

第二章

合理使用文獻回顧

有論者認為，許多合理使用的討論根本問錯了問題，合理使用範圍不確定並非肇生於這項抗辯本身，而在於著作權本身給予的範圍。換言之，問題或許不是何謂「合理使用」而是何謂「著作權」⁶²。本研究認為合理使用的前提是被告在形式上構成侵權（*prima facie infringement*），若形式上沒有對著作權的侵害，自然不需討論合理使用。因此，要探討合理使用，應先瞭解提供著作權保障的理論基礎。

再者，合理使用與著作權的範圍應有一致的立法目的與思考邏輯，從結果論的角度來說，一特定使用型態不屬於著作權範圍或屬於合理使用的範疇，對利用人來說幾無二致⁶³。故而，著作權的保障範圍與合理使用可以說是相同的問題或一體之兩面，討論合理使用的理論架構應由著作權保障的理論出發。

⁶² Jessica Litman, *War Stories*, 20 CARDOZO ARTS. & ENT. L.J. 337, 365 (2002).

⁶³ 若一使用型態根本不在權利保護範圍內，著作權人根本無法主張侵權行為。在合理使用的討論架構下，被告在形式上已經構成侵權行為，但必須證明合理使用的抗辯成立。從結果上來說，使用人均得無償使用。

第一節 著作權的保障基礎

一、財產權觀點與競爭政策理論之差異

雖然將著作權視為財產權的一種已是廣為接受的說法⁶⁴，仍有許多學者提出不同研究觀點。最原始的財產權理論是從預防公有地悲劇的角度出發⁶⁵，傳統的游牧社會中，如果有一塊公有草地大家都可以使用，因為個人不需負擔任何成本，每一個人都有動機對公有地作最大程度的利用，於是將自己所有的牲畜全部趕到這塊公有草地餵食，不久公有草地會完全枯竭，再也沒有人能使用。其中一種解決途徑是由這塊土地所有潛在使用者對利用方式達成協議，使土地能進行最有效的利用，最後再由大家均分利益，但由於公有地對所有人開放，土地使用者不易確定，這種方式不易操作⁶⁶。

另一種方式是賦予私有財產權使得草地所有人可以排除他人進入特定區域⁶⁷，因為土地上的利益與損害由同一個人承擔，他就不會過度使用畜牧資源，進而使土地的使用更具效率，外部性的內生化正是財產權制度最主要的機能之一⁶⁸。著作類似公有地悲劇中的公有地，給予財產權的同時也等於給予財產權所有者或潛在所有者更高的創造及有效管理的誘因，後述財產上誘因理論

⁶⁴ 智慧財產權與一般財產權的差異，請參照闕光威、陳月秀，智慧財產證券化初探，證券市場發展研究季刊，第17卷第2期，頁149以下（2005.7）。

⁶⁵ Garrett Hardin, *The Tragedy of the Commons*, 162 SCI. 1243, 1244 (1968).

⁶⁶ TERRY L. ANDERSON & FRED S. MCCHESENEY, PROPERTY RIGHTS: COOPERATION, CONFLICT, AND LAW 84-85 (2003).

⁶⁷ Hardin, *supra* note 65, at 1245.

⁶⁸ Harold Demsetz, *Toward a Theory of Property Rights*, 57(2) AM. ECON. REV. 347, 347-48 (1967).

亦反應這種思維。

另一種觀點是Robert P. Mergers與Richard R. Nelson所提出的「修正誘因理論」(tailored incentives)，他們認為競爭政策而非具排他性的財產權才是鼓勵創新最有效率的方式⁶⁹。獎勵文明發展不一定需要給予著作人「著作權」，透過市場競爭可能有更好的效果。Mergers與Nelson認為對於發明與創新來說，速度是最重要的關鍵，越強的競爭越能促進創新提早出現。財產權理論著重於最初財產權歸屬，假定在交易成本為零的社會，最後資源會流向最有效率的利用者。修正誘因理論則側重權利最後的配置狀態，較不關心財產權原始的配置狀態，而注重競爭的維持，與財產權理論的觀點有所不同。Mergers與Nelson的理論最初雖然是針對專利權的反思，但同樣的邏輯也可以套用至著作權的討論⁷⁰。

近期亦有學者認為現代娛樂經濟主要依靠廣告、商譽與商業網絡，只要維持競爭秩序的商標法被有效執行，使創作者與其他中間商緊密結合的商業體系被有效維持，著作權法對相關產業的發展已不具重要性⁷¹。這項說法可以視為競爭政策觀點最極端的論述，目前尚未被接受。

除了前述最極端的看法外，競爭觀點與財產權觀點不必然是互斥的兩種思維。財產權理論雖然是目前廣為接受的觀點，但不表示競爭秩序的維持對於著作權法促進文化進步的政策目標不具重要性⁷²。舉例言之，對他人著作的改作對於文化發展與累積相

⁶⁹ Robert P. Merges & Richard R. Nelson, *On the Complex Economics of Patent Scope*, 90 COLUM. L. REV. 839, 881-908 (1990).

⁷⁰ Lemley, *supra* note 18, at 1042.

⁷¹ F. Scott Kieff, *Coordination, Property, and Intellectual Property: An Unconventional Approach to Anticompetitive Effects and Downstream Access*, 56 EMORY L.J. 327, 431-32 (2006).

⁷² 著作權與競爭法的關係已成為重要研究議題，相關討論請見謝銘洋、張懿云，著作權法與公平交易法關係之研究，行政院公平交易委員會委託

當重要，如果著作權人爲了保障自身的經濟利益，濫用著作權法賦予的法定獨占權，使得他人完全無法利用既存著作持續創新，這顯然不是著作權法所預設的狀況。

但應特別說明的是，賦予財產權雖然是爲了以有效的方式預防公有地的悲劇，近年來亦有學者提出，過度財產權化也可能造成悲劇⁷³。舉例言之，在專利權領域中，一項特定技術的施行如果涉及由多數人分別享有的專利權，任何專利權人授權與否的決定都會影響最終技術能否實施，可能造成專利權人漫天喊價的狀況，此時過度的財產權化將阻礙持續創新與發展⁷⁴。

當然，過度財產權化並非在所有的脈絡下都是負面的，有學者認爲在環境保護的議題下（例如綠地保留），如果涉及的財產權越多且每一個財產權人均擁有類似否決權的權利，反而能減少許多對社會有害的投資⁷⁵。儘管如此，仍不可忽視過度財產權化對社會可能產生的弊端，著作權法下，過度財產權化所導致的弊端或許也是合理使用必須處理的問題之一。

二、著作權理論基礎

由歷史沿革以觀，著作權的產生不似土地或其他有體物是亙古以來就存在的財產權型態，類似觀念始於英國在一七一〇年所

研究計畫（2002.10）。劉孔中，公平法與智慧財產權法的衝突與調和，月旦法學雜誌，第104期，頁93-119（2004.1）。

⁷³ Michael A. Heller, *The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets*, 111 HARV. L. REV. 621 (1998); Michael A. Heller, *The Boundaries of Private Property*, 108 YALE L.J. 1163, 1176-78 (1999).

⁷⁴ Michael A. Heller & Rebecca S. Eisenberg, *Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research*, 280 SCI. 698 (1998).

⁷⁵ Abraham Bell & Gideon Parchomovsky, *Of Property and Antiproperty*, 102 MICH. L. REV. 1 (2003).

通過的安妮法案（The statute of Anne），該法案通過的時空背景是因為印刷術的普及，作者們憂心著作一旦交付印刷，再也沒有辦法控制。安妮法案最重要的條文是給予作者為期十四年獨占印刷其著作物的權利⁷⁶，主要目的是為了解決作者與印刷廠商之間所存在的緊張關係。

在此同時，大陸法系的國家也發展出著作權法的概念，不同的是，大陸法系國家一般將著作權視為作者的精神權利。舉例言之，一七八九年的法國人權宣言即提到：「自由交流思想及意見乃是最珍貴之基本人權之一，因此所有公民除受法律限制外，均可自由發表言論、著作及出版。⁷⁷」

這個觀念在美國獨立初期，也被許多州所採用，例如一七八三年麻州的立法清楚揭示該州保護著作權的目的是為了保護著作人在自然法上的權利⁷⁸。自然權的精神也被美國憲法的著作權條款間接受，美國憲法第一條第八項第八款規定，國會基於促進知識發展的目標，可使著作人就其著作物保有（securing）有限期間的專屬權保護。使用「保有」一詞隱含美國制憲者以憲法明文「確認」著作權人一項本來既有的權利，由是可知，美國憲法承襲了十八世紀以來的自然權思維。美國知名的聯邦最高法院大法官Holmes在Bleistein v. Donaldson Lithograph Co.一案的判決中，提到著作是著作權人對自然事物的個人反應，其中內含的人格特質總是蘊含著獨一無二的特性⁷⁹，這段經典名言也間接顯示聯邦最高法院對於自然權觀點的支持。

⁷⁶ ROBERT A. GORMAN & JANE C. GINSBURG, COPYRIGHT CASES AND MATERIALS 1-2 (2002).

⁷⁷ 羅明通，著作權法論，頁97（2002）。

⁷⁸ Jane C. Ginsburg, *A Tale of Two Copyright: Literary Property in Revolutionary France and America*, 64 TUL. L. REV. 991, 1001 (1990).

⁷⁹ Bleistein v. Donaldson Lithographing Co., 188 U.S. 239, 250 (1903).