

國立交通大學

科技法律研究所

碩士論文

合理使用於數位圖書搜尋之適用  
—以 Google Book Search 為中心

A Study of Fair Use and Digitized Book Search  
—Focusing on Google Book Search



研 究 生：林雨儒

指 導 教 授：王敏銓 副教授

指 導 教 授：章忠信 助理教授

中 華 民 國 一〇一一年七月

合理使用於數位圖書搜尋之適用—以 Google Book Search 為中心

A Study of Fair Use and Digitized Book Search  
—Focusing on Google Book Search

研究生：林雨儒

Student: Yu-ju Lin

指導教授：王敏銓

Advisor: Dr. Min-chiuan Wang

指導教授：章忠信

Advisor: Dr. Chung-hsin Chang

國立交通大學

科技法律研究所



Submitted to Institute of Technology Law

College of Management

National Chiao Tung University

In partial Fulfillment of the Requirements

For the Degree of

Master

in

Law

July 2012

Hsinchu, Taiwan

# 合理使用於數位圖書搜尋之適用——以 Google Book Search 為中心

研究生：林雨儒

指導教授：王敏銓 副教授

指導教授：章忠信 助理教授

國立交通大學科技法律研究所碩士班法律組

## 摘 要

Google 自 2004 年 4 月開始推行一項史無前例的大規模圖書數位化計畫—Google Book Search，其藉由與數座大型圖書館合作，將館藏書籍進行全文掃描，並提供使用者於網路上快速搜尋圖書內文之服務。此計畫雖有利於資訊傳播、文化發展與民眾搜尋暨近用著作之權利，惟因 Google 所數位化重製的著作中，包含了上百萬本仍在著作權保護期間內，且並未獲得授權之圖書，遂引發許多侵權疑慮，美國作家協會與美國出版商協會更於 2005 年相繼對 Google 提起侵權之訴，指控 Google 所為涉嫌「大規模的侵害著作權法」。

本案涉訟 3 年後，在承審法院尚未就被告 Google 所為是否構成合理使用下達實體判決前，兩造便於 2008 年 10 月達成和解協議，但由於協議內容授權 Google 利用包括孤兒著作等尚在著作權保護期間內的著作，引發了出版界、著作權人與美國司法部之反對聲浪，因此，Google 復於 2009 年提出修訂後的和解協議，惟法院仍然以其涉嫌違反美國聯邦民事訴訟法第 23 條、反托拉斯法以及著作權法為由，於 2011 年 3 月 22 日否決了該修訂後的和解協議。

雖然 Google Book Search 計畫有侵權之虞，但其對於促進學術研究、文化發展與縮小城鄉間智識差距等公益有著極大的助力，本文藉由探討合理使用、DMCA 以及延伸性集體授權機制適用於 Google Book Search 計畫之可行性，對於圖書搜尋計畫未來的發展方向，以及孤兒著作可能的解決之道，提出修法建議，以期作為日後研究之參考。

關鍵字：合理使用、圖書搜尋、搜尋引擎、Google Book Search、孤兒著作  
、延伸性集體授權

# **A Study of Fair Use and Digitized Book Search**

## **—Focusing on Google Book Search**

Student: Yu-ju Lin

Advisor: Dr. Min-chiuan Wang

Advisor: Dr. Chung-hsin Chang

Institute of Technology Law, National Chiao Tung University

### **ABSTRACT**

Since December 2004, Google has undertaken an unprecedented, large-scale book digitized project—Google Book Search (GBS), Google has entered into partnerships with the world’s largest and most prestigious libraries with the goal of scanning and digitizing their collections, and offered a convenient online book search services. Even though GBS was conducive to communications, cultural developments and it would benefit the public information-searching rights, there was liability for copyright infringement due to Google’s scanning of millions of copyrighted books without the authorization. In 2005, the Authors Guild and the Association of American Publishers (AAP) brought copyright infringement lawsuits against Google, claiming that Google’s use was a “plain and brazen violation of copyright law”.

After three years of litigation, but before the court could rule on the fair use argument, in October 2008, Google and the plaintiffs announced the settlement agreement, but because the settlement would allow Google to use and sell access to millions of copyrighted books, which raised doubts and difficult questions for discussion. In response to objections from publishers, rightholders and the U.S. Department of Justice, Google produced the Amended Settlement Agreement (ASA) in 2009. On March 22, 2011, the district court rejected the ASA because Google was likely to infringe Rule 23 of the Federal Rules of Civil Procedure, antitrust and copyright laws.

In spite of the suspected infringement of copyright, this project, GBS, would promote the progress of science and the useful arts as well as narrow the knowledge gap between rural and urban areas. By examining the feasibility of the fair use, DMCA and the system of extended collective licensing in GBS case, this article trying to establish what is permissible with respect to book search projects, and suggesting a possible legislative solution to the orphan works problem.

Keywords: Fair Use, Book Search, Search Engine, Google Book Search, Orphan Works, Extended Collective Licensing

## 誌謝

在論文付梓的此刻，內心除了欣喜之外，還參雜著一絲絲的不捨與感慨。在撰寫論文期間所閱覽的大量專書與文章，不僅豐富了我的法學知識，也讓我對於著作權法與英美法領域產生更深一層的興趣，雖然在寫作的漫長過程中，也曾有過疲倦灰心的時刻，但秉持著「凡流汗播種者，必能歡呼收割」的信念，終是迎來了論文完成的一天，而口試通過時心中的雀躍之情，至今仍然記憶猶新。

回首過去這段時日，我發覺自己成長了許多，除了學識上的進步之外，也包括了心靈層面的提升，首先要感謝王敏銓老師與章忠信老師的指導，王老師那謙謙君子，溫潤如玉的學者風範，讓我學習到做學問的正確態度與方式，而章老師對於著作權法的專業與熱情，也堅定了我窮則獨善其身，達則兼善天下的理想與信念，兩位老師都嘗鼓勵我應多多涉獵新知，並勇敢表達創見，對我的法學思維的訓練助益極大，老師的諄諄教誨，我會一直銘記於心。

再者，要特別感謝林利芝老師願意受邀擔任學生的口試委員，林老師提出的諸多專業建議，也使學生的論文更臻完備；同時，也要謝謝國圖採訪組的蔡主任、元照出版電子商務部的吳經理，以及元照知識出版集團的陳副總，願意撥冗接受我的實證訪談，三位的寶貴想法與意見著實讓我獲益良多；此外，還要感謝許許多多曾經給予我關懷與幫助的同學與朋友，若是沒有你們的參與，我的研究所生活必將失色許多，在此，向以上諸位致上誠摯的感謝與祝福。

最後，要感謝我最深愛的雙親、外公外婆與弟弟，父母無條件的鼓勵與包容，是我前進的重要動力，若沒有爸爸、媽媽一直以來的苦心栽培與悉心教養，就不會有今日的我，謹以此論文獻給最親愛的你們。研究所生涯的落幕，我的心中除了感到些許惆悵外，更多的是懷抱著對於未來的期待與展望，築夢的道路中或有挫折沮喪，但我絕不孤單，期許自己能飛向新路探險，帶著我和一顆勇敢而無懼的心。

雨儒

2012.07.04 於新竹

# 目 錄

目錄 .....	IV
<b>第一章 緒論.....</b>	<b>1</b>
第一節 研究動機暨研究目的.....	1
第二節 研究方法.....	2
第一項 文獻分析.....	2
第二項 實務案例研究.....	2
第三項 實體訪談研究.....	2
第三節 研究問題及研究架構.....	3
第一項 研究問題.....	3
第二項 研究架構.....	3
<b>第二章 合理使用於數位著作之適用.....</b>	<b>5</b>
第一節 數位時代對著作權之衝擊與影響.....	5
第一項 科技發展與著作權法之衝擊與調和.....	6
第二項 小結.....	11
第二節 合理使用之內涵與判斷基準.....	11
第一項 合理使用之立法目的與法律性質.....	11
第二項 合理使用之判斷基準.....	16
第三節 美國法實務上有關合理使用於搜尋引擎案例之適用.....	24
第一項 搜尋引擎的發展歷程.....	25
第二項 搜尋引擎所引發的著作權爭議.....	26
第四節 總結.....	42
<b>第三章 圖書搜尋—Google Book Search 計畫.....</b>	<b>45</b>
第一節 Google Book Search 計畫之發展.....	46

第二節	Google Book Search 計畫之圖書來源及侵權爭議.....	47
第一項	Google Book Search 計畫之圖書來源.....	47
第二項	Google Book Search 計畫之閱覽限制.....	50
第三項	Google Book Search 計畫所涉侵害著作財產權爭議.....	53
第三節	Google Book Search 計畫所引發之訴訟歷程與和解協議.....	54
第一項	Google Book Search 計畫所引發之訴訟歷程.....	54
第二項	和解協議之發展及其背景原因.....	57
第三項	原和解協議.....	61
第四項	原和解協議評析.....	67
第五項	修訂後的和解協議.....	72
第六項	修訂後的和解協議評析.....	74
第四節	總結.....	77
<b>第四章</b>	<b>合理使用於 Google Book Search 之適用及實證研究.....</b>	<b>81</b>
第一節	Google Book Search 計畫適用合理使用之實證研究.....	81
第一項	研究設計.....	81
第二項	對於 Google Book Search 計畫得否構成合理使用，以及孤兒著作利用問題之看法.....	82
第三項	「商業授權機制」及「書籍著作權登記中心」對本案之影響.....	85
第四項	Google Book Search 可能的發展前景，及其對受訪者所屬產業之影響.....	86
第五項	小結.....	89
第二節	合理使用於圖書搜尋之適用.....	90
第一項	利用之目的及性質.....	91
第二項	著作之性質.....	94
第三項	利用之質量及其在整個著作所占之比例.....	95
第四項	利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響.....	96



第五項	小結.....	98
第三節	合理使用於數位閱讀時代之新思維.....	98
第一項	重新檢視大量重製整份著作於合理使用判斷中之關聯性.....	99
第二項	圖書館的數位典藏權限.....	100
第三項	小結.....	102
第四節	總結.....	102
<b>第五章</b>	<b>圖書搜尋與孤兒著作的解決之道.....</b>	<b>105</b>
第一節	DMCA.....	105
第一項	DMCA 之立法目的與內涵.....	105
第二項	DMCA 於 Google Book Search 計畫之適用.....	107
第三項	小結.....	111
第二節	延伸性集體授權.....	112
第一項	著作權集體管理機制之目的.....	112
第二項	延伸性集體授權之發展背景與功能.....	114
第三項	延伸性集體授權與 Google Book Search 和解協議之比較.....	117
第四項	延伸性集體授權對圖書搜尋的啟示.....	118
第三節	孤兒著作的利用困境及現況.....	118
第一項	孤兒著作的成因.....	119
第二項	孤兒著作的現況與爭議.....	120
第三項	孤兒著作在美國的利用困境.....	121
第四項	Google Book Search 計畫對孤兒著作之影響.....	122
第四節	總結—孤兒著作的解決之道.....	123
第一項	國內的孤兒著作利用方式.....	123
第二項	國際間的孤兒著作利用方式.....	125
<b>第六章</b>	<b>結論.....</b>	<b>127</b>
第一節	重塑合理使用判斷基準之新思維.....	127



第一項	數位化時代下,合理使用判斷基準的新趨勢.....	127
第二項	因應圖書搜尋計畫,所產生的合理使用新思維.....	128
第二節	Google Book Search 計畫的未來展望.....	129
第三節	孤兒著作的解決之道.....	131
第一項	孤兒著作已成為一項全球議題.....	131
第二項	孤兒著作的解決之道.....	132
第四節	結語.....	132
<b>參考文獻</b>	.....	<b>135</b>



## 圖目錄

圖 1	Google Book Search 計畫中之完整檢視.....	51
圖 2	Google Book Search 計畫中之有限預覽.....	51
圖 3	Google Book Search 計畫中之片段顯示.....	52
圖 4	Google Book Search 計畫中之不提供預覽.....	53



# 第一章 緒論

## 第一節 研究動機暨研究目的

美國史丹佛大學的法學教授 Lawrence Lessig 於其所撰「自由文化 (Free Culture)」一書中寫道：「在人類的歷史中，從未出現如同現在一般可藉由少數人的權利，而控制整體文化發展的情形。」<sup>1</sup>其成因包括了著作權保護期間的延長，以及保護範圍持續擴大等因素，而在電腦與網際網路逐漸普及化的社會中，由於網路架構本身的設計，使大多數的利用行為均染上重製色彩，這也導致著作權的管制力量在網路世界中不斷延伸，<sup>2</sup>是以，此書作者對於美國著作權法傾向於保護權利人之私益，而忽略了資訊傳播、社會發展與藝術進步等公益之立法取向，表達了質疑與悲觀的態度。

然而，現行著作權法體制是否真如其所述，過度箝制了利用人的權益，並對人類文化的傳承與推展產生不利的影響？事實上，自有著作權法以來，其立法目的除了保障著作權之外，更兼負著衡平權利人私益，與大眾近用資訊權等社會公益之重要使命，而合理使用與 DMCA 等負責衡平公益與私益之原則，便是在此前提基礎上應運而生，以確保文化產業不至於被少數人所把持或壟斷。

二十世紀以降，隨著數位化時代的來臨，資訊的傳播不再受到時間與地域的限制，且由於數位內容具有易於重製、散佈的特性，幾乎所有的資訊皆可透過電腦與網路，無時差的傳送到世界的每一個角落，雖然科技的進步為人類生活帶來許多便利性與積極效益，但卻也引發了一波新的著作權侵害浪潮，而近幾年中最受矚目，也最具爭議性的議題，當屬 Google 自 2004 年開始推動的 Google Book Search 計畫無疑。

Google Book Search 計畫受各界矚目的最主要原因在於，過往的搜尋引擎雖然已經具備迅速且準確的搜尋功能，惟其所能提供者，僅限於存放在網路上的內容，而相較於區區數十年歷史的網路文化，人類幾千年的歷史與智慧均記載於傳統的竹簡、帛書與紙本等實體著作中，且經過篩選、出版的實體著作，無論是內容的豐富性、完整性與可信度方面，都遠較網路資訊來得高，是以目前學術研究與專業資訊的取得，依舊以紙本內容為中心。因此，在 Google 宣布要進行一項將實體書籍掃瞄、轉化成電子檔案，並提供全世界使用者於網路上搜尋、近用之史無前例的、大規模數位化圖書計畫之後，此項計畫便在出版社、作者、圖書館與電子資料庫等各界中，掀起一股狂瀾。

---

<sup>1</sup> LAWRENCE LESSIG, FREE CULTURE 170 (2004). "Never in our history have fewer had a legal right to control more of the development of our culture than now."

<sup>2</sup> 王敏銓，「自由文化」，科技法學評論，第 2 卷第 2 期，頁 238-39 (2005)。

Google Book Search 計畫雖然提供了顯著的公益效用，但也因涉嫌違反著作權法、反托拉斯法與美國民事訴訟法，而引發出版界、作者與政府的憂慮，且此項計畫在美國本土之外，甚至招致「文化霸權」等質疑與批判，時至今日，Google Book Search 計畫雖然經歷了在法國、德國以及美國本土的一連串訴訟，惟其成敗仍難有定論。

挾帶著數位典藏、保存歷史文化、促進資訊近用權等重要社會利益，Google Book Search 計畫正式敲響了數位時代下，著作權法改革的警鐘，於此之際，合理使用、DMCA 與著作權集體管理團體等理論與觀念，是否已不敷現代社會之需求，而應追隨數位化發展的腳步作出相應的變革？或是立法者應直接針對圖書搜尋此一新興技術，另定新法以管理之？凡此種種皆為現行著作權法領域中，亟待省思、解決之重要課題，亦引起筆者投入本文研究之強烈動機。

## 第二節 研究方法

由於 Google Book Search 計畫涵蓋了多面向的爭議，除了涉嫌侵害實體出版商與作者之權益外，對於圖書館、電子資料庫業者以及社會大眾亦有著深遠的影響，故本文除了分析法律規範、法院實務判決與學術文獻之外，更對於相關領域的專業人士進行了實體訪談，以期能對圖書搜尋此一議題，進行全盤性的了解。

### 第一項 文獻分析

對於合理使用之理論與判斷基準、Google Book Search 計畫的介紹與分析、延伸性集體授權的理論與發展，以及孤兒著作利用困境之成因與可能的解決之道等議題，本文利用 Westlaw 資料庫、台灣碩博士論文知識網、月旦法學知識庫，以及國家圖書館館藏目錄等，中、英文的網路查詢系統，分別以「合理使用 (fair use)」、「Google Book Search」、「孤兒著作 (orphan works)」與「延伸性集體授權 (extended collective licensing)」等關鍵字進行交叉查詢，藉由閱讀美國、歐洲與我國學者所撰寫之相關著作權法專書、期刊著述、學位論文與網路資料，進行文獻分析。

### 第二項 實務案例研究

由於文中所述及的合理使用適用於搜尋引擎之案例，以及 Google Book Search 計畫所涉訟爭，皆為美國法院判決，故筆者較常利用美國的 Westlaw 資料庫進行查詢與研究。

### 第三項 實體訪談研究

如前所述，除了分析司法判決與學術界的論點之外，實證法學研究亦是本論文的研

究重心之一，而 Google Book Search 計畫對於圖書館、實體出版社與電子資料庫業者影響甚鉅，故本文擬透過對於上開領域中專業人士的實體訪談，觀察其對於 Google Book Search 計畫與合理使用之想法，並比較其與法院及學術界論點之異同，以期能深入剖析 Google Book Search 計畫的適法性，探究合理使用原則適用於此案之可能，並展望圖書搜尋與數位典藏計畫之未來發展。

### 第三節 研究問題及研究架構

#### 第一項 研究問題

基於上述研究目的與方法，本文提出的研究問題如下：

- (1) 合理使用適用於 Google Book Search 計畫之可行性？在數位時代下，合理使用可能的新思維為何？
- (2) Google Book Search 計畫能否主張 DMCA 而免責？現行 DMCA 之規範有無不足之處？
- (3) 延伸性集體授權之發展與運作經驗，對數位典藏與圖書搜尋計畫之啟示？
- (4) 針對孤兒著作的授權利用困境，有無可能的解決之道？

#### 第二項 研究架構

本文之章節安排共分為六大章，第一章介紹研究動機、目的與研究方法，於第二章回顧相關文獻與案例，由歷史角度出發，思考數位時代對著作權之衝擊與影響，探究合理使用之內涵與判斷基準，整理 *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.* 一案及其所發展出的重要合理使用判決要素，<sup>3</sup>並介紹美國法實務上三起有關合理使用適用於搜尋引擎之判決(分別是 *Kelly v. Arriba Soft Corp.*、<sup>4</sup>*Field v. Google Inc.*<sup>5</sup>與 *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc.*<sup>6</sup>三案)，以作為後續判斷 Google Book Search 計畫適法性之基石。

第三章中，介紹 Google Book Search 計畫內容暨發展歷程、其圖書來源與所涉侵權疑義，包括法院、美國司法部與各界對此項計畫所抱持的正、反面態度，以及本案涉訟過程與和解協議之詳細內容，並點出此計畫涉及的重要著作權法上爭點。第四章則就 Google Book Search 計畫是否構成合理使用一事，進行實證訪談研究，於統整、分析受訪者之論點與法院及學界之異同後，筆者再以美國法院過去對於合理使用所持見解及判決，闡述本文對於 Google 得否主張合理使用抗辯之想法，以期能更深入的瞭解並明確

---

<sup>3</sup> *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994).

<sup>4</sup> *Kelly v. Arriba Soft Corp.*, 336 F.3d 811 (9th Cir. 2003).

<sup>5</sup> *Field v. Google Inc.*, 412 F. Supp. 2d 1106 (D. Nev. 2006).

<sup>6</sup> *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc.*, 487 F.3d 701 (9th Cir. 2007).

化合理使用的適用基準，並提出數位時代下合理使用的適用建議。

第五章即逐一探究 DMCA 於 Google Book Search 計畫適用之可行性，以及介紹延伸性集體授權之發展、目的、功能，及其於北歐諸國運作之現況，繼而探討其對於未來數位典藏與圖書搜尋計畫之影響與啟示；並針對困擾當代著作權法長達數十年久的孤兒著作問題，剖析其成因與所涉爭議，再就 Google Book Search 計畫對孤兒著作之影響進行深入討論後，提出可能的解決之道。

第六章為結論，綜觀 Google Book Search 計畫對當今著作權法之衝擊，合理使用、DMCA 及延伸性集體授權適用於圖書搜尋的可能性，其相互作用之結果與未來的修法方向，提出孤兒著作於的解決之道，並展望著作權與圖書搜尋之未來發展。





## 第二章 合理使用於數位著作之適用

文化的演進，大致可區分為形諸於外的物質文明，以及蘊含於內的精神文化，前者如機械、建築，後者則包括音樂、藝術等，物質的進步因肉眼可見，且有著迅速而實質的便利功用，故受到較多的重視，然而真正推動社會文化進展的，卻是在無數歲月中逐漸積累、孕育而成的精神文化。有別於保護產品研發、促進技術創新的專利法，或是維護交易秩序的商標法與平交易法，著作權法則是對於精神文化創造者的最佳保障。<sup>7</sup>

著作權法之立法目的，除了保障著作權人的權利外，更兼負著推動人類文化發展與維持社會公益之重要使命，因此，著作權法的內容必須隨著科技進展而有所修訂，以落實其立法目的。隨著時代的進步，著作的載體自遠古時代的龜殼、竹簡進展到羊皮、紙本，而電腦與網路的普及化，更使數位著作成為必然的趨勢，但也由於網路的特性，利用人得以未經授權而大量且迅速的重製、公開傳輸他人著作，此種利用特質對著作權之保護形成前所未有的衝擊，著作權法應如何因應時勢修訂？利用人得否主張合理使用而免責？上述問題皆為本論文研究之濫觴。

### 第一節 數位時代對著作權之衝擊與影響

電腦與網際網路興起後，資訊爆炸的時代正式來臨，由於幾乎所有的資訊皆可透過電腦與網路轉化成為數位內容，而迅速的重製、儲存與傳輸，<sup>8</sup>故數位內容的發展受到普遍的重視，其帶來許多積極效益，諸如人類得以更便利的接觸大量資訊，進而迅速的累積知識並促使文化提升；<sup>9</sup>然而其亦可能導致許多負面問題，例如盜版猖獗、著作權人利益受到極大損害，而降低創造意願等。縱然數位科技對著作權產生許多影響，但究其主要目的，並非單純的保護或侵害著作權人利益，而是極大化數位著作商機。

承上所述，要探討數位時代的來臨對著作權之保護究竟是敵非友，或可相輔相成，必須先了解數位科技所帶來之影響，以及數位內容與傳統著作之異同，始能正確分析相關新興著作權爭議。

---

<sup>7</sup> 賀德芬，「著作權法的發展和若干新興問題」，文化創新與商業契機著作權法論文集，頁 63（1994）。

<sup>8</sup> 許富雄，數位時代合理使用之再探討—以反規避條款為中心，中原大學財經法律研究所碩士論文，頁 69（2004）。

<sup>9</sup> 謝銘洋，數位內容之著作權基本問題及侵權，頁 5（2009）。



## 第一項 科技發展與著作權法之衝擊與調合

隨著時代演進，人類為了追求更加便利的生活，而推動了科技的發展與革新，有鑑於此，著作權法為了保障著作權而屢次修正，希望能與時俱進並杜絕任意侵害著作權之行為，但法律的修訂終究無法先於科技革新，故無從避免的，技術的進步勢必將不斷挑戰、試探著作權法的保護底線。

自 18 世紀工業革命以來，照像機、影印機的發明，錄音、錄影機的出現，電影、電視產業的發展，以及電腦與網路的普及，種種新興科技的出現皆對著作權法產生極大的衝擊，本文將簡述對著作權發展影響最大的三項歷史因素--分別為印刷術的發明使著作具有商業價值、*Sony v. Universal City Studios* 案中 Betamax 錄影機與私領域著作之利用，以及電腦與網路的發明對著作權之衝擊，並藉此進一步預測未來網路著作權議題之發展趨勢。<sup>10</sup>

### 第一款 印刷術之發明使著作具有商業價值

西元 1456 年古騰堡 (Johann Gutenberg) 發明活字印刷術以降，人類史上才真正發展出著作權保護之觀念。在印刷術普及之前，著作之重製以人工抄錄為主，此種重製方式耗日廢時，且取得著作重製物之成本所費不貲，加上有能力閱讀、寫作的人甚少，導致在印刷術發明以前，著作本身幾乎不具有經濟價值，縱使作品受到廣泛歡迎，但作者仍無法因此獲利，真正從中獲取經濟利益者僅為紙商及抄寫工人。<sup>11</sup>而雖然中國遠在宋朝即有畢昇發明鉛字版印刷術，但書籍之印製與散布，仍僅侷限於少數特定人，書本對一般人民而言，仍是可望而不可及之奢侈品。<sup>12</sup>此種情形一直持續至古騰堡利用印刷術印製出第一版聖經後，由於著作終於得以被大量印刷，才正式揭開印刷術商業利用之開端；惟，此時人們所重視者係「著作重製物」而非「著作人之權利」，英文中著作權「copyright」意指出版業者對重製物之銷售等權利，由此可見，著作權人對著作擁有權利之觀念，在此階段仍未出現。<sup>13</sup>

### 第二款 *Sony v. Universal City Studios* 案中 Betamax 錄影機與私領域著作之利用

錄影機 (Video Tape Recorders, VTRs) 源於西元 1950 年，西元 1975 年家用錄影機始正式引進美國，彼時著作權人曾試圖推動國會立法，企圖明文禁止私人以家用錄影機

---

<sup>10</sup> 賴文智、王文君，數位著作權法，頁 6-48 (2007)。蔡惠如，著作權合理使用之價值創新與未來展望，國立交通大學科技管理研究所博士論文，頁 67-68 (2006)。

<sup>11</sup> 賴文智，同前註，頁 6-7。EDWARD SAMUELS, THE ILLUSTRATED STORY OF COPYRIGHT 11 (2000).

<sup>12</sup> 蔡念中、張宏源，匯流中的傳播媒介—以美國與台灣為例，頁 106 (2005)。

<sup>13</sup> 蔡惠如，前揭註 10，頁 67-69。

錄影之行為，但未獲國會同意。<sup>14</sup>而針對 Sony 公司在美國販售其所生產之錄影機—Betamax 一事，環球影業公司（Universal City Studios）及迪士尼製片廠（Walt Disney Productions）於 1976 年對 Sony 公司提起訴訟，<sup>15</sup>主張被告所販售之錄影機，有助於利用人用以錄製電視台所播放的電影及電視節目等侵害原告權益之行為，故被告應負擔輔助侵權責任。<sup>16</sup>

針對本案爭執，美國加州中區地方法院於 1979 年 10 月判決原告敗訴，法院認為著作權法所賦予著作權人之權利，並未擴張到禁止利用人私下非商業目的之拷貝行為，故此種個人家庭錄影行為構成合理使用。詳言之，錄影機僅增加公眾接觸電視節目之機會，並未侵害原告著作之市場，電影業者雖主張其著作權可能在未來會受到侵害，但卻無法提出現在或未來可能受到侵害之證據，<sup>17</sup>縱退一步言之，即使本案無合理使用原則之適用、錄影機之製造與銷售公司被認定違法，但衡量公眾接受訊息之權益與電影業者之利益，法院仍傾向由原告承擔此不利益。<sup>18</sup>

之後，聯邦第九巡迴上訴法院於 1981 年推翻一審法院之判決，<sup>19</sup>判決中指出國會制定著作權法時，並未因利用人私下使用他人著作，而賦與其概括的免責權利，<sup>20</sup>著作權法既未規定家庭錄影得以免責，故需依合理使用的四項判斷要素作進一步的分析。法院認為，預錄電視節目在其他時間觀賞的時間轉移（time-shifting）利用，並非創造性的利用原著作，<sup>21</sup>且錄影機也僅僅具有重製電視節目之功能，因此，被告 Sony 公司主張產品具有非侵權之實質功能（substantial non-infringing use）的論點無法成立，<sup>22</sup>又無法合理使用之適用，綜上所述，被告公司在明知使用人將利用錄影機為侵權行為的情形下，卻仍然繼續販售系爭產品，是以此必須負擔輔助侵權責任。

被告 Sony 公司不服前開二審判決，上訴最高法院，1983 年 1 月，美國聯邦最高法院正式開庭審理本案，<sup>23</sup>並將主要爭點限縮於 Sony 公司販售錄影機之行為是否構成輔助侵權，以及是否其得否主張合理使用之抗辯，審判中，由於承審法官對本案法律問題見

---

<sup>14</sup> 賴文智，前揭註 10，頁 23。

<sup>15</sup> SAMUELS, *supra* note 11, at 66.

<sup>16</sup> Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 419-20 (1984). Paul Goldstein 著，葉茂林譯，捍衛著作權—從印刷術到數位時代之著作權法，頁 244-45（2000）。賴文智，前揭註 10，頁 23。

<sup>17</sup> Universal City Studios, Inc. v. Sony Corp. of Am., 480 F. Supp. 429, 429-61 (C.D.Cal. 1979).

<sup>18</sup> Paul Goldstein，前揭註 16，頁 248-49。

<sup>19</sup> Universal City Studios, Inc. v. Sony Corp. of Am., 659 F.2d 963 (9th Cir. 1981).

<sup>20</sup> Paul Goldstein，前揭註 16，頁 251。

<sup>21</sup> 賀德芬，「錄影帶之法律問題」，文化創新與商業契機著作權法論文集，頁 327（1994）。

<sup>22</sup> Paul Goldstein，前揭註 16，頁 252。

<sup>23</sup> Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc., 457 U.S. 1116 (1982).

解互異，故引發一連串激烈的爭論。首先，雖然本案被告名單中列有一位使用錄影機之利用人—William Griffiths，但其對案件之影響甚微，且著作權利人（即原告方）放棄對錄影機利用人的損害賠償請求權，因此主要攻防重心仍聚焦於被告 Sony 公司是否構成輔助侵權。

最高法院的判決主文中，廢棄原先所持「私人非營利性重製屬於法律明文免責」之論點，而採 Stevens 大法官為首的多數說主張，認為除非本案系爭產品 Betamax 的主要功能不存在任何「實質非侵權用途」，始構成輔助侵權。<sup>24</sup>詳言之，法院認為利用人使用 Betamax 錄影機私下錄製電視節目以供日後觀賞一事，僅係時間轉移（time-shifting），此種功能便屬於錄影機的「實質非侵權用途」，且觀諸合理使用的第四項判斷因素「利用結果對著作潛在市場或現有價值之影響（effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work）」，<sup>25</sup>原告未能舉證此行為對著作權人造成任何現在或未來的損害，故被告製造、販售錄影機之行為得構成合理使用，對著作權人無須負擔任何損害賠償責任。

而雖然著作權人主張家用錄音、錄影設備的普及，將使著作權的重製行為氾濫成災，但最高法院的判決仍然宣示了「時間轉移」的利用並不違反著作權法，而為了緩解社會各界因此所生的種種爭議，美國國會遂於 1992 年正式通過「家用錄音法案」（The Audio Home Recording Act），明文規定在美國境內銷售之數位錄音設備均須加裝「連續拷貝管理系統」（SCMS），且製造空白錄音帶及數位錄音設備的業者需繳交一定數額的著作權補償金（statutory levy）<sup>26</sup>，以平衡著作權人之權益。依本法案規定，空白錄音機的製造業者每銷售一卷空白錄音帶，需向美國著作權局繳交售價的 3%，而製造錄音設備的業者每售出一套數位錄音設備，亦須繳交售價的 2% 作為著作權補償金，著作權局每年會將該些金額補償金收入的三分二轉分配予錄音基金（Sound Recordings Fund），餘下的三分之一則提撥給音樂作品基金（Musical Works Fund）。<sup>27</sup>

依「家用錄音法案」的規定，使用家用錄音設備重製之行為，只要是非商業性的私人用途，任何人均不得對之提起侵害著作權之訴（no action may be brought under this title alleging infringement of copyright），但法案中卻未明白表示其為合法。概「行為合法」與「禁止他人對此行為提起侵權訴訟」為兩個截然不同的概念，故舉凡私人使用家用錄音機重製之行為不符合本法案之規定、空白錄音帶及數位錄音設備的製造業者未依法繳交著作權補償金等行為，著作權人仍得對其提起侵權訴訟。<sup>28</sup>

---

<sup>24</sup> 賴文智，前揭註 10，頁 24。Paul Goldstein，前揭註 16，頁 267。

<sup>25</sup> 合理使用之判斷因素，詳參本文第二章第二節有關合理使用之相關論述。

<sup>26</sup> 賴文智，前揭註 10，頁 25。Paul Goldstein，前揭註 16，頁 278。

<sup>27</sup> 同前註。

<sup>28</sup> 賴文智，前揭註 10，頁 25。



### 第三款 電腦與網路之普及

1950 年代末期，美國為了避免蘇聯的攻擊可能造成軍方通訊網路癱瘓之危機，遂積極發展 ARPANET，電腦與網路科技自此逐漸蓬勃發展，例如泰德·尼爾森 (Ted Nelson) 發展出了超文字概念、雷·湯姆林森 (Ray Tomlinson) 所研究的電子郵件程式技術也逐漸成型，其後又歷經了多年的研究與努力，及至 1982 年，TCP/IP 協定成為 ARPANET 的協定標準，「Internet」也被正式定義成由許多網路透過 TCP/IP 相接而成的大網路。<sup>29</sup> 雖然數位化時代並未就此降臨，但有關網路及電腦之研究，卻從未止息，西元 1989 年，提姆·伯納斯李 (Tim Berners-Lee) 於瑞士日內瓦歐洲物理實驗室 (CERN) 發展出 WWW 伺服器、超連結以及瀏覽器程式，1991 年美國政府將 Internet 技術開放供一般民眾及商業使用，時至 1993 年，美國更將有關網際網路發展之軟、硬體建設作為國家科技發展重點，此後，世界各國亦陸續跟進，網際網路歷經多年研究、蛰伏後，一躍而成為二十世紀末對人類影響最重大的新興科技。<sup>30</sup>

綜上所述，可知網際網路最初設計為軍事用途，故其未曾考慮到此技術是否會招致著作權侵害之結果，其後，網際網路於西元 1991 年逐漸擴張到商業、學術及大眾一般使用，1993 年起，世界各國更陸續推動國家相關資訊基礎建設，<sup>31</sup> 至此，網路蓬勃發展與普及的程度，儼然已經遠遠超乎了設計者初始的構想。

以智慧財產權領域為例，為了因應網際網路之發展對著作權的衝擊，並落實對權利人之保護，國際性組織如世界智慧財產權組織 (WIPO) 首先通過「世界智慧財產權組織網際網路條約」(WIPO Internet Treaty)，其中包括了「世界智慧財產權組織著作權條約」(WIPO Copyright Treaty, WCT)<sup>32</sup> 以及「世界智慧財產權組織表演及錄音物著作權條約」(WIPO Performances and Phonograms Treaty, WPPT)<sup>33</sup>，於其中創設了對公眾傳播權 (the right of communication to the public)，賦予著作權人及表演人、錄音物製作人等於網際網路中心的權利，並且新增科技保護措施之規避條款 (circumvention of

---

<sup>29</sup> 陳豐偉，網路不斷革命論，頁 100-113 (2004)。賴文智，前揭註 10，頁 28。蔡惠如，前揭註 10，頁 93。

<sup>30</sup> 賴文智，前揭註 10，頁 28。蔡惠如，前揭註 10，頁 93。

<sup>31</sup> 賴文智，前揭註 10，頁 28-29。

<sup>32</sup> WIPO [World Intellectual Property Organization] Copyright Treaty, opened for signature Dec. 20, 1996, reprinted in S. Treaty Doc. 105-17, 105th Cong., 2d Sess. 1-17 (1997), available at [http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wct/trtdocs\\_wo033.html](http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wct/trtdocs_wo033.html).

<sup>33</sup> WIPO [World Intellectual Property Organization] Performances and Phonograms Treaty, opened for signature Dec. 20, 1996, reprinted in S. Treaty Doc. 105-17, 105th Cong., 2d Sess. 18-42 (1997), available at [http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wppt/trtdocs\\_wo034.html](http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wppt/trtdocs_wo034.html).

copyright protection systems) 及著作權管理資訊制度 (integrity of copyright management information) ,<sup>34</sup> 希望透過國際公約的力量, 在網路世界中加強對著作權人之保護。由於著作權不僅涉及文化與知識的傳播, 其與一國的經濟、社會發展更是息息相關, 是以世界各國對數位著作權之保護均抱持高度重視的態度, 以美國為例, 美國國會於 1998 年通過數位千禧年著作權法案 (The Digital Millennium Copyright Act of 1998, DMCA)<sup>35</sup>, 除立法明文遵守 WIPO 條約之規定外, 並包含下述重要內容: (1) 網路服務業者責任之限制。(2) 允許維修過程中對於電腦程式之暫時性重製。(3) 釐清美國著作權局對相關政策之職權。(4) 延伸數位化廣播之暫時性錄製之例外。(5) 要求美國著作權局向國會提出有關透過數位化科技促進遠距教學之建議。(6) 延伸現有對於圖書館與檔案機構之例外規定。(7) 延伸錄音著作演出之法定授權至數位化傳輸。(8) 引進有關集體談判協議下電影著作權利轉讓契約之相關推定。(9) 船舶設計之著作保護。<sup>36</sup> 於此同時, 歐洲各國、日本等也不約而同的、紛紛立法貫徹 WIPO 條約之理念。

我國為了因應數位著作保護之趨勢, 以期不自外於國際立法趨勢, 遂於 1995 年起開始進行「著作權面對高科技發展之因應配合」研究計畫, 西元 1998 年內政部委託財團法人資訊工業策進會辦理此項研究計畫之具體修法建議, 其後提出「NII 著作權法修正草案」, 並經立法院於 2001 年三讀通過, 修正我國著作權法第三十四條延長電腦程式著作之著作權保護期間, 以及著作權法第三十七條明確化著作權及電腦伴唱機之授權規定。<sup>37</sup> 2003 年立法院更通過智慧財產局提出之部分著作權法修正草案, 諸如將暫時性重製劃入重製之規制範疇, 增訂公開傳輸權、散布權、錄音著作公開演出之報酬請求權, 以及新增科技保護措施及權利管理電子資訊保護等規定。其後, 立法院更於 2004 年三讀通過增訂著作權法第三條第一項第十八款防盜拷措施之規定--「防盜拷措施: 指著作權人所採取有效禁止或限制他人擅自進入或利用著作之設備、器材、零件、技術或其他科技方法。」, 以及第八十條之二規定未經合法授權不得破解、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, 違反者將負民法第九十條之三及刑法第九十六條之一第二款之民、刑事責任,<sup>38</sup> 顯見我國與世界各國均已體認到在網路普及、數位科技發展日新月異的情況下, 傳統著作權法規定已無法落實對著作權之保護, 故相繼調整著作權法之規定, 其目的除了因應數位化所帶來的衝擊之外, 也試圖使現行法規能夠與時俱進, 確保其能符合當前社會之需求。

---

<sup>34</sup> 蔡惠如, 前揭註 10, 頁 94。

<sup>35</sup> Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860 (1998).

<sup>36</sup> 章忠信, 「美國一九九八年數位化千禧年著作權法案簡介」, 萬國法律, 第 107 期, 頁 25 (1999)。

<sup>37</sup> 蔡惠如, 前揭註 10, 頁 95。

<sup>38</sup> 同前註, 頁 95-96。

## 第二項 小結

隨著印刷術的改革、錄音錄影機的發明、電腦的出現及網際網路的普及，著作權法制也產生很大的變動，初始著作權主要保障、規範者，係著作的「重製權」，但影印機的出現，使紙本著作的複製成本、時間與難度都大幅降低，而網際網路時代來臨後，由於網路本身設計的架構，使每一個利用行為都可能構成重製，而被推定受到著作權法的管制，<sup>39</sup>且由於數位檔案易於重製、傳輸的特性，網路上大多數的著作重製物皆非獲得著作權人合法授權而重製、散布或公開展示，而是利用人自市場取得著作後，擅自將著作數位化並上傳至網路供不特定多數人傳輸、閱覽或使用。在此情況下，資訊的散布不再受到時間、地域的限制，任何數位著作都可藉由極低的成本傳輸到世界的每一個角落，此種變化對著作權保護帶來史無前例的衝擊，造成傳統的著作交易市場相對萎縮，進而嚴重的侵害了著作權人之權益。有鑑於此，現代著作權法保護之重心由逐漸由傳統的「重製權」，轉移至「散布權」與「公開展示權」，亦即只有在成功遏止第三人公開展示、散布違法著作重製物的情況下，始能真正達到有效保障權利人之目的。

在數位化的洪流中，由於著作權法肩負著保護著作權人權利，以及促進文化發展的公益目標，因此，如何能夠一方面確保權利人在數位化時代中，獲取合理報酬之權益，另一方面又不過度地限制民眾近用著作之機會，並能兼顧追求促進資訊、文化傳承之立法目的？此可謂所有立法諸公與專家學者，責無旁貸之重責大任。

## 第二節 合理使用之內涵與判斷基準

著作權法雖然有合理使用之規定，但在科技發展、數位化普及，以及商業授權模式變化之下，既有規範似不足以解決新興爭議（例如法定強制授權與合理使用之界限漸趨模糊等），因此，我們除了要了解合理使用初始的立法目的與法律性質外，面對數位內容易於重製、公開傳輸之特性，更要進一步思考應否重新界定數位著作下合理使用的判斷基準，上述議題皆為本節所欲探討之重點。

### 第一項 合理使用之立法目的與法律性質

「合理使用」原則，係指著作財產權人以外之人，在未取得權利人同意或授權的情況下便逕行利用其著作，惟因其利用行為在合理利用的範疇之內，故例外地不構成著作權侵害，<sup>40</sup>我國著作權法參照美國著作權法第一〇七條規定，於第六十五條第一項明訂：「著作之合理使用，不構成著作財產權之侵害」，同條第二項訂有概括條款：「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，尤應注意下列事項，以為判斷之基準：一、利用之目的及性質，包括係為商業目的

<sup>39</sup> 王敏銓，前揭註2，頁221（2005）。

<sup>40</sup> 羅明通，著作權法論II，頁145（2009）。



或非營利教育目的。二、著作之性質。三、所利用之質量及其在整個著作所占之比例。四、利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響。」而其中「應審酌一切情狀」之規定，使合理使用之判斷範圍不只侷限於第二項所列之四款事由，給與司法機關更大的裁量空間。<sup>41</sup>

#### 第一款 立法目的

著作權法為了鼓勵作者的之創作精神，使權利人對於作品享有獨占之經濟上利益，惟，其目的並非壟斷著作之使用，或限制文化被大眾近用之可能性，相反的，著作權法是基於保障私權與鼓勵文化創新，進而提升藝術與科技之進步等目的，始賦予權利人與眾不同的保障。然而，若過度保護著作財產權人，勢必會導致一般民眾接近、利用著作之難度大幅增加，如此，反不利於知識傳遞與整體社會之發展，故為調和私權保護與公共利益，美國法中的「合理使用」原則，便因此應運而生。<sup>42</sup>

美國著作權法中的合理使用(fair use)，是經由早期判決中法官造法所產生的理論，<sup>43</sup>在 1841 年 *Folsom v. Marsh* 案中，<sup>44</sup>美國聯邦法院發表了合理使用的判斷基準，即針對利用之目的及性質、著作之性質、利用之質量及其在整個著作所占之比例，以及利用行為會否降低著作在市場上的銷售利益、或產生取代著作之結果等，進行綜合考量，於個案中審酌其是否構成合理使用之抗辯。<sup>45</sup>西元 1976 年，美國國會正式將合理使用明文於著作權法中，其原意僅在於便利合理使用於實務中之應用，而非改變其性質，或擴張、限縮其使用範圍，<sup>46</sup>而何謂「合理」之使用，實務或學界並無一定的判斷基準，在此情況下，合理使用僅具有抽象之原則，其內容尚需透過實務判決加以具體化。

申言之，合理使用之立法目的乃在平衡著作權人之權利以及大眾近用著作之公益，若著作權法不能給予權利人適當之保護，任由他人重製、改作或散布著作，勢必會降低作者的創作意念，然而，站在促進公共利益之考量，亦不適合過度保護著作權人之利益，故基於下述原因，著作權人對於作品的獨占性權利，應受到一定的限制：（1）依中華民國憲法第十一條規定，人民享有言論、講學、出版及著作之自由，其中便包含了接近、利用資訊之基本權利，合理使用原則有助於表見自由之實現；（2）為促進國家文學、科學及其他領域之文化發展，促進知識的傳遞，在合理的範圍內應限縮對著作權人之保

<sup>41</sup> 同前註。

<sup>42</sup> 蕭雄淋，著作權法論，頁 207（2010）。

<sup>43</sup> 劉博中，YouTube 影音分享網站上著作權責任之研究—以美國法為中心，輔仁大學財經法律研究所碩士論文，頁 45（2007）。

<sup>44</sup> *Folsom v. Marsh*, 9 F.Cas. 342 (C.C.D. Mass. 1841).

<sup>45</sup> ROGER E. SCHECHTER & JOHN R. THOMAS, PRINCIPLES OF COPYRIGHT LAW 433 (2010).

<sup>46</sup> 蕭雄淋，前揭註 42，頁 207。



護，使人民能公平的近用著作；（3）著作權人之創作成果雖係基於個人之努力，但其中或多或少受到先人文化遺產的影響與啟發，若使著作權人得以獨占性的排除他人利用著作之可能，並非妥適。<sup>47</sup>

誠如牛頓所說，每個人皆因站在巨人的肩膀上，始能看得更遠，<sup>48</sup>知名著作權法學者 Zechariah Chafee, Jr. 於「著作權法之迴響」一文中引用之，以作為詮釋著作權法之立法目的：「世界之所以能不斷向前邁進，是因為我們得以前人辛勤耕耘之成果為基礎，正如站在巨人肩膀上的侏儒可以比巨人本身看得更遠。」<sup>49</sup>準此，為了達到著作權法促進國家文化發展、保障公共利益之立法目的，必須對於著作權施加必要之限制，使著作之成果在合理範圍內得由國民共享，而合理使用原則即為衡平著作權人私益與社會公益之重要工具。

## 第二款 法律性質

我國著作權法第六十五條第一項明訂：「著作之合理使用，不構成著作財產權之侵害」已如前述，而關於合理使用法律性質之研究，目的在於進一步探討此制度在著作權法中的地位，以利於釐清權利人與利用人之權利義務關係。<sup>50</sup>此外，合理使用之法律性質在訴訟法上也有著相當重要的區分實益，舉例來說，利用人得否積極對著作權人為「合理使用權利」之主張，抑或是僅得於被訴侵權時，始得提出「合理使用之抗辯」？<sup>51</sup>其結論會因所持合理使用法律性質的不同，而大異其趣。詳言之，有關合理使用之法律性質，主要可分為以下四說：<sup>52</sup>

### （1）權利限制說

此說將合理使用視為對著作財產權的限制，概因著作權法授予權利人之著作權，本質上屬於排他性之獨占權利，但合理使用原則之適用，使利用人得以在未取得著作權人授權的情況下，擅自利用他人著作而不構成侵害著作權，故合理使用之性質與法定許可、強制授權相似，皆屬於對著作權人權利之限制。美國著作權法第一〇七條載明合理使用係對著作權之限制「Limitation on Exclusive Rights: Fair Use」<sup>53</sup>，而美國學者 John

<sup>47</sup> 羅明通，前揭註 40，頁 145-46。

<sup>48</sup> ROBERT K. MERTON, ON THE SHOULDERS OF GIANTS: A SHANDEAN POSTSCRIPT 31 (1965).

<sup>49</sup> “The world goes ahead because each of us builds on the work of our predecessors. A dwarf standing on the shoulders of a giant can see farther than the giant himself.” See Zechariah Chafee, Jr., *Reflections on the Law of Copyright: I*, 45 COLUM. L. REV. 503-29 (1945). 轉引自黃怡騰，著作之合理使用案例介紹，頁 7-8 (2001)。

<sup>50</sup> 吳漢東，著作權合理使用制度研究（修訂版），頁 130 (2005)。

<sup>51</sup> 蔡惠如，前揭註 10，頁 60。

<sup>52</sup> 吳漢東，前揭註 50，頁 130-36。羅明通，前揭註 40，頁 148-51。

<sup>53</sup> 17 U.S.C. §107.

S. Lawrence 亦認為，站在保護利用人權益之觀點，合理使用並非僅對於著作權人獨占性權利的限制，也是保障大眾近用資訊的重要規定。<sup>54</sup>

我國著作權法中合理使用原則規定於第三章第四節第四款「著作財產權之限制」之下，亦說明合理使用乃是對於著作權之限制，學者楊崇森也認為：為了保護著作權人及藝術家的創造動力，以促進學術、文藝之發展，固然需要落實對著作權之保障，但在另一方面，卻又不宜過度保護著作權人之權利，以免阻礙資訊之傳播以及一般大眾接近、利用著作之權益；準此，基於公共利益之考量，各國的著作權法對著作權皆設有相關之限制規定，意圖在不影響著作權人之經濟利益以及創作動力的情況下，有限度的允許大眾於合理範圍內無償利用著作，由此可知，合理使用原則係基於衡平公益與私益之必要下，對著作權最重要且應用最廣的一種限制。<sup>55</sup>

### (2) 侵權阻卻說

此說認為合理使用屬於著作權侵害的阻卻違法事由，此觀點首先便假定合理使用係侵害著作權之行為，惟基於公益之考量，以法律規定明文阻卻其違法性。<sup>56</sup>美國學者 Paul Goldstein 認為合理使用原則是法院所創設的「安全閥」(judicial safety valve)，係基於交易成本 (transaction costs) 及社會價值考量 (socially valuable ends) 所設立之免責條款 (exemptions)，授權法院在某些特定違反著作權法規定的情況下，得予以免責。<sup>57</sup>此外，美國學者 Harriet L. Oler 與 Marilyn J. Kretsinger 亦認為合理使用是阻卻違法事由，反對「權利限制說」中將合理使用定義為對著作權人專有權利限制之說法，而將其視為侵權訴訟中所得提出之抗辯 (a defense to an infringement action)，如此一來，若著作權人在訴訟中主張其獨占性權利時，法官得個案適用合理使用原則，以避免不合理之訴訟結果。<sup>58</sup>

### (3) 使用者權利說

此說認為合理使用是利用人在法律規定下，依法享有利用他人著作之權利 (right)，性質上也屬於一種法定利益。美國學者 Goldstein 即主張，合理使用係指著作權人以外之人，得在未經著作權人同意的情況下，以合理的方式利用著作之特別權利。<sup>59</sup>除此之外，美國學者 Lyman Ray Patterson 以及 Stanley W. Lindberg 亦認為著作權法是

---

<sup>54</sup> JOHN S. LAWRENCE, FAIR USE AND FREE INQUIRY: COPYRIGHT AND THE NEW MEDIA 271 (1980).

<sup>55</sup> 楊崇森，著作權法義論叢，頁 180-81 (1983)。

<sup>56</sup> 吳漢東，前揭註 50，頁 131。

<sup>57</sup> 蔡惠如，前揭註 10，頁 60。

<sup>58</sup> HARRIET L. OLER & MARILYN J. KRETSINGER, *Copyright Law and The Fair Use of Visual Images*, in FAIR USE AND FREE INQUIRY—COPYRIGHT LAW AND THE NEW MEDIA 261-62 (John Shelton et al. eds., 2nd ed., 1989).

<sup>59</sup> PAUL GOLDSTEIN, COPYRIGHT PRINCIPLE: LAW AND PRACTICE 182 (1989).轉引自羅明通，前揭註 40，頁

平衡著作人、出版商及利用人三方權利之衡平機制，詳言之，倘若否認個人利用著作之權利，將使著作權淪為少數人追求經濟利益、進而控制社會大眾行為之工具。因此，著作權法必須兼顧創作者藉由著作所得獲取之經濟利益，及使用者因利用著作而提高知識水準的學習權益。<sup>60</sup>

#### (4) 使用者特權說

在前述 *Folsom* 案中，Joseph Story 法官將合理使用解釋為著作權人以外之人，利用著作的特權 (privilege)；<sup>61</sup>縱使著作權人對作品享有獨占權利，其他人仍得在未獲得權利人同意的情況下，合理使用其著作，其後，此說也成為美國聯邦法院普遍採取的見解。<sup>62</sup>

#### (5) 小結

由於本文中後續有關搜尋引擎與圖書搜尋的討論，所引述者皆為美國法的重要案例，因此，為確保理論、架構與體系的一貫性，本文將採取美國通說的使用者特權說。

此外，合理使用的法律性質，也涉及其於訴訟中的適用位階問題，在使用者特權說下，由於主張合理使用之目的，在於阻卻利用人本身侵害著作權之責任，因此，其主張合理使用的前提有三：(1) 行為人所利用者，屬於著作中受到著作權法保護的部分；(2) 行為人所利用者，與被利用之著作中受著作權法保護的部分，兩者之間具有實質相似性 (substantial similarity)；(3) 利用行為若不得主張合理使用抗辯時，行為人會構成著作權侵害。在符合上述情況下，行為人得在訴訟中主張合理使用之抗辯，但由於合理使用是一種積極的抗辯事由 (affirmative defense)，因此，利用人在就其利用行為主張合理使用的同時，也要負擔舉證責任。<sup>63</sup>

而自 1976 年，美國著作權法將合理使用明文化於第一〇七條後，學界對於條文中並未對於合理使用作出明確定義一事，多有批評，針對此項批評，國會於立法報告中也作了詳細的解釋，主要理由在於合理使用本係一種衡平的論理法則，在具體個案中應該針對不同的案情事實，而改變其判斷結果，以至於不可能在條文中明訂合理使用的定

---

150-51。

<sup>60</sup> 羅明通，前揭註 40，頁 151。蔡惠如，前揭註 10，頁 62。

<sup>61</sup> CRAIG JOYCE ET AL., COPYRIGHT LAW 801 (8th ed. 2010). “privilege in others than the owner of the copyright.”

<sup>62</sup> *Id.* “...to use the copyrighted material in a reasonable manner without his consent, notwithstanding the monopoly granted to the owner of the copyright.” See HORACE G. BALL, THE LAW OF COPYRIGHT AND LITERARY PROPERTY 260 (1944).

<sup>63</sup> 蔡惠如，前揭註 10，頁 63。

義。<sup>64</sup>

綜上所述，合理使用原則肩負著調和著作權人私益與公共利益的重責大任，因此，立法者不採取僵化的立法思維，僅於條文中明訂四項合理使用的判斷基準，使法院在複雜多變的案件中，得以保有彈性的、判斷合理使用之裁量空間。

## 第二項 合理使用之判斷基準

由於合理使用是一種「衡平的論理法則 (equitable rule of reason)」，且美國國會於立法之初便表明法院應衡量具體個案的情形，自由的運用此項原則，故合理使用並無具體的定義與適用界限，而正因如此，美國法院曾將合理使用評價為「整部著作權法典中最棘手的問題 (the most troublesome in the whole law of copyright)」。<sup>65</sup>

西元 1976 年，美國國會正式將合理使用原則明文化於美國著作權法第一〇七條，並明訂「利用之目的及性質」、「著作之性質」、「利用之質量及其在整個著作所占之比例」及「利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響」四項要素，作為合理使用的判斷基準。<sup>66</sup>雖然條文中並未明文區分此四項要素於案件審查中的重要性孰輕孰重，但著作權法第一〇七條中的「應該包含 (shall include)」，至少透露了以下兩個重點：其一，「包含 (include)」一詞意指合理使用的判斷基準並不以上述四項要素為限，法院得於個案判決中審酌其他要素，藉以分析本案中是否構成合理使用。例如法院曾以被告

---

<sup>64</sup> 陳世偉，Google Book Search 涉及著作權問題法律研究—以合理使用為中心，世新大學法律學系碩士論文，頁 50-51 (2010)。

<sup>65</sup> SCHECHTER & THOMAS, *supra* note 45, at 436.

<sup>66</sup> 17 U.S.C. § 107 (1982). Limitation on Exclusive Rights: Fair Use

Notwithstanding the provision of section 106 and 106a, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purpose such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include--

(1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;

(2) the nature of copyrighted work;

(3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and

(4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.

The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors.



的「惡意 (bad faith)」為由，否決其提出的合理使用抗辯；<sup>67</sup>相對的，法院也曾因被告行為有利於公共利益，而判決被告所為得主張合理使用之保護。<sup>68</sup>但總體看來，多數法院在審酌個案中是否構成合理使用時，還是傾向於以法條中明訂的四項要素做為判斷基準。<sup>69</sup>

此外，條文中載明的「應該 (shall)」一詞，表示法院在判斷合理使用時，必須逐一審理上述所列的四項判斷基準，於綜合四項要素所得結論後，始得下達本案中是否構成合理使用之裁判，此即合理使用判斷中相當重要的「整體衡量原則」。<sup>70</sup>

在總覽合理使用判斷的基本原則之後，以下，本文將逐一介紹美國著作權法第一〇七條規定中，合理使用的四個判斷基準，並舉相關案例申論之。

#### 第一款 利用之目的及性質 (the purpose and character of the use)

本款是美國法院審酌案件是否構成合理使用時，相當重要的一項判斷基準，其下包括了許多子判斷要素，而美國法院於判斷此一要素時，多半會著重於「利用行為是否屬於商業性利用」以及「轉化性」之討論。

##### (1) 前言

美國著作權法第一〇七條的前言中，規定了得主張合理使用的六種利用類型，分別是①批評 (criticism)；②評論 (comment)；③新聞報導 (news reporting)；④教學 (teaching)；⑤學術 (scholarship) 以及⑥研究 (research) 利用。但必須注意的是，本條並非列舉規定，被告所為即便非屬上述六種利用類型之一，仍可能成立合理使用之抗辯。<sup>71</sup>

美國第十一巡迴法院於 *Pacific & Southern Co. v. Duncan* 案判決中進一步闡釋，法院不得僅因被告的利用行為不屬於上述六種類型之一，便直接認定其不符合合理使用之規定，否則，上級法院得因判決存在瑕疵為由，廢棄原判並發回更審；<sup>72</sup>相對的，縱使被告所為符合上述的六種利用類型，也並不代表其必得主張合理使用之保護，例如一位教

---

<sup>67</sup> See *Roy Export Co. Establishment v. Columbia Broadcasting System, Inc.*, 503 F. Supp. 1137 (S.D.N.Y. 1980), *aff'd*, 672 F.2d 1095 (2d Cir. 1982), *cert. denied*, 459 U.S. 826, 103 S.Ct. 60, 74 L.Ed.2d 63 (1982).

<sup>68</sup> *Time, Inc. v. Bernard Geis Assocs.*, 293 F. Supp. 130 (S.D.N.Y.1968).

<sup>69</sup> SCHECHTER & THOMAS, *supra* note 45, at 437.

<sup>70</sup> *Id.*

<sup>71</sup> *Id.* *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enters.*, 471 U.S. 539, 562 (1985).

<sup>72</sup> *Pacific & Southern Co. v. Duncan*, 744 F.2d 1490 (11th Cir. 1984). SCHECHTER & THOMAS, *supra* note 45, at 437-38.

師重製了教科書的一半內文，並於課堂上散布給全班學生，縱使其所為係出於教育之目的，法院仍無法認定此種利用行為屬於合理使用。<sup>73</sup>

## (2) 積極利用 (productive use)

「積極利用 (productive use)」是由美國學界衍生而出的子判斷要素之一，用以審酌利用者利用原著作之目的與性質是否具有正當性。由於著作權法的立法宗旨在於鼓勵創作、傳播資訊，並促進文化、科學之進步，因此，若利用人是基於積極的、創作新著作之目的而利用他人著作，則由於其所為符合著作權法之精神及合理使用之創制初衷，且在社會上具有較高的創造價值，將有利於構成合理使用之認定。<sup>74</sup>

## (3) 利用行為是否屬於商業性利用 (commercial use)

美國聯邦最高法院在 *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises* 案<sup>75</sup>中，認為商業性利用與非商業性利用之區別，並不在於利用的動機是否為獲取金錢上的利益，而是在於利用他人受著作權保護的作品時，利用人會否因為並未支付一般情況下應繳交之費用，而獲得利益而定。<sup>76</sup>而在創作模式及著作種類都漸趨多元化的社會中，堅持區分「商業性利用」與「非商業性利用」之想法顯不可行。此外，由於大多數的出版品都被假設為具有營利性質，若僅因利用行為屬於商業性利用，便推定不構成合理使用，將導致合理使用之保護規定形同具文，幾乎再無成立的可能。<sup>77</sup>

最高法院於 *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.* 案中，<sup>78</sup>也再次重申一個很重要的觀念—著作的利用目的是否為商業性使用，只是法院整體審酌本案是否傾向合理使用的判斷因素之一，絕非唯一或決定性的標準；申言之，並非所有非營利教育目的之使用，皆可構成合理使用，相對而言，即便是出於商業目的之利用，亦有可能成立合理使用。因此，利用之目的為商業性與否，僅為法院審酌合理使用之判斷要素之一，本款主要功能在於，若著作的利用屬於商業性，法院於本案是否構成合理使用的審查時，應採取較為嚴格的標準，反之，若利用之目的非屬商業性，則法院會採取較為寬鬆的認定標準。<sup>79</sup>

---

<sup>73</sup> SCHECHTER & THOMAS, *supra* note 45, at 438.

<sup>74</sup> 馮振宇、胡心蘭，「論美國著作權法合理使用原則之發展與適用」，中原財經法學，第6期，頁170-71 (2001)。

<sup>75</sup> *Harper & Row Publishers, Inc.*, 471 U.S. at 564.

<sup>76</sup> 賴文智，前揭註10，頁114。

<sup>77</sup> 馮振宇、胡心蘭，前揭註74，頁177 (2001)。

<sup>78</sup> *Campbell*, 510 U.S. 569 (1994).

<sup>79</sup> 賴文智，前揭註10，頁115。

#### (4) 轉化性利用 (transformative use)

Pierre N. Leval 法官所撰寫的「Toward a Fair Use Standard」一文，<sup>80</sup>開創了轉化性原則之先河，詳言之，轉化性利用 (transformative use) 的原理在於被告若意圖主張合理使用，則其利用行為必須有助於整體社會、文化或藝術之發展，始能享有合理使用之保護，因此，若被告所為僅僅是重製性利用 (reproductive use) — 亦即複製原著作，且未添加任何新的功能或要素，此時，由於被告的利用行為並未產生任何社會利益，成立合理使用的可能性將大幅降低。<sup>81</sup>

Leval 法官指出合理使用之審酌與適用，和著作權法的立法目的之間，存在密不可分的關係，其在整理了美國聯邦最高法院歷年判決之後，總結出以下結論：著作權的立法宗旨在於促進、保障科學及藝術之發展，並藉由給予權利人在特定時間內對著作的獨占性權利，以刺激並鼓勵創作；<sup>82</sup>在此前提下，合理使用原則既然肩負著平衡「著作權人私益」與「大眾近用資訊之公益」的角色，在判斷或解釋合理使用時，自然必須將利用行為對公共利益的影響納入考量範疇。

由於合理使用必須符合促進公益之目的，Leval 法官進一步認為，利用人的利用行為必須是一種積極利用 (productive use)，亦即要以不同於原著作之方法或目的，轉化性的利用該著作 (the use must be productive and must employ the quoted matter in a different manner or for a different purpose from the original)。因此，新著作的目的不能只是單純的取代原著作，而必須添加新的資訊、美學或概念，並創造出新的價值，此種具備轉化性的利用行為始能符合著作權法推動文化與藝術進步，並促進公共利益之立法原意。<sup>83</sup>

自從美國聯邦最高法院在 *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.* 案中，援引轉化性理論作為判決依據後，<sup>84</sup>「利用行為是否具備轉化性」便成為法院審酌第一項判斷基準的關鍵要素。必須注意的是，雖然最高法院於 *Campbell* 案中一再強調轉化性理論的重要性，但其同時也指出「轉化性並非構成合理使用的必要條件」，因此，非謂利用行為若具備轉化性，法院即可不考量其他判斷基準，遽認利用行為構成合理使用。申言之，「轉化性」僅為法院判斷利用行為是否得主張合理使用的考量因素之一，若新著作的「轉化性」程

---

<sup>80</sup> Pierre N. Leval, *Toward a Fair Use Standard*, 103 HARV. L. REV. 1105 (1990).

<sup>81</sup> SCHECHTER & THOMAS, *supra* note 45, at 440.

<sup>82</sup> Leval, *supra* note 80, at 1108. “The Congress shall have Power . . . : To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries.”

<sup>83</sup> *Id.* at 1111.

<sup>84</sup> *Campbell*, 510 U.S. 569. 相關論述詳見本文第二章第三節。



度越高，則其他判斷因素的重要性會相對降低，<sup>85</sup>而新著作得以主張合理使用的可能性也會相對提高。

綜上所述，可以發現轉化性利用在合理使用判斷中的重要性逐漸增強，且由於美國聯邦最高法院在 *Campbell* 案後，未再受理有關合理使用之重要案件，從而導致 *Campbell* 案中所揭櫫的轉化性理論，成為下級法院審酌合理使用時的重要判決依據，並對後續幾起有關搜尋引擎與合理使用之重要案件（包括後續將介紹的 *Kelly* 案、*Field* 案與 *Perfect 10* 案），產生了重大且深遠的影響。<sup>86</sup>

## 第二款 著作之性質（the nature of copyrighted work）

著作之性質，係指從被利用的著作本身所具有的特質，例如創作程度的高低、取得方式是否便利，以及著作是否屬於已公開之著作等，來判斷著作權應採取的保護程度之高低。觀諸第九巡迴上訴法院於 *Kelly* 案的判決書中，也明確指出某些著作之性質較他種著作而言，更接近著作權法所欲保護的核心價值，故應受到較高程度的保障，因此，利用人對該些著作主張合理使用的門檻亦會隨之提高。<sup>87</sup>

美國法院於審酌此項判斷基準時，會分別考量以下子判斷要素後，再為綜合裁量：

### （1）創作性著作（creative works）與事實性著作（factual works）

著作會因包含的創作性高低，而分為「事實性著作」與「創作性著作」，前者通常刊載著與公益有關的資訊，例如工商名簿、電話號碼簿及地圖等，著作權法為了促進知識與資訊的傳播，並保障大眾近用此類著作之權利，對於此類著作僅給予較低程度的保護，因此，利用人針對此類著作的利用行為較易構成合理使用。<sup>88</sup>

相反的，若是著作中包含愈多的創意性、想像性者，則屬於創作性著作，例如小說、詩詞或劇本，由於此類著作具有較高的原創性成分，第九巡迴上訴法院在 *Kelly* 案中也認為，相較於事實性著作而言，創作性著作因為更接近著作權法所欲保護的核心價值，故應受到更高程度的保障；<sup>89</sup>故對於此類著作之利用，利用人所得主張合理使用保護之可能性相對較低。

---

<sup>85</sup> See *id.* at 579.

<sup>86</sup> 陳世偉，前揭註 64，頁 63-64。

<sup>87</sup> *Kelly*, 336 F.3d at 820. 羅明通，前揭註 40，頁 261。

<sup>88</sup> MARSHALL LEAFFER, UNDERSTANDING COPYRIGHT LAW 301 (1989).

<sup>89</sup> See *Kelly*, 336 F.3d at 820. “Works that are creative in nature are closer to the core of intended copyright protection than are more fact-based works.”

此外，學術或研究類著作雖然也具有某種程度的創意與原創性，且其內容非僅刊載與公益有關之資訊，惟由於此類著作的創作過程中，多數作者將很大程度的參考、依賴並引註前人研究者之研究成果或學術著作，故學術及研究類著作與事實性著作同樣僅受到較低程度的著作權法保護。<sup>90</sup>

## (2) 著作近用之難易程度

大眾近用著作的難易程度，也會影響第二項判斷基準的審查結果，立法者認為若著作屬於已絕版著作，且難以透過一般管道購買或借閱時，相較於一般常態情形，利用人重製此類著作之行為具有較高的正當性，也較易成立合理使用之抗辯。<sup>91</sup>

## (3) 已公開發表之著作 (published works) 與尚未公開發表之著作 (unpublished works)

自合理使用原則出現以來，關於「尚未公開發表之著作 (unpublished works)」可否主張合理使用一事，實務及學界便存在不同見解，而這樣的爭論一直到美國國會於1992年修訂著作權法第一〇七條，並於第二項中明文規定：判斷利用行為是否為合理使用時，必須參酌上開基準綜合判斷，不得僅因被利用的著作屬於尚未公開發表之著作，而遽認其不構成合理使用。<sup>92</sup>

此項新增規定明確化了合理使用的適用範圍，也確立了利用人得對「尚未公開發表之著作」主張合理使用的立論基礎。惟相對於已公開發表之著作，利用人對於尚未公開發表之著作，其所得主張合理使用之範圍及程度較低，此係由於權利人尚未自著作中獲取任何經濟上的利益，且作者可能基於許多考量，而希望延遲著作公開發表的時間，例如：想要進一步完善著作，或是希望等到著作的市場價值更高時，始公開之。承上所述，不難發現「著作的第一次公開發表權」對於權利人而言相當重要，故利用人若是使用、重製了尚未公開發表之著作，除非利用人能顯示其利用行為具有強大的公益色彩，否則將難以成立合理使用。<sup>93</sup>

綜合以上美國法實務見解，針對合理使用的第二項判斷基準，我們可以整理出以下結論：(1) 富有創意性、原創性的「創作性著作」較「事實性著作」更接近著作權法所欲保護的核心，故應受到較高程度的保障，對於創作性著作之利用行為，較難成立合理使用；(2) 對於已絕版且難以近用的著作，法院在合理使用的判斷上將採取較為寬鬆的審查基準；(3) 為了保障著作權人對作品的「第一次公開發表權」，利用尚未公

<sup>90</sup> SCHECHTER & THOMAS, *supra* note 45, at 447.

<sup>91</sup> *Id.*

<sup>92</sup> “The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors.”

<sup>93</sup> SCHECHTER & THOMAS, *supra* note 45, at 447-48.

開之著作的行為，較利用已公開之著作更難構成合理使用。

第三款 利用之質量及其在整個著作所占之比例 (the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole)

在第三項判斷基準中，同時考量了利用的「質」與「量」兩要素，「量」意指利用的數量，而「質」的解釋在不同案件中卻存在些許差異，例如在 *Folsom* 案中，Story 法官將之闡釋為「價值 (value)」，而 *Campbell* 案中的 Souter 法官則將之視為「品質及重要性 (quality and importance)」。<sup>94</sup> 而利用他人的著作，在「質」與「量」方面究竟要達到何種程度之使用，始為法所不許？有無可能制訂一套放諸四海皆準的衡量標準？事實上，由於合理使用本身的判斷要素十分複雜且多樣化，要訂定一套能符合不同個案情形的審酌標準可謂難如登天，美國國會在歷經數年討論後，卻仍無法得出一個能獲得多數人共識的情況下，最終決定授權法院得依具體個案的不同情狀，為適切且彈性的裁判。<sup>95</sup>

#### (1) 質的判斷

「質」的要素必須個案判斷，主要視被利用之部分是否屬於該著作之精華，以及利用行為對著作價值之影響而定。例如在 *Harper* 案中，<sup>96</sup> 被告 Nation Enterprises 主張雖然其利用了原告 Harper 公司尚未公開發行的美國前總統 Ford 之回憶錄，但在二十萬字以上的回憶錄中，被告僅摘錄了約三百字的內容，利用的數量極少，且是出於「新聞報導」之目的而利用，故被告應可享有合理使用之保護。惟美國聯邦最高法院認為，由於被告利用的部分是整部作品的精華所在，即美國總統 Nixon 的水門案疑雲，包括 Nixon 是否曾下令監聽，以及其主動請辭總統一職與參議院未彈劾 Nixon 之間是否存在關連性等，因此，縱使其利用的量在整部著作中所占比例確實極低，仍不得構成合理使用。<sup>97</sup>

#### (2) 量的判斷

相較於「質」的判斷而言，「量」的判斷較為容易，但由於每一部著作均有其獨特性，利用的「量」在整部著作中要低於多少比例才得以主張合理使用，著作權法實難規定制式化之標準，故我國坊間流傳只要重製未超過整部著作三分之一，即屬於合理使用一說，純屬臆測，實則於法無據。<sup>98</sup>

---

<sup>94</sup> "...this factor calls for thought not only about the quantity of the materials used, but about their quality and importance, too." *Campbell*, 510 U.S. at 587. 陳世偉，前揭註 64，頁 69-70。

<sup>95</sup> 黃怡騰，著作權法第六十五條第二項四款衡量標準之研究，頁 8-2 (2001)。

<sup>96</sup> *Harper & Row Publishers, Inc.*, 471 U.S. 539.

<sup>97</sup> SCHECHTER & THOMAS, *supra* note 45, at 448-49.

<sup>98</sup> 賴文智，前揭註 10，頁 116-17。林利芝，「從加拿大最高法院 *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada* 案探討加拿大圖書館提供文獻傳遞服務與自助式影印服務之侵權責任 (下)」，智慧財產權月刊，

### (3) 重製著作的全部是達成利用目的所必須者

承上所述，若利用著作之質與量過多，顯不利於成立合理使用，但近年美國法院於 *Sony* 案、*Kelly* 案與 *Perfect 10* 案中，卻發展出一種全新的說法—若是利用人僅僅複製為達成利用目的所必須的範圍，縱使重製著作的全部，仍不礙於合理使用之成立。申言之，法院於 *Sony* 案的判決中指出，以家用錄影機錄製電視節目之行為，雖屬對原著作的全部複製，但仍不排除被告成立合理使用之可能；<sup>99</sup>而在 *Kelly* 案與 *Perfect 10* 案中，雖然被告複製了原告的整幅圖片，但法院認為被告必須複製原始圖片的全部，始能製造拇指縮圖並達成便利使用者迅速搜尋、辨識的目的，此種利用行為並未超出必要範圍，因此，法院最終認定被告的合理使用抗辯為有理由，並判決原告敗訴。<sup>100</sup>

綜上所述，在第三項判斷基準中，僅僅考量利用的「質」與「量」，已不夠充分，實務上已出現以下說法：(1) 利用的量雖少，但屬於著作的精華部分（質高），仍不成立合理使用；(2) 利用「著作的全部」之行為，無論是「質」或「量」的判斷上皆不利於合理使用之認定；<sup>101</sup>以及(3) 雖然重製著作的全部，但此種使用是達成利用目的所必須者，仍得構成合理使用。據此，合理使用的判斷上仍存在著很大的彈性空間，故需法院於衡量個案的具體情狀後，為本案得否主張合理使用之適切判決。

#### 第四款 利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響 (the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work)

美國聯邦最高法院於 *Harper* 案判決中，明文指出第四項判斷基準「毫無疑問是合理使用最重要的判斷要素」，<sup>102</sup>其後，多數下級法院也追隨最高法院的腳步，第四項判斷基準遂成為美國法院審酌利用行為得否主張合理使用時，最關鍵的核心要素。

此項判斷基準首揭於 1841 年的 *Folsom* 案，承審本案的 Story 法官認為，在判斷利用著作之行為是否損害著作權人利益時，應將「利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響」納入合理使用的審酌範圍，並綜合評估「利用行為對著作之市場銷售量會否產生不利影響」、「會否減損著作可獲得之利潤」，以及「著作因此被取代的程度」等要素。<sup>103</sup>換言之，法院除了考量被告的利用行為對著作在現有市場的影響之外，還需衡量其是

---

第 158 期，頁 67-68 (2012)。

<sup>99</sup> *Sony*, 464 U.S. at 449-50.

<sup>100</sup> 詳見本文第二章第三節。*Kelly*, 336 F.3d 811. *Perfect 10*, 487 F.3d 701.

<sup>101</sup> *Kelly*, 336 F.3d at 820.

<sup>102</sup> *Harper & Row Publishers, Inc.*, 471 U.S. at 566.

<sup>103</sup> *Folsom*, 9 F.Cas. at 348.



否會減損著作在可能的、潛在市場中之價值。<sup>104</sup>最高法院於 *Harper* 案中亦指出，除了考量利用行為造成原作市場的損害之外，還需審酌其對「衍生著作市場」的損害。<sup>105</sup>

至於條文中有關「現在價值」的定義，通見認為係指被利用著作之現在價值，但何謂「潛在市場」，法院及學者所持見解不一，而最高法院於 *Harper* 案中整理了歷年相關見解後，始針對「潛在市場」做出明確的定義。法院認為「潛在市場」包含「當前即有之市場 (an immediate market)」、「嗣後而有之市場 (a delayed market)」以及「衍生著作之市場 (derivative works market)」，<sup>106</sup> 由此可見，「潛在市場」的範圍遠較單純的「市場」為廣。由於並非每一位著作權人都希望立即將作品放在市場中銷售，概作者可能基於產業性考量，意圖提高作品價值而故意延後進入市場，此外，著作進入市場後也不一定能從中獲取經濟利益，因此，著作權法亦應保障作品嗣後可能獲取之利益，為了避免掛一漏萬的情形，立法者於此處以「潛在市場」概括之，亦即「著作權人之著作可能存在之市場」，都屬於本項判斷基準「潛在市場」的考量範疇。<sup>107</sup>

值得注意的是，雖然最高法院於 *Harper* 案中指出「第四項判斷基準毫無疑問是合理使用最重要的判斷要素」，但此種情形隨著科技的進步而逐漸改變，在數位化產品不斷推陳出新的情況下，法院在個案中面臨許多新興的議題，而「轉化性」原則在後續的實務判決中，重要性更是與日俱增，舉凡 *Kelly* 案、*Field* 案與 *Perfect 10* 案中，承審法官都援引最高法院於 *Campbell* 案中「新著作具備的轉化性程度越高，則其他判斷因素的重要性會相對降低，新著作就愈可能成立合理使用」之見解，<sup>108</sup> 概新著作若具備較高的轉化性，則由於其產生了新的功能，除了對原作市場造成的負面影響較低之外，也符合著作權法鼓勵創新之公益目的。是以現行美國法實務上，雖然法院於判斷利用行為是否構成合理使用時，仍需整體衡量上述四項判斷基準，但在上述搜尋引擎相關案例中，第一項「利用之目的及性質」儼然已經取代第四項，成為審酌合理使用時最關鍵的判斷基準。

### 第三節 美國法實務上有關合理使用於搜尋引擎案例之適用

在網際網路廣泛運用之前，搜尋資料的途徑以紙本為主，人們必須親自到圖書館或

---

<sup>104</sup> SCHECHTER & THOMAS, *supra* note 45, at 451.

<sup>105</sup> *Harper & Row Publishers, Inc.*, 471 U.S. at 568. “This inquiry must take account not only of harm to the original, but also of harm to the market for derivative works.”

<sup>106</sup> *Id.* “‘potential market’ means either an immediate or a delayed market, and includes harm to derivative works.”

<sup>107</sup> 黃怡騰，前揭註 95，頁 9-12。

<sup>108</sup> *Campbell*, 510 U.S. 569 at 579.

書店，先以書名初步篩選出有關連之書籍，並一一翻閱目錄及內文後，始能找到較可信之資訊，從而資料之蒐尋、編輯與彙整需耗費較高之時間、精神與勞力成本。時至 1960 年代，電腦的出現始資料得以電子化方式快速且大量的存取，而網際網路的普及，更使文字、圖畫與音樂皆可轉為數位檔案後，經由網路迅速的傳送至全球各個角落。

擁有了不可計數的資料後，使用者進一步要思考的，則是如何才能準確而快速的找到所需的資訊，而不至深陷於浩瀚的網路資源中，而搜尋引擎 (search engine) 便是專門針對此種需求而設計、發展的技術，其與網際網路、數位內容、電子書以及電子資料庫之間有著密不可分之關連，故在探討 Google Book Search 計畫是否構成著作權侵害，及其得否主張合理使用之前，必須先了解搜尋引擎之發展、圖片搜尋之特色，及其構成著作權侵害之原因，再分析法院在上述案例中對於合理使用原則之判斷與應用，始能對合理使用於數位著作之適用此一議題，作系統性的分析與研究。

### 第一項 搜尋引擎的發展歷程

搜尋引擎的功能，為幫助網際網路使用者能快速而準確的搜尋各個網頁，並從中獲得所需資訊。第一代的搜尋引擎係將網站依其內容而分類成不同的資料庫 (directories)<sup>109</sup>，俟使用者輸入關鍵字之後，始開始搜尋，故第一代的搜尋引擎有著許多致命的缺失，除了效率極低之外，要將為數眾多的網站分門別類亦需花費大量的時間及金錢，此種搜尋引擎因為無法跟上網路急速的發展，很快便隨著科技進展而被淘汰。<sup>110</sup>

第二代搜尋引擎發展出網路蜘蛛 (spiders)，其可以爬行於網際網路中，並複製各網頁內頁的網頁資訊 (metadata)<sup>111</sup>，存入自己的資料庫中並加上索引，而使用者輸入關鍵字搜尋時，搜尋引擎藉由收集網頁資訊的資料庫，可以更快速的提供搜尋結果。但網站仍可以藉由巧妙的假造網頁標記，而騙過搜尋引擎。<sup>112</sup>

第三代搜尋引擎是由 Google 開發而成，其派出的網路蜘蛛不僅複製網頁標記，更將大量的網頁內容複製起來，因此民眾利用 Google 搜尋引擎時，其實是先在搜尋引擎

---

<sup>109</sup> PETER MORVILLE ET AL., THE INTERNET SEARCHER'S HANDBOOK 95-97 (1996). Yahoo! Small Business, What's the Difference Between a Search Engine and a Directory?

<http://help.yahoo.com/l/us/yahoo/smallbusiness/searchengine/searchengine-06.html> (last visited Mar. 3, 2011).

<sup>110</sup> Jonathan Band, *Google and Fair Use*, 3 J. BUS. & TECH. L. 1, 2 (2008) [hereinafter Band, *Google and Fair Use*].

<sup>111</sup> JOHN BATTELLE, THE SEARCH: HOW GOOGLE AND ITS RIVALS REWROTE THE RULES OF BUSINESS AND TRANSFORMED OUR CULTURE 20-21 (2005).

<sup>112</sup> Band, *Google and Fair Use*, *supra* note 110, at 2. 楊智傑，「搜尋引擎與合理使用：美國案例與 Google 圖書館計畫」，智慧財產權月刊，第 125 期，頁 41-42 (2009)。

所複製的檔案中進行搜尋，待查詢到正確結果後，始提供原始網頁之連結，使搜尋引擎之功能更趨正確、完整。<sup>113</sup>此外，為了增加搜尋效率，搜尋引擎業者還針對不同的用途，使用特定的搜尋程式，例如 Yahoo 有針對國別、多媒體及部落格的網路蜘蛛，Google 則開發了專門蒐尋圖片的網路蜘蛛。雖然搜尋的技術不斷精進，但礙於抓取技術以及儲存容量等問題，搜尋引擎仍無法抓取網路上所有的網頁內容，現階段而言，至多只能達到抓取整個網頁數量的百分之四十。<sup>114</sup>

除了利用網路蜘蛛進行搜尋之外，有些搜尋網站公司還提供「快取 (cached)」服務，讓使用者在網頁發生錯誤，或是網頁內容已遭移除等無法連結到當前頁面的情形下，可以在「庫存頁面」中檢視儲存於搜尋網站公司伺服器內的舊有網頁內容。<sup>115</sup>

雖然搜尋引擎的進步，使線上資料檢索成為簡便又迅速的事情，但搜尋網站公司在未取得著作權人授權的情況下，便利用網路蜘蛛將他人網頁內容直接複製到自己的數位電子資料庫中等行為，是否會構成著作權侵害？搜尋引擎業者可否主張合理使用之抗辯？而在科技發展日新月異的社會中，如何兼顧著作權人之私益以及公眾利用搜尋引擎取得資訊之公益，實為著作權法在數位時代中，不可不謹慎思量之課題。

## 第二項 搜尋引擎所引發的著作權爭議

由於第一代與第二代的搜尋引擎並未複製他人網頁中的文字或圖片內容，因此不會構成直接侵權，<sup>116</sup>最多僅會因為提供使用者侵權內容的相關網路連結，而負擔間接侵權責任。<sup>117</sup>而此情形在美國國會於1998年通過數位千禧年著作權法 (Digital Millennium Copyright Act, DMCA)<sup>118</sup>之後，有了極大的轉變。DMCA中「網路著作權侵權責任限制法 (Online Copyright Infringement Liability Limitation Act)」之規定，針對網路服務提供者在其用戶侵害著作權時應負擔何種責任，提供相應的解決之道，並對於各種類型的網路服務提供者，訂定不同的安全港條款 (safe harbor)，<sup>119</sup>以搜尋引擎為例，著作權人若不希望自己刊載於網頁上的文字或圖片被搜尋引擎抓取並顯示，可主動通知搜尋引擎業者，只要搜尋引擎公司在收到通知後，移除或禁止存取相關資料內容，即可主張免

<sup>113</sup> 楊智傑，前揭註 112，頁 42。

<sup>114</sup> 謝銘洋，前揭註 9，頁 74-75。

<sup>115</sup> 同前註。

<sup>116</sup> Feist Publ'ns, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co., 499 U.S. 340 (1991). Band, *Google and Fair Use*, supra note 110, at 3.

<sup>117</sup> *Perfect 10*, 487 F.3d at 711-13. Band, *Google and Fair Use*, supra note 110, at 3.

<sup>118</sup> 17 U.S.C. § 512(d) (2000).

<sup>119</sup> 張淑美，網路服務業者之侵權責任——以著作權侵權為中心，國立交通大學科技法律研究所碩士論文，頁 61-64 (2006)。



責條款。<sup>120</sup>在DMCA通過之後，第一代與第二代的搜尋引擎在符合安全港條款規定的情況下，基本上再無侵權之疑慮。

然而，第三代搜尋引擎與前兩代最大的相異之處，在於其不僅複製了網頁標記，更在未獲得著作權人授權的情況下，將大量的網頁內容複製到其搜尋資料庫中，此種大範圍的重製行為會否構成直接侵權？第三代搜尋引擎可否主張合理使用之抗辯？由於這些問題與網路發展及數位內容息息相關，因此，本文蒐集近年來美國法實務上關於搜尋引擎與合理使用的三個具有指標性的重大判決（分別是*Kelly v. Arriba Soft Corp.*、*Field v. Google Inc.*與*Perfect10, Inc. v. Amazon.com, Inc.*），藉由分析法院在這些案件中之見解，以期能作為在Google Book Search案中，法院會如何認定合理使用之借鑑。

### 第一款 *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.* 案<sup>121</sup>

在介紹上述美國關於搜尋引擎與合理使用的三個重大案件之前，由於這些案件均使用到一個非常重要的合理使用判斷要素—「轉化性（transformative）」理論，此概念係於*Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*一案中發展而出，其後便成為判斷合理使用的重要依據之一，因此，在論述合理使用如何適用於搜尋引擎案件之前，仍須先對美國聯邦最高法院判決的*Campbell*案有一定的了解，始能完整剖析並理解整個議題的發展脈絡。

#### （1）本案事實

本案中，被告Luther R. Campbell、Christopher Wongwon、Mark Ross與David Hobbs合組了一個名為「2 Live Crew」的樂團，該樂團改編了一首由Roy Orbison與William Dees所創作，之後成為電影「麻雀變鳳凰」主題曲的「Oh, Pretty Woman」，作了一首名為「Pretty Woman」的作品，兩首曲子中部分歌詞相同，但被告將「Oh, Pretty Woman」中的部分歌詞改編成具有嘲諷意味的詞語，例如將「Pretty Woman」替換成「Bald Headed Woman」，其意在於諷刺電影中過於浪漫的情節與拜金主義。<sup>122</sup>「Oh, Pretty Woman」的作者Roy Orbison以及唱片公司Acuff-Rose Music, Inc.不滿被告未經授權便擅自改編其著作，遂向法院對被告提起著作權侵害之訴。<sup>123</sup>

#### （2）所涉爭議及下級法院之判決

地方法院認為不能單純以「作品利用之目的是否具有商業性」一事，作為判斷本案

---

<sup>120</sup> Jonathan Band, Taro Isshiki & Anthony Reese, *The Digital Millennium Copyright Act*, 12 WORLD INTELL. PROP. REP. 412, 415-18 (1998).

<sup>121</sup> *Campbell*, 510 U.S. 569 (1994).

<sup>122</sup> See *Id.* 耿筠、劉江彬，「美國著作權合理使用之重要判例研究」，智慧財產權管理月刊，第44期，頁73（2002）。

<sup>123</sup> 林利芝，「*Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*（上）—著作權法『合理使用』原則的經典案例」，台灣法學雜誌，第124期，頁213-15（2009）。



是否構成合理使用之唯一標準，否則所有的出版品都會因為具有商業銷售利益考量，而無法成立合理使用。據此，被告「2 Live Crew」樂團改編的「Pretty Woman」一曲雖具有商業目的，但其中飽含諷刺意味之歌詞，已經轉化了原作中本欲表達的意涵，改編後的曲子與原告作品大相逕庭，且兩者的潛在消費者不同，因此並未減損原曲在唱片市場中的價值。綜上所述，承審本案的Wiseman法官認為，被告Campbell等人改編「Pretty Woman」之行為，符合著作權法中合理使用原則之規定。<sup>124</sup>

原告不服地方法院之判決，遂提起上訴，二審中，美國聯邦第六巡迴上訴法院推翻了地方法院的見解，Joiner法官引用聯邦最高法院在Sony案中之見解，<sup>125</sup>認為利用的目的若為商業性，基本上即應推定為不合理的使用，<sup>126</sup>且被告改編的歌曲對於原曲的潛在市場及衍生市場均會產生影響，<sup>127</sup>因此，本案中被告所為不符合著作權法中合理使用之規定，全案廢棄原判並發回更審。

### (3) 美國聯邦最高法院之判決

案經最高法院審理，最高法院首先重申了合理使用之判斷不應過於僵硬的觀念，立法者於一九七六年制定合理使用條款時，並非意圖樹立一套硬性的審酌標準，亦不希望法院過於僵化的適用之，此外，美國著作權法第一〇七條合理使用規定中所舉例的許可類型，僅具參考價值，法院於個案中仍須斟酌各項事實，依具體個案的情狀分析後（case-by-case analysis），<sup>128</sup>整體考量是否構成合理使用。

此外，最高法院還指出上訴法院錯誤解讀了Sony案的見解，如同最高法院在Harper & Row案中曾經闡述過的，Sony案的判決是認為「一個出版品是否具有商業性質，只是判斷其是否構成合理使用的區分標準之一而已」，<sup>129</sup>著作的利用目的是否為商業性使用，只是法院整體審酌本案是否傾向合理使用的判斷因素之一，絕非唯一或決定性的標準。故二審中上訴法院認為著做只要具有商業性質，便推定為非合理使用一點，並不正確。<sup>130</sup>

---

<sup>124</sup> Acuff-Rose Music, Inc. v. Campbell, 754 F. Supp. 1150, 1150 (M.D. Tenn. 1991). 陳世偉，前揭註 64，頁 42。

<sup>125</sup> Sony, 464 U.S. 417.

<sup>126</sup> Acuff-Rose Music, Inc. v. Campbell, 972 F.2d 1429, 1435-36 (1992).

<sup>127</sup> Id. at 1438-39.

<sup>128</sup> Campbell, 510 U.S. 569 at 577.

<sup>129</sup> Campbell, 510 U.S. 569 at 585. “Rather, as we explained in *Harper & Row*, Sony stands for the proposition that the ‘act that a publication was commercial as opposed to nonprofit is a separate factor that tends to weigh against a finding of fair use.’ ”

<sup>130</sup> “The Court of Appeals properly assumed that 2 Live Crew's song contains parody commenting on and criticizing the original work, but erred in giving virtually dispositive weight to the commercial nature of that

本案對著作權法發展最主要的影響在於最高法院引用了美國著名的著作權法學者，亦是紐約地方法院法官的Leval於一九九〇年發表於哈佛法學期刊中的「Toward a Fair Use Standard」<sup>131</sup>一文之主張，該篇文章中將「轉化性理論」作為合理使用中判斷「利用的目的和性質」之重要要素。而著作是否具有「轉化性」的判斷，在於探究新著作的目的是否僅僅在於取代原著作，或是添加了新的要素，例如更進一步的目的，或是擁有不同的特質，藉以轉化原有著作，使新著作產生新的表達方式、意義或訊息。<sup>132</sup>此外，法院還指出若新著作的「轉化性」程度越高，則其他判斷因素的重要性會相對降低，<sup>133</sup>新著作得以主張合理使用的可能性也會相對提高。

本案中主要爭點在於被告「2 Live Crew」樂團所改編的「Pretty Woman」一曲，是否具有上述的「轉化性」，最高法院認為新著作與原著作「Oh, Pretty Woman」的最大差別在於具有濃厚諷刺意味的歌詞，雖然嘲諷性（parody）著作具有評論與批評性質，但仍不能因此就推定其得主張合理使用，因此，法院仍需在具體個案中將嘲諷性利用與其他相關因素綜合考量，始能判斷其是否構成合理使用。<sup>134</sup>在本案被告改編後的新曲中，除了清楚的表達出作者對於枯燥乏味的原作品之諷刺之外，也意圖提醒聽眾那些不名譽的性工作者並非羅曼史中不可或缺的一環，<sup>135</sup>由於其濃厚的嘲諷色彩以及所具有的評論及批評性質已達一定程度，法院認為新著作已具備轉化性，在綜合審酌合理使用的判斷因素之後，法院判定被告得主張合理使用。因此，雖然Acuff-Rose Music, Inc.抗辯「2 Live Crew」樂團未獲得原告允許便擅自改編其著作，已構成著作權侵害並不得主張合理使用等語，惟法院既已認定新著作具備轉化性而符合合理使用，則無論改編一事有無取得原著作權人允許，都不會改變被告得主張合理使用而不構成著作權侵害之結論。<sup>136</sup>

---

parody by way of a presumption, ostensibly culled from *Sony*, 464 U.S. at 451, 104 S.Ct. 774, 792, 78 L.Ed.2d 574, that 'every commercial use of copyrighted material is presumptively ... unfair....' ". *Id.* at 570.

<sup>131</sup> Leval, *supra* note 80, at 1105.

<sup>132</sup> *Campbell*, 510 U.S. 569 at 579. "The central purpose of this investigation is to see, in Justice Story's words, whether the new work merely 'supersedes 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.' "

<sup>133</sup> *See id.* "...the more transformative the new work, the less will be the significance of other factors."

<sup>134</sup> *Id.* at 581. "Accordingly, parody, like any other use, has to work its way through the relevant factors, and be judged case by case, in light of the ends of the copyright law."

<sup>135</sup> *Id.* at 582. "...the 2 Live Crew song 'was clearly intended to ridicule the white-bread original' and 'reminds us that sexual congress with nameless streetwalkers is not necessarily the stuff of romance and is not necessarily without its consequences..."

<sup>136</sup> *Id.* at 585. "...we reject Acuff-Rose's argument that 2 Live Crew's request for permission to use the original

由於美國聯邦最高法院在*Campbell*案中，除了重申合理使用的判斷要在個案中審酌所有因素「整體衡量」之外，還採納了學者Leval的「轉化性」理論並將其納入作為「利用的目的和性質」之判斷要素，因此，本案判決對於美國著作權法實務及學界皆造成不小的震盪，進而影響了後續與搜尋引擎相關的*Kelly v. Arriba Soft Corp.*、*Field v. Google Inc.*與*Perfect 10, Inc. v. Google, Inc.*案。

## 第二款 *Kelly v. Arriba Soft Corp.* 案<sup>137</sup>

雖然現今Google已然成為搜尋引擎界的龍頭，但在美國因圖片搜尋而涉訟者，Google並非第一人，在2004年Google開始提供圖片搜尋服務之前，西元2003年另一家搜尋引擎業者Arriba就因為在網路上提供圖片搜尋服務，而被控涉嫌違反著作權法，本案例中，第九巡迴法院引用了很多下級法院有關合理使用應如何適用於網際網路與搜尋引擎爭議的想法，<sup>138</sup>這也是聯邦法院所承審的第一件有關第三代搜尋引擎的案例。

### (1) 本案事實

本案原告Leslie A. Kelly是一名專業攝影師，他拍攝了許多美國西部的照片，並將這些照片放在其個人網站上，也授權一些網站使用他的照片。<sup>139</sup>被告Arriba Soft Corporation則是一家經營網路圖片搜尋的搜尋引擎公司，利用其所開發的程式「Crawler」自動從網路上蒐尋各種影像圖片，再將原始的全尺寸圖片製成拇指大小的「拇指縮圖(thumbnail)」，並儲存於線上資料庫中。<sup>140</sup>事實上，當使用者輸入關鍵字搜尋時，是先Arriba的資料庫中搜尋，而搜尋的結果頁面中並非顯示原始大圖檔案，而是以儲存於Arriba資料庫中的拇指縮圖樣貌呈現，使用者點選特定的縮圖後，將可連結到當初Arriba所複製的、原始網頁的大圖，<sup>141</sup>其使用的方式是內線連結(in-line linking)技術以及視框(framing)技術，簡言之，Arriba並未把原始的圖片複製到自己的資料庫中，而是運用內線連結和視框技術將原始網站上的大圖放進視框內(即大家所熟悉的點擊拇指縮圖可看到原始大圖的服務)。然而，在結果頁面中不但包括了Arriba的圖示及廣告，還顯示了原始網頁的網址，圖片則用內線連結的方式連結到原始全尺寸圖片，如此一

---

should be weighed against a finding of fair use. Even if good faith were central to fair use, 2 Live Crew's actions do not necessarily suggest that they believed their version was not fair use; the offer may simply have been made in a good-faith effort to avoid this litigation. If the use is otherwise fair, then no permission need be sought or granted. Thus, being denied permission to use a work does not weigh against a finding of fair use.”

<sup>137</sup> *Kelly*, 336 F.3d 811.

<sup>138</sup> Jesse S. Bennett, *Caching on the Google Books Library Project: A Novel Approach to the Fair Use Defense and the DMCA Caching Safe Harbors*, 35 FLA. ST. U. L. REV. 1003 (2008).

<sup>139</sup> *Kelly*, 336 F.3d at 815.

<sup>140</sup> *Id.*

<sup>141</sup> *Id.*

來，會讓使用者形成還在Arriba網頁上的錯覺。<sup>142</sup>

西元1999年1月，被告Arriba的「Crawler」程式搜尋到原告的三十五張圖片，並將該些圖片以拇指縮圖的方式儲存到被告的資料庫中，並顯示於搜尋結果頁面，由於原告未曾授權被告利用其圖片，故當原告發現此事後，便對被告提出抗議，雖然Arriba刪除了該些拇指縮圖並移除相關連結，但由於原告授權的其他第三人網站上亦可看到原告的圖片，而Arriba的網頁上也仍會顯示出搜尋自該些第三人網站上的原告圖片，故Kelly仍對Arriba提起侵害著作權之訴。<sup>143</sup>

## (2) 法院判決

一審法院除了審酌原告主張被告的拇指縮圖侵害其重製權及公開展示權之外，針對原告並未主張的原始圖片連結部分，也納入法院討論的範圍，最後，一審法院認為被告所為的拇指縮圖重製、展示以及提供大圖的連結等行為，因為具有高度的轉化性，且並未損害原告的市場利益，因此被告得主張合理使用之保護，原告不服一審判決而提起上訴。<sup>144</sup>

第九巡迴上訴法院就被告利用內線連結（in-line linking）技術以及視框（framing）技術，展示 Kelly 的原始圖片部分，認為既然原告在簡易判決中並未就此部分為任何主張或聲明，被告亦無由做出抗辯或承認，因此，地方法院針對此部分的判決在訴訟程序上存在瑕疵，上訴法院就此部分予以發回。<sup>145</sup>此外，上訴法院在逐一審酌了美國著作權法中合理使用條文（17 U.S.C. §107）的四個判斷基準後，認定本案中拇指縮圖部分構成合理使用，詳細論證過程析之如下：

### ① 利用之目的及性質

在第一項判斷基準中，法院特別指出除了要分析利用之目的是否為商業性利用之外，也要依循最高法院於前述 *Cambell* 案<sup>146</sup>中一再重申的觀點—商業性利用與否，並非判斷合理使用的絕對標準，縱使本案中被告所為是商業性利用，仍要就一切要素總體衡量後，始能判別該利用行為是否構成合理使用。此外，新著作的功能是否僅在於取代原著作，或是添加了新的要素而具有轉化性，也是此項判斷基準中非常重要的考量要素。

二審法院認為，雖然被告 Arriba 所經營的圖片搜尋引擎公司並非直接利用原告的圖片來獲取利益，但其所為仍是一種無法避免且程度較低的利益榨取（less exploitative），

<sup>142</sup> *Id.* at 816.楊智傑，前揭註 112，頁 50。

<sup>143</sup> *Kelly*, 336 F.3d at 816.

<sup>144</sup> *Id.* at 815-17.楊智傑，前揭註 112，頁 50。

<sup>145</sup> *Kelly*, 336 F.3d at 822.

<sup>146</sup> *Campbell*, 510 U.S. 569 (1994).



實屬商業性利用無疑；但法院也指出被告並沒有利用該些圖片來宣傳其網站的意思，也未嘗藉由銷售原告的圖片而獲取利益，事實上，原告被利用的圖片只是 Arriba 資料庫中數以千計的圖片中之一隅。綜上所述，由於被告利用原告系爭圖片並未涉及高度利益榨取情事，因而縱使被告所為係屬商業性利用，對於合理使用的判斷亦不會產生太大的影響。<sup>147</sup>

另一方面，法院認為被告雖然將原告的原始圖片製成拇指縮圖，但由於該些拇指縮圖不僅尺寸小巧且解析度較原始圖片低，在放大的情形下會導致圖片嚴重模糊，相較於原始圖片的藝術觀賞用途，拇指縮圖的目的在於便利圖片搜尋技術及顯示結果，兩者在功能性方面有著顯著的不同。<sup>148</sup> 第九巡迴上訴法院也強調，本案中被告不僅僅是利用不同媒介重製原告的圖片而已，Arriba 利用該些圖片提供了與原告 Kelly 原本的藝術欣賞完全不同的功能，拇指縮圖的利用促進了大眾近用網路資訊的機會，故其具有轉化性。<sup>149</sup>

綜上所述，由於被告的拇指縮圖具備轉化性要素，其功能與原告的原始圖片並不相同，且有利於公益，因此，合理使用第一項判斷基準之審酌結果有利於被告。<sup>150</sup>

## ② 著作之性質

第九巡迴上訴法院表示相較於事實性著作而言，創作性著作因為更接近著作權法所欲保護的核心價值，故應受到更高程度的保障；<sup>151</sup> 此外，法官引用最高法院於 *Harper* 案中的見解，認為被利用的著作是否已經發表，是第二項判斷基準中相當重要的考量因素，<sup>152</sup> 已發表過的著作較容易成立合理使用，由於本案中原告已經將該些照片放在個人網頁上，故該些圖片屬於已公開的著作無疑。

雖然本案中原告 Kelly 的圖片屬於創作性著作，但其已公開發表過，上述二要件分

---

<sup>147</sup> See *Kelly*, 336 F.3d at 818. "...was more incidental and less exploitative in nature than more traditional types of commercial use. Arriba was neither using Kelly's images to directly promote its web site nor trying to profit by selling Kelly's images. Instead, Kelly's images were among thousands of images in Arriba's search engine database. Because the use of Kelly's images was not highly exploitative, the commercial nature of the use weighs only slightly against a finding of fair use."

<sup>148</sup> *Id.*

<sup>149</sup> *Id.* at 819.

<sup>150</sup> *Id.* at 820.

<sup>151</sup> *Id.* "Works that are creative in nature are closer to the core of intended copyright protection than are more fact-based works."

<sup>152</sup> *Harper & Row Publishers, Inc.*, 471 U.S. at 564. "Published works are more likely to qualify as fair use because the first appearance of the artist's expression has already occurred."

別有利於原告及被告，法院權衡考量之後，最終判斷第二項要件僅稍稍有利於原告。<sup>153</sup>

③利用之質量及其在整個著作所占之比例

法院首先聲明「完全複製」他人著作之行為，利用行為構成合理使用的成功機率會大幅降低，<sup>154</sup>隨後又引用最高法院於 *Campbell* 案的判決，指出在不同個案中，可被容許的複製程度會因為利用的目的與特質而有所差別，<sup>155</sup>因此，若是利用人僅僅複製為達成利用目的所必須的範圍，第三項判斷基準將不特別有利於訴訟的任何一方。<sup>156</sup>

本案中被告 Arriba 雖然完整複製了原告的四十五張圖片，但觀諸其利用目的是為了讓使用者得以辨認該些圖片，並決定是否要進一步取得圖片的資訊或連結到原始圖片所存在的網站，因此，若被告僅複製圖片的某部分畫面，那麼使用者將很難正確辨識及判斷該張圖片的內容，故被告完整複製的行為是達成上述目的所不可避免的手段。<sup>157</sup>綜上所述，法院認為本項判斷基準維持中立，並不特別有利於原告或被告。

④利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響

由於被告的搜尋引擎是將使用者導向訪問原告的個人網站，對原告並無不利影響；<sup>158</sup>此外，因為拇指縮圖的解析度較低，一旦放大就會使圖片模糊化，因此，拇指縮圖不會損害原告對於原始圖片的銷售或授權利益，<sup>159</sup>故第九巡迴上訴法院認為第四項判斷基準對被告較為有利。<sup>160</sup>

由於本案在合理使用的四項判斷基準中，第一項與第四項較有利於被告，第二項有利於原告，第三項則維持中立，因此，法院最終認為被告的拇指縮圖得主張合理使用之

---

<sup>153</sup> *Kelly*, 336 F.3d at 820.

<sup>154</sup> *Id.*

<sup>155</sup> *Id.* (citing *Campbell*, 510 U.S. at 586-87). “...the extent of permissible copying varies with the purpose and character of the use.”

<sup>156</sup> *Id.* at 820-21. “...if the secondary user only copies as much as is necessary for his or her intended use, then this factor will not weigh against him or her.”

<sup>157</sup> *Id.* at 821. “Although Arriba did copy each of Kelly's images as a whole, it was reasonable to do so in light of Arriba's use of the images. It was necessary for Arriba to copy the entire image to allow users to recognize the image and decide whether to pursue more information about the image or the originating web site. If Arriba only copied part of the image, it would be more difficult to identify it, thereby reducing the usefulness of the visual search engine.”

<sup>158</sup> *Id.* The court found that the Arriba “search engine would guide users to Kelly's web site rather than away from it.”

<sup>159</sup> *Id.* at 821-22.

<sup>160</sup> *Id.* at 882.

保護。

### 第三款 *Blak A. Field v. Google Inc.* 案<sup>161</sup>

搜尋引擎公司所提供的「庫存頁面 (cached)」服務，對使用者而言是一種相當便利的工具，尤其是當所欲訪問的網站由於伺服器出錯或是網頁內容已被移除而不可見時，更能彰顯其重要性。然而，雖然庫存頁面具有上述優點，卻也涉嫌會否構成著作權侵害等爭議。

若是2003年的 *Kelly v. Arriba Soft Corp.* 案中，第九巡迴法院判決拇指縮圖構成合理使用一事，相當於給所有的搜尋引擎公司打了一劑強心針，那麼，2006年的 *Blak A. Field v. Google Inc.* 案中針對庫存頁面的有利判決，更是賦予了所有搜尋引擎業者在合理使用的認定中得以享有特權的重要案例。<sup>162</sup>

#### (1) 網路「快取」與「庫存頁面」之功能

許多搜尋引擎公司為了加快搜尋的速度，會事先將各種網頁內容與圖片儲存於自己的電子資料庫中，先按照不同的關鍵字建立索引之後，再藉由索引標籤將數量龐大的資料加以分門別類，以提高搜尋的效率，但此種擅自儲存他人網頁內容與圖片的行為，也產生許多涉及著作權侵害的問題。

以 Google 為例，其為了提高搜尋引擎的速度，會利用「Googlebot」爬行網路，將網站的 HTML 碼複製後暫存入其電子資料庫中，此種行為稱為「快取 (cache)」，當使用者輸入特定關鍵字搜尋時，Google 就不用再在數以億計的網頁中搜索，而是直接從 Google 的電子資料庫中搜尋後，提供適當的搜尋結果。在結果頁面中會顯示兩個連結，主要的連結讓使用者可連結到原始網頁，而在主要連結的下方，還會顯示另一個名為「庫存頁面」的小連結，使用者點選後不會連結到原始網站的現存頁面，而是會連結到 Google 電子資料庫中所儲存的該網頁的庫存檔案。<sup>163</sup> 庫存頁面與原始網頁有以下三點不同：(1) 庫存頁面只能呈現 Googlebot 最後一次爬行該網頁的歷史頁面；<sup>164</sup> (2) 頁面的最上方會標明這是一個庫存頁面，並顯示類似於「這是 Google 對某某網頁的快取。這是該網頁於 2XXX 年 4 月 30 日 16:36:50 GMT 顯示時的快照。在此期間，目前網頁可能已經變

---

<sup>161</sup> *Field*, 412 F. Supp. 2d 1106.

<sup>162</sup> Band, *Google and Fair Use*, *supra* note 110, at 10.

<sup>163</sup> 楊智傑，前揭註 112，頁 43。 *Field*, 412 F. Supp. 2d at 1111. “When clicked, the ‘Cached’ link directs an Internet user to the archival copy of a Web page stored in Google’s system cache, rather than to the original Web site for that page.”

<sup>164</sup> *Id.* at 1110-11. “By clicking on the ‘Cached’ link for a page, a user can view the ‘snapshot’ of that page, as it appeared the last time the site was visited and analyzed by the Googlebot.”

更。」等說明文字；<sup>165</sup>（3）在庫存頁面中，關鍵字會以反白標明，以便利使用者能快速查詢。<sup>166</sup>

若網站經營者不希望其網頁內容被搜尋引擎複製、索引，或被快取並顯示於搜尋結果頁面，可以在網頁標記中註明「no-archive」，<sup>167</sup>或直接請求Google移除對其網頁的索引及快取，<sup>168</sup>如此一來，Google就不會快取、利用該些網頁。

## （2）本案事實

原告Blake A. Field是一位作家同時也是美國內華達州的律師，他將包括「Good Tea」等五十一篇原創文學作品於美國著作權辦公室完成登記，並張貼於個人網站上（www.blakeswritings.com），<sup>169</sup>而後Field發現使用者不僅可以利用Google的搜尋引擎找到該些作品，且Google還將之複製並存於電子資料庫中，縱使Field將文章從個人網中刪除，使用者仍然可以透過Google的庫存頁面瀏覽或下載該些文章。原告Field認為Google侵害了自己的重製權及公開展示權，遂於2004年向美國內華達州的地方法院提起侵害著作權之訴，並請求二百五十五萬元美元的賠償金及禁制令。<sup>170</sup>

## （3）法院判決

本案中的首要爭點是Google的「庫存頁面」是否構成直接侵權，假若法院肯認之，Google將再提出包括默示授權、禁反言、合理使用以及DMCA的安全港條款等四種抗辯。<sup>171</sup>內華達州地方法院認為Google的庫存頁面服務並不構成直接侵權，且認為Google所提的四種抗辯皆屬有理由，因此判決Google勝訴，<sup>172</sup>以下，本文將僅針對合理使用部分，作進一步的介紹及討論。

---

<sup>165</sup> *Id.* at 1111. “The page a user retrieves from Google after clicking on a ‘Cached’ link contains a conspicuous disclaimer at the top explaining that it is only a snapshot of the page from Google’s cache, not the original page, and that the page from the cache may not be current.”

<sup>166</sup> *Id.* at 1112. “Google’s ‘Cached’ links also allow users to immediately determine why a particular page was deemed responsive to their search query, by highlighting the terms from the user’s query as they appear on the page.”

<sup>167</sup> *Id.* at 1112-13.

<sup>168</sup> *Id.* at 1113 n5.

<sup>169</sup> *Id.* at 1113-14.

<sup>170</sup> *Id.* at 1109-11.

<sup>171</sup> *Id.* at 1115-23.

<sup>172</sup> *Id.* at 1106. “(1) operator did not directly infringe on author’s copyrighted works;(2) author granted operator implied license to display “cached” links to web pages containing his copyrighted works;(3) author was estopped from asserting copyright infringement claim against operator;(4) fair use doctrine protected operator’s use of author’s works; and(5) search engine fell within protection of safe harbor provision of Digital Millennium Copyright Act (DMCA).”



### ①利用之目的及性質

Jones 法官首先引述美國聯邦第九巡迴上訴法院於 *Kelly* 案判決中的轉化性理論，<sup>173</sup> 藉以說明本家中 Google 的庫存頁面也提供了以下三種與原告的原始著作不同的功能：<sup>174</sup>

(1) 當使用者無法連結到原始網頁時，可利用庫存頁面檢視網頁的歷史內容；<sup>175</sup> (2) 讓使用者可以藉由交叉比對原始網頁與庫存頁面兩種頁面，來觀察網頁內容的變化；<sup>176</sup> (3) 由於使用者搜尋的關鍵字在庫存頁面中會特別標示 (highlight)，使其得以迅速的查詢並辨識相關資訊。<sup>177</sup>

法院強調庫存頁面中的上述三種重要功能，與原告 Field 原始作品的文學欣賞用途完全不同，且在庫存頁面中還會提供原始網頁的連結，因此，庫存頁面並不具有替代原始作品的意圖或效果。<sup>178</sup> 由於庫存頁面提供了不同於原始作品的「新的功能與目的」，且其目的並非取代原著作，因此法院認為被告 Google 的庫存頁面符合轉化性要素。<sup>179</sup>

而在商業性利用的判斷上，由於沒有證據證明 Google 藉由原告網業的庫存頁面獲取利益，且系爭原告的五十一件文學作品在 Google 電子資料庫數以億計的資料中僅占極小部分，故影響不高。綜上所述，Jones 法官認為第一項判斷基準對被告 Google 極為有利。<sup>180</sup>

### ②著作之性質

第二項判斷基準中，法院認為雖然 Field 的小說為創作性著作，但原告既然已經將其公開於自己的網站上，且在網站上還加了一個「robots.txt」檔案，使搜尋引擎都能夠搜尋到該網站並於其上建立索引標籤，因此，第二項判斷基準僅稍稍有利於原告。<sup>181</sup>

### ③利用之質量及其在整個著作所占之比例

本家中，雖然被告 Google 存取了原告所有的網頁內容，但是依據最高法院在 *Sony*

---

<sup>173</sup> *Kelly*, 336 F.3d at 819.

<sup>174</sup> Ben Kociubinski, *Copyright and the Evolving Law of Internet Search – Field v. Google, Inc. and Perfect 10 v. Google, Inc.*, 12 B. U. J. SCI. & TECH. L. 372, 375 (2006). *Id.* at 1111-12, 1118-19.

<sup>175</sup> *Field*, 412 F. Supp. 2d at 1118.

<sup>176</sup> *Id.*

<sup>177</sup> *Id.* at 1112, 1119.

<sup>178</sup> *Id.* at 1118-19.

<sup>179</sup> *Id.* at 1119.

<sup>180</sup> *Id.* at 1120. The court observed that his “works were among *billions* of works in Google's database.”

<sup>181</sup> *Id.* “Accordingly, assuming the works at issue are creative, as in *Kelly*, the ‘nature’ of the works weighs only slightly in Field's favor.”

案的「時間移轉 (time-shifting)」理論，<sup>182</sup>以及 Kelly 案中轉化性理論「若完整複製的行為是達成新著作目的不可避免的手段時，複製著作的全部也是被允許的」，<sup>183</sup>Jones 法官認為若要達成庫存頁面的新功能，並使其具備轉化性，Google 勢必要全面複製原告的網頁內容，因此，法院認定第三項判斷基準維持中立，並不特別有利於原告或被告。<sup>184</sup>

#### ④利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響

法院認為原告的著作本就放在網路上供大眾免費閱覽，且Field也承認未曾收取授權費用，因此，沒有證據顯示Google的庫存頁面會傷害原告作品於潛在市場的價值；此外，法院也說明針對搜尋引擎業者的庫存頁面收費的市場，目前並沒有出現或壯大的跡象，且世界上絕大多數的網站經營者都不反對Google快取其網頁或做成庫存頁面，因此，Jones法官判斷第四項判斷基準對被告Google極為有利。<sup>185</sup>

#### ⑤善意 (good faith)

除了傳統審酌合理使用的四項判斷基準之外，Jones法官在本案中加了第五項判斷要素—「善意 (good faith)」，其指出美國著作權法 (17 U.S.C. §107) 授權法院於個案中判斷合理使用時，除了明文列舉的四項判斷基準之外，還可以考量其他額外的要素。<sup>186</sup>

Jones法官在綜合考量以下情狀後，認為本案中被告Google利用原始著作之行為，係出於「善意」：(1) Google並未強制網站經營者必須將網頁內容供Google快取，相反的，網站經營者隨時可以藉由在網頁標記中註明「no-archive」來排除Google的快取利用；<sup>187</sup>(2) 法院指出Google在得知原告不滿其行為並打算起訴後，在起訴狀送達Google營業處之前，Google便自動移除系爭庫存頁面之連結；<sup>188</sup>(3) 法院在比較本案原告與被告的行為後，認為原告Field明知其網頁內容會被搜尋引擎快取，卻未曾積極的防止，相較之下，Google所為更具備「善意」。<sup>189</sup>

綜上所述，雖然合理使用的第二項判斷基準稍稍有利於原告，第三項判斷基準維持中立，但第一項、第四項及第五項判斷基準都明顯有利於被告，法院於整體衡量各種情

---

<sup>182</sup> *Sony*, 464 U.S. 417.

<sup>183</sup> *Kelly*, 336 F.3d at 821.

<sup>184</sup> *Field*, 412 F. Supp. 2d at 1120-21.

<sup>185</sup> *Id.* at 1121-22.

<sup>186</sup> *Id.* at 1122.

<sup>187</sup> *Id.* at 1122-23.

<sup>188</sup> *Id.* Kociubinski, *supra* note 174, at 377.

<sup>189</sup> *Field*, 412 F. Supp. 2d at 1122-23.

狀後，認為Google的庫存頁面符合合理使用原則，故作成原告敗訴判決。<sup>190</sup>

#### (4) 小結

觀諸Jones法官在本案中所為的判決內容，許多意見其實是建立在前述Kelly案的基礎之上，進而更加擴大了對於網路搜尋引擎之保護。事實上，本案承審法院已然默認了在有關資訊提供的搜尋引擎案例中，「選擇進入 (opt-in)」是較為不切實際的做法，反之，將拒絕或退出的責任轉嫁到網站經營者 (內容擁有者) 身上的「選擇退出」機制，或許更符合現代社會的需求。<sup>191</sup>

此外，從本案判決可觀察出美國法院在個案判斷是否構成合理使用時，除了著作權法明定的四項判斷基準之外，似乎也偏向以公益角度出發，若搜尋引擎的利用結果可提高大眾近用資訊的能力，且對於網業經營者或內容資訊提供提供者的侵害程度較輕微時，法院會傾向認定搜尋引擎業者構成合理使用。

#### 第四款 *Perfect10, Inc. v. Amazon.com, Inc.* 案<sup>192</sup>

西元2003年由第九巡迴上訴法院審理判決的Kelly案，奠定了圖片搜尋的「拇指縮圖」，得以主張合理使用之理論基礎；而在2007年的*Perfect10, Inc. v. Amazon.com, Inc.*一案中，第九巡迴上訴法院針對Kelly案中因為訴訟程序瑕疵，而無法審理的「原始大圖連結」部分，進一步作成符合合理使用之認定。此外，本案與Kelly案不同的是，由於科技進步以及手機上網技術的普及化，手機圖片下載逐漸發展成為一個成熟的市場，而搜尋引擎的「拇指縮圖」會否侵害著作權人於手機圖片下載市場之利益？<sup>193</sup> 本案例中法院對於上述議題之認定與判決，皆為圖片搜尋與合理使用帶來了新的改變與發展。

#### (1) 本案事實

原告Perfect10是一家出版裸體圖片的公司，該些圖片除了刊載於成人雜誌上外，Perfect10還架設了一個付費的裸體圖片下載網站<sup>194</sup>。原告主張有其他網站在未獲授權的情況下，逕自於網路上複製並張貼原告的圖片，<sup>195</sup>而Google的搜尋引擎除了從該些侵權網頁上掃描、索引盜版圖片，並儲存於電子資料庫之外，還在搜尋結果中顯示盜版圖片的拇指縮圖，更提供了侵權網站的連結。<sup>196</sup>

---

<sup>190</sup> *Id.* at 1125.

<sup>191</sup> Kociubinski, *supra* note 174, at 377.

<sup>192</sup> *Perfect 10*, 487 F.3d 701.

<sup>193</sup> 陳世偉，前揭註 64，頁 95。

<sup>194</sup> *Perfect 10, v. Google, Inc.*, 416 F. Supp. 2d 828, 831-32 (C.D. Cal. 2006).

<sup>195</sup> *Id.* at 837.

<sup>196</sup> *Id.* at 833-34. Band, *Google and Fair Use*, *supra* note 110, at 12.

此外，Perfect10 已授權 Fonestarz Media 公司販售縮小版的圖片，提供用戶付費後下載於手機上使用，<sup>197</sup>但由於 Google 在網路上展示該些盜版圖片的拇指縮圖，使用者得以下載侵權圖片的拇指縮圖於手機中，如此一來，勢必會損害 Perfect10 與 Fonestarz Media 公司的利益。因此，Perfect10 於 2004 年 11 月對 Google 提起侵權告訴，主張 Google 公開展示盜版圖片的拇指縮圖，以及提供使用者侵權網頁連結等行為，已經構成著作權侵害，並請求美國加州中區地方法院發給暫時禁制令（preliminary injunction），禁止 Google 繼續展示系爭的拇指縮圖，以及提供使用者展示於盜版網站中原始大圖的連結。  
198

除了上述的爭議之外，本案還涉及 Google 的 AdSense 廣告模式，<sup>199</sup>其運營模式為當其他網站加入並成為 AdSense 的合作夥伴時，Google 將會在合作的網站上刊登廣告，當使用者點選合作網站上的該些廣告時，Google 與合作網站業者將可共同分享廣告收益。<sup>200</sup>雖然乍看之下 AdSense 與 Google 的搜尋引擎是兩種不同的服務，但由於部分 AdSense 合作網站中包含了原告 Perfect10 的盜版圖片，原告主張，如此一來，將提高使用者連結到侵權網站之機率。<sup>201</sup>

由於 Amazon.com 與 Google 合作，在網站上套用了 Google 所提供的搜尋引擎，因此也存在上述展示侵權的拇指縮圖以及連結等問題，Perfect10 基於類似理由，於 2005 年 6 月向地方法院對 Amazon.com 及其通路商 A9.com 提起侵害著作權之訴。<sup>202</sup>

2005 年 11 月，一審法院僅對於 Google 製造及公開展示盜版圖片的拇指縮圖一事，核發暫時禁制令；但針對 Google 提供第三人網站（即盜用並展示原始大圖的侵權網站）之連結，以及 Amazon.com 讓使用者於其網頁中近用 Google 所提供的資訊等方面，地方法院並未發給暫時禁制令，因此 Perfect10 與 Google 皆向二審法院提起上訴。<sup>203</sup>

---

<sup>197</sup> *Perfect 10*, 416 F. Supp. 2d at 832.

<sup>198</sup> *Id.* at 831.

<sup>199</sup> *Id.* at 834.

<sup>200</sup> *Id.*

<sup>201</sup> *Id.* at 846-47.

<sup>202</sup> 楊智傑，前揭註 112，頁 55。

<sup>203</sup> *Perfect 10*, 487 F.3d at 710. “The district court preliminarily enjoined Google from creating and publicly displaying thumbnail versions of Perfect 10’s images, *Perfect 10 v. Google, Inc.*, 416 F.Supp.2d 828 (C.D.Cal.2006), but did not enjoin Google from linking to third-party websites that display infringing full-size versions of Perfect 10’s images. Nor did the district court preliminarily enjoin Amazon.com from giving users access to information provided by Google. Perfect 10 and Google both appeal the district court’s order.”



## (2) 地方法院判決

本案和前述*Kelly*案有許多相似之處，都涉及拇指縮圖及內線連結是否會構成著作權侵害等爭議，而本審法院之所以認定Google構成侵害著作權，並於2005年11月核發暫時禁制令，禁止Google提供連結或公開展示盜版圖片的拇指縮圖，而非採取和前述*Kelly*案中相同的見解，是由於法院認為兩起案件中存在重要差異。

其一，*Kelly*案中被告Arriba雖然也是搜尋引擎公司，但其利用*Kelly*圖片的行為僅是一種無法避免，且侵害程度較低的利益詐取（less exploitative），且Arriba並沒有利用這些圖片宣傳其網站的意圖，亦未曾藉由銷售*Kelly*的圖片獲取利益。<sup>204</sup>但本審法院中Google的AdSense廣告模式，卻讓其得以從第三人網站（即盜用並展示原始大圖的侵權網站）處獲得廣告收益，因此Google的行為比Arriba更具商業性。<sup>205</sup>

第二個區別在於*Kelly*案中Arriba並未損害*Kelly*在潛在市場中對於原始圖片的銷售或授權利益；<sup>206</sup>但在本審法院中，由於原告Perfect10開發了手機下載裸體圖片的付費市場，而Google的拇指縮圖將會侵害原告於潛在市場中的利益，故不利於合理使用之認定。<sup>207</sup>

## (3) 第九巡迴上訴法院判決

不同於下級法院否決了Google所提出的合理使用抗辯，第九巡迴上訴法院的承審法官Sandra S. Ikuta認為本審法院中Google得主張合理使用原則之保護。<sup>208</sup>Ikuta法官除了重申*Campbell*案中關於合理使用之判斷，必須依循「整體衡量原則」之外，<sup>209</sup>由於*Kelly*案與本審法院中的系爭侵權圖片具有相似的使用目的，故本審法院判決必須參酌並考量*Kelly*案的判決先例。<sup>210</sup>除此之外，Ikuta法官進一步指出一審法院只因為本審法院中涉及AdSense廣告模式以及手機圖片下載市場，便認定*Kelly*案與本審法院在合理使用的認定上有所差異，此種論證

---

<sup>204</sup> *Kelly*, 336 F.3d at 818.

<sup>205</sup> *Perfect 10*, 416 F. Supp. 2d at 846-47. 楊智傑，前揭註 112，頁 57。

<sup>206</sup> *Kelly*, 336 F.3d at 821-22.

<sup>207</sup> *Perfect 10*, 416 F. Supp. 2d at 849-51. 楊智傑，前揭註 112，頁 57。

<sup>208</sup> *Perfect 10*, 487 F.3d at 733. Jonathan Band, *The Long and Winding Road to the Google Books Settlement*, 9 J. MARSHALL REV. INTELL. PROP. L. 227, 241(2010) [hereinafter Band, *The Long and Winding Road to the Google Books Settlement*].

<sup>209</sup> *Perfect 10*, 487 F.3d at 720. “We must be flexible in applying a fair use analysis; it ‘is not to be simplified with bright-line rules, for the statute, like the doctrine it recognizes, calls for case-by-case analysis.... Nor may the four statutory factors be treated in isolation, one from another. All are to be explored, and the results weighed together, in light of the purposes of copyright.’”

<sup>210</sup> *Id.* “In applying the fair use analysis in this case, we are guided by *Kelly v. Arriba Soft Corp.*, which considered substantially the same use of copyrighted photographic images as is at issue here.”

過程並不正確。<sup>211</sup>

### ①利用之目的及性質

上訴法院認為Google的拇指縮圖不僅將單純的圖片轉化成引導使用者前往原始圖片來源網頁的工具，<sup>212</sup>且其不同於原始圖片僅具觀賞或娛樂用途，拇指縮圖的主要功能是一種「電子索引工具」，故法院認為其具備高度的轉化性。除此之外，法院還指出若是連前述的*Campbell*案中，系爭新著作的嘲諷性利用和原著作的歌曲同屬於娛樂用途的情況下，法院都判定新著作具備轉化行，那麼，本案中Google搜尋引擎的拇指縮圖更是提供了一種與原著作完全不同的嶄新功能，其所具備的轉化性應遠較*Campbell*案為高。<sup>213</sup>

此外，上訴法院認為既沒有證據顯示Google的拇指縮圖會取代Fonestarz的手機下載裸體小圖市場，也沒有辦法證明Google因為AdSense廣告模式，而自侵權的第三人網站處獲取高額商業利益，且拇指縮圖使更多人得以快速的搜尋、近用資訊，有利於公益，因此，Ikuta法官認為第一項判斷基準對Google較為有利。<sup>214</sup>

### ②著作之性質

上訴法院對此要素的判斷與前述*Kelly*案雷同，雖然原告Perfect10的作品具有創作性，但其屬於已公開的著作，因此第二項判斷基準僅稍稍有利於原告。<sup>215</sup>

### ③利用之質量及其在整個著作所占之比例

第九巡迴上訴法院引述*Kelly*案的判決理由，指出雖然「完全複製」他人著作之行為不利於合理使用之認定，但若是利用人僅僅複製為達利用目的所必須的範圍，則此項判斷基準將維持中立。

本案中，由於被告Google必須複製原著作的全部，始能製造拇指縮圖並達成便利使用者迅速搜尋、辨識的目的，故法院認為第三項判斷基準並不特別有利於兩造任何一方。<sup>216</sup>

---

<sup>211</sup> *Perfect 10*, 487 F.3d at 722-23.

<sup>212</sup> *Id.* at 721. “...a search engine transforms the image into a pointer directing a user to a source of information.”

<sup>213</sup> *Id.* “Indeed, a search engine may be more transformative than a parody because a search engine provides an entirely new use for the original work, while a parody typically has the same entertainment purpose as the original work.”

<sup>214</sup> *Id.* at 722-23.

<sup>215</sup> *Id.* at 723-24.

<sup>216</sup> *Id.* at 724.

#### ④利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響

如同法院於第一項判斷基準中之闡述，其認為沒有證據顯示使用者真的會利用手機下載Google的拇指縮圖，並損害於原告手機下載市場之利益，此種臆測的潛在侵害並不足以說服法院，因此，上訴法院最終認定第四項判斷基準將維持中立。<sup>217</sup>

最後，第九巡迴上訴法院在整體衡量上述四項判斷基準後，認為被告Google的搜尋引擎具備高度的轉化性，且提供了顯著的公共利益，相較之下，拇指縮圖的商業性利用與潛在的市場替代可能性較低，因此，上訴法院最終判決被告Google的拇指縮圖得主張合理使用之保護。<sup>218</sup>

## 第四節 總結

著作權法的立法宗旨，在於獎勵著作的創作及資訊的流通，並促進知識、文化、科學與藝術的發展，因此，著作權法一方面保障著作權人之私益，另一方面，也含有推動社會文化進步及保障大眾近用著作等公益性色彩，合理使用原則在此情形下應運而生，肩負著在數位化的時代洪流中，衡平著作權人私益與社會公益之重責大任。

在印刷術引發著作權與科技之衝突後，著作權之保護對象由印刷業者轉移至著作權人本身，而重製也成為此時期著作權關注之焦點；在 *Sony v. Universal City Studios* 案之前，照像機、電影、廣播與錄音設備等新興技術之發展，促使立法者深思著作權法在此情況下是否足以保障著作權人之權利，而 *Sony v. Universal City Studios* 案更直接引爆著作權與新興科技間的衝突，在此情況下，著作權之保障應否擴及新興科技之利用模式？而在保護著作權的同時，應如何兼顧公共利益？上述種種皆成為當時極為重要的議題；近年來，由於電腦與網際網路的普及，以及搜尋引擎技術的發展日新月異，在美國實務上更引發一連串有關搜尋引擎、圖片搜尋及超連結是否會構成著作權侵害，以及利用人得否主張合理使用等新興爭議。

縱觀美國法院於上述 *Campbell* 案、*Kelly* 案、*Field* 案與 *Perfect 10* 案例中之判決，除了合理使用之適用更為彈性化之外，不難發現以下趨勢：

#### (1) 整體衡量已成為合理使用之判斷方法

*Campbell* 案中的「整體衡量原則」於後案中被法院一再的重申及引述，法院於每個

---

<sup>217</sup> *Id.* at 725. “As we discussed above, the district court did not make a finding that Google users have downloaded thumbnail images for cell phone use. This potential harm to Perfect 10's market remains hypothetical. We conclude that this factor favors neither party.”

<sup>218</sup> *Id.*

案件中都會分別羅列並闡述合理使用的四個判斷基準，並引用上級法院或前案之見解，於本案判決中一一分析並涵攝後，始能清楚判斷被告的行為是否得以主張合理使用。

## (2) 轉化性成為關鍵性判斷要素

新著作之利用及性質是否具備「轉化性」，以及其是否提供了公共利益等因素，在 *Campbell* 案之後亦成為法院認定合理使用之關鍵性要件，簡言之，若是新著作具有的商業性利用程度不高，且其具備轉化性，並能為社會帶來公共利益的情況下（例如 *Kelly* 案，提供使用者迅速搜尋、辨識資訊之服務），構成合理使用的可能性將大幅提升，亦即「新著作具備的轉化性越高，其他不利的判斷要素之重要性就越低」。

## (3) 第二項與第三項判斷基準之弱化

在上述案例中，系爭作品皆為受著作權保護之著作，甚至都屬於應受到較高程度保護的創作性著作，且在 *Kelly* 案、*Field* 案與 *Perfect10* 案中，被告所利用者並非原著作之一部分，而是「全部複製」，但從法院的判決理由中可發現，「若完整複製的行為是達成新著作目的不可避免的手段時，複製著作的全部仍是被允許的」，由此可見，在合理使用適用於搜尋引擎的相關案例中，此二項判斷基準對於判決結果多半已不再產生決定性的影響。

## (4) 利用結果會否損害原著作於潛在市場之利益，不能僅憑臆測而決定

在 *Kelly* 案與 *Perfect10* 案中，法院均認為新著作之利用結果是否會損害原著作之市場利益，要有明確的證據顯示、支持，始有利於原告，否則，單純臆測的潛在損害並不會使法院做出不利於合理使用之認定。

除此之外，法院於審理時還要回歸著作權法立法目的之考量，亦即其利用是否有助於文化、科學與藝術之進步，而不應拘泥於法條文字，故法院應審酌具體情狀，於個案中為通盤之考量後，彈性化的判斷系爭行為是否構成合理使用。

由於合理使用無論在搜尋引擎或圖書搜尋案例中，都是關鍵性的抗辯及判斷要素，因此，本文藉由闡述合理使用原則之立法目的、判斷基準，並統整近年來美國相關的重要實務判決，對合理使用之發展與應用進行系統性的研究，分析法院於個案中的衡量標準，並歸納出關鍵性的影響因素，以期能作為後續章節中，針對圖書搜尋得否主張合理使用之研究基礎。





### 第三章 圖書搜尋--Google Book Search 計畫

Google Book Search計畫甫一推出便受到各界熱切關注的主要原因在於，過往的搜尋引擎搜索的僅是網際網路上的內容，但相對於1990年代才逐漸普及的網際網路，人類數千年來的文化與歷史均記載於竹簡、帛書、紙本等實體著作中，且紙本書籍之記載較網路內容更為正確及完整，是以在網路搜尋出現後，學術研究、文化發展仍舊以紙本為中心，因此，將紙本書籍掃描成數位檔案並提供網路搜索、閱讀功能之Google Book Search計畫，其一推出便在出版社、作者、圖書館與電子資料庫各界中，掀起一股狂瀾。

將實體書轉化為數位版的數位內容典藏計畫其實行之有年，而Google更非第一個實行者，早在1971年麥克哈特（Michael Hart）便提出古騰堡計畫（Project Gutenberg），將紙本資料在網路上以電子文件的形式提供公眾使用，此為最早之數位圖書館計畫，其數位化之書籍中90%源於公共領域，僅10%係經過著作權人授權而重製。<sup>219</sup>

近年來Yahoo、Amazon等公司也都試圖發展數位化圖書館，Yahoo於2005年10月3日宣布與Internet Archive以及美國加州大學（University of California）共同合作一項書籍數位化計畫，將全世界已落入「公共領域」（public domain）的書籍，以及某些獲得著作權人許可的書籍透過「開放內容聯盟」（Open Content Alliance）將之掃描成數位化檔案，該些數位化書籍由非營利機構Internet Archive代管，並提供使用者在網路上搜索、閱讀。<sup>220</sup>

由於數位圖書搜索的發展將引領著偌大的商機，知名網路書店Amazon也積極開展數位化圖書計畫，在取得著作權人授權後，將實體書籍掃描為數位檔案，透過「Amazon Pages」計畫，提供消費者在付費購買電子書後，可於網路上閱讀該本著作之部分或全部內容；另一項「Amazon Upgrade」計畫，則是讓已付費購買實體書籍之消費者，只要再額外支付些許費用，即可在網路上閱讀該本書籍之電子版。<sup>221</sup>有鑑於數位圖書搜尋計畫挾帶的龐大經濟效益與發展前景，除了上述兩家公司之外，諸如Microsoft、藍燈書屋（Random House）等也紛紛投入戰場，但其中成效最卓著者，仍非Google莫屬。

Google Book Search（Google圖書搜尋計畫）原名為Google Print，為Google自2004年起開始投入圖書領域的一項計畫，其範圍包含甚廣，Google意圖自搜尋引擎跨入數位內容市場，其所欲推動者，並非僅是單純的圖書館數位化計畫而已，<sup>222</sup>而Google Book

<sup>219</sup> MICHAEL HART, A BRIEF HISTORY OF THE INTERNET (1995), available at <http://www.gutenberg.org/dirs/etext95/bhoti01.txt>.

<sup>220</sup> 張玲韶，Google之著作權爭議研析-以Google搜尋及Google圖書為中心，中興大學科技法律研究所碩士學位論文，頁130-31（2011）。

<sup>221</sup> Elinor Mills, Amazon's Bezos hits the books (Nov. 9, 2005), <http://www.zdnetasia.com/amazons-bezos-hits-the-books-39289061.htm>.

<sup>222</sup> Siva Vaidhyanathan, *The Googlization of Everything and the Future of Copyright*, 40 U.C. DAVIS L. REV. 1207, 1210 (2007).

Search計畫之所以在圖書搜索市場上佔有壓倒性的優勢，主要歸功於Google電子資料庫中龐大的數位圖書內容。詳言之，Google Book Search計畫中圖書主要來源有三，第一是與出版商合作授權的「Google伙伴計畫（Google Partnership Program）」，其二則是自2004年開始，與數所大學及公共圖書館合作掃描館藏圖書的「Google圖書館計畫（Google Library Project）」，第三，則是與個別著作權人合作，將其著作數位化。以下，本文將分析Google Book Search的發展歷程，及其引發之相關著作權爭議。

## 第一節 Google Book Search 計畫之發展

Google Book Search計畫源於Google的兩位創辦人Sergey Brin與Larry Page之發想，當Sergey Brin與Larry Page還是研究生時，曾參與史丹佛大學的數位圖書館計畫(Stanford Digital Library Technologies Project)，他們相信電子書籍將改變未來的閱讀習慣，使用者藉由搜尋引擎可輕易的搜索書籍的內容並分析書籍之間的關連性，而個別書籍被引用的次數及質量，也能夠反映特定書籍的實用性與品質，<sup>223</sup>在此種想法下，Google Book Search計畫於2004年逐漸發展、茁壯。

Google的創辦人Sergey Brin說過：「著名的亞歷山大圖書館於西元前48年、西元273年及640年曾三次燒毀，美國國會圖書館三分之二的藏書在1851年的大火中付之一炬，我希望此種災難不會再次發生，但這類慘痛的事情在歷史中卻不斷重演」<sup>224</sup>，因此，Sergey Brin希望建立一座「永遠的圖書館」（A Library to Last Forever），而Google的雄心壯志就是數位化全世界的實體書籍，並讓使用者可以在網路上搜索並使用該些資訊。<sup>225</sup>

縱然Google Book Search計畫的理想十分美好，但相對的，為了達成這個目標也需要一筆將近天文數字的預算，2002年，Google藉由過往書籍數位化的經驗，發現數位化一本書籍的成本約略為十至一百美元，由此推算，若要數位化全球三千萬本書籍，則至少需要十五億美元。有論者認為，Google大可不必數位化所有的書籍，應該採取能將成本減至最低的方式—只要數位化對使用者而言最有價值的部分書籍即可，然而，Google卻認為不應由使用者來判斷個別書籍的優劣，每本書都有其存在的特有價值，因此，堅持初衷是Google最佳的選擇。<sup>226</sup>

2004年，Google正式宣告Google Print Project計畫（現更名為Google Book Search計畫）之運行，Google預計將數以百、千萬計的實體書籍掃描、轉化成電子檔案後，儲存於Google的電子資料庫中，提供使用者圖書內容全文搜索服務，使用者於Google搜尋引擎進行關鍵字檢索後，可輕易的查詢並瀏覽相關書籍的書目及片段內容，但無法列印或

<sup>223</sup> 陳世偉，前揭註 64，頁 11（2010）。

<sup>224</sup> Sergey Brin, Op-Ed., *A Library to Last Forever*, N.Y. TIMES, Oct. 9, 2009, at A31, available at <http://www.nytimes.com/2009/10/09/opinion/09brin.html>.

<sup>225</sup> Katharina de la Durantaye, *Finding a Home for Orphans: Google Book Search and Orphan Works Law in the United States and Europe*, 21 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. 229, 231 (2011).

<sup>226</sup> 藍道·史卓思著，吳嘉哲、黃貝玲譯，Google 衝擊，頁 130-32（2009）。

下載該些內文，此項計畫將大幅提高網路資料搜尋的便利性及可信度，此外，Google Book Search的頁面中還會顯示該些書籍的購書資訊，以便利使用者購買、近用實體書籍。<sup>227</sup>

由於Google特殊的掃描技術可達到每小時掃描1千頁的效率，Google在2009年10月便已成功數位化超過1千萬冊的圖書，<sup>228</sup>其中，約有200萬冊為已落入公共領域範圍的書籍，其他200萬冊則仍受著作權保護，餘下600萬冊是仍在著作權保護期限內的絕版書，但著作權人不明或無法尋得（cannot be identified and located）的「孤兒著作」（orphan works）。<sup>229</sup>時至2010年2月，Google Book Search計畫掃描的書籍總數已達到1200萬冊之多，<sup>230</sup>但由於Google掃描的書籍中包含許多尚在著作權保護期限內之書籍，Google未獲得著作權人許可便擅自掃描該些著作並製成電子版本，此舉涉及侵權疑義，故引發著作權人極大的反對聲浪，從而導致後續發展爭訟頻仍。

## 第二節 Google Book Search 計畫之圖書來源及侵權爭議

### 第一項 Google Book Search計畫之圖書來源

Google Book Search計畫提供的圖書內容，主要來源有以下三者：（1）和出版商達成合作協議，取得其授權的「Google伙伴計畫（Google Partnership Program）」；（2）自2004年開始，與著名大學及公共圖書館合作，掃描其館藏圖書的「Google圖書館計畫（Google Library Project）」；（3）與個別著作權人合作，其授權Google可數位化並利用其著作。第三種圖書來源在Google Book Search計畫所佔比例低，且符合著作權法下「授權利用」原則，並無侵害著作權之疑慮，因此，以下本文僅就前二種圖書來源，作進一步的介紹與剖析。

### 第一款 Google 伙伴計畫（Google Partnership Program）

2004年開始，Google積極爭取與大型出版社合作，讓Google得以將其出版的圖書進行全文掃描，且將數位版本存入Google的資料庫中，並可於限定的條件內，提供使用者線上閱覽服務（例如只能顯示全文的十分之一，或是其中的三十頁等）。<sup>231</sup>當使用者輸

<sup>227</sup> Vaidhyanathan, *supra* note 222, at 1215.

<sup>228</sup> Durantaye, *supra* note 225, at 241.

<sup>229</sup> 陳世偉，前揭註 64，頁 13。

<sup>230</sup> See Declaration of Daniel Clancy in Support of Motion for Final Approval of Amended Settlement Agreement at 1, Authors Guild, Inc. v. Google, Inc., No. 05-CV-8136 (S.D.N.Y. Feb. 11, 2010), available at <http://www.scribd.com/LibraryJournal/d/26784971-Case-1-05-Cv-08136-DC>.

<sup>231</sup> Melanie Costantino, *Fairly Used: Why Google's Book Project Should Prevail Under the Fair Use Defense*, 17 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. 235, 241 (2006).



入關鍵字查詢後，在查詢的結果顯示頁面中將會出現相關著作之書目資訊 (bibliographic information)、包含關鍵字的特定頁面，及其前後相鄰頁面的內容，除此之外，網頁中還會提供可以購買該本圖書的網路書店或是出版社網站的連結。<sup>232</sup>

伙伴計畫除了可以擴充Google的數位化圖書陣容之外，對出版商而言也並非無利可圖，Google身為搜尋引擎產業界的龍頭企業，其使用者遍及全球，出版商若願意加入Google伙伴計畫，除了能夠增加其出版圖書的曝光度之外，也有助於提高圖書的銷售量，Google也打著「線上圖書銷售計畫 (online book marketing program)」以及「免費的全球銷售與交易系統 (free worldwide sales and marketing system)」的名號，以吸引更多出版社加入伙伴計畫。<sup>233</sup>事實上，出版商對於是否加入Google Book Search計畫，也抱持著相當矛盾的心態，光是美國本土每週出版的新書就超過一千本，在競爭激烈的市場中，出版商一方面希望與Google合作，藉由提高曝光率而獲利，但又因Google強勢的經濟地位及合作手段而卻步；另一方面，為了降低出版社的疑慮，Google也主動提出由其負擔掃描書籍與編製目錄的工作及成本，在出版社願意授權的範圍內，換取將該些內容作為搜尋結果的權利，此外，Google會在網頁上提供合作書商的連結，並願意與出版商分享Google Book Search計畫所帶來的廣告利益。<sup>234</sup>除了以上的經濟性誘因之外，Google也並未強迫出版社必須長期參與伙伴計畫，事實上，出版商可以隨時要求從Google的資料庫中移除其書籍，或是退出伙伴計畫。<sup>235</sup>

續上所析，若出版社願意加入伙伴計畫，除了必須將參與Google Book Search計畫的書單交給Google之外，出版社可以從以下三種方式中，擇一將著作提供給Google使用：(1) 出版社可以選擇將實體書籍寄送給Google，再由Google負責掃描並製成數位化檔案；(2) 直接將著作的PDF電子檔案版本傳送給Google；(3) 授權Google可自行從圖書館中取得該本書籍並掃描之。<sup>236</sup>目前包括Blackwell、Cambridge、University Press、McGraw-Hill、Pearson、Springer等多家著名出版商，均已加入成為伙伴計畫的一員，<sup>237</sup>而依據Google官方網站記載，至2007年12月為止，已有來自一百個以上國家，超過一萬家的出版者和作者參與伙伴計畫；此外，Google Book Search介面更提供包括日文、捷克文、芬蘭文等，超過三十五種語言的查詢及顯示服務。<sup>238</sup>在伙伴計畫中，由於Google

---

<sup>232</sup> Band, *Google and Fair Use*, *supra* note 110, at 16-17.

<sup>233</sup> Nari Na, *Testing the Boundaries of Copyright Protection: The Google Books Library Project and the Fair Use Doctrine*, 16 CORNELL J.L. & PUB. POL'Y 417, 423 (2007).

<sup>234</sup> 大衛·懷司、馬克·摩西德著，蕭美惠、林秀津譯，*翻動世界的Google*，頁264-65 (2006)。

<sup>235</sup> Band, *Google and Fair Use*, *supra* note 110, at 16-17.

<sup>236</sup> Nari Na, *supra* note 233, at 423.

<sup>237</sup> 吳紹群，「Google Book Search 對圖書館發展之影響」，*圖書資訊月刊*，第3卷第1/2期，頁85 (2005)。

<sup>238</sup> Google 圖書搜尋的歷史，關於 Google 圖書搜尋：<http://books.google.com/googlebooks/history.html> (最後點閱時間：2012年4月13日)。

掃描、利用著作的行為已取得出版商或著作權人之授權，故並不存在侵害著作權之疑慮。

## 第二款 Google 圖書館計畫 (Google Library Project)

第二個主要的圖書來源是圖書館計畫，Google 計畫與特定圖書館合作，將其館藏書籍進行全文掃描。2004 年 12 月 4 日，Google 著手與五座大型圖書館合作，包括哈佛大學 (Harvard University)、史丹佛大學 (Stanford University)、密西根大學 (University of Michigan)、牛津大學 (University of Oxford) 以及紐約市立圖書館 (The New York Public Library)，<sup>239</sup>2006 年 8 月，加州大學 (University of California) 亦加入 Google Book Search 計畫的合作陣線，Google 將上述六大圖書館所提供的實體館藏書籍掃描成電子檔案後，儲存於資料庫中供使用者於線上檢索與瀏覽，此外，也會提供一份掃描後的電子檔案給書籍來源圖書館。以下簡述各大圖書館提供的圖書數量及類型：<sup>240</sup>

(1) 哈佛大學圖書館：在此計畫的試驗階段中，提供 4 萬多本已落入公共領域的實體書籍，而哈佛大學圖書館藏書總計超過 1,500 萬冊。

(2) 史丹佛大學圖書館：提供 760 萬冊已落入公共領域的書籍供 Google Book Search 掃描。

(3) 密西根大學圖書館：將所有館藏書籍 (共計 780 多萬冊) 全數提供 Google 掃描，其中包含許多尚在著作權保護期間內的著作。

(4) 牛津大學圖書館：在總計 650 多萬冊的館藏圖書中，將西元 1900 年之前發行的全部館藏書籍供 Google 利用。

(5) 紐約市立圖書館：僅提供已落入公共領域之館藏書籍。

(6) 加州大學圖書館：提供超過 250 萬冊的書籍，一天掃描的書籍平均可達 3 千本。

Google 官方網站載明，2007 年 12 月為止，已有多達二十八座圖書館加入此計畫，其中包括英國牛津大學、西班牙的馬德里 Complutense 大學以及加泰隆尼亞國立圖書館、瑞士的洛桑大學圖書館、比利時的根特大學，以及和日本 Keio 大學等七所國際圖書館在內。<sup>241</sup>Google 會將掃描的數位檔案提供一份給合作之圖書館，作為其提供館藏書籍的回報，但雙方訂定的契約中，規定圖書館不得將仍在著作權保護期限內的書籍數位檔案，提供給第三人閱覽、利用，或只能在合乎著作權法規定的範圍內利用之。此外，若在符合著作權法規定下，要將該些檔案的全部或部分上傳到圖書館的網站上，圖書館必須採取必要的科技保護措施，以避免使用者自行下載或散布其內容。<sup>242</sup>

---

<sup>239</sup> Lawrence Jordan, *The Google Book Search Project Litigation, "Massive Copyright Infringement" or "fair use" ?*, 86-SEP MICH. B.J. 32, 33 (2007).

<sup>240</sup> Vaidhyanathan, *supra* note 222, at 1215-16.

<sup>241</sup> Google 圖書搜尋的歷史，前揭註 238。

<sup>242</sup> Band, *Google and Fair Use*, *supra* note 110, at 18.

使用者輸入關鍵字查詢後，對於已落入公共領域的著作，Google 將提供線上全文閱覽服務；若圖書仍在著作權法保護期間之內，搜尋結果將僅會片段顯示特定頁面中 (snippet) 包含關鍵字的那一行內容及其頁碼，而不顯示完整的頁面，若特定關鍵字於同一本著作中多次出現，搜尋結果至多也只會顯示三次摘錄的片段內容，避免消費者藉機無償的閱覽書籍全文。除此之外，針對詩歌等單篇篇幅較小之著作，由於片段顯示仍可能損害到作品的市場價值，故對於此類作品，搜尋頁面將完全不顯示著作內容，僅提供書籍的書目資訊，以及購買管道或有藏書可供借閱的圖書館資料。<sup>243</sup>

由於圖書館計畫是 Google 在未取得著作權人授權的情況下，逕行與各大圖書館達成合作協議並掃描其館藏書籍，故為了保障著作權人事後退出計畫的自由，Google 採行「選擇退出 (opt-out)」的配套措施，若出版社或著作權人發現其著作被 Google 掃描並數位化，而此利用違反其本意時，可以隨時要求退出此計畫。雖然 Google 為了尊重著作權人參與圖書搜尋計畫的自主權，而設置了「選擇退出」機制，但針對其違反著作權法「授權利用」原則，在取得授權前便重製、散布他人著作等行為，是否違反著作權法之規定，而 Google 有無主張合理使用抗辯之可能等問題，本文將於後續章節中，逐一分析並深入探討。

## 第二項 Google Book Search 計畫之閱覽限制

在 Google Book Search 計畫中，會先將圖書進行全文掃描及其他數位化處理，利用光學文字辨識技術 (Optical Character Recognition)<sup>244</sup> 將其轉化為文字檔，再製成常用的 PDF 格式，並儲存於 Google 的電子資料庫中。之後，Google 再透過索引程式將圖書中的每一個字建立索引檔案，如此一來，當使用者利用 Google Book Search 頁面進行搜尋時，便可以透過輸入作者、書名、ISBN 以及特定關鍵字等方式進行檢索。而其與利用一般搜尋引擎檢索的最大相異處，在於透過 Google Book Search 系統，結果頁面將會顯示含有該關鍵字的書籍名稱，使用者可點選書名之連結，進一步檢索書籍的內容。<sup>245</sup>

由於 Google Book Search 計畫中的書籍並非全部獲得著作權人或出版社的授權，因此，針對取得授權與否以及著作種類的不同，Google 提供了四種檢索的顯示方式，分別是完整檢視、有限預覽、片段顯示，以及不提供預覽。

<sup>243</sup> *Id.* at 17.

<sup>244</sup> 所謂光學文字辨識技術 (Optical Character Recognition)，是利用電子設備 (例如掃描器或數位相機) 檢查紙本中的文字與圖片，透過亮度與暗度的檢測模式而確定其形狀，再以文字識別模式將其製成文字檔的過程。詳見曾逸鴻、林裕淵，「中文文字影像中之特殊字體偵測」，科學與工程技術期刊，第 3 卷第 4 期，頁 29-30 (2007)。

<sup>245</sup> 張玲韶，前揭註 220，頁 136。



## 第一款 完整檢視 (Full Book View)

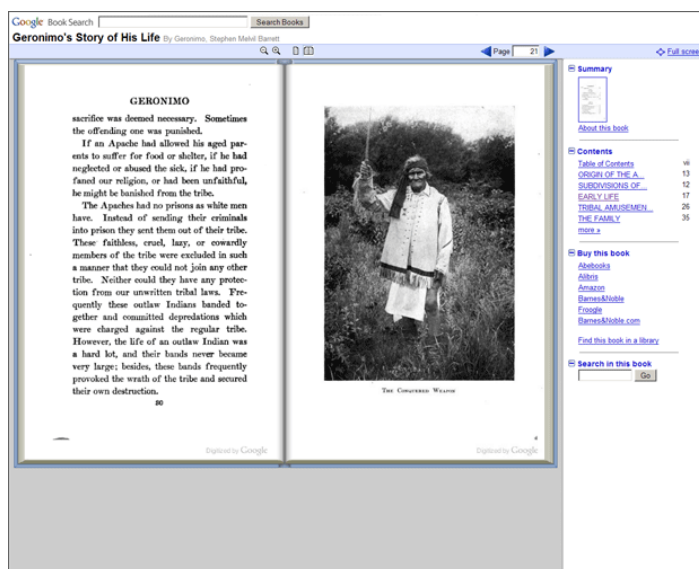


圖 1 Google Book Search 計畫中之完整檢視

資料來源：Google Books 官方網站

若是著作已超出著作權保護期限、屬於政府出版品，或是出版商或作者授權可以完整檢視者，使用者在 Google Book Search 頁面中可以閱覽書籍的全部內容(如上圖 4-1)，並可以 PDF 格式下載完整的圖書檔案。此外，使用者也可透過 Google 提供的連結向網路書店購買該本書籍，或查看可供借閱的圖書館資訊。

## 第二款 有限預覽 (Limited View)

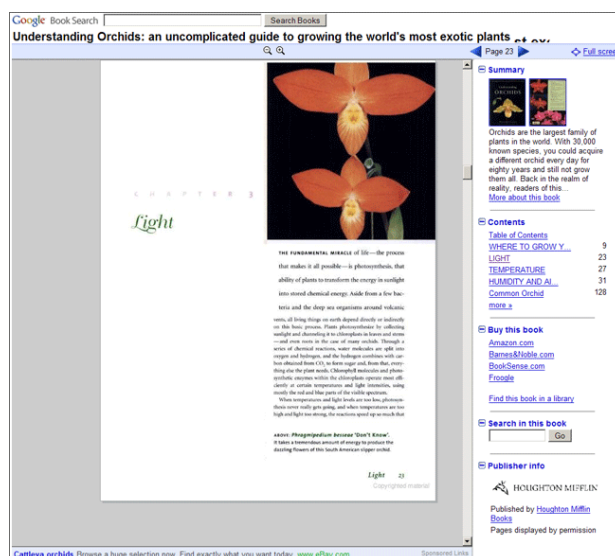


圖 2 Google Book Search 計畫中之有限預覽

資料來源：Google Books 官方網站



對於尚在著作權保護期限內，但已取得著作權人授權之書籍，Google 只能在著作權人授權的範圍內，提供百分之二十以上的書籍內文供使用者預覽（如上圖 4-2）。在有限預覽的顯示頁面中，使用者雖然可以輸入關鍵字，對圖書內容進行相關的檢索，但此種顯示模式不提供下載、列印或複製、貼上的服務。此外，使用者可查閱書籍的封面、書目資訊，並可透過結果頁面中提供的連結，向出版商購買該本書籍或連結至可供借閱的圖書館。

### 第三款 片段顯示 (Snippet View)

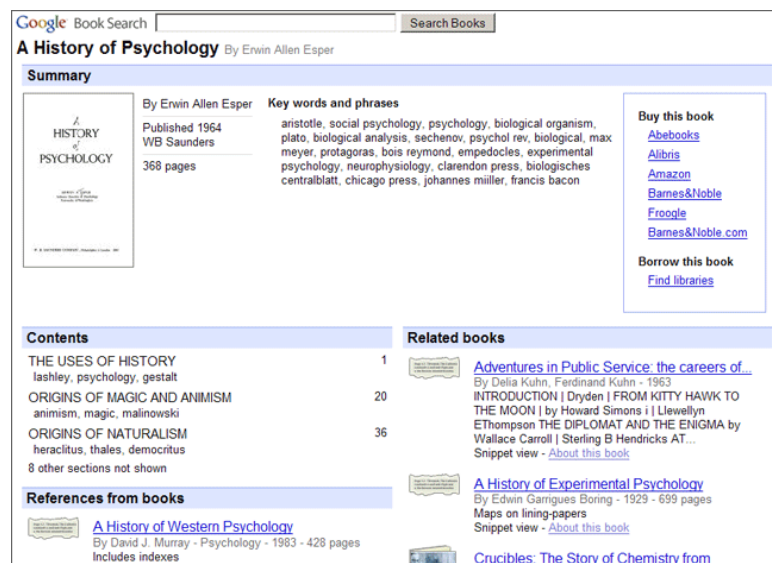


圖 3 Google Book Search 計畫中之片段顯示  
資料來源：Google Books 官方網站

針對仍在著作權保護期限內，且尚未取得著權人授權之著作（著作權人不明或無法尋得之孤兒著作，亦包含在內），Google Book Search 計畫僅顯示書籍基本書目資訊，以及些許片段內容，使用者只能看到關鍵字所在的那一行，若特定關鍵字於同一本著作中多次出現，搜尋結果至多也只會顯示三次摘錄的片段內容。<sup>246</sup>此外，Google 仍會提供相關購買或可借閱的網路書店及圖書館連結。在片段顯示模式下，使用者無法閱覽書籍的全文，亦不提供下載、列印或複製、貼上的服務。

雖然在片段顯示模式中，使用者僅能閱覽包含關鍵字的某些片段，但與傳統圖書館編目檢索中，使用者僅能查詢到書籍章節主題相較，片段顯示使讀者能更加深入進用圖書內文，對於資料檢索提供了很大的幫助。<sup>247</sup>但由於 Google 對此類書籍的利用，違反

<sup>246</sup> Costantino, *supra* note 231, at 241.

<sup>247</sup> 吳紹群，前揭註 237，頁 86。

著作權法中非常重要的「授權利用」原則，涉嫌侵害著作權人的權益，因此，引發了其後一系列的訴訟及相關爭議。

#### 第四款 不提供預覽（No Preview Available）

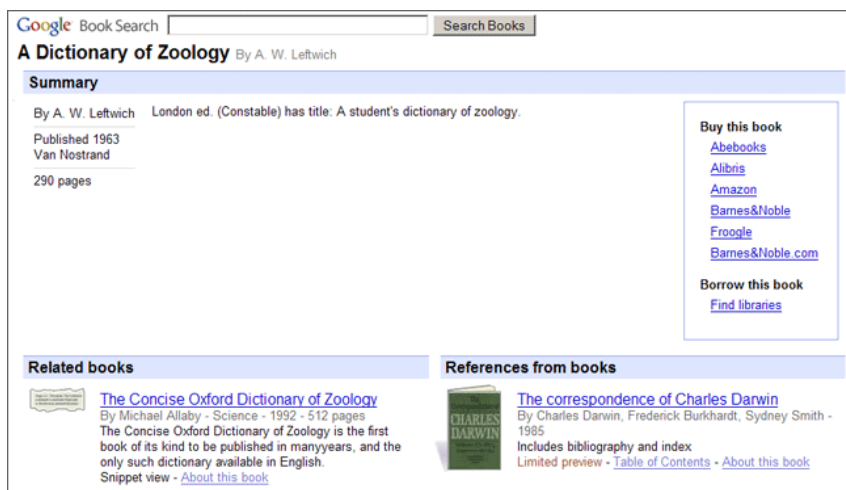


圖 4 Google Book Search 計畫中之不提供預覽

資料來源：Google Books 官方網站

對於仍在著作權法保護期限之內，且著作權人或出版商表示不願意加入 Google Book Search 計畫者，在搜尋結果頁面中 Google 僅會顯示圖書的基本資料，而不提供任何影像預覽或書籍內容。使用者僅能選擇連結至網路書店或圖書館購買或借閱該本書籍。

2007 年 5 月，Google 參考世界各地的圖書館提供的線上公開書目資訊，補充其不足的索引清單，等於一夕之間將所有尚在著作權法保護期間，且仍繼續印行的著作全數納入 Google Book Search 計畫。在這些「不提供預覽」的書籍搜尋結果頁面中，Google 會顯示線上可查詢到的書評內容，以及引註此本書籍的其他書名索引等資訊。<sup>248</sup>

#### 第三項 Google Book Search 計畫所涉侵害著作財產權爭議

Google Book Search 計畫中的「伙伴計畫」，由於 Google 已取得著作權人之授權，故其掃描書籍全文、將數位檔案儲存於電子資料庫中，並在著作權人的授權範圍內提供使用者線上搜尋及閱覽服務，上述行為皆在著作權人同意後行之，故不生著作權法上爭議。惟在「圖書館計畫」的「片段顯示」中，Google 卻遭遇極大的批評與質疑，著作權人認為 Google 在未取得著作權人授權的情況下，所為的三種行為涉及著作權問題：

<sup>248</sup> 藍道·史卓思，前揭註 226，頁 145-46。

(1) Google 掃描整本圖書內容，並重製於 Google 的數位資料庫中；(2) Google 將掃描的數位版本提供一份給合作的圖書館；以及(3) Google 在搜尋結果中，公開展示圖書的部分內容。<sup>249</sup> 因此，著作權人主張 Google 擅自將尚在著作權保護期限內的著作加以掃描並數位化利用，侵害著作權人於美國著作權法下所享有的重製權 (reproduction right)、散布權 (distribution right)，與公開展示權 (public display right)。

以第二種情況而言，由於圖書館保留著作的數位檔案的目的，多半在於保存館藏書籍以免滅失，或是基於教育、文化等考量，不易構成侵權行為。<sup>250</sup> 但第一種情況及第三種情況中，由於 Google 未經著作權人同意授權，便擅自重製其著作，並將數位檔案儲存於電子資料庫中，之後，更於搜尋結果頁面中公開展示著作內容，確實有可能構成著作權侵害。

為了降低著作權人及出版界的疑慮，Google 也推出了「選擇退出 (opt-out)」的配套措施，著作權人若不希望其著作被 Google 利用，得隨時要求退出 Google Book Search 計畫，但此舉仍無助於消弭權利人的不滿，權利人主張，Google 的「圖書館計畫」除了侵害著作權人上述權利外，其涉及的書籍總數多不勝數，實乃嚴重的大規模侵權行為，<sup>251</sup> 對上述指控，Google 則抗辯其利用屬於合理使用範疇，並未違反著作權法之規定，雙方各執一詞，美國作家協會 (Authors Guild) 與美國出版商協會 (AAP) 遂於 2005 年 9 月及 10 月，分別對 Google 提起侵害著作權之訴。

### 第三節 Google Book Search 計畫所引發之訴訟歷程與和解協議

#### 第一項 Google Book Search 計畫所引發之訴訟歷程

由於 Google 未經著作權人同意便大量重製他人著作，Google Book Search 計畫引發諸多侵害著作權爭議，2005 年 5 月，由一百二十五家非營利出版機構組成的「美國大學出版協會 (AAUP)」即發表公開信，譴責 Google 此舉已嚴重損害該協會會員之權利與利益，進而可能演變成爲大規模的著作權侵害。<sup>252</sup>

由於各界質疑聲浪不斷，Google 於 2005 年 8 月宣布三個月內將暫時停止掃描圖書館藏書，同時表示若出版商若不願著作被掃描並製成電子版本，可隨時自由地「選擇退出

---

<sup>249</sup> 黃惠敏、黃千娟、許容慈，「『Google 圖書館計畫』—美麗新世界？著作權侵害？還是合理使用？」，萬國法律，第 170 期，頁 75 (2010)。

<sup>250</sup> 楊智傑，前揭註 112，頁 72。

<sup>251</sup> Aundra Gamble, *Google's Book Search Project: Searching for Fair Use or Infringement*, 9 TUL. J. TECH. & INTELL. PROP. 365, 366 (2007).

<sup>252</sup> 陳世偉，前揭註 64，頁 22。

(opt-out)」此計畫，<sup>253</sup>著作權人若能證明其對特定作品享有著作權，且不希望該著作被Google數位化利用，只要將希望退出Google Book Search計畫之書籍名單列出，並寄給Google即可；<sup>254</sup>然而，出版商及著作權人對「選擇退出」機制一致採取反對態度，其認為應由Google主動徵詢著作權人的意見，於獲得准許後始得掃描特定著作，而Google卻反其道而行，變相的將負擔轉嫁於著作權人，此舉嚴重違反著作權法之根本規定，侵害著作權人之權益甚鉅。<sup>255</sup>

對於上述批評，Google則主張若要完全遵循「先取得著作權人同意後，始得數位化著作」規範，光是要和無法計數的著作權人全體取得聯繫一事，即可謂難如登天，且所需耗費的執行成本過於龐大，如此，要建立一座全球的數位化書籍圖書館只能淪為空想，因此，其應可主張合理使用之保護。<sup>256</sup>但Google的說法未能說服著作權人與出版商，美國出版商協會（AAP, The Association of American Publishers）總裁Pat Schroeder表示，「選擇退出」機制將避免著作權侵害之責任自使用者轉移到著作權人，悖離美國著作權法「授權先行」、「選擇進入（opt-in）」的本質規範，並不符合合理使用之規定。<sup>257</sup>

#### 第一款 Google Book Search計畫於德國與法國的涉訟歷程

由於Google Book Search計畫不僅限於掃描美國本土出版的書籍，2006年德國與法國分別有著作權人對Google提起侵權訴訟。在德國的訴訟中，德國科技出版商WBG出版社（Wissenschaftliche Buchgesellschaft）在德國出版協會（German Publisher' Association）支持下，對Google提起侵害著作權之訴，主張Google Book Search計畫中「掃描」及「顯示方式」違反德國的著作權法，故向法院請求發予禁制令；Google則認為掃描之作品既然是美國圖書館之館藏書籍，且行為地也在美國，即使出版商是外國公司，也應以美國法為準據法，且片段顯示（Snippet View）並不違反著作權法，認為己方並未侵權。本案於漢堡地方法院舉行聽證會，法院表示書籍的「掃描」行為應適用美國的著作權法，且片段顯示尚不足以構成著作權侵害，由於法院的意見書中透露出偏向Google之心證，原告WBG出版社於2006年主動撤回告訴。<sup>258</sup>

Google Book Search計畫的實施在法國面臨更嚴苛的挑戰，此項計畫甚至被視為美國發展霸權文化的一環，法國國家圖書館館長傑恩尼（Jean-Noël Jeanneney）在《世界

---

<sup>253</sup> Gamble, *supra* note 251, at 366.

<sup>254</sup> Ari Okano, *Digitized Book Search Engines and Copyright Concerns*, 3 SHIDLER J. L. COM. & TECH. 13 (2007).

<sup>255</sup> Jordan, *supra* note 239, at 33.

<sup>256</sup> Okano, *supra* note 254.

<sup>257</sup> Band, *Google and Fair Use*, *supra* note 110, at 19.

<sup>258</sup> 陳世偉，前揭註 64，頁 24-25。Jacqueline Jones-Parry & Ian Karet, *Google Wins First Round in Digital Library Dispute*, 48 INTELL. PROP. NEWS. (Sept. 2006), available at <http://www.linklaters.com/pdfs/publications/ipnews/sept06.pdf>. David Drummond, *Germany and the Google Books Library Project* (June 29, 2006), <http://googleblog.blogspot.com/2006/06/germany-and-google-books-library.html>.



報 (*Le Monde*) 》上指出 Google Book Search 計畫將「設定後代對世界的想法，構成難以忍受的美國霸權。」<sup>259</sup> 法國出版商協會 (The SNE) 與法國作家協會 (The SGDL Society of Authors) 對於 Google 和法國國家圖書館合作進行館藏書籍掃描數位化一事，亦表現強烈的反對態度，並於 2006 年 6 月，由法國出版集團 La Martiniere 代表向巴黎地方法院提起訴訟，主張 Google 未經著作權人同意便逕行將其著作數位化，並將該些數位內容納入 Google 的資料庫之舉已構成著作權侵害。<sup>260</sup> 原告 La Martiniere 的發言人表示：「法國及歐盟法律均未允許第三人任意使用他人著作。Google Book Search 計畫擅自節錄 La Martiniere 之圖書內容並任由他人使用，此舉無論對於著作、作者或出版商都是不公平的。」<sup>261</sup>

2009 年 9 月，法國政府以 Google 的計畫有違反法國著作權法及競爭法之虞，拒絕 Google 設立全球最大的數位圖書館和網路書店，<sup>262</sup> 同年 12 月，法國法院判決 Google Book Search 計畫已構成著作權侵害，並應給付原告 La Martiniere 公司三十萬歐元的損害賠償金，且在 Google 將資料庫中涉及侵害原告著作權之圖書資訊全部刪除之前，每日都必須給付一萬歐元。<sup>263</sup> 雖然 Google Book Search 計畫在歐洲的開展似乎並不順遂，在法國更受到敗訴判決，但 Google 前進的腳步並未因此而停止，時至今日，Google Book Search 計畫在全球各地仍積極開展。

## 第二款 Google Book Search 計畫於美國的涉訟歷程

除了上述德國與法國的訴訟之外，Google 於美國本土也面臨兩起著作權侵權訴訟。2005 年 9 月 20 日，美國最大的出版品作者社團—美國作家協會 (Authors Guild) 與三位個別作家向美國紐約南區地方法院對 Google 提起著作權侵害的集體訴訟 (class action)，指控 Google 涉嫌「大規模的侵害著作權法 (a plain and brazen violation of copyright law)」，<sup>264</sup> 其中，三位個別原告分別是前紐約時報社論版專欄作家 Herbert Mitgang、童書作家 Betty Miles，以及 1973-1974 年的美國桂冠詩人 Daniel Hoffman。<sup>265</sup>

<sup>259</sup> 大衛·懷司、馬克·摩西德，前揭註 234，頁 267。

<sup>260</sup> Dominique Chabrol, Google faces book case trial in France (Sep. 23, 2009),

<http://www.google.com/hostednews/afp/article/ALeqM5jwX47cmpyiEWp7aVdG5nvCnbiPwA>.

<sup>261</sup> Heide Gautschi, Google: On en Parlera: French Publisher Sues Google Book Search (Aug. 18, 2006),

<http://www.econtentmag.com/Articles/ArticleReader.aspx?ArticleID=17322>.

<sup>262</sup> 張玲韶，前揭註 220，頁 146。Chabrol, *supra* note 260.

<sup>263</sup> 張玲韶，前揭註 220，頁 146。

<sup>264</sup> Class Action Complaint, The Author's Guild, Associational Plaintiff, Herbert Mitgang, Betty Miles and Daniel Hoffman, Individually and on Behalf of All Others Similarly Situated v. Google Inc., No. 05 CV 8136, 2005 WL 2463899 (S.D.N.Y. Sept. 20, 2005) [hereinafter Class Action Complaint], *available at* <http://international.westlaw.com/Find/Default.wl?>

[bhcp=1&DB=0000999&FindType=Y&MT=314&rs=WLIN1%2E0&SerialNum=2007433907&strRecreate=no&sv=Split&vr=2%2E0](http://international.westlaw.com/Find/Default.wl?bhcp=1&DB=0000999&FindType=Y&MT=314&rs=WLIN1%2E0&SerialNum=2007433907&strRecreate=no&sv=Split&vr=2%2E0).

<sup>265</sup> 陳世偉，前揭註 64，頁 23。

2005年10月，美國出版商協會（AAP）也對 Google 提起集體訴訟，兩案由美國紐約南區地方法院併案審理。美國出版商協會是由超過三百家出版商組成的協會，成員中不乏美國主要的商業性出版商，本次訴訟由五大美國出版商（McGraw-Hill、Pearson、Penguin Group、Simon & Schuster 以及 John Wiley & Sons）代表美國出版商協會，聯合向美國紐約南區地方法院對 Google 提起侵權訴訟，<sup>266</sup>其認為「Google Library Project」雖然可能有助於著作的曝光度並增加銷售機會，但作者與出版商長久以來所擁有的著作權並不應該因此受損，故對 Google 提起訴訟，<sup>267</sup>此五家出版社皆為美國出版商協會成員，該協會曾與 Google 進行協商，希望 Google 在取得作者及出版商許可後再進行書籍數位化計畫，卻為 Google 所拒，此二訴訟後由法院併案審理。作家協會於訴訟中請求損害賠償（damages）與禁制令（injunctive relief），<sup>268</sup>五家出版社則僅訴請禁制令（injunctive relief），<sup>269</sup>值得一提的是，無論是作家協會或出版商，均未曾因圖書館提供館藏予 Google 掃描一事，而控告參與的圖書館，或請求任何損害賠償。<sup>270</sup>

Google Book Search 計畫究竟是否構成著作權侵害？Google 可否主張合理使用之保護？雖然各界對訴訟結果皆抱持高度關注與期待，但在法院下達判決結果之前，上述兩起案件卻在 2008 年達成和解協議，下段章節將深入剖析和解協議的作成原因以及協議之相關內容。

## 第二項 和解協議之發展及其背景原因

在 Google Book Search 計畫被控訴侵權後，某些搜尋引擎業者對 Google 在訴訟中主張合理使用抗辯一事，採取支持的態度，更盼望 Google 的勝訴能放寬實務上對相關商業模式的限制，但 Google 對此顯然有不同的想法。

### 第一款 Google 參與和解協議之動機

Google 深知若要成功且長久的推動 Google Book Search 計畫，最好的解決之道便是

---

<sup>266</sup> Complaint, The McGraw-Hill Cos., Pearson Educ., Inc., Penguin Group (USA) Inc., Simon & Schuster, Inc., and John Wiley & Sons, Inc. v. Google Inc., No. 05 CV 8881, 2005 WL 2778878 (S.D.N.Y. Oct. 19, 2005) [hereinafter Complaint], available at <http://international.westlaw.com/Find/Default.wl?DB=0000999&FindType=Y&MT=314&rs=WLIN1%2E0&SerialNum=2007569423&strRecreate=no&sv=Split&vr=2%2E0>.

<sup>267</sup> 陳世偉，前揭註 64，頁 24。

<sup>268</sup> Class Action Complaint, *supra* note 264, at 11-13.

<sup>269</sup> Complaint, *supra* note 266, at 14.

<sup>270</sup> Band, *Google and Fair Use*, *supra* note 110, at 19.

與原告達成和解協議，除此之外，無論法院就本案為 Google 勝訴或敗訴判決，對 Google Book Search 計畫未來的發展皆有不影響。詳言之，若 Google 敗訴，則過去數年的投資與心血將付諸東流；反之，若 Google 取得勝訴判決，則其他搜尋引擎業者，例如 Yahoo 的「開放內容聯盟 (Open Content Alliance)」及 Microsoft 的「MSN 書籍搜尋計畫 (MSN Book Search)」，便得以從善如流、不費吹灰之力的進入圖書搜尋市場，此種為他人作嫁衣之舉，當然非 Google 所願。在多方考量之下，Google 最終決定與原告和解，雖然必須付出高額的和解金，但也可藉此建立進入市場的障礙，其他競爭者若欲分食圖書搜尋這塊市場大餅，勢必要先考量自己是否有能力支付巨額的和解金，如此一來，相當於過阻了其餘規模較小的搜尋引擎業者進入此市場的機會。<sup>271</sup>

此外，Google 也希望能藉由和解協議，使其得以「非公開展示使用 (non-display uses)」已掃描的著作，來改善其搜尋引擎技術，因為研發並改良搜尋引擎最好的方法，就是取得更多的資料以供研究、利用。如前所述，Google 已經和許多大型圖書館合作，藉由掃描其館藏書籍充實 Google 的資料庫，若和解協議能使原告（出版商及作家協會）同意 Google 能夠無償的、非公開展示使用特定書籍（事實上，在和解協議中原告也同意給予 Google 上述權利），對 Google 而言將是非常具有吸引力的提案。<sup>272</sup>

## 第二款 原告參與和解協議之動機

本案原告（出版商協會及作家協會）亦是基於現實考量而同意與 Google 和解，但所考量的因素並不完全一致。

### (1) 出版商協會 (AAP)

出版商協會 (AAP) 參與和解協議的動機主要有二：其一，希望能藉由與 Google 和解一事，從絕版書籍中獲取新的利益，<sup>273</sup>由於和解協議若通過，相當於使 Google 對上千萬本絕版書籍擁有事實上獨占的權利，而美國司法部的反托拉斯部門亦嚴正關注此事，其憂心和解協議將會導致著作的聯合訂價之違法結果。<sup>274</sup>第二個目的則是希望能和精通數位網路等新興科技的 Google 結為伙伴關係，並藉由 Google 的專業知識協助其發展電子書市場。在現今 Amazon.com 主導電子書銷售市場的情況下，若 Google 和 Apple 等公司相繼進入市場競爭，將使電子書的售價因而水漲船高，果真如此，出版商當然樂

<sup>271</sup> 章忠信，「世界圖書館的大未來」，智慧財產權月刊，第 124 期，頁 62-63 (2009)。

<sup>272</sup> Pamela Samuelson, *The Google Book Settlement as Copyright Reform*, 2011 WIS. L. REV. 479, 508-09 (2011).

<sup>273</sup> *Id.* at 512 n.156.

<sup>274</sup> See Statement of Interest of the United States of America Regarding Proposed Class Settlement at 25-26, *The Authors Guild v. Google Inc.*, No. 05-CV-8136-DC (S.D.N.Y. Sept. 18, 2009) [hereinafter Statement of Interest I], available at <http://www.justice.gov/atr/cases/f250100/250180.pdf>.

見其成。<sup>275</sup>

## (2) 美國作家協會 (Authors Guild)

美國作家協會 (Authors Guild) 參與和解的理由大致與出版商協會 (AAP) 相同，都希望能避免訴訟中法院認為 Google 主張合理使用有理由，而可能導致的不利風險，以及藉由 Google Book Search 計畫自絕版書籍中獲利，除此之外，作家協會和委任律師還有以下幾點其特殊的和解動機。第一，作家協會的財務狀況難以負荷對 Google 的全部訴訟費用，且其律師費用是採取附條件的付費方式，詳言之，作家協會的委任律師只有在本案和解或勝訴的情況下，才能得到律師費，而 Google 在和解協議的附件中載明，若和解協議通過，Google 願意支付共計三千萬美元的訴訟費用及律師費，<sup>276</sup>相較於耗日費時且勝負難料的訴訟流程，對於作家協會及其委任律師而言，和解似乎是較好的選擇。<sup>277</sup>

作家協會參與和解的第二個目的，是試圖藉由與 Google 簽訂實質且重大的和解協議來提升其聲望，以吸引更多的作者加入。第三，作家協會期待與 Google 的和解協議能夠解決出版商與作者之間有關電子書權利的爭議——出版商主張其享有電子書的相關著作權利，作者若有異議，則須個別向法院提起訴訟，此外，並希望在 Google Book Search 計畫運行下，作者至少能獲取百分之五十的利益，以保障作家的權利。<sup>278</sup>

綜上所述，在數位化浪潮席捲全球、紙本出版品銷售量逐漸下滑的環境中，若法院判決 Google 主張合理使用係屬有理由，對出版商及作者而言將是一大打擊，相較之下，不如藉助 Google Book Search 計畫降低自行數位化書籍的成本，且與熟悉網路運作並擁有龐大銷售管道的 Google 合作，對出版商與著作權人來說，並非是一著壞棋。<sup>279</sup>

### 第三款 參與 Google Book Search 計畫的各大圖書館對和解協議之態度

即使本案當事人皆傾向於簽訂和解協議，但若是參與 Google Book Search 計畫的各

---

<sup>275</sup> Samuelson, *supra* note 272, at 512. See Motoku Rich, *Publishers Win a Bout in E-Book Price Fight*, N.Y. TIMES, Feb. 8, 2010, available at <http://www.nytimes.com/2010/02/09/books/09google.html?scp=1&sq=Motoku%20Rich,%20Publishers%20Win%20a%20Bout%20in%20E-Book%20Price%20Fight,&st=cse>.

<sup>276</sup> See Amended Settlement Agreement, attachment I at 27, The Authors Guild, Inc., Association of American Publishers, Inc., et al. v. Google, Inc., 05-CV-8136 (S.D.N.Y. Nov. 13, 2009) [hereinafter Amended Settlement Agreement], available at [http://thepublicindex.org/docs/amended\\_settlement/amended\\_settlement.pdf](http://thepublicindex.org/docs/amended_settlement/amended_settlement.pdf).

<sup>277</sup> Samuelson, *supra* note 272, at 512-13.

<sup>278</sup> *Id.* at 514.

<sup>279</sup> 章忠信，前揭註 271，頁 62-62。



大圖書館不同意，則和解協議的簽訂將寸步難行，而各大圖書館參加和解協議的主要目的，是希望能進一步取得更多近用書籍內容的權利。然而，由於圖書館過晚才參加談判過程，無論是發言權或對於協議內容的影響力都偏弱，<sup>280</sup>整體觀之，和解協議仍由 Google、美國作家協會與美國出版商協會主導。

#### 第四款 和解協議之發展歷程

歷經三年的談判，2008 年 10 月 28 日，美國作家協會與美國出版商協會雙雙宣布與 Google 達成和解協議。該和解協議的檔案內容多達 323 頁（包括 141 頁的協議內文與 15 個附件），<sup>281</sup>其涉及層面更遠超過訴訟中所包含的範圍（例如和解協議中創造了一種企業框架，其給予 Google 販售近用全部數位書籍內容之權利），<sup>282</sup>無論是長度或廣度都遠超乎各界的預期。<sup>283</sup>

由於 Google Book Search 計畫不僅對著作權法產生極大的衝擊與影響，其後續發展更涉及公共利益、反托拉斯法等領域，無論支持與否，各界對於上述訴訟的結果皆給予高度關注。到 2009 年 9 月 4 日—和解協議的遞件截止日為止，紐約南區地方法院收到總計超過四百封的反對意見，提出異議者包括 Google 的潛在競爭對手、作者、出版商團體等，甚至美國司法部門以及法國和德國都對本件和解協議提出反對意見，反對理由涵蓋了公共利益、人權保護、隱私權、反托拉斯法，以及著作權法等層面，<sup>284</sup>即使如此，Google 最終仍以一億兩千五百萬美元的代價，與美國作家協會及美國出版商協會達成初步的和解協議，惟依據美國民事訴訟法（Federal Rules of Civil Procedure）的 Rule 23(e) 規定，集體訴訟案件縱經雙方當事人達成和解，和解協議及其內容仍須經過法院的認可，始得生效。

由於和解協議賦予 Google 過大的權利，引發美國政府與社會各界之反對聲浪，Google 於各方壓力下修改原有的和解協議，<sup>285</sup>並於 2009 年 11 月 14 日提交修訂後的和

---

<sup>280</sup> Samuelson, *supra* note 272, at 514. See Amended Settlement Agreement, *supra* note 276, § 4.1(a)(i), at 50-51.

<sup>281</sup> Original Settlement Agreement, *The Authors Guild, Inc. v. Google, Inc.*, No. 05-CV-8136 (S.D.N.Y. Oct. 28, 2008) [hereinafter Original Settlement Agreement], available at <http://thepublicindex.org/docs/settlement/settlement.pdf>.

<sup>282</sup> Gregory K. Leonard, *District Court Rejects The Google Books Settlement: A Missed Opportunity?*, 10 APR ANTITRUST SOURCE 1, 1 (2011) [hereinafter Leonard, *District Court Rejects The Google Books Settlement*].

<sup>283</sup> Durantaye, *supra* note 225, at 258-59.

<sup>284</sup> *Id.* at 259-60. Leonard, *District Court Rejects The Google Books Settlement*, *supra* note 282, at 1. See Docket of *Author's Guild, Inc. v. Google, Inc.*, No. 05-CV-8136 (S.D.N.Y. 2005) [hereinafter Docket].

<sup>285</sup> See Plaintiffs' Memorandum in Support of Unopposed Motion to Adjourn October 7, 2009 Final Fairness

解協議 (Amended Settlement Agreement, ASA)。<sup>286</sup>2010 年 2 月，法院就新版的和解協議舉行公聽會，後於 2011 年 3 月 22 日正式否決之，<sup>287</sup>其主要理由為防止資訊壟斷及本案有侵害著作權之疑慮，但雙方當事人仍可提交新的和解協議，<sup>288</sup>迄今為止，本案尚未有新的進展。限於篇幅之限制，本文僅將原有及新修訂的和解協議之重點作摘要簡介。

### 第三項 原和解協議

2008 年 10 月 28 日，Google 和美國作家協會及美國出版商協會達成初步的原和解協議 (Original Settlement Agreement)，此和解協議涵蓋範圍甚廣，本文僅將其重點摘要，羅列如下。

#### 第一款 適用範圍

原和解協議僅適用於 2009 年 1 月 5 日前出版，並且是在美國第一次出版且已於美國著作權辦公室登記的「著作」及「插入內容 (Inserts)」<sup>289</sup>，但不包括期刊以及落入公共領域的作品。<sup>290</sup>

#### 第二款 適用對象

適用對象涵蓋過廣是此次和解協議的一大闕漏，本次和解協議的適用對象不僅僅限於起訴當時 Google 已經完成掃描的七百萬本著作之著作權人，而是包涵了任何在美國本土對某本書籍享有著作權利之人，皆可成為本訴訟、和解協議的原告之一，<sup>291</sup>而由於各種國際條約的規定，原告的範圍更可能擴及至全世界的作者及出版商，甚至連絕版書

---

Hearing and Schedule Status Conference at 2, *Authors Guild, Inc. v. Google, Inc.*, 05-CV-8136 (S.D.N.Y. Dec. 1, 2009), available at <http://pdfserver.amlaw.com/ca/books0923.pdf>.

<sup>286</sup> See Amended Settlement Agreement, *supra* note 276.

<sup>287</sup> See Opinion, *The Authors Guild et al., v. Google, Inc.*, 05-CV-8136 (S.D.N.Y. Mar. 22, 2011), available at [http://www.copyright.gov/docs/massdigitization/statements/gbs\\_opinion.pdf](http://www.copyright.gov/docs/massdigitization/statements/gbs_opinion.pdf).

<sup>288</sup> Leonard, *District Court Rejects The Google Books Settlement*, *supra* note 282, at 1.

<sup>289</sup> 插入內容的定義：必須是文本，或非圖畫著作的表格、圖表或曲線圖，且須該插入內容的美國著作權人不是圖書的「主要作品」的權利擁有人。術語表，Google 圖書和解方案：

<http://www.googlebooksettlement.com/help/bin/answer.py?answer=118722&hl=zh-Hant>（最後點閱時間：2012 年 3 月 20 日）。

<sup>290</sup> Band, *The Long and Winding Road to the Google Books Settlement*, *supra* note 208, at 261. See Original Settlement Agreement, *supra* note 281, §§ 1.16, 2.1(a), 4.1(a)(v), and Attachment I, at 7-9.

<sup>291</sup> See Statement of Interest I, *supra* note 274, at 5.

籍以及孤兒著作的著作權人，亦包括在內。<sup>292</sup>

### 第三款 Google 將支付 1.25 億美元，並成立「書籍著作權登記中心」

Google 將針對 2009 年 5 月 5 日之前掃描的每一本著作，向其著作權人支付六十至三百美元不等之金額(若單一作品有複數權利人，則平均分配)，總計約 4,500 萬美元<sup>293</sup>；另外 4,500 萬元作為律師費，<sup>294</sup>最後的 3,450 萬元用來成立一個非營利的「書籍著作權登記中心 (Book Rights Registry)」，<sup>295</sup>其成員將由作者和出版社的代表組成，但其中並不包含圖書館代表或一般大眾。<sup>296</sup>「書籍著作權登記中心」的功能類似於著作權集體管理團體，負責清查每本書的著作權關係，並將 Google Book Search 計畫未來的收入分配給權利人，著作權人為了分配權利金，也會主動確認其身分，因而可以減少孤兒著作的數量，亦有利於公益。<sup>297</sup>

### 第四款 Google 堅持 Google Book Search 計畫並未侵害著作權

由於 Google 主張 Google Book Search 計畫並不構成著作權侵害，並堅稱和解「並非法律上的讓步，而是出於商業性考量 (not a legal concession, but rather a business decision)」，<sup>298</sup>故在原和解協議中，協議內文的行文用詞十分謹慎，僅使用「現金支付 (cash payment)」<sup>299</sup>一詞，避開損害賠償 (damages) 或補償金 (compensation) 等字彙。<sup>300</sup>

### 第五款 收入分享模式

Google 承諾將未來透過 Google Book Search 計畫所得收益，包括廣告收入、電子書銷售所得、機關訂閱等收入的百分之七十交給書籍著作權登記中心，書籍著作權登記中

---

<sup>292</sup> Durantaye, *supra* note 225, at 260-61. See *id.*

<sup>293</sup> See Original Settlement Agreement, *supra* note 281, § 5.1(a).

<sup>294</sup> *Id.* § 5.2. James Grimmelmann, *The Google Book Search Settlement: Ends, Means, and the Future of Books*, AM. CONST. SOC'Y FOR L. & POL'Y 1, 4 (2009) [hereinafter Grimmelmann, *The Google Book Search Settlement*].

<sup>295</sup> Original Settlement Agreement, *supra* note 281, § 5.2.

<sup>296</sup> *Id.* § 6.2(b).

<sup>297</sup> 章忠信，前揭註 271，頁 63。

<sup>298</sup> 陳世偉，前揭註 64，頁 27。Miguel Helft, *Viacom Sees a Concession in Google Settlement*, N.Y. TIMES, Oct. 29, 2008, available at

<http://bits.blogs.nytimes.com/2008/10/29/viacom-sees-a-concession-in-google-settlement/>.

<sup>299</sup> Original Settlement Agreement, *supra* note 281, § 2.1(b).

<sup>300</sup> 汪雪，數字圖書館之法律問題分析—從 The Authors Guild v. Google 之修正和解協議談起，頁 13(2010)。

心在扣除百分之十的營運所需費用後，再將剩餘金額按比例分配給著作權人。<sup>301</sup>

此外，作者和出版社之間的利益分配模式，也因為作品種類的不同而有以下差別：對於仍在出版的作品（in-print work），作者和出版社之間利益分配方式，將依照雙方簽訂的契約而定；<sup>302</sup>而已經絕版出版的作品，又依出版時間及權利是否已經回歸作者而有所不同——若著作的權利已經回歸給作者，出版商自然無權參與利益分配，所得利益將全數歸於作者；反之，若著作的權利尚未回歸作者，則所有 1987 年以後出版的作品，其收益由作者和出版社平分，而在 1987 年之前已經出版的著作，作者可分得百分之六十五的利潤，餘下的百分之三十五才歸出版社所有。<sup>303</sup>此種分配模式也與美國著作權法向來保障作者權利，並鼓勵創作的原則相符。

#### 第六款 不同種類著作的使用限制

本次和解協議依著作是否仍在著作權法保護期間內，將著作分為下三大類，而 Google 對個別著作的使用範圍，亦因著作的類別而有所不同。①已超過著作權法保護期間，而落入公共領域的作品，對於此類作品 Google 可提供線上全文閱覽及下載服務；<sup>304</sup>②尚在著作權保護期限內，且仍在出版的作品；③尚在著作權保護期限內，但已經不再出版的作品。據 Google 統計，在已經出版的實體書籍中，已經落入公共領域的著作大約占總數的百分之二十；尚在著作權保護期限內，且仍在出版的作品則占百分之十；最後，尚在著作權保護期限內，但已經不再出版的作品數量最多，占整體的百分之七十。<sup>305</sup>

對於後二類型的著作，Google 所能提供的閱覽服務有限，舉例來說，對於「在著作權保護期限內，且仍繼續出版的作品」，若未取得著作權人授權，Google 在搜尋結果頁面中不可顯示著作的本文內容，僅得提供標題頁面、書目資訊、可借閱圖書館索引、圖書各章節關鍵字等訊息。<sup>306</sup>而在「尚在著作權保護期限內，但已絕版的作品」方面，還要視著作是否屬於虛構性著作（fiction works），異其可供使用的範圍，在著作權人未表示反對的情況下，Google 最多將可顯示百分之二十的書籍內容。<sup>307</sup>

<sup>301</sup> Original Settlement Agreement, *supra* note 281, §§ 4.5(a), 6.1(d). Durantaye, *supra* note 225, at 262.

<sup>302</sup> Original Settlement Agreement, *supra* note 281, Attachment A § 5.5.

<sup>303</sup> Original Settlement Agreement, *supra* note 281, Attachment A § 6.2. 汪雪，前揭註 300，頁 13-14。

<sup>304</sup> Original Settlement Agreement, *supra* note 281, § 1.116 “Public Domain Book”.

<sup>305</sup> Band, *The Long and Winding Road to the Google Books Settlement*, *supra* note 208, at 262.

<sup>306</sup> Original Settlement Agreement, *supra* note 281, § 3.2(d)(ii). 魏菱慧，由 Google Books 和解協議探討電子出版發展之研究，國立臺灣科技大學科技管理所碩士論文，頁 68-69（2010）。

<sup>307</sup> Original Settlement Agreement, *supra* note 281, § 4.3(b)(i)(1).



綜上所述，原和解協議雖然使 Google 獲得較之前訴訟中更多的權利，但也引發不少質疑，若依照原和解協議的規定，孤兒著作全都將因為沒有著作權利人出面聲明異議，而使 Google 得公開展示其百分之二十以下的內容，在美國著作權法尚未明文規定孤兒著作利用方式的情況下，原和解協議卻擅自給予 Google 超法規的利用權利，此為原和解協議中飽受批評的一點。

## 第七款 Google Book Search 計畫運作模式

在原和解協議規定下，Google 對於協議所適用的著作及插入內容，可進行三種模式的運用，分別是展示使用（Display Uses）、非展示使用（Non-Display Uses）以及其他使用，詳細內容概述如下。

### （1）展示使用（Display Uses）

展示使用又可細分為片段顯示（Snippet Display）、書目頁面顯示（Front Matter Display）、預覽使用（Preview Uses）與存取使用（Access Uses），<sup>308</sup>使用者在 Google Book Search 頁面進行關鍵字搜尋後，前三者免費提供搜尋結果的特定範圍資訊以供閱覽，但不允許使用複製、黏貼和註釋功能，而存取使用則是針對特定使用者或特定區域，提供免費或付費的全文閱覽、複製黏貼、列印以及註釋等服務，<sup>309</sup>詳細內容分述如下：

#### ① 片段顯示（Snippet Display）

在片段顯示中，搜尋結果僅出現包含該關鍵字的前後三至四行的片段內容，且針對每位使用者搜尋的某特定關鍵字，每次至多只展示三段的片段內容。<sup>310</sup>

#### ② 書目頁面顯示（Front Matter Display）

搜尋結果僅顯示著作的標題頁面、著作權聲明、書籍索引、目錄，以及其他在目錄之前出現的頁面內容。<sup>311</sup>

#### ③ 預覽使用（Preview Uses）

預覽使用又可細分為標準預覽（Standard Preview）、固定預覽（Fixed Preview）、不提供預覽（No Preview）以及連續預覽（Continuous Preview）四種型式，<sup>312</sup>分述如下：

---

<sup>308</sup> *Id.* § 1.48.

<sup>309</sup> 魏菱慧，前揭註 306，頁 184。

<sup>310</sup> Original Settlement Agreement, *supra* note 281, § 1.147.

<sup>311</sup> *Id.* § 1.57. “Front Matter Display” means the display to users of Google Products and Services of one or more of the title page, copyright page, table of contents, other pages that appear prior to the table of contents at the front of the Book, and indexes of a Book.

<sup>312</sup> *Id.* § 4.3(e)(iii).

#### A. 標準預覽 (Standard Preview)<sup>313</sup>

針對特定的搜尋請求，Google Book Search 可以顯示至多百分之二十的著作內容，具體顯示比例則依著作種類、著作權人是否授權 Google 增加顯示內容而有所差異。<sup>314</sup>舉例來說，若著作屬於非虛構著作 (non-fiction works)，則 Google 可顯示搜尋關鍵字的前後最多五個相鄰頁面的內容，之後含有關鍵字的內文，又可再顯示其前後五頁的內容，但兩者之間至少必須間隔兩頁以上 (亦即一般著作展示了五頁的內容後，至少必須間隔兩頁以上，才得繼續顯示後續內文)；<sup>315</sup>但若著作屬於虛構性著作 (fiction works)，則 Google 至多只能顯示十五頁，或書籍內容的百分之五 (以較少者為準)，此外，搜尋結果中將不會顯示著作最後百分之五 (或十五頁) 的內容。<sup>316</sup>

#### B. 不提供預覽 (No Preview)

載於原和解協議附件F內「不提供預覽 (No Preview)」的著作，即便與搜尋結果密切相關，亦不提供預覽服務。<sup>317</sup>例如詩歌、短篇故事集，或由眾多作者合著的小說集等著作，由於單篇著作篇幅較小，縱使僅僅顯示單一頁面，卻可能導致顯示了某部作品的全文，因此，上述類型著作不提供預覽服務。<sup>318</sup>

#### C. 固定預覽 (Fixed Preview)

除了標題、著作權聲明以及目錄頁面之外，搜尋結果僅得顯示最多百分之十的著作內容，且該些顯示頁面是固定的，並不因使用者搜尋的關鍵字而有所不同。在「書籍著作權登記中心 (Book Rights Registry)」發展出一套可由著作權利人決定顯示哪些固定內容之前，暫由Google指定可顯示的固定內容。<sup>319</sup>字典、辭典、百科全書或是考試用書等具有工具書性質的著作，在Google Book Search中便適用固定預覽。

#### D. 連續預覽 (Continuous Preview)

在著作權人同意的情況下，搜尋結果可例外的規避標準預覽中有關相鄰頁面的限制，但相對的，在連續預覽中只可顯示至多百分之十的著作內文。<sup>320</sup>

---

<sup>313</sup> *Id.* § 4.3 (b)(i).

<sup>314</sup> *Id.* § 4.3 (b)(i)(2).

<sup>315</sup> *Id.* § 4.3 (b)(i)(1).

<sup>316</sup> *See id.*

<sup>317</sup> *Id.* § 4.3 (b)(ii) and attachment F. The default setting for the categories of Books listed on Attachment F (Preview Uses) under the heading “No Preview” is no Preview Use (“No Preview”).

<sup>318</sup> 汪雪，前揭註 300，頁 15。

<sup>319</sup> Original Settlement Agreement, *supra* note 281, § 4.3 (b)(iii).

<sup>320</sup> *Id.* § 4.3 (c)(iii). “Continuous Preview” means that Google may display up to ten percent (10%) of the pages of a Book to a user without the adjacent page limitations of Standard Preview.

#### ④存取使用（Access Uses）

存取使用的搜尋結果中，可以顯示在片段顯示、書目頁面顯示或預覽使用中，所禁止展示的、具有實質重要性的著作內容（包括書籍和插入內容），而原有和解協議中，明文列舉了以下三種存取使用方法：機關訂閱（Institutional Subscriptions）、消費者購買（Consumer Purchase），以及公共存取服務（Public Access Service），<sup>321</sup> 本文僅簡述其主要特色如下。

##### A. 機關訂閱（Institutional Subscriptions）

政府部門、教育機關或民間企業可向 Google 訂閱，在特定時限內，機關的內部成員可於機關所訂閱的資料庫中搜尋、閱覽著作的全文，並可為有限度的使用。<sup>322</sup>

##### B. 消費者購買（Consumer Purchase）

針對個別使用者，Google 也提供付費或免費的存取單本著作之服務。<sup>323</sup> Google 將和「書籍著作權登記中心」一起設定書籍的原始價格，並可隨時依照作品的銷售量斟酌調高或降低售價，<sup>324</sup> 而著作權利人亦可要求 Google 設定特定的價格。<sup>325</sup>

##### C. 公共存取服務（Public Access Service）

一般民眾只要前往 Google 設有終端機的公共圖書館或非營利高等教育機構，皆可免費搜尋、閱覽著作全文，並提供付費列印服務。<sup>326</sup>

#### (2) 非展示使用（Non-Display Uses）

非展示使用意指不顯示任何書籍或插入內容的搜索內容，僅提供書目資訊、全文索引、可借閱圖書館索引，以及各章節關鍵字，以及提供 Google 內部研究、開發。<sup>327</sup>

---

<sup>321</sup> *Id.* § 1.1.

<sup>322</sup> *Id.* §§ 1.74, 4.1.

<sup>323</sup> *Id.* §§ 1.32, 4.2.

<sup>324</sup> *Id.* § 4.2(c)(ii)(1), (2).

<sup>325</sup> *Id.* § 4.2(b)(i).

<sup>326</sup> *Id.* §§ 1.115, 4.8. 魏菱慧，前揭註 306，頁 74。

<sup>327</sup> Original Settlement Agreement, *supra* note 281, § 1.91. “Non-Display Uses” means uses that do not display Expression from Digital Copies of Books or Inserts to the public. By way of example, display of bibliographic information, full-text indexing without display of Expression (such as listing the number or location of search matches), geographic indexing of Books, algorithmic listings of key terms for chapters of Books, and internal research and development using Digital Copies are all Non-Display Uses.

### (3) 其他使用

其他使用則包含廣告使用 (Advertising Uses)、<sup>328</sup>完全參與的圖書館使用 (Fully Participating Libraries)<sup>329</sup>，以及研究資料庫 (Research Corpus)<sup>330</sup>三種使用方式。<sup>331</sup>

### 第八款 最惠待遇條款

原和解協議中的「其他協議效果 (Effect of Other Agreements)」條款中，規定「書籍著作權登記中心」(或是其他與「書籍著作權登記中心」實質相似、由著作權利人組成的團體，其有運用到任何由 Google 提供的檔案或資料者) 在 (1) 本協議生效十年之內的授權行為，或是 (2) 未加入「書籍著作權登記中心」的著作權利人所為之重要的授權行為，關於該些授權行為的內容，「書籍著作權登記中心」(或是其他與「書籍著作權登記中心」實質相似、由著作權利人組成的團體，其有運用到任何由 Google 提供的檔案或資料者) 不得在經濟或其他條件上，給予 Google 相較於第三者更為不利的待遇。<sup>332</sup>此與國際上常見的最惠國待遇條款非常相似，故本文稱之為「最惠待遇條款」，此規定引發許多反托拉斯法的爭議，將於後續探討。

### 第四項 原和解協議評析

由於和解協議所產生的影響太過廣泛，美國司法部 (Department of Justice, DOJ) 於 2009 年 7 月 2 日主動對於 Google Book Search 計畫進行反托拉斯調查，後於同年 9 月 18 日提出對原和解協議的意見書。除此之外，原和解協議在美國本土與其他國家皆招致許多批評和質疑，舉例而言，和解協議允許 Google 公開展示孤兒著作的部分內容，而其他競爭者若無法找到孤兒著作的著作權人，在美國現行法下便無從利用孤兒著作，如此一來，將導致 Google 得以壟斷整個孤兒著作市場，對此，Google 解釋任何意圖利用孤兒著作之人，都可以和「書籍著作權登記中心」協商申請，Google 並沒有壟斷整個市場；縱使如此，若原和解協議通過，必將使 Google Book Search 計畫在整個電子書市場上取得壓倒性的先機，對原和解協議將產生何種影響，各界眾說紛紜，本文將重點意見整理並分述如下。

### 第一款 美國司法部對和解協議之看法

美國司法部彙整各方意見後，於 2009 年 9 月 18 日向法院提出了對原和解協議的反

---

<sup>328</sup> *Id.* § 3.14.

<sup>329</sup> *Id.* § 2.2.

<sup>330</sup> *Id.* § 1.130.

<sup>331</sup> 魏菱慧，前揭註 306，頁 68-69 (2010)。

<sup>332</sup> Original Settlement Agreement, *supra* note 281, § 3.8(a).



對意見書，<sup>333</sup>內容以原和解協議涉嫌違反美國聯邦民事訴訟法（Federal Rules of Civil Procedure）第 23 條、著作權法以及反托拉斯法三方面為主。

（1）違反美國聯邦民事訴訟法第 23 條集團訴訟（class action）之要件<sup>334</sup>

依據該法第 23 條規定，集團訴訟必須符合以下四要件：①集團人數眾多，無法齊聚所有成員應訴（通常集團成員要多於 25 人，才可能屬之）；<sup>335</sup>②該集團有共同的法律或事實上問題；<sup>336</sup>③集團代表人的主張或抗辯，要有足夠的代表性，能夠代表該集團成員的意見；<sup>337</sup>④代表人將公正且充分的保護集團成員的利益。<sup>338</sup>

由於本次和解協議中的適用對象不限於起訴當時 Google 已經完成掃瞄的七百萬本著作之著作權人，其範圍可能擴及於全球的作者及出版商，甚至將包含絕版書籍和孤兒著作的著作權人，<sup>339</sup>而原和解協議的代表人是美國作家協會（Authors Guild）及美國出版商協會（AAP），此二者顯然無法代表世界各國、孤兒著作的著作權人，因此，原和解協議存在代表性不足的問題，違反美國聯邦民事訴訟法第 23 條之規定，可能導致美國本土以外的著作權人以及孤兒著作的著作權人之利益受到損害。<sup>340</sup>

除了上述代表性不足的問題之外，美國司法部與 Amazon.com 皆指出原和解協議還涉及另一個爭議—美國民事訴訟法以及法院判決中，集團訴訟的和解協議僅能免除和起訴書所載聲明中，有事實同一性（identical factual predicate）的相關責任，<sup>341</sup>而美國聯邦法院過去承審的集團訴訟之和解協議中，所有涉及到未來授權的相關聲明，法院也從未完全准許。<sup>342</sup>由於原和解協議乃試圖免除 Google 未來的相關商業行為責任，而非針

<sup>333</sup> Statement of Interest I, *supra* note 274.

<sup>334</sup> KEVIN M. CLERMONT, PRINCIPLES OF CIVIL PROCEDURE, 393-403 (2th ed. 2009).

<sup>335</sup> See *id.* at 396. The class must “so numerous that joinder of all members is impracticable”.

<sup>336</sup> *Id.* at 397. There must be “questions of law or fact common to the class”.

<sup>337</sup> *Id.* The claims or defenses of the representatives must be “typical” of the class.

<sup>338</sup> *Id.* The representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.

<sup>339</sup> 詳見本文第三章第三節原和解協議之討論。

<sup>340</sup> Statement of Interest I, *supra* note 274, at 4-5, 8.

<sup>341</sup> *Id.* at 6. Objection of Amazon.com, inc., to proposed settlement, No. 05-CV-8136-DC (S.D.N.Y. Sept. 1, 2009), available at <http://thepublicindex.org/docs/letters/amazon.pdf>. Citing cases such as *Amchem Products, Inc. v. Windsor*, 521 U.S. at 620, 628-29 (1997). *National Super Spuds, Inc. v. New York Mercantile Exch.*, 660 F.2d 9, 17 (2d Cir. 1981), and *Wal-Mart Stores, Inc. v. Visa U.S.A., Inc.*, 396 F.3d 96, 106-13 (2d Cir. 2005). “While a settlement can release claims that were not specifically alleged in the litigation, a settlement cannot release claims that are not part of the ‘identical factual predicate’ as the class claims.”

<sup>342</sup> See *Uhl v. Thoroughbred Tech. & Telecomms., Inc.*, 309 F.3d 978, 982 (7th Cir. 2002) (affirming class settlement that resolved trespass and slander of title claims by granting easements in railroad rights-of-way).

對過往的紛爭達成和解，並不適合透過集團訴訟的方式來解決紛爭。<sup>343</sup>

### (2) 違反著作權法

和解協議中有關孤兒著作之利用問題，一直是實務及學者競相攻訐之點，由於孤兒著作之利用與公共利益息息相關，理應由立法機關制訂相關法律來解決，始為妥適，而不應任由私人間逕行以和解協議決定之。<sup>344</sup>此外，美國司法部於反對意見中鼓勵 Google 應將 Google Book Search 計畫的顯示方式限縮於片段顯示，並認為唯有如此才能使和解協議成功通過。<sup>345</sup>

### (3) 違反反托拉斯法

美國司法部已經著手調查此次和解協議對相關市場競爭會產生何種影響，在反對意見中，司法部指出兩個爭議：第一點，原和解協議使書籍出版商擁有限制價格競爭的權力；第二點，由於和解協議將使 Google 在銷售數位化圖書檔案以及其他衍生產品的市場中，占有先機，可能產生排除其他電子書經銷商業者進入競爭市場的效應。除了上述兩個明顯的爭議之外，由於司法部的調查尚未結束，和解協議是否確實構成違反反托拉斯法，尚未有定論。<sup>346</sup>

雖然美國司法部對於原和解協議抱持反對意見，但在反對意見書中，除了呼籲承審法院應拒絕 Google Book Search 計畫的現行和解協議外，由於此計畫還涉及許多重要的社會利益，司法部也希望法院鼓勵雙方當事人繼續討論並修改和解協議，使其能夠符合美國民事訴訟法第 23 條、著作權法以及反托拉斯法的規定。<sup>347</sup>

## 第二款 其他各界對和解協議之看法

### (1) 違反伯恩公約有關保護著作權之規定

和解協議除了涉嫌違反美國著作權法之外，亦違反了伯恩公約（Berne Convention）有關於「著作權之保障不得以形式要件為前提（copyright protection may not be conditioned upon formalities）」之規定。1886 年簽訂的伯恩公約中，將有關國民待遇及公約待遇規定於第五條，該條第一項規定，著作權人就本公約所保護之著作，在來源國以外其他會員國內，享有與該國法律給予其國民同等的權利；同條第二項規定，該些權

---

<sup>343</sup> James Grimmelmann, *Objections and Responses to the Google Books Settlement: A Report*, Public-Interest Book Search Initiative at New York Law School, Jan. 2010, at 26, available at [http://works.bepress.com/james\\_grimmelmann/30](http://works.bepress.com/james_grimmelmann/30).

<sup>344</sup> 張玲韶，前揭註 220，頁 186。

<sup>345</sup> Band, *The Long and Winding Road to the Google Books Settlement*, *supra* note 208, at 318-20.

<sup>346</sup> Statement of Interest I, *supra* note 274, at 16-17.

<sup>347</sup> *Id.* at 27.

利之享有及行使不應有任何形式上之要求。<sup>348</sup>

在和解協議中，著作權人必須向「書籍著作權登記中心」登記，才能分享 Google Book Search 數位化其著作後所得之利益，違反了伯恩公約之規定。<sup>349</sup>此外，由於和解協議並沒有翻譯成其他國家的文字，又沒有外國的著作權利人代表參與協議的簽訂，若該些外國著作權人的作品被 Google Book Search 計畫所利用，權利人只能透過加入美國作家協會（Authors Guild）以維護其利益（因為出版商協會（AAP）的成員僅限於美國人），由此可知，在和解協議下，外國著作權人的權益可能受到嚴重的損害。<sup>350</sup>

### （2）開放書籍聯盟對和解協議抱持反對立場

2009 年 8 月 26 日，Google 的競爭對手 Amazon.com、Microsoft、Yahoo、非營利團體（如 Internet Archive）以及圖書館等，組成「開放書籍聯盟（The Open Book Alliance）」，該聯盟主張「任何大規模之書籍數位化和發行方式，都必須式開放且競爭的」。<sup>351</sup>其內成員包括 Amazon.com、Microsoft 及 Yahoo 各自都有推出數位化圖書計畫，Microsoft 更宣布將與大英圖書館（British Library）合作，數位化該館的十萬本藏書。<sup>352</sup>雖然都是數位化圖書計畫，但該些成員的計畫與 Google Book Search 計畫卻截然不同，他們只收錄已經落入公共領域的著作，以及著作權人選擇進入（opted-in）數位化圖書計畫的作品，<sup>353</sup>故對於原和解協議可能使 Google 在電子書市場取得壟斷地位一事，開放書籍聯盟表達堅決的反對立場。

### （3）孤兒著作的利用問題

在和解協議的架構下，Google 將可利用孤兒著作取得雙重獲利一事，成為飽受批評的一點。詳言之，Google 可藉由公開展示孤兒著作，以及出售孤兒著作的數位內容提供使用者存取使用二種方式，來獲取雙重利潤，<sup>354</sup>若孤兒著作的著作權人並未出面主張分享上述收益（而在絕大多數的情況下，孤兒著作的權利人並不會出現），所得金額將由

<sup>348</sup> 許忠信，國際著作權公約及發展趨勢，頁 22（2009）。

<sup>349</sup> Durantaye, *supra* note 225, at 263-64. Sam Ricketson, Memorandum of Advice: The Compatibility of the Proposed Google Book Settlement with the Provisions of the Berne Convention (Sept. 9, 2009), available at <http://thepublicindex.org/docs/commentary/Ricketson.pdf>.

<sup>350</sup> Durantaye, *supra* note 225, at 264.

<sup>351</sup> 陳世偉，前揭註 64，頁 29。

<sup>352</sup> See Jonathan Band, *The Google Library Project: Both Sides of the Story*, 1 PERSPECTIVES 2, 8 (2006) [hereinafter Band, *Both Sides of the Story*].

<sup>353</sup> Band, *The Long and Winding Road to the Google Books Settlement*, *supra* note 208, at 235. See Katie Hafner, *In Challenge to Google, Yahoo Will Scan Books*, N.Y. TIMES, Oct. 3, 2005, available at <http://www.nytimes.com/2005/10/03/business/03yahoo.html?pagewanted=2>.

<sup>354</sup> Original Settlement Agreement, *supra* note 281, §§ 3.14, 4.2(a). Durantaye, *supra* note 225, at 264.

「書籍著作權登記中心」保管五年，五年之內若著作權人仍未提出申請，「書籍著作權登記中心」可逕自使用該筆金額作為行政營運的經費，剩餘部分將再分配給其他登記在「書籍著作權登記中心」的作者。<sup>355</sup>

依據 Google 的預測，以美國、加拿大、澳洲以及英國來看，孤兒著作在所有作品的總數中，約占百分之二十的比例，<sup>356</sup>有其他研究認為甚至可能達到百分之七十！<sup>357</sup>而在原和解協議的架構下，Google 將會成為如此龐大數量書籍的唯一合法銷售者，如此一來，其將建立起一個有關孤兒著作利用的、龐大的獨占體制，<sup>358</sup>對 Google 的競爭者與社會大眾而言，這當然不是一件值得欣喜的事。

#### (4) 和解協議的擁護者

雖然和解協議招致不少反對聲浪，但 Google 並非孤立無援的，包括 Sony、美國殘障者協會、美國盲人聯盟以及電腦與通訊產業協會（CCIA）等，對於原和解協議都採取支持態度。以美國盲人聯盟為例，其認為透過 Google Book Search 計畫快速且大量的數位化實體書籍，將可大幅提升視障者可獲取、利用的書籍內容，許多民間團體也認為和解協議的通過，使得許多收藏於高等學術機構或圖書館的著作可被更多的民眾使用，進而縮短城鄉、貧富間的數位落差，給予社會大眾更公平的獲取新知的權利。<sup>359</sup>

#### 第三款 小結

綜上所述，依原和解協議的規定下，對於「仍在著作權保護期間內，但已經不再出版的作品」，在著作權人未表示反對的情況下，Google 最多將可顯示百分之二十的書籍內容，因此，使用者可以閱覽、利用的範圍遠比 Google Book Search 計畫中所訂的片段顯示來的多；相較之下，針對「尚在著作權保護期間內，且仍然繼續出版的作品」，Google 在搜尋結果頁面中不可顯示著作的本文內容，僅得提供標題頁面、書目資訊、可借閱圖書館索引、圖書各章節關鍵字等訊息，讀者可以利用的範圍遠少於 Google Book Search 計畫所訂定的片段顯示。

此種作法一方面加強了對於仍在出版印行的著作之保護，除了避免影響書籍的銷售

---

<sup>355</sup> Original Settlement Agreement, *supra* note 281, § 6.3(a)(i). Durantaye, *supra* note 225, at 265.

<sup>356</sup> Durantaye, *supra* note 225, at 265. See Competition and Commerce in Digital Books: Hearing Before the H. Comm. on the Judiciary, 110th Cong. 12 (2009) (testimony of David Drummond, Senior Vice President of Corporate Development and Chief Legal Officer, Google, Inc.).

<sup>357</sup> Band, *The Long and Winding Road to the Google Books Settlement*, *supra* note 208, at 294 (“[As] much as 75% of the out-of-print books” will not be claimed). Durantaye, *supra* note 225, at 265.

<sup>358</sup> Grimmelmann, *The Google Book Search Settlement*, *supra* note 294.

<sup>359</sup> 陳世偉，前揭註 64，頁 29。Drummond, *supra* note 258.



量及作者和出版商的利益之外，由於 Google 在搜尋頁面會顯示作品的出版訊息，以及購買、借閱的管道，某種程度上看來，對於著作的銷售及推廣亦有助益。另一方面，對於不再出版印行的作品，Google 可顯示書籍百分之二十以下的內容，如此既不會降低實體書籍的銷售量，又能提供使用者更多的資訊，並保障公眾近用新知的權利。

雖然和解協議有上述諸多優點，但由於其涉及公共利益、隱私權，以及著作權法等層面，合法性方面也引發諸多爭議，以孤兒著作為例，若法院認可了和解協議，則代表法院認為 Google 擅自掃描，並公開展示孤兒著作的片段內容一舉，符合合理使用之規定，如此一來將開創一種法未明文、嶄新的孤兒著作利用方式，而 Google 的競爭對手如 Amazon.com 及 Microsoft 等必將起而效仿，但這又會引發一波新的問題—原和解協議中載明，只有 Google 可以在著作權人未提出異議的情況下，公開展示著作百分之二十以下的內容（此指前述「標準預覽」的顯示模式），而在孤兒著作尋無著作權人可以表示反對的情況下，和解協議的通過，無疑將使 Google 在孤兒著作的利用上，取得實質性的獨占權利，此種結果必將與反托拉斯法之規定相互扞格。<sup>360</sup>在 Google Book Search 計畫與和解協議引發各界洶湧的支持與反對聲浪之下，究竟應否准許該和解協議，法院也陷入兩難的困境。

#### 第五項 修訂後的和解協議（以下簡稱 ASA）

在各界以及美國官方反對意見的壓力之下，雙方當事人針對美國司法部的意見，修正和解協議，並於 2009 年 11 月 13 日向紐約南區地方法院提交了修訂後的和解協議，<sup>361</sup>以期能緩解各界對於 Google Book Search 計畫及和解協議的反對態度。以下本文將就修訂後的和解協議與原和解協議之間關鍵性的相異之處，作重點性的整理介紹。

#### 第一款 大幅限縮適用範圍

由於包括德國、法國及中國等國家相繼反對 Google Book Search 計畫，為了弭平爭議，修訂後的和解協議對於適用的著作範圍做了大幅度的限縮，僅限於美國、英國、澳洲與加拿大出版的書籍。<sup>362</sup>ASA 中對於「美國著作（United States work）」的定義與原和解協議中差別不大，只要是 2009 年 1 月 5 日前出版，並且是在美國第一次出版且已於美國著作權辦公室登記的「著作」及「插入內容（Inserts）」，均納入 ASA 的適用範圍；但若作品並不屬於「美國著作」，則只有在 2009 年 1 月 5 日前出版且在美國著作權辦公室完成登記的作品，或是在加拿大、澳洲或英國出版的作品，才能參與本次修訂

<sup>360</sup> Durantaye, *supra* note 225, at 264.

<sup>361</sup> Amended Settlement Agreement, *supra* note 276.

<sup>362</sup> 張玲韶，前揭註 220，頁 186。

的和解協議。<sup>363</sup>此外，諸如期刊、個人書信（personal papers，例如未公開的日記或信件等）、日曆等作品，也被明文排除於 ASA 的適用範圍之外。<sup>364</sup>

若是某部著作屬於原和解協議的適用範疇，卻被排除於 ASA 之外的，Google 也表示會將該部作品自電子資料庫中移除，同時，若著作權人願意繼續參與 Google Book Search 計畫，Google 也樂於提出其他的合作方案。<sup>365</sup>

## 第二款 明確定義「其他收益模式（Additional Revenue Models）」

雖然原和解協議中有規定「書籍著作權登記中心」與 Google 可透過其他收益模式獲利，但對於何謂其他收益模式，則未為詳細的說明。<sup>366</sup>而修訂後的和解協議中，將「其他收益模式（Additional Revenue Models）」明確分成以下三種：（1）依用戶需求提供的列印服務（POD, Print on Demand）；（2）檔案下載（File Download）（3）消費者訂閱（Consumer Subscription Models）。<sup>367</sup>

## 第三款 開放「書籍著作權登記中心」可授權與其他競爭業者

「書籍著作權登記中心」將設置一個獨立的「無人主張權利著作之受託機關（Unclaimed Works Fiduciary）」，用來管理、監督「無人主張權利之著作（unclaimed works）」的使用，<sup>368</sup>該受託機關可在法律允許的情況下，授權 Google 的競爭對手利用 Google Book Search 計畫中的書籍，<sup>369</sup>但諷刺的是，孤兒著作並不在法律明文可使用的範圍之內，因此，Google 仍可獨占孤兒著作的市場。

---

<sup>363</sup> Amended Settlement Agreement, *supra* note 276, § 19.1. “Book” means a written or printed work that as of January 5, 2009 (a) had been published or distributed to the public or made available for public access as a set of written or printed sheets of paper bound together in hard copy form under the authorization of the work’s U.S. copyright owner, (b) was subject to a Copyright Interest, and (c) (1) if a “United States work,” as defined in 17 U.S.C. § 101, was registered with the United States Copyright Office, and (2) if not a United States work, either (x) was registered with the United States Copyright Office, or (y) had a place of publication in Canada, the United Kingdom or Australia, as evidenced by information printed in or on a hard copy of the work. Relevant information printed in or on a hard copy of the work may include, for example, a statement that the book was “Published in [Canada] or [the UK] or [Australia],” or the location or address of the publisher in one of those three countries.

<sup>364</sup> *Id.*

<sup>365</sup> 汪雪，前揭註 300，頁 19。

<sup>366</sup> Original Settlement Agreement, *supra* note 281, § 4.7.

<sup>367</sup> Amended Settlement Agreement, *supra* note 276, § 4.7(a), (b), (c).

<sup>368</sup> *Id.* § 6.2(b)(iii). Durantaye, *supra* note 225, at 266.

<sup>369</sup> Amended Settlement Agreement, *supra* note 276, § 6.2(b)(i).

#### 第四款 修改著作的定價方式

在修訂後的和解協議中，「書籍著作權登記中心」將不再參與設定「消費者購買」中的書籍價格，Google 將依據市場競爭下的價格來決定個別著作的售價。<sup>370</sup>

#### 第五款 修改孤兒著作收益的分配模式

相較於原和解協議中所載，利用孤兒著作所得收益於「書籍著作權登記中心」代為保管五年後若無人認領，該筆金額將作為「書籍著作權登記中心」的營運經費，剩餘部分則分配給其他作者的不合理規定，ASA 中將其做了大幅修正—明文規定「書籍著作權登記中心」必須主動尋找孤兒著作及其他無人主張權利之著作（unclaimed works）的著作權人，若尋人未果，利用該些著作而產生的收益將由「書籍著作權登記中心」保管十年，十年之後若仍未有著作權人出面主張，則該筆金額將捐獻於慈善用途。<sup>371</sup>雖然 Google 可否擅自使用孤兒著作之事仍有爭議，但此舉確實降低了各界對 Google Book Search 計畫及修訂的和解協議之疑慮與反對聲浪。

#### 第六款 刪除「最惠待遇條款」

修訂後的和解協議中，刪除了原和解協議第§ 3.8(a)條的「其他協議效果（Effect of Other Agreements）」—即本文所稱的「最惠待遇條款」，並規定「書籍著作權登記中心」除了可以授權第三人使用 Google Book Search 計畫中的書籍之外，亦沒有義務要提供 Google 和第三人相同，或是優於第三人的待遇。

「最惠待遇條款」的刪除對 Google 而言，在經濟上是一個很大的讓步，也足以看出其希望紓緩與同業競爭者之間的敵對關係，而此舉也是對美國司法部提出的反對意見書之回應，Google 渴望藉由消除壟斷疑義一事，使和解協議能夠成功通過。

#### 第六項 修訂後的和解協議評析

##### 第一款 美國司法部對修訂後的和解協議之看法

美國司法部（DOJ）於 2010 年 2 月 4 日提出對於修訂後的和解協議之意見書，<sup>372</sup>肯

---

<sup>370</sup> *Id.* § 4.2.

<sup>371</sup> *Id.* § 6.3(a)(i)(3). Durantaye, *supra* note 225, at 267.

<sup>372</sup> See Statement of Interest of the United States of America Regarding Proposed Amended Settlement Agreement, *The Authors Guild v. Google Inc.*, No. 05-CV-8136-DC (S.D.N.Y. Feb. 4, 2010) [hereinafter Statement of Interest II], available at <http://www.justice.gov/atr/cases/f255000/255012.pdf>.

定了本案當事人參考司法部先前反對意見書後，在修訂後的和解協議中所為之修正，<sup>373</sup> 例如：（1）在 ASA 中刪除了 Google 對於未來衍生商品的無限利用權利；<sup>374</sup>（2）設立了獨立的受託機關（independent fiduciary），以管理、監督孤兒著作之使用及收益分配；<sup>375</sup>（3）限縮 ASA 適用的範圍，降低外國作品落入和解協議範疇的機率；<sup>376</sup>（4）刪除原和解協議中的最惠待遇條款。<sup>377</sup>

雖然美國司法部認可 Google 在 ASA 中所釋出的誠意，但 ASA 中仍然存在許多與原和解協議相同的問題，諸如（1）原告部分存有集團訴訟（class action）中代表性不足的問題，此外，修訂後的和解協議與原和解協議相同，並非用以解決過往的紛爭，而是試圖免除 Google 未來相關商業行為的責任，上述皆有違美國聯邦民事訴訟法第 23 條之規定；<sup>378</sup>（2）由於在 ASA 的框架下，Google 將可事實上的排除其他競爭者利用孤兒著作之機會，縱使 ASA 中修改了對於著作的訂價方式，但仍未解決 Google 可能獨占孤兒著作市場的爭議，美國司法部認為 ASA 仍有違反反托拉斯法之疑慮。<sup>379</sup>

除了提出部分反對的意見之外，美國司法部的意見書中還提到，若承審的美國紐約南區地方法院最終決定通過該修訂後的和解協議，為了保障絕版著作以及孤兒著作的著作權人之權益，並降低 ASA 是否有違著作權法等爭議，最好考量下述幾點作法：

（1）建議 ASA 改採「選擇進入（opt-in）」機制，用以取代備受爭議的「選擇退出（opt-out）」；<sup>380</sup>

（2）若法院認為「選擇退出」或「部分選擇退出」機制，符合美國聯邦民事訴訟法第 23 條以及著作權法的規範，司法部建議 Google 在對絕版著作進行商業性利用之前，若未能事先取得著作權人的同意，至少應該設立一定的「等待期間（waiting period）」，在這段期間內，「書籍著作權登記中心」應盡力尋找、聯繫著作權利人，以確保著作權人的權利；<sup>381</sup>

---

<sup>373</sup> *Id.* at 1.

<sup>374</sup> Amended Settlement Agreement, *supra* note 276, § 4.7.

<sup>375</sup> *Id.* § 6.2(b)(iii).

<sup>376</sup> *Id.* § 1.19.

<sup>377</sup> Original Settlement Agreement, *supra* note 281, § 3.8(a).

<sup>378</sup> Statement of Interest II, *supra* note 372, at 4-13.

<sup>379</sup> *Id.* at 16, 21.

<sup>380</sup> *Id.* at 23.

<sup>381</sup> *Id.* at 23-24.



(3) 在「書籍著作權登記中心」制定出一套適當的等待期間，且能降低「無人主張權利之著作 (unclaimed works)」被 Google 利用的機率之前，法院應暫緩通過 ASA。

382

(4) 若是法院傾向於允許 Google 在著作權人並未選擇進入 Google Book Search 計畫的前提下，仍然得以商業性的利用無人主張權利的著作，那麼，法院應該規定一個五年或者十年的利用期限，在期限截止後，將由「書籍著作權登記中心」透過談判協商來決定新的被授權人。<sup>383</sup>

綜上所述，美國司法部雖然肯認 Google 在 ASA 中所為的努力，但 ASA 中仍然存在許多爭議問題，由於考量到 ASA 與 Google Book Search 計畫可能帶來的許多公共利益，司法部建議法院鼓勵當事人針對和解協議的範圍與內容繼續進行協商，以期作出進一步的修正。<sup>384</sup>

## 第二款 法院否決修訂後的和解協議

2011 年 3 月 22 日，美國紐約南區地方法院法官 Denny Chin 公開了一份總計 48 頁的意見書，並正式否決了修訂後的和解協議。<sup>385</sup> 法院認為雖然 ASA 以及 Google Book Search 計畫確實可能有利於資訊流通、文化發展等重大的公共利益，但 ASA 卻走得過遠了。

在 ASA 的架構下，Google 可以在未獲得著作權人允許的情況下，任意掃描、數位化實體書籍，並且在網路上公開展示其片段內容，此舉違反了著作權法「授權利用」的原則，且此種未來性的商業安排將使 Google 在數位著作的領域中占據無人能及的優勢地位，甚至形成事實上的獨占。而在集團訴訟的代表性不足問題上，法院指出最明顯的例子就是已經有六千八百位權利人選擇退出 Google Book Search 計畫，<sup>386</sup> 雖然相較之下，參加 Google Book Search 計畫的作品數量總數仍佔較多數（高達一億七千四百萬件以上），<sup>387</sup> 但仍無法彌補尚有許多被 Google 利用的著作，但其著作權人並未參與和解協議的闕漏，法院無權自行替那些不在原告集團內的權利人做決定，而在眾多反對聲浪

---

<sup>382</sup> *Id.* at 24. “...the Court could delay or condition acceptance of the ASA, subject to work by the UWF and the Registry to set standards designed to further reduce the volume of unclaimed works after expiration of the waiting period.”

<sup>383</sup> *Id.*

<sup>384</sup> *Id.* at 25.

<sup>385</sup> *See* Opinion, *supra* note 287.

<sup>386</sup> *Id.* at 19.

<sup>387</sup> *Id.* at 3 n.1.

中，法院也承受了許多來自各方的壓力，這些或多或少都影響了法院最終作出的結論。

388

由於 ASA 涉嫌違反著作權法、美國聯邦民事訴訟法第 23 條，以及反托拉斯法的規定，<sup>389</sup>更在美國立法機關尚未決定孤兒著作的授權、利用方式之前，便越俎代庖的決定了孤兒著作的利用方式，綜上所述，法院認為 ASA 是一種不公平、不適切，且不合理的安排，<sup>390</sup>因此，法院最終否決了修訂後的和解協議。

雖然法院否決了修訂後的和解協議，但雙方當事人仍可提出新的修正版本。<sup>391</sup>對 Google 而言，自 2004 年開始發展 Google Book Search 計畫至今，已經投注了將近天文數字的資金，以及無法計數的心血，其對於 Google Book Search 計畫的執著可見一斑，由此可見，Google 不能也並不打算就此放棄，雖然法院否決了修訂後的和解協議，但這或許只是本案漫長訴訟旅程中的一小段而已。

#### 第四節 總結

自有文字以來，人類數千年的文化透過石版、竹簡、帛書以及紙本等載具代代流傳而下，傳承著自遠古以降的歷史，以及多元文化的發展，雖然在網路逐漸普及化之後，數位閱讀逐漸取代了紙本世界，但在學術研究領域以及文化發展方面，實體書籍仍然佔有半壁江山，網路搜尋資料雖然快速且便捷，但許多實體圖書的內容仍然無法透過網路取得、閱覽，因此，搜尋引擎仍然無法完全取代紙本閱讀。

然而，Google 自 2004 年開始推行的 Google Book Search 計畫，卻可能打破上述搜尋引擎與紙本圖書之間的藩籬，Google Book Search 計畫是 Google 意圖自搜尋引擎界跨入數位內容市場，並建立一座龐大且永恆的世界數位圖書館的遠大抱負，此計畫的目的是掃描並數位化所有的書籍，並將取得的著作內容存入 Google 的數位資料庫中，以供使用者搜尋利用。因此，透過 Google Book Search 計畫，無論你身處於世界的哪一個角落，只要坐在家中動動手指，就能利用網路搜尋到地球上任何一本書籍的內容，這是在網路尚未普及化的 1990 年代之前，人類根本無法想像的驚人創舉。

雖然 Google Book Search 計畫立意良善，但由於其涉及違反著作權法中根本的「授權利用」原則，影響了無數著作權人的權益，自 Google 公布該計畫以來，其發展之路

---

<sup>388</sup> Leonard, *District Court Rejects The Google Books Settlement*, *supra* note 282, at 1.

<sup>389</sup> Opinion, *supra* note 287, at 1-2.

<sup>390</sup> *Id.* at 1-2.

<sup>391</sup> *Id.* at 46.

便甚為崎嶇，著作權人與出版社除了強烈指責 Google 所為嚴重侵犯了權利人的重製權及公開展示權之外，其所採取的「選擇退出」機制更將防止侵權的責任倒置於著作權人身上，上述種種皆有悖於現行法規；此外，雖然 Google Book Search 計畫宣稱是免費的全球數位圖書館，但仍不能完全免除 Google 未來收費的可能性，畢竟 Google 身為營利性的大型企業，投入鉅額資金卻完全不求回報的說法是否可信，確實引人疑竇。

Google Book Search 計畫歷經了在美國本土以及德國、法國、日本等地的訴訟，不僅承受了出版界、著作權人與其他數位內容同業競爭業者等，來自各界的質疑與反對聲浪，且其在美國努力協商的和解協議也於 2011 年遭法院駁回。雖然 Google Book Search 計畫涉及違反著作權法、反托拉斯法以及美國聯邦民事訴訟法第 23 條等規定，但其對於促進學術研究、文化發展與縮小不同地區間智識差距等公益有著極大的助力，法院否決了和解協議的決定，是否也等於否決了許多可能出現的機會與進步的契機？

自整體經濟效益以及個別使用者的社會利益觀點看來，法院否決修訂後的和解協議之舉，似乎並不符合大眾的利益，如同法院在意見書中寫到「書籍數位化計畫，以及建立一座全球的數位化圖書館之行為，可能會造福許多人」，<sup>392</sup>其中最顯著的例子，就是 Google Book Search 計畫讓使用者能在網路上近用「尚在著作權保護期間內，但已經絕版的著作」，該些著作中的部分書籍不是數量稀少，就是事實上難以取得；此外，Google Book Search 計畫也解決了一直以來都困擾著許多人的孤兒著作利用問題—儘管其設定的利用方式有違反著作權法及反托拉斯法之疑慮，但 Google 確實指出了一條孤兒著作可能的利用途徑。<sup>393</sup>

縱使 Google Book Search 計畫具備上述種種優點，但美國紐約南區地方法院仍在 2011 年 3 月 22 日駁回了修訂後的和解協議，法院反對的主要理由有三：（1）ASA 容許 Google 在未獲得著作權人許可的情況下，擅自使用尚在著作權法保護期限內的著作，嚴重違反了著作權法中重要的「授權利用」原則；（2）除了涉及當事人代表性不足的問題之外，ASA 作為集團訴訟下的和解協議，其內容卻非針對過往的紛爭達成和解，而是試圖免除 Google 未來的商業行為責任，以上皆涉嫌違反美國聯邦民事訴訟法第 23 條的規定；（3）最後，法院認為 ASA 將使 Google 對「無人主張權利之著作（unclaimed works）」享有事實上的獨占權利，並使 Google 在電子書競爭市場上佔有極大的優勢，此等結論皆有悖於反托拉斯法的規定。<sup>394</sup>

---

<sup>392</sup> Opinion, *supra* note 287, at 1.

<sup>393</sup> Leonard, *District Court Rejects The Google Books Settlement*, *supra* note 282, at 1.

<sup>394</sup> Opinion, *supra* note 287, at 36. “The ASA would give Google a de facto monopoly over unclaimed works. Only Google has engaged in the copying of books en masse without copyright permission.” “This de facto exclusivity (at least as to orphan works) appears to create a dangerous probability that only Google would have the ability to market to libraries and other institutions a comprehensive digital-book subscription.”



雖然法院於意見書中也闡述了有關隱私權及外國法等爭議，<sup>395</sup>但最主要的考量因素仍是上述三點，其中，相較於反托拉斯法而言，法院著墨在著作權法與美國聯邦民事訴訟法議題上的比重又更高，顯然，此二者是法院否決 ASA 的關鍵性因素。

承上所述，法院基於保障著作權以及遵循美國聯邦民事訴訟法等理由，否決了修訂後的和解協議，然而，在 ASA 能為廣大消費者提供許多重要的新興搜尋及閱覽服務，並且有利於文化發展與資訊流通等重大公益之下，法院的決定會不會反而讓我們錯失了許多可能的機會？

在反托拉斯法方面，若站在使用者的立場思考，雖然 ASA 可能使 Google 獨占「無人認領的著作」市場，但與現行法律規定下，一般消費者根本無法利用該些著作的情況相較，前者或許會是更好的選擇。<sup>396</sup>且 ASA 是否能獨占相關市場也尚無定論，雖然 Google 或許能暫時取得優勢地位，但同業的競爭對手自然也能夠從 Google 的例子中汲取相關經驗，進而學習、發展出其自我的一套商業模式。以 Amazon.com 與藍燈書屋等投入電子書銷售領域已久的企業為例，其自身的經營方式、銷售通路與人際管道等，與 Google 相比亦毫不遜色，在自由市場的競爭機制下，縱使 Google 想要獨吞數位內容市場這塊大餅，也絕非易事。

至於 ASA 是否違反美國聯邦民事訴訟法 Rule 23 中的「代表性不足」之規定，雖然參加集團訴訟與和解協議的原告集團，其成員確實無法涵蓋所有受到 Google Book Search 計畫影響的著作權人，但集團訴訟本就是基於便利當事人應訴，以及訴訟效率等考量而設，而在本案中，若要使原告集團符合 Rule 23 的代表性要件，那麼，光是要和上百萬名所在不明或其身分無法確定的孤兒著作之著作權人取得聯繫這一點，就足以迫使 Google Book Search 計畫停擺。<sup>397</sup>若考量到 Google Book Search 計畫含有的濃厚公益色彩、其將為一般大眾提供的諸多服務與便利性，以及美國司法部與承審法院一再鼓勵雙方當事人修改和解協議等面向看來，擴大和解協議的代表性認定，使之符合美國聯邦民事訴訟法之要求，或許將是未來法院審查再修訂的和解協議時，可能採取的態度。

最後，雖然法院以及美國司法部站在保護著作權法之立場，認為 ASA 中設定的「選

---

<sup>395</sup> *Id.* at 11-13.

<sup>396</sup> Leonard, *District Court Rejects The Google Books Settlement*, *supra* note 282, at 3. See Jerry A. Hausman & J. Gregory Sidak, *Google and the Proper Antitrust Scrutiny of Orphan Books*, 5 J. COMP. L. & ECON. 411 (2009), available at <http://econ-www.mit.edu/files/4418>.

<sup>397</sup> Gregory K. Leonard, *The Proposed Google Books Settlement: Copyright, Rule 23, and DOJ Section 2 Enforcement*, 24 SUM ANTITRUST 26, 27-29 (2010) [hereinafter Leonard, *The Proposed Google Books Settlement*].



擇退出」機制違反了著作權法「授權利用」原則，因為在現行著作權法規定中，使用者若要利用著作，必須先徵得著作權利人的授權後始得為之，因此，ASA 應該改採「選擇進入」機制，方合乎著作權法規定。然而，ASA 之所以採行「選擇退出」機制，有其特別的理由，並不是單純為了 Google 而設的便宜行事規定。詳言之，「選擇退出」機制是為了配合集團訴訟而特別採取的措施，若是集團訴訟的成員想要單獨對 Google 提起告訴，或是不想被納入和解協議的範圍中時，該些著作權人就可以「選擇退出」Google Book Search 計畫及相關的和解協議，如此一來，既保障了著作權人退出此計畫的權利，又能兼顧以一訴解決眾多紛爭的訴訟經濟。<sup>398</sup>

Google Book Search 計畫誠然涉及違反著作權法、美國聯邦民事訴訟法，以及反托拉斯法等疑慮，但其對於資訊流通助益極大，更有甚者，許多學者與實務工作者認為，數位化閱讀時代即將來臨，而 Google 打造全球化圖書館、資料庫的雄心壯志正代表其擁有長遠且獨到的商業眼光，而法院雖未同意 Google 的和解案，但允許雙方進一步提出再修訂的和解協議，在數位化成為勢不可擋的潮流之下，Google Book Search 計畫最終將迎來何種結局？電子書所涉及的相關著作權爭議應如何解決？綜上所述，雖然 Google Book Search 計畫涉及多方面、跨領域的問題，但由於研究方向與論文篇幅之限制，本文僅專注於著作權法議題之討論，包括合理使用與 DMCA 於圖書搜尋暨數位典藏計畫之適用、延伸性集體授權機制之探討，以及孤兒著作的利用方式等新興著作權爭議，並將於後續章節中作系統性的深入研究。

---

<sup>398</sup> *Id.* at 27.

## 第四章 合理使用於 Google Book Search 之適用及實證研究

在第二章及第三章節中，本文分別闡述了合理使用的判斷基準，以及 Google Book Search 計畫的發展、爭點、訴訟歷程與和解協議的始末，並於分析美國司法部、出版商及學界支持或反對此項計畫的理由之後，筆者希望能進一步了解相關產業界對於 Google Book Search 計畫之想法，及其對於 Google 所為是否構成合理使用抗辯之見解。因此，筆者首先針對與 Google Book Search 計畫密切相關的「圖書館」、「實體出版社」與「電子資料庫業者」進行實地訪談，以期能藉由訪談結果深入剖析 Google Book Search 計畫的適法性，並探究合理使用原則適用於此案之可能，兼論數位典藏的未來發展，以增益並佐證本研究之論點及內容。

繼實證研究後，本文於第二節中將從法律觀點出發，分別自正、反論點檢驗合理使用的四項判斷基準於本案中之適用結果，以探究 Google Book Search 計畫主張合理使用之可行性。縱合上述討論後，對於在數位化環境下，傳統的合理使用理論是否已不符社會需求？而其判斷基準應否順應時代變化，發展出不同的理論或變革？針對上述議題，本文將提出一些新的想法與建議，以期能完整建構數位時代下，合理使用判斷基準的新思維。

### 第一節 Google Book Search 計畫適用合理使用之實證研究

#### 第一項 研究設計

##### 第一款 前言

除了分析「司法實務」與「學術界」的論點之外，實證法學研究亦是本論文的研究重心之一，擬透過對於「產業界」的實體訪談，觀察業者針對 Google Book Search 計畫與合理使用之想法，進而瞭解司法實務、學術見解與產業界觀點之異同，並藉由探求其中原因，進而分析合理使用適用於本案之妥適性，以及圖書搜尋的未來及其可能的發展模式。

##### 第二款 受訪者樣本

如上所述，本文實證研究的主要目的在於探求產業界對於 Google 所為是否構成合理使用所抱持的態度及見解，而業界中與本案關係最密切者，非「圖書館」、「實體出版社」與「電子資料庫業者」莫屬，加之本文性質為法學論文，故邀請的訪談對象包括「國家圖書館」、出版實體法學著作與期刊的「月旦出版社」，以及經營法學電子書及

資料庫的「元照出版社」，詳細的訪談內容分述如下。

第二項 對於 Google Book Search 計畫得否構成合理使用，以及孤兒著作利用問題之看法

第一款 受訪者對於 Google Book Search 計畫抱持贊成或反對意見？理由為何？

(1) 國家圖書館

受訪者對於 Google Book Search 計畫基本上抱持贊同態度，因為在國家圖書館服務的時間內，深切的體認到紙本書籍不易長久保存，若不數位化，很多書籍將隨著時間的流逝而消失，故其贊同 Google 大量數位化實體圖書的想法，但對於是否應該由 Google 擔此重責大任，則持保留意見。

(2) 實體出版社

受訪者反對此一計畫，所持理由有二：①不同於歐美各國相當重視對於學術專論的書籍出版社之保護，在我國政府並不補助國內專業學術出版業，且學術專題的實體圖書售價低廉的情況下，企業經營本就不易；②Google Book Search 計畫無視著作權法「授權利用」的基本原則，剝削著作權人與出版社的心血，自屬違法無疑。

(3) 電子資料庫業者

受訪者對此項計畫採取反對立場，因為數位化書圖書與期刊等資料多是由紙本書籍轉化而成，電子資料庫業者首先要取得實體出版商及著作權人的授權，始能將書籍數位化成電子檔案。此外，由於建構電子資料庫系統以及後續有關銷售通路的設置、廣告等等，皆需花費大量資金才能完成，但 Google Book Search 計畫卻反其道而行之，在未獲得授權的情況下擅自數位化著作並利用之，並藉由此種違法手段擴大市場占有率，形成一家獨大的現況。綜上所述，此項計畫不僅違反著作權法，且因 Google 的行為有削弱交易相對人議價能力之虞，亦不符合反托拉斯法之規定。

第二款 對於美國紐約南區地方法院於 2011 年 3 月 22 日，以 Google Book Search 計畫違反授權機制且可能導致獨占為由，駁回 Google Book Search 和解案，受訪者是否同意？

(1) 國家圖書館

針對 Google Book Search 計畫是否得主張合理使用一事，受訪者認為應視著作性質及利用方式而作不同考量。首先，對於已經落入「公共領域」的書籍，Google 將其全文掃描上網的利用行為，應係合理使用無疑，且不存在商業侵害的問題。惟其掃描並數位化「尚在著作權法保護期限內之著作」此舉，是否得主張合理使用一事，應依利用方式而作不同考量：

①違反「授權利用」部分：Google 未取得著作權人授權，便逕行將實體書籍全文掃描、重製之行為，由於違反著作權法中的「授權利用」原則，確實涉及侵權疑慮。

②書目頁面顯示（Front Matter Display）：針對 Google 僅將書目、出版資訊等上傳到網站的部分，縱使未經權利人同意，亦無不妥。此種利用方式縱未經授權，Google 亦應可主張合理使用，因為圖資界認為書訊本就應讓大眾接觸，例如國圖也製作了全國圖書書目，全球的讀者皆可免費使用此資源，事實上 Google 將書名、書目、作者及出版資訊等資料放在網路上供人查詢，非但不會構成侵權，反而有推薦的效果，是十分值得讚許的。

③片段顯示（Snippet Display）：在此利用模式下，搜尋結果僅會出現包含關鍵字的前後三至四行的片段內容，由於使用者所得閱覽的範圍極為有限，對於原著作所造成的侵害甚微，故 Google 應得主張合理使用之保護。

受訪者表示雖然 Google 擅自將著作重製為數位化版本之行為，違反了「授權利用」原則，但「片段顯示」及「書目頁面顯示」的利用模式對著作權人權益的影響並不大。此外，Google 大量數位化實體書籍之舉有助於文化的傳承與書訊之傳播，再配合 Google 強大的搜尋引擎背景技術，使大眾得以更便利且迅速的查詢書籍內容，由此看來，Google Book Search 計畫的立意洵屬良善，對全體人類貢獻極大，其濃厚的公益性色彩應有助於合理使用之認定。

## （2）實體出版社及電子資料庫業者

受訪者認為完全 Google Book Search 計畫違反反托拉斯法及著作權法之規定，故對於法院駁回和解協議的決定，抱持肯定態度，理由分述如下。

①自反托拉斯法角度出發：無論是圖書搜尋市場或電子書市場，均應遵循合理的市場機制，但 Google 顯然並不打算遵守遊戲規則，如同法院於判決中所提及的隱憂-- Google Book Search 計畫欠缺合理的商業機制，又採取強硬的、先斬後奏的違法舉措成功取得一家獨大的優勢，甚至可能形成市場獨占的結果，故法院駁回修訂後的和解協議（ASA）是非常正確的決定。

②自著作權法角度出發：受訪者認為 Google Book Search 計畫雖然立意良好，且 Google 將紙本圖書轉化為電子搜尋工具的利用行為，具有很高的轉化性，但仍應嚴格遵守著作權法之規定，先合法取得著作權人之授權後，才得利用著作。

第三款 對於 Google Book Search 計畫有助於解決「孤兒著作的利用問題」一事，有何見解？



### (1) 國家圖書館

此部分確實存在很大爭議，Google 擅自以數位化方式重製孤兒著作全文一舉，固然有損害著作權人利益之虞，但另一方面卻有利於公眾近用孤兒著作之權益，兩相權衡之下，Google 所為與國際著作權的意識相違背，但受訪者仍會偏向支持 Google Book Search 計畫的作法。

以國家圖書館為例，假設全台灣只剩下國圖擁有某本孤兒著作的藏書，許多讀者希望有機會近用該本著作，但國圖藏書又不許外借，對於此類市面上已經無法購買且難以借閱的書籍，國圖應該扮演什麼樣的角色？

對於孤兒著作之利用，國圖曾想過一個解決之道，即要求使用者先付費後，由國圖提撥一定比例的金額存放於銀行或其他具有公信力的機構，若日後著作權人出面主張權利，該些金額也可作為對著作權人的彌補與保障。但此種作法也會導出許多後續問題，例如主張權利之人要如何舉證其對該本著作享有著作權？針對每本著作國圖應該向使用者收取多少金額？收受的金額中又要提撥多少比例存放在銀行中，作為對著作權人的保障？

由於孤兒著作問題牽涉過廣，故比起含有商業色彩的民營企業(例如 Google 或 Amazon 等)，實應由政府出面實施孤兒著作數位化，會更為妥適！申言之，因為孤兒著作的性質偏向公共財，Google Book Search 計畫之所以造成許多爭議，很可能是因為 Google 屬於民營企業，會有商業性操作，導至獨占、圖利等問題；反之，若由政府出面推動圖書數位化暨搜尋計畫，或政府出資交由非營利單位站在保存文化資產的立場，實行圖書數位典藏計畫，所造成的疑慮或反對聲浪應會大幅減少，因為如此一來數位化書籍的所有權屬於國家，對人民、著作權人較有保障，至少無庸擔心孤兒著作將受到私人把持，或獨占性的營利使用。

### (2) 實體出版社

受訪者認為孤兒著作之利用是一個無解的難題，在傳統紙本閱讀時代，孤兒著作因搜尋不易，故重要性較低，只有在例外的情況下才會受到重視（例如全台灣只剩下國家圖書館有收藏該本孤兒著作時，使用者別無選擇，只能專程到國圖閱覽該本書籍）。

然而，此種情形在數位出版時代來臨後產生極大變化，尤其在電子書正式問世後，書籍可轉化為電子檔而永久典藏，孤兒著作之可利用性因而大增，在著作權人不明或失聯，致利用人無法取得授權時，受訪者認為應由國家圖書館（或其他公立機關）實施典藏計畫，並訂定一套從「數位化」到「提供大眾利用」的制式化規定，避免因為無法利用孤兒著作而阻礙文化、資訊的發展。

Google Book Search 計畫在未獲得授權的情況下，逕行將孤兒著作以數位化方式重

製並加以利用，此種遊走在法律邊緣灰色地帶的作法過於粗糙、蠻橫，應由政府機關統一規定孤兒著作之利用規則，或是直接由國立圖書館實行孤兒著作數位典藏計畫，始為正途。

### (3) 電子資料庫業者

受訪者不認同 Google Book Search 計畫違反著作權法下「授權先行」之規定，而擅自利用孤兒著作之作法，其認為 Google 應在網站上公佈所欲利用的孤兒著作與作者名稱，請作者或權利人與 Google 聯繫，待取得授權後始得利用孤兒著作，若作者失聯或無人回應，則仍應嚴守著作權法之規定，不得擅自將孤兒著作轉化為數位檔案利用。

此外，孤兒著作性質類似公共財產，若任由私人營利企業制定使用方法，對人類文化之發展、傳承將有不利影響，縱使 Google Book Search 計畫設有「選擇退出」機制並提供事後賠償金，但其所為仍違反著作權法之根本立意，此種作法並不可採。

## 第三項 「商業授權機制」及「書籍著作權登記中心」對本案之影響

第一款 若 Google Book Search 計畫發展成功，會否破壞既有的商業授權機制，而由 Google(或其他企業)掌控授權模式？或是商業授權機制仍將主導市場發展？

### (1) 國家圖書館

此項計畫若成功的確有破壞商業授權機制的可能，尤其 Google Book Search 計畫與出版社、作者所簽的合約皆為專屬授權，長此以往，企業將大者恆大，數位著作市場很有可能被 Google 壟斷，導致出版社與著作權人不得不接受 Google 制訂的遊戲規則，進而弱化權利人的談判、議價能力，對於整個文化產業的均衡發展以及良性競爭也會產生不好的影響。

以圖資界立場看來，因為國家預算編列不足，無法數位化國圖的所有藏書，故圖資界原先十分贊同 Google Book Search 計畫，但實際進行接觸後，才發現 Google 的 Google Book Search 計畫有許多商業上的策略，例如圖書館將館藏書籍提供 Google Book Search 計畫掃描，但掃描後數位檔案的所有權仍將歸屬於 Google；縱使圖書館獲得了一份掃描後的數位檔案，但日後要利用時仍須徵求 Google 的同意，在雙方地位不對等的條件下，圖資界對於是否參與 Google Book Search 計畫，仍然抱持著遲疑的態度。

### (2) 實體出版社及電子資料庫業者

受訪者皆認為要回到著作權法授權利用的核心思想，若 Google Book Search 計畫係合法取得授權而利用，縱使造成一家獨大而壟斷市場的結果，但只要程序合法，即應予以肯定；惟目前 Google Book Search 計畫很大部分違反授權先行規定，破壞了既有的市場授權機制，若仍一意孤行，勢必招致更多訟累。此外，此類反市場性的做法勢必無法

得到政府與社會的支持，而其他數位出版商亦將依循商業機制而進入市場、合理競爭，Google Book Search 計畫最終會遭到市場的抵制而被淘汰。

第二款 Google 出資成立的書籍著作權登記中心(由出版社與作者主導，分配 Google 銷售所得利潤，類似我國著作權集體管理團體)，可否有效解決相關爭議？

#### (1) 國家圖書館

若「書籍著作權登記中心」能妥善運行，必然可以解決一些問題，至少不是由 Google 單方決定利益分配，但縱使如此仍無法弭平所有爭議。由於「書籍著作權登記中心」並不是由多家出版社與作者聯盟自主成立的機關，是否可以達到類似我國著作權集體管理團體下合意、公平之成效，不無疑問，且未來 Google Book Search 計畫成熟茁壯之後，主導方 Google 會否藉機再次改變遊戲規則，亦不得而知。

#### (2) 實體出版社及電子資料庫業者

受訪者認為「書籍著作權登記中心」應可解決破壞商業授權機制的問題，只要遵循合法程序，自然可以避免爭議。但受訪者強調此僅能解決 Google Book Search 計畫與願意授權予 Google 的出版社、作者之間利益分配的問題，對於不願授權但著作已遭 Google Book Search 計畫逕行利用之著作權人，以及 Google Book Search 計畫擅自利用孤兒著作等問題，卻依然存在。

### 第四項 Google Book Search 可能的發展前景，及其對受訪者所屬產業之影響

第一款 雖然 Google Book Search 和解案遭法院駁回，但 Google 仍可提出新的和解協議，若其欲繼續推動此計畫，可能採取的方式及改變為何？

#### (1) 國家圖書館

站在圖書館立場看來，本次和解案原告（出版社、著作權人）的主張只涉及其私人利益，圖資界更擔心文化資產會遭到 Google 壟斷，原本大眾可以主張合理使用的權利會因為 Google Book Search 計畫壯大而受損（例如民眾可以免費閱覽圖書館中館藏書籍，但若 Google Book Search 計畫主導了數位圖書市場，未來圖書館除了必須付費向其購買電子書之外，若欲開放給民眾利用還要再得到 Google 的同意，此對大眾近用著作之權益，會造成極大的影響）。

易言之，圖書館所關注者不僅僅是因為 Google Book Search 計畫違反授權先行原則，而受到損害的權利人是否可獲得賠償，圖資界更擔憂文化壟斷的問題，因為掌控內容的一方將擁有極大優勢，在此項計畫發展下，Google 可能掌控全球文化產業大部分的內容，而形成文化壟斷！且 Google 在和解案中所提出的高額和解金除了補償原告之外，也有設下高門檻的意圖，旨在告訴潛在競爭者若要仿效 Google Book Search 計畫，前提



是必須擁有強大的財力背景，在 Google 行事作風如此強勢的情況下，若無法遏制其鋒頭，未來文化產業是否還有能力制衡 Google，將成為一大隱憂。

因此，縱使 Google Book Search 計畫是運用強大的人力、物力與財力所發展的計畫，但卻忽略了文化產業也擁有十分長久的發展歷史，且其中牽涉諸多複雜環節，例如出版社、繪圖者、翻譯者、經銷商與利用人等等，如此多元的環節即便 Google 擁有龐大的財力也無法輕易的一次掌控，更何況此計畫牽涉到文化壟斷的問題。雖然 Google 於和解協議中已經表態讓步，但卻仍然不足，在此計畫對著作權人以及利用人相對不利的情況下，法院若通過修訂得和解協議，勢必會遭受來自各界的龐大壓力，因此，Google Book Search 計畫後續應放淡企業營利色彩，多多站在利用人與著作權人端思考，如此一來應可找出更好的、能被社會接納的未來走向。

### (2) 實體出版社

受訪者認為，在提出新的和解協議前，Google 應該先鄭重的為之前違法利用著作一事，向著作權人致歉並負起法律責任，而不應扛著推動數位圖書館對全人類有益的大旗，欲藉故推諉塞責。而為了繼續推動 Google Book Search 計畫，Google 應考慮採取軟化手段，例如透過捐款或贊助公益活動來挽回受損的企業形象，並遵守著作權法「授權先行」之規定，承諾尊重著作權人及出版社之權益，上述行為將應會有利此計畫之後續發展。

### (3) 電子資料庫業者

Google 必須承諾不會藉由銷售掃描後的數位圖書檔案而獲取利益，降低 Google Book Search 計畫的違法可責性，以建構數位圖書電子圖書館有利於公益為方向，始有助於此計畫之推展。

第二款 若 Google Book Search 計畫繼續推行，對受訪者從事的產業會帶來何種影響？

### (1) 國家圖書館

國家圖書館除了希望將屬於國家資產的重要文獻全部予以數位化典藏外，還兼負另一個重要任務，即保障民眾閱覽書籍、接觸文化的權利，因為圖書館有弭平貧富不均、知識水準歧異的社會責任，故其應該是社會基礎服務的角色。但若是 Google Book Search 計畫繼續進行，未來圖書館的身分很可能會從「內容提供者」變成「一般使用者」，除了圖書館可能要向 Google 購買數位書籍之外，若是沒有獲得 Google 的同意，民眾甚至無法免費使用該些電子書。故圖資界認為最好由政府或其他公權力機關，實行圖書數位化計畫，才能確保文化的最後一道防線。

### (2) 實體出版社

以我國的情況而言，由於實體出版社擁有著作的專屬授權，除非 Google Book Search



計畫將整本書籍重新打字、編排成另一本書籍，才有將著作數位利用之可能，否則縱使原作者同意授權 Google Book Search 計畫將出版之實體著作轉化為數位版本利用，在未取得實體出版社同意前，此種作法仍屬侵害著作權，出版社得以循法律途徑保護自身權益。

至於 Google Book Search 計畫會否大幅降低實體書之銷售量，受訪者認為要分成一般文學作品及專業著作兩大部分討論：①小說文學類的軟性著作勢必會受到極大的衝擊，以哈利波特為例，在紙本閱讀時代，哈利波特在台灣銷量可能達到一、兩萬本，但若同時推出實體與數位兩種版本，部分消費者為求迅速便利，將選擇購買數位版本，對於出版實體著作的出版社而言銷售量將因而大幅滑落，若出版社又缺乏與 Google 競爭、議價之能力，久而久之將會消失在競爭激烈的市場中；②反之，Google Book Search 計畫對出版專業圖書的出版社（例如月旦法學）影響其實不大，因為專業著作領域的讀者較為特定，購買實體書與電子書的族群並不完全相同，故 Google Book Search 計畫對出版專業學術著作之實體出版社所帶來的衝擊較輕微。

總體而言，現今社會中一般民眾仍然較習慣紙本閱讀模式，就像在電視出現後，錄音機並未因此消失一樣，實體書市場也不會消失，數位著作無法完全取代紙本書籍，因此，對實體出版社而言，Google Book Search 計畫產生的最大影響只是某種程度上縮小了實體書的銷售市場。值得一提的是，受 Google Book Search 計畫影響最深的應該是印刷廠、傳統的物流及倉庫業等，由於在數位著作市場中並不需要印製書籍，也無需倉儲管理，因此許多傳統產業可能逐漸式微，然而，這也是產業移轉下必然的情況。

### （3）電子資料庫業者

Google Book Search 計畫對電子資料庫業界勢必會產生一些影響，但此種影響不會是全然正面或負面的，事實上，國內的電子資料庫業者也希望能擴展國外市場，如果 Google Book Search 計畫能提供更好的平台，合作對於彼此而言皆有益處，雙方將會維持既競爭又合作的關係。

電子資料庫中包含許多不同種類的內容與資源，即便和 Google Book Search 計畫合作，也是針對某單一品項（例如：電子書），而電子資料庫本身還擁有專論書籍、期刊、辭典等專營內容。此外，電子資料庫與 Google 電子書的使用型態差距甚大，例如電子資料庫可提供交叉查詢之功能，此即有別於單本電子書之販售。

第三款 若 Google Book Search 計畫繼續推行，受訪者從事的產業之相關應變措施為何？

#### （1）國家圖書館

若 Google Book Search 計畫不願讓步，則國圖不排除自己實施數位圖書館計畫，畢竟不是只有 Google 具備執行數位典藏之能力，許多國家的圖書館與出版社也有涉及電

子書領域，我國國家圖書館或許也可以在政府的支持下，實行台灣數位典藏計畫。

### (2) 實體出版社

在數位化浪潮下，許多實體出版業者都在考慮一個問題：出版社要自己創建數位平台或是選擇向平台業者靠攏？自建平台需要許多人力、物力與財力支撐，且必須 24 小時待命處理各種突發性的線上問題，出版社在投入極大成本的情況下，若市場不如預期，將會面臨入不敷出之窘境，而了解此種風險卻仍然願意投入的出版社，多是對學術、文化擁有極高的使命感，以受訪者服務的學術性出版社為例，其每出版一本著作都承擔著收益低於成本的風險，在此情形下，願意自建平台的出版社少之又少，大多選擇向平台業者（例如 Google 或 Amazon）靠攏，但實體出版界與 Google 合作的前提要件，必須是在 Google Book Search 計畫遵循授權先行規定的前提下，始有依法合作之可能。綜上所述，實體出版業應該考慮共同合作的可能性，藉此提高與 Google Book Search 計畫的議價能力，並確保合理的利益分配機制。

### (3) 電子資料庫業者

受訪者表示在 Google Book Search 計畫符合著作權法規定，且有一套合理的利益分配規則情況下，電子資料庫與 Google Book Search 計畫合作的可能性很高。在「內容」擁有者有能力主導著作權產業的情況下，若是電子資料庫業者有獨自建立平台且獲得「內容」的能力，Google Book Search 計畫對其造成的威脅及影響將大幅降低，惟許多中小型電子資料庫並沒有與 Google 競爭的力量，在缺乏平台、議價能力的情況下只能選擇向其靠攏，故如何提升自身競爭力，並防止 Google Book Search 計畫獨大，是電子資料庫業界必須審慎思量之議題。

## 第五項 小結

透過上述訪談內容，可以發現產業界對於 Google Book Search 計畫的想法，與美國司法部的論點不盡相同，針對 Google Book Search 計畫與「孤兒著作的利用問題」方面，無獨有偶地，圖書館、實體出版社與電子資料庫業者都認為孤兒著作性質上屬於公共財的一種，無論是數位化重製、典藏或後續的利用行為，皆不宜由私人營利企業為之，否則恐不利於文化之發展及知識的傳遞；此外，Google 所為既違反著作權法之規定，又可能導致獨占孤兒著作市場之結果，縱使其確實指出了一種孤兒著作可能的利用方式，但無論站在遵循法制或維護公益的立場，Google Book Search 計畫擅自利用孤兒著作之行為，實不可採。綜上所述，孤兒著作的數位典藏計畫應由政府出面主導，經過充分的討論後，決定一套在全國統一施行的規定，如此才能創造權利人與利用人雙贏的結果。

在合理使用的判斷上，由於圖書館十分重視文化傳承與書籍典藏，故其認為即便 Google 的行為違反了著作權法中「授權利用」原則，但基於 Google 所提供之「片段顯示」及「書目頁面顯示」利用模式對著作權人權益的影響並不大，以及 Google 大量數

位化實體著作之舉有助於文化的傳承與知識之傳播，含有強烈的公益性色彩等理由，圖書館最終認為 Google 應得主張合理使用之保護。而實體出版社與電子資料庫業者則認為，Google 的行為既違反著作權法及反托拉斯法之規定，且不符合合理使用之要求，故對於法院駁回和解協議的決定，抱持肯定態度。

值得一提的是，雖然 Google Book Search 計畫建立全球數位化圖書館的立意洵屬良善，惟其實行方式有違反美國著作權法及反托拉斯法之虞，且引發文化產業可能被私人企業壟斷的危機，故圖書館雖然傾向於支持 Google Book Search 計畫的數位典藏行為，認為此將有利於著作保存及大眾近用知識的權利，但其同時也指出，此種大規模的圖書數位化計畫，其實更適合由政府或其他國家機關主導，故 Google 未來不妨考慮與美國政府攜手合作，共同發展數位典藏及圖書搜尋計畫，如此應更有利於 Google Book Search 計畫的推動。

而實體出版界及電子資料庫業者則認為，Google 此種違反著作權法的蠻橫作法，實乃思慮不周、緣木求魚之舉，受訪者認為若 Google Book Search 計畫能遵循現行法規定，事先徵詢著作權人之同意，其實大部分的著作權人應會同意授與 Google 利用其著作之權利。以受訪者所從事的專業學術出版及資料庫領域為例，學者及研究人員最重視的並非授權金額之多寡，而是如何提升其學術影響力，並使其研究成果或專業著作得以廣為流傳，在此種目的取向下，加入 Google Book Search 計畫無疑可增加著作被搜尋、閱覽的機會，對專家學者而言有利無弊，因此，其建議 Google 應回歸「授權利用」之正途，始有利於後續 Google Book Search 計畫之發展，否則縱使其再次提交修訂的和解協議，法院仍會基於相同的理由駁回之。

綜上所述，圖書館對本案發展抱持較為樂觀的態度，而實體出版界及電子資料庫業者則採取相反的見解，後者所持理由與本案中原告（出版社及著作權人）和美國司法部的反對意見書相仿，前者則基於公益性考量，傾向於支持 Google Book Search 計畫。惟，實體出版界及電子資料庫業者所言，是否真能推演出合理使用於本案中之適用結果？何以圖資界之想法與美國司法部之間存在落差？合理使用原則在本案中應扮演何種角色？透過法學實證所得到的研究結果，提供了本文更多的思考方向與論理基礎。下段章節中，筆者將以美國法院過去對於合理使用所持見解及判決，作為判斷 Google 得否主張合理使用抗辯之基礎，透過觀察訪談結果與司法實務判決下之異同，以期能更深入的瞭解並明確化合理使用的適用基準，並探究圖書搜尋未來可能的發展趨勢與方向。

## 第二節 合理使用於圖書搜尋之適用

在介紹了合理使用的立法目的、法律性質、判斷基準，以及圖書搜尋（此專指 Google Book Search 計畫）的發展、所涉爭議及訴訟與和解歷程後，接下來，本文要進一步論



述合理使用於圖書搜尋之適用可能性，藉由逐一分析合理使用的判斷基準，從正反兩面觀點探討「圖書館計畫」中爭議最多的「片段顯示」服務—Google 在未取得著作權人授權的情況下，便掃描整本圖書內容，並重製於 Google 的數位資料庫，並於搜尋結果中，公開展示圖書的部分內容等行為，是否得主張合理使用之保護。

## 第一項 利用之目的及性質

### 第一款 正面論點

Google 分別援引了美國聯邦第九巡迴上訴法院在 *Kelly* 案與 *Perfect 10* 案中有關合理使用之判斷，作為 Google Book Search 計畫得主張合理使用之論證基礎。

#### (1) 利用行為不屬於商業性利用 (commercial use)

首先，Google 主張「Google 圖書館計畫 (Google Library Project)」雖然具有商業目的，但其從未試圖藉由銷售掃描後的數位圖書檔案而獲取利益，因此，Google 的利用與 *Kelly* 案的情形相似，皆屬於程度較低的利益榨取 (less exploitative)。<sup>399</sup> 此外，由於計畫主要目的在於「使讀者能夠迅速且正確的搜尋圖書內容」，且為了避免損害著作權人的經濟利益，搜尋結果只提供寥寥數行的「片段顯示」，並於頁面中顯示著作的購買及借閱途徑，因此，由於 Google 所為具備了濃厚的公益色彩，其利用行為應不屬於商業性利用。

退萬步言，縱使 Google 的行為被認定屬於商業性，但第九巡迴上訴法院於 *Kelly* 案中指出：若是被告利用原著作的行為並未涉及高度利益榨取情事，縱使其所為仍屬商業性利用，對於合理使用的判斷亦不會產生太大的影響，<sup>400</sup> 因此，本項判斷要素有利於構成合理使用。

#### (2) 符合轉化性利用 (transformative use)

Google 圖書館計畫將實體書籍掃描成數位檔案後，儲存於電子資料庫中，讓使用者得檢索圖書的全部內容，其利用目的與 *Kelly* 案中被告 Arriba 拇指縮圖雷同，相異之處僅在於 Google 複製的是書籍，而 Arriba 複製的是圖片，但都是基於便利使用者迅速搜尋之目的；因此，Google 認為相較於原著作 (實體圖書) 的藝術、文學閱覽功能，Google 新著作 (數位圖書檔案) 提供了新的線上圖書全文搜尋用途，且由於在系爭的「片段顯示」服務中，「搜尋結果頁面只會顯示包含關鍵字的該行文字，若特定關鍵字於同一本著作中多次出現，搜尋結果至多也只會顯示三次摘錄的片段內容」，故 Google Book Search 計畫之目的亦非僅僅在於取代原著作，綜上所述，Google 的利用應具備「轉化性」

<sup>399</sup> Band, *Both Sides of the Story*, *supra* note 352, at 4.

<sup>400</sup> See *Kelly*, 336 F.3d at 818.



要素。依據上訴法院於前案(*Kelly* 案)中的判決理由，第一項判斷基準應作有利於 Google 之認定。

## 第二款 反面論點

### (1) 利用行為屬於商業性利用 (commercial use)

首先，Google 身為跨國的營利性企業，其掃描、重製大量著作，並投入鉅額經費推動「Google 圖書館計畫」一事，若認為 Google 僅是出於公益性考量，未免稍顯天真，而 Google 也確實透過出售廣告看板，自「Google 圖書館計畫」獲取直接的經濟利益，<sup>401</sup> 故其利用行為顯然具有商業性目的。

### (2) 不符合轉化性利用 (transformative use)

反對說認為 Google Book Search 計畫與前述 *Kelly* 案、*Field* 案與 *Perfect10* 案之間存在極大的差異性，因此，Google 不得援引上開判決作為辯證基礎，具體理由如下：

①在 *Kelly* 案及 *Field* 案中，原告（著作權人）是自行將系爭著作放在網路上，但在本案中，將實體書籍掃描、數位化的是被告 Google，著作權人可能根本沒有將該些著作數位化並放置於網路上的想法或意願。

②在 *Kelly* 案及 *Field* 案中，被告在將原告的圖片製成拇指縮圖後，隨即便將原始圖片的全尺寸圖檔刪除；本文中，Google 在將原告的實體書籍製成數位檔案後，除了將數位圖書檔案索引並儲存於電子資料庫中，供使用者搜尋、檢索之外，還提供一份掃描後的電子檔案給參加「Google 圖書館計畫」的書籍來源圖書館。

③*Perfect10* 案中，被告並非有意自第三人網站（即盜用並展示原始大圖的侵權網站）處複製盜版圖片、製成拇指縮圖，或提供侵權網站的連結；反觀本文中，未經著作權人同意，便擅自重製盜版著作便是被告 Google。<sup>402</sup>

除此之外，反對說引用 *UMG Recordings, Inc. v. MP3.Com Inc.* 案中有關「轉化性利用」之判斷標準：<sup>403</sup>和原作相比，新著作需要改變或加入新的要素（例如嘲諷性創作），始能符合轉化性的要求，<sup>404</sup>若以此作為衡量標準，那麼 Google 所為除了完全重製原作之外，並未改變或添加新的要素，因此，遑難認定其具備轉化性。<sup>405</sup>

<sup>401</sup> Okano, *supra* note 254.

<sup>402</sup> Samuelson, *supra* note 272, at 492-93.

<sup>403</sup> *UMG Recordings, Inc. v. MP3.Com Inc.*, 92 F. Supp. 2d 349 (S.D.N.Y. 2000).

<sup>404</sup> 張玲韶，前揭註 220，頁 157。

<sup>405</sup> Alessandra Glorioso, *Google Books: An Orphan Works Solution ?*, 38 HOFSTRA L. REV. 971, 986 (2010).

### 第三款 本文見解

#### (1) 利用行為屬於商業性利用 (commercial use)

雖然 Google 未嘗藉由銷售掃描後的數位圖書檔案而獲利，但其透過出售廣告看板而自「Google 圖書館計畫」獲利之舉，也是事實，因此，縱然 Google 的利用行為只是程度較低的利益榨取 (less exploitative)，仍屬於商業性利用。惟，誠如最高法院於 *Campbell* 案中一再強調的觀念：利用行為是否屬於商業性使用，只是法院整體審酌本案是否構成合理使用的判斷因素之一，絕非唯一或決定性的標準，且 Google 的利用不同於傳統的商業利用行為，其並未掠奪或損害原作市場利益，因此，「Google 圖書館計畫」仍有構成合理使用之可能。

#### (2) 符合轉化性利用 (transformative use)

最高法院於 *Campbell* 案中曾指出，「轉化性」是第一項判斷基準中最重要的判斷要素，本案中，Google 主張利用人可透過 Google Book Search 計畫迅速且精確的搜尋圖書內容，此種「圖書內文搜尋功能」與實體書籍的「閱覽功能」完全不同，其利用行為之目的不僅僅在於取代原著作，而是添加了新的要素及功能，因而具備轉化性。以下，本文將藉由分析本案與 *Kelly* 案及 *Field* 案之異同，闡明為何 Google Book Search 計畫符合「轉化性」要素。

##### ① *Kelly* 案與 Google Book Search 計畫

*Kelly* 案中，第九巡迴上訴法院認為被告 Arriba 的拇指縮圖的具有轉化性，主要理由有二：(a) 拇指縮圖的尺寸小巧，且解析度較原始圖片低；(b) 拇指縮圖的目的在於便利圖片搜尋技術及顯示結果，與原始圖片的藝術觀賞用途之間存在顯著差別。<sup>406</sup> 本文中，Google 掃描原作並製造的數位化圖書檔案，與 *Kelly* 案中的拇指縮圖一樣都有著「低解析度 (low-resolution)」的特質，因而導致某些小號字體印刷品 (fine print) 在搜尋結果頁面中，存在難以閱讀的問題。<sup>407</sup>

此外，如同在 *Kelly* 案中被告的拇指縮圖提供了新的功能，Google Book Search 計畫並未對原著作產生替代性，其真正的功能是創造出超越杜威十近分類法 (dewey decimal system) 的搜尋索引系統，<sup>408</sup> 並提供使用者迅速搜尋書籍內文的服務。

##### ② *Field* 案與 Google Book Search 計畫

在 *Field* 案判決中，承審法院強調被告的庫存頁面提供了嶄新且具備重要社會效益

---

<sup>406</sup> *Kelly*, 336 F.3d at 818.

<sup>407</sup> Okano, *supra* note 254.

<sup>408</sup> *Id.*

的三種新功能，其與原告 Field 原作的文學欣賞用途完全不同，故認定被告所為符合轉化性要素。相同的，本案中「Google 圖書館計畫」之目的亦非僅在於取代原著作，而是提供大眾一種新的圖書搜尋服務。

著作權法之所以允許利用人得以「轉化性利用」他人受著作權法保護之著作，其目的在於鼓勵創造與學習，進而促進科技與藝術之發展，故利用行為必須有助於整體社會、文化或藝術之進步，始能享有合理使用之保護。<sup>409</sup>而 Google Book Search 計畫確實符合上述要求：（1）其提供大眾有限的近用圖書內容之權利；（2）保存了數千萬冊書籍，避免實體書籍因歲月流逝、天災人禍等原因而失傳；（3）針對仍受著作權法保護之著作，Google 僅提供「片段顯示」以保障著作權人之權益。

綜上所述，「Google 圖書館計畫」雖然屬於商業性利用，但由於（1）Google 並未藉由銷售數位圖書而獲取利益；且（2）其利用行為具備高度的轉化性—不同於實體書籍的閱覽功能，Google 將其轉化成為「資料查詢工具」，提供公眾一種新的、近用圖書內容的服務，而最高法院於 *Campbell* 案中曾揭示了轉化性理論的重要性，若新著作的「轉化性」程度越高，則其他判斷因素的重要性會相對降低。

總體而言，Google Book Search 計畫雖然屬於商業性利用，但由於符合轉化性要件，且具備了高度的公益性，對於人類文化發展與知識傳播有著極大的貢獻，因此，本文認為第一項判斷基準有利於合理使用之認定。

## 第二項 著作之性質

觀諸上開 *Campbell* 案及 *Kelly* 等案，可發現第二項判斷基準近年來在搜尋引擎案例中，有被弱化之趨勢，主要原因在於系爭作品幾乎都是已公開發表之著作（published works），因此，法院多半只需著墨於著作屬於事實性著作（factual works）或創作性著作（creative works）之審酌，便可判斷本項要素是否有利於構成合理使用。

第一款 所利用之著作包含事實性著作（factual works）及創作性著作（creative works）

如同第九巡迴上訴法院於 *Kelly* 案中所揭示的準則：相較於事實性著作而言，創作性著作因為更接近著作權法所欲保護的核心價值，故應受到更高程度的保障；<sup>410</sup> 本案例中，由於涉及的著作數量極為龐大，顯然難以一一分析並判斷其性質，有鑑於「Google 圖書館計畫」至少數位化了包括哈佛大學、史丹佛大學、密西根大學、牛津大學、紐約

<sup>409</sup> SCHECHTER & THOMAS, *supra* note 45, at 440.

<sup>410</sup> *Kelly*, 336 F.3d at 820. “Works that are creative in nature are closer to the core of intended copyright protection than are more fact-based works.”

市立圖書館、加州大學，以及英國牛津大學等七座大型圖書館之館藏書籍，其中必然包括諸如小說、詩詞、散文以及劇本等創作性著作（creative works），也包含了歷史著作、人物傳記、天文曆法及地圖等事實性著作（factual works），至於哪一種著作所占比例較高，實難一概而論，因此，本項判斷要素之審酌不利於 Google。

### 第二款 所利用之著作多屬已公開發表之著作（published works）

承上述，Google 藉由「Google 圖書館計畫」所掃描者為各大圖書館之館藏書籍，任何人只要前往該些圖書館均得自由的近用系爭著作，故該些著作均屬已公開發表之著作（published works）無疑。而在 *Kelly* 案判決中，法官曾引用最高法院於 *Harper* 案中的見解—「被利用的著作是否已經發表，是第二項判斷基準中相當重要的考量因素」；<sup>411</sup>此外，第九巡迴上訴法院於 *Perfect 10* 案判決中，也採取相同的主張，因此，此處之判斷有利於 Google。

### 第三款 本文見解

Google 透過「Google 圖書館計畫」所利用之圖書均屬已公開發表之著作（有利於合理使用之認定），惟，其中部分書籍未曾以數位形式發表或刊載於網路上，此處與前述 *Kelly* 案中系爭著作已經公開放置於網路上不同，本案中，被告 Google 自行將系爭實體書籍製成數位檔案，儲存於電子資料庫中並顯示於搜尋結果頁面，詳言之，Google 是擅自將著作以另一種形式公開於不同媒介上，且其中包含許多創作性著作（不利用合理使用之認定），因此，本文認為第二項判斷基準不利於合理使用之認定。

### 第三項 利用之質量及其在整個著作所占之比例

#### 第一款 正面論點

針對 Google 將整本書籍數位化，並儲存於電子資料庫中一事，Google 引述 *Kelly* 案及 *Perfect 10* 案判決結果作為抗辯，主張具體個案中可容許的複製程度，會因為利用的目的與特質而有所差別，<sup>412</sup>且「若是利用人僅僅複製為達成利用目的所必須的範圍，第三項判斷基準將不特別有利於訴訟的任何一方」，本案中，Google 若僅僅複製書籍的部分內容，將會導致不完整的搜尋結果，只有完整的重製書籍全文、完善關鍵字索引系統，才能達成圖書內容搜尋的目的。<sup>413</sup>

---

<sup>411</sup> *Harper & Row Publishers, Inc.*, 471 U.S. 539 (1985).

<sup>412</sup> *Kelly*, 336 F.3d at 820.

<sup>413</sup> *Glorioso*, *supra* note 405, at 985.



此外，由於在「片段顯示」中，使用者僅能看到書籍基本書目資訊，以及關鍵字所在的那一行內容，若特定關鍵字於同一本著作中多次出現，搜尋結果至多也只會顯示三次摘錄的片段內容，因此，Google 實際上並不會提供數位書籍的全文內容供使用者利用。綜上所述，第三項判斷基準應維持中立，不特別有利於任何一方。

## 第二款 反面論點

一般情況下，「全部複製」不利於合理使用之認定，本案中由於 Google 掃描並數位化了全球十幾座大型圖書館的館藏書籍，以密西根大學為例，其提供全部館藏書籍讓 Google 進行全文掃描及重製，當中包含許多尚在著作權保護期限內之書籍，因此，無論是「量」的判斷或「全部複製」的考量，均不利於構成合理使用。

## 第三款 本文見解

雖然一般情況下，Google「全部複製」的行為不利於構成合理使用，然而，第九巡迴上訴法院於 *Kelly* 案中發展出一種新的說法；若是利用人僅僅複製為達成利用目的所必須的範圍，縱使重製著作的全部，仍不礙於構成合理使用。本案情形與 *Kelly* 案相似，被告 Google 必須重製原著作之全部，始能達成利用關鍵字搜尋書籍全文之目的，且 Google 於搜尋結果頁面中也只提供「片段顯示」服務，並未過度損害著作權人之利益，故其所利用的「質」與「量」並未超過達成圖書搜尋目的所必須。總此，本文認為 Google 的利用模式既與 *Kelly* 案及 *Perfect 10* 案雷同，第三項判斷基準應維持中立，不特別有利原告或被告。

## 第四項 利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響

### 第一款 正面論點

Google 主張其對於仍在著作權保護期間內，且未獲得著作權人授權利用的著作，僅提供「片段顯示」服務，而在使用者僅得檢視極為有限內容的情況下，殊難想像 Google 圖書館計畫會對著作的潛在市場造成負面影響。<sup>414</sup>

詳言之，若 Google 圖書館計畫允許使用者閱覽及下載書籍的數頁內文，或許確實會讓使用者傾向於利用 Google 的服務，而降低購買實體圖書的意願，但事實上，此種情形並不會發生。由於 Google 的「片段顯示」僅會顯示包含關鍵字的該行文字，使用者若想進一步閱覽著作內文，仍然必須向書商購買或從圖書館借閱該本書籍，由此看

---

<sup>414</sup> Band, *The Long and Winding Road to the Google Books Settlement*, *supra* note 208, at 242.

來，Google 對於圖書市場銷售量的影響，可說是微乎其微。<sup>415</sup>

此外，美國知名的著作權法學者 Wendy Gordon 曾言：自經濟及結構性來分析合理使用，可發現大多數時候若是市場運行已無法滿足社會對於近用受著作權法保護之作品的的需求時，法院多半會認定使用者的行為得主張合理使用。<sup>416</sup>由於 Google 在搜尋結果頁面中，會提供相關購買或可借閱的網路書店及圖書館連結，因此，Google 主張 Google Book Search 計畫對於著作潛在市場與現在價值非但不會造成負面影響，且使用者在利用 Google Book Search 服務搜尋書籍內文後，可能會因而提高對於作品的興趣，對於書籍的銷售反而會產生正面效益，且有助於大眾近用著作之權益，本項判斷要素應有利於構成合理使用。

## 第二款 反面論點

反對說認為，Google Book Search 計畫擅自將書籍掃描成數位檔案一舉，已經侵害了著作權人於著作潛在市場的利益。詳言之，雖然 Google 目前只經營搜尋引擎，但日後很可能跨足經營電子書或電子資料庫市場，在著作已經被 Google Book Search 全文掃描、利用之後，著作權人無法將著作的數位版本再授權其他出版商或電子資料庫業者利用，由於 Google 的利用行為侵害了著作的潛在市場，故此項要素之判斷不利於合理使用之認定。

## 第三款 本文見解

由於鼓勵創作是著作權法的宗旨之一，因此，若使用人的利用結果會對著作潛在市場與現在價值造成損害，法院會傾向於認定其不得主張合理使用之保護。以下，本文將藉由分析本案與 *Kelly* 案及 *Perfect 10* 案之異同，探究此項判斷基準是否有利於 Google 的合理使用抗辯。

### (1) *Kelly* 案與 Google Book Search 計畫

在 *Kelly* 案中，法院以被告的搜尋引擎不僅會將使用者導向原告的個人網站，其製造的拇指縮圖由於解析度過低也不會損害原告對於原始圖片的銷售或授權利益，故判決被告所為構成合理使用。<sup>417</sup> 本案中，Google Book Search 計畫並未藉由出售數位書籍檔案而獲利，且搜尋結果僅顯示著作中包含關鍵字的寥寥數行，使用者既無法一覽書籍之

---

<sup>415</sup> *Id.* at 242-43.

<sup>416</sup> Okano, *supra* note 254. “an economic and structural analysis of the fair use doctrine and its place in the copyright scheme reveals that fair use is ordinarily granted when the market cannot be relied upon to allow socially desirable access to, and use of, copyrighted works.”

<sup>417</sup> *Kelly*, 336 F.3d at 882.

全貌，亦不能下載或列印該些片段內容，因此，Google Book Search 計畫並無掠奪或取代原著作的銷售市場之虞。

此外，使用者於檢視「片段顯示」內容後，若有購買該本著作的意願，Google 也在搜尋結果頁面中提供相關購買或借閱的書店籍圖書館資訊，此有助於提高原著作的實體銷售量。

## (2) *Perfect 10* 案與 Google Book Search 計畫

*Perfect 10* 案中，法院認為沒有證據顯示使用者真的會利用手機下載 Google 的拇指縮圖，並損害於原告手機下載市場之利益，此種臆測的潛在侵害並不足以說服法院，故判決原告敗訴。<sup>418</sup>與 *Perfect 10* 案不同的是，本案中由於 Random House 以及 Amazon 等公司也正積極開發、營運電子書市場，因此，Google Book Search 計畫確實可能損害著作權人將作品授權其他公司數位化利用之權利，進而侵害了原著作於潛在市場中的利益，此將不利於合理使用之認定。

綜上所述，由於 Google Book Search 計畫可能侵害了著作權人將著作「授權其他出版公司或電子資料庫業者利用」之權益，且若掃描後的數位著作檔案因為駭客攻擊或網路安全漏洞而外洩，對著作於潛在市場與現在價值將造成嚴重損害，因此，本文認為第四項判斷基準應不利於構成合理使用。

## 第五項 小結

綜上所述，在合理使用的四項判斷基準中，第一項有利於合理使用之認定，第三項維持中立，第二項及第四項判斷基準則不利於構成合理使用。雖然本案因為當事人已達成和解協議，故 Google Book Search 計畫究竟能否主張合理使用抗辯一事，已不大可能再獲得法院的判決，惟綜上推論，可發現多數判斷基準傾向維持中立或不利於被告 Google，故本文大膽推測，雖然 Google Book Search 計畫具備高度的轉化性，且有利於資料迅速搜尋、著作典藏、文化傳承與知識傳播等公益，惟其擅自將尚在著作權法保護期限內之實體著作重製為數位版本，並提供關鍵字搜尋與「片段顯示」服務之行為，涉嫌侵害著作權人之權利，且可能損害著作於潛在市場中的利益，故 Google Book Search 計畫不構成合理使用之保護。

## 第三節 合理使用於數位閱讀時代之新思維

雖然在現行法體制下，Google Book Search 計畫似乎無從主張合理使用之保護，惟

---

<sup>418</sup> *Perfect 10*, 487 F.3d at 725.



現行合理使用原則是配合傳統的紙本閱讀環境所訂立之規則，在數位科技蓬勃發展，人民生活習慣逐漸改變的情況下，合理使用是否要因應數位閱讀的趨勢，而做出相應的變革？下段章節中，本文將針對數位閱讀時代下，合理使用原則可能採取的變化及思維，提出研究建議及心得。

### 第一項 重新檢視大量重製整份著作於合理使用判斷中之關聯性

本文曾於第二章中提及，在電腦及網際網路普及之前，傳統著作權法保障的重心為著作權人的「重製權」，但網路時代來臨後，大多數情況下，單純的重製行為對著作權的侵害遠不如違法散布或公開展示來的嚴重，由於數位資訊的傳播並無時間或地域的限制，對於著作權人的權益造成極大衝擊，故現代著作權法保護的重心，始由「重製權」轉向「散布權」以及「公開展示權」，旨在防止第三人於網路上違法散布著作重製物，以真正落實對著作權人之保護。

以本文中「圖書館計畫」為例，爭議最大的三點分別是（1）「重製權」：Google 未經著作權人授權，便掃描圖書館提供的整本圖書內容，並儲存於 Google 的數位資料庫中；（2）「公開展示權」：Google 在搜尋結果中，公開展示圖書的部分內容；（3）「散布權」：Google 將掃描的數位版本提供一份給合作的圖書館。而觀諸本文在上開章節中的介紹，由於圖書館保留數位圖書檔案之目的，多半在於保存館藏書籍以免滅失，或是基於教育等公益目的，對權利人的權益侵害不大；此外，由於 Google 對於尚在著作權保護期間且未獲得著作權人許可的著作，僅提供「片段顯示」服務，對於著作權人「公開展示權」的侵害亦大幅降低，因此，可以發現本文中「散布權」與「公開展示權」的爭議性顯然不如「重製權」來的高，因此，在 Google Book Search 計畫究竟得否構成合理使用的判斷中，最關鍵的爭點無疑是「重製權」的定性與解讀問題，亦即 Google 重製上開著作的行為若可主張合理使用之抗辯，圖書搜尋中所有的難題都將迎刃而解。

在現行著作權法規範下，Google 大範圍掃描、數位化著作的行為，引發諸多侵權疑慮，惟若自數位時代下「重製權」與「公開傳輸權」的觀點出發，由於圖書館是出於數位典藏之公益目的而保留系爭數位圖書檔案，而 Google Book Search 計畫的主要功能，在於進一步方便公眾對於特定著作之檢索與確認，使其得以精確取得所需之資訊，並有利於使用者進入市場選購著作，故其目的並非替代原著作商品之市場，且本案中利用人最終僅能閱覽包含關鍵字的寥寥數行文字，綜上所述，此部分較有利於成立合理使用的抗辯，本文認為，有鑑於著作權法的立法目的在於推動文化、藝術與科學發展，並促進智識傳播，合理使用的判斷基準亦須隨著時代變遷而改變，在網路成為人類生活不可或缺的一部分之今日，為充分有效利用技術達到精確檢索資訊之公共利益，應重新檢視大量重製整份著作於合理使用判斷中之關聯性，而以「資訊檢索、散布及傳播的結果，會否對著作權人之權益造成不合理的侵害」之檢驗結果，作為判斷合理使用的最重要因素。



申言之，縱然利用人完整重製了著作的全部，但其「散布」或「傳播」的結果卻在合理範圍內，（例如本案中圖書館基於保存目的所為之「數位典藏」，或是 Google 提供的「片段顯示」服務），則因利用著作的結果對著作權人權益的影響甚微，但卻極有利於民眾近用著作的公益，此時，利用人的行為構成合理使用的可能性將大幅提高。

## 第二項 圖書館的數位典藏權限

承上所述，雖然本文贊同數位典藏與圖書搜尋計畫的想法，但上述例外的、不構成侵權的情形顯然並不能適用於所有案例，縱使是圖書搜尋服務的提供者，也應視其性質屬於公立或私營企業，而給予不同的限制，析之如下。

### 第一款 公立圖書館之權限

在實證訪談中，圖書館受訪者也提及未來應會由政府或國家機關主導此類大規模的書籍數位典藏計畫，而傳統圖書館也會漸漸轉型成為兼具實體館藏與數位典藏功能，並提供兩種不同服務的經營型態，在圖書館肩負教育性目的，並提供大眾近用著作等重要使命及特殊地位的情況下，立法者應制訂特殊的免責條款，以解決當前數位圖書館所面臨的發展困境，本文提出些許建議如下。

#### （1）數位典藏

未來可能的修法方向，應允許由政府部門主導或協助主要圖書館（例如：國家圖書館）數位化其所有館藏書籍，且毋庸遵守「授權先行」規定，可基於文化保存之目的，直接實行數位典藏及相應的圖書搜尋服務，此係為了避免因多數著作權人身份不明或無法取得聯繫，而使數位圖書館如同虛設。

#### （2）借閱及圖書搜尋服務

雖然數位圖書館之設立目的，在於便利大眾近用著作，惟有鑑於數位檔案易於重製、散布的特性，故在全國大型公立圖書館的數位安全系統均設置完備之前，為了保障著作權人及出版社之權益，上開數位檔案之借閱及搜尋服務，應僅限於國家圖書館，國家圖書館可於館內設置數位閱讀裝置，讀者僅能於該些裝置上搜尋、閱覽數位館藏，並依著作的性質，提供不同的服務：①尚在著作權保護期限內的著作：僅提供館內閱覽及圖書內容搜尋服務，並嚴格限制讀者複製、列印其內容；②已落入公共領域的著作：讀者除了能於館內閱覽之外，也可以選擇以 PDF 或相類似格式下載完整的圖書檔案，或自行付費列印。如此一來，在落實對著作權人保障的同時，也達到數位典藏之目的，且保護了公眾近用著作的權利。

## 第二款 私營企業數位圖書館之權限

由於私營企業所主導的數位圖書館（如 Google Book Search 計畫），雖然也具有保存著作、提高大眾近用圖書等優點，惟其經營者系屬營利性機構，縱使其宣稱將免費提供大眾利用其數位檔案，仍無法完全避免在其發展過程中，轉變為商業性利用著作的可能，故對於私營數位圖書館之典藏權限，本文認為應適當的限制之。

### （1）數位典藏

私營企業的數位典藏計畫，此即 Google Book Search 計畫中最重要之爭點所在，由於企業本身便帶有商業性的營利色彩，由其主導對於人類文化、社會發展極其重要的數位典藏計畫是否妥適，不無疑義；惟大規模的圖書數位化需要鉅額資金及勞力投入，在政府機關遲遲未能決定是否跨足此領域之前，站在廣大民眾利用著作的公益角度考量，若是私營企業（如本案中的 Google，或是 Amazon、Random House 等）願意投入人力與資金從事圖書數位典藏計畫，且承諾不從中獲利，並能確保數位檔案不會外流的前提下，則由私營企業進行大規模的圖書搜尋計畫，亦未嘗不可。但必須注意的是，在現行法下 Google 無法主張合理使用抗辯的情形下，數位典藏行為仍需以其符合「授權先行」的前提下，始得為之。

### （2）圖書搜尋、閱覽服務

以 Google、Amazon 或 Random House 計畫為例，其試圖建立者為存在於網路上的數位圖書搜尋系統，故私營企業的數位圖書館與前述公立圖書館之間一大差異在於，其沒有實體的圖書館建築，故所有的搜尋、閱覽服務都是透過網路為之，在此情況下，其所提供的服務將僅限於搜尋及閱覽，而未包括借閱服務。

由於私營企業所推動的數位圖書館具有上述商業色彩等不確定性，且與公立圖書館相較之下，私營企業設置的數位圖書館更難以獲得著作權人與出版社的信賴，故其所能提供的搜尋、閱覽服務應受到更嚴格的限制：①尚在著作權保護期限內的著作：本文認為其僅能提供與 Google Book Search 計畫相同的「片段顯示」服務，亦即搜尋結果將僅會片段顯示特定頁面中包含關鍵字的那一行內容及其頁碼，而不顯示完整的頁面，若特定關鍵字於同一本著作中多次出現，搜尋結果至多也只會顯示三次摘錄的片段內容，且禁止讀者複製或列印其內容，避免消費者藉機無償的閱覽書籍全文，以保障著作在市場上的價值不因此而減損；②已落入公共領域的著作：使用者可以閱覽書籍的全部內容，並得以 PDF 或相類似格式下載完整的圖書檔案。

值得一提的是，上述是基於鼓勵私營企業投入數位圖書典藏、搜尋計畫所例外給予的免責待遇，故若是私營企業嗣後將上開數位檔案用於商業性用途（例如藉由銷售數位圖書版本而獲利），或是並未採取適當的安全措施，致使數位檔案外流時，其自然不得主張此處的免責條款，對於著作權人因此所受損失，應負擔完全的賠償責任。如此一來，

方能督促私營數位圖書館善盡保護數位圖書檔案之義務，並完善對於著作權人權益之保障。

### 第三項 小結

現行著作權法中合理使用的判斷基準，是針對傳統的紙本著作而訂定的規範機制，惟於電子化時代來臨、數位閱讀的重要性逐漸提高，大型企業前仆後繼的投入電子書市場之後，傳統著作權法的觀點似不足以滿足社會需求；本案中，雖然 Google Book Search 計畫違反授權先行原則而重製了大量的作品，但其同時也提供了圖書搜尋的便利服務、數位典藏並保存了無數的著作，更為孤兒著作的利用困境指出了一條可能的解決之道，上述種種皆為社會發展帶來了顯著的助益，可謂極有利於公益與文化傳承等著作權法之立法宗旨。因此，在數位閱讀時代中，如何兼顧著作權人的權益，並促成數位圖書館的設置及發展，以求進一步促進資訊傳播與民眾近用著作之權利，是著作權法必須審慎思量之課題。

綜上所述，Google Book Search 計畫引領了一波數位圖書典藏、搜尋與閱讀的新浪潮，而此種圖書界的數位革新發展勢必會越演越烈，在其有利於社會發展與公共利益的前提下，既有的合理使用原則也必須做出相應的變革，以順應時代發展，以符合社會的需求，諸如重新檢視大量重製整份著作於合理使用判斷中之關聯性，只要利用人數位化重製著作的行為，僅是為了提供圖書搜尋目的所必須的手段、利用人並無藉由銷售該些數位檔案獲取經濟上利益之意圖，且已採取適當的安全措施避免檔案外流，在上開情況下，由於全文重製的行為僅是一種方法，而非最終目的，在著作的檢索、散布及傳播的範圍也符合合理使用的要求下，本文認為，該些利用行為應可符合合理使用之規定，而不構成侵害著作權，如此，始能解決現行圖書數位搜尋計畫所無法突破的瓶頸，並達成促進大眾迅速且精確的近用著作之權益，以及著作數位典藏等重要的公益性目的。

### 第四節 總結

雖然 Google Book Search 計畫有著許多優點，但在現行法律體制下，本文認為 Google 的利用行為仍不得主張合理使用，此種看法與實證研究中出版商與資料庫業者的想法不謀而合，而在司法實務方面，雖然承審法院沒有下達本案判決，但從法院駁回和解案的決定，似乎也能推論出其認為本案不構成合理使用之心證。

在歷經數年的纏訟與討論後，法院直到 2011 年 3 月 24 日正式否決了新修訂的和解協議，其主要理由有二：其一是因為法院認為 Google Book Search 計畫可能導致資訊壟斷，使 Google 在數位著作與孤兒著作市場中，取得實際上的獨占地位，此外，若允許和解案，形同暗示法院認同了 Google 違反「授權利用」之行為。第二個考量因素是和



解案使 Google 得以在美國立法機關尚未決定如何處理孤兒著作相關授權問題之前，即可越俎代庖的決定孤兒著作之利用方式，進而在電子書市場上擁有壓倒性的優勢，上述皆為法院與美國司法部無法同意和解案的主要原因。

Google Book Search 計畫誠然涉及著作權侵權爭議，但其對於資訊流通助益極大，在數位著作市場蓬勃發展、電子書的銷售量逐年增長的情況下，數位化閱讀時代的來臨已成為必然的趨勢，而 Google 建立全球化數位圖書館的鴻鵠之志，除了有利於其啟動數位閱讀市場的大時代商業布局之外，對全人類的文化發展也有極大助益。雖然 Google Book Search 計畫有侵權之虞，但其所帶來的諸多優點也不容忽略，從美國司法部希望法院鼓勵雙方當事人繼續討論並修改和解協議，使其能夠符合美國民事訴訟法第 23 條、著作權法以及反托拉斯法的規定，以及實證研究中圖書館基於其大規模的數位典藏計畫與提高大眾近用資訊的權利為由，而傾向支持 Google 的立場，Google Book Search 計畫的重要性，由此可見一斑。

為了解決前開圖書典藏、搜尋之困境，本文認為合理使用原則的理論及判斷基準，皆應順應數位時代發展，而做出適當的變革，以符合民眾的期待與社會現狀。在 Google Book Search 計畫中，本文認為關鍵在於 Google 最後「散布」與「公開展示」著作的部分是否符合合理使用的規範。「散布權」部分，由於圖書館保留系爭數位圖書檔案的目的，多半在於保存館藏書籍以免滅失，或基於教育、文化等重要公益性考量，本即不易構成著作權侵害；而在「公開展示」部分，由於 Google 僅提供「片段顯示」服務，利用人僅能閱覽著作的極小部分，而無從一窺作品全貌，故「公開展示」的結果對著作權人之權益影響極為渺小，在此情況下，由於前行為—為了達成圖書搜尋目的，所必須採取的「全文重製」，對整體利用行為得否構成合理使用影響甚微，若僅因侵害了著作權人的重製權，便認定 Google Book Search 計畫不符合合理使用規定，似不妥適，且無益於公益。

綜上所述，本文建議合理使用的判斷基準應隨著數位時代的變遷，而做出相應的調整，以本案為例，法院於判斷被告 Google 所為得否構成合理使用時，應著重於「重新檢視大量重製整份著作於合理使用判斷中之關聯性」，即便 Google 完全複製了著作的全部，惟其整體利用結果並未損害著作權人之權益，卻提供了顯著的公益（諸如推動文化及藝術發展、促進知識傳播，並提高大眾近用資訊的能力等），且資訊檢索、散布與傳播的結果，對權利人之權益影響甚微，由此觀點出發，本文認為 Google 應得構成合理使用之保護。

雖然學說見解基於公益考量，多數選擇支持 Google Book Search 計畫，筆者也認為合理使用的判斷基準應做適當變更，以解決圖書搜尋之瓶頸，惟此尚待未來立法者透過正式修法，始能釜底抽薪的解決相關爭議。而在現行法律體制下，Google Book Search 計畫仍難以成立合理使用之抗辯，在此情況下，除了合理使用之外，圖書搜尋計畫有無



其他可能的解決之道？Google 可否主張 DMCA、延伸的集體授權（extended collective licensing）等抗辯而免責？本文將於下段章節中逐一探討、論證上述議題，並進一步思考未來數位圖書搜尋可能的發展途徑與解決之道。



## 第五章 圖書搜尋與孤兒著作的解決之道

雖然在現行著作權法規範下，Google Book Search 計畫無法構成合理使用，惟在數位閱讀逐漸成為大眾獲取新知的重要途徑，電子書市場蓬勃發展的現代社會中，圖書搜尋、數位典藏以及數位圖書館的設立，已成為未來必然的趨勢，且 Google Book Search 計畫的發展還有助於解決孤兒著作的利用問題。準此，本章節即從 DMCA 與延伸性集體授權所揭禁之觀點出發，探求 Google Book Search 計畫推展的可能性，並針對現行法下孤兒著作的利用困境，提出相應的解決之道。

### 第一節 DMCA

#### 第一項 DMCA 之立法目的與內涵

網路服務提供者 (Internet Service Provider, ISP) 提供了大眾各種便利的網路服務，並增加人們近用資訊的機會，藉由網路無疆界的特性，使無論身處偏遠地區或是繁華都市的使用者，都能自由的獲取資訊，並透過網路分享多元化的數位內容，<sup>419</sup>然而，當使用者利用該些資訊、服務從事侵權行為時，網路服務提供者是否也要承受相關侵害著作權的責任？若採肯定見解，則無異於使網路服務提供者必須負擔許多不確定的法律風險，故美國於 1998 年通過了「數位千禧年著作權法案 (The Digital Millennium Copyright Act, DMCA)」，並在美國著作權法中增訂第 512 項規定，網路服務提供者只要符合特定的條件，即可免除其對於用戶侵權行為的相關法律責任，因此，其亦被稱為網路服務提供者的「安全港」條款 (safe harbor)。<sup>420</sup>

#### 第一款 立法源由

在世界貿易組織 (World Trade Organization, WTO) 成立，並在「與貿易相關之智慧財產權協定 (TRIPS)」中訂定了保護智慧財產權的最低標準後，在國際間產生了重要且顯著的影響，而世界智慧財產權組織 (World Intellectual Property Organization, WIPO) 為了有效的執行 TRIPS 之規定，並落實全球智慧財產權之保護，遂於 1996 年 12 月 2 日於瑞士日內瓦舉行「特定著作權與著作鄰接權相關問題外交會議 (Diplomatic Conference on Certain Neighboring Rights Questions)」，針對網路發展與著作權保護等

---

<sup>419</sup> 林利芝，「從加拿大最高法院 *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers* 案探討加拿大網路服務提供者的侵權責任」，智慧財產權月刊，第 149 期，頁 6 (2011)。

<sup>420</sup> 賴文智，前揭著 10，頁 289-90。

問題展開一系列的討論，並於同年 12 月 20 日，正式通過了在數位時代中，對於著作權保護極為重要的兩項條約—「世界智慧財產權組織著作權條約（WIPO Copyright Treaty, WCT）」以及「世界智慧財產權組織表演及錄音物條約（WIPO Performances and Phonograms Treaty, WPPT）」，此二項條約更成為國際間網路著作權保障的重要執法依據。<sup>421</sup>

在上開國際條約簽訂後，為了履行條約內容之規定，美國國會於 1998 年 10 月 28 日通過了「數位千禧年著作權法案（DMCA）」，並於著作權法中增訂有關規避科技保護措施之責任，使該國內法能即時且順利的與國際條約接軌。

## 第二款 DMCA 之內涵

DMCA 的主要立法目的，是處理網路服務提供者（ISP）在其用戶利用其服務或資訊，而實行侵權行為時，ISP 應否負擔法律責任之問題，並試圖平衡著作權人與 ISP 之間的利益與權責關係。<sup>422</sup>該法案增訂美國著作權法中第 512 條，對於網路服務提供者（ISP）給予責任限制之保障，其主要針對以下四種不同類型的網路服務提供者，設計了不同的安全港條款，析之如下。

### （1）連線服務提供者（Transitory Digital Network Communications）<sup>423</sup>

此類的 ISP 僅負責資料傳輸，在不變更資料內容的情況下，單純的將使用者指定的資料在使用者指定的路徑間傳輸，ISP 並非主動發啟傳輸之人，對於所傳輸之內容亦不了解，因此，由於此類 ISP 僅是被動的提供網路連線傳輸服務，並未介入資料傳輸、重製等過程，故其對於侵權結果可主張免責。<sup>424</sup>

### （2）快速存取服務提供者（System Caching）<sup>425</sup>

若資料是由網路蜘蛛抓取或其他自動化技術，而中介或暫時儲存於 ISP 的系統或網路上，以供之後使用者存取之用，則 ISP 在符合條文規定的情況下，可例外免責。

---

<sup>421</sup> 星友康，衝突或妥協？—科技保護措施立法之研究，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，頁 27（2006）。

<sup>422</sup> 張淑美，前揭著 119，頁 61。

<sup>423</sup> 17 U.S.C. § 512(a) (2000).

<sup>424</sup> 陳怡靜、林怡君、孫玉達，「數位時代著作權如何有效保護—美國網際網路服務提供者責任立法及著作權法第 512 條安全港條款的實務運用」，智慧財產權月刊，第 107 期，頁 34（1997）。

<sup>425</sup> 17 U.S.C. § 512(b) (2000).

(3) 資訊儲存服務提供者 (Information Residing on Systems or Networks at Direction of Users)<sup>426</sup>

此類型專指 ISP 提供網路空間，供使用者於平台上發表文章、上傳檔案或分享圖片，若該些由使用者主動存放於 ISP 系統、資料庫中的資訊涉及侵權爭議時，ISP 只有在不了解該侵權行為或內容之存在，且並未透過侵權資料獲取利益，並於被通知有侵權內容時，迅速移除系爭資訊的情況下，始能主張免責。<sup>427</sup>

(4) 搜尋服務提供者 (Information Location Tools)<sup>428</sup>

本項係針對搜尋引擎等網路資訊搜尋服務提供者，所制定的免責條款，由於 ISP 提供索引、超連結等工具，讓使用者得以連結到含有侵害著作權資料的網站，在 ISP 不知該些資料系屬侵權著作、並未直接自侵權行為或有經濟上利益，並於接獲侵權通知後，立即移除或切斷與侵權網站之連結，始得免責。<sup>429</sup>

觀諸 Google Book Search 計畫中，Google 身為網路資訊服務提供者，而其提供大眾利用的數位圖書檔案，係由 Google 主動數位化、索引並提供使用者搜尋，故不符合第一項「連線服務提供者」中「單純傳輸」，或是第三項「資訊儲存服務提供者」中「由使用者主動存放於 ISP 系統中的資訊涉及侵權爭議」之要件；此外，由於 Google 並非單純提供或將使用者連結到含有侵權作品之網站，事實上，Google 是自行違反「授權先行」原則，而將著作數位化重製並儲存於電子資料庫中，故相較於第四項「搜尋服務提供者」，Google 似乎更偏向第二項「快速存取服務提供者」之規範。

## 第二項 DMCA 於 Google Book Search 計畫之適用

如上所述，依 DMCA 所增訂的美國著作權法§ 512(b)中，提供了適用於「快速存取服務提供者」的安全港條款，以下，筆者將以 Google Book Search 計畫為例，逐一分析圖書搜尋是否符合§ 512(b)中的法定要件，<sup>430</sup>及其得否因而主張免責。

<sup>426</sup> 17 U.S.C. § 512(c) (2000).

<sup>427</sup> 陳怡靜、林怡君、孫玉達，前揭著 424，頁 34-35。

<sup>428</sup> 17 U.S.C. § 512(d) (2000).

<sup>429</sup> 張淑美，前揭著 119，頁 67。

<sup>430</sup> 17 U.S.C. § 512(b) (2000).

(b) System Caching.

(1) Limitation on liability.— A service provider shall not be liable for monetary relief, or, except as provided in subsection (j), for injunctive or other equitable relief, for infringement of copyright by reason of the intermediate and temporary storage of material on a system or network controlled or operated by or for the service provider in a case in which—

(A) the material is made available online by a person other than the service provider;



---

(B) the material is transmitted from the person described in subparagraph (A) through the system or network to a person other than the person described in subparagraph (A) at the direction of that other person; and

(C) the storage is carried out through an automatic technical process for the purpose of making the material available to users of the system or network who, after the material is transmitted as described in subparagraph (B), request access to the material from the person described in subparagraph (A), if the conditions set forth in paragraph (2) are met.

(2) Conditions.— The conditions referred to in paragraph (1) are that—

(A) the material described in paragraph (1) is transmitted to the subsequent users described in paragraph (1)(C) without modification to its content from the manner in which the material was transmitted from the person described in paragraph (1)(A);

(B) the service provider described in paragraph (1) complies with rules concerning the refreshing, reloading, or other updating of the material when specified by the person making the material available online in accordance with a generally accepted industry standard data communications protocol for the system or network through which that person makes the material available, except that this subparagraph applies only if those rules are not used by the person described in paragraph (1)(A) to prevent or unreasonably impair the intermediate storage to which this subsection applies;

(C) the service provider does not interfere with the ability of technology associated with the material to return to the person described in paragraph (1)(A) the information that would have been available to that person if the material had been obtained by the subsequent users described in paragraph (1)(C) directly from that person, except that this subparagraph applies only if that technology—

(i) does not significantly interfere with the performance of the provider's system or network or with the intermediate storage of the material;

(ii) is consistent with generally accepted industry standard communications protocols; and

(iii) does not extract information from the provider's system or network other than the information that would have been available to the person described in paragraph (1)(A) if the subsequent users had gained access to the material directly from that person;

(D) if the person described in paragraph (1)(A) has in effect a condition that a person must meet prior to having access to the material, such as a condition based on payment of a fee or provision of a password or other information, the service provider permits access to the stored material in significant part only to users of its system or network that have met those conditions and only in accordance with those conditions; and

(E) if the person described in paragraph (1)(A) makes that material available online without the authorization of the copyright owner of the material, the service provider responds expeditiously to remove, or disable access to, the material that is claimed to be infringing upon notification of claimed infringement as described in subsection (c)(3), except that this subparagraph applies only if—

(i) the material has previously been removed from the originating site or access to it has been disabled, or a court has ordered that the material be removed from the originating site or that access to the material on the originating site be disabled; and

第一款 資料內容係中介且暫時性地 (intermediate and temporary) 儲存於網路服務提供者的網路系統中

在 *Field* 案判決中，由於 Google 並未強制網站經營者必須將網頁內容供 Google 快取，相反的，網站經營者隨時可以藉由在網頁標記中註明「no-archive」來排除 Google 的快取利用，<sup>431</sup>且 Google 在得知原告不滿其行為並打算起訴後，便迅速且自動移除系爭庫存頁面之連結；<sup>432</sup>此外，對於 Google 的庫存頁面及快取會自動儲存 14-20 天一事，法院引用了第九巡迴上訴法院的 *Ellison v. Robertson* 案，<sup>433</sup>指出該案中 AOL 的線上討論區文章儲存時間超過 14 天，仍可構成「中介且暫時性」儲存，<sup>434</sup>故 Jones 法官認為 *Field* 案中被告 Google 也符合「中介且暫時性」要求，綜合以上情狀考量，法院肯認 Google 「快取」原告 *Field* 系爭圖片的行為，以及提供的「庫存頁面」服務，屬於中介且暫時性地利用。<sup>435</sup>

而在 Google Book Search 計畫中，由於 Google 透過索引程式，將系爭數位圖書檔案中的每一個字建立索引檔案，便利使用者可以透過輸入作者、書名、ISBN 以及特定關鍵字等方式進行檢索，故其「索引」可能是永久性利用；惟其掃描、數位化著作之行為與在 *Field* 案中的「快取」情形相似，著作權人可以自由的「選擇退出」此計畫，Google 在其退出後也會將書籍檔案自資料庫中移除，故有論者以為，Google 應可主張其複製行為屬於屬於中介且暫時性地利用資料。

第二款 資料經 ISP 以外之第三人所指示而傳輸<sup>436</sup>

---

(ii) the party giving the notification includes in the notification a statement confirming that the material has been removed from the originating site or access to it has been disabled or that a court has ordered that the material be removed from the originating site or that access to the material on the originating site be disabled.

<sup>431</sup> *Field*, 412 F. Supp. 2d at 1122-23.

<sup>432</sup> *Id.* Kociubinski, *supra* note 174, at 377.

<sup>433</sup> *Ellison v. Robertson*, 357 F.3d 1072, 1081 (9th cir. 2004).

<sup>434</sup> 楊智傑，前揭註 112，頁 48。

<sup>435</sup> See *Field*, 412 F. Supp. 2d at 1114-15, 1124. “The Court thus concludes that Google makes ‘intermediate and temporary storage’ of the material stored in its cache, within the meaning of the DMCA.”

<sup>436</sup> “(A) the material is made available online by a person other than the service provider;

(B) the material is transmitted from the person described in subparagraph (A) through the system or network to a person other than the person described in subparagraph (A) at the direction of that other person; and

(C) the storage is carried out through an automatic technical process for the purpose of making the material available to users of the system or network who, after the material is transmitted as described in subparagraph

(B), request access to the material from the person described in subparagraph (A).”

由於系爭資料並非由第三人放置於網路上，而是 Google 自行將實體著作透過數位化方式重製，並儲存於資料庫中，故通見認為 Google 不符此項要件，無法主張§ 512(b)的安全港條款而免責。惟少數說以為，雖然在 Google 初始的數位化重製圖書行為後，該些數位檔案被其系統自動地逐字索引並儲存於資料庫中，但當使用者輸入關鍵字搜尋時，Google 針對尚在著作權法保護期限，且未獲得授權的著作，並未提供全文閱覽服務，搜尋的結果頁面中僅會出現「片段顯示」，對於著作權人的權益影響甚微，若暫且不論其全文重製的行為，Google 所提供地「片段顯示」服務極有可能屬於合理使用，基於促進資訊的傳播與利用，同屬合理使用與 DMCA 的立法目的，因此，有少數說學者認為 Google 仍有機會主張§ 512(b)而免責。<sup>437</sup>惟本文認為，在現行法的規範體制下，Google 確實無法構成§ 512(b)之保護。

### 第三款 資料可被第三人利用 (requested by a third person)

無論使用者身處於世界的哪一個角落，只要能透過網際網路連線到 Google Book Search 計畫頁面，即可免費、自由的利用圖書搜尋服務，並於搜尋結果頁面中，瀏覽特定的數位圖書內容，而 Google Book Search 計畫本就是為了便利第三人搜尋、利用，才建立的圖書搜尋系統，故其符合此項要件，當屬無疑。

### 第四款 資料經由自動化技術程序儲存於 ISP 系統中(stored through an automatic technical process)

Google 的快取係透過完全自動化技術程序，並儲存於資料庫中，此點應是無庸置疑的。<sup>438</sup>

### 第五款 資料未經變更、修改而傳輸 (the content must be transmitted without modification)<sup>439</sup>

雖然 Google 對於特定著作僅提供「片段顯示」服務，然無論其顯示的範圍多寡，使用者檢視的搜尋結果皆是完全未經變更或修改、與實體圖書內容相同的數位檔案。

除此之外，Google 並未強制著作權人或出版社加入 Google Book Search 計畫，著作權人只要利用「選擇退出」機制，便得隨時退出此計畫，同時並可要求 Google 將其尚

---

<sup>437</sup> Bennett, *supra* note 138, at 1035. “After the initial copying of the book, the text is indexed in Google's matrix and caching is employed for snippet retrieval.”

<sup>438</sup> *Id.* “...Google's PageRank algorithm and its use of cache memory is completely automatic.”

<sup>439</sup> 17 U.S.C. § 512(b)(2)(A) (2000).

在著作權法保護期限內之著作自資料庫中移除。保障 ISP 使其能繼續提供有利於大眾近用資訊之服務，並藉此促進公共利益，是 DMCA 的立法宗旨之一，§ 512(b)中針對「快速存取服務提供者」的安全港條款，主要目的在於避免網路壅塞，而 Google 的「快取」與搜尋引擎除了有助於提升搜尋速度並減少網路資源耗費外，Google Book Search 計畫對於知識的傳播以及促進大眾近用著作之權利等方面，更提供了重要的社會利益，綜上所述，少數說學者認為，Google 基本上可說是 DMCA 所欲保護的網路服務提供者之典型。

### 第三項 小結

無論是著作權法或 DMCA 的立法源由，不外乎是在保障著作權人權利的同時，推動科技的進步與發展，以達成促進資訊流通，與社會繁榮發展的最終目的，故著作權人之私益與大眾公益之間的衝突與磨合，是自著作權法立法以來，就不斷面臨的課題與考驗。

以 Google Book Search 計畫為例，雖然身為計畫推動者的 Google 具有商業性質，但其確實提出了一種嶄新的著作精確檢索與近用方式，也促進了網路搜尋模式的發展與改良，惟在 DMCA 的檢驗中，由於 Google 係未經第三人指示，自行將實體圖書以數位化方式重製後，儲存於電子資料庫中，故 Google 可能因為不符合上述「資料經 ISP 以外之第三人所指示而傳輸」要件，而無法構成§ 512(b)中「快速存取服務提供者」的安全港條款。

然則，在 Google Book Search 計畫有利於著作典藏、資訊近用以及圖書搜尋等公益考量下，其重要性毫不亞於 DMCA 所規範的網路服務提供者。事實上，Google Book Search 計畫與 DMCA 保障的 ISP 所提供的網路資訊，都具備有利於知識傳播與學術研究的特質，且可提升線上搜尋、近用資訊的速度與效率，並減少網路資源的耗費。誠如本文於第四章中所言，對於 Google Book Search 計畫是否構成侵害著作權時，判斷重點應傾向「重新檢視大量重製整份著作於合理使用判斷中之關聯性」，而以「資訊檢索、散布與傳播的結果，會否對著作權人之權益造成不合理的侵害」之檢驗結果，作為數位時代中判斷利用行為是否構成合理使用的重心，而在 DMCA 方面，則應加重考量其具備的「快取」特質，值得慶幸的是，法院在許多前案中都認為「快取」不僅符合合理使用的要件，亦有利於網路服務提供者主張 DMCA 的安全港條款。

綜上所述，在 DMCA 的規定限制了科技發展與資訊近用的可能性之下，本文認為未來可能採行的解決之道，是由立法者針對「圖書搜尋」直接制定一個新的安全港條款，此種方式不僅能迅速且有效的解決 ISP 在提供圖書搜尋服務時面臨的困境，也較法院以判決解決更為妥適。申言之，假設 Google Book Search 計畫中雙方當事人並未達成和解協議，而由法院繼續審理本案，一則因訴訟程序曠日廢時，且所費不貲之外，二則若是



法院認為 Google 不得主張合理使用與 DMCA 而判決 Google 敗訴，龐大的侵權賠償金額將可能會使 Google 破產，如此一來，除了 Google Book Search 計畫勢必擱淺之外，也間接遏阻了未來其他可能的圖書搜尋計畫之推展。因此，本文建議由立法者對於圖書搜尋的網路服務提供者，制定特別的「圖書搜尋」或「數位圖書館」安全港條款，此舉除了能有效解決現存的 Google、Amazon 以及藍燈書屋等圖書搜尋服務提供者所面臨的困境之外，也能藉由法律明文規範相關 ISP 業者的責任與免責要件，使後來加入此市場的新競爭者有本可參，避免著作權人及出版商與圖書搜尋服務提供者之間的衝突越演越烈，也能有助於促進資訊流通與大眾近用著作等公益。

## 第二節 延伸性集體授權

為了使 Google Book Search 計畫得以順利進行，Google 於和解協議中便同意由其出資 3,450 萬美元，成立一個由作者和出版社的代表組成、非營利的「書籍著作權登記中心 (Book Rights Registry)」，<sup>440</sup>其功能類似於著作權集體管理團體，負責清查每本書的著作權關係，並讓 Google 以外的機構或企業也能透過「書籍著作權登記中心」取得數位著作之授權；此外，Google 還會將藉由 Google Book Search 計畫所取得之收益，包括廣告收入、電子書銷售所得、機關訂閱等收入的百分之七十交給書籍著作權登記中心，書籍著作權登記中心在扣除百分之十的營運所需費用後，再將剩餘金額按比例分配給著作權人。<sup>441</sup>

雖然「書籍著作權登記中心」能稍微平息 Google 涉嫌獨占數位圖書市場的批評聲浪，但其仍無法解決 Google Book Search 計畫中的另一個關鍵性爭議—孤兒著作之利用問題。由於孤兒著作的著作權人若非身分不明，就是無法尋得，而在無法取得其授權的情況下，縱使設立「書籍著作權登記中心」，Google 對數以百萬計的孤兒著作之利用行為，若在無法構成合理使用或 DMCA 的情形下，仍有侵權疑慮。由於無論傳統的著作權集體管理團體或「書籍著作權登記中心」都無法解決上述爭議，筆者認為，延伸性集體授權 (extended collective licensing, ECL) 或許提供了另一個可能的選擇。

### 第一項 著作權集體管理機制之目的

在介紹延伸性集體授權機制之前，必須先對於傳統的著作權集體管理機制之設置目的與功能有初步的了解，以下，本文僅列舉出其於實務運作中被肯定的數項功能。

---

<sup>440</sup> Original Settlement Agreement, *supra* note 281, § 5.2.

<sup>441</sup> *Id.* §§ 4.5(a), 6.1(d). Durantaye, *supra* note 225, at 262.

### 第一款 有效落實著作權法保障著作權人之目的

在集體管理制度並未出現之前，著作權人是由自己控制著作的重製與散布，並自行監督是否有人侵害其著作權，因此，早期著作權人是透過「直接授權」之方式，建立與利用人之雙邊關係。然而，隨著科技的發展與進步，著作利用的方式產生極大的改變，當著作散布各地且被廣大的利用人近用時，由於權利人的時間與精力有限，其無從與所有的利用人進行談判、訂立授權契約並收取報酬，更遑論一一監督其著作被利用的情形，因此，權利人發現其空有著作權法所賦予的權利，卻無法有效落實相關保障，在此情形下，「著作權集體管理」機制便應運而生。<sup>442</sup>

最初的著作權集體管理團體的目的，便是代表個別權利人向利用人訂定相關授權契約，並代為收取使用報酬，使著作權人的心血能獲得回報，而在落實了著作權法保障其權益及經濟利益的情況下，也間接提供了促使作者繼續創作的誘因。

### 第二款 提高著作權人的議價能力

當個別的權利人與大型的商業利用人洽談授權契約時，常常因為雙方談判地位懸殊、且利用人具有壓倒性的經濟優勢，而使著作權人不得不接受一份相對不公平的契約，此種情形在集體管理團體出現後，有了很大的改善。雖然個別權利人的議價能力較低，但當眾多著作權人彼此合作，並組成具有一定規模的集體管理團體後，由於其掌握了豐富的資源，使其得以享有與大型利用人抗衡之地位，並能代表權利人締訂平等的授權契約。

### 第三款 便利性與規模經濟

集體管理團體雖然是由權利人組成，並代表著作權人的利益，但並不表示集體管理並未帶給利用人任何好處。事實上，透過集體管理機制的運作，在權利人與利用人之間建立了良好且便利的授權管道，申言之，權利人只要加入此團體，便無需花費心力逐一地與利用人進行談判授權等工作，能保留較多時間與精力在創造新作上面，就利用人而言，其可透過集體管理團體迅速且確實的取得授權，而不用為了尋找特定權利人而花費大量的時間與人力成本，更避免了其因遍尋不著權利人，只能在冒著違法風險的情形下擅自利用著作，與迫不得已而放棄利用著作之間，進行艱難的二擇一決定，此即集體管理帶來的「便利性」。<sup>443</sup>

---

<sup>442</sup> 賴文智，前揭註 10，頁 214-15。

<sup>443</sup> 林之歲，我國著作權集體管理機制現況及趨勢之研究，國立政治大學智慧財產研究所碩士論文，頁 27（2008）。

此外，為了要在一定地域範圍內有效且廣泛的管理著作，集體管理團體必須具有相當之規模，故各國的集體管理團體多半都具有法律上或事實上的獨占地位，而此種獨占現象也帶來了規模經濟（economies of scale）的優勢。詳言之，由於集體管理團體運作所需的行政成本是固定的，此固定成本不會因管理一本書或一千本書而有太大差別，因此越是具有規模的集體管理團體，其越能壓低管理個別著作的成本，而在其行政成本降低的情況下，也可能相對減少向利用人要求的使用報酬，如此一來，權利人與利用人都能從中獲益。<sup>444</sup>

#### 第四款 促進社會利益與文化發展

世界智慧財產權組織（WIPO）向來秉持著一個理念，認為透過持續地支援發展中國家擴大並增進其對於智慧財產權的利用及效率，便可促進該國經濟、社會與文化等各方面的發展。而集體管理團體正是能夠擴大並提高著作被授權的可能與效率，並促進民眾近用著作的一種機制，其不僅有利於個別權利人與利用人，對於促進文化發展與社會公益，更展現了顯著的功效。<sup>445</sup>

#### 第二項 延伸性集體授權之發展背景與功能

在釐清傳統的著作權集體管理機制的設置目的與功能後，接著要進一步探究為什麼我們需要延伸性集體授權這種新的機制？其具備何種功能，與前述的著作權集體管理團體有何不同？對於上述問題，本文一併析之如下。

#### 第一款 發展背景

著作權法制於過去三百年來所追尋的目標，便是使權利人得以在市場中獲取合理報酬，進而鼓勵作者不斷從事創作，以促進文化及社會的發展，<sup>446</sup>然而，隨著數位時代的來臨，此目標的達成難度卻越來越高。

由於電腦與網際網路的發展與普及，資訊的流通與傳播跨越了時間與地域的限制，著作被第三人隨意利用早已成為屢見不鮮之事，且因為數位著作易於重製、散布與公開展示的特質，著作權侵害的情況較過去更為嚴重，縱使是著作權集體管理團體也難以逐一向違法利用者索取報酬或賠償，而監督著作有無被違法利用一事，無論在經濟或技術層面都是一大考驗；再者，隨著數位科技的進步，任何人都能透過電腦將各式各樣的著作公開於網路上，無論是文學作品、圖畫相片或是音樂創作，都能藉由數位科技輕易的

---

<sup>444</sup> 同前註，頁 27-28。

<sup>445</sup> 同前註，頁 28。

<sup>446</sup> 賴文智，前揭註 10，頁 232。

傳送到世界的每個角落，此種情形雖然有助於資訊傳播，但同時也增加了利用人取得授權的困難。資訊爆炸的時代來臨，意謂著利用人必須花費更多的精力與金錢，才有可能尋找到分散於各地的權利人，且縱使能聯繫上著作權人，也不一定能順利的取得授權，在此情形下，既有的集體管理機制已無法負荷數位時代下權利人取得報酬與利用人獲得授權之需求，更無從妥善保障大眾近用資訊的權益，為了解決前開問題，延伸性集體授權（extended collective licensing, ECL）制度便由此應運而生。

## 第二款 定義與功能

### （1）定義

「延伸性集體授權」制度起源於西元 1960 年代，當時的北歐國家採用立法技術，將該些未加入集體管理團體權利人的著作，以法律明文規定的方式，歸入某種類著作中具有代表性的集體管理團體中，使其得以一併管理某種類著作中的全部作品，除了希望確保權利人於著作權法下應享有的經濟報酬外，也提高利用人取得授權的機會。<sup>447</sup>

簡言之，延伸性集體授權的定義，就是法律明文規定當一個著作權集體管理團體中，某種類著作的多數權利人與大型利用人達成授權協議的情況下，其餘小權利人只擁有反對、退出的權利，若其並未表示反對，則授權協議的效力會「延伸」至該種類著作的其他著作權人身上；<sup>448</sup>更有甚者，縱使權利人並不屬於該集體管理團體，其仍在授權協議效力的所及範圍之內，例如在北歐諸國，該些授權的效力不僅及於該國國內的權利人，也涵蓋了國外的權利人，甚至包括身分不明、無法聯繫或已經身故的著作權人，都為授權的效力所及。<sup>449</sup>

---

<sup>447</sup> DANIEL GERVAIS, APPLICATION OF AN EXTENDED COLLECTIVE LICENSING REGIME IN CANADA: PRINCIPLES AND ISSUES RELATED TO IMPLEMENTATION 15 (2003) [hereinafter GERVAIS, APPLICATION OF AN EXTENDED COLLECTIVE LICENSING REGIME IN CANADA],

[http://aix1.uottawa.ca/~dgervais/publications/extended\\_licensing.pdf](http://aix1.uottawa.ca/~dgervais/publications/extended_licensing.pdf). “In place in all Nordic countries, the extended collective licence combines a voluntary assignment with a *legal extension of the repertoire* to encompass non-represented rights holders, thus accelerating the acquisition of rights.”

<sup>448</sup> Durantaye, *supra* note 225, at 289. “If membership in the society extends to a ‘substantial’ number of rights holders of a certain category of works, a license extends to other rights holders of that category of works, even if they are not members of the society.” See Alain Strowel, *The European “Extended Collective Licensing” Model*, 34 COLUM. J.L. & ARTS 665, 666 (2011). “An ECL is a license agreement that is freely negotiated between a collective management organization and a user, and which is later extended by law to the works of outsiders. So, there are basically three elements. First, there is an agreement based on a negotiation; this is the voluntary aspect of ECLs. Second, there is the extension effect, which aims at integrating outsiders within the scope of the agreement. Third, this extension effect is realized by virtue of the law.”

<sup>449</sup> Daniel Gervais, *The Changing Role of Copyright Collectives*, in COLLECTIVE MANAGEMENT OF COPYRIGHT



性質上，延伸性集體授權雖然具有法律授權的基礎（backup legal licence），惟因權利人可任意的選擇退出此機制，故其並不屬於強制授權（或法定強制授權），<sup>450</sup>在性質上更偏向半強制授權（semi-compulsory）。<sup>451</sup>

## （2）功能

在傳統的制度下，由於集體管理團體無法強制要求權利人加入，縱使在政府與集體管理團體都竭力鼓吹情形下，仍有部分權利人不願加入集體管理團體，況且孤兒著作的權利人不是身分不明，便是無法尋得，集體管理團體無法代表全部的著作權人進行授權，在此情況下，為了使大量的著作能被廣泛應用，延伸性集體授權制度在歐洲受到熱烈討論，特別是在北歐諸國（包括丹麥、芬蘭、挪威、冰島與瑞典），此制度早已行之有年，且多適用於文學和音樂著作的重製權與廣播權等方面。

申言之，延伸性集體授權主要的功能除了解決上述數位時代下，權利人不易獲得報酬及利用人難以取得授權等問題之外，此制度的發展，使利用人再也不必為了遍尋不著特定權利人而苦惱，也大幅減輕了利用人逐一與權利人談判、取得授權的協議成本，更重要的是，由於延伸性集體授權制度可以將授權效力擴及孤兒著作的權利人，故其甚至能破解困擾各國立法者十數年的孤兒著作利用困境問題。

此外，在延伸性集體授權機制運作下，集體管理團體除了必須負擔向所有的利用人收取集體授權報酬，並將所得報酬公平的分配給其「內部構成員（加入集體管理團體的權利人）」的責任之外，由於延伸性集體授權還涵蓋了「非」集體管理團體會員的權利人之著作，故其還必須負有確保著作被利用的「非會員」權利人也能獲得公平收益的義務。<sup>452</sup>

事實上，不僅歐洲各國對延伸性集體授權抱持著高度興趣，我國經濟部智慧財產局也曾嘗試將延伸性集體授權制度引進國內，惟因各方接受度不高，又擔心違反國際著作權公約中規範的「合意授權」原則，此提議最後只能無疾而終。<sup>453</sup>

---

AND RELATED RIGHTS 28 (Daniel Gervais ed., 2006). “In Nordic countries, these licenses apply to domestic and foreign rights holders as well as to unknown, unlocatable and deceased ones.”

<sup>450</sup> GERVAIS, APPLICATION OF AN EXTENDED COLLECTIVE LICENSING REGIME IN CANADA, *supra* note 447, at 15. “Some call it a backup legal licence, but this term may be misleading since the rights holder can choose to opt out of the system. This is not possible under a compulsory (also known as a legal) licence.”

<sup>451</sup> MIHÁLY FICSOR, COLLECTIVE MANAGEMENT OF COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS 73 (2002).

<sup>452</sup> Samuelson, *supra* note 272, at 706.

<sup>453</sup> 章忠信，「著作權集體管理制度新發展」，智慧財產權月刊，第 114 期，頁 37（2008）。

### 第三項 延伸性集體授權與 Google Book Search 和解協議之比較

修訂後的和解協議（ASA）與延伸性集體授權之間，存在許多相同之處，Google 就好比一個大型利用人，希望透過 ASA 使其毋庸逐一獲得個別著作權人之授權，便得以重製、公開展示並利用尚在著作權保護期間的著作以及絕版著作，以降低時間及金錢的耗費。為了達成此目的，Google 承諾將投入 3,450 萬美元設置一個非營利、類似於著作權集體管理團體的「書籍著作權登記中心（Book Rights Registry, BRR）」，ASA 中並載明，Google 只要將未來透過 Google Book Search 計畫所得收益的百分之七十交給書籍著作權登記中心，並由其再將收益分配給著作權人，Google 便可獲得自由利用該些數位著作檔案的授權。<sup>454</sup>由此看來，ASA 與延伸性集體授權的目的都是使集體管理團體（ASA 中即為書籍著作權登記中心）得以將授權效力延伸性地及於會員以外的權力人身上，並讓大型利用人能夠確實且大量的取得授權利用之權利，且 ASA 與延伸性集體授權中都給予權利人「選擇退出」的自主權，故兩者在目的與手段方面十分雷同。

然而，ASA 與延伸性集體授權仍然有許多截然不同的地方，簡要列舉如下：

（1）兩者間最大的差別，在於延伸性集體授權是典型的經由法律明文授權的利用型態，且大多受到政府的監督，以確保文化及知識的傳播不會被少數人壟斷；相較之下，ASA 是由 Google 與原告集團協商下，所訂立的私人間和解協議，Google 承諾設立的書籍著作權登記中心背後也沒有任何法律支持，性質上是純粹由私人經營的機構。<sup>455</sup>

（2）由於書籍著作權登記中心尚未設置完成，因此目前並沒有代表多數著作權人進行談判、授權的能力，縱使在書籍著作權登記中心設立之後，加入的權利人人數是否足以使其取得代表多數權利人的地位，亦未可知；而在延伸性集體授權制度中，只有某種類著作中「具有代表性」的集體管理團體始能將授權效力延伸至非會員的權利人身上，兩者間存在顯而易見的差異。<sup>456</sup>

（3）相較於延伸性集體授權機制下，其能夠延伸性的授權予所有的潛在利用者，而在法院對於 ASA 抱持懷疑態度的情況下，ASA 還未能擁有延伸性授權給 Google 的權限，更遑論代表所有權利人授權給其他潛在的使用者了。<sup>457</sup>

---

<sup>454</sup> Amended Settlement Agreement, *supra* note 276, § 6.3.

<sup>455</sup> Samuelson, *supra* note 272, at 707.

<sup>456</sup> *Id.* at 707-08.

<sup>457</sup> *Id.*

#### 第四項 延伸性集體授權對圖書搜尋的啟示

雖然延伸性集體授權與圖書搜尋的目的，都在促進著作與資訊的流通，以及保障大眾近用知識的權利，且延伸性集體授權具有上述多項優點，然而，延伸性集體授權是否能夠成功的解決圖書搜尋所面臨的諸多困境呢？

以 Google Book Search 計畫為例，雖然 ASA 中的規定帶有延伸性集體授權的色彩與特質，惟以現階段的發展來看，承審法院既未通過 ASA，美國立法者也並未將延伸性集體授權列入立法章程中，因此，Google 所欲設置的書籍著作權登記中心無法直接適用延伸性集體授權的規定與作法，其僅具有傳統集體管理團體的功能，雖然能夠降低大量授權的行政成本，然而，對於尚未獲得權利人授權的作品以及大量的孤兒著作，ASA 或書籍著作權登記中心都無從延伸授權給 Google 利用。

退一步言，縱使法院於未來通過了 ASA，ASA 或書籍著作權登記中心能否代表「非會員」與「孤兒著作的權利人」，延伸性的授權 Google 利用，也非無疑義。如上所述，北歐各國的延伸性集體授權機制之所以能夠順利運行，主要的原因在於其背後有法律的支持，且該等集體管理團體多為相當具有代表性的組織，成員涵蓋了某著作種類中的多數權利人，才能獲得代表「非會員」處理授權事務之權限，並使授權協議的效力例外的擴及國內外的非會員、孤兒著作權利人，甚至是已故的權利人身上。<sup>458</sup>

綜上所述，Google 或其他圖書搜尋、數位圖書典藏計畫的經營者，若不願依循逐一取得權利人授權之途徑，卻想大量的利用數位化著作，可以考慮集合各界力量提出修法提案，並以北歐實施延伸性集體授權的良效為例，促請立法機關增定延伸性集體授權規定，此或許是現行法制下，美國圖書搜尋計畫最好的解決途徑。

### 第三節 孤兒著作的利用困境及現況

從上述議題中，可以發現無論是圖書搜尋計畫或是延伸性集體授權，都試圖解決一個困擾著當代著作權法長達數十年久的難題—孤兒著作的利用困境。然而，為何孤兒著作的重要性如此之高？立法者為什麼無法迅速的透過立法方式解決此爭議？有無其他可能的解決途徑？以下，本文將介紹孤兒著作的成因與現況，闡述其利用困境，並探究 Google Book Search 計畫對孤兒著作之影響，最後，再藉由上述討論，提出孤兒著作可能的解決之道。

---

<sup>458</sup> 章忠信，前揭註 271，頁 65-66。



## 第一項 孤兒著作的成因

現行著作權法制下，使用者如欲利用他人著作權，除非該著作係已落入公共領域者，或存在合理使用等情形，否則，利用人需遵行「授權利用」之規定，亦即必須先取得權利人的授權，始得合法利用他人著作。然而，若利用人想要成功的與權利人協商、洽談授權事宜，自以權利人身分明確且得與其取得聯繫為前提。以圖書為例，在數位時代來臨前，由於著作多屬於實體出版的書籍、期刊或雜誌，實體著作上多會載明權利人之姓名或代號，故利用人尋找、取得特定權利人之授權較為容易。

惟在電腦與網際網路普及化後，作者不再需要依循傳統出版方式，來提高著作的曝光率，其只要將著作放置於網路上，便有機會讓廣大的讀者閱覽其作品內容，此外，數位內容還具有易於重製、散布及公開展示等特性，加上數位著作的種類豐富，以上種種特質，在著作權法中帶來了正、反雙面效益，優點在於利用人所能選擇的著作大幅增加，相對的，正因為數位著作的數量眾多且內容多元，常常出現著作權人身分不明或無法聯繫的情形，歸納產生此種授權困境之原因，大致可分為下述幾類：

### 第一款 著作中常以代號標識權利人之名稱<sup>459</sup>

在數位時代中，作者發表或增加著作曝光率的途徑，不再只有傳統紙本社會中的「出版」一途，著作權人可以選擇將著作放置於網路上供多數不特定人瀏覽，且由於網路是虛擬化的社會，權利人多以代號或別稱標識其姓名，故利用人於取得授權之過程中，常常無法獲悉著作權人的真正姓名與身分，若著作的年代久遠，且內容中並未記載權利人的聯繫方式，則利用人希望尋得特定權利人並取得授權一事，可謂難如登天。

### 第二款 著作權人之名稱因著作內容經網路重製、傳遞而變更或喪失

網路上流傳之數位著作縱然含有權利人之標示，有時亦與真正的著作權人有別，此係因為數位環境下著作的重製、傳輸過於便利與迅速，也缺乏有效保護著作的安全機制，故使用人得以任意、輕易地竄改或塗銷原著作權人之姓名標識，一旦該標示不實之著作重製物於網路上輾轉流傳，長此以往，將難以明確的特定真正著作權人。<sup>460</sup>

在實務運作上，常常出現著作權人身分不明或難以尋得的現象，此時，利用人就必須面對一個艱難的二選一問題：在未取得授權的情形下利用著作，並承擔後續可能的訴訟風險，或是只能忍痛放棄利用系爭著作的機會，此種結果將導致寒蟬效應，讓利用人傾向於放棄利用著作，而社會也失去了獲得一個富含創作性作品的機會。在此種授權利

<sup>459</sup> 林佳瑩，「著作權數位產業市場授權之研究」，智慧財產權月刊，第95期，頁9（2006）。

<sup>460</sup> 同前註。



用的困境下，著作權法基於保障著作權人基本權利的立場，採取無論權利人是否失聯，利用人都必須遵行「先授權、後利用」的規則，這也衍生出一個問題—若是身分不明或難以尋得的權利人，事實上已經放棄對於著作的權利，惟利用人不知或無從得知其想法，現行法的規定是否抹煞了大量著作被利用的機會，進而導致社會的無謂損失？

此種猜想並非毫無理論基礎，事實上，某些藝術家在創作出作品後，縱使擁有該著作的相關權利，但卻並不在意他人任意地重製或散布該些著作，研究顯示，大多數我們不知其身分或難以尋得的權利人，多半屬於並不知名的作者，縱使他人利用其著作，權利人得知後不但不反對，甚至對於利用行為導致其著作受關注的程度提高之結果，表示樂見其成。<sup>461</sup>

## 第二項 孤兒著作的現況與爭議

世界各地的實證研究，都證實了孤兒著作的驚人數量，及其利用困境對社會所造成的不利影響，以美國為例，卡內基美隆大學（Carnegie Mellon University）圖書館針對孤兒著作的實證研究顯示，在其館藏書籍中，百分之二十二著作權利人身分不明或無法尋得，<sup>462</sup>在取得聯繫的著作權人中，有百分之三十六的權利人對於是否同意讓其著作被利用的問題並未回應，而該些著作大多數都屬於已絕版的作品。<sup>463</sup>在英國方面，大英圖書館的研究顯示其館藏書籍中，孤兒著作的比例甚至高達百分之四十；<sup>464</sup>而由 Collections Trust、Strategic Content Alliance，以及多家英國主要博物館、美術館與檔案資料庫所共同進行的一份實證研究報告也指出，英國博物館與美術館的館藏中，平均有百分之五到十的作品屬於孤兒著作，而檔案資料庫孤兒著作所佔的平均比例則為百分之十一到二十，而總計的孤兒著作數量竟高達五千萬件之多！<sup>465</sup>

孤兒著作所占比例如此之高，其成因與問題何在？以美國為例，其於1976年將著作權法修正為「創作保護主義」，亦即著作權人無須向著作權局登記，亦無須於公開著作時為著作權相關標示，便可取得著作權法之保護，其優點在於權利取得保護較為容易，且符合國際的立法趨勢（例如伯恩公約、TRIPS、WCT與WPPT等國際條約都禁止就著作權之保護施加形式限制），但相對的，「創作保護主義」也為孤兒著作大量增加的問題埋下隱憂。<sup>466</sup>

---

<sup>461</sup> Durantaye, *supra* note 225, at 235.

<sup>462</sup> Denise Troll Covey, *Copyright and the Universal Digital Library*, in *Universal Digital Libraries: Universal Access to Information 9* (2005), available at [http://www.andrew.cmu.edu/user/troll/ICDUL\\_TrollCovey\\_FINALtmp1REV.pdf](http://www.andrew.cmu.edu/user/troll/ICDUL_TrollCovey_FINALtmp1REV.pdf).

<sup>463</sup> *Id.* at 3.

<sup>464</sup> Durantaye, *supra* note 225, at 236.

<sup>465</sup> *Id.* at 236-37.

<sup>466</sup> 林佳瑩，前揭註 459，頁 17。

此外，由於美國及歐洲各國於1990年代，相繼將著作權法的保護期間延長至著作權人的終身及死後七十年的期間，此種延長著作權保護期間的修法也大幅增加了孤兒著作的數量，雖然此係立法者基於保護著作權人的立場所為之修正，但實際上，該些年代久遠的作品大多數都隨著時間的流逝，而喪失其商業性價值，且權利人也因為歷時太久而難以尋得，研究顯示，在著作被創作完成之後的五十五到七十五年間，僅有百分之一的著作仍然具有商業價值，其餘百分之九十九都已不再具備市場競爭力，且幾乎所有的權利人都不再投入金錢與時間，以尋求或提高著作被利用的機會。<sup>467</sup>

由於希望能使用孤兒著作的利用人，遍及圖書館、博物館、美術館、高等研究機構、出版社以及普羅大眾，因此，若是無法妥善的解決孤兒著作的利用困境，將不只是導致利用人不得不放棄利用著作的機會，更會延宕整個社會的文化發展，對於知識的傳承也將產生極為不利的影響。

### 第三項 孤兒著作在美國的利用困境

由於各界對孤兒著作議題皆抱持極高關注，各國立法機關在保護著作權人的同時，也想方設法的試圖另闢蹊徑，以求能解決孤兒著作的相關問題。2005年1月5日，美國參議院司法委員會主席 Orrin Hatch 與 Patrick Leahy 要求美國著作權局對於孤兒著作的議題進行研究，並向委員會提出報告；<sup>468</sup>美國著作權局隨即針對孤兒著作相關問題，向社會大眾徵詢意見，包括：孤兒著作的利用有何問題？實務上常遭遇的困境為何？一般利用人如何尋找著作權人？著作權局在解決孤兒著作利用困境中，應扮演何種角色？應由政府或委託民間團體解決此類問題？以及利用人若已善盡查詢主管機關的著作權登記資料庫之責，卻仍無法尋得權利人的情況下，是否得主張已盡合理、辛勤之努力而利用孤兒著作？應否修正合理使用規定以解決前開爭議等。<sup>469</sup>

其後，著作權局於2006年1月針對孤兒著作之議題，提出了一份報告，同年5月，美國眾議院司法委員會主席 Lamar Smith 也提出了「孤兒著作法案（The Orphan Works Act of 2006, H.R. 5439）」，希望透過立法方式，一勞永逸的解決孤兒著作相關爭議，其主要內容為於侵權訴訟中，若利用人於實行侵權行為之前，已經盡了「合理的勤勉搜尋（reasonably diligent search）」，卻仍無法尋得著作權人時，應限制權利人所得請求

---

<sup>467</sup> Durantaye, *supra* note 225, at 239-40. EDWARD RAPPAPORT, CRS REPORT FOR CONGRESS--COPYRIGHT TERM EXTENSION: ESTIMATING THE ECONOMIC VALUES 6 (1998), <http://www.policyarchive.org/handle/10207/bitstreams/510.pdf>.

<sup>468</sup> 章忠信，美國著作權局為解決「孤兒著作」之利用困境覓良方，著作權筆記：  
<http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php?board=4&act=read&id=133>（最後點閱時間：2012年6月7日）。

<sup>469</sup> 盧文祥，從創新觀點檢視創作共享機制與著作權保護及知識分享擴散之關係，國立政治大學科技管理研究所博士論文，頁82（2006）。

之賠償金額與禁制令，<sup>470</sup>惟各界對於如何衡平著作權人之保障與便利大眾近用孤兒著作，存有不同想法，上述提案也由於無法取得多數人之共識，只能無疾而終。雖然眾議院議員 Howard Berman 於 2008 年 4 月，再度提出一項「孤兒著作法案(The Orphan Works Act of 2008, H.R. 5889)」，但也未獲通過，由此看來，美國短期內恐怕無法透過修法方式，解決孤兒著作的相關爭議。<sup>471</sup>

#### 第四項 Google Book Search 計畫對孤兒著作之影響

由於未能藉由立法解決孤兒著作的授權、利用困境，致使圖書館及檔案資料庫無法藉由重製方式保存年代久遠的電影與攝影著作、博物館猶豫著是否可以公開展示屬於孤兒著作的圖畫，對於研究人員而言，若是其研究過程中需要重製不明著作權人的原稿或相關文件檔案，則該項研究計畫可能將因孤兒著作的利用困境而擱淺；<sup>472</sup>簡言之，因為孤兒著作的授權、利用困境，導致該些重要的、極具價值的著作無法被合法利用，不僅限制了使用者近用資訊的權利，更造成社會上許多無謂的公益損失，在此情形下，Google Book Search 計畫是否不失為一種解決的良策？

如同本文於前開章節所析，ASA 中對於孤兒著作的利用問題，也訂立了詳細的規定，包括「書籍著作權登記中心」將設置一個獨立的「無人主張權利著作之受託機關(Unclaimed Works Fiduciary)」，用來管理、監督孤兒著作之使用，<sup>473</sup>且該受託機關可在法律允許的情況下，授權 Google 的競爭對手利用 Google Book Search 計畫中的書籍；<sup>474</sup>此外，在收益分配模式方面，ASA 規定「書籍著作權登記中心」必須主動尋找孤兒著作及其他無人主張權利之著作(unclaimed works)的著作權人，若尋人未果，利用該些著作而產生的收益將由「書籍著作權登記中心」保管十年，十年之後若仍未有著作權人出面主張，則該筆金額將捐獻於慈善用途。<sup>475</sup>因此，若 ASA 能順利通過，Google 無庸經過事前「勤勉搜尋」著作權人的努力，便能取得名正言順地利用絕版書籍以及孤兒著作的權利。

惟法院及美國司法部認為，在 ASA 的框架下，將使 Google 擁有事實上的、排除其他競爭者利用孤兒著作之機會，並可能導致獨占孤兒著作市場的結果，<sup>476</sup>且在立法者

---

<sup>470</sup> U.S. Copyright Office, Report on Orphan Works: A Report of the Register of Copyrights 15 (2006), available at <http://www.copyright.gov/orphan/orphan-report-full.pdf>.

<sup>471</sup> 章忠信，前揭註 468。

<sup>472</sup> Durantaye, *supra* note 225, at 240.

<sup>473</sup> Amended Settlement Agreement, *supra* note 276, § 6.2(b)(iii). *Id.* at 266.

<sup>474</sup> Amended Settlement Agreement, *supra* note 276, § 6.2(b)(i).

<sup>475</sup> *Id.* § 6.3(a)(i)(3). Durantaye, *supra* note 225, at 267.

<sup>476</sup> Statement of Interest II, *supra* note 372, at 16, 21.



就孤兒著作議題爭論十數載，都尚未能達成滿意的結論之前，實難想像法院及司法部會容許 Google 以私人間和解協議的方式，越俎代庖的決定孤兒著作的利用方式。

綜上所述，雖然 Google Book Search 計畫與 ASA 確實是現階段中，解決美國孤兒著作相關爭議最迅速且有效的方式，惟，孤兒著作爭議不僅對著作權人的權益影響甚鉅，其更涉及國家經濟、文化與教育等重大層面，實不應輕率的任由單一民間企業決定孤兒著作的遊戲規則，本文認為，此種與公益具有重大關連之議題，宜由立法者經過多方思考及充分的討論後，訂定一套詳細妥善的法定利用方式，始能真正且合理的解決孤兒著作的授權利用問題。

#### 第四節 總結—孤兒著作的解決之道

如前所析，美國國會與著作權局在幾經討論下，短期內仍無法提出一個有效解決孤兒著作利用困境的方法，而在圖書館、博物館與眾多使用者迫切渴求能夠合法利用孤兒著作的情形下，立法者不妨考慮參考外國立法例以尋求解決之道，本文藉由整理各國的法律規定以及學者建議，分析、歸納出一套可能的適用機制，以期為孤兒著作授權、利用的困境提出解決之道，並作為圖書搜尋計畫能合理利用孤兒著作的建議及參考。

##### 第一項 國內的孤兒著作利用方式

##### 第一款 國內的「個別著作」利用模式

加拿大於 1990 年修訂著作權法，該法第 77 條規定，任何人欲利用已發行之著作，卻遍尋不著著作權人洽談授權事務時，可以向「加拿大著作權委員會(Canadian Copyright Board)」提出授權申請，經查確認利用人已不遺餘力的搜尋權利人，仍然無法尋得著作權人之後，可以由委員會設定利用條件及費用，利用人只要向指定的著作權集體管理團體支付特定使用報酬後，便得逕行利用系爭孤兒著作。若嗣後權利人發現其著作被利用之情形，僅能向集體管理團體領取使用報酬，而不得對利用人提起侵害著作權之訴。

477

本文認為，在著作權人不積極主張、維護其權益時，著作權法基於公益考量，得適度降低對權利人之保護，在此前提下，若是利用人經過事前合理、辛勤的尋訪著作權人而未果，此時不應直接剝奪其利用著作的權利，而加拿大著作權法所採取的制度不僅能夠滿足利用人使用孤兒著作之需求，某種程度上也保障了著作權人獲得應有報酬之機會，符合著作權法衡平權利人私益與社會公益的立法宗旨。惟此種情況僅宜適用於一般

---

<sup>477</sup> 章忠信，前揭註 468。



情況下，自然人或其他小型利用者對於孤兒著作的「個別利用」，卻難以解決孤兒著作的「大規模利用」困境，以 Google Book Search 計畫為例，若要求 Google 對其所數位化利用的數百萬本孤兒著作，都必須先盡「勤勉搜尋」責任，始能向主管機關（例如美國著作權局或書籍著作權登記中心）申請利用，其結果將與直接禁止其利用孤兒著作無異，故對於孤兒著作的「大規模利用」行為，必須另闢蹊徑解決之。

## 第二款 國內的「大規模利用」著作模式

無論是圖書館、博物館、研究機關或如同 Google 的圖書搜尋計畫，都希望能大規模的利用孤兒著作，且也只有大規模的利用始能滿足其典藏著作、公開展示等利用目的，惟在數位化時代下，著作的重製、散布已超越國與國之間的疆界，成為一項複雜的國際性問題，故孤兒著作的「大規模利用」方式，也需要區分成特定國家的「國內大規模利用」與跨國性的「國際間大規模利用」，而異其解決方式。

本文認為北歐諸國採行的「延伸性集體授權」機制，最符合此種利用要求，概延伸性集體授權本就是為了解決數位時代下，權利人不易獲得報酬及利用者難以取得授權之困境而制定的解決機制，且其並未強制著作權人必須接受此延伸性的授權效力，權利人仍保有「選擇退出」的自由，對著作權人的限制不致過於嚴苛；此外，在延伸性集體授權機制運作下，集體管理團體負擔向所有的利用者收取集體授權報酬，並將所得報酬公平的分配給其「會員」與「非會員」權利人的責任，保障了著作權人獲得合理報酬之權益。最後，由於延伸性集體授權是典型的經由法律明文授權的利用型態，且大多受到政府的監督，故能確保文化及知識的傳播不會被少數人所壟斷，並達成促進藝術與科學之進步，與保障民眾近用著作之權益。

透過立法制定延伸性集體授權規定，解決國內的大規模利用孤兒著作之困境，已非僅有理論基礎的紙上談兵，2009 年，挪威國家圖書館與其國內具有相當程度代表性的著作權集體管理團體 Kopinor，達成了一項重大的授權協議，透過其國內的延伸性集體授權規定，該項授權協議賦予挪威國家圖書館數位化所有尚在著作權保護期限內之著作，並儲存於電子資料庫中之權利，且挪威的公民皆能閱覽該電子資料庫中的著作內容，惟針對仍於著作權法保護期間內的著作，並不提供列印或下載服務。挪威國家圖書館在此協議訂立後的兩年之內，對於尚在著作權保護期限內之著作，必須以每頁固定費用的計算方式支付使用報酬。<sup>478</sup>

總此，挪威政府成為國際上第一個透過延伸性集體授權制度，藉由大規模數位化實體圖書，解決孤兒著作的利用問題，並建立一座名為 Bokhylla 的公立數位圖書館的國

---

<sup>478</sup> Samuelson, *supra* note 272, at 709.

## 第二項 國際間的孤兒著作利用方式

雖然國內大規模利用孤兒著作的方式，已有延伸性集體授權與挪威的前例可參，惟此並不代表國際間大規模利用孤兒著作的行為，亦可順利的如法炮製。

以現行國際間最具代表性、且關係最密切的國際組織—歐洲聯盟（European Union, EU）為例，2011年歐盟委員會（European Commission, EC）對於如何解決歐盟內的孤兒著作利用爭議，也展開了一系列的討論，最終提出數個方案：其一，是修法變更著作權的例外規定，使利用人得以在未取得授權的情形下，合法的利用孤兒著作，惟此並非最好的解決方式，因為採行此提案最少需要十年的時間，才能略見成效，首先，必須要花上五年的時間討論並制定一部詳盡的規範法案，之後，必須再花五年的時間等待各會員國的立法機關修訂著作權法，使之合乎規範法案之要求。第二項提案，是採行一種跨越國界的、針對孤兒著作的授權，使全歐盟會員國均能透過網路以公開展示方式利用孤兒著作。第三項提案，是歐盟各會員國之間採行相互承認制度，允許他國利用本國的孤兒著作。第四項提案，則是將延伸性集體授權適用於全歐盟會員國。<sup>480</sup>

然而，延伸性集體授權能否有效解決歐盟內孤兒著作的利用問題？現階段看來，答案恐怕是讓人失望的，理由如下所析：

（1）誠如本文一再強調的，延伸性集體授權機制必須基於法律規定，亦即要透過法律賦予代表性的集體管理團體，將授權協議的效力延伸適用至非會員的權利，惟縱使多數歐盟會員國的國內法中，都制定了延伸性集體授權的規定，但國內法並無法適用於其他會員國，而現今並未有一部足以適用於整個歐盟的歐盟著作權法，故使延伸性集體授權適用於歐盟所有成員國的法律基礎在現階段並不存在，因此，雖然已有個別國家(挪威)透過此機制建立國家數位圖書館的前例，惟延伸性集體授權仍無法跨國界的、適用於所有歐盟成員國。<sup>481</sup>

（2）第二個困難點，在於縱然延伸性集體授權機制可有效的解決一國之內的孤兒著作利用問題，但要讓外國的著作權利人也同意、信服，恐怕相當困難。申言之，在大多數延伸性集體授權制度中，因為該機制傾向於保護本國著作權人，包括集體管理團體

---

<sup>479</sup> Strowel, *supra* note 448, at 667. “The ECL model has been used already in one country, Norway, for a national digital library called Bokhylla.”

<sup>480</sup> TILMAN LUEDER, THE ‘ORPHAN WORKS’ CHALLENGE (2010), <http://fordhamconference.com/wp-content/uploads/2010/08/TilmanLueder.pdf>.

<sup>481</sup> Strowel, *supra* note 448, at 666-68.

的「會員」與「非會員」，一律都會都受到較好的保護與待遇，相較之下，外國權利人難以獲得公平的報酬，由這點看來，歐洲的延伸性集體授權制度仍未臻完善。<sup>482</sup>

綜上所述，在數位時代中，由於網路利用者及數位著作不斷增加，要徹底解決孤兒著作的利用問題，光靠單一國家的力量是完全不夠的，以歐盟為例，在制定一部跨越疆界、適用於全歐盟成員國的著作權法之前，歐盟境內孤兒著作利用困境的解決之日，恐怕仍遙遙無期。準此，在數位環境下，國與國之間的疆界會是解決所有著作權議題的關鍵性考量，但就現階段而言，連歐盟都無法順利解決此議題，看來孤兒著作的利用困境，只能有賴國際性組織（如 WIPO）制定相關條約，才有機會出現一線曙光。



---

<sup>482</sup> *Id.* at 669.

## 第六章 結論

電腦與網路的普及化，為人們的生活帶來極大的便利性，且對於資訊傳播與文化發展等各方面都有長足的助益，但於此同時，由於數位著作易於重製、散布與公開展示的特質，也導致網路著作權侵權案例層出不窮，著作權人的權益受到前所未有的衝擊，是以，如何在數位化的洪流中衡平權利人的私益與社會公益之保護，並促進科技與藝術之發展，為當前著作權法不得不審慎思量之重要課題。

而在數位著作內容漸趨豐富、多元化，且電子書的銷售量逐年攀升的情況下，「數位圖書搜尋計畫」或「數位圖書館」的建置，已成為必然的趨勢，其中最受關注的，莫過於 Google 於 2004 年正式開展的 Google Book Search 計畫，該計畫預計將數以百萬計的實體書籍掃描、轉化成電子檔案後，儲存於 Google 的電子資料庫中，並提供使用者圖書內容搜索服務；此計畫雖然立意甚佳，惟因其涉及違反「授權利用」原則，且有獨占孤兒著作數位市場之疑慮，遂引發了各界大規模的批評與反對聲浪，纏訟經年後，美國紐約南區地方法院雖於 2011 年駁回其提出的修訂後的和解協議，但也給予 Google 再提出新的和解協議之機會。

雖然 Google Book Search 計畫有侵權之虞，但其對於促進學術研究、文化發展與縮小城鄉間智識差距等公益有著極大的助力，本文藉由探討合理使用、DMCA 以及延伸性集體授權機制適用於 Google Book Search 計畫之可行性，對於圖書搜尋計畫未來的發展方向，以及孤兒著作可能的解決之道，提出修法建議，以期作為日後研究之參考。

### 第一節 重塑合理使用判斷基準之新思維

誠如知名廣告標語所言，「科技始終來自於人性」，人類為了追求自身之福祉，會開發多樣化之工具，藉以提升生活之便利性與舒適度，以著作權為例，著作權法除了保障著作權人的私益之外，也含有推動社會文化進步及保障大眾近用著作等公益性色彩，故為了防止權利人獨占性的享有著作權利，合理使用原則便因此應運而生，並肩負衡平著作權人私益與社會公益之重責大任。

#### 第一項 數位化時代下，合理使用判斷基準的新趨勢

而隨著搜尋引擎以及圖片搜尋等新興科技的蓬勃發展，在便捷了知識傳播與資料搜尋的同時，卻也引發許多著作權侵權疑慮，而在數位化的洪流中，合理使用的重要性不降反增，此從美國法院審理一系列搜尋引擎相關案件的過程中，合理使用往往成為關鍵性因素一事，便可見一斑。



縱觀美國法院於前開 *Campbell* 案、*Kelly* 案、*Field* 案與 *Perfect 10* 案中判決，除了合理使用之適用較早期更為彈性化之外，還能發現法院對於搜尋引擎抱持著相當友善的態度，無論是「圖片搜尋」或是「庫存頁面」服務，法院都認為其具備高度的「轉化性」，而構成合理使用之保護；此外，本文於研究過程中，也整理出了以下數項有關合理使用判斷基準的新趨勢：（1）「整體衡量原則」已成為現今合理使用的判斷方針；（2）著作之利用及性質是否具備「轉化性」，是利用人得否主張合理使用之關鍵性因素，詳言之，新著作所具備的轉化性程度越高，其他判斷要素就越不重要；（3）在合理使用適用於搜尋引擎的相關案例中，「著作之性質」與「利用之質量及其在整個著作所占之比例」此二項判斷基準對於判決結果的影響力已大幅降低；以及（4）利用結果會否損害原著作在潛在市場之利益，不能僅憑臆測而決定。

## 第二項 因應圖書搜尋計畫，所產生的合理使用新思維

在席捲全球的數位浪潮之下，紙本著作不再是知識傳播的唯一途徑，而電子書的問世、數位閱讀載具不斷的推陳出新，以及人類閱讀習慣的逐漸改變等，種種跡象都揭示著世界將面臨一波新的閱讀革命。由於電子書具有攜帶便利、價格低廉以及大量儲存等優點，社會對於數位著作的需求不斷提高，縱然短時間內，其仍無法取代紙本圖書的重要性，但數位閱讀的興起，已然成為不爭的事實，在此情況下，以 Google Book Search 為首的圖書搜尋計畫，更為人類的閱讀與搜尋歷史，翻開了波瀾萬丈的一頁。

如同本文於第四章中所析，雖然 Google Book Search 計畫具備高度的轉化性，惟其擅自將尚在著作權法保護期限內之實體著作重製為數位版本，並提供關鍵字搜尋與「片段顯示」服務之行為，不僅引發著作權人的抗議浪潮，且可能損害著作於潛在市場中的利益，縱使其極有利於資料精確搜尋、著作典藏、文化傳承與知識傳播等公益，在現行著作權法制下，合理使用仍然無法為圖書搜尋計畫，提供一個合法的發展基礎。惟現行合理使用原則是傳統紙本閱讀時代下的產物，在人民閱讀習慣改變的數位環境中，合理使用不應一味的墨守成規，在著作權人私益與大眾近用著作公益的夾縫間苦苦掙扎，相反地，合理使用應順應時代的更迭而作出相應的變革，始能達成其衡平公、私益之立法原旨。

由於合理使用原則適用於 Google Book Search 計畫，所得出的結果不盡理想，本文嘗試分析其主要的因素，並提出在數位時代下，合理使用適用於圖書搜尋之新思維——重新檢視大量重製整份著作於合理使用判斷中之關聯性，並以「資訊檢索、散布及傳播的結果，會否對著作權人之權益造成不合理的侵害」之檢驗結果，作為判斷合理使用的最重要因素。觀諸本案例中圖書館保留系爭圖書數位檔案之行為，主要出於保存圖書或教育等公益性目的，而 Google 提供的圖書搜尋服務，主要功能在於進一步方便公眾對於特定著作之檢索與確認，使民眾得以精確取得所需之資訊，以便進入市場選購著作，故其

目的並非替代原著作商品之市場，且 Google 對於尚在著作權保護期間、但未取得授權之著作，於搜尋結果中僅提供「片段顯示」服務，由此看來，Google 為了達成圖書搜尋目的，所必須採取的前行為（全文重製），對整體利用行為得否構成合理使用影響甚微，且利用結果並未損害著作權人之權益，卻提供了顯著的公益，若由此觀點出發，則 Google 構成合理使用之可能性將大幅提高，如此，始有可能解決現行圖書數位搜尋計畫所無法突破的瓶頸，並達成促進大眾近用著作之權益，以及著作數位典藏等重要的公益性目的。

## 第二節 Google Book Search 計畫的未來展望

如同本文於第三章至第五章中所述，雖然 Google Book Search 計畫有著許多優點，但承審法院 2011 年 3 月 24 日，基於 Google Book Search 計畫可能使 Google 在數位著作與孤兒著作市場中，取得實際上的獨占地位，以及其違反「授權先行」逕行利用孤兒著作為由，正式否決了新修訂的和解協議。

此種結果其實並不讓人意外，因為在現行美國著作權法體制下，Google Book Search 計畫確實難以構成合理使用與 DMCA 之抗辯，且美國並未引進北歐的延伸性集體授權機制，故縱使 Google 依 ASA 設置了書籍著作權登記中心，在沒有法律的支持下，其性質仍然屬於一般的集體管理團體，無從援引延伸性集體授權規定而免責。

雖然承審法院因為本案當事人達成和解協議，而並未下達 Google 勝訴或敗訴之實體判決，惟從法院駁回 OSA 與 ASA 之決定，似乎也能推論出法院認為本案不構成合理使用抗辯之心證。事實上，不只承審法院與司法部對於 Google Book Search 計畫擅自利用孤兒著作一事，抱持不樂觀的態度，本文認為美國國會亦不支持此項計畫，概連 2006 年與 2008 年，由眾議院議員分別提出的兩項藉由「勤勉搜尋」規範，解決部分孤兒著作利用爭議之「孤兒著作法案」都未獲立法者青睞，<sup>483</sup>殊難想像立法者會願意接受一個「走的更遠」的 Google Book Search 計畫。

然而，即使 Google 在美國本土的和解協議屢遭挫敗，但仍有其他有力的盟友支持該項計畫，例如義大利政府基於數位典藏、提高義大利著作的曝光度，以及宣揚該國文化傳統等目的，將收藏於佛羅倫斯與羅馬公立圖書館，最多高達一百萬本的公共領域館藏圖書提供 Google 進行獨占性的數位化利用，並成為第一個與 Google 達成授權協議的政府。<sup>484</sup>

Google Book Search 計畫誠然涉及侵權疑義，但其對全人類社會所帶來的重要公

---

<sup>483</sup> 詳見本文第五章第三節所述。

<sup>484</sup> Durantaye, *supra* note 225, at 278-79.

益，也讓人難以取捨，故本文針對合理使用與 DMCA 提出相關修法建議，以期能為現階段下 Google Book Search 計畫於美國之困境，帶來一絲曙光：

(1) 於判斷 Google 得否構成合理使用方面，本文認為應「重新檢視大量重製整份著作於合理使用判斷中之關聯性」，並以「資訊檢索、散布及傳播的結果，會否對著作權人之權益造成不合理的侵害」之檢驗結果，作為判斷合理使用的最重要因素，已如前述。

(2) 雖然本案並不屬於現行 DMCA 之適用範疇，惟在 Google Book Search 計畫有利於著作典藏、資訊近用以及圖書搜尋等公益考量下，其重要性毫不亞於 DMCA 所規範的網路服務提供者，且其與 DMCA 所保護的 ISP 都具備促進知識傳播與學術研究、提升線上搜尋之速度與效率，並減少網路資源的耗費等優點，故本文建議由立法者對於圖書搜尋的網路服務提供者，制定特別的「圖書搜尋」或「數位圖書館」安全港條款，此舉除了能有效解決當前圖書搜尋服務提供者所面臨的困境之外，也能藉由法律明文規範相關 ISP 業者的責任與免責要件，使後來加入此市場的新競爭者有本可參。

(3) 效法北歐諸國的作法，引進「延伸性集體授權」機制。由於此種機制的運作需要法源依據，故在美國著作權法中尚未明文規定「延伸性集體授權」的情況下，Google 所欲設置的「書籍著作權登記中心」，並不具備將授權效力延伸至會員以外的權利人身上之能力，故在未取得授權的情況下，其仍無法解決孤兒著作的利用問題。因此，若是 Google 或其他圖書搜尋、數位圖書典藏計畫的經營者不願依循逐一取得權利人授權之途徑，卻想大量的利用數位化著作，集結各界力量促請立法者將延伸性集體授權增訂於著作權法之中，或許是現階段中，解決美國圖書搜尋與孤兒著作利用困境的最好選擇。

最後，若是 ASA 能在國會修法前先行通過，將使「書籍著作權登記中心」取得類似於「延伸性集體授權」之效果，但由於「書籍著作權登記中心」並無法律的支持，其運作仍會受到限制：由於 ASA 只適用於 2009 年 1 月 5 日前出版，並且是在美國第一次出版且已於美國著作權辦公室登記的「著作」及「插入內容 (Inserts)」，<sup>485</sup>故對於在 2009 年 1 月 5 日之後始出版的著作，「書籍著作權登記中心」仍要取得權利人的授權後，始得代表權利人管理該些著作之授權及利用行為，然而，這或許能稍稍撫慰權利人的不安，同時降低 Google 獨占數位著作市場之疑慮。

---

<sup>485</sup> See Original Settlement Agreement, *supra* note 281, §§ 1.16, 2.1(a), 4.1(a)(v), and Attachment I, at 7-9.



### 第三節 孤兒著作的解決之道

#### 第一項 孤兒著作已成為一項全球議題

美國著作權局（United States Copyright Office）以及歐盟委員會（European Commission）都曾指出 ASA 中有關孤兒著作使用的部分，在孤兒著作的著作權人之私益，與大眾利用的公益之間，並未取得平衡，然而，現行美國與歐洲著作權法制下，孤兒著作的問題也沒有獲得妥善解決的可能。以德國與法國為例，個人或機關想要利用孤兒著作，除了取得授權之外，別無他法；<sup>486</sup>而在美國 2008 年曾提出的「孤兒著作法案」中，規定如果利用人違反「授權利用」原則，因擅自使用孤兒著作而涉訟者，其若能證明曾經認真且勤勉的找尋著作權人，法院於個案衡量後，可能會因此降低判決中的損害賠償金額，惟此法案並未能通過。<sup>487</sup>

Google Book Search 計畫一案中，雖然法院基於保障著作權的立場，對於 Google 違反「授權利用」原則之舉大加撻伐，但美國學者 Gregory K. Leonard 於其所撰寫的「*District Court Rejects The Google Books Settlement: A Missed Opportunity?*」一文中，將著作權法與同屬智慧財產權領域的專利權法相互比較後，其主張——在專利法的立法精神中，有些時候公共利益會優先於個別專利權人的私益，而以公益為重；以藥品的專利權為例，若是對某種藥品核發禁制令可能導致民眾的健康受到威脅，法院必將優先考量公共安全，即使如此一來可能會損害製藥商的權利，亦在所不惜。本案中，雖然 ASA 確實有違「授權利用」原則，但卻並未強制所有著作權利人必須參與 Google Book Search 計畫，個別權利人可以透過「選擇退出」機制，禁止 Google 利用其著作。因此，關鍵在於是由 Google 負擔與個別權利人協商、促使其「選擇進入」Google Book Search 計畫的責任，或是應由著作權人承受「選擇退出」機制下可能導致的不利益？顯然，法院基於保護著作權人的立場而選擇了前者；但若以公益角度出發，由於 Google Book Search 計畫及和解協議有利於廣大的使用者，故應選擇後者——由著作權人負擔「選擇退出」的責任，更為妥適，<sup>488</sup>而這也是「延伸性集體授權」機制中所採行的方式。

前開文章之見解有其獨到之處，惟本文認為，專利法與著作權法雖同屬智慧財產權領域，但其立法目的與內容條款仍然大異其趣，概括的將兩者比附援引似非妥適。雖然 Google Book Search 計畫立意甚佳，且數位內容的線上閱覽模式必將成為未來閱讀的趨勢，但有關孤兒著作的利用問題，如本文於前開章節中所析，由於其涉及眾多著作權人權益以及重要的社會公益，若任由身為私人企業的 Google 以先斬後奏的方式，擅自決

<sup>486</sup> See Durantaye, *supra* note 225, at 271-72.

<sup>487</sup> *Id.* at 272.

<sup>488</sup> Leonard, *District Court Rejects The Google Books Settlement*, *supra* note 282, at 4.



定孤兒著作的利用方式，可能造成文化壟斷、知識產業被獨占等重大社會危機，且 Google 並無法單純以「公益」一詞，便可正當化其行為；此外，有鑑於孤兒著作涉及數位化、線上公開展示等許多跨國、跨領域的議題，且 Google Book Search 計畫也證實了孤兒著作的問題必須透過立法途徑加以解決，否則，使用人只能眼睜睜的看著許多可供利用的珍貴資訊被塵封，或是忍受一個像 Google 一般獨占孤兒著作利用權的公司出現。<sup>489</sup>

## 第二項 孤兒著作的解決之道

如同本文於第五章中所析，理想的孤兒著作解決方式要因利用的數量，及其屬於國內的利用或國際性利用，而異其解決之道。詳言之，在單純的「國內個別利用」情形下，本文認為可參考加拿大於 1990 年修訂的著作權法第 77 條規定，在使用者已盡「勤勉搜尋」責任卻仍遍尋不著權利人時，得向主管機關（在加拿大是「加拿大著作權委員會」，美國則為著作權局）提出授權申請，俟主管機關經查確認無誤後，利用人再向指定的集體管理團體支付特定使用報酬後，便得利用系爭孤兒著作。

惟此種作法並不適用於「國內大規模利用」之情形，概若要求利用者對於數百萬本孤兒著作都先盡「勤勉搜尋」責任，光是所需時間、費用與精神上的耗損，就能使大部分利用人望而卻步，其結果與禁止其利用孤兒著作並無二致。故本文認為，最符合「國內大規模的利用」要求者，仍非「延伸性集體授權」機制莫屬，其不但能解決數位時代下，權利人不易獲得報酬及利用人難以取得授權之問題，還讓權利人保有「選擇退出」的部分自由，且此機制還使集體管理團體負擔向利用人收取報酬，以及將所得報酬公平的分配給相關權利人的責任；再者，由於此種機制大多受到政府的監督，故在達到促進資訊傳播，且有助於大眾近用著作目標的同時，還能避免文化產業被少數人壟斷的危險。

如前所述，毫無疑問的，孤兒著作已成為跨國界的全球問題，唯有國際間以立法明訂一部放諸四海而皆準的、孤兒著作之利用方式，始能真正解決此爭議；惟放眼現今國際情勢，在連地理、經濟等關係都最為密切的國際組織—歐盟，都尚且無法制訂區域性孤兒著作解決辦法的情況下，要覓得一項確實且有效的「國際間孤兒著作利用問題」的解決之道，恐怕仍遙遙無期。

## 第四節 結語

他山之石，可以攻錯，在美國因為 Google Book Search 計畫得否繼續開展而爭執的沸沸揚揚、歐盟針對是否透過延伸性集體授權制度建立國家數位圖書館，進行如火如荼討論的情況下，我國不妨參考其經驗，以作為國內推動數位典藏、圖書搜尋計畫之借鑑。

---

<sup>489</sup> Durantaye, *supra* note 225, at 286.

誠如本文前開所述，Google Book Search 計畫立意雖佳，且提供了一種孤兒著作可能的解決之道，惟著作權與一國的經濟、社會與及文化發展息息相關，其重要性不言而喻，若允許如 Google 一般的民間企業或團體，任意藉由私人間的和解協議創設一種著作權法「授權利用」的例外規範，超法規的解決著作近用問題（包括利用尚在著作權保護期限的著作，以及孤兒著作），實不妥適；此外，由於北歐諸國採行的「延伸性集體授權」制度，以有法律明文規範為前提，故在立法者修法增訂之前，在我國的侵權訴訟中，利用人仍不得援引「延伸性集體授權」制度作為抗辯。

為了解決孤兒著作的利用問題，我國於 2010 年增訂「文化創意產業發展法」，該法中第二十四條第一項規定：「利用人為製作文化創意產品，已盡一切努力，就已公開發表之著作，因著作財產權人不明或其所在不明致無法取得授權時，經向著作權專責機關釋明無法取得授權之情形，且經著作權專責機關再查證後，經許可授權並提存使用報酬者，得於許可範圍內利用該著作。」此項規定雖與加拿大著作權法的「勤勉搜尋」相似，惟我國於「著作財產權人不明著作利用許可申請規費收費準則」第二條中，所規定的單件孤兒著作利用許可申請規費，卻高達新台幣五千元，如此高額的申請規費勢必會影響、甚至降低利用人的申請意願，然而，觀諸在各國實際運作之下，相關申請與核准案件卻都不多的結果看來，為避免此一強制授權制度成為未經授權利用他人著作之主要源頭，破壞著作權法既有合意授權商業機制之發展，主管機關於制度上必須以價制量，以收防止浮濫之效。

此外，由於我國並未將「延伸性集體授權」制度納入著作權法體制的情況下，私營企業或團體想要進行大規模的數位圖書搜尋計畫，只能依循現行法「授權利用」原則，逐一取得權利人之授權後，使得為之。

惟為了避免如同發生如同 Google 案中文化產業被單一企業獨占的危險，又希望能達到促進資訊傳播、文化發展與保障民眾近用資訊等公益目的，本文認為可仿效挪威的作法，由政府機關主導大規模的圖書數位化計畫（本文認為可考慮委由具有代表性的國家圖書館進行），建立一座公立數位圖書館，可能的實行方法有二：

（1）國家圖書館可先行數位化「已落入公共領域」與「獲得著作權人授權之著作」，而針對尚在著作權法保護期限且未獲得授權之作品，國圖可主張基於保存資料之必要性，而以數位化方式加以典藏。<sup>490</sup>惟此種作法下，民眾仍無法利用孤兒著作或未取得授權之著作，其雖有助於大規模數位典藏之實行，卻無益於解決孤兒著作的利用困境。

---

<sup>490</sup> 謝銘洋，前揭註 9，頁 80-81。

(2) 除了現行文化創意產業發展法第二十四條的「勤勉搜尋」之外，立法者可考慮將「延伸性集體授權」制度納入我國著作權法規範，如此，始能確實且有效的解決孤兒著作利用爭議。立法過程中，立法者可參考美國著作權局之作法，徵詢各方意見，廣納不同見解，並在經過周密的思慮與討論後，制定符合我國國情與法制的「延伸性集體授權」規定。

本文認為透過法律明文規定，解決相關爭議的第二種作法較為可行，此外，為了確保孤兒著作與未授權國圖的權利人能獲得合理的使用報酬，配合「延伸性集體授權」之實施，政府機關或國家圖書館應設置一個信託機關，由其負責前開著作的利用收益，並以合理且公平的方式分配給個別權利人，在權利人超過一定期限（例如：著作被利用後十年）仍未出面主張報酬時，可將該些金額全數捐給慈善團體，作為公益之用。

最終，雖然孤兒著作的利用方式依所利用的數量，與國內或國際性的利用而有所不同，但其中仍存在一個關鍵性的共同點—皆應由國家機關立法明定其利用方式，概孤兒著作所涉及的層面太廣，對於國內甚至國際間的經濟、文化與資訊傳播影響甚鉅，其重要性不言可喻，故唯有仰賴各國立法者透過立法方式，明文訂定其利用模式與使用報酬的管理機制，如此一來，始能衡平權利人之私益與大眾近用著作之公益，並避免文化產業被私人企業壟斷的危險；此外，透過立法明文訂定孤兒著作的利用方式，對於網路社會發展、圖書搜尋計畫之推動，以及世界數位圖書館之建立等均有助益，亦能為文學財富之永久典藏，以及人類文明之進步形成卓越且不可抹滅的貢獻。

## 參考文獻

### 中文書籍

1. 蕭雄淋，《著作權法論》，七版一刷，五南圖書出版，台北（2010）。
2. 許忠信，《國際著作權公約及發展趨勢》，初版一刷，經濟部智慧財產局，台北（2009）。
3. 謝銘洋，《數位內容之著作權基本問題及侵權》，初版二刷，經濟部智慧局，台北（2009）。
4. 藍道·史卓思著，吳嘉哲、黃貝玲譯，《Google 衝擊》，遠流出版，台北（2009）。
5. 羅明通，《著作權法論【I】》，七版，台英商務法律出版，台北（2009）。
6. 羅明通，《著作權法論【II】》，七版，台英商務法律出版，台北（2009）。
7. 大衛·懷司、馬克·摩西德著，蕭美惠、林秀津譯，《翻動世界的 Google》，初版四刷，時報文化出版，台北（2006）。
8. 財團法人資訊工業策進會，《2006 台灣數位內容產業白皮書》，經濟部工業局，台北（2006）。
9. 吳漢東，《著作權合理使用制度研究(修訂版)》，中國政法大學出版社，北京（2005）。
10. 蔡念中、張宏源，《匯流中的傳播媒介—以美國與台灣為例》，亞太圖書出版，台北（2005）。
11. 陳豐偉，《網路不斷革命論》，商周出版，台北（2004）。
12. 黃怡騰，《著作之合理使用案例介紹》，一版一刷，經濟部智慧財產局，台北（2001）。
13. 黃怡騰，《著作權法第六十五條第二項四款衡量標準之研究》，經濟部智慧財產局，台北（2001）。
14. Paul Goldstein，《捍衛著作權—從印刷術到數位時代之著作權法》，葉茂林譯，初版一刷，五南圖書出版，台北（2000）。
15. 楊崇森，《著作權法義論叢》，華欣文化事業中心，台北（1983）。

### 中文期刊雜誌

1. 林利芝，「從加拿大最高法院 *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada* 案探討加拿大圖書館提供文獻傳遞服務與自助式影印服務之侵權責任（下）」，智慧財產權月刊，第 158 期，61-84 頁，2012 年 2 月。
2. 林利芝，「從加拿大最高法院 *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers* 案探討加拿大網路服務提供者的侵權責任」，智慧財產權月刊，第 149 期，6-46 頁，2011 年 5 月。
3. 黃惠敏、黃千娟、許容慈，「『Google 圖書館計畫』—美麗新世界？著作權侵害？還是合理使用？」，萬國法律，第 170 期，73-82 頁，2010 年 4 月。
4. 楊智傑，「搜尋引擎與合理使用：美國案例與 Google 圖書館計畫」，智慧財產權月刊，第 125 期，41-42 頁，2009 年 5 月。



5. 章忠信,「世界圖書館的大未來」, 智慧財產權月刊, 第 124 期, 52~74 頁, 2009 年 4 月。
6. 林利芝,「*Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.* (上) — 著作權法『合理使用』原則的經典案例」, 台灣法學雜誌, 第 124 期, 213-234 頁, 2009 年 3 月。
7. 洪盛毅,「從 GOOGLE 與美國 THE MCGRAW-HILL 等五大書商之著作權訴訟分析 GOOGLE 圖書館計畫與合理使用之法律疑義」, 智慧財產權月刊, 第 121 期, 83-117 頁, 2009 年 1 月。
8. 章忠信,「著作權集體管理制度新發展」, 智慧財產權月刊, 第 114 期, 5-38 頁, 2008 年 6 月。
9. 曾逸鴻、林裕淵,「中文文字影像中之特殊字體偵測」, 科學與工程技術期刊, 第 3 卷第 4 期, 29-30 頁, 2007 年 12 月。
10. 林佳瑩,「著作權數位產業市場授權之研究」, 智慧財產權月刊, 第 95 期, 5-26 頁, 2006 年 11 月。
11. 蔡惠如,「P2P 檔案分享之著作權爭議—以媒介中立原則為中心」, 月旦法學雜誌, 第 135 期, 62-85 頁, 2006 年 8 月。
12. 王敏銓,「自由文化」, 科技法學評論, 第 2 卷第 2 期, 215-240 頁, 2005 年 10 月。
13. 吳紹群,「Google Book Search 對圖書館發展之影響」, 圖書資訊月刊, 第 3 卷第 1/2 期, 83-106 頁, 2005 年 6 月。
14. 耿筠、劉江彬,「美國著作權合理使用之重要判例研究」, 智慧財產權管理月刊, 第 44 期, 54-77 頁, 2002 年 8 月。
15. 馮振宇、胡心蘭,「論美國著作權法合理使用原則之發展與適用」, 中原財經法學, 第 6 期, 159-225 頁, 2001 年 7 月。
16. 章忠信,「美國一九九八年數位化千禧年著作權法案簡介」, 萬國法律, 第 107 期, 25-42 頁, 1999 年 10 月。
17. 陳怡靜、林怡君、孫玉達,「數位時代著作權如何有效保護—美國網際網路服務提供者責任立法及著作權法第 512 條安全港條款的實務運用」, 智慧財產權月刊, 第 107 期, 30-61 頁, 1997 年 11 月。

#### 中文碩博士論文

1. 張玲韶,《Google 之著作權爭議研析-以 Google 搜尋及 Google 圖書為中心》, 中興大學科技法律研究所碩士學位論文, 2011 年 2 月。
2. 陳世偉,《Google Book Search 涉及著作權問題法律研究—以合理使用為中心》, 世新大學法律學系碩士論文, 2010 年 7 月。
3. 魏菱慧,《由 Google Books 和解協議探討電子出版發展之研究》, 國立臺灣科技大學科技管理所碩士論文, 2010 年 7 月。
4. 汪雪,《數字圖書館之法律問題分析—從 The Authors Guild v. Google 之修正和解協

- 議談起》，復旦大學法學院碩士學位論文，2010年4月。
5. 林之歲，《我國著作權集體管理機制現況及趨勢之研究》，國立政治大學智慧財產研究所碩士論文，2008年7月。
  6. 張淑美，《網路服務業者之侵權責任—以著作權侵權為中心》，國立交通大學科技法律研究所碩士論文，2006年11月。
  7. 蔡惠如，《著作權合理使用之價值創新與未來展望》，國立交通大學科技管理研究所博士論文，2006年8月。
  8. 盧文祥，《從創新觀點檢視創作共享機制與著作權保護及知識分享擴散之關係》，國立政治大學科技管理研究所博士論文，2006年7月。
  9. 星友康，《衝突或妥協？—科技保護措施立法之研究》，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2006年6月。
  10. 許富雄，《數位時代合理使用之再探討—以反規避條款為中心》，中原大學財經法律研究所碩士論文，2004年7月。

### 中文論文集

1. 林佳瑩，〈著作權數位產業市場授權之研究〉，收於《著作權法制與實務論文集(95年)》，頁1-14，經濟部智慧財產局，台北(2006)。
2. 賀德芬，〈著作權法的發展和若干新興問題〉，《文化創新與商業契機》，國立台灣大學法學叢書(41)，頁63-93，增訂再版，月旦出版，台北(1994)。
3. 賀德芬，〈錄影帶之法律問題〉，《文化創新與商業契機》，國立台灣大學法學叢書(41)，頁291-368，增訂再版，月旦出版，台北(1994)。

### 其他中文參考文獻

### 網站資料

1. Google 圖書搜尋的歷史，關於 Google 圖書搜尋：  
<http://books.google.com/googlebooks/history.html> (最後點閱時間：2012年4月13日)。
2. 章忠信，美國著作權局為解決「孤兒著作」之利用困境覓良方，著作權筆記：  
<http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php?board=4&act=read&id=133> (最後點閱時間：2012年6月7日)。
3. 術語表，Google 圖書和解方案：  
<http://www.googlebooksettlement.com/help/bin/answer.py?answer=118722&hl=zh-Hant> (最後點閱時間：2012年3月20日)。

## 英文書籍

1. BATTELLE, JOHN, *THE SEARCH: HOW GOOGLE AND ITS RIVALS REWROTE THE RULES OF BUSINESS AND TRANSFORMED OUR CULTURE* (2005)
2. BALL, HORACE G., *THE LAW OF COPYRIGHT AND LITERARY PROPERTY* (1944)
3. CLERMONT, KEVIN M., *PRINCIPLES OF CIVIL PROCEDURE* (2th ed. 2009)
4. FICSOR, MIHÁLY, *COLLECTIVE MANAGEMENT OF COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS* (2002)
5. Gervais, Daniel, *The Changing Role of Copyright Collectives*, in *COLLECTIVE MANAGEMENT OF COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS* (Daniel Gervais ed., 2006)
6. GOLDSTEIN, PAUL, *COPYRIGHT'S HIGHWAY: FROM GUTENBERG TO THE CELESTIAL JUKEBOX* (2003)
7. GOLDSTEIN, PAUL, *COPYRIGHT PRINCIPLE: LAW AND PRATICE* (1989)
8. JOYCE, CRAIG, ET AL., *COPYRIGHT LAW* (8th ed. 2010)
9. LESSIG, LAWRENCE, *FREE CULTURE* (2004)
10. LEAFFER, MARSHALL, *UNDERSTANDING COPYRIGHT LAW* (1989)
11. LAWRENCE, JOHN S., *FAIR USE AND FREE INQUIRY: COPYRIGHT AND THE NEW MEDIA* (1980)
12. MORVILLE, PETER, ET AL., *THE INTERNET SEARCHER'S HANDBOOK* (1996)
13. MERTON, ROBERT K., *ON THE SHOULDERS OF GIANTS: A SHANDEAN POSTSCRIPT* (1965)
14. OLER, HARRIET L. & MARILYN J. KRETSINGER, *COPYRIGHT LAW AND THE FAIR USE OF VISUAL IMAGES*, in *FAIR USE AND FREE INQUIRY—COPYRIGHT LAW AND THE NEW MEDIA* (John Shelton et al. eds., 2nd ed, 1989)
15. SCHECHTER, ROGER E. & THOMAS, JOHN R., *PRINCIPLES OF COPYRIGHT LAW* (2010)
16. SAMUELS, EDWARD, *THE ILLUSTRATED STORY OF COPYRIGHT* (2000)

## 英文期刊雜誌

1. Band, Jonathan, *The Long and Winding Road to the Google Books Settlement*, 9 J. MARSHALL REV. INTELL. PROP. L. 227 (2010)
2. Band, Jonathan, *Google and Fair Use*, 3 J. BUS. & TECH. L. 1 (2008)
3. Bennett, Jesse S., *Caching on the Google Books Library Project: A Novel Approach to the Fair Use Defense and the DMCA Caching Safe Harbors*, 35 FLA. ST. U. L. REV. 1003 (2008)
4. Band, Jonathan, *The Google Library Project: Both Sides of the Story*, 1 PERSPECTIVES 2 (2006)
5. Band, Jonathan, Taro Isshiki & Anthony Reese, *The Digital Millennium Copyright Act*,

- 12 WORLD INTELL. PROP. REP. 412 (1998)
6. Costantino, Melanie, *Fairly Used: Why Google's Book Project Should Prevail Under the Fair Use Defense*, 17 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. 235 (2006)
  7. de la Durantaye, Katharina, *Finding a Home for Orphans: Google Book Search and Orphan Works Law in the United States and Europe*, 21 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. 229 (2011)
  8. Glorioso, Alessandra, *Google Books: An Orphan Works Solution ?*, 38 HOFSTRA L. REV. 971 (2010)
  9. Grimmelmann, James, *Objections and Responses to the Google Books Settlement: A Report*, Public-Interest Book Search Initiative at New York Law School, Jan. 2010, at 26, available at [http://works.bepress.com/james\\_grimmelmann/30](http://works.bepress.com/james_grimmelmann/30)
  10. Grimmelmann, James, *The Google Book Search Settlement: Ends, Means, and the Future of Books*, AM. CONST. SOC'Y FOR L. & POL'Y 1 (2009)
  11. Gamble, Aundra, *Google's Book Search Project: Searching for Fair Use or Infringement*, 9 TUL. J. TECH. & INTELL. PROP. 365 (2007)
  12. Hausman, Jerry A. & J. Gregory Sidak, *Google and the Proper Antitrust Scrutiny of Orphan Books*, 5 J. COMP. L. & ECON. 411 (2009)
  13. Jordan, Lawrence, *The Google Book Search Project Litigation, "Massive Copyright Infringement" or "fair use" ?*, 86-SEP MICH. B.J. 32 (2007)
  14. Kociubinski, Ben, *Copyright and the Evolving Law of Internet Search – Field v. Google, Inc. and Perfect 10 v. Google, Inc.*, 12 B. U. J. SCI. & TECH. L. 372 (2006)
  15. Leonard, Gregory K., *District Court Rejects The Google Books Settlement: A Missed Opportunity ?*, 10 APR ANTITRUST SOURCE 1 (2011)
  16. Leonard, Gregory K., *The Proposed Google Books Settlement: Copyright, Rule 23, and DOJ Section 2 Enforcement*, 24 SUM ANTITRUST 26 (2010)
  17. Leval, Pierre N., *Toward a Fair Use Standard*, 103 HARV. L. REV. 1105 (1990)
  18. Na, Nari, *Testing the Boundaries of Copyright Protection: The Google Books Library Project and the Fair Use Doctrine*, 16 CORNELL J.L. & PUB. POL'Y 417 (2007)
  19. Okano, Ari, *Digitized Book Search Engines and Copyright Concerns*, 3 SHIDLER J. L. COM. & TECH. 13 (2007)
  20. Samuelson, Pamela, *The Google Book Settlement as Copyright Reform*, 2011 WIS. L. REV. 479 (2011)
  21. Strowel, Alain, *The European "Extended Collective Licensing" Model*, 34 COLUM. J.L. & ARTS 665 (2011)
  22. Tussey, Deborah, *Technology Matters : Media Neutrality in Copyright*, 12 J. INTELL. PROP. L. 427 (2005)
  23. Vaidhyathan, Siva, *The Googlization of Everything and the Future of Copyright*, 40 U.C. DAVIS L. REV. 1207 (2007)



## 其他英文參考文獻

1. Competition and Commerce in Digital Books: Hearing Before the H. Comm. on the Judiciary, 110th Cong. 12 (2009) (testimony of David Drummond, Senior Vice President of Corporate Development and Chief Legal Officer, Google, Inc.)
2. GERVAIS, DANIEL, APPLICATION OF AN EXTENDED COLLECTIVE LICENSING REGIME IN CANADA: PRINCIPLES AND ISSUES RELATED TO IMPLEMENTATION 15 (2003), [http://aix1.uottawa.ca/~dgervais/publications/extended\\_licensing.pdf](http://aix1.uottawa.ca/~dgervais/publications/extended_licensing.pdf)

## Cases

1. Amchem Products, Inc. v. Windsor, 521 U.S. 591 (1997)
2. Acuff-Rose Music, Inc. v. Campbell, 972 F.2d 1429 (6th Cir.1992)
3. Acuff-Rose Music, Inc. v. Campbell, 754 F. Supp. 1150 (M.D. Tenn. 1991)
4. Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 (1994)
5. Ellison v. Robertson, 357 F.3d 1072, 1081 (9th cir. 2004)
6. Field v. Google Inc., 412 F. Supp. 2d 1106 (D. Nev. 2006)
7. Feist Publ'ns, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co., 499 U.S. 340 (1991)
8. Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enters., 471 U.S. 539 (1985)
9. Kelly v. Arriba Soft Corp., 336 F.3d 811 (9th Cir. 2003)
10. National Super Spuds, Inc. v. New York Mercantile Exch., 660 F.2d 9, 17 (2d Cir. 1981)
11. Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., 487 F.3d 701 (9th Cir. 2007)
12. Perfect 10, v. Google, Inc., 416 F. Supp. 2d 828 (C.D. Cal. 2006)
13. Pacific & Southern Co. v. Duncan, 744 F.2d 1490 (11th Cir. 1984)
14. Roy Export Co. Establishment v. Columbia Broadcasting System, Inc., 503 F. Supp. 1137 (S.D.N.Y. 1980), *aff'd*, 672 F.2d 1095 (2d Cir. 1982), *cert. denied*, 459 U.S. 826, 103 S.Ct. 60, 74 L.Ed.2d 63 (1982)
15. Time, Inc. v. Bernard Geis Assocs., 293 F. Supp. 130 (S.D.N.Y.1968)
16. Uhl v. Thoroughbred Tech. & Telecomms., Inc., 309 F.3d 978 (7th Cir. 2002)
17. UMG Recordings, Inc. v. MP3.Com Inc., 92 F. Supp. 2d 349 (S.D.N.Y. 2000)
18. Wal-Mart Stores, Inc. v. Visa U.S.A., Inc., 396 F.3d 96 (2d Cir. 2005)

## 英文網站資料

1. Amended Settlement Agreement, The Authors Guild, Inc., Association of American Publishers, Inc., et al. v. Google, Inc., No. 05-CV-8136 (S.D.N.Y. Nov. 13, 2009),

- available at* [http://thepublicindex.org/docs/amended\\_settlement/amended\\_settlement.pdf](http://thepublicindex.org/docs/amended_settlement/amended_settlement.pdf)
2. Complaint, The McGraw-Hill Cos., Pearson Educ., Inc., Penguin Group (USA) Inc., Simon & Schuster, Inc., and John Wiley & Sons, Inc. v. Google Inc., No. 05 CV 8881, 2005 WL 2778878 (S.D.N.Y. Oct. 19, 2005), *available at* [http://international.westlaw.com/Find/Default.wl ? DB=0000999&FindType=Y&MT=314&rs=WLIN1%2E0&SerialNum=2007569423&strRecreate=no&sv=Split&vr=2%2E0](http://international.westlaw.com/Find/Default.wl?DB=0000999&FindType=Y&MT=314&rs=WLIN1%2E0&SerialNum=2007569423&strRecreate=no&sv=Split&vr=2%2E0)
  3. Class Action Complaint, The Author's Guild, Associational Plaintiff, Herbert Mitgang, Betty Miles and Daniel Hoffman, Individually and on Behalf of All Others Similarly Situated v. Google Inc., No. 05 CV 8136, 2005 WL 2463899 (S.D.N.Y. Sept. 20, 2005), *available at* [http://international.westlaw.com/Find/Default.wl ? bhcp=1&DB=0000999&FindType=Y&MT=314&rs=WLIN1%2E0&SerialNum=2007433907&strRecreate=no&sv=Split&vr=2%2E0](http://international.westlaw.com/Find/Default.wl?bhcp=1&DB=0000999&FindType=Y&MT=314&rs=WLIN1%2E0&SerialNum=2007433907&strRecreate=no&sv=Split&vr=2%2E0)
  4. Declaration of Daniel Clancy in Support of Motion for Final Approval of Amended Settlement Agreement at 1, Authors Guild, Inc. v. Google, Inc., No. 05-CV-8136 (S.D.N.Y. Feb. 11, 2010), *available at* <http://www.scribd.com/LibraryJournal/d/26784971-Case-1-05-Cv-08136-DC>
  5. Dominique Chabrol, Google faces book case trial in France (Sep. 23, 2009), <http://www.google.com/hostednews/afp/article/ALeqM5jwX47cmpyiEWp7aVdG5nvCnbiPwA>
  6. David Drummond, Germany and the Google Books Library Project (June 29, 2006), <http://googleblog.blogspot.com/2006/06/germany-and-google-books-library.html>
  7. Docket of Author's Guild, Inc. v. Google, Inc., No. 05-CV-8136 (S.D.N.Y. 2005)
  8. Denise Troll Covey, *Copyright and the Universal Digital Library*, in *Universal Digital Libraries: Universal Access to Information* 9 (2005), *available at* [http://www.andrew.cmu.edu/user/troll/ICDUL\\_TrollCovey\\_FINALtmpREV.pdf](http://www.andrew.cmu.edu/user/troll/ICDUL_TrollCovey_FINALtmpREV.pdf)
  9. Elinor Mills , Amazon's Bezos hits the books (Nov. 9, 2005), <http://www.zdnetasia.com/amazons-bezos-hits-the-books-39289061.htm>
  10. EDWARD RAPPAPORT, CRS REPORT FOR CONGRESS--COPYRIGHT TERM EXTENSION: ESTIMATING THE ECONOMIC VALUES 6 (1998), <http://www.policyarchive.org/handle/10207/bitstreams/510.pdf>
  11. Heide Gautschi, Google: On en Parlera: French Publisher Sues Google Book Search (Aug. 18, 2006), [http://www.econtentmag.com/Articles/ArticleReader.aspx ? ArticleID=17322](http://www.econtentmag.com/Articles/ArticleReader.aspx?ArticleID=17322)
  12. Jacqueline Jones-Parry & Ian Karet, *Google Wins First Round in Digital Library Dispute*, 48 INTELL. PROP. NEWS. (Sept. 2006), *available at* <http://www.linklaters.com/pdfs/publications/ipnews/sept06.pdf>
  13. Katie Hafner, *In Challenge to Google, Yahoo Will Scan Books*, N.Y. TIMES, Oct. 3, 2005,

- available at <http://www.nytimes.com/2005/10/03/business/03yahoo.html?pagewanted=2>
14. Motoku Rich, *Publishers Win a Bout in E-Book Price Fight*, N.Y. TIMES, Feb. 8, 2010, available at <http://www.nytimes.com/2010/02/09/books/09google.html?scp=1&sq=Motoku%20Rich,%20Publishers%20Win%20a%20Bout%20in%20E-Book%20Price%20Fight,&st=cse>
  15. Miguel Helft, *Viacom Sees a Concession in Google Settlement*, N.Y. TIMES, Oct. 29, 2008, available at <http://bits.blogs.nytimes.com/2008/10/29/viacom-sees-a-concession-in-google-settlement/>
  16. MICHAEL HART, *A BRIEF HISTORY OF THE INTERNET (1995)*, available at <http://www.gutenberg.org/dirs/etext95/bhoti01.txt>
  17. Opinion, *The Authors Guild et al., v. Google, Inc.*, No. 05-CV-8136 (S.D.N.Y. Mar. 22, 2011), available at [http://www.copyright.gov/docs/massdigitization/statements/gbs\\_opinion.pdf](http://www.copyright.gov/docs/massdigitization/statements/gbs_opinion.pdf)
  18. Objection of Amazon.com, inc., to proposed settlement, No. 05-CV-8136-DC (S.D.N.Y. Sept. 1, 2009), available at <http://thepublicindex.org/docs/letters/amazon.pdf>
  19. Original Settlement Agreement, *The Authors Guild, Inc. v. Google, Inc.*, No. 05-CV-8136 (S.D.N.Y. Oct. 28, 2008) [hereinafter Original Settlement Agreement], available at <http://thepublicindex.org/docs/settlement/settlement.pdf>
  20. Plaintiffs' Memorandum in Support of Unopposed Motion to Adjourn October 7, 2009 Final Fairness Hearing and Schedule Status Conference at 2, *Authors Guild, Inc. v. Google, Inc.*, No. 05-CV-8136 (S.D.N.Y. Dec. 1, 2009), available at <http://pdfserver.amlaw.com/ca/books0923.pdf>
  21. Statement of Interest of the United States of America Regarding Proposed Amended Settlement Agreement, *The Authors Guild v. Google Inc.*, No. 05-CV-8136-DC (S.D.N.Y. Feb. 4, 2010), available at <http://www.justice.gov/atr/cases/f255000/255012.pdf>
  22. Sergey Brin, Op-Ed., *A Library to Last Forever*, N.Y. TIMES, Oct. 9, 2009, at A31, available at <http://www.nytimes.com/2009/10/09/opinion/09brin.html>
  23. Statement of Interest of the United States of America Regarding Proposed Class Settlement, *The Authors Guild v. Google Inc.*, No. 05-CV-8136-DC (S.D.N.Y. Sept. 18, 2009), available at <http://www.justice.gov/atr/cases/f250100/250180.pdf>
  24. Sam Ricketson, Memorandum of Advice: The Computability of the Proposed Google Book Settlement with the Provisions of the Berne Convention (Sept. 9, 2009), available at <http://thepublicindex.org/docs/commentary/Ricketson.pdf>
  25. TILMAN LUEDER, *THE 'ORPHAN WORKS' CHALLENGE (2010)*, <http://fordhamipconference.com/wp-content/uploads/2010/08/TilmanLueder.pdf>

26. U.S. Copyright Office, Report on Orphan Works: A Report of the Register of Copyrights 15 (2006), *available at* <http://www.copyright.gov/orphan/orphan-report-full.pdf>
27. WIPO [World Intellectual Property Organization] Copyright Treaty, opened for signature Dec. 20, 1996, reprinted in S. Treaty Doc. 105-17, 105th Cong., 2d Sess. 1–17 (1997), *available at* [http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wct/trtdocs\\_wo033.html](http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wct/trtdocs_wo033.html)
28. WIPO [World Intellectual Property Organization] Performances and Phonograms Treaty, opened for signature Dec. 20, 1996, reprinted in S. Treaty Doc. 105-17, 105th Cong., 2d Sess. 18–42 (1997), *available at* [http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wppt/trtdocs\\_wo034.html](http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wppt/trtdocs_wo034.html)
29. Yahoo! Small Business, What's the Difference Between a Search Engine and a Directory ?  
<http://help.yahoo.com/l/us/yahoo/smallbusiness/searchengine/searchengine-06.html> (last visited Mar. 3, 2011)

