

公共領域在數位環境中面臨的衝擊

The Impact on Public Domain in the Digital Environment

研究生：林聖斌

Student：Sheng-Pin Lin

指導教授：王敏銓

Advisor：Dr. Min-Chiuan Wang

國立交通大學

科技法律研究所

碩士論文



Submitted to Institute of Technology Law

College of Management

National Chiao Tung University

in partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of

Master

in

Technology Law

July 2006

Hsinchu, Taiwan, Republic of China

中華民國九十五年七月

公共領域在數位環境中面臨的衝擊

研究生：林聖斌

指導教授：王敏銓

國立交通大學 科技法律研究所

摘要

著作權法乃一部與科技發展關係頗為密切的法律，凡有關著作物生產、流布與使用的科技變遷，皆有可能牽動當代著作權法規範的修訂。近十餘年來，由於數位及網路科技的蓬勃發展，使得社會大眾接觸使用各式著作物的方式產生了莫大的變動，主要是反映在創作方式的多元化以及流通管道的擴充等。數位及網路科技為社會大眾帶來諸多便利之餘，卻撼動了內容產業長久以來採用的經營模式。除了主張著作物銷售或授權的獲利嚴重減損之外，內容產業業者亦發現其逐漸無法完全掌控著作物的流通。於是，向立法機關進行遊說，透過修法來擴張著作權保護範疇，或是自行架設科技保護措施，以鞏固其既有利益，便成了可以想見的反制手段。

由於科技或環境條件的變遷，致使既有規範有所不備，因而進行修法甚至是擴張權利保護範疇，以作為因應，本是無可厚非。不過，在這次的科技變遷時刻當中，法律不但沒有為數位及網路科技預留一些喘息空間，反而還大力地加以阻絕，同時也波及到了公共領域。社會大眾對於公共領域的「通念」，顯然尚未完全覺醒。

本文初步探討了目前公共領域遭受衝擊的幾個面向，包括「圈地運動」等上位概念、著作權人大量援用有體財產權概念與術語的可能結果與策略考量以及媒體集中化的現象。此外，被架設來阻絕對於著作物的任意接觸使用的科技保護措施、內容產業遊說國會通過的「著作權期間延長法」與「數位千禧年著作權法」以及目前正在推動的資料庫保護相關法案，皆對於公共領域造成重大威脅，故亦在本文探討之列。

然而，觀諸幾個正在全球各地推行的公共領域復興運動，我們可以發現，有關公共領域的通念，似乎正在覺醒當中。本文介紹了數個目前正致力於充實公共領域內涵、促進創作素材自由流通的創作計劃，包括自由軟體運動、維基百科、Creative Commons 等，並試圖歸納其共通的核心精神，同時探索其蘊含的民主功能。

除了鼓勵公共領域復興運動的推行與參與之外，本文尚對於著作權政策提出

些許粗淺的看法，期望一般民眾在著作權政策制定過程中能取得足夠的發聲機會，公共領域的功能與價值也能夠獲得應有的重視，以促進人類文化創作活動的提昇。



The Impact on Public Domain in the Digital Environment

Student : Sheng-Pin Lin

Advisor : Dr. Min-Chiuan Wang

Institute of Technology Law
National Chiao Tung University

ABSTRACT

Copyright law is deeply related to the development of technology. All technological transitions about the production, distribution and use of works might trigger the revision of contemporary copyright law. In recent ten years, the vigorous development of digital and Internet technology alters the ways through which people access creative works, including the diversification of the ways of creation and increases of distribution channels. Besides bringing much convenience, digital and Internet technology shakes the business model which content industries have adopted for a long time. In addition to arguing the subtraction of profits from selling or licensing works, content industries discover that they gradually cannot control the circulation of creative works. In order to consolidate their vested interest, lobbying the legislature to expand the scope of copyright and building technological protection measures are foreseeable responses.

It is acceptable to modify laws, even to expand the scope of protection, to deal with the regulations made inadequate by the transitions of technology or environment. However, in the current moment of technological transition, the laws do not preserve breathing space for digital and Internet technology but suppress its potential. The impact spreads to public domain simultaneously. Obviously, the “common sense” of public domain has not awakened completely.

This thesis preliminarily explores several impacts on public domain, including the concept of “enclosure movement”, the possible outcome and strategic consideration of the rhetoric of property invoked by copyright holders, and the phenomenon of centralization of media. Furthermore, technological protection measures which is used to block unauthorized access, the “Sonny Bono Copyright Term Extension Act”, the “Digital Millennium Copyright Act of 1998”, and several draft legislations for protecting databases pushed by content industries are all reviewed in the thesis because of their threat to the public domain.

However, by observing several restoration movements of public domain in the

world, we can find that the common sense of public domain is awakening. This thesis will introduce several creative projects which are devoted to nourishing the public domain and promoting the free circulation of creative materials, including the free software movement, Wikipedia and Creative Commons. This thesis will attempt to summarize their core spirit in common and explore the democratic implication.

In addition to encouraging the introduction and participation of restoration movements of public domain, this thesis made several suggestions . On the purpose of promoting the creative activities of human culture, it is hoped that ordinary people could get enough chances to express their opinions in the process of developing copyright policies, and the function and value of public domain should be taken seriously.



誌謝

很慶幸能夠進入科法所就讀，有機會一窺法學殿堂的奧秘，雖然對於半路出家的我來說，法學可說是個全新的知識領域，承蒙諸位貴人的扶持，一路上總算是跌跌撞撞走了過來。在包括論文寫作的整個求學過程當中，由衷感謝所上老師們的照顧與提攜。尤其是授業恩師－王敏銓老師，對於學生的關懷始終是不遺餘力，總是熱情地迎接學生突如其來的叨擾；對於學生的論文內容，幾乎是一字一字地加以批閱，並常常不厭其煩地幫忙解答各式各樣的古怪問題。悉心指導論文寫作的方向與技巧之餘，更在立身處世等身教方面，給予我很大的啟發，在此謹向恩師致上十二萬分的感謝。

同時，我也要感謝引領我深入法學領域的啟蒙老師－王明禮老師。在自己幾乎毫無貢獻的情況下，有幸持續參與老師所主持的討論會，可說是獲益匪淺；王老師嚴謹的治學態度以及清晰的思路，著實讓學生受用無窮。復於論文口試時，蒙王老師提點諸多可以改進、補充的方向，特此誌謝。

此外，在百忙之中抽空參與論文口試的劉靜怡老師，憑藉其豐富的法學素養，對於論文內容提供許多寶貴的意見，包括未來繼續從事論文寫作的可行建議，也是我要感謝的對象。從大四以來，一直對我多所照顧的蔡熊山老師，總是能從討論法政相關時事議題的過程當中，彼此激盪出新的思考，並時時鼓勵我繼續進修，帶我遍訪北台灣名勝，對於蔡老師的照顧，我也要獻上由衷的感激。

同屬 631 研究室的敏賢、珮綾等同窗夥伴，因為有你們的協助，我才得以順利完成大大小小的報告、考試，與你們同遊台灣各地的回憶，更是讓我的研究所生涯增添了好幾分色彩。佳蓉、盈秀學姐與遠翔學長則是在經驗傳承方面惠我良多，感謝你們讓我們後輩有個學習的目標。週末假日獨自一人留在研究室撰寫論文時，感恩隔壁研究室的育慶大哥拖我一同用餐解悶。每週固定在研究室樓下棒

球場享受野球之樂的學弟－佳德、博然，感謝你們適時地帶我遠離電腦螢幕。繼續留在原來系所進修的大學同窗亭彰、仁凱，我也要感謝你們所持續給予的資源上的幫助。

當然，最要感謝的，要算是遠在兩百公里之外的家人了。負笈在外求學多年，一直未能善盡身為人子的責任，對家人有著太多虧欠，惟家人依然默默為我提供沒有上限的支援，無論是在經濟或是精神方面，始終扮演著最堅強的後盾。母親的電話打氣以及定期提供的水果等糧食補給，一向是我生活中最大的鼓舞，也是我繼續努力的動力。家人所給予的關懷與支持，我想是自己一輩子也報答不完的。



目錄

第一章	緒論.....	1
1.1	研究動機.....	1
1.2	研究目的.....	2
1.3	研究範圍.....	2
1.4	論文架構.....	3
第二章	公共領域之概說.....	7
2.1	何謂公共領域.....	7
2.2	公共領域的重要性.....	11
2.2.1	創作素材的來源.....	11
2.2.2	原創性的迷思.....	12
2.2.3	言論自由.....	15
2.2.4	著作權法體系的功能.....	18
2.2.5	資訊的特性.....	19
2.2.6	自然權利.....	20
2.3	數位環境下的公共領域.....	23
2.4	小結.....	26
第三章	公共領域的縮減.....	29
3.1	圈地運動 (Enclosure Movement)	29
3.1.1	第一次圈地運動.....	29
3.1.2	第二次圈地運動.....	31
3.2	著作權有往財產權靠攏的趨勢.....	34
3.2.1	內容產業的主張.....	34
3.2.2	合理使用的縮減.....	39
3.2.3	公共領域的縮減.....	40
3.2.4	檢討.....	43
3.3	媒體集中化.....	43
3.3.1	資訊生產者類型的減少.....	43
3.3.2	公共領域的減損.....	46
3.3.3	媒體集中化的後續效應.....	48
3.4	科技方面的衝擊.....	49
3.5	法律方面的衝擊.....	55
3.5.1	美國著作權法保護歷來的擴張.....	57
3.5.2	著作權期間延長法 (Sonny Bono Copyright Term Extension Act)	

3.5.2.1	內容簡介.....	62
3.5.2.2	Eldred v. Ashcroft	67
3.5.2.3	Eldred v. Ashcroft案後記	74
3.5.3	數位千禧年著作權法 (Digital Millennium Copyright Act of 1998)	76
3.5.3.1	立法保護科技保護措施的考量.....	76
3.5.3.2	國際法上的規範.....	77
3.5.3.3	數位千禧年著作權法內容簡介.....	78
3.5.3.4	緩和.....	83
3.5.3.5	DMCA與公共領域.....	84
3.5.3.6	內容產業的主張.....	87
3.5.3.7	檢討.....	89
3.5.4	資料庫保護.....	92
3.5.4.1	法律保護客體的適格性.....	92
3.5.4.2	資料庫保護與公共領域.....	95
3.5.4.3	歐盟立法規範.....	97
3.5.4.4	美國立法規範.....	100
3.5.4.5	檢討.....	104
3.5.5	著作權立法的省思.....	105
3.6	反面見解.....	107
3.6.1	浪漫的公共領域.....	108
3.6.2	私人從事公共領域的擴充.....	110
3.6.3	團結口號.....	112
3.7	小結.....	113
第四章	公共領域復興運動.....	119
4.1	內容產業的反撲.....	119
4.2	法律未隨著科技變遷而作適當的調整.....	122
4.3	有關公共領域的通念.....	128
4.3.1	通念正在覺醒中.....	128
4.3.2	為何要談公共領域.....	128
4.4	近來的公共領域復興運動.....	131
4.4.1	自由軟體運動.....	131
4.4.2	維基百科.....	135
4.4.3	麻省理工學院「開放式課程計劃」	140
4.4.4	學生起身對抗著作權囤積.....	143
4.4.5	The Public Domain Enhancement Act.....	144
4.4.6	Creative Commons.....	147
4.4.6.1	組織簡介.....	148

4.4.6.2	授權條款內容.....	150
4.4.6.3	主要功能.....	153
4.5	公共領域相關實踐的精神與創作模式.....	157
4.5.1	自由文化.....	157
4.5.2	釋放部分權利.....	160
4.5.3	同儕生產.....	162
4.5.3.1	簡介.....	162
4.5.3.2	同儕審查機制.....	166
4.5.3.3	同儕生產的產能.....	167
4.5.3.4	限縮.....	168
4.5.3.5	同儕生產下的創作動機.....	169
4.5.3.6	同儕生產的成功要素.....	172
4.6	小結.....	175
第五章	公共領域復興運動的檢討與建議.....	181
5.1	GPL下的自由軟體.....	181
5.1.1	自由軟體與公共領域.....	181
5.1.2	GPL的契約拘束力.....	183
5.2	Creative Commons.....	183
5.2.1	策略分析.....	183
5.2.1.1	以財產權為基礎.....	184
5.2.1.2	以模糊的意識形態推行社會運動.....	186
5.2.1.3	一反傳統的推行社會運動手法.....	187
5.2.2	策略上的缺陷與隱憂.....	189
5.2.2.1	財產權的可能後遺症.....	189
5.2.2.2	契約拘束力.....	191
5.3	民主功能的省思.....	193
5.4	著作權法政策的考量.....	198
第六章	結論.....	205
	參考文獻.....	209

第一章 緒論

1.1 研究動機

著作權法可說是與科技發展關係最為密切的一部法律，科技的發展現況何如，莫不牽動著當代的著作權法。近十餘年來，由於數位及網路科技的迅速進步與普及，致使人們利用著作物的方式產生了重大的變化，當中有許多使用行為甚至已經逸脫出著作權人的控制，對於著作權人的經濟利益造成損害，傳統的著作權法看起來似乎已經不敷使用。為了避免害及潛在創作者的創作動機，加上部分著作權人的大力遊說，立法者遂在短短的數年間多次就著作權相關法律進行修訂，其主要的修訂方向不外乎擴張著作權保護範圍。

立法者看待著作權法的態度，輔以部分著作權人行使權利的方式，所架構而成的著作權保護網，似乎有愈來愈趨嚴苛的現象，著作物使用者的一舉一動幾乎都會受到管制。此外，目前的主流輿論亦莫不把著作權保護的徹底落實奉為圭臬，以著作權人的利益為依歸，嚴厲譴責那些擅自取用他人作品的行為，無論其有無創意的投入。目睹這樣的現象，令筆者產生了相當程度的困惑，認為目前的保護態勢不盡然有助於文化創作活動的進行，反而還有可能造成一定的壓縮。深感憂心之餘，本文發現，人類文化創作活動的其他基石似乎被嚴重忽視，社會大眾接觸使用資訊的自由所彰顯的公共利益也未受到足夠的關注，甚至是被犧牲或邊緣化。

著作權人的創作誘因或經濟報酬所代表的私益，以及公眾自由取用資訊所彰顯的公益，兩者之間應該容有妥協兼顧的空間，而不應是彼此排擠衝突。本文的初衷即在於探索可能的第三條路，以提供公眾最大的創作空間，同時維持著作權法的提供創作動機的功能。在眾多的可能方案之間，公共領域或許正好可以扮演

上述私益與公益之間的緩衝閘，其同時也是人類文化創作活動不可或缺的基石，然而，在著作權保護過度擴張的當下，公共領域似乎有被戕害、侵蝕的跡象，因此，公共領域的內涵與發展動態何如，遂成爲本文研究的焦點所在。

1.2 研究目的

藉由探索公共領域的內涵，突顯公共領域對於人類文化創作活動的重要性，並介紹富有公共領域精神的相關實踐，本文期望能在著作權保護聲浪持續高漲之際，提供一點不同角度的思考，稍微遏止目前似乎一味倒向著作權人保護的趨勢。理想中的文化創作活動應該是多元、開放、自由的，公共領域更是免費的創作素材泉源，透過強調並回復公共領域的機能，除了可以活化社會大眾的文化創作活動之外，也許還有助於突破當前著作權論辯的困局。

另就目前著作權人行使權利的常見方式與搭配措施提出檢討，希望能讓社會大眾重新思考這些手段的正當性。處於內容產業的高度管制下，消費者更應該有發出質疑聲音的機會，以批判性的眼光來審視那些不合理的限制，而不是默默地全然接受，漠視自己應有的創作空間。

此外，目前實踐當中的公共領域復興運動實例亦屬本文介紹的重點，其目的在於從這些可行的參考方案中，認識到集中式的商業化創作模式並不是作品產出的唯一管道，開放、分散式的創作模式反而還比較可能具有更高的產能。同時歸納整理出這些實例的共通精神，以供吾人深思琢磨，尋找文化創作活動的長久利益所在，或是進一步設計出適合我國國情的公共領域實踐方案。

1.3 研究範圍

本文所研究的範圍主要是以美國法爲中心，並以聯邦著作權法爲研究的核心對象，至於其他智慧財產權法律，例如專利、商標等法律，則不在討論之列。此

外，需要先予敘明的是，雖然著作權又常被進一步分爲「著作財產權」與「著作人格權」，惟本文所探討的對象主要是限縮在前者。除非有特別補充說明，否則在本文中論及著作權之時，通常均係指涉「著作財產權」。

文中搭配介紹的有關文化創作活動的現象也是環繞在美國的時空背景，探討的相關司法案例亦是以繫屬於美國法院者爲主。之所以會將研究範圍作這樣的安排，一方面係因爲美國乃一個文化產業極爲發達的國家，每年產出的娛樂產品的份量頗爲驚人，文化創作活動亦相當旺盛，其遭遇到的問題或困境，可說是具有一定的參考價值；另一方面則是因爲美國目前在著作權保護脈絡中一直有著相當熱絡的正反論辯，從中激盪出了不少具有深度的論點與思想，亦有豐富的文獻資料可資參酌，因此格外有研究的意義。

既然目前有關著作權保護的論辯如此眾說紛紜、莫衷一是，從中選擇一個既定的立足點，遂成了首要任務，否則恐將在浩瀚的爭辯當中迷失方向。因此，本文選擇以「公共領域」切入研究的出發點，以強調公共領域機能爲始，檢驗目前美國聯邦著作權法對於文化創作活動的影響。

當然，本文必須坦承的是，有關美國的一切討論未必能百分之百適用於台灣，貿然地全盤移植恐怕是失之偏頗。然而，由於數位及網路科技的發展，知識或資訊的散布已幾乎是無遠弗屆，不再只侷限於一國之內，也就是說，一國對於本國產出資訊的流布的管制何如，可能會連帶影響其他國家的使用者。再者，我國近來民智漸開，並隨著言論管制的鬆綁，人民發揮、表達自己創意的意願、空間與機會可謂今非昔比，對於創作素材的需求隨著逐漸攀昇，加上美國的著作權法政策一向影響我國甚深，因此，其經驗或許有值得我們借鏡之處。

1.4 論文架構

本文第二章將約略探討公共領域的內涵，包括目前學者們所作出的各種不同

定義。公共領域的重要性亦是本章所要討論的重點，因為其不但是創作素材的來源，亦有促進言論自由等功能。此外，由於數位及網路科技的發展，可能會致使公共領域產生什麼樣的變化，也會在本章中稍作說明。

第三章則是介紹公共領域近來所面臨到的一些衝擊。除了從圈地運動、有體財產權化、媒體集中化等上位現象切入觀察之外，亦針對科技與法律等現實層面作探討。主要被討論的幾個法律分別是美國的「著作權期間延長法」、「數位千禧年著作權法」以及資料庫保護的相關法案。此外，雖然本章對於公共領域的近況抱持著較為憂心的態度，惟亦有論者對此提出不同見解，認為公共領域目前的發展並未如想像中那樣悲觀，本文認為這些見解或有值得參考之處，故亦一併加以臚列。

第四章首先闡釋了內容產業之所以會作出一系列反撲的可能因素，最主要係因為數位及網路科技撼動了內容產業的傳統經營模式，致使內容產業採取一些反制措施來鞏固其利益。觀諸近來新興科技屢被打壓的現象，顯見目前社會大眾的通念並未站在新興科技這邊。內容產業在禁錮新興科技之餘，也連帶地對公共領域進行圈佔，惟未引起社會大眾的太多注意。不過，值得欣慰的是，部分學者已經開始探究公共領域的內涵，並強調公共領域對於創作活動的重要性。社會上亦有一些實踐公共領域精神的運動在推展當中，包括了自由軟體運動、維基百科、麻省理工學院開放式課程計劃與 Creative Commons 等，莫不強調資訊自由廣泛流通所帶來的助益，並鼓勵創作者將所學所思貢獻出來予公眾分享。此外，本章也試圖歸納出上述公共領域復興運動的共通特徵或精神，包括自由文化、釋放部分權利、同儕生產的創作模式等。

第五章乃本文之結論。在檢討公共領域復興運動的策略及可能缺陷之後，接著探索這些運動可能蘊藏的民主功能。除此之外，亦鼓勵公眾積極參與文化創作活動，並以此為前提，嘗試提出著作權法政策方向的個人粗淺建議，權作拋磚引

玉，以供各方先進參考、斧正。





第二章 公共領域之概說

2.1 何謂公共領域

「公共領域 (public domain)」一字最早是被用來指涉美國領土內的公有土地。至於在智慧財產權法脈絡中的最早使用起源，則是來自伯恩公約 (Berne Convention)，伯恩公約的最初法文版本稱之為“*domaine public*”¹。國內學者亦有稱之為「公共財產²」、「公共資產³」與「公共所有⁴」。

何謂公共領域？公共領域的內涵究竟為何？恐怕沒人能說個準，迄今仍未有統一的學說或理論架構，可謂是眾說紛紜。傳統上係採消極定義，亦即在列舉一些受有著作權法保護的作品之後，再以負面表示的方式，指出其他未受列舉的作品即為屬於公共領域。換句話說，傳統的公共領域定義認為公共領域係由不受著作權法保護的作品所組成⁵。曾有學者指出，法院其實一直未就公共領域的外貌提出任何藍圖，也幾乎未就公共領域的存在提供一般性的理由；法院援用公共領域的時機，通常是著作權人過於廣大的權利訴求嚴重地威脅了後續創作者的創作自由空間⁶，除此之外，似乎很少清楚地刻畫公共領域的內涵。

不過，美國最高法院在 *Graham v. John Deere Co.* 一案的判決意見書中曾表示：

¹ James Boyle, *The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain*, 66 LAW & CONTEMP. PROBS. 33, 58 (2003).

² 羅明通，著作權法論I，第六版，台英商務法律，頁 301，2005 年；羅明通，著作權法論II，第六版，台英商務法律，頁 98、406、429，2005 年；蕭雄淋，著作權法論，增定二版，頁 171，五南，2003 年。

³ 羅明通，著作權法論II，第六版，台英商務法律，頁 407，2005 年。

⁴ 羅明通，著作權法論I，第六版，台英商務法律，頁 48、254、376，2005 年；同前註，頁 425。

⁵ See Jessica Litman, *The Public Domain*, 39 EMORY L. J. 965, 995 (1990).

⁶ *Id.* at 992.

國會在行使專利權力⁷（patent power）的時候，不能逾越憲法目的的限制。國會也不能以無關創新、進步或社會利益的方式來擴大專利的壟斷。此外，國會也不能因為專利權的授予而移除掉「公共領域」裡的既有知識，或是限制對於週遭材料的自由接觸使用⁸。

學者James Boyle認為，在這段意見當中，最高法院可說是積極地表明了公共領域具有憲法面向，而非只有消極地限制壟斷的擴張⁹。

近代首度嘗試探討公共領域內涵的學者David Lange教授，曾主張智慧財產權理論必須接受一種無主土地（no-man's land）的概念，亦即所謂的公共領域¹⁰。Lange雖然並未提出一個完整的公共領域理論架構，惟至少指出了公共領域存在的實然與應然。

學者Edward Samuels認為公共領域內的作品通常被大致分為下列幾類：著作權保護期間屆滿的作品（expiration of copyright）、未能滿足著作權形式要件的作品（forfeiture of copyright）、一開始就被排除於著作權法保護的作品（works categorically excluded from copyright）¹¹。

具體言之，美國著作權法賦予著作物的是一種「有限期間（limited times）」的保護，目前所採的是作者終身加七十年，一旦期間屆滿之後，著作物即進入公共領域。又美國早期對於著作權的取得設有形式要件（formalities），諸如向政府機關為註冊登記、在作品裡標示著作權資訊與在政府機關存放作品備份等，作者必須先行滿足這些條件，始能取得著作權保護，否則作品將落入公共領域，惟這些形式要件近來已經慢慢被廢除。此外，有時基於公益的考量，國會在制定著作

⁷ 這裡所指涉的應屬憲法第一條第八項第八款下的權力，本條款又常被稱為專利與著作權條款，其規定：「為了促進科學與實用技藝的進步，國會有權授予對於作品與發明的有限期間的排他權利給其作者與發明人」。

⁸ 383 U.S. 1, 5-6 (1966).

⁹ Boyle, *supra* note 1, at 58-59.

¹⁰ David Lange, *Recognizing the Public Domain*, 44 LAW & CONTEMP. PROBS. 147, 150 (1981).

¹¹ Edward Samuels, *The Public Domain in Copyright Law*, 41 J. COPR. SOC'Y. 137, 151 (1993).

權法的時候，就會特別將某些具有重大公益色彩的作品預先排除於保護範圍之外，例如法院的判決意見書、立法文件等。

Edward Samuels又點出了一個值得注意的面向，亦即那些不受聯邦著作權法保護的作品，未必就屬於公共領域，其仍有可能受其他法律所保護。換句話說，不受聯邦著作權法保護的作品，通常都會被推定為屬於公共領域，但Samuels認為這樣的推定結論實屬率斷，畢竟其不必然意謂能免於州法的保護。唯有同時不受聯邦著作權法與州法保護的作品，才能真正算是屬於公共領域¹²。

美國聯邦最高法院於*Goldstein v. California*¹³一案的判決意見支持了上述的看法。聯邦最高法院主張，國會所制定通過的聯邦著作權法，並不能排除各州對於某一類未受聯邦法特別指涉的作品通過著作權法或類似的法律保護¹⁴。

美國國會其實可以採用一種「聯邦法排除州法（preemptive law）」的立法模式，指明特定類型的作品必須屬於公共領域，要求各州不得再附加任何保護。惟其權利基礎不能是專利與著作權條款，畢竟該條款係國會針對發明創作「賦予」法律保護的權力來源，而非「否定」法律保護，因此，比較有可能被援用的是州際通商條款¹⁵。美國現行著作權法的第 301 條a項就採取了「聯邦法排除州法」的立法模式，其指出本法中所列舉的保護標的只能受到本法的支配，排除掉其他普通法或州法的適用¹⁶。然而，同條的b項也確立了*Goldstein v. California*案的原則，其重申未為本法所明白列舉的保護標的還是有機會受到普通法或州法的保護

¹² *Id.* at 166-69.

¹³ 412 U.S. 546 (1973).

¹⁴ 412 U.S. 546, 567-70 (1973).

¹⁵ Samuels, *supra* note 11, at 166-67.

¹⁶ 17 U.S.C. § 301(a): “On and after January 1, 1978, all legal or equitable rights that are equivalent to any of the exclusive rights within the general scope of copyright as specified by section 106 in works of authorship that are fixed in a tangible medium of expression and come within the subject matter of copyright as specified by sections 102 and 103, whether created before or after that date and whether published or unpublished, are governed exclusively by this title. Thereafter, no person is entitled to any such right or equivalent right in any such work under the common law or statutes of any State.”

¹⁷。總結來說，我們可以從上述的第 301 條內容得知，只要聯邦法有對特定作品以及其相關權利作出規範，普通法或州法就會被排除適用¹⁸。

再從另一個角度來看，如果聯邦著作權法明示排除某類作品的保護，例如法院的判決意見書，我們通常可以很有信心地說，國會的確是有意將這類作品置入公共領域。但是，至於那些著作權法裡完全未提及的部分呢？也是屬於公共領域嗎？Edward Samuels基本上持較為保留的態度，認為其有可能是國會有意或無意的疏漏，不能驟然斷定其係屬於公共領域¹⁹。

學者Jessica Litman則是認為公共領域尚包括了受有著作權法保護的作品中不受保護的面向²⁰。Krasilovsky也提出了類似的看法，認為著作權法體系下存在著所謂的「公共領域的有限區域（limited areas of public domain）」，其內涵包括一些被著作權法豁免的特殊使用行為，亦即在一部具有著作權的作品中，壟斷權利所不能及的部分，例如利用點唱機公開演出他人的音樂著作等²¹。對於這樣的論點，Edward Samuels認為，「公共領域的有限區域」仍然是受到聯邦法律規範，非謂具有獨立的公共領域地位；若將每種對於著作權專屬權利的限制均視為一種「公共領域的有限區域」，恐怕是一種公共領域概念的濫用²²。

學者Yochai Benkler對於公共領域的內涵採取相當正面積極的看法。他認為，公共領域係由一群「任何人都有特權去取用」的資訊所組成，除非有特別的反面事實，否則任何人均不得將他人阻擋排除於公共領域的資訊之外。也就是

¹⁷ 17 U.S.C. § 301(b): “Nothing in this title annuls or limits any rights or remedies under the common law or statutes of any State with respect to —

(1) subject matter that does not come within the subject matter of copyright as specified by sections 102 and 103, including works of authorship not fixed in any tangible medium of expression; or

(2) any cause of action arising from undertakings commenced before January 1, 1978;

(3) activities violating legal or equitable rights that are not equivalent to any of the exclusive rights within the general scope of copyright as specified by section 106; or

(4) State and local landmarks, historic preservation, zoning, or building codes, relating to architectural works protected under section 102(a)(8).”

¹⁸ Samuels, *supra* note 11, at 169.

¹⁹ *Id.*

²⁰ Litman, *supra* note 5, at 976.

²¹ William Krasilovsky, *Observations on Public Domain*, 14 BULL. COPYR. SOC'Y 205, 207-08 (1967).

²² Samuels, *supra* note 11, at 165.

說，在沒有足以讓某人喪失使用某資訊權力的事證存在的情況下，每個人都有同等的權力去接觸使用公共領域裡面的資訊²³。簡言之，Benkler其實是先推定所有知識及資訊都是處於公共領域，只有像著作權法這類的反面事證，才會例外地讓作品受法律保護，而不在公共領域裡面。

然而，這樣的定義並不表示，若人們有法律義務不以某種方式使用某資訊，該資訊就一定不在公共領域裡；亦非意謂，若人們受法律允許去使用某資訊，該資訊就必然處在公共領域²⁴。舉例來說，大家都知道明朝羅貫中所著的三國演義已經是屬於公共領域的作品，但我還是有可能請求法院禁止隔壁鄰居三更半夜用擴音器朗誦趙子龍七進七出曹營救阿斗的橋段。另外一個更鮮明的例子，就是合理使用，網路法律學者Lawrence Lessig的鉅著”*CODE and Other Laws of Cyberspace*”一書的著作權無疑地還在存續當中，恐怕還得經過一番歲月才會進入公共領域，惟即便如此，在著作權法的合理使用原則下，我還是可以將其中最喜歡的一頁影印下來，私底下反覆品嚐玩味。

學者Pamela Samuelson則提出地圖式的公共領域概念。她認為，只要是在公共領域中的資訊，都可免於受智慧財產權所拘束；有許多實質上可以被大眾廣泛利用、但卻是受著作權法保護的內容，橫跨在公共領域的邊界上；在公共領域的周邊，則有許多智慧財產權保護期間即將屆滿的創作²⁵。

2.2 公共領域的重要性

2.2.1 創作素材的來源

在著作權法尚未於人類社會中出現之前，人類所創作出的各式各樣作品，率

²³ Yochai Benkler, *Free as the Air to Common Use: First Amendment Constraint on Enclosure of the Public Domain*, 74 N.Y.U. REV. 354, 360-63 (1999).

²⁴ *Id.* at 362.

²⁵ Pamela Samuelson, *Mapping the Digital Public Domain: Threats and Opportunities*, 66 LAW & CONTEMP. PROBS. 147, 149 (2003).

皆屬於公共領域，人人皆得自由取用。歷史的長久發展以來，使得公共領域累積了不少材料，諸如三國演義、國富論、金剛經、唐詩宋詞等語文著作，蒙娜莉莎的微笑、清明上河圖等美術著作，萬里長城、聖彼得大教堂等建築著作，樂聖貝多芬的命運、田園交響曲等音樂著作，竇娥冤、哈姆雷特等戲劇著作，甚至是牛頓等科學家所設計出的物理學公式，不一而足。這些公共領域作品可說是共同組成了人類的文化遺產，在薰陶文化素養、拓展視野、身心休憩以及傳遞人類基礎知識等方面，均扮演著關鍵的角色，也一直在人類生活中發揮著不可思議的影響。

此外，與文化創作活動最直接相關的是，這些由人類古老作品或知識所累積而成的公共領域，一直是後人的創作素材來源。任何人都可以公共領域作品為基礎，取用既有的題材，加入自己的巧思，創作出富有個人風格的新作品；公共領域也是創作者找尋靈感的來源，藉由大量博覽公共領域的作品，創作者通常可以從中獲得相當程度的啟發，並將這些靈感具體呈現於個人作品當中；浸淫在公共領域當中，人們也可以持續深化、累積自己的藝術素養或創造力，蓄積未來創作的潛能。



簡言之，人類的大部分創作與發明都必須依賴前人在智識上的努力，在前人所打下的既有基礎上繼續作開發應用。公共領域可說是「巨人的肩膀」，站在巨人的肩膀上，我們的眼界更加寬廣，所能汲取的知識範圍亦是無遠弗屆。透過重新探索、使用並轉化同伴與前輩所生產的觀念與作品，人類文化知識的累積速度愈形可觀，品質方面也因為頻繁的相互交流而大幅提昇。公共領域，這個未受法律束縛的知識、作品所聚集的地方，稱它是人類文化創作活動背後的最有力推手，應該一點也不為過。

2.2.2 原創性的迷思

在大部分的著作權法論述中，多會將作者在作品中所彰顯的原創性視為賦予

保護的理由基礎。極端的著作權保護擁護者甚至常常會藉由強調原創性，來正當化他們的訴求。

不過，學者Jessica Liman認為，原創性並不如想像中的那麼牢靠，過度理想地美化原創性的作用，恐怕是一種與現實之間的脫節。Litman指出，每一部作品的誕生不盡然是作者自己獨力創作的成果，每個創作者或多或少都會去吸收、參考既有的作品或資訊，亦即受前人作品所影響。再具有創造力的作品，也難免會取用到一些純粹資料或事實。即使作者自己自認為並未自他人處汲取任何的內容，然而，我們無法排除的是，可能會有許多作者以前已經閱讀過的資訊內容，正不自覺地在作者的潛意識裡默默發揮作用。也就是說，作者的思緒必然會受到其生活經驗以及所接觸作品的交互影響，惟作者常常無法有條理地整理出各個想法的來源或出處，這些構思通常也不是以獨立、分散的方式存在於作者的腦海中，反而比較可能會整併融合在一起²⁶。


部分論者還援用了一種名為「文本互文性 (intertextuality)」的分析方法，來闡述作品非為憑空創作的論點。文本互文性理論的基本假設是，每個語言符號的意義都會隨著其他相關語言符號的不同而產生變異，也就是說，唯有透過參考其他文本，特定文本的意義始能被了解²⁷。首先提出文本互文性理論的學者Julia Kristeva曾表示：「任何的文本都是由相當數量的引文所拼湊組合起來，而且是另一個文本的吸收或轉化²⁸」。簡言之，語文符號是沒有固定意義的，其會隨著所處空間以及聽眾的不同而變動。將這樣的概念引申到著作權法的脈絡中，我們可以想見，任何作品均無法獨立存在，其必須有其他材料的輔助，或是與其他作品互動交流，始能取得一定的意義，其意涵也才能被了解，而難謂有百分之百的原創性。

²⁶ See generally, Litman, *supra* note 5.

²⁷ Peter Jaszi, *Toward a Theory of Copyright: The Metamorphoses of "Authorship"*, 1991 DUKE L. J. 455, 458 (1991).

²⁸ JULIA KRISTEVA, *DESIRE IN LANGUAGE: A SEMIOTIC APPROACH TO LITERATURE AND ART* 66 (Thomas Gora et al. trans., Leon S. Roudiez ed. 1980) (1969).

原創性的門檻其實並不算太高，作者不需要證明新穎性或是創造性，只要證明系爭作品不是自他人抄襲而來即可²⁹。然而，在目前的美國著作權法架構下，幾乎所有的作品都被推定具有原創性，作者通常毋庸去舉證原創性所在，就能取得著作權的保護，包括著作權局在內的政府機關也從來不會去主動檢視作品是否具有原創性³⁰。在專利法的架構下，專利權申請者被要求須就「先前技藝（prior art）」加以說明，亦即將非由申請者所原創的部分預先排除於保護範圍之外，反觀在著作權法的架構下，原創與非原創的部分通常會被一併保護起來。儘管原創性的概念在著作權法裡一直被強調，但其對於法院解決實際案例的幫助實在有限，法院反倒是常常另外創設了一些具有彈性的替代法則，來彌補原創性原則的不足。例如在處理著作物的抄襲紛爭時，法院有時會援引「實質相似」作為判斷準則，指出被告與原告的作品相似度已經到達實質的程度，據以判決被告侵害了原告的重製權³¹。



如上所述，大部分的創作都是植基於前人的作品，難謂有百分之百的原創性，作者幾乎無法無中生有。Litman認為，如果我們真的要認真看待原創性概念的話，我們必須確保著作權人的權利只能及於他原創的部分，然而，這樣的分析剝解的程序在實踐上通常有其困難，我們也沒有能力去清楚探知創作者的靈感或參考資訊的來源。為了不陷入審查原創性的泥淖，同時也讓作者免於原創性的嚴格檢視，並緩和原創性與著作權保護之間的可能衝突，Litman提倡建構一個豐富健全的公共領域；作者可以自由地取用公共領域內的材料，並把這些原始材料繼續留在公共領域裡以供他人取用，而完全毋庸負擔原創性的舉證責任。如果沒有公共領域這塊可以自由汲取材料的園地，著作權人可能必須擔負起證明其作品具有原創性的責任，這對於著作權人來說或許也是種困擾。總結來說，大部分的作品不見得具有純粹的原創性，但原創性要件實不容被廢棄，於是，一個具有豐富

²⁹ Litman, *supra* note 5, at 1000.

³⁰ *Id.* at 1003.

³¹ *Id.* at 1005.

內涵的公共領域，在某種程度上也許正可以解決原創性的迷思以及隱含的困境
32。

2.2.3 言論自由

在人們的一般觀感中，政府一直是人民言論自由的最大威脅，自古以來，政府常常會透過各種管制措施來縮減人民行使言論自由的空間，人民進行反抗的例子也屢見不鮮，試圖藉由抗爭來衝撞出一些自由發表言論的空間。政府對於言論自由的潛在威脅，從美國聯邦憲法第一修正案即可看出端倪，其規定國會不得制定關於下列事項的法律：確立國教或禁止信教自由；剝奪言論自由或出版自由；剝奪人民和平集會和向政府請願的權利³³。揆諸其他多數國家的憲法或法律，也莫不在防範政府對於人民言論自由的限制。

然而，人們往往忽略了，除了政府之外，私人也有可能是人民言論自由的威脅者。例如在著名的*New York Times Co. v. Sullivan*³⁴一案中，我們可以清楚看到私人是如何地打壓其他人民的言論自由。除此之外，由於政府的政策使然，因而形成的一種集中的文化環境，恐怕更是言論自由的大敵。即使這樣的集中環境係掌握在私人或商業團體手中，而非政府，仍然會對言論思想的多元化以及自由流布產生負面的影響³⁵。而且，較令人擔憂的是，由私人或財團所掌控的集中化的文化環境，通常不易為人們所察覺，而總是在不知情的情況下漸漸腐蝕社會上流通資訊的多元性。關於文化環境或媒體集中化的部分，本文第三章會有進一步的討論，這裡暫且擱下不談。

先將焦點轉移到著作權本身。有部分學者認為，著作權可說是一種另類的言論自由管制，而且管制主體通常是擁有著作權的私人，政府只是從旁扮演著輔助

³² See generally, *id.*

³³ U.S. CONST. amend. I.

³⁴ 376 U.S. 254 (1964).

³⁵ Benkler, *supra* note 23, at 365.

的角色。已故的美國著作權法權威學者Melville Nimmer率先道出了著作權保護與憲法第一修正案之間的衝突³⁶。Paul Goldstein亦曾表示：「雖然言論檢查的功能已經因為安妮法典的通過而消散，但著作權還是存留著衝擊第一修正案的潛能³⁷」。畢竟人們在透過各種媒介發表言論的時候，不管是有意或無意，常常不免地會取用到他人受有著作權保護的作品內容，例如透過數位科技來改編、剪接或混合各式各樣的音樂或電影片段，就有可能侵犯到著作權人的改作權，惟這樣的表達方式無疑地仍舊屬於言論自由的行使範圍。在著作權法的管制下，人民的言論自由空間受到了減損。

爲了緩和著作權與憲法第一修正案之間的衝突，Nimmer教授認爲「概念表達二分法（idea-expression dichotomy）」或許可以作爲緩衝閘，透過保護作者的表達方式，但同時允許社會大眾以不同的表達方式來利用作者所傳達的概念，也許可以在著作權人與社會大眾的利益之間取得一個平衡點³⁸。Paul Goldstein所建議的解決方案則是對著作權的執行施加憲法限制，他認爲如果某著作物的使用行爲隱含有愈多公共利益，法院就愈應該允許該行爲；相反地，如果創作的經濟動機受系爭使用行爲影響愈大，公共利益可能就愈得靠邊站³⁹。Goldstein復主張必須以與第一修正案之間具有潛在衝突的觀點來解讀著作權法的相關原則⁴⁰。

不過，主張著作權法因爲內建有合理使用以及概念表達二分法等法則而能大幅度地消弭其與憲法第一修正案之間的扞格，甚至是主張兩者之間根本沒有任何衝突存在的論者，亦是所在多有。美國聯邦最高法院的判決意見中也不乏類似的論點，例如在*Harper & Row, Publishers, Inc. v. National Enterprises*⁴¹一案中，最高法院表示：「制憲者們有意讓著作權成爲推動表達自由的引擎。藉由創設一個關

³⁶ Melville Nimmer, *Does Copyright Abridge the First Amendment Guaranties of Free Speech and the Press?*, 17 UCLA L. REV. 1180, 1181-86 (1970).

³⁷ Paul Goldstein, *Copyright and the First Amendment*, 70 COLUM. L. REV. 983, 984 (1970).

³⁸ *Id.* at 1189-93.

³⁹ Goldstein, *supra* note 37, at 1016-17.

⁴⁰ *Id.* at 1011-15.

⁴¹ 471 U.S. 539 (1985).

於利用某人的表達的可銷售權利，著作權提供了一個創造與散布概念的經濟誘因⁴²」。

著作權與言論自由之間的關係究竟何如，迄至於今，猶未有一致的看法。本文選擇抱持較為悲觀的態度，認為著作權在某種程度上確實是會壓縮個人行使言論自由的空間。在著作權法的管制下，個人在發表言論的時候，常常會擔心誤觸到他人著作權的權利範圍，無法盡情利用各種媒介或取用身邊的材料來抒發自己的意見、想法，而有可能造成寒蟬效應（chilling effect）。也有可能會有少數的著作權人以侵害著作權為由，來對他人的言論加以箝制，禁止他人流布對其不利的言論。舉例而言，科學教（Church of Scientology）在美國是一支相當神秘的宗教團體，身為其組織成員之一的Dennis Erlich在離開科學教後，打算撰文向世人公諸該教派的詭譎與不妥之處，其具體方式包括了將部分的科學教內部文件資料張貼於網路討論區，供社會大眾來檢視。不料科學教卻以侵犯著作權為由，禁止離教者公開、散佈其內部文件，並向Erlich提出控告，致使Erlich無法自由地向公眾傳達其所欲透露的訊息⁴³。另一個著名的例子則是，位於美國的自由共和網（Free Republic）中有一個供右派份子分享新聞剪報、交換意見的線上論壇，本是一個供使用者暢所欲言的園地，然而，華盛頓郵報與洛杉磯時報雖然認為公共討論相當值得鼓勵，卻仍起訴禁止自由共和網的使用者張貼取自他們報紙的新聞剪報，致使使用者所能自由討論的題材範圍因而縮減⁴⁴。

在上述的兩個例子中，我們看到了著作權對於公眾言論自由所可能造成的箝制。但是，這並不表示著作權係一味打壓言論自由的萬惡淵藪，亦非意謂著作權系統應該被廢棄；著作權法在提供創作誘因以及促進作品產出的方面，著實有著不可抹滅的偉大貢獻，因此，在保留著作權系統的前提下，如何讓言論自由有更多的揮灑空間，遂成了我們應該關注的重點。

⁴² 471 U.S. 539, 558 (1985).

⁴³ Benkler, *supra* note 23, at 356.

⁴⁴ *Id.* at 357.

本文認為，公共領域正可以扮演調節著作權與言論自由之間緊張關係的角色。眾所皆知地，凡是屬於公共領域的素材，皆得為人人自由、免費取用，幾乎不用顧慮到是否會誤觸到他人的著作權；公共領域係完全地開放給社會大眾，任何人均不得就其中的內容主張排他權利。因此，如果公共領域的內涵愈形豐沛、健全，人民所能夠自由取用的免費材料也就愈多，這些大量的免費材料讓人們在構思或發表言論的時候，能有更多元的選擇及花樣。在可利用元素愈豐富的情況下，人們也更有機會能傳達出自己心中確切的想法。

舉例來說，「三國演義」係一部已經進入公共領域的作品，任何人都可以自由就其中的任一章回進行改編，發揮自己的巧思，以一種影射諷刺的方式，來抒發自己對於生活週遭或時局的不滿，此乃一種言論自由的彰顯，在報章雜誌上屢見不鮮；即使是將「三國演義」的作品內容拍攝成電影，在收取商業利益的同時，並向社會大眾傳達自己在美學上的造詣，肯定也不會受到任何人的拘束。然而，類似的表達創意或言論的方式，卻無法套用在「達文西密碼」身上，因為本部小說並不屬於公共領域，其著作權仍在存續當中，大部分的利用行為都有可能觸及到著作權人的權利；人們在發表言論的時候，必須小心翼翼地避免以一種逾越合理使用的方式利用到那些受有著作權保護的內容，而難以恣意對外發聲。

2.2.4 著作權法體系的功能

學者Ray Patterson與Stanley Lindberg主張，公共領域並非著作權法的例外，反而是核心所在。他們認為，著作權系統正是被設計來充實涵養公共領域，其手法係藉由提供一個短暫且狹窄的壟斷權利，來誘發大量作品的產出，而在經過一定期間之後，這些作品終將進入公共領域，一起擴充公共領域的內涵。公共領域被視為制定著作權法的終極目標，佔有舉足輕重的地位⁴⁵。

⁴⁵ See generally, RAY PATTERSON & STANLEY LINDBERG, THE NATURE OF COPYRIGHT: A LAW OF USER'S RIGHT (1991).

不過，本文認為，上述的論點在美國聯邦著作權法通過的初期，或許還有其適用的空間，但在目前著作權持續擴張的時空背景下，已經慢慢喪失了說服力。如同本文第三章所介紹的數個法案，目前的著作權法似乎寓有侵蝕公共領域的趨勢，而難謂具有充實涵養公共領域的功能。

2.2.5 資訊的特性

美國開國元勳同時也是制憲者之一的 Thomas Jefferson 曾對於人類知識或思想表示如下的意見：

如果大自然中有任何事物比其他事物更不受排他財產權的影響，該件事物一定是一種名為思想的思考力量，只要把它保管在自己身上，任何人都可以獨占擁有；惟一旦洩漏出去的話，就會落入每個人手中而為每個人所擁有，而且接收者無法俟後再將自己排除於該想法之外。基於這樣的特殊性質，個人所擁有的特定想法，不管是在質或量的方面，都不會比其他人來得少，因為每個人所擁有的皆一樣完整。由我這裡接受一個想法的人，他對於這些訊息的接收不會對我的的想法有任何減損；由我這裡借火去點燃他的燭蕊的人，並不會因此而使我的火光減弱⁴⁶。

在 Jefferson 的觀點中，思想的本質並不會隨著流布而減損，而且，一旦散布出去之後，任何人均無法獨占擁有。

美國最高法院 Brandeis 大法官在 *International News Service v. Associated Press* 案的不同意見中，提出他對於人類智慧創作的立場：

法律的一般原則是這樣的，人類最珍貴的產物—知識、查明的事實、概念與思想，在經過自願地流布給他人後，就會變得像空氣一樣可以供公眾自

⁴⁶ Letter from Thomas Jefferson to Isaac McPherson (Aug. 13, 1813), at http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/a1_8_8s12.html, last visited date 2006/05/19.

由共享使用（free as the air to common use）⁴⁷。

如上所述，人類知識或資訊具有高度的流動性，加上不會隨著流布而產生半分減損的特質，以致一單位的資訊可以同時被無限的使用者所共同分享。分享的程度愈廣泛，流布的範圍愈普遍，資訊可能發酵的能量就愈大，也愈有機會引起社會大眾的共鳴。一味地獨占反而可能是比較欠缺效率的作法，壓縮了資訊的未來潛能，也造成了資源的閒置；而且，由於資訊的流動性之高，為了防堵他人未經授權就加以取用，資訊擁有者可能必須花費不少的成本來建置一些防範設施，社會大眾未蒙其利，資訊擁有者就先受其害，這肯定不是我們希望見到的情況。反觀之下，公共領域這個由大量知識、作品與資訊所組成的園地，因為完全不受法律束縛，任何人都可以自由接觸使用當中的材料，透過這樣的廣泛散布、分享，遂使得存在於公共領域中的資訊都有機會充分地釋放潛能，將其功能發揮到淋漓盡致的地步，也讓每個人都有機會享受到資訊帶來的物質上進步或精神層面的昇華。據此，肩負著知識分享任務的公共領域，其重要性可見一斑。

2.2.6 自然權利

著作權是否是一種與生俱來的自然權利，曾經引起了相當熱烈的論辯，長久以來也是個未曾停歇的話題。多數的歐洲國家率皆認為著作權是一種作者人格的表徵，而偏向自然權利的概念，而且也比其他法律體系更重視、強調著作人格權。然而，位於大西洋另一端的美國，其著作權法所植基的基本精神，似乎與歐洲國家有著相當程度的不同。

如同前文所述，美國制憲者之一的Thomas Jefferson對於人類知識或思想的特性有一番深刻的描繪，指出思想的本質並不會隨著流布而減損；Jefferson並進一步表示，基於上述的特點，發明創作實不宜成為財產權保護標的⁴⁸。如果再加

⁴⁷ Int'l News Serv. v. Associated Press, 248 U.S. 215, 250 (1918) (Brandeis, J., dissenting).

⁴⁸ *Supra* note 46.

以深究的話，或許可以發現，Jefferson所不能接受的其實是一個永恆、排他且不能被剝奪的自然權利；反過來說，若是為了鼓勵創作而賦予有限的獨占，可能是Jefferson可以接受的措施⁴⁹。

「國富論」的作者Adam Smith，以及同樣也在制憲過程中著力頗深的James Madison，莫不強調智慧財產權可能造成的成本，並呼籲有必要加以限制。對於他們來說，這種知識的壟斷，所造成的不只是經濟上損失，還可能會引發腐化（corruption）。具體言之，他們所理解的腐化包括了因為權力、財富的集中而對國家釀成的損害，以及受政府授予獨占的受益者又收買國會以繼續維持他們的優勢、霸權⁵⁰。尚有其他比較激進的論者，把著作權當作是「加諸於讀寫能力的稅（tax on literacy）」。基於對讀寫能力與教育的重視，他們總是對那些會加重閱讀成本的事物抱持著敵意⁵¹。

為何要特別點出與強調制憲者們的意見呢？仔細深究之下，我們也許可以發現，美國第一部聯邦著作權法的制定人員，與制定美國聯邦憲法的其實是同一批人馬，所以制憲者的立場佔有舉足輕重的地位，值得加以重視、討論。

此外，美國最高法院曾在*Sony Corporation of America v. Universal City Studios, Inc.*一案的判決意見書中表示：「著作權從來未讓著作權人去完美地控制所有關於其作品的可能使用行為⁵²」。也就是說，著作權人所能夠行使的管制必須有所限制，而非漫無邊際。

從上述的制憲者與最高法院意見中，我們可以發現，美國的著作權法傳統似乎不認為著作權係與生俱來的自然權利，亦不認同著作權可以取得幾近有體財產權般的地位。他們認為著作權毋寧是一種提供創作誘因的工具媒介，藉由適度地

⁴⁹ Boyle, *supra* note 1, at 53.

⁵⁰ *Id.* at 55.

⁵¹ See CATHERINE SEVILLE, LITERARY COPYRIGHT REFORM IN EARLY VICTORIAN ENGLAND: THE FRAMING OF THE 1842 COPYRIGHT ACT 46-48 (1999).

⁵² 464 U.S. 417, 432 (1984).

賦予一個有限制的短期壟斷，促使人們創作出更多的作品，讓整個社會的創造力漸形豐富，也使得創造力所代表、蘊含的價值得以延續、蓬勃；值此同時，該壟斷可能帶來的社會成本，更是個不容忽視的重點，而必須設法將其壓縮到最小的程度。

從現實層面來看，著作權法的運作方式也與有體財產權有著很大的區別。例如著作權法中設有強制授權的規範，特別擁護一些公益色彩格外濃厚的使用行為，讓使用者毋庸與著作權人進行談判，就可以直接取用其著作物，只不過必須支付一道由政府機關所設定的費用。一般的財產權法中卻未見類似的規範。

著作權法乃至是更上位的智慧財產權法的設立，其實是非常晚近的事，尤其是屬於西方國家的內部事務。其他國家的立法，則多是在西方強權國家的威逼利誘之下，才被動地制定相關的著作權法令，其具體方式可能包括經濟貿易上的施壓，以及國際公約的拘束；當然其中也不乏自動仿效西方國家立法的國家，惟其出發點可能又是另一番考量。無論如何，在法律的制定方面，各國的動機與需求不盡相同，所以實不宜把著作權視為共通的人權特徵。著作權法的二百年成功運作經驗，相對於人類有記載的歷史，畢竟是十分短暫，其是否可被認定為促進作品產出的唯一手段，或者作為人類未來發展必須遵循的定律準則，仍有許多有待深入論證的空間。

與著作權相較之下，公共領域反而更顯得是人類歷史中的一個悠久傳統；在著作權法等相關法律尚未開始運作之前，公共領域就一直在為社會大眾提供大量的免費創作素材，其可說是人類文化創作活動長久以來所依賴的重要資源。在我們還未設計出更好的鼓勵創作手段之前，著作權法仍然是個可以接受的選項，同時在目前看來也有不錯的運作成效，但我們必須小心翼翼地求取出公益與私利之間的平衡，以免創作者的真正獲利不足彌補公共領域與公眾利益受創的程度。著作權保護範圍實不宜過於浮濫，畢竟強大的著作權保護通常具有傷害公共領域的

傾向，不可不慎焉。

2.3 數位環境下的公共領域

數位科技以及網際網路的發展，一直被期待可以對公共領域產生相當大的正面助益。例如許多原來以紙本形態存在於實驗室的科學資料，被轉成數位格式後，在處理或運算方面，都比以前要便捷多了。或是乾脆一開始就以數位科技來輸入並收集資料，也會有著同樣可觀的效果。網際網路則使得散居全球各地的科學家能夠互相分享彼此所進行的實驗與擁有的數據資料。數位與網路科技的結合，相信可以促成更多科學研究成果的誕生，而進一步充實涵養公共領域。又例如審議中的法律草案、政府出版品、法院判決書、公聽會議程等政府資訊，本來就是屬於公共領域的材料，若能轉成數位格式並公佈在網路上，肯定能夠比印刷品更能為人民所接近、取用，而讓公共領域中屬於政府資訊的板塊更為活潑茁壯⁵³。



另一個廣為人知的實際例子，要算是自七〇年代發展的古騰堡計畫⁵⁴(Project Gutenberg)。本計畫的主要任務，係將一些已經屬於公共領域的作品取來作掃描，把原本的印刷紙本，透過數位科技另行轉換出一份以數位格式存在的電子文本，經校對編輯之後，放在網路上供公眾自由取用，目標是擴充公共領域素材對於公眾的可接近性。在古騰堡計畫中，我們可以看到，藉由數位科技與網路科技的交互、結合運用，重新打造了公共領域的價值，公共領域的被利用度於焉獲得提昇。

把時間點再往後推移一點，以網路搜索引擎巨擘 Google 最近所成立的數位化圖書館計畫 (Google Print Library Project) 為例，該計畫預計掃描包括密西根

⁵³ Samuelson, *supra* note 25, at 152.

⁵⁴ 關於古騰堡計畫的詳細資訊，請參見其官方網站：<http://www.gutenberg.net/>，最近瀏覽日 2006/05/18。

大學、哈佛大學、史丹佛大學、紐約公立圖書館與牛津大學圖書館等機構內所有藏書的內容，讓這些內容文字成為網路上可搜尋的資料，希望全球的網路使用者都能透過 Google 的網路連結，在線上閱讀掃描完成的書籍。有著類似構想的，其實還不只 Google 一家，包括微軟、Yahoo 等也都在醞釀從事這類計畫。Google 此舉對於那些仍受有著作權保護的作品，是否會構成著作權侵害，此處暫且不論，但無疑地，對於那些已經屬於公共領域的作品，Google 的掃描作品及提供上網行為，是可以被允許的，透過這樣的轉化過程，使用者可以輕易地接觸到公共領域內的作品，相信有助於作品的流通，也能擴充公共領域的涵蓋面。

處於數位環境中，一般人民也能夠一起參與文化創作的機會大大地增加了⁵⁵，即使不習於手執畫筆，不擅長文字撰寫，藉由數位多媒體技術的操作，還是有機會製作出足以表達自己構想的作品，人人都有成為創作家的機會，文化創作不再是專業文藝人士們的專利。在從前，除了專業人士以外，一般人參與文化創作的機會著實不高，其中有部分原因是，專業人士與業餘人士的作品，以專業眼光來看的話，還是有著一段差距，基於商業上的考量，後者的作品通常得不到出版者的青睞，以致於沒有機會流通到市面上，無從供公眾鑑賞、使用，最後徒然淪於孤芳自賞。再者，傳統的印刷出版設備，所需成本匪淺，有能力自掏腰包自行出版作品者，畢竟只是少數。然而，在網路空間當中，那些傳統上出版與否的專業評鑑以及出版所需的龐大成本，逐漸地消失了，每個人在網路空間中發聲的同時，也有機會成為出版者，提供個人作品予其他使用者來分享，個人作品在網路上的流傳與否，毋須再經過第三者的事先審核。即使在傳統專業眼光之下，一部極其拙劣平庸的作品，在網路空間中，仍有獲得網路社群的迴響的機會，網路空間中各式作品的流布，所呈現出來的是一幅雅俗共賞、百家爭鳴的景象。

在這樣的特殊環境下，因為創作的媒介與樣式增加，不再像從前那樣艱澀、難以接近，而且透過網路傳播之便，各式作品的流通性大幅提昇，我們可以預見，

⁵⁵ See WILLIAM FISHER, PROMISES TO KEEP 28-31 (2004).

將可能會有愈來愈多人，有從事創作活動的機會，創作活動甚至可以成為人們日常生活中的一部份；愈來愈多的作品於焉誕生，進而有望擴充人類創作的公共領域的內涵。

然而，這裡必須格外注意的是，原本以紙本型態存在的資訊被數位化後，並不能百分之百保證一定能夠充實深化公共領域，這兩者之間並不存在著必然的等式關係，中間其實還參雜了許多其他因素。公共領域裡面的材料被轉成數位格式後，仍有可能會被私人透過科技保護措施加以封鎖，排除公眾的使用；或者有一些私人在類比與數位之間的轉化動作上，投注了不少金錢或勞力，期望有經濟上的報酬，故而要求他人須取得授權，方得使用他們所轉換而成的數位化資訊，即使原來的類比資訊係屬於公共領域⁵⁶。關於這部分，本文在第三章會有較詳實的討論。

以法學電子資料庫LEXIS與Westlaw為例，雖然包括法院判決意見書在內的部分法律材料多是屬於公共領域，無人能主張專屬權利，但是，因為這些業者在法學文件的數位化工程上花費了大量心血，故總是將這些公共領域素材封鎖起來，藉此向使用者收取費用。顯然地，公共領域並未因為這樣的數位化過程而獲得深化⁵⁷。

延續上述法學電子資料庫的例子。法院、學校及立法機關等，當然也可以自行將所屬的法律文件予以數位化，公佈在網站上供公眾自由取用，以削弱商業法學資料庫的影響力，或抗衡其對公眾所造成的限制。而且，如果能有一些免費提供公眾數位化後的公共領域材料的公益網站，與那些私人的商業資料庫互相競爭，爭相提供公共討論或民生所需的關鍵資訊，讓一些沒有資力支付商業資料庫費用的人，也有機會滿足對於資訊的需求，這對於社會整體利益來說，毋寧是一

⁵⁶ See Samuelson, *supra* note 25, at 152.

⁵⁷ See *id.*

種正面的作用⁵⁸。

2.4 小結

在本章的一開始，本文試圖探究了公共領域的內涵。迄至於今，公共領域仍缺乏一致的理論架構，故本文只能嘗試列舉出目前一些學者的看法或定義，包括消極的排除法、公共領域作品類型的表列以及積極的定義方法等，希望能藉此提供一些有關公共領域的基礎認識。

公共領域理論架構的匱乏，並不能抹煞其存在的正面價值。公共領域長久以來所累積的大量作品與知識，可說是人類的共同文化遺產，也是未來創作者的靈感與創作素材來源。

創作活動從來都不是閉門造車的心智活動，作者或多或少都必須參考或取用既有的素材，故所生產出來的新作品難謂具有百分之百的原創性。一個豐沛充實的公共領域，或許正可以讓作者免於原創性原則的嚴格檢視，並緩和著作權保護與原創性之間的兩難。作者可以自由地取用公共領域內的材料，並把這些原始材料繼續留在公共領域裡以供他人取用，而完全毋庸負擔原創性的舉證責任。

公共領域與言論自由之間也有著密不可分的關係。人們在發表言論的時候，有時不可避免地會使用到一些受有著作權保護的內容；在著作權法的管制下，人們通常無法自由地使用這些內容，致使言論自由的空間有所減損。尤有甚者，人們有時還會擔心碰觸到他人著作權的權利範圍，而不敢恣意陳述心中所想的意見，而造成一種寒蟬效應。在某種程度上，公共領域或許可以克服這樣的窘境，公共領域的內容愈豐富，人們發表言論時所可以自由運用的題材就愈多，進一步擁有更寬廣的揮灑言論自由的空間。

⁵⁸ *Id.* at 153.

復有學者認為著作權法體系係被設計來充實公共領域，公共領域其實是著作權法的核心所在。惟在目前的時空背景下，本論點的發揮空間實屬有限。

美國制憲先賢 Thomas Jefferson 與最高法院 Brandies 大法官皆曾就資訊的特性提出精闢的闡釋，他們認為資訊如同火光與空氣般具有高度的流動性，而且其本質不會隨著流布而產生半分的減損。由此觀之，一味地管制資訊的散布，可能是個不太具有效率的作法，若能盡量地開放供社會大眾分享，或許反而可以讓資訊的潛能有充分發揮的機會。公共領域正是一個供社會大眾自由取用各式資訊的園地，不受著作權法的管制，任何人都可以在此平台上互相交流知識或資訊，公共領域因此肩負著分享、流通資訊的任務，其重要性可見一斑。

又在美國著作權法的傳統中，似乎不認為著作權係與生俱來的自然權利，而毋寧是種有限制的短期壟斷，用以提供創作誘因，惟其所可能衍生的社會成本是個不容忽視的重點。著作權法的施行也是非常晚近的事務，運作不過約二百年，其是否能作為未來人類發展的依歸，仍然有待觀察。與著作權相較之下，公共領域反而更顯得是個歷史悠久的傳統，也是人類文化創作活動的動力來源。

在數位及網路科技的發展下，有許多原本以類比或紙本形式存在的公共領域材料被轉化成了數位格式，加上網路的四通八達，社會大眾接觸使用公共領域的方便性可說是大為躍進，公共領域的普及範圍亦有所擴張。

不習於傳統創作方式的業餘人士，可以利用數位多媒體技術來從事創作，表達自己的創意，一般人民參與文化創作的機會因此而大幅提昇；在網際網路當中，每位創作者都可以自己充任出版者，其作品基本上毋庸受到他人的事前審核，以往因為未能滿足出版商的品味而喪失在市面上流通機會的情形，似乎消失不見了。據此，我們似乎可以預見，在數位環境中，因為創作活動的活躍，有愈來愈多的作品被製作出來，進一步擴充公共領域的內涵。



第三章 公共領域的縮減

3.1 圈地運動（Enclosure Movement）

3.1.1 第一次圈地運動

自十五世紀開始，直至十八世紀的工業革命之前，英國經歷了大規模的圈地運動（enclosure movement），地主階級被允許以圈佔的形式大量剝奪農民的土地，甚至是農民賴以生存的公有地，轉而建立私有的大牧場、大租佃農場，以便從事大規模的畜牧、農作。圈地運動最初發展的主要起因是，由於毛紡工業的勃興和羊毛價格的飆漲，羊毛事業變得特別地有利可圖，封建領主們莫不希望能佔領更多的土地來作為牧羊場，以從中牟取暴利。不可否認的是，英國之所以能邁向工業革命，得力於圈地運動頗多，農業生產效率因為土地的集中以及生產規模化而獲得提昇，為後來的工業革命打下基礎。

圈地運動的經濟上推動理由，主要還是著眼於生產效率。假如土地為公眾所共有，沒有人擁有排除他人使用該土地的權利，且缺乏一個嚴格的管理制度的話，為了極大化自己的利益，每個人都會想盡辦法、盡其所能去搶著利用這塊公有土地，大家抱持著「多搶一分是一分」的想法，其結局常常是土地被濫墾濫伐、過度開發，遠遠超過土地的負荷量，最後導致土地的產能被消耗殆盡¹。英國學者Garret Hardin在1968年提出「公共財的悲劇」（the tragedy of commons）²的概念來描述這種現象，指出共有的資源很容易因為被大家過度使用而快速耗竭。為了避免公共財的悲劇，將公有土地轉移到個人手裡，由私人擁有、經營，或許是一個可行的解決辦法，因為一般來說，私人有較為妥善良好的經營規劃，過度使用土地的情況通常不易發生，且私人有強烈的動機去找出最有效率的土地利用方

¹ Robert Cooter & Thomas Ulen著，溫麗琪譯，法律經濟學，頁201-203，2003年6月。

² See Garrett Hardin, *The Tragedy of Commons*, 162 SCIENCE, 1243-1248 (1968).

式，加以大規模的投資，所以生產效率被預期會比公有土地高出不止一班。

更確切地說，Hardin心目中的”commons”，係指每個人都有權利去接近使用的完全開放的公有土地。不過，在實際運作方面，在古英國，可能有部分的”commons”係由私人擁有，未必完全屬於公共所有；即使沒有所有權的問題，有權利使用”commons”的土地資源的族群也有可能被限縮在特定的團體，使用土地的方式亦時常受有限制，例如對於每單位土地所能畜牧的羊隻數目設有上限，非謂有百分之百的使用自由。換句話說，雖然古英國不乏完全開放的”commons”，但Hardin卻忽視了那些在使用者與使用方式等方面設有限制的”commons”的存在³。”Commons”的這般運作模式，可說是其來有自，因為當時英國的人口還不算太多，土地的詳細分割亦有實行上的困難，於是對於土地的利用採取了一種相當程度的開放策略，惟尚未到達百分之百的開放程度。後來由於人口的增加，土地的單位價值亦水漲船高，加上包括土地利用技術在內等科技的進步，土地利用效率的提昇必要性與日俱增，遂有圈地運動的發展。

有關”commons”的確切內涵，暫時擱下不談，在土地利用的經濟效率考量之下，圈地運動在當時發展得還算成功。然而，不容忽略的是，圈地運動還是帶來了相當的成本，非只有生產效率提昇等利益，其造成許多獨立的小戶農民無以維生，更因此而破產、流離失所，而且還在十六世紀上半期引起了大批農民起義反對圈地運動。Thomas Moore在”*Utopia*”一書中曾把十六世紀圈地運動造成的悲慘景象，形容為「羊吃人」。More諷刺道，綿羊本來是很馴服的，所欲無多，現在牠們卻變得很貪婪和兇蠻，甚至要把人吃掉，牠們要踏平我們的田野、住宅和城市⁴。亦有論者認為，圈地運動根本就是富者對貧者的掠奪，社會秩序被破壞、老百姓被逼迫成為暴民⁵。甚至近來還有一些實證研究指出，圈地運動對於農業

³ Henry Smith, *Exclusion Versus Governance: Two Strategies for Delineating Property Rights*, 31 J. LEGAL STUD. 453, 458-59 (2002).

⁴ Thomas More著，戴錙齡譯，烏托邦，再版，頁52，1999年。

⁵ KARL POLANYI, *THE GREAT TRANSFORMATION: THE POLITICAL AND ECONOMIC ORIGINS OF OUR TIME* 35 (1957); see also E.P. THOMPSON, *THE MAKING OF THE ENGLISH WORKING CLASS* 218 (1963).

生產的提昇，事實上極為有限⁶，未如我們所想像的那般理想。

儘管有這些批評及質疑，部分的圈地運動擁護者還是堅持地主階級強行圈佔公有土地的正當性及必要性⁷。他們認為，圈地運動帶來了生產效率的提昇，縱使代價是少數農民的顛沛流離，或者讓經濟力量集中於少數人手裡，這些代價仍是微不足道的。

3.1.2 第二次圈地運動

美國杜克大學教授同時也是著名著作權法學者James Boyle指出，我們目前正處於第二次的圈地運動（second enclosure movement）當中，有許多在從前一直被認為是公共所有或不適合被商品化、私有化的東西，亦即人類的共有知識（intellectual commons），慢慢被日益擴張的私人財產權所侵蝕、佔領⁸。如同工業革命前在英國發生的第一次圈地運動，公共所有的東西被認為是沒有效率可言，且有被公眾濫用終致毀壞耗盡的高度可能，唯有劃撥為私人財產，由私人來規劃、利用，才能充分發揮其效能。財產權保護聲浪於是逐漸蔓延到各個角落，認為財產權保護愈多愈好的人們與日俱增。公共領域—這個古老的智慧財產權界限，已經面臨到嚴重的威脅，其四面受敵，岌岌可危。

同樣地，第二次圈地運動也是被部分人士認為可以避免「公共財的悲劇」發生，具有正面的經濟意義，而被合理化。然而，這樣的類比卻遭到Boyle所抨擊，他指出，第一次與第二次圈地運動所涉及的內涵，縱使有部分相似，但其實仍存有根本上的差異。不同於實體物質，人類的智慧思想以及知識雖然屬於公共財（public good），但具有「非敵對性」（non-rivalry）的特質。個人消費此一公共財的效用並不會隨著使用人數上升而下降，亦即一個人的使用，完全不會妨礙到

⁶ James Boyle, *The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain*, 66 LAW & CONTEMP. PROBS. 33, 36 (2003).

⁷ See *id.* at 36.

⁸ See generally *id.*

他人的使用，或是減損他人使用的效用⁹。以實體物質來說，假設在公有牧地上，有我的羊群正在活動取食，則其他同在這一塊牧地上的牧羊人的羊群所能食用的牧草就會相形減少，或是活動空間受到擠壓；但就思想概念而言，任何人腦袋裡的想法，即使被他人所知悉，或是更嚴重的模仿偷師，仍未能減損該想法一絲半毫，原來想法所具有的創意、前瞻性，完全不會因為被多人所共同分享，而產生半分的折損。所謂「公共財的悲劇」，在論及實體物質時，或許還有幾分的說服力，但是，同樣的論點根本就無從適用到思想概念上，對於思想概念所進行的圈地運動，因而喪失了立足點，其正當性搖搖欲墜¹⁰。

學者John Frow 亦曾指出：“Rather than being exhausted by use, knowledge actually increases when it is share¹¹.”也就是說，人類知識非但不會隨著多人的分享或使用而耗竭，甚至還能隨著分享幅度的擴大而在質與量方面有所提昇，具有類似網絡效應的特質¹²。

本文認為，人類知識的公共領域的圈地運動的確是個非常令人憂心的現象。私人圈佔公共領域內的材料，根本無關著作權法的核心精神—提供創作誘因。公共領域內的材料本來就可以由任何人自由取用，並不會因為將之佔為己有，就提昇該材料的質與量。也就是說，無論公共領域做出多大的犧牲，也無助於誘發更多的新創作，反而還阻礙資訊的自由流通、拉高了往後人們從事創作的難度，對於人類文化創作活動來說，幾乎是有百害而無一利。

Boyle亦提出了三點理由，讓我們不得不正視圈地運動所可能造成的後續效應：第一，一旦私人透過圈佔行為取得了大量的權利，權利人運用、配置這些財貨的最有效率方法就是進行「差別取價」，亦即因應著作使用程度、範圍的多寡，索取不同的交換對價；為了達成完美的差別索價，權利人可能又會慫恿政府改

⁹ Robert Cooter & Thomas Ulen，前揭註 1，頁 58。

¹⁰ Boyle, *supra* note 6, at 41.

¹¹ John Frow, *Public Domain and the New World Order*, 10 SOCIAL SEMIOTICS 173, 182 (2000).

¹² 關於「網絡效應」的介紹，請參見本文第四章。

變、制定更多有利於他們的規則，以繼續維持或提昇他們的優勢，而形成一種惡性循環。第二，網路空間中存在有許多不利於差別取價的運作的特徵，例如使用者分散、匿名性等，可能會被權利人視為眼中釘，而欲除之而後快，但是，他們卻忘了，不管是有意還是無意，這些特徵一直是網路成功運作、發展的關鍵。第三，支持強大著作權保護的論者，常會主張要擺脫政府在經濟上的管制，期望有一個完全不受政府干涉的自由市場，他們的理由是，有太多的例子顯示政府管制會造成意想不到的不良後果，例如扼殺創新，因此，政府只要讓私人掌握權利並自由行使，自然就不會有這些疑慮；Benkler就此諷刺道，把這些論點套用到人類的共有知識（intellectual commons）是很弔詭的，畢竟這塊領域中的財產權體系一直被認為必須維持持續著一種細緻的平衡，不宜驟然以自由市場的觀點一概論定，況且目前亦存在有許多分散式的創作生產模式¹³，並具有相當可觀的產能，從中顯示出，即使在人類共有知識方面有著所謂的政府管制，亦未如同強大著作權保護支持者所稱的將造成扼殺創新的後果¹⁴。

Boyle認為，在這波圈地運動中，並未有任何有力的經濟證據足以說服社會大眾此舉有助於創作產量的提昇，在尚未形成充足的共識之前，就貿然放任私人圈佔公共領域，實乃不妥之舉。我們需要更多的實證資料，證明公眾所付出的代價，也就是公共財的減少及犧牲，對於追求著作物產出增加的目標來說，都是值得的¹⁵。

不過，值得提醒的是，誠如上一節所述，在英國的歷史中，所謂的”commons”，未必係指完全開放供公眾自由利用的公有土地，其尚有可能包括一些在某種程度上權作開放使用的私人土地。因此，在 James Boyle 所提出的「第二次圈地運動」的概念當中，若欲將人類共有知識類比為第一次圈地運動中的”commons”，恐怕必須作部分的保留，畢竟後者仍有可能受到私人的管制，不

¹³ 例如自由軟體、維基百科等，本文在第四章會有較詳細的介紹。

¹⁴ Boyle, *supra* note 6, at 51.

¹⁵ *Id.*

能稱

3.2 著作權有往財產權靠攏的趨勢

3.2.1 內容產業的主張

近來有愈來愈多人認為，包括著作權在內的智慧財產權（intellectual property），內涵、作用跟傳統一般的有體財產權（ordinary property）沒啥兩樣，都是一種永久、絕對的權利¹⁶。「創意財產」的概念被部分著作權人所提出，用以類比有體財產權。秉持著這樣的認知，有愈來愈多的著作權人高舉著他們所謂的創意財產大旗，到處追訴各種牽涉到利用他們著作的行為，不管利用程度為何，而且似乎無視合理使用、概念表達二分法等例外原則的存在。他們主張，既然國家賦予他們著作權保護，他們就應該有權利控制任何與其著作有關的事物，任何未經授權就利用其作品的行為，都是不容被允許的。更進一步說，目前著作權人間普遍流行著一種觀念，尤其是握有大量著作權的大型內容產業，他們認為如果被創作出來的東西具有某種程度的價值，那麼其創作者自然就應該有權利去控制它，這種觀念即紐約大學Rachelle Dreyfuss教授所批評的「若有價值，即有權利」（if value, then right）¹⁷。藉由強調作者在創作活動中所投注的天才、靈感與心血，亦即所謂的原創性，著作權人強烈呼籲必須要有與有體財產權同般的保護，始足以獎勵或彌補作者之前所付出的辛勞。

誠如曾擔任美國電影協會（Motion Picture Association of America，簡稱MPAA）主席的Jack Valenti於一九八二年在美國國會提出的證詞：

無論論點有多長，無論正反指控是如何，也不管有多少騷動與喧

¹⁶ See generally, LAWRENCE LESSIG, *FREE CULTURE* (2004); see also, Yochai Benkler, *Free as the Air to Common Use: First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain*, 74 N.Y.U. L. REV. 354, 355 (1999).

¹⁷ Rochelle Dreyfuss, *Expressive Genericity: Trademarks as Language in the Pepsi Generation*, 65 NOTRE DAME L. REV. 397, 405 (1990).

嘩，一個理性的人還是會回到基本的爭議，亦即帶動整個爭論的中心主題：創意財產的所有者必須被賦予與其他全部財產權所有者相同的權利與保護（Creative property owners must be accorded the same rights and protection resident in all other property owners in the nation.）。這就是爭議所在，也是問題所在，同時更是本論壇接下來的聽證與論辯必須依賴的基礎¹⁸。

乍看之下，這是多麼簡潔明瞭、鏗鏘有力的主張：“Creative property owners must be accorded the same rights and protection resident in all other property owners in the nation.” 與那些艱澀冗長的專業理論比較起來，這樣簡明的主張的確較有機會取得一般人民的理解與認同。依照Valenti的邏輯，我們可以猜想，他可能還會繼續呼籲，如同國家應該一律平等對待該國公民，不應有二等公民的存在，財產權所有人也應該都是居於平等的地位，擁有相同的權利內容，不能存在有二等的財產權所有人¹⁹。



MPAA所代表的組織不只是電影製片廠商，還包括了電視節目等各種娛樂影音產業。Jack Valenti目前雖然已退休並辭去協會主席一職，惟仍常被認為是歷任主席中最有影響力的一位，在美國華府圈中所具有的遊說能量不容小覷，甚至被稱為是好萊塢的頭號說客，曾多次代表影音產業在許多重要場合或重大論辯中發言。又例如在涉及VCRs的爭議中，Valenti就代表影音產業主張，VCR簡直就是條蟲（tapeworm），慢慢要吞蝕掉著作權人資產的核心²⁰；VCR之於電影工業，就

¹⁸ Home Recording of Copyrighted Works: Hearings on H.R. 4783, H.R.4794, H.R. 4808, H.R. 5250, H.R. 5488, and H.R. 5705 Before the Subcommittee on Courts, Civil Liberties, and the Administration of Justice of the Committee on the Judiciary of the House of Representatives, 97th Cong., 2nd sess. (1982): 65 (testimony of Jack Valenti). 其原文為：No matter the lengthy arguments made, no matter the charges and the counter-charges, no matter the tumult and the shouting, reasonable men and women will keep returning to the fundamental issue, the central theme which animates this entire debate: *Creative property owners must be accorded the same rights and protection resident in all other property owners in the nation.* That is the issue. That is the question. And that is the rostrum on which this entire hearing and the debates to follow must rest.

¹⁹ LAWRENCE LESSIG, FREE CULTURE 117-18 (2004).

²⁰ Copyright Infringements (Audio and Video Recorders): Hearing on S. 1758 Before the Senate

如同波士頓的暴徒之於落單在家的婦女一般²¹。關於Jack Valenti的言行事蹟，或者是豐功偉業，當然不是本文所要討論的重點，而只是要藉此突顯其立場與主張在影音產業中所具有的代表性。

除此之外，尚有部分著作權人大量地使用財產法的字彙或用語，諸如侵入（trespass）、徵收（takings）等，用來強化創意財產與有體財產的類比²²。他們最常作的比喻之一是，在網路上下載數位格式的音樂作品，就如同在唱片行裡偷竊實體的唱片，兩者應該受到同等的處罰或規範。

例如美國眾議員Howard Berman所表示：「在Tower唱片行裡將一張CD偷偷塞入自己口袋，以及自Morpheus下載受有著作權法保護的歌曲，兩種行為其實沒什麼兩樣。偷竊就是偷竊²³！」

美國唱片產業協會（Recording Industry Association，簡稱 RIAA）的網站網頁亦作出如下的告示：



沒有的骷髏樣式的黑旗、短彎刀、大砲或匕首可以用來辨認今日的海盜。你無法察覺他們的到來，也不會有任何的警告信號。不過，我們還是可以確定海盜的所在，因為今日有大量的黃金（還有白金與鑽石）讓他們覬覦。今日的海盜並非在海上活動，而是在網路、非法CD工廠、物流中心以及街上流竄。今日海盜的信條還是跟以前一樣：既然這麼容易就可以偷竊取得，何必還要付費購買呢？如同往常，這樣的信條依舊

Committee on the Judiciary, 97th Cong., 1st and 2nd Sess., 459 (1982) (testimony of Jack Valenti, president, Motion Picture Association of America, Inc.).

²¹ Home Recording of Copyrighted Works: Hearings on H.R. 4783, H.R.4794, H.R. 4808, H.R. 5250, H.R. 5488, and H.R. 5705 Before the Subcommittee on Courts, Civil Liberties, and the Administration of Justice of the Committee on the Judiciary of the House of Representatives, 97th Cong., 2nd sess. (1982): 65 (testimony of Jack Valenti).

²² WILLIAM FISHER, PROMISES TO KEEP 134 (2004).

²³ Howard Berman, Speech to the Computer and Communication Industry Association Regarding Solutions to Peer to Peer Piracy, July 25, 2002, at http://www.house.gov/apps/list/speech/ca28_berman/ComputerCommunicationsIndustryAssosiation.html, last visited at 2006/05/23.

是不正確的。偷竊依然是非法、不道德的，而且在今日的數位時代特別容易發生。這也是為什麼RIAA要持續對抗竊取音樂的海盜行爲²⁴。

既然著作權人逐漸認爲他們所擁有的權利，亦即所謂的創意財產，跟一般財產權無甚差別，我們可以想見，或許有些極端的著作權擁護者會主張，所謂的合理使用、首次銷售原則、強制授權、公共領域等著作權權利限制，毋寧是一種加諸於著作權人身上的「稅」，美國柯林頓政府於一九九五年對於國家資訊基礎建設所提出的白皮書（White Paper），即是持這樣的見解²⁵。白皮書中還進一步藉由強調作者在其創作中所展現的原創性，反對讓著作權人們承擔這樣的稅²⁶。

更進一步說，有部分著作權人甚至會將著作權類比爲有體財產中的不動產。仔細探究之下，我們可以發現，這樣的類比確實有其策略考量與潛在效果。相較於契約法上的責任法則（liability rule），財產法上的財產法則（property rule）的保護更爲強大。依據責任法則，被害人得請求金錢上的補償，對方通常不會被硬性要求一定要返還物品或履行特定行爲；相對地，在財產法則的規範下，被害人是可以堅持回復原狀的，侵權行爲人不能只是付錢賠償了事，甚至還有可能受到刑事處罰，管制力道明顯較前者嚴峻許多²⁷。

學者William Fisher精闢地道出了財產權類比的可能潛在效果，他認爲著作權人在援用這樣的類比之後，可能會進一步主張，如同土地所有權人可以禁止任何人在其土地上探鑽石油，無論其使用技術爲何，著作權人也應該擁有完整無缺的公開演出權²⁸，無論其用來作演出的傳輸技術爲何²⁹。

²⁴ RIAA官方網站：<http://www.riaa.com/issues/piracy/default.asp>，最近瀏覽日 2006/05/26。

²⁵ Information Infrastructure Task Force, Intellectual Property and the National Information Infrastructure: The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights (1995), at 84.

²⁶ *Id.*

²⁷ Fisher, *supra* note 22, at 138.

²⁸ 在美國著作權法架構下，對於類比廣播而言，只有音樂著作的著作權人才能主張公開演出權，錄音著作的公開演出權範圍則不及於此。

²⁹ Fisher, *supra* note 22, at 144.

第二，在不動產法的架構下，土地所有權人從未被迫接受政府設定的對價來放棄其權利，一切的進入土地與使用土地行為都必須與土地所有權人協商議價，土地所有權人亦得拒絕協商或授權，使用者沒有異議的空間。因此，若將著作權與不動產等同對待，著作權人或許會主張，著作權人也應該有權利就所有的著作使用行為進行協商議價，那種逼迫權利人接受政府所設定的價碼而放棄協商議價機會的強制授權制度，必須予以廢除³⁰。

第三，土地所有權人可以利用國家司法資源來取締那些非法侵入土地的行為人，亦可要求法院施以刑事處罰，自己幾乎毋庸負擔執法或訴訟成本。著作權法雖然也有刑事制裁，惟其係屬於聯邦層級；有關不動產的財產法則是屬於州法，執法人員顯然要比前者多出不少，因此，著作權人援用不動產類比的企圖之一便在於，增加可利用的執法人員與司法資源。此外，著作權法雖設有刑事處罰，惟主觀要件較財產法為嚴格，故不動產類比似乎存有拉低著作權刑罰的主觀要件門檻的策略考量³¹。

第四，一些關於不動產的財產法中尚設有管制竊盜工具的規範，禁止他人持有可以用來從事非法侵入行為的工具，不動產的保護力度於焉倍增。著作權法雖然也有類似的規範，惟不能禁止那些可以拿來作「實質非侵害使用」的設備工具，亦即缺乏一般性的管制。透過不動產的類比，著作權人可能會主張，對於用來打劫運送著作物的船艦的科技之劍（*technological swords*），我們也應該要一般性地加以阻絕，例如建議禁止銷售沒有防拷科技的數位媒體設備³²。

最後，正如同不動產所有人可以自力驅逐不法侵入者，著作權人主張他們也應該有權採取自力救濟手段，自行排除那些侵害著作權的行為。最顯著的例子就是透過科技反制手段來打擊網路上的檔案分享，包括在網路上大量散布看似流行

³⁰ *Id.* at 144-45.

³¹ *Id.* at 144-48.

³² *Id.* at 148-49.

歌曲的假檔案，行擾亂之情事，致使使用者無法如願取得預計下載的歌曲³³。

3.2.2 合理使用的縮減

在這股財產權化的浪潮之下，首先最明顯受到衝擊的，就是合理使用原則。著作權被認為是一種絕對、神聖不可侵犯的權利，使用者合理使用著作物的空間因而受到打壓；就算使用者的使用情節有成立合理使用的高度可能，那些擁有雄厚資力的著作權人們仍常常是幾乎毫不考慮地就向使用者威脅提出侵權訴訟，或要求使用者支付對價以取得授權，而且索償價額或授權金多是令我們這些升斗小民瞠目結舌的天文數字。

舉個例子或許可以讓讀者們有更深刻的體會。Jon Else是一位著名的電影製作者，尤擅長於拍攝紀錄片。一九九〇年，他開始拍攝一部呈現歌劇舞臺管理的紀錄片，片中一個鏡頭是，當華格納的歌劇「尼伯龍根的指環」(Ring Cycle)³⁴正在舞臺上上演的同時，舞臺管理者卻在底下下西洋棋，房間一角的電視則正在播放卡通「辛普森家庭」。卡通與歌劇，悠閒的舞臺管理者與專業莊嚴的歌劇表演，形成了一種鮮明的對比。

這個帶有「辛普森家庭」的鏡頭一共持續了四秒半，也正是這四秒半，帶給了Jon Else無窮的麻煩。幾年後，當整個拍攝結束，Jon Else輾轉找到「辛普森家庭」的著作權人福斯(Fox)公司，請求准予授權使用那出現在房間一角的一台小電視機上的畫面，然而，福斯公司要價卻是一萬美元，這已經遠遠超出了這部紀錄片的預算。很明顯地，如果要讓紀錄片能夠播出，Jon Else就必須捨棄這些片段。最後Jon Else還是做出了妥協，在影片播出的前夕，用數位技術替換了那四秒半的電視畫面，取而代之的是自己十年前拍的另一部老片子，而且，令人遺

³³ *Id.* at 150.

³⁴ 其全名為Der Ring des Nibelungen, Ein Bühnenfestspiel für drei Tage und einen Vorabend。

憾的是，原來所要彰顯的對比效果因此消失了³⁵。

就一般法律人的直覺觀感來說，一個四秒半的小電視機畫面，是有著成立合理使用的高度可能，而毋庸再向著作權人請求授權。然而，福斯公司卻基於「著作權等於一般財產權」的認知，執意索求不合比例的高價權利金；認為所有與其著作有關的使用行為，都應該落於他們的嚴密掌控之下，著作權法中所謂的合理使用原則，對他們來說，似乎只是不痛不癢的耳邊風，不須加以理會，而且是一種多餘且不合理的限制，早就應該棄絕。當然，在一部長達數小時的紀錄片中，一個在場景角落的電視機上的四秒半畫面，是否果真能成立合理使用，還是得由法院來做最後的定奪；在法院做出裁判之前，想必沒有人敢拍胸脯掛保證，篤定合理使用的成立與否。與那些擁有豐沛經濟資源及專業法律人員的大型影音企業相較起來，一般使用者對於專業複雜的法律程序還是有所畏懼，而且前者對於法律程序及議題的熟稔程度，本來就要比後者高出許多，更何況合理使用在法律上一直被公認有很大的模糊空間。因此，大部分的一般使用者沒有信心向著作權人主張自己的合理使用特權，沒有勇氣抗拒著作權人幾近財產權似的主張，而只能任由著作權人坐地喊價。最後，就算勉強進入了法庭，訴訟雙方孰占上風，通常還是取決於誰擁有較壯大的法律部門、較雄厚的資金。

3.2.3 公共領域的縮減

除了上述的合理使用原則外，人類的智慧創作逐漸被財產權化的現象，與公共領域其實也是息息相關。如同第二章所述，著作物在著作權保護期間屆滿之後，著作權就會消滅，而著作物將因此而進入公共領域。如果著作權被認為是一種如有體財產權般永恆的權利，置有限的保護期間若罔聞，公共領域將隨之喪失大部分意義；某些其實已經進入公共領域的作品，有可能仍會被之前的著作權人繼續主張權利，雖然目前大部分國家的著作權法都有對著作權的存續期間加以設

³⁵ Lessig, *supra* note 19, at 95-97.

限，之前著作權人的這般主張根本沒有法律依據，但是，我們不禁要提醒，如果那些已經進入公共領域的作品被妄加主張權利的情況過於頻繁，會造成作品利用者不小的困擾，他們可能常常得花費一些搜尋成本，以確認著作物的狀態，或是花費一些聯絡溝通的成本，以應對、答覆對方的權利主張，這對社會文化創造活動來說，並不是個好現象。例如不收取費用、由許多志願者加入編寫的網路百科全書－維基百科（Wikipedia）³⁶，就曾收到來自博物館的警告信函，指稱維基百科的網站上有部分影像係來自該博物館的收藏作品，這種未經授權的重製有違反著作權法之虞。其實，系爭的館藏作品早已因為著作權保護期間屆滿而進入公共領域，包括維基百科在內的任何人，均得進行重製、改作等行爲，不料卻仍被據以主張權利，想必這不是我們所樂意見到的結果。

著作權慢慢被理解成應該要是一種永恆的權利才對，所謂的存續期間及公共領域被認為是惱人的限制，於是，遂有一些較具有雄厚資力的著作權人，抱著這樣的理念，向立法部門進行遊說，透過修法，一次又一次地延長著作權保護期間，這對公共領域來說，是一種莫大的傷害，後文所要討論的美國「著作權期間延長法」，即為例證之一。

本文在第二章也提到，一部著作權保護期間尚未屆滿的作品，如果著作權人願意拋棄其著作財產權，該部作品也可以經由這樣的善舉而進入公共領域。然而，如果社會的文化產業到處瀰漫著這股財產權化的味道，自願將作品投入公共領域的著作權人恐怕將會銳減；著作權人莫不將作品視為自己最珍貴的資產，忽視了人類智慧知識所具有的其他特質，所謂的公共領域，很有可能誤解為是一種沒收充公，而被人們抗拒、視為畏途。原本因為數位時代的到來而被期望可以更加豐沛充實的公共領域，卻無法獲得預期的效益。

杜克大學教授David Lange亦曾指出，法定的著作權還不是智慧財產權領域的

³⁶ 維基百科官方網站：http://en.wikipedia.org/wiki/Main_Page

最主要問題來源，真正會釀成問題的是一些偶然出現在各級法院裡的類似財產權訴求，這類訴求常常會在人們沒有注意到的情況下侵蝕著公共領域³⁷。

此外，若以傳統的有體財產權模式來對待著作權，可能引發一些不良的影響。畢竟人類知識或資訊缺少了如傳統財產般可觸知的特質，亦即缺乏「有體性」，社會大眾無法清楚感知著作權的外貌或邊界，也很難確定特定的著作權究竟屬何人所有。爲了清楚釐清所有權孰屬，其他的智慧財產權各有不同的方法。例如專利法體系就要求專利申請人須證明其發明具有新穎性，且明白指出欲申請的權利範圍，始有可能取得專利權；在商標法體系下，商標權的申請人被要求證明其確實已在貿易上使用該標誌，且公眾已經將該標誌視爲申請人簽名的一種，惟即便取得商標權，商標權人只能在公眾了解到該商標係由他所發出的情況下主張排他使用，不能任意在其他不相關的脈絡中行使權利。相較之下，著作權法體系卻缺乏類似的判定所有權何屬的方法，著作權在創作完成後就馬上取得，幾乎沒有其他的條件限制，社會大眾通常只能留待訴訟發生之時，才赫然發現著作權人的所在³⁸。因此，著作權與有體財產權既然在性質方面大有不同，內容產業的有體財產權式保護的訴求，似乎便容有慎重考慮的空間。

值得加以提醒的是，雖然公共領域會受到有體財產權化的衝擊，但並不代表公共領域與財產權是完全互斥或彼此獨立的兩個概念，相反地，在某種程度上，兩者係彼此交纏、重疊在一起，而且還有互相激發的潛能。最經典的例子就是鐵路與其他公共運輸交通系統的開放，由於交通網絡的普及，開拓了市場所能涵蓋的範圍，拉近人們彼此之間的距離，並增加了每件財產被開發利用的可能性，遂使得私人財產的價值從中獲得相當的提昇³⁹。因此，在沒有充分的理由基礎之前，就貿然地將公共領域與財產權二分爲分列光譜兩端的截然不同概念，恐怕是

³⁷ Davie Lange, *Recognizing the Public Domain*, 44 LAW & CONTEMP. PROBS. 147, 158 (1981).

³⁸ Jessica Litman, *The Public Domain*, 39 EMORY L. J. 965, 972-74 (1990).

³⁹ Carol Rose, *Romans, Roads, and Romantic Creators: Traditions of Public Property in the Information Age*, 66 LAW & CONTEMP. PROBS. 89, 97-100 (2003).

失之偏頗。或許就如同學者Carol Rose所說的：「將公共領域與私人財產權假定成互相獨立的領域，明顯是個錯誤。更確切地說，不管是在歷史上或經濟方面，這兩個概念都是親密地糾纏在一起⁴⁰」。

3.2.4 檢討

內容產業的財產權訴求確實是相當強而有力，然而，仔細深究之下，我們也許可以發現一些弔詭的地方，亦即內容產業強力鼓吹有體財產權化的同時，卻對於一些有體財產權的限制避而不談。眾所皆知地，有體財產權雖然受到法律的高度保障，但並非全無限制，其常常必須配合公共利益而作出部分讓步。例如為了維護公共安全、預防火災的發生，土地所有權人建造建築物的自由會受到建築物相關法令的限制⁴¹。很可惜地，這些有關財產權的限制，幾乎很少被內容產業提起，他們似乎只想享受財產權類比所帶來的好處，以財產權類比為理由基礎來擴張權利範圍，而不願意承認或接受財產權的先天限制。這樣的心態其實並不難理解，畢竟我們很難期待他人會主動劃地自限，所以，對於這類的類比，社會大眾應該要嚴格加以檢視，盡可能將相關的權利義務納入考量。

3.3 媒體集中化

3.3.1 資訊生產者類型的減少

在資訊的生產過程或是人類知識創作過程當中，資訊不只是最後輸出的成品，同時也是輸入的原料。創作人或多或少都必須吸收、參考既有的資訊、知識，奠基在前人的著作之上，不管是有意的或是潛意識的。再偉大的創作家，沒有接受既有知識的薰陶，吸收外界流傳的資訊，只靠著自己的想像，要憑空創作出篇篇的作品，幾乎是不可能辦到的，無異是緣木求魚。縱使作者本身具有「點石成

⁴⁰ *Id.* at 101-02.

⁴¹ Fisher, *supra* note 22, at 140.

金」之才，也是需要石頭作為輸入原料，始能化腐朽為神奇，粹鍊出令人驚嘆的黃金佳作呀！當我們在讚賞作者在其作品中所展現的創造力的同時，實不容忽略現有既存資訊在整個創作過程中所佔有的舉足輕重的地位。

在目前的這波圈地運動中，有愈來愈多原本應該屬於公共領域的東西，被私人占為己有，並據以向他人主張權利。無疑地，圈佔者想必能從中獲得不少利益，但卻是建立在公眾的犧牲之上，而且，這會造成整個資訊生產產業的生態、經營策略的改變⁴²。

學者Yochai Benkler從事於資訊生產的組織或個體將大致劃分為五類。(一) Mickey：擁有自己的資訊庫存，並有能力垂直整合既有庫存及新產出資訊的銷售與管理，靠著授權他人使用他們所產出的資訊來營利，例如Disney等大型影音企業。(二) Romantic maximizer：他們將所生產的資訊販售給消費者或如Disney之類的資訊庫存管理者，但是卻未擁有自己的資訊庫存。(三) Quasi-rent seeker：不以販售資訊或主張對資訊擁有排他權利的方式來營利，靠的是對於某些資訊的早期接觸，及時地提供精確的資訊給消費者，而不憑恃對於資訊的長期控制及授權，固定每日出版新聞的報社即為一例。(四) Scholarly lawyer：所強調的是其所提供的資訊與其所生產的另一件產品的關聯性，換句話說，就是透過免費提供某些資訊給消費者，來誘發對於同樣是由他們所生產的另一件產品的需求，例如公司為其產品製作廣告，希望能藉此促成該產品的大賣，或是公司提供免費資訊給社會大眾，目的是設立產業規格，以促使另一件產品在市場上取得支配的地位。(五) Joe Einstein：免費將他們所生產的資訊提供給大眾，不以營利為目的，所得到的報酬大部分係來自名聲的提高、研究補助、慈善捐助或學校教職等。這些人通常是由非以營利為目的的業餘人士所組成，長期以來在人類創作活動中中

⁴² Yochai Benkler, *Free as the Air to Common Use: First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain*, 74 N.Y.U. L. REV. 354, 401 (1999).

扮演著不可或缺的角色⁴³。

在上述五類資訊生產組織當中，Mickey、Romantic maximizer、Scholarly lawyer與Joe Einstein的輸入原料有些是免費取自公共領域，有必要時則向其他組織購入。Quasi-rent seeker也是自公共領域汲取資訊原料，或是向他人購買，更重要的是，類似的quasi-rent seeker之間，會彼此分享各自所擁有的資訊⁴⁴。

當公共領域被侵蝕、圈佔，或是著作權的過度擴張時，不管是那種型態的資訊生產組織，作為輸入原料的資訊的取得成本一律都將會提高。Mickey 所受的衝擊程度或許會很小，因為他們只要加強利用自己既有的庫存資訊，減少向他人購買的數量，就可以緩和因為取得成本提高所造成的損失。Quasi-rent seeker 的損害也不高，因為他們可以大量仰賴分享彼此之間的資訊。只有 Mickey 與 Romantic maximizer 的營收會提高，因為他們正是靠著主張對於資訊的排他權利來營利；Mickey 的收益又有可能會比 Romantic maximizer 高，這是由於當法律愈來愈偏向排他權利的主張時，擁有自己的資訊庫存的 Mickey 自然要比他人更佔有優勢。這麼一來一往之間，Scholarly lawyer 與 Joe Einstein 的遭遇被預測將會每下愈況，因為一方面資訊取得成本大幅攀升，另一方面又無法也不願意透過主張排他權利或販售資訊來製造營收。

在這樣的情況之下，資訊生產量還能夠繼續大量成長的，想必只有Mickey；Scholarly lawyer與Joe Einstein則有可能難以在這樣的生態下生存，而逐漸減少、沒落。Benkler還進一步指出，Mickey的組織數量有可能會減少，即使他們在這樣的生態下是如此地佔有優勢，因為透過整併組織，彼此的資訊庫存能夠獲得整合，從而減少向他人購買資訊的交易成本；而且資訊庫存具有經濟規模的特性，

⁴³ *Id.* at 402-04.

⁴⁴ *Id.*

一個獲得整合後的資訊庫存，極有可能會比獨立分散的庫存更具有生產力⁴⁵。

3.3.2 公共領域的減損

利之所趨，民之所向，一個理性、自利的經濟個體，在著作權過度擴張的環境下，爲了爭取自己最大的利益，莫不嚮往如Mickey般的經營模式。生產資訊的組織們被環境局勢迫使得不得不改變經營策略，有愈來愈多新生產出來的資訊是受到私人的排他權利所控制，而非投入公共領域當中，供社會大眾自由取用；大家爭先恐後地圈佔公共領域裡的材料，加上愈來愈少人願意將自己新創作出的材料拿來灌溉公共領域，使得公共領域這一塊人類共有的珍貴資源，慢慢地萎縮、枯竭。再者，可能會有愈來愈高比例的企業投資，是用來培養、塑造消費者的胃口，讓他們對於那些只是重新利用既有庫存所生產出來的資訊，同樣有著強烈的需求；或是將大量投資投注於組織變革，透過整合、加強管理規劃既有的庫存，讓資訊的生產更有效率、更具有獲利的能力⁴⁶。

資訊原料的取得成本由於公共領域被侵蝕、圈佔而扶搖直上後，整個資訊生產行業的進入門檻，預料將會大爲提高，非以營利爲目的的業餘人士們將慢慢喪失與大型影音企業競爭抗衡的能力，終致隱沒消失在社會的角落。從另一個角度看，這也是個有關機會成本的問題，當這些業餘人士將心力投注於資訊生產時，他就必須捨棄其他可能可以幫他掙取收入的活動，畢竟人的時間及精力是有限的，不可能作到面面兼顧，而這些收入的損失，對於這些人而言，就是一種機會成本。業餘的資訊生產者，本來就有著機會成本的隱憂，如今資訊輸入成本又大幅提昇，對他們來說，可謂是雪上加霜。

不重視主張排他權利、真正有心將自己的作品奉獻給公共領域的人們，因爲欠缺在圈地運動中的生存能力，而逐漸地減少，而且，相當令人遺憾的是，這些

⁴⁵ *Id.* at 407.

⁴⁶ *See id.* at 408.

未受訓練的業餘人士們，通常正是社會文化創造者中最具有多元性、豐沛創作潛力的一群，因為他們毋須去過度在意或處處受限於大眾的主流口味，不用刻意去設計那些徒然流於庸俗、膚淺的作品內容，有著寬大的自由發揮的空間，最有可能創作出令人咋舌稱奇的作品。存活下來的資訊生產者，或是具有優勢宰制能力的，幾乎是一些對資訊主張排他權利以從中營利的影音企業，而且其組織變的愈來愈龐大，數目愈來愈集中。媒體集中化確實是個正在發生中的事實，在二〇〇三年，美國參議院商務委員會主席John McCain，曾根據美國聯邦通訊委員會（簡稱FCC）有關媒體所有權的審查報告裡的資料，作結指出，美國有將近百分之八十五的媒體來源，被掌控在區區五家公司的手裡⁴⁷。著名的著作權法學者Paul Goldstein亦曾表示，財團常常藉由操作旗下擁有的多個著作權，行始一種近乎政府的管制權力，發揮支配市場的效果⁴⁸。

在媒體集中化的趨勢之下，我們可以預見，在著作權期間屆滿之前，公共領域將會被閒置荒廢好長一段時間，因為那些願意主動熱心灌溉公共領域、立刻將自己的新創作投入公共領域的園丁，礙於創作成本的提高以及本身競爭力的削弱，大部分都另謀高就了，而很高比例的新生產出來的資訊，是由那些靠著主張排他權利來營利的影音企業所製造。

總而言之，這其實是一種惡性循環。公共領域首先被大家爭先恐後地圈佔，導致創作過程中所需的資訊輸入成本大為提昇，從事資訊生產的人們不得不改變策略，以作為因應。大家變得較不願意主動將自己的作品、材料投入公共領域，而且，在圈地運動的生態環境下，那些較有意願將自己作品奉獻給公共領域的少數人士，又因為失去競爭能力而導致人數銳減，少了這群人的支持與灌溉，等於是對公共領域造成了二度的傷害。

⁴⁷ FCC Oversight: Hearing Before the Senate Commerce, Science and Transportation Committee, 108th Cong., 1st sess. (22 May 2003) (statement of Senator John McCain).

⁴⁸ See Paul Goldstein, *Copyright and the First Amendment*, 70 COLUM. L. REV. 983, 983-84 (1970); see also, Yochai Benkler, *supra* note 42, at 388.

3.3.3 媒體集中化的後續效應

資訊生產者亦即媒體的集中化，所可能產生的危害，恐怕還不止於此。組織規模及數目的集中，還只是整個危害中的其中一小部份，比較令人憂心的，其實還是集中化的性質，以及其可能帶來的後續效應。集中化後的媒體產業，爲了最大化商業利益，有很強的動機去迎合多數消費者的口味，他們會嘗試猜測消費者的喜好，盡量製作一些相對安全、沒有爭議性的資訊⁴⁹；對於非主流或乏人問津的觀點議題，則是興趣缺缺，因爲這些資訊對於他們收益的幫助實在有限。很少有商業資訊生產者願意冒著冒犯某些消費者的風險，去生產那些挑戰現狀、現有文化教條的資訊，這將使得社會上具有批判性的資訊嚴重短缺不足。隨著媒體所有權愈來愈集中，媒體們愈來愈追求花俏聳動的報導，調查性新聞報導所需要的魄力逐漸地減弱，而且，媒體也更容易向公眾隱瞞事件的真相。

如果真的只有那些少數有力人士的觀點能爲大眾所注意、討論，或是大眾傳播媒體只提供最能迎合大眾口味的資訊給消費者，那麼，人民將無法接收到進行公共討論所需的各種不同角度的資訊。他們的所知將極爲有限，在如此狹窄的視野裡，無從知道其實還有其他的選項，因而通常只能選擇安於現狀，默默接受他人爲其安排的一切，也將無人勇於提出挑戰現有文化教條的不同意見觀點⁵⁰。套用Brandeis大法官的話來說，這將是對於民主自由的最嚴重威脅：一群呆滯、默不吭聲的人民（“The greatest menace to freedom is an inert people.”）⁵¹。

Owen M. Fiss亦主張，如果資訊產出被集中掌控在那些在社會上已經相當有權勢的少數人士手裡，他們所擁有的優越政治社經地位將變得更加牢固、難以撼動⁵²。說得更誇張一點，或許有人可以從中嗅出些許封建社會的味道。這的確是

⁴⁹ Jerome Barron, *Access to the Press--A New First Amendment Right*, 80 HARV. L. REV. 1641, 1641-47 (1967); see also, Benkler, *supra* note 42, at 378-79.

⁵⁰ Benkler, *supra* note 42, at 379.

⁵¹ *Whitney v. California*, 274 U.S. 357, 375 (1927) (Brandeis, J., concurring).

⁵² Owen M. Fiss, *Why the State?*, 100 HARV. L. REV. 781, 786 (1987).

個很可悲的結果，我們何嘗不是希望透過推廣教育的普及率以及其他相關措施來促進社會階級的流動，但卻很少有人注意到，資訊產出的集中很有可能會讓我們的努力付諸流水。

就算暫時撇開公共討論不談，一個人也必須要能夠充分知悉其所處環境的狀態，對於自己可能的行動選項組合瞭若指掌，始能為健全的自我治理（self-governance），依據自己的意志，在這些可能的選項中，選擇自己想走的路。而這一切的前提，就是個人必須有機會接觸到進行自我治理所需的各種多元資訊⁵³。

這裡還要另外強調的是，如果那些製作、輸出資訊的媒體，同時又掌控了資訊輸出的管道，對於資訊的多元化以及自由流通，恐怕只會是雪上加霜，因為其可說是掌控了整個社會大眾閱聽的環境⁵⁴。或許有人會認為，資訊的製作與輸出結合在一起，是一種較有經濟效率的生產架構，可以節省許多額外的交易成本。然而，有經濟學理論指出，一個過於龐大的傳統企業，常常帶有一種習性，亦即忽視那些足以與其事業競爭的新興科技，而跟不上時代的脈動。同樣地，一個過於龐大的內容產業，也可能會具有一股輕視新文化趨勢的傾向⁵⁵，甚至是利用其既有的優勢地位，來排除明日的競爭者，以繼續維持自己的霸權⁵⁶。

3.4 科技方面的衝擊

在數位環境下，著作物被非法重製、散佈、盜版的風險及數量提昇了不少，著作權人們發現其對於作品的控制力被嚴重削弱，認為現行的著作權法已不足以保護其權益或是遏止網路上的盜版歪風，於是開始嘗試尋求法律以外的保護手段。因此，有部分的著作權人研發出了許多另類的科技，來阻止那些未獲授權就

⁵³ See Benkler, *supra* note 42, at 381-83.

⁵⁴ See Lessig, *supra* note 19, at 164.

⁵⁵ *Id.* at 166.

⁵⁶ *Id.* at 188.

利用他們著作的行為，以鞏固捍衛他們的權利⁵⁷。這些用來保護著作物的科技手段，目前大多被稱為「科技保護措施⁵⁸ (Technological Protection Measures)」，簡單地來說，其乃一種著作權人所主動採取，能有效控制對於受著作權保護作品的接觸使用，防止他人侵犯著作權人合法權利的設備、產品或方法，同時也是一種著作權人自行採取的自力救濟手段。可能的實際操作方式包括了密碼

(password)、晶片卡(smartcard)、浮水印(watermarking)、多次重製管制系統(Serial Copy Management Systems，簡稱SCMS)、鎖碼(encryption)以及以內容混雜系統(content-scrambling system，簡稱CSS)為首的電腦程式等等⁵⁹。

科技保護措施大致上又可以分為兩類：控制接觸的科技保護措施、控制使用的科技保護措施。前者在使用者欲進入或接觸著作物時，就進行嚴密把關，非有授權不得進入或接觸著作物，最常見的方式係要求輸入正確密碼方允許進入；後者則是讓使用者進入著作物後，封鎖其部分使用功能，使用者因而不能任意對著作物進行著作權人所不允許的動作，例如複製或傳輸等動作。當然，這不是唯一的分類，而毋寧是一種最為常見的分類方式。

科技保護措施的裝設為著作權人帶來了幾個好處，除了可以控制未經授權的接觸使用外，還可以增加著作物使用授權金的催收效率，以提高創作動機；作品被盜竊的機率也降低了，故也許可以拉低著作權人向消費者索取的授權費用價碼；權利人與使用者有機會確認彼此的身分，並事先把授權條件臚列清楚，以降低交易協商的不確定性。此外，科技保護措施可以幫助著作權人過濾掉不樂意見到的使用作品方式，其提供的大部分功能亦可說是相當高程度地偏向著作權人。但是，這似乎意味著，著作權人所享受到的福利，可能有一部份是從消費者身上移轉而來，亦即著作權人享受科技保護措施帶來的好處與便利的同時，其代價有

⁵⁷ See Fisher, *supra* note 22, at 87-90.

⁵⁸ 相關的名稱包括技術措施、技術保護措施...等，不一而足。

⁵⁹ 章忠信，著作權法制中「科技保護措施」與「權利管理資訊」之探討，頁 2-3，available at <http://www.copyrightnote.org/paper/pa0016.doc>，最近瀏覽日 2006/05/13。

可能是消費者接觸使用作品的自由空間的減縮，以公共利益的犧牲換取私人效益的提昇⁶⁰。

許多論者在討論科技保護措施的時候，常常強調其可以促進電子契約的締結，並認為契約是一種當事人自由選擇下的產物，反映出了他們的自主意思，所以比政府所制定的規則更具正當性基礎。然而，以上情況的成立前提是，締約當事人必須充分了解契約條款的內容，並有進行討價還價的空間。觀諸科技保護措施，其作用模式很類似定型化契約，著作權人先行設定好使用條件，消費者幾乎沒有其他選擇的機會，常常陷入非有即無的兩難，亦即不是放棄接觸使用著作物的機會，就是默默接受著作權人開出的條件。尤有甚者，科技保護措施可能比一般市面上的定型化契約更為嚴苛，因為科技保護措施幾乎完全不可協商，缺乏重新調整的空間，而且相當地不透明，消費者很難探詢其中的內容。因此，基於這些特徵，當事人雙方自主締結契約衍生出的種種優點，遂很難適用到科技保護措施的脈絡當中⁶¹。

或許有人會認為，這些科技保護措施對於數位及網路科技使用者來說，應該不是太大的問題，不致對使用者產生任何困擾，然而，這樣的想法恐怕是太過小覷了科技保護措施在數位環境中的影響力。我們必須予以正視的是，這些由程式碼（code）所組成的科技保護措施，在數位環境中可說是一種物理結構

（architecture），就使用者的行為構逐了一道先天的限制，無時無刻不在影響著使用者⁶²，其管制力量也許比法律還要強大。雖然法律規定人民不得未經授權就任意重製、散布受有著作權保護的素材，但還是有人會鋌而走險，為了滿足自己的利益而執意從事法律禁止的行為，這時法律所提供的補救措施，或者說是管制力量的來源，毋寧是事後的懲罰以及提供權利人訴追的機會；可以肯定的是，縱

⁶⁰ John Therien, *Exorcising the Specter of a "Pay-Per-Use" Society: Toward Fair Use and the Public Domain in the Digital Age*, 16 BERKELEY TECH L.J. 979, 991-93 (2001).

⁶¹ *Id.* at 1030-32.

⁶² See generally, Lessig, *supra* note 19.

使法律規定得再怎麼巨細靡遺，還是會有人甘冒被懲治的風險，違背法律立下的行為準則。然而，與「法律」相較之下，「結構」所施加的管制在人們行為當時就一直存在，也可以說是一種事前的完全控制，無從違背或擺脫，結構如何地作用或限制，行為人通常就只能照單依循。

此外，由於科技保護措施是著作權人自行採用的手段，其管制有可能會相當地強硬、極端，遠遠凌駕於著作權法的管制範圍，亦可無視著作權法的存在。著作權人也有可能會把自己詮釋權利的方法內建到科技保護措施裡去。因此，在數位或網路空間中，由程式碼所構成的科技保護措施幾乎可以取代著作權法的規範⁶³，使用者的權限將不是由國會來裁定或由法院審核，而是由撰寫程式碼的軟體工程師配合著作權人來決定⁶⁴，也幾乎沒有制衡的力量。而且，其偵查能力比傳統的司法資源更強大，亦即破解或規避科技保護措施的情狀一旦發生，著作權人就有可能馬上收到自動回報，據以進行訴追。

又可能有其他人會認為，既然科技保護措施在數位環境中的管制力量如此強大，為了擺脫那些嚴苛的管制，逃離數位或網路空間即可，只要不坐在電腦終端機前，不撥接上網，就可以免於這些科技保護措施的拘束。不過，這樣的說法也許只說對了一半，因為從目前數位及網路科技的發展現狀來看，其似乎已經逐漸滲透進人類的日常行為，成了日常生活中不可或缺的一部份，更重要的是，近來有許多創作者直接就在數位及網路科技的平台上從事創作，致使其成為人類文化活動中另一個重要的創作來源，但這也同時意味著，如果不踏進數位或網路空間中，通常就無法欣賞到那些直接以數位及網路科技創作而成的作品，而隨著喪失一些汲取新知、自我提昇的機會。簡單地說，如果想擺脫科技保護措施的管制力量，但同時又想享受數位及網路科技帶來的便利，以及繼續汲取欣賞利用該科技所創作而成的新作品，就一般的使用者來說，恐怕不是那麼簡單，非常難以一舉

⁶³ See Benkler, *supra* note 42, at 414.

⁶⁴ 參見：Siva Vaidhyanathan著，陳宜君譯，著作權保護了誰？，頁 252，2003 年；*see also*, Lessig, *supra* note 19, at 152.

兼顧。

由於數位及網路科技的蓬勃發展，使得著作物的重製與散布方式產生了重大變化，著作物被盜版的風險大大地提昇，著作權人爲了捍衛其權利而採用科技保護措施，原本是無可厚非的事；勉強拿有體財產權來作比喻的話，科技保護措施就好比民眾爲了防範宵小而自行架設的鐵窗等相關措施，權利人從來就少被禁止使用這些措施。此外，著作權人對於自己的權利有著清楚的認識，不待國家的介入，就自己先行做好防範措施，以減少侵害行爲的發生，反而還應該給予鼓勵。然而，近來有愈來愈多的科技保護措施，其管制範圍已經遠遠超越了保護著作權之所必要，在數位或網路空間中發揮著無比的管制力量，而且政府通常不會介入審核特定科技保護措施的保護範圍是否合理。也就是說，如果把程式碼比喻成數位或網路空間中的法律的話，一旦政府未能進行適度的管控，那麼將像是在放任私人造法，一部規範數位或網路空間中行爲的法律。

大部分的科技保護措施中幾乎都沒有容納合理使用的空間，因爲在科技保護措施的作用之下，幾乎所有的使用動作都會受到控制；著作權人如果禁止使用者重製其作品，通常所有的重製動作都會遭受科技保護措施的封鎖，不論其重製目的爲何，也不管重製數量在整部作品中所佔的比例，等於是一概禁止一切涉及重製的動作，因而無從連帶衍生出合理使用的問題。使用者甚至被迫使爲合理使用支付不合理的費用⁶⁵。再以另一個具體一點的例子來說明，在傳統的類比環境中，研究者基於學術論文寫作的目的，而影印了一本學術期刊中有關其研究主題的單篇論文來參考，這樣的重製行爲通常都會受著作權法下的合理使用原則所允許，毋庸取得著作權人的授權，亦不至於遭受法律的訴追，但是，如果換成是裝設有科技保護措施數位格式的電子期刊論文，在未經著作權人授權之前，研究者往往根本沒有一窺內容的機會，遑論研究者只想重製其中的一頁來閱讀參考，合理使用的機會於焉被剝奪。

⁶⁵ 邵瓊慧，數位時代之合理使用—挑戰與回應，全國科技法律研討會論文集，頁 33，2003 年。

除了合理使用的空間消失殆盡之外，另一個與本論文主題密切相關的議題，就是公共領域與科技保護措施之間長期存在的緊張關係。透過科技保護措施，受有著作權保護的作品從中獲得保障的同時，公共領域裡的材料亦有可能會被私人給封鎖起來，而無法為公眾自由接近使用。依據多數國家的著作權法規定，任何人均不得禁止他人取用屬於公共領域的作品，這點是無庸置疑的，然而，由於科技保護措施是一種私人主動採取的手段，通常毋庸經過政府的審核，因此，我們無法排除，可能有一些私人會將屬於公共領域的材料一併納入科技保護措施的封鎖範圍。這些裝設有科技保護措施的作品往往嚴重地欠缺透明度，任何人在獲得授權進入觀看之前，通常無法知悉裡面的內容，當然也就無從指出當中哪些內容係屬於公共領域而要求私人撤除封鎖，換句話說，如果私人有心要把公共領域內的材料佔為己有，我們是很難加以防範的。

本文認為，私人的確有利用科技保護措施來圈佔公共領域的動機，其一部分原因如前所述，政府通常不會審核、細究特定的科技保護措施是否有封鎖公共領域內材料之嫌，而且，在科技保護措施的阻擋之下，內容又相當地不透明，使用者有可能在付費取得授權之後，才恍然發現原來當中的部分內容已經屬於公共領域，其實毋須請求授權，更何況一般的閱讀者通常不會去注意其所欣賞的內容是否屬於公共領域，使得公共領域被私人以科技保護措施圈佔來營利的情況更加不樂觀。

或許有人會認為，公共領域內的材料即使被部分私人以科技保護措施封鎖起來，社會大眾還是可以從其他管道取得同樣的內容，所以公共領域並不會因為科技保護措施而遭受壟斷。本文部分同意這樣的觀點，但還是憂心科技保護措施對於公共領域的衝擊，以及對於資訊自由流通的阻礙。一部已經屬於公共領域的作品，當人們想要進入瀏覽欣賞時，卻發現被科技保護措施封鎖住，當然還是可以另行尋找其他無條件提供同樣作品的供應者，不過，尋找過程中可能必須花費額外的成本，這對於公共領域內資訊的自由流通來說，恐怕不是件好事。此外，也

可能會有一些年代久遠的作品，雖然已經進入公共領域，但是市面上已經停止流通，仍擁有該作品重製物的或許只有當初的著作權人，想要取要這類作品的使用者也只能向當初的著作權人洽詢，而幾乎無法自其他的供應者代替取得，因此，一旦這類作品被私人利用科技保護措施給封鎖起來，等於是完全阻絕了公眾自由接近使用的機會，取得資訊的管道只剩下向當初的著作權人求取授權，稱公共領域內的材料被私人給壟斷，應不為過。

以美國為例，上述壟斷的情形，在著作權法廢除著作權人應於國會圖書館存放備份的要求之後，可說是更加地嚴重。在該規定被廢除之前，即使某部屬於公共領域的作品在市面上已經停止流通，又被科技保護措施封鎖起來，但至少由政府繼續保有著其備份，社會大眾仍有除了當初著作權人以外的取得作品的管道，使得該作品不至於被私人壟斷。然而，如果廢除掉存放備份的要求，或是允許著作權人無限期地借回 (borrow back) 備份，萬一市面上特定作品的所有版本都消失時，原本唯一還有可能保存著僅有版本的政府，也無能為力了，少了政府這個有力的作品流通管道，作品便很容易被私人透過科技保護措施進行壟斷，公共領域被侵蝕的風險恐怕也將大為提高。

總而言之，在科技保護措施的強力封鎖之下，人類社會的資訊流通的過程很可能會由科技保護措施來操縱、定義，甚至是形成“pay-per-use”的詭譎景象，亦即每次接觸使用著作物之前，使用者均必須向著作權人或科技保護措施裝設者付費以取得授權，請求解除封鎖，否則恐怕只能望而興嘆，不得其門而入。

3.5 法律方面的衝擊

在著作權政策的制定過程中，美國國會長久以來深受內容產業遊說的影響，尤其是在國會議員競選期間的政治獻金的威逼利誘之下，以致著作權法慢慢地失

去平衡，而似乎有種以產業利益為導向的趨勢⁶⁶。

學者Jessica Litman曾長期觀察、研究並撰寫有關著作權政策的立法過程，他指出，在著作權法的制定過程中，國會一直慣於將主導權交給可能受到新修訂法律影響的產業團體。這是可以理解的，因為與國會議員們比較起來，那些著作權產業的代表們，明顯地要更了解特定規定對於他們產業可能造成的影響⁶⁷，而且，經由那些受影響的企業團體互相妥協折衝所產生的法案內容，通常都可以在現實中運作，國會也會認為這樣的法案的確都有考慮到各方團體的利益，而是一部堪稱衡平的法案⁶⁸。

然而，這樣的立法協商過程，仍有一些較不為人所知的隱憂。那些剛開始起步發展的產業，幾乎是沒有上談判桌或加入協商的機會，使得他們的利益通常不會在立法過程中被列入考慮⁶⁹。再者，那些已經發展健全的產業，有可能會將新興產業視為是威脅他們霸權的競爭對手，而會想盡辦法制定一些打壓其成長的法案⁷⁰。Litman亦指出，現在要打壓新興對手，比以前容易多了，因為著作權的保護層面愈來愈廣，新興的科技或產業很難逃過打擊範圍。

最令Litman憂心的，其實還不是新興產業被打壓，而是目前的著作權法對於一般人民的影響，尤其當他們在使用數位資訊的時候。一般人民常會認為，著作權法是用來管制商業、公開的行為，非營利、私人的行為通常可以被視為合理使用，因此著作權法管不到也影響不了他們的日常生活⁷¹。但是，事實上並不是如此，因為大量資訊被數位化，以及全球網路的出現，未從事營利的私人重製，已經開始被著作權產業們認為是嚴重威脅了他們的市場收益，而同樣被視為侵權行為，並且開始遊說立法機關，通過法律來管制這類的行為。Litman認為，如果這

⁶⁶ JESSICA LITMAN, DIGITAL COPYRIGHT 62 (2001).

⁶⁷ *Id.* at 61.

⁶⁸ *Id.* at 73.

⁶⁹ *Id.* at 62.

⁷⁰ *Id.* at 144-45.

⁷¹ *Id.* at 71.

樣一部失去衡平的著作權法只適用在產業之間的商業關係上，倒還可以讓人忍受，因為他們彼此背後都有龐大的法律部門、著作權律師；但是，如果大量適用在一般平民身上，就可能造成極不公平的結果，因為這些平民通常不具備有足夠的法律資源，來應付這樣嚴苛的法律管制，或是對抗大企業們所領軍的龐大法律部門⁷²。

總而言之，Litman主要反對的是，目前著作權政策的制定，多是操縱在一群少數人的手裡，透過一些巧妙的安排運作，而很少有經過社會大眾的充分公共討論，或是讓足夠的各方組織團體一起參與協商。換句話說，法律制定程序一開始就有所偏狹，參與者背後所代表的多元性嚴重不足，最後所研商出來的法案的公平性，自是讓人難以信服。亦有學者指出，目前的著作權法只是利益團體協商下的產物，而未考量到一般消費者的權益⁷³。

此外，雖然大部分的著作權理論一直在強調作者權利，著作權法的立意也是為了鼓勵作者從事創作，但在現實中，著作權法卻比較像是被設計來迎合產業的需求，著作權法的修正也以反映產業的考量居多，真正的作者實際上獲得的保護其實很有限。而且，在整個文化創作的大環境下，我們可以發現，市面上流通的大半作品的著作財產權人，幾乎都不是作者本人，多數的著作財產權都已經讓與給了內容產業⁷⁴，因此，當內容產業對立法機關進行遊說，訴諸種種情感上的請求或是提出氣勢恢弘的辯詞，其所追求的不外乎是產業自身的利益，作者本身的利益卻很少被擺在產業的第一順位考量，這是我們在思考著作權政策時，不得不予以正視的事實。

3.5.1 美國著作權法保護歷來的擴張

⁷² See generally, *id.*

⁷³ Robert Denicola, *Freedom to Copy*, 108 YALE L. J. 1661, 1684-86 (1999).

⁷⁴ Fisher, *supra* note 22, 46-47.

(A) 表達媒介、保護標的的擴張

美國聯邦著作權法最初於一七九〇年制定的時候，所保護的標的只及於地圖、圖表與書籍（maps, charts, and books）等表達媒介，其他類型的表達媒介都不在著作權法保護的範圍之內。一八〇二年，增列了設計、雕刻與蝕刻（designs, engravings, and etchings）的保護。一八三一年，音樂作曲（musical compositions）首度受到了保護。一八五六年，戲劇音樂著作（dramatic compositions）也被納入了保護範圍。一八六五年，照片與照片的底片被列入著作權法的範疇。一八七〇年，雕像與模型（statuary and models）加入了著作權法的保護行列。一九〇九年，著作權法將保護範圍擴及所有作者的寫作（all writings of an author）。一九一二年，動畫電影（motion pictures）的出現，使得受著作權法保護的表達媒介又有了新的詮釋。一九七二年，著作權保護範圍首度涵蓋了錄音製品（sound recording）。一九八〇年，重大改變人類生活的科技產物－電腦軟體，也成為著作權法保護的新寵兒⁷⁵。



在上述的修法過程中，我們可以看到，著作權法保護標的不斷地在作擴張，從最早的地圖、圖表與書籍，發展至今，幾乎已經快涵蓋了所有想像得到的表達媒介，而且，將來還是有可能會有其他的表達媒介被納入保護範圍。

(B) 權利種類的擴充

一七九〇年的著作權法賦予著作權人印刷、出版與銷售（print, publish, and vend）的專有權利，亦即著作權人以外之人除非獲有著作權人的授權，否則不得從事印刷、出版與銷售著作物等行爲；受到管制的主要是印刷業與出版商，一般民眾受到的影響不深，仍有寬廣的從事其他創作活動的空間，例如翻譯、改編或公開演出他人的作品。一八七〇年，著作權人首次被授予改作權，得控制所有的

⁷⁵ See United States Copyright Office – A Brief Introduction and History, at <http://www.copyright.gov/circs/circ1a.html>, last visited date 2006/05/14。

衍生著作，包括翻譯成其他文字以及改編成戲劇等。一八九七年，音樂著作的著作權人獲得了公開演出權，在未經著作權人授權之前，任何人均不得對公眾演出受有著作權保護的作品。一九九五年，錄音著作的著作權人在缺乏一般公開演出權的前提下，被賦予數位傳輸的公開演出權⁷⁶。

簡單來說，最早期的著作權只是一個很狹窄、特定的權利，以拆文解字的方式來詮釋的話，其可說是一種控制重製（copy）的權利（right），只對於作品如何被「重製」進行管制，至於其他的作品使用行為，則幾乎不加以干涉。惟發展至今，著作權的權利組合涵蓋了多種項目，主要包括重製權、散布權、改作權與公開演出權，人民自由受到限制的程度愈來愈深遠，各種新興科技的使用也逐漸被納入管制範圍，使得目前幾乎任何有電腦的人（anyone with a computer）都會受到著作權法的管制⁷⁷。

(C) 保護期間的延長

簡單介紹美國著作權法歷來關於著作權保護期間的大致變革。

一七九〇年的著作權法給予著作權人十四年的基本保護，自著作出版時起算，如果十四年保護期間屆滿而作者仍然存活，得再延長十四年。一八三一年，基本的著作權保護期間延長為自出版時起二十八年，亦得再展期一次，期間同樣為十四年。一九〇九年，著作權人仍然享有二十八年的基本保護期間，若期滿屆滿而作者仍繼續存活時，得再延長二十八年，亦即最多可享有五十六年的保護期間。在一九七六年，美國國會採用了嶄新的著作權保護期間設定，有別於以往的得展期一次的保護模式，著作權法直接賦予作者終身加五十年的保護，不具名、別名與僱傭著作的保護期間則為自最初發行之日起七十五年或自著作完成之日起一百年，以最先屆滿者為準，中間都沒有展期的問題。一九九八年，國會又將

⁷⁶ See *id.*

⁷⁷ Lessig, *supra* note 19, at 87-88.

保護期間延長為作者終身加七十年，不具名、別名與僱傭著作的保護期間則延長為自最初發行之日起九十五年或自著作完成之日起一百二十年，同樣以最先屆滿者為準⁷⁸。

著作權保護期間的不斷延長，幾乎已經成了國會的慣行，就整個期間變動的歷史來看，似乎就如同著作權法學者Peter Jaszi所稱，其實是一個永恆保護的著作權法體系，只不過是以分期付款的方式來給予罷了⁷⁹。

(D) 形式要件的廢除

在著作權權利範圍不斷擴大的同時，程序上的要求或限制卻相對萎縮。

美國國會於一七九〇年通過美國第一部聯邦著作權法時，係採註冊保護主義，要求創作者在取得著作權的保護前，必須先滿足一些形式要件，例如向著作權局註冊登記，在著作物裡載有有關著作權資訊的標示 (copyright notice)，並在政府機構裡存放著作物的備份⁸⁰。然而，於一九七六年，美國為了履行伯恩公約的義務，並與歐陸的著作權法接軌，改採創作保護主義，存放備分與登記制度等形式要件遂被廢除。至於標示著作權資訊部分，則至一九八八年被廢止，從此之後，創作者自完成著作並將之固著於有體物時起，馬上即可取得著作權法保護，毋庸再進行後續的動作。

(E) 小結

在美國，自從第一部聯邦著作權法通過以來，其保護範疇可說是不停地在作擴張，加上相對應的形式要件等制衡手段被拔除，使得保護範疇擴張的速度更是有如脫韁野馬。當中有一部份的擴張確實有其必要，例如為了因應科技的進步，

⁷⁸ See *supra* note 75.

⁷⁹ Lawrence Lessig, *The Creative Commons*, 65 MONT. L. REV. 1, 5 (2004). 轉引自：王敏銓，*Free Culture*，科技法學評論，2卷2期，頁219，2005年。

⁸⁰ 更確切地說，一七九〇年著作權法中的註冊登記與存放備份的業務係由聯邦地方法院負責，直至一八七〇年，始轉由國會圖書館負責。著作權局則於一八九七年接管有關註冊登記的業務。

遂將新的表達媒介也納入保護標的，以提供創作動機給這類新興表達媒介的創作者，本文認為這是無可厚非的；但是，當中也有部分擴張受到了諸多責難與質疑，例如改作權，常常被批評是打壓了後續創作活動的空間。因此，就整體而言，這樣的擴張究竟是好是壞，目前還未能妄下定論，不過，唯一可以肯定的是，在這樣的擴張過程當中，公共領域一直處於被持續限縮的狀態。

公共領域的限縮已經成爲了一種全球趨勢，而非只是美國國內的個別現象。著作物的輸出被公認是國際貿易中相當重要的一部份，各大文化產物輸出國莫不透過各種手段，威逼利誘其他國家採取同樣的著作權保護，以從中賺取貿易順差。此外，許多國際公約與組織，也扮演著促進著作權保護全球化的推手，例如伯恩公約，設下了一些關於著作權保護的最低標準，要求各締約國至少應於其本國內採取同等的保護；伯恩公約亦採用了國民待遇原則，要求各締約國對於外國著作權人作品的保護不能低於本國的著作權人。

執行能力時有不足，可能是伯恩公約比較爲人所詬病的問題。世界貿易組織（World Trade Organization，簡稱 WTO）架構下的「與貿易有關之智慧財產權協定（Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights，簡稱 TRIPS）」，可說是相當程度地緩和了伯約公約執行上的困境，其要求 WTO 會員國必須確實履行伯恩公約的義務，並設有爭端解決機制與執行機制，作爲輔助的配套措施。

據上所述，公共領域的持續縮減，已經成爲了不可忽視的一股趨勢，實有予以關切、探討的必要。接下來本文將開始介紹三部在美國被認爲具有威脅公共領域態勢的法律或法案，作爲研究目前公共領域所遭受衝擊的出發點。

3.5.2 著作權期間延長法（Sonny Bono Copyright Term

Extension Act)⁸¹

3.5.2.1 內容簡介

一九九八年，美國國會通過了「著作權期間延長法（Sonny Bono Copyright Term Extension Act，簡稱CTEA）」，並於同年經總統簽署，成為正式施行的法律。CTEA的內容主要是就原來著作權法中的著作權保護期間進行修改，由作者終身加五十年增加為作者終身加七十年，不具名、別名與僱傭著作的著作權保護期間也同樣獲得二十年的提昇⁸²。

CTEA 有一個比較特殊的地方，即其採用了一種回溯適用的方式，不管是既存作品或是立法以後產出的新作品，都能一體享受到二十年的著作權保護期間的擴充。尤其是一九二〇年到一九三〇年之間產出的作品，本來是即將進入公共領域，但在 CTEA 的作用之下，又取得二十年的保護，暫時免於著作權消滅的命運，也成為了本法主要的受益者。

本法之所以以“Sonny Bono”為名，係為了紀念當初的提案者—已歿參議員 Sonny Bono。CTEA 的推動者主要是美國作曲家、作家與出版商協會（American

⁸¹ Pub. L. No. 105-298, 112 Stat. 2827 (1998) (codified at 17 U.S.C. § 302 (2000)).

⁸² 17 U.S.C. § 302: “(a) IN GENERAL. — Copyright in a work created on or after January 1, 1978, subsists from its creation and, except as provided by the following subsections, endures for a term consisting of the life of the author and 70 years after the author's death.
(b) JOINT WORKS. — In the case of a joint work prepared by two or more authors who did not work for hire, the copyright endures for a term consisting of the life of the last surviving author and 70 years after such last surviving author's death.
(c) ANONYMOUS WORKS, PSEUDONYMOUS WORKS, AND WORKS MADE FOR HIRE. — In the case of an anonymous work, a pseudonymous work, or a work made for hire, the copyright endures for a term of 95 years from the year of its first publication, or a term of 120 years from the year of its creation, whichever expires first. If, before the end of such term, the identity of one or more of the authors of an anonymous or pseudonymous work is revealed in the records of a registration made for that work under subsections (a) or (d) of section 408, or in the records provided by this subsection, the copyright in the work endures for the term specified by subsection (a) or (b), based on the life of the author or authors whose identity has been revealed. Any person having an interest in the copyright in an anonymous or pseudonymous work may at any time record, in records to be maintained by the Copyright Office for that purpose, a statement identifying one or more authors of the work; the statement shall also identify the person filing it, the nature of that person's interest, the source of the information recorded, and the particular work affected, and shall comply in form and content with requirements that the Register of Copyrights shall prescribe by regulation.”

Society of Composers, Authors and Publishers)、早期創作者的繼承人與迪士尼之流的大型內容產業等。影響所及中最引人矚目者，當屬迪士尼公司旗下的米老鼠；在舊法的規範下，米老鼠的著作權保護期間原本即將屆滿而進入公共領域，然而，由於 CTEA 的通過，使得米老鼠重新又取得二十年的保護期間，延緩進入公共領域的時點，迪士尼公司仍得繼續藉由主張專屬權利來營利，因此，CTEA 又常常被戲稱為「米老鼠條款」。

與 CTEA 最具有直接利害關係同時也是首當其衝者，當屬公共領域。無庸置疑地，著作權保護期間二十年的延長，延緩了各式作品進入公共領域的時點，對於公共領域的成長產生莫大的衝擊。或許有人會認為，即使作品進入公共領域的時點被延緩了二十年，只要保護期間仍屬有限，作品最終還是會進入公共領域，只是時間早晚的問題罷了，故 CTEA 未必會對公共領域造成太大的影響；然而，本文選擇採取一種比較積極進取的觀點，鼓勵讓作品及早進入公共領域，以提供公眾自由取用，增加後續創作活動的空間，活化社會大眾的創作能量，進而誘發更多作品的誕生，而這些被誘發出的大量新作品，又都有機會進入公共領域當中，協力充實公共領域的內涵，形成一種良性循環。此外，CTEA 採取了一種回溯保護，亦即除了往後被創作出來的新作品之外，在 CTEA 通過前就已經存在的舊作品，也能為 CTEA 效力所及，致使許多即將進入公共領域的舊作品，又重新獲得二十年的額外保護，這似乎意味著，公共領域將有長達二十年之久無法獲得新作品的灌溉，在這段期間內，公共領域幾乎是處於完全停滯不前的狀態。

尤有甚者，CTEA 提案人 Sonny Bono 的遺孀 Mary Bono 女士，亦曾就 CTEA 作出如下的辯護：

Sonny 想要的其實是一個持續永久的著作權保護期間。惟我被幕僚們告知，這樣的改變將會違反憲法。我請求你們與我合作，用各種可行的方式來強化著作權法。如同你們所知道的，美國電影協會主席 Jack Valenti 也提出了

一個保護期間只比永恆少了一天的方案，或許委員會會在下一個會期加以審視⁸³。

由此觀之，CTEA 等類似法案的提案人以及擁護者的真正企圖似乎是謀求一個永恆的著作權保護期間，雖然實際提出的法案內容未能如願，但已足見他們對於公共領域的漠視。

支持CTEA的理由約略有：提供更多的創作誘因、配合人類漸長的平均壽命、促進古老作品的保存、增進美國著作物在國外的競爭力等。關於競爭力的部分，在歐盟尤其顯得重要。爲了釐清並調和各會員國的著作權保護期間，歐盟理事會於一九九三年通過了「協調著作權保護期間指令」⁸⁴（The 1993 Term Harmonization Directive），要求各會員國必須賦予著作權人終身加七十年的保護；該指令並採用「較短期間法則」，其規定，對於非會員國的著作物，如果其本國與歐盟所採取的著作權保護期間不盡相同時，歐盟會員國得選擇採用兩者中較短期間的規定來保護這些外國著作物。換句話說，假設有某國家的著作權保護期間較歐盟爲短，當這些國家的著作物輸入至歐盟會員國時，歐盟會員國得繼續以期間較短的非會員國本國著作權保護期間來對待這些作品，毋庸另行適用期間較長的歐盟著作權保護期間。在這樣的規範下，如果美國依舊採行著作權人終身加五十年的保護，當美國作品進入歐盟會員國時，還是只能享有與在美國時一樣的年限保護，但在同一個市場上競爭的其他歐盟作品卻都能享有多出二十年的保護，很明顯地，美國作品會較早進入公共領域而喪失經濟價值，競爭力顯然不足。因此，將本國的著作權保護期間與歐盟連成一氣，以提昇競爭力，遂成了美國制定CTEA時的重要考量之一⁸⁵。

部分CTEA的反對者認爲，美國其實不需要爲了迎合他國的需求就動輒修改

⁸³ 144 Cong. Rec. H9952 (1998) (statement of Congresswoman Mary Bono).

⁸⁴ Council Directive 93/98/EEC.

⁸⁵ See Ashley Packard, *Copyright Term Extension, the Public Domain and Intertextuality Intertwined*, 10 J. INTELL. PROP. L. 1, 6-7 (2002).

法律。美國一向抗拒接受那些可能會改變國內智慧財產權平衡的國際規範，伯恩公約的著作人格權即為著例。美國在簽署伯恩公約之後，本來負有保護著作人格權的義務，然而，美國卻以其國內已經有不正競爭、誹謗、隱私與契約方面的法律作為理由，辯稱同樣足以達到保護著作人格權的效果，來迴避伯恩公約下的義務，畢竟美國著作權法體系係採用一種有限的壟斷權利，與歐陸的自然權利模式大相逕庭。因此，遂有部分論者認為，同樣的一套論點應該也能適用到著作權保護期間的脈絡中，不採自然權利說法的美國，毋須亦步亦趨地追隨歐盟的腳步，著作權人終身加七十年或許適合強調著作人格權的歐陸，但未必適合美國的國情⁸⁶。

再就經濟觀點而言，著作權經濟價值的高峰多是在出版後的早期或是著作權保護期間的頭幾年，其後將隨著時間流逝而漸漸地衰退，很難一直維持著高檔的商業價值。因此，即使將著作權保護期間再延長二十年，著作權人從中所能獲致的實質利益可能相當有限，而且也沒有實證數據可資證明著作權人確實從著作權展期中獲得重大利益。相對地，著作權保護期間的延長造成了公共領域的縮減，其附帶衍生的社會成本，恐怕還是大於帶給著作權人的利益，致使延長保護期間一舉的正當性似乎有所不足。更進一步說，能夠長期保有商業價值的作品，在所有作品中只佔了極低比例，也只有對於這些少數作品，著作權展期始具有提供創作動機的意義；一視同仁地延長所有作品的保護期間，包括那些早已褪去商業價值的作品，恐怕是失去了當初提供更多創作誘因的意義。

Lawrence Lessig把作品的生命週期分成「商業」與「非商業」兩個階段。在商業生命的階段，著作權人可以藉由作品的授權或販售等來取得經濟上的報酬，不過，大部分作品的商業生命幾乎都只有短短幾年，很快地就會失去在市場上的競爭力，消費者購買的慾望也會隨著降低，也就是說，當經過損益評估之後，業者如果不願意再繼續在市場上提供某部作品，該作品的商業生命就算是結束了。

⁸⁶ *Id.* at 7-8.

在商業生命結束以後，緊接著將進入非商業的生命階段，處於本階段的作品，通常對於資訊、知識的流通有著舉足輕重的影響，消費者可能不願意再付費購買這類的作品，但是，如果這類作品能為公眾自由免費取用，免於著作權法的管制，就知識的傳遞、分享及累積而言，可說是有著莫大的貢獻。如果著作權保護期間的長短能夠盡量配合作品的商業生命，從人類知識累積的角度來看，應該是再好不過，尤其是近來在數位科技的輔助下，社會大眾更有機會去接觸使用那些已經喪失商業生命的作品。然而，由於CTEA的出現，使得我們距離上述理想目標又更遠了一大步。著作權保護期間的延長，對於那些已經過完商業生命的作品著作權人收益的提昇其實非常有限，但更重要的是，其減緩了公眾自由取用作品的時點，而可能造成更多公共利益的折損⁸⁷。

復有論者認為，由於數位及網路科技的發展，人們接觸文化的管道愈來愈多元，於市面上傳播的著作物種類與數量更是呈等比級數成長，每天不斷地有新作品出爐，並湧入市場供消費者選擇。市場上的既有作品可能會因為大量新作品的持續湧入而被稀釋、取代，甚至變得微不足道，消費者的注意力或購買經費於焉被轉移、分散，單一作品在市面上的商業生命週期漸形短暫，由此觀之，一個過長的著作權保護期間恐怕是會更顯得漫長且欠缺實益⁸⁸。

關於延長二十年的保護期間可以提供更多創作誘因的說法，本文認為，其在著作權保護期間愈來愈長的現狀之下，似乎有慢慢消褪說服力的趨勢。當保護期間尚屬短暫之際，例如一七九〇年著作權法賦予的最多二十八年，若將保護期間再往上提昇二十年，對於潛在創作者們的創作動機來說，的確非常有可能產生明顯的增長。然而，近來的著作權保護期間已經成長為二十八年的數倍之多，若再繼續作延展，可能會產生經濟學上的邊際效應，亦即創作動機的提昇比例，恐怕會遠遠不及延長的保護期間的幅度，也就是說，CTEA所提供的更長時間的保

⁸⁷ See Lessig, *supra* note 19, at 225-27.

⁸⁸ 杜惠錦，著作權存續期間之變遷與著作權公共領域之研究，國立交通大學科技法律研究所碩士論文，頁 63，2005 年。

護，不但無法得到應有的創作動機的提昇，反而還造成公共領域的縮減。亦有論者採用經濟分析的方法，獲致二十年的多餘保護只能提供一個無關緊要的回饋而幾乎無助於提升創作誘因的結論⁸⁹。在大部分一般創作者的觀感中，對於CTEA感受的程度可能不深，畢竟不管是終身加五十年抑或七十年，保護期間的屆滿仍然是創作者身後之事，感受較為深刻者，毋寧是創作者的繼承人，甚至是自創作者繼受著作財產權的內容產業或財團。比較令人遺憾的是，這些著作財產權繼受者通常於創作動機無涉，對於作品的產出也多半沒有直接的貢獻，因此，即使強化這群權利繼受者的保護，恐怕也無法百分之百確實達到鼓勵潛在創作者的效果。

至於溯及保護的部分，更是存有進一步討論的空間。創作人的創作動機，在作品完成時就已經算是實現了，提供再多的獎勵或誘因，都無助於提昇既存作品的質與量，說不定還會致使言論自由付出代價⁹⁰。換句話說，無論將既有的保護範圍擴張至多大，都只能促進未來作品的產出。創作者在從事創作活動的當下，眼前所見的通常只有目前所能享有的著作權法保護，很少有人會去考慮將來的保護會擴張到什麼樣的地步，這樣的預想也是種不切實際的想法。因此，CTEA中溯及保護的部分，與提供創作誘因似乎沒有直接關係，反而比較像是在保護既得利益者。

3.5.2.2 Eldred v. Ashcroft⁹¹

肇因於與公共領域之間的衝突以及其他憲法上的疑慮，CTEA 在公眾之間引起了廣泛的討論，也受到諸多關切與質疑，有關 CTEA 的論辯中最著名的，當屬 *Eldred v. Ashcroft* 一案。

⁸⁹ 杜惠錦，同前註，頁 61-65。

⁹⁰ See Melville Nimmer, *Does Copyright Abridge the First Amendment Guaranties of Free Speech and the Press?*, 17 UCLA L. REV. 1180, 1194-95 (1970).

⁹¹ 537 U.S. 186 (2003).

Eric Eldred本是一位電腦程式設計師，在退休後的閒暇之餘，培養了另一個嗜好，即將那些屬於公共領域的作品掃描成電子文本，建立成一個檔案庫，並刊載於網路上供公眾免費取用。好景不常，國會於一九九八年通過了CTEA，致使二十年內沒有任何作品可以進入公共領域，連帶地使的Eldred直至二〇一九年為止，都無法新增任何一九二三年以後產出的作品⁹²。

Eldred一開始打算以市民不服從的方式來抵制CTEA，並按照原計劃繼續刊載原本應該屬於公共領域的著作內容。然而，由於國會於同年又通過了「禁止電子竊盜法（No Electronic Theft Act）」，導致繼續在網路上出版的行為很可能為Eldred招來重罪，Eldred不免為此產生了顧慮。於是，在著名的網路法與憲法學者Lawrence Lessig等人的協助之下，Eldred向哥倫比亞特區聯邦地方法院提出控告，質疑CTEA的合憲性，改以憲法訴訟的途徑來爭取權利⁹³。

(A) 爭點與原告主張

美國聯邦憲法第一條第八項第八款規定：「為了促進科學與實用技藝的進步，國會有權授予對於作品與發明的有限期間的排他權利給其作者與發明人⁹⁴」。本條款即為美國國會制定專利法以及著作權法的權力依據與來源，故常常被稱為「專利與著作權條款（patent and copyright clause）」。專利與著作權條款雖然言明國會授予的保護期間必須是有限的（limited times），但卻未指定期間的長短，留給國會不小的政策裁量空間，國會可以依職權適度地就保護期間作調整。眾所皆知地，美國聯邦著作權法自一七九〇年通過以來，已經多次被國會延長著作權保護期間，如果之前幾次的延長都未抵觸憲法的規範，那麼，CTEA也應該合憲，畢竟二十年的延展並未超脫出有限期間的範疇。因此，專就CTEA中延長

⁹² Lessig, *supra* note 19, at 213-14.

⁹³ *Id.* at 215.

⁹⁴ U.S. Const. Art. I, § 8, cl. 8. 原文為” [The Congress shall have power] to promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries.”

未來著作物的保護期間的部分而言，如果法院不願意將其與國會長久以來延長保護期間的慣行作出區隔，可能比較難以從中找出可以挑戰的空間⁹⁵。

雖然制憲者沒有明白指定或限制著作權保護期間的長短，但這並不代表國會可以肆無忌憚、一次又一次地延長保護期間。在專利與著作權條款中，我們可以清楚看到，制憲者清楚地要求國會賦予作者著作權法保護的動機或理由必須是「爲了促進科學與實用技藝的進步」，並以此作爲制衡國會權力的手段，同時也是一種國會立法行爲的內在限制。換句話說，國會所通過的每一部延長著作權保護期間的法律，其立法目的似乎都必須以「促進科學與實用技藝的進步」作爲基礎，否則即有違背制憲原意的疑慮。因此，如果從這個角度來切入觀察，或許可以發現CTEA並非無懈可擊；如前所述，CTEA允許其二十年的延展保護可以回溯適用到立法之前就已經存在的舊作品，這種溯及保護的作法，幾乎無法提供任何創作誘因，當然也就無從達成「促進科學與實用技藝的進步」的目的，而非常可能與憲法產生衝突。據此，CTEA中的回溯適用部分成爲了本案的重要爭點之一，同時也是原告Eldred的訴訟主張⁹⁶。

更具體言之，Eldred 並未主張整部 CTEA 違憲，反而只把打擊範圍鎖定在回溯適用的部分。至於向後發生效力的部分，Eldred 則未作太多爭執，畢竟這依然屬於國會的立法裁量範圍，被法院認爲逾越憲法所賦予的權限的機會恐怕不高。

此外，就訴訟上當事人適格的問題而言，人民並不能透過單純主張國會逾越憲法上權限就取得訴訟上原告的地位，其本身的基本權利必須有遭受國會濫權侵害之虞，始有取得當事人適格的機會。因此，在主張國會逾越憲法上權限之餘，Eldred復主張其言論與創作自由遭到CTEA的侵害，並以此訴求取得訴訟原告的地位。Eldred的理由是，本來有大量的作品即將進入公共領域，但由於CTEA的

⁹⁵ 王明禮，著作權保護的憲法界限－試評Eldred v. Ashcroft，美國最高法院重要判決：2000~2003，中央研究院歐美研究所，頁2，2006年。

⁹⁶ 同前註。

通過，把這些作品又給封鎖起來，致使他無法再繼續自由從事網路出版的活動，言論與創作自由的空間因而受到打壓。而且，持平而論，言論自由與著作權之間長期以來一直都存在著微妙的關係，在多數涉及著作權法的案件中，言論自由的議題常常被提出來討論，所以言論自由的可能縮減在本案成爲另一個重要爭點，或許並不令人訝異⁹⁷。

言論自由的訴求在本案是否被接受並加以考慮，的確是個不可忽視的重點，因爲這將攸關法院是否會採用較高的審查標準來檢視CTEA。雖然CTEA係一種與內容無關的（content-neutral）管制，通過目的也不是爲了限制言論，但是，如果法院認同這是個有關言論自由的案件，或許可以採用中度的審查標準

（intermediate scrutiny）來進行檢驗，審查CTEA所追求的是否是實質、重要且與抑制言論無關的政府利益，以及CTEA所採取的手段是否與達成該目的具有實質的關聯性⁹⁸。在中度審查標準的把關之下，CTEA輕鬆過關的機會可能就會比較低一些。



(B) 法院意見

原告 Eldred 在一、二審均告敗訴。哥倫比亞特區巡迴上訴法院維持了一審判決，其結論爲：第一，國會毋庸受到專利與著作權條款的「訓示規定」的拘束；第二，專利與著作權條款中沒有憲法第一修正案適用的餘地。

具體而言，上訴法院否定了國會必須受到「促進科學與實用技藝的進步」這段訓示規定的拘束的說法，亦即認爲該段文字不能構成任何國會立法行爲的內在限制，並援引該法院之前所作的 *Schnapper v. Foley*⁹⁹ 案判決，以重申其對於訓示規定拘束力之有無所採取的否定立場。

⁹⁷ 同前註，頁 3。

⁹⁸ 有關言論自由與審查標準的詳細介紹，可參見：林子儀，言論自由的限制與雙軌理論，言論自由與新聞自由，2002 年。

⁹⁹ 667 F.2d 102 (D.C. Cir. 1981).

上訴法院的判決意見中，還有一個頗值玩味的地方，用以處理原告的言論自由訴求。歷史上其實很少有法院願意直接承認著作權法與憲法第一修正案之間有些許衝突的存在，大部分的法院多會以一種較為迂迴的方式指出，著作權法因為有合理使用原則以及概念表達二分法等內建機制，故能舒緩其對於言論自由的危害。上訴法院卻一反上述的傳統作法，在援引了概念表達二分法以及*Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*¹⁰⁰案的判決意見之後，直接獲致「著作權法不受憲法第一修正案的挑戰」的結論。這樣的論理曾經遭受學者的批評，認為上訴法院錯誤解讀了*Harper & Row*一案的真正意涵；最高法院在該案的見解應該是，著作權法本身就內建有第一修正案的保護，通常已足以提供後續創作者一些自由的創作空間，而非上訴法院所解讀的著作權法完全不受第一修正案的挑戰¹⁰¹。此外，上訴法院的上述結論有可能會立下一個不良的判決先例，讓立法機關更有理由制定一些具有傷害言論自由與公共領域的潛力的法律¹⁰²。

聯邦最高法院隨後也聽審了這件案子。協助Eldred進行訴訟的學者Lawrence Lessig，在其所著的*Free Culture*一書中，用了兩個章節來詳細介紹他準備最高法院辯論的策略與心路歷程。一同參與訴訟準備過程的其他律師曾向Lessig提出建議，必須讓最高法院清楚地看到CTEA對於言論自由與自由文化所釀成的重大實害，否則將很難有獲得勝訴的機會。惟Lessig並未採納該建議，認為最高法院的大法官們應該是憲法的忠實詮釋者，如實地呈現制憲者的意思，不應過度受到現實中實害大小的左右；而且，既然最高法院從大量等候聽審的案件中挑出了本案，想必已經對CTEA的實害有一定程度的了解，因此，原告方所應該作的是提出法律上的邏輯推理，證明CTEA確實有違憲之虞，而不是一味訴諸政治上的情感¹⁰³。

¹⁰⁰ 471 US 539 (1985).

¹⁰¹ Packard, *supra* note 85, at 9-11.

¹⁰² *Id.* at 2.

¹⁰³ Lessig, *supra* note 19, at 230.

在分析每位大法官的可能投票傾向之後，Lessig將目標鎖定在五位保守派法官身上，因為保守派通常會主張限縮國會的權力，其立場相當接近Lessig將在訴訟裡提出的論點，故Lessig自認為比較有可能獲得保守派陣營的支持。至於如何具體地博取保守派的認同，Lessig的策略是試圖建立本案與*U.S. v. Lopez*¹⁰⁴案、*U.S. v. Morrison*¹⁰⁵案的關聯性。他的構想是，在*Lopez*案與*Morrison*案中，最高法院主張國會的權力必須限縮在憲法所列舉的事項，以防國會權力過度擴張，這同時也是該五位保守派大法官所支持的立場，如果能夠說服保守派陣營必須受到該二個判決先例的拘束，便能相當程度地掌握他們手中的票數¹⁰⁶。

最高法院最後以七票對二票之差，維持了下級法院的判決，原告 *Eldred* 最終還是以敗訴收場，最高法院認為國會並未逾越憲法的授權。由 *Ginsburg* 大法官所主筆的多數意見主要分成了兩大部分，來回應原告的兩大訴求。

關於CTEA中的回溯適用部分是否違反了專利與著作權條款的內在限制，法院首先以不小篇幅描述美國國會之前幾次延長著作權保護期間的情況。當國會於一八三一年首度將著作權保護期間由最多的二十八年延長為最多的四十二年時，其法律效果可以回溯適用到立法之前就已經存在的作品。一九〇九年，國會又將保護期間上限多延長十四年，同樣地，不管是既存作品還是未來的新作品，只要著作權尚未消滅，都能一體享受到十四年的保護期間延長。於一九七六年大作翻修的著作權法也不例外，雖然著作權保護期間的計算模式被國會變更並延長為作者終身加五十年，不具名、別名與僱傭著作的保護期間則是延長為自出版之日起七十五年或自著作完成之日起一百年，但是，除了立法之後新產生的作品以

¹⁰⁴ 115 S.Ct. 1624 (1995). 在本案中，最高法院判決國會所制定的「校園槍枝安全管制法」逾越了憲法第二修正案（亦即俗稱的「州際通商條款」）賦予的權限；「校園槍枝安全管制法」禁止在學校附近一定範圍內持有槍械，惟形成多數意見的五位保守派大法官認為，這是屬於具體的地方事務，與州際通商無涉，國會權力不應該擴張至此，故宣告該法違憲。關於本案的進一步介紹，可參見：張文貞，邁向整合的崎嶇路－美國最高法院對聯邦權限的緊縮，歐美研究，三十四卷二期，中央研究院歐美研究所，頁 290，2004 年。

¹⁰⁵ 123 S.Ct. 1740 (2000).

¹⁰⁶ 參見：王敏銓，*Free Culture*，科技法學評論，2 卷 2 期，頁 217，2005 年。

外，在這次修法中延長的保護期間也能適用到立法以前就已經出版的既存作品，只要其原來的著作權期間尚未屆滿¹⁰⁷。

在敘述著作權保護期間的變遷歷史之後，最高法院指出，系爭的CTEA 與之前幾次的修法並無太大的差別，國會只不過是在重複其行之有年的慣例，追隨歷史的軌跡，未見有任何踰矩之處，即便是採行了溯及保護的立法方式，這樣的作法也不是第一次在著作權法修法歷史中出現。更進一步說，法院相當認同並重視國會在著作權保護期間方面的立法行為一致性，並表示應該給予最大的尊重，而且國會在CTEA中試圖讓每部作品都能平等地享受同樣的著作權保護，這樣的努力是值得肯定的¹⁰⁸。

最高法院對於國會立法行為的高度尊重係其來有自，例如在*Deepsouth Packing Co. v. Laitram Corp.*一案中，最高法院就曾指出，為了促進科學與實用技藝的進步，國會有著相當自由的裁量空間¹⁰⁹。在本案中，最高法院則是援引了*Stewart v. Abend*¹¹⁰案以及*Sony Corporation of America v. Universal City Studios, Inc.*¹¹¹案等判決先例，表示在著作權保護程度大小的拿捏上，法院必須順從國會依其職權所作出的決定。於是，藉著指出對於國會立法行為的應有尊重或順從，法院否定掉了原告所提出的「國會立法行為必須受到專利與著作權條款中內在限制的拘束」的論點，認為上述的判決先例已經明白指出並確立了最高法院在這方面的基本見解，原告論點難有適用的餘地。

至於原告訴求的另一大重點，亦即言論自由的侵害，法院則是重申 *Harper & Row* 案所持的立場，認為著作權法提供了經濟誘因予潛在創作者，讓人們有動機從事創作活動，而促進了更多作品與言論的產生，因此，著作權其實應該是言論

¹⁰⁷ 537 U.S. 186, 194-95 (2003).

¹⁰⁸ 王明禮，前揭註 95，6 頁。

¹⁰⁹ 406 U.S. 518, 530 (1972).

¹¹⁰ 495 U.S. 207 (1990).

¹¹¹ 464 U.S. 417 (1984).

自由的推動引擎，何來對於言論自由的侵害？又著作權法本身已經內建有言論自由的保護機制，最典型的就概念表達二分法與合理使用原則，言論自由從中已足以獲得充分保護，故身處著作權法體系中的 CTEA 在本案毋須被過度嚴格審查。

此外，法院認為，觀諸聯邦憲法制定的歷史過程，憲法本文第一條與第一修正案的通過時點其實相當接近，可見制憲者們已經考慮到了著作權與言論自由之間的微妙關係，想必也肯認著作權不至於會對言論自由產生任何威脅。又為了緩和對於言論自由的限制，CTEA中特別為圖書館等機構設立特別的例外規定，足見立法者的確有對於著作權管制與言論自由之間的平衡加以考量。因此，法院判決CTEA並未違反憲法第一修正案¹¹²。

3.5.2.3 Eldred v. Ashcroft 案後記

最高法院在*Eldred v. Ashcroft*一案的判決結果，的確令部分人士大失所望，尤其是那些公共領域或自由文化的擁護者，無不認為這是推動人類知識資訊自由流通的一大挫敗，並嚴重縮減了公眾所能自由取用的材料的範疇。相對地，CTEA合憲性的確認，對於大型內容產業業者而言可說是一大勝利，其意味著他們能夠繼續在作品上主張排他權利，以牟取商業上利益，雖然其代價是公共領域的縮減，然而，站在受益者的立場來看，基於理性自利的心態，他們或許會認為，犧牲一點公共利益來換取私人利益的提昇又有何不可？持續爭取著作權保護的擴張很可能會被內容產業們視為是理所當然的事。因此，當二十年後CTEA對於既存作品所延長的保護即將屆滿時，內容產業是否又會向立法機關遊說修法，要求再一次地延長保護期間，甚至是無限次地重覆著這樣的迴圈，以致著作權保護期間有如Lawrence Lessig在某次演講中所戲稱的「只比永遠少了一天」¹¹³（forever

¹¹² 537 U.S. 186, 220 (2003).

¹¹³ 其較完整的演講內容可參見：<http://www.oreillynet.com/pub/a/policy/2002/08/15/lessig.html>，最後瀏覽日期 2006/04/29。

minus a day)」，也就不得而知了。

在最高法院代表原告方擔綱言詞辯論的Lessig，對於本案該贏未贏感到相當地惋惜，並為此自責不已。Lessig認為，之所以敗訴的主要原因，應該是他自己在訴訟策略上的嚴重失策，只在單純的法律邏輯推理上打轉，卻未能清楚地讓法院看到實害所在，並且強調實害的明顯可見與影響程度之深，在辯論庭上也沒有訴諸情感以加強辯詞的說服力¹¹⁴。例如當Kennedy大法官問及，有無實證證據可資證明，一九七六年以後的著作權保護期間延展¹¹⁵確實對於科學與實用技藝的進步造成了阻礙？Lessig的回答卻是，因為專利與著作權條款本身具有結構性的限制，已足以導出延長既存作品保護期間的立法係屬違憲的結論，故沒有必要另行提出實證證據證明來實害所在¹¹⁶。

本文認為，單就法律邏輯上的論理而言，Lessig的說法或許沒錯，但很遺憾地，這樣的說法卻不足以打動最高法院的大法官們，少了實證資料的輔助，顯然無法說服最高法院作出CTEA違憲的結論。然而，本文也要嘗試在此作出提醒，這類實證資料的提出確實有其困難，其調查過程往往曠日費時，對於訴訟雙方當事人皆是個沉重的負擔；再如何精細的實證研究，也難以百分之百兼顧到每個可能必須加以考慮的因素，更何況，當事人一方費盡心思所作出來的實證資料，並不能完全保證不會遭受對方法律論點的反駁而喪失說服力，到底要有多少或是什麼樣的實證證據才足以導出一個規範性的結論，恐怕也是無人知曉。因此，若將一句大家耳熟能詳的法諺稍事修改，或許我們也可以這樣說：「實證研究責任之所在，即敗訴之所在」。尤有甚者，如果在法庭上進行言詞辯論的席間，法官突然質問一方當事人實證證據何在，是否也算是造成一種突襲性裁判呢？

除了坦承自己的失策以外，對於最高法院在本案中的判決理由，Lessig仍多

¹¹⁴ Lessig, *supra* note 19, at 244.

¹¹⁵ 這裡特別指涉的應該是將延長的保護期間回溯適用到既存作品的部分。

¹¹⁶ *Id.* at 239.

有微詞。最令Lessig納悶與不解的，莫過於最高法院對於*U.S. v. Lopez*案的處理方式，殊不知該案乃原告論點的重要依據與核心。觀諸整份多數意見書，我們可以發現，最高法院隻字未提*U.S. v. Lopez*一案，幾乎是完全避而不談¹¹⁷。少了該案的論理與拘束，使得五位保守派大法官得以毫無顧慮地投下了肯認CTEA合憲的票，該五張票原本是Lessig最有信心能夠說服並獲取，不料最終卻是一票未得。

雖然於*Eldred v. Ashcroft*案遭受挫敗，Lessig推廣自由文化的努力並未因此而停歇，仍繼續在許多實踐中堅持其信念與理想。其中之一便是透過撰寫*Free Culture*一書來對該案提出檢討與省思，並重申其對於人類文化知識傳播的立場。從作為法庭上辯詞的延伸這個角度來看，或許該書可以類比於女性主義學者Catharine MacKinnon於一九九三年所發表的*Only Words*¹¹⁸一書，兩者的共同特徵都是作者於法庭上經歷挫敗之後，轉而在學術著作裡重申其立場並且向社會大眾作訴求¹¹⁹。除了持續在學術論著中提出呼籲以外，Lessig更以實際行動來推動自由文化的發展，包括Creative Commons的成立等，但此乃後話，本文在第四章將會有進一步的介紹。

3.5.3 數位千禧年著作權法¹²⁰ (Digital Millennium Copyright Act of 1998)

3.5.3.1 立法保護科技保護措施的考量

為了保障受有著作權保護的著作物免於被盜版的風險，徒有科技保護措施仍不足以自行，並非只要在著作物上裝設科技保護措施，著作權人就可以從此高枕無憂，因為科技保護措施畢竟是由人腦所設計出來，再怎樣堅實、完備，都有被

¹¹⁷ Lessig, *supra* note 19, at 243.

¹¹⁸ CATHERINE MACKINNON, *ONLY WORDS* (1993).

¹¹⁹ 相較於Lessig所推廣的自由文化，MacKinnon提倡的則是女性主義的反色情運動。參見：王敏銓，前揭註 106，頁 216。

¹²⁰ Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860 (1998) (codified at 17 U.S.C. §1201 (2000)).

他人破解、規避的可能，現實中不可能存有百分之百完美的科技保護措施。更何況全球網路充斥著一堆對破解各式程式樂此不疲的駭客社群，他們以挑戰彼此的技術能力為樂，昨天剛出爐的科技保護措施，很可能今天就可以馬上在網路上搜尋到相應的破解程式，更是助長了科技保護措施被破解的風險。如果不能就規避或破解行為為有效的制止，著作權人裝設科技保護措施的努力恐怕將大打折扣，甚至是徒勞無功。

有感於科技保護措施本身的不足，著作權人遂尋求其他配套措施來作補強，其中可能的方式之一便是契約的訂定，要求締約相對人不得從事規避科技保護措施的行為，然而，契約的拘束力通常只能及於締約雙方當事人，對於契約以外的第三人恐怕無法產生相同的拘束力¹²¹，因此，基於這方面的侷限，如果將契約作為科技保護措施的唯一補強手段，其效果恐怕未能如預期。另一個可能的配套措施就是法律的規範，這也是著作權人長久以來一直在訴諸的重點，透過國家司法資源以及法律的強制力來補強科技保護措施的作用力，毋寧是個比較省力、直接的方式，於是，他們向立法機關要求、遊說立法禁止對於科技保護措施的規避或破解行為，以維持科技保護措施的有效運作，期望透過技術與法律手段的交織使用，建構一個完善的著作物保護網。

3.5.3.2 國際法上的規範

為了因應數位及網路科技的發展，凝聚國際間保護數位內容作品的共識，在歐、美等已開發國家的強力主導下，聯合國所屬的世界智慧財產權組織（World Intellectual Property Organization，簡稱WIPO）在一九九六年於日內瓦通過「世界智慧財產權組織著作權條約¹²²」(WIPO Copyright Treaty，簡稱WCT)，以及「世

¹²¹ 參見：章忠信，前揭註 59，頁 3。

¹²² WIPO Copyright Treaty, adopted by the Diplomatic Conference on Dec. 20, 1996, WIPO Doc. CRNR/DC/94 (Dec. 23, 1996). 其詳細內容請參見WIPO官方網站：http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wct/trtdocs_wo033.html，最近瀏覽日 2006/05/07。

界智慧財產權組織表演和錄音物條約¹²³」(WIPO Performances and Phonograms Treaty, 簡稱WPPT)。其中,爲了特別因應在數位環境下著作權人所設的科技保護措施頻頻被規避破解的情形,提出了可能的對治方案,分別是WCT的第十一條規定:「締約方應規定適當的法律保護和有效的法律補救辦法,制止規避由作者爲行使本條約所規定的權利而使用的、對就其作品進行未經該有關作者許可或未由法律准許的行爲加以約束的有效的科技措施¹²⁴」,以及WPPT的第十八條規定:「締約方應規定適當的法律保護和有效的法律補救方法,制止規避由表演者或錄音物製作者爲行使本條約所規定的權利而使用的、對就其表演或錄音物進行未經該有關表演者或錄音物製作者許可、或未由法律准許的行爲加以約束的有效科技措施¹²⁵」。

上述兩項條約係國際上對科技保護措施予以法律保護的主要規範及依據。兩者之間的差別是,WCT係就「一般著作」的科技保護措施爲保護,禁止直接的規避行爲,WPPT則是特別針對「表演及錄音著作」。在該二條約的草案當中,本來還預計將「直接規避行爲」之前的「準備行爲」一併予以禁止,不過未能獲得歐、美以外的國家所廣泛認同,於是,在多方的妥協折衝之下,最後見諸明文的只有禁止從事「直接規避行爲」。

必須予以注意的是,上述兩項條約本身並非直接運作的規範,而只是一種立法義務的來源,其點出了原則性的精神,要求締約國必須給予科技保護措施充分的法律保護以及救濟,至於各締約國如何進一步作細節性的立法規範,則留有相當大的彈性,各國可依據其國情的不同作個別的考量。

3.5.3.3 數位千禧年著作權法內容簡介

¹²³ WIPO Performances and Phonograms Treaty, adopted by the Diplomatic Conference on Dec. 20, 1996, WIPO Doc. CRNR/DC/95 (Dec. 23, 1996). 其詳細內容請參見 WIPO 官方網站: http://www.wipo.org/treaties/en/ip/wppt/trtdocs_wo034.html, 最近瀏覽日 2006/05/07。

¹²⁴ WIPO Copyright Treaty, art. 11.

¹²⁵ WIPO Performances and Phonograms Treaty, art. 18.

在美國，訂定法律保護科技保護措施的精神，最早係系統地反映在一九九五年五月柯林頓政府發表的「智慧財產權與國家資訊基礎設施白皮書」¹²⁶（Intellectual Property and the National Information Infrastructure: The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights，通稱白皮書）當中，其內容大致上強調的不外乎重申加強對於著作權人的保護，將合理使用與其他的使用者特權，歸類為加諸於著作權人的一種「稅」，並特別強烈建議應以立法的方式支持科技保護措施¹²⁷；惟白皮書並非具有實質拘束力的法律，充其量只是一種政策上的宣示，但即便如此，其已明顯透露出了當時柯林頓政府的政策趨向。白皮書以及其前身的綠皮書在當時引發了不少質疑與批評¹²⁸，但是，柯林頓政府仍然極力推動將白皮書裡的一些重要方案具體制定為聯邦法律，惟一時未為國會所採。

具體言之，為了釐清並表達政府對於國家資訊基礎建設的觀點，柯林頓政府特別成立了資訊基礎建設任務小組（Information Infrastructure Task Force，簡稱IITF），在IITF的架構下，最重要的即屬智慧財產權工作小組（Working Group on Intellectual Property Rights），其係由當時有名的內容產業說客Bruce Lehman所領導。上述的綠皮書以及白皮書，即是由智慧財產權工作小組所提出。雖然當時柯林政府與Lehman一開始在國會裡推動將白皮書內容制定為聯邦法律的行動暫時受挫，惟並未因此而退縮、放棄。Lehman於是改弦易轍，採取一種比較迂迴的策略，亦即利用他身為世界智慧財產權組織（WIPO）的美國代表的職務機會，試圖推動通過一部落實白皮書關鍵內容的國際條約。他心裡盤算著，若能順利推能成功，俟後就能以該部國際條約向美國國會施壓，要求國會立法以履行條約義

¹²⁶ Information Infrastructure Task Force, *Intellectual Property and the National Information Infrastructure: The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights* (1995).

¹²⁷ See James Boyle, *A Politics of Intellectual Property: Environmentalism for the Net?*, 47 DUKE L.J. 87, 102-07 (1997).

¹²⁸ 仔細深究之下，或許可以發現，白皮書幾乎是一面倒地採用內容產業的說法或意見，其立場很明顯地偏向內容產業，雖然有來自法律學者以及科技產業的批評，惟在當時並未引起廣泛的共鳴，一般民眾幾乎對此不聞不問，發自社會大眾的反對聲音仍嫌不足。有感於對話地位的嚴重不對等，學者James Boyle遂以環境保護運動為類比，倡議公共領域的保護運動，試圖藉此引起社會大眾的共鳴。關於這部分，本文在下一章會有較詳細的討論。

務¹²⁹。

如上所述，由於反對聲浪的存在，加上其他國家代表的抗拒，致使最終的條約內容只禁止「直接規避行為」，未能完全符合Bruce Lehman當初的設想，惟即便如此，Lehman還是達到了其間接推動美國國內立法的目的¹³⁰。其後於一九九八年，爲了履行WCT與WPPT的條約義務，美國國會通過數位千禧年著作權法（Digital Millennium Copyright Act, 簡稱DMCA），並在著作權法中增設第 1201 條，正式立法保護科技保護措施。值得予以注意的是，DMCA的管制範圍比WCT與WPPT還要廣泛，不僅是「直接規避行為」本身，連前行的「準備行為」都在管制之列。

第 1201 條中，主要在規範規避或破解行為的條文架構大致上又可以拆解如下。§1201(a)(1)(A)：禁止任何人規避可以「有效地控制接觸（access）受著作權法保護之著作」的科技保護措施；很明顯地，本條款所規範的是規避行為本身，因此常被稱爲「反規避條款」¹³¹。§1201(a)(2)：禁止任何人製造、輸入、向公眾要約、提供或以其他方式交易具有下列情況之一的任何技術、產品、服務、裝置、零件或前述這些東西中的一部份：(1)主要係被設計或製造爲規避「有效地控制接觸（access）受著作權法保護之著作」的技術措施，(2)除了用來規避「有效地控制接觸（access）受著作權法保護之著作」的技術措施以外，僅具有極爲有限的商業目的或用途，(3)明知被用來規避「有效地控制接觸（access）受著作權法保護之著作」的技術措施，卻仍故意行銷者；本條款規範的是可以用來規避科技保護措施的設施的交易、流通，不及於規避行為本身，所以可稱爲「反交易條款」¹³²。§1201(b)(1)：其內容大致上與§1201(a)(2)類似，都在禁止設施的交易、流通，不過本條款針對的是可以用來「規避科技保護措施所提供的保護」的設施，而非

¹²⁹ Fisher, *supra* note 22, at 91.

¹³⁰ *Id.* at 91-92.

¹³¹ 17 U.S.C. §1201(a)(1)(A).

¹³² 17 U.S.C. §1201(a)(2).

可以用來「規避科技保護措施本身」的設施¹³³；當本文在討論「反交易條款」的時候，§1201(a)(2)與§1201(b)(1)都一併包括在內，在此先予敘明。

本文之前介紹過，科技保護措施可粗略地分為「控制接觸」與「控制使用」兩種類型。仔細探究上述三個條款的內容，我們可以發現，§1201(a)(1)(A)與§1201(a)(2)所要保護的都是「控制接觸」的科技保護措施，關心的是是否能將未獲有授權者阻擋在作品之外，所以強調的也都是「規避科技保護措施本身」，因為當使用者突破接觸的封鎖而進入瀏覽作品的同時，科技保護本身就算是被規避了；相對而言，§1201(b)(1)保護的則是「控制使用」的科技保護措施，強調的重點轉為「規避科技保護措施所提供的保護」，因為當使用者在進入瀏覽作品之後，即使將某些被封鎖的使用功能加以回復並操作，例如重製作品的功能，科技保護措施本身仍舊存在，只是其提供的部分保護被抹除掉了，因此，在科技保護措施仍舊存在的前提下，本條款希望措施所提供的保護連半分都不要減損。

科技保護措施作為著作物的保護手段之一，本身已存有諸多爭議，本文之前已有述及。因此，DMCA 可說是相當程度地承繼了科技保護措施本身帶來的爭議性，不管是「反規避條款」還是「反交易條款」，都引起了不少的話題，近來一直是各界關注及討論的重點。

先就反規避條款而言，雖然其管制的是規避行為本身，但是，其並不關心行為人是否有成功接觸到作品，不管是否真的有侵害到著作權，也不論行為人是否具有侵害著作權的意圖，只要一有規避的動作，就必須一概加以禁止。換句話說，即使行為人並沒有成功規避掉科技保護措施，或者只是無意間作出了規避的動作¹³⁴，甚至是作品內容根本不具有著作權，都還是有可能受到法律的訴追。關於作品是否具有著作權皆在所不論一項，更是本文關心的重點，因為其與公共領域息

¹³³ 17 U.S.C. §1201(b)(1).

¹³⁴ 在數位或網路空間中，這種無意間的規避行為尤其容易發生，因為網路上充斥著許多來路不明的程式，非有專業知識，無從詳細辨認其功能。有可能會有使用者在不知情的情況下加以點選，進而破解掉了某些科技保護措施，然而，這樣的破解結果卻非使用者當初所能預見。

息相關；爲了接觸被科技保護措施加以封鎖的公共領域作品，而不得不採行的規避行爲，卻在反規避條款禁止之列，這對於公共領域內資訊的自由流通來說，不啻是種阻礙。舉例而言，眾所皆知地，三國演義這一部膾炙人口的小說的著作權存續期間早已屆滿，成爲任何人皆可自由取用的公共領域素材，然而，如果有私人利用科技保護措施加以封鎖起來，在反規避條款的管制下，社會大眾卻不能有任何規避的舉動，只能望而興嘆，無法接觸前人遺留給我們的偉大文學遺產，縱使可能會有大多數民眾認爲這類的規避行爲於道德上並無虧損，但仍必須服膺反規避條款的規範。

至於反交易條款，因爲其並不直接管制規避行爲本身，乍看之下，似乎對於一般使用者影響不大，惟實際上其影響力卻是比反規避條款還要深遠，何以這麼說？科技保護措施多是由艱澀難懂的程式碼組成，有能力自行規避或破解的專業人員畢竟有限，一般民眾如果沒有取得專業研發者所提供的規避設施，幾乎是無法自力從事規避行爲的，因此，若能防堵規避設施的流通管道，杜絕這類設施的廣泛流傳，就能相當程度地遏止社會大眾從事規避行爲，收溯源治本之效¹³⁵。說來也許很諷刺，政府官員與內容產業當時在國會的論辯重心多集中在反規避條款，惟現實中反而是反交易條款發揮著較深遠的影響力¹³⁶。

又值得加以補充的是，整部DMCA的內容其實相當地繁雜、冗長，其長度甚至比原來的著作權法還多出兩倍有餘¹³⁷，惟本文介紹的重點只集中在關於反規避立法的部分，亦即隸屬DMCA第一編（Title I）的「世界財產權組織條約履行法（WIPO Copyright and Performance and Phonograms Treaties Implementation Act of 1998）」，至於DMCA的其他內容，以及同屬第一編的「著作權管理資訊」規範部分，則暫時不屬於本文所要討論的範圍，在此先予敘明。

¹³⁵ See Benkler, *supra* note 42, at 416.

¹³⁶ Pamela Samuelson, *Intellectual Property and the Digital Economy: Why the Anti-Circumvention Regulations Need to Be Revised*, 13 BERKELEY TECH. L. J. 519, 554 (1999).

¹³⁷ Fisher, *supra* note 22, at 93.

3.5.3.4 緩和

在制定DMCA的討論過程中，由於管制力道之強大，引起了各界的質疑與撻伐，包括學界、圖書館、消費性電子產品產業等，皆對DMCA表示出高度的憂心。學者Pamela Samuelson就曾指出，各界在國會中對於反規避條款的論辯，就好比好萊塢與矽谷之間的戰爭¹³⁸。爲了緩和DMCA的爭議性，國會遂在DMCA中特別設計了一些有助於降低反規避條款與反交易條款的衝擊力道的措施：第一，指出一些得以豁免的情形，例如非營利圖書館或教育機構爲了決定是否購入特定的著作，且除了規避一途以外別無替代方法時，得從事規避科技保護措施的行爲¹³⁹。第二，設有行政審查程序來評估管制造成的影響，並據以決定是否要豁免某類規避行爲¹⁴⁰。第三，DMCA中有關反規避條款的部分，美國國會決定自DMCA通過後兩年後才開始生效施行¹⁴¹。

關於豁免的部分，學者Yochai Benkler認爲，上述的豁免條款其實相當地空洞，實質意義不大。在我們的日常生活當中，如果商品販賣者不讓消費者在決定是否購買商品前檢視其品質，通常很快地就會丟掉生意，不是長久的爲商待客之道，然而，在數位內容著作的脈絡中，卻只有圖書館或教育機構保有先行檢視商品品質的機會，而且還是法律特別給予的豁免，其落差之大可想而知。此外，在傳統的著作權法當中，本來就提供很多豁免條款給學校及圖書館，相較之下，DMCA所提供的豁免卻有如鳳毛麟角，這似乎意味著，著作權法所提供的其他豁免都不在DMCA的豁免之列，未免有所矛盾¹⁴²。

不過，不可否認地，DMCA中仍有一些具有實質意義的豁免條款，例如爲了執法、情報活動或確保電腦安全的政府規避行爲，軟體製造商爲了軟體之間能夠

¹³⁸ Samuelson, *supra* note 136, at 522.

¹³⁹ 17 U.S.C. §1201(d).

¹⁴⁰ 17 U.S.C. §1201(a).

¹⁴¹ 17 U.S.C. §1201(a)(1)(A).

¹⁴² See Benkler, *supra* note 42, at 417-18.

相容而就競爭者的產品進行還原工程，以及基於解碼研究目的而進行的規避行為...等等，都不在DMCA的訴追之列，對於DMCA爭議性的減緩，有著不少的幫助¹⁴³。不過，Pamela Samuelson仍舊認為DMCA中的豁免條款嚴重不足，建議必須增添「其他合法目的」的一般例外條款¹⁴⁴，亦即只要使用者的規避目的符合包括著作權法在內的其他法律，就應該獲得豁免，不限於DMCA中所明示的情形。又值得加以提醒的是，這些豁免條款的涵蓋範圍都只侷限於反規避條款，規避設施的交易、流通幾乎是沒有獲得豁免的機會。

即便有豁免條款的存在，但仍有一個最強大的反對聲音同時也是最根本的問題未獲解決：反規避條款一概禁止任何人未經許可就接觸使用裝設有科技保護措施的資訊，即使其接觸使用的目的在傳統著作權法中是被允許的。合理使用就是一個最鮮明的例子。因此，國會才預留了兩年的緩衝期間，暫緩施行反規避條款以觀察其對於社會大眾的衝擊程度。此外，另設有行政審查程序，以三年為一期，由美國國會圖書館負責審查反規避條款對於特定類型著作使用者的非侵權使用行為所造成的影響¹⁴⁵，如果反規避條款被證實可能在未來的三年內造成負面的影響，那麼國會圖書館長（Librarian of Congress）便可根據上述的審查結果，公佈這類著作的名單，免除反規避條款的適用¹⁴⁶。不過，本行政審查程序係特別針對反規避條款量身設計，不及於反交易條款，亦即國會圖書館毋庸去審查反交易條款對於使用者的影響，因而衍生出不少爭議，本文在後面會有較詳細的介紹。

3.5.3.5 DMCA 與公共領域

科技保護措施本身對於公共領域可能造成的衝擊，本文之前已有述及，主要在禁止人們挑戰科技保護措施的 DMCA 可說是扮演著協同的角色，一同威脅著

¹⁴³ *Id.* at 418.

¹⁴⁴ Samuelson, *supra* note 136, at 538.

¹⁴⁵ 17 U.S.C. §1201(a)(1)(C).

¹⁴⁶ 17 U.S.C. §1201(a)(1)(D).

公共領域。

或許有人會認為，反規避條款只是禁止使用者從事規避行為，而未禁止接觸使用著作物，即使公共領域的素材受到科技保護措施的封鎖，受管制的是破壞私人保護設施的規避行為，公共領域的素材仍得自由取用，因此反規避條款對於公共領域的衝擊並未如部分論者所說的那樣悲觀。本文認為，此說法似乎失之偏頗，如果連親近公共領域的可能唯一手段都被禁止了，使用者又何從去接觸使用公共領域的素材呢？Yochai Benkler曾做如下的比喻來回應這樣的論點：土地所有權人為了保護其財產，而擅自越界將圍籬建到公共人行道去，為了能自由地在人行道上行走，行人自己攜帶了凳子，準備跨越圍籬；試想，如果國會立法禁止行人使用凳子，依一般人的直覺判斷，仍會覺得受到管制的只有凳子，而不及於人行道上步行的自由嗎¹⁴⁷？很明顯地，在這個比喻當中，圍籬就好比是科技保護措施，公共人行道即為公共領域，當圍籬的管制範圍侵害到行人馳騁於公共領域的自由時，使用凳子跨越圍籬的規避行為卻受到法律的禁止，如果還堅持公共領域本身以及人們接觸公共領域的自由未受到任何傷害，未免弔詭至極。

除了公共領域之外，DMCA亦有可能對言論自由造成戕害。乍看之下，科技保護措施與言論自由似乎扯不上關係，其實不然，舉一個真實案例即可略知兩者之間的可能衝突。Secure Digital Music Initiative（簡稱SDMI）係一家開發數位內容的科技保護措施的公司，一次在正式完成某加密系統的前夕，SDMI舉辦了一場競賽，將程式碼提供給參賽者檢視，敦促參賽者們試著加以破解，並將發現的可能漏洞回報給SDMI公司，希望能藉此補強該加密系統的缺失。美國普林斯頓大學教授Edward Felten是一個在資訊科技方面學有專精的學者，其與所屬的工作團隊也參加了這場競賽，很快地便發現了上述加密系統中的弱點，並將發現成果撰寫成一篇學術論文，預計在一場學術研討會中加以發表。Felten認為，該加密系統中的漏洞是一個相當常見的典型錯誤，富有學術研究價值，故值得提出來予

¹⁴⁷ Benkler, *supra* note 42, at 420-21.

其他研究者參考、討論。不料在正式發表的前一刻，美國唱片產業協會（Recording Industry Association of America，簡稱 RIAA）向Felten提出了警告，威脅不得公開發表其研究成果，否則將依據DMCA中的反交易條款提出訴訟，將Felten等人列為提供、流通可以用來規避科技保護措施的設施的被告¹⁴⁸。

不料Felten教授反倒是先發制人，率先向法院提出訴訟，請求法院確認RIAA的警告與主張已經侵犯了他的言論自由。RIAA認知到Felten教授的主張的強而有力，遂主動將警告給撤回，並承諾不會對Felten教授的學術成果發表採取任何干擾動作。法院後來以確認利益不存在為理由，而將訴訟駁回¹⁴⁹。

很明顯地，Felten 教授只不過是試圖把研究成果具體呈現在論文當中並提供予同儕討論，應當是一種言論自由的表現，而受到美國憲法第一修正案的保護，惟卻有可能受到 DMCA 的管制或禁止，DMCA 對言論自由的可能傷害，不難想像。在反交易條款的作用下，極有可能會對密碼學學者造成一種寒蟬效應(chilling effect)，深怕遭受法律的訴追，而不敢任意對外公布他們的研究成果。

此外，公共領域與言論自由之間有著密不可分的關係，本文於第二章已略有討論，不管是學術論文或是其他類型的作品，若受到 DMCA 的嚴格管制而無法自由地發表、公開，在言論自由受限之餘，恐怕也將有大量的資訊無法貢獻給公共領域，無從成為人類共有知識的一部份，因而減縮公共領域的成長。

另外，關於科技發展層面，本文認為，規避技術也是數位科技中相當重要的一部份，不能因為其具有規避的屬性或功能，就斷然否定其存在價值。如果 DMCA 一味地禁止規避技術的交易或流通，科技人員為了避免遭受法律的訴追，有可能會放棄從事規避技術的開發，致使這類科技的發展停滯不前。規避技術並非只有被用來侵害著作權一途，其尚有許多其他正當功能，包括政府執法所需、提昇電

¹⁴⁸ Lessig, *supra* note 19, at 155-56; *see also*, Fisher, *supra* note 22, at 96-97.

¹⁴⁹ Fisher, *supra* note 22, at 97.

腦產品的安全性等。科技本身的屬性是中立的，並非先天就具有侵害傾向，端看其使用者如何去運用它，我們不能因為有少部分的不肖人士利用規避技術侵害了著作權，就斷送掉整個相關科技的發展前途，這對於整個公眾、社會來說，恐怕還是弊大於利。

當然，DMCA 可能造成的衝擊，絕對不只侷限於以上討論的部分，惟礙於論述主題，本文選擇將重點放在本文比較關心的部分，不擬就所有的可能情形一一詳細介紹。

3.5.3.6 內容產業的主張

就整部DMCA而言，從最早的草案討論到正式通過至今，爭議一直不斷，其管制的合理性與必要性處處啓人疑竇，引發了不少值得我們省思的討論。無可諱言地，DMCA的通過係爲了履行美國在WCT下的義務，觀諸WCT本身，其對於推動數位經濟發展其實有著莫大的貢獻，美國商務部也認爲如果WCT能爲國際間廣泛接受、實踐，將有助於促進數位經濟的成長；惟WCT內容對於美國法制來說並不是太新奇的事物，甚至本來就與美國的大部分法律相容，美國政府其實可以主張其國內法基本上已經符合了WCT的規範，故另外制定新法的必要性不大。然而，也許是爲了履行WCT中美國比較欠缺的保護「著作權管理資訊」的義務，柯林頓政府還是決定制定新法¹⁵⁰。

不過，即便是針對規避科技保護措施的行爲制定一部新法來作規範，民眾所期待的，應該是一部簡單、可預料、前後一致以及最少規範的法律，若能以這樣的精神設計條文內容，縱使是連規避設施的交易都一併受到管制，還是有機會獲得社會大眾與矽谷科技產業的支持。事實上，柯林頓政府卻沒有朝著上述理想目標作發展，反而是極力迎合好萊塢等大型內容產業的需求，制定出一部繁雜、無

¹⁵⁰ Samuelson, *supra* note 136, at 530-31.

法預期、保護範圍過廣的DMCA，在內容產業的政經力量以及高分貝說辭的遊說之下，這樣的法律恐怕已經遠離了數位經濟的需要¹⁵¹。況且，很明顯地，DMCA的規範已經遠遠超出了WCT的要求，而且比其發源的白皮書更具有殺傷力¹⁵²。

動畫、音樂等內容產業推動DMCA的訴求，說來相當簡潔有力。他們主張：第一，沒有適當的法律保護的話，將無法繼續生產數位資訊；第二，內容產業係國內的重要產業，特別在出口方面，故有必要給予扶植，促進本國經濟景氣發展；第三，因為有關著作權的法律執行很麻煩且多有漏失，DMCA必須管制所有的規避行為，不論其規避目的為何¹⁵³。即便有這些主張，因為反規避條款富有憲法上的爭議，所以我們必須特別仔細檢視內容產業的理由內容，以確認其係出於真實並具有實際的證據，而非只是產業自己的臆測。

對於上述主張，本文認為，其實存有諸多令人質疑之處。網路上其實有大量的著作權人，並不會因為缺乏對於規避行為的管制就拒絕從事創作或流通其著作，也就是說，即使沒有DMCA的規範，數位資訊仍然能持續的產出，未必如內容產業所稱的停滯不前，更何況網路上充斥著許多非常樂意將自己的作品提供予公眾分享的業餘創作者。縱使對於管制的缺乏真的有所顧慮，網路上的著作權人何嘗不能試著採行創新的商業經營模式呢¹⁵⁴？再者，人們之間彼此傳遞分享資訊是人類日常生活中的常態，在人類歷史中，著作權人幾乎從未達成完美的控制，頂多只能做到部分的排他性，也正由於管制的 imperfect，留有適當的喘息空間，才造就了文化的發展¹⁵⁵。

DMCA的確可以強化對於美國國內內容產業的保護，而可能會將國外消費者的財富重新分配予國內業者，但是，國內消費者同樣也可能是財富被重新分配的

¹⁵¹ *Id.* at 533.

¹⁵² Liman, *supra* note 38, at 145.

¹⁵³ See Benkler, *supra* note 42, at 423.

¹⁵⁴ Therein, *supra* note 60, 1012-13.

¹⁵⁵ See Benkler, *supra* note 42, 423-24

一群，因此，在扶植國內內容產業成長的同時，也等於是在榨取國內消費者的財富，其正當性似乎嚴重不足。又以憲法來做檢驗的話，法院必須思考與衡量，在給予國內內容產業這些恩惠的同時，卻非常可能造成寒蟬效應的後遺症，這樣的交換是否值得¹⁵⁶？此外，以往類比環境中的大部分內容產業，在沒有DMCA保護的情況下，依然能持續成長並提供大量工作機會，若堅持以科技法律措施的法律保護的缺乏作為國內產業保護不足的理由，似乎有點牽強¹⁵⁷。

至於法律執行困難的問題，對於立法政策理論稍有研究者，應該都會認為，不能因為法律執行比較麻煩或者時有漏網之魚，就斷然把法律定得非常嚴格，輕易犧牲掉人民接觸公共領域素材以及自由發表言論的利益，更何況DMCA所追求的目標仍以推測居多，其所能帶來的利益還有待多方證實。法院在執法方面確實無法兼顧到每個角落，無法將所有的侵害著作權行為一網打盡，惟其他領域的法律同樣也是有著同樣的困擾，因此，不能任意以法律執行效率的不足作為妨礙公眾自由接觸使用公共領域的理由¹⁵⁸。

3.5.3.7 檢討

檢視完內容產業推動 DMCA 的主張後，我們可以發現，DMCA 的制定必要性也許未如產業所強調的那樣強烈。不過，DMCA 終究還是被通過了，進一步觀諸 DMCA 的內容，其比較為人詬病之處，應屬近乎無區別地一概禁止所有的規避科技保護措施的行為，當中雖然有就一些特殊目的的規避行為給予豁免，例如政府執法與解碼研究等，不過涵蓋的範圍仍然相當有限。國會及法院應該就目的在進行「侵害使用」與「非侵害使用」的規避行為做出「一般性」的區別，並給予後者豁免，而不能一網打盡，無視種種不同規避目的的存在。當然，如果作出這樣的區分，應該不是內容產業所樂意見到，他們的考量可能是，如果法律允

¹⁵⁶ See *id.* at 425.

¹⁵⁷ Therien, *supra* note 60, at 1024.

¹⁵⁸ See Benkler, *supra* note 42, at 426.

許使用者基於一般性的合法使用目的而從事規避行為，業者在每件起訴規避行為的個案中，都必須尋找證據證明被告的確具有侵害的意圖，亦即擔負起舉證責任，而尋找證據的過程中難免會涉及成本的花費，面臨著時間與金錢的考驗，而且勝訴與否也隨著變得高度不確定。

除此之外，有著合法使用目的的存在之後，著作權人將變得很難訴追規避設施的製造商或供應者，因為根據美國最高法院在*Sony Corporation of America v. Universal City Studios, Inc.*¹⁵⁹案裡的見解，可以用來從事規避行為的產品若也能拿來作為「實質上的非侵害使用」，則製造商或供應者將毋須就使用者自主的侵害使用負擔輔助侵權責任；這些製造商或供應者通常也正是最有資力負擔高額賠償的潛在被告，一般的使用者反而不是訴訟策略上的主要目標，可見內容產業沒有理由支持劃出一塊一般性的合法空間，讓規避設施的製造商或供應者也有免責的機會。

再就反交易條款而言，其可說是為內容產業開了一扇大門，讓他們得以去控告不計其數的與規避行為相關的技術。即使內容產業的控告理由極其薄弱，還是有機會自資訊科技公司身上賺取和解金¹⁶⁰。

更進一步說，科技保護措施所衍生出的科技議題幾乎是前所未見，在社會大眾尚未累積有足夠經驗或者達成充分共識之前，實不宜馬上作出太過嚴格的管制，而更應該一般性地豁免符合其他法律的規避行為，何況DMCA對於違反規定者課有嚴厲的刑事處罰¹⁶¹，豈能不更加慎重？

另一個值得檢討的部分是，DMCA中所設的豁免條款幾乎都只及於規避行為本身，交易、流通規避設施的行為則沒有豁免的空間，而一概受到管制，兩者之間缺乏一致性。規避設施的散布流通，對於一般使用者從事規避行為與否有著深

¹⁵⁹ 464 U.S. 417 (1984).

¹⁶⁰ Samuelson, *supra* note 136, at 556.

¹⁶¹ *Id.* at 545.

遠的影響，甚至是扮演著關鍵的角色，本文之前已有述及。本文認為，DMCA 的豁免範圍不應該只侷限在反規避條款，亦應及於反交易條款，因為即使使用者被允許進行規避行為，除非自己就具有專業知識或能力，否則在缺乏相對應的工具設備的情況下，幾乎是無從從事豁免條款下所允許的活動。也就是說，只要規避設施的流通管道依然受到管控，就算DMCA就規避行為作出了部分的豁免，著作權人仍然能透過科技保護措施的裝設來控制公眾對於著作物的接觸使用，再多有關反規避條款的豁免規定恐怕也無用武之地¹⁶²。國會圖書館所負責的行政審查程序亦有著類似的問題，亦即國會圖書館長經審查後發現反規避條款對於某類作品使用者的合法使用權利確實造成了負面的影響，而公布了得以免除責任的作品種類名單，但在反交易條款未獲得紓解的情況下，使用者還是難以取得可以用來從事合法規避行為的工具或設備，致使之前的審查程序與名單公布的實質意義極為有限¹⁶³。



基於上述的種種顧慮，許多學者建議 DMCA 需要有進一步的適當調整，不管是法院對於法條的詮釋或者國會後續就本法進行增修，都應該放寬豁免的範圍，使其及於一般性的合法使用目的，並消弭反規避條款與反交易條款間豁免程度不一的差距，以確實舒緩 DMCA 的管制強度，在增強著作權人在數位環境中的保護的同時，不致過度地侵害公共利益。

亦有學者認為，我們不應放任DMCA一視同仁地保護所有的科技保護措施，而應該有所區別，就相異的科技保護措施給予不同程度的保護¹⁶⁴。當科技保護措施本身的封鎖強度已經夠強，所需要的法律支援可能就愈形微弱，沒有必要一律給予同等程度的保護，何況近來的科技保護措施有愈來愈堅實的趨勢，DMCA的合理性基礎似乎不再是那麼穩固¹⁶⁵。如果使用者常常面臨到嚴苛的使用管制，科

¹⁶² See *id.* at 551; see also, Therien, *supra* note 60, at 1023.

¹⁶³ See *id.* at 560.

¹⁶⁴ See generally, Therien, *supra* note 60, at 979.

¹⁶⁵ *Id.* at 1013.

技保護措施以及DMCA也應該受到詳細的檢視。甚至有學者打趣說，既然那些破解科技保護措施的軟體程式都受到管制了，沒有理由不管制那些不當地建立起圍籬的軟體程式，亦即所謂的科技保護措施¹⁶⁶。

3.5.4 資料庫保護

3.5.4.1 法律保護客體的適格性

已故的著作權法權威學者 Melville Nimmer 曾表示：

大自然的科學事實、歷史事實、當代新聞甚至是其他事實的「發現者」，都不應該主張他是該事實的「作者」。如果有人能夠就事實主張作者身份的話，他可能就是我們人類中的「超級作者」。實際上，發現者所作的只有發現與紀錄而已，他不能就事實主張原創性，雖然表達事實的手法或方式可能具有原創性或作者身份。既然著作權只能被賦予給真正的「作者」，事實的發現本身不能成為著作權的保護客體¹⁶⁷。

Nimmer教授的這段陳述，清楚地說明了純粹資料或事實不能受有著作權保護的原則。惟有一些學者提出不同的見解，例如Jane Ginsburg就主張類似Nimmer的這種看法是一種「柏拉圖式的格言（Platonic fact precept）」，亦即浪漫地推定事實係本來就存在於大自然的空間之中，等待研究者去偶然發掘¹⁶⁸。亦有學者認為事實並非獨立存在於那些用來觀察發現它們的方法，它們所呈現出的風貌可能會受發現者的經驗或偏頗所影響¹⁶⁹。研究者必須過濾各種資訊、設計研究方法...

¹⁶⁶ *Id.* at 1039.

¹⁶⁷ Melville Nimmer, *The Subject Matter of Copyright Under the Act of 1976*, 24 UCLA L. REV. 978, 1015-16 (1977).

¹⁶⁸ Jane Ginsburg, *Sabotaging and Reconstructing History: A Comment on the Scope of Copyright Protection in Works of History after Hoehling v. Universal City Studios*, 29 J. Copr. Soc'y. 647, 658 (1982).

¹⁶⁹ STEVEN GOULD, *WONDERFUL LIFE: THE BURGESS SHALE AND THE NATURE OF HISTORY* 240-77 (1989).

等，始能挖掘、捕捉到一些事實¹⁷⁰，因此，事實發現者可說是在編組一些事實，怎麼能說他們不具有原創性呢？

復有一些從事法律經濟分析的學者主張，既然著作權的目的係在鼓勵人民創作具有高度社會評價的作品，事實著作的貢獻主要又在於事實本身，所以事實應該要受到保護才對。然而，仍有其他的經濟學者對此持反面看法，認為事實的保護將會對後續的創作者造成沉重的交易成本，實不宜擅加保護¹⁷¹。

無論如何，純粹資料或事實不能受到著作權法保護，似乎已經成了美國著作權法的既定原則。

數位及網路科技蓬勃發展之後，電子資料庫逐漸成爲人們從事學術研究或者生活應用中不可或缺的輔助工具，其能夠儲存大量的數據或資料，兼具快速、便利的檢索功能，大大降低了人們尋找所需資料時可能花費的時間與心力。電子資料庫確實滿足了許多消費者的需求，在市場上亦有其商機存在，因此，許多業者紛紛加入了建置資料庫的行列。不可否認地，建置一座電子資料庫的成本通常所費不菲，惟電子資料庫的內容係以數位化的形式存在，使用者取用這些內容的成本趨近於零，是否能阻止第三人未經授權就取用資料庫內容，遂成了資料庫業者是否能回收成本的關鍵。業者們於是開始透過一些技術手段¹⁷²，於資料庫外部構築一道外牆，以阻擋他人的任意接觸使用，並向政府尋求法律保護，自不令人意外。

資料庫的法律保護方式可能有很多種，包括了著作權法、專利法、營業秘密、公平法以及業者與使用者之間所訂定的契約¹⁷³，惟限於論述主題，本文所要探討的範圍還是圍繞在著作權法，其他的法律手段暫且不論，在此先予敘明。

¹⁷⁰ *Id.* at 277-91.

¹⁷¹ Litman, *supra* note 38, at 997.

¹⁷² 最典型者當屬科技保護措施，前文已多所介紹，不再贅述。

¹⁷³ 林盈秀，內容不受著作權法保護之資料庫的法律保護，國立交通大學科技法律研究所碩士論文，頁 24，2005 年。

資料庫在著作權法脈絡中的定位通常係屬於「編輯著作 (compilation)」。

至於編輯著作的法律保護，其具體明文根據為美國一九七六年著作權法中的 §103(b)¹⁷⁴；在以往，編輯著作的保護理由係基於「額上汗珠原則¹⁷⁵ (sweat of the brow doctrine)」，亦即獎勵編輯者在收集材料與編輯過程中所投注的勞動與努力，並賦予著作權以作為回報，本原則同時曾經是下級法院所採用的案例法原則。然而，美國最高法院於一九九一年在 *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.*¹⁷⁶ 一案中推翻了額上汗珠原則，其判決意見認為，就純粹資料 (raw material) 或事實資訊 (factual information) 的彙編而言，內容的編排與選擇若不具有原創性，是不能取得著作權法保護的。換句話說，純粹資料與事實資訊本是屬於公共領域的材料，不受著作權法保護，人人皆得自由取用，即使編輯者在編排或選擇這些材料的過程中，付出了相當多的金錢、時間與心血，只要其選擇編排內容的方式不具有原創性，依然不得就最終的彙編成果主張著作權保護。至於原創性的具體標準為何，法院則指出，只要資料的選擇與編排係編者 (compiler) 獨立所為，而且有最低限度的創意 (a minimal degree of creativity)，就能達到原創性的標準¹⁷⁷。

此外，值得予以注意的是，最高法院在 *Feist* 案亦指出，即使純粹的事實彙編因為在選擇或編排方面表現出了創造性而受有著作權保護，惟保護的範圍僅及於彙編中真正原創的部分，亦即「選擇與編排的部分」，至於所納入的事實或資料，則不能為保護範圍所及，依舊屬於公共領域¹⁷⁸。

揆諸目前市面上的大部分電子資料庫，內容多是一些不具原創性的事實與資

¹⁷⁴ 17 U.S.C. § 103(b): “The copyright in a compilation or derivative work extends only to the material contributed by the author of such work, as distinguished from the preexisting material employed in the work, and does not imply any exclusive right in the preexisting material. The copyright in such work is independent of, and does not affect or enlarge the scope, duration, ownership, or subsistence of, any copyright protection in the preexisting material.”

¹⁷⁵ 亦常常被稱為「辛勤蒐集原則 (theory of industrious collection)」。

¹⁷⁶ 499 U.S. 340 (1991).

¹⁷⁷ 499 U.S. 340, 348 (1991).

¹⁷⁸ 499 U.S. 340, 350 (1991).

料，編排方式也都大同小異，能通過 *Feist* 案的檢驗而取得著作權法保護者，恐怕只是少數，因此，在現有的著作權法體系下，資料庫幾乎無法取得權利保護。

無可否認地，爲了建置一座堪用的電子資料庫，業者常常投入了大量的時間、金錢與勞力¹⁷⁹，在提供資料庫予消費者使用的同時，自然希望能夠透過授權金的收取來回收其之前付出的成本，並取得持續的經濟收入。爲了避免資料庫中的內容被第三人任意取用，業者們莫不殷切盼望有法律權利作爲後盾、基礎，雖然 *Feist* 案判決顯示出著作權法可能不是個恰當的尋求保護途徑，但業者卻不願就此放棄，在無法取得著作權保護之餘，反而是極力遊說立法機關另闢蹊徑，以他種權利或替代方式來保護電子資料庫。

3.5.4.2 資料庫保護與公共領域

我們在市面上看到的大部分電子資料庫，所收錄的內容幾乎都是一些純粹資料或事實，這些不受著作權保護的內容平常散落於公共領域當中，人人皆得自由取用。這些公共領域的材料如果能被有系統地收集、彙整，並以條理分明的方式呈現出來，確實可以提高社會大眾取用這些材料的效率與便捷性，而非常值得鼓勵。然而，公共領域的材料一旦被收編進私人的資料庫之後，常常會被私人給封鎖起來，社會大眾在未取得資料庫建置者的授權之前，不得擅自接觸使用資料庫裡面的內容，這對於公共領域不啻是種減損。如果這般的封鎖又輔以法律保護的話，公共領域所遭受的威脅恐怕更是嚴重，人們被法律禁止自由取用資料庫內的公共領域內容，而處處動輒得咎，資訊的流通也因此停滯、阻塞。

本文認爲，美國最高法院在 *Feist* 一案中清楚認知到了以法律保護純粹事實資料庫的可能不良後果，而不願輕易授予法律保護給那些在內容的選擇編排上了無新意的資料庫。即使業者在建置資料庫過程中砸下重金並耗費了大量的時間心

¹⁷⁹ 值得注意的是，建置一座電子資料庫所花費的最大成本未必是資料庫程式的設計撰寫，而是在於資料的蒐集及後續的維護。

力，但顧及到公共領域材料的自由流通，法院還是堅持以原創性作為取得法律保護的門檻。

以純粹資料或事實所構成的資料庫，如果在內容選取編排方面未能發揮一定程度的巧思，是不足以取得法律保護的，這已成了美國著作權法的既定原則。但是，資料庫業者肯定不會就此罷手，而可能設法另覓其他的法律管道。例如下面所要介紹的歐盟資料庫保護指令，就針對資料庫創設了異於傳統著作權的「特別權利（the sui generis right）」保護，變相地協助資料庫業者在原創性的門檻上獲得解套。本文認為，這樣的立法方式，恐怕又會對公共領域造成另一番衝擊，公眾接觸使用公共領域材料的自由等於是又重新被資料庫業者以及相關的資料庫保護法律給打壓、封阻，而且，更令人憂心的是，這類的資料庫保護法律通常沒有容納強制授權或合理使用的空間，幾乎所有的接觸使用資料庫內容的行為都被一律禁止，其管制力道之強大，不難想像。

或許有人會認為，即使部分的公共領域的材料因為資料庫保護法律的通過而被禁止擅自自私人資料庫取用，社會大眾還是可以從其他管道取得同樣的內容，亦即接觸使用公共領域素材的機會並未完全阻絕，因此，稱公共領域被資料庫保護法律所侵蝕，恐怕是種不恰當的想法。以下的例子也許可以用來說明上述的論點：假設三國演義被業者收編進一座主題為「中國歷代小說」的資料庫中，並且受到法律的保護，任何人在未經授權之前均不得擅自接觸使用資料庫裡的三國演義的內容，否則將遭受法律的訴追；雖然使用者不能自由取用系爭的資料庫內容，惟市面上還是有其他可以取得三國演義的管道，諸如大部分的圖書館以及書店，均能為使用者提供一模一樣的素材，因此，很明顯地，三國演義這部已經屬於公共領域的作品並未因為資料庫保護法律的制定而完全地被資料庫業者所封鎖。

對於上述的論點，本文認為，其還是存有偏狹之處，無法涵蓋所有的可能情

況。例子中的三國演義畢竟是一部廣為流傳的作品，流通管道相當地多，擁有重製物的三國迷亦為數眾多，當然不會因為資料庫保護法律的存在而完全落於資料庫業者的控制之中，然而，這只能算是一個特例，不足以代表所有的作品流通狀況。也就是說，我們無法排除，可能會有一些年代久遠的公共領域作品在市面上已經停止流通，擁有其重製物的人也有如鳳毛麟角，如果這類的公共領域素材被業者收錄進資料庫當中，並輔以法律保護，社會大眾在無從從其他替代管道取得系爭作品之餘，又無法自該資料庫自由取用，致使原本屬於公共領域的素材幾乎喪失了在公眾間自由流通的機會，而被私人給圈佔起來。

此外，就算消費者可以從其他替代管道取得被資料庫業者封鎖起來的公共領域作品，但是，其可能還是得花費交易成本去輾轉尋覓適切的內容提供者，這樣的成本可說是對於公眾接觸使用公共領域的自由構成了相當程度的阻礙，減緩了公共領域素材的自由流通。如此一來，即使公共領域不至於被資料庫業者給完全圈佔，但仍舊無法充分發揮其正面功能。

3.5.4.3 歐盟立法規範

雖然歐盟法制不是本文所要主要探討的目標，但是，以下所要介紹的歐盟立法，在資料庫保護法律的脈絡中卻是具有相當的代表性，除了在歐盟境內發揮深遠的影響力之外，也在美國有所發酵，醞釀了一波波類似草案的提出，所以實有加以參考、檢視的必要。

歐盟於一九九六年通過了歐盟資料庫保護指令¹⁸⁰，對某些編排內容方式未能滿足原創性的電子資料庫賦予了不同於著作權的法律保護。更確切地說，歐盟的資料庫法律保護係採用「雙軌制」，一方面仍然以既有著作權法作為資料庫保護

¹⁸⁰ Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of database. 其完整內容可參見歐盟官方網站：<http://europa.eu.int/ISPO/infosoc/legreg/docs/969ec.html>，最近瀏覽日 2006/05/09。

的手法，另一方面則站在競爭法的觀點，創設了「特別權利 (the sui generis right)」的平行保護，使得一些在內容選取與編排上無法滿足著作權保護要件亦即原創性的資料庫，也有取得法律保護的機會¹⁸¹。不過，這裡要特別提醒的是，指令本身並非具有直接拘束力的法律規範，而是敦促歐盟各會員國修正其國內法，以符合指令的要求。

依據歐盟資料庫保護指令第七條第一項規定：「從質或量的觀點，資料庫的建立人對於資料內容之取得、查核或呈現若有實質投資的話，則會員國應賦予資料庫的建立人就該資料庫內容之全部、或質量上之實質部份，禁止他人擷取或再利用之權¹⁸²」。很明顯地，本條規定幾乎完全未涉及資料庫內容的選取編排滿足原創性與否，反而是著重在資料庫建構者的貢獻與投資，排除其他人以不當競爭的方式任意取用資料庫內容。此外，如果內容的選擇與編排具有原創性，歐盟採取的規範則與其他國家相去不遠，同樣賦予資料庫著作權法的保護，法律依據為指令第三條第一項，其指出，資料庫在內容的選擇與編排方面若構成作者的智慧創作，亦即具有原創性，該資料庫就應當受到著作權保護¹⁸³。

至於特別權利的保護期間，依據指令第十條第一項規定，原則上自「資料庫建置完成時」起存續十五年¹⁸⁴。又為了鼓勵將資料庫提供給公眾，指令第十條第二項特別規定，第一項所稱的十五年保護期間應自資料庫「首次提供於公眾使用時」起算¹⁸⁵。比較具有爭議的部分則是指令第十條第三項，其規定：「如果資料

¹⁸¹ 郭香吟，從著作權觀點看資料庫之保護，at

<http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php?board=35&act=read&id=25>，最近瀏覽日 2006/05/09。

¹⁸² Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of database, art. 7: “1. Member States shall provide for a right for the maker of a database which shows that there has been qualitatively and/or quantitatively a substantial investment in either the obtaining, verification or presentation of the contents to prevent extraction and/or re-utilization of the whole or of a substantial part, evaluated qualitatively and/or quantitatively, of the contents of that database.”

¹⁸³ Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of database, art. 3.

¹⁸⁴ Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of database, art. 10, 1.

¹⁸⁵ Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of database, art. 10, 2.

庫在內容上有任何質或量的實質改變，包括任何累積性的繼續增加、刪除或變更，只要足以被認定為係另一個在質或量上的新的實質投資，則該重大投資的部分可以享有重新起算的十五年保護期間¹⁸⁶」。本項規定最啓人疑竇之處，在於質或量的改變應至什麼樣的程度，才算是達到「實質投資」？電子資料庫的定期更新通常乃資料庫正常運作所必須採行的動作，其是否也屬於實質投資的一種？或者，這些瑣碎的更新必須累積到何種程度，才稱得上是實質投資呢？關於這些疑問，指令中並未有清楚的解釋，有待實務或法院判決進一步加以釐清¹⁸⁷。

此外，此特別權利與傳統著作權法較為不同的地方，則是「強制授權（compulsory license）」制度的有無。美國著作權法對於音樂著作的公開演出權，就設有強制授權的限制，例如廣播電台得未經著作權人許可就播放其音樂著作，只要該作品已經公諸於眾，並向政府機關繳納一道已經事先設定好的費用¹⁸⁸。相較之下，歐盟資料保護指令中的資料庫特別權利則沒有適用強制授權的空間，即使該資料庫係唯一的內容提供者¹⁸⁹。不過，爲了緩和此特別權利對於公眾接觸使用資訊的自由所造成的衝擊，本指令特別指出，基於一些合法目的，使用者還是可以未經授權就取用資料庫裡的內容，其列舉的合法目的包括了從事教學與科學研究等¹⁹⁰。

雖然「額上汗珠原則」在美國已經被推翻，不再是審酌著作權取得與否的依據，但該原則仍繼續爲部分歐洲國家所採。因此，歐盟資料庫保護指令特別重視資料庫業者的重大投資或努力，並決定給予法律保護以茲鼓勵，似乎也就不足爲奇。資料庫業者所投入的金錢或心力，是否值得以一個法律權利來作爲獎勵，暫時不是本文一時所能釐清，但可以肯定的是，創設出這般的權利保護，難免會對

¹⁸⁶ Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of database, art. 10, 3.

¹⁸⁷ 郭香吟，前揭註 181。

¹⁸⁸ 17 U.S.C. § 118.

¹⁸⁹ Michael Freno, *Database Protection: Resolving the U.S. Database Dilemma with an Eye Toward International Protection*, 34 CORNELL INT'L L.J. 165, 183 (2001).

¹⁹⁰ Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of database, art. 6.

公共領域造成一定程度的衝擊，而必須多加慎重考慮。

3.5.4.4 美國立法規範

美國的資料庫業者乃全球資料庫產業的先驅者，起步相當地早，在全世界的佔有率亦可說是獨領風騷，並持續在蓬勃發展當中¹⁹¹。因此，美國對於資料庫的法律保護何如，正攸關著全球資料庫產業的發展，實有加以檢視的必要。

自歐盟資料庫保護指令於一九九六年通過之後，美國的資料庫業者便不斷催促、遊說立法機關通過類似的法律，畢竟在美國著作權法的架構下，純粹資料、事實的資料庫的內容選取或編排若不能滿足最低程度的創意，是無法取得著作權法保護的。然而，由於資料庫的保護相當具有爭議性，各界未能凝聚出一致的共識，故美國國會至今尚未正式通過任何一部保護純粹事實資料庫的聯邦特別法律，惟卻是有不少草案持續地被提出。

美國國會於一九九六年的第一百零四會期曾經提出「資料庫投資與智慧財產反剽竊法案」¹⁹² (Database Investment and Intellectual Property Antipiracy Act of 1996)，試圖對資料庫提供聯邦層次的保護。依據本草案第三條a項規定，資料庫只要在蒐集、組合、查核、組織或呈現資料庫內容方面，具有人力、技術、財力或其他資源的質或量上的實質投資，且被實際或意圖使用在商業上，就應該取得本草案的保護¹⁹³。至於保護的範圍，則見諸第四條a項規定，其禁止任何人在未經授權的情況下，以與資料庫所有人的正常利用有所衝突的方式，或者以影響資料庫實際或潛在市場的方法，在質或量上擷取、使用一部或全部的資料庫實質

¹⁹¹ 林盈秀，前揭註 173，77 頁。

¹⁹² H.R. 3531, 104th Cong., 2d Sess. (1996)

¹⁹³ Database Investment and Intellectual Property Antipiracy Act of 1996, § 3. Databases Subject to the Act: “(a) A database is subject to the Act if it is the result of a qualitatively or quantitatively substantial investment of human, technical, financial or other resources in the collection, assembly, verification, organization or presentation of the database contents, and (i) the database is used or reused in commerce; or (ii) the database owner intends to use or reuse the database in commerce.”

內容¹⁹⁴。本草案與歐盟資料庫保護指令之間最大的不同，則在於前者提供了長達二十五年的保護期間¹⁹⁵，較後者多出了十年。

很明顯地，本草案似乎存有保護範圍過大的問題，除了保護期間過長之外，亦未見有豁免基於個人、教育、科學或研究目的而使用的例外規定，合理使用的空間也是付諸闕如，因此，本草案在司法委員會就被打了回票¹⁹⁶。

推動資料庫立法保護的力量並未就此停歇，「資料庫投資與智慧財產反剽竊法案」被打回票後不久，「資訊蒐集反剽竊法案¹⁹⁷（The Collections of Information Antipiracy Act，簡稱CIAA）」隨即於美國國會第一百零五會期被提出。CIAA所要提供的法律保護同樣係針對內容選擇編排不具原創性的純粹事實資料庫，賦予的權利基礎也是特別權利，而非傳統的著作權，然而，CIAA所採取的手段並非訂定另外一部專法，而是試圖在既有的著作權法架構下，增列名為「資訊集合竊用（Misappropriation of Collections of Information）」的一章¹⁹⁸。

CIAA的保護客體與「資料庫投資與智慧財產反剽竊法案」略有不同，根據其第 1201 條規定，保護標的係設定為「資訊集合（collection of information）」，而非一般常見的「資料庫（database）」¹⁹⁹；系爭資訊集合的蒐集或維修（maintenance）的過程中，必須有金錢或其他資源的實質投資，始能取得保護²⁰⁰。此外，CIAA亦設有數個可以免責的例外情形，諸如基於新聞報導、教育與學術研究等非營利目的而取用資料庫的內容，均得免除責任，只要該取用行為不會對

¹⁹⁴ Database Investment and Intellectual Property Antipiracy Act of 1996, § 4.

¹⁹⁵ Database Investment and Intellectual Property Antipiracy Act of 1996, § 6.

¹⁹⁶ 林盈秀，前揭註 173，頁 79-81。

¹⁹⁷ H.R. 2652, 105th Cong., 2d Sess. (1998).

¹⁹⁸ 林盈秀，前揭註 173，頁 81。

¹⁹⁹ The Collections of Information Antipiracy Act, § 1201. Definitions: “(1) COLLECTION OF INFORMATION- The term 'collection of information' means information that has been collected and has been organized for the purpose of bringing discrete items of information together in one place or through one source so that users may access them.”

²⁰⁰ The Collections of Information Antipiracy Act, § 1202.

資料庫的市場造成傷害²⁰¹。

由於有豁免條款的存在，CIAA的管制表面上看來似乎是寬鬆許多，然而，揆諸CIAA全部的條文，我們可以發現，CIAA其實未直接就保護期間作出規範，反而是將請求權消滅時效設定為十五年²⁰²。這似乎意味著，在CIAA的規範架構下，一旦資料庫建立完成並取得法律保護，其保護期間有可能是無限期的，只不過受侵害的資料庫業者必須在十五年內提出訴訟。再者，學者Yochai Benkler指出，CIAA的條文中將業者對於資料庫的「維修(maintenance)」視為投資的一種，而極有可能會讓那些持續作更新的資料庫變相取得永恆的保護²⁰³。據此，從保護期間的角度來切入檢視，CIAA的管制似乎仍有過於強大之虞。

雖然部分CIAA的支持者將其定位為不公平競爭的管制，然而，持平而論，其還是比較偏向智慧財產權體系的範疇。CIAA對於公共領域的侵蝕，加上管制力道之強，引起了學者、科學家以及包括Yahoo!在內的網路公司的群起反對，紛紛動員起來表達他們的不滿，致使CIAA在參議院遭到否決。不過，仍有學者認為，雖然推動立法保護資料庫的力量因為CIAA的挫敗而暫時停緩了腳步，但可以肯定的是，類似CIAA的法案，在不久的未來想必還是會捲土重來²⁰⁴。

果不其然，資料庫立法保護的擁護者於美國國會第一百零六會期又再度試圖闖關，這次被提出的則是「消費者與投資者存取資訊法案²⁰⁵ (Consumer and Investor Access to Information Act)」。與前面兩個草案相較之下，本草案最大的特徵係在於管制的對象。根據本草案第102條規定，任何人均不得對公眾銷售或散布自他人複製而來的資料庫，亦不得為了與原資料庫進行商業上競爭而將複製的

²⁰¹ The Collections of Information Antipiracy Act, § 1203.

²⁰² The Collections of Information Antipiracy Act, § 1208.

²⁰³ Benkler, *supra* note 42, at 443.

²⁰⁴ Pamela Samuelson, *Mapping the Digital Public Domain: Threats and Opportunities*, 66 LAW & CONTEMP. PROBS. 147, 158-59 (2003)

²⁰⁵ H.R. 1858, 106th Cong., 1st. Sess. (1999).

部分加以銷售或散布於眾²⁰⁶。也許是基於前幾次的失敗教訓，爲了不再重蹈覆轍，本草案特別將管制範圍予以縮減，把主要打擊目標鎖定在可能會減損資料庫業者的商業利益的散布行爲，個人的取用則不在禁止之列。然而，與 CIAA相同的是，本草案依然沒有對保護期間作出任何規範，而寓有永恆保護的絃外之音。

雖然「消費者與投資者存取資訊法案」仍然會對公共領域造成減損，但其減損的程度已經比上述其他草案緩和許多。而且，有學者認爲，如果有明顯證據顯示，由於有人任意重製並散布他人的資料庫而造成資料庫產業市場的失靈時，此時對公共領域材料的取用自由稍微施加一些適當的管制，也許有其正當理由存在。這樣的看法或許與最高法院在 *International News Service v. Associated Press*²⁰⁷ 一案中的意見不謀而合²⁰⁸；在該案中，International News Service與Associated Press兩家公司在市場上係處於競爭的地位，前者轄下的記者拿取了後者報紙的較早報導，並將其逐字刊載於前者所出版的報章上，最高法院判決，這樣的行爲已經構成了不公平競爭。更進一步說，Associated Press撰寫新聞報導的題材基礎有可能是屬於公共領域的純粹事實，本得爲人人自由取用、散布，然而，International News Service轄下記者卻不願自行下工夫去取用同樣的題材來加以編寫，反而是逐字照抄他人的作品並加以散布，除了具有侵害著作權的嫌疑之外，恐怕也有悖於正當的競爭手段，而有可能造成市場上競爭秩序的嚴重脫序。

遊說立法保護資料庫的行動尚未停下腳步，其他後續推出的相關法案包括國會第一百零八會期的「資料庫與資訊集合竊用法案²⁰⁹ (Database and Collections of Informational Misappropriation Act)」，其主要係由美國著作權局所提出，建議回復到以往的「額上汗珠原則」，提供法律保護給那些在財力或時間方面具有實質投資的資料庫。同樣於第一百零八會期提出的還有「消費者存取資訊法案²¹⁰

²⁰⁶ Consumer and Investor Access to Information Act, § 102.

²⁰⁷ 248 U.S. 215 (1918).

²⁰⁸ Samuelson, *supra* note 204, at 159-60.

²⁰⁹ H.R. 3261, 108th Cong., 1st. Sess. (2003).

²¹⁰ H.R. 3872, 108th Cong., 2d. Sess. (2004).

(Consumer Access to Information Act)」，主要則是在禁止以不正當的競爭或欺騙手段竊用資料庫。

3.5.4.5 檢討

在上述的法案推動過程中，我們可以發現，由於受制 *Feist* 案判決意見的緣故，欲在既有的著作權法體系下謀求資料庫權利保護，確實有其困難，但這並不能阻卻資料庫業者以及資料庫法律擁護者的決心，他們不斷地循隙尋求替代的法律保護，並且持續地向國會挑戰叩關。

惟這類立法畢竟具有高度的爭議性，正反兩方的意見相當不一，迄今仍未有一致的共識，以致於遲遲未能在國會正式通過。資料庫業者強烈地呼籲，缺少法律的保護，他們將無法生存下去，尤其是當歐盟資料庫保護指令通過之後，由於該指令並不打算提供任何法律保護給非歐盟會員國的資料庫，除非其本國亦授有實質相同的保護，使得美國的資料庫業者很難在全球市場上與歐盟業者競爭，更是增添了美國業者訴求的急迫性²¹¹。亦有學者認為，爲了獎勵那些建置出有用的資料庫的私人，確保有人會負責資料庫內容的正確性，並維護美國在全球資訊經濟中的經濟利益，資料庫的法律保護確實有其必要²¹²。

資料庫保護法律除了可能會對公共領域造成衝擊外，亦有學者認為，目前並未有實證證據顯示資料庫產業在經營上發生了困難，國家研究院（**National Research Council**）的報告亦指出，目前的商業資料庫市場幾乎是處於無競爭的狀態²¹³。即使沒有特別的權利保護，資料庫產業長久以來還是歷經了茁壯的成長；若給予資料庫法律保護，恐怕會扼殺科學與學術研究者的資訊生產，而且會在資

²¹¹ Benkler, *supra* note 42, at 443-44.

²¹² Freno, *supra* note 189, at 185.

²¹³ J. H. Reichman & Pamela Samuelson, *Intellectual Property Rights in Data?*, 50 VAND. L. REV. 51, 70 (1997).

料庫產業中形成一道進入門檻²¹⁴。此外，若從憲法的角度來檢視的話，資料庫保護法律通常會禁止許多的資訊使用行為，並妨礙原始資訊的自由流通，而造成一種與內容無關（content-neutral）的言論管制，因此，相關的立法必須要能夠通過中度審查標準的檢驗，亦即其所追求的是一種實質、重要且與抑制言論無關的政府利益，且所採取的手段與目的之間具有實質的關聯性²¹⁵。

整體而言，本文認為，資料庫業者實際上受到的損害是否真的如他們所稱的那樣嚴重，可能是有待證明的；即使確實有一些損害存在，直接授予資料庫法律保護也未必能直接發揮對症下藥的效果，反而還有可能造成許多不良後遺症，包括對於公共領域的嚴重侵蝕。更進一步說，目前被提出檯面上的大部分保護方案，可能都已經超過了獎勵或保護資料庫業者所需要的程度。不過，觀諸近來在美國國會提出的數個草案，其管制範圍似乎有逐漸縮減的趨勢，從一開始的特殊權利模式慢慢修正為不公平競爭模式，也漸漸開放一些合理使用的空間。這有可能是資料庫保護擁護者為了及早取得一個具體的保護，於是委曲求全、退而求其次，願意接受保護範疇的限縮，惟其實際心態是否確實如此，暫時不是本文所能探知。不管如何，雖然上述的草案都無法在國會裡通過考驗，但是也許就在不久的將來，資料庫會以一種出乎意料的方式取得保護，公共領域是否會受到重大減損，以及其相關的立法動態，值得我們持續關切。

3.5.5 著作權立法的省思

學者Thomas Cotter曾經以文化訊息的基本單位²¹⁶（meme）作類比，來闡述著作權法脈絡中的資訊的特性。Cotter指出，“meme”就好比是居住於人腦中的概

²¹⁴ See Benkler, *supra* note 42, at 444-45.

²¹⁵ Yochai Benkler, *Constitutional Bounds of Database Protection: The Role of Judicial Review in the Creation and Definition of Private Rights in Information*, 15 BERKELEY TECH. L. J. 535, 598-99 (2000).

²¹⁶ 所謂的文化訊息的基本單位，係指一些會從一人的腦裡複製到另一個人腦裡的習慣、技藝、想法或其他類型的資訊，其複製的途徑多是透過模仿、教學等方式。文化訊息的基本單位跟基因極其類似，均會自行複製與演化。

念、事實，一種不受著作權法保護的資訊單位；由多種互相輔助的meme結合而成的則為”memplexes”。著作權法系統可說是一個由大量的不同memplexes所居住的環境，這些異質的memplexes平時會互相進行競爭；著作權法一產生變動，等於是造成了環境條件的改變，環境裡的memplexes遂會連帶受到影響²¹⁷。

Cotter認為，從大腦模仿病毒學（memetics）的角度來看，擴張著作權的保護範圍與保護期間，的確是有可能讓內容所有者有相當的力量來確保memplexes轉化的精確度，並降低其變異程度，甚至是控制演化方向。然而，正如同基因工程常常被認為會降低基因的多樣性，致使生物組織無法抵禦始料未及的環境改變，而可能有害生物發展，在著作權法的脈絡中，如果過度擴大保護範疇，以致對memplexes控制太多而變異卻太少的話，也許會妨礙memplexes朝有益的方向作演化。雖然memplexes的單調或一致化還不至於如基因般會造成生物的滅亡，但其非常有可能會讓人類生活變得單調無趣，創造力嚴重匱乏²¹⁸。

此外，memplexes的利益有時會與其宿主不盡相同，甚至有可能是互相衝突。當創作者創作出一份memplex並將其散布出去後，兩者之間的利益也許會分道揚鑣，因為基於自身利益的考量，創作者通常會限制其作品的流布，以方便向每個使用者索取費用，而作品亦即memplex本身卻想掙脫束縛，自由地在市場上流布、進行繁衍。對於memplexes來說，其擁有者的財務收入狀況如何，其實並不重要，即使是處於私人的強力掌控下，memplexes也會設法找出漏洞、突破封鎖，以盡情地在社會大眾之間流布²¹⁹。亦存有一些極具影響力的memplexes，其本身能夠使環境發生相當程度的變化，促使環境朝有利自己的方向作演變，藉此提昇自己的競爭優勢，並壓縮其他memplexes的生存空間；銷弱這些memplexes的優勢的最好方法，就是讓社會大眾有將它們加以重新鑄鍊、改

²¹⁷ Thomas Cotter, *Prolegomenon to a Memetic Theory of Copyright: Comments on Lawrence Lessig's The Creative Commons*, 55 FLA. L. REV. 779, 783-84 (2003).

²¹⁸ *Id.* at 785-86.

²¹⁹ *Id.* at 788-89.

造的機會，以著作權法的概念來說，降低某些作品的影響力的最常見方法，當屬盡可能地開放社會大眾合理使用或進行改作的空間，例如為仿諷著作或批判性評論²²⁰。

Cotter又援引了社會工程學的論點來作比喻。部分學者對於那些由中央政府所發動的中央計劃抱持著反對的立場，他們的理由是，那些中央計劃的策劃者通常無法充分了解社會的實際需求，也沒有能力預見到社會工程計劃所可能引發的後果，而且，策劃者既然身為人，也就難謂具有完美無缺的道德，所以很難期望他們會完全以公共利益為依歸來規劃計劃。把這套論點挪到著作權法的脈絡中，Cotter認為，著作權法賦予私人一種幾近政府的壟斷力量，加上著作權人通常沒有能力預見對於其作品的所有可能使用情形，也無從想見禁止某些使用情形後所可能釀成的負面影響，因此，著作權法的管制有高度可能遭遇到與社會工程類似的問題²²¹。

簡而言之，透過援用其他學科的分析方法，似乎可以得出著作權保護範疇不應過度擴張的結論。一部強大的著作權法所可能造成的危害，傳統的著作權相關論述已經多所著墨，但是卻減緩不了著作權保護範疇持續擴張的趨勢。不管是大腦模仿病毒學、基因工程還是社會工程，甚至是其他學門的知識，也許都可以在著作權管制方面提供我們另一番省思。

3.6 反面見解

本文在前面幾節約略介紹了公共領域目前所遭受到的種種衝擊，以及其可能引發的一連串不良影響，從這個角度來看，目前的公共領域實有投以更多關注的必要。然而，不可避免地，也許會有些人抱持著與本文不同的立場，認為公共領域的發展狀況並未如本文想像的那樣悲觀，甚至是主張公共領域絲毫未受到任何

²²⁰ *Id.* at 790-91.

²²¹ *Id.* at 786-88.

的減損。爲了讓讀者能有更多元的思考，本文在本節中將嘗試介紹幾個反面觀點，並希望能從不同觀點的激盪過程中找到更具有建設性的創舉，或是找出一些存異求同的空間。

3.6.1 浪漫的公共領域

曾有學者對於公共領域擁護者提出批評，認爲他們總是想像每個人都能公平享受公共領域內的果實，夢想著當公共領域愈形豐富充實，每個人所能分配到的效益就能隨著同等地提昇，但卻忽略了一個相當關鍵的重點，亦即每個人在條件、背景、能力或者社經地位方面不盡相同，故能利用公共財的程度也不一樣。也就是說，即使公共領域這塊大餅被做大了，未必每個人都能分配到相同比例的份量，畢竟社會上有些有力人士比一般民眾更有取用該塊大餅的能耐。公共領域擁護者這種過度浪漫、理想化的想法，遂被部分的批評者諷爲「浪漫的公共領域」²²² (romantic public domain)，影射其只看到公共領域美好的一面，卻嚴重忽視了分配結果的不平等²²³。

這些批評者曾以基因序列資料庫²²⁴爲例，來說明每個人利用公共領域材料的程度的極度不平等。”GenBank”是一座由美國人所建置的線上基因序列資料庫，透過網際網路，每個人均得自由接觸取用該資料庫裡面的資料，但是，一份由哈佛商學院所作的研究指出，該資料庫的資料下載者來源的分布相當地不均，有超過一半的傳輸資料係由美國人所下載。除了日本之外，其他亞洲、非洲或拉丁美

²²² 這裡所謂「浪漫的公共領域」的詞彙用法或許係出自「浪漫的作者 (romantic author)」。後者通常是被用來批評那些極端的著作權保護擁護者，認爲他們過度美化了作者在創作過程中所投注的天才、創意或心血。批評者認爲，每一部作品或多或少都有參考或吸收一些既有的作品材料，一味地強調作者的貢獻，恐怕只是一種過度浪漫的想像。

²²³ See generally, Anupam Chander & Madhavi Sunder, *The Romance of the Public Domain*, 92 CAL. L. REV. 1331 (2004).

²²⁴ 嚴格來說，在著作權法的脈絡中，人體的基因序列資料很少被拿出來討論，若稱其係屬於公共領域，或許會滋生一些疑義。然而，基於人體基因序列具有事實資料的特徵，又應當得爲公眾自由取用，本文暫且將其列爲公共領域的材料，在此先予敘明。

洲國家的下載量幾乎都未超過百分之一²²⁵。在這個例子中，我們可以看到，雖然資料庫裡的內容係免費供公眾自由取用，但由於各個國家人民的資訊能力的不對等，也就是存在著所謂的數位落差，致使每個人能夠利用這些公共領域材料的程度天差地遠²²⁶。

同樣的一群論者又繼續諷刺道，雖然公共領域的推動者追求的一直是各種資訊內容的廣泛流通，以供社會大眾自由取用，不希望人類知識被掌控在少數人的手裡，然而，從財團的立場來看，公共領域復興運動的出現時機可能是再好不過了。有關「浪漫的作者（romantic author）」的反思被提出之後，使得內容產業原本很難再以作者在創作過程中的偉大貢獻為理由，繼續透過壟斷、操弄人類知識或創意來營利，但是，由於公共領域復興運動隨後的興起，讓內容產業又重新找到了新的立足點，或者說是營利的新契機。這些論者們認為，如果大量的素材被投入公共領域，加上公共領域擁護者過度浪漫地推定每個人都能平等地自公共領域獲益，將使內容產業取得圈佔公共領域以從中營利的機會，似乎也就是本章第一節所介紹的「圈地運動」²²⁷。本文認為，這項推測如果成真，的確是個頗令人憂心的現象，因此，在推動公共領域復興的同時，也許也應該要有一些適當的配套措施加以輔助，以防止公共領域被私人不當地圈佔，自由軟體所採用的通用公眾授權條款（GPL）與Creative Commons提供的創作共享授權條款，正是在這方面扮演著吃重的角色，關於其詳細運作過程，本文在第四章中會有進一步的討論。

對於上述的論點，本文認為，推動公共領域的復興未必全然是一種過於浪漫或理想化的構思，畢竟人類知識具有「非敵對性」的特質，每個人消費公共領域材料亦即公共財的效用並不會隨著使用人數上升而下降，每個人的使用也完全不會彼此產生妨礙或是造成任何的減損，因此，即使某些人取用公共領域材料的機會或能力比一般人更為優越，只要他們的取用不對他人造成任何負面影響，又有

²²⁵ Rodrigo Martinez et al., *The Geography of the Genome*, WIRED, June 2003, at 160.

²²⁶ *Supra* note 223, at 1342-43.

²²⁷ *Id.* at 1346.

何不可呢？當然，本文也同意提出「浪漫的公共領域」論點的學者們的說法，認為只有持續地將資源灌注到公共領域中是不夠的，更重要的是公共領域中的資源是如何地作配置²²⁸。從另一個角度來看，當公共領域內的內容十分匱乏時，每個人所能夠自由取用的材料均嚴重不足，此時個人能力條件的高低之分也就無從充分反映在利用公共領域的程度上面，不過這種「均貧」的窘況並不值得我們去追求，本文所要鼓勵的，還是一個豐富充實的公共領域，設法把餅給做大，讓每個人都有機會自由取用到大量的知識與資訊。

3.6.2 私人從事公共領域的擴充

曾經有學者提出以下的看法：當社會大眾將注意力集中在公共領域的縮減趨勢上，並要求政府必須在公共政策上遏止這股趨勢、積極促進公共領域的發展時，卻忽視了民間的部分產業與私人也正在從事擴充公共領域的動作。這些產業與私人花費了大量的投資來生產可能具有原創性的新穎素材，但卻未必會據以主張排他權利，反而是將這些素材注入公共領域，供社會大眾免費取用²²⁹。

這些產業與私人之所以會甘願加入擴充公共領域的行列，其動機其實相當不一。以生物科技或資訊科技產業為例，他們將花了大把銀子所研發出的內容無償貢獻給公共領域，有可能是基於商業上的策略性考量，試圖在市場上取得先機，以削弱競爭對手手中智慧財產權的獲利能力或影響力，或者乾脆讓對方喪失取得智慧財產權的機會²³⁰。

具體而言，可能會有一些研究人體基因序列的生物科技業者，在成功發現某些資訊之後，為了避免讓從事相同研究的競爭對手有取得專利或其他智慧財產權

²²⁸ *Id.* at 1337.

²²⁹ See generally, Robert Merges, *A New Dynamism in the Public Domain*, 71 U. CHI. L. REV. 183 (2004).

²³⁰ *Id.* at 185-86.

的機會²³¹，遂率先將其研究成果公諸大眾，間接地致使競爭對手喪失獲利的契機，同時也降低自己往後開發相關產品的成本²³²。

Linux作業系統之於IBM公司也有著類似的情形。眾所皆知地，IBM係一家以商業利益為導向的企業，在資訊科技產業界佔有舉足輕重的地位；IBM起初花了數年時間來開發屬於自己的作業系統，然而，在Linux系統出現之後，IBM遂改弦易轍，轉而投入大量資本來資助Linux 系統的開發。很明顯地，Linux作業系統係屬人人均得自由、免費取用的自由軟體，即使投入再多的資本，IBM也無法對其主張權利，遑論拿來販售營利，因此，IBM的作法可能不免會讓人懷疑，其獲利契機到底在哪裡？仔細深究之下，我們可以發現，其實IBM主要是藉著販售Linux所需的硬體設備或相關服務來營利，在Linux使用者族群擴張的同時，就算不能就Linux主張排他權利，IBM仍然可以透過銷售其周邊產品來獲益；另一方面，IBM之所以會扶植Linux，也是為了與軟體巨人Microsoft作抗衡，透過持續強化Linux的功能與相容性，並鼓勵消費者接納採用，以銷弱Microsoft的Windows系統在市場上的影響力²³³。

簡單地來說，提出上述論點的學者主張，業者可能可以藉由釋出一些材料至公共領域、供公眾免費取用，以增加市場上的佔有率，並讓消費者養成固定使用其產品的習慣，如此一來，將可增加後續產品的獲利能力，同時達到打擊競爭對手的效果，或是搶先將研發成果貢獻給公共領域，致使從事相同研究的競爭對手喪失取得智慧財產權的機會。當這些被投入公共領域的素材的潛在財產權價值愈高時，投資的效益就愈大，雖然投資者不能對其主張權利，但卻可衍生相當可觀的後續效應。從上述角度來切入作觀察，私人投資公共領域的動機何如，或許就

²³¹ 本段內容主要涉及的是專利法，與著作權法似乎較無關聯，但寓有放棄專利的申請、將資訊提供給公眾免費接觸使用的特徵，也許與著作權法的公共領域有幾分類似，具有參考的價值，故本文依然提出來加以討論。

²³² Chander & Sunder, *supra* note 229, at 186-191.

²³³ *Id.* at 191-93; IBM推廣Linux的動機其實還不只如此，尚包括等法律上訴訟策略等其他考量，較詳細的討論請參見：李界昇，開放原始碼模式下的法律風險－從SCO v. IBM案出發，國立交通大學科技法律研究所碩士論文，2004年。

不難理解。

對於上述論點，本文認為，產業與私人對於公共領域的投資的確是個實際在發生的現象，公共領域的內涵從中獲得深化，是個值得鼓勵的現象，亦為本文所樂見。然而，我們卻不應以此為滿足，畢竟這些投資仍然不足以抵銷公共領域目前的縮減趨勢，因此，遏止私人對於公共領域的侵害，並擴充公共領域的內涵，將是一條必須持續努力的遙遠路途。

3.6.3 團結口號

學者Edward Samuels在試圖釐清公共領域的實際內涵卻無功而返之後，認為根本不存在所謂的公共領域理論。在否定公共領域後，Samuels接著又提出質疑，透過想像或具體化一個可能不存在的公共領域理論，我們究竟得到了什麼實質利益？他認為，如果那些分別以不同理由反對著作權過度保護的論者們需要一個團結的口號（rallying cry），以覓得一致的發聲管道，那麼公共領域正可扮演這方面的角色。也就是說，公共領域不過是讓那些反對著作權持續擴張的人士找到一個共同的立足點，並試圖以此為基礎訴諸道德上的情感，藉此抗衡著作權保護擁護者的強大聲浪，博取社會大眾的支持，惟除此之外，這個單純作號召之用的口號並未具有太多的實質意義²³⁴。

對於Edward Samuels的論點，本文認為，縱使公共領域的定義或內涵目前仍模糊不清、缺乏一致的理論架構，不即代表其不存在或是沒有任何的存在必要，公共領域依舊具有存在的正面價值，並對於人類知識的自由流通有著莫大的貢獻，誠如本文在第二章所述，實不宜一味地抹煞其蘊含的建設性意義。或者，從另一個角度來說，所謂的財產權體系不也是類型繁雜、缺乏一致的理論架構嗎？

²³⁴ Edward Samuels, *The Public Domain in Copyright Law*, 41 J. COPR. SOC'Y 137, 149-150 (1993).

但卻鮮少有人懷疑財產權理論的存在價值²³⁵。

又即使如Samuels所稱，公共領域是一個號召著作權過度保護的反對力量的團結口號，倒也不全然是件壞事。著作權法學者James Boyle就曾經強調公共領域作為匯集著作權過度保護的零散反對聲音的重要性。與著作權保護擁護者的龐大勢力相較之下，反對著作權強大管制的人士卻顯得相當地零碎鬆散，有如一盤散沙，雙方很難有對等的發聲機會，因此，Boyle認為，公共領域或許可以讓這些不同意見找到一個共同的發聲基礎，取得與著作權保護擁護者平起平坐的地位，進一步使著作權政策能夠充分反映出多元的聲音²³⁶。關於Boyle的詳細論點，本文在第四章會有進一步的介紹。即便如此，本文還是不禁要提醒，雖然公共領域在口號的角色上發揮了可觀的正面效果，但功能絕對不僅止於此，其對於人類文化創作活動的發展有著匪淺的助益，本文已一再強調，因此，若只以團結口號來定義或侷限公共領域的內涵，恐怕是失之偏頗，同時也阻礙了文化創作活動的發展。



3.7 小結

在本章中，本文介紹了公共領域目前遭受到的幾個重大衝擊，從比較上位的抽象概念來看，包括了私人對公共領域發動的圈地運動、著作權的權利主張愈來愈趨近有體財產權以及媒體集中化等；比較具體的實踐，則是有科技保護措施以及擴充著作權保護的相關法案等。

學者 James Boyle 指出，近來有一些私人以「公共財的悲劇」為理由發動了所謂的圈地運動，亦即對公共領域進行圈佔，以從中營利並排除其他人的取用。這樣的圈佔行為不僅無法提供任何創作動機，還可能會衍生一連串的不良影響。由於思想與知識具有「非敵對性」的特質，使得公共財的悲劇喪失了大半的說服

²³⁵ See Boyle, *supra* note 6, at 68.

²³⁶ See generally, Boyle, *supra* note 127.

力，因此，在沒有實證資料證明公共領域的犧牲確實有助於作品的產出之前，我們不應放任私人基於其自己的利益來對公共領域為圈佔。

近來著作權似乎有種往有體財產權靠攏的趨勢。部分著作權人主張，他們所享受到的權利保護應該要等同於有體財產權，最典型的就是內容產業的訴求，他們認為著作權係神聖不可侵犯，其權利範圍本應是無遠弗屆，所謂的合理使用原則或概念表達二分法被認為是多餘的權利限制。此外，這些著作權保護的極端擁護者亦認為，著作權不應有時間上的限制，這可以從內容產業一次又一次遊說立法機關延長著作權保護期間的事實中得到佐證。這類的有體財產權化主張如果蔚為風潮，除了會對公共領域造成直接威脅之外，亦可能使未來創作者視公共領域為畏途，不願意主動將作品貢獻給公共領域，間接地致使公共領域無從自新興科技的發展中獲得應有的充實、灌溉。

媒體集中化則可說是公共領域不斷縮減之後所引發的後續效應。當公共領域被縮減，致使免費自由取用的材料減少之後，對於那些不憑藉販售作品來營利的業餘創作者而言，從事創作活動的成本以及進入門檻將會大量攀升，在這樣的態勢之下，能夠生存下來或者保有強大競爭力的資訊生產者，恐怕只剩下持續向公眾販售資訊或作品以從中營利的內容產業，創作者的多元性於是慢慢地消褪，只集中在。更不樂觀的是，這些業餘創作者通常是公共領域的主要貢獻者，少了他們的主動奉獻，公共領域的成長速度恐怕將會嚴重遲緩。因此，簡單地說，公共領域被圈佔後導致創作成本大為提昇，連帶使得願意主動將作品貢獻給公共領域的業餘創作者很難在本環境中繼續生存下去，少了這群人的灌溉，對於公共領域可說是造成了二度傷害，因而形成了一種惡性循環。

媒體集中化所可能造成的負面影響還不只如此。以商業利益為導向的內容產業其實有很強的動機去迎合大多數消費者的口味，為了盡可能獲取最大的收益，他們所產出的作品或資訊有可能會相當地庸俗單調，具有批判性或者非主流的觀

點議題則是付諸闕如，如此將可能導致社會上文化資訊的多元性嚴重不足。

著作物在數位環境中被非法盜版的風險可說是不斷提昇，爲了因應這樣的狀況，有些著作權人深感現行著作權法保護的不足，遂自行採行一些科技保護措施來阻止那些未經授權就擅自接觸使用其著作物的行爲。大部分由科技保護措施所捍衛的作品，其授權條件幾乎是一面倒向著作權人，在科技保護措施的作用之下，消費者通常沒有討價還價的空間，其作品內容也相當地不透明。

科技保護措施通常是由程式碼所構成，其在數位或網路空間的管制力之強大，可說是超越了國家法律，甚至是取代了法律的規範，偵查能力也遠遠優於司法機關。又由於科技保護措施是由著作權人主動採用，其設下的管制有可能比現行法律還要嚴苛，加上政府通常不會介入審查科技保護措施的管制合理與否，使得消費者的使用權限幾乎是完全由著作權人或軟體工程師來操弄。此外，隨著數位及網路科技逐漸滲透進人們的日常生活當中，科技保護措施的管制力也似乎顯得無遠弗屆；如果消費者堅持不願接受科技保護措施的管制，恐怕就沒有機會享受汲取那些以數位及網路科技所創作出來的資訊或作品。

科技保護措施幾乎沒有容納合理使用的空間，所有的使用都會受到管制，尤有甚者，公共領域的材料也有可能被私人利用科技保護措施給封鎖起來，變相地向消費者兜售本應爲人人免費取用的資訊內容，嚴重阻礙了資訊的自由流通。

關於著作權法政策的制定過程，學者 Jessica Litman 指出，立法機關長久以來慣於將主導權交給可能會受到影響的內容產業，新興產業與消費者則很少有加入協商的機會，致使最終制定出來的政策幾乎未經過社會大眾的充分討論，多半還是反映著內容產業的利益。此外，大型內容產業又常常憑恃著其政經力量向立法機關施壓，遊說立法機關通過對他們有利的法律。

觀諸著作權法的演變歷史，保護標的、權利種類與保護期間都不斷地在作擴

張，加上國際組織與公約的推動，使得著作權擴張逐漸形成一股全球的趨勢，連帶地致使公共領域可能受到的衝擊與日俱增。爲了因應環境條件的改變，有部分的擴張確實是無可厚非，然而，近來在美國通過或醞釀的一些法案卻不見有提供太多的創作誘因，反而還嚴重縮減了公共領域。

其中之一便是一九九八年通過的著作權期間延長法（CTEA），將當時著作權保護期間延長二十年，不管是既存作品或是未來產出的新作品，都能一體適用。本法中最引人爭議的莫若回溯保護的部分，其不僅將即將進入公共領域的作品拉回著作權人的控制之下，致使公共領域將有長達二十年之久無法受到新作品的灌溉，亦不見有提供任何的創作誘因，反而還比較像是在維護內容產業的既得利益。本法所引發的一連串爭議中，最著名的當屬 *Eldred v. Ashcroft* 一案，擔綱本案訴訟的學者 Lawrence Lessig 雖然最終遭受挫敗，但仍不減其推動自由文化的堅持，持續在一些復興公共領域的實踐中宣揚其理念。

其二係數位千禧年著作權法（DMCA），禁止他人從事科技保護措施的規避行爲，落實於該法中的反規避條款；交易或流通足以用來規避科技保護措施的裝置設備，同樣也在禁止之列，於該法中見諸明文的則是反交易條款。本法大大補強了科技保護措施的不足，畢竟其程式碼仍有被熟悉數位科技的人士破解的可能。本法的通過，有部分原因是爲了履行美國在「世界智慧財產權組織著作權條約」等國際公約下的義務，然而，美國政府所制定出的規範，卻比那些國際公約的要求還要嚴苛許多。

除了少數得以受到豁免的情況之外，反規避幾乎是一概禁止所有的規避行爲，不管其規避目的是否符合其他的法律規範。最明顯地，爲了就當中的作品的內容進行合理使用而採行的規避行爲，仍受反規避條款所禁止，即使作品中的內容係屬於公共領域，社會大眾也不能有任何規避科技保護措施的舉動。雖然國會設計了一些豁免條款與行政審查程序，以試圖緩和本法的衝擊，然而，這些得以

免責的例外情形，卻只能適用在反規避條款，反交易條款則是沒有適用的餘地。這樣的安排可能是有問題的，因為反交易條款的管制力量其實是遠遠勝過反規避條款，具備有自行破解科技保護措施的能力者畢竟只是少數，因此，即使規避行為本身被豁免了，消費者若無法取得可以拿來從事規避行為的裝置設備，對於科技保護措施恐怕還是無可奈何，規避行為本身被豁免的實質意義似乎不大。簡言之，DMCA 的規範似乎過於嚴苛，且強化了科技保護措施對於公共領域的威脅，是否應該加以調整，似乎有再三斟酌的餘地。

本文所介紹的第三種可能威脅公共領域的法律，則是資料庫保護的相關立法。就那些收錄純粹資料或事實的資料庫而言，其內容本是屬於公共領域的素材，任何人皆得自由取用。然而，近來有一些資料業者大力遊說立法機關通過法律來保護他們所建置的資料庫，禁止任何人未經授權就取用其中的公共領域素材，這對於公共領域來說，不啻是種衝擊。

歐盟於一九九六年通過了歐盟資料庫保護指令，在既有的著作權法架構之外，又另外創設了一種「特別權利」，提供法律保護給那些在內容的選取編排方面不具有原創性但卻投入了實質投資的資料庫。該指令在美國發揮了不小的影響力，加上業者的大力遊說，致使有大量的相關草案前仆後繼地在美國國會裡被提出。惟由於最高法院在 *Feist* 案裡推翻了「額上汗珠原則」，使得那些在選擇編排方面未滿足最小程度創意的資料庫很難取得著作權保護，縱使其在金錢或時間上具有實質的投資。因此，迄今沒有一部草案能夠在國會裡正式通過，然而，即便如此，這些推動立法的嚐試長久以來也醞釀成一股不可忽視的能量，而有可能在不久的未來在國會裡闖關成功，其相關動態值得我們持續關切。

雖然本文在本章中多次列舉並強調公共領域目前在數位環境中所受到的衝擊，不過仍不乏對此持反面看法者。例如有學者提出「浪漫的公共領域」的論點，認為公共領域的擁護者過度想像每個人均能平等地取用公共領域內的素材，而忽

視了每個人的能力背景不盡相同，而有可能造成不公平的分配結果。亦有學者認為，公共領域未必全然處於縮減的狀態，因為目前也有一些企業或私人正從事於公共領域的擴充，即使其最終動機是爲了牟取自身的利益或者削弱對手的競爭力。此外，復有學者在試圖確立公共領域的內涵與理論架構卻無功而返後，認爲公共領域其實並不存在，其只不過是著作權保護反對者拿來號召分散力量的團結口號，除此之外，並無太多實質意義。

無論如何，從整個大趨勢來看，本文認爲，公共領域的縮減現象確實是存在的，不管是一些比較上位、抽象的現象，還是實際或即將被具體落實的法律，都對公共領域造成了莫大的威脅。更令人憂心的是，這些對於公共領域的可能威脅當中，絕大多數都是爲了促進私人利益或維護財團的既有優勢，而未顧及到公共利益的減損，即使其表面上的理由係提供更多的創作誘因或獎勵創作者的辛勞，惟所採取的手段是否能達到預期的目標，仍有待觀察。必須再予以呼籲的是，公共領域的減損並非只有專業的公共領域擁護者才能介入關心，其係一種社會大眾必須共同關心並體認到的現象，畢竟公共領域與人民的言論自由、創作自由與汲取知識的機會之間有著休戚與共的關係，不可不察焉。

第四章 公共領域復興運動

4.1 內容產業的反撲

本文在上一章介紹了目前公共領域的可能縮減趨勢以及面臨的衝擊，然而，有些人不免會好奇，這些衝擊所由何來？是怎樣的力量促成這樣的現象？本文認為，主要的推動者可能是好萊塢、迪士尼之類的大型內容產業，由於數位時代的到來，著作物的流布方式產生了重大的變化，導致他們長久以來在資訊供給、輸出方面所擁有的霸權地位受到了挑戰，於是採取了一連串的动作來捍衛其既有利益，不料其中的部分動作卻對公共領域造成了負面的影響。

隨著數位科技的發展，有大量原本以類比型態存在的著作物被轉換成了數位型態，古騰堡計劃即是在這方面著力良多的工作計劃。又在傳統的類比環境下，著作物的重製有逐漸失真的問題，亦即類比著作物的品質會隨著被重製的次數增加而逐漸衰減，這項物理特性，對於非法大量重製著作物的行為，有一定程度的遏止作用；但在數位環境下，以位元所構成的著作物，在被重製時便沒有失真之虞，不管被重製成多少份，每件重製品的品質都幾乎與原件一模一樣，鮮少出現因為重製次數增加而導致品質遞減的現象¹，最明顯的例子就是mp3 音樂檔案，即使該檔案已經被輾轉重製過百千萬次，使用者所聆聽到的音樂品質通常跟最原始的檔案是一樣的。就重製數量而言，隨著電腦記憶體空間的持續提昇、擴充，加上MP3、DivX等檔案壓縮技術的發展，透過數位科技所能重製出來的著作物份數，遠遠超出人類以往的想像²，而且還不受實體空間的限制。更令人咋舌的是，只要有最陽春的電腦主機，懂得最基本的操作方式，任何人都可以從事著作物重製行為，而且重製百千萬份的成本，與重製一份的成本所差無幾；相較之下，

¹ See WILLIAM FISHER, PROMISES TO KEEP 14 (2004).

² See *id.* at 15.

傳統的類比重製手法的成本通常所費不菲，例如欲從事大量的紙本印刷，往往必須購有昂貴專業的印刷器材，而且隨著重製份數的持續增加，還得額外添購紙張或油墨以供印刷。

網路科技的發展對於著作物的影響亦不容小覷。透過網路科技，著作物的散布幅員幾乎是無遠弗屆，只要是網路管線所及之處，翻山越嶺、遠渡重洋都變成了輕而易舉的事。著作物在網路上的傳播速度，更不是傳統紙本的流通情形所可比擬，不出幾分鐘，分居地球兩端的網路使用者就可以互通有無，互相分享彼此所擁有的著作物，這樣的傳播速度，恐怕是任何號稱「隔日送達」的快遞公司都難以望其項背的。而且，因為數位內容不存在所謂體積或重量的問題，只要網路頻寬與接受者的電腦記憶體空間許可，使用者雙方所能傳送的數量是很驚人的，再加上每位使用者在網路上都可以自己充任出版商，毋庸政府核發執照，亦無須聘僱任何員工，每個人隨時都可以成為數位內容提供者。

數位及網路科技的發展相當程度地改變了人類的生活，並逐漸成為人類日常生活中的一部份。但是，如果只有數位科技的發展而無網路科技的配合，或者是反過來，只有網路而無數位，可能還不至於對人類生活產生如此顛覆性的影響。唯有兩者結合起來，始能產生加乘的效果，才造就了這般可觀的效應，二者相輔相成，缺一不可³。在這樣的環境下，著作權人們最為關切的，恐怕還是著作物流通方式的改變；內容產業開始發現，他們逐漸無法完全掌控其著作物的流通，不管是數位內容著作，還是可以被轉換成數位型態的類比著作，只要一被上傳到網路上，馬上就有可能在網路社群之間廣為流布，用傳染病病毒的散播來比擬網路上著作物的流傳，應該一點也不為過。在未經著作權人允許的情況下，著作物就普遍流傳於公眾之間，恐怕是大部分著作權人所不樂意見到的現象，尤其是那些深深依賴販售資訊、作品以營利的大型內容產業；音樂著作就是一個最明顯的例子，肇因於mp3音樂檔案技術的發展，有許多的音樂著作被轉換成了mp3音樂

³ *Id.* at 18.

數位檔案，復透過網際網路的流傳，在最誇張的狀況下，幾乎是在唱片上市的隔天，網路使用者就有辦法取得該張唱片的數位檔案；暫且不論音質的差別，我們可以猜想，可能會有一部分的消費者在取得數位檔案之後，就不會另行購買實體音樂唱片了，導致實體唱片銷售額驟減⁴，這也是唱片公司們一直在訴求的重點。

先不論這樣的主張是否合理，內容產業近來一直在疾呼其收益因為數位及網路科技的發展而嚴重受損，同時也主張其傳統的商業經營模式受到了重大衝擊⁵，於是向政府尋求保護，並作出一連串的反撲。這些反撲大致包括了向立法機關進行遊說，以通過一些對內容產業有利、維持他們優勢的法案，有時卻罔顧了公共領域與科技發展的空間；或是憑藉著他們所擁有的雄厚法律資源，向技術革新者與新興科技使用者亦即老百姓發動訴訟，求償龐大的金額，以達到殺一儆百的效果，嚇阻其他人繼續從事類似的行為⁶；在各種宣傳場合或宣導影片中，向民眾宣揚、灌輸他們認為正確的著作權保護觀念，也是內容產業一直在採用的手法，他們不斷地把著作物的盜版比擬成實體財產的盜竊，強化盜版行為的道德可責性，將盜版行為形容成萬惡不赦，試圖利用民眾的罪惡感來回復他們對於著作物原有的堅強控制，將內容產業對於創作活動的價值觀內化到社會大眾的心中。

除了著作物的重製、散布、銷售等影響之外，數位及網路科技的結合，也讓更多人都能夠實際參與充實、建構文化的過程，每個人都有機會為文化的發展貢獻出自己的創意，資訊的產出因此愈來愈分散，社會大眾的口味也愈來愈多樣

⁴ 本文不禁要提醒的是，如果沒有取得mp3 檔案就會去購買實體唱片的消費者，只佔了消費者社群中的「一部份」，而非「全部」。有些消費者可能從來就沒有購買實體唱片的意願，mp3 檔案的取得不過是聊勝於無，亦即mp3 檔案的有無都不會讓他產生起購買實體唱片的念頭，唱片公司是不可能從這些人的口袋中賺到一分半毛的；也有一些消費者在取得mp3 檔案後，基於對該音樂著作的熱愛，依然會去購買實體唱片，mp3 檔案對他們來說，不過是作為試聽罷了，因此唱片公司的收益不會受到影響。唱片公司往往會把唱片銷售額的減少完全歸諸於mp3 檔案的流傳，本文認為這樣的說法恐怕是過於誇大了些，畢竟會影響銷售額的因素不勝枚舉，諸如音樂著作本身的吸引力、大環境的經濟景氣、市面上不同音樂著作彼此間的競爭等，不能全部怪罪於新興科技的發展。類似的觀點，可參見：LAWRENCE LESSIG, FREE CULTURE 68-73 (2004)。

⁵ Fisher, *supra* note 1, at 82.

⁶ *Id.* at 125-27.

化，漸漸無法為大型內容產業所掌控⁷。內容產業其實一直有很強的動機去掌握、操弄社會大眾的口味，因為如此才能確保其生產、輸出的著作物能夠為社會大眾廣泛接受，並帶來最大的收益；就商業經營的觀點來說，內容產業最不樂意見到的，恐怕是投入大量人力、資金所創作出來的著作物卻乏人問津，致使創作過程中花費的資源有如石沉大海，公司營運虧損連連。數位及網路科技增加了公眾參與創作活動的機會，可望增加文化的多元性，豐富社會大眾對於文化的口味，卻削弱了內容產業的對於文化的控制力與影響力，也威脅到了內容產業原本在市場上擁有的霸權，於是，為了維持營收的正常以及原先在市場上的地位，內容產業開始作出了一些反制，其手段大致上不外乎上一段所提到的內容，包括遊說立法、改變社會大眾的價值觀等。

4.2 法律未隨著科技變遷而作適當的調整

在正式進入主題之前，先來談兩段大家或許已經耳熟能詳的歷史。

在西元一九〇三年，萊特兄弟（Wright Brothers）成功地向人們證明，在空中翱翔不再只是夢想，透過一個人工的推進器—飛機，人類也可以體驗到像鳥類一樣自由馳騁於天空的快感，過過長久以來所希企的飛行癮。這是人類史上一項相當重要的發明，之後還引起了一股對於飛行機器的研究熱潮。

在萊特兄弟發明飛機的當時，美國法律規定，土地所有權人的權利範圍下至地球地心，上達無盡的宇宙空間。本來就已經有許多學者對於如何解釋「土地所有權範圍無限向上延伸」這個概念感到困惑，尤其是在飛機被發明出來後，這項原本根深蒂固的美國法傳統概念更變得事關緊要。在一九四五年，這類的問題，終於被提上了美國最高法院，在北卡羅來納州，有群農夫所飼養的雞群因為受到從上方低空飛過的軍機的驚嚇而死亡，農夫們因而控訴美國聯邦政府入侵

⁷ See *id.* at 28-31.

(trespass) 他們的土地⁸。

在最高法院同意聽審這件案子的時候，國會就已經宣佈天空的航道（airways）屬於公共所有。最高法院在判決意見中承認，美國的傳統普通法的確是有「土地的所有權範圍向上延伸到宇宙的邊界」這個古老原則，惟主筆多數意見書的 Douglas 大法官卻以一個段落的說明扭轉了整個立場，顯現出他對這個古老財產法原則的不耐煩，他寫道：

該原則已經不能適用到現在的世界。正如同國會所宣告的，天空的航道應該係屬公共所有。如果不是這樣的話，每一次的跨洲飛行都會讓駕駛員陷於無數的非法侵入的訴訟當中。一般人的通念已經背棄了上述的古老原則，如果私人權利果真及於天空的空間的話，天空的航道將為之阻塞，嚴重妨礙這些航道的控制以及公共利益的發展，原本是公眾才能主張權利的東西，不幸地被轉為私人所有⁹。

或許有人會認為，以這樣短短一個段落的理由，就要廢棄掉幾百年來行之已久的傳統財產法原則，說理還是略嫌不足，似有武斷之虞，但這就是 Douglas 大法官的判決風格，言簡義賅，不拖泥帶水。然而，不管是長篇大論或是三言兩語，都不是重點所在，重點是本件案例突顯出了普通法體系的特殊彈性，亦即法律會隨著當時背景的科技做出適當的調整¹⁰。為了因應有關飛機等的新興科技，提供喘息空間，以免扼殺科技的發展，最高法院在面臨新興科技與傳統法律權利的衝突時，選擇了適當調整有可能妨礙科技發展、不合時宜的舊法律。

⁸ See LAWRECNE LESSIG, FREE CULTURE 1-2 (2004)

⁹ *United States v. Causby*, 328 U.S. 256, 261 (1946). 其原文為：The doctrine has no place in the modern world. The air is a public highway, as Congress has declared. Were that not true, every transcontinental flight would subject the operator to countless trespass suits. Common sense revolts at the idea. To recognize such private claims to the airspace would clog these highways, seriously interfere with their control and development in the public interest, and transfer into private ownership that to which only the public has a just claim.

¹⁰ See Lessig, *supra* note 8, at 2-3 (2004).

時間點再拉近一點，讓我們來看看有線電視（Cable TV）在美國最初的發展。美國的有線電視大概於一九四八年開始發展，他們所播送的內容，大部分係擷取自廣播電視（broadcaster），換成誇張一點的說法，就是「竊取（steal）」廣播電視業者的受著作權保護的材料。起初大部分的有線電視業者，一直拒絕就其所取用的內容支付權利金給廣播電視業者，即使有線電視收視戶是必須繳納費用給業者的。

廣播電視業者及播送內容的著作權人，均對於有線電視業者幾近竊取的行為相當憤憤不平，於是向法院提出控訴，請求制止這類行為。惟美國最高法院曾兩度拒絕廣播電視業者的請求，判決有線電視業者毋須為該行為負責。最後，美國國會採用了一個較為折衷的方式來止息這場紛爭，即要求有線電視業者仍必須就其所播送的內容支付權利金，但是價碼不是任憑著作權人喊價，而是由國會制定法律來決定，換句話說，就是採行「強制授權」，一方面，有線電視業者仍必須就其所取用的材料支付費用，另一外面，著作權人不能因為不滿意權利金價額，就斷然禁止有線電視播送其內容。在這場紛爭中，如果忠實執行當時的著作權法的話，有線電視科技是有可能被認為是侵害著作權，而被禁止發展，或是受傳統廣播電視業者所掌控。然而，最高法院及國會顯然是認識到了有線電視科技的發展重要性，不願扼殺其發展可能性，而適當地調整法律，或是預留一些喘息空間，讓新興科技得以有發展的空間¹¹。

從這兩段歷史中，我們可以看到，在科技變遷的重要時刻，傳統法律權利有可能受到新興科技的衝擊，在這兩股勢力的角力過程中，每次最後勝出的不盡然全是傳統法律權利。或者，更貼切地說，這其實不應該是孰勝孰敗的問題，我們若能抱持著衡平的理念，妥善地斟酌、調整，讓重要的新興科技也有發展的機會，不輕易斷送有可能會讓人類生活更加美好的新興科技的發展未來，是有可能製造出雙贏局面的。其實，在人類歷史上的大部分法律當中，也都是有預留一些空間，

¹¹ See *id.* at 59-61.

讓新興科技或產業得以從中成長。例如在 *Sony Corporation of America v. Universal City Studios, Inc.*¹² 一案中，系爭的新興科技產物－錄影機被以環球電影公司為首的著作權人指控常被使用者用來重製受有著作權保護的電視節目，要求生產該錄影機的Sony公司須擔負起輔助侵權責任。美國聯邦最高法院對於此紛爭的回應是，系爭的錄影機其實可以拿來作為「實質上的非侵害使用」，諸如時間移轉（time-shifting）合理使用、重製已經屬於公共領域的素材或者著作權人早已授權使用者從事重製行為等¹³，並非每次的使用都會涉及侵害受有著作權保護的素材。即使有部分使用者確實將錄影機拿來作侵權之用，卻非錄影機提供者即Sony公司所能控制，Sony公司也未提供任何實質助力，完全是使用者的自主行為，因此不能課以Sony公司輔助侵權責任。關於法律與新興科技的關係，主筆本判決意見書的Stevens大法官表示：「國會應該要有憲法上的權力以及制度上的能力，來充分地容納新科技所衍生的各種競爭利益的排列組合¹⁴」。亦即因為新興科技所造成的不同利益間的衝突，必須由國會權衡各種利益得失，考量新興科技的發展空間以及著作權法的基本精神後，作出衡平的調整，而非斷然給予著作權人無限上綱的保護；而且，在沒有國會的明確指示下，司法機關不願意也不適合擅自擴充著作權的保護範圍¹⁵。

當社會大眾的一般觀感，亦即 Lawrence Lessig 在其 *Free Culture* 一書中一直不斷強調的「合理人的通念（common sense）」，似乎有著支持新興科技發展的傾向時，我們即不應該全然封鎖阻絕該科技的前景，或是斷然放棄科技的潛能。很慶幸地，在我們所看到的這兩段歷史中，通念是站在飛機與有線電視科技的那一邊，這些科技始能發展成今天般的規模。

¹² 464 U.S. 417 (1984).

¹³ 464 U.S. 417, 442-51 (1984).

¹⁴ 464 U.S. 417, 431 (1984). 其原文為：Congress has the constitutional authority and the institutional ability to accommodate fully the varied permutations of competing interests that are inevitably implicated by such new technology.

¹⁵ 464 U.S. 417, 431 (1984).

同樣地，我們今日所面臨到的數位及網路科技，也是具有重大改變人類生活的潛能。在這個科技變遷的重要時刻，有許多現有的法律權利受到了撼動，包括本論文討論的焦點－著作權。在這次的科技變遷過程中，卻幾乎很少見到法律有朝擁護新興科技的方向作適度的調整，或是保留一些喘息空間供新興科技從中發展，舉目所見者，反而以禁止或限制數位及網路科技居多，例如與點對點（P2P）技術有關的*Napster*¹⁶案、針對數位重製技術的數位千禧年著作權法案（DMCA）¹⁷等。目前的新興科技，似乎被要求必須去配合上個世代的法律¹⁸。大型影音企業以對抗海盜（piracy）為名，掀起了一場打壓封鎖新興科技的戰爭。在以保護既得利益為主的現行著作權法體系下，數位及網路科技的潛能很難充分發揮。不只是使用者無法隨心所欲使用新興科技，技術的革新者亦常常是戰戰兢兢、如履薄冰，不敢放手從事技術的開發，深怕越過法律的警戒線而遭受法律的訴追。

在科技潛能無從充分發揮的情況下，除了技術革新者屢被打壓之外，最大的輸家其實是消費者，他們無法享受到新興科技所帶來的便利，而必須持續受內容產業的既有商業經營模式所控制¹⁹。

人類社會並不是第一次經歷這樣的科技變遷，相信也不會是最後一次，但是與之前幾次的經驗比較起來，所謂的「通念」似乎未站在新興的數位及網路科技這邊，新興科技在目前的發展面臨到了頗多的限制，現行的著作權法相當程度地控制了其發展方向及未來。在數位及網路科技與傳統著作權的幾次衝突當中，最後作出讓步的，通常以前者居多。本文認為，在目前的時空背景下，著作權雖然一再地受到數位及網路科技的挑戰，但是著作權在法律層面還是佔有較優勢的地位，著作權人目前所普遍感受到的無力感，毋寧是執法觸角沒有辦法延伸到每個角落罷了，若是有機會將爭端搬上法庭，相信著作權人還是可以取得相對有利的

¹⁶ *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001).

¹⁷ Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860 (1998).

¹⁸ Lawrence Lessig, *The Creative Commons*, 55 FLA. L. REV. 763, 773 (2003).

¹⁹ See Fisher, *supra* note 1, at 115.

發言地位。即便如此，本文並非意謂，現行的著作權法必須完全配合數位及網路科技的發展而做徹底翻修，或是現行法律必須全然地以數位及網路科技為主軸而作調整；本文所在意的，其實是一種對於新興科技一概不予考慮的心態。在某種程度上，著作權的確具有鼓勵創作的功能，而且長久以來確實在這方面發揮了可觀的實際功效，我們必須給予高度肯定，但這並不表示著作權法不具有隨著時空背景做適度調整的彈性，何況著作權不是一種與生俱來的自然權利，反而還比較接近一種媒介手段。我們所應該做的是，在維持著作權法鼓勵創作功能的同時，也提供新興科技一些發展的空間，絕非是要完全毀棄著作權法，亦非對數位及網路科技趕盡殺絕，這兩個極端都不是本文所認同。心裡念茲在茲的，應當是公眾與私人間的利益平衡，試圖將目前保護密度似乎持續攀升的著作權法趨勢，稍微往中道調整一些。

何以目前這次的通念尚未完全支持新興數位科技？有論者認為，之所以會有這樣迥異的結果，或許是肇因於雙方力量的不對等。在飛機的例子中，權利受損、提出異議的是飼養雞隻的農夫，談判力量有限，社經地位亦不算突出，無力抗拒當時附合飛機科技的潮流、通念；但在目前的環境背景下，敵視、打壓數位及網路科技最力者，大部分是如好萊塢、迪士尼之流的大型影音企業，他們擁有雄厚的談判籌碼，以及堅實的法律團隊，在政治圈中亦頗有影響力，與飛機科技例子中的農夫們相比，不可同日而語²⁰。

另外，在數位及網路科技被處處受限之際，公共領域似乎也連帶地遭受池魚之殃；原本有可能隨著數位及網路科技的發展而進一步獲得滋潤灌溉的公共領域，非但獲益不如預期，還被私人爭相圈佔，原本用以扼殺新興科技的法律與另類的技術手段，同時也讓公共領域受到諸多衝擊。根據前文所介紹的公共領域在目前數位環境中所受的衝擊，包括圈地運動、大型娛樂產業遊說通過的法律、私人採行的相關科技等，公共領域這一塊人類共有資源，嚴重地被腐蝕、侵占。縱

²⁰ Lessig, *supra* note 8, at 3.

使現在已經開始慢慢有些許關切公共領域的聲音浮現，但卻未壯大到足以與保護著作權聲浪抗衡的地步，在著作權保護的威權底下，公共領域常常還是得做出退讓，淪為被犧牲的角色。或許，我們也可以這樣說：社會大眾對於公共領域的通念，尚未完全覺醒。

4.3 有關公共領域的通念

4.3.1 通念正在覺醒中

本文在上一節提到，對於公共領域的「合理人的通念（common sense）」，似乎「尚未完全覺醒」。這句話的意思並不是說公共領域完全不受到任何重視，相反地，本文將進一步指出，對於公共領域的通念，「正在慢慢覺醒中」。

本文認為，在目前一片加強著作權保護的呼聲中，還是有一些關切公共領域的聲音存在，雖然可能還未成氣候，卻是正逐漸在加溫當中。在學術界，自杜克大學教授David Lange的“*Recognizing the Public Domain*”²¹一文開始，學者們開始嘗試探究公共領域的意義內涵；有部分學者已經清楚正視到，一部保護太過嚴密的著作權法，加上一些過於極端的著作權利主張、私人自行採行的科技保護措施等，對於公共領域可能造成的傷害，以及進一步對於言論自由、人類文化創作活動產生的妨礙，例如美國杜克大學出版的「法律與當代問題」期刊，在二〇〇三年冬天即以公共領域為主題，激盪出許多精采的討論²²；學者們並呼籲，這股似乎失之衡平的著作權保護趨勢，應該有所矯正，社會大眾起身以實際行動保護公共領域不受私人利益侵蝕的時候到了。

4.3.2 為何要談公共領域

²¹ David Lange, *Recognizing the Public Domain*, 44 LAW & CONTEMP. PROBS. 147 (1981).

²² 有關該主題的論文集，可免費在網路上閱覽電子文本，請參見：
<http://www.law.duke.edu/journals/lcp/indexpd.htm>，最近瀏覽日 2006/04/06。

或許有人會質疑，公共領域不過是個空洞的口號，未見有任何實質的意義，實在沒有必要賦予過多的關注或討論，也不應該拿來作為抗拒給予著作權人更多保護的理由。況且目前尚未有一套完整的公共領域理論，我們也沒自公共領域的具體化中獲得任何實質的東西²³。然而，本文認為，公共領域還是有其正面意義，其不只是人類共有的珍貴文化遺產，也是後人創作的基礎，更在著作權保護的脈絡中提供了多元的思考，一道公益與私利間的緩衝閘。即使真如某些論者所稱，只是純粹的意識型態上的口號，本文以為這樣的口號還是有存在的必要，不宜完全抹煞其價值。

目前任教於美國杜克大學的著作權法學者James Boyle，曾經以環境保護運動（environmental movement）的例子來強調公共領域作為號召口號的重要性²⁴。與環境保護有關的議題有很多，非核家園、京都議定書與生物多樣性等都是常常被拿出來討論的環境相關議題，不一而足；與「公共領域」極為類似的是，關於「環境（environment）」這個名詞本身的意涵，亦尚未有明確、一致的定義。我們在討論這些議題的時候，通常會把系爭的可能影響歸納為對於「環境」的衝擊，而非其他特定的事物，這樣的作法有何特別用意嗎？為何在討論核能發電的時候，被關切的通常是核廢料對於「環境」的傷害，而不是「土壤」或「水質」？Boyle認為，這有可能是基於修辭上的考量，讓環境保護擁護者更有利於訴諸道德，博取社會大眾的注意與支持²⁵。

再者，只單獨就個別環境議題為討論的話，很難引起其他分屬不同領域的環境保護支持者的共鳴，推動能量即有所不足²⁶。例如推動核四公投的民進黨前主席林義雄與要求核廢料遷出蘭嶼的現任無黨籍立委高金素梅，兩人雖然同樣地都在為核能問題奔走，惟主要關切的領域略有不同，所以鮮有合作聯手的機會。若

²³ Edward Samuels, *The Public Domain in Copyright Law*, 41 J. COPR. SOC'Y 137, 150 (1993).

²⁴ See James Boyle, *The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain*, 66 LAW & CONTEMP. PROBS. 33, 70-74 (2003).

²⁵ *Id.* at 70-71.

²⁶ *Id.* at 71-73.

能拉高討論的層次，以「環境」作為討論主軸，強調不同群體彼此間的相互關係，即有可能喚起大家對於共有利益的共識，融合彼此的資源及能量²⁷。再以上述林、高二人作為例子，暫時先撇開政治意識形態不談，我們可以假設，如果他們把提倡的主題層次提高為「核能」的縮減使用，或者甚至是「環境保護」，也許就有機會互相產生共鳴，結合彼此的力量，說不定更有助於往彼此的目標邁進。

如果公共政策的主導權被掌握在少數集中化、對於成員彼此的共同利益有著高度共識並擁有完善組織的利益團體手裡，所制定出來的政策品質通常是相當令人擔憂的，因為這些集中化的團體往往會排擠其他組織能力欠佳的零散個人或團體，導致被制定出來的政策裡可能只會反映出最有力利益團體的觀點或利益，而忽視其他分散個體的聲音。如果一個公共政策只讓少數集中的團體獲益，卻將可能招致的成本或損失分散轉嫁給社會上的其他團體或個人，該政策的制定過程通常會被認為嚴重欠缺民主精神。平心而論，個人被特定公共政策影響或衝擊的程度，如果加總起來作觀察，其實並不亞於任何一個利益團體，然而，由於這些分散的個人通常沒有團結起來作動員的機會，這些游離的力量無法結合在一起，致使遊說能量差上利益團體一大截。若能援用「環境」或「公共領域」等抽象的上位概念，或許可以讓那些平時分散、缺乏交集的個人聚集起來，取得一個共同的發聲著力點，組成一個足以與利益團體平起平坐的聯盟，讓公共議題的討論過程中有機會呈現出較為多元的聲音²⁸。

對於大部分的环境保護團體來說，進行環境調查或從事政治活動的所需成本，通常都可以透過慈善募款或政府經費的配給來支應，因而運作上不致每每陷入財務危機而停擺，故在社會上仍能保持相當的活躍程度。而且，所謂的環境保護，於多數的環境保護人士而言，並非只是停留於空想的理念，在許多例子中可以發現，他們的確花費了不少心力以將理念付諸實行。相較之下，我們卻很少見

²⁷ *Id.*

²⁸ *See id.* at 72.

到以保護公共領域作為主要理念及目標的組織團體存在，Boyle之所以會選擇「環境」與「公共領域」作類比，其中的部分原因，或許正是想以環境保護運動的經驗作為借鏡，不管是經費的募集或是理念的實際推動，皆有許多值得公共領域擁護者參考、效法之處²⁹。

總而言之，的確如某些論者所言，公共領域的定義或內涵確實還有進一步澄清的必要，惟不能只因為定義上的暫時模糊不清或是「公共領域」的概念常常在不同脈絡中被交互使用，就斷然一筆勾銷其存在意義。另外，眾所公認地，公共領域如果被拿來作口號之用的話，亦具有不容小覷的力量；本文認為，單就口號一途而言，公共領域的存在必要性實不容忽視，因為其乃凝聚共識、喚起通念覺醒所必須著力的基礎，然而，本文還要提醒的是，公共領域絕對不只是口號而已，其係較著作權為歷史悠久的傳統，也是「公眾對於著作物的廣泛接觸使用」與「著作權保護」之間的緩衝閘，在人類的創作活動中一直扮演著關鍵的角色，更是發明創作的主要泉源。



4.4 近來的公共領域復興運動

4.4.1 自由軟體運動

除了這些疾呼維護公共領域的重要性及必要性的學者論文著述之外，亦有一些相關的社會運動，正在全球各地推展當中，其中最為人們所知的，當屬自由軟體運動（Free Software Movement）。自由軟體運動約是起源於一九八〇年代，最早是由素有自由軟體之父之譽的Richard Stallman所提倡、領導。Stallman認為，著作權及軟體專利制度嚴重地禁錮了軟體技術的發展及創新，不管是原始碼（source code）或是目的碼（object code），都應該是自由地散布，供公眾分享、自由使用，而非壟斷在少數權利人的手中，為了實現這樣的理念，Stallman於一

²⁹ See James Boyle, *A Politics of Intellectual Property: Environmentalism for the Net?*, 47 DUKE L. J. 87, 112 (1997).

九八四年離開他原本所任職的麻省理工學院，成立了自由軟體基金會（Free Software Foundation），啓動GNU³⁰計畫，並建立「通用公眾授權(GNU General Public License，簡稱GPL)」制度，希望藉由這項授權條款，保障軟體的開放性與自由流通，並確保每個人都可以對軟體進行任何修改。而Stallman本人也是持續在創作自由軟體，並常常出現在各個場合宣言其理念。

“Free”一字同時寓有「自由」及「免費」的意思。自由軟體運動所宣揚的“free”，絕對不是意指免費，雖然有部分自由軟體的確係免費供公眾取用，但這不是自由軟體運動的核心目的，仍有部份自由軟體是必須付費始能取得；其所強調的是，任何自由軟體使用者都有使用、複製、散布、研究、改寫、再利用該軟體的自由³¹，而使用者對於軟體原始碼的接近使用（access）更是這些自由的先決條件，付費與否倒不是關心的重點。

根據GPL的授權條款內容，GPL軟體的原始碼必須是公開的，使用者得自由進行重製、散布與改作，亦得改作成其他著作，包括文字、圖形、視聽著作等。任何對於附有GPL的軟體進行修改而產生的衍生著作，如果要對外公開的話，也必須將原始碼開放給公眾，並同樣地附上GPL註明，以相同的形式繼續分享散播出去，供公眾進一步自由利用，確保自由軟體的理念能代代相傳下去。如果修改而成的衍生著作只是爲了作私人使用，不打算對外流傳，開放原始碼與否就沒有那麼重要，因爲GPL所關切的重點是，軟體在公眾之間流傳時，任何人都應該有檢視、修改原始碼的機會。正如同自由軟體所強調的是「自由」而不是「免費」，在散布GPL軟體的過程中，散布者非不得就其所提供的服務或軟體所附載的實體媒介（例如光碟片）收取工本費用，惟不得超過實際散布軟體的合理所需成本。

³⁰ GNU的全名爲GNU's Not Unix，意指一種非屬Unix的類似Unix系統，其字彙組成饒富趣味。

³¹ 更確切地說，Stallman主張使用者對軟體應下列四大自由：（1）The freedom to run the program, for any purpose;（2）The freedom to study how the program works, and adapt it to your needs. Access to the source code is a precondition for this;（3）The freedom to redistribute copies so you can help your neighbor;（4）The freedom to improve the program, and release your improvements to the public, so that the whole community benefits. Access to the source code is a precondition for this. 參見：<http://www.fsf.org/philosophy/free-sw.html>，最近瀏覽日 2006/02/20。

GPL軟體的散布係採用「以現狀供應（the software “as is”）」模式，散布者亦毋庸保證軟體良好無缺，其瑕疵風險須由使用者自行承擔，不過散布者亦得選擇收取些許費用而向使用者負擔瑕疵擔保責任³²。

值得附帶一提的是，以上所討論的授權規範，均是以GPL Version 2的內容為依歸。GPL Version 2 制定於一九九一年，至今已經十多年未經更動。當時制定的環境背景較現在為單純，所需處理的議題主要是集中在確保軟體的開放以及自由使用、流通等。然而，隨著自由軟體運動這幾年來的蓬勃發展，環境背景已經歷相當重大的變動，有許多當初未曾發生或未加考慮的議題，目前已經衍生出不少的爭議，而且可能會在將來對自由軟體運動發展產生關鍵影響，而有予以正視、妥善因應的必要，必須在整體規劃GPL時一併納入考量³³。有鑒於此，自由軟體基金會目前已在著手進行GPL Version 3 的修訂研擬，希望能藉此契合時代的脈動、因應實務的發展趨勢，並預計在二〇〇六年對外公佈草案內容³⁴。

另外，依照一般的GPL條款，當其他軟體連結或使用到附有GPL的軟體函式庫³⁵（library）時，所謂的連結或使用行為將構成一種「結合」，亦即兩者結合成一部新的軟體著作，而必須受到GPL條款的規範、將原始碼公諸於大眾。這樣的情形，可能會降低私有軟體（proprietary software）使用自由軟體函式庫的意願，因為這必須冒著受GPL拘束而被強制公開原始碼的風險，於商業利益不免有所減損。為了因應這種情況，並鼓勵商業軟體使用自由軟體函式庫，以增加自由軟體的流通性，自由軟體基金會特別又制訂「次級通用公眾授權（GNU Lesser General Public License，簡稱LGPL）」³⁶，在本授權條款下，一部連結自由軟體函

³² 關於GNU General Public License的詳細內容，請參見：<http://www.gnu.org/licenses/gpl.html>，最近瀏覽日 2006/02/21。

³³ 李科逸，因應未來發展趨勢，GPL第三版與時俱進，科技法律透析，17卷12期，頁3，2005年12月。

³⁴ 參見：<http://www.fsf.org/news/gpl3.html>，最近瀏覽日 2006/04/06。

³⁵ 根據LGPL的定義，函式庫是指「一些軟體功能或數據的結合，以便於與應用程式相連結供執行之用」，參見：<http://www.gnu.org/copyleft/lesser.html>，最近瀏覽日 2006/02/22。

³⁶ 詳細內容請參見：<http://www.gnu.org/copyleft/lesser.html>，最近瀏覽日 2006/04/06。

式庫而產生的軟體著作，在散布於公眾時，毋庸一併公開原始碼。

除了 LGPL 之外，隨著自由軟體運動的發展，有多種不同的授權模式被陸續推出，包括 Berkeley Software Distribution License（簡稱 BSD）、Mozilla Public License（簡稱 MPL）、The IBM Public License、QPL、The MIT License 等，不一而足，其對於被授權人的權利義務各有不同的規範，惟限於篇幅及本文論述核心，不擬一一詳細介紹。

關於程式碼常會使用到的輔助說明文件，一件功能完備的軟體通常係由無以計數的程式碼所組成，並牽涉到許多複雜參數、函式的運用，即使是專業行家，也須花費一番功夫始能完全清楚解讀他人所撰寫的程式碼，因此，在軟體的開發過程當中，常常會使用到一些說明文件，以解釋特定部分程式碼的功能或用意所在，幫助其他使用者了解該軟體的組成要素以及功能運作過程，以利繼續從事後續的改良、開發工程。為了確保自由軟體所附加的說明文件得以如自由軟體般自由流通，自由軟體基金會又另外設計了「GNU自由文件許可證³⁷（GNU Free Documentation License，簡稱FDL）」，用以規範相關說明文件的使用。

自由軟體運動最初的參與者大多是一些程式設計高手，有部分甚至還常常扮演著電腦駭客（hacker）的角色。在一九九一年，芬蘭籍的Linus Torvalds開發出一套與Unix相容的系統—Linux³⁸，Torvalds亦以自由軟體的模式釋出他所開發的Linux Kernel原始碼，結合當時GNU計畫下已開發完成的其他自由軟體，逐步地形成一個完整的作業系統，並採用通用公眾授權的授權模式，在網路上散播開來；這也是為何當人們論及Linux的時候，Richard Stallman會希望將之正名為GNU/Linux，而不是Linux³⁹。GNU/Linux所具有的自由、公開等特質，廣受許多程式設計師及專業玩家的喜愛，帶動了不少其他社群一起加入自由軟體運動的行列。

³⁷ 詳細內容請參見：<http://www.gnu.org/copyleft/fdl.html>，最近瀏覽日 2006/04/06。

³⁸ 亦即所謂Linux's Unix的意思。

³⁹ 參見：<http://www.gnu.org/gnu/linux-and-gnu.html>，最近瀏覽日 2006/04/06。

列，並分別持續在這塊平台上貢獻一己之力，強化系統運作的效能，或是以 GNU/Linux 為核心研發相關的應用軟體，使得本系統的功能漸趨成熟，近來在作業系統市場逐漸具有與微軟的視窗系統分庭抗禮之態勢。

自由軟體運動的出發點，究其本質，其實相當地複雜，絕對不是純粹為了反抗微軟之流的企業財團，其參與動機可能還包括為了解決使用軟體時所面臨的各種疑難雜症，希望借重其他人的能力來排除問題；或是為了彰顯自己在軟體設計方面的優越能力，希望能夠在社群裡博取好的名聲，抬高自己在圈內的評價；也有可能是想要與其他軟體設計好手互相切磋設計軟體的技巧，汲取新知，磨練自己的能力⁴⁰。其可能的出發點眾多紛陳，有道德理想，也有現實層面的考量，不可一概而論，若只以單純的反資本主義的浪漫道德理想來看待，恐怕是小覷了自由軟體運動的彈性以及所蘊藏的能量。

4.4.2 維基百科⁴¹



百科全書一直在人類智識文化活動中扮演著吃重的角色，透過百科全書的查閱，許多我們原本不了解的知識主題或名詞，都有機會在百科全書內容中獲得基礎的認識。百科全書所強調的通常是一種知識的廣度，內容幾乎涵蓋了各種知識主題，提供有興趣的初學者一個絕佳的入門機會；在尚未具備基礎的背景知識前，一無所知的初學者如果一開始就去研讀專業深入的資料，常常會覺得艱澀難懂，而難以進入狀況，必須花上好一番功夫始能掌握資料中所討論的題材，因此，就一個初學者而言，相對於專業資料或書籍，一部完整的百科全書可能是一個比較適合的入門工具書，俟初學者從百科全書中取得基礎的認識後，再循序漸進地延伸閱讀其他深入討論的資料，毋寧是個比較輕鬆、有系統的學習過程。

⁴⁰ 章忠信，從自由軟體運動之發展看市場經濟的理性抉擇，頁 2，參見作者本人主持的「著作權筆記」網站：<http://www.copyrightnote.org/paper/pa0031.doc>，最近瀏覽日 2006/04/06。

⁴¹ 維基百科官方網站：<http://www.wikipedia.org/>，最近瀏覽日 2006/06/19。

市面上所流通的眾多百科全書當中，最具有權威性同時也是最為人們耳熟能詳的，大概要算是「大英百科全書」了，其與美國百科全書、科里爾百科全書並列世界三大百科全書。然而，我們目前所見到或使用的百科全書，包括大英百科全書在內，多是商業化經營下的產物，亦即消費者必須付費購買，始能取得或閱讀裡面的內容，這也正是百科全書業者的主要收入來源，且為持續營運的基礎。因應數位及網路科技的發展，部分業者也趕上了這波數位化的趨勢，推出了線上版本的百科全書內容，不過仍然必須先付費才能進入閱覽，而且內容與數位化之前的紙本無甚差別。

二〇〇一年，電腦程式設計師Ben Kovitz在一次的談話機會當中，首先向當時任職於一家小型網路公司Bomis的Larry Sanger提出了一個自由、開放與分享的百科全書計劃概念，亦即維基百科（Wikipedia）的雛形構思。Sanger對此大為讚賞，並隨即向他所任職的Bomis公司的總裁兼執行長Jimmy Wales分享這樣的觀念。於是Sanger與Wales兩人嘗試在既有的Nupedia⁴²的平台上開發維基百科，不過發展情況卻是不甚理想，只好另以一個全新的平台來發展維基百科計劃，Nupedia並於二〇〇三年功成身退並下線，因此，Nupedia可是說維基百科的前身。

維基百科發展至今僅有五年，已經成為了全球最大的線上百科全書寫作計劃，每天瀏覽人數超過千萬，其秉持著知識開放、自由分享的理念，所載的內容都是免費供公眾自由取用，從不收取分文，相較於商業百科全書的利潤取向經營，兩者的運作模式可說是大相逕庭。而且，每個人都有機會參與百科全書內容的撰寫，沒有身分、國籍、職業或年齡等限制，只要有興趣或意願，人人都可以將自己的所學知識貢獻出來予公眾分享，稱維基百科為一個全球的線上知識交流平台，應該一點也不為過。每位參與撰寫內容的志工，通常無法自他們所創作的作品獲取經濟報酬，亦即這些志工都是屬於義務性質，基於知識分享交流的熱忱，自動自發加入編纂維基百科的行列。

⁴² Bomis公司所開發的線上百科全書計劃，目前已經停止運作。

維基百科內容的廣度，甚至比一般的商業百科全書還要優越，所討論的主題幾乎涵蓋了所有想像得到的人類知識領域。我們可以在維基百科這一座浩瀚的知識資料庫中找到各式各樣的知識資訊，不管是如「鈴木一郎(Ichiro Suzuki)」、「達賴喇嘛(Dalai Lama)」等人物生平介紹，或是如「奧涅加湖(Lake Onega)」、「墾丁國家公園」之類的地理景點資訊，就連一些冷門、稀奇古怪的問題，例如「台灣女性文化地標」、「台北車站地下商場」等，都有可能¹在維基百科找到解答或相關資訊。而且，使用者所閱讀到的幾乎都是最具即時性的資訊，因為來自全球的創作志工們隨時都在修正、補充、上傳最新的資料，不管是特定知識學門目前衍生的最新發展，或是前所未見的新穎知識主題，只要有對於該方面富有研究的志工願意投入編寫的工作，公眾馬上就可以在維基百科上獲取這些新知。

在維基百科的創作平台上，均以「條目(article)」作為編寫內容的基本單位，在同一個知識主題當中，可能會有多個條目，用以說明該主題涉及的相關資訊；每個條目中，可能又會在一些關鍵字中加入超連結，以讓有興趣的讀者能繼續作延伸閱讀。每位創作志工都可以建立新的條目，亦即開創新的討論內容，也可以就既有的條目為編輯修改，將原來的內容作更適切的修正。以這樣層次分明的條列方式臚列百科全書的內容，方便使用者閱讀，且有利於創作志工的編寫工作。

為了更清楚說明條目的運作方式，本文在此以「釋迦牟尼(Gautama Buddha)」的維基百科介紹為例：在圖一的左下方，以較大框線圈選之處，即是本主題中的條目大綱；至於中間偏左以多個較小框線圈選之處，則設有供使用者延伸閱讀用的超連結；又在圖二中間偏右的圈選之處顯示出“edit”的字樣，其代表著使用者可以參與編輯該條目內容的行列。

Gautama Buddha - Wikipedia, the free encyclopedia - Microsoft Internet Explorer

http://en.wikipedia.org/wiki/Gautama_Buddha

The Free Encyclopedia navigation

- Main Page
- Community Portal
- Featured articles
- Current events
- Recent changes
- Random article
- Help
- Contact Wikipedia
- Donations

search

Go Search

toolbox

- What links here
- Related changes
- Upload file
- Special pages
- Printable version
- Permanent link
- Cite this article

in other languages

- Català
- Cesky
- Dansk
- Deutsch
- Esperanto
- Español
- Eesti
- فارسی
- Français
- Galego

"Siddhartha" redirects here. For other uses, see *Siddhartha (disambiguation)*.
 "Gautama" redirects here. For other uses, see *Gautama (disambiguation)*.


Gautama Buddha was a spiritual teacher who was born in **Lumbini**, a place situated on modern **Nepal** near the borders of modern **India**. He spent his childhood in what is now the land of **Nepal**. He spent some part of his time in Northern **India**. He start preaching approximately from **563 BCE** to **483 BCE**. Born as **Siddhartha Gautama** (Sanskrit: "descendant of Gautama whose aims are achieved / who achieves aims effectively") he became "the **Buddha**" after embarking on a quest for spiritual meaning. He is universally recognised by Buddhists as the Supreme Buddha (literally *Enlightened One* or *Awakened One*) of our age. He is also commonly known as **Shakyamuni** or **Sakyamuni** ("sage of the *Shakya* clan") and as the *Tathagata* ("thus-come-one").

Gautama is the key figure in **Buddhism** and accounts of his life, **discourses**, and **monastic** rules were summarized after his **death** and **memorized** by the **sangha**. Passed down by **oral tradition**, the *Tripitaka* was committed to **writing** about four hundred **years** later. Some **Hindus** regard Gautama as an *avatar* of **Lord Vishnu**.

Contents [hide]

- Buddha's life
 - Conception and birth
 - Marriage
 - The Great Departure
 - After leaving
 - The Great Passing
- Personality and character
- Physical characteristics
- Teachings
- Buddha as viewed by other religions
 - Bahá'í Faith
 - Hinduism
 - Islam
 - Christianity
- See also
- External links

Standing Buddha, ancient region of Gandhara, northern Pakistan, 1st century CE, Musée Guimet.



圖

Gautama Buddha - Wikipedia, the free encyclopedia - Microsoft Internet Explorer

http://en.wikipedia.org/wiki/Gautama_Buddha

The Buddha as presented in the Buddhist scriptures is notable for such characteristics as:

- A comprehensive education and training in those fields appropriate to a warrior aristocrat, such as **martial arts**, **agricultural management**, and **literature**, and also a deep understanding of the religious and philosophical ideas of his culture.
- Athletic and fit throughout his life, competent in martial arts such as **chariot combat**, **wrestling**, and **archery**, and later easily hiking miles each day and camping in the wilderness. (Images of a fat "Jolly Buddha" or **Laughing Buddha** are actually depictions of either *Maitreya*, The future Buddha, or a 10th century Chinese monk, sometimes called *Hotei*, *Hoti*, or *Milefo*.)
- A superb teacher, with a fine grasp of the appropriate **metaphors**, and tailoring his teachings to the audience at hand.
- Fearless and unworried at all times, whether dealing with religious debators, royalty, or murderous outlaws. He was never past exasperation when monks of his order misrepresented his teachings.
- Temperate in all bodily appetites. He lived a completely celibate life from age 29 until his death. He was indifferent to hunger and environmental conditions.

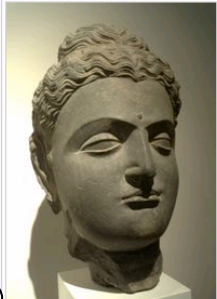

Physical characteristics [edit]

Main article: Physical characteristics of the Buddha

Buddha is perhaps one of the few sages for whom we have mention of his rather impressive physical characteristics. He was at least six feet tall and had a strong enough body to be noticed by one of the Kings and was asked to join his army as a general. Although the Buddha was not represented in human form until around the **1st century CE** (see **Buddhist art**), his physical characteristics are described in one of the central texts of the traditional **Pali canon**, the *Digha Nikaya*. They help define the global aspect of the historical Buddha, his physical appearance is described by Buddha's wife to his son Rahula upon Buddha's return in the scripture of the "Lion of Men":

- Like the full moon is His face; He is dear to Gods and men; He is like an elephant amongst men; His gait is graceful as that of an elephant of noble breed. That, indeed, is your father, lion of men.
- He is of Aryan (aristocratic nobility) lineage, sprung from the warrior caste; His feet have been honoured by Gods and men; His mind is well established in morality and concentration. That, indeed,

Gandhara Buddha, 1st-2nd century CE, Musée Guimet.

圖二

雖然維基百科所載的內容，均是供公眾自由、免費取用，任何人都可以重製、散布或改作其內容，惟仍有使用的條件，即使用者必須遵守自由軟體基金會所公開發行的GNU自由文件許可證⁴³（GNU Free Documentation License，簡稱FDL）第 1.2 版⁴⁴。又萬一志工所編纂上傳的內容被懷疑係屬於受有著作權保護的素材，或是有侵害他人著作權的嫌疑，維基百科管理員會暫將該內容予以封鎖，並會同其他創作者一起檢視、投票，以決定是否要加以移除。

爲了將維基百科推廣至全球每個角落，落實知識自由分享的理念，國際化便成了不得不採行的步驟。維基百科最初於二〇〇一年上線時是以英文編寫，但發展至今已經擁有多種語言的翻譯版本，當中也包括中文。這些翻譯工作也幾乎是由義務性的志工們來擔綱處理，多賴他們的努力貢獻，維基百科的內容方能散播到世界各地。關於條目內容的數量，目前還是以英文版爲最多，已經超過百萬之數，而且每天仍有持續驚人的成長，中文版則約有六萬多篇條目，仍有不小的發展空間，不過，相較於對岸中國的志工人數，台灣目前實際參與的人力仍略嫌不足。平心而論，一些華人文化特有的知識主題，例如「布袋戲」、「佛跳牆」等，恐怕不是非出身於華人社會的使用者所能深刻體會，而比較適合由土生土長的本地人來編寫，因此，國人更應該被鼓勵加入編寫維基百科的行列，相信有助於將本地知識及特有文化推廣到世界各地。又值得附帶一提的是，在維基媒體基金會（Wikimedia Foundation）運作下，維基百科還有其他姊妹計劃⁴⁵，例如節錄大量

⁴³ 詳細內容請參見：<http://www.gnu.org/copyleft/fdl.html>，最近瀏覽日 2006/04/06。

⁴⁴ Wikipedia官方網站對於維基百科內容適用FDL情形，說明如下：

Permission is granted to copy, distribute and/or modify this document under the terms of the GNU Free Documentation License, Version 1.2 or any later version published by the Free Software Foundation; with no Invariant Sections, with no Front-Cover Texts, and with no Back-Cover Texts.

A copy of the license is included in the section entitled "GNU Free Documentation License".

Content on Wikipedia is covered by disclaimers. 參見：

<http://en.wikipedia.org/wiki/Wikipedia:Copyrights>，最近瀏覽日 2006/05/29。

⁴⁵ 這些姊妹計劃可以在維基百科的入口網站中找到，請參見：<http://www.wikipedia.org>，最近瀏覽日 2006/04/06。

名人名言或作品中佳言錦句的「維基語錄 (Wikiquote)」、提供英文新聞資源的「維基新聞 (Wikinews)」等，其資料也都是免費供公眾取用，對於人類知識的傳播同樣有著莫大的貢獻。

4.4.3 麻省理工學院「開放式課程計劃」

我們常常可以在校園裡發現，爲了提昇課堂上講授的效果，並維持台下學生的專注力，教師通常會編寫一些上課教材，作爲講課時的主要依循。雖然大部分的教材係從教科書上節錄下來，教師不能因此取得著作權保護，亦不得禁止他人取用同樣的內容，但是該節錄行爲也不至於侵犯原教科書作者的著作權，因爲有著合理使用的存在。然而，除了節錄他人的著作內容外，也有不少教師係因應學生的特別需求而自力撰寫教材內容，或是就一些本來已經屬於公共領域的事實或資料，作具有原創性的選擇或編排，就這兩種方式所編寫而成的教材而言，教師是有可能取得著作權保護的，他人不得擅自取用。

爲了擴大學術教材的普及性，並讓有興趣的一般民眾也有機會接近使用教育資源，將各種學門的知識提供予公眾分享，美國麻省理工學院於二〇〇二年在 William and Flora Hewlett 基金會與 Andrew W. Mellon 基金會等團體的贊助下，成立了「開放式課程計劃 (MIT OpenCourseWare，簡稱爲 MIT OCW)」，並架設所屬的「開放式課程網頁」⁴⁶，免費將麻省理工學院教職員所使用的教材或教學資源提供給公眾，並可在網路上搜尋、下載，不管是學者專家還是販夫走卒，每個人都有汲取新知的機會。學習者毋庸千里迢迢親自至麻省理工學院上課，在「開放式課程網頁」上就可以下載課程大綱、上課筆記、課程相關的影音檔案、延伸閱讀清單、習題、考題以及其解答等，從中吸收獲取麻省理工學院課堂上傳授的知識，在家也有自力學習的機會，而且沒有固定時段的限制；尤其是生活條件較爲困苦的第三世界國家人民，縱使沒有能力負擔親赴美國留學的經濟開銷，藉由

⁴⁶ 官方網站請參見：<http://ocw.mit.edu>，最近瀏覽日 2006/04/06。

MIT OCW的建置，亦能閱讀到正在麻省理工學院課堂上講授的教材內容，粗略了解美國學術研究的近況或趨勢，學習效果如何暫且不論，相信應能相當程度地消弭知識的落差。

毫無疑問地，這批由學校教職員所編寫的教材，有部分原本可能是受有著作權保護的，然而，基於知識自由流通、分享的精神，他們卻願意無償地將著作物貢獻出來。麻省理工學院校長 Charles M. Vest 曾對於本計劃的理念作了如下的闡述：

爲什麼我們要這麼做呢？因爲我們將此視爲我們的任務之一：幫助提昇世界各地的高等教育品質。本項計劃係以機會與開放此雙重價值爲基礎。讓我們的大學與國家變得更強壯，以及保持世界的安全與強壯，都是有價值的。而且，當你在這個世界上持續成長的時候，那些都是你應該珍惜與保護的價值⁴⁷。

簡言之，Vest校長認爲知識的開放以及自由流通係提昇教育品質、改善人類生活的關鍵。不過，對於那些終日繁忙於教學、研究或行政事務的教職人員而言，如果還要自行負責包括將有意貢獻出來的教材上傳到「開放式課程網頁」上的相關工作，可能會對他們造成額外的負擔或困擾，因此，MIT OCW更特別向外募集志工，負責聯繫各學院系所，協助教職員將教材轉換成數位型態、提供上網以及編輯修改等，甚至是研究、釐清特定教材可能涉及到的智慧財產權問題⁴⁸，以減輕教職人員的負累，讓他們更能將精神專注於作品的創作或教材的編寫。

關於取用教材的前提或條件，MIT OCW亦採用了Creative Commons所提供

⁴⁷ <http://ocw.mit.edu/OcwWeb/Global/AboutOCW/presidentspage.htm>，其原文爲：Why would we do this? Because we see it as part of our mission: to help to raise the quality of higher education in every corner of the globe. This program is based on the twin values of opportunity and openness. These are values that have made our universities and our nation strong. They are values that will keep our world safe and strong. And they are values that you should treasure and protect as you make your way in the world. 最近瀏覽日 2006/04/06。

⁴⁸ 參見：<http://ocw.mit.edu/OcwWeb/Global/AboutOCW/process.htm>，最近瀏覽日 2006/04/06。

的創作共享授權條款，要求使用者不得拿來作商業性利用（Noncommercial）；使用時必須註明該資料係來自麻省理工學院，並標記原出處或原作者的姓名（Attribution）；就教材為改作時，也必須採用原來的授權條款，始得散布衍生作品（Share Alike）⁴⁹。

毫無疑問地，MIT OCW的使用者係來自全球各地，畢竟知識的傳遞本來就應該是沒有國界的。然而，MIT OCW上的絕大多數內容一開始係以英文撰寫，而且有時免不了會使用到一些學術專業術語，由於種族、語言的隔閡，有部分的非以英文為母語的人民可能無法順利解讀教材內容的文字意涵，如此將造成學習上的障礙，形成知識傳遞的鴻溝，因此，MIT OCW也另外徵募了一些志工，負責將教材內容翻譯成各種語言，以促進知識的普遍流通，讓更多人有機會閱讀並理解吸收MIT OCW所提供的教材內容。在眾多的翻譯計劃當中，繁體中文的翻譯亦是發展重點之一；曾多次搬上大銀幕放映並創下票房佳績的「魔戒」系列小說，其中文版譯者朱學恆，目前正擔綱帶領麻省理工學院「開放式課程網頁」中文翻譯計畫（MIT OCW Chinese Translation Project），亦架設了專屬網站⁵⁰。更確切地說，這項中文翻譯計劃在台灣其實是被建置於Opensource Opencourseware Prototype System⁵¹（簡稱OOPS）底下，而OOPS又是由朱學恆先生贊助成立的奇幻文化藝術基金會所執行。朱學恆先生非常期望將這樣的教材資源與國內學術界一起分享，以提昇研究、教學的品質，搭起國內學術界與麻省理工學院的合作橋樑，惟目前完成翻譯的內容及篇數相當地有限，志工的人力也不算足夠，尚待各界的重視與支援。

這樣的學術教材免費分享概念，的確是個相當具有前瞻性的構思，使得其他大學也紛紛起而效尤，例如美國的猶他州立大學、約翰霍普金斯大學以及日本的

⁴⁹ 參見：<http://ocw.mit.edu/OcwWeb/Global/terms-of-use.htm>，最近瀏覽日 2006/04/06。

⁵⁰ 官方網站請參見：<http://www.twocw.net/mit/index.htm>，最近瀏覽日 2006/04/06。

⁵¹ 中文名稱同樣也是「開放式課程計畫」，但為免與上述的MIT OCW產生混淆，本文暫且不使用本中文名稱，官方網站請參見：<http://www.twocw.net>，最近瀏覽日 2006/04/06。

京都大學、大阪大學、東京大學等，都將教材免費提供上網供公眾取用。或許，從這些實踐當中，也可以找到一些值得國內學界省思或採用的地方。

4.4.4 學生起身對抗著作權囤積

公共領域的復興並不是那些著作權法專業研究人員或作品創作者的專利，在學學生也有為公共領域貢獻一己之力的機會。例如在美國賓州大學Swarthmore學院就讀的兩個大學生，首先於二〇〇三年控告投票機器製造商Diebold濫用著作權法⁵²，自此之後，他們架設了名為“FreeCulture.org”⁵³的網站，作為他們推動自由文化⁵⁴運動的網路平台，並開始串聯其他大學的學生，在各校園裡組織致力於推廣自由文化的學生社團，向其他學生同儕宣揚自由文化的理念，強調著作權法對於人類文化及社會的重要性，亦指出一部保護過於強大的著作權法可能造成的不良後果。這些學生們並呼籲，目前的著作權法正在被財團們濫用當中，好萊塢及唱片公司逐漸取得了對於數位及網路科技的否決權（veto power），科技的發展空間有被縮減的趨勢。

為了提昇串聯的能量，FreeCulture.org的推動者們亦結合了自由軟體運動社群、開放原始碼運動社群、Creative Commons、電子前鋒基金會（Electronic Frontier Foundation）、藝術家及自由主義者等盟友；然而，雖然這些盟友在推廣自由文化運動方面尚稱略有小成，但是青年學子們卻很少深刻體會到一部過度保護的著作權法對於人類日常生活的威脅性，警覺性以及關心程度常常是嚴重不足，因此，FreeCulture.org的推動者特別構思了一些與學生切身相關的主題，例如找出一些

⁵² 二〇〇三年十月，就讀於美國賓州大學Swarthmore學院的數名學生重製了Diebold公司的內部備忘錄，並備份其連結。這些備忘錄透露出Diebold公司明知其生產的投票機器具有安全上的漏洞，但仍將機器出售給政府。Diebold公司主張系爭備忘錄係由公司伺服器所盜取出來，並以違反數位千禧年著作權法為由，向那些進行備份的學生寄出警告信函、威脅提出訴訟。隨後，在輿論的壓力下，Diebold撤回了他們之前提出的威脅，不過，學生們卻反過來控告Diebold公司濫用數位千禧年著作權法，法院最後判決Diebold敗訴，而必須向學生支付損害賠償。詳細內容請參見：<http://www.wired.com/news/politics/evote/0,65173-0.html>，最近瀏覽日 2006/04/06。

⁵³ 官方網站請參見：<http://freeculture.org>，最近瀏覽日 2006/04/06。

⁵⁴ 關於「自由文化」的意涵，本文在下一節會有進一步的介紹。

已經屬於公共領域的作品供學生們進行改作、轉化，誘使他們發揮創意並親身參與作品製作的過程，俟後再透過創作共享授權條款釋出予公眾分享，以讓其他學生同儕能夠對於創作活動的自由有深一層的體悟⁵⁵。學生們亦被鼓勵參與立法議題，”*Save the iPod*”⁵⁶即為他們的具體成果之一。該議題鼓吹學生寫信給國會代表，形成輿論壓力，以阻止引誘法（INDUCE Act⁵⁷）的通過。

從上述的這些推動過程，我們可以發現，雖然學生對於公共政策的影響力一直被認為是相當有限，但學生們對於公共領域的復興或者著作權政策的制定並非完全沒有著力之處，透過妥善的規劃、組織，仍然有機會盡一點綿薄之力，甚至起身對抗大型內容產業。學子們也是著作物的大宗消費者之一，當然也應該適度地在著作權政策制定過程裡表達自己的看法，防止著作權法被私人肆無忌憚地濫用，而非一味地冷漠以對，默默接受大型內容產業所建立的遊戲規則。Wayne State University 教授Jessica Litman對於這波由學生及消費者所推動的自由文化運動感到相當不可思議，認為以往著作權政策制定的主導權多是掌握在內容產業手裡，使用者很少有上談判桌表示意見的機會。她表示：「我希望這份覺醒（關於著作權法）能像病毒一樣地散播並傳染給其他國民。關於法律對於特定行為合法與否的認定，消費者應該要有顯著的發言機會⁵⁸」。換句話說，Litman認為，全民都應該就著作權法的管制合理與否表示自己的意見，而且鼓勵這股參與熱潮在社會大眾間散播開來。

4.4.5 The Public Domain Enhancement Act

⁵⁵ 參見：http://www.wired.com/news/culture/0,1284,65616,00.html?tw=wn_tophead_1，最近瀏覽日 2006/04/06。

⁵⁶ 官方網站請參見：<http://savetheipod.com/index1.php>，最近瀏覽日 2006/04/06。

⁵⁷ 該法案主要是由唱片產業所推動，目的是讓唱片產業能夠以科技產品裡欠缺防止使用者從事侵害著作權行為的功能為理由，去控告生產這些產品的廠商，例如檔案分享軟體及iPod。

⁵⁸ *Supra* note 55. 其原文為：I'm hoping that awareness (about copyright law) spreads like a virus and infects the rest of the country. Consumers ought to have a significant say in what the law says is legal and illegal.

爲了重新回復著作權法逐漸失去的平衡，並設法保存公共領域，在經歷 *Eldred v. Ashcroft* 一案的挫敗之後，以 Lawrence Lessig 爲首的一群公共領域擁護者，向美國國會提出了「公共領域加強法案⁵⁹（The Public Domain Enhancement Act）」。**Lessig** 在他的 *Free Culture* 一書裡已有粗略的介紹，爲了將其構想進一步具體化，遂有本法案之草擬與提出。

依據本法案內容，在著作公開發表五十年後，著作權人可以選擇支付一道極低的費用（例如美金一塊錢），並向著作權局爲註冊登記，以延展（renew）著作權存續期間，繼續尋求法律的保護；付費後的著作權存續期間應爲多長，則由國會定之。著作權人也可以選擇不付費，而將作品貢獻給公共領域，因爲著作權人認爲他的作品已經不再具有商業上價值，不值得再以美金一塊錢來延長保護，所以該作品被認爲有投入公共領域的必要。

很明顯地，本法案大體上係針對美國著作權期間延長法（The Copyright Term Extension Act，簡稱 CTEA）而來。如同上一章所述，CTEA 嚴重地縮減了公共領域，而本法案的提出則是希望能夠稍微緩和公共領域被衝擊的程度。本法案主要是著眼於一九二三年至一九四二年間取得著作權保護的作品，這些作品至今仍具有商業價值的其實很少，而且依據一九七六年通過的美國著作權法，這些作品即將進入公共領域，然而，由於 CTEA 的通過，使得它們再度受到著作權保護，而無法進入公共領域、爲公眾自由取用。既然這些作品大部分已經沒有商業上的利用價值，著作權人很難再透過權利的主張掙取額外的收益，那麼，徒然將它們控制在權利人的手裡，不但權利人無法從中得利，公眾也無法享受到該創作成果，這樣恐怕只是閒置資源、造成社會的虛耗。因此，本法案希望能藉由將喪失商業價值的作品的著作權保護期間縮減到五十年，以達到充實涵養公共領域的效果，並減少創作資源的閒置或社會虛耗。

⁵⁹ 詳細內容請參見：<http://eldred.cc>，最近瀏覽日 2006/04/09。

值得注意的是，本法案只適用於那些已經「公開發表」的作品，不以「創作完成」之時作為五十年期間計算的起始點。為何要特別做這樣的安排？這其中是藏有玄機的，因為作品公開發表的時間較易確認，例如大部分出版書籍的作品介紹資訊裡都有記載出版日期。相較之下，個人完成創作的確切時間，就很難加以掌握，有時甚至連作者自己都無法指出精確的時點，而且第三人對於創作完成時點的探究也可能會干涉到作者的個人隱私；尤其是那些作者本來就極度不願意公開的作品，如果還一味強迫作者非採取一些積極行動不可，恐怕也不合情理。本文認為，雖然這些疑慮在傳統的著作權法就一直存在，但也許是爲了降低本新興法案的爭議性，避免對現行著作權法體系產生過大的衝擊，於是對於適用對象作適度的限縮。

至於為何要以美金一塊錢作為延展著作權存續期間的費用，亦有其道理存在。或許有些人會認為這樣的費用過低，政府其實可以藉著這個機會增加歲入。事實上，本法案的出發點只是單純爲了確認哪些作品應持續受保護，哪些作品應進入公共領域，而且，著作權人平常繳納的有關作品銷售的所得稅，就已經貢獻稅收給政府了，過高的延展費用對著作權人來說，可能會造成一種懲罰。

另外，本法案所指涉的延展登記費用，不得在五十年期間屆滿前繳納，這是因爲如果允許著作權人在早期就繳費以延續保護期間，等於是喪失了本法案所要追求的目標：讓著作權人有機會重新考慮其作品的剩餘商業價值與保護必要性。

再者，自從一九七六年的美國著作權法廢除掉取得著作權保護的形式要件（formalities）後，著作自被固著於有體物時起，即取得著作權法保護，無須滿足任何形式要件，包括著作權標示或向著作權局爲註冊登記等。在「創作保護主義」下，著作權人沒有在作品裡附載著作權資訊的義務，著作權局裡亦缺乏作品的相關資訊，有意尋求授權的作品利用人，往往無從得知應洽詢的對象，也欠缺查詢著作權人的管道，利用人必須大費周章始能與著作權人搭上線，這對於作品

的潛在利用人來說，將形成龐大的交易成本，構築作品使用上的阻礙⁶⁰。在本法案的規範下，著作權人在延展保護期間的同時，也必須向著作權局為註冊登記，著作權局因此取得了有關作品的相關資訊，並可在日後供公眾查詢，在不變動「創作保護主義」的大前提下，間接地彌補一九七六年法所衍生的後遺症，相信這將有助於降低利用著作物的交易成本。

有學者對本法案提出質疑，認為如果重新回復形式要件的要求，可能會讓財團、內容產業更加居於優勢的地位，鞏固他們在著作權戰爭中原本就擁有的霸權，因為企業們畢竟還是比老百姓更為熟稔著作權形式要件的相關程序，尤其是那些未受過法學教育或欠缺法律實務經驗的民眾，兩者所擁有的法律資源不可同日而語⁶¹。本文認為，回復部分形式所可能導致的結果，應該沒有如這位學者所說的這麼悲觀，即使真的有部份民眾不熟悉相關程序而致權益受損，可能也只是改革初期必經的陣痛期，不宜過於低估民眾對於新的法律措施的適應力，而且，藉著數位及網路科技的發達，註冊登記、繳費等程序都可以轉而在線上操作，較傳統的人工辦理簡化了不少。此外，為了克服目前著作權法保護聲浪高漲下所逐漸形成的窘況，著作權法學者Jessica Litman曾經強調律師的角色，惟所倡議的是負責代表公共利益發聲的著作權律師，適度地為社會大眾抵制過於嚴苛的著作權法管制，而非為產業利益辯護或是協助內容產業陣營灌輸民眾產業認為應然的著作權法觀念⁶²；本文認為，Litman所提倡的公益律師，應該也能在本法案的脈絡中有所發揮，負責輔導民眾如何因應本法案建議的延展著作權存續期間的程序，或是從旁給予協助，如此一來，應可望減少新制度對於一般民眾的衝擊。

4.4.6 Creative Commons

⁶⁰ See Samuels, *supra* note 23, at 158.

⁶¹ Julia D. Mahoney, *Lawrence Lessig's Dystopian Vision*, 90 VA. L. REV. 2305, at 2329 (2004) (book review).

⁶² JESSICA LITMAN, *DIGITAL COPYRIGHT* 74 (2001); 相較之下，Lawrence Lessig在*Free Culture*一書中對於律師反倒是多所貶抑，認為有太多律師助長了財團對於自由文化的管制，或協助財團壓榨一般的著作物使用者，因而主張律師愈少愈好，see LAWRENCE LESSIG, *FREE CULTURE* 304-06 (2004).

4.4.6.1 組織簡介

Creative Commons⁶³（創作共享授權計畫）⁶⁴肇始於西元二〇〇一年，是一個非營利組織，其係植基於自由軟體運動之精神，並參照通用公眾授權條款（GNU GPL）的相關實踐，在日趨嚴密的著作權保護趨勢中，致力於保留一塊可供公眾自由創作、分享的園地，以達成私人與公眾之間的平衡。希望能夠在目前有關著作權的論辯的兩個極端之間—「保留所有權利（all rights reserved）」以及「無政府狀態（anarchy）」—採取一種較為衡平、折衷及調和的作法，針對電腦軟體外的各種形式創作，設計一套簡明的著作權授權條款，免費提供給公眾使用，鼓勵著作人在某些條件下自願與他人分享其受著作權保護的作品，或者進一步將作品奉獻給公共領域，藉以保障言論自由、營造社群意識、深化公共領域內涵、促進文化傳播，同時又可以保護著作人的作品、不至於侵害著作權人的權利⁶⁵。

本計畫係由一群包括網路法律學者、智慧財產權法專家及網路出版商在內的工作成員所領導，並有來自哈佛法學院柏克曼網路與社會研究中心（Berkman Center for Internet & Society at Harvard Law School）、史丹佛法學院網路與社會研究中心（Stanford Law School Center for Internet and Society）等組織團體的支持。目前由在史丹佛法學院執教的知名憲法及網路法學者Lawrence Lessig擔任主席⁶⁶。

Creative Commons最初所使用的授權條款係依據美國相關法律設計而成，為將其理念推廣到世界各地，並讓各地區的人們均能夠對於其作品選擇適合他們法律背景的授權條款，於二〇〇三年推出International Commons計畫（簡稱iCommons），這項子計畫的目的是將創作共享授權條款翻譯為各種語言，並因應

⁶³ 關於Creative Commons的詳細介紹，請參見Creative Commons官方網站：<http://creativecommons.org>，最近瀏覽日 2006/02/15。

⁶⁴ 國內譯名還包括創意公用、創意共享等，不一而足。

⁶⁵ 參見：<http://creativecommons.org/about/history>，最近瀏覽日 2006/02/15。

⁶⁶ 同前註。

各個不同的司法管轄領域 (jurisdiction)，在維持創作共享精神不變的前提下，適當地調整其內容，以與該區域的其他相關法律相容，確認授權條款在該司法管轄領域內的適法性⁶⁷。實際的運作過程為，各地區的負責機構將授權條款翻譯完成後，透過郵件論壇 (mailing list) 等線上公共討論機制，將內容提供給公眾閱覽、討論，之後視公眾的反應情況決定是否延長討論或繼續修正內容。翻譯完成的授權條款內容，經過美國Creative Commons的認證後，便可成為當地正式的創作共享授權條款⁶⁸。截至目前為止，已經有二十九個國家完成翻譯、建制的工作，並已開始施行。此外，尚有瑞士、丹麥等十個國家正在進行公共討論當中⁶⁹。

目前台灣也是iCommons的成員之一，主要工作係由中央研究院資訊科學研究所主持。中研院資訊所之所以會承接本計畫的工作，緣起於執行經濟部工業局所委辦的自由軟體相關計畫⁷⁰時，接觸到Creative Commons的相關訊息，在認同其精神理念後，於二〇〇三年十一月成為Creative Commons在台灣的 iCommons 計畫 (Creative Commons Taiwan) 的合作機構，負責將創作共享授權條款內容翻譯為繁體中文，提供公開討論，並與其他機構及創作者合作推廣Creative Commons⁷¹。目前台灣已於二〇〇四年七月完成創作共享授權條款 2.0 版本的翻譯與線上公共討論，並經美國Creative Commons審閱、認證，成為正式適用於台灣司法管轄區域的創作共享授權條款。

除了授權條款的制定與iCommons計畫外，Creative Commons還陸續推出新的工作計劃，例如二〇〇五年年初在麻省理工學院與HighQ Foundation等組織的

⁶⁷ 詳細內容請參見：<http://creativecommons.org/worldwide>，最近瀏覽日 2006/02/15。

⁶⁸ 詳細的過程步驟，請參見<http://creativecommons.org/worldwide/overview>，最近瀏覽日 2006/02/15；亦參見李婉萍，著作權授權的新興模式－Creative Commons創意公用授權淺介，科技法律透析，16卷10期，頁3，2004年10月。

⁶⁹ 參見：<http://creativecommons.org/worldwide>，最近瀏覽日 2006/04/06。

⁷⁰ 有關該計畫的詳細介紹，請參見<http://www.openfoundry.org/article.pl?sid=04/09/01/0611247>，最近瀏覽日 2006/04/06。

⁷¹ 參見：<http://creativecommons.org.tw/?LearnAboutusAbouttaiwan>，最近瀏覽日 2006/04/06。

支持下成立的Science Commons⁷²，其可以視為附屬於Creative Commons下的一支，成立宗旨係為了促進科學研究所需各種素材的自由流通，包括文獻、原始事實資料（raw facts）和其他科學知識資產等，希望藉以鼓勵科學創新。

4.4.6.2 授權條款內容

Creative Commons所定義的四種最基本授權條件設定如下⁷³：



姓名標示（Attribution）

授權人允許他人重製、散布、展示、演出本作品與以本作品為基礎的衍生著作，但被授權人必須尊重原作者的著作人格權，保留原作者的屬名。



非商業性（Noncommercial）

授權人允許他人重製、散布、展示、演出本作品與以本作品為基礎的衍生著作，但被授權人不得以商業性目的而作使用。



禁止改作（No derivative works）

授權人允許他人重製、散布、展示、演出本作品與以本作品為基礎的衍生著作，但被授權人不得對本作品進行改作。



相同方式分享（Share Alike）

唯有當改作人亦採用與授權人的原作品相同的授權條款時，改作人方得被允許散布衍生著作。

⁷² 官方網站請參見：<http://sciencecommons.org>，最近瀏覽日 2006/04/06。

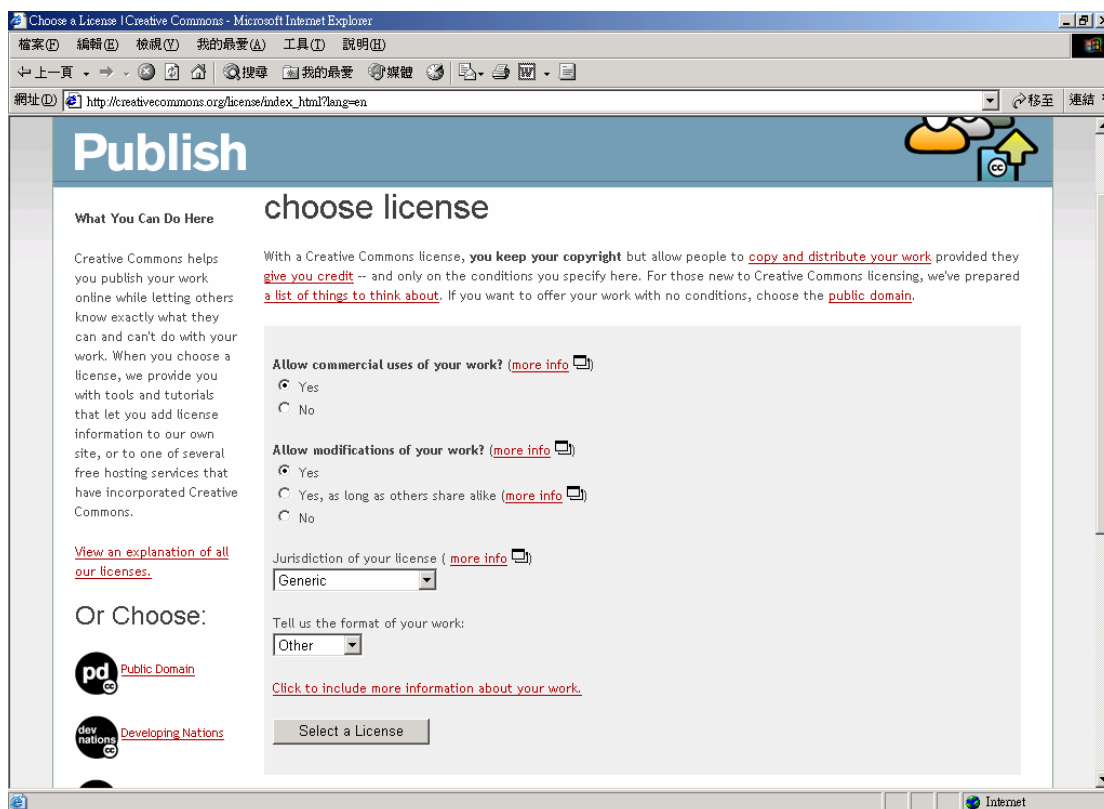
⁷³ 參見：<http://creativecommons.org/about/licenses>，最近瀏覽日 2006/04/06。

除了這四種基本設定之外，Creative Commons 還提供有其他的授權模式，例如：




透過本授權模式的使用，授權人可以宣告放棄所有著作財產權，主動將作品貢獻給公共領域。

即使使用者不是很了解上述四種基本設定的意涵，也可以透過回答下圖中的幾個簡單問題，由 Creative Commons 網站的系統協助排列出對應使用者需求的授權條件組合。



創作共享授權條款是一種開放又具有彈性的授權方式，著作人可以在眾多授權選項當中，勾選合乎自己意願的授權方式，將著作權的部分權利釋放給公眾，並有多種的交叉搭配組合。依照上述四種基本授權條件，可能的排列組合就有十

一種之多，唯獨「相同方式分享」及「禁止改作」不能同時出現在一份授權條款裡，因為他們的屬性有些許的衝突。創作共享授權條款的最大特徵是，透過這類授權條款，著作人在完成創作後，自願地在其作品上標記所意欲的授權方式，主動告知公眾該作品的權利狀態與被允許的使用方式，特定作品的利用者可以馬上很清楚地了解如何運用該作品，以往徒然面對著作而無從知悉究竟哪些使用方式是被允許的窘境，可望因此減少。傳統合理使用原則一直具有的高度不確定性，也能因為著作權人在創作共享授權條款明確指示了作品允許用途，而獲得部分緩和。而且，在大部分情形下，利用者只需詳加閱讀授權條款的內容，不必再另外花費心力去尋找、洽詢著作人，以徵詢其同意或求取授權。當然，如果作品利用者想要以授權條款外的其他方式來利用作品，仍須個別取得著作人的同意，這點是無庸置疑的。



爲了讓不同的使用者族群都能了解授權方式的內容，Creative Commons 針對每一種授權方式均提供了三種不同的說明版本，包括授權標章（Commons Deed），是一種可供一般人閱讀的白話簡要說明，相當簡明易懂，並搭配有相關的圖示；授權條款法律文字（Legal Code），是一種供法律專業人員閱讀的詳細條文，同時也是在法庭上具有法律效力的完整版本；數位文字（Digital Code），將授權條款內容轉換成機器可判讀的形式，並透過後設資料（metadata）的建制，讓公眾可以在網路上搜尋到各式以創作共享授權條款授權給公眾取用的數位內容著作，並判斷出可行的使用方式。

更進一步說，後設資料是一種有關授權資訊（作者、作品名稱與授權方式等）的資料，可以被嵌入多種不同的檔案格式（包括MP3、html等）中，其運作過程大致爲，當授權人在Creative Commons網站上選取好所意欲的授權方式後，網站便會將以RDF⁷⁴架構編碼而成的後設資料嵌入授權作品中⁷⁵。後設資料的使用，

⁷⁴ 全名爲Resource Description Framework，是一種最常用的後設資料架構；其他可選擇的後設資料架構還包括XML等。

在數位環境中尤其顯得重要，其可說是一種供使用者搜尋、辨認用的標籤，社會大眾可以透過各種線上工具，在網路上搜尋到以創作共享授權條款作出分享的作品，並馬上辨識出本作品允許的使用方式，減少既已釋出作品被閒置荒廢的機會，如此方不致辜負原作者的美意，從而大幅度地擴充了網路上可取用的素材。而且，Creative Commons更特別為此提供了一個搜索引擎⁷⁶，透過關鍵字的輸入，可幫助使用者尋找網路上採用創作共享授權條款的數位內容。

與通用公眾授權條款（GPL）相較之下，創作共享授權條款的適用層面更為廣泛許多，不只侷限於電腦程式著作⁷⁷，其適用範圍涵蓋了任何其他形式的著作以及數位內容。創作共享授權條款中的授權方式之一—「相同方式分享（Share Alike）」，就相當接近通用公眾授權條款的主要授權模式，即所有的衍生作品都必須繼續採用原著作的授權條款，否則不得對原著作進行改作。

4.4.6.3 主要功能



(A) 降低交易成本

著作權法確實提供了創作的經濟誘因，這已為吾人所肯認，但是，著作權法同時也對於作品的自由接近使用，構成了障礙（barrier）。這裡所謂的障礙，可以從兩方面來看，第一，因為法律權利的存在，所有對於作品的接近使用均會受到限制，未獲授權就擅自取用者，除非是符合某些特例情形（例如合理使用），否則極有可能面臨法律的訴追；第二，授權不可能憑空而降，為了尋求著作權人的授權，作品利用人可能必須花費一些交易成本，以尋找著作權人並與其進行協商。為了不變動現行的著作權法體系，Creative Commons接受第一道障礙的存

⁷⁵ 參見：<http://creativecommons.org/technology/web>，最近瀏覽日 2006/04/06。

⁷⁶ 本搜索引擎位於：<http://creativecommons.org/find>，最近瀏覽日 2006/04/06。

⁷⁷ Creative Commons建議，雖然電腦程式著作可透過創作共享授權條款作出分享，但是，通用公眾授權條款（GPL）可能是比較合適的授權方式。

在，而把心力專注於化解也許存有紓解空間的第二道障礙⁷⁸。

自從一九七六年通過的美國著作權法廢除掉取得著作權保護的形式要件（formalities，包括著作權標示或向著作權局為註冊登記等）後，尋找著作權人並與其進行授權協商的難度，以及所需花費的交易成本，可謂是扶搖直上。在形式要件尚未被廢除前，作品利用人可以在作品中取得有關著作權人的資訊，著作權局裡也有相關資訊可供洽詢，找出著作權人的難度不算太高，但這一切都在一九七六年修法後改觀了。沒有了法律義務的拘束，著作權人偶爾會疏於在作品中附註著作權資訊，尤其以網路上所流傳的數位內容著作最為常見，使得作品利用人就算有心要尋求授權，常常也是苦無門路，即使已經大費周章地去尋覓權利人的所在，也偶有徒勞無功的時候。簡單地說，著作物使用授權所衍生的相關交易成本，本來就一直存在，再加上形式要件的廢除，使得原本就已經不容小覷的交易成本更形雪上加霜。

再者，現行著作權法採行「創作保護主義」，著作物自創作完成、被固著於有體物時起即取得保護。但是，我們很難確定創作完成的確切時點，因此無從推算出保護期間屆滿的時點，特定作品是否屬於公共領域，遂充滿了高度的不確定性⁷⁹。有些業餘的創作者可能礙於有限的經費，比較不願意使用受有著作權保護的材料，而偏好取用現成便宜亦即屬於公共領域的素材，然而，為了確定作品是否屬於公共領域，作品利用人可能得花上一番功夫，而有可能導致成本的支出。

又值得注意的是，不只是作品利用人在協商授權時需要支出交易成本，相對的那一方－著作權人自己也有著這方面的困擾。在正式授予授權之前，權利人可能必須與律師商談，以釐清權利保護範圍、授權的法律定義，並擬定授權契約裡的法律用語，在在需要成本的支出。如果是授權作商業性利用，並可從中獲取利

⁷⁸ Niva Elkin-Koren, *What Contracts Cannot Do: The Limits of Private Ordering in Facilitating a Creative Commons*, 74 *FORDHAM L. REV.* 375, 382 (2005).

⁷⁹ See Samuels, *supra* note 23, at 162.

益，著作權人或許還相當樂意負擔授權的交易成本；相對地，如果尋求授權的是無利可圖的非商業性利用，著作權人亦無從從中獲取絲毫利益，那麼，我們可以推論，大部分著作權人負擔交易成本的意願是偏低的⁸⁰。

另外，在「創作保護主義」的架構下，每部作品一創作完成、被固著於有體物時即取得保護，已成爲了著作權法的初始設定，著作權人如要放棄其權利，反而得另外採取一些積極行動，始能將放棄權利的意念付諸實行或是公告週知，顯然地，這也可能會涉及交易成本的支出⁸¹。

這些交易成本的存在，使得接近使用各式作品的所需代價提昇了不少，尤其以個人創作者所受影響最深。對於大宗生產銷售著作物的內容產業來說，著作物的生產不過是另一種生產的手段，由授權所衍生的相關交易成本其實只是整個生產成本中的一部份，而可透過成品的銷售或權利金的收取，一併轉嫁到消費者身上；相對地，在請求授權過程中可能衍生的龐大交易成本，對於純粹想要從事文化創作活動而不願藉以營利的業餘創作者而言，可能是一個揮之不去的夢靨⁸²。

著作權相關交易成本的存在，已成爲我們不得不接受的事實。無論如何，值得我們關心的是，如果交易成本一直居高不下，對於作品的自由流通、分享及再利用，等於是構築了一道厚實的高牆，嚴重地阻礙了人類文化創作活動的進行。Creative Commons 的成立，就是爲了彌補高交易成本下所導致的無效率，希冀能跨越構築在作品面前的那一堵高牆，讓公眾廣爲接近使用各式的作品，而實踐手段就是提供法律上與技術上的基礎架構，亦即創作共享授權條款與 Creative Commons 網站上的授權平台，免費提供給公眾使用。一方面，透過簡單的操作介面，即使是在沒有律師協助的情況下，著作權人也能自行擬定、授與他們所希

⁸⁰ *Id.*

⁸¹ *Id.* at 382-83; *see also*, Lawrence Lessig, *Free(ing) Culture for Remix*, 2004 UTAH L. REV. 961, 972 (2004).

⁸² *Id.* at 384.

望的授權方式，繁冗的法律文字或法律定義，則可由 Creative Commons 網站系統代為自動化處理；另一方面，因為有了授權條款的主動提供，加上所使用的白話文字具有高度的可讀性，作品利用人在檢閱條款內容之後，通常即可知悉許可的使用方式，除非利用人所計畫的使用方式不在著作權人原本所設定的範圍內，否則毋庸再另外花費功夫與著作權人進行授權協商；潛在的作品利用人亦可透過網路之便，於線上自行搜尋到以創作共享授權條款作出分享的作品。簡單地說，原本有可能是獲致授權的阻礙的龐大交易成本，透過 Creative Commons 所設計相關機制的從旁協助，而可獲得大幅度的減輕；拋開交易成本的負累後，作品使用授權預期將更容易達成，也間接地促進了作品的流通與再利用。

(B) 鼓勵釋放部分權利

除了搜尋、協商等交易成本的降低外，Creative Commons 的另一個核心理念，就是鼓勵著作人將作品提供予公眾分享，或是釋放出部分的權利，而非將著作權的每項個別權利都緊緊握在手中，亦即保留所有著作權權利（All Rights Reserved），有如傳統財產權模式一般。Creative Commons 所期待的是，著作權人自願地釋放部分著作權（Some Rights Reserved），讓公眾有一同分享、利用的空間，若是進一步將作品奉獻給公共領域，更是再好不過。

更進一步言之，傳統著作權對於創作保護的初始設定，係推定創作完成後即獲得完整著作權保護（All Rights Reserved），而且幾乎所有作品都是套用這樣的保護模式，每次取用作品前均必須取得著作權人的授權。然而，Creative Commons 的目標卻是增加初始設定的多樣性，提供更多有關作品流通方式的不同選擇，包括釋放部分權利（Some Rights Reserved）與釋放所有權利（No Rights Reserved）等；一反傳統著作權法的作法，Creative Commons 推定部分著作權人擁有將作品分享予公眾的意願，鼓勵、協助著作權人表達出這樣的分享意願，並免費提供授權平台以將本理念付諸實行。

4.5 公共領域相關實踐的精神與創作模式

從上述的公共領域復興運動以及實踐公共領域精神的範例當中，我們可以歸納出一些共通的特點或精神，提供出來作為著作權政策的反思，並在著作權保護聲浪持續高漲的趨勢之下，為人類文化創作活動找出另外的出路，避免著作權過度管制之勢下所可能招致的負面影響。以下將一一介紹本文認為值得我們思考、採用的嶄新創作模式與精神。

4.5.1 自由文化

關於「自由文化 (free culture)」一詞，對於著作權議題稍有研究的人應該都知道，其乃 Lawrence Lessig 教授第三本專書的書名，Lessig 本人也在該書中作了許多有關自由文化的闡釋。然而，這裡首先要澄清的是，「自由文化」目前尚未有具體明確的定義，也不是 Lessig 所發明的名詞，自容有解釋的空間，因此，本文的理解可能與 Lessig 的說法不盡相同，而只是嘗試提出對於自由文化的個人體會，傳達其所可能象徵的精神。

如同自由軟體運動所強調的是散布、重製與修改軟體的「自由」而非「免費」取得軟體，自由文化也不是刻意要剝奪創作人的經濟報酬，或是讓所有的著作物都由公眾免費取用，其所強調的毋寧是創作、表達的自由⁸³。本文認為，作者在創作過程中所花費的心力是值得受到鼓勵的，而應該取得適當的經濟報酬，政府也應該提供經濟誘因以促使更多人從事創作，以充實、擴充人類的文化內涵。因此，那些完全沒有發揮出新的創意、目的只在佔著作權人便宜的逐字盜版，當然應該被管制、遏止。

在目前的著作權保護態勢下，使用者取用每件作品前，幾乎都必須取得著作

⁸³ See generally, Lessig, *supra* note 8.

權人的允許，否則即有侵害著作權之嫌，而有遭受法律訴追之虞。雖然著作權法有概念表達二分法與合理使用原則等內建機制，為那些未經授權就使用他人著作物的行為留有一些合法空間，但是這些法則仍然充滿著高度的不確定性，使用者往往不敢冒這種風險，也沒有能力承擔可能招致的法律成本，因此，大部分的作品潛在使用者不是認份地就每件作品尋求著作權人的授權，不然就是乾脆放棄使用這些受有著作權保護的作品，另尋其他屬於公共領域而可自由取用的素材。在這樣的情況下，有大量的素材被私人所控制而無法為公眾自由取用，Lawrence Lessig稱這種窘況為「允許文化（permission culture）⁸⁴」，亦即一種相對於自由文化的概念。尤有甚者，本來受公眾倚賴甚深的公共領域，更大幅地被私人占為己有，公眾可以自由取用的素材因此又嚴重縮減，關於本現象，本文在第三章有較為詳細的介紹，於此不再贅述。

上述大部分公共領域復興運動所散發出、同時也是本文希望鼓勵的，是一種自由文化的創作精神，亦即強調創作成果應保持適度的自由，而不是一味將其私有化，公眾也應被鼓勵從事創作活動，利用各種的表達媒介傳達出自己的想法與觀點。在創作過程當中，通常免不了要參考或取用既有的材料，因此，是否有足夠的公共領域素材能為創作者取用，便成了關切的重點所在。乍聞之下，這似乎意味著要將所有的作品、素材都充為公共所有，寓有濃厚的共產主義味道，然而，本文必須排解這樣的誤會，所謂的自由文化，並不是一種共產主義份子的觀點，其從來沒有否定過著作權保護存在的價值，反而還肯定其存在的必要，而且自由文化所衍生的大部分論點都是比較適合被適用到資本主義的脈絡中的；也不是鼓吹視政府管制如敝屣的無政府主義，而是要呼籲、提醒政府與社會大眾，在保護著作權人、提供創作誘因的同時，也應該留意公眾是否有足夠的發揮創意的空間，以免為了保護少數人的利益，反倒扼殺其他多數人的創造力。

絕大多數的公共領域擁護者都認為，公眾應該要有寬廣的發揮創意的空間，

⁸⁴ *Id.* at xiv.

創意實在不宜一味地被財團、大型內容產業所完全掌控。人類的文化活動不應該只是單向的輸出，亦即由專業的創作者單方面地供給社會大眾精神食糧。比較理想的情況應該是一種雙向甚至多向的交流，換句話說，每個人都應該要有機會同時兼具讀者與作者兩種身分，吸收他人作品裡所表達的想法後，再以自己的理解作出反饋，然後繼續將該反饋拋出與社會大眾分享，以進一步引起其他人的迴響，就在這樣的互動過程中，達到充實人類文化內涵的效果，同時獲得相當程度的自我實現。此外，每件作品也是作者與讀者之間互相溝通、對話的媒介，二者之間的交流愈頻繁，愈有可能激盪出更多的新穎創意，誘發出更多新作品；相反地，如果社會大眾礙於著作權的強力保護而難以對他人作品作出適當的回應，那麼這些作品恐怕將淪為空響，而無法激起應有的火花。為了實現讓創意得以自由發揮、散播的理想目標，著作物的價錢並不是太大的問題，自由文化的推動者無意於剝奪著作權人的收益，重點在於壟斷，亦即大部份的材料通常都是被掌握在少數人的手裡，無法為公眾接近使用，以致無法達到我們所希冀的效果，阻止了人類知識的累積。



創作從來就不是作者一個人的事情，也不是作者自言自語下的產物，每件作品都有著反映當代背景的特殊意涵，也必須被放到當時的文化脈絡中作檢視，始能被賦予深一層的實質意義，或是與既有的作品、資訊作比較對照，才能得知特定作品對於人類文化的貢獻。以金庸的武俠小說「倚天屠龍記」為例，其係以中國元朝末年為故事背景，雖然大部分內容皆是出於虛構，但整篇故事的時間主軸還是圍繞著元、明改朝換代的時空，並穿插了朱元璋、徐達與常遇春等歷史真實人物，因而常常被拿來與其他歷史資料作對照，帶給讀者無窮的想像空間，讀來也格外津津有味。金庸的武俠小說也常常被拿來與其他武俠小說作者的作品進行比較，大部分的武俠小說迷應該都同意，與其他類似作品相較之下，金庸的創作風味確實是獨樹一格，其對於人物性格的深刻描繪，以及栩栩如生的武功對招刻畫，都比其他多數類似作品更為優越，也正由於這樣的比較、交流過程，始突顯

出金庸的創作功力，奠定了他在武俠小說界的地位；如果這種正面的交流效益持續成長的話，甚至還有可能帶動起一股武俠小說的閱讀風潮，拉抬其他類似作品的銷售量。本文藉此要強調的是，如果每件著作物都被緊緊掌握在著作權人的手中，無法在公眾之間廣泛流傳，不同作品之間的交流效果恐怕將大打折扣，而喪失了彼此提昇的契機。

4.5.2 釋放部分權利


自由軟體運動者提出一個相對於Copyright的概念：Copyleft⁸⁵。Copyleft這個用語源出Copyright，本文認為它是一種對於當今著作權法所提出的反思，其概念內涵絕對不是反著作權、敵視著作權，兩者亦非互相衝突對立的兩個概念。其中文翻譯如何定調，始能精確傳達其精神內涵、忠實反映其原味，其實還頗費思量。本文試圖盡量貼近其理念，並根據個人的體會，決定翻譯為「著作佐」，以強調其有「輔佐」著作自由流通、廣為社會大眾分享的特性。即便如此，在有關著作權議題的論辯中，Copyleft還是常常被解讀成左派，一種反對權利的激進觀點，而往往在論辯中處於劣勢。這或許是因為其本身在修辭上就具有缺陷，免不了會陷入傳統政治上有關左派右派的意識形態紛爭，以致相關論點的說服力時有不足。為了不陷入意識形態的紛爭，同時也避免本文被誤解成有反對著作權的意思，本文決定採用另一個經常與Copyleft被一併拿出來討論的概念——“Some Rights Reserved”，作為論述時的核心概念。

“Some Rights Reserved”是一種介於「保留所有權利（All Rights Reserved）」與「放棄所有權利（No Rights Reserved）」之間的中間概念。關於其中文翻譯，國內的大部分文獻將之譯為「保留部分權利」。然而，本文再度不厭其煩地試圖傳達出其深處蘊藏的概念內涵，決定反其道而行，從另一面角度來作詮釋，而採

⁸⁵ 有關Copyleft的詳細說明，請參見：<http://www.gnu.org/licenses/licenses.html#WhatIsCopyleft>，最近瀏覽日 2006/02/19。

用「釋放部分權利」的譯名，以鼓勵著作權人適度地釋出部分權利予公眾，並強調這種釋出權利行為所具有的正面價值。

本文認為，身為一個公共領域的擁護者，不必然會徹底否認著作權具有的提供創作誘因的功能。著作權的確有其存在價值，這些年來也確實促進了不少創作的誕生，這點是不容抹煞的。公共領域擁護者所關心的是，著作權不應被過度使用而害及公共領域，或是打壓個人從事創作活動的空間。因此，在維持著作權法體系不變的前提下，即使未將作品直接貢獻給公共領域，若能適度地釋出部分權利給公眾，亦有助於避免公共領域被侵蝕、圈佔，或是間接發揮公共領域在文化創作活動中所具有的功能，讓公眾得自由取用進行創作活動的所需素材。在這樣的理解之下，本文認為，大部分的公共領域擁護者，應該都會欣然接受「釋放部分權利」的理念。



我們又可以用「網絡效應（network effects）」理論來印證「釋放部分權利」的優點。根據網絡效應理論，使用者消費特定財貨的效用，將隨著同一財貨使用者人數的上升而遞增⁸⁶。換句話說，如果有愈多人使用某一財貨，那麼每個人的使用效用將隨之攀升。將本理論套用到著作權的脈絡當中，我們可以推測，如果曾經接觸使用過同一部作品的讀者愈多的話，則每位讀者的使用效用將隨著增長。之所以可以獲致這樣的結論，其實並不難理解，舉例而言，目前可說是膾炙人口的「哈利波特」系列小說，其讀者人數可說是相當地繁多，已逐漸蔚為一股風潮，也正由於許多人都曾經接觸、拜讀過這一系列的作品，讀者們可以很容易找到同好，分享彼此的閱讀心得，甚至是組成討論會，深入研究故事裡的絃外之音或者隨時關心最新的劇情發展，於是，就在這樣的交流討論過程當中，讀者們無形中又取得了額外的收穫，閱讀後所得到的充實感於焉倍增，對於這些讀者來

⁸⁶ Michael Katz & Carl Shapiro, *Network Externalities, Competition, and Compatibility*, 75 AM. ECON. REV. 424, 424 (1985); 轉引自陳人傑，網路產業競爭政策初探——以網路效應理論為中心，科技法律透析，13卷4期，頁33，2001年4月；亦參見，呂佩芳、楊智傑，「釋放部分著作權」之法律經濟分析，智慧財產權月刊，81期，頁111，2005年9月。

說，手上的那一本「哈利波特」小說不再只是一疊單純的紙張，其尚代表其他更為深刻的意義，而且，其在讀者心目中所具有的價值，絕對遠大於當初購入的花費。此外，在「哈利波特」系列小說屢獲好評的同時，透過廣大讀者之間的口耳相傳，也有可能激起其他未曾讀過本系列作品者的好奇心，而被吸引加入這股熱潮，間接地又提昇了本系列作品的銷售量。

從上述的例子中，我們可以看到，如果著作權人願意釋放部分的權利，促進作品在公眾之間的流通性，在網絡效應的作用之下，除了可以提昇作品使用者的使用效用，並增加作品在使用者心目中的附加價值之外，對於著作權人來說，倒也不全然是件壞事，說不定還有助於拉抬作品的買氣，而使得著作權人從中獲益。釋放部分權利不應該被誤解為毒蛇猛獸，畢竟其非常有可能製造出著作權人與公眾兩者間的雙贏局面。作業系統軟體 Linux 就是一個很好的例子，肇因於其所具有的開放性，並免費供公眾取用，目前已廣為許多使用者採用，在網絡效應的作用下，使用者所感受到的效用一直在增加，加上持續有程式設計師開發出相容的應用軟體，遂使得 Linux 愈來愈受歡迎，而逐漸具有挑戰微軟視窗作業系統霸權的態勢；另外，隨著 Linux 熱潮的延燒，Linux 的最初開發者 Linus Torvalds 以及其他的後續改良者在軟體設計界的名聲，也因此增長了不少。

4.5.3 同儕生產

延續著前一節有關「釋放部分權利」的討論，為了讓人們接受這樣的理念，鼓勵釋出其所擁有的著作權相關權利，並繼續增長公眾對於公共領域的通念，強化大家對公共領域的重視與信賴，本文將在本節介紹一種不同於傳統商業化經營的文化創作模式：同儕生產（peer production）。

4.5.3.1 簡介

何謂「同儕生產」？簡單地說，其通常係由許多自願者一起參與一項大型複雜的創作計劃，不管其出發動機為何，大家通力分工合作，群策群力，每個人負責其中一小部份，並將自己所完成的部分免費貢獻出來，與其他人的完成部分加以匯集整合，最後的成果則由公眾共享⁸⁷。在「同儕生產」的創作過程中，通常是沒有經濟報酬的，參與的創作人也不會就其所貢獻的部份主張著作權或禁止他人取用，換句話說，在大部分的情形中，同儕生產模式下所產出的創作成果，以及個人所貢獻出來的片段，往往都是屬於公共領域。因此，本文認為，這種創作模式幾乎可說是一種公共領域的實踐。

與同儕生產相對的資訊生產或創作模式，要算是以廠商、企業為主體的商業化資訊生產模式了，兩者採取了截然不同的精神及手法，從事人員的參與動機亦有極大的不同。在二十世紀的後半段中，商業化的資訊生產模式主導了人類文化的大半走向，也是創作的主要輸出者，尤其是流行、娛樂等內容。不過，本文以下將要指出，同儕生產的創作模式具有無窮的潛能，完全不亞於商業化經營的創作模式，而且，藉由同儕生產的介紹與深入探討，或許可以點出一些值得吾人省思之處，以豐富、深化吾人對於人類文化創作活動的思考。

同儕生產的創作模式並不算新鮮，其在人類社會中早已行之有年。學術著作的創作即為著例，學術研究者基於其研究領域的現況或既有文獻，進行更深一步的探索，並以發表論文的方式，將其研究成果貢獻出來與其他研究者及公眾分享⁸⁸。在該特定研究領域內，也有著其他研究者，每個人切入探索的角度也許不盡相同，主要探索的區塊也未必一樣，但相同的是，每位研究者都願意將自己的研究成果貢獻出來，哪怕是只有一些零碎片段的論點或資訊，也有助於充實這塊研究領域，而且若能與其他人的成果一同整合起來，亦有可能構成驚人的學術上突破。

⁸⁷ See generally, Yochai Benkler, *Coase's Penguin, or, Linux and the Nature of the Firm*, 112 YALE L. J. 369 (2002).

⁸⁸ *Id.* at 381-82.

在學術界的慣例中，通常不會嚴格禁止他人援用其學術著作，只要加以正確地引用、註明出處即可，以示對原作者的尊重。每位研究者均大量地分享、引用彼此的研究成果，完全自力創作而未參考前人著作的學術論著，有時反而還會被其他研究者認為是欠缺權威性、不夠深思熟慮。在這樣的過程中，每位研究者都是所屬研究領域中的同儕，負責自己所專精的區塊，選擇自身感興趣的題材，並將自己的努力所得貢獻出來，持續與其他人的研究成果彼此作整合，如此不斷的累積、匯集，終能使該領域的知識架構漸趨完善，這樣的合作、交流方式一直都是促進學術進步的主要動力。


除了上述以學術研究社群為主的專業化同儕生產模式之外，以一般人民為主要參與分子的非專業同儕生產模式，在社會上亦有相當可觀的數量及規模，尤其在數位與網路科技蓬勃發展後，更是拓展了人們從事同儕生產活動的機會及空間。前文所介紹過的古騰堡計畫（Project Gutenberg），就是一個很明顯的例子。在古騰堡計畫中，有意願的志工會先挑選一部其有興趣的作品，將該作品的封面寄給古騰堡計畫的發起者，以研究該作品是否屬於公共領域；當確定屬於公共領域後，志工就可以著手將該紙本作品掃描成電子文本，並簡單粗略地校正一次，而後續的較完整的編輯校對工作，便可以由其他來自全球各地的志工來接手，各自負責自己熟悉或有興趣的部分，每個人利用瑣碎的閒暇時間，漸進地進行編輯校對⁸⁹。一個人的力量或許很微薄，所能完成的部分也很有限，但是，與其他志工貢獻的部分一起整合起來，卻是可以累積成相當驚人的成果。透過這樣的同儕生產方式，迄至於今，古騰堡計畫已完成了「愛麗絲夢遊仙境」、「莎士比亞全集」等將近一萬七千件公共領域作品的電子化，每個月亦有近兩百萬次的電子書下載次數，完全供公眾自由取用，同儕生產模式所具有的龐大產能，從中可見一斑。

再以目前當紅的線上百科全書－維基百科（Wikipedia）為例，其係一個線上的公開創作計劃，號召了來自各個社群的志工，大家一起分工合作、群策群力，

⁸⁹ *Id.* at 398.

就自己專精的知識領域，貢獻自己的智慧與所學知識，對各種詞彙作註解，或是介紹各種主題的相關背景資訊，並翻譯成包括繁體中文在內的多種語言文字，其內容題材幾乎涵蓋了任何想像得到的知識領域。在維基百科的平台上，任何人都可以撰寫、編輯內容，每位志工都是本創作計劃的同儕創作人，並互相檢視彼此創作的內容，不存在所謂的知識權威，知識不再被少數人所壟斷。每個人都可以就特定主題或詞彙發表他的觀點，但可能受到其他同儕做更適切的修改，或是與其他同儕補充的內容一起作整合。

中國俗語說的好：「三個臭皮匠，勝過一個諸葛亮」。維基百科這部由大量志工參與創作的平民化線上百科全書，幾乎快取得了與大英百科全書等商業形態百科全書平起平坐的地位，由業餘人士所組成的百萬大軍，逐漸挑戰了少數專業人士的權威。維基百科可說是一座浩瀚的知識資料庫，我們可以在當中找到各種知識資訊，不只是「恐怖主義」、「王建民」等當前熱門討論主題，或是如「相對論」、「女性主義」之類的艱澀學術專有名詞，就連一些冷門、稀奇古怪的問題，例如「鯨虱的寄生習性」、「林志玲現象」等，都有可能



在維基百科找到解答或相關資訊。藉由這樣的同儕創作模式，眾人的智慧、腦力被集合串聯在一起，每個人都有機會發揮自己的創意，並互相分享交流，減少了對於知識權威的依賴。

有些人或許會質疑，這些以非專業人員為主的同儕創作模式所製造出來的資訊內容，其關聯性(relevance)及可信度(creditation)恐怕令人難以安心信服。例如在討論「中日甲午戰爭」的時候，可能會出現一些諸如「一九九二年巴塞隆納奧運棒球的中日之戰」的不相關內容，相差甚遠的統計數據，或是純屬虛構的歷史背景介紹，而嚴重造成讀者的混淆。這或許是出自於個人的誤解，也有可能是惡意的搗亂，在缺乏一個權威式中央集權架構的情形下，這的確是非常有可能發生的，因此，如何確保資訊的關聯性及可信度，防止有心人士任意杜撰或捏造出於虛構的內容，遂成了同儕生產創作模式是否能成功運作的關鍵。

4.5.3.2 同儕審查機制

在大部分的同儕生產的創作平台上，均有設計諸多機制以維繫創作內容的可靠。以學術論著的創作為例，學術論文的發表或刊登，本來就存有一些同儕審查機制，由相關領域內的其他研究者一起檢視甫完成初稿的特定論文，以決定是否進一步允許發表或接受刊登，確保刊載文章的品質，或是提供一些專業上的建議，協助原作者更深一層地健全文章的論點主張、論述邏輯與文章架構。

其他架構於網路上的同儕生產創作平台，對於審查機制的使用，可能還更為頻繁。拿知名的科技議題線上討論區—”Slashdot⁹⁰”作為例子，其大致的運作方式為，一名使用者首先以撰寫短文的方式拋出自己有興趣的議題，並附加相關的連結供其他的使用者參考，藉以引起眾人的討論；其他使用者則是透過附加評論（comment）的方式，來表達自己對該議題的看法，或是回應前人的評論。

為了確保討論內容的品質，網站的編輯人員會先對議題內容做初步的過濾，排除掉一些語焉不詳、嚴重過時或是排版格式上發生錯誤的議題，惟這道程序其實很簡略粗糙，所能發揮的審查效果相當有限，最主要的審查能量還是來自每位同儕使用者。每位同儕使用者在進入閱讀與該議題有關的內容後，可以透過發表評論的方式來對議題內容作第二層的過濾⁹¹。舉例而言，如果有一些議題本身就富有爭議性，最初拋出議題的使用者又恰好抱持著相當偏頗的立場來描述介紹該議題，此時，其他持不同意見或對該議題有著較中肯理解的使用者，就有可能在評論內容裡反駁原拋出議題者的立場，挑戰、質疑其所提出的論點，讓其他的使用者在進入觀看一連串的評論之後，能夠有較為多元、衡平的認識，減少眾人被偏激立場或錯誤資訊所誤導的機會。

對於同樣一件議題，每位使用者的看法常常不盡相同，在同一個討論串中出

⁹⁰ 官方網站請參見：<http://slashdot.org>，最近瀏覽日 2006/04/06。

⁹¹ Benkler, *supra* note 87, at 393.

現數個立場相左的評論，當然也是司空見慣的事。Slashdot是一個理性討論的線上公共空間，使用者被鼓勵秉持著批判性的立場，發表多元、不同的觀點，然而，如果只是純粹出於搗亂的非理性陳述，或是攻擊人身式的謾罵，就有加以防堵的必要，以免討論品質持續惡化，失去最初理性思辯的宗旨。因此，Slashdot設計了一種評分機制，即從使用者中挑選出一群仲裁者⁹²（moderator），隨機負責審查其他使用者發表的評論，按照內容優劣給予評比，讓獲得好評的評論內容能夠吸引更多其他使用者的注意，並藉以篩檢掉部分較不具有參考價值的評論內容，降低那些存心破壞者的影響力⁹³。除此之外，Slashdot還設計了一種稱為”Karma”的計算單位，用來評比每位特定使用者，亦即如果某位使用者所發表的評論內容，屢次被仲裁者給予高度評價的話，該位使用者的Karma值便會提昇，表示其係一位有口碑、可資信賴的使用者，從而使得其往後發表的評論內容較有機會受到其他使用者的矚目⁹⁴。



4.5.3.3 同儕生產的產能

同儕生產是一種極具潛能的資訊生產模式，產能絲毫不遜色於由企業、廠商所領導的商業化的資訊生產模式。在同儕生產過程中，每個創作者充分掌握手中現有的資源，作最有效率的運用，負責處理自己最熟悉的部分。換作更饒口的方式來說，就是讓最了解自己能力的人，亦即自己，來選擇最適合自己的工作。相較之下，企業或廠商通常無法完全掌握轄下職員的工作能力，也很少能了解到不同職員利用不同的資源究竟可以完成什麼樣的成果⁹⁵。

更進一步說，企業對於轄下職員以及資源的配置，通常只有固定呆版的模

⁹² Slashdot仲裁者的資格限制大致如下：第一，必須有註冊帳號，而非匿名登入；第二，必須是有長期使用習慣的一般使用者，而非偶然進入觀看；第三，使用者在Slashdot平台上的操作時間必須累積至一定標準；第四，必須有擔任仲裁者的意願，*see id.* at 394.

⁹³ Benkler, *supra* note 87, at 394-95.

⁹⁴ *Id.* at 395.

⁹⁵ *Id.* at 410-11.

式，舉個例子來說，某企業指派在人際溝通方面頗有天份的某甲，負責行銷部門的業務，對於在財務統計方面學有專精的某乙，則指派負責會計部門的業務；乍看之下，這是個堪稱知人善任的人力與資源配置，然而，在這個例子中，我們可以假設，雖然企業有可能自認為已經作出最有效率的運用安排了，但卻不知甲常常會乍現一些有關產品設計的開創性靈感，對於該產品技術亦有深入的研究，而更適合從事研發部門的工作，乙則是在財務金融界有著豐沛的人脈，並結識許多產業界的大老，行銷部門的業務說不定更能與乙相稱，若能採行另一套人員與資源的配置方式，對於該企業的營運效率及收益提昇，說不定還更有幫助。

相對地，在同儕生產的活動中，參與者多是出於自願，自行選擇自己最為專精或熟悉的部分，毋庸受到上級主管的指揮或分派任務。例如在維基百科平台上編寫與「第二次世界大戰」有關的內容時，對於「珍珠港事變」較為熟悉的志工就可以自行挑選該部分來撰寫，關於「史達林格勒戰役」的部分則另由其他有深入研究的志工來負責，志工們絕無可能被逼著硬著頭皮去編纂自己毫無涉略的主題。因此，我們可以說，在同儕生產的創作模式中，人力以及智慧知識幾乎是被拿來作最妥善適合的運用。

又在大部分的線上同儕創作模式中，幾乎一切的資源都是開放給所有的使用者來接近使用，來自全球各地的無以計數同儕創作者，無限制地在各種主題為發揮，每個人所貢獻的也許不多，但這般眾志成城、聚沙成塔所累積而成的成果，是相當驚人的；相較之下，從事商業化經營的單一企業，所專注的主題項目不可能漫無限制，一定有其業務主要範圍，轄下的職員又極其有限，亦需要為此支付人事成本，因此所能產出的成果就很難如同同儕生產般可觀⁹⁶。

4.5.3.4 限縮

⁹⁶ See *id.* at 422.

雖然同儕生產的創作模式的產能是如此令人印象深刻，但我們還是要承認，同儕生產的產能未必會隨著規模的擴大而增加，這可能也是部分批評者可能提出的質疑，其可能理由不外乎：第一，擴充參與人員的數量的同時，也會增加合作、溝通的成本，並提高被不適任或惡意人員破壞的風險。第二，在某些需要標準化勞力更甚於聰明才智的情形中，例如純粹的紡織品的人力加工而非知識百科全書的撰寫，以經濟報酬為誘因的企業與市場機制反而較容易掌握生產的動機。第三，不同人員所投注的心血勞力有可能互相重疊，而造成人力的浪費⁹⁷。

針對第三點的人力浪費的問題，學者Benkler認為，在同儕生產活動中，人力的重疊與浪費的程度可能沒想像中那麼嚴重，因為這種生產方式已經吸引了很多在別的地方可能會閒置或浪費掉的人力。例如本來一位在假日要花上八小時觀看電視節目的科學研究人員，即有可能受到維基百科的吸引，而撥出一半的時間來撰寫其專業領域的所學，以分享知識、造福公眾。其次，由不同的同儕一起處理相同的主題，可以減低出錯的機會，也能消弭由不肖人士所故意提供的錯誤資訊的影響力；而且，由擁有不同經驗、觀點的人來處理同一個問題，或許可以迸發出前所未料的創新解決方案⁹⁸。

4.5.3.5 同儕生產下的創作動機

絕大多數的同儕生產活動中，參與者是無法獲得直接的經濟報酬的，而且也不能就其創作的內容主張排他權利。在許多經濟學理論的前提中，均假設人是理性自利的動物，亦即人們在考慮採取某項動作前或是面臨抉擇時，會先行衡量計算可能招致的利益成本，並採行當中利益超過成本最多的選項。因此，在無利可圖的情況下，何以會有這麼多志願者甘心參與這類的活動，到底是什麼樣的動力在推動著他們，他們的參與動機又為何，實有加以探究的必要。

⁹⁷ *Id.* at 422.

⁹⁸ *Id.* at 422-23.

除了直接的經濟報酬之外，浸淫在創作活動中的那份喜悅或滿足感，一種來自個人內心的快樂，可能也是創作的動機之一⁹⁹。另外，源自創作活動的間接或未來利益，例如名聲的提昇或是職位的晉升等，亦有可能是一種創作的誘因¹⁰⁰。例如程式設計師就既有的自由軟體為開創性的改良後，免費提供給公眾取用，雖然沒有從中牟取直接的經濟利益，但此舉有助於打響他在軟體設計圈內的名號，或是引起電腦軟體公司的注意，而以高薪為聘僱。簡言之，在考慮創作誘因的時候，不能只單獨就經濟報酬為考量，必須將種種可能涉及的因素，加總起來一併作思考。

Benkler把可能的創作誘因主要分為三類：金錢上報酬（monetary rewards）、內在快樂的報酬（intrinsic hedonic rewards）、社會心理的報酬（social-psychological rewards），而創作者在創作活動中所可能獲得的報酬，或者說是創作動機的來源，就是這三個因素的總和¹⁰¹。再舉個例子或許更能清楚闡釋這個概念：以報紙投書為例，如果投稿的文章能為報章採用，投書者除了可以掙取微薄的稿費（金錢上報酬）外，還能抒發自己對目前時局的不滿（內在快樂的報酬），並有機會引發社會大眾的注目與迴響（社會心理的報酬），因此，即使稿費如何地微不足道，或是根本就沒有經濟報酬的回饋，投書者在其他兩種非經濟報酬的影響下，仍有可能具有強烈的創作動機。而且，我們可以在中外歷史中發現，有為數眾多的經典鉅作，都是作者追求「內在快樂的報酬」下的產物，亦即一個人可以為了闡揚他的理念，而寫出慷慨激昂的詩歌，幾乎不需要以經濟報酬作為誘因，正氣歌之於文天祥、離騷之於屈原，皆屬例證。

必須再進一步說明的是，上述三種創作誘因並非各自獨立存在，當中的「金錢上報酬」與「社會心理的報酬」有可能會交互影響，而其影響的程度究竟屬於

⁹⁹ *Id.* at 424.

¹⁰⁰ *Id.* at 424-25.

¹⁰¹ *Id.* at 426-28.

正面抑或負面，端視當時的社會結構與系爭創作活動的性質而定¹⁰²。舉例而言，某名人被邀請至一個由各大企業聯合舉辦的餐會發表演說，會後並收取昂貴酬金，這樣的高額經濟報酬可能正可彰顯該演講人的權威與專業，而進一步提昇與會民眾對他的尊崇，所以，在這個例子中，「金錢上報酬」與「社會心理的報酬」是呈現著正面的關係，而可相得益彰。相對地，如果某位藝人為一個公益色彩濃厚的團體代言、拍攝公益慈善廣告後，卻執意索取高價的代言費用，就可能降低社會大眾對該藝人的好感，也就是說，在這個例子中，「金錢上報酬」並非應該被禁止，只是價碼如果愈昂貴的話，愈有可能惡化社會大眾的觀感，拉低「社會心理的報酬」，兩個報酬之間是呈現出負面的關係，而難以兩全其美。

另外，在整個從事同儕生產的群體當中，每位參與者所獲得的不同「金錢上報酬」，也有可能影響到彼此的創作動機。換句話說，如果團體中有人獲取「金錢上報酬」，而其他人卻沒有，或是每個人獲取的數額相去甚多，基於互相比較的心態，每位參與者的創作動機可能會產生不同程度的消長。在最理想的情況中，如果該群體成員大部分都抱持著利他主義的思想，則即使少部分成員的「金錢上報酬」格外地突出，對他人創作動機的負面衝擊應該不至於太大，偶爾可能還有加分的效果；然而，往往最容易發生的是，人們總是會嫉妒他人的財富地位，更不喜歡在群體中受到不公平待遇，因此，如果同儕生產的群體中有一部分成員自生產活動中獲得超乎水平的經濟報酬，極有可能致使其他成員憤憤不平，產生一種心理上的不平衡，而降低了將來繼續在本群體中從事創作的意願¹⁰³。

再把層次拉高一點來看，先不就各種屬性不同的創作誘因為討論，如果能夠匯集足夠多的人員一起來參與同儕生產的創作活動，經濟誘因的問題將會變得相對容易解決。何以這麼說？這是因為號召愈多志願者來共同參與一項工作計劃，每個人所需負責的工作量將會相對地變得愈少，甚至有可能降低到幾乎可說是微

¹⁰² *Id.* at 427-28.

¹⁰³ *See Id.* at 429.

不足道的程度，工作量既然如此地微薄，所需要的交換條件或誘因也就非常地細微¹⁰⁴。試想一位參與古騰堡計畫的志工，每個星期只需要撥出半小時來編輯校正電子文本，通常會認為這樣的工作量不足掛齒，甚至利用觀看電視節目時的廣告空檔，就可以輕鬆完成，而不需要提供太多的經濟報酬來作為誘因。或許我們可以大膽地說，只要能夠號召足夠數量的志工，縱使沒有大量的經濟報酬來回饋他們，再怎樣繁雜龐大的工作計劃，都有機會迎刃而解。

4.5.3.6 同儕生產的成功要素

(A) 模組化

本文之前提到，在同儕生產模式的運作之下，只要能號召到足夠數量的參與者，工作計劃的複雜度不是太大的問題。重點其實在於「模組化」，亦即將一個大型的工作計劃分割成多個大小不一、互相獨立存在的模組，而彼此間不會互相依存、影響。




之所以將工作計劃再細分為多個小型的子計劃或是模組，是為了便於分配給多個志工來處理，或是提供給志工們來認領，而且若能將工作計劃分割地愈多、愈小，愈有可能讓更多的志工同時參與其中，並有助於順便解決創作誘因的問題。但是，如果每件子計劃的規模、尺寸都一樣小的話，倒也不是個可喜的現象，比較適當的做法是將規模或尺寸劃分成大小不均。若能具有可大可小的彈性，更是再好不過，因為如此可以讓那些比較具有意願及能力的志工更方便投注貢獻較多的心力，而時間或能力有限的其他志工們，則可選擇認領處理一些比較簡易、瑣碎的模組。同儕生產模式歡迎更多的志願者一起加入來貢獻一己之力，但是抱持著一種隨喜方便的態度，不要求每個人貢獻程度的多少¹⁰⁵。

¹⁰⁴ *Id.* at 434-35.

¹⁰⁵ *Id.* at 435-36.

再者，細分之後的模組之間應該是彼此獨立、不致互相產生影響，這點對於一個擁有大量志工參與其中的同儕生產計劃來說，無疑是相當地重要。何以故？如果模組之間係彼此獨立，志工在處理自己所負責的部分的時候，就毋庸等候或是配合其他的志工，亦即他人處理的進度為何，跟自己工作的進行幾乎沒有關係，只要時間、能力許可，個別的志工隨時都可以投入工作之中，並自由選擇所喜歡的部分，當參與的志工人數足夠多時，所開出的工作生產線數量將是非常驚人，而免除了因為大量塞車而拖垮生產效率的疑慮。另外，模組之間的互相獨立，亦能確保整個工作計劃不被少數的遺漏或錯誤所嚴重影響，也就是說，個別志工所完成的部分，並不會影響到其他模組的品質，那些出於過失的少數錯誤或者甚至是蓄意破壞，都只能停留在特定模組，而不會蔓延、感染到其他模組，傷害因此被控制在最小的程度。

(B) 整合



既然將整個工作計劃分割成多個模組係在所必行，就不能不談談將這些模組整合起來時所可能衍生的相關問題。整合的過程大致可分為兩方面，首先是品質控管，亦即確保工作計劃不被一些惡意或不適格的小模組所侵擾或癱瘓；其次則是把分散的已完成模組重新整合、還原成原貌，畢竟徒有再多零碎片段，而沒有拼湊在一起，恐怕還是無法發揮當初預期的作用¹⁰⁶。

關於品質控管的問題，本文之前已經提及，最常被使用的方式是同儕之間的互相檢查，當然，這並不是唯一的一種品質控管方式，亦有其他的手法，例如中央集權式的階層審查架構，由專門的團隊人員來擔負起審查志工產出的創作的責任。不同的品質控管方式亦非呈現互斥的關係，其彼此間也常有混合搭配運用的情形¹⁰⁷，然而，仍然是以同儕審查機制為被使用的大宗，畢竟其可省下一筆可觀的人事費用。

¹⁰⁶ See *id.* at 436.

¹⁰⁷ *Id.* at 441-42.

至於將分散的模組加以整合、還原的最後一道步驟，這些整合工程通常花費龐大的成本，而往往是同儕創作活動中一筆沉重的負擔，對於整個創作活動的運作有著舉足輕重的影響。不過，由於數位及網路科技的發展，整合成本已經不至於產生太大的問題，透過數位及網路科技的妥善使用，模組間的整合很難再稱得上是一件浩大的工程¹⁰⁸，況且目前有許多同儕創作活動的工作平台其實就是建構於線上，更是有利於整合成本的縮減。

或許有人會認為，如果模組間的整合失敗的話，有可能會讓參與的志工們大失所望，因為他們所貢獻的勞力、心血等於是白白浪費掉了，進而降低在他們創作過程中所獲得的內在滿足感，甚至可能影響到未來參與此類同儕創作活動的意願。不過本文認為，大部分的同儕創作者並不會太在意這一點，畢竟他們都還是業餘人士，並非以此為謀生的職業，大多數的業餘創作志工所關心的毋寧是為公眾貢獻一己之力的過程，後續整合的成功與否，反倒不是最受關切的重點。

參與同儕生產的志工通常是參差不齊，無法避免地，其中可能會有一些只想坐享其成的份子，只願意貢獻出極為有限的心力，或者根本就不事生產，卻想與其他同儕一起享受整合完成後的最終成果，也就是俗稱的「搭便車

(free-riding)」。乍聞之下，搭便車的確是個令人憂心的現象，但如果進一步地作思索，倒可以發現其不足以完全癱瘓掉同儕生產模式的創作活動，這是因為：第一，雖然出現搭便車者的機會會隨著參與志工人數的上升而增加，但是，只要真正有在作實質貢獻的志工足夠多的話，即使有少數人不事生產，創作依然能夠正常產出。第二，因為生產出來的產品是一種「資訊」，其本身具有「非敵對性」的特徵，每個人使用這種財貨的效用不會隨著使用人數遞增而遞減，個人的使用完全不會影響或損及他人的使用效用，也就是說，一個人享用的感受程度若是十分，絕不會因為五個人一起享用就打折變成二分，所以再多的搭便車者應該都無法動搖創作的品質。第三，雖然在大部分的實踐例子中，志工們無法自同儕生產

¹⁰⁸ See *id.* at 442.

模式的創作活動中獲取絲毫的經濟報酬，但仍可能會有部分志工希望藉著參與這類的創作活動，在未來獲取一些間接利益，例如名聲的提昇，自由軟體的修改、撰寫就是例證之一；因此，假設是出自於博取名聲的考量，爲了有效、快速達成這樣的目的，最直接的方法就是讓創作成果在公眾之間廣泛地流傳、使用，以增加曝光率，所謂的搭便車者同時也是一部最好的活廣告，歡迎還恐不及，遑論將其拒之門外¹⁰⁹。

另一個比搭便車還要嚴重許多的問題，就是少部分的參與者背棄了當初的無償奉獻、一同分享成果的理念，率自將同儕生產模式的創作成果占爲己有，進行商業化利用，從中牟取私人利益¹¹⁰。這幾乎是各個同儕創作計劃都在關切並進行防堵的重點，因爲這種圈占行爲極有可能澆熄其他志工繼續爲奉獻、創作的熱情，甚至可能導致整個創作活動的停擺。我們可以在不少同儕創作計劃中看到，有許多措施被設計來對治這種圈占行爲。以自由軟體運動爲例，通用公眾授權條款（GPL）的提出就是爲了防止後續的自由軟體修改者擅自將程式碼據爲己有，背棄自由軟體的初衷－公開及分享的精神，遂透過授權契約的規範，要求自由軟體的被授權人必須遵循自由軟體運動所揭示的自由使用、散布、修改、分享等精神，否則即有可能受到法律的訴追。必須在這裡承認的是，這種透過契約來防止參與者叛離的實際功效究竟如何，還待作進一步的觀察，不過畢竟還是最常被使用的防堵手法。

4.6 小結

數位及網路科技近來的發展，加上其與類比科技之間的鴻溝，致使著作物的流通方式產生了重大的變化。內容產業逐漸發現其無法完全掌控著作物的流通，並疾呼其收益受到新興科技的損害，於是向政府尋求保護，並作出了一連串的反

¹⁰⁹ *Id.* at 438.

¹¹⁰ *Id.* at 440.

撲。又由於數位及網路增加了人們參與創作活動的機會，資訊產出來源愈來愈分散，遂使得內容產業逐漸喪失了掌握社會大眾口味的能力，更是深化了內容產業的不滿情緒。

新興科技的確有可能衝擊到既有的法律權利。在人類的大部分歷史中，當一般人的通念有支持新興科技的傾向時，法律通常會預留一些喘息空間，或者因時制宜作出一些適當的調整，讓新興科技得以從中發展。畢竟新興科技常常具有提昇人類生活品質的潛能，實不宜一味扼殺其發展可能性。然而，我們今日所面臨的數位及網路科技，同樣具有諸多的正面潛能，雖然其不免地也衝擊到了一些既有的法律權利，卻未見目前的法律有預留一些喘息空間或是朝擁護新興科技的方向作出適當的調整，反而以打壓、限縮數位及網路科技的發展空間者居多。在這場戰爭中，消費者反而是最大的輸家。跟之前的幾次經驗比較起來，目前的通念似乎並未站在數位及網路科技這邊。

在數位及網路科技被處處受限之餘，公共領域似乎也連帶地受到傷害。那些用來扼殺新興科技的法律與另類的技術手段，同時也衝擊到了公共領域，但社會大眾所主要關心的似乎還是停留在著作權的保護，對於公共領域的縮減則是沒有太多的關注目光。因此，本文認為，目前社會大眾對於公共領域的通念，似乎尚未完全覺醒。

不過，情況還不至於太過悲觀，我們可以從一些實踐中發現，公共領域的通念正在覺醒當中，雖然可能還未成氣候，但至少是個可喜的現象。已經有部分學者開始探究公共領域的內涵，清楚認知到目前強大的著作權保護聲浪確實嚴重威脅了公共領域，並呼籲社會大眾起身以實際行動維護公共領域。

然而，仍不免有人會質疑，強調公共領域的意義何在？公共領域被認為不過是個空洞的口號，未見有任何的具體內涵。本文認為，公共領域還是具有其正面

意義，並在人類文化創作活動中扮演著吃重的角色，如同本文第二章所述；本文亦不否認公共領域具有團結口號的功能，學者 James Boyle 就曾經以環境保護運動來類比並強調公共領域作為團結口號的重要性。他指出，在環境保護運動的脈絡中，「環境」一詞同樣未被明確地定義，但是，若能以環境作為訴求主軸，強調不同群體彼此間的相互關係，將有助於引起分屬不同領域的環境保護擁護者的共鳴，把原本呈現一盤散沙的環境保護支持力量匯集起來，提高發聲的音量。把這套論點援用到著作權法的脈絡中，Boyle 認為，「公共領域」正可以發揮類似的效果，其有助於凝聚反對強大著作權法管制的零散人員們的共識，讓他們取得一個共同的著力基礎，以抗衡內容產業等組織完善的利益團體的強大遊說能量，進一步致使著作權政策的制定過程能夠有機會呈現出較為多元的聲音。

除了學術論著之外，更有一些推動公共領域復興的社會運動在全球展開。其中最早當屬自由軟體運動，其發起人 Richard Stallman 有感於當時的著作權與軟體專利制度嚴重禁錮了軟體技術的發展及創新，遂建立了「通用公眾授權條款（GPL）」制度，推廣自由軟體運動，鼓勵公眾自由重製、散布及改作採用 GPL 的自由軟體，而非一味地主張排他權利。根據 GPL 的授權條款內容，採用 GPL 的自由軟體程式碼必須公開給公眾，以方便使用者進行改良。如果改作完成後的衍生軟體著作欲散布給公眾，也必須採用 GPL 的授權條款，繼續提供給公眾自由重製、散布與改作，確保自由軟體的理念能夠代代相傳下去。

維基百科（Wikipedia）則是一種線上百科全書，秉持著知識開放、自由分享的理念，內容完全供公眾免費取用。更為特殊的是，維基百科可說是一個開放式的知識平台，其大部分的內容都是由來自全球各地的義務性志工來編纂，志工們可以挑選自己有興趣或學有專精的知識主題來撰寫。正因為維基百科是由大量的志工通力合作，其內容所涵蓋的廣度以及即時性可能還比傳統的商業百科全書高出不只一班。又為了將維基百科推廣至全球每個角落，國際化成了不得不採行的步驟。維基百科亦為此募集了大量志工，負責將原本的英文內容翻譯成多國文

字，其中當然也包括中文在內。

教師基於教學需求而編寫的上課教材，原本是有可能受到著作權法保護的，然而，爲了擴大學術教材的普及性，讓一般民眾也有接觸高等教育的機會，麻省理工學院特別建立了開放性課程計劃（MIT OCW），免費將麻省理工學員教職員所使用的教材與教學資源提供給公眾，並可在網路上搜尋、下載。無疑地，MIT OCW 促進了人類知識的開放與流通，爲了進一步克服不同語言之間的障礙，本計劃亦募集了一批志工，負責將教材內容翻譯成各種語言，以讓更多人有機會吸收汲取 MIT OCW 所提供的教材內容。

上述公共領域復興運動的主要推動者幾乎是一些著作權法的專業研究者與各式作品創作者，然而，這並不代表公共領域是少數人的專利，只要有心，即使是尚未投入實質生產活動的學生，也有貢獻一己之力的機會。在美國的大學校園中，我們看到了學生組成社團來宣揚並推廣自由文化運動，並聯合起來抵制那些濫用著作權法的業者或者過於強大的著作權法管制。雖然學生對於政策的影響力相當有限，但至少願意挺身而出表達對於公共領域的關心，而非一味的冷漠以對，相信這是個可喜的現象。

於 *Eldred v. Ashcroft* 一案遭受挫敗之後，Lawrence Lessig 不減其推動自由文化的熱忱，除了在全球各地宣揚其理念外，更進一步提出了建議改革方案，具體落實於他與其他公共領域擁護者提出的「公共領域加強法案（The Public Domain Enhancement Act）」之中。本法案的主要目的係爲了緩衝著作權期間延長法對於公共領域的衝擊，依據其規定內容，著作公開發表五十年後，著作權人如果還想延展著作權保護期間，必須支付一道極低的費用（例如美金一塊錢），並向著作權局爲註冊登記；如果著作權人認爲其作品的價值已經不值得再多花一塊錢來延展保護期間，則可以選擇放棄繳費及註冊，保護期間就至五十年打住，作品隨即進入公共領域。很明顯地，如果能夠將一些已經喪失商業上利用價值的作品的著

作權保護期間限縮為公開發表後五十年，促使其提早進入公共領域，除了不致嚴重侵害著作權人的利益外，更有助於充實涵養公共領域，並減少創作資源的閒置與社會虛耗。

Lawrence Lessig 推動公共領域復興的相關實踐還包括了創作共享授權計劃（Creative Commons）的成立。Creative Commons 的主要功能，係提供一套簡明的著作權授權條款，搭配一個免費的線上授權平台，鼓勵創作者主動採用；其可供選擇的授權模式具有相當大的彈性，完全由創作者或著作權人自主選擇，並有多種的交叉搭配組合。Creative Commons 的理念或宗旨主要在於降低著作物授權所衍生的交易成本，透過主動告知公眾該作品的權利狀態以及被允許的使用方式，減輕著作權人與使用者進一步進行協商的負累。Creative Commons 亦試圖增加著作權法初始設定的多樣性，突破「保留所有權利」的僵化模式，高度鼓勵著作權人「釋放部分權利」，將作品釋出予公眾分享，以活化社會的創作能量。

從以上介紹的數個公共領域復興運動當中，本文嘗試歸納出了一些共通的精神，並提出嶄新的創作模式，作為著作權政策的反思。首先是學者 Lawrence Lessig 在其論著中持續鼓吹的「自由文化」，其強調創作、表達的自由，並建議創作成果應保持適度的自由，而非一味地私有化。在自由文化的環境下，公眾被鼓勵從事創作活動，惟關鍵在於是否有足夠的公共領域素材能夠供公眾自由取用。自由文化的創作精神並非意味要將所有的作品、素材都充為公共所有，亦未全盤否定著作權法，而是呼籲為社會大眾保留足夠的發揮創意的空間。著作物的價錢並不是問題，作者當然應該受到適當的鼓勵或回饋，重點在於打破創作素材的壟斷。

「釋放部分權利」是一個介於「保留所有權利」與「放棄所有權利」的中間概念，在維持著作權法體系不變的前提下，鼓勵著作權人釋出部分權利，讓公眾得以自由取用進行創作所需的素材；雖然作品並未直接貢獻給公共領域，但此舉絕對有助於活化文化創作活動，故應為公共領域擁護者所肯認。本文又援用了「網

絡效應」理論來印證「釋放部分權利」的優點，指出作品的流傳愈廣泛的話，愈有助於提昇作品本身的無形價值，對於著作權人反而還有加分的效果。

最後，相較於傳統的商業化集中式創作模式，本文相當讚賞並鼓吹學者 Yochai Benkler 所提出的同儕生產創作模式。在同儕生產的創作模式下，一件大型複雜的創作計劃被分割成多個小模組，開放給來自全球各地的志工們認領處理。每位志工完成自己的部分之後，通常是無償地將成果貢獻出來，與其他志工的成果加以整合。志工可以自由挑選其最有興趣或者學有專精的部分，可謂增進了創作的效率；每位志工所能夠貢獻的力量也許不多，但由於參與的人數沒有上限，所以累積起來的成效肯定是相當可觀。在這樣的創作過程中，每位志工通常都是頻繁地交流彼此的創作成果，最終整合完成的結果，也多是免費釋出給公眾自由取用，在在體現出公共領域的精神。

觀諸第三章所介紹的數個公共領域減縮現象，加上愈來愈嚴格的著作權法管制，社會大眾的創意文化似乎很難有發揮的空間，創作活動也有可能因此而漸漸停歇。然而，著作權法所提供的創作誘因，又是我們不願捨棄的功能，因此，在維持著作權法體系不變的前提下，我們似乎有走出第三條路的需要。自由文化、釋放部分權利的精神，以及同儕生產的創作模式，都是值得我們依循的方向，其不但有助於擴充公共領域，更能活化創作活動的能量，堪屬難得。

第五章 公共領域復興運動的檢討與建議

在本章中，本文將就幾個前文業已介紹的公共領域復興運動作一些檢討，並嘗試指出其可能的侷限之處，希望能夠有其他論者加以釐清、改良。此外，也試圖針對整個著作權法政策的大方向，提出個人粗淺的建議，除了提供不同角度的思考之外，更希望能藉此激盪出健全良善的方案，以收拋磚引玉之效。

5.1 GPL 下的自由軟體

5.1.1 自由軟體與公共領域

所謂的GPL或是自由軟體，嚴格說來，稱不算是與公共領域直接呈現等號的關係，亦即採用這類通用公眾授權條款的作品，並不一定就等於歸屬公共領域。因為，自由軟體運動者所開發出的大部分軟體，仍是受到著作權法保護，他們並未拋棄著作權，也未聲明要將作品貢獻給公共領域，反而是以著作權為基礎，要求後續的使用者必須遵守他們所訂下的公眾授權條款。換句話說，就是以財產權為手段，來間接達成讓軟體自由流通、供公眾分享的理念。有認為授權人所釋出的其實是一種「用益權」，亦即授權人仍然保有著作財產權，只是將其中有關用益權的部分讓與給被授權人¹。無論如何，本文認為，這樣的作法其實是有道理的，因為如果直接將甫完成的軟體創作貢獻給公共領域，我們無法排除，可能會有不肖人士覬覦部分具有高度利用價值的作品，而將之據為己有，封鎖程式碼後再向使用者收費，如此一來，創作人當初所抱持的自由理念，恐怕將化為烏有；公眾無法自由享受到創作成果，創作人再多的研發心血，也只是為他人作嫁罷了。兼之電腦程式具有高度的複雜性，非專業人員無法清楚辨識其內容，一般使用者通常無從透過檢視原始碼，來判斷特定軟體究竟屬於公共領域與否，因此這

¹ 陳人傑，開放原始碼授權條款之法律分析－以通用公共授權為中心(下)，科技法律透析，14卷7期，頁52，2002年7月。

類公共財被私人圈佔的風險，要比其他形態的作品高出不只一班；大部分人都可以清楚辨識他正在閱讀的「孔明揮淚斬馬謖」章回係出自於已經屬於公共領域的三國演義，但有能力自行辨認剛從光華商場買回來的軟體是否屬於公共領域的使用者卻很少。再者，電腦程式的生命週期通常不長，一份電腦程式最具有利用價值的時候，也只是剛推出的頭幾年，如果沒有早期警覺到被私有化的情形，等到發現時很可能也是軟體該被汰換的時候了，因此，如何阻止自由軟體被私人圈佔，也就顯得格外重要。

爲了預防圈地運動中公共財被私人圈佔的窘況再度發生，自由軟體運動社群於是退而求其次，選擇繼續保有著作權，但不將作品牢牢握在自己手中，反而是分享公開出去，並以財產權爲基礎，透過 GPL 要求每個使用者或改作者也必須以相同的方式將軟體分享給公眾，將這份自由理念繼續延續下去。對於 GPL 或自由軟體來說，財產權的保留似乎是必要的，因爲唯有如此，自由軟體所附記的 GPL 條款內容才有拘束他人的效力，才能繫自由軟體的理念於不墜，而非被置若罔聞。本文認爲，雖然財產權依舊存在，卻是以一種比較寬鬆的形式在運作，其不像嚴密的傳統財產權般全面禁止第三人未獲授權就取用作品，層層防堵公眾接近作品的機會，反而是被用來促進作品的自由流通，鼓勵公眾取用、再創新，就整體而言，在某種程度上仍保有公共領域的特性，亦即任何人都有很大空間的自由—即使不是百分之百—去汲取、修改、散布這塊園地裡的材料。

本文在第三章已經提過，公共領域與財產權並不是全然互斥的兩個概念，在自由軟體運動中，我們看到了公共領域與財產權互相合作、結合以促進知識自由流通的可能性，經由妥善地運用，財產權也是有機會協助發揚部分公共領域的理念及功能。雖然本文不願把財產權當作是一種惡 (evil)，但即便是，在自由軟體的脈絡中，也算是一種必要之惡 (necessary evil)。爲了促進推動自由文化 (free culture)，擺脫允許文化 (permission culture)，縱使作品並未直接貢獻給公共領域，而仍保有財產權，只要該財產權是一種用來間接發揮公共領域精神的工具手

段，本文仍樂意接受這樣的結果。

5.1.2 GPL 的契約拘束力

通用公眾授權（GPL）制度能否順利運作或是充分發揮預期的功能，其中關鍵之一在於其所訂下的契約條款是否能拘束所有的GPL軟體使用者。這種以片面方式宣告的公眾授權是否具有有效的契約地位呢？有學者將GPL的片面宣告方式類比為購買軟體時常見的拆封契約，其有效性基礎建立在買賣雙方當事人知情的前提上。也就是說，若買賣雙方彼此皆認知到拆封契約條款的存在，就能構成合意，而能形成有效的契約。更進一步說，拆封契約的重點在於其是否有充分的標示，讓消費者或被授權人清楚了解契約條款的內容²。然而，亦不乏對此持不同見解者，例如SCO與IBM在有關Unix的紛爭中，SCO就曾經嘗試主張聯邦著作權法應排除GPL條款的適用，藉此攻擊GPL本身的合法性³。當然，有關GPL的契約上地位以及拘束力，並非無討論空間，有待未來在實務上加以釐清。

此外，GPL 中要求被授權人必須繼續採用 GPL 作為授權條款的運作方式，亦即確保自由軟體不會被私人濫用或佔為己有，並要求所有的軟體使用者也必須以 GPL 的模式將修改後的軟體繼續開放給社會大眾，其實有點類似 Creative Commons 創作共享授權條款中的「相同方式分享（Share Alike）」，為免贅冗，將留待下一節中一併討論。

5.2 Creative Commons

5.2.1 策略分析


5.2.1.1 以財產權為基礎

² David McGowan, *Legal Implications of Open-Source Software*, 2001 U ILL. L. REV. 241, 291 (2001).

³ Evan Schultz, *Is the Future Free?*, LEGAL TIMES (October 24, 2003), at <http://www.law.com/jsp/article.jsp?id=1066080435935>, last visited date 2006/06/08.

如同前文所提到的自由軟體運動與通用公眾授權條款，創作共享授權條款並未與現行著作權法有所抵觸，亦無意減損著作權法下相關法則的效力，包括合理使用及首次銷售原則等。例如在創作共享授權條款的規範下，即使授權條款內對於合理使用隻字未提，使用者依舊保有著作權法下的合理使用空間，不會因此受到任何減縮。其出發動機更不是反著作權法或藐視著作權，而是在著作權法日趨嚴密的保護態勢下，以著作權為起點，另闢蹊徑，鼓勵著作權人釋出部分的權利，以促進創作的廣泛交流，進一步活化人類的文化創作活動；分享的方式係由原著作人自由選擇，完全依照原著作人自己的意願，沒有絲毫強迫的意味。

為了間接達成促進作品自由取用、流通的目標，Creative Commons 所採取的策略係以財產權為依歸，強調著作權人對於其作品的支配權利。透過財產權的運用，建構出一個「智慧財產保留地 (Intellectual Property Conservancies)」。



如同通用公眾授權條款 (GPL)，創作共享授權條款的拘束力也是來自於財產權的擁有；沒有財產權作為基礎，再如何鉅細靡遺的授權條款內容，恐怕也只是形同具文。

透過財產權的主張，亦可確保著作權人慷慨釋出的作品不被他人圈佔或剝削。如果著作權人釋出予公眾分享的作品大量地被私人佔為己有，並從中牟取商業利益，著作權人往後釋出作品的意願恐將嚴重低落。在網路空間當中，我們可以看到，無以計數的創作者在沒有經濟報酬的情況下，自願貢獻出各式作品（例如網誌內容、時事評論）供其他網路使用者分享、免費取用，促使他們這般無私奉獻智慧及時間精力的主要動力，大部分係來自一份與網路社群共同分享資訊的熱情，以及社群之間不任意將流通資訊佔為己有並從中營利的信賴。因此，套用到 Creative Commons 的脈絡中，如何維持作品貢獻者的熱情及信賴，防止已釋出作品被第三人不勞而獲，也就顯得格外關鍵，財產權或許是個可行方式，至少在目前看來。

在一些傳統的著作權法論述當中，爲了強化著作權以類似財產權模式來運作的合理性，常常會強調作者身分（authorship），或是作者在其作品中所投注的創造力。我們可以常常看到這樣的論調：著作物是作者殫精竭慮、發揮各種巧思及創造力而產生的智慧結晶，因此我們有必要賦予周密的財產權保護。先不論這樣的說法是否具有說服力，至少目前這是比較廣爲人們認同的觀點。Creative Commons 的策略手法亦不出這些傳統觀點，其同樣在強調作者身分，認爲作者得自由決定以何種方式將作品授權給公眾取用，這樣的作法除了可以降低 Creative Commons 的爭議性外，其實還有一些其他的意涵存在。

在目前的時空環境下，真正充分享受著作權保護的，通常是掌握著資訊輸管道的大型影音企業，而不一定是作品的原作者，原作者的著作財產權有很高比例都轉讓給企業來行使了；或者是，銷售作品所得的大部分利潤，有可能都給影音企業給剝削走了，原作者只能取得微薄的補償⁴。Creative Commons 對於作者身份的強調，以及授權平台的建制，爲的就是希望可以取代著作權體制的中介人（intermediary）⁵，將著作權以及所衍生的相關收益歸還給真正的原作者，避免遭受中介人的剝削，著作權的行使方式由原作者自己來掌握，而不假手於他人或企業。粗略來說，Creative Commons 的意識形態很接近自由主義的精神，強調規則的制定主導權應掌握在作者自己手裡，作品如何被利用應由作者自己決定。

除了強調作者身分、作者對於其作品的支配外，Creative Commons 還特別注重個人創作者在人類文化創作活動中所扮演的角色。有鑒於在目前整個有關文化創作的大環境中，個人創作者近來似乎有逐漸被大型內容產業的霸權給邊緣化的現象，Creative Commons 希望能夠透過授權平台的建制，提昇著作物的流通性，提供更多素材給公眾自由取用，大力鼓勵個人從事創作活動，以回復個人創作者

⁴ WILLIAM FISHER, PROMISES TO KEEP 19-20 (2004).

⁵ Niva Elkin-Koren, *What Contracts Cannot Do: The Limits of Private Ordering in Facilitating a Creative Commons*, 74 FORDHAM L. REV. 375, 385-86 (2005).

在文化創作過程中長時扮演的關鍵角色⁶，增加作品題材的多樣性，避免文化創作被商業財團給壟斷。

應予注意的是，Creative Commons對於個人創作者的重視，不必然會陷入「浪漫的作者⁷（romantic author）」的泥沼。在重視作者在其作品上所投注的創造力的同時，Creative Commons更加強調同儕創作（peer production）的重要性。正如同其所宣揚的「再混合（remix）」等口號，Creative Commons認為創作活動應該是一種人與人之間的文化對話，一種社群間互動交流的協力合作，而非只是與世隔絕、閉門造車的獨自心智活動。

5.2.1.2 以模糊的意識形態推行社會運動

不同於其他僅由具有高度同質性的少數專業人士所組成的社會運動，例如單純以軟體的使用開發為中心的自由軟體運動，Creative Commons的企圖心顯然高出許多，其試圖將適用範圍延伸到每個社群，盡可能拉攏更多公眾一道加入該行列，希望藉此帶動起一波社會變革。

有學者認為，Creative Commons是一種持續在演變的動態社會運動，由許多來自不同社群的成員組成，最終的政治目標也還在定義當中。然而，這樣的動態過程，卻使得我們很難精確定義其意識形態的核心原則⁸。從Creative Commons成立理念來看，其的確致力於強化公眾對於各種創作物的接近使用，而著作權法的存在，被視為構成了相當程度的阻礙，但是，Creative Commons卻未清楚地告訴我們，如果著作權法果真被廢除，接下來應該如何做因應、或是會呈現出什麼

⁶ *Id.* at 386.

⁷ 所謂的“romantic author”，是一個對於著作權制度的反思。在傳統的著作權理論中，有部分論者常常會強調作者在其作品中所投注的智慧與創造力，並以此作為合理化強大著作權保護的理由；然而，這樣的想法偶會被其他論者批評為太過浪漫、不切實際，過度美化作者在創作過程中所投注的心力，畢竟並非每件作品的誕生都是完全出自於作者自己的創意，或多或少都會參考、吸納既有的材料，於是，這種對於創作過程賦予過多浪漫想像的論點，便被稱為“romantic author”。

⁸ Elkin-Koren, *supra* note 5, at 388.

樣的發展局勢⁹。

從”Creative Commons”這個名稱的使用當中，我們可以發現，其似乎在強調”commons”對於創造力（creativity）的重要性。然而，相較於著作權法將包括重製、改作等作者權利規範得一清二楚，所謂的”commons”的內涵究竟為何，卻未有詳盡的解釋。”commons”內涵的模糊不清，或許正與一直未有統一定義的「公共領域」有著異曲同工之妙。另外，Creative Commons也一直在重申，創造力必須植基於以前人著作所構成的基礎，但是，到底要以怎樣的方式來接近使用之前的創作，始能促進創造力的提昇，亦缺乏進一步的說明¹⁰。

如同公共領域定義的飄邈不清，Creative Commons意識形態的模糊，似乎也是在意料之中。然而，除了將模糊性歸諸於修辭上的先天侷限外，如果再深一層作探究，也許可以發現其中帶有幾分策略性的考量。關於意識形態的模糊性，換從另一個角度來解讀的話，也許正代表著一種包容性，具有吸收接納多種思想觀點的潛能，有機會拉攏更多自於不同社群的盟友，在社會上獲得更廣泛的支持、吸引公眾的注意，甚至進一步喚醒所謂的通念，取得推行社會運動所需的能量，最終帶動起一波社會變革¹¹。

5.2.1.3 一反傳統的推行社會運動手法

如同前文所述，在某種程度上，我們可以將 Creative Commons 理解成一種社會運動的推行手法。延續著這樣的理解，我們可以發現，Creative Commons 在推行社會運動方面，運用了許多嶄新、一反傳統的策略技巧。這可以從以下幾個面向來看。

首先，在法律方面，傳統的社會運動推行手法，係以法律作為基礎或媒介，

⁹ *Id.* at 388-389.

¹⁰ *Id.* at 389-90.

¹¹ *See id.* at 390.

來帶動起所希望達成的社會變革。例如美國民權運動及女性主義運動，一開始都是以遊說立法機關修法或是在法院裡提出策略性訴訟，作為推行社會運動的第一步，希望藉以改變社會現況。然而，Creative Commons卻是採取截然不同的手法，當前的暫行目標不包含提出任何策略性的訴訟，也沒有強烈意願修改現行的著作權法，著作權反而還是其目前仰賴的重心¹²。Creative Commons係以社會基層作為起點，將大部分的精力專注於如何在現行的著作權法體系下以最平衡的方式來行使權利，試圖喚起基層民眾的意識，一點一滴地改變民眾對於文化創作活動的態度，俟凝聚一定程度的共識後，再以這個新粹鍊而成的社會規範，來推動法律的變革。

作個比較或許更可以突顯當中的特色所在。以迪士尼等大型影音企業為代表的利益團體，在數位及網路等新興科技的衝擊下，莫不希望加強對於著作物的控制，為了達成這個目的，其一開始的鎖定目標就是法律的修改、增訂。影音企業們所派出的代表穿梭於政府高層之間，發揮其政經影響力，向國會成員進行施壓、遊說，以促使法律朝他們所期望的方向作修改。爾後再以這部新出爐的法律為基礎，向社會大眾灌輸他們認為關於著作物保護的應然觀念，逐步將產業的價值觀內化到公眾身上，重新型塑文化創作活動的風格，簡單地說，這是一種由上而下的過程。相反地，Creative Commons所採行的係一種由下而上、以街頭為起點的草根運動，暫時不挑戰法律現況，而是致力擴充人們從事創作活動的自由空間，為個人創作注入能量，希望先在民間基層獲得一定程度的迴響，然後再以這股民意敦促法律作適當的變革。

其次，在社會規範（norm）方面，社會規範對於法律權利的內涵一直有著深遠的影響。舉例而言，如果社會大眾對於財產權的內涵有著一定的共識，將有助於降低執行財產權的成本，這是因為如果社會大眾對於財產權的相關權利義務有著廣泛認同，除了權利人自己在行使權利時可減少來自外界的阻力外，由道德

¹² See *id.* at 392-93.

規範所構成的社會輿論也具有嚇阻不肖人士恣意侵害財產權的功能，而且，亦有機會招徠權利人以外的第三人一道加入捍衛財產權的行列¹³。

因此，Creative Commons若能順利改變人們行使著作權的方式，成功形塑出一套嶄新的社會規範，並使其蔚為主流，便有可能在維持著作權法體系不變的前提下，改變著作權現有的內涵，或是創造出新的著作權意義¹⁴。事實上，Creative Commons也正依循這樣的思考，大力鼓吹「釋放部分權利」的理念，強調每個人都有從事創作活動的自由，希望將該理念深植在人們的心中，藉以重新塑造社會規範，進而漸進地改變公眾對於著作權的態度，讓著作物的使用得以擺脫「允許文化」的束縛。

5.2.2 策略上的缺陷與隱憂

5.2.2.1 財產權的可能後遺症

爲了在不變動現行著作權法的前提下促進著作物的分享及再利用，Creative Commons 可說是費盡心思，不斷地以迂迴漸進的方式，往促進著作物自由流通的目標邁進，但是，我們也必須了解的是，其採用的策略手法並非無懈可擊，還是有一些缺失、隱憂存在。

首先，如同前文所述，Creative Commons所提供的授權模式非常倚重財產權的存在與主張，散發出強烈的私權訊息。但是，對於財產權的過度倚賴，可能會產生一些負面的影響。因爲過度強調、美化財產權的功能，可能會讓人們對財產權抱滿憧憬，進而誤以爲所有的資訊產品都應該受到著作權的保護，無論其具有原創性與否。創作活動其實也是一種人與人之間的文化對話過程，許多作品在經過廣泛的分享交流後，常常更能豐富其原有的內涵，但是，一個僵化的財產權架

¹³ *Id.* at 394-95.

¹⁴ *Id.* at 395.

構恐怕又會重返「創意財產」的論調，而扭曲這樣的文化特徵¹⁵。

再者，Creative Commons 大力鼓勵著作權人採用創作共享授權條款，選擇自己喜歡的授權模式，然而，這樣過於重視著作權人所選擇的授權方式，可能會很容易讓人們產生一種錯覺，即每次取用作品之前都有先取得著作權人授權的必要，反而更助長了「允許文化」的浪潮，而與 Creative Commons 推廣「自由文化」的宗旨背道而馳。

本文之前已經提過，在著作物使用授權的過程中，不只是作品利用人，著作權人本身也有著交易成本的困擾。有部分著作權人在仔細權衡計算之後，認為販售作品所得的收益可能不足以彌補交易成本的損失，但又希望讓他人也有機會一道欣賞其精心製作的作品，於是為了免去交易成本的負累，索性將作品免費釋出給公眾，最常見的方式就是把數位格式的作品直接上傳到網路上，供公眾自由取用。授權平台的建置與創作共享授權條款的免費提供，降低了使用著作物所產生的交易成本，原來那些礙於交易成本、無條件將作品釋出給公眾的著作權人，眼見交易成本的大幅度減輕，可能又會回過頭來，在往後的作品中主張權利或藉以營利，而不再是完全免費釋出給公眾¹⁶。

總而言之，雖然 Creative Commons 增進了著作權人對於其作品的支配能力，並免費提供簡易方便的授權機制，惟未強力引導著作權人行使權利的方向，而放任權利人自由選擇，因此，著作權人是否會自我節制其法律權力，依循 Creative Commons 的理念，盡量將作品釋出給公眾，尚有待觀察；我們也不能將全部的希望寄託在著作權人的善心。而且，對於財產權的過度倚賴，恐怕也將深化財產權體系的普遍性，除了未必會增進作品的自由接近使用之外，也許還會再度陷入「創意財產 (creative property)」的泥淖，亦即將著作權與有體財產權一體對待，不斷延伸著作權的權利種類與期間等，對於文化創作活動與公共領域等於是再度

¹⁵ *Id.* at 398-99.

¹⁶ *Id.* at 400.

造成傷害。

爲了因應傳統著作權授權程序的繁雜不便，以及所可能衍生的龐大交易成本，國際上已有不少國家正致力於縮減著作權授權的程序及成本，並試圖提出解決方案¹⁷，例如美國的著作權清算中心¹⁸以及歐盟之前所推動的IMPRIMATUR（Intellectual Multimedia Property Rights Model and Terminology for Universal Reference）計劃，莫不在嘗試爲著作權授權尋求新的可行方案，在未來都有可能是Creative Commons的潛在競爭對手。而且，就普遍層面來看，隨著數位、網路技術的發展，電子或線上機制已逐漸具有取代傳統人力作爲著作權授權交涉媒介的潛力，加上載有著作權人資訊的電子資料庫的廣泛建制，如何在眾多可選擇的方案當中，吸引更多著作權人加入Creative Commons行列並採用創作共享授權條款，進一步使其蔚爲著作權授權模式的主流，似乎成了Creative Commons是否能成功帶動起社會運動的關鍵¹⁹。

5.2.2.2 契約拘束力



Creative Commons 所提供的創作共享授權條款，如同自由軟體中的通用公眾授權條款（GPL），皆是採用一種片面宣告的方式，單方面地向潛在被授權者聲明授權的條件。本文在上一節中提到，GPL 的契約上地位與拘束力也許可以透過拆封契約等概念來理解，因此，創作共享授權條款應該也能夠以類似的方式來運作，惟仍存有諸多的討論空間。

此外，Creative Commons 的理念是否能成功推行，另一個關鍵在於創作共享授權條款除了拘束作品使用者之外，是否還能進一步拘束衍生作品的使用者，尤其是以「相同方式分享（Share Alike）」作爲授權條件之一的時候。具體言之，

¹⁷ 張永強、康勤、蔡東廷，從我國著作權法探討Creative Commons之應用與發展，科技法律透析，17卷5期，頁15，2005年5月。

¹⁸ 詳細內容請參見<http://www.copyright.com/default.asp>，最近瀏覽日 2006/05/29。

¹⁹ 張永強等，前揭註 17，頁 15-16。

有許多創作者在採用創作共享授權條款將其作品提供予公眾分享的同時，衷心盼望那些就其作品加以改作的後續創作者，也能夠繼續沿用相同的分享模式，將衍生作品以「相同方式分享」予公眾，並且讓衍生作品的使用者也受到同等授權條件的拘束，持續將這樣的分享理念代代相傳下去。

第一代的作品使用者必須受到創作共享授權條款的拘束，或許還不是太大問題，比較容易滋生疑義的是，衍生作品的使用者亦即第二代使用者，是否也必須受到授權條款的拘束？第一代使用者與原創作者或著作權人之間的關係其實很類似締結契約的雙方當事人，第二代甚至更後續使用者的角色，則可用第三人來比擬。對於Creative Commons來說，授權契約若只能拘束締約當事人，顯然是不夠的，因為若不能對第三人產生拘束力，作品將很容易被第三人挪作商業用途，當初用心良苦的授權設計似乎也就失去了意義。更進一步說，如果作品屢屢被第三人佔為己有並拿來進行營利，可能會重創作者們的熱情，往後再以慷慨條件釋出作品的意願恐將銳減。而且，如果授權契約的拘束力範圍不能擴及第三人，授權人似乎必須與後續的每位使用者重新締結契約，如此將造成交易成本的負累，而有違Creative Commons多方設法降低授權交易成本的初衷²⁰。

然而，依據傳統的契約法理論，由契約所產生的權利義務，通常只能拘束締約的雙方當事人。他們彼此對於契約條件有所合意，所以法律要求他們必須信守承諾並履行契約義務，在道德上是站得住腳的。這樣的作法也被認為相當具有效率，因為締約當事人通常最有機會或能力去探知契約中權利義務所伴隨的利益、成本；如果契約能夠反映出當事人的自由意志，這樣的契約一般都會被認為是有效率的。因此，不管是基於道德正當性還是效率的考量，契約都似乎不應該拘束那些未接受契約條件的第三人。

傳統的契約法規範與 Creative Commons 的理念之間似乎存有相當程度的衝

²⁰ Elkin-Koren, *supra* note 5, at 402-03.

突，其間的落差要如何縮減？這確實是個不好處理的難題，又關係 Creative Commons 的運作甚鉅，有待其他論者加以釐清、克服。

5.3 民主功能的省思

本文在第四章中曾經大致歸納了目前大部分公共領域復興運動所隱含的精神，諸如自由文化的創作理念與同儕生產等創作模式。這些有別於傳統集中式商業化經營的嶄新創作模式，除了有助於活化民間的創作能量、深化公共領域的內涵之外，可能還寓有民主功能的絃外之音。杜克大學 James Boyle 教授就曾經相當激賞自由軟體運動所標榜的理念：「在足夠的眼球之下，所有的程式缺陷都可以迎刃而解 (with enough eyeballs, all bugs are shallow)」。²¹類似的理念其實很早就存在於人類社會當中，把文字敘述稍加轉換，我們可以作這樣的理解：「大部分的公共問題只要獲得充分的曝光，並受到社會大眾的廣泛檢視，通常都不致於成爲太大的禍患²¹」。換句話說，現實中會釀成弊端或不良影響的，多半是那些只有少數人在集中操弄的政策或議題。其所強調的，不外乎民主參與、聲音多元的重要性。

與集中式的商業化創作模式相較之下，分散式亦即同儕生產創作模式的參與人數幾乎是沒有上限，而且參與人員並不侷限於專業的文化藝術從事者，一般的業餘平民反而是生產主力；每個人都有發表自己想法或創意的機會，並持續與其他同儕交流分享。最終的創作成果，亦是將每位參與同儕所貢獻的想法或創意整合起來，整個流程可說是相當近似傳統民主政治的運作模式。

此外，由於數位及網路科技的發展，一般民眾參與創作活動的機會可說是大幅增加，間接地銷弱內容產業對於文化意義的控制能力，這樣的過程被 William

²¹ See James Boyle, *The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain*, 66 LAW & CONTEMP. PROBS. 33, 47 (2003).

Fisher等學者視為「符號學民主²²」的體現。在原有的文化環境下，影像、聲音等文化符號多是被一小撮內容產業所控制，消費者只能被動地接受內容產業所提供的內容；但是，在新興科技的輔助之下，文化生產者與消費者之間的分野似乎愈來愈模糊，消費者可以主動積極地參與文化的創造，自行改編文化符號或是重新賦予新的意涵，甚至是取得詮釋符號的力量，使得文化元素不再受到內容產業的壟斷。這無疑是種民主精神的展現，社會大眾廣泛參與文化創作活動，來抵抗文化權力的集中、壟斷，也致使文化環境中的聲音愈來愈多元²³。

Lawrence Lessig也提出類似的觀點。Lessig認為，人類的創作幾乎都是植基於前人的作品，以以前或既有的材料為基礎，增添一些新的元素，而創造出新的文化素材；他把這種概念稱為「迪士尼創意」²⁴。Lessig理想中的「自由文化」，正可以提供迪士尼創意一個寬廣的揮灑空間，使用者可以自由取用的素材愈多，就愈能夠充分表達自己的創意，也愈能促進民主的實踐。

本文認為，Lessig所倡議的選擇、編輯、燒錄（Rip, Mix, Burn）以及再混合（Remix）等口號，亦寓有符號學民主的意涵。在自由文化的環境下，個人除了被動接受官方的文化意義之外，亦可以發揮自己的巧思，積極地將既有的文化符號加以重新編碼，賦予新的意義，以挑戰主流意義。在這樣的創作過程中，每位使用者都有表達個人創意的機會，並提出與其他使用者交流、分享，而有助於民主的實現。

學者Daniel Farber曾以憲法理念的角度切入分析目前著作權論辯的兩大陣營的基本思想。在傳統的憲法當中，站在意識型態光譜左方的是Jeffersonian，相對於中央集權的大政府，他們比較擁護一個地方分權式的小政府，主張將政府權力加以分散，配置在地方的層級，因為他們認為中央集權常常會有濫權情事發生，

²² “Semiotic Democracy”一詞最早係由John Fiske所提出，起初主要是用來解釋大眾傳播學的概念。

²³ Fisher, *supra* note 4, at 28-31.

²⁴ LAWRENCE LESSIG, FREE CULTURE 23-24 (2004).

而可能對人民造成危害。Jeffersonian反對大型的商業組織，亦反對壟斷的存在，他們所支持的毋寧是由小農、小工所構成的國家，每位國民都能自給自足，有獨立的政治思想，並能直接地參與民主的運作²⁵。

處於意識型態右方的則是Hamiltonian，他們認為一個聯邦層級的大政府才能夠發展全國商業，也一向對大企業抱持著相當親近的態度，甚至主張有加以扶植的必要，因為所有的經濟發展均係由大企業所推動。在他們的觀感裡，壟斷沒什麼不好，只要其有助於促進經濟發展即可²⁶。

Farber將那些擁護自由文化的著作權法論者歸類為Jeffersonian，其理由是，這些論者大力鼓吹資訊的去集中化，反對讓資訊集中控制在大企業手裡，對於公共領域有著高度的重視，也相當關切使用者為實現個人自主所需的言論自由，並十分激賞網路自耕農；這些主張均與Jeffersonian有異曲同工之妙²⁷。相對地，那些支持強大的著作權法管制的內容產業或其他人士，則是被定位為Hamiltonian；他們以經濟發展為理由，建議讓最有能力生產、行銷資訊的大型企業來掌控資訊，亦主張著作權沒有言論自由的問題，並屢屢視網路自耕農為海盜²⁸。Farber的類比可說是精闢地勾勒出目前著作權戰爭的對峙勢力版塊。本文認為，Farber的論點也許可以再作進一步引申，亦即目前的自由文化、釋放部分權利、同儕生產等創作理念強烈地散發出Jeffersonian所蘊含的民主精神，包括打破資訊的壟斷，讓每位人民都有直接參與民主運作的機會，獨立自主地表達政治思想等。由此觀之，分散式創作模式所具有的民主機能，不正是與當時制憲者所考量的不謀而合嗎？

回過頭來，更進一步說，Fisher與Lessig的基本預設是，一個開放的論壇，

²⁵ Daniel Farber, *Conflicting Visions and Contested Baselines: Intellectual Property and Free Speech in the "Digital Millennium"*, 89 MINN. L. REV. 1318, 1318-19 (2005).

²⁶ *Id.*

²⁷ *Id.* at 1325-35.

²⁸ *Id.* at 1335-47.

搭配可供公眾自由取用的大量材料，通常蘊藏著無窮的民主功能。目前的網路空間似乎正可以充任所謂開放論壇的角色，Lessig曾經以部落格（blog）為例，指出其可突破時間與空間的限制，為公眾提供一個虛擬的聚會場所；在部落格的平台上，任何人幾乎都可以不受管制地自由發表言論，並回應其他使用者之前所留下的意見，甚至是彼此進行論辯，在這樣的公共討論過程當中，不難發現民主的運作²⁹。亦有論者稱上述的民主運作過程為「數位民主（digital democracy）」³⁰。惟無論名稱如何，最重要的是其所傳遞的內涵是值得我們肯定及鼓勵的價值。

言論自由與民主之間一直有著密不可分的關係，言論自由的充分享有與否，實乃民主落實的關鍵所在，這一向廣為社會大眾所肯認。學者Jack Balkin曾從言論自由的角度，來觀察數位環境中的民主現況。Balkin認為，數位及網路科技的發展，使得當前的文化環境逐漸呈現出不同的風貌。透過數位及網路科技的運用，人們愈來愈有能力、機會從事資訊的散布，或是利用既有的文化素材來闡揚自己的理念，言論自由的發展前景原本可謂是一片看好³⁰。然而，也正因為資訊被利用的機會漸趨頻繁，散布與接近使用各類資訊的權利孰屬，便顯得格外重要，這些數位內容同時也成爲一項重要的財富來源，堪屬兵家必爭之地。內容產業、財團們莫不試圖竭盡各種可能手段，來爭搶這座金礦，藉以拓展其市場力量。基於商業利益的考量，並強化對於資訊的控制，內容產業可能會設法阻止人們廣泛地參與文化創作活動，間接壓縮了言論自由的發展空間，其可能的具體手段則包括了構築資訊使用障礙的科技保護措施，以及尋求智慧財產權保護範圍的擴張等³¹。

更進一步說，Balkin認為，在數位及網路科技蓬勃發展的環境中，內容產業對於言論自由的詮釋，存有許多詭譎與衝突之處。在面臨通訊網絡的政府管制

²⁹ Lessig, *supra* note 24, at 41-45.

³⁰ Jack Balkin, *Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society*, 79 N.Y.U. L. REV. 1, 6-9 (2004).

³¹ *Id.* at 13-18.

時，內容產業常會大肆援用憲法第一修正案，以言論自由為基礎來抵制管制；相對地，在論及智慧財產權的擴張時，內容產業反而是不願承認智慧財產權的保護範圍應適度受到言論自由的限制³²。因此，Balkin建議，我們不應迷失在內容產業這般矛盾的論調當中，反而應以「民主文化（democratic culture）」的概念來詮釋言論自由。Balkin所倡議的「民主文化」，係指每個人都有平等的機會去參與文化散布、形成及演化的過程，同時彼此間廣泛地交流互動；人們亦可自由地取用既有的文化素材，以其為基礎，進行轉化、修改與創新，俟後再反饋出去與他人共享。除了傳統的代議式民主或是審議民主之外，「民主文化」的內涵更強調參與、互動及創新，致力於讓每個人都有機會利用既有素材傳達出自己的心聲，促進自我的形成³³。在「民主文化」的脈絡中，言論自由的特徵與價值獲得了相當程度的彰顯，同時減緩了內容產業對於言論自由的謬誤解讀的影響程度。簡言之，數位及網路科技提供了人們大量參與創作活動的機會，在強調參與、改作、創新的創作過程當中，人們的言論自由得以充分實現，從而有助於促進民主的落實。



自由文化、釋放部分權利與同儕生產創作模式所可能蘊藏的民主功能，確實相當令人憧憬，也是本文所樂見的現象。然而，關於其是否能夠如理想般順利運作，仍有部分學者持保留態度。著名的憲法學者Cass Sunstein認為網路未必有促進民主的功能，有時反而還會對民主造成阻礙。Sunstein指出，在網路空間當中，使用者往往會選擇加入與其觀點相近的討論團體，而幾乎不會去接近與其觀點相左或衝突的區域，如此一來，一群觀點相近的人們在幾乎完全不接觸其他族群或觀點的情況下反覆地進行討論，其結果往往是，成員們的觀點一直朝原有的立場方向作發展，更加偏向極端。這種愈來愈走向極端的現象，被Sunstein稱為「團體偏極化（group polarization）」³⁴。

³² *Id.* at 18.

³³ *Id.* at 34-44.

³⁴ *See generally*, Cass Sunstein, *Deliberative Trouble? Why Groups Go to Extremes*, 110 YALE L. J. 71

民主的真諦之一是，相異的觀點必須要能夠常常不期而遇，並有交換討論的機會；政治學理論中常常被提出討論的思辯民主（deliberative democracy），亦強調參與者互相交流不同的意見，透過理性討論來說服彼此的觀點。基於團體偏極化的主張，Sunstein認為網路未必能合乎上述的功能，而在促進民主方面必須打些折扣。即使是被認為可以讓大量不同意見互相交流的部落格，亦有論者主張部落格中的觀點常常是漫無邊際、缺乏理性³⁵。

本文認為，自由文化與同儕生產等創作模式還是有促進民主的功能存在，畢竟參與人員的人數大幅增加了，亦沒有身分資格上的限制，每個人都有發表意見或創意的機會，挑戰主流的文化意義，並廣泛地與其他同儕交流，不啻是種民主精神的展現。不過，誠如 Cass Sunstein 等學者所言，身為自由文化與同儕生產等創作模式的建構基礎的網際網路，還是有其侷限存在，當在考量其可能提供的民主機能時，必須作部分的保留，不應一味地美化，更不能引以為足，否則將淪為過度浪漫、不切實際的想像。

總結來說，即便有侷限的存在，惟在互相抵銷之下，本文還是認為，在這些開放、自由、分散式的創作模式的發酵之下，人類社會的民主運作至少又往前邁進了一大步，是個值得鼓勵並且持續努力的方向。何況人們在創作過程中所體驗到的喜悅、滿足、充實與成長，以及獲得的自我實現，更是一種得來不易的價值。

5.4 著作權法政策的考量

如同本文所一再強調的，公共領域攸關公共利益甚鉅，一部過於強大的著作權法管制，不單是會對公共領域造成減損，還有可能嚴重威脅社會大眾的權益。所謂的“copyright”，若勉強以說文解字的方式來闡釋的話，我們可以將之拆解

(2000).

³⁵ Mark Kann, *More or Less Democracy in the Internet Age*, at http://netpublics.annenberg.edu/digital_democracy/more_or_less_democracy_in_the_internet_age, last visited date 2006/05/24.

為”copy”與”right”。”copy”的涵意應該不難理解，因為著作權法一開始的制定目的就是為了管制出版商的重製活動；至於”right”的話，除了「權利」之外，其同時還寓有「正當」、「對的」等意思，也就是說，由公權力所賦予的權利保護必須要有足夠的正當性基礎，讓人民充分地信服，方為長久之計。由此觀之，如果著作權法體系下的相關規範已經遠遠超脫一般社會大眾的觀感，或是不符合人民的期望，其運作起來可能就會遭遇諸多阻礙。尤有甚者，肇因於著作權法與民眾觀感的落差，目前的社會似乎已經慢慢形成了「全民犯罪」的窘況，亦即許多民眾使用著作物的習慣，可能於道德上並無虧損，長久以來也習以為常，不料卻是受到法律的管制或禁止，使得每個人在不知不覺的情況下成為侵害著作權的嫌疑犯。

學者Jessica Litman亦認為，人民通常不會去遵守他們不信任的法律，而且，這種缺乏公眾支持的法律，政府執行起來也會常常倍感力有未殆³⁶。Litman進一步表示，她不反對以類似「市民不服從³⁷（civil disobedience）」的方式來抵制著作權法的嚴苛管制³⁸。本文對於「市民不服從」暫持保留的態度，畢竟這不是一個法治國家的應有常態，而毋寧是一種非不得已的手段，實不宜恣意濫用。不過，對於立法者以及政府來說，人民對於法律的不信任，倒也是個警訊，提醒他們重新檢討被質疑的法律或政策。

如同本文所述，在數位環境當中，幾乎每個人都兼具著讀者與創作者的身分，人們在吸收汲取外界資訊的同時，亦可隨時將所思所得拋出予他人交流。創作者這個角色顯然不再是由內容產業所獨占，他們的意見未必能代表所有的創作者，何況他們還常常透過高度不對等的談判力量來壓榨、剝削所屬創作人員的收

³⁶ JESSICA LITMAN, DIGITAL COPYRIGHT 112 (2001).

³⁷ 所謂的「市民不服從」，依照許宗力大法官的定義，係指「任何人基於政治道德良心之動機，以促使法律、政府政策或社會弊端變更為目的，單獨或與他人共同所為公開、非暴力之有意識觸犯法律規範的行為」。參見：許宗力，試論民主法治國家的「市民不服從」，法與國家權力，1999年元照初版，77頁。

³⁸ Litman, *supra* note 36, at 194.

入。在著作權法的制定過程中，社會大眾或消費者也應該要有表達意見的機會，不應全盤地採用內容產業的觀點，畢竟內容產業常常抱持著與社會大眾相左的立場。

也許我們可以換個更上位的角度來看待著作權法政策的問題。著名的美國哲學家John Rawls在其鉅著*A theory of Justice*中論及社會契約的時候，曾經提出「原初狀態 (original position)」的假設，亦即一群具有平常鑑賞力、才華、理想與信念的男女，站在「無知之幕 (the veil of ignorance)」的背後，在「無知之幕」的隔絕下，沒有人知道自己所處的社會位置為何，包括自己的階級地位、自然天賦、心理傾向等，因此無法為自己的特殊利益設計規則³⁹。基於理性自利的心態，也為了確保自己能有最好的途徑來獲得社會基本益品 (social primary goods)，人們必須假定自己可能處在社會中的任何一個位置，亦即把社會中每個成員的利益視為自己的可能利益⁴⁰。本文認為，John Rawls的論點在今日的創作環境亦有著相當大的適用空間，其理由是，如同前文所述，在數位環境中每個人都有可能同時兼具著讀者與創作者兩種身分，而且流動率甚高，以致人們無法百分之百確定自己的所屬角色，可說是具有一種類似「無知之幕」的隔絕效果。因此，在設計著作權法這類的社會契約時，我們似乎必須將讀者、創作者等所有可能的利益一併納入考量，假設自己可能會落在其中的任一個角色。由此觀之，一個可以讓讀者與創作者都同時受益的豐沛的公共領域，或許是大家的共同利益所在，而毋寧是設計著作權法時的最佳選擇。

數位及網路科技近來受到的打壓也是相當令人憂心的一環。我們不能因為新興科技撼動了內容產業長久以來的經營模式，就驟然斷絕其未來的發展。對於內容產業來說，如果能適度地調整經營模式，將數位及網路科技納入改良後的經營模式，也許取得可以更多的獲利契機。在這樣的情況下，除了科技潛能得以充分

³⁹ JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE 12 (1971).

⁴⁰ *Id.* at 148.

發揮之外，公共領域也可以獲得相當程度的灌溉，使用者亦能享受科技帶來的便利，不啻是種多贏的局面。簡單地說，本文要呼籲的是，我們應該著眼於長遠的利益，盡量吸納各種新興科技所蘊藏的潛能，藉此增進社會大眾的福祉，而不是一味地加以排擠，放棄向前邁進的契機。

此外，本文認為，公眾對於文化創作活動的廣泛參與，更是值得鼓勵與關切的重點。創作過程當中除了蘊藏有言論自由與符號學民主等多重意義外，公共領域的內涵也可以從中獲得相當程度的充實。然而，比較令人惋惜的是，業餘人士或者一般民眾的創作能量，常常被主政者們給遺忘了，甚至連民眾自己也經常妄自菲薄，輕忽自身的潛能。本文認為，那些由業餘民眾所參與的分散式創作模式，往往具有無窮的創作能量，而可累積出相當可觀的成果，並通常會被貢獻給公共領域，供公眾自由取用。因此，即使目前的著作權法難以發揮保護公共領域的作用，我們也應該在既有的法律體系下，盡量倡導這類創作計劃的建置與參與，並給予寬廣的運作空間，間接達到深化公共領域的效果。

至於現行的著作權法應該怎麼作修改才能達到充實公共領域的效果，則非本文目前所能解決的問題，畢竟牽涉因素甚多，也礙於筆者能力上的限制，無法在有限篇幅裡作出妥善的處理。例如著作權保護期間的長短應以多久為宜，長久以來一直沒有人能夠提出一個令大家都信服的數字。不過，值得點出的政策方向是，目前著作權法保護不斷擴張的趨勢似乎應該有所控制，不宜一味地以產業利益為依歸，或是讓產業主導整個政策制定過程。一部衡平的著作權法應該保護創作者免於私人的控制⁴¹。也許我們應該回歸到制定著作權法的初衷－憲法的授權，也就是專利與著作權條款本身，以「促進科學與實用技藝的進步」作為政策的基本考量。著作權保護當然應該因時制宜而作適度的擴張，惟必須要有適切的創作誘因的提供，不應被用來鞏固既得利益。公共領域的內涵、價值與功能更應該被認真地對待，立法者修訂著作權法之時，必須小心翼翼地避免過度侵蝕公共

⁴¹ Neil Netanel, *Copyright and a Democratic Civil Society*, YALE L. J. 106, 283 (1996).

領域，讓公共領域得以持續為創作者提供各式各樣的素材，對於人類文化創作活動來說，如此方為長遠之計。

本文必須承認，以上所進行的討論，大致上還是以美國法為主，環繞的時空背景主要也是美國。如果將時空背景拉回台灣，將會呈現出如何的風貌？台灣的文化創作環境也能一體適用上述的討論嗎？本文認為，台灣的內容產業或媒體的集中化現象，或許不如美國嚴重，其組織應該也未若迪士尼、環球電影等公司那樣龐大，但是，這並不即代表未來沒有發生的可能性。本文在第三章中約略介紹了媒體集中化可能產生的危害，在在顯示出媒體集中化是個不容輕忽的現象，實有未雨綢繆、防微杜漸的必要。而且，我們可以發現，近來在電視上出現的部分節目或廣告，似乎也逐漸地以一種類似財產權的觀點，來呼籲強化對於著作物的保護，並藉此達到教化民眾、塑造價值觀的效果。反觀之下，國人對於公共領域的重視似乎嚴重不足，不管是在學術界還是一般民眾之間，鮮少聽聞有關公共領域的討論，舉目所見者反倒是一片高漲的著作權保護浪潮，著實令人憂心。

至於法律規範方面，雖然台灣著作權法與美國法不盡相同，例如在著作權存續期間只採用作者終身加五十年⁴²，未若美國法的作者終身加七十年，然而，在美國等經貿大國的經貿談判壓力之下，台灣的著作權法政策其實深受美國等國家的影響，為了迎合他國的法律規範，而被逼迫修訂國內法的例子可說是屢見不鮮。近來最明顯的例子，當屬立法禁止規避科技保護措施，亦即於二〇〇四年，我國立法院通過了「著作權法部分條文修正案」，其中就著作權法增訂了第八十條之二，禁止他人未經授權就規避「防盜拷措施」或是提供公眾可以用來規避「防盜拷措施」的設備器材⁴³，與美國DMCA中的「反規避條款」與「反交易條款」相仿。更進一步說，著作物的進出口在國際貿易中佔有著一席之地，各國法規莫不互相牽引，或是維持著一種微妙的互動關係。因此，本文認為，美國著作權法

⁴² 著作權法第三十條。

⁴³ 著作權法第八十條之二。

的規範何如以及相關的動態，實有加以關注與討論的需要，畢竟我們無法排除，美國的著作權法政策，將來也有可能成為我國法律的一部份。當然，這並非意謂我國的著作權法必須總是隨他國起舞，這樣的現象也絕非本文所樂見，惟其確實是個存在中的無奈現實。若能排除這些外在壓力，充分地發揮在地考量，倒也是件值得鼓勵的作法。

與美國著作權法相較之下，台灣的著作權法似乎沒有如同美國憲法「專利與著作權條款」般的憲法授權。但是，這並不即代表台灣的著作權立法沒有相應的指導原則。台灣著作權法第一條開宗明義即指出其立法目的：「為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，特制定本法...」。由此觀之，除了「著作權人著作權益」之外，我們更不應該忽略可能更為重要的「社會公共利益」與「國家文化發展」。著作權人權益的保護固然不可或缺，但不應過度擴張而致使害及公共利益與文化發展。公共領域的保留與維護，也許正與社會公共利益休戚與共，同時有助於促進國家文化的發展，足見在台灣的著作權法框架下，公共領域亦扮演著關鍵的角色。

台灣在公共領域的復興或實踐方面，似乎仍有很大的進步空間。有感於這方面的不足，並嘗試喚醒國人對於公共領域的重視，遂有部分人士協助從美國引進 Creative Commons、維基百科、麻省理工學院開放式課程計劃等公共領域的相關實踐，鼓勵國人搭上這班通往公共領域的「復興號」列車。至於自由軟體運動，則在我國推行有數年之久，目前已有相當數量的使用族群，是個可喜的現象。本文認為，國人的創作潛能其實不容小覷，不亞於任何其他國家的人民，文中所介紹的幾個公共領域實踐平台，或許是個可以考慮的舞台，值得國人廣泛地參與，充分釋放自身蘊藏的的豐沛創作能量。

總而言之，無論是國內或國外，若將公共領域的通念比喻成種子，我們可以發現，種子似乎已經開始萌芽，惟發育的情況不甚理想，仍有諸多成長的空間，

需要更多的灌溉與關注。希望假以時日，隨著公共領域復興運動的推動，這顆通念的種子能夠茁壯成果實纍纍的大樹，讓社會大眾深刻體會到，公共領域實乃人類文化創作活動的基石。



第六章 結論

有關公共領域的定義或內涵，雖然迄今尚未有一致的理論架構，惟這絲毫未能減損公共領域的重要性。無論是在文化環境或是創作活動當中，公共領域皆扮演著關鍵的角色，一直為創作者提供大量的創作素材，堪稱人類文化創作的基石。

近來數位及網路科技的發展，起初被預期可以為公共領域帶來一番新的氣象。透過數位及網路科技的運用，人們愈來愈有機會實際參與創作活動，作品產出的管道亦漸趨多元，大量的新作品於焉誕生，可望豐富公共領域的內涵。然而，數位及網路科技所帶來的嶄新創作模式，同時也撼動了內容產業的既有經營模式；內容產業逐漸無法完全掌握市面上作品的流通，亦屢屢疾呼其收益嚴重受損。為了重新回復舊有的霸權，內容產業遂作出了一連串的反撲，其中包括了遊說國會通過擴張著作權保護範圍的法律，以及設計科技保護措施來阻絕對於著作物的任意接觸使用。



數位及網路科技的潛能處處受限之餘，公共領域亦遭受嚴重波及。公共領域內的素材大量地被私人給圈佔，直可以第二次圈地運動來比擬。著作權人又不斷援用財產權的概念或術語，來延伸其權利範圍，相當程度地衝擊了公共領域。公共領域內的素材漸形枯竭之後，將致使創作過程中的資訊輸入成本大幅攀升，市場上仍能繼續保持競爭力的資訊生產者，恐怕只剩下那些藉由販售資訊或作品來營利的大型內容產業，不以營利為目的的業餘創作者則難以在市場上生存，資訊生產者與媒體從而呈現集中化的現象，隨後並將衍生觀點多元性嚴重匱乏等不良後續效應。

部分著作權人所自行採用的科技保護措施，在數位環境中確實具有匪淺的管制力道，不過卻也有可能將公共領域素材給一道封鎖起來。內容產業業者所推動

的「著作權期間延長法」、「數位千禧年著作權法」與資料庫保護相關草案，則過度延伸了著作權保護範圍，其交換代價卻是縮減公共領域的內涵。科技與法律手段兼施，使得公共領域面臨空前威脅。

比較令人惋惜的是，在這次的科技變遷時刻，法律不但沒有為數位及網路科技預留喘息空間，反而還多所打壓。除了內容產業在談判地位上佔有壓倒性優勢之外，社會大眾的一般通念也並未站在數位及網路科技這邊。遭到池魚之殃的公共領域，同樣也未獲得通念的支持，被公眾重視的程度顯然不足。不過，事情倒也沒有想像中的悲觀，揆諸數個正在全球蓬勃發展的公共領域復興運動，我們可以發現，有關公共領域的通念，似乎正在覺醒當中。

這些公共領域復興運動，大致包括了自由軟體運動、維基百科、麻省理工學院開放式課程計劃與 Creative Commons 等，雖然專注的焦點不盡相同，惟無一不在闡揚、發揮公共領域的精神，致力於充實公共領域的內涵，同時活化人類文化創作活動。從這些公共領域復興運動當中，我們又可以歸納出幾個有別於傳統集中式商業化創作模式的精神與特徵，例如自由文化、釋放部分權利與同儕生產創作模式等。這些開放、分散式的嶄新創作模式，除了其所生產的作品大多是免費供社會大眾自由取用之外，更匯集了來自全球各地的同儕創作者，兼具龐大的產能，著實為公共領域提供了不小的助益。

然而，必須有所保留的是，透過上述開放、分散式創作模式所產生出的作品，未必完全屬於公共領域，其中可能有部分仍保有財產權。惟財產權在公共領域復興運動中的存在，其實是別有用心，其主要目的在於避免作品被私人給圈佔，讓作品得以繼續為公眾取用，維持作品的自由流通，其可說是間接促進了公共領域精神的發揮。

公共領域復興運動尚蘊含有民主功能。開放、分散式創作模式的創作者並不

侷限於那些專業從業人員，反而是以爲一般人民主力，每個人都有親身從事創作活動的機會，沒有任何身分、資格上的限制。人們得以積極地參與文化的創造，挑戰主流的文化意義，發揮各種巧思來表達自身的觀點，同儕創作者間亦廣泛地交流互動，分享交換彼此的創意，不啻是種民主的展現，同時寓有促進言論自由的功能。

公共領域復興運動確實值得我們參與並加以推行，惟除此之外，爲了促進文化的自由流通，著作權政策方面似乎也有著力的地方。一部管制範圍過於廣泛的著作權法，不單是會對公共領域造成減損，還有可能遠遠超脫社會大眾的觀感，而釀成全民犯罪的窘況。畢竟在數位環境當中，每個人可能都兼具讀者與創作者兩種身分，內容產業的意見未必能代表所有的創作者，著作權政策制定過程實不宜完全由內容產業所主導，一般消費者也應該要有充分的發聲機會。著作權法的制定，應該回歸到憲法授權的初衷，亦即以專利與著作權條款中所稱的「促進科學與實用技藝的進步」作爲基本考量。著作權法固然具有因時制宜的彈性，惟必須有適切的創作誘因的提供，不應被用來鞏固既得利益。公共領域的功能與價值，更應該被列爲核心的考慮要素。

本篇論文所論及的現象，大部分還是專就美國而言，雖然台灣的文化環境未必完全與美國相同，惟由於數位及網路科技的發展，資訊的流通舞台已逐漸有全球化的趨勢，不再只侷限於一國之內，因此，美國著作物的流通情形何如，常常成爲身處台灣的讀者或創作者們的關注重點。再者，台灣的著作權政策一向深受歐美等國家的影響，美國著作權法的相關動態，實有加以討論的必要。

無論是在國內或是國外，有關公共領域的通念似乎都未完全覺醒，尤其在我國，在公共領域的復興或實踐方面，仍有很大的進步空間。不過，很慶幸地，已有部分關心公共領域的人士協助引進了 Creative Commons 等公共領域的相關實踐，鼓勵國人以其爲平台，積極參與灌溉公共領域的行列，釋放自身蘊藏的創作

能量。

總結來說，公共領域實乃人類文化創作活動中不可或缺的一部份，但願有朝一日，社會大眾能夠對於這塊人類共有資源有更多的關注與認識。



參考文獻

一、 中文書籍（按姓氏筆劃排列）

1. Lawrence Lessig 著，劉靜怡譯，網路自由與法律，商周出版，2002 年 7 月
2. Paul Goldstein 著，葉茂林譯，捍衛著作權－從印刷術到數位時代之著作權法，五南，2000 年
3. Robert Cooter & Thomas Ulen 著，溫麗琪譯，法律經濟學，華泰文化事業公司，2003 年 6 月
4. Siva Vaidhyanathan 著，陳宜君譯，著作權保護了誰？，商周出版，2003 年
5. Thomas More 著，戴錙齡譯，烏托邦，再版，志文出版社，1999 年
6. 羅明通，著作權法論，第六版，台英商務法律，2005 年
7. 蕭雄淋，著作權法論，增定二版，五南，2003 年

二、 中文論文

1. 王明禮，著作權保護的憲法界限－試評 Eldred v. Ashcroft，美國最高法院重要判決：2000~2003，中央研究院歐美研究所，2006 年
2. 王敏銓，Free Culture，科技法學評論，2 卷 2 期，2005 年
3. 李科逸，因應未來發展趨勢，GPL 第三版與時俱進，科技法律透析，17 卷 12 期，2005 年 12 月
4. 李婉萍，著作權授權的新興模式－Creative Commons 創意公用授權淺介，科技法律透析，16 卷 10 期，2004 年 10 月
5. 呂佩芳、楊智傑，「釋放部分著作權」之法律經濟分析，智慧財產權月刊，81 期，2005 年 9 月
6. 李佩昌，資訊化衝擊下論我國著作權法對資料庫之保護，at <http://elawfirm.com.tw/06/0102.pdf/>
7. 吳尚昆，美國著作權期間延長法案爭議評析，at <http://www.sunnylaw.com.tw/thesis14.html/>
8. 林子儀，言論自由的限制與雙軌理論，言論自由與新聞自由，元照，2002 年。
9. 許宗力，試論民主法治國家的「市民不服從」，法與國家權力，元照，1999 年
10. 章忠信，從自由軟體運動之發展看市場經濟的理性抉擇，at <http://www.copyrightnote.org/paper/pa0031.doc/>
11. ———，著作權法制中「科技保護措施」與「權利管理資訊」之探討，at <http://www.copyrightnote.org/paper/pa0016.doc>
12. 張文貞，邁向整合的崎嶇路－美國最高法院對聯邦權限的緊縮，歐美研究，三十四卷二期，中央研究院歐美研究所，2004 年

13. 張永強、康勤、蔡東廷，從我國著作權法探討Creative Commons之應用與發展，科技法律透析，17卷5期，2005年5月
14. 邵瓊慧，數位時代之合理使用—挑戰與回應，全國科技法律研討會論文集，2003年
15. 郭香吟，從著作權觀點看資料庫之保護，at <http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php?board=35&act=read&id=25>
16. 陳人傑，開放原始碼授權條款之法律分析—以通用公共授權為中心(下)，科技法律透析，14卷7期，2002年7月
17. ———，網路產業競爭政策初探—以網路效應理論為中心，科技法律透析，13卷4期，2001年4月
18. 陳怡玫，企業運用自由/開放原始碼軟體之策略初探，科技法務透析，17卷11期，2005年11月
19. 馮震宇，開放原始碼授權契約之法律問題與挑戰，全國律師，九卷一期，頁3，2005年一月
20. 劉靜怡，軟體原始程式碼開放運動的規範意涵--連網時代的共同創新未來，且旦法學，80期，2002年1月

三、學位論文

1. 李界昇，開放原始碼模式下的法律風險—從SCO v. IBM案出發，國立交通大學科技法律研究所碩士論文，2004年
2. 李筱萃，著作權與言論自由保障的界限—以美國有關受保護著作的技術措施之立法為例，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2001年
3. 杜惠錦，著作權存續期間之變遷與著作權公共領域之研究，國立交通大學科技法律研究所碩士論文，2004年
4. 林盈秀，內容不受著作權法保護之資料庫的法律保護，國立交通大學科技法律研究所碩士論文，2005年

四、英文書籍

1. FISHER, WILLIAM, PROMISES TO KEEP (Stanford, CA: Stanford University Press 2004)
2. LESSIG, LAWRENCE, FREE, CULTURE (New York, NY: Penguin Press 2004)
3. LITMAN, JESSICA, DIGITAL COPYRIGHT (Amherst, NY: Prometheus Books 2001)
4. MACKINNON, CATHERINE, ONLY WORDS (Cambridge, MA: Harvard University Press 1993)
5. PATTERSON, RAY & LINDBERG, STANLEY, THE NATURE OF COPYRIGHT: A LAW OF USER'S RIGHT (Athens, GA: University of Georgia Press 1991)

6. RAWLS, JOHN, *A THEORY OF JUSTICE* (Cambridge, MA: Harvard University Press 1971)
7. SCHECHTER, ROGER & THOMAS, JOHN, *INTELLECTUAL PROPERTY: THE LAW OF COPYRIGHTS, PATENTS AND TRADEMARKS* (St. Paul, MN: Thomson/West 2003)

五、 英文論文

1. Balkin, Jack, *Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society*, 79 *New York University Law Review* 1 (2004)
2. Benkler, Yochai, *Coase's Penguin, or, Linux and the Nature of the Firm*, 112 *Yale Law Journal* 369 (2002)
3. — — —, *Free as the Air to Common Use: First Amendment Constraint on Enclosure of the Public Domain*, 74 *New York University Law Review* 354 (1999)
4. Boyle, James, *A Politics of Intellectual Property: Environmentalism for the Net?*, 47 *Duke Law Journal* 87 (1997)
5. — — —, *The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain*, 66 *Law and Contemporary Problems* 33 (2003)
6. Chander, Anupam & Sunder, Madhavi, *The Romance of the Public Domain*, 92 *California Law Review* 1331 (2004)
7. Cotter, Thomas, *Prolegomenon to a Memetic Theory of Copyright: Comments on Lawrence Lessig's The Creative Commons*, 55 *Florida Law Review* 779 (2003)
8. Denicola, Robert, *Freedom to Copy*, 108 *Yale Law Journal* 1661 (1999)
9. Goldstein, Paul, *Copyright and the First Amendment*, 70 *Columbia Law Review* 983 (1970)
10. Elkin-Koren, Niva, *What Contracts Cannot Do: The Limits of Private Ordering in Facilitating a Creative Commons*, 74 *Fordham Law Review* 382 (2005)
11. Farber, Daniel, *Conflicting Visions and Contested Baselines: Intellectual Property and Free Speech in the "Digital Millennium"*, 89 *Minnesota Law Review* 1318 (2005)
12. Hardin, Garrett, *The Tragedy of Commons*, 162 *Science* (1968)
13. Jaszi, Peter, *Toward a Theory of Copyright: The Metamorphoses of "Authorship"*, 1991 *Duke Law Journal* 455 (1991)
14. Kann, Mark, *More or Less Democracy in the Internet Age*, at http://netpublics.annenberg.edu/digital_democracy/more_or_less_democracy_in_the_internet_age
15. Krasilovsky, William, *Observations on Public Domain*, 14 *Bulletin of the*

- Copyright Society 205 (1967)
16. Lange, David, *Recognizing the Public Domain*, 44 *Law and Contemporary Problems* 147 (1981)
 17. Lessig, Lawrence, *Free(ing) Culture for Remix*, 2004 *Utah Law Review* 961, 972 (2004)
 18. — — —, *The Creative Commons*, 65 *Montana Law Review* 1 (2004)
 19. Litman, Jessica, *The Public Domain*, 39 *Emory Law Journal* 965 (1990)
 20. Mahoney, Julia, *Lawrence Lessig's Dystopian Vision*, 90 *Virginia Law Review* 2305 (2004)
 21. Merges, Robert, *A New Dynamism in the Public Domain*, 71 *University of Chicago Law Review* 183 (2004).
 22. Netanel, Neil, *Copyright and a Democratic Civil Society*, *Yale Law Journal* 106 (1996)
 23. Nimmer, Melville, *Does Copyright Abridge the First Amendment Guaranties of Free Speech and the Press?*, 17 *UCLA Law Review* 1180 (1970)
 24. Packard, Ashley, *Copyright Term Extension, the Public Domain and Intertextuality Intertwined*, 10 *Journal of Intellectual Property Law* 1 (2002)
 25. Rose, Carol, *Romans, Roads, and Romantic Creators: Traditions of Public Property in the Information Age*, 66 *Law and Contemporary Problems* 89 (2003)
 26. Samuels, Edward, *The Public Domain in Copyright Law*, 41 *Journal of the Copyright Society* 137 (1993)
 27. Samuelson, Pamela, *Intellectual Property and the Digital Economy: Why the Anti-Circumvention Regulations Need to Be Revised*, 13 *Berkeley Technology Law Journal* 519 (1999).
 28. — — —, *Mapping the Digital Public Domain: Threats and Opportunities*, 66 *Law and Contemporary Problems* 147 (2003)
 29. Smith, Henry, *Exclusion Versus Governance: Two Strategies for Delineating Property Rights*, 31 *Journal of Legal Studies* 453 (2002)
 30. Sunstein, Cass, *Deliberative Trouble? Why Groups Go to Extremes*, 110 *Yale Law Journal* 71 (2000)
 31. Therien, John, *Exorcising the Specter of a "Pay-Per-Use" Society: Toward Fair Use and the Public Domain in the Digital Age*, 16 *Berkeley Technology Law Journal* 979 (2001)

六、 外國法院判決

1. *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003)
2. *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340 (1991)
3. *Harper & Row, Publishers, Inc. v. National Enterprises*, 471 U.S. 539 (1985)

4. International News Service v. Associated Press, 248 U.S. 215 (1918)
5. New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964)
6. Sony Corporation of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984)
7. U.S. v. Lopez, 115 S.Ct. 1624 (1995)

七、 網路資源

1. Creative Commons Taiwan : <http://creativecommons.org.tw/>
2. GNU 計劃官方網站 : <http://www.gnu.org/>
3. Lawrence Lessig 教授個人網站 : <http://www.lessig.org/>
4. Slashdot 官方網站 : <http://slashdot.org>
5. 世界財產權組織官方網站 : <http://www.wipo.int/>
6. 古騰堡計劃 : <http://www.gutenberg.net/>
7. 自由軟體基金會 : <http://www.fsf.org/>
8. 全國法規資料庫入口網站 : <http://law.moj.gov.tw/>
9. 美國杜克大學「法律與當代問題」期刊電子資料庫 :
<http://www.law.duke.edu/journals/lcp/>
10. 美國唱片產業協會 : <http://www.riaa.com/>
11. 美國麻省理工學院「開放式課程計劃」 : <http://ocw.mit.edu/>
12. 美國著作權局官方網站 : <http://www.copyright.gov/>
13. 學生自由文化運動官方網站 : <http://freeculture.org/>
14. 麻省理工學院開放式課程計劃 : <http://ocw.mit.edu/>
15. 著作權筆記 : <http://www.copyrightnote.org/>
16. 創作共享授權計劃 (Creative Commons) : <http://creativecommons.org/>
17. 維基百科 : <http://www.wikipedia.org/>