

第三章

合理使用原則之基本探討

-----理論與內涵

第一節

合理使用原則與條款之沿革

在著作權法上，對於著作人所享有之著作權所「外加」之限制規定，主要有三種：

1. 對於著作權之合理使用（fair use）；
2. 法定許可（或譯為作「法定例外」）（statutory exemptions）；
3. 強制使用授權（compulsory licensing）。

在上述三種限制機制之中，尤以對於著作權之合理使用，為著作權法上歷史悠久、最具重要性的一項著作權平衡機制。

所謂對於著作權之合理使用，通見係指：

著作權人以外之人，對於著作權人依法享有之專有權利，縱使未經著作權人同意或授權，仍得在合理的範圍內，以合理方法，自由、無償加以利用之主張。¹

易言之，對於著作權之合理使用，「並非權利，而是許可」(not a right, but a privilege)，係指著作權人對於利用其著作之人，提出侵害其著作權之訴訟後，被指為侵害著作權之利用人，對於著作權人主張其利用行為係對於著作權之合理使用，藉此免除構成侵害著作權責任之訴訟上防禦方法。自訴訟攻防的層面而言，著作權合理使用原則，是侵害著作權訴訟案件中，經常為居於被告身份之利用人加以引用，用來主張免責的「抗辯主張」(affirmative defence)。²

有關著作權法「合理使用」之概念，早在二十世紀的五零年代，即有美國HORACE G. BALL 教授在其一九四四年出版的著作權法及文學著作財產(*THE LAW OF COPYRIGHT AND LITERARY PROPERTY*)一書中加以提及，BALL 教授在該書中對於合理使用所設的定義為：

合理使用是指他人於未經著作權人同意之情況下，得對著作權人依據著作權法規定、對於著作權人享有之專有權利，以合理方式利用，並且不構成侵害著作權之著作權法上之許可(privilege)。³

BALL 教授提出上述合理使用之定義之後，此項合理使用之定義，便一直

¹ MARSHALL LEAFFER, *UNDERSTANDING COPYRIGHT LAW* 293-94 (1989) .

² "Fair use is an affirmative defense. As such, it is a privilege, not a right, and is relevant only after a *prima facie* showing of infringement has been established." 1 WILLIAM F. PATRY, *COPYRIGHT LAW AND PRACTICE* 725-26 (1994).

³ "Fair use may be defined as a privilege in others than the owner of a copyright to use the copyrighted material in a reasonable manner without his consent, notwithstanding the monopoly granted to owner by the copyright." HORACE G. BALL , *THE LAW OF COPYRIGHT AND LITERARY PROPERTY* 260 (1944) .

廣為研究著作權法的學者以及法律實務界一再引述利用。⁴

在美國著作權法實務上，「合理使用原則」(*the doctrine of fair use*)係源自於十九世紀中葉時，由嗣後成為美國聯邦最高法院大法官的史多律法官 (Justice JOSEPH STORY)，在其麻州聯邦地方法院法官任內，審理 *Folsom v. Marsh*⁵ (民事訴訟)一案時，判斷利用行為是否構成合理使用時所提出來的一項「論理規則」(judge-made rule of reason) (或稱「衡平的論理規則」) (an equitable rule of reason)⁶，此項見解，嗣後廣為各方引用，並成為判斷利用行為是否構成侵害著作權的一項法則，其內容如下：

對於原告著作內容的使用行為，應達到如何之程度，始屬法律所認可、免責的正當使用，……當然不能徒憑在形式上或是實質上，因為被告係使用原告作品的全部內容，或是其大部分內容，而即逕予認定侵害原告之著作權。倘使被告所摘取引用的部分，其程度已足以減損原告作品之價值、或他人對原告著作的使用行為，已對原告心血勞動之成果，實質上造成傷害之程度，如此方足堪以認定該利用行為構成剽竊……。

簡言之，於判斷此種行為是否構成合理使用時，吾人必須參酌利用人(被告)的著作之性質和其利用之目的、被採擷利用作品之數量與價值、或該項採擷利用行為對於下列事項的影響：對原作之銷售、銷售之利潤所可能致生減損的程度，或對原作所生之取代效應之程度。⁷

STORY 法官在 *Folsom v. Marsh* 一案提出之上述判決意旨 (ruling)，廣為

⁴ 1 PAUL GOLDSTEIN, *COPYRIGHT: PRINCIPLES, LAW AND PRACTICE* 187 (1989).

⁵ *Folsom v. Marsh*, 9 F.Cas. 342 (C.C.D. Mass. 1841)(No. 4901).

⁶ MELVILLE B. NIMMER, 3 *NIMMER ON COPYRIGHT* (1994), at §13-51. *see also* LEAFFER, *id.* at 293.

⁷ [T]he question, then, is, whether this is a justifiable use of the original materials, such as the law recognizes as no infringement of the copyright of plaintiffs.....It is certainly not necessary, to constitute an invasion of copyright, that the whole of a work should be copied, or even a large portion of it, in form or in substance. If so much is taken, that the value of the original is sensible diminished, or the labors of the original author are substantially to an injurious extent appropriated by another, that is sufficient, in point of law, to constitute a piracy pro tanto.....in short, we must often, in deciding questions of this sort, look to the nature and objects of the selections made, the quantity and value of the materials used, and the degree in which the use may prejudice the sale, or diminish the profits, or supersede the objects, of the original work. *id.* at 348.

美國法院在嗣後審理侵害著作權訴訟案件時，一再引用、闡述。自此之後，STORY 法官在 *Folsom v. Marsh* 一案所揭櫫的判決意旨，便在美國著作權法的習慣法領域中，成為法院審酌被告利用行為是否構成合理使用的一宗極為重要的「論理原則」。其後，更被美國國會加以採納，並植入美國一九七六年著作權法第一〇七條之中。美國法學界嗣後稱呼著作權法第一〇七條為「著作權合理使用條款」。其後，我國亦在民國八十一年修訂著作權法，採納美國著作權法第一〇七條體例，將該條內容，植入我國著作權法體例之中，成為著作權法第六十五條。著作權法第六十五條因之亦稱為我國著作權法的「合理使用條款」。

第二節 合理使用之理論

在著作權法理論上，何以對於著作權人享有著作權的著作中受到著作權所保護之內容（protected material），允許他人一定程度內，或一定數量範圍內，自由加以利用，而不虞構成侵害著作權之責任？依照美國學者ALAN LATMAN 的看法，⁸可以對於他人享有之著作權主張合理使用之理論，主要有三種：默示同意理論；法規強制同意理論以及慣例說。⁹ 以下茲分述如後：

第一項

著作權利人默示同意理論

此項理論（theory of implied consent of copyright owner）認為，在通常情形下，對於著作人之著作進行利用，對於著作人皆能帶來利益，故著作權人就其著作，對於他人使用其著作，自然有所期待，因之一些實用性的著作，例如附有實用表格的簿記或會計用書；或提供日常記事使用之日誌或周（月）記事簿本等著作，若開放並提供這些著作予他人使用，實與著作人出版並銷售這些著作的本意相符。故而如果他人使用著作權人之著

⁸ Alan Latman 教授是參與美國一九七六年著作權法修正，受起草機關美國著作權局所委託，負責研修並提出修正建議及條文草案的七個委員成員之一。Latman 氏除參與修訂工作之外，並與其他著作權法的專家及學者為著作權法的修正工，作成廣及各個議題、共計三十四篇的系列研究報告。請參見 Alan Latman, *Fair use of Copyrighted Works, Study No. 14, in COPYRIGHT LAW REVISION, Studies Prepare for The Subcomm. on Patents, Trademark, and Copyrights of The Comm. on The Judiciary*, United States Senate. 86th Cong., 1st and 2d Sessions. (1960 and 1961), at 275.

⁹ *Id.* at 7.

作，此種利用行為，符合著作權人之本意，此種同意，如非明示同意，即應推定係出於著作權人之默示同意。基於此一著作權人之「默示同意理論」，他人對於著作權人之著作，自然可以在合理範圍內，加以利用。

惟此項理論，有其固有缺點。即假設他人可以合理利用著作權人著作之理論基礎係出於著作權人之默示同意，則一旦著作權人明文聲明保留其著作權，並且禁止他人從事未經其同意之利用行為時，該他人豈非之皆不得為任何利用？故而此項理論，尚不足以圓滿解釋為何他人可以對於著作權人的著作為片面之利用。

第二項 法規強制同意理論

法規強制同意理論者（theory of implied consent of copyright owner）的說法，認為著作權法最終目的係為促進公共福祉及文明的進步。所以在以著作權法規劃著作權制度時，自然同時附帶要求著作權人，應當同意他人在一定合理限度內，可以接近、利用其著作權利，作為著作權人享有著作權利之前提。是以，依著作權法之立法本旨，著作權人享有著作權利之同時，自應同意他人合理利用其著作權利。

自法規強制同意說的理論，固可肯認制定著作權法之目的係為促進國家文化的發展與進步。因之，進而推認，為實現著作權法的期待目的，賦與使用人對著作權人的著作可以自由使用，確屬一種不可缺的手段。特別是從事具有學術性或教育性著作之創作時，因為此種創作經常需要參考或引用前人研究成果，方有所成，故而藉由法規強制規定而肯定之合理使用

理論，便成為最能滿足著作權法固有需要的一項有力工具。¹⁰

第三項 慣例說

依「慣例說」(theory of customary)之理論，他人之所以得以對於著作人之著作權利，在一定範圍內，主張合理使用，其理論依據，係由於著作權法上之固有慣例所允許之緣故。

¹⁰ See *Mathews Conveyor Co. v. Palmer-Bee Co.* 135 F. 2d 73 (6th Cir. 1943).

第三節

著作權合理使用之必要性

著作權法所以同意非著作權人對於著作權人所享有之專有權利，在「一定程度之內」或「一定數量之內」，得以合理方式加以利用，此種未經許可或授權而得以利用他人著作權利之行為，何以受到著作權法之肯定，被認為不會構成侵害著作權？其必要性與正當性何在？依美國學者ALAN LATMAN 教授的看法，主要是出於如下理由：¹¹

（一）基於「微罪不舉」法理

如果利用他人著作權之行為，其數量係屬於「微量」（*de minimis*）的程度；或其利用部分的質量（quality）或重要性程度，僅屬於「無關緊要或微不足道的使用」（*a insignificant use*）時，基於「微罪不舉」（*de minimis non curat lex*）之法理，應儘量認定此種利用對於著作權人並未構成侵害。

依照此項理論，凡是對於他人受著作權保護之著作予以使用，只要其行為「顯非重大之使用行為」（*insignificant portion of use*），則在任何情況下，皆不應構成侵害他人之著作權。¹² 故而，必也對於他人受著作權保護的著作中，其受著作權保護之成分加以利用，且利用程度已達「重大或顯著」之程度時，始有適用「合理使用條款」用以審酌判斷該項「使用他人著作之行為」，是否可以構成「合理使用」之餘地。

¹¹ Latman, *supra* note 8, at 30-31.

¹² Latman, *supra* note 8, at 7.

（二）事實上之必要性

在著作權法的生態體系中，合理使用理論有其重要之功能性角色。可以在著作權法授與著作人著作權利，使著作人享有獨占性的專有權利之餘，另外藉由合理使用理論的創設與運用，平衡並緩衝因為著作權人享有獨占性權利，對於社會所帶來的衝擊。此外，藉由合理使用原則之運用，亦可保證制定著作權法之政策目標----「促進科學和文藝的進步」，最終得以實現。因之，所有著作權法制，無不在使著作權人享有一定的專屬、獨占性權利之同時，亦配套建立合理使用制度，使其他人得以在一定條件下，無償、自由使用著作權人的權利，主張其為合理使用，以藉收平衡著作權機制之功能。

（三）基於公共政策上原因，有限制著作權之必要

著作權法授與著作權人享有獨占性的各種專有權利之後，除了在一一般性的需求基礎上，建立合理使用的機制之外，通常亦更基於公共政策上的特定需要，或出於維護社會特定利益之考量，而以目的立法手段，在著作權法中，將某些特定目的之利用行為，或某些類型之利用行為，加以特定，並限制著作權人不得對之主張權利，而應容許從事此種利用之人，得自由利用著作權人之著作，而不須擔負侵害著作權之責任。例如我國著作權法第四十四條至第六十三條的規定，即為適例。此種基於特定之政策需求，而以立法手段明文規定之方式，即為一般通稱為「對於著作權的限制」類型中之「法定許可」或「法定例外」（exemptions or exempted use）。常見之著作權法定許可行為類型，例如：為課堂教學之目的、宗教活動上之需要、或為公益慈善活動，或出於照顧盲聾殘障之需要等，而由以法律明文規定，允許符合該等要件之利用人，對於利用他人著作之行為，不致構成

侵害著作權。¹³

此外，亦有部分國家機關，基於踐行國家職能之需求，亦有利用著作權人著作之需要。於此情形，基於「主權豁免」(sovereign immunity)之理由，著作權法亦許其得對著作權人依法所享有之著作權利，在一定範圍與條件之內，自由加以利用。例如，為司法程序上之需要；或為立法程序上之必要，可以對於著作權依法所享有的著作權利，為一定之利用，而同時豁免其侵害著作權責任。我國著作權法第四十四條：「中央或地方機關，因立法或行政目的所需，認有必要將他人著作列為內部參考資料時，在合理範圍內，得重製他人之著作」，以及第四十五條第一項：「專為司法程序使用之必要，在合理範圍內，得重製他人之著作」等規定，即為適例。

(四) 著作權人默示同意

著作權人行使專有權利的方式，既得由著作人自己行使，亦得以轉讓或授權方式，使他人取得利用其著作之權利。但在某些情形下，著作權人應容忍他人利用其享有的著作權利，其原因乃出於著作權人默示的同意(implied consent)。例如：著作權利人，為能獲得他人對其著作提出評論或意見，以便藉此強化其著作價值，對於他人利用其著作時，非但未明示反對，甚至更歡迎他人利用其著作。此一理論對於現行利用電腦及連網設備，並以post方式，在將自己著作在網際網路的留言板中，或將著作張貼在自己架設的網站中，對外公開，讓他人可以隨時上網瀏覽甚或「難以控

¹³ 例如美國一九七六年著作權法第一一零條即規定了非營利教學機構，為面對面教學需要、宗教禮拜或集會、為盲、啞、聾人或其他殘障活動需要等情形，得依規定條作表演、演出或展示他人著作，且不以侵害著作權論之「法規例外豁免」之使用條件。17 U.S.C. §110。又，我國於民國八十一年制定之著作權法第二章第三節第四款「著作財產權之限制」，其中自第四十四條起至第六十二條止之規定內，亦列有許多基於特定之「公共政策」(public policy)之必要，而以立法方式明文規定得利用他人著作之規定。惟觀其立法體例，並未以「法定許可」(statutory exemptions)之規範類型，詳細設定其使用之條件，而卻以另以「合理使用」之規範類型界定之，作者認為其屬性有歸類不當之情形。

制的」任由他人以copy或剪下方式加以利用之情形，尤有其「支撐性的論點」。

上述理由，雖然存有邏輯上之矛盾，即倘若著作權人明文表示反對任何未經事先同意之使用時，是否即謂他人即不得對其著作權加以利用？由於現行著作權法已改採「創作保護原則」，使著作人之創作一旦於創作完成之時，即自動獲得著作權法保障，因之，過去是否接受著作權保障，端賴著作人是否願將其著作出版或公開發表，甚或將其著作辦理著作權登記，據以決定著作人是否願意接受著作權法保護之情形，自然即因著作權法改採創作保護主義之後，使得此一說法出現較不周延之缺陷。

第四節

著作權合理使用之標的

談到著作權法上合理使用原則時，最容易使人發生誤會的是，合理使用的標的或對象究竟是什麼？一般人常常以為是著作，或是著作所附著的著作物。其實，正確的答案，應該是「著作權」或「著作權利」才對。

依照著作權法理論，授與著作人著作權，使之享有各種法定專有權利，其目的係為獎勵著作之創作與流通。著作權法因而保障著作人得於一定期間內，享有控制其著作是否公開發表何時公開發表之權；或享有以重製、演出、展示、租賃等方式，自己行使或授權他人行使其對於著作所享有的專有權利。由於著作人普遍係自己行使或授權他人行使其「專有權利」方式，利用其著作權。故而依著作權法的理論，對於著作權之限制，自然是以著作人對於其著作依法所享有之著作權利為限制之對象。從而，著作權之合理使用，既然足以發生限制著作權的效果，因之於法理上，對於著作權所得主張之合理使用，其使用的對象，即利用行為之標的，自即應指著作人之著作權利，或著作人依法所得享有之各種「專有權利」而言。¹⁴

再者，因為著作權之內涵，係包括「著作人格權」與「著作財產權」二種。前者，乃著作人之一身專屬權利，依法不得讓與或繼承（我國著作權法第二十一條參照），故著作權合理使用之對象，自當僅止於著作人格權以外之「著作財產權」。此參諸我國著作權第六十五條第一項規定：「著

¹⁴ L. RAY. PATTERSON, & STANLEY. W. LINDBERG, *THE NATURE OF COPYRIGHT---A LAW OF USER'S RIGHT* 67-68 (1991).

作之合理使用，不構成著作財產權之侵害」以及同法第六十六條：「第四十四條至第六十三條及第六十五條規定，對著作人之著作人格權不生影響」之規定，即可見一斑。

另外，在著作權法的理論上，著作人就著作所享有之著作權，性質上係依法律而定之各種「法定權利」(statutory rights)。其實質意義，當即指著作人依著作權法所享有的各種權利，無論其內容、種類，乃至權利之範圍如何，皆應依據著作權法之規定而定其內涵。因之，依著作權法的理論：著作權人依著作權法所得享有的各種著作財產權，皆係他人得對之主張合理使用之對象。故反面言之，「除非利用行為之對象，係著作權人依據著作權法規定所享有之權利，否則未經授權之使用，並非當然即為侵害著作權」，此乃當然之解。¹⁵

¹⁵ "An unlicensed use of use of the copyright is not an infringement unless it conflicts with one of the specific rights granted by the copyright statute." see *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.* 464 U.S. 417, 447 (1984).

第五節

提出合理使用抗辯之時機

----合理使用原則運用三部曲

主張合理使用，目的係在拒卻利用行為人本身侵害著作權之責任，因之利用行為，當必已達「業經證明與被利用之原著作，具有『明顯或實質之相似』（substantial similarity），且倘若不能構成合理使用時，則其利用行為，即為侵害被利用著作著作人著作權」之程度，始有主張利用行為構成合理使用抗辯之適狀。¹⁶ 因之，在著作權法的實務見解上，若行為人擬主張合理使用之抗辯時，便應依循下列提出抗辯的三項前提時機：

- 一、必行為人所利用之對象，屬於著作中受到著作權保護之部分，則該從事利用之人始得就該被利用之部分，主張合理使用；
- 二、須行為人所利用之部分，與被利用之著作中受著作權保護之部分，二者具有「明顯或實質之相似」，或所利用行為已達「實質、重大或顯著」之程度；
- 三、須行為人就其已達顯著或重大程度之利用行為，若非主張構成合理使用，則其行為便即構成侵害著作權時。

一旦利用行為之情狀已依序發展，並經過上述三項歷程之後，行為人

¹⁶ *Id.*; see also LEAFFER, *supra* note 1, at 293 (1989).

所主張之合理使用抗辯，方始應由法院就該項利用行為是否構成合理使用，分別依照著作權法第六十五條所構建之模式，進行審酌，以判明利用行為是否構成對於著作權之合理使用之啟動時機。以下茲分項討論之。

第六節

概念與概念表達方式區分理論之 適用

在著作權法理論上，向來皆以「概念與概念的表達方式二分法」(idea/expression of idea dichotomy)理論，作為區別並確認著作權所保護對象之方法。

依照此項理論，著作權法保護之對象，乃著作人於著作中對於概念、思維 (ideas) 的具體表達方式，並非該被具體表達的概念或思維之本身。¹⁷ 我國著作權法為落實「概念與概念之表達方式二分法」理論，在著作權法的第九條及第十條之一，有如下規定：

- 一、著作權法第九條規定：「下列各款不得為著作權之標的：
 - 一、……。
 - 三、標語及通用之符號、名詞、公式、數表、表格、簿冊或時曆。
 - 四、單純為傳達事實之新聞報導所作成之語文著作。
 - 五、……。」。

¹⁷ "copyright protect expression of ideas, rather than ideas itself." 「概念與概念的表達方式二分法」，此一理論係建立在著作權法「公共財」或「公共領域」之前提理論而生之概念，它的基本看法是認為：由於我們的創作大都是基於先人的創作而受啟發，或是摘自於我們人類共同傳承而來、豐富的文化遺產中的思維、理念部分而得，對於因此所揉合而成的創作，我們固應依據著作權法的規定，授予一定期間的專有權利，排除未經其專有權人許可的利用行為，但對於提供吾人為具體表達之概念或思維本身，則不得成為著作權所專有之對象，蓋有關思維、概念 (ideas)，就像人類生活空間中的空氣、日光與水等元素一般，屬於人類的公共財 (public goods)，人人皆應得許自由從事利用，不受任何限制，惟有如此，由無數的思維理念所堆砌而成的公共領域，方得源源不斷的提供人類文明進步的動力。See PATTERSON ET AL. *supra* note 14, at 50.

二、著作權法第十條之一規定：「依本法取得之著作權，其保護僅及於該著作之表達，而不及於其所表達之思想、程序、製程、系統、操作方法、概念、原理、發現。」

依據上述法條規定內容，「概念與概念的表達方式二分法」理論，可以進一步推論如下之內涵：

一、著作物之本身，僅係著作所附麗之物理上有體媒介物而已(tangible media)，並非即等於該著作之本身，故著作物本身當然並非著作權法之保護對象。

二、並非所有著作權所附麗之著作內容，皆為著作權法保護對象，凡是著作內容中任何人皆得自由利用之單純概念或思維部分，即非著作權法保護對象。

三、著作權法上所指之「合理使用」，並非指對於人人皆得自由使用部分之利用；對於人人皆得自由利用部分之利用，本來即不生侵害著作權問題，當然亦不生如何之使用始構成合理使用之問題。著作權合理使用之對象，係指對於著作中受到著作權保障部分之使用而言，例如：對於他人著作中關於理念或思維之具體表達方式所從事之利用。

就性質而言，單純之概念或思維，並非著作權保護對象(uncopyrightable material)，而係人人皆得自由加以利用的自由財(public domain)。基於維護公益之必要，對於不受著作權保護之材料所為之利用，既不生是否侵害著作權問題，更無主張合理使用之可言。