

第五章 我國著作權法之合憲控制體系

第一節 我國著作權法制之發展與特徵

第一項 加入 WTO 前之著作權法制發展

較之於歐美國家在十八世紀左右即有現代著作權法的雛形，我國著作權法的立法相對甚晚。學者認為這與文化風俗有相當關係，蓋我國文學藝術的創作者多標榜文以載道，相對恥於言利。¹因此無論清末、民初，著作權法之制訂原則上都是基於外國勢力的影響。²在國民政府遷台以後，到加入WTO前，著作權法制的發展可以粗略分為兩個時期：

一、保護主義時期

民國三十五年我國與美國簽訂「中華民國美利堅合眾國友好通商航海條約」，以「平等互惠」之原則，賦予締約兩造國民有關文學、藝術作品之著作權保障。³但我國是外國文化產品的輸入國，上揭條約既未採取「國民待遇原則」，為保護自家產業及教育學術之需要，我國著作權法的保障大致採保守策略，在民國八十一年修法以前，尙且有歧視外國著作人的規定。舉例而言，內國人著作權

¹ 賀德芬，〈著作權在國際法上的保護〉，收於氏著《文化創新與商業契機——著作權法論文集》，增訂再版，1994年，頁398。

² See generally, William P. Alford, *To Steal a Book Is an Elegant Offense: Intellectual Property Law in Chinese Civilization* § 3 (1995). (在英美各國的壓力下，滿清於覆亡前一年，制訂了中國歷史上第一部著作權法，但這只是作個樣子，保護的範圍微乎其微；國民政府在北伐大致成功後，制訂民國以來的第一部著作權法，則有向列強展現政治實力的意味，以便後續處理治外法權與不平等條約的問題。)

³ 該條約第九條規定：「•••締約此方之國民、法人及團體，在締約彼方全部領土內，其文學及藝術作品權利之享有，依照法組成之官廳現在或將來所施行關於登記及其手續之有關法律規章(倘有此項法律規章時)，應予以有效之保護；上項文學及藝術作品未經許可之翻印、銷售、散佈或使用，應予禁止，並以民事訴訟，予以有效救濟，無論如何，締約此方之國民、法人及團體，在締約彼方全部領土內，依照依法組成之官廳現在或將來所施行關於登記及其他手續之有關法律規章(倘有此項法律規章時)，在不低於現在或將來所給予締約彼方之國民、法人及團體之條件下，應享有關於版權、專利權、商標、商號及其他文學、藝術作品及工業品所有權之任何性質之一切權利及優例•••」

之取得採創作保護主義，專屬權利之範圍包含翻譯權，外國人則不但採註冊保護主義，其著作權不包含部分著作種類之翻譯權。⁴

此時期另外一個特點是著作權的體系相當簡陋。從形式面而言，法條結構紊亂；從實質面而言，著作種類狹隘，權利定義模糊，重要原則（包括思想/表達二分原則、合理使用原則、權利耗盡原則等等）不備，更甚者，著作權法與出版法結合，還帶有言論箝制的功能。⁵

考量此時期社會經濟狀況，包括產業與教育之需要，著作權法的簡陋是可以理解的。畢竟得享著作權之內國人民僅佔極少數，多數人（或產業）不但不在意著作權之保護，甚至相當程度還仰賴這種保障真空的狀態。

二、邁向全球化時期

從民國七十三年中美開始進行著作權諮商談判，七十八年簽署「北美事務協調委員會與美國在台協會著作權保護協定」（八十二年生效），再到九十一年成功加入世界貿易組織（WTO）的近二十年間，我國雖然還是外來資訊產品的輸入國，但由於知識教育水準的提高，資訊相關產業的發展，相當程度也有了更大量的知識性創作，知識產權的保護開始有其需要。不過，更現實也更巨大的改革壓力還是來自國際貿易的談判（主要是美國），因為國內不斷蔓延的盜版事業行銷海內外，持續激化美國進行貿易制裁的可能性。⁶

在內外交加的壓力下，此時期著作權法的修正目標大致是消除內外國不平等待遇，持續依國際公約的標準擴充著作權利的範圍，並且強化民、刑事責任以嚇阻盜版。此外，基於經濟貿易的長遠發展，我國有加入「世界貿易組織」（WTO）的高度必要性，為達此目標，著作權法之修訂更以符合「與貿易相關的智慧財產

⁴ 陳淑美，〈我國著作權法制之今昔及其遠景〉，《資訊法務透析》，1999年7月，頁44。

⁵ 賀德芬，〈從一九七六年美國新著作權法探討著作權利法的新趨勢〉，收於氏著《文化創新與商業契機——著作權法論文集》，增訂再版，1994年，頁442-47。

⁶ See, Alford, *supra* note 267, § 5.

權協定」(TRIPs) 爲要務⁷。在此著作權法逐步邁向「全球化」的過程中，著作權法的規範體系也大致獲得確立，例如(仿歐陸法系)劃分著作財產權與著作人格權，確認「思想/表達二分原則」⁸，建立並逐步擴充「合理使用原則」，設強制授權與著作權仲介團體制度等等。

經過此時期劇烈的法制修訂後，我國著作權法與主流國家之著作權法已無本質的差異，WTO 的成功加入就是最好的證明。此外，更重要者是著作權法基礎的概念體系已大致完備，接下來的任務是就公私益的調和進行更細緻化的發展，以因應全球化時代更劇烈的變局。

第二項 當前著作權法政策之特徵

由於科技變遷迅速，著作權法爲因應網路與數位科技而需解決之議題層出不窮，因此在加入 WTO 之後，著作權法仍作了兩次影響重大的修正(民國九十二年及九十三年)。考察這兩次立法動態以及近年來的學界評論，筆者認爲當前我國著作權法政策思維大致(仍)有以下三個特徵。

一、持續受貿易談判壓力影響

所謂國際貿易談判壓力可分兩方面說明。第一，在加入WTO之後，根據WTO架構應進行例行性的法規通知及審查，審查會議中，各國代表針對貿易相關法規(包括著作權法)提出質疑，我國需予以回應。由於世界智慧財產權組織(WIPO)所主導簽訂的「世界智慧財產權組織著作權條約」(WCT)及「世界智慧財產權組織表演及錄音物條約」(WPPT)業經多數重要國家簽署及批准⁹，其中超出

⁷ 參見，陳淑美，前揭註 269 文，頁 46-49。我國於民國九十一年一月一日順利加入WTO。

⁸ 在民國八十七年公布代表「思想/表達二分原則」的增訂條文前(第十條之一)，此原則已於民國八十年前後由多件實務判決所承認(大多透過對「創作」或「原創性」的解釋引申得之)。相關實務見解之概要整理，請參見，羅明通，《著作權法論 II》，第五版，2004 年，頁 315-18。

⁹ 截至 2005 年 6 月，WCT 已批准(in force)國家共 52 國，WPPT 已批准國家爲 49 國。
<<http://www.wipo.int/treaties/en/>> (最後瀏覽於 2005/6/4)。

TRIPs的規定部分，即便我國在國際法上沒有遵守義務，不免仍形成相當壓力。我國九十二年修正公布之著作權法，主要修訂目的之一就是爲了因應WCT與WPPT的規範內容。

雖然重要國際公約對於我國著作權法有一定的影響，但此影響大致而言是良性的，例如九十二年關於「公開傳輸權」與「散布權」的增訂，使我國法制能與世界普遍標準接軌；再者，具有重大爭議的議題，在國際公約中通常會遭排除，或者至少保留較大的施行彈性，因此我國原則上不至於因爲國際公約的壓力而採取極爲不當的立法。

比較有問題的第二類貿易談判壓力是指來自美國的施壓。美國的文化資訊過去受歐洲挹注甚多，十九世紀以前一直是歐洲文化的輸入國，反映在智慧財產權的法制上，其保護程度多低於歐陸國家，並且拒斥加入相關國際條約，一度還被稱爲海盜國家。然而二十世紀以後，美國經濟文化突飛猛進，曾幾何時，美國已成爲資訊商品最大輸出國，因而成爲智慧財產權保障的急先鋒，WIPO之相關條約亦是在美國的主導下通過。美國一九九八年通過之「數位千禧年著作權法案」(DMCA)，對於著作權人之高度保障，業引發扼殺創意與限制競爭不等之批評，惟美國行政當局不爲所動，持續以DMCA爲範本，作爲對外談判的主張。

我國對美方的貿易談判向來居於劣勢，除了懼怕三〇一條款之貿易制裁外，亦因我國對美國有求之處甚多，美方遂得以著作權法之修正爲利益交換。我國九十三年修訂公布之著作權法，即遭批評是爲了「台美自由貿易協定」(TIFA)之磋商，對美方高出WCT與WPPT標準之要求作出多處不適當讓步。¹⁰例如，在「罰則」部分刪除五份、三萬元的入罪限制，取消意圖營利與非意圖營利之區別，以

¹⁰ 修法前之批評，參見，馮震宇，〈著作權談判不應成爲台美貿易談判的犧牲品〉，收於氏著《智慧財產權發展趨勢與重要問題研究》，2003年，頁302；修法後之批評，參見，章忠信，〈台灣因修正著作權法而自美國優先觀察名單除名〉，<http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php?board=4&act=read&id=130> (最後瀏覽於2005/6/3)。

及侵害著作人格權再度入罪化等等，此皆已超過美國法自身的標準。¹¹又例如，在所謂「防盜拷措施」的立法上，無視WCT與WPPT極具彈性的條文意義，逕採取比照美國DMCA的最嚴苛標準。¹²以上在在可見，即便在加入WTO之後，美方對我著作權法修訂之壓力亦未嘗稍減。

二、利益團體之參與更為密切

利益團體對於著作權法修訂的推動其實並不是這幾年的事，例如「財團法人國際唱片業交流基金會」（乃IFPI的台灣分會，為行文方便，以下仍簡稱IFPI）¹³自民國七十五年成立以來，對於我國著作權法修訂進行運作與遊說工作，可說已有相當之歷史。但近年來除了IFPI以外，可發現其他利益團體亦逐漸成熟，整體而言，利益團體參與著作權法修訂的情況已更加密切。民國九十年、九十二年及九十三年修正著作權法時，除了行政院版草案外，各個利益團體委由立法委員提出之修正草案至少都在三個版本以上。¹⁴

其中具體事例包括，影碟租售業者在九十二年及九十三年兩次修正時，皆持續遊說，擬將光碟之「真品平行輸入」相關規定除罪化¹⁵；其次，九十三年著作權法刪除表演人原本享有之（就其表演之錄音著作）公開演出之報酬請求權，此乃IFPI代表唱片業界的遊說結果¹⁶；再者，有關著作權仲介團體與利用人之使用報酬爭議應採強制仲裁或任意仲裁制度，乃全國商業總會（代表廣播業等商業性使用人）與仲介團體（代表著作權人）的利益交戰，最後由仲介團體一方獲勝，

¹¹ 章忠信，〈九十三年新修正著作權法之析疑〉，《萬國法律》第 139 期，2005 年 2 月，頁 95-97。

¹² 可參見馮震宇教授對於草案此部分之檢討。馮震宇，〈數位內容之保護與科技保護措施——法律、產業與政策的考量〉，《月旦法學雜誌》第 105 期，2004 年 2 月，頁 86-90。

¹³ IFPI全名為International Federation of the Phonographic Industry（國際錄音工業聯盟），「財團法人國際唱片業交流基金會」是其在台灣以財團法人形式成立之分會。

¹⁴ 參見，章忠信，〈「著作權法部分條文修正案」簡說〉，《智慧財產權月刊》第 36 期，2001 年 12 月，頁 72-74；章忠信，〈九十二年新修正著作權法簡析〉，《月旦法學雜誌》第 103 期，2003 年 12 月，頁 105；章忠信，〈九十三年新修正著作權法之析疑〉，前揭註 276，頁 91。

¹⁵ 章忠信，〈九十二年新修正著作權法簡析〉，同上註，頁 116；章忠信，〈九十三年新修正著作權法之析疑〉，同上註，頁 97-98。

¹⁶ 章忠信，〈九十三年新修正著作權法之析疑〉，同上註，頁 95。

九十三年之修法讓使用報酬爭議之仲裁回歸任意制。¹⁷

利益團體之存在乃民主政治運作下的正常產物。社會發展程度越高，越有朝利益分殊化的趨勢演進。公共事務之決策相當程度有賴於利益團體的組織、宣傳、辯論，向當局反映出社會大多數人的政策傾向，以便民主政治的決策進行。¹⁸但另一方面，以利益團體為運作中心的政治體制亦有相當多缺陷，以著作權法領域為例，最重要的缺陷之一，即利益失衡的問題。

蓋著作權法乃公益與私益拉鋸的法律，私益的代表者由於利害關係明確且一致，容易形成利益團體。但相反地，著作權法的公益影響則極端分散，對於著作權法不利於公益之立法，社會中分散的個人不亦察覺對己有何重要影響，因此公益的團結極為困難。從上述我國立法事例來看，可以發現著作權人最早有利益團體之成立，如 IFPI，其次為商業性使用人一方，如影碟業者、全國商業總會等加入主張自身權益，但非商業性使用人之權益則完全無有力的利益團體支持，此部分公益的考量似乎僅有賴於行政院草案擬定者的衡量與學界的呼籲。

三、欠缺公益面向的憲法觀點

所謂公益面向憲法觀點的欠缺，是指在著作權法政策擬定的過程中，來自學界及司法界相關憲法論點的支持不足。就學界而言，對於歷來在貿易壓力下的著作權法修訂與利益團體不當的遊說結果，學界雖本於公益之考慮迭有批評，但公益內容為何？是否與憲法有所關連？則多未深論。¹⁹民國七十四年修訂公布之著作權法第一條規定：「為保障著作人著作權益，調和社會公共利益，促進國家文化發展，特制訂本法。(以下略)」其中著作人著作權益的保障固然在條文中逐步落實，但社會公共利益如何調和？國家文化何以發展？則顯得抽象難解。學者賀

¹⁷ 章忠信，同上註，頁 99-100。

¹⁸ 有關美國利益團體與政治運作的簡介，參見，何思因，〈政治學中的美國政治(六)——利益團體〉，《美國月刊》第 2 卷第 8 期，1987 年 12 月，頁 13 以下。

¹⁹ 例如，參見，周志宏主持，〈新版著作權法——著作權保護的一大步？〉座談會之發言記錄，《月旦法學》第 106 期，2004 年 3 月，頁 100-19。

德芬嘗謂文化發展之根基在於創新，但「倘若創新始終僅止於創新者個人所知道、所擁有，有如中國的祖傳秘方，則創新就不能產生廣泛的社會作用。」²⁰若然如此，所謂「社會公共利益」與「國家文化發展」，作為著作權法的公益面向基礎，主要應是指創新成果（即資訊）的流通。

憲法中涉及資訊流通者，如本文第三章及第四章所述，包括表意自由相關權利以及民主原則等規範。著作權法第一條連同其他著作權限制規定（如合理使用），共同展現及建構著作權法的公益面向基礎，應認為是上揭憲法規範的體現。然而多年來我國學界對此著作權法公益面向的憲法基礎卻少有著墨。賀德芬教授雖早於一九七九年即有撰文介紹著作權與第一修正案衝突的問題，但該文以美國法的介紹為主，並未就我國法部分有太多評論。²¹學者羅明通在其著作權法教科書中，特闢獨立之章節介紹「著作權法之解釋與憲法對言論、講學、著作及出版自由之保障」，雖屬難能可貴，但限於篇幅，亦僅點到為止。²²除此之外，值得注意者乃學者林昱梅以藝術自由的觀點（藝術自由作為表意自由權利體系之一部），檢討「著作之引用」²³與「嘲諷性著作」²⁴的容許範圍。其檢討的方法分為三層次²⁵：首先，確認著作權與藝術自由處於基本權衝突狀態；其次，從藝術自由之內涵與保障目的出發，摸索可能的合理使用空間；最後，考量著作權人憲法上之財產與人格權益，確認最後界線。上述研究的重要意義，除了確認著作權法公益面向的限制規定與憲法有高度的關連性外，對於如何以合憲控制方法解釋或修訂著作權法重要原則（如合理使用原則），亦作出具體的貢獻。惟其研究範圍

²⁰ 賀德芬，〈文化創新與法制化——著作權法的現代意義〉，收於氏著《文化創新與商業契機——著作權法論文集》，增訂再版，1994年，頁7。

²¹ 賀德芬，〈言論自由與著作權的保護——兼談著作權的限制〉，前揭註69，頁167-214。（原載於台大法學論叢第8卷第2期，1979年）

²² 羅明通，〈著作權法論I〉，第五版，2004年，頁14-19。（羅明通教授認為著作權法乃對言論之事前限制，但參考釋字第445號解釋意旨，氏認為著作權法對於著作權人之保障，亦可通過比例原則之檢驗，雖為事前限制仍不違憲。）

²³ 林昱梅，〈著作之引用與藝術自由——評德國聯邦憲法法院判決B. v. 29. 6. 2000 – 1 BvR 825/98〉，收於《當代公法新論（上）：翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集》，2002年，頁251-77。

²⁴ 林昱梅，〈藝術自由與嘲諷性模仿之著作權侵害判斷〉，《成大法學》第七期，2004年6月，頁129-234。

²⁵ 林昱梅，同上註，頁216-29。

僅限於藝術自由及特定的合理使用類型，並未論及其他公益面向所涉及的憲法規範及其他重要的著作權法原則。

另外在司法實務方面，著作權法相關判決中，曾以憲法第十一條言論及出版自由為依據，以解釋著作權法規定者，僅台灣台北地方法院八十三年度自字第250號判決²⁶。該判決以人民言論自由與出版自由的保障為理由，認為「原創性」作為著作的實質要件，標準不宜過低，以免著作權法保護的範圍過於浮濫，造成人民行使出版自由之不便，並妨害資訊取得之權利。其次，該判決又有謂：「••退一步而言，縱自訴人所拍攝之系爭照片有著作權，然查殷宗文當時因即將被任命出任國家安全局局長，此為一新聞事件，被告江某某為報導該事件，依著作權法第五十二條之規定，得引用已公開發表之著作，而系爭照片於被告江某某引用時自訴人前已同意張友驊公開發表於張友驊所著作之「李登輝霸權危機」一書•••系爭照片既已公開發表，故被告江某某為報導之必要，自得引用於張友驊所著之前開書籍中已公開發表之系爭照片•••」按著作權法第五十二條規定：「為報導、評論、教學、研究或其他正當目的之必要，在合理範圍內，得引用已公開發表之著作。」條文中所謂「合理範圍」有相當的解釋空間，此判決給予最廣的解釋結果，亦即可利用該著作（照片）之「全部」。²⁷此解釋結果是否也受到憲法言論及出版自由保障的影響，而為合憲解釋方法的運用，則難依其上下文斷定。

綜上所述，我國學界對於著作權法公益面向憲法基礎之研究仍在起步的階段，雖有一定之共識與初步的成果，卻可見更多未竟之處。而實務之判決向來仰賴學界的研究成果，考量目前相關研究狀況，多年來僅一則判決提及言論及出版

²⁶ 引自，工總保護智慧財產權委員會編輯，《著作權法判決彙編 I》，1999年5月，頁86-88。

²⁷ 有關著作權法第五十二條與著作之「全部引用」問題，可另參見最高法院八十五年台上字二八三一號判決，依該判決之意旨，應係認已公開之照片即得依著作權法第五十二條全部引用。引自，蕭雄淋主編，《著作權法判解、決議、令函、釋示、實務問題彙編》，三版，2001年，頁981；另在語文著作部分，最高法院八十四年台上字第一六九五號判決認為「詩作」為評論之目的可全文引用。引自，同上，頁979-80。

自由與著作權的衝突，也就不足為奇。惟如前文所述，著作權法政策之擬定一方面受國貿談判之壓力，另一方面又有利益團體代表失衡的問題，造成的立法扭曲不可謂不嚴重。若著作權法公益面向之憲法基礎又不彰顯，公公益失衡的情況必然更加劇烈。

第二節 著作權法私益面向的憲法基礎

我國著作權法所規定的著作權包括著作財產權與著作人格權，以下分別論述其憲法上的私益基礎，以及面對公益時的限制可能性。

第一項 著作財產權的憲法基礎

著作權作為一種無體財產權，係以一定「精神上創造」為權利客體²⁸，和以「物」為權利客體的「所有權」之主要不同，是它無法本於實際的占有情況，概括地定義其權利範圍與內容。因此著作權是一個又一個權利的集合體，像是由許多積木組合而成的作品，而且不同的著作種類有不盡相同的著作權利，組裝起來，樣貌也就有所差異。再者，無體財產權之特質還表現在權利人對法律的依賴性上，因為其權利客體欠缺排他的物理特質，因此必須完全仰賴法律來擬制「排他性」，一方面精密定義種種權利內容，一方面藉由民事賠償或刑罰的威嚇，權利人才得以享受無體財產權的經濟利益。

我國大法官會議至今未對著作權屬何種憲法權利直接做成解釋，但已肯定其他無體財產權，如專利及商標權，係屬憲法上財產權保障的範圍²⁹。另釋字第五七九號謝在全大法官之協同意見書，除明白表示專利權、商標權為財產權保護之

²⁸ 王澤鑑，民法總則，增訂版，2000年，頁221-22。

²⁹ 專利權：釋字第二一三號解釋；商標權：釋字三七〇、四八六、四九二、五九四號解釋。另釋字五四八號針對「審理事業發侵害著作權、商標權或專利權警告函案件處理原則」所做解釋，主要以是否違反「法律保留原則」與「明確性原則」為論述中心，並未提及著作權的憲法權利基礎。

範圍外，更指明其亦有「徵收與補償連結原則」之適用，似有將無體財產權與其他物上財產權比照辦理的意味。參照大法官會議歷來關於財產權之解釋，我國憲法財產權之概念已擴充得極為寬廣，著作權之納入憲法財產權之範圍，自也理所當然。

學者蘇永欽曾為文探討不同性質的民事立法是否適用不同的司法審查標準，他首先排除「特別民法」與「民法典」的區別，因為比較其立法歷史與政治程序，看不出兩者有實質上的重要差異；真正有區分實益之標準，乃民事規定「是否具濃厚政策性質」，結論上，具濃厚政策性質的民事規定，如消費者保護法瑕疵產品無過失責任之規定，以及公平交易法之懲罰性賠償規定，都應該以較高的審查標準進行檢驗。³⁰ 此推論應該是著眼於，民法的規定原則上應該是一個公平的遊戲規則，但是具濃厚政策性質的民事規定卻在規則上偏袒某一方，因此予以較高的審查標準。換言之，政策性濃厚的民事法規，相較於無涉政策目的之民事規範，身段必須更柔軟，面對與之相抗衡的權益，要具備更強化的正當理由，否則只能做出更大的退讓。

著作權法是民事立法的一種，但以資訊為權利客體之性質，使著作權的效力無遠弗屆，深切影響到他人的資訊表述利益。如果著作權之保障具有政策意涵，在利益權衡的拉鋸過程中，著作權人一方除非有很強的正當理由，否則應處於較退讓的地位；反之，若著作權之保障與國家特定政策目的無關，那麼著作權人本於其憲法權利，自無過度退讓之理由。

著作權法第一條規定：「為保障著作人著作權益，調和社會公益，促進國家文化發展，特制訂本法……」如果真將本條當一回事的話，著作權之保障顯然有濃厚的政策意涵。但是另一方面，將著作權單純類比成財產，並認為著作權之保障具有自然法基礎的思想（以洛克的勞力論為主要內容），至少可以上溯到十

³⁰ 參見，蘇永欽，〈憲法權利的民法效力〉，收於氏著《合憲性控制的理論與實際》，1994年，頁31-32。

八世紀的英國，且至今仍是學界有力的主張之一。如果著作權之保障乃法律對於自然權利之承認，就像憲法之於人身、言論等自由，保障本身即目的，那麼就很難說著作權的保障是爲了什麼樣的政策目的了。

因此，問題的癥結或者在於，勞力論對於著作權的保障到什麼範圍？哪些著作權的內容是自然權利的承認，因而不屬於政策法產物，哪些著作權利的範圍非自然權利之概念所能及，因而可傾向認定乃一定政策之設計產物？在現代著作權近三百年的擴張歷史中，難道每一次的權利擴張都是實證法對於自然權利的承認與調和嗎？這當然是一個劇烈爭議的問題。即便先不談自然法的內容爲何，連自然法是否存在，至今仍受嚴厲質疑。不過，筆者同意學者William Fisher所言，智慧財產權法之不同基礎理論即便各有其侷限性，仍有其一定功能，承認不同理論的存在，具有促進社會對話及調和不同利益之效。³¹再者，要批評勞力論對著作權法之特定應用簡單，要全盤否定卻很困難。如果能夠大致掌握勞力論影響著作權法的主要部分及其他未影響的部分，進而有助於判定著作權法是否相當程度爲政策產物，對司法審查也是很有意義的概念釐清。

筆者在此引用學者Wendy J. Gordon見解，她認爲著作權法至少有三個地方已超出勞力論對於作者的回報。³²第一，著作權法賦予著作人「改作權」，使著作權人不但得以享有著作本身的利益，還可以禁止他人進一步的「改作」。但「衍生著作」並非著作人的勞力成果，如果著作人在投入創作的成本之際，並未一併考慮衍生著作，那麼從事改作者既未榨取著作人之心血勞力，也未傷害到其利益。此時，禁止其他人的改作行爲使得著作權的範圍超出勞力論的界線。第二，勞力論並未明白承認，將勞動成果賦予勞動者超過其有生之年。若然如此，現行

³¹ William Fisher, *Theories of Intellectual Property*, in Stephen R. Munzer (ed.), *New Essays in the Legal and Political Theory of Property* 168, 198 (2001).

³² Wendy J. Gordon, *Do We Have a Right to Speak with Another's Language? Eldred and the Duration of Copyright*, in Paul L.C. Torremans (ed.), *Copyright and Human Rights* 109, 126-27 (2004).

(Gordon教授舉了三個著作權保障範圍超過洛克理論的例子，她認爲這些逾越部分已侵害其他人對於共享資源 (common) 的平等權利，著作權法應在其他方面補償公眾的損失，她的建議是縮短著作權的保護期間。)

著作權法給予作者終身加上七十年（按，我國為五十年）的權利，已超過勞力論的範圍。第三，洛克特別強調勞力論的目的是排除貪婪或懶惰者攫取他人的勞動成果，如果著作使用者的目的並非因為貪婪，也不是因為懶惰，而是因為非使用該著作不可，應該就不在勞力論排除的範圍內。舉例而言，某音樂史學者要編寫二十世紀音樂大全，此時他對二十世紀音樂著作的使用是有必要的，原則上不應被勞力論所禁止，但著作權法顯然會禁止他未經授權的取用。

綜上所述，著作權法存有超過勞力論保障範圍之處，而且除了第一個例子所舉的「改作權」之外，其他超過之處具有不能截然劃分權利範圍的性質，因此我們只能用一種補償性的講法，大概地說著作權的賦予至少在「一定權利範圍」內，具有政策法的性質。既然如此，在涉及著作權人與使用人之利益衡量時，著作權人在「一定範圍內」應該處於較退讓的地位。這個推論雖然相當模糊而難以操作，但筆者的目的只是要澄清，即便是立足於自然權利論的基礎下，著作權也不是絕對的權利，在涉及使用者利益時，一樣具有可供利益衡量之相對性。

最後，撇開理論層面的拘束，財產權具有社會義務業經大法官會議釋字五六四號、五七七號等解釋在案。以五七七號解釋為例：「•••於煙品容器上應為上述之一定標示，縱屬對煙品業者財產權有所限制，但該向標示因攸關國民健康，乃煙品財產權所具有之社會義務，且所受限制尚屬輕微，未逾越社會義務所應忍受之範圍，與憲法保障人民財產權之規定，並無違背•••」暫不論此處以「財產權」為審查基準是否恰當，大法官在此已明確承認財產權具有社會義務³³。再者，釋字三七〇號解釋針對商標權³⁴、釋字五四八號解釋針對著作、商標、專利權³⁵，皆分別以社會公益為理由，對於相關權利限制之規定予以合憲之認

³³ 大法官有關社會義務與財產權侵害之界線是以「輕微與否」為標準。另有「社會拘束」理論的發展歷程概述，可參見，蘇永欽，〈財產權的保障與大法官解釋〉，收於氏著《違憲審查》，1999年，頁93-94。

³⁴ 大法官會議釋字三七〇號解釋理由書：「商標權為財產權之一種，依憲法第十五條規定，固應予保障，惟為增進公共利益之必要，自得以法律限制之。」（此號解釋主要涉及商標評定的合憲性）

³⁵ 大法官會議釋字五四八號解釋理由書：「•••公平交易法第四十五條規定•••係為調和

定。亦足供認定著作權之行使應受公共利益之拘束。惟社會義務的內容由公益的概念形成，並且與憲法規範價值息息相關，其具體內容，筆者將於第三節再深入說明。

第二項 著作人格權的憲法基礎

我國著作權法賦予著作人三種著作人格權，分別是公開發表權（第十五條）、姓名表示權（第十六條）與保持完整權（第十七條）。學者謝銘洋認為「著作人格權」與民法第十八條「一般人格權」乃特別法與普通法的關係，在競合之際，著作人格權應優先適用。³⁶若然如此，著作人格權與一般人格權之憲法基礎應屬一致。按大法官會議於釋字第三九九（涉及姓名之更改權利）及五八七號解釋（涉及子女提起否認生父之訴之權利）皆已概括肯定人格權受憲法第二十二條之保障，著作人格權作為人格權之特殊類型之一，自同此結論。

學說上關於著作人格權討論最多者，當屬著作人格權可否以契約限制或拋棄的問題。這涉及著作人格權之相關規定是強行規定還是權限規定，學者間並無一致見解。³⁷除此民事行為的問題外，實際上本文更關切者，乃民事立法的問題。亦即，立法者在如何程度內可以限制著作人格權的權利內容，甚至，立法者可否刪除著作人格權之規定？筆者認為答案是肯定的。

著作人格權可以說是立法者對於著作人人格權的積極保障，因為即便刪除，仍有民法一般人格權規定、誹謗、詐欺等法律提供一定程度之消極保護，所以對

智慧財產權人之保障與公平交易秩序之維護二者間所生之衝突。因此，主管機關基於職權認定何謂「行使權利之正當行為」，不但須考量智慧財產權人之利益，亦須顧及自由公平競爭環境之維護與社會公益之平衡。」（此號解釋涉及公平交易法第四十五條及其函釋對智慧財產權行使手段（發送警告函）之限制。）

³⁶ 謝銘洋，〈從相關案例探討智慧財產權與民法之關係〉，《台大法學論叢》第三十三卷第二期，2004年3月，頁210。另謝教授認為，在兩者衝突之際，鑑於一般人格權涉及人性尊嚴和人格發展之權利，具有一般性、普遍性，著作人格權則是為鼓勵創作以促進文化發展而創設之權利，具特殊性與目的性，兩相權衡，應以人類基本之生存發展為優先考慮，優先保護一般人格權。參見，謝銘洋，〈著作人格權與一般人格權之關係〉，《月旦法學雜誌》第七十九期，2001年12月，頁24-25。

³⁷ 例如，劉孔中，〈著作人格權之比較研究〉，《台大法學論叢》第31卷第4期，2002年7月，頁35-37（持肯定見解）；羅明通，《著作權法論I》，前揭註287，頁389-91。（持反對見解）

著作人格權之限制或剝奪未必違反「保護不足禁止」之原則。從比較法的觀點來看，普通法系國家數百年來都沒有著作人格權之規定，直到要加入以大陸法系國家為核心的伯恩公約（Berne Convention），才迫於該公約第六條之一的規定予以增定³⁸，但在此之前未見有重大的憲法爭議。更甚者，美國至今亦僅於一九九〇年針對視覺藝術著作（Visual Art）之著作人，修法（1990年視覺藝術家權利法案）賦予姓名表示權（rights of attribution）與保持完整權（rights of integrity），其他著作種類則尚未納入。實際上，在美國為加入伯恩公約而制訂的「1988年伯恩公約執行法案」（Berne Convention Implementation Act of 1988）Section 2(3)部分，甚且大刺刺地宣稱，美國既存的法規範業已符合伯恩公約之規定，因此無須再增加任何權益。³⁹

上述說法當然難以服人，因為如果確實如此的話，其又何必在兩年後特別增訂視覺藝術家的姓名表示權與保持完整權？筆者原則上亦不贊同著作人格權之刪除，但從比較法之觀察仍可獲致相當啓示。亦即，著作人格權的賦予與否其實有很大的裁量空間，如果基於公益之迫切需要，立法者限縮著作人格權之內容（事實上，我國法目前的狀況即已作了相當程度的限縮了），甚至完全刪除，在審酌既有民法、商標法、消保法、誹謗法、不公平競爭法，甚至著作財產權部分對著作人的保護規定後，不見得必然達成違憲之結論。

綜上以言，本文認為著作人格權是法政策產物，雖有憲法第二十二條為其憲法依據，但著作人格權之排除，尚不至於剝奪著作人之人格權全部。在進行著作權法之合憲控制之際，若因為其他憲法規範或公益之需要，而予以限縮解釋，當不至有侵害著作人憲法上人格權利之問題。

³⁸ Berne Convention, art. 6bis (1) “Independently of the author's economic rights, and even after the transfer of the said rights, the author shall have the right to claim authorship of the work and to object to any distortion, mutilation or other modification of, or other derogatory action in relation to, the said work, which would be prejudicial to his honor or reputation.”

³⁹ 該條原文為 “The amendments made by this Act, together with the law as it exists on the date of the enactment of this Act, satisfy the obligations of the United States in adhering to the Berne Convention and no further rights or interests shall be recognized or created for that purpose.”

第三節 著作權法公益面向的憲法基礎

言論自由公益面向的憲法基礎除財產權的社會義務已於上一節順帶說明之外，最主要還是要探討憲法保障表意自由以及民主原則作為客觀價值秩序的影響。以下即分別論述之。

第一項 表意自由

第一款 表意自由的兩個價值

表意自由權利的審查之所以困難，最主要原因是包含許多不同價值。美國學者Thomas I. Emerson曾提出表意自由的保護具有四種價值：1、個人自我實現（individual self-fulfillment）2、增進知識及發現真理（advancement of knowledge and discovery of truth）3、協助全民參與決策（participation in decision making by all members of the society）4、維持一個更具彈性也更穩定的社會（achievement of a “more adaptable and hence stable community”）。⁴⁰以我國而言，參照釋字第五七七號解釋理由書謂：「•••商品標示如係為促進合法交易活動，其內容又非虛偽不實或不至產生誤導作用者，其所具有**資訊提供、意見形成進而自我實現**之功能，與其他事物領域之言論並無二致•••」其中「資訊提供」意義約等同Emerson所謂「增進知識及發現真理」，「意見形成」約等同「協助全民參與決策」，「自我實現」即「個人自我實現」。因此。大法官認定的表意自由保障基礎，大約為Emerson所述的前三項價值。

學者Baker嘗分析Emerson提出的四個價值中，以「個人自我實現」與「協助人民參與決策」最為重要，前者代表憲法保障人民一個實現自我的自由領域，後

⁴⁰ 引自Baker, *Human Liberty and Freedom of Speech*, supra note 184, note 1 at 47 (1989). 林子儀教授亦曾概要介紹。參見，林子儀，〈言論自由導論〉，前揭註 58 文，頁 118-21；林子儀，〈言論自由之理論基礎〉，前揭註 144 文，註 35-38 及其本文。

者代表憲法保障對於「民主參與及發展」有重要性的社會活動。⁴¹至於Emerson所主張的第二個價值，由於真理與知識的獲得並非被發現，而是被人們所選擇及創造的結果，所以這個價值應是「民主參與及發展」的一個面向而已。此外，第四個價值所稱「維持一個更具彈性也更穩定的社會」，其實也只是憲法保障「個人自我實現」及「民主參與及發展」的結果，嚴格而言，無須獨立提出為保障的基礎。⁴²

所謂「個人自我實現」即「個人自由與自主」，所謂「協助人民參與決策」或者「民主參與及發展」則等同本文在第四章已介紹之「健全民主體制」目標。如果可以確定我國表意自由的理論基礎主要以保障「個人自由與自主」和「健全民主體制」為主，接下來的問題是，這兩個價值在概念及司法審查的方法上有何不同？

一、概念的差異

首先，就概念上的差異而言，所謂「健全民主體制」的意義，雖然依據不同的民主概念可能有不同見解，例如菁英民主特別強調媒體對於政府的監督，因此重視政治性言論；自由多元民主基於利益團體之折衝需要，同樣特別強調政治性言論的保護；至於共和民主，為追求社會共同的公益目標，並且強調人民意志從投票行為向前延伸到社會生活中，因此除了政治性言論外，也同時強調文化、藝術等各種言論的保障。但上述各種民主概念解釋下的「健全民主體制」有一個共通點，亦即都以「言論內容」為觀察的重心。相反的，「個人自由與自主」的理念是保障人的自由與尊嚴，強調個人自我發展、實現的權利，因此關注的重點是「個人作為一個表意者」，不管這個人說了什麼言論內容，只要「未制約他人的自由與自主」（這是個人自由與自主概念本質上的界線⁴³），即便無助於民主體制

⁴¹ Baker, *Human Liberty and Freedom of Speech*, supra note 184, at 47.

⁴² *Id.* at 48.

⁴³ Baker教授關於「個人自由與自主」的各種界線界定，是以「制約」(coercion)此一概念來代表。See, Baker, *Human Liberty and Freedom of Speech*, supra note 184, at 56-60. 其實，換成比較通俗，但較不精確的話就是「個人的自由要以尊重他人的自由為前提」。

之健全，仍應受高度保障。⁴⁴

二、審查標準的差異

上述概念差異導致司法審查標準亦應有所不同。最主要的原因是，由於兩者價值取向不同，因此對於法律管制的容忍標準就截然不同。首先，依據「健全民主體制」此一目標，法律管制可分為三種：第一，以箝制特定言論為目的之管制。第二，以促進言論為目的之管制。第三，對於「違背或無助於民主價值言論」之管制。

第一種箝制特定言論的管制完全違反民主價值，因此應以嚴格審查基準為司法審查。第二種以促進言論為目的的管制，由於言論的促進（數量或品質）有益於民主價值，此管制初步而言不至與民主價值衝突，頂多只有管制措施適當與否的問題，因此司法審查標準採取中度審查基準甚至更低。至於第三種，由於與民主價值完全無關，例如惡意誹謗言論，此類管制只要使用最低度的審查標準即可。

然而，上述三種管制法律如果以個人自由與自主的角度觀察，就會發現多有矛盾。如下表 5-1 所示。

⁴⁴ 個人的言論，可能是有助於民主的言論，也可能是無助於民主的言論。若為前者的情況，我們也可以說對此種言論之保護兼有「保障個人自由與自主」和「健全民主體制」的價值；不過重要的關鍵終究在後者，亦即當兩個價值有衝突的時候，「個人自由與自主」之考量必然優先於「健全民主體制」。

表意自由的兩種價值 以民主價值為 區分標準之管制種類	健全民主體制	個人自由與自主
箝制特定言論為目的之管制	嚴格審查	嚴格審查
以促進言論為目的之管制	(A)中度審查或低度審查	嚴格審查（本於對家長式國家之反對）
對於「違背或無助於民主價值 言論」之管制	(B)低度審查	(C)嚴格審查(ex.管制寫日記)或(D) 低度審查(ex.管制惡意誹謗性言 論)

觀察上表 5-1 可發現，除了「箝制特定言論的管制」兩者有相同的處理態度外，第二及第三種管制都產生有矛盾之處。就第二種而言，國家為了促進民主體制之健全進行各種言論管制，例如電視節目的管制，商業性言論（廣告）的管制，這都是與民主價值相符的措施，但是如果此類管制是針對個人，就產生父權國家或家長國家的問題，由於歷史上已有太多極權國家之殷鑑，因此對於此種針對個人所為之管制，即便目的可能出於善意，司法者也應該以嚴格的審查基準進行審查。另外就第三種管制而言，兩種價值雖然相同處理態度之處（例如，「惡意誹謗言論」既與民主價值無關，又不在個人自由與自主之範圍內，從兩個價值的觀點來看，都是適用低度審查標準），但也有抵觸之處，例如假若國家禁止人民寫日記（白色恐怖時代的政治犯），從健全民主體制的觀點來看，日記是私密的紀錄，與公意之形成全然無關，予以禁止似無甚不可。但從個人自由與自主的角度而言，日記的撰寫乃個人人格發展形成之重要方法，自應以嚴格審查標準檢驗。

三、小結

承上所述，「個人自由與自主之保障」和「健全民主體制」兩者在概念與審查標準有不相容之歧異，此歧異理應反映在權利體系的建構上。一種可能的方法

是，將「個人自由與自主」之保障建立在憲法第十一條之「言論」、「著作」保障，以及第十二條「秘密通訊自由」，此三者以個人為權利主體（但排除個人之營利行為⁴⁵）；至於「健全民主體制」此一價值，則建立在同條之「講學」、「出版」，以及第十四條「集會」、「結社」自由之保障，原則上以團體為權利主體（兼含涉及營利之個人）。⁴⁶

然而，司法解釋的成果是長期累積的，帶有難以扭轉的慣性，從釋字三八〇、四〇七、四一四、四四五、五〇九到五七七，大法官就表意自由的理論基礎之處理，大致已經往「單一權利、多元價值」的方向前進。因此上述理論架構想必沒有實現的絲毫可能。⁴⁷惟即便如此，在涉及不同價值時給予不同審查標準之處理，仍有可能，並有必要。

對於著作權法的審查而言，雖然著作權法對於資訊的控制並未區分個人或團體，但是著作權法數量龐大的限制規定（尤其是概括合理使用規定），給了我們相當空間的合憲解釋可能，筆者認為著作權法公益面向之解釋，應當掌握表意自由的兩種不同價值，才能最趨近憲法的規範意旨。

第二款 著作利用行為與表意自由的限制

表意自由的保障內容理論上可能有四，分別是「表現的自由」、「不表現的自由」、「接收訊息的自由」與「不接收訊息的自由」。⁴⁸其中「表現的自由」與「不表現的自由」已受到我國釋憲者之肯定，例如大法官會議釋字第五七七號解釋，

⁴⁵ 個人自由與自主之概念與營利行為並不相容，因此需排除之。理由請參見第三章第三節第二項第二款三、部分。

⁴⁶ 出版自由另可引伸出新聞自由或傳播自由。

⁴⁷ 學者林子儀嘗分別論述言論自由與新聞自由的保障基礎，就言論自由的保障部分，採取「表現自我說」（即個人自由與自主之保障）為理論基礎，就新聞自由的保障部分，以第四權理論（即菁英民主概念，乃「健全民主體制」的解釋方法之一）為理論基礎。參見林子儀，〈言論自由之理論基礎〉，前揭註 144 文；林子儀，〈新聞自由的意義及其理論基礎〉，前揭註 187 文。

⁴⁸ 林子儀，〈言論自由導論〉，前揭註 58 文，頁 108-14。

就菸害防制法有關強制菸害標示的部分，特別敘明表意自由的範圍包括「表現的自由」與「不表現的自由」。著作權法關於著作利用之限制，主要還是涉及「表現的自由」。所謂「表現」，係指將特定「表述內容」藉由特定「表述管道」予以傳達之謂。例如書是作者的「表述內容」，藉由出版此一「表述管道」可完成表現之行爲，進而遂其表現自由。雖然「表述內容」與「表述管道」亦有難以區分的時候，例如人與人之間當面對談的時候，「語言」本身既是表述內容，也是表述管道。但無論如何，這樣的區分仍有意義，因爲既然表現行爲是由「表述內容」與「表述管道」共同構成，只要對兩者之一受到限制，就構成表現行爲的限制，無須兩者皆受到限制才有侵害表意自由的疑慮。

這個概念的區分在判斷著作權法對表意自由的限制時，尤其有重要意義。因爲雖然著作權人的公開口述權、公開播送權、公開上映權、公開演出權、公開傳輸權、公開展示權、散布權、出租權等專屬權利之行使，必然同時涉及「表述內容」與「表述管道」之限制。但是著作權人的重製權和改作權便可能僅僅涉及「表述內容」的限制，例如利用人以備份之目的重製光碟片，或利用人不以流通之目的將照片中的圖像製成雕塑品，都是著作利用人形成其「表述內容」但尚無關「表述管道」之行爲，但是卻也分別涉及重製權與改作權之侵害（若暫不考慮合理使用原則）。此時不能因爲未涉及「表述管道」之限制，即稱無表意自由侵害的可能。

再者，若利用人有透過「表述管道」傳達其「表述內容」之意圖，重製權與改作權在「表述內容完成後、表述管道利用前」之介入，正代表言論的「事前限制」（prior restraint）。例如某小說作者在電影試映會中發現該電影可能有侵害其著作權之虞，本於著作權法第八十四條所賦予防止侵害之權利，著作權人可以先聲請假處分禁止該電影以任何「表述管道」上映，對於電影創作者而言，這等同是表現自由的「事前限制」。我國釋字第四一四號與第四四五號解釋，皆涉及表意自由的「事前限制」問題，前者關於「商業性言論」，後者則關於集會遊行之

許可。不過，就結論而言，大法官在此兩號解釋中所展現的意旨是，雖然是事前限制，但若是低保障的「商業性言論」，或者是內容中立的「時間、地點、方式」之管制，仍適用較寬鬆的審查標準。換言之，大法官在此並未如美國法一般，只要是「事前限制」就必採用「推定違憲」的嚴格審查標準，反而是運用雙軌與雙階理論進行分類處理。⁴⁹顯然在目前釋憲實務建構的體系下，我國著作權法可能的司法審查體系重點，仍須放在雙軌理論與雙階理論的運用上。

除上述有關表現自由與著作使用的定義問題外，有必要再澄清一個重要問題，即「使用他人的表述」是否仍在表意自由的保障範圍內？畢竟抄襲、剽竊等負面字眼已造成一定的刻板印象，美國最高法院在*Eldred*案的判決文中便曾顯露出對於使用他人表述內容的蔑視。⁵⁰首先，這個問題在法規範邏輯上是錯誤的，因為表意自由是憲法位階的權利規範，著作權利是法律位階的規範，表意自由得否被法律限制甚至排除，必須審究表意自由本身可容忍的「底線」，與表述內容在法律層級上是否已劃歸特定人所有無關。其次，所謂表意自由的容忍底線，是依據表意自由保障的理論基礎決定的，對於強調個人自由與自主者來說，「個人非營利性使用」便是其底線，法律若禁止在此範圍內「使用他人的表述」，那麼在此部分的法律應屬違憲；又，對於強調健全民主機制者而言，由於嘲諷性著作或著作之引用對於民主多元資訊的生產與流通有重要價值，此部分亦可謂係其底線。要言之，判斷著作權法限制使用之規定是否合憲，不能以使用人是「使用他人之表述」作先入為主的判斷，而是要回歸表意自由保障的理論基礎，客觀判斷著作權法對表意自由權利之限制是否為其理論基礎所不能忍受。

綜上所述，著作權法對於著作利用行為之限制，原則上涉及表意自由的限制或剝奪。本文以下將參考我國實務的表意自由體系，檢討著作權法的限制。

⁴⁹ 同上註，頁 153。

⁵⁰ *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186, 221 (2003) (“The First Amendment securely protects the freedom to make -- or decline to make -- one's own speech; it bears less heavily when speakers assert the right to make other people's speeches.”)

第三款 雙軌理論與著作權法之審查

所謂「雙軌理論」(two-track theory)是指美國法院區分言論管制法規為「針對內容」(content-based)或「內容中立」(content-neutral),進而使用不同審查標準的類型化司法審查方法。雖然此名稱在美國亦僅部分學者使用,但在國內因學者之引介⁵¹,使用頗為廣泛,為行文之方便,本文於此亦從之。

在前文第三章第二節部分,筆者已介紹過著作權法在雙軌制的實務背景下可能的性質歸類推論。簡要言之,目前美國法上認定法律為內容中立的種類主要有三,第一是「時間、地點、方法」的管制,第二是「象徵性言論」(symbolic speech)的管制,第三則是以立法者意旨進行判斷的方法。

若要認定著作權法為「內容中立」的法律,原則上必須使用上述第三類的判斷方法,亦即以著作權法之立法目的並未反對特定言論為理由,判定著作權法為「內容中立」的法律。

我國釋憲實務是否已接受雙軌理論為表意自由審查方法之基礎,由於欠缺足夠解釋,目前尚難論定。目前可供協助判斷著作權法為內容中立或針對內容規制的大法官解釋,僅釋字第四四五號解釋,我們雖無法得知大法官在該號解釋是否刻意仿效美國的類型化審查方法,但客觀上該號解釋確實相當類似雙軌理論的結構。⁵²

釋字四四五號解釋涉及的是集會遊行法(民國八十一年修正公布舊法)申請集會遊行許可之相關規定,大法官之解釋文就第十一條之諸款申請集會遊行條件首先謂:「•••其中有關時間、地點及方式等未涉及集會、遊行之目的或內容之事項,為維持社會秩序及增進公共利益所必要,屬立法自由形成之範圍,於表

⁵¹ 例如,林子儀,〈言論自由的限制與雙軌理論〉,前揭註 58 文,頁 639-707。

⁵² 參見,林子儀,〈言論自由導論〉,前揭註 58 文,頁 160。

現自由之訴求不致有所侵害，與憲法保障集會自由之意旨尚無抵觸。」其次又謂：「集會遊行法第十一條第一款規定違反同法第四條規定者，為不予許可之要件，乃對『主張共產主義或分裂國土』之言論，使主管機關於許可集會、遊行以前，得就人民政治上之言論而為審查，與憲法保障表現自由之意旨有違；同條第二款規定：『有事實足認為有危害國家安全、社會秩序或公共利益之虞者』，第三款規定：『有危害生命、身體、自由或對財物造成重大損壞之虞者』，有欠具體明確，對於在舉行集會、遊行以前，尚無明顯而立即危險之事實狀態，僅憑將來有發生之可能，即由主管機關以此作為集會、遊行准否之依據部分，與憲法保障集會自由之意旨不符，均應自本解釋公布之日起失其效力。」由上述兩段解釋文觀之，大法官是將集會遊行的許可條件區分為屬於「內容中立」的「時間、地點及方法」之管制，以及屬於「針對內容」的管制，包括限制「主張共產主義或分裂國土」之言論管制、限制「有危害國家安全、社會秩序或公共利益之虞者」之言論管制，以及限制「有危害生命、身體、自由或對財物造成重大損壞之虞者」之言論管制。最終對此兩類不同性質的許可條件，適用寬嚴不同的審查標準。

雖然釋字四四五號解釋為表意自由採取雙軌制的類型化審查奠定了相當基礎，但對於著作權法的性質判斷問題並沒有任何幫助。著作權法對於利用人的限制是直接取決於利用人利用之內容（是否相同、實質相似或侵害改作權等），就此並無分在什麼時間、什麼地點或以什麼方式進行利用，所以若以「時間、地點及方式」為判斷標準，絕無可能認定著作權法是內容中立的管制。實際上，美國法上用以判定著作權法為中立管制的利用，並非使用「時間、內容、方式」這個標準，而是以「立法者的意旨」為判斷之標準。此標準是認為當法院綜合判斷認為立法者並未意圖否定特定言論時，該法律為內容中立之法律。然而目前我國釋憲實務尚未發展出此判準，因此在我國釋憲理論目前狀況下，尚未有實務見解可供處理著作權法言論規制性質之判斷。

然而需特別說明的是，以立法者是否反對特定言論為內容中立與否的標準，

雖然見諸近年來幾件最高法院判決，但此標準招致很多的批評，最主要的批判是此標準有太大的恣意空間，立法者很可能以 A 理由偷渡或掩護 B 目的（參見本文第三章第二節第二項），因此我國釋憲實務是否需要引進此見解，恐怕要再仔細商榷。

再者，本文反對著作權法為內容中立法律的理由，也跟筆者對於表意自由的理解有關。著作權法除了保障作者權益外，更是為了創造經濟誘因而激發更多高價值資訊的生產，原則上符合「健全民主體制」的價值，因此是一種「促進言論的法律」。惟「促進言論的法律」與「個人自由與自主的保障」是相抵觸的（請參照前文表 5-1），我們無法接受一個「指導」個人應該說什麼、不能說什麼的法律或國家。如果將著作權法認定為「內容中立」的法律，那麼雖然，大部分僅涉及民主價值的管制適當地採取中度審查標準，但涉及個人言論的部分，便會造成排除本來應採取嚴格審查標準的結果。

綜上所述，我國目前關於雙軌理論的實務解釋尚無可供判斷著作權法性質之標準，本文亦不贊同引進美國關於以立法者意旨為標準的判準，考慮個人自由與自主亦應受到保障的需要，著作權法應認為是一個針對內容的管制。

第四款 雙階理論與著作權法之審查

承上一款所述，如果將著作權法的性質認定為「內容中立」，一如美國實務與學界通說，那麼原則上就沒有雙階理論的問題，因為雙階理論的適用，是確定管制為「針對內容」後，再區分不同言論種類，予以不同審查標準。如果認定著作權法是「內容中立」，著作權法之所有規定應直接適用中度的審查基準。⁵³

但筆者並不認同以「立法者未否定特定言論內容」這個判斷言論管制性質的

⁵³ 惟即便如此，罰則部分之司法審查似應例外。參見釋字五九四號解釋許玉秀大法官之部分協同意見書。（認為刑罰規範之審查準據應有別於其他法律規範）

標準，因為太容易產生立法恣意的弊病。筆者認為著作權法對利用人之限制既然是視其內容為何而定，那麼自然就是「針對內容」的管制。在此認識前提之下，本文持續檢討著作權法與雙階理論在我國法可能的適用情況。

一、雙階理論與我國釋憲實務

所謂的「雙階理論」(two-level theory)指的是自美國司法實務區分不同種類言論內容，對於高價值言論內容給予高度保障，對於低價值言論內容給予低度保障，甚至不予保障的類型化審查方法。(請參見前文第三章第三節第二項第一款)與「雙軌理論」一樣，是部分學者的慣用稱呼，為行文之方便，以下亦從之。

我國釋憲實務是否已全然接受雙階說的類型化審查方法，亦不是很明確。釋字第四一四號是最「疑似」採取雙階論方法的解釋，在解釋文中，大法官表示：「藥物廣告係為獲得財產而從事之經濟活動，涉及財產權之保障，並具商業上意見表達之性質，惟因與國民健康有重大關係，基於公共利益之維護，應受較嚴格之規範。」解釋理由書中更謂：「言論自由，在於保障意見之自由流通，使人民有取得充分資訊及自我實現之機會，包括政治、學術、宗教及商業言論等，並依其性質而有不同之保護範疇及限制之準則。其中非關公意形成、真理發現或信仰表達之商業言論，尚不能與其他言論自由之保障等量齊觀。藥物廣告之商業言論，因與國民健康有重大關係，基於公共利益之維護，自應受較嚴格之規範。」就此觀之，大法官是將「商業性言論」認定為言論自由所保障的言論，但是將「商業性言論」與「政治、學術、宗教」等言論予以區分，認為兩者不能「等量齊觀」，亦即商業性言論因為涉及公益，應受到較嚴格的規範，相對大法官適用的審查標準就偏低。就此觀之，大法官似乎採取了雙階理論的類型化審查方法。

不過，當八年後大法官再度處理商業性言論的審查，做成了釋字五七七號解釋，其與四一四號解釋一致者，恐怕只有審查標準的部分，亦即商業性言論因為與公益之目的有重大相關，所以五七七號解釋再度採取極寬鬆的審查標準。但

是，就商業性言論的性質部分，釋字五七七號解釋竟有將商業性言論提升到與一般言論相同地位的傾向，大法官在解釋理由書中表示：「商品標示為提供商品客觀資訊之方式，為商業言論之一種，有助於消費大眾之合理經濟抉擇。是以商品標示如係為促進合法交易活動，其內容又非虛偽不實或不致產生誤導作用者，其所具有資訊提供、意見形成進而自我實現之功能，與其他事務領域之言論並無二致，應屬憲法第十一條言論自由保障之範圍……」在此號解釋中，大法官在理由構成方面，猛力拉抬商業性言論的價值，彷彿商業性言論與政治性言論要等量齊觀，但話鋒一轉，突然就以公益所必要，適用極寬鬆的審查標準，令人甚感突兀。⁵⁴

就表意自由的審查方法而言，筆者認同朝向類型化、精緻化方向邁進之努力，但是著作權法的檢討，如何與雙階理論配合，必須考慮表意自由的兩種不同價值（「個人自由與自主之保障」和「健全民主體制」），以下即嘗試在不同的價值脈絡下，以雙階理論處理著作權法之審查。

二、限制僅涉及「健全民主體制」價值之審查

運用雙階理論的第一個要務，應該是定義低價值言論。但定義低價值言論直接涉及的就是表意自由的理論基礎問題。抱持「健全民主體制」理念者和抱持「個人自由與自主」理念者，必然會推導出不盡相同的低價值言論。美國實務認定的低價值言論包括淫蕩的（*lewd*）、猥褻的（*obscene*）、褻瀆的（*profane*）、誹謗的（*libelous*）、侮辱的（*insulting*）及挑釁的（*fighting*）言語等等⁵⁵，但是使用人對著作的使用行為大多和「低價值言論」都扯不上關係，部分是因為著作本身係以「原創性」作為權利取得要件，相當程度過濾掉一些可供用作猥褻、侮辱、誹謗

⁵⁴ 其實在釋字第四一四號解釋與五七七號解釋中間，尚有釋字五〇九號關於誹謗言論管制之解釋，不過大法官並沒有特別闡述誹謗言論與一般言論有無不同。

⁵⁵ See, *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568, 571-72 (1942); 另參見，法治斌，〈跳脫衣舞也受表意自由的保護嗎？〉，前揭註 58，頁 272-74。

的元素，我國最高法院尚有以「公序良俗」為由，否定色情作品可取得著作權的實務見解⁵⁶。但無論如何，還是不排除有正當的著作會被用在不正常用途的情況，若然著作之使用屬於低價值言論，原則上便不受表意自由的保障，或雖在保障範圍內，但僅適用低程度的審查標準。

著作使用行為的絕大部分情況，也是真正具有重要討論價值的，乃著作使用行為若屬於商業性使用（即具營利之目的），或者無關乎商業性使用，是否應影響其司法審查標準？本文認為，司法審查標準之決定，應該是取決於法律規範影響憲法規範的程度。猥褻、誹謗等等言論正因為不具民主價值，法律的管制對於「健全民主體制」價值的影響程度低，因此適用低度審查標準。從「健全民主體制」價值的角度思考，著作之使用是否具「營利性」和言論的民主價值並無關連。言論內容若具有高民主價值，不會因為其具有營利性，就減損其民主價值；言論內容若不具有民主價值，也不會因為其不具營利性，就提升其民主價值。因此，言論內容是否直接、間接出於營利目的，不應影響其審查標準之決定。⁵⁷「營利性」真正產生作用者，應該是在司法審查標準決定之後，作為協助判斷規範是否通過審查標準的具體「事實要素」。

其次，著作權法如果是一個「針對內容」的管制，是否要適用嚴格審查標準？本文認為答案是否定的。因為著作權法不是「箝制言論的法律」，著作權法是一個「促進言論的法律」，只有違反民主價值的法律才應該受到表意自由的嚴格審查，促進言論、有助民主的法律，即便是針對內容的管制，至多只能以中度審查

⁵⁶ 最高法院 88 年台上字第 250 號判決謂：「按著作權法第三條第一款所稱著作，係指屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作而言，色情光碟片不屬之。蓋著作權法之立法目的除在保障個人或法人智慧之著作，使著作物為大眾公正利用外，並注重文化之健全發展，故有礙維持社會秩序或違背公共利益之著述，既無由促進國家社會發展，且與著作權法之立法目的有違，基於既得權之保障仍需受公序良俗限制之原則，是色情光碟片非屬著作權法所稱之著作，自不受著作權法不得製造或販賣等之保障。」引自，蕭雄淋主編，《著作權法判解、決議、令函、釋示、實務問題彙編》，前揭註 292，頁 1379。

⁵⁷ 直接出於營利目的之言論，即商業性言論（廣告）；間接出於營利目的之言論，係指言論內容本身為商品的情況。筆者認為間接除於營利目的之言論無損其民主價值，但直接出於營利目的之言論有無民主價值，則持保留態度，但我國大法官會議釋字第四一四號、五七七號解釋已承認商業性言論亦受表意自由之保障。

基準進行審查，因為司法者對於「如何可以增進民主價值」，應尊重民主最高殿堂的判斷。因此，雙階理論如果從「健全民主體制」的觀點思考，嚴格審查標準與中度審查標準的界線會劃在(A)「箝制言論管制」與(B)「促進言論管制」之間（參見表 5-1），中度審查標準與低度審查標準則劃在(B)「促進言論管制」與(C)「限制與民主無關言論之管制」之間。⁵⁸

從前文表 5-1 可發現，「健全民主體制」和「個人自由與自主」兩個價值對於「促進言論的法律」有截然不同的觀點。茲舉一例驗證，為促進社會整體言論品質，廣播電視法對於廣播、電視等媒體播送不當內容者，依法處以高額罰鍰（參該法第四十二條、第四十三條及第四十四條），因此我們常見到某某電視台因為播送怪力亂神的節目遭到鉅額罰鍰。惟若今天立法院通過法律禁止個人講述迷信故事，違者處以罰鍰，試問可能通過表意自由的檢驗嗎？顯然不可能。這證明了即便釋憲實務沒有明言，實際上「健全民主體制」與「個人自由與自主」在表意自由體系下本來就依據不同情況，產生不同作用。

著作權法的規範目的（協調社會公益、促進文化發展），本即與健全民主體制的價值相符；其規範的對象，亦大多為媒體傳播者或媒體內容製造者。在數位及網路時代來臨前，幾乎沒有著作權人對非營利之個人提起訴訟之例。在此情況下，以健全民主體制為表意自由主要價值，判斷著作權法之合憲性，大致無不妥之處。但在網路、數位時代來臨後，個人與著作權人的衝突越趨劇烈，著作權法之修訂也越來越針對個人，此時表意自由的另一個價值「個人自由與自主之保障」就有適時出面的必要了。

三、限制涉及「個人自由與自主」價值之審查

⁵⁸ 在美國實務的體系下，以非個人為對象，且以促進言論為目的的管制，往往被判定為「內容中立」的管制，適用「中度審查基準」。其結果與本文在此的推論殊途同歸。具體適例即 *Turner Broadcasting System, Inc. v. F.C.C.* 乙案，512 U.S. 622 (1994)。參見前文第三章第三節第一項之介紹。

參照前文表 5-1，著作權法是一種「促進言論的法律」，從「健全民主體制」價值觀點來看，頂多適用中度審查基準。但從「個人自由與自主」保障的觀點來看，憲法不容許國家以父權、家長心態指導個人的表意行爲。準此，著作權法在涉及「個人自由與自主」的限制部分，應當使用嚴格審查基準。僅個人行爲逾越憲法保障「個人自由與自主」的範圍之際，才適用低度的審查標準。

以表 5-1 而言，運用雙階理論於著作權法此部分之審查，界線應當劃在(C)與(D)之間，(C)以上之管制，皆應適用嚴格審查標準。不過，「惡意誹謗」只是「個人自由與自主」排除範圍之例示。以著作權法而言，「個人自由與自主」的範圍至少應排除三種主要的著作使用行爲。

第一，營利性的著作使用行爲。營利行爲與個人自由與自主的概念有所抵觸，本文在第三章第三節第二款三、部分之末段已有介紹，於此不再重複。惟須再強調者，於我國法的脈絡下，營利行爲是在財產取得自由的範圍內，廣義而言雖然也在「個人自由與自主」的概念之下。但個人表意行爲所涉之自由是屬於「人身自由」，財產取得自由則屬於「經濟自由」兩者本質尙有不同。最重要者，營利行爲必然涉及他人，只要涉及他人，就有利益衝突問題，自由保障之程度難免有所折扣。但個人表意行爲所涉及之自由原則上是止於自身的自由，在不制約他人的前提下，應受到接近絕對的保障。

第二，言論自由保障個人自由選擇的表述內容，但需排除暴力、逼迫、欺騙等表述行爲，因為個人的自由應以不傷害、操弄其他人爲界線，所以言論自由不包括說謊的行爲、不包括辱罵他人，也不包括暴力性的表述行爲。言論自由所保障的表述如果與他人產生聯繫，彼此間應該是一種說服與被說服的關係，而非意志操控與被操控的關係。準此，個人對於著作的非商業性使用如果有「以傷害著作權人爲目的」的性質，亦不得主張言論自由的保障。例如，因為討厭某著作權人而大量散布其著作，即便這是個人的非營利性使用，仍不在言論自由的保障範

圍內。⁵⁹此外，亦有學者雖然認為個人的非營利性使用應予保障，但主張其範圍應限制在與「知識學習」(learning)有關的著作領域內，其他功能性或實用性的著作，例如建築著作或電腦程式著作，因為與知識學習無關，應予排除。⁶⁰這個主張是著眼於美國憲法智財權條款明文規定，著作權之授予以促進「知識學習」(learning)為目的。我國憲法並沒有相類似的規定，但如果承認個人言論自由的保障是以「個人自由與自主」為理論基礎，實用性或功能性著作的利用確實比較無法彰顯自主性的維護與人格之發展的意義，因此在解釋上排除這類著作的個人非營利使用權利，並不致與個人自由與自主的保障抵觸。

第三，足以阻絕著作權人繼續創作之使用。假設某人在網路上散播數位性著作物，他不以營利為目的，且無傷害該著作權人之意圖，他散布該著作物單純是因為認同感，甚至是一種使命感，他希望更多人看到或知道這個資訊的內容。因此，他的資訊散布行為原則上是在言論自由保障的範圍內。但是，由於網路與數位科技的特質，幾天內該著作物的複製數量可能高達數十萬份以上，最終使得著作權人無法維持足夠經濟收入，停止繼續創作。在這種情況，應認為著作權法對此類行為之限制，可通過嚴格審查標準。⁶¹嚴格來講，第三類行為與前兩類行為在性質上有所不同，因為這種行為符合憲法所定義的個人自由與自主，所以並非一開始就處於個人自由與自主的保障範圍之外。之所以允許限制此類行為，是因為即便運用嚴格審查標準，亦應該認為此類限制得通過審查。

綜上所述，除上述三種著作使用行為外，著作權法對於個人其他著作使用行為的限制，原則上皆屬違憲。

第二項 民主原則

⁵⁹ Baker, *First Amendment Limits on Copyright*, *supra* note 116, at 908-11. 雖然Baker在論述時並未提及「雙階理論」，但其論述的脈絡可以發現，從「個人自由與自主的」的概念出發，也可以將言論區分成兩類，最終達到與「雙階理論」類似的效果。當然，由於表意自由保障理論基礎的差異，Baker的推論與實務界定的範圍會略有差異。

⁶⁰ Patterson & Lindberg, *supra* note 10, at 194-95.

⁶¹ See, Baker, *First Amendment Limits on Copyright*, *supra* note 116, at 916-18.

第一款 概述

民主原則就是統治者與被統治者同一的原則，表現於國家體制，是指「在權力區分的系統中，一項或幾項權力——例如立法權或行政權——是按民主制原則、在國民享有盡可能廣泛的參與機會的前提下組織起來的。」⁶²現代民主法治國家立法權之形成，多藉由議會民主形式，行政權之形成，民選總統制固毋庸論，即便是內閣制，也不失有民主的間接作用。以上所述乃民主原則無爭議的基礎概念，亦即以選舉制度作為民主原則的核心。

有爭議者，乃選舉制度或人民意志的地位為何？就此，可分成兩個層次的問題。第一，選舉是不得不然的制度選擇，還是因為選舉所代表的「人民意志」乃國家統治的道德正當性基礎？第二，若為後者，人民意志的範圍又以前何處為限？是以投票行為為限？還是往前延伸到投票前的所有「意志形成過程」？

上述第一個問題區分出菁英民主與參與性民主的差別。第二個問題在參與性民主中，區分出自由多元民主與共和民主的差別。各種民主概念的重要意涵在前文第四章第二節已分別說明，於此不再贅述。簡要言之，筆者贊同學者 C. Edwin Baker 所稱「複雜民主」以及 Juergen Habermas 的「商議民主」概念。理想中的「民主」應該以公共對話為基礎，藉由公開的論辯，或者意見的交流，才逐漸形成民主政治下的所謂的「人民意志」，人民意志因此不是僅僅投票此一機械的過程而已。（共和民主概念）此外，社會中相歧異的利益確實有無法藉由公共對話調和的時候，此時重要的是對少數及非主流意見的尊重，即便是少數的意見，亦有在政治決策中被適當反映的權利，而不是贏家通吃式地一舉抹殺。（自由多元民主概念）此外，以上所述雖然是本於認定人民意志具有道德正當性的立場，但也沒有完全排除菁英民主概念中的部分主張，例如社會中應具備一定大型媒體，擔負起監督國家的功能。

⁶² Carl Schmitt 著，劉鋒譯，《憲法學說》，2004 年，頁 297。

第二款 我國憲法的民主原則

前文所述民主典範兼具三種民主概念，故稱之為「折衷式民主」概念，在此概念下的民主原則，是形成憲法客觀價值秩序的重要規範，同時也影響表意自由關於「健全民主體制」價值的解釋。其對於媒體以及著作權法制之大略主張，筆者亦已說明（第四章第三節第一項），於此亦不再重複。惟須探究者，乃我國憲法中所規定的民主原則，是屬於何種民主概念？

我國憲法第一條規定：「中華民國基於三民主義，為民有、民治、民享之民主共和國」、第二條規定：「中華民主之主權，屬於國民全體。」這是統治者與被統治者同一的規定，奠定民主原則在我國憲法中的基礎。至於民主原則的具體表現則可分為兩方面。

第一類的具體表現是憲法中規定應有選舉、罷免、創制、複決制度並承認政黨制度。就前者而言，憲法是以明文規範其重要內容⁶³，至於政黨制度部分，雖非直接規範具體事項，但亦正面承認政黨制度的存在。⁶⁴選舉罷免制度與政黨制度是各種民主概念的共同根基，就菁英民主而言，乃選賢與能、監督貪污腐敗所必要的制度⁶⁵，就參與性民主而言，乃人民意志貫徹於國家決策的方法與國家權力的正當基礎。原則上我們無法就憲法此部分的規定判斷有無共和民主意味，因為這裡並未涉及人民意志範圍的問題。但是，就選舉制度是工具性的制度選擇（如菁英民主所主張者），抑或國家權力的道德性正當基礎（如參與性民主所認知者）此一問題，參考大法官釋字四九九號解釋謂：「•••修改憲法乃最直接體現國民主權之行爲，應公開透明爲之，以滿足理性溝通之條件，方能賦予憲政國家之正當性基礎。」應可肯定大法官的答案是人民意志具有道德正當性意涵。準此以

⁶³ 憲法第一二九條至第一三二條。

⁶⁴ 憲法第七條、第八十條、第八十八條，第一三八條、第一三九條均提及「黨派」一詞。增修條文第五條第四項、第五項則已使用「政黨」二字。參照，法治斌/董保城合著，《憲法新論》，2003年，頁22。

⁶⁵ 不過，菁英民主概念本於其對人民能力的不信任，顯然會反對創制、複決制度。

言，我國憲法的民主原則至少是以參與性民主概念為基礎。

其次，由於表意自由的價值之一是「健全民主體制」，此價值之內容主要受民主原則之影響、形成。因此我們可從釋憲者對表意自由的解釋中，回頭推衍民主原則之內容。⁶⁶釋字五〇九號解釋謂：「言論自由為人民之基本權利，憲法第十一條有明文保障，國家應給予最大限度之維護，俾其實現自我、溝通意見、追求真理及監督各種政治活動之功能得以發揮……」解釋文更強調：「……鑑於言論自由有實現自我、溝通意見、追求真理、滿足人民知的權利，形成公意，促進各種合理的政治及社會活動之功能，乃維持民主多元社會正常發展不可或缺之機制，國家應給予最大限度之保障……」此外，釋字四〇七號解釋理由書就出版自由亦謂：「出版自由為民主憲政之基礎，出版品係人民表達思想與言論之重要媒介，可藉以反應公益，強化民主，啓迪新知，促進文化、道德、經濟等各方面之發展，為憲法第十一條所保障。」

上述解釋文與解釋理由具有兩個意義。第一，確認表意自由的保障目的相當大程度涉及「民主制度的健全」。除釋字四〇七號已明示出版自由為「民主憲政之基礎」外，釋字五〇九號所提及「溝通意見、追求真理、滿足人民知的權利，形成公意，促進各種合理的政治及社會活動之功能」亦皆民主體制運行相關的重要條件。故大法官業已明白確認表意自由的保障與民主原則有直接關連。

第二，我國釋字解釋確認的表意自由保障內容不僅僅是政治性言論，尚且包括與「文化、道德、經濟等各方面之發展」有關的言論（釋字四〇七）。甚至，依釋字五七七號解釋理由書，只要「具有資訊提供、意見形成進而自我實現之功能」，任何種類的言論都是表意自由保障範圍。若以此表意自由保障範圍回頭推衍我國憲法民主原則的概念，當可認定我國憲法的民主原則相當程度參雜有共和民主的概念，因為只有共和民主概念認為包括政治、社會、經濟、文學、藝術等

⁶⁶ 民主原則另外也以平等權的保障為前提，但主要表現在選舉權的平等上。參見，法治斌/董保城，前揭註 329，頁 18。

言論，皆與人民意志的形成有關，因此國家應予以保障，並盡可能避免此類言論受到不公平的扭曲。

綜合上述兩個面向的分析，我國憲法蘊含之民主原則，配合參照大法官會議之解釋，乃是以自由民主概念所基礎（參見釋字四九九），兼含共和民主的概念（參見釋字四〇七、五〇九），此外，釋字五〇九號解釋中提到表意自由之保障兼有「監督各種政治活動之功能」，亦帶有一部分菁英民主之色彩。民主原則作為憲法客觀價值秩序之一，本即應影響法律的制訂與解釋。實際上體現這種「健全民主體制」精神的法律也很多，尤其是在媒體傳播法制當中。例如廣播電視法第二十三條規定「錯誤報導之更正與責任」，第二十四條規定「被評論者之答辯權」，都涉及民主秩序的促進。⁶⁷

著作權法也是媒體法制的重要一環，但一般很少以民主原則為出發點，思考著作權法的法律政策與法律解釋。最可能的原因是受到其財產法的外在形象影響，因而拒斥憲法價值秩序無端介入私人產權。但著作權是一種以「資訊」作為權利客體的財產權利，與一般財產權以「物」為權利客體有所不同，不當擴張的著作權一定程度會導致資訊商品生產的集中化以及內容的同質化。⁶⁸如果我國憲法所持之民主原則是自由多元民主為基礎，兼有共和民主意涵，一如筆者所贊同的折衷式民主概念，則立法者制訂著作權法政策及司法者進行司法解釋時，都應該將此民主原則納入考量，使著作權法不僅僅是私人的財產權利而已。

第四節 「合理使用」作為合憲控制的核心

著作權法之爭議問題多如牛毛，於此一一檢討並無可能，也容易讓公益概念失焦。合理使用規定是限制著作權的最重要制度設計之一，本文以下將以此為重

⁶⁷ 有線廣播電視法第六十一、六十二條與衛星廣播電視法第三十、三十一條亦有類似規定。

⁶⁸ 參見前文第二章第二節。

心，說明憲法所體現的公益概念如何作用於合理使用制度之解釋。

第一項 著作權的內控機制與憲法的外部作用

一、著作權法內控機制概述

以影響範圍為標準，著作權法的內部控制機制可分為兩種。第一種是控制著作權整體者。例如「著作權有限期間」之長短調整當然全面性的影響所有著作專屬權利。再者，「思想/表達二分原則」確立著作權之抽象客體，實際上排除保護者除思想外，尚包括程序、製程、系統、操作方法、概念、原理、發現。（著作權法第十條之一參照）若有任何增減，同樣是全面性地影響著作權利的範圍。⁶⁹

第二種是指控制特定專屬權利者。針對著作權的各種專屬權利，本於公益之需要，著作權法亦例外規定不待權利人允許即可使用的情況。其規範形式可能是明確的列舉，也可能是概括的規定。一般而言，大陸法系國家，如德國、法國，以詳盡列舉為主，對於各種使用目的、使用行為或其他條件作詳細的規定；普通法系國家，如美國、英國，則以概括規定輔以例示規定。⁷⁰這兩種立法方式的實質差異，在於後者的範圍較廣泛，對於變遷快速的著作權法問題，因為不需等待立法的因應而較具彈性⁷¹。探究法制何以演變成這兩種不同規範方式，筆者認為，比較可能是因為對實定法與判例法之不同依賴程度所造成的⁷²，至於是否也

⁶⁹ 美國法上亦有謂「思想/表達合併原則」，但這屬於個案例外的情況，因此並不是控制著作權整體的限制。此原則之介紹可參見，Marshall A. Leaffer, *Understanding Copyright Law* 459-60 (3rd. 1999).

⁷⁰ 但英美兩國的合理使用原則仍有所不同。美國的「合理使用原則」(fair use doctrine)與英國的「合理使用原則」(fair dealing doctrine)主要的差異在於，前者的適用不限於法律條文中「例示」的目的，合理使用的可能範圍較廣，後者則限於法律中「詳盡列舉」的目的，司法的判斷空間顯然窄得多。概要的比較可參見，Paul Goldstein, *International Copyright* 293-94 (2001).

⁷¹ Leaffer, *supra* note 334, at 466. 但如此一來，效果的優劣便取決於司法者的素質，制度上需要國民對司法者有足夠的信賴。

⁷² 美國將合理使用概括規定條文化是在一九七六年，英國是一九一一年，在條文化之前，兩國有關合理使用的判例都有百年以上的歷史，條文化時給予相當尊重自屬理所當然。參見，馮震宇/胡心蘭，〈論美國著作權法合理使用原則〉，《中原財經法學》第6期，2001年7月，頁163-65。又，英國的合理使用原則經一九八八年的修訂後，目前是規定在Copyright, Designs and Patents Act

因爲不同的著作權法理念？則頗值懷疑。⁷³我國著作權法原來是採詳盡列舉方式，民國八十一年六月公布之著作權法六十五條雖然仿效美國增訂四款概括標準作爲判斷合理使用之依據，包括：1 利用之目的及性質，包括係爲商業目的或非營利教育目的。2、著作之性質。3、所利用之質量及其在整個著作所占之比例。4、利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響。⁷⁴但此四項標準卻是依附在諸列舉條款之下，因此不能稱是獨立的概括合理使用規定。直到民國八十六年再度修訂六十五條第二項爲：「著作之利用是否合於第四十四條至第六十三條規定或其他合理使用之情形，應審酌一切情狀，尤應注意左列事項，以爲判斷之標準。•••」該條始具有獨立之「概括的合理使用」性質，至於第四十四條至六十三條的限制規定，則成爲「例示的合理使用」。⁷⁵

二、憲法作爲最重要外控機制

從整體的形式法規範體系來看，著作權所受到的控制，除上述內部機制外，也來自外部。⁷⁶外部控制首要者爲憲法，但其他法律層級之規範，例如公平交易

1988 § 29, 30.

⁷³ 大陸法系國家，如法國，雖然相對較強調作者權利的保護，但對著作權法涉及的公共利益亦極注重，程度並不亞於普通法系國家，因此恐怕不能以理念差異作爲立法方式不同之理由。有關法國與美國著作權法早期歷史之比較研究，可參見，Jane C. Ginsburg, *A Tale of Two Copyrights: Literary Property in Revolutionary France and America*, 64 *Tulane L. Rev.* 991 (1990).

⁷⁴ 民國八十一年六月十日公布之著作權法第六十五條：「著作之利用是否合於第四十四條至第六十三條規定，應審酌一切情狀，尤應注意左列事項，以爲判斷之標準：一、利用之目的及性質，包括係爲商業目的或非營利教育目的。二、著作之性質。三、所利用之質量及其在整個著作所占之比例。四、利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響。」

⁷⁵ 依著作權法第六十五條第二項本文文義（「著作之利用是否合於第四十四條至第六十三條規定或其他合理使用之情形」），應認爲第六十五條第二項爲「概括的合理使用」規定，第四十四條至第六十三條則爲「例示的合理使用」規定。內政部著作權委員會在修正理由中即已說明：「•••三、舊法有關著作財產權之限制（學理上所泛稱之合理使用）僅限於第四十四條至第六十三條規定之範圍，而第六十五條係爲審酌著作之利用是否合於第四十四條至第六十三條規定所訂定之判斷標準。惟由於著作利用之態樣日趨複雜，舊法第四十四條至第六十三條規定之合理使用範圍已顯僵化，無足適應實際上之需要。四、爲擴大合理使用之範圍，新法將本條修正改爲概括性之規定，亦即利用之態樣，即使未符第四十四條至第六十三條規定，但如其利用之程度與第四十四條至第六十三條規定情形相類似或甚而更低，而以本條所定標準審酌亦屬合理者，則仍屬合理使用。」參見，內政部著作權委員會，新舊著作權法條文對照及說明，87年2月，頁41-2。轉引自，羅明通，《著作權法論II》，前揭註273，頁254。

⁷⁶ See, Lucie Guibault, *Limitations found outside of copyright law*, General report prepared for the ALAI STUDY DAYS Cambridge, September 14-17, 1998: The Exceptions and Limitations to Copyright (Published 12.01.1999), at <<http://www.ivir.nl/publications/guibault/VUL5BOVT.doc>> (last visited 2005/6/10).

法、消費者保護法及民法第七十一條、七十二條、一百四十八條等，亦本於不同的功能或理念，形成限制的效果。在著作權法與其他法律層級規範產生衝突的情況，憲法無可迴避地也要加入調解，形成複雜的三面關係。此部分已非筆者能力範圍，也不是本文預設探討之課題。本文的中心課題是「著作權法內部控制機制」與「憲法控制」兩者的關連性。也許有人會認為，著作權法的內部控制機制是立法者本於憲法以外的政策考量所形成者，與憲法規範的作用（憲法的控制）無關。從我國著作權法略顯粗糙的修訂過程來看⁷⁷，這是很有可能的。但同時，這樣的論點對於司法者而言卻是不重要的。因為無論立法者如何思考，憲法的規範都更優越地「作用」在法律中，在憲法不可忍受的時候，法律違憲無效；在憲法可接受的範圍，法律的解釋也要朝「更合憲」的方向趨近。本文的研究目的，便是要協助或凸顯憲法對於著作權法的這種「作用」。

綜合本章第二節和第三節說明，著作權法公益思想的憲法基礎至少有三個來源。第一，來自憲法財產權之社會義務概念。第二，來自「表意自由」與「民主原則」所體現的「健全民主體制」目標。第三，來自「表意自由」對於「個人自由與自主」的保障。其中，「社會義務」概念運用於著作權法，重點是釐清「著作權的內控機制」非憲法財產權保障所不容許，並且排除著作權的限制會造成財產權侵害的疑慮。⁷⁸因此雖然「社會義務」概念也是著作權法公益思想的憲法基礎之一，但其功能是界定著作權法可以被限制的「形式空間」，至於限制的「實質內容」，必須回歸「健全民主體制」和「保障個人自由與自主」這兩點再具體形成。以下即分別論述之。

⁷⁷ 我國著作權立法過程極不透明，例如行政機關不公開中美著作權談判內容，立院委員會審查僅虛應故事，重要條文決定率由黨團秘密協商。因此，究竟「誰」主張了「什麼」？完全無法由社會公評。章忠信，〈著作權法部分條文修正案〉簡說，前揭註 279，註 1。

⁷⁸ 大法官會議釋字五七七號解釋：「……於煙品容器上應為上述之一定標示，縱屬對煙品業者財產權有所限制，但該向標示因攸關國民健康，乃煙品財產權所具有之社會義務，且所受限制尚屬輕微，未逾越社會義務所應忍受之範圍，與憲法保障人民財產權之規定，並無違背……」暫不論此處以「財產權」為審查基準是否恰當，大法官在此明確承認財產權具有社會義務，並且社會義務與財產權侵害之界線似乎是以「輕微與否」為標準。釋字五六四號解釋亦同此意旨。另有關於「社會拘束」理論的發展歷程概述，可參見，蘇永欽，〈財產權的保障與大法官解釋〉，前揭註 298，頁 93-94。

第二項 「健全民主體制」與著作權之限制

第一款 健全民主體制作為著作權法規範目的

著作權法若果如該法第一條所示，是以調和社會公共利益、促進國家文化發展為目標，那麼著作權法的目標與憲法的民主原則、表意自由（傳播自由）保障應該是一樣的，原則上都是以「健全民主體制」為目標。一個健全的民主體制，以折衷的民主概念理解（參見第四章第三節第一項），是一個資訊豐富，自由流通的體制，重視文化性資訊如同重視政治性資訊，強調資訊的多樣性與獨立性，並且尊重少數者的資訊權利。為達成一個最佳資訊狀態的民主體制，政府不是單純消極地保障傳播自由而已，通常還會更積極的介入，因此有公共電視台的設立，有接近媒體的法制，有控制廣播電視的管制等等，這些都是為了達成社會整體最佳資訊狀態的干預或管制措施。著作權法也是這種措施之一，藉由給予特定人表述權利，限制他人表述權利，提供創造資訊的誘因，因此具有促進資訊環境發展的功能。只是在限制與不限制之間需要精準判斷，避免過度權利的賦予反而造成新創作或其他資訊流通的困難或遲滯，其中尺度的拿捏（類似追求經濟效益最大化的概念），同樣是以資訊環境的需要為判準。

第二款 具體指標——資訊數量與資訊品質

以「健全民主體制」為規範目標，資訊環境的需要反映在「資訊數量」與「資訊品質」兩方面。

「資訊數量」是民主社會的基本要求，因為少一項資訊，就代表少一個選項，如果客觀上明明有三個選項，政府竟只提出兩個供人民投票，這是假的民主。再往前延伸到人民意志的形成過程，也是同樣的道理，越是豐富的資訊，原則上，人民意志形成的可能空間越大，民主的參與也就更多元也更健全。不過，數量極

大化雖然原則上可造成更民主的結果（這是一種言論思想競爭市場的理論），但是「市場失靈」的情況還是可預期的。政府的介入因此是必要的，這也是各種媒體管制法律所由生。換言之，「資訊數量」不能絕對代表「資訊品質」，資訊品質的追求必須獨立出來，成為另一個資訊法政策的目標。以「折衷式民主概念」解釋「資訊品質」，至少有三個重點。

第一，強調資訊多樣性：資訊數量雖多，但若都是同質的資訊，例如都是娛樂、通俗文化資訊，民主的整體價值必然不高，因此資訊的多樣與多元發展應受重視。反映在著作權法上，著作權法以經濟誘因誘使新資訊的創作，固然有多樣化的功能，但更需注意的是，對既有著作的保護不能阻礙新資訊的生產與流通。準此，著作的使用是否具「轉化性」(transformative or productive) 而成為與既有著作不同的新資訊，應成為使用允許與否的重要關鍵。

第二，強調人民參與的可能：民主體制的健全有賴於人民積極的參與，但分散的人民與分殊的利益使得民主參與具有先天的困難度，公共對話的形成與促進，必然需要制度的配合與協助。因此，任何有助於公共對話參與的著作使用，例如新聞評論或報導，應該特別被允許或保護。

第三，強調少數或非主流意見的表述機會。民主不是「贏家通吃」的遊戲，服從多數的同時，少數應獲得基本的尊重，這是擷取自自由多元民主概念的認識。再者，對於少數及非主流意見的基本尊重，相當程度也促進資訊的多樣性，保留了少數意見在將來成為多數意見的可能。我國著作權法對此部分顯然較不重視，僅第五十三條關於視、聽覺障礙者的合理使用或可稱為對於社會弱勢團體的民主關懷。

第三款 著作權之整體限制與資訊數量

著作權的內部控制規定，如本節第一項所述，可分為對著作權整體的限制或針對各種專屬權利的個別限制規定。從功能分配的角度來思考，整體限制的相關

規定，可視為是在避免「阻礙新資訊生產」的考量下⁷⁹，對於「著作權整體經濟誘因」的調節，主要功能是進行「資訊數量最大化」的調控。因為這些整體性限制規定（權利期間、思想/表達二分原則）假若有任何範圍大小之變動，都是全面性地影響所有著作專屬權利的權利範圍，因此對於資訊生產而言，只能控制「數量」的最大值，而無法處理細部的、細節的「資訊品質」問題。

第四款 著作權的個別限制與資訊品質

一、以合理使用規定進行資訊品質微調

承上所述，「資訊品質」的問題是一種微調工作，因此只能交由個別的權利限制規定來處理。以我國法而言，主要指的是著作權法第四十四條至第六十五條著作權合理使用規定，包括「例示的合理使用」與「概括的合理使用」。

為提升民主體制中的資訊品質，著作權法的個別限制規定將特別保護「能促進資訊多樣性的使用」、「有助於公共對話的使用」，並且適度尊重「少數和非主流團體的使用」。其中，「促進資訊多樣性的使用」如何在著作權的限制規定中適當表現，是一個困難的問題。因為「著作的使用」與「著作權人的複製權與改作權」必然是相重疊及相衝突的，在此重疊與衝突的範圍中，還要畫出一條合理使用的界線，自然相當不容易，也必然模糊。

對於如何兼顧既有著作權益與新資訊的生產，美國法上最值參考之判準乃所謂「轉化性使用」(productive or transformative use)。⁸⁰在一九九四年美國最高法院的*Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*一案判決後⁸¹，此標準已被視為最重要的合

⁷⁹ 資訊生產的特質是，既有資訊為新資訊的原料，因此既有資訊的權利若過大，會增加新資訊的生產成本，當此種生產阻力大過資訊權利擴大帶來的生產誘因，整體而言，資訊數量會下降。請參見第二章第二節。

⁸⁰ 轉換性使用作為合理使用判準，於一九七八年由學者Leon E. Seltzer提出，稱為“productive use”，九〇年代後又有Pierre N. Leval法官大力提倡，稱為“transformative use”，但兩者意義相同。概要之介紹可參見，Leaffer, *supra* note 334, 429-32.

⁸¹ See, 510 U.S. 569, 577 (1994). (“the goal of copyright, to promote science and the useful arts, is generally furthered by the creation of transformative works”)

理使用判斷標準。⁸²「轉化」的意義是，「使用人的利用雖建立在既有著作之上，但加入了具社會價值的創新成分」⁸³，具體而言，包括「創造了新的資訊、新美學觀點、新的洞見或新的理解」⁸⁴。從此轉化性使用的意義觀察，其適用之結果正是前文所述「資訊的多樣性」所同樣追求者。因此，本文認為就資訊多樣性此一指標，應可由「轉化性使用」此一判準在合理使用的規定中體現。

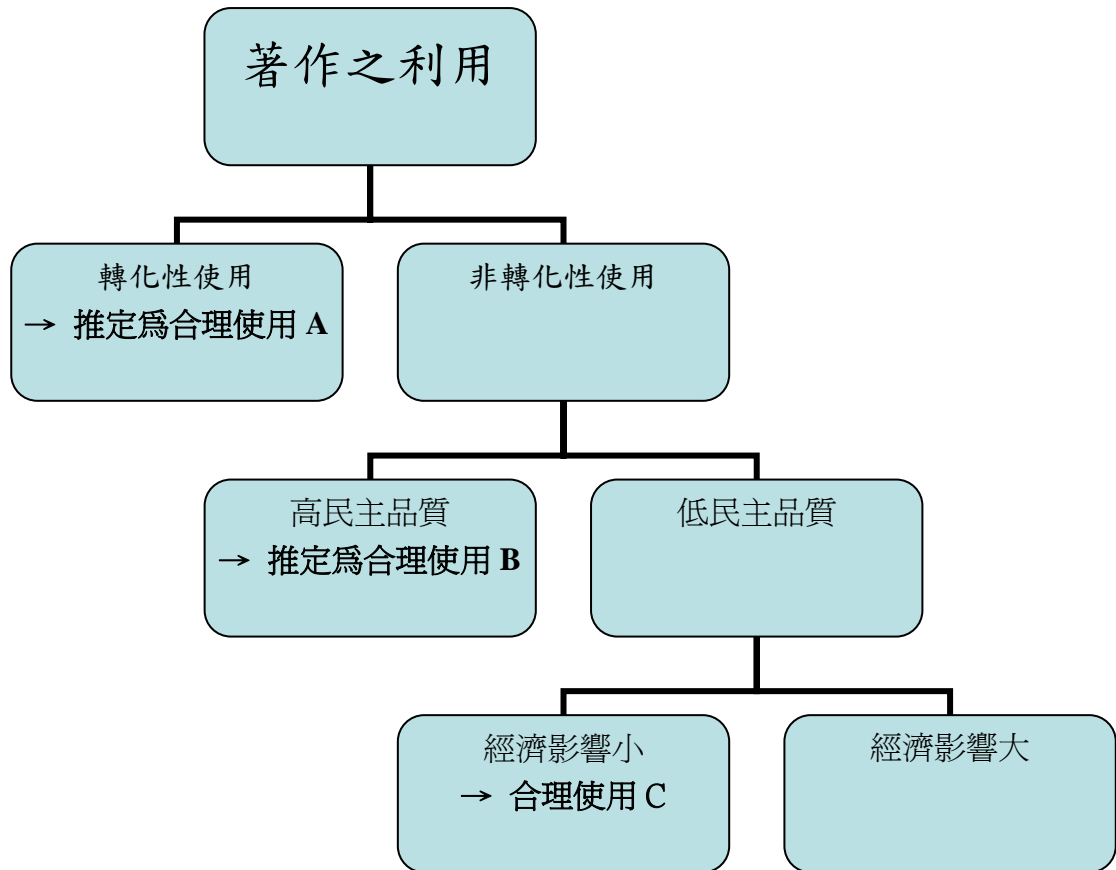
但就其他資訊品質的指標而言，轉化性使用卻無法有效予以反應。因為包括「促進公共對話的使用」與「尊重少數者的使用」都可能是非轉化性的使用，因此可確定的是，轉化性使用雖然最重要的判斷標準，但卻不是判斷資訊品質的唯一的標準。再者，合理使用雖以「資訊品質」為准許與否的主要判斷依據，因此不具高民主品質的使用原則上不被容許，但假若著作的使用對於著作權利人的經濟利益無甚影響，當然就沒有不允許的道理（因為至少有資訊數量增加的效果）。

以上所作各種區分堪稱複雜，為清楚呈現，製成下圖 5-1：

⁸² 概要介紹可參見，馮震宇/胡心蘭，前揭註 337 文，頁 182-85。

⁸³ Leaffer, *supra* note 334, at 430. (“Productive uses build on the works of others by adding their own socially valuable creative element”.)

⁸⁴ Pierre N. Leval, *Toward a Fair Use Standard*, 103 Harv. L. Rev. 1105, 1111 (1994). (“...transformed in the creation of new information, new aesthetics, new insights and understandings...”)



二、例示的合理使用與資訊品質

在圖 5-1 中，能構成合理使用者共 A、B、C 三類。粗略分析我國著作權法中例示的合理使用規定，其中第五十二條規定：「為報導、評論、教學、研究或其他正當目的之必要，在合理範圍內，得引用以公開發表之著作。」此處若涉及轉化，則屬 A 類，即便未涉及轉化，亦因具有高民主品質而可分屬 B 類。

此外，C 類乃不具高民主品質的使用，但因為對於著作權人經濟影響小，所以例外允許合理使用，法條之例示如第五十九條有關「合法電腦程式著作之修改或重製」、以及第二十二條第三項之「暫時性重製」⁸⁵。不過，「暫時性重製」亦可謂是現代資訊傳遞所必須，若禁止則資訊流通將受嚴重阻滯，因此亦可歸為 B 類。

⁸⁵ 「暫時性重製」雖非規定在合理使用款項內，但實為合理使用之規定。

總地分析起來，我國著作權法例示合理使用最多者，還是屬於 B 類之規定，B 類的合理使用是指雖屬「非轉化性使用」，其使用之目的與性質具有其他民主之重要意義者，因此特別允許之。包括「可促進公共對話的使用」，以及「尊重少數或非主流團體之使用」。就後者而言，原則上僅第五十三條有關「視、聽覺障礙者之合理使用」。立法者明示認為具高民主品質的非轉化性使用，幾乎都必須歸類到「可促進公共對話的使用」。例如例如為教育（四十六條、四十七條、五十四條）、文化（四十八條、五十七條）、學術（四十八條、五十二條）或資訊自由流通（四十九條、五十條、五十二條、五十六條、六十一條、六十二條）等目的之合理使用。

以上並未詳盡列舉分析所有例示條款的性質，因為各個例示條款的目的及性質多有重疊之處，筆者最主要的目的是要呈現出「例示合理使用」具有可歸納的「健全民主體制」特質，這些特質應該應用在「概括合理使用」的解釋中。未應特別提出的是，「健全民主體制」是一個相對性、工具性的觀念，利益衡量的空間相對於基本人權的限制顯然要大的多，立法者已明示為具高度民主價值之合理使用，司法者自應給予相當尊重。

三、概括的合理使用與資訊品質

著作權法第六十五條第二項規定：「著作之利用是否合於……其他合理使用之情形，應審酌一切情狀、尤應注意下列事項，以為判斷之基準：一、利用之目的及性質，包括係為商業目的或非營利教育目的。二、著作之性質。三、所利用之質量及其在整個著作所占之比例。四、利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響。」此條係訪自美國著作權法合理使用之規定⁸⁶，我國實務判決就此條未尚無深入解釋，因此學界之研究或解釋字多依循美國實務判決意見。⁸⁷

⁸⁶ 17 U.S.C. § 107.

⁸⁷ 有關美國合理使用原則之專文介紹可參見，馮震宇/胡心蘭，前揭註 337 文。

簡要闡釋之⁸⁸，第一款是著重於使用是否「轉化性使用」、是否「非營利性使用」以及是否「出於善意」（例如出於反駁著作人的侮辱性著作所必要），若皆是，則成立合理使用機率高。

第二款著重於該著作的「社會價值度」（因此如果該著作是科學的、生物學的、歷史的著作，成立合理使用機率高；若該著作是娛樂性的，成立機率就低。此外，已絕版之書籍，亦較容易成立）、「易受傷害度」（例如以練習題類的學習書籍而言，若容許教育目的之複製，不免毀掉其大部分市場）、「是否已公開發表」⁸⁹（尚未公開發表者難以成立合理使用，例如前文已介紹之*Harper & Row*案即為一例。⁹⁰）等要素。

第三款著重於使用占原著作之比例，比例越高自然越難成立合理使用。

第四款著重於對著作權人之經濟影響，值得注意的是，由於只要證明對於「潛在市場」之影響，因此舉證難度較低。

概括合理使用的四個條款對於合理使用之允許與否，提出了正反兩面的考量。原則上與第四款是以著作權人的私益面向為主，第一與第二款除可以作為私益的考量外，亦兼含「健全民主體制」的考慮，至於第三款則屬於較中性的標準。由於在法律的適用上，必須四條款綜合考量，不能有所取捨。因此適用的關鍵在於，四條款之標準，以及同一條款裡不同面向之考慮，是否有輕重之分？

法律的解釋態度反映價值觀的取捨，如果將著作權法的重點放在對作者權益之保護，自然會偏向強調第四款的經濟影響，重視第一款的營利或非營性使用區別，其他標準也同樣會以著作權人私益為優先考慮。但本文反對這種解釋立場，理由有三。

⁸⁸ See generally, Leaffer, *supra* note 334, at 434-40.

⁸⁹ 公開發表之著作在我國而言恐怕難以藉由概括規定成為合理使用之對象。因為例示合理使用之規定已一律以「已公開發表」之著作為限，概括條款應該要符合法典之整體精神而為解釋；再者，著作人擁有公開發表權（第十五條），如允許合理使用，亦與該條意旨不盡相符。

⁹⁰ 參見本文第三章第一節第二項。

第一，著作權法對於社會公益與文化發展之追求乃該法明示之立法目的，此目的既已內生於著作權法中而與作者權益之保障並列，「具公益性質之使用」在適用合理使用之判斷時，至少應處在不劣於著作權人私益考量之地位。

第二，憲法關於民主原則與表意自由保障的規範，已說明了憲法對於資訊環境的塑造與發展之重視。著作權法雖然具有保障著作權人私益之性質，向來被歸類為特別民法的一種。但不能忽略者，著作權是一種以資訊為客體的權利，資訊權利的擴張與限縮對於資訊環境的影響極為重大，因此憲法價值在此之介入具有高度正當性。

第三，本文認為著作權法的整體限制規定，已經顧及資訊數量的問題，換言之，應給予著作權人的經濟誘因，已經表現在整體限制規定的調節上。合理使用的擴張與限縮，雖然必然影響經濟誘因的增減，但這是資訊品質控制所必需者。從功能分配的觀點來看，概括合理使用之解釋，應該以資訊品質控制為優先考量，換言之，有益於高民主資訊品質的因素，例如轉化性使用，應該優先於著作權人的私益被考慮。

綜上考量，本文認為概括合理使用之判斷，依據民主價值優先私人利益之一貫理路，其判斷之順序應如前文中圖 5-1 所示。謹再簡單說明如下：

1、涉及「轉化性使用」時，應優先依據概括合理使用第一款之判準，推定合理使用成立。僅在對著作權人有「極重大」之經濟影響時，始「例外」以第四款之考量壓過第一款之考量。最典型的例子乃「嘲諷性著作」。

2、在未涉及轉化性使用時，雖暫推定無合理使用之成立，但須繼續考慮該使用有無其他重要民主資訊價值，例如「有益公共對話之使用」或「少數或非主流團體之使用」，若有則屬於提升資訊品質的使用，同樣依據第一款推定成立合理使用，僅著作權人有「極重大」之經濟影響時，才「例外」依第四款例外否定合理使用之成立。此類使用實際上大多已明文規定（如新聞報導、教育所需之複

製、學術評論之引用等)。

3、若使用雖無助於資訊品質之提升，但著作權人無甚經濟影響，亦無妨合理使用之成立，因為至少有增加資訊數量之效果。實際的例子如美國最高法院一九八四年的*Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc.*案⁹¹，最高法院認為家庭內的電視節目錄影對於著作權人實無甚經濟影響，因此雖然該使用無甚特殊社會價值，仍判決成立合理使用。

4、轉化性使用本身成立與否，除視其利用之性質是否具重要之創新成分外，亦綜合第二款與第三款之判準為整體考量。例如關於文學、科學、歷史等著作較容易成立轉化性使用，對於娛樂性著作則較難成立。應特別注意的是，此一層次之考量不應該納入著作權人之私益影響。

5、第一款之營利性使用與非營利性使用此一判準，在民主價值的考量下並無特別意義，營利性的使用並不會使得具高度民主價值的資訊變成低民主價值。⁹²至於對於著作權人的經濟影響，應直接依據第四款作考量，無須使用到第一款。營利性使用應扮演重要角色的情況，是處理「個人的使用」時（參見下文第三項部分）。

以上所述是在「健全民主體制」價值下對於合理使用規定之粗略檢討。惟著作權之限制概括而廣泛，在以個人為規範對象時，亦可能涉及「個人自由與自主」價值之違反，以下即檢討之。

第三項 「個人自由與自主之保障」與著作權之限制

若追溯回世界最早的著作權法——英國安妮法案，將不需要以「個人自由與

⁹¹ *Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984).

⁹² 堅持以「轉化性使用」為合理使用主要判準的Leval法官亦認為應排除營利性或非營利性之影響。See, Pierre N. Leval, *Nimmer Lecture: Fair Use Rescued*, 44 UCLA L. Rev. 1449, 1455-56 (1997). (“The heart of fair use lies in commercial activity. Most undertakings in which we expect to find well-justified instances of fair use are commercial. These include, of course, journalism, commentary, criticism, parody, biography, and history; even the publication of scholarly analysis is often commercial.”)

自主的保障」此一憲法價值（由表意自由權或言論自由權之保障所部分體現）來給予檢驗。因為最早的著作權法是一種商業貿易法，它給予作者印刷權和重製權，用以打破印刷公會的壟斷，促成出版業與印刷業的競爭，法律效力並不及於個人非營利使用。⁹³在二十世紀以前，個人非營利的著作使用不受著作權法控制的原因有二：第一，印刷權或重製權最初指的是著作的全部重製，意義上本即不包含個人的部分利用或改作。第二，即便後來著作權的範圍擴張到包含個人的利用或改作，但只要沒有利用於營利用途，並沒有權利人會介意這種行為，因為其經濟利益幾乎未受影響。不過，隨著科技的進步，個人複製的能力越來越強，情勢遂逐漸改觀。

二十世紀下半葉，影印機、錄音帶、錄影帶等類比式科技產品的出現，已經開始讓著作權人感到緊張。以美國而言，第一個對個人非營利使用提起訴訟者，是前已提及的一九八四年的*Sony*案（但實際被告並非個人，而是生產複製設備的公司）⁹⁴。最高法院在該案最後認定個人錄製電視節目的行為構成合理使用，但主要理由之一還是因為此類使用對著作權人的經濟利益無甚影響。⁹⁵九〇年代網路與數位科技急遽發展後，個人可以輕易完成品質相同的數位複製，又可以透過網路快速散布，本來就很緊張的著作權人反應自然更為激烈，個人與著作權人的正面對決因此只緩了十來年。⁹⁶

目前我國著作權法有關個人非營利性使用之例示，僅第五十一條規定：「供個人或家庭為非營利之目的，在合理範圍內，得利用圖書館及非供公眾使用之機器重製已公開發表之著作。」又同法第六十三條第二項規定：「依第四十六條及第五十一條規定得利用他人著作，得改作該著作。」以上條文在法律適用上有

⁹³ Patterson & Lindberg, *supra* note 10, at 27-29.

⁹⁴ *Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984).

⁹⁵ *Id.* at 456. (“...respondents failed to demonstrate that time-shifting would cause any likelihood of nonminimal harm to the potential market for, or the value of, their copyrighted works.”)

⁹⁶ 根據統計，截至 2005 年 5 月，美國錄音產業公會（RIAA）代表著作權人對個人提起的訴訟已達一萬零七百七十七件。參見《RIAA WATCH》，<<http://sharenomore.blogspot.com/>>（最後瀏覽日 2005/6/12）。

四個重點：

第一，明文規定使用方法限於「重製」和「改作」兩種，排除「公開口述」、「公開播送」、「公開上映」、「公開演出」、「公開傳輸」、「公開展示」及「散布」等其他使用方式。

第二，所謂「供個人或家庭為非營利之目的」，主管機關曾有極為限縮的函釋，認為「須供行為人個人或家庭使用……至供其他人或其他家庭使用之情形，顯非屬於供行為人個人或家庭使用，自無本條之適用。」⁹⁷如此一來，朋友私人聚會時的私人使用是否可納入此條保護即有疑義。

第三，限於利用圖書館或非供公眾使用之機器進行重製，此點亦受到多數學者批評，認為並無任何實益。⁹⁸

第四，就條文中所謂「合理範圍」，究竟是指可以重製多少份數，至今並沒有一定共識。⁹⁹

本文認為個人非營利性使用乃憲法言論自由保障的範圍，著作權法亦不可剝奪此權利，現行著作權法第五十一條、六十三條第二項所例示之合理使用規定，既限制合理使用之方法、又限制不得對公眾為之。著作權效力所及，個人不能在演講時引述他人詩文（侵害語文著作之公開口述權），興之所致亦不得在公園歌唱（侵害音樂著作之公開表演權），著作權法就此部分之規範效力，顯然已「剝奪」（非僅「限制」）使用人之言論自由權（本於個人自由與自主）。除作違憲之解釋外，尚有一個解決方法，即透過著作權法第六十五條第二項之概括合理使用允許其他個人非營利性使用。

但個人非營利性使用本身，或者個人言論自由，並非毫無限制。其保障的理

⁹⁷ 內政部 81.7.24. 台內著字八一三四七六解釋函號。轉引自，張懿云，〈資訊社會關於「個人非營利目的重製」之研究〉，輔仁法學第 20 期，2000 年 12 月，頁 265 之註 19。

⁹⁸ 例如，羅明通，《著作權法 II》，前揭註 273，頁 239；張懿云，同上註，頁 273-74。

⁹⁹ 德國聯邦最高法院曾有以七份為限之判決。詳細介紹請參見，張懿云，同上註，頁 274-78。

念既本於「個人自由與自主」，其界線之劃定亦同此。學者Baker即認為兩種情況不再個人言論自由的保障範圍內。第一，是「以傷害著作權人爲目的之使用」。舉例而言，某甲因爲討厭某作者，遂大量散布其著作，意圖減損其收益。此使用雖然是某甲個人非營利性之使用，但憲法對於個人言論自由的保障，既然是本於對個人自由與自主的保障，這種保障是建立在個人亦能尊重他人的前提上。因此對於個人將其自由延伸到傷害別人的部分，自然不應認爲仍在個人自由與自主的保障範圍內。¹⁰⁰

第二種不在個人言論自由保障範圍內者，是「足以阻絕著作權人繼續創作之使用」。此主要是指在數位網路時代，個人複製的成本爲零，散佈的能力又太強，即便個人的散佈是非營利性的著作使用，亦無傷害著作權人之意圖（可能單純基於分享之目的），但這種數位網路散佈行爲，可能造成「阻絕」著作權人繼續創作之可能，而非僅僅損害其經濟利益而已，因此著作權法就此部分之限制，或許可以通過嚴格的審查標準。¹⁰¹

綜上所述，藉由著作權法第六十五條第二項概括合理使用條款處理個人非營利性使用時，在考慮憲法保障個人言論自由（個人自由與自主）的前提下，合憲解釋之要點應有：

1、在第一款的判斷標準中，「非營利」此一判準對於個人之使用有重要意義，因爲僅非營利之行爲始受言論自由的絕對保障，若爲營利性行爲，解釋之方式應回歸以民主價值爲依歸的體系（參見前文第二項部分）。

2、以傷害著作權人爲目的之重製或散布等行爲，不符合憲法保障個人自由與自主的意旨，因此判斷第一款之利用性質時，應特別注意使用人之「善意或惡意」此一判準，若爲惡意傷害著作權人之使用，判斷之方法亦回歸民主價值體系（參見前文第二項部分）。

¹⁰⁰ Baker, *First Amendment Limits on Copyright*, *supra* note 116, at 908-11.

¹⁰¹ *Id.* at 916-18.

3、第二款與第三款之判準在個人非營利性使用情況，原則上皆予以排除考量。個人之使用與「著作之性質」及「利用之質量、比例」皆無關。

4、第四款之經濟影響判準，僅在數位網路散布之情形才有其適用。亦即僅在可能「阻絕」著作權人繼續創作的情況，才能依據第四款之規定壓過第一款關於利用性質之考量。

綜上所述，著作權法原則上是一個以「健全民主體制」價值為基礎的法律，透過保障作者與適度之限制，追求文明發展之最大可能。但著作權定義的方式過於廣泛，導致憲法保障「個人自由與自主」的價值亦可能受到威脅，因此相關限制規定必須有所因應。合理使用原則是著作權限制的最重要制度設計之一，必須包含以上兩個由憲法體現的公益價值，一方面以健全民主體制作為限制與否的基礎，另一方面排除對個人自由與自主的可能侵害，在最大可能的範圍內作成合憲的法律解釋。