



建立與伯恩公約／TRIPs 相容之著作權形式要件 (formalities) 制度

蔡鏞宇*

壹、前言

在資訊時代如何將著作加以大規模數位化 (mass digitization) 以及如何解決孤兒著作問題一直是眾人所關注的議題。尤其是自2005年在美國有關Google Book Search (GBS) 訴訟開始之後，這一系列之討論便進入白熱化之階段，不論是美國、歐盟或台灣莫不亟謀對策¹。GBS一案在經過漫長的訟爭之後於2013年11月為法官認定係合理使用終獲勝訴²。而與本案相關之Authors Guild, Inc. v. HathiTrust一案也在2014年6月由使用Google所掃描書籍檔案的HathiTrust以合理使用之主張獲得勝

DOI : 10.3966/221845622015040021001

收稿日：2014年10月27日

* 世新大學法學院智慧財產權法律研究所助理教授。

¹ 例如美國官方在2011年所提出的研究報告。See Office of the Register of Copyrights, *Legal Issues in Mass Digitization: A Preliminary Analysis and Discussion Document*, available at http://copyright.gov/docs/massdigitization/USCOMassDigitization_October2011.pdf (last visited Oct. 10, 2014).

² Jonathan Stempel, *Google Defeats Authors in U.S. Book-Scanning Lawsuit*, available at <http://www.reuters.com/article/2013/11/14/us-google-books-idUSBRE9AD0TT20131114> (last visited Oct. 10, 2014).

訴³。在歐盟方面，歐盟法院（Court of Justice of the European Union）於2014年9月做出有關圖書館館藏數位化之判決。判決中指出，圖書館毋須出版商之同意便能將館藏數位化，惟讀者僅得於館內閱讀，重製則需另行付費⁴。

然而透過訴訟主張合理使用易使得法律關係長期陷於不明確的狀態。因此先期在制度面做更明確的規範以避免爭端的發生，將會是比較好的選擇。登記制度抑或形式要件（formalities）的改良、集管團體的強化、授權制度的積極運用都是因應資訊時代相當具有潛力的解決方案。

我國智慧財產局在2014年4月所公布之著作權法修正草案中第84條即已針對著作財產權之登記進行初步修訂。本文認為在形式要件上不妨採取更積極的措施，而這些措施有賴民間集管團體之執行。另外，歐洲所採取的擴張性著作權集體管理制度（Extended Collective Licensing, ECL）儘管有相當好的成效，且其違反國際公約之疑慮尚在可辯護的範圍之內，英國亦於2013年起加以採行，惟其施行必須有客觀環境之配合，是故欲引進國內恐非易事⁵。

本文首先介紹著作權形式要件在伯恩公約中之意義。而由於形式要件之執行非透過集管團體不足以竟其功，因此繼而探討集管團體之功能並簡述其經濟分析，又兼述在歐洲頗受歡迎之擴張性著作權集體管理制度。最後提出本文之參考建議。

貳、伯恩公約／TRIPs所禁止之著作權登記制度

在著作權中常見的形式要件包括著作權登記、更新、著作權移轉讓與、寄存（deposit）、還有著作權聲明（亦即©），其中又以著作權登記最為典型。形式要件的落實能促進著作之利用。相較於著作權使用人所負擔因資訊不明確而引起的各

³ 755 F.3d 87 (2d Cir. N.Y. 2014).

⁴ Loek Essers, *Libraries May Digitize Books Without Permission, EU Top Court Rules*, available at <http://www.pcworld.com/article/2606132/libraries-may-digitize-books-without-permission-eu-top-court-rules.html> (last visited Oct. 10, 2014).

⁵ Thomas Riis & Jens Schovsbo, *Extended Collective Licenses and the Nordic Experience: It's a Hybrid but is it a Volvo or a Lemon?*, 33 COLUM. J.L. & ARTS 471, 495-96 (2010). (探討ECL之所以在歐洲能順利推展其背後之文化因素)

種成本，著作權利人因履行形式要件所生之成本顯得較低而且可預測。就效率而言，吾人即應要求權利人遵守形式要件，以節省社會成本。然而根據伯恩公約第5(2)條的規定，著作權人毋須證明其已依照著作之所屬國的著作權法履行形式要件，此即所謂創作保護原則。而WTO之「與貿易有關之智慧財產權協定」(Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, TRIPs)亦透過第9條將本原則加以併入⁶。職是之故，世界各國紛紛放棄著作權之形式要件。

究竟伯恩公約所禁止之著作權登記制度所指為何？若能在不違反伯恩公約之狀況下建立登記制度，對於促進著作之交易以及保存就能發揮相當大之助益。伯恩公約第5(2)條之解釋因此有其必要。

Jane Ginsburg教授即指出，伯恩公約僅限制會員國不得對於著作權之享有及行使設定形式要件，但是對於資格，亦即「誰」才能享有以及行使著作權相關權能，伯恩公約並未要求會員國不得加以限制，從而Ginsburg教授提出在著作權移轉時必須證明擁有系爭著作權的主張，期能強化著作權之形式要件，提升權利之明確性⁷。而其實負責管理伯恩公約的World Intellectual Property Organization (WIPO)於2004年所發布的一份指南中亦已提及，伯恩公約所禁止的形式要件，僅係有關倘若不履行即失去著作權的形式要件，例如不履行著作權登記、寄存或著作權聲明則不得享有著作權之規定⁸。同樣地，以形式要件之履行作為著作權人進行訴訟之先決要件，亦與伯恩公約所不相容⁹。當然，著作權法中要求著作需具有原創性抑或著作需固著 (fixation) 方得享有著作權者，自非伯恩公約所不許。Pamela Samuelson教授等人

⁶ 惟為了行文之簡便，以下將僅稱伯恩公約而不另提及TRIPs。

⁷ Jane C. Ginsburg, "With Untired Spirits and Formal Constancy" *Berne Compatibility of Formal Declaratory Measures to Enhance Copyright Title-Searching*, 28 BERKELEY TECH. L.J. 1583, 1611-13 (2013) ("Berne article 5(2) prohibits formalities that limit the 'enjoyment or exercise' of copyright. It does not address declaratory measures concerning ownership of rights. Yet those measures may be the most pertinent to title-searching. If I am correct that Berne bars measures that condition how a right is exercised, but not who exercises it, then member states may achieve many of the positive, rights clearance-facilitating goals of formalities, without violating international norms.").

⁸ Daniel Gervais, *The Google Book Settlement and the TRIPS Agreement*, 2011 STAN. TECH. L. REV. 1, 4 (2011).

⁹ *Id.*

也曾經主張，以著作權人是否登記來決定其享有著作權之範圍以及其可獲得之救濟種類的作法仍應屬於伯恩公約所容許者，故倘若權利人未登記，則應賦予著作使用人較大的合理使用空間，且該未登記之權利人亦不得主張法定賠償（statutory damages）¹⁰。也有學者研究發現，由立法過程以觀，伯恩公約第5(2)條規定之目的原本僅在於讓外國作者能與會員國國民享有相同之權利¹¹。

以目前美國著作權法中的作法為例，儘管不以登記為取得著作權之要件，然而依據1909年以及1976年之著作權法規定，倘若著作權人欲提起侵權訴訟，登記乃先決要件¹²。1989年為了符合伯恩公約之要求，美國將上述規定加以限縮，讓美國國外之著作不受上述規定的限制¹³。然而美國著作權法仍然規定，除非係爭著作在第一次發表後三個月內完成登記，對於在登記前所發生之著作權侵權皆不得請求法定損害賠償以及律師費，該規定則不論對於美國國內或國外之著作有拘束力¹⁴。

著作之寄存則往往是伴隨著作權登記而來。在1976年著作權法中，著作之寄存不但是是著作權登記程序所不可或缺之一部分，同時也是為了滿足美國國會圖書館之要求。在美國國內出版後三個月內，著作權人應寄存兩份著作予著作權辦公室（The United States Copyright Office）¹⁵。應注意者，倘若著作權人未遵守寄存之規定，其著作權並不會因此而無效，而是命著作權人繳交罰款抑或補償政府因付費取得該著作所支出的相關合理費用¹⁶。這項規定即使在美國加入伯恩公約後並未經過太大的變動，因此目前凡是自願登記的著作權人仍應遵守寄存之相關規定¹⁷。

在著作權更新方面，著作權之更新在1909年著作權法中具有重要地位。當時著

¹⁰ Pamela Samuelson et al., *The Copyright Principles Project: Directions for Reform*, 25 BERKELEY TECH. L.J. 1175, 1198-1202 (2010).

¹¹ Gervais, *supra* note 8, at 3.

¹² Jane C. Ginsburg, *The US Experience with Formalities: A Love/Hate Relationship*, in GLOBAL COPYRIGHT: THREE HUNDRED YEARS SINCE THE STATUTE OF ANNE, FROM 1709 TO CYBERSPACE 425, 440 (Lionel Bently et al. eds., 2010).

¹³ *Id.*

¹⁴ *Id.*

¹⁵ 17 USC § 407(a)(1976).

¹⁶ 17 USC § 407(d)(1976).

¹⁷ Ginsburg, *supra* note 12, at 441.

作權之保護期間分為兩階段，當著作權人第一次在美國發表並附上著作權聲明之後便享有第一階段28年的著作權保護；如果著作權人冀希享有第二階段也就是另一個二十八年之著作權保障，則權利人必須向著作權辦公室申請著作權更新以避免其著作權落入公共領域¹⁸。惟更新之重要性於今日已不若往昔，蓋1976年著作權法原則上不再援用更新制度，轉而採取單一階段之作法，也就是對於1978年1月1日之後所產生之著作，其所享有之保護期間乃作者之終身加50年¹⁹。當然，1998年之後係採取著作權人終身加70年，對於某些著作之計算方式則係第一次發表後70年抑或創作後120年之保護期間。

在著作權移轉登記上，美國著作權亦曾經以著作權移轉登記為提起著作權侵權訴訟之要件，然而在加入伯恩公約後相關規定已經刪除，目前此等移轉登記僅在當事人之間就著作權之移轉有爭執時發生推定之效力²⁰。

1909年著作權法對於著作權聲明之格式以及所應放置的位置有著詳盡的規定²¹。違反相關規定者即有可能導致著作權之失權²²。然1976年著作權法對此有所放寬，是故雖然違反著作權聲明之相關規定仍然可能造成失權，若僅係出於權利人之疏忽，則在一定之寬限期內權利人仍得加以補正，而對於善意信賴有瑕疵之著作權聲明所發生之侵權行為，1976年著作權法亦較為寬容²³。隨後，美國為了遵守伯恩公約，前述著作權聲明遂由強行規定改為任意規定，亦即著作權人不會因為未遵守著作權聲明之要求而喪失著作權²⁴。惟為了鼓勵著作權人提供明確的著作權資訊以增進著作權之公示性，倘若著作權人於著作中已充分揭露著作權聲明，則侵權行為人於訴訟中不得再行主張其侵權僅係出於過失，企圖減免損害賠償²⁵。

¹⁸ 請參見章忠信，美國著作權局為解決「孤兒著作」之利用困境覓良方，<http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php?board=4&act=read&id=133>，最後瀏覽日：2014年10月10日。

¹⁹ See The United States Copyright Office, *Renewal of Copyright*, available at <http://copyright.gov/circs/circ15.pdf> (last visited Oct. 10, 2014).

²⁰ Ginsburg, *supra* note 12, at 442.

²¹ §§ 9 and 19 of the US Copyright Act (1909).

²² See ROBERT A. GORMAN ET AL., *COPYRIGHT CASES AND MATERIALS* 496-97 (8th ed. 2011).

²³ 17 USC §§ 401, 402, 405 & 406 (1976).

²⁴ Ginsburg, *supra* note 12, at 442.

²⁵ 17 USC §§ 401(d) & 402(d).

參、集體管理團體與ECL制度

一、從集管團體談起

伯恩公約採取創作保護原則反而引起著作之利用成本升高的現象，孤兒著作問題之產生即為一著例。為消弭此一現象，除前述有關登記制度的變革外，學者亦紛紛提出其他建言，例如：強化強制授權制度之運用²⁶，以及恢復著作權形式要件而且更要建置後設資料（metadata）以符合今日之數位時代之需求等²⁷，不一而足。除此之外，美國著作權辦公室主管著作登錄業務的Maria A. Pallante女士所提到的修正方向則包括：寄存制度的改進、在某些狀況下讓著作提早進入公共領域、考慮接納ECL的授權方式等²⁸。

值得注意的是，有學者觀察到，伯恩公約並非是要完全禁止著作權之形式要件，而是要將原本屬於政府的業務移轉到私人的手中²⁹。不論係伯恩公約抑或TRIPs皆屬於國際公約，故所規範者乃會員國之政府作為，至於民間之集管團體自非國際公約所欲規範之對象³⁰。伯恩公約之相關規定正與二十世紀伊始民間集管團體興起有相當密切的關連³¹。因此，「由政府介入民間集管團體，並強化其運作」以執行著作權形式要件之管理，不但符合伯恩公約的意旨也順應時代的潮流³²。

集管團體是發展數位著作權的一帖良藥，因為集體管理可以讓著作權利人獲得報酬，而且像集體管理這樣的軟性的著作權執行措施（soft enforcement measures）更能讓為數眾多的網路使用人保持對於著作權法律的尊重³³。著作必須能讓多數人

²⁶ Robert Kirk Walker, *Negotiating the Unknown: A Compulsory Licensing Solution to the Orphan Works Problem*, 35 CARDOZO L. REV. 983, 1011 (2014).

²⁷ David R. Hansen et al., *Solving the Orphan Works Problem for the United States*, 37 COLUM. J.L. & ARTS 1, 48-55 (2013).

²⁸ Maria A. Pallante, *The Next Great Copyright Act*, 36 COLUM. J.L. & ARTS 315, 333-38 (2013).

²⁹ Michael W. Carroll, *A Realist Approach to Copyright Law's Formalities*, 28 BERKELEY TECH. L.J. 1511, 1533 (2013).

³⁰ *Id.* at 1513-15.

³¹ *Id.* at 1525-26.

³² *Id.* at 1513-15.

³³ Daniel Gervais, *Collective Management of Copyright: Theory and Practice in the Digital Age*, in

所接觸、利用，著作權法之存在才具有正當性，換句話說如果著作權的執行最終使得使用人無法、不願意接觸 (access)、利用著作，這樣的作法就有檢討的必要³⁴。

集管團體能協助著作權人一一面對廣大的使用人。相對地在使用人方面，在面對複雜的著作權關係時也需要集管團體來減輕他們的負擔。各種著作權利的歸屬常常難以判斷，而造成這樣的現象其成因有許多。首先，著作權本身權利範圍有時模糊不易確定，例如著作權對於表達 (expression) 與概念 (idea) 的區分而衍生出的「必要場景原則」 (scenes-a-faire) 以及「觀念與表達合一原則」 (the merger rule) 會讓使用人有時不易判斷系爭標的是否享有著作權保護。而如果是受到著作權保護，那麼接下來又將遭遇權利人為何人？該著作權是否已逾保護時效？等一連串複雜的問題。而如前所述，著作權形式要件 (formalities) 的放寬也是造成各種著作權利不明確的主因之一。上述種種原因都讓確定著作權的狀態的工作不易進行。美國著作權辦公室為此公布一份指南讓著作權使用人有所依據³⁵。然而，在這份指南裡面美國著作權辦公室仍然提醒著作權使用人，這份指南僅供參考，依照這份指南所得出來的著作權狀態，並不一定是確定的結果。

今天的集管團體所需面對的不僅僅是國內的著作權，更必須處理國際著作權的問題。例如GBS一案中，Google曾經試圖在訴訟中與著作權利人達成和解，而和解中所建立的「類集管團體」不但與美國境內的集管團體產生互動，也不可避免會對外國集管團體產生影響³⁶。

二、集管團體的功能

有些集管團體是由國家支持所設立，但大多數的集管團體是民間團體³⁷。集管

COLLECTIVE MANAGEMENT OF COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS 1, 28 (Daniel Gervais ed., 2d ed. 2010).

³⁴ *Id.* at 27-28.

³⁵ See The United States Copyright Office, *How to Investigate the Copyright Status of a Work*, available at <http://www.copyright.gov/circs/circ22.pdf> (last visited Oct. 10, 2014).

³⁶ Gervais, *supra* note 33, at 18.

³⁷ 在類型上，集管團體還可以做如下的區分：1. 著作權利的取得方式不同 (e.g. 權利人將所有權移轉給集管團體？抑或透過獨家／非獨家授權給集管團體？或者是法律規定例如 private copying)；2. 訂定價格的主體不同 (e.g. 由集管團體自行訂定？由著作權人自訂？或是由主

團體在每個國家其運作以及規範方式都不盡相同，而其核心功能不外乎是收集使用資料以及分派收益。在收集使用資料方面，集管團體之任務有二：其一是必須確定被使用之著作，其二是必須確定真正應該分派收益之人³⁸。當使用人在通知集管團體使用了某著作權人之某作品的時候，該著作權人不見得是真正的權利人，蓋權利可能已經移轉，而這就是集管團體必須進行的工作³⁹。集管團體常常將著作權人的資訊（以及財報）當做是一項機密或甚至是營業秘密來看待，如此讓資訊不公開、不透明的作法難免引起反對的聲浪⁴⁰。

對於使用的數據以及總收益的計算，集管團體通常讓使用者自行回報然後進行推算。電台可以利用電腦記錄其所播放過的著作，但是對於其他使用人例如餐廳或飯店，集管團體則採用調查的方式，藉以蒐集數據、建立模型，如果蒐集的數據越多就能做更準確的推斷⁴¹。集管團體往往會將各種不同類型的使用人所產生的數據分開，使著作權人更明確了解其收入來源，而當有收益應歸屬於國外的著作權人而該著作權人參加訂有互惠契約之集管團體時，那麼收益將先分派給國外的集管團體，再由該團體交由權利人⁴²。

三、集管團體法律經濟分析

集管團體的貢獻在於減少交易成本及連帶所生之社會成本以除去市場失靈（market failure）⁴³。個別的著作權人無法面對廣大的使用人，因為著作權人無法負

管機關訂定？）；3.所蒐集的使用資料不同（依照不同資料的種類、資料的品質、或者是資料的數量來做區分？）；4.分派收益的方式不同。在分派收益上面，有些採取“follow the dollar”，也就是依照著作的使用次數分配收益。有些集管團體會依照不同的考量因素給予加權。Daniel Gervais, *Keynote: The Landscape of Collective Management Schemes*, 34 COLUM. J.L. & ARTS 591, 596 (2011).

³⁸ Gervais, *supra* note 33, at 6-10.

³⁹ *Id.*

⁴⁰ *Id.*

⁴¹ *Id.*

⁴² *Id.* 一般而言，集管團體對於互惠契約的簽訂有較大的自主權，比較不受到主管機關的限制。集管團體與使用者之間的契約（例如授權條件以及價格）則會受到世界各國主管機關較高密度的監督。

⁴³ 造成市場失靈的主要因素有四：公共財、外部性、自然獨占以及資訊不對稱。

擔龐大的交易成本。在沒有集管團體的狀況下，儘管著作權法將各式各樣的排他權授於權利人俾便權利人以及使用人進行交易，然而由於交易成本可能過高，交易市場將幾乎不存在而產生所謂反公地的悲劇 (tragedy of anti-common)。從另一方面來看，有無法交易的情形時，使用人可能會逕行使用著作並且主張合理使用，使得著作權人仍然無法獲得報酬，此時負面外部性 (negative externalities) 因為無法內化 (internalization) 而造成市場失靈。這樣的現象就類似工廠在生產以及獲利的過程中，對環境造成污染卻對污染不必負擔成本。集管團體此一媒合機制正是為了促進交易而產生。隨著集管團體的規模越來越大，企業即能藉由擴張來得到成本優勢而產生規模經濟 (economies of scale) 的效果。長期而言，當生產規模越來越大的時候，平均單位成本就會下降。也就是說，集管團體能夠藉由匯聚更多利益相近的權利人以提升生產效率。

從美國法的角度來看，集管團體約略有兩種模式：一是copyright collective，此等集管團體代表著作權人訂定契約條款以及費率，例如ASCAP以及BMI；另一則是collecting society，這類集管團體僅協助著作權人執行著作權人自行訂定的契約，以及收取著作權人自行訂定的使用費，Copyright Clearance Center (CCC) 可歸屬此類⁴⁴。在copyright collective的模式中，由於集管團體掌握控制價格的能力，因此始終免不了帶有托拉斯的性格，而儘管美國司法部會隨著科技以及市場的變動以介入調整這類集管團體的體質，然而目前看起來效果尚不能謂顯著⁴⁵。

某種程度上加入集管團體對於權利人來說是一種必要的犧牲，因為一般而言，集管團體不得拒絕授權，在此情形之下著作權的排他性反而會因為著作權人加入集管團體有所弱化⁴⁶。對於前述會受到反托拉斯法檢驗的集管團體來說，拒絕授權會使得集管團體遭到調查，而對於比較不受反托拉斯法管制的集管團體如CCC來說，他們也不敢輕易拒絕授權⁴⁷。

⁴⁴ Glynn Lunney, *Copyright Collectives and Collecting Societies: The United States Experience*, in COLLECTIVE MANAGEMENT OF COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS 311, 311-12 (Daniel Gervais ed., 2006).

⁴⁵ *Id.* at 313-14.

⁴⁶ Gervais, *supra* note 37, at 596.

⁴⁷ *Id.* at 597-98.

此外，集管團體的存在大幅減少了合理使用的空間。Professor Wendy Gordon對於合理使用所建構的市場失靈理論有過度保護權利人之嫌，儘管引起其他學者的檢討，然而仍是目前解釋合理使用時的重要理論基礎。相較於其他國家，美國的合理使用判斷是比較彈性的，因為美國法院在判斷上是依照個案來做認定，因此常常有機會做出具有創造性的判決⁴⁸。在網路世代之前，美國在合理使用判斷上這樣彈性的作法較無問題，因為有關合理使用案件的數量尚在可管理的範圍之內，但是在今天的網路世代，無盡的著作權使用人在網路上不僅僅是將著作散布而且也常常會將著作內容加以轉換（transformation），因此美國法院必須經常應付為數眾多的合理使用案件⁴⁹。然而一般而言，如果法院必須頻繁地介入某類的議題，有可能就代表在該領域的規範缺乏明確性，人民財產因而處於一較為不確定之狀態⁵⁰。集管團體的產生儘管壓縮了合理使用的空間，卻能透過避免訴訟成本（litigation cost）的產生以減少法規範的不確定性對人民財產所帶來的負面影響。又資訊的不透明將使交易成本提高，集管團體可以減少資訊成本（information cost），已如前述。對於願意取得授權的使用人來說，集管團體提供了集中的、明確的資訊。當使用人考量到合法使用比非法的使用成本更低的時候，使用人自然會選擇合法使用。至於著作權的執行成本（enforcement cost）則是能透過集管團體追蹤、調查使用人的使用行為，收取費用、分派收益等功能來降低。

集管團體在降低談判成本（bargaining cost）方面亦有顯著之貢獻。倘若集管團體已經將契約條款以及費率定妥，則在談判授權條件的時間以及金錢上得減少之耗費將更為可觀。若是當使用權人申請使用著作權而集管團體即有義務授權者，那麼談判成本更是微乎其微。集管團體所提供的概括授權契約（blanket licensing）對於減少談判成本也大有助益⁵¹。

⁴⁸ *Id.* at 613-14.

⁴⁹ *Id.*

⁵⁰ 惟亦有學者認為合理使用雖非完美但卻是解決孤兒著作最好的方法。See Jennifer M. Urban, *How Fair Use Can Help Solve the Orphan Works Problem*, 27 BERKELEY TECH. L.J. 1379, 1383 (2012).

⁵¹ 概括授權契約係由著作權集管團體將其管理範圍的全部著作，授權利用人在一定期間內不限次數的利用。此等契約適用於利用數量龐大，事先無法確定要利用哪些著作之業者，例如KTV。

四、ECL制度⁵²

ECL在歐洲許多國家實施相當成功，對於資訊社會來說亦是非常有吸引力的解決方案。然而ECL也可能引起國際著作權法的爭議，例如TRIPs中的三階測試。況且ECL之所以能成功有其背景因素。因此當一個國家要引進ECL時應特別注意ECL是否符合該國的國情。

（一）ECL的運作

ECL可以讓使用者透過集管團體利用所有的同類著作，不管著作權人是否將他的著作交由該集管團體來管理。但是應注意的是，集管團體必須獲得主管機關的同意始得進行ECL授權。

在收益的分配上，不論某著作權人是否是該集管團體的成員，集管團體都必須一視同仁⁵³。換句話說，獲得主管機關同意而實施ECL授權的集管團體對於本國著作權人但未參加該集管團體者、外國著作權人以及已經去世的著作權人，都不能有不同的待遇，因而未參加的著作權人可以向集管團體請求分配收益，若不能對收益的分配無法達成共識時雙方可訴諸於著作權授權法庭（Copyright License Tribunal）⁵⁴。

退出機制（opt-out）在ECL中頗為重要，若ECL在制度設計上不容許著作權人退出，此時著作權人的排他權受到ECL限制而僅餘收益權，而在這樣的狀況下不認同ECL的著作權人亦如前述未參加集管團體的著作權人一般，只能向著作權授權法庭訴請集管團體計算、分配自己的收益⁵⁵。是故若ECL無此機制時即可能演變成一

⁵² 詳見王怡蘋，北歐五國擴張性著作權集體管理制度，智慧財產權月刊，2010年5月，137期，65-89頁。關於德國著作權集管團體之運作，參見王怡蘋，德國著作權集體管理實務運作概況，智慧財產權月刊，2011年11月，155期，5-40頁。

⁵³ Henry Olsson, *The Extended Collective License as Applied in the Nordic Countries*, available at <http://www.kopinor.no/en/copyright/extended-collective-license/documents/the-extended-collective-license-as-applied-in-the-nordic-countries;jsessionid=0676DA15ABA4DB8B750724629A633390> (Mar. 10, 2010) (last visited Oct. 10, 2014).

⁵⁴ Riis & Schovsbo, *supra* note 5, at 476.

⁵⁵ *Id.*

種強制授權，增加違反伯恩公約的可能性⁵⁶。

一般來說，ECL在設計上係針對少部分的著作⁵⁷。然而丹麥著作權法第50(2)條卻是一例外，因為原本該條的立法目的在於將孤兒著作以及圖書館收藏的作品加以數位化，其實行之結果卻成為ECL的概括規定：只要集管團體與使用人認為ECL有幫助而且雙方對於ECL的條款都同意時，ECL即可適用⁵⁸。根據這項規定，ECL的使用時機從原本必須由主管機關同意轉變成由集管團體以及使用人雙方同意，而且針對所有的著作權利都可以適用ECL⁵⁹。

(二)ECL與歐盟

在歐洲方面，2011年9月，歐盟執行委員會（European Commission）要求歐洲的著作權人團體、出版商以及利害關係人進行研究，讓不再具有商業價值（“out of commerce” or “out of print”）的書籍加以電子化的可能性，隨後並公布了一份 Memorandum of Understanding（MoU）⁶⁰。所謂不再具有商業價值的書籍，係指這

⁵⁶ Mihaly Ficsor, *Collective Management of Copyright and Related Rights from the Viewpoint of International Norms and the Acquis Communautaire*, in COLLECTIVE MANAGEMENT OF COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS 29, 62 (Daniel Gervais ed., 2d ed. 2010).

⁵⁷ Hansen et al., *supra* note 27, at 44 [“The Nordic ECL regimes cover primary broadcasting, cable retransmission and communication to the public of previously broadcast television programs, and certain forms of reproduction (including photocopying) for certain activities or by particular institutions.”].

⁵⁸ Riis & Schovsbo, *supra* note 5, at 476-77.

⁵⁹ *Id.*

⁶⁰ 在MoU中有下列幾個重點值得注意：1.自願談判原則：大家所共同遵守的協議或契約，必須是這項計畫中的作者或出版商出於自願所得的談判結果。參加人有權決定哪些書籍屬於不再具有商業價值的書籍。著作權利人有權拒絕任何扭曲、切割等對於原著產生任何改變的利用方式。對於孤兒著作，倘若嗣後可以確認著作權的歸屬，則應將著作權利歸屬於該著作權人。2.授權對象的限制：限於不再具有商業價值的書籍，在數位化之後僅能授權給某些特定的集管團體，而這些集管團體是由受到前述MoU所影響的著作權人所管理。3. ECL的運用：如果該著作係在歐盟境內某個國家第一次發行，但是未加入集管團體，則該國該類著作的集管團體將主動管理該著作。不過，權利人可以選擇退出。Memorandum of Understanding, Key Principles on the Digitisation and Making Available of Out-of-Commerce Works (Sep 20, 2011), available at http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/copyright-infso/2011_0920-mou_en.pdf (last visited Oct. 10, 2014).

本書在一般的通路中已經不具有商業的可行性，儘管在圖書館中以及二手書店裡還看得到這本書⁶¹。這樣的書籍包括了孤兒著作。而且在電子化之後，這些書籍要讓大眾做非商業的使用。

從上述的發展看來，目前歐盟也已經採用ECL，而且這樣的使用僅限於某些著作（尤其是印刷物），以及需符合某些條件始可。英國在2013年也開始採用ECL以解決孤兒著作的問題，亦即讓文化機構可以透過ECL將其收藏之中已成為孤兒著作者加以數位化⁶²。

(三)ECL與美國

ECL從1960年代開始就已經從北歐開始發展，但在大西洋對岸的美國目前恐仍無適用的餘地⁶³。著作權辦公室認為，在美國採用ECL之前必須先讓大眾討論這個議題，正反意見並陳，讓著作權人、出版商、圖書館以及利害關係人決定ECL是否是大規模數位化的良策，抑或根本是一種障礙⁶⁴？如果將來國會要引進ECL制度，國會必須考慮ECL是不是能夠與現有的授權制度相互配合，以建立整合的、最有效率的、對創新最有助益的授權制度，國會也必須特別注意ECL與美國著作權法第107條合理使用的規定，以及第108條有關圖書館的例外規定，更要特別注意倘若引進ECL的制度所必須負起的國際法上義務⁶⁵。不過，根據Pamela Samuelson等學者之分析，由於歐洲以及美國之環境大不相同，因此若欲移植ECL至美國將遭遇許多無法克服的問題⁶⁶。

⁶¹ *Id.* 請參見該文件中DEFINITION之部分。

⁶² Hansen et al., *supra* note 27, at 41-42.

⁶³ 美國的圖書館聯盟 (the Library Copyright Alliance) 尤其反對ECL。See Comments of the Library Copyright Alliance in Response to the Copyright Office's Notice of Inquiry Concerning Orphan Works and Mass Digitization (Jan. 14, 2013), available at http://www.copyright.gov/orphan/comments/noi_10222012/Library-Copyright-Alliance.pdf ("Any legislative approach that involves licensing, such as extended collective licensing, is completely unacceptable to the library community.") (last visited Oct. 10, 2014).

⁶⁴ Office of the Register of Copyrights, *supra* note 1.

⁶⁵ *Id.*

⁶⁶ Hansen et al., *supra* note 27, at 45-47.

(四)ECL與Google Book Settlement之異同

GBS計畫是Google一個具有雄心壯志的偉大計畫。根據這項計畫，Google將掃描數百萬本收藏在各大圖書館或大學圖書館的藏書，其中大約75%仍在著作權保障之下⁶⁷。掃描之後的電子版本將供人檢索，但是每次檢索只會顯示出與該關鍵字相關的片段（snippet），不會做太多的揭露⁶⁸。

如前所述，Google在訴訟中主張合理使用，經多年纏訟之後終於獲得勝訴。在勝訴前曾與原告試圖和解⁶⁹。根據和解之協議，雙方將成立一個類似集管團體的組織，稱為Book Right Registry（BRR）。BRR成為Google獲得授權的來源，然後由Google提供使用人不同形式的授權，包括全文授權。美國著作權辦公室認為，BRR其實就是一種ECL⁷⁰。以下說明BRR的主要重點：

1. Google獲准掃描仍在著作權保護之下的書籍，但是只能將這些電子檔建檔而不能讓內容顯示出來，Google可以將電子檔交給參與本計畫的圖書館，也可以將不再具有商業價值的書籍（out-of-print）拿出來做營利使用⁷¹；
2. Google必須將GBS的收益支付給上述新成立的集管團體BRR，BRR會將收益分配給GBS計畫中的著作權人⁷²；
3. 如果著作權人不明時，BRR也會加以尋找以分配收益⁷³。

由上面的簡述觀之，BRR與ECL頗為相似，然而兩者之間有些差異。第一，在主管機關上，ECL通常是由立法機關授權而且運作受到政府的監督；然而在BRR，儘管在成立初期，和解計畫會受到司法機關的審查，但嗣後在運作上則是由Google

⁶⁷ Lawrence Lessig, *Is Google Book Search "Fair Use"?*, available at <https://www.youtube.com/watch?v=TmU2i1hQiN0> (last visited Oct. 10, 2014).

⁶⁸ *Id.*

⁶⁹ 惟該和解協議於2011年遭承審法官拒絕。Amir Efrati and Jeffrey A. Trachtenberg, *Judge Rejects Google Books Settlement*, available at <http://online.wsj.com/articles/SB10001424052748704461304576216923562033348> (last visited Oct.10, 2014).

⁷⁰ Office of the Register of Copyrights, *supra* note 1.

⁷¹ Pamela Samuelson, *Legislative Alternatives to the Google Book Settlement*, 34 COLUM. J.L. & ARTS 697, 707-09 (2011).

⁷² *Id.*

⁷³ *Id.*

以及原告雙方等民間組織自行管理，不受政府監督，而且有關ECL的爭端會由政府主管機關介入協調，與BRR有關的爭端則是由當初參與和解方案的各方協調解決⁷⁴。其次，在會員方面，ECL會涵蓋所有著作權人，BRR儘管所包括的著作權人非常多，但是仍然無法與ECL相較⁷⁵。而且與ECL不同的是，在和解談判的過程中，與Google談判的團體幾乎都是以營利為目的的團體，因此有許多願意將他自己已經out of print的著作開放讓大家使用的學術界作者，在與Google談判的過程中並沒有發聲，而這些學者的開放態度對於以獲利為目標的BRR來說並不受到歡迎⁷⁶。第三，在自主性方面，BRR本身並未如ECL具有談判的權限，因為BRR僅是在單純執行Google的訴訟案件中，原告方所賦予的任務，除了Google之外若第三人也想獲得授權，不能逕行接洽BRR，若Google欲改變授權條件也不能直接與BRR討論，而是必須與原告針對和解方案再行會談⁷⁷。最後，在收益分派上，BRR係以有加入的著作權人為對象，ECL則會將所有該類的著作權人自動加入來分配利益，不過BRR的好處是當某著作被使用而該著作權人有可分配的利益時會主動找出著作權人，但是ECL則不會⁷⁸。

簡言之，儘管BRR與ECL相似，但是在政府機關的介入程度上，BRR與ECL相去甚遠。

(五)ECL將遭遇的國際法律問題

自1960年以來ECL已經為部分歐洲所接受，但是在歐洲以外的地區則並不流行。原因可能是世界其他國家考量到使用ECL時所會帶來的國際法律問題，尤其是ECL是否違反源自於伯恩公約第9(2)條之TRIPs第13條有關Limitations and Exceptions的三階測試 (Three Step Test)？根據TRIPs第13條的規定：「各會員國應將著作權之排他權之限制與例外，限定於不與著作之正常利用相衝突，且非不合理危害權利人之合法利益之某些特殊情形」。首先必須判斷者，係該ECL是否構成限制或者例

⁷⁴ *Id.*

⁷⁵ *Id.*

⁷⁶ *Id.*

⁷⁷ *Id.*

⁷⁸ *Id.*

外。若會造成著作權之排他性或收益上的損害，就會構成限制或者例外。而是否造成著作權之排他性以及收益上的損害，必須觀察執行的結果，不能單憑字面上來判斷⁷⁹。有學者認為ECL將會對著作權造成限制，因為儘管ECL可以為著作權人產生收益，但同時也會造成著作權人排他權的限制，故ECL仍然是限制或例外⁸⁰。再者，需考慮ECL是否與正常利用相衝突，是否不合理危害權利人之合法利益。整體而言，除丹麥著作權法第50(2)條的概括規定外，ECL各國之制度並不被認為將與正常利用相衝突，也不會不合理危害權利人之合法利益，因為通常ECL被限定在某些種類著作權以及某些使用方式⁸¹。也因此有學者觀察到在歐洲，大力支持ECL的反而往往是著作權人組織⁸²。

肆、結 論

本文認為應建立比目前著作權法修正草案更廣泛的、不違背伯恩公約的著作權形式要件制度，並由民間集管團體執行之。或有認為在科技進步的今天，有些作者以及出版者已經有能力自行透過Digital Right Management (DRM) 來自行管理自己的權利，著作權利人可以自己訂定使用條件、價格、追蹤使用人的使用情形，還可以做有效的差別定價 (price discrimination) 來達到獲利最大化的目的⁸³，因此對於集管團體的依賴不若過去那麼深。是故，著作權利人的自行管理與集管團體的集體管理 (collective management) 相較，似乎顯得更有效率。不過從另一方面來看，DRM的廣泛運用不代表集管團體已經被取代所以顯得不重要，而應該是說，集管團體的角色正在改變：集管團體不但不是式微反而將會是更具有重要性，因為著作權人利用DRM管理自己的著作權而沒有加入集管團體，有可能反而讓權利更加瑣

⁷⁹ Riis & Schovsbo, *supra* note 5, at 485.

⁸⁰ Alain Strowel, *The European "Extended Collective Licensing" Model*, 34 COLUM. J.L. & ARTS 665, 668 (2011).

⁸¹ *Id.* at 669.

⁸² Riis & Schovsbo, *supra* note 5, at 481 n.44.

⁸³ Wikipedia, *Price discrimination*, available at http://en.wikipedia.org/wiki/Price_discrimination (last visited on Oct. 10, 2014).

碎⁸⁴。在網路時代裡，假如集管團體能夠找到成功的商業模式的話，對於著作權利人、著作使用人是一個雙贏的局面。

成功的商業模式有賴於具有效率的集管團體。這些團體必須先取得數位授權，並且建立比目前更好的資訊系統以應付盤根錯節的權利狀態。集管團體是否成功，取決於它是否能有效滿足權利人與使用人的需求。為了達成這個目的，各國集管團體必須先有效整合在目前各自的體制之中，林林總總的著作權利團體，而要做出這樣的改變，不論是在哪一個國家，不論該國的智慧財產權哲學是採取歐陸的天賦人權，或是美國的功利主義 (utilitarianism)，都必須透過法律的修改以及組織的調整才有辦法達成⁸⁵。此外，標準化的作業流程 (standardization) 對於權利的整合也會有很大的幫助，尤其數位科技的運用是必然的趨勢，如果政府能夠介入強化集管團體之數位化，不但對於欲使用著作之人能提供完整資訊以降低交易成本，集管團體的運作也能因此更加透明⁸⁶，對於國內集管團體將是一大福音⁸⁷。

根據學者的觀察，孤兒著作的運用不論是在韓國、加拿大乃至於日本，申請數量以及核准數量都不多，我國亦是如此。主要原因不外乎主管機關的嚴格把關而且申請程序的金錢成本以及時間成本都不低⁸⁸。ECL諸國儘管成功，但是需要有文化面向上以及相當多制度面向上的配合。美國無法採行ECL制度，其施行在台灣亦恐

⁸⁴ Gervais, *supra* note 33, at 27.

⁸⁵ *Id.* at 18.

⁸⁶ Jonathan Band以及Brandon Butler檢視世界各國集管團體之弊病，包括：貪腐、管理不當、透明度不足、獨占等等。See Jonathan Band & Brandon Butler, *Some Cautionary Tales about Collective Licensing*, 21 MICH. ST. J. INT'L L. 687, 689-90 (2013).

⁸⁷ 然而我國集管團體效果並不顯著。迄今只有10件申請案，其中9件獲得許可。有3家在設立之後因為成效不顯著而由智慧局廢止許可，而中華音樂視聽著作仲介協會 (AMCO) 經智慧局許可併入中華民國錄音著作權人協會 (ARCO)，故目前有5家著作權集體管理團體，而且僅集中於音樂著作以及錄音著作。加入的會員數量以及所管理的著作數量都相當有限。劉孔中，著作權法宏觀修法之比較研究，智慧財產評論，2013年12月，11卷2期，33-34頁。

⁸⁸ 如何讓孤兒著作的使用更有效率，仍然是一個進行中的問題。儘管我國文化創意產業發展法第24條已經針對孤兒著作加以規定，然而根據目前觀察，成效並不理想。因此，應如何活化孤兒著作的利用，仍然有待努力。參見章忠信，關注文化創意產業發展法之孤兒著作條款之落實，<http://www.copyrightnote.org/cnote/bbs.php?board=4&act=read&id=231>，最後瀏覽日：2014年10月10日。

多窒礙難行之處。因此可行之道應在於建立與伯恩公約相容之著作權形式要件之規定。在自由競爭、效率以及成本的考量之下，相關之資料庫不需由政府單位獨自建立，而應係在政府的支持下由民間集管團體為之較妥⁸⁹。

⁸⁹ Samuelson et al., *supra* note 10, at 1200 (“[W]e do not envision that the Office itself would retain all registration responsibilities; instead, we envision a series of registries that would meet the needs of particular authorial communities and industry participants and that could compete for business from copyright owners, as has occurred with the domain name registration system.”).