

報章期刊二次利用之困境化解與合理機制

章忠信*

摘要

著作人投稿於新聞紙、雜誌或期刊，係屬於著作之授權利用行為，惟其內容二次利用應獲得何人同意，涉及利益分配，更與公眾方便接觸資訊之機會有關。本文從科技發展對著作利用之影響，探究美國、加拿大、中國大陸及我國著作權法相關規定或案例，建議修正著作權法，增訂「新聞紙、雜誌或期刊內容二次利用法定授權條文」，並透過政府訂定「非專屬授權」及「適當利益分配」之授權契約範本，引導資料庫市場趨向公平合理之商業授權機制，有利各方利益，避免形成知識壟斷。

關鍵字：授權、二次利用、媒體中立原則、集合著作、編輯著作、孤兒著作

收稿日：101 年 8 月 10 日

* 「著作權筆記」(copyrightnote.org) 公益網站主持人，國立交通大學科技法律研究所博士，國立台灣科技大學專利研究所兼任副教授級專家、國立交通大學科技管理研究所、逢甲大學財經法律研究所及東吳大學法律研究所兼任助理教授級專業技術教師，曾任經濟部智慧財產局著作權組簡任督導，教育部專門委員，目前擔任經濟部智慧財產局著作權審議及調解委員會委員。又本文係依作者發表於 2012 年 5 月 17 日於輔仁大學法學院舉辦「數位網路時代著作利用授權實務研討會」之「數位網路時代著作授權實務」及 2012 年 7 月 14 日於逢甲大學舉辦「第二屆著作權法制學術研討會」之「數位網路時代期刊內容二次利用之初探」二篇論文初稿，重新修正補充整理完成。

壹、前言

在印刷術發明以前，著作與其首次附著之媒介間，難以分離，縱使強加分離，將其傳抄或繪製於其他媒介，傳抄或繪製之過程耗時費力，其所獲結果亦無太大經濟價值，故其時之創作真跡價值，即等同該著作本身之價值，以有形物權之價值含括無形著作之價值，已足以確保創作者之利益。印刷術及其後所陸續發展出之科學技術，使著作很輕易地與其所首次附著之媒介分離，起初係被固著於有形物體之上，並進一步廣泛散布，產生巨大經濟價值，乃必須建立一套法律制度，以均衡各方利益。此乃著作權法制於西歐被稱為 copyright 制度之源起，即 right of copy 之意，在東方則因係以法律設定權利人就印製版面所享有之權利，而被稱為「版權」。

時至今日，著作之利用範圍已隨著科技發展擴大至廣播、電視及網路等無體傳輸，法律所賦予創作者就其著作加以利用之權限，遠非 right of copy 所能涵蓋，「版權」也已被「著作權」所替代，不再侷限於就印製版面所得享有之權利。著作權所規範之標的，在文字方面從有體物之書籍到今日普遍使用之網路內容或電子書，其利用授權之形態，也自過去之紙本，擴及於今日數位檔案之儲存與傳輸。

著作人投稿於新聞紙、雜誌或期刊，多數未將其著作財產權讓與主辦單位，而係屬於著作權法第 37 條之著作授權利用行為。紙本時期，新聞紙、雜誌或期刊著重內容之「首刊權」，稿費乃著作首次於新聞紙、雜誌或期刊刊登之對價，過期之新聞紙、雜誌或期刊並無市場價值，更少

見對其內容之二次利用。數位網路資料庫發展後，新聞紙、雜誌或期刊內容之二次利用，具有資訊累積、反覆檢索、散布及點閱之長尾效應，其細水長流之再利用價值，逐漸遠勝於「首刊權」。新聞紙、雜誌或期刊內容之二次利用，應否再取得授權？應取得何人之授權？「首刊權」之稿費是否及於二次利用？如何分配二次利用之經濟利益？遂成為各方關注焦點。此議題牽涉複雜，影響著作人與著作權產業間之利益分配，更與公眾方便接觸資訊之機會有關。

本文擬從著作權之本質，觀察著作利用隨科技發展之變化，探究美國、加拿大、中國大陸及台灣著作權法相關規定或案例，比較台灣著作權法之相關規定與實務運作，討論新聞紙、雜誌或期刊內容之授權與二次利用議題，建議於法治上及實務運作上之重新調整，以促進新聞紙、雜誌或期刊內容之二次利用，解決數位化資料庫授權不易之困境，有利各方利益，避免形成知識壟斷。

貳、著作權之本質

著作權法第 22 條至第 29 條規定，著作人就其著作「專有」各種利用行為之權利。著作財產權不同於專利權僅具消極之「排他權」¹，其不

¹ 經濟部智慧財產局頒「專利侵害鑑定要點」上篇第二章第一節稱：「專利權為專利權人專有排除他人未經其同意或授權實施（包括製造、為販賣之要約、販賣、使用及為上述目的而進口）專利說明書中之申請專利範圍所載之發明或新型（新式樣專利則為圖面所揭露之新式樣及近似之新式樣）之權利。排他權之意涵在於專利權人取得專利權後，專有排除他人實施其專利權，但並不當然享有實施其專利權之權利。若專利權人實施其專利權會牴觸他人之專利權範圍，則不得實施，否則即有侵害他人專利權之虞。」又台南地方法院 94 年度智字第 5 號民事判決：「按專利權係一種『排他』權利而非『專有』權利，故專利權人在一定期間內，享有專有「排除」他人未經其同意而製造、販賣之要約、販賣、使用或為上述目的而進口該物品

僅係消極之「排他權」，更包括積極之「專有權」。著作財產權之行使範圍，應包括：(1) 自己利用著作之權利，(2) 禁止他人利用著作之權利，(3) 授權他人利用著作之權利，(4) 將著作財產權讓與他人之權利，(5) 以著作財產權為標的而設定質權之權利。其中，「禁止他人利用著作之權利」屬於「排他權」，其他 4 類權利，均屬積極之「專有權」。一般侵害著作財產權案例，多涉及未經授權且非屬合理使用之利用，得由著作財產權人行使「禁止他人利用著作之權利」，排除侵害並請求損害賠償。

著作之利用係中性之事實行為，僅以是否經過授權做為其合法與非法之判斷。著作權法之立法目的非僅在保護著作權，而係在「保障著作人著作權益」與「公眾利用著作之利益」間，作適當之均衡。如何使著作被廣泛合法利用，「調和社會公共利益，促進國家文化發展²」，始為著作權法之終極目標，「授權利用」乃成為著作權法之最重要基本原則，而「合理使用」亦在此天平之另一端，為公眾接觸資訊與利用該創作進一步表達之公共利益，發揮均衡之效果。

著作權法雖賦予著作人各種著作人格權與著作財產權³，惟仍可簡化區隔為二，一係就其著作之利用享有「利用控制權」，二係就其著作被利

之權。因此一取得專利權人仍可能造成對他人專利之侵害。」

² 著作權法第 1 條前段規定：「為保障著作人著作權益，調和社會公共利益，促進國家文化發展，特制定本法。」

³ 著作權法第 3 條第 1 項第 3 款規定：「著作權：指因著作完成所生之著作人格權及著作財產權。」依同法第 15 條至第 17 條及第 22 條至第 29 條規定，著作人格權包括公開發表權、姓名表示權及禁止不當修改權，著作財產權則包括重製權、公開口述權、公開上映權、公開播送權、公開演出權、公開傳輸權、公開展示權、改作權、編輯權、出租權、散布權等。

用後之利益享有「利益分配權」。在「合理使用」範圍內，「利用控制權」與「利益分配權」均被限制而無法行使，唯有在極少特例之情形下，限制其「利用控制權」而仍尊重其「利益分配權」，例如，著作權法第 47 條所定，為編製教科書而合理使用之支付法定使用報酬⁴。

參、著作之利用

著作人完成創作，少有親自行銷其著作而收入豐厚者，蓋著作權產業亦屬專業，非一般人所能勝任。產銷分離之營運策略，於著作權產業亦有其存在價值。著作人專心創作，至於行銷一事，交由專業之著作權產業，通常會較親力親為更具效果，也不致於影響繼續創作之時間與精神投入。

「授權利用」為著作權法最重要基本原則，關於著作利用之授權，則甚為複雜。著作權法第 37 條第 1 項至第 4 項規定：「著作財產權人得授權他人利用著作，其授權利用之地域、時間、內容、利用方法或其他事項，依當事人之約定；其約定不明之部分，推定為未授權。前項授權不因著作財產權人嗣後將其著作財產權讓與或再為授權而受影響。非專屬授權之被授權人非經著作財產權人同意，不得將其被授與之權利再授權第三人利用。專屬授權之被授權人在被授權範圍內，得以著作財產權

⁴ 著作權法第 47 條規定：「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，在合理範圍內，得重製、改作或編輯他人已公開發表之著作。前項規定，於編製附隨於該教科用書且專供教學之人教學用之輔助用品，準用之。但以由該教科用書編製者編製為限。依法設立之各級學校或教育機構，為教育目的之必要，在合理範圍內，得公開播送他人已公開發表之著作。前三項情形，利用人應將利用情形通知著作財產權人並支付使用報酬。使用報酬率，由主管機關定之。」

人之地位行使權利，並得以自己名義為訴訟上之行為。著作財產權人在專屬授權範圍內，不得行使權利。」

著作利用之授權，被授權人未取得著作財產權，僅係可依授權之地域、時間、內容、利用方法或其他約定事項等，利用他人著作，著作財產權仍由著作財產權人享有。而著作財產權人授權被授權人「利用著作」之後，對於被授權人「利用著作」之行為，不得再行使「禁止他人利用之權利」。對於未經著作財產權人授權而逕行利用著作之人，僅著作財產權人得對其行使「禁止他人利用之權利」，至於合法之被授權人，因僅係取得自己得「利用著作」之權利，並未取得著作財產權，故其對於非法利用之人，並不得主張任何權利，如其認為非法利用行為影響其市場利益，僅得要求著作財產權人行使「禁止他人利用之權利」，只有於著作財產權人怠於行使時，始有代位行使之可能⁵。

著作利用之地域、時間、內容、利用方法等有諸多變化，條件亦不盡相同，故著作利用之授權範圍，應完全依當事人間之約定，對於約定不明之部分，為保護著作財產權人，第 37 條第 1 項後段則採「權利保

⁵ 民法第 242 條及第 243 條規定：「債務人怠於行使其權利時，債權人因保全債權，得以自己之名義，行使其權利。但專屬於債務人本身者，不在此限。」「前條債權人之權利，非於債務人負遲延責任時，不得行使。但專為保存債務人權利之行為，不在此限。」雖然日本學者田村善之認為，非專屬授權之被授權人只要能利用著作，其債權即已滿足，解釋上並無要求著作財產權人制止非法利用之權利，其欠缺被保護之債權，自不得基於債權人地位，代位請求非法利用之人停止利用或損害賠償，參見著作權法概說，有斐閣，2001 年二版，第 484 頁。惟本文作者認為，未經授權而利用著作之行為，有害於非專屬授權之被授權人之利用效果，著作財產權人有義務排除之，其竟而不為，導致非專屬授權之被授權人損害，自應允許其行使代位權，始為合理。

留」原則，「推定為未授權」。此一「權利保留」原則下之「推定為未授權」，實際執行上仍須依契約文字⁶、當事人真意⁷、交易慣例及對價之相對情形等，進行公平合理之綜合判斷。例如，40 年前之授權契約內，未書明授權地區或僅約明出版發行，則其是否包括大陸地區或海外地區，是否及於網路版或電子版等，應依授權當時之產業利用情狀、使用報酬之計算標準、對價金額相對於其他及於大陸地區、海外地區或網路版、電子版等不同地區與媒介或管道，是否相當等因素而定，尤其雙方當事人於簽約當時之認知，更應予以考量⁸。

⁶ 最高法院 17 年度上字第 1118 號判例：「解釋契約，固需探求當事人立約時之真意，不能拘泥於契約之文字，但契約文字業已表示當事人真意，無需別事探求者，即不得反捨契約文字而更為曲解。」可知著作利用之授權範圍，首先仍應依契約文義加以解釋，必於文義約定不明時，方得探求當事人立約時之真意。

⁷ 臺灣高等法院 93 年上更(一)字第 287 號刑事判決：「按著作權法第 37 條第 1 項固規定：『著作財產權人得授權他人利用著作，其授權利用之地域、時間、內容、利用方法或其他事項，依當事人之約定；其約定不明之部分，推定為未授權。』。惟民法第 98 規定：『解釋意思表示，應探求當事人真意，不得拘泥於所用之辭句。』是以在認定著作權契約之授權範圍時，首先應檢視授權契約之約定，倘契約『無明文』或『文字漏未規定』或『文字不清』時，再探求契約之真意或目的，或推究是否有默示合意之存在；又著作權法所謂『目的讓與理論』係源自 Wenzel Goldbum 於 1911 年出版有關著作權逐條釋義一書中，就著作權契約所提出之解釋原則，並經最高法院 86 年台上字第 763 號民事判決所肯認。該原則乃指著作權人授與權利時，就該權利之利用方式約定不明或約定方式與契約目的相矛盾時，此時該權利之授權範圍，應依授權契約所欲達成之目的定之。是故，著作權之授權契約中所授與之權利及其利用方式須依授權契約之目的定之，而不應拘泥於契約所使用之文字。故若雙方當事人之真意不明，又無默示合意存在時，應再考量契約目的讓與理論。惟有當契約真意不明，又無默示合意存在，或無法適用契約目的讓與理論，方可認係屬著作權法第 37 條第 1 項所稱之約定不明，進而推定為未授權，合先敘明。」

⁸ 羅明通教授亦主張，應先探求契約真意，惟有契約真意無法探求，且無目的讓與理論之適用時，方有權利保留之適用。著作權法論，2009 年 9 月，第七版，第 43 頁及第 74 頁。

著作利用之非專屬授權契約，屬於債權契約⁹，原本僅於著作財產權人與被授權人間有效，對第三人不具拘束力，惟無體財產權無法以物之交付為授權之表彰，被授權人取得授權，對於著作之利用進行各項投資，若著作財產權人復將其著作財產權讓與或再授權他人利用，將影響先前取得授權之人之利益，為保障其授權，維護授權利用狀態之穩定，第 37 條第 2 項乃特別規定，著作財產權人嗣後將其著作財產權讓與或再為授權，對於先前之授權無影響，亦即先前之授權仍然有效，且效力及於新取得著作財產權之人，或被授權之人。新取得著作財產權之人，或被授權之人，不得以其非先前授權契約之當事人，不受授權契約拘束，進而禁止被授權人利用著作，此項規定乃使非專屬授權契約有別於一般債權契約，成為「特殊之債權契約」，對新取得著作財產權之人，或被授權之人，產生拘束效果。至於該等新取得著作財產權之人，或被授權之人，因此受有不利益，若其事前不知有授權契約存在，則可向原著作財產權人請求不完全給付之損害賠償，若該授權為其所已知，仍受讓著作財產權或接受授權，即不得再向原著作財產權人求償。如果新取得著作財產權之人，或嗣後獲得授權之人，能與原被授權人達成協議，解除先前授權利用契約，回復著作財產權之完整性，或更擴大原被授權人利用範圍，則屬第 37 條第 2 項以外，原被授權人同意之下之新契約，與先前

⁹ 最高法院 86 年度台非字第 64 號判決意旨：「惟查著作財產權之讓與與著作財產權之授權利用，其權利內容不同，著作財產權之讓與，係著作財產權之擁有者因之而移轉，原著作財產權人之著作財產權移屬於受讓人；而著作財產權之授權利用，則係著作財產權仍屬於原著作財產權人所有，被授權人僅取得利用之權限，而非變成著作財產權人。簡言之，著作財產權之讓與具有類似物權移轉之性質，著作財產權之授權利用，原則上僅有債的關係。」

之授權契約無關。

著作權法第 37 條第 3 項規定：「非專屬授權之被授權人非經著作財產權人同意，不得將其被授與之權利再授權第三人利用。」非專屬授權之被授權之人僅取得「利用著作之權利」，並未取得「著作財產權」，而著作利用之授權，於著作財產權人與利用人間須存有強烈之信任關係，以確保著作之適當運用，故而被授權人未經過著作財產權人同意，不能將其被授與之權利再授權第三人利用。惟此僅適用於非專屬授權，於專屬授權之情形，依第 37 條第 4 項規定，被授權人在被授權範圍內，得以著作財產權人之地位行使權利，專屬授權之被授權人再授權第三人利用時，自不必再獲得著作財產權人同意。

著作權法第 37 條第 4 項規定之「專屬授權」，其被授權人並未取得著作財產權，其效果卻係「被授權人在被授權範圍內，得以著作財產權人之地位行使權利，並得以自己名義為訴訟上之行為。著作財產權人在專屬授權範圍內，不得行使權利。」「專屬授權契約」產生如此強大效果，乃被認定為「準物權契約」¹⁰。

「專屬授權」與「非專屬授權」相同，均屬被授權人獲得著作財產權人之授權，得「利用著作」，並未取得著作財產權。惟由於第 37 條第 4 項之規定，「專屬授權」使被授權人「得以著作財產權人之地位行使權利」，同時使「著作財產權人不得行使權利」，「專屬授權」之被授權人乃

¹⁰ 張懿云，「著作權法民事責任」，智慧財產專業法官培訓課程講義，第 7 頁，94 年 5 月 3 日；謝銘洋，「智慧財產權之基礎理論」，第 69 頁，84 年 7 月；賴文智則認為專屬授權契約或非專屬授權契約均屬於智慧財產權用益權之移轉，具有類似物權之效力，「台大法律研究所碩士論文——智慧財產權與民法的互動——以專利授權契約為主」，第 42 頁，89 年 6 月。

得行使（1）自己利用著作之權利，（2）禁止他人利用著作之權利，（3）授權他人利用著作之權利。相對地，著作財產權人上開權利均被完全凍結，不得行使。若欲達到不同於專屬授權之效果，例如著作財產權人仍欲保留利用著作之權利，或是限制被授權人不得再授權第三人，即非屬專屬授權，而係屬於非專屬授權。

肆、美國、加拿大相關判決之研析

關於紙本時期新聞紙、雜誌或期刊內容之投稿，主辦單位與著作人間之關係，較為單純。數位網路科技發展後，既有之著作權法規定與原本之契約關係，均受到巨大衝擊。著作權法對於著作利用之授權，僅做原則性之規定，原本之契約關係，在簽約當時未必明確，爭議產生時只能透過解釋處理，最後則有賴法院之判決。從 1990 年代以來，美國、加拿大幾件重要判決，兼顧既有之著作權法規定與原本之契約關係，成為爭議解決之依據，也改變日後商業授權之模式。

一、美國 *New York Times Co. v. Tasini*, 533 U.S. 483 (2001)

本案美國聯邦最高法院判定紐約時報等報章雜誌，於將先前已發行報章雜誌之內容放進 CD-ROM 或電子資料庫，使讀者得以透過網路檢索並閱讀個別著作時，應再取得個別著作之著作權人授權。

該案原告為全國作家聯盟（National Writer's Union）總裁 Jonathan Tasini 等自由撰稿人，其投稿於被告 The New York Times 之報章雜誌，隨後被告未經原告等之同意，將歷年報章雜誌，交電子資料庫公司 Lexi-Nexi 公司進行電子化處理，包括作成 CD-ROM 及置於電子資料庫中供網

路傳輸。原告 Tasini 等為自由撰稿人，仍保有所投稿著作之著作權，乃於 1993 年起訴主張被告侵害其於報章雜誌中文章之著作權。

第一審之紐約南區聯邦地方法院原先判定被告 The New York Times 等勝訴 (*Tasini v. New York Times*, 972 F. Supp. 804 (S. D. N. Y. 1997))，其確認報章雜誌為集合著作，屬於編輯著作之一種，又由於美國著作權法第 201 條 (c) 款規定，集合著作中之單篇著作，其著作權與該集合著作之著作權有所分別，且自始歸該單篇著作之著作人所有。無明白之著作權或其中一部分權利之轉讓約定，集合著作之著作人僅取得將該集合著作中之單一著作作為該集合著作之一部分，隨同該集合著作、該集合著作之改版及其後同一系列之集合著作加以重製及散布之特權。第一審法院原先認定，該款規定並未明文限制改版所用之媒介，只要係集合著作整體之改版，而非單就原告等著作之處理，被告就其集合著作整體，包括原告之著作部分，享有以改版方式重製及散布之特權，不必再經各單篇著作之著作人之同意。

原告不服第一審判決，上訴至聯邦第 2 巡迴上訴法院。第 2 審法院於 1999 年推翻了第一審判決 (206 F.3d 161 (1999))，認為無論如何，被告等之資料庫使用者自資料庫之蒐尋與列印結果，乃是就原告個別文章進行重製，而非就被告自己報章雜誌之整份利用，故被告仍應經原告之同意，始能將其文章進行數位化利用。

本案被告對於第二審判決不服，再度上訴到聯邦最高法院。在判決以前，被告頑強地提出警告，如果其獲得敗訴，將會對於歷史性之電子資料紀錄造成負面影響，但法院仍不為所動，於 2001 年 6 月 25 日以 7

比 2 之表決，維持第二審判決，認為 Lexi-Nexi 公司將報章雜誌作成 CD-ROM 及置於電子資料庫中之行為，與一般資料儲存，如微縮影片（microfilm）之作法不同，不得主張屬第 201 條(c)款規定之改版，故於將被告之著作置入數位化資料庫上網前，應經原告同意。法院特別指出，被告對於未來可能造成損害之臆測，並不足以減縮國會原先賦予著作人應有之權利。

美國聯邦最高法院也指出，透過國會立法以解決此一問題，亦為途徑之一。惟被告已聲稱，由於對於早年使用之文章進行授權洽談過於困難，其不會與原告進行協商授權之事宜，而寧可直接將原告所屬組織近七千位會員等約有十萬篇文章自其數位電子資料庫中刪除。對於被告之反應，原告聲稱其將組織授權團體以解決授權問題，同時也準備進行團體協商，以獲得團體協議之規約。為避免不必要之紛爭，被告從此案以後，對於刊登於其報章雜誌上之著作，均要求作者要放棄所有權利，否則不願刊登。

在 Tasini 案中，法院始終未明確指出集合著作之著作權人依第 201 條（c）款規定之改版權利，得否讓與他人，或是僅能自己行使。此乃係因法院已認定報章雜誌不得援引第 201 條（c）款規定將個別著作於數位化資料庫中個別使用，故不必進一步處理該等權利得否讓與之議題。若自美國著作權法第 201 條（c）款賦予著作權人改版之權利觀之，在方便集合著作之著作權人利用整份集合著作，同時未嚴重侵及個別著作之著作權人利益，解釋上自應限制該項特權僅得由集合著作之著作權人自行利用，不得授權或讓與他人。此一見解或許已不合目前產業環境，惟於紙本發行時期之立法背景，法律條文既無明文允許集合著作之著作權人

得將該「二次利用」之特權授權或讓與他人，限制該項特權不得授權或讓與他人，應較符合立法本旨。

二、美國 *Greenberg v. National Geographic Society* (No. 05-16964, 2008 WL 2571333, 11th Cir. June 30, 2008)

本案美國聯邦第 11 巡迴上訴法院判定，國家地理協會將先前已發行整份國家地理雜誌放進 CD-ROM，使讀者得以透過軟體檢索並閱讀過往特定期數之特定頁面時，不必再取得個別著作之著作權人授權。

本案之發展與 *Tasini* 案之判決有密切之牽連，該案起源於國家地理協會於 1997 年發行一套 30 片 CD-ROM 光碟之「國家地理雜誌全集」，以掃描方式，將 1888 年至 1996 年之 108 年間，每月發行總計達 1,200 期之紙本國家地理雜誌內容，包括廣告及原頁碼，原樣收錄於此套光碟中，同時更增添 25 秒前言簡介短片及檢索軟體，方便讀者檢索，並放大尺寸以利閱讀。該套光碟並未有防拷裝置，讀者可輕易自光碟拷備及列印任何資料。國家地理協會並將該套 CD-ROM 光碟及電腦程式，分別以不同之新著作，於美國著作權局辦理著作權登記，主張其係「附有視聽簡介之既有圖文著作之編輯著作 (a “compilation of pre-existing material primarily pictorial” with a “brief introductory audiovisual montage”)」

原告 Jerry Greenberg 為自由攝影師 (Freelance photographer)，並非國家地理協會員工，其所拍攝之 60 張以上照片刊登於 1962 年至 1990 年國家地理雜誌，其中尚包括曾作為某期雜誌之封面，而此一期封面亦出現於光碟版 25 秒簡介短片中。Greenberg 知悉其照片再度出現於光碟版「國家地理雜誌全集」後，對國家地理協會提起侵害著作權之訴。

佛羅里達南區聯邦地方法院於 1998 年參考 Tasini 案之第一審判決，以簡易判決判定國家地理協會之「國家地理雜誌全集」光碟版僅係紙本雜誌之「改版」，其於改版中重製原告照片之行為，屬於美國著作權法第 201 條第 3 項特別賦予之特權（privilege），不構成侵害（*Greenberg v. National Geographic Society*, 1998 U.S. Dist. LEXIS 18060 (S.D. Fla. 1998)）。原告 Greenberg 不服，提起上訴。

本案於雅特蘭大聯邦第 11 巡迴上訴法院前後進行三次判決。第一次判決於 2001 年，第 11 巡迴上訴法院之審判庭推翻原判決，發回地方法院定其損害賠償額（*Greenberg v. National Geographic Society (Greenberg I)*, 244 F.3d 1267, 11th Cir. 2001）。佛羅里達南區聯邦地方法院透過陪審（trial）程序，判定國家地理協會應賠償原告 40 萬美金。

國家地理協會不服，提出上訴，尤其援引美國聯邦最高法院前述 Tasini 一案之判決為上訴理由。由於本案爭訟不斷，國家地理協會於 2003 年暫停行銷光碟版「國家地理雜誌全集」，直到訴訟終結才繼續發行。

第 11 巡迴上訴法院另一個審判庭，於 2007 年判決同意被告國家地理協會之主張，認定其享有著作權法第 201 條第（c）項特別賦予的特權（*Greenberg v. National Geographic Society (Greenberg II)*, 488 F.3d 1331, 11th Cir. 2007）。不過，在原告要求下，第 11 巡迴上訴法院又廢棄該判決，決定以全院法官聯席審判庭 en banc，重審該案。

法院認定，每月發行各期國家地理雜誌紙本屬於集合著作，國家地理協會有權以紙本重製並散布每一期雜誌。依據美國著作權法第 201 條

第（c）項規定，集合著作中個別著作的著作權，與集合著作整體的著作權是各自獨立，且屬於個別著作的著作人。不過，集合著作之著作權人享有以下列三種方式重製及散布個別著作之特權：

- （一）該集合著作之部分；
- （二）該集合著作之改版；
- （三）同一系列較晚期之集合著作。

前述 Tasini 案中，美國聯邦最高法院認定紐約時報及部分數位網路資料庫業者，任意將自由撰稿人 Tasini 原先發表於紐約時報之著作，收錄於電子資料庫中，經檢索後顯示出者乃個別文章之重製與散布，非整份報紙之利用與呈現，與過去微縮影片（microfilm）係整頁報紙或雜誌之縮影攝製不同，不適用著作權法第 201 條第（c）項規定，故構成侵害著作權。

在聯邦第 11 巡迴上訴法院全院法官聯席審判庭重審該案以前，聯邦第 2 巡迴上訴法院先於 2005 年於 *Faulkner v. National Geographic Enters*（409 F.3d 26, 2nd Cir. 2005）一案中，原告自由攝影師 Faulkner 指控國家地理協會侵害其著作權，法院引用 Tasini 一案確認之原則，認為「國家地理雜誌全集」光碟版係整份既有雜誌的利用與呈現，非屬個別著作之利用，得受著作權法第 201 條第（c）項規定之保障。本案之爭議則在於「國家地理雜誌全集」光碟版究竟僅屬紙本之改版，抑或屬於新著作。國家地理協會主張，「國家地理雜誌全集」光碟版使用原告 Greenberg 之照片，僅係紙本之一部分或改版，得受著作權法第 201 條第（c）項規定之保障。但原告 Greenberg 主張「國家地理雜誌全集」光碟

版係屬於新著作，其發行侵害照片之著作權。

第 11 巡迴上訴法院全院法官聯席審判庭 2008 年 6 月 30 日以 7 比 5 之表決認定，雖然「國家地理雜誌全集」光碟版為數位格式，與紙本國家地理雜誌不同，但其係將紙本原樣忠實保存與呈現，屬於同一著作，應受著作權法第 201 條第（c）項規定之保障，即使光碟版具有紙本所無之搜尋及放大功能，亦不影響其依第 201 條第（c）項規定應享有之特權。

美國著作權法並未就何謂「改版」為定義解釋，惟美國聯邦最高法院於 2001 年 Tasini 一案中認為，「改版」固然必須要有一些創新之元素，但個別著作之呈現結果，在決定該等創新是否足以抵消發行人於第 201 條第（c）項規定應有之特權時，具重要意義。

第 11 巡迴上訴法院全院法官聯席審判庭之少數意見曾提到，光碟版之前言簡介、具備檢索及放大尺寸功能之軟體，足以使「國家地理雜誌全集」成為紙本國家地理雜誌之新著作，進而喪失發行人於第 201 條第（c）項規定應有之特權。惟多數意見則認為，「改版」原本即得有一些創新，而本案之創新尚不致使「國家地理雜誌全集」光碟版喪失著作權法第 201 條第（c）項規定之保障。例如，前言簡介正如同百科全書之封面，並不會改變百科全書內容原貌；軟體檢索系統與紙本之索引並無不同；軟體之畫面放大功能與微縮影片之放大縮小功能亦無差別。

多數意見從立法資料之考證發現，國會制定著作權法第 201 條第（c）項規定之目的，在使發行人於非屬創作一完全不同之著作時，應使其得自由地就既有出版品改版，此即所謂「媒體中立原則（doctrine of media

neutrality)」，從著作權保護目的而言，著作於不同媒體間之轉換，不該變更該著作之屬性。三十年前之立法雖未考量至今日科技之發展情形，但形式之改變，並不等於實質內容之改變。

Greenberg 案及 Faulkner 案與 Tasini 案最大的區別在於，前者係整體忠實不變地原樣再現，沒有任何改變；後者則係個別著作之分別利用，最後之呈現已與原有整體式樣不同，係個別著作之顯示，而非整體集合著作之顯示。從而，於媒介中立原則下，將既有新聞紙、雜誌以原樣模式，轉換媒體格式發行，依著作權法第 201 條第 (c) 項規定，不必再獲得其中單篇作品著作權人之同意，若將新聞紙、雜誌之原樣拆解，作各別著作之利用，即非屬著作權法第 201 條第 (c) 項改版規定特權之範圍內。

本案敗訴之原告 Jerry Greenberg 曾嘗試上訴美國最高法院，惟美國最高法院於 2008 年 12 月中旬決定，對該案不予聽審。依據美國法律，美國聯邦最高法院有權決定是否接受對於下級法院判決不服之上訴，而非來者不拒。通常只有對於具爭議之重大案件，認有必要表示最終意見之案件，始為美國聯邦最高法院所接受審理。本案美國最高法院拒絕聽審，顯然認為關於既有期刊雜誌之再利用，如何適用著作權法第 201 條(c) 項規定，於 Tasini 一案中已有明確交待，本案並無特別需要再釐清之爭議，故無須浪費司法資源。

三、加拿大 *Robertson v. Thomson Corp.*, [2006] 2 S.C.R. 363, 2006 SCC 43

本案加拿大聯邦最高法院透過「去脈絡化 (decontextualization)」之

理論，認為資料庫並非集合著作之重製，故集合著作之著作權人無權以「去脈絡化（decontextualized）」方式重製集合著作中之個別著作。至於整份報章雜誌之 CD-ROM 版，則有足夠之「脈絡化（contextualized）」，不必再取得各篇文章之授權。

本案原告 Heather Robertson 女士也是自由撰稿人，於 1995 為加拿大全國知名之報社全球日報（the Globe and Mail）撰寫兩篇文章。全球日報後來同時發行紙本、電子報及電子資料庫，將原告 Robertson 的兩篇文章分別納入，原告 Robertson 對於文章被刊登於全球日報紙本及電子報上沒有太大爭議，但對於將她的文章未經授權就被納入包括全球日報自己所建的 Info Globe Online 電子資料庫，以及出現在 CPI.Q 及 CD-ROMs 等另外兩個電子資料庫，則非常有意見，乃提起侵害著作權之訴。

法院判決認定，雖然全球日報對其所發行之紙本日報中各篇文章之「選擇及安排（collection and the arrangement）」，享有「集合著作（collective work）」之著作權，但對於日報中的各篇文章，並未享有著作權。重製整份日報或重要部分屬於集合著作之著作權範圍，但在資料庫中使用各篇著作，係將各篇文章自整份報紙中移除而單獨利用，此一利用方式並不在日報之集合著作之著作權範圍內，所以，若要另外將報紙上各篇文章於資料庫中發行，應再取得授權。

加拿大著作權法並無類似美國著作權法第 201 條(c)項之規定，但本案加拿大聯邦最高法院透過「去脈絡化（decontextualization）」之理論，認為訴外人之資料庫並非集合著作之重製，故集合著作之著作權人無權以「去脈絡化（decontextualized）」方式重製集合著作中之個別著作。至

於報章雜誌之 CD-ROM 版，是讓讀者看到當其紙本之整份完整內容，而非單篇文章，有足夠之「脈絡化（contextualized）」，屬於整份集合著作之利用，不必再取得各篇文章之授權。。

從美國及加拿大著作權法及其司法判決之發展觀之，美國著作權法第 201 條第（c）項給予集合著作之著作權人改版之特權，加拿大著作權法雖無類似規定，但透過司法判決做出「脈絡化」或「去脈絡化」之理論解釋，還是讓集合著作之著作權人對其集合著作之二次利用，有一些自由空間，惟此等法律規定或司法判決之發展，均係於紙本時期之立法，或係電子資料庫初建立後之法律適用。當資料庫之價值高於紙本時，此一議題應有重新思考，甚至於法制上再予檢討之必要。

伍、中國大陸著作權法之規定與修正

為使報紙、期刊上之著作快速地透過各種管道被公眾廣為接觸，中國大陸著作權法對於報刊轉載建立「法定許可」制度，於第 33 條規定：「著作權人向報社、期刊社投稿的，自稿件發出之日起十五日內未收到報社通知決定刊登的，或者自稿件發出之日起三十日內未收到期刊社通知決定刊登的，可以將同一作品向其他報社、期刊社投稿。雙方另有約定的除外。作品刊登後，除著作權人聲明不得轉載、摘編的外，其他報刊可以轉載或者作為文摘、資料刊登，但應當按照規定向著作權人支付報酬。」著作權人所為不得轉載、摘編其作品之聲明，應於報紙、期刊刊登其作品時附帶聲明¹¹，而轉載之報刊應當自使用該作品之日起 2 個月

¹¹ 中國大陸著作權法實施條例第 30 條。

內向著作權人支付報酬¹²。國家版權局並於 1993 年 8 月 1 日發布「報刊轉載、摘編法定許可付酬標準暫行規定」，以供轉載之報刊按規定向著作權人支付報酬。

由於此項制度允許著作權人反對而排除其他報刊自由轉載，普遍被認為並非真正「法定許可」制度，僅能稱為「準法定許可」制度，引起學者之批評，建議應刪除「除著作權人聲明不得轉載、摘編的外」等文字¹³。依據中國大陸國家版權局 2012 年 7 月公告之著作權法修正草案第二稿，為回應這些呼籲，首先刪除「除著作權人聲明不得轉載、摘編的外」等文字，又基於該項制度二十年實踐經驗，大部分轉載報刊均未履行支付使用報酬之義務，亦少有因未履行此項義務而承擔法律責任者，制度形同虛設，乃修正增加事先備案、及時透過著作權集體管理組織支付使用報酬及註明來源等義務，違反者由國家版權局根據具體情況課以行政處罰等。草案條文如下：

第 47 條

文字作品在報刊上刊登後，其他報刊可以依照本法第四十八條規定的條件，不經作者許可進行轉載或者作為文摘、資料刊登。

報刊社對其刊登的作品根據作者的授權享有專有出版權，並在其出版的報刊顯著位置作出不得轉載或者刊登的聲明的，其他報刊不得進行轉載或者刊登。

¹² 中國大陸著作權法實施條例第 32 條。

¹³ 張平，數字圖書館版權糾紛及授權模式探討，法律適用，2010 年第 1 期。

第 48 條

根據本法第四十六條、第四十七條的規定，不經著作權人許可使用其已發表的作品，必須符合下列條件：

- （一）在首次使用前向相應的著作權集體管理組織申請備案；
- （二）在使用特定作品時指明作者姓名、作品名稱和作品出處；
- （三）在使用特定作品後一個月內按照國務院著作權行政管理部門制定的標準直接向權利人或者通過著作權集體管理組織向權利人支付使用費，同時提供使用作品的作品名稱、作者姓名和作品出處等相關資訊。

著作權集體管理組織應當及時公告前款規定的備案資訊，並建立作品使用情況查詢系統供權利人免費查詢作品使用情況和使用費支付情況。

著作權集體管理組織應當在合理時間內及時向權利人轉付本條第一款所述的使用費。

上開規定雖回歸「法定許可」制度之正軌，惟若報刊社對其刊登享有專有出版權，並於其報刊顯著位置聲明不得轉載或刊登，其他報刊仍不得進行轉載或者刊登。對於報刊內容之二次利用，並無法順利達成。草案乃另闢蹊徑，以「孤兒作品（Orphan works）」之強制授權制度，使報刊社對其所出版報刊中之著作，以數位方式複製，或其他使用者以數位方式複製或通過訊息網絡向公眾傳播之著作，而該等著作屬於著作權人不明或無法聯繫之「孤兒著作」，得向國家版權局指定之機構申請並提存費用後，加以利用。草案條文如

下：

第 26 條 報刊社對已經出版的報刊中的作品進行數位化形式的複製，其他使用者以數位化形式複製或者通過信息網絡向公眾傳播作品，應當取得著作權人的許可。對著作權的保護期未屆滿的作品，使用者盡力查找權利人無果，符合下列條件的，可以向國務院著作權行政管理部門指定的機構申請並提存使用費後使用：

- （一）作者以及作品原件所有人均身分不明的；
- （二）作者身分不明，作品原件所有人身分確定但無法聯繫的；
- （三）作者身分確定但無法聯繫的。

前款具體事項，由國務院著作權行政管理部門另行規定。

依前述草案法定授權規定，報刊社或其他任何人得分別以不同方式，二次利用於報刊上發行之著作，惟其對象僅限於「孤兒著作」，依舊無法解決全面性二次利用報刊內容之困境，並不利公眾接觸報刊先前已發行之內容，尚有待進一步檢討修正。

陸、我國法之適用

相對於美國著作權法第 101 條之「集合著作」定義及第 201 條第（c）項所稱之「改版（revision）」，我國著作權法於第 7 條「編輯著作」、第 37 條之「著作利用」之授權及第 41 條關於新聞紙、雜誌或期刊之授權利用，則分別有相同或不同之規定。

著作權法第 7 條規定：「就資料之選擇及編排具有創作性者為編輯著作，以獨立之著作保護之。編輯著作之保護，對其所收編著作之著作權

不生影響。」新聞紙、雜誌或期刊，對於其內容之各著作係經選擇及編排，且該選擇及編排係具有創作性，故每一期均得成為獨立之「編輯著作」，受著作權法保護。此一「編輯著作」與其所選擇及編排之各著作，係屬不同之著作，「編輯著作」之著作權僅及於其「選擇及編排具有創作性」之部分¹⁴，並不及於「其所收編著作之著作權」¹⁵。除非其所選擇及編排之各著作之著作財產權人有進一步授權，否則新聞紙、雜誌或期刊之「編輯著作」，對於其內容之各著作，僅得依投稿之授權目的而利用，不得再進一步利用，而他人如僅利用其內容之各著作，並未利用到該新聞紙、雜誌或期刊之整份或重要部分內容，並不生侵害「編輯著作」之問題¹⁶。

¹⁴ 經濟部智慧財產局 88 年 12 月 23 日（八八）智著字第 88011973 號函釋：「編輯著作所保護者為『具有創作性』之部分，尚不及於其所收編之著作，亦即編輯著作與其所收編之著作各自獨立，分別決定其受著作權法保護之情形。」

¹⁵ 原著作權主管機關內政部著作權委員會 84 年 09 月 20 日台（84）內著會發字第 8417382 號函釋：「（二）又就資料之選擇及編排如具有編輯之表達方式時，可以獨立取得編輯著作之保護（參照著作權法第七條第一項）。但是對於該編輯著作所收編著作之著作權則不生影響（參照著作權法第七條第二項）。（三）因此，台端前函所稱之資料，如係屬前述著作權法保護之著作，則雜誌社將該資料刊登於雜誌係屬著作權法所定重製之行之（參照著作權法第三條第一項第五款），原則上應徵得該等著作著作財產權人之同意或授權。又雜誌社對所刊登之資料如有選擇及編排具有創作性者，享有編輯著作之著作權，但是對所收編著作之著作權不生影響；亦即所收編著作之著作權仍屬原作者（受讓著作財產權之人）所有。」

¹⁶ 經濟部智慧財產局 98 年 09 月 25 日電子郵件 980925d 號函釋：「一、按著作權法（下稱本法）規定，就資料之「選擇及編排」具有「創作性」者為編輯著作，以獨立之著作保護之（請參考本法第 7 條第 1 項規定）。因此，所詢廠商為某期刊排版印刷，如該廠商未實際參與期刊之文章選擇及編排，或縱有實際參與排版印刷之行為，但對期刊文章並未加以選擇者，均無法主張編輯著作之著作權。二、又本法第 7 條第 2 項復規定：「編輯著作之保護，對其所收編著作之著作權不生影響。」因此，即使該排版印刷的廠商就所印刷之期刊，有選擇及編排之行為而享有編輯著作之著作權，惟該編輯著作內文章之著作財產權，仍屬原著作財產權人所享有。故貴公司如僅利用期刊內所刊登之文章自行製作成電子資料庫，並未利用到該排版印刷之廠商所編排之版面，亦不生侵害他人編輯著作的問題。」

「編輯著作」所「選擇及編排」之標的，依第 7 條第 1 項規定係屬「資料」，而非「著作」，其意指「編輯著作」所「選擇及編排」之標的可能係著作權法所稱之「著作」，例如文章、照片、圖案或詞曲，亦可能係非屬於「著作」之「資料」，例如降雨量、人口年齡、性別、收入、進出口數據或金融活動之指數等。若「編輯著作」所「選擇及編排」之標的，係仍受著作權法所保護之「著作」，則須取得個別著作之著作財產權人之授權，此一授權即有著作權法第 37 條之適用。

除此之外，針對新聞紙、雜誌或期刊，著作權法第 41 條及第 61 條尚有相關規定。

著作權法第 61 條係對於時事論述之合理使用，該條規定：「揭載於新聞紙、雜誌或網路上有關政治、經濟或社會上時事問題之論述，得由其他新聞紙、雜誌轉載或由廣播或電視公開播送，或於網路上公開傳輸。但經註明不許轉載、公開播送或公開傳輸者，不在此限。」此項合理使用係基於時事論述之傳播，原本僅允許「新聞紙、雜誌」等新聞媒體進行二次利用¹⁷，92 年修正著作權法增訂「公開傳輸權」時，相對增訂「公開傳輸權」之限制，並未將該條文所定「網路上公開傳輸」合理使用之主體限制為「新聞紙、雜誌」，從而，任何人均得於於網路上公開傳輸揭載於新聞紙、雜誌或網路上有關政治、經濟或社會上時事問題之論述。惟因實務上大部分新聞紙、雜誌均依該條但書規定，特別註明不得任意利用，大幅限縮該條所定二次利用之合理使用可能。

¹⁷ 92 年修正前之著作權法第 61 條規定：「揭載於新聞紙、雜誌有關政治、經濟或社會上時事問題之論述，得由其他新聞紙、雜誌轉載或由廣播或電視公開播送。但經註明不許轉載或公開播送者，不在此限。」

第 41 條另有特別規定：「著作財產權人投稿於新聞紙、雜誌或授權公開播送著作者，除另有約定外，推定僅授與刊載或公開播送一次之權利，對著作財產權人之其他權利不生影響。」依該條規定，新聞紙、雜誌或期刊上之單篇著作，原則上僅授與新聞紙、雜誌或期刊刊載一次之權利，各單篇著作之權利仍歸作者享有，新聞紙、雜誌或期刊如欲再作「二次利用 (Secondary Use)」，須經各單篇著作之著作財產權人同意，亦即各單篇著作之「利用控制權」與「利益分配權」，仍在著作財產權人之手中。

第 37 條第 1 項規定：「著作財產權人得授權他人利用著作，其授權利用之地域、時間、內容、利用方法或其他事項，依當事人之約定；其約定不明之部分，推定為未授權。」既然本項後段已規定「約定不明之部分，推定為未授權」，則第 41 條之「除另有約定外，推定僅授與刊載或公開播送一次之權利」，是否根本係贅語？蓋投稿之目的當然係為於新聞紙、雜誌或期刊上之刊登，領取一次稿費屬於刊登一次之對價，而約定可分為明示與默示，既無明示或默示之約定，一旦有爭執，即屬於「約定不明」，直接適用第 37 條第 1 項後段「推定為未授權」即可，何必再適用第 41 條之「推定僅授與刊載或公開播送一次之權利」？

按「編輯著作」不以新聞紙、雜誌或期刊為限，與其性質相近者，例如論文集，亦得因其就各篇論文之「選擇及編排具有創作性」，而成為「編輯著作」，並與所選擇之各篇論文之著作權相區隔，獨立受著作權法保護。然而，論文集與新聞紙、雜誌或期刊於性質上仍有不同，前者之出版發行期間原則上無所限制，可一版再版；後者則具高度時效性，再版價值極為輕微。對個別著作之著作財產權人而言，於授權使其個別著

作被納為論文集之內容時，已可預期論文集有再版之可能，惟於授權其個別著作刊登於新聞紙、雜誌或期刊之特定日期發刊期號時，難以預期該期號之新聞紙、雜誌或期刊有再版之可能。從而，授權納為論文集之內容時，契約縱未就再版進行明文約定，仍可認定對於論文之再版有默示授權，包含於先前授權利用論文所行使之「利用控制權」中，至於是否對於再版另行支付使用報酬，則係「利益分配權」之利益如何分配之議題，不影響默示授權之存在；惟於授權新聞紙、雜誌或期刊刊登時，不僅不得推論有默示授權之可能，反而須進一步以法律明文規定，除非雙方另有約定外，否則應「推定僅授與刊載一次之權利，對著作財產權人之其他權利不生影響」，以保護個別著作之著作財產權人之權利，此即著作權法於第 37 條第 1 項之一般授權規定之外，必須另以第 41 條針對投稿於新聞紙、雜誌或期刊之著作特別立法之理由。

在第 41 條明示為「推定僅授與刊載或公開播送一次之權利」之下，數位網路科技發展普及前之做法，登載之當期新聞紙、雜誌或期刊發行後，將各當期發行所剩餘刊物，製作成合訂本，固仍屬原刊載之一次，若因暢銷而增印，是否屬原刊載之一次？若每隔一段期間印製發行原樣之合訂本，或是縮小本，能否仍是原刊載之一次？為供消費者保存方便而製成微縮影版，能否仍屬原刊載之一次¹⁸？自維護投稿著作財產權人之利益角度觀之，該等利用既非新聞紙、雜誌或期刊之當期發行，應非屬於原刊載之一次，而係個別著作之「二次利用」，於我國無類似美國著作權法第 201 條第 (c) 項所稱「媒體中立」之「改版 (revision)」特權規

¹⁸ 此與早年圖書館依著作權法第 48 條第 2 款「基於保存資料之必要」，自行將新聞紙、雜誌製作成微縮影版之合理使用，係屬二事。

定下，新聞紙、雜誌或期刊自應再取得授權及支付稿費，只是因其利益有限，著作財產權人不易察覺，故未引發關切。如今數位網路科技發展後，新聞紙、雜誌或期刊將過去之刊物，原樣轉換為光碟版，或是拆解成單篇作品，製作成電子資料庫時，顯然更不能算是原刊載之一次，而應再取得授權。而實務上，新聞紙、雜誌或期刊對此議題已有意識，均於刊登前或著作財產權人領取稿費同時，要求投稿者簽署當期刊登以外後續利用之授權書，以推翻第 41 條「僅授與刊載一次」之推定，惟對於後續之利用，通常並未再支付適當之使用報酬，對著作財產權人並不公平。

也由於我國無類似美國著作權法第 201 條第(c)項之「媒體中立」原則規定，前述新聞紙、雜誌或期刊與投稿者簽署當期刊登以外後續利用之授權書，只能解決當期內容之後續利用授權問題，對於早期已刊登於新聞紙、雜誌或期刊之著作，仍須一一再洽尋著作財產權人授權，始能再流通，對公眾接觸資訊之方便性，仍多阻礙。對於著作財產權人難以確認或接觸之著作，雖然文化創意產業發展法第 24 條已針對「孤兒著作」之利用建立強制授權制度，著作權主管機關經濟部並於 99 年 9 月依該法之授權，訂定發布「著作財產權人不明著作利用之許可授權及使用報酬辦法」，供利用人據以申請利用¹⁹，然而，每件申請費用新臺幣 5 千元之高額門檻，迄今尚無人提出申請，更不可能解決對於已發行新聞紙、雜誌或期刊內普遍已成「孤兒著作」之大量使用困境。

¹⁹ 關於文化創意產業發展法第 24 條有關「孤兒著作」之強制授權制度，請參閱拙著「關注文化創意產業發展法之孤兒著作條款之落實」，刊載於文建會文化創意產業推動服務網 2010 年 9 月電子報 <http://cci.culture.tw/cci/cci/epp/003/epp-01-1.html>，亦得於著作權筆記閱覽，<http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php?board=4&act=read&id=231>，(造訪日期：2012 年 05 月 1 日)。

柒、法制面因應之道

新聞紙、雜誌或期刊之「編輯著作」與論文集之「編輯著作」，性質上有所不同，現行著作權法之規定，已做差異規定，然仍無法解決數位網路技術發展後，對於已發行新聞紙、雜誌或期刊內容重新利用之困境，亟待進一步修正。法制面上之因應，得綜合美國著作權法第 201 條第 (c) 項之「改版 (revision)」特權以及我國著作權法第 41 條新聞紙、雜誌或期刊內容「二次利用」之規定，進一步做公平合理之調整。

我國著作權法第 37 條第 1 項規定：「著作財產權人得授權他人利用其著作，其授權利用之地域、時間、內容、利用方法或其他事項，依當事人之約定；其約定不明之部分，推定為未授權。」其中後段所稱「其約定不明之部分，推定為未授權」，充份保護著作財產權人之利益，使其不致因約定不明而受損害。事實上，科技發展充滿許多不可知之變數，著作財產權人於授權當時未必能預見未來所可能發展出之利用型態，尤其幾乎所有授權契約均係由深具經營經驗之著作權產業以定型化契約限制著作財產權人協商機會，法律或法院必須作有利於著作財產權人之處理，始足有效保護著作財產權人。即使如此，經過一連串爭議案件之經驗，著作權產業亦調整其著作利用授權之定型化契約，多採用「以現在或未來可能發展之技術進行各種利用」之授權條款，此種「包山包海」式之約定，著作權人無法預測未來利用技術發展後所可能產生經濟上之價值，又無能力與強勢之著作權產業做其他不同利用條件之協商，絕對不利於著作權人，是否能基於契約自由原則，即認定其為有效之約定，亦非無疑義。

以將創作視為天賦人權，法制上或契約上不可輕易剝奪創作者權益之歐陸法系而言，德國 1965 年著作權法第 31 條第 4 項原本禁止授權合約中「以未知之方法利用著作」，做為授權範圍之約定，明文規定該等約定為無效，但迫於現實上常見此種授權之需求，2008 年修正施行之新法刪除該項規定，新增第 31 條 a，使「以未知之方法利用著作」之授權，不再無效，但必須以書面為之，另要求利用人應於該等利用開始前通知著作人，以使其得撤銷該等授權，或是依第 32 條 c 請求適當之使用報酬。這項法制上之發展也顯示，授權市場上之實際需求，也會導致立法政策上之調整，但總以明文化為必要。

探究美國著作權法第 201 條第 (c) 項之立法背景，該法係於 1976 年立法，其時之雜誌期刊出版狀態及利用情形，與今日不可同日而語。當時雜誌期刊之主要價值，在於對訂戶之當期發刊，至於其後之「改版 (revision)」發行，主要係供典藏之用，例如報刊縮小合訂本、微縮影片等，其選購對象集中於極少數之重要圖書館等典藏機構，而非廣大之一般使用人。考量雜誌期刊付出稿費乃取得「首刊權」之對價，而其「二次利用」之經濟價值極低微，而重新與個別著作權人洽談授權，曠日費時，不符社會經濟成本，乃使已支付「首刊權」對價之雜誌期刊，不必再取得雜誌期刊等集合著作中個別著作之著作權人授權。此項立法之思考，在於當時雜誌期刊紙本「改版」之「二次利用」，經濟利益極其有限，著作權人「利益分配權」之價值幾近於零，毋須特別關照，為利於既有雜誌期刊之「改版」，乃明文以法律限制著作權人之「利用控制權」，毋須再經其同意。

隨著數位網路科技發展，美國著作權法第 201 條第 (c) 項之立法已

有重新檢討之必要，其關鍵點在於「利益分配權」之更張，而不在「利用控制權」之調整。由於雜誌期刊之主要價值，已不再集中於對訂戶之紙本當期發刊，其後之改版發行再利用，例如光碟版、數位資料庫等，供一般讀者跨越時空、快速檢索，其「二次利用」所具有細水長流、廣泛普遍之長尾效應價值，已遠超過當期紙本發刊之價值，甚至躍升為價值之主流。既然「二次利用」所產生之利益，已幾近取代甚至超越「首刊權」之價值，過往屬於「首刊權」對價之稿費，並不足以反應對「二次利用」「利益分配權」之合理性，自有重新分配之必要，使著作財產權人有機會參與「二次利用」之利益分配，否則，雜誌期刊僅就價值較低之「首刊權」，以稿費交換著作財產權人之「利用控制權」，進行價值較低之利益分配，卻獨享「二次利用」之鉅大利益，絲毫不與著作財產權人分享利益。此種未尊重著作財產權人「利益分配權」之經營模式，對著作財產權人並不公平。

關於「利用控制權」，係雜誌期刊內容「二次利用」得否順利之關鍵。由於著作權法第 41 條規定：「著作財產權人投稿於新聞紙、雜誌或授權公開播送著作者，除另有約定外，推定僅授與刊載或公開播送一次之權利，對著作財產權人之其他權利不生影響。」新聞紙、雜誌上之文章，如無特別約定，「推定」著作財產權人「僅授與刊載一次之權利」，而第 37 條第 1 項亦規定，關於著作利用之授權，「其授權利用之地域、時間、內容、利用方法或其他事項，依當事人之約定；其約定不明之部分，推定為未授權。」著作財產權人投稿，對於新聞紙、雜誌而言，係第 37 條第 1 項著作利用之授權，若未與新聞紙、雜誌有進一步約定，依第 41 條規定，除「刊載一次」以外，新聞紙、雜誌應不得再作其他利

用。不僅如此，對於約定不明之部分，依第 37 條第 1 項後段，更應「推定為未授權」。

已刊登於雜誌期刊之著作，著作權人既有公開而被利用之意願，只要兼顧其「利益分配權」之保障，基於公眾方便檢索及接觸該著作之公益考量，非無稍加弱化其「利用控制權」之餘地。早於 94 年 8 月 23 日經濟部智慧財產局就「數位內容產業發展條例（草案）」²⁰所涉及著作權法相關法制所召開之專家諮詢會議中，謝銘洋教授曾建議於著作權法第 62 條之 1 增訂「出版品數位化法定授權條文」，以解決雜誌、期刊論文建立數位化資料庫授權不易之困境²¹，該條文於經濟部智慧財產局會議討論修正後，草案文字內容如下：

第六十二條之一

新聞紙、期刊、雜誌等定期出版品之出版人，就其出版品中之投稿著作，得自行或授權他人重製為數位資料庫，並以離線或網路連線之方式提供公眾使用。但經著作財產權人投稿時或投稿後以書面表示反對之意思者，不在此限。

²⁰ 本條例之立法後因行政院政策改變，條例草案主要內容經併入「文化創意產業發展法」，關於著作權議題之條文，最後僅剩第 23 條之著作財產權設質及第 24 條孤兒著作之利用等二條文，其餘不再列入，詳請參閱拙著『『數位內容產業發展條例草案』有關著作權規範之檢討』，刊載於 95 年 4 月科技法律評論第 3 卷第 1 期，得於「著作權筆記」網站上閱覽，<http://www.copyrightnote.org/paper/pa0038.doc>；另請參閱「不該在文創法出現的著作權條文」，

<http://www.copyrightnote.org/cnote/bbs.php?board=4&act=read&id=230>，（造訪日期：2012 年 05 月 1 日）。

²¹ 該項建議源自 91 年 12 月行政院第 23 次科技顧問會議「報告案：推動我國新興高科技產業發展與法規環境」之「建議或解決方案」第 3 點：「著作權法應賦予出版人就其所出版之雜誌、期刊、新聞紙享有建置電子資料庫之法定非專屬授權，以促進數位內容資訊產業之發展。」

前項情形，出版人應通知被利用著作之著作財產權人，並支付使用報酬。使用報酬率由著作權法主管機關定之；其金額應與著作一般經自由磋商所應支付合理之使用報酬相當。

利用人依第一項規定利用著作後，著作財產權人反對其繼續利用，經以書面通知利用人者，應立即停止利用。利用人為利用該著作已支出之費用，得請求著作財產權人補償。（甲案：應停止利用不停止利用，就會進入未獲授權而利用之狀態，利用人極可能構成侵權。另方面，利用人對著作財產權人僅享有補償支出之請求權）

利用人依第一項規定利用著作後，著作財產權人反對其繼續利用，經以書面通知利用人者，應立即停止利用。但利用人為利用該著作已支出之費用，以補償其損失為限，始得反對其繼續利用。（乙案：此案課予著作財產權人較高之義務，使著作財產權人不濫行反對）

第一項規定不影響被利用著作財產權人自行或授權他人利用其著作之權利。

著作權法主管機關訂定第二項之使用報酬率時，應先交由著作權專責機關所設置著作權審議及調解委員會予以審議。

本法施行前已發行定期出版品之出版人就該等出版品投稿著作欲適用本條規定者，應以書面通知原著作財產權人於三個月以上期間內，表示意思，期滿未表示反對之意思者，得依本條規定利用之。

此項條文設計，屬於「法定授權」，其得利用之主體限於「新聞紙、期刊、雜誌等定期出版品之出版人」，即原本發行該新聞紙、期刊、雜誌

之人，但其他新聞紙、期刊、雜誌之出版人、資料庫業者或一般利用人，得透過原本發行該新聞紙、期刊、雜誌之人之授權而取得利用。其利用之標的則為「新聞紙、期刊、雜誌等定期出版品中之投稿著作」，利用之方式包括「自行或授權他人重製為數位資料庫，並以離線或網路連線之方式提供公眾使用」。由於第 4 項明定此一「法定授權」「不影響被利用著作財產權人自行或授權他人利用其著作之權利」，應屬於「非專屬授權」，惟第 1 項又允許「新聞紙、期刊、雜誌等定期出版品之出版人」「得自行或『授權他人』」，異於第 37 條第 3 項所定「非專屬授權之被授權人非經著作財產權人同意，不得將其被授與之權利再授權第三人利用。」從而，此一「非專屬授權」似又不同於一般「非專屬授權」。

在「利用控制權」方面，該項建議草案係採取「預設同意（opt-out）」之設計，亦即著作財產權人於投稿時或投稿後，得以書面表示反對，則新聞紙、期刊、雜誌等定期出版品之出版人即不得逕為利用或授權，利用人應進一步與著作財產權人洽談授權。更進一步地，草案尚於利用人依「法定授權」制度利用著作之後，賦予著作財產權人仍有反對之機會，僅係就其反對所造成之損害如何均衡，區分甲、乙二案而已。此一法制上設計，並未完全剝奪著作財產權人之「利用控制權」，而係將其稍加弱化而已，目的在方便出版人或其所授權之人「二次利用」，以利公眾接觸資訊，但允許著作財產權人隨時反對，回到市場機制。

雖然著作財產權人之「利用控制權」已被弱化，但草案對於著作財產權人之「利益分配權」仍予切實維護，利用「新聞紙、期刊、雜誌等定期出版品中之投稿著作」之出版人，仍須通知被利用著作之著作財產權人，並依著作權法主管機關所定費率支付使用報酬。而該項使用報酬

之金額必須「與著作一般經自由磋商所應支付合理之使用報酬相當」。

上述草案條文之設計，在尊重我國第 37 條第 1 項所定「授權利用」之原則下，融合美國著作權法第 201 條第(c)項及我國著作權法第 41 條規定，做進一步調整，其先弱化著作財產權人之「利用控制權」，使得原出版人而非其他一般人，為製作數位資料庫得逕行「二次利用」先前自己所發行新聞紙、期刊、雜誌內容，不必重新與著作財產權人洽談授權，但仍切實維護其「利益分配權」，使著作財產權人有參與分配其著作被「二次利用」所生之利益，同時搭配著作財產權人隨時有權反對利用之設計，可謂係在著作財產權人之私權與公眾接觸已發行新聞紙、期刊、雜誌完整內容之公共利益之間，取得公平合理之均衡，值得肯定。

該項設計與美國著作權法第 201 條第 (c) 項不同之處，在於草案明文允許「新聞紙、期刊、雜誌等定期出版品之出版人」除自行利用外，尚「得授權他人」利用，成為特殊之「非專屬授權」之「法定授權」。相較於著作權法第 12 條第 3 項關於出資聘人完成著作情形下，出資人得利用該著作之「法定授權」，並未明文允許出資人得授權他人利用，著作權專責機關亦認定出資人不得再授權他人利用²²，草案此項明文允許使出版

²² 經濟部智慧財產局 96 年 12 月 10 日智著字第 09600104530 號函釋：「二、按著作權法第 12 條第 3 項規定：『依前項規定著作財產權歸受聘人享有者，出資人得利用該著作。』是出資人得利用受聘人完成之著作是一種法定授權，只有出資人本人得以主張。因此，著作權法第 12 條第 3 項的出資人，即便自己不加以利用，亦不得將該法定授權（利用權）再授權他人或讓與第三人。三、惟本法第 12 條第 3 項所謂之『出資人得利用該著作』，其得『利用』之範圍，須依出資人與受聘人間之『契約目的』加以解釋；倘依契約之目的，可認除『出資人』本人外，尚包含『出資人交由他人所為之利用行為』時，則該他人之利用行為，亦應視為出資人本人之利用行為，而不構成著作權之侵害；惟此種行為究與所稱『利用權』之讓與有別，併予敘明。」

人「得授權他人」利用之設計，顯不恰當。本文認為參考美國 Tasini 案及 Greenberg 案，均未允許原出版人除自行利用之外，尚得再授權他人利用，草案設計所本之 91 年 12 月行政院第 23 次科技顧問會議「報告案：推動我國新興高科技產業發展與法規環境」，亦僅建議「著作權法應賦予出版人就其所出版之雜誌、期刊、新聞紙享有建置電子資料庫之法定非專屬授權，以促進數位內容資訊產業之發展。」並未擴及授權他人利用，故關於他人之利用，仍應回到市場機制，以合意授權為之，不宜擴大「法定授權」之範圍。

此外，草案並未推翻既有市場機制，亦即若出版人於出版前已取得新聞紙、期刊、雜誌等定期出版品中投稿著作之著作財產權或著作利用之授權，雙方已就著作財產權之歸屬或其利用有所約定，自無須再透過上開草案條文利用著作。

草案關於出版人於此項「法定授權」之義務，則有近一步調整之必要。草案第 2 項規定：「前項情形，出版人應通知被利用著作之著作財產權人，並支付使用報酬。」若根據著作權法第 47 條編製教科書之「法定授權」經驗²³，該條第 4 項同樣規定利用人「應將利用情形通知著作財產權人並支付使用報酬」，實際上之執行情形，由於智慧局曾以函釋說明如利用人已盡相當努力而無法通知著作財產權人或支付使用報酬者，得將

²³ 著作權法第 47 條規定：「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，在合理範圍內，得重製、改作或編輯他人已公開發表之著作。前項規定，於編製附隨於該教科用書且專供教學之人教學用之輔助用品，準用之。但以由該教科用書編製者編製為限。依法設立之各級學校或教育機構，為教育目的之必要，在合理範圍內，得公開播送他人已公開發表之著作。前三項情形，利用人應將利用情形通知著作財產權人並支付使用報酬。使用報酬率，由主管機關定之。」

使用報酬留存，俟著作財產權人提出要求後再行支付²⁴，導致利用人逕行使用但未通知亦未支付使用報酬之不公平現象，故建議進一步修正，除了維持通知著作財產權人之義務，至少應將使用報酬提存或交由著作權集體管理團體代轉，以避免實質上並未支付使用報酬，卻已進行使用之不公平缺失。前述中國大陸著作權法修正草案第 26 條關於「孤兒著作」之強制授權制，亦考量到此公平性議題，要求必須提存使用報酬後使得使用。至於該筆提存或交由著作權集體管理團體代轉之使用報酬，如經一段期間無從支付，本文建議僅得依法歸著作權集體管理團體做為團體公益活動使用。

捌、實務面因應之道

上述智慧局討論之原草案條文，隨著「數位內容產業發展條例草案」胎死腹中，「文化創意產業發展法」完成立法，未再被仔細考量，如今再度提出，目的在從法制面建立「法定非專屬授權」機制，解決新聞紙、雜誌或期刊之原出版人重新利用自己先前已發行新聞紙、雜誌或期刊內容之授權困難議題，並兼顧個別著作之著作財產權人利益，以使該等著作有被數位化及方便檢索利用之可能，由於本文建議該項修法之利用人僅限於新聞紙、雜誌或期刊之原出版人，不及於其他人，故非在促使建立大型集中之新聞紙、雜誌或期刊內容之電子資料庫。而要求利用人無法通知或支付使用報酬時必須提存使用報酬或交由著作權集體管理

²⁴ 經濟部智慧財產局 89 年 07 月 07 日智著字第 89005709 號函釋：「又利用人如已盡相當努力，仍無法通知著作財產權人或支付使用報酬者，建議該項使用報酬得予留存，俟著作財產權人提出要求後再行支付。至於著作權人所要求之報酬遠超過上述之使用報酬率，如利用人同意支付，則可依本法第三十七條規定約定著作財產權之授權利用條件。」

團體代轉，則在落實使用者付費之基本原則，達到社會公益。

在智慧型手機、電子閱讀設備及無所不在之雲端概念普及之後，隨時隨地接觸資訊之環境已然成熟，發展重點終究必須回到以內容吸引消費者，始能立於不敗之競爭地位。關於建立大型集中之新聞紙、雜誌或期刊內容之電子資料庫，甚至擴大及於書籍內容之電子書資料庫或平台，並無法亦不宜透過「法定授權」機制處理，而仍須回到市場機制，尊重第 37 條第 1 項所定「授權利用」之原則，以商業模式運作。由美國紐約南區聯邦地方法院法官 Chin 於 2011 年 3 月 24 日否決 Google 與出版界於 2008 年 10 月所提出「書籍搜尋計畫 (Google Book Search)」和解案²⁵，亦可理解美國司法機關對於著作權法「授權利用」原則與商業機制運作之堅持，捨此之外，應無他途²⁶。

回到著作權法「授權利用」原則與商業機制運作，著作權產業與著作財產權人必須以最大之誠意，在尊重著作財產權人之「利用控制權」與「利益分配權」之下，建立一套公平合理之利益分配機制，促使著作

²⁵ 該案起源於 Google 自 2004 年開始推動其「書籍搜尋計畫 (Google Book Search)」，與多個美國知名大學圖書館合作，將藏書數位化，以利書籍內容之網路全文搜尋商業活動，引發代表著作權人利益之美國出版商協會及紐約著作人協會不滿，於 2005 年向法院提出侵害著作權之訴。雙方於 2008 年 10 月提出和解案，惟法院未予批准，雙方尚未提出進一步和解案，參見拙著「法院駁回 Google 和解案所傳達的訊息」，http://www.copyrightnote.org/cnote/bbs.php?board=4&act=bbs_read&id=235&reply=235，(造訪日期：2012 年 05 月 1 日)。

²⁶ 法院否決此案係因若著作權法未做修正，「授權利用」之原則必須被嚴格遵守，公共接觸資訊之利益亦不應凌駕此原則，"Judicial disapproval of the settlement means the full promise of and societal benefits from the envisioned GBS ISD cannot be fulfilled without legislative action."參見 Pamela Samuelson, LEGISLATIVE ALTERNATIVES TO THE GOOGLE BOOK SETTLEMENT, "Symposium: Collective Management of Copyright: Solution or Sacrifice?" 34 Colum. J. L. & Arts 697, Summer 2011. P. 726.事實上，美國國會對於著作權法「授權利用」之基本原則，不可能動搖，自 2004 年迄今，並無任何相關法案被提出討論。

財產權人願意釋放其「利用控制權」，以利著作之流通與接觸。

觀察美國司法實務之判決實例，比較美國、加拿大與我國著作權法規範及討論可能之法律修正方向之後，回到現實面之因應，關於數位網路時代之新聞紙、雜誌或期刊個別內容之二次利用，本文建議其授權實務如下：

一、書籍與新聞紙、雜誌或期刊個別內容，應有不同對待

傳統上，書籍具單一量大之獨立內容，閱讀性恆久，保存性高，接近資本財，出版社對書籍內容之形成、審、編、校，相對審慎，投注極大心力，扮演重要角色；相對於書籍，新聞紙、雜誌或期刊之個別內容，偏向輕薄短小，即時性高，屬於消費財，其內容來自廣泛之各方，係附隨於新聞紙、雜誌或期刊之發行，成為新聞紙、雜誌或期刊之一部分，獨立性較低，出版人對個別內容投注心力較低。由於二者性質差異頗大，對於書籍與新聞紙、雜誌或期刊內容，於著作利用授權方面，亦應有不同之對待。

二、新聞紙、雜誌或期刊之「首刊權」應予尊重

著作人完成著作，原本即有權授權任何人利用其著作，故「一稿二投」並不致構成違反著作權法。然而，「一稿二投」不僅違反學術倫理²⁷，

²⁷ 依據教育部 99 年 11 月 24 日修正發布之「專科以上學校教師資格審定辦法」，將第 37 條第 1 項第 2 款原定不通過其資格審定原因之「嚴重違反學術倫理」修正移列為第 37 條第 1 項第 4 款之「其他違反學術倫理情事」，並於修正理由將「一稿二投」及「一稿多投」列為「其他違反學術倫理情事」之一，該項修正說明指出：「現行第 1 項第 2 款移列為第 4 款，因現行規定『嚴重違反學術倫理』未臻明確，且未能涵蓋各項違反學術倫理情事，爰修正為『其他違反學術倫理情事』（例如：引註不當、一稿二投、一稿多投、論文掛名等），並酌予修正其不受理期限。」

亦為新聞紙、雜誌或期刊所排斥，此於紙本時期如此，電子版時代亦然。由於新聞紙、雜誌或期刊之即時性特質，「首刊權」更為其價值之所在。所謂「首刊權」不僅係指特定著作於新聞紙、雜誌或期刊刊載前，不得先於他處公開發表，並包括不得於他處同時發表。若特定著作非為該新聞紙、雜誌或期刊獨家首刊，將喪失其市場領先地位，並被認為係對讀者之不尊重。新聞紙、雜誌或期刊多於稿約啟示強調禁止「一稿二投」，對於違反者並列為拒絕往來之黑名單，對未來之投稿永不錄用，以確保其「首刊權」。

此外，縱使其他新聞紙、雜誌或期刊不在乎「一稿再投」，接受首刊後之轉載，「首刊權」之意義尚包括轉載時應註明該文章曾於該新聞紙、雜誌或期刊首刊之事實，例如，註明原刊載之新聞紙、雜誌或期刊發行日期、刊號及頁數等出處，使新讀者知悉該著作原首次刊載之新聞紙、雜誌或期刊，以擴大首刊新聞紙、雜誌或期刊之影響力與能見度。

面對著作人普遍習於網路發表著作之環境，新聞紙、雜誌或期刊之「首刊權」尤其應予尊重。著作人依據著作權法第 15 條規定，就其著作享有「公開發表權」之著作人格權，其有責任使新聞紙、雜誌或期刊確知所刊登之著作，究是否為著作人首次公開發表者²⁸，此不僅為著作人依授權首次公開發表之契約所應負擔之法律上義務，亦屬授權出版發行之基本道德，而此項原則於紙本或電子版，不問有無稿費，均有其適用。

²⁸ 著作權法第 15 條第 1 項前段規定：「著作人就其著作享有公開發表之權利。」著作人之「公開發表權」，事實上僅有「第一次公開發表」其著作之權利，即「首刊權」之意，一旦著作經著作人第一次公開發表後，對於他人的第二次公開發表，即不得再主張「公開發表權」，只能尋求著作財產權方面之保障，處理第二次公開發表行為。

三、非專屬授權為新聞紙、雜誌或期刊個別內容「二次利用」之必要模式

新聞紙、雜誌或期刊之「首刊權」並不等於「專屬授權」，除非係由新聞紙、雜誌或期刊內部員工所完成之著作，依著作權法第 11 條規定，以員工為著作人，著作財產權歸新聞紙、雜誌或期刊享有，否則，新聞紙、雜誌或期刊之內容均係由所謂「自由撰稿人 (free lancer)」之外部著作人完成後，以投稿方式授權新聞紙、雜誌或期刊利用。「首刊權」係指特定著作於新聞紙、雜誌或期刊刊載前，未先於他處公開發表，或未同時於他處發表，或於後續轉載時註明首刊之事實。至於「專屬授權」，則係指著作授權新聞紙、雜誌或期刊刊載後，著作人不得自行或再授權他人轉用於他處，即使係「二次利用」，亦由原刊載之新聞紙、雜誌或期刊所專有，或僅能在其同意之下，始得進行「二次利用」。

如前所述，新聞紙、雜誌或期刊之特性在其即時性，「首刊權」亦為其價值之所繫。然而，新聞紙、雜誌或期刊之內容事實上係個別著作，與新聞紙、雜誌或期刊之關係，不若書籍內容之專屬性，其「二次利用」應予著作權人較大之自由空間，始有利於個別著作之流通散布。在尊重新聞紙、雜誌或期刊之「首刊權」之後，關於個別著作之「二次利用」，於一定期間經過後，應開放著作人自行或授權他人自由為之，不宜由原刊載之新聞紙、雜誌或期刊加以壟斷。尤其於網路平台或通路普及之環境下，取得書籍專屬授權出版發行之出版社都應以非專屬授權方式，促進各網路平台或通路就電子書之行銷進行平行競爭，對於在新聞紙、雜誌或期刊僅具附屬性之個別著作，更無理由使原刊載之新聞紙、雜誌或期刊享有壟斷權利。從而，原刊載之新聞紙、雜誌或期刊對其內

容除「首刊權」之外，充其量僅得享有一定期間之「專屬授權」²⁹，以確保「首刊權」之利益，於該期間經過後，應即僅能享有「非專屬授權」，不宜繼續壟斷該等內容。

學術性期刊於數位網路時代之行銷，更應引發關注。近來由數學家 Timothy Gowers 領導之一群學者，聯手發動一份名為「知識的代價」(The Cost of Knowledge)³⁰之線上連署活動，杯葛荷蘭知名學術期刊出版商 Elsevier，指控 Elsevier 之期刊內容原本多屬學者免費投稿，卻被 Elsevier 高價轉售學術機構賺取暴利，嚴重剝奪學者之利益，並阻礙知識流通，不利學術發展³¹。其實，面對有經驗又專業之國際期刊或資料庫業者，學者絕無能力對抗，惟賴業者為形象與聲譽考量之自我節制。學者發動「知識的代價」聯署之目的，在引發各方關切，對業者產生壓力，促使業者調整經營策略，未必能產生任何法律上之效力。

期刊僅是發表學術論文之園地，要求「首刊權」或禁止「一稿二投」固屬合理，若要求學者「專屬授權」則非合理要求，然而，形勢比人強，優質期刊以其市場強勢地位作此要求，學者為其學術發展考量，難以抗拒。若具領域領導地位之國際知名期刊要求學者必須讓與論文之著作財產權始予刊登時，幾乎無人得以拒絕。至於資料庫業者要求學者「專屬授權」其學術論文，尤不合理。資料庫並非論文發表之原始期

²⁹ 為避免影響紙本期刊之訂閱市場，一般電子資料庫收錄期刊內容，均為紙本發行後 6 個月，又依據「國家圖書館遠距圖書服務系統」之說明：「為尊重各出版單位之發行立場，凡近六個月內出版且未獲得著作權人授權之期刊資料，系統目前不提供一般讀者申請複印全文之服務。若需此類文章，請逕自向各圖書館提出申請。或透過『全國館際合作系統』申請複印。」從而，期刊之就其內容所享有專屬授權期間，亦應以 6 個月為宜。

³⁰ 該活動網站請參閱 <http://thecostofknowledge.com/>，(造訪日期：2012 年 05 月 1 日)。

³¹ Timothy Gowers 為此活動撰擬論述文件如下：
<http://gowers.files.wordpress.com/2012/02/elsevierstatementfinal.pdf>，(造訪日期：2012 年 05 月 1 日)。

刊，「非專屬授權」有助於相同內容之論文出現於不同資料庫，促使不同資料庫間，以服務、功能及價格相互競爭，而非以「專屬授權」將知識壟斷，規避競爭，對知識傳播方為有利，對學者也較公平。本文建議，政府部門就此議題，應訂定著作利用授權契約範本，引導論文資料庫之授權市場趨向公平合理，避免形成知識壟斷。

2012 年 5 月 30 日於教育部舉行之該部第 5 屆保護校園智慧財產權跨部會諮詢小組第 1 次會議中，本文作者以委員身分就此議題提案建議政府應引導學術論文妥適授權利用，以促進研究成果公平自由流通，最後決議建議經濟部智慧財產局研擬學術論文非專屬授權範例供各界參考，並提供教育部進行相關推廣宣導³²。經濟部智慧財產局於 2012 年 9 月中

³² 該項提案與決議如下：「為引導學術論文妥適授權利用以促進研究成果公平自由流通一案，提請討論。說明：一、各級學校教師（不限於大專校院教師）或大專校院學生所完成之學術論文，具研究參考價值，應廣為散布流通，以利學術研究。二、出版社對於書籍出版要求著作人專屬授權、學術期刊要求著作人授予論文「首刊權」，有其事實需求與市場價值，應予尊重。惟學術期刊或論文資料庫業者要求專屬授權，禁止學術論文之著作人自行或再授權他人利用，將造成學術資源壟斷，搜尋與接觸價格高昂，不利學術研究發展。三、鑒於個別教師或學生為升等、畢業之論文發表壓力，無力反對雜誌期刊或資料庫業者對學術論文專屬授權之要求，已危及各大專校院近年為校園內部學術分享所積極推動之「機構典藏（Institutional Repository, IR）」計畫，每年反須以巨額公帑訂閱本校教師及學生之論文資料庫，教育主管機關及著作權主管機關基於保障學術自由流通，不宜誤將此不合理現象視為市場自由機制，而應有積極作為，以促進公益。四、各國學界對此議題已有諸多反應可供參考，諸如：英國之 Cost of Knowledge (<http://thecostofknowledge.com/>)、美國之 Open Access、哈佛大學之 Digital Access to Scholarship at Harvard (<http://dash.harvard.edu/>) 計畫等。五、建議教育部及經濟部智慧財產局採取以下作為：（一）經濟部智慧財產局參考其他政府部門（行政院消保會、內政部、交通部觀光局）確保經濟活動公平交易之做法，研擬學術論文非專屬授權範例，供期刊、資料庫業者、學校、教師及學生參考。（二）教育部將前述範例函轉各級學校，提醒各校於聘約或學則針對「機構典藏」之落實為適當規範，並呼籲教師與學生依該範例與期刊或資料庫業者洽談授權。（三）教育部函請行政院公平交易委員會及文化部對於促進學術論文之自由利用，對相關產業為必要之行政指導。決議：建請經濟部智慧財產局參酌本案討論意見，研擬學術論文非專屬授權範例供各界參考，並提供教育部進行相關推廣宣導。」

旬已完成學術論文非專屬授權範例，由教育部函轉各公私立大專校院，請各校轉知師生，宣導推廣適用³³，至於這項範例在各校如何發揮功效，則有待觀察。但如果學校自己發行之學術期刊都不能重視這議題而有所調整，也無法對商業性專業雜誌有更大期待了。

四、「適當利益分配」為數位網路時代著作授權之核心

數位網路時代，智慧型手機、電子閱讀設備及無所不在之寬頻網路，均僅係接觸資訊之工具，必須有豐富而充實之內容，始能使該等工具發揮真正效用，而欲取得該等內容之利用，必須善待著作人，取得其參與之意願。只有「適當利益分配」滿足著作權人之「利益分配權」，方得促使著作權人釋放「利用控制權」。書籍與新聞紙、雜誌或期刊個別內容，雖在性質上有別，其均源自於著作人之嘔心瀝血，則無分軒輊。紙本書籍或電子書之出版發行，係以一定收益之比例與著作人分享利益，新聞紙、雜誌或期刊亦應與個別內容之著作人分享適當之利益。新聞紙、雜誌、期刊或資料庫業者，無論係以內容點閱率計算廣告費收入，或是依訂戶之瀏覽、下載或列印計算收入，均有技術與能力，以此相同基礎與著作權人分享利益。當「二次利用」之經濟價值已超越「首刊權」之經濟價值時，著作權產業在「首刊權」之稿費之外，對於「二次利用」之收入，應再與著作權人適當分享利益，始符合社會公平正義，也更容易獲得著作權人之支持與配合，提供更多豐富而充實之內容。

³³ 教育部 101 年 09 月 24 日臺技（三）字第 1010169326 號函。

玖、結論

著作權法之立法目的非僅在保護著作權，而係在「保障著作人著作權益」與「公眾利用著作之利益」間，作適當之均衡。數位網路時代，欲使著作被廣泛合法利用，達到著作權法終極目標之「調和社會公共利益，促進國家文化發展」，著作權人之「利用控制權」與「利益分配權」應被尊重與重新調整。由美國、加拿大、中國大陸與台灣之著作權法規定、草案與實務綜合觀察，引進「新聞紙、雜誌或期刊內容二次利用法定授權條文」，弱化「新聞紙、期刊、雜誌等定期出版品中之投稿著作」著作財產權人之「利用控制權」，有其必要，但其「二次利用」之「利益分配權」則仍切實維護。至於建立大型集中之新聞紙、雜誌或期刊內容之資料庫，甚至擴大及於書籍內容之電子書資料庫或平台，則仍須回到市場機制，尊重著作權法第 37 條第 1 項所定「授權利用」之原則，以商業模式運作。其中，「非專屬授權」及「適當利益分配」應成為數位網路時代著作授權之核心。惟有如此，於智慧型手機、電子閱讀設備及無所不在之寬頻網路普及之後，著作權人始有參與意願，提供更多豐富而充實之內容，有利公眾接觸資訊與知識，並符合社會公平正義。