

出國報告（出國類別：實習）

出席澳洲雪梨  
「2019 年第 19 屆著作權法律及實務  
研討會」報告

服務機關：經濟部智慧財產局

姓名職稱：陳怡靜 科長、辜德棻 科員

派赴國家/地區：澳洲

出國期間：108 年 10 月 20 日至 108 年 10 月 25 日

報告日期：108 年 12 月 17 日



## 壹、摘要

本次出席由澳洲著作權委員會 (Australian Copyright Council) 與澳洲著作權協會 (Copyright Society of Australia) 在澳洲雪梨共同主辦之第 19 屆研討會，係每 2 年舉辦一次的澳洲著作權盛會，本局前曾派員分別出席第 16 屆及第 17 屆之研討會，均獲致相當豐碩的收穫。

本次研討會以「創意、創新、現代化(Creativity, Innovation, Modernisation.)」為主題，除了關注澳洲國內刻正討論中之著作權議題發展外，同時並關注國際間著作權修法及討論情形，以及數位匯流發展趨勢下，科技與著作權交互作用產生之新興火花。

澳洲國內議題部分，由於澳洲甫於今 (2019) 年就法院依申請核發封鎖網站禁制令、ISP 中介者責任安全港等部分規定進行調整，因時日尚短，尚待實務之執行及成效觀察，本次研討會並無討論，甚為遺憾，此部分可能需留待未來賡續觀察追蹤。本次研討會主要針對澳洲政府於 2019 年上半年進行公眾諮詢之議題如「以契約排除的著作權例外 (contract out)」及「孤兒著作問題」進行意見交換。同時，據相關網站資料顯示，澳洲當局刻正考量如何因應科技發展及公眾之需求，提昇著作權例外範圍的彈性，可能增訂著作權之例外規定 (fair dealing)，或增設美國合理使用 (fair use) 機制 (利用人雖認為澳洲現行著作權法的例外範圍過窄，無法與國際標準及其他國家相對應，然而政府當局鑑於公平處理與合理使用間之適用有無扞格需要研析，表示此議題仍需要進一步細緻化討論)。

至於國際間之觀察，主要係介紹歐洲甫於今年通過之「數位單一市場著作權指令」中涉及資料探勘之合理使用規定 (較具爭議性的連結稅及網路平台責任部分，僅係簡單介紹而無太多著墨)、世界智慧財產權組織 (WIPO) 近來討論議題之進展，並邀請美國哥倫比亞法學院教授 Jane Ginsburg 簡介美國新近著作權之發展，惟因 WIPO/SCCR (著作權常設委員會) 近來就合理使用議題之討論並無顯著進展，而美國近來在著作權修法並未涉及重大議題 (依著作權局網站顯示，

主要在於著作登記程序及相關規費之檢討；專利商標局係就人工智能之可著作性進行公眾諮詢），因而 Ginsburg 教授亦僅就人工智能（Artificial Intelligence, AI）之可著作性進行介紹及研析。

科技發展日新月異，不斷挑戰法律規範之界限，針對數位匯流發展趨勢下之相關新興問題，如資料探勘合理使用、AI 的可著作性等議題，以及國際間關注之著作權議題，配合我國刻正進行的著作權法修法，均可作為參考與借鏡。

## 目次

壹、摘要.....	3
貳、本文.....	6
一、背景與目的.....	6
二、過程.....	7
三、議題.....	11
(一) 文字資料探勘 (Text Data Mining) .....	11
(二) 人工智慧與著作人身分.....	16
(三) 著作權人得否以契約條款排除著作財產權例外( Contracting Out) .....	24
(四) 孤兒著作問題的解決.....	29
參、心得及建議.....	32
一、心得.....	32
二、建議.....	33
肆、附錄.....	34
附錄一 2019 著作權實務研討會第 19 屆議程表 .....	34
附錄二 澳洲著作權法中公平處理機制的演進及內涵.....	38
附錄三 公平處理及合理使用在美國、英國及澳洲之運行比較.....	39

## 貳、本文

### 一、背景與目的

本次研討會「Biennial Copyright Law & Practice Symposium」係由澳洲著作權委員會（Australian Copyright Council）與澳洲著作權協會（Copyright Society of Australia）共同主辦，今年為第 19 屆，原則上為每 2 年舉辦 1 次。

澳洲著作權委員會為一獨立之非營利組織，由澳洲內容產業的創作者與著作權集體管理團體組成，致力於改善澳洲著作權環境及促進文化產業發展，並定期為創作者、教育者、政府機構或其他類別的組織舉辦訓練課程。澳洲著作權協會（Copyright Society of Australia）為一由著作權利害關係人組成之非營利組織，其會員涵蓋澳洲及世界各地的律師、著作權從業人員、政府機構人員、學術單位人員及學生等。

鑑於數位時代下，技術發展帶動新著作利用型態，使得政府與著作權人不得不面對網路帶來的侵權問題，以及作為網路中介者之「平台」應扮演如何之角色；人工智慧創作翻轉傳統創作模式，更衝擊法律對於著作人之定義，這些隨著科技應運而生之議題，無不考驗各國法律界限與政府的治理能力，我國近年來同樣面臨此問題，早於 2009 年著作權法增訂 ISP 業者之民事免責事由，透過賦予 ISP 業者自願性協力以遏止網路非法侵權資料之流通，直至 2019 年 5 月間通過著作權法第 87 條第 1 項第 8 款規定，都是因應數位科技所進行之修法。

未來會有何種新議題在現在尚無從得知，但更重要的是持續追蹤產業發展狀況，並從國內外實務界所關注之議題中找尋端倪，透過擴大資訊來源，預先針對未來產業發展趨勢研議解決方案。因此，考察國際間關注之著作權法律議題實為發掘潛在問題之方式之一。

## 二、過程

本次研討會於 2019 年 10 月 22 日至 23 日於澳洲雪梨舉行。本研討會係每二年舉辦，廣邀澳洲產官學界就智慧財產權議題進行交流及研討，匯集產業界與學術界之專業與經驗，並促成不同領域間的交流對話，帶給與會者豐富的學術饗宴。

本次研討會以「創意、創新及現代化(Creativity, Innovation and Modernization)」為主軸，探討之議題緊扣新興科技為著作權法帶來之影響、著作人與利用人之角色關係、如何防堵網路侵權並進行平台管制等議題，所發表的主題包含人工智慧與著作人關係、文字與資料探勘、網路平台管制及澳洲著作權法改革等。

本次研討會於議程安排上非常豐富與緊湊，共安排 14 場會議，由來自學術界及實務界的講者於 Copybyte 場次中簡介澳洲法制概況，緊接在後的是針對與 Copybyte 場次同一議題的主題式演講，最後才是綜合座談時間，由相關領域的專家學者進行交流與提問。本次共計有 30 位來自產業界、官方機構及學術界的代表受邀參與並發表演講，包含來自產業界的澳洲廣播公司 (Australian Broadcasting Corporation)、互動遊戲與娛樂協會 (Interactive Games & Entertainment Association, IGEA) 等代表；美國哥倫比亞大學法學院 (Columbia Law School) 及澳洲雪梨科技大學 (University of Technology, Sydney) 智慧財產權法教授等學術代表；以及眾多專精智慧財產權法制之律師，由於講者的組成相當多元且涵蓋廣泛，除可了解澳洲現行著作權法制架構與未來改革方向外，亦可透過學術界與產業界之交流與經驗分享，了解實務運作面臨的問題、改革方向是否有助於解決現行問題。

以下為本次議程之內容：

### 議程摘要

2019 年 10 月 22 日	
09:00	研討會開幕
09:20-09:40	Copybyte one

	<p>Grant McAvaney, “<i>Fairness And Modernization: Potential Reform Of The Legislative Copyright Framework In Australia</i>”</p> <p>公正與現代化：澳洲著作權立法架構之改革潛能</p> <p>簡介澳洲著作權法改革架構，以及外界所持贊成與反對之立場為何，同時簡介當今正在進行的提案，如著作權現代化改革與數位平台諮詢。</p>
09:40-11:00	<p>Jane Ginsburg, “<i>Authorship And Artificial Intelligence</i>”</p> <p>人工智慧(AI)與著作人身分</p> <p>藉由非人類創作之可著作性，探討人工智慧創作有無取得著作人身分之可能。</p>
11:00-11:20	<p>Copybyte two</p> <p>Jo Teng, “<i>Fast And Easy Communication In The Internet Age: The Use Of Quotations And Orphan Works</i>”</p> <p>數位時代下之簡便溝通：引用與孤兒著作</p> <p>本報告分別針對澳洲現行法與改革，說明何種著作利用方式構成轉化性利用，以及在現行法下何種利用型態構成「引用」。</p>
11:20-13:30	<p>Dan Ott, David King, Connie Carnabuci, Ben Au Chair: Cate Nagy, “<i>Corporate Counsel Panel: The Streaming World - When Users Are Creators ... And Creators Are Users</i>”</p> <p>座談：利用人與創作人合一之串流世界</p> <p>邀集來自法律界與產業界之第一線人員，針對網路世界中創作人同時也是利用人之現象進行經驗分享，聚焦於跨境授權管理、傳統媒體跨入數位串流平台等議題。</p>
13:30-13:50	<p>Copybyte three</p> <p>Professor Isabella Alexander, “<i>Sharing, Preserving, And Digitising Australian Culture: Galleries, Libraries, Archives, Museums &amp; Key Cultural Institutions</i>”</p> <p>共享、保存與數位化澳洲文化：畫廊、圖書館、檔案館、博物館與文化機構</p> <p>藉由案例研析，介紹如何分享、保存及數位化文化資產。</p>
13:50-15:30	<p>Jessica Coates, Parnos Munyard, Melissa Fraser, “<i>Freedom Of Contract Or Stifling Of Use? : Policy Issues Of Contracting Out And Competition</i>”</p>

	<p>座談：契約自由或管制利用？契約排除與市場競爭之政策議題</p> <p>由律師、澳洲圖書館委員會代表及澳洲競爭及消費者委員會（ACCC）代表共同探討著作權現代化改革中被熱烈討論的議題之一——著作權人得否以契約條款排除著作權例外。</p>
15:30-17:00	<p>Robyn Ayres, Keir Winesmith, Dr Lucas Lixinski, Sharni Jones  <i>,"Cultural Heritage, Art And Technology"</i></p> <p>文化資產、藝術與科技</p> <p>聚焦於如何運用數位科技與人工智慧保存澳洲當地的藝術與文化遺產，同時並發展打擊仿冒品與藝術詐欺之技術。</p>
2019 年 10 月 23 日	
09:05-09:25	<p>Copybyte four</p> <p>Professor Dan Hunter, <i>"Rise Of The Machines: Big Players With Big Platforms -Regulation Of Large Digital Platforms in Australia"</i></p> <p>機器崛起：大型表演人與平台-澳洲大型數位平台之管制</p> <p>介紹對於 Google、Amazon、Facebook 及 Apple 等大型平台之管制法律。</p>
09:25-10:45	<p>Gao Hang, <i>"International Approaches To Copyright Reform &amp; The Modernisation Conundrum, With a Focus On Development Issues In The Asia Pacific Region"</i></p> <p>以亞太地區發展議題為焦點論著作權改革與現代化難題之國際解決途徑</p> <p>以亞太觀點探討國際脈絡下之著作權改革，同時對於世界智慧財產權組織（WIPO）之建立進行詳盡介紹。</p>
10:45-11:00	<p>Copybyte five</p> <p>Cate Nagy, <i>"Rise Of The Machines: Incidental And Technical Use -Text And Data Mining"</i></p> <p>機器崛起：附帶與科技之利用-資料探勘</p> <p>簡介澳洲現行法與改革中與文字資料探勘相關之規範，包括資料探勘的合法性、是否承認附帶利用有主張抗辯的可能。</p>
11:00-13:30	<p>Brian Carver, Dean Ormston, Paul Wiegard, Jose Antonio Sanmartin,  <i>"Incentives For Innovation: Cultivating The Right Environment For Creators And Digital Platforms"</i></p> <p>座談：創新誘因：為創作者及數位平台創設優質環境</p>

	針對澳洲法制改革提出建議，探討有無能夠兼顧創新與發展管制途徑。
13:30-14:45	Jane Ginsburg, Professor Dan Hunter, Justice Nye Perram, “ <i>Panel Session: Post-Modern (isation) Creativity And Innovation - Testing The Experts On The Untested</i> ” <b>座談：後現代化之創新-前所未有的測試</b> 由學術界代表共同討論未來科技發展可能帶來的挑戰，並預擬在現行法律架構下如何解決。
14:45-15:25	Copybyte six Carolyn Hough, “ <i>Sharing And Preserving Australian Culture: Educational Use And Digital Classrooms</i> ” <b>分享並保存澳洲文化：教育利用與數位教室</b> 簡介現行法與教育相關著作權例外，以及擴大數位教室之可能與影響。
15:25-17:00	John Hennesy SC, Frances St John, “ <i>Barrister Retrospective Of Important Copyright Cases</i> ” <b>著作權重要案例回顧</b> 針對於近年來具參考價值之實務案例，進行研析及討論，涵蓋的議題包含 AI 與著作人身分、數位平台侵權等實務案例。

本次研討會所有議題呼應「創意、創新及現代化」之主題，講者來自不同領域，各依其專業進行發表並在座談時間透過彼此交流激盪出火花，且各場次主持人均以輕鬆幽默的主持風格，使得整場研討會在相當放鬆的氣氛中進行。惟因每位講者能夠發表的時間有限，無法做更深入之探討，僅能以較全面、廣泛的方式介紹相關議題，尤其座談部分，由於各場座談所安排的講者人數多，所能運用的時間並不多，最後預留的問答時間也較為緊湊，為較可惜之部分。因此，本報告謹擇定我國較為關注之議題為撰寫主軸，鑑於文字資料探勘及人工智慧所衍生的著作權問題，為科技發展所必須處理的議題，有其參考價值；而契約排除著作財產權法定例外涉及契約自由與公共利益之衝突，為政府治理過程中需面臨的公私益調和問題；近年來我國孤兒著作受理案件量增加，可藉由參考外國經驗來思考我國制度在未來可能面臨之問題，以下謹就該等議題為撰寫主軸。

### 三、議題

#### (一) 文字資料探勘 (Text Data Mining)

##### 1. 定義

文字資料探勘係對於文字、錄音、影像等大量資料，以科技之方式進行計算及分析並建立模型，進而自龐大的資料當中發掘隱藏之特殊關連性及特徵，利用文字資料探勘建立之資料庫，可找出有關連性、具高度價值之資料，因而被廣泛應用於行銷或研究領域。根據歐盟之定義，文字資料探勘係一種自動分析技術，透過分析文字與資料而產出諸如模型、趨勢或關聯性等資料（"text and data mining" means any automated analytical technique aiming to analyse text and data in digital form in order to generate information such as patterns, trends and correlations）。

文字資料探勘大致上可分為四個步驟<sup>1</sup>：

- (1) 高階訊息檢索 (Enhanced Information Retrieval)：自外部資源擷取資訊。
- (2) 語文分析 (Linguistic Analysis: Entity Recognition)：將內容依據處理需求轉換（包含格式或語言轉換）。
- (3) 資訊擷取 (Information Extraction)：將內容導入資料集 (data set)、檔案庫 (repository) 或分 (collection)。
- (4) 因資料探勘而獲得新知識 (Data mining that leads to knowledge discovery)

文字資料探勘的過程涉及對著作內容進行全文檢索，不可避免的會產生內容重製以進行資料分析或增值利用等著作利用行為，該行為是屬於著作權法規定的「重製」行為，因而所探勘資料來源是否合法，無疑成為資料探勘應用者需要考量的層面。對於廣泛應用文字資料探勘技術的學術機構而言，從事探勘過程對於資料的擷取、轉換及其他步驟將產生法律上不確定性，如果所擷取的資料已得授權，即無侵害著作權的問題；反之，如果所擷取的資料未經授權，則可能產生侵

---

<sup>1</sup> Association of European Research Libraries, LIBER, Text and Data Mining: The need for change in Europe.

害著作權人重製權之疑慮。

對於產業與學術研究者而言，資料探勘技術得以創造市場或學術價值，可以預見未來借助科技輔助創新的可能性大增，但如因礙於法律規定而阻礙創新發展，亦非立法者所樂見，如何在兼顧著作權人權益之下，鼓勵創新與發展，乃是文字資料探勘為社會帶來的考驗。

## 2.資料探勘涉及的著作權問題

資料探勘的過程需要採集大量資料，而在技術上不可避免地將涉及對於著作之「重製」行為，探勘的對象除不受著作權保護的數據與事實性資料外，可能涉及受著作權保護的著作，但若能適用法定例外或合理使用，則不構成著作權侵害。因此，資料探勘的核心問題，在於資料探勘過程中的資料擷取行為可否適用著作財產權法定例外或合理使用？

歐洲圖書館研究協會（Association of European Research Libraries, LIBER）倡議應將商業或非商業活動之文字資料探勘一併列入著作財產權法定例外，以促進科學與創新，LIBER 觀察到由於法律規範不明確以及繁複的授權過程，阻礙許多研究單位持續投入學術與創新，若能將文字資料探勘列入法定例外，將有益於歐洲地區的圖書館進行數位資料保存及促進資料共享。

鑑於此，歐盟執委會開始關注研究機構進行資料探勘時可能面臨的法律不確定性，若資料探勘的對象為不受著作權法保護之事實性資料，即無取得授權的必要，歐盟指令中亦有部分著作財產權例外已涵蓋科學研究目的之利用方式，然而該等規定並無強制性，當事人得藉由契約條款予以排除，例如研究機構訂閱的資料庫或某些對公眾授權的文件，其授權條款可能排除訂閱者進行文字資料探勘。但考量數位科技對於研究之重要性漸增，若不設法改善文字資料探勘領域可存在的法律不確定性，將對歐洲在研究方面的競爭力造成阻礙。因此，執委會認為針對文字資料探勘應訂定強制性法定例外規定，避免契約當事人以條款排除其適用。

### 3. 歐盟 2019 年「數位單一市場著作權指令提案」

歐盟議會於 2016 年「數位單一市場著作權指令提案 (Proposal for The Directive on Copyright in the Digital Single Market)」中建議訂定文字資料探勘之法定例外，該提案於 2019 年 3 月 26 日表決通過，4 月 15 日再經歐盟部長理事會通過。

指令針對數位網路環境之發展現況，建立歐盟各會員國著作權法制之新秩序規範。歐盟資訊社會指令第 2 條定義之重製權為「透過任何方式或格式進行直接或間接、暫時或永久之複製」，文字資料探勘恰巧凸顯著作權法與著作權保護間的衝突，儘管部分學者認為可以放寬對於重製權的解釋，以排除掉文字資料探勘的利用方式，然而立法者依然認為基於法律安定性之要求，將文字資料探勘列入著作財產權例外實有其必要性。<sup>2</sup>

以下簡述 2019 年甫通過之「數位單一市場著作權指令」第 3 條規定<sup>3</sup>：

- (1) 研究組織基於科學研究目的而需對文字與資料探勘時，得對其合法管道取得之著作 (works or other subject matter to which they have lawful access) 進行重製與擷取，會員國應訂定例外以排除資訊社會指令、數位單一市場著作權指令中關於重製權之規定。
- (2) 任何以契約排除著作財產權例外之條款將被視為無效，亦即將文字資料探勘之著作財產權例外定性為強制規定。
- (3) 允許權利人針對容納其著作之網路或資料庫採取相關措施，以確保其著作受

---

<sup>2</sup> EC, Impact Assessment, p. 104-105; see recital 8 DSM

<sup>3</sup> Article 3 Text and data mining

1. Member States shall provide for an exception to the rights provided for in Article 2 of Directive 2001/29/EC, Articles 5(a) and 7(1) of Directive 96/9/EC and Article 11(1) of this Directive for reproductions and extractions made by research organisations in order to carry out text and data mining of works or other subjectmatter to which they have lawful access for the purposes of scientific research.

2. Any contractual provision contrary to the exception provided for in paragraph 1 shall be unenforceable.

3. Rightholders shall be allowed to apply measures to ensure the security and integrity of the networks and databases where the works or other subject-matter are hosted. Such measures shall not go beyond what is necessary to achieve that objective.

4. Member States shall encourage rightholders and research organisations to define commonly-agreed best practices concerning the application of the measures referred to in paragraph 3.

到安全維護並得以維持完整性。

(4) 會員國應鼓勵權利人與研究機構，就前項措施訂定共同實務做法。

本條對於適用進行限縮，以大學、公立圖書館、研究機構及非營利醫院等機構為限，同時言明該等機構不能夠受私人機構間接控制或影響，因而私人研究機構之資料探勘並無作財產權例外之適用餘地。另一方面，為呼應歐盟鼓勵學術界進行公私合作的政策，委託私人部門進行文字資料探勘的研究機構，亦得適用該著作財產權例外。由於該條之適用對象有限，非學術或研究性質的機構並無法受益於此法定例外規定。因此，指令第 4 條基於教學活動之數位與跨境利用 (Use of works and other subject-matter in digital and cross-border teaching activities)<sup>4</sup>即成為非學術或研究機構可能適用的法定例外，由於該條並未做主體限制，任何基於教學目的而以數位方式利用著作，只要採取適當措施確保著作利用限於機構內學生或成員，並註明出處（包含著作人姓名），即可適用本條。但較特殊者，第 4 條相較於第 3 條規定，允許當事人以契約訂定除外條款 (opt-out)，其強制性質有所弱化。

歐盟議會指出，該等著作財產權法定例外係在歐盟層級進行調和，使得歐盟

---

<sup>4</sup> Article 4 Use of works and other subject-matter in digital and cross-border teaching activities  
1. Member States shall provide for an exception or limitation to the rights provided for in Articles 2 and 3 of Directive 2001/29/EC, Articles 5(a) and 7(1) of Directive 96/9/EC, Article 4(1) of Directive 2009/24/EC and Article 11(1) of this Directive in order to allow for the digital use of works and other subject-matter for the sole purpose of illustration for teaching, to the extent justified by the non-commercial purpose to be achieved, provided that the use:  
(a) takes place on the premises of an educational establishment or through a secure electronic network accessible only by the educational establishment's pupils or students and teaching staff;  
(b) is accompanied by the indication of the source, including the author's name, unless this turns out to be impossible.  
2. Member States may provide that the exception adopted pursuant to paragraph 1 does not apply generally or as regards specific types of works or other subject-matter, to the extent that adequate licences authorising the acts described in paragraph 1 are easily available in the market. Member States availing themselves of the provision of the first subparagraph shall take the necessary measures to ensure appropriate availability and visibility of the licences authorising the acts described in paragraph 1 for educational establishments.  
3. The use of works and other subject-matter for the sole purpose of illustration for teaching through secure electronic networks undertaken in compliance with the provisions of national law adopted pursuant to this Article shall be deemed to occur solely in the Member State where the educational establishment is established.  
4. Member States may provide for fair compensation for the harm incurred by the rightholders due to the use of their works or other subject-matter pursuant to paragraph 1.

地區的研究機構得因法律明確規定而享有文字資料探勘帶來的利益，教師與學生得以利用數位科技輔助教學，最終將使歐盟全體居民利益均霑。

#### 4. 澳洲

澳洲現行法並無文字資料探勘之法定例外，在澳洲面臨的議題，除文字資料探勘過程中重製行為可能涉及侵害著作財產權外，尚包含能否以澳洲著作權法中公平使用（fair dealing）涵蓋文字資料探勘行為，然而如果要以整個資料庫為探勘對象，似乎不太可能符合現行公平使用的範圍，相關的討論尚包含，文字資料探勘能否落入著作權法第 43B 規範之暫時性重製<sup>5</sup>，但澳洲法律改革協會（Australian Law Reform Commission）認為可能性並不高。

至於是否應於著作權法中訂定文字資料探勘法定例外？澳洲法律改革協會在其所發表「著作權與數位經濟報告（Copyright and the Digital Economy）」中蒐集產業意見，反對者認為，著作權法並不妨礙文字資料探勘的進行，其他人則認為文字資料探勘可透過現行研究與學習之公平處理條款、或藉由教育目的法定授權獲得緩解。出版產業指出，文字資料探勘仍在發展階段，未來仍可能衍生出其他問題，似乎不宜在現階段修法處理此議題。學習與專業出版人協會（The Association of Learned and Professional Society Publishers, ALPSP）表示建議可由利用人與出版社協商授權條款，增訂法定例外無助於創造一個利於雙方合作的環境。此外，更有利害關係人則憂心，若訂定文字資料探勘法定例外，可能有被商

---

<sup>5</sup> COPYRIGHT ACT 1968 - SECT 43B

Temporary reproductions of works as part of a technical process of use

(1) Subject to subsection (2), the copyright in a work is not infringed by the making of a temporary reproduction of the work if the reproduction is incidentally made as a necessary part of a technical process of using a copy of the work.

(2) Subsection (1) does not apply to:

(a) the making of a temporary reproduction of a work if the reproduction is made from:

(i) an infringing copy of the work; or

(ii) a copy of the work where the copy is made in another country and would be an infringing copy of the work if the person who made the copy had done so in Australia; or

(b) the making of a temporary reproduction of a work as a necessary part of a technical process of using a copy of the work if that use constitutes an infringement of the copyright in the work.

(3) Subsection (1) does not apply to any subsequent use of a temporary reproduction of a work other than as a part of the technical process in which the temporary reproduction was made.

業化操作的可能，例如澳洲電信公司 Telstra 指出，文字資料探勘的價值在於學術研究，他們反對任何商業用途的利用。

支持者主張，立法改革對於鼓勵資料分析領域的研究、發展與競爭而言相當重要，澳洲產業資訊協會（Australian Industry Information Association）建議修法以法定例外許可關於「比較、分類或分析」類型的文字資料探勘，因為該等利用類型僅是將資料進行重組，較不會不當影響原始資料提供者的權利及商業利益，或干預著作權市場的經濟價值。其他人提到，學術期刊對於素材的利用通常會被視為具有「轉化性」之利用，美國的合理使用在這方面可以提供彈性解釋的空間，同時保留法院認定個案不當侵害著作權人之可能。

## 5. 小結

隨著文字資料探勘逐漸被用於學術、研究或教學領域，如何兼顧著作權人專有權與公共利益的問題再度浮現。就此，歐盟基於鼓勵創新發展之目的，選擇以指令建立跨境的法定例外，且禁止私人間擅自以契約排除，惟在歐盟指令的架構下，各國法令應如何進行調和，仍有待未來考驗與觀察，此外，有論者指出「數位單一市場著作權指令」第 3 條中所稱「其合法管道取得之著作（works or other subject matter to which they have lawful access）」，究何謂「lawful access」並未做明確規範，將來如有爭議產生，此不確定法律概念可能成為爭訟的重點。

澳洲則是由於產業界意見不一致，就是否立法增訂法定例外尚無達成共識，但自產業提出的意見來看，多數人似乎認為文字資料探勘涉及重製的問題得透過私權契約予以解決，目前並無修法的必要性與迫切性。

### （二）人工智慧與著作人身分

#### 1. 人工智慧之演進與發展

人工智慧（artificial intelligence, AI）的概念是由美國科學家約翰·麥卡錫（John McCarthy）於 1955 年提出，人工智慧的目的在於使電腦具有類似人類之

智慧，包含解決複雜問題、抽象思考及創作等能力，進而能夠進行推理、規劃、學習、交流、感知和操作物體。近年來，人工智慧應用發展快速，應用領域亦非常廣泛，如蘋果 Siri、微軟 Cortana，以及分別擊敗人類西洋棋與圍棋高手的 IBM Deep Blue、Google DeepMind Alpha Go 都是人工智慧研究的結晶，同時電腦作畫譜曲寫劇本等創造性事物也陸續出現。

有關人工智慧的演進，依照電腦能處理與判斷之程度可分為四階段<sup>6</sup>：(一) 第一級人工智慧指電腦含有自動控制的功能，亦即電腦內含自動控制的程式，能執行操作者輸入的指令；(二) 第二級人工智慧指電腦已具備探索、運用知識的可能，得利用演算法將輸入與輸出的資料產生關聯，並將輸入與輸出的資料排列組合後大量產出，此階段屬人工智慧的雛形；(三) 第三級人工智慧指電腦可以根據資料學習如何將輸入與輸出資料產生關聯，並且發展出機器的學習規則；(四) 第四級人工智慧階段，電腦已具備「深度學習」的能力，可以自行學習並了解機器學習時用以表示資料的「特徵」，例如電腦經由大量資料的輸入，得以辨識貓的特徵。

至今，電腦透過「深度學習」進行創作已非新聞，除讚嘆人工科技帶來的突破以外，更重要的是該如何處理此趨勢衍生的問題。

## 2. 人工智慧與著作權法

近年來，人工智慧於創造力上屢有重大突破，例如，日本人工智慧書寫短篇小說，並成功入圍「星新一賞」文學獎比賽；人工智慧創作的畫作，甚至在舊金山的一場拍賣會中賣出八千美元的高價；在音樂創作上，人工智慧能夠根據大數據統計出特定的音樂風格，並進而創作出貼近原創音樂的曲風，而在 2018 年，第一張由 AI 獨立創作名為「I AM AI」的專輯問世。

然而，隨著人工智慧和機器學習快速發展，且在創作過程中逐漸降低人為干

---

<sup>6</sup> 參考自科學月刊第 5 號，機器是如何學習與進步？人工智慧的核心技術與未來，  
[http://scimonth.blogspot.com/2018/03/blog-post\\_56.html](http://scimonth.blogspot.com/2018/03/blog-post_56.html)  
(最後瀏覽日期：2019 年 12 月 16 日)

預的情況下，未來 AI 獨立創作之作品將日益增加，並衝擊著作權法的規範界線，其中最為核心的問題，在於非人類作者能否取得「著作人身分」(authorship)，這項基本問題將影響後續包含人工智慧生成作品是否具有原創性而得取得著作權保護，以及著作權歸屬等問題，因此探討人工智慧生成創作之著作人身分，對於後續問題之探討而言實有其必要性。

### 3. 賦予人工智慧創作著作權之理論基礎

日本インフォテック法律事務所山本隆司律師 (Takashi B. Yamamoto) 於其論文「AI 創作與著作權 (AI Created works and Copyright)」中嘗試以理論的角度探討給予人工智慧創作著作權之基礎，以下分別自幾種觀點進行探討：

- (1) 勞動理論 (The Labor Theory)：基於勞力創造價值之觀點，勞力付出者應享有相應權利。因此，站在此理論角度，僅有自然人得為財產權歸屬主體。AI 非人類，並無付出勞力進行創作之可能，故其創作無著作權。
- (2) 人格表徵理論 (The Personality Theory)：認為人類意志的投入創造財產價值。據此，人類精神與情感表達所產出者，即屬其財產，故創作者基於情感獨立投入所生之創作，應享有智慧財產權。AI 並無精神意志，故其創作不得享有著作權。
- (3) 創作誘因理論 (The Incentive Theory)：在美國憲法架構下，著作權的目的非在保護著作人勞力付出，而在促進科學與藝術進步，參照美國最高法院在 *Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc.* 案中對於創作誘因理論之闡述：「立法者之所以賦與著作人專屬權利，其意非在獎勵私人利益，而係為追求重大公共利益，亦即透過獎勵創作人之方式促進創作與發明蓬勃發展，並以賦與其專屬權有限之保護期間以符合公眾之利用需求。」據此，著作權具有公益性目的，且係鼓勵創作活動之手段。如以此理論，AI 創作有被賦與著作權之可能。

(4) 工具理論 (The Vehicle Theory)：此理論以市場供給與需求的角度剖析著作權市場，認為在尚無著作權概念的時代，唯有貴族得以消費音樂，但普羅大眾同樣可藉由貴族招募的樂隊而享受音樂，且無須支付任何費用，論者認為此種情形無法達成供需平衡，產生所謂「市場失靈」現象，對於著作人而言，該等無須付費即可享受音樂之人就是所謂的「外部成本」。而在著作財產權化後，利用人須支付授權費始能享受音樂，因而著作權之存在得以「內化外部成本 (internalizing externality)」，使市場達到供需平衡。根據此理論，當消費者對於著作的需求與著作人產出之著作達到交集時，該著作即應受到著作權法保護。亦即，受到保護的著作須滿足兩項要件：(1)消費者願意以某價格購買著作；(2)給予著作權保護將增加著作產量。基於此理論，AI 創作無疑有其市場需求，若賦予 AI 創作著作權，可提供 AI 創作之質量，有助於達成供需平衡，故以著作權法保護 AI 創作有其必要性。

前二項理論認為唯有人類勞動投入或心智創作，始受著作權法保護，由於 AI 創作並無人類勞力投入，更非人類精神之表現，並無受著作權法保護之可能，該等理論係將著作權定性為創作之「結果」，唯有人類創作之成果始有受著作權保護之可能。後二項理論則著重於經濟誘因或市場等功能性觀點，認為 AI 創作既能提升創作誘因，一方面亦具有促成市場供需平衡之功能，若不以著作權法加以保護，則無法達到鼓勵創作的目的，依該等理論，著作權係促進創作之「手段」。

#### 4.國際觀點：人工智慧創作能否取得著作人身分

前述係理論上之探討，惟仍應回歸實務上對此議題所表示之立場，以及基於此立場所訂定之規範，以下將澳洲、美國、日本及英國等國家之法律規定，探討國際間對此議題所採之立場。

##### (1)澳洲

澳洲著作權法規定，須為原創之語文、戲劇、音樂或美術著作且由享有合法

人格 (a qualified person) 所創作者，始得享有著作權。又所謂「合法人格」係指澳洲公民或住居於澳洲境內者。

在澳洲司法實務上，澳洲聯邦法院曾表示電腦生成內容不能取得著作權，在 Telstra Corporation Ltd v Phone Directories Co Pty Ltd 案中，聯邦法院指出，澳洲著作權法對於原創性之要求，須以該著作非抄襲，且為人類獨立智慧之投入成果。而系爭案件中原告澳洲電信業者 Telstra Corporation Ltd 主張其所產製電話簿 (telephone directories) 係由其員工透過「資料蒐集與篩選」及「編排與產出」等過程所產出，過程中有人類獨立之智慧投入，應屬著作權法保護標的。惟法院認為該等過程僅屬於電腦計算過程中對於資料之儲存、編排與自動生成，並不足以展現足夠的創作性，因而所產製之電話簿亦不符合著作權法對於原創性要求。

分析該案件，涉案作品乃電腦生成物，並非人類創作成果，且該案中操作電腦之人所為並未達到「獨立智慧投入」或「足以達到語文著作之本質 (It was determined that much of the contribution ‘was not the result of human authorship but was computer generated’ and that human agents did not exercise ‘independent intellectual effort’ or ‘sufficient effort of a literary nature’.)」。足見在澳洲現行法規下，人工智慧不得作為著作權歸屬主體，因而其生成作品無從受到著作權法保護。

## (2)美國

在美國，著作權目前只賦予人類有著作人身分，如動物、職務或機器、電腦、人工智慧等均非屬著作人，美國著作權局也以「人類著作人」(human authorship) 為著作權註冊登記之資格要件。換言之，美國著作權局不會註冊登記非由人類創作的作品，包含純粹由機器創作或自動操作生成的作品，因此，「該作品是否為人類創作？」乃美國著作權局判定某項作品可否取得著作權保護之判準，但在科技快速發展下，人工智慧創作不斷問世，且伴隨逐漸將低的人為干預，未來勢必

得重新檢視人工智慧生成作品之著作權有無或是歸屬爭議。

在尚未有類案件進入司法審判程序前，可先以同為非人類之動物創作，探討人工智慧生成作品得否取得著作人身分，而 2016 年發生於美國的「猴子自拍案」（*Naruto v. Slater*）即為非人類創作之代表案例。

2016 年發生於美國的「猴子自拍案」緣起於印尼一隻名為 *Naruto* 的黑冠獼猴，拿起英國攝影師 *David Slater* 的相機自拍而引發的爭議，*David Slater* 將該等自拍照放上其網站，維基媒體基金會也將這幾張猴子自拍照放在維基百科網頁，*David Slater* 因而要求維基媒體基金會移除維基百科網頁上的猴子自拍照，然維基基金會認為照片係由猴子拍攝，不受美國著作權法保護，拒絕移除照片。嗣後「善待動物組織」（*People for the Ethical Treatment of Animals, PETA*）宣稱是 *Naruto* 的訴訟代理人，並代表 *Naruto* 在美國加州北區聯邦地方法院提起著作權訴訟，主張這些自拍照是 *Naruto* 在未受 *David Slater* 協助之情形下自主拍攝的行為，故猴子自拍照的著作權應歸屬於 *Naruto*，控告 *David Slater* 侵害了 *Naruto* 的著作權，加州北區地方法院裁決黑冠獼猴 *Naruto* 並非人類，操作相機亦非人類之創作行為，而著作權之範圍並未延伸至動物之權利，因此猴子並不能為自拍照之著作人，判決原告敗訴。而本案經原告上訴至第九巡迴上訴法院，雙方雖於上訴審中欲達成和解，並協議由原告撤回上訴，惟上訴審法院仍於 2018 年 4 月駁回前述申請，並自為判決，重申美國著作權法未明文規定動物得享有著作權，因此猴子的創作並無法受到著作權法保護，而駁回原告上訴。

本案中，承審法院引述美國著作權法第 102 條規定：「(1)依本法受著作權保護之著作，係指固著於現在已知或將來可能發展之有形媒介之具原創性著作，藉該媒介得以感知、重製或播送該著作，不論直接或經由機械或裝置之輔助。」另同法第 101 條規定，法條中所稱之「固著」係指由作者（*author*）或經其授權之人所為。美國著作權法雖並未定義何謂「作者」及「著作」，但最高法院及第九巡迴上訴法院在相關判決中提及著作權法上的「著作人身分（*authorship*）」時，

一再採用「人 (person)」或「人類 (human beings)」等詞彙，顯示著作權法所保護的「作者」並不包括動物。據此，法院認為著作權法既然未提及「動物」，可見立法者並無意將著作人身分之概念擴張至動物。

### (3)日本與英國

除美國法院明確表示著作權法排除非人類創作外，日本著作權法中對於著作的定義為：「基於思想或感情表達而作成之語文、科學、藝術或音樂創作。」亦即須為人類情感表達之產物始得作為著作權法保護客體，明示僅有人類創作始受著作權法保護。較特殊者為如英國，依據英國「著作、設計與專利法 (The Copyright, Design and Patent Act of U.K.)」第 9 條第 3 項規定 AI 著作符合以下要件者，得受保護：「電腦生成之語文、戲劇、音樂或美術著作，應以為該等著作執行所必要介入行為之人為著作人。」雖承認電腦生成著作，然係以操作者為該著作之著作人，人工智慧亦無從取得著作人身分。

## 5.人工智慧創作未來面臨的課題

隨著科技日益進步，由人為介入人工智慧創作的可能性將大幅降低，亦即人工智慧獨立創作將日益增加，綜觀國際立法，目前僅有英國立法保護電腦生成作品，日後各國立法趨勢尚有待觀察。值得注意的是，若承認人工智慧創作有受著作權法保護之可能，則其著作財產權應歸屬於何人，即有進一步探究之實益，而可能依據人為介入程度來給與不同程度的保護。

美國專利商標局 (USPTO) 於今年 10 月 30 日於聯邦公報發表一則關於「人工智慧創作應否享有智慧財產權」之公眾諮詢案 (Request for Comments on Intellectual Property Protection for Artificial Intelligence Innovation)<sup>7</sup>，USPTO 希望藉由匯集公眾意見了解人工智慧對於專利法、商標法、著作權法及其他智慧財產權相關法規所可能帶來之影響，其提出共計 13 項問題供公眾回應，以下僅臚

---

<sup>7</sup> 參考自美國聯邦公報第 210 期，2019 年 10 月 30 日。  
<https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2019-10-30/pdf/2019-23638.pdf>

列與著作權法相關之問題：

- (1) 由 AI 獨立創作之作品（完全無自然人智慧投入）是否符合美國著作權法之著作權人身分，而得受法律保護？
- (2) 假設認為人為投入為受著作權法保護之必要條件，則其投入應至如何程度，始有足夠之創作性？分為以下情境探討之：
  - a. 由人類設計的 AI 所創作之作品。
  - b. 由人類與 AI 共同設計之作品。
  - c. 由人類輸入資料訓練 AI 所產出之作品。
  - d. 由人類操作 AI 產出之作品。
- (3) 假設 AI 學習過程中需要輸入大量著作內容，現行法律是否足以為該行為提供合法性（例如合理使用）？
- (4) 假設 AI 產出作品涉及侵害著作權，則現行法有無課予相關法律責任之依據？
- (5) 法人得否做為 AI 創作之著作權歸屬主體？例如，公司就其員工訓練 AI 所生成之作品，得否享有著作權？
- (6) 是否有其他與著作權法相關之 AI 議題？

以上問題主要聚焦在若承認人工智慧創作得享有著作權，後續可能需要釐清的議題，包含著作財產權歸屬、衍生的侵權責任等，雖國際間普遍未承認人工智慧創作之可著作性，然隨著其創作大量產出，未來可能衍生的爭議勢必衝擊現行法律的規範架構，也是法律須加以面對及處理的議題。

## 6. 小結

有關人工智慧創作得否取得著作權人地位之議題，向為討論之重心，國際間普遍認為人工智慧創作不能取得著作權，仍然須以具備法律人格地位者，始為適格之著作權人，縱使是承認電腦生成著作具有著作權的英國，仍以該等著作執行所必要介入行為之人為著作人，足見現階段主流見解仍傾向否定人工智慧創作之

著作權主體地位。惟隨著科技發展，其他相關的法律問題將逐一浮現，未來法律勢必再度面臨同一議題，屆時是否將有所調整，仍有待時間觀察。

### （三）著作權人得否以契約條款排除著作財產權例外（Contracting Out）

#### 1. 定義

「Contracting Out」係指契約當事人以特定契約條款排除著作權法定例外規定，使著作權法中規範的某些例外規定不適用於其契約關係。舉例而言，當事人得以契約約定使利用人就合於著作權例外規定之利用行為，仍須對著作權人給付報酬。

「Contracting Out」可能以書面、一鍵式概括授權（clickwrap licence）或其他電子契約之方式被訂入契約中，而在是網路時代，「一鍵式概括授權」經常出現於電子化契約中，網路使用者透過點擊「我同意」的欄位或其他類似的動作，同意契約中所有的授權條件。然而，該等授權條件可能要求著作利用人同意排除某些法定例外規定的適用，例如，使利用人同意排除著作的合理使用，或排除公平處理之適用。

#### 2. Contracting Out 於著作權法之爭議

「Contracting Out」引發之爭議，在於以契約排除著作權法定例外，是否會造成政府過度介入私權契約，破壞著作權作為私權的本質，此問題牽涉到著作權法所欲達成的目標、著作權人之專屬權與法定例外之本質、契約自由與消費者保護政策，在澳洲各有支持與反對不一的見解。

根據澳洲法律改革委員會（Australia Law Reform Commission, ALRC）提出的建議，為避免圖書館或檔案館法定例外受到契約排除而無效化，著作權法應修訂相關條文，限制當事人以契約排除著作權法定例外，此建議係基於保障特定公共利益之立場，其認為著作權法定例外表彰之特定公共利益，不應被私人契約予以凌駕，但反對者提出疑慮，其認為對於契約自由加諸過多限制並不實際且無益，反而可能降低著作權體系的彈性，打擊新商業模式的發展空間。

因此，當前的問題在於，政府應否立法限制「Contracting Out」？亦即法律中某些規定性質上是否屬於強行規定，而非任意規定，進而得由政府對契約自由原則進行調整與規制。事實上，立法限制契約附加該類條款並非不可，在消費者保護方面的法規即有類似的管制規定。例如，澳洲消費者法（Australian Consumer Law, ACL）即明文禁止當事人以契約條款排除、限制或修改關於商品或服務品質保證之規定，如契約條款之約定涉及前述而有不當限制消費者權利之虞，該條款應屬無效。

### 3. Contracting Out 與澳洲著作權法

#### (1) 澳洲實務狀況

著作權法審議委員會（Copyright Law Review Committee, CLRC）於 2002 年提出一份關於網路授權契約之調查報告<sup>8</sup>，其中指出「Contracting Out」一直以來存在於網路授權契約當中，委員會亦觀察到，圖書館或檔案館等機構原本得依據法定例外對著作進行重製及傳播，但卻因「Contracting Out」使其原本合法之著作利用行為受到限制，而對於教育機構或其他類似機構而言，亦可能因此排除公平處理之適用。委員會指出，網路授權契約中附加排除條款的案例相當常見<sup>9</sup>，對於圖書館、檔案館或教育機構而言並非有利。

舉例而言，澳洲大學曾提出幾類契約對於商業發行期刊內容所加諸的限制，包含禁止匯集期刊內容（use of content in course packs）、禁止館際互借（use of material for interlibrary loans）、禁止被授權人相互間進行數位傳輸、禁止作為文字或資料探勘、禁止除私人利用外之網路廣播等。

#### (2) 「Contracting Out」與公平處理

---

<sup>8</sup> 著作權法審議委員會於 2002 年提出「著作權與契約（Copyright and Contract）」，該份報告係集結委員會諮詢會中研搜之公眾意見，並製成與網路授權契約相關之調查報告。

<sup>9</sup> 某些法定例外（exceptions）常於契約中以特定條款加以排除，常見如對於電腦程式之合法利用、詼諧仿作等。

在澳洲的法律體系下，現行法<sup>10</sup>有關公平處理之規定係為保護教育、資訊流通或言論自由等公共利益，同時明白揭示，合法電腦軟體重製物之所有人或電腦軟體之合法被授權人為備份而重製該電腦軟體之例外規定，係不得以契約排除之事項<sup>11</sup>，目前也只有這獨一無二的條款。因而依法理，其他未明文排除的例外事項，目前是可以由雙方以契約約定方式排除適用的。著作權法審議委員會表示，即使澳洲未引進合理使用機制，仍建議立法限制「契約訂定排除著作財產權例外」。但考量澳洲著作權法中公平處理之規定皆施行已久且規範明確，如欲修法限制「契約訂定排除著作財產權例外」，應注意不去影響既定的商業模式。

#### 4.以法律限制「契約排除著作財產權例外」之可行性

##### (1)以其他法律管制之可行性

是否以立法方式限制「Contracting Out」，最核心的爭議在於公共利益（基於公共利益考量所生之法規範）與私人利益（契約自由原則）之衝突，契約自由乃私法自治之表現，若以法律介入針對契約內容進行檢視，除要有強而有力的論理基礎外，還必須分析以法律限制「契約排除著作財產權例外」是否可行，根據 CLRC 提出的建議書，除考量著作權法本身的限制外，首先可探尋得否透過著作權法以外的法律，達到管制「Contracting Out」的目的。

就此問題，有論者指出可援引澳洲消費者法中「不正當契約條款」之規定作為管制依據，此規定係針對消費者契約中之特定契約類型進行規制，該類型契約通常由當事人一方單獨訂定，他方當事人只能選擇簽署或不簽署，並無和契約擬

---

<sup>10</sup> 澳洲著作權法制定時主要沿襲英國著作權法，因而僅有 3 種源自英國著作權法的公平處理 fair dealing 例外規定，包含為「研究或個人學習」、「評論或檢討」及「新聞報導」之目的之例外。其後，澳洲陸續因應科技進展、社會變化、國際標準及多邊國際公約，衍生更多的公平處理規定，包含 1980 年增加「為提供專業諮詢之目的」、2009 年增加「戲謔仿作」，以及於 2017 年增加「身心障礙者之近用目的」。

有關澳洲著作權法公平處理機制，以及與美國、英國之比較，詳附錄。

<sup>11</sup> Copyright Act 1968

Section 47H Agreements excluding operation of certain provisions

An agreement, or a provision of an agreement, that excludes or limits, or has the effect of excluding or limiting, the operation of subsection 47B(3), or section 47C, 47D, 47E or 47F, has no effect.

定者協商之空間（類似我國消費者保護法所稱之「定型化契約條款」），基於消費者保護目的，使具有以下特徵的契約，保有法院認定為不正當條款而宣告無效之可能：

- 雙方當事人權利義務關係重大不對等。
- 契約條款之訂定非為保護正當利益之必要。
- 契約條款之訂定將不當限制他方當事人權利之行使。

但澳洲競爭與消費者委員會（Australian Competition and Consumer Commission, ACCC）認為，授權契約中訂有「Contracting Out」是否會造成契約當事人間實質的不平等，以澳洲消費者法的法規內容而言是難以判定的，因此是否以消費者保護相關法令去管制著作授權契約，其妥適性仍有待評估。

## (2)以著作權法管制之可行性

根據 ALRC 提出的建議書，在圖書館及檔案館例外規定，以及合理使用或著作財產權例外中基於研究、評論或詼諧仿作、時事報導或引用等利用，應限制契約排除著作財產權例外。一旦引進合理使用，將限制部分契約排除部分合理使用規定，亦即 ALRC 應就合理使用創設「階層」，以區分其所限制之合理使用範圍。

因此，下一個問題在於，如立法限制「Contracting Out」，是否應限制契約排除所有的法定例外，或僅就基於重大公共公益之法定例外予以限制，就此，CLRC 建議「許可圖書館及檔案館無償重製及向公眾傳播、或基於教育、資訊及言論自由等公共利益等規定，應限制契約排除的可能」。CLRC 的建議係基於「Contracting Out」將破壞著作權的「平衡（balance）」，此派見解主張私人契約安排可能對重大公共利益造成潛在威脅。然而，ALRC 卻不贊同以「平衡」的觀點做為法律限制契約的正當性基礎，其認為「平衡」的觀點經常受到挑戰或質疑，因為公共利益的內涵是不明確的，且能夠透過立法與行政皆來型塑或修正。

惟多數利害關係人不贊成以法律限制排除法定例外，理由在於法律介入私權

契約將侵蝕契約自由原則，權利人認為契約具有保護著作權人合法利益之效果，且有助於提升著作權報酬分配效率與競爭力，一旦立法予以限制，可能對使契約執行帶來不穩定。軟體聯盟（BSA）即指出契約自由對於數位經濟的商業模式而言非常重要，因為數位經濟下所產生的新興產品或服務，往往需要著作權人透過個別授權條款（例如授權期間、區域限制、流通平台或重製型態等）建立其授權規則，因此，在新商業模式漸增的時代下，著作權人對於授權協議的依賴度日漸提高。

亦有論者指出，立法介入契約自由原則，可能不當侵害著作權人的利益，舉例來說，縱使利用人符合著作財產權例外，兒童音樂的創作者亦不希望其音樂著作被使用於成人或具反叛性質的著作當中。另一項反對著作權法限制契約自由的強力原因，在於美國著作權法亦未見限制契約自由之規定，出版與學術專業協會（Association of Learned and Professional Society Publishers, ALPSP）指出，若修法限制契約自由，可能產生與伯恩公約三步測試原則相牴觸之疑慮，因為「權利人不應以契約排除著作財產權例外等方式，不當侵害他人依正常方式利用著作之權利」。

#### 4.小結

「Contracting Out」涉及公共利益與私權自治間的衝突，在公益性濃厚的法領域，以法律限制契約自由似有較高之正當性，然而著作權本質上係私權，首重契約自由原則，應盡可能尊重當事人間對於契約所為之安排。AKRC 基於維護圖書館與檔案館利益之觀點，提出以立法限制契約排除法定例外之規定。然而，對於著作權人而言，契約係維繫其財產上利益之重要工具，立法限制其訂定排除條款，形同限縮其與利用人談判的空間，更可能剝奪其一部分之財產上利益，而認為政府不應過度介入市場自由運作，因此，立法管制「Contracting Out」之建議並未受到著作權人的歡迎。

#### (四) 孤兒著作問題的解決

著作財產權人不明時，利用人難以取得授權，因而無法合法利用著作，長久以來，這些著作原本可以帶給整體社會的經濟及文化利益，也因而無法發揮效益。這個問題並非澳洲所獨有，而是世界各國共同面對的難題，不但在著作的利用上造成僵局，形成文化創意產品布局上缺乏效率的主因，更進一步造成數位市場發展上的重大阻礙，以及利用人法律責任上的重大負擔。

澳洲法律改革委員會 ALRC 對於孤兒著作利用之解決，提出 3 個建議選項：

1、在著作權法增訂獨立的例外規定<sup>12</sup>，依 ALRC 之評析，本選項之優點在於可以在法律中明文規定得適用本例外規定之要件，進而得以將孤兒著作利用限定於特定情況，例如特定利用型態（非商業利用）、利用主體（典藏或文化機構、公共廣播業者等）或特定種類的孤兒著作。然而缺點在於，由於必須個案符合法律所定之各項要件，更可能需要法律指定特定機關針對個案進行審查，因而在利用上通常需耗時較長，可能無法符合時效及產業或典藏機構之需求。

2、限制侵權責任<sup>13</sup>，對於已盡勤勉努力搜尋(diligent search)著作權人未果的利用人，對其侵權責任應予以限制，以避免一直隱而未現的著作權人有朝一日突然出現，令利用人負擔高額的損害賠償責任。目前澳洲政府、圖書館、文化及典藏機構均支持此選項，主要係認為可以用更有效率及經濟的方式大量利用著作並向公眾提供，進一步將其典藏的文化價值予以解鎖，有利達成法定之任務。ALRC 則表示有許多利害關係人（包含部分著作權人）亦支持這個選項，然而這些著作權人認為仍有許多細節部分需進一步協商確認：例如應設立孤兒著作之利用前通

---

<sup>12</sup> 目前採取此選項者，有南韓（著作權法第 47 條）、日本（著作權法第 67 條）、加拿大（著作權法第 77 條）及我國（文化創意產業發展法第 24 條）等國，主要係採取強制授權機制，由專責機構依利用人申請，於相關要件經審查符合時，許可授權利用。

另歐盟亦於 2012 年 10 月 4 日通過「孤兒著作指令(Orphan Works Directive)」，歐洲境內之圖書館、檔案機構、電影圖書館、公立廣播機構或其他公共利益團體，得就其典藏，向出版界完成一定查詢確認屬「孤兒著作」，並向歐盟指定之機構進行孤兒著作登錄後，就可以依指令規定利用特定孤兒著作。同時，此登錄在任何一歐盟會員國登錄為「孤兒著作」後，可以適用於全歐盟。

<sup>13</sup> 此一作法係由美國著作權局於 2006 年報告中首度提出，嗣於 2008 年兩屆國會中提出草案，惟均未獲審議通過。2012 年經參考歐盟執委會提出之「孤兒著作指令提案」，再就孤兒著作究應採取個案審查方式處理？以及大量數位化需求的孤兒著作問題如何解決等議題，諮詢公眾意見，經兩次延展公眾諮詢期間至 2014 年 3 月初，目前該局網站尚無進一步具體意見或提案。

知或登記，以利那些隱匿的著作權人知悉其著作即將被利用，可選擇拒絕被利用，或者出面要求支付使用報酬。

3、上述作法的折衷組合，建議關於文化或典藏機構的非營利目的利用，得適用法定例外規定，至於其他利用如經勤勉搜尋者以責任限制方式來處理。實際上是綜合前揭第一選項跟第二選項的組合，不失為全方位的解決途徑。

下圖呈現本選項的基本架構，主要基於利用人的型態、被利用著作的種類及利用的情形來作考量：文化或典藏機構只要能符合相關要件讓特定著作可被推定為孤兒著作時就可以直接利用，無須進行勤勉搜尋。至於其他的非營利性利用，利用前進行的勤勉搜尋可以限制其侵權責任至一般合理的侵權賠償（reasonable compensation）。

規劃利用		
非營利利用 Non-commercial use		商業使用 Commercial Use
<b>文化及典藏機構(CCI)的利用</b> ✧ 符合相關要件（另以法規定之），得逕行推定為孤兒著作 ✧ 將其利用情形公告周知	<b>其他利用</b> 包含 CCI 利用無法推定為孤兒著作的情形	
無須搜尋著作權人	經過合理勤勉搜尋	經過合理勤勉搜尋
直接利用	利用	利用
法定例外	責任限制： 合理損害賠償	責任限制： 合理損害賠償+獲利金額

依此架構而言，利用孤兒著作的侵權責任，就不至於擴及至法律原定之侵權損害賠償範圍（包含損害賠償責任及加重損害賠償責任），甚至可以及於商業上的營利性利用個案，同時，在利用孤兒著作前所進行的勤勉搜尋程序，不但可以

降低侵權行為的惡性，也可以作為法院裁量賠償金額上的一個降減依據。此外，這個架構同時主張，應限制法院對於禁制令的核發，特別針對孤兒著作被重製於具商業性質或大量向公眾提供之著作（如書籍或紀錄片）的情形，主要是基於如法院命將孤兒著作從新作品中移除，將會耗費太多成本，或將延遲新作品推出之考量。

本項議題經澳洲政府當局於今年 5 月邀集利害關係人團體召開圓桌會議討論，除就上開 3 個選項進行討論外，與會者提出其他 2 種可能選項，其一為針對典藏機構之大量數位化需求，由著作集體管理團體進行延伸性授權；其二則建議政府針對特定種類著作及特定利用人，可進行大規模的授權許可。

上述圓桌會議討論之初步結果，大多數文教機構支持上述選項 3（亦即法定例外及限制責任的折衷組合），認為不但能符合典藏及文教機構之大量數位化需求，也能避免法定例外可能衍生的意料外的商業化利用情形。至於權利人團體則贊同經勤勉搜尋後給予責任限制至合理賠償（原則上為商業管道內流通一般應支付之報酬金額）的選項。然而，究應採取何種模式，尚無法達成共識。

我國目前依文化創意產業發展法第 24 條規定文化創意產業發展法第 24 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。」雖能個案性解決部分孤兒著作之利用問題，惟就典藏及文教機構所關切之大量數位化問題，尚無法有效解決，因而前述 ALRC 所提出的折衷作法，亦即文教機構欲大量利用之特定著作於符合相關要件時，得逕予推定為孤兒著作並進行利用之作法，頗值進一步借鏡參考。惟因相關細節仍待討論，此部分尚須賡續追蹤研析。

## 參、心得及建議

### 一、心得

本次研討會地點為動力博物館，坐落於雪梨科技大學校區內，距離中央車站約步行十分鐘的距離，交通相當便利。此時的雪梨即將進入夏季，氣候舒適宜人，因而在陽光普照的晴天下揭開兩天研討會的序幕。

主辦單位非常貼心的準備早餐茶與咖啡讓與會者可在開場前享用，本次研討會製作手冊與文宣品均相當精美，開場請到澳洲歌手 Kamahl 演唱「Love is in the Air」，其中象徵的意義是，該曲於今年初涉及著作權侵權訴訟，目前繫屬於澳洲聯邦法院，在歌曲演唱畢後，由英國作曲家 Alex Prior 從音樂人的觀點強調數位時代下創新與創意的重要性，主辦單位運用特殊的開場方式成功吸引與會者共鳴，不僅扣緊著作權議題，且讓人感到耳目一新。

在議程安排上，本次研討會共有 14 個場次，以 Copybyte、演講及座談相互穿插的方式進行，於 Copybyte 場次中由專家學者簡介澳洲法制，下場次則針對同一議題進行演講，再以座談方式做結。其議程設計方式有助於與會者理解各項議題，並能夠與澳洲法制做較為緊密的連結，惟較為可惜的是，歷屆研討會皆不提供簡報書面資料，本次亦延續過去作法並未發放任何簡報資料或提供電子檔，再加上講者口音較重，對於非英語母語者而言較難掌握其所欲表達之內容，但奉派人員仍盡力蒐集相關資料，以完整呈現報告內容。

在主題與講者安排方面，可以感受到主辦單位希望與會者更深入了解澳洲法制的用心，多場主題係以澳洲著作權法改革為內容，並結合當前國際間及司法實務關注之著作權議題，講者方面亦涵蓋來自學術、實務與政府機關等領域，整體而言內容相當豐富，但也因為主題安排較為緊湊密集，各講者的講授時間有限，無法針對主體作深入探討或延伸，多數講者僅做概括式的說明，實為較可惜之部分。

整體而言，本次研討會主題多元且講者專業度高，從開場邀請歌手獻唱，到第二日茶敘時間特地提供紅白酒供與會者享用，該等細節均可凸顯出主辦單位對於研討會特別用心的部分，也成功使得整場研討會在輕鬆、熱絡的氣氛中進行。然而在議程安排與資料提供方面，由於場次安排過於緊湊，各場次的講授時間均有限，再加上未提供簡報資料，對於與會者而言較難對各項主題做深入探討與延伸，使得其利用議程引導與會者了解各項議題的美意受到些微減損，但整體而言仍不損本次研討會帶給人的愉快體驗。

## 二、建議

經由本次研討會之參與，謹提出以下建議：

### （一）研討會事前資料研讀

本次研討會中探討主題相當豐富，惟各議題獨立性高，彼此間無太大關聯，使得議題整體而言較不具體系性，且本次主辦單位僅公布議程，並未提供各場次簡報資料或相關說明，造成事前較不易蒐集與研讀資料，再加上事後未提供講者簡報，對於奉派人員而言，要掌握各場次重點難度較高，建議盡可能於與會前對各場次議題有一定程度的熟悉度，有助於演說當下對於主題的理解與掌握，單位內部可善用主辦單位公布議程至出國前之時間，自行研搜與演講主題相關的資料，並安排分組討論與研究，以利事先掌握議題重點與內容。

### （二）議程安排與資料提供

本次研討會廣邀來自產官學界的講者進行講授，呈現多元觀點與視角，但也因為講者人數眾多，每位講者能夠講授的時間有限，較難以作深入探討，也無足夠時間與與會者交流，且會前會後亦無足夠資料可參考，實為覺可惜之部分。建議未來本局於舉辦研討會時能以之為借鏡，讓每位講者能有充分的發表時間，與會者亦能有足夠的時間與講者進行交流，如有簡報可於會後公布於網站。

肆、附錄

附錄一 2019 著作權實務研討會第 19 屆議程表

AUSTRALIAN COPYRIGHT COUNCIL  
AND  
COPYRIGHT SOCIETY OF AUSTRALIA  
PRESENT

19TH BIENNIAL  
**Copyright Law &  
Practice  
Symposium**

October 22 + 23 2019  
Powerhouse Museum  
Sydney

AUSTRALIAN  
COPYRIGHT  
COUNCIL

COPYRIGHT SOCIETY  
OF AUSTRALIA

# Tuesday 22 October

## Day One

9am - WELCOME

Zeina Milicevic, President - Copyright Society of Australia, Special Counsel - MinterEllison  
Eileen Camilleri, CEO - Australian Copyright Council

Welcome to Country

This Symposium will feature six short CopyByte sessions from senior copyright professionals outlining the current state of the law and potential legislative changes on the horizon in a number of areas. See below for session details

9.20 - CopyByte one

9.40 - DAY ONE KEYNOTE: AUTHORSHIP AND ARTIFICIAL INTELLIGENCE

Jane Ginsburg, Columbia Law School  
Eileen Camilleri, CEO - Australian Copyright Council

11 - CopyByte two

11.20 - CORPORATE COUNSEL PANEL: THE STREAMING WORLD - WHEN USERS ARE CREATORS ... AND CREATORS ARE USERS

Dan Ott, Head of Legal Asia Pacific - Sony Pictures  
David King, Senior Legal Counsel Asia Pacific - IMG  
Connie Carnabuci, General Counsel - ABC

1.30 - CopyByte three

1.50 - FREEDOM OF CONTRACT OR STIFLING OF USE?: POLICY ISSUES OF CONTRACTING OUT AND COMPETITION

Parnos Munyard, Advocacy and Law Reform - ACCC  
Jessica Coates, Copyright Law and Policy Adviser - Australian Libraries Copyright Committee;

3.30 - TECHNOLOGY AND ART

Robyn Ayres, CEO - Arts Law: Further speakers announced soon

5 - CLOSE

6- Dinner, Queen Victoria Building, Tea Rooms - Featuring an entertaining ethics session with The Chaser's Julian Morrow

# Wednesday 23 October

## Day Two

9am - WELCOME

Michael Green SC - Level 22 Chambers, Treasurer - Copyright Society of Australia  
Libby Baulch, Policy Director - Copyright Agency, Director - Australian Copyright Council

9.05 - CopyByte four

**9.25 - DAY TWO KEYNOTE: INTERNATIONAL APPROACHES TO COPYRIGHT REFORM & THE MODERNISATION CONUNDRUM, WITH A FOCUS ON DEVELOPMENT ISSUES IN THE ASIA PACIFIC REGION**

Gao Hang, Director, Copyright Development Division - WIPO  
Scot Morris, Director of International Relations - APRA AMCOS

10.45 - CopyByte five

**11 - INCENTIVES FOR INNOVATION: CULTIVATING THE RIGHT ENVIRONMENT FOR CREATORS AND DIGITAL PLATFORMS**

Jose Antonio, Sanmartin, Partner - Hoyng Rokh Monegier  
Dean Ormston, CEO - APRA AMCOS  
Ben Au, Manager of Policy and Regulatory Affairs - IGEA  
Carolyn Hough, Director - Eloquium Group

**1.30 - PANEL SESSION: POST-MODERN(ISATION) CREATIVITY AND INNOVATION - TESTING THE EXPERTS ON THE UNTESTED**

Jane Ginsburg - Columbia University  
Professor Dan Hunter - Swinburne University  
Justice Perram - Federal Court of Australia  
Kate Haddock, Chair - Australian Copyright Council, Partner - Banki Haddock Fiora

2.45 - CopyByte six

**3.15 - OPENING OF THE SYMPOSIUM BAR: BARRISTER RETROSPECTIVE OF IMPORTANT COPYRIGHT CASES**

John Hennessy SC - Tenth Floor Chambers  
Frances St John - Tenth Floor Chambers

5 - CLOSE

# CopyBytes

9.20 - CopyByte one

**FAIRNESS AND MODERNISATION: POTENTIAL REFORM OF THE LEGISLATIVE COPYRIGHT FRAMEWORK IN AUSTRALIA**

Speaker TBC

11 - CopyByte two

**FAST AND EASY COMMUNICATION IN THE INTERNET AGE: THE USE OF QUOTATIONS AND ORPHAN WORKS**

Grant McAvaney, Company Secretary - Australian Copyright Council, Head of Litigation and Disputes - ABC

1.30 - CopyByte three

**SHARING, PRESERVING, AND DIGITISING AUSTRALIAN CULTURE: GALLERIES, LIBRARIES, ARCHIVES, MUSEUMS & KEY CULTURAL INSTITUTIONS**

Professor Isabella Alexander - University of Technology, Sydney

9.05 - CopyByte four

**RISE OF THE MACHINES: BIG PLAYERS WITH BIG PLATFORMS - REGULATION OF LARGE DIGITAL PLATFORMS IN AUSTRALIA**

Professor Dan Hunter - Swinburne University of Technology, Melbourne

10.45 - CopyByte five

**RISE OF THE MACHINES: INCIDENTAL AND TECHNICAL USE - TEXT AND DATA MINING**

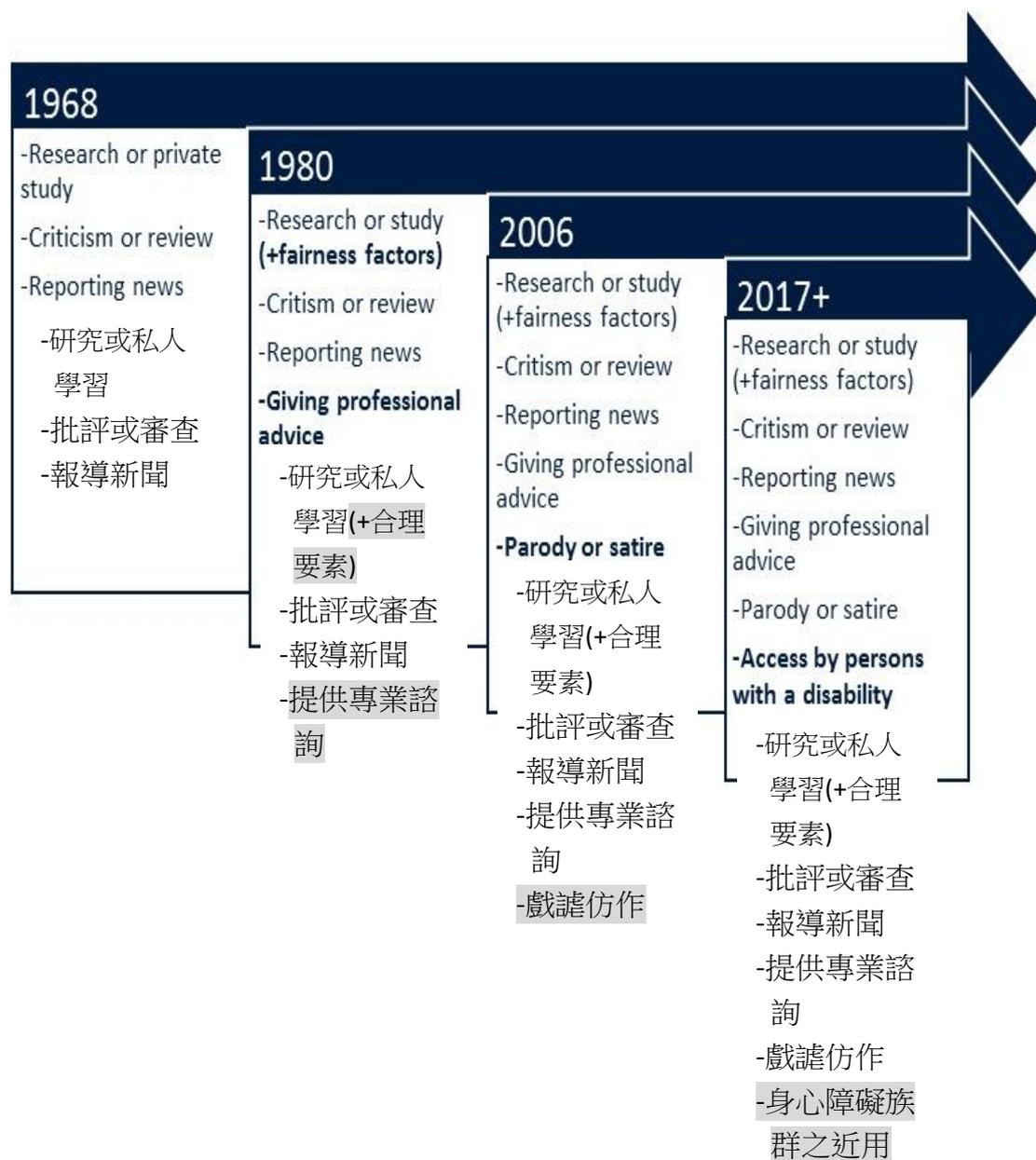
Cate Nagy, Partner - King & Wood Mallesons

2.45 - CopyByte six

**SHARING AND PRESERVING AUSTRALIAN CULTURE: EDUCATIONAL USE AND DIGITAL CLASSROOMS**

Carolyn Hough, Director - Eloquium Group

## 附錄二 澳洲著作權法中公平處理機制的演進及內涵



### 附錄三 公平處理及合理使用在美國、英國及澳洲之運行比較

	美國/合理使用	澳洲/公平處理	英國/公平處理
目的	目的（例示） a. 批評 b. 評論 c. 新聞報導 d. 教學 e. 學術 f. 研究	目的（法律規定） a. 研究或學習 b. 批評或檢討 c. 戲謔仿作 d. 報導新聞 e. 提供專業諮詢 f. 身心障礙近用	目的（法律規定） g. 研究及個人學習 a. 批評或評論 b. 報導時事 c. 戲謔仿作 d. 引用
合理因素	法定合理因素  1. 利用的目的及性質，包含商業或非營利教育 2. 著作性質 3. 被利用的實質質與量 4. 對著作現有價值及潛在市場的影響	案例法及法定的合理因素（僅在研究或學習目的需衡量）  1. 利用目的及性質 2. 著作或改作的性質 3. 合理期間內以一般商業價格獲取著作或改作授權的可能性 4. 對於著作或改作的現有市場或潛在價值的影響 5. 如非全部利用，以被利用著作或改作的整體觀察，其被利用的質與量	案例法的合理因素  1. 對著作現有價值或潛在市場的影響 2. 被重製部分的量及合理程度 （英國智慧財產局自案例擷取之合理因素）

