

孤兒著作利用困境之解決與立法

章忠信*

摘要

數位網路時代擴大孤兒著作利用之困難，而無從與著作財產權人洽商授權，只能在停止使用或侵害著作財產權之間進行選擇。國際間密集討論並立法處理相關議題，我國 99 年制定公布之文化創意產業發展法第 24 條引進孤兒著作之強制授權條款，經濟部智慧財產局於 103 年及 104 年所公布之著作權法修正草案各稿，嘗試有所修正移列。

本論文從著作權法制之目的談起，分析孤兒著作之起因，觀察國際及各國目前之因應趨勢及具體作法，經由釐清相關議題本質，對著作權法修正草案關於孤兒著作之規範，提出具體修正建議，包括恢復著作權登記制度、修正著作財產權延長保護期間之思維，並建議孤兒著作利用困難議題解決目標應集中於文化之保存及方便公眾之接觸，而非降低保護，故相關立法應以建立合法、簡易、明確性利用孤兒著作機制為主要原則。

關鍵字：孤兒著作、強制授權、法定授權、合理使用、創作保護主義

* 大葉大學管理學院助理教授兼智慧財產權碩士在職學位學程及智慧財產權研究中心主任、經濟部智慧財產局著作權審議及調解委員會委員，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。E-mail: ipr@mail.dyu.edu.tw。本文相關論述僅為一般研究性之探討，不代表本局之意見。

壹、前言

數位網路時代，人人均可輕易地將其文字或照片上傳網路，而既有出版發行之著作，也被以快速分散方式，於線上廣泛流通，利用人較以往有更多機會，接觸到各種著作內容，其中，有更多係著作財產權人不明或其所在不明之孤兒著作。授權利用係著作權法制基本原則，當利用人欲利用孤兒著作而無從與著作財產權人洽商授權，只能在停止使用或侵害著作財產權之間進行選擇。

保護著作權為著作權法制之重要立法目的之一，當著作財產權人未積極管理其著作，導致利用人洽談授權利用無著，不利資訊之散布及再創作之產生，著作權法制是否坐視其發展，無任何有效作為？

如何解決孤兒著作利用之困難，係近年國際間密集討論之議題，我國於 99 年制定文化創意產業發展法時，於第 24 條引進孤兒著作之強制授權條款¹，施行以來，未盡如人意，經濟部智慧財產局於 103 年及 104 年所公布之著作權法修正草案各稿，嘗試有所修正移列。

本論文從著作權法制之目的談起，分析孤兒著作之起因，觀察國際及各國目前之因應趨勢及具體作法，期待經由釐清相關議題本質，以對著作權法修正草案關於孤兒著作之規範，提出具體修正建議，兼顧著作權人私權保護及公眾接觸人類智慧成果之公益考量。

¹ 將孤兒著作之強制授權條款增訂於文化創意產業發展法，係錯誤不當之立法，有其背景因素，詳請參閱拙著，章忠信，【不該在文創法出現的著作權條文】，2010-01-08/著作權筆記網站，<http://www.copyrightnote.org/ArticleContent.aspx?ID=54&aid=2229>（最後瀏覽日：2015/08/30）。

貳、著作權法制之目的

國際間第一部著作權法，咸信始自英國 1709 年之安妮法案²。事實上，自 15 世紀印刷術於西方世界普及之後，書籍之印行已受到利益各方所關注，無不思考如何掌控創作之內容及其衍生之龐大利益。當權者透過註冊制度與印刷公會進行利益交換，印刷事業為官方特許行業，印刷廠組成公會，建立書籍印刷之註冊制度，確保其印製來源之明確性，以便於書籍內容有忤逆當權者情事時，得有負責之人承擔受罰。

民主思潮於歐陸崛起之後，這套以管制思想為中心之制度無從續存，著作人順勢被推上保護智慧創作之前台，以維持幕後印刷業者之既得利益。無論如何，保護著作人智慧創作成果，已成既定潮流，出版業於類比時代取代印刷業，掌握著作之行銷利益，又於數位網路時代，逐步喪失其掌握數世紀之商業優勢。

在著作權法制建立之前，著作內容係公有共享，屬於「公共所有（public domain）」之領域³。著作人因其創作內容被自由利用而名滿天下，至於經濟收益，則係以對於空白紙張、木料或其他有體媒介上之創作加值，創作成果附著於真跡手稿，與其他有體商品一般，隨物之所有權移轉而換取經濟利益之回報。

科技發展改變此一狀態，著作內容因印刷術之發明及普及，得被輕易地脫離原件，轉而重複印製至無限數量之有體物上，並進一步廣泛販售行銷。著作人辛苦完成創作，其創作內容得被他人轉用而獲取巨大經濟利益，而轉用並獲得巨大利益之人，或係付費向著作人取得其著作原件所有權之人，甚或完全未支付任何費用予著作人，僅係單純轉用之第三人。此一現象對著作人造成極度不公平之結果，而既有規範有體物之物權法律，無從就此無體創作之利益，進行公平合理之分配，乃有著作權法制之產生。

由著作權法制之發展歷史可知，著作內容原本係公有共享，著作人透過對有體物之加值而獲利。其時，物權法律足以達成經濟利益分配之任務。科技發展打

² Deazley, R., Commentary on the *Statute of Anne* 1710, PRIMARY SOURCES ON COPYRIGHT (1450-1900), L. Bently & M. Kretschmer eds., www.copyrighthistory.org (last visited Aug. 30, 2015).

³ Laura N. Gasaway, *A Defense of the Public Domain: A Scholarly Essay*, 101 L. LIBR. J. 451, 451-470 (2009), http://www.aallnet.org/mm/Publications/llj/LLJ-Archives/Vol-101/pub_llj_v101n04/2009-25.pdf (last visited Aug. 30, 2015).

破此一均衡，對著作人極度不公，乃另尋建立適用於無體財產權之著作權法制，重新分配經濟利益⁴。從而，智慧成果原則上應屬公共所有，必須合於法律之要件，始能享有智慧財產權法律之保護，進入利益重新分配之範圍⁵，而著作權法制並非以「保護著作人著作權益」為唯一之職志，其實則並肩負有「調和社會公共利益」，以「促進國家文化發展」之使命。亦即，若著作權法制施行之結果，導致著作內容被壟斷，無從被公眾接觸，造成資訊停滯，知識不長，將有違著作權法制之立法原始目的，此亦為孤兒著作利用困境必須被有效解決之重要原因。

參、孤兒著作之起因

孤兒著作並非法定用語，僅屬學理上之通稱，依據2006年1月美國著作權局所提出關於孤兒著作之第一份報告，將其定義為「利用人已盡合理勤奮之努力，仍因著作權人不明或其下落不明，無從確知其是否同意或得於何等情形下加以利用之著作⁶」。我國文化創意產業發展法第24條則將其定義為「著作財產權人不明或其所在不明」之著作，由於無人負責該著作之使用或其他相關授權、處分事務，利用人洽商授權無門，該著作處於被棄置之狀態，形同孤兒，乃以為名。

孤兒著作之起因交錯複雜，直指著作權法制之基本核心，乃造成解決孤兒著作利用困境之左右為難，捉襟見肘。

一、創作保護主義之自動、無形式要件保護

如前所述，基於當權者對於著作內容之易於掌控，著作權法制建立以前，著作之印刷必須納入登記系統，此係公法上之管制制度。民主思潮湧現之後，著作

⁴ STEPHEN M. STEWART, INTERNATIONAL COPYRIGHT AND NEIGHBOURING RIGHTS 185 (2d ed. 1989) ("The history of copyright reflects the development of technology.").

⁵ J. THOMAS MCCARTHY ET AL., MCCARTHY'S DESK ENCYCLOPEDIA OF INTELLECTUAL PROPERTY 489 (3d ed. 2004).

⁶ "This Report addresses the issue of 'orphan works', 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. Even where the user has made a reasonably diligent effort to find the owner, if the owner is not found, the user faces uncertainty – she cannot determine whether or under what conditions the owner would permit use." See U.S. COPYRIGHT OFFICE, REPORT ON ORPHAN WORKS (2006), available at <http://copyright.gov/orphan/orphan-report-full.pdf> (last visited Aug. 30, 2015).

權法制擺脫內容管制，進行私法上之利益再分配時，首先面臨是否仍須先行註冊或登記始得享有著作權之爭議。

從著作內容公有共享之數千年歷史，進入經濟利益重新分配之時代，著作權法制初始設計之思維認為，著作人如欲打破公有共享之不利益狀態，必須先行表態，積極顯示其有意就其創作，爭取法律上賦予之權利，否則法律並無須主動保護其利益。此一思維使著作權註冊或登記，或於著作上進行著作權標示，成為取得著作權之法定必要條件。此外，對於完成創作而未對公眾發行者，亦認為其既未使公眾得接觸享受其智慧成果，自無保護其著作權之必要⁷。凡此，著作人於創作後，未積極作為以爭取著作權保護者，則應使其著作內容繼續處於公有共享之狀態，供公眾自由接觸利用。此乃著作權法對於著作權之取得，採註冊保護主義或要求必須符合其他「形式要件（formality requirement）」之源起思維。

民主思潮普及之後，基於創作乃天賦人權之理念，認為著作權之保護不應有任何外力之限制，對於公權力介入著作權註冊或登記，質疑當權者將以其個別好惡，作為否准註冊或登記之標準，干預著作權之取得與否，同時又認為是否為著作權標示或有無對公眾發行，不應成為法律是否保護其著作權之決定因素。此外，要求註冊或登記始能享有著作權保護，將徒增門檻，不利創作量大或經濟弱勢之創作者取得著作權。各種不同之考量，促使創作保護主義應運而起，要求著作權法應於著作人完成著作時起，自動享有著作權，不待完成任何形式要件。此一形式要件原則於1886年保護文學及藝術著作之伯恩公約（以下稱伯恩公約）1908年柏林修正案刪除，現行伯恩公約1971年巴黎修正案之第5條第2項前段規定：「著作權之享有與行使，不得有形式要件之要求（The enjoyment and the exercise of these rights shall not be subject to any formality;…）」。

著作權法制採創作保護主義之下，不問著作人是否有取得著作權保護之意願，著作人不必承擔著作權註冊或登記之義務，於著作完成即自動享有著作權，此乃成為孤兒著作產生之主因。此並非否定創作保護主義之正面意義，而係說明創作保護主義之同時，事實上亦附隨其負面效應。

⁷ 美國1909年之著作權法即不保護未發行之著作，已發行之著作並應為適當之著作權標示，始能享有著作權法之保護。

二、著作財產權期間之不斷延長

著作權之保護期間究應多久，自著作權法制建立初期，即已受到關注，此亦涉及著作人與公眾間之利益分配議題。安妮法案之著作權保護期間為 14 年，並得於繼續發行之情形下，再次申請延長 14 年。隨著科技發展帶來人類壽命之延長，著作利用時間相對延長，著作權保護期間亦不斷被延長，及至伯恩公約 1908 年柏林修正案起，對於著作權保護期間之標準，於第 7 條第 1 項規範至少須為著作人終身加 50 年，或著作公開發表後 50 年⁸，此一期間長短之設定思維，係意圖使著作人之智慧成果澤被三代，令著作人之後人於緬懷其先人之同時，得享受其先人智慧成果之經濟利益⁹。隨後之世界貿易組織「與貿易有關的智慧財產權協定 (WTO/TRIPS)」第 9 條第 1 項規定，則要求各會員體應以伯恩公約之各項標準，保護其他會員體國民之著作¹⁰。

國際著作權公約僅係規範最低度之著作權保護標準，並不限制各會員國得提供優於國際著作權公約之保護標準，歐盟¹¹及美國¹²分別自 1996 年及 1998 年延長著作權保護期間為著作人終身加 70 年，或著作公開發表後 70 年，該項保護標準，並已納入談判中之「跨太平洋夥伴協定 (The Trans-Pacific Partnership,

⁸ 雖然伯恩公約自 1907 年已明定著作人終身加 50 年或著作公開發表後 50 年之最低保護標準，該項標準直到 1948 年布魯塞爾修正案時，始正式成為會員國之強制義務。參見 WIPO, *Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Paris Act 1971)* (1978), 45。

⁹ *Id.*, at 46. “Most countries have felt it fair and right that the average lifetime of an author and his direct descendants should be covered, i.e., three generations.” “But it is generally felt normal to add to the author's lifetime a period long enough to allow his heirs to profit from his works while they remember him.”

¹⁰ WTO/TRIPS 9.1. “Members shall comply with Articles 1 through 21 of the Berne Convention (1971) and the Appendix thereto. However, Members shall not have rights or obligations under this Agreement in respect of the rights conferred under Article 6*bis* of that Convention or of the rights derived therefrom.”

¹¹ 歐盟 Council Directive 93/98/EEC of 29 October 1993 harmonising the term of protection of copyright and certain related rights 要求各會員國自 1996 年起，應立法保護著作權著作人終身加 70 年或公開發表後 70 年。

¹² 美國國會於 1998 年通過「Sonny Bono 著作權期間延長法案 (Sonny Bono Copyright Term Extension Act, 簡稱 CTEA)」，修正著作權法，將著作權保護期間自著作人終身加 50 年延長為著作人終身加 70 年，1976 年以前完成之著作，自發行日起 75 年延長為 95 年。參見拙著，章忠信，【美國最高法院判決國會延長著作權保護期間並不違憲】2004-09-10/ 著作權筆記網站，<http://www.copyrightnote.org/ArticleContent.aspx?ID=54&aid=2065> (最後瀏覽日：2015/08/30)。

TPP) 」草案，或將成為新國際標準¹³。

著作財產權期間之不斷延長，使得著作延遲進入「公共所有」之時間，對於著作財產權人不明或不知其所在之孤兒著作，產生持續累積之效果，顯然不利於利用人之自由利用。

三、著作財產權之可讓與性

著作人自著作完成時起享有著作權¹⁴，雖然著作人格權專屬於著作人本身，不得讓與或繼承¹⁵，著作財產權卻得全部或部分讓與他人或與他人共有¹⁶。此外，法人亦得為著作人¹⁷。於自然人為著作人之情形，其著作財產權將隨繼承或讓與而更動權利歸屬，加上後續可能之再繼承或讓與，由於著作權註冊或登記，或著作權標示，並非著作財產權取得或保護之要件，如著作財產權人未主動於著作上標示權利歸屬之資訊，利用人縱使知悉著作人為何人，甚或與著作人取得連繫，仍可能無從確知何人為著作財產權人，進而洽商授權利用之條件。於法人為著作人之情形，除著作財產權之讓與外，法人之依法解散或實質不復存在，同樣亦可能使利用人難以確知何人為著作財產權人，無從洽商授權利用之條件。

四、特定著作類別之標示不可能性

一般著作之著作人或著作權人，多會於著作原件或其重製物上標示著作相關資訊，例如著作名稱、著作人、著作財產權人、完成或發行日期或地點等等，使讀者或利用人知悉著作權標示所傳達之相關資訊，對著作之權利狀態有所掌握，利於著作利用之授權條件洽商。然而，攝影著作之相關權利人，鮮少於著作之上

¹³ 關於延長著作權保護期間，是否必然與鼓勵創作畫上等號，是否反而不利公眾接觸資訊之自由，始終受到強烈質疑，參見 Flynn, Sean M. and Baker, Brook K. and Kaminski, Margot E. and Koo, Jimmy, *The U.S. Proposal for an Intellectual Property Chapter in the Trans-Pacific Partnership Agreement* (December 4, 2012). 28 AM. U. INT'L L. REV 105, 105-202 (2013); Northeastern University School of Law Research Paper No. 133-2013. Available at <http://ssrn.com/abstract=2185402> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2185402> (last visited Aug. 30, 2015)。

¹⁴ 著作權法第 10 條前段。

¹⁵ 著作權法第 21 條。

¹⁶ 著作權法第 36 條第 1 項。

¹⁷ 法人得為著作人，向為我國著作權法及實務上所肯定。依據 83 年間之著作權主管機關內政部於 83 年 7 月 8 日台 (83) 內著字第 8314307 號函釋：「(二) 復查依著作權法第 11 條、第 12 條及第 3 條第 1 項第 2 款規定，得為著作人者，僅限於自然人及法人，而法人包括公法人及私法人在內。因此，機關既非公法人，自不得為著作財產權人之主體，故機關如欲與業者簽訂授權契約，似宜居於公法人 (著作財產權人) 代表機關之地位為之。」

進行著作權相關資訊之標示，此一現實情況，使得攝影著作成為孤兒著作之主要類別。

五、數位網路技術促進著作之分散利用

孤兒著作之議題，非始於近代，自著作權法制建立以來，即已存在。惟今尤烈之原因有三，一是數位網路技術普及之後，既有出版品內之個別著作極易被自整份出版品中分離，獨立分散於網路上流通利用；二是個人更有機會隨時任意將其著作上網對外流通，不必再如過去一般必須依賴出版業集結出版；三是類比或紙本時期，讀者透過出版發行者所提供之有體物，諸如書籍、畫冊、唱片、錄音帶或錄影帶，接觸完整著作內容。此時，基於有體物之散布於空間及數量上之有限性本質，利用人接觸著作之機會不多，並可輕易地自「版權頁」或著作權商品封面或內容，取得著作權相關資訊，進行授權利用之洽商。數位網路技術大幅改變此一情況，任何人隨時隨地，毫無障礙地於網路上接觸任何其他人所上傳之各種著作內容，此一著作內容不再係整冊、整份，而係個別、獨立，甚至片段而不完整，通常亦未附隨版權頁或著作權相關資訊。公眾較以往創作、提供及接觸更多著作內容，而該等著作內容之著作權相關資訊更加破碎或闕如，係造成今日孤兒著作日益普遍存在，利用困難更迫切需要解決之主因。

肆、進行之孤兒著作利用困難解方

國際間及各國對於孤兒著作利用困難之解方，已有諸多努力及進展，該等結果未必係最理想之結論，未來仍有調整到最適之可能，吾人不必受其目前結論之限制，卻有深入了解及評估之必要，以利本國制度之調整，並應有於國際著作權論壇略贊一詞之志氣。

解決孤兒著作利用困難之方向，得分別自降低孤兒著作之產生及方便對於孤兒著作之利用等二方面著手。前者固有釜底抽薪之效果，惟即使可行卻可能緩不濟急；後者雖然可解燃眉之急，卻將因目標及策略之不同，影響立法進度。國際著作權公約之既有規定，雖一時難以撼動，惟吾人仍應理解，國際公約於本質上多係由已開發國家引導主控，逐步發展而來，未必係絕對真理，非不可討論修正。

此外，國際公約基本上僅關切各會員是否依據其所定最低標準，保護其他會員國國民之權益，並不干涉各國國內法如何處理本國內部之相關議題。例如，美國著作權法第 411 條規定，「美國著作」之著作權被侵害時，於辦理著作權登記或申請登記以前，不得提起民事救濟訴訟，依第 412 條、第 504 條及第 505 條規定，對於著作權登記生效日前之侵害行為，著作權人不得獲得法定損害賠償額及律師費用之救濟。該等規定違反伯恩公約第 5 條第 2 項前段禁止形式要件之規定，導致美國始終無法加入該公約，1988 年 3 月，美國為加入伯恩公約，修正其著作權法，規定非「美國著作」之「外國著作」，不適用須辦理著作權登記始得提起民事救濟訴訟之規定，以滿足伯恩公約之要求，至於「美國著作」則完全依照原有規定。此一案例正足以說明，各會員國只要對於其他會員國國民已提供合於國際公約所定最低標準之保護，其究竟如何處理本國之孤兒著作利用困境，各國仍有極大自主空間。

跳脫國際著作權公約之束縛，於本國著作權法制之設計，將可有極大之自主空間及想像可能，茲分述如下：

一、降低孤兒著作之產生

檢討如何降低孤兒著作之產生，直指著作權法制之兩大重要核心，即創作保護主義之省思及著作財產權期間之繼續延長。該二項原則之建立，有其歷史經驗及逐步共識之確立因素，然而，所有社會制度均係不斷調整變動，隨時尋求其最適之狀態，並非絕對僵固不可改變，重點在於能否兼顧各方利益之適當均衡，並獲得社會共識，完成立法程序。

（一）創作保護主義省思

註冊保護主義或創作保護主義，於著作權之取得要件，原本即屬不同選項，各有利弊，毋庸論其絕對之是非。註冊保護主義之弊，在於可能導致當權者以其好惡介入著作權之取得，或平添著作權人之負擔；創作保護主義雖落實創作之天賦人權理念，卻造成多數無市場經濟價值之著作，難以基於文化保存之考量而被自由利用。回顧著作權法律制度係以經濟利益歸屬不公平之重新分配為初衷，而非以保護著作權為唯一之職志，若自動保護著作權卻導致著作無從被公眾合法接

觸利用，是否繼續堅持不得有任何形式要件之創作保護主義，即非不可質疑。

時至今日，縱使創作保護主義似屬牢不可破或不可逆之原則，使著作權註冊或登記，或著作權之標示，於著作權法制上得享有推定為真正或初步證據之效果，當可鼓勵著作權人揭示著作權相關資訊，大幅降低孤兒著作之產生。須強調者，著作權註冊或登記，或著作權之標示，法制設計上得僅屬選項之一，不具強制性，促使有意獲取法律上利益之著作權人，得自由進行著作權註冊、登記或標示，未採行者不影響其權利之取得或行使。

（二）著作財產權期間之繼續延長

著作權法制初始，著作財產權期間之設計，係期使著作人之三代人享受其創作成果之經濟利益，此一概念促使著作權法隨人類生命週期事實上之延展，不斷修正延長著作財產權保護期間，相對地使孤兒著作之利用困難期間加長，不利公眾接觸著作。延長著作財產權保護期間與鼓勵創作之間，是否有必然關係，始終受到質疑，其主要原因在於整體而言，有經濟價值之著作原本就不多，而有經濟價值之著作，其價值日益遞減，延長著作財產權保護期間並不至於對著作產生重大實益¹⁸，而明知其係著作權人於既有保護期間未善盡管理權責之孤兒著作，著作權法如仍繼續使其處於不可自由利用之狀態，應與著作法制之經濟利益分配目的有違，應予調整。調整之方向，或對所有著作全然停止一再延長保護期間之思維¹⁹，或僅使孤兒著作直接不適用延長保護之規定²⁰，或所有著作之著作權人須

¹⁸ 1998年美國於討論是否延長著作權保護期間之立法時，Congressional Research Service曾經進行一項調查顯示，延長著作權保護期間僅是擴大既得利益之保護，對於既有已存在之著作，並無任何誘因影響，參見Edward Rappaport, *Copyright Term Extension: Estimating the Economic Values* 4, CRS REPORT NO. 98-144E, 1998, http://ipmall.info/hosted_resources/crs/98-144.pdf (last visited Aug. 30, 2015)。

¹⁹ 停止一再延長本國人著作之著作財產權保護期間，有利於本國著作之自由利用，減少利用仍受著作權法延長保護之外國人著作，從文化保存及傳承之角度觀之，未必不利於本國全體社會。

²⁰ 依據美國最高法院2003年在關於國會不斷延長著作權保護期間是否違憲之爭議案件中之資訊顯示，美國在1939年至1942年間發行之著作，於最後55年至75年間，僅有2%具商業價值，若為保護該等2%具商業價值之著作，使得另外98%不具商業價值之著作亦自動延長保護期間，不能被公眾自由利用，是否妥適，非無疑義。參見Eldred v. Ashcroft, 537 U.S. 186, 268 (2003) (appendix to opinion of Breyer, J., dissenting)。

完成一定程序始適用延長保護之規定²¹，均可為可能之選項。

二、方便對於孤兒著作之利用

孤兒著作之存在及利用困難，係既成之事實，無可迴避，對於既有孤兒著作之利用，法制設計上如何解套，或可從合理使用、法定授權、強制授權、延伸性集體管理制度、限制侵權責任或限制性之著作權限制等各種可能之方向著手。

（一）合理使用

合理使用係屬於著作財產權之限制，對於受著作權法保護之著作，基於公益之考量，允許利用人於著作權法所允許之範圍，不待著作財產權人之同意，得自由利用著作。伯恩公約 1971 年巴黎修正案第 9 條第 2 項為合理使用立下「三步測試（three-step test）」原則，必須符合以下條件：包括 1. 僅限於相關特定之情形下；2. 未與著作之正常利用相衝突，以及 3. 不致於不合理地損害著作人法定利益。此一原則，如今已為後來之各國國際著作權公約所普遍接受²²。

圖書館或檔案機構依據著作權法合理使用之規定，有機會基於保存資料之必要，就其典藏重製並進一步對公眾提供。我國著作權法第 48 條規定，使「供公眾使用之圖書館、博物館、歷史館、科學館、藝術館或其他文教機構」，「基於保存資料之必要」或「就絕版或難以購得之著作，應同性質機構之要求」，「得就其收藏之著作重製之」，並進而「應閱覽人供個人研究之要求」，重製並交付「已公開發表著作之一部分，或期刊或已公開發表之研討會論文集之單篇著作，每人以一份為限。」

²¹ 美國 1998 年通過「Sonny Bono 著作權期間延長法案」將著作權保護期間自著作人終身加 50 年延長為著作人終身加 70 年後，曾有 John Doolittle 及 Zoe Lofgren 二位眾議員於 2003 年 6 月 25 日提出一項「公共所有著作執行法案（The Public Domain Enhancement Act）」，主張對於發行滿五十年的著作，如欲繼續保有新增延長 20 著作權保護期間，著作權人必須交美金 1 元，否則，該著作即成為公共所有，得供公眾自由利用。該項提案終未獲國會通過，但卻係有助於孤兒著作得方便被自由利用之一項立法思考。參見 Lawrence Lessig, *Free Culture: The Nature and Future of Creativity*, 249 (2004), <http://www.free-culture.cc/freeculture.pdf> (last visited Aug. 30, 2015), 及拙著，章忠信，【一塊錢買二十年著作權？】，2003-09-26/ 著作權筆記網站，<http://www.copyrightnote.org/ArticleContent.aspx?ID=54&aid=2072>（最後瀏覽日：2015/08/30）。

²² 諸如 WTO/TRIPS 第 13 條、WCT 第 10 條、WPPT 第 16 條及 BTAP 第 13 條第 1 項等。

本月專題

孤兒著作利用困境之解決與立法

孤兒著作之利用困境，得依前述合理使用規範獲得部分紓解，但其適用範圍仍屬有限，不敷實際所需，主要原因如下：

1. 利用主體有限：僅限於「供公眾使用之圖書館、博物館、歷史館、科學館、藝術館或其他文教機構」，不及於任何利用人。
2. 利用標的有限：僅限於「館藏」，不及於「館藏」以外之其他著作。
3. 利用方法有限：僅限於「重製」及實體交付之「散布²³」，不及於其他諸如公開口述、公開播送、公開上映、公開演出、公開傳輸、改作、編輯或出租等涉及著作財產權行為之利用。
4. 利用範圍有限：僅限於「已公開發表著作之一部分，或期刊或已公開發表之研討會論文集之單篇著作」，不及於未公開發表之著作、整份著作，亦不及於可於市場上購得者²⁴。

Google Book Search 案之爭議，紐約聯邦地方法院於 2013 年 11 月 14 日判定 Google 未經授權，將書籍全文掃描以利關鍵字搜尋，因其結果僅顯示所欲搜尋資料之所在而未讓讀者閱讀到全文，屬於合理使用，不構成侵害著作權²⁵。此外，第二巡迴上訴法院亦於 2014 年判定 HathiTrust Digital Library 利用 Google Book Search 計畫之成果供讀者搜尋接觸及研究，亦屬於合理使用，不構成侵害著作權²⁶。上開判決適用之著作，並未排除孤兒著作，看似得以解決孤兒著作利用之困境，然而，合理使用之不確定性，須透過法院於個案作最後裁判，不利於不同利用人之不同利用，而為孤兒著作之利用而於著作權法制上擴大合理使用範圍，使利用人不必要努力尋求著作權人洽商授權，也不易獲得著作權人團體之支持。更重要地，合理使用僅係對於著作財產權之部分限制，既不全然適用於所有利用人、所有著作、全部著作或所有利用方式，即無從根本解決孤兒著作之利用困境。

²³ 著作權法第 63 條第 3 項規定，依據第 48 條之合理使用，得進一步散布。

²⁴ 經濟部智慧財產局民國 98 年 3 月 19 日智著字第 09800014860 號函釋：「第 48 條第 2 款所謂『保存資料之必要』，限於館藏之著作屬稀有本且已毀損或遺失或有毀損、遺失之虞，或其版本係一過時的版本，利用人於利用時已無法在市場上購得者，始有適用，而其重製之方式包括以數位化式之重製。」

²⁵ The Authors Guild Inc., et al. v. Google, Inc., No. 12-3200 (2d Cir. 2013).

²⁶ Authors Guild v. HathiTrust, 755 F.3d 87 (2d Cir. 2014).

事實上，孤兒著作之利用有大部分係公開、全部、商業或大量之利用，並無法通過前述之合理使用之「三步測試」原則，非修正著作權法調整合理使用範圍所能解決。凡此，均使得於合理使用之外，另增訂平行之解決孤兒著作利用新制度，成為必要之趨勢。

（二）法定授權

著作權法制之「法定授權（statute license）」制度，係在平衡著作權人之私權與公眾接觸著作之公益。其係基於公益之考量，降低授權洽談成本，使利用人於符合著作權法所定之一定條件下，即可逕行利用著作，不待任何申請或授權，惟應支付適當使用報酬。例如，我國著作權法第 47 條第 1 項規定，為編製教科書而於必要之範圍利用他人著作者，利用人應將利用情形通知著作財產權人，並依主管機關所定之使用報酬率，支付使用報酬。

中國大陸之法定許可制，範圍更為廣泛，包括以下五種利用，並納入集管團體運作：

1. 第 23 條所定為實施九年制義務教育和國家教育規劃而編寫出版教科書以匯編方式利用已經發表的作品。
2. 第 33 條所定報刊轉載或作為文摘、資料刊登報社、期刊社已刊登之著作。
3. 第 40 條所定錄音製作者使用他人已經合法錄製為錄音製品的音樂作品製作錄音製品。
4. 第 43 條所定廣播電臺、電視臺播放他人已發表的作品。
5. 著作權法第 44 條所定廣播電臺、電視臺播放已經出版的錄音製品。

上開制度於實際執行上，未必落實，但實際上使得孤兒著作之利用，較諸其他國家或地區，更不受限制。由於制度上及執行之缺失，中國大陸 2012 年著作權法修正草案第二稿，已大幅縮減法定許可制之適用範圍，則孤兒著作利用困難之議題，必將日益浮現²⁷。

²⁷ 關於中國大陸著作權法之法定許可制現行規定及修正草案方向，請參見章忠信，「兩岸著作權法修正發展之觀察與初步探討」，智慧財產評論，第十一卷第二期，頁 57-106，2013 年，<http://www.copyrightnote.org/paper/pa0069.pdf>（最後瀏覽日：2015/08/30）。

法定授權或法定許可制之建立，有特定之公益使用目的，而孤兒著作之利用，範圍廣泛，不限於該特定之公益使用目的，法定授權或法定許可制仍難以完全解決孤兒著作利用之困境。

（三）強制授權

強制授權制度之建立，自始以打破權利人壟斷，有利公眾為主要目標，其首次登場，出現於伯恩公約之附錄，允許開發中國家，於著作權法建立「重製權之強制授權」及「翻譯權之強制授權」，確保其國民得以接觸外國之著作內容。該等制度使著作人完成著作，公開發行後一定期間，於開發中國家境內無該著作之原文發行，或無適合當地國民可接觸之翻譯版本發行，允許任何人得透過向當地主管機關之申請，依主管機關所訂之標準支付適當使用報酬後，得就該著作逕行重製或翻譯後發行。

音樂著作之強制授權制度，則係伯恩公約第 13 條第 1 項所確認之制度。不同於前述專為關照開發中國家接觸資訊所需之重製權或翻譯權之強制授權，音樂著作之強制授權制度與經濟高度發展後之市場運作機制有關，係為避免唱片公司挾其市場力量，對於音樂著作之壟斷。該項制度使音樂著作一旦經授權錄製成商用錄音著作，任何人即不需著作權人之同意，得透過向當地主管機關之申請，依主管機關所訂之標準支付適當使用報酬後，逕行使用該音樂著作，另行錄製其他商用錄音著作以供銷售。

強制授權與法定授權之差異，大致如下：

1. 強制授權須依個別案件向主管機關提出申請獲准利用；法定授權則係依法律規定條件進行。
2. 強制授權所應支付之使用報酬，係由主管機關依申請個案之利用情形定之；法定授權所應支付之使用報酬，則係依主管機關依法律授權所訂定之通用支付標準計算。
3. 強制授權應先支付使用報酬始得利用著作，未先支付而使用，構成著作權之侵害；法定授權得先使用著作，但應支付使用報酬，未支付使用報酬者，

著作權人僅得請求支付，不得主張侵害著作權²⁸。

部分國家採取以強制授權制度解決孤兒著作使用之困境，諸如，匈牙利、日本、韓國著作權法及我國文化創意產業發展法。

1. 匈牙利

除了以既有之延伸性集體管理制度解決孤兒著作利用之困境外，2009年2月1日生效施行之匈牙利著作權法，授權政府訂定關於孤兒著作之強制授權規定²⁹，該項2009年5月16日生效之新辦法，使負責著作權自願登記之匈牙利專利局，得於利用人努力搜尋著作權人而不可得之後，有權以非專屬授權及不得轉讓或再授權之方式，授權利用人於向專利局提存使用報酬後，於匈牙利境內，五年以內之期間，利用該孤兒著作。專利局負責將已授權利用之孤兒著作登記，對於非營利之使用，並享有較低之使用報酬優惠，且得不先提交³⁰。著作權人對於使用報酬，必須於專利局發出強制授權許可之五年內領取，否則就喪失領取權，該筆使用報酬將轉由著作權集體管理運用。著作權人當然亦得要求利用人停止利用，惟若利用人已進行重大投資，或授權期間已剩餘不到一年，著作權人不得要求停止利用。

匈牙利之利用孤兒著作立法，其適用範圍不及於可透過延伸性集體管理制度取得授權之孤兒著作，亦即，凡可透過延伸性集體管理制度取得授權之孤兒著作，

²⁸ 經濟部智慧財產局民國93年3月16日智著字第0930001509-0號函釋：「二、按著作權法（下稱本法）第四十七條規定：『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（第一項）。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（第二項）。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（第三項）。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（第四項）。』，其目的係在保護著作人權益下，亦能兼顧教育公益之發展，屬法定授權，利用人如符合該條規定，即得合理使用他人著作，毋庸徵得著作財產權人之同意或授權，從而著作財產權人於此條文規範下，僅得向利用人請求通知利用情形及支付使用報酬，至其是否同意利用，並不影響利用人利用行為之合法性，……。」

²⁹ Decree 100/2009. (V. 8.) Korm. of the Government on the detailed rules related to the licensing of certain use of orphan works, see http://www.hipo.gov.hu/sites/default/files/English/jogforras/100_2009.pdf (last visited Aug. 30, 2015).

³⁰ Miha'ly Ficsor, *How to Deal with Orphan Works in the Digital World? An Introduction to the New Hungarian Legislation on Orphan Works* (European Parliament Committee on Legal Affairs eds., 2009), see <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/200911/20091113ATT64497/20091113ATT64497EN.pdf> (last visited Aug. 30, 2015).

應繼續依該制度利用，必須係無法透過延伸性集體管理制度取得利用授權之孤兒著作，始能提出強制授權申請。

2. 日本

日本於 1970 年修正公布之著作權法，首次引進孤兒著作之強制授權制度，依據第 67 條規定，經過努力之尋找仍無從確認已公開發表著作之著作權人時，得向文部省長官申請強制授權獲准，依文部省長官所定之標準向提存所提存使用報酬後，使用該孤兒著作。依據該條文對於孤兒著作之利用，限於日本境內為之，並不排除亦及於外國人享有著作權之孤兒著作。獲准強制授權之申請案應於政府公報公告，利用人並應於利用完成之重製物上註明係依強制授權而利用之事實，以供周知。

2009 年日本修正著作權法，增訂第 67 條之 1，並自 2010 年 1 月施行。依據新增訂之條文規定，利用人提出對孤兒著作之強制授權申請後，於文部省長官核准強制授權以前，得先向提存所提存保證金，使用該孤兒著作。若申請案獲准，則保證金轉為使用報酬，多退少補；若申請案遭駁回，則保證金於抵付使用期間之使用報酬後，發還申請人。新增之第 67 條之 1 亦使得日本國會圖書館得透過強制授權制度，將所有著作進行數位化利用。

實務上，每件申請案之手續費為 1 萬 3 千日圓，每案得申請包括數件孤兒著作。實踐之結果，自 1972 年至 2010 年之間，文部省長官共核准 82 件強制授權申請案，總計有 158,601 件孤兒著作被依法利用，其中有 62 件申請案係核准於 1999 年至 2010 年間，20 件申請案係核准於 1972 年至 1998 年間³¹。

2009 年日本修正著作權法同時，於第 31 條第 2 項及第 42 條之 3，另外允許國會圖書館基於保存資料之目的，就其館藏及網路資料進行數位化典藏，惟其目的係典藏而非流通。2012 年修正增訂第 31 條第 3 項，允許國會圖書館依據該條第 2 項規定所製作絕版書之電子檔，得透過網路傳送其他圖書館，圖書館並得應讀者要求，以非營利方式，提供部分實體內容予讀者。實際執行上，日本國會圖

³¹ See T. Imamura, *Exploitation of Orphan Works – Japanese compulsory licence system* (21 March 2012) Recent Developments in Japanese Copyright Law, A Seminar organised jointly by Queen Mary University of London and Meiji University, Tokyo.

書館與著作權人及出版團體已達成協議，以發行五年以上之雜誌期刊為優先數位化對象，對於權利人已進行或將進行商業出版之電子雜誌期刊，則不在國會圖書館數位化範圍，以保障著作權利人之經濟利益。惟上開條文未必能解決非國會圖書館館藏之孤兒著作之利用，故國會圖書館仍然透過第 67 條及第 67 條之 1 所定強制授權之申請，數位化孤兒著作，且占有申請案之 10%³²。

依據以上實務運作，日本著作權集體管理組織於孤兒著作之利用議題上，並未扮演積極之角色。

3. 韓國

韓國於 2008 年修正公布之著作權法，於第 50 條規定規範孤兒著作之強制授權制度，利用人經過努力之尋找仍無從確認已公開發表著作之著作權人時，得向文化體育觀光部申請強制授權獲准，依該部所定之標準提存使用報酬後，使用該孤兒著作。每案得申請包括數件孤兒著作，依據該條文對於孤兒著作之利用，排除外國人之孤兒著作。獲准強制授權之申請案應於政府公報公告，利用人並應於利用完成之重製物上註明係依強制授權而利用之事實，以供週知，而後續之利用人，除非著作權人出現並提出反對，否則，得據先前之核准案申請強制授權，無須再行查證。韓國關於孤兒著作之強制授權利用，並未限制只能於韓國境內流通，惟實踐之結果，迄 2012 年共核准 39 件強制授權申請案³³。

除了前述立法，韓國著作權委員會（Korea Copyright Commission, KCC）與著作權集體管理組織自 2007 年開始，積極合作協助利用人查詢著作權人，鼓勵著作權人辦理著作權登記，以降低孤兒著作之比例³⁴，近年更思考是否透過延伸性集體管理制度，解決孤兒著作之利用困境³⁵。

³² Ibid.

³³ 韓國重製權及傳輸權協會主席 Hong Taek Chung 於 2014 年 5 月 1 日 International Federation of Reproduction Rights Organisation (IFRRO) 主辦之 WIPO 著作權及其相關權利常務會議有關孤兒著作議題研討會之報告，http://www.ifrro.org/sites/default/files/ifrro_side_event_wipo_sccr_2014_all_docs.pdf (last visited Aug. 30, 2015)。

³⁴ 參閱韓國著作權委員會回應 WIPO 調查問卷說明，<http://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/en/registration/replies/pdf/korea.pdf> (last visited Aug. 30, 2015)。

³⁵ 同註 33，韓國重製權及傳輸權協會主席 Hong Taek Chung 報告。

4. 我國

我國於99年2月3日制定公布文化創意產業發展法，並於99年8月30日施行。該法第24條針對孤兒著作之利用，建立強制授權制度。該條第1項規定：「利用人為製作文化創意產品，已盡一切努力，就已公開發表之著作，因著作財產權人不明或其所在不明致無法取得授權時，經向著作權專責機關釋明無法取得授權之情形，且經著作權專責機關再查證後，經許可授權並提存使用報酬者，得於許可範圍內利用該著作。」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「孤兒著作」。

依據這項辦法，申請許可授權，應檢附申請書及欲利用之著作樣本，向經濟部智慧財產局（以下簡稱智慧局）提出申請，申請書上應註明「欲利用著作之種類、名稱、內容及其著作財產權人、著作人姓名或名稱」，但不知被利用著作之著作財產權人、著作人姓名或名稱者，則不必註明。此外，尚應註明「欲利用著作製作文化創意產品之說明」、「使用報酬計算之說明」、「已盡一切努力仍不知誰是著作財產權人或找不到著作財產權人之說明」、「欲利用著作已公開發表之說明」。

關於「使用報酬計算之說明」，應包括「市場上已利用其他同類著作所支付之使用報酬」、「欲利用著作之利用範圍」、「利用人就其文化創意產品交易時預定之對價或其他收益方式」、「欲利用著作之利用次數、期間」、「欲利用著作於申請人所欲製作之文化創意產品中所占之比例」以及「其他經著作權專責機關指定之應說明事項」。

至於「已盡一切努力仍不知誰是著作財產權人或找不到著作財產權人之說明」，應包括「申請人向相關著作權人團體或其他機構查詢原著作之著作財產權人之姓名或名稱、住所或居所等相關訊息，經該團體或機構回覆無法得知所欲查詢之內容，或自其接獲查詢文件日起經過三十日無回覆」及「申請人已登載新聞紙或以其他適當方式公開尋找著作財產權人或相關訊息，自登載或以其他適當方式公開日起經過三十日無回應」。

所謂「著作財產權人不明或其所在不明」，係隨時變動之事實狀態，權利人隨時可能出現主張權利，故同一「孤兒著作」於甲案雖經智慧局許可授權，乙案申請人仍應自行說明「已盡一切努力仍不知誰是著作財產權人或找不到著作財產權人」，不得因甲案已許可在前而免責。

智慧局於許可授權時，將同時決定使用報酬，並以書面通知申請人及於該局網站公告，申請人必須先依核定金額提存使用報酬後，始得利用該著作，否則仍構成侵害著作權。至於未來出現之著作財產權人，僅能領取使用報酬，不得反對利用。

前述關於孤兒著作之強制授權利用，並不限於本國人著作³⁶，其利用之結果亦未限制只能於我國境內流通，其與著作權法第70條之音樂著作強制授權要求「不得將其錄音著作之重製物銷售至中華民國管轄區域外」不同，應係考量孤兒著作之著作權人不明係屬於全球性不明，非僅屬地域性不明，無需過大限制其流通，而自實施結果觀之，自該制度建立迄今，智慧局共核准55件申請案，由於係一著作一申請案，故僅有55件本國人音樂著作之孤兒著作於此制度中被強制授權利用³⁷，對著作權保護之負面影響有限。

（四）延伸性集體管理制度

為降低著作大量利用著作之逐一個別洽商授權成本，北歐國家著作權法制自1960年代即採行「延伸集體管理授權（Extended Collective License, ECL）」制度，使具全國代表性之著作權集體管理組織與具全國代表性之利用人團體，雙方進行授權條件之談判結果，得自動延伸適用及於其他未加入該著作權集體管理組織之著作權人，該具全國代表性之著作權集體管理組織並得代管非會員之著作權，以促進著作之利用，但亦允許該著作權人表示反對而退出，其目的在使著作利用更

³⁶ 經濟部智慧財產局103.03.13. 電子郵件1040313c 號解釋函：「二、所詢問題二，申請不明著作許可授權利用之著作非屬我國著作，申請人可先行洽詢外國集體管理團體或其他權利人團體之國內姐妹團體，如國內均無單位可供查詢，為保障權利人之權益，申請人仍須向外國集體管理團體或其他權利人團體查證；至於登載新聞紙部分，依著作財產權人不明著作利用之許可授權及使用報酬辦法第3條第3項第2款規定，除登載新聞紙外，申請人仍可尋其他適當方式公開尋找著作財產權人訊息。」

³⁷ 103年核准音樂著作（詞）7件，音樂著作（曲）12件，104年核准音樂著作（詞）17件，音樂著作（曲）17件，均為瑞影公司申請電腦伴唱機使用。

有效率³⁸。

著作權集體管理制度下之「延伸集體管理授權」制度，起初之主要目的，在以集體管理方式處理對大量而不特定之著作利用情形，例如廣播電視經營者對於大量而不特定音樂著作之利用，其後續之發展擴及於其他公共目的之使用，例如，1980年代為教育目的之大量不特定著作之影印，但並不排除將孤兒著作之利用納入其中。此一制度與強制授權有別，係著作權人團體與利用人團體之協議達成利用條件，而非會員之單一著作權人有權堅持退出而不被納入，又因其係明定於著作權法中，實際運作並在公權力之監督下，故仍具相當之穩定性，不致浮濫而危及著作權人利益，亦不違反著作權法制維持私權及公益均衡之終極目標³⁹。

我國智慧局於2007年1月31日所提之著作權仲介團體條例修正草案第一稿第39條中，曾試圖引進此項制度，其說明二指出：「現行實務上產生未加入集體管理團體之著作財產權人，以個別行使權利之方式，收取與集體管理團體相較顯不相當之費用，且憑恃其刑事訴訟之權利迫使利用人接受不合理的授權條件，造成授權市場之問題。爰參考北歐國家採行所謂『延伸集體管理授權（Extended Collective License, ECL）』制度之精神增訂之。」該項提案因國內集管團體之強烈反對，最後於第二稿中被刪除，並未成為智慧局集管條例草案之一部分；中國大陸國務院國家版權局於2012年03月31日所發布之著作權法修正草案，於第60條引進「延伸集體管理授權」制度，該條規定：「著作權集體管理組織取得權利人授權並能在全國範圍代表權利人利益的，可以向國務院著作權行政管理部門申請代表全體權利人行使著作權或者相關權，權利人書面聲明不得集體管理的除外。」其草案簡要說明第13點特別指出：「著作權集體管理制度是衡量一個國家或地區著作權保護水準的重要標誌，也是解決廣大使用者合法使用作品的重要途徑。近年來，我國建立了一系列著作權集體管理組織，但是社會各界關於著作權集體管理的認識和知識尚有待提高，很多作者還沒有加入相應的集體管理組織，在現實中常常出現使用者願意合法使用作品卻找不到權利人的情況。為解決

³⁸ 請參閱王怡蘋主持，「擴張性著作權集體管理制度之研究」，經濟部智慧財產局委託研究，2009年11月。

³⁹ 北歐國家關於延伸性集體管理制度之法治及運作發展，參見 Johan Axhamn & Lucie Guibault, *Cross-border extended collective licensing: a solution to online dissemination of Europe's cultural heritage?*, INSTITUUT VOOR INFORMATIERECHT, 29, 43 (2008), available at <http://www.ivir.nl/publicaties/download/292> (last visited Aug. 30, 2015).

使用者使用作品的困境，草案根據我國國情，借鑒北歐國家著作權集體管理制度，原則性規定了延伸性集體管理制度，即對於具有廣泛代表性的著作權集體管理組織，國務院著作權行政管理部門可以許可其代表非會員開展延伸性著作權集體管理業務。」然於2012年07月下旬所發布之著作權法修正草案第二稿，因反對聲浪不小，已進一步限制其適用範圍於1.廣播電臺、電視臺播放已經發表的文字、音樂、美術或者攝影作品；2.自助點歌經營者通過自助點歌系統向公眾傳播已經發表的音樂或者視聽作品。

美國著作權局2015年6月4日針對解決孤兒著作利用困境之立法，發布一份「孤兒著作與大量數位化之報告（Report on Orphan Works and Mass Digitization）」，對於是否引進延伸性集體管理制度，也有所討論⁴⁰，惟最後仍未採此立法方向。

延伸性集體管理制度對於降低授權成本固有其價值，然著作權集體管理制度之本質，在處理對著作之經常性、普遍性、可替代性之大量利用之「小權利（small rights）」，以其利用特性不可能由著作權人與利用人個別簽署授權利用契約，宜由集管團體代為管理，較有效率。相對地，對於使用之特定著作，利用次數少，替代性低、利用價值較大，由個別著作權人或其經紀人可自行直接與利用人洽商授權事務之「大權利（grand rights）」，並不適宜直接納入著作權集體管理制度，遑論其後續發展出來之延伸性集體管理制度⁴¹。從而，就解決孤兒著作利用困境之法制設計而言，屬於大量、不特定著作之利用，為降低個別洽談授權條件成本之小權利管理，將孤兒著作之利用一併納入，有其效益；對於特定著作之個別利用，此一大權利之利用，是否不必兼顧著作財產權人之意願，直接納入延伸性集體管理制度，其基礎似仍並不穩固。

⁴⁰ 參見美國著作權局報告「孤兒著作與大量數位化之報告（Report on Orphan Works and Mass Digitization）」，頁19，<http://copyright.gov/orphan/reports/orphan-works2015.pdf> (last visited Aug. 30, 2015)。

⁴¹ 關於「大權利」及「小權利」之授權利用與著作權集體管理制度之關聯性，請參閱章忠信，「著作權集體管理團體使用報酬率訂定之研究」，國立交通大學管理學院科技管理研究所博士論文，頁96，2012年，<http://www.copyrightnote.org/paper/pa0063.pdf>（最後瀏覽日：2015/08/30）。

(五) 限制侵權責任

限制侵權責任，係美國自 2006 年著作權局所提出關於解決孤兒著作利用困境報告中所揭櫫之主要策略⁴²。美國基本上期待利用人與著作權人透過商業機制，合意洽談著作利用之授權，擔心孤兒著作利用之立法，無論係合理使用、法定授權或強制授權，都可能導致利用人從此不必再努力追尋著作權人，並主動與著作權人洽商著作之授權利用，此一趨勢將危及著作權法制基本核心之授權利用原則，更由於著作權人利益團體強烈反對任何降低著作權保護之可能，著作權局乃採最低度之介入，維持未經授權之利用即構成侵權之既有機制，僅建議修正美國著作權法第 5 章關於民事救濟之責任，限制著作權人之救濟手段，避免利用人承受過重之侵權責任負擔。

依據報告之建議，關於孤兒著作之未經授權利用，雖構成侵害著作權，惟當利用人曾合理勤勉地搜尋（reasonably diligent search）著作權人以洽商授權利用而不可得，則著作權人於訴請法院主張權利時，應從兩方面降低利用人之侵權責任。

首先，利用人應支付之損害賠償額，應限制於合理範圍內，而對於非營利之使用或於接獲通知即停止繼續使用之利用人，著作權人不得為任何請求；其次，對於利用孤兒著作完成衍生著作之利用人，法院不得發出禁制令。依據上開建議，歷年來共有三項法案於國會中討論⁴³，始終因未獲利用人及著作權人廣泛支持，迄未完成立法。

不過，前述美國著作權局 2015 年之「孤兒著作與大量數位化之報告」，仍是以限制侵權責任為立法方向⁴⁴，此或許係為遵循國會過去三項草案之立法軌跡所致。

⁴² *Supra* note 6 at 115.

⁴³ The Shawn Bentley Orphan Works Act of 2008, S. 2913, 110th Cong. (2008); The Orphan Works Act of 2008, H.R. 5889, 110th Cong. (2008); The Orphan Works Act of 2006, H.R. 5439, 109th Cong. (2006).

⁴⁴ 同註 40，美國著作權局報告，頁 38。“The Office therefore recommends the introduction of a modified version of the 2008 Shawn Bentley Orphan Works Act, as set forth below.”

（六）限制性之著作權限制

歐盟理事會於2012年10月通過「孤兒著作指令（Orphan Works Directive⁴⁵）」，要求各會員國須於二年內（2014年10月29日前）依指令內容修正著作權法⁴⁶，解決歐盟「孤兒著作」之數位化利用困境⁴⁷。基本上，歐盟孤兒著作指令係基於文化保存及公眾廣泛接觸之考量，係允許公益組織基於非營利之目的，得數位化孤兒著作並於線上供公眾接觸而已，並不允許進一步商業利用。

歐盟並不贊同北歐國家所採取之「延伸集體管理授權」制度，其關鍵因素在於「延伸集體管理授權」制度下，利用人完全不必努力查詢著作權人之所在，其著作可以不經協議授權即得利用著作，對著作權人保障不足，且深具危險。此外，「延伸集體管理授權」制度要求之使用報酬，將使得為文化保存目的之圖書館或檔案機構難以負擔⁴⁸。

在合意授權、法定授權及強制授權之外，歐盟孤兒著作指令另啟新制度，要求會員國立法明定重製權及對公眾傳輸權之法定例外，允許設置於歐盟會員國境內，負有公共服務任務之圖書館、教育機構、博物館、檔案機構、電影或語音保存機構及公共服務之廣播機構（library, educational establishment and museums, ……archives, film or audio heritage institutions and public-service broadcasting organizations）⁴⁹，都有機會就其典藏的孤兒著作，進行重製及線上跨國境之利用。指令所適用之孤兒著作，主要以紙本、視聽著作、錄音著作及這些著作中所含之相關著作為對象，也及於書信或手稿，但不及於獨立之攝影著作⁵⁰。

⁴⁵ Directive 2012/28/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 on Certain Permitted Uses of Orphan Works. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32012L0028> (last visited Aug. 30, 2015).

⁴⁶ 指令第9條。

⁴⁷ 迄2015年4月止，歐盟已有20個會員國完成此項立法，請參閱 Kerstin Herlt, *ACE Survey on the Implementation of the Orphan Works Directive*, FORWARD (Apr. 3, 2015), <http://project-forward.eu/2015/04/03/ace-survey-on-the-implementation-of-the-orphan-works-directive/> (last visited Aug. 30, 2015)。

⁴⁸ Commission Staff Working Paper: Impact Assessment on the Cross-Border Online Access to Orphan Works Accompanying the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Certain Permitted Uses of Orphan Works, COM (2011) 289 final (May 24, 2011), 26-28, available at http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/orphan-works/impact-assessment_en.pdf (last visited Aug. 30, 2015).

⁴⁹ 依據指令前言之21及22所揭示，私人機構若與前述公共服務任務之機構合作，亦有利用孤兒著作之可能，惟不得直接利用。

⁵⁰ 亦即，除非係包含於其他著作中之攝影著作，例如書籍中之照片或電影中之照片等等，否則，不得已指令所允許之規定，單獨利用就攝影著作之孤兒著作。

本月專題

孤兒著作利用困境之解決與立法

程序上，欲數位化之圖書館等團體，必須經過一番努力尋找，向出版界所建立之資料庫完成一定查詢程序，以確認其特定館藏屬於孤兒著作。一旦確立為孤兒著作，該項認定具有泛歐盟之效果，亦即於任何一歐盟會員國依程序認定為係孤兒著作後，即可適用於全體歐盟會員國，方便於網路上流通。目前，歐盟單一市場協調局（Office for Harmonization in the Internal Market, OHIM）已負起歐盟孤兒著作登記組織之角色。

由於數位化耗費相當成本，歐盟孤兒著作指令允許圖書館等團體藉由與營利部門合作，獲取適當收入以支應孤兒著作數位化之開支。

對於孤兒著作之著作權人之保障，歐盟孤兒著作指令同時建立一項機制，使各會員國得立法使著作權人得隨時出現，除了取得先前之使用報酬外，並結束孤兒著作之狀態，自行行使著作權。

除官方正式具拘束力之歐盟孤兒著作指令之外，歐盟對於著作權集體管理組織對解決孤兒著作之合意協商機制，仍持正面支持態度。歐盟執委會於2011年5月發布「智慧財產權單一市場」政策文書，針對如何運用歐盟智慧財產權鼓勵創新研發、促進就業、提振經濟、推動多元文化活動與保存，提出一系列改革政策。著作權方面之一項工作，即著手對於「不具經濟價值之絕版書（out-of-commerce books）」及「孤兒著作」之利用，以充實線上「歐洲數位圖書館（Europeana）」之內容。

「歐洲數位圖書館（<http://www.europeana.eu>）」係「歐盟執委會（European Commission）」2008年11月結合歐盟境內28個國家與地區約1,500個文化機構所組成之線上資料庫，該項計畫將上述文化機構典藏加以數位化，集中於網路資料庫中，以供全世界透過網路瀏覽。此乃歐盟之文化意識與警覺，使得歐洲文化能夠於亞洲崛起及美國強勢之間，展現自己特質。

關於「不具經濟價值的絕版書」方面，在歐盟執委會的努力之下，圖書館界與出版商、作者及集體管理團體三方，於2011年9月簽署了一份備忘錄（MOU）⁵¹，

⁵¹ Memorandum of Understanding, Key Principles of the Digitisation and Making Available of Out-of-Commerce Works (Sept. 20, 2011), available at http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/copyright-info/20110920-mou_en.pdf (last visited Aug. 30, 2015).

同意通過著作權集體管理機制，共同努力將圖書館館藏中不具經濟價值之絕版書及學術期刊數位化，以供歐盟人民接觸利用。

伍、孤兒著作利用困難解方之最適可能

著作權法制之建立及其後之陸續發展，無不與科技之發明及精進有關。相關議題之挑戰，對於著作權法制而言，非始自今日。過去的軌跡顯示，著作權法不斷增加著作權人之權利，此係因科技增加著作利用之方式及可能，著作權法不斷延長著作財產權保護期間，此亦與科技延長人類壽命，增長利用著作之時間有關。

然而，今日之數位網路技術，誘發普通個人創作及發表之慾望及機會，增加任何人接觸各類不同創作之可能，孤兒著作因此增多，其被接觸之機會亦隨之提升。

人類智慧成果之增加及廣為流通，絕對係人類社會之福音。然而，著作權法制如何因應此一現象，繼續調整至兼顧私權與公益之最適狀態，面臨前所未有之挑戰。已發展出來之各種解方，均有其考量，亦各有缺失，為其檢視與評估，均須回到著作權法制初始之目的，也難以全盤推翻數百年來已建立之基本原則。

智慧局於2014年4月及2015年5月所提出之著作權法修正草案，將原本增列於文化創意產業發展法第24條之孤兒著作條款，修正移列回著作權法，固係正確之作法，其援引日本著作權法第67條之1，允許利用人於申請著作權專責機關強制授權之審查期間，提存保證金後先行利用，雖有所參考依據，實則並非恰當。

目前草案條文移列於第八十條，內容如下：

「利用人已公開發表之著作，因著作財產權人不明或其所在不明，已盡相當努力仍無法取得授權者，得向著作權專責機關申請許可強制授權。

前項申請，經著作權專責機關核定使用報酬並許可授權者，利用人於提存使用報酬後，得於許可範圍內利用該著作。

著作權專責機關之授權許可，應以適當之方式公告。

第二項使用報酬之金額，應與一般著作經自由磋商所應支付合理之使用報酬相當。

第一項之申請，於著作權專責機關許可授權前，利用人得提存著作權專責機關決定之保證金，作為支付使用報酬之擔保後，依第一項申請之利用方式，先行利用該著作。

前項之保證金，於著作權專責機關許可授權後，未逾核定使用報酬部分者，應補足其差額；其已逾核定之使用報酬部分者，應退還其差額。

利用人依第五項先行利用著作，如未獲著作權專責機關許可授權者，應即停止利用該著作，並就第五項提存之保證金中，依著作權專責機關核定已利用期間之使用報酬，提存其差額。

有下列情形之一者，申請人得申請返還第五項規定之保證金，並依提存相關規定辦理：

- 一、於著作權專責機關許可授權後，保證金逾核定使用報酬部分。
- 二、未獲著作權專責機關許可授權，經扣除著作權專責機關核定已利用期間之使用報酬者。

第一項申請、第五項保證金及其他應遵行事項之辦法，由主管機關定之。」

未來，「著作財產權人不明著作利用之許可授權及使用報酬辦法」應亦將配合修法之結論進一步修正發布。

對於此一修法趨勢，仍有極大討論空間，其思維與建議分述如下：

一、創作保護主義無可回逆，著作權登記制度應予恢復

創作保護主義之下，著作完立即受到保護，基於天賦人權之理念，避免註冊、登記或標示制度等形式要件主義，剝奪創作者之著作權法律保護，創作保護主義已屬不可逆之鐵律，應無修正調整之可能⁵²。然而，具存證或初步證據效果

⁵² 跳脫國際公約既有規範，美國聯邦第七巡迴上訴法院法官兼經濟實證分析之學者 Richard A. Posner 甚至主張，透過著作權登記及更新制度，使具有經濟價值之著作透過登記進入著作權法律保護，其餘著作歸於公共所有，可以降低著作接觸、司法及行政成本，有利著作流通利用，參閱 William M. Landes and Richard A. Posner, *Indefinitely Renewable Copyright*, John M. Olin Law and Economics Working Paper No. 154, https://www.law.upenn.edu/fac/pwagner/ip/2003sp/downloads/landes-posner_indefinite.pdf (last visited Aug. 30, 2015)。

之著作權登記制度，應該予以回復。著作權法於 87 年修正時，刪除僅具存證效果之著作權登記制度，其主要理由為減輕主管機關之行政負荷，避免各界誤以為「有登記始有保護」，其理由並非恰當。智慧局雖於著作權法修正草案第一稿明列「是否恢復著作權登記制度，有待進一步討論」，惟基本上係排斥此一制度之恢復，於第二稿草案即已完全不提，甚至以此未將原本應修正移列回著作權法之文化創意產業發展法第 23 條關於以著作財產權設定質權之登記公示規定，故意繼續留置該法，避免面對是否於著作權法全面恢復著作權登記之困窘。

若從英、美、德、日、韓等國早已存在著作權登記制度，甚至中國大陸著作權法修正草案更擬全面建立著作權登記制度之發展趨勢，乃至我國著作權法刪除登記制度當時每年數萬件登記申請案觀之，可以理解，具自由選擇，僅屬存證或推定效果之著作權登記制度，確有其實際需求。除了智慧局本身畏懼增加行政負擔之考量，來自於著作權集體管理組織之強力反對，亦是著作權登記制度無法恢復之主要原因。然則，在該等組織所提著作權法修正草案之建議書中，卻出現提議要求「MPA 及 MUST 認為修法草案第 16 條增訂第 3 項，明定別名著作於集管團體登記本名時，推定為著作人，及享有與一般著作相同之保護期間之效果。」顯示該等組織亦認知著作權登記制度之必要，卻不允許官方登記制度之存在，其前後之主張，嚴重相互矛盾，缺乏開放之胸襟。而智慧局結論認為「由於集管團體的登記缺乏主管機關公示的效力，若因此享有法律上推定的效果，並不適宜，可參考現行著作權法第 32 條第 2 項所謂『別名為眾所周知者』之規定善加利用，此外，上述規定有利音樂著作及錄音著作之權利人，惟其他類別著作並無集管團體，恐造成不平等之問題⁵³。」此亦說明智慧局明知，由政府依法負責之著作權登記制度較具公示效果，也可普及適用各類著作，卻因一己不為之考量，全盤否定登記制度之可能。著作權登記制度無從完全消除孤兒著作之存在，卻可使欲登記者有一選項，欲利用者增加查詢之管道，智慧局及著作權集體管理團體當事者應再慎重考量。

⁵³ 關於著作權集體管理團體之建議及智慧局之回應，請參閱該局 104 年 01 月 21 日修法諮詢會議紀錄彙整表，<http://www.tipo.gov.tw/public/Data/55121191871.docx>（最後瀏覽日：2015/08/30）。

二、著作財產權延長保護期間之思維應適可而止

如前所述，著作權法制於均衡私權與公益時，劃定著作財產權保護期間之利益及於三代，然而，此一經濟利益之分配原則，是否一成不變，是否會隨著著作發行之期間經過或保護延長而遞減，甚至歸零⁵⁴，必須衡酌，相對於數位網路環境下著作之雷霆湧現，公眾如何方便、合法且合理接觸或保存人類共有之智慧成果，均須進一步重新衡量，並非完全聽任著作權人一再要求延長保護之單方訴求⁵⁵。

三、孤兒著作之利用目的必須確認

孤兒著作純係因其著作財產權人不明，或其所在不明，導致利用授權之洽談困難，然而，著作人自著作完成即受著作權之保護，已係全球之共識。如今之困境在於孤兒著作若無從利用，隨著時間之經過，大量人類共同智慧成果將快速流失，文化結晶難以保存，公眾接觸機會將被剝奪，絕非著作權法制建立之初始目的。東晉時期，陶淵明遣一僕役協助其子家務，特書函示「此亦人子也，可善遇之！」世人引為佳話。孤兒著作雖係著作財產權人疏於照護之著作，卻仍係著作權法保護之著作，著作權法制是否因此即對孤兒著作有所歧視而輕賤之，或有考量之餘地。孤兒著作之利用，前述各國法制均重視利用人是否努力搜尋著作財產權人而不可得，以此作為得否進一步利用之判斷依據。「努力搜尋」固然係利用人之關鍵義務，著作財產權人無法被努力搜尋而得，有諸多原因，卻未必係著作財產權人之過錯。從而，解決孤兒著作之利用困境，其目的究竟何在，必須先予確認。

⁵⁴ 延長著作權保護期間，若僅使極少數有經濟價值之著作獲利，卻使絕大部分無經濟價值之著作無法被廣大公眾利用，就必須思考延長保護對整體社會利益之必要性。參見 Copyright Reform and the Takings Clause—Can Congress retroactively shorten the copyright term? Note of Harvard Law Review, “Despite the relative ease of copyright renewal, less than five percent of copyrights were renewed at the beginning of the twentieth century — a number that rose to only twenty percent by the 1980s. As these numbers show, only a minority of registered works had economic value after their first twenty-eight years. Most likely, only a subset of those works would still be valuable toward the end of the current copyright term, which extends decades after their authors have died. Shortening the copyright term would thus have no economic effect on the vast majority of existing works.” <http://harvardlawreview.org/2015/01/copyright-reform-and-the-takings-clause/> (last visited Aug. 30, 2015)。

⁵⁵ 停止延長著作權保護期間，甚至縮短保護期間，以利公眾利用著作，已在美國學界討論多時，請參見 Lessig *supra* note 21, at 292–93, <http://www.free-culture.cc/freeculture.pdf> (last visited Aug. 30, 2015)。

歐盟孤兒著作指令集中於文化之保存及方便公眾之接觸，故於法制上僅以對孤兒著作之重製權及對公眾傳輸權之限制，並限於具公共服務之圖書館等公益組織加以數位化及對公眾線上提供接觸，不及於其他人之其他目的利用，係採極為節制之立法。此外，歐盟於法制之外，另努力建立利益團體間之協議機制，促進孤兒著作之更大利用，係在避免思慮可能欠周之法制設計，普遍適用之後或將產生不可預期之負面影響，對於著作權法制數百年來所建立之原則，造成過大之摧毀性效果。

從而，吾人必須先確定，關於孤兒著作利用困難議題之解決，究係僅在於文化之保存及方便公眾之接觸，抑或認為孤兒著作可以降低保護，直接剝奪著作財產權人對其著作之利用控制權利，使任何人之任何利用目的，均得於支付使用報酬之後，自由利用？在此同時，尚要考量一現實問題，若使利用人必須申請獲准，並支付使用報酬，始得利用，此一利用成本是否將導致僅使具商業利益之孤兒著作受到利用，其他不具商業價值，但具文化價值之孤兒著作，依舊難以被保存並接觸，有絕大部分之孤兒著作將隨時間消逝而流失，此是否孤兒著作之立法所欲達到之目的？

由此方向之思考，即可知悉目前著作權法修正草案，不論係維持文化創意產業發展法第 24 條之舊制，或係增列預先利用之條款，均未根本解決前述議題。

四、國際適用與國內適用之內外區隔得予考量

雖然國際著作權公約對於著作權保護標準立下最低之門檻，其國民待遇原則，要求各會員國對於其他會員國國民之著作權保護，不得低於本國人之著作權保護。事實上，國際著作權公約僅關切各國如何保護其他會員國之著作權，並不干預各國如何保護本國之著作⁵⁶。於此情形下，各國立法上將有較大之空間，得對於涉及本國文化保存之著作人為本國人之孤兒著作，於本國管轄區域內之利用，給予較寬鬆之利用條件。此於我國立法上處理孤兒著作利用之議題，得有獨立思維之可能，無須擔心是否會違反國際著作權公約之可能。然而，若孤兒著作

⁵⁶ 例如，美國之著作權登記制度獨厚外國國民，而要求美國國民之著作非經辦理著作權登記，不得提起侵害著作權之訴，外國國民則不在適用範圍內，有其特殊歷史淵源與思考。請參閱拙著，章忠信，【美國著作權登記制度研究】，2012-10-12/著作權筆記網站，<http://www.copyrightnote.org/ArticleContent.aspx?ID=54&aid=2288>（最後瀏覽日：2015/08/30）。

利用困難議題之解決，集中於本國著作之文化保存考量，就應以本國孤兒著作為規範目標，不及於外國孤兒著作；若係為利於國內之利用，縱使及於外國之孤兒著作，其利用之地域即應限於我國境內。然而，網路無國界，線上利用孤兒著作之需求，又似乎將使國境限制難以貫徹，進而影響制度設計之考量。凡此，目前之著作原法修正草案似仍有進一步調整之空間。

五、合法、簡易、明確性係孤兒著作立法之重要原則

孤兒著作之利用係重新考量私權與公益之均衡之重要議題，合法、簡易、明確性係孤兒著作立法之重要原則。美國修法方向因期待不限制之利用，引發著作權人團體強烈反對，退而求其次之設計，係使利用人仍處於未經授權利用之違法狀態，但限制其所承擔之侵權責任，以促進對於孤兒著作之利用。此一設計方向實係貪多務得，導致全盤皆輸。惟有限制利用範圍，縮小對於著作權人可能造成之損害，降低其反對聲浪，以法律明確使其利用合法，始能達到順利立法，鼓勵對於孤兒著作之妥善利用。歐盟孤兒著作指令限縮利用範圍，不待申請，極小化行政成本，全面允許公益性組織有限利用，顯較符合合法、簡易、明確性之立法原則。

陸、結論

孤兒著作利用困境之立法解決，衝擊著作權法制基本原則，但科技對於著作權法制之挑戰，非始自今日。著作財產權保護期間之經過，極其緩慢，孤兒著作流失之速度，卻未曾減緩。著作權法制亟需有效調整，始得因應文化保存之迫切展開。

著作權產業輸出國家或輸入國家，對孤兒著作利用困境之解決，於立法政策上應有不同。著作權產業輸出國家擔心孤兒著作使用困難將影響經濟發展，而著作權產業輸入國家則著重於解決文化資產保存問題。

孤兒著作之商業利用，其立法引發著作權人極深之疑慮，導致強力之反對而難竟其功。純為文化保存目的，使典藏機構得以及早將孤兒著作進行適當之保存，或許係較為可行且易於達成立法之先行階段性做法。

目前文化創意產業發展法第 24 條及著作權法修正草案之孤兒著作強制授權條款，於立法初時，純粹係思考如何方便著作之利用，以促進文化創意產業之發展，並未仔細探究其對於數百年來著作權法制所逐步演進原則之影響。此議題涉及私權與公益之均衡，也涉及各國對於自身經濟發展與文化保存、散布之重要影響，有其強烈歷史及屬地性質，未必必須遷就國際著作權公約之發展。我國於著作權法制修正之時，務必審慎從自身狀況之所需，務實地面對現況，不可貪多務得，導致抗拒過大，或發生難以預測之負面效果。