

數位內容產業發展條例草案第
18 條著作權人不明著作之許可
利用及使用報酬率等應遵行事項
之研擬

期 末 報 告

計畫主持人：黃銘傑

研究助理：林靜芳

中華民國九十七年九月二十八日

中文摘要

為解決資訊化、網路化時代中數位著作製作過程時可能遭遇因著作權人不明或其所在不明而無法順利製作相關數位著作之問題，主管機關遂參考日、加、韓等國著作權法制，而於「數位內容產業發展條例草案」第 18 條第 1 項中規定：「第十八條 利用人為製作數位內容，已盡相當努力，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事，申請許可授權，並提存使用報酬後，得於許可授權範圍內利用該著作。」並於同條第 3 項要求「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。」同條第 5 項的授權規定則謂：「第一項申請許可、使用報酬之計算方式與提存及其他應遵行事項之辦法，由著作權法主管機關定之。」

然而，何謂「已盡相當努力」？使用報酬金額又如何計算，方始符合平衡權利人與利用人雙方權利之理念？條文中雖陳述「應與一般著作經自由磋商所應支付合理之使用報酬相當」，但是否相當究竟應從結果論來看，亦或應由機制面設計著手，藉由公正的決定機關或機制之設計，確保其結果之合理、公平？凡此種種，皆是「數位內容產業發展條例草案」第 18 條所為之問題提起，而促使吾人必須於該草案正式立法通過前，解決此等問題，以求未雨綢繆。

於上述認識下，本研究乃計畫針對「數位內容產業發展條例草案」

第 18 條所提起之各項問題，藉由美、日、韓、加等四國法制的實務運作經驗，釐清上開「已盡相當努力」、「應與一般著作經自由磋商所應支付合理之使用報酬相當」等不確定法律概念與用語，並構思於此應有的申請、審議程序，提出具體的「申請許可、使用報酬之計算方式與提存及其他應遵行事項辦法」草案，供相關主管機關參酌，以利法律規範目的之儘早及充分落實。

本研究發現，從傳統上已經擁有此類制度之加拿大、日本等國的施行經驗可知，其國內利用人申請孤兒著作之利用情事，並未如預計中廣泛，且正如加拿大相關研究報告所指出，大多數的孤兒著作申請案，實際上多可構成合理使用，真正可歸類為孤兒著作之強制授權案者，實屬幾希。與此同時，因為孤兒著作強制授權申請案之處理，又耗費不少該國著作權委員會的行政資源，造成其重大的行政負擔。因此，各國政府乃皆著手研擬如何緩和其制度之規範內容，並規劃相關行政輔助措施，協助利用人尋找著作權人或容易舉證其已盡相當努力。

不論如何，當我國上開制度設計已朝向由行政機關事前介入，針對是否「已盡相當努力」或合理的使用報酬進行決定時，從本研究之比較法的研究成果來看，各國法制於此之規範重點，就置於如何維持其決定之公正、客觀及中立性了。各國多由著作權專責機關以外、不受其監督指揮之第三人機關，作為認定「已盡相當努力」及核定使用報酬之機構。企圖藉由程序之公正、中立、客觀與專業，維持其結果之合理及正確性，並強化一般國民對此制度之信賴，確實達到平衡著

作權人及利用人二者之權益。

於此認知下，我國現行制度上，著作權審議及調解委員會作為此一具有公正、中立、客觀、專業性質的第三人機關，有相當高的適格性，惟鑑於其過去運作效率似乎不甚理想，從而若由該委員會整體作為此一審議機構，可能導致審議時程延宕。解決方式，當可由該委員會中選任三位委員組成針對特定申請案之審查小組，由該小組就是否已盡相當努力及合理的使用報酬進行審議，並將其結果呈報著作權專責機關後，由後者以其名義做成行政處分。如此設計一方面維持第三人機構的中立特質，一方面確保其審議過程之時效性。

最後，本研究認為，數位內容產業發展條例草案第十八條有關著作權人不明著作之許可利用規定，其立法本意原屬良善，倘若規劃適當實可促進孤兒著作之利用，加速我國數位內容產業之發達。然而，本研究發現，現行制度設計在強調行政機關的事前介入與決定、使用報酬事先提存作為著作利用的前提、提存金未來歸國庫後，其用途可能被使用於與文化發展無關之用途以及未能正視數位內容著作製作與傳統著作不同之特性等事項上，在在皆可能使得其立法目的無法獲得充分落實。未來倘若於立法過程中，尚有機會修正條文相關規範內容，當有必要端正上述現行制度規劃中潛在之弊端，設計出一套契合數位時代、資訊時代發展趨勢之許可利用制度，以促進我國數位內容產業之健全發展。此際，當可參酌美國孤兒著作草案之相關制度設計，重新架構、規劃我國法制未來應有之規範內容。

目 錄

第一章 研究動機與架構	1
第一節 研究動機與目的	1
第二節 研究架構	6
第二章 著作權人不明著作之意義與問題點	7
第一節 著作權人不明著作或孤兒著作之定義	7
第二節 孤兒著作出現之原因	8
一、客觀因素	8
二、主觀因素	13
第三節 孤兒著作大量出現後之影響	14
第四節 孤兒著作特別立法解決之必要性	15
第三章 各國法制有關著作權人不明著作之授權利用規範比較	17
第一節 美國	17
一、立法例選擇與解決模式	19
二、孤兒著作的認定	21
三、執行機關	25
四、損害賠償及救濟方式	26
五、反對者的疑慮	30
第二節 加拿大	32
一、立法例及解決模式	33
二、孤兒著作的認定	35
三、執行機構	36
四、孤兒著作規定施行現況及相關檢討	37
第三節 日本	39
一、著作利用裁定相關法律規範	39
二、孤兒著作的認定	40
三、執行機關及孤兒著作利用申請流程	42
四、決定補償金額之考量因素	46
五、補償金之提存與異議	47
六、制度實際運作情形	49
第四節 韓國	53

一、立法例之選擇與解決模式.....	53
二、孤兒著作的認定.....	54
三、孤兒著作利用申請流程.....	55
四、執行機關.....	57
五、補償金的審核與提存.....	58
第四章 各國法制比較與我國法制未來可有之 運作模式及具體作法.....	60
第一節 各國法制之比較.....	61
一、「相當努力」之舉證責任.....	61
二、執行機關.....	64
三、補償金之計算.....	65
四、補償金之支付方式.....	67
第二節 我國法制未來可有之運作模式及具體作法.....	68
一、二階段作業分立之當否.....	69
二、執行機關.....	71
三、決定方法.....	74
第五章 研究發現與建議.....	76
第一節 研究發現.....	76
第二節 研究建議.....	80
附件一：日本之「著作物利用裁定申請書之記載範本」.....	88
附表一：各國孤兒著作法制比較表.....	91
參考文獻.....	95

第一章 研究動機與架構

第一節 研究動機與目的

當搜尋引擎巨擘美國 Google 於 2004 年決定開始 Google Print 之書籍數位化計畫，以實現一無國界的巨型虛擬圖書館之理想時，其所遭遇之困難，不僅是代表出版界的利益團體美國出版商協會（Association of American Publishers）的強烈反對、阻撓、甚至提起侵權訴訟，另一方面，對於尚處於著作權權利期間內，但著作權人或其繼承人不明或無法聯繫之著作，如何於保障著作權人權利與實現建構虛擬圖書館的理想之間取得衡平，亦考驗著 Google 公司以及美國政府相關部門之智慧。此種著作權人不明導致資訊或著作無法有效利用，並非始於今日，早於數位著作發生伊始，因過去平面著作之著作權人並未同時進行電子著作之授權，致使數位時代中符合便捷需求的電子資料庫，難能有效建立。對於生活形態已從過去的類比形式，發展至今日的數位化型態之現代人而言，卻因為著作權人不明導致數位資料庫、虛擬圖書館等資源無法建立，不無時代錯亂之感。

當然，此一問題部分緣起至二世紀前之 1886 年的伯恩公約，依據該公約第 5 條第 2 項規定，會員國不得要求著作人必須履行一定的形式，方能享有及行使著作權之權利。雖然，部分國家（例如日本）於其國內著作權法採行上開創作發生主義的同時，亦提供著作權人有關

其實際姓名、第一次發行年月日、創作年月日、權利移轉等之登記服務，試圖以此補充創作發生主義可能帶來之著作權發生、著作權人不明等困境；但我國著作權法於 1998 年 1 月修正時，除製版權之登記外，廢除一切著作權相關登記制度，使得我國著作權法制於處理此一問題時，面臨較諸其他國家更多的困境。與此同時，隨著數位化與網路時代的發展，過去必須透過出版業者方始能發行著作之作法，現今已進展到一連上網路，任何人皆可發表文章，並透過網路無遠弗屆之特性，可以抵達世界各個角落之讀者，進入一個萬人皆是出版者的時代。惟於此一時代中，或基於隱私考量、或因匿名需求，因此所發表之文章，亦經常有著作權人不明之特性，導致其利用上發生困難。上述各該情事的交互衝擊與影響，使得如何解決著作權人不明問題，促進著作的合理利用，間接達成著作權法促進文化發展之目的，即成為燃眉之急。

上開情勢發展與困境，並非我國所獨有，自 1980 年起即以強化其國內智慧財產保護，並利用各種國際多邊條約或雙邊協定將其理念與認識推展至其他國家的美國，其政府於面對類似 Google Print 問題層出不窮的情況下，憂心此類著作的蔓延將會對未來文化創造活動帶來不利影響，從而乃對此一問題著手進行研究，該國著作權主管機關如此述說：「Concerns have been raised that the uncertainty surrounding ownership of such works might needlessly discourage subsequent creators and users from incorporating such works in new creative efforts or making

such works available to the public.」¹經過一年多的研究，美國著作權法主管機關於 2006 年 1 月 26 日正式公布其研究成果「孤兒著作報告」(Report on Orphan Works)²。其後，基於該研究報告之內容，於 2006 年 5 月下旬由德州眾議員 Lamar Smith 向國會提出「2006 年孤兒著作法案」(Orphan Works Act of 2006)³；之後，2006 年 9 月 12 日提出的「2006 年著作權現代化法案」(Copyright Modernization Act of 2006)⁴，其第二篇定名為「孤兒著作」，將前述 Lamar Smith 議員所提法案內容完整納入。

同樣地，傳統上日本著作權法中早已意識到此類孤兒著作或著作權人不明著作之問題，而對於有意利用此類著作但卻不得其門而入之利用人，於滿足一定要件的情況下，可藉由向該國著作權主管機關申請所謂的「裁定利用」(法律性質上屬於「強制授權」)，由主管機關審查確認要件滿足無誤後，以提存其所裁定的權利金為前提，申請人即可利用該當著作權人不明之著作。此一裁定制度實際上即是上開美國孤兒著作法案所欲追求之目標，惟鑑於原有裁定制度其程序過份繁雜，對於利用人而言申請不易，導致制度未能有效發揮其功能，從而

¹ Federal Register, Vol. 70, No. 16, January 26, 2005, at 3739.

² Available at <<http://www.copyright.gov/orphan/orphan-report-full.pdf>>, last visited 2008/1/14.

³ HR 5439 (2006).惟須注意者，該法案因國會會期屆滿而失效。

⁴ HR 6052 (2006).

日本政府乃於 2004 年之「智慧財產推進計畫」中，要求日本著作權主管機關檢討現行著作權人不明之裁定制度，務求其程序對利用人不會造成無謂的困擾，並應追求程序之簡化。面對此一要求，日本著作權法主管機關乃著手進行討論，制定新的處理程序，大幅簡化相關申請程序。

由上開美國及日本法制發展經驗，亦可窺知，面對數位化、網路時代的挑戰，各國政府必須時時刻刻檢視其現行著作權法規範是否可能阻撓數位生活、網路生活形態的發展，並依據時代需求對於原有規範作出適當的修正。如何在謀求國家文化健全發展的目標下，以著作權人與利用人間的權利平衡為前提，解決著作權人不明之著作可能帶來不利影響之問題，對於此刻正積極追求數位內容產業發展，提升我國文化產業發展水平之我國政府而言，其實面臨著比美國政府更為艱困且迫切的挑戰。

實則，在現行由行政院提交立法院審議的「數位內容產業發展條例草案」中，亦正視到此一著作權人不明著作或孤兒著作的問題，而於該法第 18 條有如下之規定：

「第十八條 利用人為製作數位內容，已盡相當努力，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事，申請許可授權，並提存使用報酬後，得於許可授權範圍內利用該著作。

著作權專責機關對於前項申請之許可，應刊載於政府公報或以其他適當之方式公告之。

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。

依第一項規定獲得授權做成之數位內容重製物，應註明著作權專責機關之許可日期、文號及許可授權利用之範圍。

第一項申請許可、使用報酬之計算方式與提存及其他應遵行事項之辦法，由著作權法主管機關定之。」

然而，何謂「已盡相當努力」？使用報酬金額又應如何計算，方符合平衡權利人與利用人雙方權利之理念？條文中雖陳述「應與一般著作經自由磋商所應支付合理之使用報酬相當」，但是否相當究竟應從結果論來看，亦或應由機制面設計著手，藉由公正的決定機關或機制之設計，確保其結果之合理、公平？凡此種種，皆因「數位內容產業發展條例草案」第 18 條之規定而起，而促使吾人必須於該草案正式立法通過前，解決此等問題，以求未雨綢繆，促使相關制度於立法通過後，能劍及履及儘速進入施行層面，而非於立法後方始臨淵捕魚，辜負國民之期待。

於上述問題認識下，本研究乃計畫針對「數位內容產業發展條例草案」第 18 條所提起之各項問題，藉由外國法制的實務運作經驗，釐清上開「已盡相當努力」、「應與一般著作經自由磋商所應支付合理之使用報酬相當」等不確定法律概念與用語，並構思於此應有的申請、

審議程序，提出具體的「申請許可、使用報酬之計算方式與提存及其他應遵行事項辦法」草案，供相關主管機關參酌，以利法律規範目的之儘早及充分落實。

第二節 研究架構

為達成上開研究目的，本研究計畫將以下列章節構成之。

第一章 研究動機與架構

第二章 著作權人不明著作之意義與問題點

第三章 各國法制有關著作權人不明著作之授權利用規範比較

第四章 各國法制比較與我國法制未來可有之運作模式及具體作法

第五章 研究發現與建議

第二章 著作權人不明著作之意義與問題點

本章首先將藉由相關外國法制，界定著作權人不明著作之意涵，並探討其存在於著作利用、流通及文化創作上可能衍生之各種問題點，說明其存在對於現行著作權法立法目的可能帶來之不利衝擊及影響，以為次章各國法制介紹與比較之前提。

第一節 著作權人不明著作或孤兒著作之定義

所謂「著作權人不明著作」，依照美國著作權局於 2006 發表的孤兒著作報告，定義其為「因著作權人身分不明或失聯，導致利用人無法獲得著作權人授權之著作。」⁵而加拿大、日本和韓國等之著作權法，均有針對此一著作權之特殊情況另為立法規定，國內有論者稱加拿大、日本規定為著作權人不明或失聯時之法定授權制度⁶；另有早期學者稱日本之規定為「一般強制授權規定」；但最為簡潔與貼切的說法，則為美國著作權局的孤兒著作報告中使用之「孤兒著作」一詞，該詞也是直譯自「orphan work」之原文。

⁵ “a term used to describe the situation where the owner of a copyrighted work cannot be identified and located by someone who wishes to make use of the work in a manner that requires permission of the copyright owner.” See US Copyright Officer, Reports On Orphan Work 1(2006)

⁶ 參閱李婉萍，加拿大、日本關於著作權人不明或失聯時之法定授權制度介紹，科技法律透析，2005 年 3 月，12-15 頁。

國內目前與孤兒著作問題相關的立法為「數位內容產業發展條例」，其條文以「著作財產權人不明或其所在不明」稱之。惟上開各種名詞，或以其定義為名，或以法條性質名之，除失之冗長外，亦未能直指該些著作權問題之特徵，故本文以下仍以美國之「孤兒著作」名詞，作為討論此一著作權人不明或無法聯繫時之著作的代稱。

第二節 孤兒著作出現之原因

由上述孤兒著作之定義及其實際使用上的困境可以發現，孤兒著作最主要的問題在於，該些孤兒著作仍在權利保護期間，並非屬於著作權消滅之著作，由於該等著作尚未進入公共領域(Public Domain)，使得利用人無法免費無償使用，惟鑑於其「孤兒」特質，縱使利用人意欲尋求著作權人之授權，也受限於無法定位、確認著作權人之窘境。欲解決孤兒著作問題，當有必要先行對孤兒著作發生之原因進行瞭解，以作為理解其對現今著作的自由利用與文化發展所造成影響之背景知識。

一、客觀因素

(一) 技術層面之因素

數位時代的來臨，是導致搜尋授權人困難度提高的重要原因。乍聽之下或會覺得詫異，電子化時代中藉由電腦網路串聯的世界，提供

吾人更為便利的搜尋資料途徑，搜尋引擎和資料庫等工具的出現，於概念上本應大幅減低利用人搜尋所必須花費的時間勞力和費用，但此僅是問題之表象而已。拜電腦科技之進步，任何人都能利用透過文書處理系統或各種創作介面，大量的創作出具數位形式的著作，換言之，著作生產的成本大幅減低，形成著作人普及化現象；而利用人透過網路及資訊壓縮技術進步的幫助，不但有大量的素材可供創作或改作外，還能結合不同類型的著作，重新創作出「多媒體」(或稱為「數位著作」)，造成於單一數位著作的作品上，包含了多數著作權人的狀況，亦即，許多著作開始出現整合多數著作而成一新著作之情形。舉例而言，一線上遊戲之製作，即包含故事腳本設計、背景音樂、人物圖像設計、電腦程式設計等，就此各階段設計均有其著作權人，而業者欲推出此一新產品上市則須分別取得各著作權人之授權。就此而言，如何與各著作權人分別約定授權範圍，以及如何降低取得授權之成本，即為數位著作所需面臨之一大課題⁷。

再者，於網路虛擬世界中，使用人多以暱稱、代號為名，加上欠缺有效的著作保護機制，使得辨識真正著作權人存在著極高的難度；縱然最終利用人可能透過網路強大搜尋之功能，知悉欲利用之原素材著作人為誰，惟利用人若欲與著作人取得聯繫並商談授權，實際上亦

⁷ 蓋因若取得授權成本過高，要求著作利用行為取得授權之期待可能性則低，因此，法律要求利用人須取得授權可能造成入全民於罪或導致著作利用停滯之情形，並非著作權制度在設計上所欲追求之目標。參照經濟部智慧財產局委託益思科技法律事務所研究報告，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，2002年11月28日，94頁。

有障礙。因此，縱然搜尋成本因數位化而大幅減低，但實際接觸著作權人的交易成本並未下降。

而網際網路上所流傳之各種數位著作所標示之著作權人，有時亦與真正之著作權利人有別，因為數位環境下著作物之重製、改作的技術簡易化，但著作保護技術在欠缺誘因下又無法相形提昇，使得利用人得以輕易竄改原著作權人之姓名標示，一旦該標示不實之著作物於網路上流傳，隨著時間久遠，著作內容便因著作之輾轉重複傳遞而喪失原真正著作權人之標示⁸。

因此，從前述的討論可以看出，技術帶來的進步，雖然使創作、重製和再利用的技術成本大幅降低，但亦係造成著作人不明的孤兒著作出現的根本原因。

（二）制度層面之因素

著作權保護日益擴張，也是造成大量孤兒著作的主因。此一因素尚可以分為兩個面向來探討，一是著作物進入公領域的時間延後，二是欠缺著作權人標示制度。前者是指當著作物進入公領域後，代表的是該著作物上的著作權已然消滅，任何人都能不受限制的使用該著作物，在沒有排他權的情形下，著作物公共財的特性和利益能夠完全的

⁸ 劉志鵬、謝銘洋，《著作權數位產業市場授權之研究》，經濟部智慧財產局委託研究，2005，11頁。

發揮。但是各國著作權之保護期間越來越長，且根據國際條約之規定，各國若要對著作權有所限制，也必須符合極為嚴格的特定要件，此些因素造成著作物進入公領域的時間也變長，潛在的提升利用人的取得成本⁹。而所謂的著作權人標示制度的欠缺，指的是目前著作權採取創作保護主義，使得著作物無須經過政府特許或認證等手續，即可取得著作權，附隨之確認著作權人身分的登記制度也就無存在之必要，加上國際公約認為著作權之保護，亦不應當有形式要件限制之，所以促使著作物進入公領域的更新制度亦不可行。易言之，得以減低利用人取得著作物授權成本、或減少搜尋時間成本的方式，礙於目前制度設計之侷限，皆無法有效達成。

以我國為例，自 1910 年《大清著作權律》開始，對著作權的保護便由著作權人終身享有，且繼承人繼續享有 30 年。至民國 17 年開始正式施行著作法，其保護期間原則上就自然人著作人為終身加 30 年，到民國 81 年修法時，又延長為終身加 50 年，共同著作之著作財產權，則存續至最後死亡之著作人死亡後 50 年，別名或不具名著作原則上以公開發表起算 50 年等¹⁰。雖然有學者指出，著作權延長保護的目的在於國際接軌及與各國法制一致，但此一延長保護背後的目的，仍是希

⁹ 這裡所謂的取得成本，其實也就是追溯成本 (tracing cost)，包括了追溯著作權人繼承人的困難度，以及尋找不再發行著作的成本，倘著作權期限屆滿，則不需再耗費成本追溯著作權人，參閱張凱娜，著作權限制的法律經濟分析，月旦民商法雜誌，第 15 期，2007 年 3 月，83-84 頁。

¹⁰ 參閱賴韻羽，孤兒著作利用困境與解決機制之研究，台灣大學法律研究所碩士論文，2008 年 1 月，1 頁。

望提供一經濟誘因，促使創作增加，間接利益才是所謂的國際接軌、貿易投資等¹¹。但是此延長保護期所產生的利益，是否真如預期般豐碩，目前學者間看法不一¹²，但一般皆肯認：對原著作權人已不具商業利用價值的著作物（通常多是著作權人不明的著作物）若能越快進入公領域，則潛在的使用侵權疑慮將會大幅減少，而孤兒著作大量產生的影響層面也會降低。

我國著作權法自 1985 年起修法，從註冊保護主義改採創作保護主義，並且自 1998 年起修法廢止所有的著作權登記制度（僅製版權登記例外）後，論者有從舉證責任及買賣權利證明等方面論述登記制度廢除之弊¹³，但最直接的衝擊仍係當電腦及網路科技的進步與時間久遠的因素相結合後，所導致著作權人不明的機會大增的情形。

¹¹ 同前揭註 10，19 頁。

¹² 參照劉志鵬、謝銘洋，前揭註 8，20 頁以下。作者指出因為自 81 年修法延長保護期間後，著作權產業雖大致而言有所進步，但其中牽涉社會因素過多，仍舊難以得出延長保護便能促進產業發展的結論。而所謂的間接利益在考量我國是相對著作權產業不發達的國家後，則在國際貿易中國內消費者需付出較高的代價，以換取國外著作物之使用，但國內著作權產業如不發達，延長保護對產業增加的收益勢必不及於國內多付出的成本。

¹³ 認為廢止登記制度並非對著作權人有利，因為此將加重著作權人舉證責任，因其無法以官方登記證明其權源正當性，著作權人需保留其創作過程、發行及其他與權利有關的資料，作為將來涉訟之依據。而著作權移轉對受讓人也顯屬不利，因為登記制度使登記對抗制度成為可能，進而能保障受讓人權益，取消登記制度，容易產生無權處分問題。參閱羅明通，著作權法論第二冊，第六版，台英國際商務法律事務所，2005 年，132-136 頁。

二、主觀因素

前面客觀因素係針對討論客觀環境下因技術面、制度面等因素助長孤兒著作出現的情形，而此處之主觀因素則係指因著作權人不主動關切、維護其著作物利用，導致雖然著作權存在，但卻因著作權人不主動行使權利，使他人難以得知該著作物之權利人為誰，如同「孤兒」一詞在現實世界中所代表的意義一般。

此一類型著作人不明的原因，主要是因為系爭著作由於無法為著作權人帶來實質利益，致使著作被埋沒，縱因偶然因素於日後被發掘，常常也無法得知著作權人為誰。此一主觀因素於制度面的客觀因素襯托下，常肇生更顯著之影響。特別是於著作權採取長時間的保護制度下，實際上能持續為著作權人創造財產利益的作品並不多見，能熱銷的著作於全體著作中所佔的比例相當低，並且最重要者乃因該當著作為著作權人帶來的利益，常因時間流逝而呈現大幅衰退的局面¹⁴，在折算成本效益後，可能不足以產生足夠的利益誘因，使著作權人主動花費時間去談判授權或是維護之。

¹⁴ 參照賴韻羽，前揭註 10，20-21 頁。作者原先在此部分是想藉由探討延長保護年限，並不符合社會的成本效益。因為在加入通貨膨脹等因素之後，原先著作物所創造的一元收益，會隨著時間的遞延而貶值，但是相對來說，社會要為此付出的成本卻是不斷增加，因此延長保護年限，不見得會為社會創造更多的財富。而同理可證，著作權人若也是理性考慮到自身的成本效益，必然在著作物的價值隨著市場競爭、或著作物本身邊際效用逐漸衰退之際，自然也不會付出更多於可能獲益的成本去維護其著作物。

第三節 孤兒著作大量出現後之影響

由於孤兒著作雖係著作權人不明，但仍是受到著作權保護的智慧財產，因此當前述主、客觀的因素不斷的讓許多著作物成為孤兒著作的同時，即對各國政府對孤兒著作的保護、利用、甚而文化的健全發展帶來了難以避免的矛盾與困擾。因為政府一方面要扮演保障著作權的角色，不容他人在未經著作權人授權的情形下，任意複製、改作和散布著作物；而另一方面，為了促使文化產業欣欣向榮，又期望於立法政策面上擴大對於孤兒著作的利用，使其得以創造出最大價值。則兩原則衝突實係必然，政府面臨之處境實為兩難。

若直接認為孤兒著作無異於一般著作，並且對其保護和利用之方式採取一視同仁的態度，則於侵權訴訟之風險依舊存在的情形下，加上很顯然地利用人對於孤兒著作的取得成本遠高於一般著作權人顯名的著作，於成本效益的考量下，具有潛在利用價值的孤兒著作將因為交易成本之故而無法再次被引進市場；但若對於孤兒著作的利用採取較為寬鬆的保護政策，雖然能促進孤兒著作的再利用與價值再造，但交易成本亦將因道德風險而升高，即利用人容易具有不當的誘因，去主張其所利用者皆該當孤兒著作，進而對於實際上並非著作人不明的著作物產生著作權法上之侵害。尤有甚者，若孤兒著作經過再利用而成功取得市場地位時，此時原先孤兒著作的潛在著作權人出面主張系爭著作並非著作人不明，繼而引發侵權訴訟，則對於交易安全影響之

巨，難以言喻。

上述孤兒著作所衍生之各種困境並非僅是想像，事實上其已然發生。例如，在經濟部智慧財產局的智慧財產論壇網站已有人提出，關於日據時代的出版品或早已倒閉的出版社的著作，若難以聯繫著作權人時，其引用需獲得授權或僅需註明出處即可；而在數位內容產業方面，數位產業經營業者也常面臨無法尋得素材著作人的困境，或有不願開放使用者，也有僅以網頁公示通知著作權人尚未與之取得聯繫便加以利用者。

甚至政府本身，也出現了因著作權人不明，而導致重要國家計畫出現執行的障礙。以 2002 年推動的「數位典藏國家型科技計畫」為例，該計畫預計將國家重要的文物典藏數位化，進而以之促進我國人文與社會、產業與經濟的發展，但是因為在部分著作之著作權人不明的情形下，使得部分典藏成果僅能以保存的觀點進行典藏，又或者雖然提供公眾使用，但仍附加 Creative Commons 公共授權條款，限制利用人需在標示姓名、為非商業利用、禁止對著作進行改作的授權條件下使用資料，同時聲明資料著作權仍為原作者所有，無論係採取哪一種作法，都有為德不卒之遺憾¹⁵。

第四節 孤兒著作特別立法解決之必要性

¹⁵ 參照賴韻羽，前揭註 10，25-26 頁。

雖然，在現行法律解釋的基礎下，孤兒著作亦非不得經由「合理使用」的制度加以解決，使利用人毋須擔負侵權責任¹⁶。但這樣的看法，並無助於提供孤兒著作再利用的足夠誘因。因為縱使「合理使用」不失為解套的方法之一，但是合理使用主張之前提，仍須先將利用人推向侵權訴訟的火線，並且亦使得利用人必須承擔合理使用的舉證責任。姑且毋論於對著作權保護採取嚴格態度之法治氛圍中，法官究竟有無放寬對合理使用解釋的可能性；但至少當利用人評估逕為利用將可能受到侵權訴訟威脅時，或者祇能依靠司法訴訟解決孤兒著作問題時，此項無形成本對孤兒著作利用人的負擔，已經使得孤兒著作被利用的可能性大幅減少。

因此，僅憑藉現有合理使用的制度，欲解決孤兒著作下「強化著作利用」與「侵權訴訟威脅」的困境，似有所不足。綜觀各國法制，透過對於孤兒著作的利用特別立法，實為目前國際間解決孤兒著作問題的普遍途徑。因為孤兒著作與一般著作仍有不同，在考量利用人取得成本、與孤兒著作再利用所帶來的效益，其著作權的保護方式應當有別於一般著作權，而非以現有著作權嚴格保護的架構加諸其上。因此以下將簡要探討美、加、日、韓四國對孤兒著作所採取的政策及立法方向，並以其經驗作為我國法制未來發展可有方向與作法之參考。

¹⁶ 同前註 10，30-45 頁。作者詳細論述「合理使用」制度，如何透過著作權法第 47 條、第 48 條，及第 65 條第 2 項為孤兒著作解套，特別是如如何擴大解釋第 65 條第 2 項的三款判斷標準，使孤兒著作之著作整體於商業目的之利用上，並非當然不構成合理使用的論述。

第三章 各國法制有關著作權人不明著作之授權

利用規範比較

本章將以美、加、日、韓等四國法制，針對孤兒著作可能引發之各種問題點，而於著作權法上所採取的各種因應措施及規範，進行簡要的介紹與比較，以釐清該等國家法制就此問題之規範內容。惟不僅因各國法制就此問題之相關規定內容簡繁有別，學說上亦幾乎鮮見對此問題有深入探討者，因此本研究報告於資料收集上實屬不易，結果所導致者，乃是於各國法制介紹上發生深淺有別之現象（各國法制重點及特色，以表格方式整理如附表一所示）。

第一節 美國

於法制傳統上，美國並無訂定關於孤兒著作之相關規範。然而在面對其國內日漸產生孤兒著作利用之問題時，美國政府不得不正視此一問題，並著手開始研擬解決之策。於此認識下，美國著作權局（Copyright Office）自 2005 年 1 月開始，針對孤兒著作問題進行公眾調查，並於 2006 年 1 月發表研究報告，其結論指出四大方向¹⁷，包括：

¹⁷ US Copyright Office, *supra* note 5, at 69-70. A few commenters noted some of the existing solutions discussed in Section IV, including sections 108(h), 115(b), 302(e), and 504(c). They also noted that certain statutory licenses other than section 115 can

(一) 孤兒著作問題確實存在。

(二) 對於該問題應加以廣泛周延的思考。

(三) 部分孤兒著作以美國現行著作權法是可以處理的(如第 107 條的合理使用以及第 108 條圖書館所享有豁免權等情形。)

(四) 有必要立法規範孤兒著作。

2006 年 5 月，德州 Smith 眾議員於國會提出著作權法修正草案，建議於第 514 條增訂孤兒著作損害賠償限制規定，其後該提案雖因國會會期結束及改選失效，但美國國會於 2006 年 9 月所提出之「2006 年著作權現代化草案」中第二部分「孤兒著作」，又再度納入前述草案內容¹⁸。

本節將概略敘述該法律修正案之立法原則與立法體例選擇之考量，並從孤兒著作的認定，以及損害賠償、救濟之方式等角度，勾勒出美國法制獨特之處。

also permit use of orphan works, and that the statute of limitations in section 507(b) would make damages unavailable against an orphan work user (or any other user) following three years after the claim of infringement accrued.²⁰⁵ As noted above, however, essentially no commenters took the position that existing solutions were adequate to solve the orphan works problem.

¹⁸ 參照賴韻羽，前揭註 10，57 頁。

一、立法例選擇與解決模式

依照美國著作權局於 2006 年 1 月所公布的孤兒著作報告 (Report on Orphan Works) 指出，目前美國的孤兒著作在法制規範方面並非完全空白，惟雖然現行著作權法中存有相關規定可資適用，但不可否認地，該等規定實際上並不足以有效解決孤兒著作的問題¹⁹。

因此若欲有效解決孤兒著作所引起之各項問題，研究報告指出實有必要為孤兒著作特別量身修法。此際，指導美國孤兒著作立法方向的三個方針應是：

(1) 首先，應儘可能協助利用人尋得著作權人，以針對授權事宜進行自願性協議，並且鼓勵著作權人使其為大眾所知，以便使潛在利用人能與之聯繫，相對的，也鼓勵利用人盡所有合理的努力去搜尋欲利用著作的著作權人。

(2) 再者，當利用人無法透過合理搜尋與著作權人聯繫時，該紛爭解決機制應允許利用人得利用該孤兒著作，並解決著作權人出現後之爭議。

(3) 最後，考慮到效率的因素，該紛爭解決機制的規定對利害關係人，如著作權人、利用人、聯邦政府 (因可能涉及著作登記，或權

¹⁹ US Copyright Office, *supra* note 5, at 7.

利人和利用人資料庫建置等)，應給予最少負擔(least burdensome)²⁰。

又基於要符合國際規範的考量，倘採取財產權限制之孤兒著作立法例，有認為可能違反 TRIPS 協定第 13 條適用所有著作權之限制規定，該規定認為若要對著作權採限制立法，必須符合 TRIPS 第 13 條中之三階段測試原則要件²¹。亦即，TRIPS 第 13 條之「特定特殊情形」，應指限縮範圍的著作、利用人、權利而言，由於孤兒著作規定可適用於所有著作類型、所有利用人均得主張，且會影響所有權利，故不符合該要件。再就「和著作之正常利用不衝突」而言，若孤兒著作規定允許一般人得正常授權為之的利用行為，可能無法通過該要件審查。又關於「未不合理歧視著作人法律利益」要件，應包含著作人實際和潛在應用行為可獲利益在內，循此，孤兒著作亦難通過此要件之審查。故基於以上之考量，採取限制著作財產權的規定方式，有違反國際規範之虞，故不以此方向為立法規定²²。

綜上考量，美國因此選擇採用「損害賠償限制」(Limitation on Remedies)之立法例²³，作為孤兒著作之利用人與著作權人紛爭解決的機制，從修正美國著作權法第五章之有關侵權案件的損害賠償規定

²⁰ Id. at 93-94.

²¹ See TRIPS art. 13 (“Members shall confine limitations or exceptions to exclusive rights to certain special cases which do not conflict with a normal exploitation of the work and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the right holder.”).

²² 參照賴韻羽，前揭註 10，71-72 頁。

²³ US Copyright Office, *supra* note 5, at 71-73.

著手，以期符合國際規範，又能兼顧著作權人與利用人的利益衡平，並課予利用人一定程度的合理搜尋義務，以判斷是否構成孤兒著作的條件，讓爾後出現的著作權人仍得主張有實益的損害賠償及救濟方式（例如：合理的損害賠償及禁制令等）。

由於「損害賠償限制」的立法方式，使得有關於孤兒著作的規定，能獨立、且與現行美國著作權法的規定調和，並且不影響現有之著作權的保護方式，現有之合理使用、豁免和限制著作權的規定也仍能夠適用在孤兒著作之上，換言之，若是孤兒著作能適用合理使用及豁免條款的話，自無適用「損害賠償限制」規定的必要，因此，也只有當所有的豁免的規定都不適用時，此時孤兒著作的利用人也才會被視為是著作權之侵權人，而負擔有限制的損害賠償責任²⁴。

二、孤兒著作的認定

美國孤兒著作草案採取著作權局報告所建議的損害賠償立法例²⁵，草案規定侵權人違反美國著作權法第 502 條至第 505 條規定，有侵害著作權情事時，若侵害權利人能舉證，經法院認為符合以下條件，即可主張損害賠償限制。

²⁴ Id. at 94-95.

²⁵ Id. at 49-50.

(A) 於違法使用著作之前，侵權人，侵權人之代表人，或任何共同侵權行為人 (i) 以依誠信原則，盡合理勤勉之搜尋義務搜尋著作權人，(ii) 而無法聯繫到著作權人；

(B) 對於著作之侵權使用，依照合理勤勉之搜尋所獲得之資訊，取得合理之確信心證，以在該情況下之合理方式，於所利用的作品上表明真正歸屬之作者和著作權人²⁶。

由前述要件可以看出美國在孤兒著作的適用客體上，並未排除未出版之著作，換言之，不論是已公開發表的著作，或是未公開發表的著作，都有此規定之適用。其主要理由是避免過度的排除早期許多著作權人不明的著作，以及傷害未出版孤兒著作授權利益之風險極低等²⁷。

□ 由上可知，美國法是以「合理勤勉的搜尋」以及「使用作品來源

²⁶ 參照賴韻羽，前揭註 10，67-68 頁。詳細條文如下：H.R. 6052 §514(a) Conditions for Eligibility-(1) CONDITIONS- Notwithstanding sections 502 through 505, in an action brought under this title for infringement of copyright in a work, the remedies for infringement shall be limited under subsection (b) if the infringer sustains the burden of proving, and the court finds, that (A) before the infringing use of the work began, the infringer, a person acting on behalf of the infringer, or any person jointly and severally liable with the infringer for the infringement of the work (i) performed and documented a reasonably diligent search in good faith to identify and locate the owner of the infringed copyright; but (ii) was unable to locate the owner; and (B) the infringing use of the work provided attribution, in a manner reasonable under the circumstances, to the author and owner of the copyright, if known with a reasonable degree of certainty based on information obtained in performing the reasonably diligent search.

²⁷ Id. at 80.

之標示」作為是否符合孤兒著作的認定標準，也只有符合此兩項要件才能適用損害賠償限制規定。因此，美國孤兒著作的認定，在修法的方向上是採取個案認定的浮動標準（case-by-case），而非形式化的標準（formal standard），最主要是考量到孤兒著作規定適用於廣泛的著作類型及利用方式，加諸可以獲取資訊的資源和技術，隨著產業、時間而有所差異，因此難以規範特定的搜尋型式去適用所有之個案和類型。而誠信原則下的合理勤勉搜尋，則是作為避免濫用孤兒著作的安全閥（safeguard）。在著作權局的報告中，有關「合理勤勉搜尋」的考量因素包括有：（1）著作本身的資訊、（2）著作出版、公開與否、（3）著作創作年代、（4）公開記錄（包括官方資源與非官方資源）、（5）技術變遷、（6）著作權移轉情事、（7）著作利用之態樣等²⁸，而判斷是否符合該等要素之工作，則是交由法院為之²⁹。

至於表明著作來源的規定，則是另一項用來避免孤兒著作被濫用的規定，如用以隱藏侵害著作權的意圖，或未盡合理勤勉之努力；當然此一規定亦能提醒利用人，孤兒著作並非著作權限制規定，著作權人出現於利用行為開始之後，利用人仍應對其負擔義務³⁰。

²⁸ Id. at 98-108.

²⁹ Id. at 110.

³⁰ Id. at 111-112.

美國著作權局(Copyright Office)於 2008 年 4 月 24 日在參、眾議院分別提出新版孤兒著作草案 (Orphan Works Act of 2008)，其內容與 2006 所提出的版本並無太大差異，僅在條文順序上略有調整，以下簡述前後版本的差異。

關於損害賠償責任限制的要件，新版草案增加侵權人在利用著作前，必須對 the Register of Copyrights 為使用通知(Notice of Use)；在使用孤兒著作時必須依 the Register of Copyrights 的規定附加使用孤兒著作的標誌或其他通知；與在初次答辯時必須主張責任限制等要件³¹。

³¹ H. R. 5889, §514 (b) Conditions for Eligibility-` (1) CONDITIONS-` (A) IN GENERAL- Notwithstanding sections 502 through 505, and subject to subparagraph (B), in a civil action brought under this title for infringement of copyright in a work, the remedies for infringement shall be limited in accordance with subsection (c) if the infringer--` (i) proves by a preponderance of the evidence that before the infringement began, the infringer, a person acting on behalf of the infringer, or any person jointly and severally liable with the infringer for the infringement--` (I) performed and documented a qualifying search, in good faith, for the owner of the infringed copyright; and` (II) was unable to locate the owner of the infringed copyright;` (ii) before using the work, filed with the Register of Copyrights a Notice of Use under paragraph (3);` (iii) provided attribution, in a manner that is reasonable under the circumstances, to the owner of the infringed copyright, if such owner was known with a reasonable degree of certainty, based on information obtained in performing the qualifying search;` (iv) included with the use of the infringing work a symbol or other notice of the use of the infringing work, in a manner prescribed by the Register of Copyrights;` (v) asserts in the initial pleading to the civil action the right to claim such limitations;` (vi) consents to the jurisdiction of United States district court, or such court holds that the infringer is within the jurisdiction of the court; and` (vii) at the time of making the initial discovery disclosures required under Rule 26 of the Federal Rules of Civil Procedure, states with particularity the basis for the right to claim the limitations, including a

惟即使滿足了前述損害賠償責任限制要件，若侵權人於收到侵權通知後有機會進行迅速誠信的調查，卻未能與著作權人誠信地協議合理的損害賠償金或未能合理地適時支付合理賠償金，其仍不得主張損害賠償責任限制³²。

三、執行機關

由於美國採取「限制損害賠償」的立法例，因此規範孤兒著作的職權分工，自係交由司法機關負責。雖然著作權人可能會面臨高訴訟成本的問題，但孤兒著作報告指出，於孤兒著作爭議出現之前，該項問題實際上已經存在一段時間，各種類型的侵權訴訟皆有此問題，因此這並非是孤兒著作報告研究的對象³³。而報告也指出，之所以不交於著作權局來負責並採行事前授權制度，最主要的考量仍來自於行政效率之問題，有鑑於採行此制度的國家，在授權孤兒著作利用的效果

detailed description and documentation of the search undertaken in accordance with paragraph (2)(A).

³² H. R. 5889, §514 (b) (1): CONDITIONS-` (B) EXCEPTION- Subparagraph (A) does not apply if, after receiving notice of the claim for infringement and having an opportunity to conduct an expeditious good faith investigation of the claim, the infringer--` (i) fails to negotiate reasonable compensation in good faith with the owner of the infringed copyright; or` (ii) fails to render payment of reasonable compensation in a reasonably timely manner.

³³ Id. at 114.

不彰，因此乃決定把孤兒著作問題以事後審查方式，交由法院處理³⁴。

至於著作權局的工作，在草案中則定位為協助著作權人和利用人聯繫的輔助角色。草案指出著作權局對於資訊之蒐集有接收、管理、並使公眾可取用之義務，而資訊可來自網路、行政資源，以協助使用者進行合理勤勉搜尋，包括：(i) 有關辨認和聯繫著作權人之著作權局記錄，(ii) 其他有關著作權人之資訊，可為利用人合理取用者，(iii) 辨認和著作相關著作資訊之方法，(iv) 有關合理取得技術工具及獲得專家協助之資源，(v) 進行合理勤勉搜尋之最佳施行方法³⁵。

四、損害賠償及救濟方式

美國法特殊之「損害賠償限制」的立法例，分別在金錢賠償 (Monetary relief) 與禁制令 (Injunctive relief) 都有作規定。在金錢賠償方面，原則上，法院僅得命侵權人就其利用著作之侵權行為支付

³⁴ Id. at 82-83.

³⁵ 參照賴韻羽，前揭註 10，68 頁。詳細條文如下：H. R. 5439, §514 (a) (2) (C): The Register of Copyrights shall receive, maintain, and make available to the public, including through the Internet, information from authoritative sources, such as industry guidelines, statements of best practices, and other relevant documents, that is designed to assist users in conducting and documenting a reasonably diligent search under this subsection. Such information may include--(i) the records of the Copyright Office that are relevant to identifying and locating copyright owners; (ii) other sources of copyright ownership information reasonably available to users; (iii) methods to identify copyright ownership information associated with a work; (III) sources of reasonably available technology tools and reasonably available expert assistance; and (v) best practices for documenting a reasonably diligent search.

合理損害賠償金，其數額是以「所提出之補償價額，雙方於該使用行為前，基於合理買賣之意願(reasonable willing buyer and seller)，均得以接受該價額為使用該著作之代價³⁶」。惟例外地，如侵權行為非出於直接或間接商業利益，而係主要為公益、宗教、學術或教育目的而為之，並且於接到侵權通知後侵權人迅速停止侵害時，除非著作權人舉證，經法院認定侵權人直接自該侵權行為獲利之情形外，否則不得命侵權人支付合理損害賠償金。又如侵權人未依誠信原則，和著作權人協議合理之損害賠償數額，法院得命侵權人支付包含合理律師費在內的所有費用³⁷。

³⁶ H. R. 5439, §514 (b) (3): In establishing reasonable compensation under paragraph (1) or (2), the owner of the infringed copyright has the burden of establishing the amount on which a reasonable willing buyer and a reasonable willing seller in the positions of the owner and the infringer would have agreed with respect to the infringing use of the work immediately before the infringement began. ; The “Orphan Works” Problem and Proposed Legislation, Statement of Marybeth Peters The Register of Copyrights before the Subcommittee on Courts, the Internet, and Intellectual Property, Committee on the Judiciary. United States House of Representatives 110th Congress, 2nd Session, March 13, 2008.

³⁷ 參照賴韻羽，前揭註 10，69 頁。詳細條文如下：H. R. 5439, §514 (b) (1): MONETARY RELIEF-(A) GENERAL RULE- Subject to subparagraph (B), an award for monetary relief (including actual damages, statutory damages, costs, and attorney's fees) may not be made, other than an order requiring the infringer to pay reasonable compensation for the use of the infringed work.(B) EXCEPTIONS- (i) An order requiring the infringer to pay reasonable compensation for the use of the infringed work may not be made under subparagraph (A) if(I) the infringement is performed without any purpose of direct or indirect commercial advantage and primarily for a charitable, religious, scholarly, or educational purpose, and (II) the infringer ceases the infringement expeditiously after receiving notice of the claim for infringement, unless the copyright owner proves, and the court finds, that the infringer has earned proceeds directly attributable to the infringement.`(ii) If the infringer fails to negotiate in good faith with the owner of the infringed work regarding the amount of reasonable compensation for the use of the infringed work, the court may award full costs, including a reasonable attorney's fee, against the infringer under section 505, subject

在禁制令方面，原則上法院得頒發禁制令，以預防或限制侵權行為，惟若侵權人已滿足本條損害賠償限制之要件，此禁制令應於可能限度內，考量任何侵權人因其信賴已盡合理勤勉之搜尋義務而致之損害。又於侵權人以其原意，重製、改變、改編，或融合侵權著作於新的著作中，若侵權人(i)就其侵權行為支付合理損害賠償金與著作權人，並且(ii)於法院認為合理之情形，分配權利金與著作權人，法院得不許可禁制令，限制侵權人對於新著作之持續準備行為或利用行為³⁸。

美國著作權局(Copyright Office)於2008年4月24日在參、眾議院提出的新版孤兒著作草案(Orphan Works Act of 2008)對於原版草案內容略有更動。原版草案在金錢賠償方面，如侵權人未依誠信原則，和著作權人協議合理之損害賠償數額，法院得命侵權人支付包含合理律師費在內的所有費用之例外規定於新版草案中已經刪除³⁹。

to section 412.

³⁸ 參照賴韻羽，前揭註10，69頁。詳細條文如下：H. R. 5439, §514 (b) (2): INJUNCTIVE RELIEF- (A) GENERAL RULE- Subject to subparagraph (B), the court may impose injunctive relief to prevent or restrain the infringing use, except that, if the infringer has met the requirements of subsection (a), the relief shall, to the extent practicable, account for any harm that the relief would cause the infringer due to its reliance on having performed a reasonably diligent search under subsection (a). (B) SPECIAL RULE FOR NEW WORKS- In a case in which the infringer recasts, transforms, adapts, or integrates the infringed work with the infringer's original expression in a new work of authorship, the court may not, in granting injunctive relief, restrain the infringer's continued preparation or use of that new work, if the infringer (i) pays reasonable compensation to the owner of the infringed copyright for the use of the infringed work; and (ii) provides attribution to the owner of the infringed copyright in a manner that the court determines is reasonable under the circumstances.

³⁹ H. R. 5889, §514 (c) (1): MONETARY RELIEF- (A) GENERAL RULE- Subject to subparagraph (B), an award for monetary relief (including actual damages, statutory

對於法院核發禁制令之限制的要件，則新增除了必須法院認為侵權人已滿足本條損害賠償責任限制之要件外，還要求侵權人必須作成支付合理補償金之可執行的保證⁴⁰。

damages, costs, and attorney's fees) may not be made other than an order requiring the infringer to pay reasonable compensation to the legal or beneficial owner of the exclusive right under the infringed copyright for the use of the infringed work. (B) FURTHER LIMITATIONS- An order requiring the infringer to pay reasonable compensation for the use of the infringed work may not be made under subparagraph (A) if the infringer is a nonprofit educational institution, library, or archives, or a public broadcasting entity (as defined in subsection (f) of section 118) and the infringer proves by a preponderance of the evidence that-- (i) the infringement was performed without any purpose of direct or indirect commercial advantage, (ii) the infringement was primarily educational, religious, or charitable in nature, and (iii) after receiving notice of the claim for infringement, and after conducting an expeditious good faith investigation of the claim, the infringer promptly ceased the infringement, except that if the legal or beneficial owner of the exclusive right under the infringed copyright proves, and the court finds, that the infringer has earned proceeds directly attributable to the infringement, the portion of such proceeds so attributable may be awarded to such owner. (C) EFFECT OF REGISTRATION ON REASONABLE COMPENSATION- If a work is registered, the court may, in determining reasonable compensation under this paragraph, take into account the value, if any, added to the work by reason of such registration.

⁴⁰ H. R. 5889, §514 (c) (2): INJUNCTIVE RELIEF- (A) GENERAL RULE- Subject to subparagraph (B), the court may impose injunctive relief to prevent or restrain any infringement alleged in the civil action. (B) EXCEPTION- In a case in which the infringer has prepared or commenced preparation of a work that recasts, transforms, adapts, or integrates the infringed work with a significant amount of the infringer's original expression, any injunctive relief ordered by the court-- (i) may not restrain the infringer's continued preparation or use of that new work; (ii) shall require that the

五、反對者的疑慮

對於上述著作權法修正草案之內容，反對該項草案者，提出下列反對的聲浪：

infringer pay reasonable compensation to the legal or beneficial owner of the exclusive right under the infringed copyright for the use of the infringed work; and` (iii) shall require that the infringer provide attribution, in a manner that is reasonable under the circumstances, to the owner of the infringed copyright, if requested by such owner.`(C) LIMITATIONS- The limitations on injunctive relief under subparagraphs (A) and (B) shall not be available to an infringer if the infringer asserts in the civil action that neither the infringer or any representative of the infringer acting in an official capacity is subject to suit in the courts of the United States for an award of damages to the legal or beneficial owner of the exclusive right under the infringed copyright under section 106, unless the court finds that the infringer--` (i) has complied with the requirements of subsection (b); and` (ii) has made an enforceable promise to pay reasonable compensation to the legal or beneficial owner of the exclusive right under the infringed copyright.`(D) RULE OF CONSTRUCTION- Nothing in subparagraph (C) shall be construed to authorize or require, and no action taken under such subparagraph shall be deemed to constitute, either an award of damages by the court against the infringer or an authorization to sue a State.`(E) RIGHTS AND PRIVILEGES NOT WAIVED- No action taken by an infringer under subparagraph (C) shall be deemed to waive any right or privilege that, as a matter of law, protects the infringer from being subject to suit in the courts of the United States for an award of damages to the legal or beneficial owner of the exclusive right under the infringed copyright under section 106.

(一) 可適用孤兒著作規定之著作類型應當有所限制

提出此一部份意見的批評者認為，孤兒著作應該限定在著作人已拋棄其著作權的早期著作，或限於由博物館、圖書館等非營利機構，合理利用著作權人已死亡或拋棄著作權之著作。草案未區分不同條件的著作，而一概以利用人主張本身合理勤勉搜尋，即可適用孤兒著作相關規定，仍舊會造成不當誘因。況且現在並沒有一個有效之可供辨認著作人之資訊方式，移除或改變著作人之標示亦非困難，更何況某些視覺藝術作品於出版時，基於一般商業習慣，通常未標明可辨認著作人之資訊，因此孤兒著作規定之適用範圍應有限縮之必要⁴¹。

(二) 合理勤勉努力標準過低

草案有關合理勤勉努力之要求過低，而應該提升為竭盡所能的搜尋，並更為精確之定義。此外，利用人之限制賠償金額，因其負擔甚微，與低標準的合理勤勉努力成本兩相比較後，仍可能對於利用人產生侵權的誘因⁴²。

⁴¹ 參照賴韻羽，前揭註 10，82-83 頁。

⁴² 參照賴韻羽，前揭註 10，83-84 頁。

(三) 草案潛在課予著作權人許多不必要的負擔

因起訴侵權有一定之程序成本，縱然有勝訴可能性，也會因為勝訴所獲得的律師費及法定損害報酬過低，不足以償付起訴成本，造成律師可能拒絕代為爭訟。且著作價值之證明，仍由著作權人負擔，賠償額又僅限於合理損害賠償費用，對著作權人實為不利。加上政府缺乏行政資源將著作權局登記之著作數位化，因此逕認著作權人應自行發展授權機制，以目前之條件而言顯非適宜，特別是在圖片影像方面，由於辨識機制仍未成熟，且資料庫之建立仍須一定的時間和資力，因此顯然在孤兒著作利用的規定上，對利用人而言有較佳舉證合理勤勉努力的空間，而對圖片影像等著作權人則較為不利⁴³。

第二節 加拿大

加拿大法制於有關孤兒著作問題上，不僅有明文的法律規定，實際運用上亦相當積極，自 1990 年起該國著作權主管機關，即依據著作權法第 77 條所賦予的權利，核准了 222 件的申請案，而駁回 7 件申請⁴⁴。以下，將就該國著作權法所採用之立法例、孤兒著作認定的方式、管理機構之職掌以及施行之現況等，予以概略介紹，以釐清目前加拿

⁴³ 參照賴韻羽，前揭註 10，84 頁。

⁴⁴ Copyright Board of Canada, DECISIONS/LICENCES ISSUED TO THE FOLLOWING APPLICANTS <http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable/licences-e.html> (last visited:2008/05/08)

大在孤兒著作授權上，可資我國法制未來參酌之處。

一、立法例及解決模式

加拿大著作權法第 77 條規定⁴⁵：「 I 就 (a) 已公開發表的著作、(b) 已固著的表演著作、(c) 已發行之錄音著作，或 (d) 已固著的通訊訊號，利用人以盡相當合理之努力而仍無法與著作權人聯繫者，著作權主管機關得依申請人之申請，授權申請人使用該著作。 II 依第一項所為之授權係為非專屬授權，利用人應於該著作委員會所定之條件情況下利用該著作。 III 著作權人於授權期滿後五年內，得請求或訴請該授權所定之權利金。 IV 著作權委員會得就發佈第一項之授權訂定

⁴⁵ Section 77 of the Copyright Act (1) Where, on application to the Board by a person who wishes to obtain a licence to use

- (a) a published work,
- (b) a fixation of a performer's performance,
- (c) a published sound recording, or
- (d) a fixation of a communication signal

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.

(2) A licence issued under subsection (1) is non-exclusive and is subject to such terms and conditions as the Board may establish.

(3) The owner of a copyright may, not later than five years after the expiration of a licence issued pursuant to subsection (1) in respect of the copyright, collect the royalties fixed in the licence or, in default of their payment, commence an action to recover them in a court of competent jurisdiction.

(4) The Copyright Board may make regulations governing the issuance of licences under subsection (1).

相關規則。」⁴⁶

雖然加拿大著作權委員會的官方網站，對該國著作權法第 77 條的制度定位究竟為何，並沒有說明，但是在「What is copyright?」標題下的內容中表明，若是利用人沒有辦法找到著作權人的話，著作權委員會即會依照第 77 條介入 (intervene)，而此一介入性質應是代替著作權人為授權利用人使用，故應屬強制授權。

通常，著作權委員會於強制授權的處分中，多會表明授權範圍(如利用人可重製多少數量之孤兒著作、著作可散布予何人、限於何種目的之利用)、授權之期限(即利用人應於何時前，依據授權處分為利用行為)、權利金金額以及任何著作權委員會認為妥適之條件。一般而言，於強制授權處分中，著作權委員會多會要求利用人將權利金交付予代表不明著作權人之著作權仲介團體，並允許仲介團體為其會員利益處分之，惟著作權人得於授權後五年期滿前，向仲介團體申請回復其權利金⁴⁷。

⁴⁶ 參照賴韻羽，前揭註 10，85-86 頁。

⁴⁷ 同前註 10，86-87 頁。

二、孤兒著作的認定⁴⁸

從前述法條規定來看，加拿大的孤兒著作之客體區分為四種⁴⁹，但皆限於已公開（published）或已固著（fixed）的著作物，如係未公開的著作，利用人以之申請孤兒著作之強制授權，實務上均遭駁回⁵⁰。

又利用人是否已經盡到合理努力（reasonable efforts）的判斷標準，著作權委員會建議利用人為周詳（thorough）的搜尋。搜尋方式可先由著作權仲介團體著手，並透過其他管道，包括網路、出版商、圖書館、大學、博物館、地區性教育機構等搜尋之，著作權委員會並且會提供仲介團體清單，供利用人查詢⁵¹。然而，實務運作上並未有申請人因為未盡相當合理努力聯繫著作權人，而致其強制授權申請遭駁回的情形。另外，所謂無法與著作權人聯繫，並不包括著作權歸屬不清的情形，倘若系爭著作權因為繼承權爭議，尚在法院進行訴訟，乃是屬於無法確定著作權人為何人之情事，而與著作權人無法聯繫不

⁴⁸ 同前註 10，86-87 頁。

⁴⁹ 參閱加拿大著作權法第 3、5、18、21 條之規定，利用人應依各規範之利用方式利用著作。

⁵⁰ 在加拿大僅有的 7 件駁回案中，編號 3、4、6 是因為利用人申請的孤兒著作，是屬於未公開的著作，而被駁回。<http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable/other/3-b.pdf>,
<http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable/other/4-b.pdf>,
<http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable/other/6-b.pdf> (last visited:2008/5/8)

⁵¹ Copyright Board of Canada, COPYRIGHT COLLECTIVE SOCIETIES
<http://www.cb-cda.gc.ca/societies/index-e.html> (last visited:2008/5/8)

同，利用人不得對系爭著作申請強制授權⁵²。

在程序上，利用人如欲申請孤兒著作的強制授權，加拿大著作權委員會並沒有規定制式的申請書⁵³，但利用人繳交的申請書中，必須提供著作權委員會的資料包括有：(1)對著作之描述（種類、標題、出版日期等），(2)創作者（如作家、表演人、製片人廣播人等）、著作權人、發行人之姓名及國籍，(3)已死亡創作者之死亡日期，(4)具體詳細之利用人欲利用範圍（如欲利用書籍內容，應說明利用段落之長度、利用方式、未來銷售價格，倘有可能，並提供欲利用著作之重製物參考），(5)利用人欲利用著作之時間，(6)對類似著作為類似使用型態之利用時，相關權利金資訊，(7)詳細描述搜索著作權人之結果，並且提供相關資料，(8)申請人之聯絡方式。而著作權委員會通常在收到齊備之申請文件後，通常會在 40 至 45 日內作出處分。

三、執行機構

「加拿大著作權委員會」(Copyright Board of Canada) 的前身是「著作權上訴委員會」(Copyright Appeal Board)，其係於於 1989 年 2 月，因為著作權法的再度修正，「著作權委員會」才取代了 1936 年的

⁵² <http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable/other/5-b.pdf> (last visited:2008/5/8)

⁵³ Copyright Board of Canada, PREPARING YOUR APPLICATION, <http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable/brochure-e.html> (last visited:2008/5/8)

「著作權上訴委員會」。從加拿大著作權委員會對於工作事項的說明⁵⁴，可以看出其為一具有行政機關地位的委員會，積極的作為負責解決利用人、著作權人和仲介團體間因為授權所衍生出來的紛爭，因此亦兼具有準司法機關的地位。另外，該委員會的設置係以行政權積極介入調解為主軸，以減低著作權人和利用人之間的交易成本為考量。

四、孤兒著作規定施行現況及相關檢討

前已敘及，自1990年著作權法第77條有關孤兒著作的強制授權制度運用首例迄今，著作權委員會總共核准了222件的申請，而駁回其他7件申請案，就孤兒著作使用於整體著作數量所占比例來看，可謂少之又少。而且該著作權委員會也發現，大多數的申請，都可以構成研究目的之合理使用，或存有默示同意授權的情形，而且也有一部份是屬於本可公開讓人民使用之市立資料庫的建築藍圖⁵⁵。因此有研究報告指出⁵⁶，是否因為「合理努力」的標準不夠清楚，以及可能隨之而來的高標準（the high bar of “do[ing] everything you could to find the copyright owner.”），使真正有需要利用孤兒著作的人沒有意願去申請利用。

⁵⁴ Copyright Board of Canada, OUR MANDATE, <http://www.cb-cda.gc.ca/aboutus/mandate-e.html> (last visited:2008/5/8)

⁵⁵ 參照賴韻羽，前揭註10，87-88頁。

⁵⁶ Center for the Study of the Public Domain. Duke Law School, Orphan Works Analysis and Proposal 6(2005)

加拿大工業部 (Department of Industry) 和文化部 (Department of Industry and Canadian Heritage) 官方於2002年所發表的研究報告中也指出，孤兒著作利用之程序，過度耗費加拿大著作權委員會的行政資源，因此在程序上有改善的必要，這也呼應了上述論者之疑慮⁵⁷，亦即以目前加拿大著作權委員會個案審查的情形，是否能夠負荷龐大的申請量同時湧入的業務？另外，考量到為了公益目的而典藏資料的要求，未來有無必要將未公開發表著作納入制度適用對象，亦有待研析。不過於2005年加拿大政府所宣示的著作權法修正方向中，對於上開研究報告提出的建議，並未有所回應⁵⁸。

加拿大工業部 (Department of Industry) 於 2008 年 6 月 12 日提出因應數位時代的著作權法修正案 C-61，主要內容包括允許加拿大消費者為延後觀賞合法下載電視節目與合法重製合法取得的音樂到其他設備上之例外；為教育與研究目的之例外；提供著作權人的新權利與保護；關於網路服務提供者的責任與控制於其網路上發生的著作權侵權活動上其應扮演的角色之條款等，惟未涉及孤兒著作議題。

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Government of Canada, The Government of Canada Announces Upcoming Amendment to the Copyright Act, <http://strategis.ic.gc.ca/epic/internet/incrp-prda.nsf/en/rp01140e.html> (last visited:2008/5/10)

第三節 日本⁵⁹

□ 日本著作權法針對利用人因著作權人不明或因無法與著作權人聯繫而無法取得著作權人授權之情形，於符合一定要件者，設有利用人得申請主管機關裁定取得利用著作權利之規定。以下，將針對日本法制關於著作利用裁定之相關法條、適用客體、申請裁定流程、如何認定利用人是否已盡相當努力聯繫著作權人、如何決定補償金額之多寡，以及該裁定之效力等項目，依序進行介紹⁶⁰。

一、著作利用裁定相關法律規範

日本著作權法第 67 條⁶¹規定：「 I.已公開發表之著作或顯已經相當期間向公眾提供揭示之著作，利用人因著作權人不明或其他理由，經相當努力仍無法聯絡著作權人者，得經文化廳長之裁定，並提存依文化廳長裁定所定相當於通常使用額之補償金後，依該裁定所定之利用方式利用之。 II 依前項規定做成之著作重製物，應標示依該裁定重

⁵⁹ 參照劉志鵬、謝銘洋，前揭註 8，152-171 頁。

⁶⁰ 日本法上之著作權裁定利用制度，請參閱：<http://www.bunka.go.jp/1tyosaku/c-1/index.html>，visited：2008/9/23

⁶¹ 日本著作權法第 67 條：「公表された著作物又は相当期間にわたり公衆に提供され、若しくは提示されている事実が明らかである著作物は、著作権者の不明その他の理由により相当な努力を払つてもその著作権者と連絡することができないときは、文化庁長官の裁定を受け、かつ、通常の使用料の額に相当するものとして文化庁長官が定める額の補償金を著作権者のために供託して、その裁定に係る利用方法により利用することができる。前項の規定により作成した著作物の複製物には、同項の裁定に係る複製物である旨及びその裁定のあった年月日を表示しなければならない。」

製之意旨及裁定之日期。」

適用客體不包括未公開發表之著作，此係因為著作權人擁有公開發表權，為了避免侵害其權利故排除之。由日本著作權法第 67 條規定觀之，利用人依本條申請裁定利用之著作物約可區分為下列二種：(一) 著作權人明確且已公開發表之著作物：例如由明確之著作權人向公眾所為之出版、公開演出、演奏、公開上映、公開播送、以網際網路等方式傳送、公開口述、公開展示等之著作物。(二) 不確定著作權人為何人，但該著作物流傳於市面（向公眾提供）已有相當時間，例如就著作權人所為之出版物、演出、演奏、上映、廣播、以網際網路方式所為之傳送、口述、展示之著作物等，得認為已經相當時間向公眾提供。

二、孤兒著作的認定

□ 利用人向文化廳長申請裁定准許利用著作物時，除所欲利用之著作物需符合前述之要件外，尚需以利用人已盡相當之努力仍無法聯繫著作權人為必要。

所謂「利用人應盡之聯繫方式」係指「依社會一般常識之方式」搜尋著作權人，至於利用人之時間或經費是否充裕、利用人所搜尋之著作權人是否眾多，則在所不論。日本文化廳 2005 年 3 月 1 日公告之「著作物利用裁定申請指南」則就分就利用人「知悉著作權人姓名」及「不知著作權人姓名」兩種情形說明其認定標準：

(一) 知悉著作權人姓名時

1.以姓名調查：以該著作公開發表時之姓名辭典、名鑑等名簿進行查詢，或透過網際網路上之資料為查詢。若知悉著作權人之住所時，向其住所地之政府機關查詢照會，如知悉著作權人之經歷等，亦得經由其工作地點、所屬之團體機關查詢照會。

2.透過利用人調查：若知悉出版該著作權人創作之出版社或錄製CD之唱片公司時，向該出版社或唱片公司等為照會調查。

3.向一般大眾或關係人請求協助：於網際網路（例如於社團法人著作權資訊中心網站下之著作權人搜尋視窗網頁張貼廣告），或於報紙雜誌等刊登廣告調查（若利用者係屬專門領域之著作，則需於該專門之報紙雜誌刊登始足之）。

4.向專業人員詢問：倘若該著作係存於研究者或機關時，則向研究人員或機關照會之。

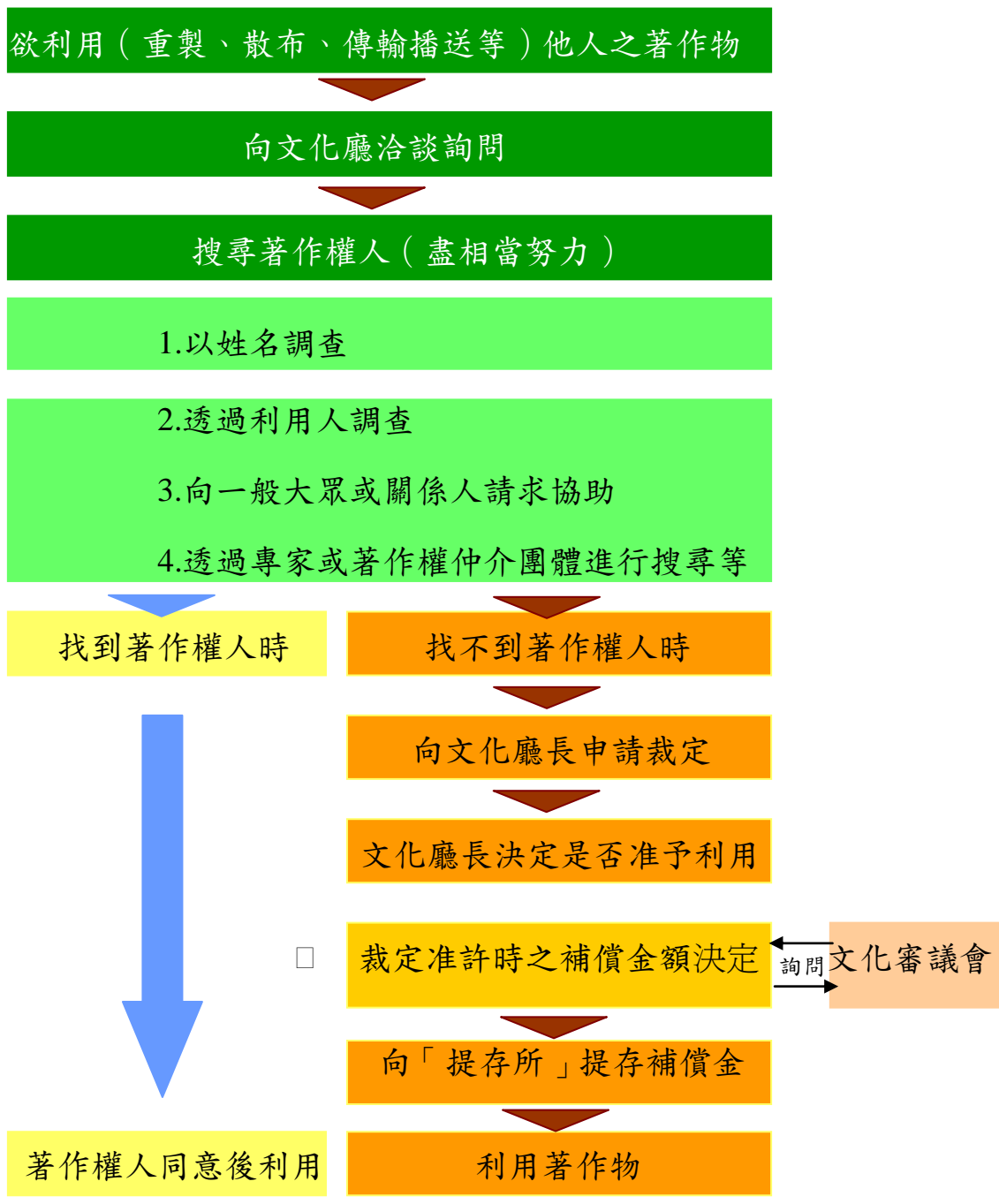
5.向著作權仲介團體詢問：系爭著作同類型之著作物設有著作權仲介團體者，向著作權仲介團體照會之。

(二) 不知著作權人姓名時

在不知著作權人姓名之情形時，申請人應以前述（一）1 以外之方法調查之。

三、執行機關及孤兒著作利用申請流程

□ 日本法上著作物利用裁定係由文化廳決定，其申請流程如下⁶²：



⁶²http://www.bunka.go.jp/1tyosaku/c-1/content_01.html ,last visited 2008/9/23

由於利用人若經文化廳認定其並未經相當努力致無法與著作人聯繫時，將無法取得主管機關之裁定，因此，日本文化廳希望利用人於申請前能事先向文化廳洽詢相關事宜。

日本著作權法施行令第 8 條⁶³規定：「 I 欲依本法第 67 條申請著作物利用裁定者，應於申請書記載下列事項，向文化廳長提出之。一、申請人之姓名或名稱及其住所或居所，以及法人（係指本法第 2 條第 6 項之法人，以下均同）之代表人（包括無法人格之社團或財團法人之管理人）姓名。二、著作物之名稱（標題）（著作無名稱或不明時，記載其意旨）及著作人姓名（如著作人未具名或著作人不明時，記載其意旨）。三、著作物之種類及內容或形態。四、著作物之利用方法。五、應為算定補償金額之基礎事項。六、無法聯繫著作權人之理由。II 前項申請書應添附下列資料。一、為使申請之著作物之型態明確，

⁶³ 日本著作權法施行令第 8 條規定：

「法第六十七條第一項の裁定を受けようとする者は、次に掲げる事項を記載した申請書を文化庁長官に提出しなければならない。

一 申請者の氏名又は名称及び住所又は居所並びに法人（法第二条第六項の法人をいう。以下同じ。）にあつては代表者（法人格を有しない社團又は財団の管理人を含む。以下同じ。）の氏名

二 著作物の題号（題号がないとき又は不明であるときは、その旨）及び著作人名（著作者名の表示がないとき又は著作者名が不明であるときは、その旨）

三 著作物の種類及び内容又は体様

四 著作物の利用方法

五 補償金の額の算定の基礎となるべき事項

六 著作権者と連絡することができない理由

前項の申請書には、次に掲げる資料を添附しなければならない。

一 申請に係る著作物の体様を明らかにするため必要があるときは、その図面、写真その他当該著作物の体様を明らかにする資料

二 著作権者と連絡することができないことを疎明する資料

三 申請に係る著作物が公表され、又は相当期間にわたり公衆に提供され、若しくは提示されている事実が明らかであることを疎明する資料」。

必要時應檢附著作物之圖面、照片，或其他得使著作物型態明確之資料。二、釋明無法與著作權人聯絡之資料。三、釋明申請利用之著作物已公開發表，或已經相當時間向公眾提供或提示之事實之資料。」（該「著作物利用裁定申請書之記載範本」之格式及內容，如附件一所示）

此外，有關裁定之手續及標準，日本著作權法第 70 條亦設有詳細之規範⁶⁴：「Ⅰ申請第 67 條第 1 項、第 68 條第 1 項或前條裁定之人，應繳納依政令所定之手續費。Ⅱ依前項規定應繳納手續費者為國家或獨立行政法人之業務內容，以及其他依政令所定（於第 78 條第 5 項及第 107 條第 2 項之情形係指國家等）之情形，不適用之。Ⅲ（略）Ⅳ文化廳長就第 67 條第 1 項、第 68 條第 1 項或前條之裁定申請，認有下列各款情形之一者，不得為各該裁定：1. 著作人明確表示拋棄其著作物之出版及其他之利用行為時。2.（略）Ⅴ文化廳長不欲為前項之

⁶⁴ 日本著作權法第 70 條規定：「Ⅰ第六十七條第一項、第六十八條第一項又は前條の裁定の申請をする者は、実費を勘案して政令で定める額の手数料を納付しなければならない。Ⅱ前項の規定は、同項の規定により手数料を納付すべき者が国又は独立行政法人のうち業務の内容その他の事情を勘案して政令で定めるもの（第七十八條第五項及び第七條第二項において「国等」という。）であるときは、適用しない。Ⅲ（略）Ⅳ文化庁長官は、第六十七條第一項、第六十八條第一項又は前條の裁定の申請があつた場合において、次の各号のいずれかに該当すると認めるときは、これらの裁定をしてはならない。一 著作者がその著作物の出版その他の利用を廃絶しようとしていることが明らかであるとき。二（略）Ⅴ文化庁長官は、前項の裁定をしない処分をしようとするときは、あらかじめ申請者にその理由を通知し、弁明及び有利な証拠の提出の機会を与えなければならないものとし、当該裁定をしない処分をしたときは、理由を付した書面をもつて申請者にその旨を通知しなければならない。Ⅵ文化庁長官は、第六十七條第一項の裁定をしたときは、その旨を官報で告示するとともに申請者に通知し、第六十八條第一項又は前條の裁定をしたときは、その旨を当事者に通知しなければならない。Ⅶ前各項に規定するもののほか、この節に定める裁定に関し必要な事項は、政令で定める。」

裁定時，應事先於申請書中通知理由，給予利用人辨明及提出有利證據之機會，不為該裁定時，應附記理由以書面向申請人通知其意旨。VI文化廳長為第 67 條第 1 項裁定時，應將該意旨公告於官報並通知申請人，為第 68 條第 1 項或前條之裁定時，應將該意旨通知當事人。VII 除上述各項規定者外，有關本節裁定之必要事項，依政令定之。」

承上所述，有關日本著作權法第 67 條規定之著作權人不明時申請裁定利用著作物之流程，當著作物利用人欲利用他人之著作物時，例如欲加以重製或公開傳輸等情形，由於需事先申請文化廳長之許可，因此，利用人須先將其欲利用之情形等向文化廳洽談詢問，在取得著作授權之過程中，必須以利用人知悉且可與權利人聯繫為前提，當利用人已盡相當之努力（關於利用人是否已盡相當努力搜尋權利人之認定標準，例如利用人以刊登廣告之方式等為之）搜尋著作權人，如果因此找到權利人，利用人欲利用著作物，即需回歸著作權授權之一般原則，必須經權利人之同意後方得利用該著作物，與一般授權情形無異；惟若雖盡相當努力仍舊無法找到權利人時，此時利用人即得填具申請書，並備妥相關之應填具資料，繳納手續費後向文化廳長申請裁定，由文化廳長綜合判斷利用人是否已盡力搜尋著作權人而仍無法找到著作權人，加以認定是否准予利用，如文化廳長欲裁定准許利用著作物時，必須詢問文化廳文化審議會之意見，藉以決定補償金之金額，利用人取得該利用裁定後，依法提存裁定所示之補償金額後，即可依裁定內容利用該等著作物。

四、決定補償金額之考量因素

文化廳受理利用人之申請後，就是否准予裁定雖係由文化廳長決定，當文化廳長認為應准予利用著作物裁定時，有關於利用人於利用前應提存之補償金數額，則係由文化審議會決定，日本著作權法第 71 條⁶⁵訂有明文：「文化廳長於定第 33 條第 2 項（包括同條第 4 項準用之情形）、第 67 條第 1 項、第 68 條第 1 項或第 69 條之補償金數額時，應詢問文化審議會。」故關於補償金額之決定，文化廳長應詢問文化審議會之意見。

依日本文化廳「著作物利用裁定申請指南」所載，核定補償金額時應考量下列因素：(1) 利用人欲販賣之價格及提示著作物之對價、(2) 重製他人之著作物時重製之次數、演奏、演出、上映之次數、(3) 利用人之出版物與系爭利用著作物之比例、(4) 關於相同型態之利用著作物業界之標準費用、(5) 著作權管理團體之使用費率規定、(6) 業界之利用費統計資料等各項要素，均應納入考量。按日本著作權法施行令第 8 條第 1 項第 5 款規定，利用人向文化廳申請著作物利用裁定時，應於申請書填載算定補償金額之基礎事項，因此，利用人必須將可為補償金認定依據之相關資料載明於申請書，向文化廳長提出申請，文化審議會復依前述之各項因素進而決定補償金額之多寡。

⁶⁵ 日本著作權法第 71 條規定：「文化庁長官は、第三十三条第二項（同条第四項において準用する場合を含む。）、第三十三条の二第二項、第六十七条第一項、第六十八条第一項又は第六十九条の補償金の額を定める場合には、文化審議会に諮問しなければならない。」

五、補償金之提存與異議

(一) 利用人依裁定數額提存補償金後，得依裁定內容利用著作物

依日本著作權法施行令第 12 條⁶⁶規定：「文化廳長為本法第 70 條第 6 項通知裁定意旨時，應一併通知關於該裁定利用著作物所定之補償金數額。」故利用人於獲得前述之著作物利用裁定後，應提存裁定所定金額，始得依裁定之利用方式利用著作物。關於利用人提存之處所，日本著作權法第 74 條第 3 項及第 4 項規定⁶⁷：「Ⅲ依第 67 條第 1 項或第 2 項所為之補償金提存，於知悉著作權人於國內之住所或居所之情形，應提存於其最近之住所或居所之提存所；於其他情形，則提存於提存人最近之住所或居所之提存所。Ⅳ前項提存之人，應即將該意旨通知著作權人。但因著作權人不明或其他理由不能通知者，不在此限。」關於日本提存所(供託所)之性質，由日本政府機關之組

⁶⁶ 日本著作權法施行令第 12 條規定：「文化庁長官は、法第七十条第六項の裁定をした旨の通知をするときは、併せて当該裁定に係る著作物の利用につき定めた補償金の額を通知する。」

⁶⁷ 日本著作權法第 74 條規定：「Ⅰ（略）Ⅱ（略）Ⅲ第六十七条第一項又は前二項の規定による補償金の供託は、著作權者が国内に住所又は居所で知れているものを有する場合にあつては当該住所又は居所のもよりの供託所に、その他の場合にあつては供託をする者の住所又は居所のもよりの供託所に、それぞれするものとする。Ⅳ前項の供託をした者は、すみやかにその旨を著作權者に通知しなければならない。ただし、著作權者の不明その他の理由により著作權者に通知することができない場合は、この限りでない。」

織架構上觀之，係設置於法務省民事局下之法務局、地方法務局或其各分支局，抑或法務部長(法務大臣)所指定之辦事處，提存人應依提存種類之不同(例如清償提存、裁判上之保證提存等)向不同之提存所辦理提存。目前日本共設有 8 所法務局與 42 所地方法務局，分支局則共有 284 所，辦事處則共有 176 所⁶⁸。

日本法上對於著作物利用裁定制度，係由文化廳長代理真正之著作權人就申請人之利用行為表示同意，而非使申請人因裁定即享有利用權，因此，申請人不得將此裁定轉讓予第三人。此外，於利用人已取得著作物利用裁定但尚未繳交補償金即逕予利用著作物者，日本法上認為構成著作權之侵害，而非僅單純之債務不履行。

(二) 關於補償金數額之異議

著作權人不明或失聯之情形，利用人依日本著作權法第 67 條申請取得著作物利用裁定之後，倘若利用人或失聯之著作權人對於補償金之數額有異議時，利用人或著作權人得於知悉裁定後之 6 個月內，以著作權人或利用人為被告，提起增減補償金額之訴，日本著作權法第 72 條⁶⁹規定：「 I 就第 67 條第 1 項、第 68 條第 1 項或第 69 條裁定所

⁶⁸ 資料來源：日本法務省網站，<http://www.moj.go.jp/MINJI/minji07.html>、<http://www.moj.go.jp/sosiki.html>、<http://www.moj.go.jp/MINJI/index.html>，關於日本法務局、地方法務局所在地一覽表，請參見<http://www.moj.go.jp/MINJI/minji10.html>，visited on 2008/9/23。

⁶⁹ 日本著作權法第 72 條：

「第六十七條第一項、第六十八條第一項又は第六十九條の規定に基づき定めら

定之補償金數額不服之當事人，得於知悉本裁定之六個月內，提起補償金增減之訴。Ⅱ利用人提起前項之訴時，應以著作權人為被告，由著作權人提起本訴訟者，則應以利用人為被告。」

此外，日本著作權法第 73 條規定⁷⁰：「依行政不服審査法之規定，就第 67 條第 1 項、第 68 條第 1 項或第 69 條之裁定聲明異議時，不得以不服該裁定所定之補償金數額為不服之理由。但受第 67 條第 1 項裁定之人因著作權人不明或其他準此之理由無法提起前條第 1 項之訴時，不在此限。」由此可知，倘若利用人欲透過日本行政不服審査法之規定，就著作物利用裁定提出異議，原則上不得以不服裁定之補償數額作為異議之理由，惟如受裁定之利用人係因著作權人不明或類似之理由而無法依前述規定提起增減補償金額之訴者，即不在此限。

六、制度實際運作情形

依日本文化廳所公佈之資料，其在過去三十年間僅做出 35 次之著

れた補償金の額について不服がある当事者は、これらの規定による裁定があつたことを知つた日から六月以内に、訴えを提起してその額の増減を求めることができる。前項の訴えにおいては、訴えを提起する者が著作物を利用する者であるときは著作権者を、著作権者であるときは著作物を利用する者を、それぞれ被告としなければならない。」

⁷⁰ 日本著作權法第 73 條規定：「第六十七条第一項、第六十八条第一項又は第六十九条の規定による裁定についての行政不服審査法（昭和三十七年法律第一百六十号）による異議申立てにおいては、その裁定に係る補償金の額についての不服をその裁定についての不服の理由とすることができない。ただし、第六十七条第一項の裁定を受けた者が著作権者の不明その他これに準ずる理由により前条第一項の訴えを提起することができない場合は、この限りでない。」

作物利用裁定⁷¹，且日本文化廳網站並未公告各該裁定之具體實質內容，而僅針對利用人之申請日期、裁定日期、著作物名稱、著作物種類、著作人姓名，以及利用人所欲為之利用方法等六個項目加以公告，其狀況如下：

（一）裁定之年間分佈情形

日本文化廳截至目前為止，就著作權人不明之情形，曾為 35 次之著作物利用裁定，最近一次係於即 2007 年 12 月 12 日所為之裁定。

由網站資料顯示，文化廳為著作權利用裁定之次數雖然並不多見，然若就其中分佈之時間觀之，可以發現自 1999 年後，文化廳所為之裁定多係一次針對複數無法聯繫之著作權人之著作物為裁定。

（二）文化廳之處理期間

依據日本著作權法第 71 條規定，文化廳長依同法第 67 條為著作物利用裁定時，就裁定之補償金額，應交由文化審議會決定，復依同法施行令第 12 條之規定，文化廳長應將裁定所核定之補償金數額一併通知受裁定之利用人，日本文化廳就此等過程並訂有 3 個月之必要期間（標準處理期間）。然而，由著作物利用人申請之日起至文化廳做出裁定之時間觀之，實際上從申請日起算至核發裁定日止，文化廳處

⁷¹ 請參閱：http://www.bunka.go.jp/1tyosaku/c-l/results_past.html，last visited 2008/08/15.

理之期間平均僅約 30 日⁷²，其中歷時最長者，於 2001 年 9 月 14 日所為之裁定，自申請日起亦僅為 81 天（申請日為 2001 年 6 月 25 日），最短者甚至僅有 7 天（於 2007 年 12 月 5 日申請，2007 年 12 月 12 日即為裁定）。

（三）適用之著作類型廣泛

文化廳所為之裁定中，申請人申請利用之著作物，大約包括：樂曲、詩歌、歌詞、繪畫、漫畫、地圖、照片、言語、論文、散文、研究書等著作物，就著作之種類而言，若以我國之著作類型視之，即包括音樂著作、美術著作、圖形著作、攝影著作、語文著作等。

（四）著作權人不明可區分為二種類型

著作權人不明之情形，可再細分為不知著作權人為何人，以及雖知悉何人為著作權人惟無法與之聯繫之二種情況，日本實務上過去曾有之裁定實例，在 35 次之裁定中，其中有 12 次裁定之情形係屬前者不知著作權人為何人之情形，另外 23 次則為後者之無法與著作權人聯繫之情形。

⁷² 日本曾有論者計算文化廳裁定之期間，依其計算結果，自申請人申請日起至文化廳為裁定日止，平均約僅 30 日，而若僅以不知著作權人之情形計算之，則約為 32 日。此可參閱，著作者不明の場合の裁定制度，http://benli.cocolog-nifty.com/benli/2005/10/post_2ee5.html，visited，2008/9/23

(五) 有關利用人就裁定著作物之利用方法

申請裁定之利用人欲採行之利用方法，則集中於就著作物為錄音、出版，以及語文著作之復刻等利用行為。

由上可知，日本著作權法雖設有利用人得申請裁定利用著作物之規定，然因法條就調查手續之規定並不明確，且因上調查之負擔過於龐大，日本實務上就此一裁定制度之運作並不多見。

有鑑於此，日本文化廳於 2005 年 3 月 1 日作成「著作物利用裁定申請指南」，除將此指南手冊內容置於文化廳網站上供人下載外，另針對著作權人不明制度之相關內容設立專門之說明網頁⁷³，就利用人搜尋著作權人之具體方法等為詳盡之整理。此外，為求利用人於網際網路上登載搜尋著作權人能有所成效，日本文化廳於 2005 年 4 月 25 日在「社團法人著作權資訊中心」(社團法人著作權情報センター(Copyright Research and Information Center ; CRIC)) 網站下開設「著作權人搜尋窗口網頁⁷⁴」。欲搜尋著作權利人之利用人得於支付一定費用後，於該網站上登載搜尋著作權利人之廣告，著作權利人或有關之人看到其所登載之廣告後，便得依利用人登載之聯絡資訊自行與之聯繫

⁷³ 日本有關著作權人不明裁定制度之說明網址首頁為：<http://www.bunka.go.jp/1tyosaku/c-1/index.html>，last visited 2005/10/23

⁷⁴ 著作權人搜尋窗口網頁之網址為：http://www.cric.or.jp/c_search/c_search.html，此一網頁亦可由日本文化廳關於著作權人不明裁定制度之說明網頁：<http://www.bunka.go.jp/1tyosaku/c-1/link.html> 加以連結，last visited 2008/9/23

，以利進一步商談授權事宜⁷⁵。

雖然有此立意良善的制度，然而很可惜地，截至 2008 年 8 月止，僅有 4 位利用人於其上刊登搜尋廣告。究其原因，或許與日本文化廳關於著作利用人是否已盡相當努力搜尋權利人之認定較為嚴格，縱使利用人於此網站刊登廣告，亦未必即得被認為已符合著作權法上已努力與著作權人聯繫之裁定要件。此外，利用人需繳交一定費用，且該網站並無提供當事人間直接進行授權之服務，均降低利用人使用該網站之誘因。

第四節 韓國

一、立法例之選擇與解決模式

韓國對於孤兒著作的利用規範，乃是規定於其著作權法之內。韓國著作權法於「Exploitation of Works in Which the Owner of Author's Property Rights is Not Known」的標題下，作出與日本法制相類似的規範，主要依據的條文是韓國著作權法第 50 條，其規定之英文譯文如下：

「(1) Where any person, despite his considerable efforts in accordance with the criteria as prescribed by the Presidential Decree, could not identify the owner of author's property rights in works being made public (except foreigner's works),

⁷⁵ 社團法人著作權資訊中心並不會協助著作權人與利用人聯繫或為授權之周旋，而需由著作權人或相關之人自行依利用人於搜尋視窗網頁登載之資料與之聯繫。

or his place of residence and therefore is unable to obtain the authorization of the author for its exploitation, he may exploit the work on obtaining the approval of the Minister of Culture and Tourism as prescribed by the Presidential Decree, and depositing a sum of compensation money according to the criteria as determined by the Minister of Culture and Tourism.

(2) The person who exploits a work under the provision of Paragraph (1) shall indicate the fact that the exploitation is made with the approval and the date when the approval is issued.

(3) Where a work which already obtained approval of the Minister of Culture and Tourism for its exploitation pursuant to Subparagraph (1) becomes the object of the approval of the same kind at a later time, the procedure of making considerable efforts in accordance with the criteria as prescribed by the Presidential Decree pursuant Subparagraph 1 may be omitted unless the owner of author's property rights lodges an objection in accordance with the procedure prescribed under the Presidential Decree before approval for legal license for the work is granted.

(4) The Minister of Culture and Tourism shall notify the content of legal license on telecommunication networks in accordance with the Presidential Decree. 」

由該條第一項規定可知，當利用人有意利用孤兒著作前，必須事先依據總統令之規定向該國文化觀光部長申請使用許可，並於提存文化觀光部長所核准之補償金後，方得利用該當著作。換言之，韓國之孤兒著作的利用，也必須經過行政機關的審核，獲得其授權之後方得使用，因此韓國在孤兒著作的立法例上，與加拿大和日本相同，原則上都是採取由行政介入之強制授權許可制度。

二、孤兒著作的認定

對於孤兒著作的認定，韓國著作權法亦與其他國家法制一樣，並

沒有規定出一套客觀的認定標準，而是由利用人之「相當的努力」(considerable effort) 作為認定標準。在依據該國著作權法第 450 條所頒布之總統令中，其第 18 條至第 23 條、第 68 條等規定，分別就此有相關之規定。其中，第 18 條乃係有關「相當的努力」之認定標準規定。總統令第 18 條規定謂，著作權法第 47 條第 1 項規定所稱「相當的努力」，係指符合下列二項要件者：

1. 依辦理該當著作物之本法第 105 條第 1 項，已將查詢著作財產權者的姓名、名稱、地址或居所之附有確定日期的文件寄與著作權仲介團體（若無辦理屬於該當著作物領域之著作權仲介團體，則以本法第 105 條第 1 項著作權代理仲介團體，或持有該當著作物使用許可之使用人中二人以上），而於回函中表明無法得知查詢內容之情形。於寄送文件一個月後未獲回函者，亦同。

2. 依「關於新聞等之自由與技能保障之法律」第 12 條第 1 項規定刊載於全國性新聞紙；或登載於文化觀光部情報通訊網以及依本法第 112 條規定之著作權委員會的網站上，依文化觀光部令，從公告按照第一號的查詢事項之日起，經過十日之情形。

三、孤兒著作利用申請流程

（一）依據上開總統令第 19 條「使用著作物等之承認申請」規定，欲依照著作權法第 50 條規定，取得關於著作物的使用、公開播送或製

作唱片之承認者，應按照文化觀光部令規定，將使用著作物申請書提交與文化觀光部長官。

(二) 總統令第 20 條「意見提出」則規定，當文化觀光部部長認定應依照第 19 條同意利用人之申請時，應將欲利用著作財產權人不明之著作物的申請內容，於官報上公告十五日。於此期間內無人異議時，則申請人可利用該當著作財產權人不明之著作。惟依據韓國著作權法第 50 條第 2 項規定，此時申請人應將於系爭著作物上，標示依該裁定重製之意旨及裁定之日期。

此外，依據韓國著作權法第 50 條第 3 項規定，當已經有人依據同條第 1 項規定申請利用孤兒著作而經文化觀光部部長核可後，其後有意利用該當著作之人，於申請時可免除有關「相當的努力」之舉證，但於該著作之著作財產權人依據同條項後後段規定，提出異議時，則不在此限。此時，該當著作財產權人應於異議申請書，附加以自己表示為其著作物的權利人的著作權等的登記證影本或相當於其影本等資料，提交給文化觀光部長官。

(三) 依據總統令第 21 條「承認之通知等」之規定，文化觀光部長官於依照著作權法第 50 條第 1 項同意申請人之利用時，應依照同法第 50 條第 4 項規定，訂一個月以上期間，將下列各項內容公布於文化觀光部的情報通訊網與著作權委員會的網站上：

1. 著作物的題號與公布之年、月、日

2. 著作人或著作財產權人之姓名
3. 得到使用承認者之姓名
4. 著作物之使用承認條件（使用許可期間與補償金）
5. 著作物之使用方法與型態

申請人於依據前述各該規定取得利用著作權人不明之著作後，即可利用該當著作。惟依據韓國著作權法第 50 條第 2 項規定，此時申請人應將於系爭著作物上，標示依該裁定重製之意旨及裁定之日期。

四、執行機關

有關孤兒著作之利用，著作權法第 68 條規定，文化觀光部長官，可將該法第 50 條之業務，委託給著作權委員會執行。

韓國著作權委員會之組織及權限，規定於韓國著作權法第 112 條中，該條規定如下：

「韓國著作權法第 112 條「著作權委員會之設置與構成」

一、為確保著作物等之健全的使用秩序與調整關於著作權之紛爭，且審查關於依著作權之外的其他法律保護等事項，應設立著作權委員會。

二、著作權委員會設主任委員 1 人，及包括副主任委員長 2 人在內的 15 人以上 20 人以內之委員。

三、文化觀光部長應就符合下列資格者中，任命為著作權委員會委員，主任委員及副主任委員由委員互選之。

□（一）具有著作權之專業領域，而於大學或認定的研究機關之副教授以上或有在相當於其職位者，或曾任其職位者。

□（二）曾任法官或檢察官之職位或具有律師資格之人。

□（三）四級以上之公務員或具有相當於此的公務職位或曾任此等職位且於著作權或文化產業領域有實務經驗者。

□（四）現任著作權或相關文化產業團體之幹部職位者或曾任此類職位者。

（五）除此之外，關於著作權之業務，有豐富的學識與經驗之人。

四、委員之任期為三年，得連任。

五、委員人數發生缺額時，得依第三項規定，補充任命委員，其補選委員之任期為前任者之所剩期間。但於委員人數達 15 人以上者，得不補充任命委員。」

五、補償金的審核與提存

依前述韓國著作權法第 68 條、第 112 條規定，韓國政府於 1987 年 7 月 1 日正式設立著作權委員會，並於 2000 年 8 月的著作權法修正中，將著作權之登記、法定許可或強制授權（依法利用他人著作物）、補償金基準之業務委託給著作權法委員會。

然而，於有關補償金基準之界定上，韓國著作權法及其子法並未規定出一套統一標準，而是要求依照個案的具體事實，由著作權委員會審議予以決定，並強調審議過程中應儘量反應當事人所提出之意見

與資料。至於該補償金提存之方式，依據韓國著作權法第 23 條有關「補償金之提存」規定，依照同法第 50 條規定申請利用著作而應提存補償金之人，應依照文化觀光部令所定的公布其事實。

第四章 各國法制比較與我國法制未來可有之 運作模式及具體作法

從前章有關各國關於孤兒著作所採取之對策的比較，吾人已大略可以窺知，加拿大、日本及韓國等國法制乃是採取強制授權之作法，相對於此，美國法則是以侵權觀點切入有關孤兒著作之法律利用議題，而以限制事後賠償的方式為其立法例。整體來說，各國在立法精神上，對孤兒著作多採取開放但仍管理的態度，以確保利用人與權利人間的權益平衡。無論如何，縱使各國對於孤兒著作的利用方式之規定有所差別，但大體上還是朝向有利於擴大孤兒著作利用的方向前進。各國之所以會有不同的立法例的選擇，或可解釋為各國對國際條約如 TRIPS 等的相關規定，其回應於方法上有所差異而已。基本上，各國法制對於孤兒著作基本態度，依然認為有政府管理的必要性，差別僅在於由行政機關做事前的審查，亦或是由司法機關作事後的決定而已。

基於類似的規範想法與理念，我國「數位內容產業發展條例草案」第 18 條第 1 項規定，亦是要求於利用人已盡相當努力而仍無法獲得著作權人授權時，需向主管機關申請許可授權，方得利用孤兒著作。由

此可知，我國數位內容產業發展條例草案於立法例的選擇上，較趨近於加拿大、日本和韓國等國的「強制授權許可制」，而與美國的「限制損害賠償制」規範方式有所不同。雖然如此，美國孤兒著作草案有關相當努力等之要求及其判斷方法，仍有值得我國參考之處。職是，以下，首先，將以上述美、加、日、韓等國法律針對（1）「相當努力」之利用人舉證責任、（2）執行機關、（3）補償金之計算、以及（4）各國補償金的支付方式作一比較；並以此一比較為基礎，闡述未來我國法制於此事項上可能之作法。

第一節 各國法制之比較

一、「相當努力」之舉證責任

毫無疑問地，各國法制於有關孤兒著作的認定上，皆於其著作權法制中，要求有意利用系爭孤兒著作之申請人，應舉證其雖已盡「相當努力」或「合理努力」，但仍無法得知著作權人或其所在，作為可申請強制授權等之孤兒著作認定的前提。由此可知，雖然訂立一套客觀的標準將有助於法律適用的客觀性與公正性，然而亦可能因此而失去彈性，因此各國法制於此之規範方式，乃是以原則為基礎之規範方式（principle-based regulation），而非直接施以詳細條文規定之作法（rule-based regulation）。然而，為免執行機關濫用裁量，反而可能導致法律適用的安定性與預測可能性，消失殆盡，因此各國於宣示上述

原則立法後，多輔以列舉具體的認定要素，以供申請人可以藉由就此等要素的舉證，向執法機關證明其雖已盡相當努力或合理努力，但仍無法確定著作權人或其所在，因此符合強制授權等之規定。如此規範方式，一方面保持規範彈性，另一方面則相當努力或合理努力之主觀要件過於浮動，致使利用人負擔不明確的舉證責任，進而對申請利用情事裹足不前。

於此認知下，採取由法院以事後方式認定之美國孤兒著作研究報告，乃以(1)著作本身的資訊、(2)著作出版、公開與否、(3)著作創作年代、(4)公開記錄(包括官方資源與非官方資源)、(5)技術變遷、(6)著作權移轉情事、(7)著作利用之態樣等各項要素，作為判斷利用人是否已盡「合理勤勉的搜尋」之義務。加拿大著作權委員會則於要求申請人應於事前為詳盡的搜尋下，建議申請人該當詳盡搜尋方式可先由著作權仲介團體著手，之後再經由包括網路、出版商、圖書館、大學、博物館、地區性教育機構等，進行搜尋作業。

日本著作權法主管機關於此之規範最為詳盡，其不僅將孤兒著作之情形，依其為「知悉著作權人姓名」或為「不知著作權利人姓名」，提供不同的搜尋方式，而建議申請人可以利用以姓名調查(僅限於「知悉著作權人姓名」之情形)、透過其他利用人調查、向一般大眾或關係人請求協助、向專業人員詢問或向著作權仲介團體詢問；並協調透過其外圍機構之「社團法人著作權資訊中心」，於其網站上開設「著作權人搜尋窗口網頁」，令有意搜尋著作權人之利用人得於支付一定費用後，在該網站上登載搜尋著作權利人之廣告，以此作為利用人已盡相

當努力的證據之一。最後，韓國著作權法制則要求利用人應將查詢著作財產權者的姓名或名稱，地址或居所及有確定日期的文件寄給著作權信託管理業者，於後者回函無法得知查詢內容或寄達後達一個月以上未收到回函，且於全國發刊的報紙或文化觀光部情報通訊網公告超過十日以上者，可作為認定已盡相當努力之證據。

雖然各國著作權法制最近有逐漸放寬孤兒著作認定及利用情事之趨勢，但從本研究可得加拿大和日本的實際運作成果資料上來看，利用此類著作之數量，於全體著作中所佔之比例，實有過份偏低之情形。雖然有論者認為，原因乃在於加拿大法及日本法對於利用人應為「合理搜尋」之要件要求相當嚴格，從而在利用人善盡此一合理搜尋義務後，通常能找到真正的著作權人，而無法利用此一制度；另外，亦有謂制度利用率偏低之理由，可能係因加拿大以及日本之著作權仲介團體相當發達，對於利用人搜尋著作權人提供很大的幫助，從而導致利用系爭制度之必要性降低。然而，當孤兒著作利用之相關規範，其理念乃在於無法依循正常管道取得利用授權時之例外或補充規範時，上開議論所意涵者，無非是對於其規範理念的再次確認，而非對其制度實際運作方式的批判。

無論如何，從加拿大及日本主管機關就孤兒著作利用制度本身所提出的檢討報告中，可以窺知，二國孤兒著作主管機關本身亦承認，其制度運用成果實屬有限，而未能達到原有規定之立法目的。主要原因似乎出在於，對於善盡相當努力或合理努力之舉證責任要求過高，

導致利用人或申請人必須付出高額的舉證成本，於成本利益考量下，可能對孤兒著作的利用情事就斷念了。因此，各國最近有關孤兒著作規範的改革，亦大多朝向如何減少此類舉證責任之成本，避免因為不當的舉證責任之要求，導致對於制度利用之退卻。

二、執行機關

除美國孤兒著作草案因係從侵權規範切入，而以損害賠償限制作法為中心，從而其法律執行機關乃回歸一般侵權判斷的法院外，其他加、日、韓等國，在將孤兒著作之利用規範定位為強制授權的情況下，其法律執行責任不可避免地就落入一般行政機關手裡了，而要求於利用孤兒著作前，必須向主管機關提出申請，並善盡已盡相當努力或合理努力之舉證責任後，再由主管機關作出裁定或授權的行政處分。在相當努力、合理努力、甚至合理的補償金等概念或其計算，在在充滿著不確定性，而其判斷勢必無法避免賦與行政機關裁量權限的情況下，為使著作權人或一般國民更能信任、信賴主管機關的裁定或授權處分結果，各國一方面盡量羅列出主管機關於為裁定或處分時應考量之各項要素，另一方面則從裁定或處分機關本身的構成或其成員著手，以確保其裁定或處分結果之客觀、公正性。

於此認知下，加、日、韓三國法制乃將孤兒著作認定及補償金決定之權責，並不由其原有的著作權主管機關為之，而設計出不受主管

機關直接指揮、監督、成員多係由一般社會公正、客觀、專業人士所組成之著作權委員會(加、韓二國法制),或是文化審議會(日本法制)為之。申言之,當所謂相當努力、合理努力或合理補償金等概念,實屬於不確定法律概念,而其認定勢必無法迴避主觀或裁量之批判時,藉由決定機構本身及其程序客觀、公正、中立等性質之維護,將大幅降低此等對主觀、不當裁量等之批判,維繫著作權人及一般國民對於此一制度之信賴,確實達到平衡著作權人與利用人二者權益之目的。

觀諸我國「數位內容產業發展條例草案」第 18 條第 1 項規定,雖有「著作權專責機關」為授權許可之明文,但並未限制主管機關不得將此權限部分授權給中立、客觀之機關為之或向之諮詢。鑑於著作物利用之樣態多樣化、以及市場資訊尚需仰賴熟悉之專業人士提供意見,未來之授權辦法中,似乎亦可參考加、日、韓等國之規範模式,以具有公正、客觀、專業之成員所構成的之中立機構,作為實際決定單位或扮演主管機關之諮詢對象。

三、補償金之計算

毫無疑問地,不論採取何種立法模式,利用孤兒著作者理當支付一定金額的補償金或授權金給著作權人,方能平衡二者之權利,而此一金額理念上亦應以倘若雙方當事人處於可協議授權之情形時,因此協議程序可得之結果,美國孤兒著作草案對此規定為「雙方於該使用

行為前，基於合理買賣之意願(reasonable willing buyer and seller)，均得以接受該價額為使用該著作之代價」。當然，倘若可以訂出一套客觀的統一標準，藉以計算出利用人或申請人應支付予著作權人的補償金或授權金的話，則當可迴避不必要的主觀或裁量濫用之批判。然而，從美國孤兒著作草案上開規定內容，已可窺知，在著作類型、性質不同，使用目的、類型與方式亦有所差異的情形下，欲規定出一套統一的補償金或授權金標準，事實上幾乎是不可能的，從而就不得不以抽象的用語，闡述其應有之規範理念，而於具體的權利金或補償金的計算上，則依據個案、case-by-case 作出符合該案事實的最佳判斷結果。當然，為迴避不當裁量濫用之譏，當可將判斷權責交由前述之公正、中立的委員會等機關。與此同時，亦非不可依過去法律執行經驗（包括外國法制執行經驗），將於各該判斷過程中，應該考慮的各項參考因素，具體羅列出來，提供決定機關參考，避免因個案考慮因素歧異過大，而於權利金計算結果上產生過大落差，造成權利人的不滿，致使對制度運用喪失信賴。

於此認知下，各國法制各國在補償金或授權金計算上，乃儘量列出一些可供決定機關參考之具體要素。例如，就此規定最為具體詳細之日本法制，就要求文化審議會於決定補償金之金額時，應將利用人欲販賣之價格及提示著作物之對價、重製他人之著作物時重製之次數，演奏、演出、上映之次數，利用人之出版物與系爭利用著作物之比例，關於相同型態之利用著作物，業界之標準費用、著作權管理團

體之使用費率規定、業界之利用費統計資料等，納入考量的因素裡。加拿大就此雖未單獨規範，但其著作權委員會於要求申請人所提供之資料中，包括利用人利用型態、相關市價參考文件等資料。

我國「數位內容產業發展條例草案」第 18 條第 3 項在有關使用報酬之規定上，其精神實際上亦與各國法制相去不遠，而要求使用報酬之金額，應與一般著作經自由磋商所應支付合理之使用報酬相當。未來，或可參考日、加二國法制，儘可能將使用報酬決定時，應納入考量之相關具體要素，於辦法中呈現出來，一方面令申請人於申請、提供相關資訊與資料時，有所依循，另一方面亦可促進使用報酬之決定過程更具透明性與公正性，充分做到平衡著作財產權人與利用人二者之權益的理念。

四、補償金之支付方式

在有關孤兒著作之補償金或權利金的支付方式一事上，各國法制略顯分歧。美國孤兒著作草案所採取的損害賠償限制方式，使得該國法制無庸特別去探討如何支付補償金的問題。而於加、日、韓等三國法制上，則可區分為加拿大與日、韓二國之不同作法。

首先，加拿大著作權法於利用孤兒著作之補償金支付作法上，乃是要要求利用人應將權利金交付代表系爭著作權人之著作權仲介團體，並允許仲介團體為其會員整體利益處分之，惟著作權人得於授權期滿

後五年內，向仲介團體申請返還其應得之權利金。另一方面，日本與韓國之著作權法制，則循一般大陸法系國家通常之作法，而要求申請利用孤兒著作之人，應將主管機關或著作權委員會所決定之補償金額提存於提存所之後，方能取得利用孤兒著作之權限，其補償金給付對象仍以著作權人為主，而非如同加拿大之立法例，支付給著作權仲介團體而讓其得以先行為會員整體利益利用該筆補償金。

由於我國「數位內容產業發展條例草案」第18條第1項規定，「．．．提存使用報酬後，得於許可授權範圍內利用該著作。」且依據立法理由說明，其提存必須依照提存法及其施行細則辦理，故我國利用人應將適用報酬提存於地方法院提存所，此較近似於日本作法，而非如同加拿大之提存於著作權仲介團的作法。

第二節 我國法制未來可有之運作模式及具體作法

與前述各國法制內容相互比較之下，雖然我國著作權法迄今為止並無有關著作權人不明或孤兒著作相關規定條文，惟各國法制於解決、因應因孤兒著作所衍生之各項法律議題與問題時，所採行的各種對應措施與機制，實際上亦不乏可見於我國法制或其實際運作中。例如，各國法制為解決相當努力、合理努力、合理補償金等不確定法律概念或金額計算時無法避免之主觀與裁量運用可能發生的缺失，乃多以具有獨立、公正、專業能力等人士所組成之第三人機構（加、韓二國之著作權委員會、日本之文化審議會）就此進行決定，試圖以程序的公正、客觀、透明與

中立，盡可能確保結果之公平與公正，緩和當事人對於是項制度運作可能產生之疑慮，進而促進一般國民對於該項制度運作之信任與信賴。

同樣地，在有關補償金或授權金之計算上，我國著作權法實亦不乏有以計算公式作為強制授權計價標準之規定，例如，音樂著作強制授權申請許可及使用報酬辦法第12條，規定使用報酬之計算公式，即以預定發行之錄音著作批發價格乘以5.4%，再乘以預定發行之錄音著作數量，並除以預定發行之錄音著作所利用之音樂著作數量，即為使用報酬。凡此實皆為我國「數位內容產業發展條例草案」第18條未來的實際運作，於一定程度上提供某種參考。惟考量到孤兒著作之實際運作問題，不僅有如何認定其確屬孤兒著作之問題，亦包含強制授權時授權金之決定問題，且因孤兒著作之利用方法、目的之多樣性，其不僅可能屬商業利用，亦可能為非商業目的而利用，凡此種種皆是加諸主管機關過去所謂面臨之挑戰，而有必要參考外國法制作法，尋思未來可有之因應對策。

以下，就我國法制未來有關孤兒著作可有之運作模式與方式，分為二階段作業分立之當否、執行機關及決定方法等，敘述之。

一、二階段作業分立之當否

如同前述，孤兒著作所衍生之實際問題，主要分為二大項目。一為，如何認定系爭著作確屬孤兒著作之問題，此一問題牽涉到有關相當努力或合理努力之認定問題；另一則為，於認定系爭著作確屬孤兒著作後，

授權金多寡的計算問題。於思考我國法制未來就此應有之因應對策時，首先必須解決者，乃是就此二大問題爭議，究竟於未來實際運作上，應將之嚴格切割成為二階段，各階段並由不同機關主導、決定之。

從比較法來看，日本著作權法於有關孤兒著作相關議題的處理上，即採取此二階段分立之作法，首先由著作權主管機關的文化廳決定系爭著作是否確屬孤兒著作，於其作出肯認之裁定而同意申請人可利用該當孤兒著作後，再由文化廳廳長就其利用應提存之補償金金額對文化審議會進行諮詢，由其決定確切的補償金額後，申請人方可因該當補償金的提存而利用系爭孤兒著作。另一方面，在孤兒著作認定與授權金或補償金決定上，由同一機構統一決定處理之加拿大及韓國的著作權法制上，就沒有如此機關或決定階段明確分立的問題。

鑑於我國有關孤兒著作的利用法制乃是規定於「數位內容產業發展條例草案」中，特別針對有意製作數位內容著作，其孤兒著作利用行為進行規範。在數位內容著作之製作，較諸傳統紙本著作一般而言更要求時效性的情況下，實不宜再將有關孤兒著作本身的認定及補償金的計算分由二種不同單位決定，避免因期間權限爭議、公文往返等問題，造成不當延宕，致使立法美意無法落實。

因此，於未來依據「數位內容產業發展條例草案」第18條第5項所訂定的「申請許可、使用報酬之計算方式與提存及其他應遵行事項辦法」中，應將有關孤兒著作本身的認定及補償金的計算二者，統一由同一機

關為之，期能於決定孤兒著作認定與補償金決定上，畢其功於一役，避免無謂的延宕。事實上，縱使於日本法制的實際運作上，有意利用孤兒著作之申請人，於向主管機關所提交的申請書中（參照附件一），亦係同時要求申請人必須就「未能聯繫到著作權人之理由」及「著作物之利用方法」、「應為算定補償金額基礎之事項」等事項，為詳細記載。從而，申請人所必須提出的資訊或資料中，實已同時包含有關孤兒著作本身的認定及補償金計算二者之資訊。若此，則實無刻意再將此二事項分割切成由不同機構分司其職之必要。

從以上敘述可知，我國法制未來於有關有關孤兒著作本身的認定及補償金的計算二者事項上，應可仿效加拿大及韓國著作權法制，將其決定統一交由同一機關為之，而無庸再對此等事項執掌進行不必要的切割與分立。

二、執行機關

於確定未來有關孤兒著作本身的認定及補償金計算二者，應由同一機關統一為之後，接下來必須處理的問題就是，究竟應該有何種機關，負責執行此一權責。由於孤兒著作的利用，牽涉到著作權財產權人與利用人二者之利益衝突問題，理當由與該當利益衝突無涉之第三人機關，以公正、客觀、中立的立場，解決其間利害衝突，作出相關決定。當然，著作權專責機關本諸其行政機關之本質，原本即具有公益性與中立性，

再加上其所具有有關著作權之專業性，亦非不可擔當此一重責大任。

然而，為有效解決孤兒著作所衍生之問題，對於其法律執行機關所要求者，不僅限於中立性與專業性，由於其牽涉到著作權人與利用人間之爭執，因此尚應有不同業界或團體的代表加入其中，方能維持其多樣性，傾聽多元的聲音，維持其決策與決議過程應有之民主審議性質。況且，於計算合理的補償金時，所需專業又與一般法律專業可能不同，即非傳統的著作權主管機關之強項，此一弱點若能由第三人機關的成員組成之多元化，加以克服，當可更當強化其決議程序與結果之正當性與合理性。或因此故，加拿大及韓國二國法制，乃以成員組成具有多元化性質之著作權委員會，職司孤兒著作認定與補償金決定事宜，而日本著作權法雖然鑑於孤兒著作認定一事，與傳統的著作權主管機關之專業較為契合，從而乃將其認定交由著作權法的主管機關之文化廳，惟於補償金決定一事上，則因鑑於其不同專業性質與更需有多元不同的意見反映其結果之專業與民主性，從而乃將其主要決定權責由屬於諮詢機關的文化審議會為之。

如同前述，於「數位內容產業發展條例草案」中，針對數位內容製作加以規範之我國孤兒著作未來應有的執法方式，乃是應由統一的機關為之，而對照前一段之敘述，為實踐其決定之公正、客觀、專業與民主性，傳統的著作權法主管機關似乎較不適合形成此決定，而應由類似加拿大或韓國法制之著作權委員會職掌相關權限之執行。我國現行法制中，最為接近加拿大與韓國著作權委員會之機構，當是著作權法第82

條、第83條所規定之著作權審議及調解委員會。依據著作權法第82條第1項規定，該委員會之權責如下：「一、第四十七條第四項規定使用報酬率之審議。二、著作權仲介團體與利用人間，對使用報酬爭議之調解。三、著作權或製版權爭議之調解。四、其他有關著作權審議及調解之諮詢。」有關孤兒著作之認定及補償金之決定，當可認知為第四款之「其他有關著作權審議及調解之諮詢」，而由其總攬其責。

依據「經濟部智慧財產局著作權審議及調解委員會組織規程」第三條規定：「本會置主任委員一人，由本局局長兼任；委員二十一人至二十九人，任期二年，由局長聘派有關機關代表、學者、專家及本局業務有關人員兼任之。」由此可知，著作權審議及調解委員會之委員構成，當可謂滿足公正、客觀、專業及多元等各項要求，且為充實其一般事務執行與作業能力，同組織章程第四條並規定：「本會置執行秘書一人，秘書三人，幹事二至六人，均由本局業務有關人員調兼之。」在由著作權專責機關人員扮演事務、幕僚協助人員的情況下，該委員會之專業性與業務之連續性，更可確保。同時，為確保該委員會之決定可聆聽更為多元的聲音與專業意見、確實理解當事人之爭點所在，上開組織章程第7條規定：「本會舉行會議時，得邀請相關人士列席提供意見。」

凡此種種，皆使得現存之著作權審議及調解委員會，於未來數位內容著作相關之孤兒著作的爭議問題上，得以扮演相當於外國法制之著作權委員會所具有之公正、客觀、專業、多元的第三人機關。惟須注意者，現行著作權審議及調解委員會之議事效率似為不彰，在數位內容著作之

製作要求更高的時效性之前提下，此一議事效率問題當有必要於制度面上予以克服。

三、決定方法

有關孤兒著作認定與補償金決定最為的理想規範方式，當是於未來「申請許可、使用報酬之計算方式與提存及其他應遵行事項辦法」中，窮盡一切可能的考量因素並加以羅列且各自分配其應有權重，而得於具體事案中將此等考量因素依其權重，制式化地得出結果。如此作法，符合客觀、中立之要求。然而，此種理想狀態，似乎有些不切實際。特別是，不僅於孤兒著作利用時，所欲利用之孤兒著作可能因其著作類型、性質、利用比例、價值而有不同，更因利用目的（商業或非商業利用）、方式而於數位內容著作中互異其價值，而應有不同的計算方式。統一的計算方法與權重之加值，或符合客觀、中立之要求，但反而可能因此喪失其適用上的彈性，導致法律執行機關無法因時、因事、因地制宜，結果反而可能導致無法對不同的著作及利用方法，施以不同的對待，而違反平等原則理念，導致發生不公平或不公正之結果。

如同前述，補償金計算時所要求之客觀、中立的前提，不一定必須從實質著手，而可藉由具有客觀、公正、獨立、專業的第三人機關，間接地加以達成。若此，則未來我國法制亦似乎沒有必要定要強制規範出一套統一的認定或計算方法，拘束上述第三人機關合理的裁量權之運

用。於此認知下，未來有關孤兒著作之認定及補償金之計算方式，既不可能也沒有必要訂出一套統一的認定或計算公式，強加諸著作權審議及調解委員會必須機械式地依此為之，若是如此規範則任何人、甚至電腦亦可為之，而不用特定要求應由具有特殊性質之第三人機關為之；而是應參考國內外法制規範及執法經驗，儘可能羅列該第三人機構於決定時，應納入考量之各項要素，以收周延，並藉由該機構各該成員之專業與智慧，針對各該具體案例之特色與特殊性，經由充分溝通與討論，因時因事制宜作出最符合該案正義之決定。

於此程序正義及結果正義兼顧的情形下，「數位內容產業發展條例草案」中有關孤兒著作利用之規範的運作，方能得到著作權人與利用人雙方之支持，而得以健全運作與發展。此際，不論是認定孤兒著作時之「相當努力」或「合理努力」要件，所應考量之各項具體情況，抑或是計算合理補償金金額時所應納入考量的各種不同要素，都可參考本研究前述美、加、日、韓等國法制，於此決定時所列出決定機關應納入考量的各項要素，並妥善利用過去我國法制有關使用報酬決定時之實務經驗，從中歸納出一些我國有關於此決定時必須特別注意或考量之因素。

第五章 研究發現與建議

第一節 研究發現

本研究經由以上分析，有以下八點之發現。

- 一、雖然，從美國近年來積極研究有關孤兒著作之強制授權或裁定利用適宜，或可推知，為促進文化之健全發展，於一定情形下令利用人得以利用孤兒著作，當屬合理情事。惟另一方面，就傳統上已經擁有此類制度之國家，例如加拿大、日本，其相關法制之施行經驗，亦可窺知，其國內利用人申請孤兒著作之利用情事，並未如預計中廣泛，且正如加拿大相關研究報告所指出，大多數的孤兒著作申請案，實際上多可構成合理使用，真正可歸類為孤兒著作之強制授權案者，實屬幾希。與此同時，因為孤兒著作強制授權申請案之處理，又耗費不少該國著作權委員會的行政資源，造成其重大的行政負擔。於此情勢發展下，是否有必要再由行政積極介入此類僅屬少數例外孤兒著作強制授權事宜，就有必要詳加檢討了。
- 二、或係有鑑於此，美國於其孤兒著作的強制授權實施方式研析過程中，就不採取加、日、韓等國之作法，以行政力量方式介入，就是否強制授權或裁定利用等作出行政處分，而係由著作權人及利用人雙方於訴訟中進行攻防。倘若利用人於訴訟中可以舉證出其於利用

前已盡相當努力但仍無法得知著作權人時，則著作權人所得請求之損害賠償及禁制令，就會受到一定的限制，令其結果近似於加、日、韓等國有行政事前介入之結果。

三、上開美國孤兒著作立法草案的作法，除一方面可解決類似加拿大法制施行經驗所遭遇之龐大的行政資源耗費外，同時亦可解決日本等國於使用報酬提存上所遭遇之困難。蓋倘若依照日本法制之作法，申請人於利用孤兒著作前，必須先行提存主管機關所決定之使用報酬。由於提存所乃設置於司法體系中，未來著作權人必須直接至提存所領取提存物，此際提存所當如何識別申請人是否為真正權利人，而著作權人為證明其為真正權利人，又應提供何種佐證資料方屬相當？當對於著作權產業有深切認知之利用人，其「已盡相當努力」尚無法得知著作權人時，對此並無專業的提存機關是否可以輕易辨識，若答案是否定的，則提存機關未來有關於此之處理事務，又將是另一種行政成本，而使得國家整體為此孤兒著作利用所耗費之成本，更為加劇。

四、當孤兒著作實質名歸被徹底遺棄時，而於利用人將使用報酬提存於提存所後超過十年者，該筆款項將歸國庫所有。原本，該筆款項乃係與著作利用有關，申請利用者其為申請之目的亦係為促進文化發展，若此方合乎著作權法之立法目的。職是，倘若無人申請提領該當使用報酬致其歸公，則該當款項之使用實應與文化發展有關，而不當用於諸如防制販毒、洗錢等與文化發展無直接關連之用途。然而，在現行制度設計下，對於無人申請提領的使用報酬之款項，其

用途並無特別限制，就孤兒著作之強制授權或裁定利用制度設計而言，實難謂為與其本意相符。

五、本次著作權人不明著作之許可利用制度，係規定於數位內容產業發展條例之中，其原本意旨當係著眼於數位內容製作往往必須利用到為數眾多的著作物，而當存在孤兒著作導致其數位內容著作之完成發生障礙時，藉由此種許可利用制度，當可排除其利用授權上的阻礙。然而，從前面加拿大、日本法制之施行經驗可知，此類著作權人不明著作之利用許可制度，乃係針對少數例外情事而發，並非原則性、經常性發生的一般狀態，因此其設計往往偏重於保護著作權人之設計，而非促進利用人之利用而為。由此可知，倘若我國著作權人不明著作之許可制度，其出發點乃係促進數位內容著作之製作人可以排除利用障礙、順利製作數位內容著作，則於設計此類制度時，應當留意此一立法目的之特殊性而為制定，切忌逕為翻版加、日，尤其是日本法制之作法。然而，很可惜地，我國數位內容產業發展條例草案於規劃著作權人不明著作之許可利用時，卻似乎大量參酌日本法制作法，可預見未來利用人於申請許可利用時將耗費相當行政資源，進而導致數位內容著作之製作過程延盪，未能如制度規劃所欲實現目的般便捷簡速，如此對於我國數位內容產業之開展，將帶來不利的阻礙。

六、不論如何，當制度設計已朝向由行政機關事前介入，針對是否「已盡相當努力」或合理的使用報酬進行決定時，從本研究之比較法的研究成果來看，各國法制於此之規範重點，就置於如何維持其決定

之公正、客觀及中立性了。各國多由著作權專責機關以外、不受其監督指揮之第三人機關，作為認定「已盡相當努力」及核定使用報酬之機構。企圖藉由程序之公正、中立、客觀與專業，維持其結果之合理及正確性，並強化一般國民對此制度之信賴，確實達到平衡著作權人及利用人二者之權益。

七、傳統上保有此類著作權人不明著作許可制度之國家，如加拿大、日本等國，最近鑑於國內對於此類制度於已盡相當努力之認定上的過份嚴格，導致制度利用不易，喪失其立法本意，而有強烈質疑、批判的聲浪。其政府皆著手研擬如何緩和其制度之規範內容，並規劃相關行政輔助措施，協助利用人尋找著作權人或容易舉證其已盡相當努力。而類似的精神，於最近方始成立或才開始規劃此類著作權人不明著作許可利用制度之韓國或美國法制中亦能察見，其似乎對於「已盡相當努力」之證明，一開始即未課與過份嚴苛的舉證責任，而使得利用人更能容易履行其「已盡相當努力」之舉證。在網路化的社會裡，當著作利用已為常態，加諸利用人過份嚴苛舉證責任之作法，可能導致著作利用受到不當阻撓，對於資訊時代之文化發展帶來不良影響。或係有鑑於此，而使得各國開始逐漸放寬對於「已盡相當努力」之標準與要求。

八、在使用報酬之決定方面，鑑於不僅可能因為著作本身之類型、性質不同，而於其價值上本就可能發生歧異，亦可能因為利用人的利用目的、類型與方式、利用次數、時間點等之不同，導致其報酬計算產生重大差異。如此結果，使得想要利用一套特定公示制度，統一

決定使用報酬金額多寡之事，事實上幾乎成為不可行之事；縱使可行，亦可能因其必須考量因素或變數過多，而需耗費過多的行政成本，致使得不償失。於此情況下，各國政府就此問題並未設計出一套統一的公式，而係藉由前述第三人機關所具有之公正、中立及客觀性，確保其使用報酬決定之合理性。

第二節 研究建議

針對本次研究議題，本研究謹提出以下幾點建議。

- 一、數位內容產業發展條例草案第十八條有關著作權人不明著作之許可利用規定，其立法本意原屬良善，倘若規劃適當實可促進孤兒著作之利用，加速我國數位內容產業之發達。然而，如同前述，現行制度設計在強調行政機關的事前介入與決定、使用報酬事先提存作為著作利用的前提、提存金未來歸國庫後，其用途可能被使用於與文化發展無關之用途以及未能正視數位內容著作製作與傳統著作不同之特性等事項上，在在皆可能使得其立法目的無法獲得充分落實。未來倘若於立法過程中，尚有機會修正條文相關規範內容，當有必要端正上述現行制度規劃中潛在之弊端，設計出一套契合數位時代、資訊時代發展趨勢之許可利用制度，以促進我國數位內容產業之健全發展。此際，可資參酌者，當是美國孤兒著作草案之相關制度設計。
- 二、當現行草案條文已無法變更，而必須因襲其規定實施此一制度時，

則必須注意其決定內容之公信力與信賴度，切忌由著作權專責機關以內部作業或不透明之作業方式，一己獨斷，造成利用人與著作權人雙方對於其決定內容的不信任。此際，當可效法其他國家法制，善用具有公正、中立、客觀、專業性質的第三人機關作為審議申請內容之機構，著作權專責機關則於參酌其審議結果後，作出最終決定。如此設計，不僅可以避免著作權專責機關於相關爭議案件上親自走上火線、成為箭靶，且有理說不清、不論如何說明總是無法取得利害關係人信服之窘境，而且可以藉由第三人機關中立、專業的形象，促進社會各界對於結果之信賴。雖然，於我國現行制度上，著作權審議及調解委員會作為此一具有公正、中立、客觀、專業性質的第三人機關，有相當高的適格性，惟鑑於其過去運作效率似乎不甚理想，從而若由該委員會整體作為此一審議機構，可能導致審議時程延宕。解決方式，當可由該委員會中選任三位委員組成針對特定申請案之審查小組，由該小組就是否已盡相當努力及合理的使用報酬進行審議，並將其結果呈報著作權專責機關後，由後者以其名義做成行政處分。如此設計一方面維持第三人機構的中立特質，一方面確保其審議過程之時效性。

三、基於本研究前述之思考方向及內容，試擬著作財產權人不明著作利用之申請許可及使用報酬辦法草案如下：

「數位內容產業發展條例」(以下成本條例)業於 年 月 日公布施行，本條例第十八條第一項規定：「利用人為製作數位內容，已盡相當努力，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事，申請許可授權，並提存使用報酬後，得於許可授權範圍內利用該著作。」為辦理對著作權人不明致無法取得授權之著作申請許可授權之審議、使用報酬之計算與提存及其他應遵行事項，爰依本條例第十八條第四項規定，訂定「申請許可、使用報酬之計算方式與提存及其他應遵行事項辦法」草案，計九條，其要點如下：

- 一、 本辦法之法源依據。(草案第一條)
- 二、 申請許可應出具之文件與已盡相當努力之認定標準(草案第二條)
- 三、 申請許可書之應記載事項。(草案第三條)
- 四、 相關證明文件之內容。(草案第四條)
- 五、 核定使用報酬時應考量之因素。(草案第五條)
- 六、 就申請案進行審議之審查小組的產生方式及利益迴避事宜。(草案第六條)
- 七、 審查小組會議之進行方式及決議要件。(草案第七條)
- 八、 著作權專責機關做成最終決定並為通知之規定。(草案第八條)
- 九、 本辦法之施行日期。(草案第十六條)

著作財產權人不明著作利用之申請許可及使用報酬辦法草案	
條文內容	說明
第一條 為辦理因著作財產權人不明致無法取得授權之著作申請許可授權之審議、使用報酬之計算與提存及其他應遵行事項，依據數位內容產業發展條例	明定本辦法之法源依據。

<p>第十八條規定，特訂定本辦法。</p>	
<p>第二條 利用人為製作數位內容，已盡相當努力，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，得向著作權專責機關出具下列文件，申請許可授權：</p> <p>一、申請書。</p> <p>二、著作財產權人不明或其所在不明著作之著作樣本一份或其他足資辨識該當著作內容之影本、資料、著作詳細說明書等替代物。</p> <p>三、相關證明文件。</p> <p>申請人如能提出下列兩款情事之證明者，推定其已滿足前項已盡相當努力之要件：</p> <p>一、申請人已將查詢系爭著作財產權人之姓名或名稱、地址或居所之文件，於載明寄件日期後寄送予著作權仲介團體、協會、促進會等相關團體，而經回覆無法得知所欲查詢之內容，或發送文件後超過一個月無回覆者。</p> <p>二、已於全國發行之報紙，依本辦法公告欲查詢系爭著作財產權人之姓名或名稱、地址或居所之訊息，超過十日期間而無回應者。</p> <p>三、已於著作權專責機關網頁上，依本辦法公告欲查詢系爭著作財產權人之姓名或名稱、地址或居所之訊息，超過二十日期間而無回應者。</p>	<p>一、各國法制於有關著作財產權人不明著作的認定上，皆於其著作權法制中，要求有意利用系爭著作之申請人，應舉證其雖已盡「相當努力」或「合理努力」，但仍無法得知著作財產權人或其所在，作為得申請授權許可利用的前提。</p> <p>二、然因何謂「已盡相當努力」，係屬不確定法律概念，為減輕申請人之舉證負擔，本辦法參考韓國立法例，具體列舉兩款足以推定為已盡相當努力之情事，藉此鼓勵本申請許可制度之運用，並降低因著作權專責機關主觀裁量認定可能衍生之不確定性。</p>
<p>第三條 前條第一項第一款之申請書，除本辦法另有規定外，應記載下列事項，</p>	<p>一、本條第一項明定申請書之應記載事項。</p>

<p>並由申請人或其代理人簽名或蓋章：</p> <p>一、申請人姓名或名稱、出生或設立年、月、日及住、居所。申請人為法人者，其代表人之姓名。</p> <p>二、由代理人申請者，其姓名或名稱及住、居所。代理人為法人者，其代表人之姓名。</p> <p>三、著作之名稱(著作無名稱或不明時，記載其意旨)。</p> <p>四、著作人之姓名或名稱及國籍(如著作人未具名或著作人不明時，記載其意旨)。</p> <p>五、著作之種類及內容或形態。</p> <p>六、具體詳細之著作利用方法。</p> <p>七、計算使用報酬之相關基礎事項。</p> <p>八、已盡相當努力仍無法聯繫著作財產權人之經過。</p> <p>前項第七款之事項包括申請人已利用其他著作所支付之報酬金額及申請人認為依一般商業情況所應支付之合理使用報酬金額。</p>	<p>二、為使著作權專責機關等得以藉由相關資訊正確核定使用報酬金額，爰於第二項要求申請人提出其曾就相關著作支付之授權金額及其所認為依據一般商業條件應支付之使用報酬金額。</p>
<p>第四條 第二條第一項第三款所稱之相關證明文件，除本辦法另有規定外，係指下列文件：</p> <p>一、製作數位內容著作之目的、種類及內容概要。</p> <p>二、釋明申請利用之著作已公開發表之事實之證明文件。</p> <p>三、釋明申請人已盡相當努力之證明文件。</p>	<p>本條明定申請時所需提出之證明文件內容。</p>
<p>第五條 著作權專責機關許可申請人利用著作財產權人不明之著作時，應同時為</p>	<p>一、申請人欲利用他人著作自應支付一定對價，而當相關著作之權</p>

<p>使用報酬之決定並將其金額告知申請人。</p> <p>著作權專責機關核定使用報酬，應與一般著作經自由磋商所應支付合理之使用報酬相當。</p> <p>前項使用報酬之核定，應綜合考量下列因素，其核定內容及金額並應具體可行：</p> <p>一、著作之利用範圍</p> <p>二、利用人就其著作交易時預定收取之對價。</p> <p>三、著作之利用次數、時間。</p> <p>四、利用人之著作與所欲申請利用之著作於該著作中所占之比例。</p> <p>五、關於相同類型著作利用之業界標準。</p> <p>六、申請人就其所欲製作之數位內容著作已支付其他著作權人之使用報酬。</p> <p>七、著作權管理團體之使用費率規定或相關業界之利用費統計資料。</p> <p>申請人未依第一項核定之金額提存使用報酬者，不得利用同項許可利用之著作。</p>	<p>利人不明時，利用人因無法與權利人進行協商，參照外國法制，宜透過專責機構核定使用對價金額，並要求申請人加以提存，爰明定相關使用報酬應相當於自由磋商時之合理報酬，且基於各種著作型態之差異可能導致不同之認定標準，而例示一般情況下可得適用之各類考量因素。</p> <p>二、鑑於申請人申請使用系爭著作之方式相當多元，有可能係一次支付完成，亦有可能因為著作利用次數而必須分期支付，為使申請人得有效依循主管機關之核定內容進行提存，爰於第三項本文特別要求，核定內容及金額應具體可行，俾利申請人得以遵循。</p>
<p>第六條 著作權專責機關得自經濟部智慧財產局著作權審議及調解委員會中，選任委員三名組成審查小組，辦理第二條及第五條相關事宜，並指定其中一人為召集人。</p> <p>就申請案具有利害關係者，不得擔任審</p>	<p>一、為辦理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，利用人申請許可授權前是否已盡相當努力；使用報酬之計算；與其他法令規定事項之審議，執行機關應具備中立、客觀、公正、專業與多元等性質，以平衡著作權人</p>

<p>查小組成員。</p> <p>審查小組成員為無給職。但非屬著作權專責機關之成員得依規定支給交通費或研究費。</p>	<p>與利用人二者權益，維繫著作權人及一般國民對於此一制度之信賴。我國現行法制中，較能滿足上述要求者，當為著作權法第八十二條、第八十三條所規定之著作權審議及調解委員會。有關利用人申請許可授權前是否已盡相當努力仍無法取得授權之認定及使用報酬之計算，可認知為第四款之「其他有關著作權審議及調解之諮詢」，而由其總攬其責。故由著作權審議及調解委員會作為執行機關最為妥適。</p> <p>二、又在數位內容著作之製作要求更高的時效性之前提下，為提高著作權審議及調解委員會之議事效率，爰明定由三位委員組成審查小組負責審議。</p> <p>三、本條第二項明定利益迴避條款。</p> <p>四、鑑於審查小組並非常設機關，而係臨時任務編組，因此乃於第三項規定其成員為無給職，惟專責機關外之兼任人員得依規定支給交通費或研究費。</p>
<p>第七條 審查小組會議由召集人召集之，並擔任會議主席。</p> <p>審查小組舉行會議時，得邀請相關人士列席陳述或提供意見。</p> <p>審查小組會議之決議，由全體委員過半數為之，並呈報著作權專責機關。</p>	<p>一、 第一項明定審查小組主席之產生方式。</p> <p>二、 為使審查小組之審議過程及結果，能夠充分且周延，爰於第二項規定審查小組得邀請相關人士，列席其會議陳述或提供意見。</p> <p>三、 第三項明定審查小組會議之決議要件。</p>
<p>第八條 著作權專責機關於參酌審查小組</p>	<p>由於有關著作權人不明著作之利用</p>

<p>呈報之結論後，作出許可利用與否及使用報酬金額之決定，並將其結果通知申請人。</p>	<p>許可及其使用報酬之決定權，屬著作權專責機關之職權，因此於審查小組將其會議決議呈報著作權專責機關後，仍應由該機關以自己名義做成結論並通知申請人。</p>
<p>第九條 本辦法自發布日施行。</p>	<p>明定本辦法之施行日期。</p>

附件一：日本之「著作物利用裁定申請書之記載範本」

平成〇〇年〇〇月〇〇日

收入
印花
註 1

申請人(住所)
(姓名) 註 2

著作物利用裁定申請書

茲依著作權法第 67 條第 1 項之規定，填具必要資料(註 3)申請著作物利用裁定。

- 1.著作物之名稱(題號、標題) 註 4
- 2.著作人姓名 註 5
- 3.著作物之種類及內容或型態 註 6
- 4.著作物之利用方法 註 7
- 5.應為算定補償金額基礎之事項 註 8
- 6.未能與著作權人聯絡之理由 註 9

此致 文化廳長

註 1)請依收入印花繳納申請裁定之手續費日幣 13,000 元(著作權法第 70 條第 1 項、施行令第 11 條、施行規則第 23 條)。此外，由依政令規定之獨立行政法人申請裁定時，則無須支付手續費(著作權法第 70 條第 2 項、施行令第 65 條)。

註 2)申請人為法人(包括不具法人格但設有代表人或管理者之社團法人或財團法人)時,請記載法人之名稱及代表人、管理者之姓名。此外,為相關事務之聯絡,請附記負責人員之姓名與聯絡電話。

註 3)應填具之資料雖因各申請而有所不同,惟應附具下列資料(施行令第 8 條第 2 項)

①為使申請之著作物之型態明確,必要時應檢附著作物之圖面、照片,或其他得使著作物型態明確之資料。

例如申請人欲申請利用無名稱(標題)之雕刻著作時,僅以於申請書上之描述記載就該著作物很難加以特定,請附具著作物之照片(著作人對於為附具於裁定申請書而就著作物所為之重製,有著作權法第 42 條著作權權利限制之適用)。

②釋明無法與著作權人聯絡之資料。

例如利用人向出版者等,或其他之利用人、著作權等管理事業者、該著作之關連團體(著作人等之團體、協會等)等第三人照會著作權人之所在,第三人就此所為之回覆,利用人若係以於報章雜誌登載廣告之方式尋求權利人之資料之情形,其所登載廣告之複本,請檢附臺端於申請書第 6 欄所填載事由之客觀資料。若於網際網路向公眾請求提供權利人之資訊,請將該內容列印一併檢附。

③釋明系爭申請利用之著作物已公開發表,或已經相當時間向公眾提供或提示之事實之資料。

例如將經出版之封面、演奏之音樂會之傳單、經公開播送著作之節目表等,依各著作物之實際樣態附具必要之資料。

註 4)若著作物無名稱(標題)或名稱(標題)不明時,請記載「無名稱(標題)」或「名稱(標題)不明」。

註 5)著作人若無表示著作人之名稱,或著作人不明之情形,請記載「著作人未具名」或「著作人不明」。

註 6)有關「著作物之種類」，請參酌著作權法第 10 條第 1 項例示之著作物類型為記載。關於「著作物之內或形態」，例如申請之著作物係揭載於經出版之著作物，則得以「揭載於昭和××年××月××日○○出版發行之『△△月刊』之隨筆著作內容」等方式記載，以著作標題及著作人之姓名以特定著作物。此外，例如在雕刻或建築著作之情形，得於此記載「參閱附件資料」，填具上述註 3)①之資料。尤其對於「無著作名稱」或「題號不明」之情形，應注意以可特定著作物之方式記載之。

註 7)請具體記載就裁定之著作物以何種方法為著作物之利用。重製、公開演出、演奏、上映、公眾傳輸（播送、有線播送或以網路傳輸）等，依據利用之形態，利用人為重製著作物之利用行為時，係為販售用途或為無償分配，為公開演出或演奏之情形，其場所、日期時間等資料，應明確表示之。

註 8)雖然補償金之數額係由文化廳長之裁定決定，亦請記載應為算定補償金額基礎之事項。例如利用人預定為販賣之價格等有關著作物之提供或提示之對價；利用人為重製時，其重製之數量；為演奏、公開演出、上映之情形，其表演之次數；利用人為著作物之出版或製成影帶之情形，除記載利用之著作物占其著作物之比例分量（如頁數或收錄時間）外，倘若有得以知悉同樣利用形態之行為之使用報酬之資料（例如著作權等管理事業者之使用費率規程、業界之標準費用、關於使用費之業界統計資料等），請一併填載檢附該相關資料。

註 9)請具體記載係採用何種方式、手續與著作權人聯絡。此外，有關記載之內容，應留意與上述註 3)②之資料整合。

附表一：各國孤兒著作法制比較表

	美國法	加拿大法	日本法	韓國法
立法模式	限制損害賠償	強制授權	強制授權	強制授權
規範客體	不限於公開發表著作	限於公開發表著作	限於公開發表著作，包括著作顯然已長期向公眾揭示者。	限於公開發表著作
孤兒著作認定標準及考量因素	<p>認定標準：</p> <p>1.誠信原則下之合理地勤勉搜尋。</p> <p>2.作品來源表明。</p> <p>考量因素：</p> <p>1.著作本身資訊</p> <p>2.著作出版、公開與否</p> <p>3.著作創作年代</p> <p>4.公開之記錄（官方及非官方）</p> <p>5.技術變遷</p> <p>6.著作權移轉情事</p>	<p>認定標準：相當合理之努力</p> <p>考量因素：</p> <p>1.著作本身之資訊</p> <p>2.已死亡創作者之死亡日期</p> <p>3.詳細描述搜尋著作人之結果，並提供相關資料</p>	<p>認定標準：相當之努力</p> <p>考量因素：</p> <p>I.知悉著作權人姓名</p> <p>1.姓名搜尋結果</p> <p>2.利用人搜尋結果</p> <p>3.向大眾或關係人請求協助調查</p> <p>4.透過專家搜尋</p> <p>5.透過仲介團體搜尋</p> <p>II.無法知悉著作權人姓名：以前述以外之方</p>	<p>認定標準：相當之努力</p> <p>考量因素：</p> <p>1.著作權仲介團體之搜尋</p> <p>2.大眾媒體及網路之公眾搜尋</p>

	7.利用態樣		法為之。	
主管機關及其任務	著作權局僅協助建置資料庫及協尋機制	著作權委員會為授權許可之審核及準駁機關	日本文化廳長審查並為許可裁定，並由文化審議委員會對補償金額作最後確認	由文化觀光部長裁定許可，但認定標準與補償金額則由著作權委員會規定及審核。
補償金計算考量因素	無，因採嗣後協商或訴訟。但其計算方式為「合理買賣意願之價格」	1.具體詳細之利用人欲利用範圍 2.利用著作時間 3.類似著作為類似使用型態之利用時，相關權利金資訊	1.利用人欲販賣之價格及提示著作物之對價 2.重製他人之著作物時重製之次數、演奏、演出、上映之次數 3.利用人之出版物與系爭利用著作物之比例 4.關於相同型態之利用著作物業界之標準費用 5.著作權管理團體之使用費率規定 6.業界之利用	依照個案的具體事實，由著作權委員會審議予以決定，並強調審議過程中應儘量反應當事人所提出之意見與資料。

			費統計資料	
提存補償金方式	無	事先提存至相關著作權人仲介團體	事先提存至提存所	事先提存至提存所
其他特別規定	(因非強制授權制，故不討論)	著作權人於授權後五年內得向仲介團體提領授權金	1. 主管機關察覺著作權人係有意廢絕著作之出版或其他利用時，應駁回利用之申請。 2. 設有補償金增減之訴	主管機關察覺著作權人係有意費決著作之出版或其他利用時，應駁回利用之申請。
運作現況	無	1. 實行18年僅核准222件，駁回7件，申請利用情況不踴躍。 2. 申請利用型態多樣化，不限於數位著作。	1. 1970 即 實行，惟利用情況甚低，申請准許數僅有30件 2. 近年多為日本國會圖書館為建置資料庫所需而被利用	
檢討方向	1. 著作權人相關團體對孤兒著作認定條件之不明確感到憂心。 2. 訴訟成本問	1. 放寬使用客體至未公開發表之著作。 2. 構思如何減輕行政機關審核之負擔。	1. 放寬限制，建立能代替全體權利人事前授權之制度。 2. 減輕利用人搜尋之負擔。	

	題。 3. 過低賠償數額引發之侵權誘因問題。			
--	---------------------------	--	--	--

參考文獻

一、期刊論文

- 1.李婉萍，加拿大、日本關於著作權人不明或失聯時之法定授權制度介紹，科技法律透析，2005年3月。
- 2.張凱娜，著作權限制的法律經濟分析，月旦民商法雜誌，第15期，2007年3月。

二、書籍、研究報告及學位論文

- 1.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，經濟部智慧財產局委託研究，2002年。
- 2.劉志鵬、謝銘洋，著作權數位產業市場授權之研究，經濟部智慧財產局委託研究，2005年。
- 3.賴韻羽，孤兒著作利用困境與解決機制之研究，台灣大學法律研究所碩士論文，2008年1月，1頁。
- 4.羅明通，著作權法論第二冊，第六版，台英國際商務法律事務所，2005年。

三、外文文獻

- 1.Center for the Study of the Public Domain. Duke Law School, Orphan Works Analysis and Proposal 6(2005)
- 2.US Copyright Officer, Reports On Orphan Work (2006)

四、網路資料

- 1.Copyright Board of Canada,
<http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable/licences-e.html> (last visited:2008/09/23)
- 2.日本文化廳，<http://www.bunka.go.jp/1tyosaku/c-1/index.html>
(last visited:2008/09/23)