

第二章 著作權法的公益思想及其困境

第一節 著作權法的傳統公益思想及其演變

每一個國家著作權法的發展史都不盡相同，從歷史觀點看著作權法的公益思想，將會因為取捨的角度而有一定程度的偏頗。本節僅以世界第一部著作權法——英國安妮法案的誕生歷史作為主軸，簡述著作權法的傳統公益思想及其演變。

第一項 出版商公會與言論箝制

印刷術於十五世紀傳入歐洲後，書籍的印製更為容易及更精確，大量的印製與銷售成為可能，使得資訊的儲藏、獲取及利用都產生革命性的變化。印刷術讓整個社會相信，如今向前跨進的每一步，都基於可掌握的堅實基礎，人類因此可以立足過去、展望將來。此外，既然所有新的資訊都是舊有資訊的再改進，人類可以進步的信念因此確立。¹然而，對比此對人類文明普遍的樂觀氣氛，書籍市場所受到的箝制卻充滿現實的利益糾葛。

在中世紀時，一般認為擁有手稿(manuscript)的人才擁有複製的權利，例如教會的修士會對想抄寫其收藏手稿的人，收取一定費用。印刷術引入後，相關印刷的設備成本極高，投資印刷工廠的商人需要一些制度，來確保其投資可以獲利，因此有所謂的「印刷特權」(printing privilege)。最早的「印刷特權」制度產生於十五世紀的威尼斯(Venice)，這種專屬權利由官方授予個人一定時間，來換取其一定的服務或獎勵特定活動。²從十五世紀末到十六世紀初，「印刷特權」的制度雖然混亂，但卻持續發展。終於在西元一五二六年，立法規定所有的印刷品都必須向共和國的「十人執政團」(Council of Ten)請求給予印刷許可(impri-

¹ Debora J. Halbert, *Intellectual Property in the Information Age: The Politics of Expanding Ownership Rights* 2-3 (1999).

² Rose, *Authors and Owners*, *supra* note 3, at 9-10 (1993).

matur)。迄西元一五四六年，又進一步明訂擅自印製書籍的刑罰規定。在此言論箝制制度發展過程中，終於促使印刷商人與書商的公會(guild)組織成立，其最主要的功能便在於為政府執行印刷業的監控，同時確保自己既得的利益。³

「印刷特權」制度在十六世紀也傳播到其他歐洲國家。英國第一個「印刷特權」(亦可稱為“letter patent”)的授予在西元一五一八年⁴，十一年後，英國通過法律規定，所有手稿(manuscript)的權利應授予出版商⁵，一個越具規模的出版業形成。西元一五五七年，英國第一個出版商公會的「特許狀」(Charter)由王室授予，授權出版商得以搜索並銷毀違法書籍。⁶嗣後重要的出版管制法令包括一五六六年、一五八六及一六三七年「星室法院命令」(Star Chamber Decrees)，以及一六六二年的特許法案(Licensing Act of 1662)⁷，都有出版商公會在幕後遊說及推動，用以確保其獨占之利益，排除不加入公會的出版商⁸。一六六二年授權法案的標題表明，該法的立法目的是為了剷除煽動性的叛亂言論，限制未經許可的印刷品，以及規制書籍與報業的印製行為。⁹準此，在十六、七世紀間，著作權是出版商的著作權，而非作者的著作權，出版商公會與英國政府的緊密合作關係，基本上是建立在前者獲取獨占的豐厚利益，後者得以有效壓制異議言論的互利基礎上。

第二項 安妮法案的公益思想

一六六二年的「特許法案」是以兩年為期的時效性法案，國會雖屢屢延長之，但一六八八年光榮革命後政治環境大不相同，社會上對於出版商公會長期的獨占更高度不滿，故一六九四年特許法案即將到期之際，國會拒絕再度延長，終使之

³ *Id.* at 11.

⁴ *Id.* 印刷術則早在西元一四七六年即由William Caxton引進。See, e.g., Lyman Ray Patterson, *Copyright in Historical Perspective* 20 (1968).

⁵ Halbert, *supra* note 5, at 3.

⁶ L. Ray Patterson & Stanley W. Lindberg, *The Nature of Copyright: The Law of User's Rights* 23 (1991).

⁷ 一六四〇年「第二次主教戰爭」後，「星室法院」遭「長期國會」(Long Parliament)廢除，「星室法院命令」因而全部失效。但一六六二年重新制訂的「特許法案」仍係以「一六三七年星室法院命令」為本。 *Id.* at 24.

⁸ *Id.* at 25.

⁹ See, Rose, *Authors and Owners*, *supra* note 3, at 31.

失效，書籍出版市場幾近兩百年的政府箝制與私人獨占遂暫告一段落。從一六九四年特許法案失效後，到一七一〇年安妮法案(*The Statute of Anne*)制定前約十五年間，至少有三項主張在為安妮法案的誕生作政治角力。

第一，開始有作者文人發表文獻，主張作品是作者的財產，作者對其著作應有受法律保障的財產權利。最先將作者權利與財產的概念相連結者，應為Daniel Defoe與Joseph Addison，例如Addison於一七〇九年時於英國報刊上發表文章謂：「所有的技師都可以就其智慧的發明果實收成，不受他人侵犯。為什麼研究宇宙萬物、政府體制及世界革命的人，花費了半生的時間探詢這些高貴的問題的人，卻對於其所創造之物沒有財產上的權利？且還要暴露在竊賊的威脅之下？」此時的英國，對於將作品比作財產，將作者比擬成財產權利人的譬喻，已漸漸要邁入成熟的階段，這個譬喻到今天仍對著作權法相關論辯有重大影響。¹⁰

第二，由於重製等專屬權利顯然是一種獨占，本於對貿易獨占的疑慮，以及秉持知識應自由流通的啓蒙時代理念，形成一股至少是反對「永久性」著作權的力量。英國反獨占的思想源起伊麗莎白一世時代(Elizabeth I, 1533-1603)，在一六二三年的「詹姆士一世獨占法」(*Jacobean Statute of Monopolies of 1623*)制訂後達到高峰。然而，該法雖排除了大部分既存的獨占，卻明示容許印刷特權，因此使得倫敦出版商越來越壯大，也讓站在公眾利益立場的學者們極為不滿。其中最著名的學者是洛克(John Locke)。在一六九三年，洛克去函其好友兼國會議員克拉克(Edward Clarke)，說服他聯合其他議員否決該法案的更新延長。在該信中，洛克敦請其好友正視書商壟斷古典重要書籍的問題，並強調書商的壟斷非常不利於學術之研究。一年後，洛克又寄了一份備忘錄給克拉克：「一個人或一間公司竟可以擁有古老典籍的專屬印刷權利，這不但不合理，而且有害於知識的學習。至於作者仍在世的情況，這種財產權亦應限制在該作者去世後若干年，或者限制在第一次印製後若干年，例如五十年或七十年。」在上揭兩份文件中，

¹⁰ *Id.* at 34-41.

洛克亦曾提其對於言論箝制的不滿，但其思想很明顯仍著重於反獨占的主張，並反映出啓蒙時代對於知識流通的特別重視。¹¹

第三，出版商爲重享獨占權力，鼓吹恢復出版箝制的制度。但此企圖恢復出版箝制的努力遭到最大的反對與嘲諷，在國會中的相關提案亦屢屢遭到挫敗，因此很快的放棄恢復出版箝制的主張，轉而與第一種主張合流，亦即「保護作者權利」。因此到最後一七一〇年安妮法案制定之際，原則是「反獨占」與「保護作者永久權利」的兩個相反的主張在進行對抗。

在三百年後的今天再回頭檢視世界第一部現代著作權法，究竟其蘊含多少公益思想，似乎很難斷定。學者Pamela Samuelson嘗簡要整理安妮法案的重要規定，包括：第一，將著作權授予給作者，而非出版商。第二，藉由著作權的經濟利益誘使有學識者撰寫並出版書籍。第三，它賦有更上位階的社會目的，即促使社會文化智識提升。第四，著作權僅授予新創作的書籍，換言之，舊有的書籍因此進入「共享領域」(public domain，請參見下文第三項之說明)，每個人都可以印製、販售。第五，明定著作權的保護期間爲十四年（期滿若作者仍在世，可再延長十四年），廢止永久性的著作權。第六，著作權僅包括有限的權能，主要爲印製權與重製權，因此其他性質的使用（例如改編）完全不受著作權人的限制。第七，強制出版商應檢送出版的書籍至指定的圖書館。第八，設計了一個平抑過高書價的機制。¹²

從上揭第一、第二點來看，著作權法有保障私益的性質，第二到八點則多多少少有促進知識流通，提升社會文化的目的功能。其中，限制著作權保護期間爲十四年的規定是一個劃時代的突破，出版者的著作權不再是永久性的，保護期間屆滿後，著作便屬於全民共同享有，任何人都可自由流通利用。學者Rose認爲，對於英國這一普通法系國家而言，這是著作權並非普通法所指涉的財產權概念之

¹¹ See, Mark Rose, *Nine-Tenths of The Law: The English Copyright Debates and The Rhetoric of The Public Domain*, 66 *Law & Contemp. Probs.* 75, 77-78 (Winter/Spring 2003). [hereinafter Rose, *Nine-Tenths of the Law*]

¹² Pamela Samuelson, *Copyright, Commodification, and Censorship*, in Niva Elkin-Koren & Neil Weinstock Netanel (eds.), *The Commodification of Information* 63, 67 (2002).

重要證明。Rose指出，當安妮法案由議員Edward Wortley提出於上議院時，並沒有期間的限制，但送進下議院後，基於多數議員對於獨占與自由貿易的關切，才修改成有期間的限制。但期間要規定多久仍是一個難題，也引起議員的激辯。洛克在其寄給克拉克的信函中，曾提到五十或七十年的時間，但議員們希望有一個客觀的前例，當時最好的例子便是前文提到的一六二三年「獨占法」(Jacobean Statute of Monopolies of 1623)，該法給予新發明十四年的專屬權利(Patent)，法案通過時既有的發明則給予二十一年的專屬權利。因此安妮法案便通過給予新著作十四年的保護，對既有著作則給予自法案通過起二十一年的保護。Rose認為這段歷史對於著作權的性質具有重要的啟示，今日的專利法與著作權法在發展上雖有很大的不同，但如果追溯其源頭，可以發現著作權與專利權一樣，並非當然的財產權，而是國家特許賦予的權利。¹³

另外一個證明安妮法案並未承認著作權是財產權，而且是以知識流通為其最主要目的之理由是，原本該法案的前言中有這樣的陳述：「無庸置疑地，財產權利存在作者的書籍與著作中，作為他們學習與努力的成果。」但這段陳述最後被刪除了。主要的原因便是當時出版商一再將著作權與普通法的財產權概念連結在一起，進而主張對於著作權設保護期間的限制不合理，英國下議院極可能是為了避免將著作權賦予財產權意義，進而產生不必要的疑慮，因此作此修改。此外，該法案原來的標題是：「一個鼓勵學習並**確保**書籍擁有者的財產權利的法案」，也因為同樣的原因被改成：「一個鼓勵學習的法案，為此將書籍印製的權利**賦予**作者、受轉讓者，但限於法定的期間內。」這個改變凸顯了立法者並不願意使用「確保」(secure)這個字眼，避免暗示有一個既存的自然權利。反之，立法者使用「賦予」(vest)這個動詞，代表著作權是一個由實證法新創設的權利，藉此否定出版商關於著作權具普通法上財產權概念性質的主張。¹⁴

第三項 傳統公益思想的挫敗及其轉變

¹³ Rose, *Authors and Owners*, *supra* note 3, at 44-45.

¹⁴ *Id.* at 45-46.

雖然從安妮法案的規範內容與歷史資料看來，公益思想占有較大的要素，但是之後每次著作權修法時，保護作者權利與促進文化知識的兩派支持者仍然免不了激烈辯論。例如一八四一年時，爲了著作權保護期間是否修正延長至作者終身外加其死後六十年，Thomas B. Macaulay在下議院發表演說，提出著作權法史上最著名的比喻之一，他認爲著作權是「爲施恩惠給作者而科諸讀者的稅賦」(a tax on readers for the purpose of giving a bounty to writers)。Macaulay彷彿看出，著作權法公益面向的主張應固守反獨占與啓蒙思想，所以絕口不爭辯財產權性質以及作者的榮譽報償等論點，他只是小心地以功效主義的論點結合反獨占的立場，主張給予作者的獨占權利是一種爲換取更多知識流通的「必要之惡」(necessary evil)，因此斷定「此惡之維持期間，一天也不能超過爲確保其良善目的之所需」(this evil ought not to last a day longer than is necessary for the purpose of securing the good)。其雄辯雖暫時性地將阻止著作權保護期限的過度延長（限制在作者終身外加其死後七年，或出版時起四十二年，視何者較長而定）¹⁵但在Macaulay之後，著作權不論是期間、種類、權利內容等都一而再、再而三地擴張，因此著作權法公益面向的主張在長期而言終究是居於下風。¹⁶

對於著作權法公益思想常遭挫敗的原因，可以有很多解釋。學者Rose從英國歷史發展分析出一個結論，此即反獨占的主張在議會中比在法院管用的多。從一

¹⁵ See, Gillian Davies, *Copyright and The Public Interest* 33-35 (2002).

¹⁶ 另外值得一提的是，一七七四年的Donaldson v. Becket案爲著作權法發展史上的指標性案件。該案在上訴到上議院後，上議院表決認定作者於普通法上的著作權，業因安妮法案的通過，遭實訂法的著作權取代。此判決以法定權排除普通法上的著作權，表面上看似不利於作者權論者，但實質上卻成爲日後著作權擴張的重要依據之一。原因至少有二：第一，Donaldson案實質上承認了「普通法的著作權」(按，本於作者自然權利之理論)，其之所以被限制或取代，僅因爲議會通過了安妮法案(按，主要本於反獨占與啓蒙思想)。這樣的結論雖然對於實定法的運作有確保法定性的作用，但是對於「法政策」卻產生了深遠的影響。因爲，本案的結論確定了「在理論上」，著作權有自然法的基礎，這麼一來，導致每次有修法的必要或可能時，兩方理論的支持者都各有所據，也因此對於著作權利的寬窄也各執一詞，爭執不休。第二，案件論辯過程中雖然亦本於反獨占論點、啓蒙思潮以及作者的社會責任等主張，但另外過份著墨於作者應具備道德動機，大唱不以金錢爲著作最大回報等「高調」，間接導致Donaldson案成爲作者權支持者最大的箭靶。各種譏嘲諷刺文章往後數十年間不斷，徒增著作權公益面向支持者的困擾。上揭兩個理由請分別參見，Patterson & Lindberg, *supra* note 10, at 36-46; Rose, *Nine-Tenths of the Law*, *supra* note 15, at 80-83, 86-87.

七〇九年安妮法案的制訂、一七七四年*Donaldson*案的議決¹⁷，再到一八四二年將著作權期間的延長法案限制在作者死後七年，永久著作權的主張一再被議會所駁斥。但是相同的議題到了法院，卻總是以永久著作權的論點處理。Rose認為這是因為普通法的內容中，十之八九都是財產權的相關法則，法官或律師對財產權主張或侵害的操作甚為熟稔，相反地，對於如何伸張公眾權利的法律原則卻陌生之至。因此先天上就會傾向以財產權的概念處理著作權問題。這個因素不但在十八世影響英國法院，甚至到二十一世紀的今天，還是深刻影響所有法律人的思考。¹⁸

此外，學者James Boyle則認為，傳統的著作權法公益哲學基礎多以反對獨占為論述基礎，這種反獨占的主張雖然參雜促進知識流通的理念，但通常還是被認為只是一種支持自由貿易的主張。這些主張向來不是可正面對決著作權利的「積極抗辯」(affirmative defense)，頂多只是消極的批評而已。在著作權論戰中支持作者自然權利的一方可以傳神地將著作類比成財產，將著作權的侵害生動地描繪成剽竊；反之，支持公眾權利的一方則無從簡明地標示其立場，更欠缺淺顯易懂的譬喻。換言之，著作權的公益思想沒有一個統一且有利的代表詞彙，更沒有建構一個完整而深刻的願景可供追求，無怪乎在私益的進逼下節節敗退。¹⁹

Boyle認為，最適合最為著作權法公益思想的代表詞彙者，乃「共享領域」(public domain)概念。「共享領域」這個名詞，原來是法文裡的「*domaine public*」，因十九世紀末伯恩公約採用之²⁰，遂輾轉傳到美國。雖然美國本土語言中，「public domain」原來意義是聯邦政府所擁有之公有土地，²¹但在智慧財產相關論述的發展脈絡下，其意義逐漸轉變成「用以組成智慧財產的元素中，不受私人所有權控

¹⁷ *Donaldson v. Becket*案雖在形式上是司法決定，但由於英國對於高等法院的判決是上訴至上議院，所以該案實質上是議會的決定。

¹⁸ Rose, *Nine-Tenths of the Law*, *supra* note 15, at 85-86.

¹⁹ James Boyle, *The Second Enclosure Movement and The Construction of The Public Domain*, 66 *Law & Contemp. Probs.* 33, 57-58 (Winter/Spring 2003).

²⁰ 伯恩公約 (Berne Convention) 第十八條第一項及第二項。

²¹ Jessica Litman, *The Public Domain*, 39 *Emory L.J.* 965, n. 60 at 975(1990).

制的社會共享部分」。²²一般而言，「共享領域」的內容包括²³：

1、著作權法施行前已發表，不受著作權法保護的著作（在無追溯保護的情況下）。

2、曾受著作權法保護，但保護期限已屆滿的著作。

3、因為國家主權管轄因素而不受著作權法保護的外國著作。²⁴

4、著作權法明文不保護的作品。²⁵

5、作為「著作」的組成元素，但不被著作權法保障的部分。例如我國著作權法第十條之一規定：「依本法取得之著作權，其保護僅及於該著作之表達，而不及於其所表達之思想、程序、製程、系統、操作方法、概念、原理、發現。」此條文於民國八十七年修法時新增，主要受「與貿易有關之智慧財產權協定」

（TRIPs）第九條第二項²⁶及美國著作權法section 102 (b)²⁷之影響。²⁸

²² *Id.* at 975.

²³ 此處以我國法的規定為本分類敘述。若是在美國法的體系下，則尚包括「因為不符合著作權法的形式要件，而不受著作權法保護的著作」。參見，同上註，頁 975-77; Edward Samuels, *The Public Domain in Copyright Law*, 41 J. Copyright Soc'y 137, 151-77 (1993).

²⁴ 在著作權法越趨全球化的同時，此類因素會越來越不重要。但不可否認的是，目前仍有相當的歧異存在於已開發國家與未開發國家間。

²⁵ 例如我國著作權法第九條第一項羅列各項不受著作權保護的標的，包括：「一、憲法、法律、命令或公文。二、中央或地方機關就前款著作作成之翻譯物或編輯物。三、標語及通用之符號、名詞、公式、數表、表格、簿冊或時曆。四、單純為傳達事實之新聞報導所作成之語文著作。五、依法令舉行之各類考試試題及其備用試題。」

²⁶ 「與貿易有關之智慧財產權協定」第九條第二項：「著作權保護應僅及於表達，而不及於觀念、程序、操作方法或數理概念等等。」(Copyright protection shall extend to expressions and not to ideas, procedures methods of operation or mathematical concepts as such.)

²⁷ 美國著作權法section 102 (b) (17 USC 102 (b))：「著作權對於創作物之保護無論如何不能延伸至觀念、程序、過程、系統、操作方法、概念、原則或發現，無論上揭例示以何種形式被描述、解釋、圖示或具體化於特定著作中。」原文為「In no case does copyright protection for an original work of authorship extend to any idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle, or discovery, regardless of the form in which it is described, explained, illustrated, or embodied in such work.」

²⁸ 參見，蕭雄淋，《新著作權法逐條釋義(一)》，修正版，1998年，頁154-55。又，除TRIPs與美國法之影響外，國際條約上也普遍有類似規定。例如「WIPO著作權條約」第二條與TRIPs第九條第二項幾乎完全相同；「伯恩條約」雖無概括性規定，但第二條第八項也有保護不及於「日常新聞」的特別規定：「本條約之保護不應及於日常的新聞消息或各類僅屬新聞資訊性質的事實。」(The protection of this Convention shall not apply to news of the day or to miscellaneous facts having the character of mere items of press information.)

以上類別是「共享領域」的消極定義，劃定範圍的方式是以著作權人的立場為之。簡單而言，著作權所不及處，方始為「共享領域」，著作權若有擴張，「共享領域」當然隨之減縮，著作權若有緊縮，「共享領域」則相應成長。在這種定義方式之下，「共享領域」並沒有太大的意義，因為它只是著作權的反面敘述。所以Edward Samuels嘗批評「共享領域」理論的支持者：「描繪（按，著作權之）反面意涵，並幻想一個『共享領域理論』，究竟有何意義？」²⁹然而，當代共享領域理論的擁護者，顯然並不是在重述著作權法的政策，或者釐清法規範現狀的保護範圍而已。其中，最早提出應承認個人對「共享領域」享有權利，並對之最為遠大理想者，乃學者David Lange。³⁰

Lange對於「共享領域」的研究主要不在清楚定義「共享領域」，而是在於思考其地位與功能。他認為「共享領域」不應只是著作權消極不保障的領域，而應提升為一種積極的「權利地位」（status），對創作者的創作權利提供保護。³¹任何人在進行「創造性想像」活動時，都享有此「權利地位」，這個「權利地位」可以「共享領域」名之。他寫道：

將public domain想像成一種「權利地位」，一種在從事「創造性想像」（creative imagination）時具備的特殊地位，賦予你特許及豁免等權利；它是由法律獨立且積極承認的權利地位，究其性質，有時是集體性的，有時是個人性的，但必然是普世的、持久的且明確的；這個權利地位並且優於其他與之相衝突的作者權利地位（不管此相衝突的作者權利地位是基於智慧財產權，或基於所謂的「債之責任」制度，或基於其他任何規定）。³²

²⁹ Samuels, *supra* note 27, at 150. (“What is gained by reifying the negative, and imagining a “theory” of the public domain?”)

³⁰ Lange教授關於「共享領域」的兩篇重要著作分別是David Lange, *Recognizing the Public Domain*, 44 Law & Contemp. Probs. 147 (Autumn 1981); David Lange, *Reimagining the Public Domain*, 66 Law & Contemp. Probs. 463 (WinterSpring 2003).

³¹ Lange, *Reimagining the Public Domain*, *id.* at 465-66.

³² “Imagine the public domain as a status that arises from the exercise of the creative imagination, thus

Lange將「共享領域」類比成「公民權利」(citizenship)，但不似公民權利是與生俱來的，「共享領域」的權利地位是因為進行「創造性想像」(creative imagination)所觸發的。主要目的是保障「轉化性的援用」或謂「創造性援用」(transformative or creative appropriations)。他認為，「創造性援用」應「推定」受到保護，即便受援用的著作可能因此蒙受經濟上不利益，或對於受援用著作的作者或權利人之名譽及觀感有負面影響。當然，在這類援用性的案例中，因為援用所產生的收入應回饋適當數額，與其他著作的關係或應澄清(disclaimer)，或予以適當的承認及明示出處。如此一來，受援用著作作者的專屬權利，包括「改作權」，雖然隸從於「轉化性援用」之下，其權益除此之外不受影響。³³

但是什麼叫做「創造性援用」呢？Lange並沒有給予統一的定義。他僅提出「單純的剽竊」(straightforward piracy)不在「共享領域」的保護範圍內。而他對「單純的剽竊」的定義是：「非基於「創造性活動」的『援用』，就是『單純的剽竊』(straightforward piracy)。」且Lange也沒有清楚說明到底要保護多大範圍的「共享領域」。他僅總結，共享領域應照顧到固存於人性中的基本渴求，包括「思考」、「想像」、「記憶」和「援用」，必須這些基本要求都受到妥善保障，始可謂足夠。³⁴

很顯然地，Lange的上述主張與當前著作權廣泛的權能不能相容。其主張簡要而言就是將創作的概念擴張到最大，且著作權法不應抑制任何創作。這樣的要求自然必須透過法政策的改革，但民主制度下的法政策形成程序是否能達成公益任務呢？恐怕也不樂觀。蓋著作權法本質上是一種資訊法律，基於資訊生產的特質，民主的立法程序中將有嚴重的利益失衡問題（參下文第二節之說明），因此

to confer entitlements, privileges and immunities in the service of that exercise; a status independently and affirmatively recognized in law, sometimes collective in nature and sometimes individual, but omnipresent, portable and defining; and a status meanwhile paramount to whatever inconsistent status maybe conferred upon a work of authorship (or its author) from time to time whether that work is protected as intellectual property, or is included within a so-called liability regime, or is otherwise provided for.” *Id.* at 474.

³³ *Id.* at 479-80.

³⁴ *Id.* at 483.

以共享領域理論作為著作權法新公益思想的代名詞，恐怕仍有很長一段路要走。

第二節 著作權法公益思想實現的困境

第一項 資訊權利擴張對資訊生產的影響

第一款 資訊產品的特質

依學者Yochai Benkler整理分析，資訊產品有兩個重要的特質。第一，資訊產品是純粹的公共財，在消費上無敵對性（non-rival），在使用上則不具排他性（non-excludable）。無敵對性的特質使資訊產品的價格只要超過零，就會造成短期的福利損失（因為邊際成本為零）；但是就長期而言，以法律建構排他性，使資訊生產者可以設定一定價格，獲取經濟上收益，具有誘使資訊生產的效果，因此正當化了上述短期福利損失的負面影響。³⁵換成白話文就是，必須以法律擬制排他性，保障著作權人的經濟利益，才足以促進資訊產品的生產。

第二，資訊產品本身，既是生產的成果（output），也是生產所需的原料（input）。這個特質使得第一代的生產者與第二代的生產者間產生利益衝突。因為資訊權利的擴張雖然共同提高兩者的經濟誘因，但卻僅增加第二代資訊生產者的成本。³⁶例如，「米老鼠圖案」本身為一資訊產品的生產成果（output），卻又可作為「米老鼠卡通」的生產原料（input），如果著作權的權利擴張，雖然「米老鼠圖案」與「米老鼠卡通」的收益都會提高，但只有第二代資訊產品「米老鼠卡通」的成本會增加。

³⁵ Yochai Benkler, *A Political Economy of The Public Domain: Markets in Information Goods versus The Marketplace of Ideas*, in Rochelle Cooper Dreyfuss, Diane Leenheer Zimmerman & Harry First (eds.), *Expanding The Boundaries of Intellectual Property: Innovation Policy for The Knowledge Society* 267, 271 (2001) [hereinafter Benkler, *A Political Economy of The Public Domain*]; Yochai Benkler, *Intellectual Property and the Organization of Information Production*, 22 *Int'l Rev. L. & Econ.* 81, 82-83 (2002).

³⁶ *Id.*

著作權法可以說是建立在資訊產品的第一個特徵上，以創造資訊生產的經濟誘因為理由，建構法律擬制的排他性。而 Benkler 的論述，則另外強調資訊生產的第二個特質，藉由凸顯資訊權利導致的資訊成本問題，說明不同的資訊生產者對於著作權利的擴張有不同的利害關係。所以並不是越強的法律保障範圍（越強的經濟誘因）就越能建構完善的資訊生產架構，反而只是使資訊環境產生有利特定族群的偏差。

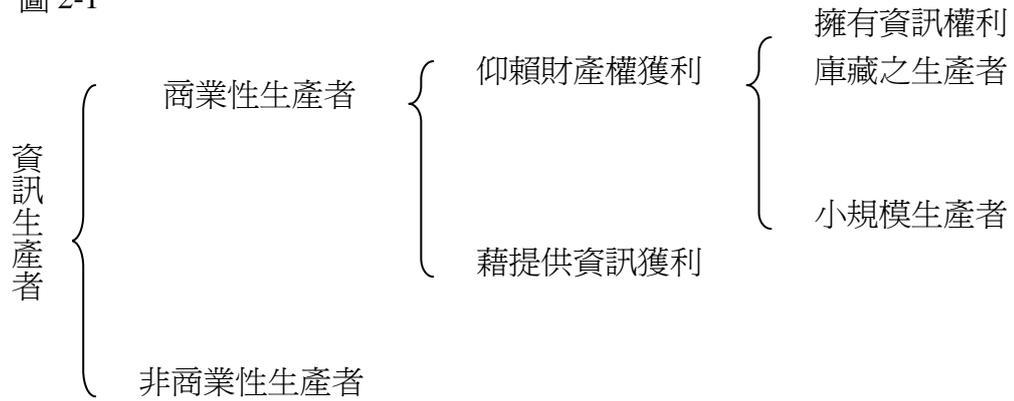
第二款 資訊權利擴張對不同資訊生產者有不同影響

承前文所述，資訊權利擴張一方面是經濟誘因的增加，另一方面則造成資訊生產成本的提高。但這兩方面的影響卻也不是一體適用於所有種類的資訊生產者，因此有必要再區分不同種類資訊生產者，才能正確說明資訊權利擴張對於資訊生產的影響。

學者 Benkler 將資訊生產者依據三個標準作三個層次的細分，此三個標準分別是「是否藉由資訊生產獲利」、「是否直接藉由資訊權利之相關權能獲利」以及「是否擁有大量資訊庫藏」。³⁷為說明之方便，茲以圖示如下。

³⁷ Benkler教授有關資訊生產者的論述，由最扼要到最詳盡，分別是以下三篇論文。Yochai Benkler, *Siren Songs and Amish Children: Autonomy, Information and Law*, 76 N.Y.U. L. Rev. 23, 101-02 (2001). [hereinafter Benkler, *Autonomy, Information and Law*]; Benkler, *A Political Economy of the Public Domain*, *supra* note 39, at 272-73; Benkler, *Intellectual Property and the Organization of Information Production*, *supra* note 39, at 90-93. 圖 2-1 為筆者依其文意所繪製，僅係最扼要的基礎分類架構。

圖 2-1



第一層次，以「是否藉由資訊生產獲利」為標準，可區分「商業性資訊生產者」與「非商業性資訊生產者」。前者雖然佔經濟社會中各種資訊產品的多數，並且在經濟價值上遠超過非商業性生產者之資訊產品，但後者之資訊產品卻對於民主社會的資訊環境有更重要的貢獻。舉例而言，一部商業性娛樂電影所能創造的市值可達數十億元之譜，一篇環保團體提出的環境評估報告相較之下差距何止千里，但若是考量對民主資訊環境的價值貢獻，後者卻遠遠超出前者。

第二層次，在「商業性資訊生產者」中，以「是否直接藉由資訊權利之相關權能獲利」為標準，可區分「仰賴資訊的財產權以獲利者」與「藉由提供資訊而獲利者」。前者指的是，藉由「出租」或「販售」其資訊內容來獲利的資訊生產者，例如電影公司。後者則例如免費提供即時訊息的新聞性網站（以免費提供資訊為誘因，促銷其他服務或廣告），或在雜誌發表文章的律師（藉此可間接獲得客源）。

第三層次，在上述「仰賴資訊的財產權以獲利者」之中，又可以區分「小規模的資訊生產者」與「擁有大量資訊庫藏的大型資訊生產者」。前者如書籍作者或小規模的創作工作室，後者則如迪士尼或時代華納等大型媒體企業。兩者的差別在於是否擁有大量的「資訊權利庫藏」（**information inventories**），具有大量資訊權利庫藏的大型媒體企業，在創作新資訊產品時，不需要向外取得必要之「原

料」(input)，只需藉由本身庫藏以及「共享領域」(public domain)的資源，即可輕易完成創作。反之，小型資訊生產者則只有「共享領域」(public domain)的資源可供免費利用，在有必要的時候，必須付費取得其他資訊權利人的同意，才能取得所需的創作「原料」。

綜合上述資訊產品的特徵與資訊生產者的差異，資訊權利的擴張對於不同資訊生產者的收益（即誘因）與成本的影響，也各有不同，如下表 2-1 所示。³⁸

表 2-1

	(A)擁有資訊 權利庫藏之生 產者	(B)小規模的 商業性生產者	(C)藉提供資 訊獲利者	(D)非商業性 生產者
收益(誘因)	提高	提高	無影響	無影響
成本	持平	提高	提高	提高

資訊權利的擴張，僅對於仰賴資訊權利獲利的資訊生產者（包括A及B）有收益提升的效果，至於C和D由於並不以資訊為商品出售或出租，因此資訊權利的擴張並不能誘使此兩類資訊生產者增加資訊生產。其次，由於資訊本身也是其他資訊產品的生產成本，因此資訊權利的擴張將一般性地導致所有資訊生產者提高生產成本。唯一例外的只有大型的商業資訊生產者（A），因為此類資訊生產者擁有大量資訊權利庫藏（information inventories），配合「共享領域」(public domain)的資源，所以相對較少需要向外付費取得資訊「原料」。因此，雖然資訊權利的擴張也可能促使其生產成本之提升，但其擁有的資訊權利大量庫藏可以

³⁸ 此表為筆者為配合本文說明需要所作。Benkler教授所做的表格則更加詳細，資訊生產者種類最多可達九種。可參見，Benkler, *Intellectual Property and the Organization of Information Production*, *id.* at 90.

緩和此成本提升的影響，甚至到持平的程度。³⁹

由於著作權利的擴張最有利於A，視情況相對不利於B、C及D。因此可想見的結果是，B（小型商業性資訊生產者）會傾向於跟A（大型媒體）結合，以減低生產成本；C（仰賴提供資訊獲利者）若因單純提供資訊無法獲得足夠利潤，也會開始嘗試利用資訊權利來提高收益，並進而與A、B結合以減低成本；D（非商業性資訊生產者）則因為成本的提高而須減少生產數量，或者轉而成爲B或C。長期以往的傾向是，B、C、D等類型的資訊生產者都會朝A不同程度地靠攏。民主價值最珍視的資訊來源持續萎縮，資訊生產朝商業化、集中化及同質化的趨勢演進。因此Benkler擔憂當前資訊法制的擴張發展，將有害個人自主性和民主多元價值。⁴⁰

第二項 著作權法政策的結構性利益失衡

如果一個健全的資訊社會是建立在各種資訊生產者的均衡基礎上，那麼資訊權利的法政策制訂過程，應該要有前述A、B、C、D各種資訊生產者的共同介入。但近代著作權法的發展史，卻不是一個均衡的利益折衝結果。以美國著作權法的發展而言，二十世紀以後的著作權法修正，主要便是建立在著作權人與商業性使用者的妥協方案上。⁴¹其中著作權人的利益團體雖然兼含前述A、B兩類資訊生產者，但主要還是受大型媒體公司的主導。至於商業性使用者雖然屬於C類資訊生產（提供）者，但一樣也是受大型企業團體的主導（例如無線或有線電視公司），而不包括小型的資訊提供者。學者Litman認爲，這種由大型著作權人與大型商業性使用人妥協出來的著作權法，必然有權利過於廣泛，以及例外規定過於嚴苛的弊病，由於缺乏彈性，因此無法因應社會變遷而容易過時。⁴²權利過於廣泛是A類資訊生產者爲確保其利益最大化的自然結果，例外規定過於嚴苛，則是因爲C

³⁹ Benkler, *A Political Economy of the Public Domain*, *supra* note 39, at 281-84; Benkler, *Intellectual Property and the Organization of Information Production*, *id.* at 94.

⁴⁰ Benkler, *Autonomy, Information and Law*, *supra* note 41, at 103-05.

⁴¹ Jessica Litman, *Digital Copyright* § 3 (2001).

⁴² *Id.* at 37-38, 63.

類的大型資訊生產（提供）者只顧及自己營利所需的例外規定，卻無暇顧及其他C類的小型資訊生產者以及D類的非商業性資訊生產者。

此民主決策過程中的利益失衡問題，可說是著作權法公、私益失衡的最重要結構性原因。Benkler 關於資訊生產架構的研究，相當程度釐清了資訊生產的利益分佈狀態，有助我們進一步理解著作權法公益思想無法順利實現的障礙。簡要而言，立法程序有三個結構性的利益失衡問題，如下述。

一、資訊生產者之間的利益失衡

依前文所述，不同的資訊生產者對於資訊權利擴張有不同的利害關係，如暫且不論中間地帶的資訊生產者，原則上因為資訊權利擴張而獲益最多者，是少數大型資訊生產企業（A），受負面影響最深者，則是大量的非商業性資訊生產者（D）。理論上這兩類資訊生產者應該在民主過程中激烈較量，共同影響法政策的辯論與形成，但結果卻非如此。

大型媒體企業因為資訊法律政策的變更直接影響其利潤，因此具有強大誘因去影響該法政策的制定。舉例而言，如果著作權法延長二十年可以使「甲公司」多收二十年的授權金一千萬元，那麼至少在一千萬的代價內，「甲公司」會僱請法律專家撰擬法政策評估報告，僱請公關公司影響輿論，積極影響立法者的想法。

但另一方面，著作權延長二十年使得原本應納入「共享領域」(public domain)的著作仍維持私有，本來可以供創作者免費利用的資源變成創作的成本負擔，若將此成本予以量化，很可能超過所獲得利益的總和。但由於有眾多的成本分擔者，因此個人感受到的利益影響就顯得輕微，不見得每個人都很在意這樣的成本增加，因此組成利益團體的動力就顯得微弱。其次，相對於大型媒體公司因為數量稀少所以容易結合，非商業性使用者數量龐大，要結合成意見一致的利益團體必須有高度的行政效率並耗費極大的溝通成本，更加深非商業性使用者組成利益

團體的難度。⁴³所以即便所有非商業性資訊生產者的可能損失加起來超過上述「甲公司」的一千萬元，也有很大的困難去募集這筆款項而運用於法政策的遊說。

以上說明是以非商業性使用者（D）和大型媒體企業（A）作比較鮮明的對比，處於中間地帶的B、C等類型資訊生產者，一樣面臨不同程度的利益失衡問題。唯一例外的只有大型的C類資訊生產者（不包含小型的C類資訊生產者，例如小報社或小雜誌社），例如廣播電視公司或者網路服務業者，只有此類大型的商業性資訊使用者，可以在政策形成程序中與大型媒體企業抗衡。其結果就是資訊權利最大化，而例外免責規定極瑣碎嚴苛，因為這些條款多是為了大型商業性使用者量身訂作的。

二、世代間的利益失衡問題

從文化發展及進步的角度來看，資訊與一般實體財產最大的差別在於前者是累積演化的，後者則是消耗性的。正因為知識可以累積，所以人類文明可以進步。而這種累積、融合與演化的過程，在同一個世代的個人間發生，也在不同世代的個人間發生。因此，同一世代間的不同種類資訊生產者間固然有利益失衡問題，世代之間也有利益失衡問題。⁴⁴

前文業已提及資訊權利的擴張提高第二代創作者的成本，但是在資訊權利擴張的時候，第二代創作者可能尚未出生，或雖已出生，但沒有想過自己可能成爲一個創作者，因此對於資訊權利的擴張，不會有利益受到嚴重侵害的感受，當然

⁴³ 學者James Boyle多次將今日的資訊法制改革運動和五、六0年代「環保運動」相類比。他認爲此兩類議題在民主體制下無法有適當決策的原因，主要是由於既得利益團體很容易可以集中力量進行政治運作，進而攫取決策利益，但是承擔不利益（雖然加總起來超過產生的利益）的社會大眾，卻因爲太高的交易成本，以致無法團結起來介入民主程序的運作。其次，也因爲環境爭議與資訊權利議題都具有高技術性，因此人民的公共參與比較困難。鼓吹環境保護及限制智財權利者反而很容易被扣上「反對私有財產制度」及「反對自由市場競爭」的帽子。參見，James Boyle, *A Politics of Intellectual Property: Environmentalism for the Net?*, 47 Duke L.J. 87, 110-11 (1997) [hereinafter Boyle, *A Politics of Intellectual Property*]; Boyle, *The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain*, *supra* note 23, at 72.

⁴⁴ See generally, 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, 572 (2001).

也不可能聚集成利益團體。相反地，在涉及資訊權利擴張的法政策議題的時候，直接可以受益的既有資訊權利享有者可以很容易集結成利益團體，運作或影響對其有利的法政策結果。再從立法者的角度來看，雖然法政策的制定應該高瞻遠矚，一併考量現在與未來，但很現實地，選票畢竟只來自現在的選民，而非來自未來世代，因此世代間的資訊利益也會產生嚴重的利益失衡。

三、資訊學習者的利益易受忽略

除了前述從資訊生產者的角度看利益失衡問題，不能忽略的還有資訊學習者或稱資訊消費者的利益。資訊生產畢竟只是手段，最終的目的還是要讓資訊可以被個人接觸；資訊生產與資訊消費都順暢運行的環境，才是健全的資訊環境。但由於知識生產具有高度的外部性，所以立法程序會傾向最大化既有資訊生產者的利益，而非最大化整體知識生產的最大利益。舉例而言，「著作權期間的延長」僅為著作權人帶來一定的利益，卻為社會帶來巨大成本，只是因為此社會成本有太多人分擔，所以其嚴重性常被低估或不受重視，而資訊學習者的利益就這樣在不知不覺中被犧牲了。⁴⁵

由於上述利益失衡問題是著作權法政策在立法程序的結構性缺陷，短期內恐怕無法有所改變。對此困境，多數學者轉而期望司法者能對立法之偏斜做出矯正。⁴⁶不過，就如學者Boyle所言，同樣有利益失衡問題的環保運動之所以有一定成效，很重要的原因之一，是有許多學者不懈地傳播與灌輸重要的基礎觀念，例如有《寂靜的春天》等膾炙人口的環保暢銷書。⁴⁷著作權法公益思想的實現也需要更多學者投入更多的研究，提出更完整的論述，才能將公益的觀念廣植人心，這才是連結分散公益力量的根本之道。

⁴⁵ *Id.* at 572-73.

⁴⁶ See, e.g., Yochai Benkler, *Through the Looking Glass: Alice and the Constitutional Foundations of the Public Domain*, 66 *Law & Contemp. Probs.* 173, 196-97 (Winter/Spring 2003). [hereinafter Benkler, *Through the Looking Glass*]

⁴⁷ Boyle, *A Politics of Intellectual Property*, *supra* note 47, at 109-10. 《寂靜的春天》作者為Rachel Carson，1962年出版。

第三節 著作權法公益面向的憲法基礎----架構概述

著作權法的傳統公益思想包括知識自由流通、文化永續發展以及保護創意等等（參見本章第一節）。但其實現的過程曲折多舛，立法制度的結構性缺失亦令人不甚樂觀（參見本章第二節）。本文認為著作權法的公益思想包括「憲法上的公益思想」與「憲法外的公益思想」，後者雖由立法者自由形成，但需受前者之拘束及影響。本文之目標即在探討著作權法在憲法上之公益思想，僅先於本節粗略概述其結構。

第一項 公共利益的概念

一般認為著作權人私益的憲法基礎主要是憲法對財產權與人格權之保障。⁴⁸如此一來，對此等權利之限制，例如著作權法第四十四條以下之限制，應符合憲法第二十三條之規定。憲法第二十三條規定，憲法權利之限制應以法律為之，並且限制之目的只能是「為防止妨礙他人自由」、「避免緊急違難」、「維持社會秩序」或「增進公共利益」。其中前三者較為具體，最後之「公共利益」概念則頗抽象。學者嘗謂：「法律上所稱公益也者，並非抽象的屬於統治團體或其中某一群人之利益，更非執政者、立法者或官僚體系本身之利益，亦非政治社會中各個成員利益之總和，而係各個成員之事實上利益，經由複雜影響過程所形成理想整合之狀態。」⁴⁹若「公共利益」是如此廣泛且動態形成的概念，所謂「防止妨礙他人自由」、「避免緊急違難」、「維持社會秩序」自然也應包含在「公共利益」的範圍內，成為公益的例示規定。但概括的公益內容究竟為何？則很難有精確的答案。

一般而言，立法者制定法律、行政機關解讀及執行法律、司法機關解釋及適

⁴⁸ 著作權人私益面向的憲法基礎，請參見下文第五章第二節。

⁴⁹ 吳庚，《行政法之理論與實用》，增訂六版，三民，2000年，頁61。（援引|Wolff/Bachof, *Verwaltungsrecht*, Bd. II, 4. Aufl. 1976, §29 169.）（粗體為筆者所加）

用法律都涉及公益內容的形成，因為此三者本於其職責都應該在儘可能的範圍內，追求正義及社會最大福祉。除此之外，本於「輔助性理論」的見解，社會作為國家以外的領域，更是公益追求與實現的第一主角。⁵⁰因此人民在社會中的各種動態的交往關係，也可視為公益內容的形成與實現。這種多樣化的公益實現結構，使得公益內容的可能性似乎無限寬廣。

但除此之外，據學者研究，憲法的諸價值要素就是公益的概念的一部份，包括法治國原則、民主原則、憲法權利之保障以及基本國策之指示等等。這些憲法價值要素一方面是公益的具體內容，另一方面也是可再進一步演繹的出發點。⁵¹行政、立法與司法本於其職責，固然可以自由形成公益內容，但不能違反憲法已體現的公益概念，甚至有義務使其形成更趨近憲法的公益概念。⁵²其中，立法者擁有比行政與司法廣大許多的公益形成自由，更應有此認知，否則，司法者應扮演把關的角色，本於憲法之意旨作適當的合憲性控制。

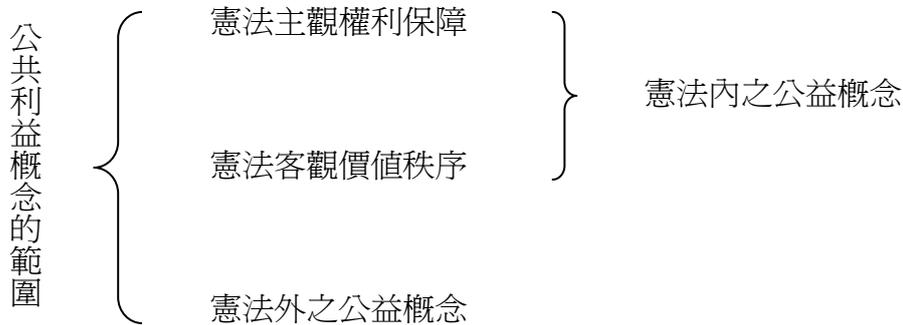
綜上所述，可以大致將公益概念分成兩種。第一種是憲法規範所直接體現的公益概念，其內容包括各種「主觀權利的保障」與「客觀價值秩序」的建構，這些憲法規範是公益內容的直接體現。第二種是在憲法規範外的公益概念，由國家及社會在不違背憲法規範的前提下自由創設與實踐。茲將以上所述圖示如 2-2。

⁵⁰ 公益的實現與國家任務概念的演進有密切關係，從夜警國家到社會國的發展歷程，公益實現的主體在二次大戰後似乎主要由國家來承擔，但隨「輔助性理論」的出現，又促使人們重新思考社會與國家對於公益實現的角色分擔問題。此理論認為公益的實現應由社會站在第一線，有所不足或窒礙時，才由國家介入承擔，因此國家扮演的是一個輔助性的公益實現角色。只要不違反法體系所劃定的界線，社會可以在法規範的界線內自由形成公益的具體內容，並予實現。參見，陳新民，〈公共利益的概念〉，收於氏著《憲法基本權利之基本理論（上冊）》，五版，1999年，頁141-53。

⁵¹ 同上註，頁153-57。另學者吳庚亦謂：「在以民主法制為基礎之現代國家，憲法及法律之內涵本身，即屬一種公益之顯示，故忠實執行憲法及法律，乃實現公益之主要手段。」參見，吳庚，前揭註53。

⁵² 同上註，頁158-65。

圖 2-2



第二項 著作權法公益概念的架構

公益雖然是法律限制私益的正當理由，但私益的保障同時也是公益概念的一部份。私益不適當的擴張，或遭受過度的限制，都同樣使公益的圓滿狀態受損。因此嚴格來講，公、私益的權衡不是兩個不同立場的較量，而是公益概念的自我調節，從不圓滿的公益狀態調整到圓滿的公益狀態。

舉例而言，著作權法賦予作者對其著作擁有著作權，這是私益的保障；另著作權法賦予使用人在一定情況下的自由使用權，從使用人角度而言也是私益的保障。但是著作權的賦予對於使用人來說是一種基於公益的限制，因為沒有這樣的限制，使用人很可能沒有這麼多新資訊可以利用；再者，著作權限制的規定對於著作權人而言也是基於公益概念，因為著作權人的利益不應完全抹殺文化的需要與其他人的創意。

準此以言，「著作權的保障」與「著作權的限制」都是公益概念的要求，因為兩者之間的磨合與折衝，正是一種「各個成員之事實上利益，經由複雜影響過程所形成理想整合之狀態。」⁵³不當的著作權的保障以及過度的著作權限制，都將有損公益的圓滿狀態。因此，所謂著作權法的公益概念應是指：1、著作權的

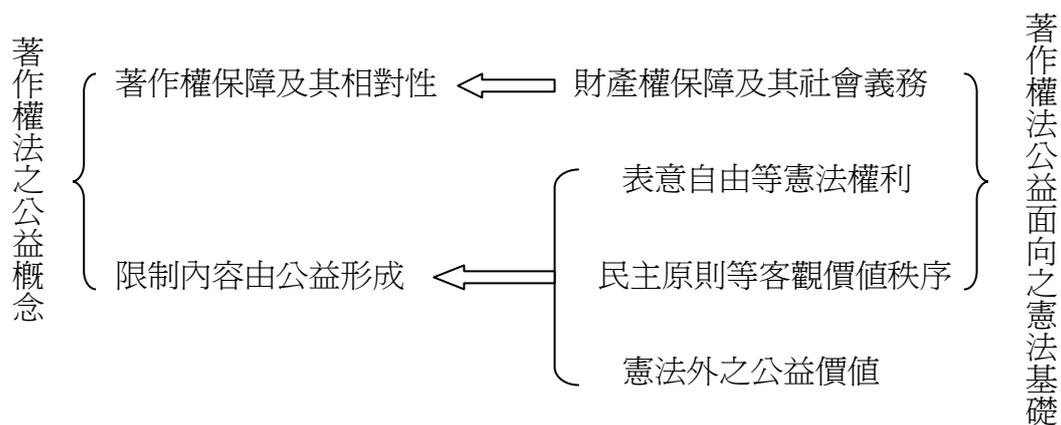
⁵³ 參見，吳庚，前揭註 53。

保障應適度且應配合公益的要求，所以著作權是一種可限制的相對性權利。2、著作權法應有限制的規定，限制的內容由公益概念共同影響形成。

此外如前文第一節所述，著作權法向來的公益概念包括知識流通、發展文化以及鼓勵或保障創新等等。這些公益內容原則上是由立法者形成，體現在各種限制著作權的規定中，初步而言是所謂「憲法外的公益概念」。但是由於著作權以「資訊」作為客體的權利，與表意自由及民主秩序有重大之影響，因此立法者在自由形成其公益內容時，不但要注意不能違背上揭憲法價值所代表的公益要求，還要儘量趨近憲法的規範意旨。這種從憲法公益概念回頭影響著作權法公益概念的觀點，或許站在司法者的角度或立場可以看得更清楚，因為司法者適用法律之際，本來就必須隨時從憲法角度作合憲控制，使法律的解釋最趨近憲法意旨。

本文的研究課題，便是探討應該影響著作權法公益概念的憲法價值，筆者稱之為「著作權法公益面向的憲法基礎」。此二者之間的作用關係如下圖 2-3 所示。

圖 2-3



如上圖 2-3 所示，本文認為著作權法的公益面向思想雖有立法者自由形成的部分（即「憲法外之公益價值」），但因著作權法規範資訊權利之性質深為憲法價

值所關注，所以著作權法的公益面向也具有憲法上之基礎，包括：1、財產權之社會義務。2、表意自由等憲法權利。3、民主原則等客觀價值秩序。這些與著作權法相關的憲法上公益概念，應該拘束及影響立法者或司法者所形成的著作權法公益概念，因而有重要的探討價值。筆者將在下文第三章以美國法為例說明表意自由對著作權法的影響，在第四章說明民主原則對著作權法的影響，最後於第五章統合說明在我國憲法的理論實務現況下，著作權法公益面向之憲法基礎應如何表現與架構。