

第六章、合理使用替代制度的評估

近年來對於合理使用最具顛覆性的批評是以付費使用取代現有合理使用，本章第一節將提出回應。第二節將探討強制授權制度替代合理使用的可行性與國際法上的限制。

第一節、以付費使用取代合理使用的可行性

1998年，美國 Dayton 大學法學院教授 Tom Bell 提出了付費使用 (fared use) 的觀念，取代他認為範圍模糊的合理使用。Bell 教授認為，「自動權利管理系統」(automated rights management system) 的發展使得資訊提供者得以追蹤使用者使用數量及時間，從而有客觀的基準向資訊使用者收取費用³⁷¹。他所稱的自動權利管理系統在概念上相當於現在基於技術保護措施所發展各類網路收費機制 (例如向會員依收聽歌曲數量或時間索費的音樂網站)，只不過命名時，著重於系統能達到的效用-自動權利管理。由於自動權利管理系統大幅降低取得著作物的交易成本，著作利用人成功主張合理使用的機會大為降低，使用者必須付費始能利用他人著作³⁷²。

或有論者質疑，合理使用是一種無償使用，付費使用的觀念形同增加著作使用者的經濟負擔。Bell 教授回應，即便在合理使用下，透過傳統媒介取得著作內容的使用者也必須先花費資源搜尋資訊、付費購買、借閱雜誌等相關書籍，始能對書籍或雜誌內的內容進行重製或改作，進而達到合

³⁷¹ Tom W. Bell, *Fair Use v. Fared Use: The Impact of Automated Rights Management on Copyright's Fair Use Doctrine*, 76 N.C.L.REV. 557, 559-61 (1998).

³⁷² *Id.*

理使用目的³⁷³。姑且不論蒐集或取得資訊直接付出的金錢，使用者付出的搜尋時間仍然是機會成本。由此可知，合理使用從來不代表免費使用，從經濟學的角度來說，無論是機會成本或金錢支出，都是成本³⁷⁴。

Bell 教授立基於 Gordon 教授的理論架構認為：如果合理使用的理論基礎是救濟市場失靈，自動權利管理系統在數位時代可以巨幅減少尋求授權的交易成本，設計良好的平台可以使授權交易自動發生，當市場失靈的現象逐漸減少之際，合理使用的空間亦同步降低。此時原先合理使用可能只會侷限在以下幾個特定的領域：(1) 自動權利管理系統仍然無法消弭搜尋與交換成本，有契約漏洞待填補。(2) 合理使用仍然適用於一些對社會有益的使用型態，包括評論或諷刺等等³⁷⁵。

因此在預設規則 (default rule) 的設計上，最重要的原則之一就是準強制授權制度的設立 (quasi-compulsory license)。雖然著作權人可以透過自動權利管理系統拒絕特定類型的使用型態，不表示先前著作權法合理使用允許的反諷、評論等類型不復存在，也不代表美國憲法第一修正案對於言論自由的保障在資訊時代應有不同標準。對於這些憲法保障的使用類型，Bell 教授認為應該要建立相互的準強制授權制度 (a reciprocal quasi-compulsory license)³⁷⁶，讓著作利用人保有先前法院所確認的合理使用空間³⁷⁷。

Bell 教授付費使用的主張，預設合理使用的範圍因交易成本降低而縮

³⁷³ *Id.* at 581.

³⁷⁴ *Id.*

³⁷⁵ *Id.* at 583.

³⁷⁶ *Id.* at 596-97.

³⁷⁷ *Id.* at 597.

減，實質擴大了著作權人享有的市場利益。亦有其他學者支持給予著作權人更強的財產權保障，認為給予著作權人更強的權利保障是促進網路發展的最佳手段³⁷⁸。但有學者批評 Bell 教授所提倡的準強制授權制度剝奪了著作權人控制其著作的權利，著作權法除了保障著作權人得到一定金錢收益，發揮鼓勵創作的功效外，也賦予著作權人控制著作利用方式的權利。本此，著作權人可以拒絕他人改作、重製，但在 Bell 教授所建議的準強制授權制度下，著作權人對著作的控制權大為降低，將可能形成阻礙創作的反效果³⁷⁹。

Bell 教授指出合理使用下，只要使用的方式符合規定，使用者不需支付著作權人權利金，但在取得著作物進行利用之前，使用者仍需負擔取得著作物的成本，付費使用未必增加其負擔³⁸⁰。學者批評 Bell 教授忽略了付費使用與合理使用兩項重要的差異。首先，在合理使用的世界中，費用收取者並不是著作權人，Bell 教授並沒有說明為什麼新科技下交易成本減少的利益應歸著作權人所有³⁸¹。再者，付費使用可能減少將其他著作提供給公眾利用的外部利益。舉例言之，民眾到博物館觀賞一幅知名作品的同時，也有機會觀賞到其他不知名作家的作品，展覽本身可以產生將其他著作供公眾觀賞的外部利益。但在付費使用的架構下，使用者必須付費才能完整取得想要的著作，「順便」看到其他著作物全貌的機會大為降低³⁸²。

時至今日，Bell 教授所描述的收費機制雖然不斷成長，但未有此類管

³⁷⁸ Trotter Hardy, *Property (and Copyright) in Cyberspace*, 1996 U. CHI. LEGAL. F. 217, 241-42 (1996).

³⁷⁹ Kevin M. Lemley, *The Innovative Medium Defense: A Doctrinal to Promote the Multiple Goals of Copyright in the Wake of Advancing Digital Technologies*, 110 PENN ST. L. REV. 111, 132 (2005).

³⁸⁰ *Supra* note 371, at 575.

³⁸¹ *Supra* note 379.

³⁸² *Id.*

理機制的著作仍不在少數，其倡議的法制變革只存在於抽象層次的討論，難以作為全面性或大幅度替代現行合理使用制度的基礎。即便科技真的可以降低監督著作使用狀況、預防侵權行為、尋找權利人等交易成本，交易雙方若處於彼此資訊不對稱的情況下，在協商時仍將產生交易成本，尤其在交易類型特殊無法進行一般性處理時，權利人無法在網路上預設授權條件，而須進行個別協商，交易成本仍然可能構成合理使用的理由³⁸³。再者，如同以下章節的討論，交易成本的多少並不是市場失靈理論的全部，Bell 教授與其支持者並未深入討論正向外部性導致的合理使用，有失偏頗。

第二節、強制授權制度需要性及可行性分析

一、美國現行司法判決的問題與成因

(一)、對於交易成本的過度偏重

第四章中本研究以美國判決為藍本，勾勒出以市場失靈理論為基礎的命題與觀察構面，但對主張市場失靈理論的學者而言，這些判決仍有不盡人意之處。舉例言之，在 Princeton University Press 以及 Texaco 兩案之中，法院基於著作權人已經建立了成功、有效運行的授權制度，因而在第四項判斷要素上認為被告翻印期刊文章或製作摘要講義供課堂使用的行為影響著作權人現在或潛在的市場利益，駁回了被告合理使用的主張，體現了降低交易成本可以有效減少被告成功主張合理使用機會的命題，但論者批評這兩項判決卻忽略了正向外部性導致的市場失靈。

³⁸³ Matthew Africa, *Comment: The Misuse of Licensing in Fair Use Analysis: New Technologies, New Markets, and the Courts*, 88 CALIF. L. REV. 1145, 1168 (2000).

在 Princeton University Press 以及 Texaco 兩案中，被告的利用模式產生了鼓勵知識流通的正向外部性，但法院僅著重交易成本的論理邏輯造成了彷彿著作權人成功降低交易成本，其他的外部效益即可棄而不論的錯覺，狹義的解釋方式減縮合理使用的空間³⁸⁴，給於著作權人更高的控制權，致使合理使用未能發揮應有功能³⁸⁵。更有甚者，在 Princeton University Press 與 Texaco 兩案之後，許多法院在判決中近乎將降低交易成本作為合理使用唯一的目標³⁸⁶，衍生更大的問題。

舉例來說，在 Worldwide Church of God v. Philadelphia Church of God 一案，被告是原告的分支教會，為了傳教複製並散布原告出版教會官方版本的聖經（official Bible），原告教會因之主張被告侵害其著作權，被告則提出合理使用作為抗辯。本案上訴至第九巡迴上訴法院之後，在第一項判斷要素被告利用的目的與性質上，該院認為被告對官方版的聖經幾乎是完全的抄襲，未有實質變更。被告雖然免費發送官方版聖經，並未收費，但多數意見認為，免費發送聖經雖未有金錢收入但卻對該分支教會吸引教眾有利，故第一項要素不利於被告合理使用的主張³⁸⁷。

在第二項要素著作物的性質方面，雖然被告主張官方版的聖經多屬事實性的描述，但法院認為官方版的聖經仍蘊含許多編者的想像力與創作，

³⁸⁴ Lydia Pallas Loren, *Redefining the Market Failure Approach to Fair Use in an Era of Copyright Permission Systems*, 5 J. INTELL. PROP. L. 1, 6-7 (1997) (“This limited view of fair use has the potential to allow copyright owners to control all uses of their works, thereby eliminating the necessary “breathing space” in copyright law.”).

³⁸⁵ *Id.* at 7 (“The overemphasis on monetary issues and permission systems by lower courts deciding fair use cases without full consideration of the external benefits of the use at issue has led judges to treat fair use as the step-child of copyright law.”).

³⁸⁶ David M. Driesen & Shubha Ghosh, *The Function of Transaction Costs: Rethinking Cost Minimalization in a World of Fiction*, 47 ARIZ. L. REV. 61, 73-74 (2005).

³⁸⁷ *Worldwide Church of God v. Philadelphia Church of God, Inc.*, 227 F.3d 1110, 1118 (9th Cir. 2000).

故第二項要素亦不利於被告³⁸⁸。在第三項要素利用的質量上，由於被告除了建議參考用書以及對原告教會的描述之外幾乎是逐字抄襲，且法院認為被告逐字完全抄襲的行為正可證明著作權人著作「質」的價值。因此在第三項要素上亦為對被告不利的判斷³⁸⁹。

在第四項判斷要素對現在或潛在市場的影響上，被告主張原告教會為一非營利組織，散布聖經本來就不大可能收取費用，再者原告已經有相當長的時間並未積極散布官方版聖經，因而產生市場失靈的現象，被告的利用行為不大可能對著作權人的市場產生太大的影響。原告則表示，該教會暫時性未積極散布官方版聖經是因為其中有若干內容引起爭議，因此該教會決定出版官方聖經的註解版（annotated）。

第九巡迴上訴法院認為對於該教會官方版聖經的散布不存在市場失靈的情況，因為該教會本來就有計畫繼續散布系爭官方版聖經³⁹⁰。當原告已經有計畫利用該著作時，就表示類似的授權市場存在，也表示授權協商的交易成本不會太高，當減少交易成本的考量未能取得正當性時，本案多數意見不認為合理使用有存在空間³⁹¹，由於四項要素均不利被告，第九巡迴上訴法院因此拒絕被告合理使用的抗辯。

但正如本案不同意見書所批評，多數意見忽略被告使用模式所帶來的正向外部性，尤其在原告教會久未集資發行官方版聖經之際，被告的使用方式帶來傳播宗教思想等公益價值。更遑論被告為一非營利組織，其利用

³⁸⁸ *Id.*

³⁸⁹ *Id.* at 1118-19.

³⁹⁰ *Id.* at 1119

³⁹¹ *Supra note* 386, 74.

模式亦不具營利性，判斷本案完全無構成合理使用空間並不妥適³⁹²。由其論理以觀，不難窺見不同意見書批評多數意見著眼於高額交易成本不存在就怠於討論公共利益正當化合理使用的可能。

再以 Princeton University Press 一案為例，對於一個正在大學讀書的學生而言，他可能只願意支付稍大於著作物重製成本的價格購買教科書，但這位大學生未來若能成為訓練有素的人力資源，將帶來外部效益，只因為不存在高額交易成本導致的市場失靈，就不考量此類公共利益，顯非著作權法原意。長此以降，著作物被消費的數量將遠低於最適水準³⁹³。如果將前述二判決僅僅放在交易成本過高的架構下討論，隨著電子商務大幅降低進行各類著作權交易的成本，合理使用的空間將大為限縮³⁹⁴，正向外部性導致的合理使用勢將「難見天日」。

再者，著作權法最大的問題之一在於合理使用第四項要素下市場的範圍如何界定，從 1975 年 Williams & Wilkins 一案到九零年代中期以降的 Princeton University Press 以及 Texaco 兩案，巡迴上訴法院對類似案件的市場範圍認定越來越寬廣，如同第四章所述，不同法院的論理邏輯與事實背景似乎與交易成本的下降有顯著關連。但交易成本過高導致市場失靈不必然能區分必須付費使用的市場與不需付費使用的市場（合理使用）。主要

³⁹² *Worldwide Church of God v. Philadelphia Church of God, Inc.*, 227 F.3d 1110, 1123-1124 (9th Cir. 2000).

³⁹³ *Supra* note 384, at 52-53.

³⁹⁴ Paul Goldstein, *Fair Use in a Changing World*, 50 J. COPYRIGHT SOC'Y U.S.A. 133, 137 (2003) ("For the great bulk of uses previously excused because of transaction costs, the fair use doctrine will simply become irrelevant."); Jane C. Ginsburg, *From Having Copies to Experiencing Works: The Development of an Access Right in U.S. Copyright Law*, 50 J. COPYRIGHT SOC'Y U.S.A. 113, 125 (2003) ("The market failure genre of fair use fade away in a world of perfect discrimination."); Wendy J. Gordon, *Excuse and Justification in the Law of Fair Use: Transaction Costs Have Always Been Part of the Story*, 50 J. COPYRIGHT SOC'Y U.S.A. 149, 155 (2003)(noting that the "excuse" type of fair use "should and does disappear if, because of institutional or technological change, the excusing circumstances disappear").

的問題來自於市場失靈理論蘊含對於著作權與分配效率的一項假定：所有的市場利益原則上都由著作權人享有，只有在市場失靈的情況下才有例外³⁹⁵。然而，著作權法保障範圍本身是立法者價值判斷的結果，尤其在美國，著作權法僅是美國憲法為了促進科學以及文明發展的工具，但沒有明確的證據顯示立法者將所有新出現的市場利益在未發生市場失靈的狀況下都劃歸著作權人所有。因此，論者批評美國法院近三十年來的見解可以說逾越了司法者的界線，因為這本質上是立法者的價值判斷³⁹⁶。雖然論者對於著作權人市場利益大小有不同意見，沒有任何人提出精緻的司法判準以供判斷特定市場利益誰屬³⁹⁷。但法院一旦在單一個案中拒絕做成合理使用判斷，等同於以法律確認新市場屬於著作權人所有，之後的使用者如果要在新市場中利用該著作，若非事先取得授權，將面臨侵權訴訟的危機。

或許正因為這種危險，Texaco 一案中法院才會特別強調並不是每一種潛在的授權金損失都會在合理使用第四項要素造成對被告不利的結果，所謂的授權金市場必須是著作權人傳統、合理或者是可能發展的市場³⁹⁸。但這項看似限縮的聲明在實務上無法發揮預期的效果，因為一特定市場是否有潛在的開發價值取決於著作權人的主觀意願，換言之，市場失靈與否亦決定於著作權人的主觀定義，訴訟中，著作權人自然會極力擴張可能的開發範圍，使得這項限縮的聲明不易發揮功能³⁹⁹。

³⁹⁵ *Supra* note 383, at 1170-71.

³⁹⁶ *Id.* at 1179-80.

³⁹⁷ *Id.* at 1149.

³⁹⁸ Texaco, 60 F. 3d at 930.

³⁹⁹ Sara K. Stadler, *Copyright as Trade Regulation*, 155 U. PA. L. REV. 899, 903-04 (2007).

(二)、問題的可能成因與本研究觀點

前一章中，本研究雖然本於諷刺類型的合理使用與搜尋引擎的相關判決發展正向外部性導致市場失靈理論的觀察命題與分析構面，但不可諱言，正向外部性的判斷邏輯在合理使用案件出現的頻率尚屬有限，且集中於幾種特定類型。論者以為，現行實務界忽略外部利益(或外溢效果(spillover)⁴⁰⁰)可能有以下幾種原因：(1) 由於外部利益無法內部化(internalization)到訴訟當事人的效用函數中(行為人不會因為公共利益的存在改變自己的行為與計算)，當事人未必會加以主張，法院更可能忽略；(2) 界定公共利益有其困難性；(3)即便公共利益可以清楚界定，如何給予名目上的金錢價值，進而與其他利益進行利害權衡並非易事⁴⁰¹；(4)法院可能擔心任何一種使用都會產生或多或少的外部效益，如果廣泛承認外部效益可以正當化範圍更大的合理使用，可能產生滑坡效應，長此以往將減損著作權法鼓勵創作的原意⁴⁰²。

另有學者以為，現任職於第二巡迴上訴法院的 Leval 法官曾經大力主張轉化理論(transformative theory)，其他法官受其影響，無形中將轉化的程度當作合理使用最重要的判斷指標，除了諷刺等具有高度轉換性的使用模式外，其他不具高度轉換性的利用因之被邊緣化⁴⁰³。

管見以為法院將合理使用的焦點集中在交易成本過高導致的市場失

⁴⁰⁰ Brett M. Frischmann 以及 Mark Lemley 教授使用外溢效果一詞詮釋相同觀念，不過他們認為並非所有的利益都必須要內生化。舉例而言，從供給面而言，創作者不需要得到他們發明所創造的所有社會利益才有足夠的動機去創作。See, Brett M. Frischmann & Mark A. Lemley, *Spillovers*, 107 COLUM. L. REV. 257, 286-287. (2007).

⁴⁰¹ *Supra* note 384, at 53-54.

⁴⁰² *Id.* at 54-55.

⁴⁰³ *Supra* note 399, at 955-56.

靈，而不願意涉入正向外部性導致的市場失靈有其正當性，如同 Gordon 教授的理論架構所示，以合理使用救濟市場失靈的弊端時，亦需考量對著作權人繼續創作的誘因是否造成實質損害。若法院做成合理使用判斷對著作權人未來的創造誘因造成實質負面影響，即便市場失靈確實存在，也不應該支持被告合理使用的主張。此舉一方面要確認著作權法鼓勵著作權人繼續創作的概念，另一方面要避免法院計算能力上的侷限。如果套用前述 William Fisher III 教授所提倡的個案成本效益法進行合理使用判斷的損益評估，法官首先必須要找出系爭著作物每一種利用方式，之後再給予每一種利用方式名目價值，並將所有使用價值加總之後，再與否定合理使用對被告、潛在被告與社會所造成的成本相較⁴⁰⁴，計算上的困難與複雜可想而知。

在交易成本過高所導致的市場失靈，相關的損益分析雖有量化可能，法院要做成實際判斷仍有困難。舉例來說，即便現狀下交易成本高且可量化，法院如何認定在可預見的未來，交易成本不會下降。De Paul 大學法學院教授 Matthew Sag 認為，抽象上認定交易成本的存在或許非常容易，但在實際上必須法院介入處理的交易成本倒置的市場失靈卻非常困難⁴⁰⁵。因交易成本高亦提供廠商進行創新，自減少交易成本中獲利的契機，短期出現的市場失靈不必然正當化法院合理使用的判斷，因為市場或可自行調整救濟短期失靈的現象⁴⁰⁶。但是，法院要在每一個個案中判斷交易成本的出

⁴⁰⁴ William Fisher III, *Reconstructing the Fair Use Doctrine*, 101 HARV. L. REV. 1659, 1705-17 (1988).

⁴⁰⁵ Matthew J. Sag, *Beyond Abstraction: The Law and Economics of Copyright Scope and Doctrinal Efficiency*, 81 TUL. L. REV. 187, 232 (2006).

⁴⁰⁶ Robert P. Merges, *Contracting into Liability Rules: Intellectual Property Rights and Collective Rights Organizations*, 84 CAL. L. REV. 1293, 1294-1300 (1996).

現是否屬於短期現象並非易事。Gordon 教授自己也特別提醒：「法院必須特別注意過早認定為合理使用，可能使原本可治癒的市場失靈永遠無法痊癒，或減少消費者進行新的及更有價值使用的可能性⁴⁰⁷」。

因此管見以為，法院不願涉入正向外部性所導致的市場失靈可視為法院避免誤斷造成更大效率損失所做的理性抉擇，除非法院的計算能力獲得顯著提升（法院失靈的風險進一步降低），法院的保守態度不應大受非難。

二、物權法則與補償法則的區別與應用

面對市場失靈，除了法院以合理使用救濟外，立法機關也可以創造法定授權機制，將現行著作權法採用的物權（財產）法則（property rule）轉變為「補償原則」（liability rule）⁴⁰⁸。物權法則與補償原則是美國知名的法律經濟學者 Guido Calabresi 與 Melamed A. Douglas 兩位教授所提出的觀念，他們依據寇斯定理的架構，提出一套兩階段解決問題的方式⁴⁰⁹。第一階段需判斷原始權利歸屬狀態，但在著作權法有關爭議中，原始權利的歸屬當然屬於著作權人而非著作利用者所有。因為著作權法是為了救濟創作不足的市場失靈，始給予創作者法定獨占地位予以鼓勵，原始權利誰屬不成問題。

⁴⁰⁷ Gordon, Wendy J., Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and Its Predecessors, 82 COLUM. L. REV. 1600,1620-21 (1982) (“... a premature finding of fair use might make permanent otherwise curable market failures and insulate new and valuable uses from the stimulus of consumer demand.”).

⁴⁰⁸ Property rule 與 liability rule 學者之間多有不同譯名，例如王文字教授於氏著民商法理論與經濟分析一書中使用禁制法則與賠償法則。但管見以為，property rule 的核心在於所有權人對支配其權利的方式具有完全的決定權，且其權利內容具有對世效力，相當於我國民法物權的觀念。故本研究選擇將 property rule 翻譯為物權原則，liability rule 的精神在於填補權利人所受損害，但填補權利人所受損害為必須以行為人構成侵權行為為前提，因此本研究將之譯為補償法則。

⁴⁰⁹ Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 HARV. L. REV. 1089 (1972).

在原始權利歸屬狀態確立後，需在第二階段進一步判斷權利的保護方式。Calabresi 與 Douglas 將權利的保護方式分為物權法則、補償法則以及絕對不可讓與 (inalienable) 的權利⁴¹⁰。不可讓與的權利絕對禁止進行交易，例如身體重要器官即屬不可移轉與繼承的權利，因與本研究討論的問題無關，先予略過。至於補償法則與物權法則則是依據權利的救濟方式所做的分類。

在物權法則的世界中，財產擁有者可以完全支配所有物的使用方式，包括是否進行交易與交易的條件，只要財產擁有者不同意，任何交易都無法進行。換言之，即便所有權人的利用方式對總體社會福利增進的程度遠低於他人其他使用方式，如果無法得到所有權人同意，他人仍然無法利用。在美國普通法的發展中，如果被告忽視所有權人的反對，恣意進行違反所有權人意志的利用，除了必需支付損害賠償金填補所有權人的損害之外，法院亦可能頒佈禁制令禁止⁴¹¹，或要求被告支付懲罰性賠償金 (punitive damages)⁴¹²，這就是物權法則的特徵。

補償原則是指即便所有權人不同意授權使用，他人在填補所有權人所受損害與所失利益的前提下（但不需支付懲罰性賠償金），可以進行違反所有權人意志的利用。補償原則下，如果他人使用所創造的利益高於所有權人的損害，他將會填補所有權人所受損害，但繼續進行對社會更有價值的使用。與補償法則相較，政府所扮演的角色在物權法則中較小，因為交易對象以及交易條件都由權利所有人自行決定，政府無須干涉。但在補償

⁴¹⁰ *Id.* at 1092.

⁴¹¹ *See, e.g., Baker v. Howard County Hunt*, 188 Md. 223 (Md. 1936).

⁴¹² *See, e.g., Jacque v. Steenberg Homes*, 209 Wis. 2d 605 (Wis. 1997).

法則的世界中，政府必須建立機制決定交易價格，至於用司法機制決定或由立法者決定，是補償法則下更精緻的問題。

財產法則與補償法則相較，究竟孰優孰劣？Calabrasi 與 Douglas 兩位教授認為，在交易成本低的世界中，對社會效率有所增進的交易會自動發生，資源在看不見的手(*invisible hand*)的運作下會自動移轉到最有效率的使用者手上，採取財產法則保護權利是最有效率的方式，因為此時無須政府介入，資源分配就會趨向最適的配置狀態。但在交易成本高的世界中，對社會有利的資源移轉不會自動發生，採用補償法則由政府介入進行資源調整有經濟效率上的正當性⁴¹³。

合理使用不屬於物權法則或補償法則的應用，因為被告的使用型態一旦構成合理使用，對著作財產權不造成侵害，沒有採用物權法則或補償法則救濟的問題。我國著作權法給予權利人物權法則的保護方式，一旦被告的行為構成形式上的侵權行為且不符合合理使用的要求，權利人除了可以請求法院排除他人侵害或預防他人侵害外(效果相當於普通法上的禁制令)，還可以依照著作權法第八十八條規定對著作權人請求損害賠償。

但市場失靈出現時，給予權利人物權法則的保護會阻止更有效率資源交換的進行，因為在物權法則下，權利人的意願是交易是否進行的唯一依據，法院無法在填補其所受損害及所失利益的前提下，促成交易。此時，立法者可以透過法定授權條款，允許使用者在支付國會預先擬定授權金額的前提下，逕行利用特定著作物，將現狀下物權法則的保護方式轉變為補

⁴¹³ *Supra* note 409, at 1108-10

償法則。當市場失靈的狀況已經透過強制授權的方式解決，自然不再產生合理使用的難題。

現行美國著作權法第 110 條即為一例，該法是 1998 年美國著作權法修正時的產物，主要系針對各類音樂著作權人（包括詞、曲著作權人）對於著作公開演奏的排他權。該次修法中，美國國會豁免了以家庭類型收聽設備（homestyle receiving equipment）接收非戲劇類型（non-dramatic）音樂者取得授權的必要，並制訂適用於 2,000 平方英尺以下零售商店（retail establishment）以及 3,750 平方英尺以下餐飲商店的包裹性強制授權條件⁴¹⁴。若要求此類商店或餐廳播放每一首音樂均須向權利人取得授權，授權交易的數量及頻次可能產生交易成本過高的市場失靈。國內亦有學者援用同樣的理論邏輯認為我國錄音重製權與相關的強制授權機制亦可藉由 Calabresi 與 Douglas 的理論架構解釋其存在的必要性⁴¹⁶。

此外，強制授權亦可作為孤兒著作的處理方式。孤兒著作產生高額的授權交易成本已經是不爭的事實，以合理使用的方式處理當然是可行的選擇之一。但比較法上，有學者認為部分孤兒著作的問題所以產生是因為特定類型著作本身的特質使權利人不容易建立授權交易平台甚至有效的搜尋機制。以攝影著作為例，現有的搜尋引擎的搜尋方式都是以文字為基礎，但對於圖像的描述各人見仁見智，使用者很難利用文字搜尋到自己想

⁴¹⁴ Laurence R. Helfer, *World Music on a U.S. Stage: A Berne/Trips and Economic Analysis of the Fairness in Music Licensing Act*, 80 B. U. L. REV. 93, 96-99 (2000).

⁴¹⁵ 該法雖然之後在世界貿易組織(World Trade Organization)的爭端解決小組宣告違反與貿易有關的智慧財產協定(TRIPs)，但美國國會仍未進行修正。

⁴¹⁶ 鄭中人，財產法則與責任法則：音樂強制授權之經濟分析，臺北大學法學論叢第 48 期，頁 199-220（2001.06）。

要的图片，這種現象並非出於權利人在權利上沈睡的怠惰，而是著作本質使然⁴¹⁷。如果對於這類型的市場失靈一概以合理使用的方式救濟，並不合理。此時，由國會介入以強制授權的方式處理或許是較佳的解決手段，我國目前「數位內容產業發展條例」草案對孤兒著作所提出的法定授權機制亦體現此一思維邏輯。

在法定授權制度下，著作權人選擇交易相對人與交易條件的權利被立法者剝奪，而由國會預定交易條件。在交易成本很高，採用物權法則保護無法將資源移轉到最適利用者手中時，法定授權機制確實可以發揮一定效益。但不可忽略的是，採用補償法則亦有其風險及限制存在，尤其是政府誤算補償數額的風險⁴¹⁸。如果錯誤過大最終反而影響著作權法鼓勵創作最原始的立法精神時，採用補償法則所造成的效率損失未必小於在市場失靈的狀況下採用物權法則的弊害。

三、立法者強制授權的制度條件

（一）交易成本的比較

假定採取補償法則利多於弊，補償數額的多少應由國會抑或法院決定是另一個層次的問題，如果特定使用類型所涉及的著作權人與使用者在國會中都有有效代理，雙方在國會主導的談判架構下或有可能自行議定雙方都能接受的數額，此時由國會決定法定授權的條件較為適宜。反之，若談

⁴¹⁷ Nancy Wolff, *Will the United States Adopt "Orphan Works" as Part of its Copyright System?*, Entertainment, Media and Communications Section Newsletter, Volume 16, No. 2 - November/Novembre 2006.

⁴¹⁸ See, e.g., Mitchell A. Polinsky, *Controlling Externalities and Protecting Entitlement: Property Right, Liability, and Tax Subsidy Approach*, 8 J. LEGAL STUD. 1 (1979).

判雙方對於強制授權條件的認知差異過大，或國會議員基於自身利益的考量不願意「淌渾水」，由法院判定補償數額較為妥適。

由此可知，應採物權法則或補償法則作為權利救濟方式以及決定權利救濟內容的機關，必須先仔細衡量市場失靈的效率損失與政府失靈的風險孰高孰低，並進一步比較法院與國會孰能以較低的成本決定最適的交易條件。學說上，許多學者試圖以制度操作成本的差異，解釋為何針對同一問題有些國家採取物權法則的保護方式，而其他國家採取補償法則的保護方式。舉例言之，美國哥倫比亞大學法學院教授 Zohar Goshen 曾經比較各國在公司董事代表公司進行與自身利害有關的交易（self dealing）時對其他股東的法律保護機制，發現比較法上不同國家採取截然不同的作法，有些國家對公司所有股東採取物權法則的保護架構，與公司董事利害相關的交易如果無法在股東會中獲得出席多數股東同意，交易即無法進行，由於是否進行交易與交易對象均需取得股東多數決同意始能進行，屬於物權法則的保護架構。但有些國家，例如美國，允許公司董事會自行決定與董事利害相關交易是否進行及其交易條件，但一旦事後發現對股東的權益造成損害，董事需負賠償責任。此架構下，公司股東無法透過表決機制決定公司是否進行交易以及交易條件，僅在其權利受到損害時享有損害賠償請求權，屬於補償法則的保護架構⁴¹⁹。

Goshen 教授進一步分析，美國之所以採取補償法則的保護方式，是因為以德拉瓦州（Delaware）為主的法院體系經過長時間經驗的累積，並輔

⁴¹⁹ Zohar Goshen, *The Efficiency of Controlling Corporate Self-Dealing: Theory Meets Reality*, 91 CAL. L. REV. 393, 398 (2003).

以訴訟雙方經驗豐富律師協助，可以用最低的成本決定最適的損害賠償金額⁴²⁰。但其他國家由於法院的運作不具效率，只能選擇採用物權法則的保護方式⁴²¹。

（二）現狀下的可行性分析

以我國的現狀而言，法院接觸合理使用案件數量仍相當有限，經驗不足。如果這種現象短期內無法改善，透過國會以強制授權的方式解決類型普遍的市場失靈，不失為解決的方式之一。當然，我國目前立法院的現狀比諸經驗不足法院未必較具效率，但若特定使用類型涉及極大的外部利益，且透過市場的自主運行無法促成交易自動進行時，透過國會「施壓」「迫使」權利人與利用人進行積極協商似不失為可能的解決辦法⁴²²。然而由我國團體協議目前幾無任何成效的情況看來，短期內權利人團體與利用人團體協商成功機會不大。

台灣於九十二年七月修正著作權法時，增訂現行著作權法第六十五條第三、四項規定：「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。」立法院增訂前開條文的立法理由如下：「按著作之合理使用標準究如何，法律無法一一明定，公權力亦不宜介入，惟於著作權人與利用人間確常滋生爭議，參考美國實務上由著作權利人團體與利用人團體就著作之合理使用範圍達成『君子約定之協議（gentleman agreements）』

⁴²⁰ *Id.* at 438.

⁴²¹ *Id.*

⁴²² 如果著作權人不願意配合，國會也有可能決定對其更為不利的授權條件。

之作法，其雖未必全然為司法機關所接受，惟實務上確可使利用人有所依循而避免爭議，爰予增訂。」本法通過後，著作權專責機關經濟部智慧財產局（智慧局）就「圖書館合理影印範圍」及「學校授課需要合理影印範圍」邀請權利人與使用人團體進行協商，立法院亦於九十三年再度修正著作權法時，通過附帶決議，要求「智慧局有關協助權利人與利用人就圖書館影印、教學用影印及教育機構遠距教學之利用合理使用範圍之界定，應於九十三年十二月三十一日前完成之。⁴²³」然而，權利人與利用團體的協商最後並沒有成功，學者分析，這是因為合理使用範圍不明確有利於著作權人⁴²⁴。相對於著作權人可以隨時主張權利，使用人卻因為面對可能的侵權爭議而不敢使用，只好向權利人尋求授權⁴²⁵。其二，現行法下對著作權的侵害可能構成刑事責任，對刑罰的恐懼給予權利人有恃無恐，不積極協商的談判籌碼⁴²⁶。再者，依照本研究分析，我國法院允許合理使用的空間甚小。如果這些不利於著作利用人的條件沒有改變，權利人與利用人團體未來成功協商的可能性仍極為有限。

此外，強制授權有其固有問題，在強制授權制度下，使用者若不事先支付法定授權金，權利人即便取得勝訴判決，使用者仍然只需填補權利人法定授權金的損害，造成使用者乾脆不付等權利人求償再說的現象，不但實質減少權利人得到的補償數額，且增加法院負擔，在制度設計上應考量給予濫用強制授權制度者適當處罰的可能性。

⁴²³ 章忠信，合理使用範圍協議失敗的宿命，available at <http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php?board=4&act=read&id=139>（瀏覽日期 May 16, 2008）.

⁴²⁴ 同前註。

⁴²⁵ 同前註。

⁴²⁶ 同前註。

四、國際法的限制

在現有國際法框架下，強制授權制度受到極大的限制。在 2002 年我國加入世界貿易組織，於入會時承諾將全面執行 TRIPs 協議規定，不要求任何過渡期間⁴²⁷。依據 TRIPs 第九條第一項規定，締約方應遵守伯恩公約第一條到第二十一條規定及其附錄。如果進行伯恩公約不允許的強制授權，即構成對 TRIPs 的違反。我國於八十七年刪除原著作權法第六十七、六十八條的翻譯權強制授權制度，就是為了符合伯恩公約要求所做的努力。然而伯恩公約僅有適用於開發中國家之重製權與翻譯權之強制授權與音樂著作之強制授權規定，範圍相當有限。若國際法規範未能合理放寬，強制授權有施行上的困難。

由近期國際談判的氛圍來看，短期內，放寬強制授權的可能行微乎其微。以 TRIPs 中專利特許制度為例，在草擬 TRIPs 相關條文時，雖然如巴西、印度等開發中國家支持較大範圍的強制授權，歐、美等國則主張強制授權的範圍應嚴格限縮，同時應有補償⁴²⁸。最終，TRIPs 第三十一條則將類此「未經權利人授權之其他使用」限縮於國家緊急狀態、其他緊急情況或非營利性的公益使用等極為有限的情形。但何謂「緊急狀況」，解釋上仍見仁見智，台灣於 2006 年禽流感可能大流行之際，強制授權製造禽流感治療藥物「克流感」(Tamiflu)，立即引發美國專利權人的強力反彈。如果連國民健康受到威脅之際能否主張強制授權都會引發爭議，很強想像歐、

⁴²⁷ 楊光華，從專利特許實施個案論我國對 TRIPs 協定義務之履行，政大法學評論，第 95 期，頁 269 (2007)。

⁴²⁸ 同前註，頁 273。

美等著作權出口國會同意在增進公共利益的前提下，放寬國際法允許著作權強制授權的空間，因此強制授權短期內可行性不高⁴²⁹。

⁴²⁹ 我國目前僅有兩件專利強制授權案例，除克流感外，智慧局於民國 93 年核准國碩科技可以特許使用飛利浦公司所有的五件「可錄式光碟片(CD-R)的製造方式」專利的強制授權決定於九十七年年中被高等行政法院撤銷。