



## 專題企劃

# 遺落在著作權法外的權與錢

## ～對文創法孤兒著作及著作權設質之觀察～

東吳大學法律研究所兼任教授 ◀◀◀◀ 盧文祥

### 大 綱

- |                             |                            |
|-----------------------------|----------------------------|
| 壹、 前言                       | 肆、 孤兒著作及著作權設質個別之權義關係       |
| 一、 研究動機與背景                  | 一、 孤兒著作之權利人與利用人            |
| 二、 研究方法與範圍                  | 二、 著作權設質之質權人與出質人           |
| 貳、 孤兒著作與著作權設質之意義與特色         | 伍、 我國在孤兒著作及著作權設質之推動與<br>配套 |
| 一、 著作權利用之方式                 | 一、 孤兒著作方面                  |
| 二、 孤兒著作之意義與特色               | 二、 著作權設質方面                 |
| 三、 著作權設質之意義與特色              | 陸、 結論與建議                   |
| 參、 國外對於孤兒著作及著作權質權融資之<br>立法例 | 一、 結論                      |
| 一、 美國                       | 二、 建議                      |
| 二、 中國大陸                     | 三、 後續研究                    |
| 三、 我國                       | 參考文獻                       |

### 壹、前言

#### 一、研究背景與動機

美國網路搜尋引擎巨頭谷歌公司（Google）雄心勃勃要建立全球最大數碼圖書館，陸續從美國一些圖書館掃描了至少1200萬本書，美國作家協會和美國出版商協會，認為谷歌沒有事先取得著作權人同意，因而在2005年以侵犯著作權為由提出了集體訴訟。雙方歷經兩年談判達成協議，谷歌同意支付1億2500萬美元，以成立獨立的書籍著作權登記中心的方式，

將盈利回饋給作者。然而，紐約聯邦地方法院法官日前駁回了這起和解案，主要理由在於法官認為如此會給谷歌過多競爭優勢，尤其在孤兒著作（orphan works）方面，將使谷歌形成「實質上的壟斷」<sup>1</sup>，此一著作權界的大事究竟後續發展如何，各界仍持續關注中。

在我國方面，為提昇我國軟實力，使我文化創意業者能利用各類現存之著作，以產生之更具創意之作品，且能將其著作財產權用以設質取得融資，已於去（99）年初完成「文化創意產業發展法」<sup>2</sup>（下

1 參見2011.3.30美國之音中文網; [http://mag.udn.com/mag/world/storypage.jsp?f\\_ART\\_ID=309998](http://mag.udn.com/mag/world/storypage.jsp?f_ART_ID=309998)（最後瀏覽日期：2011.07.10）3 <http://www.google.com/chromebook/#features>

2 我國立法院於民國99年1月7日審查通過「文化創意產業發展法」，嗣經總統於同年2月3日公布施行。該法第23條第1項規定：「以文化創意產業產生之著作財產權為標的之質權，其設定、讓與、變更、消滅或處分之限制，得向著作權



稱該法或文創法），其中第23條及第24條分別針對孤兒著作及設質規定引進法源，以利文化創意產業得以放手一搏，除來源無觸法之虞外並可更便捷取得創業的融資。

與一般法制有異的是，依該法第5條之規定在中央之主管機關為文建會而非在經濟部，但此項由文建會負責主管的法律，卻在上述法條中規定，須另由經濟部所屬的著作權專責機關來制定執行相關之行政命令，此在我國立法例中極為少見。這二者本應在著作權法中規定的條文會出現在文創法中出現，自非無因，但是否會在未來執行上產生問題，亦值關注；即有學者對此提出憂慮<sup>3</sup>。

更須細究的是究竟此一立意良善的措施，在現今的法律架構能否達成當初立法目的？在執法的配套或執法的技巧是否會有扞格之處，應如何調整方能彌補當初未能全盤考量之缺憾？本文擬藉此引進國外相關之立法例及實務操作之具體作法，以供司法審檢機關、行政主管機關及著作權專責機關乃至文創業界、著作權利人團體、金融機構或融資單位之參考，期能圓滿上路，是為本文撰述之主要動機。

## 二、研究方法與範圍

智慧財產權在知識經濟時代之重要性，已係眾所周知不言可喻之事實。智慧

財產可從不同面向進行觀察，包括創造面、保護面及運用面等角度來檢視其能量及評論其良窳或成敗；我國在智財創造面，政府始終扮演相當成功推手之角色，每年經濟部、國科會、教育部、農委會均適時推動政策及挹注相當金額之補助，鼓勵產、學、研進行合作各項研發，加之我國人及民間企業均有極佳之創造力，屢屢創新發明改良，特別是在ITC領域及農漁產品高科技方面均獲有十足亮麗之表現，也獲國際間之肯定<sup>4</sup>；在智財保護面，經政府及國人之共同努力，我國侵權仿冒盜版已大幅改進，除行政部門經濟部下設有專利、商標、著作權之專責機關外，警政部門則成立保護智慧財產權警察大隊以進行各項不法之掃盪，司法部門更於2008年7月1日起新設智慧財產法院，專責受理智財有關之民刑及行政案件，頗受國人及國際間之肯定<sup>5</sup>。

然而我國在智財運用面，除部分知名國際大廠在專利、技術運用上會有較完整之策略或布局外，我國相關部門、金融機構及權利人自身，卻鮮有將已有之研發成果用供融資貸款或募資籌款等積極作為，其中各種原因諸多，包括智慧財產屬無形資產，其權利或內容較不穩固且亦難客觀評價，加之我國未如其他國家已建立活潑之市場機制來配合，只能望錢興嘆；另著

專責機關登記；未經登記者，不得對抗善意第三人。但因混同、著作財產權或擔保債權之消滅而質權消滅者，不在此限。」；同法第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。」

3 章忠信，不該在文創法出現的著作權條文，聯合新聞網，99年1月7日。

4 2008年我國人向世界五大專利局的申請案件數，以向中國大陸專利申請案件數22,469件為最多，美國（18,001件）居次，日本（3,249件），歐洲（1,057件）再次，南韓（907件）居末；以2008與2007年成長率相較，除歐洲（39.45）有相當的成長外，其他均呈衰退情形，尤以向南韓申請件數下降5.82為最多。以排名而言，我國向美、日、歐、韓、中國大陸專利申請多維持在前10名，其中，向中國大陸及美國申請件數排名分居第3、4位（資料來源：經濟部智慧財產局發佈日期：2010/02/08）；參見[http://cdnet.stpi.org.tw/techroom/policy/2010/policy\\_10\\_016.htm](http://cdnet.stpi.org.tw/techroom/policy/2010/policy_10_016.htm)（最後瀏覽日期：2011.07.10）

5 據媒體報導：台灣從以前被稱為盜版王國，到現在成為創新和創造力王國，美國因此於2009年1月間將台灣自特別301觀察名單上除名。對此，經濟部智慧局表示歡迎，也強調台灣近幾年對於保護智慧財產權，相當努力，像是去（97）年成立了智慧財產法院，受理多達7百件案件，不只外僑商會及主要貿易國，相當了解，相信民眾也都可以感受到。參中央廣播電台新聞稿，[http://news.rti.org.tw/index\\_newsContent.aspx?nid=183155](http://news.rti.org.tw/index_newsContent.aspx?nid=183155)（最後瀏覽日期：2011.07.10）



作之利用本應以獲得著作權人之同意為原則，但在著作權人不明或雖非作者不明但卻不知去向，以致無法為正常授權之利用時而徒呼負負，這兩個在我國始終存在的難題有無解決之良方，本文即擬針對孤兒著作之授權及著作財產權得供質押融資部分，進行法律面及實務面之探究，至於未經同意擅用著作能否合於合理使用之判斷及除設質融資以外之其他募資管道等討論，則不在本文論列之範圍。

本文首就次級資料進行蒐集並分類研讀，繼採用文獻分析、歷史研究、比較研究等坊間常見之研究方法，就上述研究主題剖析探究，並於結論中做出建議以供各界卓參，如有未周之處，則列明後續研究之方向，以利接續完成。

## 貳、孤兒著作與著作權設質之意義與特色

### 一、著作權利用之方式

依著作權法第65條第1項：「著作之合理使用，不構成著作財產權之侵害。」之反面解釋配合同法相關授權利用之規定，著作之利用必須得權利人之同意（授權），方屬合法；但在授權實務操作上一向伴隨著交易成本，第一個首先要面臨的即是搜尋權利人之成本，著作人未必是著作權人，著作權人也未如專利及商標制度可藉由專責機關之公示系統得直接查知，在權利人不明或不明其處所如何得其同意利用該著作，即屬多年來各國在施行創作保護主義後必然會面對的難題。

其次著作人完成著作後即享有著作財產權與著作人格權，而著作人希望從其著作獲得經濟上之回報，只有透過著作財產

權之行使，才能達到目的。著作財產權之轉讓、授權、質押係著作權利用的三種主要形式，許多國家對此都有不同之規定，可互相參照以發揮其最大效益<sup>6</sup>。

善於創作的著作人不見得善於行銷，要使著作充分被利用，以獲取最高利益，在我國以往的做法不外是將著作財產權轉讓或授權，我國著作權法第36條規定：「著作財產權得全部或部分讓與他人或與他人共有。著作財產權之受讓人，在其受讓範圍內，取得著作財產權。著作財產權讓與之範圍依當事人之約定；其約定不明之部分，推定為未讓與。」又第37條第1項至第4項規定：「著作財產權人得授權他人利用著作，其授權利用之地域、時間、內容、利用方法或其他事項，依當事人之約定；其約定不明之部分，推定為未授權。前項授權不因著作財產權人嗣後將其著作財產權讓與或再為授權而受影響。非專屬授權之被授權人非經著作財產權人同意，不得將其被授與之權利再授權第三人利用。專屬授權之被授權人在被授權範圍內，得以著作財產權人之地位行使權利，並得以自己名義為訴訟上之行為。著作財產權人在專屬授權範圍內，不得行使權利。」依上述條文之規定，著作財產權均可進行轉讓或授權，且在法律上也不一定要以書面為之，但為免無憑日後無據，不妨仍以白紙黑字進行較妥。

著作財產權轉讓後，原來的著作財產權人喪失著作財產權，由受讓人取得著作財產權人之地位，任何人要利用著作，都要獲得受讓人，即新的著作財產權人的同意或授權；至於著作財產權的授權<sup>7</sup>，著作財產權仍保留在原來的著作財產權人身上，被授權人祇取得利用著作之權利，其

6 梁成意、周念軍，著作權利用制度的比較研究，廣西社會科學（2001年第4期，總第82期），第71至73頁。

7 關於利用他人之著作，或授權他人利用著作，多數授權書或契約都標示為「著作財產權授權書」或「著作財產權授權契約」，一般人也總以「著作財產權之授權」稱之。精確的用語，應該是「著作利用之授權」，相關書面則應以「著作利用授權書」或「著作利用授權契約」為之。參章忠信，著作利用與授權之疑義解析，著作權筆記（98.06.20），<http://www.copyrightnote.org/cnote/bbs.php?board=9&act=read&id=41>（最後瀏覽日期：2011.07.10）



他人要利用著作，仍要獲得授權人，即原來著作財產權人的同意或授權，被授權人除非經原來著作財產權人的同意或授權，否則不得再為轉授權。以上兩者雖都是一種涉及處理著作財產權的法律行為，但到底是轉讓或授權，對給錢或收錢的一方而言，其間差異極大，不可不慎。

著作財產權之質權運用在我國實務上尚屬新制，在中國大陸其質權有廣義及狹義之分，廣義的質權是指物的擔保，包括質押與抵押，狹義的質權就是擔保債權，占有由債務人或第三人移交之物，以就其價金受償之權<sup>8</sup>；我國則在民法物權篇中已有動產質權及權利質權之區分，其中第900條規定：「稱權利質權者，謂以可讓與之債權或其他權利為標之物之質權」<sup>9</sup>，著作財產權雖為無體財產權，但依法屬可讓與之權利故可成為交易之對象，自不待言。

## 二、孤兒著作之意義與特色

現坊間或實務上所稱之孤兒著作，嚴格來講應正名為「著作孤兒」，所以可以理解是指此類著作並不是無主，而是不知誰是「生」出該著作之父母（不知權利人是何人），或父母「生」後棄之不顧（權利人不知去向），但絕不是「無主的著作」，更不是「孤兒的作品」。

會有孤兒著作的原因很多，可能是年代久遠，何人創作或如何授權已不可考，甚至是原作者、原權利人主客觀已「拋棄」著作財產權，願意讓人公開利用，此與保留著作財產權但願有條件或無條件讓人免費利用之「創作共享（Creative

Commons，簡稱CC<sup>10</sup>）」制度之利用模式並不相同；另一會有孤兒著作之原因，在於作者自始行使著作人格權中的姓名表示權而為「不具名」之表現（當然亦可能忘了具名），而使得外界不知著作財產權為何人享有；至於是否有故意不在其著作上具名，待有人貿然利用即出面主張權利甚至興訟求償者，實務上亦非不曾出現<sup>11</sup>。

孤兒著作依學者之觀察，可區分為下列三種類型<sup>12</sup>：真正的孤兒著作、表見性的孤兒著作和偽稱的孤兒著作。偽稱之孤兒著作是指利用人並未認真勤勉的去尋找權利人即宣稱某作品係孤兒著作；表見性的孤兒著作是指利用人已踐行認真勤勉尋找權利人仍無法確定權利人何人或何在，但實際上權利人具有復出之可能；真正的孤兒著作則是利用人確已盡認真勤勉之能事，無法尋獲權利人，且權利人亦不可能再出現之情況而言。

對於上述不同之孤兒著作，法律應給予不同的處理方式，其中偽稱之孤兒著作並不屬於孤兒著作，法律應嚴格禁止藉孤兒著作之名，行逃避法律義務之實的行為；對於表見性的孤兒著作，則應設計補償制度，使權利人復出時，得受領利用人依法提存的對價；對於真正的孤兒著作，則應使各該著作進入公共領域或歸國家或相關組織所管理以供無償利用。由上觀之可知，只有在表見性的孤兒著作才是具有供需不明確，而須法律加以調整保護之必要。

文創產業創意無限，有些人想要利用這種作品進行改編或重製再來發行，卻發生作品發表後被著作權所有人提告的情

8 劉瑛，版權質押合同及其質權人的利益保障，刊知識產權（學術論壇），第24頁。

9 本條於96年3月28日修正施行。

10 拙著，從創新觀點檢視創作共享機制與著作權保護及知識分享擴散之關係，政治大學科技管理研究所博士論文（劉江彬教授指導），95年7月出版。

11 台長：Geroge，「著作權法的陷阱，小心「林英典」就在你身邊」（刊登日期：2007年12月28日），[http://mypaper.pchome.com.tw/geoglin\\_99/post/1300989718\(dpx](http://mypaper.pchome.com.tw/geoglin_99/post/1300989718(dpx)（最後瀏覽日期：2011年7月10日）

12 周艷敏、宋慧獻，關於孤兒作品著作權問題的立法設想，電子知識產權，2011年03期，第73頁。



形；或是有些具改編創意的人，就因為擔心不知道會被誰告而不敢創作發表。為解決此一窘境，於是孤兒著作授權立法應運而生，如利用已公開發表之孤兒著作製作文化創意產品，利用人已盡一切努力，仍因著作財產權人不明或其所在不明致無法取得授權時，經向智慧局解釋且經智慧局再查證後，文創業者得於提存使用報酬後，在智慧局許可範圍內利用該著作。

### 三、著作權設質之意義與特色

著作權第39條的「質權設定」究係何指？何謂「質權設定」後除另有規定外，著作權人得繼續行使著作權？依我國民法及相關實務解析質權設定就是拿東西去擔保借款的意思，在著作權方面就是形式上將權利「交給」債權人作為擔保，換取金錢或相當對價。質權設定之後，著作權人仍是權利人，但若屆期沒有還錢，債權人就可以聲請拍賣該著作權，以拍賣所得，清償借出去的本金及利息。

到當舖當東西要交付東西，智慧財產權不是「東西」，是抽象存在的法律上權利，其「質權設定」是透過向主管機關作質權登記，以確保質權。過去著作權法在87年修正前還有登記制度的時候，有一項著作財產權的質權登記，後來併同著作權登記制度取消了。

在智慧財產權的內容上，學者常認任何類型的智慧財產權內容都包括人格權（精神權利）及財產權（經濟權利）兩方面，並把此切割當成智慧財產權的特色之一。雖至今並未見有論述清楚敘明商標權之人格權究係何指，但至少專利權中的人格權是指發明人就其發明享有的署名權，但此種「署名權」在專利未申請前即存在，即便嗣後申請未獲准亦不會消滅，故知此署名權並非專利之內涵；但在著作權

領域，由於著作權在絕大多數國家是採創作保護主義，故作者之人格權與著作之財產權是同時產生，此與前述專利、商標領域權利形成的過程本質上並不相同，故可說只有在著作權才談得上人格權或精神權利<sup>13</sup>。

著作權是指著作人依法對文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作所享有之專屬權，如上所述包括著作人格權及著作財產權兩者。著作權係無體財產權且是各種智慧財產權中情況最複雜的一種權利，將著作權作為債權擔保的客體，勢必構成一種特殊的權利質權，成為著作權產業融資的有效途徑。著作權質權是指債務人或第三人將著作權作為債權的擔保，當債務人不履行債務時，債權人有權依法以著作權折價或以拍賣、變賣著作權的價款而優先受償之權利。著作權設質既具有質押的一般共通性，又由於標的物具有智慧產權之無形性、專屬性、可複製性等特徵，使其在實踐當中存在著價值波動較大因而不易評估，債權人亦無法對質物進行直接占有，造成信賴風險等問題。曾有學者指出大陸法系著作權出質因其集「人格權」及「財產權」於一身的困擾，使得智慧財產質押無法確立於實務操作，看似給當事人留下「廣闊的自由選擇空間」，實質上讓權利人猶如「老虎吃天，無處下口」<sup>14</sup>。

著作權設質是一種特殊的融資方式，其具體特徵主要可由下列三點來觀察：  
1. 與動產質權相較，著作權質權屬於權利質權，其出質標的物是一種權利，而動產質權之標的物是有體物——動產。  
2. 著作權質權的成立以登記為要件，而動產質權的設立則以動產的移轉占有為要件。  
3. 與其他權利質權相比，著作權質權的標的是一種創作完成即自動產生的權利，一般而言並沒有核發之具體憑證，而其他權利質

13 安暉，著作權質權問題之研究，山西大學碩士論文（2008屆，2008年6月），第3頁。

14 同前註，第1頁。



權的標的通常具有相應的權利憑證，如匯票、支票、本票、債券、存款單、倉單、提單，即便是商標權、專利權，其取得亦須經專責機關審查、核准並頒發相應的權利證書<sup>15</sup>。

著作權質押作為權利質押的一種，同其他權利質押具有共同點，如質押標的無形性、財產性和可轉讓性等；但與其他權利質權相較，它仍有自己的特殊之處：

(1) 著作權與其他載體的存在滅失沒有多大關係，其權利載體可以有多种形式，獲得著作權載體不一定代表著同時獲得著作權，(2) 著作財產權具有期限性、法定性，其他非智慧財產權的權利質押一般沒有時間上的期限，(3) 著作財產權價值變動的不確定性。以圖書發行為例，有的圖書僅會出版一次，而有的圖書首次出版後受到好評，再版多次也不是沒有可能，兩者的著作財產權的價值就不能等量齊觀，(4) 著作財產權具有地域性。如果作品超越了其依法產生權利的地域，除受國際條約有關國家之間的雙邊協定約束外，公民在本國享有著作權在他國可能不受法律保護，若以該種著作財產權出質，其效力即有問題<sup>16</sup>。

## 參、國外對於孤兒著作立法例及著作權質權融資實務操作

### 一、美國

#### (一)孤兒著作方面

美國著作權局曾於2005年初針對「孤兒著作」的議題徵求各方良策，以促進著作的利用與創作<sup>17</sup>，此次所提出的議題為，若某一著作找不到著

作權人，也沒有人出面主張著作權，這種「孤兒著作」是不是仍有必要一定要取得授權才能利用？

著作權局對於上述議題公開徵求各界意見，主要源自於美國參眾兩院的要求。美國在「1998年著作權保護期間延長法案」立法時，電影資料館業者就已提出警訊，他們認為電影片中使用到許多他人著作，在作電影資料保存時，發生許多授權困難問題，延長著作權保護期間會使問題更惡化。1999年著作權局提出「數位遠距教學著作權議題研究報告」時，許多教學機構也有同樣關切，他們指出，在進行數位遠距教學需要利用他人著作時，根本找不到著作權人洽談授權。

美國著作權局在2006年1月針對孤兒著作之議題，提出了一份報告，隨後也有不同法案被提出，2006年5月，眾議院司法委員會主席Lamar Smith提出「孤兒著作法案(The Orphan Works Act of 2006, H.R. 5439)」，期待解決利用孤兒著作的困境，但在保護著作權與方便孤兒著作利用之間，始終無法獲得各界滿意之均衡而未獲通過；2008年4月，眾議院議員Howard Berman也再度提出相關法案「孤兒著作法案(The Orphan Works Act of 2008, H.R. 5889)」，同樣未獲通過。

美國國會關於「孤兒著作」立法之延遲，主要來自攝影著作、視覺創作及紡織圖案設計業之反對，因為這些作品在完成或使用時，很少會註明創作者相關資訊，不容易找到著作權

15 尹鋒林，著作權出質登記及其法律意義，載電子知識產權(2010.04)，第72頁。

16 鄒其鵠，著作權質押的幾個問題探析，載律師世界(法理與實務)，2002年第5期，第28頁。

17 2005年元月5日，參議院司法委員會主席Orrin Hatch及Patrick Leahy要求著作權局對於「孤兒著作」的議題進行研究，並在年底向委員會提出報告，在此同時，眾議院司法委員會主席Lamar Smith及Howard Berman也提出同樣關切。作為美國最高民意機關的參眾兩院會同時關切此一議題，自然是因為公眾對於「孤兒著作」的利用困難之關切而向國會參眾兩院遊說修改著作權法而引起。參見章忠信，美國著作權局為解決「孤兒著作」之利用困境覓良方，載著作權筆記，<http://www.copyrightnote.org/cnote/bbs.php?board=4&act=read&id=133> (最後瀏覽日期：2011年7月10日)。



人洽談授權。這些作品的創作特性，很容易讓他們在一完成創作時就成為「孤兒著作」。這些著作權人認為，若是要立法讓「孤兒著作」可以不必取得授權就可以付費利用，對這些特定性質之著作類別的著作權人並不公平。

由於美國在孤兒著作利用之著作權法修正案遲遲無法完成立法，目前散在各博物館、圖書館或典藏機構之文件、影片、錄音或照片，因為無法取得著作權人授權，一直無法重製與散布，供各界接觸，對文化與藝術之傳播，甚不方便。

## (二)著作權質權設定方面

美國對著作權之保護與我國相同，均採創作保護制度，著作權之發生不以註冊為要件。不同的是，登記制度至今仍為美國著作權法中相當重要之環節；而我國著作權登記制度，則於民國87年已完全廢止。雖然著作權登記並非強制規定，但為鼓勵著作權人進行著作權登記，美國法律設有特殊規定，使已為著作權登記者，得享有未登記者所無法享有之利益。例如，著作權登記可作為與著作權相關主張的初步證據，即是其中一例。登記制度及其獎勵措施的存在，對於促進著作權設質融資亦有助益，因其可使貸方（質權人）較易於確認為質權標的之著作權的歸屬，因而可降低其決定是否貸款時之徵信成本，及出質人非真正權利人之風險，從而有利於融資。

此外，根據美國著作權法第205條a項之規定，著作權的設質、讓與、專屬授權等或其他與著作權相關的文件，都可交由著作權局登記（recordation）；登記人員在接受符合登記要件的申請後，即應就該文件為登記，並在登記後發給申請人相關證

明書。

在登記的效力方面，首先，在申請人（1）已指明所涉著作，以便於他人得利用著作名稱或著作權登記號碼進行搜尋；且（2）該著作已為著作權登記的前提下，此類登記具有公示（Constructive Notice）之效力。其次，登記亦可用以判斷相衝突權利間的優劣。所謂相衝突權利間的優劣指的是，例如，就同一著作權，著作權人將之出質於甲，隨後並轉讓與乙，則該質權效力可否及於轉讓後之著作權；或者，兩相衝突質權間的優先權決定問題等。以下即詳為敘述。

### 1.存在其他設質、轉讓或專屬授權時之權利優劣決定

如果著作權設質、轉讓或專屬授權的當事人已依照法律之規定，在各該契約生效後的一定時間內（契約係於美國境內訂定者，一個月內；於美國境外訂定者，兩個月內），已向主管機關登記該設質、轉讓或專屬授權，則該設質、轉讓或專屬授權將優於生效在後的其他設質、轉讓或專屬授權；否則即應以登記順序，判定相衝突權利間，孰為優越。不過須注意的是，若契約生效在後的設質、轉讓或專屬授權並非基於善意，或其未約定給付相當之對價或權利金者，即使其登記時點先於契約生效在前，且未在時限內登記的設質、轉讓或專屬授權的登記時點，其仍不能在上述與其相衝突之權利間，取得優越之地位。

舉例而言，假定著作權人於2010年1月1日，以某著作權，在美國境內設質給甲，且該著作權隨後於同年1月5日被轉讓給善意且約定給付相當對價之第三人乙，若前述著作權設質，已依著作權法之規



定，於設質後一個月內向主管機關登記，則設質效力將優於轉讓效力，縱使該轉讓登記之時間（假設為1月8日）先於設質登記時間（假設為1月10日），亦同；然而，若該設質未於一個月時限內登記，則應依登記時間之先後，決定設質與轉讓，孰為優越。

## 2. 當設質、轉讓或專屬授權與非專屬授權衝突時

無論一個非專屬授權是否經過登記，只要該非專屬授權係以書面作成，且符合以下條件之一者，該非專屬授權之效力，即優於設質、轉讓或專屬授權之效力。

- (1) 其契約生效之時點係先於設質、轉讓或專屬授權之契約生效時點；
- (2) 非專屬授權人係善意，且授權契約生效時點先於設質、轉讓或專屬授權之登記時點。

除上述情形外，設質、轉讓或專屬授權之效力即優於非專屬授權之效力<sup>18</sup>。

## 二、中國大陸

### (一) 孤兒著作方面

孤兒著作在大陸的法律並沒有明確提出，但在司法實務中卻包含此一理念並設計了相應的制度。首先，對於著作權人確定但無法連繫的孤兒著作雖無明文規定如何處理之程序，但依1991年頒布之著作權法實施條例第49條中規定「……使用他人已經發表的作品，應當向著作權人支付報酬。著作權人或者著作權人地址不明的，

應在一個月內將報酬寄送國家版權局指定的機構，由該機構轉遞著作權人。」

事實上大陸報酬轉遞機制的適用背景僅是在法定許可條件下權利人無法連繫才有適用，此並非大陸解決孤兒著作的途徑，但此一已廢除的轉遞機制<sup>19</sup>，有學者認為此制度對於大陸解決孤兒著作的保護問題，仍有參照和借鑒之意義<sup>20</sup>。

### (二) 著作權設質方面

中國大陸於2010年2月26日第11屆全國人民代表大會常務委員會第13次會議通過了「關於修改〈中華人民共和國著作權法〉的決定」，其中新增第26條：「以著作權出質的，由出質人和質權人向國務院著作權行政管理部門辦理出質登記」，為著作權擔保融資提供了基本的制度保障。

中國現行著作權出質登記制度是在擔保法之下構建起來的，以著作權質押合同登記辦法為其主要表現形式，其主管機關現已在構思如何在其物權法和著作權法之下，重新設計著作權出質登記制度，並正公開徵求意見中，此項措施無疑是中國著作權是否得以在其廣大之融資市場中充分發揮作用的重要一環<sup>21</sup>。

## 三、我國

我國對於孤兒著作在歷來的著作權法中均未有明文規定，至於著作權設質方面在現行著作權法則早有明文<sup>22</sup>，只是實務上未見有案例發生；由於近年來各國均朝向數位內容及文化創意產業大力發展，我

18 李婉萍，美國著作權法對著作權設質之規定介紹，載數位內容產業週報（產業故事），<http://www.digitalcontent.org.tw/e/temp/940427/iii.htm>（最後瀏覽日期：2011.07.10）。

19 參見〔國家版權局關同意中國版權保護中心停止法定許可著作權使用報酬收轉工作的批復〕，國權【2004】5號。

20 金泳鋒、彭婧，孤兒作品保護-大陸與香港之比較研究-，電子知識產權，2011年03期，第70頁。

21 中國國家版權局已經啟動《著作權質權登記辦法》的起草工作，參見著作權出質登記制度若干問題研究兼及《著作權質押合同登記辦法》的修改，參見新疆哲學社會科學網（2010年11月01日），<http://www.xjass.com>（最後瀏覽日期：2011.07.10）。

22 著作權法第39條：「以著作財產權為質權之標的物者，除設定時另有約定外，著作財產權人得行使其著作財產權。」



國惟恐落於人後，乃先由經濟部起草「數位內容產業發展條例（草案）」，在該草案中為使數位內容業者易於向銀行以著作權設定質權申貸資金，其中第13條訂定著作權設質的基本條文，包括設質登記的法律效力、設質登記程序等基本規範<sup>23</sup>。

該草案曾於96年8月14日由行政院送立法院審議，此時關於著作權方面，僅剩著作財產權之設質與孤兒著作之利用二議題，但因各界質疑「數位內容產業發展條例草案」與行政院97年2月4日送立法院審議之「文化創意產業發展法草案」內容相近，行政院乃將該二草案交由文建會主政，並於98年4月13日整合二草案內容後，再度提出於立法院，並撤回先前所提的二草案，原「數位內容產業發展條例草案」關於著作財產權之設質與「孤兒著作」之利用二條文，就這樣被移列於「文化創意產業發展法草案」中，嗣於99年初完成三讀立法程序。

隨之經濟部智慧財產局依新法權責，於99年9月24日訂定發布「著作財產權質權登記及查閱辦法」、「著作財產權質權各項登記規費收費準則」、「著作財產權人不明著作利用之許可授權及使用報酬辦法」、「著作財產權人不明著作利用許可申請規費收費準則」，且均自發布日起施行。

## 肆、孤兒著作及著作權設質個別之權義關係

### 一、孤兒著作之權利與義務

#### (一)使用前之義務：勤勉尋找義務

著作利用人如果能舉證其在使

用著作之前，曾踐行合理且勤勉義務去尋找確認著作權人，最終雖未找到其本人，利用人即可因此免除侵權責任。所謂合理之程序包括使用人已盡可能採取如下之行動：尋得著作權之歸屬，例如由圖書版權頁上查得作者和可能的權利人之身分；對外界發出協尋該孤兒著作之請求，引起公眾以及相關權利人的注意；向主管機關或行業習慣形成的有關部門進行備案等等，此均為利用人善意利用的證明。

為合理勤勉的尋找行為建立可遵行之標準，是孤兒著作在立法配套過程之重點。此一標準應該同時表現在對著作權人及利用人雙重利益的尊重，且該行動確有可能因此查悉真正權利人而助於其他程序之進行。因此著作權專責機關、各該著作領域之公會協會應共同積極制定合理可行的標準規則，以供利用人遵行。

### (二)權利人復出時：合理補償原則

當孤兒著作權利人復出並主張權利時，利用人未經同意利用之侵權行為雖可免責，但仍應對權利人支付合理的報酬；但有學者主張在立法時應給予公益性之免責條款<sup>24</sup>，如利用人係非營利機構、博物館、圖書館或公共廣播機構，且能證明其利用具有教育、宗教或慈善性質，並沒有商業營利之目的，在得知權利人復出並主張權利之後，能夠迅即停止利用，則可免除其合理補償之責任。

### 二、著作權質權人之權利與義務<sup>25</sup>

在動產質權，質權人於其債權消滅時，應將質物返還於有受領權人（民法第

23 數位內容產業條例草案第13條：以著作權設定質權，非經著作權主管機關登記，不得對抗第三人。但因混同、著作財產權或擔保債權之消滅而質權消滅者不在此限。（第1項）前項登記之內容，任何人均得申請查閱、請求發給謄本或提供線上整合查詢服務。（第2項）第一項及第二項之登記與查閱辦法，由著作權主管機關另定之。（第3項）著作權主管機關得依政府採購法及其他相關法律之規定，將第一項之登記業務委外執行。（第4項）

24 周艷敏、宋慧獻，前揭註11，第74頁。

25 張耕、唐弦，我國（中國）著作權質押制度探析，載西南政法大學學報，第5卷第3期（2003年月），第89頁。



896條），此在權利質權亦有準用（民法第901條）。所以有價證券質權，於所擔保之債權消滅時，質權人固應將有價證券返還於有受領權人，於一般債權質權，因設質而交付之債權證書，於所擔保之債權消滅時亦應返還之。其他權利質權因設質而辦理登記者，例如記名股票，專利權或著作權等之設質，質權人於自己之債權消滅時，亦負有塗銷登記之義務。自出質人之角度言，倘為有受領權人自得請求返還或塗銷。<sup>26</sup>

#### (一)質權人的權利

首先，著作權質權人所享有的權利，一般應包括：

1.優先受償權。質權人可就出質著作權的價值優先受償，這是質權人最重要的權利。這種優先受償權主要體現在：

(1)質權人就出質著作權之價值優先於出質人的其他債權人受清償。

(2)質權人就出質著作權優先於後位的質權人受清償。由於出質著作權是一種價值權而非實體權，並且無需移轉占有，只需對著作權質押契約進行登記，故對同一作品時，質權的清償順序可參考動產質權的規定以先設定的質權優於後設定的質權。

(3)質權人就出質著作權所生之孳息，有優先受償權。例如中國擔保法第80條即規定：出質人所得的轉讓費、授權費應向質權人提前清償所擔保的債權或者向與質權人約定的第三人提存。

2.質權保全權與申請評估權。著作權做為一種智慧財產權，其價值大小容易受到多種因素諸如讀者的愛

好、市場、面市時間等的影響，價值不穩定性較大，從而也會影響質權的擔保功能。所以著作權質權人所享有的質權保全權，對確保其債權的安全極為重要；另因著作權的無形財產性，為保證質權人保全權的有效行使，應賦予其對出質著作權的價值評估權，故日後法制配套上對於無形財產的價值評估制度應予適當規範，亦可要求另立法對評估的申請、機構、效力和費用的承擔等方面做出明確的法律規定。

3.轉質權。著作權質押中質權人的轉質權是指承諾轉質權，該轉質須徵得出質人的同意。若未經出質人同意，設定的轉質權無效。質權人對因轉質而發生的損害承擔賠償責任。

4.質權受到侵害時的救濟權。著作權質權受出質人或第三人的侵害時，質權人有獲得救濟的權利。

#### (二)質權人的義務

至於質權人的義務，應包括以下各項：

1.允許在內的被許可使用人繼續使用著作權。

2.出質期間不得擅自處分、使用出質著作權。

3.協助塗銷登記的義務。

#### 三、著作權出質人之權利與義務<sup>27</sup>

##### (一)出質人之權利

出質人在著作權質押中應享有如下權利：

1.對出質著作權的使用及處分權。我國著作權法第39條規定即明定：以著作財產權為質權之標的物者，除設定時另有約定外，著作財產權人

26 聯晟法網（法律知識庫），聯晟法律事務所，<http://www.rclaw.com.tw/SwTextDetail.asp?Gid=2258>（最後瀏覽日期：2011.07.10）。

27 同前註，第90頁。



(即出質人)得行使其著作財產權；但除經出質人與質權人協商同意的可以轉讓或者許可他人使用外，出質人不得將出質的權利轉讓或許可他人使用。

2. 緊急處分權。由於著作財產權的價值有不穩定性之考量，故當出現緊急情況時，應賦予出質人處分著作權力，否則極有可能危及其財產權益的實現，最後也會影響質權之效力。
3. 要求質權人及時實現質權之權利：債務履行期限屆滿，出質人有權請求質權人及時行使實現質權之權利，若質權人怠於行使權力而致使該出質物價值下降，質權人應當就減少的損失部分承擔損害賠償責任。

#### (二) 出質人之義務

至於出質人應當履行的義務，包括下列兩者：

1. 告知義務：即將該權利之存續及使用狀態告知質權人。
2. 將出質期間所收益提前清償債務或者向第三人提存之義務。

## 伍、我國在孤兒著作及著作權設質之推動與配套

現行文創法第23條有關「著作財產權設質登記」及第24條有關「孤兒著作」之規定，意在促進文化創意產業利用著作更多元化及產生之著作財產權可設質融資，以增加著作利用之空間及保障交易安全。

### 一、孤兒著作方面

在孤兒著作修法立法過程中最受爭議者，為如何證明利用人已盡一切努力找尋著作權人，及著作專責機關許可授權利用時如何決定其使用報酬，此一難題在智慧

局制定相關子法配套時，的確費盡思量，最後提出以下之判斷參酌因素：

#### (一) 如何判斷「已盡一切努力」：

智慧局在參考諸多外國立法例，即指出加拿大係由該國之著作權委員會以建議方式指導利用人為周詳之搜尋，其方式可先由著作權集體管理團體著手，並透過其他管道（例如網路、出版商、圖書館、博物館及教育機構等）搜尋之；日本則是依據其文化廳公告之「著作物利用裁定申請指南」，分別就「知悉著作權人姓名」及「不知著作權人姓名」兩種情形提供不同之搜尋方式，此外，利用人亦得向「社團法人著作權資訊中心」之「著作權人搜尋窗口」付費登載搜尋廣告；韓國係依據其總統令中規定「相當努力」之認定標準，要求利用人應將查詢之著作財產權者之姓名或名稱、地址或住所等相關資料寄送著作權信託管理業者，於該業者回函表示無法得知或寄達1個月以上未回函，且於全國發刊之報紙或文化觀光部情報通訊網公告超過10日以上，即可認定已盡相當之努力。

智慧局爰參上述可資採行作法，完成制定「著作財產權人不明著作利用之許可授權及使用報酬辦法」<sup>28</sup>（下稱辦法），要求利用人至少要完成下列程序始得提出孤兒著作許可授權利用之申請：即（1）向相關著作權人團體或其他機構查詢原著作之著作財產權人之姓名或名稱、住所或居所及相關訊息，經該團體或機構回覆無法得知所欲查詢之內容，或自其接獲查詢文件日起經過三十日無回覆。及（2）已登載新聞紙或以其他適當方式公開尋找著作財產權人或相關訊息，自登載或以其他適當方式公開<sup>29</sup>日起

28 中華民國99年9月24日經濟部經智字第09904605970號令訂定發布。



經過三十日無回應。

## (二)如何決定「使用報酬」？

有關使用報酬之決定，涉及著作之類型及使用型態，欲訂出一套統一的標準，事實上幾乎不可能，而應依據個案作出符合該事實之判斷結果。智慧局乃規劃將先請申請人提出使用報酬計算之說明，包括市場上已利用其他同類著作所支付之報酬、欲利用著作之利用範圍、利用人就其文化創意產品交易時預定收取之對價、欲利用著作之利用次數、期間、欲利用著作於申請人所欲製作之文化創意產品中所占之比例、申請人就其所欲製作之文化創意產品已支付其他著作權人之使用報酬等<sup>30</sup>。此外，該局亦將透過管道洽詢國內各著作權人團體及相關利用人之意見，必要時並徵詢著作權審議及調解委員會之意見後，綜合上述意見於具體個案中作最佳判斷。依辦法規定在許可授權利用人使用他人孤兒著作時，須同時核定應付確定金額的報酬，利用人亦應於繳付報酬金額後方得利用該著作。

## 二、著作權設質方面

### (一)智權融資之推展及運作

對於許多知識經濟下的新興產業（如文化創意產業、數位內容產業）而言，創新與創意是其擁有的最大資產。然而，當這些企業向銀行貸款融資時，則必須面臨現實的問題。傳統的產業在向銀行貸款時，有土地、廠房等有形資產做為貸款的抵押擔保，而知識智慧財產權在融資中設質擔保

的功能，幫助知識或創意密集的廠商能從銀行籌得所需資金，是目前推動知識經濟的一項必須突破的難題。

就著作權之設質，則在實務上面臨更大之挑戰。目前關於著作權設質規定於著作權法第39條，其僅規定著作權設質後之行使問題。由於目前我國著作權採創作保護主義，著作一經完成，著作權人即取得著作權，著作權權利本身並不需經過登記與公示。而著作權質權之設定依目前著作權法之規定，亦無須經過登記與公示。因此在實務上，於著作權設質時，如何確定著作權人與質權之設定經常造成困擾。

### (二)我國在著作權設質可能之困境

上述條文固然可發揮活絡文化創意產業融資管道之具體效益，但著作財產權之設質，在所有著作與各種利用，都同樣會面臨，也都必須處理，如今在文創法中規範，並僅適用於「以文化創意產業產生之著作財產權為標的之質權」，問題是如何界定「以文化創意產業產生之著作財產權」？誰來界定？發生爭執時，誰來作最後的裁決？同樣是著作，同樣要利用，為何其他的著作或利用不適用，只獨厚文化創意產業？文建會自始都僅是被交付將「數位內容產業發條例草案」內容移列至「文化創意產業發展法草案」之任務，對「數位內容產業發條例草案」先前之討論背景並不瞭解，未來也不可能知悉該如何適用此條文與進行法令解釋。至於著

29 依著作財產權人不明著作利用之許可授權及使用報酬辦法第3條第4項之規定，所謂登載或以其他適當方式公開，應記載下列各款：

- 一、申請人姓名或名稱、出生或設立年、月、日、住所或居所；申請人為法人者，其代表人之姓名。
- 二、查詢著作之種類、名稱、內容及其著作財產權人、著作人姓名或名稱。但不知被利用著作之著作財產權人、著作人姓名或名稱者，不在此限。
- 三、已查詢之相關著作權人團體及其他機構之名稱、住所或居所及查詢日期。

30 參見上開辦法第3條第2項所列第1至6款。



作權專責機關的經濟部智慧財產局，不知有無機會就文創法進行著作權法令解釋，以釋國人之疑？

我國對著作權之保護雖然和美國相同採創作保護制度，不同的是，我國已廢止原有登記制度。而美國卻對登記制度加以鼓勵，促成其著作權設質融資的便利性，進而降低貸款徵信成本，有利融資。另外，美國其智財評價模式也因其自由市場機制誘因下，擁有官方，民間鑑價機構，對人員認證，執業標準及估價資料庫的建立都趨成熟，唯對於單獨技術，專利融資，仍需透過信用保證機構或技術中介公證制度，加上風險利率的配套來進行。

智財的保護及評價，和促成融資的要件，成為文化創意產業關心的重點。雖然現行著作權法仍可適用於數位時代，但仍需因應調整。例如運用數位管理平台或加強法律及科技技術的保護機制等方向修正。在韓國，為鼓勵以技術為主的新創事業與中小型企業，政府推動的智慧財產權擔保融資模式。另外，配合編列國家輔導金及減稅或低利率優惠的方式鼓勵企業投資拍片，引進大企業的資金挹注。

### (三)對各項困境可能之解決方案

著作權登記制度應考慮全面回復，文創法甫修正之第23條必須部分回復87年廢止的著作權登記制度，當然也就引起各界要求重新檢討是否全面回復著作權登記制度的聲音<sup>31</sup>。

我國著作權法制自74年修法後，就遵循國際著作權法制之潮流，捨「註冊保護主義」，改採「創作保護主義」，使著作人自創作完成就享有著作權，不待作任何登記或註冊<sup>32</sup>，但74年以前的著作權註冊制度仍然保留，81年改為著作權登記制度，直到87年才全部廢止登記制度。依據這一連串的法制變動，自74年以後的著作權註冊制度，到87年全部廢止的著作權登記制度為止，都已不是著作權取得的要件，而僅是存證的方法之一。不過，在此一時期，著作財產權之讓與、專屬授權或處分之限制，以及以著作財產權為標的物之質權之設定、讓與、變更、消滅或處分之限制，非經登記，不得對抗第三人。但因混同、著作財產權或擔保債權之消滅而質權消滅者，不在此限。

87年廢止著作權登記制度的理由，依立法理由所載，以節省主管機關行政人力及破除普遍存在的「有登記始有權利；未登記即無權利」之誤解為主，認為於遇有著作權侵害時，應由權利人舉證證明享有權利及被侵害之事實，向司法機關請求救濟，並特別指出，著作權法第13條的著作權標示之權利推定規定，以及第81條所建立的著作權仲介團體制度，可以取代原有的著作權登記制度<sup>33</sup>。

本次草案要回復著作權設質登記，其目的在建立權利質權設定的「公示效果」，以利銀行的貸款<sup>34</sup>。

31 資策會科技法律中心2005年數位內容產業融資擔保法制研究成果報告即建議，政府宜全面恢復著作權登記制度，且採完全效力，建立智慧財產權公示制度，讓各界有所了解、並予以查詢。參見[http://www.pinecone.com.tw/News/news\\_more.asp?newsid=3673&newsclass=2](http://www.pinecone.com.tw/News/news_more.asp?newsid=3673&newsclass=2)（最後瀏覽日期：2010.12.03）。

32 著作權法第10條前段規定：「著作人於著作完成時享有著作權。」

33 該次修正理由參見經濟部智慧財產局網站網頁：

[http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright\\_law/%A4K%A4Q%A4C%A6%7E%B5%DB%A7@%C5v%AAk%B7s%C2%C2%B1%F8%A4%E5%B9%EF%B7%D3%AA%ED.doc](http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright_law/%A4K%A4Q%A4C%A6%7E%B5%DB%A7@%C5v%AAk%B7s%C2%C2%B1%F8%A4%E5%B9%EF%B7%D3%AA%ED.doc)（最後瀏覽日期：2011.07.10）。

34 參見資策會科技法律中心李婉萍法律研究員所撰，「【真相之眼】美國著作權法對著作權設質之規定介紹」<http://www.digitalcontent.org.tw/e/temp/940427/iii.htm>（最後瀏覽日期：2011.07.10）。



如果這個說法成立，其他涉及金錢的交易活動，包括著作財產權讓與、專屬授權或處分之限制，會發生權利變動的行為，更有「公示」之必要，不能只獨厚銀行，而不管其他可能的當事人。事實上，自87年修法刪除著作權登記制度後，著作權仲介團體並未建立健全的著作權人名錄，著作權法第13條的著作權標示之權利推定規定，也無法完全取代登記制度，許多利用人仍然面臨不知誰是著作權利人的窘境，多有回復著作權登記制度的呼籲。值得注意的是，在與我國著作權法系相近的日本<sup>35</sup>、韓國<sup>36</sup>及德國<sup>37</sup>，其著作權法始終維持著作權登記制度，可見此一制度自有其存在的價值<sup>38</sup>。

不管是要全面回復著作權登記制度，還是僅回復著作權設質登記，接下來的問題是，此一登記制度是要採「對抗要件」，還是「生效要件」？在採「對抗要件」時，非經登記，其設質仍有效，但不得對抗第三人；若採「生效要件」，則非經登記，不生設質效力。如前所述，著作權設質登記，其目的在建立權利質權設定的「公示效果」，避免因權利狀態不明，增加交易難度。在發生權利絕對變動的著作財產權讓與行為，都還只是約定完成就生效力，甚至不待書面要式行為的情況下，自然沒有必要提升權利擔保質權的條件，要求必須以登記為生效要件，更何況在舊法時期，著作財產權之質權原本就是採

「對抗要件」，執行以來也無困難，實無必要採「生效要件」。

另外要思考的是負責著作權設質登記制度的，是要由著作權專責機關辦理，還是可以委外辦理？本草案之設計係以由著作權主管機關受理登記為原則，必要時得委託民間辦理。此要視未來設質登記之申請數量而定。根據日、韓的實際經驗，以及我國舊法時期的受理案件數字，著作財產權設質登記，每年最多不過一、二十件，基於人民之信賴，以及委外的成本計算，由著作權法主管機關，或其指定的著作權專責機關受理登記申請，應該是較為妥適。

其實，縱使是全面回復著作權登記制度，只要在登記制度的設計上採取完全申報登記，純依權利人或利害關係人的申請與陳報作登記及註記，不作任何實質審核，消除了審查及爭議處理程序，就可以大大降低行政成本，對主管機關並不會造成太大負擔，反而可以增加國庫收入，不必因為舊法時期制度執行細節的不經濟作法，完全否定登記制度在產業界的價值。

## 陸、結論與建議

### 一、結論

孤兒著作議題在我國發展數位內容產業時，為使業者能充分活化其創作內容即被認真討論過，雖各種時空因素孤兒著作利用合法化過程最終是在文化創意產業發

35 日本著作權法第75條至第78條之1。

36 韓國著作權法第51條至第53條。

37 德國著作權法第66條及第138條。

38 羅明通教授多次呼籲應恢復著作權登記制度，氏謂：「從我所接觸之反應所得資訊，我要呼籲智慧財產局適度恢復著作權登記制度，尤其在著作權轉讓及專屬授權登記部分，且不要祇形式審查。」參見經濟部智慧財產局88年6月23日著作權法修正諮詢委員會第七次諮詢會議紀錄[http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright\\_news/copyright\\_changelaw\\_24.asp](http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright_news/copyright_changelaw_24.asp)（最後瀏覽日期：2011.07.10）。



展法中具體呈現，且著作專責機關智慧財產局亦劍及履及制定公布相關辦法可供外界依循，但考其作法是仿加拿大的立法例以「當事人申請（仍以盡勤勉尋找義務為前提）+權威機關批准+預付使用費」為強制授權之許可模式；但因鑒於著作權之文化性格較豐潤，且不若專利權有強烈的排他性，對於在權利上睡覺的權利人是否有採取保護相當周到之必要，故如採美國曾有對孤兒著作建議之保護模式，即：「勤勉尋找+自由使用+事後補償」的原則，似較能符合著作權法立法目的，不單在保護著作人之權益，且更重要的要調和社會公益及促進文化發展，以提昇全民及人類的福祉。

換言之，在利用人利用孤兒著作的過程中，只要能依照法定規則和機制，對相關作品的權利人盡到勤勉尋找之義務，並經公示等程序之後，即可自由利用該作品，無須事前提提交算繁複的預定報酬金；只有在權利人復出並主張權利時，雙方可以依照法定程序達成著作利用與報酬支付之協議即可。更有進者，如果根本就沒有權利人復出並主張權利，就讓該孤兒著作成為真正的無主作品，進入公共領域貢獻為人類全體之資產，此亦不失為我國在實施現制發現未能達當初立法目的後之另一選擇。

另著作權質權在性質上被界定為準物權，在物權公示原則之下，自有公示之必要。依我國民法物權篇之規定，動產以交付占有、不動產以踐行登記做為公示的個別呈現。著作權屬權利之一種，如何依一定公示方法而設定質權？著作權的客體不具有物質形態，不占有一定的空間，人們對它的占有不是一種實在而具體的持有，而是表現為對某種知識、經驗的認識與感受。因此，權利人並不發生有形控制的占有，這種占有僅僅是一定虛擬占有而非實際控制。準此以解，對於無證券表彰的著作權，即使日後有著作權證書亦不能依證

書之交付占有來做為設定質權之公示。由此可見，公示著作權質權僅能依登記而完成。

## 二、建議

此次孤兒著作利用之解套固係因應文創產業須有大量素材支撐之需求，而有相關之法條及配套之做法，但孤兒著作利用滋生困擾之議題由來已久且範圍甚廣，是否僅因在文創法內規定而僅能獨厚文創業者，實非無疑；故建議經濟部做為著作權之主管機關，應邀集文建會、新聞局、教育部等相關機關擴大該機制之適用，嘉惠全體利用人，方稱公允。

另在著作財產權設質議題方面，著作權設質對於設質權利之管理則是實務上非常重要的課題，蓋智慧財產權是技術性很高的權利，在設質後除當事人之間權利須加以釐清之外，對於設質之財產權如何有效管理，以維持該智財權之價值，保障權利人之權利與貸款銀行之債權，可說是無形資產設質體系中最重要之核心焦點。就此，於我國相關法令中並無更進一步的規定。是否引進國外之技術託管（Technology Escrow），或是靈活運用信託之機制，均是我國未來立法或修法時可以思考的方向。

另對於文創法第23條之法條中，亦有語意不明或方式不當之處，似宜由相關機關予以導正或採取下列適當之作法，建議如下：

- (一)「著作權」又區分為「著作財產權」與「著作人格權」，「著作人格權」依著作權法第21條規定，「專屬於著作人本身，不得讓與或繼承」，設定質權之客體為「著作財產權」，而非「著作權」。
- (二)除了以著作財產權為標的之質權設定，其設定後的讓與、變更、消滅或處分之限制，亦有登記之必要，應併予規定。



(三)受理質權登記者，應限於「著作權專責機關」，而非「著作權主管機關」，前者指「經濟部智慧財產局」，後者指「經濟部」。事實上「經濟部」並非「著作權主管機關」，而是「『著作權法』主管機關」。受理質權登記業務，應由經濟部智慧財產局辦理，至於相關登記與查閱辦法，則應由經濟部定之。

(四)質權登記宜由「著作權專責機關」辦理，不宜委外，縱使立法政策上要委外，也不必明定「依政府採購法及其他相關法律之規定」，參考行政程序法第16條第1項規定，直接明定為「著作權專責機關得將第1項及第2項之業務委託民間團體辦理。」又行政機關法定權限之落實，在機關為「執行」，在受託之民間團體為「辦理」<sup>39</sup>。

### 三、後續研究

造成孤兒著作散見四處之原因不一，但與登記制度之存廢有絕對必然之關係，在考慮恢復登記機制又能符合國際創作保護主義的前提下，如何減少孤兒著作而令文創界能循正常管道利用著作，自屬日後可仔細著墨之前瞻議題。

另著作權質權設定，何種權利範圍得納入規範以及設質之次數及登記制度方式、其救濟方式以及登記、公告及證書之交付彼此間之關係，均待深入探討，故本文建議之後續研究至少包括：

- (一)鄰接權是否可以出質？<sup>40</sup>
- (二)著作權可否重複出質？

(三)是否有必要增設登記異議制度？

(四)著作權出質登記、著作權登記證書之交付、著作權質權登記公告之間的關係如何？以上四者均可提供對此議題有興趣之學者專家繼續鑽研，以使我國以著作財產權進行融資更便捷、更安全。

39 章忠信，「數位內容產業發展條例草案」有關著作權規範之檢討，科技法律評論第三卷第一期（95年4月），<http://www.copyrightnote.org/paper/pa0038.doc>（最後瀏覽日期：2011.07.10）。

40 對此問題即有大陸學者持否定之看法，其看法略以：根據中國物權法第223條第5項之規定，債務人或第三人對有權處分「可供轉讓的註冊商標專用權、專利權、著作權等知識產權中的財產權」可以出質。{鄰接權}是否屬於該項所稱之著作權或知識產權？對此問題的不同回答，將決定鄰接權是否可在融資擔保中做為標的物採用。中國物權法第223條第7項規定：「法律、行政法規規定可以出質的其他財產權利」可以出質，在我國《著作權法》並未明定鄰接權可以出質的情況下，如其在解釋上不屬於第5項著作權或知識產權，依物權法定主義，鄰接權即不能用質出質。有學者即認為，由於鄰接權的權利主體都具有特定的資格和條件，不具備這些資格和條件的權利主體不能享有或行使這些權利，並且鄰接權的行使還要受著作權人的制約，具有極強的人格權特點，因缺乏讓與性，故不能成為質權標的用於質押擔保。參見高聖平，著作權出質登記制度若干問題，法學2010年第6期，第76頁至第83頁。