

從合理使用原則檢視孤兒著作之利用—— 以文教機構數位化典藏及線上展覽為中心

杜昫浩*

壹、前言

貳、孤兒著作國內、外立法例之探討

一、事前強制授權

二、事後限制損害賠償

三、我國文化創意產業發展法第 24 條及著作權法修正草案第 80 條

四、孤兒著作立法例之比較

參、文教機構對於孤兒著作非營利性數位化典藏及線上展覽之難題

一、著作權法修正草案第 80 條強制授權之檢討

二、從著作權之限制與例外檢視孤兒著作之利用

肆、結論

* 作者為國立臺北大學法律學系碩士生。
本文相關論述僅為一般研究探討，不代表本局之意見。



摘要

行政院在 2017 年 10 月 26 日通過著作權法修正草案，於第 80 條增訂孤兒著作強制授權規定，利用人搜尋著作權人未果後，可以申請強制授權，經許可並提存使用報酬後，即得利用孤兒著作（orphan work）。

惟強制授權之要件—搜尋責任及使用報酬—對於非營利性文教機構而言，實乃雙重負擔，需要花費大量時間金錢，才能利用孤兒著作，而大幅度地減低文教機構的使用孤兒著作之意願。因此，本文嘗試藉由合理使用原則的法理，免除文教機構之提存報酬義務，使其無須擔憂經費問題而將孤兒著作遺留在館藏一隅。

關鍵字：孤兒著作、強制授權、數位化典藏、線上展覽、合理使用原則、著作權法

Orphan Work、Compulsory License、Digital Preservation、Online Exhibition、Fair Use Doctrine、Copyright Act

壹、前言

所謂「孤兒著作」，非指沒有作者的著作，而是指仍於著作權保護期間內，但利用人無法識別作者身分，或是作者所在不明之著作¹。若欲使用此類著作，因為缺乏著作權人的資訊，故必須投入龐大的搜尋成本，而產生市場失靈（market failure）²。

其中在大規模數位化的情況中，受限於高額的搜尋費用，以及可能需要承擔的訴訟費用，一些擁有豐富館藏的文教機構，在數位化的過程，經歷了尋人（著作權人）無門的場景，最終不得不放棄這些找不到著作權人之孤兒著作，任由其靜置在館藏一隅。舉例來說，根據大英圖書館（British Library）統計，在其館藏中約有 40% 圖書及高達 100 萬小時之影音節目為孤兒著作，由於尋找這些著作權人必須耗費鉅額費用，且需要承擔訴訟風險，因此大英圖書館不願意將這些孤兒著作放置網路供大眾使用³。另外，美國康乃爾大學（Cornell University）為了將高達 85 萬頁的美國農業發展書籍進行數位化，投入了 5 萬美金的搜尋費用，但最終仍有 198 本書籍無法找出其著作權人⁴。

為因應孤兒著作所帶來的負面效應，世界各國制定各式法律規定因應，我國亦於 2017 年通過之著作權法修正草案，納入了孤兒著作強制授權規定，在此之前，雖然文化創意產業發展法第 24 條針對孤兒著作之強制授權已有規範，但其申請範圍僅限於製作文化創意產品，從而，2017 年著作權法修正草案，對於孤兒著作之問題進行通盤檢討。參照著作權法修正草案第 80 條規定，不論孤兒著作的利用目的為營利性或非營利性，皆需要申請強制授權。換言之，利用人必須要花費時間及金錢搜尋，即使獲得核准，尚需繳納利用報酬，才能夠利用孤兒著作，以上各種的費用，對於營利事業而言或許並非難題，但對於非營利性的文教機構來說，實乃一筆不小的負擔，而降低了將孤兒著作進行數位化之意願。

¹ U.S. Copyright Office, *Report on Orphan Works*, 15, <https://www.copyright.gov/orphan/orphan-report.pdf> (last visited Nov. 18, 2018).

² Joshua O. Mausner, *Copyright Orphan Works: A Multi-pronged Solution to Solve A Harmful Market Inefficiency*, 55 J. COPYRIGHT SOC'Y U.S.A. 517, 521 (2008).

³ Neelie Kroes, *Addressing the orphan works challenge*, EUROPEAN COMMISSION, http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-11-163_en.htm?locale=en (last visited Nov. 19, 2018).

⁴ Abigail Bunce, *British Invasion: Importing the United Kingdom's Orphan Works Solution to United States Copyright Law*, 108 NW. U. L. REV. 243, 255 (2013).

職此，應如何減輕文教機構之負擔，利於孤兒著作之數位化典藏及促使公眾近用，即為本篇文章所欲探討之議題。

貳、孤兒著作國內、外立法例之探討

孤兒著作並非我國獨特之現象，各國可見其存在，在遍尋不得著作權人後，利用人該如何利用該孤兒著作，各國立法例中各有因應之道，這些立法例可概分為「事前強制授權」及「事後限制賠償責任」二個面向，而在事前強制授權的立法例中，適用主體又可細分為非營利事業以及不限主體二部分，以下將分別介紹之。

一、事前強制授權

(一) 歐盟—孤兒著作指令⁵

根據歐盟 2012 年之孤兒著作指令，孤兒著作係指無法辨別著作權人的著作及錄音製品，或者即使知道著作權人，但經過勤勉搜尋（diligent search）⁶後仍無法知悉著作權人之所在⁷。此外，勤勉搜尋應在孤兒著作首次出版的歐盟會員國中進行，若非出版物，則需於首次廣播之歐盟會員國進行搜尋，但電影或視聽著作的生產者在歐盟會員國所在地時，則需於該地進行勤勉搜尋⁸。

孤兒著作指令於適用客體規範上，僅適用於圖書、期刊、雜誌、報紙、其他書面發行著作、電影、視聽著作、錄音製品⁹；在適用主體方面則相當地限縮，僅限設立在歐盟會員國的非營利性機構方能適用，例如：公共圖書館、教育機關、博物館、檔案館、電影或聲音資產機構、公共

⁵ Directive 2012/28/EU, of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 on certain permitted uses of orphan works.

⁶ 勤勉搜尋係指透過搜尋合適的資源，確保在善意（in good faith）的情況來尋找該著作及其他受著作權保護之著作。此處之「善意」係指利用人在搜尋著作權人的過程中，已然參考所有與該著作相關且可輕易取得的免費資源，而無有意略過特定資源的問題。see Simone Schrof, Marcella Favale, Aura Bertoni, *The Impossible Quest – Problems with Diligent Search for Orphan Works*, 48 IIC 286, 304(2017).

⁷ Directive 2012/28/EU, §3(1).

⁸ Directive 2012/28/EU, §3(3).

⁹ Directive 2012/28/EU, §3(2).

廣播組織，並以達成公共利益目的之使用為限¹⁰。利用人於利用孤兒著作時，無須支付使用報酬，但在孤兒著作之著作權人出面終止孤兒著作之狀態時，著作權人應獲得公平補償（fair compensation）¹¹。

在孤兒著作數位化方面，歐盟指令亦有特別規定，歐盟會員國應訂定例外規範限制規定¹²，雖然利用者在利用過程可以收取利益，但僅得將收益專款支應孤兒著作數位化及向公眾傳達所需之費用¹³。

（二）加拿大—著作權法第 77 條¹⁴

根據加拿大著作權法第 77 條，針對已公開發表的著作、已固著（fixation）的表演著作、已發行的錄音物或已固著的通訊著作，當申請人已盡合理的努力（reasonable effort）搜尋著作權人，仍無法查明著作權人的所在地，由加拿大著作權委員會（Canadian Copyright Board）視情況授權申請人進行第 3、5、18 或 21 條之行為¹⁵。申請人向委員會支付使用報酬後，委員會即將著作非專屬授權予申請人利用。其中使用報酬乃支付予特定之集體管理組織¹⁶。由此可知，在加拿大著作權法的規範中，利用人需盡合理努力搜尋著作權人之來源，才符合勤勉搜尋。

二、事後限制損害賠償

美國—2008 年孤兒著作法案

本法案是由參議員 Patrick Leahy、Robert Bennett 及 Orrin Hatch 共同提出，同時送交參議院及眾議院議決¹⁷，以下就眾議院版本介紹之。首先，利用人在利用孤兒著作前，以合於本法案的搜尋（qualifying search）方式—勤勉努力（diligent

¹⁰ Directive 2012/28/EU, §3(1).

¹¹ Directive 2012/28/EU, §6(5). 本指令針對公平補償之內涵提供三項參數，供各會員國自行制定相關國內法：歐盟會員國促進文化之目標，該使用是否為非營利性使用及著作權人可能承受的損害。See Directive 2012/28/EU, Recital 18.

¹² Directive 2012/28/EU, §6(1).

¹³ Directive 2012/28/EU, §6(2).

¹⁴ Copyright Act of Canada §77.

¹⁵ 重製及公開傳輸。

¹⁶ Copyright Board of Canada, *Our Role*, <https://cb-cda.gc.ca/about-apropos/mandate-mandat-e.html> (last visited Nov. 18, 2018).

¹⁷ 參議院版本：Shawn Bentley Orphan Works Act of 2008, S. 2913, 110th Cong. (2007-2008)；眾議院版本：Orphan Works Act of 2008, H.R. 5889, 110th Cong. (2007-2008).

effort)¹⁸—善意地尋找孤兒著作之著作權人，但未能尋得著作權人之所在，而在利用孤兒著作前，先行書面通知著作權局局長（the Register of Copyrights）¹⁹，即符合本法案之要求。

若利用人合於上述要求，則孤兒著作的「潛在著作權人」所能主張的救濟途徑即受到限制，僅得對利用人主張金錢救濟及禁制令救濟，就金錢救濟而言，著作權人僅得向利用人請求合理補償，而不得主張陪審團損害賠償裁定所能主張之金錢救濟²⁰；就禁制令救濟而言，係指法院施加禁制令來防範或限制利用人利用孤兒著作²¹。眾議院版本並未議決通過，參議院版本雖於2008年9月議決通過，但最終並未公布實施²²，美國法至今並無孤兒著作之明文規定。

從利用面向觀之，2008年孤兒著作法案以「侵權行為人」（infringer）來稱呼孤兒著作利用人，其利用行為亦稱為「侵權利用」（infringing use），由此可見，法案認為未經著作權人授權而利用孤兒著作，仍屬侵權行為，但因利用人已盡搜尋義務，則在事後救濟方面限制著作權人之救濟途徑。

三、我國文化創意產業發展法第24條及著作權法修正草案第80條

文化創意產業發展法第24條於2010年2月3日公布²³，針對已公開發表但無法找到著作權人之孤兒著作，為製作文化創意產品，利用人得向主管機關申請強制授權之規範。利用人對於「已盡一切努力」之證明程度，只須「釋明」即可，無須達到「證明」程度，因為「證明著作財產權人不明或其所在不明」，本即為

¹⁸ 利用人在使用著作前需查詢著作權局局長提供之搜尋指引資訊（information of guide search）。H. R. 5439 (b) (2) (A).

¹⁹ H. R. 5439 (b) (1) (A) (ii).

²⁰ H. R. 5439 (c) (1) (A).

²¹ H. R. 5439 (c) (2) (A).

²² Laura N. Bradrick, *Copyright—Don't Forget about the Orphans: A Look at a (better) Legislative Solution to the Orphan Works Problem*, 34 W. NEW ENG. L. REV. 537, 559 (2012).

²³ 文化創意產業發展法第24條（節錄）：

（第一項）利用人為製作文化創意產品，已盡一切努力，就已公開發表之著作，因著作財產權人不明或其所在不明致無法取得授權時，經向著作權專責機關釋明無法取得授權之情形，且經著作權專責機關再查證後，經許可授權並提存使用報酬者，得於許可範圍內利用該著作。

（第二項）著作權專責機關對於前項授權許可，應以適當之方式公告，並刊登政府公報。

（第三項）第一項使用報酬之金額應與一般著作經自由磋商所應支付合理之使用報酬相當。

困難之事，至於釋明之方式，例如：與原出版社或發行人聯絡、透過媒體或網路搜尋、與協會或著作權人組織查詢等²⁴。

雖然文化創意產業發展法第 24 條針對孤兒著作之利用已有強制授權的規範，惟其適用範圍僅限於文化創意產業，過於狹窄，無法呼應現行社會發展之著作權需求，為解決此一困境，經濟部智慧財產局（下稱智慧局）提出著作權法修正草案，於 2017 年 10 月 26 日經行政院會通過，並於同年 11 月 10 日於立法院完成一讀程序，交付經濟委員會審查，在著作權法修正草案第 80 條增修相關條文²⁵，俾使利用人能夠透過強制授權制度來妥善利用孤兒著作。

根據 2014 年著作權法修法諮詢會議，智慧局所提出之建議條文²⁶，其未參考歐盟孤兒著作指令的原因，乃因該指令主要在處理圖書館、博物館等機構之數位化問題，而我國著作權法第 48 條²⁷已能解決，因此參考加拿大之立法規定而提出建議條文²⁸。至於美國之孤兒著作法案，由於並非正式法律規定，在該次諮詢會議中並未列入討論。

²⁴ 章忠信，文化創意產業發展法第二十四條，著作權筆記，<http://www.copyrightnote.org/ArticleContent.aspx?ID=11&aid=209>（最後瀏覽日：2018/11/19）。

²⁵ 著作權法修正草案第 80 條（節錄）：

（第一項）利用人就已公開發表之著作，因著作財產權人不明或其所在不明，已盡相當努力搜尋仍無法取得授權者得向著作權專責主管機關申請許可強制授權。

（第二項）前項申請，經著作權專責主管機關核定使用報酬並許可授權者，利用人於提存報酬後，得於許可範圍內利用該著作。

（第三項）著作權專責機關之授權許可，應以適當之方式公告。

（第四項）第二項使用報酬之金額，應與一般著作經自由磋商所應支付合理之使用報酬相當。

²⁶ 智慧局，第 47 次著作權法修法諮詢會議資料，頁 6，2014 年，<https://www.tipo.gov.tw/dl.asp?fileName=691916251672.pdf>（最後瀏覽日：2018/11/19）。

智慧局提出之建議條文與 2017 年行政院會通過之著作權法修正草案大略相同，均採強制授權制度，唯一顯著的差異在於對於孤兒著作搜尋義務之標準有所不同。智慧局建議條文：一切努力之搜尋；修正草案：相當努力之搜尋。在第 47 次諮詢會議中，與會委員們針對搜尋義務之標準，究應採取較嚴苛的「一切努力」，亦或較寬鬆的「相當努力」，進行實體討論，智慧局最終採用「一切努力」標準。惟三年後行政院通過的著作權法修正草案，則放寬利用人之搜尋義務，改採「相當努力」做為搜尋義務標準。參見：智慧局，著作權修法諮詢第 47 次會議紀錄，2014 年，<https://www1.tipo.gov.tw/ct.asp?xitem=507911&ctnode=7010&mp=1>（最後瀏覽日：2020/02/14）。

²⁷ 著作權法第 48 條：「供公眾使用之圖書館、博物館、歷史館、科學館、藝術館或其他文教機構，於下列情形之一，得就其收藏之著作重製之：

一、應閱覽人供個人研究之要求，重製已公開發表著作之一部分，或期刊或已公開發表之研討會論文集之單篇著作，每人以一份為限。

二、基於保存資料之必要者。

三、就絕版或難以購得之著作，應同性質機構之要求者。」

²⁸ 智慧局，同註 26，頁 6。

四、孤兒著作立法例之比較

表 1 各國孤兒著作立法例比較表²⁹

	歐盟指令	加拿大法	美國法 (2008年法案)	我國著作權法 修正草案
利用性質	事前強制 授權	事前強制 授權	事後限制 損害賠償	事前強制 授權
適用客體	已書面發行之語 文著作，及公共 教育機構館藏之 視聽著作	已公開發表 之著作	著作權法 承認之著作	已公開發表之 著作
適用主體	非營利性 文教機構	未限制 利用人身份	未限制 利用人身份	未限制 利用人身份
認定標準	勤勉搜尋 ³⁰	勤勉搜尋 ³¹	勤勉搜尋 ³²	相當努力搜尋 ³³
使用費用	無需付費	使用報酬	無需付費	使用報酬
救濟途徑	公平補償	未規範	1. 金錢救濟 2. 禁制令救濟	未規範
數位化規範	營利行為 專款專用	未規範	未規範	未規範

由表 1 可知，歐盟指令的限制範圍較為狹窄，在適用主體方面僅限於特定文教機構之使用，在客體方面則限制在已發行之語文著作與館藏視聽著作。此外，在孤兒著作數位化的立法例，亦僅有歐盟指令設有特別規範。

²⁹ 改編自智慧局，同註 26，頁 4-6。

³⁰ Directive 2012/28/EU, §3(1). “For the purposes of establishing whether a work or phonogram is an orphan work, the organisations referred to in Article 1(1) shall ensure that a diligent search is carried out in good faith in respect of each work or other protected subject-matter, by consulting the appropriate sources for the category of works and other protected subject-matter in question. The diligent search shall be carried out prior to the use of the work or phonogram.”

³¹ Copyright Act of Canada §77. “.....in which copyright subsists, the Board is satisfied that the applicant has made reasonable efforts to locate the owner of the copyright and that the owner cannot be located, the Board may issue to the applicant a licence to do an act mentioned in section 3, 15, 18 or 21, as the case may be.”

³² H. R. 5439 (b) (1) (A) (i). “IN GENERAL.—For purposes of paragraph (1)(A)(i)(I), a search is qualifying if the infringer undertakes a diligent effort to locate the owner of the infringed copyright.”

³³ 相較於其他國家的「勤勉搜尋」搜尋義務，我國著作權法修正草案採取「相當努力之搜尋」，修法理由及修法總說明中，並未解釋相當努力之定義，似留待主管機關日後自行解釋此一搜尋義務。

從制度面觀之，美國所採取限制事後救濟之制度，係一種市場導向模式，當著作權人出現時，其必須通知利用人，雙方協商以得出一個「合理補償」，在執行及使用成本方面較為經濟³⁴，惟因沒有公權力之介入，利用人無法確定著作權人何時會現身主張權利，損害賠償之不確定性可能是利用人不願意接觸孤兒著作的主因；歐盟、加拿大及我國採取的強制授權，則仰賴公部門審查，透過公部門授權，使利用人不用擔憂後續訴訟之累。但是，對於利用人來說，利用孤兒著作的代價乃是一大筆的金錢費用—搜尋成本、強制授權成本（包括使用報酬及申請費用），這對於營利事業或許不成問題，但對於非營利之文教機構來說，可說是一大難題。

然而，面對文教機構之非營利性數位化典藏，各國之孤兒著作立法例並沒有一個特別規範，以我國著作權法修正草案為例，文教機構於利用孤兒著作前，必須進行相當努力搜索未果，才能申請強制授權。經許可授權及提存使用報酬後，才能利用孤兒著作，巨大的金錢費用將使文教機構無從進行數位化，更何況是提供公眾觀賞之線上展覽。因此，有必要針對文教機構的非營利性數位化典藏及線上展覽，找尋另一條解決的道路。

參、文教機構對於孤兒著作非營利性數位化典藏及線上展覽之難題

一、著作權法修正草案第 80 條強制授權之檢討

所謂數位化典藏，係指將資訊數位化，藉由網路空間，延長資訊存在時間。將典藏以數位方式保存，並以主題分門別類，有助於外部利用人搜尋，從而數位化典藏的重要意義在於「整合」³⁵。我國的數位化典藏網站相當普遍，依照網站數量可略分為語文著作之數位化典藏，例如：數位化論文典藏聯盟³⁶、臺灣博碩士

³⁴ 許炳華，孤兒著作非合意授權機制之研究，銘傳大學法學論叢 21 期，頁 116，2014 年 6 月。

³⁵ 謝玫晃，南華大學美學與藝術管理研究所碩士論文，頁 30，2013 年。

³⁶ 中央研究院計算中心，數位化論文典藏聯盟，<http://www.pqdd.sinica.edu.tw/>（最後瀏覽日：2018/11/19）。

論文知識加值系統³⁷；美術著作之數位化典藏，例如：典藏臺灣³⁸、臺灣陶瓷數位博物館³⁹；以及攝影著作之數位化典藏，例如：數位典藏學術研究資源網⁴⁰。由於語文著作及攝影著作本即以平面存在，其進行數位化儲存之網路圖片，仍係以平面方式呈現與大眾，形同一種「平面轉平面」之情況，而有替代原著作之問題；美術著作則係以立體方式存在，將其拍攝圖片上傳至網路，則轉為平面呈現，是一「立體轉平面」⁴¹，較無替代性之疑義，從而，本文後續段落，討論範圍乃限縮於「美術著作」之數位化典藏。美術著作之「數位化典藏」係將實體的美術著作製作成攝影著作，並透過數位化程序，典藏於文教機構網頁，此數位化典藏，乃係一種重製行為⁴²，至於文教機構利用這些數位化典藏，在其網頁中架設「線上展覽」，開放予社會大眾觀看瀏覽，此等線上展覽則屬著作權法所規範之公開傳輸行為。

文教機構將館藏著作進行數位化典藏以及線上展覽時，此二利用行為須得到著作權人之授權，若館藏著作之著作權人不明或所在不明時，亦即係孤兒著作時，依照著作權法修正草案第 80 條第 1 項，孤兒著作之利用人經過相當之努力，仍未能尋得著作權人所在並取得其授權時，得向著作權專責機關申請「強制授權」，經著作權專責機關許可並繳納報酬後，利用人就能於許可範圍內利用該孤兒著作。此修正草案形式上解決了孤兒著作利用人尋覓無人之困境，然而，在文教機構將孤兒著作進行大量數位化及線上展覽情況，修正草案之許可條件—盡相當努力之搜尋義務及使用報酬—對於非營利性文教機構而言乃係一大負擔。

³⁷ 國家圖書館，臺灣博碩士論文知識加值系統，<https://ndltd.ncl.edu.tw/cgi-bin/gs32/gswweb.cgi/login?o=dwebmge>（最後瀏覽日：2018/11/19）。

³⁸ 中央研究院數位文化中心，典藏臺灣，<http://digitalarchives.tw/>（最後瀏覽日：2018/11/19）。

³⁹ 鶯歌陶瓷博物館，臺灣陶瓷數位博物館，<http://digital.ceramics.ntpc.gov.tw/zh/Collection/1.htm>（最後瀏覽日：2018/11/19）。

⁴⁰ 國立自然科學博物館，數位典藏學術研究資源網，<http://digimuse.nmns.edu.tw/da/collections/az/ne/>（最後瀏覽日：2018/11/19）。

⁴¹ 或許有論者質疑，「圖畫」亦為一種平面存在之美術著作，圖畫之數位化典藏豈非平面轉平面之態樣？平心而論，圖畫雖係平面呈現，屬於美術著作立體存在之例外，惟圖畫本身之用料、陰影、厚薄、大小等因素，並非一張網路圖片可完全展現，因此圖畫之數位化典藏應不至於替代原作，從而亦納入後續段落合理使用原則之討論。

⁴² 文教機構對於將美術著作進行拍照，該照片乃攝影著作，由於該照片並非加入了利用人設想之光線、色調、角度等，僅僅是將美術著作之外貌以照片化的方式「原圖重現」，既然未加入利用人之創意而不具有原創性，則該攝影著作僅為原著作之重製物，並非衍生著作。

（一）搜尋義務

在孤兒著作強制授權立法例中，要求利用人投注相當之精力來搜尋著作權人，這對於文教機構的非營利性利用行為實屬困擾，畢竟其將孤兒著作數位化及舉辦線上展覽之目的，僅係為了推廣該孤兒著作，使社會公眾能夠在網路上近用，文教機構本身並沒有從中獲得直接商業性利益，而面臨到龐大的搜尋成本，將會造成文教機構望之卻步，不願投入金錢及時間來進行數位化典藏⁴³。

（二）使用報酬

除了龐大的搜尋成本，另一項必要的支出即為使用報酬。根據著作權法修正草案第 80 條第 1 項規定，利用人經相當努力搜尋著作權人未果後，需向著作權專責機關支付相當報酬後，方得利用孤兒著作。然而，在大規模數位化典藏的情況下，數位化利用人所需支付的合理使用報酬隨之高漲，因此不利於文教機構之運營。除了搜尋著作權人之花費，待尋得著作權人後，尚需支付授權費用，才能使用這些孤兒著作。許多孤兒著作的持有人表示，正是因為這些高額的成本，才導致他們對於孤兒著作「避之而惟恐不及」。

接著從使用報酬之流向觀之，申請人需要將報酬提存於法院，然而著作權人是否真的會出現，並非無疑，畢竟在資訊公開世代，既然被准許強制授權，可見已經盡相當努力尋找著作財產權人，真正權利人出現的機會其實很少，而這無人認領的報酬，依提存法的規定，最後是歸入國庫。所以將孤兒著作申請強制授權的費用增加，最後是國庫的錢增加了，而申請強制授權利用的人也少了⁴⁴。

⁴³ David Hammerstein, Orphans left out in cold: final vote on weak Directive, IP Policy Committee blog, <http://tacd-ip.org/archives/742> (last visited Nov. 19, 2018).

⁴⁴ 蕭雄淋，有關著作人不明的強制授權實務上的若干問題，蕭雄淋說法，<http://blog.ylib.com/nsgrotius/Archives/2014/04/20/22770>（最後瀏覽日：2018/11/19）。

（三）小結

著作權法修正草案第 80 條孤兒著作強制授權規定，要求利用人必須盡相當努力地搜尋未果、提存使用報酬後才能利用孤兒著作。搜尋以及使用報酬對於文教機構形同雙重負擔，不利於孤兒著作數位化。由於孤兒著作在定義上，係指著作權人不明或所在不明，應如何判定「不明或所在不明」，勢必要由利用人搜尋之，搜尋責任乃為利用人不得不承擔之責任，不容改變。惟在使用報酬面向上，本文認為可參考歐盟孤兒著作指令之精神，文教機構欲使用孤兒著作進行數位化典藏並提供給大眾使用，在盡相當努力之搜尋未果，向主管機關申請強制授權許可後，應得以直接利用孤兒著作，無須再行提存使用報酬，若著作權人事後出面主張權利，再向文教機構請求公平補償即可。惟為何要獨厚於文教機構，使其豁免於提存使用報酬？關鍵在於文教機構之利用行為所隱含之著作財產權限制法理——法定例外及合理使用。

二、從著作權之限制與例外檢視孤兒著作之利用

（一）法定例外

首先，依照著作權法第 57 條，美術著作原件或合法重製物之所有人得公開展示該美術著作，但此處之法定例外事由僅及於「公開展示權」，而不及於重製權及公開傳輸權，故無法解決數位化典藏及線上展覽之問題。次者，依照著作權法第 48 條第 2 款⁴⁵，基於保存資料之必要，可以重製著作，惟適用主體僅限於供公眾使用的圖書館、博物館、歷史館、科學館、藝術館或其他文教機構。根據智慧局函釋對於保存資料必要之定義，係指該館藏之著作屬稀有本且已毀損或遺失或有毀損、遺失之虞，或其版本係一過時的版本，利用人於利用時已無法在市場上購得者，始有適用⁴⁶。

⁴⁵ 著作權法第 48 條：「供公眾使用之圖書館、博物館、歷史館、科學館、藝術館或其他文教機構，於下列情形之一，得就其收藏之著作重製之：

一、應閱覽人供個人研究之要求，重製已公開發表著作之一部分，或期刊或已公開發表之研討會論文集之單篇著作，每人以一份為限。

二、基於保存資料之必要者。

三、就絕版或難以購得之著作，應同性質機構之要求者。」

⁴⁶ 智慧局智著字第 09800014860 號函釋。

孤兒著作之著作權人不明，在市場上不存在流通現象，著作本身不一定是稀有品或絕版品，不必然能夠符合著作權法第 48 條第 2 款的要件，因此仍有必要檢驗孤兒著作之數位化典藏是否構成合理使用。

此外，依照智慧局函釋，文教機構將符合著作權法第 48 條第 2 款法定例外的數位化重製物，在文教機構館內以未附重製功能之電腦終端機或其他閱覽器，公開傳輸予讀者閱覽，該公開傳輸行為可依本法第 65 條第 2 項主張合理使用⁴⁷。至於上傳公開網頁，提供民眾遠端瀏覽或下載使用，尚難主張合理使用，仍需取得著作權人之授權⁴⁸。

上述公開傳輸的問題，似已在 2017 年經行政院院會通過的著作權法修正草案得到解決。參照著作權法修正草案第 58 條⁴⁹，是針對著作權法第 48 條進行之大幅度地修正，並變更條次改列於第 58 條，本條之修正可略分為三種面向，第一面向乃針對原條文關於文教機構的重製行為，新增了散布行為，且新增了一款利用情形「數位館藏合法授權期間還原著作之需要者」；第二面向之修正，則例外地賦予國家圖書館對於部分館藏著作之重製權限；第三面向則是將文教機構及國家圖書館重製著作後的公開傳輸行為，納入本條規定，係為將前述智慧局函釋見解成文化，將重製後的公開傳輸一併納入本條法定例外規定，而無須另行檢驗公開傳輸行為是否合乎合理使用。

⁴⁷ 智慧局電子郵件 1000328 號解釋函。

⁴⁸ 智慧局智著字第 10716002470 號函釋。

⁴⁹ 著作權法修正草案第 58 條：「供公眾使用之圖書館、博物館、歷史館、科學館、藝術館或其他典藏機構，於下列情形之一，得就其收藏之著作重製或散布之：

一、應閱覽人供個人研究之要求，重製已公開發表著作之一部分，或期刊或已公開發表之研討會論文集之單篇著作，每人以一份為限。但不得以數位重製物提供之。

二、基於避免遺失、毀損、或其儲存形式無通用技術可資讀取，且無法於市場以合理管道取得而有保存資料之必要者。

三、就絕版或難以購得之著作，應同性質機構之要求者。

四、數位館藏合法授權期間還原著作之需要者。

國家圖書館基於文化保存之目的，得重製下列著作：

一、依圖書館法或其他法令規定應送存之資料。

二、中央或地方機關或公法人於網路上向公眾提供之資料。

依第一項第二款至第四款及前項規定重製之著作，符合下列規定者，得於館內公開傳輸提供閱覽。但商業發行之視聽著作，不適用之：

一、同一著作同一時間提供館內使用者閱覽之數量，未超過該機構現有該著作之館藏數量。

二、提供館內閱覽之電腦或其他顯示設備，未提供使用者進行重製、傳輸。」

惟若文教機構除了在館內封閉式網路利用孤兒著作，更欲進行數位化典藏，上傳至公共網域提供社會大眾觀覽，此公開傳輸行為仍不符合著作權法修正草案第 58 條第 3 項法定例外，因此，有必要通盤檢討孤兒著作之數位化典藏及線上展覽是否符合著作權法第 65 條第 2 項之合理使用。在我國法院判決中，尚無孤兒著作適用合理使用原則之相關判決，而在美國法上，雖然亦無孤兒著作適用合理使用原則的判決先例，但在私人將著作進行大規模數位化典藏並提供公眾使用之行為，是否構成合理使用的爭議中，美國法已有一個指標性之判決—*Authors Guild, Inc. v. HathiTrust* 案。

（二）合理使用原則

1、*Authors Guild, Inc. v. HathiTrust*⁵⁰ 案

此爭議案件涉及圖書之數位化與散布，並附帶孤兒著作數位化之問題。就案例背景觀之，HathiTrust 公司與一些大學圖書館合作建立 HathiTrust 數位圖書館（HathiTrust Digital Library，HDL），其所提供的服務有二：第一，公眾可以在數位圖書館輸入關鍵字，找尋所需要的書籍，但不能因此看到書籍的內文，搜索結果僅顯示在書籍中找到關鍵字的頁碼以及該字句在每頁上出現的次數。第二，HDL 提供調整工具（例如將紙本轉換為口說程式，或是放大文字程式）給予「紙本閱讀障礙」（print disability）使用者，使其在線上觀看 HDL 的著作。由於 HDL 的數位重製物涉及一些有著作權之圖書，因此遭到 20 位作者與作者協會控告 HathiTrust 公司與合作的大學侵害其著作權⁵¹。

聯邦紐約南區法院最後認為，被告之利用均構成合理使用，而判決原告的 20 位作者與作者協會敗訴。原告不服提起上訴，聯邦第二巡迴法院部分在論證過程些微調整下級審見解，但仍維持原判決，判決原告敗訴。

⁵⁰ *Authors Guild, Inc. v. HathiTrust*, 755 F.3d 87 (2d Cir. 2014).

⁵¹ *Authors Guild, Inc. v. HathiTrust*, 902 F.Supp.2d 445, 448 (S.D.N.Y. 2012).

雖然本判決仍未處理到孤兒著作數位化之合理使用爭議，但聯邦第二巡迴法院在處理全文搜尋程式以及紙本閱讀障礙之特殊重製問題時，詳細地操作了合理使用原則，其論證過程值得參考：

(1) 全文搜尋程式

合理使用原則之第一個要件—利用目的與性質，其重要判斷因素乃利用性質是否構成轉化性利用，如果用途不僅僅是重新包裝或重新發布，而增加更多目的或不同性質，促進了科學或藝術進步性，則利用行為可以被認為具有轉化性⁵²。著作權人撰寫書籍之目的，並不是用來進行全文搜尋，而全文搜尋反而是有助於民眾發現作者之原著作，因此全文搜尋程式具有高度轉化性價值，得以通過本要件之審查⁵³。第二個要件—受著作權保護著作之性質，由於此要件在此並非討論重點，因此將重心擺放在其他三項要件。第三個要件—利用部分之數量及質量，根據判決先例，此要件之重點在於利用範圍是否超過利用目的。因此，為達成某些目的，可能需要重製整個受著作權保護的著作。為了啟用全文搜索功能，被告勢必要按順序地使用及編排整體之著作，此重製行為並未超過其目的所必要範圍⁵⁴。第四個要件—利用行為對於著作潛在市場價值的影響，根據判決先例，此要件係判斷僅著作權人之特定經濟損害：由於二次使用而代替原著作所產生的損害。換句話說，因為轉化性利用而生的任何經濟損害都不得計算在本要件之價值，因為轉化性利用本身並不會取代原著作。由於全文搜索功能乃係轉化性利用，增加了原著作之價值，並不會替代原著作，因此不會對於原著作產生市場價值之損害，得通過本要件⁵⁵。

⁵² *Authors Guild, Inc. v. HathiTrust*, 755 F.3d at 97.

⁵³ *Authors Guild, Inc. v. HathiTrust*, 755 F.3d at 98.

⁵⁴ *Authors Guild, Inc. v. HathiTrust*, 755 F.3d at 99.

⁵⁵ *Authors Guild, Inc. v. HathiTrust*, 755 F.3d at 99-100.

(2) 紙本閱讀障礙者近用措施

首先，關於著作之利用目的與性質，需要檢視該利用是否為轉化性利用，然縱使聯邦最高法院不斷強調轉化性利用之重要性，但並不代表轉化性利用乃構成合理使用的絕對因素⁵⁶。聯邦第二巡迴法院承審法官認為，僅僅將著作轉換成另一種可供另一種群體閱讀的形式，並不因此構成轉化性利用，就如同未經授權將英文書籍翻譯成其他語言，提供給不諳英語之讀者閱讀，並不能據此認為該翻譯是轉化性利用⁵⁷。惟即便不構成轉化性利用，在合理使用原則第一項要件審查中，提供給紙本閱讀障礙者近用著作仍是一種有效的且能通過目的。根據眾議院於1976年制定著作權法之調查報告曾指出，由於視障者專用書籍在市場上相當地缺乏，從而未經授權而重製視覺障礙者專用書籍之利用行為，乃構成合理使用。因此，承審法官認為，本案之重製行為，雖然不具有轉化性，但仍具備促進紙本閱讀障礙者使用書籍之公益目的而能通過合理使用第一要件之審查⁵⁸。

次者，合理使用之第二要件為受著作權保護著作之性質，由於此要件並非討論重點，因此未著墨於此要件的論證⁵⁹。第三要件—利用部分之數量及質量，HDL將書籍重製為數位圖像文件及紙本圖像文件⁶⁰，聯邦第二巡迴法院認為，就提供閱讀障礙者接近利用書籍之目的來說，閱讀障礙者除了能透過電腦來「閱讀」數位圖像文件，亦能透過輔助工具（例如：放大工具）來「閱讀」紙本圖像文件，因此重製行為乃是達成利用目的所必須之範圍⁶¹。第四要件則是利用行為對於著作潛在市場價值的影響，目前的統計數字顯示，視障者可以借閱的無障礙書籍數量僅為

⁵⁶ *Authors Guild, Inc. v. HathiTrust*, 755 F.3d 87, at 100-2, quoting *Campbell v. Acuff – Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 579 (1994).

⁵⁷ 原告於此主張被告提供給紙本閱讀障礙者之利用，僅為單純之衍生著作（derivative work），並不具轉化性。

⁵⁸ *Authors Guild, Inc. v. HathiTrust*, 755 F.3d at 101.

⁵⁹ *Authors Guild, Inc. v. HathiTrust*, 755 F.3d at 102.

⁶⁰ 紙本文件則放置於與其合作之圖書館。

⁶¹ *Authors Guild, Inc. v. HathiTrust*, 755 F.3d at 102-3.

幾十萬本，占世界書籍的一小部分，視障者能使用的書籍市場相當微不足道，而無影響潛在市場之問題⁶²。

綜上，承審法院在全文搜尋的論證，認為此部分之利用行為構成合理使用；在紙本閱讀障礙者近用措施的審查，則修正了下級審判決的論證，但仍認為近用措施亦構成合理使用。

(3) 小結

聯邦第二巡迴法院於紙本閱讀障礙者近用措施之審查程序中，認為該利用行為並非轉化性利用，但本文認為聯邦第二巡迴法院忽略了紙本閱讀障礙近用措施之價值。首先，該判決此處之數位化重製行為類比成語文著作之翻譯，認為二者均僅將原著作改變為其他「文字」，並不具轉化性，而忽略利用人將單純的書籍文字轉變為紙本閱讀障礙者可以「閱讀」的數位重製物，轉變過程的困難度。根據下級審聯邦紐約南區法院判決可知，紙本閱讀障礙者透過螢幕接觸程式，可以獨立閱讀數位書籍，該程式將書籍以聲音或觸覺方式傳給使用者，促使他們能更快速地使用書籍內容，如同正常視力的讀者一般地閱讀書籍⁶³，在數位化重製的過程，HathiTrust 公司必須將紙本的書籍轉成以聲音或觸覺呈現的數位檔，並與螢幕接觸程式進行連結，確保使用者能夠接收到數位檔所呈現的聲音或震動，藉此刺激使用者的聽覺與觸覺，在轉換成數位檔的過程，必須重新編排並加入音效及點字，轉換過程之複雜性，絕非單純的文字翻譯可相提並論。此外，原著作之功能，係使具備正常閱讀能力之民眾能夠觀看該著作，而 HathiTrust 公司提供的專用程式，則為促進紙本閱讀障礙者能夠閱讀該著作，原著作及重製物之功能性而言，並不具有替代性可言，故本文認為 HathiTrust 公司提供紙本閱讀障礙者近用措施，具備高度的轉化性，理應為一種轉化性利用，足以輕易地通過合理使用原則第一項要件之審查。

⁶² *Authors Guild, Inc. v. HathiTrust*, 755 F.3d at 103.

⁶³ *Authors Guild, Inc. v. HathiTrust*, 902 F.Supp.2d at 449.

2、美國法判決之啟示

從上述判決中可以得知，美國法判決在進行合理使用原則審查程序中，特別注重於第一個要件及第四個要件之論證，在第一個要件中首要注重於轉化性價值之高低，然即便是低度轉化性而不構成轉化性利用，仍會繼續檢驗利用目的為營利性目的或非營利性目的之二分法。在第四個要件中則取決於利用行為是否會對於原著作產生替代作用，進而降低原著作的市場價值，只要利用行為是轉化性利用，必然不會對於原著作的市場價值產生影響，但並非不具轉化性，即會對於潛在市場價值造成影響，仍須實質檢驗是否確實存在潛在市場。

由利用行為之目的切入，對於搜尋功能之審查，法官認為利用人建造搜尋系統來促進公眾能夠更加便利地尋得其所感興趣之圖書，具備高度轉化性價值，得以構成轉化性利用，大幅度地提升成立合理使用之可能性。至於就閱讀功能來說，紙本閱讀障礙者近用措施，將整本圖書的數位檔提供給紙本閱讀障礙者觀看，承審法官認為，單純地增加另一群體之閱讀，對於原著作並未提供新的價值，從而非為轉化性利用，而必須側重於其他要件之審查。由此可知，此二判決之承審法官相當著重於使用者之搜尋，只要能促進使用者搜尋，該利用行為便會被認為具備高度轉化性價值，至於增加原著作的讀者，則不被認為具備高度轉化性價值。

3、從合理使用原則檢討文教機構對於孤兒著作非營利性數位化典藏及線上展覽

依照著作權法第 65 條⁶⁴可以知悉我國著作權的合理使用有四項法定參考要件，根據實務判決，法院判決於操作合理使用原則，相當倚賴第 1 款判斷⁶⁵。惟另有部分判決則側重利用性質之討論，並引進

⁶⁴ 著作權法第 65 條：「著作之合理使用，不構成著作財產權之侵害（第一項）。著作之利用是否合於第四十四條至第六十三條所定之合理範圍或其他合理使用之情形，應審酌一切情狀，尤應注意下列事項，以為判斷之基準：一、利用之目的及性質，包括係為商業目的或非營利教育目的。二、著作之性質。三、所利用之質量及其在整個著作所占之比例。四、利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響（第二項）。」

⁶⁵ 智慧財產法院 102 年度民著上字第 1 號民事判決。

美國普通法轉化性利用 (transformative use) 概念，視利用行為有無賦予與原著作不同之其他意義與功能，若與原著作差異性越小，其轉化程度即愈低，則不易成立合理使用⁶⁶。

文教機構將孤兒著作進行數位化典藏，涉及著作權人之重製權，其以展覽方式將數位化典藏對外開放，提供予公眾接觸著作內容之「線上展覽」行為，則涉及著作權人的公開傳輸權，以臺灣陶瓷數位博物館之線上展覽圖示 (圖 1) 為例⁶⁷：



圖 1 臺灣陶瓷數位博物館之線上展覽

⁶⁶ 智慧財產法院 104 年度民著訴字第 50 號民事判決；智慧財產法院 103 年度民著上更 (一) 字第 2 號民事判決；智慧財產法院 97 年度刑智上訴字第 41 號刑事判決。

⁶⁷ 鶯歌陶瓷博物館，同註 39。

臺灣陶瓷數位博物館係由新北市立鶯歌陶瓷博物館所創立的線上博物館，將其館藏之陶瓷重製為數位影像—影像可分為 2D 影像及 3D 環形影像⁶⁸，並上傳於博物館網站架設線上展覽，提供給大眾觀賞，此為公開傳輸。雖然孤兒著作通常為稀有品或絕版品，有保存之必要，但並非全部的孤兒著作必然構成著作權法第 48 條第 2 款法定例外，為了避免掛一漏萬，文教機構之數位化典藏仍應探討是否構成合理使用。文教機構之數位化典藏以及線上展覽是否能夠符合著作權法第 65 條第 2 項合理使用，需要進一步檢驗：

(1) 利用目的及性質

數位化典藏本身，僅係將實體的美術著作轉為攝影著作，並儲存於網路空間，此等數位化的過程，對於原著作本身沒有添加新的藝術價值，而非轉化性利用。至於文教機構利用數位化典藏進一步舉辦線上展覽，將孤兒著作數位重製物提供與公眾接觸，雖然增加了孤兒著作的能見度，使網路用戶能夠輕易地接收該著作之內容，惟根據 *Authors Guild, Inc. v. HathiTrust* 案見解，單純增加另一群體之接觸，對於原著作之價值—使民眾欣賞該美術著作，並沒有增加新的價值意義，從而線上展覽並非轉化性利用。由於數位化典藏及線上展覽之轉化性價值較低，因此利用目的究為商業性或非商業性目的，則顯得格外重要。

數位化典藏係因應網路世代之來臨，將實體的著作轉為數位化重製物，而文教機構並沒有販售、出租該數位化重製物，僅為基於保存之目的，非商業性目的。

此外，從線上展覽的利用目的觀之，使用者並不需要付費觀看，甚至不需要註冊會員，舉辦線上展覽之目的係推廣館藏著作，使網路使用者能夠共享此一資源，達到知識民主化，文

⁶⁸ 3D 環形影像以「芹菜綠空心環實用壺」為例，使用者可以瀏覽環狀影像，來觀賞該陶瓷之正面、側面及背面型態，但無法瀏覽其上方及下方之影像，此外，該環狀影像亦可放大及縮小。http://digital.ceramics.ntpc.gov.tw/MultiMedia/DigitalCollection/Image/3D/Single/A_2000_13_061/zoomifyObject.htm（最後瀏覽日：2018/11/22）。

教機構從中並不能直接或間接地獲取利益，是以線上展覽亦係基於非商業性目的。

(2) 著作之性質

根據著作之性質，其創作性之高低，可分為事實性著作（factual works）及創作性著作（creative works），前者僅受較低程度的著作權保障，後者則受較高程度之著作權保障。惟根據前述美國法判決，此要件較不易影響合理使用之判斷。

就文教機構所利用之孤兒著作而言，由於本文將討論範圍限縮在美術著作，而美術著作通常係創作性較高之創作性著作，從而受較高程度著作權保障，文教機構較難以主張合理使用。

(3) 所利用之質量及其在整個著作所占之比例

所謂的量，係指利用原著作的數量，質則係利用原著作之品質，是否屬於原著作之精華部分。惟即便利用整部著作，只要係為了達成利用目的所需者，仍有構成合理使用之可能⁶⁹。

文教機構為了達成推廣孤兒著作之非營利性目的，而將孤兒著作拍照重製，上傳於網路，係將立體之實體著作轉為平面之數位著作，雖然是利用原著作之全體，惟其重製的目的是為了延展著作之保存年限，公開傳輸的目的則是提供管道使公眾接近使用該著作，為了達成延展保存年限及促進公眾利用之目的，重製行為及公開傳輸行為縱然利用了原著作之整體，此二利用仍未逾越利用目的所必要之範圍。

(4) 利用結果對於著作潛在市場與現在價值之影響

由於孤兒著作乃著作權人不明或所在不明之著作，因此有論者主張，利用人經過相當努力搜尋後，在市場上仍未能尋得著作權人，亦即著作權人在市場從未進行出售或授權其著作權，如此

⁶⁹ Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539, 566 (1985).

一來，未經授權的利用對於孤兒著作之潛在市場造成損害⁷⁰。申言之，孤兒著作因為著作權人不明，不僅無法進入交易市場進行轉讓或授權，更精確地來說，因為權利人不明，孤兒著作根本就不會存在潛在市場，因此並不會有孤兒著作的市場受影響之問題⁷¹。即使考量到孤兒著作的著作權人未來可能會出現，因此孤兒著作仍有其潛在市場，但文教機構將孤兒著作進行數位化典藏，係為了延長著作之保存，單純從數位化重製物觀之，文教機構並不會因為將美術著作數位化後，隨即摒棄原著作，僅保留、出租或出售數位化重製物，畢竟，真正具有藝術性價值者仍為原著作，而非數位化重製物，因此，足可認數位化典藏並不會代替原著作，不會對於原著作之潛在市場造成影響。

至於線上展覽，係為了推廣孤兒著作之能見度，使社會公眾能自由地透過網路接觸該孤兒著作，促進知識民主化。而公眾認識孤兒著作後，尚能夠進一步地提升其現在價值。從競爭替代性觀之，線上展覽之內容，僅只於數位圖片，在觀覽了數位圖片後，對於該著作有興趣者勢必會造訪文教機構，實際接觸該著作，從而線上展覽對於原著作不會產生排擠競爭現象，自無市場替代之效果，而不影響其潛在市場價值。

綜上所述，文教機構未經著作權人授權而利用孤兒著作進行數位化典藏及線上展覽，涉及著作權人重製權及公開傳輸權，雖然其利用行為不構成轉化性利用，且其利用範圍乃重製創造型著作之整體範圍，看似不符合合理使用之要件，但考量其利用係出於延長著作保存年限及促進著作公眾能見度之非營利性目的，且其利用並不會影響潛在市場，反而有助於提升孤兒著作的現在價值，而利用範圍亦為促進利用目的必要之範圍，經

⁷⁰ Kevin Smith, *Orphan Works, Fair Use and Best Practices*, SCHOLARLY COMMUNICATIONS @ DUKE, <http://blogs.library.duke.edu/scholcomm/2009/07/30/orphan-works-fair-use-and-best-practices/> (last visited Nov. 18, 2018).

⁷¹ Jennifer M. Urban, *How Fair Use Can Help Solve the Orphan Works Problem*, 27 BERKELEY TECH. L.J. 1379, 1407 (2012).

過權衡之後，考量到數位化典藏之非營利性利用目的、為達成利用目的所需之整體利用、不影響潛在市場且能提升孤兒著作現在價值等面向，應肯認文教機構對於孤兒著作之非營利性數位化典藏及線上展覽乃係合理使用。

肆、結論

著作權法修正草案第 80 條孤兒著作強制授權規範，對於孤兒著作之利用人並未區分其利用目的，一律要求利用人必須進行搜尋及提存使用報酬，對於文教機構的非營利性之利用而言，實為雙重負擔，特別在大規模數位化典藏之情況，更為突顯文教機構苦於經費不足而無法利用孤兒著作之困境⁷²。在前述段落之論證中，文教機構對於孤兒著作之數位化典藏及線上展覽，構成著作權法第 65 條第 2 項之合理使用，理論上此二利用行為無須經過著作權人之授權，亦無庸向主管機關申請強制授權，可以逕行利用之。然孤兒著作的定義乃「盡相當努力搜尋著作權人未果之著作」，文教機構對於館藏著作之數位化或線上展覽主張合理使用前，應善盡資源搜尋著作權人，履行「勤勉搜尋」義務，若無法發現著作權人，方能將該著作列為孤兒著作。至於文教機構是否確實已盡搜尋義務，若無國家權力之介入，無法確認該搜尋責任是否有所進行，因此文教機構是否履行搜尋義務，仍應交由主管機關來審查。再者，是否構成合理使用實乃法院個案裁量權限，對於文教機構之利用行為究否該當合理使用，仍存在著高度不確定性，因此有必要將此一利用行為納入著作財產權之例外當中。

職此，文教機構盡相當搜尋努力未果後，其對於館藏之孤兒著作—美術著作—進行數位化典藏及線上展覽，雖然構成合理使用原則，但文教機構是否確實履行搜尋義務，需由主管機關判斷，且考量到法院在個案裁判之不確定性，本文參考歐盟孤兒著作指令，建議於著作權法修正草案第 80 條第 2 項增訂但書規

⁷² 至於主管機關受理強制授權所收取之規費範圍，以著作權相關案件收費標準第 2 條第 1 款為例：「一、申請音樂著作強制授權：每首新臺幣三千元。」本文認為，考量到文教機構財源不足其非營利性使用之利用目的，宜適度地調降文教機構申請孤兒著作之強制授權，而非比照著作權相關案件收費標準對於音樂著作強制授權之規費，以減輕文教機構之財政負擔。



定⁷³，文教機構於盡相當努力搜尋著作權人未果後，向主管機關申請強制授權，待主管機關許可授權後，文教機構即可運用孤兒著作來進行數位化典藏及線上展覽，而無庸提存使用報酬。藉由但書規定免除提存使用報酬之規定，來促進文教機構對於孤兒著作之非營利性利用。惟若著作權人日後出面終止孤兒著作之著作權人不明之狀態，並向文教機構主張使用報酬，為顧及著作權人之權利且平衡文教機構事前投入的搜尋成本，著作權人得向文教機構請求「公平補償」。

⁷³ 在著作權修法歷程中，常有將特定的合理使用情形，納入法定例外規定之修法當中。例如前述之著作權法修正草案第58條第3項，智慧局過往即認為，當利用人符合著作權法第48條重製規定，其進一步在館內封閉網路進行的公開傳輸行為，構成合理使用，而這次的修法，在著作權法修正草案第58條第3項，則將此等構成合理使用的公開傳輸行為，納入本條法定例外規定當中。智慧局過往見解，參見註47。