

第五章

與審酌利用行為是否構成 合理使用有關之理論

審酌利用行為是否構成合理使用時，應依著作權合理使用條款所建立之審酌模式，依據個案審酌原則，就合理使用條款所列出四項法定事實，逐一加以審酌。此外，依據作者研究心得，在著作權法的領域中，確實已有一些經由判決先例所樹立的準則或來自於學術界的理論，可以提供審判者審酌利用行為是否構成合理使用時作為參考之用，這些理論或準則，極富參考價值，諸如：利益平衡理論、改頭換面之利用理論、多面相審酌理論、一般利用人與競爭使用人區分理論，以及由美國 Goldstein 教授所提出之分析理論等數項。以下茲於本章一一介紹並說明如後。

第一節 利益平衡理論

此說認為，制定著作權法之目的，乃為獎勵各種著作的創作與傳播流通，並鼓勵知識與學術的累積，以促進社會文化的發展。為達成此項目的，最佳方法，殆為建立著作權法制度，使創作人因而樂於創作，並且得以依

法享受由法律創設的各種著作專有權利，再藉著市場機制之中介機能，使得著作人得於經濟市場上，藉由自行行使其著作權利或授權他人行使其著作權利之方式，獲得其經濟上之報償。

由於創設著作權制度，再佐以市場經濟之中介機能，可以產生經濟誘因，促使著作人願意源源不斷地從事創作活動，並有意願將其著作向社會及市場公開發表，使得社會大眾因而獲得利益，並厚植累積社會文化與知識。¹因之，如果著作權人可得期待之經濟利益，因為受到他人非法或未經授權之利用而受損害，則著作權法之制度功能與立法本旨，勢必無法落實。故而，著作權法之首要目標，自應首重保障著作人依法所得享有或所期待的各種經濟利益上。

然而，在此同時，亦有論者認為，若對於著作權人給予過度的保護，反而可能壓抑其他人創作之能力，並因而阻止學術與知識之進步。²為此，美國法上便一再強調，在著作權制度的結構上，始終存在著一項固有衝突關係，即著作權法一方面積極保障著作權人，另一方面卻同時認為應當允許著作權人以外之人可以未經同意或授權而利用著作人之著作，以便繼起創作，促進社會更大進步。³為解決如上的「固有的」、「結構上」衝突，著作權法乃規劃包括合理使用在內之各種機制，藉由限制著作權之獨占性

¹ *Mazer v. Stein*, 347 U.S. 201, 219, 74 S.Ct. 460, 471 (1954) (“The economic philosophy behind the clause empowering Congress to grant patents and copyrights is the conviction that encouragement of individual effort by personal gain is the best way to advance public welfare through the talents of authors and inventors in ‘Science and arts’”. And see also *Twentieth Century Music Corp. v. Aiken*, 422 U.S. 151, at 156 (1975) (“The immediate effect of our copyright law is to secure a fair return for an author’s creative labor. But the ultimate aim is by this incentive, to stimulate the creation of useful works for the general public good.”).

² The financial interests of inventors and authors is necessary “to stimulate creativity and authorship, excessively broad protection would stifle, rather than advance,” intellectual progress. Pierre N. Leval, *Toward a Fair Use Standard*, 103 Harv.L.Rev. 1104, 1109 (1990).

³ The Supreme Court has acknowledged repeatedly “the inherent tension in the need simultaneously to protect copyrighted material and to allow others to build upon it,” and thereby maximize progress, *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 114 S.Ct. 1164, 1169 (1994).

格，減少對於其他創作人更為創作的潛在壓抑效應，以達成促進社會文化進步，減少著作權結構衝突的現象：⁴

- 一、著作權法不保護思維理念之本身，而保護思維理念的創意表達方式 (copyright law does not protect ideas, but only their creative expression)。
- 二、「事實」本身，不受著作權保護。
- 三、大眾得對於受到著作權保護的著作主張合理使用。
- 四、規畫「強制使用授權」及「法定許可」免責使用類型。

由於著作權法所建立之「合理使用」機制，允許非著作權人合理利用著作權人之著作，藉以便利利用人繼起創作，使社會大眾最終獲得利益。⁵因之，著作權法上合理使用機制的所蘊含之概念，實即意指：「允許後來者在符合著作權法鼓勵提出積極理念及公共指引之目的，且不致過度減損鼓勵創作的誘因的一種利用行為。」⁶由於合理使用機制，係基於上述目的而創設，從而如何審酌與評量利用行為是否構成合理使用，實即等同於應如何在允許利用他人著作之同時，亦使著作人不受損害的一項重要議題。著作權合理使用機制，可以使得整個社會因為理念、資訊以及商務活動，可以自由流通之故，因而更具有競爭上之比較利益，因之，利用行為是否構成合理使用之判斷，自然亦是一項平衡或調和著作權人與著作利用人之間利益衝突的一項高難度操作機制。⁷

⁴ *Princeton University Press v. Michigan Document Service*, 74 F.3d 1512, 99 F.3d 1381(6th Cir. 1996)(*en banc*).

⁵ *Campbell*, *supra* note 3.

⁶ the "fair use" concept embodied in section 107 may be understood generally to permit a secondary use that "serves the copyright objective of stimulating productive thought and public instruction without excessively diminishing the incentives for creativity." Leval, *supra* note 2, at 1110.

⁷ An evaluation of fair use therefore "involves a difficult balance between the interests of authors and

合理使用，其最基本要求，便是該項利用行為對於著作權人之經濟利益，不得造成損害。⁸再就著作權制度之本質與功能而言，著作權合理使用制度，本來即是調和著作權人與利用行為人之間利益衝突的機制，使「著作權人因為可以自著作權法獲得保障，因而樂於創作，社會大眾因之而能獲得之利益」以及「受著作權保護之著作因能廣泛散布流通，社會大眾因此而能多加利用著作，並進而獲得之利益」，兩項本質相有衝突的社會利益，可以獲得調和。因之，著作權合理使用制度，在著作權法上有其存在上之必要性。⁹而美國著作權法第一〇七條第四款將利用行為是否對於著作權人之經濟利益產生不利影響，列為法院應予考量的事實之一，其原因正是由於法院依照該款規定，從事審酌時，第四款規定之本身，實際上即是賦與審理法院，在上述兩種相互衝突的社會利益之間，調整社會利益衝突的一項衡平任務。¹⁰

在 *MCA, Inc. v. Wilson* 一案中，¹¹美國法院認為於依照第四款規定，評量利用行為對於著作權人的潛在市場及價值所產生的影響時，實際上必須面對下列二種利益之衝突，並致力平衡該二種利益之衝突：

一、法院認定利用行為構成合理使用時，社會大眾是否因此而同時受益？

inventors in the control and exploitation of their writings and discoveries on the one hand, and society's competing interest in the free flow of ideas, information, and commerce on the other hand." *Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 429 (1984).

⁸ *Id.*, see also *Association of American Medical Colleges v. Cuomo*, C.A.2. (N.Y.) 1991, 928 F.2d 519, certiorari denied 112 S.Ct. 184, 116 L.Ed.146. (Effect of use upon potential market for or value of copyrighted work is single most important element of "fair use" defense to alleged copyright infringement.)

⁹ STEPHEN M. NORDEMAN ET AL., *INTERNATIONAL COPYRIGHT AND NEIGHBOURING RIGHTS* 66-67 (1983).

¹⁰ "Analysis of fair use factor concerning effect on the market requires balancing of benefit that public will derive if use is permitted against personal gain that copyright owner will receive if use is denied." *Wright v. Warner Books, Inc.*, C.A.2 (N.Y.) 1991, 953 F.2d 731.

¹¹ *MCA, Inc. v. Wilson*, 677 F.2d 180 (2d. Cir. 1981).

二、法院拒絕認定利用行為構成合理使用時，著作權利人可以獲得多少利益？

依照上述見解，法院判斷利用著作的行為是否構成合理使用時，若利用行為對於著作權人所造成的「不利益」或「損害」愈少時，愈不需要另以社會大眾能夠獲得更多福祉為由，即可以認定構成合理使用。¹²反之，如果對於著作權利人所造成的損失愈大，甚至接近或超過利用行為人因此可能獲得之利益時，則該項利用行為，便愈不能構成合理使用。¹³

¹² "where a claim of fair use is made, a balance must sometimes be struck between the benefit the public will derive if the use is permitted and the personal gain the copyright owner will receive if the use is denied.The less adverse effect that an alleged infringing use has on the copyright owner's expectation of gain, the less public benefit need be shown to justified the use." *Id.* at 183.

¹³ PAUL GOLDSTEIN *COPYRIGHT* 230 (1989).

第二節 改頭換面之利用理論

為解決如何認定利用行為可否構成合理使用之困擾，並為建立較為妥善之理論，美國聯邦紐約地方法院法官 PIERRE N. LEVAL 於一九九〇年，在哈佛法學評論發表一篇頗具份量，並且影響深遠的評論文章——樹立合理使用的標準 (*Toward a Fair Use Standard*)。¹⁴在這篇文章中，LEVAL 法官首先以他長期辦理著作權爭訟案件的經驗，提出一項見解，主張應以利用人是否在利用或引用的他人作品時，在外形與內在上俱從事「改頭換面利用」(transformative use)，作為該項利用行為是否可以構成合理使用之判斷理論。¹⁵茲敘述 LEVAL 法官的理論如下：

利用行為必須為積極利用行為，並且必須將所利用的材料，以不同於原著作的方式及目的，加以利用。如果引用受著作權保護作品之目的，僅僅只是為了以「再包裝」或「再出版發表」方式加以利用，此種利用方式，難謂合理之使用。而在另一方面，如果嗣後的作者能夠對於原著作之作品，添加新的價值，……倘若將被引用的材料，當作原始材料來利用，利用人因之於實質內涵以及外在形態上，將原作予以改造，並創造出新的資訊、新的美感、新的眼光及概念等，這些效應無非即是建立著作權合理使用制度所欲促成的、具有豐盈社會文化功能的活動。¹⁶

¹⁴ Leval, *supra* note 2, at 1111.

¹⁵ *Id.*

¹⁶ "The use must be productive use and must employ the quoted matter in a different manner or for a different purpose from the original. A quotation of copyrighted material that merely repackages or republishes the original is unlikely to pass the test; in justice Story's words, it merely "supersede the objects" of the original. If, on the other hand, the secondary use adds value to the original---if the quoted matter is used as raw material, transformed in the creation of new information, new aesthetics, new insights and understandings---this is the very type of activity that the fair use doctrine intends to

「改頭換面之利用」理論，亦包括對於被利用的著作從事評論之行為，藉此可以剖陳原著作者的性格特質、或證明某項事實、或濃縮一項在原作中具有爭議的概念，以便從事評論（利用）之人，得以藉此維護或反駁該項概念。此項「改頭換面之利用」之理論，亦得適用於幽默倣作、藝術上之徵表主義、美學宣言，以及其他無數之利用行為。

17

上述由 LEVAL 法官提出「改頭換面利用」理論之後，立即引起美國學界及實務界廣泛注目，嗣後美國聯邦最高法院更於審理 *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.* 一案時，¹⁸直接引用 LEVAL 氏之理論，認為該案應以 LEVAL 法官之「改頭換面利用」理論，作為判斷利用行為是否構成合理使用之參考法則。美國聯邦最高法院在 *Campbell* 一案中所表示的看法如下：

對於原作所為「改頭換面之利用」，雖然並非即然肯定該項利用行為，必定構成合理使用。惟新創之著作，對於原著作品，愈是具有改頭換面之利用效果，則著作權法合理使用條款（第一零七條）各款不利於合理使用主張的考量因素，便愈顯無足重要。例如，包括原本即容易遭致不能構成合理使用認定的「商業使用」之事實在此。¹⁹

上述由 LEVAL 法官所倡議之「改頭換面之利用」審酌理論，由於說理清晰，頗具實用價值與說服力，提出之後，即廣為法院採納，作為審酌利

protect for the enrichment of society." *id.*

¹⁷ "Transformative use may include criticizing the quoted work, exposing the character of the original author, proving a fact, or summarizing an idea argued in the original in order to defend or rebut it. they may also include parody, symbolism, aesthetic declarations, and innumerable other uses." *id.*

¹⁸ *Campbell*, *supra* note 3, at 1164.

¹⁹ (whether and to what extent the new work is "transformative" . . . Although such transformative use is not absolutely necessary for a finding of fair use, *Sony*, *supra*, 464 U.S. at 455, n.40, the goal of copyright, to promote science and the arts, is generally furthered by the creation of transformative works. Such works thus lie at the heart of the fair use doctrine's guarantee of breathing space within the confines of copyright . . . and the more transformative the new work, the less will be the significance of other factors, like commercialism, that may weigh against a finding of fair use.) 114 S.Ct. 1164, 1171 (1994).

用行為是否構成合理使用之審酌理論。在最近由聯邦第六上訴法院於一九九六年作成的 *Princeton University Press v. Michigan Document Service* 一案中，²⁰聯邦第六上訴法院亦引用 LEVAL 法官之理論，據而認定該案被告 MDS 以影印他人著作之方式，編印供給大學學生修課使用「課堂講義集」之利用行為，可以構成合理使用，該案判決所持理由如下：

在通常情形下，第一款之分析，側重在於利用人的新作是否僅僅是為了取代被利用的原著作之目的，抑或是更在原著作意旨之外，在新作之中，增加新意或賦與不同的性質。即行為人在利用原作時，是否以新的表達方式、添注新意義或新訊息，並因之改變了原著作的實質與外貌？易言之，從事第一款事實之分析時，重點在於觀察新的利用行為是否在實質與外貌上，將被利用的著作加以改頭換面，以及利用人所實施的改頭換面，到了如何之程度而已。因為被利用的著作一旦被改頭換面，而因之添增新意，此一情形相當符合「憲法係為了促進科學與鼓勵有用文學的創作，而要求制定著作權法」之意旨。因之，此種利用行為，自然較應易於構成合理使用。反之，倘若行為人僅係拷貝原著作時，此種行為最易於被認定為侵害著作權。²¹

²⁰ *Princeton*, *supra* note 4.

²¹ Ordinarily, analysis under the first factor centers on "whether the new work merely 'supersede[s] the objects' of the original creation . . . or instead adds something new, with a further purpose or different character, altering the first with new expression, meaning, or message; it asks, in other words, whether and to what extent the new work is 'transformative.'" *Campbell*, *supra* note 3, at 1171.

第三節

一般利用與競爭利用之區分理論

在著作權法的理論上，判斷利用行為是否構成合理使用時，尚有依據依利用時之身份，將利用者區分為「一般之利用人」（或另稱之為「消費者」）（consumer）或係「具有競爭性之利用人」（competitors）之「一般利用與競爭利用區分理論」，藉以作為判斷該利用行為是否構成使用。

依據一些學者研究，在著作權法上，較為古典之合理使用理論，其最初成形之目的，並非用來判斷一般個人對於他人著作之利用行為是否構成合理使用之用，而是基於「積極使用」理論，對於嗣後依同一或相同目的而從事創作之作者，提供其於創作新作時，可以無償利用他人著作，允許該嗣後之作者可以行使著作權法並未授與著作權人之「權利」，而得以無責、無償方式，利用他人已享有著作權之著作。

提出此項見解的理由，認為在通常情況下，只有競爭者之間才有利用其他競爭著作的期待與必要。所以就實際而言，著作權合理使用原則，其原始意義，乃是一種以規範「競爭者之間應如何利用」之法則，或另稱為「合理的競爭使用原則」（a fair-competitive-use doctrine）。²²由於認為合理使用原則乃係屬於「合理的競爭使用原則」，因之，為防免具有競爭關係之對手之間，藉由「不勞而獲」的不當手段，「使用」他人辛勤創作之成果，著作權法乃對於競爭者間之利用行為，採取較為嚴格的認定態度。相

²² See L. RAY PATTERSON & STANLEY W. LINDBERG, *THE NATURE OF COPYRIGHT---A LAW OF USER'S RIGHT* 68 (1991).

對的，若係僅僅出於一般個人使用之目的，通常是出於一時消費目的之利用行為，例如：美國聯邦最高法院大法官 BLACKMUN，便曾在此 *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.* 一案所的不同意見書中，舉例說明：「自舊報紙上剪下一份剪報，並於加以影印一份後，寄給朋友；或是在自用的提示板上，釘上一份他人的作品。這些行為對於著作權人的市場或著作作品的價值俱屬影響輕微之利用行為，縱使對於大眾並未能帶來任何之裨益，……惟仍得以合理之使用相視。」²³

此外，依作者個人研究所得，在現代電腦設備普及與網際網路盛行時代，許多人自網站下載 MP3 格式之音樂檔，供自己使用，或利用光碟燒錄機，將自己合法買得的音樂片 CD 另行拷貝一片，一片放在家中，一片則放在自己車上的 CD 唱盤中，供自己聆賞。此種情形，一方面係屬於著作權法上的「個人使用」或「私人使用」(personal use or private use) 類型，而在另一方面，筆者亦認為，依據「一般利用與競爭使用之區分理論」，此種利用行為之目的及其行為人主體，倘若具有「一般消費者」之身份屬性時，此種利用者之身份，對於其利用行為是否應得予構成合理使用？在著作權法上，自應較出諸於「居於相互競爭者之使用人」，更有構成合理使用之可能。

²³ "Photocopying an old newspaper clipping to sent to a friend may be an example; pinning a quotation on one's bulletin board may be another. In each of these cases, the effect on the author is truly *de minimis*. Thus even though these uses provide no benefit to the public at large, no purpose is served by preserving the author's monopoly, and the use may be regarded as fair." *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 104 S.Ct. 744, 464 U.S. 417 at 481-82.

第四節 多面相審酌理論

由於不同之利用行為，往往出於不同之目的，並因為目的不同，因而異其旨趣；惟縱使相同目的之行為，其性質亦未必相同；而性質相同之利用行為，復因利用人之不同、利用手段之不同，乃至利用程度之不同，以致於不同之利用行為之間，其最終得否被認定為構成合理之使用？更大有不同。因之，於審判實務上，對於如何適用第六十五條所建立之審酌模式，藉以協助法院判斷利用行為是否構成合理使用，美國學者 WILLIAM F. PATRY 氏，便曾提出一項「多面相審酌」(multifaceted inquiry) 之審酌理論²⁴，用來指導應如何審酌利用行為是否構成合理使用。此項「多面相」審酌理論，其主要內容，係謂：

- 一、依著作權法第六十五條第二項合理使用條款規定所進行之審酌，應專以被告之「特定利用行為」(particular use) 為審酌對象：

即指法院所應判斷者，乃專指以被告之「特定利用行為」為審酌對象，藉以瞭解被告「利用行為之目的、性質、利用之程度及利用行為對於著作人權益之效果」為何，直言之，著作權法第六十五條所建立的模式，並非對於行為人之審酌；亦非就被利用著作作品之性質為審酌，²⁵更非對於從事利用行為主體類型之判斷，

²⁴ William F. Patry and Shira Permultter, *Fair Use Misconstrued: Profit presumptions, and parody*, 11 *Cardozo Arts & Ent. L.J.* 667, available in West Law, CDZAELJ Database, 11 CDZAELJ 667, at 8.

²⁵所謂對於被利用著作性質之審酌係指美國著作權法第一〇七條，同條第二項第二款所例舉之另一審酌事實----「被利用著作之性質」(the nature of copyrighted work) 之審酌而言。此一審酌之對象與依第一款所應予之審酌，二者在判斷的主體和客體上，各有所指，並非相同。

而是一項應以利用行為之類型為其審酌重點。²⁶因之，以營利為目的之商業機構所從事之利用行為，其利用行為之性質，並非必然因之屬於商業目的或性質。反之，苟非營利教育機構，惟若以獲取利得為其目的，則其利用行為，自無法解免於被認定為商業利用之性質。²⁷

二、著作權合理使用條款中所列舉之應審酌事實，僅係舉例說明而已，並非以此為限：

意即法院尚得另就被告利用行為所牽涉的一切其他事實，加以審酌。故著作權合理使用條款所指之「包括利用行為是否為商業之目的或非營利教育之目的」，其法條用語，應當認作係舉例說明，而不應解為法院應予審酌者，限於該項利用行為是否出於商業使用之性質以及出於為非營利教育目的兩項而已。²⁸並且，關於本款具體之利用行為是否具有商業性質，或是否屬於非營利教育目的之審酌，應僅是法院依照著作權法合理使用條款規定，所應審酌之事實之一而已，²⁹至於該具體用語所例示之有關事實，應不得解為因之具有決定性，亦即法院尚應將之與其他足以判斷利用行為是否構成合理使用之其他事實，一併綜合審酌，而與其他應

²⁶ "the type of use being made, rather than the type of entity making the use". 1 WILLIAM F. PATRY, *COPYRIGHT LAW AND PRACTICE* 728 (1994).

²⁷ *Id.* and see also *Campbell*, *supra* note 3, at 1174 (1994) ("the mere fact that a use is an educational and not for profit does not insulate it from a finding of infringement, any more than the commercial character of a use bars a finding of fairness").

²⁸ PATRY, *supra* note 24.

²⁹ *Campbell* *supra* note 3, at 1174 ("Congress ... urged courts to preserve the breadth of their traditionally ample view of the universe of relevant evidence"), see also *Consumers Union of United States, Inc. v. General Signal Corp.*, 724 F.2d 1044, 221 U.S.P.Q. 400 (2d Cir. 1983), *cert. denied*, 469 U.S. 823, 224 U.S.P.Q. 616 (1984) ("The distinction between 'commercial nature' and 'nonprofit educational purposes' is merely illustrative of what is included in assessing the core of the criterion, which is the purpose and character of the use").

審酌因素，同居於平等之「被審酌地位」。³⁰

三、著作權合理使用之前言條款（美國法第一〇七條第一項之「前言」規定所列舉六種利用行為）（即相當於我國著作權法第四十四條至第六十三條所指之條款），亦應成為法院依法所應審酌之事實。

³⁰ "This amendment is not intended to be interpreted as any sort of not-for-profit limitation on educational uses of copyrighted works. It is an express recognition that , as, under the present law, the commercial or non-profit character of an activity, while not conclusive with respect to fair use, can and should be weighted along with other factors in fair use decisions." H.R. Rep. No. 1476, 94th Cong., 2d Sess. 66 (1976).

第五節 Goldstein 教授之分析理論

美國 PAUL GOLDSTEIN 教授就美國一九七六年著作權法第一零七條合理使用條款之運用，曾經具體提出一項分析模式理論，用以協助法院判斷利用行為是否構成合理使用。由於其說頗具參考價值，筆者為此特加以介紹如後。

依據 PAUL GOLDSTEIN 教授的見解，他認為：將合理使用原則納入著作權體制內之立法，其用意係在於肯定著作權法之基本目的，正如美國憲法著作權條款起草人 JAMES MADISON³¹ 在其所主編的 *The Federalist* 法律期刊第四十三期上所言----「使有著作權之著作能夠廣泛得到最有效率的利用，並因而使得公共福祉和個人所追求的利益，可以相互調和。」³² 因之，如何運用著作權法上的合理使用條款，並藉以調和著作權法上一直併存的結構上利益衝突----公共福祉和個人利益的衝突，PAUL GOLDSTEIN 教授於是乃在所著的：美國著作權法論一書中提到，以二個互有交集的「個人利益比較法和公共利益比較法」(the private benefit approach and the public benefit approach)，來作為個案事實中，判定一項使用他人著作之利用行為，是否為不構成侵犯他人著作權之合理使用。³³ 由於 PAUL GOLDSTEIN 教授在其書中所提出的見解，頗有理論上的參考價值，爰特加以介紹如下。

³¹ James Madison 是美國當年參與憲法起草的代表之一，美國憲法上的著著作權條款，第一條第八項第八款，正是由 James Madison 氏所主擬。James Madison 氏是美國建國初期著名的法律學家，其後繼亞當斯之後，當選美國第四位總統，其後並獲連任，一共擔任美國二任八年的總統。

³² *The Federalist* No. 43, at 267 (H. Lodge ed. 1888).

³³ See GOLDSTEIN, *supra* note 13, at 190-196.

第一項 個人利益比較法

所謂「個人利益比較法」(method of private benefit approach)，係認為倘若交易條件合致，則著作權人斷無不同意他人使用其著作之理。但是有時因為某些情形發生，例如，尋覓著作權人無著、或尋覓成本過鉅（例如需時甚久或耗費不貲）；或縱或已能和著作權人進行授權使用之談判，但是著作權人所提出之授權條件未見合理，以致有意使用之人，縱使欲依循法律途徑、支付通常交易對價，仍然無法獲得使用著作之授權，於此情形發生時，著作權法即應允許該使用人對於著作權人之著作，在相當並合理的範圍內，對於著作權人之著作加以利用，而毋庸令其負擔侵害著作權之法律責任之謂。這種「若非該項無法克服之交易障礙或成本存在，著作權人必然會同意或授權他人利用其著作」的利用他人著作行為，即為美國一九七六年著作權法第一零七條所規定可以免除構成侵害著作權法律責任的「合理使用」。

為了說明上述理論，PAUL GOLDSTEIN 教授特別舉出如下二個例子，加以說明：

第一例

某甲是一本暢銷教科書著作權法論的作者，某乙則是一個成功的出版商。某乙有鑒於社會大眾對智慧財產權法書籍的需求，甚為殷切，因此乃計劃蒐集一些著作權法、專利法和商標法的名家著作，擬於濃縮摘要之後，集合出版一本名為智慧財產權法律總論的論文集。

某乙又鑒於著作權法規定，著作人專有將其著作予以重製、改作為衍生著作（derivative work）等專屬權利，³⁴故為使其利用他人著作之行為不致違反著作權法規定，某乙便向甲書面請求，說明願意支付某甲使用權利金，請求某甲同意某乙使用其著作，於將其摘要之後，收載為某乙新書內之一章。

某甲收到某乙請求後，對於是否同意某乙收載利用其著作？在理論上，應會開始考量下列諸項利害關係問題：

其一、某乙之出版計畫能否為某甲帶來利益？帶來如何利益？

其二、某甲原有之著作著作權法論日後之銷售是否因為同意某乙於新書中加以收載而受到不利影響？如果有，影響有多大？

其三、某乙同意支付之使用權利金（royal fee）是多少？其數額是否大於某甲預估之原著作銷售之損失，再加上某甲同意某乙使用其著作的使用對價二者之總和？

如果某乙願意支付之權利金，其金額大於某甲評估之損失額再加上某甲所擬收取之使用授權權利金二者之總和時，則按諸常理，某甲應當會與某乙簽約，同意授權某乙使用其著作，在某乙新著中收載部分某甲之著作。反之，某甲則會拒絕某乙之請求。

第二例

³⁴ 美國著作權法第一零六條，[17 U.S.C. §106(1)]。另我國著作權法第二十二、二十八條亦有相同之規定。

在第二個例子中，某甲同為上例中之著作人，某乙則是一家發行量可觀之日報社，為報導評論某個與著作權法有關事件，乙報社認為有必要引用某甲著作權法論其中一小部份，即大約兩段書中文字，以便作為該報社評論該事件的參註引証之用。基於著作權法規定，乙報社乃立即派人向某甲電洽，說明乙報社願意支付使用權利金，請求某甲同意該報社使用其著作之一部分。

如果某甲剛好在家並且正巧由其接聽乙報社電話，則某甲應當會依上述第一個例所示模式，開始考量是否同意乙報社使用其著作，並進行其個人利益得失的比較評估，即：假如乙報社提供之金額，大於某甲可能之損失額，再加上某甲本擬收取之使用對價之總和，則某甲應當會在電話中即決定是否同意乙報社之請求。反之，某甲便有可能拒絕乙報社之請求。

但是，倘若乙報社事先不知道其擬利用著作之作者為何人，於此情形，乙報社便應先行查詢著作者是誰。於查得著作作者之後，乙報社亦當繼續查詢著作人之下落並立即設法和著作人聯絡，商洽使用之授權……。

為了踐行如上程序，乙報社勢必因之經歷無法預期之時間上稽延、查詢手續之費時，以及與著作人談判使用授權過程之中所須負擔之種種「交易成本」(transaction cost)。如果再不巧，擬被利用的著作，其著作人竟已行方不明、或因事出國、或不在家；或是著作權人堅持不願同意乙報社使用其著作，則在此種情況下，乙報社將如何因應此一無法獲得使用授權之情形？

PAUL GOLDSTEIN 教授認為，倘若為了為評論相關時事事件之參佐需

要，而有使用他人著作中部分內容之需求，而嗣後竟然須要支出如此之程序成本，則乙報社在考量相關利弊得失之後，若乙報社因為取得使用授權，顯有困難，因而決定停止對於該件時事之評論時，此項停止使用對於時事之評論以及對於社會大眾的公共福祉，極有可能是一種公眾利益之損失！

PAUL GOLDSTEIN 教授進而認為，倘若乙報社進而尋求依據著作權法「合理使用」規定，排除橫互在眼前的交易障礙（即使用授權之談判無法達成，或無從進行談判之障礙），最後使得利用他人著作之需求，得以順利滿足。³⁵於此情形，依 PAUL GOLDSTEIN 教授的個人利益比較法的理論，法院在具體案件中，對於被告主張其利用他人著作之行為為合理使用時，便應進行如下的分析判斷：

首先，法院應判斷被告因為使用他人著作所能產生的積極利益，是否大於他人之著作因為被利用而招致之不利益？

其次，為達成使用授權的談判交易成本，是否成為取得使用授權的障礙？

如果被告之利用行為能夠帶來更多的利益，然而為了達成交易之成本，竟係如此之高，以致欲加利用而不可得時，此時該項獲得使用授權之成本，成為高不可攀之交易障礙時，PAUL GOLDSTEIN 教授認為，此時即應容許被告主張合理使用。³⁶

對於上述「交易成本」(transaction cost)，PAUL GOLDSTEIN 教授尚認為

³⁵ GOLDSTEIN, *supra* note 13, at 191.

³⁶ *Id.*

有二點應予強調：

其一：可以主張合理使用的「交易成本」，並不以著作人的「搜尋」(search)和「使用授權的談判」的兩種「成本」為限，除此之外，尋求著作權授權使用之談判過程中，足以構成談判障礙的一切因素，皆應包括在內，例如在 *Rosemont Enterprise v. Random House Inc.*³⁷ 一案中，法院認為被告引用原告享有著作權的雜誌文章之部分內容，作為被告撰寫美國著名的神秘大富豪 Houghs 傳記之用，被告之利用行為，可以構成合理使用，因為審理法院發現，美國著名的神秘大富豪 HOUGHS 為阻止被告利用原告出版的雜誌內之文章作為側寫其個人傳記之用，乃為此斥資買下原告雜誌公司之股份，使其成原告公司之所有人，大富豪 HOUGHS 便因之成為雜誌文章的著作權人，如此大富豪 HOUGHS 便有權拒絕被告利用其享有著作權之著作。

審理的法院認為大富豪 HOUGHS 取得著作權之目的，係意圖利用其身為著作權人之身份，當成拒絕被告利用其雜誌文章的工具，此種行為，無異係為假著作權之名以為保障無著作權之利益之實 (a copyright owner's use of copyright to secure noncopyright interests)，承審法院因而認定被告之使用行為，可以構成合理使用，而不生侵害原告著作權之問題。

另外，在升 *Triangle Publication Inc. v. Knight-Ridder Newspaper, Inc.*³⁸ 一案中，原、被告兩造皆係電視雜誌出版商，法院認為原告不同意被告在被告出版的雜誌封面上，將原告雜誌之封面與被告雜誌封面併排作為比較性質的登載，其目的乃是為了規避與被告之電視雜誌在雜誌市場上和

³⁷ 366 F.2d 303, 150 U.S.P.Q. 715 (2d Cir. 1966), cert. denied, 385 U.S. 1009, 152 U.S.P.Q. 844 (1967).

³⁸ 626 F.2d 1171, 207 U.S.P.Q. 977 (5th Cir. 1980).

原告雜誌競爭。因之美國聯邦地方法院乃因而認定被告對原告著作的使用，屬於合理使用。

上述兩宗個案的關鍵點，俱為原告（著作權人）意圖以其所獲得之著作權，作為鞏固其利益之用--在 *Rosemont* 一案，原告係為了保護其個人之隱私；而在 *Triangle Publication* 一案，原告則係出於為鞏固其雜誌之市場占有率。原告之主張，都與著作權法創設著作權制度，並使著作人享有著作權之原始宗旨，毫無相關。由於著作權人具有上述之原因，以致他人欲循尋求使用授權之管道，而事實上確不可得時，法院只得委諸合理使用原則，予以解決，容許他人得以合理利用方式利用著作。

其二、如果交易之成本係進行使用授權談判之障礙，對於該項交易成本之判斷，便無實益。即如果使用授權之談判僅係因為著作權人的搜尋或進行談的成本而已，通常可以借助電腦的強大檢索功能或一些著作權仲介團體（例如著作權交換所；Copyright Clearing Houses）之設置，便可降低或排除尋求著作權使用授權談判的障礙。但是如果是主張著作權的目的是出於非關著作權的利益，往往在此情形，他人欲使用著作權人之著作，惟有主張合理使用是賴。在此種情形，交易成本的考量，已無必要矣。反之，亦惟有保留合理使用原則之存在，方能刺激著作權相關利害關係人，努力尋求建立較為低廉交易成本的授權使用機制。³⁹

³⁹ GOLDSTEIN, *supra* note 13, at 192-93.

第二項 公共利益理論

所謂公共利益理論（the public benefit approach）係認為，如果可以對於著作權人的著作進行利用，不但將使得社會獲得利益，抑且該項社會大眾所可獲得之利益，亦大於著作權人因此所受之損失時，則該項對於他人著作之利用行為，便應當使之得以主張構成合理使用。

GOLDSTEIN 認為，主張合理使用的一方，縱使能夠因為使用他人著作而獲得利益，但是在很多情況下，其所獲得利益仍然不足以支付著作權人要求的需索；在這種情形下，如果整個社會將因此同受利益，即如果社會因之所能獲得的效益，再加上該個人所能獲得的利益，二者之總和大於著作權人因此所受之損失，則該項個人的使用，便可主張構成合理使用。

上述說法係建立於如後的假設理論之上，即使用他人享有著作權之著作，倘若可以使使用人受到利益，社會公眾亦同蒙其利時，則該被利用著作之著作權人，便應同意他人使用其著作。在情形下，基於公眾利益觀點，該個人之使用便應屬於合理之使用。例如：學校的教師基於教學上需要，固然可以與著作權人進行協議，以取得著作權人之使用授權，但是倘若著作權人所要求之使用對價，高過學校教師和學生所能支付之負擔時，倘若此種利用性質顯然具有高度公益性質，社會必將因為學校教育上之使用而有反射利益，且此種利益顯然復大於著作權人因為不能達成其使用授權而受到之損失時，依照本項理論，學校教師影印利用他人著作作為教學教材的行為，便應得以構成合理使用。

第三項 個人利益和公共利益法之比較

綜合前述第一項與第二項之理論與見解，個人利益比較法和公共利益比較法，二者具有如下之共同點：

「個人利益比較法」和「公共利益比較法」，二種理論都是為了解決著作權法制定之後，所產生的如下二種利益之衝突而出現著作權法衡平理論，即：

- 「著作權人以外之人（使用人）因為利用著作權人之著作，而所能獲得之利益」；以及
- 「著作權人依據著作權法所享有之利益，因為他人（未經合法授權）之利用行為，對於著作權人因此所造成之損害」。

至於「個人利益比較法」和「公共利益比較法」，二種理論其相異之點，則是：

- 個人利益比較法僅只衡量個人使用著作權人之著作時所能獲得的利益。
- 公共利益比較法既考量個人利用著作權人之著作因此所能獲得之利益，亦同時衡量社會大眾是否亦因為該項利用行為，而能同時獲得利益。

分析實定法第一〇七條規定，可知合理使用原則實際上係由上述二項

理論的構成因素----社會利益、個人利益和交易成本三種因素交織而成，即：著作權法第一〇七條第一項所列舉可以主張合理使用的利用行為，例如：出於評論、報導新聞、教學使用及學術研究目的等利用行為，係由法律藉著明文規定，而令出於上述目的之利用行為，不會構成侵害著作權之責任。由於這些由著作權合理使用條款所列舉、明定可以免責之利用行為，在性質上皆具有十分濃厚的社會利益色彩，與公益息息相關，然而相對而言，這些社會利益的反面，不啻亦為著作權人因為不能對之收取著作權之使用對價，因而蒙受損失之所在。為維護公眾之利益，美國著作權法始特地在合理使用條款中，將基於如上目的之利用行為，以法條明文訂定為可以主張合理使用。

此外，若進而分析著作權法合理使用條款中各款的內容，亦可以得出如後的觀察結果，即：法院依據著作權法合理使用條款所列舉之四款，而從事之審酌，實即亦為從事「使用者利益」、「社會利益」與「著作權人之損失」三方面利益之衝突與調和之任務。例如：

(一) 合理使用條款之第一款和第二款事實：

合理使用條款中，第一款所訂之使用目的及性質之審酌，其與第二款所列舉之應審酌事實----被利用著作之性質，此二款規定內容，實際上即係涉及對於使用者利益的衡量與評估問題。

(二) 關於第三款及第四款之應審酌事實：

合理使用條款第三款「就整體上觀察，被利用著作其整體與被利用部分，在量與質上的相關比例」與第四款「被利用的著作其潛在市場或價值，因為被利用的結果所受影響。」此兩項事實之判斷，實際上亦涉及對於著作權人因其著作被他人利用而

受損失之比較考量。

依據著作權法合理使用條款之指示，對於利用行為從事是否構成合理使用之判斷時，法院所進行之審酌，實際上即為對於利用行為從事有關交易成本、個人利益、社會利益和著作權人就該利用行為所致損失等議題之比較判斷議題。

然而，在從事社會公益的認定時，應如何確定「社會利益」之內涵？GOLDSTEIN 教授認為，應由立法者考量國民之全體利益，就何種目的或性質之利用行為，認為具有社會公益之內涵，應使之免於構成侵害著作權之責任，並在立法時，決定採納為可以構成合理使用之類型，並置諸於法律條文之中；至於法院之任務，則僅係在立法之後，依據立法者所制定之法律，就已存在於法條上的構成要件，進行適用上的判斷。