

著作權法合理使用的本質 —從法律經濟分析觀點與傳統案例解讀

王石杰*

目次

- 壹、前言-價值
- 貳、剖析合理使用的意義
 - 一、美國法院相關案例
 - 二、台灣法院相關案例
- 參、傳統合理使用見解的困境
 - 一、合理使用概念較財產權限制的抽象性更高
 - 二、合理使用欲具體化的問題—以定義「精華」為例
- 肆、法律經濟學上的合理使用
 - 一、DMCA 對著作權合理使用的衝擊
 - 二、著作權本質的兩大經濟學課題
 - 三、法律經濟學者對合理使用的回應
- 伍、結論—從另一個角度出發
 - 一、外部性並不是問題的根本
 - 二、民事訴訟法上的效率問題

關鍵字：合理使用、法律經濟學、DMCA、舉證責任、公共財

投稿日期：九十五年三月十五日；接受刊登日期：九十五年四月二十四日

*中原大學財經法律學系法學士，中原大學心理學系理學士；現為清華大學科技法律研究所研究生。本文感謝蕭雄淋律師、嚴裕欽律師與二位匿名審查教授指導，惟文責部分仍由作者自負。

壹、前言—價值

概念與價值的先驗決定了文章的軸線。法律學的思維納入自然科學的思維源自於科學哲學的引領，自然科學的學者亦步亦趨的進入法學界，對傳統學派的固守，其自然有一套延自科學學習的內心建構。然而，科學思想的本身就存在原因與結果間的先驗矛盾。因此，任何的對既存價值的檢視都是有意義的。有實務者謂，形而上的思考脫離了實務的價值，此言或許無誤。但這篇文章的價值在於筆者從根本上對著作財產權的存在提出問號，也就是合理使用的真正意涵。筆者亦從流行工具（法律經濟分析）的派門來檢視這樣的價值，看著作財產權在經濟學而非傳統法學檢視下是否仍能自圓其說。任何的價值在任何的時空下都有重新審察的必要，而這一切都是對人自身產物的反思；更進一步的，薩依德（Edward W. Said）主張的人文主義才能真正的在任何文章的精神中反映，而不是一味的落入後殖民主義的，非東方主義的，西方價值與自然科學價值。

貳、剖析合理使用的意義

對著作財產權的態樣會因為時代的變遷¹或制度²的不同而有新的態樣產生。時代的變遷伴隨著技術的進展，在技術層面的應用規範是可以透過不斷的修正與立法來配合，而這樣的處理也有其自身的合理性，紀登斯認為：「……我們的世界從一個「簡單的現代性（Simple modernization）」，進入了所謂的「反身性現代化（reflexive modernization）」，也就是我們的生活環境日益成為我們自己行動的產物；我們的行動也反過來越來越著重於應付我們自己所造成的風險和機遇³……」。但是在處理某些議題時，人類的基礎觀念仍然會根深蒂固的留存在思想或行為中，心理學家稱為人的內心建構（construct）⁴。

¹ 如澳洲著作權法的「傳輸權（Transmission Right）」，取代現有著作權法中之傳播（diffusion）及無線廣播（wireless broadcasting）；日本著作權法第 23 條第 1 項創設「對公眾提供權」（送信可能化）；益思科技法律事務所，數位科技對著作權授權契約及合理使用範圍之影響之研究，經濟部智財局研究報告，頁 49-50 (2000)。

² 如美國著作鄰接權的概念，或英國法上稱的企業家著作（entrepreneurial works）而在我國則為獨立之著作類型（錄音著作亦為一例）；范建得等合著，晶片系統產業科技法律—著作權（暨鄰接權），即將出版。

³ Christopher Pierson 著（尹弘毅譯），現代性—紀登斯訪談錄，頁 73，聯經出版，初版（2002）。

⁴ 美國行為學派學者 Skinner 認為，人的行為是透過一系列的古典制約與操作制約所產生行為的建立，雖然其理論有瑕疵，然而晚近的社會心理學或發展心理學均認為個體自身與社會環境的交互作用影響需要相當長的時間才會改變，這樣例子比如是從紙本的閱讀習慣演進到數位閱讀、傳統紙鈔使用到塑膠信用卡。而整體的概念主要是側重在實體與非實體的交換過程。

這樣的現象同樣反應在各國著作權法上合理使用議題。從參考文獻可以看出學者對合理使用的定義與見解⁵：著作權人以外之人，對於著作權人依法享有之專有權利，縱使未經著作權人同意或授權，仍得在合理範圍內，以合理方法，自由、無償加以利用之主張⁶。

合理使用是指他人得於未經著作權人之同意之情況下，就著作人依據著作權法規定、對於其著作所享有的專有權利（即著作權），以合理方式加以利用，抑且並不構成侵害著作權的一種著作權法上的特權（*privilege*）⁷。任何人為個人學習、研究、評論、批評，或新聞摘述利用之目的而自任何著作中為合理交易（*fair dealing*）⁸。

延伸至今日，美國著作權法第一〇七條、我國著作權法第六十五條與其他各國不論是利用成文法制訂或是法官造法的判例依循均正當化了合理使用的地位，使合理使用的問題遂進入範圍與判定的界定；即是如何判斷何種行為構成合理的使用，何種行為不構成合理使用。而筆者也簡單的將一些案例予簡述，並且說明案例中呈現的合理使用議題。

⁵ 黃怡騰，著作之合理使用案例介紹，頁 17、19，經濟部智慧財產局（1999）。

⁶ See Marshall Leaffer, *Understanding Copyright Law* 293-94 (1989).

⁷ “Fair use may be defined as a privilege in others than the owner of a copyright to use the copyrighted material in a reasonable manner without his consent, notwithstanding the monopoly granted to owner by the copyright”; See HORACE G. BALL, *THE LAW OF COPYRIGHT AND LITERARY PROPERTY* 260 (1944).

⁸ 英國 1911 年所制定著作權法第 2 條第 1 項第 i 款；馮震宇，智慧財產權發展趨勢與重要問題研究，頁 160，元照出版，初版（2004）。

一、美國法院相關案例

(一) Sony v. Universal Studios, Inc. 案⁹

本案被告 Sony 公司所製造並販售的家用錄放影機，可以供消費者自行在家錄製電視頻道所播放的電視節目及影片，而原告環球影城電影公司、華德迪士尼電影公司等聯手控告 Sony 公司侵害著作權。原告主要認為該等錄影機之購買者在家未經權利人授權所為的大量錄製行為，侵害其著作權，因而指控 Sony 公司及販售錄放影機的經銷商構成輔助侵害（contributory infringement）¹⁰。

整體而言，最高法院與一審法院採取相同的見解，也就是「利用人在家中所從事之錄製行為，雖然將電視節目錄製下來，但其目的乃是希望於稍後有空時再看的時間移轉（time-shifting）行為，既不是為了轉播的目的，也不具有商業性質，此種利用並不會對原告的權益發生損害」。故從合理使用原則發展過程中，Sony 案揭示的是「合理使用可以適用到新興的科技產品中，也奠定合理使用具有平衡著作權人與著作利用人的重要功能」¹¹。

然而，從案件發展的角度來觀察現象的呈現，所能得到解釋是可以作為論述推論的內容，是從胡塞爾（Edmund Husserl）以降的現象學派所認可的觀點¹²。我們也應該從這點出發注意到：由於原告受到

⁹ Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984).

¹⁰ 參閱馮震宇，前揭註 8，頁 166。

¹¹ 參閱馮震宇，前揭註 8，頁 168。

¹² 由於自然科學的世界以 17 世紀以降影響學術界甚深，整個強調量化、客觀、真實世界的自然科學哲學觀亦無形的反應在法學論述中，換句話說，對現象本質的探討不會放在法學推論中是一種符合客觀世界的期待。而現象學

最高法院的不利判決，是故轉向國會尋求立法機構的保障。由於整個VCR消費者市場已佔有一席之地，國會並有準備好對這一廣大使用者的市場提出對應法案，也使得環球影城電影公司等多家電影公司歷經八年的遊說宣告失敗¹³。對這個現象可以進一步的指出，當市場佔有比例甚大，或已經習慣化（Habituation）至大眾日常生活中時，對科技措施的限制通常會被合理使用阻卻。

（二）Harper & Row v. Nation Enterprises 案¹⁴

本案原告即出版商 Harper & Row Publisher 與時代週刊雜誌洽談其授權的「首家連載權利（first serial rights）」之際，被告國家雜誌公司的編輯經由其他管道獲得福特總統回憶錄的原稿，在閱畢二十萬字左右的手稿內容，以著作者自己的文筆用語，作成一篇「福特總統的回憶錄：赦免尼克森的來龍去脈」（The Ford's Memories: Behind The Nixon Pardon）文長二千二百餘字的專稿。並且在第一審法院比對認

派的理論可以合理化「意識流具備了對於其對象與外在世界發生主動架構與意義的主體性存在」，而這樣的理論建立也代表法學的論述中「現象與意識成爲看待世界，以及世界的意義之所以產生的主要原因」得以被正當化。

¹³ “Immediately after their loss in the Supreme Court, the plaintiffs lobbied Congress to pass legislation that would protect them from the effects of home copying. However, in the eight years that had passed since the suit was initially filed, the use of home recording devices had become sufficiently widespread that Congress was not prepared to take any actions to the detriment of the significant population of VCR owners. Instead, Congress imposed a small statutory royalty on the sale of blank videotapes, and the film industry retreated from its efforts”; PAUL GOLDSTEIN, COPYRIGHT’S HIGHWAY: FROM GUTENBERG TO THE CELESTIAL JUKEBOX (2003).

¹⁴ Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539 (1985).

定，被告直接自福特總統手稿中摘取的文字共有三百字，作為報導的一部分。而美國聯邦法院在該案所作的見解認為，「由於被告所利用原告著作手稿的部分，俱屬原著作品中，最有趣亦最為感人的部分，實質上此一部分乃原告手稿中之『精華』部分（the heart of the book），故不得構成合理使用」¹⁵。而實際上，更重要的一個部分在於，利用對象因為具有「尚未公開發表著作」之性質¹⁶。也因此，在本案揭示了「被利用著作屬於尚未出版或公開發表作品之性質」對法院認定合理使用的參考要素。

由於本案被告在主張合理使用上被最高法院否決，因而，被告亦主張對憲法第一修正案享有其言論自由權利而可以對抗著作權的侵害。故在法院的討論，遂有另一項揭示原則：由於著作權是保護表達而非概念的作為，是故符合憲法第一修正案的價值，故被告不得主張憲法第一修正案作為著作權侵害的免責抗辯¹⁷。換句話說，整個著作權合理使用的架構是在整個著作權體系下的價值而非凌駕著作權體系本身；對著作權的保護體系（著作權法）至少至目前為止是完備的，

¹⁵ 參閱黃怡騰，前揭註 5，頁 190。

¹⁶ The court reasoned that the unpublished nature of a work is a key, though not necessarily determinative, factor tending to negate a defense of fair use. “Under ordinary circumstances, the author’s right to control the first public appearance of his undissemated expression will outweigh a claim of fair use”; No. In a 6-3 opinion delivered by Justice Sandra Day O’Connor.

¹⁷ “The copyright act provides the proper balance between protected expression and unprotected ideas, consistent with the values and mandates of the First Amendment, The Nation did not have a First Amendment defense to copyright infringement”: Shubha Ghosh, Analyzing fair use and the First Amendment on the Internet, <http://www.gigalaw.com> (2005/11/26, 造訪)。

而不需要到憲法的位階來處理著作權侵害的問題。也因此，合理使用應該要在任何侵害著作權相關權能情況下都有檢視之餘。

（三）Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc. 案

此案中，被告是美國著名饒舌樂團（2 Live Crew）的成員，由於樂團風格的問題¹⁸而在向 Acuff-Rose Music 唱片公司請求授權 Oh Pretty Woman 一曲予以改編時，遭到了唱片公司的拒絕。在未獲授權的情況下該樂團將副歌部分照抄，而其他部分則改編為具有嘲諷意味的 Pretty Women，遂原告乃控告被告侵害著作權。整個案件在美國紐約聯邦地方法院法官 Pierre N. Leval 根據其見解對合理使用的抗辯加入「是否經過轉化（transformation），具轉化至何種程度」的判斷標準¹⁹。也因此，美國著作權法第一〇七條的第一個要件區分為二階段判斷原則，首先是被告轉化的程式；其次則是被告所為之行爲係爲營利或非營利加以考慮。

同樣應該注意的不只是條文被法院作如何拆解的問題，而是在這個二階段判斷原則的背後，法院認爲具有轉化性質的著作（Transformative works）更能夠推動科學與藝術的進步。而接續聯邦最高法院採行轉化作爲判斷合理使用的基礎，另一個案例 *Annie Leibovitz v. Paramount Pictures Corp.* 中，法院認爲縱使利用行爲是一種純粹爲商業，如果將原著作予以轉化，賦予新的表達、新的意涵或訊息，則可以成立合理使用。

¹⁸ 2 Live Crew 的 Rap 曲風帶有性與暴力的色彩。

¹⁹ 參閱馮震宇，前揭註 8，頁 171。

二、台灣法院相關案例

台灣著作權法的歷史並不是這個部分所要交代的²⁰，然而法律條文的變動自中美談判後大幅修正亦是不爭事實。自一九八五年十月開始舉行之中美談判，迄一九八九年七月草簽「中美著作權保護協定」²¹，爾後修法、談判次數族繁不及備載。其次，又因應世界貿易組織協定「與貿易有關之智慧財產權協定（TRIPS）」，以期符合加入世貿組織所應具備的全球化基礎而作一系列會員國應遵守之最低保護標準與公約²²。因此，在著作權法的條文內具有多樣性社會因素的縮影，自無異議。

而在談我國著作權法合理使用議題之前，不得不對時代的背景與學科的本身進行一個前置性要件的談討，我稱之為「文本前的詮釋」。在前段所提的「著作權法的條文內具有多樣性社會因素的縮影」，其所表現的例子，在合理使用上所呈現的即是在條文中第四十四條以下各項條文列舉對著作財產權之限制係接近於德日立法例²³；而本法第六十五條合理使用判斷標準則來自於美國法之氛圍²⁴。

²⁰ 有興趣者，可參閱羅明通，著作權法論，頁 43-88，台英國際商務法律事務所，三版（2000）。

²¹ 參閱羅明通，前揭註 20，頁 51。

²² 參閱羅明通，前揭註 20，頁 69。

²³ 參閱馮震宇，前揭註 8，頁 159。

²⁴ 參閱范建得等合著，前揭註 2，頁 13。

對於站在比較法觀點出發的學者而言，要決定什麼法律乃是可以移轉的是相當困難的²⁵；而這類的比較法學者或存疑論者甚至提出了，法律不可攜性的規律²⁶。這對於要強化繼受法的正當性與合理性是受到挑戰的，更進一步而言，在適用傳統法學方法論來賦予法體系解釋時，會有背於體系之情勢，而產生不適用之虞。

換句話說，對於美國著作權相關判決介紹文獻可謂森然羅列，自不在話下²⁷；亦或對討論歐陸法系以至於日韓著作權亦不乏專文。然而反諸國內對著作權合理使用之判決成立者或給予建議者，如「著作權法合理使用挑戰」文中所載：「……主張合理使用的成功率在美國和台灣有極大的差距……²⁸」，這對於前述比較法學者所言的「法之不可攜性的規律」是否大大呼應，自然言之過早；但是，至少地域性觀念與法體制差異這兩者對立法者在處理「合理使用相關議題」的心態反抗，從上段所主張的現象論方法（phenomenological）而言是可以被接受的；當然，若從塗爾幹的「實證主義（positivist）」方法尚有爭議²⁹。不過至少，地域性觀念與法體制差異這兩者對立法者在處理「合理使用相關議題」的心態反抗，主張有了可資為憑的依據是不容置疑的。而接下來的判決可以發現，縱使是基於一九九八年立法意旨明文採取

²⁵ Bernhard Grobfeld 著（姚建宗譯），*Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung*，頁 114，北京清華大學出版社，二版（2003）。

²⁶ 參閱 Bernhard Grobfeld 著（姚建宗譯），前揭註 25，頁 113。

²⁷ 孫遠釗，美國智慧財產權法最新發展為評析（2000—2003），政大智慧財產評論，第一卷第一期，頁 143-214（2003）。

²⁸ 參閱馮震宇，前揭註 8，頁 177。

²⁹ 這個部分如果用塗爾幹在社會學方法論一書中就「關於考察證據的條例」中所提及的「共變方法」或許尚有可資解釋之途，尚待有心人士之專文處理。

美國著作權法第一〇七條的四個原則而引用的我國著作權法第六十五條，並且在比對上有近似於美國法案例上的情況，法院處理與認識上仍有差異於美國法院的見解存在。而這些差異背後所代表的意義將會在「傳統合理使用的困境」一段中說明。

同時爲了配合並且突顯台灣在著作權合理使用概念上與美國法之區分，因此在援引相關判決時，採用比對的方式來進行美國法與台灣判決的解讀，因此，雖有出現較早期判決之援引情況，但爲達成比對之效果，故仍得作爲參考。

(一)「在家重製錄影帶」案³⁰—相近於 Sony 案

案件被告將租借之布袋戲錄影帶，擅自予以重製，以供其閒暇觀賞用，而生損害於告訴人之著作財產權，因此，台灣彰化地方法院檢察署核發之搜索票當場查獲其重製的錄影帶四卷。而法院在認定時，採取著作權法第五十一條之規定³¹予以判斷，並且在偵查與原審法院審理的當事人證詞佐證被告僅爲利用閒暇時觀賞使用，並無營利之意³²。進而第二審法院將原審法院判決撤銷，並改爲被告無罪判決。

該案與美國法院審理的 *Sony* 案具有相當的雷同性，即行爲人若係爲了將某一時段播出的著作，以「移時錄影行爲 (time-shifting video taping)」加以側錄，提供另一便利之時段觀賞，此種行爲，倘若並無營利之目的，且提供錄影的著作又爲合法取得，則此種情形可以認爲該側錄行爲，非屬侵害。

³⁰ 台灣彰化地方法院八十八年度易字第二六〇號刑事判決。

³¹ 供個人或家庭爲非營利之目的，在合理範圍內，得利用圖書館及非供公眾使用之機器重製已公開發表之著作。

³² 台灣高等法院台中分院八十八年度上易字第二五二二號刑事判決。

本案法院適用之著作權法時機為一九九九年(民國八十八年),而此時已屆一九九二年將第一〇七條四原則移植時點,並且也逾一九九八年,明確將合理使用的範圍擴大到其他類型。然而,法院卻仍然採用「限制著作財產權」的規定,即著作權法第五十一條「非營利目的之重製」而非第六十五條第二項。這樣的情形可以強化了「非營利目的」在合理使用上的地位,因為按刑事案件在認定上,法院會採取「法定構成要件」來拆解法條規定;而在實際上「供個人或家庭為非營利之目的」是構成法定構成要件該當的重點單一因素。相對於學者在處理民事責任上的合理使用所認為的:「……法院對個案利用行為構成合理使用與否作最終之結論性判斷時,仍須依據「整體衡量」原則,綜合四項……」³³或「……第四項判斷標準「利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響」一舉成為合理使用最重要的判斷原則……」³⁴都形成了在同一時點下不同的判斷基準。因此,對我國而言,著作權法第六十五條的「合理使用概念」會被德日所主張的「財產權限制」邏輯範圍瓜分,在這個案件中不難看出。

(二)「鐵道歲月經典」案³⁵—相近於 Harper 案

此案中,被告參與「鐵道歲月經典」一書之編排,而該書亦由另二名共同著作人合作完成,在未經共同著作人同意情況下,在聯合報刊登文章「蒸氣火車 CK 一〇一復活»,並將「鐵道歲月經典」之部分文字稍加修飾而於實質上引用,而由原著作人提出侵害重製權,向臺北地檢署提出告訴。而整個案件,台灣臺北地方法院檢察署認為「蒸

³³ 參閱黃怡騰,前揭註 5,頁 53。

³⁴ 參閱馮震宇,前揭註 8,頁 176。

³⁵ 台灣臺北地方法院檢察署八十八年度偵字第六四一五號起訴書。

氣火車 CK 一〇一復活，乙文約有六千餘字，而引用告訴人之內容僅有三百多字，所占整個著作之比例甚低」並據此認定被告之利用為合理使用。

事實上本案對文字著作之合理使用認定態度被學者認為，應該就利用之部分，其在被引用之著作中所佔有之價值或重要性，是比較周全的方式³⁶。這樣的看法和先前介紹的美國法判決先例 Harper 案中的法院見解是一氣相通的。美國法院認為「由於被告所利用原告著作手稿的部分，俱屬原著作品中，最有趣亦最為感人的部分，實質上此一部份乃原告手稿中之『精華』部分 (the hart of the book)，故不得構成合理使用」。而在其他學者的見解中亦可以看到這種思維的展現：「……本條第三款所稱若利用人利用他人之著作如係全部著作之精華所在，較不易主張合理使用，如利用之著作為不重要之部分，較易主張合理使用……」³⁷。而在實際上的案件中，法院亦認為：「……所謂「合理使用」內，除與利用之量有關外，尚須審究利用之質……」³⁸。甚至早在前一年的「殷宗文照片」案³⁹，法院就「徹底」依照著作權法第六十五條的規定進行判斷，在「利用程度之判斷，利用之數量與利用行為之重要性」上計算「面積比例對照比較」。「……殷宗文照片的面積，僅占當日中央日報全部版面面積比例之萬分之三·〇七五……」。因此，合理使用原則的「質與量」，即著作權法六十五條第二項的第三原則亦被台灣法院充分的使用，是可以成立的論理。

³⁶ 參閱黃怡騰，前揭註 5，頁 175。

³⁷ 蕭雄淋，著作權法論，頁 247，五南圖書，增訂二版（2004）。

³⁸ 台灣最高法院八十四年臺上字第四一九號判決。

³⁹ 台灣高等法院八十三年度上更（一）字第七八八號刑事判決。

參、傳統合理使用見解的困境

這裡要處理的問題，並不是整個世界（all around the world）上對合理使用困境的提出，實際上也不可能對合理使用的困境提出一個滿意回答，由於文字作品是由文字所創造，而語言會消失在語言進行敘述之中，就如同形式在內容出現時失去蹤影一般；而這樣的說明亦是等一下從法律經濟學角度進行論述時一樣會碰到的問題，也就是：「……語言與書寫之間的消長情境是無法鎖定的，在消長之，書寫留下了語言消失現象的痕跡……」⁴⁰。

而這樣的論述消失並不會因為採取的法律經濟分析的經濟學或數學方式就能改變。然而我們要提出傳統合理使用見解的困境（不論是台灣地區或筆者僅知的美國地區）是為了符合一種價值的呈現，即「偏好」，也就是傳統合理使用的見解被破解的情況（A）與法律經濟學（B）的理論破洞比較。若我們假設 $A > B$ 即：

傳統合理使用見解被破解 > 法律經濟學的潛在可能性的話，在訴訟策略上就應該採用法律經濟學的方式，將法院與對方限縮在某些理論架構的方法論下，進一步使對方與法院與自己本身的「三角形架構」受到民事訴訟法第四六八⁴¹條規定的拘束，而形成有利於己方的判決。換句話說，在法院（尤其是台灣法院）混用著作權限制與合理使

⁴⁰ Jacques Derrida 著（張正平譯），他者的單語主義-起源的異肢，頁 7，商務出版，初版（2000）。

⁴¹ 民事訴訟法第 468 條：「判決不適用法規或適用不當者，為違背法令」。

用二種概念進入著作權法體系中時，促使法院不論是在選擇四十四條到六十三條或是第六十五條時都能朝向己方有利之觀念採用⁴²。

一、合理使用概念較財產權限制的抽象性更高

這裡所指的合理使用概念是指傳統美國法體系下的合理使用。由於 17 U.S.C. 下並沒有所謂德、日等國著作財產權限制的影子，同時在美國國會立法時也曾經說明：「……肯認既存於現行司法實務上之合理使用法理與原則，惟並無意將此一法理原則，凍結在實定法的條文規定文內，特別是處在當前科技快速變遷中的時代。故本條除以相當多的法條文字，說明合理使用為何物，並舉出一些判斷合理使用的標準之外，法院尚須對於所受理的案件，於個案分析的基礎上，不受拘束地適用此一法理原則。第一〇七條的規定，其目的係為重申現行習慣法上既存的「合理使用原則」而已，並非有意對於該項原則，以任何方式加以改變、限縮或擴大……」⁴³。

在這樣的情況下，美國法院透過對單一抽象合理使用概念進行實體化與案件化，並不會受到其它概念的影響，同時在處理包容性上也較採取「著作財產權限制」為方便，換句話說，對各議題採用合理使

⁴² 例如若對方主張第 65 條第 2 項各款事實進行判斷而有構成判決不適用法規或適用不當之際，己方反擊方式應可以利用對方所提之論理依據之反依據進行減弱。而比較者即是「當對方使用傳統反合理使用之判決而已方採用反依據的可能性」，「對方限縮至法律經濟學理論架構下的相關方法論」二者間，對己方有利之情況，而為決定的訴訟方法。

⁴³ H.R. Rep. No. 1476, 94th Cong., 2d Sess. 66 (1976). See also HOWARD B. ABRAMS, THE LAW OF COPYRIGHT 10-15 (1991).

用並不會受到既定的「著作財產權限制規則」影響，進而有效率的進行程序。當然要處理的是如何論證合理使用的處理包容性較「著作財產權限制」為廣泛與方便，可以從「以規則來論證」的法實證主義者的觀點說明。

由於規範判斷與評價判斷之間存有裂縫，因此，對規則是否有效的證立，與對規則內容的證立，兩個證立彼此相互獨立，也就是由於有內容獨立性的特性，因此證立一個規則的理據，可用以證立內容上完全相反的兩個規則。則此時「著作財產權限制規則」與「規則內容」就產生了欲待解決的規則證立問題。而且，規則論據的非傳遞性（規則本身有效之論據對於規則內容論證的非傳遞性），雖然提出「以規則來論證」的學者 Raz 並未討論，當規則內容嚴重缺少論據支持時，是否會逆向產生否定規則本身有效之作用，或可稱之為「否定論據之逆向傳遞性」⁴⁴。在法院採取這樣的作法時就會碰到「拿石頭砸自己腳」的問題。

更清楚一點的說，法院在複雜體系的混合下，若採取了傳統合理使用（即美國的合理使用概念與德日立法例的著作財產權限制）作為訴訟上的戰場，將會使法院陷入無法處理的大染缸中。因為，當事人得以舉出同為所謂大陸法系思維的法邏輯反證時，法院便肩負起處理的責任，還要再分心處理當事人採用美國法體系下的合理使用概念。若法院未在論理中採取價值決定或回應，不但不符合訴訟法體系下「法

⁴⁴ 顏厥安，論證、客觀性與融貫性，月旦法學，第六十四期，頁 42（2000）。

院行使闡明權的問題」⁴⁵，更在後面的程序進行中，面臨「判決違背法令」⁴⁶而上訴法院可能發回更審的風險。

二、合理使用欲具體化的問題—以定義「精華」為例

同樣的不只是在法理學上會有問題，縱使不是在法律界中，問題仍然會牽涉到其它學科的認同問題，而這樣的歧見仍得為論理的工具。實際上，以前段所提到的 Harper 案、鐵道歲月經典等，提出對「文字比重」的相同觀點，卻在判斷上採取相反的見解，這種解釋的合理化，可以從以下的一段話展現：「……文學同其他人文領域有一明顯不同處，那就是研究的對象必得早已為某些人（或機制）認可為有價值的作品……」⁴⁷。白話文解釋可謂，誰才有資格談文學，或者在上述的案例中，誰才有資格決定什麼是文章的精華？誰才有資格決定在「質」上所佔的定位？也就是縱使法院退於次等位置轉而求助鑑定人、專家，亦會產生如結構主義學者，泰瑞·易格騰（Terry Eagleton）所說的情況：「……在文學（在本文中筆者認為可廣推為著作）作品或所謂傳統中沒有所謂無條件的文學價值…這種價值是因人、因時、因地，根據某一套標準或某一些目的所製造出來的……」⁴⁸。而當事情發展到這樣的程度，訴訟雙方當事人與法院在整理爭點或攻防方法上均會有很沉重的學理背負。無疑的，不論是從效率的角度或訴訟技巧上均會使採用此一方法的一方不斷遭到攻擊。

⁴⁵ 民事訴訟法第 199 條、民事訴訟法第 199-1 條。

⁴⁶ 民事訴訟法第 468 條。

⁴⁷ 郭強生，在文學徬徨的年代，頁 8，立緒出版，初版（2002）。

⁴⁸ 參閱郭強生，前揭註 47，頁 10。

肆、法律經濟學上的合理使用

法律經濟學在分析合理使用的效果上，主要的益處不在發現真理或歸納自然現象綜合的偉大能量，而是在「成本」⁴⁹與「效率」⁵⁰的處理上，較傳統法學工具處理特定議題時具有解釋力與包容性。這在處理合理使用這樣抽象的議題，較能夠進入一個有共識的主軸。這樣的主軸不只是在訴訟案件本身、對訴訟程序、訴訟策略所考量的觀點，都能夠以同樣的共識完整的呈現，而增加對法院的說明力，達成有利於己方訴訟的可能性。由於法律經濟學的價值與用處本身就是一門探討的學問，因此，文章僅在此作扼要的說明，也就是本文一概不處理在價值本位上對法律經濟學的懷疑⁵¹。

一、DMCA 對著作權合理使用的衝擊

DMCA，全名為 The Digital Millennium Copyright Act，其立法背景源自於美國在簽署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）後，

⁴⁹ David D. Friedman 著（徐源豐譯），經濟學與法律的對話，頁 49，先覺出版社，初版（2002）。

⁵⁰ Robert Cooter & Thomas Ulen 著（溫麗琪譯），法律經濟學，頁 9，華泰出版社（2003）。

⁵¹ 正如同 Richard A. Posner 在《Overcoming Law》一書中所提，若要處理這樣的議題將大大的超過了本文所要討論的重點，而本文的最終目的仍然與增加訴訟勝訴性相去不遠。

為履行其條約之規定而由國會制訂該法案。而在 WCT 與 WPPT 條約中，均要求締約各方「應有適當的法律保障及有效的法律救濟規定」，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⁵²。在條約的規範下，著作權人為保護其著作所採用的科技保護措施，以及法律應遏阻何種行為並加以保護者可以區分為二，其一是未經合法授權而規避該等保護措施之「直接規避行為」；其二是基於規避之目的所為之「準備行為」，例如為達規避目的所為之行銷、製造、散布等⁵³。也因此，整個 DMCA 法案中最重要的部分就在於允許著作權人以科技措施來阻止第三人非法的接觸⁵⁴。因此，在整個課題上「反規避措施」的落實無異的是超越原本著作權法所保護之範圍⁵⁵，因為保護的標的實際上是「實施於有著作權的著作物上，控制接觸該著作的科技保護措施」，這樣並不是植基於著作權法而給予著作權人的權利，而是賦予著作權人一個「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」的新權利。而且是在著作權的權利框架外再架出一層權利。這樣的論點出現在六十二間美國法學院之教授聯名致函

⁵² WCT art 11 與 WPPT art 18 之規定。

⁵³ 章忠信，著作權法制中「科技保護措施」與「權利管理資訊」之探討（上），萬國法律，第一一三期，頁 36（2000）。

⁵⁴ 17U.S.C. § 1201(a)(1)(A), no person shall circumvent a technological protection measure that effectively controls access to a work protected under this title.

⁵⁵ 蔡岳勳、胡心蘭，從法律與經濟學的角度分析美國著作權法之科技，中原財經法學，第十四期，頁 10（2005）。

國會信中不難看出：「……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……」⁵⁶。因此，換句話說，在尚未涉及對著作物使用的情形下，反規避條款就已經阻卻了使用者非經著作權人授權同意而使用之「行為」，而任何意圖規避、繞道、移除、撤銷或損害該科技保護措施⁵⁷，進而觸碰到著作權人，均違反 DMCA 而將受到民事與刑事責任的追訴。

這樣的理由並沒有充分說明，DMCA 如何影響了著作權合理使用的範疇。因為，有學者認為「反規避條款」在 DMCA 中設有例外規定，係包括「還原工程之免責」、「加密研究之免責」、「安全性測試」與「合理使用」⁵⁸。因此，著作人只要基於合理的目的，有限制地使用部分著作物，就無須負擔著作權侵害的責任。然而觀諸 17 U.S.C. §1201(d) 到(j)的法案規定，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」並不及於合理使用的規定。並且，在美國各界對國會圖

⁵⁶ See H.R. Rep. No. 105-551, pt.2, at 24.

⁵⁷ “Circumvent a technological measure” is defined to mean descrambling a scrambled work, decrypting an encrypted work, or “otherwise to avoid, bypass, remove, deactivate, or impair a technological measure, without the authority of the copyright owner.”

⁵⁸ 溫珮君，對 Universal city studios, Inc., et al. v. Shawn C, Reimerdes, et al. 乙案之分析，美國資訊通信法案例評析，頁 183-185，清華科法叢書，初版（2002）。

書館所作建議中的其中一項，有關「合理使用」之著作（“Fair Use” Works）得為 DMCA 免責條款，亦未被立法機構接納⁵⁹。而這也可以說是立法者有意的疏漏。雖然，在 17 U.S.C. §1201(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」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）」是二種不同的侵權行為態樣。著作權的侵權責任規定於標題十七的第五章「著作權之侵害及救濟」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」中，亦此舉為國會有意區分「侵害著作權」與「違犯反規避條款」之例證⁶⁰。

至此，合理使用原則在 DMCA 中享有抗辯之正當性已經受到質疑。這樣的論點反映在美國出版協會之代表 Allan Adler 所發表的聲明：「……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……」⁶¹。也就是說，當合理使用原則不能在「有關規避科技措施之違犯」案件中作為抗辯工具時，著作權人將擁有「控制閱讀」的權利。這就好比一般書局將雜誌以塑膠膜封套，讀者根本無法「閱

⁵⁹ 參閱蔡岳勳、胡心蘭，前揭註 55，頁 15-16。

⁶⁰ 參閱蔡岳勳、胡心蘭，前揭註 55，頁 18。

⁶¹ See Pamela Samuelson, *Intellectual Property and the Digital Economy: Why the Anti-Circumvention Regulations Need to Be Revised*, 14 BERKELEY TECH L. J. 539 (1999).

讀」該書，更無法因嗣後「閱讀」該書之使用行為主張合理使用；而「反規避條款」就是指閱讀者不可以私下將塑膠膜拆封進而可「閱讀」該書。然而，應該區別的是，由於 DMCA 是針對數位著作所進行的規範，並不同於傳統著作。換句話說，當消費者購買紙本著作時並不會有「只能閱讀，不能影印」的規定。而在數位著作上，由於立法機構否定了諸多可免責的規避行為；而這些行為在廣義上而言是基於公眾使用「受著作權保護之數位著作」的權益而為的合法規避行為，也就是廣義的合理使用行為。故 DMCA 限制了以合理使用主張違犯「規避科技措施」的正當性。

二、著作權本質的兩大經濟學課題

從前面對 DMCA 法案的批評並不是為了就贊成或反對此項法案。之所以這麼大費周章的將 DMCA 對合理使用的衝擊作說明，是為了點出法律經濟分析在看待合理使用的議題時，對合理使用在經濟學上的基礎性質為何？而這樣的基礎性質又如何被看待？以及在理論上應處理的態度。

（一）公共財（Public Goods），什麼才是公共財

在經濟學上，純粹的公共財（pure public goods）是指，在消費上具有共享性的物品。公共財具有共享（nonrival）以及無法排他（nonexclusive）兩種特性⁶²。進一步說，共享是指當某人在享用公共財的服務時，不會影響到其它人享用同一公共財服務；也就是多人共用該財貨，而不會相互影響的意思。而無法排他則是表示沒有任何人

⁶² 溫明忠，經濟學，頁 666，前程企業管理總經銷，初版（2000）。

會以任何理由被排除對一物的享用，換句話說，不管人們有沒有付費，都可以享用公共財的服務。

當然經濟學者也對公共財提出幾項特質⁶³：

1. 每個人得到公共財相同數量的服務，但是並不表示這些人都要支付相同的費用。
2. 公共財的分類並不是絕對的。
3. 公共財除了共享之外還有不可排他的特性。
4. 有些在傳統觀念上不是商品的東西，一樣有可能具有公共財的性質。
5. 公共財可以看成是一種特殊的外部性。

由經濟學者寇斯（Coase）所提出的寇斯理論被廣泛的應用在法律經濟學，該理論為：「……當交易成本為零時，無論法律如何分配財產權，私下協議皆可使資源達到有效率的使用……」⁶⁴。這個理論的重要意涵是在於經濟學者所強調的「效率」意義。但是，在現實社會中的交易成本不可能為零的時候，從這個理論引申的另一個重要意義，一個法律經濟學的揭示性內容就是，法律應該排除妨礙私人協議的障礙；以及，法律應將私人協議失敗時的損害降至最低。而這兩者即是有名的「規範性的寇斯定理（normative Coase theorem）」以及「規範性的霍布斯定理（normative Hobbes theorem）」。

然而，公共財定義的最主要目的是區隔其與私有財的差異。更進一步說，法律經濟學認為，當財產權被界定為私有財的時候，私人可以低成本排除他人使用。在這裡要避開的是「效率」的問題，由於效率最大化是一個終極的理想目標，但是，在沒有處理交易成本這種問

⁶³ 參閱溫明忠，前揭註 62，頁 667-668。

⁶⁴ 參閱 Robert Cooter & Thomas Ulen 著，前揭註 50，頁 114。

題的能耐前，法律經濟學者認為「降低成本⁶⁵」是立法者或法院、行為人應該處理的前段問題⁶⁶。這種降低成本的目標與公共財、私有財的概念融合，即會有這樣一種結論產生：

爲了效率起見（甚至是爲了達到增加效率所作的降低成本），私有財應該由私人擁有；而公共財應該由公眾擁有。

也因此界定什麼東西是公共財，或說具有公共財的性質是有其必要的。什麼東西是公共財是表示其本質，通常出現在實體物；而說具有公共財的性質，則通常是指一種抽象性存在的概念、經驗、或言語表達但實際難以觸碰的字彙，比如燈塔是一種具體物的公共財，而國防則是一種抽象性的、可經由言語表達，但需要借助其它間接實體物來呈現（戰機、防空飛彈、雷達…等組合）。而接下來要問的是，從DMCA引出對合理使用的限縮中，到底什麼抽象性的概念具有公共財的性質？是著作物本身？著作權下的著作物？著作權法？還是什麼？這也正是法律經濟學在處理合理使用議題甚至是整個著作權法的重要核心。

因爲廣義的合理使用概念⁶⁷是在著作權法的體系下產生的，我們不會在物權法上看到有人主張對他人物權的使用、收益、處分是具有

⁶⁵ 在這裡的成本，包括了私人成本與社會成本。

⁶⁶ 這種情況相當類似在貨幣銀行學中，中央銀行最爲關心的是「長期目標」，然而各國中央銀行在手段上也只能用「短期目標」影響「中期目標」進而看「長期目標」的表現。這種情況發生在中央銀行控制央行利率的措施最爲明顯。雖然不見得所有金融機構都會跟緊央行步調，但是，在工具手段上這也是最能夠具體化實施的方法。否則，一律從上位概念推導回下位概念的觀念上可行性並不能保證實踐手段上的可行性。

⁶⁷ 即前文所指的美國法上的合理使用與德日等國的著作權限制。

合理使用 (Fair use)⁶⁸；也不會在契約法上看到有人主張合理使用。最主要的原因在於後面所論述的這些權能大多是立基於私有財上面，將這些權能 (財產權、物權) 界定為私有財之後，剩下影響是分配的問題。然而我們可以看到的是，著作權法本身包含了著作人格權與著作財產權二種主要權能，我們未曾聽說著作人格權發生合理使用的情況，卻對著作財產權主張合理使用的情事時有所聞。這是第一個要留心之處，即對著作財產權性質界定的問題遠較著作人格權性質界定的問題來的多。

其次，我們先處理著作人格權的性質問題。從特質來看，私有財的使用具有互斥性，以我國著作權法第二十一條為例「著作人格權專屬著作人本身，不得讓與或繼承」，可以反推出，著作人格權具有私有財的性質；也就是縱使從現象面來看這個問題仍然可以發現，人是具有獨特性與獨立性的，就算同名同姓者亦不代表他們兩個是同一個人。因此可以認為著作人格權是一種私有財。

經濟學家指出，具有公共財的是資訊財產權⁶⁹。但是 DMCA 的法案明顯的認為技術有辦法使公共財變成私有財。確實，公共財的分類並不是絕對的，是在前面討論公共財特質時提出的一點。但是，要確認的仍然是，是什麼使什麼變成公共財？從 DMCA 的制定可以看出，由於技術的進步會使著作物 (尤其是數位著作物) 在傳遞與呈現過程上不會變成公共財，例如 DVDs 上的 CSS 加密技術可以使 DVDs 僅能被觀看而不能被重製，進而減弱某些資訊財產權具有公共財的性質。在這個例子中，技術可以使得 DVDs 上的重製權 (此著作財產權) 被

⁶⁸ 無因管理並不等於合理使用。

⁶⁹ 參閱 Robert Cooter & Thomas Ulen 著，前揭註 50，頁 143。

著作人加以控制而不會外溢，相對的，重製權本身具有公共財性質的特徵，也被淡化。

經濟學家之所以認為資訊財產權成為公共財原因會存在問題，是因為從經濟學的供給與需求層面著眼。從需求面，消費者無法確定資訊的效用，因為消費者須在付款後始能得到資訊；從供給面，產生資訊的成本是昂貴的，而傳遞的成本相對較低，因此，任何投入資源生產資訊的人難以透過資訊的銷售來鑑定其價值。而上述的這些情形顯示不受規範的市場將生產不足的資訊量。這樣的情況將不會符合追求效率與產量極大化的要求⁷⁰。

配合前面所提，選擇私有權或公共所有權乃是取決私下執行和交換成本是否高於公共管理、政治協議和資源錯誤分配的成本。因此，私下執行和交換成本高於公共管理、政治協議和資源錯誤分配的情況下，該權能就應該採取公共所有權；前面所提的情況不論是需求端的私人或供給端的廠商都面臨資訊不對稱的處境，似乎資訊採取公共財的管理措施，即由政府來降低成本來達成效率，是符合經濟學上的理論的。

從前揭的討論出發，筆者認為具有公共財性質的，不僅僅是學者所認為的，被賦予財產權化的「資訊財產權」；而是在更上位的抽象符號「資訊」就具有天生的（nature born）的公共性質。因此，我們應該釐清，是資訊本身就具有公共性質，而不單單是資訊財產權。據此，資訊是具有公共財的性質是可以被接受的。而接下來要討論的則是，市場生產不足的資訊量的問題。

（二）外部性（Externality）

⁷⁰ 參閱 Robert Cooter & Thomas Ulen 著，前揭註 50，頁 143。

爲此，不得不就著作權本質，即規範內容、資訊，作外部性與市場失靈的說明。外部性與公共財的議題相輔相承的出現經濟學的教科書中；而前面所提，公共財可以看成是一種特殊的外部性即解釋了外部性與公共財的關係。外部性一詞是指如果一個經濟個體（個人或廠商）的行爲對於不相關的第三者產生直接影響，而這種影響又不是透過市場價格完成時，就是外部性⁷¹。

又由於外部性可分爲正向外外部性（外部效益 *external benefit*）與負向外外部性（外部成本 *external cost*），故公共財亦有可能形成外部經濟或外部不經濟。在前面提及資訊的議題時，可以這樣理解：透過資訊的公共財性質進而產生新的資訊或加速資訊的流通，對資訊接受者與整體社會而言是一種正向的外部性；而透過資訊的公共財性質而使資訊被加速流通，搭便車者亦能接觸資訊，對資訊創造者與整體社會而言是一種負向的外部性。而負向外外部性，即外部成本則是構成市場失靈（*market failure*）的原因之一⁷²。

而市場失靈指的是市場經濟的運作無法達到資源配置的最佳狀態，這裡兼指生產上及分配上的效率。是故，從經濟學的角度當然有必要解決市場失靈，進而使市場回復完全競爭市場以及帕雷托最適⁷³。

所以我們可以進一步得知，資訊被財產化時（資訊財產權）是具有公共財的特質同時也兼具正負向的外部性，會造成市場失靈。

⁷¹ 參閱溫明忠，前揭註 62，頁 651。

⁷² 經濟學者認爲，市場失靈肇因於「壟斷及市場力量、外部性、公共財、資訊不對稱」。然而，市場失靈是指市場經濟的運作無法達到資源配置的最佳狀態，是故有學者僅認爲市場失靈的原因是市場並不存在與不完全競爭市場。

⁷³ *Pareto efficiency*：以個人價值評估，資源不論如何重新分配都可能不損及他人利益使某人獲得更高利益。

（三）歸納

總結著作權本質的兩大議題不難發現，著作權下的著作財產權因為藉由資訊的財產化，使得著作財產權具有公共財與外部性兩大根源，而為著作財產權亦陷入了「為符合規範性寇斯定理與規範性霍布斯定理而將著作財產權納入公共財概念，又為了解決將著作財產權納入公共財概念所生的市場失靈，而意圖對私人進行補貼，其一補貼方式又正巧是一種私有財的財產權概念」的拉扯中。而正由於此，合理使用原則遂成為在公共財價值思維領導的經濟學戰役中用來突破私有財價值思維的利刃。換句話說，合理使用本來就是公共財體系下「任意人皆可使用」的修正態度，而此種修正態度是為了避免對市場失靈所採取的私有財的財產權這種權利無限制的侵蝕。

三、法律經濟學者對合理使用的回應

進而，從公共財、外部性、市場失靈幾個角度切入合理使用議題可以發現法律經濟學者提出了幾個對合理使用議題的回應，而這些回應，有的認為科技保護措施將有助於校正市場失靈而降低合理使用的正當性，有的則轉向契約法的議題尋求協助，有的則採取利益平衡的模式對合理使用採取肯定其財產法價值下的正當性。

（一）校正市場失靈降低合理使用的正當性

Boston University School of Law 教授 Wendy J. Gordon 在所撰的《A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and Its

Predecessors》⁷⁴一文認為，合理使用是惟有在市場失靈時才得以主張。並且綜合她的見解可以認為在符合下列三項前提要件時，才有主張合理使用之機會⁷⁵：「……第一，被告需無法以適當的方式在市場上購得其所欲為之使用；第二，移轉對該等使用之控制給被告將可滿足公共利益；第三，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……」。而從 Gordon 教授與前述經濟學家對經濟理論的整理可以發現，無法或達成市場協商交易的情況的原因包括了具外部性、非金錢上之利益、和非營利性活動存在時，會造成市場失靈。同時，認定市場失靈的重要因素在於「交易成本」的概念，其理由在於前面所提的寇斯定理的反推，即交易成本為阻礙效率。而交易成本在經濟學上一般包括「搜尋成本 (search costs)」、「議價成本 (bargaining costs)」、「執行成本 (enforcement costs)」⁷⁶。而正因為如此，要找到著作權人本身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的條件又是另一件困難的事，也因此，Gordon 教授認為著作權市場無法提供一個社會所需的自願交易的管道。實際上，在第二項判斷因素與第三項判斷因素上，已經超過了原本經濟學的解釋範疇，所以在這篇文章中並不加以討論。

Gordon 教授所提的理論與 DMCA 法案相關案例中可以發現，她所提的：「……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

⁷⁴ W. Gordon, Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax case and its Predecessors, 82 COLUM. L. REV. 1600 (1982).

⁷⁵ 參閱蔡岳勳、胡心蘭，前揭註 55，頁 29。

⁷⁶ 參閱 Robert Cooter & Thomas Ulen 著，前揭註 50，頁 115。

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……」⁷⁷。

這種預測，在 *Universal City Studios, Inc. v. Reimerdes* 引用 DMCA 對「反規避技術之禁止違犯」中得到了證明。即 CSS 這類的科技保護措施會使交易成本降低，進而降低了主張合理使用的正當性。也因此，在考量第二與第三項不確定因素時，整個法院的心證與證明的方法也將在經濟學理上偏離原先的考量軌道。同時 Gordon 教授也認為外部性的問題也會因為科技保護措施而使「外部性內部化 (internalized)」；而這種外部性內部化亦是解決市場失靈的方式。

(二) 價格歧視達成降低無謂損失

Harvard University, Hale and Dorr Professor of Intellectual Property Law 學者 William W. Fisher III⁷⁸不採取財產法的經濟理論來處理市場失靈這類個體經濟理論，即福利經濟學的問題，而是用契約的角度切入，也就是從議價理論 (bargain theory) 出發，採取價格歧視的方式來降低因分配財產權而造成獨占的「無謂損失」。

所謂的無謂損失 (deadweight loss) 是指：「……因為無效率的生產，所導致生產者剩餘與消費者剩餘的減少；同時也代表著經濟福利的下降……」⁷⁹。由於著作權人因為著作權法而享有私有財產權，進而獲得獨占利益，而在衡量該著作的價值在邊際成本下的時候，消費者將不會購買該著作，而這種情況將造成無謂損失的產生。而 Fisher

⁷⁷ 參閱蔡岳勳、胡心蘭，前揭註 55，頁 34。

⁷⁸ 可自行上網至 William W. Fisher III 的個人網頁瀏覽，<http://www.tfisher.org/> (2005/12/8，造訪)。

⁷⁹ 參閱溫明忠，前揭註 62，頁 216。

教授也進一步採用二階段步驟來處理合理使用的問題。第一，法官須先決定著作權之「產出利得的」的最適標準，來決定經濟利得減去損失後所得最大之權利組合。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的權利…第二，排列所有可能利用該著作的方式，並且用「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，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⁸⁰。Fisher 教授認為，法院應該降低合理使用的適用，並且為了說服使用者對新科技所帶來新類型的使用方式而產生新的市場機制，「著作權人需要一個法院判決來宣導，即使是過去因為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，都構成侵害著作權的行為」。並且藉由「價格歧視」措施，增進對著作權人的誘因，同時增進使用者接觸著作之機會，達成有效率的授權制度⁸¹。換句話說，減低合理使用的認定，將促使市場朝向授權制度與價格歧視的實行，進而達成有效率的市場。

（三）利益平衡模式

這個模式是由 Tulane University, School of Law 的 Glynn S. Lunney 教授所提出。這個模式可區分為三個階段：「……第一，著作權人應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的行為而受到嚴重損害；第二，要求著作權人證明，其著作現有或未

⁸⁰ 參閱蔡岳勳、胡心蘭，前揭註 55，頁 45-46。

⁸¹ 參閱蔡岳勳、胡心蘭，前揭註 55，頁 49。

來的市場價值將可能受到損害，並且與著作人未來創作的生產間具有密切的關係；第三，最後一個步驟，是辨識出如果允許未經授權的利用著作之方式得以繼續，則所生之公共利益為何……」。

而此說明其實也符合了從著作財產權具有公共財特質的角度出發論述。雖然 Lunney 教授主張的「公共財所發生的搭便車情形並不同於竊取私有財之行為，該情形反而可被證明為屬於帕雷托最適」進一步被解釋為：「……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。相反，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，就形成帕雷托最適……」⁸²。

然而這個模式並沒有說明如何解決在眾多帕雷托最適的分配中，那一個才是最佳的選擇問題。換句話說，Lunney 教授仍然是從個體經濟學的角度處理合理使用的問題，而忽略了公共財生產決策的達成是可以從公共選擇理論（public choice theory）處理的可能性。

舉例而言，由於帕雷托最適並不表示這種境界就是「最好的」狀態，我們假設 A、B、C 是三名使用者 a、b、c 的效用函數，並且 X、Y 二項著作價值，會因此著作是否屬於同一類型與不同類型，著作可信度⁸³而有二套公式與加權計分的數據。則數學式為：

⁸² 參閱蔡岳勳、胡心蘭，前揭註 55，頁 66。

⁸³ 實際上，在社會心理學領域，可信度 credibility 是在「說服」相關研究範圍下被歸類在資源變項中的重要參考指標。包括了 1.專業知識者 (expertise)，即當其它條件一樣時會較相信專家；2.可信賴度 (trustworthiness)，當溝通者說服的內容與自己利益相違背時較可信。而從這個角度在處理消費者心理與購買力時均有所影響，就如同擁有較好商譽的商標產品一如擁有諾貝爾經濟

同類型著作則使用者效用函數為 A、B、C

不同類型著作則使用者效用函數為 A'、B'、C'

令 $A = f(x) = 2+2x$ $B = f(x) = 2+3x$ $C = f(x) = 2+4x$

$A' = f(y) = 3+y$ $B' = f(y) = 5+y$ $C' = f(y) = 7+y$

則 $X=1$ 時， $(A,B,C) = (4,5,6)$ ，即相同著作的使用者效用函數會受到著作可信度影響。

則 $Y=1$ 時， $(A',B',C') = (4,7,8)$ ，即不同著作的使用者效用函數會受到著作偏好的影響。

這種情況可以說明消費者 b 和 c 存在另一個選擇 (7,8) 使其原本的選擇更好 (5,6)，而沒有任何人變得更壞 (a 的函數仍為 4)。這種情況可以說並不符合帕雷托最適。並且以總效用 $(4+7+8) = 19$ 而言，相較於 (1,2,16)，(4,7,8) 是帕雷托最適狀態，而相較於 (3,3,13) (1,2,16) 仍然也是帕雷托最適狀態。

這種滿足帕雷托最適境界的分配有很多時，何種才是最佳的判斷就依賴了公共選擇（有稱社會選擇或集體選擇）⁸⁴而非個體經濟學理論適合處理的。也就是合理使用原則的正當性必須在利益平衡模式下尋求「最佳的帕雷托最適狀態」，而從公共財的公共選擇理論下，合理使用根本就無庸證明其正當性，因為合理使用的本身就是一種基於公共財所應該採取的態度。

學得主在接受者心理有較同性質商品/著作，有較強的說服力。Stephen L. Franzoi 著（危芷芬編譯），Social psychology，頁 C7-2，即將出版。

⁸⁴ 公共選擇理論是指「以整個社會的觀點，是不是 A 選擇較 B 選擇為佳」，是由 1986 諾貝爾獎得主 James Buchanan 提出；參閱溫明忠，前揭註 62，頁 671。

伍、結論—從另一個角度出發

一、外部性並不是問題的根本

法律經濟學不論是在處理著作權合理使用議題之上或是其它權利歸屬時，認為法律必須對於權利屬於誰作決定，並使交易得以開始。而外部性之所以難以處理就是因為外部效果沒有私有財產權、沒有市場⁸⁵。並且就算要處理外部性的問題，也會因為交易成本的存在，使得矯治市場失靈難以實現。從前面法律經濟學者對合理使用所作的分析可以歸納出：資訊，以及其所延伸的著作財產權其實具有公共財特質，而公共財並適合利用私有財產權加以處理，因為會涉及交易成本過大的問題。

從另一個角度出發，公共財是一種特殊的外部性，而其實外部性不見得是問題的根本。由於交易成本不可能不存在，所以就經濟學的觀點，法律才變得非常重要，因此經濟學家希望透過權利的配置達到最能降低交易成本的結果，這也是規範性寇斯定理與規範性霍布斯定理一再重申的。

在基於降低交易成本與配置權利促成效率增加從而授予權利的角度下看，製造外部性效果的一方不一定視為理所當然應該被懲罰的對象。這一點在經濟學者寇斯的論文《The Problem of Social Cost》中，不斷被提及。也就是：

⁸⁵ 林立，波斯納與法律經濟分析：一個批判性的探究，頁 136，學林出版，一版（2004）。

對著作權使用者製造的外部性非視為當然被懲罰的對象將責任歸咎於某一方的法律，只有當那一方是正好能以較低的成本避免問題發生者，才是正確的結果。實際上前面不斷提及任何一個私經濟體試圖對公共財進行責任的承擔都會是「私下執行和交換成本高於公共管理、政治協議和資源錯誤分配」這樣的結果，而此時就會有舉證責任的分配問題。

二、民事訴訟法上的效率問題

正如同前面所提，為了避免合理使用爭議被擴大到無限領域內，利用法律經濟學分析合理使用的效果，「成本」與「效率」的處理上，較傳統法學工具處理特定議題時具有解釋力與包容性。這在處理合理使用這樣抽象的議題，較能夠進入一個有共識的主軸。而筆者也一再強調，這樣的主軸不只是在訴訟案件本身、對訴訟程序、訴訟策略所考量的觀點，都能夠以同樣的共識完整的呈現，而增加對法院的說服力，達成有利於己方訴訟的可能性。從而前面所論及舉證責任分配部分當然要在結論中一併呈現。

上段所提及，將責任歸咎於某一方的法律，只有當那一方是正好能以較低的成本避免問題發生者，才是正確的結果。而實際上任何一個私經濟體試圖對公共財進行責任的承擔都會是「私下執行和交換成本高於公共管理、政治協議和資源錯誤分配」這樣的結果。也因此合理使用在公共財的主張下反而是具有強而有力的先位概念，若在爭點上達成合理使用成為抗辯依據後，依照我國舉證責任分配原理，則應該由原告（著作財產權人）提出在公共財與外部性框架下對「合理使用」的不正當性提出反證。進一步促成有利於己方的舉證責任置換。

有學者指出：「……法律經濟分析學派篤信自由市場的自願交易方法已經是比用法律死抱一套僵固的意識形態價值觀做強制規定要更能有效率地解決問題……」⁸⁶。

雖然這樣的論點或許有其理由，但是更根本的問題其實是，在知識經濟中，市場不必然會發生自我修正的狀況，而是需要政府干預來保障公眾利益⁸⁷，是更具說服力的。這一點從美國法務部首席經濟學家 Daniel Rubinfeld 所說的話可以得到佐證：「……幾乎沒有人會認為把問題交給市場是最好的解答……」⁸⁸。

所以筆者認為著作權合理使用在著作權法明文保障下，仍然是具有正當性的。並且在正當性的立場與訴訟效率上更應該被擴大使用，畢竟正如同經濟學家 David D. Friedman 所言：「……從經濟效率的角度，保護智慧財產的理由是比其他許多事物財產化的立論薄弱……」⁸⁹。則欲保護其自身著作財產權而不受合理使用阻卻者，自然應該負擔更多的論述責任與訴訟法上的舉證責任分配。

參考文獻

書籍

- 林立，波斯納與法律經濟分析：一個批判性的探究，學林出版，一版（2004）。
- 黃怡騰，著作之合理使用案例介紹，經濟部智慧財產局，一版（1999）。
- 范建得等 著，晶片系統產業科技法律，清華出版社，即將出版。

⁸⁶ 參閱林立，前揭註 85，頁 31。

⁸⁷ Seth Shulman 著（吳書榆譯），知識的戰爭，頁 235，聯經出版，初版（2003）。

⁸⁸ 參閱 Seth Shulman 著，前揭註 87，頁 236。

⁸⁹ 參閱 David D. Friedman 著，前揭註 49，頁 205。

- 馮震宇，智慧財產權發展趨勢與重要問題研究，元照出版，初版（2004）。
- 羅明通，著作權法論，台英智財中心，三版（1999）。
- 蕭雄淋，著作權法論，五南圖書，增訂二版（2004）。
- 郭強生，在文學徬徨的年代，立緒出版，初版（2002）。
- 溫明忠，經濟學，前程企業管理總經銷，一版（2000）。
- Bernhard Grobfeld（姚建宗譯），Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung，北京清華大學出版社，二版（2003）。
- Christopher Pierson（尹弘毅譯），現代性-紀登斯訪談錄，聯經出版，初版（2002）。
- David D. Friedman（徐源豐譯），經濟學與法律的對話，先覺出版，初版（2002）。
- Jacques Derrida（張正平譯），他者的單語主義-起源的異肢，商務出版，初版（2000）。
- Robert Cooter、Thomas Ulen（溫麗琪譯），法律經濟學，華泰出版，初版（2003）。
- Seth Shulman（吳書榆譯），知識的戰爭，聯經出版，初版（2003）。
- Marshall Leaffer, Understanding Copyright Law, Matthew Bender (1989).
- Horace G. Ball, The Law of Copyright and Literary Property, Albany, N.Y. : Banks and Co. ; Albany, N.Y. ; New York City : M. Bender & Co.(1944).
- 17.Howard B. Abrams,The Law of Copyright, Clark Boardman Callaghan(1991).

期刊

- 益思科技法律事務所，數位科技對著作權授權契約及合理使用範圍之影響之研究，經濟部智財局研究報告，頁 26-65（2000）。
- 孫遠釗，美國智慧財產權法最新發展為評析（2000—2003），政大智慧財產評論，第一卷第一期，頁 143-214（2003）。

章忠信，著作權法制中「科技保護措施」與「權利管理資訊」之探討（上），
萬國法律，第一一三期，頁 33-52（2000）。

蔡岳勳、胡心蘭，從法律與經濟學的角度分析美國著作權法之科技，中原財
經法學，第十四期，頁 157-243（2005）。

溫珮君，對 Universal city studios, Inc., et al. v. Shawn C, Reimerdes, et al.乙案之
分析，美國資訊通信法案例評析，清華科法叢書，初版（2002）。

Paul Goldstein, Copyright's Highway: From Gutenberg to the Celestial jukebox,
STANFORD UNIVERSITY PRESS (2003).

W Gordon, Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of
the Betamax case and its Predecessors, 82 COLUMBIA LAW REVIEW 1600
(1982).

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

其它

Shubha Ghosh, Analyzing fair use and the First Amendment on the Internet,
(2000), <http://GigaLaw.com/>

William W. Fisher III, <http://www.tfisher.org/>

Stephen L. Franzoi（危芷芬 編譯），Social psychology，頁 C7-2，即將出版。

摘 要

著作權法上的合理使用從傳統案件所賦予的意義可以得知其特殊地位，然而合理使用的議題也一直是探究著作權法上最具爭議性的題目，如何判斷合理使用以及合理使用的主張時機，以及主張方法與立論基礎等都是著作繁多。而筆者擬從傳統案例的方式，介紹合理使用在傳統方式上的爭議點以及法院訴訟上的策略出發，在歸納一些合理使用在傳統法學分析上的困境後，利用 DMCA 法案帶出合理使用在法律經濟學上的看法，並且簡單的將學者理論介紹，從而歸納出合理使用在著作權法上的兩大課題「公共財」與「外部性」。最後將從前述的兩個觀點表達對合理使用在著作權法上的正當性，以及在訴訟上應該被校正舉證責任分配的意見。

中原財經法學

Fair Use in Copyright's Position : The Angle on Economics Analysis & Traditional Way

Shih-Chieh Wang

Abstract

The Fair Use doctrine has its particular position in Copyright system. However, it's also the most part of contention. How to decide what condition is matched with Fair Use, or what is appropriate to the occasion for Fair Use? Author start with the traditional way, case study, and introduce the conventional issues, the strategies on litigation for this doctrine. To conclude these issues and strategies, then through the Digital Millennium Copyright Act lead into the two essential elements in Fair Use, then also introduce the scholar's theory, we could find the dilemma on Fair Use doctrine of traditional way. Finally, this article will start with Public Goods and Externality to legitimize Fair Use is the domain part of Copyright.

Key Words: fair use, economic analysis law, dmca, burden of proof, public goods