

二、著作權之外延與合理使用之內涵

著作權與合理使用之基礎理論乃探究我國合理使用制度之起點，本章節整理相關著作權歷史文獻資料，從著作權法制沿革觀察合理使用之起源，再從著作權之哲學理論思考合理使用之實質內涵，復介紹合理使用之法律性質與判斷基準。

2.1 著作權法之歷史沿革與合理使用之法制化

對著作權制度有完整充分之瞭解，始能進一步討論合理使用原則之實質內涵，以下章節則對國際公約、美國立法例及我國立法例作一簡單之介紹。

2.1.1 美國立法例

我國法制史上，自明鄭時期、清治時期、日據時代，至國民政府接收臺灣，統治者將法制引進臺灣，皆屬外來法，囿於專業性不足、傳統儒法家之法律文化、威權政治思想等因素，致外來法甚難於我國社會生根。嗣國民政府接管臺灣後，基於西式法制度有助於穩定國際地位及發展國際經濟，國民政府因此推展西化法制。¹持續多年之移植西方法律，我國不斷繼受他國法律，甚而本於國際外交及政治、經濟之考量，經常受到美國之壓力而制定或修改法例令，尤以智慧財產法為顯著。近年來我國著作權法之多次修正，深受美國著作權法制之影響，故有必要瞭解美國之著作權法規範。

1. 美國憲法

於西元 1787 年，11 位美國制憲者於費城召開制憲會議，制定美國憲法 (The U.S. Constitution)，立憲目的在於建立聯邦及司法之政府體制，以確保內國安定、促進全民福利、保障公民及後代子孫之自由。²其中第 1 條第 1 項第 8 款規定，為促進科學與實用藝術之進步而授權美國國會有權賦予著作權人就其著作享有有限期間 (limited times) 之獨占權，此即「著作權條款」(the Copyright Clause)。³

當時美國制憲者係本於其對英國著作權法制之認識，而參照制定此著作權條款。對於貢獻創作予社會者，憲法賦予特定權利以獎勵其創作。基本上，制憲者承認於創作上存有一種財產權 (property right)，且以其原始創作者為權利主體。而任何人肯定此創作具有價值者，為取得此創作之複製物，自願意支付對價，故此種獨

¹ 蘇永欽，「臺灣的社會變遷與法律學的發展」，當代法學名家論文集，553-559 頁，民國 85 年。

² U.S. Const. pmbl. See also EDWARD SAMUELS, THE ILLUSTRATED STORY OF COPYRIGHT 13 (2000).

³ “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.” U.S. CONST. art. I, § 8, cl. 8.

占專屬權利乃作者之經濟來源。⁴

2. 美國 1709 年著作權法

美國首任總統華盛頓（President George Washington）於西元 1790 年 1 月，對新組成之美國國會發表演說，積極強調促進科學文學進步之重要性，而國會亦以「科學與文學之進步有助於自由政府之組織」回應。於同一時間，以 Noah Webster⁵ 為首之作者聯盟共同連署，向國會請願通過法案以賦予作者有專屬權利。國會之眾議院因而指派委員會負責起草足以確保作者享有專屬權利之法案，之後由眾議院及參議院決議通過，華盛頓總統於同年 5 月 31 日通過美國第一部著作權法，其全名為「鼓勵學習法案」（An Act for the Encouragement of Learning）。⁶

1790 年著作權法之立法架構沿襲英國體制，賦予地圖、圖表、書籍之作者（the authors of maps, charts and books），專有長達 28 年之印刷、再版、出版、銷售（print, reprint, publish or vend）其作品之權利，且作者必須將其著作重製物送往地方法院及國務卿存查。⁷

美國著作權法之中心思想認為民主奠基於免於檢查之言論，美國憲法、第一修正案⁸及著作權法皆肯認言論、出版自由為新政府遵行不悖之宗旨，且認為所謂言論自由非謂得以剽竊他人言論之自由。倘拒絕給予作者一定之保護，作者將拒絕繼續創作，好比殺雞取卵之無稽。刺激創意之發生可藉由多種方法，美國著作權法制係採取授予作者一定獨占權以提供經濟誘因而鼓勵創作之方式。至於一著作能否於交易市場勝出而獲取經濟利益，端視各作者及其創作之特色，至少法律可提供相當之誘因刺激作者發揮創意完成創作。⁹

3. 美國 1870 年著作權法

美國國會於西元 1870 年大幅修正著作權法，此乃美國著作權制度之重大變革。

⁴ SAMUELS, *supra* note 2, at 13-14.

⁵ Noah Webster 周遊各州，遊說各州制憲代表，致力於著作權法之立法，並積極參與美國憲法之撰擬，有鑑於其對美國著作權法制之功勞，被譽為「美國著作權之父」。 See SAMUELS, *id.* at 15.

⁶ Samuels, *id.* at 14-15.

⁷ Samuels, *id.* at 16.

⁸ 美國憲法第一修正案係於美國國會西元 1789 年增訂，並於 1791 年修正。其規定：「國會不得立法限制言論或新聞自由。」（“Congress shall make no law...abridging the freedom of speech, or of the press.” See U.S. CONST. amend. I.）

⁹ Edward Samuels 教授將之稱呼為「樂透誘因理論」（The Lottery Incentive Theory）。 See SAMUELS, *supra* note 2, at 16-17.

新法將著作權註冊單位由地方法院改為「國會圖書館」(the Library of Congress)，且作者須送交 2 份著作物予與國會圖書館及國會存查，此制度之設計使美國國會圖書館成為全國首屈一指的圖書館藏地。¹⁰此外，新法增訂任何人如欲將語文著作為翻譯或戲劇化，必須徵得語文著作權人之同意，此舉使著作權進入新文學時代。¹¹

4. 嗣後修法歷程

1870 年著作權法為美國著作權法之發軔，自此之後，美國國會多次為因應不同科技之發生所衍生之著作權爭議而修法，如於西元 1909 年，規定以「發行」(publication)、著作權標示(copyright notice)及註冊(registration)為著作權保護要件，著作權保護期間為 28 年，得延展 47 年，並創設「強制授權制度」(Compulsory License)，並授予作曲家對其音樂著作享有機械重製(mechanical reproductions)之專屬權利。

後於 1912 年修正著作權法，將電影著作(movies)列為著作權保護標的。又於 1976 年大修著作權法，改採創作保護主義，以創作固著於有體物為要件(fixation)，著作權保護期間延長為作者終身外加 50 年，且自 1989 年 3 月 1 日起，著作人得自由選擇是否註冊及附加著作權標示。¹²

而有關合理使用之發展，美國 1976 年著作權法(The Copyright Act of 1976)乃一重要之里程碑，即美國國會於此將合理使用成文法化，在第 107 條¹³明定著作之合理使用並不構成著作權之侵害，且直接納入 Joseph Story 法官於 *Folsom v. Marsh* 案中所建立之判斷標準，規定法院於判斷未經授權使用他人著作能否免除侵害著作權責任時，必須斟酌以下四項因素：一為利用之目的與性質，包含該利用是否具商業性質或非營利之教育目的(the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes)。二為原著作之性質(the nature of copyrighted work)。三為整體判斷利用部分占原著作數量及實質之比例(the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole)。四為利用部分對原著作潛任市場或價值之影響(the effect of the use

¹⁰ PAUL GOLDSTEIN, COPYRIGHT'S HIGHWAY: FROM GUTENBERG TO THE CELESTIAL JUKEBOX 44 (2003). (美) 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，91-92 頁。民國 89 年。

¹¹ GOLDSTEIN, *id.* at 46. Goldstein, 同前註，95 頁。

¹² CHERYL BESENJAK, COPYRIGHT PLAIN & SIMPLE 32-34 (2001).

¹³ 17 U.S.C. §107. See also SIVA VAIDHYANATHAN, COPYRIGHTS AND COPYWRONGS: THE RISE OF INTELLECTUAL PROPERTY AND HOW IT THREATENS CREATIVITY 27 (2001).

upon the potential market for or value of the copyrighted work)。¹⁴

而之所以將案例法中行之有年的合理使用理論予以成文化，美國國會特別強調其僅「重申」(restate)而無意變更、限縮或擴張由法院判決所建立之合理使用內涵，供法院得以合理使用妥善因應科技快速發展之時代。¹⁵如此使用者得藉由合理使用之庇蔭，充分滿足其不斷演進的需求及新興利用方式。¹⁶

另於 1990 年，美國國會制定「視覺藝術家權利法」(The Visual Artists Rights Act, VARA)，首次針對視覺著作 (visual works) 賦予著作人格權 (moral rights)，享有同一性保持權及姓名表示權。而所謂視覺著作，係指獨一無二的 (one-of-a-kind) 視覺藝術 (visual art)，如圖畫 (paintings)、圖形 (drawings)、版畫 (prints)、雕塑 (sculptures)，且其數量僅限於創作原件或 200 份以下之創作物。至於促銷性藝術 (promotional art)、產品包裝 (package)、地圖 (maps)、海報 (posters)、科技繪圖 (technical drawings) 等並不包括在內。¹⁷又於 1992 年制定家用錄音法案 (The Audio Home Recording Act of 1992)，針對個人於家庭內所為之重製行為予以規範。

針對數位環境下著作之電子化權利 (electronic rights)，白宮資訊基礎建設工作小組 (the White House Information Infrastructure Task Force) 於 1995 年 9 月出具「智慧財產權與國家資訊基礎建設報告」(the Intellectual Property and the National Information Infrastructure)，對於美國著作權法提出若干修法建議，惟基本上該工作小組認為著作權法適當且有效地規範著作權之法律關係。¹⁸

於 1997 年由於電子留言版 (Internet bulletin board) 之電腦軟體盜版案例，促使美國國會制定「The No Electronic Theft Act」(電子竊盜防制法案)，重製、散布價值高於 1,000 美元的著作視為故意侵害著作權，以防止網路上擅自銷售電腦軟體行為。復於 1998 年 1 月修正為「資訊蒐集盜版防制法案」(The Collections of Information Antipiracy Act)，主要允許基於非營利之教育及科學目的所為之使用，如未直接影響

¹⁴ 17 U.S.C. §107.

¹⁵ H.R. Rep. No. 1476, 94th Cong. 2d Sess. at 66 (1975); S. Rep. No. 473, 94th Cong. 1st Sess. at 62 (1975).

¹⁶ 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 262-63 (John Shelton Lawrence et al. eds., 2nd ed. 1989).

¹⁷ BESENJAK, *supra* note 12, at 72-84. 洪麗玲，「從美國著作權法看多媒體節目保護」，*科技法律透視*，第 84 年 5 月號，民國 84 年 5 月 1 日，available at <http://stlc.iii.org.tw/publish/infolaw/8405/840523.htm> (造訪日期：95 年 6 月 25 日)。

¹⁸ BESENJAK, *id.* at 105.

原著作之市場價值時，則屬於合理使用。¹⁹

於 1998 年，制定千禧年著作權法(The Digital Millennium Copyright Act of 1998 , DMCA²⁰)，以因應資訊科技之發達，並通過「著作權期間延長法案」(The Copyright Term Extension Act, CTEA)²¹，將著作權保護期間延長 20 年（即著作人死亡後 70 年），且適用對象包含現有既存著作與未來著作。此外，目前針對網際網路之發展，許多法案更於美國國會審議中。

2.1.2 我國立法例

1. 著作權之憲法基礎

我國憲法並無類似美國憲法第 1 條第 1 項第 8 款之「著作權條款」(the Copyright Clause)²²，直接授與美國國會制訂相關法律以資保護作者之權利。惟我國憲法第 11 條保障人民之言論、講學、著作及出版之自由，第 15 條保障人民之財產權，第 165 條課與國家保障教育、科學、藝術工作者之生活，並依國民經濟之進展，隨時提高其待遇之義務，我國著作權法第 1 條則明文立法目的在於「保障著作人著作權益，調和社會公共利益，促進國家文化發展」。準此，上開憲法規定乃我國著作權之權利基礎。有學者甚至從憲法第 11 條所保障之表現自由衍生出「接收訊息權」(the right to receive)，進而說明「合理使用權利」之法源。²³

2. 著作權法之制訂

我國自漢朝以來，學者致力於經文之考據與解釋，為防止不法盜刻情事之發生，書版雕刻之防偽技術不斷進步。至南宋時期，王稱「東都事略」首先於南宋光宗紹熙年間刻印：「眉山程舍人刊行，已申上司，不許覆板」等文字，此為中國最早與著作權有關之實例。於明清時期，某些私人書坊及刻書家即於書籍中印明舖號及防偽標記。²⁴可知我國悠久歷史中亦有類日今日著作權之觀念。

¹⁹ BESENJAK, *id.* at 104-05.

²⁰ Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860 (1998).

²¹ Pub. L. 105-298, §§ 102 (b) and (d), 112 Stat. 2827-2828 (amending 17 U.S.C. §§ 302, 304).

²² U.S. CONST. art. I, § 8, cl. 8.

²³ 羅明通，*著作權法論*，第 I 冊，15-16 頁，民國 94 年 9 月。羅明通，*著作權法論*，第 II 冊，159-164 頁，民國 94 年 9 月。有關合理使用之法律性質，見本論文第「2.7 合理使用之法律性質」、「5.4.1 合理使用法律性質之省思」章節。

²⁴ 張琬淪、吳嘉馨、張澄清，「西學東漸：晚清出版特性與近代華文思維模式形成」，at <http://www.nhu.edu.tw/~society/e-j/21/21-08.htm>（造訪日期：民國 95 年 6 月 25 日）。

嗣後，西方世界之科學、文化、政治、法律等思維模式大舉移植至中國，近代啓蒙思想家嚴復率先引進西方國家之「版權」觀念，並提倡版權法制之重要性，光緒 20 年 8 月 18 日（即西元 1894 年），中美簽訂「續議通商行船條約」，規定中國應保護美國人於中國境內之版權。又於光緒 32 年（即西元 1906 年）頒布「大清印刷物專律」，共 6 章 40 條，採取「註冊登記制度」，設置「印刷總局」，主管出版物之註冊登記。²⁵

再於宣統 2 年（即西元 1910 年），由沈家本、伍廷芳草擬、制頒「大清著作權律」，分通例、權利期限、呈報義務、權利限制、附則等共 5 章 55 條。對於版權之概念、作品之範圍、作者之權利、取得版權之程序、版權之期限及版權之限制等予以規定，值得注意的是，「大清著作權律」已納入規定合理使用之概念，規定：「註明原著出處之下列行爲，不以假冒論：一、節選眾人著作成書，以供普通教科書及參考之用者；二、節錄引用他人著作，以供己之著作考證註釋者；三、仿他人圖畫以爲雕刻模型，或仿他人雕刻模型以爲圖畫者。」，「大清著作權律」不僅爲中國法制史上第一部著作權法，更首次宣示合理使用之原則。²⁶

於民國元年（即西元 1911 年）3 月，大總統命令通告暫行援用大清著作權律，直至民國 4 年 11 月 7 日，北洋政府參政院公布制定「版權法」，其主要內容與大清著作權律大抵相同。國民政府復於 17 年 5 月 14 日制定著作權法，共 5 章 40 條，此法正式開啓我國著作權法制之序幕。²⁷

3. 著作權法之歷次修正

自民國 17 年著作權法制定以來，分別於 33 年 4 月 27 日、38 年 1 月 13 日、53 年 7 月 10 日小幅修正，於 74 年 7 月 10 日爲因應新興科技進步所造成著作種類、利用態樣增加而法規不足之缺陷而修正。嗣因美國壓力進行談判，於 78 年 5 月 19 日，中美簽署「中美視聽著作權保護及執行取締協議」，同年 7 月 13 日草簽「中美著作權保護協定」，此爲 79 年 1 月 24 日著作權法修正之由來。進而爲因應國際趨勢，通盤檢討著作權體例，於 81 年 6 月 10 日、82 年 4 月 24 日修正著作權法，且 82 年

²⁵ 羅明通，前揭註 23，第 I 冊，51 頁。張琬渝等，同前註。張宗厚，「清末新聞法規」，at <http://140.128.103.1/web/Content.asp?ID=2103&Query=3>（造訪日期：民國 95 年 6 月 25 日）。

²⁶ 羅明通，同前註，第 I 冊，51-52 頁。張琬渝等，同前註。沈仁干，「大清著作權律」，at <http://140.128.103.1/web/Content.asp?ID=1478&Query=1>（造訪日期：民國 95 年 3 月 25 日）。

²⁷ 羅明通，同前註，第 I 冊，52-53 頁。沈仁干，同前註。我國 17 年著作權法全文參見經濟部智慧財產權官方網站 http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright_law/copyright17.asp（造訪日期：民國 95 年 6 月 25 日）。

7月16日「中美著作權保護協定」生效。²⁸

自81年6月10日全盤修正著作權法後，我國著作權法制實已與國際保護著作權標準相近，而國際組織不斷組織、締結，並簽署、修改相關著作權之國際公約，為求加入國際組織，躋身為現代國家，融入國際社會，站上國際舞台，遂於87年1月21日、90年11月12日、92年7月9日、93年9月1日即陸續按TRIPS之規定修正著作權法。²⁹

此外，謝國樑、張碩文等57位立法委員於立法院第6屆2期19次會期，在95年1月11日，有鑑於美國 *Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.* 判決³⁰與我國臺灣臺北地方法院 KURO 判決、臺灣士林地方法院 ezPeer 判決，³¹針對部分不肖業者，以免費提供電腦下載程式為號召，並藉口收取手續費與網路維修費等營利行為，在網路上直接媒合下載與上傳著作權人之文字與影音著作，卻不願支付權利金予著作權人，及故意陷付費良善下載者於民、刑法之追訴恐懼中，提出「著作權法部分條文修正草案」(院總字第553號，委員提案第6745號)，建議增訂著作權法第87條第1項第7款、第2項、第93條第4款、第97條規定，經立法院會決議送交立法院經濟及能源委員會審查(關於提案說明、修正草案見附錄五)。³²嗣於95年4月24日，經經濟及能源委員會審查通過。³³

復於95年4月7日，謝國樑、柯淑敏等37位立法委員於立法院第6屆3期8次會期，有鑑於目前著作權法對於網路服務提供者並未定有相關規範，致網路服務提供者所提供之服務經常造成著作財產權獲致版權之侵害，提出「著作權法部分條文修正草案」(院總字第553號，委員提案第6844號)，建議修正著作權法第88條，增訂第六章之一「網路服務提供者之責任限制」，增訂第90條之4至第90條之6規定(關於提案說明、修正草案見附錄六)。³⁴

²⁸ 羅明通，同前註，第I冊，53-77頁。歷年著作權法全文參見經濟部智慧財產權官方網站 http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright_law/copyright_law_3.asp (造訪日期：民國95年6月25日)。

²⁹ 羅明通，同前註，第I冊，77-95頁。

³⁰ 259 F.Supp.2d 1029 (C.D.Cal., 2003), *aff'd*, 380 F.3d 1154 (9th Cir. 2004), *rev'd*, 125 S.Ct. 2764 (2005).

³¹ 有關 *Grokster*、*ezPeer*、*KURO* 之案情及判決，見本論文第「3.2 新興科技對於著作權法之衝擊 3.2.3 第三次戰爭：電腦科技與網際網路 7. P2P 檔案交換」章節。

³² 立法院議案關係文書，院總字第553號，委員提案第6745號，39-44頁，available at 立法院國會圖書館第六屆法律提案進度追蹤系統，at <http://lis.ly.gov.tw/ttscgi/ttsweb?@27:989881076:3:1:1@598730579> (造訪日期：民國95年8月20日)。

³³ 自由時報，民國95年4月25日A8版。

³⁴ 立法院議案關係文書，院總字第553號，委員提案第6844號，71-76頁，available at 立法院國會圖書館第

4. 合理使用之法制變遷

我國著作權法於民國17年5月14日制定，並無合理使用之明文，僅於第28條規定經註明原著作之出處者不以侵害他人著作權論之情形。於33年4月27日修正為第24條，並就其內容予以文字修正。於53年7月10日修正為第25條，並就其內容予以文字修正。於74年7月10日著作權法修正公布全文，其中第三章「著作權之侵害」中，第29條至第32條增訂於特定情形下得引用或重製他人著作。79年1月24日修正第29條。上開條文規定雖未明白使用「合理使用」之文字，惟觀其內容均隱含合理使用之基本精神。

我國舊有之著作權法僅列舉各種合理使用他人著作之情形，惟由於法律規定不足以因應日益複雜之法律關係，於81年6月10日著作權法修正公布全文，其中第三章「著作權及著作權」第三節「著作財產權」第四款「著作財產權之限制」，第44條至第63條增訂、修正於合理範圍內得引用他人著作之特定情狀，並參照美國西元1976年著作權法第107條之規定，引入合理使用之概念，於第65條規定：「著作權之利用是否合於第44條至第63條之規定，應審酌一切情狀，尤應注意左列事項，以為判斷之標準：一、利用之目的及性質，包括係為商業目的或非營利教育目的。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。」。依條文文義解釋與行政院草案說明³⁵所揭示之立法說明，舊法第65條規定非屬獨立之合理使用概括條款，僅為審酌具體個案是否符合第44條至第63條所定著作財產權限制之抽象要件時，所應審酌及注意之事項。³⁶

民國87年1月21日，基於舊法第44條至第63條所定之合理使用範圍已顯僵化，無法因應實際需要，而修正公布第65條，增訂第1項規定：「著作之合理使用不構成著作財產權之侵害。」，修正第2項規定：「著作之利用是否合於第44條至第63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，以為判斷之標準：一、利用之目的及性質，包括係為商業目的或非營利教育目的。二、著作之性質。三、所利用之質量及其在整體著作所占之比例。四、利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響。」，使第65條規定成為獨立之合理使用概括條款，法院得單獨審酌第65條第2項之判斷標準而認定構成合理使用，亦得就單就第65條第2項其中一項基準予以判斷，或綜合審酌四項標準，更可考量非第65條第2項所例示之判斷標準。

六屆法律提案進度追蹤系統，at <http://lis.ly.gov.tw/lgcgi/lgmeetimage?cfc9cfccfc7c8cdc5c8ced2c8c9>（造訪日期：民國95年8月20日）。

³⁵ 羅明通，前揭註23，第II冊，271頁。

³⁶ 羅明通，同前註，第II冊，271-272頁。

復於 92 年 7 月 9 日將著作權法第 65 條第 2 項「標準」二字修正為「基準」，針對合理使用範圍協議，增訂第 3 項、第 4 項規定。此外，著作權法於 93 年 9 月 1 日修正時，於第 91 條另行增訂第 4 項：「著作僅供個人參考或合理使用者，不構成著作權之侵害。」

綜上所述，我國我國合理使用制度具備以下特色：於規範體例上，包括例示規定（即第 44 至 63 條規定）與概括規定（即第 65 條第 2 項規定），且由於第 65 條第 2 項規定於 87 年 1 月 21 日予以修正，合理使用之各例示規定仍須按第 65 條第 2 項規定所定之基準為判斷，且若無第 44 至 63 條規定所定情形，亦可依第 65 條第 2 項規定為合理使用之判斷，因而使第 65 條規定既為例示合理使用規定之附屬判斷標準，亦為獨立之合理使用概括判斷標準。此外，法院得單獨審酌第 65 條第 2 項之判斷基準而認定構成合理使用，亦得就單就第 65 條第 2 項其中一項或數項基準予以判斷，或綜合審酌四項基準，更可考量非第 65 條第 2 項所列舉之判斷基準。³⁷

2.1.3 國際公約

自十八世紀以降，工業革命導致各式機器之發明，各國彼此間文化交流日趨頻繁，惟盜版、剽竊等問題亦因此層出不窮，對於著作權之保障，起初係倚賴二國家間按互惠原則、雙方條約方式為之，然保護效果不彰，有鑑於著作權保護之急迫必要性，有待全世界各國建立統一之共識，各個國際公約（如伯恩公約、羅馬公約、世界著作權公約、與貿易有關之智慧財產權協定、世界智慧財產權組織著作權條約、世界智慧財產權組織表演及錄音物著作權條約等）因此醞釀萌芽。³⁸囿於篇幅，本論文無意詳加介紹各國際公約之內容，僅簡介其締約過程及有關合理使用之規範。

1. 伯恩公約

自西元 1882 年起，國際文藝家協會積極為文學著作、美術著作之保護而奔走國際公約之簽訂，於 1886 年 9 月 9 日完成「伯恩公約」(The Berne Convention)，全名為「關於保護文學及美術著作之伯恩公約」(The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works)。之後陸續六次修正，最後一次為 1971 年 7 月 24 日巴黎修正案，且至 2006 年 6 月 25 日止，有 162 個締約國。其重點如下：國民待遇原則 (the Principle of National Treatment)、著作權自動保護原則 (the Principle of Automatic Protection)、著作獨立保護原則 (the Principle of Independent Protection)、

³⁷ 羅明通，同前註，第 II 冊，279-280 頁。賴文智，數位著作權法，175 頁，民國 92 年 11 月。盧文祥，智慧財產權不確定法律概念的剖析研究，144 頁，民國 95 年 2 月。

³⁸ 羅明通，同前註，第 I 冊，31-32 頁。

著作權保護期間之下限等。³⁹

伯恩公約第 9 條第 1 項係針對重製權（the right of reproduction）所為之概括規定，並於第 9 條第 2 項規定對於重製權之合理使用：「前項得重製著作之特定情事，由本公約各會員國以法律定之。惟此重製之特定情事，不得妨礙著作之正常利用，亦不得不合理地損害著作人之合法權益。」⁴⁰

又於第 10 條規定二種合理使用之具體情事，第 1 項與摘錄引用相關：「已對公眾合法提供之著作，得摘錄引用之，但其摘錄引用應符合合理慣例，且引用之程度不得逾越摘錄引用目的之正當範圍。自新聞媒體與期刊文章為摘要者，亦同。」⁴¹再於同條第 2 項規定教學上之合理使用：「本公約各會員國得以法律，或各會員國間現在或將來得締結特別協議，准許基於教學之目的，於合乎合理慣例之情形下，利用文學著作或藝術著作而為出版物、廣播或聲音或影像錄製物。」⁴²

另於第 10 條之 1 規定新聞媒體之合理使用：「（第 1 項）本公約各會員國得以法律規定，發表於新聞媒體或期刊有關經濟、政治或宗教方面時事議題之文章，及與廣播作品相同性質之著作，如未經明示載明不得重製、廣播或向公眾傳送者，准許由新聞媒體重製、傳播或得以有線電向公眾播送，但應明示其出處；違反此義務之法律效果，由請求保護國之法律定之。（第 2 項）本公約各會員國得以法律規定，以攝影、錄影、廣播或以有線電向公眾傳送之方法所為之時事報導，在傳達資訊目



³⁹ 羅明通，同前註，第 I 冊，32-34 頁。詳細條約內容及相關資料參見 WIPO 官方網站

<http://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/index.html> (last visited on June 25, 2006)。關於保護文學及藝術著作之伯恩公約 1971 年巴黎修正案中譯文參見經濟部智慧財產權官方網站

http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright_law/copyright_law_2_1.asp (造訪日期：民國 95 年 6 月 25 日)。

⁴⁰ Article 9 provides : “(2) It shall be a matter for legislation in the countries of the Union to permit the reproduction of such works in certain special cases, provided that such reproduction does not conflict with a normal exploitation of the work and does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author.”

⁴¹ Article 10 provides : “(1) It shall be permissible to make quotations from a work which has already been lawfully made available to the public, provided that their making is compatible with fair practice, and their extent does not exceed that justified by the purpose, including quotations from newspaper articles and periodicals in the form of press summaries.”

⁴² Article 10 provides : “(2) It shall be a matter for legislation in the countries of the Union, and for special agreements existing or to be concluded between them, to permit the utilization, to the extent justified by the purpose, of literary or artistic works by way of illustration in publications, broadcasts or sound or visual recordings for teaching, provided such utilization is compatible with fair practice.”

的之正當範圍內，得重製該時事進行過程中見聞之文學著作或藝術著作，並對公眾提供之。」⁴³

2. 世界著作權公約

由於各國關於著作權保護之要件及原則並不一致，為使美國及多數拉丁美洲國家能一併加入國際著作權保護陣營，聯合國教科文組織（UNESCO）於西元 1952 年 9 月 6 日，於瑞士日內瓦簽訂「世界著作權公約」（The Universal Copyright Convention, UCC），於 1955 年 9 月 16 日生效。相較於伯恩公司之自動保護主義，世界著作權公約係採取較低之形式保護要件，即著作僅須附加著作權標記、著作權人姓名及首次發行年度，即得享有著作權保護，嗣於 1971 年 7 月 24 日修正。⁴⁴

世界著作權公約第 4 條之 1 第 1 項規定：「著作人專有重製、公開演出及傳送權利。」，第 2 項則對此專有權利設有例外：「各會員國得以國內立法方式，於不抵觸本公約基本精神之範圍內，就第 1 項所定之權利設定例外規定。但應對權利賦予合

⁴³ Article 10 *bis* provides : “(1) It shall be a matter for legislation in the countries of the Union to permit the reproduction by the press, the broadcasting or the communication to the public by wire of articles published in newspapers or periodicals on current economic, political or religious topics, and of broadcast works of the same character, in cases in which the reproduction, broadcasting or such communication thereof is not expressly reserved. Nevertheless, the source must always be clearly indicated; the legal consequences of a breach of this obligation shall be determined by the legislation of the country where protection is claimed.

(2) It shall also be a matter for legislation in the countries of the Union to determine the conditions under which, for the purpose of reporting current events by means of photography, cinematography, broadcasting or communication to the public by wire, literary or artistic works seen or heard in the course of the event may, to the extent justified by the informatory purpose, be reproduced and made available to the public.”

有關英文條文條號「*bis*」，我國部分學者及經濟部智慧財產權按原文文義譯成「之二」，惟本論文係按我國立法體例而譯成「之一」，附此敘明。

⁴⁴ 羅明通，前揭註 23，第 I 冊，32-34 頁。詳細條約內容及相關資料參見

http://www.unesco.org/culture/laws/copyright/html_eng/page1.shtml (last visited on June 25, 2006)。關於 1971 年世界著作權公約中譯文參見經濟部智慧財產權官方網站

http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright_law/copyright_law_2_7.asp (造訪日期：民國 95 年 6 月 25 日)。

理且有效之保護。」⁴⁵是以世界著作權公約並未直接規範合理使用，惟授權各會員國自由針對著作權之範圍予以合理之限制，解釋上即應包含合理使用。

3. 羅馬公約

表演人、錄音物之製作人、廣播機構雖非著作之創作人，然而其對於著作物之散布與文化藝術之進步有極大之貢獻，為保障其利益，伯恩公約於西元 1928 年羅馬修正會議時，即提案討論有關表演人權利之可能性，嗣於 1960 年 10 月在羅馬召開「鄰接權條約外交會議」，並於同年 10 月 26 日簽訂「羅馬公約」(The Rome Convention，又名「保護表演人、錄音物製作人暨廣播機構之國際公約」，International Convention for the the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations)，於 1961 年 10 月 26 日完成，至 2006 年 6 月 25 日止，有 83 個締約國。本公約之重點在於對表演人、錄音物之製作人、廣播機構賦予「鄰接權」(neighboring rights)，得享有次於著作權之鄰接權保護。⁴⁶

就著作鄰接權，本公約第 7 條規定表演人之公開傳播及傳達之權利，非經表演人之同意，任何人不得擅自為之。第 15 條則就鄰接權之保護為限制之規定：「(第 1 項)各會員國得以內國法令，就本公約所保護之權利，制定下列例外規定：1. 私人使用。2. 時事報導之摘要使用。3. 播送機構以自己之設備，簡短地錄製其播送內容。4. 專供教育或科學研究目的之使用。(第 2 項)各會員國以內國法令就表演人、錄音物之製作人、廣播機構所為之限制，得與內國法令就文學與藝術著作所為之限制相同，但有關強制授權之規定，不得抵觸本公約。」⁴⁷從而，合理使用除於著作權人

⁴⁵ Article 10 *bis* provides : “1. The rights referred to in Article I shall include the basic rights ensuring the author's economic interests, including the exclusive right to authorize reproduction by any means, public performance and broadcasting. The provisions of this Article shall extend to works protected under this Convention either in their original form or in any form recognizably derived from the original.
2. However, any Contracting State may, by its domestic legislation, make exceptions that do not conflict with the spirit and provisions of this Convention, to the rights mentioned in paragraph 1 of this Article. Any State whose legislation so provides, shall nevertheless accord a reasonable degree of effective protection to each of the rights to which exception has been made.”

⁴⁶ 羅明通，前揭註 23，第 I 冊，35-37 頁。詳細條約內容及相關資料參見 WIPO 官方網站 <http://www.wipo.int/treaties/en/ip/rome/index.html> (last visited on June 25, 2006)。關於 1961 年著作鄰接權公約中譯文參見經濟部智慧財產權官方網站 http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright_law/copyright_law_2_4.asp (造訪日期：民國 95 年 6 月 25 日)。

⁴⁷ Article 15 provides : “1. Any Contracting State may, in its domestic laws and regulations, provide for exceptions to the protection guaranteed by this Convention as regards: (a) private use; (b) use of short excerpts in connection with

有所適用之外，亦可於著作鄰接權有所發揮之空間。

4. 與貿易有關之智慧財產權協定

「關稅暨貿易總協定」(The General Agreement on Tariffs and Trade, GATT) 係於西元 1947 成立，締約國於 1993 年 12 月 15 日完成烏拉圭回合(the Uruguay Round) 談判，於 1994 年 4 月 15 日在摩洛哥簽署「烏拉圭回合最終協議」(The Final Act Embodying the Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations)，協議組成「世界貿易組織」(World Trade Organization, WTO)，嗣於 1995 年 1 月 1 日正式成立，GATT 組織及規範即融入 WTO，至 2005 年 12 月 11 日止，有 149 個締約國。⁴⁸WTO 所處理之課題眾多，其中有關智慧財產權部分即「與貿易有關之智慧財產權協定」(Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, TRIPS)，其基本原則如下：最低標準保護原則、國民待遇原則、最惠國待遇原則、鄰接權。⁴⁹

TRIPS 第 13 條「限制與例外」規定：「各會員國就著作專有權所為之限制或例外規定，不得妨礙著作之正常使用，且不得合理地損害著作權人之正當權利。」⁵⁰亦即利用他人著作如符合本條所定二條件（無礙於著作權人對著作之正常使用，且未損及著作權人之正當權利）時，即可為合理使用之主張。

5. 世界智慧財產權組織著作權條約及世界智慧財產權組織表演及錄音物著作權條約

世界智慧財產權組織(WIPO)於西元 1996 年 12 月，經 WIPO 外交會議通過「世

the reporting of current events; (c) ephemeral fixation by a broadcasting organisation by means of its own facilities and for its own broadcasts; (d) use solely for the purposes of teaching or scientific research.

2. Irrespective of paragraph 1 of this Article, any Contracting State may, in its domestic laws and regulations, provide for the same kinds of limitations with regard to the protection of performers, producers of phonograms and broadcasting organisations, as it provides for, in its domestic laws and regulations, in connection with the protection of copyright in literary and artistic works. However, compulsory licences may be provided for only to the extent to which they are compatible with this Convention.”

⁴⁸ 關於 WTO 之相關資料參見 WTO 官方網站 <http://www.wto.org> (last visited on June 25, 2006)。

⁴⁹ 羅明通，前揭註 23，第 I 冊，37-39 頁。詳細條約內容及相關資料參見 WTO 官方網站 http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips_01_e.htm (last visited on June 25, 2006.)。關於 TRIPS 中譯文參見經濟部智慧財產權官方網站 http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright_law/copyright_law_2_9.asp (造訪日期：民國 95 年 6 月 25 日)。

⁵⁰ Article 15 provides : “Members shall confine limitations or exceptions to exclusive rights to certain special cases which do not conflict with a normal exploitation of the work and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the right holder.”

界智慧財產權組織網際網路條約」(WIPO Internet Treaty)，包含「世界智慧財產權組織著作權條約」(WIPO Copyright Treaty, WCT)，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)。其中 WCT 係於 2002 年 3 月 6 日生效，至 2006 年 6 月 25 日止，有 59 個締約國。其基本原則如下：國民待遇原則、公開傳播權之新增、散布權之擴張、電腦程式、電影、錄音物著作之出租權⁵¹。

原則上 WCT 係以伯恩公約為規範基礎（見 WCT 第 1 條規定參照），因此就著作權之保護亦允許會員國得以內國法令予以適當合理之限制。如 WCT 第 10 條規定：「(第 1 項) 各會員國得以內國法令在不妨礙著作之正常使用，且非不合理地損害著作權人之正當權利之情形，就文學與藝術著作之權利予以限制。(第 2 項) 各會員國於適用伯恩公約時，得在不妨礙著作之正常使用，且非不合理地損害著作權人之正當權利之情形，就文學與藝術著作之權利予以限制。」⁵²

而 WPPT 係於 1996 年 12 月經 WIPO 外交會議通過，於 2002 年 5 月 20 日生效，至 2006 年 6 月 25 日止，有 58 個締約國。其主要內容如下：國民待遇原則、表演人之人格權、表演人之公開傳播權、表演人及錄音物製作人之錄音物重製權、表演人及錄音物製作人之錄音物散布權、表演人及錄音物製作人之錄音物出租權、表演人及錄音物製作人對公眾提供表演之錄音物之權利、表演人及錄音物製作人於廣播及對公眾傳播表演之錄音物之報酬請求權。⁵³而 WPPT 係以羅馬公約為適用基準（見 WPPT 第 1 條規定），從而有關鄰接權之限制即與羅馬公約第 15 條相同，得於特定

⁵¹ 羅明通，前揭註 23，第 I 冊，39-41 頁。WCT 詳細條約內容及相關資料參見 WIPO 官方網站 <http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wct/index.html> (last visited on June 25, 2006)。關於 WCT 中譯文參見經濟部智慧財產權官方網站 http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright_law/copyright_law_2_2.asp (造訪日期：民國 95 年 6 月 25 日)。

⁵² Article 10 provides :“(1) Contracting Parties may, in their national legislation, provide for limitations of or exceptions to the rights granted to authors of literary and artistic works under this Treaty in certain special cases that do not conflict with a normal exploitation of the work and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author.

(2) Contracting Parties shall, when applying the Berne Convention, confine any limitations of or exceptions to rights provided for therein to certain special cases that do not conflict with a normal exploitation of the work and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author.”

⁵³ 羅明通，前揭註 23，第 I 冊，39-42 頁。WPPT 詳細條約內容及相關資料參見 WIPO 官方網站 <http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wppt/index.html> (last visited on June 25, 2006)。關於 WPPT 中譯文參見經濟部智慧財產權官方網站 http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright_law/copyright_law_2_3.asp (造訪日期：民國 95 年 6 月 25 日)。

情形下允許合理使用之存在。

2.1.4 小結

綜觀美國及我國著作權法制之變遷，及相關著作權保護之國際公約之締結，可知在歷史經緯中著作權之保護漸受重視，且面臨新興科技之革命性發展，著作權法就此科技衝擊持續不斷地以修改法律加以應對。然而有關以合理使用為核心之著作權限制，於著作權概念開始發展之初，尚未見合理使用之蹤跡，嗣於著作權蓬勃發展，引起社會大眾、甚至國際社會之重視，遂而產生對著作權為合理、正當限制之觀念，並將之形諸於法條文字及國際公約。

至合理使用之立法模式，起初多為針對特定例外情形，給予免除侵害著作權責任之法律效果，之後隨著制衡強大著作權思潮之興起，合理使用理論之內涵或以修正法律或以法院判決不斷充實，有關合理使用之適用及判斷基準亦趨完整。再者，於國際公約方面，伯恩公約為現今多項著作權國際公約之標竿，特於第 9 條第 2 項、第 10 條、第 10 條之 1 揭示合理使用之原則，而世界著作權公約、TRIPS、WPPT 等國際公約雖欲統籌各國有關著作權之保護，然仍適時地保留一定空間，容許各會員國視其國內情狀，以內國法令適當地對著作權施加限制，所謂著作權之限制自包含合理使用原則在內。

2.2 著作權之起源與保護目的

於紙張與印刷術發明之前，由於手工複製之成本高昂，故一作品之價格與價值主要取決於複製之成本，並非作品內所隱含之珍貴思想、智慧結晶，亦由於複製之高成本及困難度，無須擔憂著作權保護問題。⁵⁴然而，自西元 1456 年德國人古騰堡（Johann Gutenberg）首次運用活字印刷術，正式開啓印刷術商業利用之開端，印刷機器成為複製之工具，而印刷業者為保護其商業利益，不斷遊說英國國會，制定「1710 年著作權法」（The Copyright Act of 1710，又名「安妮法案」，The Statute of Anne），著作權保護意識因而產生。⁵⁵

自著作權概念創設以來，「複製」或「重製」始終為著作權之核心，從原始創作所生之重製物、複製物（copies）始為著作權人關注之對象，原始創作未能獲得重視。因此，著作權可謂得以控制如何複製著作之權利（a right of control over copying of the work）。⁵⁶

⁵⁴ LAWRENCE LESSIG, CODE AND OTHER LAWS OF CYBERSPACE 124-25 (1999).

⁵⁵ SAMUELS, *supra* note 2, at 11-12. See also Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 430 (1984). 賴文智，前揭註 37，9 頁。有關著作權概念之起源見本論文第「3.2 新興科技對於著作權法之衝擊 3.2.1 第一次戰爭：印刷術」章節。另 Paul Goldstein 教授於其著作詳細描述英國與美國著作權概念之起源，See GOLDSTEIN, *supra* note 10, at 29-61.

⁵⁶ LESSIG, *supra* note 54, at 124. GOLDSTEIN, *supra* note 55, at 4.

隨著時間之進展，複製技術不斷改進、提昇，此觀印刷術、影印機、錄影機、電腦與國際網路之發展即知，複製品質因此提升、幾近完美，而複製成本卻隨之大幅降低。資訊科技與通訊技術成爲市場之寵兒，同時著作權爲因應科技變遷所造成之挑戰與衝擊而不斷調整其自身腳步，可謂著作權法與科技自始以來始終處於箭張弩拔之緊張狀態。⁵⁷

現代著作權保護思潮重在保障著作權人權益以提供創作誘因之同時，亦能避免因過於保護著作權而箝制社會大眾的創作，⁵⁸其精神不僅在於智識產物之靜態歸屬與抽象實力支配，亦在促使人類智識文化資產之動態利用具體配置運用。⁵⁹縱使任何人均可藉由科技輕易侵害著作權，然而科技同時亦提供著作權人更佳保護手段，此爲著作權人始料未及之處。⁶⁰舉例言之，科技保護措施即著作權人透過各式各樣之科技技術（如插梢 Keyplugs、智慧卡 Smartcards、密碼 Password、浮水印 Watermarking、序列複製管理系統 Serial Copy Management Systems(SCMS)、加密技術 Encryption、內容加密系統 Content-Scrambling System (CSS)等電腦資訊軟硬體設計），控制其著作之利用方式，限於經授權者始得接觸、重製、傳輸其著作內容，進而確保其經濟上獲利，達到保護著作權之目的。⁶¹

綜言之，新興科技兼具「侵害著作權容易性」及「保護著作權充分性」，端視著作權人與社會大眾（含潛在之後續作者與一般消費大眾）如何善加利用其特性。而在著作權法處理棘手之新興科技議題，合理使用提供一最佳之制衡手段，以權衡著作權人之私益與社會大眾之公共利益，爲著作權人之權利範圍賦予合理之限制，既可防止社會大眾以新興科技恣意侵害著作權，又可利用新興科技自我防護，另一方面維護新興科技之發展，保障社會大眾藉由新興科技合理接觸、利用著作之權益。

2.3 著作權之理論基礎

美國聯邦憲法第 1 條第 8 項第 8 款所謂「著作權條款」(the Copyright Clause) 即明定「爲促進科學與實用藝術之進步，國會有權制訂法律以確保作者與發明者在一定期間內對其作品與發明享有獨占之權利。(原文如下：”The Congress shall have the power to promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and

⁵⁷ LESSIG, *supra* note 54, at 124-25.

⁵⁸ 黃怡騰，著作之合理使用案例介紹，6-8 頁，民國 90 年 8 月，available at http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright_book/copyright_book.asp#c (造訪日期：95 年 6 月 25 日)。

⁵⁹ 吳漢東，著作權合理使用制度研究，66 頁，民國 85 年 10 月。

⁶⁰ LESSIG, *supra* note 54, at 127.

⁶¹ 章忠信，「數位典藏國家型科技計畫中所涉及著作權問題研析」，2003 年數位內容創意加值研討會，8-9 頁，民國 92 年 11 月 19 日，available at <http://www.copyrightnote.org/paper/pa0029.doc> (造訪日期：95 年 6 月 25 日)。

inventors the exclusive rights to their writings and discoveries.”)⁶²我國著作權法第 1 條亦明定其立法目的為「保障著作人著作權益，調和社會公共利益，促進國家文化發展」。職是，作者所創造之作品充分表達其思想與觀念，豐富人類之文化、科學與藝術，何以特設著作權制度以保護作者及其著作？而合理使用對於人類文化智識資產有何重要性？於現代數位環境中著作權及合理使用扮演何種核心角色？在在有必要瞭解著作權之理論基礎，始能一窺著作權之全貌。

2.3.1 人格理論 (Personality Theory)

私人財產權對於人類基本需求或利益之滿足具有舉足輕重之地位，如個人自治 (autonomy)、自我實現 (self-realization)、個人對外表達之自由控制權 (control over the presentation of one's self to the world)、個人責任 (personal responsibility)、個人身份辨識 (identity)、隱私與私密性 (privacy and associated opportunities for intimacy)、公民身份及道德價值 (citizenship and the associated value of civic virtue)、嘉言善行 (benevolence) 等。決策者負有義務選擇最能豐富人類文化資產之權利架構，而一作品相當於作者個人人格之表徵，智慧財產權制度之設計即在促使上開理念廣為實現。⁶³

2.3.2 獎賞勤勉理論 (Labor-desert Theory)

從洛克 (John Locke) 所提倡之自然法 (natural law) 理論出發，本於「自然正義原則」(the principle of natural justice)，認為作者擷取公共資產，投注心血從事創作，自得享受勤勉勞動之成果，有權控制、自由處分其著作，此即「獎賞勤勉理論」。但自然法理論設有但書 (proviso)，亦即當作者之勞動主張與社會大眾之利益互相抵觸時，將無此自然權利之存在餘地，故著作人所享受之專屬權利仍應保留社會大眾「充分且等質」(enough and as good) 的資產，始具有正當性。易言之，著作權仍受「社會大眾資產」(the public's entitlements) 一定之限制，否則將喪失其權利合法正當性。⁶⁴

2.3.3 誘因理論 (Incentive Theory)

此類理論主張為提供作者適當之創作誘因，有必要對著作賦予提供獨占性之權利保

⁶² U.S. Const. art. I § 8, cl. 8.

⁶³ William Fisher, *Property and Contract on the Internet*, 73 CHI.-KENT L. REV. 1203, 1214 (1998). 范曉玲，「網路音樂『同儕共享』與『合理使用』—從 Napster 案談起」，月旦法學雜誌，第 78 期，209-210 頁，民國 90 年 11 月。

⁶⁴ Justin Hughes, *The Philosophy of Intellectual Property*, 77 GEO. L.J. 287, 296-314 (1988); Wendy J. Gordon, *A Property Right in Self-expression: Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property*, 102 YALE L.J. 1533, 1540-72 (1993); Fisher, *supra* note 63, at 1213-14. 黃怡騰，「著作權法上合理使用原則之研究」，32-33 頁，國立政治大學，博士論文，民國 85 年。范曉玲，同前註，209 頁。

障，以鼓勵作者持續創作，進而促進人類文明、科學之進步。依著作權所能提供之誘因的性質，有下列各學說：

1. 報償理論／報酬理論 (Trade-off Theory)

此派學者立基於「報償主義」(*quid pro quo*)之法哲學基礎，⁶⁵主張美國聯邦憲法之著作權條款授權美國國會代表社會大眾與著作權人進行協商，立憲者意圖透過賦與作者有限的報償，以誘使作者從事創作，同時在一定的獨占期間屆滿之後，使社會大眾得以自由接觸作者之創作。⁶⁶為使作者生產更多的創作，必須提供充分之誘因，社會大眾願意授與作者一定時間之獨占權，使作者因於市場上散布著作而得以回收其所付出之心力，作為其創作之回報，⁶⁷作者則承諾於著作權期滿失效後，容許社會大眾自由利用其創作。⁶⁸上開「互易主義」(*trade-off*)顯現出著作權與公共領域相互間充滿之討價還價與彼此制衡之特性。⁶⁹

有關著作權之範圍，此說則本於智慧財產權與一般財產權之差異，認為傳統財產法則所保護之財產標的物具有「獨占性」(*exclusive*)與「耗損性」(*rivalrous*)之特質，亦即某人擁有一顆蘋果，此蘋果為其所專屬，任何人非經該人之同意，無法取得或分享此蘋果之所有權，此即「獨占性質」，且一旦該人吃完此蘋果，此蘋果即不復存在，此即「耗損性質」。然而，著作權係以「概念」(*ideas*)為對象，而概念具有「非獨占性」(*non-exclusive*)與「無耗損性」或「共享性」(*non-rivalrous*)之特質，亦即某一概念雖為某人所創設，惟此概念由三人分享，或由千萬人分享，其永久存在，不會因享用人數之多寡而減損其存在，「自然稀少性」(*natural scarcity*)之特色並未存在於概念之中，因此著作權保護僅須提供創作者充足之創作誘因即可，與傳統財產法則所提供保護財產者迥然有別。⁷⁰

2. 效益理論 (Utilitarian Theory)

此說係從法律的經濟分析之角度，衡量著作權之利弊得失。著作權之獨占性一方面使消費者因無法負擔著作權人所要求之使用著作對價而放棄消費，因而產生「著作權人所提出之價格」與「消費者願意提出之價格」間差額，此即無謂損失（又名

⁶⁵ JESSICA LITMAN, DIGITAL COPYRIGHT: PROTECTION INTELLECTUAL PROPERTY ON THE INTERNET 78 (2001).

⁶⁶ *Sony*, 464 U.S. 417, 429.

⁶⁷ LESSIG, *supra* note 54, at 133-34; LITMAN, *supra* note 65, at 78-79.

⁶⁸ LESSIG, *supra* note 54, at 133.

⁶⁹ LESSIG, *id.* at 133-34; VAIDHYANATHAN, *supra* note 13, at 20-21, 23, 44; LITMAN, *supra* note 65, at 78-79.

⁷⁰ LESSIG, *supra* note 54, at 132-33; VAIDHYANATHAN, *supra* note 69, at 15. 張清溪、許嘉棟、劉鶯釧、吳聰敏，經濟學理論與實際（五版）（上冊），321頁，民國93年。

絕對損失，deadweight loss)。另一方面，後續作者為利用先前著作而必須支付高額之授權金，其「表達成本」(cost of expression)及交易成本因此提高。從而，探討著作權制度、合理使用原則時，應衡量著作權為作者所提供之創作誘因與社會因此獨占性權利所受之損害，以尋求資源分配之經濟效益最適水準(optimal level)。至如何認定最佳效益，則回歸 Pareto 效率與 Kaldor-Hicks 效率之判斷原則。⁷¹

2.3.4 社會規劃理論 (Social Planning Theory)

此說主張充實社會文化之內容乃智慧財產權之基本目的，唯有強化此文化目標，智慧財產權始有存在之價值。此說立基於文化必要性及社會必要性，鼓勵作者持續創作，以累積社會文化之資產，更可藉由多元化之著作，聯繫各社會成員，故社會文化之多樣化即劃分智慧財產權與一般財產權之疆界。⁷²

2.3.5 小結

上述有關著作權之理論基礎或多或少有其重疊交集之處，其中人格理論為強調抽象法規範意義之大陸法系國家所採納，於法概念上有「著作人格權」與「著作財產權」之分。而著重個人與社會彼此間互動之英美法系國家則偏向獎賞勤勉理論、誘因理論、社會規劃理論。⁷³

我國著作權法第 1 條所定之立法理由「保障著作人著作權益，調和社會公共利益，促進國家文化發展」，即明白勾勒出著作人個體與社會整體之全盤性考量架構。為鼓勵創作而賦予獨占性權利，同時兼顧人類文化智識資產之多元化，避免獨占性權利阻礙社會文化之進展，法規範設計即建構一附加特定限制條件之權利—著作權，準此，著作權乃帶有特定目的之手段，其工具性質可從各面向觀察著作權，其差異僅在於討論核心側重何一理念，茲從著作人、社會大眾之角度敘述如下。

如從著作人角度觀之，其為創作嘔心瀝血，著作完成後，個人精神上滿足及成就感無可比擬，作品無疑為作者人格之體現與延伸，故由著作權彰顯作者之個性特質，人格理論因此而生。而為刺激作者多加創作，故賦予獨占、專有權利，使作者得因此取得著作所旁生之經濟利益，著作權因此具有報酬、互易性質，則獎賞勤勉理論、報償理論／報酬理論有其立論基礎。

⁷¹ WILLIAM M. LANDES AND RICHARD A. POSNER, THE ECONOMIC STRUCTURE OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW 22, 37-70 (2003); Fisher, *supra* note 63, at 1213-14. 范曉玲, 前揭註 63, 209 頁。有關 Pareto 效率與 Kaldor-Hicks 效率見本論文「1.3.1 實證研究之意義與方法 3. 法律之經濟分析 (3) 法律之經濟分析之基本概念 A. 理性與效率」章節之註 87。

⁷² Fisher, *supra* note 63, at 1214-15. 范曉玲, 同前註, 209 頁。

⁷³ Fisher, *id.* at 1215. 范曉玲, 同前註, 210 頁。黃怡騰, 前揭註 64, 36 頁。

如從社會大眾角度觀之，人類文化智識資產係由前人不斷累積其智慧結晶而來，每位作者莫不藉由巨人的肩膀向上攀爬，諸多創作因此而生，結實纍纍之輝煌成就即應由全體社會所共享，著作權即為社會鼓勵作者奉獻心力之手段，社會規劃理論亦不失其道理。

究應保護著作人，抑或維護公共資產，各界均振振有詞，各有其論理依據，於此即生「權衡」之必要，若將著作人與社會大眾置於天平之左右端，如何衡量兩端之輕重，從效益理論分析著作權之成本效益，即能知悉一二。從而，本論文無意特別偏重任何一理論基礎，認宜從多重角度廣泛思量如何達成著作權預設之既定目標，並於第「5.1 著作權之四面關係之剖析」、「5.2 形塑合理使用理論之基本原則」章節從著作權四面關係探討著作權與合理使用之基本原則。

2.4 著作權之哲學理論與限制

關於著作權之哲學理論，學者有二派見解：一屬樂觀主義者，認為著作權植基於自然正義法則，現有著作權保護標準為「半滿之水杯」，希望能透過修法或立法方式將水杯盛滿，此即「著作權極致派」(copyright maximalists)。二屬悲觀主義者，認為著作權的水杯係屬半空，同意應賦予著作權人某些控制其著作重製物之權利，以鼓勵創作，但著作權的保護範圍，僅須延伸至足以鼓勵著作人從事創作的程度即可，否則將使社會大眾無法暢所欲言，此即「著作權極簡派」(copyright minimalists)。⁷⁴

為兼顧鼓勵創作與維護公共領域之雙重目的，著作權的水杯理應視為「半空的水杯」，亦即著作權之保護範圍以提供必要的創作誘因為限，蓋著作權法不僅單單保護著作權人，更重要的是要促進公眾利益，亦即美國憲法著作權條款所提及之「促進科學與實用藝術之進步」，與我國著作權法第1條所揭示之立法目的「促進國家文化發展」。倘若著作權水杯全部注滿，則著作權人享有長時期之獨占權，著作權之保護範圍過度擴張，將嚴重壓縮公共領域，日後將無創作之產生，反而無法達到著作權法「促進科學與實用藝術之進步」或「促進國家文化發展」之最終立法目的。⁷⁵

有學者從法律經濟分析之角度，強調著作權係為作者所提供之經濟誘因，然而其僅著重於鼓勵創作之經濟誘因，完全忽略社會大眾對公共領域所享有之利益。⁷⁶實則，於思考著作權相關議題時，關鍵在於應適時將公共利益納入考量。由於著作權人於著作權

⁷⁴ GOLDSTEIN, *supra* note 10, at 10-11; Fisher, *supra* note 63, at 1231. Goldstein, 前揭註 10, 22-23 頁。其中 Lawrence Lessig 教授即認為智慧財產權法僅需提供創作誘因即可。See LESSIG, *supra* note 54, at 133.

⁷⁵ LESSIG, *supra* note 54, at 129.

⁷⁶ LITMAN, *supra* note 65, at 79-80.

保護期間內得享有專屬之權利，⁷⁷因此著作權乃一獨占性權利，倘放任獨占性權利，將妨礙社會大眾欣賞享用著作權人智慧結晶之成果，進而阻礙全新創作之產生，世界各國著作權法制度莫不為著作權獨占範圍劃定適當之界線，如第一次銷售理論（The First Sales Doctrine）、合理使用、著作權之存續期間、保護標的、強制授權（Compulsory Licensing）等。本論文係以合理使用為討論核心，以下章節先簡介各種著作權之限制，再詳細論述合理使用之意義與發展。

關於第一次銷售理論部分，著作財產權係以重製權為中心，惟由於重製權本身之限制，某些情形下無法有效控制著作重製物之散布，⁷⁸即以散布權之賦與因應重製權不足之處。散布權之客體係實體世界中著作原作或著作重製物之有體物（tangible），而未包含有線、無線廣播（broadcast）、網路廣播或傳輸（transmission）之無體物（intangible）。易言之，散布權與重製權為著作權人在實體世界掌控其著作重製物流通之重要權能，而基於公益之考量，則以合理使用、第一次銷售理論就散布權予以限制，明確劃分「著作財產權人之散布權」與「著作原件或重製物所有人之所有權」之分界。⁷⁹

所謂第一次銷售理論，又稱耗盡理論、用盡理論（Exhaustion Doctrine），係指著作權人一旦出售其著作物或移轉其所有權，即喪失對該著作物應否散布、如何散布之控制力，⁸⁰亦即著作權人對於合法重製著作物之散布權，於首次出售或移轉其所有權予他人時，即已耗盡，此時倘取得合法重製著作物之人將之再次出售或移轉所有權，著作權人不得再對其主張散布權，是取得合法重製著作物之人就該合法重製著作物享有完全之自由處分權。⁸¹我國著作權法原已就著作物之出租部分予以規定，嗣於 92 年 7 月 9 日公布增訂散布權及散布權耗盡原則，使著作人就其著作應享有以買賣或其他移轉著作原件或其重製物所有權之方式加以散布之權利。（著作權法第 28 條之 1、第 29 條、第 59 條之

⁷⁷ 如美國著作權法第 106 條（17 U.S.C. §106.）所定之重製（to reproduce）、衍生著作（to prepare derivative works）、公開散布（to distribute to the public）、公開表演（to perform publicly）及公開展示（to display publicly）。我國著作權法所定之重製（著作權法第 22 條）、公開口述（同法第 23 條）、公開播送（同法第 24 條）、公開上映（同法第 25 條）、公開演出（同法第 26 條）、公開傳輸（同法第 26 條之 1）、公開展示（同法第 27 條）、改作、編輯（同法第 28 條）、移轉、散布（同法第 28 條之 1）等。

⁷⁸ 例如重製權無法規範違法取得合法著作重製物後之散布、非法著作重製物之散布、無法追查非法重製者、非法重製者資力不佳而無法順利請求賠償，或未經授權之散布行為僅具違反債權契約之效力等。參見章忠信，「新著作權法『散布權』相關規定之檢討」，政大智慧財產評論，第 1 卷第 2 期，民國 93 年 4 月，50-51 頁，available at <http://www.copyrightnote.org/paper/pa0034.doc>（造訪日期：95 年 6 月 25 日）。

⁷⁹ 章忠信，同前註，49-52 頁。

⁸⁰ LITMAN, *supra* note 65, at 17-18.

⁸¹ 羅明通，前揭註 23，第 II 冊，207-208 頁，關於第一次銷售理論，參見蔡明誠，「論智慧財產權之用盡原則——試從德國法觀察、兼論歐洲法之相關規範」，政大法學評論，第 41 期，225-257 頁，民國 79 年 6 月。

1、第 60 條、第 87 條第 4、6 款、第 87 條之 1 規定參照)

關於著作權之存續期間部分，我國著作權法保障著作人格權與著作財產權，其中著作人格權係永續存在，而著作財產權則有存續期間之限制，蓋著作權法保障著作權人之權益，同時顧及社會大眾利用著作之公共利益，為使著作權法確實完成促進文化進步之立法目的，著作權之保護設有一定存續期間之限制，亦即著作權之保護僅於一定時間內存在，著作權保護期間屆滿後，該著作即納入公共領域（Public Domain）之範疇，任何人無待著作權人之同意或授權，均得自由、免費使用、利用該著作，無庸負擔任何侵害著作權之責任。⁸²

關於著作權之保護標的部分，我國著作權法第 10 條之 1 規定：「依本法取得之著作權，其保護僅及於該著作之表達，而不及於其所表達之思想、程序、製程、系統、操作方法、概念、原理、發現。」，準此，著作權之保護標的僅及於表達（expression），而不及於思想、概念，蓋思想、概念性質上屬公共資產，若將著作權保護範疇擴張至思想、概念，將使他人無法自由使用此思想、概念，無形箝制他人本於此思想、概念之自由創作，難以促進文化之發展，更無從保障言論、講學、著作及出版之自由，此即「思想與表達二分法」之精神。⁸³

關於強制授權部分，原則上著作權人專有授權他人使用其著作之權利，相對於此任意授權之概念，即「強制授權制度」（Compulsory Licensing）之產生，此乃現代各國之立法趨勢，旨在促進著作之利用，以促進文化進步。強制授權制度允許利用著作之人雖未經著作權人之同意或授權，在符合法定條件之下，支付一定費率之報酬，即得自由利用著作，而無須負擔任何侵害著作權之責任。我國著作權法第 69 條至第 71 條針對音樂著作即設有「強制授權制度」。⁸⁴經濟部於 87 年 1 月 23 日以台（87）內著字第 8785263 號公告「音樂著作強制授權申請許可及使用報酬辦法」，嗣於 89 年 4 月 19 日以經（89）智字第 89315621 號令修正發佈。⁸⁵

除第一次銷售理論、著作權之存續期間、保護標的、強制授權外，自著作權概念創

⁸² 羅明通，同前註，第 I 冊，301-303 頁。有關著作權存續期間之研究，參見杜惠錦，「著作權存續期間之變遷與著作權公共領域之研究」，國立交通大學，碩士論文，民國 94 年。

⁸³ 羅明通，同前註，第 I 冊，184-185 頁。關於如何區別思想與表達，參見羅明通，同前註，第 II 冊，251-300 頁。

⁸⁴ 羅明通，同前註，第 II 冊，393-396 頁。章忠信，「著作權法基本原則」（民國 92 年 2 月 18 日），at http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php?board=1&act=bbs_read&id=38&reply=41（造訪日期：95 年 6 月 25 日）。

⁸⁵ 經濟部智慧財產局，「音樂著作強制授權申請許可及使用報酬辦法」，at http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright_law/copyright_law_3_22.asp（造訪日期：95 年 6 月 25 日）。

設以來，合理使用於限制著作權獨占範圍與維持公共領域方面占有關鍵性之地位，以下章節先介紹合理使用之基本概念、法律性質與判斷基準，復於第三章從科技衝擊著作權法之歷史沿革，探究合理使用於著作權限制光譜（spectrum）上位移之軌跡，並探討合理使用所面臨之新挑戰。

2.5 合理使用之起源與意義

著作權制度容許著作權人於一定時間（即著作權保護期間）內，就其著作享有各種專有權利，包含重製（著作權法第 22 條）、公開口述（著作權法第 23 條）、公開播送（著作權法第 24 條）、公開上映（著作權法第 25 條）、公開演出（著作權法第 26 條）、公開傳輸（著作權法第 26 條之 1）、公開展示（著作權法第 27 條）、改作、編輯（著作權法第 28 條）、移轉、散布（著作權法第 28 條之 1）等，使著作權人能於該獨占期間內取得經濟利益。

每一份著作之產生固為作者經由腦力激盪、深思熟慮所生之智慧結晶，實則每一著作乃全體社會協力之成果，著作人歷經前人著作、智慧結晶的洗禮，進而思及個人獨特的創作，誠如牛頓(Newton)所述，每個人均因站在巨人的肩膀上(standing on the shoulders of giants)，始能看得更遠，⁸⁶亦如同權威著作權法學者 Professor Zechariah Chafee, Jr.於其經典論文「著作權法之迴響」(*Reflections on the Law of Copyright*)之比諭：世界之所以能不斷地向前邁進，起因於人人均以前人的辛苦成果為基礎，站在巨人肩膀上的侏儒可比巨人本身看得更遠。⁸⁷

有鑑於作者之智識成果係以人類悠久文化智識發展果實為創意基礎，倘無條件地賦予著作權人完全獨占權能，無疑容任著作權人恣意無償地利用前人智慧卻無任何實質回饋，更箝制社會大眾日後創作之空間，使人類文化智識資產不斷地萎縮，顯不符公平事理，亦使著作權促進國家文化發展之最終目的無法落實。準此，為避免著作權所具有之獨占性質所生之流弊，有必要對於著作權予以必要之限制，其中合理使用為著作權法中最重要之衡平機制。

合理使用乃在著作權侵害案件中具有重要地位之防禦方法，⁸⁸其創設乃一「人造法」

⁸⁶ ROBERT K. MERTON, ON THE SHOULDERS OF GIANTS: A SHANDEAN POSTSCRIPT 31 (1965) (quoting a letter by Sir Isaac Newton to Robert Hooke, Feb. 5, 1575/1576). See also Jim Chen, *Mastering Eliot's Paradox: Fostering Cultural Memory in an Age of Illusion and Allusion*, 89 MINN. L. REV. 1361, FN38 (2005).

⁸⁷ "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 (1945). 轉引自黃怡騰，前揭註 58，7-8 頁。

⁸⁸ 黃怡騰，同前註，19 頁。

(a made law)、「司法創設之論理法則」(judicial rule of reason)，亦即原本著作權相關法令中並無合理使用之概念存在，而係由承審法官於個案判決中創設之法概念。⁸⁹早於西元 1709 年，英國國會即制定「安妮法案」(The Statute of Anne)，以一定存續期間限制書籍與散頁樂譜 (sheet music) 出版商所擁有之財產權。至 1740 年，*Gyles v. Wilcox* 案首度宣示合理使用原則，法院認為大型著作之節本 (abridgement) 具有創新、學習與評論之意義，係屬合理使用。⁹⁰自 1740 年起至 1839 年止，英國法院即依循安妮法案「鼓勵知識分子組織及創作實用書籍」⁹¹之立法目的，陸續以判決建置合理使用之內涵。⁹²

於 1839 年，美國 Joseph Story 法官於 *Gray v. Russell* 案即認為判斷利用他人著作是否構成著作權之侵害，重點不在於引用部分之數量，而在該部分之價值。⁹³嗣於 *Folsom v. Marsh* 案，⁹⁴ Joseph Story 法官認為於決定第三人利用享有著作權之著作是否具有正當性 (justifiable)，而不構成著作權之侵害，並非逕以形式上或實質上 (in form or in substance) 判斷重製系爭著作全部或大部分內容，遽謂該利用著作之人侵害著作權人之著作權，而是當系爭利用著作之行爲業已減損系爭著作之價值，或實質上損及著作權人之辛苦成果，即應認定此利用著作行爲該當侵害著作權之要件。從而，法院應檢視以下三要素：一爲利用部分之性質及目的 (the nature and objects of the selections made)，二爲利用部分之數量與價值 (the quantity and value of the materials used)，三爲利用部分影響原著作之銷售、減少其利潤或取代原著作之程度 (the degree in which the use may prejudice the sale, or diminish the profits, or supersede the objects, of the original work)。⁹⁵

Joseph Story 法官先後於 *Gray v. Russell* 及 *Folsom v. Marsh* 二案以判決創設著作權合理使用之基本原則，將之架構成一「衡平之論理法則」(an equitable rule of reason)，⁹⁶其後美國法院不斷以判決闡釋合理使用之內容，逐漸充實合理使用之理論內涵。例如：(1) 僅單純重製、大量引用他人著作，而未加以解釋、評論者，非屬合理使用。(2) 利用他人著作之再創作必須具有積極意義或使用價值，不得以損害原著作價值或銷售市場爲營利意圖或動機。(3) 限於利用他人著作進行原創性之創作，而非利用原始創作中之構思、

⁸⁹ Oler et al., *supra* note 16, at 258, 262; SAMUELS, *supra* note 2, at 191.

⁹⁰ 26 Eng. Rep. 489, 490 (1740). 吳漢東，前揭註 59，14 頁。

⁹¹ 1709 8 Anne, ch. 19. 轉引自廖偉迪，「資訊時代著作權合理使用原則演變之探討－以美國著作權法爲中心」，10 頁，國立中正大學，碩士論文，民國 92 年。有關安妮法案之立法經過見本論文第「3.2.1 第一次戰爭：印刷術」章節。

⁹² 吳漢東，前揭註 59，14 頁。

⁹³ 10 F.Cas. 1035 (C.C.D. Mass. 1839).

⁹⁴ 9 F. Cas. 342 (C.C.D. Mass. 1841).

⁹⁵ *Folsom*, 9 F. Cas. at 348.

⁹⁶ *Sony*, 464 U.S. 417, 448 (1984).

風格與結構。(4) 不同種類之著作其合理使用之要求不一，如對未發表之著作為合理使用之要求較已發表之著作嚴格，必須兼顧作者聲譽及控制著作之公開發表可能性；對虛構性著作之合理使用標準高於事實性或敘述性著作。(5) 著作所隱含之思想、概念、或觀念不受著作權法保護，即無合理使用可言，而著作之表達則非可任意自由使用。(6) 對於缺乏原創性之事實編輯資料，應容許他人所為之合理使用。⁹⁷

合理使用原則自美國聯邦最高法院大法官 Joseph Story 於 1841 年在 *Folsom v. Marsh* 判決⁹⁸確立判斷合理使用之標準後，美國法院持續地以判決充實合理使用理論之內涵，嗣於 1976 年由美國國會於美國著作權法第 107 條⁹⁹予以明文化，奠立合理使用原則之法律基礎。面對新興科技所衍生之種種著作權法問題，美國法院亦以合理使用予以應對，企圖在現有著作權法律架構下，調整著作權法制層面與新興科技層面之齟齬。易言之，合理使用理論於立法者及法院權衡上開二衝突利益時扮演一關鍵重要之角色，其中以 *Sony v. Universal City Studio* 案¹⁰⁰最具代表性(關於本案之案情、判決結果見本論文第「3.2 新興科技對於著作權法之衝擊 3.2.2 第二次戰爭：Sony v. Universal City Studio10. 錄影機」章節)。

關於合理使用之概念，美國 Horace G. Ball 教授於其著作「著作權法與文學財產」(*The Law of Copyright and Literary Property*) 中闡釋合理使用之定義如下：合理使用係指第三人未經著作權人之同意，得以合理方式利用著作權人享有獨占著作權的著作之特殊權益 (*privilege*)。¹⁰¹此種解釋自始以來為美國著作權法學者及法院判決廣為引用。¹⁰²

從而，所謂合理使用，乃一限制著作財產權之平衡手段，係指著作權法固然賦予著作財產權人一獨占權利，惟第三人於一定情境下，即使未經著作財產權人之同意或授權，亦無合於目的讓與或目的授權¹⁰³之情事，於合理範圍內得自由、無償使用該著作，而無

⁹⁷ 吳漢東，前揭註 59，17-18 頁。

⁹⁸ 9 F. Cas. 342 (C.C.D. Mass. 1841).

⁹⁹ 17 U.S.C. §107.

¹⁰⁰ 464 U.S. 417 (1984).

¹⁰¹ HORACE G. BALL, *THE LAW OF COPYRIGHT AND LITERARY PROPERTY* 260 (1944). 轉引自黃怡騰，前揭註 58，19 頁、註 6。

¹⁰² 2 PAUL GOLDSTEIN, *COPYRIGHT: PRINCIPLES, LAW AND PRACTICE* 187 (1989).

¹⁰³ 所謂「目的讓與理論」或「目的授權理論」(*Zweckuebertragungstheorie*)，係指著作權授權之內容原則上應取決於契約當事人之明示或默示之意思表示(著作權法第 37 條第 1 項規定參照)，或依法律規定推定之(如著作權法第 41 條所定之投稿於新聞紙、雜誌等著作推定僅授與刊登或公開傳送一次之權利)，然倘契約未約明授權範圍時，應依授與所欲達成之目的判斷其授權時間及範圍。此係由德國學者 Wenzel Goldbaum 於西元 1921 年所提出而為德國著作權學者與實務所採納。而我國最高法院 86 年度臺上字第 763 號民事判決針對 KTV 業者所購置之營業用伴唱帶之授權範圍，即明白援引「契約目的讓與理論」，認定營業用伴唱

庸負擔任何侵害著作權之責任。¹⁰⁴總言之，著作權人得掌控社會大眾能否及如何使用其著作，然而，社會大眾於合理使用理論之下，得接觸、使用著作權人享有著作權之著作，而不致於使著作權人遭受不正當的損害（*unduly harm*）。故著作權係斟酌社會大眾利益後，在一定限制（即合理使用理論）下確保著作權人之權益，以衡平各種相互衝突之利益。¹⁰⁵

另一值得討論的課題是合理使用之標的究為「著作」（*work*）抑或「著作權」（*copyright*）？學者以為合理使用之標的或對象係著作權人所專有之著作財產權，而非「著作」或「著作所附著之著作物」。¹⁰⁶此種論點具有法邏輯之基礎，亦即第三人就其利用著作財產權人享有著作權之著作得以主張合理使用，其利用行為之標的物為著作財產權人之著作，而合理使用係針對著作權財產人依著作權法所得專有之著作財產權。換言之，第三人利用著作之行為本即涉及著作權人所專有之重製等著作財產權，原本第三人未經著作權人之授權，即不得擅自為重製等行為，茲因合理使用原則，而卸免其侵害著作財產權之責任。

2.6 合理使用之理論基礎

著作權人對於其著作享有一定之專屬權利，在著作權之保護範圍內，何以容許他人以合理使用為由，未經著作權人之同意或授權，即得自由利用享有著作權之著作？有關合理使用之理論基礎有四：默示同意說、強制同意說、慣例說及公共利益說。¹⁰⁷茲分述如下：

2.6.1 默示同意說（*Theory of Implied Consent*）

有學者認為一般而言，利用著作之行為能為著作權人產生利益，著作權人自然期待他人予以利用，而具有實用性之著作（如附有實用表格之簿記 *form book*、會計用書、日常記事之日誌或記事本等）倘開放他人使用，即與著作權人於創作之初期待他人廣為利用之本意相符，故雖著作權人未明示他人得利用其著作，惟基於著作權人之默示同意理

帶於著作權人授權製作時，即已取得可供人公開演唱之授權，否則即無法達成營業用伴唱帶通常利用之目的。有關「目的讓與理論」之起源與適用之探討。參見羅明通，前揭註 23，第 II 冊，61-65 頁。

¹⁰⁴ 黃怡騰，前揭註 58，2-3、17 頁。羅明通，同前註，第 II 冊，153 頁。See also LITMAN, *supra* note 65, at 17-18.

¹⁰⁵ LYMAN RAY PATTERSON & STANLEY W. LINDBERG, *THE NATURE OF COPYRIGHT: A LAW OF USERS' RIGHTS* 198 (1991). See also LESSIG, *supra* note 54, at 134.

¹⁰⁶ PATTERSON ET AL., *supra* note 105, at 198. 黃怡騰，前揭註 58，33-36 頁。

¹⁰⁷ ALAN LATMAN, *FAIR USE OF COPYRIGHTED WORKS*, Study No. 14, in *Copyright Law Revision, Studies Prepare for the Subcomm. on Patents, Trademarks, and Copyrights of the Comm. on the Judiciary, United States Senate*. 86th Cong., 1st and 2nd Sessions (1960 and 1961), at 275. 轉引自黃怡騰，前揭註 58，23 頁。

論 (theory of implied consent of copyright owner)，推定著作權人默示同意購買其著作物之人利用其著作。¹⁰⁸再者，某些著作權人希冀他人對其著作加以評論或提出意見，藉此增加其著作之價值，而歡迎他人多加利用其著作，故可認定著作權人默示同意他人使用其著作。¹⁰⁹

此外，合理使用理論之產生，係由於絕無可能監督並衡量每一複製行為，¹¹⁰且倘若每次利用著作之行為，著作權人與利用著作之人均必須進行協商，於協商過程中會產生四種交易成本：(1) 尋找欲利用著作之著作權人，(2) 與著作權人聯繫，(3) 與著作權人協商利用該著作所應支付之權利金的數額，(4) 安排如何支付權利金。是以進行協商之諸多交易成本過高，¹¹¹為避免上開問題之發生，就合理使用之情形，推定著作權人默示同意 (implied consent) 未經授權之利用行為，立法者與法院代表社會公益，容許合理使用之存在。¹¹²

2.6.2 強制同意說 (Theory of Statutory Enforced Consent)

由於創作經常須借用前人之智慧結晶始有成效，故本於著作權促進社會利益與文化進步之最終目的，著作權法於授與著作權予著作權人之同時，要求著作權人於一定合理範圍內，同意他人利用其著作，以此作為賦予著作權保護之前提要件。¹¹³在明顯可推知著作權人不願意讓社會大眾使用其著作之情形下，基於「強制同意」(enforced-consent) 之理論，成立合理使用。¹¹⁴

2.6.3 慣例說 (Theory of Customary)

此說認為合理使用係立基於著作權法之固有慣例 (customs)，亦即著作權人如對於他人特定之複製或引用行為有一般性通常之認識 (regularly acquiescence)，足證此利用行為合情合理 (reasonable and fair)。故他人得於一定範圍內對於享有著作權之著作權人，主

¹⁰⁸ 黃怡騰，同前註，23-24 頁。

¹⁰⁹ 黃怡騰，同前註，32 頁。

¹¹⁰ LESSIG, *supra* note 54, at 137.

¹¹¹ GOLDSTEIN, *supra* note 10, at 201; Georgia Harper, *Will We Need Fair Use in the Twenty-First Century?* (Aug. 31, 2001), at http://www.utsystem.edu/ogc/intellectualproperty/fair_use.htm (last visited on June 25, 2006).

¹¹² Huei-ju Tsai (蔡惠如), *Media Neutrality In the Digital Era--A Study of the Peer-to-Peer File Sharing Issues*, 5 CHI-KENT J. INTELL. PROP. 49-50 (2005).

¹¹³ 黃怡騰，前揭註 58，25-26 頁。 See also *Mathews Conveyor Co. v. Palmer-Bee Co.*, 135 F.2d 73, para.23-25 (6th Cir., 1943).

¹¹⁴ LITMAN, *supra* note 65, at 84.

張合理使用。¹¹⁵

2.6.4 公共利益說 (Theory of Public Interest)

合理使用之存在價值在於實現高於保護私人財產權與市場配置效率之公共利益 (public interest)，而所謂公共利益，從非經濟上理由言之，論者係以洛克 (John Locke) 之自然法 (natural law) 理論為基礎。¹¹⁶其中美國學者 Benjamin G. Damstedt 認為洛克有關就投注勞力之成果應受法律保障之見解，設有一定限制—禁止浪費原則 (waste prohibition)，即如權利人有不當使用其私人財產時，他人即得將之剝奪而據以享有該財產，此即合理使用之根據。¹¹⁷另美國學者 Wendy J. Gordon 則認為自然法理論設有但書 (proviso)，亦即當作者之勞動主張與社會大眾之利益互相抵觸時，將無此自然權利之存在餘地，故著作人所享受之專屬權利仍應保留社會大眾「充分且等質」(enough and as good) 的資產，始具有正當性。如全面禁止第三人利用權利人之私人財產為後續創作，將妨礙言論自由與藝術文化之進步，故合理使用具有維護言論自由與提升社會文化之正面功能。¹¹⁸

若從經濟上理由言之，主要以市場失靈 (market failure) 為基礎，亦有於市場失靈之外，探詢合理使用之動態觀點。¹¹⁹主張市場失靈說之學者如 Wendy J. Gordon 以完全競爭之市場不可能存在，交易成本無可避免，當交易成本超出交易雙方所預期之淨利時，原本預期之社會資源交易無從發生，當著作市場交易運作不佳時，不宜倚賴市場來調和散布著作之社會利益與著作報酬之私人利益，而合理使用即為允許利用著作之人擺脫市場機制之信條。¹²⁰另 Michael A. Heller 曾主張原本擬避免「公有物悲劇」(tragedy of commons) 之財產權若過度操作，將因迴避私人財產權而阻礙後續之創新活動，反而導致「反公有物悲劇」(the tragedy of anti-commons) 之後果。¹²¹ Ben Depoorter & Francesco Parisi 據此衍生出即使在著作權授權無須交易成本之世界 (如「點選付費」而毫無摩擦力

¹¹⁵ GOLDSTEIN, *supra* note 10, at 15, 68, 207-08. 黃怡騰，前揭註 58，26 頁。

¹¹⁶ 陳志民，「巨人的肩膀或自己的腳尖?—從『競爭平台模型』理論看著作權『合理使用』原則」，2003 全國科技法律研討會，296-297 頁，新竹國立交通大學，民國 92 年 11 月 20 日至 21 日。

¹¹⁷ Benjamin G. Damstedt, *Limiting Locke: A Natural Law Justification for the Fair Use Doctrine*, 112 YALE L. J. 1179, 1193-94 (2003).

¹¹⁸ Gordon, *supra* note 64, at 1540-72.

¹¹⁹ 陳志民，前揭註 116，297-298 頁。

¹²⁰ Wendy J. Gordon, *Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and Its Predecessor*, 82 COLUM. L. REV. 1600, 1608, 1613-14 (1982).

¹²¹ Michael A. Heller, *The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition From Marx to Markets*, 111 HARV. L. REV. 621, 676-77 (1998).

的電腦世界，a “click and pay” frictionless computer world），著作權人仍有可能採取拒絕授權之策略性行為，造成無謂損失（deadweight losses），合理使用可使將因此所造成之社會福祉損失及無謂損失最小化。¹²²

至合理使用之動態經濟分析，有 Richard P. Adelstein、Steven I. Peretz 學者主張科技水平不斷演化（evolution）與互相競爭，著作權人無奈地承認搭便車行為之存在，而利用著作之人為滿足其需求，亦不斷研發以更新利用著作之新技術，在此技術競爭過程中，合理使用得防止著作權阻礙意見交換或發生技術競爭替代效果。¹²³另 Raymond Shih Ray Ku 則主張複製與散布著作之新興科技得以實現 Joseph Schumpeter 所稱之「創造式毀滅」（即銷毀舊科技、創造新興科技）。針對消費者複製問題，合理使用之基礎即為「創造式毀滅」而非市場失靈，且其構成要件有二：擁有著作物之消費者自行為複製行為，及著作權人之創作回收利益並非基於著作物之銷售。¹²⁴

另外，廖偉迪則認為著作權法肩負二重大公共利益目的：鼓勵創作與維持資訊自由流通。一方面，由於著作具有經濟學上「公共財」之性質，亦即不具私有財之獨占性及排他性，倘未能提供法律保障，創作者將無意從事創作，將導致著作交易市場發生市場失靈之狀況，延緩文化及科學之進展，故而本於刺激理論，賦予創作人一獨占權利即著作權。¹²⁵另一方面，如容許著作權人過度擴張其獨占權，將嚴重阻礙資訊之自由流通，致社會大眾無法接觸先前著作而無從接續創作，同時違反美國憲法著作權條款及第一修正案保障言論自由之「維持資訊自由流通」目標。¹²⁶

再者，同時兼顧為刺激創作之產生而應賦予著作權之獨占權利，及因此獨占權利所衍生阻礙資訊自由流通之弊端，立法機關基於公共利益之考量，於著作權法中增設合理使用之特定機制，以限制著作權人之獨占權，保障社會大眾之「言論發表、資訊取得之自由」。¹²⁷美國聯邦最高法院於美國著作權合理使用理論占有關鍵性地位之 *Sony v.*

¹²² Ben Depoorter & Francesco Parisi, *Fair Use and Copyright Protection: A Price Theory Explanation*, 21 INT'L REV. L. & ECON. 453, 459-60 (2002).

¹²³ Richard P. Adelstein & Steven I. Peretz, *The Competition of Technologies in Markets for Ideas: Copyright and Fair Use in Evolutionary Perspective*, 5 INT'L REV. L. & ECON. 209 (1985). 轉引自陳志民，前揭註 116，303-304 頁。

¹²⁴ Raymond Shih Ray Ku, *Consumers and Creative Destruction: Fair Use Beyond Market Failure*, 18 BERKELEY TECH. L. J. 539, 564, 567-69 (2003).

¹²⁵ 廖偉迪，前揭註 91，9 頁。

¹²⁶ 廖偉迪，同前註，9 頁。

¹²⁷ 廖偉迪，同前註，9-10 頁。章忠信，「著作權保護、科技發展與合理使用—談新著作權法關於合理使用的已然與未然」，2003 全國科技法律研討會，4 頁，新竹國立交通大學，民國 92 年 11 月 20 日至 21 日。

Universal City Studio 判決即揭櫫合理使用原則在於平衡著作權人獨占權利過與不及之衝突，亦即若剝奪此獨占權，將減少創作誘因；反之，如授與完全之獨占權，又將影響他人之創作能力，¹²⁸其見解即基於公共利益之考量。

2.6.5 小結

默示同意說之擬制效果如於著作權人明示對於他人利用其著作之行爲並不同意時，即無從解釋合理使用容許社會大眾自由使用享有著作權之著作之存在基礎。¹²⁹此外，就默示同意說針對部分種類之著作（如實用性之著作、藉由他人評論而增加其著作銷售量等）解釋著作權人「默示同意」他人利用其著作部分，固然確有少部分著作權人不求一己之私利，慷慨地貢獻其智慧結晶，供社會大眾取用，惟實際上，一般著作權人於發行、出版其著作之際，莫不希望其著作廣受社會大眾歡迎，其最終目的無他，均在藉此獲取經濟利益，難以持此解釋著作權人「默示同意」他人「無償」「免費」利用其著作。況且，著作物所有人得以自由使用、處分其著作物，係基於「第一次銷售理論」，¹³⁰似非合理使用之適用對象，此部分論述似有疑義。

又有學者認為由於以往著作權法採取「發行保護主義」，均須待著作權人出版或發表其著作，符合著作權法所定之形式要件後，社會大眾始能明瞭著作權人有無受著作權法之保護，而今改採「創作保護主義」，一旦創作完成，立即享有著作權法之保護，是以默示同意說之缺失業已有所緩和。¹³¹然而，在「發行保護主義」之下，雖於著作發行或公開發表時始受著作權保護，而「創作保護主義」則於創作完成之際即給予著作權保護，各著作權法制提供保障之起始時點固有不同，惟不問著作權人何時納入著作權之保護傘下，著作權人一旦享受著作權保護，其於任何一時點均得明示反對他人未經授權之利用著作行爲，此時默示同意說仍無從就合理使用之正當性提供完整之解釋。故創作保護主義仍無法緩和默示同意說之缺憾。

另一方面，默示同意說有關交易成本之考量，固能為合理使用提供正當化之理論基礎，惟此說所謂交易成本，係指欲利用著作之人為取得著作權人之授權所應支付之各項成本，對著作權人而言，其關心之重點在於能否因授權而獲利，至利用著作之人因授權所花費成本之多寡，在所不問，故以交易成本之存在推定著作權人默示同意合理使用行爲，顯然未能與著作權人之真正意思契合。

慣例說之缺陷在於所謂「著作權法之原有慣例」究何所指？不僅過於含糊抽象，亦

¹²⁸ 464 U.S. 417, 479 (1984).

¹²⁹ 黃怡騰，前揭註 58，24、32 頁。

¹³⁰ 有關第一次銷售理論之簡要說明，見本論文第「2.4 著作權之哲學理論與限制」章節。

¹³¹ 黃怡騰，前揭註 58，32-33 頁。

缺乏說服力及實證基礎。加以我國為成文法系國家，鮮少以「原有慣例」作為法律基本原理原則之法理基礎。縱然有所謂「合理使用之慣例」之存在，所謂慣例，必有其歷史淵源，亦即必有其存在之原因及價值，否則無從成為社會或特定社群為某一類行為時所共同遵循之規範。是以，吾人不僅必須知其然，更應知其所以然，所應深究者要為此種慣例形成之原因，易言之，何以合理使用會成為著作權法所承認之慣例？其背後隱含之意義為何？而非單純僅以「有此慣例存在」云云，即引為合理使用原則之依據。

從默示同意說、強制同意說或公共利益說均可推知，合理使用係為追求社會公益與增進人類文化進步之目的，蓋在著作權法授與著作權人專屬權利之下，原則上若非經由著作權人之授權，即禁止擅自利用其著作，例外允許社會大眾在合理之範圍內，無須著作權人之同意或授權，即得自由接觸、利用著作權人享有著作權之著作。¹³²而此合理使用範圍之界線應止於何處？此涉及利益衝突之平衡。至如何衡平相互抵觸之利益，本論文認為應以公共利益說為可採，並將於第「五、我國著作權合理使用制度之新境界 5.2 形塑合理使用理論之基本原則」章節詳加討論。

2.7 合理使用之法律性質

如欲明瞭著作權人與利用著作之人間法律關係，首應判別合理使用之法律性質，以定其於著作權法上之法律地位。¹³³具體言之，著作財產權人之獨占範圍究竟及於何處而止？利用著作之人得以合理利用著作之程度為何？有待合理使用劃清其界線。合理使用在立法體例上有二種模式，一為「權利限制」規範理念，以合理使用作為權利內容之限制，是以著作權人就成立合理使用之行為並無任何排他性權利存在，如日本立法例。二為「合理使用」以規範理念，合理使用為權利行使之制約，即著作權人就成立合理使用之行為仍享有排他性權利，惟利用著作之人得以合理使用為抗辯，以阻卻其違法性，如美國、我國立法例。

上開「權利限制」、「合理使用」二種操作模式之法文形式上，可從有無類似美國著作權法第 107 條、我國第 65 條第 2 項所定判斷合理使用之各基準為斷，且二者在舉證責任及違法可能性之預測方面均有所差別，亦即第一種立法模式中，如系爭利用著作符合著作權法所定之權利限制範圍內，著作權人就此無從主張任何著作權，利用著作之人無須考慮利用著作是否於合理範圍內，而第二種立法模式則要求利用著作之人就系爭利用著作之範圍構成合理使用之抗辯負舉證之責，因此利用著作之人評估其行為違法與否較無預測可能性，進而影響著作利用之法律風險。¹³⁴

¹³² 黃怡騰，同前註，27-31 頁。

¹³³ 羅明通，前揭註 23，第 II 冊，156 頁。

¹³⁴ 盧文祥，前揭註 37，142-143 頁。黃銘傑，「日本著作權法現況與相關修正之研究」，35-41 頁，民國 94

此外，利用著作之人究於何時始得為合理使用之主張—僅得於被訴侵害著作權時提出「合理使用」之抗辯，抑或即使無侵權之指訴，即得積極對於著作權人為「合理使用權利」之主張？合理使用法律性質之探討尤具有訴訟法上之實益。相關學說有三：權利限制說、侵權阻卻說及使用者權利說。茲分述如下：

2.7.1 權利限制說

此說認為著作權本質上係屬一種「限制的獨占」，而合理使用乃對著作財產權之限制，亦即無須著作財產權人之同意或授權，即得逕自利用其著作，性質上屬對於著作財產權之限制，此既非著作權保護之範疇，即不構成著作權之侵害。¹³⁵美國著作權法合理使用條款第 107 條即標明「專有權利之限制：合理使用」(Limitation on Exclusive Rights: Fair Use)，¹³⁶及我國著作權法合理使用相關規定所在章節（即第二章第四節第四款）標題「著作財產權之限制」，均明示合理使用具有限制著作財產權之特性。¹³⁷

我國學者楊崇森即主張若容任著作權人封鎖其著作，將有礙知識之傳播，為「增進知識之傳播與文化之發展，期使私益與公益獲得調和」，以著作權人之經濟收益與創作意願不受影響為前提，有限度地允許社會大眾於合理範圍內，無償地利用其著作物，而不認其成著作權之侵害，是以合理使用原則之承認係基於智識成長之必要性，而對著作權權利所為之重要限制。¹³⁸

2.7.2 侵權阻卻說

此說認為合理使用乃著作權侵害行為之阻卻違法事由，亦即合理使用行為本質即屬不法，惟基於公益，自實質違法性之角度，予以阻卻違法。¹³⁹美國學者 Paul Goldstein 認為合理使用乃法院所創設之「安全閥」(judicial safety valve)，係基於交易成本 (transaction costs) 及社會價值目的 (socially valuable ends) 所設之免責條款 (exemptions)，授權法院於特定引用或複製著作之行為於形式上 (literal forms) 違反著作權法禁止規定時，得以免除其責 (excute)。¹⁴⁰

年 8 月 15 日，available at http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright_book/研究報告/日本著作權法現況與相關修正之研究.doc (造訪日期：95 年 6 月 25 日)。

¹³⁵ 羅明通，前揭註 23，第 II 冊，157 頁。陳美玲、林淑惠，「合理使用是權利嗎？—論臺北地院九十三年度小上字第四號判決」，全國律師，第 8 卷第 11 期，102 頁，民國 93 年 11 月。

¹³⁶ 17 U.S.C. §107.

¹³⁷ 羅明通，前揭註 23，第 II 冊，，157 頁。

¹³⁸ 楊崇森，著作權法義論叢，180-181 頁，民國 72 年 11 月。

¹³⁹ 羅明通，前揭註 23，第 II 冊，157-158 頁。

¹⁴⁰ GOLDSTEIN, *supra* note 10, at 68, 207-08.

美國學者 Harriet L. Oler 與 Marilyn J. Kretsinger 即指出合理使用係就著作權所設之重要免責事由，並非排除著作權人之專有權利（an exemption from the owner's exclusive rights），而是對於侵權訴訟中所得提出之抗辯（a defense to an infringement action）。易言之，某一利用著作之行爲形式上雖構成著作權之侵害，然利用著作之人得於侵害著作權訴訟中爲合理使用之抗辯，使該項利用著作行爲得轉變成合理或自由利用之行爲。此原則之適用使法官得於具體個案中避免因著作權人實施其獨占權利所導致不合理之結果。¹⁴¹

我國著作權法第 65 條第 1 項規定：「著作之合理使用不構成著作財產權之侵害。」，第 91 條第 4 項：「著作僅供個人參考或合理使用者，不構成著作權之侵害。」，既規定合理使用著作之行爲不構成著作（財產）權之侵害，從字義解釋觀之，係認原應該當侵害著作權要件之行爲，因合理使用而不構成著作權之侵害，故採侵權阻卻說。¹⁴²

我國學者張靜即主張所謂侵害性係指「行爲所具侵害法益之情狀」，一行爲是否具侵害性，係依其對法益有無不利影響而定。而違反作爲義務或不作爲義務，即生違法性問題，係對侵害法益行爲所爲之消極評價，法律所承認足以否認侵害行爲違法性之事由，即阻卻違法事由。合理使用之行爲本質上爲一侵害行爲，惟基於國家公益，而從實質違法性之角度，以合理使用之行爲具有社會相當性，阻卻其違法性，然其行爲之侵害性仍然存在，無從因合理使用而阻卻之。¹⁴³

另學者章忠信雖從我國著作權法合理使用所在章節—第三章第四節第四款「著作財產權之限制」名稱，及第 65 條第 1 項規定：「著作之合理使用，不構成著作財產權之侵害。」，認爲合理使用之性質爲「著作財產權之限制」，惟其進一步說明合理使用係屬一種「消極抗辯之特權（privileges）、肯認之抗辯（affirmative defenses）」，並非積極之權利（rights）。¹⁴⁴故其應採侵權阻卻說。

又學者賴文智則區分著作權法合理使用之規定，個別合理使用規定（即第 44 條至第 63 條規定）係立法者基於公益或合理利用著作之考量，所爲之著作財產權限制，即使利用著作之人於訴訟中未爲合理使用之主張或抗辯，法院仍應依職權予以審酌。而概括合理使用規定（即第 65 條第 2 項規定）係屬獨立之合理使用依據，即採侵權阻卻說，須待

¹⁴¹ Oler et al., *supra* note 16, at 261-62.

¹⁴² 羅明通，前揭註 23，第 II 冊，158 頁。

¹⁴³ 張靜，新著作權法釋論，440-442、456、466-467 頁，民國 77 年 1 月。

¹⁴⁴ 章忠信，「著作權保護、科技發展與合理使用—談新著作權法關於合理使用的已然與未然」，2003 全國科技法律研討會，4-5 頁，新竹國立交通大學，民國 92 年 11 月 20 日至 21 日。

利用著作之人積極主張，法院始得審究。¹⁴⁵

2.7.3 使用者權利說

此說認為合理使用乃利用著作之人依法所得利用他人著作之權利 (right)，此種權利乃利用著作之人 (利用主體) 所得享有之法定利益，以平衡著作人、出版商與使用者之利益。¹⁴⁶美國學者 Lyman Ray Patterson 與 Stanley W. Lindberg 堅持「使用者權利」(users' rights) 之存在必要，而所謂使用者權利包含個人使用 (personal use) 與合理使用。蓋著作權為提升學習水平 (to promote learning)，而賦予著作權人專屬權利，以出版發行其著作，故著作權於憲法上之體制設計，其前提即為社會大眾對著作權之著作享有得為個人使用之「權利」(the right of other citizens to make personal use of copyrighted works)。倘若否認個人使用權利 (the right of individual use) 之存在，將使著作權淪為追求少數人經濟利益而控制大部分社會大眾行為之工具，而合理使用將可確保著作權不會成為學習活動的不正當絆腳石。¹⁴⁷

我國學者羅明通則認為合理使用源自憲法第 11 條所定之權利，乃人民之基本權利，而非單純之抗辯，蓋本於積極表見之自由權利，人民得以合理使用他人著作，傳達其意見或思想，實現言論、講學、著作及出版之權，同時表現其「被動或消極之接收訊息權」(the right to receive)，如此解釋較能平衡著作財產權人利益與利用人權益。另一方面，著作權非屬絕對權利，而無絕對之排他權，因受合理使用之限制，致其權利界線隱約含糊、不確定，因而宜採行為不法說，¹⁴⁸由法院積極適當地進行利益衡量及價值判斷，即得逕自為法之評價，無須由利用著作之人提出抗辯或舉證。至於著作權與合理使用權之衝突，乃屬憲法基本權利衝突之位階，並無孰者優先孰者劣後之情事，而應參照大法官解釋釋字第 509 號協同意見書之見解，於具體案件中，個別審酌法律所欲保護之法益與相對的基本權利限制，以追求最適調和。¹⁴⁹

2.7.4 小結

有關合理使用之法律性質，牽涉合理使用之適用位階，亦即如認合理使用係屬權利之限制，利用著作之行為如該當合理使用之要件，即未落入著作權人之權利範圍。如認係屬阻卻違法事由，則須先認定利用著作之行為人業已構成侵害著作權，之後始審究合

¹⁴⁵ 賴文智，前揭註 37，178-179 頁。

¹⁴⁶ 羅明通，前揭註 23，第 II 冊，158 頁。

¹⁴⁷ PATTERSON ET AL., *supra* note 105, at 191-93, 196.

¹⁴⁸ 有關結果不法說與行為不法說之說明，見本論文第「5.4.1 合理使用法律性質之省思 2. 違法性之概念」章節。

¹⁴⁹ 羅明通，前揭註 23，第 I 冊，15-16 頁。羅明通，前揭註 23，第 II 冊，159-164 頁。

理使用之抗辯事由。倘採使用者權利說，則合理使用不再僅屬抗辯權之一種，其法律地位更屬於「權利」之法律位階，利用著作之人不僅可於被訴侵害著作權時援引合理使用為消極之抗辯，更可積極主張其享有合理使用之「權利」，得提起民事確認訴訟，請求法院以判決確認其合理使用權利之存在，或進而提起給付訴訟，請求著作權人為一定之行為（如臺灣臺北地方法院 93 年度小上字第 4 號民事判決）。

美國通說認為合理使用係一「特別權益」(privilege)，¹⁵⁰而非權利(right)，亦即於著作權人主張利用著作之人無權使用其著作、侵害其著作權時，利用著作之人就其利用著作之行為為合理使用之抗辯，以免除其侵權責任之積極抗辯事由(affirmative defense)。¹⁵¹如於 *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.* 判決中，美國聯邦最高法院即表示為達到著作權法促進藝術與科學進步之立法目的，合理使用係就作者獨占之特別權益所設之例外(an exception to author's monopoly privileges)，且係屬一積極抗辯事由，援引合理使用之一方負舉證責任。¹⁵²再者，關於利用著作之人提出合理使用抗辯之前提有三：一為利用之人所利用之對象係被利用之著作中著作權法保護之部分，二為所利用之部分與被利用之著作受著作權法保護之部分，具有實質相似性(substantial similarity)，三為若利用著作之人就其行為無法主張合理使用時，該利用著作之行為將被評價構成著作權之侵害。¹⁵³

欲判定合理使用之法律性質，首應釐清美國法所謂「privilege」，究何所指？何謂「權利」(right)？進而思考能否直接將美國法之概念移植至我國著作權法制？不宜逕自法學邏輯之抽象討論而為定論，宜待瞭解我國法院實務適用合理使用情形及合理使用制度相關面向之分析後再為探討（見本論文第「5.4.1 合理使用法律性質之省思」章節）。

2.8 合理使用之判斷標準

究竟應如何適用合理使用原則？其審酌標準為何？始終為著作權學者及法院亟思解

¹⁵⁰ 前任大法官王澤鑑於討論醫生對病人之說明義務時，論及「醫生的醫療特權」(therapeutic privilege)，認為原則上醫師依醫療法第 46 條規定，負有說明治療行為之義務，然例外情形如醫療說明有危害病人之虞，如自殺、精神崩潰、加重病情，拒不治療時，醫生得全部或一部予以保留。此亦屬違法阻卻事由之內容（參見王澤鑑，侵權行為法第一冊—基本理論一般侵權行為，284-285 頁，民國 87 年 9 月）。王前大法官將英美法體系所使用之「privilege」一詞翻譯為「特權」，本論文為免產生混淆，故以「特殊權益」稱之。

¹⁵¹ 黃怡騰，前揭註 58，19 頁。所謂「積極抗辯」，係指於訴訟進行中，被告係假定原告主張為真正，為攻擊原告有無提起訴訟之法律上權利，而提出積極抗辯，且就此積極抗辯之事實負舉證之責，以免對己不利之判決。參見前揭註 58，19 頁。

¹⁵² 510 U.S. 569, 575, 590 (1994).

¹⁵³ 黃怡騰，前揭註 58，38-39 頁。

決之議題。由於合理使用係一「衡平之論理法則」(an equitable rule of reason)¹⁵⁴，並無具體之法律定義與界線，因此美國法院判決曾稱之為「整部著作權法典中最令人頭痛的問題」(the most troublesome in the whole law of copyright)，¹⁵⁵據此或可略為想像其適用困難度。

美國著作權法第 107 條合理使用條款制定當初，美國國會於其立法理由中除表明其無意變更、限縮或擴張司法實務歷年來累積之合理使用內涵，僅在「重申」(restate)普通法中現存合理使用之理論，且為因應科技快速發展之時代，該條款以諸多文字描述合理使用之意義，並臚列舉多項判斷之標準外，並指明法院應於個案分析之基礎上

(case-by-case bases)，針對特定情況，自由地運用合理使用，無須受制於法文規定。¹⁵⁶綜上所述，美國著作權法制下，合理使用係由承審法院於具體個案中，針對個別案情予以審酌、判斷是否構成合理使用，此即「個案分析原則」(case-by-case analysis method)。¹⁵⁷

我國著作權法有關合理使用之立法體例係兼採例示及概括規定，自第 44 條至第 63 條針對各種具體利用著作行為予以特別規定，¹⁵⁸再於第 65 條第 1 項規定合理使用之法律效果為不構成著作財產權之侵害，更於第 2 項明定合理使用（不問係符合第 44 條至第 63 條所定情事或其他合理使用之情形）之判斷標準為「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，包括係為商業目的或非營業教育目的。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

¹⁵⁴ *Sony*, 464 U.S. 417, 448 (1984).

¹⁵⁵ *Dellar v. Samuel Goldwyn, Inc.*, 104 F.2d 661 (2d Cir. 1939).

¹⁵⁶ H.R. Rep. No. 1476, 94th Cong. 2d Sess. at 66 (1975); S. Rep. No. 473, 94th Cong. 1st Sess. at 62 (1975).

¹⁵⁷ 黃怡騰，前揭註 58，51-52 頁。*Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 448 (1984); *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 560 (1985); *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 577(1994).

¹⁵⁸ 著作權法第 44 條係關於因立法或行政目的重製他人著作，第 45 條係關於因司法目的重製他人著作，第 46 條係關於因授課需要重製他人著作，第 47 條係關於編製審定教科書之重製、改座、編輯他人著作，第 48 條係關於圖書館、博物館等就收藏著作之重製，第 48-1 條係關於已公開發表著作之摘要之重製，第 49 條係關於因時事報導而利用著作，第 50 條係關於中央等公開發表著作之重製、公開傳送或公開傳輸，第 51 條係關於供個人或家庭而重製館藏著作，第 52 條係關於為報導、評論、教學等之引用已公開著作，第 53 條係關於點字、附加手語翻譯或文字而重製已公開著作，第 54 條係關於供試題用而重製已公開著作，第 55 條係關於非營利而公開口述、播送、上映、演出他人著作，第 56 條係關於廣播或電視對著作之錄音或錄影，第 56-1 條係關於設立共同天線播送著作，第 57 條係關於美術或攝影著作之公開展示，第 58 條係關於於戶外場所長期展示之美術或建築著作，第 59 條係關於電腦程式著作重置物之所有人修改或重製，第 59-1 條係關於移轉所有權方式散布，第 60 條係關於合法著作重置物所有人之出租權，第 61 條係關於揭載於新聞紙等論述之轉載、公開播送或公開傳輸著作，第 62 條係關於政治或宗教公開演說等利用，第 63 條係關於依法利用他人著作及其翻譯、改作、散布權，

潛在市場與現在價值之影響。」。準此，法院於審理時，即應按「整體衡量原則」，綜觀所有情狀予以通盤考量，且判斷基準不以第 2 項第 1 至 4 款為限，而係囊括所有個案事實。¹⁵⁹

此外，關於著作權法第 65 條第 2 項所列四項判斷標準，法院並無義務逐一審酌判斷。而所謂「一切情狀」，係指除前開四項判斷基準以外之事實，如利用人是否具備善意 (good faith)¹⁶⁰、行為妥當性 (the propriety of a defendant's conduct)¹⁶¹，或利用著作之人企圖借用其本身著作與被利用著作之強力關連而銷售其著作，而非其本身著作所具有之想像力與原創性為重點。¹⁶²

2.9 總結－著作權與合理使用之實質內涵

以往由於手抄複製作品之難度，無須憂慮作品遭人擅自抄襲之問題，惟嗣後印刷術大幅降低複製作品之成本，印刷業者為維護其商業經濟利潤，促使西元 1710 年安妮法案之誕生，作品之複製與重製乃著作權保護之重心，日後複製技術不斷進步提昇，尤其資訊科技之發展更使侵害著作權之活動更加容易，為確保著作權對著作權人或作者所賦予之創作誘因有效存在，著作權法先後以各種方式擴張著作權保護範圍，如增設著作權保護標的、強化著作權之權能、延長著作權存續期間、加重侵害著作權之民事及刑事責任等，顯見著作權法律概念之創設與開展與科技革命息息相關。

學者對於著作權何以能扮演「保障著作人著作權益，調和社會公共利益，促進國家文化發展」之角色，提出人格理論、獎賞勤勉理論、誘因理論（含報償理論／報酬理論、效益理論）、社會規劃理論等法學理論，各有其立論基礎，理應從多重角度廣泛地衡量如何藉由著作權之保護達成著作權法兼顧鼓勵創作與維護公共領域之雙重目標，認為著作權的水杯應為「半空的水杯」，著作權之保護以提供必要的創作誘因為限，而非放任著作權無限度地擴大其獨占性權利範疇，為此即對著作權附加一定之限制，其中以合理使用於限制著作權獨占範圍與維護公共領域方面占有關鍵性之法律地位。

合理使用乃著作權相關限制之核心，惟從著作權發展歷程觀察，於著作權概念開始發展之初，尚未見合理使用之蹤跡，嗣後著作權蓬勃發展，引起社會大眾、國際社會之重視，因而產生對著作權予以合理、正當限制之觀念，先於 1740 年英國 *Gyles v. Wilcox*

¹⁵⁹ 黃怡騰，前揭註 58，52-56 頁。

¹⁶⁰ *Roy Export Co. Establishment of Vaduz, Liechtenstein, et al. v. Columbia Broadcasting System, Inc.*, 672 F.2d 1095, 1106 (1982).

¹⁶¹ *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 562 (1985); *Fisher v. Dees*, 794 F.2d 432, 437 (9th Cir. 1986).

¹⁶² *D C Comics Inc. v. Unlimited Monkey Business, Inc.*, 598 F.Supp. 110, 119 (D.C.Ga., 1984).

案¹⁶³以著作之節本具有創新、學習與評論之意義而認屬合理使用，再由美國 Joseph Story 法官於 1839 年 *Gray v. Russel* 案¹⁶⁴及 1841 年 *Folsom v. Marsh* 案¹⁶⁵以判決創設著作權合理使用之基本原則，將之架構成一「衡平之論理法則」(an equitable rule of reason)，之後英國與美國法院均不斷以判決闡釋合理使用之內容，逐漸充實合理使用之理論內涵。

至合理使用之立法模式，起初多為針對特定例外情形，給予免除侵害著作權責任之法律效果，之後隨著制衡強大著作權思潮之興起，合理使用理論之內涵或以修正法律或以法院判決不斷充實，有關合理使用之適用及判斷基準亦趨完整。如美國著作權法於西元 1976 年將合理使用之原則與判斷基準形諸於法條文字，我國現代著作權法於民國 17 年 5 月 14 日制定，其中第 28 條可推知表現合理使用之原則，先後於 33 年 4 月 27 日、74 年 7 月 10 日、79 年 1 月 24 日陸續修正，均可推衍出著作權法隱含合理使用合法性之精神，再於 81 年 6 月 10 日明確規範合理使用之概念，更於 87 年 1 月 21 日、92 年 7 月 9 日、93 年 9 月 1 日持續加以修正。同時伯恩公約、世界著作權公約 (UCC)、羅馬公約、與貿易有關之智慧財產權協定 (TRIPS)、世界智慧財產權組織著作權條約 (WCT)、世界智慧財產權組織表演及錄音物著作權條約 (WPPT) 等國際公約亦於要求各簽約國保障智慧財產權之際，對於合理使用或著作權之限制予以適當之規範。

有關著作權法如何與科技發展產生對立、進而調和著作權人利益與社會公共利益，見本論文第「三、著作權法與科技發展之對立與調和」章節。而關於合理使用之理論基礎，從默示同意說、強制同意說或公共利益說均可推知，合理使用係為追求社會公益與增進人類文化進步之目的，例外允許社會大眾在合理之範圍內，得自由接觸、利用著作權人享有著作權之著作，無須著作權人之同意或授權，然合理使用範圍之界線應止於何處？此涉及利益衝突之平衡。究應如何衡平相互抵觸之利益，本論文將於第「五、我國著作權合理使用制度之新境界」章節詳加討論。

至合理使用之法律性質究為權利之限制、侵權之阻卻或使用者之權利，不宜逕自法學邏輯之抽象討論而為定論，宜待瞭解我國法院實務適用合理使用情形及合理使用制度相關面向之分析後再為探討（見本論文第「5.4.1 合理使用法律性質之省思」章節）。而關於合理使用原則如何具體適用於個案，其判斷基準究應如何涵攝、運用，始終為著作權學者及法院亟思解決之議題，本論文第「5.4.2 合理使用判斷基準之靈活運用」章節嘗試提出一邏輯判斷體系，期能為合理使用之不確定性增添具體明確之元素，使合理使用原則具有可預測性。

¹⁶³ 26 Eng. Rep. 489 (1740).

¹⁶⁴ 10 F.Cas. 1035 (C.C.D. Mass. 1839).

¹⁶⁵ 9 F. Cas. 342 (C.C.D. Mass. 1841).