

# 從法律與經濟學的角度分析美國著作權法之科技 保護措施及合理使用原則

蔡岳勳 胡心蘭

## 目次

### 壹、前言

### 貳、科技保護措施與合理使用間之衝突

#### 一、DMCA之立法背景

#### 二、DMCA限制使用者權

### 參、DMCA之立法背景

#### 一、著作權法及合理使用原則之終極目標

#### 二、著作權之法律與經濟學分析的基本概念

### 肆、DMCA限制使用者權

#### 一、市場失靈作為合理使用之正當性

#### 二、科技保護措施將可「矯正」市場失靈

#### 三、市場失靈模式並不符合著作權法之終極目標

### 伍、著作權法之法律與經濟學分析

#### 一、效率最大化模式

#### 二、契約性質之價格歧視制度

#### 三、契約性質之價格歧視模式並不符合著作權法之終極目標

### 陸、市場失靈模式

#### 一、合理使用原則之存在係為平衡公共利益

#### 二、利益平衡模式與接觸控制措施

### 柒、結論

關鍵字：美國數位千禧年著作權法案，合理使用，接觸保護措施，反規避條款，法律經濟學

投稿日期：九十四年三月八日；接受刊登日期：九十四年四月二十八日

\*蔡岳勳，美國杜蘭大學法律博士（J.D.），美國西北大學法學碩士（LL.M.），中原大學財經法律系法學士。胡心蘭，美國杜蘭大學法學博士（S.J.D.）候選人，美國杜蘭大學法學碩士（LL.M.），中原大學財經法律系法學碩士，法學士。作者感謝兩位匿名評審所提之審查意見。

## 壹、前言

著作權法之立法目的，除了獎勵著作權人之創作外，亦附有文化上之目的——促進知識之流通與文化之傳承。因此，世界各國之著作權法制中均就著作權人之權利加以適度的限制，以平衡著作權人與著作權利用人間之利益衝突。美國於一九七四年著作權法修正時，將判例法所創造出來的合理使用原則正式成文化，並規定於美國著作權法第一〇七條，除提供四點判斷標準外，美國司法與立法機關更運用司法解釋與一再修法的方式，配合社會與科技的發展，賦予合理使用新的意義與生命，也使得合理使用成為美國著作權法中最重要的原則之一，更是判斷著作權侵害與否的核心。

隨著時代的演進，美國著作權法制亦不斷的擴充其保護範圍及保護標的以因應迅速發展的科技。包括影印重製科技，<sup>1</sup> 家用錄音、錄

---

<sup>1</sup> 美國最高法院於 1975 年就 *Williams & Wilkins Co. v. United States*, 420 U.S. 376 (1975) 一案作出判決，判定國家衛生研究所及醫學圖書館影印重製醫學期刊論文之行為為合理使用。為平息本案所引起之爭議，美國國會即於翌年著作權法修法時加入第 108 條「排他權之限制：圖書館與檔案保全機構之重製」。See 17 U.S.C. § 108 (2001).

影科技，<sup>2</sup> 電腦程式及網際網路科技等，<sup>3</sup> 幾乎每一種新興科技的發展均引發著作權法的變革，其中影響最深遠的，當屬一九九八年數位

---

<sup>2</sup> 自 1980 年代時起，高品質的數位錄音帶科技( digital audio tape (DAT) technology )即引起美國唱片工業協會( Recording Industry Association of American, 簡稱 RIAA )的極度恐慌。RIAA 聲稱 DAT 科技的盛行將會傷害著作權人之權益，進而降低其進行創作的意願。1992 年間，美國國會終於被 RIAA 所說服，通過「1992 年家用錄音法案( Audio Home Recording Act of 1992, 簡稱 AHRA )」，增訂美國著作權法第 10 章。本法案一方面防止消費者利用數位錄音技術為連續重製( serial copying )，一方面允許消費者得以為家庭使用之目的，從事對有著作權之著作為錄音行為，而不需擔心需負侵害著作權之責任。See Chapter 10 of Copyright Act, 17 U.S.C. §§ 1001-10 (2001).

<sup>3</sup> 為了因應電腦科技及網際網路科技之蓬勃發展，美國國會已前後 7 次修正美國著作權法。其中影響較大的包括：1995 年錄音著作數位表演權法案( Digital Performance Right in Sound Recording Act of 1995, 簡稱 DPRA ); 1997 年無電子竊盜法案( No Electronic Theft Act of 1997, 簡稱 NET ); 1998 年數位千禧年著作權法案( Digital Millennium Copyright Act of 1998, 簡稱 DMCA ); 及 1999 年防止數位竊盜及增進著作權損害賠償法案( Digital Theft Deterrence and Copyright Damages Improvement Act of 1999 )。

第十四期 從法律與經濟學的角度分析美國著作權法之  
科技保護措施及合理使用原則

千禧年著作權法案 ( Digital Millennium Copyright Act of 1998 , 簡稱 DMCA )。 <sup>4</sup> DMCA 第一二〇一條「反規避著作權保護措施」明文禁止任何人規避著作權人為保護其權利而在其數位著作上所設置的科技保護措施。 <sup>5</sup> 然而,此一立法實際上賦予著作權人一個嶄新的權利:「接觸權 - 預防他人規避用以控制接觸有著作權之著作的科技保護措施」的權利,也因此使得一般社會大眾開始憂心「計次付費( Pay-Per-Use )」的世界即將來臨,合理使用原則恐將蕩然無存。

在一九六〇年代晚期至七〇年代早期間,法律經濟學逐漸嶄露頭角成為一門新興的法律學科。 <sup>6</sup> 「經濟學改變了法學研究的本質,改變了一般對於法律規則、制度的了解,甚至改變了律師執業的方式」。<sup>7</sup> 經濟學不但提供用以預測人類如何回應法律規定之變革的行為學理論 ( Behavioral Theory ), <sup>8</sup> 其亦提供用以評價法律與政策的規範基準

---

<sup>4</sup> 法案原文可至 U.S. Copyright Office 之網站 : at <<http://www.dickson.tec.tn.us/dmca.htm>> (visited Jun. 21, 2005), 或至美國參議院網站 : at<[http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/r?r105:@phrase\(Digital+Millennium+Copyright+Act\)](http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/r?r105:@phrase(Digital+Millennium+Copyright+Act))> (visited Jun. 21, 2005) 查詢。

<sup>5</sup> See 17 U.S.C. § 1201 (2001).

<sup>6</sup> See Jeffery L. Harrison, *Law and Economics* 1 (2000).

<sup>7</sup> “Economic has changed the nature of legal scholarship, the common understanding of legal rules and institutions, and even the practice of law.” See ROBERT COOTER & THOMAS ULEN, *LAW AND ECONOMIC* 2 (2000).

<sup>8</sup> 對經濟學家而言,法律制裁 ( sanctions ) 相當於價格 ( prices ),

( Normative Standard )。在經濟學家眼中，法律係促進重要社會目的之工具，而此一「重要社會目的」即為資源分配效率 ( Resources Allocative Efficiency )。<sup>9</sup>

在著作權法領域中，法律與經濟學分析在檢驗著作權人與一般使用者大眾間之利益衝突時扮演著極重要的角色。法律與經濟學之學者專家們正不斷努力尋找最有效率之方法來分配有限資源並將社會福利推展至極致 - 就著作權法而言，其目標即為：促進科學及實用藝術之發展。<sup>10</sup> 誠如以採用經濟學之分析方法來審理案件而著名之美國第七巡迴法院法官 Posner 所言：「智慧財產權對法律經濟學之分析而言是一個很自然的研究領域，而著作權又是一門非常重要的智慧財產權學科。」<sup>11</sup> 現今研究著作權法已不可避免的需涉及法律與經濟學之分析方法，以符合經濟掛帥的時代潮流。考量到法律與經濟學的重要性，本文將以法律與經濟學的分析方法為主軸，討論自 DMCA 實施以來即普遍存在的一個隱憂：科技保護措施之廣泛運用將導致合理使用原則在數位時代下蕩然無存。

---

以此而推，人類對於法律制裁的反應應相當於其對價格的反應，因此，經濟學家們推定，當人類面對較嚴格之法律制裁，其所作之回應即為減少從事該法律所禁止的行為。 *Id.*, at 3.

<sup>9</sup> *Id.*, at 4.

<sup>10</sup> 此係源自美國憲法第 1 條第 8 項第 8 款「著作權條款」之規定。 See U.S. CONST. art.1, § 8 cl. 8: “The Congress shall have power... to Promote of Science and Useful Art...”.

<sup>11</sup> See William M. Landes & Richard A. Posner, *An Economic Analysis of Copyright Law*, 18 J. LEGAL STUD. 325, 325 (1989).

第十四期 從法律與經濟學的角度分析美國著作權法之  
科技保護措施及合理使用原則

合理使用原則係一對著作權之限制，允許合理使用之成立勢必會剝奪著作權人之部分權利，因此，此一原則之存在必須有其正當性。針對此一正當性之解釋，本文將於第肆及第伍部分簡介諸位美國著名法學教授之見解，以兩種不同的法律與經濟學之分析方式來說明合理使用與著作權法律體系間之關係。第一種合理使用正當性之解釋為「市場失靈模式 (Market Failure Approach)」，由波士頓法學院法學教授 Gordon 所提出，其認為，當「市場失靈 (Market Failure)」妨礙著作權人與使用人間之自願交易時，合理使用即有其存在之正當性。另一種正當性解釋為「效率最大化模式 (Efficiency Maximum Approach)」，由哈佛法學院法學教授 Fisher 所提出，認為合理使用之所以可被接受係因為其可將效率推至最大極致。然而，隨著本文之討論，不論接受上述任一種模式之解釋，當著作權體系加入新的要素—科技保護措施之後，任一合理使用之正當性都將被「計次付費」的授權機制所抵銷取代，而此一結果將非一般使用者大眾所樂見。

考量到伴隨前述兩種合理使用正當性解釋而來之著作權授權機制普遍化的威脅，本文將於第陸部分介紹第三種合理使用正當性之法律與經濟學分析方法：「利益平衡模式 (Balance Approach)」。為兼顧公共利益，利益平衡模式將賦予合理使用原則一個更根本的正當性基礎：藉由合理使用原則來平衡著作權人不斷擴張的權利，將促進新興著作更有效率的創作及流通。為達此一目的，杜蘭大學法學院 Lunney 教授提出一個三階段測試，以供未來法院在審理著作權合理使用案件時得以參考。如將此一利益平衡模式適用於爭議不休的 DVD 案件，<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> See *Universal City Studios, Inc. v. Reimerdes*, 82 F. Supp. 2d 211 (S.D.N.Y. 2000).

吾等將不難發現，採用科技保護措施來保護數位著作將難以達成著作權人與使用人間之最佳平衡，因此，亦無法達成著作權法之終極目標：促進科學及實用藝術之發展。最後，在本文之第柒部分：結論，作者將重申合理使用原則之重要性，並建議此一原則應繼續適用於數位時代。因此，DMCA 反規避條款應做適度之修正，以確保使用者對受著作權保護之數位著作亦能主張合理使用。

## 貳、科技保護措施與合理使用間之衝突

### 一、DMCA 之立法背景

美國於一九九六年正式簽署加入「世界智慧財產權組織著作權條約 (WIPO Copyright Treaty, 簡稱 WCT)」及「世界智慧財產權組織表演與錄音物條約 (WIPO Performances and Phonograms Treaty, 簡稱 WPPT)」,<sup>13</sup> 一九九八年制定千禧年數位著作權法案的目的之一即係為履行其條約義務，將該二條約融入美國著作權法中。<sup>14</sup> WCT 與

---

<sup>13</sup> 自 1989 年起，聯合國下之世界智慧財產權組織 (World Intellectual Property Organization, 簡稱 WIPO) 即積極進行伯恩公約及羅馬公約之修正，並終於於 1996 年 12 月 20 日通過 WTC 與 WPPT 二條約。See H.R. Rep. No. 105-551, pt.2, at 21. 其詳細過程及條約內容請參見胡心蘭，論科技發展對合理使用與著作權限制之影響，頁 178 至 180，中原大學財經法律研究所碩士論文 (2001)。

<sup>14</sup> DMCA 之內容分為下列 5 項法案：第 1 案：世界智慧財產權

第十四期 從法律與經濟學的角度分析美國著作權法之  
科技保護措施及合理使用原則

WPPT 二條約中最受矚目的一項規定，係分別規定於 WCT 第十一條<sup>15</sup>與 WPPT 第十八條<sup>16</sup>之「科技措施之義務」，其內容均係要求締約各方「應有適當之法律保障及有效之法律救濟規定」，以對抗規避著作人、表演人或錄音著作權人所使用於行使本條約（或伯恩公約）所定

---

組條約執行法案（WIPO Treaties Implementation）；第 2 案：線上著作權侵害責任限制法案（Online Service Provider Liability）；第 3 案：電腦維修競爭確保法案（Computer Maintenance or Repair Copyright Exemption）；第 4 案：綜合規定法案（Miscellaneous Provisions）；第 5 案：船舶設計保護法案（Protection of Certain Original Designs）。DMCA 除履行「世界智慧財產權組織」所通過之「世界智慧財產權組織著作權條約」與「世界智慧財產權組織表演與錄音物條約」之規定外，尚包括如下重點：1. 網路服務業者責任之限制。2. 允許維修過程中對於電腦程式之暫時性重製。3. 釐清美國著作權局對相關政策之職權。4. 延伸數位化廣播對暫時性重製之例外。5. 要求美國著作權局向國會提出有關透過數位化科技促進遠距教學之建議。6. 延伸現有對於圖書館與檔案機構之例外規定。7. 延伸錄音著作之法定授權至數位化傳輸。8. 引進有關集體談判協議下電影著作權利轉讓契約之相關推定。9. 船舶設計之著作保護。參見章忠信，美國 1998 年數位化千禧年著作權法案簡介，萬國法律，第一 七期，頁 26（1999）。

<sup>15</sup> WCT art. 11.

<sup>16</sup> WPPT art. 18.



之權利，或供作制止未經著作人、表演人或錄音著作權人授權，或法律所允許而對其著作、表演或錄音物所為之有效的科技措施。<sup>17</sup> 此一規定被認為是數位化網路環境下，對於著作權人、表演人及錄音物製作人之專有權利保護具有重要效果，當權利人就該二條約所定之保護客體以科學技術做保護措施時，任何提供破解或規避該等科技保護措施之設備或服務都應被禁止。<sup>18</sup> 為平衡此一規定，簽約各國可維持包括合理使用在內的現行各種例外及限制規定之適用，甚至可制定新的例外及限制規定以因應數位環境。<sup>19</sup>

美國前總統柯林頓於一九九八年十月二十八日批准「一九九八年數位千禧年著作權法案 (The Digital Millennium Copyright Act of 1998, 簡稱 DMCA)」，修正美國著作權法。<sup>20</sup> 本法案最大的宗旨在於將美國著作權法「帶入數位時代」。<sup>21</sup> DMCA 之第一案「世界智慧財產權組織條約執行法案 (WIPO Treaties Implementation Act)」中即包

---

<sup>17</sup> See U.S. Copyright Office, THE DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT OF 1998- Summary, Dec. 1998, at <<http://www.dickson.tec.tn.us/dmca.html>> (visited Jun. 21, 2005).

<sup>18</sup> 參見章忠信，前揭註 14，頁 27。

<sup>19</sup> WCT art. 10 (1). See also Pamela Samuelson, *Intellectual Property and the Digital Economy: Why the Anti-Circumvention Regulations Need to Be Revised*, 14 BERKELEY TECH. L. J. 519, 528 (1999).

<sup>20</sup> 參見劉詠萱，美國「1998 數位千禧年著作權法案」淺析，資訊法務透析，第十一卷第七期，頁 38 至 42 (1999)。

<sup>21</sup> See S. Rep. No. 105-190, at 2 (1998).

第十四期 從法律與經濟學的角度分析美國著作權法之  
科技保護措施及合理使用原則

含有關科技措施義務之修正。DMCA 第一〇三條係對著作權法標題十七新增第十二章「著作權保護及管理系統 ( Copyright Protection and Management Systems )」,<sup>22</sup> 規定有關科技保護措施之反迴避條款及著作權管理訊息完整性條款, 其中第一二〇一(a)(1)(A)明文規定:「任何人均不得規避可有效控制接觸受本標題 ( 標題十七 - 著作權法 ) 保護之著作之科技保護措施。」<sup>23</sup>, 違反本條需負民事及刑事責任。<sup>24</sup>

DMCA 賦予著作權人之保護, 明顯超越原本著作權法所保護之範圍。若仔細觀察第一二〇一條第(a)項之規定, 其保護之標的實為「實施於有著作權之著作物上, 控制接觸該著作之科技保護措施」, 根本上係賦予著作權人一個「預防他人規避用以控制接觸有著作權之著作的科技保護措施」的權利。不同於其他著作權之侵權行為, 合理使用<sup>25</sup> 並不能作為違反 DMCA 中反規避條款之抗辯。然而, DMCA 中並無任何可以保證該接觸控制措施不會限制使用者: ( 1 ) 對受著作權保護之著作為合法之使用; ( 2 ) 使用受接觸控制措施所保護之著作中, 未受

---

<sup>22</sup> 17 U.S.C. §§ 1201-1205 (2001).

<sup>23</sup> “[N]o person shall circumvent a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title.” 17 U.S.C. § 1201(a)(1)(A) (2001).

<sup>24</sup> 17 U.S.C. § 1204 - 05 (2001). *See also* Jon A. Baumgarten, William M. Hart, and Eric J. German, *Digital Millennium Copyright Act Details of Internet Ownership Rights*; at <<http://www.lawnewsnetwork.com/practice/techlaw/papers/lawfirm/A9495-1999Nov12.htm>>.

<sup>25</sup> 17 U.S.C. § 107 (2001).

著作權保護之資訊。<sup>26</sup>

## 二、DMCA 限制使用者權

### (一) 公眾之反對聲浪

在 DMCA 的立法過程中，六十二個著名法學院之教授曾聯名致函給國會，表達他們對於執行反規避條款之疑慮。他們的考量為：

「雖然反規避條款制定於(美國法)標題十七(著作權相關法制)中，但其並非一般的著作權規定。在此條款下，責任係產生與侵權行為或意圖幫助侵權之行為分離且獨立之其他行為態樣。因此，實行反規避條款將可能走進史無前例之以立法方式加強著作人權利之「超著作權(para-copyright)」領域。」<sup>27</sup>

然而，商業委員會在認同這些教授的同時，仍強調數位環境對著作權人產生了極大的威脅。一受數位科技之幫助，侵權者可以在幾乎沒有成本的情況下，非法重製及散布完美的著作重製物。一因此，有必要制定反規避條款，以資對抗可能破壞著作權利益之科技措施及行為。<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> See Melissa A. Kern, Note, *Paradigm Shifts and Access Controls: An Economic Analysis of the Anticircumvention Provisions of the Digital Millennium Copyright Act*, 35 U. Mich. J. L. Reform 891, 893 (2002) (citing from Jessica Litman, Digital COPYRIGHT 83 (2001)).

<sup>27</sup> See H.R. Rep. No. 105-551, pt.2, at 24.

<sup>28</sup> *Id.*

第十四期 從法律與經濟學的角度分析美國著作權法之  
科技保護措施及合理使用原則

一般而言，DMCA 有兩項指導原則：1. 促進持續發展中之電子商務；2. 保護智慧財產權。<sup>29</sup> 這兩項指導原則理應相輔相成，如同美國國會報告書所言：「國會長期以來藉由對『資訊之使用』的規範 - 及藉由確保著作權人與資訊使用者間之適當的平衡，促進了憲法上保護著作權之目標。而非對資訊消費者所傳達或使用資訊之裝置或方法加以規範。」<sup>30</sup> 因此，為了兼顧公眾使用「受著作權保護之數位著作」的權益，美國國會在 DMCA 中加入了七項反規避條款的免責規定。<sup>31</sup>

然而，這些免責規定被法律專家學者們批評為過於狹隘，未能包含所有合法之規避行為。<sup>32</sup> 為回應美國著作權局所提出的問題，<sup>33</sup> 社

---

<sup>29</sup> *Id.*, at 22.

<sup>30</sup> *Id.*, at 23.

<sup>31</sup> 17 U.S.C. §§ 1201(d)-(j) (2001). 該等免責規定包括：「非營利性圖書館、檔案保存處及教育機構之免責；法律執行與情報蒐集之免責；還原工程之免責；加密研究之免責；保護未成年人之免責；隱私權保護免責；及安全性測試之免責」。詳細規定及對其內容之討論，請參見胡心蘭，前揭註 13，頁 189-194。

<sup>32</sup> *See* Samuelson, *supra* note 19, at 535, 540-41, 543-46. Samuelson 教授在文中試舉了多種應可被視為合法，但卻未包含在免責規定裡的規避行為。其並建議應設置一項可適用於「所有合法規避行為」之免責規定。

<sup>33</sup> DMCA 第 1201 條第(a)項第(1)款之第(C)目規定：「國會圖書館館長應於在第(A)目所描述之期間內，及其後之每三年間，根據著作權局之建議，會同商業部之通訊與資訊助理秘書，提出報告並提供建議。為本款第(B)目之目的，對於受著作權保護之某特

會各界向國會圖書館共提出十二種規避行為，其認應可被免責者包括：1. 由一連串被過濾器應用軟體所妨礙之網站所構成之編輯著作（Compilations consisting of lists of websites blocked by filtering software applications）；<sup>34</sup> 2. 文學著作，包括受接觸控制措施所保護，因故障、損害或被淘汰而無法提供接觸之電腦程式及資料庫（Literary works, including computer programs and databases, protected by access control mechanisms that fail to permit access because of malfunction, damage or obsolescence）；<sup>35</sup> 3. 「微弱著作權」之著作（“Thin Copyright” Works）；<sup>36</sup> 4. 單一來源之著作（Sole Source Works）；<sup>37</sup> 5. 在 DVD

---

定典型著作的使用者，其對本標題下之特定典型著作，為非侵權使用之能力，是否在其後三年間因本款第(A)目中規定之禁令而受到負面之影響，需在立法程序之紀錄中做出決定。」17 U.S.C. § 1201(a)(1)(C). 因此，美國著作權局於 1999 年 11 月 24 日提出 29 項問題，邀請社會大眾回應並提供建議。See *Exceptions to Prohibition on Circumvention of Copyright Protection Systems for Access Control Technologies, Notice of Inquiry*, 64 Fed. Reg. 66,139. 詳細規定及對其內容之討論，請參見胡心蘭，前揭註 13，頁 211-229。

<sup>34</sup> See *Exemption to Prohibition on Circumvention of Copyright Protection Systems for Access Control Technologies, Final Rule*, 65 Fed. Reg. 64,556-64.

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

<sup>36</sup> 所謂「微弱著作權」之著作，係指主要（但非完全）由不受著作權保護之題材所構成之著作類型，例如美國政府之著作、已逾

上的視聽著作 ( audiovisual works on digital versatile discs , 簡稱 DVDs );<sup>38</sup> 6. 僅能在專用之平台上運作的視訊遊戲 ( Video Games in Formats Playable Only on Dedicated Platforms );<sup>39</sup> 7. 為還原工程之目

---

保護期間之著作、著作內容為事實資料之著作等。 *Id.*, at 64,566.

<sup>37</sup> 所謂單一來源之著作,係指僅能以被接觸控制措施保護之形式取得之著作。 *Id.*, at 64,567.

<sup>38</sup> 經過美國著作權局的整理,其分析出提案者之爭議有四。首先,提案者認為 CSS 加密系統將接觸控制及重製控制兩種科技保護措施結合在一起,若欲規避重製控制保護措施,將不可避免的將接觸控制措施一併予以規避。另一個爭議來自於 Linux 及其他作業系統的使用者,這些使用者在其個人電腦上設置有 DVD 播放軟體。他們認為,只要其所購買 DVD 上之視聽著作重製物是合法的,其應有權以任何形式觀賞 DVD 內之視聽著作。第三種爭議類型與上述第二種爭議相連。提案人表示,他們必須對 DVDs 為還原工程,以發展出可與其相容的設備或操作系統。最後一個有關 DVDs 上之視聽著作是否應成為例外之爭點,在於電影工業使用「區域密碼」作為接觸控制之科技保護措施。提案人抗議,在某地區合法購買之影片不能在另一個地區放映,且因區域密碼之不同亦無法以另一地區之 DVD 播放器播放,為解決此一不公平的問題,因此對「區域密碼」為規避行為是有必要的。

*Id.*

<sup>39</sup> 在此提案中,提案人所列支持本提案成為例外規定的理由有三: 1. 對該等遊戲為還原工程,使其可與其他平台相容; 2. 接

的的電腦程式及其他數位著作 ( Computer Programs and Other Digital Works for Purposes of Reverse Engineering );<sup>40</sup> 8. 為加密研究之目的 ( Encryption Research Purposes );<sup>41</sup> 9. 「合理使用」之著作( “Fair Use” Works );<sup>42</sup> 10. 無法存檔或保存之題材 ( Material that Cannot be Archived or Preserved );<sup>43</sup> 11. 使用者欲對其合法取得之著作重製物中之著作為非侵權使用 ( Works Embodied in Copies Which Have Been Lawfully Acquired by Users Who Subsequently Seek to Make Non-infringing Uses Thereof );<sup>44</sup> 12. 公共廣播機構之例外 ( Exemption

---

觸控制與重製控制保護措施相結合 ; 3. 該等遊戲上設有區域密碼之問題。 *Id.*, at 64,570.

<sup>40</sup> *Id.*

<sup>41</sup> 此一建議的提案者要求擴張第 1201 條第(g)項之例外規定，其對於該條項第(2)款第(C)中規定，在為加密研究之目的而為規避行為之前須先徵求著作權人同意之限制感到相當不滿。 *Id.*, at 64,571.

<sup>42</sup> 所謂「合理使用」之著作包括科學及社會學之資料庫、教科書、學術期刊、學位論文，法律報告及教育性聲音或視聽著作等。這些著作應可為從事合理使用之目的而成為第 1201 條之例外，其亦建議可將此一例外之適用對象限縮在可能為「合理使用者」之人。 *Id.*

<sup>43</sup> *Id.*, at 64,571.

<sup>44</sup> 本例外規定之提案人，擔心著作權人會以「計次付費」的商業模式「鎖住 ( lock up )」其著作，強迫使用者每接觸一次著作就要付一次接觸費。即使合法取得著作之消費者，亦無法對該著作

for Public Broadcasting Entities )<sup>45</sup>

## (二) 立法機構之回應

不幸的是，除了上述第一項及第二項提案獲得國會圖書館之接納外，其餘十項提案均被否決。而該等提案被否決的理由，不外乎：1. 該等免責規定之提案未能達到「典型著作 (classical works)」之要求；及 2. 未能舉出確實或可能受到負面影響的實證等理由。<sup>46</sup> 關於部分提案者強調非常關心「過度限制之授權 (overly restrictive licenses)」、  
「難以處理之授權條件 (unwieldy licensing terms)」、  
「難以接受之條

---

為後續之非侵權使用之行為 (包括合理使用等)。提案人聲稱，若無此一例外規定，將破壞傳統著作權法制之平衡。 *Id.*

<sup>45</sup> 廣播機構對於聲音錄音物、已發表之音樂著作及插圖、繪畫及雕塑著作等之需求，符合美國著作權法第 114 條第(b)項及第 118 條第(b)項之例外規定。他們擔心，若該等著作之著作權人在其著作上實施接觸控制措施，他們將無法繼續從事此類非侵權使用之行為。 *Id.*, at 64,571.

<sup>46</sup> *Id.*, at 64,563. 「典型著作」一辭源自於第 1201 條(a)(1)(C)之規定，要求國會圖書館以「特定典型之有著作權之著作」為檢驗標準。 *Id.*, at 64, 559. 國會圖書館對於「典型著作」所下之定義，係根據著作本身之性質，特別是以美國著作權法第 102 條(a)中所列之著作「類型」為基礎。 *Id.*, at 64,562, 而非基於該等著作之潛在的使用者群，或對該著作之使用方式來下定義。「典型」應可直接定義為「建立或分享同一屬性之群體 (a group, set or kind sharing common attributes)」。 *Id.*, at 64,559.



件及價格 (undesirable terms and prices) , 及「實施科技保護措施而產生之其他授權限制 (other licensing restrictions enforced by technological protection measures) 」等問題, <sup>47</sup> 國會圖書館僅簡單回覆:

「此即顯示, 欲使用該等受接觸控制措施所保護之著作, 實際上可以選擇經由授權協商之方式而獲得更廣泛之運用, 而此類案例中之提案者非但未為此種選擇。... 抱怨有關授權條件的提案者, 亦未證明此等為取得符合其所需條件的授權協商, 可能會因為過於昂貴或麻煩而無法進行。此外, 亦未有任何證明顯, 示若某人無法藉由某特定授權方式取得接觸某特定著作之權利, 即無法透過其他方式或場合接觸該著作。」<sup>48</sup>

也就是說, 若使用者欲接觸受著作權保護之數位著作, 無論其使用該著作之目的為何, 著作權授權機制將成為唯一合法之管道。在此一著作權授權機制之下, 智慧財產權被視為如同一般私有財產, 而控制權將完全掌握在著作權人手上。如同籬笆可以防止他人擅自闖入不動產所有人之土地一般, 接觸控制措施將協助著作權人掌握控制他人接觸其著作之權利。<sup>49</sup> 因此, 接觸控制措施可幫助著作權人防止其討厭的使用者, 或未付費的使用者使用其著作。

除進一步限制著作使用人之使用權外, DMCA 的反規避條款亦排除合理使用原則可作為違反第一二〇一(a)項行為之抗辯的可能。<sup>50</sup> 雖

---

<sup>47</sup> *Id.*, at 64,563.

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

<sup>49</sup> *See* Kern, *supra* note 26, at 894.

<sup>50</sup> 美國出版協會之代表 Allan Adler 即言:「合理使用理論從來就沒有允許任何人依其所稱之『為行使合理使用之特權』, 而可以

第十四期 從法律與經濟學的角度分析美國著作權法之  
科技保護措施及合理使用原則

然，DMCA 第一二〇一條(c)(1)規定：「本法所定有關權利、救濟、限制或著作權侵害之抗辯，包括合理使用等，均不因本條規定而受影響」，似乎是說任何以從事合理使用或非侵權行為為目的之規避行為均屬合法。<sup>51</sup> 然而，「侵害著作權 (copyright infringement)」與「有關規避科技措施之違犯 (Violations Regarding Circumvention of Technological Measures)」<sup>52</sup> 係不同的侵權行為態樣，且著作權之侵權責任係規定於標題十七的第五章「著作權之侵害及救濟 (Copyright Infringement and Remedies)」中，而反規避條款之侵權責任則係規定於新增之第十二章「著作權保護及管理系統 (Copyright Protection and Management Systems)」中，亦係國會有意區分「侵害著作權」與「違犯反規避條款」之例證。若此，即產生了作為傳統著作權侵害之抗辯的合理使用原則，是否對反規避條款亦可適用的疑義。

然若仔細分析第一二〇一條之規定，如果某數位形式之著作物上同時設置有接觸控制及重製控制之科技保護措施，則「不因本條規定而受影響」之「合理使用」僅可能存在於：利用人於合法取得接觸著

---

違反其他法律。合理使用並不允許任何人為合理使用某圖書館內之圖書的影印本，而侵入該上鎖之圖書館；也不允許任何人可以為影印報紙上之文章並與朋友分享，而可從販賣機中偷取報紙。」其言中之「侵入」及「偷取」，即係隱喻「規避」行為，深深影響了在為非規避條款之適用範圍而爭吵中之國會議員們，因而通過了較嚴格之免責規定。See Samuelson, *supra* note 19, at 539 (quoting from Hearing on H.R. 2281 and H.R. 2280).

<sup>51</sup> 17 U.S.C. § 1201(c) (2001).

<sup>52</sup> 17 U.S.C. § 1201(a)(1)(A) (2001).

作之權利後(第(a)項),自行規避重製控制(第(b)項),<sup>53</sup>始得對該著作為合理使用之行為。是以,對著作為合理使用之前提,係必須先取得合法接觸著作之權利。且在無法獲得輔助工具的情況下,利用人尚須具備足夠的專業知識自行為規避重製控制之行為。在此等重重障礙下,合理使用之存在空間實際上已被限縮在相當狹窄的範圍內。根本的問題在於,第一二〇一條(a)(1)讓著作權人可使用「有效控制接觸著作物之科技措施」來保護著作,然而此一接觸權係傳統紙本或類比時代所沒有的權利。<sup>54</sup>控制「接觸」某著作,實際上等同於控制「閱讀」該著作。<sup>55</sup>因為,無法接觸即無法閱讀,更遑論為合理使用目的而為之重製。然而在傳統時代,著作權人並不享有「控制閱讀」的權利。高速發展之科技使得著作權人可獲得比傳統時代更大的保護,甚至已大過於法律的規定。若利用人無法以合理使用(或合理規避)作為被控「有關規避科技措施之違犯」的抗辯,將導致著作權人與利用者間利益的嚴重失衡,則制定著作權法的終極目的—促進科學及實用藝術之發展,亦將難以達成。

### 參、著作權法之法律與經濟學分析

---

<sup>53</sup> 17 U.S.C. § 1201(b) (2001).

<sup>54</sup> 在紙本時代並沒有類似的科技保護措施,一本書不會被限制只能閱讀而不能影印,或在一定時間經過後自動燒毀。

<sup>55</sup> See Peter D. Junger, *Comment On Circumvention of Technological Measures That Limit Access to ncopyrighted Materials in Copyrighted Works*, Feb. 17, 2000, at 3. at <<http://www.copyright.gov>>.

### 一、著作權法及合理使用原則之終極目標

如美國憲法第一條第八項第八款所示：「為促進科學及實用藝術發展之目的，聯邦國會應有權限授予作者及發明者，對於其寫作及發明享有一定時間之專屬權利。」<sup>56</sup> 制定此一「著作權條款」的目的，即係為提供著作權人一定的報酬以作為創作的動力。然而，著作權法的終極目標並非僅為使著作權人獲得應有的報酬，而係為文化與知識的散佈與創新。<sup>57</sup>

美國最高法院也一再重申，原創著作之產生與散布所帶來的公共利益才是著作權法之終極目標：「從（著作權）條款授權國會，讓其可授予作者及發明者著作權及專利權背後所隱藏的經濟哲學中可得知，促進公共福利的最佳方法，即係以報償作為個人成就之鼓勵。」<sup>58</sup> 「著作權法的首要目標並非為獎勵作者的勞動，而是為『促進科學及實用藝術之發展』。為達成此一目標，著作權法一方面確保作者對其所為之原始表達擁有權利，但同時亦鼓勵他人在該著作所傳達的構想及知識上自由建構新的創作。」<sup>59</sup> 如 Stevens 大法官在 *Sony* 一案中所揭示，著作權法中賦予著作權人之權利與保留給使用人之權利，係一精心安

---

<sup>56</sup> See U.S. CONST. art.1, § 8 cl. 8.

<sup>57</sup> See Wendy J. Gordon, *Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and Its Predecessors*, 82 COLUM. L. REV. 1600, 1601 (1989).

<sup>58</sup> *Mazer v. Stein*, 347 U.S. 201, 219 (1954).

<sup>59</sup> *Feist Publications, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co.*, 499 U.S. 340, 349-50 (1991) (citations omitted) (emphasis added) (*quoting* U.S. Const. art. 1, § 8, cl. 8).

排的權利組合。而此一安排係欲對創作智慧的努力賦予充分的報償，以此激勵有才能的人從事創作。同時，並可讓一般大眾可以快速並廉價的方式接觸到他們創作的果實，進而促進公共福利。<sup>60</sup>

究竟何種程度的使用權，才能平衡著作權法所賦予著作權人之壟斷權利。法院及學者專家們早已提供多種構想：<sup>61</sup>「國會授與著作權人壟斷其著作之權利並非毫無限制，亦非專門設計用以提供著作權人特殊之私有利益。此一有限的權利，係以提供一定之報償來激勵作者與發明者之創作活動。並允許一般大眾在該有限時間之專屬排他權利終止後，能接觸使用這些創作的產物。」<sup>62</sup> 合理使用長久以來一直被視為平衡此一專屬壟斷權利之必要限制。此一習慣法（Common law）上之原則被定義為：「著作權人以外之人所擁有之特權，在合理的範圍內得不經過著作權人之同意即使用其著作。」<sup>63</sup> 合理使用：「使法院得以避免過度嚴苛地適用著作權法，反而窒息了該法所欲促進的創作行為。」<sup>64</sup> 換言之，合理使用原則讓法官們在可促進著作之廣泛流通，

---

<sup>60</sup> Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 431-32 (1984).

<sup>61</sup> “What sort of “quid” will balance the “quo” of copyright’s statutory monopoly”, See Tom W. Bell, *Fair use v. Fared Use: The Impact of Automated Rights Management on Copyright’s Fair Use Doctrine*, 76 N.C. L. REV. 557, 585 (1998).

<sup>62</sup> Sony, 464 U.S. at 429.

<sup>63</sup> Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enters., 471 U.S. 539, 549 (1985) (*quoting* from H. Ball, *Law of Copyright and Literary Property* 260 (1944)).

<sup>64</sup> Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569, 577 (1994).

第十四期 從法律與經濟學的角度分析美國著作權法之  
科技保護措施及合理使用原則

又不至於嚴重傷害著作權人之權益而影響其創作意願的情況下，允許對受著作權保護之著作為未經授權之使用。<sup>65</sup>

總而言之，著作權法之終極目標，係以兩種不同但相關的方式促進科學與實用藝術之發展：第一，著作權法將增進新興創作之質與量；第二，著作權法亦欲擴張一般大眾接觸該等新興創作的機會。<sup>66</sup> 因此，賦予著作權人壟斷之財產權係為換取知識之散佈，而合理使用原則可確保此一散佈知識的可能性，進而「促進科學與實用藝術之發展」。

## 二、著作權之法律與經濟學分析的基本概念

在經濟學分析的領域中，財產權的基本目的，係為確保有限資源能被分配給最重視該資源的人，<sup>67</sup> 進而達成「配置效率」。<sup>68</sup> 因此，作為一種財產權，著作權提供的係一種適當程度的保護。在此保護範圍內，若個人的生產創作可視為對資源作最有價值的利用，則著作權即可確保該生產創作之進行。<sup>69</sup> 就有效率的資源配置而言，只要使用

---

<sup>65</sup> *Sony*, 464 U.S. at 450-56; see also Robert A. Kreiss, *Accessibility and Commercialization in Copyright Theory*, 43 UCLA L. Rev. 1, 20 (1995).

<sup>66</sup> Julie E. Cohen, *Copyright and the perfect Curve*, 53 VAND. L. REV. 1799, 1801 (2000).

<sup>67</sup> Glynn S. Lunney, Jr., *Reexamining Copyright's Incentives-Access Paradigm*, 49 VAND. L. REV. 483, 579 (1996).

<sup>68</sup> 「配置效率」通常係用以測量某種產業是否生產了「正確」數量的特定產品或服務。See Harrison, *supra* note 6, at 29.

<sup>69</sup> See Lunney, *supra* note 67, at 489.

者使用著作所獲得的價值超過創作該著作的社會成本，則繼續生產創作受著作權保護之著作係有意義的。<sup>70</sup> 著作權法促進受著作權保護之著作達到最適產量，並進而達成經濟效益的方法，係「以僅能對著作為有限接觸的成本，交換提供著作權人創作誘因的利益。找出接觸著作與獎勵創作的平衡點是著作權法的最大難題。為促進經濟效益，著作權法中所涵括的重要法律原則應具備將『創作新著作所獲得的利益』，減去『使用者僅能對著作為有限接觸的損失』，以及『管理著作之行政成本』後所剩之利益最大化的功用。」<sup>71</sup>

一般常用於著作權之法律與經濟分析的工具，係「福利經濟學 (welfare economic)」。<sup>72</sup> 其包含兩種主要的見解：<sup>73</sup> 一係著重於「財產權所創造的誘因」與「權利執行之社會成本」間之利益交換，包括系統管理的行政成本，及無法以邊際成本為零的情況下接觸資訊的損

---

<sup>70</sup> 當某一項「資源投入 (input)」用於生產某一特定產品或服務，則「社會成本 (social cost)」係該資源投入若用於生產其他產品所可能獲得的價值。See Harrison, *supra* note 6, at 29.

<sup>71</sup> See Landes & Posner, *supra* note 11, at 326.

<sup>72</sup> 福利經濟學可用於解釋許多個體 (individuals) 與企業 (firms) 所作之決策如何互動並影響個體之福利 (well-being of individual)。See COOTER & ULEN, *supra* note 7, at 39. 若將此一概念適用於智慧財產權領域，則所謂之「個體」係指「使用人」，而所謂之「企業」則指「資訊提供者」。

<sup>73</sup> See Yochai Benkler, *Intellectual Property and the Organization of Information Production*, 22 INT'L REV. L. & ECON. 81, 82 (2002).

第十四期 從法律與經濟學的角度分析美國著作權法之  
科技保護措施及合理使用原則

失。<sup>74</sup> 另一種見解則著重於財產權的訊號效果——由消費者向製造者發出何種創新或資訊是珍貴且必要訊號。此一見解強調，個別當事人得利用以財產權為基礎的契約，達到誘因與接觸間有效率之交換優勢。<sup>75</sup> 此兩項見解之最大不同點在於，第一項見解將權利之限制（如合理使用），視為用以調整權利範圍以達最適產量的必要要素；而第二項見解則認為，僅在有矯正市場失靈的必要時，該等限制才有存在的正當性，尤其是針對因交易成本而引起之失靈。<sup>76</sup>

欲利用法律與經濟學之分析方法來討論科技接觸控制與合理使用間之關係，必須先掌握一些基本的經濟學概念。其中最首要也最影響重大的一項概念，係智慧財產權具有「公共財（Public Good）」的性質。公共財是一種擁有兩種特性的財貨，該二特性分別為：（1）消費無敵對性（Nonrivalrous Consumption）：某人對該公共財所為之消費不會影響其他人的消費數量或效用；及（2）無排他性（Nonexcludability）：

---

<sup>74</sup> 此一利益交換通常涉及（1）因消費定價高於邊際成本價格之現存資訊而產生的靜態損失；（2）經由激勵而投資於生產創作的動態所得；及（3）因第二代生產者利用資訊來生產他們自己的創作而增加的動態損失。See *id.* 此一見解係衍生自 Kenneth J. Arrow, *Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention*, in *The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors* 609 (National Bureau of Economic Research, 1962), 及 William D. Nordhaus, *Invention, Growth, and Welfare: A Theoretical Treatment of Technological Change* (1969). *Id.* at 82.

<sup>75</sup> See *id.*, *supra* note 73, at 83.

<sup>76</sup> *Id.*



欲排除未付費之受益人消費該公共財的成本將非常的高。<sup>77</sup>

公共財的上述特性是阻擋利用自由協商的方式來達成效率的障礙。對於消費了公共財卻未付費的行為，一般稱之為「搭便車」。此一搭便車的行為將導致投資於創作的經費不夠充足，資訊提供者僅能提供低於最適效率所要求的資訊。<sup>78</sup> 這是因為：「在生產創作可受著作權保護之著作的成本相對較高的同時，不論係著作權人本身或其他有機會接觸該著作的人來重製，其成本通常是較低的。」<sup>79</sup> 如果創作者必須投資相當多的金錢來創作，然而卻無法有效的排除未付費的人利用其著作，創作者將無法收獲其努力的成果。換言之，搭便車的行為將降低創作人投資於創作的誘因，因而無法提供充足的資訊。<sup>80</sup>

著作權法賦予著作權人法定的排他權，以解決這個難題並鼓勵創作。其允許著作權人利用政府的力量來排除未付費的使用者，並嚇阻潛在的搭便車的行為。<sup>81</sup> 如美國最高法院所揭示，賦予著作權給創作

---

<sup>77</sup> See COOTER & ULEN, *supra* note 7, at 42.

<sup>78</sup> *Id.*, at 106-08.

<sup>79</sup> See Landes & Posner, *supra* note 11, at 326.

<sup>80</sup> *Id.*, at 326-27. 說明創作受著作權保護之著作的成本包括「表達的成本 ( cost of expression )」及「散布的成本 ( cost of distributing )」。若著作權人可期待的報償不及這些成本的話，新的著作就不會產生。這樣的結果即建議政府介入資訊市場的必要性，介入之方式有二：( 1 ) 由政府直接提供資訊；或 ( 2 ) 由政府直接藉由一般之政府歲入，或間接藉由稅收體系來資助私人的資訊提供者。 See COOTER & ULEN, *supra* note 7, at 109.

<sup>81</sup> See Niva Elkin-Koren, *Copyright Policy and the limits of freedom*

第十四期 從法律與經濟學的角度分析美國著作權法之  
科技保護措施及合理使用原則

者係為：「保障創作人之辛苦創作可獲得合理的回報，並可為一般大眾帶來刺激創作力的好處。」<sup>82</sup> 藉由法定的排他權，著作權法讓創作人得以向使用人收取使用其著作的費用，進而保障他們的投資。然而，著作權的保護將產生「無謂損失 (Deadweight Loss)」<sup>83</sup>。亦即著作權人擁有壟斷其著作的權利，使其得以將使用其著作的費用，設在比重製該著作之邊際成本還高的價格。結果，認為使用該著作之價值，應介於邊際成本與壟斷價格之間的潛在使用者，就不會購買使用該著作之權利，因而產生無謂損失。換言之，制定著作權法以消弭公共財所產生之市場失靈的美意，卻被隨之而來的另一項市場失靈—壟斷市場的無謂損失，給抹煞掉了。<sup>84</sup>

以經濟學的理论來分析著作權體系，學者專家們已發展出多種分析模式來為合理使用的存在找尋正當性的依據。首先，「市場失靈模式」

---

*of contract*, 12 BERKELEY TECH. L.J. 93, 99 (1997).

<sup>82</sup> Twentieth Century Music Corp. v. Aiken, 422 U.S. 151, 156 (1975)

<sup>83</sup> 無謂損失 (Deadweight loss)，係一種社會福利的淨損失。其產生係由於某行為所產生利益與所放棄的機會成本有所差異。無謂損失通常包含消費者剩餘的損失及生產者剩餘的損失，並代表著無效率之狀態。在壟斷市場的情況下，若壟斷價格高於邊際成本，則壟斷價格之下的產量以右，需求曲線左下，邊際成本以上所形成的三角地帶即為無謂損失。See the definition provided by the website AmosWEB ECONOMIC, *GLOSS · arama* at <<http://www.amosweb.com/gls/>> (visited Feb. 6, 2003).

<sup>84</sup> See Elkin-Koren, *supra* note 81, at 99.

<sup>85</sup>認為，合理使用應被解釋為司法審判解決著作權體系中之市場失靈的模式，市場失靈的存在與否則為預測合理使用案例之結果的基準。<sup>86</sup>也就是說，只有當市場失靈存在時，合理使用才有存在之正當性，尤其是因為交易成本過高而產生之市場失靈。第二，「效率最大化模式」認為，合理使用可被正當化的原因，係因為在具有獨占性的著作權市場上，若允許某些「未經授權之使用行為」，可將效率最大化。「效率最大化模式」需將特定著作所有可能的使用方式全部加以排列比較，以辨識出到底哪一種使用可被認為「合理」。經由上述兩種模式之分析，著作權之授權使用成為著作權市場下的最佳機制，一則因為授權使用之方式強化了著作權人回收利益的能力。再者，授權使用亦促進了某些在其他機制下不可能存在的創作生產及散佈。最後，「利益平衡模式」認為，合理使用存在的正當性，即在於其可平「衡創作的誘因」及「使用者大眾接觸受著作權保護著作之公共利益」。在此模式下，合理使用因可達成創作的最適配置效率，而可被正當化。

某些經濟學家主張應大力推廣接觸控制措施之適用，因其可以降低交易成本的方式矯正著作權市場上的市場失靈。更重要的是，其可幫助資訊提供者排除搭便車的行為，使其得在授權機制下，接觸控制

---

<sup>85</sup> 一般而言，市場失靈有四種形式：(1) 壟斷與市場控制力量 (Monopoly and Market Power); (2) 外部性的存在 (The existence of externalities) - 某項交易的利益外溢，讓非交易當事人之其他人享受到好處，搭便車即為一例。(3) 公共財；及 (4) 嚴重的資訊不對稱 (Severe informational asymmetries)。See COOTER & ULEN, *supra* note 7, at 40-43.

<sup>86</sup> See Gordon, *supra* note 57, at 1605.

可防止未付費的使用者接觸，進而使用受著作權保護之數位化著作。除此之外，接觸控制亦可幫助資訊提供者進行壟斷市場下的「價格歧視 ( Price Discrimination )」，降低無謂損失的產生。在提供充足的創作誘因的同時，價格歧視機制可滿足不同領域的使用者對有著作權著作之不同需求，因而擴張受著作權保護之著作的散布。然而，根據本文下列之分析，實施接觸控制保護措施並無法達成著作物之最適分配效率。

## 肆、市場失靈模式

### 一、市場失靈作為合理使用之正當性

市場失靈模式的假設前提為：在完全競爭市場上，<sup>87</sup> 個別交易將可滿足社會的需求及交易當事人之需求。既然每一個個體都是社會的一份子，則個人的付費使用資源的意願亦反映了「社會利益 ( social benefit )」，因此，個體間之自願交易將可創造社會所渴求的資源配置途徑。<sup>88</sup> 換言之，經由當事人雙方合意之交易，社會資源將會移轉至

---

<sup>87</sup> 所謂之「完全市場」或「完全競爭市場」有三個要件，需此三個要件均具備了，才能產生有效率的解決方案。See *id.*, at 1607. 第一，所有的成本與利得均須由交易當事人來承擔或分享，而不能轉嫁至第三人。See *id.* 第二，完全市場亦「要求完全的資訊」，例如，消費者必須知道市場上所有商品的品質、特性、以及價格，還包括賣方的所在地。See *id.*, at 1607-08. 最後，交易成本不可存在於完全市場。See *id.*

<sup>88</sup> *Id.*

最能滿足消費者慾望的人之手。在這樣的情況下，定義為「以消費者付費購買商品或服務的加總意願來測量的人類滿足感」之價值，將可被最大化。<sup>89</sup>

「合理使用是法院允許使用者偏離市場的一種標籤。」<sup>90</sup> Gordon 教授建議，只有在市場失靈存在的情況下，侵害著作權訴訟中的被告才可以合理使用作為抗辯。也就是說，只有在市場無法提供一般大眾所欲接觸並使用的著作，且原作者人不會因為未經授權即使用其著作而蒙受極大的損失時，法院才有允許被告以合理使用作為侵害著作權之抗辯的空間。<sup>91</sup> 綜觀 Gordon 教授的見解，欲主張合理使用須具備三項前提：(1) 被告需無法以適當的方式在市場上購得其所欲為之使用；(2) 移轉對該等使用之控制給被告將可滿足公共利益；(3) 著作權人之創作誘因將不會因為該等未經授權之使用而受到重大損失。<sup>92</sup> 因此，為判定合理使用是否適當，應從判定市場上的瑕疵是否已造成市場無法正常運作，而必須仰賴司法機關來判別何為適當之社會利益的程度。<sup>93</sup>

### (一) 三階段測試

為判定合理使用在所有侵害著作權案件中之適用，Gordon 教授發展了一個三階段測試供法院參考：第一階段，法院應先衡量著作權市

---

<sup>89</sup> “Human satisfaction as measured by aggregate consumer willingness to pay for goods and services.” *Id.*, at 1606.

<sup>90</sup> *Id.*, at 1614.

<sup>91</sup> *Id.*, at 1600-01.

<sup>92</sup> *Id.*, at 1601.

<sup>93</sup> *Id.*, at 1614.

第十四期 從法律與經濟學的角度分析美國著作權法之  
科技保護措施及合理使用原則

場的運作狀態，並判定是否有任何無法信任其自由運作的原因。<sup>94</sup> 當自願交易可以在交易雙方均同意的條件下完成時，此一交易應比法院所為之判決，更能代表交易當事人所欲之價值最大化的資源交換。<sup>95</sup> 因此，「只有在雙方合意的交易協商因某些原因而破裂的情況下，合理使用在經濟學上之正當性才有存在的可能。」<sup>96</sup> Gordon 教授主張，在無法或非常困難達成市場協商交易的情況，<sup>97</sup> 以及外部性、非金錢上之利益、和非營利性活動存在時，<sup>98</sup> 均無法信任市場之自由運作。

在認定市場失靈時，Gordon 教授認為，其中影響最重大的一項要素，當屬交易成本。<sup>99</sup> 在經濟學下，交易成本包括：(1) 搜尋交易對象之成本 (search costs)；(2) 協商談判之成本 (negotiation costs)；

---

<sup>94</sup> *Id.*

<sup>95</sup> *Id.*, at 1615.

<sup>96</sup> *Id.*

<sup>97</sup> *Id.*, at 1627-30. Gordon 教授提出另一項市場失靈的因素為「反散佈的動機 (Anti-Dissemination Motives)」，亦即著作權人不願授權給欲對其著作為「批評」及「評論」的人。然因此一因素亦可歸類於「無法或非常困難達成市場協商交易」，本文即不作詳述。See *id.*, at 1632-35.

<sup>98</sup> “externalities, nonmonetizable interests, and noncommercial activities” *Id.*, at 1630-32.

<sup>99</sup> 「只要達成協商的成本及執行該協商的成本低於預期的利益，則市場會即會自然形成。但若交易成本高於預期利益，則交易根本不會發生。」*Id.*, at 1628.

及(3)執行交易之成本(negotiation costs)。<sup>100</sup>在某些情況下,光是要找到著作權人就是一件不容易的事,即使知道著作權人是誰,要與其協商使用其著作之價格及條件又是另一件耗時又費錢的事。<sup>101</sup>如果當事人之一不願履行協商之結果,欲促使契約之執行又需額外的成本。也就是因為這些成本,著作權市場無法提供一個社會所需的自願交易的管道。

在此測試的第二階段,法院需判斷:「若以原告所受之損害與被告對社會之貢獻來衡量,將(對著作之使用)移轉給被告是否是價值最大化的移轉。」<sup>102</sup>當法院權衡原告所受之損害與被告之使用所帶來的利益時,法院其實是在做一個與市場上之交易當事人所為之類似的比較。藉由判斷著作權人在理想市場的狀態下是否會同意使用者之使用,在法院所為的比較下,合理使用即意味著著作權人之合意。<sup>103</sup>市場失靈會造成這樣的特殊情況的原因,是因為當市場失靈時,光靠著

---

<sup>100</sup> See COOTER & ULEN, *supra* note 7, at 88.

<sup>101</sup> 此即所謂之「追蹤成本(tracing cost)」:在使用受著作權保護之著作之前,使用者必須先追蹤到著作權人,並徵求其同意。*Id.*, at 136.

<sup>102</sup> A court should determine whether “the transfer to the defendant is value-maximizing, as determined by weighing plaintiff’s injury against defendant’s social contribution.” *Id.*, at 1626; *see also id.*, at 1615. 在市場失靈被矯正後的情況下,若著作權人所要求的價格低於使用者願意付的價格,則將使用移轉給使用者將可增進社會福祉。

<sup>103</sup> *Id.*, at 1616.

第十四期 從法律與經濟學的角度分析美國著作權法之  
科技保護措施及合理使用原則

作權人實際上的合意是無法達成社會所需之著作物之散布的。<sup>104</sup> 因此，當此等移轉因為市場失靈而無法進行時，法院就必須揣測，若著作權人與使用者可在功能完善的市場內進行協商，著作權人是否會同意該項交易。<sup>105</sup>

最後一個階段，若前兩項要件均具備了，法院需判斷允許合理使用是否會造成著作權人嚴重的傷害。<sup>106</sup> 若答案是否定的，則應允許被告所為合理使用之主張。<sup>107</sup> 在絕對之市場失靈的情況下——即使賦予著作權人再多的保護亦無法提供更多的誘因，且允許使用者免費使用其著作並不會危及著作權人創作之誘因時——則邏輯上法院應允許合理使用之主張。<sup>108</sup> 然而，在中間地帶之市場失靈的案例中，即無法信賴

---

<sup>104</sup> *Id.*, at 1617.

<sup>105</sup> *Id.*

<sup>106</sup> 此所謂之傷害即著作權人因他人合理使用其著作而損失的收入。See *id.*, at 1651, 「本文 ( *Fair Use as Market Failure* ) 以經濟學分析合理使用的前提，係著作權人有權在法律保護的範圍內，向所有對其著作所為之利用收取費用」。

<sup>107</sup> 此一階段之測試係為維持創作誘因及著作散布間一個適當的平衡，「而此一平衡有多項功用：第一，其將誘因系統保存在著作權體系的核心。第二，其可確保法院所為有關被告之利用是否為價值最大化之判決與現實接近。第三，其賦予著作權人在受到實質損失時擁有一個否決權，以確保合理使用制度不會陷著作權人於難以接受的不利地位。」*Id.*, at 1618-22.

<sup>108</sup> 舉例來說：「若搜尋交易對象及與其協商的成本高於預期所得，則此一交易根本不會發生。因此，著作權人不會因執行市場



市場可產生所有令人滿意的交易，但又有某些交易確實可行的情況下，則判定合理使用將可能損及著作權人的創作誘因，因為對某些使用者而言，合理使用可取代付費使用。<sup>109</sup>

仔細觀察 Gordon 教授所提出的三階段測試，此一市場失靈模式的主要論點在於：為判斷某一使用是否合理，法院需模擬著作權人與使用者在完全市場下所可能進行的交易。若著作權人與使用者間之自願協商是可行的，則法院應鼓勵此等自願協商，而非允許合理使用。簡言之，若交易成本過高導致自願交易無法進行，而法院又能確信在沒有任何交易障礙的情況下，著作權人會同意使用者使用其著作，且最重要的，若判定合理使用不會嚴重損及著作權人的創作誘因，則合理使用之存在才有其正當性。<sup>110</sup>

---

上應得的權益而較有利，但絕對會傷害到那些被拒絕接觸著作之使用者的權益。」 *Id.*, at 1618.

<sup>109</sup> 「在此等中間地帶之市場失靈的案例中，無論是執行（判定侵權），或不執行（判定合理使用），均有其危險性。執行所產生的危險在於令人滿意的交易可能無法進行；而判定合理使用的危險則在於危及著作權人的創作誘因。」 *See id.*, at 1618-19.

<sup>110</sup> 此一推論係以「高斯理論」為基礎。高斯理論指出：「在交易成本為零的情況下，則無論法律如何規定財產權之分配，一個有效率的資源利用將會經由私人間之協商而產生。」相反的，「若交易成本過高導致協商無法進行，則有效率的資源利用需視法律如何規定財產權之分配。」 *See COOTER & ULEN, supra note 7, at 85.*

第十四期 從法律與經濟學的角度分析美國著作權法之  
科技保護措施及合理使用原則

按照此一模式之主張而延伸，若市場失靈不存在，亦即，若過高之交易成本不再被視為障礙，則合理使用根本沒有存在之必要。此係因為，在健全市場下，自願交易將可發生在理性、自利的個人之間，因而造就社會所偏好的，可將社會有限資源之產出最大化的資源配置途徑。換言之，在沒有市場失靈的世界上，就沒有政府介入 - 例如強制交易，亦即，合理使用 - 存在之正當性了。

(二) 依循市場失靈模式所為之判決

Gordon 教授預測，隨著迅速發展的科技，當社會大眾可以某種新的方式利用受著作權保護之著作，著作權市場將會因應發展出一套授權機制以避免交易成本，在此機制下，使用者可利用受著作權保護之著作而不需經過著作權人之個別同意。<sup>111</sup> 但為了讓使用者能接受此一授權機制的運作，著作權人需要藉由法律判決的力量，將過去因過於細微而沒有被制裁的未付費的使用行為，亦判定為侵害著作權之行為。<sup>112</sup> 美國第二巡迴上訴法院在 *American Geophysical Union v. Texaco*,

---

<sup>111</sup> See Gordon, *supra* note 57, at 1621; see also *id.*, at 1649, 一個授權體系或著作權清算中心 (Clearinghouse) 將可能產生，將交易成本降低至可接受的程度，只有如此，著作權人才可得到補償，而使用者也可繼續使用受著作權保護之著作。

<sup>112</sup> *Id.*, see also, Landes & Posner, *supra* note 11, at 358, 新興市場機制將可降低交易成本，並促使著作權人與使用者間達成符合經濟效益的交易，但如果將合理使用過度解釋，則有可能削弱發展該市場機制的動機。

*Inc.*一案中，<sup>113</sup> 以及第六巡迴上訴法院在 *Princeton University Press v. Michigan Document Services, Inc.* 一案中，<sup>114</sup> 均明確支持此一見解。

在 *Texaco* 案中，原告為數家出版有關科學與科技之學術性期刊雜誌的出版商，聯合控告 *Texaco* 石油公司侵害其著作權，聲稱被告在未經原告授權的情況下，擅自影印原告出版物上所刊登的文章供其公司內部人員使用。<sup>115</sup> 上訴法院採納了地方法院所為之事實發現，認為在著作權清算中心（Copyright Clearance Center）的幫助下，該等出版商已經「為團體機構使用者建立了一個可行的市場，在該市場下，使用者可取得影印個別文章的授權。」<sup>116</sup> 因此，當使用權可從授權市場取

---

<sup>113</sup> *American Geophysical Union v. Texaco, Inc.*, 802 F. Supp. 1 (S.D.N.Y. 1992), *aff'd*, 60 F.3d 913 (2d Cir. 1994), *cert. dismissed*, 116 S. Ct. 592 (1995).

<sup>114</sup> *University Press v. Michigan Document Services, Inc.*, 99 F.3d 1381 (6th Cir. 1996), *cert. denied*, 117 S. Ct. 1336 (1997).

<sup>115</sup> *See Texaco*, 60 F.3d, at 914-15.

<sup>116</sup> *Id.*, at 930. 審理本案之第一審法官為紐約南區聯邦地方法院法官 Pierre N. Leval 指出：「自 1973 年 *Williams & Wilkins* 案判決作成以來，使用人與出版商已共同協力發展出可行之解決辦法。」*Texaco*, 802 F. Supp. at 24. *Cf.*, *Williams & Wilkins Co. v. United States*, 487 F.2d 1345, 1353, 203 Ct.Cl. 74 (1973), *aff'd by an equally divided court*, 420 U.S. 376 (1975), 審理本案之 Court of Claims 認為，在某些情況下，圖書館所為之大量的影印重製行為可被認定為合理使用。針對有關圖書館影印之爭議，美國國會在最高法院維持二審判決之翌年（1976 年）修正著作權法時，即

第十四期 從法律與經濟學的角度分析美國著作權法之  
科技保護措施及合理使用原則

得時，Texaco 石油公司之未付費的使用行為即無法成立合理使用。<sup>117</sup> 上訴法院解釋：「當付費的方式變得較為簡易，著作權人要求使用者付費的權利即在合理使用的第四個要件下，合法的被認可。」<sup>118</sup>

在 *Princeton University Press* 一案中，被告 Michigan Document Servs. ( 簡稱 MDS ) 係為一提供 Michigan 大學鄰近學生影印服務之影印店，原告因被告未尋求許可，亦未支付權利金或許可費即影印重製其所出版的書籍，故對其提起侵害著作權之訴。<sup>119</sup> 被告主張，其所提供之多重影印重製的服務應屬合理使用。<sup>120</sup> 第六上訴巡迴法院認為：「當著作權人確實擁有一個可以拓展其授權市場的利益 - 尤其在著作權人已經成功的拓展該市場的情況下 - 『在做合理使用與否的分析

---

加入了第 108 條「排他權之限制：圖書館與檔案保存機構之重製」之法定例外規定。詳細規定及對其內容之討論，請參見胡心蘭，前揭註 13，頁 138-141。

<sup>117</sup> See *Texaco*, 60 F.3d at 930-31.

<sup>118</sup> *Id.*, at 930-31. 合理使用的第四個要件為：利用行為對被利用著作之市場及價值之影響。在 *Texaco* 案中，上訴法院所持之理由為：「在沒有現成的市場或付費管道的情況下，某一特定之未經授權之使用將會被認定為『較為合理』。相對的，在已經建立了現成的市場或付費管道的情況下，某一特定之未經授權之使用將會被認定為『較不合理』。」既然已發展出此等授權市場，此一市場所帶來之「權利金亦應列入被利用著作之價值。」在合理使用的第四個要件下予以衡量。

<sup>119</sup> *PRINCETON UNIV. PRESS*, 99 F.3d at 1381-83.

<sup>120</sup> *Id.*

時，將潛在之權利金收入納入考量是適當的。』<sup>121</sup> 藉由判定被告之行為侵害著作權人之權益，第六上訴巡迴法院再次確認合理使用將會危及著作權人拓展授權市場的機會。與市場失靈的理論相同，法院重申「在沒有現成的市場或付費管道的情況下，某一特定之未經授權之使用將會被認為「較為合理」。相對的，在已經建立了現成的市場或付費管道的情況下，某一特定之未經授權之使用將會被認為「較不合理」。』<sup>122</sup> 換言之，合理使用之範圍將視授權接觸受著作權保護之著作的交易成本而定。

## 二、科技保護措施將可「矯正」市場失靈

如前所述，阻礙自願交易的市場失靈正是合理使用原則得以存在的正當性基礎。理論上，DMCA 中所規定的反規避條款，則因其具有可“矯正”市場失靈的潛在性，而有其存在的必要。<sup>123</sup> 首先，接觸控制措施可以大幅降低管理著作物之使用的成本。藉由接觸控制措施的幫助，使用者可非常簡易的辨識出所欲使用之著作物的所在，以及該付費給誰。因此，搜尋著作物及找出著作權人的成本可降至最低。同樣的，交易協商及執行的成本也可被降低，因為使用者唯一的選擇，不是付費使用，就是完全無法使用該受科技保護措施保護之著作。若採用 *Texaco* 案及 *Princeton* 案所立下之法律先例，則在數位環境下，新興科技將取代合理使用之抗辯。<sup>124</sup>

除了交易成本外，另一項市場失靈：「外部性」 - 即某一行為所創

---

<sup>121</sup> *Id.*, at 1387 (quoting *Texaco*, 60 F.3d at 930).

<sup>122</sup> *Id.*, note 4, at 1387 (quoting *Texaco*, 60 F.3d at 931).

<sup>123</sup> See Bell, *supra* note 61, at 582-83.

<sup>124</sup> *Id.*, at 579.

第十四期 從法律與經濟學的角度分析美國著作權法之  
科技保護措施及合理使用原則

造出的社會利益，無法被創造者完全吸收，因而外溢給他人享用<sup>125</sup> - 將可因為所有的數位著作均可受「數位鎖」的保護而被「內在化」，因為所有欲使用該等數位著作之使用者均須付費才得以接觸著作內容，這也使得原本具有「消費無敵對性」及「無排他性」等特質之著作物變得可以排他使用。換言之，原本被「搭便車者」所享受之「外部利益」將不再存在，著作權人將可回收因其創作所產生的所有收入，故而有充足的動機創作得以因應社會所需之數量的著作。

第三種市場失靈係為「資訊不對稱」。乍看之下，若所有著作物均受接觸控制之保護，則此一資訊不對稱的情形將因為「資訊的矛盾 (information paradox)」而更為嚴重<sup>126</sup> - 除非先購買該著作，使用者將無法接觸該著作，進而衡量該著作是否有被購買的價值。然而，只要著作權人願意為其著作廣作宣傳，或提供樣本給使用者，此一問題其實不難解決。例如，為吸引消費者，多數網站經營者會提供其所銷售之產品的樣品或預覽，或提供僅有一定之使用時效的試用軟體等。<sup>127</sup> 除此之外，使用者亦可經由圖書館等公共服務設施得到足夠的資訊。

---

<sup>125</sup> See COOTER & ULEN, *supra* note 7, at 42. 外部性所指並非全然為外溢的利益，亦可能為由第三人所負擔之損失。

<sup>126</sup> 此一「資訊的矛盾 (information paradox)」係由經濟學家 Kenneth J. Arrow 所提出，資訊的矛盾之產生，係由於「某資訊對於購買者的價值(值不值得購買)只有在購買者得到該資訊後才能加以衡量，然實際上該購買者已無償取得該資訊了。」 See Kern, *supra* note 26, at 930 n. 209.

<sup>127</sup> See William W. Fisher, *Property and Contract on the internet*, 73 CHI-KENT L. REV. 1203, 1245 n.103 (1998).

總而言之，在數位環境下，接觸控制措施與自動授權系統將可大幅降低授權接觸著作物的交易成本。此外，接觸控制措施亦可在不會過分惡化「資訊不對稱」的情況下，幫助著作權人回收被搭便車者所享用的外部利益。因此，由於接觸控制措施可「矯正」多項市場失靈，在其因 DMCA 之規定而廣被採用後，合理使用原則存在的空間將消失殆盡。<sup>128</sup>

### 三、市場失靈模式並不符合著作權法之終極目標

#### (一) 科技保護措施並無法矯正所有的市場失靈

為促進經濟效益，著作權法中所涵括的重要法律原則應具備將「創作新著作所獲得的利益」，減去「使用者僅能對著作為有限接觸的損失」，以及「管理著作之行政成本」後所剩之利益最大化的功用。<sup>129</sup> 然而，採用接觸控制措施來保護數位化著作並不能達成此一要求。雖然如前文所述，接觸控制措施可以矯正某些市場失靈，但其無法矯正一項無可避免的市場失靈：「當外溢之外部利益無法藉由任何可行的交易

---

<sup>128</sup> *Id.*, at 583-84; *see also*, Glynn S. Lunney, Jr., *Fair Use and Market Failure: Sony Revisited*, 82 B.U. L. REV. 975, 991 (2002) (noting that “as market mechanisms develop (or will be led to develop by a finding of infringement), these market mechanisms should displace fair use.”) (*citing* the notion disapprovingly).

<sup>129</sup> *See supra* note 71.

協商而有效率的内化時，<sup>130</sup> 此一外部性仍將阻礙市場上之自由交易。」不同於前述被搭便車者所享用的外部性，此處所指之「外部利益」則是由搭便車者所產生的。

在財產權的體制下，著作權人授權使用者使用其著作的意願取決於使用者付費使用之意願；然而，使用者付費使用之意願，則取決於該使用者對於其能從使用或改進該著作而獲得多少利益之預期。相反的，當使用者利用著作之行為將產生極大的社會利益 — 例如，教學、做學問或學術研究等會產生正面之外部性的活動<sup>131</sup> — 但卻無法為其個人回收利得時，該使用者將可能低估其行為之價值。其結果，使用者將可能不願或無法負擔使用受數位保護之著作的授權金，即使此類使用者所創造之總體社會福利將高於著作權人所要求之權利金費用。

<sup>132</sup> 因此，提供著作物過多的保護將導致創作新著作的成本提高，反而

---

<sup>130</sup> Lydia Pallas Loren, *Redefining the Market Failure Approach to Fair Use in An Era of Copyright Permission Systems*, 5 J. INTELL. PROP. L. 1, 6, 33 (1997).

<sup>131</sup> 雖然 Gordon 教授本身亦了解到「當被告之著作產生『外部利益』時，著作權市場將無法適任得以滿足社會所需之交易的機制」，see Gordon, *supra* note 57, at 1630, 然而，他仍將此一失靈態樣歸咎於這些利用行為 - 「諸如教學、作學問或學術研究等會產生正面之外部性的活動」的使用者，在無法獲利的情況下而不願投資，因此美國著作權法第 107 條才會允許該等行為成立合理使用。 *Id.*, at 1631.

<sup>132</sup> See Mark A. Lemley, *The Economics of Improvement in Intellectual Property Law*, 75 TEX. L. REV. 989, 1056-57 (1998). See



減少了新著作的產生。<sup>133</sup> 換言之，社會大眾之損失將會超過資訊提供者之利得，而此絕非符合經濟效率的結果。

這些由使用者所創造之社會福利，係無法經由任何著作權人與使用者間之交易協商而內部化的，然而，創造這些社會福利的使用者們卻是合理使用原則立法所欲保障之人。<sup>134</sup> 簡言之，採用授權系統取代合理使用原則將「忽略了現今著作權法中，合理使用原則背後所蘊藏之根本目標：不論著作權人是否要求使用者付費使用其著作，亦不論著作權人是否已建立了一套授權系統來回收權利金，合理使用原則仍應在使用者之使用所產生之外部利益超越著作權人之創作誘因所受損失的情況下，保障該使用者之行為。」<sup>135</sup>

## （二）市場失靈模式並不適合作為合理使用原則的正當性基礎

針對市場失靈模式作為合理使用原則存在之正當性，除了上述適用上之缺失外，Lunney 教授從更根本的理論基礎上挑戰此一模式的正確性。其指出，市場失靈模式發展之初，係作為政府介入自由市場之正當性基礎，根據私人市場中之自由交易應係有效率的假設，政府只有在市場上因有失靈的原因存在而無法正常運作時才有介入之正當

---

Gordon, *supra* note 57, at 1631. 然而，Gordon 教授仍強調：「法院應審慎考量其判決結果，不要假借價值最大化（maximizing value）之名而課徵著作權人的『稅』來資助沒錢但有才華的使用者。」*Id.*, at 1632.

<sup>133</sup> See Landes & Posner, *supra* note 11, at 332.

<sup>134</sup> See Loren, *supra* note 130, at 6; see also *id.*, at 49.

<sup>135</sup> *Id.*, at 48.

第十四期 從法律與經濟學的角度分析美國著作權法之  
科技保護措施及合理使用原則

性。<sup>136</sup> 在著作權市場上，合理使用即為一種政府介入市場運作之方式，而市場失靈則為此一政府介入之唯一正當性基礎。<sup>137</sup> 在市場失靈模式之下，為主張合理使用，被告必須證明健全的著作權市場並不存在。然而，即使被告可以提出一個市場失靈可能出現之有力證據，根據極力偏好市場自由並厭惡政府介入之市場效率的假設，只要任何有損著作權人利益之可能性存在，法院即無法判定被告之行為為合理使用，否則將影響著作物之產出。<sup>138</sup>

市場失靈模式所仰賴之市場效率的假設係源自於私有財產權的觀念，因此，「以經濟學分析的角度看來，將市場失靈模式適用在著作權市場上之中心障礙在於：此一模式未考量到著作權之本質。亦即，著作物係一公共財，而非私有財。」<sup>139</sup> 而公共財之「非敵對性」，則「不僅係分別著作物與其他傳統私有財產間之最大不同點，更是合理使用原則存在之實質上的正當性基礎。」<sup>140</sup> 只要著作物保有其「非敵對性」之特質，私有著作權市場上之競爭平衡（Competitive Equilibrium）即無法達成著作物或創作著作物之資源的柏瑞圖最適配置（Pareto optimal allocation）。<sup>141</sup> 由於著作物之公共財的特性係無可避免的，在

---

<sup>136</sup> See Lunney, *supra* note 128, at 987.

<sup>137</sup> *Id.*

<sup>138</sup> *Id.*, at 987-88, 991-92.

<sup>139</sup> *Id.*, at 993.

<sup>140</sup> *Id.*, at 994.

<sup>141</sup> *Id.*, at 995. 「由於著作物之非敵對性，福利經濟學理論之第一基礎原則（first fundamental theorem）將無法適用。也因為如此，即使此一原則之其他必要假設均具備，著作物之柏瑞圖最適配置

判定某種利用著作物的行為是否合理時，市場失靈的概念將無法成為一個有用之指導方針。<sup>142</sup>

市場失靈係政府介入私有財市場之運作的正當性基礎。在著作權市場上，政府之介入並非僅有合理使用一項而已，而係整個著作權法體系。由於市場失靈 — 公共財之特性 — 係與生俱來的，著作權法所賦予著作權人之法定獨占權即係促進著作權人創作及散佈知識的必要交易代價 (trade off)。與此同時，著作權法中所規定之合理使用特權對於使用者及未來的創作者而言亦是同等的重要，因其可確保著作物之最適產出與散布，也因此，達到著作物之經濟效率。

## 伍、效率最大化模式及價格歧視

### 一、效率最大化模式<sup>143</sup>

在其著名之「Reconstructing Fair Use Doctrine」一文中，Fisher 教授提出了另一種合理使用之正當性基礎：藉由排列各種可能之使用著作物的方式，法院法官應可決定，因某一未經授權之使用方式而產生之著作物之產出與散布的組合是否因最有效率而可

---

仍無法產生。」*Id.*, at 986. 所謂「福利經濟學理論之第一基礎原則 (The first fundamental theorem of welfare economics)」之主張為：若消費者係理性的，且市場係完整並完全競爭的，則此一私有市場中資源配置所達成之競爭平衡將係柏瑞圖最適配置。*Id.*

<sup>142</sup> *Id.*, at 996.

<sup>143</sup> 在此一模式中，其最終目的即為選出效率最大化的權利組合。因此，於本文中，作者私自稱之為「效率最大化模式」。

第十四期 從法律與經濟學的角度分析美國著作權法之  
科技保護措施及合理使用原則

被允許。<sup>144</sup> 其最首要的問題在於：「何種法律規則所規範的未經授權之使用有著作權之資訊的方式，能產生最有效率之著作物之產出與散布的組合？」<sup>145</sup> 而此一模式之前提在於，著作權法之一般目標以及合理使用之特別立法目的即係為促進有效率之資源配置。<sup>146</sup>

---

<sup>144</sup> See William W. Fisher, , *Reconstructing Fair Use Doctrine*, 101 HARV. L. REV. 1659, 1699 (1988).

<sup>145</sup> 其原文為：“What legal rule governing unauthorized use of works of copyrighted materials would yield the combination of production and dissemination of works of the intellect that is most efficient?” *Id.* Fisher 教授所稱之「效率」係指：“that allocation of resources which could not be improved in the sense that a further change would not so improve the condition of those who gained by it that they could compensate those who lost from it and still be better off than before.” See *id.*, at 1699. 依此定義，則 Fisher 教授所稱之效率係所謂之「Kaldor-Hicks Efficiency」：按照這一效率標準，在社會的資源配置過程中，如果那些從資源重新配置過程中獲得利益的人，只要其所增加的利益足以補償（並不要求必須實際補償）在同一資源重新配置過程中受到損失的人的利益，那麼，這種資源配置就是有效率的。Kaldor-Hicks efficiency 用於社會對衡量公共財的需求性，諸如公園、高速公路、或水庫等。See the definition provided by the website AmosWEB ECONOMIC, *supra* note 83.

<sup>146</sup> See Fisher,, *supra* note 144, at 1695.

### (一) 二階段測試

為判定某一使用有著作權著作之行為是否合理，Fisher 教授提出了一個二階段測試方式供法官在侵害著作權之官司中作為參考。首先，法官須先決定著作權之產出利得的最適標準。<sup>147</sup> 由於著作物之公共財的特性，欲完全阻斷未付費之使用者接觸著作物係非常困難的事。藉由賦予著作權人對其著作享有財產上之權利，著作權法提供著作權人一項創作的誘因。然而，此一財產權亦促使著作權人成為其著作之獨占者，造成社會財富之移轉及「無謂損失」的產生。<sup>148</sup>

在此獨占的情況下，欲促進效率最大化之立法者的最大考驗，即為決定經濟利得減去損失後所得最大之權利組合。<sup>149</sup> 因此，「當著作權人從消費者手中所收集而來之獨占利益大於最適總額 (optimal amounts) 時，法院法官即應利用合理使用原則來排除讓著作權人收取過多利得之權利，直至排除該等權利後，著作人所享有之各式著作權

---

<sup>147</sup> *Id.*, at 1700-05.

<sup>148</sup> *Id.*, at 1702. 若讓著作權人成為市場獨占者將導致兩項經濟上之結果：第一，該著作權人將獲得獨占利益。換言之，若原本使用著作之價格係訂定在生產該著作之邊際成本等同於對該著作之需求的點上時，則讓著作權人成為市場獨占者將使得原本留在消費者手上的錢流進著作權人的口袋。第二，衡量該著作之價值在邊際成本之下，但在獨占價格之下的消費者將不會購買該著作，此將造成無謂損失的產生。請參閱本文伍、二的部分。

<sup>149</sup> *See* Fisher, *supra* note 144, at 1703.

利之組合相當於最有效率之組合。」<sup>150</sup>

為決定上述之權利組合，本測試之第二步驟，係為排列所有可能利用係爭著作之方式，<sup>151</sup> 為決定某一種利用著作之方式是否侵害著作權人之權利，法官必須確認並比較所有對該著作物的利用方式，以期找出合理使用與非合理使用間之界線。<sup>152</sup> 根據著作權人係為其著作之獨占人之假設，<sup>153</sup> 著作權人期待回收所有獨占利益，並禁止所有可能之侵權行為，因此，本測試所採用之測量標準為「誘因/損失比例」：將所有欲合法化之利用著作之方式的相關利益與成本照順序排列、比較之。

此一「誘因 / 損失比例」之目的係為提供法院法官就係爭著作之作者就該著作所可能享有之經濟上之淨利能有一個初步的了解。<sup>154</sup> 此

---

<sup>150</sup> *Id.*, at 1704.

<sup>151</sup> 在 Fisher 教授的文章中，其假設了一個案例，該案原告所著之偵探小說被被告大學教授影印重製作為課堂上使用之教材。於此同時，法官亦察覺並審理另外四項對該有著作權之偵探小說所為之不同的利用行為，如盜版、讀書會之影印重製、衍生著作電玩、及摘錄評論。*Id.*, at 1705-17.

<sup>152</sup> *Id.*, at 1706.

<sup>153</sup> Fisher 教授文中之圖表係延伸至典型之獨占模型。*See id.*, at 1701 n.200, 1708 n.232, and 1711 n.240.

<sup>154</sup> *Id.*, at 1707. 此一比例之分子係該偵探小說之作者(原告)，在被告之係爭行為被禁止，而原告可向所有利用其著作的人收取使用費的情況下，所可能獲得之淨利益總合。而此一比例之分母則為若允許該作者自行設定使用其著作之條件時所可能損失之效

一比例標準亦有助於阻止可能之侵害著作權之行為，因為比例越高，代表經濟效率的損失越大，則越不利於合理使用之認定。在此前提下，為確立最有效率之解釋合理使用原則的組合，Fisher 教授強調，法院法官僅須辨識出在一系列可能被判為侵害著作權之行為中，其效率利得與效率損失之差最大的一點，<sup>155</sup> 在該點以左，所有的行為均非合理使用；相對的，在該點以右之所有行為，均可被認定為合理使用。

## （二）提倡價格歧視制度

藉由法院判定某一利用著作之行為非為合理使用，Fisher 教授假設，著作權人與欲以該方式利用著作之使用者將會協商出一種可行的授權合約。<sup>156</sup> 著作權人與個別使用者間之授權合約係為「概括授權」，在此授權合約下，原本阻礙著作權人與個別使用者間之協商的交易成本，將可經由概括授權機構的建立而被消弭。此類機構的成立將可避免因禁止所有可能之對該有著作權之著作所為的利用行為，或執行法院之強制授權體系而產生之效率成本。換言之，此類概括授權機構將大幅提升利用行為相關之誘因/損失比例。<sup>157</sup> 因此，審理著作權侵害

---

率。

<sup>155</sup> *See id.*, at 1715-17.

<sup>156</sup> 此等可行的授權合約有兩種類型：第一，尖端交易（Sophisticated Deal）：簽訂於著作權人與生產其著作之衍生著作的侵權行為人之間；其二，概括授權（Blanket Licenses）：簽訂於著作權人與個別使用者之間。*See id.*, at 1727-29. 除非有明文區別，本文所指之「授權契約」均為後者。

<sup>157</sup> *Id.*, at 1728-29.

第十四期 從法律與經濟學的角度分析美國著作權法之  
科技保護措施及合理使用原則

案件之法官「亦應考量，藉由判定係爭利用著作之行為非為合理使用，進而促使著作權人與使用者間協商建立此類授權機構的可能性。」<sup>158</sup>

在其於一九八八年所發表之大作「Reconstructing Fair Use Doctrine」中，Fisher 教授再三強調在著作權市場上採行「價格歧視制度 (Price Discrimination Scheme)」的可能性。其建議：「若對某種使用著作之方式賦予特權將導致著作權人越難實行價格歧視，則此一利用行為越不應被考量為合理使用，此係因為價格歧視制度可增進對著作權人之創作誘因(且不會增加獨占之無謂損失)，同時亦可增進使用者接觸著作之機會。」<sup>159</sup> 在其較晚期之著作「Property and Contract on the internet」一文中，Fisher 教授更進一步建議，伴隨接觸控制技術之幫助，適於在網路上散佈之智慧財產的創作人將逐漸減少對智慧財產權法體系之依賴，轉而求助於「契約權利與科技技術所結合而成的保護」，以向欲接觸其著作之消費者收取應得之費用。<sup>160</sup> 藉由接觸控制

---

<sup>158</sup> *Id.*; see also, Gordon, *supra* note 57, at 1621. Gordon 教授指出，為說服使用者遵循因新興科技所帶來之新興類型的使用方式而生之新的市場機制慣例，「著作權人需要一個法院判決來宣導，即使是之前因過於細微而未加以規範之未付費地使用有著作權之著作的行為，在新的市場機制下，均屬侵害著作權之行為。」

<sup>159</sup> See Fisher, *supra* note 144, at 1782.

<sup>160</sup> “[A] combination of contractual rights and technological protections.” See Fisher, *supra* note 127, at 1203. Fisher 教授所持契約規定與保護著作權之科技將可更有效率地達成傳統著作權法所欲達成之目標的主張係基於兩個考量：第一，科技保護措施雖



技術之幫助，價格歧視將成為可「增進對著作權人之誘因，同時亦可增進使用者接觸著作之機會」之最有效率的授權制度。<sup>161</sup>

## 二、契約性質之價格歧視制度

根據著作權法所賦予之權利，著作人享有專屬之排他的重製權，<sup>162</sup>若著作權市場上沒有與其著作相當之替代品，則該著作人即成為獨占者。若此一獨占之著作人想要將其就該著作之所得收益最大化，其必然會向欲利用其著作之使用者收取高於重製該著作之邊際成本的價格。<sup>163</sup> 如果某一資訊使用者欲使用該著作物，卻不願或無法負擔著作權人所定之獨占價格（但願意且可負擔比該著作之邊際成本高一些的價格），其結果即為，該使用者將無法獲得接觸該著作之機會，著作權人亦因此無法就此一潛在使用者獲得任何收益，進而形成「無謂損失」——一種代表著無法滿足個人偏好及社會福利之損失。<sup>164</sup>

為消弭此一無謂損失，經濟學家們開始倡導價格歧視制度之採

---

未能絕對的保全，但總比著作權法上之原理原則能更快速有效的保護網路上之智慧財產；第二，交易成本將大幅減低。*Id.*, at 1232-33.

<sup>161</sup> See Fisher, *supra* note 144.

<sup>162</sup> 17 U.S.C. § 106(1) (2002).

<sup>163</sup> See Fisher, *supra* note 127, at 1234; Cohen, *supra* note 66, at 1801.

<sup>164</sup> See Cohen, *supra* note 66, at 1801-02; James Boyle, *Cruel, Mean, or Lavish? Economic Analysis, Price Discrimination and Digital Intellectual Property*, 53 VAND. L. REV. 2007, 2021-23 (2000); Fisher, *supra* note 127, at 1234-37.

行。「價格歧視」係指針對不同之消費者對同一種商品收取不同的價格。就已取得某種程度之市場佔有率，尤其是具獨占能力的商品提供者而言，價格歧視是一種沿用已久的定價方式。<sup>165</sup> 若將價格歧視制度適用到具獨占性質之著作權市場上，經濟學家們相信，<sup>166</sup> 允許獨占者（即資訊提供者）從事契約性質之價格歧視制度，將可提升消費者福利，<sup>167</sup> 並確保著作物可在個別消費者得以其願意且負擔的起的不同價

---

<sup>165</sup> 賣方欲成功實施價格歧視制度須具備三項要件：首先，賣方必須具有控制市場之能力，其必須為市場價格的設定者；再者，賣方必須能分辨並區隔至少兩組以上，消費能力與需求不同，並願意支付不同價格之消費群；最後，賣方必須有能力阻擋不同消費群間之私下交易。兼備上述三項要件，賣方才能向個別消費族群收取僅有該族群願意且能負擔之（各族群間不同）價格。 See AmosWEB ECONOMIC, *supra* note 83.

<sup>166</sup> See e.g., Fisher, *supra* note 127, at 1239.

<sup>167</sup> 由於實施價格歧視制度最重要的一項要素為防制位於較低價格之消費群的消費者將其以較低價格所購得之商品私下轉售給位於較高價格之消費群的消費者，參閱，前揭註 165，價格歧視制度必須仰賴契約義務來防止不同消費群間之交易。 See Cohen, *supra* note 66, at 1804 (stating “Effective price discrimination requires restrictions on transfer of the work to other users”); Boyle, *supra* note 164, at 2024 (quoting Jules Dupuit, *On Tolls and Transport Charges* 23 (International Economic Papers No. 11) “What the company is trying to do is prevent the passengers who can pay the second class fare from traveling third class...”).

格下廣泛散布。<sup>168</sup>

在契約性質之價格歧視制度下，就商品提供者而言，其與統一售價之最大不同點在於此一制度將可產生更多的收益。在理想的價格歧視制度下，每一個別消費者所付之費用均為該消費者為購得此一商品所願意負擔之最高價格。其結果，係大幅降低無謂損失的產生，並將此一利得移轉至資訊提供者的口袋。換言之，如同 Fisher 教授所示：「首先，社會福利的損失已被減少。再者，著作權人將獲得更多的利得——在每一單位的社會成本下，創作活動可享有更多的獎勵。」<sup>169</sup> 因此，Fisher 教授建議，法院及立法機關不僅應促進並協助著作權市場從著作權法體系轉移至契約法體系，同時亦應要求創作者與消費者在建立此種「私有 ( private )」協定時，須遵從設計用以保護公共利益的限制規定。<sup>170</sup>

在數位時代下，接觸控制措施可幫助資訊提供者向不同的消費者收取不同程度的使用費。<sup>171</sup> 有了控制措施的幫助，資訊提供者可以拒

---

<sup>168</sup> See Fisher, *supra* note 127, at 1238.

<sup>169</sup> *Id.*, at 1240.

<sup>170</sup> *Id.*, at 1203. 實施價格歧視制度將產生下列與現行著作權法體系不同的結果：1. 其可讓創作者收取更多的利益；2. 其可增加創作誘因與伴隨之無謂損失間之比例——進而增加消費者福利之淨值；3. 其可增加大眾接觸智慧創作的機會。*Id.*, at 1240. Bell 教授亦認為若允許著作權人與消費者跳脫著作權法的規範，並可在使用費的機制下自由訂定契約，此可能會是比現行聯邦法制之著作權法更有利的體制。See Bell, *supra* note 61, at 596-600.

<sup>171</sup> 某些學者則使用「自動化權利管理系統 ( automated rights

第十四期 從法律與經濟學的角度分析美國著作權法之  
科技保護措施及合理使用原則

絕特定人或電腦接觸其數位化著作，因此該特定人或電腦無論在實際上或法律上均被限制不得接觸該著作。<sup>172</sup> 更進一步言之，接觸控制措施不但使得資訊提供者得以執行著作權法上之權利，同時亦促使資訊提供者得以執行經由契約所訂定之不同的或額外的權利。<sup>173</sup> 「影響最大的，係（接觸控制措施）促成財產權化資訊（proprietary information）的銷售。亦即，其允許資訊提供者得以在銷售其（數位化）文件的同時限制某些類型的使用方式，且不論何人持有該（數位化）文件，接觸控制措施均能持續為資訊提供者產生收益。」<sup>174</sup> 如同 Fisher 教授所預言，隨著接觸控制措施之幫助，資訊提供者將逐漸仰賴契約權利與科技之保護，而減少對智慧財產權法之依賴。<sup>175</sup> 換言之，著作權法應退化為「隱含規則（default rule）」，即只有在賦予創作者獨占權時有效力，並可經由契約協商變更權利內容。<sup>176</sup>

---

management，簡稱 ARM）」，或「權利管理系統（rights management）」等不同用語來取代「接觸控制措施（access control measures）」。*See Bell, id.*, at 560 n.7.

<sup>172</sup> *See Boyle, supra* note 164, at 2011; *see also, Bell, id.*, at 564.

<sup>173</sup> *See Bell, id.*, at 564-67. More sophisticated ARM systems which employ methods such as steganography, micropayments, and imbedded applications are available and provide information providers exact and continuous control over proprietary information. *Id.*, at 566.

<sup>174</sup> *Id.*, at 566-67.

<sup>175</sup> *See Fisher, Property and Contract, supra* note 127, at 1203; *see also id.*, at 1232-33; *see also, Elkin-Koren, supra* note 81, at 94.

<sup>176</sup> *See Fisher, supra* note 127.

契約性質之價格歧視制度無可避免地將減弱合理使用原則存在之必要性。藉由接觸控制措施之幫助，資訊提供者可以監控使用者對其著作所為之所有利用行為並收取費用。至此，在數位環境下接觸資訊將受制於著作權人所訂定之契約條款，而該等條款所保護之利益勢必比現行著作權法所賦予著作權人之權利範圍更廣，此等契約將可限制或禁止在現行著作權法下或可主張合理使用為抗辯的利用行為，<sup>177</sup> 如諷刺仿作、教學、或評論有著作權之著作。然而，Fisher 教授仍強調，即使有如此之隱憂，個別使用者所受到之利益損失尚屬少量，況且他人有藉此等諷刺仿作、教學、或評論行為而「搭便車」的可能。<sup>178</sup> 為平衡搭便車者對著作權人所造成之傷害，強制所有的使用者接受不同程度之契約條件「實則係為他們（使用者）的最佳利益。」<sup>179</sup> 在此論點下，無論利用著作物的目的或性質係為營業或非營業，是否為積極利用，亦不論利用該著作之質與量之多寡，或是否影響該著作之市場價值，<sup>180</sup> 未經授權之使用或合理使用均無存在之空間。換言之，付費

---

<sup>177</sup> See Bell, *supra* note 61, at 577. ARM 將可幫助資訊提供者機械化地執行著作權利，而不需要訴諸司法程序。其亦可幫助著作權人制定並執行附有其他特別權利義務的契約。總言之，ARM 將減少侵害著作權之行為得以主張合理使用為抗辯之機會。ARM 將與現行之其他法律原則交互作用，以一個類似但明顯不同之「收費使用（*fared use*）」取代「合理使用（*fair use*）」的應用。

*Id.*, at 560-61.

<sup>178</sup> See Fisher, *supra* note 127, at 1247.

<sup>179</sup> *Id.*

<sup>180</sup> 17 U.S.C. § 107(3) (2001).

就對了。

### 三、契約性質之價格歧視模式並不符合著作權法之終極目標

#### (一) ProCD 案例分析

於一九九六年發生之 *ProCD Inc. v. Zeidenberg*<sup>181</sup> 一案將可說明契約性質之價格歧視制度係如何運作的。在本案中，被告 Zeidenberg 購買了一套消費者版本 (consumer package) 的 ProCD，其內容包含一電話簿資料庫與協助使用該電話簿之電腦程式之組合。<sup>182</sup> ProCD 公司利用價格歧視之方式販售不同版本之產品的「授權許可 (license)」，<sup>183</sup> 其並在授權許可上聲明購買授權之使用者不得將該軟體與電話簿提供給他人使用。此一聲明不但出現在產品實體的包裝內部，每當使用者在電腦上應用該軟體時，該聲明亦會出現在使用者的電腦螢幕上。<sup>184</sup> 由於 Zeidenberg 將其所購買之消費者版公佈在網路上，使得所有願意付其所要求之價格 (比直接向 ProCD 購買授權為低) 的使用者均可接觸使用，<sup>185</sup> ProCD 向法院提起訴訟，要求法院發出禁止其繼續違反授權契約之禁制令。<sup>186</sup>

---

<sup>181</sup> *ProCD, Inc. v. Zeidenberg*, 908 F. Supp. 640 (W.D. Wis. 1996), *rev'd*, 86 F.3d 1447 (7th Cir. 1996).

<sup>182</sup> *ProCD*, 86 F.3d at 1449-50.

<sup>183</sup> *Id.*, at 1450 (explaining that ProCD selling its CD-ROM to the general public for personal use at a low price, while selling to the trade for a higher price).

<sup>184</sup> *Id.*

<sup>185</sup> *Id.*

<sup>186</sup> *Id.*

審理本案的地方法院認為，ProCD 的違約之訴無法成立，因為「封裝授權 (shrinkwrap license)」契約應屬無效。<sup>187</sup> 此外，屬於聯邦法系統之著作權法已「先占」了屬於各州州法系統的契約法之適用性。<sup>188</sup> 地方法院認為，阻礙公共資訊散佈之授權契約「侵犯了著作權法原已涵括之領域。」若此等契約條款得以執行，其將「改變著作權法所維持之『微妙的平衡 (delicate balance)』」，並「造成當事人以訂定契約之方式迴避著作權法之規定。」<sup>189</sup> 然而，第七巡迴上訴法院並不同意這樣的判決結果。

在上訴審中，Easterbrook 法官拒絕採用地方法官的上述兩點理由。反之，其認為「一個只有雙方當事人的單純的契約並不同於『任

---

<sup>187</sup> 地方法院認為，任何購買者無法事先審查之契約條款均屬無效。 *ProCD*, 908 F. Supp. at 655.

<sup>188</sup> *Id.*, at 655, 659; *see also*, 17 U.S.C § 301(a) (2001)。如 Gordon 教授所觀察，若屬各州州法體系之契約法可凌駕於聯邦著作權法之上，則「主權條款 (Supremacy Clause) 將會受到挑戰。若聯邦法係 (美國法體系之) 最高法源 (supreme law of the land)，則各州州法律之規定若與聯邦法之專屬領域有所重疊或抵觸時，各州州法應自我約制，不應干涉聯邦法事務...。著作權法係一聯邦法，適用於全美國國民。契約之訂定則須透過昂貴的協商，並僅適用於簽約之當事人間，因此，契約法立法沿革反映出一個假設，即依契約之性質是不適於侵占聯邦法領域的。」 *See Wendy J. Gordon, Intellectual Property as Price Decimation: Implications for Contract*, 73 CHI.-KENT L. REV. 1367, 1380 (1998).

<sup>189</sup> *Id.*

第十四期 從法律與經濟學的角度分析美國著作權法之  
科技保護措施及合理使用原則

何著作權一般範圍內之排他權利」。因此，該等契約應可被執行。」<sup>190</sup>

從此一判決可知，Easterbrook 法官相信：「契約之限制條款與條件反映著各人之偏好順序，而此正是促使市場有效率運作的一項要素。」<sup>191</sup>

「契約的限制條款與可使用之資料庫的大小，或該軟體編輯電話簿的速度，一樣均屬於該產品的一部分。在市場經濟上保護消費者利益係賣主間之競爭，而非以法院來修正產品版本之內容。」<sup>192</sup>

(二) 契約性質之價格歧視體制無法達成與著作權法相同之分配效率

依照 Easterbrook 法官的觀點，著作權法係一系列的「隱含規則」，在絕大部分的情況下，應允許這些法定規則由當事人所選擇之契約協定所取代。<sup>193</sup> 也就是說，著作權法之功能在於定義著作權人對其著作

---

<sup>190</sup> *ProCD*, 86 F.3d at 1455. 法院認為：「著作權係對世的、相反的，契約則僅在簽約當事人間發生效力，非契約當事人則不受任何影響。因此，契約規定並不會產生『排他權利』。」*Id.*, at 1454.

<sup>191</sup> *Id.*, at 1455. 此一觀念係源自於「高斯定律 (Coase Theorem)」：若受約制之人同意接受某條款之約束，則此一條款之自願履行將比由立法者強制執行來的有效率。更進一步言之，若當事人間之自願協商係成功的，則法律規定即成為累贅而不必要；反之，只有在自願協商失敗時，法律規定才有其存在的必要。*See COOTER & ULEN, supra note 7, at 82.*

<sup>192</sup> “Competition among vendors, not judicial revision of a package’s contents, is how consumers are protected in a market economy.” *Id.*, at 1453.

<sup>193</sup> *See Elkin-Koren, supra note 81, at 98.*



所享有之權利，<sup>194</sup> 而此等權利之交易移轉則應交由著作權人與使用者自由決定。<sup>195</sup> 如前所述，個體間之自由交易將可創造社會所需求之資源分配的途徑，此係理想中之健全市場的操作方式，理論上，將可達成最大極限之效率。換言之，若著作權人與使用者均同意在某些交易條件下限縮使用者之使用權限，則依照市場經濟的假設，此等交易應屬「柏瑞圖更優 (Pareto superior)」。<sup>196</sup> 然而，此一結論僅在市場上不存在任何可能破壞訂約自由之基本要素的市場失靈時才得以適用。<sup>197</sup>

此外，在經濟學的觀念下，著作權法並不能退化為隱含規則。首先，隱含規則係設計用以反映當事人之期望，並藉此將交易成本降至最低。<sup>198</sup> 然而，由於著作權有其與生俱來的市場失靈要素 - 「公共財」之特性，著作權將阻止有效率之交易的發生。<sup>199</sup> 再者，藉由接觸控制科技之幫助所加諸之契約限制亦非真正的「自願性交易」，使用者必須接受著作權人所訂定之契約限制，否則將完全喪失接觸其著作之機

---

<sup>194</sup> 17 U.S.C. § 106 (2001).

<sup>195</sup> See Fisher, *Property and Contract*, *supra* note 127, at 1248 (stating “As long as producers are willing to permit (for a fee) such uses, rather than forbid them, it is hard to see why we should object.”).

<sup>196</sup> 若某資源配置從 A 至 B 之移動可增進至少一人之社會福利，且不會造成任何一人之處境比在 A 時更差，則可言 B 之配置係「柏瑞圖更優」於 A。See COOTER & ULEN, *supra* note 7, at 44.

<sup>197</sup> See Elkin-Koren, *supra* note 81, at 108.

<sup>198</sup> *Id.*, at 98 n.23.

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

第十四期 從法律與經濟學的角度分析美國著作權法之  
科技保護措施及合理使用原則

會。當著作權人就其著作實施完全之獨占時，使用者之選擇將被限縮到非常小的範圍，資訊提供者間之「完全競爭」將不可能存在。<sup>200</sup>

雖然價格歧視制度可大幅減少無謂損失之產生，並促使資訊提供者處於更好的地位，但如同 Cohen 教授之觀察，價格歧視制度將使促進消費者福利並確保智慧創作更廣泛之散佈的承諾難以實現。<sup>201</sup> 如前所述，無謂損失等同於消費者剩餘之損失，因採用契約性質之價格歧視制度而大幅降低之無謂損失絕大部份均移轉至資訊提供者的口袋裡，換言之，此一降低的無謂損失不僅僅代表著資訊提供者的誘因增加，同時亦代表著使用者喪失該等消費者剩餘的效用。<sup>202</sup> 這些原本可用於購買更多的智慧創作，或用於吸收不同層面之文化資產，並因而促進使用者本身之創作的消費者剩餘，均將無可避免的流入實施契約性質之價格歧視的著作權人手中。<sup>203</sup> 因此，「契約性質之價格歧視模式將無法提供與傳統著作權體系相同種類以及多樣性之進步 (progress)，其亦無法將具有相同多樣性之創作題材為與傳統著作權

---

<sup>200</sup> See Landes & Posner, *supra* note 11, at 328 (explaining that many works do not have perfect substitutes).

<sup>201</sup> See Cohen, *supra* note 66, at 1807.

<sup>202</sup> *Id.*

<sup>203</sup> *Id.*, at 1806-09; see also, Lunney, *supra* note 67, at 487-88. Lunney 教授強調，在評價某一著作權制度之成效時，應將該制度所產生之機會成本一併與以考量。所謂之機會成本係指，在將社會資源投入此一特定之著作權制度之同時，社會將喪失若將這些資源運用在其他投資時所可能產生之價值。

法相同廣泛的散布」。<sup>204</sup>

再者，若欲實施價格歧視制度，資訊提供者必須能夠分辨出兩組以上，願意付不同價格的消費者群。<sup>205</sup> 然而，要定義並分辨出願意付不同價格之消費者並非易事。欲防止位於不同價格族群的消費者相互間私下交易亦屬同等困難。Fisher 教授建議，對於某些利用行為，如為教學之目的、政治上之目的、在公共圖書館內之瀏覽、以及科學或醫學上之研究等，應給予免費或僅收取較低費用之接觸使用的機會。但於此同時，應允許資訊提供者在其著作中設置預防連續重製之裝置，以降低一旦該等著作免費提供給前述特許之使用者接觸後，將造成所有使用者均可免費接觸之風險。<sup>206</sup> 在電腦網路時代，應用在數位

---

<sup>204</sup> See Cohen, *supra* note 66, at 1806-09. Cohen 教授認為，價格歧視制度係一衍生自日常消耗品市場（commodity market）的價格模式，並不適用於資訊產品的生產與消費，因為資訊產品具有強烈之公共財特性，並可能產生顯著的正外部性。

<sup>205</sup> See AmosWEB ECONOMIC, *supra* note 83.

<sup>206</sup> See Fisher, *supra* note 127, at 1250-52. 在一場由耶魯法學院所舉行之研討會中，Fisher 教授發表了 Property and Contract 一文，與會之 Gordon 教授提出了「付費使用（pay-pre-view）」制度將造成社會生活之「粒子化（granularity）」質疑，意即社會活動將因為對資訊之任一使用均需付費以獲得授權而被分裂成細小瑣碎。就此一疑問，Fisher 教授僅輕描淡寫的回應：「付費使用制度之『粒子化』現象將會消失於每月的信用卡帳單中。」另外，針對 Lessig 教授所提付費使用體制將可能侵犯使用者之個人隱

第十四期 從法律與經濟學的角度分析美國著作權法之  
科技保護措施及合理使用原則

著作上之接觸控制設施即可幫助此種不同消費需求之分級：可負擔較多費用之使用者可使用著作物之全部或享用較多形式之著作權益，其他無法負擔的或僅須利用小部分著作或權益之使用者亦可以較少的費用滿足其需求，或獲得免費之接觸使用的機會。此亦即 Fisher 教授強調，價格歧視模式可促進分配正義，又可促進著作權人創作誘因的原因。

針對這樣的主張，Cohen 教授提出了兩點異議予以反駁：第一，就實際上而言，價格歧視模式並未充分考量個別使用者對受著作權保

---

私資訊以實施價格歧視制度的疑慮，Fisher 教授則審慎的答覆，其建議：「對於侵犯隱私的可能性，最好的辦法應是另行制定適當之法規保護。」且 Fisher 教授並不介意此一「適當之法規保護」將可能阻礙資訊提供者從事完美的，或「第一級」的價格歧視制度，只要其效果不會被全然抹滅即可。 *Id.*, at 1247 n.110. 更有甚者，Fisher 教授認為：「即使允許『消費者須付費以藉由網路接觸著作』之契約條款的期限超過著作權之存續期間亦不會造成任何傷害 - 只要大部分在網路上可得之資訊題材的商品壽命期間短於著作權人之自然壽命加 50 年(自 1998 年之著作權存續期間延長法案通過後，現為著作權人之自然壽命加 70 年)即可。 *Id.*, at 1248-49. *But see* Gordon, *supra* note 188, at 1387 n.75. Gordon 教授極其驚訝 Fisher 教授對於「法院是否應強制執行網路資訊提供者所提，在著作權存續期間消滅後，依契約規定，其仍有權限制使用者就其著作為商業性重製或其他行為的主張」所抱持之漠不關心的態度。

護之著作可為特權利用（即合理使用）之能力所可產生的效果。<sup>207</sup> 再者，就觀念上而言，若言具「轉化（transformative）」性質之利用特權可以與允許偶然的、不受監視的接觸與分享資訊之著作權之限制區別，Cohen 教授認為：「此係根據一種假設的『可預測誰會創作』的能力。且就實際面而言，不得重複使用（某著作）之限制將嚴重影響低收入使用者之權益，就好像預測了未來的創作者不會來自於此一（低收入之）階層。最後，其亦假設那些（在接觸著作後）未為立即創作的人，在未來也不可能創作，亦不會利用其所得之資訊生產任何有用之社會福利。」<sup>208</sup> 「然而，創作力係無法被『預先（*ex ante*）」測知的。對資訊為『隨機之接觸與重複使用（*adventitious access and reuse*）」係創作過程之本質。」<sup>209</sup> 沒有什麼特定團體或階層的人是「潛在的創作者或藝術家」，限制接觸資訊的機會將可能窒息現存之著作刺激新興創作的可能。<sup>210</sup> 若資訊持有人可就對其著作所為之所有可能的利用行為收取費用，則只有少數的使用者有能力購買接觸資訊的機會，而此等成本障礙將限制未來科學、藝術、及文化的發展。<sup>211</sup> 而此一結果，當然不符著作權法之終極目標。

---

<sup>207</sup> See Cohen, *supra* note 66, at 1815-16.

<sup>208</sup> See *id.*, at 1816.

<sup>209</sup> *Id.*

<sup>210</sup> See Elkin-Koren, *supra* note 81, at 100. See also, *id.*, at 102. 對資訊為隨機之接觸不僅係刺激創作的必要元素，其亦為個別使用者塑造其偏好之必要條件。若每次使用資訊皆需付費，則使用者將被迫事先決定何種資訊係其所欲接觸的。

<sup>211</sup> *Id.*, at 112.

## 陸、利益平衡模式與接觸控制措施

### 一、合理使用原則之存在係為平衡公共利益

#### (一) 平衡公共利益之合理使用原則

著作權法之宗旨在於尋求創作誘因與一旦資訊被創造後，接觸該等資訊之利益間的平衡。由於任何著作之完成皆不可避免的建築於前人著作之累積，對著作權人提供過多之獨占權利將會阻擋未來創作者使用前人著作之機會，如此反而會阻礙新興著作之產生。<sup>212</sup> 因此，著作權法所賦予之獨占權利應限縮於足以提供必要之創作誘因，又能將接觸著作之阻礙降至最低的範圍內。從立法背景可知，美國著作權法之制定非為著作權人尋求報酬之最大化，亦非為促進創作數量之最大化，美國著作權法之制定係為促進知識與學習之進步。<sup>213</sup> 「著作權之獨占利益係附帶的、協助性的、並限縮於可提供必要誘因的範圍內，其受限於法定限制條款與諸如合理使用等法律原則。」<sup>214</sup>

合理使用原則之目的，即在於保障社會大眾免於因著作權之獨占過度擴張，反而窒息了著作權法本欲促進之知識與學習之進步的危機。<sup>215</sup> 如同 Lunney 教授所言，著作權法之首要目的在於確保社會大眾得以享用適當供應量之著作物。因此，只要著作權法係以公眾利益為中心，則依著作物之公共財的特性，著作權法必須採用合理使用原

---

<sup>212</sup> See e.g., Lunney, *supra* note 67, at 485.

<sup>213</sup> See Loren, *supra* note 130, at 24.

<sup>214</sup> See Elkin-Koren, *supra* note 81, at 101.

<sup>215</sup> See Loren, *supra* note 130, at 22.

則以平衡與著作權益相關之公共利益與損失。<sup>216</sup> 換言之，著作權法不僅定義了著作權人之專有權利，其亦規定了使用者之接觸權利。<sup>217</sup> 著作權人之報酬應與合理使用所生之公共利益 - 接觸著作、散佈資訊、以及透過多樣化之利用方式而促進學習等 - 審慎的取得平衡。

美國最高法院亦一再重申，賦予使用者合理使用特權係為平衡著作權人之獨占權利。任何合理使用案例之斟酌，「均涉及創作者與發明者控制其著作與發明而可得之獲利，及社會大眾因思想、資訊、與商業之自由流動而可得之利益間的平衡」。<sup>218</sup> 最高法院將合理使用定義為「理性均衡之衡平法則 (equitable rule of reason balance)」，<sup>219</sup> 並闡明：「國會賦予給著作權人之獨占權並非毫無限制，亦非設計用以提供著作權人一特殊之私有利益。此一有限之專有權利之授與僅係為達成一重要公共目的之手段方法。」<sup>220</sup> 因此，「著作權人所享有之有限的法定獨占權，如同憲法所要求之有限期間般，反映出一個公共利益之平衡：著作之創造應被鼓勵並可獲得報償，但賦予此等私人利益之動機的最終目的乃係為推動文學、音樂、及其他藝術之散播。」<sup>221</sup>

美國著作權法第一〇七條名為「專有排他權之限制：合理使用」，<sup>222</sup> 然而，美國國會並無意定義何謂「合理使用」。實際上，美國著作

---

<sup>216</sup> See Lunney, *supra* note 128, at 996.

<sup>217</sup> See Elkin-Koren, *supra* note 81, at 101.

<sup>218</sup> *Sony*, 464 U.S. at 429.

<sup>219</sup> *Id.*, at 454.

<sup>220</sup> *Id.*, at 429.

<sup>221</sup> *Twentieth Century Music*, 422 U.S. at 156.

<sup>222</sup> 17 U.S.C. § 107 (2001)。該四項判斷標準為：(1) 利用著作之

第十四期 從法律與經濟學的角度分析美國著作權法之  
科技保護措施及合理使用原則

權法第一〇七條旨在提供法院四項判斷標準，用以衡量某一未經授權使用之行為是否可被認為「合理」。<sup>223</sup> 「除了非常廣泛之法定解釋合理使用之定義及一些可運用之判斷標準外，法院應可依個案情形自由適用合理使用原則。」<sup>224</sup> 因此，除了法定之四項判斷標準外，在完美資訊下之理想世界裡，法院應可藉由兩項社會價值之比較——一為因禁止某種使用著作之方式而產生之額外的著作權利所代表的社會價值；另一為允許該特定使用方式繼續存在所產生之社會價值——來解決合理使用之爭議。<sup>225</sup> 為比較這兩項相互衝突的社會價值，在平衡桿的

---

目的與特質，包括是否為商業性質之利用，或為非營利性質之教育目的；(2) 被利用著作之性質；(3) 利用之數量與重要性；以及(4) 對被利用著作之市場及價值之影響。

<sup>223</sup> 這些判斷標準應被視為正確解決合理使用議題之核對清單或神奇公式。See e.g., *Campbell*, 510 U.S. at 584-85; *New Era Publication Int'l. Aps. v. Carol Pub. Group*, 729 F. Supp. 992 (S.D.N.Y. 1990), *rev'd in part*, 904 F.2d 152 (2d Cir. 1990), *cert. denied*, 498 U.S. 921 (1990).

<sup>224</sup> 「本法案肯認合理使用司法原則之目的與一般範圍，但無意將此一原則凍結於法條中，尤其是處於當前科技快速發展之時代。除本條說明何謂合理使用，並例舉某些構成合理使用之標準外，法院應就個案基礎自由適用本原則於特定情況上。第 107 條之規定僅係為重申現行司法上之合理使用原則，而無意予以變更、限縮或擴大。」See H.R. Rep. No. 1476, 94th Cong., 2d Sess. at 66 (1975).

<sup>225</sup> See Lunney, *supra* note 128, at 998-99.



一端，法院應詢問若禁止某特定使用著作之方式，是否會促成更多、更好之著作物的創作；在平衡桿的另一端，法院則應斟酌若禁止該特定使用著作之方式，社會大眾將可能遭受什麼樣的損失。<sup>226</sup> 總而言之，為達成社會福利之最大化，若某特定利用著作之行為可促進社會福利，則此一利用行為應被視為合理；反之則為不合理。<sup>227</sup>

### (二) 三階段測試

基於上述之討論，Lunney 教授亦提出了一項三階段之「利益平衡模式」。首先，法院需決定著作權人是否能提出「壓倒性之證據證明，其著作之現有或未來之市場價值將可能（因為被告之行為而）受到嚴重損害」。<sup>228</sup> 若著作權人可適當的證明被告使用者之行為將損及其著作之市場價值，則該著作權人即確立了其在宣告係爭使用方式不合理上存在有訴訟利益。<sup>229</sup> 然而，從合理使用之案例發展上可知，法院及部分學者專家常在分析合理使用案例時過度強調「搭便車」的問題，認為只要有消費者獲得未經授權之使用即一定會損害到著作權人之創作誘因。「然而實際上，在公共財上所發生之搭便車之情形並不同於

---

<sup>226</sup> *Id.*, at 999.

<sup>227</sup> *Id.*

<sup>228</sup> *Id.*, at 1000 (*citing from Sony*, 464 U.S. at 451.)

<sup>229</sup> *Id.*, at 1014.

竊取私有財之行為，該情形反而可被證明為係屬柏瑞圖最適」。<sup>230</sup>

利益平衡之第二階段「要求著作權人證明，其著作之現有或未來之市場價值將可能（因為被告之行為而）受到損害，與其未來創作之生產間有密切的關係」。<sup>231</sup> Lunney 教授認為，著作權，尤其是娛樂產業之著作，已經從成本取向（cost-based）之保護體系轉移至價值取向（value-based）之保護體系。<sup>232</sup> 著作權之保護已不再僅僅是保障著作權人創作成本之回收，現今之著作權保護係保證著作權人得以攫取因其著作而生之所有價值，包括任何授權利用其著作之機會。<sup>233</sup> 由於著作權體系已從成本取向轉移至價值取向，「著作權人追求其收益最大化之私人利益已非社會大眾在獲得額外著作上之公共利益之合理補償了」。<sup>234</sup> 在今日，著作物的報償遠超過該著作之創作成本。

正因為幾乎所有著作物均享有超額之創作誘因，著作權人收益之

---

<sup>230</sup> *Id.*, at 1000-1001. 即使無法搭便車，該使用者也不會向著作權人購買使用其著作的權利，因此，著作權人本來就不會從該使用者身上獲得任何利益，故不會因該使用者之搭便車的行為而有任何損失可言。反之，使用者則會因搭便車的行為獲得接觸著作的機會。在一人獲利卻不會損及另一人之福利的情況下，即為柏瑞圖最適。

<sup>231</sup> *Id.*

<sup>232</sup> 在 19 世紀，著作權之賦予係為確保作者一個得以回收其創作成本之合理的機會。然而現今之著作權則發展成保障著作權人不至損失任何一個授權其著作之機會。*Id.*, at 1014-15.

<sup>233</sup> *Id.*, at 1015.

<sup>234</sup> *Id.*, at 1017.

減少與著作物之生產間之關係即變得非常薄弱。<sup>235</sup> 因此，在合理使用案例中，為平衡公共利益，今日之法院應針對某些典型之著作，以著作權人所提的證據以及相關產業之市場結構為基準，更直接的衡量著作權人可得之額外報酬，與其可能創作更多 更好之著作間的關係。「一旦法院決定了著作權人之報酬的邊際變動（marginal changes in revenue）與著作物產量之邊際變動（marginal changes in output）間之關係，此一關係應成為判斷合理使用平衡之一項要素」。<sup>236</sup> 隨著創作誘因與著作產量間之關係愈漸薄弱，在判斷某利用行為是否為合理使用之案例中，著作權人必須提出更有力之證據以證明其著作之市場價值受到實質損害，如此才可正當化係爭利用行為不合理之判定。<sup>237</sup>

利益平衡模式的最後一個步驟，是為辨識出若允許係爭未經授權之利用著作之方式得以繼續，則所生之公共利益為何。<sup>238</sup> 由於著作物之公共財的特性，「從經濟學之角度而言，合理使用議題之核心，在於若允許係爭未經授權之利用方式得以繼續，社會大眾之處境是更好還是更糟」。<sup>239</sup> 舉例而言，在不會影響著作權人之收益，進而降低其創作新興著作之誘因的範圍內，私人之重製著作的行為可擴張接觸現行著作之機會，實際上為柏瑞圖最適的狀態，故此等行為應可被認定為合理使用。<sup>240</sup> 更進一步言之，即使私人之重製行為導致著作權人某程

---

<sup>235</sup> *Id.*

<sup>236</sup> *Id.*

<sup>237</sup> *Id.*, at 1017-18.

<sup>238</sup> *Id.*, at 1023.

<sup>239</sup> *Id.*

<sup>240</sup> *Id.*, at 1026. 會從事私自重製著作之行為的使用者係那些不願

第十四期 從法律與經濟學的角度分析美國著作權法之  
科技保護措施及合理使用原則

度之收益損失，因而不屬於柏瑞圖最適的狀態，然私人之重製行為仍可擴張接觸現存著作之機會，且其對著作權人所造成之收益損失仍遠比競爭者所為之重製來得小。<sup>241</sup> 在十九世紀，著作權法之制定係為保障著作權人之利益，禁止競爭者自行重製著作並販售之。「在今日，使用者私下間分享著作物之行為將可擴張接觸現存著作之機會，又不致如同十九世紀競爭者般影響著作權人未來創作著作之誘因。」<sup>242</sup> 「也因此，法院不應假設私自重製著作之行為將與競爭者所為之重製行為造成相同之經濟上的後果；相反的，法院應特別考量在著作權人可能不會遭受任何收益損失的情況下，私自重製行為可擴張接觸現存著作之機會」。<sup>243</sup>

此一利益平衡模式與本文伍、一的部分所介紹之效率最大化模式相同，其目標均為達成資源配置效率。然而，此二模式間之最大不同點在於，效率最大化模式的根本為一「二分法」，藉由排列各種可能之使用著作物的方式，法院法官須辨識出在此一系列可能被判為侵害著

---

意以全額購買係爭著作的人，如果他們無法獲得免費之重製物，他們可能會選擇不享用該著作。既然不論該等使用者是私自重製著作或根本不享用該著作，著作權人均無法從他們身上獲得利益，因此，允許私自重製並不會使得著作權人之處境更糟，但會使得該等使用者之處境更好，因此為柏瑞圖更優於不允許私自重製的情況。

<sup>241</sup> *Id.*

<sup>242</sup> *Id.*, at 1024.

<sup>243</sup> *Id.*, at 1026.

作權之行為中，其效率利得與效率損失之差最大的一點，<sup>244</sup> 最後再根據此一基準點來區分合理與不合理之利用行為。然而在應用上，此一效率最大化模式是不切實際的。可想而知的是，美國各級法院的法官應難以有如此之餘裕及能力來辨識出所有可能之使用係爭著作物的方式，<sup>245</sup> 進而排列各種不同的組合，最後在單一基準下區分合理與不合理之界限，一次解決所有可能之侵害此一特定著作之案件。

相反的，利益平衡模式則係依個別案例為不同之判斷，在禁止係爭使用著作之方式與允許該使用方式所產生之不同價值中比較、選擇。若此一特定之使用著作之方式可增進社會福祉，則此使用方式應被判定為合理，不用去考慮此一特定使用方式在所有可能之使用方式的列表上處於什麼位置。對法院而言，僅需考量單一使用著作之方式對係爭著作所生之影響，將比排列比較所有可能之使用方式來的容易的多。再者，利益平衡模式較符合合理使用之本質：「理性均衡之衡平法則」。從經濟學的角度而言，「合理使用須能取得兩項公共利益間之均衡：一為禁止係爭使用方式而可促進創作更多、更好之著作所可能帶來之公共利益；另一為該使用方式本身所可能產生之公共利益。」<sup>246</sup>

---

<sup>244</sup> 請參閱本文肆、一的部分。

<sup>245</sup> Fisher 教授本身亦體認到其所主張之模式實際上將很難實行，美國法院法官難以有如此之餘裕，可一一衡量、排列所有利用原告著作之方式。然而，Fisher 教授仍堅持其模式具有極高之價值：「即使僅實施簡化後之程序，此一模式仍可幫助法院，就算無法將配置效率最大化，至少也可增進之。」 See Fisher, *supra* note 144, at 1719.

<sup>246</sup> See Lunney, *supra* note 128, at 1030.

第十四期 從法律與經濟學的角度分析美國著作權法之  
科技保護措施及合理使用原則

簡言之，由於此一利益平衡模式可促進配置效率又實際可行，而且是最貼近合理使用本質的模式，因此，利益平衡模式最符合著作權法之終極目標，亦係在所有侵權使用案例中，分析合理使用原則及著作權法體系之最佳指導方針。

## 二、利益平衡模式與接觸控制措施

### (一) DVD 案例

如前所述，在 DMCA 的規定下，使用者不得以合理使用作為違反規避條款之抗辯。任何規避接觸控制措施之行為均會違反第一二〇二條：「有關規避科技措施之違犯」，<sup>247</sup> 除非該等規避行為符合同法中所規定之免責條款。<sup>248</sup> 在二〇〇〇年間，美國發生一件與散佈 DeCSS 有關之非常具爭議性的一件案例：<sup>249</sup> DVD 案例。<sup>250</sup> 在該案中，全美

---

<sup>247</sup> 17 U.S.C. § 1201(a)(1)(A) (2001).

<sup>248</sup> 17 U.S.C. §§ 1201(e)-(j) (2001).

<sup>249</sup> DMCA 第 1201 條(a)(1)(A)需到 2000 年 10 月 28 日才生效，在 DVD 案審理間，該條款尚未生效。因此，DVD 案例係以 DMCA 第 1201 條(a)(2)為起訴條款，本條之規定係禁止任何人製造、進口、提供、或以任何方式與大眾交易用以規避接觸控制措施之設備，即所謂之「禁止交易條款」，在案發期間生效已年餘。

<sup>250</sup> 在經過聽證程序後，地方法院於 2000 年 1 月 20 日對被告發出一初步禁制令，禁止其繼續在網路上張貼 DeCSS 程式。*Universal City Studios, Inc. v. Reimerdes*, 82 F. Supp. 2d 211 (S.D.N.Y. 2000). 在審理過法律要點後，法院又發表了一份完整的判決書，111 F. Supp. 2d 294，並發出永久禁制令，111 F. Supp.

八大主要之電影公司依據數位千禧年著作權法之規定，向法院提出訴訟，要求法院禁止「2600.com」網站之負責人繼續在網路上張貼，供網路使用者下載可以破解設置在DVDs上之反盜拷安全防護的電腦程式，並禁止該網站提供網路使用者連結到其他有張貼該程式的網站。<sup>251</sup>

電影工業以稱為CSS的加密系統來保護其電影產品免於被盜拷。受CSS保護之DVDs僅能在裝置有經過授權之解密技術的播放器或電腦上觀看，但不得重製。<sup>252</sup> 一九九九年，電腦駭客們發展出了一套稱為DeCSS之專門用以破解CSS保護系統的程式，使得受CSS保護之DVDs亦可在未裝置有經過授權之解密技術的播放器或電腦上觀看，甚至可以被重製。本案被告旋即將DeCSS程式張貼在其網站2600.com上，促使該程式得以流通到全世界。<sup>253</sup>

在地方法院層級，除了有關美國憲法第一修正案之言論自由的議題外，被告所提出之抗辯尚包括使用DeCSS符合DMCA中有關還原

---

2d 346.

<sup>251</sup> *Universal City Studios, Inc. v. Eric Corley* 273 F.3d 429, 434-35 (2d Cir. 2001).

<sup>252</sup> *See Reimerdes, supra* note 250, at 303, 310-11.

<sup>253</sup> *Id.* 法院認為，DeCSS係一電腦程式，毫無疑問的係一「科技技術」，符合該條款之規定。*Id.*, at 317. 而CSS係一「有效控制接觸DVD上之數位電影著作的保護措施」，亦符合該條款之規定。*Id.*, at 318. 在本案中有三項不爭之事實：(1) CSS係一有效控制接觸著作權人之數位著作的保護措施；(2) DeCSS之單一目的係為破解並規避CSS；及(3) 被告藉由將DeCSS張貼在網路上之行為提供並散布規避保護措施裝置。*Id.*, at 319.

第十四期 從法律與經濟學的角度分析美國著作權法之  
科技保護措施及合理使用原則

工程、<sup>254</sup> 加密研究、<sup>255</sup> 及安全性測試<sup>256</sup> 等例外規定。在有關還原工程之抗辯中，被告指出，以 DeCSS 規避 CSS，係為完成 DVDs 與在電腦上執行之 Linux 系統間之相容性所必需之研究。<sup>257</sup> 然法院認為此一抗辯並不成立，理由有三：第一，DMCA 第一二〇一條第(f)項第(3)款僅允許因從事還原工程而「已獲得」有關相容性之資訊者，可與他人分享該資訊。而本案被告並未從事任何有關還原工程之研究，其僅係單純將 DeCSS 在其網站上公佈，以使他人得以取得。<sup>258</sup> 其次，被告對公眾散布 DeCSS 以從事規避 CSS 之行為，並非「單純為相容性之研究」，不符合該條之規定。<sup>259</sup> 最後，DeCSS 除可在 Linux 系統下執行，其亦可在 Windows 系統下執行，因此不能說 DeCSS 係為完成 Linux 系統及 DVDs 間之相容性的「單一目的」而研發，因此此一抗辯不能成立。<sup>260</sup>

地方法院亦回絕了被告所提與加密研究及安全性測試有關之抗辯。有關前者，依據第一二〇一條第(g)項，為決定某人是否在從事「善意」之加密研究，法院應考量：1. 係爭加密研究是否係為提昇加密技術，以對抗侵害行為；2. 係爭當事人是否係從事合法的加密研究或工

---

<sup>254</sup> 17 U.S.C. § 1201(f) (2001).

<sup>255</sup> 17 U.S.C. § 1201(g) (2001).

<sup>256</sup> 17 U.S.C. § 1201(j) (2001).

<sup>257</sup> *See Reimerdes, supra* note 250, at 319.

<sup>258</sup> *Id.*, at 320.

<sup>259</sup> *Id.*

<sup>260</sup> *Id.*



作；3. 是否有將研究結果即時向著作權人通報。<sup>261</sup> 法院認為上述三點被告無一符合，被告之行為根本與加密研究毫不相干，故此一抗辯亦不成立。<sup>262</sup> 同樣的，被告所提有關安全性測試之抗辯也不成立，因為其不屬於第一二一一條第(j)款中所規定之適用對象，且其行為與電腦測試、電腦系統測試、或電腦網路測試毫不相干。<sup>263</sup>

被告亦曾試圖以合理使用作為抗辯，稱 DeCSS 可以幫助講學或其他合法引用 DVD 影片之需。<sup>264</sup> 此外被告也抗辯 DMCA 的限制規定並不及於被告協助 DeCSS 的使用者以合理使用的方式利用他人著作之行為。然本案法官認為：「被告的抗辯雖然指陳出一個重要的問題，即諸如 CSS 程式之接觸控制措施雖然可以防止他人非法利用著作權人之著作，但亦可能有造成防止他人合法利用著作的危險。」<sup>265</sup> 但地院法官 Kaplan 仍然否決此一主張。

法官首先指出，美國著作權法第一〇七條中規定某些對著作物所

---

<sup>261</sup> 17 U.S.C. § 1201(g) (2001).

<sup>262</sup> See *Reimerdes*, *supra* note 250, at 321.

<sup>263</sup> *Id.* 「DeCSS 程式的撰寫者，Jon Johansen 以及被告 Corley 均承認，DeCSS 發展之初的單一目的係為破解 CSS 程式。因此，在沒有任一例外規定可以適用的情況下，被告在網路上張貼 DeCSS 的行為明顯違反 DMCA 第 1201 條(a)(2)(A)反規避條款之規定。*Id.*, at 319.

<sup>264</sup> *Id.*, at 304. 例如為了教學需要，教師可利用 DeCSS 將不同的 DVD 影片中的片段轉錄，就相當於將錄影帶或是 VCD 之片段以錄影機或 CD-ROM 處理一樣。

<sup>265</sup> *Id.*, at 322; *see also, id.*, at 304,322.

第十四期 從法律與經濟學的角度分析美國著作權法之  
科技保護措施及合理使用原則

為之利用行為「不侵害著作權」，<sup>266</sup> 然本案之被告並非係因為侵害著作權而被起訴，而是被控提供以規避著作物上之接觸控制科技保護措施為目的的技術，違反 DMCA 第一二〇一條第(a)項第(2)款之規定。<sup>267</sup> Kaplan 法官認為，若國會意欲保留合理使用作為違反第一二〇一條第(a)項之抗辯，其應會在條文中作明確的規定，然從 DMCA 的立法歷史中觀之，其認為國會並未作如此的考慮。<sup>268</sup>

接著，在上訴審中，第二上訴巡迴法院法官 Newman 指出：「最高法院從未判決認為合理使用係憲法上所要求的（使用者之權利）」，<sup>269</sup> 因此，其拒絕被告所提之主張，聲稱：「若照地院所判決之方式適用 DMCA 法案中之條文，將「違憲」的把合理使用原則排除適用於著作物上。」<sup>270</sup> 相反的，由於「從未有判決認為合理使用可保證使用者得以使用其所偏好的技術方法來接觸並重製著作物，或可複製與原著作物一樣形式之重製物」，<sup>271</sup> 法院建議欲就受接觸控制所保護之電影 DVD 為合理使用之使用者，得以使用其他較不完美之重製方式取得類比式之重製物（analogical copy）。雖然類比式之重製物將不比直接接觸數位形式之 DVD 並重製之來得完美或易於使用，<sup>272</sup> 但既然有其他

---

<sup>266</sup> 17 U.S.C. § 107 (2001).

<sup>267</sup> See *Reimerdes*, *supra* note 250, at 322.

<sup>268</sup> *Id.*

<sup>269</sup> See *Corley*, *supra* note 251, at 458.

<sup>270</sup> *Id.*

<sup>271</sup> *Id.*, at 459.

<sup>272</sup> 法院指出，「DMCA 並沒有限制使用者就 DVD 著作為傳統合理使用行為之機會，其仍可對 DVD 上電影著作之內容為評論，

方式可從事合理使用，被告即不得主張「合理使用原則被違憲的限縮了」。<sup>273</sup> 據此，上訴法院維持地院之判決，判定被告違反 DMCA 所規定之反規避條款。

## （二）利益平衡模式之應用

地方法院與上訴法院均明白指出，違反 DMCA 之反規避條款與一般之著作權侵害係不同態樣之行為。因此，作為著作權侵害之抗辯的合理使用原則並不適用於依據 DMCA 之規定所提起之訴訟。也因此，所有欲對受接觸控制保護之數位著作為合理使用之使用者，均須先獲得「接觸」該數位著作之授權，才得以對該數位著作本身從事不需經過授權之「合理使用」之行為。這樣的結果當然降低了合理使用特權之效用。然而，若將「利益平衡模式」適用於此一 DVD 案例中，則吾人可發現，若禁止利用 DeCSS 來接觸受 CSS 保護之數位著作，實際上將阻礙吾輩達成著作權法之終極目標：資源分配效率。

利益平衡模式之第一及第二個步驟要求著作權人提供壓倒性之證據證明，因為被告使用者之行為，將對其著作之市場價值造成實際上或未來可能發生之嚴重損害，且該市場價值之減縮所造成之收益減少與著作物之創作量之降低有密切的關聯。在 DVD 案例中，地方法院法官認為，利用 DeCSS 來規避 CSS 之保護會對原告產生兩項主要的影響：<sup>274</sup> 第一，若讓 DeCSS 在網路上可隨意取得，將迫使原告「必

---

摘錄引述電影劇本，甚至可以照相機、攝影機或麥克風轉錄在放映中之 DVD 影片的部分影像及聲音。」*Id.*

<sup>273</sup> *Id.*

<sup>274</sup> See *Reimerdes*, *supra* note 250, at 315.

第十四期 從法律與經濟學的角度分析美國著作權法之  
科技保護措施及合理使用原則

須容忍日益漸增的網路盜版行為，或花費更多的資源以發展並改進用以取代 CSS 保護措施的系統，」<sup>275</sup> 而後者將比前者更為困難且花費更大。第二，應用 DeCSS 來重製並散佈在 DVD 上之電影著作將影響到電影公司在銷售及出租 DVD 方面的營收。此等影響將擴及到另一種新興的銷售電影著作的方式，即以數位傳播的方式在網路上由使用者訂購觀賞。<sup>276</sup> 地方法官擔心：「總結而言，原告著作權人已承受相當嚴重的損失，隨著越來越快速之網路連線服務，原告的損失將隨之擴大。」<sup>277</sup>

然而，毫無疑問的，電影工業每年仍以非常快的速度在製造電影著作。以 DVD 方式問世的電影著作除了許多經典電影之重新發行外，係以每個月四十部新電影的速度在發行，<sup>278</sup> 沒有任何電影創作減少的證據。事實是，前述所謂之營收損失從未被證實過。隨然法院認為證據說服力不足，但事實上並未有直接證據證明真正有使用者利用 DeCSS 將 DVD 上之電影著作破解並在網路上傳輸。<sup>279</sup> 法院本身亦注意到，一個破解後之影片檔案是相當巨大的一依影片長度之不同，每

---

<sup>275</sup> *Id.* 法院指出：「這樣的情形就像在全國性的報紙上刊登某銀行金庫的密碼一樣，就算沒有人真的利用該公佈的密碼去開金庫，僅僅是公佈密碼之行為本身已使得該銀行的保全系統遭受破壞，促使該銀行必須更換保全系統。」*Id.*

<sup>276</sup> *Id.*

<sup>277</sup> *Id.*

<sup>278</sup> *Id.*, at 310.

<sup>279</sup> *Id.*, at 314.

個檔案約佔 4.3 至 6GB，甚至更多，<sup>280</sup> 欲在網路上傳輸破解後之影片檔幾乎是不可能的事。即使經由 DivX 程式十至二十個小時的壓縮過程，壓縮過後之檔案仍有 650MB 之譜，若要在網路上傳輸則仍需要相當長的時間。<sup>281</sup> 此一耗時的過程必然會讓欲在網路上破解並傳輸受 CSS 保護影片之使用者望之卻步。再者，最初設計 DeCSS 程式之目的在於使可在電腦上運作之 DVD 播放器亦可以在 Linux 操作系統下運作，實際上係為 DVD 開拓了一個新的市場以吸引 Linux 的使用者。<sup>282</sup>

利益平衡模式的最後一個步驟，係藉由詢問若允許係爭利用著作之方式繼續存在，整個社會會變得更好或更壞，以辨別在允許係爭利用著作之方式繼續存在的情況下，社會大眾之利益為何。適用諸如 CSS 等科技保護措施在 DVDs 上的其中一項結果為，許多欲合法使用 DVDs 的使用者將無法取得該等著作。因為，在 CSS 所提供的保護中，其中有一項係為「區域密碼」制，即在某地區所購買之影片會因區域密碼

---

<sup>280</sup> *Id.*, at 313.

<sup>281</sup> *Id.*, at 314. 視使用者所使用之網路傳輸方式而定，傳輸一個已壓縮過的檔案耗時從 3 到 20 分鐘到 6 小時之譜。*Id.*

<sup>282</sup> 如電子化尖端基金會 (Electronic Frontier Foundation, 簡稱 EFF) 所言，若 DVD 可以在之前未支援的操作系統上播放的話，DVD 市場的消費者將大幅擴充。可在多種操作形式及硬體裝置上交互應用的著作才能創造龐大的市場價值。EFF Reply comments to Copyright Office – on DMCA Anti-circumvention Provisions, (Feb. 17, 2000) at <[http://www.eff.org/IP/DMCA/20000217\\_eff\\_dmca\\_comments.html](http://www.eff.org/IP/DMCA/20000217_eff_dmca_comments.html)>.

第十四期 從法律與經濟學的角度分析美國著作權法之  
科技保護措施及合理使用原則

之不同而無法以另一地區之 DVD 播放器播放。<sup>283</sup> 若在「無區域區別 (region-free)」的 DVD 播放器上播放受 CSS 保護之 DVD 影片，按照著作權人的說法，將“超越著作權人之授權”，因而違反 DMCA 第一二〇一條(a)(1)的規定。換言之，購買受 CSS 保護之 DVD 的消費者，僅獲得在單一區域播放，且必須在裝置有 DVD-CCA 的播放器上播放的授權。<sup>284</sup> 因此，除非利用 DeCSS 來規避區域密碼，使用者將無法觀賞來自其他地區的外來影片。

除此之外，DVD 係一種僅能以電子化形式取得之獨特的典型著作形式，無法以其他科技保護措施不適用之形式所取代。<sup>285</sup> 因為“經授權”之 DVD 硬體設施將阻礙使用者就其合法購得之 DVD 製作備分用的重製物，而如前所述，DVD 係無法以他種形式取代之著作典型，一旦 DVD 光碟及播放裝置被時間淘汰而停止生產，則為非營利之建檔、保存、教育等目的所保存之 DVD 即可能因之而喪失保存價值，而原存於 DVD 光碟內之特殊功能與資訊亦將隨之喪失。換言之，CSS 否定了該等使用者在合理使用原則下，保護自己免於因科技本身之錯誤而受損害的合法權益，因此在 DVD 上使用 CSS 保護措施將大幅降低非營利、建檔、保存、及教育目的之使用者接觸著作的機會。<sup>286</sup> 更有

---

<sup>283</sup> See EFF, *DMCA 1201 Rule-Making - EFF Comments*, 14-15, at <[http://www.eff.org/IP//DMCA/20021218\\_EFFPKcomments.pdf](http://www.eff.org/IP//DMCA/20021218_EFFPKcomments.pdf)>.

<sup>284</sup> *Id.*, at 19.

<sup>285</sup> See *EFF Reply comments to Copyright Office*, sputa note 269, at part B. 該等獨有之特色包括可儲存諸如額外背景、作者或導演之訪談，或多國語言之選擇等其他資訊。 *Id.*

<sup>286</sup> *Id.*, at part C.

甚者，使用 CSS 亦將對評論、建議、新聞報導、教學、學術、或研究產生重大之衝擊。因為，同樣的，「經授權」之 DVD 硬體設施本身即阻止對 DVD 內容之重製，有興趣從事評論、建議、新聞報導、教學、學術、或研究之人將無法取得在傳統著作權法合理使用原則下，原本係可合法取得之必要的 DVD 重製物以完成其目的。<sup>287</sup>

「當使用者可以很簡單從網路上下載免費之 DVD 播放軟體時，著作權法不應要求使用者向“經授權”的業者購買額外的 DVD 播放裝置。」<sup>288</sup> 要求每位使用者均需購買額外之播放裝置勢必將削弱使用者之經濟實力，進而惡化前述適用 CSS 所產生之不利於使用者之負面影響。從以上之分析看來，若禁止 DeCSS 的適用將使得社會整體上變的更糟。因此，就結論上而言，在利益平衡模式下，允許社會大眾繼續利用 DeCSS 來破解 DVD 上之 CSS 科技保護措施，並不會帶來在實際上，或在未來導致著作權人或電影工業任何嚴重傷害的可能性。更重要的，實施 CSS 的區域密碼制將徹底消除使用者實行合理使用，或其他非侵權使用之機會，相對強化著作權人所享有之利益，進而破壞著作權人與使用者大眾間之平衡。因此，採用保護數位著作之接觸控制措施將引導著作權法體系遠離資源分配效率的終極目標。

### (三) Lexmark 墨水匣案例

Lexmark 是一家製造行銷全球之雷射印表機的製造商，其中一項產品係名為 T-Series 的印表機及其相容的墨水匣。該墨水匣中附有一個晶片，作為與 T-Series 印表機相互作用時之介面，讓該印表機可以

---

<sup>287</sup> *Id.*, at part D.

<sup>288</sup> *Id.*, at part A.

第十四期 從法律與經濟學的角度分析美國著作權法之  
科技保護措施及合理使用原則

認證使用者所使用之墨水匣確實係由 Lexmark 所生產製造的。<sup>289</sup> 為執行此一連串的認證程序，Lexmark 在每台印表機中設置了「印表機引擎程式( Printer Engine Program )」，並在所有的墨水匣的晶片上設置「墨水填充程式 ( Toner Loading Program )」。<sup>290</sup> 每次在印表機上裝置一個新的墨水匣，印表機引擎程式及墨水填充程式就會各自產生一個「訊息認證密碼 ( Message Authentication Code, 簡稱 MAC )」，若兩個認證密碼相互配合，則該墨水匣即可被認定為係原廠生產製造的，而該印表機即可接觸印表機引擎程式並開始運作。相反的，若墨水匣被認為不是原廠貨，則印表機引擎程式將無法啟動，印表機也不會開始運作。<sup>291</sup> 用這樣的方式，Lexmark 可防止其印表機的使用者使用未經認證之墨水匣。<sup>292</sup>

---

<sup>289</sup> Lexmark Int'l Inc. v. Static Control Components Inc., 253 F. Supp. 2d 943, 947-49 (E.D. Ky. 2003). 本文完成之後，第六巡迴法院就本案進行審理，並於 2004 年 10 月 26 日推翻下級法院之判決及見解。基本上上訴法院認為，Lexmark 的墨水填充程式，並不符合著作權法保護之要件，因此駁回原告 Lexmark 所主張被告 S.C.C. 著作權法下之侵權，同時，上訴法院亦駁回原告 Lexmark 所有有關 DMCA 下之主張。Lexmark Int'l Inc. v. Static Control Components Inc., 387 F.3d 522 (6th Cir. 2004).

<sup>290</sup> Lexmark, 253 F. Supp. 2d at 943, 949.

<sup>291</sup> *Id.*, at 952-54.

<sup>292</sup> See Mark F. Radcliffe, Gray Cary Ware & Freidenrich, *Drafting and Negotiating Internet License Agreements*, 754 PLI/P, at 1035, 1090 (2003).



Static Control Components (以下稱 SCC) 在其所製造生產之 SMARTEK 晶片上重製了 Lexmark 的墨水填充程式, 且 SCC 設計 SMARTEK 晶片的目的是為了規避 Lexmark T-Series 印表機所要求的認證程序—用以控制接觸印表機引擎程式及墨水填充程式的科技保護措施。<sup>293</sup> 藉由以 SMARTEK 晶片代替 Lexmark 墨水匣上之晶片的方式, 墨水匣的再製造商將可生產與 Lexmark 印表機相容之未經授權的墨水匣。<sup>294</sup> 因此, Lexmark 聲稱 SCC 侵害了其在墨水填充程式上之著作權, 並因規避 Lexmark 的科技保護措施而違反 DMCA 下, 反交易條款的規定。<sup>295</sup> 審理此案之地方法院允許了 Lexmark 所提之暫時禁制令的要求, 認定 Lexmark 在著作權侵害及 SCC 違反 DMCA 之主張上均有成立之可能。<sup>296</sup>

就有關著作權侵害之主張, 地方法院否決了 SCC 所提, 認為墨水填充程式係認證程序之必要部分, 因而純屬「功能性 (functional)」而不能賦予著作權之抗辯。<sup>297</sup> 地方法院的理由為: 第一, 在墨水填充程式的所有五十五個位元組中, 只有七個位元組是屬於 Lexmark 認證程序的一部分, 該認證程序在沒有墨水匣上之墨水填充程式的配合下

---

<sup>293</sup> *Lexmark*, 253 F. Supp. 2d at 954-55.

<sup>294</sup> *See Radcliffe et al.*, *supra* note 291, at 1090.

<sup>295</sup> 17 U.S.C. § 1201 (a)(2) (2001).

<sup>296</sup> *Lexmark*, 253 F. Supp. 2d at 947. The court ordered SCC “shall cease making, selling, distributing, offering for sale or otherwise trafficking in the ‘SMAREK’ microchips”, *id.*, at 974.

<sup>297</sup> *Id.*, at 958.

第十四期 從法律與經濟學的角度分析美國著作權法之  
科技保護措施及合理使用原則

亦可正確運作；<sup>298</sup> 第二，該墨水填充程式可被寫成多種不同的形式，<sup>299</sup> 因此，該墨水填充程式本身並不僅僅是一個密碼鎖（Lock-Out Code）而已，其亦為一個有創作性的表達方式，值得著作權法之保護。

<sup>300</sup>

法院亦拒絕了 SCC 所提之有關合理使用之抗辯。法院指出，針對合理使用原則之四項要件來分析，雖然墨水填充程式的性質使得 SCC 稍占優勢，<sup>301</sup> 然其他三項要件則是強烈有利於 Lexmark 的主張：首先，法院注意到 SCC 的重製行為完全係為了商業上之目的，當係不利於合理使用之認定；<sup>302</sup> 第二，SCC 重製了係爭著作之整體；<sup>303</sup> 最後，此一侵權行為對墨水填充程式的潛在市場將產生重大的影響。<sup>304</sup> 有關著作權濫用之抗辯，SCC 指出，Lexmark 係「利用著作權來掌控一個著作權法並未賦予給著作權人之排他的權利，或取得有限的獨占。」<sup>305</sup> 但法院認為此一主張並不具有說服力，法院指出：「Lexmark 為執行 DMCA 所賦予之權利所做的努力，不能被視為係其欲抑制其他競爭者的非法手段。」<sup>306</sup>

---

<sup>298</sup> *Id.*, at 950, 958.

<sup>299</sup> *Id.*, at 950, 961-62.

<sup>300</sup> *See id.*

<sup>301</sup> *Id.*, at 961

<sup>302</sup> *Id.* (citing *Campbell*, *supra* note 64, at 585).

<sup>303</sup> *Id.*

<sup>304</sup> *Id.*

<sup>305</sup> *See id.*, at 966.

<sup>306</sup> *Id.*

最後，法院判決：第一，因 Lexmark 的認證程序可控制消費者利用墨水填充程式及印表機引擎程式的行為，故屬於 DMCA 中所謂之「有效控制接觸」數位著作的科技保護措施；<sup>307</sup> 第二，SCC 明知其晶片係專門設計用以規避控制接觸 Lexmark 程式的認證程序；<sup>308</sup> 第三，SCC 的晶片並無其他獨立之商業目的；<sup>309</sup> 第四，SCC 係以宣揚其晶片可規避 Lexmark 的接觸控制措施為主要行銷手法。<sup>310</sup> 綜上所述，法院判定 SCC 違反所有反規避條款所列之三項侵權行為。此外，因為 SCC 的 SMARTEK 晶片並不是獨立創作出來的電腦程式，而係違反著作權法重製 Lexmark 的程式，因此法院亦拒絕就 SCC 適用 DMCA 第一二 一條(f)項之還原工程的例外規定。<sup>311</sup>

#### (四) 利益平衡模式之應用

從一開始，這件極具爭議性的案件就受到各種產業的密切注意。<sup>312</sup>

---

<sup>307</sup> *Id.*, at 968.

<sup>308</sup> 此一事實發現符合規定於 DMCA 第 1201 條(a)(2)(A)項之測試，*see id.*

<sup>309</sup> 此一事實發現符合規定於 DMCA 第 1201 條(a)(2)(B)項之測試，*id.*

<sup>310</sup> 此一事實發現符合規定於 DMCA 第 1201 條(a)(2)(C)項之測試，*id.*

<sup>311</sup> *Id.*, at 970-71; *see also* § 1201(f)(2), (3) (2001).

<sup>312</sup> 在本案審理過程中，有許多利益團體向法院提出「法院之友顧問意見書 (*Brief Amicus Curiae*)」來支持兩造當事人。例如汽車修配零件市場工業協會 (*Automotive Aftermarks Industry*

第十四期 從法律與經濟學的角度分析美國著作權法之  
科技保護措施及合理使用原則

在有利於被告的意見中，最主要的一個論點係指稱 Lexmark 濫用 DMCA 的規定來擴充其著作權的範圍，以達到反競爭的目的。<sup>313</sup> 畢竟，制定 DMCA 的前提係為實現兩項重要目標：第一，促進電子商務的持續成長及發展；第二，保護智慧財產權。<sup>314</sup> 也就是說，DMCA 係設計用以在數位環境下，保護著作權人的權利，<sup>315</sup> 然而，如同美國

---

Association，簡稱 AAIA）電腦與通訊工業協會（Computer and Communications Industry Association，簡稱 CCIA）多位法律系教授、矽谷有毒廢棄物聯盟（Silicon Valley Toxics Coalition，簡稱 SVTC）及美國 Sony 電腦娛樂公司等。See, EFF, *Lexmark v. Static Control Case Archive*, at <[http://www.eff.org/legal/Cases/Lexmark\\_v\\_Static\\_Controls/](http://www.eff.org/legal/Cases/Lexmark_v_Static_Controls/)>. (visited Jun. 23, 2005).

<sup>313</sup> 利益團體們指稱，透過傳統著作權法與反規避條款的相互作用，Lexmark 係意圖將傳統著作權法所賦予其可製造不重要之電腦程式的有限獨占權利，擴充成在相關之墨水匣市場中更廣泛之獨占權。See *general*, CCCI, *Brief Amicus Curiae of Computer and Communications Industry Association*, at. 2-3, at <[http://www.eff.org/Cases/Lexmark\\_v\\_Static\\_Controls/20030213-CCIAamicus.pdf](http://www.eff.org/Cases/Lexmark_v_Static_Controls/20030213-CCIAamicus.pdf)>; Peter Jaszi, *Brief Amicus Curiae of Law Professor*, at. 5-7, at <[http://jurist.law.pitt.edu/amicus/lexmark\\_v\\_static\\_control.html](http://jurist.law.pitt.edu/amicus/lexmark_v_static_control.html)> (visited Jun. 21, 2005).

<sup>314</sup> See H.R. Rep. No. 105-551, pt.2, at 22 (1998).

<sup>315</sup> See *general*, Jaszi, *Amicus*, *supra* note 312, at 6. 目前為止在 DMCA 下被起訴的幾個案件均有類似的案情，亦即，各案中之

多位法律系教授所發表的聯合聲明所指出，「此一（在 Lexmark 案中所提出之反規避的）主張，與盜版音樂或其他著作物等行為毫不相干。事實上，此一主張所呈現的係一赤裸裸的企圖，即欲利用反規避條款達到在印表機墨水匣市場中抑制競爭的目的。」<sup>316</sup>

在法院之友顧問意見書（Amicus Curiae Brief）中，美國電子化尖端基金會（Electronic Frontier Foundation，簡稱 EFF）提出了支持 SCC 的意見。其指出，SCC 的行為係「合法的，且事實上係傳統著作權法及 DMCA 之反規避條款均鼓勵之還原工程之合理使用的例外規定。」

<sup>317</sup> 即使不適用此一在傳統著作權法及 DMCA 下既有，但被地方法院

---

被告均規避原告用以防止他人重製或散布無法獨立銷售，沒有獨立功能的著作物之科技保護措施，例如，在 *Real Networks v. Streambox*, 2000 U.S. Dist. LEXIS 1889 (W.D. Wash. 2000) 一案中之 streamed sound recordings；在 *Universal Studios v. Reimerdes*, 273 F.3d 429 (2d Cir. 2001) 案中，DVD 形式的電影；在 *Sony Computer Entertainment v. Gamemasters*, 87 F. Supp. 2d 976 (N.D. Cal. 1999) 中之電腦遊戲；以及在 *United States v. Elcomsoft* 中之電子書，see Lisa Bowman, *ElcomSoft verdict: Not guilty*, at <<http://news.com.com/2100-1023-978176.html>> (visited Dec. 17, 2002). 然而，本案之地方法院否決了此一論點，並指出在 DMCA 第 1201 條(a)(2)款之規定下係無意義的。 *Lexmark*, 253 F. Supp. 2d at 969.

<sup>316</sup> See Dan L. Burk, *Anticircumvention Misuses*, 50 UCLA L. REV. 1095, 1110 (2003); see also, Jaszi, *Amicus*, supra note 300, at 6.

<sup>317</sup> See, EFF, *Amicus Curiae Brief of Electronic Frontier Found*

第十四期 從法律與經濟學的角度分析美國著作權法之  
科技保護措施及合理使用原則

拒絕的抗辯，若就本案適用利益平衡法，則吾人仍可發現，允許 SCC 繼續生產 SMARTEK 晶片將在不會危害 Lexmark 的著作物之市場價值的情況下，促進社會福利，也因此，SCC 利用墨水填充程式之行為，應被判定為合理使用。

欲適用利益平衡模式的第一個步驟，「法院法官需先認定原告是否能提出壓倒性之證據證明，其著作之現有或未來之市場價值將可能(因為被告之行為而)受到嚴重損害。<sup>318</sup> 在本案中，係爭著作是 Lexmark 安裝在墨水匣上之「墨水填充程式」- 作用在於充當印表機與印表機引擎程式間之介面，若不能與墨水匣或印表機相互作用，其本身並無任何獨立之用途。<sup>319</sup> 因此，即使如法院判定，<sup>320</sup> 此一墨水匣填充程式係一有著作權之著作，其作為著作物之市場價值也將因無獨立之功能而微乎其微。<sup>321</sup>

---

*ation in Support of Static Control Components, Inc*, at 2, at <  
[http://www.eff.org/Cases/Lexmark\\_v\\_Static\\_Controls/20030702\\_eff\\_amicus.pdf](http://www.eff.org/Cases/Lexmark_v_Static_Controls/20030702_eff_amicus.pdf)>.

<sup>318</sup> See Loren, *supra* note 215.

<sup>319</sup> 然而，法院採取 Lexmark 的說辭，判定該程式本身並非僅僅是一個密碼鎖，其亦為可估量墨水匣中剩餘墨水量之電腦程式。  
*See* Lexmark, 253 F. Supp. 2d at 950.

<sup>320</sup> 儘管該程式本身是否符合著作之性質仍有待商榷，*see* EFF, *supra* note 284, 為本文討論之目的，本文將暫時接受地院之判定，即該墨水填充程式係受著作權法及 DMCA 所保護之著作。  
*Id.*, at 969-70.

<sup>321</sup> SCC 抗辯：DMCA 所保護之標的應限於有獨立市場價值之著

再者，當地方法院判定，因墨水匣填充程式可以多種不同方式來表達，Lexmark 所採用之係爭特定程式即可被認定為有著作權之著作。然而，此一法院所認定之事實同時也表示，由於其可以不同的方式來表達，則市場上可能存在著許多代替品，也因而更削減了係爭程式的市場價值。總結來說，係爭著作之市場價值原本即不高，因此著作權人應很難提出「壓倒性之證據證明，其著作之現有或未來之市場價值將可能（因為被告之行為而）受到嚴重損害。」

儘管如此，法院在判斷適用合理使用原則的可能性時，仍判定 Lexmark 可能遭受嚴重之市場損失，其理由在於，「SCC 係在賺取商業利益的意圖下，逐字重製 Lexmark 之著作。」<sup>322</sup> 然而，此係不合邏輯的假設，因為如上所分析，係爭著作物是毫無市場價值可言的，而此一「不存在之價值」又如何會因逐字重製而被嚴重損害呢？因此，所稱之市場損害應來自於其他的可能性來源，亦即，墨水匣市場上的公平競爭。

在此種可能性之下，首先，所謂之「市場價值」已與墨水匣填充程式本身無關，而係指 Lexmark 在銷售安裝有係爭程式之墨水匣的營收。而所稱被 SCC 所享受之「商業利益」，則應被認為係 SCC 在墨水匣開放市場上之合理分享的部分。至於 Lexmark，由於其主要生產產品係為印表機及墨水匣，而非與其相互作用之電腦程式，因此，應不至於因為遭受公平競爭即從墨水匣市場中退出。只要 Lexmark 繼續生

---

作物。 *Id.*, at 969. 然而，法院認為此一抗辯沒有法律支持的基礎。法院指出，根據法律規定，DMCA 明禁止規避保護接觸「受著作權保護之著作物」科技保護措施，並未提及該著作物之市場價值。 *Id.*

<sup>322</sup> See *id.*, at 949.

第十四期 從法律與經濟學的角度分析美國著作權法之  
科技保護措施及合理使用原則

產印表機及墨水匣，則係爭著作物 — 墨水匣填充程式 - 將因其作為介面之功能而被繼續生產。依此結果，則在適用利益平衡模式之第二步驟時，吾人即可斷定，在墨水匣可能下滑之銷售額與係爭著作物之是否繼續生產之間，並無負面之關聯影響。<sup>323</sup>

利益平衡模式之第三步驟的重點為判定，若允許係爭利用行為繼續進行，對於公共利益的影響是更好或是更壞。<sup>324</sup> SCC 及其法院之友 ( amici ) 強調，若禁止 SCC 就墨水匣進行再填充製造，進而與 Lexmark 在墨水匣市場上公平競爭，其結果將在未來造成諸如危害環境及窒息市場競爭等對公共利益之損害。<sup>325</sup> 矽谷有毒廢棄物聯盟 ( Silicon Valley Toxics Coalition , 簡稱 SVTC ) 係一處理迅速成長之高

---

<sup>323</sup> 利益平衡之第二階段「要求著作權人證明，其著作之現有或未來之市場價值將可能（因為被告之行為而）受到損害，與其未來創作之生產間有密切的關係。」 See Loren, *supra* note 230.

<sup>324</sup> See Lunney, *supra* note 128, at 998-99. 在「公共利益要素」下，法院作出有利於 Lexmark 的認定。法院指出：「只有在維持著作權之保護，並進而防止他人剽竊著作權人之技術、創作力、及投資在保護著作上之資源的情況下，才符合公共利益之要求，此係自明之理。」 See Lexmark, 253 F.Supp.2d, at 972 (citing Apple Computer, Inc. v. Franklin Computer Corp., 714 F.2d 1240, 1254 (1983)) (emphasis added). 若本案係一傳統著作權法下之一般案件，則此一「自明之理」是毫無疑問的。然而，若適用於合理使用之案件，如前述之 DVD 案件，或適用於反規避之濫用的案件，如本案，則此「自明之理」即難以接受。

<sup>325</sup> See Lexmark, *supra* note 290, at 972-73.



科技有毒廢棄物問題的聯盟，<sup>326</sup> 該聯盟非常憂心的指出，若禁止 SCC 再填充製造 Lexmark 所生產之墨水匣，則勢必會有更多的墨水匣空盒被棄置於各個美國境內或境外的垃圾掩埋場。<sup>327</sup> 更有甚者，SVTC 預言，若 Lexmark 得以在本案中成功阻止其競爭者就其晶片進行還原工程以進行廢棄墨水匣之再填充，則其他製造商也將仿效 Lexmark 的模式，阻止他人再填充該廠牌用畢的墨水匣，其結果將對環境造成更大的危害。<sup>328</sup>

美國電腦與通信工業協會 ( Computer and Communications Industry Association, 簡稱 CCIA ) 也擔心，若法院判定 SCC 應就其規避 Lexmark 的介面規格控制機制負法律責任，即等於賦予 Lexmark 及類似製造商

---

<sup>326</sup> See SVTC, Amicus Curiae Brief of Silicon Valley Toxics Coalition in Support of Static Control Components, Inc, at 1, at <[http://www.eff.org/legal/Cases/Lexmark\\_v\\_Static\\_Controls/SVTC\\_SiliconValleyToxicsCoalition.pdf](http://www.eff.org/legal/Cases/Lexmark_v_Static_Controls/SVTC_SiliconValleyToxicsCoalition.pdf)> ( visited Jun. 23, 2005 ) .

<sup>327</sup> *Id.*, at 2. Lexmark 案之地方法院否決了此一陳述，並指出 Lexmark 本身即有一廣泛之回收再製造填充的計畫以保護環境。See Lexmark, *supra* note 290, at 972. 然而，根據 SVTC 的調查，目前 Lexmark 每年約生產 1,000 萬個新的墨水匣，而每年經回收再填充之用畢的墨水匣則約有 180 萬個，若沒有像 SCC 這樣的再製造商，則這 180 萬個用畢的墨水匣將被廢棄在垃圾掩埋場。*Id.*, at 5.

<sup>328</sup> *Id.*, at 2.

第十四期 從法律與經濟學的角度分析美國著作權法之  
科技保護措施及合理使用原則

決定誰的產品可與其產品上之軟體相互作用的權利。若此等具有決定權的製造商在某特定市場上享有極高的市場佔有率，如本案中之 Lexmark 之於印表機市場，其很有可能會利用其對市場控制的力量，加上前述對相互作用之產品的決定權，將其優勢地位擴及相連產品的市場，如本案中之墨水匣市場。<sup>329</sup> 此種橫向的壟斷行為將對消費者福利產生嚴重的負面影響。在產品壽命期限內沒有競爭對手的情況下，第一個發展出該產品的製造商將失去發展更新、更便宜的產品的誘因，<sup>330</sup> 就本案而言，購買 Lexmark 所生產之印表機的消費者對墨水匣的選擇性將被剝奪，在其印表機的產品壽命期間內，將被迫只能以被壟斷的價格向 Lexmark 購買墨水匣，除此之外，這些消費者也無法享受到只有在公開競爭之市場上才會有的對產品之不斷創新。<sup>331</sup>

根據上述理由，允許 SCC 繼續生產 SMARTEK 晶片以再填充用畢之 Lexmark 的墨水匣，並得以與之在墨水匣市場上競爭，社會大眾才會有更乾淨的環境，消費者也才會有更便宜、更多樣化的選擇，因此，整體而言，允許 SCC 繼續生產 SMARTEK 晶片將增進社會福祉。總結來說，在利益平衡模式三個步驟的衡量下，均得出有利於 SCC 的結果，因此，SCC 重製 Lexmark 之墨水填充程式的行為應被認定為合理使用。

---

<sup>329</sup> See CCIA, *Amicus*, *supra* note 300, at 3.

<sup>330</sup> See *id.*, at 3-4.

<sup>331</sup> See EFF, *Amicus*, *supra* note 304, at 2-3.

## 柒、結論

在著作權體系下，因為著作物具有公共財的性質，賦予著作權人專屬之排他權係為促進未來創作之必要的誘因。然而，過於廣泛的獨占權利反而會限縮創作者使用前人著作之範圍，進而阻礙新著作的誕生。因此，長期以來，著作權之合理使用原則一直是用以平衡公共利益，保障一般大眾防止著作獨占權過於擴張，以致於窒息著作權法定之真正目的：「增進科學及實用藝術之發展」的手段。若以經濟學的用語來說，則此一平衡後之結果，即係促進著作物之最適生產量，進而達成分配效率。

然而，在數位時代，因為接觸控制措施之幫助，加上 DMCA 反規避條款的背書，著作權人可以排除未付費之使用者接觸其著作。原本具有無敵對性及無排他性之著作物變得可以排他使用，致使著作權授權機制逐步取著作權合理使用原則之適用。如本文前面所介紹，部分深信合理使用之存在，係為矯正阻礙自願交易之過高的交易成本的經濟學者們提倡接觸控制措施之實行，因其可降低交易成本，進而矯正交易成本過高的市場失靈現象。然而，雖然接觸控制措施可矯正部分市場失靈，其仍無法矯正著作權市場上與生俱來的失靈現象，即著作權之無敵對性的公共財特質，也因此，應用市場失靈模式來分析著作權法體系及合理使用原則是無法獲得符合著作權本質之結論的。

除了有學者認為接觸控制措施可矯正市場失靈因而值得提倡外，尚有學者主張，因接觸控制措施可幫助著作權市場上價格制度之實施，故而值得鼓勵。著作權法賦予著作權人專屬之獨占權，而此等權利之執行將在著作權之市場上產生「無謂損失」，這些學者們相信，契約形式之價格歧視制度可將無謂損失轉換成對創作者之報償，同時可

第十四期 從法律與經濟學的角度分析美國著作權法之  
科技保護措施及合理使用原則

增進使用者接觸著作的機會，故將是最有效率之資源分配的方式。然事實上，價格歧視制度並無法增進使用者接觸著作之機會，因為其所降低的無謂損失代表的不只是轉移給創作者的獎勵，其亦代表者消費者剩餘的流失，使得消費者無法將其資源投入更多樣化的創作，進而減少新興著作的產生。因此，契約形式之價格歧視制度將無法促進傳統著作權法所能促進之具有多樣性之進步，其亦無法如傳統著作權法般廣泛的散布具有多樣性之創作，適用契約形式之價格歧視制度並無法達成著作權法之終極目標。

不論是市場失靈模式或推崇契約形式之價格歧視制度的效率最大化模式，均無法在著作權人所享有之獨占權利與使用者接觸著作之公共利益間取得平衡。由於此二種模式的不適用性，更證明了在數位時代，合理使用原則之存續對於著作權體系係相當重要的，因為其所扮演的角色，即係用以平衡著作權人之法定獨占權之重要手段。在著作權法體系中，合理使用原則一方面顧及著作權人對其著作應享有的控制權與獲得報酬的權利；另一方面，在社會公共利益所需之接觸與使用著作的考量下，合理使用原則亦使得著作權人在某些情況下，必須放棄其對著作之部分專屬權利。因此，合理使用原則之制定，應係根深蒂固的存在於著作權體系中，以達成促進科學與實用藝術的終極目的。

為朝向此一目標前進，利益平衡模式提供了一項實用的指導方針。其係以比較與選擇禁止係爭對著作物之利用方式所產生的價值，與允許該利用方式繼續存在所產生之價值的三個步驟，來判斷該特定利用著作物之方式是否可增進社會福利，若答案是肯定的，則此利用方式即應被認為係合理使用。因此，在數位時代，當接觸控制措施可強化著作權人限制使用者大眾接觸其著作之力量的同時，利益平衡模

式主張，合理使用原則亦應可作為違犯反規避條款之抗辯。因此，當著作權人無法提出壓倒性之證據證明，因為被告使用者規避接觸控制措施之行為，其著作之市場價值在現時或在未來的市場上已經或將受到嚴重的損害；或其無法確定該可能的營收減少與創作物之產量的減少間有密切的關聯；更重要的，若規避係爭接觸控制措施以接觸其所保護之著作的行為有助於社會福利之增進時，則此一規避保護著作之接觸控制措施的行為應被認定為合理使用而得以繼續進行。

為配合利益平衡模式之運作，本文建議，美國數位千禧年著作權法第一二 一條第 (a)(1)(A)目有關科技保護措施之規定應修正為如下：

「任何人，除非係為了合理使用之目的，均不得規避可有效控制接觸受本標題（標題十七 - 著作權法）保護之著作之科技保護措施。」

(No person shall circumvent a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title except for the purposes of fair use.)

現行之 DMCA 若不做修正，將阻礙著作物之最適創作量及最適利用方式，如此之修正才能將公平與合理帶進 DMCA 的規定中。科技保護措施之規定將被用來防止大量之盜版行為，但不會阻礙欲達成可增進社會福利之合理使用而為的規避科技保護措施的行為。也只有適用利益平衡模式，著作權人才能在維持著作權法之終極目標：促進科學及實用藝術的前提下，應用科技保護措施保護其數位著作。

## 參考文獻

### 書籍

胡心蘭，論科技發展對合理使用與著作權限制之影響，中原大學財經法律研究所碩士論文（2001）。

Robert Cooter & Thomas Ulen, *Law and Economic* (3d ed. 2000).

Jeffery L. Harrison, *Law and Economics* (2d ed. 2000).

### 期刊

章忠信，美國一九九八年數位化千禧年著作權法案簡介，萬國法律，第十七期，頁 25-42（1999）。

劉詠萱，美國「1998 數位千禧年著作權法案」淺析，資訊法務透析，第十一卷第七期，頁 38-42（1999）。

Tom W. Bell, *Fair use v. Fared Use: The Impact of Automated Rights Management on Copyright's Fair Use Doctrine*, 76 N.C. L. REV. 585 (1998).

Yochai Benkler, *Intellectual Property and the Organization of Information Production*, 22 INT'L REV. L. & ECON. 82 (2002).

James Boyle, *Cruel, Mean, or Lavish? Economic Analysis, Price Discrimination and Digital Intellectual Property*, 53 VAND. L. REV. 2007 (2000).

Julie E. Cohen, *Copyright and the perfect Curve*, 53 VAND. L. REV. 1799 (2000).

Niva Elkin-Koren, *Copyright Policy and the limits of freedom of contract*, 12 BERKELEY TECH. L. J. 93 (1997).

William W. Fisher , *Reconstructing Fair Use Doctrine*, 101 HARV. L. REV. 1659 (1988).

William W. Fisher, *Property and Contract on the internet*, 73 CHI-KENT L. REV. 1203 (1998).

Wendy J. Gordon, *Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and Its Predecessors*, 82 COLUM. L. REV. 1600 (1989).

Wendy J. Gordon, *Intellectual Property as Price Decimation: Implications for Contract*, 73 CHI-KENT. L. REV. 1367 (1998).

Melissa A. Kern, Note, *Paradigm Shifts and Access Controls: An Economic Analysis of the Anticircumvention Provisions of the Digital Millennium Copyright Act*, 35 U. MICH. J.L. REFORM 891 (2002).

Robert A. Kreiss, *Accessibility and Commercialization in Copyright Theory*, 43 UCLA L. REV. 1 (1995).

William M. Landes & Richard A. Posner, *An Economic Analysis of Copyright Law*, 18 J. LEGAL STUD. 325 (1989).

Mark A. Lemley, *The Economics of Improvement in Intellectual Property Law*, 75 TEX. L. REV. 989 (1998).

Lydia Pallas Loren, *Redefining the Market Failure Approach to Fair Use in An Era of Copyright Permission Systems*, 5 J. INTELL. PROP. L. 1 (1997).

Glynn S. Lunney, Jr., *Reexamining Copyright's Incentives-Access Paradigm*, 49 VAND. L. REV. 483 (1996).

Glynn S. Lunney, Jr., *Fair Use and Market Failure: Sony Revisited*, 82 B.U. L. REV. 975 (2002).

Pamela Samuelson, *Intellectual Property and the Digital Economy: Why the Anti-Circumvention Regulations Need to Be Revised*, 14 BERKELEY TECH. L. J. 519 (1999).

第十四期 從法律與經濟學的角度分析美國著作權法之  
科技保護措施及合理使用原則

**其他**

AmosWEB ECONOMIC, *GLOSS arama* at <<http://www.amosweb.com/gls/>>.

CCCI, *Brief Amicus Curiae of Computer and Communications Industry Association*, at <[http://www.eff.org/Cases/Lexmark\\_v\\_Static\\_Controls/20030213-CCIAamicus.pdf](http://www.eff.org/Cases/Lexmark_v_Static_Controls/20030213-CCIAamicus.pdf)>.

EFF *Reply comments to Copyright Office – on DMCA Anti-circumvention Provisions*, at <[http://www.eff.org/IP//DMCA/20000217\\_eff\\_dmca\\_comments.html](http://www.eff.org/IP//DMCA/20000217_eff_dmca_comments.html)>.

EFF, *DMCA 1201 Rule-Making - EFF Comments*, at <[http://www.eff.org/IP//DMCA/20021218\\_EFFPKcomments.pdf](http://www.eff.org/IP//DMCA/20021218_EFFPKcomments.pdf)>.

Jon A. Baumgarten, William M. Hart, and Eric J. German, *Digital Millennium Copyright Act Details of internet Ownership Rights*; Law News Network. Com, Nov. 12, 1999; at <<http://www.lawnewsnetwork.com/practice/techlaw/papers/lawfirm/A9495-1999Nov12.htm>>.

Peter Jaszi, *Brief Amicus Curiae of Law Professor*, at <[http://jurist.law.pitt.edu/amicus/lexmark\\_v\\_static\\_control.html](http://jurist.law.pitt.edu/amicus/lexmark_v_static_control.html)>.



## 摘 要

在著作權體系下，因為著作物具有公共財的性質，賦予著作權人專屬之排他權係為促進未來創作之必要的誘因。然而，過於廣泛的獨占權利反而會限縮創作者使用前人著作之範圍，進而阻礙新著作的誕生。因此，長期以來，著作權之合理使用原則一直是用以平衡公共利益，增進科學及實用藝術之發展的手段。若以經濟學的用語來說，則此一平衡後之結果，即係促進著作物之最適生產量，進而達成分配效率。

然而，在數位時代，因為接觸控制措施之幫助，加上DMCA反規避條款的背書，著作權人可以排除未付費之使用者接觸其著作。原本具有無敵對性及無排他性之著作物變得可以排他使用，致使著作權授權機制逐步取代著作權合理使用原則之適用。本文之目的，即在以法律經濟學之分析方式，探討合理使用原則在數位時代續存之正當性。

由本文之分析可知，不論是市場失靈模式或推崇契約形式之價格歧視制度的效率最大化模式，均無法在著作權人所享有之獨占權利與使用者接觸著作之公共利益間取得平衡。而利益平衡模式則提供了一項實用的指導方針，並主張即使在數位時代，合理使用原則亦應可作為違犯反規避條款之抗辯。因此，為配合利益平衡模式之運作，本文建議，美國數位千禧年著作權法第一二 一條第(a)(1)(A)目有關科技保護措施之規定應修正為如下：

任何人，除非係為了合理使用之目的，均不得規避可有效控制接觸受本標題（標題十七 - 著作權法）保護之著作之科技保護措施。

第十四期 從法律與經濟學的角度分析美國著作權法之  
科技保護措施及合理使用原則

## **An Economic Analysis of Access Control Measures and Fair Use Doctrine**

**Yueh-Hsun Tsai Hsin-Lan Hu**

### **Abstract**

Under the current Copyright laws, empowering the copyright owners with exclusive rights is a necessary incentive for their further creation, because copyright works share the same characteristic as public goods. However, expansive monopolies for copyright owners will eventually hinder the creation of new works by limiting future creators' use of earlier works. Thus, for a long period of time, the fair use doctrine serves as an important law to balance and to protect the public from the copyright monopoly becoming so expansive that it stifles the very goal of the Copyright Law --- to promote the process of science and useful art. This balanced result, in the language of economic, promotes optimal production, and thus allocate efficiency, of copyrighted works.

Nevertheless, in the digital era, with the help of access control measures and the endorsement of the anti-circumvention provisions under the DMCA (Digital Millennium Copyright Act of 1998), copyright owners can exclude non-payers to access their works. Consequently, once non-rival and non-exclusive copyrighted works now become rivaled and exclusive. Furthermore, pay-per-use based licensing mechanism has gradually replaced the once fundamental fair use doctrine. The purpose of this article is to explore the realism of the fair use doctrine in the digital era

through of the approach of law and economic analysis.

This article argues, the fair use doctrine can not be eliminated because it serves as an important “quid” to balance the “quo” of copyright’s statutory monopoly. This article further argues, neither the market failure approach nor the proposal of contractual price discrimination scheme to reduce “deadweight loss”, can provide a applicable resolution to maintain the balance between copyright owners’ monopoly power and the public users’ interest of accessing copyrighted works. However, the balance approach provides more clear and practical guidelines to reach such balance. Accordingly, this article recommends, to consist with the balance approach, section 1201(a)(1)(A) of the DMCA should be modified as follows:

“No person shall circumvent a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title except for the purposes of fair use.”

Key Words: Digital Millennium Copyright Act of 1998, Fair use doctrine, Access control measures, Anti-circumvention provision, Law and economics.