

合理使用對內容產業的管理意涵——以市場失靈理論為核心

關光威*

摘 要

近年來，以市場失靈程度多寡界定合理使用範圍成為學術與司法實務上主流的觀點之一。交易成本與正向外部性的出現是市場失靈的重要成因，著作權相關產業應主動避免市場失靈，以減少著作利用人依賴合理使用進行無償使用的機會。在減少交易成本方面，可採行的策略包括尋求著作權仲介團體的協助、自建授權平台或與主流流通媒體進行策略聯盟。內容產業並應對產生高正向外部性的利用模式進行積極授權，台灣與其他先進國家著作權法特別強調的公共利益，尤應特別留意。

關鍵詞：市場失靈、交易成本、正向外部性、公共利益、合理使用、著作權法、智慧財產權、內容產業、著作權產業

* 美國哥倫比亞大學法律博士 (Juris Doctor)、國立政治大學科技管理博士。

HOW SHALL CONTENT INDUSTRY DEAL WITH FAIR USE? -- A MARKET FAILURE PERSPECTIVE

Kuang-Wei Chueh*

ABSTRACT

Using the market failure theory proposed by Wendy Gordon to explain the scope of fair use, this study proposes that copyright industry should make its best efforts to reduce transaction costs in connection with licensing and copyright transfers and actively engage in licensing to users creating significant positive externalities. This helps reduce the possibility that potential users rely on fair use and end up paying nothing to copyright owners. To reduce transaction cost, the industry may consider building a licensing platform itself, using intermediaries or form strategic alliances with primary sale channels. As for positive externalities, it is suggested that the industry pay attention to the public interests recognized in Taiwanese or comparative copyright law.

KEY WORDS: Market Failure, Transaction Cost, Externality, Public Interests, Fair Use, Copyright, Intellectual Property, Content Industry, Copyright Industry

* Juris Doctor 2009, Columbia University School of Law; Ph.D. 2009, National Chengchi University.

壹、前言

文化創意、內容產業的發展立基於著作權的保護，但著作權法對創作（work of authorship）的保護並非無限上綱，各國立法者均在著作權法中建立合理使用制度，避免過度財產權化形成文化創新的障礙；一旦著作利用構成合理使用，將不構成對著作財產權的侵害，著作權人從而無法就該利用獲取經濟收益。因此，對著作權相關產業而言，精確掌握合理使用的範圍，並對可能構成合理使用的案件進行積極授權，減少著作利用人利用合理使用進行「無償」使用，是最大化其企業財富最重要的管理策略。

我國著作權法第六十五條前兩項規定：「(1) 著作之合理使用，不構成著作財產權之侵害。(2) 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。」

然而合理使用的適用，完全基於法官的裁量權，立法者於條文中僅言及司法者進行合理使用判斷時必須「特別注意之事項」，不但不是唯一標準，也沒有提示司法者進行合理使用判斷時適用的方式，成為著作權法中最令人感到困擾也最多變的領域¹。然而近年來，市場失靈理論—著作利用市場失靈的程度越高越容易構成合理使用—成為解釋合理使用最重要的基礎之一，對管理者而言，如何避免市場失靈的現象，減少合理使用的機會，成為最重要的管理策略之一。

要以市場失靈理論理解合理使用，必須先理解著作權制度創設的原因。著作物的重要經濟特性是創作成本高但重製的邊際成本在資訊時代幾近於零，如果市場依照完全競爭市場的價格機制訂價，市價將等於邊際成本，此時著作人將無法獲得任何收益，因而嚴重減損其創作誘因²。為了救濟創作者創作誘因不足的市場失靈，國家乃給予著作人財產權，提高其創作意願。其後，若市場完美運行，權利最終將轉到最適的資源利用者手中，社會整體的分配效率將有所提升。但若新形成的著作

¹ Wendy J. Gordon, *Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and Its Predecessors*, 82 COLUM. L. REV. 1600, 1603 (1982) (citing *Dellar v. Samuel Goldwyn, Inc.*, 104 F. 2d 661 (2nd Cir., 1939)).

² 相關討論請參考William Landes & Richard A. Posner, *An Economic Analysis of Copyright*, 18 J. LEGAL STUD. 325-33, 344-46 (1989); Neil Weinstock Netanel, *Copyright and a Democratic Civil Society*, 106 YALE L. J. 283 (1996).

權市場出現了嚴重的市場失靈，自然可以作為著作權法保障的例外。

首倡合理使用應以市場失靈理解的Wendy J. Gordon教授認為，當以下三種情形出現時，法院應支持被告合理使用抗辯的主張：(1) 市場失靈的狀況現實存在，(2) 支持被告的使用模式對社會而言利多於弊，以及(3) 允許合理使用抗辯不會對於創作者的創作誘因產生實質損害³。茲分述如下：

一、市場失靈的狀況現實存在

理想狀態下，一項交易如果對於交易雙方有利，會自然發生。只有當市場存在嚴重瑕疵使得資源無法自動流向最適利用者時，法院才必須介入以合理使用的方式將資源進行非自願性的移轉⁴。

二、支持被告的使用模式對社會而言利多於弊

如果法院認定市場失靈確實存在，需進一步判斷權利人與被告所爭執的權利內容在權利人手中抑或是在被告手中較具價值。一般說來，比較權利人與被告對於系爭權利內容的主觀支付意願即可得知。但當外部性產生時，利益的衡量較為困難⁵。舉例言之，假設被告的利用形式除了對自己有利之外，尚對社會其他人產生效益。若外部利益無法內生化到被告的對權利價值的計算，被告主觀上所認定的價值將低其使用方式對社會整體的價值⁶。因此，法院在進行利益權衡時，亦需將權利人以及被告分別的使用模式對社會造成的外部影響納入考量⁷。

三、允許合理使用抗辯不會對於創作者的創作誘因產生實質損害

合理使用作為著作權法的一部份，除了必須在個案中權衡權利人與被告不同利用模式產生的效益外，還必須考量著作權法鼓勵創作的立法目的，Gordon教授認為，若法院允許被告合理使用對創作者的創作誘因造成實質損害(substantial injury)時，即不應允許合理使用存在⁸。

在絕對市場失靈(complete market failure)出現時，允許被告合理使用不但不會對著作權人的創作誘因造成負面影響，保障著作權人也不會提供正面誘因⁹。舉例言之，一項交易即便對於被告與著作權人乃至於整體社會都有益處，當市場中存在高

³ *Supra* note 1, 1614.

⁴ *Id.* at 1615.

⁵ *Id.* at 1615-16.

⁶ *Id.*

⁷ *Id.*

⁸ *Id.* at 1618.

⁹ *Id.*

於前述利益的交易成本，交易根本不會發生。此時，保障著作權人的著作權利不會帶給著作權人任何益處，且損及被告可能獲得的利益。但反面言之，即便法院為合理使用判斷，允許被告無償使用系爭著作物，權利人也不會喪失任何利益，因為在高額交易成本的前提下，著作權人本來就不可能進行交易。

真實世界中，絕對的市場失靈並不多見，絕大多數市場僅存有中度市場失靈的現象，雖然部分對社會整體有益的交易無法進行，但亦有相當比例對社會有利的交易可以進行。此時允許被告合理使用就可能損及著作權利人在其他交易中可能獲得的利益，損及國家設計著作權法給予創作者經濟誘因的立法意旨。因此，Gordon教授認為，即便市場失靈真實存在且被告所主張的使用模式對社會利多於弊。若法院做成合理使用判斷對創作者創作誘因造成實質損害時，即不應支持合理使用的主張¹⁰。

市場失靈的原因又可區分為交易成本過高與正向外部性兩者，本文將以美國音樂產業為園地，探討著作權產業在市場失靈理論下應遵循的管理策略。本研究第壹章概述音樂產業的價值鍊與授權模式的發展，第貳章介紹音樂產業價值鍊中合理使用的問題以及對著作權人的管理意涵。第參、肆章分別介紹預防交易成本過高導致市場失靈與預防正向外部性導致市場失靈的管理策略。第伍章為結論。

貳、音樂產業的價值鍊與授權模式的發展

一、音樂產業價值鍊的構成與演化

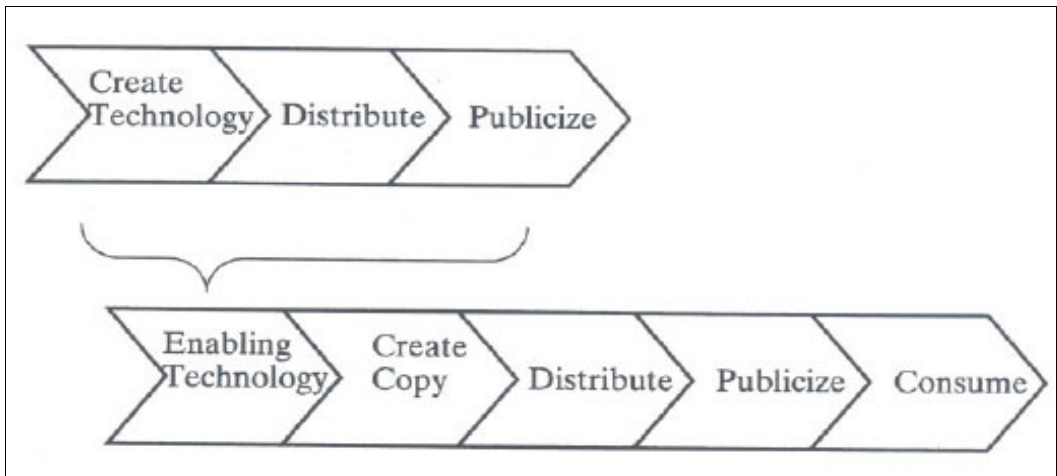
在過去以音樂CD、錄音帶等實體載具傳送音樂的時代，音樂從出版者傳遞到使用者的價值鍊比較簡單。音樂在唱片公司以錄音帶或CD出版後，經由各實體銷售通路傳達到最終使用者手中。但數位時代中，價值鍊的組成有所改變。文獻上，柏克萊大學商學院教授Michael L. Katz等曾由數位時代中盜版音樂如何傳遞的問題出發，將侵害著作權的價值鍊分解如下：

- (一) 侵權科技 (enabling technology)：所謂侵權科技包括軟體與硬體的結合，其功效提供行為人進行直接侵權行為的能力，包括影印機、CD燒錄器以及錄影機等等。
- (二) 重製行為 (copy creation)：實際重製著作物的行為。
- (三) 擴散 (distribution)：著作重製物散布給潛在使用者的行為，本階段價值鍊與散布重製物的科技與管道 (channel) 有關。
- (四) 散布周知 (publicizing)：本階段價值鍊包括告知 (alert) 所有潛在使用者著作物存在且得以重製訊息的行為，搜尋引擎即屬於此階段。

¹⁰ *Id.* at 1619.

(五) 實際侵權使用 (consumption)：即直接侵權行為者的侵權行為¹¹。

當然，以上每一階段的價值鍊都可以拆解為更為細緻的成分，如下圖所示，單就侵權科技此一價值鍊就可以另行拆解為規避技術提供者 (circumvention) 與燒錄科技提供者以及此類技術的散布者，視分析的需要而定可以進行不同程度的拆解。



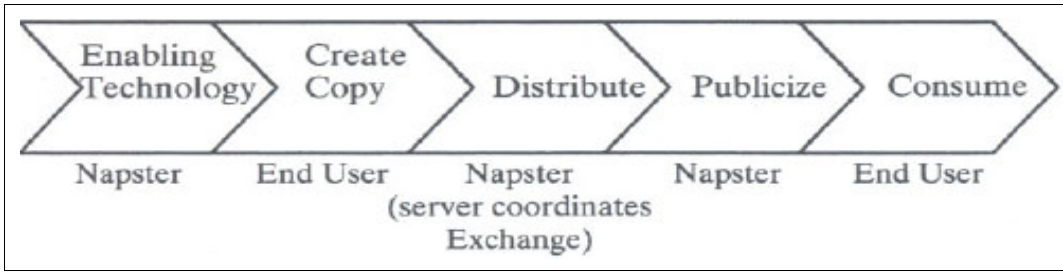
資料來源：Richard J. Gilbert & Michael L. Katz, *When Good Value Chains Go Bad: The Economics of Indirect Liability for Copyright Infringement*, 52 HASTINGS L. J. 961, 988 (2001).

圖1：盜版音樂著作價值鍊示意圖

傳統販售實體錄音帶與音樂CD的產業價值鍊中，音樂著作的複製由唱片公司製作，再交由唱片行販售，當時的價值鍊中，音樂重製這部分的價值鍊除了在盜版的脈絡下，並沒有太大的討論價值。但在數位時代中，音樂著作重製者不再由唱片公司壟斷，每一個使用者都有自行複製的能力，且與傳統的載具相較，即便進行多次數位檔案的重製，音樂的品質不會因此降低。當價值鍊出現新的成分時，必然吸引產業潛在的創新者開發新產品，試圖填補消費者需求的缺口或者重組價值鍊。

以早期的音樂交換平台業者Napster為例，當使用者下載Napster程式後，可以自行重製平台上所有的音樂，並利用Napster的交換平台散布音樂著作並喚起週知。其商業模式不但彌補了使用者對於重製音樂著作的技術需求，尚且取代了原先唱片行的機能，重組了原先價值鍊的運作模式。雖然Napster最終被法院認定構成侵權行為退出市場，後繼的平台提供者仍然延續Napster所建構的價值鍊，提供整合複製技術、散布與喚起週知的機能，唯一的改變或許是平台的技術性質越來越「去」集中化，避免被法院認定為侵權。

¹¹ Richard J. Gilbert & Michael L. Katz, *When Good Value Chains Go Bad: The Economics of Indirect Liability for Copyright Infringement*, 52 HASTINGS L. J. 961, 968-69 (2001).

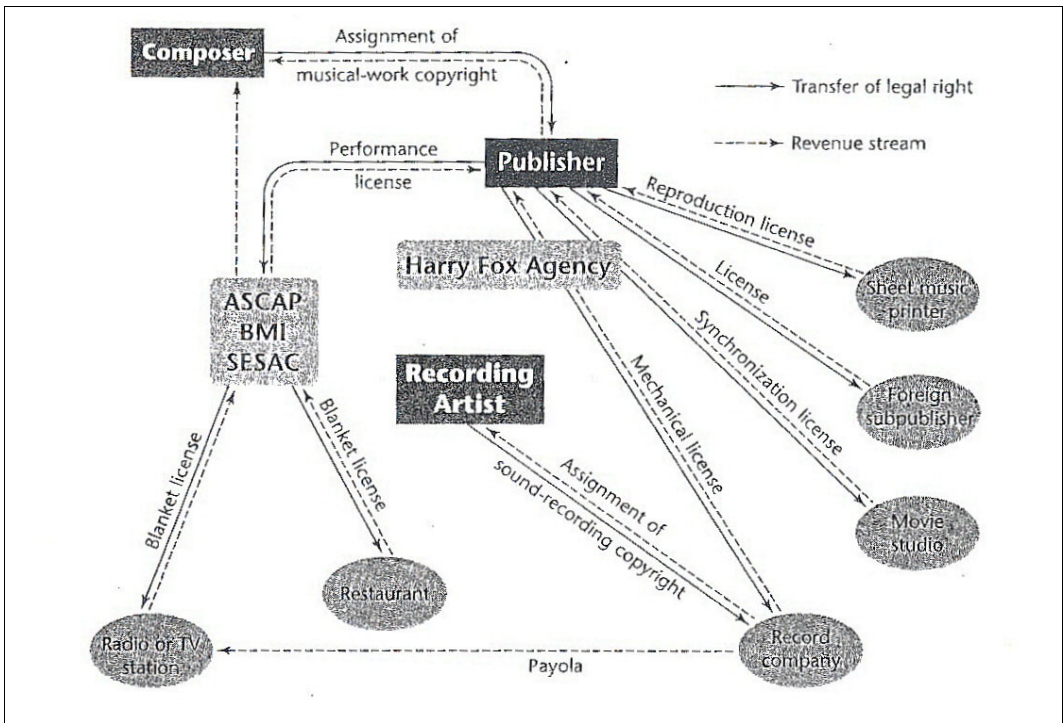


資料來源：Richard J. Gilbert & Michael L. Katz, *When Good Value Chains Go Bad: The Economics of Indirect Liability for Copyright Infringement*, 52 HASTINGS L. J. 961, 990 (2001).

圖2：Napster在價值鍊中位置示意圖

二、音樂產業授權模式簡介

文獻上對於音樂價值鍊的探討多集中於音樂經唱片公司出版後，如何傳遞到最終使用者手中，但音樂著作除了重製權受到保障外，亦有公開演出、改作等其他權利，再加上法律上強制授權條款的規定，使音樂著作的授權成為非常複雜的機制，William W. Fisher III教授曾將美國音樂著作的授權模式粗略歸納如下圖。



資料來源：WILLIAM W. FISHER III, *PROMISES TO KEEP* 52 (2004).

圖3：美國音樂產業主要授權模式示意圖

一首歌曲最終在市場上出現，包括作詞、作曲、經他人演奏與最終錄製的過程。但作詞者與作曲者各自擁有對創作的著作權，除非唱片公司在錄製音樂當時已經將新曲所涉及的所有著作權買斷，或該等著作自始為雇用他人創作的產物，不然將產生非常複雜的授權問題。但上圖所示的架構簡化這一部份的權利交易流程，假定詞、曲創作者都已將擁有的著作權移轉給出版者，並假定出版者為整首樂曲所有相關著作權的所有人。

在現有市場中，音樂著作權權利內容中最重要的「生財工具」分別是重製權與公開演出的權利，前者的授權模式在前圖右半部，後者則在前圖左下角。由音樂重製權衍生出來主要的商品或授權行為包括實體音樂CD的銷售或授權他人銷售、在電影製作中授權電影工作室在將音樂與影像同步化（synchronization）過程中進行重製以及授權唱片公司在灌錄音樂唱片時進行重製。

就重製權的授權交易而言，出版商授權他人重製音樂著作或授權電影工作室將影像與音樂進行同步化通常不涉及複雜的授權交易或出現著作權人難覓的情形，在市場失靈理論的討論架構下，並沒有太多合理使用的討論空間。但在授權給唱片公司灌錄唱片進行重製時，美國法上特別設有機械性強制授權規定（compulsory mechanical license）。依據美國著作權法第115條規定，如果一樂曲（composition）已經被商業性錄製（commercially recorded）—散布給公眾（been distributed to the public）—但他人希望能自行錄製並散布自己所製作的版本（例如陶喆翻唱過去鄧麗君曾經演唱過的歌曲），且其利用模式不會改變歌曲的旋律或其他主要特徵（但為了配合表演者個人風格或表演方法所進行的小改變不在此限），不需經過著作權人同意，只要支付法定的授權金即可合法為之。

自2006年1月以降，授權費用對於樂曲長度在五分鐘以下的授權金為每「次」重製（per copy）0.091美元，如果歌曲的長度在五分鐘以上，授權金額是每分鐘0.0175美元¹²。如果以長度在五分鐘以下的歌曲為例，其他唱片公司若尋找其他歌手錄製同樣的樂曲，最後銷售了10,000張音樂CD，必需支付的授權金就是910美元。

Harry Fox Agency則是代表音樂著作權人授權並收取權利金的機構，但Harry Fox Agency並非免費服務的提供者，就著作權人所收取的權利金，Harry Fox Agency將抽取百分之4.5作為佣金，剩餘的部分始歸著作權人所有。但應特別注意，美國著作權法第115條所規定的自動強制授權僅包含重製權但不包含公開演出的權利，因此使用者如果想要透過電視或電台對公眾進行廣播，或對公眾公開演出，仍須取得權利人對公開演出的授權。

¹² <http://www.harryfox.com/public/FAQ.jsp> (viewed on 2008/9/26).

美國著作權法115條的強制授權源自1909年的修法，在二十世紀初期，當時風行一種稱之為自動鋼琴(piano roll)的機器，自動鋼琴的設計是將音符以打洞到滾筒(紙捲)上的方式紀錄旋律，當滾筒通過鋼琴上所設置的黃銅跟蹤桿時，滾筒上各孔對應的鋼琴鍵會自動按下。當時產生的著作權法爭議在於將樂譜轉換為有洞孔的紙捲是否構成著作權法上的重製。1908年美國聯邦最高法院在White Smith Music Publication Co. v. Apollo Co.一案認定紙捲因為肉眼無法讀取，不屬於重製行為。判決頒佈後，當時勢力強大的音樂出版業者希望透過修法的方式擴張錄音重製權的範圍，但國會擔心音樂出版業者(在當時也是自動鋼琴的製造者)可能因為重製權的擴大將壟斷的力量延伸其他市場，故在擴張重製權的定義之際，亦建立了強制授權機制¹³。

在公開演出權方面，美國著作權法並沒有對音樂著作的公開演出權設有強制授權規定，因此，著作權人有權利選擇是否授權以及授權的條件。現狀下，可以說是音樂著作權人的「金雞母」。

相較於獲得重製授權的利用者通常以CD或其他媒體將音樂傳遞給最終使用者，音樂著作的公開演出權衍生的商業模式較為複雜。依照美國著作權法規定，公開演出包括所有將著作傳達(communicate)給公眾的歷程，包括廣播電台或電視台將音樂於節目中播送，或者是表演團體或商店在公眾場所現場演奏或播送音樂，均必須取得著作權人的授權始得為之。

但對著作權人來說，對公開演出的監督與授權條件的議定遠比重製權困難，在重製權的授權談判中，權利金的計算基礎多半是著作被重製的「次數」，但無論音樂是透過網際網路的平台進行播送、直接的檔案傳遞，或實體音樂CD的銷售，計算銷售或重製的數量相對簡單，只要查詢銷售通道或網路上的交易紀錄即可清楚得知。

但公開演出權的監督及授權條件的談判則不然，要計算權利人擁有著作權的歌曲一年在廣播電台、電視台播送多少次，並非易事，更遑論為數眾多的餐廳、商店、音樂會等等。即便對於擁有大量音樂著作權的唱片公司來說，要實際計算特定歌曲公開播送的次數，亦極為困難，更遑論僅有少數音樂著作權的「個體戶」。在這種困境下，各類仲介團體應運而生，集合多數權利人分擔監督及談判成本，以達成規模經濟的效益。

目前美國一共有三個主要的公開演出權仲介團體(performing rights organization)，分別是ASCAP(the American Society of Composers, Authors, and Publishers)，BMI(Broadcast Music, Inc.)以及SEMAC(the Society of European Stage

¹³ WILLIAM W. FISHER III, PROMISES TO KEEP 48 (2004).

Authors and Composers)。ASCAP是美國最早的公開演出權仲介團體，成立於1914年2月。參與ASCAP的會員分爲詞、曲作者（writer）以及音樂出版人兩類，參與會員必須與ASCAP簽署授權契約，將著作的「非戲劇性公開演出權」「非專屬授權」（Non-exclusive License）給ASCAP管理¹⁴。

在管理模式上，ASCAP提供利用人「包裹授權」（Blanket License）的選項，允許被授權人在契約有效期間之內可以不限次數地公開演出ASCAP管理的所有音樂著作。在授權費用的計算上，ASCAP並非以被授權人實際公開演出的次數作爲唯一收費基準，而是依據反應使用數量的其他客觀因素計算權利金，諸如以使用者營業收入減除特定扣除額後的一定百分比比例（以廣播電台爲例，比例即爲百分之二¹⁵）。ASCAP亦依據利用樣態、表演場地訂出不同標準，務求簡化權利金計算的繁複手續。現狀下，ASCAP已經設計出數百種不同權利金計算方式，盡可能依據利用人的特性設計合理的權利金計算方式。

爲了偵測可能的侵權行爲、被授權人超過授權範圍的使用或者是計算權利金，ASCAP依據媒體類型不同設計了不同的稽查方式¹⁶。ASCAP可要求全國性電視網、餐廳、音樂廳、學校等利用人提供完整播送紀錄，以普查的方式精確計算公開演出次數。對於無法提供完整播放紀錄的利用人，ASCAP可以利用抽樣的方式進行總體使用數量的推估。

BMI早期是廣播業者組成的仲介團體，1940年，ASCAP與眾廣播電台的續約談判破裂，當時近500家廣播電台爲了抵制ASCAP，不但拒播ASCAP所管理的音樂，並自組BMI進行非屬ASCAP管理音樂著作的授權工作，目前是ASCAP最大的競爭者，不過BMI與ASCAP在管理模式、監督機制甚至於受反托拉斯法規範的程度，幾無二致。BMI目前至少有53,000名詞、曲作者的會員，以及超過32,000名出版者會員。

相對於BMI以及ASCAP的規模，成立於1930年的SESAC的會員人數較少，約有超過2,000名詞、曲作者的會員，以及超過1,000名出版者會員。SESAC雖然在管理、監督機制與反托拉斯法的限制上，與另外兩家主要的授權團體所差無幾，但最大的差異在SESAC是私人經營的營利公司，目前絕大多數的廣播電台、電視台等均與三家仲介團體同時訂有授權契約，據先前的資料統計，早在1990年，透過音樂仲介團

¹⁴ ASCAP與會員之間就音樂著作僅能採取「非專屬授權」（Non-exclusive License）之方式。在1940年左右，當時的ASCAP控制了市場上百分之八十之音樂著作，形成幾近於獨占的局面，美國政府在1941年對ASCAP提出反托拉斯訴訟，雙方在1941年在法院做成具拘束力的和解協議（Consent Decree），明定會員對ASCAP進行音樂著作的授權僅能以「非」專屬授權的方式爲之，ASCAP的會員除授權ASCAP管理其音樂著作外，仍保有自行對利用人進行授權的權利。

¹⁵ *Supra* note 13, 50.

¹⁶ 一般來說，稽查不外透過普查或抽樣（sample）兩種形式。

體的交易產值已高達7億美金（超過240億台幣）¹⁷。

但應特別注意，美國著作權法第110條對於符合特定條件的餐廳或商店設有一定的豁免規定，使其不需支付授權金即能公開播送電台廣播或其他音樂著作。該條雖被WTO爭端解決小組宣告違反TRIPs協議規定，但至今美國政府仍未修法刪除。

除了前開利用模式外，隨著網路頻寬變大，近年來線上音樂串流（streaming）也成為新的音樂流通模式。所謂的「串流」是指將一連串的影像資料壓縮後，經過網路分段傳送資料，在網路上即時傳輸影音以供觀賞的一種技術與過程；串流傳輸可傳送現場影音或預存於伺服器上的影片，當觀看者在收看這些影音檔時，影音資料在送達觀賞者的電腦後立即由特定播放軟體播放¹⁸。」相較於傳統的檔案傳送，消費者必須將整個檔案下載完成後始能使用；在目前的串流傳輸技術下，使用者在下載的同時就可以收看或收聽已經下載的部分。現有技術下，使用者只要在手機、PDA或電腦上安裝播放軟體，即可收聽音樂或觀賞音樂錄影帶。

國際間基於這種新型態的傳輸模式，發展出公開傳輸權（Right of Communication to Public）的概念，允許著作人、表演人及錄音物製作人控制著作物在網路上的傳輸。我國著作權法在二〇〇三年六月六日的修正，亦通過公開傳輸權的保護，依據現行著作權法第三條第一項第十款規定的定義，公開傳輸係指以有線電、無線電之網路或其他通訊方法，藉聲音或影像向公眾提供或傳達著作內容，包括使公眾得於其各自選定之時間或地點，以上述方法接收著作內容。線上串流的精神就是允許使用者在自己選定的時間及地點收聽或收看音樂著作，需經著作權人同意始得為之，台灣現有仲介團體已將公開傳輸權納入其授權業務範圍。

美國在一九九八年數位千禧年著作權法案中，並未新增「公開傳輸權」，因為美國著作權法中公開演出權本來就包括公眾在各自選定的時間或地點接收著作內容的權利¹⁹，運用現有的公開演出權仲介團體的授權模式，就可以解決線上音樂串流傳輸的授權問題。

參、音樂產業價值鍊中合理使用的問題以及對著作權人的管理意涵

音樂著作可能的商業用途極多，涉及數量極多的使用者與潛在使用者，如果每一項使用都需經過使用人與權利人議定授權條件，交易頻次之高與衍生的交易成本將不可思議。舉例言之，對於經營現場音樂演唱的餐廳來說，如果每一首客人點唱

¹⁷ *Id.* at 51.

¹⁸ <http://zh.wikipedia.org/w/index.php?title=%E4%B8%B2%E6%B5%81%E5%AA%92%E9%AB%94&variant=zh-tw> (viewed on 2008/9/26).

¹⁹ 17 U.S.C. §101 (2006).

的歌曲都必須分別取得詞、曲著作權人授權，且市場中亦不存在有效率著作權仲介團體時，高額的交易成本將造成嚴重的市場失靈，即便此時餐廳未經著作權人授權逕行進行該樂曲的公開演出，支持市場失靈理論的法官仍可能基於嚴重市場失靈存在，判定餐廳經營者的利用行為合於合理使用的規定。

在真實世界中，授權交易遠比上圖所示交易模式複雜，因為並不是每一首音樂的公開演出權都被授權給著作權仲介團體管理，也不是每一首歌曲所有相關的著作權都屬於單一的音樂出版者所有。因此，利用人可能必須逐一尋求有關的著作權人進行授權，始能加以利用。再者，前圖僅強調音樂著作公開演出權與重製權的授權模式已是過於簡單的描述，其他音樂著作權的權利內容也有極高的商業價值。以改作為例，現有許多知名音樂著作是基於先前著作衍生發展的產物，在紐約百老匯，許多知名音樂劇的部分旋律早已存在，音樂劇的編者透過改編的方式使將許多膾炙人口的樂曲用音樂劇的方式呈現，但若無法取得原著權利人授權，將構成侵權行為。

音樂著作因改作引起的糾紛所在多有，舉例言之，2004年，紐約百老匯知名音樂劇獅子王（Lion King）其中一首主要的歌曲「獅子今晚沈睡」（The Lion Sleeps Tonight）的部分內容被來自南非的律師主張乃改編自1939年一位來自祖魯（Zulu）音樂家所編寫的旋律，但獅子王音樂劇的經營者迪士尼公司（Walt Disney）並未取得原作著作權人的授權，因此構成對原作者著作財產權的侵害，並向迪士尼公司請求高額的損害賠償。由此可知，音樂著作權的價值絕對不限於重製權與公開演出權，其他權利內容亦蘊含極大的商業價值，但相對於公開演出權與重製權，目前市場上尚不存在有效代理著作權人改作權的仲介團體，市場失靈的現象更為嚴重。

更有甚者，如果一首樂曲所有有關的著作權並沒有移轉到音樂出版者手中，各部分作者分別享有著作權，若不合於合理使用規定，任何利用必須分別經過詞、曲著作權人以及改作物著作權人的同意始得為之，如果有任何一位著作權人難以覓得（譬如說年代久遠權利人難覓或不知孰為繼承人）或者是在授權談判中進行勒索（hold out），利用行為即無法為之。

對著作權人來說，如果因為嚴重市場失靈的出現，法院最後選擇將未經授權者的利用模式視為合理使用，是最糟的結果。一旦法院認定利用人的利用行為符合合理使用的條件，不構成對著作財產權的侵害，權利人將一無所獲，如何避免市場「失靈」的現象發生，或者是如何維繫一個有效率運行授權交易「市場」的出現，成為對著作權人最重要的經營課題。本研究將分別從正向外部性與交易成本過高所導致的市場失靈出發，對著作權人可能的管理策略提出建言，並建立參考命題。

肆、預防交易成本過高導致市場失靈的管理策略

面對交易成本過高可能導致市場失靈，對權利人來說最佳的管理策略應該是使用各種可能的機制創造最有效率的授權市場，當市場的運行越具效率，交易成本越低，市場失靈的風險越低，法院支持利用人合理使用抗辯的機會也越低。管見以為，授權著作權仲介團體進行授權交易、自建授權平台或利用商業模式的創新與主流流通平台建立策略聯盟，是對權利人來說降低交易成本最佳的管理策略之一，茲分述如下。

一、尋求著作權仲介團體的協助或自建授權平台－廠商理論的應用

如前圖所示，Harry Fox Agency、ASCAP、BMI以及SESAC等著作權仲介團體的出現是美國音樂產業有效率運行的重要關鍵，如果這些著作權仲介團體不存在，每一個著作利用人若要逐一與個別權利人進行授權談判，交易頻次之高與所帶來的交易成本不可思議。以公開演出權為例，如果電視或廣播電台必須就每一首播出的曲目一一進行授權談判，電視台或廣播電台的運作將出現重大困難。因此對著作權人來說，將所有著作授權給仲介團體管理是降低交易成本最務實的方法之一。尤其對於僅有少數著作的權利人來說（例如單曲作者），獨立進行所有授權談判幾乎是不可能的任務，更遑論利用人可能面臨無法覓得著作權人取得授權的困境，此時授權給著作權仲介團體管理似乎是避免交易成本過高正當化合理使用的最佳手段。當然，將著作權授權給仲介團體管理並不是放諸四海皆準的管理策略，因為授權著作權仲介團體管理也必需支付一定的管理費用，而且仲介團體的授權條件也不見得合於權利人的期待。

在美國，權利人對仲介團體的授權因為反托拉斯法的限制僅得為非專屬授權，權利人除了可以委託仲介團體管理之外，仍然可以自為授權。在唱片業近年來產生嚴重市場集中現象之際，全球五大品牌（Universal, Warner, Bertelsmann, EMI以及Sony）佔全球錄製音樂使用報酬抽取及分配之百分之八十²⁰，五大品牌在被授權人之規模及重要性大到一定程度時，就會考慮與其個別締約²¹。

在台灣，著作權仲介團體受到高度管制。著作權法第八十一條規定：「著作財產權人為行使權利、收受及分配使用報酬，經著作權專責機關之許可，得組成著作權

²⁰ Martin Kretschmer, *The Failure of Property Rules in Collective Administration: Rethinking Copyright Society as Regulatory Instrument*, E.I.P.R. 132 (2002). 轉引自劉孔中，從著作權共同管理之發展趨勢討我國著作權共同管理團體之法制，9卷12期，全國律師，頁6，2005。

²¹ John Temple Lang, *Media, Multimedia and European Community Antitrust Law*, 21 FORDHAM INT'L L.J. 1296, 1343 (1998). 轉引自劉孔中，從著作權共同管理之發展趨勢討我國著作權共同管理團體之法制，9卷12期，全國律師，頁6，2005。

仲介團體。專屬授權之被授權人，亦得加入著作權仲介團體。第一項團體之許可設立、組織、職權及其監督、輔導，另以法律定之。」著作權仲介團體存在最主要的理由是代理多數著作形成的規模經濟，就此而言，我國現有著作權仲介團體的運作尚未達到規模經濟的臨界數量，致使管理費用偏高，是仲介團體運作上最大的危機。我國目前有八家著作權仲介團體存在，民國九十三年居然總共只有約新台幣一億五千四百八十五萬的收入，其經營規模與美國三家主要公開演出權仲介團體動輒幾十億美金的收入相比，相差不可以道里計。由授權金額的數量可以粗略推知，目前我國音樂仲介團體的發展恐怕仍在初步階段，距離產生規模經濟的管理規模恐怕仍有一段差距²²，無怪乎我國著作權仲介團體所收取的管理費用相較於美國使用報酬百分之十二到十五左右的管理費率相比²³，目前仍居高不下。

以社團法人台灣音樂著作權人聯合總會為例，目前對會員所收取的管理費用在使用報酬收入的百分之二十到二十五之間，如果團體運作順利，才有機會降低至百分之十五²⁴。同樣地，在社團法人中華音樂著作權仲介協會中，管理費用依據授權人是會員或準會員而有差別，會員的管理費為報酬的百分之二十；準會員的管理費則為報酬的百分之三十²⁵。

除了管理費用高昂外，目前我國著作權仲介團體雖然已經將會員與管理著作的名稱上網供潛在的被授權人查詢，並將相關的授權表格上網以供下載，但實際的授權方式仍然採取人工方式，不像ASCAP等著作權仲介團體已經發展出線上授權的交易模式²⁶。我國著作權人即便有著作權仲介團體管理權利人的著作，整體的交易成本仍較美國更高。

1937年諾貝爾經濟學講得主寇斯(Ronald Coase)在廠商的本質(The Nature of the Firm)一文試圖回答何時應運用市場機制，何時又應成立廠商將經濟生產活動整合到組織內部當中。他認為，當運用市場的交易成本高於組織的內部管理成本時，整合原先依賴市場進行的經濟活動到組織內部，即有其正當性²⁷。在我國著作權仲介團

²² 當然也有可能是因為執法不嚴造成盜版或侵權使用猖獗的結果。

²³ <http://www.ascap.com/licensing/licensingfaq.html> (viewed on 2008/9/26);

<http://www.bmi.com/licensing/entry/C1282> (viewed on 2008/9/26).

²⁴ 對會員的管理費率：

(一) 每人分配所得之使用報酬除代扣稅金外，每人應於稅前另收管理費，管理費率授權董事會視使用報酬收入情形與本會財務狀況，於20%至25%區間彈性調整。

(二) 運作正常〔預估三年〕後管理費盡量酌減至百分之十五為目標。見

<http://www.mcat.org.tw/m03.php>，瀏覽日期2008/09/26。

²⁵ http://www.must.org.tw/must_p36.asp，瀏覽日期2008/09/26。

²⁶ 陳柏如，**數位時代著作權集體管理之研究**，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，頁215，2002。

²⁷ Ronald H. Coase, *The Nature of the Firm*, 4 *ECONOMICA* 386 (1937).

體產生規模效益尚屬有限的情況下，對於擁有大量音樂著作權或擁有許多經典音樂或熱門音樂的出版者來說，自建授權平台的成本或許較委託仲介團體的管理費更低廉，此時權利人可考慮自建授權平台，並制訂自己認為合適的授權條件。

尤其依我國現行著作權仲介團體管理條例第十三條第二項規定：「會員在仲介團體管理之範圍內，不得自行授權或另委託第三人代其授權。」著作權人若要授權仲介團體管理其音樂著作僅能透過「專屬」授權的方式為之，不像美國的著作權人仍保有自為授權協議的可能性。在兩種管理機制無法並行的情況下，權利人應更謹慎地計算自行建立授權平台與授權仲介團體管理孰優孰劣。

二、與主流流通平台建立策略聯盟

與主流流通平台建立策略聯盟是另一個減少交易成本的方法，以Apple的i-Tune為例，在Apple以每首99分美元推出音樂下載服務之前，音樂使用者或許因為不願意為收聽一首單曲就購買整張音樂CD或因為沒有熟悉的操作介面下載喜歡的音樂，造成違法音樂交換網站大行其道的現象，前述Napster、Grokster的發展即為著例。但當Apple生產的i-Pod大受市場歡迎，i-Tune的音樂交換模式廣被消費者接納之後，這個交易介面成為音樂市場最主要的流通管道，許多消費者甚至已經被套牢（lock in）在Apple建構的音樂交換平台之中，對於消費者而言，利用I-Tune取得音樂的成本可能遠低於使用業者自行開發的網路銷售平台。

當著作權人的音樂在合法的音樂市場中能以很低的交易成本流通到使用者手中時，非法下載音樂的市場將同步縮小。此外，對許多利用形式處於合理使用邊界的使用者來說，當他們可以以低交易成本、合理的價格在市場中取得合法的音樂時，大可以選擇支付合理價格取得著作重製物，而不需冒合理使用主張可能被法院駁回的風險。因此，如果著作權人與此類主流流通平台建立策略聯盟或將己身所有的音樂著作置於主流平台上銷售，不但可以有效降低交易成本乃至於利用人成功主張合理使用的風險，還可以減少盜版市場的威脅，進而創造著作權人與平台經營業者雙贏的局面。

其次，在實體音樂CD的銷售上，著作權人亦可以與網路上實體商品流通業者結盟，在主流的通路上販售音樂CD，這也是降低音樂流通交易成本的方式，舉例言之，amazon.com除了傳統販售書本之外，早已經開始從事實體音樂CD的販售。另一種可能的選擇，是將現在普及的盜版網站以授權的方式合法化。許多本來的盜版網站可能集聚許多「人氣」，成為許多使用者習慣使用的音樂下載平台。即便其後因法院認定違法使之無法繼續經營，如果著作權人能「吸收」原先的人氣以及盜版網站的「商譽」，仍然可能創造出有效率的音樂交易平台。舉例言之，曾經風靡一時的Napster

網站在巡迴上訴法院認定侵權之後，選擇取得著作權人合法授權繼續經營，迄今仍然是許多使用者慣常使用的音樂平台²⁸。

就台灣來說，Ezpeer是目前台灣消費者為取得音樂最慣常使用的音樂交換平台之一，雖然其經營模式合法與否仍在法院審理中²⁹，但如果最終判決結果對Ezpeer有利，權利人或許應該思考如何與Ezpeer合作，尋求雙方雙贏的契機。反之，若音樂著作權人最終獲得有利判決，亦可思考將Ezpeer「漂白」成合法授權網站的可能性，以利用Ezpeer已經建構完整的使用平台繼續發展低交易成本的交易架構。

當然，商業模式創新千變萬化，且與科技與法律的發展息息相關，本研究不可能歸納出所有（甚至是多數）權利人在管理策略上可能的發展方向或商業策略，但可以確定的是，如何降低音樂授權與販售的交易成本，將是權利人持續努力的方面。此舉不但降低被告成功主張合理使用的風險，亦能發揮減少盜版與著作權爭議的效果，最終或能逐步落實著作權法同時鼓勵創作與知識流通、文化發展的立法原意。

伍、預防正向外部性導致市場失靈的管理策略

當正向外部性越大，著作權授權交易無法完成對整體社會造成的效率損失越大，依據市場失靈理論的討論架構，法院支持被告合理使用主張的機會也越大。此時，權利人最佳的管理策略應該是更積極進行授權，並避免過度利用優勢談判地位抬高交易條件，最後導致授權交易無法進行。當然，任何研究都沒有辦法窮盡討論所有外部效益，但以下幾種正向外部性出現時，著作權人應該特別留意。

一、現行著作權法特別強調的公共利益

現行著作權法第四十四條至第六十三條規定是類型法定的合理使用，條文背後隱含立法者認可的公共利益，值得權利人特別重視。舉例言之，著作權法第四十六條規定：「依法設立之各級學校及其擔任教學之人，為學校授課需要，在合理範圍內，得重製他人已公開發表之著作。」隱含在其後的正向外部性是教育所帶來的各項利益，諸如培養素質良好的學生對社會帶來的穩定效果或充裕的人才庫所帶來的投資機會，而當學校與權利人進行授權談判時，幾乎不可能將所有的正向外部利益全數納入其支付意願（willingness to pay）的計算。若學校提出的授權條件遠低於權利人要求的範圍，對社會整體有重大利益的交易將因為市場失靈無法產生，是以立法者通過著作權法第四十六條規定救濟。

²⁸ <http://www.napster.com/choose/index.html> (viewed on 2008/9/26).

²⁹ 台灣士林地方法院於92年訴字第728號刑事判決宣判Ezpeer無罪，並主張其所提供之P2P平台為合理使用工具；台北地方法院在民事判決中則認定Ezpeer因知悉其上使用者侵權行為，因此應負侵權責任。

基於教育目的的著作利用不限於著作權法第四十六條所規定的教學用途，其他類型的教育利用需透過著作權法第六十五條第二項的概括條款進行合理使用的判斷。舉例言之，學生基於學習的目的所進行的著作重製、改作或本於他人已發表的著作改作後進行公開演出（如學生戲劇公演）均非「為學校授課需要重製他人已公開發表著作的行為」，是否構成對權利人著作財產權的侵害即需透過著作權法第六十五條第二項權衡。但此類學生基於學習目的的使用因為產生立法者認可的公共利益，即便權利人主張學生的利用行為未經授權因而構成對著作財產權的侵害，法院亦可能認定為合理使用。對權利人而言，積極甚至廉價進行授權是最佳的管理策略，不然法院一旦判定為合理使用，權利人將一無所獲。

但對權利人來說，即便願意進行積極授權避免正向外部性導致的市場失靈，面對數量龐大的學生，若要一一進行授權，將同時面對交易成本過高的問題，如果無法創造有效率的授權平台，即便想要進行授權，權利金的收入可能因為低於交易成本而無法進行，此時或許權利人可以考量以學校或學系為單位，進行概括授權，以降低授權談判的數量進而減少交易成本。這種經營模式並不罕見，舉例言之，LexisNexis與Westlaw是美國最重要的法律資料庫，其中至少包含近百年來美國各級法院幾乎所有判決、所有的法規與行政命令、法學評論文獻等重要法學研究資料，法學院學生若非藉由建構完善的資料庫相助，想要在圖書館多如牛毛的法學資料中進行資料檢索，必將面臨許多困難。但如果要求每一個法學院學生一一向Westlaw或LexisNexis公司進行個別談判，協議使用資料庫的條件，勢將產生數量龐大的授權交易與交易成本，Westlaw與LexisNexis所設計的解決之法就是與各大學法學院進行對法學院所有教授及學生的包裹式授權談判，由法學院代替所有的院內使用者與資料庫經營者進行談判，再將授權費用利用提高學費或向校友募款的方式轉嫁給捐贈者或使用者承擔³⁰。這種經營模式成功地減少授權的交易成本，值得借鏡。現在世界上許多的大型資料庫紛紛致力於與學校圖書館建立包裹性授權契約，授權所有在學校網域內的使用者使用資料庫，也是同樣思維模式下的產物³¹。

此外，依著作權法第四十八條規定：「供公眾使用之圖書館、博物館、歷史館、科學館、藝術館或其他文教機構，於下列情形之一，得就其收藏之著作重製之：

一、應閱覽人供個人研究之要求，重製已公開發表著作之一部分，或期刊或已公開

³⁰ Westlaw與LexisNexis兩資料庫彼此競爭激烈，彼此都希望法學院學生－他們未來的客戶－能受套牢（lock-in）在自己所有的操作框架中，成為資料庫的長期使用者。因此，如何方便所有的法學院學生瞭解、使用各自資料庫的操作模式，成為最重要的商業策略。因此，兩家資料庫不但僅以低價包裹性授權給法學院所有師生使用，還經常舉辦各類訓練、抽獎並提供獎品給經常性的使用者。

³¹ 除了資料庫業者之外，許多軟體公司如微軟（Microsoft）或賽門鐵客（Symantec）也致力於以學校為單位進行集體授權談判，減少授權的交易成本。

發表之研討會論文集之單篇著作，每人以一份為限。

二、基於保存資料之必要者。

三、就絕版或難以購得之著作，應同性質機構之要求者。」

隱含在本項條文背後的公共利益主要是保存文物的需求以及各類社會教育機構所發揮的教育功能，但前開條文僅針對重製權部分予以規範，而不及於公開演出、公開播送與公開展示等權利，相關利用行為欲利用合理使用取得正當性，僅能透過著作權法第六十五條第二項的概括規定。但有鑑於社會教育產生的正向外部性，對於這些文教、藝術機構的授權請求，著作權人亦應該積極配合，甚至與之進行策略聯盟，創造雙方雙贏的經營策略。

舉例言之，在美國首府華盛頓的史密斯索尼安（Smithsonian）博物館中，美國國家地理頻道即主動提供其擁有著作權的各類影片供博物館公開放映，一方面不但提升公眾對自然科學知識的瞭解，另一方面也增加了國家地理頻道產品的知名度。不難想見，國家地理頻道的相關影片，也在博物館紀念品店中販售，不但博物館與國家地理頻道互蒙其利，整體社會的公共利益也有所增進。

另一個可以參考的商業模式是美國麻省理工學院（MIT）公開授課內容的行為（open course）³²，該校目前已開放約35門課程上網供大眾閱覽，其中包括生物學、哲學、線性代數和整體經濟理論等。傳統上，「出賣」知識是大學最主要的收入來源，早期或許有人會質疑麻省理工學院公開授課內容可能會影響學生就讀該校的意願，結果這些擔憂不但沒有成真，反而增加了麻省理工學院學校以及授課教授的知名度，舉例言之，在2005年秋季麻省理工學院入學的新生當中，至少有百分之三十五的學生表示麻省理工學院所公開的課程講義是促使他們申請入學的重要原因³³，這也可以視為一種促成社會教育的外部利益³⁴，但同時提高自身知名度的雙贏策略。

依著作權法第五十三條規定：「已公開發表之著作，得為視覺障礙者、聽覺機能障礙者以點字、附加手語翻譯或文字重製之。以增進視覺障礙者、聽覺機能障礙者福利為目的，經依法立案之非營利機構或團體，得以錄音、電腦、口述影像、附加手語翻譯或其他方式利用已公開發表之著作，專供視覺障礙者、聽覺機能障礙者使用。」立法者在本條中揭示保護弱勢團體知的權利也是著作權法保護的重要公共利益之一，因此，著作權人對於弱勢團體的授權也應該採取較為寬鬆的標準，一方面減少在著作權糾紛中被告成功主張合理使用抗辯的機會，另一方面也提升國家對弱

³² <http://ocw.mit.edu/index.html> (viewed on 09/01/2007).

³³ <http://ocw.mit.edu/OcwWeb/Global/AboutOCW/impact.htm> (viewed on 09/01/2007).

³⁴ 舉例來說，有百分之四十六瀏覽open course網站的教育工作者利用麻省理工學院公開的教材內容改善他們的教學品質，有百分之三十四瀏覽open course網站的學生利用這些教材學習他們未選修課程的知識。資料來源同前註。

勢團體的保護，創造更大的公共利益。

二、比較法案例中所揭示的公共利益

除了立法者在著作權法中所揭示的公共利益之外，比較法上基於公共利益考量的合理使用案例也可能成為法院擴張現有合理使用範圍的基礎。以對著作的評論及諷刺為例，美國聯邦最高法院在Campbell一案明白揭示允許他人對既有著作進行諷刺，不但彰顯美國憲法保論言論自由的功能，也形同鼓勵潛在創作者本於既有文化持續創新，所帶來的公共利益雖然難以量化卻顯著存在³⁵。我國著作權法第五十二條亦規定：「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。」足見我國立法者亦肯認評論類型和合理使用的價值。

因此，當利用者基於評論或本於既有創作持續創新的目的向著作權人尋求授權之際，著作權人應特別留意被告利用模式背後所彰顯的外部利益。在音樂著作的世界中，許多的表演方式或樂曲的寫作往往本於前人的著作，此類問題更有討論價值，像爵士樂很重要的表演型態就是「舊瓶裝新酒——利用大家耳熟能詳的名曲作『即興』演出」³⁶。「但如果強力執法，每一次爵士樂表演可能都必須向『舊瓶』權利人尋求授權，那爵士樂手真的就會很『憂鬱』(blue)」³⁷。

本研究認為，當著作權人的著作已經成為大眾普遍接受且熟悉的內容時，因為替代的表達方式有限，著作權人拒絕授權對文化發展的影響深遠，如果發生著作權紛爭，法院支持被告合理使用抗辯的機會自然較大。舉例言之，如果莎士比亞的名劇仍然在著作權法保護期間之內，所有大量引用莎翁名劇進行評論的著作或本於莎翁名劇進行改作的創作，均需經過權利人授權。此時，如果權利人提出過高的授權條件導致多數授權交易無法進行，整體社會的文化發展將受到極大的傷害，此時，權利人採取較低姿態的談判態度並進行廣泛的授權顯然是較佳的管理策略。

惟在前述案例中，合理使用僅是法院支持被告不構成侵權行為的法律機制之一，對於莎翁名劇等膾炙人口作品，除非被告的使用模式近乎完全抄襲，法院也可以選擇將莎翁名劇的部分內容（尤其是劇中的角色（character））當成一種思想（idea）而非表達（expression）。因為著作權法保障的範圍僅及於「表達」方式及內容，而不包含思想本身。若莎翁名劇本身已經被當成一種思想，根本不在著作權法保護範圍之內，當然沒有合理使用的問題。

舉例而言，在Nichols v. Universal Picture Corp.一案中，被告的作品因為在劇情上

³⁵ Campbell v. Acuff-Rose Music, 510 U.S. 569 (1994).

³⁶ 張永健、郭躍民、謝曉嵐、李駿逸，音樂著作保護界限之法律與經濟分析（上）——兼論以刑罰作為保護手段的正當性，46期，台灣本土法學，頁200，2003。

³⁷ 同前註。

與原告相似，原告主張構成對其著作財產權的侵害。知名的第二巡迴上訴法院法官 Learned Hand 在本案判決中表示，如果莎翁知名的喜劇第十二夜（Twelfth Night）仍然在著作權法保護的範圍之內，其後的喜劇創作若非仔細的模仿（closely imitate）第十二夜中的角色，極可能不會構成侵權行為，因為角色的設計很可能僅僅代表一種思想而不是表達。舉例言之，莎翁名劇中有一個角色是粗率但總是將把主人的宴會搞得不歡而散的騎士，其後的戲劇創作中即便有同樣的角色，並不構成對著作權的侵害，因為這僅僅涉及莎士比亞創作的思想而非表達，除非這個角色已經在設計上有極為精緻的發展（developed），才較可能成為著作權法所保護的「表達」³⁸。

「在音樂著作中，思想與表達的區分更為困難，樂曲乃節奏、旋律、和聲三要素之組合。除了這些基本元素之外，音樂還有各種創作技巧，諸如：和聲學、轉調法…；有嚴謹但變化多端的創作格式如「奏鳴曲式」（sonata form），也有比較自由的「幻想曲」（Fantasia）。這些音樂的元素、技巧、格式…哪些屬於「表達」，哪些又屬於「思想」³⁹？當思想與表達不易區分時，法院在結論上若選擇支持被告的使用方式，採用思想與表達二分法解決問題的可能性更大。

相較於合理使用判決，法院採用思想與表達二分法解決爭議對著作權人造成的傷害更大，因為合理使用並沒有否認權利人的權利，只是被告的行為不構成侵權行為。但當權利人的創作在一定範圍內被視為「思想」時，權利人形同完全喪失著作權法的保障，其負面衝擊遠勝於合理使用。

比較法上另一類重要案例與搜尋引擎的發展有關，由早期 Kelly v. Ariba 到近期 Perfect 10 v. Google⁴⁰，當被告的使用模式可以大幅減少大眾的搜尋成本，促成知識流通之際，法院有較大的可能支持被告合理使用的主張。因此，如果利用人的利用模式產生類似減少知識流通成本的效果時，權利人在授權談判時亦應採取較為積極的態度或發展適合的商業模式，創造雙贏的局面。

舉例言之，目前的搜尋引擎雖然多以文字、圖片或網站網址為主要的搜尋內容，但當音樂的數量越來越多，未來或許會發展出以音樂搜尋為核心的搜尋引擎。屆時，或許使用者在網路上尋找想要的音樂時，搜尋引擎的經營者會同時播放簡短的試聽版方便使用者確認是否是他要找尋的音樂或某一樂曲的特定版本。現在網際網路上已經存在的各類試聽版音樂或試映版的影片，就反映此類搜尋引擎未來的發展潛力⁴¹。

由於類此的利用模式巨幅減少的使用者搜尋音樂的成本，具有極強的正向外部

³⁸ Nichols v. Universal Pictures Corp., 45 F. 2d 119, 121 (2d Cir. 1930).

³⁹ 前揭註37，頁196。

⁴⁰ 兩案之內容見闕光威，**合理使用理論與應用之研究—從市場失靈的觀點出發**，國立政治大學科技管理研究所博士論文，頁119-25，2009。

⁴¹ <http://www.kuro.com.tw/kumusic/Default.aspx> (viewed on 2008/9/26).

性，權利人應盡可能採行積極授權的策略，甚至與使用者建立策略聯盟的關係。如果權利人是擁有眾多音樂著作的音樂出版商，甚至可以考慮自己經營結合費機制的音樂搜尋網站。如此，不但可以創造鼓勵音樂流通的外部利益，權利人同時建立有效率的交易平台，減少音樂著作的交易成本，可謂一舉兩得。

陸、結論

就正向外部性導致的市場失靈而言，當被告的利用模式產生的正向外部性越大，著作權授權交易無法完成對整體社會造成的效率損失越大，依據市場失靈理論的討論架構，法院支持被告合理使用主張的機會也越大。此時，權利人最佳的管理策略應該是更積極進行授權，並避免過度利用優勢談判地位抬高交易條件，最後導致授權交易無法進行。本研究認為當被告預期的利用模式涉及現行著作權法特別強調的公共利益諸如教育、文獻保存、比較法案例中所認可的公共利益諸如諷刺或減少資訊交易成本，權利人都應該特別謹慎，除採行積極授權的策略外，甚至應考慮與使用者建立策略聯盟創造彼此雙贏的關係。

面對交易成本過高可能導致市場失靈，對權利人來說最佳的管理策略應該是使用各種可能的機制創造最有效率的授權市場，當市場的運行越具效率，交易成本越低，市場失靈的風險越低，法院支持利用人合理使用抗辯的機會也越低。管見以為，授權著作權仲介團體進行授權交易、自建授權平台、創新商業模式或與主流流通平台建立策略聯盟，是對權利人來說降低交易成本最佳的管理策略之一。

參考文獻

一、中文文獻

1. 張永健、郭躍民、謝曉嵐、李駿逸，音樂著作保護界限之法律與經濟分析（上）—兼論以刑罰作為保護手段的正當性，46期，台灣本土法學，2003。
2. 陳柏如，數位時代著作權集體管理之研究，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2002。
3. 陶鑫良，程永順，張平主編（2001）。域名與知識產權保護。北京：知識產權出版社。
4. 劉孔中，從著作權共同管理之發展趨勢討我國著作權共同管理團體之法制，9卷12期，全國律師，2005。
5. 闕光威，合理使用理論與應用之研究－從市場失靈的觀點出發，國立政治大學科技管理研究所博士論文，2009。

二、英文文獻

1. Campbell v. Acuff-Rose Music, 510 U.S. 569 (1994).
2. Martin Kretschmer, *The Failure of Property Rules In Collective Administration: Rethinking*

- Copyright Society As Regulatory Instrument*, E.I.P.R. 132 (2002).
3. Neil Weinstock Netanel, *Copyright and a Democratic Civil Society*, 106 YALE L. J. 283 (1996).
 4. *Nichols v. Universal Pictures Corp.*, 45 F. 2d 119, 121 (2d Cir. 1930).
 5. Richard J. Gilbert & Michael L. Katz, *When Good Value Chains Go Bad: The Economics of Indirect Liability for Copyright Infringement*, 52 HASTINGS L. J. 961, 968-69 (2001).
 6. Ronald H. Coase, *The Nature of the Firm*, 4 ECONOMICA 386 (1937).
 7. Wendy J. Gordon, *Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and Its Predecessors*, 82 COLUM. L. REV. 1600, 1603 (1982).
 8. William Landes & Richard A. Posner, *An Economic Analysis of Copyright*, 18 J. LEGAL STUD. 325-33, 344-46 (1989).
 9. WILLIAM W. FISHER III, PROMISES TO KEEP 48 (2004).

三、網路資源

1. <http://ocw.mit.edu/index.html>
2. <http://ocw.mit.edu/OcwWeb/Global/AboutOCW/impact.htm>
3. <http://www.ascap.com/licensing/licensingfaq.html>
4. <http://www.bmi.com/licensing/entry/C1282>
5. <http://www.harryfox.com/public/FAQ.jsp>
6. <http://www.kuro.com.tw/kumusic/Default.aspx>
7. <http://www.mcat.org.tw/m03.php>
8. http://www.must.org.tw/must_p36.asp
9. <http://www.napster.com/choose/index.html>
10. <http://zh.wikipedia.org/w/index.php?title=%E4%B8%B2%E6%B5%81%E5%AA%92%E9%AB%94&variant=zh-tw>