其他合理使用判斷因素(如商業化利用等)之重要性隨而降低。¹²³「轉化性」之判斷自此成為美國著作權法第107條第一項判斷基準——利用之目的與性質——之核心，然應注意此並非判斷合理使用之決定性的標準。¹²⁴

美國法院及學者對於何謂「生產性使用」或「轉化性使用」尚無一致之定義，¹²⁵簡言之，如將先前著作予以轉化或增添價值，而非僅單純重製或散布先前著作，即屬轉化性使用。¹²⁶一般學者所稱「轉化性著作之利用」，係指利用著作之行為必須具有生產性(productive)，且應以不同之方式利用被利用著作，或與被利用著作原始目的迥異之目的為而利用。¹²⁷惟本論文係從利用著作之結果有無另一著作之產生，而區分「轉化／非轉化使用」、「生產性／非生產性使用」，其定義與範圍較為狹小，核先敘明。有關合理使用判斷邏輯體系如圖6所示。

著作之利用型態



¹²³ 510 U.S. 569, 579 (1994).

¹²⁴ Lape, *supra* note 119, at 705-09, 712; Lesser, *supra* note 117, at 440.

¹²⁵ Lape, *supra* note 119, at 708-712.

¹²⁶ Pierre N. Leval, *Toward a Fair Use Standard*, 103 HARV. L. REV. 1105, 1111 (1990);

¹²⁷ Leval, *id.* at 1111.

其他利用情狀—另有其他利用目的、被利用著作之特質、其他特殊情事：

時間轉移、空間轉移、相容格式之轉換、資料備份（以自用為限）：✓

促銷被利用著作（如樣品、視聽帶）：✓（因無損害反而有利）

絕版：✓（交易成本且已無市場）

事實性著作／非事實性著作：前者較有利於合理使用之認定，但應進一步評估利用著作之結果

公開著作／非公開著作：前者較有利於合理使用之認定，但應進一步評估利用著作之結果

公共利益（如知的權利、教育傳承、資訊自由、著作之社會意義、憲法所賦予之職權、一般使用慣例）：✓

轉化、生產性使用：原則上有利於合理使用之認定

依利用目的、被利用著作及利用著作之性質判斷：

轉化程度高：利用之目的

特殊正當目的：如教育、評論、文化、新聞、諧仿等

符合原著作權人之目的或默示使用目的：✓（交易成本）

原著作權人明示或可推知不予同意：

比例低且質輕：✓（交易成本）

比例低但質重

比例高但質輕

比例高且質重

應評估利用著作之結果

單純利用著作目的：依被利用著作之性質

符合原著作權人之目的或默示使用目的：✓（交易成本）

原著作權人明示或可推知不予同意

比例低且質輕：✓（交易成本）

比例低但質重

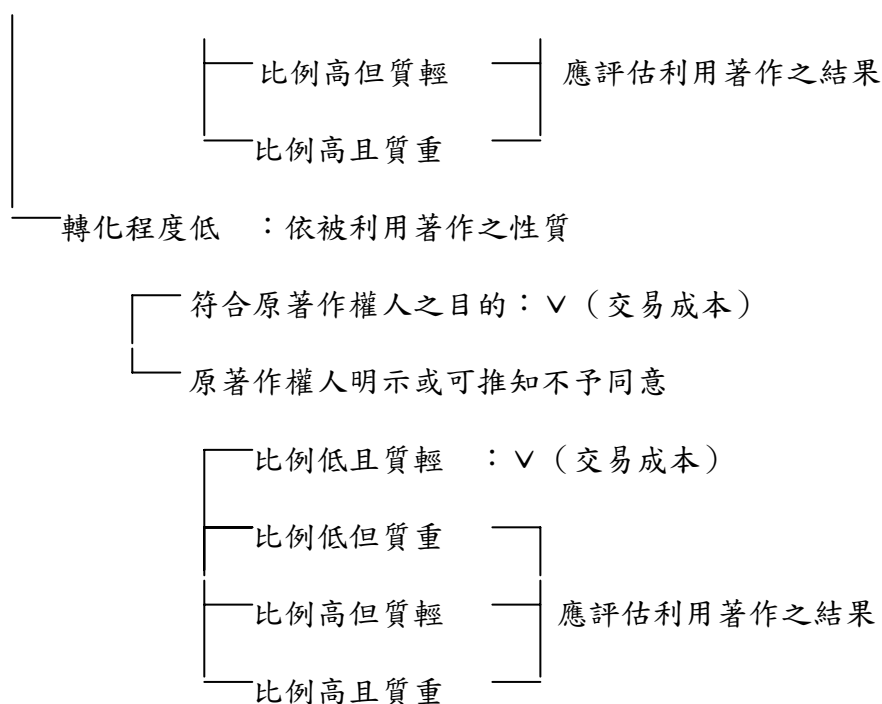


圖 6：合理使用判斷邏輯體系¹²⁸

(資料來源：本文研究結果)

首先，應從利用著作之性質區分各著作之利用型態（第一項判斷基準），即按利用著作行為轉化之程度區分為「非轉化、非生產性使用」及「轉化、生產性使用」二類，此係參考美國聯邦最高法院於 *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.* 判決所揭櫫之轉化標準（transformative），視使用行為對於被利用著作是否注入新意，具有嶄新或不同之特性，改變原作品而有全新的表達（expression）、意義（meaning）或訊息（message）。¹²⁹所謂「轉化／非轉化使用」、「生產性／非生產性使用」針對利用著作之結果有無另一著作之產生而言，亦即如利用他人著作，進而產生另一創作，即屬「轉化、生產性使用」；如僅純粹利用他人著作，並無任何新創作之產生，即屬「非轉化、生產性使用」。

蓋著作權與合理使用之最終目標既在豐富人類智識文化資產，則後續作者因使用先前著作，進而加以轉化，添增創意，賦予與先前著作迥然有別之風貌，自有利於人類智識文化資產之孕育充實，是以轉化程度高者自應享有較寬廣之合理使用範圍，原則上有利於合理使用之認定，以鼓勵後續作者之貢獻，並促進資訊之散布與流通。而轉化程度低者、僅為被利用著作本質目的之使用者，由於其對人類智識文化資產之貢獻度較低，其合理使用範圍自較為狹小，而應傾向保護著作權，以確保

¹²⁸ 圖 6 中以 分別代表第一、二、三、四、五、六項判斷基準。

¹²⁹ 510 U.S. 569, 579 (1994). See also Leval, *supra* note 126, at 1111.

先前著作之著作權人擁有較高昂的創作誘因。易言之，轉化程度與合理使用呈現正相關關係，而與著作權成負相關關係，如圖 7 所示。

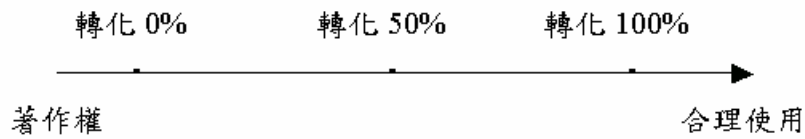


圖 7：轉化程度與著作權、合理使用之線性關係

(資料來源：本文研究結果)

其次，有關非轉化、非生產性使用部分，相較於轉化、生產性使用，原則上較不利於合理使用之認定，蓋此對人類智識文化資產之建立較無貢獻。再從利用之性質（第一項判斷基準）加以觀察，惟並非以「商業營利目的／非商業營利目的二分法」為準，而是依利用之性質（第一項判斷基準）區分為「單純為被利用著作本質目的之使用」（第二項判斷基準）、「其他利用情狀（另有其他利用目的、被利用著作之特質或其他特殊情事）」（第一、二、六項判斷基準）二類。

如為單純為被利用著作本質目的之使用，較不利於合理使用之認定，須進一步依被利用著作之性質（第二項判斷基準）判斷，倘系爭著作利用符合原著作權人之創作目的或默示使用目的，如附有實用表格之簿記 form book、會計用書、日常記事之日誌或記事本等實用性著作，¹³⁰或如於 *Sony v. Universal City Studio* 案中默示同意基於私人家庭使用目的的時間轉移行為之電視節目製作人¹³¹等，如要求使用上開著作之人，尚須額外向原著作權人取得授權，顯然交易成本過高（第六項判斷基準），此時即應承認合理使用之存在。

反之，如原著作權人明示或可推知不同意系爭利用著作行為，則應衡量利用之質量比例（第三項判斷基準），倘利用數量之比例低少且質量輕微（即所利用之部分並非被利用著作之精華、核心），則為避免高額之授權交易成本（第六項判斷基準），且考量此種利用著作類型對於被利用著作之潛在市場與現在價值影響較小（第四項判斷基準），應容許合理使用之行為。而利用數量之比例低少但質量首要、利用數量之比例高且質量首要者，由於此被利用部分乃被利用著作之精粹，倘容任他人恣意使用，將發生取代被利用著作市場之效果（參照美國 *Harper & Row, Publishers, Inc. v.*

¹³⁰ 黃怡騰，前揭註 6，23-24 頁。

¹³¹ 464 U.S. 417, 446-47 (1984).

*Nation Enterprises et al.*判決¹³²) (第四項判斷基準), 衡以因此所生降低創作誘因之結果與系爭著作利用行為並無生產性, 對社會並無任何價值可言 (第五項判斷基準), 應傾向保護著作權, 要求此種利用著作之人應向著作權人爭取授權。至利用數量之比例高但質量輕微者, 則須進一步深究利用之結果對於原著作權人與人類智識文化資產之影響, 並審酌有無其他特殊情狀 (如公共利益、公共政策) (第四、五項判斷基準), 得為成本效益之分析。

再者, 著作利用除為被利用著作本質目的外, 尚有其他利用目的者 (第一項判斷基準), 如時間轉移 (time shifting, 參照美國 *Sony v. Universal City Studio* 判決、我國附錄二 著作權合理使用刑事判決明細表高院判決編號 43 號刑事判決)、空間轉移 (time shifting, 參照美國 *RIAA v. Diamond Multimedia Systems* 判決)、相容格式之轉換 (format shifting or platform shifting¹³³, 參照美國 *Sega Enterprises v. Accolade* 判決¹³⁴)、資料備份等, 若利用著作之結果係僅供自用 (個人使用, private use or personal use), 使消費者能有多元化之使用著作態樣, 且考量此種利用著作類型對於被利用著作之潛在市場與現在價值影響較小 (第四項判斷基準), 則可容許合理使用之存在。而樣品、試聽帶等可促銷被利用著作之出售, 對被利用著作非但未造成損害, 反而有利於其銷售 (第四項判斷基準), 均應肯認合理使用之成立 (參照我國附錄二 著作權合理使用刑事判決明細表地院判決編號 1、19、26、37、61、82 號刑事判決、高院判決編號 54 號刑事判決)。

又關於被利用著作之特質 (第二項判斷基準), 如絕版書, 實難以於市場上取得之, 若禁止合理使用, 獲取該著作物之交易成本過鉅 (第六項判斷基準), 且考量此

¹³² 471 U.S. 539, 564-69 (1985).

¹³³ 所謂「格式轉換」(format shifting), 係指轉換數位檔案格式, 如位於MP隨身聽播放音樂檔案, 將WMA之檔案格式轉換成MP3之檔案格式。而「平台轉換」(platform shifting), 係指重製著作作品使其能於另一他種設備上操作, 如將所購買之音樂CD內的音樂解譯轉輸(rip)至電腦或iPod上播放。See Pamela Samuelson, *The Generativity of Sony v. Universal: the Intellectual Property legacy of Justice Stevens*, 74 *FORDHAM L. REV.* 1831, 1866 (2006).

¹³⁴ 977 F.2d 1510 (9th Cir. 1992). 惟 *RIAA v. MP3.com* 判決中提及被告將歌曲從 CD 轉換成 MP3 音樂檔案格式, 僅屬「媒介之轉換」(simply repackages those recordings to facilitate their transmission through another medium), 並未構成轉化, 故不成立合理使用。See 92 F. Supp. 2d 349, 351 (S.D.N.Y. 2000). 另我國學者章忠信認為一般消費者所為之「媒介轉換」, 如購買卡匣式錄音帶或 CD, 自行為「媒介轉換」之重製行為, 必然不會再向錄音業者付費購買 CD 或下載 MP3 檔案, 而發生市場替代效果, 故不應認屬合理使用。參見章忠信, 「媒介轉換之合理使用爭議」(民國 94 年 7 月 8 日), at http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php?board=4&act=bbs_read&id=142&reply=142 (造訪日期: 95 年 7 月 10 日)。

種利用著作類型對於被利用著作之潛在市場與現在價值已無任何影響（第四項判斷基準），故肯定合理使用。另對於事實性著作與非事實性著作，由於非事實性著作之創意高度較高，若允許非轉化、非生產性使用構成合理使用，將使著作權人之創作意願大減，相較於事實性著作，所產生之負面效應更高（第四、五項判斷基準），故原則上事實性著作較非事實性著作有利於合理使用之認定，但仍應就利用之結果對於原著作權人與人類智識文化資產之影響、有無其他特殊情狀（如公共利益、公共政策），具體評估其成本效益（第四、五、六項判斷基準）。至非公開著作，應尊重著作權人之首次公開發表權利，高於社會因著作之提早公開所得享受之利益，故非公開著作較公開著作不利於合理使用之認定（參照美國 *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises et al.* 判決¹³⁵），但仍應加以評估利用之結果對於原著作權人與人類智識文化資產之影響、其他特殊情形（如公共利益、公共政策）之成本效益（第四、五、六項判斷基準）。

此外，如非轉化、非生產性使用存有其他特殊情事，如知的權利、教育傳承、資訊自由、著作之社會意義、憲法所賦予之職權、一般使用慣例等（參照我國附錄一 著作權合理使用民事判決明細表地院判決編號 5 號民事判決，附錄二 著作權合理使用刑事判決明細表地院判決編號 13、17 號刑事判決、最高法院判決編號 6 號刑事判決），從增進人類智識文化資產及公共利益之角度（第五、六項判斷基準），應鼓勵此類合理使用之行爲。

另一方面，有關轉化、生產性使用部分，通常此類利用將產生另一著作（即後續著作），則綜合利用之目的（第一項判斷基準）、被利用著作及後續著作之性質（第一、二項判斷基準）觀察，依轉化之程度加以區分，而不以「商業營利目的／非商業營利目的二分法」為區別標準。如後續著作之轉化程度高者，再依利用之目的（第一項判斷基準）區分為「特殊正當目的」與「單純利用著作」二種。如評論、教育、文化、新聞、諧仿（parody）等特殊正當目的之使用，則依被利用著作之性質（第二項判斷基準），於符合原著作權人之創作目的或默示使用目的之場合，為降低授權交易成本（第六項判斷基準），且考量此種利用著作類型對於被利用著作之潛在市場與現在價值影響較小（第四項判斷基準），合理使用得以成立。

然而，於原著作權人明示或可推知不同意系爭利用著作行爲之情形，則將利用之質量比例（第三項判斷基準）納入審酌，倘利用數量之比例低少且質量輕微，同樣為避免授權交易成本之無謂支出（第六項判斷基準），且考量此種利用著作類型對於被利用著作之潛在市場與現在價值影響較小（第四項判斷基準），可允許合理使

¹³⁵ 471 U.S. at 555.

用。而利用數量之比例低少但質量首要、利用數量之比例高但質量輕微、利用數量之比例高且質量首要者，由於後續著作具有高度之轉化性質，對人類智識文化資產有所貢獻，比較容易成立合理使用。然能否持此遽謂先前著作之著作權範圍即因此受限，尚難持一而論，理應深入衡量利用結果之成本效益，剖析對於原著作權人與人類智識文化資產之影響，並參酌其他特殊情狀（如公共利益、公共政策）（第四、五、六項判斷基準）。

如基於為單純利用著作之目的而為高度轉化之利用，其判斷流程與同上類型，然上開類型之不僅轉化程度高，且具有特殊之正當目的，較易構成合理使用。反之，僅為單純利用著作而為高轉化程度之利用，其正當性顯較前者為低，惟仍高於轉化程度低者。

至後續著作之轉化程度低者，則其判斷順序原則上亦如同「特殊正當目的之原著作權人明示或可推知不予同意」之類型，惟由於其轉化程度較低，對於人類智識文化資產之貢獻較少，相較於轉化程度較高者，其合理使用成立可能性較低，惟仍高於非轉化、非生產性使用者。

現今法院對於合理使用之適用從本論文第「四、我國著作權合理使用案例之量化研究」章節之分析可知，我國法院大部分偏重著作權法第 65 條第 2 項第 1 款、第 3 款判斷基準之適用，第 4 款判斷基準次之，第 2 款判斷基準更是稀少，且利用著作之人倘具商業目的或營利意圖者，及利用原著作之比例越高者，較不利於合理使用之認定。或許自民國 94 年 12 月 16 日最高法院 94 年度台上字第 7127 號刑事判決後，下級審法院就合理使用之判斷態度將某程度有所調整，不再過於偏重商業營利／非商業營利之判斷，且將「是否有助於調和社會公共利益或國家文化發展」一併納入合理使用之審酌，惟此尚待一段時日之觀察始能明瞭影響之程度與範圍。而本論文所建議之合理使用判斷邏輯體系，融合現行著作權法制、學術理論及司法實務對於合理使用之個案審酌模式，建議增列第五項判斷基準「利用結果對於人類智識文化資產之整體影響」、第六項判斷基準「其他情狀」，且將第 65 條第 2 項各項判斷基準之運用加以邏輯順序，使其更具彈性、具體、多元化，而非偏重特定判斷基準之特定面向，並由法院於具體個案中視利用著作之情形分別判斷應否構成合理使用。

本論文所提議之合理使用判斷邏輯體系旨在使合理使用之適用過程具體化及透明化，期能減少合理使用之不確定性。誠然，仍有部分判斷準則須待具體衡量利用結果之成本效益及其他特殊情事，而有些微不確定性，然絕大部分判斷準則係屬明確特定之法則，足供著作權法律關係各關係人及法院之參考，據此得以減緩長久以來適用合理使用原則之困擾，進而降低守法成本及司法成本，減少著作市場上之交易成本，使合理使用之衡平規定兼具嚴格規定之優點，而使合理使用更能發揮其保

障著作權人著作權益、調和社會公共利益、促進國家文化發展之功效，致有效運用、配置社會資源，使社會總效益極大化。

3. 具體案例之印證

合理使用判斷邏輯體系不僅於傳統著作之利用類型（如紙本印刷之語文著作、手工紙筆繪製之美術著作、攝影著作等）發揮明確適用法律之功能，於新興科技所衍生之新著作利用型態案例亦能有效運用。以下即以科技利用著作之型態－P2P 檔案交換軟體為討論之對象。使用者以 P2P 傳輸技術上傳、下載、互換各種電子檔案，倘該檔案係屬公共領域、或業經著作權人授權之著作，即非著作權法及合理使用原則之探討對象。爭點在於內含未經授權使用、享有著作權之著作，於此先設定被利用著作為已公開且非絕版之著作（下稱系爭著作），任何欲使用系爭著作之人得以於市場上支付一定對價而取得授權，則如何判斷 P2P 使用者對於系爭著作能否主張合理使用？於此先簡介臺灣士林地方法院於 ezPeer 案及臺灣臺北地方法院於 KURO 案之見解，再嘗試以本論文所建議之合理使用邏輯判斷體系予以分析。

臺灣士林地方法院於 ezPeer 案（92 年度訴字第 728 號刑事判決）就特定會員構成著作權法擅自重製、公開傳輸他人著作罪方面分別探討合理使用之成立可能性，於擅自重製罪部分，士林地方法院認為特定會員之重製行為，或涉及商業利益（如其重製 MP3 檔案之目的在於將之燒錄為光碟銷售），或非為個人使用（如將重製所得之 MP3 檔案供不特定人重製，或置於資料分享夾內供其他會員下載），已發生替代市場效應，況特定會員下載之 MP3 錄音著作份總數超過 5 份（參照 92 年 7 月 9 日修正施行之著作權法第 91 條第 2 項規定¹³⁶），故不成立合理使用。¹³⁷

於擅自公開傳輸部分，士林地方法院首先肯定公開傳輸亦有其合理使用之存在空間。其次，特定會員透過 ezPeer 程式從其他使用者下載 MP3 音樂檔案，並將之儲存在其個人電腦內「我的共享資料夾」，並連線供其他不特定多數使用者下載其個人電腦內 MP3 音樂檔案，雖設有所謂 P 點制或回饋機制，以鼓勵會員下載並提供檔案上傳，可獲得網路上虛擬的 P 元或延長使用期間之利益，即使會員因此獲利，亦僅折抵將來消費行為所需費用，難認係屬意圖營利，惟其等電腦主機「我的共享資料夾」內所存放享有著作權之 MP3 音樂檔案顯然超過 5 件（參照 92 年 7 月 9 日修正

¹³⁶ 92 年 7 月 9 日修正施行之著作權法第 91 條第 2 項規定：「非意圖營利而以重製之方法侵害他人之著作財產權，重製份數超過五份，或其侵害總額按查獲時獲得合法著作重製物市價計算，超過新臺幣三萬元者，處三年以下有期徒刑、拘役，或科或併科新臺幣七十五萬元以下罰金。」

¹³⁷ 臺灣士林地方法院 92 年度訴字第 728 號刑事判決（下稱士林地院判決）之理由欄第參二（二）2（2）項，24-25 頁。

施行之著作權法第 92 條第 2 項規定¹³⁸)，認無合理使用之存在，而該當於行為當時著作權法第 92 條第 2 項非意圖營利而公開傳輸他人著作之犯罪構成要件。¹³⁹

綜上，士林地方法院就擅自重製罪部分，係依著作權法第 65 條第 2 項第 1 款、第 4 款所定之判斷基準，並參酌同法第 91 條第 2 項所定免責之份數、市價標準，就擅自公開傳輸部分，則同法第 65 條第 2 項第 1 款所定之判斷基準，並參酌同法第 92 條第 2 項所定免責之份數、市價標準，而分別認定合理使用構成與否。就特定會員之下載行為，士林地方法院以其為燒錄光碟銷售或供不特定人得於特定網路上重製，而認定存有商業利益、非為個人目的，惟就公開傳輸行為部分，卻以回饋機制充其量僅折抵未來消費金額，而認定無營利意圖，似就不同類型特定會員之相異行為予以判定，則為燒錄光碟銷售或供不特定人重製的特定會員於重製後進而公開傳輸 MP3 音樂檔案者，是否亦不具營利意圖而不成立合理使用？此部分並不明確。

此外，士林地方法院判決隱含與商業利益無涉或為個人使用者，即有構成合理使用之可能，且法院採用「替代市場理論」，於法學理論上固屬有據，惟究竟特定會員之重製行為如何發生替代市場效應，未見士林地方法院予以交代其認定事實之證據。如僅以因特定會員之重製行為涉及商業利益，或非為個人使用，即謂發生替代市場效應，顯屬率斷。另特定會員之公開傳輸部分，未見士林地方法院討論替代效果，究為無意的疏漏，抑或有意的省略，尚屬未明。

值得一提的是，士林地方法院直接將著作權法第 91 條第 2 項、第 92 條第 2 項所定免責之份數、市價標準一併納入，是否意指超過上開免責標準者即將產生替代市場效應，抑或另有所指，並不明確。又就公開傳輸部分，士林地方法院似逕以逾上開免責標準者即推論無合理使用之可言，而未再就同法第 65 條第 2 項所定合理使用之判斷基準予以審酌，無異逕將同法第 92 條第 2 項之罪與合理使用劃上等號，尚嫌率斷。且倘若利用單一著作的行為可構成合理使用，即統合計算同一利用著作之人利用著作之總數或價值而全盤否定合理使用之存在，亦有疑義。

另一方面，臺灣臺北地方法院於 KURO 案（92 年度訴字第 2146 號刑事判決）依著作權法第 51 條、第 65 條第 2 項第 1、3、4 款規定，認定特定會員下載 MP3 音

¹³⁸ 92 年 7 月 9 日修正施行之著作權法第 92 條規定：「(第 1 項) 意圖營利而以公開口述、公開播送、公開上映、公開演出、公開傳輸、公開展示、改作、編輯或出租之方法侵害他人著作財產權者，處三年以下有期徒刑、拘役，或併科新臺幣七十五萬元以下罰金。(第 2 項) 非意圖營利而犯前項之罪，其所侵害之著作超過五件，或權利人所受損害超過新臺幣三萬元者，處二年以下有期徒刑、拘役，或科或併科新臺幣五十萬元以下罰金。」

¹³⁹ 士林地院判決之理由欄參二(二)3(3)項，前揭註 137，27-28 頁。

樂檔案固係供個人之非營利使用，惟其下載之目的乃係供個人娛樂，並因此節省其應支出之購買正版 CD 費用，顯非為非營利之教育目的，而可認係具有商業性之娛樂目的，且因係整首歌曲下載，而非擷取片段，其大量下載之結果顯然減少著作權人光碟之銷售量，影響著作權人之創作意願及對數位音樂下載市場之拓展，而認不構成合理使用。¹⁴⁰

臺北地方法院並未如 ezPeer 判決細分特定會員重製與公開傳輸之行爲，而係直接針對特定會員下載 MP3 音樂檔案行爲而探討，且直接引用著作權法第 51 條爲其法律根據，顯認定利用 P2P 軟體係屬該條款所稱之「非供公眾使用之機器」，惟此部分法律見解容有爭議。¹⁴¹再臺北地方法院就特定會員下載行爲，以特定會員得以節省購買正版 CD 費用而認屬具商業性娛樂目的之個人非營利行爲，非屬非營利之教育目的，影響合理使用之判斷重點顯在於其使用目的之商業性及娛樂性，而非個人非營利行爲。

再者，臺北地方法院以下載數量之多寡認定影響下載行爲將會著作權人之創作意願及對數位音樂下載市場之拓展意願，惟並無任何證據或實證資料證明此二者間之關聯性，且任何成立合理使用之場合原則上均會妨礙著作權人之經濟收益，進而影響著作市場之價值，則應深究者乃此等影響程度之高低，相較於社會大眾（含一般消費大眾及潛在之後續作者）因合理使用所獲得之效益，孰高孰低予以平衡判斷，非謂一旦發生市場影響，即謂無合理使用之存在。

此外，臺北地方法院提及著作權人數位音樂市場之保護態度，此涉及法院對於著作權政策之取捨決定，從媒介中立原則出發，著作權之保護及於附著於任何型態媒介之原創性表達，每一種著作利用型態均可構成單一市場，是以對於新興科技所產生之著作市場（如本案之 MP3 數位音樂下載市場），即應容許著作權人主張其專屬權利。

以上係就 ezPeer 判決、KURO 判決有關會員（P2P 使用者）下載、公開傳輸 MP3 音樂檔案行爲是否構成合理使用加以介紹，基本上此二判決有關合理使用之判斷流程與我國法院實務大部分判決相符（見本論文第「四、我國著作權合理使用案例之量化研究」章節），然而，其判斷方式存有若干不足之處，以下則按本論文所建議之合理使用邏輯判斷體系分析 P2P 使用者之合理使用抗辯。

¹⁴⁰ 臺灣臺北地方法院 92 年度訴字第 2146 號刑事判決（下稱臺北地院判決）之事實欄第一（五）項，11-12 頁。

¹⁴¹ 羅明通，「P2P 之傳輸技術、產業價值暨美台相關判決評析」，科技法學評論，第 3 卷第 1 期，41 頁，民國 95 年 4 月。

如 P2P 使用者利用 P2P 檔案交換軟體下載、上傳之著作（下稱系爭著作）為 MP3 音樂檔案，一般須支付對價始能取得著作物（如實體之錄音帶、CD，或合法授權之 MP3 音樂檔案等），現 P2P 使用者單純上傳、下載、交換系爭音樂或錄音著作，僅供自己或交換對象之欣賞娛樂，此涉及著作權中重製、公開傳輸權利，則屬非轉化、非生產性使用，且原則上詞曲作家、唱片公司、錄音業者等著作權人顧及本身實體著作物及數位著作市場，絕無可能同意 P2P 使用者無償為此類 MP3 音樂檔案之無權使用，而 P2P 使用者勢必全部重製、公開傳輸此 MP3 音樂檔案之全部內容，始能完全滿足消費目的，且所重製、公開傳輸部分係包含系爭音樂著作或錄音著作之精華，衡量其對於人類文化智識資產之貢獻度極低，而其恣意下載、上傳 MP3 音樂檔案結果恐減少著作權人之經濟收益而大挫其創作意願，是以此類 P2P 使用者難為合理使用之抗辯。

然而，仍應注意有無其他利用情狀之存在。倘 P2P 使用者業已持有合法著作物（即錄音帶、CD 等），則為方便 P2P 使用者隨時、隨地均得以聆聽系爭音樂著作或錄音著作，而將之轉換成 MP3 音樂檔案，可於 MP3 播放設備中播放，此屬時間轉移、空間轉移之概念範疇，自可考慮准許僅下載自用之 P2P 使用者得為合理使用之主張。

另一方面，設若 P2P 使用者經由 P2P 檔案交換軟體下載取得系爭音樂著作或錄音著作，進而激發創意，加以利用而創作另一音樂著作（即後續著作），此屬轉化、生產性使用。倘轉化程度高者，若可證明特殊正當目的之存在，如為嘲諷先前歌曲描述之境況過於虛假，後續歌曲故為戲謔、詼諧之風格（參照美國 *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.* 判決¹⁴²），考量諧仿性後續著作雖可能引起先前作者之不快，可推知著作權人不同意其利用著作行為，雖其利用比例高或為原著作之精華部分，然從充實人類智識文化資產、鼓勵言論多元化發展之立場，宜承認合理使用之存在。

惟若轉化程度很低，又可推知先前著作權人無可能同意者，分別視其使用數量、質量之程度，衡量對先前作者有何經濟上損害、對人類智識文化資產有何貢獻、有無特殊情狀（如為從事學術研究、新聞評論，或如 *White-Smith Pub. Co. v. Apollo Co* 案¹⁴³，美國聯邦最高法院實係考量當時社會中已有相當多自動轉軸鋼琴使用者，避免一般消費大眾成為違法者，而認定使用者之行為合法；或如 *Sony v. Universal City Studio* 案¹⁴⁴許多 Betamax 錄影機使用者欲事後觀賞而預錄電視節目，美國聯邦最高法院遂以合理使用將此類消費者行為合理化），審慎思考合理使用之存在空間。

¹⁴² 510 U.S. 569 (1994).

¹⁴³ 209 U.S. 1 (1908).

¹⁴⁴ 464 U.S. 417 (1984).

綜上所述，合理使用判斷邏輯體系可一體適用於固著在傳統媒介、新興科技媒介上之各式著作，蓋不問為傳統媒介或新興科技媒介，著作權與合理使用之基本目的—鼓勵知識與資訊之傳遞、交流與共享，促使人類智識文化資產之永續性、豐盈化與優質化—並無二異，就轉化與否、生產性與否、是否為原著作權人所認可之目的、利用比例質量等基本原則係屬同一，然有鑑於新興科技所衍生之新著作利用型態可能更易侵害著作權，則平衡之道在於就非轉化、非生產性利用，承認另有他項利用目的或其他特殊情事之存在，就轉化程度低之轉化、生產性利用，評估准許或駁回後續著作合理使用所生之成本效益之際，留意新興科技之發展是否將因合理使用之負面評價而受到壓抑，及准許合理使用是否將大幅剝奪著作權人原本應得之經濟利益，而為允當之判斷。

5.4.3 媒介中立原則之定位

本論文所建議之合理使用判斷邏輯體系主要針對實際利用先前著作之型態，故與著作權人、一般消費大眾、潛在之後續作者相關連，而於著作權四面關係中占有關鍵地位之媒介／科技提供者宜從媒介中立原則加以定位。

1. 數位時代之媒介

大眾傳播媒體 (mass media) 有多種形式 (forms)，如新聞報紙、電視、書籍等，其具有資訊之提供、意見之發表、娛樂、廣告等多種功能。由於社會情狀 (conditions) 不斷變遷，媒體影響人類日常生活之程度與範圍益見深遠，可能影響因素為經濟變動 (economic upheavals)、政權更替 (political transitions)、科技創新 (technological innovation) 等。因而使社會大眾與媒體互相對話 (a public dialogue) 有其必要性。

145

從經濟層面觀察合理使用，自始以來，合理使用從未等於「免費使用」(fair use never comes for free)，不問傳統媒介或數位媒介均同。在傳統媒介上為合理使用，利用著作之人雖因合理使用無須支付授權金，仍須支付搬運著作、紙墨、搜尋型錄、操作影印機等各式交易成本，「因支付合理使用之交易成本所喪失之機會成本」與「支付授權金」並無差異。然數位媒介則大幅降低上開交易成本，且利用他人著作之平均成本 (average cost) 固然存在，惟其邊際成本 (marginal cost) 則趨近於零。¹⁴⁶

以往著作權交易之營運模式單純，著作之利用方式多由著作權人自行銷售或委

¹⁴⁵ EVERETTE E. DENNIS, RESHARING THE MEDIA 10-11 (1989).

¹⁴⁶ Tom W. Bell, *Fair Use vs. Faired Use, The Impact of Automated Rights Management on Copyright's Fair Use Doctrine*, 76 N.C.L. REV. 557, 580-81 (1998); FISHER, *supra* note 29, at 12.

由專人（如出版商、廣播、電視公司、音樂公司、電影公司等）行銷散布，著作權對於其他創作人、社會文化所課予之負擔甚為輕微，絕大部分的人並未在著作權之控制範圍內。然資訊社會逐漸形成之後，商業性著作利用增加，且利用型態複雜，泰半著作重製物來自終端使用者藉由去中間化之網際網路傳輸交換而來，傳統著作交易市場某程度因此萎縮，且與實體世界不同，網際網路上任何一動作均會涉及「複製」、「重製」，然由於授權之不確定性，著作權人無法向所有利用著作之人行使權利，而部分利用著作之人無力亦無意逐一向各著作權人取得授權，市場運作因而失靈。¹⁴⁷

在著作權法制下，對於享有著作權之著作所得使用之類型有三：一、自由使用（free use），二、受規制之使用（regulated use），三、合理使用（fair use）。原本此三者互相抗衡，處於均衡狀態，卻由於著作權人極力推行控制技術（如著作權管理資訊系統 DRM），嚴重妨礙資訊相互流通性，將社會大眾排除於自由使用之外，原本可倚賴合理使用適時發揮其功能，以保障分享之自由，然合理使用之前提為利用著作之人得以接觸、進而利用系爭著作，卻由於 DRM 之存在，社會大眾無從接觸著作，何來利用著作之可言？無疑以「程式碼」（code）排除合理使用之適用，成為合理使用制度之一大隱憂。¹⁴⁸

網路源自分享、自由近用（free access）之概念，包含與他人分享創意與知識、他人予以回饋之理念。自網際網路發展以來，於網際網路上之單一平台匯集（convergence）各種媒介，最受重視之特色即其傳播媒介之本質與在平台上資訊之分享（資訊之相互流通性，interoperability），因此，人類不斷思索網路上分享文化（the culture of sharing）及言論自由、近用權等議題。¹⁴⁹

¹⁴⁷ Lawrence Lessig, *CC: Aims and Lessons* (Oct. 12, 2005), at <http://creativecommons.org/weblog/entry/5668> (last visited on April 9, 2006). 賴文智，前揭註 16，35-36、40、262、264 頁。

¹⁴⁸ Lessig, *id.*

¹⁴⁹ FISHER, *supra* note 29, at 13; Lessig, *supra* note 147; Lawrence Lessig, *Interoperability* (Oct. 19, 2005), at <http://creativecommons.org/weblog/entry/5676> (last visited on July 10, 2006). 楊維中，「臺灣十年網路分享史—從 1.0 到 1.0」，破 POTS，復刊 338 號，民國 93 年 12 月，available at http://publish.pots.com.tw/Chinese/CoverStory/2004/12/03/338_4cover/（造訪日期：95 年 7 月 10 日）。如因 Napster 軟體之推出，引發 P2P 檔案交換軟體之著作權爭議，Napster 不僅於法律層面因挑戰著作權法相關侵權責任之認定與實質非侵權原則具有重要意義，即使在科技、電子商務、政治、社會、經濟等層面亦發生「Napster 化」（Napsterization）現象，參照本論文第「三、著作權法與科技發展之對立與調和」章節註 224。又如美國學者 Marjorie Heins、Tricia Beckles 即於西元 2005 年 12 月，針對現行著作權法令（尤其是 DMCA）對於合理使用與言論自由、寒蟬效應之影響，發表「合理使用之未來何在？著作權箝制時代下之表達自由」（Will Fair Use Survive? Free Expression in the Age of Copyright Control），available at <http://www.fepproject.org/policyreports/fairuseflyer.html> (last visited on Aug. 19, 2006).

網際網路存在各式各樣的資訊，加快資訊之傳遞速度，人類摸索資訊之過程因而縮短，且網路使用者不再僅僅侷限於「讀者」之角色，更可藉由網際網路跨出傳統框架，成爲一「出版者」，對社會大眾傳送資訊與知識，得以塑造文化環境，參與創作之過程，更多資訊接收者更加積極投入智慧結晶，彼此激盪，誘發異質性、多元化的作品，呈現「表意民主」(semiotic democracy)之特質。網際網路可謂結合電信通訊平台與數位內容服務提供平台之複合式傳播媒介。惟一旦網際網路的關係網絡涉及社會大眾，而被定義成大眾可加以近用之媒介時，因其所承載之資訊內容攸關公眾利益，而有必要納入公共利益之考量。¹⁵⁰

現今數位內容產業所面臨之最大困境在於具有高價值之數位著作以幾近零成本之方式於全球重製、傳輸、散布。¹⁵¹如何善用網際網路之正面效益而降低其負面效益，論者多從著作交易機制著手，如 Paul Goldstein 教授所主張之數位點唱機(celestial jukebox)¹⁵²、Lawrence Lessig 教授所推動之「創意公共園地」(Creative Commons)

¹⁵⁰ FISHER, *supra* note 29, at 28-31. 蔡念中、張宏源，匯流中的傳播媒介——以美國與臺灣爲例，241-242 頁，民國 94 年 3 月。賴文智，前揭註 16，32 頁。所謂「表意民主」(semiotic democracy)，係由大眾媒介研究學者 John Fiske 於西元 1987 年在其著作「電視文化」(TELEVISION CULTURE)中所提出，該書整合媒介之研究方法，檢視電視所影響之經濟與文化層面，認爲電視觀眾並非僅爲處於消極地位的「沙發馬鈴薯」(couch potatoes)單純地吸收資訊，而是積極地將其所觀賞、接收的資訊賦予各自的定義，遠遠超乎原始節目製作人所附加的意義，從而，電視觀眾自行創造的意義與娛樂概念，在形塑大眾文化之過程中顯現其自主性及創造力，形成「表意民主」。在此「民主式之表意結構」中，電視節目等文化商品供社會大眾所運用，社會大眾身爲消費主體，仍具有主動權、自主性與創造力，對於存在於文化商品中的「主流價值與意識型態」，擁有一定的抗衡能力，從自由的表意活動中憑藉自身之社會經驗獨立衍生新的意義與概念，大眾文化因而具有多元多樣、高流動性(fluidity)之特徵。法律學者則將焦點著重於原本科技得以簡化衍生著作之產生與散布流程，促使廣大的社會大眾對之萌生全新的文化意義，卻因著作權法所賦予之獨占權強制遏止此類衍生著作之創造，進而減少其普及性，並限縮表意民主之空間。See Wikipedia, *Semiotic Democracy*, at http://en.wikipedia.org/wiki/Semiotic_democracy (last visited on July 10, 2006). 參見曾維瑜，「閱讀日本偶像劇：《東京愛情故事》文本及《蕾娜塔報導》使用者」，第 2.31-2.32 頁，世新大學，民國 89 年。

¹⁵¹ The Digital Connections Council of the Committee for Economic Development, *Promoting Innovation and Economic Growth: The Special Problem of Digital Intellectual Property* (March 2004), available at http://www.ced.org/docs/report/report_dcc.pdf (last visited on Aug. 19, 2006). (美)約翰·甘茨(John Gantz)、傑克·羅徹斯特(Jack B. Rochester)，數位海盜的正義(Pirates of the Digital Millennium)，周曉琪譯，289 頁，民國 95 年。

¹⁵² PAUL GOLDSTEIN, *COPYRIGHT'S HIGHWAY: FROM GUTENBERG TO THE CELESTIAL JUKEBOX* 21-22 (2003). (美) Paul Goldstein，捍衛著作權——從印刷術到數位時代之著作權法，葉茂林譯，44-46 頁，民國 89 年。

¹⁵³、學者賴文智所建議之著作權資料庫¹⁵⁴、日本學者北川善太郎所提倡可直接交易著作權之「著作市場」(Copymart)¹⁵⁵、William W. Fisher 倡導之「替代性補償機制」(Alternative Compensation System)¹⁵⁶等。實則人類智識文化資產之創新、提供著作內容之著作權人之經濟獲益、媒介／科技提供者之創造助力及法律風險，孰輕孰重，媒介中立原則在數位環境中居於重要之關鍵地位，以下章節即思索合理使用與媒介中立原則如何突破傳統著作權障礙，促使著作權人與媒介／科技提供者摒除成見、合作無間，創造雙贏之局面。

2. 媒介中立原則於網際網路相關著作權爭議之適用

著作權學界普遍認為「無傳播即無權利」，¹⁵⁷是以著作必須加以散布、流傳，使社會大眾（含潛在之後續作者、一般消費大眾）得以接觸著作內容，瞭解作者之概念、見解，進而孕育豐富的人類智識文化資產，該著作始有存在價值，進而產生以法律保障之必要。準此，媒介負有散布著作及傳達著作內容之重大任務。

傳統著作權法以「許可」(permission) 觀念為基礎，由著作權人許可他人利用其著作，故以法律及法院決定著作權法之適用對象及規範內容。然而，於網際網路時代，機器 (machine) 與程式碼 (code) 將取代法律與人類，具有傳達著作內容功能之科技內建於著作權法，接觸著作內容之控制權 (the controls over access to content) 由程式設計者以程式碼控制，是以「控制」(control) 之觀念取代傳統著作

¹⁵³ Creative Commons 唯一非營利組織，由 Lawrence Lessig 等人於西元 2002 年 12 月所推出，專為著作權人提供彈性之授權條款，為「保留一切權利」(all rights reserved) 之著作權傳統，帶入「保留部分權利」(some rights reserved) 之概念。簡言之，著作權人得以淺顯易懂之文句及圖式表彰其願意授權範圍，使欲利用著作之人得以輕易瞭解，進而考慮利用著作之方式與範圍，亦提供 Google 之「Creative Commons-enabled search」功能協助大眾快速搜尋使用創意公用條款之網頁 (See Creative Commons, at <http://creativecommons.org/> (last visited on July 10, 2006)). 參見杜惠錦，「著作權存續期間之變遷與著作權公共領域之研究」，108-112 國立交通大學，碩士論文，民國 94 年)。此外，於臺灣亦有相同制度之建置，即「創用 CC」(Creative Commons Taiwan)，係由美國 Creative Commons 與中央研究院資訊科學研究所所合作，提供中文版之 Creative Commons Taiwan 授權標章及法律文字。參見 Creative Commons Taiwan, at <http://www.creativecommons.org.tw/> (造訪日期：民國 95 年 7 月 10 日)。

¹⁵⁴ 賴文智，前揭註 16，266 頁。

¹⁵⁵ 北川善太郎，「網上資訊、著作權與契約」，外國法譯評，1998 年 3 期，轉引自傅鋼，「由維普案看期刊全文電子資料庫涉及的幾個著作權問題」(民國 92 年 6 月 24 日)，at <http://www.apipa.org.tw/Case/Case-ViewCDA.asp?intCDACaseID=19&strSortTarget=cdaCreateDate> (造訪日期：95 年 7 月 10 日)。

¹⁵⁶ 此即由政府管理運作之獎勵制度，關於此機智之運作內容，See FISHER, *supra* note 29, at 199-258.

¹⁵⁷ 吳漢東，前揭註 1，3 頁。

權法之「許可」(permission)觀念，因而，「著作權碼」(copyright code)取代「著作權法」(copyright law)。¹⁵⁸科技與程式碼強化著作權人對於接觸、利用著作之控制能力，削減合理使用在傳統著作權世界中原有的存在空間，¹⁵⁹為使合理使用繼續發揮既有妥適限制著作權權能無限擴張之功能，考量網際網路與資訊科技具有大眾媒介、同時構成著作權人散布、傳達其著作內容之他類著作交易市場之特性，實有必要給予媒介／科技提供者一適當的避風港，承認以媒介中立原則作為侵害著作權責任之阻卻違法事由，將可公允地提供法律保護。

(1) *Sony v. Universal City Studio* 案之後續發展

於媒介中立原則之下，著作標的物可附著於現存媒介或未來媒介，均得受著作權之保護，如此可鼓勵作者多加創作，進而促進科學與文化之進步，符合著作權法之立法目的。另一方面，媒介中立原則不僅使著作權法不偏好某一特定媒介或科技，亦可於新興科技發達時，妥當地導引著作權法，將之彈性塑造以適應新興科技，無須不斷地修法。¹⁶⁰是以媒介中立原則不僅決定著作權之保護範圍，亦為社會公眾與科技提供者判斷公共領域範疇之標竿。職是，法院可基於媒介中立原則適時調整著作權人與社會公眾之相對立利益。¹⁶¹

網際網路創始之初，任何人張貼於網際網路之資料係供大眾免費瀏覽、下載，網路使用者得以於網際網路上分享各式各樣之資訊，網際網路因此成為一大眾媒介，¹⁶²其自由、開放之特質促進表達自由與接觸資訊之自由。既然網際網路具有大

¹⁵⁸ LESSIG, *supra* note 59, at 148, 152.

¹⁵⁹ LESSIG, *id.* at 160

¹⁶⁰ Deborah Tussey, *Technology Matters: Media Neutrality in Copyright*, at 4-6 (drafted on Oct. 2003), at <http://www.law.tulane.edu/WIPIP/papers/techtulane.pdf> [hereinafter Tussey I]; Deborah Tussey, *Technology Matters: The Courts, Media Neutrality, and New Technologies*, 12 J. INTELL. PROP. L. 427, 432-35 (2005) [hereinafter Tussey II]; Bruce P. Keller, *Condemned to Repeat the Past: The Reemergence of Misappropriation and Other Common Law Theories of Protection for Intellectual Property*, 11 HARV. J. L. & TECH 401, 427 (1998).

¹⁶¹ 蔡惠如，「P2P 檔案分享之著作權爭議－以媒介中立原則為中心」，*月旦法學雜誌*，第 135 期，66 頁，民國 95 年 8 月。

¹⁶² JESSICA LITMAN, *DIGITAL COPYRIGHT: PROTECTION INTELLECTUAL PROPERTY ON THE INTERNET* 103-04 (2001). 所謂「大眾傳播」(mass communication)，係指由單一的發訊者(sender)將一項訊息(message)傳達予成千上萬的受眾、收訊者(receiver)，而大眾媒介之概念則由 Wilbur Schramm 所提出，係指由特定媒體企業(通常為大型、多階層之組織)所製造控制之媒介，以市場極大化為宗旨，極力將訊息傳送予多數收訊者。大眾媒介主要指印刷媒介(即報紙、書籍、雜誌)、聲音媒介(即無線電廣播、錄音產品)、視覺媒介(即電視、電影、錄影帶)、電話、多頻道產業(即有線電視、無線電視、衛星電視)、資訊服務業(即電腦、網際網路)等。參見蔡念中等，前揭註 150，目錄、5、10-11、13-15 頁。

眾媒介之性質，媒介中立原則即應有其適用餘地。¹⁶³

於 *Sony v. Universal City Studio* 案判決之後，「實質非侵權用途」原則對於新興科技產生重大影響，成為資訊科技產業在侵害著作權相關訴訟中最佳之防禦工具，甚至美國學者 Jessica Litman 將 *Sony* 判決譽為科技時代之「大憲章」(Magna Carta)，足見其影響之深遠。¹⁶⁴如 *RIAA v. Diamond Multimedia Systems* 案¹⁶⁵有關可供下載、播放 MP3 音樂檔案之音樂播放設備，美國第九巡迴上訴法院援引 *Sony* 判決有關「時間移轉 (time-shift)」之見解，認為系爭 Rio 產品僅為使用者將自身電腦中的檔案「空間移轉 (space-shift)」至具相容性之音樂播放設備，肯認提供系爭 Rio 產品者行為之合法性。

Sony 判決所宣示之「實質非侵權用途」原則形成著作權法之原理法則，直到 P2P 檔案交換軟體案例之出現面臨重大挑戰。¹⁶⁶此著作權與 P2P 檔案交換軟體爭議，在一系列案例—*Napster* 案、*Aimster* 案與 *Grokster* 案—均就 *Sony* 判決之「實質非侵權用途」原則予以完整闡述，是以 *Sony* 案所揭示之「實質非侵權用途」原則於日後美國法院在面對新興科技對著作權法之挑戰時占有一席之地，法院不斷地解析 *Sony* 判決之適用條件，以期呈現其背後隱藏之精義，而能準確地維護著作權人之權益與未來新興科技之發展。以下章節即以電子資料庫、科技保護措施及 P2P 檔案交換軟體為例，探討媒介中立原則如何為媒介／科技提供者在著作權法規範下開拓屬於自己的發展空間。

(2) 電子資料庫

美國聯邦最高法院於 *New York Times v. Tasini* 案，認為「媒介中立性」(media-neutrality) 概念係保護作者之權利，並非出版商的權利，而媒介之間的著作轉移 (transfer of a work between media) 並未改變著作之特性，然將文章轉換至資料庫，並非將期刊或其修訂版原封不動 (intact) 地從一媒介轉換至另一媒介，與轉換成微縮片有所差異。¹⁶⁷

¹⁶³ Huei-ju Tsai (蔡惠如), *Media Neutrality In the Digital Era--A Study of the Peer-to-Peer File Sharing Issues*, 5 CHI.-KENT J. INTELL. PROP. 55 (2005).

¹⁶⁴ Jessica Litman, *The Sony Paradox*, 55 CASE W. RES. L. REV. 917, 951 (2005); Pamela Samuelson, *The Generativity of Sony v. Universal: the Intellectual Property legacy of Justice Stevens*, 74 FORDHAM L. REV. 1831, 1850 (2006).

¹⁶⁵ 180 F. 3d 1072 (9th Cir., 1999).

¹⁶⁶ Samuelson, *supra* note 164, at 1852.

¹⁶⁷ 533 U.S. 483, 501-02 (2001).

電子資料庫現今已成為廣受大眾歡迎之搜尋 (search)、儲存 (store) 及檢索 (retrieve) 檔案資料之工具，¹⁶⁸美國著作權法第 102(a)規定有關出版商集體著作修訂權，係於西元 1976 年 10 月 19 日修訂，¹⁶⁹於 1970 年代，美國國會實難以想像日後電子資料庫之發明及其進展程度，亦無從預見 *New York Times v. Tasini* 判決會將媒介中立原則適用於另一面向之情狀。¹⁷⁰

美國聯邦最高法院於 *Tasini* 案認為「媒介中立性」(media-neutrality) 概念係保護作者之權利，並非出版商的權利，而媒介之間的著作轉移 (transfer of a work between media) 並未改變著作之特性，且將文章轉換至資料庫，並非將期刊或其修訂版原封不動 (intact) 地從一媒介轉換至另一媒介，與轉換成微縮片有所差異。¹⁷¹

Tasini 判決之主要意見以媒介中立原則保護自由作家，然而 Stevens 大法官於不同意見書同以媒介中立原則認為出版商享有集體著作之修訂權。易言之，主要意見傾向保護作者之數位化權利 (digital copyright)，而不同意見書則偏向出版商於數位市場之利益。¹⁷²何以適用同一原則卻推衍出全然不同之結論，最重要之原因在於公共政策 (public policy) 之立場抉擇，其關鍵在於決策者究竟偏重著作權之創作誘因，抑或著作權之散布誘因。

自英國安妮法案以降，著作權之基本法則即在引導著作進入相關市場，¹⁷³倘若著作物不能有效率地於市場上散布，作者將無法收取經濟收益，即無從引發其創作誘因，且社會大眾將喪失接觸該著作之機會，進而減少後續著作之產生，為使作者之思想智識成果能成功地打入實體產品市場，出版商等媒介提供者乃作者與社會大眾之重要溝通管道，於著作散布過程中，若無媒介／科技提供者之參與，作者無從將其創作成果散布予社會大眾，社會大眾亦缺乏接觸著作之大好機會，媒介提供者適時地為作者與社會大眾牽線，使作者與社會大眾產生連結，如此作者即可知悉社會大眾之偏好，日後即能據此創造更多符合社會大眾偏好之著作。¹⁷⁴

準此，散布誘因與創作誘因同等重要，媒介中立原則於此即可在著作權人與媒介／科技提供者間發揮精緻之平衡效果。倘媒介／科技提供者能無須憂慮負擔任何

¹⁶⁸ Michael Spink, *Authors Stripped of Their Electronic Rights in Tasini v. New York Times Co.*, 32 J. MARSHALL L. REV. 424 (1999).

¹⁶⁹ P.L. 94-553, 90 Stat. 2541.

¹⁷⁰ *Tasini*, 533 F. Supp. at 826-27. See also Spink, *supra* note 168, at 409, 434-35.

¹⁷¹ 533 U.S. 483, 501-02 (2001).

¹⁷² *Tussey I*, *supra* note 160, at 37; *Tussey II*, *supra* note 160, at 474.

¹⁷³ GOLDSTEIN, *supra* note 152, at 188.

¹⁷⁴ GOLDSTEIN, *id.*, at 216.

侵害著作權責任，即可全力衝刺發展媒介／科技，進而能為社會大眾提供更先進之接觸利用著作的工具，符合公共利益之考量。¹⁷⁵

Tasini 判決之主要意見將系爭電子資料庫與微縮片相比對，重在呈現予使用者之格式態樣，僅於電子版本所呈現之樣式係與原來版本（含系爭文章與其他文章）完全一模一樣，始可視為美國著作權法第 201(c)條所稱之集體著作修訂版，是以主要意見顯然將電子資料庫之數位格式視為固著於實體媒介之表達重製物（copies fixed in a tangible medium of expression），且將新興科技類比於先前技術，以先前技術相關案例之法理原則套用於新興科技案例，¹⁷⁶故主要意見係以美國著作權法第 101 條、第 102 條有關固著性（fixation）之著作要件為基礎。¹⁷⁷準此，如電子資料庫之儲存與復原性媒介（“storage-and-retrieval”¹⁷⁸ medium）即有媒介中立原則之適用餘地。

事實上，美國國會已將媒介中立原則內建於美國著作權法第 201(c)條，蓋該條明文「集體著作之『任何』修訂版」（any revision of that collective work）¹⁷⁹，從公共政策之角度觀之，第 201(c)條規定不僅涉及創作誘因（incentives for creation）之合理配置，更與有效散布誘因（incentives for efficient distribution）息息相關，¹⁸⁰可看出美國國會試圖讓出版商因其進行媒介格式之轉換（conversion among media），為社會大眾提供更多接觸著作機會，而准許其因此享受經濟利益。¹⁸¹從而，容許媒介／科技提供者將著作轉換至其他媒介，提供經濟誘因，以鼓勵其散布更多著作，事屬合理。

此外，在 *Tasini* 案中僅有六名自由作者擔任原告，並非全體作者之代言人，仍有許多作者有高度意願使其著作被收錄至電子資料庫，蓋此種儲存、搜尋方式將增

¹⁷⁵ Tsai, *supra* note 163, at 86.

¹⁷⁶ Tussey I, *supra* note 160, at 21, 32; Tussey II, *supra* note 160, at 455, 472-73.

¹⁷⁷ See 17 U.S.C. §101, §102. See also Alice Haemmerli, *Case Comment: New York Times v. Tasini*, 25 COLUM. J.L. & ARTS 57, 59 (2001).

¹⁷⁸ Tussey I, *supra* note 160, at 35; Tussey II, *supra* note 160, at 442.

¹⁷⁹ Frank H. Smith, *Tasini v. New York Times Co.: A Copyright, or a Right to Copy?*, 32 NEW ENG.L. REV. 1093, 1129 (1998).

¹⁸⁰ 然而，美國 Tussey 教授認為美國著作權法第 201(c)條規定之立法政策在於創作誘因之合理配置，而與散布之效率無涉。See Tussey I, *supra* note 160, at 39; Tussey II, *supra* note 160, at 484-85.

¹⁸¹ Richard Galofaro, Note, *Is the Tasini Decision in Need of a "Revision"?: New York Times Co. v. Tasini*, 4 TUL. J. TECH. & INTELL. PROP. 233, 242 (2002).

加讀者群之規模與人數¹⁸²。再者，電子資料庫不僅為使用者提供快速、方便之搜尋方法，亦屬典藏著作之無成本方式，惟由於 *Tasini* 判決，將使大部分出版商修改其與自由作家之契約，約定所有權利歸由出版商所有，¹⁸³而自由作家為避免列為出版商之黑名單（blacklist）¹⁸⁴，只得任憑掌握經濟優勢之出版商予取予求，毫無協商之空間，¹⁸⁵反而形成一買方市場（a buyer's market）。¹⁸⁶另許多出版商與圖書館均將作者拒絕授權之現存著作自其典藏資料庫中移除，¹⁸⁷反而導致從事研究之學者無法取得完整文獻。從公共利益角度觀之，如容許出版商將投稿文章轉換儲存方式至電子資料庫，有助於公眾更廣泛地接觸著作，滿足消費之慾望，亦同時刺激創作之產生，對人類智識文化資產之擴充，貢獻不可謂不大。

再從交易成本的觀點，由於美國聯邦最高法院要求出版商與自由作家協調相關線上再版費用，將提高出版商之協商成本（即為協商所耗費之時間、精力），而出版商為求於競爭市場中生存，勢必將此交易成本移轉至消費者身上，¹⁸⁸如此後果誠非作者與社會大眾所能接受，此亦顯然背離著作權體系之主要目標—以最低成本使多元化表達最大化。¹⁸⁹

綜上所述，媒介中立原則不僅僅在於保護著作權人，亦可從社會大眾、媒介／科技提供者之角度觀察。從而，最佳解決之道係根據媒介中立原則，將電子市場之經濟利得分配予出版商。在 *Tasini* 案中，出版商僅僅將自由作家之文章從一媒介（紙本印刷）轉移至另一媒介（電子資料庫），媒介之轉換並不影響著作權之行使方式，

¹⁸² Richard Wiggins, *The Tasini Decision: A Victory for No One* (Aug. 15, 2004), at <http://www.llrx.com/features/tasini.htm> (last visited on July 10, 2006).

¹⁸³ Marshall Leaffer, *Life after Eldred: THE Supreme Court and the Future of Copyright*, 30 WM. MITCHELL L. REV. 1597, 1609 (2004).

¹⁸⁴ 如紐約時報（The New York Times Company）即要求自由作家同意不再要求未來權利金，否則將移除其文章。國際作者聯盟（The National Writers Union）將此形容為「網路時代黑名單」（creating the blacklist of the Internet age）。See Kendra Mayfield, *Freelancers Fear Blacklisting* (July 06, 2001), at <http://www.wired.com/news/politics/0,1283,45032,00.html> (last visited on July 10, 2006).

¹⁸⁵ Leaffer, *supra* note 183, at 1609.

¹⁸⁶ Leaffer, *id.*

¹⁸⁷ Wiggins, *supra* note 182. See also Michael Overing, *The Tasini Ruling: What the Future Holds* (April 2, 2002), at <http://ojr.org/ojr/law/1017780534.php> (last visited on July 10, 2006). See further Michael Jesse, *Life after Tasini* (2002), at <http://www.ibiblio.org/slanews/conferences/sla2002/programs/tasini.htm> (last visited on July 10, 2006).

¹⁸⁸ Wiggins, *supra* note 182.

¹⁸⁹ GOLDSTEIN, *supra* note 152, at 211.

至於文章內容之格式僅為儲存與復原性媒介操作後之結果，此不應成為判斷之焦點，而應從媒介中立原則，肯定電子資料庫之此項新興科技創造出著作固著之新態樣，而未對美國著作權法第 201(c)條規定所賦與之特權有何更動。

(3) 科技保護措施

針對科技保護措施條款對於合理使用之質疑，支持科技保護措施者必稱：甲可以購買乙的著作後，即可開啓彌封，接觸乙的著作云云，然而，此舉無疑成為我國學者章忠信所言之「接觸權」(the right to access)，是否意謂著作權法除現有之專屬權能（即重製、改作、公開演出、公開傳送、公開展示等）外，另創「接觸權」之專屬權能？¹⁹⁰著作權為立法者代表使用大眾與著作權人進行討價還價，即社會大眾同意給予著作權人一定時間的專屬獨占權，提供著作權人創作之誘因，著作權人則同意於著作權期間屆滿後，其著作即成為公眾資產，供公眾自由使用。¹⁹¹著作權人所享有之獨占權能種類及範圍均為著作權法所明定，現行著作權法並未明文賦予著作權人一控制接觸之權能，然而科技保護措施以保護不當或非法重製著作為名，卻行禁止接觸之實，變相地賦予著作權人「接觸權」，恐有違著作權法向來之保護原則。

姑且不論就接觸權部分法有無明文，合理使用自始以來即為社會大眾接觸他人著作與著作權人利益保護之平衡原則，亦即著作權法給予著作權人一定權利保護，得以控制其所創作的表達之權利，惟社會大眾於著作權保護期間內得合理使用著作權人之著作，此乃著作權之限制。現科技保護措施禁止社會大眾合理地接觸著作內容，要求使用著作之前須先取得著作權人之授權，無疑違反著作權法的利益均衡設計，絕非當初著作權法有關合理使用之規範本意。

我國亦有一雷射唱片防盜拷裝置與合理使用之案例，原告購買被告科藝百代股份有限公司生產販售之小野麗莎「左岸香頌」雷射唱片（即 CD），惟由於其上設有防盜拷裝置，可防止一般 CD 買受人將系爭音樂著作複製至個人電腦之 CD-ROM 或 MP3 檔案資料，原告爰依消費者保護法第 12 條第 1、項規定，主張系爭禁止「消費者就該音樂著作為複製」之條款及加設防盜拷裝置之行為無效，復依著作權法第 65 條第 1 項規定，主張系爭定型化契約條款依民法第 71 條規定應屬無效，據此起訴請求被告應給付原告未設有防盜防盜拷裝置之 CD。

經臺灣臺北地方法院臺北簡易庭於 92 年 11 月 18 日以 92 年度北小字第 2558 號判決駁回原告之訴，復經臺灣臺北地方法院於 93 年 6 月 3 日以 93 年度小上字第 4

¹⁹⁰ 章忠信，「著作權保護、科技發展與合理使用—談新著作權法關於合理使用的已然與未然」，2003 全國科技法律研討會，20-21 頁，新竹國立交通大學，民國 92 年 11 月 20 日至 21 日。

¹⁹¹ LAWRENCE LESSIG, CODE AND OTHER LAWS OF CYBERSPACE 331-32 (1999).

號判決駁回原告之上訴，而告確定在案。法院主要認為原告可透過其所有之數位影音播放器材（如電腦、CD 隨身聽等）賞析 CD 音樂（下稱系爭音樂著作），進而獲得愉悅之心情及性情上之陶冶，並能舒緩原告可能產生之生活壓力，且系爭音樂著作為創作人精神創作之結晶，客觀上亦有不匪之價值，故系爭 CD 與原告所給付之價金並無顯不相當之情形，自無違反消費者保護法第 12 條第 1 項、第 2 項規定之平等互惠原則。

再者，法院認為著作權人即被告並未授權購買系爭 CD 之人以數位設備複製該雷射唱片至個人電腦之 CD-ROM 或 MP3 檔案資料，而合理使用並非權利，而是許可，藉此免除其構成侵害著作權責任的一種訴訟上防禦方法，是著作權法第 65 條之規定僅係許可原告於例外情形下得基於非營利之目的，而自行為重製系爭音樂著作之合理使用行為，並非授與原告即得請求被告應提供科技上協助供其便利為重製行為之權利，原告並無所謂「合理使用」之權利。

此外，法院認定被告基於抑制市場盜版猖獗之風氣及保障唱片發行之合理利潤等目的，自得設置相關防盜拷裝置防止一般買受人將系爭音樂著作雷射唱片複製至個人電腦之 CD-ROM 或 MP3 檔案資料等，是系爭禁止「消費者就該音樂著作為複製」之條款及加設防盜拷裝置之行為尚未有何違反著作權法第 65 條第 1 項立法目的之情事，亦未違反誠實信用原則。

由上開判決可知，法院係從契約之角度解析科技保護措施之法律問題，認為消費者於購買附加科技保護措施之著作物時，即已知悉並同意該科技保護措施條款，隱含著依契約自由原則，消費者即應受此科技保護措施條款之拘束，故消費者與唱片公司間就音樂 CD 所成立之買賣契約並無違反消費者保護法第 12 條第 1 項、第 2 項所定之平等互惠原則。

再法院認定「被上訴人（即被告）既未授與上訴人（即原告）得重製系爭音樂著作雷射唱片之權利，且上訴人亦無請求基於合理使用目的而為重製行為之權利」，由於本論文僅蒐集到 93 年度小上字第 4 號民事判決，而未能蒐集 92 年度北小字第 2558 號民事判決，單從 93 年度小上字第 4 號民事判決之內容，無從瞭解原告已否為系爭音樂著作之重製行為及其行為態樣，抑或原告僅單純請求被告給付一張未設有防盜防盜拷裝置之 CD，以利其日後得將之至個人電腦之 CD-ROM 或 MP3 檔案資料。誠然，被告確未授權原告為重製系爭音樂著作之行為，然倘原告符合合理使用之要件，則原告自得未經被告之同意或授權，逕自重製系爭音樂著作，故判決所稱「原告無請求基於合理使用目的而為重製行為之權利」，如解讀成「原告並無合理使用權利」與「原告不得預為合理使用之主張」，即屬適當；惟如法院意指「原告因已受系爭科技保護措施條款之拘束，而不得再依合理使用為重製行為」，即有未洽。

有關科技保護措施之相關立法趨勢，在美國，針對 DMCA，美國國會圖書館（The Library of Congress）必須每三年提出觀察報告，而分別於西元 2000 年、2003 年提出有關反規避條款之例外規定，惟所公布之例外範圍非常有限，許多學者不斷提出建議，要求美國國會圖書館應增訂各種不同例外規定。再者，為因應數位時代下合理使用之萎縮趨勢，由美國商業委員會主席 Joe Barton、眾議員 Rick Boucher (D-VA) and John Doolittle 提出「數位媒介消費者權益法」（The Digital Media Consumers' Rights Act, H.R. 1201）將確保合理使用之存續，釐清 DMCA 對於合理使用之影響，使消費者無須為合法行為負責，亦將聯邦最高法院在 *Grokster* 案持保留態度的 *Sony* 原則法典化。¹⁹²

此外，我國著作權法第 80 條之 2 第 3 項臚列九種不適用反盜拷措施條款之情形：一、為維護國家安全者。二、中央或地方機關所為者。三、檔案保存機構、教育機構或供公眾使用之圖書館，為評估是否取得資料所為者。四、為保護未成年人者。五、為保護個人資料者。六、為電腦或網路進行安全測試者。七、為進行加密研究者。八、為進行還原工程者。九、其他經主管機關所定情形等。並於第 4 項授權主管機關訂定例外情狀之具體內容，且要求主管機關定期檢討。經濟部嗣於民國 95 年 3 月 23 日發佈「著作權法第八十條之二第三項各款內容認定要點」。¹⁹³

有鑒於科技保護措施條款之規定將使合理使用原則空洞化，造成著作權人藉此壟斷著作市場，因此科技保護措施之設計應否廢除抑或應為何種必要之調整，實值深思。目前科技保護措施相關著作權爭議乃國內外學界與實務界討論之一大重點，本論文無法一一論述，¹⁹⁴僅提出媒介中立原則嘗試點出不同之思考方向，期能拋磚引玉。

¹⁹² Consumer Electronics Association, *Fair Use Protects Inventors, Investors and Consumers, Say CEA and HRRC Before Congressional Panel* (Nov. 28, 2005), at http://home.businesswire.com/portal/site/google/index.jsp?ndmViewId=news_view&newsId=20051116005499&newsLang=en (last visited on Dec.2, 2005).

¹⁹³ 經濟部智慧財產局，「訂定『著作權法第八十條之二第三項各款內容認定要點』」（民國 95 年 3 月 23 日），at http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright_law/bulletinContent.asp?otype=1&postnum=82&from=copyright（造訪日期：95 年 7 月 10 日）。

¹⁹⁴ 另科技保護措施亦與相容性之規避設計發生衝突，如 *Universal City Studios, Inc. v. Reimerdes* (111 F. Supp. 2d 294 (S.D.N.Y., 2000), *aff'm* 273 F.3d 429 (2nd Cir.(N.Y.), 2001.)、*Lexmark International v. Static Control Components* (253 F.Supp.2d 943 (E.D.Ky., 2003), rehearing denied (Dec 29, 2004), rehearing *en banc* denied, 387 F.3d 522 (6th Cir.(Ky.))、*Chamberlain Group v. Skylink Technologies* (292 F.Supp.2d 1023 (N.D.Ill., 2003).) 等案例，惟囿於篇幅，本論文無意再深入討論。

以 DeCSS 為例，DeCSS 破解內建於 DVD 內的 CSS 防拷技術，暫不論反規避條款之爭議，就其本質而言，DeCSS 亦屬一種技術，對於單純設計、提供 DeCSS 者，應有 *Sony* 案有關實質合法用途的見解之適用，DeCSS 確實存有實質合法使用之可能，設計、提供 DeCSS 者無法掌控使用者取得 DeCSS 後之使用用途，要求設計、提供 DeCSS 者為使用者的侵權活動負責顯屬過苛。而對於以 DeCSS 破解 CSS 防拷技術後為著作之利用者，設若為備份之目的，自該當合理使用之要件，且以一中性的科技達到合理使用之目的，與媒介中立原則相符。美國法院於 *Universal City Studios, Inc. v. Corley*¹⁹⁵ 及 *321 Studios v. Metro Goldwyn Mayer Studios, Inc., et al.*¹⁹⁶ 認為使用者合法或非法地使用 DVD Copy Plus 及 DVD X-Copy，並不影響原告規避 CSS 科技保護措施之認定，似有討論之空間。若能以媒介中立原則為設計、提供 DeCSS 者尋找合法的生存空間，將對新興科技之發展有所裨益。

(4) P2P 檔案交換軟體

有關 P2P 檔案交換軟體所衍生之著作權爭議可由多重面向加以討論，囿於篇幅，本論文僅就責任認定標準、使用慣例、過濾機制之可行性等面向討論媒介中立原則之適用。至舉證責任之分配、著作權人訴訟類型之選擇¹⁹⁷、法律政策面之考量等面向則留待日後專文深入討論。

A. 責任認定標準

(A) 判斷準則之演化

綜觀 *Napster*、*Aimster*、*Grokster* 等美國相關案例（見本論文第「3.2 新興科技對於著作權法之衝擊 3.2.3 第三次戰爭：電腦科技與網際網路 7. P2P 檔案交換」章節）可知，新興科技提供業者為避免承擔法律責任以全心發展新興科技，不斷從法院判決中尋求生存之道，如 *Mp3.com* 判決認定被告所架設經營之 *My.MP3.com* 網站所提供之服務僅經由其他媒介之傳輸，不構成合理使用。嗣後，*Napster* 及 *Deep* 即迴避主從式架構之設計，除中央伺服器外，兼採 P2P 傳輸技術（即折衷式 P2P 架構），免費供使用者彼此間互相直接連結，惟仍經法院認定 *Napster* 及 *Deep* 應負間接侵權責任。之後，有鑑於折衷式 P2P 架構仍無

¹⁹⁵ 273 F.3d 429 (C.A.2 (N.Y.), 2001).

¹⁹⁶ 307 F. Supp. 2d 1085 (N.D. Cal. 2004).

¹⁹⁷ 有關 P2P 提供業者之民、刑事責任探討，參見崔國斌，「P2P 軟體背後的版權責任認定—臺灣飛行網案評析」，*且且民商法雜誌*，第 11 期，156-170 頁，民國 95 年 3 月。羅明通，前揭註 141，33-37 頁。蔡蕙芳，「P2P 網站經營者與其會員成立共同正犯之可能性—*ezPeer* 與 *Kuro* 案之分析與檢討」，*科技法學評論*，第 3 卷第 1 期，45-73 頁，民國 95 年 4 月。

法脫免責任，Sharman Networks 公司、Grokster, Ltd.、StreamCast Networks, Inc. 與 Kazaa BV 即思及純粹 P2P 架構之 KaZaA、FastTrack、Gnutella 等軟體，以其分散式檔案搜尋之特性，企圖完全規避與使用者之檔案交換行為有何牽連。足見法院判決之見解具有引導科技發展方向之重大功能。¹⁹⁸

再者，從上開美國法院判決，足以推論美國法院係以消費者使用習慣為政策考量基礎（the consumer-practice-based policy），亦即當法院認定大部分使用者以非侵權目的使用新興科技（如時間移轉、空間移轉），法院即以合理使用理論肯定新興科技之合法性（如 Sony 案、Diamond 案）。反之，倘法院認定絕大多數的使用者恣意將新興科技作為未經授權之重製工具，即無意使新興科技提供業者卸免其責。尤其在網際網路相關案例，由於網際網路之快速、成本低廉甚至趨近於零、無遠弗屆之特性所產生之深遠影響，法院於劃分責任界線時即特別謹慎，因而對新興科技提供業者課以較以往為重之責任，觀諸 Aimster 案與 Grokster 案之判決，即可明瞭法院對待新興科技合法性之態度轉變情形。簡言之，法院係根據使用者使用慣例之相關實證資料，而判斷新興科技提供業者應否為使用者以系爭新興科技侵害著作權之行為負責。¹⁹⁹

因此，有待探討者為美國法院上開傾向是否符合著作權法之立法目的。Sony 判決為美國聯邦最高法院第一個以系爭產品之使用可能性（capabilities of machines）而非以行為人之行為（the conduct of people）為判斷對象之案例，²⁰⁰Sony 判決及 Diamond 判決均肯認媒介中立原則，而錄影機及 MP3 音樂播放設備亦因著作權侵害責任之免除而蓬勃發展。職是，為求科技充分發展，媒介中立原則應否適用於網際網路世界之 P2P 檔案分享案例？首應審酌者厥為 P2P 檔案分享案情是否與 Sony 案情相類似？進而思考二案例之差異性是否影響媒介中立原則之適用，抑或尚有其他因素應予以斟酌？²⁰¹

於 Sony 案中，原告之電視節目均為無償播送，亦即觀眾無需支付任何對價，即可觀賞電視節目。又使用者以 Betamax 錄影機預錄電視節目，其後觀賞該錄影節目者充其量為該使用者個人、家人或朋友，因此影響原告著作權潛在市場之經濟價值甚低，甚至聯邦最高法院認為著作權人就所受損害部分並未善

¹⁹⁸ Tsai, *supra* note 163, at 72-73. 蔡惠如，前揭註 161，74 頁，民國 95 年 8 月。

¹⁹⁹ Tsai, *id.* at 72-73. 蔡惠如，同前註，74-75 頁。

²⁰⁰ Elizabeth Miles, Note, *In re Aimster & MGM, Inc. v. Grokster, Ltd.: Peer-to-Peer and the Sony Doctrine*, 19 BERKELEY TECH. L. J. 21, 23 (2004).

²⁰¹ Tsai, *supra* note 163, at 73. 蔡惠如，前揭註 161，75 頁。

盡舉證責任。²⁰²

反之，P2P 檔案分享案中，P2P 軟體使用者間互相下載、交換 MP3 音樂檔案，其音樂著作通常均屬有償性質，亦即聽眾必須支付相當對價始能取得音樂著作物（如錄音帶、CD、合法授權之 MP3 音樂檔案等）。又使用者藉由 P2P 軟體自其他使用者處免費下載 MP3 音樂檔案，因此減省購買合法音樂著作物之費用（成本），加以網際網路之加乘效果，P2P 之檔案分享範圍可涵蓋全世界任一角落之任何人，對於音樂著作權人所得享受之潛在市場經濟收益影響不可謂不大。是以 P2P 檔案分享案例於上開層面確與 *Sony* 案有所差別。²⁰³

然而，資訊科技促進資訊及資料散布之精確性、便利性及普遍性（fidelity, facility and ubiquity），²⁰⁴P2P 傳輸技術乃一傳送數位格式檔案之有利工具，經由 P2P 傳輸技術，網路使用者得以比以往更輕易接觸更多的著作，進而刺激、產生更多的創作，此正為媒介中立原則所欲達成之目的。何況一著作若非散布至市場上，將無法產生任何經濟收益，因此自英國安妮法案（*The Statute of Anne*）以來，如何將著作導入市場，始終為著作權法制所欲達成之目標，若享有著作權之作品無法有效地於市場上散布，社會大眾將喪失接觸著作之良好機會，日後將無著作產生。為使作者的智慧結晶妥當地進入實體產品市場，附加先進技術之媒介將是作者與社會大眾最好之聯繫橋樑，由於社會大眾得於市場上接觸作者之著作，透過市場機能之運作，作者因此瞭解社會大眾之喜好，進而創造更多迎合社會大眾偏好之著作。若欠缺媒介之助力，作者無從將其想法、觀念與社會大眾分享，社會大眾亦因此減少接觸著作之機會。故媒介乃聯繫作者與社會大眾之重要功臣。²⁰⁵

此外，對於內容中立之網路技術（the content-neutral Internet technology），加拿大最高法院於西元 2004 年 6 月 30 日所為之 *The Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. The Canadian' Association of Internet Providers (SOCAN)* 判決，認為 ISP 業者為一網際網路媒介（Internet Intermediary），僅屬提供網路傳輸之管道（a conduit for information），其就網路使用者所傳輸的內容並無控制權，如要求 ISP 業者監督數量龐大的網路資訊內容，於技術及經濟層面均不可行，故 ISP 業者對使用者利用其設備與服務傳輸著作之行爲，縱有侵害著作權之事實，亦無須負責。惟倘 ISP 業者實際提供著

²⁰² Tsai, *id.* at 73-74. 蔡惠如，同前註，75 頁。

²⁰³ Tsai, *id.* at 73-74. 蔡惠如，同前註，75 頁。

²⁰⁴ GOLDSTEIN, *supra* note 152, at 163.

²⁰⁵ GOLDSTEIN, *id.* at 216. Tsai, *supra* note 163, at 86. 蔡惠如，前揭註 161，75 頁。

作內容或進行鏈結，得以自動傳輸著作，則另當別論²⁰⁶。

前揭加拿大案例係針對 ISP 業者所為之判決，誠然，非謂 P2P 業者即屬 ISP 業者而可援用類似美國 DMCA 中安全港條款，蓋 ISP 業者有一定之資格要件，P2P 業者是否具有 ISP 業者之適格恐須持保留態度，而此問題並非本論文之討論對象，值得注意者乃加拿大最高法院對於所謂網際網路媒介（Internet Intermediary）之定位與定性見解，倘 P2P 業者純具「資訊流通管道」之性質，即應有媒介中立原則之適用。

綜上所述，由於 P2P 傳輸技術具有自由、公開之特性，此與網際網路初始設計之目標相契合，故於 P2P 檔案分享案例中，責任之判斷重點在於系爭科技之中立性，蓋科技僅為協助人類與他人溝通、分享資訊之工具，而散布誘因與創作誘因同等重要，如新興科技提供業者能無後顧之憂、無須擔憂負擔侵權責任，將可全心全力地發展新媒介或新興科技，藉此提供社會大眾更先進的使用工具，自對社會大眾有利。反之，如要求新興科技提供業者為使用者之侵權行為負責，將會延緩新興科技之進展速度，新興科技提供業者為求生存，勢必將其交易成本轉嫁由使用者及社會大眾負擔，然著作權體制之主要目的本在以最少的成本追求有價值、多元化的表達極大化，²⁰⁷是以對處於中立地位之新興科技提供業者課以責任所生之影響絕非社會大眾所能接受。準此，媒介中立原則乃新興科技爭議之中心，如提供 P2P 軟體之業者維持其中立地位，自不宜令其為使用者擅自侵害著作權之行為負責。²⁰⁸

需注意的是，所謂中立性媒介，有其一定之限制，非謂所有新興科技提供業者均可持媒介中立原則為尚方寶劍，一概以媒介中立原則主張免責，而是於新興科技提供業者僅僅扮演一純粹提供技術之中立角色，亦即僅屬一「提供技術之管道」時，始能援引媒介中立原則而免責。然於符合相關責任要件時，新興科技提供業者仍不得任意以媒介中立原則推卸其責，²⁰⁹此即美國聯邦最高法院於 *Grokster* 案所明白指出，該案之爭點在於如何平衡著作權保護與新興科技

²⁰⁶ 章忠信，「加拿大最高法院判決 ISP 業者對於客戶網路行為無責任」（民國 93 年 7 月 15 日），at <http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php?board=4&act=read&id=106>（造訪日期：95 年 7 月 10 日）。

²⁰⁷ GOLDSTEIN, *supra* note 152, at 211.

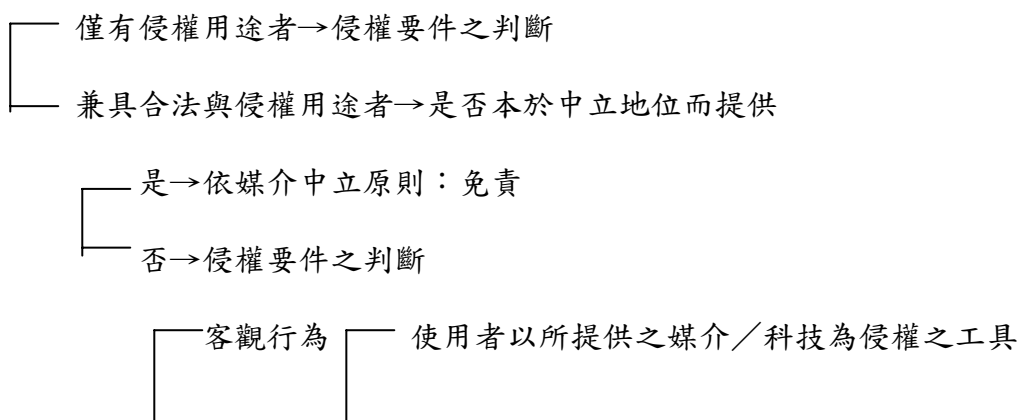
²⁰⁸ Tsai, *supra* note 163, at 86. 蔡惠如，前揭註 161，75-76 頁。我國學者羅明通直指實質非侵權使用原則在我國、美國相關 P2P 傳輸技術案例中扮演決定性角色，問題在於判斷侵權與否之際，實質非侵權使用原則之適用是否應附加考量何種因素，及考量至何程度，始得免除民事、刑事責任（參見羅明通，前揭註 141，26-27 頁）。

²⁰⁹ Tsai, *id.* at 87.

發展之衝突，然而該案問題在於利用系爭 P2P 軟體而為侵權下載檔案之數量過於龐大，致著作權人無法有效取締個人使用者，而唯一實用的方法即課與系爭 P2P 軟體提供業者間接侵權責任。²¹⁰於此，美國聯邦最高法院明確釐清媒介中立原則（實質非侵權用途理論）與引誘侵權理論之界線，亦即新興科技固然同時可供合法用途與侵權用途，然倘新興科技提供業者知悉其特定行為足以誘發使用者以新興科技從事侵權活動，則新興科技提供業者業已跳脫純粹中立之地位，而應負間接侵權責任。易言之，科技提供業者之主觀意圖及行為態樣乃評價之對象，而實質合法用途之有無已非判斷之重點，再度回復以行為人之行為本身為標的之判斷方式。²¹¹

易言之，媒介中立原則與侵害著作權責任（如美國法之間接侵權責任、我國法之民事、刑事侵權責任）之分野不但在客觀上系爭媒介／科技之用途性質，亦重在媒介／科技提供者本身之主觀意圖及行為態樣。首先判斷系爭媒介／科技之客觀用途可能性，亦即除將之用於侵權用途外，有無其他實質上合法用途，若僅具侵權用途者，即直接進入相關侵權責任之構成要件判斷；若兼具實質合法用途及侵權用途者，則判斷媒介／科技提供者是否本於中立之地位而提供系爭媒介／科技，如是，即有媒介中立原則之適用，使媒介／科技提供者免除侵害著作權之責任，以鼓勵其發揮散布著作、傳達著作內容之功能；若已逾中立地位，進一步介入侵權活動之中，即應考慮侵權責任之相關要件，如在客觀行為方面，應注意使用者是否以系爭媒介／科技作為侵害著作權之工具、媒介／科技提供者提供系爭媒介／科技之行為是否與使用者之侵權行為間有因果關係及侵權責任之其他客觀要件，而在主觀要素方面，則應考量媒介／科技提供者是否明知或可得而知使用者侵權行為之存在。其判斷流程如圖 8 所示：

系爭媒介／科技是否兼具實質合法用途與侵權用途



²¹⁰ *Grokster*, 125 S.Ct. at 2775-76.

²¹¹ 蔡惠如，前揭註 161，76 頁。

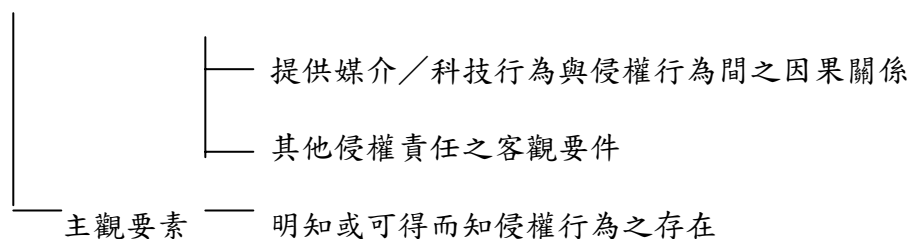


圖 8：媒介／科技提供者法律責任判斷流程

(B) 技術與營運面之判斷

於處理新興科技案例，瞭解新興科技之實際運作情形有助於判斷新興科技提供業者之主觀意思，有論者對於美國法院以科技為中心之判斷方式（*technology-centered method*）不以為然。²¹²然而，不論是美國法或我國法，科技提供業者若因提供產品或服務予使用者而構成侵害著作權之責任，其構成要件原則上均包含主觀要件（即科技提供業者對侵權活動之知情與認識）、客觀要件（即科技提供業者之協助侵權行為，及侵權行為之結果），基本上客觀要件之該當自無疑問，而值得討論者即主觀要件之有無。²¹³

美國著作權法之間接侵權責任²¹⁴以新興科技提供業者知悉使用者之侵權行

²¹² *Tussey I*, *supra* note 160, at 30-35; *Tussey II*, *supra* note 160, at 470-76.

²¹³ *Tsai*, *supra* note 163, at 87. 蔡惠如，前揭註 161，78 頁。另林三元認為有關行為人使用之科技有無科技中立原則之適用，應同時審酌使用者之主觀意思、科技之客觀用途、科技本身之設計發展是否以「溝通」、「分享」為目的（即合目的性之審究）等（參見林三元，「向左走還是向右走？—臺北地方法院九十二年度訴字第二一四六號判決（KURO 案）評析」，*月旦民商法雜誌*，第 11 期，148 頁，民國 95 年 3 月）。惟此三項審酌因素仍屬抽象原則之宣示，究應如何將科技中立原則適用於具體個案，仍屬未明。

大陸學者崔國斌則認為 P2P 提供者之間接侵權責任以 P2P 提供者具有主觀惡意為要件，即明知或可得而知 P2P 使用者有直接侵權行為，仍繼續允許 P2P 使用者使用其相關軟體或網路服務（即提供幫助）。若無法直接判斷此主觀惡意之存在，可以自我監督義務之相對間接的證明方法予以替代。例如 P2P 提供者並無中央目錄檢索系統、集中式回饋機制，即無可能預先識別直接侵權行為之存在。反之，如設有上開系統、機制，P2P 提供者或有可能覺知 P2P 使用者之行為，此時即應綜合考量 P2P 提供者瞭解不特定直接侵權行為之概然性、知悉享有著作權之著作範圍的可能性、實施過濾篩選機制之可行性等因素，判斷 P2P 提供者辨識直接侵權行為存在之可能性（參見崔國斌，前揭註 197，161-162 頁），業已提出部分具體衡量標準。

²¹⁴ 美國侵權行為法之「間接侵權責任」（*secondarily liability*），包含「輔助侵權責任」（*contributory copyright infringement*）及「代理侵權責任」（*vicarious copyright infringement*）。所謂輔助侵權責任，係指行為人明知或可得而知第三人所為侵害他人的權利，仍誘使（*induce*）、引發（*cause*）或實質上促使（*materially contribute*）該第三人之侵權行為者，亦應負侵權責任。所謂代理侵權責任，係指僱用人或本人（*principal*）如對受僱人或代理人有監督之權力與能力，且因受僱人或代理人所從事之活動受有經濟利益者，即須為受僱人或代理人在職務範圍內所為之侵權行為負責。參見劉尚志、陳佳麟，*網際網路與電子商務法律策略*，94、97 頁，

為前提，我國著作權法之刑事責任則以新興科技提供業者具有侵害著作權之故意為構成要件，民事責任則視責任類型而以具故意或過失為要件（著作權法第 84、85、87、88 條規定參照），如能確實瞭解新興科技之運作情形及新興科技提供業者之商業模式（business model），將可成為認定新興科技提供業者主觀犯意之有力證據。²¹⁵於判定美國法之間接侵權責任及我國侵害著作權之民事及刑事責任時，有關主觀要件之認定，以下技術與經營管理層面值得注意：²¹⁶

1. 使用者管理系統方面：如使用者於使用系爭產品或服務前是否應經註冊程序或登入手續？
2. 科技提供業者與使用者間之關係方面：如科技提供業者是否僅於使用者購買或使用系爭產品或服務時與使用者有所接觸，抑或科技提供業者與使用者維持繼續性之接觸？
3. 授權範圍方面：如科技提供業者與使用者間是否存有授權契約？科技提供業者是否保留封鎖侵權使用者再度使用系爭產品或服務，或終止侵權使用者帳戶之權利？
4. 系爭產品或服務之架構方面：於科技提供業者之主機伺服器內是否儲存任何使用者所交換之檔案？有無檔案交換之索引系統？科技提供業者是否提供完整服務（包含網路平台及設備，the site and facilities）？科技提供業者與使用者間一旦斷線，是否影響使用者彼此間之連線？科技提供業者能否更改使用者個人電腦內之軟體？系爭產品或服務是否具有其他實質非侵權用途？
5. 使用說明方面：科技提供業者如何介紹其所提供之系爭產品或服務予使用者？是否僅以音樂檔案之交換為唯一範例？科技提供者是否教導使用者以加密技術而迴避實際知情（actual knowledge）之認定？
6. 收入來源方面：系爭科技是否無償提供？有無其他來源所得供給科技提供業者之營運（如廣告收益，使用者會費、月費）？廣告收益是否按使用者下載數量及大小計算之？

民國 90 年 3 月。

²¹⁵ Tsai, *supra* note 163, at 87. 蔡惠如，前揭註 161，78 頁。又我國學者羅明通認為由於美國聯邦最高法院於 *Grokster* 判決指明以營運模式為判斷標準，故日後分散式網路經營者之民事責任重在經營方式之判斷，有無檔名索引伺服器並無意義，而我國 *ezPeer*、*KURO* 判決隱含如無管理檔名伺服器，網站負責人即無侵害著作權之責任可言。參見羅明通，前揭註 141，24-25 頁。

²¹⁶ Tsai, *id.* at 87. 蔡惠如，同前註，79 頁。

綜言之，從科技操作層面與科技提供業者所採用之商業模式，判斷科技提供業者有無侵權行為之邀約、是否意圖鼓勵或引誘使用者以新興科技從事侵權活動，而實際介入使用者之侵權活動之中，將可妥善拿捏媒介中立原則之分寸。

217

B. 使用慣例之重要性

系爭產品或服務上市後，究供使用者何種用途，本於媒介中立原則，不問使用者為合法或非法用途，均非系爭產品或服務提供業者所能過問，亦無從僅因系爭產品或服務可能成為侵害著作權之工具而令產品或服務提供業者為使用者之侵權行為負責，此亦為媒介中立原則之真諦。*Sony* 判決中以「廣泛地 (widely)」、「實質的 (substantial)」、「可供...使用 (capable of)」等形容詞建構 *Betamax* 之合法性，因此，爭點在於實質合法用途之比例及數量是否影響責任之判斷？²¹⁸

於 *Aimster* 案，第七巡迴上訴法院認為，當系爭產品或服務同時兼有非侵權用途與侵權用途時，始有進一步討論各該用途規模、程度之必要，以決定輔助侵權責任之存在與否。²¹⁹而由於被告 *Deep* 未能證明系爭 *Aimster* 檔案交換系統可能用於非侵權用途之事實，故第七巡迴上訴法院即認被告 *Deep* 應為使用者之侵害著作權行為負責。²²⁰

於 *Grokster* 案，負責執筆主要意見書之 *Souter* 大法官即指明原告所提出之調查報告顯示，以 *FastTrack* 系統所下載的檔案，其中將近 90% 係享有著作權之檔案，被告 *Grokster*、*StreamCast* 對此數據均有所爭執，縱然兩造均無法精確計算使用者所下載之檔案數量及其內容，然依現有現有證據資料，足以認定大部分使用者之下載行為侵害他人著作權，而被告 *Grokster*、*StreamCast* 對此事實並不爭執，且亦知悉系爭產品之主要用途，甚至被告 *Grokster*、*StreamCast* 於使用者以電子郵件詢問如何播放所下載之享有著作權的電影檔案時，即可認定被告 *Grokster*、*StreamCast* 直接知悉使用者之侵害著作權行為。²²¹

又 *Ginsburg* 大法官於 *Grokster* 案所提出之協同意見書，認為即使絕大部分以系爭 P2P 軟體所交換之檔案並未侵害著作權，並不當然因此認為系爭 P2P 軟

²¹⁷ 蔡惠如，同前註，79 頁。

²¹⁸ 蔡惠如，同前註，79 頁。

²¹⁹ *Aimster*, 334 F. 3d at 649-50.

²²⁰ 蔡惠如，前揭註 161，79 頁。

²²¹ *Grokster*, 125 S.Ct. at 2772.

體具有實質合法用途而可予以免責，蓋下載之檔案數量非常龐大。況系爭 P2P 軟體多數用於侵權用途，且由於使用者大量使用系爭 P2P 軟體，造成被告之高額收益，而被告所提出之證據亦不足以證明系爭 P2P 軟體具有實質合法用途。²²²

然 Breyer 大法官則認為既然使用者所交換之檔案有將近 10% 並未侵害著作權，即符合 *Sony* 判決所定之標準，若 10% 的數據不構成所稱「實質的用途 (substantial)」，亦應從系爭 P2P 軟體現在與未來潛在用途予以衡量，因 *Sony* 判決明白使用「capable」一字。²²³自 Ginsburg 大法官、Breyer 大法官之協同意見書可知，其二人對於 *Sony* 判決之「實質的 (substantial)」、「可供...使用 (capable of)」二詞之解釋分歧，差異在於 Ginsburg 大法官重在非法使用之比例及數量，而 Breyer 大法官重在合法使用之比例及未來潛在之用途。²²⁴

另有學者認為於處理新興科技案例時，即應參考 *Sony*、*Aimster* 判決以實證研究的證據 (empirical evidence) 作為政策之衡量標準，亦即無論 P2P 系統究為集中式或分散式架構，既然 P2P 系統之功能均令使用者彼此間可分享著作權檔案，如無非侵權用途之實證證據存在，即應依科技提供業者與使用者間所存在之繼續性關係而認定科技使用者對於使用者侵權活動有所認知，而應成立間接侵權責任。²²⁵

我國臺灣士林地方法院於 *ezPeer* 案討論被告吳○○是否構成單獨正犯時，認為公訴人就告訴人享有著作權之市場是否占我國音樂市場八成以上、網路通路與實體通路的音樂市場占有率是否相同、被告吳○○所經營網站是否以交換 MP3 音樂檔案為主要業務等事實並未舉證，故無法認定公訴人所指網路上所流傳之 MP3 音樂檔案莫不為告訴人享有著作財產權之 CD 錄音著作所重製，而被告吳○○所經營網站竟以交換 MP3 音樂檔案為主要業務云云為真。²²⁶由於罪刑法定主義之規範，必須各該特定會員行為構成犯罪，始得就被告設置網路平台之行為論以共同正犯之刑責，是公訴人即具體指出五位會員非法傳輸告訴人享有著作權之 1236 首錄音著作之 MP3 音樂檔案，²²⁷公訴人及臺灣士林地方法院僅針對特定會員之特定重製、公開傳輸他人著作行為而討論，均未提及所有

²²² *Grokster*, 125 S.Ct. at 2785-86 (Ginsburg, J., concurring).

²²³ *Grokster*, 125 S.Ct. at 2787-90 (Breyer, J., concurring).

²²⁴ 蔡惠如，前揭註 161，80 頁。

²²⁵ *Tussey I*, *supra* note 160, at 36-38; *Tussey II*, *supra* note 160, at 477-81. 蔡惠如，同前註，80 頁。

²²⁶ 士林地院判決之理由欄第參一三 (三) (2) 項，前揭註 137，20 頁。

²²⁷ 士林地院判決之理由欄第參二 (一) 項，同前註，22 頁，及判決後附之附表 1-146 頁。

ezPeer 使用者非法下載、傳輸 MP3 音樂檔案之比例。²²⁸

另我國臺北地方法院於討論被告是否具有犯罪故意時，一方面肯認會員得利用 KURO 軟體上傳或下載未享有無著作權之檔案、因著作權保護期間業已屆滿等原因而可供公眾使用之檔案、或業經合法授權之檔案，另一方面亦認為會員亦可能以之違法下載享有著作權之 MP3 音樂檔案，此事乃眾所週知。²²⁹然而，所謂「眾所周知」，未見臺北地方法院說明其認定之基礎，如能輔以實證調查之資料，勢必更具說服力。²³⁰

綜上所述，我國著作權法制下之刑事責任原則上均要求著作權人或檢察官必須具體明確指出使用 P2P 檔案交換機制之特定會員及特定重製、傳輸之檔案內容，對於證據之要求極為嚴格，而與全體使用者之使用情形無涉。而美國著作權人希冀藉由間接侵權責任之理論，請求法院核發禁制令，期能藉此遏阻使用者利用 P2P 軟體或服務侵害其著作權，故使用者之使用慣例與比例將成為認定科技提供業者責任之重要關鍵之一。然回歸媒介中立原則，本不因科技提供業者提供足可為侵害著作權工具，即令科技提供業者負責，而應就具體個案判斷科技提供業者是否逾越其中立地位而定其責任，使用者之使用慣例並非決定性因素。²³¹

C. 過濾機制之可行性

美國第七巡迴上訴法院於 *Aimster* 案認為聯邦最高法院在 *Sony* 案並未審酌 Sony 公司其實可以變更 Betamax 的設計，以減少 Betamax 的侵權可能性，如消除「快轉功能 (the fast-forward capability)」，或如不同意見書所建議，於播送電視節目時，改變其訊號，使 Betamax 無法錄影等，²³²但第七巡迴上訴法院認為於判斷服務提供業者應否負輔助侵權責任時，該服務提供業者是否有能力防止其使用者為侵權行為乃重要因素之一。而被告 Deep 可取消加密功能、監控 *Aimster* 使用者如何使用其服務，進而減少侵害著作權之數量。然被告 Deep 捨此不為，任憑使用者恣意利用其所提供之 *Aimster* 服務而侵害他人著作權，而拒絕瞭解使用者之侵權活動，如此駝鳥心態足使被告 Deep 負擔代理侵權責任。

²²⁸ 蔡惠如，前揭註 161，80-81 頁。

²²⁹ 臺北地院判決之事實欄第一（七）項，前揭註 140，14 頁。

²³⁰ 蔡惠如，同前註，81 頁。

²³¹ 蔡惠如，同前註，81 頁。

²³² *Sony*, 464 U.S. at 494.

於 *Grokster* 案，聯邦最高法院認為被告 *Grokster*、*StreamCast* 均未嘗試過濾使用者下載之著作內容，或阻止著作檔案之交換。被告 *Grokster* 雖曾因著作權人寄送警告信函，而對以電子郵件警告使用者其所交換之檔案內容涉嫌侵害著作權，但被告 *Grokster* 卻未封鎖任何繼續使用系爭 P2P 軟體分享著作權檔案之使用者。又被告 *StreamCast* 不僅拒絕他公司協助其進行監控侵權活動，且封鎖嘗試從事監控行為者之網際網路通訊協定位址（the Internet Protocol addresses，即 IP 位址）。²³⁴足見美國聯邦最高法院認為被告 *Grokster*、*StreamCast* 有能力控制使用者之侵權行為，卻未加以控制，容任使用者利用系爭 P2P 軟體侵害著作權。²³⁵

有關防堵機制方面，士林地方法院認為被告吳○○所提供之 *ezPeer* 服務本為法之所許，亦無任何法規要求 P2P 業者有義務檢視其營運系統上有無著作權侵害行為並加以控制，被告吳○○設立 *ezPeer* 網路機制既未違反任何客觀義務，即非屬「危險前行為」，而不因此負保證人地位。且使用者利用被告吳○○所提供之 *ezPeer* 軟體而傳輸著作權人之 MP3 音樂檔案，為其個人行為所肇致，*ezPeer* 機制本身並無導致著作權受侵害之可能，難認 *ezPeer* 機制為危險源。另被告吳○○無法認知所有享有著作權之 MP3 音樂檔案，亦無法設計防堵使用者傳輸 MP3 音樂檔案，況被告吳○○已於 *ezPeer* 網站上張貼公告，要求會員不再傳輸特定經假處分之 MP3 音樂檔案，並呼籲會員尊重著作權，已為法規所要求或期待之行為，參以就現行技術而言，被告吳○○是否具有防止告訴人著作權法益受損結果發生的事實可能性，不無疑義，並無成立不純正不作為幫助犯之餘地。²³⁶

另外於 *KURO* 案，台北地院即根據交通大學資訊科學系教授對 *KURO* 網站之營運架構所為之觀察與研究結果，及飛行網公司黃姓技術長於假處分執行時所為之陳述，認定可以過濾檔案名稱之方式使會員無法搜尋，是被告具有過濾能力。²³⁷準此，台北地院係於討論被告犯意與犯意聯絡之層次，思考被告有無過濾能力之問題，即使過濾字串之方式無法達到完全篩選之結果，台北地院仍肯定被告具有過濾能力，進而課以被告應採取過濾機制以求減少會員違法下

²³³ *Aimster*, 334 F. 3d at 648, 654-55.

²³⁴ *Grokster*, 125 S.Ct at 2774.

²³⁵ 蔡惠如，前揭註 161，82 頁。

²³⁶ 士林地院判決之理由欄第參三（三）2（3）-（5）項，前揭註 137，38-42 頁。

²³⁷ 臺北地院判決之理由欄第一（七）項，前揭註 140，16 頁。

載之侵害著作權行爲，顯與士林地院之見解迥然有別。²³⁸

本論文僅就閱讀士林地方法院判決而提出如下疑慮：使用者利用 ezPeer 軟體而擅自下載、交換享有著作權之 M3 音樂檔案，固屬使用者之個人行爲，然是否僅因現行法規無明文規定 P2P 業者對使用者活動負有過濾篩選義務，即謂被告吳○○並無任何客觀義務？系爭 ezPeer 機制係使用者侵害著作權之工具，此爲 ezPeer 機制本身存在之特質，自有可能導致著作權受侵害之虞。且 ezPeer 網站上列有歌曲排行榜（哈燒榜），廣告費之計算亦以使用者所下載之檔案大小爲計算標準，被告吳○○是否完全無法認知使用者所傳輸之檔案內容，亦有疑義。又士林地方法院所討論之過濾機制僅限於檔案名稱比對方式，是否尚存有其他過濾機制？又法院僅因此種過濾方法存有若干漏洞，即謂被告吳○○無法過濾篩選使用者所交換之檔案，如此因防堵技術成效不彰，即謂被告吳○○無須防堵，其認定是否過於寬貸？現行業界業已發展出許多過濾技術，倘被告吳○○能多方予以採用，不問其成效如何，至少足以證明被告吳○○亦有維護著作權之決心。²³⁹

3. 我國著作權法制之適用與因應

我國著作權法並未明文規範媒介中立原則，然於整理我國合理使用相關判決時，發現我國法院對於媒介中立原則之態度，有若干判決潛藏媒介中立原則之精神（見附錄三 媒介提供者相關判決明細表）。茲分述如下：

(1) 相關案例

前已述及，有關利用電腦資訊科技及網際網路技術使用著作之型態有三：1. 個人藉由新興科技利用著作。2. 媒介／科技提供者本身爲著作利用之人。3. 媒介／科技提供者並非著作利用之人。而有關媒介中立原則之案例，民事部分僅有 2 件判決，刑事部分則有 15 件判決，值得玩味的是，僅此 2 件民事判決（乃同一案件）係屬第三類型態，肯認媒介中立原則，認定媒介／科技提供者無須負責。原告生產製造「Play Station」（含 PSone，下稱 PS）遊戲主機、「Play Station 2」（下稱 PS2）遊戲主機等家庭用電視遊樂器電子遊樂系統，加裝有存取控制技術（Access Control Technologies），僅容許經授權於各區域發行之正版光碟於各該遊戲主機內執行，但如於原告之 PS2 遊戲主機上加裝被告鴻景國際有限公司之電子商品，將可順利執行盜版遊戲光碟片，原告爰依公平法第 30 條、第 24 條、第 34 條、公司法第 23 條、民法第 184 條第 1 項後段、第 185 條第 2 項、第 28 條、第 273 條第 1 項規定，請求

²³⁸ 蔡惠如，前揭註 161，82 頁。

²³⁹ 蔡惠如，同前註，82-83 頁。

被告公司與其負責人負連帶賠償責任。經臺灣板橋地方法院於 92 年 8 月 26 日以 91 年度訴字第 2001 號判決駁回原告之訴，經臺灣高等法院於 93 年 2 月 17 日以 92 年度上易字第 1187 號民事判決駁回原告之上訴，而告確定在案。

本件被告雖未於第一、二審訴訟程序中提出合理使用之抗辯，臺灣板橋地方法院 91 年度訴字第 2001 號民事判決認為光碟備份為法之所許，被告之電子產品僅以使用於備份來表達，臺灣高等法院 92 年度上易字第 1187 號民事判決認為被告之電子商品既具有備份及仿製功能，且備份為著作權法所許，不能因系爭電子商品同時得於原告之 PS、PS2 遊戲主機上順利執行盜版光碟，而謂被告係在鼓勵盜版光碟使用被告之產品，以促銷系爭電子商品。

觀諸本件案例，法院肯定系爭電子商品具有實質合法用途—備份及仿製功能，而不單以其可能具備之非法用途（即一般消費大眾得藉由系爭電子商品於原告遊戲主機上順利執行盜版遊戲），而命被告負侵權責任或違反公平交易法之責任。此從系爭電子商品之客觀用途判斷責任之有無，與美國 *Sony* 判決之原則一致。倘若判決被告敗訴，苛求被告必須一一確認使用系爭電子商品之消費者將之使用於合法用途，其交易成本過高，將扼殺系爭具有備份及仿製功能之電子商品的生存空間，於科技市場上消失無蹤，對社會大眾未嘗不是重大損失。上開 2 判決充分體現示媒介中立原則之真諦，誠屬慧見。

而 15 件刑事判決均認媒介／科技提供者應負侵害著作權之刑事責任，除編號 1 至 3 有關 ezPeer、KURO 部分將於以下（2）章節加以討論之外，其餘 12 件均與電腦程式著作、網路咖啡店有關，亦即著作權人享有網路遊戲等電腦程式著作，被告係經營網路咖啡店，其客戶利用被告所提供之上網電腦設備下載著作權人之電腦程式著作。被告一律以合理使用為抗辯，並辯稱：其僅提供設備，擅自下載之人實為客戶云云，被告此部分抗辯即與媒介中立原則有關，然而法院認定被告所為不符合合理使用之構成要件，而駁斥被告之上開抗辯。

固然被告經營網路咖啡店確實具有營利意圖、商業目的，然而倘仔細分析本件行為人與行為態樣，實際從事擅自下載電腦程式著作之人乃客戶而非被告（即經營網路咖啡店業者），法院認定構成要件該當事實乃被告明知其電腦主機中早已為先前使用之客戶灌入電腦程式著作，未經著作權人之授權，仍將之出租予不特定客人上網遊戲使用。誠然，此 13 件刑事判決並非直接否認媒介中立原則之價值，而係認定被告明知其電腦設備留存先前客戶擅自下載之電腦程式著作，仍出租予他人使用，從而認定被告具侵害著作權之犯罪故意。

實則，細譯本案類型，係屬第二、三類利用著作型態，亦即關於被訴侵害出租

權部分，乃第二種類型，思考重點在於網路咖啡店經營者能否以媒介中立原則主張合理使用之成立，而關於被訴侵害重製、公開傳輸權之共犯部分，乃第三種類型，直接涉及媒介中立原則之適用問題。網路咖啡店為一般社會大眾提供便利上網之機會，對於網際網路普及化之貢獻良多，本於媒介中立原則，至網路咖啡店消費之客戶利用網路咖啡店之電腦設備擅自下載電腦程式著作，確為經營業者所無法過問，惟倘經營業者能經常性清查其電腦設備，一旦發現先使用之客戶留有未經授權之電腦程式著作，立即移除之，顯見經營業者確實擔任單純管道之角色，即應給予媒介中立原則之保障。

(2) ezPeer、KURO 案

有關 P2P 檔案分享案例，ezPeer 案與 KURO 案為我國司法機關首次將著作權法適用於此類新興科技之案例，主要與第三類利用著作類型有關。自形式觀之，二網路經營似乎相類似，惟士林地院與台北地院對其評價迥然有別，致一宣判無罪，另一卻為有罪之判決。初步比較此二刑事判決：(一)行為人部分：ezPeer 案之被告僅限於網路經營者（即公司及負責人），而 KURO 案之被告除網路經營者（即公司及負責人）外，尚包含 KURO 使用者。(二)系爭 P2P 軟體性質部分：ezPeer 軟體性質上為分散式檔案搜尋模式（即本論文所稱之純粹 P2P 架構），而 KURO 軟體則屬集中式架構（即本文所稱之折衷式 P2P 架構）。(三)行為態樣部分：ezPeer 案僅涉及網路經營者應否為使用者之侵害著作權行為負刑事責任，而 KURO 案則尚涵蓋網路經營者另外之洗歌行為（即自行購入 CD 轉檔成 MP3 格式，上傳至 FTP 網站，供會員傳輸下載）。以下章節則深入討論此二判決中有關評價對象（營運模式）、科技之法律地位（中性幫助行為、科技中性）層面。²⁴⁰

臺灣士林地方法院雖認定 ezPeer 網路平台 P2P 檔案分享模式係採分散式架構，即使用者無須藉由主機協助即可搜尋檔案，然法院嗣認為所謂集中式或分散式架構僅屬技術細節之差異，並無法律評價上之實益，蓋擅自重製他人著作罪、公開傳輸侵害他人著作罪之評價對象乃「被告之 ezPeer 之營運模式」，而非「被告所提供之 ezPeer 網站平台搜尋檔案之方式」。²⁴¹

實則，檔案搜尋系統之類型涉及科技提供業者能否介入使用者之檔案分享活動及其介入程度之深淺，集中式架構之提供業者涉入使用者侵權行為之可能性與深入

²⁴⁰ 蔡惠如，前揭註 161，76 頁。有關 ezPeer 案與 KURO 案判決之異同比較，參見江慧賢，「論數位時代下臺灣流行音樂創作著作權之保護」，2005 全國科技法律研討會，251-256 頁，新竹國立交通大學，民國 94 年 11 月 17 日至 18 日。

²⁴¹ 士林地院判決之理由欄第貳三項，前揭註 137，16 頁。

程度遠較分散式架構為高。再者，所謂「營運模式」應為「所提供之檔案搜尋方式」之上位概念，科技提供業者所提供之系爭產品或服務如何供使用者搜尋所需檔案，自屬科技提供業者經營系爭網路平台之模式一部分，參以被告吳○○提供 ezPeer 軟體供使用者下載、交換檔案，其營運模式即藉由 ezPeer 軟體之提供向使用者收取會員費用及向廣告商收取廣告收益，被告吳○○之主觀要素乃本案成罪與否之實質關鍵，則瞭解 ezPeer 軟體之檔案搜尋方式將有助於被告吳○○對使用者侵害著作權行為知情與否之事實認定。²⁴²

另一方面，臺灣士林地方法院依單獨正犯、間接正犯、共同正犯、教唆犯、幫助犯之各構成要件，逐一分析「被告之 ezPeer 之營運模式」並不構成擅自重製他人著作罪、公開傳輸侵害他人著作罪，其邏輯推理細膩，且法律適用精細。綜觀判決全文，臺灣士林地方法院重在 ezPeer 網路經營者之主觀要件之判斷，蓋被告吳○○僅提供 ezPeer 檔案搜尋、交換之平台服務，而未實際涉入使用者之下載、分享檔案之行為，如何認定被告吳○○對使用者之違法侵害著作權行為明知、可得而知而具直接故意或間接故意，及被告吳○○有無法律上義務防止使用者侵權行為之發生，即成為判斷之重點。惟事涉個案事實之認定，本論文無從審閱相關事證，即無從置喙，惟可明確推知相關網路經營模式為法院審酌之重點。²⁴³

本論文無意就刑法相關正犯、共犯理論予以探討，僅就本案判決所提及之與媒介中立原則相關連之「中性幫助行為」部分予以分析。有關中性幫助行為方面，臺灣士林地方法院認定被告吳○○之主要服務即 ezPeer 軟體之提供，週邊服務為簡化下載程序，而所提供之對象為任何會員而非特定會員，且其行為具有獨立性，可使會員藉由被告吳○○所提供之服務而下載、交換任何檔案，是所提供之服務並非專為犯罪而為之，故屬中性幫助行為。由於被告吳○○並不知悉特定會員如何利用 ezPeer 軟體犯罪，或僅知悉有可能被用來犯罪，故被告吳○○所提供之 ezPeer 軟體整體服務機制（含主服務與週邊服務）無法被評價為幫助犯。²⁴⁴法院以德國學說認定中性幫助行為不構成幫助犯，以行為為評價對象，重在提供中性幫助者之主觀層面，倘其主觀上不知其所提供之助力為他人實現犯罪，則不予以刑法上之評價。²⁴⁵

提供中性幫助行為者之所以被認定為無罪，係因該人所提供之幫助並非專以犯罪為目的，且並不知悉他人藉由其幫助而為犯罪行為，或僅知悉其幫助可能為犯罪用途，亦即倘該提供幫助者該當於幫助犯之主觀要件，仍有成立幫助犯之可能。是

²⁴² 蔡惠如，前揭註 161，77 頁。

²⁴³ 蔡惠如，同前註，77 頁。

²⁴⁴ 士林地院判決之理由欄第參三（三）1 項，前揭註 137，35-36 頁。

²⁴⁵ 蔡惠如，前揭註 161，77-78 頁。

以德國之中性幫助行為理論與媒介中立原則的基本精神一致，均強調雖為犯罪或侵權行為提供助益，然該助益本質上原即可用於合法途徑與非法途徑，故無從僅因該助益可能用以侵害著作權之特質而課與提供助益者任何責任，惟如提供助益者符合侵害權利之主觀及客觀要件，仍有責任之適用。²⁴⁶

反觀台北地院於 *KURO* 案之判決，認為 *KURO* 軟體本身為一中性之科技，本質上並無合法與否之判斷，然科技提供者倘明知此科技可能成為犯罪之工具，卻意圖追求商業利益，逕以此科技之該項功能為促銷重點，誘使他人使用之，是科技提供者就使用者將來確實利用此科技為犯罪工具，致侵害他人法益之結果及因果歷程，顯係可事先預見，且不違背其以此科技供使用者作為犯罪工具之本意，具有不確定之犯罪故意，而不得於事後再以該科技可供合法用途使用、不知使用者用以犯罪為由為抗辯。²⁴⁷

(3) 對著作權法部分條文修正草案之芻議

前已述及，謝國樑等 57 位立法委員於民國 95 年 1 月 11 日，有鑑於不肖平台業者嚴重侵害著作權人之合法權益，且故意陷付費良善下載者於民、刑法之追訴恐懼中，而提出「著作權法部分條文修正草案」（關於提案說明、修正草案見附錄五）。於著作權法第 87 條第 1 項增訂第 7 款：「未經著作財產權人同意或授權，意圖供公眾透過網路公開傳輸或重製他人著作，侵害著作財產權，對公眾提供可公開傳輸或重製著作之電腦程式或其他技術，而受有利益者。」，增訂第 2 項：「前項第七款之行為人，採取廣告或其他積極措施，教唆、誘使、煽惑、說服公眾利用電腦程式或其他技術侵害著作財產權者，為具備該款之意圖。」，並就違反者課以刑事責任（第 93 條第 4 款）及行政責任（第 97 條）。

揆諸前揭增修條文及修法說明，此次修正重點在於單純之提供技術行為即視為著作權之侵害。一旦平台業者提供相關技術，極有可能受侵害著作權之推定，倘嗣後使用者進而以該技術侵害著作權，尚須另外判斷是否有其他相關民事共同侵權行為或刑事共犯、教唆犯、幫助犯等責任。以責任規範架構而言，此修正草案顯然課以平台業者相當重之法律責任，立法者希冀藉由對平台業者之規範管制，進而減緩著作權在網際網路上遭受侵害之情況。

由於我國法制並無類似美國法之間接侵權責任，是以立法者即以擬制侵害著作權之概念將平台業者列為可能侵害著作權之對象。解析其構成要件如下：1. 客觀要件—（1）未經著作財產權人同意或授權，（2）對公眾提供可公開傳輸或重製著作之

²⁴⁶ 蔡惠如，同前註，78 頁。

²⁴⁷ 臺北地院判決之理由欄第一（七）項，前揭註 137，14 頁。

電腦程式或其他技術，(3) 因此提供行為受有利益。2. 主觀要件—(1) 意圖供公眾透過網路公開傳輸或重製他人著作，侵害著作財產權，(2) 意圖之擬制：採取廣告或其他積極措施，教唆、誘使、煽惑、說服公眾。

關於此平台業者之責任結構，立法者一方面就單純提供技術之行為即納入規範，以維護著作權人創作誘因，另一方面，附加主觀意圖之限制，堅守媒介中立原則之分際，以避免過度壓抑科技之創新。立法用意甚佳，惟值得深思的是此責任設計果否能達成修法說明第二項所稱平衡創作誘因與科技創新之目的？從訴訟實務觀之，不問何種責任類型，如何認定行為人之主觀意圖，本屬難事，本修正草案雖輔以若干客觀情狀之補充認定原則，惟具體案情之判斷宜再參酌平台業者之經營模式、技術架構、過濾機制及能力等情事，始能公允地認定平台業者有無主觀意圖或教唆、誘使、煽惑、說服公眾利用其所提供之技術侵害著作權。如此嚴謹地解讀平台業者之提供服務責任，平台業者所承擔之法律責任風險不至於過於沈重，否則防制侵權成本過鉅，將有可能摧毀新興科技之生機。

此外，謝國樑、柯淑敏等 37 位立法委員於 95 年 4 月 7 日，考量目前著作權法對於網路服務提供者並未定有相關規範，致網路服務提供者所提供之服務經常造成著作財產權獲致版權之侵害，提出「著作權法部分條文修正草案」（關於提案說明、修正草案見附錄六）。於著作權第 88 條除共同行為人之外，參酌我國民法第 185 條規定，增訂「造意人」、「幫助人」之概念，並嘗試將美國間接侵權理論（含輔助侵權責任、代理侵權責任）及美國最高法院於 *Grokster* 案所闡釋之引誘理論引入我國著作權法。其優點在於將網路服務提供者於現行網路著作權爭議可能引發之責任歸屬問題加以釐清，使網路服務提供者知悉其責任風險範圍。然其缺點在於依提案說明所示，此修正草案係針對網路服務提供者所為之法律規範，惟第 3 項所定「經營事業之人」就字面觀之，規範對象不限於網路服務提供者；且第 4 項所定教唆、誘使、煽惑、說服、其他相類似行為、引誘等名詞之定義與界線含糊不清；又第 5 項所定「認識」是否僅限於故意之情事？但本條修法理由又謂「於其有過失或故意時」，似涵括故意幫助與過失幫助之情形，是其規範範圍不甚明確。

第 90 條之 4 就網路服務提供者加以定義，然條文稱「經由網路，對他人提供……服務」，對於服務提供方式限於經由網路者，則僅提供網路硬體設備者是否屬之？又「『使』他人得重製或公開傳輸著作或製版」，似將提供服務之目的限縮於供他人重製或公開傳輸著作或製版，理應從媒介／科技中立原則之角度，強調該服務有各式各樣的用途，其中包含得以之重製或公開傳輸著作或製版，故建議修正為「本章所稱網路服務提供者，係指提供他人得以重製或公開傳輸著作或製版之網路服務之人。」，較為簡潔清楚。

第 90 條之 5 第 1 項所謂「知情」究指明知？是否包含可得而知之情形？其用語較為模糊。又所稱「防止或停止該著作或製版重製或公開傳輸之服務」，防止或停止之對象應為所提供之網路服務，且服務具有單一、不可割裂之性質，甚難想像網路服務提供者僅防止或停止其中與重製、公開傳輸有關之部分服務。再者，「防止……該著作或製版重製或公開傳輸之服務」，如何防止某項服務之提供？是否指拒絕提供某類型之服務，使他人無從為重製或公開傳輸？抑或防止之客體為該侵害著作權或製版權之重製或公開傳輸行為？是以建議修正為「防止該侵害著作財產權或製版權之發生或繼續，或停止其網路服務之提供。」

第 90 條之 6 第 1 項要求主張著作財產權或製版權受侵害之人必須提出「相關證明」，第 3 項要求受通知停止重製或公開傳輸服務之人應提出「有權重製或公開傳輸著作或製版之證明」，然應提出何種證明？其證明程度為何（釋明或證明）？如此加諸網路服務提供者判斷之重任，是否過於沈重？在實際運作上如何進行，誠屬一大難題。又第 5 項所減輕或免除之責任係指民事責任？刑事責任？抑或二者均屬之？若同時符合第 88 條第 3、5 項規定而發生競合狀況時，應如何決定其法律效果？另第 5 項所稱「知」是否限於明知？可得而知之情形能否適用本條項規定？

綜上所述，前開二著作權法部分條文修正草案分別針對平台業者、網路服務提供者就其所提供之服務可能涉及著作權侵害者課以民事責任、刑事責任及行政責任之規範，希冀對於現今網際網路所生諸多侵害著作權之亂象予以有效的管制，以周延地保障著作權，其規範管制目的固屬明確，然從實現權利之訴追成本思量，著作權人與其一一對成千上萬的個人使用者興訟，不如直接對單一的平台業者、網路服務提供者主張權利，因此所花費之訴訟成本較低。從訴訟結果有效性思量，自相關服務的源頭（即平台業者、網路服務提供者）斷絕使用者可得利用的侵權工具，缺乏重製、公開傳輸利器的使用者自難以侵害著作權，更能有效遏止侵害著作權之現象，是以對平台業者、網路服務提供者加以規範，似乎成本低廉但成效高超，符合經濟效益。

惟應審慎思考此立法手段是否將導致資訊科技、網際網路產生不當壓抑之負面影響。倘法律管制過當，平台業者、網路服務提供者為求於市場上生存、競爭，自會將法律責任相關風險轉化成服務經營成本，移由使用者、消費大眾負擔，若嚴重至令平台業者、網路服務提供者虧損過鉅，致無法繼續營運、存活，如履薄冰的平台業者、網路服務提供者只好趨於保守，固守成規，不再投注心力於新興科技之研發，致科技無從發展，絕非社會之福。準此，立法者與法院應遵循媒介中立原則，於保障著作權之際，勿忘鼓勵新興科技之發展，始能達到社會總福祉極大化的目標。

5.5 總結—我國合理使用制度之願景

著作權法律關係中各關係人彼此間為四面關係：著作權人（即先前著作之著作人）、潛在之後續作者、一般消費大眾、媒介／科技提供者，彼此間利益互相流動，環環相扣，呈動態發展之狀態。其中著作權人希望透過市場交易廣為散布著作，以其著作獲取經濟利益，進而多加創作，故有著作權之創設，以提供創作誘因。潛在之後續作者期能自由無償接觸、使用先前著作，以激發創意火花，此即合理使用原則之價值。一般消費大眾期待以最小之代價、甚至無償地享受他人著作，以滿足其個人需求與慾望，因而產生「個人使用」之議題。媒介／科技提供者希冀其所提供之產品或服務廣受使用者歡迎，向使用者收取費用或向廣告業主收取廣告費用而獲取最高利潤，但無須承擔任何法律責任之風險，故而有媒介中立原則之適用餘地。

綜觀著作權整體法律關係，著作權與合理使用各自於著作權法體系中所扮演互相制衡之角色，亦即合理使用為著作權之限制，而著作權亦為合理使用之制約。合理使用之基本理念在於公共政策與交易成本之考量，其核心概念即為「公共利益」，旨在於促進資訊自由流通，最終目的乃鼓勵知識與資訊之傳遞、交流與共享，並充實豐富人類智識文化資產。

為建構我國合理使用制度，應釐清合理使用之法律性質，並探討如何靈活運用合理使用之判斷基準。首先，從學理上觀之，合理使用雖為著作權法所承認之著作權限制，然從權利發生之基礎、合理使用之外在表徵、內在意涵及權利實現等面向，均無法認定合理使用之保護強度到達「權利」之程度，是以合理使用僅屬著作權法上所賦予之一般法律利益。另從法律的經濟分析及法院判決實務之實證角度觀之，採使用權利說之相關成本較高，故以侵權阻卻說為宜。從而，對於合理使用給予「利益式保護」即為已足，並無承認「合理使用權利」之必要。

其次，著作權法第 65 條第 2 項所定合理使用之判斷基準，各判斷基準彼此間環環相扣，相互影響，惟於法院運作實務中，缺乏具體、明確性，各關係人無從預測利用著作行為之法律效果及責任。為免合理使用流於抽象法則之判斷反具高度不確定性，有必要將判斷基準之運用精緻化。本論文建議可考慮將著作權法第 65 條第 2 項規定修改如下：「著作之利用是否合於第 44 條至第 63 條規定或其他合理使用之情形，應審酌利用著作之一切情狀，以下列情形為判斷之基準：一、利用之目的及性質，包括係為商業目的或非營利教育目的。二、著作之性質。三、所利用之質量及其在整體著作所占之比例。四、利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響。五、利用結果對於人類智識文化資產之整體影響。六、其他情狀。」，可使法院於適用過程中全盤注意所有利用著作相關情狀。

再者，各種利用著作之類型各有其使用目的（如創作、消費、散布著作、保存及典

藏著作等)，所欲達成之目標影響人類智識文化資產之深度及廣度自有差異，是以有必要區分利用著作之類型，而承認不同程度與範圍之合理使用。本論文所建議之合理使用判斷邏輯體系參考長久以來學說與實務針對合理使用各判斷基準所衍生之各理論及見解，以豐富人類智識文化資產為中心思想，嘗試將各判斷基準及其相關理論予以邏輯順序之排列，將合理使用適用情形加以類型化，如圖 6 之合理使用判斷邏輯體系所示。

本論文所提議之合理使用判斷邏輯體系旨在使合理使用之適用過程具體化及透明化，期能減少合理使用之不確定性，此係屬明確特定之法則，足供著作權法律關係各關係人及法院之參考，據此得以減緩長久以來適用合理使用原則之困擾，進而降低守法成本及司法成本，減少著作市場上之交易成本，使合理使用之衡平規定兼具嚴格規定之優點，而使合理使用更能發揮其保障著作權人著作權益、調和社會公共利益、促進國家文化發展之功效，致有效運用、配置社會資源，使社會總效益極大化。本論文於第六章將從著作權法律關係之全方位思維，從合理使用之價值創新與未來展望，描繪我國合理使用之全新角色。

