

## 第六章 結論

著作權法具有悠久的公益思想基礎，在保障作者的同時，更重視其他人對於資訊的使用權利、整體資訊環境品質的狀態並強調避免扼殺進步與創新。但是這種公益思想在立法程序中具有先天性的弱勢，資訊生產者之間的利益失衡、世代之間的利益失衡以及資訊生產與學習者之間的利益失衡，都造成以立法程序實現公益的困境。學者Rose嘗謂，十八世紀的英國都是由國會代表公益的一方，拒斥永久著作權概念並反對過度延長著作權期間。<sup>1</sup>此景象當然早已成爲絕響。對當前法政策不滿的學者因此多轉而寄望司法可以矯正立法的偏斜，順應此趨勢，著作權法在憲法層級的公益概念之研究，便顯得更加重要。

著作權法基本上是一個立意良善的法律，與憲法權利保障及民主價值秩序並沒有本質的不相容之處。藉由法律擬制排他性，爲作者創造經濟誘因，著作權法促進資訊生產及散布的功能，具有健全民主體制的作用。但不能忽略的是，保障作者的經濟利益除了是著作權法的目的，也是一種手段。如果因爲保障私益致有害文化的進步，或者不適當地侵害他人權利，私益應該有所退讓。此處涉及一個思考出發點的問題。如果衡量公、私益的出發點是認爲，作品是作者所創造的財產，作者有享受百分百權利的道德正當性，那麼公益對於著作權的限制將很難站得住腳。但如果換個角度思考，認爲作者所創造出的資訊是一種沒有消費敵對性的無體物，任何人的使用都不會減損作者本身的使用，反而法律將此資訊私有化的結果限制其他人本來可自由利用的權利，那麼，公益可以發揮的空間自然就比較寬廣。這兩個截然不同的角度，前者是援用自然法的思想，後者則主要本於功效主義的思想。對於大陸法系國家而言，著作權受到憲法財產權的保障（另可能包括人格權），一定程度會傾向類似自然法的思考方式，較大程度限制了公益概

---

<sup>1</sup> See, Rose, *Nine-Tenths of the Law*, *supra* note 15, at 85-86.

念的發展空間。<sup>2</sup>在這種困境中，著作權法的公益思想只能運用財產權的社會義務概念、表意自由及民主原則的規範作用，勉力主張其正當性。

本文區分四個部分，即第二章到第五章，論述著作權法公益思想的憲法基礎。第二章「著作權法的公益思想及其困境」是論文背景與架構的說明；第三、四章正式介紹著作權法公益思想的主要憲法基礎，主要以美國實務、學說為整理分析的基礎；第五章則係上述研究成果的應用，藉以分析我國著作權法合憲控制體系的可能架構。茲分別簡要說明之。

### 一、著作權法的公益思想及其困境

著作權法的傳統公益思想至少可溯源到十七世紀末、十八世紀初的英國，爲了第一部現代著作權法——安妮法案的制定，掀起了著作權法公、私益思想的論爭。相對於私益一方主張著作是作者的永久財產，公益一方的思想主要本於「反獨占」的理念，強調著作權是一種必要之惡，其實質內容包括自由貿易與知識自由流通的啓蒙時代精神。到二十世紀後，著作權法的公益思想也包括了文化創新與發展的期許，近來更有學者如 David Lange 及 James Boyle 等主張這種以「創新」爲核心的公益概念，可以「共享領域」(public domain) 理論名之。

但二十世紀末著作權的急速擴張突顯出公益思想的實現面臨重大困境，這個困境在立法程序中特別明顯，因爲資訊法律的立法過程具有嚴重的利益失衡問題。蓋資訊商品本身既是資訊生產的成果 (output)，也是其他資訊商品的原料 (input)，因此資訊權利的擴張固然提高資訊生產的經濟誘因，也同時提高生產成本。在此資訊生產特質的影響下，資訊權利的擴張對於不同資訊生產者而言，將有不同利害關係。因爲不同的資訊生產者有不同的資訊生產動機、不同的獲利

---

<sup>2</sup> 例如學者 P. Bernt Hugenholtz 認爲，著作權與表意自由的衝突向來在歐陸法院不受重視的原因可能有三。第一，著作權通常被認爲是財產權的一種，而在歐洲財產權普遍享有憲法上的保障地位。第二，他認爲相對於美國，歐洲各國的法院對於立法者享有較小的審查權限。第三，因爲著作權的爭議往往是私人間的水平關係，這與言論自由通常是介入國家人民間垂直關係的狀況有所不同。參見，P. B. Hugenholtz, *Copyright and Freedom of Expression in Europe*, in N. Elkin-Koren & N.W. Netanel (eds.), *The Commodification of Information* 239, 241-42 (2002).

方式，並且有不同的資訊庫藏資源。原則上，資訊權利的擴張最有利於擁有大量資訊庫藏的大型媒體公司，因為除了經濟誘因的增加外，資訊庫藏的優勢使其生產成本不至增加太多；反之，資訊權利的擴張最不利於非商業性的資訊生產者，因為此類資訊生產者本就不以經濟利益為生產動機，所以資訊權利的擴張只是使其生產成本增加而已。

由於資訊權利的擴張對於不同資訊生產者有不同影響，各種資訊生產者在立法程序中的利益均衡自然極為重要，蓋立法過程中的利益失衡將直接導致資訊環境的不健全。然而，現實的情況是，大型媒體公司整合容易，分散的非商業性生產者卻整合困難，立法程序中的結構性的利益失衡，業已導致資訊相關立法有嚴重的利益偏斜問題。在此認知之下，可發現著作權法公益思想之憲法基礎的研究特別具有重要意義，因為憲法價值拘束立法者及司法者，藉此研究，筆者希望能凸顯憲法的公益價值與規範力量，圖能稍稍平衡此公公益失衡的問題。

簡言之，著作權法公益思想的憲法基礎包括財產權的社會義務、表意自由保障與民主原則。由於在著作權法議題中，財產權的社會義務所涉及之公益內涵主要是由表意自由與民主原則所形成，因此後兩者的探討特別重要，也是本文第三及第四章的論述核心。

## 二、表意自由與著作權法

著作權法與表意自由的衝突早在一九七零年代即在美國學界有熱烈討論，美國最高法院則在一九八五年的 *Harper & Row* 乙案表示意見，原則上實務通說見解多認為著作權法的內部機制（包括「觀念/表達二分原則」及「合理使用原則」等等）業足以調和兩者間的衝突，因此著作權法對於表意行為的限制不至於違反第一修正案對於表意自由的保障。但從七零年代到二十一世紀的今天，著作權不斷地擴張，整體社會經濟環境也有劇烈的變化，著作權法與表意自由的衝突相較三十年前自然更加激烈，無怪乎九零年代以降，兩者的衝突再度成為學界的熱門

探討課題。二〇〇三年美國最高法院的 *Eldred* 案雖然秉持其一貫的不衝突見解，但亦預留伏筆，認為若著作權法內部機制的「傳統輪廓」(traditional contour) 遭到不當改變，仍有違憲可能。足見表意自由與著作權法的衝突已不能再被漠視。此外，美國學界亦多有以既有表意自由審查體系檢討著作權法者，本於對於表意自由體系的不同理解，大致可分為兩派見解。

多數學者的見解認為，著作權法之規範意旨並未意圖壓制特定言論觀點、主題或內容，所以著作權法是內容中立的法律，其審查應適用中度審查標準。重要學者如 Netanel 及 Benkler 等並認為著作權法之審查標準應以一九九四年的 *Turner* 案為模範。因為該案所涉及規範有線電視業者的「強制轉播條款」，與著作權法一樣，都是在未意圖壓制特定言論的前提下，涉及「表述權利」的分配。不過，最高法院在二〇〇三年的 *Eldred* 案已明示拒絕適用 *Turner* 案的審查標準，故此派學者恐怕得另外找尋適當的比照案例。

少數派學者則認為著作權法是針對內容的法律，應視具體言論內容決定審查標準。其中，完整提出見解者，以學者 Baker 為代表。Baker 認為表意自由體系中，言論自由 (freedom of speech) 與媒體自由 (freedom of press) 有不同的理論基礎，前者保障個人自由與自主，後者用以健全民主體制。對於表意自由的二元理解自然影響到著作權法的審查。從個人自由與自主觀點看來，著作權法必然是針對內容的管制，因為個人被禁止不能表述其所欲表述之內容；在著作權法規制到個人自由與自主的範圍內，應該適用嚴格審查基準。此外，在著作權法規制到媒體的部分，由於著作權法係以促進資訊增產，獎掖創作為目的，符合媒體自由所涉之「健全民主體制」價值，所以在此部分自然不可能以嚴格審查標準進行審查。換言之，由於 Baker 對於表意自由體系的二元理解，其對於著作權法的審查亦因應著作權法管制對象及事物之不同，而有不同的審查標準。

承上所述，可知著作權法審查架構的建立，與表意自由審查體系的理解有直接的關連性。要正確架構著作權法合憲控制體系，必須對表意自由的理論價值及

體系有正確的理解。

### 三、民主原則與著作權法

著作權法第二個憲法上的公益價值，乃民主原則。由於民主對於著作權法的檢討是建構在民主對於媒體法制的既有檢討成果之上，因此筆者在第四章首先說明了著作權法與媒體法制的密切關連性。其次，不同的民主概念對於媒體政策，乃至著作權法，有不同的立場。根據學者 Baker 的分析，有三種典型的民主概念對媒體法制各有特殊堅持。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。

筆者贊同 Baker 及 Harbermas 的民主觀，亦即混合上揭三種民主概念的折衷式民主概念。折衷式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。

民主原則是憲法最抽象的價值之一，實際運用於著作權法的檢討，不見得可以有具體明確的細節指引。但是，如果我們連著作權法的規範意旨是立足於民主精神，用以促進健全資訊環境，都無基本的認識，那麼可以預見著作權法的法制發展必然會在利益失衡的結構缺失下，越往私益一方偏斜。此外，民主概念的認識亦有助於表意自由的理解。蓋如第三章所述，表意自由除「個人自由與自主的保障」外，尚有「健全民主體制」此一價值，此價值與「民主原則」乃相同內涵、不同表現的憲法規範。故研究民主原則除了有具體化憲法客觀價值秩序的意義外，尚有釐清表意自由審查體系的功能。

#### 四、我國著作權法之合憲控制體系

本文在第二章說明著作權法的利益失衡問題與憲法公益價值研究的重要性，第三及第四章說明著作權法最重要的憲法基礎---表意自由與民主原則。在此研究基礎下，筆者於第五章試圖架構我國著作權法的合憲控制體系。

著作權法是一個全球化程度甚深的法律，因此我國著作權法與其他歐美國家相同，也有立法政策利益失衡的問題。更甚者，由於我國在國際貿易談判多半處於劣勢，因此著作權法的公公益平衡問題也更行複雜。然而目前我國學界對於著作權法公益思想於憲法上基礎的研究，卻仍在起步階段，因此亟待更多先進共同投入這個領域，喚起立法者對憲法價值的重視，並協助司法者進行合憲控制。

在此期許之下，本文於第五章分別論述著作權法公、私益的憲法基礎。在私益部分，僅強調兩個重點。第一，私益保障也是公益內容的一部份，因此著作權的保障一方面有保障作者權益的功能，一方面也有健全資訊環境的公益效果。第二，從財產權的社會義務角度來看，著作權的保障也必然不是絕對的，考量著作權作為資訊社會中最重要的私權利之一，勢必要受到公益價值的拘束。而公益的限制內容，應由表意自由與民主原則來具體形成或引導。

本文在第五章第三節嘗試就既有釋憲實務成果，論述我國表意自由與民主原

則在涉及著作權法部分可能的解釋方向。限於既有大法官解釋的廣度與深度，因此大部分的內容都是筆者大膽的推斷。包括我國憲法的民主原則應屬於「折衷式的民主」概念，以及，我國表意自由體系應承認「個人自由與自主」與「健全民主體制」等兩個基本價值。從功能分配的角度來看，財產權的社會義務概念為公益內容開拓出揮灑的空間，實質的內容則由表意自由及民主原則形成。表意自由係本於「個人自由與自主」與「健全民主體制」兩大保障基礎，且後者與民主原則是內涵相同的價值。因此，歸根究底而言，是由「個人自由與自主之保障」及「健全民主體制」兩者，作為影響著作權法公益內容的憲法價值。本文在第五章第四節以合理使用原則為例，試圖說明著作權法公益面向的憲法基礎如何影響下位階的著作權法之解釋，正是以上述研究成果為基礎。無可諱言地，此嘗試尚十分粗糙，但在此操作過程中，筆者卻看到了在撰寫本文之前沒有看到的問題，未嘗沒有豐富的收穫。僅提出這些尚待努力的部分，作為上述最末的結語，更作為一個期許。

### 一、表意自由的審查體系應再釐清

表意自由的理論體系是對著作權法進行合憲控制的基礎，但是「個人自由與自主的保障」與「健全民主體制」等兩大表意自由理論基礎卻有價值不相容之處。<sup>3</sup>邏輯上，權利保障的理論基礎會影響審查方法或體系，因此，表意自由的審查在涉及不同價值的情況，應該有兩套不同的標準。否則就會發生為A價值訂作的標準套不進B價值的窘態。

著作權法就是一個鮮明的例子，一個有助民主價值的法律，卻可能限制個人自由與自主。硬要套用同一套標準的結果，就是把原應屬於「針對內容」的法律，藉由解釋立法者意旨，認定是「內容中立」。難以理解的是，有無侵害個人自由與自主，竟然不是從受害者（權利主體）的角度客觀判斷，而是從加害者（立法者）的主觀意思決之。

---

<sup>3</sup> 參見前文第三章第二節第三項，以及第五章第三節第一項第一款。

但是這種不顧價值差異，建立單一體系標準的作法，在美國已有數十年以上歷史，我國釋憲機關亦有不予區分的傾向。考量釋憲實務難以逆轉的特質，讓可能的解決之道顯得更加複雜。

## 二、「個人自由與自主」的界線太過模糊

本文雖然原則上同意Baker教授的見解，認為「個人自由與自主」是著作權法不可逾越的界線。但此概念的界線範圍為何，卻十分的模糊。Baker教授雖然從個人自由與自主的哲學概念，提出三個主要界線，包括營利行為、意圖傷害他人的行為和以數位網路方式大量散播的行為<sup>4</sup>，但這些標準都涉及相當程度的不確定性。舉例而言，雖然某些營利性的著作使用行為，如賣書，很典型地不具有個人自由與自主表現之特徵。但也有不少模糊地帶，例如老師為教學而印製講義，雖然教學也是一種以提供勞務而獲利的行為，但是教學行為之獨立性，以及自我思想與意志之運用，顯然遠高於一般營利行為許多。此類行為是否排除或納入個人自由與自主概念之範圍，恐怕需要從哲學層次作更深入的分析。

## 三、資訊生產體系相關問題需有更多實證研究

著作權法的主要功能與目的，是資訊的豐產與多樣，與憲法的民主概念具有相同規範價值。但是資訊體系的掌控困難之處就在於，資訊不是「多就是好」，好的資訊環境還要是擁有高品質資訊的環境。此處便涉及Benkler教授所研究的資訊生產體系的問題，因為只有精確瞭解資訊生產體系中各種資訊生產者，法律才能有效地介入私人資訊生產；一味地擴張資訊權利，只是圖利特定種類的資訊生產者，傷害其他種類資訊生產者，民主資訊環境所需的多樣與均衡也就無法達成。<sup>5</sup>

不過以目前的研究成果而言，仍未達可明確運用的程度。因為資訊的「品質」

---

<sup>4</sup> 參見第三章第三節第二項第二款三、部分，以及第五章第三節第一項第四款三、部分。

<sup>5</sup> 參見第二章第二節。

是一個難以量化的概念，哪一種資訊生產者生產的哪一種資訊最具民主品質？因而最需受到保護？在欠缺實證基礎支持的情況下，任何絕對性的主張都稍嫌武斷。筆者雖然在前文謂「轉化性使用」應認為具有高民主品質，但在欠缺足夠實證基礎的情況下，也只能認為其僅有「推定」成立合理使用之效力。<sup>6</sup>因此，以著作權的限制規定進行資訊品質的控制，若要在立法政策或司法實務中具有說服力，最好能輔以完善的實證研究。只是這方面的研究，相當程度已超出法律專業的範圍，而需要跨領域的能力。

綜上所述，有關著作權法公益面向的憲法基礎，在基礎理論與實證研究上皆有需補強之處。換個角度看，這或許也符合作者選擇此課題之自我期許----如果不能解決問題，至少凸顯問題。

---

<sup>6</sup> 參見第五章第四節第二項第四款。