

公共領域如何立法保護*

—— 論準公共領域的創設

王敏銓**

摘 要

本文從羅馬法中的非排他財產、以及公共領域一詞的13種意義，以先行界定對公共領域的討論結構。從以上架構，本文區別著作權法中的純公共領域及準公共領域：前者為完全不受著作權保護的資訊；後者為混合私權利與公共近用的資訊。本文並且討論保護公共領域的理由，將其原理植基於協同作用或所謂網路資訊經濟。本文接著探討公共領域的保護應著重於何種方面：保護純公共領域的努力能見度較高，但訴訟上成果有限，且很難主張立法機關不能調整公共領域的範圍；準公共領域的保護是學者新近的關注所在，認為混合私有與公有的財產法原理，並且運用管理模式授與法院或行政機關在個案中調整的空間，可以在著作權法中創造較為大量的公共利用空間。準公共領域的創造，可能始自習慣、經過權利人與利用人的衝突，而終究導致政府以行政規則、法院判決、或立法，來宣佈準公共領域的存在。本文最後以我國著作權法第37條第6項第3款之例，來比較我國與美國對於同一議題的準公共領域的創設。

* 投稿日：2013年10月29日；接受刊登日：2014年8月27日。〔責任校對：郭羿伶〕。

** 交通大學科技法律研究所副教授。

穩定網址：<http://publication.iias.sinica.edu.tw/70115141.pdf>。



關鍵詞：公共領域、準公共領域、公有、準公有、非排他財產、文化環保運動、網路資訊經濟、管理制度、公開播送、艾肯豁免、合理使用、權利限制。

目次

- | | |
|---|---|
| 壹、公共領域的界定 | 一、以 <i>Sony</i> 案為創設準公共領域之例 |
| 貳、為什麼要保護公共領域 | 二、從 <i>Aiken</i> 案到我國著作權法第 37 條第 6 項第 3 款 |
| 參、交通規則：從習慣到法律規範 | 伍、近用空間的設計原理與本計畫草案相關條文之評析 |
| 一、管理規則——公共領域的「交通規則」 | 一、對於公用空間設計原理的初步想法 |
| 二、準公共領域的創造——從習慣到正式承認 | 二、本草案「權利限制」部分評述 |
| 肆、著作權的準公共領域之例——兼論我國著作權法第 37 條第 6 項第 3 款 | 陸、結論 |

保護公共領域的最早倡議者之一 James Boyle，對公共領域的保護提出重要的主張，如「第二次圈地運動」、「資訊的公有財」、「資訊的環保主義」等¹。我們最常有的公共領域的印象，是一個「無人之地」的想像，如果這樣理解，則環保主義的比喻也許是適當的；我們也可以朝著類似的方向構想公共領域——就像荒野一樣——如何可以立法保護，使之不受到私財產權人的「圈地」與開發。

隨著公共領域的討論增多，鮮少有人將公共領域當作沒有人煙的大荒野。反之，公共領域是具有「公共性」(publicness)——亦即開放給公眾 (open to the public)，即「非排他性」(nonexclusive)——的財產。公共領域是「公共之物的領域」(domain of things public)、「屬於公眾之物的領域」(the domain of things belonging to the public)。亦即是「以公共權利的形式，而屬於公眾的全部之物的領域」，同時具有「公眾的權利」(publici juris (of public right))及「公眾所有權」(public ownership)的概念²。公共領域不是大西部，而更像公園。其實「公路」是更適當的公共領域的比喻：公路是非排他的，沒有人能占有公路，或居住在公路之上；公路不是「無人之地」，公路是充滿使用者，人來人往的地方；公路需要管理及投資，而不只是放任不管。

如同學者 A. Samuel Oddi 所觀察，通常對於智慧財產權公共領域的理解，是基於全有全無的二分法：不是被法律所保護，就是不被法律所保護，而後者所形成的公共領域，是負面的 (negative)、最小的 (minimalist) 的存在。而這種觀念也造成公領域與私領域

1 JAMES BOYLE, THE PUBLIC DOMAIN (2008); James Boyle, *The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain*, 66 LAW & CONTEMP. PROBS. 33 (2003).

2 Edward Lee, *The Public's Domain: The Evolution of Legal Restraints on the Government's Power to Control Public Access Through Secrecy or Intellectual Property*, 55 HASTINGS L.J. 91, 98-102 (2003).

的二元分立，公領域是任何人都可近用的，而私領域則是由私人所有人所控制³。本文稱此種法律保護全有全無的公共領域觀念為「純公共領域」，另以「準公共領域」指稱兼具私有及公共近用性質的資訊。

純公共領域的典型例子為著作權保護期間已經經過的著作。如論者所謂：「著作權法……亦在促進文化之進步，故就著作財產權部分設有存續期間之規定，俾使逾保護期間之著作屬於公共財產（public domain），以使他人能自由利用」⁴。又例如著作中的觀念（ideas），依據著作權法中之「觀念表達二分法」，亦為絕對不受保護。我國著作權法第 10 條之 1 已明定：「依本法取得之著作權，其保護僅及於該著作之表達，而不及於其所表達之思想、程序、製程、系統、操作方法、概念、原理、發現」，即為闡明著作中的觀念屬於公共領域。

準公共領域，指著作中具有著作權保護的表達，但因法律規定，而在有限的範圍之內開放給他人使用，而使用者無須得到著作權人的同意。從 Henry E. Smith 所述，著作權法中的準公有財的例子包括合理使用、法定授權、合併原則（但並非窮盡列舉）⁵，可推知著作的合理使用，為準公共領域的一種。因為著作的合理使用，是對於受著作權保護的表達，他人得以在符合一定的條件之下，不經著作權人的同意而無償地使用該表達。開放給他人使用的條件，如我國著作權法第 65 條第 2 項與美國著作權法第 107 條所規定的 4 項基準。亦即，即使是具有財產權之資源（著作之表達），亦准許他人在符合法定要件時，得無償且不經權利人之同意而使用，在此範圍內，效果同存在於公共領域內之資源。同理，著

3 A. Samuel Oddi, *The Tragicomedy of the Public Domain in Intellectual Property Law*, 25 HASTINGS COMM. & ENT. L.J. 1, 3-5 (2002).

4 羅明通，著作權法論（I），7 版，頁 301（2009 年）。

5 Henry E. Smith, *Governing the Tele-Semicommons*, 22 YALE J. ON REG. 289, 294 (2005).

作權法規定的權利限制，在法律容許的使用範圍內，亦為準公共領域之一種。

本文從第二個角度（具有公共性、開放給公眾使用的財產）來探討公共領域，討論公共領域的意義、為何需要保護公共領域、以及公共領域的管理規則如何產生。

本文第壹部分，藉由兩位美國學者的分類架構，來作為釐清公共領域意義的概念架構。學者 Carol Rose 將羅馬法中的「非排他財產」(nonexclusive property) 分為 5 種，其非排他性質的產生原則各不相同。在此 5 種之中，*res publicae* 是因法律規定而開放公用的資源，與本文所要探討的公共領域意義最為近。學者 Pamela Samuelson 則整理出在現代文獻中的 13 種「公共領域」意義。將 Rose 與 Samuelson 的分類加以結合，可以得到對公共領域的進一步認識。

本文第貳部分，則探討保護公共領域的理由為何。公共領域的資訊，並非是本質上不可能被私有化的。將這些資訊開放公用的理由，是因開放所帶來的社會利益，或稱為網路效應。網路效應在有體財產的開放公用——例如在道路、水路、廣場——即可發現。在資訊的開放公用，可使原本只是被動接收資訊的消費者，得成為資訊的生產者與貢獻者。

本文第參部分，則討論著作權的公共領域的形成。雖然純粹的公共領域——即絕對無財產權的資源——是過去學者探討與立法爭議的焦點，但本文建議，其實準公共領域是更為實用的概念。理由在於，準公用的財產類型在財產法與智慧財產權法已有存在，而且其創造較少受到如創造純公共領域所遭遇的全面抵抗。準公共領域的創造，常是從習慣開始，而後由法院判決或立法加以承認。另外，準公共領域亦須有管理規則，以界定資訊可開放公用的情形與條件。這些都將在第參部分探討。

本文第肆部分則以實例來說明準公共領域的形成，以及準公共領域的管理規則。在美國法的例子，以錄影機案件 *Sony Corp. of*

America v. Universal City Studios, Inc. 案為例。在我國法的例子，則以著作權法第 37 條第 6 項第 3 款為例，並與美國法中的艾肯豁免（Aiken exemption）作比較。

準公共領域，在著作權法的現有規定中最顯著者為合理使用與權利限制。本草案中對於權利限制的規定有特別的著墨，尤其試圖釐清合理使用與權利限制之間的關係。此二者間關係之澄清，涉及準公共領域的公用空間如何界定的問題。亦即，是否能初步提出公用空間的界定原則：為何要創造公用空間？公用空間的邊界畫定應考量那些因素？付費與不付費的公用空間是否有顯著的差異？本文第五部分針對上述問題提出初步的看法，並以此看法來檢視本計畫草案在權利限制部分所提出的修正方案。第六部分則為結論。

壹、公共領域的界定

作為討論的初步結構，在這裡先借用兩位學者的分類架構以作為開端。分別為 Carol Rose 對羅馬法中的「非排他財產」的論述。以及 Pamela Samuelson 對於美國智慧財產權學者對於公共領域一詞用法的整理。由於智慧財產權法的公共領域觀念是來自於一般財產法，特別是不動產法⁶，所以這方面的論述對理解智慧財產權公共領域的性質具有助益。

羅馬法的非排他財產有 5 種，依據 Rose 的敘述，分別為：一、*Res nullius*：尚未被占有，並非本質上不可被占有的東西。例如海中的魚、野外的野生動物；在現代的例子，如美國在 1934 年前的西部公有地。二、*Res communes*：在性質上無法被排他占有的資源，例如海洋、空氣。三、*Res publicae*：因法律的規定，而為公共所有且開放給公眾使用的資源，例如道路、港口、橋樑、通行河

⁶ Jessica Litman, *The Public Domain*, 39 EMORY L.J. 965, 975 (1990).

道。四、*Res universitatis*：屬於公團體、私團體共有的財產，例如城市的劇院；現代的無體物的例子如原住民族的傳統表達。五、*Res divini juris*：因為其宗教、神聖的性質，而不能被擁有的物；這些物並非本質上不能被擁有，而是因其神聖性質不能被擁有，例如神殿⁷。

Samuelson 所整理的現代文獻中「公共領域」一詞的用法共有 13 種：一、完全無智慧財產權的資訊產物；二、無智慧財產權的資訊資源；三、憲法保護的公共領域：這是指保護公共領域的憲法論證；四、可被私有化的資訊來源：例如商業方法、商標，均指示公共領域資訊可能被私有化；五、可廣被公眾使用的資訊來源：如 Yochai Benkler 的公共領域概念；六、以契約建構的資訊公有財：例如 CC 或 GPL；七、後續創作者可使用的資訊資源：學者 David Lange 主張法律應承認後續創作者的使用為權利；八、文化背景；九、溝通場域；十、政府資訊之公開；十一、公眾可近用的資訊領域：在此特別指科學資訊；十二、由未出版著作構成的公共領域；十三、浪漫主義或帝國主義的公共領域：這是指研究傳統知識保護的學者對西方公共領域概念的批判⁸。

結合 Rose 與 Samuelson 的分類，可以得到如下的啟示：

一、純公共領域與準公共領域，並沒有本質的區別，二者都是 *res publicae*。如學者 Edward Lee 所說，現代的公共領域的觀念——「作為公眾的權利、而屬於公眾的物」——可追溯自 *res publicae* 的概念⁹。雖然說一者沒有私有權利，另外一者混合私有權利與公共

7 Carol M. Rose, *Romans, Roads, and Romantic Creators: Traditions of Public Property in the Information Age*, 66 LAW & CONTEMP. PROBS. 89 (2003).

8 Pamela Samuelson, *Enriching Discourse on Public Domains*, 55 DUKE L.J. 783, 789-813 (2006). 但 Samuelson 也承認，多種公共領域概念並呈，具有其優點，但亦有其風險；多重的公共領域概念，可調適不同的社會價值與策略目的，例如，藝術社群與科學社群對公共領域的想法與需求可能即不同。但並非任何一種公共領域概念都值得承認。Id. at 785-86.

9 Lee, *supra* note 2, at 98.

近用，但純公共領域之所以無智慧財產權，是由於法律規定的結果；與準公共領域是法律規定為公眾可近用，並無顯著的性質上的差別。亦即，純公共領域不是 *res communes*，也不是 *res divini juris*，並非本質上不可被私有，也非因有神聖的意義不可被私有。

二、若將 Samuelson 所集合的公共領域觀念，當作廣義的公共領域，而將完全無財產權的公共領域當作狹義的公共領域，則會發現後者（純公共領域）只占被提及的公共領域觀念的極小部分。

三、Samuelson 列出的看法中的多數，似乎關心的焦點是資訊是否能被公眾近用的問題，而資訊的擁有形式——是無人所有、團體所有、或者是混合契約的使用——似並非重點；可以說，不管擁有的形式，只要能達成公共近用的目的，就是適合的形式。

在本文分類中，第一種公共領域，也是最初步印象的公共領域觀念，是公共領域由保護期間已經屆滿，以及因不符合某些實體或程序要件而不受保護的著作所構成。或許我們可稱之為「純公共領域」¹⁰。在 Samuelson 的分類裡，這是「第一類：完全無智慧財產權的資訊產物」，她稱之為「不及格的與過期」公共領域（the public domain of the ineligible and the expires）、「第二類：無智慧財產權的資訊資源」¹¹。早期的公共領域論述，也基於此種公共領域的觀念，例如 Jessica Litman 認為著作權的公共領域由下列元素所構成：1. 著作權法立法以前之著作；2. 著作權保護期間已經過之著作；3. 因不合法定形式要件（statutory formalities）而不予保護的國內外著作；4. 在受著作權保護之著作中，其中不受保護的元素¹²。這種公共領域概念蘊含消極的意涵，如學者所描述，它是「智慧財產權已過期的資料的最終長眠之處」，或「不值得財產權保

¹⁰ 此為借用自「純公共財」的譯法。見陳寶瑞，公共經濟學，2 版，頁 27（2011 年）。

¹¹ Samuelson, *supra* note 8, at 789-91.

¹² Litman, *supra* note 6, at 975-76.

護的領域」¹³。

這種初步印象的公共領域觀念，之所以最深入人心，可能有幾個原因：公共領域最早的倡導者，也是最主要的倡導者之一 James Boyle 採取這種定義。再者，公共領域的代表性訴訟案件，都是與著作權保護期間有關，例如與著作權保護期間延長法案（Sonny Bono Copyright Term Extension Act, CTEA），以及美國著作權法第 104A 條（17 U.S.C. § 104A）所規定的回溯保護的相關訴訟。而 William Landes 與 Richard Posner 在討論著作權的保護期間與公共領域的關係，所採取的這是這種公共領域的概念¹⁴。

在 Rose 提出的羅馬法架構裡，純公共領域可能被認為是歸類於 *res communes*。但這可能是一種誤解：純公共領域仍然屬於第三種類型——*res publicae*：理由在於，純公共領域的資訊並非在先天性質上不可私有，而是在法律層面上使其不可私有，這從著作權的延長保護期間或回溯保護就可看出。

本文採取以上分類中的第三種（*res publicae*），這也可能是最有用的公共領域定義，是 Benkler 提出的「任何人可使用而不負侵權責任的資訊範圍，除非有個別的事實，使得特定人的特定使用應負侵害責任」¹⁵。亦即，公共領域為「不負侵害責任的使用」（privileged uses）。所謂「不負侵害責任」，是指「一個人可以做某件事情，而沒有人能夠以政府的力量加以阻止」。如果原則上任何人都可以使用，除了因個人的特殊原因不能使用，則為在公共領

¹³ Lee, *supra* note 2, at 104 (“The public domain thus represents the final resting place for material whose IP protection has expired.”); Litman, *supra* note 6, at 967 (“the realm of material undeserving of property rights”); see also Oddi, *supra* note 3, at 3-5.

¹⁴ William M. Landes & Richard A. Posner, *Indefinitely Renewable Copyright*, 70 U. CHI. L. REV. 471, 473-74 (2003).

¹⁵ Yochai Benkler, *Free as the Air to Common Use: First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain*, 74 N.Y.U. L. REV. 354, 361-62 (1999) (“[T]he range of uses of information that any person is privileged to make absent individualized facts that make a particular use by a particular person unprivileged”).

域。相對地，「封閉領域」(enclosed domain) 則是某人有專有權利，而其他人——除了權利人的許可，或因使用者的特定事實免於被追訴之外——都不可使用¹⁶。主要差別在於，公共領域是原則上每個人都可使用，除了有各別原因致使不能使用；封閉領域則每個人都不能使用（除權利人之外），除非有個別原因允許使用¹⁷。例如，因批評目的之短篇引用，一般稱之為合理使用的一種類型，但 Benkler 認為是一種公共領域¹⁸。此種定義受到較多法律學者的支持，例如，學者 Lawrence Lessig 對「技術意義的公共領域」的界定，即包括著作權保護期間屆滿，以及著作權的權利限制兩類¹⁹。在 Samuelson 的分類裡，屬於「第五類：廣泛可使用的資訊資源」。

我們可以發現這個定義的範圍夠廣，足以涵蓋公共領域與準公共領域。使用著作權保護期間已屆滿的著作，當然為不會有負侵害責任的使用；而 Benkler 自己所舉的公共領域之例，例如為評論目的而作簡短的引用，則應屬於準公共領域的範圍。這種公共領域的意義，亦具有「公眾的積極權利」(affirmative rights of the public) 的意涵，可以構成對政府授與智慧財產權的權力的限制，而不僅指消極的不被智慧財產權保護的部分²⁰。

從 Benkler 的定義加以推論，可以認為著作權法的公共領域至少含以下部分：一、因保護期間屆至或其他原因而完全不受到著作權法保護的著作、或著作的某些層面（例如觀念）；二、權利的特

16 *Id.* at 362.

17 *Id.* at 363.

18 *Id.* at 362.

19 Lawrence Lessig, *Re-Crafting a Public Domain*, 18 YALE J.L. & HUMAN. 56, 60 (2006). Lessig 的「技術意義」的公共領域，指「不必允許的領域」(permission-free zone)，此與「有效的公共領域」(effective public domain) 有別，後者指「不必律師之領域」(lawyer free zone)，亦即使用者可輕易確認可使用範圍的領域。*Id.* at 59.

20 Lee, *supra* note 2, at 102.

定限制；三、強制授權；四、合理使用。又例如，Lessig 界定的技術性的公共領域，除因著作權保護期間屆滿之外，第二種「因著作權的權利限制而成為公共領域」的，即包括因原創性限制或觀念表達二分法而不保護的事實、觀念等、合理使用、以及依據補償法則（liability rules）²¹的法定授權²²。以上的界定含「公共領域」及「準公共領域」，亦即包括「無人有權利」以及「私權利與公共近用混合」兩種類型。

當然還有其他公共領域的觀念，也有相當的用處。例如 Rose 提到的 *res communes*，可包含原住民族傳統智慧創作的保護。*res universitatis* 是許多學者所聚焦的共同研究資源的問題。或有屬於文化意涵、言論自由的層面的用法，不屬於本文討論範圍之內²³。

貳、為什麼要保護公共領域

公共領域——不管是沒有財產權的類型，或是混合私有與公用財產權的類型——都是 *res publicae*。這些資訊並非本質上不可能被

21 將 liability rules 譯為「補償法則」，參見謝哲勝，民法物權論，增訂 4 版，頁 151-152（2012 年）。

22 這裡構成 Lessig 所謂的「不必允許」（permission free）的領域，但不必然是「不必律師」（lawyer free）的領域。因為法定授權也是此種界定下的公共領域中的一種，所以公共領域只意謂不必允許，但不必然是不必付費。Lessig, *supra* note 19, at 57.

另外，亦可注意 Lessig 主張合理使用可當作一種權利，而不只是一種抗辯事由。Id. at 60 n.15; LAWRENCE LESSIG, CODE AND OTHER LAWS OF CYBERSPACE 139 (1999); Lawrence Lessig 著，劉靜怡譯，網路自由與法律，頁 346-348（2002 年）。

23 感謝審稿委員之一提出意見，認為 *res universitatis* 應為準公有的形態。筆者則傾向認為，依據 Rose 對 *res universitatis* 的說明——屬於公團體、私團體共有的財產，此財產受到公共使用是因其共有的性質，與本文討論的 *res publicae* 尚有不同。另外，自由軟體或 creative commons 等情況，確實可能為私有財產開放公用的準公有類型，但因著作權法中存在的準公有例證其實甚多，本文無法一一加以討論。

私有化，但為何要（根據 *res publicae* 的定義）「因為法律規定而開放給公眾」（open to the public by operation of law）？

Rose 的解釋，是因為協同效應（synergies），現或稱為網路效應（network effects）。公路開放給公眾的原因，是因為交通所帶來的社會利益：就經濟而言，交通促進商業——「交易網路越大，市場就越大，專門化的機會就越大，所有參與者的情況都會較佳」；商業是參與者之間的互動實務，越多人參與，則交易機會就增加，產出與財富就增加²⁴。就政治而言，交通對民主發展有貢獻——「有體財產的公共性的主張，從商業的公路到公共廣場、以及其他公共言論與政治溝通的地方」。道路之所以是 *res publicae*，正因為它們是「共和的根基」（the very root of the republic）²⁵。我們可以猜測，如果出門即須付費的話，這些社會利益可能不會發生，或至少其發生程度不會如目前現況。因此，通商與互動的管道，例如公路、水路、廣場，必須開放公用，即使開放公用有損個別土地所有人的私利²⁶。相同的理由適用在 Rose 所稱的「無體領域」，包括網路與智慧創作。Rose 所稱的協同效應，在 Benkler 描述的「網路資訊經濟」（networked information economy）中，即因網路的出現而對資訊的生產、個人自主、民主產生增進的效果。

Benkler 認為，網路的出現使得新的生產模式出現，除了原有的市場部門、基於私有財產、公司組織、以價格為導向的生產模式，也另外出現非市場、非基於私有財產、個人或與他人合作、非以價格為導向、非基於階層組織的生產模式。自由軟體與 Wikipedia 是 Benkler 所舉的例子，此二者皆為「基於公有財的同儕

24 Carol M. Rose, *The Comedy of the Commons: Custom, Commercial, and Inherently Public Property*, 53 U. CHI. L. REV. 711, 769-70 (1986). (引述亞當斯密 (Adam Smith) 的見解：商業是人與人的互動，而互動需要某些實體場所——亦即公路與水路——的近用。)

25 Rose, *supra* note 7, at 98-99.

26 Rose, *supra* note 24, at 770.

生產模式」(commons-based peer production)之例²⁷；我們其實還可以再加上 YouTube、Facebook 等例。網路是 Rose 所謂「知識空間的 *res publicae* 最顯著的例子」。其實我們也可以不必把「網路資訊經濟」理解為一種前所未有的生產模式，而是公共領域所出現的協同效應的一種表現。將公路開放為公用會出現促進商業與促進民主的效果，相同的，網路作為公共領域的出現，也使得原本無法生產資訊的個人——以自己或與他人合作——成為資訊的生產者與貢獻者。

Benkler 的解釋是，個人的生產能力原本被實體資本 (physical capital) 的要求所限制，資訊的市場生產模式需要高額資本以進行生產與散布，使資訊的非市場生產者難以發聲；一旦解除了實體資本的門檻，則個人可發揮其生產能力，使原本因資本限制而無法發揮創作力的個人，都可將其理念、經驗、生活等融入非市場模式的資訊生產²⁸。這裡講的「實體資本」與 Rose 所謂的「公路」其實是同一原理，這些類似關鍵設施的資源原本作為生產力的瓶頸，一旦能夠被他人或甚至公眾所使用，即可釋放龐大的生產力。關於知識空間的內容——如著作或發明——當然也有因為開放公用而產生協同效應的效果。正因為創作是基於他人的創作，沒有人可以是浪漫主義的天才或發明人，對知識產物保留某些程度的公用性，可以使「創作者的互動遠大於個人努力的總合」、「對話大於個別部分的總合」²⁹。Lessig 亦持相似的看法：文化的使用使文化的指涉更加豐富；越多人使用文化，則文化的價值更形增加；文化的豐富性來自

27 YOCHAI BENKLER, *THE WEALTH OF NETWORKS* 63, 70 (2006). Benkler 描述「基於公有財的同儕生產模式」為：許多個人對一共同生產計畫作出貢獻，各有其不同動機，共享其貢獻，但無人主張權利以排除他人對成果的全部或部分的近用。此種生產模式為自願與非集中式 (decentralized) 的。BENKLER, *supra*, at 62-63.

28 *Id.* at 50-56.

29 Rose, *supra* note 7, at 102. (以文學理論的「文本間性」(intertextuality) 為例，說明創作者須「站在巨人肩膀上」的原理。)

廣泛參與者對文化的積極使用與重新利用。故 Lessig 認為：「文化是典型的喜劇性的公有地」³⁰。

雖然如 Boyle 所說：「對智慧財產與公共領域的討論，必然在公有地的悲劇的陰影下進行」³¹。此種觀點認為，當一物被開放給公眾使用，可能會因過度使用或不足使用而損壞；沒有人願意投資，也難以找到交易的相對人，而且人人都只會盡量消耗公共資源，到最後成為廢棄物或荒地³²。相反地，私有財產可以鼓勵資源的開發與最適投資，因為不管損失或利益都會回到所有人，由所有人自己承受或享有³³。但 Rose 則認為，在知識空間裡沒有公有地悲劇的問題，因為「沒有實體資源，也就不會因為過度使用而毀滅」。所以只有第二個論點——即鼓勵投資——作為知識空間中的排他財產權的論證。因此，排他財產權的論證強度，在實體空間強於在知識空間；所以若實體空間的公共領域論證可行，則在知識空間更為可行³⁴。公路是準公共領域在實體空間最接近的比喻，道路並不是因為不會被過度使用或不須投資而開放給公眾；相反地，道路常會被阻塞、被過度使用，而且也需要投資（甚至可能是相當龐大數目的建置與維護成本）。但道路為什麼要開放公用？為什麼不讓道路作為純粹的私有財產？其理由在於因使用道路所產生的協同

30 Lessig, *supra* note 19, at 64 (“Culture is the classic comedic commons.”).

31 James Boyle, *The Opposite of Property?*, 66 LAW & CONTEMP. PROBS. 1, 7 (2003).

32 Rose, *supra* note 24, at 712; 此立場見 Garrett Hardin, *The Tragedy of the Commons*, 162 SCIENCE 1243 (1968), Hardin 的原文為：「理性的牧人會有如此的結論，他應追求的唯一合理的途徑是再增加放牧的牲畜，然後再增加、再增加……每一個牧人都會無限地增加牲畜，但卻是在一個有限的世界裡。全部的人都急促行事，必然造成毀滅。在一個相信公有地的自由的社會，每個人都追求其最大利益。公有地的自由帶來全盤的毀滅」。Id. at 1244.

33 See also Michael A. Heller, *The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets*, 111 HARV. L. REV. 621, 624 (1998). (描述公有地的悲劇為：「太多的所有人具有使用的權利，資源傾向被過度使用……典型的例子如枯竭的漁源、過度放牧的草場、空氣污染」；「將公有地私有化，可使私人動機與社會福祉較佳地配合，以此解決濫用的悲劇」。)

34 Rose, *supra* note 7, at 90-91.

效應，而相同的理由更能適用在知識空間。

再者，公有地不見得是悲劇，公有地也可以是喜劇³⁵。如何使公有地成為喜劇？Rose 的答案，是公有地與古典經濟學想像的不同；公有地上的人也與古典經濟學想像的不同。簡而言之，答案在公有地的管理規則、以及市民共和主義（*civic republicanism*）所謂的「市民美德」（*civic virtue*）。首先，公有地的公眾可能是無組織的公眾（*unorganized public*），但公有地卻不見得沒有組織與管理。除了可能有以政府的權威所制定的法律或行政規則來管理公有地，至少公有地可能有公眾的習慣加以管理，以防止資源的耗竭，而習慣也可能更進一步成為形式上的法律。其次，公眾不見得是像古典經濟學所設想的自利的、孤絕的個人；他們也可能是自制的、關心公共利益的人，而法律只是對他們的文明行為的實務加以確認及保存³⁶。總而言之，公有地可能是有管理、有組織，而且完全開放給公眾近用的。

參、交通規則：從習慣到法律規範

在本文界定的「公共領域」討論範圍，限於 *res publicae*，亦即包括純公共領域與準公共領域二部分。雖然學界對 *res communes* 的興趣方興未艾，限於時間與篇幅所限，留待以後再行探討。

從 Boyle 的「文化環保運動」衍生了許多關於公共領域與公有財的理論與實踐。Boyle 對於「公共領域」的界定，一直是採取純公共領域——「在公共領域，自由是基於財產權的不存在」，並以

³⁵ Rose, *supra* note 24, at 768. (公有地的喜劇，用通俗的話來說，即「越多越快樂」(the more the merrier) —— 越多互動的參與，則提高活動的價值，達到規模經濟，而非減少活動的價值。)

³⁶ *Id.* at 739-49.

此與混合私有權利與公共近用的「公有財」相區別³⁷。相同的，Lessig 大致上也是以類似的觀念來看待公共領域。源於 Boyle 將公共領域的「負面存在」轉為「正面存在」的呼籲。學者不僅努力描述正面存在的公共領域的內容，也產生保護這個正面存在的公共領域的實務³⁸。在過去十年產生了保護公共領域免於被立法侵蝕的努力，包括著名的 *Eldred* 及 *Golan* 等案件的訴訟³⁹。

37 James Boyle, *Cultural Environmentalism and Beyond*, 70 LAW & CONTEMP. PROBS. 5, 10 (2007) (“In the public domain, freedom is based on the absence of property rights.”); 但參見 Samuelson, *supra* note 8, at 784-85, 認為 Boyle 是首先認知到公共領域具有多重意義的學者。

38 學者對如何保護公共領域的建議，包括立法（或不應立法）的主張、訴訟上的憲法論證、或建議承認公眾對公共領域的資訊內容有積極權利、或提倡建立以私有權利與授權為基礎的公共資源、或提議使資訊較易進入公共領域的方法、或支持以政府之行動或政策來促進對資料的近用。Samuelson, *supra* note 8, at 827-28. See also J.H. Reichman & Paul F. Uhlir, *A Contractually Reconstructed Research Commons for Scientific Data in a Highly Protectionist Intellectual Property Environment*, 66 LAW & CONTEMP. PROBS. 315 (2003); Diane L. Zimmerman, *Is There a Right to Have Something to Say? One View of the Public Domain*, 73 FORDHAM L. REV. 297 (2004); Lee, *supra* note 2; Robert P. Merges, *A New Dynamism in the Public Domain*, 71 U. CHI. L. REV. 183 (2004); Arti K. Rai & Rebecca S. Eisenberg, *Bayh-Dole Reform and the Progress of Biomedicine*, 66 LAW & CONTEMP. PROBS. 289 (2003).

39 *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003); *Golan v. Holder*, 132 S.Ct. 873 (2012). 著作權公共領域不可減縮的論述，主要依據美國聯邦憲法中的智慧財產權條款，以及增補條款第 1 條的言論自由條款。首先，就智慧財產權條款而言，此類論述認為，智慧財產權條款不只是授與國會立法的權力，而且也是對立法權力的限制——對資訊賦予專有權利的立法，不能違反智慧財產權條款之「促進科學及有用技術進步」之目的限制，也不能將已存在於公共領域之資訊移出。Yochai Benkler, *Constitutional Bounds of Database Protection: The Role of Judicial Review in the Creation and Definition of Private Rights in Information*, 15 BERKELEY TECH. L.J. 535, 540-42 (2000). 其次，就言論自由條款而言，此類論述認為，某程度的著作權保護固然會促進資訊的生產，但太過強烈的著作權則大幅增加未來創作者的成本，而不利於言論自由。因此，此類論述認為，著作權也是對言論的一種管制，憲法上的言論自由審查是對著作權立法的第二重限制。*Id.* at 553-57.

以上的論述，構成 *Eldred* 及 *Golan* 案原告的論證主軸；在此二案判決中，美國聯邦最高法院也直接對以上的論述作出回應。首先，對於美國憲法中的智慧財產權條款，美國聯邦最高法院認為，該條款中的「有限期間」(limited times) 一詞，並非謂期間一經規定後即不可改變；再者，專利著作權條款之目的固然

其實難以說公共領域的資訊就不會——或不能——被私有化。而且，此種私有化與相反方向的運動（即私有資訊成為公共領域或準公共領域）一樣，是經由立法或法院判決。除了比較具爭議性的著作權保護期間延長、或回溯保護等立法，而這些立法終究被美國最高法院認為沒有違憲。有許多資訊從公共領域，經由立法或法院判決，而成為私有資訊的例子，而這些例子鮮少被質疑。Samuelson 所舉的例子包括：商業方法⁴⁰、半導體晶片保護⁴¹、船桅設計⁴²、名人的姓名及肖像權（publicity rights）、甚至商標⁴³。所以說，「若認整個公共領域都不能私有化、且被憲法所保護，實為勉強之論」⁴⁴。

如果公共領域，就像 Lessig 所說，不僅是「小」，而且是「正在縮減之中」⁴⁵；或如 Samuelson 對某些學說的觀察：「如果把公共領域看成一種零和遊戲，則智慧財產權的任何擴張都同時成為對公共領域的減縮」⁴⁶。如果像美國的 *Eldred* 案及 *Golan* 案訴訟結果所

為促進科學及技術之進步，但如何促進，應係屬由國會判斷的事項，且不限於以促進新著作的生產為手段。其次，就言論自由限制著作權立法的論點，美國聯邦最高法院在 *Eldred* 案及 *Golan* 案均認為，雖然著作權會有限制某些言論的效果，但著作權亦為「自由表達的引擎」（an engine of free expression），可促進言論的生產，且著作權內建有觀念表達二分法與合理使用等平衡機制，因此，對著作權立法不必予以嚴格審查。*Eldred*, 537 U.S. at 219, 222; *Golan*, 132 S.Ct. at 884-94. 最後，美國聯邦最高法院承認，國會具有調整公共領域的權力：「著作權條款的本文及歷史記錄，鮮少證明『一旦著作進入公共領域，國會不能允許任何人——包括作者自己——對此種著作再取得著作權』的講法。在歷史的記錄、國會的實踐、以及最高法院的先例，都沒有提供憲法增補條款第 1 條對已進入公共領域著作額外保護的基礎」。 *Golan*, 132 S.Ct. at 891.

40 *State Street Bank & Trust Co. v. Signature Financial Group, Inc.*, 149 F.3d 1368 (Fed. Cir. 1998). 此為因司法判決而私有化之例。

41 The Semiconductor Chip Protection Act of 1984 (SCPA)，此為因立法而私有化之例。

42 17 U.S.C. § 1301-32. 此亦為立法而私有化之例。

43 Samuelson, *supra* note 8, at 795-96.

44 *Id.* at 795.

45 Lessig, *supra* note 19, at 56. (“There is a public domain, relative to its history, and it is shrinking.”).

46 Samuelson, *supra* note 8, at 825. (對 David Lange 過去學說的觀察。)

顯示的，試圖保護這塊小地方免於被立法侵蝕的努力都失敗，則公共領域的保護似乎也沒有什麼好談的。換句話說，公共領域是可能、而且可以被縮減的；已經進入公共領域的還可以再拿出來。但對於此，本文的立場是，如果我們將關心與焦點稍微移轉一下——從純公共領域轉到涵蓋準公共領域（即 Boyle 用「公有財」一詞另外指稱的部分⁴⁷），則我們會發現允許公眾近用的領域不僅龐大，而且蓬勃發展；而且更好的是，它的保護與創造大有可為。美國學界的近來傾向，從「無智慧財產權的公共領域」，轉向以「公有財」來指稱或涵蓋公共領域，就是因為後者較能傳達積極或正面的價值⁴⁸。

一、管理規則——公共領域的「交通規則」

在 Rose 所說明的 *res publicae* 的例子中，其中最重要的一種是公路。學者 Smith 則是將公路當作一種準公有地的類型，因為「個人對於她的車輛在公路上所占的位置，具有私有權；但公路通常被認為是『公有地』，因為那是它的性質中較為顯著的部分」。準公有地兼有私有與公用的財產模式，不一定是哪一種居主要地位。

準公有財（semicommons）為混合公有與私有的財產類型。同一個財產的不同屬性（attributes），分別受到私有或公有的財產模式，而私有與公有的兩種模式彼此互動。公屬性的使用價值，受到私屬性使用者的影響；私屬性的使用價值，亦受到公屬性使用者的影響⁴⁹。準公有財需要某種管理制度（governance），這種規則管理公有資源的使用，可能是正式的法規，也可能是習慣性質的社會規

47 Boyle, *supra* note 37, at 9 n.12. (區別 public domain 與 commons 二概念，將 commons 界定為「使用智慧財產權與授權，以創造相互加強的自由區域」。)

48 Samuelson, *supra* note 8, at 815.

49 Henry E. Smith, *Intellectual Property as Property: Delineating Entitlements in Information*, 116 YALE L.J. 1742, 1765 (2007); Smith, *supra* note 5, at 291.

範⁵⁰。但之所以會有準公有財的存在，是因為有多重使用的利益（benefits of multiple use）。此種多重使用的利益，即上述 Rose 所謂的協同效應⁵¹。

準公有地最常被引用的例子，是早期英國及北歐的「開放田」（open field）制度。農民對田地有私有財產權，但在田地收成之後須開放田地以作為放牧的用途，此即混合兩種不同的財產模式，同一財產的不同屬性受到私有（農耕）及公有（放牧）兩種財產模式的利用。此二種利用模式之間彼此互動，相互影響其利用價值；所以需要一種管理制度，以調節農耕及放牧兩種利用方式的相互衝突⁵²。

由於在準公有地上有私有型態的利用與公有型態的利用同時存在，此二者可說在準公有地上進行強制性的合作（mandated cooperation）。因此需要使用規則來管理使用者的行為，此即對準公有地的管理制度（governance）。原因是在私有與公用的兩類利用者之間的策略行為：將利益據為已有，而將損害倒給他人⁵³——因策略行為的存在，於是產生兩類利用者的衝突點；而如後面的實例觀察所示，衝突點的發生往往是管理制度產生的原因與時機。資訊公有財（information commons）的永續必須依賴其管理制度架構的設計，其中可包括近用的規則與授權的規則，使公有資訊資源能維持適當與永續的近用⁵⁴。

50 See BENKLER, *supra* note 27, at 61. Benkler 將「公有」（commons）界定為「架構資源的近用、使用、與控制權利的特定制度形式」，對公有資源的使用與處置，沒有任何單獨的個人有排他的權利，此為與「財產」之不同。對於公有的分類，則依據兩個性質：一、資源是開放給任何人或特定群眾；二、資源有管理或沒有管理。對於有管理的公有，仍然以公路、街道、人行道等為當代最顯著的例子。Id. at 60-61.

51 Smith, *supra* note 5, at 291.

52 Id. at 292; Smith, *supra* note 49, at 1765.

53 Henry E. Smith, *Semicommon Property Rights and Scattering in the Open Fields*, 29 J. LEGAL STUD. 131, 138 (2000).

54 Samuelson, *supra* note 8, at 830-31.

在上述 Rose 的公路作為 *res publicae* 的例子，「管理制度」即公路的交通規則。我們可以想像交通規則含公路的「排除」(exclusion) 規則——亦即何時、何種條件下可進入公路，以及公路的使用規則，後者比較像 Smith 所謂的「管理制度」。管理制度的存在，也是 Rose 認為公有地會有喜劇的原因之一。雖然在 Smith 的觀點裡，將「排除」與「管理制度」分立，但我們其實可以將排除也當作管理制度的一部分：亦即管理制度至少必須含兩個元素：一、允許進入公有地的條件；二、在公有地上的行為規則。而就實際情況觀察。此二種規則可能是同一套規則：亦即，如果利用人的利用是某一種型態，則可進入準公有地；如果利用人的行為已不符合這種特定型態，則會被趕出準公有地。

至於管理制度如何設計，則是更為困難的問題。Smith 認為，在「排除」與「管理」間如何抉擇，是一個需要實證研究的問題；他認為以排除為預設規則，以管理為例外規則，何時推翻排除的推定，轉而採取某種程度的管理，則是實證的問題⁵⁵。政治學者 Elinor Ostrom⁵⁶提出公有財的治理結構應包含以下規則：1. 邊界規則；2. 位置規則；3. 資訊規則；4. 權威規則；5. 合意規則；6. 範圍規則；7. 分配規則⁵⁷。因已超出本文目前能處理的範圍及能力，就暫不予以處理。

據 Smith 的看法，準公有財在現今的法制相當普遍，而且對智慧財產權法特別重要⁵⁸。Smith 認為：「在著作權，準公有財由複雜

55 Smith, *supra* note 49, at 1818 (“The central empirical question in both property and intellectual property is when – and how easily – to overcome the basic presumption in favor of exclusion.”).

56 See ELINOR OSTROM, GOVERNING THE COMMONS: THE EVOLUTION OF INSTITUTIONS FOR COLLECTIVE ACTION (1990).

57 Elinor Ostrom, *The Institutional Analysis and Development Framework and the Commons*, 95 CORNELL L. REV. 807, 811 (2010).

58 Smith, *supra* note 5, at 292.

的條款與原則所管理，例如合理使用、強制授權、合併原則」⁵⁹。著作權法有相當大數量的準公有財，而且著作權法更傾向運用管理模式，與專利法比較傾向排除模式有所不同⁶⁰。著作權的合理使用，是一個典型的「私有權利與公共領域重疊，並且涉及二者間非常複雜的互動」的地方⁶¹——換句話說，合理使用就是一個準公有財。著作權法中的法定授權，也是運用管理模式的準公有財⁶²。

同理可以推知，在著作權法中各式各樣的權利的例外，也是一種準公有財：因為在權利的例外，一樣是混合對資訊的私有與公用模式，一樣有私有與公用兩種利用之間的互動，也一樣可能發生私有與公用兩種利用人之間的策略行為，而需要有管理規則去管理特定例外形成的準公有財。而如後面的觀察所述，管理規則通常就是原本形成這個權利限制（準公有財）的規則，但也會有後續立法、司法、甚至行政的行動，將管理規則進一步的精細化。

Smith 用資訊成本來解釋排他體制與管理體制的選擇：一個資源可以同時有多個財產體制，使其能夠容納複數的使用者。由於智慧財產的非互斥性，這種一資源存在複數財產體制比在有體物更為可能，亦即它會呈現在核心是「排他」體制，而在邊緣是呈現「管理」體制的情況⁶³。從資訊成本而論，「排他」體制的成本較低，適合於對象為大規模且不特定的群眾時；但排他體制使用粗糙的資訊變數（即符號），不區別利用的形態，對個別利用只作間接的處理，可能導致排除的範圍過廣（*over-inclusive*）。相對地，「管理」體制是對個別使用予以特定、直接的處理，可用於衡量個別的利用

59 *Id.* at 294.

60 Smith, *supra* note 49, at 1785-86.

61 *Id.* at 1765 (“Doctrines like fair use in copyright can be regarded as overlapping between private rights and the public domain, and also as a very complicated interface between the two.”).

62 *Id.* at 1749 (“Thus, as important areas of copyright law have emerged, various governance rules in the form of compulsory licenses have appeared.”).

63 *Id.* at 1794.

活動；它使用比較精確的資訊變數，因此其資訊成本也較高。所以選擇使用排他體制或管理體制，問題在於利用的形態是否足夠重要，以致於能夠推翻排他體制的推定，而正當化使用較高成本的管理體制⁶⁴。

二、準公共領域的創造——從習慣到正式承認

公共領域的創造，可以經由立法與法院判決，在早期的學者觀察即已如此。例如，在 Litman 的界定，是由著作權的制定法及法院判決「系統性地拒絕保護」的界限，形成公共領域的範圍⁶⁵。

從實體的準公共領域的管理規則，可以發現規則的主要來源有三：習慣、法院判決、立法。

習慣：例如，「開放田」的規則其實是一種習慣，又例如最早的交通規則也是習慣——「習慣是無組織的公眾（unorganized public）自我組織與作為的媒介，甚至是其以法律的力量發聲的媒介」⁶⁶；「習慣是無組織的公眾，以權威的方式組織其事務的方法」⁶⁷。也就是說，可以從習慣產生公有財的管理方式，甚至可以使無組織的公眾（相對於由政府所有的「公有」形式）產生對公共資源的擁有與近用的權利。此種基於習慣的權利，雖然較為不特定與非正式，但仍可以作為公有財的管理與組織的媒介，對公有資源的使用產生限制，使公有財免於淪為資源被耗竭的荒地或垃圾場⁶⁸。

64 *Id.* at 1798.

65 Benkler, *supra* note 15, at 360; Litman, *supra* note 6, at 987.

66 Rose, *supra* note 24, at 759.

67 *Id.* at 742. 感謝審稿委員之一，對此處之「習慣」（custom）之意義提出疑問。筆者初步認為，此處之習慣之意，可能含事實上之習慣與習慣法二者，視法律之確信是否已產生而定。但應非指英美法上之 common law，按 common law 之技術意義為判決先例拘束原則（stare decisis），須下段所述的以法院判決宣示權利之情況，方有可能符合 common law 的意義。

68 *Id.* at 744. Rose 甚至認為，由習慣管理的公有地，其價值可能高於將相同土地使私人所有，理由在於私人所有的土地需要較高的巡防（policing）成本，而以習慣管理的公有地，其行政成本則較低。

但習慣無法處理大規模的利用衝突，正如果習慣的交通規則只能處理少量的擁塞。更複雜的情況則需要國家公權力的介入⁶⁹，經由立法或司法形成正式的規則⁷⁰。

法院判決與立法：依照 Rose 的說明，因無組織的公眾的利用，而導致私權利人拿翹（holdout）的尋租行為，若此利用為對公眾具有獨特的價值，且財產受公眾利用比純粹私人獨占更有價值（亦即產生網路效應），則政府——不管是由法院或立法機關——經由法律來確認財產的公共性，而部分剝奪私財產權⁷¹。依照 Smith 的說明，則是因私有與公用兩方利用人的策略行為，於產生衝突時，必須產生某些處理方法或甚至制裁。

肆、著作權的準公共領域之例——兼論我國著作權法第 37 條第 6 項第 3 款

本文在此以美國最高法院判決的 *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.* 案⁷²，來作為由司法產生準公共領域的管理規則之例。接著以我國著作權法第 37 條第 6 項第 3 款為例，比較我國與美國對同一議題的準公共領域的創設。

一、以 *Sony* 案為創設準公共領域之例

由於讀者對於 *Sony* 案的事實及判決已耳熟能詳，本文對 *Sony* 案的判決內容就不再贅述⁷³。在 *Sony* 案的事實背景之下，選擇之

⁶⁹ Rose, *supra* note 7, at 99.

⁷⁰ See also Rose, *supra* note 24, at 749. (注意到歷史經驗顯示，若以習慣管理公有地為不足，則公有地的財產權可能向兩個方向演進：其一成為政府所有，由政府維持公共近用，其二為轉變為私有。)

⁷¹ *Id.* at 760-62.

⁷² *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984).

⁷³ *Sony* 案是電視節目的著作權人，向錄影機的製造商所提起的著作權侵害訴訟。

一，可以認為電視節目不應開放錄影，亦即 Smith 的「排他」預設，究竟電視節目是受著作權保護的著作，並無必須創造準公共領域的邏輯上必然性。創造的理由，依據 Rose 的原理，會在於公眾具有重大的利用價值。就 Smith 的理論，可以這樣解釋：在 *Sony* 案之前，原本只是以排他權（重製權）作為預設規則，究竟排他模式為低成本的處理模式，雖然其對邊緣的利用類型只能間接與粗糙地處理。但當錄影機的利用已經成為一種社會上重要的利用型態，已涉及足夠重大的利用價值，以足以使法院推翻專有權利的排他規則預設，而採取較高成本的管理模式。結果是在財產權的邊緣創造特定行為類型的管理模式，這個管理模式須衡量利用的行為類型，而非像排他模式只用邊界來間接處理各種利用。

在這裡我們可以看到，當法院在創造一個運用管理模式的區域——亦即準公共領域——之時，會同時創造這個準公共領域的管理規則，因為管理模式本來就要對個別利用行為進行衡量。所以，準公共領域的創造規則同時也是它的管理規則，例如，構成「實質非侵害性使用」須衡量使用的型態，像是否具有實質或重大的非侵害性利用用途；而「家用錄影」的管理規則，則是須非商業性的、私人利用的錄影。這樣直接對行為加以衡量的法則，都是屬於資訊成本較高的法則，包括對規則的對象（audience）的解讀成本較高（想援引這個規則的人須試圖理解何謂「實質非侵害性使用」或「家用」，其資訊成本高於不要跨入專有權利的邊界之內），且法院（規則的另一個言說對象及解讀者）的行政成本也較高，因此須有足夠大的使用利益，才能使法院跨出排他模式的推定，而轉換為管

因錄影機的使用者從事時間移轉（time-shifting）行為，即將節目預錄下來，於有空的時候觀賞，原告便主張被告製造及銷售錄影機的行為構成著作權的「輔助侵害」（contributory infringement）。美國聯邦最高法院的判決有兩大重點：一、消費者的時間移轉行為，即使未經著作權人的同意，亦構成合理使用；二、既然時間移轉非著作權侵害，則被告製造銷售的錄影機具有「實質非侵害性用途」，類推適用美國專利法第 271 條（b）項之通用商品（staple article or commodity of commerce）原則，亦不構成著作權的輔助侵害。

理模式。

就形式觀之，在 *Sony* 案之前可能已經形成準公共領域的習慣，此從該判決中提到使用者家中通常已經累積相當數目的錄影節目可知。*Sony* 案可以視為是對資訊的私用（節目著作權人）與公共利用二種方式的衝突點，正因為錄影機的普遍使用，使用者都已經投入相當大的投資，而引起私權利人的拿翹與尋租——壟斷錄影機以及錄影帶的行銷市場。*Sony* 案判決，可理解為無組織公眾（unorganized public），透過有組織政府（organized government），對其準公有財的習慣「以法律方式說出」。暫且不論實質非侵害性使用或合理使用等法律上的推演，我們可以發現法院是以避免「剝奪公眾使用的能力」立論⁷⁴，而且法院甚至以公共領域的網路效應立論：將著作權人的私財產權剝奪一部分，具有擴大觀眾範圍與增進福利的效果⁷⁵。

Sony 案的結論，至少創造兩個準公共領域，就抽象而言，是實質非侵害性使用（substantial noninfringing use）；就具體而言，是電視節目的家用錄影。近年來的網路案件，有許多當事人試圖利用「實質非侵害性使用」這個準公共領域的例子；而家用錄影這個具體的準公共領域，則使得錄影的技術雖然已經改變，但家用的數位錄影設備仍然穩坐在這塊準公共領域之內。而且，準公共領域的創造規則同時也是其管理規則，這個管理規則會被未來的立法或法院判決再加以精細化，例如 *Grokster* 案的誘引侵害原則，就是對「實

74 *Sony*, 464 U.S. at 443-44 (“An injunction would deprive the public of the ability to use the Betamax for this noninfringing off-the-air recording.” “Whatever the future percentage of legal versus illegal home-use recording might be, an injunction which seeks to *deprive the public* of the very tool or article of commerce capable of some noninfringing use would be an extremely harsh remedy [...].”) (emphasis added).

75 *Id.* at 445-46 (“[I]t is a real serve to families to be able to record children’s programs and to show them at appropriate times....Yet a finding of contributory infringement would inevitably frustrate the interests of broadcasters in reaching the portion of their audience that is available only through time-shifting.”).

質非侵害性使用」的管理規則的再精細化。再者，我們也可以這樣觀察，在涉及類似「關鍵設施」的情況——例如錄影機、網路，比較容易被認為有足夠重大的使用利益，而正當化轉換到管理模式。

二、從 *Aiken* 案到我國著作權法第 37 條第 6 項第 3 款

美國著作權法中的「艾肯豁免」(Aiken exemption)⁷⁶，是一個以司法及立法接續創造準公共領域的例證。此原則得名自美國最高法院的 *Twentieth Century Music Corp. v. Aiken* 案判決⁷⁷，該案事實為一家速食餐廳所有人艾肯 (George Aiken)，在店內設置一臺收音機，連接到天花板上 4 個擴音器，於營業時間播放電臺節目。艾肯的餐廳只是一個小餐館，與其他餐廳相較，其營業或其場所並無特出之處，其在店內接收播送電臺節目之行為與其他店家相同亦無特出之處。然而並未取得公開播送授權，遭音樂著作權人提起著作權侵害訴訟⁷⁸。

從 *Aiken* 案以及相關前案 *Buck v. Jewell-La Salle Realty Co.*⁷⁹ 的事實，可推測在 *Aiken* 案前，在美國社會中已有在餐廳之類的營業場所播放收音機節目的習慣，此種習慣有形成習慣法的準公共領域的傾向。音樂著作權人對艾肯提起訴訟，可以有兩種解釋：一方面可解釋為著作權人對於習慣性質的準公共領域的反動，希望以法院判決（有組織的政府發聲）瓦解習慣（無組織的公眾發聲）的成形；其次為，由於公眾的使用行為，使得「租」(rent) 已形成，引發私所有人的尋租行為，亦即此類訴訟的真正用意，在促使商業經營者購買概括授權。在私所有人與公眾利用的衝突點已形成之時，依前述理論解釋，即創造準公共領域的時機與可能性已經形成。

76 “Aiken exemption”一詞，可見於 CRAIG JOYCE ET AL., COPYRIGHT LAW 568 (7th ed. 2006).

77 *Twentieth Century Music Corp. v. Aiken*, 422 U.S. 151 (1975).

78 該案事實見 422 U.S. at 152.

79 *Buck v. Jewell-La Salle Realty Co.*, 283 U.S. 191 (1931).

美國聯邦最高法院的判決，是認為艾肯的打開收音機的行為並未構成著作的播送⁸⁰。在 *Aiken* 案之前，美國最高法院曾對旅館以擴音器播送電臺節目（*Jewell-LaSalle* 案）、有線電視播送（*Fortnightly Corp. v. United Artists Television, Inc.*⁸¹案；*Teleprompter Corp. v. Columbia Broadcasting System, Inc.*⁸²案）等事實作成判決。*Aiken* 案的事實涉及「公開」、「營業」，所以法院無法迴避在公開場所接收收音機廣播是否為「表演」的問題，亦即必須處理是 *Buck* 案、*Fortnightly* 案、*Teleprompter* 案等系列前例的衝突。*Aiken* 案多數意見決定追隨 *Fortnightly* 案及 *Teleprompter* 案，認為以收音機接收廣播並非「表演」⁸³（由於美國法中的 *right of public performance* 涵蓋我國著作權法中多種權利型態，故以下關於美國法部分直接譯為公開「表演」權）。

在 *Aiken* 案後隨即出現的，是美國國會雖然不贊同聯邦最高法院在該案的推理，但同意應該創設此種型態的準公共領域。於是在隨後立法的 1976 年著作權法（即現行美國著作權法），以法定義否定聯邦法院的 *Aiken* 案推理——對播送採取「多次表演原則」（*the doctrine of multiple performances*），亦即任何的再播送（*retransmission*）及接收（*reception*），都構成分別的表演（*performance*）行為。多次表演原則將注意的焦點放在是否將著作傳達給新的公眾，亦即著作所傳達的對象，是否非原播送所欲傳達的公眾；若為新的公眾，則為分別的公開表演行為⁸⁴。因此，單純將收音機或電視機打開，使公眾得以聽聞或觀看，亦構成公開表演。亦即，美國國會在 1976 年法，則採取 *Buck* 案的先解，不採

80 ROGER E. SCHECHTER & JOHN R. THOMAS, *PRINCIPLES OF COPYRIGHT LAW* 249 (2010).

81 *Fortnightly Corp. v. United Artists Television, Inc.*, 392 U.S. 390 (1968).

82 *Teleprompter Corp. v. Columbia Broadcasting System, Inc.*, 415 U.S. 394 (1974).

83 4 WILLIAM PATRY, *PATRY ON COPYRIGHT* § 14:6 (2013).

84 Makeen F. Makeen, *The Reception in Public Dilemma Under U.S. Copyright Law*, 58 J. COPYRIGHT SOC'Y U.S.A. 355, 361 (2011).

Fortnightly, *Teleprompter*, *Aiken* 等案對於「接收」與「表演」的區別。如艾肯之情況，在營業場所公開播送，亦不符合第 110 條第 (4) 款之「非營利例外」(non-profit exception)⁸⁵。但美國國會於是立法另外創造一個公開表演權的例外，以保留聯邦最高法院的 *Aiken* 案判決的實質結果，此即第 110 條第 (5) 款的「家用類型例外」(homestyle exception)⁸⁶。

美國國會雖不採 *Aiken* 案的推理模式，但仍以立法保留 *Aiken* 案所創造出的著作利用空間。亦即美國國會創設第 110 條第 (5) 款的「家用設備例外」。(現為第 110 條第 (5) 款 (A) 目)：使用單一家用設備接收著作之播送或展示，除非對著作之觀看或聽聞有直接收費、或予以再播送，否則不構成著作權侵害。對播送著作的公開接收 (public reception)，將接收內容對公眾傳達 (communication)，不構成著作權之侵害。但限於使用家用類型設備——「通常使用於私人家中類型的單一接收設備」(a single receiving apparatus of a kind commonly used in private homes)，且不得對公眾的聽聞收費，且不得再播送接收的內容。

雖一般認為「家用設備例外」立法是美國國會對 *Aiken* 案判決的反應，但其實美國著作權局在 1963 年之後就已經提議訂定類似的豁免條款。亦即，對家用設備豁免比較正確的描述，並不是它在修正 *Aiken* 案的推理，而是它是對 *Buck* 案對商業設施中打開收音機或電視機產生的著作權侵害責任，訂定豁免其責任的準公共領域。亦即在使用者與著作權人的衝突，以及著作權人明顯的尋租行為——從 1931 年開始的 *Buck* 案系列訴訟是測試案件，著作權人團體，如 ASCAP，想要迫使商業經營者購買概括授權 (blanket license)——美國國會在此次站在有利於使用者的立場，而創造準

85 4 PATRY, *supra* note 83, § 14:6.

86 SCHECHTER & THOMAS, *supra* note 80, at 249-50.

公共領域⁸⁷。

第 110 條第 (5) 款固然已創造一個準公共領域，但這個準公共領域的範圍仍有不明確之處，留待司法或立法對其範圍再予澄清及精細化。此準公共領域的創造規則及管理規則皆扣緊「家用類型設備」，因此訴訟即以家用類型設備的定義為核心。第 110 條第 (5) 款成為最常涉訟的著作權法條文⁸⁸。著作權人及小店家之間，經常為了所使用的擴音器數目、以及安排擴音器的形式，是否構成「家用」的音響設備而涉訟⁸⁹。例如，*Cass County* 案，被告只使用一部接收設備，但使用 9 個懸掛在天花板的擴音器，並且使用功率放大器，地方法院及第七巡迴法院均不認為這構成家用設備⁹⁰。又例如，在 *Broadcast Music, Inc. v. Claire's Boutiques, Inc.* 案，被告將接收器放在與銷售區域分離的房間，而擴音器置於銷售區域，中間用電線加以連接，第七巡迴法院認為這不構成「再播送」(further transmission)⁹¹。

由於司法對於管理規則的澄清都是個案性質、較為片斷性的，對於管理規則的有系統性的界定，仍需經由立法機關立法或由行政機關制定行政規則。另一方面，也因為小商家對著作權人的追訴感到不勝其擾，於是遊說國會對第 110 條第 (5) 款的內容加以澄清

87 該立法報告引用於 4 PATRY, *supra* note 83, § 14:38 (第 110 條第 (5) 款的最早的立法報告，是在 1966 年的眾院司法委員會，已經出現該條文的現代面貌：草案條文適用於任何種類著作的表演，免除僅在公開場所打開通常的收音機或電視機的著作權侵害責任。其立法理由為：此種播送的二次利用型態——即在公眾前打開通常為私人使用的接收設備——所涉及利益為「如此遙遠及微小」(so remote and minimal)，以致不應課以著作權侵害責任；否則只是使為數龐大的小商家及職業人士構成技術性的著作權侵害)。

88 4 PATRY, *supra* note 83, § 14:39 (“Section 110(5) was one of the most litigated provisions of the Copyright Act.”).

89 SCHECHTER & THOMAS, *supra* note 80, at 251.

90 4 PATRY, *supra* note 83, § 14:43. *Cass County Music Co. v. Muedini*, 55 F.3d 263 (7th Cir. 1995).

91 *Id.* § 14:41. *Broadcast Music, Inc. v. Claire's Boutiques, Inc.*, 949 F.2d 1482 (7th Cir. 1991).

及擴張⁹²。在 1998 年，美國國會再修法，對此準公共領域的管理規則再予以精細化。首先，對原本的「家用類型設備」例外，加上只適用於非戲劇音樂著作的播送⁹³。其次，更具備管理規則性質及外貌的，是新增的第 110 條（5）款（B）目。

該款是一個所謂「安全港條款」，分別依據店面大小或設備之種類及數目，來設計專有權利的限制。就店面大小而言，小於 3,750 平方呎的餐廳，以及小於 2,000 平方呎的其他種商業設施，不論其使用之設備為何，上述的公開播送均不構成著作權侵害。若店面大於以上的面積，則可以另以設備之數目構成專有權利之限制——使用擴音器之數目至多 6 個，且同一室中至多 4 個；若有螢幕，則螢幕之大小不大於 55 英吋，且數目不多於 4 個，則上述之播送亦不構成著作權侵害。若無法適用以上兩種「安全港條款」，則仍可試圖以「家用類型例外」不構成著作權侵害。

惟需注意者，美國上述立法遭到歐盟向世界貿易組織申訴，指其違反伯恩公約第 11 條之 2，亦即以擴音器或類似設備傳達著作的權利。伯恩公約 1948 年版，在第 11 條之 2 增訂 2 項新權利：轉播（rebroadcasting）及公開接收（reception in public right）⁹⁴。此二權利分別列於該條第 1 項之第 2 款（轉播）及第 3 款（公開接收）。但該條第 2 項亦規定，各會員國得以立法，對第 1 項之權利訂定行使之條件。對於第 11 條之 2 的解釋，學者一般認為含 3 種權利：播送權（the broadcasting right）、轉播權（the right to rebroadcast）、公開接收權（the reception in public），此 3 個權利為「分別、獨立」的權利⁹⁵。針對美國著作權法第 110 條第 5 款，歐盟

92 SCHECHTER & THOMAS, *supra* note 80, at 251.

93 原本的家用類型例外（即第 110 條第（5）款），修法後成為第 110 條第（5）款（A）目；另新增第 110 條第（5）款（B）目。

94 Makeen, *supra* note 84, at 382.（1948 年布魯塞爾會議，在第 11 條之 2 引入兩個新權利——再播送及公開接收的權利。在 1948 年增訂第 11 條之 2 之後，在 1967 年及 1971 年的伯恩公約版本均未對第 11 條之 2 有所更動。）

95 Makeen, *supra* note 84, at 385（認為在國際上，多數學者認為此條文含三種權

主張其違反伯恩公約第 11 條之 2 第 1 項第 3 款之規定。美國主張該條文符合「微小保留原則」(minor reservations doctrine) (或稱「微小例外原則」(minor exceptions doctrine))⁹⁶。爭端解決小組依據與貿易有關之智慧財產權協定第 13 條⁹⁷，來審查美國著作權法第 110 條第 (5) 款是否符合「微小例外」原則。爭端解決小組於 2000 年作成決定，其結論為：美國著作權法第 110 條 (5) 款 (A) 目符合 TRIPs 第 13 條及伯恩公約第 11 條之 2 的規定；但第 110 條 (5) 款 (B) 目不符合上 TRIPs 及伯恩公約之上述規定⁹⁸。美國行政當局雖表示願意與國會溝通以修改該條文，惟至今仍未有任何修法動作，亦即仍維持上述 3 種準公共領域的存在。

美國各地有舉辦「超級盃派對」盛事，從餐廳、酒館、私人住家、到教堂，其中不乏以大型電視或放映設備播放超級盃美式足球賽者。美國的全國美式足球聯盟 (National Football League) 對各地的超級盃派對舉辦者寄出警告信函，指其「侵害全國美式足球聯盟之智慧財產權」，其所持之標準為「場地之大小、電視螢幕是否超過 55 吋、是否採付費進入」⁹⁹。並對播放其美式足球比賽的營業

利：廣播權、轉播權、公開接收權)。學者 Goldstein 亦採三種分類，PAUL GOLDSTEIN, INTERNATIONAL COPYRIGHT: PRINCIPLES, LAW, AND PRACTICE 266 (2001)；學者 Ricketson 與 Ginsburg 將第 11 條之 2 的權利分為 4 種：廣播、再廣播、以有線方式再散布、以擴音器等方式向公眾傳達；此種區分，是將「轉播」依無線與有線方式區別為兩種類型。SAM RICKETSON & JANE GINSBURG, INTERNATIONAL COPYRIGHT AND NEIGHBORING RIGHTS: THE BERNE CONVENTION AND BEYOND 731-32 (2005)。我國學者羅明通亦採 3 種分類。羅明通 (註 4)，頁 520。

⁹⁶ Makeen, *supra* note 84, at 395-96.

⁹⁷ TRIPs 第 13 條為三步驟測試法 (Three-Step Test)：某些特殊情況 (certain special cases)、不與著作之正常利用衝突 (do not conflict with the normal exploitation of the work)、非不合理地損害權利人的正當利益 (not unreasonably prejudice the legitimate interests)。

⁹⁸ See Makeen, *supra* 84, at 418.

⁹⁹ Michael M. Fenwick, *Football's Intellectual Side: The NFL versus Super Bowl Parties and the Story of the Fifty-Five Inch Television*, 4 J. MARSHALL REV. INTELL. PROP. L. 125, 125-27 (2004).

場所提起訴訟¹⁰⁰。在 2007 年，美國美式足球聯盟對印地安那波利斯市的秋溪浸信教會（Fall Creek Baptist Church in Indianapolis）發出警告信函，警告該教會不得以超大型螢幕播放超級盃美式足球賽。該教會數年來一向在其會堂舉行超級盃派對，以其播放詩歌歌詞用的超大螢幕播放比賽，約吸引 400 人參加。全國美式足球聯盟主張，該教堂使用之螢幕已大於 55 吋，構成未經許可的公開表演。因相同的警告，許多教堂取消其超級盃派對。數日之後，聯邦參議員 Arlen Specter 提出立法草案，直接將此行為免除著作權侵害責任。數週之後，美國美式足球聯盟發出公開聲明，表示其「不會對教會進行調查，也不會對教堂提起訴訟」，其所為只是要「澄清著作權法中的問題與混淆之處」¹⁰¹。

「艾肯豁免」，即廣播電視節目之「公開接收」問題，涉及「多次表演原則」，以及伯恩公約第 11 條之 2 的解釋。爭議之發生，肇因於「多次表演原則」理論：首次播送之後續再播送、接收，均為分別之行為，需要個別得到著作權人之許可。這個理論造成「公開接收的兩難」（the reception in public dilemma）¹⁰²。雖有論者認為，美國國會仍無法對多次表演原則所造成的「公開接收的兩難」，有邏輯上具一致性的解決方案。但其實美國國會在 1976 年著作權法的決定，是接受「多次表演原則」的邏輯，但在此前提之下，創設個別利用型態的準公共領域，使特定型態的使用不構成著作權侵害¹⁰³。

與美國「艾肯豁免」同類的準公共領域，出現在我國著作權法的第 37 條第 6 項第 3 款：「有下列情形之一者，不適用第七章之規

100 例如，National Football League v. McBee & Bruno's, Inc., 792 F.2d 726 (1986).

101 SCHECHTER & THOMAS, *supra* note 80, at 242-43.

102 Makeen, *supra* note 84, at 355.

103 *Id.* at 355 (“Congress repeatedly seems to have failed to provide a coherent approach that fully adopts the single rendition/multiple performances theory with respect to the reception in public.”).

定。但屬於著作權集體管理團體管理之著作，不在此限：……三、以擴音器或其他器材，將原播送之聲音或影像向公眾傳達」。此規定為民國 99 年著作權法修正時所增訂¹⁰⁴。

曾有實務見解認為在營業場所接收廣播或電視節目，屬單純的接收行為，並無公開播送或公開演出¹⁰⁵。經濟部智慧財產局亦作成解釋：「如於公共場所單純打開電視機接收電視節目……供人觀賞，則該電視機為接收節目之必然設備，公共場所僅為單純接收訊息者，並不涉及著作權之利用行為」¹⁰⁶。學界見解，亦有認為在公眾場合打開電視或收音機，為單純接收行為，並非公開播送。——「在公眾場合打開電視，是單純的接收行為，不是公開播送，除非是接收訊息以後，再作同步或異時轉播，才會構成公開播送」¹⁰⁷。此種看法與美國最高法院的 *Aiken* 案判決相同。此種解釋雖立意良善，但與伯恩公約第 11 條之 2 的解釋可能有不合之處。但此種解釋，正如前述美國「家用設備例外」的立法背景、及 *Aiken* 案判決所表達的，較為符合人民的法律感情。智慧財產局之上述解釋，可

104 謝銘洋，智慧財產權法——我國智慧財產法近年來之發展與司法實踐，臺大法學論叢，39 卷 2 期，頁 207（2010 年）。

105 司法院第 22 期司法業務研究會問題第一則，研究結論認為：「在公眾場所接收廣播節目，為僅為單純的接收訊息者，未再為公開演出、公開播送之行為或重製、改作、編輯、出租等行為，則未涉及侵害著作權法之問題」。司法院（84）廳刑一字第 07260 號研究意見亦採相同見解：「甲百貨公司於營業時間內，以接收訊息之立場，將乙廣播電台公開播送丙之音樂著作，傳送供其營業場所顧客欣賞，此時從事該音樂著作之公開播送行為者，為乙廣播電台，甲百貨公司並無『公開播送』之授權與否之問題」。轉引自羅明通（註 4），頁 510-511。

106 民國 94 年 5 月 30 日經濟部智慧財產局電子郵件字第 940530 號解釋。轉引自林發立、林翰緯，寂靜的客運——淺論修正後著作法第 37 條對於二次公播規範之變革，萬國法律，170 期，頁 50（2010 年）。依據智慧財產局之解釋，以家用設備接（如電視機）接收供人觀賞，為「單純開機」行為；但若家用設備再加裝擴音器，則相同行為將構成公開演出或公開播送。民國 96 年 10 月 24 日經濟部智慧財產局智著字第 9600090330 號解釋、民國 96 年 8 月 14 日經濟部智慧財產局智著字第 9600070200 號解釋，轉引自林發立、林翰緯（註 106），頁 50。

107 章忠信，著作權法逐條釋義，2 版，頁 73（2009 年）。

認為是我國行政機關以解釋創造準公共領域之例。

如果就伯恩公約第 11 條之 2 的解釋，必須將「公開接收」解釋為公開播送權所及的一種行為類型，則此種與人民生活習慣及法律感情不甚相符的權利¹⁰⁸，便成為立法機關如何創設準公共領域的問題。誠如美國及我國之立法理由均述及，此種利用類型所涉及的經濟利益甚微¹⁰⁹。美國立法機關的選擇，是創設「家用設備例外」及「小商業例外」兩種類型；我國立法機關的選擇，則是部分免除刑事責任。我國做法誠有為德不足之憾——如論者所說「實際上並未使二次公播利用人免於絕大多數權利人之刑事追訴」；「著作權集管團體以刑事程序為收取權利金後盾之現象，將不會因本此修法而有所改變」¹¹⁰。

即使我國行政及立法機關，囿於伯恩公約第 11 條之 2 的解釋，以及我國弱勢的國際環境，無法如美國直接將「公開接收」以立法明訂為不侵害著作權。亦可考慮將「公開接收」的行為類型全部免除刑事責任。如同智慧財產局的立法理由說明所述，與貿易有關的智慧財產權協定只對大型的商業侵害行為要求有刑事責任，對於「微不足道」(*de minimis*)類型的侵害，該協定並無要求須科以刑事責任，不論著作有無由著作權集體管理團體管理。保留關於著作權集體管理團體之著作之刑事責任，仍使得集體團體得以進行以刑逼民之策略，將「公開接收」除罪化的美意仍然無法達成。

本計畫提出之修法草案，將現行著作權法第 37 條第 6 項改列於第 111 條，其說明為「原第六項並非本款事項，故刪除，改列第一百十一條，在體系上較為清晰，但其效果與原條文似無差異，僅

108 林發立、林翰緯（註 106），頁 49-50。另參見中華民國全國商業總會，著作權法修正，二次公播免刑責，<http://60.244.127.66/cgi-bin-big5/p1215/ae12?q1=v2&q2=p1215&q22=20100206142520&q10=1&q9=bacckQq11=1>（最後瀏覽日：2013 年 5 月 28 日）。

109 4 PATRY, *supra* note 83, § 14:38 (citing H.R. Rep. No. 2237, 88th Cong., 2d Sess. 77 (1966)；見前引（註 87）。

110 林發立、林翰緯（註 106），頁 54。

為刑事責任之免除」。另外，於條文之表達，採取向公眾傳達的上位概念，故將現行法第 6 項第 2、3 款合併為第 2 款，並且略為修改第 4 項文字（計畫草案列為第 111 條第 3 款）。故計畫草案僅係對條文之體系之加以調整，並未改變原條文之法律效果。就作為準公共領域之性質，計畫草案之該條文與現行法之效果相仿。

伍、近用空間的設計原理與本計畫草案相關條文之評析

一、對於公用空間設計原理的初步想法

Brett M. Frischmann 提議，資源在制度上的「形式」，可以與制度的「功能」適度地分離觀察。制度的形式，如財產權、管制、社會規範；制度的功能，如限制近用或開放近用。理由在於，某一種功能——例如資源的近用，能以多種的制度形式提供，例如以財產權提供、或以管制提供；而且通常是採取混合制度的方式——例如私有財產權加上管制——以提供某種「程度」的近用¹¹¹。

因此，就制度的功能而言，限制或開放近用不是非此即彼的問題，而是程度的問題。資源的開放或限制近用的最適程度，會成為就個別資源及其利用方式的個案性決定，牽涉到系爭資源的性質、資源被利用後所產生的效益、利用的方式、以及其他因素¹¹²。就制度的形式而言，各種資源管理的制度都是設計「資源管理規則」的工具。這些制度形式，可以是公法或私法，可以是有償或無償，可以是管制或財產權。以上都是組成「資源管理規則」的工具，而且

111 Brett M. Frischmann, *An Economic Theory of Infrastructure and Common Management*, 89 MINN. L. REV. 917, 934 (2005). (以環境、資訊、網際網路為例。)

112 *Id.* at 935.

通常是混合使用。

在探討資源管理規則的構成原理，再一次，「公路比喻」是有用的思考起點。除了 Rose 之外，Benkler、Lessig、Frischmann 等人均使用過公路比喻。Benkler 提倡「核心基礎設施」(core infrastructure) 的建立：「核心的公有基礎設施，為了要提供一個中立的平臺，必須為非私有財產 (nonproprietary)，且平等地開放給全部人」¹¹³。在論證中，Benkler 援引公路的比喻，也是要援引交通系統的基礎設施性質：「正如公路與人行道，是任何人想走的時候都能走，核心的公有基礎設施亦必須開放給全部人」¹¹⁴。類比於道路的開放公用的性質，「核心基礎設施」在功能上亦須開放公用。但公用是指資源的功能而言，而公用資源的制度上的屬性不必然是公有。例如 Benkler 即指出，飛機及美國的鐵路都是私有財產，但仍然能夠提供開放近用的功能¹¹⁵。

Lessig 在論及某些資源應保持公有，例如通訊協定、自由軟體、與頻譜，亦同樣用到 Rose 的公路比喻：「自由的資源，或說是以公有形式持有的資源，有時比私人所有的資源，能為社會創造更多的財富與機會」¹¹⁶。在此，Lessig 援引公路為模型，來談論基礎設施開放公用的效益，以及基礎設施的管理方式：「在這裡，公路是模型……對於像公路這樣的基礎服務的提供，國家具有一定的地位。政府出資興建公路及地方道路，而這些公路的使用，有些是免費的，有些須付費。但在兩種情況，公路都具有公有的功能」¹¹⁷。

亦即，公路比喻是用來闡明基礎設施開放公用的效益。在此，Lessig 所稱的「公有」，比較接近功能上的公有，即指開放近用。

113 Yochai Benkler, *Property, Commons, and the First Amendment: Toward a Core Common Infrastructure* (2001), at 22, <http://www.benkler.org/WhitePaper.pdf>.

114 *Id.* at 4.

115 *Id.* at 22.

116 LAWRENCE LESSIG, *THE FUTURE OF IDEAS: THE FATE OF THE COMMONS IN A CONNECTED WORLD* 86 (2001).

117 *Id.* at 244.

收費與否，或者制度形式是公有與否（私有道路亦可開放公用）¹¹⁸，並非基礎設施開放近用的必要屬性。必要屬性是資源的使用不須得到私財產權人的同意¹¹⁹。再者，若不用公路作類比，用其他種基礎設施的管理方式——例如廣場、電信網路、網際網路，來進行相關討論，亦無不可¹²⁰。

以 Frischmann 的說明為例，「公路比喻」其實是要說明，從傳統的基礎設施（traditional infrastructure，如公路、通訊系統（如電話網路或郵局）等），到非傳統的基礎設施，在資源管理規則的構成上，具有可資參考的原理。在這裡，尤其是要探討資源為何要開放公眾近用，資源管理規則如何達成允許公眾近用的功能，以及資源管理規則如何納入防止資源被破壞或耗盡的機制。如果不用公路為比喻，則同樣可能用其他基礎設施為借鏡，例如電信網路的管理規則，同樣可提供準公有的公用空間的管理規則如何建構的借鏡¹²¹。

從上述學者關於基礎設施的討論，可以發現資源被歸類於基礎設施，重點是使其在功能上能夠開放近用，至於其制度屬性是公有、私有、或準公有，或者收費或不收費，都是基礎設施的管理方法，並非其必要屬性。從這裡，也可以認為，著作的權利限制與強制授權並沒有本質上的不同，二者都是將著作開放近用，以發揮其作為基礎設施的功能（即產生外部效益與社會剩餘）。至於權利限制是不收費的，而強制授權是要收費的，並非它們的本質上的差別，只是管理手段的不同。

就收費與不收費的區別，筆者認為可暫時參考 Robert Cooter 對「價格」（prices）與「制裁」（sanctions）的區分：行為人做被禁止之事，政府對他施加的損害稱為制裁；行為人做被允許之事，政府收取的錢稱為價格。價格與制裁，都是政府控人的行為的方式。

118 *Id.* at 244.（以洛杉磯的私有道路開放公用為例。）

119 *Id.* at 245.（「沒有必要與壟斷的魔鬼達成談判。」）

120 *Id.* at 87-88.

121 *See* Smith, *supra* note 5.

就制裁的運用，政府須知道行為的社會最適程度，而畫出「允許區」(permitted zone)與禁止區(forbidden zone)，在行為超出允許區而進入禁止區時，則施加制裁使其行為成本大幅跳升(abrupt jump)；相對地，就價格的運用，政府不須知道行為的最適程度，但需要知道行為的外部成本，政府所訂定價格必須包含行為的外部成本，而行為的量則由行為人自行決定¹²²。

用相同的原理，公用空間的創造，可以用「制裁」，也可以用「價格」。「制裁」畫出公用空間的邊界，在利用人的行為超出邊界時施予制裁，但在邊界之內，則可自由利用著作，並無價格¹²³。權利限制利用「制裁」的方式，畫出自由近用的界線，在界線之內，是「允許區」，利用人可自由利用著作，並無價格；在界線之外，則是「禁止區」，若利用人的行為超出權利限制的界線，則將遭遇到民事的損害賠償與刑事的處罰，使其成本大幅跳升¹²⁴。「價格」，在此則指對每一個利用行為收取對價，但對價並非由市場機制決定，而是由政府定價。「制裁」為權利限制的規定方式；「價格」為法定授權(強制授權)的規定方式。二者都是控制著作利用人的行為的方式，只是控制的手段不同，二者都是「控制」則一，由立法者選擇使用權利限制(制裁)或法定授權(價格)作為控制著作利

122 Robert Cooter, *Prices and Sanctions*, 84 COLUM. L. REV. 1523, 1523, 1532-33 (1984).

123 但制裁其實也是價格，如 Frank H. Easterbrook 與 Daniel R. Fischel 所說：「法律就是價格」。只是當行為在允許範圍之內時是沒有價格的，一旦行為超出允許範圍之外，價格就「大幅跳升」，這是「制裁」的運作原理。See *id.* at 1523 (citing Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel, *Antitrust Suits by Targets of Tender Offers*, 80 MICH. L. REV. 1155 (1982)).

124 在此可以發現，權利限制的邊界是「邊界規則」，畫分私有與公用的界線，而邊界規則是以「制裁」來維護其效力。但法定授權採用「價格」作為規定方式，則私有與公用的邊界就不明確，因為利用人只要給付政府決定的價格，則不論使用多少都由利用人決定，因此私有與公用的邊界都被緩和與模糊化。See *id.* at 1523-24. (如果制裁被價格所取代，則成本的「突然跳升」會消失。)

用行為的手段¹²⁵。

從以上的觀察，可見權利限制與法定授權並無明顯的不同，只是看政府有無能力估算行為的社會最適程度或行為的外部成本，看其中何者資訊成本較低而已。因此，以上命題也隱含，從「權利限制」轉變為「法定授權」是可能的。如果政府較難畫出著作利用的社會最適程度，但較容易知道個別利用行為的外部成本，則此時可試圖使用法定授權。政府只須正確訂定利用行為的價格，將利用行為的量交由行為人自行決定。在本草案中，有部分條文有權利限制轉變為法定授權的傾向，可印證權利限制與法定授權並無必然的分野。

準公有利用是公屬性與私屬性的混合，使私有資源中出現公用空間，但仍保留私屬性的生產資源的能力。因此，對準公有的公用空間管理規則的建構，必須同時著重資源的需求面與供給面。智慧財產權學者往往太過著重資源必須被公用，亦即只著重在其需求面，而將資源的供給視為理所當然，甚至對供給面論述持敵對態度；但此種理論架構的態度忽略了，若資源被公眾使用所破壞或耗竭殆盡，也就沒有資源可以被公用。相反地，財產法學者則會注意到，資源具有開放公用的需求及其原因，但在開放公用的同時，也觸發資源的維護與繼續生產的問題。此種兼顧資源的需求面與供給面的論述，反而是更接近智慧財產權法在傳統上一向倚重的「平衡」。

對於準公有的公用空間的管理規則應如何設計，目前文獻尚未有完全的討論。但文獻中已提出管理規則應達到的一些目標，例如資源的永續性、防止公有地悲劇、防止策略行為等，這些屬於資源的供給面的討論。另外，亦有學者針對資源的需求面進行討論，試圖釐清為何資源必須被開放公用的理由¹²⁶。從需求面的討論，可以

125 *Id.* at 1524. (使用制裁或價格，是立法者的選擇。)

126 Frischmann, *supra* note 111, at 939. (提出非傳統資源的「需求面」理論。)

決定某個開放公用的特定目的是否得以正當化，以及開放的範圍如何。但對於開放公用的範圍的決定，必須同時納入資源的供給面的考量，理由在維護資源的永續公共近用，因為一旦資源被破壞或耗盡（公有地悲劇）、或公用妨礙資源的繼續生產（搭便車問題），則亦無資源可被公用¹²⁷。基於此，可暫時歸納得出，公用資源的管理規則——包括著作的「公用空間」的管理規則——必須同時有資源（著作）的需求面與供給面的考量。

本文則建議，公用空間的設計，可以借用財產權的設計原理。因為不論是財產權、或財產的公用空間，其設計都是關於「邊界」如何設計的問題。在財產權的設計，可以用排除模式（形式性規則）與管理模式（脈絡性規則）的相對，來設計其邊界¹²⁸。同樣，公用空間的管理規則，也是關於邊界的設計，因為管理規則是訂立何時可進入公用空間、而何時又會被趕出公用空間的條件。亦即，公用空間的管理規則也是「邊界規則」¹²⁹。我們同樣可以用排除模式與管理模式的相對，來分析公用空間的邊界構成。但在此時，因為公用空間的邊界與財產權邊界的作用是相反的，所以在公用空間不宜稱為「排除模式」。對於公用空間的邊界規則，較適當的稱呼是「形式性規則」與「管理模式（脈絡性規則）」的相對¹³⁰。

本文在此暫時提出關於公用空間管理規則的三個假設。因篇幅所限，作者在此僅先解釋這三個假設，於後續文章再作較大篇幅的論述。

127 參見 *Id.* at 919（環境法規及智慧財產權法，都反映了永續的公眾近用的社會需求），930（基礎設施需求面的三個問題）。

128 Henry E. Smith, *Exclusion versus Governance: Two Strategies for Delineating Property Rights*, 31 J. LEGAL STUD. S453, S454-S455 (2002).

129 Michael A. Heller, *The Boundaries of Private Property*, 108 YALE L.J. 1163 (1999).（提出「邊界原則」（the boundary principle）。）

130 關於排除模式與管理模式，對應到形式性與脈絡性，參見 Smith, *supra* note 49, at 1782-94；另參見 Henry E. Smith, *The Language of Property: Form, Contest, and Audience*, 55 STAN. L. REV. 1105, 1115-25 (2003).（以占有為例，討論形式性規則與脈絡性規則。）

假設一：公用空間的創設可能始於管理模式，也可能始於形式性規則，此二者為一連續體（continuum）的兩端；但不論始於何者，於創設後都有向中間移動，而形成混合體制的傾向。

假設二：公用空間的管理規則，須代理測量利用行為的合理性，合理性包含需求面與供給面的考量。

假設三：公有空間的管理規則若採管理模式，日後會有從管理模式向形式性規則移動的傾向，以降低資訊成本；但這需要成功的形式性規則的發明。發明形式性規則的主要方法之一，為模組化（modularity）。

首先，就公用空間的產生原因觀之，公用空間在初始創造時，其邊界通常會採管理模式的設計方式。其理由在於，公用空間是起源於對私有財產權的限制，通常是因私有財產權採排除模式，無法容納財產被公用的需求，而產生創造公用空間的呼籲。因此，私有財產權的限制，通常呈現對個別利用行為的個案式的衡量，衡量利用行為是否合理，以致於權利的限制採取管理模式。此符合 Smith 對於財產權的構成方式的看法：財產權的構成以排除模式為主，以管理模式為輔。管理模式通常呈現為財產權的限制或例外；而管理模式是在測量系爭行為的適當性或合理性。例如，美國著作權法中的合理使用，是以管理模式形成公用空間的典型例子。

然而，並不能謂公用空間僅能以管理模式的方法形成，現實上亦不乏以形式性規則形成公用空間之例證。德國著作權及鄰接權法（以下簡稱德國著作權法）中規定權利限制的方式，即為適例。德國並非採美國的合理使用概括規定的方式，而是將他人利用著作的行為儘可能類型化，對利用型態作詳細的列舉式規定¹³¹。德國著作權法創設權利限制的方式亦顯示，形式性規則的發明，以模組化

131 參見梁哲璋，從德國著作權法對著作權之權利限制看著作權之合理使用，收於：黃銘傑編，著作權合理使用規範之現在與未來，頁 4（2011 年）（「除了少數個別情形之外，並無如美國著作權法第 107 條或我國著作權法第 65 條第 2 項規定，一般適用的合理使用概括條款」）。

(類型化)為重要的方法。此種經由模組化產生形式性規則的方式，具有的優點即在適用時資訊成本較低。此優點即論者在論及德國著作權法的權利限制立法方式時，常稱之具有「可預測性」或「法的安定性」¹³²。

以形式性規則形成公用空間，其缺點與財產權的排除模式的缺點相同，即因為界線過度僵固，而產生「過度包含與不足包含」(over- and under-inclusive)的問題。此種形式性規則的特性，亦表現在德國法中的著作權權利限制禁止類推適用的說法¹³³。但是，「禁止類推適用」必須有例外，則顯示形式性規則的不足包含的問題。例如，德國著作權法第 51 條（此類型稱為「引用」，此條文在 2008 年之前並無概括條款），其第 2 款之文義僅含語文著作，但法院解釋則將該款之適用範圍擴及圖片著作及電影著作，顯示法院必須作擴張解釋，以解決形式性規則的不足包含問題。

形式性規則有對個別使用情境不足考量的問題，解決方法有二種：其中一種方法為進一步的模組化，另一種方法為向管理模式移動。第一種方法，即再訂立新的形式性權利限制規則，以容納新發生的事實情況。第二種方法（向管理模式移動，而產生混合模式），在德國著作權法的例證，是在少數的權利限制條文加入概括條款，包括自由使用（第 24 條）、引用（第 51 條）、為私人使用目的之重製（第 53 條第 1 項），為少數具有概括條款的權利限制規定。其中第 51 條的「引用」在 2008 年經由立法加入概括條款，即為形式性規則向管理模式移動的明顯例子¹³⁴。

132 梁哲璋（註 131），頁 3。

133 梁哲璋（註 131），頁 10（引述德國學者見解）。

134 參見梁哲璋（註 131），頁 4 註 7、頁 31（第 51 條的「引用」，在 2008 年之前為列舉規定，其概括條款是在 2008 年才加入。「在所謂第二籃（Zweiter Korb）之改革計畫中，於 2008 年 1 月間修法施行之本條，變更為概括條款之形式，使得合法之引用不再受限於舊法所列譽之三種情形」）。

日本著作權法的權利限制規定方式，與德國著作權法相同，採取詳細的列舉式規定，並無一般性的合理使用條款，因此，其優點與缺點亦與德國著作權法相同¹³⁵。論者稱此種規定方式的優點為具有「高度的預測可能性」，只要符合個別權利限制規定的要件，即明顯地屬於他人可利用著作的範圍。此種「預測可能性」即顯示公用空間的創造若採形式性規則，則具有低資訊成本的優點，與財產權界定方式的「排除模式」相同：利用邊界代理測量系爭行為的屬性，只看邊界是否被逾越，不必再個案地測量系爭行為的適當性或合理性。

然而，以形式性規則創造公用空間，其缺點亦同「排除模式」之缺點，即邊界缺乏彈性，造成對個別行為的過度與不足包含。以日本著作權法為例，論者即稱列舉式的權利限制為「欠缺彈性」或「僵化」：「因其適用上欠缺彈性，導致只要未落入具體的權利限制規定範疇內，縱令其利用行為對於著作影響輕微且是為達其他合法目的而為，亦可能被視為侵害著作權」¹³⁶。此即由形式性規則形成邊界的「不足包含」問題。

如前所述，形式性規則的「過度與不足包含」問題，可以有兩種解決方案：其中之一，為向管理模式移動，而產生混合模式；另一個方案，則為再進一步的模組化（類型化）。在日本，近年來有倡議引進概括性的權利限制規定（如美國著作權法第 107 條的合理使用規定），亦即向管理模式的方向移動，而成為混合模式。惟研議結果，是採取進一步模組化的方式，而維持形式性規則的立法體例。亦即倚賴立法機關於遭遇新事實時，儘速修正著作權法，以調整或創立權利限制規定。然而，即使目前日本著作權法的權利限制

135 黃銘傑，日本著作權法合理使用規範之現況及修法議論，收於：黃銘傑編，著作權合理使用規範之現在與未來，頁 151（2011 年）（「日本著作權法，係以個別條列式的作法，逐條列舉出著作權權利限制或合理使用的態樣與內容」）。

136 黃銘傑（註 135），頁 151、162。

採形式性規則，但實際運作上已有法院進行「管理」，而已有混合模式的傾向。此即法院對權利限制的規定予以擴張解釋，甚至納入其他法理，來實質變更形式性規則所畫出的邊界¹³⁷。

其次，公用空間的管理規則，須兼顧資源的需求面與供給面。公用空間的產生，始於他人對資源使用的需求，故公用空間的管理規則本會反映為何特定資源在特定情況下須開放公用（即被使用的目的），以及代理測量此目的是否被達成。另一方面，管理規則須顧及資源的供給面。就著作的供給面而言，經濟分析始於著作消費的非互斥性。因消費的非互斥性，使得作者對於著作的定價無法大於或等於其平均成本，以致於作者無法回收其創作的固定成本，而欠缺創作的誘因¹³⁸。儘管論者指出供給面的論述具有某些瑕疵存在。但須以制度設計確保作者的創作誘因，此經濟學上的論證仍沒有被推翻。從而，以準公有管理規則設計出的公用空間，必須在不影響著作供給面的前提下畫出。

第三，由於管理模式會產生較高的資訊成本，因此，若公用空間是以管理模式的方式創造，於創造後會有向形式性規則移動的需求及傾向，以求降低資訊成本。在以下所述，本草案對「權利限制」規定之調整，即為向形式性規則方向移動、以減少資訊成本的適例。

137 參見黃銘傑（註 135），頁 164（日本法院的「具體解釋手法計有：1. 擴張解釋現行之權利限制規定；2. 認定存在權利濫用情事；3. 認定存在默示授權；4. 利用本質特徵直接感知之法理否定重製的存在；5. 認定欠缺實質違法性事由；6. 認定不該當於利用行為；7. 認定不該當於權利對象」）。

138 Christopher Yoo, *Copyright and Product Differentiation*, 79 N.Y.U. L. REV. 212, 226-228 (2004). (描述經濟分析在「傳統上對著作權的看法」(traditional approach to copyright)，此經濟分析的傳統看法始於著作消費的非互斥性，以致於作者無法將著作定價於平均成本。著作的生產與其他商品相同，含固定成本與變動成本；若作者無法回收其平均成本，則著作不會存在)。

二、本草案「權利限制」部分評述

我國現行著作權法的權利限制規定方式，已經為介於形式性規則與管理模式之間的混合模式。在立法的時間順序上，首先有列舉式的權利限制規定，然後再加入第 65 條的合理使用概括規定，使個別的權利限制規定成為合理使用的例示性規定¹³⁹。

本計畫所提修正草案（下稱「本草案」）中一項重大的改變，是試圖澄清現行法第 44 至 63 條的權利限制與第 65 條第 2 項之合理使用基準的關係。如本草案第 74 條之修正理由所述：「為使第四十四條至第六十三條適用明確化而成為獨立之合理使用類型，爰修正本條（指現行法第 65 條）第二項文字，成為真正之補遺條款」。因此，本草案的立場，是使現有的混合模式再向形式性規則的方向移動，使個別的權利限制規定回復到形式性規則的性質。此亦即本文前一節所述「假設三」的移動方向。

現行法第 44 至 63 條規定，與第 65 條第 2 項的合理使用一般規定的關係，雖然論者對此關係之看法並非一致，但至少有部分條文須參照第 65 條第 2 項為解釋，尤其是在條文中有「合理範圍」一詞者尤為如此。可見上開權利限制條文具有管理模式之性質。管理模式之優點，為能對系爭行為作精確的測量，例如是否達成著作權法所重視的公用目的（如非營利、轉化性）、是否未對創作者的動機造成過度損害。然而，缺點則為在適用時具有高資訊成本，增加被告主張合理使用之難度及不確定性。

139 蔡惠如，我國著作權法合理使用之挑戰與契機——以著作權法第 65 條第 2 項之判斷基準為核心，收於：黃銘傑編，著作權合理使用規範之現在與未來，頁 188-192（2011 年）（論述我國「合理使用之法制變遷」）。參見最高法院 92 年度台上字第 205 號判決（法院依據第 44 條以下之權利限制規定作判斷時，均須參照第 65 條第 2 項的合理使用判斷基準）；王怡蘋，論著作權第 65 條第 2 項與其他各條之關係，收於：黃銘傑編，著作權合理使用規範之現在與未來，頁 208（2011 年）。

本文前述之假設三：因管理模式之高資訊成本，公用空間的管理規則會有向形式性規則移動的傾向，即顯現在本草案切斷現行法第 65 條第 2 項與權利限制條文在適用時之關連的倡議。故本草案關於第四章第二節「權利的限制」之修正理由即說明：「為減少適用疑義，建立獨立明確之合理使用類型」，「爰刪除各款『合理範圍』之用語，並明定成立各款合理事由之判斷基準」¹⁴⁰。此倡議可以理解為，經由對利用方式的類型化，使管理模式（以第 65 條第 2 項為代表）向形式性規則的方向移動，藉以減少援引公用空間的資訊成本。

對此倡議的評估，則可回到本文前述假設二：公用空間的管理規則，須能代理測量資源的需求面與供給面的考量。在現行法中，第 44 至 63 條對於各種利用行為的界定，有相當大的部分在界定需求面的考量；但有些條文已同時在利用行為的界定中，納入供給面的考量。另外，現行法也藉由條文中的「合理範圍」一詞，指涉第 65 條第 2 項的合理使用基準，藉此援引在合理使用基準中的需求面考量與供給面考量。因此，在切斷第 44 條與第 63 條的利用型態與第 65 條第 2 項之關係時，須同時考慮新條文本身是否足以達成資源的需求面與供給面的考量。

以現行法第 44 條「中央或地方機關，因立法或行政目的所需，認有必要將他人著作列為內部參考資料」之利用類型為例，該條以「合理範圍」一詞指涉第 65 條第 2 項，納入合理使用基準的供給面與需求面的考量。另外，該條但書：「但依該著作之種類、用途及其重製物之數量、方法，有害於著作財產權人之利益者，不在此限」，納入被公用的資源的供給面考量。由於援引太多的管理模式的判斷標準，該條顯然有判斷因素複雜、欠缺明顯性等缺點¹⁴¹。

¹⁴⁰ 本計畫草案第 53 條說明。

¹⁴¹ 王怡蘋（註 139），頁 209，採相同見解（「第 44 條但書之規定……，亦或是依據第 65 條第 2 項判斷之，二者有重複規定之嫌」。相同情況出現於第 45 條、第 46 條）。

本草案第 53 條刪除該條文之「合理範圍」一詞及但書，使該條規定較趨近於形式性規則，應有降低該條於適用時的資訊成本的效果。

現行法第 44 至 63 條，對各種利用型態的描述，已經具有對資源的需求面的界定，所以刪除相關條文中對第 65 條第 2 項的指涉（條文中的「合理範圍」一語），不會對資源的需求面界定造成問題。接下去則須看，刪除後剩下的條文，是否足以滿足對資源的供給面的考量。對於此點，須看各該條文中對於利用型態的描述，是否已將利用範圍界定為一種例外狀態，而不致對著作的供給面造成影響。亦即，利用型態的描述已足以代理測量供給面的考量，而無須援引第 65 條第 2 項之第三、四基準。

本文認為，現行法有部分條文對於利用型態的描述，已經將利用範圍界定為例外狀態，而得以同時滿足著作供給面的考量。例如第 45 條的「專為司法程序使用之必要」，如本草案第 54 條修正理由所述：「限制於司法程序使用之必要情形，其利用方式限於目的所需範圍內，似應足夠，不必搭配原六十五條」¹⁴²。又例如，現行法第 53 條，規定「已公開發表之著作，得為視覺障礙者、學習障礙者、聽覺聽能障礙者或其他視、聽覺認知有障礙者以點字、附加手語翻譯或文字重製之」。此利用型態之描述，已將利用範圍限於例外情況，即無須再附加其他關於供給面考量的用語。本草案第 63 條亦已說明，此條「利用範圍似不應與原六十五條第二項併用」。

然拙見以為，若某些條文對於利用型態的界定，本身仍不足以達成對著作供給面的考量，此時似應保留某些對著作供給面的考量用語，雖然並非必須經由第 65 條第 2 項的合理使用基準。例如現行法第 46 條，「依法設立之各級學校及其擔任教學之人，為學校授

¹⁴² 王怡蘋（註 139），頁 209，採相同見解（「蓋就司法程序之利用目的，……不僅所重製之內容有限，且重製之份數亦僅為提供法官、雙方當事人及其律師所用，故以達本條之利用目的為限，似應無過度侵害著作權人權益之虞」）。

課之需要」，為著作需求面之描述，對著作利用範圍的限制似有不足。現行法該條文在著作供給面之考量，則同時以「合理範圍」一語，援引第 65 條第 2 項之合理使用基準，並且在但書中準用第 44 條但書：「但依該著作之種類、用途及其重製物之數量、方法，有害於著作財產權人之利益者，不在此限」。如此雙重的限制，似有疊床架屋之嫌。然而，為顧及著作供給面之考量，此二限制似不宜同時刪除。若刪除「在合理範圍內」一語，則似以保留原但書為宜。

最後，現行規定與本草案的一些條文，顯示出權利限制與法定授權並無必然的不同，二者具有相互轉換的可能性。在目前至少可看到部分權利限制的條文有轉換成法定授權的傾向。例如，草案第 56 條（現行法第 47 條）的「為編製依法令應經教育行政機關審定之教科用書，或教育行政機關編製教科用書者」，得對他人之已公開發表著作進行重製或改作。此條文雖列為「權利之限制」，但已經與法定授權金並用。在原條文中，有「在合理範圍內」的限制，然「合理範圍」含有行為的社會最適量由政府（法院）決定之用意。本草案第 56 條刪除「合理範圍」一詞，可如此解釋：法定授權金是以價格控制利用人的行為，使行為的最適量由利用人自行決定，政府僅經由價格控制之。故既有法定授權金，政府只須正確定價，不必再直接管制行為的量，故此條文的「合理範圍」一詞，應該已不再需要。

同理，草案第 63 條（現行法第 53 條），關於「已公開發表之著作，得為視覺障礙者、學習障礙者、聽覺機能障礙者或其他視、聽覺認知有障礙者以點字、附加手語翻譯……」等方法重製、散布、改作、向公眾傳達等方法利用。本草案在該條之修正理由說明「考慮是否一併明定本條重製物的傳播與利用規定，設置法定授權金制度」。亦即當政府可估算利用行為的外部成本，但較難估計行為的社會最適量，則可用法定授權金的方式進行控制。現行法原本規定的利用方式有限，此種例外的利用方式並不足以對著作的供給

面造成損害，原本不需要控制其利用的量。但草案新增改作、向公眾傳達等利用方式。因利用方式擴大，可能對著作的供給面造成影響，故立法者可考慮採用法定授權金的方式，以進行對利用的量的控制。此項可能的發展，亦再度顯示權利限制與法定授權並無本質的不同，二者都是控制利用行為的手段，在二者之間具有相互轉換的可能性。

陸、結論

我們通常認為公共領域是一個完全沒有智慧財產權的地方，因此公共領域的保護是避免私權利人進來這塊無人之地圈地。但其實比較有意義的討論方式，是將學者對「公有」與「準公有」財產的討論帶入，認為公共領域也包括準公共領域的部分；在這種討論範圍之下，我們不但不會覺得公共領域正在萎縮，反而會覺得公共領域是生氣蓬勃的生態環境。

本文探索法律對於準公共領域的角色，發現在實體世界的準公有財產種類中，公路是對著作權的準公共領域最具有啟發性的例子。正如同公路需要交通規則，每個準公共領域也需要管理規則，而這些管理規則是在調和在準公共領域中並存的私權利與公共近用的衝突。管理規則的產生可經由習慣、司法、或立法，在美國及我國著作權法皆有實例。從美國的「艾肯例外」及我國的二次公播的例子對比，可發現美國國會對於創設準公共領域相當積極，但在此例中我國立法機關則略嫌保守，此雖與我國在國際智慧財產權之弱勢立場有關，但其實我國的行政及立法機關可再更為積極。當私權利人與公眾近用發生衝突，因社會公眾的使用利益足夠顯著，已無法用純粹的排他模式加以解決，而必須採用資訊成本較高的管理模式。在其管理規則中，免除刑事責任，但允許著作權集體管理團體收取權利金，固為一種管理的方法，但有可能太過偏向私權利人，

而對公眾之使用利益不足考量；參諸美國法的「艾肯豁免」之後續立法，我國對同一議題創設準公共領域似有為德不卒之憾。

準公共領域以合理使用與權利限制為最顯著的例子。本草案試圖澄清合理使用與權利限制的關係，其中最顯著的一項努力，即將權利限制與合理使用的考量分離，使法院在適用權利限制的規定時，無須再考量現行法第 65 條第 2 項的合理使用基準。此種修正方式，使權利限制規定朝向形式性規定的方向移動，具有降低資訊成本的功能。因個別的權利限制的規定，形成個別公用空間的邊界；對於此邊界的畫定，須考量被利用資源——即著作——的需求面與供給面因素。現行規定往往將供給面考量，透過「合理範圍」一詞，引入合理使用中的第三、四基準。若刪除「合理範圍」一詞後，剩餘條文僅含對著作的需求面考量，而已不含有供給面考量，則條文宜再以其他方式，保留或補入供給面的考量。

參考文獻

1. 中文部分

- Lawrence Lessig 著，劉靜怡譯（2002），網路自由與法律，臺北：商周。[Lessig, Lawrence. 1999. *Code and Other Laws of Cyberspace*. New York, NY: Basic Books.]
- 王怡蘋（2011），論著作權第65條第2項與其他各條之關係，收於：黃銘傑編，著作權合理使用規範之現在與未來，頁205-221，臺北：元照。
- 林發立、林翰緯（2010），寂靜的客運——淺論修正後著作法第37條對於二次公播規範之變革，萬國法律，170期，頁49-56。
- 梁哲璋（2011），從德國著作權法對著作權之權利限制看著作權之合理使用，收於：黃銘傑編，著作權合理使用規範之現在與未來，頁1-57，臺北：元照。
- 陳寶瑞（2011），公共經濟學，2版，臺北：元照。
- 章忠信（2009），著作權法逐條釋義，2版，臺北：五南。
- 黃銘傑（2011），日本著作權法合理使用規範之現況及修法議論，收於：黃銘傑編，著作權合理使用規範之現在與未來，頁149-181，臺北：元照。
- 蔡惠如（2011），我國著作權法合理使用之挑戰與契機——以著作權法第65條第2項之判斷基準為核心，收於：黃銘傑編，著作權合理使用規範之現在與未來，頁183-204，臺北：元照。
- 謝哲勝（2012），民法物權論，增訂4版，臺北：三民。
- 謝銘洋（2010），智慧財產權法——我國智慧財產法近年來之發展與司法實踐，臺大法學論叢，39卷2期，頁199-225。
- 羅明通（2009），著作權法論（I），7版，臺北：台英商務法律。

2. 外文部分

- Benkler, Yochai. 1999. Free as the Air to Common Use: First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain. *New York University Law Review* 74:354-446.
- . 2000. Constitutional Bounds of Database Protection: The Role of Judicial Review in the Creation and Definition of Private Rights in Information. *Berkeley Technology Law Journal* 15:535-603.
- . 2001. *Property, Commons, and the First Amendment: Toward a Core Common Infrastructure*. <http://www.benkler.org/WhitePaper.pdf>.
- . 2006. *The Wealth of Networks*. New Haven, CT: Yale University Press.
- Boyle, James. 2003. The Opposite of Property?. *Law and Contemporary Problems* 66:1-32.
- . 2003. The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain. *Law and Contemporary Problems* 66:33-74.
- . 2007. Cultural Environmentalism and Beyond. *Law and Contemporary Problems* 70:5-21.
- . 2008. *The Public Domain*. New Haven, CT: Yale University Press.
- Cooter, Robert. 1984. Prices and Sanctions. *Columbia Law Review* 84:1523-1560.
- Fenwick, Michael M. 2004. Football's Intellectual Side: The NFL versus Super Bowl Parties and the Story of the Fifty-Five Inch Television. *John Marshall Review of Intellectual Property Law* 4:125-159.
- Frischmann, Brett M. 2005. An Economic Theory of Infrastructure and Commons Management. *Minnesota Law Review* 89:917-1030.
- Goldstein, Paul. 2001. *International Copyright: Principles, Law, and*

- Practice*. New York, NY: Oxford University Press.
- Hardin, Garrett. 1968. The Tragedy of the Commons. *Science* 162:1243-1248.
- Heller, Michael A. 1998. The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets. *Harvard Law Review* 111:621-688.
- . 1999. The Boundaries of Private Property. *Yale Law Journal* 108:1163-1223.
- Joyce, Craig, Marshall Leaffer, Peter Jaszi and Tyler Ochoa. 2006. *Copyright Law*. 7th ed. Newark, NJ : LexisNexis.
- Landes, William M. and Richard A. Posner. 2003. Indefinitely Renewable Copyright. *University of Chicago Law Review* 70:471-518.
- Lee, Edward. 2003. The Public's Domain: The Evolution of Legal Restraints on the Government's Power to Control Public Access through Secrecy or Intellectual Property. *Hastings Law Journal* 55:91-209.
- Lessig, Lawrence. 1999. *Code and Other Laws of Cyberspace*. New York, NY: Basic Books.
- . 2001. *The Future of Ideas: The Fate of the Commons in a Connected World*. New York, NY: Vintage Books.
- . 2006. Re-Crafting a Public Domain. *Yale Journal of Law and the Humanities* 18:56-83.
- Litman, Jessica. 1990. The Public Domain. *Emory Law Journal* 39:965-1023.
- Makeen, Makeen F. 2011. The Reception in Public Dilemma under U.S. Copyright Law. *Journal of Copyright Society of the U.S.A.* 58:355-429.
- Merges, Robert P. 2004. A New Dynamism in the Public Domain.

University of Chicago Law Review 71:183-203.

- Oddi, A. Samuel. 2002. The Tragicomedy of the Public Domain in Intellectual Property Law. *Hastings Communications and Entertainment Law Journal* 25:1-64.
- Ostrom, Elinor. 1990. *Governing the Commons: The Evolution of institutions for Collective Action*. New York, NY: Cambridge University Press.
- . 2010. The Institutional Analysis and Development Framework and the Commons. *Cornell Law Review* 95:807-815.
- Patry, William. 2013. In vol. 4 of *Patry on Copyright*. St. Paul, MN: Thomson/West.
- Rai, Arti K., and Rebecca S. Eisenberg. 2003. Bayh-Dole Reform and the Progress of Biomedicine. *Law and Contemporary Problems* 66:289-314.
- Reichman, J. H., and Paul F. Uhlir. 2003. A Contractually Reconstructed Research Commons for Scientific Data in a Highly Protectionist Intellectual Property Environment. *Law and Contemporary Problems* 66:315-462.
- Ricketson, Sam, and Jane C. Ginsburg. 2005. *International Copyright and Neighboring Rights: The Berne Convention and Beyond*. New York, NY: Oxford University Press.
- Rose, Carol M. 1986. The Comedy of the Commons: Custom, Commercial, and Inherently Public Property. *University of Chicago Law Review* 53:711-781.
- . 2003. Romans, Roads, and Romantic Creators: Traditions of Public Property in the Information Age. *Law and Contemporary Problems* 66:89-110.
- Samuelson, Pamela. 2006. Enriching Discourse on Public Domains. *Duke Law Journal* 55:783-834.

- Schechter, Roger E., and John R. Thomas. 2010. *Principles of Copyright Law*. St. Paul, MN: Thomson/West.
- Smith, Henry E. 2000. Semicommon Property Rights and Scattering in the Open Fields. *Journal of Legal Studies* 29:131-169.
- . 2002. Exclusion versus Governance: Two Strategies for Delineating Property Rights. *Journal of Legal Studies* 31:S453-S487.
- . 2003. The Language of Property: Form, Context, and Audience. *Stanford Law Review* 55:1105-1191.
- . 2005. Governing the Tele-Semicommons. *Yale Journal on Regulation* 22:289-314.
- . 2007. Intellectual Property as Property: Delineating Entitlements in Information. *Yale Law Journal* 116:1742-1822.
- Yoo, Christopher. 2004. Copyright and Product Differentiation. *New York University Law Review* 79:212-280.
- Zimmerman, Diane L. 2004. Is There a Right to Have Something to Say? One View of the Public Domain. *Fordham Law Review* 73:297-375.