

國立臺灣大學法律學系研究所

碩士論文

Graduate Institute of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis

論著作權與資訊流通自由的衝突與解決

—從真實空間到網路空間

The Conflict Between Copyright and Free Flow of Information  
and the Solutions: From Real World to Cyberspace

李劍非

Li, Jeffrey

指導教授：林子儀 博士

Advisor: Lin, Tzu-Yi, J.S.D.

中華民國 99 年 6 月

June, 2010



國立臺灣大學碩士學位論文  
口試委員會審定書

論著作權與資訊流通自由的衝突與解決  
—從真實空間到網路空間

The Conflict Between Copyright and Free Flow of  
Information and the Solutions: From Real World to  
Cyberspace

本論文係李劍非君 (R95A21019) 在國立臺灣大學法律  
學系完成之碩士學位論文，於民國 99 年 07 月 03 日承下列  
考試委員審查通過及口試及格，特此證明

指導教授：

林子儀

口試委員：

馮震宇

葉俊榮

蔡明誠

李劍非



## 謝辭

耗時許久，終於來到這最後的一步。在完成論文的同時，要感謝許多人，沒有這些人，就不會有這本論文的存。

首先要感謝的是父親，因緣際會，我選擇了與父親同樣的研究道路—憲法。家裡有一個老師級的同道中人可以討論問題是幸福的，從考研究所開始，就已經和父親找到了討論的頻率，形成雙方理性討論的空間，一直到了最後這半年著手論文，父親都不斷給予非常寶貴的意見。研究的道路上，父親扮演亦師亦友的角色，在論文技術面，給我嚴格的指正和教導；在論文實質面，他時而站在對立面與我辯論，激發論點，時而站在同一陣線，一同構思論理。有這樣的環境來產生論文，我真的比大部分研究生幸運太多，真要感謝父親一直以來的鞭策與教誨。

母親雖然未在論文實質上給我援手，但她對我的督促與幫助其實不下於父親。從進研究所開始，媽媽便每天操心我的論文進度。開始下筆後，更是三天兩頭詢問寫作情形。各個期日底線我根本就不可能忘記，因為媽媽會提早在一個月、甚至更早時間前不停的提醒我，舉凡論文發表、口試或繳交論文等，媽媽就像拖牛車一樣在前方不停的拉著我往前跑。一直以來她都把我照顧的很好，使我無任何後顧之憂，可以全心衝刺論文進度，感謝媽媽。

恩師林子儀老師對我的恩情永遠難以報答。老師無論是在做人處事或是學術研究上都是非常仔細與用心的。從題目選定開始，老師便考慮周延，好幾次我心儀的題目都被駁回，現在回頭看，老師的判斷如神，當初老師認為許多沒有發展性的題目，確實都在事後得到印證。在論文的寫作過程中，老師不厭其煩的對於我古怪的文字邏輯予以指正，並對於論文架構持續給予建議與提醒，從來沒有顯露出不耐。對於大而化之的我，老師用他的細心與嚴謹，樹立了最好的典範。感謝老

師一直以來的照顧與指導，真的讓老師費心了。

口試時我見證到了幾位口試委員的大師風範，並分別從每位老師身上得到不同的收穫。馮震宇老師給予我許多國際條約法的指導與建議，讓我知道自己增加智慧財產權國際條約的知識深度，並重新思考國際條約在論文中的意義。蔡明誠老師字字珠璣，完全點出論文中權利概念有待釐清，老師在口試後所給的資料更是權利概念的經典之作，著實讓我上了一課權利的基礎概念。葉俊榮老師的風采與口條，早在選修老師的空間管制理論課程時即崇拜不已，口試當天接受葉老師的諄諄指教，真讓我有遇到伯樂之感。蘇永欽老師實在是憲法財產權大師，論文中粗淺的財產權分析，在口試時，聆聽老師的高見與重新拜讀大作後，才發現有許多的問題需要解決。四位口試老師們對於論文的指教與幫助，都令我銘感於心。

Westlaw 是論文寫作一路以來最大的幫手，而讓我有機會可以對這套系統熟稔並可以運用在論文上，除了林子儀老師在研一課堂上的教學外，更要感謝 Stephen 姚伯伯給我機會可以到中國大陸的 Westlaw 實習，使我了解整套系統並可以運用自如，已成論文寫作上的左右手。沒有在 Westlaw 萬律的實習機會，這本論文無法完成的如此順利，感謝姚頌柏伯伯。

感謝研究所一路以來各路的朋友們對我的幫助，法研所的同学、系籃的隊友與教練、張文貞老師與傑賽普的隊友、羅昌發老師、林彩瑜老師與 WTO 辯論賽的教練、隊友和中心助理們、萬律的同事、NTU Law Review 的編輯們、以及律訓的朋友們，能夠認識你們是我的榮幸，感謝與你們的相遇及相識。特別感謝遠在北京的小田老師與妮妮，在百忙之中還願意幫忙尋找相關資料與書籍，非常想念你們。

除了爸媽一直以來的支持，我的其他家人，小潔、小邱阿姨、柔柔、元斌與剛銓

也是我的精神支柱，感謝你們在我進度捉襟見肘時幫我分憂，小潔與剛銓，幫忙了參考書籍名單的製作，剛銓並以過來人的經驗，給我許多有用的建議。元斌是我從小到大的摯友，和你共同學習或玩樂的時光總是能讓我忘卻惱人的壓力，感情也有如親兄弟一般。感謝與你成為知音，也希望你在美國的學業與愛情順利。

最後，要謝謝小娟一路以來的陪伴與支持，如果說研究所時光的一半心力是花在論文上，另一半絕對是花在對付國考的艱辛與挫折，沒有你我不可能走得到這裡。我們終於克服這一切困難，來到了學生生涯的終點，也準備一起開啓人生的另一段旅程。

學如逆水行舟，不進則退。每當我完成挑戰來到更高的一層級時，實際上感覺是自己又更渺小了，愈加感覺到自己的不足與需要進步的空間。希望我以這本論文做為學術研究的開始，能繼續不停的學習與精進，在每次想要偷懶時都能想起曾經得過這麼多人的教導與幫忙，以之作爲創作動力，方不負大家。再次感謝所有人，謝謝你們。

劍非 2010/08/12





# 本文摘要

隨著網際網路時代的到來，網路已經成為我們生活不可或缺的空間，但是，網路數位化造成資訊快速流通的本質卻與著作權資訊壟斷的性質產生衝突。在這樣的衝突下，本文想要藉由歷史觀察與憲法檢驗著作權法在真實空間的擴張與在網路空間的立法方向之妥適性。

在本文第貳章，先探詢學理上保護著作權的理由，再進入著作權憲法基礎的探討。本文以為，保護理由還不足以說明著作權成為憲法上基本權利所涵蓋的對象，尚應探討著作權與各基本權間本質的相容性，與從歷史上觀察著作權與各基本權之間的關聯。

在第參章，藉由探尋著作權制度的根源，發現著作權在多個國家中都是產生自皇室的出版審查制度，並成為出版商限制競爭的手段。一直到民主國家雛形出現後，法律透過「主體」與「期間」的限制，才讓原為控制言論的著作權產生轉變，為鼓勵創作而存在，而不僅是國家或出版商的工具。而重新探討著作權在我國憲法上的定位為何時，由於著作權從歷史觀察看來，並非從任何人權演化而來，且其與其他人權存在本質衝突，故著作權在我國憲法上定位應從基本國策第 166、167 條與憲法第 23 條出發。即使有基本國策與公共利益的授權，在著作權對其它基本權造成限制時，仍應透過比例原則檢驗而不當然合憲。

第肆章則檢驗目前適用在真實空間的我國著作權法是否妥適。透過歷次的修法演進觀察，本文說明著作權的逐漸擴張，對其它基本權如財產權與言論自由等造成逾越比例的限制，包括保護期間持續延長、保護客體與權利範圍持續增加、與刑罰手段的使用等。而這些擴張也逐漸瓦解法律藉由「主體」與「期間」對著作權的限制，而漸漸使得著作權回到歷史上英格蘭安妮法出現前不受控制的情況。

第五章探討著作權適用在網路上所可能產生的問題，包括理論問題、憲法問題與執法問題三大難題。理論上由於網路提供創作新的誘因，且網路的數位化大幅降低複製成本，故著作權繼續存在嘉惠的僅是出版商，誘因理論不再能自圓其說。憲法面則納入了網路即世界的考量，內國的著作權適用在網路空間中會因限制全球的資訊流通自由而產生憲法問題。執法面則有選法不易與定國際管轄權困難的問題。面對這些難題，我國立法不選擇使用限制較小的替代性方案，卻制定科技保護措施與 ISP 民事豁免責任等條款來加強著作權的保護，對於基本權的侵害等毋寧是雪上加霜。本文在最後，則透過將電腦與網路使用行為區分為七種行為型態，分別定性其具有的空間意涵，並建議著作權法對於各行為所應評價的方向。

透過本研究，本文期望能對目前不斷擴張的著作權法進行一次憲法的反省，從比較法與歷史的角度對著作權制度予以分析，而期待能使整個著作權制度更能與現行社會與網路運行事實貼近。

**關鍵字：**言論自由；資訊流通自由；著作權；網際網路；網路空間；全球化；基本國策

## ABSTRACT

As the era of internet comes, cyberspace has become a part of our living space. The digitalized internet increases the speed of information flow, and, as the nature of internet, conflicts with the monopoly character of copyright. In light of such conflict, this thesis tends to analyze whether the expansion of copyright in real world and the legislative direction toward internet are justified under the perspectives of history and our constitution.

In Chapter II, the thesis first explores reasons and theories of copyright protection and subsequently introduces different possible constitutional basis of copyright.

Nonetheless, the thesis considers that merely sharing some similarity is not sufficient for us to conclude that copyright is a branch of constitutional human rights. The nature and historic relation between each human rights and copyright merits further study.

In Chapter III, through exploring the origin of copyright system, this thesis finds that copyright was created for censorship by governments in different nations. Following the appearance of democracy, the purpose of its regime has been transformed to encourage learning and creation through the limitation of “right holder” and “terms”. With this finding in mind, we may review the regime of copyright in light of constitutional laws. From the historic point of view, copyright does not derive from any kind of human rights; it even contradicts with some of them. As a consequence, the copyright may be discovered as being covered in the R.O.C. Constitution by Arts. 166 and 167(fundamental national policy), as well as Art. 23(restrictions upon human right’s restriction). Despite that we could incorporate copyright into the public

policies in the orbit of constitution, whenever copyright is in conflict with some types of human right, the proportionality test must be applied to examine the constitutionality of copyright law.

In Chapter IV, the thesis examines what justifies the application of copyright law in current real world. After a close examination of the development of our copyright legislation, this thesis argues that the expansions of copyright regime constitute unnecessary restriction upon human rights under constitution. The unnecessary expansions include continuing extension of copyright terms, enlarging scope of copyright's objects and contents, using of criminal punishments, and etc. These expansions gradually remove the limitations of "right holder" and "terms" upon copyright, which are indispensable in copyright law; now copyright goes back to the uncontrolled state before The Statute of Anne of England.

In Chapter V, the thesis points out possible difficulties when applying copyright into cyberspace. Relevant issues lie in copyright's theory, constitution, and enforcement of law. Theoretical speaking, taking into account of the facts that internet offers many new incentives for creation and that digitalization decreases huge amount of copying cost, the conventional incentive theory can no longer provide justification. In terms of constitutional law, the thesis considers that internet is global and it would be odd to allow national copyright to govern global information flow. Finally, when enforcing copyright law by different nations, it is almost impossible to overcome problems of choice of law and jurisdiction. Confronting these issues, our legislators choose to enhance the protection of copyright holder instead of adopting less restrictive alternatives. It runs afoul of constitutional safe guards. In the end, the thesis divides the behavior of internet users into seven usages. Having identified the relevance of

each usage to different concept of space, the thesis develops corresponding limits of copyright law vis-à-vis each usages.

Through analyzing the appropriateness of continuing expansion of current copyright law from the perspective of history and constitution, the thesis expects to reconcile the copyright system with the integrity of internet in our living society.

**KEYWORDS:** freedom of speech; free flow of information; copyright; internet; cyberspace; globalization; national fundamental policy





# 目錄

<b>第壹章</b>	<b>序論</b> .....	<b>1</b>
第一節	研究動機與目的 .....	1
一、	從著作權存在的憲法問題談起 .....	1
二、	數位化網路空間所產生的新問題 .....	3
第二節	研究範圍 .....	6
第三節	名詞界定—基本法律概念的意義 .....	8
第四節	研究問題與架構 .....	12
<b>第貳章</b>	<b>著作權的保護理論與憲法基礎</b> .....	<b>15</b>
第一節	著作權學理上的理論基礎 .....	15
一、	著作權的保護理由 .....	15
(一)	自然法或財產權理論(The Natural Law Theory) .....	15
(二)	人格權理論(The Personality Theory) .....	16
(三)	效用理論(Utilitarian Philosophy) .....	17
(四)	社會規劃理論(Social Planning Theory) .....	19
(五)	小結 .....	20
二、	另一種著作權哲學保護立場的辯論 .....	21
第二節	著作權之憲法基礎 .....	22
一、	外國法例 .....	22
(一)	美國 .....	22
(二)	德國 .....	32
(三)	小結 .....	37
二、	我國著作權的憲法基礎 .....	38
(一)	憲法條文及大法官解釋 .....	38
(二)	學者見解 .....	44

第三節	本章小結.....	54
<b>第參章</b>	<b>著作權的歷史與憲法定位.....</b>	<b>57</b>
第一節	為什麼歷史重要.....	57
第二節	我國著作權法的歷史.....	58
一、	宋朝興起的印刷術為著作權概念的源頭？.....	59
(一)	肯定說.....	59
(二)	否定說.....	60
二、	我國第一部著作權法的形成.....	61
第三節	英國及美國著作權法歷史背景.....	63
一、	英國.....	63
(一)	印刷技術出現前後.....	63
(二)	出版公會著作權(Stationers' copyright)誕生.....	64
(三)	授權法(Licensing Act).....	65
(四)	安妮法(The Statute of Anne).....	66
(五)	1710-1774 年的著作權法.....	67
(六)	Millar v. Taylor.....	68
(七)	Donaldson v. Beckett.....	71
二、	美國.....	75
(一)	美國立憲之前.....	75
(二)	美國憲法制定.....	77
(三)	美國立憲之後.....	79
第四節	法國著作權法歷史背景.....	84
一、	法國大革命前.....	84
二、	法國大革命後.....	85
第五節	德國的著作權法背景與概念.....	87



第六節	對於著作權法歷史的反思與分析 .....	89
一、	對於我國著作權歷史的分析.....	89
(一)	我國著作權概念的始點.....	89
(二)	我國著作權沒有自然發生的原因 .....	91
(三)	小結.....	93
二、	對於外國著作權歷史之分析.....	93
(一)	著作權誕生於國家以箝制言論為目的的公權力賦予.....	94
(二)	著作權法透過「目的」、「期限」與「主體」的改變來防堵 權力(power).....	95
(三)	著作權保護的理由 .....	97
(四)	習慣法(common law)或實定法(statutory law)之爭的歷史 意義	98
(五)	大陸法系的人格權理論—後天型塑著作權保護理由....	100
第七節	著作權的憲法定位 .....	102
一、	對於學說上著作權憲法基礎之分析 .....	102
(一)	源於財產權？ .....	102
(二)	源於一般人格權？ .....	108
(三)	源於藝術自由？ .....	110
(四)	源於言論自由？ .....	111
(五)	國際條約對於著作權的憲法意義 .....	112
二、	本文看法—憲法第 166 條、167 條與第 23 條作為著作權的憲 法定位	114
第八節	本章小結.....	118
<b>第肆章</b>	<b>著作權法在真實空間擴張所生之問題 .....</b>	<b>121</b>
第一節	我國著作權法沿革綜覽 .....	121

第二節	著作權的歷史經驗與憲法定位 .....	131
第三節	現行著作權法擴張不符憲法界線 .....	132
一、	著作權作為基本國策與公共利益的實現，構成基本權的限制	
	132	
(一)	著作權構成言論自由的內容與事前限制？ .....	132
(二)	著作權對於言論自由限制的合憲理論與其批評 .....	137
(三)	小結.....	140
(四)	著作權對於其他基本權的限制 .....	143
二、	基本權的限制不符比例部分 .....	145
(一)	創作保護主義不如登記保護主義 .....	146
(二)	保護期間不應繼續延長.....	147
(三)	著作權利範圍不應過度擴張 .....	150
(四)	著作權客體應具體明確.....	151
(五)	不宜採刑罰手段 .....	153
(六)	合理使用的極限 .....	154
(七)	小結：著作權擴張對科技革新造成阻礙.....	155
第四節	著作權法的發展光譜：回到過去？ .....	156
第五節	本章小結.....	159
<b>第五章</b>	<b>著作權在網路空間適用的難題與理想模型</b>	<b>161</b>
第一節	網路空間與真實空間的界分.....	161
第二節	網路與網路空間 .....	164
一、	網際網路簡介.....	164
二、	網路空間的特色.....	165
三、	網路環境的演變.....	167
(一)	從 Web1.0 進化到 Web2.0 .....	167

(二)	從 Web2.0 到所謂「網路平方」(Web Squared)時代—網路即世界的理念.....	169
四、	網路空間的法律—程式碼(Code)? .....	171
五、	小結：網路數位化與著作權本質的衝突.....	172
第三節	著作權適用在網路上的問題.....	173
一、	理論的問題：網路顛覆著作權的誘因理論.....	173
二、	憲法的問題—資訊流通自由的限制 .....	175
(一)	美國聯邦最高法院相關判決 .....	175
(二)	學者間對於「網路資訊流通自由」的討論 .....	181
(三)	我國憲法下資訊流通自由的概念 .....	182
(四)	小結：著作權在網路上比真實空間侵犯資訊流通自由更甚	183
三、	法律執行的問題—定國際管轄分配與選法困難.....	185
(一)	網路造成定國際管轄分配之困難 .....	185
(二)	網路造成國際私法選法困難 .....	187
四、	網路著作權適用的三大難題與憲法、歷史之關聯 .....	188
(一)	理論面：網路取代著作權成爲創作誘因，著作權不再是鼓勵創新所必須.....	188
(二)	憲法面：憲法上全球資訊流通自由價值的維護 .....	189
(三)	執法面：法律執行困難意味著著作權環境「質」的變化	190
第四節	因應網路空間特性而生的方案.....	191
一、	學者的各種建議.....	191
二、	目前我國所採取反其道而行的「立法模式」 .....	192
(一)	防盜拷措施之保護 .....	193
(二)	網路服務提供者之民事免責事由 .....	197
第五節	本章小結：理想的網路空間著作權適用方向.....	204

一、	傳輸(transmit) .....	205
二、	上傳(upload) .....	205
三、	分佈(distribute) .....	207
四、	瀏覽與檢索(browse and search).....	208
五、	設立超連結(hyperlink) .....	209
六、	下載(download).....	209
七、	列印或燒錄(print or burn).....	210
<b>第陸章</b>	<b>結論 .....</b>	<b>213</b>
	<b>參考文獻.....</b>	<b>217</b>



# 第壹章 序論

## 第一節 研究動機與目的

### 一、 從著作權存在的憲法問題談起

面對盜版的猖獗，「尊重智慧財產權」已經成為長久以來政府與民間呼籲的口號，其中又以要求尊重著作權為最多。然而，在吾人依著作權法保障著作權的同時，是否曾經思考過其中可能存在的憲法問題？著作權人於其著作財產權之一的重製權<sup>1</sup>遭受到侵害時，得依著作權法第 84 條請求排除侵害，並依第 88 條請求損害賠償，第 91 條並定有刑事責任。而在著作權人請求排除他人重製行為、請求損害賠償與追訴侵權的同時，其實已經限制到了該他人的多項憲法所保障的基本權利。

首先，「重製著作人的著作物」本身是言論的一種，無論是重製書籍、音樂、電影或圖片等，都是重製者言論的表達，即使與著作人表達完全相同，只要能夠有實現自我、溝通意見、追求真理及監督各種政治或社會活動之功能，即應為憲法言論自由所保障。<sup>2</sup>而著作權法上的重製權禁止他人發表與著作人相同的言論，並予以相對應的民事與刑事責任，對於此種重製性言論，即會產生寒蟬效應。

再者，對於其擁有所有權的著作物，所有人依民法第 765 條得自由使用收益其所有物。而對於其所有物重製，屬於「使用」的內涵，當所有人「使用」其所有他人的著作物去重製時，會受到民刑責任追訴，因而使得所有人不能自由任意行使

---

<sup>1</sup> 著作權法第 22 條第 1 項參照。

<sup>2</sup> 司法院大法官釋字 509 號解釋參照。

其所有權，而所有權屬於財產權核心內容之一，故著作權也會對財產權造成限制。

舉例而言，如果我們買了一套金庸的小說，閱讀完後很想透過自己的筆去寫一本一樣或極為相似的小說，又或是想要改編其中章節，但使用相同人物或文字而寫出自己認為更精采的小說，並予以發表或出版，是可能違反著作權法的。而為了避免違法，吾人必須因此放棄上述想法。上述發生的，不正是一段想要實現自我的過程，而實現憲法所保障言論自由與財產權的最佳事例嗎？簡言之，著作權本質上帶有對於憲法上資訊流通自由的限制。

然而，傳統學說上常忽略著作權法所可能涉及的憲法問題，少有討論著作權在限制到其他憲法基本權利該如何處理與平衡。對於著作權的意義，我國多數未予以一內涵性定義，而以外緣性定義之，認為著作權包括著作財產權與著作人格權。

<sup>3</sup>本文則認為，著作權應有一內涵性的定義，蓋著作財產權與著作人格權的內容受制於立法裁量因而會產生浮動，在討論著作權議題時，吾人實應先了解著作權本身意義為何，方能就其所生的憲法問題進行研究。本文以為，著作權應指保障「作者」就其「著作」在「有限期間內」享有「獨占排他性」的權利。

在歸類上，多數將著作權歸類為「智慧財產權」之一，<sup>4</sup>其理由為對於「人類運用精神力之創作成果」的保護，<sup>5</sup>既稱為智慧「財產權」，應是將之視為財產權的一種，故可以歸結多數將著作權認為係財產權的一種。

如果著作權在憲法上定位從財產權出發，則其與言論自由之間的衝突應循基本權

---

<sup>3</sup> 蕭雄淋（2007），《著作權法論》，5版，頁3，台北：五南；羅明通（2009），《著作權法論(I)》，7版，頁95-97，台北：台英商務法律；張靜〔1988〕，《著作權法釋論》，頁62-65，台北：中華徵信所。

<sup>4</sup> 蔡明誠（1999），〈智慧財產保護法制的發展與展望〉，《智慧財產權》，創刊號，頁13；謝銘洋〔2008〕，《智慧財產權法》，頁1-5，台北：元照。

<sup>5</sup> 謝銘洋（2008），《智慧財產權法》，頁6-8，台北：元照；鄭中人（2005），《智慧財產權法導讀》，3版，頁3-6，台北：五南。

衝突理論處理，透過基本權之位階秩序、具體規定優先適用於概括規定及具體個案中之法益衡量等理論解決之。<sup>6</sup>然而承認著作權法的同時，是否其實已經對財產權與言論自由衝突有了選擇？又著作權對於財產權的限制，該如何透過基本權衝突理論解決？有認為所有權當然應該受到著作權之限制，卻未見其理由說明。<sup>7</sup>而著作權與財產權之間，除了都具有財產經濟價值外，是否還有其他的關聯？

由上述討論可知，著作權在憲法上的定位為何，不只是歸類成財產權那麼簡單的問題。著作權是否真應在憲法上予以一人權價值的定位，須要重新審慎思考。本文認為至少必須了解包括著作權的保護理由、可能在憲法上被學者歸類的定位，以及最重要的，著作權在歷史上的發源後，才能給予這個問題妥適的答案。透過歷史的探索，吾人方能了解著作權究竟為什麼被創造，與著作權如何轉變為現在的面貌。從歷史觀察著作權後，關於其在憲法上應該如何定位的問題方能作較完整的思考，進而確定著作權對其它基本權造成限制時，在憲法上應該要如何處理，也提供本文分析我國現行著作權法合憲性的基礎。

## 二、 數位化網路空間所產生的新問題

看看以下這幾則新聞：

「……瑞士盜版黨定今天下午 2 時在蘇黎世成立。它在 Facebook 上的聲明說，該黨的三項基本宗旨是保護公民權利、解放文化，及提升「專利與壟斷有害社會運作的意識」。聲明說，目前公民權利、隱私和自由受到的攻擊正在升高，該黨和國際上同類型的團體一樣，是對這些問題的「政治上正確的解答」。瑞典盜版黨率先在 2006 年成立，並在今年歐洲議會選舉中獲得全國 7.1% 選票，奪得瑞典 18 席中的一席。目前歐

---

<sup>6</sup> 李建良（2002），〈論基本權之位階次序與司法審查標準〉，劉孔中、陳新民主編《憲法解釋之理論與實務(第三輯上冊)》，頁 129-191，台北：中央研究院中山人文社會科學研究所；李震山〔2000〕，〈論資訊自決權〉，《人性尊嚴與人權保障》，頁 304-306，台北：元照。

<sup>7</sup> 蕭雄淋（2007），《著作權法論》，5 版，頁 7，台北：五南。

洲和美洲已約 30 多國有盜版黨。國際盜版黨運動不只主張強化網路上盜版的權利、改革智慧財產權法，也反對政府監控人民。瑞士盜版黨創黨黨員里森（Christian Riesen）對新聞網站「瑞士資訊」（Swissinfo）說，該黨將促進「透明的政府，而不是透明的公民」。<sup>8</sup>

「……陳瓊瑜上網賣她看過的一套日劇盜版光碟，被代理商提告求償 90 萬元，受不了高額求償金，選擇結束生命，此案，深深刺痛負責智慧財產案檢察官的心。近來「以刑逼民」的智慧財產案在全國各地檢署滾滾冒出，原本是要打擊盜版、仿冒品的著作權法、商標法，因為侵權求償金相當高，達侵權價值 500 倍到 1500 倍的利益大餅，引來新興行業「賞金獵人」、「賞金公司」林立。智慧財產相關法律因而淪為戕害學生、卡拉 OK 店、社會弱勢族群的惡法，讓檢察官、法官等司法人員無端成為不肖業者斂財工具，如今又傳出智產公司不肖查緝人員，利用查緝作為上下其手，讓檢察官們痛心。」<sup>9</sup>

「MUST（中華音樂著作權協會）認為只要是該會會員，即使是創作者，由於權利不見得屬單獨一人，也不能在部落格上放，法界認為這有「權利濫用」之虞。楊姓律師指出，不論是 MUST 和會員的契約規範，或是著作權法仲介團體條例第十三條，都未明言不可由創作者本人使用，而是強調不得「自行授權（給別人）」或委託第三人，「本人又不是別人、第三人。」以謝和弦案為例，創作者將歌放在部落格推廣，並未收

---

<sup>8</sup> 中央社〔2009/07/12〕，瑞士盜版黨成立 主張網路檔案分享無罪。  
<http://n.yam.com/cna/international/200907/20090712225313.html>〔最後瀏覽日：2010/08/12〕。

<sup>9</sup> 自由電子報〔2010/01/08〕，求償逼死人 智財法淪惡法。  
<http://www.libertytimes.com/2010/new/jan/8/today-so1-3.htm>〔最後瀏覽日：2010/08/12〕。



費，不管對誰都有利；若規定創作者不可將歌放在部落格，甚至作諸多限制，讓大家都聽不到，造成「損人不利己」，這就是權利濫用。」<sup>10</sup>

盜版黨的產生、個人被出版商告倒而需付出巨額賠償，與之前喧騰於一時的成大 MP3 事件，<sup>11</sup>這些事件的背後似乎有某些訊息在暗示著我們：著作權在網路社會的今天，有些問題。這些新聞事件所共同顯示的，是網路已經逐漸成為吾人生活所必須使用的工具，甚至成為吾人生活所必須存在的「空間」；然而，著作權現在在網路上發展的方向，已經朝向繼續擴張並造成許多不合理的現象產生。

在專利法中常有若是會影響到人類日常生活平衡者，則不予以專利授與的例子，故在專利法第 24 條<sup>12</sup>列出如動植物主要生物學方法、人體治療方法與妨礙公共秩序善良風俗等皆不予專利。<sup>13</sup>則已經成為吾人日常生活所必須的網路，若讓著作權完全適用於其上而不做出調整，是否也會因法律所帶來的寒蟬效應而造成人類日常生活的癱瘓或是不必要的心理擔憂？

蘇永欽教授也曾經提出與本文相似的質問：

「……任何智慧財產權的增加或內容的擴張，潛在的都意味所有市場參與者營業(競爭)自由，乃至於言論(出版)自由的減少，事實上任何特定智慧財產權的賦予，也都立即會對一堆同業造成相關自由的限制。近年來美國憲法學者對智慧財產權的無限上綱有越來越尖銳的質疑，就不能

<sup>10</sup> 聯合報〔2009/06/05〕，法界：有權利濫用之餘，A8 版。

<sup>11</sup> 聯合報〔2001/04/18〕，成大 MP3 事件風波檢察官將進入？校園大震撼，20 版。（「四一一大 MP 三事件」在各大校園裡引起極大震撼，近日「檢察官將進入校園搜查」傳言滿天飛，學生人心惶惶，後續效應陸續出現，不少人連忙「清除」電腦裡相關資料，更有同學天天揹著電腦到處跑，以免被檢察官「逮個正著」。）

<sup>12</sup> 專利法第 24 條規定：「下列各款，不予發明專利：一、動、植物及生產動、植物之主要生物學方法。但微生物學之生產方法，不在此限。二、人體或動物疾病之診斷、治療或外科手術方法。三、妨害公共秩序、善良風俗或衛生者。」

<sup>13</sup> 本條各款背後或多或少都是考慮到賦予專利獨占權會對人類整體有倫理、經濟與政策上的不利，參見楊崇森〔2007〕，《專利法理論與應用》，2 版，頁 128-154，台北：三民。

說全無道理。試問每天在同一瞬間可能有幾千萬上網的年輕人同時在侵害著作權，問題難道只是人們尊重權利的意識不足，而不在這種智財權設計的本身？跨國企業必須藉智慧財產輸出國的外交力量對智慧輸入國施壓，把本來應該內化於財產權的防盜成本，強迫用國家警察的預算來吸收，又怎能說不是一種大可非議的現代版帝國主義。」<sup>14</sup>

蘇老師未對其所提出之問題給予回答，本文的研究即期望能找出此問題的答案。網路不同於以往任何一樣複製科技，舉凡影印機、錄音機或錄影機等，都還只是量上的技術變化，這些科技比以往的舊技術再複製上更為方便與快速，網路不僅是複製的速度增加，而是在網路空間中，複製的成本大幅降低。<sup>15</sup>透過數位化的技術，網路複製資訊不需要如傳統科技透過 CD 或紙張等載體，而只需要近乎零成本的「數字」(digits)。由於網路的數位化技術，在網路空間中資訊流通的速度與成本都不同於以往，吾人對於網路空間中資訊流通自由利益的渴望與需求遠大於真實空間，而這樣的需求使得著作權適用在網路上產生了新的挑戰。因此，本文除了將探討著作權在真實空間中擴張保護的合憲性外，更欲反思將著作權理所當然的適用在網路空間所可能產生的問題與不合理之處，並尋找立法可能的應對方法與方向，俾能使著作權與網路空間資訊流通自由間取得適當的調和。

## 第二節 研究範圍

著作權作為智慧財產權的一部份，勢必被認為與其他如專利權、商標權或營業秘密等種類智慧財產權<sup>16</sup>具有某程度相似之處，所以本文第一個會面臨到的問題，即對於著作權的種種觀察與論點，是否同樣適用在其他或所有智慧財產權上。然而，首先要提出說明的，是每一種智慧財產權都有其獨立內涵，本文不認為把著

<sup>14</sup> 蘇永欽〔2007〕，〈推薦序〉，劉孔中，《智慧財產權法制的關鍵革新》，台北：元照。

<sup>15</sup> See Raymond Shih Ray Ku, *The Creative Destruction of Copyright: Napster and the New Economics of Digital Technology*, 69 U. CHI. L. REV. 263, 270-272 (2002).

<sup>16</sup> 謝銘洋〔2008〕，《智慧財產權法》，頁 1-5，台北：元照。

作權、專利權、商標權等視為一個智慧財產權類別，即代表其具有所有共通法理，正如公司法、海商法與票據法等皆為商法，但不代表公司法的法理會適用在海商法中。而更大的原因是本文能力不足以對所有的智慧財產權種類皆予以作網路適用的思考與檢視，所以對於著作權在網路中適用所提出的觀察與反思，皆僅係針對著作權，而沒有要擴及論述其他智慧財產權的意思，對於專利權或商標權等諸如憲法上基礎、其歷史發源或適用上正當性等，本文以為都要再進一步作更詳盡的研究，方能比較與處理。

其次，著作物種類族繁不及備載，舉凡音樂、電影、文字、美術、圖形等，<sup>17</sup>每一種著作在網路上適用都有其獨立討論適用上困難與解決之道的意義，也代表者不同產業的經濟利益的調和。本文無意去處理每一種著作物在網路上適用的問題與解決方式，毋寧是想從最上位處點出網路本質與著作權制度的衝突點，並觀察目前我國立法對此衝突所採取處理方向的妥適性，更偏向是一種著作權政策在網路空間中的觀察與評析，而非嘗試去探討每一種著作物與科技產業在網路環境中的發展與未來趨勢。

網路科技的發展日進千里，本文無意也沒有能力去探討個別網路科技與著作權間的問題，諸如部落格的著作權爭議、<sup>18</sup>Youtube 上影片觀賞與上傳的相關著作權疑慮與 Facebook 上所可能涉及的著作權問題等，每一個皆係複雜且待專題研究的網路著作權議題。本文所強調與關切的，較集中於網路作為整體的環境特色與其大方向上與著作權間所產生的衝突，並嘗試對於電腦與網路使用行為予以類型化，以提供日後發展著作權與網路科技間調和的方向與基礎。

---

<sup>17</sup> 著作權法第 5 條參照。

<sup>18</sup> 可參見馮震宇〔2007〕，〈部落格也會侵害著作權？網路服務提供者責任限制規範下的部落格責任〉，《萬國法律》，153 期，頁 14-26；馮震宇、陳家駿〔2008〕，〈網路科技關於部落格及串流之著作權法律問題〉，《智慧財產權》，112 期，頁 108-148。

此外，本文尚涉及許多著作權法中細部制度設計的探討，每一種制度或條文的設計前後，都有許多文獻從各種角度探討各條文或制度的妥適性，與外國立法例作比較與介紹等，所以本文在評析各條文或制度時，所著重重點已經不是與外國立法例的比較，或是該立法或制度設計所參照的國外法制背景介紹，強調的是該設計或條文與憲法和歷史之間的關係，從憲法和歷史的角度還審視這些制度與條文是否具有正當性與符合界線。所以，會與一般著作權法文獻的分析角度有出入，這是觀察角度不同的選擇使然。

最後，關於網路空間的著作權問題，本文所欲處理的，主要是點出著作權適用在網路可能會發生的難題，與我國立法對於此些難題的處理態度，比較偏向「目前我國立法處理網路議題的態度檢討」，而較不偏重「未來立法針對網路議題的設計」，後者尚未在本文探討範圍之內，只能做出一個最大的方向建議。

### 第三節 名詞界定—基本法律概念的意義

在本文通篇行文中，反覆將被使用的概念是所謂的「權利」(right)與「權力」(power)等法律概念，但是由於這些法律概念的意義常被各種文獻與判決使用於不同目的，其意義在各篇文獻中也多有出入，故本文有必要先界定這些概念在本文中被使用時所代表的意義。

在此，本文參考史丹佛大學(Stanford University)的 Wesley Newcomb Hohfeld 教授於 1913 年於耶魯法學期刊(Yale Law Journal)上所發表的經典文章，分析美國判決與文獻中所使用的法律概念之意義與種類。<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> Wesley Newcomb Hohfeld, *Some Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning*, 23 YALE L. J. 16 (1913); see generally Walter Wheeler Cook, *Hohfeld's Contribution to the Science of Law*, 28 YALE L. J. 721 (1919); Joseph William Singer, *The Legal Rights Debate in Analytical Jurisprudence From Bentham to Hohfeld*, 1982 WIS. L. REV. 975 (1982).

Hohfeld 教授將法律上常使用的法律關係(legal relations)分爲四種，並以其對立概念(opposites)和相關聯概念(correlatives)來說明之，氏對於法律關係的分類，可略以下表表達：<sup>20</sup>

**表：Wesley Newcomb Hohfeld 對於法律概念的四種分類**

法律上概念 (Jural)	權利(right)	特權 (privilege)	權力(power)	豁免權 (immunity)
對立概念 (Opposites)	無權利 (no-right)	義務(duty)	無能力 (disability)	責任(liability)
相關聯概念 (Correlatives)	義務(duty)	無權利 (no-right)	責任(liability)	無能力 (disability)

(圖表來源：引自 Wesley Newcomb Hohfeld 註 19 兩文，名詞爲本文自譯)

根據 Hohfeld，權利(right)和義務(duty)是相關聯的概念(correlatives)，當權利被侵害，就會有義務被違反。義務的意義則是應爲不應爲一定行爲。從這一角度理解權利，請求(claim)會是比较適合的同義而可以說明權利意義的名詞。所以當 X 對於一塊土地享有某權利時，其可以就此土地對於 Y 主張權利，Y 則負有不得侵入該土之義務。<sup>21</sup>

特權(privilege)是與義務(duty)相反的概念，有特權即不存在義務(negation of legal duty)，而特權又與第三人不享有權利(no-right)相關聯。X 對於土地可以享有請求 Y 不得進入該土地之權利，則 X 對於進入該土地享有特權，並且不負有不得侵入該土地的義務，其相關聯的概念即 Y 對於 X 不享有一個請求不得侵入 X 之土

<sup>20</sup> Hohfeld, *supra* note 19, at 30.; *see also* Wesley Newcomb Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning*, 26 *YALE L.J.* 710, 710 (1917).

<sup>21</sup> Hohfeld, *supra* note 19, at 32.

的權利(right)。<sup>22</sup>Hohfeld 並認為所謂的自由權(liberty)與特權的意義相同，都是在指涉對於第三人(third parties)請求不得為某種干預，也因此，其相關聯概念，是第三人的無權利(no-right)。<sup>23</sup>氏也指出，許可(license)常被使用做為與特權同義，並不妥適，蓋所謂的許可應是指用來創造特權所需要的一組可運作的事實(operative facts)。<sup>24</sup>

法律上(而非身體意義上)的權力(power)，是法律上無能力(legal disability)的相反概念，而與其相關聯的概念為法律上的責任(liability)。<sup>25</sup>相對於前面兩種法律概念，權力(power)較不易說明，所以 Hohfeld 教授用了較多不同的例子來說明之。如 X 可以透過一群可操作性事實如拋棄的方式，來終結她對於某土地的法律上利益(請求權(right)、權力(power)與豁免權(immunity)等)，而使得他人對於被拋棄的客體產生權力(powers)或特權(privileges)(如他人侵占被拋棄物)。同樣的，X 有將其利益移轉給 Y 的權力，亦即，終結她自身的利益去創造 Y 一個全新相對應的利益。X 也有權力透過契約去創造各種負擔(obligations)。典型如代理人(agent)的例子，一個代理關係的發生，包含授予法律上權力(power)給所謂的代理人，同時發生代理關係中本人(principal)相對應的責任。這裡面涉及到的概念是「授權」(authorization)，指由發生在代理人與其本人間的一組可運作事實所組成的概念。<sup>26</sup>在附條件買賣人格的情形，授權者享有法律上資格，被授權者則享有不可撤銷性的權力(power)去履行某種條件來除去該資格，並將該資格轉為自己享有。該權力(power)是顯著的，而授權人也負有相關除去其所享有資格的責任(liability)。<sup>27</sup>在契約的例子裡，假設 A 去函給 B，發要約向 B 購買某土，當 B 收到此函時，B 產生一個權力(power)，A 負有一個責任(liability)。而 B 將承諾回函

---

<sup>22</sup> *Id.*

<sup>23</sup> *Id.* at 36.

<sup>24</sup> *Id.* at 43-44.

<sup>25</sup> *Id.* at 44.

<sup>26</sup> *Id.* at 45-46.

<sup>27</sup> *Id.* at 48.

丟入信箱時，他享有課予 A 與他自己契約義務(obligation)的權力(power)，而 A 與 B 的這個權力加責任的關係(the “power plus liability” relation)對 B 而言值 A 所定價金的價值。A 的責任(liability)會持續一段合理期間，除非 A 在期間內行使其權力(power)，如撤回要約。<sup>28</sup> 責任(liability)與權力(power)相關聯，與豁免權(immunity)相對立，常常會有認為責任與義務(duty or obligation)相近，但 Hohfeld 認為更相近的字辭其實是負責(subjection or responsibility)。可以確定的是，責任此一詞彙指涉特定型態與權力(power)相關聯的責任(liability)。<sup>29</sup>

最後，Hohfeld 教授所分類的第四種法律概念，即所謂的豁免權(immunity)，與無能力(disability or no power)相關聯，其對立概念則是責任(liability)。權力(power)相對於豁免(immunity)正如權利(right)相對於特權(privilege)。地主 X 有權力(power)將其所有之地轉讓給 Y 或其他人，但是同時 X 對於 Y 與他人有享有多種豁免權，因為 Y 還沒有權力(power or disability)去轉移法律利益給自己或第三人；但如果是行政官員因為獲得授權而可以販賣 X 的利益，該行政官員的權力(power)會成為 X 的責任(liability)，也就是豁免權(immunity or exemption)的相反。X 就土地的某部份可能可以豁免(immune)而就其他部分負有責任(liable)。當 X 任命代理人買賣土地的一部份，X 對於該代理人是處於責任(liability)而非豁免(immunity)關係。<sup>30</sup>

總結 Hohfeld 教授對於法律關係的四種分類，吾人可以得知：權利(right)是某人對於他人積極性的請求(claim)，特權(privilege)則是某人可不受他人權利主張

---

<sup>28</sup> *Id.* at 49-50. 此外，Hohfeld 教授更提醒在看待法律上的權力(legal power)時，必須區辨法律上權力(legal power)、行使法律上權力所需的身體意義上的權力(physical power)，與行使這一切所存在的特權(privilege)之區別。所以如果地主 X 和 Y 訂立契約不得轉讓其地予 Z，則雖然 X 對於與 Y 以外的其它當人之間行使轉讓給 Z 的權力(power)所需要的必要行為享有特權(privileged)，但是在 X 與 Y 之間，X 並無為必要行為之特權(privilege)，或者是說，X 對於 Y 負有不去完成行使權力(power)之必要行為的義務(duty)。參見 *Id.* at 52-53.

<sup>29</sup> *Id.* at 53-54.

<sup>30</sup> *Id.* at 55.

(right)拘束之自由(freedom)；權力(power)是某人對於一種法律上關係(legal relation)而可以對抗他人的積極性控制地位，豁免權(immunity)則是某人對於某種法律關係享有不受他人法律上力量控制的自由(freedom)。<sup>31</sup>因此，本文在接下來所使用的於「私人間」的相關法律概念時，<sup>32</sup>即為參考上述四種分類概念的意義而作使用。

至於若係國家與人民間運用到所謂「權力」(power)的概念時，本文所指涉者為國家為達成公共目的所行使之「公權力」之意，此一公權力可能為國家行使，也可能由國家授權與私人行使之。無論如何，此時所涉及的法律關係處於國家與私人之間，目的在達成國家某項任務。

#### 第四節 研究問題與架構

本文的研究問題即在於，我國著作權法在真實空間的擴張與網路空間的立法方向是否能夠通過憲法資訊流通自由的檢驗。論文架構則安排如下：

第貳章，首先，先了解著作權在學理上的保護理論基礎，藉以理解著作權存在的理由。而透過美國與德國憲法實務的介紹，了解兩國著作權的憲法基礎，然後檢視我國憲法上著作權的基礎來源。我國憲法並未如美國憲法，有直接條文授權著作權法的制定，搜尋大法官解釋也付之闕如，所以必須透過學者文獻來了解我國著作權的憲法基礎。歸納學者意見，認為著作權的憲法來源共有財產權、一般人格權、藝術自由、言論自由與基本國策等。而本文以為，為能知悉著作權與上述基本權利之間的關聯，有必要考究著作權的發源歷史，方能討論著作權在我國憲法上的定位。

---

<sup>31</sup> See *id.* at 55.

<sup>32</sup> 之所以強調「私人間」，是因為若涉及國家與人民間，則相關法律概念的意義與此處介紹者會有不同，所以此處所界定的法律概念僅適用於私人間。



第參章，在探討本國是否也有著作權的根源後，本文認為我國著作權制度是繼受西方法律而來，所以對於西方著作權的歷史觀察的意義，同樣適用於我國的著作權法。透過追溯著作權制度與著作權法在英國、美國、法國與德國的起源與發展，了解了著作權在各國誕生的時空背景。而本文歸納統整出著作權制度歷史上的來源與制度設計原意，除了為能鼓勵創作外，並認為應在於防止著作權被國家用來箝制言論市場的工具。著作權法確保著作權符合鼓勵創作目的的機制有二：「作者」享有著作權，與「有限期間」的限制。從著作權發展歷史看來，著作權並非從基本人權發展而來，故本文認為著作權的憲法定位應從基本國策第 166 條、167 條與憲法第 23 條出發。因而，有基本國策與公共利益作為支持的著作權法，在限制其他基本權時，仍必須符合比例原則。

第肆章，對我國著作權法做了時間切割，以觀察著作權法的發展歷程。而透過此一觀察可以發現我國著作權法的發展趨勢在幾個方面踰越了比例原則。由於著作權法在制度、權利內容、權利客體與權利期間的擴張限制到了言論自由與財產權等基本權，但卻不一定能達到鼓勵創作的目的與非較小限制的手段，所以不符比例原則。此外，權利期間在著作人格權已經無限制，而從著作財產權不斷延長的趨勢看來，對於著作權控制的「期間限制」已經漸漸瓦解。再加上著作權可以轉讓且經常轉讓，「作者」享有著作權的限制效果也大為下降，如此使得著作權逐漸回到令吾人擔憂的狀態。

第五章，介紹網路空間的環境特色，並點出著作權適用在網路中會發生的三大難題：理論、憲法與執法難題。理論部份，由於網路空間的特性與商機提供作者創新的新誘因，著作權作為鼓勵創作的手段即欠缺存在必要性，若仍然適用著作權法，嘉惠到的是出版商，而此將致著作權回到歷史上作為出版商用來限制競爭手段的情況。憲法部分，資訊在網路中所展現的是全球資訊流通自由的價值，而

我國憲法為能符合跨國憲政主義，當使命維護此一資訊流通自由，則內國著作權價值不應凌駕網路中的資訊流通自由，著作權適用在網路中遂產生額外的憲法問題。執法部份，網路空間使著作權法產生定國際管轄權與決定選法規則的困難。也由於此三大難題，學者間有不同建議著作權適用在網路空間的模式。然而，我國立法反其道而行透過科技保護措施與 ISP 民事免責條款等加強著作權人之保護，忽略網路中的三大難題。最後，本文建議著作權適用在網路空間的理想模型應視電腦與網路使用行為型態而定，分為傳輸、上傳、分佈、瀏覽與搜索、設置超連結、下載、列印與燒錄等七種行為，而透過確定每一種行為的空間屬性，來決定著作權法在每種行為上的適用方式。

第陸章則是結論，將本論文的想法分析作一個總結與交代。



## 第貳章 著作權的保護理論與憲法基礎

著作權的權利內容可能會限制到其他基本權如言論自由、財產權等，此在第壹章已經有簡單的分析。對於這些著作權所造成的基本權限制在憲法上應該要如何處理，即涉及到著作權在憲法上應該如何定位的問題。而進入著作權憲法上定位的討論前，有必要對於學理上著作權的保護理由先作一介紹，進而理解為何著作權制度被認為必須存在。

### 第一節 著作權學理上的理論基礎

#### 一、 著作權的保護理由

##### (一) 自然法或財產權理論(The Natural Law Theory)

此一派理論基於洛克的勞力論而來。洛克認為人需要透過勞力將神所賜予的物資轉換成有價值的財產，即把公有財產透過勞力化為私有。而其認為原始財產最初有兩種限制，一種是財產夠多夠好的限制(enough and as good)，指無人占用的財產還是夠多，足夠讓所有人繼續以勞力取得，所以私人因其勞力而獲得財產是可接受的；另一種是禁止浪費的限制(non-waste)，即上帝所賜予物資的目的是讓人們享用，因此人沒有權利浪費。<sup>1</sup>

仰賴於洛克自然法概念的勞力論，Herbert Spenser 和 Williams Blackstone 將此一概念帶入著作權，提出人類對於其精神創作產物也該享有財產利益，認為創作力會因所有權的賦予而增長，因而從洛克所提倡之自然法理論出發，本於「自然正

---

<sup>1</sup> 洛克財產權觀念，可參見 Justin Hughes, *The Philosophy of Intellectual Property*, 77 GEO. L.J. 287, 297-300 (1988).

義原則」，認為作者擷取公共資產，投注新血從事創作，自得享受勤勉勞動之成果，有權控制、自由處分其著作。<sup>2</sup>

對於將洛克勞力論適用在著作權上的批評很多，諸如洛克提出勞力論的真意是否包含著作權不明、著作權中的勞動力為何具有爭議，以及對於洛克所提出財產兩種條件限制著作權無法達成等。<sup>3</sup>

## (二) 人格權理論(The Personality Theory)

康德認為，自然法理論不能適用在財產權上，因為自然法只能適用及於人自身內在而生的權利；而財產相對來說係外在藉由第一次取得及國家事後法規承認的權利。由於著作是作者所創造，並非作者所取得而生，因此財產權似乎不能成為其基礎，康德認為有創意的表達是一種作者的人格權。<sup>4</sup>

許多學者都認為此一做為著作權理論基礎的人格權理論，係由康德(Immanuel Kant)與黑格爾(Hegel)的哲學理論而來，即將財產視為人格的具體化。<sup>5</sup> Martin Roeder 即認為，當一個藝術家創作而成為作者時，他所做的不僅僅是把一個具有商業利益的獨特作品帶到這世上，也同時把他一部分的人格投入到這世界中受到公共使用的蹂躪。<sup>6</sup>在人格權理論下，私人財產權對於人類基本需求或利益之滿足具有舉足輕重之地位，如個人自治、自我實現、個人對外表達之自由控制權等，決策者負有義務，選擇最能豐富人類文化資產之權利架構，而一作品相當於

<sup>2</sup> 參考自 Linda J. Lacey, *Of Bread and Roses and Copyrights*, 1989 DUKE L.J. 1532, 1540 (1989).

<sup>3</sup> See, e.g., Hughes, *supra* note 1, 300-330. William Fisher, *Theories of Intellectual Property*, 21-28, <http://cyber.law.harvard.edu/people/dfisher/iptheory.pdf> (last visited Aug. 12, 2010)

<sup>4</sup> Sharon E. Foster, *Invitation to a Discourse Regarding The History, Philosophy, and Social Psychology of a Property Right in Copyright*, 21 FLA. J. INT'L L. 171, 195 (2009).

<sup>5</sup> See, e.g., Margaret Jane Radin, *Property and Personhood*, 34 STAN. L. REV. 957 (1982); *Id.* at 194-195.

<sup>6</sup> Martin A. Roeder, *The Doctrine of Moral Right: A Study in the Law of Artists*, 53 HARV. L. REV. 554, 557 (1940).

作者個人人格之表徵，智慧財產權制度之設計，在促使上開理念廣為實現。<sup>7</sup>

人格權理論也存在於缺失，有學者認為此一理論與康德自己所提出的道德法思想違背，康德的道德法必須是非常合理、絕對必要與放諸四海皆準，然而，從歷史看來，世界對於智慧財產權並不存在這樣的共識，有些國家甚至根本沒有智慧財產權法，而對於著作權是否為人格權也並非皆無爭論。<sup>8</sup>也有認為人格是一個太過於抽象的名詞，以至於適用在智慧財產權時無法解決許多問題，而且到底哪一種人格才該被保護也不清楚。<sup>9</sup>更有指出並非所有著作權所保護的客體都是基於人格而來，比如地圖、電腦程式等，著作權保護範圍遠較人格權理論為大，且著作也欠缺與人之間的內在人格連結，無法解決允許讓渡著作權與人格理論之間的矛盾問題。<sup>10</sup>

### (三) 效用理論(Utilitarian Philosophy)

效用理論將智慧財產權視為立法用來達到特定目的所創造的手段，其來源有認為是從黑格爾而來，但也有以為此理論是建立於 Hume 及 Bentham 這兩位的說法之上。效用理論認為著作權是立法創造用來達成大眾公益，而不是只是為了作者，也因此，既然著作權本質僅是人為用來達成社會需求的手段，其不可能放諸四海皆準。<sup>11</sup>

效用理論中，又有經濟學分析(Economic Analysis)或誘因理論(Incentive Theory)來說明其運作，以 William Landes 與 Richard Posner 為代表，用經濟分析來說明著作權保護的理由。

<sup>7</sup> 蔡惠如(2007)，《著作權之未來展望—論合理使用之價值創新》，頁 55，台北：元照。

<sup>8</sup> Foster, *supra* note 4, at 195-196.

<sup>9</sup> Fisher, *supra* note 3, at 32-33.

<sup>10</sup> Hughes, *supra* note 1, at 339-350.

<sup>11</sup> Foster, *supra* note 4, at 196-197. See Lacey, *supra* note 2, at 1540-1541.

他們首先指出著作權作品的創造有兩種成本，一種是表達成本(cost of expression)，包括作者所投入的時間和心力以及出版者所付出遊說與編輯成本等；另一種是隨著複製數量而增加的生產作品成本，包括印刷、裝訂與分派等製作成本。是否創作的決定永遠都是在確定要複製著作作品之前，所以作品只有在預期利益扣除複製成本之餘額，大於或等於表達成本時才會被創作。<sup>12</sup>

Landes 與 Posner 認為，這個模型說明了著作權存在的理由。如果沒有著作權，任何人都可以購買一本書的複製品並複製或販賣該作品的複製品，則該書籍的市場價格最終會被降低至複製時的邊際成本，而結果是沒有人願意創作書籍，因為作者和出版商將無法回收創造作品的成本。而這樣的問題更被作者與出版商無法預知市場需求而嚴重化，在有著作權保護下，販賣著作都不一定能表達成本與複製的變向成本(variable cost)，更遑論沒有著作權保護時，未來不確定風險對於創作的嚇阻。<sup>13</sup>

因此，他們指出，對於賦予著作人排除他人複製的著作權保護，係以犧牲公眾限制接近作品的成本，來獲得作者創作誘因的利益；而維護接近著作與誘因創造的利益平衡正是著作權法的中心任務。為了能使著作權達到經濟效益，其主要法律原則必須是：透過極大化創造作品利益，來創造扣除限制接近作品與提升著作權保護所造成的損失後的剩餘利益。<sup>14</sup>

經濟學分析存在著許多問題，比如有學者指出，此一理論皆是建立在假設之上，但是沒有足夠的資訊可以印證這些假設。我們並不知道現實上，是否給足作者誘因，就真的會使成本下降；又著作權並非提供作者誘因的唯一方式，比如政府獎

---

<sup>12</sup> William M. Landes & Richard A. Posner, *An Economic Analysis of Copyright Law*, 18 J. LEGAL STUD. 325, 326-328 (1989).

<sup>13</sup> WILLIAM M. LANDES & RICHARD A. POSNER, *THE ECONOMIC STRUCTURE OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW* 40-41 (2003).

<sup>14</sup> Landes & Posner, *supra* note 12, at 326.

勵制度也是一種給予創作誘因的制度，所以著作權並非必需；此外，如保護範圍該多大、交易成本是否會過高以及法律保護是否造成資源浪費等皆是問題。<sup>15</sup>

#### (四) 社會規劃理論(Social Planning Theory)

社會規劃理論主張充實社會文化之內容，乃智慧財產權之基本目的，唯有強化此文化目標，智慧財產權始有存在之價值。此說立基於文化必要性及社會必要性，鼓勵作者持續創作，以累積社會文化之資產。<sup>16</sup>William Fisher 即認為智慧財產權可以也應該被形塑成爲幫助正義與美好文化的達成手段。主張此說者大多受政治法學家及許多古典共和主義的影響，此說其實與效用理論相近，也是認爲著作權是達成目的的一種手段。不同點在於，其所欲達成的是一個社會文化更美好的社會，而不是效益理論所欲達成的鼓勵創新目的。<sup>17</sup>

Neil Weinstock Netanel 也認爲，著作權授予是國家用來支持一個民主市民社會的一套市場機制，著作權法透過兩個基本面向來形塑民主市民社會：第一，所謂生產功能(production function)，著作權鼓勵廣泛政治、社會與藝術議題表達的創造，而這些議題的創造與溝通本來就持續是民主市民社會的構成要素；第二，架構功能(structural function)，著作權使得民主的公眾溝通特徵更完滿。透過賦予作者及其受讓人一個財產利益後，著作人與出版商再藉由其產生的活動，從觀眾的付費獲得經濟來源，發展出一個獨立的領域，去創造與散佈作者的原始表達。<sup>18</sup>

此一理論除了存在著發展上最不成熟與欠缺一致性的問題外，最主要的問題是，其與效用理論其實大同小異，並不真正有其獨立意涵。因爲效用理論中著作權所欲達成的公共利益其實範圍很大，所以社會規劃理論的民主社會也可以被視爲包

<sup>15</sup> Fisher, *supra* note 3, at 13-21.

<sup>16</sup> 蔡惠如，前揭註 7，頁 59。

<sup>17</sup> Fisher, *supra* note 3, at 6.

<sup>18</sup> Neil Weinstock Netanel, *Copyright and a Democratic Civil Society*, 106 YALE L.J. 283, 347 (1996).

括在「公共利益」之中。因此，可以說，此一理論應僅係效用理論的分支。

## (五) 小結

對於著作權的保護理論，在美國，從其憲法第 1 條第 1 項第 8 款規定：「為促進科學與實用技術的進步，而授權美國國會有權賦予作者就其著作享有有限期間之獨占權。」<sup>19</sup>觀之，似乎已經明顯採取效用理論，即著作權的存在，係為促進科學與實用技術的進步，再加上美國聯邦最高法院在 1984 年的 *Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.*<sup>20</sup>中已明示著作權制度係：

「透過這有限的授權來達到一個重要的公共目的。它是有意的透過提供特別的獎賞來作為作者創意活動的誘因，且讓大眾可以排他權期限經過後接近該作品。」<sup>21</sup>

最高聯邦法院在 *Mazer v. Stein*<sup>22</sup>和 *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*<sup>23</sup>兩案中亦如是強調。可以說在美國，效用理論是說明著作權何以存在理由的主流思想。

而在我國，依照著作權法第 1 條明定其立法目的為：「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。」學者多認為對著作人權益之保護不僅可促使著作人更努力於著作，進而有助於人類文化之延續及進步，並可加強投資者透過著作財產權之轉讓或授權之方法，投資於著作財產權利用之興趣及信心，促進文化之傳播；再者，

<sup>19</sup> U.S. CONST. art. I, § 8, cl. 8 (“To promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries”).

<sup>20</sup> *Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984).

<sup>21</sup> *Id.* at 429 (“The monopoly privileges that Congress may authorize are neither unlimited nor primarily designed to provide a special private benefit. Rather, the limited grant is a means by which an important public purpose may be achieved. It is intended to motivate the creative activity of authors and inventors by the provision of a special reward, and to allow the public access to the products of their genius after the limited period of exclusive control has expired.”).

<sup>22</sup> *Mazer v. Stein*, 347 U.S. 201, 219 (1954).

<sup>23</sup> *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 558 (1985).



著作權制度之終極目標，乃是「促進國家文化之發展」。<sup>24</sup>從法條文字與學者的解讀，似乎是較偏向社會規劃理論，認為著作權是為了達到更美好的社會所使用的手段。

本文認為，無論是財產權理論、人格權理論、效用理論或社會規劃理論，都是在說明著作權制度的存在理由。觀其內容並無衝突互斥之處，且各說也都存在其缺點，所以可以說四種都是著作權存在的理由代表，透過四說並陳可以理解哲學及理論上對於著作權存在所提出的理由。但是此四種理由尚不足說明著作權在憲法上的基礎為何，比如財產權理論不代表著作權係憲法上財產權而來，而僅能說明著作權或許被認為與財產權間具有相當關聯性，而是否由憲法上財產權可以推導出著作權的保護，還必須從兩者本質與歷史等角度觀察；僅依據兩者的「保護理由相同」，還不足以證明著作權就是財產權。

## 二、 另一種著作權哲學保護立場的辯論

除了在保護理由上學者間有理解上的不同，關於著作權的保護態度，在美國還有積極擴張與消極限制這兩種正反著作權保護的立場辯論。

有一派主張，著作權乃是植基於自然正義的法則而來，只要其他人願意付費來取得著作權的重製物，創作者就有權收取所有的報酬。這些著作權的樂觀主義者，以水杯中的水量來比喻著作權的保護程度，認為現有的著作權保護標準，只像是在水杯中裝了半杯的水的量而已，因而汲汲於希望能透過修法或立法的方式將水杯盛滿。<sup>25</sup>

<sup>24</sup> 羅明通（2009），《著作權法論(I)》，7版，頁13-14，台北：台英商務法律；蕭雄淋（2007），《著作權法論》，5版，頁71-76，台北：五南。

<sup>25</sup> PAUL GOLDSTEIN, COPYRIGHT'S HIGHWAY: FROM GUTENBURG TO CELESTIAL JUKEBOX 10-11(Stan. Univ. Press 2003) (1994)；Paul Goldstein 著，葉茂林譯（2000），《捍衛著作權—從印刷術到數位時代之著作權法》，頁23-24，台北：五南。

而與其立場對立的一派，則是所謂的著作悲觀主義者，他們認為著作權的水杯是半空的：他們同意應賦予著作權人某些控制其著作重製物的權利，以鼓勵著作人能持續從事創作。不過他們希望著作權的保護範圍，只延伸到足以鼓勵著作人從事創作即可；因為他們認為，如果對於著作權人的保護過於周到，則將使得一般社會大眾，無法自由自在的暢所欲言。<sup>26</sup>

這兩種立場究竟何者正確，其實並不能僅停留於理論上的辯論。而須先探詢著作權在憲法上的定位究竟為何處，方能知悉其制度設計應存在的憲法界線，比如比例原則等，也才知道對於我國現行的著作權法，究竟應朝「樂觀」還是「悲觀」方向發展。

從學者所提出的理論中，可以了解著作權存在的理由與基本立場辯論，但是對於著作權與其他基本權之間的衝突該如何解決，還是必須回到憲法的討論。

## 第二節 著作權之憲法基礎

### 一、 外國法例

#### (一) 美國

##### 1. 美國憲法的著作權條款及一般學者的解讀

西元 1787 年，美國制憲者於費城召開制憲會議，制定美國憲法(The U.S. Constitution)。立憲目的在於建立聯邦之政府體制，以確保內國安定、促進全民

---

<sup>26</sup> GOLDSTEIN, *supra* note 25, at 10-11; Paul Goldstein, 前揭註 25, 頁 23-24。

福利、保障公民及後代子孫之自由。<sup>27</sup>其中第 1 條第 1 項第 8 款規定：「為促進科學與實用技術的進步，而授權美國國會有權賦予作者就其著作享有有限期間之獨占權。」<sup>28</sup>此即「著作權條款」(copyright clause)。關於本條的制定，其實當時是有反對者的，如湯瑪斯·傑佛遜(Tomas Jefferson)，對於保護土地的私有財產權法律毫無質疑，然而對於著作權，卻表現出某些嚴重的疑慮，這些想法乃是基於傑佛遜對於權力集中與人為賦予獨占權之懷疑。<sup>29</sup>然而不論是如華盛頓一般傾慕著作權良善的潛能，或像麥迪遜一樣對誘因的手段著迷，或像傑佛遜警告集中權力的威脅，開國元勳們都未曾爭論著作權或專利權是否為一種「財產」。著作權是政策問題，是整個國家與它的作家與公民間的討價還價。<sup>30</sup>

關於此一著作權條款，目前仍是存在著許多爭論。此一條款，是由兩個部分所構成，即前段的「為促進科學與實用技術的進步」與後段的授權國會「賦予著作權人獨占權」；為以下行文方便，我們姑且稱前者為「進步條款」，後者為「排他權條款」。兩者間的關係，約有下列四種看法：<sup>31</sup>

學者通說以 Melville Nimmer 氏為代表，認為進步條款僅具有沒有拘束力的前言性質，對於排他權條款並非限制，而是點出獨占權之目的。此說假設制憲者把所有財產權都當成對公共利益有助益，而著作權既然為財產權之一，當然也有助於公共利益，所以進步條款是排他權條款的目的。<sup>32</sup>

<sup>27</sup> U.S. CONST. pmb. (“We the people of the United States, in order to form a more perfect union, establish justice, insure domestic tranquility, provide for the common defense, promote the general welfare, and secure the blessings of liberty to ourselves and our posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America.”).

<sup>28</sup> U.S. CONST. art. I, § 8, cl. 8 (“To promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries”).

<sup>29</sup> SIVA VAIDHYANATHAN, COPYRIGHTS AND COPYWRONGS, New York University Press 22-23 (2001)；Siva Vaidhyathan 著，陳宜君譯（2003），《著作權保護了誰——智慧財產權之興起及其對創造力之威脅》，頁 33，台北：商周。並請參見本文第參章相關介紹。

<sup>30</sup> VAIDHYANATHAN, *supra* note 29, at 23；Siva Vaidhyathan，前揭註 29，頁 34。

<sup>31</sup> 四種說法的統整與介紹，參見Dotan Oliar, *Making Sense of the Intellectual Property Clause: Promotion of Progress as a Limitation on Congress’s Intellectual Property Power*, 94 GEO. L.J. 1771, 1781-1784 (2006).

<sup>32</sup> MELVILLE B. NIMMER & DAVID NIMMER, NIMMER ON COPYRIGHT VOLUME 1 1-31-1-34 (1963).

第二種看法，則係美國聯邦最高法院在 *Graham v. John Deere Co.* 中之解讀。最高法院認為，進步條款是排他權條款授權的限制，而強調國會授權專利權不能凌駕於憲法中所明文目的的限制。<sup>33</sup>持這種看法的學者人數不少，但理由卻不一定相同：有從排他權本質著手，認為是帶來邪惡的獨占地位；<sup>34</sup>聯邦最高法院則仰賴於 Thomas Jefferson 在制憲之初利用促進進步來限制智財權的看法，來做為憲法的歷史認定；<sup>35</sup>尚有提出，憲法裡的每一句話都應該有意義，進步條款也應該要存在其意義；<sup>36</sup>最後，有從 Madison 或 Pinckney 等為代表的立憲歷史背景觀之，認為進步條款的原意是限制性質。<sup>37</sup>

第三種看法是將進步條款視為授權，而把排他權條款視為對此授權的限制。此說從本條”To promote....., by securing.....”的架構觀之，認為所有國會列舉權都是以”to”作為授權條文的起始，而其後會伴隨限制條文，而”by”通常是緊接著授權條文之後所出現用字，所以認為進步條款是授權，排他權條款是限制。<sup>38</sup>

第四種說法認為，本條應解讀為兩種不同的權力，著作權是透過保障作者對於其著作有限期內的排他權，來促進科學進步；專利權則是透過賦予發明者對於其發明的排他權在有限期間內的排他權，來達到鼓勵實用技藝發展的目的。<sup>39</sup>

其他較為特殊的說法，如認為十八世紀人們對於”progress”此一字的理解是散佈

<sup>33</sup> *Graham v. John Deere Co.*, 383 U.S. 1, 5-8 (1966).

<sup>34</sup> See Lawrence Lessig, *Copyright's First Amendment*, 48 UCLA L. REV. 1057, 1062 (2001).

<sup>35</sup> *Graham v. John Deere Co.*, 383 U.S. at 7.

<sup>36</sup> See Edward C. Walterscheid, “*Within the Limits of the Constitutional Grant*”: *Constitutional Limitations on the Patent Power*, 9 J. INTELL. PROP. L. 291, 326 (2002).

<sup>37</sup> 其理由略有第一，Madison或Pinckney所提原案都未有進步條款，說明制憲原意後把進步條款加上去作為限制，第二，當時有中央與地方主義之爭，進步條款是兩派拉扯下的產物，雖然中央獲勝，但地方也加了限制，第三，Madison或Pinckney所提的條款中尚包含授權國會建立大學與鼓勵產業革新，但後來被否決，卻留下了進步條款。參見Oliar, *supra* note 31, at 1776-1777.

<sup>38</sup> See Lawrence B. Solum, *Congress's Power to Promote the Progress of Science: Eldred v. Ashcroft*, 36 LOY. L.A. L. REV. 1, 14-20 (2002).

<sup>39</sup> 此種說法的介紹，參見 Oliar, *supra* note 31, at 1783-1784.

(spread)之意；<sup>40</sup>又如透過觀察其他列舉國會權條款，認為排他權條款是進步條款的解釋條文等。<sup>41</sup>

## 2. 美國聯邦最高法院對於憲法著作權條款的解讀<sup>42</sup>

美國聯邦最高法院最早在 1834 年的 *Wheaton v. Peters*<sup>43</sup>確立了著作權非自然法概念，而係以實定法作為基礎的原則。本案在著作權的歷史發展中具有重要的意義，在本文其後第參章會有更詳盡的介紹。

美國最高聯邦法院接著在 1884 年之 *Burrow-Giles v. Sarony*<sup>44</sup>中處理美國憲法著作權條款中「著作」(writings)的範圍。該案涉及聯邦著作權法將著作權保護標的擴張包括「相片」是否合憲的問題，聯邦最高法院認為該法合憲，由於最早先的聯邦著作權法本來就不把著作僅限於書籍，而認為尚包含如圖表等，再加上不願宣告已經實行多年有餘的聯邦著作權法違憲，所以將憲法中「著作」(writings)解釋為與「文學作品」(literary productions)同義，認為照片當然被憲法著作權條款所包括，只要他們是作者具有原創性的產物。<sup>45</sup>

而同樣到了 1891 年在 *Higgins v. Keuffel*<sup>46</sup>一案中，最高法院再度處理著作權條款「著作」是否包含單純的標籤(label)。而最高法院維持其一向見解，不採限縮解釋，從憲法著作權條款的目的出發，認為只要是智慧勞力的結晶並可以促進知識進步的作品，就會受到憲法保障。但是，如果僅是如「黑葡萄」這樣的標籤無法

<sup>40</sup> See Malla Pollack, *What Is Congress Supposed to Promote?: Defining "Progress" in Article I, Section 8, Clause 8 of the United States Constitution, or Introducing the Progress Clause*, 80 NEB. L. REV. 754, 755 (2001).

<sup>41</sup> See Edward C. Walterscheid, *Conforming the General Welfare Clause and the Intellectual Property Clause*, 13 HARV. J.L. & TECH. 87, 123-25 (1999).

<sup>42</sup> 國內如馮震宇教授亦曾經對相關著作權判決作過介紹與整理，參見馮震宇〔2003〕，〈從案例看智慧財產權發展〉，《智慧財產發展趨勢與重要問題研究》，頁 156-224，台北：元照。

<sup>43</sup> *Wheaton v. Peters*, 33 U.S. 591 (1834).

<sup>44</sup> *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony*, 111 U.S. 53 (1884).

<sup>45</sup> *Id.* at 57-58. 此外，該案還解釋了著作權條款「作者」(author)的意涵，指完成文學創作者。

<sup>46</sup> *Higgins v. Keuffel*, 140 U.S. 428, 430 (1891).

達成鼓勵知識進步的目的，則不在著作權保護範疇內。<sup>47</sup>

到了 1903 年的 *Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.*<sup>48</sup> 一案，再一次涉及是否要擴張著作權的保護客體，法院認為本案所涉及的馬戲團海報也在著作權保護範圍內。最高法院不採取被告認為憲法著作權條款的「進步」(progress)要由實用技藝(usable arts)來解釋而排除畫作或雕刻受著作權保護的論點；反之，法院強調實用(usable)不受限於「即刻滿足於身體需求」(satisfies immediate bodily needs)的定義，且也不受到如本件宣傳畫僅在描繪特定景象的影響；法院並認為，人格總是具有獨特性，即使是透過手寫作品或是藝術品表達也是一樣，只要具有原創性即可。<sup>49</sup>

接著，在 1954 年的 *Mazer v. Stein*<sup>50</sup> 一案，爭議在於本件之著作為男女跳舞的小雕像，雖已有著作權，但其主要用途在當作檯燈底，並有電線等環繞其上，是否會因此使其著作權無效的問題。法院除了認為著作權法中無法得出「用途」會使其著作權無效外，更道出憲法著作權條款的目的：

「在著作權條款的背後，是一個經濟哲學，授權國會給予專利會著作權，就是認為透過賦予個人所得來鼓勵其努力，是促進作者與發明家在科學與實用技藝上天賦之公共利益最好的方法。著作人或專利人對於創造活動所犧牲的時間值得得到與提供服務者等值的獎勵。」<sup>51</sup>

---

<sup>47</sup> *Id.* at 430-431.

<sup>48</sup> *Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.*, 188 U.S. 239 (1903). 對於本案的批評與分析，可參見 Marci A. Hamilton, *Farewell Madison Avenue*, 16 CONST. COMM. 529 (1999).

<sup>49</sup> *Id.* at 249-250. 值得注意的是，法院在此等於是使用了人格理論來說明著作權。

<sup>50</sup> *Mazer v. Stein*, 347 U.S. 201 (1954).

<sup>51</sup> *Id.* at 219 (“The economic philosophy behind the clause empowering Congress to grant patents and copyrights is the conviction that encouragement of individual effort by personal gain is the best way to advance public welfare through the talents of authors and inventors in ‘Science and useful Arts.’ Sacrificial days devoted to such creative activities deserve rewards commensurate with the services rendered.”).

到了 1973 年的 *Goldstein v. California*，<sup>52</sup>最高法院認為憲法的著作權條款，並非授權國會唯一的著作權制定權，並不因此排除州立法保護著作權的權限。<sup>53</sup>其在本案解釋著作權條款，<sup>54</sup>並藉由 James Madison 在聯邦論第 43 篇中的見解，特別指出憲法著作權條款的目的是在於授權國會可立法賦予全國性之著作權利(to facilitate the granting of rights national in scope)，而此一目的並不會使得地方立法保護著作權變得沒有必要。如著作權保護客體為因地制宜的問題，就適合由各州特別處理，<sup>55</sup>因而宣告本案加州關於錄音著作保護的法律合憲。

聯邦最高法院在 1984 年的 *Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.*<sup>56</sup>中，法院首先再度強調自 *Wheaton v. Peters* 以降所建立著作權是實定法規所保護，因此是國會、而非法院，有權去因應科技的變化而制定相關著作權規則，而並非所有的複製都落在著作權人的排他領域，有些仍屬於公共領域(public domain)範疇，比如構成合理使用的情形。<sup>57</sup>對於電視節目的著作權人對於卡式錄影帶製造人提起輔助侵權之訴(contributory infringement action)，最高法院認為販賣此種器材給使用人並不會做出侵害著作權的使用，因此不構成輔助侵權，判決著作人敗訴。值得一提的是，本案法院對於著作權條款的解釋，認為：

「國會得以賦予的，既不是絕對性質的權利，主要也不是為提供一個特殊的私人利益，相反的，透過賦予有限的權利來達到一個重要的公共目的。它有意的透過提供特別的獎賞來作為作者創意活動的誘因，且讓大

---

<sup>52</sup> *Goldstein v. California*, 412 U.S. 546 (1973).

<sup>53</sup> *Id.* at 553-555.

<sup>54</sup> *Id.* at 555 (“The clause thus describes both the objective which Congress may seek and the means to achieve it. The objective is to promote the progress of science and the arts. As employed, the terms ‘to promote’ are synonymous with the words ‘to stimulate,’ ‘to encourage,’ or ‘to induce. To accomplish its purpose, Congress may grant to authors the exclusive right to the fruits of their respective works. An author who possesses an unlimited copyright may preclude others from copying his creation for commercial purposes without permission. In other words, to encourage people to devote themselves to intellectual and artistic creation, Congress may guarantee to authors and inventors a reward in the form of control over the sale or commercial use of copies of their works.”).

<sup>55</sup> *Id.* at 556-558.

<sup>56</sup> *Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984).

<sup>57</sup> *Id.* at 430-433.

眾可以在排他權期限經過後接近該作品。」<sup>58</sup>

而法院更進一步指出，憲法明定由國會決定賦予作者獨占期限的範圍以讓公眾得以接近作品，也由於這項憲法所交待的任務涉及平衡兩邊的利益：一邊是作者控制與獲取其作品的利益，另一邊是思想流動自由、資訊自由，與商業利益等社會利益，為能顧及兩邊的平衡，著作權法因此一再的修法調整。<sup>59</sup>

到了 1985 年的 *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*<sup>60</sup> 一案，最高法院第一次在涉及著作權的案件中處理了有關言論自由的問題。本案源於一家雜誌社出版未經著作人授權的 Gerald Ford 總統回憶錄，被告主張公眾對於具有新聞價值資訊的知的權利優先於著作權人對於其著作第一次出版的權利。聯邦最高法院則認為言論自由不構成合理使用，其指出思想與表達的區分(idea/expression dichotomy)是憲法中言論自由與著作權條款的平衡機制，允許事實的自由流通而保護著作人的表達。法院認為如果依照被告的理論，將不當擴張合理使用的範圍而排除任何關於公共人物作品著作權的保障可能。如此該種作品將欠缺創作誘因，則像回憶錄這種重要的歷史資訊將無法被公眾所知悉，著作權條款也因此被合理使用架空。<sup>61</sup>此外，在著作權與言論自由的關係上，法院指出，基於對於資訊散佈的渴望，制憲者是將著作權當成言論自由表達的引擎(engine of free expression)，透過建立一個讓言論表達可以被使用的市場權利，著作權提供了創造與散佈資訊的經濟誘因。<sup>62</sup>此外，法院更認為思想與表達自由，包括自由表意的權利與完全不表意的權利。著作權即是一種著作人想要／不想對公眾發表其言

---

<sup>58</sup> *Id.* at 429 (“The monopoly privileges that Congress may authorize are neither unlimited nor primarily designed to provide a special private benefit. Rather, the limited grant is a means by which an important public purpose may be achieved. It is intended to motivate the creative activity of authors and inventors by the provision of a special reward, and to allow the public access to the products of their genius after the limited period of exclusive control has expired.”).

<sup>59</sup> *Id.* at 429.

<sup>60</sup> *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539 (1985).

<sup>61</sup> *Id.* at 556-557.

<sup>62</sup> *Id.* at 558.



論的權利，而不可著作性的事實思想與可著作性的表達區分(idea/expression dichotomy)與傳統所建立的合理使用高度，已使得言論自由的保護鑲嵌在著作權法中，也因此關於公共人物的政治性言論不構成著作權合理使用例外。<sup>63</sup>本案可以說直接處理了言論自由或資訊流通自由(free flow of information)與著作權之間的緊張關係。

接下來，聯邦最高法院對憲法著作權條款比較有實質性解釋的，是在 1991 年的 *Feist Publications, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co.*<sup>64</sup>一案。主筆的 O'Connor 大法官首先援引判決先例認為受憲法著作權條款中「著作」(writings)保障的是「那些透過如書本、印刷或圖畫等表現的精神勞力之成果」；「作者」(author)則係「賦與著作原創性者」。<sup>65</sup>法院更進一步指出原創性(Originality)也是著作權條款中除了作者與著作外的憲法要件，認為此一從 *Burrow-Giles*<sup>66</sup>與 *The Trade-Mark Cases*<sup>67</sup>推導出來的要件，無疑是決定是否獲得著作權保護的試金石(touchstone)。<sup>68</sup>而此一原創性要件，也區分出了事實(facts)與事實的整編(factual compilations)；前者只有發現的問題，而不屬於任何作者的原創品；後者則係透過作者的安排與整理，選擇如何呈現事實給讀者，伴隨某程度的創作力而因此可以受到著作權保護。法院並直言，從 *Harper & Row*<sup>69</sup>一案就已經確認的這個事實(或思想)與表達的區分，對於作者是公平的，因為憲法著作權條款並非是在獎賞作者的勞力，而是鼓勵科學與實用技藝的進步。為了符合此一目的，著作權確保了作者對於其原創作品表達的權利，也同時鼓勵他人在其作品中所涉及的思想與資訊之上更進一步創作(“copyright assures authors the right to their original expression, but encourages

---

<sup>63</sup> *Id.* at 559-560.

<sup>64</sup> *Feist Publications, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co.*, 499 U.S. 340 (1991).

<sup>65</sup> *Id.* at 346.

<sup>66</sup> *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony*, 111 U.S. 53 (1884).

<sup>67</sup> *In re Trade-Mark Cases*, 100 U.S. 82 (1879).

<sup>68</sup> 499 U.S. at 346-347.

<sup>69</sup> *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enters.*, 471 U.S. 539 (1985).

others to build freely upon the ideas and information conveyed by a work”)。<sup>70</sup>因而，法院最後判決本案電話簿中白頁(white page)所列的姓名、住址與號碼是不受著作權保護的事實，欠缺原創性，因而不受著作權保護。<sup>71</sup>

最後，是 2002 年的 *Eldred v. Ashcroft*<sup>72</sup> 一案，涉及 1998 年的著作權期間延長法 (1998 Copyright Term Extension Act (CTEA)) 的合憲性。根據原本的 1976 年著作權法，著作權期間延續至著作人死後 50 年，CTEA 則多延長 20 年，使得著作權期間延長至作者死後 70 年，申請人認為將此法延展期間適用在現行的著作權上將使得現存著作權成為無限制期限，<sup>73</sup>此一法律因此違反憲法著作權條款中「有限期間」(limited Times)與言論自由的保障。<sup>74</sup>基於文義、歷史與先例的解釋，法院認為國會有權力延展無論是「現存」或將來的著作權有限期間。首先是憲法著作權條款中「有限」(limited)的意義，法院認為制憲之初，「有限」並非陷於狹隘的解釋，其代表今日吾人所理解之意：「受限於某種範圍之內」、「受拘束的」、或「限定範圍的」(“confined within certain bounds,” “restrained,” or “circumscribed.”)。<sup>75</sup>歷史解釋則告訴我們從第一部 1790 年的著作權法開始，國會就將著作權期間延展同時適用在現存與將來著作權上。<sup>76</sup>而許多之前法院審理關於將延展期間適用在現存專利權上也都認為合憲。<sup>77</sup>再加上通過本法的國會背

---

<sup>70</sup> 499 U.S. at 347-350. 從這一點看來，最高法院似乎是不採取財產權理論來作為著作權保護的理由。

<sup>71</sup> 對於本案將原創性提升為憲法著作權條款要件的批評，參見 Justin Hughes, *Created Facts and the Flawed Ontology of Copyright Law*, 83 NOTRE DAME L. REV. 43 (2007); Marc Temin, *The Irrelevance of Creativity: Feist's Wrong Turn and the Scope of Copyright Protection for Factual Works*, 111 PENN ST. L. REV. 267 (2006-2007).

<sup>72</sup> *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2002). 對於本案的批評，可參見如 Richard A. Posner, *How Long Should A Copyright Last?*, 50 J. COPYRIGHT SOC'Y U.S.A. 1, 1-2 (2003). 其認為本案導致著作權已經成為事實上的無限期間保障，或者已經接近無限期間。另如 Paul Bender, *Copyright and the First Amendment after Eldred v. Ashcroft*, 30 COLUM. J.L. & ARTS 349, 354 (2006-2007). 則認為法院直接認定著作權與言論自由不發生衝突過於武斷。

<sup>73</sup> 即申請人不認為此法適用在將來申請的著作權上有問題，因為有作者死後 70 年間的限制，但是適用在已經保障的著作權上，將使得國會可以一再延展期間而讓現存著作權成為無期間限制。

<sup>74</sup> 537 U.S. at 186.

<sup>75</sup> *Id.* at 199.

<sup>76</sup> *Id.* at 200-201.

<sup>77</sup> *Id.* at 202-204.

後有著許多國際性、統計性、經濟性與科技變遷等正當政策的考量，法院也無權過問此一合理國會權的行使。綜上所述，法院認為本法適用在現存著作權上並不違反憲法著作權條款。<sup>78</sup>至於言論自由部份，法院指出憲法著作權條款與增修條文第一條係在差不多的時間制定，代表制憲者認為著作權此一有限的獨占權與言論自由的原則相合。而著作權的目的正是鼓勵自由表達的創造與公開，同時，著作權法透過思想與表達區分，就存有言論自由的內建調和機制。<sup>79</sup>此外，合理使用的抗辯制度，也使大眾不僅可以使用著作中關於思想與事實的部份，更使表達在某些情況下也可以被使用，這也使言論自由獲得保障。<sup>80</sup>法院最後結論認為：

「憲法增修條文第一條保障的是一個人表意或不表意的自由，對於表意者主張表達他人言論的權利則較不保障。對於後者所引起憲法增修條文第一條的爭議，通常著作權內建的言論自由守衛機制通常已足以應付。」

81

以上所選擇介紹的美國聯邦最高法院關於憲法著作權條款的解釋，可以略整理成下表：

**表：美國聯邦最高法院關於憲法著作權條款之解釋**

美國聯邦最高法院案例	對於憲法著作權條款的解釋
Wheaton v. Peters, 33 U.S. 591 (1834).	著作權係基於實定法所創造，而非基於習慣法所生。
Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony, 111 U.S. 53 (1884).	憲法中「著作」(writings)解釋為「文學作品」(literary productions)同義，照片當然被憲法著作權條款所包括，只要他們是作者具有原創性的產物。

<sup>78</sup> *Id.* at 204-208.

<sup>79</sup> *Id.* at 218-219.

<sup>80</sup> *Id.* at 229-220.

<sup>81</sup> *Id.* at 221 (“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. To the extent such assertions raise First Amendment concerns, copyright's built-in free speech safeguards are generally adequate to address them.”).

Higgins v. Keuffel, 140 U.S. 428 (1891).	對於憲法著作權條款中的著作範圍不採限縮解釋，認為只有是智慧勞力的結晶而可以促進知識進步的作品，才會受到憲法保障。
Bleistein v. Donaldson Lithographing Co., 188 U.S. 239 (1903).	只要具有原創性，即使是透過手寫作品或是藝術品表達也是一樣，都受到憲法著作權條款的保障。
Mazer v. Stein, 347 U.S. 201 (1954).	著作權條款的目的是在於透過授權國會賦予著作權來達到鼓勵創意的公共利益。
Goldstein v. California, 412 U.S. 546 (1973).	憲法的著作權條款並非授權國會唯一的著作權制定權，並不因此排除州立法保護著作權的權限。
Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984).	是國會、而非法院，有權去因應科技的變化而制定相關著作權規則，而並非所有的複製都落在著作權人的排他領域，有些仍屬於公共領域(public domain)範疇。
Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enters., 471 U.S. 539 (1985).	處理言論自由與著作權的關係，認為著作權即是一種著作人想要／不想對公眾發表其言論的權利，而事實與表達區分與合理使用已使得言論自由鑲嵌在著作權法中，也因此關於公共人物的政治性言論不構成著作權合理使用例外。
Feist Publications, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co., 499 U.S. 340 (1991).	原創性(Originality)也是著作權條款中除了作者與著作外的憲法要件，認為此一要件無疑是著作權保護的試金石(touchstone)。
Eldred v. Ashcroft, 537 U.S. 186 (2002).	法院認為國會有權力延展無論是「現存」或將來的著作權有限期間，不違反憲法著作權條款中「有限期間」(limited times)與言論自由的保障。

(圖表來源：作者自製)

## (二) 德國

不同於美國繼受英國的著作權概念，德國在理論上受到康德人格權思想的影響，

所以在著作權概念上傳統包括有著作人格權與著作財產權。

早在威瑪時代，威瑪憲法第 158 條第 1 項即規定精神產物、著作人、發明人與藝術家的權利，受到帝國的保護與照顧。該項規定屬於方針條款之性質，換言之，依照當時德國權威學者的看法，認為此條為規定屬於訓示化之規定，不具強制力，而是提供立法者參考之用。<sup>82</sup>

經歷納粹政權後，德國在 1949 年制定了基本法。其中第 14 條規定了財產權的保障事宜。準此，財產權受到憲法保障，其內容和範圍也由法律來決定。對於著作財產權而言，基本法沒有在第 14 條中有任何的著墨，反而在第 73 條第 9 款關於聯邦的專屬立法規定中，將著作權立法與營業保障、出版法，列為聯邦的專屬事項之一；顯示基本法的制定者並未完全忘懷著作權此一制度，但也沒有特別重視此一制度，亦是不爭的事實。故是否能把著作權視為憲法財產權保障之一環，仍需進一步加以分析。<sup>83</sup>而基本法第 73 條第 9 款的文字授與國會較廣泛的權力，也明顯與美國憲法的著作權條款的明文許多限制有所不同。此外，基本法第 1 條與第 2 條係人性尊嚴與人格權的規定，也可以視為包含著作人格權在內。<sup>84</sup>1965 年的德國著作權法關於著作權的年限是作者死後持續 70 年，<sup>85</sup>而自然法訴求永久著作權保障的理論在國會或法院從未成功過，德國憲法法院也認為期間限制並不違憲。<sup>86</sup>

---

<sup>82</sup> 林昱梅 (2004)，〈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，頁 150；陳新民 (2008)，〈著作權的社會義務：由德國憲法學的角度檢驗智慧財產權的保障及其限制〉，《臺大法學論叢》，第 37 卷第 4 期，頁 119。

<sup>83</sup> 參考自林昱梅，前揭註 82，頁 150；陳新民，前揭註 82，頁 125。

<sup>84</sup> Tom Braegelmann, *Copyright Law In and Under the Constitution: The Constitutional Scope and Limits to Copyright Law in the United States in Comparison With the Scope and Limits Imposed by Constitutional and European Law on Copyright Law in Germany*, 27 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 99, 126 (2009).

<sup>85</sup> 德國此一延長著作權保護期間從原本的 50 年到作者死後 70 年的作法嗣後也為法國與澳州所採，甚至整個歐盟都採取這樣的保護期間，連帶的美國為了能夠互惠，也修法延長同樣的著作權期間，也因此有了前述 *Eldred v. Ashcroft* 宣告延長期堅合憲的案例，可見現行的著作權法制度具有在全世界各國受到相互間的影響的特色。

<sup>86</sup> Braegelmann, *supra* note 84, at 127.

德國聯邦憲法法院對於 1965 年的著作權法與憲法之間的問題，做出以下相關憲法判決：

BVerfGE 31, 229 (July 7, 1971) (「彙編教材侵權案」判決)——

本案涉及教科書將著作編入而無需給付版稅的法律規定是否合憲之問題。憲法法院基於「著作權的本質與社會重要性」，認為此一立法構成無補償之徵收，因而違反基本法第 14 條第 1 項而違憲。<sup>87</sup>

BVerfGE 31, 248 (July 7, 1971)——

本案係關於著作權法中規定私立圖書館應付費給著作權人，而公立圖書館不需支付報酬即可外借是否合憲之爭議。憲法法院認為公立圖書館在履行國民教育任務，因而並非營利，而私立圖書館則以私人經濟為目的，再加上出租並不構成徵收，所以宣告本法合憲。<sup>88</sup>

BVerfGE 31, 255 (July 7, 1971)——

本案涉及德國著作權法第 53 條第 1 項規定個人利用電子或錄音儀器重製著作物，由製造錄音設備的廠商付費補償給著作人是否合憲的問題。憲法法院認為合憲，指出立法者已經妥善衡量消費者、新科技錄音機器製造商與著作人之間的利益，且製造商付費最終會轉嫁到消費者身上，再加上對於個人追訴是不可行的政策，所以認為本條合憲。<sup>89</sup>

BVerfGE 31, 270 (July 7, 1971)——

本案涉及著作權法允許教育單位內部的廣播室儲存與使用著作，而無須付費的合

<sup>87</sup> *Id.* at 129-130. 陳新民，前揭註 82，頁 127-131。

<sup>88</sup> 陳新民，前揭註 82，頁 132-135。

<sup>89</sup> Braegelmann, *supra* note 84, at 130. 陳新民，前揭註 82，頁 135-137。

憲性爭議。憲法法院認為廣播公司已經會支付作者補償金，作者並無必要收取兩次補償，所以本法不違反基本法第 14 條第 1 項。<sup>90</sup>

BVerfGE 31, 275 (July 8, 1971)—

本案涉及到德國 1965 年的著作權法將舊法所保障的著作改編權，由作者死後 50 年減為 25 年的規定，是否違憲的問題。憲法法院在審理本案法規是否合憲問題前，先對基本法第 14 條做出解釋，其認為立法者在基本法第 14 條第 1 項的限制範圍內，享有權限去重新劃定與修正現存權利的實質內容或創造新的義務，只要原本附隨於權利者的權利仍被保障。第 14 條第 1 款的權利並非永遠不能被挑戰，對於財產權實質內容的改變也不必然是違法。因此，立法者享有裁量權創造新的權利，比如著作權，而關於著作權，立法者也沒有義務給予表演者和其他著作人相同之權利保護。其享有空間去創造一個與現行著作權不同的系統，只要其衡量利益是合理的。而關於著作權期間限制與憲法間的關係，法院指出憲法並沒有要求立法者創造永久著作權，相反的，立法者負有義務去衡量各種適合於著作權的利益。從以前到現在的著作權法都是有期間限制的，期間限制可以說是著作權的潛在本質，因為智慧財產權本來就是在一段時間經過後應該為公眾所接近。這樣的處理與一般財產權享有永久性保護不同，兩者間的不同是基於智慧財產權與一般財產權存在極大的差異而生，而非不公平的對待。因此，對於著作權期間，立法者享有裁量權且期間限制並不違憲。<sup>91</sup>

雖然在一開始的立論上，法院認為立法者有較大的裁量權，但在實際審查本案法規時，法院認為本案中這種將權利保障期間裁減一半的立法，已經將舊有受舊法保障的權利，只留下一半受新法保障，另一半則無償的遭到剝奪的後果，這與憲

<sup>90</sup> Braegelmann, *supra* note 84, at 131. 陳新民，前揭註 82，頁 137。

<sup>91</sup> Braegelmann, *supra* note 84, at 131-133.

法保障財產權的意旨不合，故宣告該條違憲。<sup>92</sup>

BVerfGE 49, 382 (1978)—

本案涉及在教會儀式或教堂中表演受著作權保障的作品，不需要經過原著作人同意的著作權法規定，是否合憲的問題。憲法法院認為違憲。在本案中，法院再度解釋立法設置著作權的權力(power)與義務。其認為立法者基本上有義務基於作者創造的努力給予其相對應的經濟權利或利益，然而，立法也同時負有確保著作權符合其本質與社會重要性的任務。而立法此項權力與裁量並非沒有限制，例如對於著作權的限制必須衡量是否符合背後的公共利益原因，任何不符比例或超過的對於著作權的實質限制，都會被認為違反基本法第 14 條第 1 項。而法院也解釋為何著作權最終必須結束。其認為作品一旦經過同意公開後即不屬於作者控制的範圍，公共領域遂成為獨立影響的因素；立法可以肯認智慧財產權此一社會面向，而基於公益立法也有權對智慧財產權設出期間限制。<sup>93</sup>

BVerfGE 79, 29 (1988)—

本案爭點係監獄是否可以允許公開表演他人作品以作為管理與治療囚犯，憲法法院認為相關法律合憲。法院以為，公共利益比私人利益更容易優先於著作權人的利益而受到保障，公共利益通常可以使得強制授權制度正當化，但是必須是極強的公共利益且必須伴隨著補償金制度，且不論訴諸任何公共利益，立法者都不可以否定著作權的存在。法院更強調作者可以藉由其著作而獲利，但也同時指出，作者利益並不永遠優於公共利益，且作者也不享有一個所有利用著作權獲利方式的憲法權利，立法者有權去調整著作權法的利益，只要不侵犯憲法對於著作權保障的核心。<sup>94</sup>

<sup>92</sup> 陳新民，前揭註 82，頁 138。

<sup>93</sup> Braegelmann, *supra* note 84, at 133-134.

<sup>94</sup> *Id.* at 134-135.



在上述幾個德國聯邦憲法法院的判決中，其共同顯示出的是，德國聯邦憲法法院明確地以基本法第 14 條對財產權之保障作為著作權的憲法基礎，且不只一次的強調立法者對於著作權與公共利益的衡量享有裁量權，對於著作權的期間限制。討論方向則與美國稍為不同。由於德國基本法不像美國憲法明文要求期間限制，所以討論焦點集中在期間限制本身有無違憲。而德國聯邦法院也宣告這是立法裁量範圍，所以對於著作權有期間限制並不違憲。有學者認為，財產權的保障只是著作權法的一個面向，除此之外，著作權的憲法基礎，應該還包括了基本法第 1 條第 1 項所保障的一般人格權才完整。<sup>95</sup>

### (三) 小結

美國憲法直接明文授權國會可以為了促進科學與實用技術的進步，賦予著作權人就其著作享有有限期間之獨占權；其中關於「著作」、「著作人」聯邦最高法院都解釋過其意義與範疇，甚至還推導出了「原創性」的要件，而「有限期間」的部份當然是本條的核心限制。但遺憾的是，最高法院在 *Eldred v. Ashcroft*<sup>96</sup> 一案並未直接解釋「有限期間」的意義，僅宣告國會延長著作權保護期間的法律合憲。至於法院能容忍國會延長期間到何種程度，則仍有待觀察。此外，法院也不厭其煩的持續解釋著作權與言論自由之間的關係，認為思想與表達二分原則與合理使用是著作權內建用來平衡言論自由的機制，且著作權應視為言論自由的引擎。最後，最高法院也一貫表達尊重國會在憲法授權下對於著作權制度之設計有相當大的裁量權限的態度，且基本上尊重其裁量。美國憲法明文規定國會制定著作權的要件，再加上法院對於每一個要件的解釋，著作權在美國憲法上的理解與基礎，算是非常完整，值得作為參考。

德國基本法雖然也授權國會制定著作權法，但是授權條件與內容沒有明文，所以

<sup>95</sup> 林昱梅，前揭註 82，頁 150-151。

<sup>96</sup> *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2002).

憲法法院對於著作權的憲法討論多不從本條出發，而從基本法 14 條關於財產權部分解釋著作權。既然是從財產權出發，法院討論的重點就變成是著作權的例外是否構成實質的徵收而需補償；也因為財產權的社會負擔面向，憲法法院更強調著作權背後的公共利益。但著作權有其核心內含不可侵犯，而衡量著作權與其他利益的方法，是比例原則；可以說，德國法院審查著作權時，更注重著作權的公共利益面向，較少論及作者的誘因鼓勵。此外，也由於期間限制在憲法中未有明文規定，法院審查合憲性的重點並非期間之長短，而是期間限制本身是否合憲，其也得到合憲的結論。最後，與美國司法實務相同，法院總是強調立法對於著作權有裁量權限，而基本上應予以尊重。

## 二、 我國著作權的憲法基礎

### (一) 憲法條文及大法官解釋

#### 1. 憲法基本國策的相關規定及其效力

我國憲法條文並未直接有「智慧財產權」之規定，亦無直接保護「著作權」的相關規定；較有可循的關聯者，或可從基本國策一章中第 165 條：「國家應保障教育、科學、藝術工作者之生活，並依國民經濟之進展，隨時提高其待遇。」第 166 條：「國家應獎勵科學之發明與創造，並保護有關歷史、文化、藝術之古蹟、古物。」第 167 條：「國家對於左列事業或個人，予以獎勵或補助：一 國內私人經營之教育事業成績優良者。二 僑居國外國民之教育事業成績優良者。三 於學術或技術有發明者。四 從事教育久於其職而成績優良者。」著作人應可視為「科學或藝術工作者」的範圍，所以國家應保障著作人之生活；又科學可以包含部份的著作，所以國家應保護之；最後，著作人包括學術發明者，國家應獎勵或補助之。所以從憲法基本國策來看，雖然未明文保護著作權，但與著作權之間似乎存在的某程度的關連性。而該等條文的效力為何，則為問題。

關於憲法中基本國策的效力，大法官解釋的態度可以略整理如下：

司法院釋字 472 號解釋理由書：「國家為謀社會福利，應實現社會保險制度」、「國家為增進民族健康，應普遍推行衛生保健事業及公醫制度」及「國家應推行全民健康保險」，既為憲法第一百五十五條、第一百五十七條及憲法增修條文第十條第五項明定之基本國策，立法機關自得制定符合上開憲法意旨之相關法律。至全民健康保險制度應如何設計，則屬立法裁量之範圍。」此外，司法院釋字 550 號解釋亦同。所以對於社會福利制度，大法官認為基本國策授權立法裁量制定相關法律。

司法院釋字 485 號解釋文：「鑒於國家資源有限，有關社會政策之立法，必須考量國家之經濟及財政狀況，依資源有效利用之原則，注意與一般國民間之平等關係，就福利資源為妥善之分配，並應斟酌受益人之財力、收入、家計負擔及須照顧之必要性妥為規定，不得僅以受益人之特定職位或身分作為區別對待之唯一依據；關於給付方式及額度之規定，亦應力求與受益人之基本生活需求相當，不得超過達成目的所需必要限度而給予明顯過度之照顧。」此號解釋顯現基本國策中關於國家資源分配的問題，立法雖有裁量權限，大法官亦會適度審查資源分配是否相當。

司法院釋字 578 號解釋文：「國家為改良勞工之生活，增進其生產技能，應制定保護勞工之法律，實施保護勞工之政策，憲法第一百五十三條第一項定有明文，勞動基準法即係國家為實現此一基本國策所制定之法律。至於保護勞工之內容與方式應如何設計，立法者有一定之自由形成空間，惟其因此對於人民基本權利構成限制時，則仍應符合憲法上比例原則之要求。」此外，司法院釋字 596 號解釋、司法院釋字 568 號解釋、560 號解釋、司法院釋字 549 號解釋亦涉及勞工基本國

策的解釋，大法官基本上尊重立法者形成自由，但不能構成基本權不符比例原則之限制。

司法院釋字 580 號解釋文：「憲法第一百四十三條第四項扶植自耕農之農地使用政策，以及憲法第一百五十三條第一項改良農民生活之基本國策，均係為合理分配農業資源而制定。中華民國四十年六月七日制定公布之耕地三七五減租條例（以下稱減租條例），旨在秉承上開憲法意旨，為三十八年已開始實施之三七五減租政策提供法律依據，並確保實施該政策所獲致之初步成果。……上開規定皆有利於實現扶植自耕農及改善農民生活之基本國策，縱於出租人之契約自由及財產權有所限制，衡諸立法目的，其手段仍屬必要而且適當，亦兼顧承租人與出租人雙方之利益，與憲法第二十三條比例原則、第二十二條契約自由、第十五條財產權及第七條平等權之保障並無違背。……衡諸憲法第一百四十三條第四項扶植自耕農、第一百四十六條與憲法增修條文第十條第一項發展農業工業化及現代化，以及憲法第一百五十三條第一項改善農民生活之意旨，上開三款限制耕地出租人收回耕地之規定，對於耕地所有權之限制，尚屬必要，與憲法第二十三條比例原則及第十五條保障人民財產權規定之意旨要無不符。……是上開規定準用同條例第十七條第二項第三款部分，以補償承租人作為收回耕地之附加條件，不當限制耕地出租人之財產權，難謂無悖於憲法第一百四十六條與憲法增修條文第十條第一項發展農業之意旨，且與憲法第二十三條比例原則及第十五條保障人民財產權之規定不符，應自本解釋公布日起，至遲於屆滿二年時，失其效力。」可以得知，如農民生活等基本國策可以當作立法欲達成的正當目的而限制基本權，但是必須符合比例原則。

司法院釋字 659 號解釋理由書：「教育乃國家百年大計，影響深遠，具高度之公共性及強烈之公益性。憲法第一百六十二條規定，全國公私立之教育文化機關，依法律受國家監督。舊私立學校法即係為實現上開憲法意旨所制定之法律。……

其中關於解除全體董事之職務，係對於選擇職業自由所為之主觀條件限制（本院司法院釋字第六三七號、第六四九號解釋參照），國家欲加以限制，必須基於追求重要公益目的，且所採手段與目的之達成須有實質關聯。系爭規定於董事會因發生糾紛致無法召開會議，或有違反教育法令情事，或其情節重大且情勢急迫時，授權主管教育行政機關及時介入監督，旨在維護私立學校之健全發展，保障學生之受教權利及教職員之工作權益等重要公益，符合上開憲法基本國策之規範意旨，其目的洵屬正當。」大法官把教育的基本國策當成立法重要公益目的，並審查是否符合基本限制的底限。

由上述大法官解釋可知，大法官在審查立法時，(1) 如果係一背後有基本國策作為支持的法律制度，則基本上尊重立法，使立法享有裁量權，又若涉及國家資源分配亦然；(2) 立法雖有基本國策作為支持，惟若涉及其他憲法基本權的限制時，大法官的態度通常是承認基本國策成為憲法所允許的公共目的，但是否符合比例原則，則需個案審查每一立法，所以基本國策不當然使某一限制基本權的立法合憲，而仍須符合比例原則。所以，若認為著作權可為基本國策中導出，充其量也僅是立法裁量而制定的保護制度，並非基本權的一種。

至於學界對於基本國策的效力，傳統以林紀東教授為代表，認為基本國策僅具有指示或指導的效力，為方針規定，但政府不得採取相反的措施，否則仍屬違憲，蓋其仍具有強行規定之性質，而若係基於環境而一時未能達成國策目標，則不能認為違憲。<sup>97</sup>

林子儀教授亦在其碩士論文中，討論基本國策之效力後歸結道：

「憲法「基本國策」一章之規定，應與其他憲法規定一般具有同等之規範效力，但因該章規定對國家立法、行政之方針規定，均為陳義較高，

<sup>97</sup> 林紀東（1981），《中華民國憲法逐條釋義(四)》，頁 248-249，台北：自刊。

目標高懸而課付國家立法、行政努力以赴之義務性規定，其實應尊重立法權與行政權盱衡當時環境及國家能力所為之裁量斟酌，因此其一時之消極不作為，如因限於環境而暫時無法完全實現本章規定之目標者，應不構成違憲。反之，國家之立法與行政與本章規定之主旨不符，或目的相反，則可依本章規定，解釋其屬違憲，而歸無效。」<sup>98</sup>

晚近如陳新民教授等則有認為基本國策效力不能一蓋而論，而可分為方針條款、憲法委託、制度性保障及視為公法權利等四種不同條款，其中並將第 166 條視為方針條款，認為僅具有宣示及期待性質，為日後發展方向的規定，且明確否定第 165 條作為公法權利之條款，解釋為「披著社會權外衣」的國家目標條款，而尚須法律規定方可請求。<sup>99</sup>李震山教授也認為，基本國策可以分為四類，分別是作為釋憲依據、作為課予立法義務依據、作為人民公法請求權基礎與作為方針條款等，並指出除了憲法第 106 第 1 項外(免納學費)，其他難以構成人民公法請求權基礎。<sup>100</sup>此外，學者亦有認為基本國策除具有憲法委託之立法裁量界線性質外，皆屬方針條款之規定而無強行性質，僅係指示立法與行政的目標。<sup>101</sup>

是故可歸納國內通說多認為憲法第 165 條至 167 條為方針條款，僅係指示立法與行政的目標，故縱使認為著作權的保護可為此三條所包括或推導，亦無強制效力，而非主觀基本請求權，僅係國家目標政策之宣示。猶有甚者，若著作權之意涵已經與此三條意旨相悖，則會構成違憲。

<sup>98</sup> 林子儀（1983），〈國家從事公營事業之憲法基礎及界線〉，頁 67-68，國立台灣大學法律學系碩士論文。

<sup>99</sup> 陳新民（2005），〈《憲法學釋論》〉，5 版，頁 905-908，台北：自刊；許育典（2006），〈《憲法》〉，頁 388-392，台北：元照。

<sup>100</sup> 李震山（2005），〈憲法未列舉基本權保障之多元面貌—以憲法第 22 條為中心〉，〈多元、寬容與人權保障—以憲法未列舉權之保障為中心〉，頁 28-29，台北：元照。

<sup>101</sup> 法治斌、董保城（2004），〈《憲法新論》〉，2 版，頁 476，台北：元照；李惠宗（2004），〈《憲法要義》〉，2 版，頁 621，台北：元照。

## 2. 大法官解釋

憲法既然沒有直接點明著作權基礎，或可從大法官解釋中加以探尋：

商標權依大法官司法院釋字 594 號解釋文：「商標權為財產權之一種，依憲法第十五條之規定，應予保障。又商標或標章權之註冊取得與保護，同時具有揭示商標或標章所表彰之商品或服務來源，以保障消費者利益，維護公平競爭市場正常運作之功能。」<sup>102</sup>已明文承認為財產權之一部分，且明確點出保障商標權之理由。而專利權則可參見司法院釋字 213 號解釋理由書：「國家為促進產業之發達，對於新發明具有產業上利用價值者或對於物品之形狀構造或裝置首先創作合於實用之新型者，均依法給予專利權，以鼓勵發明與創作。專利權之給予，關係專利申請權人及利害關係人之權益，對公眾之利益亦有影響。……此項規定，對聲明故障經專利局認為有正當理由者，既有同條項但書排除其適用，自不妨礙異議權之正當行使，且為防止他人藉故阻礙，使專利申請案件早日確定所必要，不能認係侵害人民之訴訟權與財產權，與憲法尚無抵觸。」多數學者認為此號解釋已承認專利權為財產權一環。<sup>103</sup>

至於著作權則無巧不巧地未見大法官直接論述屬於財產權的相關解釋，大法官雖曾於司法院釋字第 548 號解釋提及「智慧財產權」，而將著作權至於其下，惟從該號解釋上下文觀之，並未有將著作權視為憲法上權利之意圖，亦未對其內涵做出相關解釋。<sup>104</sup>

<sup>102</sup> 另外尚可參見司法院釋字 492 號解釋文及司法院釋字 370 號解釋理由書。

<sup>103</sup> 蘇永欽（1999），〈財產權的保障與大法官解釋〉，《違憲審查》，頁 100，台北：學林；李惠宗，前揭註 101，頁 234。

<sup>104</sup> 司法院釋字 548 號解釋文：「主管機關基於職權因執行特定法律之規定，得為必要之釋示，以供本機關或下級機關所屬公務員行使職權時之依據，業經本院司法院釋字第四〇七號解釋在案。行政院公平交易委員會中華民國八十六年五月十四日（八六）公法字第〇一六七二號函發布之「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」，係該會本於公平交易法第四十五條規定所為之解釋性行政規則，用以處理事業對他人散發侵害智慧財產權警告函之行為，有無濫用權利，致生公平交易法第十九條、第二十一條、第二十二條、第二十四條等規定所禁止之不公

既然憲法條文及大法官解釋對於著作權是否為憲法所保障權利並不清楚，我們不妨也看看學者對於此一問題如何分析。

## (二) 學者見解

### 1. 財產權

國內較為多數學者把著作權與智慧財產權等同視之，如陳愛娥教授認為，立法者有形成財產權制度的權限，受憲法保障的財產權的保護範圍，需藉由合憲的法律使能確定，而為了鼓勵精神創作，立法者保障創作者事實上能享有其精神產物所生之財產價值，將此地位權利化，成為「新」創的財產權。<sup>105</sup>陳新民教授亦以為，著作權擁有人格與財產的兩個權利元素，但以現在的工商資訊社會，著作權的財產利益已經遠超過其人格利益的重要性，由德國聯邦憲法法院對著作權所作出的幾個重要解釋，已看出這種著作權「重心轉向」的明顯趨勢，所以著作權應列入憲法財產權的保障範圍。<sup>106</sup>蘇永欽教授認為，無體財產權與物權同具對世效力，雖未脫經濟政策的考量，乃至關於其保護範圍常成為國際談判的內容，但既經立法保護，即為憲法所保障之財產權。<sup>107</sup>一般認為著作權當然屬於財產權範圍內，具有財產權價值。<sup>108</sup>

---

平競爭行為。前揭處理原則第三點、第四點規定，事業對他人散發侵害各類智慧財產權警告函時，倘已取得法院一審判決或公正客觀鑑定機構鑑定報告，並事先通知可能侵害該事業權利之製造商等人，請求其排除侵害，形式上即視為權利之正當行使，認定其不違公平交易法之規定；其未附法院判決或前開侵害鑑定報告之警告函者，若已據實敘明**各類智慧財產權**明確內容、範圍及受侵害之具體事實，且無公平交易法各項禁止規定之違反情事，亦屬權利之正當行使。」(編按：底線加黑為本文所加)該案是在處理憲法上法明確性原則的問題，故無法得出將著作權視為憲法權利之結論。

<sup>105</sup> 陳愛娥(1999)，〈司法院大法官會議解釋中財產權概念的演變〉，劉孔中、李建良主編《憲法解釋之理論與實務》，頁 405，台北：中央研究院中山人文社會科學研究所。

<sup>106</sup> 陳新民，前揭註 82，頁 156。此外，亦可參見氏著(2005)，《憲法學釋論》，5 版，頁 316-318，台北：自刊。

<sup>107</sup> 蘇永欽，前揭註 103，頁 100。

<sup>108</sup> 法治斌、董保城，前揭註 101，頁 100；李惠宗，前揭註 101，頁 234；羅明通(2009)，《著作權法論(I)》，7 版，頁 14，台北：台英商務法律。



## 2. 一般人格權

賀德芬教授認為，創新既然是由個人智慧和努力結晶而成，將創新視為創新者個人所擁有之所有物，給予法律上之權利保障，自然是法治社會應當的結果。更何況，讓創新者擁有支配其創新的權利，才是吻合個人為主體之人本精神最貼切之社會實踐形式。個體擁有個人所創造出來的事物，應當是尊重個體完整性的最基本前提，透過創作者之創作與以市場的經濟權益之保障，不但是對尊重權益之人本精神之伸張，而且可以藉著對創作人經濟利益的保障產生鼓勵創作者繼續從事創作的動機，這種動機的誘導乃是得以使社會產生更多、更豐富、更前進之文化創新的最主要誘因。<sup>109</sup>

亦有認為，著作權性質上更接近人格權，為人權的一種，因時代變遷之需要為文明國家所承認之人權。著作人因其著作行為而取得特殊身分，此種身分性質上較一般人含有較強之暴露性，暴露於外之人性尊嚴，如法律不予特別保障，則較普通人易罹侵害，故學者爭論之著作人格權，實為因著作行為而發生之人權。<sup>110</sup>

## 3. 財產權與一般人格權

為數不少的學者認為著作權之憲法基礎可依著作權之權利性質的區分，分別在憲法上找尋其基礎。著作人格權(著作權法第 15 至第 17 條)是著作人就其著作所享有以人格為保護標的之權利，我國憲法對人格發展自由與人格權之保護之保護可從第 22 條之概括條款找到依據，故著作人格權之憲法依據為憲法第 22 條。著作財產權(著作權法第 22 條至第 29 條)屬無體財產權，為財產權一種，受我國憲法第 15 條財產權之保障。<sup>111</sup>

<sup>109</sup> 賀德芬(1994)，〈文化創新與法制化—著作權法的現代意義〉，《文化創新與商業契機著：作權法論文集》，2 版，頁 31-32，台北：月旦。

<sup>110</sup> 施文高(1981)，《著作權法制原論》，頁 32，台北：自刊。

<sup>111</sup> 林昱梅，前揭註 82，頁 152；劉昱劭(2005)，《著作權法公益面向之憲法基礎》，頁 118-123，

#### 4. 藝術自由

部分著作的創作屬於藝術範疇，所以在憲法上著作權即有可能認為藝術自由為著作權的憲法基礎。惟關於藝術自由是否為我國憲法所保障之基本權利，必須先探討之。藝術自由在我國憲法條文中，可能依據有二：一為憲法第 11 條，<sup>112</sup>一為憲法第 22 條。<sup>113</sup>

有認為藝術自由以憲法第 22 條之保障為較佳之選擇，蓋藝術自由之保障可分為兩階段：一為創作領域之保護，一為效果(散佈)領域之保障，將藝術自由納入憲法第 11 條之下，恐怕無法突顯藝術自由兩階段保障之特色，而於憲法第 11 條之外，獨立列出藝術自由之基本權類型，又可在國家的藝術扶助領域突顯藝術自由基本權的保障功能，似乎比附屬於憲法第 11 條傳統之言論自由保障之下，更能發揮文化國憲法之理念。<sup>114</sup>

惟另有認為，藝術自由較適宜採取憲法第 11 條言論自由作為其保障依據，係一廣義溝通方式的保障，符合「溝通理論的藝術概念」，而憲法第 22 條因設有「社會秩序公共利益」之構成要件限制，以之作為藝術自由之前提，正好給予國家藉著多數主流文化族群的意見，而管制藝術自由的憲法構成要件正當性。如此一來，藝術概念本身的創造形塑特性，將因社會主流意見的影響而逐漸喪失。<sup>115</sup>

無論如何，藝術自由為憲法所保障應無疑義，<sup>116</sup>而其內涵包括國家對於藝術自治

---

政治大學法律學系碩士論文；陳正和（2005），《「智慧」是憲法保障的財產權嗎？—以著作權為中心論智慧財產權之憲法基礎》，頁 99-100，政治大學法律學系碩士論文。

<sup>112</sup> 憲法第 11 條：「人民有言論、講學、著作及出版之自由。」

<sup>113</sup> 憲法第 22 條：「凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障。」

<sup>114</sup> 林昱梅（2002），〈著作之引用與藝術自由〉，翁岳生教授祝壽論文編輯委員會編《當代公法新論(上) —翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集》，頁 269-270，台北：元照。

<sup>115</sup> 許育典（2006），〈文化基本權作為文化憲法的主觀法建構〉，《文化憲法與文化國》，頁 98-103，台北：元照。

<sup>116</sup> 陳新民，前揭註 99，頁 274；陳慈陽（2004），《憲法學》，頁 506-508；台北：元照。

保障，不僅是指可防禦來自國家方面對於藝術之侵犯，而且包括了國家對來自主流社會對藝術造成威脅的行為，也應採取必要的防護措施。

許育典教授就認為，國家應承認藝術的精神創作具有財產價值，可以做為財產權的客體，並積極保護著作權與智慧財產權，以避免藝術創作受到第三人的侵犯，故認為著作權為藝術自由的一環。<sup>117</sup>

惟亦有認為著作權為無體財產權及人格權，而屬於憲法第 15 及 22 條之範圍，藝術自由反而會與著作權產生衝突，嘲諷性模仿即為顯例。一方面享有藝術自由之保障，而有創作與散佈自由；但是另一方面，若被嘲諷之原作有著作權，則該著作權亦享有憲法位階。關於藝術自由與著作權衝突之解決，應循基本權衝突之解決方式，以利益衡量為之。只是針對此種利益衡量，應建立明確具體之衡量標準，學者也有共識。<sup>118</sup>

## 5. 國際條約<sup>119</sup>

著作權的保護應可認為在國際上被普遍承認，尤其是 WTO 中關於智慧財產權之規定，如「與貿易有關之智慧財產權協定」(Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights; TRIPS)自第 9 條到第 14 條為著作權保護之規定。其所包括基本原則，如最低標準保護原則、國民待遇原則、最惠國待遇原則、鄰接權等。<sup>120</sup> 柏恩公約(The Berne Convention)更是鉅細靡遺的處理著作權保護內容及方式，重點如國民待遇原則(the principle of national treatment)、著作權自動保護

<sup>117</sup> 許育典，前揭註 115，頁 114。

<sup>118</sup> 林昱梅，前揭註 82，頁 152-153；另外陳新民教授亦點出此一衝突，前揭註 82，頁 64。

<sup>119</sup> 其實關於國際條約，學說上尚無人主張其作為著作權的憲法基礎。而此處國際條約的討論之有無，其實並不影響著作權憲法定位問題的結果，但為能使讀者明瞭國際條約對於著作權在憲法上意義及影響，本文仍將相關論述與討論置於此處，特此說明。

<sup>120</sup> TRIPS 全文請參見 WTO 官方網站。[http://www.wto.org/english/tratop\\_e/trips\\_e/t\\_agm0\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/t_agm0_e.htm) (最後瀏覽日：2010/08/10)；相關介紹，參見蔡明誠〔2001〕，〈加入 WTO 對我國智慧財產權保護法制的影響〉，《月旦法學雜誌》，79 期，頁 47-58；馮震宇〔2003〕，〈智慧財產權保護之國際發展趨勢〉，《智慧財產發展趨勢與重要問題研究》，頁 3-27，台北：元照。

原則(the principle of automatic protection)、著作權獨立保護原則(the principle of independent protection)、著作權保護期間下限等。<sup>121</sup>羅馬公約(The Rome Convention)，該公約重點在對表演人、錄音物之著作人、廣播機構賦予「鄰接權」(neighboring rights)，得享有次於著作權之鄰接權保護。<sup>122</sup>世界智慧財產權組織(WIPO)通過的「世界智慧財產權組織著作權條約」(WCT)與「世界智慧財產權組織表演及錄音物條約」(WPPT)也與科技數位著作權保障息息相關。另外如世界人權宣言(The Universal Declaration of Human Rights)第 27 條第 2 項：「人人對由於他所創作的任何科學、文學或美術作品而產生的精神的和物質的利益，有享受保護的權利。」<sup>123</sup>經濟、社會和文化權利國際公約(International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)第 15 條第 1 項第 c 款：「對其本人的任何科學、文學或藝術作品所產生的精神上和物質上的利益，享受被保護之利益。」<sup>124</sup>同條第 2 項：「本公約締約各國為充分實現這一權利而採取的步驟應包括為保存、發展和傳播科學和文化所必需的步驟。」<sup>125</sup>及第 3 項：「本公約締約各國承擔尊重進行科學研究和創造性活動所不可缺少的自由。」<sup>126</sup>似皆可認為包括對著作權之保護。

而關於國際條約或協定是否直接可做為憲法保障某些權利之基礎，必須探討。

<sup>121</sup> 柏恩公約全文請參見 WIPO 官方網站。

[http://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/trtdocs\\_wo001.html](http://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/trtdocs_wo001.html) (最後瀏覽日：2010/08/10)；相關介紹，馮震宇〔2003〕，〈智慧財產權保護之國際發展趨勢〉，《智慧財產發展趨勢與重要問題研究》，頁 28-47，台北：元照。

<sup>122</sup> 羅馬公約全文請參見 WIPO 官方網站。<http://www.wipo.int/treaties/en/ip/rome/> (最後瀏覽日：2010/08/10)。

<sup>123</sup> Art. 27.2: "Everyone has the right to the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he is the author."

<sup>124</sup> Art. 15.1(c): "The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone: To benefit from the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he is the author."

<sup>125</sup> Art. 15.2: "The steps to be taken by the States Parties to the present Covenant to achieve the full realization of this right shall include those necessary for the conservation, the development and the diffusion of science and culture."

<sup>126</sup> Art. 15.3: "The States Parties to the present Covenant undertake to respect the freedom indispensable for scientific research and creative activity."

最早在司法院釋字 329 號解釋理由書中：「總統依憲法之規定，行使締結條約之權；行政院院長、各部會首長，須將應行提出於立法院之條約案提出於行政院會議議決之；立法院有議決條約案之權，憲法第三十八條、第五十八條第二項、第六十三條分別定有明文。依上述規定所締結之條約，其位階同於法律。」解釋成爲憲法中所指涉條約之意義與程序，並解釋立法院審議通過之條約效力同於法律，故未及於憲法層次。

而後司法院大法官司法院釋字第 372 號解釋理由書：「人格尊嚴之維護與人身安全之確保，乃世界人權宣言所揭示，並為我國憲法保障人民自由權利之基本理念。憲法增修條文第九條第五項規定：「國家應維護婦女之人格尊嚴，保障婦女之人身安全，消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等」即在宣示上述理念。」(編按：底限爲作者所加)使用世界人權宣言此一國際協定來輔助解釋憲法，推導出人格尊嚴與人身安全應受保護。

司法院釋字 392 號解釋理由書：「另一九五三年生效之歐洲人權及基本自由保障公約第五條第三項所規定之「依法執行司法權力之其他官吏」暨一九七六年生效之公民及政治權利國際盟約第九條第三項與一九七八年生效之美洲人權公約第七條第五項類同之規定，是否應包括檢察官，亦即人民被逮捕拘禁後，其所應解送之處，是否僅限於「法官」？……是即令依據前述相關之國際公約，顯亦不應有刑事訴訟法上之羈押權。」(編按：底限爲作者所加)大法官此處之所以援引國際條約詮釋憲法上第 8 條第 2 項之法官不包括檢察官之理由，主要在爲回應法務部所提之論點，所以並非直接仰賴國際條約解釋。

最後是司法院釋字 549 號解釋文：「為貫徹國家負生存照顧義務之憲法意旨，並兼顧養子女及其他遺屬確受被保險人生前扶養暨無謀生能力之事實，勞工保險條例第二十七條及第六十三條至第六十五條規定應於本解釋公布之日起二年內予

以修正，並依前述解釋意旨就遺屬津貼等保險給付及與此相關事項，參酌有關國際勞工公約及社會安全如年金制度等通盤檢討設計。」(編按：底限為作者所加)似乎直接援引國際勞工條約作為立法設計之指引，其對於國際條約位階之態度是否轉變，則需進一步探討。

黃越欽大法官於其司法院釋字 549 解釋之協同意見書認為：

「國際公約應作為法源以促進普世價值近世以來，愈屬新興事務，其法律關係之國際統一程度愈高，原因在於國際組織常透過公約規制，齊一各國步伐。因此在社會安全、勞動、經貿、財稅、智慧財產、環保等各方面，公約數量日增，內容日益詳盡。尤其世界經貿組織(WTO)成立以後，此種現象更加明顯。而此種現象之濫觴當推國際勞工組織(ILO)，ILO 之公約與立法建議書數以百計，對人權保障之普世價值發揮極為關鍵性之作用。本案解釋文能以公約作為法源，對我國釋憲制度之成長，乃極為可喜之現象。」

顯見其認為多數意見係以國際條約作為法源，且在其理解下，國際條約代表普世價值，相當程度與憲法接軌。

司法院釋字 549 號解釋做成後，有預測以後只要大法官認為某項權利內容為憲法保障，而且有相關國際人權條約規範，如果國內法律規範與國際人權條約規定不同時，不論此國際人權條約是否已成為習慣國際法，大法官均可要求國內機關必須依據此國際人權條約而修改國內法律。<sup>127</sup>而司法院釋字 549 號之後，司法院釋字 578 號解釋也再度使用相同國際勞工公約與相同模式：「……由相關機關根據我國憲法保障勞工之基本精神，及國家對人民興辦之中小型經濟事業應扶助並保

<sup>127</sup> 廖福特(2005)，〈引進國際人權準則—比較分析與台灣借鏡〉，《國際人權法—議題分析與國內實踐》，頁 64，台北：元照。

護其生存與發展之意旨，參酌有關國際勞工公約之規定，並衡量國家總體發展，通盤檢討，併此指明。」。

司法院釋字 582 號解釋理由書：「西元一九五〇年十一月四日簽署、一九五三年九月三日生效之歐洲人權及基本自由保障公約

(European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms) 第六條第三項第四款及聯合國於一九六六年十二月十六日通過、一九七六年三月二十三日生效之公民及政治權利國際公約

(International Covenant on Civil and Political Rights) 第十四條第三項第五款，亦均規定：凡受刑事控訴者，均享有詰問對其不利之證人的最低限度保障。足見刑事被告享有詰問證人之權利，乃具普世價值之基本人權。在我國憲法上，不但為第十六條之訴訟基本權所保障，且屬第八條第一項規定「非由法院依法定程序不得審問處罰」、對人民身體自由所保障之正當法律程序之一種權利(本院司法院釋字第三八四號解釋參照)。(編按：底限為作者所加)又是用國際公約來輔證我國憲法第 16 條與第 8 條本得以推出之正當法律程序。

司法院釋字 587 號解釋理由書：「子女有獲知其血統來源之權利，為聯合國一九九〇年九月二日生效之兒童權利公約

(Convention on the Rights of the Child) 第七條第一項所揭禁；確定父子真實身分關係，攸關子女之人格權，應受憲法第二十二條所保障。」(編按：底限為作者所加)係用兒童權利公約作為基礎認為子女獲知血統來源之權利係憲法第 22 條之子女人格權所包含，以國際公約輔佐認定憲法第 22 條人格權的範圍。

司法院釋字 623 號解釋理由書：「從而，保護兒童及少年免於從事任何非法之性活動，乃普世價值之基本人權(聯合國於西元一九八九年十一月二十日通過、一九九〇年九月二日生效之兒童權利公約第十九條及第三十四條參照)，為重大公

益，國家應有採取適當管制措施之義務，以保護兒童及少年之身心健康與健全成長。兒童及少年性交易防制條例第一條規定：「為防制、消弭以兒童少年為性交易對象事件，特制定本條例」，目的洵屬正當。……保護兒童及少年免於因任何非法之性活動而遭致性剝削，乃普世價值之基本人權，為國家應以法律保護之重要法益，上開規定以刑罰為手段，取締促使人為性交易之訊息，從根本消弭對於兒童少年之性剝削，自為達成防制、消弭以兒童少年為性交易對象事件之立法目的之有效手段……尚未逾越必要合理之範圍，與憲法第二十三條規定之比例原則，並無牴觸。」(編按：底限為作者所加)本號解釋雖一再透過國際公約強調避免兒童從事非法性活動為普世基本人權，但觀其上下文脈落，並非嘗試在我國憲法上建立此一基本權，而係透過承認此一普世價值，來正當化兒少法對於言論自由之限制，算是強化人權限制的論證基礎。<sup>128</sup>

無論是從前述相關大法官解釋整理，或是我國憲法第 141 條：「中華民國之外交，應本獨立自主之精神，平等互惠之原則，敦睦邦交，尊重條約及聯合國憲章，以保護僑民權益，促進國際合作，提倡國際正義，確保世界和平。」(底線為作者所加)皆可能只能解釋單單條約本身不足成為憲法上的基礎，但條約本身可以證明某一人權具有普世價值而應為憲法所承認，因此輔助憲法條文而作為大法官解釋的相關工具。<sup>129</sup>故雖因為許多國際條約保障著作權而顯示其政策的重要性，認為著作權應該為憲法位階的權利，但是著作權如何在憲法上找到其定位係另一問題，單單條約本身還不足以成為著作權憲法的基礎，充其量為其在憲法上存有基礎的原因。就此，張文貞教授也承認，目前立法或大法官解釋，還無法使得具有國內法位階的國際人權條約成為準憲法地位，尚需透過大法官未來解釋方能促

<sup>128</sup> 參照張文貞〔2009〕，〈憲法與國際人權法的匯流—兼論我國大法官解釋之實踐〉，廖福特主編《憲法解釋之理論與實務第六輯(上冊)》，頁 265-267，台北：中研院法研所籌備處。

<sup>129</sup> 從本條制憲歷史觀之，原本係「履行條約義務」，而後制憲通過變成「尊重條約」，其間轉換意涵更可佐證本文立場，至少在著作權相關條約上是如此。認為應解為遵守條約者，參見廖福特，前揭註 127，頁 49-50。



成。<sup>130</sup>李震山教授亦認為，國際人權規範作為普世價值之基本權利保障規定，需透過憲法第 22 條進入國內基本權保障體系，產生憲法化效果。<sup>131</sup>

## 6. 言論自由

著作權與言論自由不但是密切相關，其實甚至是相互衝突的；著作權在本質上是一種對資訊流通的管制，其可能是一種言論自由的事前限制(在言論表達事前司法以假處分方式抑制不能涉及關於他人享有著作權的著作部分)，也可能是一種以言論自由內容(針對特定受著作權保護的言論內容不能表達)為標準的限制，剛好觸碰了言論自由最大禁忌。<sup>132</sup>

然而，依據憲法第 11 條規定：「人民有言論、講學、著作及出版之自由。」陳新民教授認為，該條中「著作自由」表現在智慧財產方面是具體的「智慧財產權」，而著作自由在今日資訊快速流通的社會，已經將其保障重心，由防止國家對人民創作自由之限制，轉而要求國家保障他人不侵害個人的創作權益，也就是保障個人的智慧財產權。<sup>133</sup>許育典與李惠宗教授皆認為，著作自由屬於基本權，在其作為表現自由方面，具有人格發展的意義；而著作所形成的作品，則為財產權。<sup>134</sup>吳庚大法官更直接指出，著作權不僅屬於言論自由範圍，也是財產權一種，即一

<sup>130</sup> 張文貞，前揭註 128，頁 252-253。

<sup>131</sup> 李震山，前揭註 100，頁 61-63。

<sup>132</sup> 關於事前及內容審查的問題，可參照林子儀大法官在司法院釋字 644 號解釋中的協同意見書：「按會影響人民結社自由與言論自由行使之事前限制，並不必然即屬違憲。例如如其限制並不涉及言論或結社之內容，而僅對言論表達之時間、地點或方式之合理限制者，即有可能屬合憲之限制。而如其限制涉及言論或結社之內容者，則因事前限制之結果，不僅限制人民表現自我、實現自我，所限制之言論亦無從進入言論思想之自由市場，而無法為思想、意見或資訊之傳遞與交流，不僅使得思想、言論匱乏，更危險的是將使執政者代替大眾選擇，而唯有其喜好或符合其利益之言論或思想方得以呈現或傳布，與憲法保障人民言論自由之意旨，根本背道而馳。是涉及言論內容之事前限制，其合憲性即有疑義...。」

<sup>133</sup> 陳新民，前揭註 99，頁 269-271。氏並解釋這並不影響著作權同時具有財產權性質，所以也被憲法第 15 條保障。此外，亦認為著作權為憲法第 11 條所保障者，見黃勝興（2008），〈著作權的保護與公益目的〉，《南台科技大學學報》，33 期，頁 5-6。

<sup>134</sup> 許育典（2006），《憲法》，頁 232，台北：元照；李惠宗，前揭註 101，頁 171。

般所謂智慧財產權，就其保障而言，著作所包括的範圍，發生憲法第 11 條與第 15 條之競合。<sup>135</sup>

也有認為言論自由可能反過來成為著作權之憲法基礎，著作權一方面提供了作者創作的誘因，另一方面提供了作者創作的誘因，讓作者可以安心表達言論，另一方面也阻止了不當的干擾，限制部分的言論以促進更多的言論，在這些角度上著作權制度可以被認為是保護言論自由的工具，甚至是一種對於言論自由的制度性保障。<sup>136</sup>

## 7. 基本國策

楊智傑教授認為憲法第 15 條之財產權並非智慧財產權的憲法基礎，而對照美國第 1 條第 8 項第 8 款，其實很類似我國的基本國策規定，因為我國基本國策某程度也算是憲法授權立法者制定相關制度，因而以為，憲法第 165 條、第 166 條為智慧財產權的憲法基礎。<sup>137</sup>氏並認為，憲法第 165 條、第 166 條要求國家建立國家獎助制度來促進科學文化進步，所以現行採取智慧財產權制度之方式，似乎違背了基本國策方向，但又因基本國策僅具方針效力，所以並未違憲；又智慧財產權過度擴張而限縮他人言論自由時，氏認為依照司法院釋字 580 號解釋，用基本權否定基本國策，所以我們應傾向保護言論自由來檢討智財權過度擴張的問題。

138

## 第三節 本章小結

在本章一開始，本文介紹了四種著作權保護的理論，與哲學上著作權保護所存在

<sup>135</sup> 吳庚（2003），《憲法的解釋與適用》，頁 229，台北：自刊。

<sup>136</sup> 陳正和，前揭註 111，頁 101。

<sup>137</sup> 楊智傑（2008），〈智慧財產權的憲法基礎—兼論智財權與言論自由的衝突〉，《財產法暨經濟法》，16 期，頁 29-30。

<sup>138</sup> 楊智傑，前揭註 137，頁 34。

的兩種對立立場。這些理論使我們了解了學者們認為著作權應該存在的理由與應該保護的強度，但還不足以提供著作權憲法基礎的說明，所以必須回到憲法上的文字來討論。

而在觀察美國與德國的憲法實務對於著作權的理解，發現美國憲法上有著作權條款，並對該條款中的要件做出相關解釋，基本上採取效用理論；而德國則從財產權推導出著作權，並使相關財產權限制適用在著作權之上。

至於我國憲法文字與大法官解釋並未明文提及著作權基礎，學者間提出多種著作權憲法基礎來源，有從文字相近(如「著作」自由與「著作」權)，也有從概念接近(如藝術自由與著作權)，或從保護理由接近(如財產權或人格權與著作權)等去說明著作權的憲法基礎。但這些說法皆未詳細檢驗過各個所提出憲法基礎與著作權之間的性質是否相近或衝突，也沒有從歷史角度觀察著作權是否從特定人權所衍生出來。因此，本文以為，實有先必要探尋著作權制度的發展歷史，以知悉著作權制度當時的產生原因與背景，方能討論著作權在憲法上基礎的問題。



## 第參章 著作權的歷史與憲法定位

### 第一節 為什麼歷史重要

美國聯邦最高法院大法官 Oliver Wendell Holmes 曾說：「一頁的歷史，值一本書的邏輯」。<sup>1</sup>

Lyman Ray Patterson 認為透過歷史觀察著作權有其價值。當我們運用目前的分析方法去討論著作權的問題時，可能會遇到許多困難：比如著作權是一個長期、持續存在的概念與利益等，此時歷史背景即可提供經驗邏輯的基礎來化解這些困難。因此，我們可以將那些在發展之初或發展過程中，所產生的著作權概念和問題，透過歷史觀察，與現在的概念作一比較。<sup>2</sup>

亦有學者贊同歷史的價值，認為它能提供法院參考背景，使法院有解釋現行法的方法，也讓法院判斷是否要將現行法適用到無法預見的情況，例如網路、新的溝通技術與生化發明等；它也讓我們重新思考現行的法律與政策是否適合解決新的問題。透過觀察與吸取過去的教訓，歷史使得法官或政策制定者可以找到更有吸引力的解決方法或更適當的決定；而最重要的，研究歷史有時可以發現新的事實與想法，推翻現行世界對於某些概念的理解。<sup>3</sup>

在討論著作權時，向來都把智慧財產權與著作權視為當然保護的權利。而在經過上一章的歸納可以得知，學說甚至理所當然地認為著作權可以被財產權、人格權或言論自由等憲法上人權所包括。但是很少人會去質疑著作權的發生原因與歷

---

<sup>1</sup> New York Trust Co. v. Eisner, 256 U.S. 345, 349 (1921) (“A page of history is worth a volume of logic.”).

<sup>2</sup> LYMAN RAY PATTERSON, COPYRIGHT IN HISTORICAL PERSPECTIVE 223 (1968).

<sup>3</sup> Peter K. Yu, *Intellectual Property at a Crossroads: Why History Matters*, 38 LOY. L.A. L. REV. 1, 3-4 (2004).

史，或是觀察歷史上著作權的發源是否確實從特定憲法人權基礎而來。

本所採取歷史觀察的途徑，除了可以更精確討論著作權於憲法上的定位問題外，在今日討論著作權法上諸多問題，尤其當涉及網路這種新科技的問題時，許多問題的解決勢必回到著作權本質的探求。本文想要藉由著作權歷史的探尋，找到著作權發生的原因，並觀察其演化過程，俾能在之後各章問題討論上，無論是探討著作權法是否符合憲法界線，或是著作權日後網路上發展方向，能較貼近著作權源頭而討論問題。

我國著作權法乃繼受英美法系與大陸法系，兼具兩者色彩，雖然本國古代是否存在著作權概念發源，仍有辯論，<sup>4</sup>但若從我國在清末民初之際方產生「權利」(right)概念的角度觀之，不可否認我國著作權具有舶來性質。所以在歷史探尋上，本文也嘗試追溯著作權概念在我國發生的時間起點，並進而探究著作權概念未能在我國發展的原因。除了探循我國著作權的繼受歷史外，亦嘗試去了解現代著作權法模型出現之前，英國、美國、法國與德國的著作權概念是在怎樣的近代背景之下產生，藉此能更了解我國所繼受著作權理念的原貌。而在本章研究觀察之後，也發現在著作權發展上，英美法系與大陸法系的源頭其實並沒有存在如想像中那樣巨大的差異，而能從中歸結出許多著作權的歷史經驗。

## 第二節 我國著作權法的歷史

印刷術最早在宋朝時發明，而後才流傳至西方，也因為印刷術的發明，使得我國著作權的概念是否屬於繼受，或是早已存在，存有辯論。<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> 如以下所將介紹的，對於本國宋朝所出現的零星史料，是否為著作權概念的發源，抑或僅係君王統治的表徵，學者約可分為兩派各有其見解。

<sup>5</sup> 其他亞洲國家如韓國的著作權概念亦係繼受西方，參見 Yunjeong Choi, *Development of Copyright Protection in Korea: It's History, Inherent Limits, and Suggested Solutions*, 28 BROOK. J. INT'L L. 643 (2003).

## 一、 宋朝興起的印刷術為著作權概念的源頭？

我國在隋代有了雕版印刷術，宋代發明活字印刷術，坊間並有零星史料記載盜版之刑責。這些資料所代表的，到底是否為著作權，或者只是帝王統治的權力範圍，學者們對於這些史料有著性質上的辯論：

### (一) 肯定說

依學者施文高見解，認為印刷術最早出現於我國，宋代集歷朝印刷之精華，尤以創始活字版印刷術於北宋後期仁宗慶歷年間(公元 1041 年)，則大規模重製著作已屬可能。並引宋淳祐 8 年(約公元 1284 年)張志舊抄本、宋段昌武叢桂毛詩集解 30 卷，來佐證當時已有申請著作權制度，如經主管有司核准，並發給「公據」(著作權執照)，則坊間市肆如有嗜利為目的而擅自盜印者，當受「追版劈毀」之處罰，足以證明我國著作權制度比英國早了 3 個世紀。<sup>6</sup>

另有考究雕版印刷起於隋朝，活字印刷術則興於宋朝之說，並從宋代保留文獻證明兩宋政府先後頒佈了一系列印刷管制法令，包括規定出版審查系統，需經由州委官檢查後才能刊行，由選官詳斷是否有益於學，方許鏤版，如果違反雕印，處杖刑一百。其舉「書林清話」卷二有「翻版有例禁始於宋人」之條目，並以北宋哲宗紹聖 2 年(1095 年)正月 21 日的一條史料說明北宋已有「盜印法」，再加上段昌武「叢桂毛詩集解」前有行在國子監禁止翻版的公文，可以發現在兩宋期間，著作權已經有一定的法治建設與社會基礎，而保護的主要是出版者的經濟利益，但也包括作者的著作權益；處罰的方式如「追人毀版」、「追版批毀」等，是非常嚴厲的。但從當時書籍之版權尚須特別聲明的事實觀之，可知宋代版權保護未成

---

<sup>6</sup> 施文高(1981)，〈著作權法制原論〉，頁 8-10，台北：自刊。同說並請參見蔡明誠(1994)，〈台灣著作權的保護及其發展趨勢〉，載許惠祐等編《海峽兩岸知識產權法比較研究論文集》，頁 150，台北：廣角鏡。劉清波(1994)，〈兩岸著作權法原理之探討〉，載許惠祐等編《海峽兩岸知識產權法比較研究論文集》，頁 130，台北：廣角鏡。

普遍定制，然而氏認為此仍可斷定自此開啓我國版權保護之先河。<sup>7</sup>

有特別指出，宋代出現的，是一種權利(right)概念。其指出，否定說可以不顧《京都事略》中的「已申上司，不許復版」的牌記，但必須解釋宋代段昌武《叢桂毛詩集解》三十卷前的在國子監登記的「禁止翻版公據」，<sup>8</sup>其中保護之編輯收錄活動的成果，是「以一為本，參照其他」，即有自己的「勞動、判斷及投入」；而宋祝穆編寫於《方輿勝覽》自序之後的「兩浙轉運司錄白」中，亦記載如遇有人翻版營利，則祝氏有權「陳告、追人、毀版、斷治施行，庶杜翻刊之患」。其並不否認我國古代帝王主要在於觀念控制的實施，但認為這與有限的版權保護並不是絕對排斥。最後，氏更指出不能認為在沒有民法的時期或環境中，就不存在民事權利，依刑法或行政管理（控制）法規、法令、敕令等等，在古代，在現代，都產生過並繼續產生著一定的民事權利。因而認為自宋代確曾出現過對作者（而不僅僅是出版者）之創作性勞動成果的保護，即版權保護。<sup>9</sup>

## （二） 否定說

相對於上述之肯定說，亦有學者認為宋代出現的，只是帝王權力的表徵。其以為，我國古代還沒有智慧成果私有的概念，國家制止盜印也缺乏相應的民事救濟措施。古代君主與其代表，的確在不同場合曾授予各種形式印刷特權；但是不能把這些視為著作權源頭，從實質上來看，這些措施追求的目的只是維護封建國家的輿論專制。<sup>10</sup>

<sup>7</sup> 葉坦（2008），〈宋代的印刷事業與版權保護〉，劉春田主編，《中國知識產權評論》，頁 160-164，北京：商務印書館。

<sup>8</sup> 云：「先叔以毛氏詩口講指畫，筆以成編。本之以東萊詩記，參以晦庵詩傳，以至近世諸儒。一話一言，苟是發明，率以錄焉……先叔刻志窮經，平生精力，畢於此書。倘或其他書肆嗜利翻版，則必竄易首尾，增損意義……今備牒兩浙福建路運司備詞約束，乞給據為照……如有不遵約束違戾之人，仰執此經所屬陳乞，追版劈毀，斷罪施行。」

<sup>9</sup> 整理自鄭成思（2003），《知識產權論》，3 版，頁 17-18，北京：法律出版社。網路版本可參見 <http://www.privatelaw.com.cn/new2004/shtml/20040530-203654.htm>（最後瀏覽日：2010/08/12）；相同意見，鄭建鵬（2005），《宋代的版權問題—兼評鄭成思與安守廉之爭》，[http://article.chinalawinfo.com/Article\\_Detail.asp?ArticleID=36552#42](http://article.chinalawinfo.com/Article_Detail.asp?ArticleID=36552#42)（最後瀏覽日：2010/08/12）。

<sup>10</sup> 曲三強（2006），《竊盜就是偷：論中國傳統文化與知識產權》，頁 7-9，北京：知識產權出版



更有學者指出，實際上，20 世紀以前我國所有現存的表明國家努力提供對知識產權保護的事例，看來都僅是爲了維護王權。那些出版前審查或禁止翻刻，以及對異端材料的歷禁，都是控制觀念傳播網絡的一部份。<sup>11</sup>

也有學者認爲，在宋朝以前，我國古代權利(right)意識甚爲淡薄，著作人向認其著作是民族文化之紀錄，應爲社會所公有，未嘗以私人財富視之。此傳統觀念之所由形成，係任何著作莫不直接間接有賴於先民思想之啓發，殊非一人之力所能完成。其更舉司馬遷名言：「藏諸名山，傳之其人」，認爲其意爲經國濟世之作，有待於智者之闡揚，亦非將著作據爲私有。此外，又因憑藉口頭與手抄方式傳播思想、溝通意見，尙無金錢上價值，並無侵害著作權可言。故氏認爲古代向無著作權之名稱概念，更無所謂著作權法。<sup>12</sup>

## 二、 我國第一部著作權法的形成

根據學者的介紹，1804 年鴉片戰爭以後，西方勢力東漸，出版、文化事業漸次繁榮，新式印刷機器傳入，爲中國著作權法制之誕生提供必要之條件。嚴復(1853-1921)首先引進西方版權的觀念並強調建立版權制度之重要性。清政府大臣沈佳本等亦紛上書主張制定有關出版、版權之法律。光緒 29 年(1903 年)，中美簽訂「續議通商行船條約」。依該約款 11 款，中國應保護美國人在中國境內之版權。爲履行條約義務，中國更有制定著作權法之必要。宣統二年(1910 年)，滿清政府頒布中國法制史上第一部著作權法「大清著作權律」。該法參考了英美及大陸法系主要國家之著作權法，但在立法指導思想上受德國及日本之影響最深(主要指有著作人格權之保護)。民國四年，北洋政府參政院代行立法院於第二期長

---

社。

<sup>11</sup> WILLIAM P. ALFORD, *Don't Stop Thinking About... Yesterday: Why There Was No Indigenous Counterpart to Intellectual Property Law in Imperial China*, in *TO STEAL A BOOK IS AN ELEGANT OFFENCE: INTELLECTUAL PROPERTY LAW IN CHINESE CIVILIZATION* 9, 16-17 (1995).

<sup>12</sup> 張靜(1988)，《著作權法釋論》，頁 24，台北：中華徵信所。

會議定「著作權法」，由大總統於同年 11 月 7 日公布，共分 5 章 45 條，惟未施行，其內容與清朝著作權律大致相同。北伐之後，國民政府定都南京，於民國 17 年 5 月 14 日公布施行著作權法，乃為我國正式施行著作權法之始。<sup>13</sup>

作為本國第一部著作權法的前身，在此有必要對上述「續議通商行船條約」的前後背景予以介紹。根據學者的整理，當時 1840 年後，隨著清廷統治日漸危急的局勢，鼓吹自強成了當時朝野討論主題。當時，朝中分為兩派，有守舊派如王家璧等崇尚儒學道統正宗；也有以曾國藩等為首的師法西方派。事實上，在晚清自強的過程中，始終存在著「是否師法西方」與「如何師法西方」的辯論。中美互遣代表進行談判，中方代表反對版權保護，認為會引起書價上漲；而列強希望中國進入文明之邦，所以認為若版權沒受保護，西方文明的書籍無法進入中國，結果不足以使中國開民智，影響西化。<sup>14</sup>其後在西方壓力與變法政策下，通過條約。學者以為，儘管美國給中國加了一個陌生物，但對於一個沒有權利傳統的國度而言，在未經過對民眾個體意識進行培養的前提下，就嫁接到中國來的西方式版權法，是否能算作一部健全的法律，是非常值得懷疑的。<sup>15</sup>

雖然著作權概念在我國是否早已出現仍有爭論，但不可否認我國第一部著作權法係繼受西方而來，故以下有必要考究西方著作權制度的發源原型，以知悉著作權法的歷史背景。

---

<sup>13</sup> 本段參考自羅明通（2009），《著作權法論(I)》，7 版，頁 49-51，台北：台英商務法律；蕭雄淋（2007），《著作權法論》，5 版，頁 11-15，台北：五南。更詳細從清末到明初著作權法的一系列發展介紹，參見李明山（2003），《中國近代版權史》，開封：河南大學出版社。

<sup>14</sup> 李明山，前揭註 13，頁 68-98，開封：河南大學出版社。

<sup>15</sup> 李雨峰（2006），《槍口下的法律：中國版權史研究》，頁 113-115，北京：知識產權出版社。

### 第三節 英國及美國著作權法歷史背景

#### 一、 英國<sup>16</sup>

##### (一) 印刷技術出現前後

早在印刷術出現以前，約在西元 557 年，一位愛爾蘭僧侶可倫巴(Columba)，旅行至鄰近的修道院，在未經許可的情形下，偷偷將修道院院長斐尼安(Finian)的讚美詩予以複製。當院長發現可倫巴完成的複製品後，立刻要求索回，不料遭到拒絕。院長遂向國王告狀，國王命令這位僧侶歸還該抄本。<sup>17</sup>而在對可倫巴的裁決中，戴爾梅國王說：「母牛之於小牛，就向書本之於他的複本。」(“To every cow its calf, to every book its copy.”)

「複製」(cotype)一詞最早出現於 1476 年，威廉·凱斯登(William Caxton)於該年將活字印刷術首次引進英格蘭。英格蘭王室該年意識到，印刷機將給予作家們無窮的機會，出版不利於王權利益的各種政治傳單，因此立即頒布一部法律，規定所有的印刷者都必須將名字與所在地銘刻於出版品上，同時要求所有印製作品的名稱向政府註冊登記。如果獲得批准，印刷者將得到一張可以進行複製的許可證(license)。但是，所有隨之而來的權利都屬於印刷者，不屬於作者。這種方式一

---

<sup>16</sup> 除了下文所引用文獻，關於英美的著作權歷史，尚可參見 Sharon E. Foster, *Invitation to a Discourse Regarding The History, Philosophy, and Social Psychology of a Property Right in Copyright*, 21 FLA. J. INT'L L. 171 (2009); CHRISTOPHER MAY & SUAN K. SELL, *INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS: A CRITICAL HISTORY* (2006); SUSAN K. SELL, *PRIVATE POWER, PUBLIC LAW: THE GLOBALIZATION OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS* (2003); MARK ROSE, *AUTHORS AND OWNERS: THE INVENTION OF COPYRIGHT* (1993).

<sup>17</sup> 此段歷史介紹可參見如 JOHN GANTZ & JACK B. ROCHESTER, *PIRATES OF THE DIGITAL MILLENNIUM* 32-33 (2005).中文翻譯參見 John Gantz & Jack B. Rochester 著，周曉琪譯〔2006〕，《數位海盜的正義》，頁 40-42，台北：商周；PAUL GOLDSTEIN, *COPYRIGHT'S HIGHWAY: FROM GUTENBERG TO THE CELESTIAL JUKEBOX* 30-31 (Stan. Univ. Press 2003) (1994).中文翻譯參見 Paul Goldstein 著，葉茂林譯〔2000〕，《捍衛著作權：從印刷術到數位時代之著作權法》，頁 62，台北：五南。

直維持了 80 年。在這段期間，英國皇室針對印刷多份書寫創作的「複製行爲」(copying)，連續頒布多項更嚴格的規定，目的是強化出版審查。<sup>18</sup>因此，著作權的誕生，就是政府爲了控制印刷內容的一種方法。

## (二) 出版公會著作權(Stationers' copyright)誕生

被公認爲最早的著作權法起源，可以追溯到菲利浦(Philip)與瑪莉(Mary)在西元 1556 年授權(a charter)倫敦出版公會(Guild of London Stationers)創立出版公司(Stationers' Company)，其成員爲書的裝定商(bookbinder)、書商(bookseller)及印刷商(printer)。此舉目的在於瑪莉想要聯合印刷商修復他父親亨利八世爲了要與其母親卡薩琳(Catherine)離婚而與天主教之間的分裂，即使瑪麗女王擁有控制與箝制(censor)英國出版品的工具，以防堵當時新教徒宗教改革的入侵。瑪莉的許可證(license)授予倫敦出版公會如下「權力」(power)：可以燒燬非法書籍及破壞非法出版，制定法令規定誰有資格印刷。因此使得著作權成爲可以交易的財產。只有公會的成員才能向公司申請著作權，申請通過後即享有排他性出版之權，可以合法出版書籍，但出版的書籍仍都必須受到皇室認可。審查通過的著作權可以被出售、轉讓，且無期限限制，爲永久之權。出版公會所創造的私法性著作權，是爲了出版商而生，並非爲了著作人，政府其後所制定之法令更爲此種著作權背書，<sup>19</sup>此一時期出版公會著作權的特徵就是「獨占」(monopoly)與「箝制」(censorship)。<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> 以上整理自 GANTZ & ROCHESTER, *supra* note 17, at 33. 中文翻譯參見 John Gantz and Jack B. Rochester, 前揭註 17, 頁 43-44。

<sup>19</sup> 如惡名昭彰的專斷法庭(Star Chamber)在 1637 年發布法令肯認出版協會公司的著作權以控制出版；專斷法庭被廢後，到了 1642 年，國會爲了重新控制印刷市場，再度發行命令，規定作者欲發行作品必需事先以其名義申請；在 1643 與 1649 年都有國會所發行的授權法來控制印刷市場，詳參見 LYMAN RAY PATTERSON, COPYRIGHT IN HISTORICAL PERSPECTIVE 114-134 (1968).

<sup>20</sup> 以上本段整理自 L. Ray Patterson & Craig Joyce, *Copyright in 1791: An Essay Concerning the Founders' View of the Copyright Power Granted to Congress in Article I, Section 9, Clause 8 of the U.S. Constitution*, 52 EMORY L.J. 909, 914-915 (2003). Accord Howard B. Abrams, *The Historic Foundation of American Copyright Law: Exploring the Myth of Common Law Copyright*, 29 WANE L. REV. 1119, 1134-1136 (1983).

出版商付錢交換作家的手稿，並從他們身上得到獨占權。對作者而言，透過書籍的出版，不僅獲得職業的報酬與地位，更能確信自己的作品不會在市場上被盜印或扭曲。出版商為了獲得出版公會授與的獨占著作權保護，也必須得到一紙作者簽字的同意書。因此，學者認為，早在十六世紀時，英格蘭職業作家在此一程序下就已確實擁有事實上的地位與報酬。<sup>21</sup>

有學者認為，出版業工會的運作，展示了原始英格蘭著作權法的兩個基本原則：第一，它產生於政府頒行的成文法令，而非自然彰顯的作者權利。第二，它授與了獨占權，這意味著出版商在書籍的價格訂定上無需考慮市場壓力。<sup>22</sup>

### (三) 授權法(Licensing Act)

在出版公會著作權出現之後，最具代表性的法律，應屬 1662 年的授權法(Licensing Act)。該法規定，若未向出版公會註冊協會事先註冊其著作品名而進行印刷其著作，係未得許可的印刷行爲，即侵犯出版公會的著作權，構成侵權。<sup>23</sup>學者指出，授權法在此一時期的作用仍未改變，在於維持公會獨占印刷的權限，以作為官方箝制出版的工具。<sup>24</sup>

西元 1688 年宗教改革背景下的光榮革命(Glorious Revolution)後，國會制定，經威廉三世國王同意，在 1689 年通過人權清單(Bills of Rights)及寬容法(Toleration Act)，再加上其他諸種措施，強化了英國的自由民主。此時，除了在書籍交易市場鞏固書商的獨占地位，授權法已經不具有任何功能。因此，國會順水推舟使該法在 1694 年到期。<sup>25</sup>

<sup>21</sup> SIVA VAIDHYANATHAN, COPYRIGHTS AND COPYWRONGS: THE RISE OF INTELLECTUAL PROPERTY AND HOW IT THREATENS CREATIVITY 37-38 (2001). 中文翻譯參見 Siva Vaidhyathan, 陳宜君譯〔2003〕，《著作權保護了誰—智慧財產權之興起及其對創造力之威脅》，頁 55，台北：商周。

<sup>22</sup> VAIDHYANATHAN, *supra* note 21, at 38.

<sup>23</sup> 14 Car. 2, c. 33 (Eng.)

<sup>24</sup> Abrams, *supra* note 20, at 1137.

<sup>25</sup> 本段整理自 Patterson & Joyce, *supra* note 20, at 916-917.

#### (四) 安妮法(The Statute of Anne)

於西元 1710 年所制定的安妮法，被視為美國著作權前身。其目的從鎮壓創作的授權法，轉換到鼓勵創作的安妮法；從屬於出版商的私法性質利益，轉換到具有公益性質的法律授權。在著作權的發展史上，具有重要的分水嶺意義。

隨著授權法在 1694 年到期，同時英國國會已於 1689 年推翻詹姆士十二世，接管政府運作，出版公會公司失去了獨占地位的權限，於是開始遊說國會制定新法保障其權利。安妮法如是在 1710 年產生，根據該法的標題（「此法意在鼓勵學習，故授予作者與買主於本法所載期間內，書籍付梓之權。」），<sup>26</sup>學者認為其與之前的著作權法律具有幾點重要的不同：

首先，在法律通過之前未發表的著作，經發表後，可以享有 14 年的著作權保護年限，並且著作人可以延長保護一次，再延展 14 年保護期；在安妮法通過前已發表的著作，則享有 21 年的保護期限。而著作權享受的主體，則明定係由「著作人」原始享有，因此著作權自此可以被視為是在保障著作人的精神創作成果；最後，著作權的內容被限制在印刷與販賣已出版的著作物。<sup>27</sup>

而根據該法之前言，<sup>28</sup>也有學者認為其為歷史上第一部，將權利主體從印刷商轉

---

<sup>26</sup> Karl-Erik Tallmo, *The History of Copyright: A Critical Overview With Source Texts in Five Languages* (a forthcoming book), <http://www.copyrighthistory.com/anne.html> (last visited Aug. 12, 2010) (“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 mentioned.”).

<sup>27</sup> 整理自 Patterson & Joyce, *supra* note 20, at 919-918; Abrams, *supra* note 20, at 1139-1140.

<sup>28</sup> Tallmo, *supra* note 26 (“Whereas Printers, Booksellers, and other Persons, have of late frequently taken the Liberty of Printing, Reprinting, and Publishing, or causing to be Printed, Reprinted, and Published Books, and other Writings, without the Consent of the Authors or Proprietors of such Books and Writings, to their very great Detriment, and too often to the Ruin of them and their Families: For Preventing therefore such Practices for the future, and for the Encouragement of Learned Men to Compose and Write useful Books; May it please Your Majesty, that it may be Enacted, and be it Enacted by the Queens most Excellent Majesty, by and with the Advice and Consent of the Lords Spiritual and Temporal, and Commons in this present Parliament Assembled, and by the Authority of the same, That from and after the Tenth Day of April, One thousand seven hundred and ten, the Author

換到作者，使作者成爲享有著作權的主體，著作權因此被視爲獎勵作者創作努力的法律。此法更清楚暗示，著作權保護的目的是爲了公益，著作權之期間限制的規定，也被認爲明白承認應存在公共領域(public domain)，且使得著作權的範圍及經濟價值更容易展現。<sup>29</sup>

### (五) 1710-1774 年的著作權法

根據學者的介紹，安妮法下受保護的著作權在 21 年內都沒有受到挑戰，但在 1731 年舊著作權到期後，書商又分別在 1735、1738 與 1739 年再度嘗試數次回到國會，祈求能延長著作權保護期間，但他們都失敗了。在國會戰場上失敗後，書商們轉向以法院爲目標，希望藉由訴訟達成他們的目的。學者並認爲，書商的目標很明確，就是希望推翻安妮法所建立的規制性著作權，以回復在作者著作權掩護下的舊時代出版商財產性著作權。其並非要求法院推翻安妮法，而是希望法院承認一種新概念的著作權——自然法性質著作權(natural/common law copyright)，藉以規避安妮法所限制的實定法著作權(statutory copyright)。<sup>30</sup>

也有學者介紹，倫敦這些書商的打算是，透過向衡平法院(Chancery)法官請求暫時禁止未授權出版的著作發行，而那些未經授權的印刷商，則會因爲缺乏與出版商同業公會在法院中持續抗衡的財力而敗退；在書商們的計畫中，無論如何都必須避免上訴到英國國會上議院，因爲長久以來，這些高等法院法官總是拒絕任何著作權期限延長的請求。所以出版商公會安排一場法院攻防戲碼，要一家

Thonson 的書商，向未經授權而出版的另一廠商 Collins 提出告訴；且原告會故

---

of any Book or Books already Printed, who hath not Transferred to any other the Copy or Copies of such Book or Books, Share or Shares thereof, or the Bookseller or Booksellers, Printer or Printers, or other Person or Persons, who hath or have Purchased or Acquired the Copy or Copies of any Book or Books, in order to Print or Reprint the same, shall have the sole Right and Liberty of Printing such Book and Books for the Term of One and twenty Years, to Commence from the said Tenth Day of *April*, and no longer; and that the Author of any Book or Books already Composed and not Printed and Published, or that shall hereafter be Composed, and his Assignee, or Assigns, shall have the sole Liberty of Printing and Reprinting such Book and Books for the Term of fourteen.”)

<sup>29</sup> Abrams, *supra* note 20, at 1140-1141. See also Patterson & Joyce, *supra* note 20, at 922-923.

<sup>30</sup> 整理自 Patterson & Joyce, *supra* note 20, at 923-926.

意要求由具有支持賦予書商永久權立場的 Mansfield 法官審理；而同時，希望在法庭上辯論習慣法著作權問題時，故意讓被告氣勢弱一點，使法院判決永久性習慣法著作權的存在。但是，人算不如天算，本案在經過兩次辯論後，Mansfield 法官出乎意料的下令將本案移交法院合議庭的所有法官共同審理，而合議庭的法官們知悉本案係原被告事先串通後，判決不受理本案。<sup>31</sup>

在第一次的訴訟策略失敗後，書商於其後開關的最重要的 *Millar v. Taylor* 與 *Donaldson v. Beckett* 兩案中，繼續希望能藉由法院判決落實其訴求。

## (六) *Millar v. Taylor*<sup>32</sup>

### 事實

James Thomson 將他的「四季」(The Seasons)詩集著作權在 1729 年賣給 Andrew Millar，Millar 在安妮法下享有完整的著作權保護期間，印刷兩千本但尚未販賣。法定保護期間屆至後，Robert Taylor 在明知未得原告授權及同意下，亦印刷該詩集，而遭到 Millar 控訴。原告主張印刷書籍未販出的損失，與被告盜印所奪去原屬原告的利益。<sup>33</sup>

### 爭點

Willes 法官點出本案爭點：

第一，習慣法(common law)著作權是否存在？第二，習慣法著作權所生的訴權是否被安妮法所阻斷？<sup>34</sup>

<sup>31</sup> GOLDSTEIN, *supra* note 17, at 35-36. Paul Goldstein, 前揭註 17, 頁 72-74。

<sup>32</sup> *Millar v. Taylor*, (1769) 4 Burr. 2303 (K.B.); *Millar v. Taylor*, (1769) 98 Eng. Rep. 201 (K.B.).

<sup>33</sup> *Id.* at 2309.

<sup>34</sup> *Id.* at 2311 (“1st. Whether the copy of a book, or literary composition, belongs to the author, by the common law: 2d. Whether the common law-right of authors to the copies of their own works is taken away by 8 Ann. c. 19.”).



## 判決理由

Willes 法官訴諸於在安妮法之前的法律，如瑪莉女王的授權令、出版公會公司所制定的法規、國會頒布的法規與 1662 年的授權法等，認為當時的英格蘭存在著習慣法著作權。

Aston 法官及 Lord Mansfield 則持基於作者的自然權利之理由，認為存在習慣法著作權。Aston 法官在討論完財產的性質後，「一個人可以擁有身體、生命、名譽、勞力與其他類似的財產，只要是一切可以被視為是『他的』東西」<sup>35</sup>，「我想不出比一個人的文學創作更明顯屬於他自己的財產了。」<sup>36</sup>

Lord Mansfield 也認為：

「因此，作者理應獲得他個人智能與勞動所產生的財產利益，且他人不應在未得作者同意時，使用作者姓名。同理，作者有權決定何時發表，或是否發表他的作品，且可以選擇發表時間及方式、數量、冊數、印刷方式。他可以選擇他所信賴的出版商以確保出版內容正確性，以避免矇騙讀者。」<sup>37</sup>、「著作人利益不僅被剝奪，且也無法補償其已付出。他無法支配他的名字及控制其著作的正確性，無法避免矇騙。他無法修正其著作中的錯誤，任何人都能夠印刷、盜版及使那些錯誤持續存在，羞辱作者且與其意志相背；以作者之名散佈那些作者不同意、後悔且感到羞恥的情感於外。他無法決定他的著作如何被出版或是給誰出版。」<sup>38</sup>

---

<sup>35</sup> *Id.* at 2338.

<sup>36</sup> *Id.* at 2345.

<sup>37</sup> *Id.* at 2398 (“From this argument—because it is just, that an author should reap the pecuniary profits of his own ingenuity and labour. It is just, that another should not use his name, without his consent. It is fit that he should judge when to publish, or whether he ever will publish. It is fit he should not only choose the time, but the manner of publication; how many; what volume; what print. It is fit, he should choose to whose care he will trust the accuracy and correctness of the impression; in whose honesty he will confide, not to foist in additions: with other reasonings of the same effect.”).

<sup>38</sup> *Id.* at 2398 (“The author may not only be deprived of any profit, but lose the expence he has been at. He is no more master of the use of his own name. He has no control over the correctness of his own work. He can not prevent additions. He can not retract errors. He can not amend; or cancel a faulty edition. Any one may print, pirate, and perpetuate the imperfections, to the disgrace and against the

Lord Mansfield 總結：「作者的名諱不應以違反其意志方式被使用，這是一種損害，透過一個錯誤、愚昧且不正確的版本來羞辱作者的著作及誤導讀者。」<sup>39</sup>

最後，法院在三比一票數下認為第一個爭點的答案是，存在著習慣法著作權。而第二個爭點的答案，則是安妮法不會導致習慣法著作權無法主張，因為安妮法被定性為輔助習慣法著作權的暫時、額外的準刑法上補償。<sup>40</sup>有學者歸納，多數意見的理由主要是由三點構成：歷來著作權的性質、作者精神勞力的回饋，與作者名譽權利的維護。<sup>41</sup>

本案唯一不同意見的 Yates 法官，並不同意存有所謂習慣法著作權，其首先重新釐清本案爭點：「在作者自願或是授權發表其著作後，是否對該著作享有一個獨一且永久的財產利益，而讓其與其權利的讓與人有權永遠限制任何對其著作的發表。」<sup>42</sup>Yates 法官企圖將本案關注重心從創作行為的性質，轉到對於公眾發表或利用著作無限期的限制上。

Yates 接下來質疑，沒有任何理論可以正當化對於已售出書籍利用的持續限制。他在分析各種習慣法上財產的分類後，認為本案限制複製的權利，根本不在習慣法上財產定義的範疇內。<sup>43</sup>

「這樣的權利最多只是一個訴權，一個賦予作者對那些未經他同意印刷

---

will of the author; may propagate sentiments under his name, which he disapproves, repents and is ashamed of. He can exercise no discretion as to the manner in which, or the persons by whom his work shall be published.”)

<sup>39</sup> *Id.* at 2405 (“His name ought not to be used, against his will. It is an injury, by a faulty, ignorant and incorrect edition, to disgrace his work and mislead the reader.”).

<sup>40</sup> *Id.* at 2332-34, 2349-52, 2405-06.

<sup>41</sup> PATTERSON, *supra* note 19, 170-171.

<sup>42</sup> *Millar*, 4 Burr. at 2355 (“whether, after a voluntary and general publication of an author's works by himself, or by his authority, the author has a sole and perpetual property in that work; so as to give him a right to confine every subsequent publication to himself and his assigns for ever.”).

<sup>43</sup> *Id.* at 2385.

他作品者提起訴訟的權利，……而訴權是不可轉讓的，本案訴訟是侵權訴訟，侵權之訴權在衡平法或實定法上都不能轉讓，著作權並不符合任何習慣法上訴訟的種類。……立法者的確可以創造一個新的權利，安妮法授予一個新的權利給作者，這個權利有期間限制，而該權存在且建立於作者所擁有的財產之上。」<sup>44</sup>

學者指出，本案雖然很快的在 5 年內被 *Donaldson v. Beckett* 推翻，但它仍是一個具有重要意義的判決，因為它使得未來的判決都把著作權當作是作者的權利，在這一點上，它在著作權法及理論發展上具有分水嶺意義。<sup>45</sup>諷刺的是，根據學者介紹，本案提起訴訟的原告根本不是著作人，而是出版商。多數意見雖把著作權當成作者之權，卻忽略了在著作權歷史裡，早期著作權基本上是出版商之權，而作者對於它的發展根本毫無置喙餘地。<sup>46</sup>

## 判決結果

法院最後在1770年判決禁止被告銷售其出版的「四季」詩集。Taylor不服該判決而上訴到英國國會上議院。不過，倫敦書商很快與他達成和解，故該案最後不了了之。

### (七) *Donaldson v. Beckett*<sup>47</sup>

## 事實

Millar 在 1768 年去世，他的遺產執行人將四季詩集賣給包括 Thomas Becket 在

---

<sup>44</sup> *Id.* at 2385-86 (“the whole of this right, in its utmost extent, is a mere right of action; a right of bringing an action against those that print the author's work without his consent. . . . . However, the present action is a tort only: and no tort is assignable, in law or equity. It is not within any species of action at common law. . . . . The Legislature indeed may make a new right. The Statute of Queen Ann. has vested a new right in authors, for a limited time: and whilst that right exists, they will be established in the possession of their property.”).

<sup>45</sup> Abrams, *supra* note 20, at 1156.

<sup>46</sup> PATTERSON, *supra* note 19, at 172.

<sup>47</sup> *Donaldson v. Beckett*, (1774) 1 Eng. Rep. 837 (H.L.).

內的一群印刷商。當蘇格蘭的書商 Alexander 和 John Donaldson 發行未授權的四季詩集版本時，Becket 在衡平法院(Chancery)，依據 *Millar v. Taylor* 所建立起的習慣法永久性著作權概念取得禁制令。Donaldson 不服上訴到書商們最害怕的戰場—英國國會上議院(House of Lord)。上議院推翻了 *Millar v. Taylor* 習慣法著作權的概念，而判決 Becket 敗訴。<sup>48</sup>

## 爭點

Lord Chancellor Apsley 點出本案的三個爭點，再加上 Lord Camden 爲了使法官們審酌而提出的兩個問題，本案共有五個爭點：<sup>49</sup>

第一，在習慣法上是否賦予書籍或文學作品的作者享有排他的第一次性印刷、出版與販賣之權，及享有對於未得其同意而印刷、出版及販賣其作品之人的訴訟之權利(right)？

第二，如果作者本享有該權，法律是否因爲他印刷及出版書籍或文學創作而剝奪該權利？而任何人是否可以在作者出版其作品之後，爲自己利益，違反作者意志印刷及販賣那些書籍或文學作品？

第三，如果作者根據習慣法享有上述訴權，該權是否會被安妮法所阻斷？而作者是否僅有依據安妮法所規定的期間與限制方能主張救濟？

第四，作者及其作品受讓人根據習慣法是否對於其文學作品享有永久性、排他的印刷與出版之權？

---

<sup>48</sup> *Donaldson*, 1 Eng. Rep. at 837-840.

<sup>49</sup> *Donaldson*, 4 Burr. at 2408-2409.

第五，這樣的權利是否被安妮法所阻斷或限制？

乍看之下，上述兩位提出的問題似乎重複，Lord Camden 所加上的後兩個問題似為多餘，實則不然。學者指出，前三個問題是針對作者權，後兩個問題則是與書商權利相關。把第二個問題與第四個問題相比，可以強烈感受到對於作者著作權與出版商著作權之區分。第四個問題具有意義的地方，在於其處理經過「轉讓」的著作權(即出版商著作權)，是否具有永久性。<sup>50</sup>

### 判決理由

根據學者對本案的介紹，雖然英國國會上議院可以自行做成決定，但依照慣例，上議院在接受司法上訴案件時，通常都會徵詢十二位首席習慣法法官建議(Advisory Opinion)。所以本案諮詢意見共有十二位法官，包括 *Millar v. Taylor* 主審法官 Aston、Willes 及 Lord Chief Justice Mansfield。但是 Mansfield 基於這些問題在以前的案件中他已經回答過的理由，做出了迴避而不回答問題的決定。<sup>51</sup>

就第一個問題，法官們認為存在著第一次印刷與發表作者作品的權利；針對第二個問題，法官們認為出版後不會被法律剝奪權利；法官們對第三個問題認為此一權利會被安妮法所阻斷；對第四個問題，法官們認為作者享有一個永久習慣法印刷權；而對第五個問題，法官們認為該習慣法權會被安妮法所阻斷。因此，根據諮詢法官意見，大多數法官認為存在永久性習慣法著作權，而在此權是否會被安妮法所阻斷的問題上，則較有爭議，以稍微多數採取肯定見解。<sup>52</sup>而英國上議院則以 22 比 11 的票數認為根本不存在習慣法著作權，支持被告立場。<sup>53</sup>

<sup>50</sup> PATTERSON, *supra* note 19, at 176-177.

<sup>51</sup> GOLDSTEIN, *supra* note 17, at 39. Paul Goldstein 著，前揭註 17，頁 81。

<sup>52</sup> RONAN DEAZLEY, ON THE ORIGIN OF THE RIGHT TO COPY: CHARTING THE MOVEMENT OF COPYRIGHT LAW IN EIGHTEENTH-CENTURY BRITAIN (1695-1775) 197 (2004).

<sup>53</sup> Abrams, *supra* note 20, at 1157-1158.

由於英國國會訴訟程序的特殊性，容易造成外界解讀本案的誤解，常混淆本案具拘束力的上議院決定，與僅具建議性質的十二位法官意見。根據學者考究，光是本案文獻記載共計有六種不同版本，六種版本中所記載案例內容不一。<sup>54</sup>有些根本未記載上議院的發言，也省去法官建議書的內容，僅以票數代替。學者以為，會有這樣的記載現象其實並不稀奇，因為在英國當時，發表國會任何議員的發言內容可能受到刑事制裁(構成藐視國會罪)。儘管如此，仍有三個人在當時匿名發表的報告中記載了英國上議院的討論內容。<sup>55</sup>

## 判決結果

上議院拒絕接受習慣法著作權概念的理由，根據主要發言者 Lord Camden 的意見，其認為沒有任何先例或歷史支持所謂習慣法著作權的存在，且這樣永久性獨占的概念也是完全與習慣法性質相違背。首先，在安妮法以前，除了出版公會的交易獨占，沒有任何作者被允許享有著作權。而如今授權法已經終止，所以除了安妮法所授與的實定法保障，在歷史上找不到其他習慣法著作權。再者，若承認永久性獨占權，則將對大眾學習與知識造成極大的限制。<sup>56</sup>

上述混淆的問題，同樣地在之後的美國發生。美國部份學者與司法因為錯把本案建議性質的法官意見當成主意見，所以誤以為本案多數肯定永久性著作權存在在習慣法上，只是因為安妮法的通過阻斷(impeach/take away)該權。<sup>57</sup>

在 *Donaldson v. Beckett* 一案後，英國著作權算是雛型底定，但是在新大陸美國，卻是另一個著作權問題的開始。

---

<sup>54</sup> 關於法官們在每個問題上的票數記載就有差別，可參見 DEAZLEY, *supra* note 52, at 199-209.

<sup>55</sup> Abrams, *supra* note 20, at 1158-1160. 文中並詳細介紹六種記載版本間的差異。

<sup>56</sup> 17 PARL. HIST. ENG. 953, 992-995, 1000 (H.L. 1774). 轉引自 Abrams, *supra* note 20, at 1161-1163.

<sup>57</sup> Howard B. Abrams 認為其原因是因為美國在其後所看到的版本是較常引用的 *Burrow's Reports* 及 *Brown's Parliamentary Cases*，這兩個版本不但省略上議院說法，且也只顯現出法官在三個問題上的票數。Abrams, *supra* note 20, at 1165-1167.

## 二、 美國

### (一) 美國立憲之前

剛獨立的美國各州中，賓州(Pennsylvania)首先在其憲法中肯認鼓勵學習的政策，而麻州(Massachusetts)為第一個直接肯定政府在鼓勵文學上所扮演的重要角色者。1780年的麻州憲法規定，立法者有義務要保障文學與科學的利益。接著，新罕布夏州(New Hampshire)在其憲法中也通過幾乎與麻州憲法一樣的規定。有趣的是，雖然已經有三州以憲法明文鼓勵文學創作，但同一時間，也有兩州(Maryland and North Carolina)以憲法明文禁止獨占。隨著麻州1780年的憲法規定，著作權在美國有了起頭。<sup>58</sup>

Noah Webster，一位年輕的小學校長，由於擔心盜版者可能會搶走他所寫的「英文文法結構」(Grammatical Institute of the English Language)一書原本可得的利潤，Webster遂到處拜訪各州的州議會，請求州議會通過一相類似安妮法的一般性著作權法，來保護所有美國人著作，或是特別通過一部法律，來賦予「英文文法結構」著作權保護。Webster的努力並沒有白費，在1783年時，康乃狄克州(Connecticut)通過第一部著作權法，並認為該法是鼓勵文學與創作的法律。而到西元1786年為止，當時美國十三州中，已經有十二州(除德拉瓦州(Delaware)例外)通過著作權法。<sup>59</sup>

除了像Webster這樣為法案催生的努力者外，真正讓各州通過著作權立法的原因，其實是因為在當時的邦聯條款(Articles of Confederation)下，國會在1783年

---

<sup>58</sup> 本段整理自 Irah Donner, *The Copyright Clause of The U.S. Constitution: Why Did The Framers Include It With Unanimous Approval?*, 36 AM. J. LEGAL HIST. 361, 369-370 (1992).

<sup>59</sup> 本段整理自 GOLDSTEIN, *supra* note 17, at 40-41. Paul Goldstein 著，前揭註 17，頁 84-85. *Id.* at 370-371.

5月2日通過一項決議(resolution)，建議(recommend)各州制定著作權法，以保障著作人或出版商對於新書的著作權。其基本上是參考安妮法為藍本，所以建議保障期間不得少於14年，如果作者在保護期間屆至時仍然存活，則可以再延長14年；而著作權的保護內容則是印刷、出版與販賣。在稍早此決議通過前的同年，已有三州通過著作權法，此決議通過後，剩下的十州中又有九州亦通過著作權法。因此，此項1783年國會決議，普遍被當作美國政府正式跨入保護著作權的開始因素之一。<sup>60</sup>

各州著作權法制定內容多有歧異，但是在美國大部分州的著作權法中，享有著作權的是作者及其繼承人等。而從各州著作權法的前言，更可以判斷出此時期美國著作權是被當作作者之權，而非如英國早期的出版者之權。此外，也有學者認為，保護公眾利益，如鼓勵研究、提供書籍交易秩序及防止壟斷等目的，也是各州著作權法前言所提及的目的。<sup>61</sup>

學者指出，雖然各州都對著作權進行保護，但是這樣的現象仍存有極大的瑕疵，就是缺乏一個全國統一的著作權法，導致著作人必須到各州申請著作權保護。光是旅行到各州就曠日費時，遑論因旅行而造成的巨額金錢需求，再加上各州著作權法條件規定不一致，導致著作人申請與適用著作權的困難。更甚者如德拉瓦州(Delaware)根本沒有著作權法，在這樣的背景下，配合著當時盛行的共和主義(republicanism)，在修正聯邦條款而制定美國聯邦憲法時，著作權條款即因此誕生。<sup>62</sup>

---

<sup>60</sup> 本段整理自 Edward C. Walterscheid, *To Promote The Congress of Science and Useful Arts: The Background and Origin of The Intellectual Property Clause of The United States Constitution*, 2 J. INTELL. PROP. L. 1, 20-21 (1994). Abrams, *supra* note 20, at 1173-1174. PATTERSON, *supra* note 19, at 183-184.

<sup>61</sup> PATTERSON, *supra* note 19, at 187-192.

<sup>62</sup> Donner, *supra* note 58, at 374-376. Walterscheid, *supra* note 60, at 22-23.



## (二) 美國憲法制定

時間來到西元 1787 年的美國制憲會議(Constitutional Convention of 1787)，由來自維吉尼亞州(Virginia)的 James Madison 與來自南卡羅來納州(South Carolina)的 Charles Pinckney 提案在憲法中賦予國會授予著作權的權力。其後由七人組成的委員會參考提案，起草今日所見的著作權與專利權條款，無爭議的由制憲會議代表們無記名投票通過。<sup>63</sup>

雖然在其後的修正辯論中，此條款及少數被提及，但是仍可在聯邦論第 43 篇(Federalist No. 43)中窺見對此條款的評論，James Madison 言到：

「這樣的權力(power)的效用性是幾乎不需被質疑的，作者的著作權已被英國判定是一個習慣法上權利(right)。根據相同原因，擁有進步發明的權利也應該歸屬於發明者。公共利益在這兩件事情上都與個人訴求達到平衡。州政府無法分別的為兩種權利(right)有效立法，所以他們都期待這件事應該經由中央國會立法。」<sup>64</sup>

很明顯的，Madison 關於著作權性質的論述與 *Donaldson* 判決結果不符，有學者推測是因為前述 *Donaldson* 一案發行版本眾多與不明確的問題，所造成 Madison 的誤解；<sup>65</sup>也有認為 Madison 並非誤解，否則不會強調國會權力的效益性(utility)，且也不該提及公共利益(public interest)，充其量只是想藉由此一方法拉攏那些認

<sup>63</sup> 本段參考自 Walterscheid, *supra* note 60, at 44-51.

<sup>64</sup> JAMES MADISON, THE FEDERALIST NO. 43 at 279 (Modern Library ed. 1941) (“The utility of this power will scarcely be questioned. The copy right of authors has been solemnly adjudged in Great Britain to be a right of common law. The right to useful inventions seems with equal reason to belong to the inventors. The public good fully coincides in both cases with the claims of individuals. The States cannot separately make effectual provision for either of the cases, and most of them have anticipated the decision of this point by laws passed at the instance of Congress.”). 轉引自 Tyler T. Ochoa & Mark Rose, *The Anti-Monopoly of The Patent and Copyright Clause*, 49 J. COPYRIGHT SOC'Y U.S.A. 675, 690 (2002).

<sup>65</sup> See John F. Whicher, *The Ghost of Donaldson v. Beckett: An Inquiry Into the Constitutional Distribution of Powers Over the Law of Literary Property in the United States*, 9 BULL. COPYR. SOC'Y 102 (1962).

為著作權為自然權的代表。<sup>66</sup>但無論如何，根據學者介紹，可以確定的是，其後 Madison 在其與華盛頓(George Washington)書信中都同樣採取英國習慣法著作權的概念在美國憲法下沒有適用餘地的立場。<sup>67</sup>而從 Madison 在聯邦論的見解中，另一點值得注意的是，州立法是沒有效率的，所以才需要憲法的著作權條款授權國會。

美國憲法第 1 條第 1 項第 8 款規定：「為促進科學與實用技術的進步，而授權美國國會有權賦予作者就其著作享有有限期間之獨占權。」此即「著作權條款」(copyright clause)。<sup>68</sup>從它的規定可以探知，制憲者很小心地處理有限制獨占效果的權利(right)，而在閱讀 Thomson Jefferson 與 James Madison 之間關於此條款提案的通信後，我們更可以理解對於這種權利(right)擔憂，並非空穴來風。

在收到憲法草案後，Jefferson 在 1788 年 7 月 31 日寫信給 Madison，認為草案對於獨占沒有限制，即使有期間限制，目前立法 14 年的獨占地位對於市場仍然具有過度的抑制作用。<sup>69</sup>Madison 在 1788 年 10 月 17 號回信，回答 Jefferson 的質疑，其認為，鼓勵文學作品與精神發現是具有價值的，此一目的值得我們犧牲大眾一部分的特權(privilege)。獨占地位僅係犧牲多數來成全少數。當權力(power)分配在少數上時，自然而然會造成腐敗與偏頗；但當權力(power)存在於多數人上，而正如現在著作權的設計時，風險就不那麼大了，少數因此可以得到利益。<sup>70</sup>除了 Jefferson，學者指出當時其他學者與許多州也對此種本質上賦予商業交易排他性的權利(right)抱持質疑，而憲法的擁護者當然不否認獨占地位的惡質性，但是

<sup>66</sup> Abrams, *supra* note 20, at 1177-1178.

<sup>67</sup> Ochoa & Rose, *supra* note 64, at 690.

<sup>68</sup> U.S. CONST. art. I, § 8, cl. 8 (“To promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries”).

<sup>69</sup> Letter from Jefferson to Madison (July 31, 1788), in 13 THE PAPERS OF THOMAS JEFFERSON 442-43 (Princeton 1956). 轉引自 Ochoa & Rose, *supra* note 64, at 692.

<sup>70</sup> Letter from Madison to Jefferson (Oct. 17, 1788), in 14 THE PAPERS OF THOMAS JEFFERSON 21 (Princeton 1958). 轉引自 Ochoa & Rose, *supra* note 64, at 692.

也都持續以強調保護專利與著作權的效益，與憲法對獨占地位所做出的限制來作為回應。<sup>71</sup>

這一波反獨占派與擁憲派的對答，可以 Madison 死後多年所公佈的手稿作一總結：

「雖然獨占在某些情況下是有益的，仍須謹慎的被授予(grant)，且必須嚴格被限制以防止濫用。美國憲法只在兩種情下賦予獨占地位：作者的書籍與實用的發明。兩者都被視為公眾向持有者購買的財產，用來作為補償持有者以換取讓公眾使用。這樣的獨占必須是暫時的，有此一限制，補償與鼓勵才會存在。」<sup>72</sup>

### (三) 美國立憲之後

#### 1. 1790 年的聯邦著作權法與其後的修正

美國第一個國會在 1790 年通過第一部聯邦著作權法，<sup>73</sup>其標題為「透過保護作者或所有者的地圖、圖表與書籍之複製品，在本法所限制期限內，鼓勵研習之法律。」本法含有七節，第一節規定著作權保護範圍包括印刷、複印、出版與販賣書籍、地圖、圖表與其他在十八世紀末複製或散佈資訊的主要方法；著作權保護期間是 14 年，且若著作人仍然存活，則可在到期後延展一次 14 年保護期間；本法的保護客體包括一切在美國境內印刷或其後在美國出版的作品，保護主體則為美國公民或在美國居住者。<sup>74</sup>觀其內容可以發現，這部著作權的內容基本上與英國安妮法十分相似。

<sup>71</sup> Ochoa & Rose, *supra* note 64, at 691-694.

<sup>72</sup> 引自 *Id.* at 694-695.

<sup>73</sup> An Act for the encouragement of learning, §1, ch. 15, 1 Stat. 124 (1790).

<sup>74</sup> 參見 Ochoa & Rose, *supra* note 64, at 695-696.

在西元 1834 年進入美國最高法院發生爭議前，本法經過三次修正。其中較值得一提的 1831 年的修正將著作權保護擴張至音樂著作，並延伸著作權保護期間至 28 年，且讓生存的遺孀或子女可以主張延展著作權保護期間。<sup>75</sup>根據學者的介紹，此次修正背後有其背景，Noah Webster 當時是麻州的眾議院代表，其一直想要修法使著作權成爲永久性權利，終於到了 1828 年時，他的女婿 William W. Ellsworth 被選進國會，且被指派進入司法委員會(Judiciary Committee)，Webster 希望他能影響委員會制定一個新的著作權法。也因此，在他爲委員會所準備的報告中，表示著作權爲排他永久性的權利(right)，主張這樣才能夠提升國家的文學特性。而在國會中經過辯論後，由於仍有擔心獨占影響公眾利益的聲音，所以後來修正結果並未如 Ellsworth 與 Webster 之願。但是，可以了解，當時修正著作權法的一種觀念，是認爲著作權是作者的自然權。<sup>76</sup>

著作權是否爲自然權的爭議，隨後在 1834 年的美國聯邦最高法院，做出了與英國上議院 *Donaldson* 案一樣的認定。

## 2. *Wheaton v. Peters*

西元 1834 年，美國聯邦最高法院在 *Wheaton v. Peters*<sup>77</sup>一案處理了著作權是否爲習慣法範疇的爭議，判定美國著作權是由實定法所創造，在習慣法中並無其基礎。

### 事實

本案事實是關於美國聯邦最高法院案例彙編的主編 Richard Peters，打算出版一套濃縮版案例彙編，其內容包括其前任主編 Henry Wheaton 所編著的案例。濃縮版案例彙編發行到第三冊時，其含有 Wheaton 版案例彙編中的案例內容，因此

<sup>75</sup> 引自 PATTERSON, *supra* note 19, at 201-202.

<sup>76</sup> Ochoa & Rose, *supra* note 64, at 697-699.

<sup>77</sup> *Wheaton v. Peters*, 33 U.S. 591 (1834).

Wheaton 與他的出版商請求法院發行禁制令禁止 Peters 繼續販賣其版本。<sup>78</sup>

Wheaton 主張其無論根據美國著作權法或是習慣法都享有著作權，而其著作權受到侵害。Peters 則認為，Wheaton 不但不符合實定法保障著作權的前提(未依法將其著作複本在出版後 6 個月內送至美國聯邦地方法院)，且不存在所謂習慣法著作權，而本案 Peters 複製的客體根本不落入著作權保護範圍。<sup>79</sup>地方法院首先認為沒有事實可以證明 Wheaton 有在地方法院存放其著作；而關於習慣法著作權是否存在法律上並不清楚，所以判決其敗訴。Wheaton 因此上訴至美國聯邦最高法院。

## 判決理由

多數意見主筆的 McLean 大法官視原告主張的永久性習慣法著作權造成無限制的獨占地位，其基本概念如下：<sup>80</sup>

「無疑的，作者在習慣法上對於其手稿有財產利益，且或許對於那些藉由剝奪或不當取得他複製權利來出版獲利的人，可以對其請求獲得救濟。但是這樣的權利，與在作者出版後，對於將來出版作品的永久性排他權如本案所主張，是非常不同的。……一本書因其所含內容而有價值，在於它所傳達的概念及它所承載的指導或娛樂。作者是否對於這一切享有一個永久性財產利益？有可能在作者與所有買他書的消費者間，存在著一個默示契約，使得消費者只能理解書本所含內容，卻不能把它寫出來或是印刷？……因此，這種理論的存在是很可疑的，而且是

<sup>78</sup> *Id.* at 594-595. 本案前後事實背景其實極為精采，可以參見 Graig Joyce, *The Rise of The Supreme Court Reporter: An institutional Perspective on Marshall Court Ascendancy*, 83 MICH. L. REV. 1291 (1985).

<sup>79</sup> *Wheaton v. Peters*, 29 F.Cas. 862, 863 (C.C.Pa. 1832) *rev'd*, 33 U.S. 591 (1834).

<sup>80</sup> *Wheaton*, 33 U.S. at 658-660. 本案即是前述誤認英國 *Donaldson* 一案，而以爲 *Millar* 案結論爲通說的一例，其以爲英國通採著作權爲普通法性質，所以還特地把美國與英國作出區分，才能讓結論不同有正當性。

如此不公平的被操作，不是習慣法所具有的特徵。」<sup>81</sup>

至於實定法著作權部分，多數意見認為原告是否履行存放其著作之法定要件仍然存疑，所以發回下級法院重新認定。而在最後，多數意見還不忘強調，聯邦最高法院判決彙編無法賦予著作權，法官也不能認定案例彙編具有著作權，等於宣告原告敗訴。<sup>82</sup>

支持作者永久性獨占地位的，則是持不同意見的 Thompson 大法官，其認為：

「作者權利(right)所仰賴的偉大原則，是因為作品是作者自身勞力的產品與結晶，藉由身心勞力的付出建構出一個財產權。很難去想像對於這樣的請求權利(claim right)的主張能有一個完善基礎的異議，他是建構在公平、正義與公共利益原則之上。」<sup>83</sup>

Thompson 大法官的論點相當程度建構在 *Millar v. Taylor* 之上，並把 *Donaldson v. Becket* 中諮詢法官意見當成具有拘束力的見解來討論，主張 *Donaldson* 肯認 *Millar* 的習慣法著作權，只是因為有安妮法阻斷，而美國沒有安妮法，所以行使習慣法著作權。<sup>84</sup>

---

<sup>81</sup> *Id.* at 657-658 (“That an author, at common law, has a property in his manuscript, and may obtain redress against any one who deprives him of it, or by improperly obtaining a copy endeavours to realise a profit by its publication, cannot be doubted; but this is a very different right from that which asserts a perpetual and exclusive property in the future publication of the work, after the author shall have published it to the world.....A book is valuable on account of the matter it contains, the ideas it communicates, the instruction or entertainment it affords. Does the author hold a perpetual property in these? Is there an implied contract by every purchaser of his book, that he may realise whatever instruction or entertainment which the reading of it shall give, but shall not write out or print its contents.....It would seem, therefore, that the existence of a principle may well be doubted, which operates so unequally. This is not a characteristic of the common law.”).

<sup>82</sup> *Id.* at 667-668.

<sup>83</sup> *Id.* at 669-670 (Thompson, J., dissenting) (“The great principle on which the author's right rests, is, that it is the fruit or production of his own labour, and which may, by the labour of the faculties of the mind, establish a right of property, as well as by the faculties of the body; and it is difficult to perceive any well founded objection to such a claim of right. It is founded upon the soundest principles of justice, equity and public policy.”).

<sup>84</sup> *Id.* at 686-687 (Thompson, J., dissenting).

另一份不同意見 Baldwin 大法官也基於 *Millar* 與 *Donaldson* 案，認為後者肯定前者習慣法著作權的結論，而美國聯邦著作權法之用字是「確保」(securing)與安妮法的「授予」(vesting)不同，所以不會得出相同結論，即習慣法著作權不會受到阻斷。另外，其並認為嚴格要求原告證明存放著作已經違反衡平法則。<sup>85</sup>

學者認為，本案多數意見和不同意見剛好站在光譜的兩端，前者立基於公共利益，將著作權視為一個在法定條件下、一定期間內保護作者財產的獨占力，若與此規則相悖則會不利於公眾；後者則注重個人創造者的利益，認為保護公眾利益的最好方法是賦予作者財產無限制的保護。<sup>86</sup>對於本案的影響力，也有學者指出，本案自此樹立美國著作權法的重要原則，即著作權是實定法創造，而非基於習慣法而生；且本案把著作權保護視為減損公共權利(public right)的獨占也成為日後著作權案例與法規的基本分析前提。<sup>87</sup>另也有以為，透過駁回原告所主張的習慣法著作權，美國聯邦最高法院確認了根植在憲法中的效用性觀點，著作權係有期間限制的排他權。<sup>88</sup>

但也有不認同本案結論者，而提出從 1790 著作權法及當時的立法背景，沒有證據推斷國會是要創造一個屬於作者的財產權，而非確認保障一個雖然有期限，但是已存在的習慣法權，所以本案法院的推論不符立法意旨。<sup>89</sup>

---

<sup>85</sup> *Id.* at 698 (Baldwin, J., dissenting).

<sup>86</sup> PATTERSON, *supra* note 19, at 211.

<sup>87</sup> Abrams, *supra* note 20, at 1185; PATTERSON, *supra* note 19, at 213.

<sup>88</sup> Ochoa & Rose, *supra* note 64, at 701.

<sup>89</sup> Edward C. Walterscheid, *Understand The Copyright Act of 1790: The Issue of Common Law Copyright in America And the Modern Interpretation of the Copyright Power*, 53 J. COPYRIGHT SOC'Y U.S.A. 313, 338-340 (2006).

## 第四節 法國著作權法歷史背景<sup>90</sup>

### 一、 法國大革命前

在法國或是歐洲，著作權的根源是從印刷事業的發展而來，第一個印刷業西元 1470 年在巴黎開業，到了 1510 年已經超過 55 家。在 1507 與 1508 年國家初次賦予出版業者獨占特權(privilege)，其目標在於保護特定出版業免於競爭而使其能獲利回本，並非在確認作者權或是獎賞其創作。此外，沒有巴黎大學神學院的許可，新書是不能出版的，且在印刷成書前，必須持續獲得許可，確保與宗教信仰相符或是國家安全。起初，許可出版與特權(privilege)請求是分開的，後來皇室逐漸同時給予出版許可與賦予特權(privilege)，其中獨占特權是皇室用來鼓勵那些對其有益的出版業者，以達到箝制(censorship)目的，而特權也只賦予巴黎書商，而未經允許出版書籍者，會被吊死。原本特權是短期只存續幾年，但是印刷業者基於短期獨占無法回本，所以索求永久期限的特權。然而國會以排除所有競爭會導致書價過高為由拒絕，並在 1551 年到 1586 間通過一系列法令(Decrees)，並在 1618 年受到國王確認，建立以下原則：特權只能賦予給新的作品，且保護期間不能被延展，除非現存作品加進新的素材。基本上認為，延長特權對自由與企業有害。然而，到了 1649 年，為了回應書商的要求，皇室再度回復舊書的特權與延長保護期間(仍只賦予巴黎書商)。書商的主張是，沒有特權加持，他們沒有經濟能力去出版新書，而這樣是會不利於大眾的。這樣的觀念國會拒絕批准，但是皇室基本上仍佔上風，這樣的情形一直持續到 18 世紀。<sup>91</sup>

在這段期間，作者的權利(right)一直是不受法律保護。他們本身似乎也不甚在意；

---

<sup>90</sup> 較為精簡的介紹，可以參見B. Zorina Khan, Study Paper 1a Intellectual Property and Economic Development: Lessons from American and European History 31-33 (2002), [http://www.cipr.org.uk/papers/pdfs/study\\_papers/sp1a\\_khan\\_study.pdf](http://www.cipr.org.uk/papers/pdfs/study_papers/sp1a_khan_study.pdf) (last visited Aug. 12, 2010)

<sup>91</sup> 本段歷史整理自 GILLIAN DAVIES, COPYRIGHT AND THE PUBLIC INTEREST 73-75 (1994).



可能是因爲與書商間的利害關係，願意持續付出作品換取優渥利潤，又或者是因爲不想爲五斗米折腰。而正如同英國，首次提出作者權的仍是書商。在一場來自其他省的書商主張賦予巴黎書商延展特權是有違公共利益的爭議中，巴黎書商豎起保護作者權利(right)的大旗，認爲書商的權利(right)是來自於作者，且此種權利應該如財產權是永久無限的。不過，作者權這樣的論點是一個雙面刃，隨著時間經過，著作人及其繼承人等開始爲自己著想，主張未經其同意，書商的特權(privilege)不能更新。此外，來自其他省的書商持續向國王請願，基於公益反對巴黎書商的事實上獨占，終於在 1777 年，國務院發布了管制特權的法規，並在 1778 年修正，規定在作者生存時間內，書商可以享有有限期特權(privilege)，期限屆至或是作者死亡，則所有書商都可以請領出版該書的執照；作者以自己名義取得特權享有印刷及販賣的權利，該特權是永久的及於他與後代，但如果他將此權利賣予書商，則他將喪失所有作品權利且該特權期間只存於作者生存期間。本法正式將作者權利納入特權體系之中。<sup>92</sup>

## 二、 法國大革命後

西元 1789 年法國大革命後，特權系統被廢止了，但這真空狀態馬上被一系列法規填補。

西元 1791 年，法國頒佈了一個關於表演的法令，是第一部授予作者排他權的法律。這部法令之制定有其背景，*Comedie francaise* 是當時在戲劇作品上具有市場獨占地位的戲院，而本法除了爲能打破該劇院的獨占地位，目的就是希望藉由廢止此一獨占，來保障所有公民的權利，可以開設屬於他們自己的戲院，或是演出戲劇。著作權在本法中只是一個用來打破獨占的手段，爲能讓身爲公民的作者，在任何其想創作或演出的地方發揮。草案的提出者 Le Chapelier 在一場演說中，

---

<sup>92</sup> 本段整理自 *id.* at 75-78.

道出當時制定本法的背後理念。<sup>93</sup>其首先承認，在未出版作品的部份，屬於作者精神創作的結晶；但是也強調，一旦出版或散佈了，該作品變成爲公共財產，作者便喪失其權利。其建立起公共領域是原則，作者權爲例外的概念，並認爲英國的著作權法將兩者錯誤的倒置。因此，本法第一條宣示所有公民權享有開設戲院與各種形式表演的權利(right)；第二條規定作者死後五年，作品成爲公共財；一直到第三條才肯認著作權，規定必須得到生存作者同意才可以表演其作品<sup>94</sup>。符合上述的背景與理念。

隨後在 1792 年，爲了能夠保護作者權利(right)，頒佈了另一部法令。但是該法實際上並未提升作者權利，反而使得作者的公開表演權比在 1791 年的法令之下更容易受到侵害。本法要求著作人發表戲劇時，必須以一定形式通知公眾其已獲得公開表演權，否則戲劇作者權利(right)將不受保護；此外，並規定在戲劇作品公開發表十年後，即可被任意表演，等於是把 1791 年法令下作者死後五年的表演權保護期間縮短爲十年。本法仍然是反映了 Le Chapelier 的理念。<sup>95</sup>

西元 1793 年，在公共機構委員會(當時負責修定著作權法)的代表 Lakanal 發表一篇報告後，通過一部法令，<sup>96</sup>規定作者對其任何作品，包括音樂、畫作與雕刻，終其一生享有販賣與散佈的排他權，且可以全部或部分轉讓，其繼承人在作者死後享有十年相同權利保護期間。<sup>97</sup>該法並將作者應存放其作品於國家圖書館當成著作權要件，而在 1793 年當時的幾個法院判決中，皆認爲係存放此一要件本身

---

<sup>93</sup> Le Chapelier 的演說內容其中一段是最常被引用作爲作者取向著作權理論的支持，但是若窺其演說全貌，便會知道 Le Chapelier 本身並非只想考量到作者的利益。

<sup>94</sup> 本段整理自 Jane C. Ginsburg, *A Tale of Two Copyrights: Literary Property in Revolutionary France and America*, 64 TUL. L. REV. 991, 1006-1007 (1990).

<sup>95</sup> 本段整理自 *id.* at 1006-1008.

<sup>96</sup> 參見 Daniel Becourt, *French Revolution and Author's Right: Towards a New Universalism*, 24 COPYRIGHT BULL. 3, 5 (1990), available at

<http://unesdoc.unesco.org/images/0008/000885/088519eo.pdf>.

<sup>97</sup> DAVIES, *supra* note 91, at 80.

賦予作者著作權，而該法並未承認作者之著作權屬自然權。<sup>98</sup>明顯的，此時立法者已經從 Le Chapelier 的公共領域理念，轉變到承認作者的著作權，即使是已經發表後的作品。

一直到 1957 年，1791 和 1793 年的立法，仍然秉持著由作者享有著作權利此一基本原則，只有經過一些立法與判決的細微修正。而在接下來的 150 年裡，與作者相關的權利(right)逐漸開展，法學家與法院倚賴著上述兩部法令中的幾句話，把作者權利推向一個新的境界。在這個過程中，法國的作者權利(right)傾向於強調作品是源於作者，與其不可分，是其人格的表述與實現，因此作者權被認為是個人且不可讓渡，根植於自然法之中，屬於實際創造作品之人。<sup>99</sup>到了 19 世紀，自然法學派想要引進作者的永久權，來凌駕於公共利益之上，然而公共利益在當時仍是被納入考量的，公共利益的爭議一直持續到 20 世紀，雖然著作權一直被認為是以作者為中心的制度，但是不可否認其被認為在公共領域亦扮演重要的角色。<sup>100</sup>

## 第五節 德國的著作權法背景與概念

相較於英國與法國，德國從特權制度轉向著作權系統的過程緩慢冗長了許多，一直到 1870 年德國統一，才有北德的聯邦著作權法廢止特權制度。第一個得到立法對抗未授權重製的，是 1794 年的普魯士法(Prussian Law)下的出版商，雖然該法並未直接保護作者權利(right)，但仍要求出版商必須得到其同意才能出版，反映出背後德國羅馬法(Roman Law)與自然法的概念。而在該法下有罰則針對盜版，但是由於當時有太多邦，各邦是否有授權出版不一，所以在 17、18 世紀盜

<sup>98</sup> Ginsburg, *supra* note 94, at 1010-1011.

<sup>99</sup> 關於法國著作人格權的理念，參見 Daniel Burkitt, *Copyrighting Culture—The History and Cultural Specificity of the Western Model of Copyright*, I.P.Q. 2001, 2, 146-186, 158-164 (2001).

<sup>100</sup> 本段整理自 DAVIES, *supra* note 91, at 100-102.

版猖獗。<sup>101</sup>

19 世紀初期，把盜版當作是以對作者人身權利的侵害妨礙出版商的財產權。此時逐漸發展出區分作者的人格權與其已經發表作品的經濟財產權，而隨著 19 世紀進展，提出著作人格權該受保護的則是哲學家康德(Kant)，甚至影響到法國。<sup>102</sup>德國第一個基於作者權利保護的現代著作權法模板是 1837 年的普魯士法，保護科學與技藝作品，該法因為未確實施行，所以盜版仍然盛行。<sup>103</sup>當時最主要的辯論集中於保護期間。出版商基於特權制度的舊習，希望得到永久保護期，立法者則基於大眾利益與英法兩國的有限期立法例，選擇 30 年的保護期間，這個保護期間也被其後 1870 年的著作權法採納，一直到 1934 年為了符合伯恩公約(Berne Convention)才增加為 50 年。所以在德國，著作權被保護並不是基於如英美的鼓勵公開創作的公眾理由，而是基於保護著作人的人格權，打擊盜版恢復書籍交易秩序，才是符合公共利益。<sup>104</sup>

從 1901 年開始，德國著作權理論與立法穩定的朝向前所未見的著作人保護高度，加強深植於自然法中著作人權利(right)保護的概念。受到伯恩公約影響，人格權也在 1965 年納入德國立法，且異於法國，採取一元論立場。1919 年的威瑪憲法第 158 條有訓示規定國家應保護及扶助著作權，到了 1949 年德國聯邦共和國(Federal Republic of Germany)建立，基本法第 14 條規定作者的著作財產權，第 1 條與第 2(1)條則包含著作人格權。<sup>105</sup>

---

<sup>101</sup> 整理自 DAVIES, *supra* note 91, at 105-106.

<sup>102</sup> See Burkitt, *supra* note 99, at 146-186, 164-169.

<sup>103</sup> 張靜，前揭註 12，頁 36。

<sup>104</sup> 本段整理自 DAVIES, *supra* note 91, at 106-107.

<sup>105</sup> 整理自 DAVIES, *supra* note 91, at 108. 陳新民（2008），〈著作權的社會義務：由德國憲法學的角度檢驗智慧財產權的保障及其限制〉，《臺大法學論叢》，37 卷第 4 期，頁 118-120。

## 第六節 對於著作權法歷史的反思與分析

### 一、 對於我國著作權歷史的分析

較為多數的學者是認為我國著作權概念始於宋朝，而並非所有學者都認為我國著作權概念為單純的繼受，對於這一時點的認定，本文有不同的看法。

#### (一) 我國著作權概念的始點

如同前文所述，對於宋代出現的史料性質，有兩派不同的看法，多數認為該等法令等即著作權概念的前身，少數則以為宋代出現的，僅是帝王權力的表徵。本文基於以下理由，贊同少數說的看法：

首先，必須檢視的是，多數所謂宋朝史料具有著作權特徵這樣的說法真意為何？究竟相似之處為何？考究宋朝規範出現的內容，大抵為出版審查、禁印奏議國史帝王字像、禁刻學術不正之書等內容，<sup>106</sup>此等均係君主專權之下，禁止特定言論內容不准出現在市場的例子。而出版前檢查的目的，充其量只是要阻止私人複製專屬國家控制的材料和防止私刻異端材料，<sup>107</sup>與西方早期著作權概念唯一相通之處，只有一項：都是由君權控制出版；在英國早期出過的特權制度中，皇室會審查著作內容決定是否許可，宋朝的審查制度即具有此特色。

至於英國與法國特權制度中賦予出版商的箝制言論的壟斷性權力(power)，在宋朝則未出現。在宋朝，政府權力全都集中於君主身上，君主所禁止的言論，只有政府可以決定解禁發表，並無君主以外的第三人會獲得許可去審查言論。我國宋朝僅具有相似於英國出版制度的審查特徵與壟斷權力特徵，並不足以說明這就是

<sup>106</sup> 如葉坦，前揭註 7，頁 158-160。

<sup>107</sup> See ALFORD, *supra* note 11, at 13.

著作權的前身，因為宋朝與其後直至清朝，欠缺一樣必備的著作權概念前提：由私人所享受的「權利」(right)的概念。事實上，根據學者的考究，「權利」(right)一詞的概念，在清朝 1864 年刊行《萬國公法》<sup>108</sup>前，從未出現。<sup>109</sup>

著作權制度由出版商行使國家所賦予箝制言論的「權力」(power)轉為作者對抗他人侵害的「權利」(right)之關鍵點，是主體、期間限制與制度目的的轉變，為了鼓勵創作而使「作者」享有「有限期」的權利(right)。而在英國與法國，這樣的轉變恰巧都是在人權革命之後，為權利(right)概念出現與彰顯的期間。但在我國宋代出現的君主管制出版與言論之手段，與英國與法國皇室賦予「出版商」權力(power)的著作權前身是不同的，宋代的書商並沒有因為任何官方法規或政策享有一個獨占書籍市場的為公權力箝制言論的權力(power)。<sup>110</sup>宋代書商所享有的，是一個以管制書籍市場為原則的例外，即經官方(國子監或地方州委官)審查通過後，可以例外刻版印書。而就算不論宋代管制出版市場權力(power)與英、法國的差異，由於「權利」(right)的概念在 1864 年前在我國根本沒有出現過，個人主體意識從未受到重視，因此，此一君主管制言論的「權力」(power)，也從未像西方發生制度存在目的的轉變，即從國家箝制言論的公權力，成為鼓勵研習的私權。而我國現代首先出現的著作權概念雛型，應是於中美 1903 年簽訂的「續議通商行船條約」。基於當時美方壓力與朝中維新派的西化思想而生，並非我國制度上自行演變。所以，認定宋朝的君主管制權力係我國著作權概念的起源，實屬無據。

<sup>108</sup> 《萬國公法》係在 1864 年(清同治 3 年)，由時任同文館總教習之美國傳教士丁韞良(W. A. P. Martine)將 1855 年美國駐普魯士使節惠頓(Henry Wheaton)所著《國際法原理》(Elements of International Law)，翻譯成中文並由位於北京之京師崇實館出版，係在我國正式出版的第一本國際法著作。參見李念祖(2010)，〈其實「權利」就是「正義」〉，《在野法潮》，5 期，頁 8-9。

<sup>109</sup> 趙明(2004)，《先秦儒家政治哲學引論》，頁 185，北京：北京大學出版社。李復甸亦指出，古代的「權利」一詞，皆指威勢與貸利，與時下用語依於法律，人得以主張之「權利」，大有不同，見李復甸(1995)，〈權利辨正〉，《法令月刊》，46 卷 10 期，頁 15。

<sup>110</sup> 有將宋代沒有形成出版商這種經濟階級的原因歸究於印刷術在中國沒有得到發揚，而活字印刷術在中國發明，卻沒有進一步推廣的原因，則肇因於活字印刷停留在手工操作技術與漢字型態對活字印刷所造成之阻礙等，詳參見張今(2009)，《版權法中私人複製問題之研究：從印刷機到互聯網》，頁 25-29，北京：中國政法大學。

至於一般所引宋代民間文獻<sup>111</sup>中出現的「不許復版」等字樣，在沒有官方法規的證明下，宣示意味大於實際權利保護意義。而只憑一篇或數篇民間文獻宣示其版權受保護，是否代表當時已存在一個概括保護著作權的法規，抑或僅是得到官方特權保護的特例，無從考究。總之，或許著作權的概念與需求上的確在我國宋朝前後出現過，但只要欠缺國家法律的承認，此一種政府管制書籍市場的獨占公權力(power)從未演變成爲鼓勵創作的作者權利(right)，自難謂我國出現過著作權之理念。

## (二) 我國著作權沒有自然發生的原因

一直到清朝末年，受到西方諸國的西化壓力，我國才出現第一部著作權法。而在此之前，我國官方並未自然形成著作權概念的原因，學者認爲，除了因爲科舉考試的制度使一切知識來自於上蒼與先祖，而引致知識份子「信而好古」的理念，等於主張刻意模仿古人外，再加上「學而致仕」的概念，讓作者認爲盡量公開自己的作品讓天下知曉自己符合道的論述，對於獲得國家職權位置或是教化老百姓，都有不可忽視的作用。也就是說，並不通過授予作者版權給予經濟利益，而是透過「致仕」給予其政治利益。此外，由於商人與士紳依附於政治之下，沒有成爲獨立的階級，無法對國家權力進行有效的制約；以及在中國概念裡，「天」與儒家的「禮」和所謂的「法」是合一的，所以不像西方有自然法可以來檢驗實定法。<sup>112</sup>

也有認爲，除了缺少在印刷術之上發展廉價大量的印刷技術、識字人口不多與不存在商業團體等經濟因素外，政治文化是關鍵的因素。其認爲具統治地位的儒家觀點把文明看成具有規範意義的一組關係，每一種關係都負有一些當事人在道德

<sup>111</sup> 即前述多位學者所引段昌武「叢桂毛詩集解」等。

<sup>112</sup> 李雨峰，前揭註 15，頁 70-78。

上有義務實現的責任和期待；個人總是發現自己身處於一系列的關係中(如君臣、父子及夫婦關係)，只有靠與「過去」相溝通的辦法，個人才能據以完成其道德發展和透過「過去」來了解社會關係標準的內容。而這樣的依賴「過去」的文化，除了影響教育制度，還賦予或剝奪了事物的合法性，因而影響了對智力活動複製的評價。<sup>113</sup>

尚有從技術面說明，現代版權制度未能在本國形成的一個根本原因，是印刷術沒有發展成一項產業，沒有造就一個相關的商工業階層，因此，沒有形成印刷出版商，也就欠缺孕育版權制度的土壤。而版權制度的基本社會條件是，印刷技術得到普遍運用而形成具有經濟規模的出版業，出版業者形成一個利益一致的商人團體，有足夠的力量表達利益訴求來影響立法，這些條件在中國古代並沒有形成，也因此，沒有現代版權制度出現。<sup>114</sup>

除了上述學者所點出的經濟與政治文化因素，本文想要點出的是，我國自古就無「權利」(right)的概念已如上述。我國在第一部著作權法出現前，欠缺如英國或法國的人權革命，而自古皆行君主極權專制，所謂國家保護作者著作權來鼓勵研習這樣的概念當然不可能發生。而教育習慣上，一向強調四書五經的背誦，如書法字畫等，也讚賞臨摹古人成名之作，所以「複製」的價值觀本就根深蒂固的存在於我國文化之內。複製其實是被當作是一種美德，從子曰：「述而不作，信而好古」的名言，即可獲得印證。再如所謂「洛陽紙貴」的故事，洛陽豪門爭相傳抄左思的「三都賦」，使得洛陽紙供不應求，傳為佳話，<sup>115</sup>此一故事充分顯現上述價值觀。加上最初我國著作權法是在西方諸國壓力下所誕生的背景，如果重新思考東方與西方文化的差異，著作權的概念在我國是否必須繼受，其實是很有討論空間與研究價值的，當然，這已是另一個問題了。

<sup>113</sup> ALFORD, *supra* note 11, at 20-26.

<sup>114</sup> 張今，前揭註 110，頁 12-14、24、30。

<sup>115</sup> 劉洪斌（2003），《中國上下五千年：文化與人文》，頁 98-100，臺北縣中和市：棉花田。



### (三) 小結

本文認為，由於我國私人「權利」(right)的概念是在清朝末年才出現，則宋朝出現的零星坊間史料，並不能證明著作權概念在當時已經發源。而我國第一部著作權法的產生，是因受到西方諸國壓力，而簽訂「續議通商行船條約」之後，方予以制定。所以，我國著作權法係繼受西方而來應無疑義。

既然我國著作權的概念係繼受西方而來，則在討論著作權在我國憲法上的定位，而需追溯著作權的歷史發源時，自然必須以西方著作權發展歷史為參考。因此，本文接下來對於分析西方著作權歷史所發現的意義，亦應同樣適用於我國。

## 二、 對於外國著作權歷史之分析

對於前文英國、美國、法國與德國著作權歷史背景的介紹，可以約略整理成下表比較：

表：四國著作權發源與性質的比較

	英格蘭	美國	法國	德國
著作權概念起源	西元 1556 年出版公會公司(Stationers' Company)的特許制度	州立法	約 1507 年出版商的特許制度	長久以來的出版商特許制度
著作權制度發生原因	透過賦與出版商獨占地位讓皇室箝制(censor)言論市場	源於英國安妮法案	透過獨占特權鼓勵出版業使皇室得以箝制(censor)言論市場	不明
第一部廢止特權制度之法	西元 1710 年安妮法	源於英國安妮法案	1789 年法國大革命後	1870 年的北德聯邦著作權法

永久保護期間 爭取	∨(出版商)	∨(作者)	∨(19 世紀自 然法學派)	∨(出版商)
習慣法與實定 法之爭	實定法 ( <i>Donaldson v. Beckett</i> )	實定法 ( <i>Wheaton v. Peters</i> )	自然法概念 (法學家)	自然法概念 (法學家)

(圖表來源：作者自製)

本文根據四國的著作權發展歷史，有以下幾點分析：

### (一) 著作權誕生於國家以箝制言論為目的的公權力賦予

對於理所當然認為著作權一直以來都是保障作者權利的這種認定，學者並非無對之予以懷疑者。有學者即認為著作權源於封建社會的特權(privilege)，此種特權係由君主或封建國家授予，而後才逐漸演變為大多數國家所普遍承認的一種私權。<sup>116</sup>也有學者直接認為，著作權是性質上「私人檢查的工具」(a tool of private censorship)，除了貢獻特定作品外，更讓作者可以形塑言論市場。<sup>117</sup>

本文也以為，無論從英美法著作權概念觀之，或從德法大陸法系角度觀察，著作權都誕生於相似的背景之下：最初都是由皇室或政府為了達到箝制言論市場的目的，而創造出來為達成此一國家目的的公權力(power)，藉由賦予特定受其控制、或與其利益相同的出版商此種壟斷書籍出版市場的國家公權力，來排除不利於皇室的言論；即未得皇室允許，人民不可在書籍言論市場上發言。在這樣的背景下，特定的出版商就像是皇室控制言論市場的打手，負責監控市場狀況。其報酬就是從壟斷狀況中，排除競爭收取經濟利益。此種制度我們姑且稱他為「特許制度」，觀察英、法、德三國早期特許制度的特徵，在於係由「出版商」行使國家公權力(power)，「著作人」的概念在這種制度形成初期並未發生；且此種權力(power)

<sup>116</sup> 鄭成思，前揭註 9，頁 2。網路版本可參見

<http://www.privatelaw.com.cn/new2004/shtml/20040530-203654.htm> (最後瀏覽日：2010/08/12)。

<sup>117</sup> Marci A. Hamilton & Clemens G. Kohnen, *The Jurisprudence of Information Flow: How the Constitution Constructs the Pathways of Information*, 25 CARDOZO L. REV. 267, 308(2003).

是具有永久性質的。可以諷刺的說，著作權的起源根本不是現在所知的作者權利，而是是國家授權予出版商的公權力(power)，，目的是用來箝制言論(censorship)。

## (二) 著作權法透過「目的」、「期限」與「主體」的改變來防堵權力(power)

既然由歷史觀之，著作權源於特許制度下國家控制言論市場公權力(power)，那麼究竟是什麼時候開始，著作權由箝制言論自由的公權力(power)變為作者(創作者)向他人主張之權利(right)呢？造成特許度瓦解的，在英國是安妮法案，在法國則是法國大革命後一系列的法令，本文將從這些法規中統整分析出著作權制度轉變的關鍵。

Lyman Ray Patterson 認為安妮法可以被視透過管制書籍交易，來解決各種形式獨占的問題。它使任何人都可以獲得著作權，來對付出版公會的獨占地位；它制訂 21 年的著作權保護期間，來對付書商的永久性著作權獨占地位；更透過著作權限制期間來防止未來書商形成獨占。<sup>118</sup>

Ronan Deazley 則認為，以上看法是過於簡單的分析，過於集中關注書籍交易市場與安妮法頒佈前狀況之間的關係，因此，雖然此法在許多面向上可以被解讀為反獨占及管制書籍交秩序。然而，此法真正的意義，在於透過著作權的鼓勵，確保精神文學的持續創作。該法立法者所在意的，並非承認已存在的任何著作權利，或是管制書商的市場，而係在於提供作者及閱聽大眾思想的自由市場，來確保具有價值的書的創作。<sup>119</sup>

<sup>118</sup> PATTERSON, *supra* note 19, at 150.

<sup>119</sup> DEAZLEY, *supra* note 52, at 45-46.

本文較認同 Patterson 的看法。英國與法國的立法廢止特許制度，都是在人權正式誕生後，而兩國廢止的所謂特許制度的特徵是：1. 著作權制度的存在目的從國家控制言論市場轉變為鼓勵創作研習；2. 獨占市場主體由出版商改變為作者；3. 對於著作權加上保護期間限制。

首先，著作權原本是國家公權力(power)的一部份，為能達到國家控制言論市場的目標而產生。在人權革命出現言論自由的概念後，國家不得以控制言論市場為目的行使公權力；其後的安妮法出現，將著作權的目的改為鼓勵研習創作，使著作權有繼續存在的獨立於公權力目的以外的理由。

然而，僅是目的的轉變不足以使著作權的制度性質轉變，權利主體也必須改變，需將一個由出版商所行使的受託公權力(power)轉由作者所享有的請求權利(right)，方能達成著作權制度設計的目的。本文前述提及，無論是在英國或法國，在特許制度被廢止後，再度要求當時立法者立法保護著作權的，都是「出版商」，作者本身都非遊說者。由於出版商提案復甦或延續特許制度失敗，所以轉而嘗試將著作權制度主體改為作者，並使其目的成為鼓勵研習，藉以說服立法者通過法案保護人民權利(right)。所以，此段演變過程是先存在一個箝制言論的國家公權力(power)委託，然後出版商為了延續這個權力利益，思考一個成為私人得以直接享受權利的理由來說服國會。在英國，根據安妮法前言，是為了鼓勵研習；在法國的 1791 年法令，則是為了打破戲院的獨占狀態，給所有公民表演權利；於是，國家委託給出版商的公權力(power)變成了作者的私權利(right)。立法在同意此一轉變發生的同時，透過制度設計的目的與主體的規定，也默默將出版商移出了著作權體系，避免國家藉由鼓勵研習之名，行箝制言論之實。所以，只有以作者為著作權的享受主體，才不致使鼓勵研習創作之目的成為空談。

最後，就立法對於保護期間的限制而言，明顯的，為能有效達到鼓勵創作研習的目的，僅是將著作權主體由出版商轉變為作者是不夠的，因為出版商仍能透過作者之授權壟斷市場，此時仍有國家從中介入達到控制言論的危險，所以必須對這樣強大的作者權利(right)予以限制，也就是加上期間限制。<sup>120</sup>又如前述英格蘭出版商意識到此一期間限制到其行使作者的權利(right)利益，所以繼續遊說國會延長保護期間，在數次失敗後竟然透過法院途徑，嘗試說服法院承認自然法著作權來達到永久保護的目的，甚至還因此安排法庭戲碼。出版商意識到期間限制對其如同無形枷鎖，一次次的想要掙脫此一限制。

由此可知，整個特許制度廢止到作者權利(right)保護的變化過程，其實代表的是一種立法對於出版商行使言論檢查之國家公權力(power)的限縮企圖，透過包括目的、主體與期間限制，有效防止國家藉由出版商代為行使著作權來達成箝制言論的效果。根據前文介紹，美國在立憲之時，James Madison 也是持這樣的見解。而無論是英國安妮法或美國的憲法，都是在告訴出版商：國家所能給予的獨占排他權是為鼓勵創作而生，所以必須給予著作人且有期間限制來確保公共領域。<sup>121</sup>所以，著作權法的制定，也可以視為係立法為防止出版商重掌公權力(power)而有限制言論市場的危險的企圖。

### (三) 著作權保護的理由

從英國安妮法以降，到美國聯邦憲法與 1790 年的聯邦著作權法，目的都是在鼓勵研習(learning)，也有以為美國憲法著作權條款的誕生理由除了繼受英國法外，還有為了賦予國會權力制定法律統一全國保護著作權。<sup>122</sup>而法國與德國的著作權保護理由，都受到自然法中著作權人格權思想的影響，所以保護著作權的理由都與著作人人格尊重習習相關。保護目的的不同，也影響到著作權與公共領域間關

<sup>120</sup> See PATTERSON, *supra* note 19, at 217, 226.

<sup>121</sup> See Patterson & Joyce, *supra* note 20, at 950-951.

<sup>122</sup> Donner, *supra* note 58, at 361-362.

係的判斷。英美兩國的著作權總是帶有公共領域思想，認為不可過度保護著作權而影響到公共利益，限縮公共領域；法國雖然在 1791 年的法令也是秉持著原則公共領域，例外著作權保護的理念，但是往後的發展與德國相同，即認為保護著作人權利即在促進公共利益。

在第貳章中，本文介紹過保護著作權的理由，學理上發展出財產權理論、人格權理論、效用理論與社會規劃理論等，這些理由固然都與著作權有關聯，但是不能真正反映出著作權最初產生的目的。而本文在觀察過著作權的歷史發展後，認為著作權保護的目的在於：有效限制宰制言論市場的獨占力量，防止著作權被國家或出版商使用來作為箝制言論或排除競爭的手段。<sup>123</sup>這個目的與以上目的同等重要，因為往後著作權(法)在網路上的擴張與變化是否符合憲法或立法目的，除了要看是否有鼓勵研習，或是實現人格尊嚴與財產利益外，也要檢查著作權之保護是否回到類似以往國家委託給出版商的公權力(power)性質，而產生過度箝制言論、或不當排除競爭之效果。

#### (四) 習慣法(common law)或實定法(statutory law)之爭的歷史意

##### 義

在英美著作權法的發展歷史中，很大一部分是在爭論著作權是否為習慣法(common law)還是實定法(statutory law)之權利(right)。首先，吾人必須釐清兩者意義為何。所謂習慣法(common law)，也有稱之為普通法、一致法或共同法，其形成背景為西元 1066 年諾曼人(Norman)從法國入侵英格蘭本土征服英格蘭；其文化水準較高，採用大陸法系制度，惟英格蘭在之前已經受到各種不同人種統治，存在各種不同風俗習慣及法律制度，所以法律規定與標準分歧不一。由於諾

<sup>123</sup> 有認為安妮法之所以被譽為世界第一部著作權法，其理由為廢除檢查制度、廢除特權制度與確立著作權之雛形，其實與本文此處所提理念不謀而合，見施文高（1985），《國際著作權法制析論上冊》，頁 550，台北：自刊。

曼人無法在英格蘭適用自己的法律規定，於是英皇指派由其任命之法官到各個領主領域的小法院審理訴訟案件，依據當地習慣並參酌諾曼人自己的法律觀念作判斷，將判決內容用文字記載為判決書，並以判決之內容做為日後新案件的判斷標準。此一不成文法判決書是由各地習慣累積而成，而判決內容及形成共同的法律依據，逐漸統一各地分歧之法律內容，由於判決基礎一致，故稱為習慣法或共同法。<sup>124</sup>習慣法在不同脈絡與時代背景下，具有不同意義，如與實定法(statutory law)或制定法對比，實定法當然指的是議會或是經其授權而制定出來的成文法。而在安妮法與 *Millar* 等案出現的背景正好是 17 世紀末到 18 世紀末，此時法官們普遍受到洛克等人的自然法思想，習慣法的法官們將習慣法看作是英國人原有的權利，與洛克所主張的自然權利<sup>125</sup>相符，這些自然權利，或稱習慣法原則，就是法官所知悉的法律觀念，據此擴大或縮小實定法效力。<sup>126</sup>

英國出版商的策略是要讓著作權成為習慣法之一，以使得保障期限變為永久。他們不在乎此一習慣法著作權的權利(right)主體是作者，因為最終只要出版商提供優渥的條件給作者，取得授權，實質上享受著作權利益的仍是出版商。而無論是在 *Millar* 案中 Yates 法官的不同意見，或是 *Donaldson* 案中英國上議院的決定，都是認為著作權不屬於習慣法範圍，其理由主要可以歸納為二，1. 因為著作權獨占性格與習慣法上的財產權性質不符；2. 從英國歷史上觀察不出著作權可以成為習慣法。

本文認為此一結論相當正確。第一個理由是比較財產權與著作權性質間的差異，

<sup>124</sup> 整理自潘維大(2003)，《英美法導讀講義》，3版，頁1-5，台北：瑞興；望月禮二郎著，郭建譯(2004)，《英美法》，頁6-19，台北：五南。

<sup>125</sup> 洛克(Locke)屬於古典自然法學派，該派在不同形式下反對宗教神學，主張自然法代表人類的理性或本性，是最高的法律，它與「天賦人權論」、「社會契約論」等學說相互結合，用以反對封建統治、社會特權和民族壓迫，要求自由、平等，人權和法治等，認為依靠人類的普遍理性，可以制定出詳盡的、人類普遍適用的法律等。參見頁沈宗靈著、林文雄校對(2007)，《法理學》，2版，頁20-22，台北：五南；Edgar Bodenheimer 著，范建得、吳博文譯(1997)，《法理學》，頁61-65，台北：漢興。

<sup>126</sup> 望月禮二郎，前揭註124，頁107-108。

著作權無論從歷史上或是本質上都與財產權沒有關係，至多在財產權理論的出現後，著作權與財產權有相近的保護理由。但本文在第貳章也已說明，保護理由相同，不代表兩者出自於同源。第二個理由則與前述本文推論相符，真正出現作者著作權概念的，是從安妮法開始，在此之前都是出版商的獨占公權力(power)行使，並無著作人享有權利的歷史存在。安妮法的潛在目的是為限制獨占言論市場的力量，透過賦予著作人權利(right)利益為手段，並非承認一個習慣法上的權利。因此，由英國 *Donaldson* 案也可印證本文前述的推論，該法院的企圖也是在限制出版商行使市場的獨占力量。<sup>127</sup>

到了美國 *Wheaton* 一案，多數意見的理由則主要集中在「永久性」保護作者精神創作不是習慣法可以承認的本質，考其不用上述兩點理由作為判決基礎的原因，係因為美國法官似乎多直接認為著作權為財產權；而其對於英國 *Donaldson* 案存有誤會，誤以為該案中的法官建議有拘束力，以為英國歷史上是把著作權當成習慣法，所以才仰賴較為薄弱的理由。不過即使換了國家與時空，且存有一些誤會，*Wheaton* 一案仍然認為著作權為實定法所創設之權利，除了代表著作權性質上無法被接受為先天而存在之權利外，當然亦與與美國憲法之規定和公共領域的保護理念息息相關。這些事例都說明：著作權並非先天存在的自然法權利(right)，而是來自後天法規的賦予。確認此點後，本文即能分析著作權在我國憲法應有的定位。

#### (五) 大陸法系的人格權理論—後天型塑著作權保護理由

法國與德國的著作權法，一開始就是有保護期限限制。因為大陸法系國家並非判例法體系，係以成文法為具有拘束力之法律，所以不像英美在案例中討論著作權性質的問題。而是在有了以著作人為主體的著作權法後，受到當時法哲學理論的

---

<sup>127</sup> Patterson 也認為，英國法院當時的任務不是在建立一個著作權原則，而是在建構一個規則，目的是「摧毀一個可恥的獨占力」(To destroy an opprobrious monopoly.) See PATTERSON, *supra* note 19, at 229.



影響下，才慢慢發展出著作權的理論。

18、19 世紀當時的德國主要是發展黑格爾與康德的先驗唯心主義，康德是否屬於該派或許仍存有爭論，但可以說，康德哲學主要是要調和唯心主義的理性論與經驗主義的感覺論。自由的概念是康德道德與法律哲學的核心，他區分倫理的自由與法律的自由；前者指人的意志自律與自我決定，道德法則要求根據某一被我們希望成為普遍之法的準則行事，此一道德法則稱為絕對命令；而後者則為個人對專橫意志和他人控制之獨立，他將此種自由視為人依據人性而具有唯一原始的、固有的權利。<sup>128</sup>

學者認為康德對於創意表達歸類到人格權的理論，與其所定義的道德之法相違背，因為著作權的存在必要性並非舉世肯認而無爭議，如在英國或美國不認為其為自然法所保護的權利，且對於著作權尚有效用理論(utilitarian philosophy)存在。而有些國家在加入國際組織前甚至根本沒有著作權法，各個國家保護著作權的理由也不盡相同，所以康德的人格權理論只在某些國家的法律中存在，但並非所有國家。<sup>129</sup>

姑不論人格權理論或財產權理論與著作權結合是否存在問題，這裡值得提出的是，不同於英美的著作權是否為習慣法的問題，在把人格權概念拉進著作權領域時，理論家們已經把保護期間和該理論脫勾了，即引入人格權理論並非為使著作權成為永久期限，而是真正想要說明著作權存在的理由，使其成為人的權利之一。但是著作權的保護理由與其是否能成為憲法上所保障的人權是不同的兩個問題，在考慮著作權是否為憲法上人格權、財產權或其他基本權利所包含時，除了要有包含的理由，也必須考慮到性質上是否會衝突，要件上是否合致，與從歷史

<sup>128</sup> Edgar Bodenheimer 著，前揭註 125，頁 84-89。韓忠謨（1974），《法學緒論》，5 版，頁 217-223，台北：自刊。

<sup>129</sup> Foster, *supra* note 16, at 194-196.

上是否著作權從這些人權發展而來等問題。

而本文透過歷史觀察已發現，即使是在法國與德國，著作權也是誕生於皇室檢查書籍市場的欲望，透過賦予出版商限制競爭的獨占地位來實現其目的。著作權法的制定，在德法同樣是爲了能打破出版商無限制的獨占地位，而能有效防止著作權作爲國家控制市場的工具，使作者能有機會發表其作品。這些歷史在在顯示，著作權並非由財產權或人格權發展而來，而是先有國家賦予出版商獨占市場的制度存在，再由著作權法去轉變此一制度。所以理論家們存在一個無法與憲法接軌的問題，即著作權不同於其他的財產權或是自由權，其實是先有立法保障，然後才有理論說明其保障理由，並非先有理論才有立法承認。從歷史上來看，乃是一個倒置的過程。

## 第七節 著作權的憲法定位

在觀察過著作權的歷史後，本文發現著作權的產生背景並非由基本權利而來，而是基於爲了能限制出版商獨占的地位的意圖而產生。這樣的歷史經驗也讓本文可以重新對著作權的憲法基礎作一思考。

### 一、 對於學說上著作權憲法基礎之分析

#### (一) 源於財產權？

國內多數的學者認爲著作權的財產權部份可在憲法上找到權利來源，即第 15 條財產權之保障，惟皆未見詳細的說明，只當然的認爲「無體財產權」屬於財產權保障之一環。但是，憲法上財產權是否範圍真的無邊無際？是否所有具有「經濟價值」之物，即使是無體物，只要立法者允許，亦可置入財產權保障範圍，並非無疑。故以下有必要對財產權的概念做一簡要之了解介紹。

## 1. 財產權屬於一先天自然權

有學者明確地指出，憲法財產權的保障，應當包括「一切具有財產價值之權利」，然而權利之形成，必須由法律來具體化之。故，我國憲法雖未明言，財產權之內容須由立法為之，如德日憲法之立法亦然，但是，由許多吾國立法實例可知，財產權之內容必待立法後，方可具體表現。<sup>130</sup>

但也有學者明確的質疑財產權常見的定義：財產是指在一定的時點，立法上就該時點界定一切屬於財富者。該定義雖因具有變動性，使得財產權隨著時代變動而有不同的面貌，但該定義也忽略財產是先法律、先憲法而存在的概念，財產權是個人的權利，其內容及範圍不能完全以法律規定為準，也不全然取決於交易上有無價值。<sup>131</sup>

可知，財產權雖然需要透過法律來形塑其實質內容，但其先法律而存在，具有自然權利之本質，應屬無疑。

## 2. 後天法律創設不能侵犯憲法「制度性保障」之核心

本文以為，憲法上財產權屬於先國家立法而存在應屬無疑，但由於具有財產價值之物太多，故也勢必面臨其內容必須待由法律形塑，而有循環邏輯的難題。要解決這樣先天存在的難題，從「制度性保障」的概念，或許是更好的出發點。

吳庚大法官最早於司法院釋字第 368 號解釋中所提之協同意見書：

<sup>130</sup> 陳新民（2002），〈憲法財產權保障之體系與公益徵收之概念〉，《憲法基本權利之基本理論（上）》，5 版，頁 340，台北：元照。蘇永欽教授也提出這樣的問題：憲法上的財產權與一般法律上的財產權有無不同的內涵？如果憲法所稱的財產權就是一般法規所構成的財產權，則憲法的最高性即形同具文，一般立法者對於財產權之構成及限制豈非可以為所欲為？但憲法上如何建構獨立的財產權概念而完全不依附法律已經使用的概念，實際上並不容易。見蘇永欽（1999），〈財產權的保障與大法官解釋〉，《違憲審查》，頁 85，台北：學林。

<sup>131</sup> 吳庚（2003），《憲法的解釋與適用》，頁 243-244，台北：自刊。

「憲法所保障之各種基本權利，無論屬於消極性防止公權力侵害之防衛權—各類自由權屬之，或積極性要求國家提供服務或給付之受益權—社會權為其中之典型，國家均負有使之實現之任務。為達成此項任務，國家自應就各個權利之性質，依照社會生活之現實及國家整體發展之狀況，提供適當之制度的保障（institutionelle Garantie）。經由制度保障功能之確認及對憲法人民權利條款作體系論之解釋，當可建立各個基本權利之保障範圍（Schutzbereich der Grundrechte），在範圍內受保障之事項，可稱之為基本權利構成事實（Grundrechtstatbestand）。」

而學界所理解的制度性保障，其主要意義在於國家必須建立起某些「法制度」，並確保其存在，藉以保障權利之實現，尤其該制度所賴以存在之基本規範，國家（立法者）不得任意加以更動，以免使基本權利之保障，失所賦麗，故所謂「制度性保障」者，其目的在於確保某些基本權利之存在與實現。<sup>132</sup>制度性保障既然針對立法者而為，所以惟有當立法者的立法完全廢止這種制度時，或是立法者已嚴重侵犯到該制度的「本質核心」時，即屬違憲的立法行為。<sup>133</sup>

我國大法官亦已明確採納制度性保障的概念，<sup>134</sup>而特別關於財產權部分，如大法官司法院釋字第 386 號解釋理由書明確指出：「國家為支應重大建設發行之無記名中央政府建設公債，係以發行債票方式籌集資金，國庫對公債債票持有人所負之給付義務，本質上與自然人或公私法人為發行人，對無記名證券持有人負擔以

<sup>132</sup> 李建良（1999），〈基本權利理論體系之構成及其思考層次〉，《憲法理論與實踐（一）》，頁 71-72，台北：學林。

<sup>133</sup> 陳新民〔2005〕，《憲法學釋論》，5 版，頁 147-148，台北：自刊。；對於制度性保障概念更細部的介紹，參見陳春生（2000），〈司法院大法官解釋中關於制度性保障概念意涵之探討〉，李建良、簡資修主編《憲法解釋之理論與實務（第二輯）》，頁 273-324，台北：中央研究院中山人文社會科學研究所。

<sup>134</sup> 如司法院釋字第 380 號解釋所納入的學術自由的制度性保障、司法院釋字第 550 號所承認地方自治為憲法所保障之制度性保障等。不過學者也普遍認為大法官論述不夠細緻，有許多概念仍待澄清，如陳春生，前揭註 133，頁 322；許宗力（1999），〈基本權的功能與司法審查〉，《憲法與法治國行政》，頁 173-176，台北：元照。

證券所載之內容而為給付之義務，並無不同。法律為保護無記名證券持有人，於證券遺失、被盜或滅失時，不使其受不當之損失，民法第七百二十條第一項但書、第七百二十五條及第七百二十七條本設有各種保護之規定及救濟之程序，以維持公平，不致影響善意第三人之權益，亦未增加發行人之負擔，此為對無記名證券久已建立之制度性保障。」(編按：底線為作者所加)其他如司法院釋字 292 號解釋涉及的破產制度，及司法院釋字第 349 號所涉及的共有制度，應可確定大法官已在財產權上建立起制度性保障的概念。

惟制度性保障除要求立法者應建立制度外，其真正關鍵應在於制度「核心內容」不得侵犯，應予以落實。至於什麼是財產權制度的核心，則是大法官和學者們都難以處理、也沒有處理的問題。如果我們把所謂的「核心」概念，借用相近的「基本權核心」理論來理解，基本權核心指存在於個別具體可限制之基本權，在一定生活領域行使可能性受限制後，亦必須在時間或空間上仍有所存在，亦即仍有行使之可能性。故時間限制之長短是此核心內容之依據，一定最低限度享有行使保有也是核心之所在。其次，最低限度之享有與行使必須與人性尊嚴有密切關聯性，而非僅是非必要部份。<sup>135</sup>所以制度性保障的核心，也可以理解為那些與建立該制度要求的基本權息息相關密不可分，縱使沒有立法制定也認為必須存在者，而非可有可無的權利內容；消極的來說，就是立法時不可以侵犯或剝奪的絕對領域。財產權制度的核心為何，當然要個案認定，但比如一切財產的根本—財產和平先占制度，就可以被認為是一種財產權核心。<sup>136</sup>而應認為立法若廢除財產權的制度性保障的核心時會構成違憲，如此方能調合最初財產權制度保障的弔詭之處，既能有效維持憲法上財產權的最高性和原始性，又能解決其內容不確定的困難，不致使立法者掏空憲法財產權內容。

<sup>135</sup> 陳慈陽(2007)，〈基本權核心理論體系建構行程之嘗試〉，《基本權核心理論之實證化及其難題》，2版，頁206-207，台北：自刊。

<sup>136</sup> 李念祖教授亦認為如果沒有無主物先占制度，與個人人身身分分離的經濟資源，與個人之間根本無從發生連結，建立財產關係。參見氏著(2006)，《案例憲法 III(下)—人權保障的內容》，頁32，台北：三民。

### 3. 著作權非財產權核心，且對財產權造成限制

基本權利向有所謂主觀權利之功能面向，包括以「國家之不作為」為主要訴求目標、免於國家干涉自由之防禦功能，與要求「國家積極作為」的給付功能(受益權功能)。至於客觀權利之功能面向，則從基本權中抽繹出客觀之價值決定，使之「放射」至所有法律領域，進而成為立法者、行政機關及司法機關行使職權時所應遵循的重要準繩，並要求國家機關必須盡到保護人民基本權利之義務，使人民之權利免於遭受公權力或第三人之侵害。<sup>137</sup>

有學者統整我國大法官對於財產權之解釋，並認為大法官對於財產權的理解有主觀與客觀兩個面向，前者包括就可歸屬的財產利益自由使用收益處分與就所有利益與他人自由交易的整體營業活動自由。後者則超越人民得主張的權利範圍，另外課與國家形成合理的財產權制度，保護財產權不受他人侵害，以及保護行之已久的財產制度的義務。其共同精神是透過財產權與財產制度確保人民的人格發展自由與人性尊嚴。<sup>138</sup>

學者並認為，不應將任何形成財產權的規範當成既有財產權之限制，只有在財產權的設計違背憲法最低要求時，大法官才應介入作違憲審查。其指出的憲法最低要求，包括兩點，分別是人民獲取和運用財產利益行為之最大自治空間的維護，與國家建構基本規範的可預見性，也就是體系性與一致性，大法官僅需確認自治規範之間的一致性與體系性是否已經大到不可容忍的程度。<sup>139</sup>

而本文在此將上述討論整理成兩個問題：(1) 在財產權的客觀面向上，著作權是

<sup>137</sup> 李建良(1999)，〈基本權利理論體系之構成及其思考層次〉，《憲法理論與實踐(一)》，頁 62-74，台北：學林。

<sup>138</sup> 蘇永欽(2010)，〈民事財產規範的違憲審查—第 671 號解釋的審查方法〉，《法令月刊》，61 卷 6 期，頁 10。

<sup>139</sup> 蘇永欽，前揭註 138，頁 11-13。

否屬於財產權核心，而為憲法上財產權所包含，即憲法不容許立法剝奪或缺少此一制度？(2) 財產權的主觀面向上，立法對於著作權制度設計是否會限制財產權到達違憲的程度，抑或仍在立法就財產權設計的裁量範圍內？

針對此兩問題，本文經過如下分析思考後，認為著作權在客觀面向上非屬憲法上財產權核心範圍，而在主觀面向上對於財產權具有限制的意義，至於是否屬於超越憲法所能容忍程度的限制，則須視著作權的內容設計而定：

### (1) 著作權在客觀面向上不屬於財產權的核心範疇。

著作權在歷史發展中並非從財產權而來外，而是在皇室檢查言論市場的慾望下誕生。此外，本文從歷史經驗中一直強調的一個重要概念，即從英國的 *Millar* 案或是美國的 *Wheaton v. Peters* 案，都早就確立著作權為實定法創造之權利(right)，且為其後世所遵從。然財產權為自然權，先法律而存在，則著作權此一性質已與財產權背道而馳，不能認為著作權屬於財產權制度性保障的核心內容。

除了歷史觀察外，著作權的權利(right)內容及範圍是由法律或立法者所創設，如果把現行著作權法律整個拿掉，會留下什麼權利內容是吾人認為不可剝奪的？如果從現在開始著作權不再受保護了，在大家的權利意識中是可以接受的嗎？而不能接受的，是具體的權利內容，還是僅為沒有鼓勵創新的法律存在？現行法上所存在的保護期間限制過後，<sup>140</sup>是否已等同著作權完全剝奪？這些問題恐怕無法有確定的答案，而見仁見智。然而舉凡著作權的類型、保護時間和保護型態，都因各國立法而有不同，所能確定的，只是「鼓勵創新及文化」這樣的目標應該要透過保護著作權來達成，所以不可剝奪，說穿了，是否只是一個鼓勵創新的「公共政策」才是大家所有的共識呢？如果連著作權的核心內容都無法取得共識，又怎能說著作權是財產權的核心內容。因而，著作權無法成為財產權的核心。

---

<sup>140</sup> 著作權法第 30-35 條參照。

## (2) 著作權在主觀面向上成爲財產權的限制。

除了從歷史上觀察不出著作權與財產權的關聯外，兩者在性質上的上存在著不相容點。著作權之權利內容本質，除了「排他性」，更具有「獨占性」(專屬性)，<sup>141</sup>而相較於財產權之所有權，其保障著作權人獨占性的享有「全部」受著作權保障範圍的物的經濟利益，具有物權「通案化」的效果，此與財產權的性質並不相符，尤其與一物一權主義相衝突；尤有甚者，保障越多的著作權，將著作權範圍擴張的越大，其實是越限縮傳統財產所有權的範圍，但卻不如其他限制所有權的財產權(如抵押權、地上權等)需要得到所有權人的同意。我買了一張 CD。如依所有權之性質，應可以自由處分收益利用；然而因爲著作權的保障，讓「所有」CD 的所有權人不能拷貝營利。著作權構成財產權的限制應屬無疑，需要討論的問題是，此一限制是否能爲憲法所容忍？此一問題需個案認定，應納入著作權內容設計對於財產權是否造成過大的限制，與達成鼓勵創作目標間是否存在必要關聯等考量後方能判斷。

雖然從歷史看來，著作權與財產權不同源，但是後世的理論與發展逐漸將著作權視爲隸屬於財產權。著作權在一般法律層次上，的確可以基於無體財產亦具有經濟價值的理由，而使之成爲立法者所設計財產制度之一環。然而，此不代表在憲法層面上，立法者負有客觀義務去形塑著作權制度成爲財產權的一環，蓋兩者仍有性質上的差異。在財產權的主觀面向上，吾人不可忘記著作權對於財產權會造成限制，雖然大部分的著作權內容，都可能被認爲未造成財產權不可忍受的限制，但是仍應個案衡酌各種著作權制度設計，而不應直接認爲其爲合憲。

### (二) 源於一般人格權？

要成爲憲法上一般人格權所保障，而成爲第 22 條所納入的未列舉權，需該自由

<sup>141</sup> 吳嘉生〈1999〉，《智慧財產權之理論與應用》，頁 90，台北：五南。



或權利在實質上已具有基本權利之特徵，<sup>142</sup>且該自由與權利之行使不妨害社會秩序與公共利益。<sup>143</sup>而所謂具有基本權利之特徵，必須是該項權利具有普遍性及不可侵害性，而值得以憲法保障，而與國民主權、人性尊嚴及一般人格權之保障息息相關，並具備歷史正當性、普遍性、公共性等要件。<sup>144</sup>

關於著作權與著作人之人性尊嚴及人格息息相關、密不可分應可確定。關於公共性要件上，如果援引效用理論作為著作權保護理由，則應可認為促進文化進步符合公益，這也沒有問題。比較有疑問的，可能是普遍性要件，因並非所有國家都注重或保護著作權。又有關歷史正當性要件上，從英國 *Millar* 以降，到美國的 *Wheaton v. Peters* 都已確立著作權係實定法所創設之權利，且其前身如本文所介紹一開始是從抑制、控制言論之國家公權力(power)演化而來，並不能得出人權的歷史正當性。再者，由於著作權可以設有期間限制的，在期間屆滿後可以完全剝奪，故其是否具備不可侵害性則非無疑。何況保護著作權必然侵害言論自由與財產權，且是嚴重的侵害，是否能夠通過內在界線社會秩序和公共利益的寬鬆審查，<sup>145</sup>也很有疑問。

可以這樣說，著作權或許具備某些人權特徵，但並非具備全部；再者，吾人實無

<sup>142</sup> 李震山教授原在此處將德文譯為「基本權利品質」，本文以為使用「特徵」較能描述此處所欲表達之概念，故使用與李教授不同之文字來說明。

<sup>143</sup> 許志雄（1999），〈人權的「光」與「影」〉，《月旦法學雜誌》，44期，頁53；李震山（2005），〈憲法未列舉基本權保障之多元面貌—以憲法第22條為中心〉，《多元、寬容與人權保障—以憲法未列舉權之保障為中心》，頁39-53，台北：元照。

<sup>144</sup> 李震山，前揭註143，頁40。黃昭元〔2003〕，〈車速限制與行為自主權〉，《月旦法學教室》，5期，頁8-9。

<sup>145</sup> 關於此要件之討論，參見李震山，前揭註143，頁48-53。另外如黃越欽大法官於司法院釋字第514號解釋中不同意見書：「憲法第廿三條規定雖得以法律對此等基本權加以限制，但以防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要者為限，此時立法者之裁量權相當有限，只能針對上述事由之有無以及必要性之存在與否加以判斷。釋憲機關所審查者，在於立法權是否透過立法過程對人民基本權利之侵害。至於憲法第廿二條在學理上稱為「憲法授權」保護規定，意即人民之其他自由及權利內容繁多憲法不能一一列舉，除非其自由及權利妨害社會秩序公共利益者外，立法者得立法對之加以保護，此時立法者之裁量權較諸第廿三條情形為大，不但得決定是否立法並得決定在何種範圍內、何種要件下加以保護，釋憲機關所得審查者，即立法機關是否符合立法明確以及授權明確等原則，基本上釋憲機關應尊重立法裁量權，免貽干涉或指導立法之非議。」

必要讓所有具備部份基本權特徵者皆成爲憲法上一般人格權保障客體，蓋此將氾濫與癱瘓一般人格權作爲補遺列舉基本權之功能。

縱然認爲著作權非憲法上人格權所保障之範疇，也不代表著作權得不到其應有的保護。在此首先必須釐清的問題，就是「憲法上人格權」與「民法上人格權」的區分，如王澤鑑教授即有意識到此兩著差異，認爲憲法上人格權與私法上人格權同在維護人之尊嚴，然兩者功能不同，憲法上的人格權係一種基本權，得對抗國家權力的侵害，其客觀功能而言，國家負有形成私法上規範的義務，使保護人格權不受國家會第三人侵害，並於受侵害時，得有所救濟。<sup>146</sup>故如王澤鑑教授雖認爲著作人格權是人格權，但從其論述脈絡看來，係在討論民法第 195 條第 1 項「其他人格權」與第 184 條第 1 項前段「權利」之範圍時見解，是認爲著作人格權係屬於私法上人格權。<sup>147</sup>也有學者認爲著作人格權屬於民法第 18 條一般人格權以外的「特別人格權」，仍是在私法人格權的脈絡下討論。<sup>148</sup>可知，著作權既然可以納入私法人格權範疇，則侵害著作權應予財產或非財產上的損害賠償，於此著作權已然受到保障，是否還須提升到憲法位階要求國家負有義務制定著作權制度保障著作人，不能以爲理所當然，依照前文推論，著作權既尚欠缺部分基本權特徵，自非憲法人格權保障範疇，而且也無必要。

### (三) 源於藝術自由？

雖有學者主張著作權可被憲法上藝術自由所包含，但查著作權法第 3 條第 1 款：「著作：指屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作。」著作之定義包括藝術。而一定義顯示一吊詭事實：究竟是著作因藝術而受保障，還是藝術因著作受保障。而對照憲法第 166 條觀之，「藝術」與「文化」顯然爲兩不同的概念，藝

<sup>146</sup> 王澤鑑（2006），〈人格權保護的課題與展望（二）—憲法上人格權與私法上人格權—〉，《台灣本土法學雜誌》，81 期，頁 94-95。

<sup>147</sup> 王澤鑑（2009），《侵權行爲法》，頁 167-168、213，台北：自刊。

<sup>148</sup> 謝銘洋（1999），〈論人格權之經濟利益〉，《智慧財產權基本問題研究》，頁 40-41，台北：自刊。

術似乎無法完全包含著作。<sup>149</sup>而就算吾人認為藝術可以包含著作，且承認藝術自由在憲法上可以受到保護，但藝術自由的保護範圍是否大到可以要求立法者創造壟斷性權利給予藝術者？有學者即認為，藝術自由只能得出人民得以對抗國家侵害的防禦權，而無法得出請求國家提供藝術創作機會獲保障藝術創作者生活之受益權。<sup>150</sup>

猶有甚者，藝術自由包括著作權的見解所具有的問題，就是保障越多的著作權，其實是限制越多的藝術創作自由。著作權的保障使得藝術創作者在前人的技藝上要更加創新時，受到了阻礙，限制的藝術人創作的範圍(比如藝術者不能「改作」)。所以又是一個權利本質衝突的難題，著作權是否受到憲法藝術保障應受到質疑。又為什麼同樣是藝術創作，第一個藝術創作可以比其後的藝術受到獨占式的著作權利保護，這其中尚有藝術平等權的難題需要受到挑戰。無論如何，憲法上藝術自由是否能不顧本質上的衝突而包括著作權，是有疑問的。

#### (四) 源於言論自由？

關於通說幾乎一致性的認為憲法第 11 條的著作自由可以推出著作權的論點，本文有幾點回應。首先仍然是著作權本質與言論自由嚴重衝突的問題，著作權構成言論自由最忌諱的事前與內容限制已如前述，且為了鼓勵著作人的言論而去限制多數使用者言論是否具有說服力仍需要討論。當然，我國法制，不是完全不可能納入美國聯邦最高法院的思考，認為思想與表達二分原則可以調和兩者衝突，且著作權係言論自由的引擎，但仍須經過討論，這一點在第肆章時本文會更詳細的討論。

姑不論言論自由與著作權本質衝突，言論自由是否具有積極面向功能而人民能據

<sup>149</sup> 憲法第 166 條：「國家應獎勵科學之發明與創造，並保護有關歷史、文化、藝術之古蹟、古物。」

<sup>150</sup> 陳淑芳（2006），〈文化憲法〉，蘇永欽主編《部門憲法》，頁 614，台北：元照。

此要求國家制定相關制度保障是有疑義的；如陳愛娥教授認為憲法 22 條為防衛性自由權，憲法第 11 條亦同，給付請求權的承認通常會造成財政負擔，必須符合如給付請求權能像防衛權般明確、所造成財政負擔有限、且請求權的賦予對各該基本權時現有不可或缺的必要等條件時，始能例外承認之。<sup>151</sup> 本文亦以為，我國憲法第 11 條所保護的言論自由，應僅具有防禦權性質，保障人民不受國家侵犯，而僅在有限的情形下具有受益性質，使人民向國家請求保護言論之權利，如大法官解釋明白承認的言論自由國家保障義務者，應屬司法院釋字 364 號的接近使用傳播媒體權。其在解釋理由書中認為：「廣播電視之電波頻率為有限性之公共資源，為免被壟斷與獨佔，國家應制定法律，使主管機關對於開放電波頻率之規劃與分配，能依公平合理之原則審慎決定，藉此謀求廣播電視之均衡發展，民眾亦得有更多利用媒體之機會。」就上述大法官見解，可以為如下之分析，言論自由在避免公共資源被壟斷的情況下具有國家保護義務之性質。又言論自由縱可包括受益權，也僅應及於例如補助或公共領域維護的範圍，無論如何，都無法推導至包含要求立法者授予獨占排他權限來限制言論範圍，而與釋字 364 號解釋藉由國家之力量促成更多的言論之意旨相違背。所以，本文認為，憲法第 11 條無法成為著作權之基礎。

##### (五) 國際條約對於著作權的憲法意義

經濟、社會和文化權利國際公約已為立法院三讀通過，且依公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法第 2 條規定：「兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力。」及第 4 條規定：「各級政府機關行使其職權，應符合兩公約有關人權保障之規定，避免侵害人權，保護人民不受他人侵害，並應積極促進各項人權之實現。」兩公約既然已經成為我國國內法，<sup>152</sup> 其中所提及

<sup>151</sup> 陳愛娥（2000），〈政府資訊公開法制的憲法基礎〉，《月旦法學雜誌》，62 期，頁 25-30。

<sup>152</sup> 依通說，一般基於尊重條約與國際法趨勢，認為不論條約成立先後，條約一旦經立法院審議通過，即具有優於國內法律之效力，採取「特別法優於普通法」之法理。參見吳庚（2007），行政法之理論與實用，10 版，頁 43-44，台北：廖福特，前揭註 127，頁 81。

的人權價值應視為我國所認同且予以維護。但是即使從經濟、社會和文化權利國際公約第 15 條規定之文字看來，<sup>153</sup>無法推出該公約認為著作權制度為不可或缺。蓋該條第 1 項第 c 款沒有說明對創作者「享受保護的利益」必然需係排他獨占權；而第 2 項要求國家應行「保存、發展和傳播科學和文化所必需的步驟」，著作權是否為必需步驟則仍有討論空間；最後第 3 項係要求國家不可侵犯「創造性活動所不可缺少的自由。」較似防禦權性質之強調，並非要求著作權保護。

此外，世界人權宣言第 27 條第 2 項的文字亦未明定創作者對其作品的精神利益「有享受保護的權利」即必指著作權。公民及政治權利國際盟約甚至根本欠缺如上述公約之文字規定。

至於 WTO 中 TRIPS 的部份，觀其前言，除了避免貿易障礙，尚包括促進有效與充足的智慧財產權保護需求的考量。<sup>154</sup>我國既為 WTO 會員國，即有義務遵守相關條文制定著作權法符合該法最低保護要求，在簽署 TRIPS 的同時，應可認為我國已認同著作權應受保護係一重要的國家理念。

然而條約或國際協定本身縱成為國內法，但是否可以成為憲法基本權的直接權源基礎，是有疑義而需進一步探討。從本文在第貳章中所整理相關之大法官解釋關之，條約本身應不能直接用作成為基本權的直接憲法基礎，而在輔助大法官解釋相關憲法條文，為大法官的解釋方法之一。就此，張文貞教授也承認，目前立法或大法官解釋，還無法使得具有國內法位階的國際人權條約成為準憲法地位，尚

---

<sup>153</sup> 經濟、社會和文化權利國際公約第 15 條規定：「本公約締約各國承認人人有權：一、……(C) 對其本人的任何科學、文學或藝術作品所產生的精神上 and 物質上的利益，享受被保護之利。二、本公約締約各國為充分實現這一權利而採取的步驟應包括為保存、發展和傳播科學和文化所必需的步驟。三、本公約締約各國承擔尊重進行科學研究和創造性活動所不可缺少的自由。」

<sup>154</sup> “*Desiring to reduce distortions and impediments to international trade, and taking into account the need to promote effective and adequate protection of intellectual property rights, and to ensure that measures and procedures to enforce intellectual property rights do not themselves become barriers to legitimate trade.*”

需透過大法官未來解釋方能促成。<sup>155</sup>李震山教授亦認為，國際人權規範作為普世價值之基本權利保障規定，需透過憲法第 22 條進入國內基本權保障體系，始能產生憲法化效果。<sup>156</sup>

國際條約雖不能成為著作權憲法根源的直接基礎，但是可以顯現國際與我國對於著作權政策的重視，故吾人應該也必須在憲法上為著作權找到一個憲法的直接基礎，方能符合此一國際潮流與我國對於著作權政策重視的共識。

## 二、 本文看法—憲法第 166 條、167 條與第 23 條作為著作權的

### 憲法定位

一般論述著作權、專利權及商標權皆為智慧財產權統，而認為其受憲法保障，惟三者本質及權利內容不同，能否成為憲法上所保障的權利原因也不同。商標權如果解釋成係為了保障公平的競爭秩序的一環，<sup>157</sup>再加上法人姓名權的加持，<sup>158</sup>而得以受到憲法的保護。至於專利權雖然被司法院釋字 213 號解釋提及，但大法官也從未正面表示專利權為憲法所保障權利，或許配合憲法基本國策第 166 條：「國家應獎勵科學之發明與創造」，方能確立其憲法權源。

至於著作權部分，首先必須要強調的，本文無意折損著作權的任何價值，相反的，強調文化創新必須要持續鼓勵，整個社會才能持續進步；但一個政策或價值重要與是否可以成為憲法上的基本權利，是兩個不同的問題。法律上重要的政策與憲法基本權利的討論實益，除了在於面臨著作權限制基本權利時，應運用憲法第

<sup>155</sup> 張文貞〔2009〕，〈憲法與國際人權法的匯流—兼論我國大法官解釋之實踐〉，廖福特主編《憲法解釋之理論與實務第六輯(上冊)》，頁 252-253，台北：中研院法研所籌備處。

<sup>156</sup> 李震山，前揭註 143，頁 61-63。

<sup>157</sup> 司法院釋字第 594 號解釋參照。

<sup>158</sup> 司法院釋字第 399 號解釋文：「姓名權為人格權之一種，人之姓名為其人格之表現，故如何命名為人民之自由，應為憲法第二十二條所保障。」

23 條或基本權利衝突理論<sup>159</sup>的差別，在於探討著作權究竟是否具有憲法上基本人權的意涵。

著作權如本文上述之分析，雖然在法律上可能為財產權或人格權所包括，但在憲法上並無直接的人權基礎可予以對應，而著作權在我國憲法規定可提供為著作權之憲法定位者，可能是基本國策的相關規定與憲法第 23 條。憲法第 165 條：「國家應保障教育、科學、藝術工作者之生活，並依國民經濟之進展，隨時提高其待遇。」第 166 條：「國家應獎勵科學之發明與創造，並保護有關歷史、文化、藝術之古蹟、古物。」第 167 條：「國家對於左列事業或個人，予以獎勵或補助：一 國內私人經營之教育事業成績優良者。二 僑居國外國民之教育事業成績優良者。三 於學術或技術有發明者。四 從事教育久於其職而成績優良者。」。細部觀察第 165 條，國家應保障科學或藝術工作者的生活的義務賦予，僅是一種「最低生活條件」的保障，接近工作權受益權概念的要求，<sup>160</sup>可配合現行第 15 條保障工作權加以理解，<sup>161</sup>不能能擴張其範圍至要求立法制定整個作權制度。至於第 166 條要求國家獎勵「科學之發明與創造」，保護有關歷史、文化、藝術之「古蹟、古物」，後段關於文化的鼓勵又限於古蹟及古物，仍是不及於著作「壟斷獨占權」。所以能夠成為解釋著作權憲法定位的，是憲法第 166 條前段<sup>162</sup>與 167 條，即對於「學術發明」之個人或企業與「科學之創造」，國家可以「獎勵」，著作權制度即可視為科學創造與學術獎勵制度之一種。然而，學術發明或科學之創造可能無法完全涵蓋現行著作範圍(如音樂)，而於特定著作無法被此兩條所涵蓋時，其憲法定位應係透過憲法第 23 條的「增進公共利益所必要者」補充。即使

<sup>159</sup> 基本權衝突理論，請參見如李建良(2002)，〈論基本權的位階次序與司法審查標準〉，劉孔中、陳新民主編《憲法解釋之理論與實務(第三輯上冊)》，頁 129-191，台北：中央研究院中山人文社會科學研究所；李惠宗(2004)，《憲法要義》，2 版，頁 111-112，台北：元照；；李震山〔2000〕，〈論資訊自決權〉，《人性尊嚴與人權保障》，頁 304-306，台北：元照。

<sup>160</sup> 關於工作權有無受益權性質，其實仍有爭執，見李惠宗，前揭註 159，頁 214-215；吳庚，前揭註 131，頁 274-278。

<sup>161</sup> 憲法第 15 條：「人民之生存權、工作權及財產權，應予保障。」

<sup>162</sup> 此處本文係將「科學」當廣義解讀，包括人文科學在內。

可以從基本國策與憲法第 23 條找到著作權應有之定位，仍有幾點需要注意：

1. 不採各基本人權作為著作權憲法基礎的理由主要可歸納為三：其一為從歷史觀察下來，著作權與任何一種基本權並無關聯，著作權並非基於任一種基本權而生，而是從皇室特許出版審查制度而來；其二，著作權與財產權、一般人格權、言論自由或藝術自由等都存在著本質衝突，保障著作權的同時也在過度的限制這些基本權，故必要性上亦難以推出；其三，著作權性質上為實定法性質的權利，與先法律而存在的其他習慣法性質的基本權利亦不相同，無法將視為著作權包含在人權之內。是故如要從憲法中判斷著作權之定位，基本國策相關規定與憲法第 23 條或許可提供合適的方向。
2. 第 167 條未明文國家係「得」或「應」獎勵學術發明者，由於此一條文係基本國策，而通說多認為基本國策僅為方針條款，再配合美國憲法所採取的效用理論理解，本條可以理解為，國家在認為可以促進學術進步時，「得」以相關手段獎勵之，如制定著作權制度，而並非一義務必需獎勵學術發明。第 166 條雖有明文國家「應」獎勵人文科學創造，但未限制國家如何獎勵，所以國家可以使用的手段，應係在可以促進人文科學進步的情況下，由立法衡酌裁量之。
3. 既然我國憲法並未如美國直接在憲法中明文規定採取獨占排他的著作權做為鼓勵學術或科學創造的手段，則著作權並非必要不可或缺之制度，其做為基本國策完成之手段，國家具有裁量如何達成此一重要國策之空間。又著作權之創設如果已經違背第 166 與第 167 條之意旨，則須視在具體情況中是否有違憲之虞。
4. 第 167 條所列者為「學術」發明，則現行著作權許多保護客體，如音樂不包



括在內而會受到授權限制；又第 166 條為「科學」創造，則其範圍比憲法 167 條來的廣，所以可知大部分著作權保護客體應從第 166 條所導出。而此兩條配合解讀，可知學術之相關發明比其他發明在我國憲法上似乎具有更重要的價值，所以憲法在科學發明外獨立一條文予以強調。但即使是第 166 條的「科學」創造，仍有可能無法完全涵蓋著作權的著作客體，此時應將該客體定位在憲法第 23 條的「增進公共利益所必要者」，來處理其與其他基本權之間的關係。

5. 國際條約或協定之地位，在此可理解為實現基本國策手段的參考，而具體根據相關著作權條約與協定制定我國立法，作為鼓勵科學與學術創造之手段。在這樣的理解下，國際條約本身雖不能做為著作權憲法的直接基礎，但卻可作為輔助解釋憲法基本國策內容之工具，也符合我國大法官在相關解釋中所採取之一貫方法。
6. 既然著作權在憲法上定位於基本國策與第 23 條，則其中基本國策的部份，前文已分析相關大法官解釋，基本國策作為立法制度背後的支持理由，吾人應予以重視，惟基本國策不當然使某一限制基本權的立法合憲，當該立法已限制到其他基本權時，仍須符合比例原則。而憲法第 23 條的部份，著作權作為公共利益的一部份，仍必須審查其對於其他基本權利之限制是否必要，亦涉及比例原則之運用。換而言之，我國現行著作權法，其中關於言論自由、財產權等部分的限制，並不當然合憲，應以比例原則審酌利益衡量。
7. 最後，採取基本國策與第 23 條作為著作權之憲法定位與前述財產權、一般人格權或言論自由等人權為基礎的最大實益，除了本質與文字較為相符外，可以避免違憲審查時因為特定人權導出著作權所產生的盲點，如若認為著作權憲法基礎為財產權，則會當然認為著作權從財產權導出，而忽略著作權也會

限制到財產權，且可能逾越比例原則的限制。從基本國策與憲法第 23 條出發可使著作權在與其它基本權利衝突的憲法界線上之檢視，透過比例原則而更客觀與清楚，而更重要的，是顯示著作權並非人權種類之一，而係作為國家政策的意涵。

## 第八節 本章小結

總結而言，透過本章的分析可發現，我國宋代出現的零星史料，並非著作權概念之源頭，而僅是帝王控制言論傳播的表徵，直到清朝我國與美國簽約，才有制定著作權法的壓力。由此可見，我國著作權概念自西方而來，則西方著作權的歷史經驗，應同樣適用於我國現今的著作權法。依照外國著作權歷史觀之，著作權最早是被皇室用來箝制言論市場，且被出版商用作限制競爭的工具。其本質是來自於法律所賦予的壟斷言論市場的公權力(power)，目的是在管制書籍市場。而後民主國家雛形出現後，對著作權作出了限制與調整。所以可以說，著作權的承認，一定要有條件限制，否則會回到類似以往保護不受限制之出版商公權力(power)。這裡的限制，主要指權利的主體必須是「作者」享有，與權利存續「期間」必須有限制，且權利範圍也要注意，如此才能確保著作權是為達成鼓勵創作的目的而生。若解除這些限制，會讓著作權回覆到歷史上剛發生時的情況，即出版商無限期的壟斷，而予以國家介入的空間，產生箝制與壓抑言論的效果。

追溯著作權的歷史後，再重新檢視我國學者所提出的著作權憲法保護基礎。本文以為，基於透過歷史觀察，著作權並非由任何一種基本權利衍生而來，而是誕生於皇室的檢查言論市場系統，故著作權不能認為被憲法中的基本權利所涵蓋。性質上，著作權本質也與財產權、人格權、言論自由與藝術自由等基本權利產生矛盾，且著作權為實定法性質的權利，並非如其他人權先法律而存在。所以無法認為著作權可從基本權利的相關規定中找到憲法基礎。

著作權作為鼓勵創作的政策，其在憲法中可能適合的定位，屬基本國策第 166、167 條與憲法第 23 條。由於第 166 與第 167 條的範圍可能無法完全涵蓋現行所承認的著作客體，故由第 23 條的公共利益做為補充。而定位在此三條的意義，除了文字與性質較為相符者外，更在顯示著作權並非人權之一種，而係作為國家政策一環。著作權對於其他基本權利造成限制時，應循比例原則檢查著作權的制度設計是否逾越國家鼓勵創作的政策目標。

了解了著作權的歷史來源與憲法定位後，現行著作權法與制度設計對於基本權利之限制是否符合比例，則在下一章中作探討。





## 第肆章 著作權法在真實空間擴張所生之問題

在前兩章中，本文探尋著作權的歷史根源，得知著作權發源自政府作為箝制言論與限制競爭的工具，為避免回到著作權法產生之前的狀況，因而必須遵守「主體」與「期限」等限制；而著作權在我國憲法的定位，經過分析之後，本文認為應係憲法第 166 與第 167 條的基本國策與憲法第 23 條的公共利益，則限制到其他基本權時，須符合比例原則。而我國現行著作權法關於真實空間的相關著作權規則，是否符合前述的歷史與憲法界線，則係本章分析的重點。

### 第一節 我國著作權法沿革綜覽

以下所介紹的著作權法沿革，並非一般性的鳥瞰著作權法演進，而是著重於歷來著作權法在(1) 制度面、(2) 保護期間、(3) 保護範圍與(4) 保護客體所發生的變化，以方便評析與觀察著作權法歷來的擴張情形。

我國憲法係於民國 36 年 1 月 1 日公布，在憲法公布施行之前，已存有許多法律規定，著作權法亦為其中之一。雖然本文以下重點在觀察著作權法的演變是否超越憲法界線，但是觀察點則從憲法公布施行前已施行多年的著作權法開始，以能窺其全貌。

我國第一部著作權法的雛形，是前清宣統 2 年的「大清著作權律」，其後著作權法大抵是根據該法修正調整。這部著作權律的特色，簡單而言，(1) 著作權採取註冊主義；(2) 保護期間存續至著作人終生並及於其死後 30 年；(3) 保護範圍及於著作人格權(同一性保持權與姓名表示權)與編輯權；(4) 受保護的客體僅限文

藝、圖畫、帖本、照片、雕刻、模型等六種。<sup>1</sup>民國 4 年北洋政府雖有著作權法，但未施行。

進入民國以後，17 年 5 月 14 日頒布第一部國民政府著作權法，也就是現行我國著作權法的真正前身，與大清著作權律相較之下，(1) 續採註冊主義，第 2 條更有註冊審查制度(教科書未經大學院審查前，不予註冊)；(2) 保護期間及於著作人終身，並得於著作人亡故後，由承繼人繼續享有三十年(第 4 條)，惟翻譯著作依第 20 條僅保護自最初發行之日起 20 年，照片則依第 9 條享有 10 年保護期間；(3) 著作權保護範圍則與大清著作權律相同，及於重製權、著作人格權(同一性保持權與姓名表示權)與編輯權(第 23-26 條)；(4) 著作權客體兼採列舉與概括體例，列舉部份主要為書籍論著及說部、樂譜劇本、圖畫字帖、照片雕刻模型；概括則係「其他關於文藝、學術或美術之著作物」(第一條)；講義演述雖經他人筆述或由官署學校印刷，其著作權仍歸講演人享有(第 18 條)。<sup>2</sup>

民國 33 年 4 月 27 日著作權法第 1 次修正，<sup>3</sup> (1) 增定內政部對於「依法令應受審查」之著作物，在未經法定機關審查前，不予註冊之規定，從嚴審查著作權之註冊，不僅限於教科書之審查(第 2 條)。(4)著作權保護客體則刪除概括條款，改採列舉制，保括文字之著譯、美術之製作、樂譜劇本、發音片、照片或電影片(第 1 條)。

民國 38 年 1 月 13 日著作權法經小幅度修正，未及於上述四種著作權範圍的變化。<sup>4</sup>

<sup>1</sup> 蕭雄淋 (2007)，《著作權法論》，5 版，頁 11-13，台北：五南；羅明通 (2009)，《著作權法論 (I)》，7 版，頁 49-50，台北：台英商務法律。

<sup>2</sup> 引自立法院法律系統網站。<http://lis.ly.gov.tw/lghhtml/lawstat/version2/01176/0117617051400.htm>〔最後瀏覽日：2010/08/11〕。

<sup>3</sup> 立法院法律系統網站。<http://lis.ly.gov.tw/lghhtml/lawstat/version2/01176/0117633033100.htm>〔最後瀏覽日：2010/08/11〕。

<sup>4</sup> <http://lis.ly.gov.tw/lghhtml/lawstat/version2/01176/0117637123100.htm>

民國 53 年 7 月 10 日第三次修正，<sup>5</sup>主要在於(3) 著作權保護範圍方面，就樂譜劇本、發音片或電影片有著作權者，增加專有「公開演奏」或「上演」之權(第 1 條)；另外也增加了「製版權」之保護，第 22 條規定：「無著作權或著作權年限已滿之著作物，經製版人整理排印出版繼續發行並依法註冊者，由製版人享有製版權十年；其出版物，非製版所有人，不得照像翻印。」

民國 74 年 7 月 10 日修正整部著作權法，著作權產生大幅度的變化。<sup>6</sup> (1) 制度上，由著作權強制註冊主義改成註冊任意制(第 6 條)，著作權發生不以註冊為必要，註冊後的差別在於有關機關可以依第 35 條扣押侵害物。(2) 保護期間則統一延長，為能調整舊法下各著作權保護期間一致與仿效各國著作權期間，除文字著述之翻譯、語言著作以文字翻譯、編輯、電影、錄音、錄影、攝影及電腦程式著作，其著作權期間為 30 年外(第 12、13 條)；其餘著作之保護期間為終身享有(第 8 條)，經轉讓或繼承者，由受讓人或繼承人自受讓或繼承之日起，繼續享有 30 年(第 14 條)；除此之外，製版權享有 10 年保護期間，電影製版權則為 4 年(第 24 條)。(3) 著作權保護範圍則大幅擴充，除舊法本有之重製權、製版權與編輯權及著作人格權外(第 25-27 條)，增加如翻譯權、出租權、改作權、公開口述權、公開播送權、公開上映權、公開演奏權、公開展示權(第 4 條)，並且演講、演奏、演藝或舞蹈，非經著作權人或著作有關之權利人同意，他人不得筆錄、錄音、錄影或攝影(第 18 條)。(4) 著作權保護客體也同樣擴張，主要是納入了錄影錄音科技與音樂的著作客體，包括文字著述、語言著述、文字著述之翻譯、語言著述之翻譯、編輯著述、美術著作、圖形著作、音樂著作、電影著作、錄音著作、錄影著作、攝影著作、演講、演奏、演藝、舞蹈著作、電腦程式著作、地圖著作、科

<sup>5</sup> 立法院公報 53 卷 33 期號 14 冊 94~95 頁，立法院法律系統網站。  
<http://lis.ly.gov.tw/lghhtml/lawstat/version2/01176/0117653063000.htm> [最後瀏覽日：2010/08/11]。

<sup>6</sup> 立法院公報 74 卷 52 期 1850 號 6~16 頁，立法院法律系統網站。  
<http://lis.ly.gov.tw/lghhtml/lawstat/version2/01176/0117674062800.htm> [最後瀏覽日：2010/08/11]。

技或工程設計圖形著作，另外還保護所謂「其他著作」(第 4 條)。

到了民國 79 年 1 月 24 日，受到美方貿易報復之壓力，著作權法再度作出修正，如第一次銷售原則與回溯條款等，惟其中所涉及本文討論範圍者只有著作權保護範圍一項：<sup>7</sup> (3) 公開上映定義中之現場或現場以外一定場所，指電影院、俱樂部、錄影帶或碟影片播映場所、旅館房間、供公眾使用之交通工具或其他供不特定人進出之場所(第 3 條第 2 項)。

民國 81 年 6 月 10 日公布，立法對整部著作權法作出調整：<sup>8</sup> (1) 增加推定著作人制度(第 10 條)，並將自願註冊制度改為自願登記制度，取消著作權註冊執照，改發著作權登記簿謄本(第 3 章第 4 節)。(2) 著作權保護期間增加，為履行「中美著作權保護協定」與符合柏恩公約等國際潮流，著作財產權存續於著作人生存期間及其死亡後五十年(第 30 條以下)，攝影、視聽、錄音及電腦程式著作之著作財產權存續至著作公開發表後五十年(第 34 條)。著作人格權縱使著作人死亡或消滅者，仍視同生存或存續，任何人不得侵害(第 18 條)，等同不設期間限制。(3) 著作權保護範圍，則明確在本法第 3 章第 2 節與第 3 節區分著作人格權與著作財產權，著作人格權包括公開發表權、姓名表示權與同一性保持權(第 15-17 條)，主要增加公開發表權；著作財產權包含重製權、出租權、改作權、公開口述權、公開播送權、公開上映權、公開演出權、公開展示權(第 22-29 條)，其中改作權定義與舊法不同，較為廣義，其他則與舊法相同。製版權並有單獨一章規定(第 4 章)。另外，相較於舊法亦對於著作人之繼受人與繼承人要求不得侵犯著作人格權，新法反規定著作人之家屬對於著作人格權之侵害得提起救濟(第 86 條)。(4) 著作權標的包括語文著作、音樂著作、戲劇、舞蹈著作、美術著作、攝

<sup>7</sup>立法院公報 79 卷 4 期 2324 號 10~13 頁，立法院法律系統網站。

<http://lis.ly.gov.tw/lghhtml/lawstat/version2/01176/0117679011100.htm>〔最後瀏覽日：2010/08/11〕。

<sup>8</sup>立法院公報 81 卷 42 期 2570 號 39~52 頁，立法院法律系統網站。

<http://lis.ly.gov.tw/lghhtml/lawstat/version2/01176/0117681052200.htm>〔最後瀏覽日：2010/08/11〕。



影著作、圖形著作、視聽著作、錄音著作、建築著作、電腦程式著作，並規定各著作例示內容，由主管機關(內政部)定之(第 5 條)，此外，尚有就原著作改作之創作之衍生著作(第 6 條)與就資料之選擇及編排具有創作性之編輯著作(第 7 條)，大抵上和舊法並無不同，主要是多了衍生著作範圍係以「改作」為邊，而改作依本法指以翻譯、編曲、改寫、拍攝影片或其他方法就原著作另為創作(第 3 條)，此似乎致著作客體較舊法為大。

接下來民國 81 年 7 月 6 日與 82 年的修法，皆僅針對個別條文，並未涉及本文所討論的四個項目。

民國 87 年 1 月 21 日，為能加入世界貿易組織(WTO)，須遵守「與貿易有關之智慧財產權協定」(TRIPS)，且依該協定第 9 條，會員國須遵守伯恩公約第 1 條至第 21 條之規定，故我國對於著作權法大幅修正：<sup>9</sup> (1) 廢止著作權登記制度，避免實務上行政機關多不實質審查著作權有無，而使著作權人藉此制度減輕其舉證責任。(3) 擴大公開播送的定義，除原指基於公眾接收訊息為目的，以有線電、無線電或其他器材，藉聲音或影像向公眾傳達著作內容外，由原播送人以外之人，以有線電或無線電將原播送之聲音或影像向公眾傳達者，亦屬之(第 3 條第 1 項第 7 款)。擴大公開演出之定義，除原指以演技、舞蹈、歌唱、彈奏樂器或其他方法向現場之公眾傳達著作內容外，以擴音器或其他器材，將原播送之聲音或影像向公眾傳達者，亦屬之(第 3 條第 1 項第 9 款)。增加「表演人之權利保護」，指表演人對既有著作之表演，以獨立之著作保護之(第 7 條)，其著作財產權存續至著作公開發表後五十年(第 34 條)。最後，新法限縮同一性保持權的適用範圍，指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，需「致損害其名譽」方能主張其權利(第 17 條)。

---

<sup>9</sup> 立法院公報 87 卷 1 期 2950 號上冊 246~259 頁，立法院法律系統網站。  
<http://lis.ly.gov.tw/lghtml/lawstat/version2/01176/0117686123000.htm> [最後瀏覽日：2010/08/11]。

民國 90 年 11 月 12 日的著作權法，為配合加入 WTO 與行政程序法實施，修正部份條文：<sup>10</sup> (1) 著作權法之主管機關由內政部改為經濟部(第 2 條)。(2) 攝影、視聽、錄音及表演之著作財產權存續至著作公開發表後 50 年，較舊法時代延長其保護期間(第 34 條)。

民國 92 年 7 月 9 日，為能對於美國要求有所回應，與配合世界智慧財產權組織(WIPO)通過的「世界智慧財產權組織著作權條約」(WCT)與「世界智慧財產權組織表演及錄音物條約」(WPPT)等兩項國際公約，作出部分修法：<sup>11</sup> (1) 針對權利管理電子資訊之保護(第 80-1 條)，指於著作原件或其重製物，或於著作向公眾傳達時，所表示足以確認著作、著作名稱、著作人、著作財產權人或其授權之人及利用期間或條件之相關電子資訊；以數字、符號表示此類資訊者，亦屬之(第 3 條第 1 項第 17 款)。(3) 擴大重製權的打擊範圍，重製依新法指以印刷、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(第 3 條第 1 項第 5 款)，其限制則為於專為網路中繼性傳輸，或使用合法著作，屬技術操作過程中必要之過渡性、附帶性而不具獨立經濟意義之暫時性重製，不屬於重製權侵害，但電腦程式不在上述例外適用範圍；而網路中繼性傳輸之暫時性重製情形，包括網路瀏覽、快速存取或其他為達成傳輸功能之電腦或機械本身技術上所不可避免之現象(第 22 條第 3、4 項)。新法並配合國際條約增加著作人與表演人之「公開傳輸權」，指指以有線電、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(第 3 條第 1 項第 10 款、第 26-1 條)；「散佈權」，指專有以移轉所有權之方式，散佈其著作之權利(第 28-1 條)；錄音著作享有「公開演

<sup>10</sup> 立法院公報 90 卷 51 期 3185 號中冊 743~744，立法院法律系統網站。  
<http://lis.ly.gov.tw/lghhtml/lawstat/version2/01176/0117690102500.htm>〔最後瀏覽日：2010/08/11〕。

<sup>11</sup> 立法院公報 92 卷 34 期 3308 號二冊 168~171 頁，立法院法律系統網站。  
<http://lis.ly.gov.tw/lghhtml/lawstat/version2/01176/0117692060600.htm>〔最後瀏覽日：2010/08/11〕。

出報酬請求權」(第 26 條第 3、4 項)；表演人並增加出租權(第 29 條第 2 項)，且表演人之定義擴大為對既有著作或「民俗創作」之表演者(第 7-1 條)。最後，相較於舊法以「直接營利之使用」作為要件，新法規定明知係侵害電腦程式著作財產權之重製物而作為「營業之使用」者，即視為著作權侵害(第 87 條第五款)。

民國 93 年 9 月 1 日，持續受到「世界智慧財產權組織著作權條約」(WCT)與「世界智慧財產權組織表演及錄音物條約」(WPPT)兩公約之影響，著作權法修正：<sup>12</sup> (1) 增訂著作人防盜拷措施之保護(第 80-2 條)，指著作權人所採取有效禁止或限制他人擅自進入或利用著作之設備、器材、零件、技術或其他科技方法(第 3 條第 1 項第 18 款)。(3) 重製權網路中繼性傳輸例外之限縮，需專為網路「合法」中繼性傳輸，或合法使用著作，屬技術操作過程中必要之過渡性、附帶性而不具獨立經濟意義之暫時性重製(第 22 條第 3 項)，括網路瀏覽、快速存取或其他為達成傳輸功能之電腦或機械本身技術上所不可避免之現象(第 23 條第 4 項)。刪除錄音著作之著作人得與表演人共同請求支付使用報酬之規定。

民國 95 年 5 月 3 日著作權法配合刑法廢除常業犯一併作出修正。

民國 96 年 7 月 11 日，為因應網路業者提供技術供網友分享著作權檔案而予以管制，修正著作權法：<sup>13</sup> (3) 擬制著作權侵害態樣增加「未經著作財產權人同意或授權，意圖供公眾透過網路公開傳輸或重製他人著作，侵害著作財產權，對公眾提供可公開傳輸或重製著作之電腦程式或其他技術，而受有利益者」(第 87 條第 1 項第 7 款)。意圖之判斷立法更明定「採取廣告或其他積極措施，教唆、誘使、煽惑、說服公眾利用電腦程式或其他技術侵害著作財產權者」(第 87 條第 2 項)。

<sup>12</sup> 立法院公報 93 卷 37 期 3371 號上冊 204-205，立法院法律系統網站。  
<http://lis.ly.gov.tw/lghhtml/lawstat/version2/01176/0117693082400.htm>〔最後瀏覽日：2010/08/11〕。

<sup>13</sup> 立法院公報 96 卷 54 期 3577 號二冊 596-597 頁，立法院法律系統網站。  
<http://lis.ly.gov.tw/lghhtml/lawstat/version2/01176/0117696061400.htm>〔最後瀏覽日：2010/08/11〕。

民國 98 年 5 月 3 日著作權法增訂網路服務提供者之責任避風港條文：<sup>14</sup> (1) 第 3 條第 1 項第 19 款定義網路服務提供者，並於第 6-1 章規定其民事免責事由(第 90-4 至 90-12 條)。

最後是民國 99 年 2 月 10 日公佈兩次修正內容，分別是 99 年 1 月 15 日三讀通過的第 53 條修正與 99 年 1 月 12 日立法院通過的修正，兩次修法均與本文所觀察四個面向無關，故不贅述。

以上歷來著作權的修正與演變，其中較有實質變化與討論意義者，可以略整理成下表觀之(畫斜線者為沒有改變，代表與修法之前相同)：

表：我國著作權法四個觀察面向下的歷來演進

公布時間(民國)	著作權制度與科技因應	著作權保護期間	著作權保護範圍	著作權保護客體
17 年 5 月 14 日	註冊主義與註冊審查制度	(1) 著作人終身享有，並得於著作人亡故後，由承繼人繼續享有 30 年 (2) 翻譯著作保護 20 年，照片享有 10 年保護期間	「重製權」、「著作人格權」(同一性保持權與姓名表示權)與「編輯權」	書籍論著及說部、樂譜劇本、圖畫字帖、照片雕刻模型與「其他關於文藝、學術或美術之著作物」
33 年 4 月 27 日	從嚴審查著作權之註冊	/	/	文字之翻譯、發音片、電影

<sup>14</sup> 立法院公報 98 卷 22 期 3708 號 130~131 頁，立法院法律系統網站。  
<http://lis.ly.gov.tw/lghhtml/lawstat/version2/01176/0117698042100.htm> [最後瀏覽日：2010/08/11]。

				片，刪除概括條款
53年7月10日			「製版權」；樂譜劇本、發音片或電影片專有「公開演奏」或「上演」之權	
74年7月10日	註冊任意制	<p>(1) 終身享有，由受讓人或繼承人自受讓或繼承之日起，繼續享有30年</p> <p>(2) 文字著述之翻譯、語言著作以文字翻譯、編輯、電影、錄音、錄影、攝影及電腦程式著作，其著作權期間為30年</p> <p>(3) 製版權享有10年保護期間，電影製版權則為4年</p>	翻譯權、出租權、改作權、公開口述權、公開播送權、公開上映權、公開演奏權、公開展示權	編輯著述、音樂著作、電影著作、錄音著作、錄影著作、攝影著作、演講、演奏、演藝、舞蹈著作、電腦程式著作、地圖著作、科技或工程設計圖形著作，另外還保護所謂「其他著作」
81年6月10日	增加推定著作人制度，並將	(1) 著作財產權：著作人	著作人格權增加公開發表	各著作例示內容，由主管機

	自願註冊制度 改為自願登記 制度	生存期間 及其死亡 後 50 年  (2) 著作人格 權:無期間 限制	權,且著作人 之家屬對於著 作人格權之侵 害得提起救 濟;改作權定 義擴張	關(內政部)定 之;增加衍生 著作,其範圍 係以「改作」 為邊,而改作 依本法指以翻 譯、編曲、改 寫、拍攝影片 或其他方法就 原著作另為創 作
87 年 1 月 21 日	廢止著作權登 記制度	表演人之著作 財產權持續 至著作公開發 表後 50 年	擴大公開播送 與公開演出的 定義;新增表 演人之權利保 護;限縮同一 性保持權,需 「致損害其名 譽」	
90 年 11 月 12 日	作權法之主管 機關由內政部 改為經濟部	攝影、視聽、 錄音及表演之 著作財產權存 續至著作公開發 表後 50 年		
92 年 7 月 9 日	新增權利管理 電子資訊之保 護		(1) 重製權擴 及「直接、 間接、永久 或暫時」之 重複製 作,路中繼 性傳輸之 暫時性重 製為其例 外 (2) 新增「公開 傳輸權」與 「散佈權」 (3) 錄音著作	

			享有「公開演出報酬請求權」 (4) 表演人擴大且增加出租權 (5) 明知係侵害電腦程式著作財產權之重製物而作為「營業之使用」者，即視為著作權侵害，不以直接營利為要件	
93年9月1日	新增著作人防盜拷措施之保護		重製權網路中繼性傳輸例外之線縮，需專為網路「合法」中繼性傳輸	
96年7月11日			管制網路業者提供分享軟體下載，具有侵權意圖者，視為著作權侵害	
98年5月3日	新增網路服務提供者之民事免責事由			

(圖表來源：作者自製)

## 第二節 著作權的歷史經驗與憲法定位

在上一章，本文檢視了著作權的發展歷史，發現著作權制度源自於皇室檢查言論

的公權力(power)，為改變其性質，因此有著作權法的誕生，轉換著作權保護主體，從出版商變為作者，且有期間限制，並將目的改為鼓勵創作。而本文從歷史角度觀察，也得出著作權法的另一目的，在有效限制宰制言論市場的獨占力量，防止其被國家或出版商使用來作為箝制言論或排除競爭的手段。所以著作權歷史給予吾人的經驗，在於檢視現行法是否使著作權回到不受限制的狀態，而有過度箝制言論、或不當排除競爭效果的危險。

而本文在分析我國學者所提出的著作權憲法基礎後，認為憲法基本國策第 166 及 167 與憲法第 23 條為著作權較適合的憲法定位。所以在檢視著作權是否合憲時，配合第 166、167 條與第 23 條，其判斷為立法使用著作權制度時，必須能達成鼓勵科學創造與學術發明的基本國策或是鼓勵創作的公共利益；而著作權制度本身若構成科學創造或其他創作的阻礙，則會構成違憲。且縱有基本國策與公共利益作為目的，倘著作權制度限制到基本權利時，依我國大法官歷來解釋態度，應以比例原則衡酌是否合憲。

### 第三節 現行著作權法擴張不符憲法界線

#### 一、 著作權作為基本國策與公共利益的實現，構成基本權的限制

##### (一) 著作權構成言論自由的內容與事前限制？

我國現行法下的著作權內容，主要在禁止他人重製、公開演出、公開傳輸、公開發表、改作等。簡單而言，對於享有著作權的著作物，其內容他人不得發表，即係對言論自由的一種限制。

關於言論自由的限制，依照美國的「雙軌理論」，分「針對言論自由的規制」與



「非針對言論自由的規制」，法院對於前者比後者審查標準要來的嚴格一點，其區分標準，學者有認為須視政府規制目的是否與「訊息傳播影響」(communicative impact)有關。<sup>15</sup>以雙軌理論為前提下，在「針對言論自由的規制」(content-based)部分，又有所謂雙階理論，區分高價值與低價值言論，予以不同程度的司法審查標準。<sup>16</sup>

此外，言論自由中最不能容忍的而會被推定為違憲的「事前限制」(prior restraint)，<sup>17</sup>正如美國聯邦最高法院在*Near v. Minnesota*<sup>18</sup>中所言，憲法的主要目的就在於防範言論(出版)的事前限制，該案並引述Blackstone的發言：

「出版自由的維護是一個自由國家的基本前提，而建立於沒有事前限制與刑事手段的出版審查制度之上。任何自由的人無疑的享有權利去表現其欲表現的感情給大眾，而禁止此一權利，即是破壞出版自由。」<sup>19</sup>

顯然的，最高法院在該案中並沒有提供事前限制明確的定義。我國學者多認為事前限制指在言論發表或出版前，政府以各種手段禁止或限制其發表或出版之一種限制。<sup>20</sup>

美國則有學者認為，所謂的事前限制會在兩種情形下出現：其一，當司法或行政人員獲得立法授權，可檢查特定表意人所欲表達的言論，而並非僅檢查已經表達的言論；其二，當言論在表達前就受到合憲之立法管制時，司法可以執行或解除該言論管制，或行政部門可以做出最後違法的認定，此時也會構成事前限制。簡

<sup>15</sup> 林子儀〔2002〕，《言論自由與新聞自由》，頁154-157，台北：元照。

<sup>16</sup> 林子儀，前揭註15，頁158-160。

<sup>17</sup> *New York Times Co. v. Sullivan*, 403 U.S. 713, 714 (1971).

<sup>18</sup> *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697 (1931). 另外可參見 Marin Scordato, *Distinction Without a Difference: A Reappraisal of the Doctrine of Prior Restraint*, 68 N.C. L. REV. 1, 2 (1989); Martin H. Redish, *The Proper Role of the Prior Restraint Doctrine in First Amendment Theory*, 70 VA. L. REV. 53 (1984).

<sup>19</sup> 283 U.S. at 713-714.

<sup>20</sup> 林子儀〔2002〕，〈言論自由導論〉，李鴻禧等合著《台灣憲法之縱剖橫切》，頁148，台北：元照；李念祖〔2006〕，《案例憲法 III(上)：人權保障的內容》，頁259，台北：三民。

單而言，事前限制禁止原則在管制立法、行政、司法三部門(1) 在特定言論或發言者表達前即予以限制；或(2) 形塑或執行關於言論的規則，但不合於憲法上對於該部門的職權分配。<sup>21</sup>另有美國學者直接引述美國聯邦最高法院在*Pittsburgh Press Co. v. Pittsburgh Commission on Human Relations*<sup>22</sup>中的見解，認為所謂事前限制，在永久禁制令(permanent injunction)的情形下，重點在溝通受到壓抑前是否有司法認定為不受憲法保障的言論，若無該司法認定則屬事前限制。而從聯邦最高法院在*Vance v. Universal Amusement Co., Inc.*<sup>23</sup>中的審案邏輯看來，暫時禁制令(preliminary injunctions)是否構成事前限制，則僅需要判斷該言論是否有不受憲法保障的「可能」(likelihood)；該可能不須達到確定，僅需達到證明有訴訟實益與勝訴可能即可。<sup>24</sup>

著作權限制著作人以外第三人發表與著作物內容相同或相近的言論之自由，且透過司法的假處分制度可以達到在言論產生以前就限制其表達的效果，此一限制是否為內容限制與事前限制？在美國學界有兩種對立立場：

### 1. 否定說

著作權是否為言論自由的內容限制其實是有不同觀點的，持否定說的學者有認為

---

<sup>21</sup> Michael I. Meyerson, *Rewriting Near V. Minnesota: Creating A Complete Definition of Complete Definition of Prior Restraint*, 52 MERCER L. REV. 1087, 1096 (2001) (“(1) A prior restraint occurs whenever judges or executive branch personnel are authorized to take notice of specific expression intended for communication rather than that which has actually been communicated. (2) For those rare cases when the Constitution permits the regulation of expression before it is communicated, a prior restraint also occurs if either (a) the judiciary can initiate enforcement or delimit the speech that is prohibited; or (b) the executive can make a final determination of illegality. To summarize, the doctrine of prior restraint restricts the ability of all three branches of government to regulate expression. Each branch is prohibited from either (a) restricting specific speech or speakers prior to communication or (b) formulating or implementing rules on speech other than in that branch’s appropriate constitutional chronological order.”).

<sup>22</sup> *Pittsburgh Press Co. v. Pittsburgh Commission on Human Relations*, 413 U.S. 376, 390 (1973) (“The special vice of a prior restraint is that communication will be suppressed, either directly or by inducing excessive caution in the speaker, before an adequate determination that it is unprotected by the First Amendment.”).

<sup>23</sup> *Vance v. Universal Amusement Co., Inc.*, 445 U.S. 308, 312 (1980).

<sup>24</sup> Mark A. Lemley & Eugene Volokh, *Freedom of Speech and Injunctions in Intellectual Property Cases*, 48 DUKE L.J. 147, 170-174 (1998).

因為各類型的言論都可以成為著作權保護客體，而不論該作品特殊的觀點，所以著作權屬於內容中立的管制。<sup>25</sup>

也有學者強調著作權法的保護目的在鼓勵言論，而並非根據其言論內容予以保護與否，所以為內容中立限制。<sup>26</sup>

尚有指出著作權雖然可能是「內容敏感」(content-sensitive)，但不代表其為針對內容限制。著作權的目的在於創造原創性表達經濟誘因，它的目標與侵權者的言論溝通影響力或觀點無涉，而是在於其侵權行為對於創新誘因所造成的影響。<sup>27</sup>

最後，有學者認為著作權是「語言財產」(verbal property)。其中所發生的禁制令(injunction)，是為了防止語言財產價值的不當侵奪，從司法長期以來對著作權使用禁制令的案例看來，其反映了憲法對於第一次發表演論者的偏好，而允許著作權禁制令的言論成本也較小，無論是基於著作人仍有權利發表演論的角度，或是對於思想與表達做出區分而僅讓有後者有侵權可能的結果觀之，都可以得出這樣的結論。<sup>28</sup>

## 2. 肯定說

相反的，持肯定說之學者直接指出著作權是針對言論的內容管制，從表意者的角度來講，其必須在表意前就判斷表意內容是否違法，是否侵權是根據複製品的「內容」而定；就算認為著作權表面上不是針對內容，惟著作權法的動機就是在創造具有價值的言論內容，與言論內容相關的意圖也會構成言論自由內容的限制。但

---

<sup>25</sup> Stephen Fraser, *The Conflict Between the First Amendment and Copyright Law and Its Impact On the Internet*, 16 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 1, 10 (1998).

<sup>26</sup> Yochai Benkler, *Constitutional Bounds of Database Protection: The Role of Judicial Review in the Creation and Definition of Private Rights in Information*, 15 BERKELEY TECH. L.J. 535, 555, FN 85 (2000).

<sup>27</sup> Neil Weinstock Netanel, *Locating Copyright Within the First Amendment Skein*, 54 STAN. L. REV. 1, 47-54 (2001).

<sup>28</sup> Meyerson, *supra* note 21, at 1120-1123.

是，這並不代表必然違憲，因為如果此一限制的目的與效果是在促進而非壓抑言論內容，則可容許。<sup>29</sup>

也有學者認為，著作權法是觀點中立(viewpoint neutral)的並不代表其為內容中立，著作權仍是針對出版內容去追究其責任。<sup>30</sup>著作權案例中所發生大量的暫時性禁制令(preliminary injunction)，就是一種會產生較多言論成本與減少著作權利益的事前限制，因為即使能夠證明某言論很有可能是受憲法保障的言論(如合理使用)，法院仍會發予禁制令，且法院在著作權案例中通常都推定原告利益受到損害。<sup>31</sup>而把著作權歸類成財產權不會使言論自由的限制合憲，尤其是針對內容的限制，更遑論著作權具有非競爭性(nonrivalrous)，而與財產權不完全相同。<sup>32</sup>

另又學者直接回應肯定論者，認為雖然資料庫立法可能是觀點中立，但其仍是針對事實與資訊內容的言論限制。<sup>33</sup>

至於雖然是肯定說但較為細緻的說法，則認為如果只是單純的判斷是否「重製」，則一般沒有能力理解著作內容的人也能判斷兩作品是否相同，而不需要理解或審查內容，所以不會構成內容限制。同理，如果只是對於單純「重製」作品予以司法禁制令(injunction)，則由於原著作仍可且會發行，此時不構成所謂事前限制。但是，當著作權保障範圍超過單純的重製，而向外擴張至如「衍生性著作」(derivative work)等時，就可能變成言論的內容與事前限制(如發禁制令的情形)。

34

<sup>29</sup> C. Edwin Baker, *First Amendment Limits on Copyright*, 55 VAND. L. REV. 891, 922-933 (2002).

<sup>30</sup> Lemley & Volokh, *supra* note 24, at 186.

<sup>31</sup> *Id.* at 174-175.

<sup>32</sup> *Id.* at 182-185.

<sup>33</sup> Marci A. Hamilton, *A Response to Professor Benkler*, 15 BERKELEY TECH. L.J. 605, 625 (2000).

<sup>34</sup> Jed Rubenfeld, *The Freedom of Imagination: Copyright's Constitutionality*, 112 YALE L.J. 1, 48-49 (2002).

表：著作權是否為言論自由內容與事前限制的辯論

否定說	肯定說
Stephen Fraser：因為各類型的言論都可以成為著作權保護客體，而不論該作品特殊的觀點，所以著作權屬於內容中立的管制。	Mark A. Lemley和Eugene Volokh：著作權法是觀點中立(viewpoint neutral)的，並不代表其為內容中立，著作權仍是針對出版內容去追究其責任。
Neil Weinstock Netanel：著作權雖然可能是「內容敏感」(content-sensitive)，但不代表其為針對內容限制，著作權的目標與侵權者的言論溝通影響力或觀點無涉，而是在於其侵權行為對於創新誘因所造成的影響。	C. Edwin Baker：從表意者的角度來講，他必須在表意前就判斷其內容是否違法，是否侵權是根據複製品的「內容」而定；就算認為著作權表面上不是針對內容，惟著作權法的動機就是在創造具有價值的言論內容，與言論內容相關的意圖也會構成言論自由內容的限制。
Michael I. Meyerson：著作權是「語言財產」(verbal property)，其中所發生的禁制令(injunction)，是為了防止語言財產價值的不當侵奪，從司法長期以來對著作權使用禁制令的案例看來，其反映了憲法對於第一次發表言論者的偏好，而允許著作權禁制令的言論成本也較小。	Mark A. Lemley和Eugene Volokh：即使能夠證明某言論很有可能是受憲法保障的言論，法院仍會發予禁制令，且法院在著作權案例中通常都推定原告利益受到損害，而把著作權歸類成財產權不會使言論自由的限制合憲，尤其是針對內容的限制，更遑論著作權具有非競爭性(nonrivalrous)而與財產權不完全相同。

(圖表來源：作者自製)

## (二) 著作權對於言論自由限制的合憲理論與其批評

儘管學者多提出著作權有言論自由內容與事前限制的問題，但是也必須承認目前美國實務的通說可能根本不認為此種限制存在，或認為此種限制並不違反憲法。

美國聯邦最高法院首先是在 1985 年的 *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*<sup>35</sup> 中，認為著作權係言論自由表達的引擎(engine of free expression)，透過建立一個讓言論表達可以被使用的市場權利，著作權提供了創造與散佈言論

<sup>35</sup> Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539 (1985).

資訊的經濟誘因。<sup>36</sup>此外，法院更認為思想與表達自由，包括自由表意與完全不表意的權利，著作權即是一種著作人想要／不想對公眾發表其言論的權利，而不可著作性的事實思想與可著作性的表達區分(idea/expression dichotomy)與傳統所建立的合理使用高度，已使得言論自由的保護內建在著作權法中。<sup>37</sup>本案可以說直接說明了言論自由或資訊流通自由(free flow of information)與著作權之間的關係。

其後在2002年的*Eldred v. Ashcroft*<sup>38</sup>一案中，聯邦最高法院更清楚的指出著作權條款與憲法增修條文第一條係在差不多的時間制定，代表制憲者認為著作權此一有限的獨占權與言論自由的原則相合。而法院再度訴諸思想與表達之區分，與合理使用之抗辯制度，來認定言論自由已經獲得保障，著作權因此不會與言論自由發生衝突。<sup>39</sup>聯邦最高法院雖然認為下級法院「整個著作權可以豁免於言論自由審查」的說法太過廣泛，但也承認，只要立法沒有改變著作權保護的「傳統輪廓」(traditional contours)，則法院也沒有必要進一步行言論自由的審查。<sup>40</sup>

從以上聯邦最高法院之見解可以發現，美國實務通說是否認為言論自由與著作權間存在衝突都很難說，我們只知道，在聯邦最高法院大法官眼裡，著作權的思想與表達二分原則，與合理使用制度，讓著作權不會違反憲法增修條文第一條所保障的言論自由。

美國學者不乏對於*Eldred*案提出批評，有學者即認為：第一，法院的處理方式根本就是讓著作權本身成為言論自由的「例外」，而非在兩者之間找到「平衡」；

---

<sup>36</sup> 471 U.S. at 558.

<sup>37</sup> *Id.* at 559-560.

<sup>38</sup> *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2002).

<sup>39</sup> *Id.* at 218-220

<sup>40</sup> *Id.* at 221 (“But when, as in this case, Congress has not altered the traditional contours of copyright protection, further First Amendment scrutiny is unnecessary.”).

第二，讓相同的思想可以被表達根本就不是什麼平衡機制，因為在著作權法立法之初，他人之表達是可以被利用在新作品中的，但後來立法的擴張卻造成利用他人表達的限制；第三，涵蓋過廣(overbroad)的著作權正如其他涵蓋過廣的言論管制一般，會造成言論的寒蟬效應(chilling effect)；第四，其認為著作權因為根據言論內容決定是否成為保護的客體(如嘲諷性著作不受保護)，且是否侵權須檢視言論內容，所以為言論自由的內容管制；最後，著作權也限制到人民或媒體透過言論實現自我的機會。<sup>41</sup>

亦有學者批評法院的態度似乎是認為智慧財產權可以構成言論自由的例外，然而該例外根本不存在。<sup>42</sup>另有以為法院在本案處理著作權與言論自由衝突上，太過於強調「著作權的傳統輪廓」作為解決方式，而應該以言論自由的一般原則來處理較為妥適。<sup>43</sup>

在Eldred案提出不同意見的Stephen Breyer大法官也認為，憲法中的言論自由與著作權條款是相關聯的，兩者同時都為了達到散佈與創造資訊的目的，著作權條款作為「言論自由的引擎」，言論自由條款則確保政府不對散佈資訊製造阻礙，任何一個特定法律超越著作權正確的界線，都將讓憲法此兩條款的目的產生衝突，而剝奪大眾基於此兩條款所生的言論利益。因此，Breyer認為應該要檢視著作權法是否不正當或嚴重的限制到言論的散佈，而不僅是如多數援引憲法著作權條款賦予著作權法正當性。<sup>44</sup>

---

<sup>41</sup> Hannibal Travis, *Of Blogs, Books, and Broadband: Access to Digital Media as a First Amendment Right*, 35 HOFSTRA L. REV. 1519, 1552-1556 (2007).

<sup>42</sup> Pamela Samuelson, *Mapping the Digital Public Domain: Threats and Opportunities*, 66 LAW & CONTEMP. PROB. 147, 169-170 (2003).

<sup>43</sup> Paul Bender, *Copyright and the First Amendment after Eldred v. Ashcroft*, 30 COLUM. J.L. & ARTS 349, 354 (2007).

<sup>44</sup> *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186, 243-244 (2002) (Breyer, J., dissenting).

### (三) 小結

#### 1. 著作權在我國憲法下可能構成言論自由內容與事前限制

我國在言論自由的違憲審查上也已採取美國的雙軌理論，如依司法院解釋445號解釋理由書：「於事前審查集會、遊行之申請時，苟著重於時間、地點及方式等形式要件，以法律為明確之規定，不涉及集會、遊行之目的或內容者，則於表現自由之訴求不致有所侵害。主管機關為維護交通安全或社會安寧等重要公益，亦得於事前採行必要措施，妥為因應。」與司法院釋字644號解釋理由書：「惟組織政黨既無須事前許可，須俟政黨成立後發生其目的或行為危害中華民國之存在或自由民主之憲政秩序者，經憲法法庭作成解散之判決後，始得禁止，而以違反人民團體法第二條規定為不許可設立人民團體之要件，係授權主管機關於許可設立人民團體以前，先就言論之內容為實質之審查。」可以得知。<sup>45</sup>

針對言論內容限制的判斷標準，依學者所提出的視政府規制目的是否與「訊息傳播影響」(communicative impact)有關，但是如何判斷政府管制的目的向來是爭執之處。

在討論著作權是否為言論自由的內容限制上，觀察正反兩說，其實僅是討論的重點不同而已。否定說從著作權的立法目的出發，認為著作權制度目標是在透過經濟誘因的創造鼓勵言論創新，所以並非針對言論內容的管制；肯定說則是從著作權適用的結果出發去判斷管制目的，認為是否構成侵害著作權必然涉及言論內容的審查，視該言論是否與已受著作權保護的言論內容一致。

針對此一問題，本文以為不能概括以「著作權」整體討論，因為「著作權」本身

<sup>45</sup> 林子儀，前揭註 20，頁 159-160。



是一個範圍不清的概念，其只代表了一個權利類型的總稱，所以仍應該區分著作權的保護內容而定，而視是否讓發表人必須自我審查其言論內容而擔心受政府管制，來決定是否為針對言論內容的管制。具體判斷上，在決定有無著作權侵權時，應視是否需要審查或比較原著作物與侵權標的物的言論內容而定。

(1) 應該確定屬於非針對言論內容的限制，如重製權、出租權、輸入權、公開發表權或姓名表示權等。關於是否侵害這些權利的判斷上，政府不需要檢視言論內容即可判定是否侵權，蓋僅僅在判斷著作物與侵權物是否相同，不需理解言論內容，形式外觀上即可判斷。簡言之，此際單純在判斷兩標的「是否同一」的問題，不用涉及言論內容的理解。另如公開上映權因限於視聽著作，從形式外觀判斷即可知是否有侵害其公開上映權，所以非內容限制。公開展示權限於公開展示美術著作及攝影著作原件，所以判斷上也是很簡單不需要介入判斷言論內容。公開傳輸權不涉及著作表達形式的轉換，所以亦屬於非內容的限制。

(2) 屬於針對言論自由內容限制者，應屬改作權與編輯權莫屬。判斷某作品是否為原作品的翻譯、編曲、改寫、拍攝影片或其他另為創作者，或者是否為編輯作品，必須檢視其內容比較兩者方能知悉是否有所「改作」或「編輯」。此外，著作人格權中的同一性保持權，則須檢視言論內容來看有無「竄改」等，所以亦為言論自由的內容限制。

(3) 兩種限制都有可能構成者，如公開口述權因限於語文著作，其中文字著作部分，把文字轉換成口頭聲音，無法僅以形式外觀判斷，涉及言論內容判斷兩者是否相同。語言著作則不涉及表達形式轉換，故非內容限制。公開播送大部分都是非內容限制，因為如果是把相同著作作用廣播器材播送即為侵權，但在文字著作情況下，播送則與公開口述一樣，必須判斷播送內容是否與文字著作相同，所以為內容限制。公開演出權若是語文著作，則因表演經過形式轉化，無法僅從外觀得

知兩者是否相同而侵害公開演出權，所以為內容限制；但其他著作之表演則可以越過其內容而直接判斷。

由上可知，在判斷著作權是否屬於針對言論內容限制時，如果該種著作權內容附麗於相同著作上，而可以單純判斷後作品與原著作是否同一即可知是否侵權者，則不需審查內容，屬於非針對內容限制；若是涉及著作表達形式的轉換，如通常為文字變換成口述、音樂或影像，此際則因判斷是否侵權時必然涉及言論內容的比較與審查，而不能只是外觀比較兩者是否同一，所以為針對內容的限制。

至於著作權是否可能構成言論自由事前限制，由於在我國依照民事訴訟法第532條以下，可以針對著作權侵權行為申請假處分予以保全救濟；所以在此一情形下，法院在受憲法保障的言論(如符合合理使用例外的侵權或根本未構成侵權)發表前就予以限制，應屬於事前限制。

## 2. 著作權對於言論自由限制的合憲性

如上所述，若是針對言論內容的限制，在判斷系爭規定是否合憲時，通常司法審查密度較高。所以如改作權、編輯權或同一性表達權等屬於內容限制，則應嚴格審視其目的手段合適性；而縱非內容限制，並不代表必然通過憲法界線，仍應以比例原則觀之。我國著作權法對於基本權的限制是否符合比例，則在下文詳細分析之。

至於美國聯邦最高法院所認定的著作權與言論自由間衝突已可透過合理使用與思想／表達二分原則妥善處理的理論，本文並不認同。首先，合理使用與思想表達二分原則，在判斷上存有不確定性，尤其是合理使用，幾乎必須個案判斷而無法為表意者所預測其是否侵害著作權。其次，思想與表達二分也無法說明為何可以正當化著作權對於言論自由的限制，無論是事實(fact)、思想(idea)或是表達

(express)都是言論，言論本就在保護表達自由(freedom of expression)，為何一將思想與表達區分就可卸除言論自由的保護，這是最高法院必須進一步說明之處。而最高法院雖然強調著作權為言論自由保護的引擎，但其無法自圓其說之處在於，為何可以為了保護或鼓勵部份人(著作人)的言論自由(即使是有益的言論)，而去限制大部分人(使用人)的言論自由？<sup>46</sup>此外，是否能將著作權本身當成言論自由的例外，除了學者質疑外，在引進此一理論到我國時，還必須注意我國憲法不如美國憲法有所謂「著作權條款」，在欠缺憲法明文的規定下，無從認為制憲者有意將著作權視為言論自由之例外。所以在處理著作權與言論自由的衝突上，應是循對於言論自由限制之比例原則模式處理，美國最高法院的邏輯在我國應無適用之餘地。

#### (四) 著作權對於其他基本權的限制

除了構成對於言論自由的限制，著作權也對以下基本權構成限制。

首先是財產權，對於財產權的內容及範圍，立法享有相當的界定自由，即所謂制度性保障，<sup>47</sup>而所有權應屬最無爭議的財產權內涵之一。<sup>48</sup>司法院釋字 671 號解釋文即可說明：「憲法第十五條關於人民財產權應予保障之規定，旨在確保個人依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，不得因他人之法律行為而受侵害。」著作權的權利內涵某程度在限制財產所有人對於其財產的使用或收益，如重製權或改作權；即使侵權人擁有著作物的所有權，仍會因重製或改作而侵害著作人之著作權。如買了一幅畫或一本書，未得作者同意前，不能重製，非構成合理使用，故著作權之權能增加越多，所有權之作用將越限縮。<sup>49</sup>

<sup>46</sup> See DAVID L. LANGE & H. JEFFERSON POWELL, NO LAW: INTELLECTUAL PROPERTY IN THE IMAGE OF AN ABSOLUTE FIRST AMENDMENT 307-308 311-312 (2009).

<sup>47</sup> 陳新民〔2005〕，《憲法學釋論》，5版，頁306，台北：自刊。

<sup>48</sup> 蘇永欽〔1999〕，〈財產權的保障與司法院釋字〉，《違憲審查》，頁99，台北：學林。

<sup>49</sup> 參見蕭雄淋（2007），《著作權法論》，5版，頁7，台北：五南。

此外，著作權本質的市場壟斷與排他性亦可能構成競爭秩序的限制。我國公平交易法第 45 條雖規定：「依照著作權法、商標法或專利法行使權利之正當行為，不適用本法之規定。」並不代表著作權當然優先於競爭秩序的保護，蓋尚需個案判斷是否為「權利行使之正當行為」。依大法官司法院釋字 548 號解釋理由書：「公平交易法第 45 條規定……係為調和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。」即道出著作權與競爭秩序間仍需做利益平衡，如此看來，著作權法律本身仍構成競爭秩序的限制。

美國學者尚有從美國憲法上「實質正當法律程序」(substantive due process)條款所保護的自由角度切入，認為包括身分(identity)、人格(personhood)與自治等都是憲法所保障的利益，而人選擇其所想要閱讀的材料，一直都被認為是認定其身分的基本要素。因著作權限制而不能選擇使用著作物的情況下，一個人即不能完全掌控自己的人格，著作物在某些情況下構成了個人的意義(meaning)、存在(existence)、感覺(feelings)與思想(thoughts)，因而成為我們人格與身分的要素。<sup>50</sup>上述學者所提出理念對應在我國憲法，應該可以從憲法第 22 條的人性尊嚴、<sup>51</sup>一般行動自由<sup>52</sup>或一般人格權<sup>53</sup>等切入，認為限制使用人使用著作物構成對一般人格權或人性尊嚴的限制。

最後，保障越多的著作權，其實是限制越多的憲法第 22 條的藝術創作自由。著作權的保障，如改作權，使得藝術創作者在前人的技藝上要更加創新時，受到了

---

<sup>50</sup> Jennifer E. Rothman, *Liberating Copyright: Thinking Beyond Free Speech*, 95 CORNELL L. REV. 463, 500-501 (2010).

<sup>51</sup> 李震山〔2000〕，〈人性尊嚴之憲法意義〉，《人性尊嚴與人權保障》，頁 1-25，台北：元照。

<sup>52</sup> 黃昭元〔2003〕，〈車速限制與行為自主權〉，《月旦法學教室》，5 期，頁 8-9。

<sup>53</sup> 李震山〔2005〕，〈憲法未列舉基本權保障之多元面貌—以憲法第 22 條為中心〉，《多元、寬容與人權保障—以憲法未列舉權之保障為中心》，頁 39-53，台北：元照。

阻礙。又爲什麼同樣是藝術創作，第一個藝術創作可以比其後的藝術受到獨占式的著作權利保護，這其中尚有憲法第 7 條藝術平等權的難題需要受到挑戰。

## 二、 基本權的限制不符比例部分

從以上的分析已可得知著作權對於其他基本權，主要是言論自由與財產權，構成限制。而此一限制在憲法上是否超越不能容忍的程度，從本文從第參章分析著作權的憲法定位在基本國策第 166、167 條與憲法第 23 條後，根據大法官一貫態度，基本國策與公共利益如造成基本權的限制，應符合比例原則。而檢視著作權對於言論自由與財產權的限制是否符合比例，本文以爲判斷重點應視著作權的制度設計目的是否係爲「促進科學或學術發明」的基本國策目標與是否符合「鼓勵創作」此一公共利益，且手段是否能達成該目的，而對於基本權利的限制又符合較小手段性與利益均衡性等比例原則要件。以此標準，檢視我國著作權法的發展歷程，檢討是否符合比例原則。

在美國屬於憲法與智慧財產權交會問題研究的權威，授課於史丹佛大學法學院的 Lawrence Lessig 教授，在其《誰綁架了文化創意》(Free Culture)一書中最後總結政府與 WIPO 等智慧財產權組織對於著作權的任務應該是要追求適當平衡，但是現行著作權的擴張已經明顯失衡；<sup>54</sup>並主張現階段應該做的，既不是「保留所有權」，也不是「不保留任何權利」，而是「保留某些權利」的中間地帶，還原過去一些被視爲理所當然的自由，<sup>55</sup>也因此，其對於著作權制度提出五大改革。<sup>56</sup>

---

<sup>54</sup> LAWRENCE LESSIG, FREE CULTURE: HOW BIG MEDIA USES TECHNOLOGY AND THE LAW TO LOCK DOWN CULTURE AND CONTROL CREATIVITY 261-264 (2004); Lawrence Lessig 著，劉靜怡譯〔2008〕，《誰綁架了文化創意—打造知識共享的自由文化》，頁 326-328、330-333，台北：早安財經文化。

<sup>55</sup> LESSIG, *supra* note 54, at 276-277; Lawrence Lessig, 前揭註 54, 頁 340-341。

<sup>56</sup> 此五大改革包括恢復著作權註冊制度、修改著作權保護期間、讓改作權不再受保護、解放音樂與大量解聘律師。參見 LESSIG, *supra* note 54, at 287-306; Lawrence Lessig, 前揭註 54, 頁 349-362。

本文雖然不完全採取的 Lawrence Lessig 教授的改革，但在尋找中間地帶的立場上是與其一致的。即本文並非要全盤否定著作權法或其制度，但也並非認為現行著作權法毫無問題，而是就現行其發展與擴張認為有部份不符合憲法的正當性，蓋其對於其他基本權的限制已經逾越比例：

### (一) 創作保護主義不如登記保護主義

Lawrence Lessig 認為，在數位科技來臨以前，註冊帶給著作人負擔，卻未帶來太多利益，所以法律允許著作人不需註冊是一種進步。但是，在有網路的現今社會中，沒有註冊卻會給創作者帶來負擔，我們不知道著作權的源頭；不知道誰享有何種權利，也不知道該找誰取得授權。<sup>57</sup>氏因此建議美國著作權法應恢復登記註冊與延展著作權保護制度，政府可以設專責機關，但應建立資料庫與設立註冊機構標準，讓民間業者執行註冊業務，透過競爭關係降低註冊系統成本，使著作權人負擔降低，也同時建立可以使內容授權更為便利的註冊資料庫。<sup>58</sup>

也有學者認為，自 1976 年的美國著作權法規定廢止一切的著作權註冊制度後，即造成了現今孤兒著作(orphan works)的問題，不知道著作人為何人，也不知道該向誰取得授權，增加使用者的搜索成本；而隨者科技的革新，實體著作也越來越少，此亦變向助長了孤兒著作的問題。<sup>59</sup>氏因此認為，若能恢復著作權註冊制度，孤兒著作的問題即能改善，而如果一個著作值得受到保護且著作人想要受到保護，註冊制度所帶來成本應可被其價值吸收。而其所提出的另一種解決孤兒著作的方法，認為或許可以思考使用者註冊與補償金預先納繳等制度。<sup>60</sup>

我國學者也有指出，舊法著作權登記具有以下實益：證明著作完成之時間、減輕

<sup>57</sup> LESSIG, *supra* note 54, at 288; Lawrence Lessig, 前揭註 54, 頁 349。

<sup>58</sup> LESSIG, *supra* note 54, at 289-290; Lawrence Lessig, 前揭註 54, 頁 350-351。

<sup>59</sup> Darrin Keith Henning, *Copyright's Deus Ex Machina: Reverse Registration as Economic Fostering of Orphan Works*, 55 J. COPYRIGHT SOC'Y U.S.A. 201, 206-209 (2008).

<sup>60</sup> *Id.* at 221.

舉證責任之負擔、得對抗第三人、得據以請求海關查扣侵害著作權之物或逕行要求警察機關協助調查著作權之侵害，及享有較長著作權保護期間等。並批評廢止著作權登記制度造成著作權人之舉證責任加重、請求海關或司法警察官扣押著作權之侵害物益形困難與一權兩賣之情形更難防止等衝擊。<sup>61</sup>

也有學者批評廢止著作權登記的理由之一是，登記制度耗費主管機關行政與人力資源，卻忽視民眾對於登記制度的需求。而同樣認為廢止登記制度後可能會產生如舉證責任與證據保存將決定成敗、運用邊境保護措施之疑義與一權兩賣的問題等影響，且也使著作權人無法如願請求警察機關取締侵害著作權與影響中標局審理專利異議或舉發案的認定。<sup>62</sup>

如下文將介紹的，由於網路帶來複製與傳輸的高便利性，著作量將大幅增加，著作侵權與使用量可能也較以往來的提高許多。取得授權與知悉著作權源頭成為比以往任何時間都來得重要的事情，但同時對於發表言論者的搜尋負擔也相對增加；其結果可能是寒蟬效應，使表意人不敢隨便發言，因為不知道是否會侵害他人著作權。我國著作權法現行的創作保護主義制度，並不能滿足吾人在網際網路時代的需求，因而應做出修正。如此在同樣能達成鼓勵科學發明與鼓勵創作的憲法目的上，登記保護主義相較創作保護主義而言，對於言論表意人的負擔與自我抑制效果都來的小，較能符合比例原則要求。

## (二) 保護期間不應繼續延長

Lawrence Lessig 提出著作權保護期的四個重要原則，包括越短越好(剛好足以提供創作誘因，如 75 年)、越簡單越好、讓著作權具延續性(指著作權人應定期宣

<sup>61</sup> 羅明通〔2009〕，《著作權法論(II)》，7版，頁123-126、135-137，台北：台英商務法律。

<sup>62</sup> 馮震宇〔1998〕，〈論著作權登記制度廢止之影響與因應〉，《月旦法學雜誌》，37期，頁84-49。

告自己權利是否要受保護)、要有前瞻性(賦予保護期後不應再予延長)。<sup>63</sup>

Stephen Breyer 認為，延長著作權期間對於作者沒有增加創作誘因。因為在幾十年經過後，通常著作(尤其是書籍)的價值都會大打折扣，且對出版商也沒有增加經濟誘因；通常出版商期待在十年內就可以回本，且再版又有新的著作權保護，反而其所帶來的限制競爭效果遠大於其利益，故建議著作權期限不應超過 56 年。<sup>64</sup>

Richard Posner 也指出，著作權期間限制使得到其著作物進入公共領域，因而長遠看來，著作權擴大了公共領域。然而，當著作權期限變得太長時，如延長期間超過 20 或 25 年時，就剩下很少的誘因效果，且大大減縮了公共領域的空間。<sup>65</sup>

也有學者認為美國現在的著作權保護期間是作者死後加70年，已經使得超過一個世代以上的作品仍無法進入公共領域。即使此一保護期間是國際公約因而有政策理由背書，憲法的界線仍不應被跨越，因而建議美國憲法應該明定有限期間是多少，否則無法控制國會不斷增加保護期間。而其也建議，如50年的保護期間是比較適合的長度。<sup>66</sup>

更有學者認為，由於有太多舊著作物持續於其著作權保護期間內，獲得立法增加其存續期間，我們根本不可能去追溯調查誰擁有什麼著作權。而孤兒著作的問題即直接產生自國會所延長的著作權期間與廢止行政機關任何對於重新註冊著作

---

<sup>63</sup> LESSIG, *supra* note 54, at 292-293; Lawrence Lessig, 前揭註 54, 頁 352-353. See also JAMES BOYLE, *THE PUBLIC DOMAIN: ECLOSING THE COMMONS OF THE MIND* 238 (2008).

<sup>64</sup> Stephen Breyer, *The Uneasy Case For Copyright: A Study of Copyright in Books, Photocopies, and Computer Programs*, 84 HARV. L. REV. 281, 323-329 (1970).

<sup>65</sup> WILLIAM M. LANDES & RICHARD A. POSNER, *THE ECONOMIC STRUCTURE OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW* 69-70 (2003). 更詳細的對於著作權保護期間的經濟分析，見該書第 8 章與 William M. Landes & Richard A. Posner, *Indefinitely Renewable Copyright*, 70 U. CHI. L. REV. 471 (2003).

<sup>66</sup> Marci A. Hamilton & Clemens G. Kohnen, *The Jurisprudence of Information Flow: How the Constitution Constructs the Pathways of Information*, 25 CARDOZO L. REV. 267, 329 (2003).



權的要求。<sup>67</sup>

在美國其憲法已經明文著作權必須受「有限期」(limited time)保障，所以學者多集中討論保護期限是否「有限」，而紛紛批評現行美國著作權法的保護期間及於作者死後 70 年係一過長的保護期間，並提出各自的理想保護期間。此一問題在我國憲法下所應理解的脈絡，則應視「所賦予的著作權保護期間是否能鼓勵科學創造或其他創作，而同時不對基本權限制造成過度的限制」。從這一點看來，國家對於著作權的賦予，主要在於創造誘因以鼓勵科學創造或其他創作，所以「最長」不應超過作者的一生。蓋作者死後就算有著作權保障，對於作者而言，也已不可能有誘因存在，更遑論納入對於如言論自由所造成的限制是否過當之考量。

所以，我國現行著作權法第 30 條以下，予著作財產權之著作人死後加 50 年的期間保障，已經不符憲法基本國策第 166、167 條與憲法第 23 條的授權界線，且對於言論自由與財產權的侵犯亦屬過度而不符比例。而在著作人格權的部份，我國立法之選擇相同於日本、法國，而不同於美國與德國的期間保護方式，其保護期間依著作權法第 18 條永久存在，不因著作人死亡而消滅。此更是超過鼓勵科學創造與其他創作所必要的手段，且根本沒有平衡考量其所限制的言論自由與財產權是否符合比例原則，故應屬違憲。而此一保護期間更無法自圓其說者，在於為何即使如民法中的人格權，依 195 條第 2 項不得讓與或繼承，而在本人死亡後即隨之消滅，著作人格權卻可以受到永久期間之保護而及於著作人死後，<sup>68</sup>實亦與民法人格權的理論相背。

---

<sup>67</sup> NEIL WEINSTOCK NETANEL, COPYRIGHT'S PARADOX 200 (2008).

<sup>68</sup> 著作權法第 86 條規定：「著作人死亡後，除其遺囑另有指定外，下列之人，依順序對於違反第十八條或有違反之虞者，得依第八十四條及前條第二項規定，請求救濟：一、配偶。二、子女。三、父母。四、孫子女。五、兄弟姊妹。六、祖父母。」

### (三) 著作權利範圍不應過度擴張

美國學者有認為，現行美國實務發展已將重製權與改作權混淆，蓋重製不限於重製整部作品，如果只是重製一小部份也構成侵權，其實已經使得改作權的存在失去意義。<sup>69</sup>再加上其認為改作權與公開表演權構成言論自由的內容與事前限制，故此兩權利的存在實屬違憲。為能使改作權與公開表演權合憲，氏提出應把現行兩權的損害請求權改為利益分配請求權較為合理，如此才不會有言論抑制效果。

70

在改作權的經濟效益討論上，雖然 William Landes 和 Richard Posner 認為如果沒有改作權獲得收入的預期，有一些作品是不會被創作出來的(如被預期拍成電影的小說)。且改作權可以使得交易成本最小化(minimize transaction costs)，如果可以使一個人同時擁有原始著作權與改作權，則交易成本可以有效的減少(如出版商要出版翻譯作品，只需取得原著作人同意，而不需再取得其他翻譯人同意)。<sup>71</sup>然而，也有學者反駁兩人見解，以為若是賦予著作人改作權，則為能使原始著作被市場充分利用，衍生作品的產生可能會因此被著作人延後。且如果不賦予著作人改作權，則出版商根本不需要取得其同意即可出版衍生作品(derivative work)，所以根本沒有所謂「交易成本最小化」，因而認為改作權與著作權的誘因理論不符。<sup>72</sup>

透過本文的觀察，發現著作權的權利內涵，從最原始的重製權持續擴張至今包括改作權等。在上述言論自由的限制討論中，本文已經分析，其中編輯權、改作權

<sup>69</sup> Rubinfeld, *supra* note 34, at 50-52.

<sup>70</sup> *Id.* at 53-59.

<sup>71</sup> LANDES & POSNER, *supra* note 65, at 110-111.

<sup>72</sup> Stewart E. Sterk, *Rhetoric and Reality in Copyright Law*, 94 MICH. L. REV. 1197, 1216-1217 (1996). See also Mark A. Lemley, *The Economics of Improvement in Intellectual Property Law*, 75 TEX. L. REV. 989, 1046-72, 1074-77 (1997); Glynn Lunney, Jr., *Reexamining Copyright's Incentives-Access Paradigm*, 49 VAND. L. REV. 483, 599- 656 (1996)

與同一性保持權因為必然涉及前後著作內容的比較與檢視才能得知是否為著作權侵權，所以屬於針對內容的限制。公開口述、公開播送與公開演出權在把文字以口述、播送或表演方式轉換公開表達時，此時判斷是否侵權也涉及內容檢視，充滿主觀認定的空間，所以亦屬針對言論內容的限制。這些對於言論內容的限制，應該要以較嚴格密度的比例原則審查之。而在達成鼓勵科學創造與其他創作的目標上，著作權本來就不是必要手段，其所賦予的權利範圍大小亦應以達成此目標為限。即使不保護上述對於言論內容有限制效果的著作權利，如改作權等，仍能發生鼓勵創作與科學創造的效果，而對於言論自由屬於較小的侵害手段，所以本文以為著作權不應擴張至保護此些權利。

#### (四) 著作權客體應具體明確

對於美國著作權保護客體的擴張不乏有意見者。如有學者即認為賦予照片或商業廣告著作權實在沒有道理，蓋這些作品與獨占權之間的關聯性很低；即使沒有著作權，這些作品仍會持續出現，因為各有其獨立的市場做為誘因。<sup>73</sup>

本文無意逐一檢驗現行著作權法所保障著作客體是否符合比例原則，僅認為立法在決定持續擴張著作權保護客體時，應考量賦予該客體著作權保障是否真有助於鼓勵科學創造或其他創作；與是否賦予獨占權後，該著作客體會因此產生創作誘因。如此方符合憲法基本國策授權的界線。

而真正有問題者，乃現行著作權法第 5 條關於著作權保護客體，僅列舉出著作種類名稱，對於其內涵及範圍則並未說明。且在第 2 項規定：「前項各款著作例示內容，由主管機關訂定之。」關於著作權限制言論自由與財產權已如前述，對於限制基本權的著作客體範圍，立法竟採取不明確的概括定義，並授權行政機關予以例示，此應有違反法律明確性原則與授權明確性原則之虞。

<sup>73</sup> Sterk, *supra* note 72, at 1214-1215.

依司法院釋字第 594 號解釋文，<sup>74</sup>所謂法律明確性原則指：「立法者於立法定制時，得衡酌法律所規範生活事實之複雜性及適用於個案之妥當性，從立法上適當運用不確定法律概念而為相應之規定。如法律規定之意義，自立法目的與法體系整體關聯性觀點非難以理解，且個案事實是否屬於法律所欲規範之對象，為一般受規範者所得預見，並可經由司法審查加以認定及判斷者，即無違反法律明確性原則……。」著作權法中著作客體的定義，何謂語文著作？音樂著作？其定義皆付之闕如，無法僅從文字與立法目的整體關聯意義，了解並預見其範圍。受規範者不見得能理解其使用的是否為著作權法上的著作。定義上充滿不確定性，司法審查若不藉由現行行政機關的解釋，也可能產生不同範圍的認定，而無法明確判斷，故應不符法律明確性原則。猶有甚者，著作權客體是否可以「例示」而不列舉？本法是否可以解釋成讓實務機關(司法或行政機關)推導出更多的著作權客體而侵害言論自由？本法使表意人無從得知哪些客體可能為著作權所保障，此即不符合法明確性之要求。

又所謂授權明確性原則，<sup>75</sup>依司法院釋字第 612 號解釋文：「其以法律授權主管機關發布命令為補充規定者，內容須符合立法意旨，且不得逾越母法規定之範圍。其在母法概括授權下所發布者，是否超越法律授權，不應拘泥於法條所用之文字，而應就該法律本身之立法目的，及整體規定之關聯意義為綜合判斷，迭經本院解釋闡明在案。」此外，依該號解釋彭鳳至與徐碧湖大法官所提協同意見書：

「惟如何認定授權之目的、內容及範圍是否具體明確？則依司法院司法院釋字第 390 號、第 394 號、第 443 號、第 522 號及第 538 號解釋意旨，可以解讀為大法官就法律保留原則與授權明確性原則在人民基本權利保障上之適用，係依基本權利之種類及限制人民自由權利措施之性

<sup>74</sup> 此外，並請參見司法院釋字 432、491、602、636 等號解釋。

<sup>75</sup> 此外，並請參見司法院釋字 313、394、402、491、522 等號解釋。

質，劃分層級式之審查標準。」

復依司法院釋字 604 號許宗力大法官之協同意見書：

「惟授權是否明確，其審查仍非不能有寬嚴之分。司法院釋字第五二二號解釋就已明白指出，授權之明確程度，「應與所授權訂定之法規命令對人民權利之影響相稱」，易言之，法規命令對人民權利影響越嚴重者，對授權明確之要求與審查就必須越嚴格，對人民權利影響越輕微者，對授權明確之要求與審查即無妨越趨寬鬆。……據此，倘採嚴格審查標準，要符合授權明確之要求，原則上似應具備三項要件：首先，授權之目的、內容及範圍三者皆應分別明確規定；其次，授權之目的、內容及範圍必須明示於授權之法律規定本身，亦即授權條款本身；最後，授權之規定須達到使人民「自授權之法律規定中得預見其行為之可罰」之明確程度。」

現著作權法關於保護客體的規定可能過廣，而使表意人產生自我抑制其言論之效果，所以應以嚴格或至少中度審查密度檢視是否符合授權明確性原則。本法雖授權主管機關例示各著作內涵，但授權目的、範圍與內容皆欠缺，所以應屬違反授權明確性原則。

#### (五) 不宜採刑罰手段

國內學者有認為，應該讓著作權回歸其抵換關係的本質，在法律規範、科技創新與保護、適當的權利人補償方案間尋求平衡點。而較好的作法，應是避免使用刑法規範強行介入或執行廣泛立法，以控制數位著作權在網路上的使用與移轉，讓市場本身去達成權利人與終端使用者間的內部利益和諧。其因此質疑以刑法作為

保護著作權手段的正當性。<sup>76</sup>

按著作權法於第 91 條以下定有違反本法之罰則規定，而並非所有違反本法之行為皆須受刑法處罰，立法決定使用刑罰與否的標準為何？其中是否有平等權之疑慮？且本法既然已經有海關查扣、<sup>77</sup>命令停業或勒令歇業<sup>78</sup>等行政救濟手段，權利人尚可以依民事救濟請求損害賠償，<sup>79</sup>則刑罰手段之使用是否已無必要？蓋若透過民事救濟與行政救濟已能達成激發創造科學與創作之誘因目的，刑罰即無使用之必要。再者，相較於民事救濟與行政救濟，除了侵犯財產權與言論自由，著作權透過刑罰手段的使用，更對人身自由造成限制，是否通得過比例原則較小手段性審查，也有疑問。所以，本文以為，現行著作權法使用刑罰手段應無法通過對於基本權限制比例原則之界線，而不宜採行。

#### (六) 合理使用的極限

我國著作權自民國 17 年 5 月 14 日所公佈的著作權法中，<sup>80</sup>即已在第 28 條規定兩項合理使用制度，分別是節選眾人著作成書，以供普通教科書及參考之用；與節錄引用他人著作，以供自己著作之參證註譯，此兩者若經註明原著作之出處，則為合理使用。其後歷次著作權修法至今，持續增加與修訂各種合理使用事由，已從原本的一條增加為 20 條以上。<sup>81</sup>

然而，如前文所分析，本文不贊同美國聯邦最高法院的見解，認為合理使用已足以使著作權免於違憲的顧慮。合理使用的立法的確在某程度上緩和著作權與其他

<sup>76</sup> 更多的討論與分析，參見蕭宏宜〔2007〕，〈以刑法保護著作權？〉，《月旦法學雜誌》，143 期，頁 62-1112。

<sup>77</sup> 著作權法第 90-1 條參照。

<sup>78</sup> 著作權法第 97-1 條參照。

<sup>79</sup> 著作權法第 84、85、88、88-1 條參照。

<sup>80</sup> 參見立法院法律系統網站。<http://lis.ly.gov.tw/lghtml/lawstat/version2/01176/0117617051400.htm>〔最後瀏覽日：2010/08/12〕。

<sup>81</sup> 現行著作權法的合理使用規定於第 44 到 66 條。

基本權的緊張關係，但合理使用亦非靈丹妙藥，仍需實際檢視合理使用是否真有減少對於其他基本權的限制效果。目前我國著作權法的合理使用，除了列舉事由外，在第 65 條第 2 項明文規定概括的合理使用判斷標準，此一規定賦予一般法院去決定著作權制度界線的任務。然而，估不論我國在本條在個別案例上可能存有的見解不一致性與案例不足的問題，如 Lawrence Lessig 所指出，合理使用實際上是一種少數人方得享有的特權(privilege)，其原因有二，第一是因為合理使用的觀念模稜兩可，很少人願意仰賴於如此脆弱的理論；其二是因為主張合理使用的過程必然需要僱用律師，而使得合理使用的運用所費不貲。其結果是只有少數人有能力且願意使用合理使用制度還對抗著作權侵權的威脅。<sup>82</sup>

總結而言，合理使用或許能在某程度上減緩著作權的違憲疑慮，但並非完全使著作權的規定豁免於比例原則的審查。

#### (七) 小結：著作權擴張對科技革新造成阻礙

總結而言，我國目前著作權法的趨勢是在著作權保護期間、著作權客體與著作權權利範圍上不斷的擴張，而正如美國聯邦最高法院在 2005 年 *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster, Ltd.*<sup>83</sup>一案中所述及：著作人受到越多的保護，科技革新則會越受到壓抑，著作權法就是在權衡這兩者。<sup>84</sup>越來越充分的著作權保護，將大大壓抑著科技的革新；科技革新受到壓抑，其實也間接影響到科學的發明與創造，而此正與基本國策第 166 條的目的背道而持，立法者實應深思。如果著作權的擴張不是真正對應鼓勵科學創造，反而對其構成阻礙，則在同時構成違反憲法第 166、167 條與言論自由、財產權等基本權界線的同時，

<sup>82</sup> LESSIG, *supra* note 54, at 107; Lawrence Lessig, 前揭註 54, 頁 159-160。

<sup>83</sup> *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster, Ltd.*, 545 U.S. 913 (2005).

<sup>84</sup> *Id.* at 928 (“MGM and many of the amici fault the Court of Appeals's holding for upsetting a sound balance between the respective values of supporting creative pursuits through copyright protection and promoting innovation in new communication technologies by limiting the incidence of liability for copyright infringement. The more artistic protection is favored, the more technological innovation may be discouraged; the administration of copyright law is an exercise in managing the tradeoff.”).

是否還能一意孤行不顧憲法界線而持續擴張著作權？

#### 第四節 著作權法的發展光譜：回到過去？

從 1662 年英國的授權法開始，著作權正式因有法律背書而誕生。但在當時，著作權還僅是一種皇室對於出版商書籍言論市場獨占特許權(power)的授與；一直到了 1710 年的安妮法，設出「保護期間限制」與把著作權之主體從出版商變為「作者」後，著作權才真正的成為為人民鼓勵創作之利益而設之「權利」(right)，具有實定法性質。

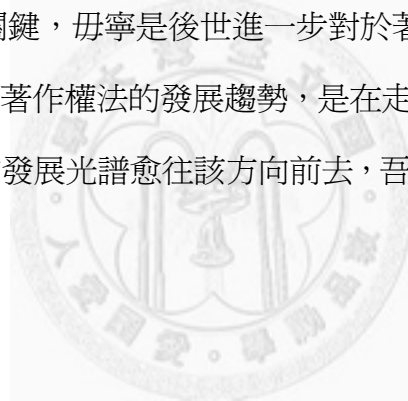
惟自第一部美國聯邦著作權法出現，到柏恩公約制定，再到民國 17 年 5 月 4 日我國所制定的著作權法，此時著作權保障客體已經逐漸越來越多，著作權利範圍也從重製權開始向外擴張至其他著作財產權與著作人格權，保護期間從原本的 28 年延長至終身加 30 年。最後到現今我國的著作權法，著作權登記制度直接改為創作保護主義；著作財產權之保護期間延及終身加 50 年，著作人格權則享有永久保護期間；超過 15 種以上越來越多且繁複著作權利；著作權客體改為例示且主管機關可以補充說明。事實很明顯，我們的著作權正在走向歷史的回頭路。

本文在第參章所發現著作權從公權力(power)變為人民權利(right)的關鍵，除了著作權目的的改變外，在於「有限期間保障」與「著作人」兩個對於獨占權的重要限制。先不論與安妮法當時比較起來，「獨占權」的範圍與客體已經擴張多少(從重製權到各種公開權利，從書籍印刷到電腦程式作為獨占權客體)。現在的著作權保障期間在著作人格權部分已經瓦解了，著作財產權部分則是持續的延長，很快的，我國極有可能跟隨美國的腳步，延長著作人格權之保護期間至終身加 70 年。著作權期間限制防線已遭瓦解，關於由「著作人」享有權利的主體限制，著作財產權依著作權法第 36 條與 37 條可以授權或讓與他人，著作人格權也可以授

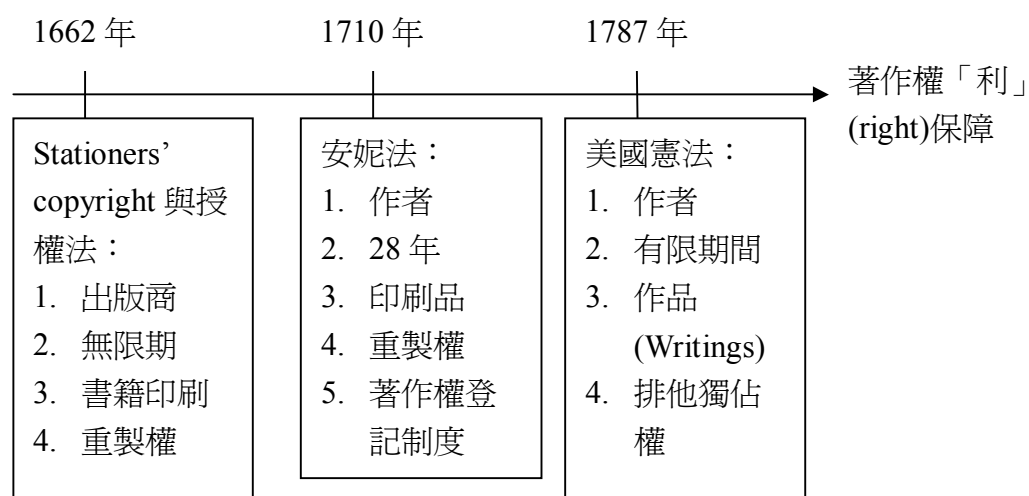


權他人，實質上，出版商是能夠取代作者成為享受著作權的實際主體。此兩重要的限制一旦被卸去，著作權回到的是獨占力量的本質，無法繼續證明著作權制度是為鼓勵創作研習而生，而有國家介入藉以管制言論市場的危險。當初設計著作權法的目的：防範著作權被用來抑制言論市場，成為國家控制言論的工具，將不復存在。吾人所擔憂著作權的抑制言論市場效果也將再度出現。這也是為什麼，本文希望透過上述憲法的分析後，來顯示現行著作權法某些部分是不符合憲法界線。憲法界線和歷史界經驗，在這一點看來，其實防範的都是同一件事情：避免言論市場受到抑制。

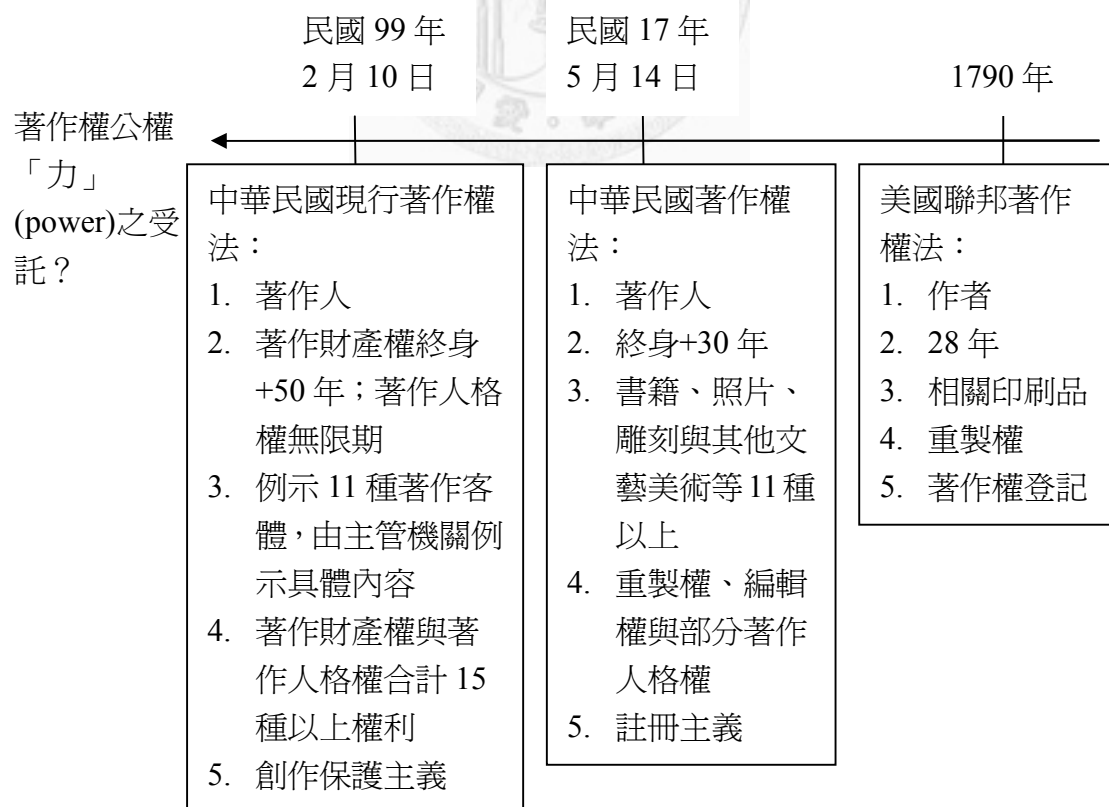
傳統合理使用與思想表達二分原則也無法解決此一歷史經驗的擔憂，此兩制度並非是當初著作權限制的關鍵，毋寧是後世進一步對於著作權權利擴張發展的限制。所以，可以說，現行著作權法的發展趨勢，是在走倒車，正駛往抑制言論市場的道路；而著作權法的發展光譜愈往該方向前去，吾人就愈需要以歷史經驗作為警惕。



圖：以前的演變，著作權的目的：從箝制言論到鼓勵創作



圖：現今的演變，著作權的目的：超越鼓勵創作之必要，目的何在？



(圖表來源：作者自製)

## 第五節 本章小結

從本章對於我國著作權法的演變歷程可以發現，整個著作權制度是持續的在期間限制與權利範圍上作擴張的。在擴張的同時，卻未見立法者對於擴張著作權與鼓勵科學發明或創作此一目的間的關聯作出說明，也未見其對於擴張著作權所造成其他基本權利的限制控制在比例原則界線內的企圖，使得目前真實空間中著作權法的適用在許多部分不符合憲法界線。此外，著作權法的演變也逐漸使得「期限」與「主體」兩樣權利限制產生動搖。著作權制度逐漸回到以往特許制度的年代，成為出版商用來排除競爭的手段，並產生言論市場箝制的效果，而此正係政府公權力所樂見的現象。所以目前著作權法的發展，也逐漸喚起吾人對於歷史經驗中所獲得的警惕。

著作權法在真實空間中不斷擴張，已經產生許多問題，那麼在網路空間中，著作權法適用的程度又在哪裡？網路空間是否有獨立於真實空間以外的特色？在網路空間中著作權的適用，是否有更多的因素需要考量？著作權法在網路空間應如何適用方為理想？這些問題，將在下章討論。



## 第五章 著作權在網路空間適用的難題與理想模型

在上一章，本文利用了憲法與歷史觀察現行著作權法在真實空間的擴張，並指出著作權法部分逾越憲法比例原則之處。而在本章，將討論加入了網路空間的思考後，著作權是否會產生更多的問題？本文以下將分析，在網路空間中所具有真實空間所無的特色，而此也造成了著作權法適用在網路空間中，會比在真實空間中，產生更多的難題。

### 第一節 網路空間與真實空間的界分

Lawrence Lessig 妥善的說明了網路作為空間的意涵，及其與真實空間的差異。其認為，原始的網路空間架構，賦予了盲人、聾人與醜人等種類的人們在真實空間所無法擁有的東西。此一架構改變了人們所享有的利益和承擔的負擔，相對於真實空間，文字優美的人可以在網際空間得到出人頭地的突顯地位；而充滿魅力的人則反而可能受到抑制。架構導致這些新的特別權力(power)產生，而壓制了某些權力(power)；更精確的說，空間改變了被賦予權力(power)者的意義。<sup>1</sup>Lessig 教授雖然點出網路空間與真實空間的不同之處，且觀察到網路空間會產生新的權力(power)，但是並未對於如何區分真實空間與網路空間予以說明，這也是一般討論網路問題較少觸及的領域。

而本文則認為，網路空間中與真實空間的分別，可依目前電腦與網路使用者的行為模式約可略分為傳輸(transmit)、上傳(upload)、分佈(distribute)、瀏覽(browse)、設立超連結(hyperlink)、下載(download)與列印／燒錄 (print/burn)等七種行為，來了解與說明兩空間之分際。

---

<sup>1</sup> LAWRENCE LESSIG, CODE: VERSION 2.0 87-88 (2006).

傳輸(transmit)是指將真實空間中的實體資訊透過轉檔技術，如掃描或擷取等，將之轉換為數位檔案而儲存於個別電腦或手機等設備之中。此時資訊仍僅儲存於電腦或手機中，而尚未進入網路空間，而電腦或手機等設備係在真實空間中具有實體者，故傳輸行為屬於真實空間的行為。

上傳(upload)則係指將個別電腦或手機等設備中的電子資訊傳送至網際網路之中，或是透過電腦或手機將外接磁碟中的資料傳送至網路空間中。由於無論是電腦或手機仍屬於真實空間中資料的載體，故上傳係將數位資料由真實空間轉換傳送至網路空間的行為。

數位資訊進入網路空間後，分佈(distribute)是指將這些電子資訊傳送(sent)他人或是以張貼(post)等方式，在網路空間中等散佈資訊之行為。此一行為在網際網路中發生，屬於網路空間的行為。

瀏覽(browse)係指單純在網路空間觀看網頁與搜索資訊，而不涉及任何增加、擷取或散佈資訊的行為，為網路空間最常也最多被使用的功能。瀏覽或搜索必須透過個別電腦或手機登入網路空間為之，其基本上屬於網路空間行為；但如以電腦作為展示工具，則單純瀏覽或搜索也可能成為具有真實空間意義的行為。

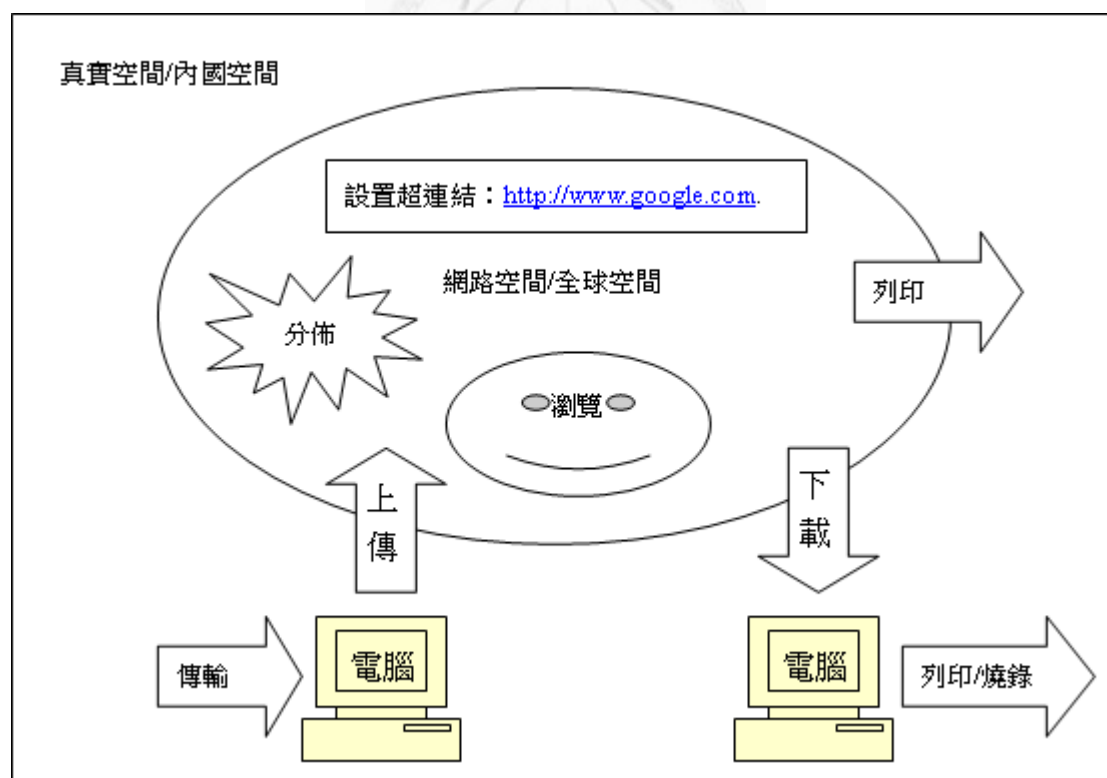
設立超連結(hyperlink)是指在網路空間中設置含有通往其他網頁或相關網站檔案的「連結」(links)，這些連結通常是藍色或是有底線的樣貌呈現，代表著網路空間中介於不同網頁空間之間的道路。其僅存在於網路空間之中，屬於網路空間行為。

下載(download)指把網路空間的電子資訊下載至個別電腦中儲存的行為，此時數位資訊從網路空間傳送至處於真實空間的個人電腦，發生網路空間與真實空間的空間轉換。

列印(print)或燒錄(burn)係指將個別電腦中所儲存或網路中所存在之數位檔案所組成的資訊，透過列印或燒錄等技術轉換為真實空間的實體資訊。此一行為同樣涉及真實空間與網路空間之轉換。

以上七種網路與電腦行為與真實空間和網路空間的關係，可略以下圖示之：

圖：網路與電腦使用者行為型態及空間意涵



(圖表來源：作者自製)

## 第二節 網路與網路空間

### 一、 網際網路簡介

美國聯邦最高法院曾在 1997 年 *Reno v. American Civil Liberties Union*<sup>2</sup> 的這一個案子裡，引用下級法院所整理的對於網路的介紹，此對於我們理解網路，有很大的幫助。其指出，網路是一個連結電腦到全球網絡的系統。從 1969 年開始誕生之初，作為軍方系統，稱為“ARPANET”，被設計用來使軍方、國防承包商及進行國防相關研究的大學所操作的電腦，目的是在戰時即使有部份網絡被破壞，仍可以使用其餘的網路來通訊。雖然 ARPANET 已經不存在了，它提供了許多民間網絡發展的一個典範，這些民間網絡連接起來，並使得許多人可以互相通訊及接近全球大量的資訊。網路是一個獨特且全新的世界人類通訊媒介。網路經歷了驚人的成長，計算機主機(儲存資訊與發送通訊者)的數量從 1981 年的 300 個到 1996 年已經成長為約 9400000 個，並有約 4 千萬人在當時使用網路。<sup>3</sup>

在 1997 年當時，聯邦最高法院統整當時的網路使用來通訊與接收資訊方法的形態，認為至少有電子郵件(e-mail)、自動郵寄名單服務(listservs)、網路組群(newsgroup)、聊天室(chat rooms)與全球資訊網路(World Wide Web)等。這些全部加總起來，構成了一個獨特的媒介而被其使用者所了解為「網路空間」(Cyberspace)。其不存在於特定的地理位置，卻為世界上任何地方的任何人可以透過網際網路而接近。<sup>4</sup>

最為人所熟知的網路通訊類型即全球資訊網路(World Wide Web)，它讓使用者可

---

<sup>2</sup> *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 (1997).

<sup>3</sup> 本段整理自 *Id.* at 849-850.

<sup>4</sup> *Id.* at 851.



以搜尋資訊與將資訊儲存在遠端電腦裡，並可以在一定條件與指定的網站相互通訊。具體言之，網路是由存在於全球不同電腦中的大量檔案所組成的，有些檔案只是含有資訊的文件，但更多的檔案是我們所熟知的「網頁」(Web pages)。每一個網頁就像電話號碼般有專屬的位址(address)，網頁通常含有資訊並讓瀏覽者可以與該網頁或網站的作者通訊。通常它們也含有通往其他網頁作者所創或相關網站檔案的「連結」(links)，這些連結通常是藍色或是有底線的樣貌呈現。<sup>5</sup>

在網路上，一個使用者可以鍵入網址或是透過搜尋引擎(search engine)打入關鍵字來找尋特定網站。一個網頁可能含有漫遊者(surfer)所欲找尋的資訊，也可能透過其連結通往在網路上存在於任何地方的檔案。使用者通常透過點擊滑鼠在某一網頁上的連結或標示來探索特定網頁或游移在網頁間。任何一個人只要有一台電腦連結到網路上即能發佈資訊，所以資訊發佈者可以是政府單位、教育機構、商業主體、遊說團體或個人。發佈者可以讓資訊為所有網路使用者得以接近，也可能限制只讓特定組群，如願意付費者享有特權。沒有任何一個組織可以控制網路中的任何人，也沒有任何一個網站或服務中的集中點可以被阻絕於網路之外。<sup>6</sup>

## 二、 網路空間的特色

根據學者的介紹，網路最早的設計理念，是為了能設計一套可以在核子戰爭中生存的電腦系統，透過創造一個分享的網絡來分散權力到各地，而非集中電腦力量於一處，每一個網路都可以獨立運作，且傳送資訊給其他網路，與傳統的區域網線(LAN)相較，其具有去所有化與去中心化兩樣特色。<sup>7</sup>另有學者即認為網路社會至少具有以下特徵：

---

<sup>5</sup> 本段引自 *Id.* at 852.

<sup>6</sup> 本段整理自 *Id.* at 852-853.

<sup>7</sup> Todd Flaming, *An Introduction to the Internet*, 83 ILL. B.J. 311, 311 (1995). See also James Boyle, *Foucault in Cyberspace: Surveillance, Sovereignty and Hardwired*, 66 U. CIN. L. REV. 177, 178-179 (1997); Albert Z. Kovacs, *Quieting the Virtual Prison Riot: Why the Internet's Spirit of "Sharing" Must Be Broken*, 51 DUKE L.J. 753, 755-756 (2001).

包括「平等化」(equalization)：指在網路中由於容易接近資訊，私人不需倚靠特定他人也獲得蒐集資訊的力量；<sup>8</sup>「去中介化」(disintermediation)：指網路使得使用者可以直接接近資訊，而不需要再依靠傳統的中介者，如保險商、旅行社、出版商或律師等；<sup>9</sup>「全球化與去中心化」(globalization and decentralization)：透過網路，我們可以以極低成本與許多的人們進行通訊與資訊傳遞，這也使得網路相較於傳統媒介難以被管制；<sup>10</sup>「文化差異」(cultural difference)：網路不僅集合了在不同法律系統下運作的人們，也集合了存有極端文化背景差異的人；<sup>11</sup>「私人知識與公共利益的衝突」(private knowledge versus public welfare)：傳統上由政府所獨占的資訊或檔案現在都可以被私人透過網路所取得與散佈，其中逐漸產生越來越多的公共安全的爭議。<sup>12</sup>

除了以上的網路社會特色外，另有部分學者集中討論於網路空間所具有的兩項特徵，分別是匿名性(anonymity)與資訊流通(free flow of information)。前者是構成網路起源與發展的重要特性。與真實空間相較，網路空間的資訊有兩點不同，第一是資訊的交換速度空前未有，第二是資訊能夠傳達的距離無遠弗屆，而其認為，事實上，網路空間即是資訊。<sup>13</sup>

關於第一點，就網路所謂匿名性而言，根據學者說明，當一個人進入網路空間時，可以摒棄所有關於其自我的真實資訊：包括名字、肖像、性別、年齡、國籍與宗

---

<sup>8</sup> Orna Rabinovich-Einy, *Balancing the Scales: The Ford-Firestone Case, the Internet, and the Future Dispute Resolution Landscape*, 6 YALE J. L. & TECH. 1, 8-12 (2004).

<sup>9</sup> *Id.* at 12-13.

<sup>10</sup> *Id.* at 13-16.

<sup>11</sup> *Id.* at 17-19.

<sup>12</sup> *Id.* at 19-20.

<sup>13</sup> April Mara Major, *Norm Origin and Development in Cyberspace: Models of Cybernorm Evolution*, 78 WASH. U. L.Q. 59, 97-103 (2000); see also Patrick O'Neill, *Optimizing and Restricting the Flow of Information: Remodeling the First Amendment for a Convergent World*, 55 U. PITT. L. REV. 1057, 1070-1072 (1994); Daniel B. Levin, *Building Social Norms On the Internet*, 4 YALE SYMP. ON L. & TECH. 97, 115-121 (2002).

教信仰等皆可消除、隱匿或轉換。在真實空間中對於一個人的身分所在地所伴隨的限制，如因地制宜的法律或社會行為規範等，也因此消失在虛擬空間中。<sup>14</sup>

關於第二點，所謂網路資訊流通的特色，John Perry Barlow 在其文章中透過引述 Stewart Brand 的話來提出其著名的主張—「資訊想要自由」(information wants to be free)，說明資訊具有自我複製的特性，與生活型態相似。資訊與其週遭環境相適應，因而進化與持續，正如社會學家 Dawkins 所舉，以碳為基礎的生活就是資訊型態的一種，透過 DNA 的複製來創造更多的資訊。<sup>15</sup>更有學者直言，網路的去中心化本質被認為是其最重要的特色之一，而網路就是被期待去創造去中心化資訊流通的環境。<sup>16</sup>

### 三、 網路環境的演變

#### (一) 從 Web1.0 進化到 Web2.0

關於「Web 2.0」這概念，是從 O'Reilly 與 MediaLive 討論國際研討會議題開始的。Dale Dougherty 這位網路先驅者，同時也是 O'Reilly 公司的副總經理，注意到一個事實，自從網路崩盤後，許多重要、精彩，極受歡迎的網路應用新形態應用方式，突然有規律地出現，他們認為可以把這些新應用形態的特徵，統稱為「Web 2.0」。其後 Tim O'Reilly 更撰文介紹什麼是 Web2.0，詳細介紹 Web2.0 的特色，及其與 Web1.0 之間的差別。

---

<sup>14</sup> Kovacs, *supra* note 7, at 757-758.

<sup>15</sup> John Perry Barlow, *The Economy of Ideas: A framework for rethinking patents and copyrights in the Digital Age*, WIRED, Mar. 1994  
<http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/int-prop/barlow-economy-of-ideas.html> (last visited Aug. 12, 2010); *See also* Boyle, *supra* note 7, at 180-184.

<sup>16</sup> Niva Elkin-Koren, *Let the Crawlers Crawl: On Virtual Gatekeepers and the Right to Exclude Indexing*, 26 U. DAYTON L. REV. 179, 183 (2001).

O'Reilly 認為 Web 2.0 並沒有嚴格的界線範疇，但卻有一個重力核心，可以把 Web 2.0 圖像化爲一組「原則」與「實踐」，架構起由許多網站所組成的太陽系，這些網站都或多或少說明了這些原則，但是與太陽系的核心，仍存在不一樣的距離，故其指出 Web 2.0 具有的七種原則來說明此一概念：<sup>17</sup>

第一是「網路被當成平台」：相較於 Web 1.0 的代表如 Netscape、Lotus、微軟、Oracle、SAP 等發軔於 1980 年代軟體革命的應用程式公司，Web 2.0 的代表則爲 Google、eBay、Amazon、Napster，當然還有 DoubleClick 和 Akamai 這些提供網際網路應用的公司。而在 Web2.0 下，越多人使用，服務會自動的變得越好，且應善用客戶的自助式選擇服務模式及演算法資料管理技術，廣泛觸及潛在用戶對象，服務大末端(long tail)爲數眾多的使用者。

第二個原則是「引領群體智慧」，如部落格、維基百科(Wikipedia)就是最好的例子。

第三個原則是「資料庫管理將成爲 Web 2.0 公司的核心競爭力」。

第四個原則是「將軟體升級模式發展到極限」：網路時代的軟體有一個最重要的特徵，就是以服務，而非以產品的方式推出。也由於需要不斷的推陳出新，即時觀察使用者的行爲，了解新功能使用的狀況，因此成爲另外一種不可或缺的核心能力。

---

<sup>17</sup> 以下整理自 Tim O'Reilly, What Is Web 2.0: Design Patterns and Business Models for the Next Generation of Software (Sep. 30, 2005), <http://oreilly.com/web2/archive/what-is-web-20.html?page=1> (last visited Aug. 12, 2010); Tim O'Reilly 著，盧澤宇譯〔2006〕，什麼是 Web2.0，Intelligent Times 網站。[http://www.itmag.org.tw/magazine/article\\_single\\_138.htm](http://www.itmag.org.tw/magazine/article_single_138.htm) and [http://www.itmag.org.tw/magazine/article\\_single\\_234.htm](http://www.itmag.org.tw/magazine/article_single_234.htm)〔最後瀏覽日：2010/08/12〕。

第五個原則是「輕巧的程式設計模型」：重點擺在散佈(Syndication)，而非協調(Coordination)，且設計時就考慮可被破繹(Hackability)及重製(Remixability)。

第六個原則是「超越單一裝置的軟體」，如 iPod / iTunes。

第七個原則是「豐富使用者感受」，如 google、電子郵件。

其並總結，Web 2.0 公司的核心競爭優勢如下：(1)提供服務，而不是套裝軟體，能以符合成本效益的方式擴充、(2)控制獨特的、難以再製的資料來源，隨著越多人使用而累積越豐富的資料、(3)信任使用者為共同的開發者、(4)善用眾人的集體智慧、(5)善用大末端使用者的自助服務效能、(6)超越單一裝置層級的軟體應用、(7)輕巧的使用者介面、開發模式、及商業模式。<sup>18</sup>

總結而言，Web1.0 時代，所有網路服務均由業者單方提供，網路使用者無法更動資訊內容。但到了 Web2.0 時代，轉由網路使用者掌握控制權，由下載到上傳，從被動閱讀到主動分享，以「使用者參與」為出發點所形成之概念。「集體智慧」則為 Web2.0 另一個重要本質，透過使用者對於特定網路內容的不斷參與與交流，進一步匯整眾人意見。最後，是「去中心化」，網路業者不再扮演舉足輕重的角色，而僅是「平台」，便利使用者自由進行發表與互動。<sup>19</sup>Web2.0 環境下，業餘創作者大幅增加，且創作特色為大量、多樣、小額的利用，缺少如出版者或發行商的中介角色。<sup>20</sup>

## (二) 從 Web2.0 到所謂「網路平方」(Web Squared)時代—網路即

<sup>18</sup> 整理自 Tim O'Reilly 著，前揭註 17。

<sup>19</sup> 郭戎晉〔2008〕，〈Web2.0 與法律—部落格(blog)誹謗議題之研究〉，《法學新論》，1 期，頁 145-146。

<sup>20</sup> 賴文智、王文君〔2008〕，〈Web2.0 環境對著作權法制的再思考〉，《智慧財產權月刊》，119 期，頁 7-10。

## 世界的理念

至於在 Web2.0 之後，近期 Tim O'Reilly 更提出所謂「網路平方」(Web Squared) 的概念。其認為 1999-2004 是開端，2005-2009 則是導火蘊釀期，2010 則是開花結果之時，網路不再只是描述現實世界的 HTML 文字程式的組合體。逐漸的，網路會變成世界，每個人與每件事情在這個世界中都會投射出一個代表其資訊的「資訊縮影」(information shadow)，可以被用來創造美好的機會，但也須注意不要被濫用。其特色與內容包括：<sup>21</sup>

(1) 重新定義「群體智慧」。「群體發源」(crowdsourcing)概念的出現，即一大群人創造集體作品，其價值遠比個體參與者所提供的內容來的高，網路將作為一個整體並持續茁壯，如 eBay、YouTube、Wikipedia 等都是好例子。

(2) 所有的現實東西在網路中都有資訊縮影，如 Amazon 上的書，隨著縮影變多變厚，我們愈來愈不需要實際的資料，手機、相機成為網路的眼睛與耳朵。我們與網路交會，我們成為網路。

(3) 「即時」(real time)概念的興起。網路搜索與更新瞬息萬變，即時性的訊息與回應告訴我們什麼是現存的群體思維，並使我們可以聯繫在一起溝通，如 Twitter、Facebook 等。簡單來說，網路平方代表著網路與現實世界的接軌，「網路就是世界」，而這世界需要我們的幫忙，必須提升科技、商業模型、理念開放性、群體智慧與透明度，將網路提升到另一階段。

---

<sup>21</sup> 整理自 Tim O'Reilly & John Battelle, Web Squared: Web 2.0 Five Years On, (Oct. 20-22, 2009), <http://www.web2summit.com/web2009/public/schedule/detail/10194> (last visited Aug. 12, 2010).

#### 四、 網路空間的法律—程式碼(Code)？

Lawrence Lessig 認為，在現實世界中，法律經由憲法、制定法以及其他成文法典進行管制；而在網路空間裡，則是經由構成網際空間的軟硬體進行管制，電腦程式碼(Code)就是法律。電腦程式碼對於自由主義造成最大的威脅，也是最大的擔保。我們可以建立、架構與程式化一個網路空間，去保護基本的價值；也可以用來使這些基本價值消失，這之間沒有中間地帶存在。<sup>22</sup>正如目前的世界一樣，程式設計者逐漸成為立法者，其決定網路的預設架構為何、隱私權是否受保障、匿名性被允許的程度，以及可以保護接近資訊的範圍。他們決定網路的本質，決定了網路的內涵。<sup>23</sup>

也有學者主張電腦程式可以為追求法律利益，透過重新定義行為來影響法律的效果。電腦程式對法律有意義的原因是，其具有在廣大範圍內定義行為的能力，這樣的能力可以是對行為的限制，此時程式成為管制；也可以是形塑行為成為法律上有利益的型態。<sup>24</sup>電腦程式的設計，正如吾人所見，是一個預防(avoidance)機制而非轉變(change)機制，程式設計者並沒有重新制定或修正法律，反之，程式設計定義行為以能避免法律的拘束。<sup>25</sup>

電腦程式碼的確是網路空間中不可忽略的力量。<sup>26</sup>但不代表我們可以因為這股力量忽略或是取代法律的討論與檢討，蓋電腦程式碼仍會受到真實空間法律的拘束，因為操控及設計程式碼的，仍是真實空間實實在在的人，所以程式碼雖然逐漸成為網路空間中重要的管制力量，法律還是對於網路空間的主要影響，並且不

---

<sup>22</sup> LESSIG, *supra* note 1, at 5-6.

<sup>23</sup> *Id.* at 79.

<sup>24</sup> Tim Wu, *When Code Isn't Law*, 89 VA. L. REV. 679, 707-708 (2003).

<sup>25</sup> *Id.*

<sup>26</sup> See Joel R. Reidenberg, *Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology*, 76 TEX. L. REV. 553 (1998).

會消失。所以，程式碼的出現不會影響本文對於法律在網路空間應有的角色之檢視與分析。

## 五、 小結：網路數位化與著作權本質的衝突

在網路環境中，尤其在 Web2.0 時代，無論是「引領集體智慧」或是「去中心化」，所代表背後的理念都是「分享資訊」的要求。分享資訊成爲此一環境中的基本前提。網路經營者作爲平台，就在鼓勵分享資訊；網路使用者作爲分享主體，將「資訊」與他人互換交流，創造集體智慧；網路設計者則朝著便利分享者的方向去設計程式，使網路變成平台。可以說，沒有「分享資訊」的理念，現在的網路環境無法運作。到了網路平方(Web Squared)時代，「群體」、「即時」、「透明」等概念更成爲其強調與關心的重點，網路與現實世界接軌，把世界的群體聯繫在一起。

而網路在著作權問題的討論脈絡下，最值得提出的觀察點，是網路數位化的現象。不同於以往需要透過如錄音機、錄影機等實體設備才能傳達或摘錄資訊，網路提供了將資訊轉化爲數字的技術。網路有能力作出完美的複製，不像實體的 CD、書或照片複製品會有品質下降的問題，網路複製資訊既便宜又簡單，網路上的數位複製技術排除了現實空間複製的障礙。<sup>27</sup>簡單而言，數位複製技術的產生，使得複製成本在網路空間中大爲降低，且複製不再需要透過特定載體爲之。

然而，著作權的制度理念恰巧與上述概念對立，因爲其強調壟斷與限制資訊分享。且須個別取得著作權授權，也與即時性與群體理念相悖。著作權爲了能創造出創作的經濟誘因，賦予著作人權利(right)限制他人散佈分享受著作權保護之相同資訊。從而，除了現實空間中著作權的擴張本已存在的問題，著作權與網路空

---

<sup>27</sup> Raymond Shih Ray Ku, *The Creative Destruction of Copyright: Napster and the New Economics of Digital Technology*, 69 U. CHI. L. REV. 263, 270-272 (2002).



間尚存在著本質上的對立與差異性，也導致下述將著作權完整適用在網路所將發生的難題。

從印刷機發明開始，到傳聲機、錄音、錄影機等科技都與著作權產生過衝突。但這一個世代所並行的科技—網路，與其所具有的股份資訊、群體聯繫與複製之本質，強度卻是前所未見，與之前的科技皆不可同日而語。其中最關鍵者，乃在於網路的數位化，使得複製成本大為降低，並且不像以往的複製科技，需透過特定「載體」如 CD、DVD 等，數位資訊以粒子(digits)型態出現在網路中，並方便使用者大量複製。網路等於是將之前發展的科技做一個整合，增加「數位化」此一重要元素，更加發揮「分享資訊」本質到了極致。也因此，其對於著作權之挑戰，將比之前科技來的更多。

### 第三節 著作權適用在網路上的問題

#### 一、 理論的問題：網路顛覆著作權的誘因理論

在第貳章時本文介紹，目前美國實務通說對於著作權的保護理由，採取的是效用理論；也介紹了美國主流學者所主張的經濟分析，認為透過著作權作為經濟誘因才能帶來更多的創作。事實上，早在 1970 年，Stephen Breyer 即已撰文質疑著作權保護書籍的經濟誘因理論實際成效，<sup>28</sup>而此一誘因理論，在網路普遍發達的今天，是否仍能作為著作權存在的理由呢？

針對此點，有學者指出，透過網路的商業模型可以讓我們了解，即使在網路上沒有持續擴張的著作權保護，智慧財產仍然會被創造。其認為網路與網路上的企業，會提供充足的資訊給買家；且網路會大幅降低交易成本，除了創作的固定成

<sup>28</sup> Stephen Breyer, *The Uneasy Case For Copyright: A Study of Copyright in Books, Photocopies, and Computer Programs*, 84 HARV. L. REV. 281 (1970).

本，重製與散佈的邊際成本趨近於零，所以網路已經近似於一個完美效率市場。

29

其更進一步說明，智慧財產權創作的固定成本(如創作時間與精力等)，會被其他商業模型所吸收與交叉補貼(cross-subsidization)。則即使沒有智慧財產權保障，網路企業者仍會有誘因去創作，因為他們可以利用該創作結合其他商業模型來賺取利潤。所謂的「替代商業模型」，諸如透過廣告、拉贊助、提供試用版、販賣升級版本、販賣科技補充包、販賣實體產品、販賣服務、蒐集並利用個人資訊與建立社群等。<sup>30</sup>

除了上述所提出的交叉補貼的概念，也有學者跟進，批評主流著作權保護的誘因理論忽略了創作(creation)與配銷(distribution)的區別。而這正是配銷者(distributor)的如意算盤：藉由造成其與創作者(creator)間之不可區分來獲利。<sup>31</sup>著作內容的配銷者與著作內容的創作者不同。前者無法忽略經濟因素，第一次的配銷者(initial distributor)必須回收其複製與散佈成本方有誘因。創作者的創作則極有可能是基於與經濟無關的動機，所以，著作權的經濟理論家假設，若不賦予第一次著作配銷者著作權的利益，消費者又無法內化配銷著作的成本，著作會因沒有被配銷而無法為大眾所接近。<sup>32</sup>

然而，該學者認為，在網路空間中，複製與配銷成本幾乎不存在。一旦作品完成後，製造出數以萬計的數位複製品，以及將之散佈到全球的邊際成本是零。網路使得創造誘因變得沒有必要，因為再沒有資訊配銷搭便車的問題。在網路中，消費者自己投資配銷(買電腦與上網設備)，不需要透過第一次配銷者(唱片行或行銷

---

<sup>29</sup> Eric Schlachter, *The Intellectual Property Renaissance in Cyberspace: Why Copyright Law Could Be Unimportant on the Internet*, 12 BERKELEY TECH. L.J. 15, 21-22 (1997).

<sup>30</sup> *Id.* at 23-29.

<sup>31</sup> Ku, *supra* note 27, at 294.

<sup>32</sup> *Id.* at 295, 299.

商)投資並轉嫁散佈費用於消費者身上。因此，用來鼓勵配銷而創造的壟斷性權利(right)就沒有必要存在了，如果在網路空間中繼續維持著作權保護，其目的等同是把原屬著作人與大眾的公共財產利益轉移給配銷者。<sup>33</sup>

既然著作權在網路中無法鼓勵配銷，那其另一目的—鼓勵創作，是否在網路中仍能實現呢？根據學者分析，現在多數的音樂創作者並非基於散佈其作品而獲利，而是藉由散佈其著作所「帶來的名氣與公眾關注」而獲利，如演唱會、T-Shirt或其他商業行為授權等皆是成名所帶來的獲利，再加上新興獲利的方法如創作基金(ransoming)<sup>34</sup>或回饋金(tipping)<sup>35</sup>等，所以著作權不再是創作必須的經濟誘因。

36

## 二、 憲法的問題—資訊流通自由的限制

### (一) 美國聯邦最高法院相關判決

#### 1. 資訊流通自由的意義

本文透過搜尋資訊流通自由(free flow of information)此一概念，<sup>37</sup>發現美國聯邦最高法院多用此一概念做為說明言論自由或新聞自由的保護背後的理由與目的：

<sup>33</sup> *Id.* at 300-305.

<sup>34</sup> 作者在此處所舉之說明為創作者可以先創作一部分掉閱聽者胃口，然後開始蒐集基金，宣稱等到蒐集到一定數字的基金後才願意繼續完成其創作，該例在實際運作上雖然沒有成功，但是仍可做為參考。*Id.* at 310.

<sup>35</sup> 此處作者的說明為線上分享軟體的提供者在每一次的使用者下載時都會分給創作者一小部份的回饋金。*Id.* at 310-311.

<sup>36</sup> *Id.* at 311.

<sup>37</sup> 以下所列案例並不包括「商業資訊的流通自由」(free flow of commercial information)，蓋與此處本文想要介紹的資訊流通自由相較，其毋寧是一個較下位的子概念與議題，所以不多做說明，但關於商業資訊流通自由的概念，可參見如 *Virginia State Bd. of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc.*, 425 U.S. 748, 763-765 (1976).

最早在 1936 年的 *Grosjean v. American Press Co.* 一案中，法院已經初步形成「資訊來源」的保障概念：

「給予媒體豁免權的目的是因為其係重要的公共資訊來源。可以這樣說，相較於其他公共工具，報紙、雜誌與其他國家期刊都持續揭曉國家的公眾與商業訊息。而基於享有完整資訊的公共意見，對於惡質政府是最強的限制，因此，政府對於自由媒體所提供報導的鎮壓或侵害就必須謹慎檢視之。」<sup>38</sup>

到了 1945 年的 *Associated Press v. U.S.* 一案，法院首次指出資訊流通自由代表著重要的公益，及說明其與言論自由間的關係：

「憲法增修條文第一條假定越多越廣的多元與對立的資訊流通是公共福祉的基本元素，蓋新聞自由是自由社會存在的條件。當然，要求政府不能妨礙思想的流通，並不賦予非政府者一個可以對憲法所保障自由作出限制的避風港。」<sup>39</sup>

在 1964 年的 *New York Times Co. v. Sullivan* 一案中，法院指出維護言論自由與資訊流通自由的環境是政府的任務：

「政府必須維護一個原則，就是讓公共議題的辯論是不受限制的、活絡的以及開放的，它可能是激烈的、刻薄的並有時對於政府具有不友善的攻擊針對性。」<sup>40</sup>「在自由的辯論中，錯誤的陳述是無法避免的，它必須被保護，蓋言論自由必須確保言論生存的「呼吸空間」……。」<sup>41</sup>

<sup>38</sup> *Grosjean v. American Press Co.*, 297 U.S. 233, 250 (1936).

<sup>39</sup> *Associated Press v. U.S.*, 326 U.S. 1, 20 (1945).

<sup>40</sup> *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 270 (1964) (“Thus we consider this case against the background of a profound national commitment to the principle that debate on public issues should be uninhibited, robust, and wide-open, and that it may well include vehement, caustic, and sometimes unpleasantly sharp attacks on government and public officials.”).

<sup>41</sup> *Id.* at 271-272 (“That erroneous statement is inevitable in free debate, and that it must be protected if the freedoms of expression are to have the ‘breathing space’ that they ‘need to survive’ …”).

在1964年的*Garrison v. State of La.*一案中，法院認為公共人物的資訊流通是最高的公共利益：

「公眾人物原則在保護關於公共人物的相關資訊流通自由的最高公眾利益，為達此目的，任何可能觸及公共人物公事務者都是相關的。」<sup>42</sup>

以及在1974年的*Pell v. Procunier*一案中，法院重申此一立場：

「憲法對於新聞自由的保障確保了政治系統、公開社會的維護……與人民對於公眾人物資訊流通自由的最高公眾利益。」<sup>43</sup>

到了1996年的*44 Liquormart, Inc. v. Rhode Island*一案中，法院再度說明資訊流通自由與言論自由的關係：

「憲法增修條文第一條的文字，清楚的表達憲法假定意圖管制言論比管制行為來的危險。這樣的假定也與民主社會中資訊流通自由的基本角色相符合。因此，憲法增修條文第一條要求政府不得如抑制行為一般容易的抑制言論，而對於言論的限制也不能只是被當作政府用來達到目的的另一手段。」<sup>44</sup>

對於資訊流通自由的理念，可以 Stevens 大法官的在 *Houchins v. KQED, Inc.* 中所提出不同意見書的一段話做結：

「保障一個完整與自由的大眾資訊流通一直都是憲法增修條文第一條的核心目標，也因此，憲法增修條文第一條保障的不僅是資訊與思想的散佈，也保障其接收。……除了確保個人接收他人通訊的權利，憲法增修條文第一條也帶有基本的社會功能，我們的政府系統確保了知的公民的存在，……因此，只有溝通管道免於受到政府限制是不夠的，……」

<sup>42</sup> *Garrison v. State of La.*, 379 U.S. 64, 77 (1964).

<sup>43</sup> *Pell v. Procunier*, 417 U.S. 817, 832 (1974).

<sup>44</sup> *44 Liquormart, Inc. v. Rhode Island*, 517 U.S. 484, 512 (1996).

資訊蒐集應受到憲法某程度的保護。然而，正如本院所清楚指出，這樣的保護並非基於媒體代表者的私人利益而生，而是為了確保人民是充分瞭解公眾利益與重要的公共事項。」<sup>45</sup>

## 2. 著作權與資訊流通自由的對立與法院立場

至於在資訊流通自由與著作權的對立關係上，聯邦最高法院也曾明顯指出兩者具有以下關係，首先是在 1984 年的 *Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.* 中認為：

「憲法的文字很清楚的是要讓國會為了讓公眾可以接近作者與發明家的作品，而去界定所授予他們有限獨占地位的範圍。由於國會此項任務涉及兩邊利益的調和，一邊是作者與發明家對於其作品與發明控制與利用的利益，另一邊則是思想的自由流通與商業的社會競爭利益，也因此，我們的專利權與著作權法不斷的作出修正。」<sup>46</sup>

其後在 1985 年的 *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises* 一案中，法院對於著作權與資訊流通自由的衝突產生了立場選擇：

「法律不承認事實可以受到著作權保障確保了公眾資訊流通自由的利益。合理使用並非竊盜事業的合法執照，也未授權法院只要認定作品內容是對公眾重要的就可以忽略著作權。在我們對新聞散佈的督促下，不要忘記，制憲者希望著作權成為言論自由的引擎。透過建立使用個人表達的市場權利，著作權提供創造與散佈思想的經濟誘因。」<sup>47</sup>

## 3. 著作權與「網路」資訊流通自由(或「科技革新」)的關係？

資訊流通在網路上是否有特殊的變化或考量，目前從聯邦最高法院的判決中還看

<sup>45</sup> *Houchins v. KQED, Inc.*, 438 U.S. 1, 30-32 (1978) (Stevens, J., dissenting).

<sup>46</sup> *Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 429 (1984).

<sup>47</sup> *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 558-559 (1985).

不出來，但是在以下的兩個案子中，法院點出了「科技革新」(technological innovation)作為與著作權對立的另一端考量，其實與本文接下來要提出的網路資訊流通自由的概念，不謀而合。

首先是在 1984 年的 *Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.* 一案，法院點出：

「著作權法從一誕生之初即是為了回應科技的重要變化，新型態複製裝置(印刷技術)的發明造就了著作權保護的需求，而當新的進步一再的發生在這個世紀，國會一直在為新的科技而翻新規則。」<sup>48</sup>

接著是在 2005 年的 *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster, Ltd.* 這個案子中，該案源於被告公司散佈免費軟體讓電腦使用者可以透過 P2P 網絡(peer-to-peer) 分享電子文件。之所以稱作 P2P 是因為使用者直接透過互相交流來分享資訊，而無終端服務者(central servers)。使用者通常把這種軟體用來分享與下載未經授權的音樂或影音著作，而由著作權人所組成的團體 MGM 因此訴求被告侵權賠償，主張在知悉與故意的情形下，被告散佈其軟體使使用者去侵害他人著作權並違反著作權法。<sup>49</sup> 美國聯邦最高法院判決認為，被告存在著提供他人侵權的目的散佈軟體；事實顯示被告的認知不僅僅是知悉他人會使用其軟體，而更明瞭其軟體會用來幫助侵權，故其對於第三人使用其軟體侵害著作權，應負其責。

值得在此處一提的是，本案法院直接說明科技革新(在本案就是網路上的檔案分享技術)與著作權之間的對立關係：

「對於創作家給予越多的保護，科技革新(technological innovation)就受到越多的壓抑，著作權法就是在調和兩者。……本件所涉及的就是兩個

---

<sup>48</sup> 464 U.S. at 430-431.

<sup>49</sup> *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster, Ltd.*, 545 U.S. 913, 913-914 (2005).

價值的衝突，原告主張數位散佈著作物對於著作人造成空前未有的威脅，因為所有的複製物都可以與原物一樣。複製是容易的，而許多人(尤其是年輕人)使用檔案分享的軟體來下載著作物。大量的軟體使用帶來了公眾直接對於著作權政策的辯論，其意涵是使用像 Grokster 和 Napster 這樣易於複製音樂或電影的軟體，等於摒棄對於著作權的保護。當本案已經由本院審理時，這些恐懼會被另一個擔憂所稀釋，即除了對侵權者究責外，若對於那些基於其潛在非法使用的軟體散佈者也要課予責任，則會限制有利於人類科技的發展。……然而，基於每天都發生使用 StreamCast 與 Grokster 軟體侵權下載的龐大數量事實，本院認為，在本案主張課予間接侵權責任的那一方較有道理。當一個廣泛分享的服務或產品是用來實行侵權的，針對所有侵權者執行受保護作品的權利保護，就成為不可能的事情。剩下可行選擇的解決方法，就是針對複製技術散佈者基於輔助或共同侵權理論課予間接侵權責任。」<sup>50</sup>

法院認為本案中著作權保護的利益較強，應該加諸第二順位侵權責任於該軟體製造者，理由在於每天都有大量的被告軟體使用者下載侵權，當一個廣泛分享的服務或產品是用來侵權的，著作人對於直接侵權者很難有效的主張其權利，唯一實際有效的替代方案就是對於散佈複製裝置者課予第二順位侵權責任(secondary liability)。

而在實質討論本案軟體供應者是否構成輔助侵權(contributory infringement)時，法院討論 *Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.* 一案，<sup>51</sup>雖然有下級法院認為 *Sony* 案建立了營利為主原則(staple article of commerce doctrine)，即如果侵權裝置可做為侵權以外之他用途，則應不構成共同侵權。惟聯邦最高法院則認為

---

<sup>50</sup> *Id.* at 928-930.

<sup>51</sup> *Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984).



*Sony* 案並沒有要求法院去忽略審查證明有輔助侵權認知的證據，如果系爭產品不僅具有侵權特徵，或是產品散佈者不僅具有認知(knowledge)，而有充足的證據可以證明其具有引誘(inducement)第三人去侵權的行為或言語，則即使是營利為主原則也不會使之免於侵權責任。<sup>52</sup>而在本案，被告的軟體主要是提供給 Napster 以前的用戶，證明其有鼓勵侵權意圖。被告沒有過濾工具或其他機制來抑制侵權。最後，被告靠販賣其空間予廣告商賺錢，其軟體被越多人使用，商業利益越大，此等事實加總，可以發現被告具有非法侵權之意圖。<sup>53</sup>因此，法院最後判決原告勝訴，被告構成輔助侵權。

## (二) 學者間對於「網路資訊流通自由」的討論

美國學者間討論資訊流通自由，尤其是網路資訊流通自由概念者，並不多見，且少有論及其與著作權之間的關係者。

有學者透過資訊的傳送者與接收者的概念，將資訊流通的類型分為三種：政府三部門的資訊公開予大眾、公民自願或是強制性的提供資訊給政府，與私人間資訊的流動(人們可以決定是否要表意予他人接收)。<sup>54</sup>在本文對於資訊權的理解下，政府提供資訊給大眾涉及的就是一般所謂「政府資訊公開請求權」，而人民提供資訊給政府涉及的可能是所謂「資訊自決權」或「資訊隱私權」，而本文所探討的著作權在網路上可能限制的，則是屬於私人間的「資訊流通自由」。

雖然該學者理解三種類型的資訊流動與本文相同，但關於私人間的資訊流通，該文卻指出政府公開資訊給人民，和人民提供資訊給政府兩種類型，憲法都有明確的授權與界線，相較之下，人民間卻沒有憲法指示提供資訊的義務或憲法界線。

<sup>52</sup> 545 U.S. at 934-937.

<sup>53</sup> 545 U.S. at 937-940.

<sup>54</sup> Marci A. Hamilton & Clemens G. Kohnen, *The Jurisprudence of Information Flow: How the Constitution Constructs the Pathways of Information*, 25 CARDOZO L. REV. 267, 277(2003).

<sup>55</sup>學者並認為，網路做為新的散佈媒介本身，不能正當化「資訊自由」的訴求，因為如此並不符合憲法對於公開與私下所擁有的言論表達所設定的平衡界線。<sup>56</sup> 憲法言論自由與著作權條款的相互運作，為私人資訊的擁有者與使用者之間的溝通，設下了重要的基礎原則，而這些憲法原則應該會加強法院關於資訊流通的理由論述。<sup>57</sup>

也有認為政府用智慧財產權限制資訊流通自由係妥當者，甚至主張在網路環境中，隨著技術的進步，著作權也應擴張保護更多種類的權利類型。<sup>58</sup>

### (三) 我國憲法下資訊流通自由的概念

我國憲法雖未明文所謂資訊流通自由，但根據司法院釋字 617 號解釋文：「憲法第十一條保障人民之言論及出版自由，旨在確保意見之自由流通，使人民有取得充分資訊及實現自我之機會。」與司法院釋字 623 號解釋文：「憲法第十一條保障人民之言論自由，乃在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。……惟電子訊號、電腦網路與廣告物、出版品、廣播、電視等其他媒體之資訊取得方式尚有不同，如衡酌科技之發展可嚴格區分其閱聽對象，應由主管機關建立分級管理制度，以符比例原則之要求，併此指明。」可以得知，與美國聯邦最高法院見解相同，我國大法官解釋也是用「人民取得充分資訊」來作為保障言論與出版自由的理由。

而根據司法院釋字 613 號解釋理由書：「三、憲法第十一條所保障之言論自由，其內容包括通訊傳播自由，亦即經營或使用廣播、電視與其他通訊傳播網路等設

---

<sup>55</sup> *Id.* at 305.

<sup>56</sup> *Id.* at 314.

<sup>57</sup> *Id.* at 330.

<sup>58</sup> O'Neill, *supra* note 13, at 1076-1077.

施，以取得資訊及發表言論之自由。通訊傳播媒體是形成公共意見之媒介與平台，在自由民主憲政國家，具有監督包括總統、行政、立法、司法、考試與監察等所有行使公權力之國家機關，以及監督以贏取執政權、影響國家政策為目的之政黨之公共功能。鑑於媒體此項功能，憲法所保障之通訊傳播自由之意義，即非僅止於消極防止國家公權力之侵害，尚進一步積極課予立法者立法義務，經由各種組織、程序與實體規範之設計，以防止資訊壟斷，確保社會多元意見得經由通訊傳播媒體之平台表達與散佈，形成公共討論之自由領域。」(編按：底線為作者所加)由本號解釋可知，利用網路傳播取得與使用資訊係為言論自由之通訊傳播自由所保障，並帶有監督國家機關的功能，立法具有防止資訊壟斷，建立確保意見多元之平台之義務，以形成公共領域。大法官雖未點出著作權與網路資訊流通自由之間的關係，惟網路上資訊流通的利益維護，根據本號解釋，應係立法責無旁貸的義務。

(四) 小結：著作權在網路上比真實空間侵犯資訊流通自由更甚。在第肆章時本文已經分析著作權可能會侵犯言論自由與其他基本權利，並提出其中可能逾越憲法界線的部份，此係尚未加入網路考量時的分析。到了本章，介紹過網路環境的特色後，本文認為，著作權適用在網路上時，基於網路空間獨有的資訊流通迅速之特色，此處存在一憲法上的問題，值得提出來探討：

### 以內國著作權政策限制世界的資訊流通自由？

正如學者 Daniel Farber 所云：

「網路爭議到最後所展現的就是對於全球化的壓力反抗，反對全球貿易者認為會使國外獲利而侵害內國利益，相同的，網路威脅到打破在地的觀念市場，逼使傳統社群去重新定義自己。」<sup>59</sup>

<sup>59</sup> Daniel Farber, *Expressive Commerce in Cyberspace: Public Goods, Network Effects, and Free Speech*, 16 Ga. St. U. L. Rev. 789, 808 (2000) (“Internet issues are often, in the end, merely examples of the stresses of globalization. Opponents of global trade argue that it weakens the national community in favor of outside interests. Similarly, the Internet threatens to disrupt local marketplaces of ideas,

這段話完全符合本文前述所介紹的，在網路平方的時代，網路空間存在著真實空間中幾乎所有事物的資訊陰影，也變向造就網路成爲無實體疆界的環境。網路即世界就是現在網路特色最好的描寫。而著作權依照現行幾個國際條約(TRIPS, WIPO 等)，賦予各國自行決定執行其國內智慧財產權政策的裁量空間相當大，所以可以看成是國內價值保護的一種。內國著作權價值與網路資訊流通自由的維護，遂形成強烈的對立關係，而這關係的背後，突顯的正是主權與全球化意識的拉扯。

葉俊榮教授即指出，全球化最重要的特質就是「流動」：資本的流動、商品的流動、人口的流動、甚至包括制度與文化的流動。更重要的是，這個全面性的流動，不但大量而快速，也帶來前所未見的競爭壓力，在此壓力的驅使下，時間與空間進一步壓縮，不論是市場，還是國家都面臨如何有效因應此一流動的問題。<sup>60</sup>氏更介紹古典或轉型憲政主義，認爲兩者論述範圍都僅限於一國的憲法規範與實際，相對於此，近期第三波民主轉型擴張方式與速度，已經表現出區域化與全球化性質，產生所謂「跨國憲政主義」(transnational global constitutionalism)。而在區域整合與全球化對主權國家的衝擊下，其點出各國、甚或區域的憲法，是否還能提供作爲各國有效的溝通對話機制，即成爲既有憲法必須面對的首要挑戰。<sup>61</sup>

誠然，主權與全球化衝突的調節係一複雜的問題，並非本文所欲處理、也並非本文有能力處理的題目。在地內國價值與全球資訊流通的調和應該要個案審視權衡，並無一套放諸四海皆準的價值取舍規則。本文在此處提出所謂網路資訊流通

---

forcing traditional communities to redefine themselves.”).

<sup>60</sup> 葉俊榮〔2004〕，〈全球化對行政法的挑戰—從行政法人的建制談起〉，法治斌教授紀念論文集編輯委員會編《法治與現代行政法學—法治斌教授紀念論文集》，頁 366-267，台北：元照；葉俊榮〔2003〕，〈二元民主與行政程序—從全球化的脈絡論行政程序法的時代機能〉，台灣行政法學會編《行政程序法之檢討、傳播行政之爭訟》，頁 42-43，台北：元照。

<sup>61</sup> 葉俊榮〔2002〕，〈超越轉型：台灣的憲法變遷〉，李鴻禧等合著《台灣憲法之縱剖橫切》，頁 98-99，台北：元照。

自由的概念，無非是想強調，在真實空間中著作權的權利範圍、客體、期間與制度等，已經有部份超過可以為憲法所接受對於基本權(尤其是言論自由)所造成的限制；而到了網路空間中，為言論自由保護目的與基礎的資訊流通自由，應該加入了全球性的思考，網路空間與全球空間發生了匯流。雖然，美國聯邦最高法院在 *Grokster* 一案僅權衡到「國內」著作權與科技間的利益衝突而認為著作權應該受到較多的保護，然而，將內國著作權適用在網路上時，勢必等同限制到全球化的資訊流通自由。加入全球化的觀察後，在內國價值維護的同時，也應該要適度思考世界價值的平衡，這個平衡應該也是我國憲法的誠命，方能代表我國是跨國憲政主義中憲法機能活絡的國家。<sup>62</sup>所以，透過憲法資訊流通自由的分析，著作權並不必然應該要適用在網路空間。

### 三、 法律執行的問題—一定國際管轄分配與選法困難

法律執行的問題，也是最多學者所提出著作權適用在網路上的問題。著作權是在地的，即屬地主義，各國著作權的保護係依各國著作權法規規定；與此相反的，網路空間中的網路位址(IP address)並不當然可以連結到實體所在位置。網路就是被設計來隱匿真實空間的實際所在地理資訊，在網路中所存在的資訊，可以被視為是從世界任何一點所來的資訊。<sup>63</sup>這也是為什麼，會有認為現在是網路平方點年代，網路即是世界。著作權的屬地主義與網路的無體世界化，遂產生執法上具有定管轄與選法的困難。

#### (一) 網路造成定國際管轄分配之困難

關於網路的國際管轄權爭議，國內學者如馮震宇教授即指出，網際網路的興起，不但對國內各地方間的管轄問題造成衝擊，也對傳統具有地域性的法律與國家審判權構成挑戰。網際網路並無任何固有領域的限制，其傳送的數位訊息並不受到

<sup>62</sup> 葉俊榮，前揭註 61，頁 98-99。

<sup>63</sup> See Matthew Fagin, *Regulating Speech Across Borders: Technology vs. Values*, 9 MICH. TELECOMM. & TECH. L. REV. 395, 404 (2003).

使用人所在地域的影響，在全球各地都可以獲得同樣品質的訊息，且訊息亦可能透過不同的路徑進出各國領域。由於發送、接收與傳遞過程中，可能經過許多國家的管轄區域，因此，如何決定管轄權就成為重要的問題。<sup>64</sup>然而，氏也同時指出，各國並未對網路管轄權有明文規定，因此各國法院是否據以行使管轄權仍有爭議。<sup>65</sup>

美國學者也有認為，網路空間沒有領土性質的疆界，而許多政府對於跨疆界的電子通訊的第一回應就是去管制其資訊流通，嘗試把在地的管制與實體疆界放在網路上。但是這樣的嘗試都是沒有結果的，因為個人在網路上可以輕易的不被偵測進入任何主權領土，而通過領土疆界的電子通訊量已經多到政府無法管制。也有些國家嘗試用過濾機制或建立電子障礙來把其疆界放在網路上，但是仍失敗。因為受管制者只要重新從其他地域登入連線即可進入該領域，且任何國家都可以輕易主張具有管制的實體連結基礎，而造成多國管制同一網路行為的問題。<sup>66</sup>因此，其認為以領土思維管制網路活動並無正當性，蓋線上活動的效果無法對應到特定地理位置，因為網路上的任何資訊都是可以被全球所接近的，而當我們進入網路空間後，個人也沒有能力理解其在虛擬空間中所處在的疆界。<sup>67</sup>

因之，著作權適用在網路空間的一大現實難題，即為如何將網路空間的網域轉換為現實空間的地理位置以定國際管轄權，現在尚欠缺一個普遍可以接受又有效的定網路管轄理論。即使有一套共識的規則可以定出國際管轄權，若認為甲國有管轄權而欲追訴侵害網路著作權者，惟侵權者身在乙國，若乙國不保護著作權或是

---

<sup>64</sup> 馮震宇〔1999〕，〈論網路商業化所面臨的管轄權問題〉，《網路法基本問題研究(一)》，頁49，台北：學林。

<sup>65</sup> 馮震宇，前揭註64，頁52。

<sup>66</sup> David R. Johnson, *Law and Borders- The Rise of Law in Cyberspace*, 48 STAN. L. REV. 1367, 1370-1374 (1996).

<sup>67</sup> *Id.* at 1375-1376; see also Christian M. Rieder & Stacy P. Pappas, *Personal Jurisdiction for Copyright Infringement on the Internet*, 38 SANTA CLARA L. REV. 367 (1998); Jack Goldsmith, *Against Cyberanarchy*, 65 U. CHI. L. REV. 1199 (1998).

拒絕配合甲國，此時如何實現著作權追訴亦是一大難題。有學者即指出，多數國家都認定有國際管轄權時，此時涉及擇地行訴(forum shopping)之問題。即網路所造成侵害著作權效果在許多國家發生，而造成原告可以選擇何地訴訟，被告可以選擇逃避至著作權最寬鬆保護之國家。<sup>68</sup>

## (二) 網路造成國際私法選法困難

網路的資訊流通性質與訊息即時性，也造成傳統國際私法選法理論(choice of law)的難以適用。美國即有學者認為，因為傳統著作權侵權的選法理論，係依使用行為發生地之法，然而適用在網路時，傳統選法理論即受到挑戰。蓋網路可以使單一使用著作物的行為在許多國家發生效果，所以無法清楚判斷哪裡才是所謂的「行為地」。比如提供著作物在網路上散佈者，無法控制其後閱聽者與散佈者的電腦所在地，接近網路上著作物的終端使用者也很難判斷其閱聽作品的來源地點。<sup>69</sup>

也有學者指出，理想上，選法規則讓單一國家的法律去處理所有網路著作權問題，能大大的簡化法律爭議，而因此促進網路商業的繁榮。然而在侵權請求訴訟中，只要各國著作權法間，還存在著重要實體的差別，選法規則指派單一的法律就會有立法保障著作權不足或過多的風險。<sup>70</sup>

我國涉外民事法律適用法第9條第1項規定：「關於由侵權行為而生之債，依侵權行為地法。」著作權侵權之選法在我國亦是視「侵害著作權行為發生地」，則上述學者所指出之網路侵權行為發生地無法特定之問題，在我國同樣會發生。此

<sup>68</sup> Ted Solley, *The Problem and the Solution: Using the Internet to Resolve Internet Copyright Disputes*, 24 GA. ST. U. L. REV. 813, 818 (2008).

<sup>69</sup> Andreas P. Reindl, *Choosing Law In Cyberspace: Copyright Conflicts on Global Networks*, 19 MICH. J. INT'L L. 799, 807 (1998). See also Barbara Cohen, *A Proposes Regime For Copyright Protection on the Internet*, 22 BROOK. J. INT'L L. 401, 406-407 (1996).

<sup>70</sup> Jane C. Ginsburg, *Copyright Use and Excuse on the Internet*, 24 COLUM.-VLA J.L. & ARTS 1, 43-44 (2000).

外，根據我國學者介紹，該條侵權行為地究指「行為實施地」亦或「損害發生地」仍有學說上爭執，也因此，建議應納入關係最切原則的應用。<sup>71</sup>可見，縱使可知道實際行為發生地在何處，仍有國際私法上理論之爭議尚待解決，更可顯見網路空間執法問題的複雜度。

#### 四、 網路著作權適用的三大難題與憲法、歷史之關聯

##### (一) 理論面：網路取代著作權成為創作誘因，著作權不再是鼓勵

##### 創新所必須

根據學者的意見，認為網路顛覆傳統著作權保護目的的誘因理論不無道理，主要在於網路具有資訊流通迅速的特點，傳遞資訊技術容易與快速化，使得複製成本低廉，出版商與著作人僅需負擔「創作成本」。而姑且不論是否真有所謂創作成本存在，創作成本是固定成本，遠較複製成本低廉；另一方面，網路造就了新的經濟環境，讓著作有許多新商業模型可以運用。網路使獲利模式與數量增加，卻又使著作產生成本的減少，一消一長之間，著作權制度在網路上的存在遂無基礎。

以往著作可以使人成名進而透過該著作獲取利益，歌手、小說家等都是循相同模式獲利。但網路漸漸取代了著作權成為新種成名的方法，在網路上，資訊流通迅速，成名機率也大增，而網路是每一個人都可以接近使用的空間，不像真實空間中著作權需要透過出版商等中介。因此，沒有著作權，利用網路資訊流通與複製成本低廉的特點，作者同樣可以獲利而有創作動機。

網路本身存在作者的創作動機，對於創作者而言，只剩下表達成本或創作成本此一固定成本，生產成本或複製成本已經完全被網路所取代，由消費者自己負擔。

<sup>71</sup> 陳榮傳〔2002〕，〈網際網路行為的涉外法律問題〉，《月旦法學雜誌》，84期，頁250-251。



此時如果還維持著作權制度，那嘉惠的並非作者，而是讓著作權制度所獲得的利益流向出版商、電影公司、唱片公司等介於終端使用者與初端創作者間的中介體，然而法律上卻沒有要保護該等中介體的理由。而這樣的現象，等同回到安妮法之前的狀態，除了保護期間越來越長，在網路上，實際受惠與受保護的，是出版商等中介體。期間與受保護主體兩個限制解除，著作權遂回到以往不受控制的情況，而如本文第參章所擔憂的，著作權發生「抑制言論市場及限制競爭」的效果，而可能為國家公權力所樂見的情形。

除此之外，由於網路提供了創作誘因，著作權制度的功能在網路空間被取代，則憲法上無法再藉由基本國策第 166 條「獎勵科學之創造」或是第 23 條鼓勵創作的「公共利益」來正當化其對於其他基本權的限制。蓋從比例原則中同樣能達成目的的較小手段性來看，網路已取代著作權而能達到相同效果，卻對基本權未造成相同程度限制，著作權制度因此無法在網路空間中適用而通過憲法檢驗。

從歷史觀察與誘因理論看來，著作權的存在從來都只是鼓勵創作的手段，網路的出現既然可以達到相同或是更多的鼓勵創作效果，著作權制度在網路上遂沒有繼續維持的理由。

## (二) 憲法面：憲法上全球資訊流通自由價值的維護

正如葉俊榮教授所言，無論是哪一種憲政主義，「活的憲法」(living constitution) 仍是憲政國家存續的重要基礎。故面對 21 世紀，不論是憲政主義的論述或實踐，都不應該繼續拘泥於傳統憲法的限制功能，而應該實際地重視憲法管理與整合機制是否活絡，各國或各區域之間，是否能已上軌道的憲政運作，作為相互溝通與整合的機制，以促進各國、區域或全球實質憲政主義的進展。<sup>72</sup>

---

<sup>72</sup> 葉俊榮，前揭註 61，頁 99-100。

而我國憲法為能充分展現活絡機能，與配合全球實質憲政主義的進展，「全球資訊流通自由」價值的維護，應該也是我國憲法的言論自由所應該能承擔的任務範圍。因此，著作權在作為代表全球與世界的網路上適用的結果，所限制的不只是傳統內國人民的言論自由，更是對於全球資訊流通自由或是全球科技進展的限制，此時比例原則的操作，已經不再是著作權內容範圍界線的問題，而是著作權制度在網路上適用對於全球資訊流通自由的限制是否能取得正當性。

### （三） 執法面：法律執行困難意味著著作權環境「質」的變化

無論是選法困難或是國際管轄權的難以確定，都在在顯示著作權法在網路上執法的艱難，網路對於全球化的反映與著作權內國主權宣示的本質是矛盾與衝突的。著作權在誕生之初時的科技是印刷術，多年來，著作權所對抗的是複製技術的成長，著作權環境還僅是「量」的改變，舉凡印刷術之後 19 世紀的照相術，20 世紀的影印機、電影、錄音設備、錄影設備及電腦等，複製技術的範圍與數量在這些科技中大量提升，著作權也因此必須擴大保護範圍來管制這些量的變化。<sup>73</sup>

然而，網際網路的出現，尤其是到了「網路平方」的年代，著作權環境已經產生「質」的改變。由於數位化，複製技術與成本上當然是進化到了一個以前科技都無法媲美的高峰；真正讓著作權不再能掌控的是，是網路所帶來的全球化與世界觀，這讓在地、主權的著作權產生雖有法律卻無法確實執行的困難。在 18 世紀安妮法被制定的當時，或許可以預見複製技術會持續增強與進步，立法者可以修法來因應保護著作權，但當時的立法者絕對無法預見，在網際網路的今天，著作權法會出現執法困難，以及必須要與全球其他國家妥協或合作的情況。面臨整個環境「質」的變化，著作權制度就像是夕陽工業般嘗試也變化出與其本質不同的權利或制度來應對。既然網路環境已與著作權環境無法相容，似乎用新的模型而

---

<sup>73</sup> 關於科技的進展與著作權的回應，參見 PAUL GOLDSTEIN, COPYRIGHT'S HIGHWAY: FROM GUTENBERG TO THE CELESTIAL JUKEBOX (Stan. Univ. Press 2003) (1994).

非固守著作權制度是更好的處理方法。

## 第四節 因應網路空間特性而生的方案

### 一、 學者的各種建議

面對網路對於著作權所帶來的衝擊，學者間也有不同的建議。有認為應直接適用現實空間著作權法者，其指出資訊自由解放論者的兩點謬誤，第一是把網路上所有的檔案都當成「資訊」，而不論它們在現實空間中是否受到保障，最直接的，把受著作權保障的表達與不受保障的事實、思想混淆都成為應解放的資訊。其二，其所理解的「自由」除了要讓所有網路資訊開放外，還要以不需要成本的方式給所有人，資訊要解放與資訊要「無條件」解放是不同層次的訴求。<sup>74</sup>所以，其最後認為，對於網路著作權侵權者追訴應是最正當與最有效率的方式，逼使企業建立網路空間著作權的保護系統。<sup>75</sup>

也有建議在網路上應應用默示授權理論者，主張在網路著作權的爭議上應妥善運用默示授權的法理，但與契約自由脫勾，即不須視著作權人主觀上是否有明示或默示授權的意思，讓法院去決定網路上的運作是否應該容許。透過法院妥善運用默示授權的機制，將網路政策的考量納入著作權法體系中，所以如著作權人將著作張貼上網即可認為係默示授權的一種。<sup>76</sup>

也有學者呼籲，由於吾人處於一個資訊年代(information age)，我們需要一個環境運動來保存公共領域，資訊科技的爆炸涉及了智慧財產的領域，其也同時告訴我們公共領域的存在與其價值，但公共領域不會自動產生，所以，與其「維護」

<sup>74</sup> Kovacs, *supra* note 7, at 763-765.

<sup>75</sup> *Id.* at 784.

<sup>76</sup> Orit Fischman Afori, *Implied License: An Emerging New Standard in Copyright Law*, 25 SANTA CLARA COMPUTER & HIGH TECH. L.J. 275, 277-278 (2009).

(save)，我們更應該「創造」(create)公共領域。<sup>77</sup>

更有學者指出，在網路上，問題不在如何取得作者授權，而在如何補償著作權人，著作權相較於財產權，更應該接近於一個取得補償的權利。因此，其建議現行法應該在法律授權之外增加容許非商業(noncommercial)檔案分享並同時補償著作權人，一旦非商業的檔案分享不構成侵權，提供檔案分享的產品或服務商也不會面臨第三人侵權責任。但這些提供商必須依法律依據其收入比例繳納一定的規費，即所謂非商業使用稅金(noncommercial use levy)。根據其估計，平均從這些檔案分享產品或服務提供者總收入課繳百分之 4 的稅金，即可妥善補償著作權人因檔案分享所造成的損失。<sup>78</sup>

此外，較為極端的學者更認為，智慧財產的所有者針對微小的侵權行為，應該使用現存的商業模型與科技手段，而非仰賴訴訟的恐嚇而造成寒蟬效應，因而認為著作權法在網路上並不重要。然而，氏也強調，這不代表現行著作權法應該要廢止，現行著作權法對於網路上的創作者與消費者沒有效果不代表我們不需要它，著作權法在實體世界中仍是極端重要。其所主張者，除了權利歸屬的案例外，認為不需要任何新的法律去增加智慧財產權所有者在網路上的權利，因為已經有足夠的商業與科技革新可以解決，如果增加權利保護反而會使得訴訟被提起而破壞現存的平衡。<sup>79</sup>

## 二、目前我國所採取反其道而行的「立法模式」

受到世界智慧財產權組織(WIPO)與美國的影響，我國著作權法分別在民國 92 年

<sup>77</sup> JAMES BOYLE, THE PUBLIC DOMAIN: ECLOSING THE COMMONS OF THE MIND 230-248 (2008).

<sup>78</sup> 本段整理自 NEIL WEINSTOCK NETANEL, COPYRIGHT'S PARADOX 208-210 (2008); See also Neil Weinstock Netanel, *Impose a Noncommercial Use Levy to Allow Free Peer-To-Peer File Sharing*, 17 Harv. J.L. & Tech. 1 (2003).

<sup>79</sup> Schlachter, *supra* note 29, at 49-50.

7月9日於第80-2條<sup>80</sup>規定「防盜拷措施」，與民國93年9月1日於第90-4至90-12條以下規定「網路服務提供者之民事免責事由」，算是立法對於網路新科技的特別設計與回應。

### (一) 防盜拷措施之保護

防盜拷措施立法之說明為：「二、按著作權人依本法享有著作權，但如其額外再採取防盜拷措施保護其著作權，則除既有著作權保護外，宜再給予額外之保護。又此等保護究與著作權有別，爰增訂本條，明定防盜拷措施受本法之保護。三、第一項所謂之破解、破壞或以其他方法規避，包括將已鎖碼（encrypt）者予以解碼（decrypt）、將已混波（scramble）者予以解波（descramble），或於國際網路上，破解權利人所採行之註冊制度及其他使原來有效之防盜拷措施歸於無效之規避行為。又本項規定僅禁止對於著作權人所採取禁止或限制他人擅自「進入著作」之防盜拷措施（access controls）之破解、破壞或以其他方法規避。至於破解、破壞或以其他方法規避著作權人所採取禁止或限制他人進入著作以後之進一步「利用著作」（例如重製、公開傳輸等著作權法所明定之利用行為）之防盜拷措施（copy controls）行為，則不在本項適用範圍，應視其有無合理使用或是否構成侵害著作權而定其法律效果。」<sup>81</sup>

學者認為，科技保護措施保護背後的法律思維，在於著作權保護的前置化，除了傳統著作權法所賦予的權利保護內容外，著作權人得以設置及利用科技保護措

<sup>80</sup> 著作權法第80-2條規定：「著作權人所採取禁止或限制他人擅自進入著作之防盜拷措施，未經合法授權不得予以破解、破壞或以其他方法規避之。(第1項) 破解、破壞或規避防盜拷措施之設備、器材、零件、技術或資訊，未經合法授權不得製造、輸入、提供公眾使用或為公眾提供服務。(第2項) 前二項規定，於下列情形不適用之：一、為維護國家安全者。二、中央或地方機關所為者。三、檔案保存機構、教育機構或供公眾使用之圖書館，為評估是否取得資料所為者。四、為保護未成年人者。五、為保護個人資料者。六、為電腦或網路進行安全測試者。七、為進行加密研究者。八、為進行還原工程者。九、其他經主管機關所定情形。(第3項) 前項各款之內容，由主管機關定之，並定期檢討。(第四項)」

<sup>81</sup> 93.9.1 修正公布著作權法部分條文對照表，經濟部智慧財產局。

[http://www.tipo.gov.tw/ch/Download\\_DownloadPage.aspx?Path=3618&UID=9&ClsID=35&ClsTwoID=83&ClsThreeID=61&Keyword](http://www.tipo.gov.tw/ch/Download_DownloadPage.aspx?Path=3618&UID=9&ClsID=35&ClsTwoID=83&ClsThreeID=61&Keyword) [最後瀏覽日：2010/08/12]。

施，以防止擅自接觸著作致使著作權侵害之情事發生。此一著作權侵害危險預防思維即為「科技嵌制科技」觀念之體現。<sup>82</sup>

### 1. 學者批評

然而，在我國立法採納之前，如馮震宇教授即指出，由於科技保護措施賦予權利人太廣泛的權利，使得其所帶來的影響日益增加，成為「超著作權」(Paracopyright)，蓋科技保護措施不但准許權利人可以對不受著作權法保護的標的(例如單純的事實或著作權保護期間屆滿之著作等)加以控制，更賦予權利人控制利用人如何接觸與利用受科技保護措施的著作，以及控制其所運用的保護技術，此等權利遠超過傳統的著作權法所賦予著作權人的權利，可能被權利人所濫用或作為限制競爭的工具。<sup>83</sup>

亦有學者認為，「合理使用」不能作為未經授權而「接觸」著作之抗辯。「合理使用」是對於著作權的一種限制，而「科技保護措施規定」原本是在著作權之外，對於著作權人為保護其著作權所採之科技保護措施提供一項新的保護，這種保護可能會賦予著作權人一項新的「接觸權(access right)」，甚至影響公眾接觸資訊的權利。立法者在保護著作人權利之同時，應不得不正視資訊自由與公平競爭市場之維護。<sup>84</sup>

在我國立法採取科技保護措施之規定之後，有學者認為，科技保護措施之相關規定在著作權法體系創設出有別於以往傳統著作權的新種權利，其係立法者所創設之法律上特別「權力」(power)。然而著作權人對於未經同意規避科技保護措施

<sup>82</sup> 沈宗倫〔2009〕，〈論科技保護措施之保護於著作權法下之定性及其合理解釋適用：以檢討我國著作權法第80條之2為中心〉，《台大法學論叢》，38卷2期，頁297。

<sup>83</sup> 馮震宇〔2004〕，〈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》，105期，頁79。

<sup>84</sup> 章忠信〔2003〕，〈「科技保護措施」與著作的「合理使用」〉，章忠信著作權筆記網站。  
<http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php?board=4&act=read&id=61>〔最後瀏覽日：2010/08/12〕。

或提供工具者主張法律救濟的當兒，無須受傳統著作權法體系下保護內容範圍限制及合理使用之拘束。因此，原先傳統著作權法所建立關於著作權人與著作使用者或科技研發者間之利益平衡，將因之受到影響。<sup>85</sup>

並非所有學者皆認為合理使用在科技保護措施中不能適用，如有學者即認為，對於違反第 80-2 條第 1 項與第 2 項之行爲是否能主張合理使用甚有疑義，對於利用人所享有憲法第 11 條之基本權利之保護實有未周。故其主張，合理使用各條款對於準備行爲雖無抗辯空間，但對於第 80-2 條第 1 項之接觸控制之規避行爲應得主張合理使用，且建議立法修正加入合理使用於第 3 項成爲第 1 項與第 2 項之除外條款。<sup>86</sup>

最後，有認為科技保護措施的立法是單方面增加保護著作權人採行的技術措施規定，而未見增加著作權人何種負擔或義務，使其未公益的達成作出貢獻，此種過於偏袒權利人的立法，已偏離著作權法的正當基礎，並非全體國民之福。<sup>87</sup>

## 2. 本文分析

歸結以上多數學者對於科技保護措施保護立法之批評，主要集中在立法賦予著作權人新種類的權利(接觸權)的同時，卻讓合理使用不適用在此種接觸權之上，使得司法者沒有調整公共利益或使用人權利與著作權平衡的空間。本文原則上贊同這樣的批評，而僅在此處補充此一批評與歷史、憲法間的關係。

### (1) 造成所有權通案化效果

首先，科技保護措施的立法偏離了著作權的歷史發展軌跡，我們無法把科技保護

<sup>85</sup> 沈宗倫，前揭註 82，頁 323-324。

<sup>86</sup> 羅明通〔2009〕，《著作權法論(II)》，7 版，頁 461-464，台北：台英商務法律。

<sup>87</sup> 劉孔中〔2007〕，〈著作權法保護技術措施規定之革新〉，《智慧財產權法制的關鍵與革新》，頁 118-119，台北：元照。

措施看成是著作權客體的擴大，因為科技保護措施是附著於著作物之上；它可能是一種新種著作權的賦予，可以視為是著作權權利的擴張。然而，此一新種著作權的內涵範圍已經強到禁止任何人嘗試「接近」著作物，以往的著作權擴張還僅止於著作權表達形式的排他權，但科技保護措施是一種禁止任何人接觸著作物的排他權限，比任何一種著作權都來的強烈，已經是類似所有權<sup>88</sup>「通案化」的賦予。即只要著作權人對於某著作物享有著作權，透過科技保護措施的設置，使用人的對於所有相同的著作物之「接觸權」都會被限制。著作權設置之初和所有權是不同的，發展至今接近成為所有權的通案效力，甚至超越所有權原本之內涵，完全悖離歷史設置原意。更遑論此一接觸權的擴張不受到合理使用的限制，更是史無前例。科技保護措施立法大大的跨越了著作權一直以來的發展軌跡，使得著作權在網路空間中成為業者限制競爭，與國家透過著作權的賦予來箝制言論的最佳工具。

## (2) 嚴重限制財產權與資訊流通自由

科技保護措施立法也限制了基本權，它禁止使用權人解除著作物上權的防盜拷措施以能接觸或使用著作物。以往的著作權以複製權為代表，也僅是限制使用人對於所有物的利用，未及於單純個人的使用，然而科技保護措施的立法讓所有人因為著作權人的科技保護措施而完全無法接近其所有物，是對於財產權中所有權嚴重的限制，更遑論是對於資訊流通自由的限制。此外，科技保護措施的立法使得合理使用無從適用，合理使用一直是著作權賴以主張內建調和言論自由限制的機制，如今立法等同透過科技保護措施立法實質上使著作權完全凌駕於言論自由之上。<sup>89</sup>猶有甚者，如把程式碼也看成是言論的一種，那科技保護措施立法甚至造成額外言論自由限制的問題。如有學者即指出科技保護措施可能是對於程式碼內

---

<sup>88</sup> 按民法第 765 條規定：「所有人於法令限制之範圍內，得自由使用、收益、處分其所有物，並排除他人之干涉。」禁止破除科技保護措施即係排除他人干涉其著作物，等於是讓著作權人對所有著作物享有所有權權能，所以稱所有權通案化效果。

<sup>89</sup> See BOYLE, *supra* note 77, at 95-96.



容中立的言論自由限制，<sup>90</sup>也有學者更直接認為科技保護措施的立法是針對程式碼此一言論內容之限制因而違憲。<sup>91</sup>

然而，對於基本權這樣嚴重的限制，立法理由竟未說明要加強著作權保護的原因為何，只提出科技保護措施與著作權不同，應予額外保護。到底科技保護措施的破解會對於著作權造成何種威脅，隻字未提。更離譜的是，即使是有合理使用的例外，著作權對於基本權所造成之限制都不見得通得過比例原則的審查，更遑論科技保護措施立法缺少合理使用適用之空間，其背離比例原則界線的距離，已經遠超過憲法所能忍受的程度。

最後，立法科技保護措施立法的問題，可以 Lawrence Lessig 教授這段精闢對於美國相同立法的論述作結：

「「數位千禧年著作權法」(DMCA)的制訂頒佈，最主要是為了回應著作權人對網路科技的恐懼。他們的恐懼在於：著作權人對於著作權的控制實際上已不存在……數位千禧年著作權法(DMCA)所提供的保護，已經超過原先著作權法所劃下的界線。它所管制的是規避著作權保護措施的設備，不論藉由這些得以規避著作權保護措施的設備而使用受保護的內容，是否真正侵犯了著作權法。」<sup>92</sup>

## (二) 網路服務提供者之民事免責事由

關於新法所增訂 ISP(Internet Service Provider, ISP)之免責規定，依照著作權法部分修正草案總說明：「網路科技之發展，固有利著作更為廣泛利用，惟網路複製

<sup>90</sup> See *id.* at 97-100. See also NEIL WEINSTOCK NETANEL, COPYRIGHT'S PARADOX 188-190 (2008).

<sup>91</sup> 此外，氏尚認為科技保護措施立法有涵蓋過廣(overbroad)、模糊(vague)、不符憲法著作權條款與達成目的的較小手段等憲法要求，因而屬於違憲的立法，Blake Covington Norvell, *The Modern First Amendment and Copyright Law*, 18 S. CAL. INTERDISC. L.J. 547, 548-549 (2009).

<sup>92</sup> LAWRENCE LESSIG, FREE CULTURE: HOW BIG MEDIA USES TECHNOLOGY AND THE LAW TO LOCK DOWN CULTURE AND CONTROL CREATIVITY 157 (2004); Lawrence Lessig 著，劉靜怡譯〔2008〕，《誰綁架了文化創意—打造知識共享的自由文化》，頁 209，台北：早安財經文化。

與傳輸技術之便捷，亦造成侵權行為，此類侵害行為不僅件數龐多，且具擴散特性，著作權人實難對侵害使用者一一進行法律訴追，嚴重衝擊著作權及製版權之保護；另就網路服務提供者而言，各類侵權行為皆係透過其提供之服務，予以遂行，各類網路服務提供者亦常面對被告侵權之訴訟風險，凡此皆不利網路產業之發展。為解決前述問題，爰參考國際間各國作法，於網路環境中賦予網路服務提供者「責任避風港」，一方面使著作權人或製版權人得以依法要求網路服務提供者移除網路流通之侵權資料，而另一方面網路服務提供者亦可依法針對使用者涉有侵害著作權及製版權之行為，主張不負損害賠償責任。著作權人、製版權人與網路服務提供者爰可共同合作，減少網路侵權行為，落實著作權保護，並減少爭訟，確保網路服務提供者經營之法律安定性。」<sup>93</sup>

學者認為立法目的不外兩部份，第一部分是確保網路服務提供者繼續經營的誘因，第二部份則是藉由法定義務的賦予，達到節制著作權侵害的效果。<sup>94</sup>

## 1. 學者評析

早在立法採取 ISP 免責規定前，學者即有認為，ISP 民事豁免責任的立法對於內容擁有者而言，僅有很小的機會可以主張對方濫權。由此觀之，明文規定免責條款，明顯係向著作權人利益傾斜，實質上更易發展成「過度遏阻」(Overdeterrence)，未必可採。<sup>95</sup>

而 ISP 免責規定經立法落實後，有學者認為，對於四種責任豁免對象與事項之限定及規範，<sup>96</sup>可能面臨的問題係是否能周全地涵括未來網路科技的發展。在未來

<sup>93</sup> 98.5.13 著作權法部分修正草案總說明參照，經濟部智慧財產局。  
[http://www.tipo.gov.tw/ch/Download\\_DownloadPage.aspx?path=3618&Language=1&UID=9&ClsID=35&ClsTwoID=83&ClsThreeID=375](http://www.tipo.gov.tw/ch/Download_DownloadPage.aspx?path=3618&Language=1&UID=9&ClsID=35&ClsTwoID=83&ClsThreeID=375)〔最後瀏覽日：2010/08/12〕。

<sup>94</sup> 沈宗倫〔2010〕，〈對於我國著作權法關於網路服務提供者民事責任豁免立法之初步評析〉，《中正財經法學》，創刊號，頁 266-267。

<sup>95</sup> 蕭宏宜〔2007〕，〈著作權的實有與流變〉，《科技法律透析》，19 卷 2 期，頁 24-49。

<sup>96</sup> 著作權法第 3 條第 1 項第 19 款規定：「十九、網路服務提供者，指提供下列服務者：(一)連線

產生新的網路服務提供者，所提供服務為我國法四種責任豁免事項；又或者網路服務提供者為四種責任豁免對象，但其所提供服務內容逾越法定責任豁免事項，凡此種種，網路服務提供者是否仍能主張責任豁免利益，皆屬不確定。<sup>97</sup>氏也指出第 90-4 條第 1 項第 2 款<sup>98</sup>對於累次侵權者的除權政策，「累次」與「侵權」定義皆不明確，由司法者或是網路服務提供者評估累次侵權也不清楚，未說明怠於執行停權政策時是否仍能主張豁免責任利益。故其主張累次係「著作權侵害次數」，侵權限於「著作財產權」，而為求累次侵權者停權政策的效率執行，應由網路服務提供者評估，且於怠於執行停權政策時不得主張免責利益，方能發揮本法之功能。<sup>99</sup>

而不同於上述學者對於條文意涵之解讀，另有學者者點出第 90-4 條第 1 項第 2 款即所謂「三振條款」中「設有侵權情事」，相對於移除或封鎖資訊，要求 ISP 終止對於使用者服務，是否能認其為預防侵害之義務則有疑問，蓋曾經有三次侵害行為是否即足以認定該危險之存在，實有疑慮。故三振條款之要求終止服務屬於懲罰性質，則應由法官為公正、中立之專業判斷，至少待法院一審判決，使屬「涉有侵權情事」。<sup>100</sup>

---

服務提供者：透過所控制或營運之系統或網路，以有線或無線方式，提供資訊傳輸、發送、接收，或於前開過程中之中介及短暫儲存之服務者。(二)快速存取服務提供者：應使用者之要求傳輸資訊後，透過所控制或營運之系統或網路，將該資訊為中介及暫時儲存，以供其後要求傳輸該資訊之使用者加速進入該資訊之服務者。(三)資訊儲存服務提供者：透過所控制或營運之系統或網路，應使用者之要求提供資訊儲存之服務者。(四)搜尋服務提供者：提供使用者有關網路資訊之索引、參考或連結之搜尋或連結之服務者。」

<sup>97</sup> 沈宗倫，前揭註 94，頁 267-269。

<sup>98</sup> 著作權法第 90-4 條第 1 項規定：「符合下列規定之網路服務提供者，適用第九十條之五至第九十條之八之規定：一、以契約、電子傳輸、自動偵測系統或其他方式，告知使用者其著作權或製版權保護措施，並確實履行該保護措施。二、以契約、電子傳輸、自動偵測系統或其他方式，告知使用者若有三次涉有侵權情事，應終止全部或部分服務。三、公告接收通知文件之聯繫窗口資訊。四、執行第三項之通用辨識或保護技術措施。」

<sup>99</sup> 沈宗倫，前揭註 94，頁 271-274。本文無意細部分析網路服務提供者民事免責立法各條的優劣，重點在點出其立法方向的妥適性，故各條分析可參見沈宗倫該文。

<sup>100</sup> 王怡蘋〔2009〕，〈著作權法關於網路服務提供者之民事免責規範〉，《月旦法學雜誌》，173 期，頁 40-41。

尚有學者指出，ISP 類別與定義，恐有掛一漏萬或不足因應產業變化之憾，隨著網路科技與商業模式之演進，依照美國十年前的分類是否足以適應今日現狀或未來十年之發展，並不可知。<sup>101</sup>此外，豁免責任為何僅限民事責任不包括刑事責任，也未見立法說明。<sup>102</sup>

關於第 90-4 條第 1 項第 2 款，有學者參考法國實務後認為為免有違憲疑慮，新法條文解釋上當以不具拘束力之「告知使用者」為已足，不必「確實履行」終止全部或部分服務，即可主張免責利益。又該款三次侵害是否限於一定期限、是否限使用同一帳號、是否限於同一權利人通知、是否終止服務後即永久出局等皆不明，此一涉及公共接觸資訊之憲法上基本權利，竟任由 ISP 單方面決定，立法實屬輕率。最後，本款使得只要 ISP 因有人告發而非因真有侵權即可終止全部或部分服務，對使用者極為不公平，亦造成網路秩序之混亂。<sup>103</sup>

而針對第 90-7 條<sup>104</sup>與第 90-9 條<sup>105</sup>所規定的「資訊儲存服務提供者」的「通知／取下」程序，學者亦提出權利人可以不必經司法判斷，就獲得「立即」阻卻他人資訊的效果，僅憑權利人單方意見，就使使用人的資訊被阻絕，即使為反對通知

---

<sup>101</sup> 章忠信〔2009〕，〈二〇〇九年新修正著作權法簡析—網路服務提供者之責任限制〉，《月旦法學雜誌》，173 期，頁 9。

<sup>102</sup> 章忠信，前揭註 101，頁 9-10。

<sup>103</sup> 章忠信，前揭註 101，頁 11-12。

<sup>104</sup> 著作權法第 90-7 條規定：「有下列情形者，資訊儲存服務提供者對其使用者侵害他人著作權或製版權之行為，不負賠償責任：一、對使用者涉有侵權行為不知情。二、未直接自使用者之侵權行為獲有財產上利益。三、經著作權人或製版權人通知其使用者涉有侵權行為後，立即移除或使他人無法進入該涉有侵權之內容或相關資訊。」

<sup>105</sup> 著作權法第 90-9 條規定：「資訊儲存服務提供者應將第九十條之七第三款處理情形，依其與使用者約定之聯絡方式或使用者留存之聯絡資訊，轉送該涉有侵權之使用者。但依其提供服務之性質無法通知者，不在此限。(第 1 項) 前項之使用者認其無侵權情事者，得檢具回復通知文件，要求資訊儲存服務提供者回復其被移除或使他人無法進入之內容或相關資訊。(第 2 項) 資訊儲存服務提供者於接獲前項之回復通知後，應立即將回復通知文件轉送著作權人或製版權人。(第 3 項) 著作權人或製版權人於接獲資訊儲存服務提供者前項通知之次日起十個工作日內，向資訊儲存服務提供者提出已對該使用者訴訟之證明者，資訊儲存服務提供者不負回復之義務。(第 4 項) 著作權人或製版權人未依前項規定提出訴訟之證明，資訊儲存服務提供者至遲應於轉送回復通知之次日起十四個工作日內，回復被移除或使他人無法進入之內容或相關資訊。但無法回復者，應事先告知使用者，或提供其他適當方式供使用者回復。(第 5 項)」

也必須等待相當時日才回復資訊，不但違反無辜的推定，也嚴重侵害使用者憲法上的「言論表達自由」。<sup>106</sup>

## 2. 本文分析

學者間對於 ISP 免責條文的技術建議並非本文關心重點，本文更在意於本條是否通得過憲法的檢驗。歸納學者對於第 6-1 章關於著作權與使用人利益失衡的批評，主要在於第 90-4 條第 1 項第 2 款條文存在許多不明與瑕疵，致使 ISP 可以輕易對使用者停權，以及第 90-7 條與第 90-9 條未經司法判斷權利人即可經由通知獲得除去侵害的利益。據此，本文對 ISP 豁免責任，有以下評析：

### (1) 網路服務提供者所負擔之著作權責任

跟據學者的介紹，美國法上服務提供者對於其使用者之著作權侵權行為所應負擔責任可以區分為三種類型：直接侵害責任(direct infringement)、輔助侵害(contributory infringement)與代理侵害(Vicarious Infringement)。<sup>107</sup>我國著作權法並未就網路服務提供者著作權侵害民事責任作規範。而上述三種美國侵害類型，夠過解釋對應成我國法下概念，應係故意或過失的直接侵權、<sup>108</sup>幫助或造意之共同侵權<sup>109</sup>以及狹義共同侵權<sup>110</sup>的概念，並不如美國基本採取嚴格責任之立場。<sup>111</sup>

ISP 能夠主張豁免的，依照條文設計，應該限於間接侵權與共同侵權，蓋直接侵權中侵權者是 ISP 本身，則無所謂履行通知／取下等一系列的程序義務來換取豁免利益。狹義共同侵權的要件需判斷主觀犯意聯絡與客觀共同行為的分擔，<sup>112</sup>須

<sup>106</sup> 章忠信，前揭註 101，頁 16。

<sup>107</sup> 馮震宇〔2007〕，〈部落格也會侵害著作權？網路服務提供者責任限制規範下的部落格責任〉，《萬國法律》，153 期，頁 17。

<sup>108</sup> 著作權法第 85、88 條與民法第 184 條第 1 項前段參照。

<sup>109</sup> 民法第 185 條第 1 項前段：「數人共同不法侵害他人之權利者，連帶負損害賠償責任。」

<sup>110</sup> 民法第 185 條第 2 項：「造意人及幫助人，視為共同行為人。」

<sup>111</sup> 可以參考賴文智、王文君〔2007〕，《數位著作權法》，再版，頁 292，台北：益思科技法律事務所。

<sup>112</sup> 王澤鑑〔2009〕，《侵權行為法》，頁 440-456，台北：自刊。

以共同侵權之他方「共同行爲」爲判斷基準。造意或幫助人的共同侵權與刑法教唆與幫助犯相當，需各加害行爲有客觀的共同關連性，<sup>113</sup>亦須視主行爲人是否構成侵權；若主行爲人不構成侵權，參考刑法法理，幫助或造意人自無從構成共同侵權。

是以 ISP 免責條款之立法基本上已經略過一個前提問題，就是 ISP 是否要爲使用者負共同侵權責任，這樣的立法是當然認爲 ISP 共同侵權責任在我國法下也應該要承認。可以說，我國立法模式選擇不從減輕網路使用人的責任著手，而是選擇擴大著作權責任的打擊範圍包含 ISP，然後再予以免責事由。

## (2) ISP 免責立法限制了誰的基本權？

如同前文所歸納統整的，有學者認爲 ISP 免責規範的設計侵害使用者憲法上的言論自由，然而第 6-1 章是否真有言論自由的問題，本文認爲此中的分析必須更加嚴謹。或有認爲 ISP 可以在通知侵權人後而卸下其在網路上已發表之言論，會造成憲法言論自由受到限制。然而，ISP 並非國家或政府，作爲私人網路服務提供者，使用者與其之間存在的是私法上關係，縱然有限制到使用者的言論自由，也並非國家與私人間的問題。

憲法基本上是在限制以國家爲主體所行使公權力對人民所造成的基本權限制，私人間原則上不能主張人權，例外是德國基本權的第三人效力理論<sup>114</sup>或美國的國家行爲(state action)原則，<sup>115</sup>前者我國通說是採取間接效力說，後者原則上來對付私有而實質上具備高權功能，或者在公權力高度配合、監管下的事業。<sup>116</sup>此外，

<sup>113</sup> 王澤鑑，前揭註 112，頁 456-459。

<sup>114</sup> 陳新民〔2002〕，〈憲法基本權利及「對第三人效力」之理論〉，《憲法基本權利之基本理論(下)》，5 版，頁 57-138，台北：元照。

<sup>115</sup> 法治斌〔1985〕，〈私人關係與憲法保障〉，《憲法專論(一)》，頁 8-9，台北：張明珠；蘇永欽〔1994〕，〈憲法權利的民法效力〉，《合憲控制的理論與實際》，頁 45-49，台北：月旦。

<sup>116</sup> 蘇永欽〔2008〕，〈民事裁判中的人權保障〉，《尋找新民法》，頁 332，台北：元照。

蘇永欽教授認為，公法關係固然應該直接適用人權，國家私法組織與人民的私法關係，在一定情形仍有例外主張人權直接效力的餘地，以防堵國家不當遁入私法。而例外直接適用於私法關係的人權，邏輯上即「直接」轉換為私權利，而不需要透過普通法律的中介。<sup>117</sup>透過上述介紹可知，除非符合基本權第三人效力理論或是國家行為理論，否則如 ISP 與使用者間的私法關係無法直接適用憲法原則。

立法透過 ISP 免責條款使「所有」網路服務提供者都被迫去取締其所經營服務中著作權侵權之情事，必須通知權利人並取下使用者的侵權內容。在網路中，ISP 與使用人基本上具有如國家與人民之間的高權關係，一如前述介紹的，在網路中誰掌握程式碼，誰就享有網路權力控制網路行為，而在 ISP 與使用者之間正是如此，由 ISP 控制使用者的行為。如果再把立法賦予 ISP 免責事由視為立法間接介入 ISP 與使用者之間的關係，ISP 業者成為公權力高度監管或配合的事業，則基本權第三人效力或國家行為理論的確有適用的空間，使用者可以主張 ISP 的取下行為侵犯其言論自由。背後作為造成此一限制原因的著作權，在網路上又無法平衡對於言論自由所造成的限制，可能因此可以主張 ISP 的免責立法有違憲。

但以上關於私人間適用憲法，因而推論到造成私人行為違憲的立法也有違憲之虞，充滿了許多不確定與問題。所以若將問題單純化，ISP 免責立法確定限制到的，其實是 ISP 對於其網路服務管理的自由，而限制此一憲法第 22 條所保障一般行動自由的原因，參照立法理由兩點，一是確保網路服務提供者繼續經營的誘因，第二則是藉由法定義務的賦予，達到節制著作權侵害的效果。

關於第一點，若無豁免責任立法，我國 ISP 是否需要為使用者侵權都還未定論，實務上也很少見到對 ISP 訴請民事侵權責任之案例，何來欠缺經營誘因之說？反

---

<sup>117</sup> 蘇永欽〔2008〕，前揭註 116，頁 332。

而是本章立法造成 ISP 多餘的程序負擔，為免著作權人依本法對其提請侵權，必須履行相關義務。而節制著作權侵害效果雖然可以達成，但是必須了解節制網路空間著作權侵害的理由為何；如果是創造誘因，那前文關於網路上創作誘因不再需要仰賴著作權之論述，已經足以回應此一立法理由。

所以，ISP 免責條款對於 ISP 所造成的網路服務提供自由的限制，應該不符合憲法比例原則的界線而有違憲之虞。其實從立法理由來看，還有一點理由，是著作權在網路上執法困難，難以對使用人究責。但是立法竟選擇把執法困難當作是加諸著作權侵權責任與維護網路著作權合法環境的義務於網路服務提供者身上的理由，而不去討論在網路上仍繼續適用著作權法的妥適性，實令人遺憾。

## 第五節 本章小結：理想的網路空間著作權適用方向

在本章的一開始，本文即點出了網路空間環境特性與著作權本質的衝突，認為將著作權適用在網路上會有理論上、憲法上與執行上的三大難題。既然在網路上，其環境特性已經提供更強的創作誘因，而著作權法在網路上又會有憲法上資訊流通自由限制與法律執行困難的問題，讓著作權法繼續無條件適用在網路上，並非最佳選擇。我國立法不願意用其他著作權例外的制度如擴張合理使用、<sup>118</sup>強制授權、<sup>119</sup>、補償金制度或默示授權理論的應用等來調整，卻反其道而行的在網路空間中加入科技保護措施與網路服務提供者民事免責等規定以加強著作權人保

---

<sup>118</sup> 我國現行著作權法中，較與網路有關而可適用者，屬著作權法第 49 條：「以廣播、攝影、錄影、新聞紙、網路或其他方法為時事報導者，在報導之必要範圍內，得利用其報導過程中所接觸之著作」第 51 條：「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」第 61 條：「揭載於新聞紙、雜誌或網路上有關政治、經濟或社會上時事問題之論述，得由其他新聞紙、雜誌轉載或由廣播或電視公開播送，或於網路上公開傳輸。但經註明不許轉載、公開播送或公開傳輸者，不在此限。」並不存在一何種網路使用可構成合理使用之規定，大部分情形仍需個案配合第 65 條第 2 項審酌是否構成合理使用。

<sup>119</sup> 依我國現行著作權法第 69 條規定：「錄有音樂著作之銷售用錄音著作發行滿六個月，欲利用該音樂著作錄製其他銷售用錄音著作，經申請著作權專責機關許可強制授權，並給付使用報酬後，得利用該音樂著作，另行錄製。」僅「音樂著作」可以運用強制授權機制，未擴及其他著作權客體。



護，不只完全背離著作權制度設計原貌，亦未對於使用者作出適當的平衡設計。

因之，現行著作權立法對於網路的選擇應不符合對於基本權限制所要求的憲法界線。本文認為較為理想的著作權在網路空間的適用，仍是要回歸真實空間與網路空間的區分來做處理，詳言之，依照本文所分七種網路與電腦使用者行為型態而分別作不同的著作權適用處理：

### 一、 傳輸(transmit)

傳輸係將實體資料透過轉檔技術傳送到電腦等設備之中，由於電腦等設備仍處於真實空間裡，其等同於數位檔案的實體載具，故檔案的傳輸完全是位於真實空間中的行為。既然屬於真實空間性質的行為，則上述著作權法適用在網路中的疑慮即不會發生，對於著作權法的適用也沒有調整的必要。而依照現行著作權法，傳輸檔案至各種數位化長久儲存裝置中的行為，可能構成第 22 條重製權的侵害。<sup>120</sup>

### 二、 上傳(upload)

上傳行為係將電腦中所儲存的數位檔案傳送到網路空間中，由於電腦仍處於真實空間之中，屬於資料在真實空間的實體載體，故上傳行為屬於將真實空間資訊轉換至網路空間之行為，其行為基點(電腦)仍處於真實空間之中，故屬於真實空間的行為態樣。

上傳依照現行著作權法，首先會構成第 22 條重製權的侵害，當使用者將電腦內之數位檔上傳至 BBS 站或其他網站之伺服器(server)時，即構成重製。<sup>121</sup>另外，上傳也可能構成著作權法第 24 條與第 25 條之公開播送權與公開上映權，以及第 28 條改作權等著作權侵權。簡言之，其他類型著作權也都有可能在上傳真實

<sup>120</sup> 羅明通〔2009〕，《著作權法論(I)》，7版，頁449，台北：台英商務法律。

<sup>121</sup> 羅明通，前揭著120，頁450。

空間資訊至網路時遭到侵害。

而特別需提出的是，依照我國著作權法第 26-1 條規定，著作權人享有「公開傳輸權」，而公開傳輸之定義依第 3 條第 1 項第 10 款，「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。」所謂「向公眾提供」，依照智慧財產局的立法說明，「不以利用人有實際上之傳輸或接收之行爲爲必要，只要處於可得傳輸或接收之狀態爲已足。」<sup>122</sup>所以，從真實空間上傳資訊至網路空間的行爲可能構成公開傳輸權之侵害。<sup>123</sup>

著作權法就上傳行爲予以管制並無問題，蓋其仍屬於真實空間的侵權行爲。有問題的是爲何需要同時使用重製權與公開傳輸權保護著作權人，正如智慧財產局的說明：「(一)目前在網路上著作人可以主張的權利是重製權，不論是上載，下載，轉貼，傳送，儲存都會有重製的行爲，如果未經同意的話，將會侵害到著作財產權人的重製權。(二)著作權法修正後，著作人在網路上的權利，除了重製權之外，另外還享有公開傳輸權，所以重製別人的著作，放在網站上提供給大家瀏覽，觀賞或聆聽，除了要取得重製的授權外，還要取得公開傳輸的授權。(三)凡是未經著作權人同意，把別人的著作放在網路上讓更多的人瀏覽、觀賞或聆聽，不但會造成侵害重製權的問題，還會侵害到公開傳輸權，所以喜歡把各種資訊貼上網讓大家共享的人，要特別注意了。尤其是各個網站或 BBS 站的版主，對於網友貼上網貼上網的文字、影片、圖片，如果不確定是作者同意在網路上流通的，最好刪除，免得無端發生侵害公開傳輸權的糾紛。」<sup>124</sup>既然上傳行爲已經有重製權對

<sup>122</sup> 92.7.9 修正公布著作權法部分條文，92 年著作權法修正條文對照表，經濟部智慧財產局。  
[http://www.tipo.gov.tw/ch/Download\\_DownloadPage.aspx?Path=3618&UID=9&ClsID=35&ClsTwoID=83&ClsThreeID=60&Keyword=&Page=1](http://www.tipo.gov.tw/ch/Download_DownloadPage.aspx?Path=3618&UID=9&ClsID=35&ClsTwoID=83&ClsThreeID=60&Keyword=&Page=1) [最後瀏覽日：2010/08/12]。

<sup>123</sup> 如台南地方法院刑事判決 97 年易字第 2064 號、台灣高法院刑事判決 95 年度上易字第 2019 號。

<sup>124</sup> 92.7.9 修正公布著作權法部分條文，什麼是公開傳輸權，經濟部智慧財產局。  
[http://www.tipo.gov.tw/ch/Download\\_DownloadPage.aspx?Path=3618&UID=9&ClsID=35&ClsTwoID=83](http://www.tipo.gov.tw/ch/Download_DownloadPage.aspx?Path=3618&UID=9&ClsID=35&ClsTwoID=83)

著作人之作品予以維護，則在加入公開傳輸權的保障似屬多餘，察其立法理由：「電腦及網路科技，有謂係十七、八世紀以來第三波人類文明大躍進，為人類各層面生活提供更多便利。由於著作權法保護之十一類著作，均可透過數位科技在網路上流通，也因此對著作權產生巨大衝擊，亟須予以規範……」云云，<sup>125</sup>未見會產生何種額外衝擊而無法被現行重製權所管制之說明，故公開傳輸權之立法有違反比例原則之嫌。

### 三、 分佈(distribute)

依照著作權法的規定，在網路上分享或傳播著作資訊，基本上適用著作權法侵權責任如重製權侵害等，而學者認為網路上轉貼或轉寄等重製行為有構成網路上默示授權與合理使用的空間。<sup>126</sup>

分佈基本上是發生在網路空間的網路行為態樣，若是透過上傳來散佈資訊則屬於上傳行為，適用本文上述對於上傳行為管制的見解。至於分佈由於是純網路空間的行為，著作權所適用在分佈上即會發生本文所指出的理論、憲法與執法的三大難題，為能便利全球資訊流通，與考量到在上傳行為此一掌管真實空間與網路空間轉換的通道已經為著作權所規制，則吾人應假設存在於網路空間中的著作資訊，應是沒有侵權疑慮，或是縱有侵權疑慮，但已經得到上傳行為侵害補償的救濟，所以對於分佈的著作權管制，應有放寬適用的空間。可考量運用較為折衷的多管道過渡手段來平衡著作權之對於分佈行為的適用，如妥善擴張合理使用在網路空間中的適用範圍、擴大強制授權到所有網路空間的散佈行為之上，與考慮使用補償金制度等，皆比現行法下對於網路空間完全沒有特殊處理空間的方向來得妥適。

---

[D=83&ClsThreeID=60&Keyword=](#)〔最後瀏覽日：2010/08/12〕。

<sup>125</sup> 92.7.9 修正公布著作權法部分條文，92 年著作權法修正條文對照表，經濟部智慧財產局。  
[http://www.tipo.gov.tw/ch/Download\\_DownloadPage.aspx?Path=3618&UID=9&ClsID=35&ClsTwoID=83&ClsThreeID=60&Keyword=](http://www.tipo.gov.tw/ch/Download_DownloadPage.aspx?Path=3618&UID=9&ClsID=35&ClsTwoID=83&ClsThreeID=60&Keyword=)〔最後瀏覽日：2010/08/12〕。

<sup>126</sup> 羅明通，前揭著 120，頁 452。

#### 四、 瀏覽與檢索(browse and search)

瀏覽與檢索也是單純的網路空間行爲，但由於現行重製的定義，卻使得瀏覽也會構成重製權的侵犯，依照著作權法第 3 條第 1 項第 5 款，重製包括「暫時性重製」，依照智慧財產局的說明，暫時性重製指：「(一)我們使用電腦或影音光碟機來看影片、聽音樂、閱讀文章的時候，這些影片、音樂、文字影像都是先重製儲存在電腦或影音光碟機內部的隨機存取記憶體(RAM)裡面，再展示在螢幕上。同樣的，網路上傳送的影片、音樂、文字等種種資訊，也是透過 RAM，達成傳送的效果。(二)所有儲存在 RAM 裡面的資訊，會因為關機電流中斷而消失，換句話說在開機的時候，處在重製的狀態，關機的同時這些資訊就消失了，這種情形就是一種暫時性重製的現象。(三)著作權法所稱的「重製」，就是把著作拿來重複製作而重現著作內容，不管重製的結果是永久的，或者是暫時的，都是重製，當然也就包含了前面所說的這種電腦 RAM 的暫時性重製的情形。」<sup>127</sup>

雖然瀏覽是一種暫時性重製，所幸我國著作權法於第 22 條第 3 項規定：「前二項規定，於專為網路合法中繼性傳輸，或合法使用著作，屬技術操作過程中必要之過渡性、附帶性而不具獨立經濟意義之暫時性重製，不適用之。但電腦程式著作，不在此限。」且第 4 項規定：「前項網路合法中繼性傳輸之暫時性重製情形，包括網路瀏覽、快速存取或其他為達成傳輸功能之電腦或機械本身技術上所不可避免之現象。」所以在網路中個人單純的流覽與檢索資訊，應屬於第 4 項規定的網路所不可避免之現象，而不構成著作權侵權。立法等同是採取在網路空間中關於個人非商業的瀏覽或檢索行爲著作權採取不介入管制的態度，總算是考量到了網路空間的特性而限縮著作權的適用。

---

<sup>127</sup> 92.7.9 修正公布著作權法部分條文，什麼是暫時性重製，經濟部智慧財產局。  
[http://www.tipo.gov.tw/ch/Download\\_DownloadPage.aspx?Path=3618&UID=9&ClsID=35&ClsTwoID=83&ClsThreeID=60&Keyword=](http://www.tipo.gov.tw/ch/Download_DownloadPage.aspx?Path=3618&UID=9&ClsID=35&ClsTwoID=83&ClsThreeID=60&Keyword=)〔最後瀏覽日：2010/08/12〕。

此外，當透過瀏覽而達到真實空間行為的效果時，如利用電腦螢幕展示著作物與公眾，此時當然有真實空間著作權規則的適用，蓋此已屬發生於真實空間的行為，不能主張著作權適用於網路空間之困難。所以比如用電腦上網在大家面前展示影片，此時可能侵犯公開展示權。

## 五、 設立超連結(hyperlink)

超連結屬於發生於網路空間的行為，即有著作權法適用於網路會發生的難題等疑慮，故應考慮限縮著作權法對於超連結行為的適用或予以特殊的處理。學者即有將超連結分為單純指向之連結、圖像連結(imagelink)、視框連結(framelink)、深度連結(deeplink)與結合視框連結與深度連結等五種型態，而認為除單純指向之連結並未構成重製外，後面四種超連結型態雖構成重製，但有主張默示授權與網際網路合理使用之空間，並可能造成著作人格權之侵害。<sup>128</sup>惟亦有學者以為，以訊框(framing)之超連結利用他人著作並未構成重製權，但可能有構成公開展示權的討論空間。<sup>129</sup>

## 六、 下載(download)

將網路上的資訊下載至個別電腦硬碟中儲存，依照現行法最有可能構成重製權的侵害。<sup>130</sup>但若僅是單純下載而不燒錄，學界中也有認為不構成侵權者，如蔡明誠教授即認為，若使用者基於純提供個人欣賞之使用而由網路下載欣賞，並儲存於自己的硬碟或機器中，雖是一種重製行為，但屬於著作權法第 51 條之「個人非營利目的」，而不構成侵害著作。<sup>131</sup>馮震宇教授則以為，我國著作權法實務對合理使用的認定尚不清楚，且適用合理使用時偏於嚴格，故認為在網路環境下，為

<sup>128</sup> 羅明通，前揭著 120，頁 459-461。

<sup>129</sup> 馮震宇〔2003〕，《智慧財產發展趨勢與重要問題研究》，頁 203-204，台北：元照。

<sup>130</sup> 羅明通，前揭註 121，頁 450，台北：台英商務法律；曾勝珍〔2008〕，《論網路著作權之侵害》，頁 44-45，台北：元照。

<sup>131</sup> 蔡明誠〔2001〕，〈從成大 MP3 事件論著作權之侵害及限制問題〉，《台灣本土法學》，23 期，頁 58。

避免司法資源浪費與破壞著作權保護權利人與利用人間的平衡，著作權法應朝除罪化方向努力，且對於一定金額以下之非營利性利用規定不構成著作權侵害，以及採行「法定例外」之當然構成合理使用方式等。<sup>132</sup>

可見，部分學者已經認為在網路空間中的「個人非營利」下載行為不應以過於嚴格的規則予以限制，而主張擴大合理使用的適用或修法除罪化等。本文以為，討論此一問題的前提，應是確定下載行為究竟屬於真實空間還是網路空間的行為。下載行為基本上必須在網路空間先進行選擇所欲下載之數位檔案，而將檔案傳送至個別電腦之中，雖然發生了空間的轉換，從網路空間到真實空間，但不改下載行為發生於網路空間之本質，所以下載行為應係網路空間中的行為。既然是網路空間的行為，則著作權適用就有三大難題，此時應可以做與分佈相同的處理：著作權法可以適當的限縮適用，或是採取較為折衷的多管取代方式，以維護網路空間中的資訊流通自由。

## 七、 列印或燒錄(print or burn)

將網路上或電腦中的資訊列印成紙張或燒錄成光碟，則可能構成重製權之侵害，但如為個人非營利使用，則亦可能主張合理使用。<sup>133</sup>由於列印或燒錄已經涉及把數位資訊轉換為真實空間的實體資訊，如 CD 或紙張等，相較於電腦內未連接上網路的數位檔案而言，更容易被流通在真實空間中，基本上不屬於網路空間的行為，等同於真實空間的行為，當然應受真實空間著作權相關規則的拘束，而無網路空間著作權試用三大難題的顧慮。是以，真實空間著作權的規則可以完全適用在列印或燒錄行為之上，而無妥適與否的疑慮。

---

<sup>132</sup> 馮震宇〔2001〕，〈從 MP3 法律爭議論網際網路著作權保護之未來〉，《月旦法學雜誌》，74 期，頁 128。

<sup>133</sup> 參見如蔡明誠，前揭註 131，頁 58-59。

表：電腦與網路使用行為的理想評價表

	行為空間屬性	現行法評價	理想評價
傳輸(transmit)	真實空間	重製權等	受真實空間著作權規則的拘束
上傳(upload)	真實空間	重製權與公開傳輸權等	受真實空間著作權規則的拘束
分佈(distribute)	網路空間	重製權等多種權利侵害	限縮適用或替代管制方案
瀏覽與檢索 (browse and search)	網路空間	暫時性重製但可主張例外	相同於現行立法的例外
設立超連結 (hyperlink)	網路空間	存有爭議	限縮適用或替代管制方案
下載(download)	網路空間	重製權，是否可主張合理使用則有爭議	限縮適用或替代管制方案
列印或燒錄(print or burn)	真實空間	重製權，可主張合理使用	受真實空間著作權規則的拘束

(圖表來源：作者自製)





## 第陸章 結論

十六世紀英國哲學家培根(Francis Bacon)曾謂：「知識就是力量。」我們也可理解成：「資訊就是力量」。特別是在資訊爆炸的今天，誰掌握了資訊，誰就握有優勢與主宰力，資訊的流通即為重要。

代表著獨占排他權的著作權制度，所賦予的就是獨占特定資訊群的力量，著作權制度讓資訊力量為特定人所壟斷，使得他人欲使用該資訊必須得到權利(right)享受者的授權，限制了資訊的流動力。從憲法平等與自由的角度出發，著作權制度本身的存在原本是有問題的，因為其使得國家的知識與資訊受到壟斷，造成知識無法為人所接近，而使得國家樂見的言論受箝制情況因此發生。

這種壟斷力量的誕生在歷史上既非從為了保護人格實現、也非為了維護財產權而生，其誕生原因在多個國家都是一樣的原因：源於皇室為了控制與箝制言論市場，及為便利出版商限制競爭所創造的手段。其發展歷程也都顯現，只要立法一對此一權限加以限制，出版商會想盡各種方法解除其限制。

然而，即使著作權性質如此，且容易為國家所利用，為了達到更多的知識與資訊能夠被創造出來這樣的利益，理論家們把著作權當成鼓勵的誘因，而歷史的觀察告訴我們，讓著作權制度緊貼著誘因理論而使其正當存在的關鍵因素有二：由「著作人」享有著作權，與「有限期間」的著作權保障。在這兩個條件的限制下，本質為惡的壟斷資訊力量成為著作人可以享有的權利(right)，國家所創設的著作權制度也因此被容許而延續下來。

在美國憲法上，明白的採取了此一理念，要求由「著作人」享有與「有限期間」

的雙重限制下，在為鼓勵科學進步的目的時，可以授予壟斷排他權。我國憲法則未明文指示要透過「授予壟斷權」的著作權制度來鼓勵著作創造，不過在基本國策中，憲法的確有將鼓勵科學創造的目標納入，憲法第 23 條的公共利益，也可視為包含鼓勵創新著作此一公共目的。所以，我國憲法顯示，著作權可以創設，但是不能牴觸科學創造與鼓勵創作等目的範圍，且對於其他基本權利所造成的限制，也不能逾越比例原則。

著作權法因此需要被檢視是否符合憲法上比例原則的要求。因為著作權係限制他人不得表達相似的言論，所以會限制言論自由；其也限制他人不得對所有物進行某一程度的利用(例如複製或公開發表)，所以也構成對財產權的限制。而透過本文對我國著作權法演變歷程的分析，發現現行著作權制度中包括登記制度廢止、保護期間持續延長、權利範圍持續擴張、權利客體的概括不明、刑罰手段的使用等都已經逾越對於其他基本權限制的比例原則，甚至對於科技革新已經造成阻礙而有違憲法基本國策的目標與公共利益，合理使用的功能又有其極限，因而著作權有部份設計不符合憲法的比例原則要求。而從歷史觀察中，本文發現我國著作權法的演變逐漸瓦解了「期間限制」的防線。在著作人格權賦予無限期保障，著作財產權的保護期間則不斷延長，造成期間限制鬆綁，使得著作權制度逐漸回到歷史上安妮法出現前的原形，越來越有限制競爭與箝制言論的效果。

除了在真實空間中著作權的擴張發生問題，隨著網路時代的來臨，網路形成了空間，並具有其環境特色。網路即現實世界的縮影，在網路中，「資訊流動」形成比真實空間更重要的特色與命題；而造成資訊流動的主要成因，在於網路的數位化，使得資訊的複製成本大為下降。因而，若將著作權適用在網路空間中，將會發生本質的衝突：著作權的壟斷資訊控制阻礙了網路資訊流動的能力，網路的數位化則降低了著作權作為創作誘因的手段必要性。

在理論上，著作權不再是重要的鼓勵創作的誘因，因為網路的資訊流通力可以降低創作成本，且創造出更多的商機與經濟能量，網路本身已足以提供創作誘因，此時如果繼續維持適用著作權法於網路空間，則將僅嘉惠出版商而使得著作權背離原意。憲法面，由於網路所代表的，是全球資訊的流通自由價值，與真實空間相較，著作權限制到的，還不僅是一國的資訊流動，而是透過內國的某一種政策價值，去限制到全球的資訊流通自由，從全球憲政主義觀之，這樣的適用會產生憲法問題。最後，在法律執行面，由於網路資訊的流通瓦解了疆界，傳統以主權領域為界的著作權執法遂受到挑戰，不論是國際管轄權或是國際私法選法的問題，都淪為各國各持己見的情況。

也由於這三大難題，學者間不乏開始主張替代的方式來處理網路著作權的問題。我國立法所選擇的，是追隨各國腳步，納入科技保護措施與 ISP 民事豁免責任的規定來面對網路著作權的議題。而這些制度所產生的問題，是持續加強著作權人在網路中的權利保護，卻忽略相對應的權利保護加強必要性之說明，與對於另一端網路使用人資訊流通利益的平衡設計。

本文認為，在網路適用著作權的三大難題下，應該重新思考著作權法於網路空間中的適用方式，可以採取較為折衷的方式如強制授權、擴張適用合理使用、運用默示授權理論與補償金制度採納等。在本文的分析與理解下，電腦與網路使用行為可以略分為七種型態，包括傳輸、上傳、分佈、瀏覽、設立超連結、下載與列印和燒錄等，其中傳輸、上傳、列印和燒錄行為重點皆置於真實空間之中，是屬於真實空間意義的行為，因而仍應適用真實空間的著作權規則。分佈、瀏覽、設立超連結與下載則屬於單純的網路空間行為，在透過著作權規則把守網路空間資訊的出入(即上傳與列印和燒錄)後，網路空間的行為應該都是著作權法適用上可以調整的類型，所以可以採取較為折衷的方式處理之。

在電影阿凡達(Avatar)所帶來的 3D 熱潮後，其後越來越多的電影也跟進使用 3D 技術來創造票房奇蹟，其原因很簡單：盜版目前無法取代電影院中 3D 技術所帶來的效果。演唱會是另一個成功突破目前唱片盜版窘境的最佳例子，一個又一個的演唱會在小巨蛋開唱，一張比一張貴的門票也照樣售空，原因也是：演唱會的現場效果，是目前盜版無法取代的。

因此，雖然我們的著作權法不斷的進行擴張與進化成對於資訊流通更多限制的制度，真正克服目前盜版現象而成功創造出新誘因的，不是著作權，而是如成名等自我實現的因素、科技技術與商業模型等「賺錢的創意」。真正鼓勵創作的經濟誘因來源，其實是更多的商業模型創意。著作權真的是創作所必要存在的手段？歷史會說話，在更早沒有著作權的年代裡，我們的知識與人文科學，不照樣生生不息的被創作出來？在盜版充斥的今天，不照樣仍有層出不窮的創作一直呈現在我們面前？著作權或許能鼓勵創作，但也許從來都不是鼓勵創作所必須的手段。事實上，著作權一直都只是創造創作誘因的眾多手段之一而已，我們不應該忘記它身為工具或手段性的權利。既然真正的目的在於如何鼓勵創新，而如果著作權制度的存在已經不適合這個時代的生活特色，何不把重點放在採取其他鼓勵創作的手段呢？當著作權的存在會對資訊流通造成嚴重限制，而嚴重抵觸網路社會(也是吾人所處於的一種社會之一)的存在本質時，對於其制度是否應該予以調整，實在是一個值得吾人重新思考的問題，也是本文寫作的目的。

筆者也深信，盜版技術會在不久的將來趕上 3D 電影技術與演唱會的現場效果，屆時電影與音樂產業又勢必面臨挑戰而必須轉型。但是最後解決其經濟誘因的，絕非著作權制度本身，而是新的科技技術、新的商業模型與新的自我實現方法的「創意本身」。著作權法在網路技術資訊流動速度如此快速的今天與將來，或許永遠都趕不上創作與盜版的演化速度，永遠落後於兩者互相競逐的背影之後，而只存在於理論上假設的價值。

## 參考文獻

### 一、中文文獻

#### (一) 專書

1. 王澤鑑 (2009)。《侵權行為法》。台北：自刊。
2. 曲三強 (2006)。《竊盜就是偷：論中國傳統文化與知識產權》。北京：知識產權出版社。
3. 沈宗靈 (2007)。《法理學》。台北：五南。
4. 李雨峰 (2006)。《槍口下的法律：中國版權史研究》。北京：知識產權出版社。
5. 李明山 (2003)。《中國近代版權史》。開封：河南大學出版社。
6. 李念祖 (2006)。《案例憲法 III(上)：人權保障的內容》。台北：三民。
7. 李念祖 (2006)。《案例憲法 III(下)——人權保障的內容》。台北：三民。
8. 李建良 (1999)。《憲法理論與實踐(一)》。台北：學林。
9. 李惠宗 (2004)。《憲法要義》。台北：元照。
10. 李震山 (2005)。《多元、寬容與人權保障——以憲法未列舉權之保障為中心》。台北：元照。
11. 李震山 (2000)。《人性尊嚴與人權保障》。台北：元照。
12. 林子儀 (2002)。《言論自由與新聞自由》。台北：元照。
13. 法治斌、董保城 (2004)。《憲法新論》。台北：元照。
14. 法治斌 (1985)。《憲法專論(一)》。台北：張明珠。
15. 吳庚 (2007)。《行政法之理論與實用》。台北：自刊。
16. 吳庚 (2003)。《憲法的解釋與適用》。台北：自刊。
17. 林紀東 (1981)。《中華民國憲法逐條釋義(四)》。台北：自刊。
18. 吳嘉生 (1999)。《智慧財產權之理論與應用》。台北：五南。

19. 施文高 (1985)。《國際著作權法制析論上冊》。台北：自刊。
20. 施文高 (1981)。《著作權法制原論》。台北：自刊。
21. 許育典 (2006)。《憲法》。台北：元照。
22. 許育典 (2006)。《文化憲法與文化國》。台北：元照。
23. 許宗力 (1999)。《憲法與法治國行政》。台北：元照。
24. 陳新民 (2005)。《憲法學釋論》。台北：自刊。
25. 陳新民 (2002)。《憲法基本權利之基本理論(上)》。台北：元照。
26. 陳新民 (2002)。《憲法基本權利之基本理論(下)》。台北：元照。
27. 陳慈陽 (2007)。《基本權核心理論之實證化及其難題》。台北：自刊。
28. 陳慈陽 (2004)。《憲法學》。台北：元照。
29. 張今 (2009)。《版權法中私人複製問題之研究：從印刷機到互聯網》。北京：中國政法大學。
30. 葉俊榮 (1999)。《全球環境議題—台灣觀點》。台北：巨流。
31. 葉俊榮 (2003)。《民主轉型與憲法變遷》。台北：元照。
32. 葉俊榮、王泰升、李鴻禧、周志宏、林子儀、林明鏘、胡樹東、許志雄、許宗力、陳仲麟、黃昭元、葛克昌、廖欽福、蔡宗珍、蔡茂寅、顏厥安等合著 (2002)。《台灣憲法之縱剖橫切》。台北：元照。
33. 曾勝珍 (2008)。《論網路著作權之侵害》。台北：元照。
34. 馮震宇 (1999)。《網路法基本問題研究(一)》。台北：學林。
35. 馮震宇 (2003)。《智慧財產發展趨勢與重要問題研究》。台北：元照。
36. 賀德芬 (1999)。《文化創新與商業契機著：作權法論文集》。台北：月旦。
37. 張靜 (1988)。《著作權法釋論》。台北：中華徵信所。
38. 楊崇森 (2007)。《專利法理論與應用》。台北：三民。
39. 劉孔中 (2007)。《智慧財產權法制的關鍵與革新》。台北：元照。
40. 劉洪斌 (2003)。《中國上下五千年：文化與人文》。臺北縣中和市：棉花田。
41. 趙明 (2004)。《先秦儒家政治哲學引論》。北京：北京大學出版社。

42. 廖福特 (2005)。《國際人權法—議題分析與國內實踐》。台北：元照。
43. 鄭中人 (2005)。《智慧財產權法導讀》。台北：五南。
44. 鄭成思 (2003)。《知識產權論》。北京：法律出版社。
45. 蔡惠如 (2007)。《著作權之未來展望—論合理使用之價值創新》。台北：元照。
46. 潘維大 (2003)。《英美法導讀講義》。台北：瑞興。
47. 賴文智、王文君(2007)。《數位著作權法》。台北：益思科技法律事務所。
48. 謝銘洋 (1999)。《智慧財產權基本問題研究》。台北：自刊。
49. 謝銘洋 (2008)。《智慧財產權法》。台北：元照。
50. 韓忠謨 (1974)。《法學緒論》。台北：自刊。
51. 蕭雄淋 (2007)。《著作權法論》。台北：五南。
52. 羅明通 (2009)。《著作權法論(I)》。台北：台英商務法律。
53. 羅明通 (2009)。《著作權法論(II)》。台北：台英商務法律。
54. 蘇永欽 (1994)。《合憲控制的理論與實際》。台北：月旦。
55. 蘇永欽 (1999)。《違憲審查》。台北：學林。
56. 蘇永欽 (2008)。《尋找新民法》。台北：元照。

## (二) 譯著

1. Edgar Bodenheimer (1997)，范建得、吳博文譯。《法理學》。台北：漢興。
2. John Gantz & Jack B. Rochester (2006)，周曉琪譯。《數位海盜的正義》。台北：商周。
3. Lawrence Lessig (2008)，劉靜怡譯。《誰綁架了文化創意—打造知識共享的自由文化》。台北：早安財經文化。
4. Paul Goldstein (2000)，葉茂林譯。《捍衛著作權：從印刷術到數位時代之著作權法》。台北：五南。
5. Siva Vaidyanathan (2003)，陳宜君譯。《著作權保護了誰—智慧財產權之興

起及其對創造力之威脅》。台北：商周。

6. 望月禮二郎（2004），郭建譯。《英美法》。台北：五南。

### (三) 編著

1. 李建良（2002）。〈論基本權的位階次序與司法審查標準〉，劉孔中、陳新民主編《憲法解釋之理論與實務(第三輯上冊)》，頁 129-191。台北：中央研究院中山人文社會科學研究所。
2. 林子儀（2002）。〈言論自由導論〉，李鴻禧等合著《台灣憲法之縱剖橫切》，頁 103-179。台北：元照。
3. 林昱梅（2002）。〈著作之引用與藝術自由〉，翁岳生教授祝壽論文編輯委員會編《當代公法新論(上) —翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集》，頁 251-278。台北：元照。
4. 陳春生（2000）。〈司法院大法官解釋中關於制度性保障概念意涵之探討〉，李建良、簡資修主編《憲法解釋之理論與實務(第二輯)》。頁 273-324，台北：中央研究院中山人文社會科學研究所。
5. 陳淑芳（2006）。〈文化憲法〉，蘇永欽主編《部門憲法》，頁 601-666。台北：元照。
6. 陳愛娥(1999)。〈司法院大法官會議解釋中財產權概念的演變〉，劉孔中、李建良主編《憲法解釋之理論與實務》，頁 394-420。台北：中央研究院中山人文社會科學研究所。
7. 張文貞(2009)。〈憲法與國際人權法的匯流—兼論我國大法官解釋之實踐〉，廖福特主編《憲法解釋之理論與實務第六輯(上冊)》。頁 223-272，台北：中研院法研所籌備處。
8. 葉坦（2008）。〈宋代的印刷事業與版權保護〉，劉春田主編，《中國知識產權評論》，頁 151-164。北京：商務印書館。
9. 葉俊榮（2002）。〈超越轉型〉，李鴻禧等合著《台灣憲法之縱剖橫切》，頁



- 71-101。台北：元照。
10. 葉俊榮 (2003)。〈二元民主與行政程序—從全球化的脈絡論行政程序法的時代機能〉，台灣行政法學會編《行政程序法之檢討、傳播行政之爭訟》，頁 27-62。台北：元照。
  11. 葉俊榮 (2004)。〈全球化對行政法的挑戰—從行政法人的建制談起〉，法治斌教授紀念論文集編輯委員會編《法治與現代行政法學—法治斌教授紀念論文集》，頁 365-380。台北：元照。
  12. 劉清波 (1994)。〈兩岸著作權法原理之探討〉，許惠祐等編《海峽兩岸知識產權法比較研究論文集》，頁 129-148。台北：廣角鏡。
  13. 蔡明誠 (1994)。〈台灣著作權的保護及其發展趨勢〉，許惠祐等編《海峽兩岸知識產權法比較研究論文集》，頁 149-171。台北：廣角鏡。
  14. 蘇永欽 (2007)。〈推薦序〉，劉孔中，《智慧財產權法制的關鍵革新》。台北：元照。

#### (四) 期刊論文

1. 王怡蘋 (2009)。〈著作權法關於網路服務提供者之民事免責規範〉，《月旦法學雜誌》，第 173 期，頁 25-41。
2. 王澤鑑 (2006)。〈人格權保護的課題與展望(二) — 憲法上人格權與私法上人格權—〉，《台灣本土法學雜誌》，第 81 期，頁 89-108。
3. 汪渡村 (2004)。〈論網際網路時代著作權法因應之道—以合理使用為中心〉，《智慧財產權月刊》，第 62 期，頁 102-123。
4. 沈宗倫 (2009)。〈論科技保護措施之保護於著作權法下之定性及其合理解釋適用：以檢討我國著作權法第 80 條之 2 為中心〉，《台大法學論叢》，第 38 卷第 2 期，頁 293-369。
5. 沈宗倫 (2010)。〈對於我國著作權法關於網路服務提供者民事責任豁免立法之初步評析〉，《中正財經法學》，創刊號，頁 257-298。

6. 呂佩芳、楊智傑 (2005)。〈「釋放部份著作權」之法律經濟分析〉，《智慧財產權月刊》，第 81 期，頁 92-126。
7. 李念祖 (2010)。〈其實「權利」就是「正義」〉，《在野法潮》，5 期，頁 8-9。
8. 李復甸 (1995)。〈權利辨正〉，《法令月刊》，第 46 卷第 10 期，頁 15。
9. 林昱梅 (2004)。〈藝術自由與嘲諷性模仿之著作權侵害判斷〉，《成大法學》，第 7 期，頁 129-234。
10. 張世柱 (2004)。〈著作權反規避條款與言論自由〉，《法令月刊》，第 55 卷第 10 期，頁 26-43。
11. 郭戎晉 (2008)。〈Web2.0 與法律—部落格(blog)誹謗議題之研究〉，《法學新論》，第 1 期，頁 145-167。
12. 許志雄 (1999)。〈人權的「光」與「影」〉，《月旦法學雜誌》，第 44 期，頁 47-55。
13. 章忠信 (2008)。〈面對著作利用的新局面〉，《智慧財產權月刊》，第 119 期，頁 21-38。
14. 章忠信 (2009)。〈二〇〇九年新修正著作權法簡析—網路服務提供者之責任限制〉，《月旦法學雜誌》，第 173 期，頁 5-24。
15. 黃昭元 (2003)。〈車速限制與行為自主權〉，《月旦法學教室》，第 5 期，頁 8-9。
16. 陳人傑 (2004)。〈網際網路服務提供者免責規範單一立法模式之探討〉，《智慧財產權月刊》，第 71 期，頁 54-81。
17. 陳起行 (2007)。〈美國數位著作權保護的法理論述〉，《台大法學論叢》，第 36 卷第 2 期，頁 131-163。
18. 陳新民 (2008)。〈著作權的社會義務：由德國憲法學的角度檢驗智慧財產權的保障及其限制〉，《臺大法學論叢》，第 37 卷第 4 期，頁 115-177。
19. 黃勝興 (2008)。〈著作權的保護與公益目的〉，《南台科技大學學報》，第 33 期，頁 1-12。

20. 陳愛娥 (2000)。〈政府資訊公開法制的憲法基礎〉，《月旦法學雜誌》，第 62 期，頁 24-35。
21. 陳榮傳 (2002)。〈網際網路行為的涉外法律問題〉，《月旦法學雜誌》，第 84 期，頁 241-252。
22. 馮震宇、陳家駿 (2008)。〈網路科技關於部落格及串流之著作權法律問題〉，《智慧財產權》，第 112 期，頁 108-148。
23. 馮震宇 (1998)。〈論著作權登記制度廢止之影響與因應〉，《月旦法學雜誌》，第 37 期，頁 80-95。
24. 馮震宇(2001)。〈從 MP3 法律爭議論網際網路著作權保護之未來〉，《月旦法學雜誌》，第 74 期，頁 115-139。
25. 馮震宇 (2003)。〈新著作權法重要修正內容與爭議問題簡介〉，《月旦法學雜誌》，第 101 期，頁 51-61。
26. 馮震宇 (2004)。〈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，頁 68-91。
27. 馮震宇 (2007)。〈部落格也會侵害著作權？網路服務提供者責任限制規範下的部落格責任〉，《萬國法律》，第 153 期，頁 14-26。
28. 楊智傑 (2008)。〈智慧財產權的憲法基礎—兼論智財權與言論自由的衝突〉，《財產法暨經濟法》，第 16 期，頁 1-40。
29. 蔡明誠 (1999)。〈智慧財產保護法制的發展與展望〉，《智慧財產權》，創刊號，頁 13-38。
30. 蔡明誠 (2001)。〈網際網路智慧財產權的問題與展望——以臺灣法律為例〉，《台大法學論叢》，第 30 卷第 5 期，頁 133-174。
31. 蔡明誠 (2001)。〈加入 WTO 對我國智慧財產權保護法制的影響〉，《月旦法學雜誌》，第 79 期，頁 47-58。
32. 蔡明誠 (2001)。〈從成大 MP3 事件論著作權之侵害及限制問題〉，《台灣本土法學》，第 23 期，頁 53-62。

33. 蔡明誠 (2007)。〈數位時代著作權對產業衝擊之研究〉，《智慧財產權月刊》，第 99 期，頁 18-62。
34. 蔡明誠 (2009)。〈網路時代著作權法律問題〉，《軍法專刊》，第 99 卷第 4 期，頁 180-190。
35. 鄭中人 (1996)。〈著作權法的經濟分析〉，《月旦法學雜誌》，第 15 期，頁 24-30。
36. 賴文智、王文君 (2008)。〈Web2.0 環境對著作權法制的再思考〉，《智慧財產權月刊》，第 119 期，頁 5-20。
37. 蕭宏宜 (2007)。〈著作權的實有與流變〉，《科技法律透析》，第 19 卷第 22 期，頁 24-49。
38. 蕭宏宜 (2007)。〈以刑法保護著作權？〉，《月旦法學雜誌》，第 143 期，頁 92-112。
39. 蘇永欽 (2010)。〈民事財產規範的違憲審查—第 671 號解釋的審查方法〉，《法令月刊》，第 61 卷第 6 期，頁 04-22。

#### (五) 學位論文

1. 李筱萃 (2002)。〈著作權與言論自由保障的限界〉，臺灣大學法律學系碩士論文。
2. 林子儀 (1983)。〈國家從事公營事業之憲法基礎及界線〉，臺灣大學法律學系碩士論文。
3. 陳正和 (2005)。〈「智慧」是憲法保障的財產權嗎？—以著作權為中心論智慧財產權之憲法基礎〉，政治大學法律學系碩士論文。
4. 黃珍盈 (2003)。〈網路語文著作之研究〉，政治大學法律學系碩士論文。
5. 趙伯雄 (2005)。〈從憲法上言論自由的保障論著作權的限制—以探討著作權法第八十二條之二合憲性問題為中心〉，東吳大學法律學系碩士論文。
6. 楊智傑 (2006)。〈網路音樂侵權問題之法律對應模式研究〉，台灣大學國家

發展所博士論文。

7. 劉昱劭 (2005)。〈著作權法公益面向之憲法基礎〉，政治大學法律學系碩士論文。

## (六) 網頁

1. Tim O'Reilly 著，盧澤宇譯 (2006)。《什麼是 Web2.0 I》，載於 Intelligent Times 網站 [http://www.itmag.org.tw/magazine/article\\_single\\_138.htm](http://www.itmag.org.tw/magazine/article_single_138.htm) (最後瀏覽日：2010/08/12)。
2. Tim O' Reilly 著，盧澤宇譯 (2006)。《什麼是 Web2.0 II》，載於 Intelligent Times 網站 [http://www.itmag.org.tw/magazine/article\\_single\\_234.htm](http://www.itmag.org.tw/magazine/article_single_234.htm) (最後瀏覽日：2010/08/12)。
3. WTO。TRIPS 全文，載於 WTO 官方網站 [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/trips\\_e/t\\_agm0\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/t_agm0_e.htm) (最後瀏覽日：2010/08/12)。
4. WIPO。柏恩公約全文，載於 WIPO 網站 [http://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/trtdocs\\_wo001.html](http://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/trtdocs_wo001.html) (最後瀏覽日：2010/08/12)。
5. WIPO。羅馬公約全文，載於 WIPO 官方網站 <http://www.wipo.int/treaties/en/ip/rome/> (最後瀏覽日：2010/08/12)。
6. 中央社 (2009/07/12)。《瑞士盜版黨成立 主張網路檔案分享無罪》，載於 Yam 天空新聞網站 <http://n.yam.com/cna/international/200907/20090712225313.html> (最後瀏覽日：2010/08/12)。
7. 〈什麼是公開傳輸〉，《92.7.9 修正公布著作權法部分條文》，載於經濟部智慧財產局網站 [http://www.tipo.gov.tw/ch/Download\\_DownloadPage.aspx?Path=3618&UID=9&ClsID=35&ClsTwoID=83&ClsThreeID=60&KeyWord](http://www.tipo.gov.tw/ch/Download_DownloadPage.aspx?Path=3618&UID=9&ClsID=35&ClsTwoID=83&ClsThreeID=60&KeyWord) (最後瀏覽日：2010/08/12)。

- 2010/08/12)。
8. 〈什麼是暫時性重製〉，《92.7.9 修正公布著作權法部分條文》，載於經濟部智慧財產局網站  
[http://www.tipo.gov.tw/ch/Download\\_DownloadPage.aspx?Path=3618&UID=9&ClsID=35&ClsTwoID=83&ClsThreeID=60&KeyWord](http://www.tipo.gov.tw/ch/Download_DownloadPage.aspx?Path=3618&UID=9&ClsID=35&ClsTwoID=83&ClsThreeID=60&KeyWord) (最後瀏覽日：2010/08/12)。
9. 何瑞玲 (2010/01/08)。《求償逼死人 智財法淪惡法》，載於自由時報電子報網站 <http://www.libertytimes.com/2010/new/jan/8/today-so1-3.htm> (最後瀏覽日：2010/08/12)。
10. 章忠信 (2003)。《「科技保護措施」與著作的「合理使用」》，載於章忠信著作權筆記網站  
<http://www.copyrightnote.org/cnote/bbs.php?board=4&act=read&id=61> (最後瀏覽日：2010/08/12)。
11. 鄭成思 (2003)。《知識產權論》，載於中國私法網網站  
<http://www.privatelaw.com.cn/new2004/shtml/20040530-203654.htm> (最後瀏覽日：2010/08/12)
12. 鄭建鵬 (2005)。《宋代的版權問題—兼評鄭成思與安守廉之爭》，載於北大法律網網站  
[http://article.chinalawinfo.com/Article\\_Detail.asp?ArticleID=36552#42](http://article.chinalawinfo.com/Article_Detail.asp?ArticleID=36552#42) (最後瀏覽日：2010/08/12)。
13. 《民國 17 年 5 月 14 日著作權法》，載於立法院法律系統網站  
<http://lis.ly.gov.tw/lghtml/lawstat/version2/01176/0117617051400.htm> (最後瀏覽日：2010/08/12)。
14. 《民國 37 年 12 月 31 日著作權法》，載於立法院法律系統網站  
<http://lis.ly.gov.tw/lghtml/lawstat/version2/01176/0117637123100.htm> (最後瀏覽日：2010/08/12)。

15. 立法院公報第 53 卷第 33 期第 14 冊 94~95 頁，《民國 53 年 6 月 30 日著作權法》，載於立法院法律系統網站  
<http://lis.ly.gov.tw/lghhtml/lawstat/version2/01176/0117653063000.htm> (最後瀏覽日：2010/08/12)。
16. 立法院公報第 74 卷第 52 期第 1850 號 6~16 頁，《民國 74 年 6 月 28 日著作權法》，載於立法院法律系統網站  
<http://lis.ly.gov.tw/lghhtml/lawstat/version2/01176/0117674062800.htm> (最後瀏覽日：2010/08/12)。
17. 立法院公報第 79 卷第 4 期第 2324 號 10~13 頁，《民國 79 年 1 月 11 日著作權法》，載於立法院法律系統網站  
<http://lis.ly.gov.tw/lghhtml/lawstat/version2/01176/0117679011100.htm> (最後瀏覽日：2010/08/12)。
18. 立法院公報第 81 卷第 42 期第 2570 號 39~52 頁，《民國 81 年 5 月 22 日著作權法》，載於立法院法律系統網站。  
<http://lis.ly.gov.tw/lghhtml/lawstat/version2/01176/0117681052200.htm> (最後瀏覽日：2010/08/12)。
19. 立法院公報第 87 卷第 1 期第 2950 號上冊 246~259 頁，《民國 86 年 12 月 30 日著作權法》，載於立法院法律系統網站  
<http://lis.ly.gov.tw/lghhtml/lawstat/version2/01176/0117686123000.htm> (最後瀏覽日：2010/08/12)。
20. 立法院公報第 90 卷第 51 期第 3185 號中冊 743~744，《民國 90 年 10 月 25 日著作權法》，載於立法院法律系統網站  
<http://lis.ly.gov.tw/lghhtml/lawstat/version2/01176/0117690102500.htm> (最後瀏覽日：2010/08/12)。
21. 立法院公報第 92 卷第 34 期第 3308 號二冊 168~171 頁，《民國 92 年 6 月 6 日著作權法》，載於立法院法律系統網站

- <http://lis.ly.gov.tw/lghhtml/lawstat/version2/01176/0117692060600.htm> (最後瀏覽日：2010/08/12)。
22. 立法院公報第 93 卷第 37 期第 3371 號上冊 204~205，《民國 93 年 8 月 24 日著作權法》，載於立法院法律系統網站  
<http://lis.ly.gov.tw/lghhtml/lawstat/version2/01176/0117693082400.htm> (最後瀏覽日：2010/08/12)。
23. 立法院公報第 96 卷第 54 期第 3577 號二冊 596~597 頁，《民國 96 年 6 月 14 日著作權法》，載於立法院法律系統網站  
<http://lis.ly.gov.tw/lghhtml/lawstat/version2/01176/0117696061400.htm> (最後瀏覽日：2010/08/12)。
24. 立法院公報第 98 卷第 22 期第 3708 號 130~131 頁，《民國 98 年 4 月 21 日著作權法》，載於立法院法律系統網站  
<http://lis.ly.gov.tw/lghhtml/lawstat/version2/01176/0117698042100.htm> (最後瀏覽日：2010/08/12)。
25. 〈92 年著作權法修正條文對照表〉，《92.7.9 修正公布著作權法部分條文》，載於經濟部智慧財產局網站  
[http://www.tipo.gov.tw/ch/Download\\_DownloadPage.aspx?Path=3618&UID=9&ClsID=35&ClsTwoID=83&ClsThreeID=60&KeyWord=&Page=1](http://www.tipo.gov.tw/ch/Download_DownloadPage.aspx?Path=3618&UID=9&ClsID=35&ClsTwoID=83&ClsThreeID=60&KeyWord=&Page=1) (最後瀏覽日：2010/08/12)。
26. 〈93 年著作權法修正條文對照表〉，《93.9.1 修正公布著作權法部分條文》，載於經濟部智慧財產局網站  
[http://www.tipo.gov.tw/ch/Download\\_DownloadPage.aspx?Path=3618&UID=9&ClsID=35&ClsTwoID=83&ClsThreeID=61&KeyWord](http://www.tipo.gov.tw/ch/Download_DownloadPage.aspx?Path=3618&UID=9&ClsID=35&ClsTwoID=83&ClsThreeID=61&KeyWord) (最後瀏覽日：2010/08/12)。
27. 《98.5.13 修正公布著作權法部分條文》，載於經濟部智慧財產局網站  
[http://www.tipo.gov.tw/ch/Download\\_DownloadPage.aspx?path=3618&Languag](http://www.tipo.gov.tw/ch/Download_DownloadPage.aspx?path=3618&Languag)



[e=1&UID=9&ClsID=35&ClsTwoID=83&ClsThreeID=375](#)。(最後瀏覽日：  
2010/08/12)。

## (七) 報紙

1. 聯合報〔2009/06/05〕，法界：有權利濫用之餘，A8 版。
2. 聯合報〔2001/04/18〕，成大 MP3 事件風波檢察官將進入？校園大震撼，20 版。(「四一一成大 MP 三事件」在各大校園裡引起極大震撼，近日「檢察官將進入校園搜查」傳言滿天飛，學生人心惶惶，後續效應陸續出現，不少人連忙「清除」電腦裡相關資料，更有同學天天揹著電腦到處跑，以免被檢察官「逮個正著」。)。

## 二、 英文文獻

### (一) 案例

1. *Associated Press v. U.S.*, 326 U.S. 1 (1945).
2. *Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.*, 188 U.S. 239 (1903).
3. *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony*, 111 U.S. 53 (1884).
4. *Donaldson v. Beckett*, (1774) 1 Eng. Rep. 837 (H.L.).
5. *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2002).
6. *Feist Publications, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co.*, 499 U.S. 340 (1991).
7. *Garrison v. State of La.*, 379 U.S. 64 (1964).
8. *Goldstein v. California*, 412 U.S. 546 (1973).
9. *Graham v. John Deere Co.*, 383 U.S. 1 (1966).
10. *Grosjean v. American Press Co.*, 297 U.S. 233 (1936).
11. *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539 (1985).
12. *Higgins v. Keuffel*, 140 U.S. 428 (1891).
13. *Houchins v. KQED, Inc.*, 438 U.S. 1 (1978).

14. *In re Trade-Mark Cases*, 100 U.S. 82 (1879).
15. *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Gorkster, Ltd.*, 545 U.S. 913 (2005).
16. *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697 (1931).
17. *New York Times Co. v. Sullivan*, 403 U.S. 713 (1971).
18. *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).
19. *New York Trust Co. v. Eisner*, 256 U.S. 345 (1921).
20. *Mazer v. Stein*, 347 U.S. 201 (1954).
21. *Millar v. Taylor*, (1769) 4 Burr. 2303 (K.B.).
22. *Pittsburgh Press Co. v. Pittsburgh Commission on Human Relations*, 413 U.S. 376 (1973).
23. *Pell v. Procunier*, 417 U.S. 817 (1974).
24. *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 (1997).
25. *Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984).
26. *Vance v. Universal Amusement Co., Inc.*, 445 U.S. 308 (1980).
27. *Virginia State Bd. of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc.*, 425 U.S. 748 (1976).
28. *Wheaton v. Peters*, 33 U.S. 591 (1834).
29. *Wheaton v. Peters*, 29 F.Cas. 862 (C.C.Pa. 1832).
30. *44 Liquormart, Inc. v. Rhode Island*, 517 U.S. 484 (1996).

## (二) 專書

1. Alford, W. P. (1995). *To Steal a Book Is an Elegant Offence: Intellectual Property Law in Chinese Civilization*. California, Cal: Stanford University Press. Stanford, Calif: Stanford University Press.
2. Boldrin, M. & Levine, D. K. (2008). *Against Intellectual Monopoly*. New York, NY: Cambridge University Press.

3. Boyle, J. (2008). *The Public Domain: Enclosing the Commons of the Mind*. New Haven and London, NH & Lon: Yale University Press.
4. Davies, G. (1994). *Copyright and the Public Interest*. New York, NY : VCH Publishers.
5. Deazley, R. (2004). *On The Origin of The Right to Copy: Charting the Movement of Copyright Law in Eighteenth-Century Britain*. Portland, Ore.: Hart Pub.
6. Deazley, R. (2006). *Rethinking Copyright*. United Kingdom, UK: University of Birmingham.
7. Gantz, J. & Rochester, J. B. (2005). *Pirates of the Digital Millennium*. New Jersey, NJ: Financial Times Prentice Hall.
8. Goldstein, P. (1994). *Copyright's Highway: From Gutenberg to the Celestial Jukebox*. California, Cal: Stanford University Press.
9. Goldstein, P. (2007). *Intellectual Property: The Tough New Realities That Could Make or Break Your Business*. London, Lon: Penguin Group.
10. Gorman, R. A. & Ginsburg, J. C. (2006). *Copyright: Cases and Materials*. New York, NY: Foundation Press.
11. Keen, A. (2007). *The Cult of the Amateur : How Blogs, Myspace, Youtube, and the Rest of Today's User-Generated Media Are Destroying Our Economy, Our Culture, and Our Values*. New York, NY: Doubleday.
12. Landes W. M. & Posner, R. A. (2003). *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. Cambridge, Mass: Harvard University Press.
13. Lange, D. L. & Powell, J. H. (2009). *No Law: Intellectual Property in the Image of an Absolute First Amendment*. California, Cal: Stanford University Press.
14. Lessig, L. (2001). *The Future of Ideas: The Fate of the Commons in a Connected World*. New York, NY: Vintage Books.
15. Lessig, L. (2004). *Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law to*

- Lock Down Culture and Control Creativity*. New York, NY: The Penguin Press.
16. Lessig, L. (2006). *Code: Version 2.0. (code: And other Laws of Cyberspace, Version 2.0)*. New York, NY: Basic Books.
  17. May, C. & Sell, S. K. (2006). *Intellectual Property Rights: A Critical History*. Boulder, Colo: Lynne Rienner Publishers Lynne Rienner Publishers.
  18. Netanel, N. W. (2008). *Copyright's Paradox*. New York, NY: Oxford University Press.
  19. Nimmer, M. B. & Nimmer, D. (1963). *Nimmer on Copyright Volume 1*. New York, NY: M. Bender.
  20. Patterson, L. R. (1968). *Copyright In Historical Perspective*. Tennessee, Nashville: Vanderbilt University Press.
  21. Rose, M. (1993). *Authors and Owners: The Invention of Copyright*. Cambridge, Mass: Harvard University Press.
  22. Sell, S. K. (2003). *Private Power, Public Law: The Globalization of Intellectual Property Rights*. New York, NY: Cambridge University Press.
  23. Schachter, M. & Kurtzberg, J. (2008). *Law of Internet Speech*. North Carolina, NC: Carolina Academic Press.
  24. Vaidhyanathan, S. (2001). *Copyrights and Copywrongs: The Rise of Intellectual Property and How It Threatens Creativity*. New York and London, NY & Lon: New York University Press.
  25. Zittrain, J. (2008). *The Future of the Internet and How to Stop It*. New Haven and London, NH & Lon: Yale University Press.

### (三) 期刊論文

1. Abrams, Howard B., *The Historic Foundation of American Copyright Law: Exploring the Myth of Common Law Copyright*, 29 WANE L. REV. 1119 (1983).

2. Afori, Orit Fischman, *Implied License: An Emerging New Standard in Copyright Law*, 25 SANTA CLARA COMPUTER & HIGH TECH. L.J. 275 (2009).
3. Baker, C. Edwin, *First Amendment Limits on Copyright*, 55 VAND. L. REV. 891 (2002).
4. Bender, Paul, *Copyright and the First Amendment after Eldred v. Ashcroft*, 30 COLUM. J.L. & ARTS 349 (2006-2007).
5. Benkler, Yochai, *Constitutional Bounds of Database Protection: The Role of Judicial Review in the Creation and Definition of Private Rights in Information*, 15 BERKELEY TECH. L.J. 535 (2000).
6. Boyle, James, *Foucault in Cyberspace: Surveillance, Sovereignty and Hardwired*, 66 U. CIN. L. REV. 177 (1997).
7. Braegelmann, Tom, *Copyright Law In and Under the Constitution: The Constitutional Scope and Limits to Copyright Law in the United States in Comparison With the Scope and Limits Imposed by Constitutional and European Law on Copyright Law in Germany*, 27 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 99 (2009).
8. Breyer, Stephen, *The Uneasy Case For Copyright: A Study of Copyright in Books, Photocopies, and Computer Programs*, 84 HARV. L. REV. 281 (1970).
9. Burkitt, Daniel, *Copyrighting Culture—The History and Cultural Specificity of the Western Model of Copyright*, I.P.Q. 2001, 2, 146-186 (2001).
10. Choi, Yunjeong, *Development of Copyright Protection in Korea: It's History, Inherent Limits, and Suggested Solutions*, 28 BROOK. J. INT'L L. 643 (2003).
11. Cohen, Barbara, *A Proposes Regime For Copyright Protection on the Internet*, 22 BROOK. J. INT'L L. 401 (1996).
12. Cook, Walter Wheeler, *Hohfeld's Contribution to the Science of Law*, 28 YALE L. J. 721 (1919).
13. Donner, Irah, *The Copyright Clause of The U.S. Constitution: Why Did The*

- Framers Include It With Unanimous Approval?*, 36 AM. J. LEGAL HIST. 361 (1992).
14. Elkin-Koren, Niva, *Let the Crawlers Crawl: On Virtual Gatekeepers and the Right to Exclude Indexing*, 26 U. DAYTON L. REV. 179 (2001).
  15. Fagin, Matthew, *Regulating Speech Across Borders: Technology vs. Values*, 9 MICH. TELECOMM. & TECH. L. REV. 395 (2003).
  16. Farber, Daniel, *Expressive Commerce in Cyberspace: Public Goods, Network Effects, and Free Speech*, 16 Ga. St. U. L. Rev. 789 (2000).
  17. Flaming, Todd, *An Introduction to the Internet*, 83 ILL. B.J. 311 (1995).
  18. Foster, Sharon E., *Invitation to a Discourse Regarding The History, Philosophy, and Social Psychology of a Property Right in Copyright*, 21 FLA. J. INT'L L. 171 (2009).
  19. Fraser, Stephen, *The Conflict Between the First Amendment and Copyright Law and Its Impact On the Internet*, 16 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 1, 10 (1998).
  20. Ginsburg, Jane C., *A Tale of Two Copyrights: Literary Property in Revolutionary France and America*, 64 TUL. L. REV. 991 (1990).
  21. Ginsburg, Jane C., *Copyright Use and Excuse on the Internet*, 24 COLUM.-VLA J.L. & ARTS 1 (2000).
  22. Goldsmith, Jack, *Against Cyberanarchy*, 65 U. CHI. L. REV. 1199 (1998).
  23. Hamilton, Marci A., *A Response to Professor Benkler*, 15 BERKELEY TECH. L.J. 605 (2000).
  24. Hamilton, Marci A., *Copyright at the Supreme Court: A Jurisdiction of Deference*, 47 J. COPYRIGHT SOC'Y U.S.A. 317 (2000).
  25. Hamilton, Marci A., *Farewell Madison Avenue*, 16 CONST. COMM. 529 (1999).
  26. Hamilton, Marci A. & Kohonen, Clemens G., *The Jurisprudence of Information Flow: How the Constitution Constructs the Pathways of Information*, 25

- CARDOZO L. REV. 267 (2003).
27. Henning, Darrin Keith, *Copyright's Deus Ex Machina: Reverse Registration as Economic Fostering of Orphan Works*, 55 J. COPYRIGHT SOC'Y U.S.A. 201 (2008).
28. Hohfeld, Wesley Newcomb, *Some Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning*, 23 YALE L. J. 16 (1913).
29. Hohfeld, Wesley Newcomb, *Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning*, 26 YALE L.J. 710 (1917).
30. Hughes, Justin, *Created Facts and the Flawed Ontology of Copyright Law*, 83 NOTRE DAME L. REV. 43 (2007).
31. Hughes, Justin, *The Philosophy of Intellectual Property*, 77 GEO. L.J. 287 (1988).
32. Johnson, David R., *Law and Borders- The Rise of Law in Cyberspace*, 48 STAN. L. REV. 1367 (1996).
33. Joyce, Graig, *The Rise of The Supreme Court Reporter: An institutional Perspective on Marshall Court Ascendancy*, 83 MICH. L. REV. 1291 (1985).
34. Kovacs, Albert Z., *Quieting the Virtual Prison Riot: Why the Internet's Spirit of "Sharing" Must Be Broken*, 51 DUKE L.J. 753 (2001).
35. Lacey, Linda J., *Of Bread and Roses and Copyrights*, 1989 DUKE L.J. 1532 (1989).
36. Landes, William M. & Posner, Richard A., *An Economic Analysis of Copyright Law*, 18 J. LEGAL STUD. 325 (1989).
37. Lemley, Mark A., *The Economics of Improvement in Intellectual Property Law*, 75 TEX. L. REV. 989 (1997).
38. Lemley, Mark A. & Volokh, Eugene, *Freedom of Speech and Injunctions in Intellectual Property Cases*, 48 DUKE L.J. 147 (1998).
39. Lessig, Lawrence, *Copyright's First Amendment*, 48 UCLA L. REV. 1057 (2001).
40. Lunney, Glynn, Jr., *Reexamining Copyright's Incentives-Access Paradigm*, 49

- VAND. L. REV. 483 (1996).
41. Levin, Daniel B., *Building Social Norms On the Internet*, 4 YALE SYMP. ON L. & TECH. 97 (2002).
42. Major, April Mara, *Norm Origin and Development in Cyberspace: Models of Cybernorm Evolution*, 78 WASH. U. L.Q. 59 (2000).
43. Meyerson, Michael I., *Rewriting Near V. Minnesota: Creating A Complete Definition of Complete Definition of Prior Restraint*, 52 MERCER L. REV. 1087 (2001).
44. Netanel, Neil Weinstock, *Copyright and a Democratic Civil Society*, 106 YALE L.J. 283 (1996).
45. Netanel, Neil Weinstock, *Impose a Noncommercial Use Levy to Allow Free Peer-To-Peer File Sharing*, 17 HARV. J.L. & TECH. 1 (2003).
46. Netanel, Neil Weinstock, *Locating Copyright Within the First Amendment Skein*, 54 STAN. L. REV. 1 (2001).
47. Norvell, Blake Covington, *The Modern First Amendment and Copyright Law*, 18 S. CAL. INTERDISC. L.J. 547 (2009).
48. Ochoa, Tyler T. & Rose, Mark, *The Anti-Monopoly of The Patent and Copyright Clause*, 49 J. COPYRIGHT SOC'Y U.S.A. 675 (2002).
49. Oiar, Dotan, *Making Sense of the Intellectual Property Clause: Promotion of Progress as a Limitation on Congress's Intellectual Property Power*, 94 GEO. L.J. 1771 (2006).
50. O'Neill, Patrick, *Optimizing and Restricting the Flow of Information: Remodeling the First Amendment for a Convergent World*, 55 U. PITT. L. REV. 1057 (1994).
51. Patterson, L. Ray & Joyce, Craig , *Copyright in 1791: An Essay Concerning the Founders' View of the Copyright Power Granted to Congress in Article I, Section 9, Clause 8 of the U.S. Constitution*, 52 EMORY L.J. 909 (2003).



52. Paul Edward Geller, *Copyright History and the Future: What's Culture Got to DO With It?*, 47 J. COPYRIGHT SOC'Y U.S.A. 209 (2000).
53. Peifer, Karl-Nikolaus, *The Return of the Commons-Copyright History as a Helpful Source*, IIC 2008, 39(6), 679-688 (2008).
54. Pollack, Malla, *What Is Congress Supposed to Promote?: Defining "Progress" in Article I, Section 8, Clause 8 of the United States Constitution, or Introducing the Progress Clause*, 80 NEB. L. REV. 754 (2001).
55. Posner, Richard A., *How Long Should A Copyright Last?*, 50 J. COPYRIGHT SOC'Y U.S.A. 1 (2003).
56. Rabinovich-Einy, Orna, *Balancing the Scales: The Ford-Firestone Case, the Internet, and the Future Dispute Resolution Landscape*, 6 YALE J. L. & TECH. 1 (2004).
57. Radin, Margaret Jane, *Property and Personhood*, 34 STAN. L. REV. 957 (1982).
58. Redish, Martin H., *The Proper Role of the Prior Restraint Doctrine in First Amendment Theory*, 70 VA. L. REV. 53 (1984).
59. Reidenberg, Joel R., *Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology*, 76 TEX. L. REV. 553 (1998).
60. Reindl, Andreas P., *Choosing Law In Cyberspace: Copyright Conflicts on Global Networks*, 19 MICH. J. INT'L L. 799 (1998).
61. Rieder, Christian M. & Pappas, Stacy P., *Personal Jurisdiction for Copyright Infringement on the Internet*, 38 SANTA CLARA L. REV. 367 (1998).
62. Roeder, Martin A., *The Doctrine of Moral Right: A Study in the Law of Artists*, 53 HARV. L. REV. 554 (1940).
63. Rothman, Jennifer E. , *Liberating Copyright: Thinking Beyond Free Speech*, 95 CORNELL L. REV. 463 (2010).
64. Rubinfeld, Jed, *The Freedom of Imagination: Copyright's Constitutionality*, 112

- YALE L.J. 1 (2002).
65. Samuelson, Pamela, *Mapping the Digital Public Domain: Threats and Opportunities*, 66 LAW & CONTEMP. PROB. 147 (2003).
66. Schlachter, Eric, *The Intellectual Property Renaissance in Cyberspace: Why Copyright Law Could Be Unimportant on the Internet*, 12 BERKELEY TECH. L.J. 15 (1997).
67. Scordato, Marin, *Distinction Without a Difference: A Reappraisal of the Doctrine of Prior Restraint*, 68 N.C. L. REV. 1 (1989).
68. Shih Ray Ku, Raymond, *The Creative Destruction of Copyright: Napster and the New Economics of Digital Technology*, 69 U. CHI. L. REV. 263 (2002).
69. Singer, Joseph William, *The Legal Rights Debate in Analytical Jurisprudence From Bentham to Hohfeld*, 1982 WIS. L. REV. 975 (1982).
70. Solley, Ted, *The Problem and the Solution: Using the Internet to Resolve Internet Copyright Disputes*, 24 GA. ST. U. L. REV. 813 (2008).
71. Solum, Lawrence B., *Congress's Power to Promote the Progress of Science: Eldred v. Ashcroft*, 36 LOY. L.A. L. REV. 1 (2002).
72. Sterk, Stewart E., *Rhetoric and Reality in Copyright Law*, 94 MICH. L. REV. 1197 (1996).
73. Temin, Marc, *The Irrelevance of Creativity: Feist's Wrong Turn and the Scope of Copyright Protection for Factual Works*, 111 PENN ST. L. REV. 267 (2006-2007).
74. Travis, Hannibal, *Of Blogs, Books, and Broadband: Access to Digital Media as a First Amendment Right*, 35 HOFSTRA L. REV. 1519 (2007).
75. Walterscheid, Edward C., *Conforming the General Welfare Clause and the Intellectual Property Clause*, 13 HARV. J.L. & TECH. 87 (1999).
76. Walterscheid, Edward C., *To Promote The Congress of Science and Useful Arts: The Background and Origin of The Intellectual Property Clause of The United*

- States Constitution*, 2 J. INTELL. PROP. L. 1 (1994).
77. Walterscheid, Edward C., *Understand The Copyright Act of 1790: The Issue of Common Law Copyright in America And the Modern Interpretation of the Copyright Power*, 53 J. COPYRIGHT SOC'Y U.S.A. 313 (2006).
78. Walterscheid, Edward C., “*Within the Limits of the Constitutional Grant*”: *Constitutional Limitations on the Patent Power*, 9 J. INTELL. PROP. L. 291 (2002).
79. Whicher, John F., *The Ghost of Donaldson v. Beckett: An Inquiry Into the Constitutional Distribution of Powers Over the Law of Literary Property in the United States*, 9 BULL. COPYR. SOC'Y 102 (1962).
80. Wu, Tim, *When Code Isn't Law*, 89 VA. L. REV. 679 (2003).
81. Yu, Peter K., *Intellectual Property at a Crossroads: Why History Matters*, 38 LOY. L.A. L. REV. 1 (2004).

#### (四) 網路資料

1. B. Zorina Khan, Study Paper 1a Intellectual Property and Economic Development: Lessons from American and European History (2002), [http://www.cipr.org.uk/papers/pdfs/study\\_papers/sp1a\\_khan\\_study.pdf](http://www.cipr.org.uk/papers/pdfs/study_papers/sp1a_khan_study.pdf) (last visited Aug. 12, 2010).
2. Daniel Becourt, *French Revolution and Author's Right: Towards a New Universalism*, 24 COPYRIGHT BULL. 3 (1990), available at <http://unesdoc.unesco.org/images/0008/000885/088519eo.pdf>. (last visited Aug. 12, 2010).
3. John Perry Barlow, *The Economy of Ideas: A framework for rethinking patents and copyrights in the Digital Age*, WIRED, Mar. 1994 <http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/int-prop/barlow-economy-of-ideas.html> (last visited Aug. 12, 2010).
4. Karl-Erik Tallmo, *The History of Copyright: A Critical Overview With Source Texts in Five Languages* (a forthcoming book), <http://www.copyrighthistory.com/anne.html> (last visited Aug. 12, 2010).
5. Tim O'Reilly, *What Is Web 2.0: Design Patterns and Business Models for the*

Next Generation of Software (Sep. 30, 2005),

<http://oreilly.com/web2/archive/what-is-web-20.html?page=1> (last visited Aug. 12, 2010).

6. Tim O'Reilly & John Battelle, Web Squared: Web 2.0 Five Years On, (Oct. 20-22, 2009), <http://www.web2summit.com/web2009/public/schedule/detail/10194> (last visited Aug. 12, 2010).

7. William Fisher, *Theories of Intellectual Property*, <http://cyber.law.harvard.edu/people/tfisher/iptheory.pdf> (last visited Aug. 12, 2010).

