

## *Free Culture*

(Lawrence Lessig, New York, NY: The Penguin Press, 2004)

王敏銓\*

美國憲法第 1 條第 8 項第 8 款說：「為促進科學及有用技藝的進步，（國會）得對著作人及發明人，對於他們的寫作或發現，而給予有限期間的排他權利」。<sup>1</sup>——此條款慣稱為專利與著作權條款（the Patent and Copyright Clause），但卻被雷席格（Lawrence Lessig）稱為「進步條款」（Progress Clause），以強調這個條款的「促進……進步」的宗旨。<sup>2</sup>這個憲法條款是一個熟悉的開始，美國有許多智慧財產權的判決都從這裡開始，但同一個開始卻可以導出不同的故事。<sup>3</sup>

也許我們的故事可以從這裡開始：在 *Stanford Lawyer* 某期刊載了該校兩位著名教授的差別：高史汀（Paul Goldstein）與雷席格。<sup>4</sup> 這篇文章有趣地對照了史丹福法學院的教師研究室——在一層樓之隔，分布了兩個陣營的重要角色。著名的著作權法權威高史汀，在 *Eldred v. Ashcroft* 案，擔任政府

---

\* 交通大學科技法律研究所助理教授。

關鍵字：雷席格、自由文化、Eldred 案、著作權期間延長法、數位千禧年著作權法  
Lawrence Lessig, *Free Culture*, *Eldred v. Ashcroft*, the Copyright Term Extension Act (CTEA), the Digital Millennium Copyright Act (DMCA).

<sup>1</sup> U.S. CONST. art 1, § 8, cl. 8: "To promote the Progress of Science and the useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries."

<sup>2</sup> LAWRENCE LESSIG, *FREE CULTURE* 131 (2004).

<sup>3</sup> 例如，可比較雷席格，同上註，與 *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186, 199 (2003)（Ginsburg 大法官對專利著作權條款的解釋）

<sup>4</sup> Jonathan Weber, *Copyright or Copywrong?*, *STANFORD LAWYER*, Fall 2002, at 22.

的一方的諮詢；在高史汀的頭頂上（三樓），則是雷席格的辦公室，兼另一邊陣營的大本營。著作權法在這幾年來已經由一個技術性的法律轉為意識型態紛爭的戰場，一個法學院裡就可以有意識型態光譜的兩端。

雷席格的新著「自由文化」也許可類比於麥金儂（Catharine MacKinnon）在一九九三年出版的 *Only Words*<sup>5</sup>——在遭受法庭上的失敗後，轉而向學術著作以重新申張自己的立場。在某個意義上，雷席格在本書中說明 *Eldred* 案為何失敗——以他自己的話說，一個應該贏的案件沒有贏；<sup>6</sup>但更積極的意義，在為他的立場重新找尋一個立足點，一個不會被認為激進的，有可能獲得各方廣為支持的立場，這是新提出的著作權激進主義與中道的區別。由於我覺得這本書可以當成雷席格對於 *Eldred* 案的省思，敘述他在上訴最高法院的上訴狀及辯論中應講而沒講的論點。因而，我所建議的閱讀這本書的方法，是從後面的“*Eldred*”部分開始（第十三及十四章），從這裡來理解雷席格寫作這本書的動機。

## 1. 從 *Eldred* 案到自由文化

### 1.1 實害在哪裡？

雷席格的新著與他一手塑造的憲法案件——*Eldred v. Ashcroft*——有直接的關係。*Eldred* 案是關於美國國會在 1998 年所立的著作權期間延長法（the Copyright Term Extension Act; CTEA）的合憲性問題。這個法案把現有的著作權期間再加二十年，直接的結果是，在 2019 年之前，不會有任何著

<sup>5</sup> CATHARINE A. MACKINNON, *ONLY WORDS* (1993, 1996).

<sup>6</sup> 亦參見 Lawrence Lessig, *How I Lost the Big One: When Eric Eldred's Crusade to Save the Public Domain Reached the Supreme Court, It Needed the Help of a Lawyer, Not a Scholar*, 2004-APR LEGAL AFF. 57. 許多人會覺得雷席格太過苛責自己。例如，Landes 與 Posner，從公共選擇理論的觀點，認為著作權期間延長法得到如此結果，本來就是可以預測的。WILLIAM M. LANDES & RICHARD A. POSNER, *THE POLITICAL ECONOMY OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW* 14-16 (2004).

作進入公共領域。<sup>7</sup>

Eric Eldred 是一個業餘的網路出版者，他的嗜好是在網路上刊載已經在公共領域中的著作。Eldred 決定挑戰著作權期間延長法，而雷席格決定為他提起訴訟。這個訴訟在 1999 年提起，以違反美國憲法的專利與著作權條款及第一修正案為由，來挑戰著作權期間延長法的合憲性。美國最高法院在 2003 年初判決，肯定這項法律的合憲性。

在這本書中，雷席格提供了他自己作為 *Eldred* 案策劃者的第一人稱觀點。對於 *Eldred* 案的辯論，雷席格所設定的策略是迎合五位保守派法官的觀點。在分析最高法院法官的投票趨向之後，雷席格認定勝訴的可能性在於說服保守派法官，使他們相信 *Eldred* 案與另一系列前案——包括 *U.S. v. Lopez* 與 *U.S. v. Morrison*<sup>8</sup>——相同，都是關於國會權力應該有所限制的案件。當時雷席格相信，必須強調 *Eldred* 與 *Lopez* 等案的近似性，讓保守派的大法官相信應被他們自己先前建立的原則所拘束，而必須作憲法的「忠實詮釋」。

在準備最高法院辯論的過程中，Jones Day 的律師 Don Ayer，曾經以其在最高法院的訴訟經驗勸告雷席格：「必須要使最高法院看到實害，否則對一個政府聲稱已持續兩百年的實務，大法官們不會願意改變它。你必須要使他們看到實害，要激情地使他們看到實害。」雷席格不管這個勸告，認為這種看法是過度強調最高法院的政治，而非法治。雷席格作為一個憲法學者，相信法院是在做「正確」的事，相信他自己的「忠實詮釋」理論。<sup>9</sup>

當雷席格在最高法院的辯論中，當甘迺迪大法官問，對於在 1976 年立法之後（亦延長既有著作的期間），是否有著作權在阻礙科學及有用技藝進步的實證證據，雷席格的回答是：違反著作權條款的主張，不必依賴於損害

<sup>7</sup> *Supra* note 2, at 214.

<sup>8</sup> *U.S. v. Lopez*, 115 S.Ct. 1624 (1995); *U.S. v. Morrison*, 120 S.Ct. 1740 (2000).

<sup>9</sup> *Supra* note 2, at 237.

進步的實證證據，而是因為著作權條款有「結構性的限制」。<sup>10</sup>一直到雷席格看到最高法院判決的那時，他才瞭解他對於美國最高法院法官的「忠實詮釋」的信念是錯的。*Eldred* 判決完全沒有處理 *Lopez* 等案件的原則——美國最高法院協調 *Eldred* 案與 *Lopez* 案的方法，是根本不提 *Lopez*。<sup>11</sup>

在某方面說來，「自由文化」一書很像麥金儂的 *Only Words* 一書。麥金儂提倡女性主義的反色情運動，在遭受到法庭上的挫敗之後，麥金儂以此書在學術上重申她的主張。雷席格與麥金儂的第一重近似，是「自由文化」這本書可以看作是雷席格的訴狀或法庭辯論的延伸——他所應該強調但卻加以忽視的論點，所應該講但沒有講的話。他對他的聽眾解釋甘迺迪大法官所問的那個問題：實害在哪裡？

這本書的主旨可以簡化成這樣：所謂的「迪士尼創意」（Disney creativity），因為現在的極端化的著作權法，而被損害，這個損害是對自由文化的損害。矯正對自由文化的損害的方法，是摒棄著作權的極端化，而採行著作權的「中道」。這一節的下半部分簡述「自由文化」這一本書的主旨；在下一節將處理著作權的極端化與中道的議題。

## 1.2 著作權的轉變

在這一節中，我先簡略敘述「自由文化」一書的主旨。這本書的核心部分，可以分成三個主題：「迪士尼創意」的闡述、著作權的轉變、與著作權的轉變所造成的實害。

### 1.2.1 迪士尼創意

雷席格不是一個典型的著作權法學者，或者，他根本不是一個著作權法學者，所以雷席格能夠把著作權法學者視為老生常談，從來沒有認真對待的概念——著作是基於前人的著作——予以嚴肅地對待。雷席格把這個概念

---

<sup>10</sup> *Id.* at 237.

<sup>11</sup> *Id.* at 242.

稱為「迪士尼創意」。迪士尼創意是指在先前的著作上增加新的元素，在以前的基礎上創造新的著作。<sup>12</sup>一個自由的文化，是給予迪士尼創意很多空間的文化；一個不自由的——或「允許」的文化（*permission culture*）——是給予這種創意很少空間的文化。雷席格的主要控訴，是現在的文化已經從自由文化向允許文化轉變，而其原因，是因為像迪士尼這樣的「恐龍」所推動的法律改變。

「迪士尼創意」這個名稱，有其反諷的存在，畢竟迪士尼是雷席格所攻詰的「恐龍」之一。迪士尼是著作權期間延長法的最主要推手。<sup>13</sup>迪士尼創意的反諷是，迪士尼曾經是法律不完全管制創意時的受益者；由於法律所允許的創造空間，使迪士尼得以鞏固、成長，而在迪士尼成長為「恐龍」之後，反過來指控其他創造者為海盜，而意圖以法律封閉他人發揮「迪士尼創意」的空間。如果要以現今娛樂產業所推動的「海盜」標準——未經允許，而使用他人創意財產的價值——則雷席格諷刺地說，現今這些娛樂產業——電影業、唱片業、廣播、有線電視，每一個都是過去的海盜行為的受益者。<sup>14</sup>

### 1.2.2 著作權的轉變

然而又有管制迪士尼創意的法律。雷席格的重點之一，是迪士尼創意在過去是可能的，但在今日是被封殺的。在這期間，是著作權的改變。著作權是恆常在改變的。著作權改變的五個層面為：

期間（*duration*）：著作權期間的歷史，是一個期間不斷延長的歷史，看起來像著作權法學者雅齊（*Peter Jaszi*）所說，是永久的著作權體系，以分期付款的方式來給予。<sup>15</sup>雷席格對於著作權的期間與形式要件

---

<sup>12</sup> *Id.* at 23-24.

<sup>13</sup> LANDES & POSNER, *supra* note 6, at 16.

<sup>14</sup> *Supra* note 2, at 53-61.

<sup>15</sup> Lawrence Lessig, *The Creative Commons*, 65 MONT. L. REV. 1, 5 (2004).

(formalities) 的看法，異於以伯恩公約為代表的歐陸傳統——也就是視形式要件為作者自然權利之障礙。雷席格認為著作權法中的形式要件要求，比自動給予著作權人最長期間有道理，盛讚著作權期間更新 (renewal) 的設計為「合理的體系」(a sensible system)。<sup>16</sup>雷席格哀歎 1976 年著作權法取銷更新制度：取銷更新的要求，意謂著作權人會自動被給予最長的著作權期間；若再加上國會一直不斷延長著作權期間，這對公共領域造成傷害——著作進入公共領域的時間一再被延遲。基於國會一再延長著作權期間的慣行，著作是否終究會進入公共領域，成為無法保證的不確定的事。<sup>17</sup>

範圍 (scope)：所謂「範圍」，雷席格指著作權管制的客體，以及著作權所賦予的專有權利。縱觀歷史，著作權的範圍已有劇烈改變。<sup>18</sup>不僅著作權的範圍擴張，著作權的專有權利種類也隨之多樣化。<sup>19</sup>與雷席格的目的最有關的，是著作權法創設了改作權——換言之，著作權所控制的，不僅是著作人自己的著作，而且還及於「彼此著作所啟發的大部分著作」<sup>20</sup>。與此同時的，是給予專有權利前提的形式要件被取銷，這些形式要件被雷席格視為有道理、合理 (sensible) 的設計<sup>21</sup>——這可能是雷席格與著作權法學者最大的歧見之一。在這裡雷席格並沒有主張這些被廢除的形式要件應被恢復，

<sup>16</sup> *Supra* note 2, at 135.

<sup>17</sup> *Supra* note 2, at 133-35.

<sup>18</sup> 參見 LANDES & POSNER, *supra* note 6, at 2 (著作權法是近年來變動最大的智慧財產權法)。

<sup>19</sup> *Supra* note 2, at 137-39 [美國著作權法，從最初只管制出版商，演變到今天管制「任何有電腦的人」(anyone with a computer)]。

<sup>20</sup> *Id.* at 138 (“The copyright [...] is now not just an exclusive right to your writings, but an exclusive right to your writings and a large portion of the writings inspired by them”).

<sup>21</sup> *Id.* at 137 (認為著作之註冊制度為有道理的設計；著作權標記、著作存放之要求，同樣也是有道理的設計)；雷席格自己甚至還提倡一種新的註冊制度，*id.* at 248-52 (無形式要件的著作權法，會對創意產生負擔；所以雷席格提倡一種以一美元為費用的註冊及期間更新制度)。

也不是主張改作權不應存在；<sup>22</sup>在這裡他的主張是相當狹窄的，只是要「闡明目前的擴張，（相較於著作權法）最初所給的權利，是一個顯著的改變」。<sup>23</sup>

管制所及（reach）：所謂「管制所及」，雷席格指由著作權所管制的利用種類，在這裡雷席格所要描述的，是著作權法的管制力量在網際網路上的延伸。在真實世界裡，由於大部分的利用都不涉及重製，因此不在著作權的管制所及之內。相對的，在網際網路之上，由於網路本身設計的架構，使每一個利用行為都成為重製，每一個利用行為都會推定受到著作權法的管制。因而，在真實空間裡的不受使用的管制，在網路上完全消失。這個改變對合理使用原則造成重大的負擔——在真實世界，合理使用原則只須正當化少部分的利用行為，因為大部分的利用是不受管制的；在網路上，每一個未經允許的利用行為，都只能經由合理使用原則來試圖正當化，這已經超越合理使用原則原本設計的格局。在這裡，雷席格對著作權的現狀作了精闢的描述，但他在此的企圖是相當有限的，只是在描述實體建構（architecture）的改變，所造成的著作權的改變。<sup>24</sup>

執行（force）：在數位科技到來之前，法律是由人類——亦即法官——所執行。法官是「在法律的傳統上訓練出來的，知道這個傳統所擁護的平衡理念」。<sup>25</sup>人類執法的優點，是雖然極端主義偶然會出現，但整體而言，極端主義並不掌控法律或自由。但進入網路世界之後，法律逐漸成為被程式碼所執行，而程式碼並不知道什麼叫「平衡」。其結果是，程式碼對文

---

<sup>22</sup> 但雷席格提到，的確有學者，如 Jonathan Zittrain，主張不應保護改作權，Jonathan Zittrain, *The Copyright Cage*, LEGAL AFFAIRS (July/August 2003), at <[http://www.legalaffairs.org/issues/July-August-2003/feature\\_zittrain\\_julaug03.msp](http://www.legalaffairs.org/issues/July-August-2003/feature_zittrain_julaug03.msp)>

<sup>23</sup> *Supra* note 2, at 139.

<sup>24</sup> *Id.* at 147.

<sup>25</sup> *Id.*

化材料的使用控制，變成比法律原先所加的控制還要嚴格。<sup>26</sup>雷席格預測這會是著作權的未來——程式碼控制使用，而程式碼又被著作權人及其程式師所控制，而新的法律（例如 DMCA 的反規避條款）又用來執行任何程式碼所加的控制。結果是，程式碼所加的管制既沒有平衡，也沒有制衡。雷席格說：「這是著作權法的未來：不是著作權法，而是著作權碼」。<sup>27</sup>

集中化：雷席格認為，以上這些改變之所以重要，是因為有最後一項的改變——媒體的集中化。在過去二十年以來，媒體愈來愈集中化，一個重要的原因是管制規則的改變，其結果是「五家公司控制百分之八十五的媒體資源」。<sup>28</sup>媒體的集中化不僅是少數的集團控制多數的媒體，而且是控制內容的生產、生產的資金、播出與行銷。這一貫化控制的結果，是少數公司得以決定可以播出的觀點，使節目內容日益同質化，而獨立、批判的觀點被打壓。雷席格說：「這不是一個民主的環境」。<sup>29</sup>

### 1.2.3 三種實害

在以上雷席格描述了著作權環境的改變；但這本書更重要的問題是：這些改變產生了什麼實害？雷席格指出的實害有三種：限制內容創作者、限制技術革新者，以及腐化公民的精神。

#### (1) 限制創作者

現今的數位科技可以使迪士尼創意得到發揮及分享，這樣的創意的發揮及分享具有其民主的意義。數位科技所釋放的這個潛能，是前所未見的。但著作權管制的現狀——以其極高額度的處罰，以及模糊不清的責任範

<sup>26</sup> 例如，*Id.* at 148-53，以 Adobe e-book reader 為例。

<sup>27</sup> “This is the future of copyright law: not so much copyright law as copyright code.” *Id.* at 152.

<sup>28</sup> *Id.* at 162（引述參議員 John McCain 的談話）。

<sup>29</sup> *Id.* at 166.



圍，<sup>30</sup>對創意產生寒蟬效應。「其結果是……有很大部分的創意根本不能發揮，或者不能公開地發揮。我們把現代的迪士尼叫作『海盜』，藉此把創意過程趕入地下」。著作權的管制也使得「只有能付款者能創作」。<sup>31</sup>對於著作權法學者深信的合理使用提供「喘息空間」的說法，雷席格認為這正是法律人與現實脫節的地方。合理使用只意謂你「有權請律師，去防衛你創作的權利」。姑且不論合理使用是否成立的不確定性，成本的因素——如果創作者敗訴了，面臨的是天價的賠償、高額的律師費用，而勝訴的被告連一毛錢也拿不回來（只獲得勝訴判決一張紙）：這個制度的設計——模糊的責任範圍、模糊的抗辯、高額的責任——使得創作者自我鉗制；從創作者購買創作的人（出版商、影片經銷商、報紙、雜誌），為自保亦訂定鉗制創作的規則；雷席格說，這才是管制創作的「現實的法律」。簡而言之，「著作權使言論與創作噤聲」。對相信我們仍生活在自由文化中的人，「這得用上一些故意的盲目」。<sup>32</sup>

#### (2)限制技術革新者

同一個著作權管制——模糊責任、高額賠償、高額防禦成本——不只管制創意（創作者），也管制市場（市場參與者）。雷席格在這裡所說的，是與前作一貫的「恐龍主題」——恐龍利用對法律的影響力，來排除新起的革新者，以維護其支配的地位。「管制只使得今日有權力的產業，得以去除明日的競爭者而保護自己」<sup>33</sup>。與前面相同，這個後果來自模糊責任與高額賠償，使得革新者無法在恐龍不允許的地方革新。雷席格以 *MP3.com* 案為例，說明未經恐龍的許可而革新，會遭殃的，不只是技術革新者自己，而還包括其律師（膽敢建議著作權法不是如此限制性）及創業投資者（「投資於

---

<sup>30</sup> *Id.* at 185.

<sup>31</sup> *Id.* at 185-86.

<sup>32</sup> *Supra* note 2, at 187.

<sup>33</sup> *Id.* at 188.

恐龍不許可的生意，所冒的不只是市場的風險，還有法庭上的風險」)。<sup>34</sup>當法律如何適用於新的科技為不確定，而法律的不確定性伴隨的是嚴厲的處罰，結果便是創新能力被窒息而不敢發揮。

### (3) 腐化公民精神

著作權的過度管制腐化公民 (corrupting citizens)，因為它把一個公民的國家轉為一個罪犯的國家，即台灣的報章曾說的「全民入罪」。網際網路的檔案共享，加以著作權法對這種行為以刑事伺候，使得數千萬美國人民成為「重犯」(felons)。然而，一個民主國家的存立，必須要能夠叫它的人口為「公民」，而不是「重犯」。把人民集體變成罪犯的過程，會使人民喪失對法律的尊敬，同時也使人民的其他自由——例如隱私權——同時喪失。雷席格的建議是，我們應該考慮其他的財產權與立法模式，能夠使藝術家得到報償，但同時可避免這些嚴重後果。<sup>35</sup>

## 2. 語言遊戲的競爭

雷席格這本書有許多在前作已出現的觀點；這本書顯著的新貢獻，是雷席格努力反擊娛樂產業所提出的財產觀。雷席格用來代表娛樂產業的財產觀點的，是 MPAA 的前任主席維倫提 (Jack Valenti)。在這一節裡，我使用維根斯坦 (Ludwig Wittgenstein) 的思想，來討論雷席格與維倫提對於「智慧財產」的意義的爭議。<sup>36</sup>

<sup>34</sup> *Id.* at 189-91.

<sup>35</sup> *Id.* at 204.

<sup>36</sup> 本節中所使用的方法，主要涉及以下的著作：LUDWIG WITTGENSTEIN, *PHILOSOPHICAL INVESTIGATIONS* (G.E.M. Anscombe, trans., 3d ed. 1958) [hereinafter WITTGENSTEIN, *INVESTIGATIONS*]; Dennis Patterson, *Law's Pragmatism: Law as Practice & Narrative*, 76 VA. L. REV. 937 (1990); Margaret Jane Radin, *Reconsidering the Rule of Law*, 69 B.U.L. REV. 781 (1989); WITTGENSTEIN AND LEGAL THEORY (Dennis Patterson ed., 1992). 本文亦涉及關於維根斯坦的「遵守規則」的註釋，有「內在關係」與「社群共識」二說

維倫提是 MPAA 的第三任主席。雷席格稱他為「美國對於『創意財產』的頭號極端主義者」。維倫提主張「創意財產」(creative property)應與其他財產權等同，這個主張被雷席格稱為「這個辯論中最激進的主張」。為了呈現雙方的觀點，最好的方法是先抄錄維倫提怎麼說：

不論這個爭議有多長，不論雙方如何相互指控，不論喧嘩與叫囂，合理人會回到以下這個基本的議題，這是在整個辯論中的中心主題：創意財產權人應被給予相同的保護，如同這個國家裡的所有其他財產權人。這就是爭點。這就是問題。這是這整個聽證與辯論必須立基的基礎。<sup>37</sup>

## 2.1 雷席格與維倫提的語言遊戲

維倫提的「創意財產」(creative property)，是一個貼標籤的行為，但字的意義並不因為使用標籤(實指定義)即產生；叫一事物創意財產，並不就使它們為財產。實指定義(ostensive definition)能起作用，只有當在一先前建立的語言脈絡(linguistic framework)已經存在時。維倫提知道這個，這是所以為何他不只是貼上「創意財產」這個標籤，而是努力把它連接到已經存在的實務(語言脈絡)——訴諸於「合理人的通念」(common

---

的爭議，內在關係說為 Hacker 與 Baker 所主張，G.P. BAKER & P.M.S. HACKER, *SCEPTICISM, RULES AND LANGUAGE* (1984)；社群共識說以 Norman Malcolm 為首，NORMAN MALCOLM, *NOTHING IS HIDDEN* (1986)；關於此二說，可參閱 Craig Allen Nard, *Legitimacy and the Useful Arts*, 10 HARV. J.L. & TECH. 515, 530-32 (1997)；John V. Canfield, *The Community View*, THE PHILOSOPHICAL REV., Vol. 105, No. 4, 469 (Oct. 1996).

<sup>37</sup> *Supra* note 2, at 117 (citing House Recording of Copyrighted Words: Hearings on H.R. 4783, H.R. 4794, H.R. 4808, H.R. 5250, H.R. 5488, and H.R. 5705 (testimony of Jack Valenti)).

sense)、訴諸於保護財產的典範(我們假設以動產為典型)。

雷席格當然也意識到維倫提對傳統的指涉,我們可以推定雷席格意識到「命名」的力量不在命名本身,而在命名與脈絡的連接,而且雷席格的努力是在解除維倫提的「命名」與法律實踐的連接,至少,要防止維倫提的命名與法律實踐的連接成為社群的共識。我們應該特別注意到雷席格對於維倫提評語中的兩個主張:(1)維倫提的「觀點與我們『真正』的法律傳統,無合理的關聯」,「在歷史上,維倫提的主張是絕對錯的」;(2)「拒斥我們的歷史,是可怕的錯誤」。<sup>38</sup>

雷席格的主張使我們注意到兩件事情,首先,維倫提對「創意財產」的定義,指涉法律的「傳統」(更精確地講,應為法律的「實踐」);再者,雷席格反對維倫提對這個傳統的指涉——對於「我們的、真正的法律傳統,沒有合理的關聯」。所以以上雷席格的反應可以意譯成這樣:(1)維倫提對於法律「實踐」的指涉是錯的,因為法律的「實踐」並不是像維倫提所講的那樣;(2)雷席格對實踐的指涉是對的,而且這個實踐也不應該被改變。

正如同維倫提正在設計——或進行——一語言遊戲,雷席格也有他的語言遊戲,這是在「極端主義」與「智慧財產權的中間派」。當維倫提稱其代表的產業為「創意財產」(標籤),值得受到「所有其他財產權」的保護,雷席格做的,是選擇一系列的標籤,包括:「極端主義」、與「著作權中間派」,同時揚棄「著作左」的標籤。

為固定意義,雷席格也必須指涉既存的實踐,這也是為何雷席格在一本談網際網路對文化影響的書中,一再地談「傳統」。雷席格所指涉的實踐,以「自由文化」作為其簡稱。「這個傳統是我們生產文化的方式」——

<sup>38</sup> *Id.* at 118 (“[Valenti’s] view has *no reasonable* connection to our actual legal tradition.” “I have two purposes in this chapter. The first is to convince you that, historically, Valenti’s claim is absolutely wrong. The second is to convince you that it would be terribly wrong to reject our history.”)

「我們來自一個『自由文化』的傳統」。至於他如何界定「自由文化」的傳統？雷席格說：「那個傳統是我們生產文化的方式」、「我們來自一個自由文化的傳統」、「自由文化保護創作者與革新者，在一方面，以直接給予智慧財產權；在另一方面，以間接限制這些權利的範圍，以保證後來的創作者及革新者，能儘可能地免於過去的人的控制」。<sup>39</sup>在界定傳統時，雷席格顯然符合著作權法歷史中尊奉的平衡概念。他如果否認財產權，則這顯然無法契合著作權的歷史，對傳統的描述即不可信。

我們若用維根斯坦哲學來理解維倫提與雷席格的說法，可以了解他們都在運用各自的語言遊戲，創造字詞與行動間的連結。在這裡，就像維根斯坦的「五個紅蘋果」或「建築工」語言遊戲。維倫提的「創意財產」語言遊戲，是希望當講到「創意財產」時，他的聽眾（也許是我們所有的人）會去對應到保護幾近絕對的財產權的行動。雷席格的「著作權中間派」語言遊戲，是希望當講到「智慧財產權」時，我們所對應的行動，是有限地保護智慧財產權，保護智慧財產權必須與公眾的利益相平衡。我們所看到的，是兩個語言遊戲間的競爭，他們所競爭的，是希望他們所對應的行動能被實現。

但維倫提與雷席格聰明的地方，是他們都沒有停留在「實指定義」的階段。實指定義事實上並不會產生他們所意欲的效果。如前所述，任一字詞、句子都有多種解釋的可能性，因而，其意義是不確定的。要使字詞、句子產生對應某行動的效果，必須將它所使用的脈絡（實踐）確定下來，而這個確定脈絡（實踐）的過程，是一個訓練的過程。

這解釋了維倫提與雷席格都急於占領法律的過去——只有把脈絡確定下來，只有確定這個語言遊戲是由某特定的實踐來解釋它的意義，這個語言遊戲才能產生它意欲的行動。<sup>40</sup>而且，由於傳統是進入實踐的先決條件，要

<sup>39</sup> *Id.* at xiv.

<sup>40</sup> 維倫提與雷席格的例子，其實更顯示了「實踐」也是多樣性的。法律「實踐」的內涵是多樣性的，這使得相反的語言遊戲都可以援引法律實踐作為支持，當然這又回

進入實踐必須先接受傳統。所以誰定義傳統，誰就在固定意義上占有優勢。所以，傳統為「自由文化」或絕對的財產權（維倫提所謂的「其他財產權」，大部分在指涉動產），在這個辯論具有重要的地位。

## 2.2 脈絡與「智慧財產權」的意義

「智慧財產權」一詞的意義在變動，因為這個詞的脈絡在劇烈變動，數位環境是這個新的脈絡。哈特（H.L.A. Hart）與富勒（Lon Fuller）曾經爭執字詞是否有確定（settled）、核心（core）的意義。哈特認為字有核心、確定的意義，相對於字的不確定的、邊緣（penumbral）的意義。<sup>41</sup>富勒則認為應該由規則的目的來解釋規則。這二者顯然一者著重規則的形式（form），一者著重規則的實質（matter）。<sup>42</sup>派特森（Dennis Patterson）綜合二者的看法，認為形式的作用在畫定意義的界線，但實質——在富勒稱為「目的」，在派特森稱為“point”——則確定意義。<sup>43</sup>這也就是維根斯坦哲學中的「實踐」或「生活形式」的確定意義的功能。由於字詞與規則的意義是經由脈絡來確定，當脈絡發生劇烈的變動，意義也就隨之而不確定，這也就是目前發生在智慧財產權的情況。

意義固然是形式的函應，意義也是目的的函應：前者畫定意義的範圍，後者才真正確定意義。<sup>44</sup>「智慧財產權」一詞所提供的是形式的要素，

---

到 Duncan Kennedy 對於不確定性（indeterminacy）的看法。

<sup>41</sup> H.L.A. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, 71 HARV. L. REV. 593 (1958).

<sup>42</sup> Lon Fuller, *Fidelity to Law*, 71 HARV. L. REV. 630 (1958).

<sup>43</sup> Patterson, *supra* note 36, at 962 (Patterson: “What Hart fails to see, and Fuller sees all too well, is that settled meaning is settled because contexts of use are regular. Without settled contexts of use, there would be no such thing as core meaning.”)

<sup>44</sup> Patterson 主張 “the meaning of a legal rule is a function of the point or purpose of the rule.” Patterson 以契約法中的「約因」為例作說明：“The rule of consideration is unintelligible until one realizes that it is ‘grounded’ in a particular conception of contract

但「生活方式」或“point”才真正確定「智慧財產權」的意義。現在對「智慧財產權」爭議者的紛爭——如果我們以雷席格與維倫提二人為代表——表面上看起來是對形式的紛爭，爭論「智慧財產權」的意義；但更進一步看，可以發現他們是以進行對實質的爭議——即對「生活方式」或“point”的爭議，來進行對形式的爭議。雷席格與維倫提都在分別提供脈絡，試圖以各自的脈絡來固化「智慧財產權」的意義。雷席格所提供的是關於使用者或一般大眾的脈絡或「生活形式」；而維倫提所提供的是提供著作內容的大公司的脈絡或「生活形式」。正如同一般法律的適用是「從事解釋性的敘述，以說明實踐的歷史」<sup>45</sup>。雷席格與維倫提的論爭一樣是這種活動。法律的論證是「實踐的敘述性說明，所談的是如何繼續實踐」。雷席格及維倫提，二者都明瞭敘述歷史及繼續實踐的重要性。

訓練是正常反應的前提。雷席格與維倫提之爭，可以看成在競爭成為對「智慧財產權」正常反應。「正常」（normalcy），其實即固化的意義。而正常的反應來自訓練。派特森說：「沒有訓練，即無『正常』反應：訓練是正常性（normalcy）的具體化及起始處」。<sup>46</sup>Norman Malcolm 解釋維根斯坦所提到的「路標」：<sup>47</sup>何謂對路標的「正常反應」？對路標的正常（正確）反應，來自於訓練的過程。<sup>48</sup>那麼，何謂對「智慧財產權」的正常反應，亦可以來自於訓練。

娛樂產業「尋求」社群共識以固定意義的方法，除了經由贊助議員，使國會通過其所想要的立法之外，另一方面貫徹了維根斯坦的「訓練」，而

---

law—the bargain theory. It is only against the background of the bargain theory that we can make sense of the question of whether or not ‘X’ is consideration. The answer will be determinable only after we recognize the purpose of consideration and its role in contract law.” *Id.* at 965.

<sup>45</sup> *Id.* at 940.

<sup>46</sup> *Id.* at 948.

<sup>47</sup> WITTGENSTEIN, INVESTIGATIONS, *supra* note 36, §§ 198, 206.

<sup>48</sup> MALCOLM, *supra* note 36, at 172-73.

這是經由與娛樂產業結合為一體的媒體所達成。例如，在 HBO 與 Cinemax，在播完一部電影後，常常會有這樣的短片：短片內為一個偷車的畫面、接著一個偷皮包的畫面，接著一個偷電視機的畫面，接著一個在影碟商店順手牽羊的畫面，接著是一個像學生的使用者用電腦下載某個檔案的畫面；短片旁白說：“You would not steal a car. You would not steal a handbag. You wouldn’t steal a television. You wouldn’t steal a movie. Movie piracy is stealing. Movie piracy is against the law. Piracy. It’s a crime.” 這個是典型的維倫提式的語言遊戲，它所試圖建立的，是動產（汽車、碟片）與無體財產間的類比，從而達成剽竊無體財產即等同於偷竊動產的行動效果。觀眾想要看電影，就要常常被「訓練」。

### 2.3 詮釋社群的建構

雷席格對於 *Eldred* 案的態度，一直到美國最高法院作成判決之前，似乎仍然像 Baker 與 Hacker 所言的內在關係論，強調「規則——且只有規則本身——決定何者為正確」。<sup>49</sup>雷席格認為，法律的適用，依據「整全性」（integrity）的理想，<sup>50</sup>是內在決定的；規則（*Lopez* 與 *Morrison* 先例）與規則的適用（用於 *Eldred* 案的事實），是內在關聯的，只有規則本身能決定何者為「正確」適用。但在 *Eldred* 案判決之後，雷席格發現最高法院法官們根本不在乎「整全性」，他們協調 *Eldred* 案與 *Lopez* 等先例的方法，是根本不提 *Lopez* 案的原則。*Eldred* 案之後的雷席格，在態度上有了很大的轉變，這可以從「自由文化」一書的結論中看出來：

如果我們能夠從重塑共識（remaking common sense）的歷史得到什麼教訓，那就是它需要重塑許多人對於同一個議題的思考方式。這意謂運

<sup>49</sup> WITTGENSTEIN, INVESTIGATIONS, *supra* note 36, § 189.

<sup>50</sup> 關於整全性，可參閱 RONALD DWORKIN, LAW’S EMPIRE (1988)，特別是第六、七章；中譯本為李冠宜譯，法律帝國，時英出版社，2002 年。



動必須開始於街頭，必須徵召相當數目的父母、教師、圖書館員、創作者、作家、音樂家、電影工作者、科學家——所有人都以他們自己的話來講相同的故事，告訴他們的鄰居，為什麼這個戰鬥是重要的。一旦這個運動能夠在街頭產生效果，它就有希望在華盛頓產生效果。<sup>51</sup>

這已經不是在探索內在意義，而是在建立詮釋社群。換句話說，雷席格瞭解到，規則的意義必須先在社群確定。尋求社群的共識，其實是詮釋社群的塑造過程。這裡也顯示雷席格與麥金儂的第二個相似處。除了兩人都以學術著作來伸張其法庭上的失利，兩人都承認意識覺醒（consciousness raising）在他們的運動中，具有中心的重要性。雖然「意識覺醒」一詞是麥金儂著作的中心語彙，而雷席格從未使用此詞，但可以看得出來，雷席格最後所講的——「所有人都以他們自己的話來講相同的故事」，正是意識覺醒的理念。

雷席格的書中提到一個令他「特別沮喪」的評論，這是出自一個網路上的匿名信：

喬治，你誤解雷席格了。他說的只是世界應該是什麼樣子〔……〕，而不是世界真實的樣子。如果我們說的是世界真實的樣子，則波蘭德〔Lois Boland——USPTO 的國際關係代主任〕所說的並沒有任何錯。但在雷席格想要的世界裡，當然波蘭德是錯的。請永遠注意雷席格的世界與我們的世界的區別。<sup>52</sup>

雷席格沮喪的原因，是匿名信提醒它的讀者，要注意「雷席格的世界與我們的世界的區別」。亦即，它所說的是，雷席格的世界不是「真實的世

---

<sup>51</sup> *Supra* note 2, at 275.

<sup>52</sup> *Id.* at 267-68.

界」，而喬治·布希的世界才是。雷席格沮喪的原因是因為他被譏為「學院烏托邦主義」。雷席格的世界，也許是學院派，也許是烏托邦主義，但雷席格要我們以他的方式來看這個世界。這正是精英扮演啓蒙角色的地方——要我們以他看世界的方式來看世界。

維根斯坦說，不可能一個人私下遵守規則。Malcolm 的解釋是：單獨的個人不可能固定規則的意義。<sup>53</sup>上面那一段話只是說：雷席格的建立社群行動還未成功。即使雷席格的世界已經不是「私有語言」，但還沒有成為社群的「共同行動方式」（a common way of acting）的地步。<sup>54</sup>

正如同女性主義所呼籲的「姊姊妹妹站起來」，雷席格所呼籲的正是「網路公民站起來」。正因為以雷席格的方式來看世界是可能的，而且，至少在某些人身上，這樣的事情已經發生，所以雷席格能說：「在這個掙扎裡，有某些希望的時刻」、「如果這是瘋狂，那就讓瘋子更多吧，而且越快越好。」<sup>55</sup>現在的時代是一個晦暗不明的時代，悲觀與樂觀的訊息混合交陳。然而，通念必須反抗，通念已經反抗，通念必須繼續反抗——而問題正是，誰來帶領通念的反抗？

對雷席格而言，顯然這可能扮演領導角色的不是律師。在雷席格的書中，律師是一群令人咬牙切齒的惡棍。如果雷席格的書所說的是一個「黑暗的故事」，那至少有三分之一的黑暗是律師所貢獻的。然而，雷席格自己也是律師，雷席格「以製造律師為生」。<sup>56</sup>在此之間的矛盾如何協調？

### 3. 律師與詮釋社群的建立

雷席格所說的是一個悲觀的故事。雷席格自己承認：「我所說的是一

<sup>53</sup> MALCOLM, *supra* note 36, at 156.

<sup>54</sup> *Id.*

<sup>55</sup> *Supra* note 2, at 269.

<sup>56</sup> *Id.* at 304.

個黑暗的故事，但事實的訊息是較為混雜的」<sup>57</sup>。然而，這個悲觀是必要的嗎？

悲觀有很多原因，除了內容產業的強勢作為之外，美國的律師為虎作倀，利用著作權法以及律師業的制度性缺陷，來欺壓一般的升斗小民。然而，在一般的人民，通念則未覺醒。另外一個理由是著作權執法的「數位化」，使「允許文化」成為絕對，這種極端的著作權法壓縮合理使用著作的空間。

### 3.1 雷席格的悲觀主義及惡棍律師

在雷席格書中所描述的許多損害，並非僅由著作權本身造成，而是來自經營著作權的人——律師。雷席格的結論（這本書的總結論）是「開除很多律師」。他說：「告訴我管制文化為何是必要的，告訴我管制是好的。但在你能夠證明這兩者之前，叫你的律師離遠一點。」<sup>58</sup>

律師會造成損害的原因之一，是因為法律的使用是昂貴的，而得以使用法律的財力是不均分配的。雷席格說：「法律體系無法運作。或者更精確地說，除了對擁有很多資源的人以外，法律無法運作。」<sup>59</sup>著作權的法律之爭是不平等的，因為在許多案件，它是文化產業的集中權力對抗沒有資源的個人。結果往往取決於被告是否有財力，請好的律師加以答辯。<sup>60</sup>

在這裡，一個顯著的主題，是法律體系的成本扭曲了自由文化。<sup>61</sup>「只有付費者能創作」——在這裡「付費有兩種意思」，第一是付費給內容的提

<sup>57</sup> *Id.* at 271.

<sup>58</sup> *Id.* at 304, 306.

<sup>59</sup> *Id.* at 305.

<sup>60</sup> 這裡講的是美國法律制度的情況，雷席格的批評也是基於美國的法律制度。本文作者不認為台灣的法律制度必然是相同的情況。

<sup>61</sup> *Id.* at 305（「僅因法律體系的成本是如此高，使正義在實際上無法實現。這些成本在許多方面扭曲了自由文化」）。

供者；第二是付費給律師。雷席格說，這正是「允許文化」的特徵；在一個允許文化裡，想創作、想革新，必須「先打電話給律師。」<sup>62</sup>

雷席格在談「法律體系扭曲自由文化」時，是基於美國律師業現實的背景。他說：「我們的職業已經太屈從於客戶。在這個世界裡，有錢的客戶有強烈的觀點，而律師業不願意質疑或挑戰有錢客戶的強烈觀點，已經損傷了法律。」<sup>63</sup>

## 3.2 沒有必要的悲觀主義

然而，悲觀似乎是沒有必要的。這裡有兩個理由這麼說：雷席格自己提供一個理由；我則提供另一個理由。這兩個理由到最後似乎合流，關鍵正在於意識覺醒與詮釋社群的建立。

### 3.2.1 雷席格的理由——通念的起義

即使雷席格認為，目前通念（common sense）仍在沈睡中。通念沒有揭竿而起（或者不知道要揭竿而起），絕對財產權的極端主義仍然支配智慧財產權的論述。<sup>64</sup>

然而，通念的確已揭竿而起。這個揭竿而起起自於雷席格所附和、代言，甚至領導的運動。在千禧年的前 5 年，著作權法的論述並沒有沿著數位千禧年著作權法所構想的方向行進。數位千禧年著作權法反而成為通念在千禧年中的第一個反叛目標。<sup>65</sup>對公共領域的興趣正在興起中，<sup>66</sup>相對於過去

<sup>62</sup> *Id.* at 192.

<sup>63</sup> *Id.* at 304.

<sup>64</sup> *Id.* at 262.

<sup>65</sup> See Lawrence Lessig, *Jail Time in the Digital Age*, at <<http://www.nytimes.com/2001/07/30/opinion/30LESS.html>>

<sup>66</sup> 例如，Robert P. Merges, *A New Dynamism in the Public Domain*, 71 U. CHI. L. REV. 183 (2004); Tyler T. Ochoa, *Origins and Meanings of the Public Domain*, 28 U. DAYTON L. REV. 215 (2002); Diane Leenheer Zimmerman, *Is There a Right to Have Something to Say?*

公共領域作為一種負面的存在，現在大家在談公共領域好像它是真實的存在一樣。甚至大家在談公共領域的「環保思想」。有幾個運動是雷席格自己參與與領導，包括「自由軟體」與「創意公有地」。

正因為通念在沈睡中，所以才需要精英的啓蒙。通念需要知道要反抗什麼，要如何反抗，亦即，直覺需要啓蒙。誰能扮演啓蒙的角色？這個角色顯然不會依賴雷席格所描述的惡棍律師，因為雷席格的結論中說，應該做的事情是「開除很多律師」。但律師真的是反啓蒙嗎？雷席格也是律師，而且還是法學教授。他承認「我是一個律師，我以製造律師為生」。<sup>67</sup>這裡有自相矛盾的地方嗎？如果要避免這個矛盾，則必然「我是一個律師」與「開除很多律師」的「律師」指不同的意義。這不僅是因為人不會自己開除自己，而且是因為人會自認自己的工作具有某些價值。那麼，「我是一個律師」的「律師」要如何解釋，才能避免這個矛盾？我認為可能的答案之一，是在許多批判法學研究文獻中談到的「基進律師」（radical lawyers）。提倡此種律師實務者，可以蓋博（Peter Gabel）與哈里斯（Paul Harris）為代表。<sup>68</sup>

蓋博與哈里斯的律師實務，將律師的關注焦點擴大到案件之外，思索是否能經由案件而喚起社會大眾的意識。這種實務的真正重點，不在於獲得多少的「權利」，而是在克服社會的異化傾向，使社會大眾覺知參與的「權力」。此種律師實務，使律師在喚起公眾意識上，居於主導的角色。我不是主張雷席格會同意蓋博與哈里斯的看法——沒有任何證據可說雷席格曾受批判法學研究影響，或者會同意批判法學研究。但雷席格自己的律師實務趨近蓋博與哈里斯的基進律師實務，這可以從 *Eldred* 案的進行，以及在 *Eldred* 案之後的作為與言論看出。

---

*One View of the Public Domain*, 73 *FORDHAM L. REV.* 297 (2004).

<sup>67</sup> *Supra* note 2, at 304.

<sup>68</sup> Peter Gabel & Paul Harris, *Building Power and Breaking Images: Critical Legal Theory and the Practice of Law*, 11 *REV. L & SOC. CHANGE* 369 (1982-83).

### 3.2.2 正因為法官是人

雷席格的悲觀主義的由來之一，是因為程式碼從此取代了人類法官，掌管了著作的利用，而碼是不懂中道的。雷席格的觀察是：著作權法的未來是「著作權碼」（copyright code），而非「著作權法」。著作權人使用科技措施（包括程式碼）來封鎖著作的內容，因此對內容的禁用是由碼——著作權人及其雇用的程式師所寫的程式——來控制。不似著作權法的控制是由法官所適用，而法官懂得平衡與中道，可避免產生極端的結果；著作權「碼」是不懂中道的，「碼」實現著作權人想要的任何對著作利用的控制，沒有制衡，而可能陷入極端。而且，DMCA 對規避「碼」的行為加以處罰，即使規避的行為是要作合理使用，因而透過「著作權碼」可能消滅合理使用的存在。透過 DMCA 的反規避條款，著作權人可以國家力量執行他們對著作利用所加的限制，不論限制為何，不論是否已經超出了著作權法賦予著作權人的權利。「違反碼就是違法」，「這是碼如何成為法」。<sup>69</sup>

在 DMCA 剛通過後，法院的判決的確有坐實以上疑慮的傾向。<sup>70</sup> *Lexmark International, Inc. v. Static Control Components, Inc.* 的地方法院判決，<sup>71</sup>可說是反規避條款絕對論的代表。這個案子涉及印表機製造商，在碳粉匣上加有含程式的晶片，以此避免使用者自行填充碳粉。被告所生產的晶片，可以用來取代原告生產的碳粉匣上的晶片。該案地方法院判決，採取「字面意義」（plain meaning）的解釋，認為被告行銷以規避為目的之晶片，當然違反反交易條款。<sup>72</sup>而且，該案法官認為，DMCA 創造了一個防止未經授權而禁用的權利，此新權利有別於著作權法本身所賦予的各種專有權

<sup>69</sup> *Supra* note 2, at 152, 160.

<sup>70</sup> 雷席格的這個主張（程式碼限制對著作的禁用，是一種絕對的限制），這個觀察應該是來自早期的反規避條款的判決，特別是 *Corley* 案。但這只是法院剛開始適用 DMCA 之時，並不表示是法院對 DMCA 的成熟意見。

<sup>71</sup> 253 F.Supp.2d 943 (2003).

<sup>72</sup> 即 17 U.S.C. § 1201(a)(2).

利。換言之，只要規避科技保護措施，不論是否與保護著作有關，均構成此一「新權利」的違反。如果反規避條款作此解釋，則雷席格所擔心的，不懂中道的著作權「碼」取代著作權「法」，的確會發生。

然而第六巡迴法院廢棄 *Lexmark* 案地方法院的判決，但係以程式碼未以科技措施加以保護為由。<sup>73</sup>更明顯地顯示與 *Lexmark* 案初審判決不同方向的，是聯邦巡迴區上訴法院在 *Chamberlain Group, Inc. v. Skylink Technologies, Inc.* 的判決。<sup>74</sup>此案涉及原告生產的車庫開門器的 rolling code 程式，原告主張此程式同時為著作以及保護著作的科技措施，而曰被告生產的通用遙控器規避此科技措施。值得注意的是，原告使用與 *Lexmark* 初審判決相同的「字面意義」解釋，同樣主張 DMCA 的反規避為獨立的權利，這些主張被聯邦巡迴區上訴法院直斥為「荒謬」。在本判決認為，DMCA 並沒有創造獨立的權利；DMCA 所禁止的規避，必須與著作權法「本身」（即原來的著作權法，不包括 DMCA）賦予的專有權利有合理的關係。換句話說，以科技保護措施所保護的利益範圍，不能超過著作權法賦予的權利範圍——此亦即雷席格對於反規避條款詮釋的主張。

從 *Lexmark* 及 *Chamberlain* 案，可看見著作權人已開始使用 DMCA 的反規避及反交易條款從事反競爭的行為。在這兩個案子裡，原告真正關心的都不是保護程式本身的著作權，而是確保競爭產品（填充碳粉與通用遙控器）不能侵蝕原告產品的市場。正如同聯邦巡迴區上訴法院在 *Chamberlain* 案所言，「任何產品的任何製造商，可以在它的產品中加入一句受著作權法保護的句子或一個程式片斷，然後用微不足道的加密措施加以包裹，以此獲得限制消費者的權利」，使消費者無法使用相容的產品。<sup>75</sup>

如果配合反規避條款絕對論——亦即「著作權人擁有無限的權利，使

<sup>73</sup> *Lexmark Int'l Inc. v. Static Control Components, Inc.*, 387 F.3d 522, 546-47 (6th Cir. 2004).

<sup>74</sup> 381 F.3d 1178 (Fed. Cir. 2004).

<sup>75</sup> 該法院認為，這是違反反托拉斯法及著作權之濫用。*Chamberlain*, 381 F.3d at 1201.

規避者僅因接觸著作就必須負第 1201 條(a)項的責任，即使規避行為僅導致禁用著作權法給予公眾的權利」<sup>76</sup>——則反規避條款的確有可能造成雷席格所憂心的問題。如果像 *Lexmark* 案初審法院那樣，作那種反規避條款的「字面」解釋，則雷席格的憂心是可以正當化的。然而，第六巡迴法院與聯邦巡迴區上訴法院的判決所宣示的，是法院在解釋智慧財產權法的條文時，必然必須要考慮平衡權利人與社會大眾的利益。「平衡是美國智慧財產權法的基石原則」，這個原則受到國會「完全的尊重，並且延伸到數位環境」。<sup>77</sup>因此，正因為反規避條款是由法官適用的法律，而法官仍然是人，懂得法律中應該有的平衡與通念，使得反規避條款的適用不會落入極端，這使得雷席格的「碼替代著作權法」的主張不成立。

雷席格也許會說，儘管最後法院仍然是平衡的，但著作權人——擁有使用者所沒有的律師資源——可以用恫嚇的方式，使著作權法的管制作不平衡的使用。這的確是一個正當的考慮，因為這種可能性的確存在。但這個可能性存在於法律制度本身，存在於當雙方當事人對律師資源有不同近用能力的時候。這是整個美國法律制度的問題，不是著作權法單獨的問題。

*Chamberlain* 案同時證明了雷席格的成功與錯誤。成功的地方，是 *Chamberlain* 判決是明顯地雷席格式的。雖然法官在判決文中沒有引述雷席格的著作，但整個判決一再地強調著作權法應有的「平衡」。這可以說是雷席格的「意識覺醒」的成功。雷席格錯誤的地方，是因為正由於法官是人，所以法官在判決中履行了平衡與通念，而並非像雷席格所預測的，由於程式碼取代了法官，以致於導致著作權法的極端主義，但我相信雷席格會欣然接受這個「錯誤」。

<sup>76</sup> *Id.* at 1200 (這是原告 *Chamberlain* 對反規避條款的解釋)，被法院稱為「荒謬及災難性」(absurd and disastrous)，*id.* at 1201.

<sup>77</sup> *Id.* at 1196.



## 4. 結論

「自由文化」是一本悲觀的書，說的是關於著作權的黑暗的故事。本文的結論是，悲觀是沒有必要的。悲觀沒有必要的原因，正是因為像雷席格這樣的人的作為，喚醒社會大眾的意識，再進一步使這樣的意識也滲透到法律的核心「詮釋社群」——亦即法官與律師。在語言遊戲的競爭裡，決定語言遊戲的勝負者，不是規則的內在關係，而是詮釋社群的共識。也許正是這樣的現實，使雷席格逐漸傾向街頭運動，以呼籲積極參與，來塑造詮釋社群的共識。正如同 *Lexmark* 與 *Chamberlain* 案的轉折所顯現，被喚醒的法官可以在其法律詮釋中加入「中道」與平衡，而這正因為法官是人，而不只是一組程式碼。通念正在覺醒，通念已經覺醒。