

《歐美研究》第四十一卷第四期（民國一〇〇年十二月），1023-1097
© 中央研究院歐美研究所
<http://euramerica.org>

公共領域的結構轉型：以美國著作權法的理論變遷與實務觀點為中心

黃居正

國立清華大學科技法律研究所
30013 新竹市光復路二段 101 號
E-mail: chriscc.huang@msa.hinet.net

邱盈翠

數位典藏與數位學習國家型科技計畫
數位典藏與學習之學術與社會應用推廣計畫
10617 台北市羅斯福路四段 1 號
E-mail: tcellraiser@gmail.com

摘要

公共領域在概念上是一開放性的資訊空間，公眾可自由近用其內容物。於著作權法架構下，公共領域所支持的資訊近用自由，始終被認為與著作權的排他性權利處於相對的立場，惟其與社會通念未必相符。本文首先由美國著作權法下理論的探討出發，討論公共領域的本質特性、功能與範圍，其後以美國司法實務對於公共領域概念具備憲法層次見解的確立為基礎，分析司法權於具體個案中就公共領域範圍建構的相關論述，與學理論述互相檢視。文末對公共領域概念於美國著作權法理論與司法實務見解中的發展，作一全盤性的總評。

關鍵詞：公共領域、著作權、資訊近用、市民社會、智慧財產

投稿日期：99.8.26；接受刊登日期：100.6.23；最後修訂日期：100.7.25

責任校對：蔡旻芳、陳心懿、汪盈貝

壹、緒論

美國法對於公共領域 (public domain) 概念的描述，通常是以美國憲法第 1 條第 8 項第 8 款¹ 條文之基礎出發，認為著作物於逾越著作權存續期間後必須落入公共領域，以作為其取得保護之對價，或是稱公共領域為那些不具受保護性、本質上無法被權利化的作品或抽象知識之集合 (Litman, 1990: 965)。在這種論述中，公共領域僅為一種智慧財產權的負面表列，本身並不具有獨立的地位。公共領域似乎只是由那些不受著作權、專利權保護的標的所組成，提供公眾自由使用之抽象知識庫。其他於輔助智慧財產外之機能，則沒有在這個傳統的定義中被有效呈現。

不過，自一九八一年杜克大學 David Lange 發表 “Recognizing the Public Domain” (1981) 一文後，公共領域在美國學說論述中，已從作為著作權等智慧財產權制度之附隨體的地位脫出，美國學說開始自市民權、財產權、政治學與社會學等不同觀點，探討公共領域於市民社會中必須被保存與維護的正面價值，並試圖在著作權保護客體的命題外，另外建構公共領域機能獨立的客觀範圍。近年來，美國哈佛大學、杜克大學、史丹福大學等法學研究機構，均持續就公共領域在憲法、傳播學、科技法、智慧財產權法面向上之相關議題進行研究，² 眾多學者在學理的耕耘之外，並實際投入司法

¹ 美國憲法第 1 條第 8 項第 8 款原文為：

The Congress shall have power to promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries.

² 包括哈佛大學法學院網路與社會研究中心 (Berman Center for internet and society)、杜克大學法學院公共領域研究中心 (Center for the study of the public domain)、史丹福大學網路與社會研究中心 (The Center for internet and society) 等研究機構，近年來均持續關注公共領域議題。這些研究機構的重要成員如 David

爭訟，³ 以求喚起社會公眾對公共領域概念之重視，凸顯公共領域概念之獨立價值。

為了完整呈現公共領域概念在美國社會中變遷的歷程，本文將嘗試以美國著作權法的理論變遷與實務觀點為中心，首先討論關於公共領域本質特性、功能與範圍之多元化學說論述，接著進行美國相關司法實務的實證分析。次以公共領域的憲法議題為核心，討論公共領域被司法實務所承認的憲法上範疇基礎、內涵與機能，並對照呈現司法實務見解對於限制公共領域範圍之法規範的合法正當程序要求。接著探討美國司法實務在著作權相關爭訟中，藉由著作權權利取得要件所劃定出的公共領域客觀範圍。最後透過著作權存續期間延長、回溯保護的合憲性爭議，探討存續期間延長、回溯保護與國會立法權限範圍間的關係，以及與言論自由保障間的相互衝突，以對公共領域概念於美國著作權法理論與司法實務見解中的發展，作一全盤性的總評。

總言之，本文希冀能以美國著作權法中公共領域概念的發展為軸線，據以探討美國法下公共領域結構轉型過程中之影響變因，並藉由析論各特定變因內蘊之社會意義，來呈現公共領域之結構變遷與特定社會時空背景與條件間緊密的連結關係。

Lange、James Boyle、Lawrence Lessig、William Fisher、Yochai Benkler 等學者，更持續積極發展公共領域概念於網路法、智慧財產權法、言論自由等不同面向上的多元論述。相關資訊可參閱下列網址：<http://cyber.law.harvard.edu/>；<http://www.law.duke.edu/cspd/>；<http://cyberlaw.stanford.edu/>

³ 例如 Lawrence Lessig 教授在任職於史丹福大學期間內，曾協助 Eric Eldred 進行二〇〇三年 Eldred v. Ashcroft 案訴訟；史丹福大學教授 Colette Vogele、Anthony T. Falzone 與現任職於伊利諾理工大學芝加哥肯特法學院 (IIT Chicago-Kent college of law) 的 Edward Lee 則參與二〇〇七年 Golan v. Gonzales 案訴訟。上列訴訟之過程及判決內容另請參閱本文後述。

貳、美國法下公共領域理論的內涵與變遷

一、公共領域的特性與功能

美國憲法第 1 條第 8 項第 8 款明文授權國會為了促進科學及實用藝術之進步，可於有限期間內，賦予著作人及發明人對於其書寫與發明的排他性權利。⁴ 西元一七九〇年，美國國會根據上述憲法條文，制定了第一部聯邦著作權法，創設了著作權制度，並改變了美國社會中人們與資訊環境間的互動關係。

若從財產權的角度觀之，資訊的內容因著作權制度的實施大致被區分為兩類：一類受到著作權等排他性權利的保護，一類則是位於公共領域中的知識素材，維持著開放供大眾自由近用的性質。⁵ 在本質上，公共領域由公眾所共享之開放性資訊所組成，個人所組合而成的抽象「公眾」，是這些資訊的合法歸屬者，特定個人不能對之主張任何的排他性權利 (Birnhack, 2006: 60; Galbraith, 2007: 25-27)。因此，對於公共領域內容物的使用，無須支付對價，亦無須取得他人的允許，不會產生違反法規範的涉訟風險 (Lessig, 2006: 57)。藉此，公共領域賦予了市民社會公眾擷取、利用其內容物的自由。針對這種開放特性，學者紛紛發展出各種公共領域的功能理論。其中，最被公認的基礎功能就是對創作行為的保護。其他與市

⁴ 請參見前註 1。

⁵ 不過，公共領域 (public domain) 此一詞彙，並非於美國著作權、專利權制度推行之始即存在。一八九六年涉及專利與商標權爭議之 Singer Manufacturing Co. v. June Manufacturing Co. 案件中，美國聯邦最高法院方首次描述專利物品逾越權利存續期間後，將隸屬於“the domain of things public”、“public domain”。在此之前，就不受著作權、專利權保護之創作，法院判決則多以“public property”、“common property”、“publici juris”等不同名稱加以指涉，並不存在有統一的用語。詳可參見 Singer Manuf'g Co. v. June Manuf'g Co., 163 U.S. 169 at 185-186 (1896); Ochoa (2002); Vinciguerra (2006: 414-415)。

民基本權利相關的正面效益，也都是以創作行為作為市民文化進化之動力這個基調所發展出來的。本節以下即分別描述這些功能。

(一) 保存創作行為所需之基礎素材

創作行為是一種極為古老的社會現象。在有形的物質世界中，人類憑藉著不斷地學習適應與相互模仿，透過創作行為發展出不同的生存程式。創作的素材，部分源於創作人的自我創意，部分則來自對於既存概念或表達形式的模仿、學習，兩者無法完全分割 (Litman, 1990)。也就是說，創作無法避免吸收、詮釋與重組既存的抽象概念或具體形象。這是因為「文化」除了指涉過往時間中所積累的知識外，尚包含當代即時產出的資訊。在不同歷史軌跡的牽引下，每個社會所孕育出的文化，係以一個無法分割的抽象整體存在，反過來影響身處於該社會中的個人 (Cohen, 2006: 149)。正因如此，在創作的過程中，作者的動機可能源自既存於文化環境中的元素，創作中也必然蘊含了這些資訊素材。

這些資訊素材共同構建了公共領域，形成了一個資訊空間。透過對空間中資訊的自由近用，創作者可以模仿與學習，拼貼、重現、模擬與錯位既有的文化素材，發展本身的創意 (Negativland, 2003: 242)。這正是公共領域最重要的機能。對於非以獲取經濟利益為目的之創作行為而言，這種機能的作用特別顯著。哈佛大學教授 Yochai Benkler (2003) 即認為，資訊產品依其產出的目的進行劃分，可以區隔為兩類。第一類係以其本身抽象的資訊內容作為商業經營模式中的販售標的，其中又以如時代華納 (AOL Time-Warner) 集團、迪士尼 (Disney) 集團等大型跨國傳播、娛樂媒體企業為主要的資訊產出者與銷售者。這些巨型的商業組織長期地蒐集、累積創作素材，配合多數消費者的偏好，採取有系統的管理方式產出具

有高度商業價值的資訊產品。在這類型的產出結構中，個人多僅屬於被動的資訊消費者與接受者，在未支付授權金或取得著作權人允許前，無法自由擷取、利用資訊。而個人基於自主政治或社會意識完成之非商業性評論、諷刺性創作，也難以在大眾媒體中取得公開展演與向外傳遞的管道 (Benkler, 2003: 181-186)。這種對媒體平台的壟斷性控制，以及對著作權等排他性權利積極、強勢性地運用，使享有政經優勢的特定主體，決定了社會對創作行為的容許性，進而單一化了社會總體的創作成果 (Benkler, 2006: 196-204)。

然而，許多創作、資訊產出活動的目的，並非在於取得或擴張經濟利益，而是基於公益目的或為表達個人的內在情感。例如創作者在抒發對時事的感想，或是與他人分享自己之創作成果並取得他人回應的歷程中，常常可以享受到情感上的愉悅，並因此取得與整體社會相互溝通，形構群體共感的機會。對於這類創作的評價，應有別於前述的第一類資訊產品。⁶ 全球網際網路的普及，同時促使了這類創作在收費低廉的網路平台中蓬勃發展。創作者透過搜尋引擎以及便利的資訊儲存系統，於網際網路上搜尋、下載與使用特定資訊的經濟成本極低，對創作元素之擷取，也不再需要自原始創作附著之有形載體上進行轉換；而無限外延的超連結與多樣化的網路共享平台，更使創作成果迅速地傳播與被交換，形成一種自由、開放且分散式的資訊近用場域，即使沒有政府機關的補貼、鼓吹，也足以即時地反映出不同價值體系對於當代生活的理解與認知 (Negativland, 2003: 244-246)。換言之，這類創作所倚賴的，不是巨型商業組織提供之交易架構，而是一個內容物豐富多元，充分提供

⁶ Yochai Benkler 將這種資訊產品稱為“Peer Production”，因為其認為這類資訊產品的產出係以群體創作及資訊的分享作為基礎。請參見 Benkler (2003: 181, 2006: 59-90)。

公眾近用自由的公共領域，它讓創作者在創作歷程中，能夠大量地吸收與擷取當代文化環境中的各種資訊素材，同時就其創作內容享有散佈的權利 (Lessig, 2004a: 966-974)。

(二) 保障言論自由的積極機能

1. 有助於個人的自我實踐

美國憲法增修條文第 1 條敘明，國會不應制訂法律限制人民之言論自由。⁷ 此處所謂的「言論」，係指思想實質上的表達，並且透過字彙、概念、假設、事實、象徵等元素，組成表達的內容。但是，表達內容的諸多元素，必須具有和個人所處之環境發生互動的特定意義，「言論」才能夠被社群中的其他個人所理解，進而引發群體回應。因此，美國憲法該言論自由條款所保障的不僅是言論的充分數量，還包括言論的內容 (Zimmerman, 2004: 325-326)。

言論的產生，必須倚賴個人與外界互動所獲得的刺激、感想與反應。個人觀察其他之社會成員及整體環境，擷取自身所聽、所見、所聞資訊中所蘊含的文化元素，才能組合成對於當代社會具有意義的言論內容，並藉以參與對話、談辯，建立共同意識。為了達成這種功能，一個社會成員應該享有理解、近用資訊的能力，以形成有意義的言論 (Zimmerman, 2004: 325-326)。

提供可自由近用之資訊的公共領域，即有助於不同目的、動機、態樣的言論伴隨著創作的過程產生。個人在身處的文化環境內，透過自由的再創作行為及其創作成果，獲得參與文化形塑過程

⁷ 美國憲法增修條文第 1 條原文為：

Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.

的主動性地位，包括藉此反映出個人對於當前外在世界的主觀意識與評論 (Negativland, 2003: 257)。如此，文化與創作間，將形成正向的反饋關係；每一次的再創作都為未來的創作行為製造了延伸發展的基礎 (Cohen, 2006: 149)。

由創作來參與文化形塑，對於市民社會下個人「自主性」(autonomy) 的取得與實現，具有重要的價值。一個擁有「自主性」的個人，通常必須是充分瞭解多元的生命價值與生活模式，在規劃其自身生涯計畫時，擁有實質選擇決定權之人 (Benkler, 2003: 189)。即使政府並未刻意加以控制，當其政策造成資訊內容的單一化，或給予特定的少數個人控制資訊產出與流通的力量時，這種決定權就會受到減損，個人的「自主性」也將受到損害 (Benkler, 2006: 146-161)。所以，雖然著作權制度提供了經濟利益為誘因，鼓勵了文學、藝術、科學、政治等領域的創作，進而充實了言論的內容，然而，著作權的排他性質卻也造成少數個人或組織藉由法律賦予的強制力，限制他人言論，或使他人無法擷取最適合或是必要之資訊進行表達。同時，資訊的商品化，也讓個人表達過程中所能使用的文化元素種類與數量，受制於自身的經濟實力 (Boyle, 2000: 348-349)。

相對的，在公共領域中，小眾群體可以藉由分散、開放的交換模式取得資訊。網際網路就是一個最好的驗證：為數眾多之個人創作者，因為網際網路提供的公共領域，得以不受市場導向力量的影響，自發性地進行創作，製造與傳遞多元面向的資訊，呈現不同的生活選擇與價值觀 (Benkler, 2006: 161-175; Netanel, 2008: 86-87)。受訊的閱聽群眾則可透過這些開放的資訊內容，理解多元、非單一生活態樣的存在條件，作為其規劃自身生活與實踐自我意志的參考，實現「自主性」的生活面向 (Benkler, 2003: 178-189)。

2. 有助於民主政治之維持與發展

個人的「自主性」是積極參與政治生活的重要條件，公共領域既能提供實現「自主性」的必要資訊，自然也有助於以參與為前提的民主政治之維持與發展。Yochai Benkler 在其二〇〇六年出版的 *The Wealth of Networks* 一書中就曾指出，於過去民主政治的原型中，社會組織的總人口及具有參政資格的人數有限，公眾就公共事務意見的溝通，可以透過集會而直接面對面進行，然而，現今複雜巨大的社會，已經無法沿用直接民主作為決定政治事務的機制。因此，社群成員是不是都能夠有效率且便利地在公共論壇上表達與意見交換，將決定民主政治的存續。透過公共論壇中的意見表達，不同的價值觀在溝通資訊與觀點的網絡謀和，漸次地型構出特定的公共意見 (Benkler, 2006: 181)。這種公共意見可作為現代民主國家之政治行為 (包括行政決策與立法內容) 是否具有動態合法正當性 (legitimation) 的判準，也是個別國族建立群體認同感與社會共同文化的槓桿。自十七世紀開始，市民社會便以文字 (text) 的傳遞形成公共討論，於今，則是透過書籍等平面印刷品、能夠同時呈現文字與影音的大眾傳播媒體，以及可以跨越地理限制、瞬時傳遞大量資訊的全球網際網路，散布各種文字、論述與思想，激發批判與回應 (Benkler, 2006: 212-272; Halbert, 2005: 25)。

這些數量充分、內涵多元且自由流通的資訊，形成了建立民主憲政的基礎，有必要藉由公共領域所提供的開放性資訊載台加以維護。因為後者不但提供了個人在參與公共溝通過程中，進行論述表達的原始素材，更豁免了公眾在擷取、近用、傳遞資訊時，囿於著作權等智慧財產權規範所產生的法律風險 (Halbert, 2005: 15-16)。另外，公共領域對各類資訊產出機制的容許開放性，避免了公共資訊在類型及內容上的同質化，使對公共事務進行批評與意

見表達，不致成為少數個人或社群的權利，因而實質增加了公眾理解與認知社會與政治制度的機會 (Benkler, 1999: 377-378)。社群個體在資訊相互傳遞的過程中，得以相互批判、理解，達成共識，凝聚集體價值，讓民主政治下的公眾參與不再僅限於投票行為 (Birnhack, 2006)。公共領域中所 (被動或主動) 提供的資訊，因各種自由的使用方法，讓市民社會成員能有效理解、認知各種既存的社會價值與政治制度選項，進而建構理想的遠景。

(三) 輔助著作權制度的有效實施

除了前舉廣泛的政治功能外，公共領域還有輔助美國著作權制度有效運作的技術性功能。依 Jessica Litman (1990: 1007-1012) 的說法，創作行為必然包含了對既存創作概念或表達形式的模仿、學習，執是，如果要求任何著作物都必須具備「絕對的原創性」，將可能因創作者懼怕動輒觸法而使著作物數量大幅減少，進而削弱了著作權制度的功能。公共領域的存在，使所有創作者得以自由近用其內容物，進行具創意性之演繹，不受著作權法的限制，並因此容許創作內容僅具有相對原創性，無須具備絕對的原創性，大大增加了創作的內容。此外，對於衍生性創作者而言，只要他人著作中的創作元素或表達的內容屬於公共領域，即可以自由使用，無須擔心構成對他人著作權之侵害。換言之，無論是對著作權侵權訴訟中潛在的原告 (原創人) 或被告 (衍生性創作人)，公共領域的開放特質都解決了「絕對的原創性」概念所帶來的難題與風險 (Litman, 1990: 1015-1022)。綜上，公共領域可說是容納了文化、藝術、科學、政治制度等社會功能對於開放資訊與論辯空間的各種需求，其內容是多樣且機能取向的。而顯然目前在美國法下，也並沒有任何單一的理論，能將公共領域的意義與內涵以單一的描述方法呈現

(Boyle, 2003a: 28-29)。每個理論都只能採取有限的觀點與基於特定的實用功能，來切入、理解公共領域。

二、公共領域的客觀範圍

公共領域提供了知識生產程序所必需的介質，是一個聚集可供公眾自由使用之原始素材的「空間」(space) (Lange, 1981: 157)，不過，由於公共領域自由開放的特性，也使之必然與各種平行的公共利益與價值重疊、摩擦與衝突。因此，如何界定其範圍，使其一方面符合創作行為在個人自利滿足上的根本需求，又能排除媒體商業力量藉由吸納排他性權利，透過繁複授權程序阻礙市民社會近用資訊，便成為除了其功能外的另一個重要論題 (Lessig, 2004b: 295)。

(一) 由對現行著作權制度的反省與檢討出發

著作權的無體化本質，以及在創作主義下缺乏公示制度的特性，都使得著作權的歸屬與邊界無法被明確化。況且抽象的資訊本身，是否適宜作為私有財產化的對象，在財產權理論上即存在著本質上的可議性 (Galbraith, 2007: 13-25; Lange, 1981: 171)。根據財產權理論，一個財產權的誕生，除了必須證明自身能有效率地管理特定資源外，尚須取得社會對其存在價值的肯定。就前者而言，著作權制度對於資訊所採用的管理模式，主要係以排他性權利建構而成。公眾為了能使用受到著作權保護的資訊，除了必須支付授權金等經濟成本外，尚須接受使用上的種種限制，及承擔違反限制所生之民事與刑事責任。然而，管理與制度的實施，都是高成本的社會行為，我們的社會在沒有經濟誘因的情況下，仍可激發出數量或質量均極為可觀的創作與反饋式再創作，因此，耗費不貲的著作權體系更應當證明，在排他性權利的規制下，由公眾支付高額成本而培

養出之大眾傳播媒體及職業創作人，對於資訊產出的數量與質量擁有更高的管理效率，否則實難以正當化財產權的賦予。

其次，就著作財產權的存在價值於美國社會中是否已被普及性地確立，David Lange (2003: 471-474) 曾舉例認為，其答案可能是否定的：當國會不斷增加著作權體系中的禁制規範，例如禁止未經授權之衍生性創作行為、或不符合理使用條件之未經授權複製等行為時，學齡孩童的學校教師與家長起初均有可能表示支持；然而，若上述法規可能使得家長必須支付更高的教材費，而孩童在學習過程中的模仿行為及其成果的表達，也將可能構成對他人著作權的侵害，並因此排除了學童的資訊近用權，那麼，將會有許多家長與老師對著作權制度改採負面評價。換言之，不同的具體個案內，隨著公眾對於資訊使用需求強度的差異，對著作權制度的社會評價可能有極大的差異。

另外，就著作權規制之資訊使用態樣的不斷擴張，學者們也紛紛提出檢討的相關意見。以未經授權之複製行為為例，一九〇九年美國國會首次賦予著作權人排他複製權，由於複製技術在當時並不普及，對於資訊環境的衝擊並不強大；然而，數位環境現今已成為美國公眾接觸資訊的重要來源，在網際網路上點閱網頁及下載檔案，均可以被視為是複製行為之變形，而使得複製行為成為無法規避之必然行為 (Lessig, 2006: 66-70)。禁止複製行為，在今日等於是禁止公眾的日常資訊近用行為。這種禁制規範之管理效率、被有效落實之期待可能性，以及其對於公共利益提升的效益，都是在賦予著作權時必須被重行檢視的內容。

又如一九九八年美國國會通過了千禧年著作權法案 (The Digital Millennium Copyright Act)，⁸ 禁止公眾對著作權權利人加於

⁸ The Digital Millennium Copyright Act (DMCA), October 28, 1998.

數位資訊上的科技保護措施，進行規避行為及提供規避技術（例如加以破解）。⁹ 對此規範，學者就批評，由於科技保護措施無法分辨使用者進行規避行為的目的，將使得合理使用行為不能立即獲得確認而取得豁免 (Samuelson, 2003: 160-162)；再加上雖然該規範本身聲明並無意影響公眾言論表達、閱讀資訊等自由，但是，立法者在賦予科技保護措施如此強大的保護效力時，實際上已經變相地允許著作權人過度控制公眾對於資訊的近用，使得該權利的管理效能與社會價值備受質疑。¹⁰ 因為，既然任何著作的內容，均無法完全在缺乏公共領域內容物的情形下而存在，那麼，像科技保護措施這種意圖完全禁絕近用私有財產權中公共領域成分的法律，在本質上就已經欠缺合法正當性。

對於這種使原本自由傳播的資訊持續被私有財產化的立法趨勢，James Boyle (2003b) 曾以「第二次圈地運動」(the second enclosure movement) 加以描述，認為它是一種不斷壓縮公共領域的過程。他認為，為了避免產生所謂「共有之悲劇」(The Tragedy of the Commons) (Hardin, 1968)，在以有體物（土地及其定著物）為主之私有財產權的發展過程中，排他性的占有被視為最有效利用私有財

⁹ 該條項：17 U.S.C. 1201 (a) (1) (A) (2007) 又被稱為反規避條款 (The Anti-circumvention Provisions)。原文如下：

No person shall circumvent a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title.

¹⁰ Yochai Benkler 舉一類似之實例對此論述加以說明：試想在一個社會中，一塊私有土地旁即緊鄰著人行道，公眾行走於人行道時，有時會不小心踩踏到私有土地，這是公眾在使用人行道時必然會發生的情形。假如私有土地的所有人興起建造圍牆的想法，且其圍牆超出了私有土地的邊界而豎立在人行道與馬路之間時，公眾為了繼續使用人行道，將會藉由踩踏凳子等手段而跨越圍牆。當政府發布了一道禁止民眾踩踏凳子而跨越他人設置之圍牆的法令時，實質上即等同於禁止民眾使用公共人行道。請參見 Benkler (1999: 420-422)。

產的形式。然而，在無體的資訊環境內，並不會產生與「共有之悲劇」相同的耗竭效果。開放資訊的利用與再生產之間，存在著自然的循環關係。多元的使用型態與因此而刺激產生的再創造行為，反而促使其更加豐富與持續成長。是以，排他性的圈地管理行為，並不是最正確、有效的管理方式。

(二) 公共領域的機能與客觀範圍

David Lange (2003) 認為，創作者必須利用公共領域所提供的介質，結合自身創造性的想像，以進行創作與表達言論，因此，公共領域應被直接賦予獨立的憲法地位，被確認為一種準市民權、一種必要的權利。透過這個權利，公共領域提供了市民一個自由進行創作的資格、一種面對其他排他性權利下的特權。這種權利的行使，理應豁免其他低位階法規範的限制。而基於公共領域的這種特徵，任何具有創意的表達活動，例如擬仿 (parody)，由於具有憲法上的價值，就可以享有公共領域所賦予的特許權。總而言之，公共領域僅在負面列舉性的描述上 (即著作權涵蓋的範圍)，才受限制，譬如完全不具有創意的盜版行為。具有獨立憲法機能的衍生性創作行為，均屬於公共領域機能涵蓋的範圍，無須取得他人的允許，同時也無須支付對價 (劉孔中，2006: 1-36；Lange, 2003: 474-476)。

學者 Julie E. Cohen (2006) 則從公共領域的普遍價值與範圍間的關係出發，探討其客觀範圍。她認為，公共領域的普遍價值，在於建立一個不侷限於特定空間、延展性地環繞市民生活的「文化景觀」(cultural landscape)。「文化景觀」中蘊含著刺激創作、供未來創作所需的素材。創作行為所創造出的社會利益與憲法所保障的基本權內涵緊密連結，其價值遠大於個人自交易中期待獲取之商業利得，孰是，公共領域的範圍應以該文化景觀的功能作為形構的核

心；任何就此文化景觀的限制，例如著作權的排他範圍，都必須加以調整 (Cohen, 2006: 154-164)。

部分學者則更具體地舉出絕對屬於公共領域的資訊內容。Diane Leenheer Zimmerman (2004) 就認為，某些特定的資訊類型與公共事務緊密相關，是公共論述產生的基本素材，因而較其他資訊更應歸屬於公共領域。她將之定義為「法定公共領域」(mandatory public domain)。那些含有政治功能導向的內容物，包括審判紀錄與國會所作之報告等政府檔案文件，以及私人與公共事務有關並揭露於外的各種談話及活動，都屬於「法定公共領域」的內容物。依此理論，與公共事務有關的私人談話與活動，於尚未被公眾所得知前，固仍屬特定私人所獨知之秘密，然而，一旦公開揭露，即脫離個人隱私權所保障的範圍，成為公眾自由進行公共討論與談辯的對象。「法定公共領域」具有扣緊憲政發展的社會機能，即使著作權法或是專利法其後制定有關權利存續期間的回溯規定，也無法將之扭轉 (Zimmerman, 2004: 370)。

三、小結：美國公共領域理論發展的整體回顧

由前舉各種理論的方法與內容可見，關於公共領域的定義與範圍，在美國學術界並無統一見解。若彙整比較不同學門、不同領域研究者對公共領域的論述，大概可以歸納出至少十數種關於公共領域內涵的不同觀點，其中又以探討特定資訊於整體法律制度中之地位、公眾使用資訊之自由、公眾對於資訊之近用為最主要的三個討論面向 (Samuelson, 2006)。開放授權碼運動 (opensource movement)、創用 CC (Creative Commons)，¹¹ 甚至是著作權制度內合理

¹¹ 關於創用 CC 制度的推行背景、制度目的，以及其所欲於現行美國著作權法制度下所發揮的功能，請參閱創用 CC 制度主要起創者 Lawrence Lessig 相關著作：Lessig (2004c)。

使用等機制，也都有學者認為係在著作權範圍與公共領域交界的灰色地帶間，就仍然受到著作權保護的資訊類型實踐公共領域概念的他種模式 (Halbert, 2005: 20-21; Samuelson, 2003: 148-151)。

這種對於公共領域概念的多義性解釋，反映出了當可自由使用之資訊數量或質量遭到私有財產權之排擠時，在文化、藝術、科學、政治制度等不同領域所面對的威脅，並不一致，因而形成了對開放性資訊環境的需求差異 (Boyle, 2003a: 28-29)。綜言之，公共領域在市民社會裡提供共有資訊財的功能與效益，是多元複雜的，而且可能隨社會需求大幅變化。

透過對公共領域的理論扒梳，美國法學理論檢視了現行著作權制度，並對其中的公眾近用限制，提出批評。要之，就是認為著作權作為一種並非與個人生存之延續具有必然關係、純粹係為實現特定公共目的而被設計出的法定財產權，其權利內容應該服膺於憲法所建立的制度目的。因此，對其絕對性與排他性的範圍，應採取限縮解釋 (Patterson & Joyce, 2003; Pollack, 2004: 24-29)。

參、美國司法實務中公共領域的內涵與變遷： 憲法議題

一、公共領域的憲法基礎

(一) 公共領域與美國憲法第 1 條第 8 項第 8 款間的關係

美國憲法第 1 條第 8 項第 8 款，是賦予著作權與專利權等智慧財產權在美國憲法上的基礎。不過，美國憲法關於智慧財產權的觀點，究竟是承認該等財產權是基於特殊目的，在特殊條件下才能成立的法定財產權 (statutory property)，抑或將之等同於一般以勞動為基礎的自然權利 (natural rights)，在推行著作權制度的初期曾引

發辯論。到了一八三四年 *Wheaton v. Peters*¹² 案，美國聯邦最高法院終於明文確認著作權的權利本質，是一種法定權利，其權利來源來自於立法權的授予。任何著作都必須符合立法權所設立的法定要件，著作人也必須履踐一定的程序才能取得權利保護。不符法定權利要件的著作或發明，不受保護。也就是說，著作權與專利權等財產權並非源於自然權利，也不得永續存在。這種對憲法第 1 條第 8 項第 8 款之解釋，直接影響了公共領域概念的形成、內涵及法位階。

其後，在一九六四年 *Sears, Roebuck & Co. v. Stiffel Co.*¹³ 案（以下簡稱 *Sears* 案）中，聯邦最高法院指出，依據憲法第 1 條第 8 項第 8 款，國會擁有制訂法律授與專利權及著作權之列舉性權力。該條款除了維護私人的利益，也期待透過對私人利益的限制，平等並實質保護「整體社群之福祉」（the welfare of the community）。以專利權為例，專利法上對專利取得要件有嚴格的審查標準與認定程序；法院對於專利權之內容也採取嚴格的解讀，以避免專利權人取得專利法保障範圍外之獨占權利；而當專利逾越存續期間時，該專利之內容即應成為公有而開放於公眾，正是這種利益平衡的示例。¹⁴ 因此，一個未能取得專利的產品設計，即如同逾越權利存續期間之專利物品一樣，於公開後立刻落進公共領域，任何人均得自由製造或銷售。¹⁵ 聯邦最高法院並引用 *Kellogg Co. v. National Biscuit Co.*¹⁶ 案判決，認為這類因不符合排他性權利要件而落入公共領域、無法

¹² *Wheaton v. Peters*, 33 U.S. 591 (1834). 與實定法不同，美國法並未積極承認獨立於財產權外之著作人格權。此與美國財產法所奠基之財產哲學有關；要之，其認為財產權中已本質涵涉了不可分割之人格成分，後者並無法獨立於財產權而存在。也因如此，美國法之理論與實務俱未獨立發展出人格權相關論述。

¹³ *Sears, Roebuck & Co. v. Stiffel Co.*, 376 U.S. 225 at 225-226 (1964).

¹⁴ *Id.* at 229-230.

¹⁵ *Id.* at 231.

¹⁶ *Kellogg Co. v. National Biscuit Co.*, 305 U.S. 111 (1938).

被私有化的資訊，即使由創作者或占有者投入大量勞動力或其他成本，仍無法使之私有化而排除公眾之近用。對於這種隸屬公共領域資訊之自由近用，「是一種任何人均得行使之權利，也是為了與自己密切相關之利益而行使之權利。」¹⁷

在*Sears*案判決兩年後，聯邦最高法院在一九六六年的*Graham v. John Deere Co. of Kansas City*¹⁸案（以下簡稱*Graham*案）判決裡，接續*Sears*案判決之觀點表示，憲法第1條第8項第8款在賦予國會權力的同時，也加諸了條件限制：國會不得在憲法規定的目的外授與專利權，亦不得使專利權享有過大的獨占性致罔顧科技的創新與整體社會利益。國會尤其不得透過授與專利，而將原本已存於公共領域中的知識，劃入專利權之範圍，亦不得限制公眾對於已存在之知識素材加以自由近用。簡言之，國會所制定的專利法系統，必須服膺憲法所設下之標準，以「促進科學及實用藝術之進步」。

依據*Graham*案判決，國會為了實踐立憲者之意旨，得選擇最適當之立法技術，這是國會在憲法授權下所必然取得的立法權，但相對的，國會也有義務使專利制度有效符合憲法的最低限度要求。¹⁹例如在一九五二年專利法中，美國國會將專利要件從原本的「新穎性」(novelty) 及「實用性」(utility) 兩者，擴充增加了「進步性」(non-obviousness) 要件，正是國會重新透過立法程序在公眾自由與新專利技術產生間的一種「平衡交換」(*quid pro quo*)，從而使已符合「新穎性」及「實用性」要件之發明，在未取得「值得公眾為此而接受其享有獨占性專利權」的標準前，仍不能被授與專利。²⁰

¹⁷ *Sears*, 376 U.S. at 225-226.

¹⁸ *Graham v. John Deere Co. of Kansas City*, 383 U.S. 1 (1966).

¹⁹ *Id.* at 6.

²⁰ *Id.* at 10-15.

在 *Graham* 案判決中，聯邦最高法院將市民社會的知識系統區隔為二，一是屬於公共領域的知識系統，一則是由國會「為促進科學及實用藝術之發展，於一定期間內，賦予著作人及發明人就其著作及其發明相關之排他性權利」所組成的知識內容。公共領域（知識系統）被定義為一種由「既存的知識」所組成的資訊體系，這個體系內所既存、已揭露的知識素材，應提供公眾自由近用，不得加以限制。至於智慧財產權知識系統的特性，聯邦最高法院則特別引用了 Thomas Jefferson 的相關看法²¹ 作為佐證。因為體認到被特定者壟斷的獨占性權利是造成美國獨立革命之重要因素，Thomas Jefferson 一直對由公權力授予特定人獨占性權利抱持著非常保留的看法。對於專利政策，Thomas Jefferson 曾認為就算僅有限度地創造獨占性權利，其正面效益仍難以正當化獨占對於公眾造成的壓迫。直至權利法案草擬後，他才對於專利制度改採較為開放的態度。

在一八一三年的信件中 Thomas Jefferson 寫道，於著作權與專利權制度出現前，抽象的概念就像火光以及人類所呼吸的空氣一樣，自由地傳播於整個世界，被全體公眾所共享，不因個人近用而有所減損，亦無須以排他方式為有效率之應用，個人可本於自身的需求，選擇採用與實踐其一部或全部，以改善生活條件。²² 其後，為了提供促使新知識產生的誘因，這種近用資訊的自然權利才開始受到限制。換言之，排他、限制自由近用的專利制度獲得承認，是基於社會與經濟上的考量，並非來自公權力無條件的給予。²³ 是

²¹ 聯邦最高法院認為，由於 Thomas Jefferson 為美國立憲者之一及一七九〇年首部專利法下專利委員會成員之一，並為一七九三年專利法之草創者，加上其對於早期專利法系統之濃厚興趣及影響，使得他對於專利權的性質以及專利要件之解讀，具有重要的參考價值。*Id.* at 7-8.

²² *Id.* at 9.

²³ *Id.* at 8-9.

以，公共領域的自由近用性與開放性，是市民公眾的自然權利所呈現的本質。相對的，智慧財產權的排他性，則是構築於公眾所承受的集體犧牲上，是一種社會集體意識的產物。因此，只有當特定創作延伸了人類既有知識的範疇且符合法定要件，並正面提升了整體社會福祉時，才能被賦予排他性的權利。²⁴

上述兩案判決，是美國聯邦最高法院明確化公共領域之作用與特性的重要判例。藉由揭示公共領域於公眾近用技術、知識過程中的作用與特性，以及憲法條文對於國會專利權與著作權立法權限的限制，為公共領域概念建立了在憲法上的「範疇」(paradigm) 基礎，也為其後因公共領域受侵蝕而生的關於法定權利之限制的討論，提供了思辨的準繩。

(二) 公共領域與美國憲法增修條文第 1 條間的關係

除了前述近用資訊的功能外，美國司法實務尚承認，市民社會對於公共領域存在有其他超越個體利益的非經濟機能。美國聯邦最高法院在一九六四年 *The New York Times Co. v. Sullivan*²⁵ 案 (以下簡稱 *New York Times* 案) 判決中就明確地承認這種機能。*New York Times* 案的背景事實是，紐約時報受到美國黑人民權運動浪潮的影響，於一九六〇年於報上刊載廣告，呼籲社會大眾關注美國南方黑人學生於學校受到不平等待遇，並尋求大眾捐款支持黑人民運活動。廣告內容描述了許多黑人學生及民運領袖馬丁路德金恩博士遭受到的不合理待遇，但經過事後的調查證明，這些內容有部分並非事實，紐約時報遂被主張受不實記載影響的個人控以誹謗。

在判決中，聯邦最高法院認為，系爭廣告內容所訴求的資訊溝

²⁴ *Sears*, 376 U.S. at 230.

²⁵ *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

通、意見表達，並非單純涉及私人間的民事紛爭，而是黑人民權運動組織對於公共事務的評論性表達，這種與公共利益高度相關之言論，長期以來就受到憲法增修條文第 1 條之保障。²⁶ Brandeis 大法官於 *Whitney v. California*²⁷ 案判決的協同意見書裡就曾提到，參與公共討論 (public discussion) 是一種民主社會中的政治義務，也是美國憲政體系中的基礎原則。政府無法透過人民對違法受罰之畏懼而成功建立法律制度。對於人民思想、希望及想像的抑制是危險的：畏懼會滋養出壓抑，壓抑會滋養出仇恨，而仇恨則終將對穩定的政府造成危害；透過理解、批評公共事務，民眾所承受之不平，可因此被自由討論並尋求補救。

執是，為了確保公共討論具有產生與發展的足夠條件，必須允許一個提供資訊素材、促使公眾意見充分交流與表達的空間存在。建立、維護這種開放且自由的論壇空間，有助於政治制度與社會配合人民的需求而改變。人們除了可以藉以自由擷取與公共事務相關的知識素材外，在論壇中所表達之言論內容，以及對於特定政府官員或選舉候選人的批評，只要不具備「真正的惡意」(actual malice)，就應該免於司法之訴追。²⁸

雖然不是直接與智慧財產權相關，但是 *New York Times* 案判決

²⁶ *Id.* at 266-270.

²⁷ *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 at 375-376, as referred in *New York Times*, 376 U.S. at 301.

²⁸ *Id.* at 269-283. 我國大法官會議解釋第 509 號解釋文中，將美國聯邦最高法院於本案所建立的，以被告是否具有真正的惡意 (actual malice) 作為毀謗罪是否成立的判斷基準，引入我國刑法 310 條毀謗罪的條文解釋內。該號解釋文敘明，「言論自由為人民之基本權利，憲法第 11 條有明文保障，國家應給予最大限度之維護，俾其實現自我、溝通意見、追求真理及監督各種政治或社會活動之功能得以發揮」，基於此，「行為人雖不能證明言論內容為真實，但依其所提證據資料，認為行為人有相當理由確信其為真實者，即不能以毀謗罪之刑責相繩……」。

間接說明了公共領域在經濟生活外的另一功能，就是提供一個「開放且自由的論壇」，透過論壇這種「意見自由交流之空間」，民主社會能夠被有效維繫；當公共領域超越與著作權、專利權等私有財產權的相對性，而獨立地於憲政面向上發揮功能時，與公共事務相關資訊的知識素材，就可以藉由其開放性的特質而供公眾自由理解、近用，進而彰顯出公共領域對於民主制度獨特的機能價值。²⁹

二、剝奪、限制公共領域所應遵行的合法正當程序

美國聯邦最高法院除了於 *Sears* 案、*Graham* 案確認公共領域與專利權、著作權等智慧財產權在憲法結構上具有平行的地位外，並透過 *New York Times* 案判決說明了公共領域作為一個自由論壇的性質，允許在其中行使言論自由，以維持市民民主政治體制於不墜。因此，在美國聯邦憲法第 1 條第 8 項第 8 款與增修條文第 1 條的雙重作用下，公共領域被建構成為一種受有憲法保障的基本「設施」(institution)；透過對於公共領域的保障，憲法所直接保障的人民基本權方能獲得有效實現。

然而，隨著創作活動與其本身之商業價值間不斷地互動、刺

²⁹ 此外，亦有學者認為，聯邦最高法院在 *New York Times* 案中所揭示阻卻毀謗罪成立的要件，應該同樣被類比解釋為對著作權之合理使用的判斷基準之一。例如，當一新聞報導內容涉及公共議題，而報導人不具有真正的惡意時，依據 *New York Times* 案判決，即使報導內容與事實有所出入，也不構成毀謗；同樣的，為了進行公共討論，創作者也可在未取得授權的情形下，自由擷取他人關於特定公眾人物之著作物，如書籍或影片等，而自行進行編輯或重現。該行為應被認為屬於合理使用他人著作之態樣，而不構成侵權。傳統著作權體系中對於構成合理使用行為的條件，如限制為非商業性使用等，即不一定會適用於上述與公共議題有關的創作類型。因為，*New York Times* 案中對開放性資訊空間在建構市民社會公共論壇上重要效用的肯認，既能排除誹謗責任，即應同時適用在對著作權侵害的豁免上。請參見 Lessig (2006: 72-74)。

激，為了對應特定的社會因素與條件，立法者會持續制定、調整與智慧財產相關法規範，以機動實現當代公共或私人利益。在這種不斷重新評價，甚或實踐不同社會需求的歷程中，公共領域可能會被要求釋放部分原本所容納之內容物，或受到其他法規範對特定資訊使用之限制。

對於美國憲法所明文保障的私有財產權加以剝奪或限制，通常會涉及到是否對該財產權構成「徵收」(taking) 之問題。³⁰ 美國憲法增修條文第五條規定，財產權不得在欠缺合法正當程序下被剝奪；私人財產不得在沒有受到合理補償的情形下，被徵收以供公共使用。³¹ 因此，任何對私有財產權的剝奪或限制，都必須履踐一定之實施條件及合法正當程序。³²

³⁰ 對於財產權之限制，於美國普通法系統下區分為係警察權 (police power) 之行使，或徵收 (taking) 之實施。假若其屬於財產本質所隱含的內在限制 (implied limitation)，屬於警察權之行使，無須在憲法增修條文第 5 條之要求下給予受有損害之財產權人合理補償；反之，若該限制被認為係於後剝奪了財產權人原有財產權範圍之一部分，即為徵收，而必須給予財產權人合理補償。警察權與徵收之分野，通常必須透過不同個案中的具體判斷才能呈現。如一九二二年 *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon* 案中，聯邦最高法院以「對於既存權利限縮之範圍、程度的多寡」作為判斷的標準，*Pennsylvania Coal Co. v. Mahon et al.*, 260 U.S. 393 at 413 (1922)；一九八二年 *Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp.* 案中，聯邦最高法院則以對於財產權之侵害是否永久 (permanent)、實質 (physical) 作為區分，*Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp.*, 458 U.S. 419 at 425-427 (1982)。

³¹ 美國憲法增修條文第 5 條該部分原文如下：

nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.

³² 首先，徵收之實施必須是為了實現公共利益，滿足公共目的。徵收不能係直接為了特定私人利益之提升而實施，雖然特定私人可能因徵收行為享有部分附隨利益。在部分個案中，徵收行為是否符合公共目的曾經產生爭論，原則上，當立法機關透過公聽、事前完整規劃等程序而決議實施徵收後，基於三權分立制度，司法權即不得審查該徵收之目的是否為實現公共利益。其次，除了確立公共目的外，司法權也肯認國會 (立法權) 擁有裁量徵收之範圍、手段及後續管理方法之權力，

相較於一般私有財產權，雖然公共領域所支持的資訊自由近用行為，在解釋上可以被推論屬於市民自然權利的內容，然而公共領域本身卻無法被定義為一種「權利」(Cahir, 2007: 35-41)，通常僅能被描述為一種提供資訊近用活動的「空間或設施」，當然亦非私有財產權。因此，當立法權或其他行政權力介入並剝奪、限制公共領域時，無法直接比照如對私有財產權之剝奪與限制，藉由實施徵收之條件及必要程序來調控權益間的平衡。不過，在多數公共領域結構被動性調整的情形裡，儘管有平行的公共利益被實現，公共領域本身原可維護的憲法基本權內涵，卻被減損；此外，公共領域雖然不具有財產權之性質，但是當其範圍受到限制時，個人利用公共領域內容物藉以創造私有財產權之自由與機會，同樣會受到侷限。執是，如何透過憲法解釋確保公共領域的完整及其所蘊含的權利，不受立法權或其他行政權力的恣意剝奪、限制，就成為美國司法審查功能的一個重大任務。

(一) 限制公共領域的法律位階

美國司法實務認為，合法正當程序在公共領域議題上的作用，首先在於對限制公共領域的規則，建立於法律位階上的要求；任何對公共領域的限制，都必須以與公共領域同位階的實體法明文規範

以採用最適當的方法，確保徵收所欲實踐的公共利益大於私人財產權因徵收行為所蒙受的損害。因此，具體個案中公益與私益兩者間的平衡，是立法機關決定實施徵收行為所必須考量者。最後，政府必須給予因財產被徵收而受有損害之原財產權人合理的補償。在上述預設政策目的被滿足及合法正當程序被完整實踐的情形下，徵收對於私人財產權所造成之侵害才能取得正當化的基礎。有關是否構成公共目的之判斷，請參見 *Poletown Neighborhood Council v. City of Detroit*, 410 Mich. 616 (Mich.1981); *Berman v. Parker*, 348 U.S. 26 at 32 (1954)。合理補償之計算，請參考相關判決：*Almota Farmers Elevator & Warehouse Co. v. United States*, 409 U.S. 470 (1973); *United States v. Fuller*, 409 U.S. 488 (1973)。

之。這是因為公共領域的機能與憲法基本權內涵緊密連結，並取得了憲法第 1 條第 8 項第 8 款及增修條文第 1 條的支持；所以，只有由國會所通過之聯邦法律，才能合法限制公共領域的內容。

對於限制公共領域之規範的法位階要求在實務上最具體的說明，是譬如原本受到著作權或專利權保護之書寫或專利，一旦由於未符合法定要件或逾越權利存續期間而落入公共領域，則除了聯邦法律外，其他位階之法規範均無法加以扭轉、重新取出。本文前舉 *Sears* 案判決，是關於此原則最具代表性的實務見解。該案中，原告主張，儘管其之專利經判定為無效，然而，依照伊利諾州 (Illinois state) 的不正競爭法，被告仍不得複製、抄襲該不受聯邦專利法保護的產品，也就是說，該不受專利保護之發明，仍可因州的其他法律而不致掉入公共領域。惟聯邦最高法院並不同意這種看法，其認為，³³ 制訂法律授與專利權及著作權，是國會專有之權力。在憲法第 1 條第 8 項第 8 款的授權下，國會於一七九〇年通過第一部聯邦專利法及著作權法，建構了政府授與專利及著作權之條件。這些法律，正如同其他源於憲法授權的聯邦法律，是美國法律結構中位階最高者，因此，不應再透過其他低位階的法律如州法，對其中所欲保障之利益及政策加以忽視或排除。³⁴ 應用在專利權方面，判決則指出，建立專利權體系的主要目的，是透過由聯邦所統一的標準，謹慎地在促進發明之同時，維持市場之自由競爭。因此，一州不得自行制定法律排除聯邦專利法對於存續期間之規定而延長之，亦不得藉由防止不正競爭等其他的立法理由，另行制定法律，賦予不符合聯邦專利法標準之物品類似專利權的排他性保護。³⁵

³³ *Sears*, 376 U.S. at 231.

³⁴ *Id.* at 228-229.

³⁵ *Id.* at 230-231.

其後於 *Goldstein v. California*³⁶ 案中，聯邦最高法院同意，在國會未就特定類型之資訊設定取得著作權之要件、程序時，州議會可以制定州法賦予其排他性權利，然而，州議會之立法權限仍然受到極大的限制。畢竟國會是透過全國統一的著作權權利要件與專利權權利要件，來建立公眾利益與創作者利益兩者間的平衡的，只有在不破壞這種平衡關係的前提下，各州方得自行建構保護智慧財產權的政策 (McLain, 2003: 75)。當國會已經為特定類型之資訊建立專利權或著作權的全國性標準時，各州即不能以其他額外或不同的要件，創造同類的權利。³⁷

對於限制公共領域法規範的法律位階要求，除了涉及美國聯邦體制下，聯邦政府與州政府立法權分權之議題外，³⁸ 主要也是因為，惟有透過國會對於權利要件及法定程序之制定、司法權對於權利內容的嚴格解釋，及確保當權利存續期間經過後，排他權之內容必須開放予公眾近用等歷程，公共領域所欲保障之社群權利及福祉，方得以與專利權、著作權人之利益同受公平對待與實質保護。

(二) 違憲審查

所謂的合法正當程序要求，除了法令本身所規定的程序性限制

³⁶ *Goldstein v. California*, 412 U.S. 546 (1973).

³⁷ 舉例而言，在著作權規範下，抽象的概念 (idea) 或過程 (process) 不能獲得著作權的保障，執是，州法就不能再給予抽象概念或過程任何類似著作權的保護，而實質違反憲法的規定。因此，當聯邦著作權法已樹立對於著作原創性要件的要求時，各州即不能給予不具備原創性的著作任何實質上類似著作權的權利。請參見: McLain (2003: 75-76)。其後在一九八九年 *Bonito Boats, Inc. v. Thunder Craft Boats, Inc.* 案中，聯邦最高法院再次重申 *Sears* 案的見解，強調國會才是制定專利權法規範的適格立法者，請參見 *Bonito Boats, Inc. v. Thunder Craft Boats, Inc.*, 489 U.S. 141 (1989)。

³⁸ 以美國聯邦政府與州政府之間「中央與地方分權」議題之角度，討論 *Sears* 案及其後續相關判決，另可參見 Samuels (1993: 166-170)。

外，尚有來自司法權對法令內容合憲性的實質審查。即使是一個由國會通過的法令，司法權仍得就該法令對於公共領域所加諸之特定限制，進行違憲審查。由過去的實務，可以將這種違憲審查的內涵分為兩種態樣。第一是國會為了達成促進人類知識發展以外之公共目的，而通過了非專利、著作權法之他種法律，該法律之實施，破壞了依著作權法、專利法所建立的公共領域範圍；二是國會所通過之專利、著作權法增修規定，侵蝕了既有公共領域，而引發與公共領域所支持之憲法基本權相違背的疑慮。

1. 關於公共領域的違憲審查態樣一：以 *Dastar* 案判決為例³⁹

二次大戰後，美國艾森豪將軍 (General Dwight D. Eisenhower) 撰寫了敘述二戰期間歐洲戰役的 *Crusade in Europe* 一書，並由二十世紀福斯電影公司與時代華納公司取得改編該書內容，製播電視節目等相關權利的專屬授權，以製作一系列的電視節目。⁴⁰ 一九七七年時，該電視節目因著作權保護屆期而落入公共領域。一九九五年，為了搭上二戰五十週年的流行熱潮，*Dastar* 公司購買了這部電視節目影片，加以複製與編輯，然後以 “World War II Campaigns in Europe” 的名稱製作新的錄影帶包裝，並以 *Dastar* 公司的名義製造銷售。銷售的影片既沒有提及原始的電視節目製作者，也沒有註明該影片內容的改編來源。福斯公司等原作品發行人遂主張，*Dastar* 公司將大量含有他人影片片段之錄影帶標示為自己的產品加以販售，已經就該產品來源製造了「不真實之標示」(false designation of origin)、「對於事實不真實或具誤導性之描述」(false or misleading description of fact) 或「不真實或具誤導性之呈現事實」(false or

³⁹ *Dastar Corp. v. Twentieth Century Fox Film Corp.*, 539 U.S. 23 (2003).

⁴⁰ *Id.* at 25-26.

misleading representation of fact) , 足以使消費者產生混淆, 因而違反聯邦商標法 the Lanham Act 43 (a) 條款⁴¹ 的規範。⁴²

案件經數審級上訴至聯邦最高法院。後者在判決中指出, 著作一旦逾越著作權存續期間, 即應允許公眾自由進行複製, 且無須標明原始創作人。法定權利因逾期而落入公共領域, 是憲法為謀合公眾近用與排他權利二者所進行的結構性安排, 它象徵著創作人與公眾間一種極為謹慎且精巧的交易; 著作權與專利權人於條件屆期時, 應提供其創作給公共領域, 作為取得排他性權利的交換條件。⁴³ 如果將 the Lanham Act 43 (a) 條款中所謂的貨物「來源」(origin), 解釋為「實體產品所呈現或包含之抽象內容的創造者」, 而不論該抽象內容是否已根據著作權法落入公共領域中, 均要求後續產品販賣者仍須在產品上標示原創人, 如此將使商標權或其他相關的保護, 侵入傳統上屬於專利或著作權之範疇, 破壞了前述存在於創作人與社會公眾間謹慎且精巧之交易的基礎。

是以, 該條款中所稱貨物或勞務之「來源」, 應被定義為「於市場中販售有形產品之製造者」。Dastar 公司對已位於公共領域中之電視節目進行複製、修改與重製等創作性行為, 生產屬於自己的錄影帶並販售, 已然成為該產品的生產者或製造者,⁴⁴ 因此有權在產品上標示自己是產品的來源, 不致產生誤導消費者的效果。如此之解釋, 將可避免聯邦商標法創造出一部額外的著作權法, 從而限制了公眾原本源於聯邦法對於公共領域中著作的複製及使用權。

Dastar 案判決對於證立未明文直接規定在憲法中的公共領域概

⁴¹ 15 U.S.C. 1125.

⁴² *Dastar*, 539 U.S. at 25-31.

⁴³ *Id.* at 33-34.

⁴⁴ *Id.*

念及其所賦予公眾之自由權利的存在，具有重要的宣示效果。表面上看來，商標法 the Lanham Act 是國會所通過的法律，符合 *Sears* 案所揭示限制公共領域法規範的法位階要求，應該不會與同樣由國會通過的著作權法有所衝突。在 *Dastar* 案判決前，許多下級法院均抱持這種想法，而認為商標法對於規避標示產品真實來源行為⁴⁵ 的禁制，純粹是為了維持市場競爭秩序的商業目的，並無意擴充或變更著作權規則。透過 *Dastar* 案，聯邦最高法院積極確立公眾享有公共領域中創作物的重製權及其衍生創作的相關權利，並認為這些自由只有國會制定之著作權法和專利法可加以限制，為一個客觀存在的公共領域，規劃出了雛型 (McLain, 2003: 86-87; Ochoa, 2003)。

另外，在程序保護上，不管是 *Sears* 案或是 *Dastar* 案判決，都再次強調一個已受著作權或專利權規制的行為，不能另外成立平行於著作權法或專利法之訴由 (McLain, 2003: 81)。在 *Sears* 案中，平行於聯邦專利法成為原告訴由的，是伊利諾州的不正競爭法；在 *Dastar* 案中，平行於聯邦著作權法而成為原告訴由者，則是國會自行制定的商業性法律。二者均不能規避或減損憲法賦予國會規範著作權與專利權制度的專有權力。

2. 關於公共領域的違憲審查態樣二：以 *Golan* 案判決為例

近年來，不管是美國國會制定新的著作權法案延長著作權存續期間，或是將已位於公共領域中之內容物重新賦予著作權，都再次熱烈引發了關於公共領域與排他智慧財產權間之界線問題的討論。二〇〇七年 *Golan v. Gonzales*⁴⁶ 一案判決，適足以作為司法權

⁴⁵ 這種規避標示產品真實來源的行為，可以分為「假冒」(passing off) 與「反向假冒」(reverse passing off) 兩種態樣。前者是將自己的產品標示為他人之產品，後者則是將他人之產品標示為自己之產品。

⁴⁶ *Golan v. Gonzales*, 501 F. 3d 1188 (10th Cir. 2007).

對於本態樣衝突進行違憲審查的說明實例。

一九九四年，美國國會通過烏拉圭回合法案 (Uruguay Round Agreements Act; URAA) 第 514 條，⁴⁷ 使部分已經進入美國公共領域之外國著作可以回溯取得美國著作權。該新法的適用，影響了許多已經藉由這些公共領域資訊進行的創作行為與商業活動。*Golan v. Gonzales* 案中藉由公共領域資訊營運的原告遂起訴主張，國會所通過的著作權法案，已經侵奪了公眾原本享有的表現自由實施的基礎，違反了美國憲法增修條文第 1 條。

在判決中，第十巡迴上訴法院認為，⁴⁸ 無論從著作取得著作權保護之通常時間序列角度出發，或是從美國著作權法的政策歷史觀察，烏拉圭回合法案該條款將已經落入公共領域中之外國著作取出，已經超出著作權制度傳統的框架內涵。在既有憲法平衡著作權制度與言論自由的架構下，無法預先正當化任何未來對言論自由可能造成的侵害，因此，任何其後可能限制公共領域的國會立法，均應受抵觸憲法增修條文第 1 條之違憲審查。

Dastar 案與 *Golan* 案判決呈現出了司法權審查聯邦立法是否違憲的兩個態樣。於第一種態樣中，司法審查權力藉由確立公共領域的法位階，以解決具不同立法目的之法規範間的衝突。當商標法等其他不同立法目的之聯邦法律，對於著作權法、專利法所劃定的公共領域範圍造成排擠時，司法權就必須藉由公共領域的法位階加以衡量，確認公共領域之憲法保護是否被不當規避。

而在第二種態樣中，司法審查則是以憲法架構下所建立的平衡基準，確保在現實操作中，可能來自著作權法、專利法本身及其增修案的侵蝕，不致破壞既有的公共領域。對此司法審查的機能，有

⁴⁷ 17 U.S.C. 104A, 109.

⁴⁸ *Golan v. Gonzales*, 501 F. 3d at 1189-1197.

提出批評者認為，違憲審查的範圍與基準應該更為開放。例如，在傳播媒體與著作權排他性權利密切結合的情況下，個人的創作行為，必須隨著資訊的不斷私有化，承受較高的經濟成本與涉訟風險。其原本源於公共領域所得進行的自我實踐，以及主動參與文化形塑的地位，也因而受到威脅 (Benkler, 2003: 186)。就諸如此類對公共領域功能的影響與限制，司法權均應在個案中，嚴格檢視其限制之必要性；而面對已存在之限制來源，例如既存的著作權相關法規範，則應就個案事實之不同，調整其法規範適用效力之強弱，使其通過憲法第 1 條第 8 項第 8 款及憲法增修條文第 1 條之檢驗 (Samuelson, 2003: 169-170)。

肆、美國司法實務中公共領域的內涵與變遷： 公共領域的客觀範圍

如前所述，美國憲法並未明文定義公共領域的範圍與內涵，相較於學說理論在智慧財產權之外，追求對公共領域範圍與內涵積極且獨立的解釋，美國司法實務則是較保守地在憲法第 1 條第 8 項第 8 款的架構下，肯認國會可以自由裁量決定著作權的保護客體與權利內容。因此，公共領域的範圍，實質上等同於著作權保護之限制邊界範圍外的一切資訊空間。本文以下即以原創性要件及其他著作權權利取得法定要件為核心，討論其劃定著作權與公共領域界線的論述基礎。

一、以原創性要件為判定標準

在著作權體系中，「原創性」是確立著作物之質性及是否取得權利保護的先決條件。美國聯邦最高法院於一九九一年的 *Feist*

*Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., Inc.*⁴⁹ 案（下稱*Feist*案）判決內，詳細闡述了著作權的原創性要件與其內涵，並以原創性要件為判準，解釋及確立公共領域客觀範圍建構的部分基礎原則。

（一）*Feist* 案

何謂受保護著作物之「原創性」？在 *Feist* 案中，聯邦最高法院援引了美國著作權法權威 Mel Nimmer 教授的見解，以「該作品由作者所獨立創作，且至少具備有某種滿足最低限度之創作性」，來說明「原創性」要件的內涵（Nimmer & Nimmer, 1990）。⁵⁰ 原創性是取得著作權的先決條件，該權利要件係植基於美國憲法第 1 條第 8 項第 8 款的要求。根據該條文，國會得就「作者」（author）之「書寫」（writings），授與一定期限內之排他性權利。而美國聯邦最高法院對於「作者」（創作主體）與「書寫」（書寫客體）二名詞的解釋，說明了受該條保護的著作物，應符合原創性要件。以下二重要判決先例，適足以說明此一實務上的態度。

美國聯邦最高法院在較早的 *Trade-Mark Cases*⁵¹ 案判決中即表示，只有具備原創性的作品，才構成憲法第 1 條第 8 項第 8 款中所謂的「書寫」。而所謂「原創性」，則必須符合下列兩項條件：「獨立的創作，與些微的創造性」。只有那些由心靈創作力量所製作、具有原創性的作品，才屬於「智慧勞動之成果」（the fruits of intellectual labor），應授與排他性的保護。⁵² 在稍後一八八四年

⁴⁹ *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., Inc.*, 499 U.S. 340 (1991).

⁵⁰ *Id.* at 345.

⁵¹ *Trade-Mark Cases*, 100 U.S. 82 (1879).

⁵² *Id.* at 94.

*Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony*⁵³ 案中，聯邦最高法院則定義該憲法條文中的「作者」，必須是「創作的來源，是系爭事物的原創者與製造者」；任何對著作權侵權的主張，都必須證明有侵害作者「具有原創性之思想與觀念的知識創作」，才能成立。⁵⁴

從公共領域的觀點來說，上述司法實務見解，等同於透過原創性要件，為公共領域與私有財產權間，劃定了第一道邊界。一個不是由作者所獨立創作，或不具有某種符合最低限度創造性的著作物，即無法取得排他性保護而落入公共領域。其後，美國司法實務便於不同個案內，對應著資訊類型與性質的差異，以原創性要件為核心，演繹出各式各樣的判斷標準。

例如在 *Feist* 案判決中，聯邦最高法院闡明，原創性要件劃定了「事實」與「作品」間的界限。前者屬於公共領域，不應被賦予著作權。因為科學、歷史以及日常生活中無所不在的「事實」，並不屬於特定作者創作的成果。第一個發現並且報告特定事實的人，並未「創造」了該事實，而僅是「發現」了其存在。⁵⁵ 在缺乏原創性的情形下，人們生活週遭的各種事實於公開揭露而被公眾得知之始，即已成為公共領域的內容物，被排除於著作權保護的對象外。像在 *Feist* 案中電話號碼簿白頁中的私人姓名、居住城鎮及電話號碼等資訊，在本質上都是這類已經屬於客觀存在而被揭露的事實，不是著作權保護的對象。⁵⁶

⁵³ *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony*, 111 U.S. 53 (1884).

⁵⁴ *Id.* at 58-60.

⁵⁵ 以人口普查調查員為例，其並非透過其自身之努力而「創造」了人口之分布，而僅是將世界上人口分布之狀況予以複製，因此，人口普查所得之資料並無法取得著作權之保護，此種資料並不符合憲法上對於原創性之要求。*Feist*, 499 U.S. at 347-348.

⁵⁶ *Id.* at 361.

不過，對於事實進行編輯後所產生的編輯著作，則仍有可能取得著作權。當作者自眾多事實中挑選欲納入著作內容的部分，進行資料放置 (place) 與安排 (arrange) 上的規劃，以提升讀者使用上之效率時，只要這些挑選與安排上的決定係由作者所獨立完成，且具備「最低程度的創造性」，即符合原創性的要求而可取得編輯著作著作權。⁵⁷ 美國一九七六年著作權法案，明文將原創性要件納為編輯著作取得著作權的法定條件，規定編輯著作若欲受著作權保護，必須符合三個要素：(1) 對於已存在之材料、事實或數據為蒐集；(2) 對於前述材料進行挑選、整理與安排；(3) 上述挑選、整理與安排之呈現，都須內含有原創性的創造。⁵⁸ 聯邦最高法院強調，一個編輯著作必須同時符合以上三個要件，才能被認為已取得著作權保護。單純蒐集客觀存在的事實，或是僅僅對之進行資料的挑選整理，均尚不足以證明該編輯著作已達到可受著作權保護之程度。就編輯資料後所呈現出之表達的「整體性評估」，才是原創性要件被滿足的判斷基準。⁵⁹

同時，為了避免著作人透過編輯著作權的取得，變相將公共領域中的內容物予以私有財產化，聯邦最高法院也強調，當作者藉由對於事實的挑選與安排等編輯行為，使事實呈現的外觀具備原創性而取得編輯著作著作權時，著作權之保護仍僅及於內含有作者創造力的表達，而不及於所編輯之事實內容。編輯著作中所內含的事實，永遠不會因具有原創性的編輯方法而被轉化為私有財產權的客體，它們仍將持續穩定地存在於公共領域中，開放給公眾自由近

⁵⁷ *Id.* at 348.

⁵⁸ *Id.* at 357.

⁵⁹ *Id.* at 358.

用、複製與編刪增補。⁶⁰

(二) *Bridgeman Art Library, Ltd. v. Corel Corp.* 案

一九九九年的*Bridgeman Art Library, Ltd. v. Corel Corp.*⁶¹ 案判決 (以下簡稱*Bridgeman Art Library*案) 則是將本文前述實務解釋下的原創性要件, 應用於不同性質創作中, 從而建立多元的著作權保護基準, 並藉此在不同著作類型中, 劃定出公共領域之範圍。

該案中, 原告 *Bridgeman Art Library* 所經營的, 是販賣屬於公共領域中之藝術繪畫重製品, 並將之翻拍以彩色幻燈片及數位檔案形式保存之業務。被告 *Corel Corporation* 則是以販售電腦軟體產品為主。原告主張, 在 *Corel* 所銷售一套名為 “*Corel Professional Photos CD-ROM Masters I-VII*” (“*Masters CD-ROM*”) 的光碟集內, 部份歐洲藝術大師繪畫的複製數位檔案係複製自原告所製作的彩色幻燈片, 侵害了其之著作權, 因此於紐約南區地方法院 (S.D.N.Y.) 提起訴訟。案中, 兩造攻防的重心在於: 將原本已經落入公共領域中的繪畫, 以彩色幻燈片的形式予以拍照複製所得之複製物, 是否具有原創性而可取得著作權之保護。在判決中, 紐約南區地方法院首先援引了聯邦最高法院在 *Burrow-Giles Lithographic Co v. Sarony* 案判決的見解, 說明攝影是憲法第 1 條第 8 項第 8 款中「書寫」之一種形式, 攝影著作透過攝影對象所呈現出的特定姿勢、攝影者對於構圖和擺飾物的安排與選擇, 以及攝影者所意欲引起的特定表達, 可以被認為具備原創性而取得著作權的保護。⁶² 一般說來, 對於原創性的要求, 於攝影著作類型中並不嚴格, 只要攝

⁶⁰ *Id.* at 348-349.

⁶¹ *Bridgeman Art Library, Ltd. v. Corel Corp.*, 36 F. Supp. 2d 191 (S.D.N.Y. 1999).

⁶² *Burrow-Giles Lithographic*, 111 U.S. at 53.

影者在上述的原創性形式中呈現自身人格的表達，使之能被認知在攝影作品中具體呈現即可。然而，當攝影者只是就攝影對象進行「純然的複製」(slavish copying) 時，該作品中無法被認定存在有原創性的表達。⁶³

那麼何謂「純然的複製」呢？根據紐約南區地方法院的見解，當攝影的結果與原素材間不存在某種「可辨識之變化」(a distinguishable variation)，就只是「純然的複製」。Bridgeman Art Library 案中原告所主張受保護的創作，是以公共領域中的素材為對象的攝影作品，這是一種典型自公共領域中擷取概念與素材而加以表達的創作活動。當攝影複製物與原物品間的差異欠缺某種「可辨識之變化」時，由於憲法對於促進藝術進步的目標無法被實現，不應賦予其著作權保護，以免使公共領域中之創作被濫行複製的行為不當地私有財產化及獨占化。⁶⁴

不過，攝影者具有原創性的變化與演繹，並非單純依靠創作媒介或是載台本身的變異即可滿足。將繪畫由原始的畫布上翻拍複製至幻燈片，或存取成數位檔案，與原創性要件的滿足，並沒有積極的連結關係。因此，攝影作品若要被認為具備原創性，亦即具有「可辨識之變化」，在客觀要件上，攝影者必須調整攝影對象的姿勢、光線、角度，或是就影片及攝影機進行選擇；在主觀要件上，攝影者則必須具備形塑特定表達的意念，並運用獨立的技巧、勞動與判斷，在作品中展現出「創意性的火花」(creative spark)。以上述標準衡量，Bridgeman Art Library 案中原告對於公共領域中繪畫所進行的翻拍行為，法院認為那僅是將原本即以二維 (two-dimension) 型態存在的繪畫，於科技允許之情況下改變原創作存在的媒介，複製至

⁶³ *Bridgeman Art Library*, 36 F. Supp. 2d at 196.

⁶⁴ *L. Batlin & Son, Inc. v. Snyder*, 536 F. 2d 486 at 492 (2nd Cir. 1976).

同樣二維型態之幻燈片上。在整體表達上，這些作品與原始畫作間並不存在有可辨識的變化，因而仍未脫離原來公共領域的範疇。⁶⁵

另外，由於 *Bridgeman Art Library* 係英國公司，涉及選法問題，繫屬法院遂同時也在判決中討論了英國著作權法對於攝影著作原創性要件的要求。法院認為，在英國著作權法下，攝影者拍攝如西敏寺 (*Westminster Abbey*) 般著名的目標時，並無法獨占該建築於其他創作中呈現的機會，因為攝影著作權的排他性權利範圍，如同其他的藝術創作類型一樣，僅及於該創作中具備原創性之部分。⁶⁶ 而攝影作品的原創性，來自於作者的獨立技巧、勞動與判斷力的運用。一個攝影者假若只是將一幅繪畫放置於複印機器前，機械式地按下按鈕，加以複製於不同媒體上，無法取得著作權。⁶⁷

由 *Bridgeman Art Library* 案判決可知，對於攝影或同類作品是否符合原創性要求的判斷，必須就作品最終的表達內容進行整體性的評估，而非僅以創作行為過程中的局部操作作為評判依據。不過，這種詮釋標準固然確保了公共領域內容不受有意識的分類或蒐集行為而減損，但是對於許多從事攝影及數位化公共領域中文物的圖書館及機構而言，卻並不一定是樂見的解釋原則。因為，原創性的要求可能使文物經由攝影數位化後所呈現出的檔案內容，無法因為其創作平台或負載媒體的創新，而由公共領域中被抽離，進而影響其透過攝影重製品或數位檔案所發展出的收益或商業模式 (Cameron, 2006)。

因之，部分批評者認為，*Bridgeman Art Library* 案為攝影等相關類型作品所設立的原創性要件，已經超越了 *Feist* 案所建立的「最

⁶⁵ *Bridgeman Art Library*, 36 F. Supp. 2d at 196-198.

⁶⁶ *Id.*

⁶⁷ *Id.*

低限度創造性」，實質嚴格化了原創性的要件 (Allan, 2007: 963-964)。畢竟在攝影的過程中，即使是技術性的要素如燈光、攝影角度等，均有賴於作者主觀的決定，這種細膩的藝術創作，與單純就事實加以編輯的電話號碼簿白頁不同，只要與攝影對象間具有最微小、最低程度的不同，應即可被認定具備原創性。而且該判決也忽視了攝影者在轉置創作載台、媒介的過程中，必須藉由長期累積的專業經驗，與對種種攝影要素的良好掌握，才能在不同的媒介上產生高品質的重製效果。尤其當攝影者係將三維的立體文物拍攝為二維的平面相片時，即使僅改變媒介，也應當立即可構成原創性的展現 (Allan, 2007: 976-978)。

不過，上述批評是有本質上的缺陷的，因為它將創作過程中的勞動要素，錯誤地與原創性要件的內涵相連結。畢竟法定財產與自然財產並非奠基於相同的取得原理。本文於下即接續討論勞動力價值理論在著作權體系中的相關爭議，並由美國司法實務見解的角度，評價勞動要素於公共領域範圍建構中的作用與影響。

(三) 勞動價值理論

關於作者所投入之勞動價值與智慧財產權取得間的關係，在前述一九九一年 *Feist* 案判決誕生前，美國聯邦各巡迴上訴法院曾作出了許多彼此見解歧異的判決。部分巡迴上訴法院曾發展出所謂「眉毛上之汗水」(sweat of the brow) 理論，或是所謂「辛勤蒐集」(industrious collection) 理論，認為考量編輯著作人蒐集資料及編輯資料的辛勞，編輯著作中那些欠缺原創性的事實部分，編輯著作人應仍然可以取得著作權保護，以作為其進行各種勞務投資的獎勵與回報。⁶⁸ 這些理論，反映出了將勞動價值導入智慧財產等法定財產

⁶⁸ *Feist*, 499 U.S. at 352.

權中的意圖，模擬自然財產權理論，以連結著作權的取得與勞動力的投入；並且因為對於勞動價值的重視，不論編輯者所蒐集的資料是否來自公共領域，或是資料整編本身在思想或文字上是否呈現出具有創意的文學技巧或原創性，只要是作者辛勤勞動蒐集的結果，就可以形成取得著作權的基礎。

然而，聯邦最高法院於 *Feist* 案中闡明，將勞動價值導入著作權取得與否的判斷，與美國著作權體系建構的基礎並不一致。首先，這種理論忽略了著作權體系對於著作原創性的要求，使得不具有原創性的事實編輯著作也可以受到保護；其次，勞動價值理論適用的結果，將使於後的編輯者無法再使用先前編輯著作中已經公開揭露的抽象事實，與「概念與表達二元論」對於「任何人均不得就事實或概念取得著作權」的要求相牴觸。⁶⁹ 聯邦最高法院特別借引了 *Harper & Row* 案中 Brennan 法官的不同意見書，⁷⁰ 說明乍看之下，事實編輯著作的作者所付出的勞力，似乎即輕易地遭到他人利用卻無法取得補償，然而，這正是著作權本質上的限制，同時也是憲法賦予法定排他權利時的條件。著作權制度的主要目的，本來就不在於獎勵作者盲目或大量、辛勤地投入勞動力，而是為了促進科學及實用藝術的進步。「概念與表達二元論」存在的意義，就是於賦予具原創性部份排他之利用權的同時，也確認任何創作所倚賴的既存抽象概念與資訊，都能供公眾再次自由利用；⁷¹ 科學或實用藝術書籍所富含的公共資訊，在出版後，就可以立即無障礙地與世界溝通。⁷² 簡言之，著作人勞動力的投入，在欠缺肯認其具創造性的

⁶⁹ *Id.*

⁷⁰ *Harper & Row*, 471 U.S. 539 at 589 (1985) (dissenting opinion).

⁷¹ *Id.*

⁷² *Baker v. Selden*, 101 U.S. 99 at 103 (1880).

社會評價之支持下，無法改變該抽象概念與事實之本質，當然也無法改變其隸屬於公共領域的本質。

這個議題也喚起了對著作權等智慧財產權之權利本質這個古老爭議的省思。著作權的授與，究係作者付出勞力等成本後所必然可以取得的報償，還是作者必須在擴充了公眾的知識領域，為整體社會文明貢獻更多具有創意性的著作後，才能獲取之一定期限的排他性權利 (Gervais, 2002: 953)? 聯邦最高法院在 *Feist* 案判決中對勞動力價值觀適用於著作權體系的否定，可以說是延續了 *Sears* 案與 *Graham* 案中所揭示的，關於著作權制度目的的基礎論述。判決再次確立了著作權並非著作人的自然權利，著作權制度形同一種作者和社會所締結的契約，這個契約的目的則揭示於憲法第 1 條第 8 項第 8 款中 (Gervais, 2002: 953)。而由著作權法定權利的本質出發，可更清楚理解，將智慧創意的展現作為作者取得著作權的必要條件，並非意圖建構一個對於創作者不友善、不利的制度 (Gervais, 2002: 957-958)，而是正確呈現出了在美國憲政制度下，著作權這個法定的權利體系被市民社會所創設的目的及其本質上的限制。

於相關的評論中，David Lange 認為，*Feist* 案判決釐清了美國許多下級法院對於建立著作權制度之目的的錯誤認知，重新闡釋了立憲者承認著作權制度的意圖 (Lange, 1993: 131)；然而，聯邦最高法院於該案中利用原創性要件所建立的公共領域範疇，存在著因狹義解釋而被著作權、專利權以外的法規範所架空的風險。舉例而言，透過商標法所建立的登記制度，部分平凡無奇的商業標示在不具備原創性的情形下，仍可因為商業經營者的長期使用而取得排他性權利，從而迴避 *Feist* 案判決見解之適用 (Lange, 1992: 371-372)。執是，David Lange 倡議應將原創性要件內涵納為所有智慧財產權權利取得的普遍性條件；任何創作表達未符合原創性或創造性

的憲法要件，都無法取得近似私有財產權的保障 (Lange, 1992: 373-374)。

如果套用上述關於勞動價值的論述在 *Bridgeman Art Library* 案中，也可以得到相同的結論：當攝影作品與攝影對象間不具有可辨識的差異時，即使其花費時間與金錢炮製高度的複製技巧，或包含有、無意間產生的微小變異，仍無法交換取得排他性的權利。⁷³ 論者或謂由於 *Bridgeman Art Library* 案判決，使得致力於藉由攝影、數位化等方式向公眾推廣公共領域中之創作的機構，因無法取得著作權保護，影響了其從事各種推廣行為的意願，反而限縮了公眾知悉與瞭解公共領域內容物機會。不過仔細檢視該案判決論理可知，判決並未將所有構向轉換，均視為欠缺原創性的作為，也就是說，判決其實已經為後續將平面繪畫轉換為二維、三維構向的攝影或其他數位化行為，保留了取得著作權保護的可能性。不過，仍不應將創作構向上的轉換視為著作具備原創性的機械性判準；因為，若是創作進程中的某單一元素即可被獨立抽逸作為創意存在的證據，將會使公共領域中的資訊內容，非常容易因近用技術之演進而漸次地被私有財產化。再者，圖書館、博物館等文物保存機構，透過對公共領域中文物原件的持有，於市場經濟上所發展出的營利模式與應用方式是多元的，並不會因為對於文物拍攝所得之幻燈片、數位化檔案必須開放公眾自由擷取這個單一原因，使其營運能力甚至預期獲利完全受到損傷。尤其圖書館、博物館超越市場交易外之社會公益性機能，及透過展演公共領域內容物而為整體市民文化創造出的群體歡娛感，更是與其複製行為是否取得著作權無關。

⁷³ *Bridgeman Art Library*, 36 F. Supp. 2d at 197.

二、著作權的其他權利要件

除了前述原創性要件外，按照著作類型及著作物所處年代的不同，著作權之取得尚需履踐如著作物的登記、寄存、存續期間的展延等其他形式要件。聯邦最高法院就曾於 *Wheaton v. Peters*⁷⁴ 案判決中指出，由於著作權是一種法定權利，自一七九〇年第一部聯邦著作權法制定完成後，著作人若欲於美國取得著作權，必須履踐法條中所規定的各種法定要件與程序。雖然在美國法下每個人均被承認可以擁有其自身勞動的成果，不過，此一勞動的價值，必須是那些受財產法原則所承認者。⁷⁵ 著作權法中所規定的法定要件與程序，就是評量與著作有關之勞動價值的基準。假使著作人沒有完整地履踐這些權利要件，其著作於揭露之時，就會因為無法取得排他性保護而落入公共領域。

當著作物由於未履行法定程序或逾越權利存續期間等種種理由而進入公共領域後，不但是該著作物本身的權利狀態受到衝擊，公眾對該著作物之使用方法與效益也產生了劇烈的變化。本文前舉之 *Dastar* 案即是一個顯著的事例。在 *Dastar* 案判決中，聯邦最高法院認為，著作一旦依著作權法進入公共領域，全體公眾即對該著作擁有自由進行複製的權利，此種複製行為不會因為沒有標明原始創作人，而違反著作權法，甚至是商標法。⁷⁶ 這個見解間接證實了著作由原本受到著作權保護，至落入公共領域的歷程中所產生的改變。首先，著作不再成為私有財產權的標的，而屬於全體公眾所有；此外，任何公眾均有權自公共領域中擷取這些著作的概念、素材而加以表達，且無需標示該概念與素材的原始來源。也就是說，不論

⁷⁴ *Wheaton*, 33 U.S. at 591.

⁷⁵ *Id.* at 658-660.

⁷⁶ *Dastar*, 539 U.S. at 33-34.

該著作的原始創作者為何，隨著該著作落入公共領域，其創作的來源即不再指向特定個人，而是指向全體公眾。⁷⁷

如此阻斷著作來源回溯至原始創作者的效果，對公眾近用公共領域中的著作物，具有操作上的實益。以 *Dastar* 案中產生爭議的“Crusade in Europe” 電視節目內容為例，原告雖然參與了電視節目的製作，卻並非節目內大量戰役畫面的親自拍攝者。這些影像畫面的實際來源可能包含美國陸軍、海軍、海岸巡防隊、英國情報與戰爭部、加拿大國家電影局與大量無法辨別拍攝者之新聞短片，若要清楚定位著作內容的原始創作者，則這些不同國家的政府機構與個人攝影者，可能更符合資格。⁷⁸ 但是由於該影片已落入公共領域，若要求公眾於使用時，須逐一判斷局部內容之創作者並進行標示，幾乎不具備期待可能性。⁷⁹ 也就是說，該著作物落入公共領域之時點，已經成為著作來源新的起算點，不能再將該著作之來源延伸回原始「產品呈現或包含之概念、資訊之原創者」，以免穿透、破壞了公共領域已經構建的時間秩序。

另外，*Dastar* 案表面上涉及著作權法與商標法間的衝突，但實質上，該案件亦凸顯出「著作人格權」於美國著作權制度中的歧異地位 (Ochoa, 2003: 911)。該案判決結果顯示，於權利存續期間經過後，在美國著作權制度中，著作人格權與財產權同樣受到大幅度減損。相較於此，伯恩公約 (The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works) 中規定，受伯恩公約保護之所有文學與藝術創作的作者，均擁有受標示其為作品作者之權利，且該權利並無有限存續期間的限制，即使著作財產權因為存續期間的經過而

⁷⁷ *Id.*

⁷⁸ *Id.*

⁷⁹ *Id.*

消滅時，著作人格權仍永續存在。兩者間的出入，既可說是著作權制度精神上的差異，也可說是著作權、專利權在美國法制上屬於一種法定權利的實證 (Ochoa, 2003: 924)。

作為一種法定權利，著作權並不是立法者無條件的授與，而是社會總意為了實現特定目的、提升公共利益而接受的群體犧牲。做為一種實現特定目的的權利，智慧財產權並不是人類生存所不可或缺的權利，也不能永續存在。這說明了為何美國著作權法本體中，並不存在有所謂「永續存在、不會消滅」的著作人格權；假如人格權要被視為是著作權權利內容的一部分，立法者就必須證立對人格權的保障於「促進科學與實用藝術發展」上的價值，也必須解釋這樣一個不受有限存續期間拘束的權利，要如何與公共領域所欲實踐的公眾自由達成平衡 (Lange, 1993: 122-123)。時至今日，美國的立法權並未跨出這一巨步。

由此說明美國聯邦最高法院於 *Dastar* 案判決中所隱含的智慧與謹慎。伯恩公約早在一八八六年就已通過，美國卻遲至一九八九年才加入，主要的原因之一，即在於雙方對著作權權利本質認知上的諸多歧異 (Ochoa, 2003: 924)。在美國國會尚未經由立法程序，將伯恩公約中關於人格權保護的條文予以內國法化前，司法權必須採取極為小心的態度，避免公約中所揭示之與美國憲政精神相違背的法律意識，影響美國既有法律體系所欲實現的社會目的與價值。

著作物的登記、寄存、存續期間的展延等等法定程序，除了如前述 *Wheaton v. Peters* 案判決所述，係個人欲取得法定權利的必要條件外，學說也認為，其在公共領域與著作權邊界的劃分上，另有財產權理論觀點上的特殊功能。對於一個藉由立法程序而產生，且依賴法律的強行拘束力而維持的新財產制度來說 (Lange, 2003: 471-474)，這些法定程序要件的要求，具有使著作權制度與原有市

民社會財產價值觀進行調整與謀合的效果，提供了公眾選擇是否加入著作權制度的彈性空間 (Lessig, 2006: 70-71)。若創作人欲取得排他性權利，以維護或提升其著作價值，踐行法定程序即是一種市民審查的機制管道；反之，若創作者不具有主張私有財產權的主觀意識，法定程序即可消極地使其與著作權制度脫鉤，而進入公共領域。

不過，美國著作權法於一九七六年起逐漸採用創作保護主義後，法定程序在著作權權利取得過程中的重要性逐漸降低。登記與寄存制度的廢除，使得著作權缺乏公示性，公眾難以判斷一著作物是否受到著作權的保護，也難以知悉著作權人為何，進而對判斷著作物於何時進入公共領域形成重大困難 (Lange, 1981: 157-171)。這些情形，讓著作權的權利內容與範圍在界定上變得極為不確定，連帶造成公共領域邊界判斷上的模糊。Lawrence Lessig 就認為，既然在現行美國法下，未經授權使用著作物的行為可能招致重罰，著作權制度本身就應該維持權利公示制度，才能使公眾得以知悉尋求授權的適格對象。其因而呼籲應重新採行著作權登記制度，透過一定法定程序的踐行，提供作者判斷其著作是否需要受到排他性權利保護的彈性空間，同時，可以建立較為完整的著作權人資料庫，減輕公眾向著作權人請求授權過程中所需負擔的交易成本 (Lessig, 2006: 70-71)。

三、小結

美國司法實務在前述各個判決中對公共領域之範圍與內容的描繪，都是以著作權為論述主軸，藉由判斷一著作物是否符合著作權的權利取得要件，而間接地拼湊出公共領域的結構與輪廓。這種消極的方法，與美國司法權對於三權分立制度的嚴守，當然有密切的關係。如聯邦最高法院於 *Graham* 案判決中就明白表示，憲法

第 1 條第 8 項第 8 款明文授權國會擁有制定著作權與專利權制度的權力；只要未逾越憲法的授權範圍，國會就享有選擇符合憲法目標最適當政策的絕對裁量權。⁸⁰ 基於三權分立，司法權已經預設了這些政策及其變動的合憲性與妥適性。

當然，如果國會立法通過的著作權法令，限縮或影響了公共領域的既有範圍與功能，而與公共領域所支持的憲法基本權產生衝突時，司法權仍有權力就具體個案進行違憲審查。不過，為了維持分立權力間的微妙和諧，絕大多數的國會立法都會被預設為合憲，不會在訴訟中進入實質的違憲審查。惟如此也勢必使公共領域難以維持穩定恆久的客觀範圍，必須受制於立法權賦予著作權或專利的實質內容。著作權制度可能透過立法過程變動其之權利要件與權利內容，於持續擴充其規制版圖的同時，擠壓公共領域的範圍與結構。因此，在關於公共領域概念的詮釋上，縱使學說普遍均肯認公共領域對於整體社會文化的續存與發展，甚至國族共同意識的建立等面向上，都具有超越智慧財產權體系的獨立機能，但是司法實務的態度還是消極的、觀望的。

較悲觀的學者因而認為，美國司法實務見解的發展最後可能導致公共領域概念及其所能滿足的公共利益，僅淪為學術上的想像與學者精神寄託的對象，實務上卻難以擺脫其附庸於著作權的地位。不過，二〇〇七年聯邦第八巡迴上訴法院在 *C.B.C Distribution and Marketing, Inc. v. Major League Baseball Advanced Media, L.P.*⁸¹ 案判決中（下稱 *C.B.C. v. M.L.B. Advanced Media* 案）的態度，卻令人耳目一新。該判決積極地肯認公共領域的非經濟性功能，認為當特

⁸⁰ *Graham*, 383 U.S. at 6.

⁸¹ *C.B.C. Distribution and Marketing, Inc. v. Major League Baseball Advanced Media, L.P.*, 505 F. 3d 818 (8th Cir. 2007).

定資訊已成為市民公共論壇中自由談辯的基礎素材時，為了保護自由談辯所創造之市民文化，不應允許該資訊被私有財產化。

C.B.C v. M. L. B. Advanced Media 案原告 C.B.C.銷售與行銷公司 (*C.B.C. Distribution and Marketing Inc.*) 在其銷售的美國職棒大聯盟夢幻體育遊戲 (*fantasy sports products*) 中，提供真實大聯盟球員的姓名、歷年表現及個人生平等資訊，玩家可以挑選球員組合成一隻虛擬隊伍，透過真實比賽中個別球員的表現，來決定遊戲勝負。二〇〇七年，原告提起確認之訴，請求法院確認其遊戲中所使用的球員資料屬於客觀存在的事實，是公共領域中的內容物，對於這些資料的使用，屬於美國憲法增修條文第 1 條言論自由保護的範疇，任何人均得為之。而其競爭對手 (利害關係人) *M.L.B. Advanced Media* 則主張，這些資料的公開與使用是大聯盟球員個人公表權 (*right of publicity*) 之權利內容，須取得授權才能在互動式媒體與網路產品中使用之。⁸²

面對私有財與公共領域的交鋒，聯邦第八巡迴上訴法院在判決中認為，私有財產權的作用，必須向憲法增修條文第 1 條所揭示的基本權利退讓，這是因為棒球已經成為美國社會中的一種全民休閒活動，棒球賽以及球員資訊的本身就具有公共價值：「美國全國每天都有數以百萬計的民眾關心大聯盟賽事，公眾對於前球員以及前球賽中值得記憶的片段擁有持久的瘋狂。這些記錄與統計數字因為提供了球迷得以深深記憶特定球賽之資訊，而具有公共利益。」連帶地，「討論與記誦關於大聯盟棒球網站上球員球場表現的事實資料，同樣形成了某種實質的公共利益」，屬於一種應受憲法保障的意見表達形式。⁸³ 個人公表權的制度目的，係欲讓個人自身努力的

⁸² *Id.* at 821-823.

⁸³ *Id.* at 824.

成果，可以藉由與個人形象高度連結的產品銷售，在市場中取得經濟利益，而使其得賴以維生。大聯盟球員既然已自薪資及贊助活動中取得龐大利益，則「個人公表權」所欲保護的法益，在本案中並沒有受侵害的風險，相對的，使用公共領域中抽象概念的自由則必須被確實保障。⁸⁴

上述判決觀點，展現了公共領域主動形構其本身實體範圍的可能性。當對於大聯盟賽事與球員個人資訊的關注，跨越美國不同種族、不同社群的分野，形成市民生活中不可或缺的公共議題時，這些資訊素材協助凝聚了市民社會的共同生活經驗，並與個人生命歷程的記錄相互融合。近用這類型資訊所產生的公共利益，並不是為了「促進科學與實用藝術之進步」或「實踐公眾政治參與」等積極功能，其所反映者，是公眾對於特定社會焦點事務的狂熱，以及對於相關事實資料予以討論、記誦而享有的滿足與愉悅。這種植基於社會生活必要活動的文化元素，即有潛力排除私有財產權的規制，成為無法私有化、必須由全體公眾所共享的特殊資訊 (Jollymore, 1994: 141-154)。市民社會對這類資訊自由流通的高度需求，遂構成公共領域獨立於智慧財產權及其他法規範外，形塑其涵蓋範圍的力量。這是一種由公眾的資訊需求面出發，「自下而上」自發性構建公共領域的過程；而非著作權系統藉由法規範的強制效力，「自上而下」地劃定公眾所能自由使用的資訊種類。

伍、美國司法實務中公共領域的內涵與變遷： 著作權存續期間的延長與回溯保護

如前所述，著作權僅能於「有限期間」內存續，係其取得排他

⁸⁴ *Id.* at 824-825.

性權利保護的要件，而由實務上對於法定權利存續期間起始與終結之解釋，可知著作權與公共領域間的分野，具有線型時間上的意義。不過，由於美國國會近年來數次延長著作權存續期間，甚至給予已落入公共領域內容物回溯保護，使這道邊界不斷地受到衝擊，模糊化了時間的意義。在這種透過立法方式延長、回溯保護著作權等智慧財產權是否合憲的爭議中，公共領域於憲法結構上的基礎，以及限制公共領域法規範所應履踐的合法正當程序，都成為重要的議題。而這些司法實務見解與學說理論間的論辯，確實也讓我們更能具體理解公共領域在美國憲法上的地位及其客觀範圍。

一、著作權存續期間的延長與回溯保護

(一) *Eldred v. Ashcroft* 案⁸⁵

在美國著作權法的歷史上，著作權一向僅被賦予有限的存續期間。一七九〇年第一部聯邦著作權法中，著作物可以自公開發行日起取得十四年的存續期間。著作人若於屆期時尚生存於世，則可藉由展延程序再取得十四年的保護。其後，歷次著作權法的修改不斷延長這個存續期間。⁸⁶ 一九七六年，美國著作權法改採創作保護主義，著作權存續期間的起算始點，由原先的「著作物公開發行時」，調整為自著作人完成創作時起算，且存續期間延長至著作人死後五十年為止。⁸⁷ 一九七六年法案制定的目的，在於使美國著作權存續

⁸⁵ *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003). 本案攻防中所引用與論辯的著作權本質限制理論，可謂涵蓋了美國著作權法發展之線型歷史的全貌。相關中文文獻的討論可參閱胡心蘭、蔡岳勳 (2005: 157-243)；關光威 (2007: 3-5, 16-20)。

⁸⁶ 一八三一年，修改著作權存續期間為自著作公開發行後二十八年，履踐展延程序後，著作物總計可享有最多四十二年的著作權保護。一九〇九年，延長著作權存續期間為總計五十六年 (公開發行後二十八年，可經展延程序再延長二十八年)。

⁸⁷ 匿名著作 (anonymous works)、別名著作 (pseudonymous works) 及受雇著作

期間與伯恩公約相一致。一九九八年，美國國會又通過著作權存續期間延長法案 (Copyright Term Extension Act; CTEA)，延長自然人之著作存續期間至著作人死亡後七〇年；⁸⁸ 而於一九七八年一月一日前即發行並取得著作權之著作，則延長其存續期間為公開發行後九十五年。CTEA 制定的目的，在使美國著作權存續期間與歐盟的標準一致。⁸⁹ 上述修法中，著作權存續期間延長的效力，除了及於未來的著作外，並均同時及於現有既存的著作物。

上述持續延長著作權存續期間的立法，嚴重影響了許多以公共領域內容物為其產品或生產、服務之提供基礎的個人或企業，他們在當時任教於史丹福大學的 Lawrence Lessig 協助下，提起訴訟，主張 CTEA 將既有著作的存續期間與未來著作同樣加以延長，牴觸美國憲法第 1 條第 8 項第 8 款。其認為，憲法第 1 條第 8 項第 8 款僅授權國會可以創設有限存續期間的著作權，國會一旦立法決定著作權存續期間的長度，則該法定權利的範圍即被固定，不能變更。著作物取得著作權的保護時所被賦予的存續期間，構成了該權利的法定界限，如果立法權得不斷藉由修法延長該期間，等於是賦予著作物永久的保護，與憲法第 1 條第 8 項第 8 款相違背。⁹⁰ 執是，固然 CTEA 所設定之較長的存續期間本身仍然「有限」，可是用之以「延長」既存著作權的部分，就等於創造了「無限」期間的著作權，與憲法要求相牴觸，應屬無效。

(works made for hire) 的著作權存續期間，則調整為該著作公開發行後七十五年，或自創作之日起一百年，以兩者期間先屆滿者為準。參見 17 U.S.C. 302 (c) (1976).

⁸⁸ 匿名著作、別名著作及受雇著作的存續期間，則調整為自公開發行後起算九十五年或自創作後起算一百二十年，同樣以兩者期間先屆滿者為準。參見 17 U.S.C. § 302 (c) (1998).

⁸⁹ Council Directive 93/98/EEC of 29 October 1993.

⁹⁰ *Eldred*, 537 U.S. at 192-193.

在異常豐富的陳述中，原告同時主張，國會延長既有著作的權利存續期間本身，就已經與著作權體系之所由建立的基本原則相抵觸。因為依據聯邦最高法院在 *Feist* 案判決中的解釋，原創性是取得排他性著作權必要的交換條件 (*quid pro quo*)。這個交換條件被「固定」在著作公開發行時取得排他性權利的時間點，也就是說，原創性的交換價值（激勵社會進行創作的動機）已經在該交換時間點被「鎖定」。既存著作促進創作的價值，在首次被賦予保護之時已交換完畢，無法再透過延長保護期限與整體社會進行交換。⁹¹ 原來透過排他權之賦予「促進科學與實用藝術之進步」的目的，並不會因既存著作權存續期間的延長而更獲實現。

不過，原告上述的論點並未被聯邦最高法院接受。聯邦最高法院認為，由判決先例所揭示的憲法解釋觀點，以及美國國會立法政策的歷史都可得知，美國憲法第 1 條第 8 項第 8 款授權國會可以自由決定何謂著作權保護之「有限期間」，國會同樣擁有決定是否就既存與未來著作給予同樣保護的權限。聯邦最高法院並舉出重要的司法實務見解，如一九九六年 *Graham* 案與 *Feist* 案判決，證明美國憲法授權國會制定著作權法，以建立一個「促進科學與實用藝術之進步」的制度，國會可以自行選擇最適當的政策來完成這些立法。在權力分立的原則下，美國立法權擁有寬廣的裁量自由，關於這種裁量權的內容，不受司法審查。⁹² 權利存續期間既然屬於著作權權利內容不可分割的部分，有關存續期間的長度、屆期的延展、期間的延長及期間延長適用的著作類型等規範，只要沒有超越憲法賦予的立法權限，就屬於立法裁量權的範圍，應推定為合憲。聯邦最高法院並認為原告就所謂「著作權僅能於有限期間內存續」的解讀係

⁹¹ *Id.* at 211.

⁹² *Id.* at 213.

狹義說，與美國國會歷來實現立法的實際狀態有違。自一七九〇年著作權法施行後，國會一貫的政策就是使既有的著作權亦得在新法的適用下，延長存續期間，而使著作權體系中的所有著作均受到同等的待遇。既然 CTEA 法案與長久以來的國會實踐一致，即無抵觸憲法的疑慮。⁹³ 此外，這種立法授權還包括決定排他權利與社會近用資訊間交換條件的內容。過去關於此點的立法歷史證明，美國國會可以賦予著作權「更行取得延長保護期限」的交換條件。聯邦最高法院因此認定，⁹⁴ 創作人於取得著作權保護後，「可一併取得未來新法中任何關於存續期間延展與延長的利益」。

在 *Eldred v. Ashcroft* 案判決的思辨裡，我們尚可發覺影響美國公共領域結構變遷的各種因素，以及其於立法作用中地位的消長。例如，CTEA 的立意其一是使美國著作權的存續期間與歐盟標準一致，藉由彼此給予國民待遇優惠的機制，讓美國著作物能在外國取得較長期間的保護，提升創作者於美國進行創作的誘因，以及美國著作物於國際競爭上的優勢。⁹⁵ 另外，聯邦最高法院肯認，著作權存續期間的延長也是國會面對美國人口壽命延長、經濟與科技等社會背景的改變所進行的政策調整，立法權係希望能合理地藉由較長期間的保護，鼓勵著作權權利人就其著作進行投資。⁹⁶ 這種同時給予既存著作與未來著作延長保護期間的政策概念中，並內蘊著平等性的考量，避免著作物的商業利益僅因為創作時點早於或晚於新法的通過而存在重大差異。⁹⁷ 以上這些因素都與美國本土的社會結構與產業環境的發展息息相關。

⁹³ *Id.* at 200-210.

⁹⁴ *Id.* at 214-215.

⁹⁵ *Id.* at 205-206..

⁹⁶ *Id.* at 206-207

⁹⁷ *Id.* at 204.

由此可見，在美國司法實務的觀點中，著作權與公共領域二者間的平衡係數，不僅是美國社會應奉行的知識政策，並涵蓋有因社會變遷而新生的經濟結構與需求。著作權制度於美國經歷超過兩百年的實踐後，儼然已成為其國內特定產業進行國際性競爭的立基點，同時也是一種因應現狀而調整的社會政策。然而，這種將與憲法所明定的知識傳遞及發展無關的因素，也解釋為限縮公共領域範疇的政策理由時，是否逾越了國會經憲法賦予裁量法定權利內涵的權力？

在 *Eldred v. Ashcroft* 案判決中持反對意見的大法官 Stevens 即認為，立法權就著作權存續期間政策的裁量自由，應該存在著某種絕對的限制：著作物一旦進入公共領域，就不應透過立法權將之自公共領域中取出，再次賦予排他權利。也就是說，公共領域中的既有內容物屬於憲法所保護的公共資產，不能再以立法方式加以剝奪。不過，大法官 Stevens 的觀點並沒有成為主流解釋。*Eldred v. Ashcroft* 案判決多數意見對於國會裁量範圍的寬鬆認定，嚴重地影響了美國下級法院對憲法第 1 條第 8 項第 8 款內涵的解釋。二〇〇五年 *Luck's Music Library v. Alberto R. Gonzales* 案與二〇〇七年 *Golan v. Gonzales* 案判決，都證明了 *Eldred v. Ashcroft* 案判決主流意見目前於律定美國法下公共領域性質及區劃其範圍時的拘束力。⁹⁸

(二) *Luck's Music Library v. Gonzales* 案、*Golan v. Gonzales* 案

在二〇〇五年 *Luck's Music Library v. Gonzales*⁹⁹ 案（以下簡稱 *Luck's Music Library* 案）中引發爭議的法案，是一九九四年美國國

⁹⁸ *Eldred v. Ashcroft* 案判決影響下級法院就著作權法下公共領域議題見解的其他實例，可參閱 Shipley (2007)。

⁹⁹ *Luck's Music Library, Inc. v. Gonzales*, 407 F. 3d 1262 (D.C. Cir. 2005).

會為了履踐關稅與貿易協定 (General Agreement of Tariff and Trade; GATT) 烏拉圭回合談判決議而制定的烏拉圭回合法案第 514 條。¹⁰⁰ 依該條款，部分在過去因屬特定國家的著作物而無法取得美國著作權保護的作品，或是因著作人未履行美國著作權法定程序要件，而落入美國公共領域之外國著作，將被回溯保護，重新賦予著作權。相較於延後既存著作物進入公共領域時點的 CTEA，URAA 第 514 條是直接將已落入公共領域的內容物取出，重新賦予排他性權利，對於公共領域所造成的影響更為具體明顯。這使得憲法第 1 條第 8 項第 8 款中限制著作權僅能於「有限期間」內存續之條文解釋，以及立法權就著作權政策的裁量空間是否具有終極界線等議題，再次成為爭論的焦點。

Luck's Music Library 案原告主張，任何賦予著作權回溯性保護的法律，都是與憲法第 1 條第 8 項第 8 款相違背的法律。如同 *Eldred* 案中原告對於 CTEA 的批評，美國國會無法證立回溯性的保護，是一個可以促發未來創作產生的良好誘因。而且，「禁止法律透過賦予著作權保護而剝奪原本隸屬於公共領域中之著作」，應該是美國著作權體系長久以來的基礎原則，這種限制是立憲者平衡創造力之適當誘因與排他性權利之不良影響二者的必要機制。¹⁰¹

聯邦哥倫比亞區上訴法院在本案判決中，繼續沿用 *Eldred v. Ashcroft* 案中的論述邏輯，認為對賦權的「必要交換條件」，國會享有絕對的裁量權，包括本案中國會透過 URAA 訂定與外國著作物的交換條件，司法權對之無從置喙。¹⁰² 法院並進一步表示，當創作者預期在其創作產生後，國會有可能通過法律，而使其著作物落入

¹⁰⁰ 17 U.S.C. 104A, 109.

¹⁰¹ *Luck's Music Library*, 407 F. 3d at 1263-1264.

¹⁰² *Id.* at 1263.

公共領域的損失可以重新獲得彌補，同時回收其所投資之時間與努力時，其持續進行新創作的誘因就會隨之提高，至於對未來創作誘因提升的幅度大小則在所不論。在 *Eldred v. Ashcroft* 案判決中，聯邦最高法院並未因為 CTEA 就既存著作經濟利益提升的有限程度，即否定其之合憲性，執是，URAA 第 514 條對創作誘因的提升效果固然可能不甚顯著，仍可被認定已滿足「促進科學與實用藝術的發展」之憲法目的。另外，哥倫比亞區上訴法院也認為，給予存續期間僅剩下一年之著作物額外二十年的權利存續期間，和回溯賦予公共領域內容物著作權二者，在政策上並沒有顯著差異。¹⁰³ 因此，將已經落入公共領域的著作重新取出，同樣是美國國會審慎平衡的結果：認定創作誘因的提升、以及對美國著作權人國際性保護的取得等公共利益可以平衡公眾自由近用權的犧牲。

透過關於「既存著作權存續期間之延長」與「著作權存續期間之回溯保護」的論述，*Luck's Music Library* 案判決重塑了公共領域的地位與功能，將權利的絕對解釋權交給了國會進行立法裁量，而使公共領域的範圍呈現了極大的變異可能。這種判斷，在後續案件如二〇〇七年 *Golan v. Gonzales* 案判決中，又再次被沿用。*Golan v. Gonzales* 案原告主張 CTEA 與 URAA 違反憲法第 1 條第 1 項第 8 款中著作權僅能於「有限期間」內存續的規範，逾越了立法權能。¹⁰⁴ 在該案判決中，聯邦第十巡迴上訴法院仍然繼續援引 *Eldred v. Ashcroft* 案判決的核心論旨以駁回原告關於 CTEA 的主張；至於在

¹⁰³ *Id.* at 1265.

¹⁰⁴ 以原告之一的 Lawrence Golan 為例，其主要工作為演奏與教學外國作曲家之作品，在 CTEA 通過前，其原本預期此些作品即將逾越著作權之存續期間而進入公共領域，卻在 CTEA 之適用下，必須延後二十年才會逾期；又如表演與利用公共領域中外國著作之其他原告，在 URAA 施行後，其必須支付較高之表演費 (performance fees) 及音樂租用費 (music rentals) 等授權金。

URAA 的部分，則援引 *Eldred v. Ashcroft* 案與 *Luck's Music Library* 案判決的論理，認定該立法內容仍在憲法所允許的國會裁量範圍內。

二、著作權存續期間的延長、回溯保護與表現自由

如本文前述，儘管採取何種著作權權利取得的「交換條件」，是國會的絕對裁量權，但是當國會對公共領域既有範疇的調整，與公共領域所維繫的其他憲法上基本權產生衝突時，美國司法權仍可進行違憲審查。以著作權存續期間的爭議為例，由於公共領域具有經濟與非經濟面向的雙重基礎，因此，即使關於著作權存續期間的立法政策並未牴觸憲法第 1 條第 8 項第 8 款，也不表示當其限縮公共領域減損公共利益時，不構成對憲法基本權之侵害。其中，尤以是否侵害了長期以來被認為與公共領域之內容及近用息息相關的表現自由，最受到矚目。

美國司法實務一向肯認著作權制度有助於言論自由之發展。美國聯邦最高法院在一九八五年 *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises* 案（下稱 *Harper & Row* 案）判決中即指出，著作權是刺激自由表達產生的引擎。¹⁰⁵ 透過「概念與表達二元論」的應用，著作中的抽象概念可以自由傳遞交流，以供公眾即時運用；而透過「合理使用」的限制，基於批評、評論、新聞報導、教學、學術或研究目的對受保護著作的近用，不會構成侵權，進而充實了可供表現自由行使的介質。¹⁰⁶

同時，立法權本身在賦予著作權法定權利時，也已依裁量權對憲法基本權之限制加以平衡。如 *Eldred v. Ashcroft* 案判決所示，

¹⁰⁵ *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539 at 558 (1985).

¹⁰⁶ *Id.* at 556-558.

CTEA 的規範內容中已就新法適用對表現自由可能造成的傷害，採取了具體而適當的防護措施。¹⁰⁷ 包括如允許圖書館、檔案保存機構等單位，可以在任何著作物權利存續期間的最後二十年內，基於學術研究或保存文獻的目的，在該著作尚未被使用於商業利用，或可以預期未來之複本無法以合理價格被取得的情形下，予以重製、散布、陳列或表演；¹⁰⁸ 同時免除了小型企業、餐廳及類似營利單位播放電台、電視等媒體設施中之音樂所需支付的授權金。¹⁰⁹

至於 URAA 第 514 條是否牴觸表現自由之保障，*Luck's Music Library* 案判決認為 CTEA 與 URAA 第 514 條在規範內容上沒有顯著的差異，因而即使該法將原本已落入公共領域的內容物取出，重新賦予著作權，仍相容於美國憲法對於表現自由的保障。不過，其後聯邦第十巡迴上訴法院在 *Golan v. Gonzales* 案判決中對於這點就有不同的看法。*Golan v. Gonzales* 案判決指出，*Eldred v. Ashcroft* 案正面承認了著作權制度與表現自由保障間的相容性，但是，這種預設的制度合憲性並非完全不受司法審查；當國會的立法政策超越了著作權保護的傳統軌模 (traditional contours of copyright protection) 時，司法權仍可對之為違憲審查。

一般而言，著作取得保護通常始於創作者原創性之表達，而終於法定存續期間的屆至，形成了「創造、取得著作權、進入公共領域」的通常時間歷程。在著作權法的立法歷史上，不將公共領域中之著作取出，是一種常態，與之相左的法案，均僅為特殊情況下之例外。¹¹⁰ 也就是說，「著作進入公共領域後，即永遠存在於其中」，

¹⁰⁷ *Eldred*, 537 U.S. at 220.

¹⁰⁸ 17 U.S.C. 108 (h)

¹⁰⁹ 17 U.S.C. 110 (5) (B)

¹¹⁰ 例外的產生，不是基於戰爭的發生而延長法定程序的履行時間，就是僅於部分內容中顯示了與公共領域保障短暫且有限之背離。即使是部分給予外國著作美國著

就是著作權保護體系傳統軌模中的一部分。URAA 的法案內容允許部分已落入公共領域中的外國著作重新取得美國著作權，¹¹¹ 將使著作權的線型時間序列因此不必然結束於進入公共領域的時點，等於變更了既有權利的時間序列，顯然有變更受到平行保護之憲法基本權之虞，因此司法權有必要介入加以審查。¹¹²

另外，在憲法增修條文第 1 條的適用下，藝術的創作是受到保障的言論表達形式，當一個外國著作物於美國落入公共領域時，所有在美國主權管轄範圍內之人對於這些作品，即享有近用以創造新作品的權利。CTEA 所涉及者，是單純使公眾延後享受這種自由；然而，URAA 第 514 條的施行，則是使公眾在已經使用受到回溯保護的外國著作作為創作材料而進行衍生性創作、表演活動與相關未來規劃的情況下，必須全盤放棄原本的創作行為或負擔額外較高的成本（例如授權費用、法律風險等等）。¹¹³ 易言之，在限縮公共領域的新法規範施行前，*Golan v. Gonzales* 案原告較 *Eldred v. Ashcroft* 案原告享有更直接、更廣泛的權利，也因為這樣，前者於法規範變動後所承受的損害更為具體顯著。

執是，憲法增修條文第 1 條保障公眾可利用公共領域內容物進行創作表達之自由，在 URAA 的適用下，是否仍可藉由「概念與表達二元論」、「合理使用抗辯」等制度取得平衡，即須一一接受司法權的檢視。¹¹⁴ 以前者來說，*Golan v. Gonzales* 案中原告利益的受損，並非源於無法使用著作中之概念，而係其本得就著作的概念與

作權保障的法案，國會也均明白表示法案的適用並不影響美國民眾已就該外國著作所取得之權利。*Golan v. Gonzales*, 501 F. 3d at 1189-1192.

¹¹¹ *Id.* at 1194-1196.

¹¹² *Id.*

¹¹³ *Id.* at 1192-1193.

¹¹⁴ *Id.* at 1194.

表達均自由近用的權利，卻因為法規範的變動而喪失；至於後者雖然允許公眾於特定目的下可使用受保護著作的表達，不過，在 URAA 通過前，對於公共領域內容物的使用卻根本不限於特定目的。換句話說，美國司法實務傳統上認定使得著作權制度與言論自由保障相容的兩個制度，都無法在 *Golan v. Gonzales* 案事實中被用以有效維護原告的權益。何況 URAA 中也不存在保護言論自由、緩衝公眾受損的相關配套制度。¹¹⁵

在 *Golan v. Gonzales* 案判決發回聯邦地方法院重審後，科羅拉多區地方法院於二〇〇九年四月三日重新作出了 *Golan v. Holder* 案判決。¹¹⁶ 該重審判決可說是創下美國司法史上，首次由司法權宣告國會制定之著作權法違憲的紀錄。在重審判決中，科羅拉多區地方法院闡明，URAA 第 514 條是一種限制表現自由的法規範，然該限制與限制表現自由的內容無關 (content-neutral)。依美國憲法的理論與實踐，其對言論的限制程度，必須與實現重大政府利益之目的相密合。由 URAA 的立法理由中可見，該法案有助於下列三項重大公共利益的實踐：使美國履踐簽署伯恩公約後的條約法上義務、提升美國著作權人於外國享有的著作權保護、使外國著作非因著作權人自身之過失而於美國落入公共領域的不平等情事，獲得調整。¹¹⁷ 即便如此，由於政府並未提出充分證據，證明剝奪美國公眾對於公共領域內容物的近用自由，與上述公共目的的有效達成間具有必然的聯結關係，因此，該法案確屬違憲。

法院進一步解釋其理由謂，伯恩公約雖然規定各締約國為實現公約之內容，於必要時應給予外國著作回溯性保護，然而，伯恩公

¹¹⁵ *Id.* at 1195.

¹¹⁶ *Golan v. Holder*, 611 F. Supp. 2d 1165 (D. Colo. 2009).

¹¹⁷ *Id.* at 1172.

約也規定各締約國得依照自身的特殊考量以決定對外國著作保護的條件(第18條第3項)。依此,美國並不負有制定URAA第514條款的強制性義務,有權在不破壞本國著作權規範結構的情形下,選擇適當的對應政策。¹¹⁸其次,伯恩公約並未明確規範當締約國未給予外國著作回溯性保護時,必然引發他國拒絕給予國民待遇之制裁。因此,國會必須就不制定URAA對美國國內所產生的不利益,提出實證及合理的說明,才能有效證明何以必須制定犧牲公共領域的URAA。最後,無論是因為何種原因落入公共領域的美國國內著作,並無法同樣享受回溯性保護的優惠,如果回溯保護制度果能實現重大公共利益,即應一體適用於國內外落入公共領域的著作物才對,但實際情形並非如此,足見所謂的公共利益絕對有可議之處。¹¹⁹

值得一提的是,在*Golan*案的訴訟過程中,原告的訴訟策略有許多是來自美國學術界的支持與協助。包括史丹福大學教授Colette Vogele、Anthony T. Falzone等學者,均參與了原告訴訟策略的研擬。Anthony T. Falzone (2009) 表示,*Golan v. Holder*案判決雖然只是聯邦地方法院的見解,卻是美國司法歷史上,司法權第一次宣告著作權法特定條款違憲的判決;可說是自二〇〇一年*Eldred v. Ashcroft*案訴訟以來,學術界一連串挑戰國會立法之合憲性、抵抗著作權制度侵害公共領域的努力所取得的重大突破。不過,*Golan v. Holder*案於二〇一〇年再次被上訴至第十巡迴上訴法院後,URAA第514條違憲之見解並未被維持。¹²⁰二〇一一年,聯邦最高法院已受理該案件並展開審理程序,最高法院之立場與見解,將是值得關注公共領域學者高度注意的發展。

¹¹⁸ *Id.* at 1172-1175.

¹¹⁹ *Id.* at 1175-1177.

¹²⁰ *Golan v. Holder*, 609 F. 3d 1076 (10th Cir. 2010).

三、小結

在 *Eldred v. Ashcroft* 案中，幾個過去與公共領域密切相關的判決，如 *Sears* 案、*Graham* 案對憲法第 1 條第 8 項第 8 款內容的詮釋，被引用作為多數意見解釋延長既存著作權存續期間之合法性的論理基礎。對於這種傾向，協助 *Eldred v. Ashcroft* 案原告進行訴訟的 Lawrence Lessig 教授表示憂心，他認為，以公共領域內容物為基礎而發展出的多元性知識傳播活動，將因著作權不斷藉由延長存續期間、侵蝕公共領域，而面臨停滯並遭受嚴重的衝擊。¹²¹ Lawrence Lessig 指出，在 CTEA 所延長存續期間的著作物中，前二十年（一九二三至一九四二）的著作物，僅有百分之二至今仍存在商業價值，這極為少數著作的著作權人，正是 CTEA 立法的幕後推手。為了延長與維持這些極少數人的商業利益，在一九九九至二〇一九年間，將沒有任何著作物會進入公共領域中，而且原本於一九九九年後公眾就一九二三至一九四二年間之著作物所可以享有的使用自由，也將被延遲。在這種情形下，當公眾欲就早期著作物進行衍生性創作或其他利用行為時，必須承擔過高的交易成本，包括為了尋找著作權人取得有效授權，而花費巨大的時間與金錢於追溯著作物最初在公機關進行登記之紀錄，及追蹤後續的權利移轉情形 (Lessig, 2004b: 221-228)。

Lawrence Lessig 認為，美國國會歷來立法政策，均過於著重既存著作現有價值的維持。這種思維模式，忽略了一個事實，那就是

¹²¹ 以該案原告 Eric Eldred 為例，他是一名退休的電腦工程師，藉著掃描已落入公共領域之書籍著作並將其電子檔案放置於網際網路上，希望能提供公眾對這些早期作品簡易、免費的近用管道。在電子傳輸技術與網際網路的普及下，這種透過網際網路進行的非商業性著作傳播行為，可以使不同國界的人們分享公共領域的豐富作品。然而，CTEA 通過後，在二〇一九年之前，Eric Eldred 都不能將任何晚於一九二三年取得著作權的著作物進行電子化重製並加以散佈。其他從事類型非商業性文化傳播工作之人，也會遭遇相同的困境。請參見 Lessig (2004b: 213-214)。

即使著作物逾越存續期間而進入公共領域，也不代表其著作生命力就此終結。隨著公共領域中著作知識與創意的開放，著作物的非商業性成分將繼續自由流通 (Lessig, 2004b: 225-228)。因此，允許國會於未來繼續制定延長著作權存續期間之法律，等於是技術性地規避憲法第 1 條第 8 項第 8 款的限制，進而剝奪公共領域的成長與發展空間。

此外，Edward Samuels 則認為，每一次延長著作權存續期間新法的施行，均將特定年代著作物進入公共領域的時點推遲了一定長度的時間，形同使公共領域的內容物產生時間區隔上的斷裂，如此將造成公共領域內容只剩下那些較早期的作品，降低了資訊類型的多樣性 (Samuels, 1993: 152)。這種萎縮造成的損害，在目前強調私有財產管理效能的情形下，並無法立即被體現，但是其損害是實質而深遠的 (Halbert, 1999: 13)。

再者，存續期間的延長，是否實質上鼓勵刺激了後續創作的產生？若自著作物歷年的出版數做量化比較，可發現其正面效果並不顯著；CTEA 法案延長既存著作二十年的存續期間，經過經濟學家的計算評估，也只將現存藝術家與創作者的預期利益，向上提升了約 0.33 個百分點而已 (Boldrin & Levine, 2008: 98-100)。足見 CTEA 真正的主要受益者，並非社會大眾與從事藝術創作的工作者。然而，對擁有部分高商業價值著作權的國際性大眾傳播媒體與娛樂集團來說，增加二十年的權利存續期間，卻可能為其持續帶來巨額收益 (Boldrin & Levine, 2008: 101-102)。只是當著作權政策成為只為特定利害關係者量身打造的獲利模式時，著作權制度實質上的效用，是否仍如同美國憲法第 1 條第 8 項第 8 款所預設的，能夠有效地「促進科學及實用藝術的進步」？論者均表示高度懷疑 (Litman, 2006: 171-186)。因此，批評者認為，立法權無法有效解釋存續期

間延長對整體著作市場經濟利益的提升，足以與公眾所需群體承擔的社會成本達成平衡，是延長著作權存續期間之法律欠缺正當性的主要原因 (Gordon, 2004: 109)。

而著作權制度與表現自由在 *Golan v. Gonzales* 案與 *Luck's Music Library* 案中的衝突，則具體呈現了美國法下公共領域概念與表現自由保障間的鏈結關係；著作權制度在使資訊逐漸商品化及私有化的過程中，侵蝕了公共領域的客觀內容，進而威脅了表現自由所藉以行使的資訊完整性 (Birnhack, 2006: 61)。美國司法實務固然堅決否認著作權制度與表現自由間存在可能衝突，理由是著作權制度中的「概念與表達二元論」、「合理使用抗辯」之機制，已經制度化地消弭了衝突的可能，但是 David Lange 則認為，這是低估了表現自由之保障所蘊含的重大社會利益，且過度盲目地推崇著作權制度於促進未來言論產生之功能。按照個人之意志自由地思考，而後將個人之所思對外表達的權利，是市民權的主要內涵之一，對追求建構現代市民社會的美國而言，更是其文化的中心價值，也是能夠持續實現民主政治的必要設施 (Lange & Powell, 2009: 168-172)。美國憲法增修條文第 1 條的入憲歷史，以及就叛亂性言論等特定類型資訊是否可受保護之司法論辯，都一再顯示出，無論對於表現自由的壓迫所欲實現的公共目的與公共利益為何，表現自由的受損，就是對美國文化核心精神的傷害 (Lange & Powell, 2009: 195-224)。另外，公共領域所維繫的思考與談辯自由，以及容許公眾基於遊戲的心態，以他人的言論內容為基礎進行模仿、諷刺、衍生性論述等等再創作行為，都是深植於人類本性的潛能，也是數世紀以來，人類於社會組織中型構「群體歡娛感」(public happiness) 的重要來源 (Lange, 1992: 368-369)。如此人性的本能，無法也不應因著作權制度中的經濟誘因

或禁制性規定，加以禁止或改變。

David Lange 因而認為，在美國市民文化發展的歷程內，表現自由的價值是絕對的，沒有辦法以單一判準被量化計算，也不能被當作與其他公共利益相互比較或交換的對象。美國憲法增修條文第 1 條既然規定，政府不能制定「任何法律」壓迫人民的言論表達自由，那麼，國會就不具有權力以實現其他公共目的為由，限制言論的表達，侵害個人自由的核心內容 (Lange & Powell, 2009: 296-307)。也因為如此，儘管著作權制度具有提升言論內容之充分性的功能，仍無法正當化其對於表現自由的限制。他因此主張應自表現自由之絕對保障的觀點出發，全盤性地重建包括著作權在內之智慧財產權在美國憲法中的地位。

究竟應如何重建著作權制度，David Lange 在二〇〇九年出版的專書 *No Law* 中大膽倡議，於著作物尚未公開前，著作人對其享有祕密不公開的權利，此部分涉及著作人人格之保護，不能迫令其被合理使用而侵奪其人格性。但是，當著作公開後，該作品即融入當代文明中而成為社會文化不可分離的一部分，公眾在合理使用及其他著作權之條件限制下，對其享有自由使用、擷取之權利。這種使用的自由，並不限於評論、新聞報導、教學等特殊目的，商業應用或是與原始著作人進行競爭行為之各種用途，也同樣獲得允許。也就是說，對於著作物之重製、散布、進行衍生性創作等面向，有大幅度的自由，排他權利的強度將不再如過去般巨大 (Lange & Powell, 2009: 168-192)。

David Lange 主張，如此相對有限的排他性權利，並不必然剝奪未來創作的誘因。當公眾利用他人之著作物於市場取得利益時，就那些可歸因於原始著作物之部分，應該透過利益分享機制，使著作物使用人與原始創作人共享市場利益。如此，將不需要排

他性權利之強制效力來促發創作的產生。儘管相較於排他性權利，利益分享機制對於著作權人的管理效能與經濟效益較為不利，且需耗費一定的交易成本，然而，表現自由對社會的絕對正面利益，適足以補充、平衡這種交易成本。未來關於著作權制度的立法政策，應該著重於維護表現自由，而非再如過去般僅以經濟效益為取向 (Lange & Powell, 2009: 173-191)。

陸、結論

若僅以美國憲法第 1 條第 8 項第 8 款對於著作權等智慧財產權的權利限制為基礎定義公共領域，則其勢必僅指涉那些不值得受保護、無法符合權利取得要件、已逾越權利存續期間等被排除於排他性權利保護範圍外之創作物的集合體。這也是過去美國司法實務多數的看法。只是，這種將公共領域附屬於智慧財產權體系的負面表列，並無法完整說明公共領域遠超過知識政策面向的機能。因此，反挫這種消極解釋的美國學說紛紛認為，應以公共領域的本質與其歸屬之對象為軸心，正面描述公共領域。綜合其學說，可將公共領域歸納為：「一個由為公眾所共享之開放性資訊組成的空間」，所有個人組合而成的抽象「公眾」，是公共領域中開放資訊的合法歸屬者，特定個人不能對之主張任何排他的權利。

在這種正面描述下，公共領域被認為應容納有過去與現在持續產出的文化素材，容許創作者或評論者就特定公共事務進行討論批評，對自身生活經歷抒發感想，並藉由對之自由加以擷取與近用來表現前者。公共領域在刺激與促使言論表達的過程中，也落實了美國憲法增修條文第 1 條對於表現自由的保障，使得表現自由意欲實現的個人自主，取得具體實踐的空間，並為當代民主憲政制度提供了發展進步的公共論壇。為了維持與確立公共領域的獨立價值，學

者也呼籲，著作權作為一種純粹係立憲者為實現特定公共目的而加以承認的法定財產權，其權利內容應該服膺於憲法所建立的制度性目的，因此，對其排他性的解釋應採取嚴格的狹義觀點。國會必須有效證立排他性權利所能實現的公共利益，實質大於公眾因近用資訊受到限制所蒙受的損害。

相較於學說論述的多元性，美國聯邦最高法院則自一九六〇年代開始，在本文前舉的數個涉及公共領域議題的相關判決中，透過對立憲歷史的詮釋與憲法條文的演繹，發展出了關於公共領域概念及其法位階的一般性見解（或通說）。在實務上，公共領域被確立為應與美國國會「為促進科學及實用藝術之發展，於一定期間內，所賦予著作人及發明人就其著作及其發明相關之排他性權利」，同受美國憲法第 1 條第 8 項第 8 款所保障。由憲法第 1 條第 8 項第 8 款所建立的排他性智慧財產權，是構築於公眾集體犧牲上的社會集體意識產物；只有當一個創作延伸了人類既有知識的範疇且符合法定要件，並因此正面提升整體社會福祉時，才能夠取得之。這些實務見解的共同觀點就是：公共領域，是對應於滿足著作權等智慧財產權權利取得的法定要件、程序，以及有限的權利存續期間與開放公眾進行合理使用等權利限制而消極存在的。

當然，實務上沒有完全否認公共領域的積極效能。在一九六四年 *New York Times* 案判決中，聯邦最高法院自美國憲法增修條文第 1 條對於言論自由保障的觀點，肯認了開放性資訊空間對於市民民主政治的正面功能，使得美國憲法增修條文第 1 條成為了解釋公共領域價值與功能的基礎。另外，在實務中聯邦最高法院也認為，立法者可能因欲實踐某種公共利益而限縮公共領域之範圍，間接限制了公共領域本身原可維護的憲法基本權內涵與個人利用公共領域內容物創造私有財產權之自由與機會。這些對於公共領域的限制，

必須滿足必要的條件與合法正當程序。具體而言，任何對於公共領域的限制，都必須以與公共領域同位階的實體法明文規範之，只有經國會通過之聯邦法律，才具有限制公共領域的合法正當性。而即使取得憲法的授權，一個由國會通過的法令，也不能無限制地變更現有的公共領域，司法權仍可以對個案裡公共領域之特定限制進行違憲審查。

不過，雖然美國司法實務肯認公共領域維繫著部分憲法基本權的實現，在論斷公共領域的範圍時，卻仍未能採取以公共領域概念為本位的思考正面定義之，而是繼續藉由判斷一著作物是否符合著作權的權利取得要件，間接地拼湊公共領域的結構與輪廓。例如從原創性要件的角度出發，一個不是由作者所獨立創作，或不具有某種符合最低限度創造性的著作物，即無法取得著作權的保護而會落入公共領域中。按照著作類型及著作物所處年代的不同，未充足履踐如著作物的登記、寄存、存續期間的展延等形式要件者，也同樣落入公共領域。這些權利取得要件，遂成為區隔著作權與公共領域的篩網。未滿足法定要件的著作物，無法進入著作權體系，就被留置於公共領域。同理，逾越著作權存續期間的著作物，也自著作權體系中退位至公共領域內。

不可否認的，美國司法實務這種以著作權為論述本位，消極性地界定公共領域範疇與內容的態度，與司法權對於三權分立制度的嚴守，有著密切的關係。美國聯邦最高法院在 *Eldred v. Ashcroft* 案判決中即強調，著作權與專利權都是屬於在憲法的限制下，有條件地授與作者與發明人的法定權利；對這種法定權利設定取得要件與權利內容，屬於國會的裁量範圍，司法權原則上不對之進行干涉與審查。惟如此也必然將使公共領域的內容無法取得一個穩定恆久的客觀範圍，必須相對受制於著作權或專利的內容。

由此可見，在對公共領域概念的定義上，學說理論與美國司法實務之間存在有歧異的解釋邏輯。縱使學說普遍肯認公共領域對於整體社會文化的續存與發展，甚至國族共同意識的建立等面向上，都具有超越智慧財產權體系的獨立機能，然而，美國司法實務在評價一著作究竟應歸屬於公共領域還是應予以排他性權利，以及評價對於特定資訊的使用行為應否被允許時，並未採用以公共領域概念為本位的觀點。

同時，我們也可以發現，美國司法實務以著作權制度為本位以解釋公共領域的思考脈絡，均與美國的憲政結構與公共文化兩相扣緊。具體事例包括：儘管美國於一九八九年同意簽署伯恩公約，聯邦最高法院仍於 *Dastar* 案中堅持著作權於美國法中係基於特別社會目的所承認的法定權利，拒絕依據伯恩公約承認著作人得享有永久續存之著作人格權；在 *C.B.C. v. M.L.B. Advanced Media* 案判決中，甚至可窺見美國特有的大眾娛樂文化，對於資訊環境法規範規制效力的影響。這些司法實務見解都呈現出影響公共領域在美國法下進行結構變遷的部分因素。著作權法對於權利存續期間的調整、專利法對於專利要件的增加，當然是顯而易見的因素。不過，不正競爭法、商標法也以維持商業競爭秩序、保護消費者等不同法益的實現為由，透過各州州法或國會制定的聯邦法律，在與著作權、專利權產生規範競合情況下，以不同管道成功或失敗地挑戰公共領域的範圍。所以，在事實上，美國的公共領域概念正持續不斷地受到其他法益的試探、攻擊與侵蝕，這些法益呈現出了美國當代某些逐漸發展而成的社會價值。對於這些社會價值的地位，司法實務固然已做出部分評價，但仍有部份新的社會價值正在試圖藉由試探、衝突，與公共領域進行動態的謀和。

本文所述影響公共領域之客觀範圍與內容的變因，以及司法

實務與學說理論就著作權存續期間立法政策與憲法解釋的論辯，為美國公共領域的塑型，以及其與特定文明發展歷程、社會條件間的緊密連結關係，提供了較為明確的背景。而這些社會元素的在地特徵，也說明了公共領域是隱有國族、地區、社群等區域性質的；不同的文化體，勢必發展出不同的公共領域風貌。易言之，公共領域具有在地的特質。

若以上述結論觀點初步檢視我國著作權法的沿革，也可以發現於台灣的著作權制度實施之初，著作權權利內容與公共領域範圍間的分野，並不取決於公眾對於資訊流通及使用上的需求，而是立基於管制思想的政治目的。其後，在著作權保護標的與排他性權利內容的擴張過程中，社會內部資訊生產者與使用者的需求，也未成為立法者的主要關注對象，相對的，進出口貿易的結構、對於特定國家經濟的依存度，以及長期以來繼受國外立法例的慣性，都持續凌駕激發未來創作、建構市民公共論壇等文化面向上的考量，成為影響公共領域範疇的重要因素。由於這些在憲政基礎、資訊環境與社會條件的差異，以及經濟發展程度與貿易結構的不同，使台灣的公共領域範疇，明顯與美國有著極為不同的面貌。這些特殊面貌，是理解與評價屬於台灣的公共領域及其結構變遷時，所必須考慮採取的視角。

另外一個在方法論上對此間相關研究的啟發是，美國的理论與實踐說明了影響公共領域結構的元素，並不具有跨國族、跨地域的普世共通性。任何一個單一的公共領域理論或著作權政策，都無法斷然地透過法律的強行規定，實施於不同社會與族群中。社會價值、族群意識與政治主張等本土性元素，共同形構出了多元樣貌的公共領域。已開發國家、開發中國家與低度開發國家以國族疆界為軸線，依所追求公共利益內涵之差異，發展出迥異的

知識政策，以及獨特的公共領域範疇。就算是在國族內部，圖書館、教育機構、政府機關等組織目的不同的利益團體，官方認許的多元文化族群，也都會各自在既有規範結構下，享有不同向度的近用資訊自由權利。

參考文獻

- 胡心蘭、蔡岳勳 (2005)。〈從法律與經濟學的角度分析美國著作權之科技保護措施及合理使用原則〉，《中原財經法學》，14: 157-243。(Hu, H.-L., & Tsai, Y.-H. [2005]. An economic analysis of access control measures and fair use doctrine. *Chung Yuan Financial & Economic Law Review*, 14: 157-243.)
- 劉孔中 (2006)。〈論建立資訊時代「公共領域」之重要性及具體建議〉，《臺大法學論叢》，35, 6: 1-36。(Liu, K.-C. [2006]. On the importance of and suggestions to establishing public domain. *National Taiwan University Law Journal*, 35, 6: 1-36.)
- 闕光威 (2007)。〈合理使用對內容產業的管理意涵——以市場失靈理論為核心〉，《政大智慧財產評論》，7, 1: 1-22。(Chueh, K.-W. [2007]. How shall content industry deal with fair use?—A market failure perspective. *Intellectual Property Review*, 7, 1: 1-22.)
- Allan, R. J. (2007). After Bridgeman: Copyright, museums, and public domain works of art. *University of Pennsylvania Law Review*, 155, 4: 961-989.
- Benkler, Y. (1999). Free as the air to common use: First Amendment constraints on enclosure of the public domain. *New York University Law Review*, 74, 2: 354-446.
- Benkler, Y. (2003). Through the looking glass: Alice and the constitutional foundations for the public domain. *Law and Contemporary Problems*, 66, 1 & 2: 173-224.
- Benkler, Y. (2006). *The wealth of networks*. New Haven, CT: Yale University Press.
- Birnhack, M. D. (2006). More or better? Shaping the public domain. In L. Guibault & P. B. Hugenholtz (Eds.), *The future of the public domain* (pp. 59-86). Hague, the Netherlands: Kluwer Law International.
- Boldrin, M., & Levine, D. K. (2008). *Against intellectual monopoly*. New York: Cambridge University Press.
- Boyle, J. (2000). The First Amendment and cyberspace: The Clinton years. *Law and Contemporary Problems*, 63, 1 & 2: 337-351.
- Boyle, J. (2003a). Foreword: The opposite of property? *Law and Con-*

- temporary Problems*, 66, 1 & 2: 1-32.
- Bolye, J. (2003b). The second enclosure movement and the construction of the public domain. *Law and Contemporary Problems*, 66, 1 & 2: 33-74.
- Cahir, J. (2007). The public domain: Right or liberty? In C. Waelde & H. Macqueen (Eds.), *Intellectual property: The many faces of the public domain* (pp. 35-52). Cheltenham, UK: Edward Elgar.
- Cameron, C. T. (2006). In defiance of Bridgeman: Claiming copyright in photographic reproductions of public domain works. *Texas Intellectual Property Law Journal*, 15, 1: 31-61.
- Cohen, J. E. (2006). Copyright, commodification, and culture: Locating the public domain. In L. Guibault & P. B. Hugenholtz (Eds.), *The future of the public domain* (pp. 121-166). Hague, the Netherlands: Kluwer Law International.
- Falzone, A. (2009). *URAA held unconstitutional*. Retrieved May 12, 2011, from <http://cyberlaw.stanford.edu/node/6149>
- Galbraith, C. D. (2007). A panoptic approach to information policy: Utilizing a more balanced theory of property in order to ensure the existence of a prodigious public domain. *Journal of Intellectual Property Law*, 15, 1: 1-38.
- Gervais, D. J. (2002). Feist goes global: A comparative analysis of the notion of originality in copyright law. *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.*, 49, 4: 949-981.
- Gordon, W. J. (2004). Do we have a right to speak with another's language? Eldred and the duration of copyright. In P. L. C. Torremans (Ed.), *Copyright and human rights* (pp. 109-130). Hague, the Netherlands: Kluwer Law International.
- Halbert, D. J. (1999). *Intellectual property in the information age: The politics of expanding ownership rights*. Westport, CT: Quorum Books.
- Halbert, D. J. (2005). *Resisting intellectual property*. London & New York: Routledge.
- Hardin, G. (1968). The tragedy of the commons. *Science*, 162, 3859: 1243-1248.
- Jollymore, N. J. (1994). Expiration of the right of publicity: When

- symbolic names and images pass into the public domain. *The Trademark Reporter*, 84, 2: 125-154.
- Lange, D. (1981). Recognizing the public domain. *Law and Contemporary Problems*, 44, 4: 147-178.
- Lange, D. (1992). Sensing the constitution in Feist. *University of Dayton Law Review*, 17, 2: 367-374.
- Lange, D. (1993). Copyright and the constitution in the age of intellectual property. *Journal of Intellectual Property Law*, 1, 1: 119-134.
- Lange, D. (2003). Reimagining the public domain. *Law and Contemporary Problems*, 66, 1 & 2: 463-483.
- Lange, D., & Powell, H. J. (2009). *No law*. Stanford, CA: Stanford Law Books.
- Lessig, L. (2004a). Free(ing) culture for remix. *Utah Law Review*, 4: 961-975.
- Lessig, L. (2004b). *Free culture*. New York: Penguin Books.
- Lessig, L. (2004c). The creative commons. *Montana Law Review*, 65, 1: 1-13.
- Lessig, L. (2006). Re-crafting a public domain. *Yale Journal of Law and the Humanities*, 18, supplement: 56-83.
- Litman, J. (1990). The public domain. *Emory Law Journal*, 39, 4: 965-1023.
- Litman, J. (2006). *Digital copyright*. New York: Prometheus Books.
- McLain, L. (2003). Thoughts on Dastar from a copyright perspective: A welcome step toward respite for the public domain. *University of Baltimore Intellectual Property Law Journal*, 11: 71-91.
- Negativland. (2003). Two relationships to a cultural public domain. *Law and Contemporary Problems*, 66, 1 & 2: 239-262.
- Netanel, N. W. (2008). *Copyright paradox*. New York: Oxford University Press.
- Nimmer, M. B., & Nimmer, D. (1990). *Nimmer on copyright*. New York: Mathew Bender.
- Ochoa, T. T. (2002). Origins and meanings of the public domain. *University of Dayton Law Review*, 28, 2: 215-267.
- Ochoa, T. T. (2003). Introduction: Rights of attribution, section 43 (A)

- of the Lanham Act, and the copyright public domain. *Whittier Law Review*, 24, 4: 911-929.
- Patterson, L. R., & Joyce, C. (2003). Copyright in 1791: An essay concerning the Founders' view of the copyright power granted to congress in article I, section 8, clause 8 of the U.S. Constitution. *Emory Law Journal*, 52, 2: 909-952.
- Pollack, M. (2004). The democratic public domain: Reconnecting the modern First Amendment and the original progress clause. *Jurimetrics Journal*, 45, 1: 23-39.
- Samuels, E. (1993). The public domain in copyright law. *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.*, 41, winter:137-182.
- Samuelson, P. (2003). Mapping the digital public domain: Threats and opportunities. *Law and Contemporary Problems*, 66, 1 & 2: 147-171.
- Samuelson, P. (2006). Enriching discourse on public domains. *Duke Law Journal*, 55, 4 : 783-834.
- Shipley, D. E. (2007). Congressional authority over intellectual property policy after Eldred V. Ashcroft: Deference, empty limitations, and risks to the public domain. *Albany Law Review*, 70, 4: 1255-1295.
- Vinciguerra, V. (2006). Contribution to the understanding of the public domain. *The John Marshall Journal of Computer & Information Law*, 24, 3: 411-454.
- Zimmerman, D. L. (2004). Is there a right to have something to say? One view of the public domain. *Fordham Law Review*, 73, 1: 297-375.

The Structural Transformation of the Public Domain —An Overview of the Theories and Practices of American Jurisprudence on the Transition of Copyright

Chu Cheng Huang

Institute of Law for Science and Technology, National Tsing Hua University
No. 101, Section 2, Kuang-Fu Road, Hsinchu 30013, Taiwan
E-mail: chriscc.huang@msa.hinet.net

Ying Tsui Chiu

Academic and Social Promotions and Applications of Digital Archives and e-Learning Project
Taiwan e-Learning and Digital Archives Program
No. 1, Sec. 4, Roosevelt Road, Taipei 10617, Taiwan
E-mail: tcellraiser@gmail.com

Abstract

Public domain is commonly conceived of as an informational open space in which the public may access content without consideration of any need to seek the right holders' permission. Interpreted in terms of the copyright framework, the public domain is usually treated as an opposite pole of the exclusive proprietary rights regime. However, social context may play a greater role than is usually thought. This article, therefore, intends to explore the essential character of the public domain, its function and category with reference to the theories and practice of the American jurisprudence, with a particular focus on constitutional perspectives. After which, an evaluation is offered of major currents of thought regarding the public domain.

Key Words: public domain, copyright, access to information, civil society, intellectual property