

第十章

著作權合理使用審酌準則草案試擬

----代結論

一、前言

著作權合理使用之所以被稱作為「著作權法上的煩惱之源」(the most troublesome of copyright law)，乃是由於在判斷利用行為是否構成合理使用時，恆因個案中利用行為的手段、利用（者）之目的、利用行為之性質、利用及被利用著作之性質、種類；乃至所使用的數量與重要性之相對比例關係，以及利用行為對於被利用著作之經濟利益所產生的效應（例如所造成的損害及其程度如何；或被利用的原著作是否因之發生被取代的效應而言）等因素之不同，而每每迥異其判斷結論。以致舉世所見，少有國家可以對於合理使用原則，提出一套硬性的絕對標準，作為認定利用行為是否構成合理使用的參考標準。

惟依作者前揭研究結果，似乎仍可在特定的相對條件下，可以將著作權合理用的基本內涵與參佐理論，一一羅列，並參考立法者之原意，實務案例所示見解，推出對於各款事實之最佳詮釋，或將事實猶然存在、較容易成為著作權法的最愛（the favorite ones）或較易於受到法院認為構成合理使用的一些固定類型化的利用行為，加以系統化的整理，使之成為審酌利用行為是否構成合理使用之參考準則。

為此，謹依據本研究之心得與結論，依照我國著作權法第六十五條所示之排序，並仿照我國經濟部智慧財產局商標組為處理商標法上「類似商品及類似服務」問題而制定之「類似商品及類似服務審查基準」之體例（如附錄二），¹試行針對本研究主題，研擬出「著作權合理使用審酌準則」（草案）乙種，藉以供後續研究或頒訂相關辦法之參考。

¹ 「類似商品及類似服務審查基準」，係由經濟部智慧財產局於中華民國八十九年二月二十三日以台商九八〇字第八九五〇〇〇〇九號公告。

二、建 議

著作權合理使用審酌準則（草案）

中華民國九十年十二月十五日
黃怡騰律師

一、合理使用之意義

- （一）所謂合理使用，係指：「著作權人以外之人，對於著作權人依法享有之各種專有權利，毋庸獲得著作權人同意或授權，即得於一定範圍內、以一定方式，自由、無償加以利用」而言。
- （二）對於著作之合理使用，不構成著作權財產權之侵害。

二、合理使用之內涵

- （一）在著作權法結構上，始終同時存在結構上兩種衝突關係，即著作權法一方面藉由授與具有獨占性的專有權利，以鼓勵創作，並致力保障著作權人；另一方面亦認為應當允許非著作權人可以合理使用著作人之創作，以便增進社會的進步。我國著作權法「為兼顧調和社會公共利益，促進國家文化之整體發展，認為於必要時對於著作人亦須予以限制」，為此，乃於著作權法第一條明定，著作權法係為「保障著作人著作權益，並調和社會公共利益，促進國家文化發展而制定」。並同時制定著作權法第六十五條合理使用條款，創設著作權合理使用機制。

- (二) 合理使用之主張，並非權利，乃是訴訟上的一種抗辯主張；係於著作權人對於他人之利用行為，提出侵害其著作權利之訴訟後，該他人乃據此提出主張，主張其利用行為，係對於著作權之合理使用，而不構成侵害著作權之訴訟上防禦方法。

三、合理使用之標的

- (一) 著作權法藉由授與著作人享有各種由著作權法所創設之專有權利，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、出租等方式，以自己行使或授權他人行使其依據著作權法所得享有之專有權利。從而合理使用之標的，即合理使用之對象，係指對於著作人依法所享有的各種「法定專有權利」而言。²
- (二) 著作權之性質包括有「著作人格權」與「著作財產權」二種。前者係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，依法僅限於著作人格權以外之「著作財產權」。
- (三) 依現行法，合理使用他人之著作，僅得於有著作權法第十六條第四項規定所定之：「依著作利用之目的及方法，於著作人之利益無損害之虞，且不違反社會使用慣例者」，方得省略不標示所引用著作之著作人之姓名或名稱。

² 依據著作權法的理論，著作人對於其著作所享有的著作權，性質上係依法律而定的各種「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。"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).

四、提出合理使用主張之時機

(一) 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，因之利用人之行為當必已達於：「業經證明與被利用之原著作，具有『明顯或實質之相似』(substantial similarity)，倘若行為人之利用行為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」之程度時，始有主張利用行為構成合理使用抗辯之適狀。

(二) 行為人主張合理使用之抗辯，應依循下列三項歷程與與時機：

- 1、行為人所利用之對象，屬於著作中受到著作權保護的部分，即著作人在其著作中之概念、思維之具體表達方式，而非該被具體表達之概念或思維本身，則該從事利用之人始得就該被利用之部分，主張合理使用；
- 2、行為人利用之部分，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；
- 3、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。

(三) 一旦利用行為之情狀已依序發展，經過上述三項歷程之後，行為人所主張之合理使用抗辯，方始應由法院就該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第二項所構建之模式，進行審酌。

五、著作權法第六十五條與其前置條文----「第四十四條至第六十三條」

之相對關係

(一) 依據著作權法第六十五條第二項規定：「著作之利用是否合於第四十四條至第六十三條規定或其他合理使用之情形，應審酌一切情狀，尤應注意左列事項，以為判斷之標準：一、……」，審酌利用行為是否構成合理使用時，若有合於著作權法第四十四條至第六十三條各條所指之利用行為時，除部分性質上顯然非屬合理使用之行為類型外，³均應依據第六十五條第二項規定，審酌其一切情狀，特別是依據第二項所訂之事實，進行審酌。

(二) 在我國著作權法第四十四條至第六十三條所訂前置條文之內，各尚規定個別之構成合理使用「特別構成要件」，例如第五十一條個人目的之合理使用，限於以利用圖書館及非公眾使用之機器從事重製之行為。然而，依著作權法第六十五條第二項規定，各該前置條文所指利用行為之外，倘若著作之利用行為尚有其他合理使用之情形，亦非不得依據著作權法第六十五條規定，主張合理使用。

六、如何審酌利用行為是否構成合理使用

(一) 個案分析原則

判斷利用行為是否構成合理使用時，應以個案分析方式，就個別之具體案件，斟酌其具體案情，對於個案作出最妥適之認定。

(二) 整體衡量原則

³ 這些應無第六十五條第二項規定適用之條文計有：第四十七條、第五十六條、第五十六條之一、第五十九條、第六十條、第六十三條等。

判斷利用行為是否構成合理使用時，應立於「個案分析」之基礎上，依據著作權合理使用條款所定四項審核標準，分就利用行為之目的及性質；被告利用著作的性質、所利用的數量及其重要性；利用行為對於原著作價值之影響等因素，以「整體衡量」之方法，就利用行為之整體，加以綜合判斷。因之，法院應依據著作權法的宗旨目的，依據合理使用條款所列舉之四款事實，逐項進行審酌，並於最後綜合各項事實，予以整體之考量，而不得單以個別、孤立的事實作為判斷依據。

(三) 合理使用條款所訂四項事實以外之其他事實，亦得在個案中，併予考量

我國著作權法第六十五條第二項規定，「……應審酌一切情狀，尤應注意下列事項，以為判斷之標準：…」，因之法定四款事實以外之個案事實，亦非不得納為整體審酌之事實。這些其他實，例如：行為人「欠缺善意」(lack of good faith)，或「惡意」(bad faith)之利用行為；又如：利用行為係出於「搭他人便車」之目的時，被認為不能構成合理使用。或如同：作權人為保障其隱私權，而藉行使著作權以阻止他人利用其著作權時，不得拒絕他人主張合理使用。

(四) 基於「個案分析原則」，分由不同法院在不同個案中所作成的利用行為是否構成合理使用之判斷結論，固屬司法判決先例，在法理上固然可以作為嗣後其他相同或類似個案之參考，惟由於時空環境之變遷，或具體案情形之不同，前案之結論，對於後案之判斷，應無必然之拘束力，對於後案之審酌，仍應立於個案分析之基礎上，依據客觀案情之不同，具體加以審酌判斷，

以求得最適切之個案判斷結論。

七、審酌利用行為是否構成合理使用之參考理論

(一) 利益平衡理論

著作權法之首要目標，首重保障著作人依法所享有之專有權利，以及可得期待之各種經濟利益。但亦同時認為應當允許著作權人以外之人，亦得利用著作人之創作，以便為繼起之創作，促進社會更大之進步。因之，於規劃健全之著作權制度時，亦同時規劃「大眾得對於受到著作權保護的著作主張合理使用」之機制，藉以限制著作權之獨占性格，減少對於其他創作人的潛在壓抑效應。由於著作權合理使用制度，係為了調和著作權人與利用行為人間之利益衝突而創設之機制，可以使得「著作權人因為可以依據著作權法獲得保障，因而樂於創作，對於社會大眾帶來福祉」以及「社會大眾因為受到著作權保護的著作廣泛散布流通，因而可以多加利用該等著作，並進而獲得利益」，兩項本質相有衝突的社會利益，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。

(二) 改頭換面之利用理論

1、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。

2、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」之事實存在內。

（二）一般利用與競爭利用之區分理論

此說認為，在通常情況下，競爭者之間最有利用其他競爭者著作之期待與必要。著作權合理使用原則之原始意義，乃是規範「競爭者之間」利用他方著作之判斷法則（a fair-competitive-use doctrine）。為防免具有競爭關係之對手間，藉由「不勞而獲」的不當手段，使用他人辛勤創作成果，著作權法對於競爭者間之利用行為，應採取較為嚴格的認定態度。若利用者僅係出於一般之個人使用目的或非營利之家庭使用目的，此種情形係出於一時消費性之利用行為，對於著作權人之市場或著作價值之影響，一般而言，較屬輕微，縱使對於大眾並未能帶來任何之俾益，惟仍得以合理之使用相視。故行為人係一般之利用者或消費者身份時，其利用行為較諸「居於相互競爭者之使用人」，更有構成合理使用之可能。

八、著作權法第六十五條第二項四款事實之審酌準則：

(一) 關於利用目的及利用性質之審酌

- 1、出於教育、學術研究、新聞報導、評論等四的之「積極使用」類型，即符合我國著作權法第四十六條、第四十七條、第四十九條及第五十二條規定之利用行為，應較易受合理使用之認定。
- 2、為「報導新聞」之目的，而利用他人著作時，利用人從事利用行為之目的，係為「生產」或「創作」其第二份作品----「新聞報導」作品，不論其係以文字、口述或視聽形式之作品方式，此種利用既有著作，以創作或生產新的著作之目的，屬於著作權法上「積極使用」類型；抑且新聞報導之目的，主要係為傳播資訊或促進資訊流通，對於抽象之公共利益，有增進作用。為新聞報導而利用著作之行為，亦有助於知識、學術與文化之厚植與累積，符合著作權法之立法宗旨，故為新聞報導而利用他人著作之行為，通常較易受認定為合理使用。
- 3、出於學術目的之利用行為，目的係為繼起之新創作，此種利用行為性質上屬於「積極利用」類型，亦與著作權法係為厚植知識與學術，促進文化進步之立法宗旨相符，出於學術目的之利用行為，因之較易受認定為合理使用。
- 4、不得因為利用行為係出於商業目的或營利目的，而即當然推定其非屬合理使用，尚要進一步審酌該利用行為所利用著作之性質、利用之數量與質量，並結合第四款所訂事實，就該利用行為是否對於被利用著作之經濟利益或著作價

值，產生不利之影響，以為最終之判斷。

- 5、對於出於想要分文不付，而擬藉利用他人享有著作權的著作，作為謀取私人利潤之動機之利用行為，不宜認定為合理使用。
- 6、出於個人目的以及非營利家庭使用目的之利用行為，即以一般使用人（或消費者）身份而利用他人著作之行為，較諸於以具有競爭性之利用人而為之利用行為，通常較易受認定為合理使用。

（二）對於著作之性質之審酌：

- 1、對於尚未公開發表著作之利用行為，並非不得認定為合理使用，惟較諸對於已公開發表著作之利用，前者可主張合理使用之可能性，較應受到限制。特別是對於他人行將出版或即將公開發表著作之利用行為，應當視之為極不利於認定構成合理使用之類型。
- 2、我國著作權法合理使用條款之前置條文，即第四十四條至第六十三條之條文規定，其規定之利用對象有以已公開發表著作為限者，並非即謂對於尚未公開發表之著作，即全然不得主張合理使用，對於尚未公開發表著作之利用行為，尚得依據著作權法第六十五條第二項規定，具體予以審酌，並依個案判斷原則，判斷是否可以構成合理使用。
- 3、相對於虛構性或想像性（創意性）著作，對於性質上屬於非虛構性或事實性之著作，或係對於揭載資訊或事實為內容之著作之利用行為，衡因其利用對象多係非屬受到著作

權保護之概念與思維之本身，故較有可能對之主張合理使用。

- 4、被利用之著作若係絕版、且無法循通常管道購得之著作，此項事實，就利用該項著作之行為可以主張合理使用之判斷，乃為決定性與關鍵性之因素。於此情形下，對於此種著作之重製行為，自應較諸對於一般著作之利用行為，更具有主張合理使用之正當理由。但若有關機構以收取一定合理成本，將該絕版著作影印提供外界利用時，則屬另一事實。

(三) 利用之程度，即利用之數量與質量（或重要性）之審酌

- 1、利用他人著作之數量或質量之多寡，係相對性之判斷問題，在數量或其重要性程度上，並無絕對之量化數值可以作為判斷利用行為是否構成合理使用與否之標準。
- 2、利用之數量係「微不足道」之使用；或所利用之部分，在實質上屬於「尚非顯著」(insignificant use)之輕微使用(*de minimis use*)時，依據「微量不論」或「微罪不舉」(*de minimis non curat lex*)法理，應不生侵害著作權之問題。惟其界線如何，仍然相當抽象，實務見解，猶無法一致，故在判斷時，尚應配合第四款所定事實，綜合加以審酌。
- 3、對於未經著作權人同意或授權，而使用著作權人之著作時，凡是愈屬於密集、重大之利用，其正當性愈低，亦愈無法成立合理使用。反之，倘若利用之數量愈少，或其重要性程度愈低，則愈易於構成合理使用。

- 4、利用的數量縱使非多，但若其利用之部分乃屬被利用著作之精華部分，或屬於被利用著作中之重要部分時，該項利用行為即不易獲得合理使用之認定。
- 5、對於他人著作從事完全之複製或利用，較不易受到合理使用之認定，但是利用現代科技設備，例如：以影印機、錄音機、電腦設備從事重製之利用，或自網際網路上傳或下載著作之情形，其利用行為是否可否主張合理使用，尚應參酌科技之發展情形，以及利用行為是否對於被利用著作之經濟利益或著作之價值產生不利益或損害結果以為判斷。

(四) 利用結果對於著作潛在市場與現在價值影響之審酌：

- 1、制定著作權法之目的，係為獎勵創作與流通，藉以鼓勵知識與學術之累積，並促進社會文化進步。達到此一目的之具體方法，乃為藉著創設著作權制度，使著作人因為創作而享有著作權法授與各種專有權利，再配合市場經濟機制之輔助，使著作人得以在經濟市場上，藉由自行行使其專有權利或授權行使之方式，獲取經濟上之報償。此種制度，可以鼓勵著作人願意源源不斷從事創作活動並促使著作人願意將其著作向社會及市場公開發表。因之，如果著作權人可得期待之經濟利益，因為他人非法或未經授權之利用行為而受侵害，則著作權法之立法宗旨，勢必無法落實。因之，判斷利用行為是否可以構成合理使用，最基本之要求，便是利用行為不得因之對於被利用著作之經濟利益或

價值，造成損害。

- 2、著作權法第六十五條第二項第四款所列舉之「該利用行為，對於被利用著作之潛在市場或價值所生之影響」，係於審酌利用行為是否構成合理使用時，最重要之「單項參考事實」(single factor)。對於他人著作之利用，若係合理使用，即不得因之對於著作權人依著作權法所享有之市場利益造成損害。
- 3、第四款所指「潛在市場」(potential market)，係指著作權人之著作所可能存在之市場而言。著作權法未直接明文指「著作之市場」，而以「潛在市場」相稱，係鑑於並非每位著作權人皆欲使其著作進入市場，並因而獲利或實現市場上之經濟價值或利益。縱使著作能夠進入市場銷售，然而並非每一著作皆可如願獲得經濟利益。更何況著作權人最終來自市場上之利益或價值，於未實現前，統皆處於相對不確定狀況，無從立即確實估計。故著作權法第四款對於著作權人所能獲得之利益來源，便非一般經濟意義上之市場，而係潛在市場，用以與現實之經濟市場有所區隔。
- 4、第四款所指之「著作之價值」，通常等同於著作在市場上之經濟利益；但有時著作人創作之目的並非尋求市場上之利益，於此情形，若欲評估利用他人著作之行為對於著作權人之不利效果，便應側重利用行為對於被利用著作之「價值」所產生之影響。實務見解所見：若以營利目的而對於著作權人製作之醫學院入學試題，從事幾近全部利用之行

為，其結果勢將使得原告試題之價值，不值一文。此種利用行為導致他人受著作權法保護之「著作之價值」因之受到破壞，不得成立合理使用。

- 5、依第四款規定審酌利用行為對於被利用著作所產生之「損害」，其內容至少包括如下：
 - (1) 損害被利用著作之銷售或價值。
 - (2) 減損被利用著作之銷售利潤。
 - (3) 抑制或取代被利用著作之創作目的。
- 6、利用他人著作之目的係為於同一作品市場上，與被利用之著作，直接進行競爭時，此種利用行為，可以認為係對於被利用著作的銷售產生損害。反之，若進行利用之著作，與被利用之著作，二者間之創作目的或市場並非相同，便不得遽認構成侵害。
- 7、第四款所規定之審查，係對於利用行為之結果與對於著作潛在市場與現在價值之影響是否具有因果關聯之審查。
- 8、利用行為所影響者，並不以當前不利影響（損害）為限，著作人未來尚未實現之期待利益，亦為著作權人所受損失之所在。因之若著作人將來期待利益，有受損害之虞，亦可認為有第四款所指之損害。
- 9、著作人現在或未來之損害，須為合法利益所受之損害，且所受之損害，必須於客觀上屬於不合理之損害。

10 著作權法上，審酌利用行為是否構成合理使用時，關於利用行為對於著作之潛在市場與現在價值之影響之判斷，僅只是四款法定事實中，法院尤應注意之審酌事項之一。易言之，不得僅以利用行為，對於著作人之利益造成損害或有造成損害之虞之單一因素，即得遽認為該利用行為不得構成合理使用。倘若所受損失，尚屬合理，或損害之發生，符合社會相當性之程度，此種損害，尚不足以認為不得構成合理使用。