

臺北市立建國高級中學 96 學年度高二人文社會資優班專題研究

以著作權保護最適模式
看我國現今著作財產權利用之問題

研究學生：張竣凱

指導老師：張惠倩

目錄

- 第1章 前言
 - 第1節 研究動機和目的
 - 第2節 研究範圍
 - 第3節 研究架構與方法
- 第2章 著作權的保護
 - 第1節 著作權沿革
 - 第2節 著作權保護目的
 - 第3節 著作權理論基礎
 - 第4節 著作權性質
- 第3章 著作權的限制
 - 第1節 第一次銷售原則
 - 第2節 著作權存續期間
 - 第3節 著作權保護標的
 - 第4節 強制授權
 - 第5節 合理使用
 - 第1項 理論基礎
 - 第2項 法律性質

第3項 判斷標準

第4章 著作權的侵害

第1節 有形利用

第1項 重製

第2項 改作

第3項 散布

第2節 無形傳播

第5章 著作權保護最適模式

第1節 模式推導

第2節 激勵與接觸

第6章 現今法制探討

第1節 有關保護

第2節 有關限制

第3節 有關侵害

第4節 除罪化

第7章 展望與結論

第8章 參考資料

第一章 前言

第一節 研究動機和目的

本文的題目之所以選擇著作權此一領域，乃因作者本身長期使用網路，深知網路資源共享風氣之盛行，眾人共享的內容可說是無所不包，而大部分的檔案都牽涉到著作權法的相關規定。下載者無論對著作權法了解或不了解，都貪圖網路的快速與成本低廉等特性，獲取所需之資源；然後，再因為「禮尚往來」的觀念，上傳自身擁有之資源，而這些資源有可能又是另一位網路使用者的所需，形成滾雪球式的循環。網際網路的普及不僅造成知識爆炸，其影響也一路延燒到知識在現今社會最有價值的部分——著作權。隨著電腦設備的精進，重製著作不再像過去抄書式的耗時費工，網際網路的發展，更讓空間距離不再是問題。最近常可發現往往實體唱片行剛剛鋪貨上架，網路上已有檔案可供下載的現象；或是昨天才在日本播放的連續劇，今天可能就有台灣網友也看完了。

在眾網友享受網路共享資源的同時，卻有另外一群人為這些共享的檔案而頭痛，如唱片業者、影視業者。一邊是利用人，一邊是著作人，兩者在著作權法上的拉鋸戰擴大了「知識」的意涵，究竟知識是自由的，抑或是如財產般私有的。著作權的相關論爭，體現了知識的強大力量，也宣告了知識經濟時代的到來，這場風暴從學界席捲到法院，自歐美搭上全球化的浪潮衝擊世界各處，台灣自然不能例外。

近來台灣有關著作權的侵權案件不斷，又以 Kuro、ezpeer 兩起網路音樂資源共享平台的案件最為人所知，相關法律問題也經過媒體的大肆報導，漸漸凸顯社會認知與實際法律規定的差距。尤其在民國九十六年底，首次出現大學生因影印書籍而造成著作權侵權，被檢方求處拘役二十天，影印業者也求處四

個月的徒刑。¹造成影印業者人人自危，學生之間亦多加撻伐檢調單位，質疑是否「柿子挑軟的吃」、是否有執法過當的問題。社會大眾對著作權法的好奇心高漲，其中也包括筆者，再作進一步認知後，筆者深知著作權對現今社會的影響力之大、影響層面之廣，卻又不為一般民眾所知的現況。因此作者欲以此篇研究作為社會大眾了解著作權法的入門，與對台灣著作權法環境現狀的認知，希冀能夠在學界與實務界的諸多意見中，找尋最適合台灣社會的著作權法，求得著作人與利用人之間的平衡點，也讓一路跟隨美國特別 301 條款走到世界貿易組織 TRIPs 協定的立法界，能夠聽到真正來自台灣人民的聲音，不再只是受制於全球化的國際浪潮。

第二節 研究範圍

本文研究旨在一個經濟模式下探討我國著作權法的發展現況，對象主要為台灣著作權法中有關著作財產權的規定，與著作財產權的相關學說。因為著作財產權不同於著作人格權，它具有財產權可轉讓的性質，可以計算實質的損失或收益且加以量化，討論起來容易用經濟學的方法思考，比起哲學性較高的人格權，財產權更適合放在一個嚴謹的科學方法下研究。更進一步地來看，不管是著作人控訴他人抄襲、重製，抑或是利用人主張其有合理使用的權利，皆是聚焦在伴隨著作財產權的龐大利益。在國內外學界意見多元，實務界案例豐富，討論結構清晰的情況下，作者因此選擇著作財產權作為研究主體，並著眼於台灣現況。故以下無特別所指稱之著作權一律為著作財產權。

第三節 研究架構與方法

一如本文題目，要以著作權保護最適模式來進行分析，這個模式容作者

1 http://mag.udn.com/mag/campus/storypage.jsp?f_ART_ID=96768&pno=7

稍後於第五章時介紹，在那之前作者會先介紹著作權的三大面向：保護、限制、侵害，詳述此三個面向的學說、實務與學界討論的重點。由於現今在台灣著作權法界的研究大多都已經走到專精的層面，為求整體的模式分析，本研究將匯聚眾學者在著作權不同領域的意見，揭露台灣目前法制的利弊，然後在第五章討論整體著作權利用的問題，以及這樣的著作權法是否符合國外學者所整理而來的模式，或是根據實務現狀這樣的模式是否符合台灣的需求。最後為對台灣著作權法的未來展望與本篇研究的結論。

第二章 著作權的保護

第一節 著作權的沿革

西元一四五六年，德國人 Johann Gutenberg 發明金屬活版印刷術，知識傳播歷經一次爆炸式的革命，印刷術得到了商業上的實用性，於是印刷業如雨後春筍般在歐洲蓬勃發展。印刷術在商業上廣泛運用的影響便是降低了複製的成本，眾人皆可重製且成本更低的特性大大地影響了出版業者的利益，為了力保自己的利益，出版、印刷業者與當時立法體系最完善的國會----英國國會，在訂定相關法律上曾有過一番拉鋸。

一五七七年，倫敦的出版商與印刷業者組成聯盟，名為圖書公司 (Stationers' Company of London)，結合英國政府的星法院 (Star Chamber)，建立嚴謹的審查許可制度，防範任何未加入會員的印刷公司私自盜印書籍。爾後陸續又授權圖書公司搜索扣押、銷毀非法書籍、撤銷印刷執照及判處徒刑與罰金之權力。直至一六四一年，星法院廢除，圖書公司驚覺過往許多的特權一一喪失，為此他們找上了更有力的國會，欲以立法之方式從根本保障其利益。終於一六四三年正式制訂『特許法案』 (the Licensing Act)，賦予該圖書公司獨占出版與印刷之特權。此法案之期限經圖書公司請願而一延再延，每次到期皆引起贊成

者與反對者的激烈爭辯，到了一六九四年屆滿不再延展而終告失效，圖書公司完全失去對市場的控制。然而一夕之間，市場暴增盜版書籍與自行出版者，諸多業者見無利可圖，便再度向國會遊說施壓，最後在一七一〇年催生了世界上第一部成文著作權法：『安妮法案』。

安妮法案全名為『為獎勵學術，賦予已印刷出版著作作品之作者及其購買人，得在法律所規定的期間內享有一定權利之法案』²這裡要注意的是，法案中的購買人係指稱向著作人購買著作權者，一般而言即是出版商或印刷公司，非現代所稱之消費者。安妮法案之所以為世界第一部著作權法，主要因其具有下列特點：

1. 廢除審查制度
2. 取消特權制度
3. 著作權是排他性權利，他人未經著作權人的同意，不得擅自翻印、複製或出售
4. 著作權有一定的年限，非永恆享有
5. 著作權與公益衝突時，有必要受到相當的限制

安妮法案大體認定了「作者」為著作的主體，此項認知影響後來歐陸盛行的人格理論；又其權利可賦予購買人的特性，慢慢衍生出財產權的概念。安妮法案雖並非著作權人所極力爭取自身利益而成的結果，但是藉由組織較龐大的出版、印刷商之手，卻意外成就了「作者」的地位，以及公益層面的公共領域。所以此法案之重要處在其揭示的理念，對後續著作權法發展的影響，而著作權法也自此走向一條充滿挑戰、崎嶇不平的道路。

2 「An act for the encouragement of learning, by vesting the copies of printed books in the authors or purchasers of such copies, during the times therein mentions.」

第二節 著作權的保護目的

以安妮法案為濫觴，著作權法逐漸在世界各國訂定，我國亦在民國十七年訂定了第一部的著作權法，第一條便揭櫫了著作權法的保護目的：『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，特制定本法。本法未規定者，適用其他法律之規定。』即是說，著作權的保護在作者與公眾利用人之間作最適的取捨，而且以國家、社會為最大的考量。從著作權保護目的可以顯現出著作權法的施行目標，此目標為一循序漸進的結果：

1. 保障著作人著作權益
2. 調和社會公共利益
3. 促進國家文化發展

以上三者依序從短程到終極的目標，由此可知著作權的保護目的應以國家社會利益為本，並藉由保護著作人權益之手段，遂行促進文化發展之目的。

在學界對於著作權應保護的目的一般都認為有上列三種，各學說之相異處僅在著作權人與社會公眾的利益比重不同，這些學說支持著作權的設立，是為著作權保護的理論基礎，次節將一一介紹學界主要的理論。

第三節 著作權的理論基礎

了解著作權之保護目的存在著社會與著作人兩種層面的分歧性後，就正式踏入了近幾年來有關著作權法的論爭，雖然國內外學界與實務界都在為此二者孰重孰輕吵得不可開交，但是各方說法在擁護個人或公眾的極端之間仍存有一致的看法，即是以法律維持著作權的保護是有其必要性的。本節將探討現有主要四種維護著作權理論的學說如下：

- 1 人格理論：此一理論建基於黑格爾的學說，強調著作的表達乃是著作人自由意志的展現，應賦予著作人私有的權利加以實現並彰顯著作內含的人格特質。
- 2 獎賞勤勉理論：從洛克（John Locke）所提倡之自然法（natural law）理論出發，本於「自然正義原則（the principle of natural justice）認為作者擷取公共資產，投注心血從事創作，自得享受勤勉勞動之成果，有權控制、自由處分其著作，此即「獎賞勤勉理論」。³但是洛克的自然法中設有但書，當著作人受到私有（專屬）權利的保障時，著作人理應留予大眾「充分且等質」的財產，始具有其專屬權利的正當性。
- 3 誘因理論：為促進人類整體文化水平之進步，有必要給予潛在的著作人創作的誘因，俾能鼓勵眾人不斷的創作。此說興盛於以美國為首的海洋法系國家，對於提出誘因的理由不同，又可細分為報償理論與效益理論二種。
 - 3.1 報償理論：由於著作權保護最終目的是要達成人類文化水平的提升，因此所有著作最後必定走入公共領域，促使社會大眾接觸並利用之，屆時著作人將無利可圖。若將所有著作一開始即進入公共領域，如此便再也無人從事創作，於是社會大眾為求更多創作的生產，便與著作人妥協，給予一定年限的獨佔權利作為報償，而在此年限後，著作人則允諾其著作進入公共領域。此理論本於智慧財產具有「不排他性」與「無損耗性」，「不排他性」又稱「非獨占性」，而「無損耗性」係指無論多少人共享智慧財產皆不會耗損此財產的價值，此二特性揭露智慧財產的公共性質，為求有著作人提供此種公共財，社會大眾只需提供誘因，而不用如傳統財產權予以保護。

3 p.45

3.2 效益理論：本理論採法律經濟分析，為本文後面章節所要介紹的最適模式的基本主張。任一著作人發表其著作都需負擔表達成本與潛在的重製風險，如果處於一個未有著作權保護的社會，此成本與風險將過大而降低甚至抹滅著作人的創作意願，為防止此種情形發生，社會提供著作人誘因——獨占權，以增進其效益。然而過大的獨占權又會使消費者的交易成本提高，交易無法達成便造成社會上無謂的損失，且後續的著作人也會因為前人著作存在過高的授權金，其表達成本亦連帶隨之提高，無形中減少許多潛在的著作意願。因此在考量著作人效益的情形下也必須衡量社會為此所作的損失。

4 社會規劃理論：此說強調著作對文化目標的增進，認為著作之所以有價值，正因其對社會文化有所貢獻，故鼓勵著作人為了社會文化而多多創作，並以文化性質區分傳統財產權與智慧財產權。

以上四種說法對著作人權利保護的比重依序由多至少，對社會大眾（利用人）的利益則反之。著作人在著作中展現獨一無二的人格特質，將之視為私人財產並無不妥，則人格理論有其依據；為求鼓勵創作，以著作權獨佔性質作為對著作人勞動的獎勵，或藉此為誘因交易其著作的公共化、彌補著作人創作成本以俾減少經濟利益的無謂損失，故獎勵勤勉理論與誘因理論皆能對現實社會中著作權的運作情形有一番解釋；著作人自社會文化中汲取創作靈感成就風雨名山之業，也將其著作奉獻於全體人類文化資產使社會大眾享用之，以助更多潛在的著作人增進社會文化，所以對具文化價值之著作的產出，以著作權為手段鼓勵之。四種說法各有專長，各有特色，然而這些理論基礎的後續影響一路從學術界轉至立法界、實務界，各國選擇不同的學說作為立法基礎，造就不同的著作權法，豐富著作權的面貌。本文雖採用一經濟模式分析，基本假設偏向誘因理論，然於理論基礎上凡有其立論所在者皆予以認同，而有關經濟模式的主要看法容後詳述。

第四節 著作權的性質

著作權由於所保護之對象，不是「著作物」而是「著作表達」本身，舉例來說，著作權並不保護單一本小說，而是保護小說中藉由創作文字彰顯特定情節的表達方式，此種表達方式不同於一般物權依附之物，其為人類心智之結晶，沒有一定實體，故著作權具「無體性」。而著作權在一定年限擁有獨佔性，與『民法』界定之物權相似，然就上述無體性、時效性、具公益性質等特點又不同於一般物權，故學界多以「準物權」視之。最後，著作權無論對於著作人抑或是社會大眾深具經濟價值，從而有財產權特質，也因此種豐厚的利益，產生了有關著作權性質最大的論辯，對於著作權獲得的正當性有兩種最大的相異學說：自然權利與法定權利。

- 1 自然權利：即是認為著作權乃是一種受自然賦予著作人的權利，為一種著作人私有的權利，任何人不能予以侵犯。此種主張者沿用黑格爾與洛克有關財產權的論述。黑格爾強調作者的人格特質在其著作中表露無遺，於是著作無疑是作者本身心智的體現，主張著作權不可轉讓且歸屬於原始著作人。洛克主張作者在創作上所付出的勞動，造就了作者對其著作私有管理的正當性，換句話說「天賦人權」所憑藉的管道便是勞動。

此種自然賦予著作人權利的主張盛行於歐陸，即所謂大陸法系地區，以法國、德國為代表，但是兩國之間又存有相異處，其癥結點就在黑格爾「人格特質」的理論。德國篤信黑格爾的哲學論述，其法律所規定之著作權，既同時承認其具經濟價值的財產性質並允以利用，同時又堅持唯自然人的人格特質才能體現於著作中，強調僅有自然人能成為著作人，同時兼有財產與人格特質，是為一元論。而法國兼採洛克獎勵勤勉

之學說，以私有財產方式獎勵著作人在創作時所付出的辛勞，是以其法律將著作財產權一分為二，一為黑格爾注重的人格權，另一則是如私有財產般可轉讓、售予的著作財產權，學術界稱為二元論。

- 2 法定權利：相較於大陸法系所採用的自然權利學說，從英國『安妮法案』至美國 1909 年修正的『著作權法案』，海洋法系保持一貫的立場，認為著作人擁有的獨占性權利是一法定權利。換言之，著作權在法律給予保障前是為公共資產，與自然權利說在認定著作權之本質上分別擁護個人私有與公眾享有兩個極端，又法定權利說傾向強調著作權的財產性相異於自然權利之人格性。此學說經由英美各級法院之判決趨於確定，且對於著作權的態度也與自然權利說大相逕庭，此說認為著作權既然是法律所制定給予著作人特權獨占，理應維持一個半滿的水杯，不可使獨占權利過滿，以求社會利益的同時維護。

雖然台灣現行的著作權法採行人格與財產權的二元論，但是在修法期間深受美國影響，在財產權的規定中也不乏法定權利的影子。且學界多屬著作權極簡派（copyright minimalists），主張著作權應維持一有限度的保護，俾使獨占性權利不致影響大眾對著作的欣賞與利用，才能增進更多嶄新創作的產生，而此主張乃偏向法定權利的一方。深究學界採此主張之原因，實為著作權保護之目的最終須以國家文化發展為重，在社會大眾的利益考量下，有必要對著作人的獨占性權利加以限制，故其哲學思考較為偏向法定權利。又本文採行經濟模式分析，限定討論著作財產權方面之問題，對人格權並無太多涉獵，且其最終追求者乃是社會利益的最大化。故就以上幾點看來，本文認為著作人於其著作財產權方面的獨占性，是經由法律之訂定所賦予，目的是為求國家文化的發展，為遂行此一目的，在斟酌社會大眾的利益後，有必要對著作權加之限制，不可使其獨占權利過大。而所加的限制，便是下一章節討論的主題。

第三章 著作權的限制

如同前一章所言，著作權是一法定之獨占性權利，藉由此種手段鼓勵著作人持續創作，繼而達到增進人類社會文化的終極目標，但是由於一個獨占性權利同時具有排除他人使用的傾向，很明顯的並不利於大眾對著作的利用，自然無法達成著作權法訂定的終極目的，於是著作權法給予著作權一些限制，並且在保護與限制之間衡量著作人與社會大眾的權利，本章便是要簡略討論這些加諸在著作權上的限制，然後更進一步探討現今我國在此方面所面臨的課題。

第一節 第一次銷售原則

第一次銷售原則，又稱權利耗盡原則，係為區分著作人與財產所有人兩者之權利不同而存在。由於著作財產權是以著作人得對其著作主張重製與散布的獨占性質為主要內容，其中有關散布權方面與財產所有人在傳統財產權所享有的自主管理性有牴觸，故以第一次銷售為界線將兩者分開。即是，在著作人於第一次的銷售行為將重製著作物之財產所有權移轉後，著作人在此一重製著作物所擁有的獨占性散布權已然耗盡，此後，無論合法取得重製著作物之人是否散布、以何種形式散布其所擁有合法取得之重製著作物，其原先之著作人皆無權干涉或控制。值得注意的是，第一次銷售原則著眼的部分唯有重製著作物的散布，而不包含著作的重製，也就是說：今天我買了一本書，我可以將之出租、轉賣於他人，但卻不可以把此書完全加以複印。⁴這樣的情況通常令一般大眾不解，在此稍微簡述說明，散布權與重製權其實都附著於有形的著作重製物，不同的是，因為所散布的著作重製物本就經由著作人將之移轉於他人，故

4 事實上著作權法仍允許我們在一定範圍的重製，這將在後面有關合理使用與重製的章節再度討論。

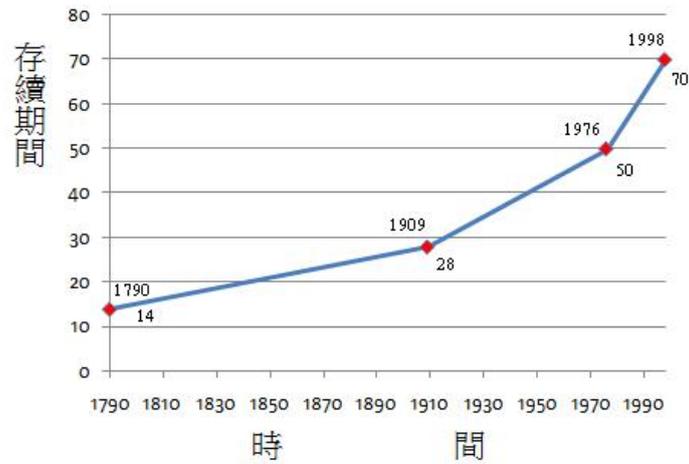
其散布已在著作人的預料與默示之中，但是重製行為會造成許多原先不在著作人預料範圍內的著作重製物，進一步影響著作在市場的價值，有損害著作人權益之虞。有關散布與重製兩者對著作權的侵害，本文在下一章有更深入的討論。

第二節 著作權存續期間

眾所皆知，著作權的保護具有一定的存續期間，主要就是為了能讓原本受著作人獨占的著作進入公共領域（Public Domain）自由地予以大眾使用。我國現今著作權法採二元論設計，其中著作人格權因為代表著作人其獨有的人格特質，沒有與社會大眾利益衝突之處，故永續存在；而著作財產權具有財產的經濟價值，為著作人獨占時可激勵著作人創作不懈，但是同時也在欲利用著作的社會大眾面前佇立起一座高牆，於是自『安妮法案』以來著作財產權有了存續的期限。著作人只在著作權存續期間享有對著作利用權利的獨占，屆滿法定期限，著作即立刻進入公共領域成為公共財，如同陽光、空氣、水自由供大眾利用，而沒有著作權侵害的疑慮。然而著作權的存續期間自出現以來，國際間有持續延長的趨勢，以美國為例，其著作權法所訂定的存續期間歷經四次改變：1790年初次訂定著作權法，乃參考英國『安妮法案』以十四年為限，期滿可再延長十四年；待至1909年，將存續期間再次增長為二十八年，可延長期間也同時增加為二十八年；1976年，美國國會追隨歐陸潮流⁵，採用「終身附加原則」，將之修訂為著作人死後五十年；不久後，在1998年，著作權存續期間再度增修

5 德國早於1930年代立法修訂為著作人死後50年，而在國際上，1971年最終修訂的伯恩公約也已明定會員國須遵守著作權保護期間至少為著作人死後50年。有關各國著作權存續期間，參照經濟部智慧財產局委託逢甲大學商學院財經法律研究所製作之「國際間對著作財產權保護期限之趨勢研究」報告書。

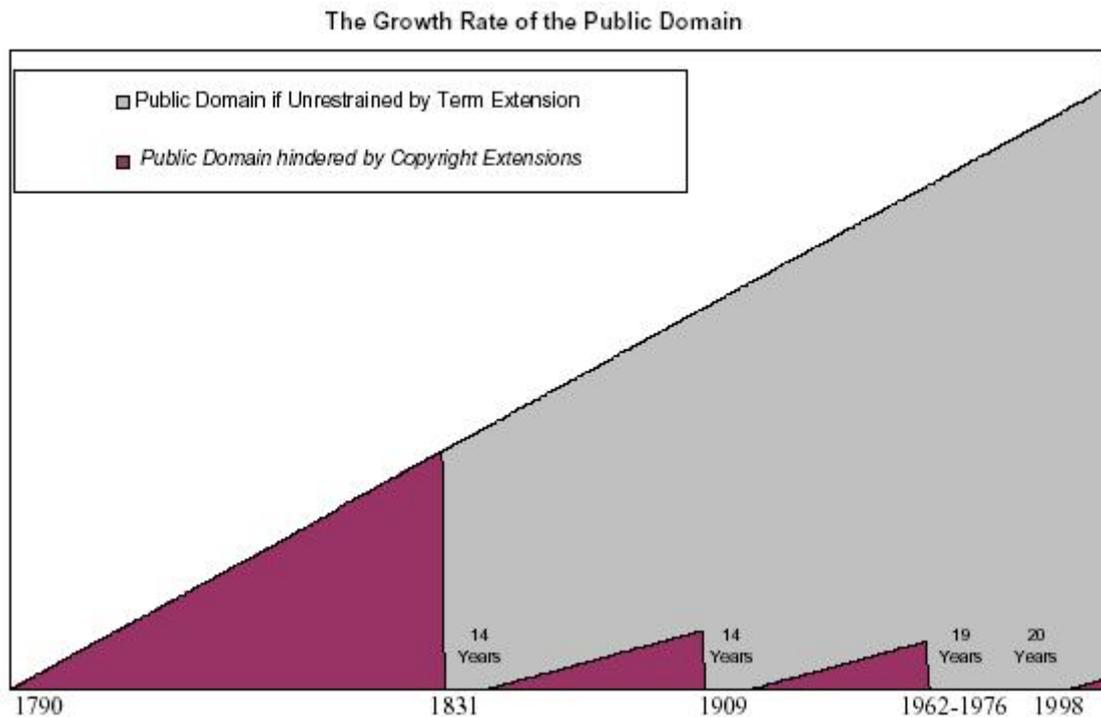
為著作人死後七十年。⁶經本文作者製表如下：



圖一

著作權存續期間的長短事關重大，這就像一道閘門，控制著作的流量，存續期間越長，閘門開口越小，能進入公共領域供大眾自由利用者越少。由於每次修法都將向前追溯那些已經發表但尚未進入公眾領域之著作，產生著作進入公共領域的空窗期，導致公共領域的縮減。同樣以美國為例子，由圖二可顯而易見其結果：

6 論著作權法與公共領域之衝突與調和機制 p.43



圖二

而公共領域的縮減並不是著作權存續期間過長所造成的唯一問題，另一個同樣重要的問題是如此長的期限是否真的對著作人具有成為誘因的經濟價值，由人的平均壽命及人生創作之精華年齡階段，依法律折算之著作財產權存續期間主要落在六十年至一百年之間，而依美國 C R S (Congressional Research Service) 之報告指出，只有 2% 之著作在五十五年及七十五年仍保有商業價值，亦即說在那之後仍有權利金等商業利益的收入。⁷ 即是僅僅有 2% 的著作有需要受到著作權法的保護，且考量到未來金錢對現在的價值，我們將會發現著作權在長期保護後所剩餘的商業利益對著作人來說是微乎其微。為求以下解釋的方便，在此先介紹兩個名詞，「現值」(present value) 與「終值」(future value)，現值是在討論金錢隨時間而改變價值時，所設立位於基準時間 (通常是現在) 的金錢；而終值則是歷經一段時間後、未來的金錢。因為年利率的影響，以同等價值而言，終值將會大於現值，也就是說同樣面額的現金，現在擁有的比起未

⁷

來將持有的，其價值較高。以下簡單舉例說明：假設甲國每年具有固定年利率 10%，則今年的現金 1 元到明年將會成為 1.1 元($1 \times 110\% = 1.1$)，換句話說，明年的終值 1.1 元才會等同現值 1 元，而明年的終值 1 元價值只等同於現值約 0.909 元 ($1 \div 110\% = 0.909$)；所以，若設年利率為 r ，則現值 1 元同等於 n 年後之終值 $(1+r)^n$ 元，且 n 年後之終值 1 元相當於現值 $1/(1+r)^n$ 元的價值。若以此角度切入討論著作權的存續期間長短的問題，我們只需一算在著作權存續期間其金錢的時間價值變化，便可知道應該把時間延續至多長，以求保護成本與著作人利益相稱。由於前文所述，著作財產權存續期間大多落在六十至一百年間，以此為據每十年將終值轉換成現值，且預設四種年利率，所得結果製表如下：

年利率\時間	60	70	80	90	100
2%	0.30478	0.25003	0.20511	0.16826	0.13803
5%	0.05354	0.03287	0.02018	0.01239	0.00760
10%	0.00328	0.00127	0.00049	0.00019	0.00007
12%	0.00111	0.00036	0.00012	0.00004	0.00001

表 一

此表明顯指出在經過一段漫長的時間後，金錢的時間價值急遽減低的情形，因此，著作權保護所帶來的利益同樣在快速縮減。在上表中較大的兩個利率環境（10%、12%），六十年後的終值連現值的百分之一都不到；而當社會提供 5% 的年利率，六十年後也只能維持現值的二十分之一強；即使我們採用最低的 2% 年利率，著作的價值在六十年至一百年之間亦將從原價值的三分之一以驚人的速度降至十分之一。下面筆者更進一步分析，金錢價值隨時間遞減的幅度，就此看出著作收益增加的幅度，使讀者更能了解金錢的時間遞減效果對著作權存續期間的決定性影響。這次的圖表完整地從著作受著作權的保護開始，直至著作權可能存續的年限，呈現出金錢價值下降趨勢之迅速。

金錢隨時間的現值遞減效果幅度圖

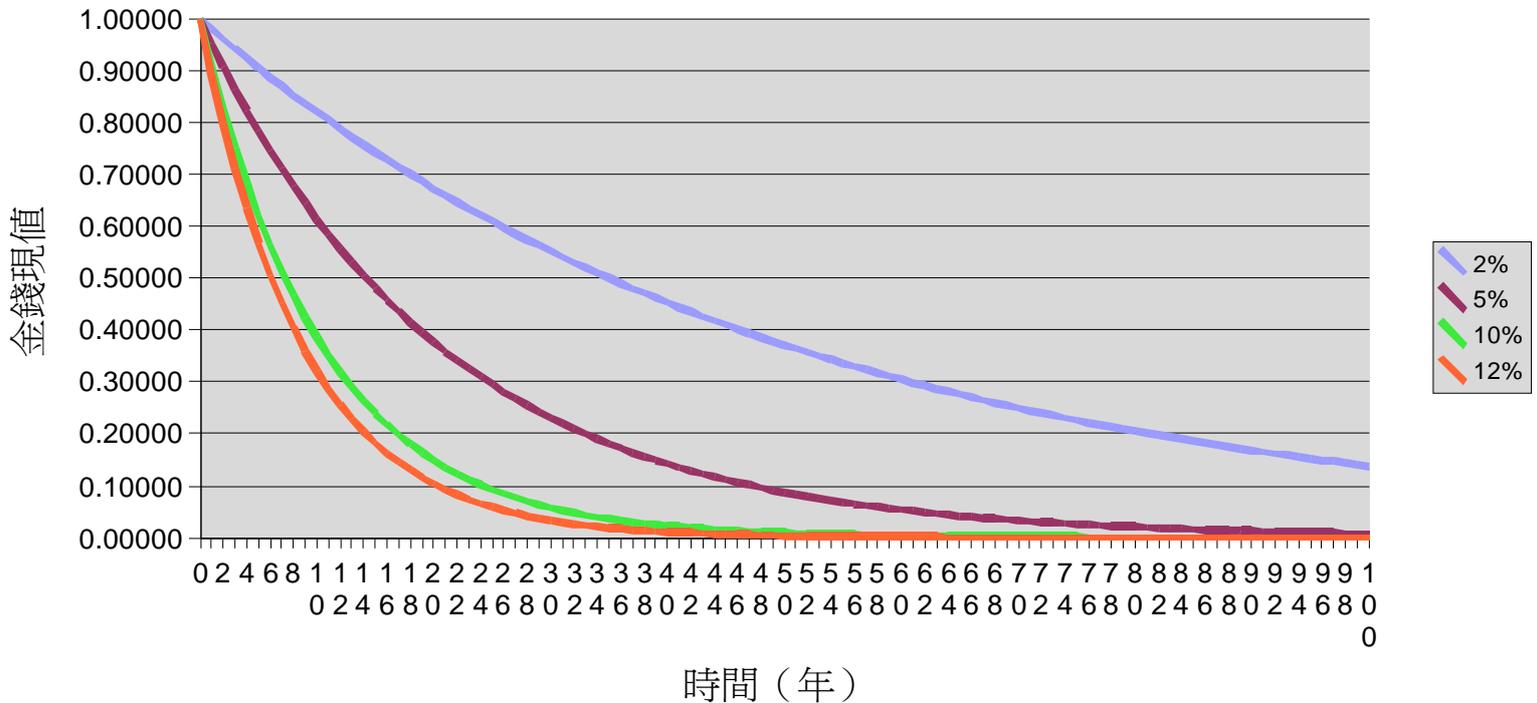


圖 二 8

從圖二很明顯的看出，在著作開始受到保護的初期，金錢的實際價值以極快的速率減少，然後在到達某種程度後，其減少的趨勢才緩和下來，並且曲線將會無限趨近於 x 軸，表示金錢的現值也將無限趨近於零，其價值早已是無關緊要的程度。例如在 10%與 12%的利率環境下，五十年以後的金錢現值改變幅度於圖上已然看似一條水平線，當然實際上那不會是一條水平線，只不過其改變的幅度相較於當初的現值 1 來說是微乎其微，且並非僅有改變的幅度微小，五十年以後的金錢現值與最初著作受到保護之時的金錢現值，也是天差地遠。即便是 2%的利率環境，前期的下滑幅度仍然遠大於後期，這凸顯出在後期雖價值的變化微小，但是經歷前期的急遽下滑後，金錢的價值已遠不如當初。為更能表達出此種現象，且進一步據此探討著作權的存續期間長短之問題，筆

8 圖中所指之現值乃是當年度的金錢終值轉換成第一年的現值結果

者以每十年為一單位，將一到一百年劃分十期，計算每一期內各年度現值的總和加以比較如下：

每十年間金錢終值之總和

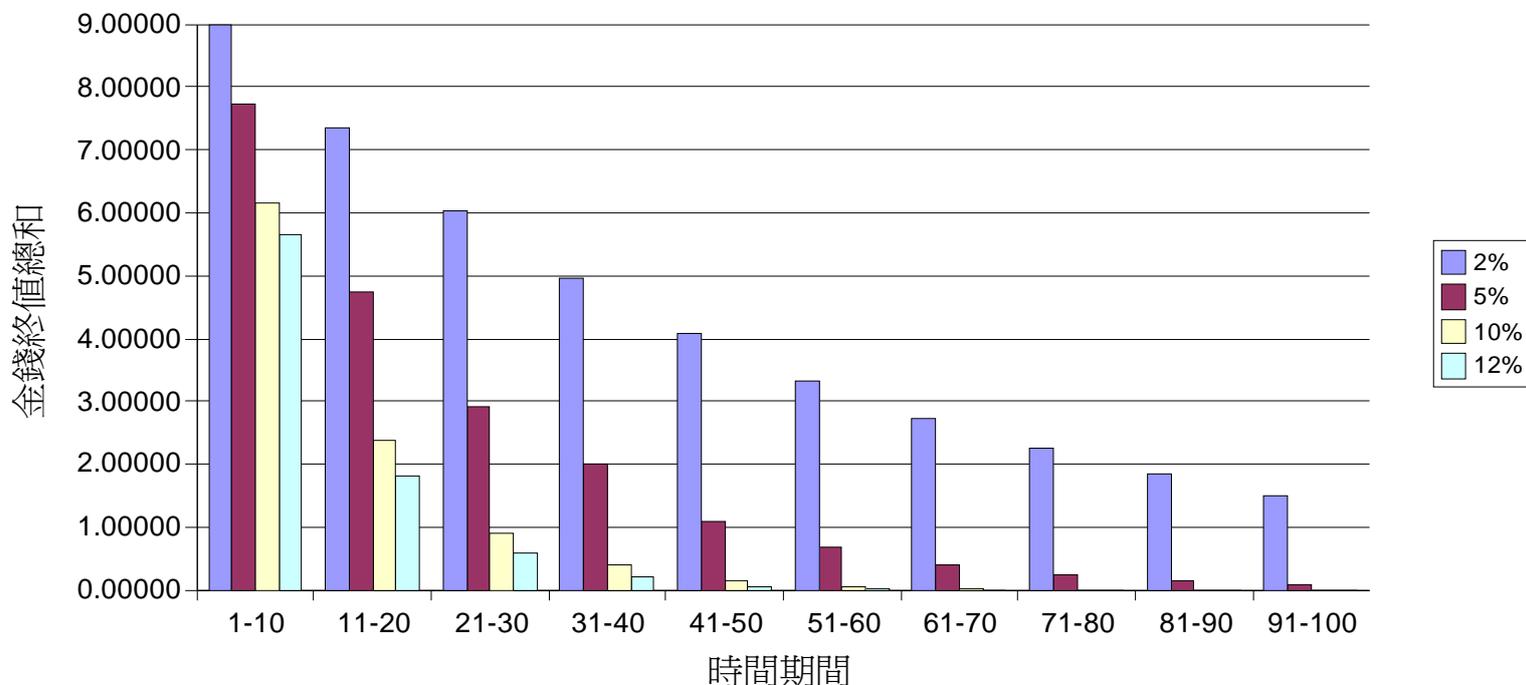


圖 三

如同在圖二所看到的，金錢價值的變化幅度一樣是前期較大，而後期變化較為和緩，但是由於將每十年的價值累積繪製成圖表，價值萎縮的現象更能凸顯而出，以 5% 的年利率環境來說，第 41 年到第 50 年間所累計的金錢價值，竟只有原本一年的現值左右。總而言之，著作自受著作權保護使能為著作人帶來利益之後，每一年能創造的利益隨時間遞移在不斷減少，為此，立法者應藉圖表看出著作人所得利益是否值得付出社會成本予以保護，並配合時間變化與利益的累積考量著作權存續期間的長短。根據以上圖表所呈現的結果，作者認為時間對金錢價值的顯著效果值得重新反思著作權保護的存續期間是否過長，而不是一味的跟隨所謂「國際潮流」，著作權獨占的存續雖是激勵著作人不懈創作的動力之一，但是千萬不可偏離存續期間當初作為著作權一項限制的原意，

更不可浪費過多的保護成本於著作人無法相稱、微乎其微的利益上，導致社會大眾接觸知識之路遭到阻絕。

第三節 著作權保護標的

依我國著作權法第三條第一款：『著作：指屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作。』可知我國著作權法本著提升人類社會文化，故將所保護之標的限縮為對社會大眾汲取學術知識有助益者，且政府亦藉由著作權法實踐使社會大眾方便利用知識的行動，即是在著作權法第九條中明定多種眾人時常利用之著作不可為著作權保護之標的⁹，以防著作權的獨占性過度影響社會大眾對知識的利用。可見規範著作權之保護標的也是一種著作權的限制，試圖將獨占性過大的著作權重新導向以衡量社會利益，於是產生著作權保護標的所應遵守的一項標準：「思想表達二分法」，這也是近來在國際法學界熱門討論的議題。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。』即是本於「思想表達二分法」所訂定的法規，彰顯著作權保護標的僅限於著作的表達方式，而未及著作中蘊含的思想與概念，因為人類的思想與概念本質上屬於公共資產，若擴張著作權的保護範疇至此，無疑在眾人的言論及出版自由上加之一道枷鎖，既無助於增加社會文化水平，更以提升表達成本之方式影響新作者投入創作著作的領域，從而社會整體可利用之著作資產將大幅減少。至於思想與表達究竟如何分別，就成了近年來國際學界眾人爭論的重點，其最主要的爭執點牽涉到重製和改作的著作權侵害方式，有關模仿行為是否違反著作權法其底線劃分之問題，本文將在第四章著作權的侵害再行討論。總而言之，著作權法的保護標的應侷限於具著作人個人特質的特定著作之表達

9

方式，而不應擴張至大眾皆有權自由利用的思想概念等公共資產。

第四節 強制授權

相對於著作人獨占其著作財產之利用權，為求整體社會文化資產的增加，減少大眾在尋求著作人授權時所需花費的交易成本，而有「強制授權」之制度存在。目前強制授權制度的立法趨勢在各國間風行，主要是因為強制授權一方面便於大眾利用廣大且受獨占保護的文化資產，另一方面也藉著法律明定事後利用人應付給的報酬，以彌補著作人分享獨占性權利的損失。依我國著作權法第六十九、七十、七十一條規定，目前唯有音樂著作之錄音著作準用強制授權制度，之所以僅適用於音樂著作之錄音，學者蕭雄淋認為主要有兩個理由「音樂具有極強的流通性與極高的使用頻率，故音樂利用往往不宜獨占」、「某一著作人的音樂著作往往專屬於某一錄音著作之製作人，以致造成特定的錄音著作之製作人長期獨占特定音樂之錄音權，此種現象對音樂流通與發展有所妨礙，為改善此種對音樂著作之錄音長期獨占之現象」蓋音樂著作既具有高使用率與流通性，即代表利用人可能不願承擔一次次利用行為背後隱含侵害著作權的風險，導致利用的停止，而著作人也可能因人海茫茫而遍尋不著何人欲加以利用，為解決對雙方皆無益處的局面，才在音樂著作的營利性錄音重製方面引進強制授權制度。但是亦有學者就僅給予音樂著作強制授權持反對意見，認為應全面開放適用，對以上理由亦有反駁之處。首先在有關錄音權的獨占現象上質疑其未有實例以證其說；再者是有關利用人的立場，只要利用人藉音樂著作的錄音重製之銷售利益，足以大於或抵銷其給予音樂著作之著作人的權利金，以及取得授權的交易成本，利用人便不致停止利用；最後就著作人而言，以現今我國規範的強制授權制度僅限於音樂著作的錄音重製看來，欲具有相當技術與設備而加以利用，實在不是一般市井小民能力所及，又以音樂著作重製錄音的

用途無非重新灌製唱片，或用於電影及電視劇的配樂，進行此項工作者大多為有一定規模的公司組織，並非單純的個人，在搜尋上應不是太大的問題。此派學者認為我國之所以僅音樂著作存有強制授權的規定，其箇中原因乃是對美國立法例的一味盲從，而未曾參考其歷史發展。蓋美國於 1909 年發展出音樂著作的錄音權強制授權制度，一般認為與歷史上唱片業者的競爭有關，當時 Aeolian Co. 公司有先見之明，欲知著作權的獨占性其所能帶來的商機潛力無窮，於是四處收購音樂著作之錄音權，同業深怕該公司將獨占市場利益，乃向美國國會施壓，最後催生了具強制授權制度的音樂著作之錄音權，以調和著作人與社會公眾的利益分配。強制授權制度改變了傳統著作權的獨占性，將著作人的權利推向一個對社會大眾更為開放的方向，為求利用人與著作人能同時減少在談判桌上空轉的時間，以及屏除雙方未能達成交易所造成的無謂損失，強制授權所採用的方法是讓著作人改以報酬請求權取代原有的獨占著作權。如我國著作權法第二十六條第三項：『錄音著作經公開演出者，著作人得請求公開使用之人支付使用報酬。』便是報酬請求權最典型的規定，在此種嶄新權利的概念下，著作人僅擁有在利用人自由使用其著作後，對之進行報酬追討的權利。雖不如傳統著作權獨占存在豐厚的利益，但是財產權最核心的概念：經濟價值，卻是絲毫不減地保留下來，而且報酬請求權對利用人所開的自由大門畢竟是獨占權利所無法比擬的。因此，未來報酬請求權有望淘汰傳統的獨占性著作權，成為嶄新一代的著作權法基礎，不過無論未來的著作權法將如何發展，強制授權制度已經樹立了對獨占著作權之限制的新里程碑。

第五節 合理使用

本章前面四節已介紹了第一次銷售原則、著作權存續期間、著作權保護標的、強制授權等四種對著作權獨占性的法定限制，然而上述四種限制只有第

一次銷售原則與強制授權直接與利用人相關，著作權存續期間以及著作權保護標的的限制多是在縮減著作人所擁有之著作權獨占性，並非為利用人主張自由使用著作的權利，相對來說較為消極；但是第一次銷售原則與強制授權又僅侷限一隅，無法對著作權的獨占性作全面的限制，而後雖有報酬請求權的出現令人耳目一新，不過在我國畢竟仍屬起步階段，整體法律制度的配合尚未完備。所以此四種規定皆未能對現今逐漸擴張的著作權獨占性進行全方位且有效的限制，對於利用人自由使用著作方面，也難以提出強而有力的支持。然而天無絕人之路，在著作權法相關概念中仍存在足以調和社會公眾利益與限縮著作權獨占範圍的關鍵手段，即是本節的重點：合理使用，以下對合理使用將作基本概念、法律性質與判斷標準的介紹。

第一項 理論基礎

著作權的合理使用即是「著作人以外之人對著作人依法享有具獨占性的著作權，縱使無著作人的同意授權，仍可在合理的範圍內無償且自由的使用」然而著作人的獨占著作權是為法定所賦予，而合理使用何以能漠視著作人之權利，逕自對受保護的著作加以利用？本節先就此問題對各方學者所提出的合理使用理論基礎進行討論。

1. 默示同意說：此派學者主張著作人之所以創作著作，主因除了著作權保護的激勵以外，更自然地期待著作受大眾廣泛的接觸與流通。諸如筆記本、記帳冊等深具實用性的著作，於創作之時即期待受大眾之利用，又著作人既然追求利用人購買著作以增進其利益，其首要條件即是使潛在的利用人認為此著作有值得購買的價值，也就是要對社會大眾廣告宣傳，提升著作在大眾心中的價值，於是一些對著作良好的評論就是必要的了。故評論者在以評論為目的合理使用著作時，同時也增加了著作的能見度與其於大眾心中的價值，促進著作的銷售利益，與著作人的目標

不謀而合，可以推論著作人對此合理使用有默示之同意。

2. 強制同意說：由於著作權的保護奠基於對社會文化的進步，所以本著作對大眾的接觸率與利用率越高，其能產生新著作以增進社會文化的可能性越高。於是著作人基於法定著作權保護的終極目的，必須在合理使用之範圍放棄其獨占性權利，然而考量著作人對眼前既有利益必不願放棄，故以「強制同意」方式成立合理使用之限制。
3. 慣例說：自古以來，著作人之間相互利用著作，才思激盪下，鑄鑄許多深具文化價值之新著作。如莎士比亞(Shakespeare)的「羅密歐與茱麗葉」等諸多戲劇著作，其中劇情皆非原創，多出自他人之手，但是經莎翁巧手，其著作仍舊聞名於世；又明代四大奇書之中，「金瓶梅」一書的內容實為施耐庵所著之「水滸傳」中有關西門慶勾引潘金蓮，殺武大郎，終被武松所殺的情節衍伸改編，最後兩書竟也在文壇並列四大奇書。因此依著作權法的慣例，著作人對他人特定的重製與引用有一般通常性的認識，故足證合理使用立論之合情合理。
4. 公共利益說：此處所提之公共利益可以從兩個層面分析，一為有關財產權的自然法理論，二為經濟理由上的分析。自然法理論由洛克對於勞動的哲學見解出發，洛克認為對於勞動成果的法定保障享有，受限於兩項但書：「禁止浪費原則」與當私人勞動主張與社會利益抵觸的解決方式。所謂「禁止浪費原則」即是如權利人有不當使用其私人財產時，他人即得將之剝奪而據以享有該財產，此即合理使用之根據，從著作權的角度來看，便是著作人於使用其著作獨占權時，無視社會大眾利用著作的強烈渴求，故利用人根據自然法有權合理使用其著作。另一項但書同樣能用解釋合理使用的正當性，洛克認為當個人的勞動成果主張與社會大眾之利益抵觸時，個人應留與社會大眾「充分且等質」的資產，其勞動成果使具正當性進而受法律保障。也就是說若著作人取得著作獨占權之時，並

無留有大眾自由利用之「充分且等質」的資產，其著作權保護的正當性即刻消失，而在此一但書下，利用人自然得而合理使用其著作，以帶動社會文化的提升視為著作人所應遺留的「充分且等質」之資產。在具經濟意義下的另一角度切入公共利益時，首重著作的公共財特性，由於利用著作問題的兩造雙方在著作市場中尋求交易成立時必須付出許多交易成本，主要有：尋找欲利用著作之著作權人與著作權人聯繫、與著作人協商利用該著作所應支付之權利金的數額、安排如何支付權利金¹⁰。因為著作權濃厚的公共特性使利用人期待的淨利將會居高不下，導致交易更加困難。當交易無法藉由市場機制完成時，即是出現「市場失靈」，將會導致經濟上的「無謂損失」影響社會福利。為解決利用人的交易成本居高不下，我們可以由著名的「寇斯定理」來探討，「寇斯定理」指的是在一個無交易成本的世界中，自然人將依理性自然的交易而達成最適的資源分配狀態，法律因而無存在的必要。寇斯此番話並不是要我們追求一個零交易成本的理想世界，而是與讓我們體認到在一個具交易成本的現實世界，更需要法律的介入達成最適的資源配置，即是社會產值最大化的結果。於是以此探討著作權法的任務，即是在調配著作人與利用人之間的交易成本，為了利用人而對著作人獨占性權利有所限制，且考量給予著作人產出新著作的誘因足夠與否，希冀企及社會產值最大化的目標，為此目的所作出的回應就是「合理使用」。

以上四種學說皆欲為合理使用訂定一套理論基礎，然而深入探討後，可發現其中一些學說的漏洞。「默示同意說」中主張著作人有默示同意他人自由且無償的利用其著作，固然現實社會中有少許如此慷慨的著作人，但是多數著作人皆為追求著作銷售的經濟利益，雖然利用人的特定利用能夠增進著作的價

10

值，可是比起著作人直接與之進行交易，能獲取的利益畢竟有限，故默示同意似乎難以立論。而強制同意說與其說是解釋合理使用得以出現的學說，不如說是合理使用所帶有的一種性質，對於合理使用正當性之根本沒有更進一步的探討。慣例說最大的缺陷即是所謂著作權法的慣例指涉不明，雖舉出眾多古今中外著作間相互參考的實例，但是卻難以從眾多個案中整理出一體適用的原則，難以成為法律問題的解答。又我國為成文法系之國家，鮮有以慣例作為法律理論基礎的情況。再者，有關此種慣例從何而來？為何而出現？此學說亦難以給予答覆，則此說之立論自然站不住腳。蓋自默示同意、強制同意到慣例說，我們不難發現其出發點皆是為了闡明著作人的獨占權利本屬著作權法欲成就人類文化進步的一個手段，而且這促進文化發展的最終目的才是著作權法的根基，無論著作人或社會大眾都應清楚明白此點，所以如果著作人的獨占權利有減少新著作的產生、減低社會公眾利益之虞，那麼著作權法應當給予著作人獨占權利一個有效的限制，故所謂「合理使用」的正當性就應該是建立在著作權法訂定的基礎——為了公共利益——之上。經本文作者如此分析，以上有關合理使用的理論基礎之四學說，雖皆有可取之處，但是前三說並不如公共利益說如此全面性，且更貼近著作權法的根本，因此本文作者認為合理使用的誕生是為了社會的公共利益不被著作人的獨占權利影響，又基於相同理由，合理使用才具有限制著作權法所賦予的獨占性權利之地位。

然而在法律上，除了要求合理使用的正當性之外，更要釐清此種行為與著作人、利用人的法律關係，故以下筆者將討論合理使用的法律性質。

第二項 法律性質

合理使用行為牽涉到著作人與利用人兩方的利益，因此容易成為著作權法律訴訟的焦點，而合理使用之法律性質又攸關影響利用人、著作人與法官在訴訟程序中所應採取的行動和應扮演的角色不同。在學界普遍有三種學說：權

利限制說、侵權阻卻說、使用者權利說，需要注意的是此處所列之三種學說僅在釐清合理使用在法律中的地位與性質，以及了解著作人、利用人和法官應如何看待合理使用行爲，且因各國著作權法對合理使用行爲之適用不同而有所區別，並不影響本文前一項所討論有關合理使用之基礎理論，下面就一一說明此三種學說：

1. 權利限制說：此說主張著作權爲一種「限制的獨占」，而基於前述的公共利益論點，合理使用即是著作權利的一項重要限制。學者認爲我國著作權法中合理使用相關規定，即第二章第四節第四款，標題名爲『著作財產權之限制』，以及美國著作權法合理使用條款 107 條亦標明『專有權利之限制：合理使用』（Limitation on Exclusive Rights: Fair Use），與日本立法例皆是表明合理使用的權利限制性質。
2. 侵權阻卻說：此說將合理使用視爲阻卻著作權侵害行爲違法之事由，也就是說，合理使用本質上屬侵害著作權的行爲，但是同樣基於前述的公共利益觀點，予以阻卻違法。美國著作權法權威 Paul Goldstein 認爲合理使用乃法院於訴訟中基於交易成本與公共利益考量，爲利用人所設，即使其侵害著作權規定，於合理之範圍以合理之方式利用，則無需負其責的特別權益（privilege）。自實際訴訟層面切入時，合理使用更多時候是被告利用人引用爲「積極抗辯」（affirmative defense），並非排除著作人之獨占權利，而是被告一方對其侵害著作權行爲積極的、肯定的主張爲合理使用，使該項利用行爲轉變成合理且自由，藉以免除其責。此說援引我國著作權法第 65 條第 1 項規定著作之合理使用不構成著作財產權之侵害。』，及第 91 條第 4 項著作僅供個人參考或合理使用者，不構成著作權之侵害。』認爲既然規定合理使用著作之行爲不構成著作權侵害，從字義解釋觀之，係原應該當侵害著作權要件之行爲，因合理使用

而不構成著作權侵害，故主張侵權阻卻說。¹¹

3. 使用者權利說：此說認為合理使用實為利用人依法享有利用他人著作之權利（right），有學者又稱合理使用是使用者權利（users' rights），為現代著作權法在平衡著作人、出版商、利用人三方利益下的產物，與前二說同樣是基於公共利益論述，防止獨占性權利在獲取經濟價值上的不當濫用。

此三種學說各國著作權法適用不盡相同，本文單單就我國而言，認為應採侵權阻卻說。雖我國著作權法第二章第四節第四款，標題名為『著作財產權之限制』，且我國學者亦多稱合理使用為一項著作權的限制，但是就我國著作權法實際內容看來，並無說明著作權先受合理使用之限制，進而遂行其獨占性質。況且若採行權利限制說，將變成著作人需考量利用人之利用行為是否落在其獨占著作權的限制之中，如此一來將成為由著作人主動爭論著作權的限制範圍，似與我國的著作權法訴訟現狀不符。侵權阻卻說對比至我國現狀，應是由利用人負起舉證之責任，在無法否認其行為並無侵犯著作權之後，進一步的主張其行為屬於合理使用，以求免除其責。此種訴訟技巧即是一種抗辯，不同於使用者權利，相對是屬於較消極的特權，唯有在抗辯主張時得以訴諸合理使用。如果採使用者權利說，利用人得請求法院判決確認使用者權利，據之向著作人要求作一定之行為，明顯與我國現狀不符，亦有違於作為誘因之獨占著作權的實際價值。是故以上三種學說，於我國著作權法規定及社會現狀適用者，應為侵權阻卻說。

在證明合理使用立論之正當性，以及釐清合理使用行為適用時所造成的法律關係之後，筆者將要來關注最後一個問題：究竟什麼行為歸屬於合理使用，其判斷的標準又是為何？

11

第三項 判斷標準

合理使用之判斷標準一直爲人所詬病，因爲合理使用秉持的是一種原則，沒有具體的定義與法律界線，學者章忠信曾比喻合理使用就像著作權法中的「黑洞」，沒有一定的範圍，又時常因爲科技的發展進步與利用情形之不同而有所變化。不過從我國現行的法律條文分析之，仍可在其中找出幾項合理使用重要的判斷依據，首先，在著作權法第四十三條至第六十三條，列舉各種對不同著作採不同方式的合理使用情況，顯示著作權的利用存在個案上的不同，難以一視同仁，即是所謂的「個案分析原則」。此外採列舉之方式，更欲把合理使用其不確定性對利用人產生的風險與成本，提前讓立法者來承擔，且亦能使各級法院作出更爲一致的判決，以消除模稜兩可的法律灰色地帶。然而合理使用的黑洞擴展得愈來愈快、愈來愈迅速，正是新科技——如網路、光碟片——的出現和普及，革新了著作的重製技術與散布方式，大大降低原有侵害著作權的成本，也就在反面提高了著作權侵害的機率，自然有更多的合理使用主張。終於立法者無法將合理使用的所有情形盡舉，在審慎參考世界各國之著作權法後，決議仿造美國著作權法第一百零七條合理使用條款，於我國著作權法加入通則性的概念，即第六十五條第二項：『著作之利用使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，尤應注意下列事項，以爲判斷之基準：一、利用之目的及性質，包括係爲商業目的或非營業教育目的。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。』正是揭示合理使用的判斷標準需參詳利用情形的一切情狀，是爲「整體衡量原則」。但是一如前述，合理使用終究只能停留在原則規範的階段，難以明確定義，只能憑審判法官的自由心證在訴訟判決中畫出界線。所以立法者考量到原則性規範的短處，在著作權法六十五條

第三、四項增設了一種可能性：『著作權人團體與利用人團體就著作之合理使用範圍達成協議者，得為前項判斷之參考。前項協議過程中，得諮詢著作權專責機關之意見。』換句話說，立法者雖然將合理使用範圍的判定交付給法官，但是仍然為著作人與利用人留下一些彈性空間與影響力，畢竟法官可能對著作權的實際運作情形不是很了解，真正接觸到著作權核心課題之人，還是要屬侵害著作權訴訟的兩造。而著作權人團體、利用人團體各自集結兩方意見，能於達成合理使用協議上設想周全，對原有模糊的原則性規範，得以產生一定的幫助。但是仍有學者對此項規定抱持強烈懷疑，認為此項合理使用協議規定雖參考自美國實務運作之情形而來，立法者卻存有過度樂觀的看法，進而可能忽略此種準則許多啓人疑竇的問題。

為探討此項問題，需先從合理使用準則之起源，也就是在美國的發展談起。一九七六年，美國國會在著作權法中創設『合理使用條款』，正如美國最高法院在 Sony 案之判決中所指出，合理使用是一種「衡平的合理原則」(an equitable rule of reason) 難以有一般適用的定義，而每一個案件都將產生必須依據其事實而加以決定之問題¹²，教育工作者為此種範圍不清的法律界線感到憂心忡忡。但是美國國會亦不能對合理使用訂立更詳盡、明確的規則，所以國會轉而促使相關之利害關係人自己坐上談判桌，對法條說明之不足作更符合利用現狀的補充，即是達成一份著作人與利用人雙方皆可接受之協議。在此種背景之下相繼誕生了一九七六年的課堂影印準則 (Classroom Guidelines) 與音樂準則 (Music Guidelines)，以及一九八一年的側錄準則 (Off-Air Videotaping Guidelines)，這些協議夾帶著國會的支持，甚至宣稱為立法史的一部分，偶爾出現在一些法官的判決書上，可是從其產生過程看來，實不應賦予它們法律效力，其法律性質也從未明白解釋，究其根本，對於是否符合『合理使用條款』亦

12

令人懷疑。而近年來因科技發展迅速、重製速度不斷縮短，美國社會於一九九四年重啓合理使用協議談判，歷經長時間多方討論，分別對不同領域的合理使用進行分組談判，一九九八年由美國專利商標局發布「合理使用會議最終報告」(Final Report to the Commissioner on the Conclusion of the Conference on Fair Use (CONFU Final Report) 以下簡稱 CONFU 最終報告) 在 CONFU 最終報告中，六個工作組僅有一組(教育多媒體組)提出正式的準則，卻在報告中同時承認未得到共識支持，另外有四組沒有達成共識，甚至有一組(教育軟體組)認為準則無需存在。CONFU 以自身的完全失敗向社會大眾證明了合理使用議題的複雜性，除此之外什麼也沒有留下，無論是對著作人，抑或是對利用人而言。由美國合理使用準則的發展可知，合理使用準則並不具有法律效力，這表示合理使用準則的背後沒有公權力的支持與介入，所以著作人並不會因為準則的成立而放棄自己告訴的權利，利用人也不願意將準則視為合理使用的最低標準，導致兩方的談判破裂，一切重頭來過，合理使用真正的標準還是只能讓法官視案情從法定的四項原則加以判斷。

如前所述，合理使用是限制著作人獨占性權利的最有利工具，亦是利用人在法庭上最後的免死金牌，然而因為合理使用範圍的不確定性，它同時也是困擾許多法官的燙手山芋。我們不妨換個方向想，合理使用之所以產生法律上的灰色地帶，追根究柢本是著作權的豐富面向引起，不僅著作的種類多樣，利用的類型更是有如天文數字，既然立法者已經無法周全的設想各種著作權利用的糾葛，將畫清界線的成本轉嫁到法官身上其實是較有效率的方法，畢竟法官親身接觸著作權糾紛更能了解法律制度的運行情況，進而針對個案的獨特性作出最適合的判決。雖然立法者為輔助法官的判斷而提供了合理使用準則，可是著作人與利用人卻難以坐在同一談判桌上達成協議，因為現行著作人有著集中管理的著作權人團體，利用人團體卻不存在，如此一來利用人無法集結意見便不具代表性，且又有無論是誰都不想列席敵眾我寡的談判會議，加上此種準則

的法律效力不明，不免使兩造產生不信任感與無需遵守的既有印象，終究以不可行收場。

經本章探究著作權的幾項對獨占性作出限制的措施後，筆者發現因為此部分涉及著作人與利用人兩造各自的利益，所衍生之問題實為繁雜，本章雖就其中一些問題稍作探討且提出筆者意見，但是許多問題牽涉甚廣，如有關著作權侵害的定罪，於是筆者將在第六章再度提出來以著作權最適保護模式評析，以一種嶄新的觀點一起討論這些問題，更能看出各個問題之間的關連性，以及這些問題與著作人、利用人、甚至社會大眾的關係。

第四章 著作權的侵害

著作權的侵害即是在未經著作人授權同意以不合理的方式利用其著作，也就是擅自運用著作人獨占的權利，大致分為兩類：**有形利用與無形傳播**，這裡說的有形、無形特指是否牽涉到著作物本體的利用，或是產生了違法的重製物，有形利用包括重製、散布、改作、編輯、出租等行為，因為有形體的利用對原著作具有較高可替代性，就著作人的市場利益而言侵害較大，有形利用的刑責相較之下也更為重大，而無形傳播則包含公開口述、公開播送、公開上映、公開演出、公開傳輸、公開展示，皆是向大眾洩漏著作中無形的層面——知識與智慧，由於知識具有無損性與共享性，所以在未授權的情況下公開大量著作內容，即是對著作人的原著作市場利益產生影響，因此立法明定侵害行為的刑責。因此我們可以知道，侵害著作權的認定乃是鑒於其行為是否對著作人的市場利益造成損害，無論是現時點的市場利益，還是潛在的，其實任何形式的利用都將影響著作人的獨占市場利益，然而如同前一章所討論的合理使用，有許多的利用行為是在合理範圍內可被社會風俗所接受的，這些行為一方面合

乎著作權法的終極目標，增進人類文化，另一方面對著作人的市場利益影響也較小。總之，合理使用在著作權的限制與著作權的侵害間劃出原則性的分界，即是以「質」與「量」作為標準，雖說大量的著作被違法利用的行為對著作人利益而言不可忽視，但是因為著作權的知識層面具不可替代性，一經重製便失去獨占的市場利益，比較後可知違法利用的質影響大於其量，所以在判斷上重質而輕量。不過各種的侵害方式不同，判斷上應注意的因素亦有所不同，下面就兩大類十一項侵害作介紹，且進一步的探討。

第一節 有形利用

此類的利用屬著作權侵害的大宗，因為具有實物可成為原著作的替代品，在獲利上較為容易，值得注意的是有形使用尚可分為完全利用原著作與部分利用原著作，諸如重製、散布、出租即是完全利用者，而改作與編輯便屬部分利用。完全利用指的是將原著作原封不動的逕行利用，或是一字不差的全數複製，部分利用則是存有侵害者自身勞動的成分在，然而此種付出勞力的行動卻因著作人未授權，違背了法律，簡言之，此二者與不構成著作權侵害彼此的界限取決於「原創性」，以完全利用的原創性最低，部分利用次之，待到原創性超過一定程度，便不構成著作權的侵犯而進入合理使用的範圍。筆者在以下分項討論時會關注在利用人所付出的勞力和著作人的獨占權利之間的矛盾、在著作權侵害與合理使用時應有的原創性程度，以及著作權與社會認知的衝突。

第一項 重製

我國著作權法中有關重製罪的刑責分為三項：重製罪¹³、加重重製罪

¹³ 我國著作權法第九十一條第一項：『擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權者，處三年以

14、以光碟加重重製罪¹⁵，分別以銷售或出租的意圖與使用的媒介為界，逐步增加刑責。所以最基礎的重製罪認定對利用人是否有營利的意圖乃是一概不論，於是課堂上老師、學生影印教科書也可能入罪，這樣的劃分便與社會文化的認知有所衝突，且大眾一般只對著作的實體財產權有所認知，大多不了解智慧財產權的無體性，認為：「書是我的，為什麼不能影印？」雖然著作權法第九十一條第四項特別提出：『著作僅供個人參考或合理使用者，不構成著作權侵害。』，可是筆者在前一章已寫到，合理使用的認定往往是在法庭上藉由法官對著作權糾紛作出判決時，在大眾對法律給予著作人的獨占權利無法理解時，著作權的糾紛自然不斷增加，漫長的訴訟過程無形中增加許多社會成本。欲解決此問題有兩個方法，持續推廣著作權教育與檢討現行法制，而兩者應該並行，筆者從檢討現行法制著手，發現我國其實在民國九十二年對許多著作權法的條文內容進行修正，當然也包含了相關重製罪的第九十一條，不過這些改變大多數在九十三年迫於美國壓力與各種因素旋即回復修法前原狀，儘管如此在學界仍然造成了一陣討論熱潮，筆者將現行法制與九十二年修法版本中的重製罪規定作一比較，佐以學界意見，冀望找出較能符合社會期望的法制。

僅製表如下：

	九十二年修法版本	九十六年現行版本
第一項	意圖營利而以重製方法侵害他人之著作財產權者，處五年以下有期徒刑、拘役，或併科新臺幣二十萬元以上二百萬元以下罰金。	擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權者，處三年以下有期徒刑、拘役，或科或併科新臺幣七十五萬元以下罰金。

下有期徒刑、拘役，或科或併科新臺幣七十五萬元以下罰金。』

14 著作權法第九十一條第二項：『意圖銷售或出租而擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣二十五萬元以上二百萬元以下罰金。』

15 著作權法第九十一條第三項：『以重製於光碟之方法犯前項者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣五十萬元以上五百萬元以下罰金。』

第二項	非意圖營利而以重製之方法侵害他人之著作財產權，重製份數超過五份，或其侵害總額按查獲時獲得合法著作重製物市價計算，超過新臺幣三萬元者，處三年以下有期徒刑、拘役，或科或併科新臺幣七十五萬元以下罰金。	意圖銷售或出租而擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣二十五萬元以上二百萬元以下罰金。
第三項	以重製於光碟之方法犯第一項之罪者，處五年以下有期徒刑、拘役，或併科新臺幣五十萬元以上五百萬元以下罰金。	以重製於光碟之方法犯前項者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科新台幣五十萬元以上五百萬元以下罰金。
第四項	無	著作僅供個人參考或合理使用者，不構成著作權侵害。

表 二

這裡請先注意一件事，九十二年版本的第一項大致是對應現行版本的第二項，也就是加重重製罪的規定，而九十二年的第二項對於重製罪的規定就相當於現行的第一項。先從重製罪與加重重製罪的界線看起，九十二年版本以是否營利之意圖為區分，看似與現行版本的是否有銷售或出租之意圖無太大差別，但是其實這對重製罪的認定產生很大的影響。九十二年版本的重製罪主要聚焦在不圖營利的重製行為，讓我們回想一個行為為何會被認定為著作權侵害，理由是此行為影響了著作人因此著作可得的或潛在的市場利益，由此觀之，非營利的重製行為因為無法產生原著作的代替品一同在市場上競爭，充其量只是讓整體市場產生微量的縮減，對市場的影響力極其微小。以課堂影印教科書為例，學生乙借學生甲的法學課本影印，由於學生乙不求圖利，故不會將其影印重製品加以販售與原著作競爭，所以對原著作市場的意義也不過失去了

學生乙一位可能的潛在客戶。或許會有人反駁如果所有的學生都像學生乙這樣做，那麼書商豈不賠死了？筆者的回應是，這必須建立在有一個自己掏錢買原著作，進而無償的供人影印的大好人，顯而易見的，大家都不想做冤大頭，若是有償的供人影印，就很有可能侵害到著作人獨占的出租權；此外，若是借重製品再加以重製，則可能侵害著作人的散布權部分。可是如果遇到下列這種狀況，究竟是否屬於侵害著作權：同學乙不僅向同學甲影印法學課本，也同時向同學丙影印經濟學課本、向同學丁影印社會學課本、向同學戊影印歷史學課本……，九十二年版本認為這樣大量影印的行為明顯具有預謀且無視著作人的心血結晶，所以九十二年版本的重製罪便是在規範非營利重製中量的限度，除了利用行為的量以外，更考量相對原著作價值的量，也就是所重製的部分占原著作的比例，比例越大自然價值越大。筆者卻對此一情形持相反意見，首先，還是要強調一點，既然這是非營利的利用行為，對市場的利益之影響自然很有限；再者，其重製物的散布亦受到獨占散布權的限制，而只能供個人使用，影響知為由此可知。九十二年版本在法條中明定重製著作的數量與重製著作的價值，就是因為非營利的重製行為所能獲取的利益不多，有很大的比例無需以刑罰對待之，故明訂一個高標準正是凸顯了立法者認為非營利重製對著作人的市場利益，始有顯著影響的部分。然而九十二年版本的最大問題也出自於此，就其本身規定的內容，雖有明定的標準，但是對於定義卻不甚明確，如規定重製五份始為侵害，然對於一片光碟中有五人著作是為一份或是五份的問題竟不能回答，且各種著作的市場利益大小不一，卻都統一硬性規定超過市價三萬元為侵害，不免有無法因個案適宜之虞；另外就其根本思想而言，非營利性的重製行為對製作人的市場利益，根本無關痛癢，其重製品也受到散布權的嚴格限制，難以成為原著作的代替品（此指對於一個市場而言，並非指利用人的需求）。在學界眾人檢討九十二年修法版本之後，立法者在九十三年大幅修法，去除意圖營利的規定，改以合理使用作為限制，其修法意旨在免去「意圖營利」與

「非意圖營利」於實務判斷上的困難，可是筆者不禁想問，合理使用原則真的比意圖營利更容易判斷嗎？畢竟對著作人和利用人來說，合理使用的範圍可能認知上互有不同，但是營利與否卻可直接由外在行為判斷之。綜合以上觀點，筆者認為現今法制對非營利性重製行為所攫取利益有過度高估的現象，應將非營利重製視為合理範圍內的使用，不應列入著作權的侵害，如此重製罪將專指具營利意圖者，顯然不會是合理使用的範圍，故可以非意圖營利取代合理使用原則對重製罪的限縮。

筆者在此討論的「重製」乃是根據著作權法第三條第一項第五款：『指以印刷、複印、錄音、錄影、攝影、筆錄或其他方法直接、間接、永久或暫時之重複製作。於劇本、音樂著作或其他類似著作演出或播送時予以錄音或錄影；或依建築設計圖或建築模型建造建築物者，亦屬之。』就法條內容來說，雖列舉了數種重製的方法，但是並沒有限制重製著作有形或無形，事實上，在九十二年修法之前本條目尚保留『有形之重複製作』，修法之旨意在於適應電腦科技的進步，對於以硬碟儲存著作的方式加之規範。可是這又衍生了另一個問題，無形重製的概念在實務適用上很難與公開口述、公開播送等無形利用作出區別，重製概念的擴張卻造成了法律適用的不明確，所以筆者認為重製行為還是應該加註「有形」利用的要件。即使自網路下載原著作使用硬碟將之重製、將著作重製而上傳至私人的網路伺服器，或是將具有實體的著作以掃描、轉錄等方式形成電腦中無形的檔案，其行為的根本還是將重製著作附著在有形體的電腦硬碟中，且藉由轉換電腦中記錄的數據仍然得以感知其著作內容，並不難判斷是否符合重製行為。因此將重製行為限制於有形利用，並不會產生對侵害方式判定的漏洞，在無形利用中類似重製的各種概念，諸如公開演出、公開口述等，皆無法符合重製行為對「固定」的要求——狀態相當穩定使人得以感知著作內容，因為它們無法再現，故重製行為應以有形利用為要，並將電腦檔案視為著作在有形硬碟的附著，而成立其重製行為。

另外我們應再注意，就著作權法第三條第一項第五款的法條內容探討，重製行為指的是：『重複製作』，在性質上應與原著作完全相同，而沒有任何原創性的因素。但是大眾多會將重製行為看作俗稱的抄襲、剽竊，然而在法律上並沒有「抄襲」這樣的名詞，為使大眾更能了解著作權法的規定，台灣高等法院台中分院曾在八十年度上字第三五七號民事判決書中就大眾的共同認知明確界定其意涵：『又所謂抄襲，乃係剽竊他人著作當作自己創作，認定抄襲之要件有二：1、接觸，2、實質相似』也就是說，抄襲的作為僅需達到實質相似，雖有些許原創性的成分，可是實質上的表達形態是明顯相似、難以分別的。不過判決書中如此簡要的解釋，並不能使大眾徹底明瞭著作權法名詞意義之間的不同。從重製、抄襲到改作，究竟有何區別？而這種分別是否符合社會大眾的認知，在法條上的適用的情形又是如何呢？筆者將在介紹改作行為後，仔細分析著作權法中原創性對利用行為的影響。

第二項 改作

著作權法第三條第一項第十一款明示改作的定義：『指以翻譯、編曲、改寫、拍攝影片或其他方法就原著作另為創作。』，又根據第六條：『就原著作改作之創作為衍生著作，以獨立之著作保護之。』可知改作行為要求一定程度的原創性，因為改作而成的衍生著作另外受到著作權的保護，即是表明衍生著作具有與一般著作相同的性質，可藉由感知著作內容而體認到著作人的原創性與獨特性，此種原創性將表現在衍生著作與原著作的表達方式不同，像是將小說翻拍成電影、將英文著作翻譯成中文等利用行為。我國著作權法在八十一年六月十日修法之前，於第三條第一項第二十七款指出改作權的意涵：『指變更原著作之表現形態使其內容再現之權。』，後雖因直接對改作行為作出修法，但是其立

法旨意並無改變，同時重製權的規定也在就著作權法第三條第一項第二十款敘述如下：『指不變更著作形態而再現其內容之權。』，然而我們很明顯的看到，無論改作或是重製皆與前述高等法院台中分院對抄襲作出的解釋有所異處，筆者將三者的比較製表如下：

	變更著作形態	未變更著作形態
內容相同	改作	重製
實質相似		抄襲

表 三

所謂罪刑法定原則，抄襲行為既然在實務上判定為不法，就必須有一條明確的法律為定罪基礎，在現行法制當中，似乎以著作權第十七條：『著作人享有禁止他人以歪曲、割裂、竄改或其他方法改變其著作之內容、形式或名目致損害其名譽之權利。』最為可能，此種權利學界上稱作「同一性保持權」，屬於著作人格權的分野。可是，即使法律保障著作人對他人利用其著作得保持內容、形式或名目的相同，卻無法規範寫作上的剽竊、表演上的模仿等，因為同一性指的是對原著作及原著作人而言，並非對具些許原創性、類似衍生著作的模仿性著作，這些著作看似利用人原創之，實際上內容來自未獲得授權的他人著作。

以下因時間因素待補，對於著作權保護的最適模式相關資料，可參詳知識產權法的經濟結構,William.M.Landes,Richard.A.Posner 著,金海軍譯,2005,北京大學出版社

其中的第三章：著作權的一個模型

對教授造成多不便敬請見諒

