

數位時代的知識生產模式與 學術資源開放近用運動 ——以美國法學期刊為例*

劉 靜 怡**

要 目

壹、前 言	一、學術資源開放分享運動發展現況：以開放近用型期刊的運作為例
貳、開放的知識生產傳統、封閉的規範架構？	二、開放近用期刊的處境和誘因結構
一、當開放分享的學術傳統遇上數量龐大的學術期刊	肆、如何看待開放近用期刊的未來
二、數位化的知識生產傳播模式及其影響	一、美國法學期刊編輯出版模式之實例分析
參、學術資源開放分享運動發展現況與開放近用期刊的處境	二、美國法學期刊經驗對於開放近用期刊的啟示

* 本文為接受「臺灣大學社會科學院提升人文及社會科學研究能量——跨校、院合作計畫」經費補助之研究成果。

** 臺灣大學國家發展研究所法律組教授，美國芝加哥大學法學博士。作者感謝兩位審查人的細心閱讀和斧正，審查人的建議對於本論文的結構調整方向和論述嚴謹程度均有莫大助益，謹此致謝。

投稿日期：九十九年十一月十二日；接受刊登日期：一〇〇年二月二十二日

責任校對：蘇淑君

伍、大學典藏政策和著作權政策如何 強化知識生產與近用管道	二、如何為大學自我典藏的困境解 套
一、大學自我典藏的努力	陸、結語

摘 要

本論文以在數位時代裡如何維護其特有的知識生產模式，和促成學術資源開放分享此一分析作為出發點，探究採取開放近用型態的學術期刊（open access journals）的出現和維持，必須以哪些基本條件為前提，以及其所面對的規範議題。本論文首先以美國法學期刊編輯出版模式作為主要的探討實例，探討開放近用型期刊可以從美國法學期刊的編輯出版經驗中獲得哪些啟示，作為克服開放近用型期刊困境的參考。其次，本論文也探討大學及研究機構圖書館的自我典藏政策和著作權政策，應該透過怎樣的規範安排，由大學和研究機構保留其對教授及研究者研究成果產出論文的再出版權利。本論文主張，除了學術期刊的編輯出版模式考慮作某種程度的修正，可以有助於學術資源開放分享運動的進展之外，在著作權體制下思考學術資源如何開放分享，以便增進公共利益時，本論文也認為我們不應該輕忽中介機構（intermediate institutions）——也就是大學、研究機構和圖書館在從事數位化典藏和傳播面向所扮演的重要角色。以此重構數位時代的學術資源開放分享的面貌，我們或許才能找到數位時代裡的知識生產成果得以傳播的活路。

關鍵詞：開放近用期刊、大學圖書館、著作權、自我典藏、圈地運動、創用CC、布達佩斯開放近用提議、柏林宣言

壹、前言

「維基經濟」(wiki economics)和分享式的「科學2.0」(science 2.0)是近幾年來經常被引用,以作為支持協力合作的開放式學術研究及資源分享模式的觀念。例如,針對哪些學術資源和知識生產結果,應該被劃歸為競爭前期的公共知識(pre-competitive knowledge commons),也是近年來憂心著作權保護和商業邏輯的過度擴張會侵害自由文化和阻礙人類文明發展者,經常用來分析資訊、知識或文化規範體制的論述。本論文將以在數位時代裡如何維護其特有的知識生產模式,和促成學術資源開放分享此一分析作為出發點,探究開放近用型態的學術期刊(open access journals)的出現和維持,必須以哪些基本條件為前提,以及其所面對的規範議題。

分享式的、開放式的學術研究及資源分享模式,之所以成為近數年來備受重視的議題,和智慧財產權法與新興科技發展兩者之間的衝突日趨緊繃,導致資訊公有財(information commons)的圈地運動(enclosure movement)¹日益嚴重有關²。在這樣的背景脈絡下發展出來的學術資源開放近用運動,主要可以區分成兩種型態,一種是開放近用式期刊的型態,另一種則是開放典藏(open access

¹ 援用英國圈地運動的歷史經驗,比喻當代知識生產活動的智慧財產權化,可以說是「第二次圈地運動」的學者,以目前任教於美國Duke Law School的法律學者James Boyle最為知名, see generally James Boyle, *The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain*, 66 LAW & CONTEMP. PROBS. 33, 33 (2003).

² Yochai Benkler, *Overcoming Agoraphobia: Building the Commons of the Digitally Networked Environment*, 11 HARV. J. L. & TECH. 287, 287-400 (1998); Jane C. Ginsburg, *Copyright and Control of New Technologies of Dissemination*, 101 COLUM. L. REV. 1613, 1613-47 (2001).

archive) 的型態³。舉例來說，近年來在科學與醫學領域裡，開放近用期刊現象發展極為快速，甚至連商業經營的期刊，都開始採取較以往開放的策略。

本論文的論述內容，將先描述學術期刊在數位時代知識生產過程中所扮演的角色及其重要性，進而說明學術資源開放分享運動近年來的努力方向，以及其所遭遇的困難究竟為何，以作為探討可能解決途徑的基礎。同時，本論文以作者比較熟悉的美國法學期刊編輯出版模式為主要實例，探討開放近用期刊（open-access journals）可以從美國法學期刊的編輯出版經驗中獲得哪些啟示，作為克服開放近用型期刊困境的參考。其次，本論文也將探討大學及研究機構圖書館的自我典藏政策和著作權政策，對於學術資源開放分享運動將產生怎樣的影響，說明大學和研究機構圖書館大部分的自我典藏（self-archiving）努力，亦即透過機構典藏（institutional repository）模式，有無可能因為著作權制度的安排不當而難竟全功，最後則分析應該透過怎樣的規範安排，由大學和研究機構保留其對教授及研究者研究成果產出論文的再出版權利，讓數位時代的自我典藏，能夠在沒有侵權疑慮的情況下，順利進行。

換言之，本論文主張除了學術期刊的編輯出版模式考慮作某種程度的修正，可以有助於學術資源開放分享運動的進展之外，在著作權體制下思考學術資源如何開放分享，以便增進公共利益時，本論文也認為我們不應該輕忽中介機構（intermediate institutions）——

³ Peter Suber, *Open Access Overview*, revised November 6, 2010, available at <http://www.earlham.edu/~peters/fos/overview.htm> (last visited: 2010.11.10). 國內關於開放近用期刊所遭遇的問題之分析，可參見李治安、林懿萱，從傳統到開放的學術期刊出版：開放近用出版相關問題初探，*圖書館學與資訊科學*，33卷1期，頁47-48，2007年4月。

也就是大學、研究機構和圖書館的重要性。因為，這些機構畢竟不但是知識生產的主要基地，而且通常是研究者與一般大眾近用合法著作物的主要來源。再者，圖書館所扮演的，應該是弭平資訊近用過程中財富落差與歧視的基本功能，讓經濟弱勢者可以充分利用數位時代的知識生產成果。從這些基本原則出發，去重構數位時代的學術資源開放分享的面貌，我們或許才能勉強找到數位時代裡知識生產成果，得以真正累積和傳播的出路。

貳、開放的知識生產傳統、封閉的規範架構？

本論文此一部分將先說明在學術領域裡，何以「開放近用」(open access)是值得維護的傳統，進而說明當大量學術期刊出現和商業出版公司掌握學術專業資料庫市場之際，如何引發學術資源開放分享運動的興起。再者，此一部分也將分析數位化時代的來臨，對於學術期刊的產製成本和知識生產活動造成哪些衝擊，以及學術期刊和圖書館在數位時代的知識生產中，究竟扮演何等角色。

一、當開放分享的學術傳統遇上數量龐大的學術期刊

在學術研究領域裡，透過論文寫作、演講、辯論、社論、書籍等種種形式，在觀念、論述、研究發現及分析等方面進行交流分享的情形，極為常見。遠從啟蒙時代開始，由具有專門學識者負責編輯和出版學術期刊文章，就是相當常見的現象，而因此在不同研究或學術領域裡建立和經營該領域聲望卓著的期刊，更非少見⁴。若是將時間拉到二次大戰之後，由於學術研究者對於學術交流和對話

⁴ JOHN WILLINSKY, THE ACCESS PRINCIPLE: THE CASE FOR OPEN ACCESS TO RESEARCH AND SCHOLARSHIP 195-97 (2006).

空間的需求逐漸增大，而傳統上由學者自行出版的能量，也因此開始逐漸趕不上需求，所以，商業出版公司開始在不同的學科領域裡，承接此一任務，這可以說是商業出版模式介入學術資源的濫觴。

大致上說來，以商業模式出版學術期刊的出版公司，大多取得或向論文作者著作財產權。根據Elizabeth Gadd等人在二〇〇三年針對八十家出版自然科學和社會科學期刊的重要學術期刊出版公司所進行的研究顯示，其中有高達90%的學術期刊出版公司在簽訂著作權契約時，會要求取得著作財產權⁵。在取得著作財產權之後，學術出版公司只要合乎不侵害作者著作人格權的前提，便可享有片面決定訂價和使用方式的完全控制權。隨著研究領域和學科領域日益發展和分殊化的結果，學術期刊的數量也快速增加，而圖書館、政府機關、各種研究中心和個人研究者訂閱學術期刊的需求量也隨之有增無減，但是，在各類學術期刊和專業期刊資料眾多和學術出版公司享有訂價控制權的前提下，無論是機構或個人，在財務上都很難趕上此一變化，因此財務負擔也就逐漸加重⁶。

相對地，從另一個角度來看，網際網路的出現其實提供了另一種可能性。因為網路讓資料和文獻的傳遞成本變得非常低廉，本來可能成為舒緩上述困境的契機之一，不過，即使如此，實際上學術期刊的市場卻變得比過去更不具有競爭性，大型的商業出版公司挾其市場壟斷力量，將學術期刊和學術期刊資料庫的訂閱價格不斷提

⁵ Elizabeth Gadd, Charles Oppenheim & Steve Proberts, *The Intellectual Property Rights Issues Facing Self-archiving*, 9(9) D-LIB. MAG. 293, 295, 304 (2003), available at <http://www.dlib.org/dlib/september03/gadd/09gadd.html> (last visited: 2010.11.10).

⁶ 關於圖書館在期刊訂閱方面的財務負擔增加趨勢，see, e.g., WILLINSKY, *supra* note 4, at 17, 24-25.

高⁷。因此，從學術研究者到一般民間團體，許多人開始大力提倡學術資源開放分享運動，這也就是開放近用出版（open access publishing）運動的由來。開放近用運動倡議者所持的主要立場為：從成本面來講，期刊出版最大的成本應該是出現在研究過程和寫作過程，而研究過程和寫作過程的成本，其實都已經由研究者的任職機構或資助機構承擔，甚至，從同儕審查（peer review）的運作常態來說，連協助審查期刊論文的同儕，也都沒有因此獲得實質的報酬。所以，期刊出版者唯一要負擔的成本，其實是傳遞成本，而傳遞成本在網路發達的今日，則已經是趨近於零了，尤其是只限於電子出版的期刊，更是如此。雖然開放近用型學術期刊有可能增加引註率（citation rate），但是，整體而言，真正以實際行動擁抱開放模式的學術期刊，所占比例依舊不高。不過，即使如此，在目前多數學術期刊出版公司仍採取付費經營模式的環境下，何以開放近用型期刊願意免費提供期刊論文服務並能維持生存，則是我們在討論學術期刊所扮演的知識生產和傳播角色時，不能不注意和探究的現象。

開放近用期刊的興起，可以說是學術資源分享運動的重要里程碑之一。學術資源開放分享運動的起源難以界定，不過，二〇〇一年的「布達佩斯開放近用提議」（Budapest Open Access Initiative），可以說是提出了最早的公開近用原則，延續此一開放近用提議的精神，其後又有關於科學和人文學知識開放近用的「柏林宣言」（Berlin Declaration on Open Access to Knowledge in the Sciences and Humanities）和聯合國「資訊社會高峰會宣言」（World Summit on the Information Society, Declaration of Principles），呼應知識與資訊應該共享的基本原則。

⁷ See, e.g., *Access All Areas*, *ECONOMIST* 64-65 (Aug. 7, 2004).

仔細觀察之下，我們不難發現學術資源開放分享運動的發展路徑是頗具多元性的。舉例來說，在二〇〇一年時，有一群地位聲名均頗為卓越的科學家，號召發起一項運動，這個運動的主要訴求，便是針對論文已經出版問世六個月之後，卻仍拒絕將論文放在網路上公開流通的學術期刊，發起共同抵制運動，號召科學家們未來的投稿、審稿和訂閱對象，只限於願意採行開放政策的學術期刊⁸。這個運動的基本主張便是：科學家對於可以即時且無障礙取得的學術文獻，可以說是特別地依賴，因為這是一切科學研究活動及其進展的基石所在⁹。雖然有來自於超過十七個國家的三萬個科學家宣誓加入最後結果不能算是成功的運動¹⁰，但是其的確是指出了學術資源開放共享運動的核心關切。

最後值得一提的是以Creative Commons¹¹為主軸的學術開放近

⁸ Public Library of Science, *Open Letter to Scientific Publishers*, available at www.plos.org/about/letter.html (last visited: 2010.11.10).

⁹ Richard J. Roberts et al., *Building a "GenBank" of the Published Literature*, 291 SCIENCE 2318, 2318 (2001).

¹⁰ Jeffery R. Young, *Boycott Over Lack of Online Access to Journals is a Bust*, 48 CHRON. HIGHER EDUC. A34-35 (2002).

¹¹ Creative Commons此一組織的出現，或許可以說是因為Eldred v. Ashcroft這個案子而成形的。這個案子起於原告Eldred決定建立一個將公共領域中著作數位化之後予以蒐集典藏的數位圖書館，為達成此一目的，Eldred將原先預計於1998年著作權保護過期而進入公共領域的Robert Frost詩作合集和相關評論著作予以數位化之後放上網路，但是1998年美國國會所通過的著作權保護延長立法Sony Bono Copyright Term Extension Act（簡稱CTEA），卻將上述作品的著作權保護年限延長至2019年，Eldred和其他和公共領域的著作關係密切的協會、組織，甚或個人，認為這個立法溯及既往適用於原先著作權保護即將逾越保護期間而落入公共領域之著作的結果，已經侵犯了他們基於美國憲法增修條文第1條受保障的基本自由權利，同時，他們也主張美國憲法中為智慧財產權制度提供憲法基礎的「進步條款」（Progress Clause），其宗旨乃是在於賦予國會授予創作人「有限期間」（limited time）內受到智慧財產權立法保護

用運動。首先，Creative Commons在二〇〇五年時成立了Science Commons計畫，處理科學層面的著作權授權問題，而推動開放教育、開放近用出版和自由軟體為宗旨的iCommons，在二〇〇六年時也發表了里約宣言（The Rio 2006 Declaration on Open Access），要求董事會簽署上述柏林宣言和布達佩斯開放近用提議¹²。可見Creative Commons這個強調透過開放授權模式達成內容分享目的、近年來備受網路社群矚目的運動，也在學術資源開放分享運動中扮演了一定程度的角色。尤其是Science Commons此一計畫，承襲Creative Commons的精神，將觸角延伸至科學領域的授權議題¹³，規劃「出版計畫」（the Publishing Project）、「授權計

的排他性權利，不得無限延長。在這場訴訟中，是由當時擔任Stanford Law School教職的Lawrence Lessig協助原告進行訴訟。然而，這個案件在上訴到美國聯邦最高法院之後，聯邦最高法院卻認為國會立法延長著作權保護年限的作法，並未逾越美國憲法賦予國會的權限，同時也不至於違憲侵害個人發表演論的基本自由權利。Eldred v. Ashcroft這個案件的判決結果，促使Lessig在2002年時邀請多位認同其理念者，宣布成立Creative Commons此一非營利組織，致力於推廣鬆綁著作權法箝制的「創用CC」授權模式。

從著作權法發展史的宏觀角度來看，Creative Commons主要是回應「著作權的廣泛適用反而有礙科學及技術進展」此一普遍認知而來的運動。此外，Creative Commons本身所代表的，也是一種具有實用意義的授權機制，是讓創作者可以透過制式的公共授權契約，將自己的著作提供給一般公眾利用。其次，隨著創用CC此種授權機制逐漸推展至國際層次，Creative Commons International也就成了協助各國CC授權在地化的主要組織。2003年之際，Creative Commons的運動，在臺灣的中央研究院資訊科學研究所也出現了在地化的常設組織，Creative Commons的本地譯名為「創用CC」，這個稱呼所要傳達的，便是Creative Commons（簡稱CC）授權條款鼓勵「創作」與「使用」的精神。有關Creative Commons的相關內容和各國發展現況，可參見<http://creativecommons.org/about/licenses>（最後瀏覽日：2010.11.10）。

¹² 該宣言之詳細內容可參見<http://icommons.org/declarations/the-rio-2006-declarations-on-open-access/>（最後瀏覽日：2010.11.10）。

¹³ John Wilbanks & James Boyle, *Introduction to Science Commons*, Science Com-

畫」(the Licensing Project)和「資料計畫」(the Data Project)作為主要的努力方向。上述三個計畫裡，尤其以出版計畫和學術出版的關係最為密切。出版計畫的主要內涵，是透過將學者和出版商之間的契約標準化的手段，儘量降低傳統學術期刊出版模式為論文作者自己和一般讀者帶來的近用障礙，以達成開放近用的目標。以Science Commons中的出版計畫裡頗具有指標意義的Open Access Law Program(簡稱OAL計畫)¹⁴為例，OAL計畫是以促進法學期刊的開放近用為宗旨，其列出幾項「開放近用法律原則」(Open Access Law Principles)的要求，供贊同其理念的法律學者、期刊編輯和期刊出版者遵循，美國不少知名的法學期刊，例如Berkeley Technology Law Journal、Duke Law Journal、Harvard Journal of Law & Technology、Michigan Law Review和New York Law School Law Review等都已經成為該計畫成員。Science Commons透過出版計畫這個具體行動，對學術資源開放近用計畫予以支持，其所產生的影響力將是如何，以Creative Commons近年來所帶動的全球性內容分享運動風潮，應是相當值得觀察之處。

二、數位化的知識生產傳播模式及其影響

數位化時代的資訊和知識的生產傳播模式，改變了資訊和知識累積傳播的方向和速度，同樣地，在數位時代的出版型態下，則因為科技改變了知識和資訊的取得與使用方式，使得資訊和資訊的利用幾乎不再有排他性，甚至不再有耗損(deterioration)問題可言。然而，此一現象，對於知識的生產和傳播是否真能發揮助益，

mons website, available at http://sciencecommons.org/about/ScienceCommons_Concept_Paper.pdf (last visited: 2010.11.10).

¹⁴ 關於Open Access Law Program的來龍去脈和內容特色，可參見<http://sciencecommons.org/projects/publishing/oalaw/>(最後瀏覽日：2010.11.10)。

卻有商榷空間。

首先，以學術期刊為例，學術期刊電子化所帶來的便利性和便捷性，有助於學術傳播的速度，因為電子期刊而出現的資料庫使用平臺，也可提供較佳的檢索環境。然而，如前所述，由於目前絕大多數電子化學術期刊仍掌握在大型商業出版公司手中，其經營和授權方式，對於學術傳播也會產生不利影響。

其次，長久以來，學術領域的知識生產和傳播活動必須仰賴的資訊和知識設施，主要是圖書館此一基地，亦即圖書館典藏保存和學術生產有關的資訊和知識，以便利未來研究之進行。無論是館際互借（*Interlibrary Loan*，簡稱ILL）或線上電腦圖書館中心（*Online Computer Library Center*，簡稱OCLC），都是科技進步後的產物，也都進一步促進資訊和知識的流通與傳遞。不過，從法律發展的歷程來看，諸如美國的*Digital Millennium Copyright Act*（簡稱DMCA）、*Sonny Bono Copyright Term Extension Act*等規範智慧財產權的法律日益受重視的結果，卻都在在對於學術資訊和知識生產的成本、近用方便性和取得可能性等，帶來負面影響。原因無他，正因為數位科技的發展，使得重製（*copy*）和近用（*access*）兩者之間的界限愈來愈模糊，而且，在許多情況下，假若不重製某一特定數位資料，根本不可能利用該數位資料，所以，過去全面禁止重製的法律，適用在今天的學術資訊和知識近用脈絡下，便可能成為阻礙學術資訊和知識近用可能性的障礙。

再者，數位時代的資訊傳遞過程，也對學術資訊和知識的生產、傳播與累積，帶來衝擊。如前所述，在傳統的學術模式裡，圖書館可以說是最重要的學術資訊與知識掌握者，然而，在數位時代裡，卻逐漸出現掌握資訊和知識的重心轉移到商業出版公司，而不見得是圖書館此一現象。換言之，即使是圖書館本身，也轉而成為是商業出版公司授權後的資訊和知識的使用者。購買實體書籍的支

出，極可能不再是占據學術機構圖書館支出中的最高比例，相對地，商業出版公司以「包裹授權」(bundling license or package licensing)的方式將其資料庫授權給圖書館，但又保留隨時可以調整授權資料庫內期刊名單的權利，反而成了目前圖書館提供學術資訊和知識的主流。

圖書館在這個變遷過程裡，開始面臨角色混淆的錯亂局面，也必須經歷重新調整圖書館角色的痛苦。換言之，圖書館難以如同過去一般，對於讀者就圖書館所典藏的內容，提供開放性的利用，亦即連圖書館所典藏的內容，都會受到商業出版公司的掌控，電子期刊資料庫出版公司對於資料庫收錄期刊的控制程度，便是最好的例子。

再以美國的圖書館為例，美國著作權法Section 107將判例法所發展出來的「合理使用」(fair use)原則予以成文化¹⁵，亦即圖書館可以針對某些重製行為，主張其合理使用的權利，藉此發揮其知識傳播的功能。其次，在Section 108規定「專屬排他權利的例外：圖書館及檔案館的重製」(Limitations on exclusive rights: Reproduction by libraries and archives)¹⁶，其主要內容則是賦予公立性質或開放給專業領域研究者的圖書館及檔案館，可以主張著作權專屬排他權的例外，亦即針對未出版的作品，可以基於提供副本給大眾使用或提供給其他開放圖書館利用之目的，進行以三分重製本為上限¹⁷的重製行為¹⁸。然而，究其實際，這類規定只能說是比較有利於促進圖書館館藏的保存而已，對於全面性地建立常設性的數位流

¹⁵ 17 U.S.C. § 107 (2006).

¹⁶ 17 U.S.C. § 108 (2006).

¹⁷ *Id.* § 108(b).

¹⁸ *Id.* § 108(a)(2).

通管道，並無太大幫助¹⁹。同時，針對圖書館重製已出版之著作，規定則更為嚴格，亦即限於圖書館已經盡合理努力（**after a reasonable effort**）而仍然無法從市場上取得該著作，而且原始著作已經產生毀損、惡化、佚失或格式老舊的情況時，方得進行重製²⁰。對於圖書館來說，「已盡合理努力」的判斷和證明並非易事，而且，無論如何，上述Section 107的兩個規範類型，都難以適用於受到商業出版公司高度控制的電子期刊。同樣地，即使美國國會意識到1998 Sonny Bono Term Extension Act²¹延長二十年的著作權保護期間後，將會更為惡化圖書館所面臨的館藏保存問題，因此明文賦予符合法定資格的圖書館經過「合理調查」（**reasonable investigation**）而判斷該著作無法以合理價格取得或無法自現有市場上取得之後，可以基於保存及提供學術研究之目的，重製已出版及未出版之著作，但是，即使如此，著作權人可以透過聲明該著作仍然能夠以合理價格取得或市場上仍有流通的方式，阻擋圖書館從事上述重製行為²²。然而，平心而論，本條規定內容不僅相當複雜，也未能協助圖書館充分發揮其在數位時代裡所應扮演的知識內容保存

¹⁹ 根據該法律規定，圖書館固然可以提供重製的副本給公眾或其他對外開放的圖書館近用，但是倘若重製的副本為數位形式時，則僅限於該圖書館讀者於館內使用，不得從事遠距傳輸。Id. § 108(b)(2). See also Diane Leenheer Zimmerman, *Cultural Preservation: Fear of Drowning in a Licensing Swamp*, in *WORKING WITHIN THE BOUNDARIES OF INTELLECTUAL PROPERTY: INNOVATION POLICY FOR THE KNOWLEDGE SOCIETY* 29, 44-46 (Rochelle C. Dreyfuss, Harry First & Diane L. Zimmerman eds., 2010).

²⁰ 17 U.S.C. § 108(c).

²¹ Pub. L. No. 105-298, § 103, 112 Stat. 2827, 2863-76 (1998) (codified as amended in scattered sections of 17 U.S.C. (2000)).

²² 17 U.S.C. § 108(h)(2)(A)-(C).

者和傳遞者的角色²³。同時值得一提的是，由於著作權人採取數位權利管理（Digital Rights Managements，簡稱DRMs）相關科技來保護其著作權免於侵害乃相當明顯的趨勢，因此，圖書館倘若要進行重製行為，也就遭遇了極可能必須破壞或規避系爭著作的數位權利管理機制，而有違反「數位千禧年著作權法」（Digital Millennium Copyright Act，簡稱DMCA）之虞，根據DMCA的規定，只有在DRMs本身已屬過時且不受支援（outdated and unsupported）的情況下，才例外容許圖書館基於保存目的規避DRMs，針對館藏數位化著作進行重製²⁴，可見圖書館保存和傳遞數位化內容的角色，仍受到不小的限制。

正因為當前的數位時代出現了這些制度性障礙，於是，重新尋求圖書館精神與功能再現的運動，近年來便陸續興起，例如ArXiv.org²⁵、BioMed Central和Public Library of Science等，都是這

²³ See also Diane Leenheer Zimmerman, *Can Our Culture Be Saved? The Future of Digital Archiving*, 91 MINN. L. REV. 989, 1014-17 (2007).

²⁴ See 17 U.S.C. § 1201(a) & 37 C.F.R. § 201.40 (2006). 此一規定授權美國國會圖書館（Library of Congress）轄下的著作權辦公室（Copyright Office）制定例外規範，容許圖書館可以針對其館藏著作因為數位權利保護措施出現缺陷、毀損或過時而導致無法近用其內容者，放寬禁止規避的限制。

²⁵ ArXiv.org是一個相當類似於自由軟體（free software）研發模式的科學論文出版模式。ArXiv.org是在1991年由美國康乃爾大學（Cornell University）的物理學家Paul Ginsparg推動成立的線上論文典藏資料庫，其最初收藏論文的目的是要讓物理領域的論文易於交換與近用，嗣後發展成物理、數學和電腦科學等領域的學者可以取得上述領域論文電子預印本（preprint）的典藏庫，隨後並持續擴展成目前包含物理學、數學、電腦科學、生物學與統計學等研究領域論文電子版本（e-print）的大型典藏庫。究其實際，其目前收納的論文也包含印後本（postprint）在內，例如由PhysMath Central所出版的開放近用期刊論文，也都在出版時同步典藏至ArXiv.org這個線上典藏資料庫裡。此一線上論文典藏資料庫對於其所收錄的論文並不進行審查，論文品質之控制完全訴諸收錄後的同儕評論和作者本身上傳更新版本此一模式。至2008年5月12日止，

股資訊和知識開放近用風潮下的產物，而諸如Open Archives Initiative (OAI)²⁶之類的自我典藏運動，也是另外一種促進資訊儲存與利用的積極作法。這類自我典藏運動最有趣的地方，在於作者社群開始嘗試獨立於政府與市場兩者之外，自主地提供標準互通、規格相容的資訊，期待藉此共同打造一個全球性的學術資源圖書館，也就是以全球共享的知識公有財的追求，當作目標²⁷。

關於公有財的討論，通常總是有所謂的「公有地悲劇」(Tragedy of Commons)²⁸的主張如影隨形，亦即總是有人會認為在公有財資源的結構下，如果沒有任何人負責管理統籌、沒有任何人有權阻止他人使用資源的話，那麼就沒有人會有誘因去對這個公有資源善加管理，然而，此一悲劇現象似乎並未出現在近年來的開放近用學術出版運動裡。究諸實際，在這些學術資源共享運動裡，許多人顯然都具有投入這種全球性圖書館或公有財的生產的誘因，不管其誘因是基於降低出版成本這種誘因，還是加快學術出版公開的速度，抑或是學者可以藉開放近用期刊所帶動的學術傳播效果獲得學術聲譽的肯定，甚至是圖書館基於對抗商業出版公司高價政策

ArXiv.org目前是由康乃爾大學提供經費並負責維護，同時也接受美國國家科學基金會(National Science Foundation)的資助，see generally ArXiv.org, available at <http://arxiv.org> (last visited: 2011.02.05).

26 關於此一自我典藏運動的詳細內涵，可參見Carl Lagoze & Herbert Van De Sempel, *The Open Archives Initiative: Building a Low-Barrier Interoperability Framework* (2001), available at <http://www.openarchives.org/documents/oai.pdf> (last visited: 2010.11.10).

27 CHARLOTTE HESS & ELINOR OSTROM, *Introduction: An Overview of the Knowledge Commons*, in UNDERSTANDING KNOWLEDGE AS A COMMONS: FROM THEORY TO PRACTICE 3-26 (2007).

28 Garrett Hardin, *The Tragedy of the Commons*, 162 SCIENCE 1243, 1243-48 (1968); MICHAEL HELLER, GRIDLOCK ECONOMY: HOW TOO MUCH OWNERSHIP WRECKS MARKETS, STOPS INNOVATION, AND COST LIVES 1 (2008).

而採取的策略等，均包括在內。在背後促成這類開放性學術出版運動或學術資源公開共享運動的誘因，其實是相當多元，而且值得持續觀察的。當然，不可否認地，開放近用學術出版運動的下一步，必須是建立更多的共通標準、規則和合作機制，才能確保學術資訊和知識的品質和可信賴性²⁹。

總之，以目前的發展趨勢來看，無論是政府介入、市場力量、出版商或傳統圖書館在共通標準、規則和合作機制上著力，其實都可能對這類全球性的資訊和知識散布運動發揮影響力，但是，相對地，卻很可能沒有任何一種力量，有能力去阻礙這類運動的發展。學術資訊和知識的生產者／使用者這個社群，已經開始意識到資訊和知識在數位時代裡所面臨的危險，而學術資訊和知識生產者／使用者的互助行為，截至目前為止也已經證明這種作法多少可以增進彼此的利益，並降低雙方可能遭遇的潛在傷害。在這個數位化所促成的過程中，學者的角色則是從消極的資訊利用者，逐漸變成積極的資訊提供者，亦即學術資訊或內容生產者社群其實和使用者社群具有高度重疊，在使用者兼具生產者身分趨勢下的學術社群成員，以幾乎可以說是史無前例的方式，共同打造幾乎可以說是無遠弗屆的資訊／知識公有財。

參、學術資源開放分享運動發展現況與開放近用期刊的處境

本論文此一部分進一步以當前比較知名的開放近用期刊為例，說明學術資源開放分享運動的發展現況，然後，基於對於此一現況

²⁹ Charlotte Hess & Elinor Ostrom, *Ideas, Artifacts, and Facilities: Information as a Common-Pool Resource*, 66 LAW & CONTEMP. PROBS. 111, 144-45 (2003).

的理解，分析開放近用期刊的誘因結構，以作為本文以下分析開放近用期刊未來走向的基礎。

一、學術資源開放分享運動發展現況：以開放近用型期刊的運作為例

大致上說來，傳統學術期刊獲得盈餘的方式，是向圖書館或個人期刊訂閱者收費。不過期刊訂購費用的差異極大，而過去十多年來，學術期刊的價格主要是由大型商業出版公司掌握，漲價的程度與其成本或品質顯不成比例。但即使網際網路興起進一步促成電子期刊的發展，讓期刊散布的邊際成本可以降至極低，期刊費用不僅沒有下降，反而還快速上漲。專業期刊出版公司的合併導致其市場占有率上升，與期刊價格的不斷上漲，固然有直接關係³⁰，但此一趨勢也就引發了新興期刊經營模式，亦即所謂開放近用期刊的興起。

近年來美國學術資源開放分享運動的知名成果之一，就是「公共科學圖書館」（Public Library of Science，簡稱PLOS）計畫的建置，至於最具規模的開放近用出版者，則是英國的BioMed Central。無論是近用PLOS或者BioMed Central所收錄的內容，只要遵守保留作者和期刊原名的義務，都允許使用者可以免費下載、重複列印和再散布其所出版的論文³¹。

³⁰ 關於掌握電子期刊資料庫的商業公司彼此之間的購併和收購趨勢，導致近年來期刊資料庫價格上漲的現象分析，*see, e.g.,* Mark J. McCabe, *Journal Pricing and Mergers: A Portfolio Approach*, 92 AM. ECON. REV. 259, 259 (2002).

³¹ 關於PLOS和BioMed Central兩者的介紹，可參見各該計畫的網頁資訊：Public Library of Science, *available at* <http://www.plos.org> (last visited: 2008.09.25); BioMed Central—About Us, *available at* <http://www.biomedcentral.com/info/> (last visited: 2010.11.10).

然而，究諸實際，這類建置維護開放近用期刊的計畫，可能會遭遇許多問題和挑戰。首先是出於收益需求的反對：商業出版公司或專業資料庫公司的反對，本在意料之中，同時，某些科學研究團體是長年以出版期刊、收取訂閱費的方式籌措其部分運作基金，也可能不甚認同開放近用的作法。

其次，開放近用期刊最大的挑戰之一，可能是來自於生產知識、提供論文的作者，而非期刊市場上的競爭對手。因為，對於長期習慣傳統期刊運作模式的作者來說，可能普遍對開放近用期刊的認識不夠深入，因此也可能沒有信心將文章提交給開放近用期刊。同時，在出版經費方面，由於傳統的期刊運作模式，主要採取使用者付費（*user-pays*）的作法，而開放近用期刊的運作模式，則是採取向投稿作者收費（*author-pays*）的方式，例如BioMed Central對於一篇投稿論文收取625美元到1,795美元之間的刊登費用³²，因此，不難想像有不少作者不願意支付這筆刊登費用，寧願繼續緊守遵循傳統運作模式的期刊。

不過，深究之下，我們不難發現，所謂「向投稿作者收費的方式」這個名詞，卻可能具有誤導作用。因為，究諸實際，真正支付投稿費用的，大多不是作者本身，而是其所屬的大學、研究機構或者資助其研究的機構。甚至，很多採取開放近用經營模式的期刊，也會對大學和研究機構提供「機構會員團體價」，也就是由大學和研究機構統一付費、加入會員，而這些大學和研究所屬的教授和研

³² 關於向投稿作者收費的模式，可參見以下資訊：Public Library of Science, *Publication Fees for PLoS Journals*, available at <http://www.plos.org/journals/pubfees.html> (last visited: 2008.09.25); BioMed Central, *Frequently Asked Questions about BioMed Central's Article-Processing Charges, How Much is BioMed Central Charging?*, available at <http://www.biomedcentral.com/info/authors/apcfaq#howmuch> (last visited: 2010.11.10).

究者，則可以免費或折扣價的方式，向這些開放近用型的期刊投稿³³。尤其，為了鼓勵研究者向這些期刊投稿，例如英國的 Wellcome Trust，以及美國的國家科學基金會（National Science Foundation，簡稱NSF）和國家衛生研究院（National Institute of Health，簡稱NIH）等重要的研究資助單位，其實都允許作者將其所獲得的研究經費的一部分，當作受資助研究成果投稿的費用所需³⁴。因此，向投稿者收費此一環節，很可能不是開放近用期刊所遭遇到的主要問題。

二、開放近用期刊的處境和誘因結構

開放近用期刊的處境，之所以應該是數位時代學術生產此一領域的討論必須重視的議題，主要有以下原因：一是期刊價格高漲對於學術生產和社會福利的影響不容忽視：如果期刊價格過高，因此導致圖書館不得不停止訂購某些期刊，那麼其結果便是讀者便無法接收資訊，連帶地，作者也會損失發揮其論文的影响力的機會。第二個原因則是因為在學術期刊此一市場上，其實是由學術社群內的成員同時扮演生產者和消費者的角色，而且，這是一個具有雙重身分的生產者和消費者對產品（即期刊本身）的建置和編輯皆能發揮

³³ 此即優惠「機構會員」的相關規則，相關資訊可參見PLOS Institutional Members, available at <http://www.plos.org/support/instmembers.html> (last visited: 2010.11.10); BioMed Central Members, available at <http://www.biomedcentral.com/inst/> (last visited: 2010.11.10).

³⁴ 美國的國家科學基金會和國家衛生研究院補助研究者投稿開放近用期刊經費的規定，可參見National Science Foundation, *Grant Proposal Guide* 28 (2004), available at http://www.nsf.gov/pubs/gpg/nsf04_23/nsf04_23.pdf (last visited: 2010.11.10); National Institute of Health, *NIH Grants Policy Statement* 94 (2003), available at http://grants1.nih.gov/grants/policy/nihgps_2003/nihgps_2003_1_of_2.pdf (last visited: 2010.11.10).

重大影響力的市場，學術社群成員是否願意將研究成果投稿到這些開放近用期刊，抑或仍然熱衷於投稿訂閱費用高昂的期刊，對於開放近用期刊的未來命運，會帶來相當程度的影響，自然也會影響數位時代學術生產的發展方向，關切開放近用期刊的處境，其實等於是關心數位時代學術生產的未來。

如前所述，開放近用式期刊的經營模式，是在網路上免費供大家閱覽，其收益來源則是來自作者投稿時所收的費用，可以說是數位時代分享精神的落實。以PLOS為例，其除了創辦人Harold Var-mus所提供的基金作為經費來源之外，其一般對作者收取1,500美元的論文刊登費。相對地，在商業經濟領域裡的開放式學術期刊，其所收取的刊登費用則較低，但也可能同時是以自願提供的勞力和電腦設備為營運基礎³⁵。換言之，開放近用期刊經營之良窳，經費仍是關鍵之一。於是，在開放近用期刊的經營模式時，至少有幾個問題值得討論：首先，營利性期刊是否會自願選擇走向開放模式，值得存疑，若是，需要什麼樣的市場結構、需求和成本，才會使營利性期刊願意選擇這條道路？其次，非營利的開放近用式期刊是否真能順利存活，也有疑問。如果開放近用期刊只是增加了少數讀者和影響，作者可能會決定仍以發表在傳統期刊為主，以避免開放模式

³⁵ 舉例來說，Economics Bulletin此一在經濟學領域頗具知名度的開放近用期刊，自2000年起便採取志工模式經營，而Theoretical Economics此一經濟學領域的知名期刊，則僅收取100美元的投稿費用，不另外加收刊登費用，其費用遠低於生物醫學領域的費用，相關資訊及討論可參見Theodore C. Bergstrom & Daniel L. Rubinfeld, *Alternative Economic Designs for Academic Publishing*, in *WORKING WITHIN THE BOUNDARIES OF INTELLECTUAL PROPERTY: INNOVATION POLICY FOR THE KNOWLEDGE SOCIETY* 137, 144-46 (Rochelle C. Dreyfuss, Harry First & Diane L. Zimmerman eds., 2010). See also John P. Conley & Myrna Wooders, *But What Have You Done for Me Lately? Commercial Publishing, Scholarly Communication, and Open-Access*, 39 *ECON. ANA. & POL'Y* 71, 71 (2009).

期刊高額的刊登費。如此一來，非營利性質的開放式期刊如何形成氣候與規模？第三，開放近用式模式期刊是否真能增進社會福利也是有待斟酌的，雖然它確實會降低讀者可能的社會呆損（Dead Weight Loss，簡稱DWL），但作者的DWL卻可能增加，因為其可能無法負擔增高的論文刊登費，所以可能降低發表數量。究竟，在數位時代裡，開放近用期刊會不會是有效率的期刊出版模式？其究竟必須有哪些出自於智慧財產權法層面的規範條件，作為配套措施？

對於學術資源開放近用運動持批評立場者——無論是質疑這類學術資源開放近用運動的誘因，或者是質疑學術資源開放近用運動藉以維繫的商業模式，大都認為，長期而言，這種運動是無法持續的，其所持的理由無他，仍然無非是出版成本此一關鍵³⁶。相對地，如果是引入前述的作者付費出版模式（author-pays model），則不免導致讀者甚或一般大眾對於出版論文的品質和可信度產生疑慮，亦即作者付費的模式，是否能夠和遵循傳統的使用者（包含圖書館在內）付費模式經營的學術期刊一般，維持獨立的同儕審查制度運作不輟，藉以維持學術期刊的穩定品質、避免商業利益影響出版決策，不免成為受質疑之處。這也是商業出版公司所主張的出版量多寡決定營收立場，亦即在開放近用的模式下，當期刊必須盡可能增加產出時，便會有犧牲論文品質的風險出現。除此之外，也有批評者指出：開放近用期刊一改傳統，轉而向作者收費，很可能對部分甚少獲得外部補助的研究領域，產生極大的財務壓力，因此

³⁶ 參見Ass'n of Learned & Prof'l Soc'y Publishers, *The Facts About Open Access* (2005), available at <http://www.alpsp.org/publications/FAOAcocompleteREV.pdf> (last visited: 2010.11.10).

影響該領域的知識生產和傳播，這也不能說是不值得納入考量的因素³⁷。

最後，著作權的歸屬對學術出版的影響力究竟如何，也值得一提。究其實際，學術論文的出版所彰顯的知識累積和學術成就，是作者、大學和研究機構的真正關切所在。換言之，不管是學術論文的作者，或是聘用這些學術論文作者的大學和學術機構，都不是以著作權所提供的保護當作創作學術論文的誘因，著作權的最大受益者，其實是負責散布學術論文的專業出版者。以美國聯邦法院的 *American Geophysical Union v. Texaco*³⁸ 這個判決為例，本判決在處理著作權對學術期刊市場的影響此一問題時，便認為著作權對於作者而言，並未帶來顯著的誘因，相對地，對於出版者來說，卻是相當重要的收益保障機制。因此，本判決認為從科學期刊中一一影印整篇期刊論文的行為，已經顯著損及出版者的市場預期收益，所以不能主張合理使用。

究其實際，和其他具有營利動機的創作領域相較之下，大部分學術論文的創作者都不是以獲取即時的金錢利益當作創作目的，亦即生產學術論文的主要誘因並非智慧財產權所提供的排他性，相對地，學術論文著作人和使用人之間的利益根本不具有互相衝突的特質，因此，長年以來商業出版公司其實可以用相當便宜的成本便購買到學術論文的專屬排他性著作權，也就不值得驚訝。既然學術期刊出版廠商的內容生產成本如此之低，訂閱費用也就理應維持在一定水準之下才對。但是，如前所述，從大學和研究機構在學術期刊資源方面的財務負擔實際發展趨勢來看，我們卻可以看到學術期刊

³⁷ John Ewing, *The Orthodoxy of Open Access*, NATURE (Sept. 13, 2004), available at <http://www.nature.com/nature/focus/accessdebate/32.html> (last visited: 2010.11.10).

³⁸ See, e.g., *Am. Geophysical Union v. Texaco, Inc.*, 802 F. Supp. 1, 16 (S.D.N.Y. 1992), *aff'd*, 60 F.3d 913 (2d Cir. 1994).

的價格節節上升，遠超過商業出版公司取得和經營所需，其主要理由不外乎商業出版公司任意將各種期刊組合起來，透過包裹授權的模式，以極高的價格包出售給大學和研究機構的圖書館³⁹。在網路出現以後，學術期刊論文的散布型態，的確出現些許改變，但是，網路真的改變了出版活動和商業出版公司的行為模式嗎？對於學術資源開放近用運動的影響又是怎樣呢？這些疑問，似乎仍是懸而未解的開放性問題。

最後，再就期刊論文作者本身的誘因來說，作者不願意對開放近用型的期刊投稿的另一個原因，很可能是這類期刊和具有一定歷史和聲譽的傳統期刊比較之下，專業上的權威地位相對遜色，因此其在目前學術評比上的「影響係數」（*impact factor*）也就比較低，對於投稿作者的學術累積效益幫助有限，相對也就壓低了投稿誘因⁴⁰。雖然有研究指出，開放近用型的期刊引用率，和非開放近用型態的期刊比較之下，高出157%以上⁴¹。然而，難以否認的是，即使引用率較高，但所謂的引用率或引註率，也可能只是反映了該論文的「可取用程度」（*availability*）較高所導致的高引用率而已，並不盡然代表該篇學術論文的實際影響力確實較高。而且，只要開放近用期刊所收到的投稿篇數比較少，對論文的篩選嚴格程度，當然也可能會因此自然下降。

³⁹ Jessica Litman, *The Economics of Open Access Law Publishing*, 10 LEWIS & CLARK L. REV. 779, 794 (2006).

⁴⁰ Alma Swan & Sheidan Brown, *Report of the Joint Information Systems Committee/Open Society Institute Journal Authors Survey* (2004), available at http://www.jisc.ac.uk/uploaded_documents/JISCOAreport1.pdf (last visited: 2010.11.10).

⁴¹ Steven Lawrence, *Free Online Availability Substantially Increases a Paper's Impact*, 411 NATURE 521, 521 (2001), available at <http://www.nature.com/nature/debates/e-access/Articles/lawrence.html> (last visited: 2010.11.10).

同時，許多人對於採取開放近用經營型態的期刊，之所以普遍具有專業程度不足的印象，應該和這類期刊當中，其中有些並未真正採取外部同儕審查機制有關。此一開放近用期刊專業感不足的問題，則可能導致這類期刊更難吸引到外部專家學者提供專業協助審查，形成惡性循環。以上這些困難，都是在討論開放近用期刊的處境時，不能不正視的問題。

肆、如何看待開放近用期刊的未來

如前所述，開放近用期刊雖然逐漸形成風潮，但也同時面臨不少瓶頸，為了探尋這些瓶頸的可能突破管道，本論文以下將以對於法學研究者來說相當重要的美國法學期刊為主要說明實例，說明其編輯出版模式，分析其對於學術資源分享運動的啟示，藉以說明我們可以如何看待開放近用期刊在學術資源開放分享運動裡的角色。

一、美國法學期刊編輯出版模式之實例分析

在美國的法學研究和法律實務領域裡，接近使用法律學術資源（access to legal scholarship），無論是對學術研究者或從事法律實務工作者如律師法官來說，都是很重要的一環，而此一近用方便性，極可能也是美國法學理論和實務見解能夠不斷累積和進步的主要原因之一。從歷史發展脈絡來看，美國聯邦最高法院（the Supreme Court）在一九九〇年時和Case Western Reserve University的Hermes project合作，將聯邦最高法院的判決內容全面數位化並在網路上免費公開，可以說是法學研究資源近用邁入數位化時代之後，最早出現的開放近用運動。接著，在一九九二年時，Cornell University的Legal Information Institute（簡稱LII），則是更進一步將基礎法律資源（primary legal materials，亦即包括聯邦最高法院

的判決內容，以及聯邦法規United States Code 和Code of Federal Regulation) 與某些次級法律資源 (secondary legal materials) 放上網路，讓一般大眾接近利用。此外，美國國會也追隨此一開放法律資源的發展趨勢，建立今天Thomas網站的前身，開始將國會立法提案資料上網。至於聯邦政府則是從FirstGov.gov網站開始，逐步將政府資訊上網⁴²。自從LII的經驗出現之後，從英國、加拿大、澳洲到香港、南非等各國，也開始將其法律資源上網，最終則是形成了包括四十八個國家法律資源的World Legal Information Institute計畫，並且簽署了Montreal Declaration on Public Access to Law⁴³。

美國法學期刊的出版型態，和其他學術期刊的出版型態相較之下，具有相當程度的特殊性，因此也就特別值得拿來作為討論學術資源開放近用運動時的分析對象。整體而言，在美國法學期刊的出版過程裡，著作權甚少扮演真正的誘因角色。大部分的法學期刊都是由未支薪的法學院學生擔任編輯工作，編輯出版法學期刊所需的成本，絕大多數由出版期刊的法律學院支持，來自於外部的經費補助也甚少，嚴格說來，具有實質意義的同儕審查制度，在美國法學期刊的經營運作模式下，也幾乎是不存在的。這樣的期刊編輯出版模式，是美國法學院素有歷史傳統的特殊生態之一，這種由學生負責期刊的出版事宜，也就是由學生挑選、編輯和出版教授的學術研究工作結晶，對於人文社會領域和科學領域的研究者來說，可能不無匪夷所思之處。

同時，在美國法學期刊的出版模式下，著作權歸屬問題並不是

⁴² Michael W. Carroll, *The Movement for Open Access Law*, 10 LEWIS & CLARK L. REV. 741, 741, 743-44 (2006).

⁴³ 關於此一跨國法律資源建置計畫的發展和內容，可參見Montreal Declaration on Public Access to Law (as amended Nov. 5, 2004), available at http://www.worldlii.org/worldlii/declaration/montreal_en.html (last visited: 2010.11.10).

重點，提供論文給這些法學期刊刊登的法學研究者，聘僱這些法律學者的大學和學術機構，甚至期刊本身，在著作權歸屬上其實面對相當高的不確定性，但這些作者與學術機構，似乎也不特別關切著作權不確定性如何解決這個問題。亦即著作權的歸屬本身處於曖昧不明的狀態，似乎並未影響到法學論文的創作誘因。這些法學期刊通常會要求作者讓與論文著作財產權，甚至要求作者簽署同意由 Westlaw、Lexis/Nexis 或 CCC (Copyright Clearance Center) 針對其期刊論文內容進行非專屬重製的同意書⁴⁴，至於這些法學期刊初次成品 (first copy) 的出版成本，則可以說幾乎都是由學術界所吸收的。這樣的學術期刊出版模式，對於數位時代裡的知識生產模式和學術資源開放近用運動，究竟能帶來怎樣的啟示？

法學期刊在法學教育與司法實務中所扮演的角色，在美國可以說是占據不容忽視的地位，因為往往連法院也經常援引法學期刊所發表的法學理論或法律見解，作為權威理論或法律意見的出處⁴⁵。而由學生義務負責編輯出版工作的法學期刊，早已成為美國法學研究和法律教學的特色之一，這種編輯出版訓練不但也讓學生與法律學院之間的關係更為緊密，也讓學生將擔任法學期刊編輯一事，當作競相爭取的榮譽。

⁴⁴ 此處特別值得說明的是，這些同意書的內容，未必直接涉及著作權歸屬的約定，甚至，即使和作者簽訂了重製同意書，但是法學期刊和法學資料庫本身，也未必全面掌握這些法學論文的真正權利狀態，例如，這些法學論文作者和其任職機構之間的著作權歸屬約定狀態，究竟如何，往往便不是法學期刊和法學資料庫充分理解掌握的。

⁴⁵ Michael I. Swygert & Jon W. Bruce, *The Historical Origins, Founding, and Early Development of Student-Edited Law Reviews*, 36 HASTINGS L.J. 739, 739-40 (1985); Bernard J. Hibbitts, *Last Writes? Reassessing the Law Review in the Age of Cyberspace*, 71 N. Y. U. L. REV. 615, 617-28 (1996).

美國常見的法學期刊收入與支出狀況，大致可以描述如下：由於法學期刊的編輯均由學生擔任，所以期刊編輯等事務並無成本可言，不過，這些法學期刊在出版過程中，必然有委外印刷與郵遞寄送等成本，除了自讀者訂閱費用中獲取收入之外，也可以向收錄這些法學期刊的Westlaw和Lexis/Nexis等專業資料庫出版公司，收取權利金，若是仍有收支不能平衡之支出缺口，一般均由出版該法學刊物的法律學院補足該經費缺口。但是，非常明顯地，在這些成本的計算中，顯然並沒有納入法學期刊的內容生產——亦即知識生產的真正成本。

究諸實際，這些法學期刊的論文生產成本，主要來自於法學教授們的薪資和福利。至於學生撰寫投稿的notes和comments等型態的論文，通常也可以換算成承認學分的支出。學生編輯法學期刊所投入的心血和時間，並未轉換成量化的薪水，但同樣是可觀的成本，而此一成本則轉化成學生在編輯過程中所獲得的法學研究訓練成果。由此看來，美國法學期刊初次成品（first copy）的出現，其實包括許多內含的費用，只是這些費用，都透過外部化的過程，轉成由法律學院、大學或研究機構所吸收。另外，更值得注意的是，不管是大學補助法學期刊的出版、補助學生所投入的時間和精力，或是為法學期刊撰寫論文而其薪資福利受大學補助的教授或研究者，在這整個結構裡，其實沒有任何一個人，是因為受到著作權保護的原因，才因而有投入法學研究和知識生產的創作誘因。

法律學院、大學和研究機構補助其教師、學生投入法學學術期刊論文的生產，主要的投資意義，便是在於這類型的知識生產，對於法學教育所帶來的益處，這些益處的充分實現，必須仰賴法學期刊的學術論文盡可能廣泛地被散布、閱讀和引用這個前提。倘若法學期刊裡的學術論文處於限制傳播、限制閱讀和限制引用的狀態，那麼，不論是聲譽效益或是財務效益，都將無從實現。

二、美國法學期刊經驗對於開放近用期刊的啟示

綜上所述，美國法學期刊的出版生態，看起來似乎與學術資源開放近用運動的宗旨，頗為一致：只要作者能夠因為其所出版的期刊論文內容而受到專業上的肯定，那麼，其論文散布流傳得愈廣，無論是個人效益或整體效益，也就會愈高。但是，何以美國法學領域的開放近用出版運動，和其他開放近用出版運動相較之下，卻未特別蓬勃發展呢？只要熟知美國法律學院的生態，或許便可以歸納出以下幾個原因：

首先，美國法學期刊和法學書籍的生產，長久以來都可以算是個相當順暢的過程，似乎並沒有真正形成非常迫切的開放近用需求，因為，美國法學期刊的紙本訂閱費用，一向不高，其所占用的圖書館空間，對於有規模的法律學院來說，也還不至於到達無法承受的地步。更重要的是，Westlaw和Lexis/Nexis等法律學院師生必備的法學研究資料庫，通常又會以相當優惠的折扣價格提供給法律學院訂閱，因此，法律學院的師生往往都會覺得自己是可以「自由接近利用」這些法學文獻的，毫無障礙可言。

在此一法律學院的法學資源利用現實下，法學領域開放近用運動的主要動力來源，通常是作者自動自發的分享行為，例如，許多法律學者會將法學論文提交到Social Science Research Network (SSRN) 網站上，或者在自己的網站上提供論文，讓非法學領域的研究者，或者是無法使用Westlaw和Lexis/Nexis等法學研究專業資料庫的研究者，也能夠閱讀取用這些期刊論文。

其次，從資料庫本身的成本效益觀點來看，部分法學期刊採取開放近用模式的作法，其實並不會影響Westlaw和Lexis/Nexis等資

料庫的訂閱情況⁴⁶，因此也就不會影響到權利金的收益。從現實發展趨勢來看，由於在成本面和收益面的影響均不大，再加上行之有年的學術資源開放運動，以及Creative Commons和Science Commons等組織的推動，不斷有美國主流法律學院的教授加入甚或扮演主導角色，因此，愈來愈多的美國法學期刊，也的確是已經漸漸開始在網路上採取全面開放或者部分開放近用式的出版模式⁴⁷。

如果仔細探究法學期刊相關的辯論，可以發現倡議法學期刊應該效法其他學門，採用雙向匿名審稿和商業出版社經營模式的提議，其實不在少數，這樣的主張，不難理解，而其立論基礎，不外乎傳統的主流價值，絕大多數傾向於認為是在最佳的期刊上所出版的學術論文，其品質必定優於排名次佳的期刊。但是，從另一個角度來看，對於讀者而言，近用法學期刊的重點所在，其實是要儘量能夠閱讀和使用到無窮無盡的法律資源和內容，而法學論文的生產，不應該是在資源稀少有限的條件下進行知識生產，而是應該儘量追求資源豐富飽滿的狀態。或許，正因為如此，所以不乏論者認為，和其他具有同儕審查制度的期刊相較之下，目前美國法學期刊的知識生產模式，更容易達成大量出版、盡其可能地生產無限內容的目標，與Science Commons⁴⁸的目標毋寧更為契合⁴⁹。換言之，仔

⁴⁶ Dan Hunter, *Walled Gardens*, 62 WASH. & LEE L. REV. 607, 623-24 (2005).

⁴⁷ 以幾個素有學術傳統的知名美國法律學院所出版的法學期刊為例，便可以觀察到此一趨勢，相關資料可參見Columbia Law Review, <http://www.columbialawreview.org/archives/>; Harvard Law Review, Recent Issues, <http://www.harvardlawreview.org/recentissues.shtml>; Michigan Law Review, Current Issue, <http://students.law.umich.edu/mlr/index-mlr.htm>; University of Chicago Law Review, Archived Issues, <http://lawreview.uchicago.edu/issues/archive/index.html>; Yale Law Journal, Archive, <http://www.yalelawjournal.org/archive.asp>. 值得一提的是，以上所舉例的幾個法學期刊，開放允許讀者近用的條件並不全然相同。

⁴⁸ Science Commons（簡稱SC）於2005年在美國成立，和推動開放分享理念的

細觀察之下，似乎不難發現何以法學期刊特別適合以開放近用的模式出版，因此也就不難理解何以一些美國知名的法律學者如Dan Hunter、Michael Carroll和Larry Lessig等人，會共同提出Open Access Law Program這樣的構想，成為Science Commons運動下的重要分支之一⁵⁰。

法學論文的品質，也是美國法學期刊模式備受關注之處。對於法學期刊由學生主導的這種編輯出版型態不以為然的人，不乏對目前美國法學期刊所代表的知識生產和傳播模式，採取批評立場者，例如長期擔任芝加哥大學法學院教席的著名法律經濟分析學者Richard Posner法官，就認為法學期刊應該以同儕審查的模式，取代學生編輯的模式⁵¹。這些批評者的核心論述所在，是認為由學生主導的法學期刊，無論是在編輯和論文的挑選方面，其表現都比透過同儕審查制度篩選論文的期刊為差。

究其實際，具有匿名審查制度的期刊，其運作方式主要是由外部審查人扮演閱讀論文並提出批評與建議的角色，決定是否接受刊登該論文或要求該論文進行修改，然後由作者斟酌審查者的批評和建議，針對其論文修改後，提交進一步之審查，提交後接受刊登的論文，通常很少再有大量的編輯加工，也幾乎沒有如美國法學期刊

Creative Commons運動之間有相當深厚的淵源，其秉持開放授權的基本原則，推廣科學資訊和知識的共同分享，關於Science Commons的說明，可參見SC網站，<http://sciencecommons.org/>（最後瀏覽日：2008年12月12日）的內容。

49 Dan Hunter, *Open Access to Infinite Content (Or "In Praise of Law Reviews")*, 10 LEWIS & CLARK L. REV. 761, 762-63 (2006).

50 Carroll, *supra* note 42, at 749-50.

51 Richard A. Posner, *The Future of the Student-Edited Law Review*, 47 STAN. L. REV. 1131, 1132 (1996); Richard A. Posner, *Against Law Reviews*, LEGAL AFF., November 2004, available at http://www.legalaffairs.org/issues/November-December-2004/review_posner_novdec04.msp (last visited: 2010.11.10).

標準編輯出版流程下，由負責編輯工作的學生進行嚴格的引註確認（citation checking）這些步驟。缺乏此一嚴謹步驟的原因之一，很可能是商業出版公司必須追求利潤之故。換言之，法學期刊論文的編輯過程，不是法學期刊的真正弱點所在，那麼，難道法學期刊的劣勢，是在「論文篩選」這個環節所形成的差異嗎？

美國的法律學院所出版的法學期刊，雖然通常沒有嚴格的匿名審查制度，而其他領域的期刊所慣用的匿名審查制度，的確可以提供讓作者可以按照審查意見修改論文的機會，但是，這也不意味著法學期刊內的論文，都沒有類似的機制，可以提供和匿名審查制度相近的功能。究其實際，由於擔任法學期刊編輯的學生，都是經過激烈的競爭被挑選出來的，而將此一工作經歷當作建立法學研究人際網絡和未來求職優勢基礎的學生，通常對於編輯工作都相當投入，也通常都會針對論文內容和引註內容詳加校訂。其次，美國法學期刊的特色之一，便是絕大多數法學論文的作者往往會列名數位甚至多位學術研究同儕對於其論文初稿的批評和建議，美國法學界這種在研究寫作過程中和同儕高度交流的知識生產慣例，或許多少也補足了欠缺嚴格匿名審查制度的不足⁵²。再者，在一般學術期刊慣用的同儕審查制度下，往往會出現不同的審查者，提出互相對立的建議和修改意見這種矛盾情況，反而造成作者進一步修改論文時的重大困擾，也是不可否認的現實。因此，具有同儕審查制度的期刊或商業公司所出版的期刊，是不是真的能更有效率地以科學方式促進知識的生產，或者是否真的優於美國行之有年的法學期刊的出版編輯模式，細究之下，恐怕還是有商榷空間的⁵³。

⁵² Hibbits, *supra* note 45, at 628-54; Arthur D. Austin, *The "Custom of Vetting" as a Substitute for Peer Review*, 32 ARIZ. L. REV. 1, 4 (1990).

⁵³ Daniel Engber, *Quality Control: The Case Against Peer Review*, SLATE (Apr. 5, 2005), available at <http://slate.msn.com/id/2116244> (last visited: 2010.11.10).

如果目前美國法學期刊的模式，不是在刊登論文的篩選或者編輯方面，有任何重大的值得非議之處，那麼何以會招致批評呢？原因之一，或許是法學教授對於自己辛苦寫出的論文，必須接受身為編輯的學生品頭論足，甚至予以冷酷退稿的結果，並非全然樂於接受之故。然而，就算主導法學期刊編務的學生並不是具備絕對優越的篩選論文能力，但是，具有法學訓練背景甚至跨學科訓練的學生，似乎也不至於毫無能力判斷論文內容的優劣，而且，在網際網路時代裡，由於閱讀和評量論文內容的方式，可能均有轉變，因此，單單以學生編輯的判斷能力不足這一點，來否定目前美國法學期刊編輯出版模式，或許並不是值得贊成的立場。

更進一步言之，從期刊論文的內容生產流程來看，創作者和中介媒體（intermediaries）兩者的誘因，其實應該要分開看待處理。創作者之所以有創作誘因，經常是出於研究興趣之類的非財務利益，雖然基於獲取著作權或者論文出版後可能衍生的利益，也可能是部分作者從事創作的間接誘因，不過，相對地，對於刊登創作的中介媒體（例如期刊發行者 and 專業出版公司）來說，最重要的目標就是獲利，而且，中介媒體所提供的功能，包括行銷和庫存等，其實都是需要投入相當規模的資金成本的。在網際網路普及之後，數位出版時代的來臨其實逐漸改變了這套系統：網際網路這個工具，讓創作內容的產製成本和傳遞資訊的成本，都可以大幅降低，而且，和過去由出版者決定哪些內容產品可以出版，然後以這些內容產品為對象投入重金宣傳的模式相較之下，網路時代的創作者，可以把「任何」內容產品放上網路，由讀者來決定這些作品的價值。全球這種「業餘」（非基於獲利和商業動機而從事創作）的數位內容創作者，難以計數，這些創作者理論上會逐漸開始創作出「無窮無盡的內容」（infinite content）。而這時讀者所面對的問題，很可能不是資訊不足的困境，而是如何分辨資訊和消化資訊的問題

了⁵⁴。大家熟知的社會軟體（social software）如Google Rating和Amazon的book recommendation，都是協助消費者判別資訊的工具，而許多部落格上所提供的友站連結，或是建立讀者評論和投票等功能，也都是在扮演類似的角色。其共同點在於：內容是在製造出來之後，才受到網路大眾的評量，決定其品質優劣，而不是在內容製造之前，就先由編輯決定優劣、決定該作品是否應該出現在讀者面前。換言之，在網路時代裡，資訊和知識的生產與消費模式，已經出現了相當程度的改變，數位時代的資訊和知識生產，與其說是掌握在專業者手中，毋寧說是掌握在許多「業餘」的創作者手中，有關知識的吸收與資訊的取用，也不再是由出版者壟斷篩選權力，而是由每一個接收者和消費者共同分享⁵⁵。

因此，在網路時代裡，一篇學術論文的價值，或許根本不該在於為它出版的刊物究竟是哪個刊物，而是應該將重點放在讀者如何評價論文內容，因此，也就是重點不在於「事前」的出版篩選，而在「事後」的品質評價。當然，知名法學期刊上所刊登的文章，毫無疑問地仍會吸引比較多的讀者，以及發揮比較大的影響力⁵⁶，但是，在數位時代裡，前述的社會軟體的確可以發揮一定程度的篩選功能，而且，法律社群內的法學教授、法官和律師，本來便一直都能夠扮演評斷法學論文品質好壞的角色，現在，這些出自法學教授、法官和律師的評論意見，還可以透過網路廣為散布。換言之。今天的數位科技，已經讓問題從判斷「什麼是應該被出版的」，變

⁵⁴ See generally YOCHAI BENKLER, *THE WEALTH OF NETWORKS: HOW SOCIAL PRODUCTION TRANSFORMS MARKETS AND FREEDOM* (2006).

⁵⁵ Dan Hunter & Gregory Lastowka, *Amateur-to-Amateur*, 46 WM. & MARY L. REV. 951, 951 (2005).

⁵⁶ Michael J. Madison, *The Idea of the Law Review: Scholarship, Prestige and Open Access*, 10 LEWIS & CLARK L. REV. 901, 901-24 (2006).

成決定「什麼是值得讀的」了。

如果以上針對美國法學期刊的觀察心得均屬成立的話，那麼，美國法學期刊的出版模式，對於其他領域的期刊，甚或對於學術資源開放近用運動，能夠帶來怎樣的啟示？其他學門的出版生態，或許與美國法學領域有所不同，其期刊出版模式，也有相當大的差距。首先，其他學門或許並沒有大量不支薪的學生，可以投入編輯出版的流程中，因此，往往需要透過支薪或者僱用專業編輯人才的方式，協助期刊的編輯與出版工作。許多非法學領域的期刊，往往也不附屬於特定大學或學術機構之下，因此，來自於大學或學術機構的補助，相形之下自然也就會變得相當有限。同儕審查論文的系統，在非法學期刊是非常普遍的作法，審查者雖然絕大多數是自願且未支薪者，但是管理同儕審查系統仍然需要一定的行政成本。基於上述種種原因，其他學門的期刊訂閱費用，往往呈現出大幅高於美國的法學期刊訂閱費用的現象，似乎也就不足為奇了。

不過，除了以上的因素和後續現象之外，其他領域的期刊，仍有許多是和法學期刊相似相通之處。尤其是學術論文生產的最主要的成本，也就是研究者的收入，仍然是由其雇主——也就是研究機構或大學支付的。由於大學已經支付了教授和研究者進行研究和從事知識生產的薪資報酬，也可以負擔編輯出版和同儕審查等機制所需的人事開銷，如果還要進一步為這些已經「付費」的出版品，再另外支付「訂閱」費用，似乎便有可以進一步商榷的餘地。因此，大學或研究機構若能自行成立出版中心、並且開放典藏，那麼，印刷費用和郵寄費用應該就不會是障礙所在。假若所有大學都能夠採取此一策略，便可以共同省下龐大的期刊訂閱費用。

與其思索開放期刊能否能夠像傳統期刊一樣，依靠訂閱費用作為營運和生存的基礎，或許不如探詢什麼樣的期刊運作模式和知識生產模式，是更有效率的模式。綜上所述，大學與研究機構本身支

付給教授和研究者的薪資與報酬，已經為期刊內容的生產，負擔了相當比例（或者說是主要比例）的隱形成本，著作權本身，並不是教授或研究者生產知識的誘因或動力來源，因此，開放式的知識生產方式，或許才能真正促進更有效率的知識散布和累積。

隨著Social Science Research Network（其中關於法學研究的網絡為Legal Scholarship Network）與Berkeley Electronic Press Legal Repository的出現，以及愈來愈多的法學教授開始建置、存放和維運有關本身著作的網站，也就有愈來愈多的法學論文初稿或已經出版的完稿，出現在網路上供大眾自由近用。不過，雖然有這些嘗試，但是，整體而言，採取全面開放近用模式的法學期刊，畢竟仍不是多數，再者，即使著作權方面的疑問不是最大的障礙，或者是能夠獲得圓滿的解決，不可否認的是許多作者仍然對於開放式的學術論文出版型態，依然無動於衷。

從政策考量層面來說，目前美國法學期刊的開放近用模式，應該是相當值得參考的模式。首先，從其他研究領域的經驗顯示，開放近用期刊論文的引註率，明顯地高過於一般傳統學術期刊論文的引註率。其次，開放近用法學期刊的運作模式，也可以幫助無法負擔法學期刊訂閱費用，尤其是無法負擔專業資料庫訂購費用的讀者，例如，小型事務所律師或公益律師，充分利用這些法學期刊的內容。畢竟，每一篇法學論文的背後，其實或多或少都包括公眾的付出和支持，因此，法學研究者似乎也不該完全忽視傳播法學知識的基本社會責任。再者，法學研究領域和其他研究領域的互動愈來愈加密切，而這也應該是一個不該逆轉的方向，而唯有透過便利的研究成果取得管道，才比較能夠確保跨領域的交流持續維持和深化。最後，隨著法學研究愈來愈國際化，各國研究者進行比較研究或跨國研究的機會也必然愈來愈多，透過充分的法學期刊開放近用管道，也應該有助於從事比較研究或跨國研究的學者，以更有效率

的方式進行研究和對話。

關於法學資源開放近用運動的未來，若要能長期發展，至少有兩個隱憂必須處理。首先是格式不統一的問題。換言之，若能追求更相容的儲存格式，應該可以讓法學資源的組織、搜尋和排名，都比現在的情況更有效率。其次，法學資源開放近用運動是否會引導美國法學期刊出版的型態逐漸改變（例如，不再以學生編輯的期刊為主流），也是值得觀察之處。畢竟，隨著網路與數位科技的發達，不難預見日後的法學期刊出版型態會變得更加多元化和活潑化，同時，隨著資訊流通的彈性提高，無論是短篇法學論文或者整部成冊的法學論述，都有增加的趨勢，因此，Westlaw和Lexis也可能必須考慮將書籍的搜尋，也納入其所提供服務的範圍內，強化其作為專業法學資料庫的功能⁵⁷。

學術資源開放近用運動與上述的美國法學期刊編輯出版模式之間，其實或許可以找到頗見實質意義的契合點。首先，從考量經濟因素的角度出發，傳統經濟學將著作權視為創作誘因的理論，在美國法學期刊此一領域內，似乎並不適用⁵⁸。這是因為法學期刊出版的目的，並不在於藉由販賣學術論文的內容而獲利，而是以促進法律學院發展的目的——不管是提升法學教育或者增加知識生產的質量為依歸⁵⁹。其次，原本提供法學期刊編輯出版資源的法學院，倘若沒有出版法學期刊，也不會轉而從事其他的活動（因為機會成本實在不高）。再者，雖然法學期刊的市場可以分成營利性的Westlaw和Lexis/Nexis專業資料庫，以及非營利性的SSRN等，而SSRN上的論文，的確多少有難以用傳統方式引註的問題，但是，

⁵⁷ Carroll, *supra* note 42, at 743-44.

⁵⁸ Hunter, *supra* note 46, at 617.

⁵⁹ Litman, *supra* note 39, at 780-81.

假使學者所需要的，只是閱讀最新的學術論文（甚或學術論文初稿）而非引註的話，那麼其實並無大礙。至於對引註有嚴格且強烈需求者，則可以從使用Westlaw和Lexis/Nexis專業資料庫中獲得滿足，尤其是律師，還可以將這些研究法律的成本，轉嫁給客戶承擔。

伍、大學典藏政策和著作權政策如何強化知識生產與近用管道

在分析過學術期刊的經營運作模式對於學術資源開放分享運動的影響，尤其是以法學期刊為實例說明學術期刊未來可能採取的可行發展趨勢之後，本論文此一部分將說明在數位時代裡，大學及其圖書館如何因應數位時代的知識生產需求，從事自我典藏，以及其和大學針對其聘用教授和研究者的研究成果論文所採取的著作權政策，關係如何，藉此說明大學自我典藏政策的現狀及其困境所在。接著，本論文此一部分也將提出可能的因應方法，作為思考如何解決大學自我典藏工作困境的起點。

一、大學自我典藏的努力

從學術資源開放分享運動的觀點來看，大學和研究機構圖書館的典藏政策，其實也是決定學術資源是否能夠開放分享的關鍵之一。再者，如前所述，由於開放近用類型的期刊事實上遭遇到不少執行面的困難，因此，導致不少支持學術資源開放分享運動者，轉而支持自我典藏（self-archiving）的作法。這種強調自我典藏或機構典藏的作法，近年來不僅逐漸成為歐美各主要大學圖書館的主流作法之一，目前我國各主要大學如臺灣大學、政治大學、交通大學、清華大學等校的圖書館，雖然作法和成效不一，但也都已經加

入機構典藏的行列。

先就圖書館的立場來說，對於學術期刊的訂價和供應條件未能合乎圖書館的需求，尤其是專業期刊資料庫任由商業出版公司或資料庫公司掌控訂價的現況，早有不滿。一般來說，圖書館社群認為：商業出版公司或資料庫公司從「由大學出資聘僱」的教授處免費獲得論文內容，甚至要求教授免費提供審稿和編輯的服務，最後卻把成果以高昂的價格再賣回給大學，實在是相當不合理的作法⁶⁰。相形之下，開放分享期刊的理念優勢，對於圖書館社群來說是無庸置疑的，但是，如何徹底達成目標，卻非易事。如前所述，開放近用型的期刊，的確遭遇了一些源自於學術傳統和既有期刊體制的困境，因此，主張學術資源開放分享者，便提出除了開放近用期刊之外，應該同時採取和開放近用期刊並存共進的「自我典藏」（self-archiving）手段，來落實學術資源開放分享的理想⁶¹。

不過，無庸諱言的是，正如同開放近用型期刊有其困境必須解決一般，「自我典藏」的努力，也不是毫無障礙。開放近用期刊所遭遇的主要問題，除了經費問題之外，便是研究者無法放棄在學術傳統下所認定的頂尖或權威期刊發表論文的機會，後者所衍生出來的，便是著作權制度所帶來的障礙，也就是絕大部分的論文作者，幾乎都把論文著作財產權讓渡給期刊或商業出版公司，而孤軍奮戰

⁶⁰ Lisa Guernsey, *A Provost Challenges His Faculty to Keep Copyright on Journal Articles*, 45 CHRON. HIGHER EDUC. A29-30 (1998); Pamela Burdman, *A Quiet Revolt Puts Costly Journals on Web*, N. Y. TIMES, June 26, 2004, at B3, available at <http://www.nytimes.com/2004/06/26/arts/a-quiet-revolt-puts-costly-journals-on-web.html> (last visited: 2010.11.10).

⁶¹ 類似倡議也出現在布達佩斯宣言的內容中，可參見Budapest Open Access Initiative, available at <http://www.soros.org/openaccess/read.shtml> (last visited: 2010.11.10).

的教授和研究者，當然根本很難有力量和期刊或商業出版公司談判，取得將學術論文交給大學進行典藏，甚或放在自己網站上的權利⁶²。

從理論層次來說，只要論文作者將某篇論文放到網路上，讓搜尋引擎可以檢索到這篇論文，也可以讓網路使用者下載利用的話，就應該算是已經達到開放近用的基本目的了。正因為如此，近數年來，美國一些知名大學，包括加州大學（University of California）系統、加州理工學院（Caltech）、麻省理工學院（MIT）和史丹佛大學（Stanford University）等著名的大學，都開始建置學術論文典藏的網站。這類由大學建置的維護的學術論文典藏網站，可能是大學為主，或者是以系所為主，甚至是研究領域或學科為主，也有可能是教授或研究者自己的個人網站，其重點是在於可以讓讀者自行檢索與自由利用⁶³。

不過，實際上這些網站的成效，卻不盡然合乎預期中的理想，例如，論文收錄的完整性不足，其理由不外乎許多教授或研究者可能認為將自己論文作品放上網太花費時間，也有許多教授和研究者欠缺最基本的誘因去做這件事，而負責管理這些網站的大學圖書館員也有可能缺乏足夠的熱誠等。此外，格式不合、檢索系統不一，以及某些作者的著作權侵權疑慮，都是讓這類自我典藏的努力難以達成預期理想的原因⁶⁴。

當然，近來也有許多作者個別地自行進行自我典藏的工作，不過，這種個人自我典藏的作法，同樣也有不小的格式和維護問題，

⁶² Gadd et al., *supra* note 5, at 293-304.

⁶³ Lila Guterman, *Two Routes to Open Access: Archives and Institutional Subscriptions*, 50 CHRON. HIGHER EDUC. A11 (2004).

⁶⁴ Robert C. Denicola, *Copyright and Open Access: Reconsidering University Ownership of Faculty Research*, 85 NEB. L. REV. 351, 363-65 (2006).

例如，當教授離職、退休，甚或死亡之後，更會成為難題。此外，除非搜尋引擎的功能和涵蓋率夠廣，否則這些在個人網站上自我典藏成果，通常只有相當熟悉該學科或該研究領域的使用者懂得如何使用，所以充其量只能算相當於是改以電子方式傳遞論文紙本而已。

究其實際，阻礙自我典藏成效的更重要因素之一，則是一般不熟悉相關法令或規則的作者會因為擔心不論在出版前或出版後將論文電子檔放到自己的網站上，都會招惹爭議，所以裹足不前。舉例來說，學術期刊出版通常遵循所謂的「未經出版原則」（Ingelfinger Rule），這是新英格蘭醫學期刊（New England Journal of Medicine）自一九六九年起便建立起來的基本原則，其內涵就是學術期刊只接受未曾提交其他期刊或出版品發表過的論文⁶⁵。雖然大多數的學術期刊，其實並沒有特別明言將論文草稿或投稿論文放在網站上算不算是一種發表，然而，可以想見的是，只要稍有一點被認定為是屬於發表行為的可能性，那麼學術論文作者就很容易卻步，不願在期刊出版前便將論文草稿或投稿版本放上網路。

至於已經透過學術期刊發表的論文電子檔，作者也因為多半著作財產權已經移轉給期刊或商業出版公司之故，面臨無法自由將自己寫作的論文上網的問題。以美國和英國為例，大約有90%的學術期刊，會要求論文作者簽署著作權移轉契約，其中有5%左右的期刊，會要求作者簽署專屬授權契約。因此，將論文放上網供其他人自由近用的行為，將會侵害商業出版公司所取得的著作財產權⁶⁶。或許，論文作者可以對自己寫作的論文主張「合理使用」（fair

⁶⁵ Arnold Relman, *The Ingelfinger Rule*, 305 NEW ENG. J. MED. 824, 824-26 (1981); Marcia Angell & Jeremy P. Kassirer, *The Ingelfinger Rule Revisited*, 325 NEW ENG. J. MED. 1371, 1371 (1991).

⁶⁶ Denicola, *supra* note 64, at 365.

use) 的權利，可是，從學術論文近用的通常方式（亦即全部重製）和網路極高的普及性來說，此一合理使用主張成功的可能性，可能不是太高。

換言之，目前落實自我典藏的難度依然不低，除非推動立法改革，例如，美國國會透過立法強制政府補助的研究成果應該無條件公開⁶⁷，或者，如NIH要求凡是其提供資金補助的研究，其論文成果必須在發表後六個月內儲存至PubMed Central網站，或者要求NIH對受補助者課以「受請求時」應該提交論文成果至PubMed Central網站⁶⁸等，否則很難獲致明顯的開放近用成效。然而，即使是推動立法改革，恐怕都不免要面臨以堅持維護傳統學術期刊同儕審查此一優良傳統作為理由的反遊說⁶⁹。因此，與其寄望於不確定性不低的未來立法改革，是否可以另闢蹊徑，從大學對於其所屬的教授和研究者的研究產出成果主張權利的角度出發，以追尋學術成果或資源得以開放分享的可能推動方向，或許不無一試的價值。

二、如何為大學自我典藏的困境解套

如前所述，傳統學術出版制度的著作權歸屬設計模式，是大學自我典藏制度的最大障礙之一。若是遵循前述的American Geophysical Union v. Texaco這個判決的邏輯來推論，我們大致上可以推論出來：由於學術論文的著作人多未寄望藉由發表學術論文而獲取直接利益，所以，對發表學術論文的教授和研究者來說，著作權的主觀財產價值，理論上並不算高，所以，絕大多數學術期刊的作

⁶⁷ See, e.g., Public Access to Science Act, H.R. 2613, 108th Cong. (2003).

⁶⁸ See, e.g., Policy on Enhancing Public Access to Archived Publications Resulting from NIH-Funded Research, 70 Fed. Reg. 6891, 6899 (Feb. 9, 2005).

⁶⁹ 反遊說的實例在美國國會便曾經出現過，參見H.R. REP. No. 108-792, at 1177 (2004).

者，基於能夠使論文刊登於專業期刊上的考量，會願意以無償方式將著作權授權給期刊和出版商。於是，這就為學術期刊的出版商去除了行使著作權和控制期刊價格的障礙，無怪乎有學者認為此種情境下的著作權，儼然已經成為學術論文著作人出版論文的交換條件⁷⁰。

然而，這個交換條件其實隱藏了著作人和出版商之間的潛在利益衝突。在這場衝突裡，學術社群似乎日益弱勢，而出版商則是善用近年來快速進入商業化應用領域的數位權利管理科技和包裹授權模式，逐漸強化的期刊論文的控制力⁷¹。在法律層面，則同樣是出版商的私益保護受到不成比例的青睞。以美國的「一九九八年數位千禧年著作權法」第一二〇一條及我國著作權法第八十條之二為例，其禁止使用者破解、破壞，或以其他方法規避著作權人所採取禁止或限制他人擅自進入著作之防盜拷措施的結果，無非是使出版商從著作權法所賦予的控制力，從「內容保護」延伸到「技術保護」，相對地，導致個人接近使用學術期刊內容的成本大為增加，也進而使學術研究和分享的成本大增。

此一趨勢，不僅說明了將學術知識全面轉化成智慧財產權保護對象的結果，和傳統的學術價值嚴重不合，也說明了網路科技的發達雖然有效降低期刊的傳遞成本，但是卻也同時被當作控制資訊近用的有效工具，提高使用者的近用成本的殘酷現象。因此，如何建立起符合著作人及使用者共同利益的出版模式，便自然成為開放近

⁷⁰ Litman, *supra* note 39, at 782.

⁷¹ 包裹授權此一商業模式，是數位時代的期刊出版商無須降低價格，甚至可以獲取暴利的主要護身符之一。然而，從法律觀點仔細檢視包裹授權的交易模式，其實不無反托拉斯法上的違法疑慮，*see, e.g.,* Aaron S. Edlin & Daniel L. Rubinfeld, *Exclusive or Efficient Pricing: Big Deal Bundling of Academic Journals*, 72 ANTITRUST L.J. 119, 119 (2004).

用運動的終極關切之一。

不難想像的是，如果論文作者可以保留著作權，對於收錄其論文的期刊僅僅賦予非專屬授權，那麼學術資源開放分享運動的目標會比較容易達成。但是，如前所述，目前大部分的期刊論文授權情況卻是：絕大多數的作者都將著作財產權讓渡給期刊或商業出版公司，而且，分屬不同研究領域的作者，對於契約的著作權約定條款內容的意義和其真正影響如何，其理解程度恐怕也不甚了了。換言之，我們若是要期待專精於基因、物理、醫學、經濟等學科的教授或研究者，去分析論文授權契約的契約內容和爭取著作權的控制權，恐怕是緣木求魚，但是，大學作為學術期刊和期刊資料庫最重要的買主，卻應該絕對有誘因去爭取這些權利。而究諸實際，促使商業出版公司對於論文著作權屬於大學的作者，提供比較優惠的出版條件，也並非沒有前例可循⁷²。

以我國著作權法為例，我國著作權法並未針對大學與其受聘教授和研究人員間，應該如何處理屬於教學或研究成果的著作權歸屬問題予以特別規範。然而，現行著作權法在第十一條規定受雇人職務上著作的著作權歸屬，而第十二條則是規定關於出資聘人所完成著作的著作權歸屬。第十一條和第十二條兩者共通處在於都是一方出資請他方為其創作，不同之處則在於雙方當事人間就「一方為他方創作」所成立的契約關係，在法律上之定位有所不同。若該契約關係定位為僱傭契約或類似僱傭契約，應適用第十一條的規定，若屬於其他類型的契約，例如承攬或類似委任關係，則適用第十二條的規定。

就適用第十二條的情況來說，受聘人不管是基於承攬關係或類似委任的關係而受聘，雖然是依照出資人的規劃完成創作，但是受

⁷² Gadd et al., *supra* note 5, at 304.

聘人就工作之進行，原則上具有相當高程度之自主性與獨立性，在創作過程中對出資人的依附程度較低。相對地，出資者與創作者之間屬於僱傭關係的前提下，受雇人對雇主的依附程度比較高，包括接受雇主的指示從事工作，以及仰賴雇主所提供之資金設備等，則適用第十一條之規定。現行著作權法第十一條第一項若雙方契約未約定由何人為著作人時，以受雇人為著作人，若有約定則從其約定，就此而言，在規範上與第十二條第一項並無不同。第十一條與第十二條最大的差異在於，依第十一條之規定，僱傭關係中係以受雇人為著作人，但該著作之著作財產權若無特別約定，仍歸雇用人享有，但依第十二條規定，即使受聘人係著作人，但該著作之著作財產權則依契約約定歸受聘人或出資人享有，而在未為約定時，則歸受聘人享有。此一規定的理由在於，在出資聘人之情形，由於受聘人是獨立創作，所以，除了應該顧及出資人的利益之外，也應衡平考量受聘人利益如何受到保護的問題，亦即其創作成果之歸屬比較適合由當事人視報酬之高低自行約定，若未為約定，則以受聘人為著作人。但是，平心而論，即使未為約定，就契約目的來考量，出資人的原始目的就是為了得以使用該創作，才願意訂約出資，受聘人也應該有此認知才是，因此，即使是由受聘人取得著作人的地位，著作權法仍應該保障出資人享有使用該著作之權利才是⁷³。

那麼，大學或研究機構究竟應該如何向學術期刊和商業出版公司爭取到較佳的著作權安排模式呢？如果認為大學或研究機構聘僱的教授或研究人員應該被定位為我國現行第十一條的「受雇人」，包含任何具有僱傭關係之受雇用者，那麼，大學教授和研究者所完成的論文著作，應該也算是受雇人基於著作權法關於僱傭關係所完成著作的規定，或許是可行管道之一。舉例來說，依據美國著作權

⁷³ 謝銘洋，智慧財產權之基礎理論，頁98-99，2004年10月4版。

法的規定，基於僱傭關係所完成的著作權，屬於雇主所有⁷⁴。美國聯邦最高法院在*Creative Non-Violence v. Reid*⁷⁵這個判決裡，對於「基於僱傭關係而完成的創作」原則（*work-for-hire rule*），已經有所釐清，再加上其他法院後續判決的累積，應該可以解釋出大學和研究機構對於其受聘用的教授或研究者的研究成果，主張著作權的成功可能性似乎很高：因為，在絕大多數大學和研究機構的聘僱契約裡，研究都是工作內涵的重要一環，而且多數教授和研究者的論文作品，都是在一般研究時段內、在大學的研究室或實驗室裡完成的。換言之，當教授和研究者在做研究的時候，他們絕大多數都應該認為自己是在做分內的「工作」，合乎這個判決所訂下的判斷標準才是。

不過，不難想像的是，也有人會主張大學教授雖然受僱於大學，由大學提供設備與資金，例如，圖書館、研究室、實驗儀器、研究助理，甚至祕書等研究資源，協助其從事研究工作，以追求學術卓越，甚至學術競爭力。然而，基於學術自由等理由，大學對於大學教授和研究者的教學與研究內容，通常不會在實質層面進行指揮監督，亦即賦予大學教授和研究者在教學與研究內容上相當高的自主性。所以，在判斷大學教授和研究人員研究成果的著作權歸屬時，若是單單著眼於大學與教授研究者之間的僱傭關係，適用著作權法第十一條的規定，似乎也過於忽略大學教師和大學間的契約關係，與一般僱傭關係相較之下，仍有其差異性這個重點。以美國為例，爭執大學或研究機構的教授或研究者知識產出所有權歸屬的案件，在法院判決中並不是很多，主要原因在於大學教授的論文通常不具備立即可見的重大經濟效益，所以一般大學都會默許教授成為

⁷⁴ 17 U.S.C. § 201(b) (2000).

⁷⁵ 490 U.S. 730 (1989).

其論文作品的權利歸屬者。不過，大學教授與研究者的學術創作，是不是都直接適用「基於僱傭關係而完成的創作」原則，在實務和學理上也並不是完全沒有產生過爭議。例如，在美國聯邦第七巡迴法院的Hays v. Sony Corp.⁷⁶這個判決裡，知名的法律經濟分析學者Richard Posner法官便曾經質疑，在沒有明文約定的情況下，由於大學和研究機構並不見得會對教授準備學術書籍或期刊的過程有任何實質的監督指導，而且大學並不是最能有效發揮研究成果論文的效用的人，所以權利歸屬似乎應該是歸於創作論文的教授或研究者⁷⁷。只是，在美國一九七六年著作權法修訂通過之後，傳統教師和大學教授的傳統產出成果，都受到「基於僱傭關係所完成的著作」原則（work-for-hire rule）的拘束，似乎已經成了基本的共識⁷⁸。

從維護大學校園內的學術自由此一角度出發，便不難理解何以現狀是有許多人大聲疾呼應該保留大學教授對其學術論文作品的著作權，而且大學本身也通常沒有積極地對其所屬教授的學術論文作品主張著作權。舉例來說，美國大學教授協會（American Association of University Professors）於一九四〇年所提出的Statement of Principles on Academic Freedom and Tenure，早就明確指出：大學教授的研究成果著作權應歸屬於教授而非大學，因為如果大學擁有此一權利，將能干涉教授研究成果的出版與否，甚至可能會決定如何編輯或修改⁷⁹。這個立場，無非是從大學教授應該享有的學術自

⁷⁶ 847 F.2d 412, 416-17 (7th Cir. 1988).

⁷⁷ *Id.* at 416.

⁷⁸ Ashley Packard, *Copyright or Copy Wrong: An Analysis of University Claims to Faculty Work*, 7 COMM. L. & POL'Y 275, 314 (2002).

⁷⁹ 此一立場之詳細內容可參見Am. Ass'n of Univ. Professors, 1940 Statement of Principles on Academic Freedom and Tenure, available at <http://www.aaup.org/AAUP/pubsres/policydocs/1940statement.htm> (last visited: 2010.11.10).

由此一論點出發而推論出來的。

另一個反對將大學教授學術論文著作權歸屬於大學的原因，在於大學教授的某些學術著作，可能還是具有相當程度的市場經濟價值，例如，大學授課所需的各種基本教科書，便是典型的例子。因此，如果由大學擁有這些學術著作的著作權，很可能會降低教授個人對某一類學術著作的創作動機。此外，由於大學研究各領域各自的專業性極強，大學校方本身可能無法正確解讀研究的意涵，或是作出最佳的出版判斷，乃至於忽略了學術出版本身便是影響教授學術聲譽最重要的一環這件事⁸⁰。

本論文認為：雖然類似「開放近用」的出版模式，在每一個學術領域幾乎都已經出現並且獲致相當成果，不過，學術期刊的訂價依然持續上漲，而且是遠超過通貨膨脹率，是不爭的事實，這個現象持久不衰，應該歸因於期刊出版公司的商業模式，也就是和控制期刊出版的商業公司多數採用限制型的授權契約（*restrictive licensing agreements*），以及這些期刊出版商通常在期刊出版領域裡長期占據寡占，甚或獨占地位有關，所以才會導致學術期刊（和電子期刊資料庫）的價格居高不下⁸¹。然而，由於目前法院就此一現象的法律意涵並無明確表態，因此，短期之內，此一現象難有自行緩解的機會，因此，透過「開放近用」和「大學自我典藏」這類不同於傳統期刊出版模式的努力，來改變期刊出版模式，可能還是值得追求而且不可鬆懈的作法。

上述關於大學與大學教授之間的潛在著作權爭議，與學術資源開放分享運動目標的達成，其實並沒有必然的衝突或矛盾。要達成

⁸⁰ See generally Rochelle C. Dreyfuss, *The Creative Employee and the Copyright Act of 1976*, 54 U. CHI. L. REV. 590, 593 (1987).

⁸¹ See WILLINSKY, *supra* note 4, at 78-79.

學術資源開放分享的目標，其實不是特別困難，因為大學教授並沒有反對其學術著作以數位化形式再出版的正當理由可言，所以，站在大學的立場，似乎只需要主張，在其所聘僱的教授和研究人員的學術論文公開發表，甚或授權給期刊和商業公司之後，大學對於教授的學術論著，取得有非專屬性的數位散布授權即可，應該便可以進行圖書館自我典藏的工作。同時，如此一來，也就不會出現大學干涉學術著作出版自由的疑慮，也不會產生任何著作改作的問題。至於若是特定期刊或商業出版公司對於此種大學自我典藏策略懷有疑慮時，也可以作個別的協商，例如，可以透過契約內容的安排，要求大學對於某些特定著作進行自我典藏的時間點稍微延後，那麼，大學與教授的聲譽和學術完整性這個關切，與研究成果擴散此一公共利益，兩者之間便應該可以獲得比較平衡的折衷結果。再者，究諸實際，目前歐美較具規模的研究型大學，幾乎都有明確的教授研究成果著作權歸屬政策，而究諸這些著作權政策的內容，多半也是將大學的著作權主張，限縮在唯有所屬教授使用大量學校資源創造該學術著作（例如透過網路科技進行遠距教學的課程內容）的情況下。以上所述的大學著作權歸屬政策走向，也可以被當作推動開放近用期刊和自我典藏運動時的一個極佳著力點，而且也符合機構內研究人員提升研究能見度及散布度的需求。

最後，從學術研究成果的屬性來看，不乏論者以為，只要是政府提供補助經費所產生的研究成果，都應採取強制開放近用的模式，甚至使其成為公共領域的內容，不受著作財產權保護，以便達到極大化社會福利的結果⁸²。基於同樣的理念，近年來，美國的NIH也積極鼓勵作者將研究成果存放到PubMed Central的資料庫

⁸² Nicolas Bramble, *Preparing Academic Scholarship for an Open Access World*, 20 HARV. J. L. & TECH. 209, 232 (2006).

裡。甚至，在立法層面上，也出現了一些有助於學術資源開放近用運動實現理想的努力，例如，美國國會從二〇〇六年起便陸續有參議員和眾議員分別提出聯邦研究公眾近用法案（**Federal Research Public Access Act**，簡稱FRPAA），要求凡是每年研究經費補助達一億美元以上的聯邦機關，都必須針對其補助的研究，制定開放近用政策，聯邦機關無論是自己建置集中化的公開線上資料庫來典藏其所補助的研究成果出版品，或者是要求受補助者將其研究成果在網路上公開，均合乎本法要求。以二〇一〇年為例，美國聯邦機關委外研究經費達一億美元者，至少包括農業部、商業部、國防部、教育部、能源部、衛生部、國土安全部、運輸部、環保署、航太總署、國家科學基金會，可見該立法若是通過，對於學術資源開放近用的正面助益，必然難以小覷。此一立法政策，對於許多學術期刊都是由政府機關資助經費，或者學術機構乃以政府編列提撥的預算從事期刊出版發行工作的我國來說，或許不無積極思考、參照的價值。

在此處值得一提的，雖然其他專業領域的學術期刊，其經營模式和美國法學期刊的特殊經營方式相較之下，有其差距，尤其是在審查制度方面，差距更是不小，但是，美國法學期刊傳統上借重學生編輯來篩選、編輯和出版學術研究者的論文，將學術期刊的編輯和法學教育訓練學術研究者和專業人才的目標作適當的結合，進而節省行政成本並藉此降低訂閱費用的編輯模式，對於其他領域學術期刊在效率層面的考量來說，或許還是不無啟發作用，應該是其他領域的學術期刊可以考慮予以部分移植的經驗。究諸實際，法學期刊以外領域的學術期刊，也早已出現類似的嘗試，而且頗見經營成效，以經濟學領域的**Economic Bulletin**為例，便是自二〇〇〇

年開始便以類似法學期刊模式運作至今不輟的知名開放近用型期刊⁸³。

至於國內的學術期刊，整體而言在開放近用的落實上仍是處於萌芽階段，國內不同學術機構或大學在學術期刊的開放近用工作上，依然欠缺整合，以促進學術內容、知識和資訊的有效流通此一角度來看，似乎仍有不少努力空間。從上述美國法學期刊編輯出版模式來看，其實可以找到許多和學術資源開放近用運動頗見實質意義的契合點，而這些契合點，也可以當作我們思考國內學術期刊如何落實開放近用。既然從經濟因素的考量來說，著作權這種創作誘因在學術期刊此一領域既然並不見得適用，再加上我國絕大部分學術期刊中所呈現的研究成果，無論是研究過程和編輯過程，幾乎都是從政府、研究機構或大學本身獲得絕大部分的經費挹注和資源支持，可以說具有相當高的知識公有財特色，那麼，要求學術單位或學術期刊將學術期刊上所刊登的論文開放給一般大眾近用，應無特別窒礙難行之處。為了使知識的生產和傳播更合乎效率考量與近用需求，我國應該考慮採行本論文以上所述的開放近用期刊模式，以及鼓勵研究機構和大學積極從事所屬研究者的論文自我典藏的模式，更靈活地善用大學和研究機構等中介機制，朝整合中文世界的學術資源方向去努力。換言之，鼓勵國內學術期刊盡其可能地採取開放近用的出版模式，並且透過上述中介機制建置可以全面開放近用的開放近用搜尋平臺，都是可行的具體作法。國內學術社群可以仿效上述Science Commons等組織所彰顯的中介者概念，從出版、授權、資料釋出等面向著手，建立適當機制鼓勵各個學術領域的研究成果在最短期間內發表與共享。在此一過程中，首先應該儘量利用有限的資源，儘速促成學術期刊和碩博士論文研討會等其他學術

⁸³ See Conley & Wooders, *supra* note 35.

文獻全面數位化，亦即使學術論文容易以數位方式取得，應是當務之急⁸⁴，因為唯有如此，才能進一步使學術知識得以普及，並且有利於知識的深化和進一步生產，也唯有在學術期刊和論文數位化比例夠高的前提下，才能順利建立起中介機制的基礎。其次，如果能夠在學術社群內輔以學術績效指標調整等配套措施，鼓勵國內學術研究者願意更積極地投稿開放近用期刊，藉此提高開放近用期刊的論文品質，想必也會有助於落實提高知識生產效率和流通分享廣度的開放近用理想。

陸、結 語

數位時代裡的知識生產活動，的確因為網路及數位科技的無窮潛力，為其帶來了不少提高生產效率的契機，但是，網路和數位科技高度發展的結果，卻也使得數位時代的知識生產活動因此遭遇到不少源自於商業領域的阻礙。本文認為：除了學術期刊的編輯出版模式應該可以考慮作某種程度的修正，以便有助於學術資源開放分享運動的進展之外，由於學術資源開放近用的基本精神，與傳統上用以維持學術期刊論文品質的同儕審查制度之間，並無根本的衝突，所以如果能夠在學術資源近用運動的趨勢下，輔以適當的機構典藏或自我典藏機制，徵集大學研究者已經被學術期刊接受發表的作品（post-print），並且盡其所能地提供開放近用的管道，那麼，既不至於過度違背既有的學術期刊發表傳統，也等於是充分發揮開放近用型期刊在學術資源傳播、分享和再累積方面的功能。在此一架構下，「圖書館作為非市場導向的知識與資訊典藏者」的角

⁸⁴ 我國學術期刊的數位化狀況和建議加快數位化進程的類似見解，可參見翁秀琪，知識商品化浪潮下學術知識公共化的省思：以臺灣的學術期刊出版為例，中華傳播學刊，14期，頁3-30，2008年12月。

色，在數位時代裡自然也會扮演更為積極的角色。

作為數位時代的知識生產者，在面對學術期刊的開放近用爭議時，似乎不該執著於開放近用式期刊如何模仿傳統學術期刊的運作模式、如何發揮和傳統學術期刊一樣的功能這些環節，而是應該以如何促成更充分的知識共享、創造更友善的知識生產環境，作為制度設計的思考原則。以美國法學期刊為例，既然大學和法學院都已經負擔了知識和學術論文產出的主要成本，那麼，後續的種種成本考量，似乎都應該只是不難克服和調整的論文品質控管、行政成本和著作權契約條款約定的技術問題了。畢竟，開放近用是利用數位科技散布知識的有力工具，而且，長遠來說，能夠集結政府和學術社群支持的開放近用模式，可望有效反制基於市場考量而產生的內容受高度集中化控制的風險。不過，正如本文以上所分析者，開放近用模式的成功與否，還是取決於我們是否能夠充分理解並善用著作權法、授權契約、學術社群規範和網路技術標準，則是同樣不可否認之處，也是我們在思考數位時代的學術期刊運作模式應該如何設計時，必須同時嚴肅考量的規範議題。

至於大學自我典藏或機構典藏政策，以及其相關的著作權政策應該朝哪個方向去發展此一議題，本文認為：在學術期刊的訂價和供應條件愈來愈不能合乎圖書館的真正需求，尤其是專業期刊資料庫任由商業出版公司或資料庫公司掌控訂價的現況下，無論在知識生產流程和著作權歸屬約定方面，都有改弦易轍的迫切需求。畢竟，當數位時代裡的網路科技、學術文化和法律規範交互運作的結果，已經影響到圖書館本身的知識典藏與資訊近用功能時，而合理使用原則變得愈來愈難當作侵權指控的護身符，取得著作利用授權的趨勢，則是逐漸取代合理使用原則，成為判斷圖書館哪些事能做，哪些事不能做的標準時，重新建構數位時代知識生產的基本規範，或許並非空談。因此，當扮演提供大量知識和資訊的大學、研

究機構和圖書館的角色，隨著科技和法律趨勢的變遷，愈來愈被當成與他人無異的一般市場參與者（market participants）時，其實是值得我們戒慎恐懼的發展現狀。而調整大學自我典藏政策和著作權歸屬政策，將是支撐學術資源開放分享運動的極佳著力點之一，也正是大學及其圖書館回復其弭平資訊近用過程中財富落差與歧視的基本功能，讓經濟弱勢者同樣可以充分利用數位時代的知識生產成果之道。

參考文獻

一、中 文

1. 李治安、林懿萱，從傳統到開放的學術期刊出版：開放近用出版相關問題初探，*圖書館學與資訊科學*，33卷1期，頁39-52，2007。
Lee, Jyh-An & Lin, Yi-Hsuan, Transition from Traditional Commercial Academic Publishing to Open Access Publishing: Problems Exploration and Business Model Analysis, *Journal of Library & Information Science*, vol. 33, no. 1, pp. 39-52, 2007.
2. 翁秀琪，知識商品化浪潮下學術知識公共化的省思：以臺灣的學術期刊出版為例，*中華傳播學刊*，14期，頁3-30，2008。
Weng, Shieu-Chi, A Case Study of Open Science: Problematic of Scientific Publishing in Taiwan, *Chinese Journal of Communication Research*, no. 14, pp. 3-30, 2008.
3. 謝銘洋，智慧財產權之基礎理論，4版，2004。
Shieh, Ming-Yan, *Basic Theories of Intellectual Property Rights*, 4th ed., 2004.

二、英 文

1. Angell, Marcia & Kassirer, Jeremy P., *The Ingelfinger Rule Revisited*, 325 *NEW ENG. J. MED.* 1371 (1991).
2. Austin, Authur D., *The "Custom of Vetting" as a Substitute for Peer Review*, 32 *ARIZ. L. REV.* 1 (1990).
3. Benkler, Yochai, *Overcoming Agoraphobia: Building the Commons of the Digitally Networked Environment*, 11 *HARV. J. L. & TECH.* 287 (1998).
4. BENKLER, YOCHAI, *THE WEALTH OF NETWORKS: HOW SOCIAL PRODUCTION TRANSFORMS MARKETS AND FREEDOM* (2006).
5. Bergstrom, Theodore C. & Rubinfeld, Daniel L., *Alternative Economic Designs for Academic Publishing*, in *WORKING WITHIN THE BOUNDARIES OF INTELLECTUAL*

- PROPERTY: INNOVATION POLICY FOR THE KNOWLEDGE SOCIETY 137 (Rochelle C. Dreyfuss, Harry First & Diane L. Zimmerman eds., 2010).
6. Boyle, James, *The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain*, 66 LAW & CONTEMP. PROBS. 33 (2003).
 7. Bramble, Nicolas, *Preparing Academic Scholarship for an Open Access World*, 20 HARV. J. L. & TECH. 209 (2006).
 8. Carroll, Michael W., *The Movement for Open Access Law*, 10 LEWIS & CLARK L. REV. 741 (2006).
 9. Conley, John P. & Wooders, Myrna, *But What Have You Done for Me Lately? Commercial Publishing, Scholarly Communication, and Open-Access*, 39 ECON. ANA. & POL'Y 71 (2009).
 10. Denicola, Robert C., *Copyright and Open Access: Reconsidering University Ownership of Faculty Research*, 85 NEB. L. REV. 351 (2006).
 11. Dreyfuss, Rochelle C., *The Creative Employee and the Copyright Act of 1976*, 54 U. CHI. L. REV. 590 (1987).
 12. Edlin, Aaron S. & Rubinfeld, Daniel L., *Exclusive or Efficient Pricing: Big Deal Bundling of Academic Journals*, 72 ANTITRUST L.J. 119 (2004).
 13. Ginsburg, Jane C., *Copyright and Control of New Technologies of Dissemination*, 101 COLUM. L. REV. 1613 (2001).
 14. Guernsey, Lisa, *A Provost Challenges His Faculty to Keep Copyright on Journal Articles*, 45 CHRON. HIGHER EDUC. A29 (1998).
 15. Guterman, Lila, *Two Routes to Open Access: Archives and Institutional Subscriptions*, 50 CHRON. HIGHER EDUC. A11 (2004).
 16. Hardin, Garrett, *The Tragedy of the Commons*, 162 SCIENCE 1243 (1968).
 17. HELLER, MICHAEL, GRIDLOCK ECONOMY: HOW TOO MUCH OWNERSHIP WRECKS MARKETS, STOPS INNOVATION, AND COST LIVES (2008).
 18. Hess, Charlotte & Ostrom, Elinor, *Ideas, Artifacts, and Facilities: Information as a Common-Pool Resource*, 66 LAW & CONTEMP. PROBS. 111 (2003).
 19. HESS, CHARLOTTE & OSTROM, ELINOR, *Introduction: An Overview of the Knowledge Commons*, in UNDERSTANDING KNOWLEDGE AS A COMMONS: FROM THEORY

- TO PRACTICE 3 (2007).
20. Hibbitts, Bernard J., *Last Writes? Reassessing the Law Review in the Age of Cyberspace*, 71 N. Y. U. L. REV. 615 (1996).
21. Hunter, Dan & Lastowka, Gregory, *Amateur-to-Amateur*, 46 WM. & MARY L. REV. 951 (2005).
22. Hunter, Dan, *Walled Gardens*, 62 WASH. & LEE L. REV. 607 (2005).
23. Hunter, Dan, *Open Access to Infinite Content (Or "In Praise of Law Reviews")*, 10 LEWIS & CLARK L. REV. 761 (2006).
24. Litman, Jessica, *The Economics of Open Access Law Publishing*, 10 LEWIS & CLARK L. REV. 779 (2006).
25. Madison, Michael J., *The Idea of the Law Review: Scholarship, Prestige and Open Access*, 10 LEWIS & CLARK L. REV. 901 (2006).
26. McCabe, Mark J., *Journal Pricing and Mergers: A Portfolio Approach*, 92 AM. ECON. REV. 259 (2002).
27. Packard, Ashley, *Copyright or Copy Wrong: An Analysis of University Claims to Faculty Work*, 7 COMM. L. & POL'Y 275 (2002).
28. Posner, Richard A., *The Future of the Student-Edited Law Review*, 47 STAN. L. REV. 1131 (1996).
29. Relman, Arnold, *The Ingelfinger Rule*, 305 NEW ENG. J. MED. 824 (1981).
30. Roberts, Richard J., Varmus, H. E., Ashburner, M., Brown, P. O., Eisen, M. B., Khosla, C., Kirschner, M., Nusse, R., Scott, M., Wold, B., *Building a "GenBank" of the Published Literature*, 291 SCIENCE 2318 (2001).
31. Swygert, Michael I. & Bruce, Jon W., *The Historical Origins, Founding, and Early Development of Student-Edited Law Reviews*, 36 HASTINGS L.J. 739 (1985).
32. WILLINSKY, JOHN, *THE ACCESS PRINCIPLE: THE CASE FOR OPEN ACCESS TO RESEARCH AND SCHOLARSHIP* (2006).
33. Young, Jeffery R., *Boycott Over Lack of Online Access to Journals is a Bust*, 48 CHRON. HIGHER EDUC. A34 (2002).
34. Zimmerman, Diane Leenheer, *Can Our Culture Be Saved? The Future of Digital Archiving*, 91 MINN. L. REV. 989 (2007).

35. Zimmerman, Diane Leenheer, *Cultural Preservation: Fear of Drowning in a Licensing Swamp*, in *WORKING WITHIN THE BOUNDARIES OF INTELLECTUAL PROPERTY: INNOVATION POLICY FOR THE KNOWLEDGE SOCIETY* 29-46 (Rochelle C. Dreyfuss, Harry First & Diane L. Zimmerman eds., 2010).

An Exploration on the Knowledge Production Model and the Open Access Movement of Academic Resources in the Digital Age

Ching-Yi Liu^{*}

Abstract

This article examines how the particular knowledge production model and open access movement have developed in the digital age. It first explains the reasons behind the emergence and management of open access journals, and seeks to understand the legal issues they have faced. This article takes the traditional publications model of American law school journals as an example to explore what the most pressing questions are for open access movement. Secondly, this article observes the self-archiving policy and copyright policy adopted by libraries at most universities and research institutes. It then discusses why universities and research institutes reserve the re-publication rights on its faculty's research output could advance the open access of academic resources and serve the public interest. In addition to suggesting some arrangements in publications model of academic journals, this article also underlines the importance of the intermediary role played by uni-

^{*} Professor of Law, Graduate Institute of National Development, National Taiwan University; J.S.D., The University of Chicago Law School.

Received: November 12, 2010; accepted: February 22, 2011

versities, research institutes, and libraries in digital archiving and knowledge dissemination. Reconstructing the outlook of open access in academic resources from this approach, we will then find the way to fulfill the potential of knowledge production in the digital age.

Keywords: Open Access Journals, University Libraries, Copyright, Self-Archiving, Enclosure Movement, Creative Commons, Budapest Open Access Initiative, Berlin Declaration on Open Access to Knowledge in the Sciences and Humanities