

第四章 民主原則與著作權法

在上一章，筆者介紹了美國實務對於以第一修正案限制著作權法的保守態度，也看到學者對於著作權法審查體系的建議。但不論是實務通說的「思想自由市場理論」或者少數說的二元論，都承認表意自由之保障及憲法其他規範帶有民主價值的意涵。這個民主意涵除了影響司法解釋之外，也影響立法政策。

本章的內容是以民主原則檢討著作權法的立法政策及司法解釋，因為著作權法是媒體法律的重要核心，媒體又是民主體制的關鍵基礎。雖然，無可否認地，以最抽象的憲法原則檢討最細節的私權法制是困難的，也可能是沒有具體結論的，但是這並不代表這個檢討是沒有價值甚至是不必要的。反而，筆者認為，若司法者、立法者以及社會大眾沒有體認到著作權法作為媒體法制之一，對於民主的體制具有深刻影響，那麼著作權法的利益平衡一定會持續朝向私益一方偏斜，著作權法的公益理想則淪為參考之用。所以，即便民主原則無法在著作權法的具體設計上提出細節性的建言，但它確實可以指示出正確的大方向。亦即，在建構傳播體系、媒體政策及著作權法時，我們必須釐清，究竟較強抑或較弱的著作權利，能夠相對更促進民主的原則與價值？

但是以民主原則對著作權法提出分析，必須先瞭解到民主的概念實際上有極大的歧異。首先，並不是每一個民主概念都認為文學、藝術與民主有關，也不是每一個民主概念都重視投票以外的人民參與行為，甚至同一個民主概念也可能因為不同面向的意義而對於著作權法有不同的期待。因此在檢討著作權法是否符合或有助於民主原則之前，必須先釐清，我們的憲政體制（應該）是什麼樣的民主。

準此，本章的討論環繞在兩個核心問題。首先，應該採取什麼樣的民主概念？其次，是「擴張的著作權」抑或「緊縮的著作權」，最有助於該民主概念的目標？

在章節的編排上，第一節說明著作權法具有媒體法的性質，應該受到民主原則的拘束。第二節介紹不同民主概念對於媒體政策的立場，並指出本文採取的「折衷式民主概念」。第三節除說明「折衷式民主概念」對於著作權法的基本期許外，並反向針對不同民主概念對於著作權法的立場提出批評。

第一節 著作權法與媒體法制

很多法律都直接影響傳播體系，包括規範廣告的法律、禁止誹謗的刑法以及提供「接近媒體或資訊」(access to media or information)權利的法律；其他間接性的管制還包括稅法、貿易及勞工法規等等。學者Robert W. McChesney將這些林林總總的媒體法律分為三類。第一，與傳播科技的部署與發展相關之法律，從政府的科技研發補助政策到技術標準的設定都屬之。例如，數位頻譜分配的相關政策和數位電視和無線網路的發展直接相關。第二，與媒體所有權有關的法律。例如為了促進媒體競爭與資訊多樣性，美國的聯邦通訊委員會(Federal Communication Commission, FCC)禁止無線廣播公司擁有有效播送地區內的有線電視系統或報紙。第三，關於補助非營利性媒體的管制法律，這類非營利性媒體一般稱為「公共媒體」(public media)，提供少數者、弱勢者及公益性的資訊內容，原則上若欠缺政府補助將無法生存。¹

著作權法可以歸類在上述第二種媒體法，即與「媒體所有權」相關的法律之一，因為著作權人依據著作權法可以擁有法定的資訊獨占權利，而媒體可能是著作權人，或者間接取得權利。²這種針對「資訊內容」的權利與控制「傳播通道」的權利，是媒體的兩大利基，媒體至少必須控制其中之一，才有可能獲利。所以如果這個「資訊內容」權利的範圍是有限制的，媒體獲利的能力會減低，但如果

¹ Robert W. McChesney, *The Problem of The Media: U.S. Communication Politics in The Twenty-First Century* 210-11 (2004).

² *Id.* at 232-35. 依據McChesney的分類，另外兩種與媒體所有權相關的法律是廣播相關法規和反拖拉斯法。

這個權利範圍很大，商業性媒體等於控制了雙重的獲利武器，亦即「傳播通道」以及「傳播內容」。

以下表 4-1 的傳播體系（communication system）架構，或許可以更清楚說明著作權法作為一種資訊內容規制法律，在傳播體系中的地位。³

表 4-1：資訊傳播體系

	Speaker's Corner（公園的某個演講角落）	Madison Square Garden（麥迪遜花園體育館）	Telephone System（電話系統）	Cable TV（有線電視系統）
Content Layer （內容層）	演講內容	演講內容	通話內容	節目內容
	自由	自由	自由	受控制
Logical Layer （邏輯層）	演講箱	演講箱	電話訊息交換軟體系統	播送軟體系統
	自由	自由	受控制	受控制
Physical Layer （實體層）	公園的小角落	體育館設施	電話線路及電話機等	電纜線及電視機等
	自由	受控制	受控制	受控制

抽象而言，資訊傳播體系是由包括實體層、邏輯層與內容層三個層次所構成，此三層次可能是可自由存取的狀態，也可能受到控制，且並不必然由同一個人或同一家公司控制。所謂媒體，是指傳遞資訊內容的實體，通常控制實體層或邏輯層等「傳播通道」。所以對於公園角落的演說者來說，「公園的小角落」與帶去的「小箱子」也可以叫做媒體，它所涉及的三個傳播體系層面（Layer），包括公園角落、小箱子與演說內容，都是自由而不受控制的（如上表 4-1 所示）。

從「公園的某個演講角落」到「體育館」、「電話系統」，再到「有線電視系統」，三個層面受到越來越全面的控制。在「有線電視系統」的情況，已經是三

³ 此表係學者Lawrence Lessig根據Yochai Benkler的概念所製，以之說明資訊體系的控制狀態。See, Lawrence Lessig, *The Future of Ideas: The Fate of The Commons in a Connected World* 23-25 (2001). Lessig引用的是，Yochai Benkler, *From Consumers to Users: Shifting The Deeper Structures of Regulation Toward Sustainable Commons and User Access*, 52 Fed. Comm. L.J. 561, 562-63 (2000).

個層次都受到控制的狀態。蓋有線電視系統的經營者必須要控制機房、纜線等「實體層」的「機具」，也需要控制「邏輯層」的「播送軟體系統」以協調上述機具，才可以播放屬於「內容層」的「節目資訊」，播放的節目資訊可能是經由第三人授權，也可能是自製。這些控制所牽涉到的法律，都可以說是廣義的媒體法制，不過，其影響力有高有低，重要性亦不能一概而論。

再深入分析，一般所稱媒體雖然多指涉實體層與邏輯層的控制者，何以僅涉及內容層的著作權法仍屬是媒體法律？著作權法作為媒體法制何以具有較高的重要性？具體而言是依據以下理由。

第一，大眾傳播媒體，例如報紙、電視、廣播等等，必定擁有實體層（印刷廠、電台）及邏輯層（人事系統）。至於內容層（新聞、節目），除了向外買進之外，也自己創造內容層的內容。如果是自己製造，例如報社的記者撰擬一篇報導，媒體本身就是著作權人。如果是買進，媒體與著作權人是策略合作關係，媒體取得一定的使用權利；再者，自二十世紀以來傳播媒體即有集團化傾向，包攬資訊的製造與資訊的傳播⁴。如此一來，就算傳播媒體與著作權人分屬不同實體，也是在同一個集團經營者的掌控之下，與媒體本身就是著作權人的情況相較，實在也相差無幾。

第二，著作權範圍與種類的擴張與媒體的發展有高度互動關係。兩者都是隨著科技的進步而不斷擴張其範圍。所謂科技的進步，一方面是新創作方法或新媒介物的增加（例如攝影及動畫），另一方面則是新複製、散播方法的發明（例如留聲機、廣播及電視）。對著作權法而言，前者促使「著作物」種類的增加（例如攝影著作及動畫著作），後者則激使「專屬權利」（exclusive rights）種類的擴充⁵；對傳播媒體而言，新散播方法的發明使得媒體的種類增加，從十九世紀時

⁴ 例如「美國線上時代華納集團」就是媒體公司間不斷的併購所形成，目前其業務包括網際網路服務、有線電視、電影娛樂、電視台、音樂和出版等等，多由不同的子公司負責。此外，即便不構成母子公司的關係，僅投資持股關係就可能具有重要的影響力。

⁵ See, Cohen, Loren, Okediji & O'Rourke, *supra* note 86, at 31-34.（一方面，傳統的公開表演權要適

的報紙、雜誌、書籍，擴張到二十世紀的電影、廣播電台、廣播電視，著作物種類的增加，更使得媒體播送的內容絕大多數都賦有著作權，今日我們從傳播通道上獲取的傳播內容，幾乎都有著作權的保護。換言之，科技的進步不惟刺激著作權的擴張，媒體的生態同樣跟著變化，兩者不僅有關，而且還是高度正相關。

第三，在前網路時代，媒體傳播管道的重要性大於傳播內容，因為傳播管道可能效率不佳（如紙本出版事業傳遞成本偏高）、可能是有限資源（如無線廣播的頻道稀少）、可能市場進入不易（如有線電視需高資本），所以掌握優良的傳播管道，就掌握了傳播體系與市場。但進入網路時代後，網站建制的成本極低，效率極高，所以相當程度是媒體管道爆炸的時代。換言之，傳播管道的經濟重要性相對降低，傳播內容的重要性在整體傳播體系中則相對提高。⁶據此，可以理解九十年代網路媒體時代來臨後，何以數位性著作物的權利範圍急遽擴張，因為網路上媒體對於通道控制不易，因此必須更強化內容層的資訊權利，才能夠確保獲利。

第四，「媒體」如何定義其實有很大的彈性，由狹至廣至少可以有三個層次：第一，專指報導、評論時事的新聞媒體，例如報紙、新聞台。第二，傳遞任何資訊內容的實體，所以可以包括專播電影的HBO電視台與專播音樂的MTV頻道。第三，除前述「傳遞資訊內容」的實體外，再加上「生產資訊內容」的實體。因此除了前二者之外，還包括電影公司、唱片公司等等。筆者在本節之敘述都是以第二層次作為媒體的定義，因為這是一般通念下的媒體定義；但是如果考慮到資訊內容製作者可享有強大權利（著作權），將媒體之定義擴大至第三層次豈非更為適當？例如前文所介紹學者Baker的表意自由體系，其媒體自由所指稱媒體，

用在新的動畫著作及電視傳播上；另一方面，傳統的圖像著作權人也吵著要比照擁有遠距離傳播的控制權。）

⁶ 這是一個相對性的說法，並非謂網路媒體在經濟規模或者重要性上已經或必然壓倒傳統媒體。此外，亦應注意到幾乎所有大型傳統媒體也都已經在網路媒體世界中佔據重要地位。

即包括資訊生產者在內。⁷若然如此，稱著作權法為媒體法，就顯得理所當然了。

綜上所述，著作權法作為一種以資訊為權利客體的法律，在媒體法制中占有非常重要的地位，其擴張與減縮會劇烈影響媒體傳播內容的生產與媒體的經營，這一定程度說明了，為何著作權法雖然「原則上」是關於私人財產權利的法律，但相對於其他財產法，它必須受到更多的約制。

第二節 民主與媒體政策

學者Habermas指出，媒體一度是溝通「公共領域」(public sphere)的核心，但商業化與集中化的媒體促使「文化批判的公眾」變成「文化消費的公眾」，公共領域遂告解體。⁸這個媒體與公共領域的質變過程是一段漫長的歷史，無法特定在某一個時點。以美國的媒體而言，二十世紀初期是一個重要的時期，包括傳統報業、新興的廣播業與電影業等，其規模與影響力都是在此時期暴增，商業界開始重視公共形象，政府機關也開始廣設「新聞室」。⁹正是在此時，開始有學者如Walter Lippmann和John Dewey等人批判媒體的報導譁眾取寵，內容浮誇，無助於人民的資訊需求，更無助於民主體制的運作。但因為對民主政治的概念有不同的理解和期許，所以解決之道亦莫衷一是。¹⁰

著作權法具有媒體法的性質，媒體法政策則與民主原則有密不可分的關係，因此除了言論自由的檢討外，著作權法勢必還要接受民主原則的檢驗。然承上所述，民主的概念並非沒有分歧，不同立場的採納勢必都會影響憲法上民主原則的解釋。可發現重要的反資訊獨占權利擴張的學者，例如Netanel、Benkler及

⁷ 參見第三章第三節第二項第二款。

⁸ Juergen Habermas, *The Structural Transformation of The Public Sphere: An Inquiry into A Category of Bourgeois Society* (1989).

⁹ Paul Starr, *The Creation of The Media* 395-96 (2004).

¹⁰ 參見下文第一項。

Elkin-Koren等人，都將其論述的基礎建構在民主原則的特定理解之上。¹¹本文以下即先就不同民主概念及其媒體政策作扼要之介紹。

第一項 不同的民主概念及其媒體政策

民主的概念從不同的角度可能會有不同區分結果，如果是以媒體政策作為檢討的重心，那麼應該將民主的概念大略分成三種，這三種典型對於媒體政策分別有不同立場¹²。這三種民主概念的典型分別是「菁英式民主」(elitist democracy)、「自由多元民主」或「利益團體式民主」(liberal pluralism or interest group democracy)與「共和式民主」(republican democracy)。以下即介紹其意涵與媒體政策主張。

一、菁英式民主 (elitist democracy)

二十世紀初期的美國學者Walter Lippmann對於當時媒體報導趨向浮誇，只以吸引更多讀者為要務的風潮提出批評謂：「嚴格來說，當前西方民主的危機正是新聞業的危機。」他呼籲新聞業應自我要求報導的客觀性，並認為應成立官方與非官方的研究機構，專責資訊與事實的蒐集，協助新聞業履行其監督政府的職責。¹³最重要的理由是「社會大眾根本不可能即時得知隱晦的整體環境資訊，以就政府問題迅速達成完善的決策；就算可能，恐怕大部分人民也不希望因此被打擾，浪費他們的時間。」¹⁴Lippmann對於媒體與民主的態度，可說是菁英民主論者的典型代表。

¹¹ See, e.g., Neil W. Netanel, *The Commercial Mass Media's Continuing Fourth Estate Role*, in Niva Elkin-Koren & Neil Weinstock Netanel (eds.), *The Commodification of Information* 317, 318-19 (2002) [hereinafter *The Commercial Mass Media*]; Yochai Benkler, *Through the Looking Glass*, *supra* note 50, at 180-87; Niva Elkin-Koren, *It's All about Control: Rethinking Copyright in the New Information Landscape*, in Niva Elkin-Koren & Neil Weinstock Netanel (eds.), *The Commodification of Information* 79, 100-05 (2002).

¹² 本節關於民主概念的分類主要參考Baker, *Media, Markets and Democracy*, *supra* note 187, at § 6. 以及Juergen Habermas, *Three Normative Models of Democracy*, in Ciaran Cronin and Pablo De Greiff (eds.), *The Inclusion of The Other: Studies in Political Theory* 239 (1998). 又，關於相對應之媒體政策的說明尤其倚重前者。

¹³ Starr, *supra* note 207, at 396-97.

¹⁴ Baker, *Media, Markets and Democracy*, *supra* note 187, at 129.

菁英民主論者認為國家事務極端複雜且牽涉專業，一般人民不見的有興趣或足夠能力來研究或決定，因此國家事務必須由少數專業人士（菁英）來決策與執行，擴大民主參與的想法，講好聽點是浪漫的理想，真正實行起來必定是一場災難。在菁英民主的概念下要解決三個問題。首先，本於啓蒙時代以來的政治思想，現代民主國家的人民原則上已難容許執政者的終生任期制度；再者，專家或者菁英之間也有能力高下的差異，若有更好的人才，沒道理現任者可以繼續賴著不走；最後，專家或菁英也有自私的人性，在公、私益衝突之際沒有人可以完美，權力與腐化永遠分不開。¹⁵鑑諸以上總總，必須有一些機制能盡快地替換不適任者；其中，「選舉制度」是最重要的機制，只要選舉制度能夠中立，不受在位者的干預，它可以一定程度地督促在位者更努力、嚇阻貪污與腐化，並且淘汰不適任者。然而，這個制度要運作完善，還需要媒體機制的配合。因為媒體最有能力揭露政府的貪污與腐化，藉由媒體扮演看門狗（watchdog），發揮監督性功能，菁英民主才得以配合選舉制度繼續運轉下去。

可以這麼說，由於社會生活與事物的高度複雜化，菁英民主是民主制度必然的結果，在雅典的直接民主之後，這個必須性只有越來越大，而非越來越小。一般而言，批評者努力的不在排除菁英民主，而是在解決菁英民主的副作用，包括菁英的腐敗與對公民的不當操控。這些反制措施當中，媒體政策當然是重要的一環。

Baker指出，菁英民主概念下的媒體會有幾個特點。第一，媒體的任務僅單純是「暴露執政者的腐敗」，至於「促進人民的政治參與」則非其任務核心。第二，雖然在現代社會中，私人的權力可能膨脹到很誇張的地步，但是「揭露社會權力的腐敗」不會是菁英民主下的優先媒體任務。因為私人權利再如何膨脹，都不會比國家權力來的可怕，而且，包括「市場競爭」及「國家法規」都已經是制衡社會權力的力量了，真正的重點還是回到如何督促執政者制訂公正的「國家法

¹⁵ *Id.* at 129-31.

規」。第三，菁英民主下的媒體不應對憲政秩序的正當性提出質疑，只要執政的菁英確實清廉而且具才幹，媒體的功能便僅是增強執政者的正當性。而且由於執政者的誠實與能力（而非公民的參與）才是媒體的關切重心，因此政治或公眾人物的特質與行為會受到更深入的檢視，為了促進菁英間的競爭與執政者的輪替，媒體的焦點是「執政者對於特定議題的處理能力」，該議題本身結構性的問題，就留給執政者自己去解決。¹⁶

二、自由多元民主或利益團體式民主

相對於菁英民主蔑視人民參與政治的興趣與能力，「自由多元民主或利益團體式民主」以及下述第三種「共和式民主」都以人民的參與為其民主政治的正當性基礎，因此兩者可以合稱為「參與性民主」(participatory democracy)。參與性民主認為「人民參與」的概念具有道德性(ethical)的意涵，因為惟有民主的政體，可以在協調人與人不同利益的過程中，尊重人的自決權利(藉由各種程序表示自我意見)，並且給予平等的對待(最終以一人一票的投票制度做成決策)。¹⁷但由於對「人民參與」的目的及本質有見解的歧異，因此參與式民主又分為「自由多元民主」(liberal pluralism democracy)及「共和民主」(republican democracy)，以下先說明自由多元民主。

自由多元民主認為人是「自利」的，多元的人民在社會的共存狀態中，必然會發生多元的利益衝突與矛盾，「自由多元民主」論者接受這個事實，並且認為相衝突的利益應該依據各利益團體的政治實力做成妥協決定，因此「自由多元民主」又可稱為「利益團體式民主」(interest-group democracy)。由於社會中的利益必然是各式各樣的，所以自由多元民主概念下的操作結果必然是一種利益的分配。而要有效地實現這種利益分配的民主概念，首先要有一個方便的機制，讓利益關係相同的人可以組成利益團體；其次，要有一個公平的利益協商與折衝程

¹⁶ *Id.* at 133-34.

¹⁷ *Id.* at 136. 相反地，菁英式民主雖然也讓人民以投票作為政治監督的辦法，但這種人民參與只是為了政權的穩定性，是基於現實的必要性，而不是道德上的正當性。

序，讓不同的利益團體可以「公平地」依據其「實力」，妥協出最後方案。在這個過程當中，當然可能發生多數欺壓少數的情況，導致少數者的利益沒有被「合乎比例地」表現，這類的扭曲便可能要訴諸於法律或其他機制。所以在自由民主的概念下，所有相關機制的設計就是針對公平協商（fair bargain）這個目標，這當然也包括媒體政策在內。¹⁸

如果政治是專家與利益團體的政治，想要影響政策決定，個人必須結合利益團體，在市場導向的體制設計下彼此競爭、相互折衝，不同利益團體各自努力地最大化自己的利益。於是在自由多元民主的模式下，政治是一個彼此妥協的過程，原則上你的政治實力（即選票）必須勝過競爭對手，才能獲得較有利的結果。但這個妥協結果只是一個大家都「接受」的集體決議（獲得較大利益者是「欣然接受」，受到損害者則是「不得不接受」），卻不是每個人都認為有利於己的「共同利益」（common good）。自由多元民主概念最大的問題就是，雖然支持者宣稱每個利益團體的訴求會符合比例地納入政策結果，但實際上這顯然是過於樂觀的估計，非裔美籍黑人的遭遇就是最好的例子。¹⁹

本於上述特質，自由多元民主概念者的媒體應該要符合以下功能要求：第一，當私人或團體的利益受到危害或有此可能，媒體應立即提供必要資訊。第二，媒體應該協助利益團體進行組織動員，以表達其利益。第三，媒體要作利益團體與執政者的橋樑，如實地告知執政者特定利益團體的訴求，並使其理解該利益團體的政治實力。²⁰但如果是一個以整體社會為其市場的媒體，由於涵蓋多種不同利益，不太可能達成上述三種功能要求。因此「自由多元民主」概念下的媒體，為了妥適地代表不同價值利益，必然是一種有市場區隔的媒體，對於媒體壟斷則持反對立場。²¹

¹⁸ *Id.* at 136-37.

¹⁹ Edward L. Robin, *Getting Past Democracy*, 149 U. Pa. L. Rev. 711, 742 (2001).

²⁰ Baker, *Media, Markets and Democracy*, *supra* note 187, at 148.

²¹ *Id.*

三、共和民主

「共和民主」(republican democracy) 也是一個強調人民參與的民主概念，之所以與「自由多元民主」概念產生歧異，是因為「共和民主」認為「自由多元民主」概念忽略了兩個重點。第一，人們並非總是自私的計較自己的私益，人們是社會化的、融入社群的，常常關心他人且具有理想性格，也時常被「公益」(common good) 的想法所啓發。第二，對於自身「利益」的分析，通常不是那麼簡單就可以知曉的，並且也很難單純在利益團體的認同過程中就可以透徹瞭解。相反地，對於「利益」的理解更需要反思、辯論，在與其他人的互動與對話中持續評估，進而才可能慢慢形成。²²在這樣的認知基礎下，共和民主概念係認為，所謂的民主參與就是讓人們透過溝通、理解、討論、思考、辯論等等程序，最終達到一個符合共同利益的結論，這個共同利益或可稱之為「公益」(common good)。

公益概念的形成當然很不容易，所以民主參與的條件對共和民主者而言就顯得十分重要。這包括人民有接觸資訊的暢通管道，資訊不被少數人嚴密的控制，並且人民可以自由表達其意見等等。通常這些條件若被國家所直接威脅時，我們有高度的警覺心，法院亦施以最嚴格的檢驗，但是當這些條件來自私領域的社會權力，則較容易被忽視。但是共和民主論者便會特別留心於此，它們瞭解到民主參與的條件也可能因為立法者的社會立法政策而受到不當的影響，即便立法者的立場是善意的或者是中立的。換言之，立法者不當的私權力分配，就如同不當的國家權力授予，都會對民主秩序產生負面的影響。

根據Siva Vaidhyanathan的研究²³，在媒體急速商業化的二十世紀初期，當時重要學者如Lippmann與John Dewey都察覺到了媒體環境的變化，消費娛樂性的商

²² *Id.* at 138-39. 舉例而言，有關全民健康保險「總額給付制度」之良窳及改革方案，欠缺相關專業知識或資訊的一般人（包括筆者）根本很難判斷該制度與自身利害的關係；又縱使加入了利益團體（例如小醫院的醫師業聯盟），團體內一面倒的論點恐怕只是增強既有的論點，無助於此議題的全面性理解。

²³ Vaidhyanathan, *supra* note 4, at 6-7.

業文化正席捲原本為公共領域核心的報章雜誌，兩位學者對此提出不同的藥方，觀點正好對立。前文已提到Lippmann算是一個菁英民主及自由民主派，他認為社會與政治事物皆越趨複雜，大眾媒體根本無法提供人民相應的資訊，人們也因此沒有處理政治事務的能力。因此Lippmann建議仰賴專家，依靠議會裡的菁英，讓原本公共領域的責任整個移轉給國家本身承擔。相較於Lippmann寄望於專家與菁英，Dewey反而訴諸基層的人民，他警告專家政治將威脅到真正的民主，政府真正該作的是加強人民的教育，提高人民的能力，使之得以分辨媒體的真實虛假，公共領域的責任不但不能移轉給政府，反而更應該擴大其範圍，使之包括社會中各個層面的人民。²⁴

要達成上述共和民主論者的理想，涉及的層面當然相當廣泛，除了杜威提到的教育政策外，其他如媒體政策都有重要影響力。依據Baker的分析，「共和民主」概念的媒體政策，會要求媒體具有推導性（discursive），不能僅提供資訊，更要協助人民反思、評估及選擇。其次，媒體必須要有很大的包容性（inclusive），人民在此媒體可以見聞各種不同的意見，但當然媒體也必須客觀及平衡，才能有助於所有人民共同「公益」的追尋。由上所述，可以理解「共和民主」與「自由民主」相反，會較為傾向大型媒體，甚至媒體獨占，因為大型媒體較能夠滿足其對「包容」或「廣泛」的需要。「共和民主」唯一擔心的，是這樣的媒體是否能客觀且積極地履踐其協助人民反思、對話的義務。²⁵

第二項 折衷的民主概念及其媒體政策

Juergen Habermas曾批判Rousseau的人民意志形成概念，因為Rousseau的意志形成概念，是所有個別市民（burgher）的經驗性意念（empirical wills）的單純加總，未經任何相互的調和，未經理性論證，也與全體公民公益觀的形成

²⁴ *Id.*

²⁵ Baker, *Media, Markets and Democracy*, *supra* note 187, at 148-49.

(common good) 無涉。²⁶這當然不是Habermas所念茲在茲的公共領域，反而可以找到「菁英民主」或「自由民主」概念的蛛絲馬跡。大致而言，Habermas對於自由民主的批判主要是因為自由民主對於「政治過程」本質的認識過於狹隘。在自由民主的觀點下，政治只是政治權力的爭奪，在公共領域或立法機構形成的公共輿論只是為了獲取權力的策略性行爲，勝負由選票決定。質言之，這種「政治過程」的概念就如同市場的競爭機制，選票是「輸入」(input)，投票結果是「產出」(output)。Habermas認為「政治過程」應該如共和民主論者所認知的，是一個透過公共溝通取得相互理解的過程，而非如市場架構下的相互競爭。民主的典型模式(paradigm)應該是「對話」，而非「市場」；民主的態度是開放且願意被說服的，而非執意以實力決高下。²⁷

但是共和民主概念也有無法服人的缺點。Habermas認為共和民主最大的缺點，就是過度的理想化，把民主參與的概念全然訴諸公民道德(civic virtue)，但是政治並非「個人自我理解」(self-understanding)的第一順位課題，與「公共對話」相關的事物並非個人的全部。由於社會與文化的多元發展，個人必然會有與他人不相容的價值觀，這部分的衝突往往沒有以「公共對話」解決的可能，只能訴諸公平的機制尋求妥協。所以，勢必有一部份的事物應透過「公共對話」尋求「共識」，一部份的事物回歸自由民主的觀點，尋求「妥協」。這種折衷於自由民主與共和民主的概念，Habermas稱為「商議民主」(deliberative democracy)或「商議政治」(deliberative politics)。²⁸

Baker與Habermas的觀點實質上是類似的，他將其採納的民主立場稱為「複雜民主」(complex democracy)。複雜民主一方面接受共和民主的假設，認為人確實有利它的、公益的面向，另一方面也不否定自由多元民主的主張，亦即個人或團體間確實有無法調和的利益衝突。所以複雜民主概念的第一個要點，是不強求

²⁶ Juergen Habermas, *Further Reflections on the Public Sphere*, in Craig Calhoun (ed), *Habermas and the Public Sphere* 421, 445 (1992).

²⁷ Habermas, *Three Normative Models of Democracy*, *supra* note 210, at 243-44.

²⁸ *Id.* at 245.

整體社會的公益概念，而是在利益團體內踐行民主對話與論辯，追求利益團體層級的「公益」(common good)。²⁹其次，一個開放的社會應該承認有多種公益概念的可能，並且分別給予適當的發展空間，這些不同的公益概念可能可以進一步融合，在無法融合的情況下，複雜民主也承認可以談判及妥協的方式解決。³⁰

為配合上述目標，複雜民主的媒體政策一方面要有助於利益團體的公平談判，一方面也要促進對話以達成共識。所以就像多元民主一樣，要有立場區隔的媒體，協助不同利益的個人各自結合成不同的利益團體，在特定利益受到危害時，所屬媒體要即時告知該利益團體所需資訊，協助團體動員。另一方面，複雜民主也需要涵蓋廣泛不同利益的媒體，藉以促成不同利益團體之間的對話，嘗試藉由論辯、溝通，推行出共同的利益觀 (common good)。

除了同時需要兩種性質迥異的媒體外，複雜民主強調媒體必須協助「利益團體內」的公共對話與論辯，因為所謂的「利益」，並不是明顯的、固定的、客觀的，「利益」是變幻的、流動的，價值推衍過程的產物。因此即便是在利益團體內部，也必須進行公共對話，才能確認這個團體真正的利益觀點。此外，這個利益團體內的公共對話還有一個重要的功能，就是讓團體內的多數觀點不至於壓迫少數者的觀點（因為多數壓迫少數的問題存在於利益團體間，也存在於利益團體內）。透過對話與論辯，少數者的聲音可以被聽到、被考慮，不管最終是否被接受。

最後一個複雜民主的媒體立場，是重視各種「媒體形式」(media form)。在下一節中本文將更詳細論述，這個立場是民主原則對著作權法進行檢討的基礎。此處僅簡單說明，菁英民主與自由多元民主原則上並不重視「媒體形式」，亦即文學、藝術和舞蹈等等媒體形式並非這兩種民主概念所在意者。相對而言共和民主，特別是複雜民主，原則上會強調不同媒體形式對於民主都具有同樣的重要

²⁹ Baker, *Media, Markets and Democracy*, *supra* note 187, at 143-44.

³⁰ *Id.* at 145.

性。造成兩種不同立場的原因是，前兩種民主概念認為人民的利益或意志，是「固定不變」的。後兩種民主概念則認為人民的利益或意志是「演繹而成」(discursive)的，由於人民意志演繹的過程會受到各種不同「媒體形式」的影響，所以後兩種民主概念對於不同「媒體形式」都很重視。如果再比較複雜民主與共和民主的立場，前者甚至比後者更重視不同「媒體形式」，因為複雜民主除了瞭解不同「媒體形式」對於意志演繹過程的重要性，也同時警覺到多數意見常利用各種「媒體形式」來壓迫少數或邊緣意見，因此複雜民主原則上會更尊重少數者對於不同「媒體形式」的運用，如果這是少數者進行「公共對話」或者「自我界定」所必須的。

總結而言，本文贊同商議民主與複雜民主的立場（為行文方便，以下統稱為「折衷式民主」）。可以這麼說，菁英民主與自由多元民主概念是對現行民主政治實然面的描述，共和民主、商議民主與複雜民主所冀求的公共對話與論辯，則是應然面的想望。懷疑人類理性作用的批評者雖然會質疑公共對話的有效性，但仔細想想，除了共和民主外，「折衷式民主」的訴求並非要取代自由民主或菁英民主，因為商議民主與複雜民主都不否定利益分歧的可能與更未反對菁英政治。嚴格來講，折衷式民主的最大作用只是在補強後兩者的不足，將政治過程從國家體制中延伸到市民社會的公共領域中，藉由民主原則的擴大適用，協助個人自由的積極實現。學者Ernst-Wolfgang Böckenförde嘗謂：「在現代民主法治國家中，憲政體制只要成熟到一個階段，人民便不再擔憂來自國家的威脅，相對地，來自社會權力的威脅卻與日俱增。」³¹他認為「自由」指的是個人自決的機會與可能性。可是觀察現代社會構成之三元素：「法律前的平等」、「自由的勞務與財貨交換」與「財產的保障」，卻看不到對於自我實現機會的保障。在社會經濟領域，社會經濟力量不斷積累於社會組織手中，無組織則個人無由表述意見；在知識交流領域，媒體藉由對資訊的控制形塑公意，個人的資訊自由與自我實現的自由都仰賴

³¹ Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Safeguarding Liberty in relation to Social Power, in State, Society and Liberty* 246 (Berg Publishers 1991) (J. A. Underwood tran.).

媒體。簡言之，現代國家的危機，是社會權力架空個人自由的現象。³²

筆者十分同意這樣的擔憂。畢竟，在一個號稱人民自治的社會，卻是「無組織則個人無由表述意見」，思之不免甚覺諷刺。故本文認同折衷式民主對於人民公共參與的重視，尤其是對於媒體政策的期許。因為資訊的控制，不管是來自國家或者少數私人，對於民主參與都有重大影響；尤其來自私人的控制，一方面隱藏在私權的保障之下而特別難以覺察，另一方面則以市場機制為由抵制公益的牽制。Habermas認為，社會的團結（solidarity）除了國家及市場外，還需要公共領域共三股力量共同進行整合。³³而以溝通機制為基礎的公共領域，必須有一套適當的媒體政策，包括著作權法，才能夠健全的發展，在下一節，本文便繼續介紹折衷式的民主概念對於著作權法的立場。

第三節 折衷的民主概念與著作權法

不同的民主概念會有不同的媒體政策，對於著作權法也會有不同的立場。本節首先說明「折衷式民主」概念對於著作權法的基本立場，原則上是以限縮的著作權法政策為結論。第二節則進一步說明，對於此限縮的著作權法政策，商議民主或共和民主理念可能產生的質疑。最後在第三節，筆者擬介紹學者 Neil W. Netanel 的民主的著作權模式，這是一套以折衷式民主概念說明著作權法政策的理論，因此特別提出並予以評析。

第一項 折衷的民主概念與著作權法

第一款 重視文藝性媒體形式

³² *Id.* at 247-49.

³³ Habermas, *Three Normative Models of Democracy*, *supra* note 210, at 249.

我們可以理解「菁英民主」概念不重視「媒體形式」的問題，因為菁英民主完全不重視人民參與，媒體是用來監督政府的機制，媒體傳達什麼內容給人民，或者人民希望透過媒體表達什麼內容，都不是菁英民主關切的重點，因此著作權法雖然作為控制媒體傳播內容最重要的法律之一，菁英民主原則上不在意著作權法的政策。

但是「自由民主」與「共和民主」同樣是一種參與性的民主，為何自由民主也不重視媒體傳播內容政策呢？簡單而言，是因為對「民主參與」意義的不同認知。民主是普世的價值，簡言之就是人民要自治（*self-government*），國家的行為依據民主原則直接或間接要受到人民意志的約束，有人民參與的政治制度才叫做民主政治。所以重點在於什麼是「人民的意志」？或者什麼是「人民參與」？決定人民意志或參與的意義，才能決定民主原則適用的方式與範圍。但是這個人民意志的定義問題，也正是「自由民主」（*liberal democracy*）與其他參與性民主概念的歧異之處。「自由民主」所受最關鍵的批評，是基於它對「意志形成過程」（*will formation processes*）的錯誤理解，而這個錯誤的理解又導致在界定人民「民主參與」的範圍時過度狹隘。

自由民主論者認為，個別人民的意志（即個人的「利益」（*interest*）、「偏好」（*preference*）或「自我認同」（*identity*））對於民主機制而言，是一個固定的或靜態的概念，藉由一個正式民主機制，例如選舉或立法程序，個人意志累積成全體人民的普遍意志。但是，自由民主的批評者認為，個人的意志不是一個固定不變的概念，複雜的社會生活使得個人意志持續產生變動，所以將「意志形成過程」狹義地限縮在投票等正式程序當中，是一種不切實際的假設。³⁴再者，人民的普遍意志不是個人意志的單純累加（如盧梭式的人民總意志），而是經過溝通、反思與辯論等公共參與行為才推衍而出。因為這種反思行為本身就會影響個人的意志形成結果，再加上藉由與公眾進行溝通與互動，個人可以面對其他人的觀點，

³⁴ Niva Elkin-Koren, *Cyber Law and Social Change: A Democratic Approach to Copyright Law in Cyberspace*, 14 *Cardozo Arts & Ent. L.J.* 215, 220-21 (1996).

進而又會重塑自我意志的內容。³⁵

如果，個人意志的形成是這樣一種「演繹性」(discursive)的過程，那麼民主原則就應該適用到這個演繹過程的每一個環節，而不僅僅是正式的政治機制。換言之，僅僅保障「一人一票，每票等值」是不夠的，民主原則還必須確保個人價值觀的形成過程不受操弄，並且協助大眾進行公共對話 (public discourse)，使其利益、偏好或價值觀可以發展完成。

正基於這種廣義解釋「人民參與」的論點，我們可以理解為什麼相對於自由民主概念，共和民主概念重視廣泛的「媒體形式」。因為如果民主參與的過程是從價值觀的形塑為起點，以投票為（暫時性的）終點，在這個漫長的過程中，一個人可能會因為看了一本書，影響其環保政策觀點，可能因為看了一場藝術展覽改變了對同性戀的立場，也可能因為參與一場電影座談會，在接受資訊與表述資訊之間，因為反思與辯難的過程而形塑或修改其政治立場。換言之，各種文化性的媒體形式，都可能對於個人的政治立場產生重要影響，也因此都是折衷式民主所重視的民主參與的重要元素。抽象言之，政治性意見的形成必須仰賴一個人的世界觀、價值觀或整體是非善惡的觀念，而這個信念體系是在一定社會背景下，經由人與人的意見交換所激發出來的。這種意見的交換不僅僅是直接的政治性對話，也可能是在文學、藝術與科學的範圍內，包括寫作、閱讀、搜尋資料甚至消費文藝性商品，任何足以產生一定意義 (meaning-making) 的社會互動，都屬於「公共對話」的範圍內。³⁶

據上所述，折衷式民主承襲共和民主對於政治性與文化性對話的同等重視，廣泛承認各種媒體形式對於民主的意義。著作權法對各種媒體形式賦予資訊專屬

³⁵ *Id.* at 221-22.

³⁶ *Id.* at 222,233. 學者Elkin-Koren極適切地將「公共對話」(她稱為“social dialogue”)定義為公民之間持續變化的談話，立場相左地彼此詰難「以語言符號編織的自我理解、感受和不同的體察方式」(linguistically encoded self-understandings, sensibilities, and ways of knowing)。借用符號學 (semiotic) 的概念，她的定義包含各種象徵性的溝通模式，所有可能的人類互動和文化事物，文字也好，圖像也好，只要是能理解並給予回應者，都是「公共對話」的範圍。

權利，深刻影響到文化與政治資訊的生產、流通與使用，必須接受憲法民主原則的規範。³⁷

第二款 重視更多的對話者

著作權法是一個需要精準拿捏的法律，著作權的擴張給予資訊生產者更大的經濟誘因，可以誘使更多資訊的創造，有助於「共和民主」概念下公眾的對話；但是另一方面，著作權的擴張代表資訊受到特定人控制的程度更強，因此資訊的流動將減緩。因此，「共和民主」論者內心掙扎的是，究竟是更多的公共對話參與者比較重要，還是用更強的經濟誘因促使更多資訊生產重要？

這個問題無法精確回答，只能作一個抽象的趨勢歸納。以「事實」(fact)不受著作權法保護為例，我們知道著作權法在更多「參與者」與更多「資訊生產」之間，選擇了前者。雖然「事實」也是一種很寶貴的資訊，很多「事實」不輕易呈現，必須花費大量時間、金錢去發掘，所以如果著作權法保護「事實」，相當程度可以激發更多珍貴「事實」的亮相、曝光或出土，讓公共對話的「參與者」獲得對話所需的資訊。但是相對地，有關「事實」這類資訊的流通性，將會因為「參與者」的不足而受到嚴重的損傷，進而影響「公共對話」的順暢進行。因此雖然「事實」的保護與不保護對於「公共對話」的促進各有利弊，我們看到著作權法選擇了不保護「事實」，因為它認為排除此類資訊的保護，所促進的民主利益大於所傷害的民主利益。

但正如我們總是為「思想（或事實）/表達二分原則」的模糊性頭痛，共和

³⁷ 這種民主概念的不同也會影響到第一修正案的解釋。例如主張表意自由保障的理論基礎為「健全民主程序」的著名學者Alexander Meiklejohn，雖然在一九四八年發表論文主張第一修正案僅保護「政治性言論」(political speech)，十多年後終究將「政治性言論」作最廣義的理解，承認有關於教育、哲學、社會科學、文學以及藝術等言論都有助於人民自治的能力。Baker認為這是因為他骨子裡就是個共和主義者。See, Baker, *Media, Markets and Democracy*, *supra* note 187, at 210-11. 又其他如曾一度堅持的法官Robert Bork，最後也重新考慮其論點，對政治性言論提出更寬廣的定義。See, Barron & Dienes, *supra* note 169, at 11-12.

民主者對於具體案例亦很難有效判斷。更棘手的是，共和民主者原則上也不會滿足於「思想（或事實）/表達二分原則」，有時候即便涉及的著作權所保護的「表達」，某些共和民主者仍然希望讓公共對話的參與者能夠合法的使用，這就涉及了「合理使用原則」的解釋問題。舉例而言，一九九八年洛杉磯時報（Los Angeles Times）與華盛頓郵報（The Washington Post）控告網路論壇「Free Republic」，「Free Republic」是一個政治性的網路論壇，使用者常在此轉貼來自各處的文章，發表評論，其他人亦可發表回應。由於轉貼的文章來源包括上述兩大報的網站，一九九八年十月兩大報遂決定對Free Republic提起著作權侵權訴訟，本案訴訟的爭點便是有無「合理使用原則」之適用。³⁸

對於不重視公共參與、對話與論辯的「自由民主」論者而言，著作權的擴張或限縮都不會影響利益團體的組織與政治運作，所以根本不會在意著作權的擴張或限縮；「菁英民主」論者原則上也不會重視此問題，甚至本於提高媒體營收，強化媒體監督政府力量的立場，還會傾向擴張的著作權法政策。但對於「共和民主」概念而言，「Free Republic」在進行的正是最典型的公眾參與、公共對話與公共論辯，兩大報文章的引用對於該公共對話的活動具有極高的便利性與助力，畢竟若在發表論述之前必須將引用的新聞做成摘要（一個花費大量精力與時間的苦差事），顯然地會遏阻公共對話的發起與進行；相對而言，絕大部分的新聞都具有短時效性（例外如專家的評論性新聞），給予兩大報或其作者數十年以上的著作權保護，所可能產生的民主利益必然遠低於准許「Free Republic」使用所可能獲得的民主利益。所以對於共和民主論者而言，這個案件不難判斷，只可惜共和民主概念並非當道的民主概念，法院輕易就判決了合理使用不成立。

³⁸ 本案一審法院判決「Free Republic」敗訴，在上訴程序中，雙方和解，Free Republic同意禁止使用者全文轉貼，但仍准許摘要。全案要點可參見
<<http://www.techlawjournal.com/courts/freerep/Default.htm>> (last visited 2005/4/24).

第三款 重視非主流意見的表述能力

在前文第一項的介紹中，已說明對於菁英民主與自由民主概念而言，人民的利益或意志是固定不變的，重點只是揭露事實（菁英民主）以及傳達事實（自由民主），既然不理會人民整體意志形成過程的問題，這兩種民主概念自然並不在意各種「資訊形式」對於意志形成過程的操控或影響。相反地，由於共和民主或折衷式民主對於人民參與的定義延伸到市民社會中的公共對話，因此會十分在意不同資訊形式或內容對於人民意志形成過程的影響。

即便如此，共和民主與折衷式民主之間還是有一個重要的差別，反映在對待少數或邊緣意見的態度。共和民主追求的公益概念固然必須透過公共對話與論辯來形成，但這不代表多數排擠少數的情況就不會發生，例如主流意見會認為邊緣團體的藝術或小說很「怪異」、「低俗」、「非理性」甚至「危險」，進而排斥或禁止。但折衷式民主承繼自由民主的理念，認為少數者的利益仍然應該被適當的反應，因此對於多數運用「媒體形式」排擠少數的問題會特別敏感。³⁹

上述基於不同民主態度所產生的差別，對於著作權法的法政策也會有重要的影響。著作權的客體幾乎涵蓋所有媒體形式與內容，這些媒體形式與內容可能是公共對話本身，也可能雖非公共對話本身，但是可以潛在地影響進行公共對話的人民意志。所以如果著作權的權利擴張，主流意見得以控制非主流意見的力量就越強，反之，若著作權的力量較弱，資訊與表述的流通更容易，非主流團體或個人的表述力量就比較不會受到限制。站在折衷式民主的立場，基於確保少數團體或邊緣團體進行公共對話與論述的能力，自然而然會傾向限縮的著作權政策。

從這個折衷式民主的觀點思考著作權法對非主流意見表述能力的法政策，除了一般性地限縮著作權外（包括「合理使用原則」與「思想/觀念二分原則」的擴張適用），對於社會少數或邊緣者的著作利用，也可以另外作特殊規定。我國

³⁹ Baker, *Media, Markets and Democracy*, *supra* note 187, at 150-51.

著作權法第五十三條特別規定視覺與聽覺殘障者的合理使用優惠，便是一個以著作權法扶助邊緣團體或個人的例子。⁴⁰但這只是一個可供參考的出發點，我們可以理解這個條文的之所以無甚爭議，是因為對於著作權人的商業利益影響極微渺的緣故。但在其他兩者衝突對立程度更高的情況，無論是立法者的政策思考或者司法者對於合理使用概括條款的解釋，都還是必須面對一個抉擇，究竟著作權人權利的維護重要，還是非主流意見的表述能力重要。當然，這不是有你沒我的抉擇，而是一個程度的問題，因此相當程度又回到民主概念的理解與抉擇問題。

如果我們觀察美國法院對於合理使用原則概括條款的操作立場，可以看到折衷式民主概念的挫敗以及自由民主概念的勝利。例如在 *Worldwide Church of God v. Philadelphia Church of God, Inc.* 乙案中⁴¹，擁有某宗教經典版權的A教會，因為立場更動的關係雖不再使用該宗教經典，但卻以著作權為後盾，禁止尊崇該宗教經典的B教會進行重製及散佈。B教會雖主張合理使用原則，但由於是逐字整本翻印，因此法院認定不能構成合理使用。

合理使用原則是解釋空間很大的法律，在這個案件中，法院可以全部做成不利於被告的解釋，也可以以下述兩個理由判決被告勝訴。第一，本案涉及的是非營利性、非商業性的使用⁴²；第二，被告是非營利性的宗教團體，係爭著作又是已廢棄不用的著作，因此顯然不會傷害其潛在市場。⁴³

但即便本案事實是如此明顯地藉由著作權壓制其他團體表述地位，法院還是

⁴⁰ 著作權法第五十三條：「已公開發表之著作，得為視覺障礙者、聽覺機能障礙者以點字、附加手語翻譯或文字重製之。（第一項）以增進視覺障礙者、聽覺機能障礙者福利為目的，經依法立案之非營利機構或團體，得以錄音、電腦、口述影像、附加手語翻譯或其他方式利用已公開發表之著作，專供視覺障礙者、聽覺機能障礙者使用。（第二項）」

⁴¹ See *World Church of God v. Philadelphia Church of God, Inc.*, 227 F.3d 1110 (9th Cir. 2000), cert. denied, 532 U.S. 958 (2001), at <<http://www.authorslawyer.com/case/227F3d1110.html>> (last visited 2005/4/29).

⁴² 17 U.S.C. § 107(1) ("the purposes and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes.") 可另參見我國著作權法第六十五條第二項第一款：「利用之目的及性質，包括係為商業木度或非營利教育目的。」

⁴³ 17 U.S.C. § 107(4) ("the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.") 可另參見我國著作權法第六十五條第二項第四款：「利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響。」

做出了不利於被告之解釋。在司法者寬廣的裁量空間中，我們看到民主態度的選擇可能。但最終，司法者選擇的態度無疑是偏向自由民主立場，以保障私權、鞏固市場自由運作為中心，至於折衷式民主在意的資訊流通與少數團體的表述能力，則被置於次要地位。

第二項 共和民主概念對著作權法的反思

在前項關於折衷式民主的著作權法立場部分，本文首先強調著作權法規範的各種媒體形式與民主參與的關係；其次說明折衷式民主為避免資訊生產的過度商業化、集中化與同質化，因此傾向限縮的著作權概念；最後再以折衷式民主注重非主流意見為依據，再度強化限縮的著作權概念之主張。

但是這種限縮的著作權概念可能讓共和民主論者產生一個疑慮，那就是過度自由的資訊與過度分散的媒體，可能反而讓公共對話無從進行，社會共識與公益觀的形成也因更行困難。學者Cass Sunstein在及近作《republic.com》⁴⁴中即表露出這樣的觀點。

Sunstein在其著作中首先說明美國憲法所設計的憲政體制是一種「商議」性（deliberative）的體制。蓋美國憲政體制既非君主制亦非直接民主制，而是一個共和國體制，雖然國家主權在全體人民手中，但為避免偏見與激情扭曲政治決策，故藉由代議體制的設計，確保可以「商議」取代激情。Sunstein認為，這個以「商議」為基礎的共和政治體制，不僅僅適用在政府中，更應該適用在公民社會之中。⁴⁵

然而，網路時代的來臨，使得媒體的重心由傳統的廣播、電視、報紙、雜誌等等漸漸移轉到以網路為中心，另一方面科技的發展則使得個人可以在網路上精

⁴⁴ Cass Sunstein著，黃維明譯，《網路會顛覆民主嗎？》（Republic.com），新新聞，2002年。

⁴⁵ 同上註，頁45-54。

確過濾其所偏好的資訊。影響所及，可能使得媒體無從發揮教育及協調公共對話的作用。就傳統的媒體而言，一個保守派讀者雖然不喜歡自由派的主張，可是無可避免在閱覽報紙的時候，無可避免總會看到相對立的意見。又或者，青少年雖然傾向觀看娛樂或體育等電視新聞，但「一不小心」，可能就會看到非洲飢荒或者臭氧層破裂的消息。這種半強迫性的、附帶性的傳播體系有兩個目的，一是培養公民公共對話的能力，二是在無形中建構對話的基礎共識。但是，在網路極端分散的資訊系統中，又具有可任憑己意設計訂製的特性，每個人可以只找尋自己想看的資訊，精準濾除自己不想看的資訊。⁴⁶再者，由於個人傾向只跟與自己觀念相近的人交流意見，極端的立場會更極端，對於原本反對的立場也會更反對。⁴⁷這些特性都可能使得公民所需的資訊被排除，公共對話的共識基礎無法建立。

Sunstein要強調的是，在一個利益必然分歧的社會，要履踐商議的民主政治，除了承認個人的差異化，還要建立集體的共識。舉例而言，基本權利的保障就是最重要的社會共識之一。一個沒有基本共識的社會，將沒有辦法調和任何分歧的利益。因此，對於網路資訊這種「個人化」與「客製化」(customization)的特性，Sunstein提出可能造成社會分化加劇，彼此歧見更深的疑慮。其論點雖不無誇大，但絕不應予以忽視。⁴⁸

但是要特別說明的是，Sunstein的上述擔憂並不能被用來作為擴張著作權的理由。他所提出的對策主要是藉由管制政策介入網站的運作使之符合民主參與的需求，但這並不包括著作權的擴張。⁴⁹雖然如此，由於Sunstein的論述很容易被簡化成以「集中的商業資訊生產系統」對抗「廣泛分散的資訊系統」，學者如Yochai

⁴⁶ 同上註，頁 17-20。

⁴⁷ 同上註，第三章。Sunstein將此種現象稱為“group polarization”，譯者譯為「團體極化」現象。

⁴⁸ 資訊過濾的問題不是只有發生在網路，在網路之前，個人就會過濾自己資訊，例如以預錄的方式錄下自己喜歡的節目（排除看到其他節目的機會），訂閱與自己立場相同的政論雜誌（排除其他相反立場的評論），所以當然會有人認為Sunstein是在危言聳聽。但是這個批評是不公允的，因為網路科技的發展已經將「過濾」的技術更精確化，超過上述例子太多太多。

⁴⁹ Sunstein對於網路時代可能加深的社會分化，提出六個對策，包括：一、鼓勵設置公共論壇性質的商議網站，甚至由政府補助。二、揭露網站的有爭議作為。三、網站自律的強調。四、政府補助具公益性質的網站。五、在最受歡迎的網站強制特定公益連結。六、在利益團體網站強制連結利益相反者的網站。參見，Sunstein，前揭註 242，頁 159-80。

Benkler便擔心某些人會以此為理由，主張擴張的著作權法政策。因此他提出幾點反駁，或者更確切地說，應該是對Sunstein論點的進一步澄清。

第一，共和民主偏好全國性的媒體或者集中型的商業媒體，是因為大型商業媒體有足夠資源與能力容納不同意見並予以協調，協助人民建構全國性政治事務的「公益」觀。但是政治事務可大可小，一件地方層級的事務由地方性小媒體統合意見，一樣符合共和民主的觀念，因此即便在共和民主的概念下，媒體也可以有大小之別。如此一來，雖然資訊權利的擴張有利於媒體的集中與大型媒體的營收，但是大型媒體的存續是否需要以小型媒體的存續為代價，實在令人存疑。⁵⁰

第二，在「共和民主」概念下，不但公共對話的參與者必須具備公民道德(civic virtue)的特質，提供資訊管道與環境的媒體也同樣必須具備此特質。然而，Benkler認為，以資訊專屬權利為利基的商業資訊生產者不可能符合公民道德之標準。首先，大型媒體的所有者可以擁有不符比例的政治與表述力量，進而傷害（而非有助於）民主；此外，商業媒體是由廣告贊助商所支撐的，為求最高的收視率，它必須迎合最多數人的胃口，因此全國性商業媒體所播送者，頂多是最大利益團體的意見重述，並無助於全體社會「公益」的整合。⁵¹

第三，Sunstein的論述中最大的缺陷就是僅僅把個人當作資訊的消費者，而未認知到在網路時代，無組織的個人也很有可能是有效的資訊生產者，對公共對話與民主參與做出重要貢獻。⁵²除了一般最常見的例子如自由軟體運動⁵³，這種

⁵⁰ Benkler, *Through the Looking Glass*, *supra* note 50, at 185.

⁵¹ *Id.* at 185-86. Benkler在此處係援引現任義大利總理Silvio Berlusconi為例。Berlusconi乃義大利首富，全球排名十四，自一九九四年崛起政壇，憑藉其掌握全國百分之九十以上電視頻道，平步青雲，於二〇〇一年成為義大利總理，由於其對於媒體之操控，一個位於美國的世界媒體評鑑組織（Freedom House）甚至於二〇〇四年年度報告中，將義大利的媒體自由程度由「自由」調降為「部分自由」。其實這種媒體控制議題的情況是舉世皆然，在台灣亦司空見慣，共和民主概念期待全國性巨型商業媒體可以完善地扮演促進公民道德，協助形成「公益」的角色，恐怕只有在與其自身利益無關的議題始有可能，況且還要排除廣告主的干涉。以上有關Berlusconi的道德性爭議問題，筆者係參見網路百科全書Wikipedia的說明。

<http://en.wikipedia.org/wiki/Silvio_Berlusconi#Berlusconi_and_controversy> (last visited 2005/4/20)

⁵² *Id.* at 186.

⁵³ 關於自由軟體運動之緣起及發展，可參見其網站即有詳細說明，<<http://www.gnu.org/>> (last visited 2005/5/2)。

「社群生產」(peer production)的趨勢也逐漸延伸到其他媒體形式與社會文化領域。例如在Sunstein論述之際，恐怕沒有辦法預見這兩、三年來個人撰擬「網誌」(blog)潮流的興起⁵⁴，已相當程度衝擊了傳統傳播媒體的概念。此外，全世界的個人都可以編輯與書寫的Wikipedia網路百科全書，也徹底地顛覆了傳統文本的權威地位。⁵⁵因此，如果我們抱持的民主概念還看重「多樣性」(diversity)這個價值的話，就不應該以擴張的資訊權利壓抑「分散性資訊生產系統」的發展，因為相較於任由大型商業媒體告訴個人該說什麼，進行「社群生產」的資訊生產性個體反而更能夠體現公共對話與民主參與的憲政目標。

簡而言之，網路上的分散性資訊生產系統在一定程度會如 Sunstein 所言造成社會分殊化加劇的問題，但是這個問題絕不能以擴張的資訊財產權利為政策回應手段。因為分散性的資訊生產體系對於商議民主的價值理念更有促進之功，因此必要的解決手段應該尋求擴張資訊財產權利以外的方法為之，才能一方面維持分散資訊生產系統的好處，一方面減輕其弊害。

第三項 Neil W. Netanel---民主的著作權架構

雖然多位學者都曾就民主原則與著作權法的關係進行檢討，但完整論述此課題者只有學者 Neil W. Netanel，其提出的「民主的著作權架構」(democratic paradigm of copyright)係本於類似折衷式民主的概念，完整說明著作權的保障與限制對民主的意義。以下先就其理論概述內容，次提出本文評析。

⁵⁴ 有關Blog的扼要介紹可參見，紫可樂(筆名)，
<http://mag.udn.com/mag/dc/storypage.jsp?f_MAIN_ID=2&f_SUB_ID=4&f_ART_ID=11773>；關於傳統新聞媒體對於Blog的疑慮請參見，那福忠，〈Citizen Journalism：國民新聞學〉，
<http://mag.udn.com/mag/dc/storypage.jsp?f_ART_ID=11075> (last visited 2005/5/2)。

⁵⁵ 扼要的介紹請參見，張俊盛，〈從大英百科全書到維基百科〉，
<http://mag.udn.com/mag/dc/storypage.jsp?f_ART_ID=9981> (last visited 2005/5/2)。文建會也跟尋這股全民著述的潮流，建制了「台灣大百科全書」網站，
<<http://taipedia.cca.gov.tw/taipedia/index.aspx>> (last visited 2005/5/2)。

第一款 概述

在著作權法領域，著作的私人保護與公眾接觸（access）的權利應該如何平衡，一直是爭議的中心。最普遍、亦看似最有說服力者，是採用法律經濟分析方法的論述。但是，Netanel並不贊同經濟分析方法，他批判了兩種不同理念的經濟分析。其一，「新古典經濟分析分法」（neoclassicist approach）諸端以財產權概念為中心，以法律介入為例外的主張，導致著作權的保障過度擴張⁵⁶；其二，另一種經濟分析方法，Netanel稱為「最小化論者」（minimalist critics），卻相反地主張著作權保障的程度只要剛好達到可以誘使創作即可，多一分的保障即是社會的負擔。對於Netanel來說，這導致保障的不足。⁵⁷

Netanel認為著作權法自制訂以來即與民主制度息息相關，民主原則才是正確理解著作權法範圍與界線的指標。為取代經濟分析方法，他提出所謂的「民主的著作權架構」（democratic paradigm of copyright），以民主原則的價值理念來劃定著作權保護的適當界線。依其所述，著作權法有兩個直接與民主相關的功能。

第一，生產及散佈的功能：著作權法提供經濟誘因使作者可專職創作，使出版商推動著作的流通散佈，而著作的生產與流通代表資訊和思想的持續地在公民間溝通與交換，這正是民主制度最重視的價值。再者，資訊的大量生產與廣泛散播也有助於教育具備知識與獨立思考能力的公民，間接更促進公共參與和公共對話。此外，由於大眾傳播媒體的出現，思想與資訊交流的模式已不再限制於面對面的溝通，反而「非對話式的公共對話」已經取代「對話式的公共對話」，不管是不是贊同，都必須同意這是無可抵禦的發展。著作權法規範效力下的書籍、音樂、戲劇、電影都是這種非面對面式的對話，也因此與現代民主概念有直接的關

⁵⁶ Neil W. Netanel, *Copyright and A Democratic Civil Society*, 106 Yale L.J. 283, 306-323 (1996). 例如，僅在兩造難以協議，或協議成本過高時，合理使用才能成立。

⁵⁷ *Id.* at 336-40.

係。⁵⁸

第二，結構功能：透過著作權的「保障」與「限制」，著作權法一方面「建構」出一個不受政府（政治力）與私人（社會力）干擾的獨立表述領域，另一方面也防止媒體獨占與壟斷所帶來的私人言論箝制的問題。⁵⁹ Netanel認為，媒體傳播體系中私人財富與權力的集中，已經導致私人間有關「意見的能見度」（ability to make oneself heard）產生不平等的問題，因為媒體的擁有者可以設定議題，並且決定誰發言。當然媒體擁有者也有迎合市場聽眾的時候，但在利潤極大化的驅使下，其迎合的對象通常是最有能力支付對價的族群，例如廣告主或者主流的意見，其結果就是，少數者的意見或前衛的、突破性的意見很少有在主流媒體曝光的機會。⁶⁰這樣的結果當然有悖於民主的價值，因為民主最需要的就是資訊的多樣性以及健全的公共對話。⁶¹但是從另一方面而言，上述因為「市場力量差異」（market hierarchy）導致的「表述力量差異」（speech hierarchy）除了有傷害多元民主價值的面向外，卻也有促進民主價值的另一面向功能。因為市場利益代表的是驅使創造更多言論的經濟誘因，兩者正是相關的；而且藉由一定規模的利基，才能創造一個不受國家或私人干擾的獨立表述領域與資訊來源。⁶²

承上所述，Netanel 認為「著作權的限制」與「著作權的保障」這兩股相反的作用力，對於民主各自有不同層面的貢獻，若著作權的擴張與限縮都能分別依據民主理念進行調控，就可以架構出一個符合民主價值的資訊環境，一方面大到足以建構獨立的表述領域，另一方面又小到不致產生扭曲的社會權力。這就是 Netanel 所稱著作權的「結構性功能」。

⁵⁸ *Id.* at 347-51. 惟，筆者認為將著作的閱讀或聆聽比擬成「公共對話」過於牽強，實際上只要承認這些著作可能形塑個人意志，進而影響其民主參與的立場，就足以彰顯其民主價值了。舉例而言，雖然我們可以看到學術著作相互援引、批判，形成一種對話模式；但其實更常見的情況是，讀者藉由單方面的閱讀、觀賞或聆聽，擴充本身的知識，形成自我思想，進而養成足以進行民主參與的能力。

⁵⁹ *Id.* at 352-63.

⁶⁰ Neil W. Netanel, *Market Hierarchy and Copyright in Our System of Free Expression*, 53 *Vand. L. Rev.* 1879, 1879-82 (2000).

⁶¹ *Id.* at 1884.

⁶² *Id.* at 1885.

第二款 評析

綜觀Netanel的「著作權法的民主模式」，在其所謂「著作權法的生產功能」的部分，其論點與向來功效主義思想並無本質的不同，都是將著作權對於資訊的獨占看做是一種必要之惡，也是為解決著作的公共財性質的必要手段，目的是誘使資訊的生產與流通，最終促進民主制度所需的對話與溝通。應特別指出的是，只有在共和民主概念及折衷式民概念下，才會承認小說、電影、音樂等文藝性媒體形式對於民主具有貢獻，如果是在菁英民主或自由多元民主概念下，由於不認為上揭媒體形式與人民意志形成有關，相對也不會重視著作權法。⁶³

至於「著作權法的結構功能」，則是一個很有趣的論點。一直以來學者認為著作權法必須精準拿捏的原因，是因為著作權人的利益與公眾使用資訊的利益必須相互調和的緣故。Netanel雖然提出著作權法的結構功能（藉以作為判斷保護程度的標準），其實本質上這並不全然是一個新的標準，因為Netanel的關注重心一樣是「資訊」生產與流動的問題。但是，Netanel的論點比起傳統見解更進化之處，是將「資訊」的生產與流動連結到「民主原則」的規範理念，並且依據民主秩序下的不同要求，進一步分別賦予「著作權保障」與「著作權限制」以不同的民主意義，此舉不但突顯出著作權法在憲法規範秩序中的重要性，更有助於建立更為具體的標準。⁶⁴

但是，Netanel的論點也有可能引起爭議之處。雖然Netanel是以批判經濟分析理論為前提，提出其「著作權的民主模式」，但是實際上他提出的民主模式，相當程度仍是建構在市場機制之下。例如，所謂「著作權法的生產功能」的主張，是建構在相信市場機制可以促使民主參與所需要的著作生產出來，並且市場機制會讓民主參與最需要的著作成為市場上最暢銷的商品。以及，當Netanel強調著

⁶³ 詳參本章第三節第一項。

⁶⁴ 基本上Netanel的這個觀點同時具有「菁英民主」概念與「共和民主」概念的性質。以菁英民主而言，一個足夠大型的媒體才有能力監控國家這頭巨獸；以共和民主而言，同樣需要大型媒體才能涵蓋不同利益，進而達成協調及形成公益觀的任務。

作權法可以創造出一個不受政府與私人影響的獨立資訊創造領域，同樣是以市場機制不會扭曲這個獨立領域為前提。雖然Netanel也知道這些疑慮，因而在著作權法的結構功能中，特別提出媒體壟斷的弊害，進而強調著作權限制的重要。但是，Netanel並沒有能夠明白地說明，如何才能排除市場可能「失靈」的疑慮，因此對於相對較不信任市場機制的學者而言，Netanel的理論會顯得太過樂觀，進而有讓著作權過度擴張的危險。⁶⁵

總的來說，Netanel是一個折衷式民主的支持者，它的民主概念包含對個人自主的強調，多元利益的承認，也重視普遍的公共對話。⁶⁶，例如在媒體政策部分，他特別強調傳播體系的「多元權力體系」(multiple concentrations of power)，這個體系由「大型商業媒體」、「政治或利益團體資助的媒體」、「政府出資的媒體」以及「分散性的網路個人或小型媒體」，共同構成一個符合民主需要的媒體環境。⁶⁷這個體系同時融合菁英民主以大型媒體監督政府的理念，也有自由多元民主強調利益團體發展的理念，更有藉由公共媒體促進公共對話的共和民主理念，至於網路新興的「社群生產」(peer production)則有無限可能，端看媒體政策是否以及如何介入。

本文雖然贊同Netanel所謂媒體環境的「多元權力體系」，但認為實無須特別強調市場機制與大型媒體的重要性；反而，筆者認為在體認市場機制的必要性之後，應把焦點著重在如何矯治市場失靈的情況，因為這才是當今資訊媒體環境的最核心問題，如果反而把重心放在擔心欠缺足以抗衡國家的大型媒體的話，不免讓人有頭痛醫腳，腳痛卻醫頭的荒謬感，畢竟二十世紀以來媒體在市場體制運作下只有更高度商業化與集中化，從未聞需要擔心媒體不夠大型者。

⁶⁵ 例如，學者Yochai Benker對此類主張的批判是：資訊市場充滿了「市場失靈」(market failure)的情況，因此資訊的生產並不見得反應資訊消費者的政治觀點。其次，高強度的資訊財產權利容易導致資訊產品的商業化、集中化以及相當程度的同質化（比較商業電視台與公共電視台的節目）。為了促進自身的銷售，還會故意提高非商業性資訊生展的成本，甚至予以打壓。See, Benkler, *Through the Looking Glass*, *supra* note 50, at 183.

⁶⁶ Netanel, *The Commercial Mass Media*, *supra* note 209, at 319.

⁶⁷ *Id.* at 320-30.

準此而言，Netanel 提出的「民主的著作權模式」雖然正確說明了著作權法與民主原則的關係，但是卻必須特別當心不能反而被用來當成擴張著作權的理由。以當前的需要來看，毋寧更應該強調其「結構功能」中的「限制」部分，使資訊的流通更容易，資訊的使用更自由，才更符合民主參與之所需。

第四節 小結

本章介紹民主原則對於著作權法的影響，論述的重點依節次分為三部分。第一節說明著作權法是媒體法制的一環；第二節敘述不同的民主概念有不同的媒體法政策思考，並採用折衷式的民主概念作為民主概念的典範；第三節則說明折衷式的民主概念應用於著作權法，應產生如何的規範作用。

認定著作權法是媒體法制的一環，主要有四個理由。第一，雖然著作權法只是賦予媒體內容製造者權利的法律，但媒體內容製造者與傳播媒體本身密切的關係，使著作權法與傳播媒體在現實上無法切割。第二，從歷史角度觀察，著作權法與媒體的發展都是配合科技的進步而相輔相成。第三，媒體權力的掌控體現在資訊管道與資訊內容兩者的控制，在網路時代來臨後，前者價值相對減低，後者價值相對提高，使得著作權法在媒體法制中有更重要的地位。第四，從釋義學的觀點，考量媒體內容的控制對於媒體的重要性，將著作權法主要規範的對象——資訊內容製造者，也納入媒體的定義內，其實更為恰當；相對地，將著作權法稱為媒體法，也就順理成章。

從二十世紀初開始，媒體的商業化與庸俗化吸引了學者的關注，Lippmann 和 Dewey 等人分別提出不同角度的批評，為不同民主概念對於媒體法制的批評定下基調。根據學者 Baker 的研究，目前有三種典型的民主概念，對媒體法制各有其立場與堅持。第一種是菁英民主概念，認為媒體的功能是監督政府，制衡國

家權力。第二種是自由多元民主概念，認為媒體的功能是整合及促進利益團體的運作。第三種是共和民主概念，認為媒體應當擔負起形成社會公共利益觀的引導責任。這三種民主概念發展至極端雖然顯不相容，但卻非不能取道中庸而予以融合，例如 Baker 所主張的複雜民主概念便是將前述三種概念融合而成，另 Harbermas 所稱商議民主概念則是由前述第二、三種概念融合而成，此兩者並無本質的差異，因此本文通稱之為折衷式民主概念。

折衷式的民主概念秉持共和民主概念的要旨，認為所謂的「民主參與」應該從投票行為向前延伸到人民意志的整體形成過程。在這個過程中的所有的資訊都影響人民意志的形成，因此也都與民主參與有關。若然如此，不僅政治性的言論直接影響民主參與，文化性的言論一樣與民主參與有關，也應受到同樣的重視。著作權法既規範一切政治及文化的著作產物，因此要受到折衷式民主概念下的民主原則拘束。

其次，雖然著作權法以促進資訊豐富多產為目標，有助公共對話的進行，相當程度與共和民主價值相符。但更多資訊並非絕對代表有更多的公共對話者，著作權利的擴張有可能產生更多資訊，但卻是集中於少數人的結果。折衷式民主概念強調更多公共對話者更甚於更多資訊生產，因此在兩者必須取捨的時候，折衷式民主概念將選擇前者，亦即傾向對著作權作出適當的限制。

最後，折衷式民主兼含自由多元民主概念中重視少數或非主流意見的意旨，即便是少數者的意見亦應該適當的被尊重與反映，此外非主流意見的刻意保護也凸顯民主多元性的重要。表現在著作權法上，在涉及非主流團體的著作使用時，考量其目的、性質，或許應該有合理使用原則的適用。

無可否認地，民主原則的影響充滿利益的衡量，因而顯得模糊難辨，但此仍不減損其對著作權法制的重要性。學者 Netanel 便十分有創意地提出所謂的「民主的著作權架構」(democratic paradigm of copyright)，相當程度有釐清觀念的效

果。他主張著作權具有「生產及散佈」和「結構」等兩項與民主相關的功能。前者指著作權的保障是爲了讓資訊生產者有豐厚的經濟利益而無後顧之憂、使出版商得以營運進行資訊的散佈，合作創造出民主所需的資訊環境。後者則指，著作權保障作者得以經濟利益爲後盾，建構出一個不受政府與私人影響的獨立創作空間，著作權的限制則防制媒體獨占與壟斷帶來私人言論箝制的弊害。

最後應強調者，民主原則所採取的民主概念，會影響到表意自由理論基礎中「健全民主體制」價值的解釋，因爲此兩者其實是相同意義內涵的不同憲法規範。筆者在第五章以「健全民主體制」價值進行著作權法制的合憲控制時，便會以折衷式民主概念的意涵爲具體內容。（參見下文第五章第四節第二項）