關於「孤兒著作物」相關問題的立法意見

— 提呈第四十七次著作權法修法會議書面資料

(民國一〇三年元月八日)

孫遠釗

對於現行文化創意產業發展法第二十四條以及經濟部智慧財產局所擬議在現行著作權法增訂第七十八條之一以處理關於著作財產權人不明或其所在不明時著作物的利用問題，謹具下列意見敬供卓參：

一、 「孤兒著作」問題宜訂於著作權法之中

鑒於此一問題是涵蓋整個著作權的各個方面，並不僅僅侷限於與「文化創意」有關的領域，相關的規定和政策也自應完全在著作權法之中予以明確規定，以確立並完善現行法制中的一大疏漏之處。因此，只要此一立法動議獲得立法院通過並經總統簽署正式成為法律，做為相應的配套現行文化創意產業發展法第二十四條應即予以刪除，以避免疊床架屋，造成不必要的混淆。

二、 此一問題應在如何肆應從事大規模數位化的市場需求下來考量

無論是美、歐地區或其他國家，凡是在訂定關於此一問題的法規政策時無一不是在更大的市場需求框架下來從事全盤性的考量。而其背後的基本原則是：(1) 如何讓利用人能從事更為有效的從事風險評估與管理，以及(2) 一旦原始權利人出現並獲得確認後，如何能從事最為精簡、迅捷而且有效的授權，從而讓雙方當事人能一方面平衡各自的權益，並一方面也儘量降低對於市場所造成的衝擊。而其最終的目的或考量則是，此一立法修正是否可以更加促進社會對於文化資產的保護並有效推動經濟的發展？

當美國在二〇〇〇六年初步研擬相關的立法時，只是純粹的從文獻存檔、博物館和圖書館等特殊的公益需求來思考，並考慮如何有效搭配該國著作權法第一〇八條的合理使用規定。而隨後發生的「谷歌圖書(Google Books)」訴訟案則徹底改變並大幅擴充了對於此一問題的觀察視野，也更進一步凸顯出既有法規政策與現實市場的需求其實已經嚴重脫節。

三、 如何界定範圍及完成授權應先徵詢各利害關係人的意見

「已盡一切努力」的門檻太高 — 目前國際間的通行準則幾乎全是要求利用人盡到「勤勉義務」或「相當合理之探索(diligent search)」為己足，而且都是以

個別案件的具體事實來分別予以認定，絕非目前版本所要求的超高標準與一體適用。至於此一標準究竟應如何更為客觀、具體的準則來呈現或認定則還有待進一步釐清。以英國為例，該國的智慧財產局在「二〇一三年企業暨法規改革法(Enterprise and Regulatory Reform Act of 2013)」¹制定後便立即著手成立了一個「工作組(working group)」，由二十三個與著作權相關的組織推聘代表與會，目前正在討論其中的具體標準問題。而為了平息外界的疑慮，該局也已明確表示，縱使做為辨識每個電子檔案的「電子識別標籤(meta tag)」遭到移除，該檔案也不會立即淪為「孤兒著作」從而需要依據不同的方式來從事授權。

「強制授權」或「法定授權」只得做為最後、迫不得已的手段。以美國法制為例，任何法定的強制授權都應以具有重大公益需求以及該需求因市場的崩壞或失敗以致難以達成為前提，而縱使果真需要制定這樣的授權制度，其範圍也應予以適度的限縮以符合條約的義務。²換言之，這其中的基本精神就是要尊重市場機制而不是貿然干預或擾亂市場，反而把政府無端捲入私人間的民、刑事糾紛之中，極易形成更大的混亂或是徒然衍生出一個表面上貌似合理的假象。

反過來看，縱使在法規中把相關的授權內涵訂為強制授權，在實際的作業上主管機關勢必還是需要透過與各利害關係人的多方諮詢方有可能確定其中的具體內容，尤其是授權金的比率和計算等，斷不可能乾綱獨斷，姿意訂出相關條款。然而問題在於，一旦做此規定，則恐會立即形成「責任轉嫁」的現象，亦即原本應屬當事人自行舉證和主張的事宜竟通通成為主管機關的責任與問題，而主管機關一旦自身陷入其中，即難再以客觀、公正的立場來協調當事人間所產生的歧異，反而會導致「剪不斷、理還亂」，實非訂定制度所應採取的立場。

四、 利用人的許可利用範圍應予以更為明確界定

此處的一項主要爭點是，利用人是否得以對於「孤兒著作」從事營利性的利用抑或必須侷限於「非營利」的利用？以及法規是否有必要對於利用的數量或其他內涵予以更多的限制？前一問題在英國制定相關的法規時就曾經引發過相當大的爭論，而最終英國國會是採取了鼓勵從事營利性利用的政策。

¹ 參見該法第七十七條規定，是針對此一問題在英國著作權法中增訂了第一一六條之 A 到 D 等四個條文，available at: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/24/contents/enacted>。

² 參見 U.S. Copyright Office, *Legal Issues in Mass Digitization: A Preliminary Analysis and Discussion Document* (October 2011), at 30, available at http://www.copyright.gov/docs/massdigitization/USCOMassDigitization_October2011.pdf。本段的原文為：“A mandatory licensing scheme would be a measure of last resort. Congress would need to conclude that there is a compelling public need and that the need is frustrated by market failure. It would also need to be sufficiently narrow to comply with treaty obligations ...”

另一項必需考量的問題是，鑒於絕大部分牽涉到數位內容與電子傳輸的終端使用者對於「孤兒著作物」是屬於部分或片段內容的「取用(access)」(按，過去譯為「接觸」恐怕未能完全掌握其中的意涵)與「欣賞(enjoyment)」(包括「片段分享」(snippet sharing))，與傳統上的規模性重製與散布在概念上未必相符(至少對其個人行為而言，雖然最終所形成的結果可能是由不特定多數人對於特定片段的大量轉載)，自然會觸及到與合理使用產生競合的問題。

由美國聯邦法院陳重光法官(Dennis Chin)最近對「谷歌圖書」案的兩次判決便可看到，法院一方面明確指出，「谷歌全面性的把仍享有著作權保護的書籍從事未經授權的重製與銷售或其他利用，將難以對侵權指控提出任何有力的抗辯(Google would have no colorable defense to a claim of infringement based on the unauthorized copying and selling or other exploitation of entire copyrighted books)」，³但另一方面則對谷歌後來改變策略，只容許其終端使用者對於特定著作物從事片段式的瀏覽表示認同甚至激賞，認為這樣的模式已具備了足夠的「轉型(transformation)」，並對整個社會的科技與文藝產生了無價的貢獻(invaluable contributions)，從而構成合理使用。⁴這也凸顯了這類問題的處理必須依個案的具體事實來分別審度，而且往往表面類似的案例，卻可因差之毫釐而失之千里，產生全然不同的結果，難以一概而論。

綜上論述，謹建議相關條款修正如下：

孫遠釗委員建議條文	智慧財產局建議條文	說明
<p>著作權法 第七十八條之一</p> <p><u>就已公開發表之著作，因著作財產權人不明或利用人已盡<u>相當合理</u>之努力<u>無法取得聯繫</u>或授權者，得向著作權專責機關申請強制<u>暫行授權</u>。</u></p> <p><u>前項申請經著作權專責機關許可授權並核定使用報酬後，申請人得於提存<u>該</u>報酬後，於許可</u></p>	<p>著作權法 第七十八條之一</p> <p><u>就已公開發表之著作，因著作財產權人不明或其所在不明，利用人已盡一切努力，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。</u></p> <p><u>前項申請經著作權專責機關許可授權並核定使用報酬者，申請人於提存使用報酬後，得於許</u></p>	<p>一、「所在不明」的本身並非構成「孤兒著作」之要件。真正關鍵乃是無法與著作權人取得聯繫。因此建議再做修正以明確此一要件。</p> <p>二、將「一切努力」更正為「相當合理之努力」，以符合「勤勉原則」之要求並與國際通例接軌。</p> <p>三、基於尊重市場、契約</p>

³ *Authors Guild v. Google, Inc.*, 770 F. Supp.2d 666, 678 (S.D.N.Y. 2011)(按，這是陳法官仍在紐約南區聯邦地方法院任職時對本案和解協議所做成的首次裁判)。

⁴ *Authors Guild v. Google, Inc.*, 721 F.3d 132 (2nd Cir. 2013).

孫遠釗委員建議條文	智慧財產局建議條文	說明
<p>範圍內利用該著作。<u>但依我國所簽訂之國際公約、條約或協定另有規定者，應依各該國際公約、條約或協定之規定。</u></p> <p>著作權專責機關之許可應以<u>書面及網路傳輸等</u>方式公告，並刊登政府公報。</p> <p>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。<u>其具體之內容及支付方式應由著作權專責機關與各利害關係人或其代理人(機構)定期議定。</u></p> <p>第一項申請及其他應遵行事項之辦法，由主管機關定之。</p> <p><u>於共同著作之情形，如其中之一或多名共同著作人不明或已盡相當合理之努力無法取得聯繫者，於經其他著作人之同意後，準用第一項之規定。</u></p> <p>未依著作權專責機關許可之方式利用著作者，著作權專責機關應廢止其許可。</p>	<p>可範圍內利用該著作。</p> <p>著作權專責機關之授權許可應以適當之方式公告，並刊登政府公報。</p> <p>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。</p> <p>第一項申請及其他應遵行事項之辦法，由主管機關定之。</p> <p>未依著作權專責機關許可之方式利用著作者，著作權專責機關應廢止其許可。</p>	<p>自由之基本原則與鼓勵授權之根本政策，並維繫主管機關之公正性與客觀性，鄭重呼籲避免逕行採取法定或強制授權，以避免造成政府干預甚至擾亂市場之危險。</p> <p>四、向著作權專責機關所申請者建議統稱為「暫行授權」。按，「授權」與「許可」原本即為相互通用之名稱，而前者其實上有誤導之嫌，原以不盡妥當。在此雖仍然繼續援引已經慣用之「授權」，但建議使用此一統稱，以明確對「孤兒著作」之授權乃屬權宜性之暫行性質。</p> <p>五、關於使用報酬的訂定建議由主管機關召集各利害關係人或對其具有代理權之機構定期商議擬定，以再次彰顯對於市場機制之尊重。</p> <p>六、鑒於現今無數網路著作皆屬共同創作，特增列共同著作準用第一項之規定，以明確相關權益與授權之處理方式。</p>