



搜尋引擎與合理使用： 美國案例與 Google 圖書館計畫

楊智傑*

摘要

在網路科技引領世界的美國，已經就搜尋引擎引發的問題，出現了幾個重要的判決。2004 年底，引領世界搜尋引擎技術的 Google，開始進行另一個更有野心的計畫，稱為圖書搜尋。這個圖書搜尋計畫，由於將特定合作圖書館的書籍進行全文掃描，以便於使用者利用關鍵字搜尋書籍內的全文，而引發了新一波的爭議。從 2005 年開始，就有人開始對 Google 提出訴訟。但截至 2009 年 4 月為止，美國聯邦地區法院都尚未做出判決。目前 Google 正嘗試與原告幾家大型出版社進行和解，若和解成功，則 Google 圖書搜尋及未來的數位圖書出版市場，都將有新的發展。

本文出於此一關懷，將探討搜尋引擎所引發的著作權議題，尤其關注於合理使用的判斷因素，以及超連結是否構成侵權等問題。希望對美國判決做一清楚詳細的介紹，以提供學者在思考相關問題時做為參考。

關鍵詞：搜尋引擎、合理使用、圖片搜尋、庫存頁面、圖書館計畫、著作權。

收稿日：97 年 11 月 29 日

* 作者現為真理大學財經法律系助理教授。



壹、前言

搜尋引擎對上網者來說，是非常便利的一項工具，但就是由於它的便利性，卻也可能產生侵害著作權的疑慮。搜尋引擎為了加速其搜尋速度，往往會將網路上的網頁、圖片，都先爬行存檔起來，存在搜尋引擎自己的資料庫內，並建立索引分類，以加速搜尋引擎的搜尋速度。那麼，搜尋引擎自己先將網頁內容、網頁圖片存檔的行為，是否侵害了著作權中的重製權？甚至，若將這些存檔的內容，也提供給使用者瀏覽，是否另外侵害了著作權中的公開傳輸權？此外，假若搜尋引擎搜尋到一些盜版他人著作的網站，也提供這些盜版網站的超連結，是否會被認定屬於幫助盜版？這些都是非常有趣的問題。

關於上述問題，台灣目前為止，尚未有任何正式判決¹。倒是在網路科技引領世界的美國，已經就搜尋引擎引發的問題，出現了幾個重要的判決。其中，對於網頁搜尋的庫存頁面問題，已經有美國內華達州的聯邦地區法院 2006 年的 *Blake A. Field v. Google Inc.* 判決。而就圖片搜尋部分，則有美國第九巡迴上訴法院 2003 年做出 *Kelly v. Arriba Soft Corp.* 判決和 2007 年的 *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc.* 判決。這些判決討論了搜尋引擎的各個層面引發的問題，包括合理使用的判斷標準。

從 2004 年底，引領世界搜尋引擎技術的 Google，開始進行另一個更有野心的計畫，稱為圖書搜尋。這個圖書搜尋計畫，由於將

¹ 僅有 90 年度偵字第 11743 號不起訴處分，但該處分書對外不公開，乃法官蔡蕙如於其專書上引述，外人才得知。參見蔡蕙如，「著作權之未來展望：論合理使用之價值創新」，頁 162，元照，2007 年 8 月。



特定合作圖書館的書籍進行全文掃描，以便於使用者利用關鍵字搜尋書籍內的全文，而引發了新一波的爭議。從 2005 年開始，就有人開始對 Google 提出訴訟。但截至 2009 年 4 月為止，美國聯邦地區法院都尚未做出判決。據 Google 宣稱，目前 Google 正嘗試與原告幾家大型出版社進行和解，若和解成功，則 Google 圖書搜尋也可能有進一步的發展。

以下本文第貳部分，簡單介紹搜尋引擎的功能特性。第參部分，介紹網頁搜尋及其引發的美國判決。第肆部分，介紹圖片搜尋及其引發的美國判決。第伍部分，則介紹 Google 學術搜尋功能及其潛在的問題。第陸部分，則介紹 Google 圖書搜尋計畫，及其引發的爭議與相關分析。第柒部分則為結論。

貳、搜尋引擎

搜尋引擎 (search engine) 的功能，就是讓我們快速地搜尋網站、網頁。

第一代的搜尋，是用比較慢的方式，就是等使用者鍵入關鍵字之後，才開始進行搜尋。這導致搜尋的速度非常緩慢與耗時²。

第二代的搜尋引擎，則會派出軟體的「蜘蛛機器人 (spiders)」，去在網際網路中「爬行 (crawl)」各個網站，並將這些網站內頁的「網頁標記 (meta- tags)」或網頁資訊 (metadata) 複製起來，存到自己的資料庫中，並加上索引。這樣當使用者發出搜尋指令時，搜尋引擎就可以更快速地搜尋這些網頁。不過，網站也可以假造這

² Jonathan Band, Google and Fair Use, 3 J. Bus. & Tech. L. 2 (2008).



些網頁標記，而騙過搜尋引擎³。

為了讓搜尋功能更完整正確，由 Google 所開發的第三代搜尋引擎，其派出的蜘蛛機器人，不只是複製網頁標記，而是把更多的網頁內容都複製起來。當然搜尋引擎必須有更大的儲存空間，才能夠儲存這些複製的網頁。在搜尋時，其實是先從搜尋引擎複製的檔案內進行搜尋，得到搜尋結果後，才提供連結到原始網頁。而為了增進其搜尋的正確度與速度，搜尋引擎幾乎每幾個禮拜就必須複製整個網際網路一次⁴。

參、網頁搜尋

由於第三代網頁搜尋技術的出現，來自 Google 的技術創新。故以下所討論的網頁搜尋功能及其引發的爭議，乃集中於 Google 的技術。

一、網頁搜尋功能

關於網頁搜尋，由於 Google 要將自己的搜尋速度提高，會利用其「Googlebot」，爬行網路，將網頁的 HTML 碼複製，暫存於其資料庫中，稱之為「快取 (cache)」。待使用者發出搜尋指令後，其實是在 Google 自己的資料庫內進行搜尋，並呈現出搜尋結果。搜尋結果會有兩個連結，主要的連結，可連結到線上的原始網頁。但下面有個小標題「庫存頁面 (cached)」，則可連結到 Google 的庫存

³ Id. at 2. 國內相關議題探討，可參考陳宏杰，關鍵字與商標—從搜尋引擎到消費者，智慧財產權月刊第 111 期，頁 5-24，2008 年 3 月；劉蓁蓁，關鍵字搜尋啟動商標保護與合理使用之探討，智慧財產權月刊第 111 期，頁 25-50，2008 年 3 月。

⁴ Id. at 3.



檔。點進去後，會進去一個框架頁，上面顯示諸如「這是 Google 對某網頁位置的快取。這是該網頁於 2XXX 年 10 月 8 日 06:34:14 GMT 顯示時的快照。在此期間，目前網頁可能已經變更。」然後下面則是該網頁庫存的版本。

但由於 Google 將他人網頁內容存檔，可能引發侵害重製權和公開傳輸權的問題。Google 從 1998 年起就提供該功能，到 2004 年時，才第一次被人提出控訴。

二、Blake A. Field v. Google Inc. 案

美國內華達州的聯邦地區法院，於 2006 年時，判決了一件控告 Google 網頁搜尋侵害重製權的案例，名為 Blake A. Field v. Google Inc. 案⁵。

該案的原告為 Blake A. Field，他是一個作者，也是內華達州的檢察官。他主張自己貼在網頁上的 51 篇小說，被 Google 庫存起來，侵害了他的重製權（reproduction right）和散布權（distribution right），故向 Google 請求 2,550,000 美金的法定賠償金（Statutory damages）（每篇小說 50,000 美金），以及禁制令。後來雙方都申請即席判決（summary judgment）。而地方法院的 Robert C. Jones 法官聽取雙方口頭辯論後，做出有利於 Google 的即席判決⁶。

（一）直接侵權

首先，Google 的快取頁面，到底有沒有構成直接侵權呢？Jones 法官認為，直接侵權必須是原告真的擁有該著作，而被告也真的去

⁵ 412 F. Supp. 2d 1106 (2006).

⁶ Id. at 1109-10.



複製該著作。此外，原告必須證明被告有意識地（volitional）從事該侵權行為，若只是機器自動的行為，不能夠算是被告有意識的行為。而 Jones 法官指出，原告 Field 並沒有控告 Google 快取存檔的行為，而是針對 Google 提供他人庫存頁面的連結，並讓他人下載。但 Jones 法官認為，若只針對這部分，則是網友的行為，而 Google 只是用機器給予回應，所以不能算是有意識的直接侵權⁷。

假若 Google 真的構成直接侵權，Google 則提出四種抗辯，而 Jones 法官也全部接受。

（二）默示授權（第一種抗辯）

第一種抗辯，是默示授權（implied license）。由於 Google 的搜尋機器人，會辨讀網頁標記（meta-tags），如果網站所有人不希望自己的網頁被 Google 快取，可以在網頁標記上寫「no-archive」，這樣 Google 就不會快取該網頁。而原告 Field 知道這項技術，但刻意地不在網頁標記上註明「no-archive」。因此 Jones 法官認為，Field 的行為已經構成默示授權⁸。

（三）禁反言（第二種抗辯）

Google 提出的第二種抗辯為禁反言（estoppel）。禁反言判斷有四個項目，第一，原告 Field 明知 Google 的搜尋引擎有這種功能，會有這種侵權行為。二，原告 Field 卻故意保持沈默，且不在網頁標記上避免被 Google 快取，而讓 Google 的侵權行為發生。三，Google 並不知道原告 Field 不想讓他的網頁被快取和供人連結。四，Google

⁷ Id. at 1115.

⁸ Id. at 1115-6.



因為信賴 Field 的沈默而為該侵權行為。Jones 法官認為，這四項都成立，Google 成立禁反言的抗辯⁹。

（四）合理使用（第三種抗辯）

在判斷是否構成美國法典 17 U.S.C. §107 的四個要素時，Jones 法官認為第一個要素（使用之目的及性質）和第四個要素（利用結果對著作潛在市場或現有價值之影響）最為重要。而其也參考了本文後面欲介紹的图片搜尋的 *Kelly v. Arriba Soft Corp.* 案¹⁰中，第九巡迴上訴法院對搜尋引擎的討論¹¹。

就第一個要素「使用之目的及性質（purpose and character of the use）」，其採用 *Kelly v. Arriba Soft Corp.* 案的觀點，認為搜尋引擎具有促進近用網路資訊的轉化性（transformative）價值。Jones 法官認為，Google 的庫存頁面，有別於原始網頁的五種功能。一，當網路連線有問題時，讓使用者可以連到庫存頁面。二，讓使用者對照，知道這個網頁曾經改過，而頁庫存檔可能是較舊的檔案。三，讓使用者比較快找到該網頁中關鍵字出現的位置，因為在 Google 的庫存檔中，會將關鍵字標出。相對地，若是直接點選原始網頁，可能內容已經修正，修正的內容可能已經沒有那個關鍵字，或者要找出那個關鍵字很麻煩。四，Google 在設計上，也有一些避免混淆的方式。例如，在連結到庫存頁面時，使用者可以清楚地看到 Google 第一行的說明，指出這只是庫存頁面，而非原始網頁，並提供原始網頁的連結網址，顯示 Google 並沒有想取代原始網頁。五，Google 讓網頁所有人可以簡單地利用網頁標記，避免自己網頁被 Google

⁹ Id. at 1116-7.

¹⁰ 336 F. 3d 811 (9 Cir. 2003).

¹¹ 412 F. Supp. 2d. at 1118.



快取。既然全球有數以百萬計的網頁都沒有禁止 Google 快取，顯示一般人不認為 Google 快取會取代他們的原始網頁。另外，雖然 Google 乃是商業網站，但只要轉化性越強，可以不管 Google 的使用是否是商業性質。況且，Google 並不是利用 Field 的網頁來獲利。因此，第一項因素非常有利於 Google¹²。

就第二個判斷要素「著作之性質 (nature of the copyrighted work)」，其認為雖然原作品乃是創作性的小說，但由於其主動公開於自己的網頁，且還在網站上加了一個「robert.txt」檔，以讓所有的搜尋引擎都會搜尋到該網站。因此，該因素只有稍微有利於原告¹³。

就第三個判斷因素「利用之質量所占之比例 (amount and substantiality of portion used)」，雖然 Google 將所有的網頁都存取下來，但是根據最高法院 Sony 案¹⁴「時間移轉 (time-shifting)」理論，和第九巡迴上訴法院 Kelly 案的「為了其轉化性目的必要範圍內」可以複製全部作品，Jones 法官認為，為了達到前述 Google 庫存頁面可以提供的三個功能，而全面複製原告網頁是有必要的。至少就這個因素，沒有特別不利或有利於被告¹⁵。

就第四個判斷因素「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)」，由於原告的小說是免費放在自己網頁上，且根本沒有收費，也無出版或授權。所以 Google 的庫存頁面並沒有傷害原告著作的潛在市場。而且，似乎也不存在「授權搜尋引擎得以

¹² Id. at 1111-2, 1118-9.

¹³ Id. at 1120.

¹⁴ Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 449-50 (1984).

¹⁵ 412 F. Supp. 2d. at 1120-1.



快取網頁」的付費市場。所以，原告 Field 也不因 Google 的快取而損失這筆授權金。所以就第四個因素來看，非常有利於 Google¹⁶。

最後，Jones 法官自己為合理使用的判斷，多加了第五項因素。其指出，17 U.S.C. §107 只規定在判斷合理使用時要考量上述四個因素¹⁷，但未排除考量其他因素。這個第五項因素，乃侵權人是否「出於善意 (good faith)」。Jones 法官認為，Google 允許網站所有人可以不讓自己的網頁被 Google 快取，且在其網頁上有教他人如何使用該技術，甚至移除已經被快取的網頁。且 Google 也讓使用者可以正確連結到原始網頁。所以，Google 的行為都出於善意。但相對地，原告 Field 的行為卻很積極地想讓 Google 快取他的網頁。因而第五項因素也有利於 Google 的合理使用。

綜合判斷五項因素後，Jones 法官認為 Google 的庫存頁面符合合理使用。

(五) 數位千禧年著作權法的安全港條款 (第四種抗辯)

Google 在該案中，還提出數位千禧年著作權法 (Digital Millennium Copyright Act) 的安全港 (safe harbors) 抗辯，亦即美國法典 17 U.S.C. §512 的規定，尤其是其中 §512 (b) 項，提到的「中繼性和暫時性儲存 (intermediate and temporary storage)」¹⁸。但

¹⁶ Id. at 1121-2.

¹⁷ 原文為：「In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include--」，其強調「include」這個字。

¹⁸ 原文為：「(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



Field 主張，Google 的庫存頁面通常會存檔 14 至 20 天，不能適用該款規定。但 Jones 法官引用第九巡迴上訴法院的 *Ellison v. Robertson* 案¹⁹。該案中，AOL 的線上討論區的文章也儲存超過 14 天，卻仍然可構成 17 U.S.C. §512(a) 項的中繼性和短暫性 (transient) 的概念²⁰。Jones 法官認為，同一條文中相同字眼，應該有相同的解釋。所以 (b) 項中「中繼性和暫時性儲存」允許的天數，可以比照 *Ellison* 案 (a) 項的解釋。

但是，Field 主張，Google 並不符合 §512 (b) (1) (B) 的條件，因為其要求乃是著作權人的作品，經網路服務提供者以外的第三人所指示而傳輸²¹。但 Google 卻是自己沒經過任何人指示就快取這些網頁。Jones 法官認為 Google 確實是本條所講第三人²²。

service provider in a case in which--」

¹⁹ 357 F.3d 1072, 1081 (9th Cir. 2004).

²⁰ 原文為：「(a) Transitory digital network communications. 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 provider's transmitting, routing, or providing connections for, material through a system or network controlled or operated by or for the service provider, or by reason of the intermediate and transient storage of that material in the course of such transmitting, routing, or providing connections, if--」

²¹ 原文為：「(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)」

²² 412 F. Supp. 2d., at 1124. 筆者認為，Jones 法官似乎有所誤會，Google 若要適用該條，應該是該條的網路服務提供者，而非第三人。



再者，Field 又主張，Google 也不符合§512 (b) (1) (C) 的條件，因為該條件是說，是在第三人提出指示傳輸後，網路服務提供者為了讓第三人可以近用那些資訊而做的暫時儲存。此處 Jones 法官則認為，Google 本身就是為了讓第三人使用才設計該快取頁面²³。

(六) 小結

總結本案，Jones 法官以即席判決 (summary judgment) 方式，駁回了原告 Field 的主張，而同意 Google 所提出的四種抗辯。

肆、圖片搜尋

一、圖片搜尋功能

Google 所提供的搜尋功能，自 2004 年起增加了圖片搜尋功能。圖片搜尋功能的技術，主要是搜尋該網頁在圖片周邊相關的文字。也就是說，若打上「行政院」來蒐集圖片，其實並不是直接搜尋到圖片，而是搜尋到網頁中有出現行政院字眼的網頁，而該網頁又有圖片，就會被搜尋出來。因此，搜尋引擎本身是不能辨別該圖片的內容，只能辨別出該圖片所位處的網頁文字。而 Google 搜尋功能也是先將這些圖片，存在自己的資料庫裡，並按照其網頁的文字，加以分類。這些圖片，都是拇指圖片 (thumbnail)，已經是縮小版本的圖片。當使用者點選連結時，則會連到原始的網頁頁面。

圖片搜尋的功能，引發了著作權的爭議。例如，假設這些圖片是盜版的圖片，而 Google 不但提供連結，而且本身還將之儲存在自己的資料庫，這可能會侵害重製權和公開傳輸權。事實上，美國

²³ Id. at 1124. 筆者認為，Jones 法官似乎有所誤會，因為 Google 在沒有第三人指示傳輸前，就已經自己快取該頁面。



就發生了這樣的案件。

二、Kelly v. Arriba Soft Corp. 案

Google 圖片搜尋引擎是 2004 年才正式上路。但在 2003 年時，就有另一家搜尋引擎 Arriba 的圖片搜尋，被控告侵權。案經美國第九巡迴法院做出 Kelly v. Arriba Soft Corp. 判決²⁴，這是美國聯邦巡迴法院第一次處理圖片搜尋引發的爭議。

（一）圖片搜尋技術

主筆判決意見的 Thomas G. Nelson 法官，首先說明 Arriba 的圖片搜尋技術。Arriba 是將網路上的圖片搜尋後，以小圖的方式，儲存在自己的資料庫中。當使用者下達搜尋指令時，是在 Arriba 的資料庫進行搜尋，而搜尋結果畫面，會呈現這些 Arriba 的資料庫中複製的小圖。使用者也可以從 Arriba 的搜尋結果頁面上下載小圖。在 1999 年 1 月到 6 月，當使用者點選這些小圖，則會超連結到原始網頁的大圖。而呈現的方式，也是用圖片嵌入連結（in-line linking）的方式，外面還是 Arriba 的頁面，包括 Arriba 的橫幅圖示和廣告，以及原始網頁的網址，而圖片則用嵌入連結的方式連到原始大圖。這樣會讓使用者以為還在 Arriba 的頁面上。在 1999 年 7 月到 2000 年 8 月及其後的時間，搜尋結果畫面除了小圖外，還包括了「來源」和「細節」兩個連結。當使用者點選「細節」時，則會出現跟前述的類似畫面，但嵌入的是小圖，而點選「來源」時，則會另外跳出兩個視窗，一個單獨呈現大圖畫面，另一個呈現原始網頁的縮小版²⁵。

²⁴ 336 F.3d 811(9 Cir. 2003).

²⁵ Id. at 816.



（二）過程

該案原告乃是一名專業攝影師 Leslie Kelly，其照了很多美國西部的照片。其在自己的網站上放這些照片，也授權某些網站使用他的照片。但他發現，Arriba 圖片搜尋到了他自己的網站和其他合法授權的網站中，將這些圖片儲存為小圖，而呈現在其搜尋結果中。因而 Leslie Kelly 對 Arriba 提出抗議，Arriba 則立刻刪除搜尋自 Kelly 網站上照片的小圖，並將這些第三人網站網址放入其蜘蛛機器人未來不會爬行的網站清單中。但數月之後，Kelly 對 Arriba 提出侵權控訴，認為 Arriba 上面有搜尋自第三人網站上他拍的照片。Arriba 也立刻刪除這些照片的小圖，也將這些第三人網站網址放入其蜘蛛機器人未來不會爬行的網站清單中。Kelly 主張，Arriba 的小圖侵犯了重製權（reproduction）和公開展示權（display）。但一審法院自己將討論範圍，除了小圖部分外，也擴大到原始大圖的連結，而其判決認為，不管是小圖的複製或展示，或大圖的連結，具有重要的轉化性價值，且未傷害原告的市場利益，而構成美國法典 17 U.S.C. §107 的合理使用（fair use）。原告 Kelly 因而提出上訴²⁶。

（三）合理使用

就 Arriba 自己複製小圖並公開展示的部分，Arriba 坦承，但主張符合合理使用。因而 Nelson 法官就逐項論述 17 U.S.C. §107 的四個要素。一，就「使用的目的和性質（purpose and character of the use）」上，除了要判斷其是否為商業利用外，也要依照最高法院 Campbell 案²⁷提出的，須判斷後續的作品，是否單純的取代既有作

²⁶ Id. at 815-7.

²⁷ Campbell v. Acuff-Rose Music, 510 U.S. 569 (1994).



品，或者是加入了新的元素，有別的目的或不同的性質，以新的表達、意義或資訊改變了原始作品，換句話說，要探討該新作品有無轉化性（transformative），且該轉化性程度多大²⁸。

Nelson 法官認為，雖然 Arriba 網站是一商業網站，但其並未刻意利用 Kelly 的照片進行營利，且 Kelly 的照片只是 Arriba 資料庫中數百萬筆照片中的一小部分而已。所以其商業利用的特性並不足以推翻其合理使用。而就轉化性質部分，雖然 Arriba 只是把他人圖片直接複製縮小而已，但此一縮小圖提供的功能，和 Kelly 原始照片提供的功能不同。Kelly 的照片是讓人用藝術角度來欣賞風景，而 Arriba 的小圖的目的則是讓使用者能夠快速搜尋、連結到網際網路上的網頁和圖片。Kelly 主張，若只是將檔案轉存（retransmitted）到另一媒體，並不構成轉化。但 Nelson 法官認為，若只是將檔案轉存到另一種媒體上，其目的還是相同（娛樂目的），但本案搜尋引擎的縮小圖所提供的目的，卻截然不同。且使用者不可能下載這些縮小圖，因為下載縮小圖根本沒辦法達到欣賞的目的。亦即，Arriba 的縮小圖並不會替代 Kelly 的圖片市場²⁹。

就第二個判斷要素「著作之性質（nature of the copyrighted work）」，要判斷其著作本身的創作性是否夠高，以及該著作是否已經公開。雖然 Kelly 的照片乃是高度創作，但是由於已經公開於自己的網站上，所以他人再度使用較能成立合理使用。但綜合兩者，就第二項因素來說，稍微傾向於有利於 Kelly³⁰。

就第三個判斷因素「利用之質量所占之比例（amount and

²⁸ Id. at 579.

²⁹ Id. at 818-20.

³⁰ Id. at 820.



substantiality of portion used)」，若將所有著作都複製，比較無法構成合理使用。但這還必須考量到利用的目的和性質。如果後續使用是在其必要範圍內複製，那仍可能構成合理使用。就此點，Arriba 只複製了 Kelly 的部分照片，雖然每一張照片都是整個圖片複製下來，但這是為了其目的上必要的複製，若只複製半張圖，就沒辦法讓使用者知道圖片內容，而達到指引連結的效果。所以，此因素並不有利或不利於被告³¹。

就第四個判斷因素「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)」，法院認為，轉化性作品對原著作的市場的影響比較小。從本案來看，Kelly 這些照片的市場功能，一方面可以用來宣傳他自己的網站，吸引人買他的書或旅遊行程，二方面他可將這些照片授權給其他網站或資料庫。而 Arriba 複製的小圖，並無法取代 Kelly 原始照片的市場，消費者想看清楚的大圖，還是必須連到 Kelly 或第三人取得合法授權的網站。而且 Arriba 的小圖，也不會影響到 Kelly 對其照片的銷售或授權。故就這一因素來看，是有利於 Arriba 的³²。

綜合這四項因素，Nelson 法官認為這樣的行為並沒有造成 Kelly 的市場損失，且搜尋引擎算是一種轉化性 (transformative) 的本質，對公眾有利，構成合理使用³³。

³¹ Id. at 820-1.

³² Id. at 821-2.

³³ Id. at 821-22.



（四）嵌入連結大圖

就嵌入連結大圖的部分，原審法院自己擴張原告和被告即席判決（summary judgment）的主張，原告 Kelly 並沒有主張這一部分，而被告 Arriba 也沒有機會對此一部分抗辯，故 Nelson 法官指責原審法院不該擴張判決。因此將此部分駁回³⁴。

（五）小結

本案是美國聯邦巡迴法院第一次針對搜尋引擎圖片搜尋功能所做出的判決。其認為搜尋引擎為了達到搜尋指引功能，自己複製的小圖，構成了合理使用。但是就搜尋完後提供的嵌入連結原始大圖的作法，該案其實並沒有做出判決。而必須留待下面介紹的 2007 年同樣是第九巡迴法院做出的 Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc. 案判決，才給出了答案。

三、Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc. 案

（一）事實

2007 年時，美國第九巡迴上訴法院判決的 Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc. 案³⁵，就是涉及了 Google 圖片搜尋功能，連結到盜版的圖片網站，而被該圖片著作權人控告的案例。該案中，原告 Perfect 10 是一個色情圖片網站，想看這些圖片者必須有帳號密碼，付費上網瀏覽。但 Perfect10 的色情圖片被他人盜用，貼在其他的網站上。而 Google 的圖片搜尋功能卻可以搜尋到這些圖片，且以小圖片的方式呈現在搜尋結果頁面上，並且提供了盜版的連結。原告

³⁴ Id. at 822.

³⁵ 487 F.3d 701(9th Cir. 2007).



於 2004 年 11 月，在地方法院提出侵權告訴；由於 Amazon 網站上的搜尋功能，乃是向 Google 購買，原告 Perfect 10 也用類似理由，於 2005 年 6 月，控告 Amazon.com 及其通路商 A9.com。2005 年 11 月，一審法院發給暫時禁制令（preliminary injunction），禁止 Google 網頁再提供這些圖片的連結及公開展示（publicly displaying）這些圖片³⁶。因而 Perfect 10 和 Google 都對暫時禁制令此事，提出上訴³⁷。

（二）圖片搜尋技術

首先，先說明 Google 圖片搜尋的技術。Google 圖片會先將這些網站上的圖片存到自己的資料庫中，但為儲存縮小的版本。使用者搜尋時，出現的結果畫面，會是排列得很多的拇指圖。若使用者點選進去，畫面將切割成兩塊，一塊是上半部，仍然是 Google 自己儲存的小圖及相關文字說明，並附上原始網頁連結。而下半部，就只是使用者的瀏覽器，連結到 Google 預先儲存的頁面。這種畫面分割方式，就是我們傳統講的框架（framing）。但是，由於在網頁技術上，網頁和圖片本來就是分開儲存。一個網頁內有圖片，其實是透過指令，連結到網站所有人電腦上或伺服器上的另一個位置，去抓這張圖片。而 Google 只有先儲存這個原始頁面，以及其連結到圖片的連結。但 Google 本身並沒有存取這張原始圖片。換句話說，假如原始網頁的所有人，已經修改其網頁，但用 Google 搜尋所得到的結果，可能還是幾天前舊的網頁。新網頁可能已經不提供圖片的連結，但 Google 所儲存的舊網頁還是能夠連結到這張圖片，因為網頁和圖片本來就是分開的，舊的連結還是能夠找到這張圖片。只有當原網頁所有人將圖片也取消不讓人存取，才能夠避免

³⁶ 416 F. Supp. 2d 828 (C.D. Cal. 2006).

³⁷ 487 F.3d. at 710.



網頁修改後，圖片繼續被人存取的現象³⁸。

此外，本案中 Google 另一項技術，就是 AdSense 廣告方式，其只要加入 AdSense 廣告伙伴，則在搜尋結果中，廣告伙伴的網站就可以出現在結果頁面的右邊「贊助商連結」。Perfect 10 在本案中主張，某些侵權第三者的網站，是 Google 的廣告伙伴，讓使用者更容易連結到這些侵權網站。

（三）一審法院判決

2005 年 11 月，一審法院發給暫時禁制令 (preliminary injunction)，禁止 Google 網頁再提供這些圖片的連結及公開展示 (publicly displaying) 這些圖片。一審法院之所以會判決 Google 構成侵權，而不採用前一案 Kelly 案的看法，主要是因為一審法院認為本案和 Kelly 案有所區別。第一個區別是，Arriba 網站本身並沒有太多廣告獲利，至少沒有從侵權者那裡獲利；但 Google 的 AdSense，卻讓 Google 從第三者侵權網站那裡獲得廣告收入。這讓 Google 比 Arriba 更為商業性 (commercial)³⁹。第二個區別是，在 Kelly 案中，Arriba 並沒有損害 Kelly 的潛在照片市場；但在本案中，由於 Perfect 10 已開發色情小圖手機下載服務，故 Google 的小圖會影響 Perfect 10 的潛在市場⁴⁰。

（四）暫時禁制令發放的要件

第九巡迴上訴法院的 Sandra S. Ikuta 法官，首先先說明本案採取的標準。由於本案涉及的是暫時禁制令的發放，所以法院必須先

³⁸ Id. at 711-2.

³⁹ 416 F. Supp. 2d. at 846-7.

⁴⁰ Id. at 849-51.



釐清發放暫時禁制令的要件。根據美國 17 U.S.C. § 502 (a) 的規定，法院有權對侵害著作權爭議，發放暫時禁制令。但對發放的條件，並沒有規範。對此一問題，Ikuta 法官同意一審法院的看法，認為聲請暫時禁制令者，必須負舉證責任，舉證其很可能會勝訴，且被告所提出的合理使用 (fair use)⁴¹ 抗辯不太可能成立。此外，被告 Google 還提出 17 U.S.C. § 512 的抗辯，這條主要是 ISP 業者的安全港條款，讓某些 ISP 業者不會因為其提供服務的侵權，而面臨金錢賠償或禁制令。因此，Perfect 10 不但要舉證證明有可能打敗 Google 的合理使用抗辯，也可以打敗 ISP 業者的安全港抗辯⁴²。

(五) 直接侵權

那麼，到底 Google 若有侵權，侵犯何種權利呢？先就直接侵權來說，Perfect 10 主張 Google 侵害了其公開展示權 (publicly display rights) 和散布權 (distribution rights)⁴³。一審法院認為，Google 的縮小圖片，很可能侵害了 Perfect 10 的公開展示權，至於 Google 對原始大圖的連結，不太可能侵害公開展示權和散布權。一審法院採取的檢驗標準是，如果圖片是由電腦所有人提供，其就會侵害公開展示權；但若電腦所有人並沒有直接提供圖片儲存，而只是提供

⁴¹ 17 U.S.C. § 107.

⁴² 487 F.3d. at 713-4.

⁴³ 規定於美國法典 17 U.S.C. § 106，原文為：「sections 107 through 122, the owner of copyright under this title has the exclusive rights to do and to authorize any of the following:

- (1) to reproduce the copyrighted work in copies or phonorecords;
- (3) to distribute copies or phonorecords of the copyrighted work to the public by sale or other transfer of ownership, or by rental, lease, or lending;
- (5) in the case of literary, musical, dramatic, and choreographic works, pantomimes, and pictorial, graphic, or sculptural works, including the individual images of a motion picture or other audiovisual work, to display the copyrighted work publicly」



超連結，則不會侵害公開展示權。其稱此檢驗標準乃「服務者標準 (server test)」。⁴⁴ Ikuta 法官同意一審法院的看法，認為既然 Google 將小圖存在自己的電腦中，並透過電腦傳輸給使用者觀看，已經構成公開展示權。但就連結原始大圖部分，由於 Google 並沒有將原始圖片存於自己電腦中，所以並沒有重製該圖片，更無法將該圖片予以公開散播或展示⁴⁴。

Ikuta 法官接著指出，用寫網頁的 HTML 文法提供超連結，並不是直接展示一複製品。且超連結只是一文法，不是一個影像；超連結只是提供使用者一個連結，讓使用者的瀏覽器自己連結到原始圖片儲存的位址。當然，Google 的行為不構成直接侵權，根據最高法院 Grokster 案⁴⁵的見解，卻可能可以構成輔助責任。原告認為，Google 的用框架頁連結的方式，會讓人以為還在 Google 的網頁裡，但 Ikuta 法官指出，著作權法跟商標法不同，商標法或許想避免造成消費者混淆，但著作權法沒有這層考量⁴⁶。至於是否侵害散布權，基於同樣的理由，Google 只是提供超連結，真正散布圖片的是盜版者的網頁。

（六）合理使用

但就 Google 的小圖部分，雖然被認為可能侵害公開展示權，但其卻主張合理使用。其引用了更早之前同為第九巡迴上訴法院的判決先例 Kelly v. Arriba Soft Corp. 案⁴⁷。Ikuta 法官指出，在判斷合理使用時，先判斷第一個因素，亦即「使用的目的和性質，包括該

⁴⁴ 487 F.3d. at 715-7.

⁴⁵ Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster, Ltd., 545 U.S. 913 (2005).

⁴⁶ 487 F.3d. at 717.

⁴⁷ 336 F.3d 811(2003).



使用是商業使用還是非營利教育目的」⁴⁸。而參考最高法院 Campbell 案⁴⁹的見解，是要看後續的作品，是不是轉化性（transformative）作品，亦即，其不僅是取代既有的創作，而是增加了新的、更多目的或不同特性，加入了新的表達、意義或資訊。而其認為，搜尋引擎確實對社會提供了新的社會利益，讓更多人可以快速接觸資訊，成為一個電子指引工具，當然具有轉化性價值。即便 Google 的搜尋引擎是將 Perfect 10 的圖片直接存入，也不能影響 Google 這樣工具的轉化性成分⁵⁰。

但一審法院卻認為，Kelly 案和本案卻有不同，認為本案 Google 不構成合理使用。其主要認為本案和 Kelly 案有兩項不同之處。一，由於本案中的 Perfect 10 有提供小圖讓人下載到手機中的服務，則 Google 的小圖就會破壞這個市場。二，Google 所採用的廣告計畫 AdSense 的商業利潤很高，相對而言，Kelly 案中的搜尋引擎 Arriba 的商業性較低。因而認為這兩項因素，導致其在判斷合理使用第一個因素時，就不認為 Google 可主張合理使用。

但 Ikuta 法官卻反駁，認為事實上無法證明，真的有消費者會用 Google 下載色情小圖，而侵害了 Perfect 10 手機下載色情小圖市場。且就算 Google 獲利高，但卻無法說明侵權小圖對這樣的獲利影響有多少。因此，Ikuta 法官認為，Google 搜尋引擎的轉化性本質，可以壓過取代下載小圖市場和商業利益的問題，仍然構成合理

⁴⁸ 17 U.S.C. § 107:「(1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes.」

⁴⁹ Campbell v. Acuff-Rose Music, 510 U.S. 569, 579 (1994).

⁵⁰ 487 F.3d. at 720-22.



使用⁵¹。

至於第二項因素「著作物的性質」、第三項因素「使用的質量」，則和 Kelly 案都沒有差別。第四項因素「對潛在市場的影響」中，雖然本案可能會影響 Perfect 10 手機下載色情小圖市場，但同上述說明，Perfect 10 並沒有舉出實際證明。所以，綜合考量四項因素，並以著作權的目的來衡量，Ikuta 法官認為，由於 Google 圖片搜尋的社會利益非常大，可以大過對 Perfect 10 色情圖片的傷害，故認為，Perfect 10 在請求暫時禁制令時，不太可能擊敗 Google 合理使用的抗辯⁵²。

（七）間接侵權

在排除了直接侵權責任後，接下來則要探討次要侵權責任（secondary liability），也就是輔助責任（contributory liability）和監督人責任（vicarious liability）。在最高法院 2005 年的 Grokster 案中，所謂的輔助侵權，乃是「故意地引起或鼓勵直接侵權（intentionally induce, encouraging direct infringement）」，而間接侵權，則是「利用直接侵權獲利，而不願意阻止或限制直接侵權（profiting from direct infringement while declining to exercise a right to stop or limit it）」⁵³。要認定間接侵權，必須先有直接侵權存在。本案中，Perfect 10 主張有三種主要侵權存在。一，盜版的網站，侵害了 Perfect 10 的重製、公開展示、散布權。二，消費者會去下載盜版圖片，侵害了重製權。三，消費者瀏覽盜版網站時，也暫存了這些圖片。針對這三項主張，法院認為，第一項成立；第二項由於缺少證據，無法成立；

⁵¹ Id. at 722-3.

⁵² Id. at 724-5.

⁵³ 545 U.S. at 930.



第三項則算是一種暫時性重製，屬於合理使用，不構成侵權⁵⁴。

是否構成輔助責任的部分，Google 曾提出最高法院在 Sony 案⁵⁵中提出的標準，亦即，只要該科技可以有「實質非侵權使用 (substantial non-infringing use)」，就不會構成輔助責任。但由於 Grokster 案出現後，最高法院已經提出新的標準。Ikuta 法官認為，只要當事人知道其採取的步驟，實質確定會造成直接侵權，就算是故意鼓勵直接侵權。綜合最高法院 Grokster 案和第九巡迴法院之前自己判的 Napster 案⁵⁶的見解，必須當事人很清楚的知道，有人會利用其提供的系統進行實質的侵權，而且可以採取簡單的步驟就能避免進一步的損害。而法院認為，Google 既然接獲通知，確實知道有人利用其系統進行侵權。但 Google 是否能夠有合理且可行的方式，避免 Google 提供這些連結，則必須由原審法院進一步探討。故此點則必須發回原審法院重新判斷⁵⁷。

就是否構成監督人責任的部分，原告必須證明，被告對直接侵權可行使一必要的控制 (control)，且被告因該直接侵權而直接獲利。所謂的控制，乃指被告有權利和能力監督直接侵權者。因此，在本案中，Perfect 10 必須證明 Google 有權利和能力停止或限制第三人侵權網站的侵權活動，且必須證明 Google 因該侵權活動得到直接的利益。法院認為，Perfect 10 並沒有證明 Google 有權利及能力禁止第三人的侵權活動。Google 雖然跟第三人侵權網站有契約關係 (AdSense 廣告契約)，但無法推斷 Google 就能禁止第三人侵權網

⁵⁴ 487 F.3d. at 725-26.

⁵⁵ Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 442(1984).

⁵⁶ A&M Records v. Napster, Inc. 239 F.3d 1004(2001).

⁵⁷ 487 F.3d. at 726-9.



站之重製、公開展示、散布 Perfect 10 的圖片。雖然在 AdSense 廣告契約中，有說當合作伙伴侵害他人著作權時，Google 有權監督和停止其關係。但這一條款並沒有給 Google 權利去停止第三人侵權網站的直接侵權。此外，Perfect 10 主張，Google 可以在設計上，讓其蜘蛛機器人，不要爬行這些盜版網站。但法院認為，Google 並沒有圖片辨識技術，因此欠缺實際能力去導正第三人侵權網站的侵權活動。因此判定 Perfect 10 並沒有可能證明 Google 有權利及能力禁止第三人的侵權活動，而不構成監督人責任⁵⁸。

（八）安全港條款

Google 曾經提出數位千禧年著作權法（Digital Millennium Copyright Act）中的安全港條款（17 U.S.C. § 512），尤其是其中的 d 項，作為抗辯。d 項內容主要為，網路服務提供者，若乃利用資訊指示位置工具，包括指示、索引、參考文獻、指點、或超連結，提供連結到一個包含侵權資訊的線上位置，在符合一定條件下，其責任可以免除⁵⁹。但 Perfect 10 卻認為 Google 並沒有滿足該款的條件，Perfect 10 認為，他們已經通知 Google 有這樣的侵權事實，但 Google 卻沒有立即反應，將連結取消，故不符合 d 項 3 款的要件⁶⁰

⁵⁸ Id. at 729-31.

⁵⁹ 該項內容為：「(d) 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 provider referring or linking users to an online location containing infringing material or infringing activity, by using information location tools, including a directory, index, reference, pointer, or hypertext link, if the service provider--」

⁶⁰ 該款內容為：「(3) upon notification of claimed infringement as described in subsection (c)(3), responds expeditiously to remove, or disable access to, the material that is claimed to be infringing or to be the subject of infringing activity, except that, for purposes of this paragraph, the information described in subsection (c)(3)(A)(iii) shall be identification of the reference or link, to material or activity



。但由於一審法院原本認為 Google 不構成輔助責任和監督人責任，故並沒有特別去討論這個問題。由於 Ikuta 法官指出，Google 可能會構成輔助責任，因此指示，當本案發回一審重審時，必須也分析 17 U.S.C. § 512 條的適用⁶¹。

（九）Amazon 和 Google 合作的部分

本案例中還有另一個被告，就是 Amazon.com，因為他們的網站和 Google 合作，因而在 Amazon 網站上就套用 Google 提供的搜尋引擎，也一樣提供了色情小圖和連結原始大圖。但在一審法院判決時，就認為 Amazon 自己不構成直接侵權，因為這些小圖都是 Google 網站上的，Amazon 只是連結到 Google 網站上而已，所以並沒有公開展示、散布小圖或原始大圖的行為。至於輔助責任和監督人責任的部分，原審法院認為，Amazon 自己沒有像 Google 的那種 AdSense 廣告契約來獲利，更沒有能力和權利去控制第三人網站上的侵權行為。但 Ikuta 法官指出，Amazon 的確不太可能會有監督人責任的問題，但仍然可能有輔助責任的問題。所以，本案在發回一審法院重審時，必須檢查 Amazon 是否實質認識使用其系統可以得到特定的侵權資訊，且 Amazon 可否採取簡單步驟避免進一步傷害。既然 Perfect 10 也有寄發通知給 Amazon，但該通知是否明確通知了特定的侵權活動，且 Amazon 是否真有合理且可能的步驟去避免提供對這些侵權資訊的連結，還是有待深入分析的。這些問題原審都必須

claimed to be infringing, that is to be removed or access to which is to be disabled, and information reasonably sufficient to permit the service provider to locate that reference or link.」

⁶¹ 487 F.3d. at 732.



重新思考⁶²。

（十）小結

本案 Ikuta 法官的結論就是，就 Google 小圖的部分，原告 Perfect 10 不太可能打敗 Google 所提出的合理使用抗辯，因而推翻了原審的認定。但就 Google 和 Amazon 連結原始侵權大圖的部分，其可能夠成輔助侵權責任，但不太可能構成監督人侵權責任。而就輔助侵權責任部分，原審則必須進一步探討是否符合 17 U.S.C. § 512 的抗辯。因而發回原審⁶³。在發回原審後，Perfect10 又補提了其他的主張及事實，而原審法院也接受了這些補充理由。但截至 2009 年 4 月為止，法院仍未做出實體判決。

四、小結：對台灣之啟發

（一）科技轉化性功能與合理使用的判斷

從上文介紹可以發現，美國法院在判斷是否構成合理使用時，很重視新科技的轉化性功能。也就是說，由於重視新科技的轉化性功能，就比較能得出有利於新科技新用途的判決，而不會阻礙了新科技的進展。例如就圖片搜尋此一技術的進展，確實乃是過去搜尋引擎沒有開發的功能，而美國法院判決其縮小圖部分構成合理使用，至少讓圖片搜尋此一技術仍然可以存在，讓使用者享有快速搜尋圖片的便利性。

不過，第九巡迴上訴法院認為縮小圖具有轉化性功能，這和最

⁶² Id. at 732-3.

⁶³ Id. at 733-4.



高法院 Campbell 案⁶⁴最初所指：「須判斷後續的作品，是否單純的取代既有作品，或者是加入了新的元素，有別的目的或不同的性質，以新的表達、意義或資訊改變了原始作品，換句話說，要探討該新作品有無轉化性 (transformative)，且該轉化性程度多大」的原始概念，似乎有所不同。原本美國最高法院所指的典型，是指諷刺作品 (parody) 等，有新的元素加入⁶⁵；但縮小圖只是將原圖縮小，是否真的有加入新的元素，還是有爭議的。這算是第九巡迴上訴法院自己認為，搜尋引擎的指引功能，算是一種轉化性價值，在判斷合理使用第一個要件「使用之目的和性質」時將之納入。學者 Dotan Oliar 認為，這樣的作法，似乎乃是擴張了第一個判斷要件的內涵。他建議，應該重視美國憲法智財權條款中的「促進科學與實用技藝進步」這一概念⁶⁶，而認為圖片搜尋引擎促進了科學進步，而成為合理使用的第五個判斷因素⁶⁷。

相較於台灣，筆者發現，台灣法官大多時候都不會主動判斷合理使用，似乎都要等被告提出抗辯才會判斷合理使用。且在判斷合理使用時，也不像美國法院會就合理使用的四個要件（台灣著作權法第 65 條）一一詳細檢討。

（二）超連結是否直接侵權？

此外，在 Perfect 10 一案，探討了提供盜版超連結，是否也會

⁶⁴ Campbell v. Acuff-Rose Music, 510 U.S. 569 (1994).

⁶⁵ Id. at 579.

⁶⁶ 原文為：「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 writing and discovery.」

⁶⁷ Dotan Oliar, Making Sense of the Intellectual Property Clause: Promotion of Progress as a Limitation on Congress's Intellectual Property Power, 94 Georgetown L. J. 1771, 1839-40 (2006).



構成侵權的問題。此與一般的超連結是否有侵害著作權或造成商標混淆的情況不同⁶⁸。Perfect 10 案中，法院認為提供超連結不會有直接侵權問題，但可能有輔助侵權問題，並發回下級法院重新判斷。在台灣法院判決中，部分判決認為提供盜版超連結已經構成直接侵犯公開傳輸權⁶⁹。顯見在這一點上，台灣法院的法官並沒有多做反思⁷⁰。

而在主管機關智慧財產局的解釋上，則做過兩個釋函。

一、所詢「在網站上提供電影或歌曲之下載連結處，並未於伺服器內存放任何可直接下載的檔案，讓會員直接存取」一節，如果明知他人網站內的著作是盜版作品或有侵害著作權之情事，而仍然透過鏈結的方式，提供予公眾，則有可能成為侵害著作財產權人公開傳輸權之共犯或幫助犯，由於著作權係私權，行為有無涉及侵權？應於發生爭議時，由司法機關依具體個案事實調查認定之，併予指明。（經濟部智慧財產局 95 年 12 月 13 日電子郵件 951213 函釋）

二、依著作權法規定，「公開傳輸」則是指以有線電、無線電之網路或其他通訊方法，藉聲音或影像向公眾提供或傳達著作內容，包括使公眾得於其各自選定之時間或地點，以上述方法接收

⁶⁸ 關於傳統超連結是否侵害著作權或混淆商標的問題，可參考陳俊宏，試論網頁超連結與著作權法的關係（上），智慧財產權月刊第 23 期，頁 1-7，2000 年 11 月；陳俊宏，試論網頁超連結與著作權法的關係（下），智慧財產權月刊第 24 期，頁 56-73，2000 年 12 月。

⁶⁹ 例如，臺灣彰化地方法院 95 年易字 923 號判決、臺灣板橋地方法院 96 年簡字 487 號判決。

⁷⁰ 當然也可能是因為在刑事責任的壓力下，被告容易和檢察官達成認罪協商或同意進行簡易判決，所以就沒有仔細檢討是否真的構成公開傳輸權的問題。



著作內容。又所謂「向公眾提供」，不以利用人有實際上之傳輸或接收之行為為必要，只要處於可得傳輸或接收之狀態，就構成「向公眾提供」。二、於個人網站上擺放網頁音樂播放器，提供歌曲音樂網址連結，供不特定人士線上串流試聽音樂之行為，如僅係將他人網站之網址轉貼於網頁上，藉由網站連結之方式，使其他人可透過該網站進入其他網站之行為，因未涉及「公開傳輸」他人著作，原則上不致於造成對他人公開傳輸權之侵害。不過仍應注意篩選連結的網站，如果明知他人網站內的著作是盜版作品或有侵害著作權之情事，而仍然透過連結的方式，提供予公眾，則有可能成為侵害公開傳輸權之共犯或幫助犯，將會有侵害著作權之危險，宜特別注意。至於個人網站提供音樂，供不特定人於線上聆聽，縱未提供他人下載，其已構成「公開傳輸」，屬於侵害他人之音樂、錄音著作之正犯，而須負著作權法第六、七章之民刑事責任。（經濟部智慧財產局 96 年 6 月 25 日電子郵件 960625 號函釋）⁷¹。

智慧局這兩份釋函，也認為提供盜版超連結本身，並不是公開傳輸行為。只是在特定條件下，可能會和真正公開傳輸者構成共同正犯或幫助犯。這比較接近於 Perfect 10 案中美國第九巡迴上訴法院的看法。但此項爭議，也值得後續深入研究。

伍、學術搜尋

最近幾年，Google 則開發出新的搜尋功能，一種是學術搜尋，一種是圖書搜尋。根據 Google 中文版網頁上的說明，學術搜尋是：「每

⁷¹ 經濟部智慧財產局 95 年 12 月 13 日電子郵件 951213 函釋、經濟部智慧財產局 96 年 06 月 25 日電子郵件 960625 號函釋。



個 Google 學術搜尋結果都是一系列學術文件。這當中可能包含一篇或多篇相關的文章，甚至一篇文章的多個版本。例如，搜尋結果可能包含多篇由預行刊物、會議文章、期刊、選集等構成的文章，這些都跟單一的研究成果有關。把這些文章歸類在一起，可讓我們準確地衡量研究所帶來的影響，而且還可以在該領域中呈現不同的研究成果。每個研究結果皆包含如標題、作者姓名以及出版來源等書目資料。一組書目資料跟一整個系列的相關文章息息相關，協助我們瞭解該系列的代表性文章。書目資料的來源，係依據該系列文章的資訊，以及來自其他學術文件相關文章的引文。」⁷²

基本上，學術搜尋只是幫忙找出現有網路資源上，所有跟學術有關的文獻檔案。例如，若某些期刊提供電子檔，或某些學位論文提供電子檔，Google 學術搜尋都可以幫我們找到這些學術資源。倘若這些期刊文獻或學位論文沒有在網路上提供電子檔，但有在網路上提供摘要，那也可以搜尋到這些摘要。

但是，Google 學術搜尋並沒有違反著作權法的問題。因為其只是提供搜尋功能，將既有的網路上的學術資源，快速地搜尋出來。比較有問題的，則是下面另一種圖書搜尋功能。

陸、圖書搜尋

Google 圖書自 2004 年底，有一個更大的企圖，推動其「圖書館計畫 (Book Library Project)」，也可稱為「Google 圖書搜尋計畫 (Google Book Search Project)」，就是將所有圖書館內的書籍，全部掃描起來，供人在網路上可以翻閱其掃描檔。這項服務，可能就

⁷² <http://scholar.google.com.tw/intl/zh-TW/scholar/help.html>。(訪查日期：2008 年 10 月 29 日)



有侵害著作權的問題。而 Google 在美國也正面臨許多訴訟。

一、圖書的來源

Google 圖書搜尋服務的圖書，有兩種來源。

（一）伙伴計畫

一種是伙伴計畫（Partner Program，或稱出版社計畫 Publisher Program），Google 會和出版社合作，看出版社是否願意將其書提供全文掃描，並在限定的條件內，提出線上閱覽，例如限定只能閱覽其中的 40 頁等。當使用者提出搜尋後，搜尋結果畫面，可以出現關於那本書的相關資訊（bibliographic），以及跟關鍵字有關的文字。當點選進去後，可以看到掃描的頁面，以及前後幾頁。這主要取決於當初出版社授權限制的頁數。但使用者只能閱覽，但不能下載或列印。同時，旁邊還會提供連結，告訴你如何購買這本書的資訊，例如連到書局網站或出版社網站。同時，出版社如果願意加入廣告，還可以分享部分廣告的獲利。出版社可以隨時移除某本書，退出伙伴計畫。在伙伴計畫部分，是較沒有著作權的問題，因為這是出版社自己同意的⁷³。

（二）圖書館計畫

圖書的另一種來源，則是圖書館計畫⁷⁴。Google 會和幾個特定的圖書館⁷⁵簽約，將他們圖書館內所有的書都掃描起來。如果這些

⁷³ Jonathan Band, *supra* note 2, at 16-7.

⁷⁴ 為什麼我無法閱讀整本書？，

<http://books.google.com/support/bin/answer.py?answer=43729&cbid=v8v6x6x3cxsb&src=cb&lev=answer>，（訪查日期：2008 年 10 月 29 日）。

⁷⁵ 這些圖書館包含哪些，可參考下述網址：



書已經超過著作權保護期限，落入公共所有（public），那麼這些書在 Google 圖書搜尋結果畫面就會提供全文的閱覽、下載或列印。但其他書若還在著作權保護期間，則在搜尋後，結果畫面只會出現該書的相關資訊，以及該書中出現該關鍵字的那一行（snippet）。而除了那一行之外，使用者看不到完整的頁面，更看不到該書的前後頁面。若該關鍵字出現很多行，使用者最多也只能看到三行，以避免讓使用者看到完整內容。而針對某些字典類的書，因為呈現某一行可能就會使該字典喪失市場商機，所以這種字典類的書籍連一行都不會顯示。在關鍵字出現的該行旁邊，可能會提供該書的購買資訊或最近的圖書館超連結⁷⁶。

而和 Google 合作的圖書館，會擁有該圖書館藏書所有的掃描檔。但根據 Google 和這些圖書館的契約，這些圖書館不可以將著作權保護期間尚未到期的圖書檔案，提供他人閱覽、利用。或只能在著作權法允許的限制下利用。若在合法利用的前提下，將這些檔案放到網路上，一定要設計進入限制的科技保護措施，以避免該書檔案被下載或散布。當然，也可能圖書館會將這些檔案完全封鎖起來，等到著作權保護期間到期才將之利用⁷⁷。

Google 在圖書館計畫中，採取的是「選擇退出（opt-out）」的模式，當出版社或作者發現自己的書因為圖書館計畫而被全文掃描，可以要求退出該計畫。因此，對出版社或作者來說，有三種選擇。一、加入伙伴計畫，並因而刺激曝光度、增加銷量或收取廣告獲

<http://www.google.com/googlebooks/partners.html>（訪查日期：2008 年 10 月 31 日）。

⁷⁶ Jonathan Band, *supra* note 2, at 17.

⁷⁷ 以上說明，來自於美國的狀況，參考自 Jonathan Band, *supra* note 2, at 18.



益。二、該書因在圖書館計畫中，而被全文掃描。三、當被全文掃描後，可以選擇退出圖書館計畫⁷⁸。

二、圖書搜尋功能

Google 在其網頁上說明，他的圖書搜尋功能有以下幾項重點：

1. 圖書館目錄搜尋：可以搜尋到世界各地圖書館中的藏書目錄，讓使用者知道想找的書可以去哪家圖書館借取⁷⁹。

2. 完整檢視：「Google 圖書搜尋」對不受著作權保護的書籍的完整內容，提供使用者可以在線上完整閱讀所有內容，也可以將該書全文下載 PDF 檔，當然下載後也可以列印。

3. 有限的預覽：Google 圖書搜尋會將很多書籍都全文掃描起來，因而使用者搜尋關鍵字，出現結果後，可以直接看到這些書內容的頁面。若搜尋到的是一本書，通常可以在線上閱讀有限的頁數，例如只能閱讀 40 頁，但這 40 頁並不限是哪 40 頁，使用者可以任意翻閱，但 Google 自己會計算使用者看了幾頁，若超過 40 頁則禁止其閱讀。而且，其也不能夠提供下載或列印服務。

4. 摘錄：Google 搜尋有時候並沒有掃描整本書的檔案，而可能只有這本書的摘要或部分內容，故搜尋結果只提供「摘錄」的服務。「摘錄」服務就像一張卡片目錄，上面有書籍的相關資訊和些許

⁷⁸ Id. at 18.

⁷⁹ 何謂圖書館目錄搜尋？

<http://books.google.com/support/bin/answer.py?answer=46719&topic=9261> (訪查日期：2008 年 10 月 29 日)。



摘錄內容，即顯示所搜尋字詞的前後數行⁸⁰。

5.無法預覽：有些書，Google 沒有掃描全書檔案，就只提供一些小該書的基本資訊，而無法預覽書中內容。

或許 Google 覺得該計畫最重要的功能，就是讓很多已經絕版的書，但也已經超過著作權期間的書籍，可以讓使用者在網路上全文閱讀，而增加知識傳播⁸¹。

三、侵害著作權疑慮

Google 圖書搜尋中，可能會涉及哪類著作權爭議呢？在圖書伙伴計畫中，由於是出版社自己授權，不會有著作權的爭議。但在圖書館計畫中，則可能有三種問題。一，Google 將圖書館的書籍全文掃描，並自己留存檔案。二，Google 將合作的圖書館書籍全文掃描，並提供掃描檔案給這些圖書館。三，使用者發出搜尋指令後，Google 搜尋結果畫面呈現該關鍵字出現的那行給使用者看。

就第三種狀況，由於只提供使用者看某一行，侵犯著作權的可能不大。就第二種狀況，讓圖書館保留這些藏書的掃描檔案。由於圖書館的利用，應該會符合著作權法的合理使用，尤其是教育、文化之目的，侵害著作權的可能也不大⁸²。

至於第一種狀況，Google 未經出版社同意，就將該書全文掃描

⁸⁰ 當您在 Google 圖書搜尋上搜尋時會看到什麼，
<http://books.google.com/googlebooks/screenshots.html#snippetview>（訪查日期：
2008 年 10 月 29 日）。

⁸¹ Aundrea Gamble, Google's Book Search Project: Searching for Fair Use or Infringement, 9 Tul. J. Tech. & Intell. Prop. 365, 367 (2007).

⁸² Jonathan Band, *supra* note 2, at 19.



，並將檔案留存。這種情況是最有問題的，其可能侵害了著作的重製權。雖然 Google 提供選擇退出的服務，但是美國不少出版業者認為，Google 應該提供的是「選擇加入 (opt-in)」，而非選擇退出，因而認為 Google 侵害他們的著作權。

對於發生著作權侵權疑慮時，被告可以提出幾個抗辯。第一類是普通法 (common law) 上的抗辯，包括侵害過小 (de minimis) 和默示授權 (implied license)。其次也可以主張著作權法上的抗辯，包括法定例示的抗辯事由，和概括抗辯事由，亦即合理使用抗辯⁸³。

就侵害過小抗辯來說，由於 Google 將全部圖書都掃描起來，侵害的質量都很大，難以主張這項抗辯⁸⁴。

就默示授權抗辯來說，此一概念來自於前述 Blake A. Field v. Google Inc. 案。Google 或許想主張，其有設置「選擇退出」機制，若出版社不願意自己的書本被掃描，可以選擇退出。既然不選擇退出，則構成默示授權。但事實上一般出版社沒有義務知道 Google 的選擇退出計畫，其出版圖書並不會默示授權讓人可以掃描。因此此抗辯也難以成立⁸⁵。

至於法律上的抗辯，Google 可以主張美國著作權法 17 U.S.C. § 108 的「圖書館豁免條款」。其規定，圖書館或檔案館 (archives) 在下列條件下可以重製著作：1. 只重製一份，2. 圖書館內的員工重製，3. 重製和散布沒有任何直接、間接的商業目的，4. 重製必須包含著作權聲明 (copyright notice)，5. 該圖書館乃對公眾或研究者開

⁸³ Manali Shah, Fair Use and the Google Book Search Project: The Case for Creating Digital Libraries, 15 CommLaw Conspectus 569, 580-582 (2007).

⁸⁴ Id. at 599.

⁸⁵ Id. at 599-601.



放⁸⁶。從 1976 年立法過程相關資料來看，圖書館雖然有豁免權，但是不能將之授權給其他的商業機構幫忙複製或散布⁸⁷。後來在美國 1998 年數位千禧年著作權法（Digital Millennium Copyright Act of 1998，簡稱 DMCA）通過時，相關會議紀錄也提到，數位圖書館並不適用圖書館豁免條款⁸⁸。

但是，一，由於 Google 並非圖書館本身，其並沒有真正購買這些圖書，該條所講的圖書館指的是實體圖書館，而非虛擬圖書館；二，由於 Google 有間接的商業用途。故 Google 不適用 108 條的規定⁸⁹。

四、合理使用爭論

雖然這個案子已經在和解中，但是 Google 在攻防中，曾經提出合理使用的抗辯。認為法院應該接受圖片搜尋的 Kelly 案和

⁸⁶ 原文為：「(a) Except as otherwise provided in this title and notwithstanding the provisions of section 106 [17 USCS ?106], it is not an infringement of copyright for a library or archives, or any of its employees acting within the scope of their employment, to reproduce no more than one copy or phonorecord of a work, except as provided in subsections (b) and (c), or to distribute such copy or phonorecord, under the conditions specified by this section, if--

(1) the reproduction or distribution is made without any purpose of direct or indirect commercial advantage;

(2) the collections of the library or archives are (i) open to the public, or (ii) available not only to researchers affiliated with the library or archives or with the institution of which it is a part, but also to other persons doing research in a specialized field; and

(3) the reproduction or distribution of the work includes a notice of copyright that appears on the copy or phonorecord that is reproduced under the provisions of this section, or includes a legend stating that the work may be protected by copyright if no such notice can be found on the copy or phonorecord that is reproduced under the provisions of this section.」

⁸⁷ Manali Shah, *supra* note 83, at 582.

⁸⁸ *Id.*

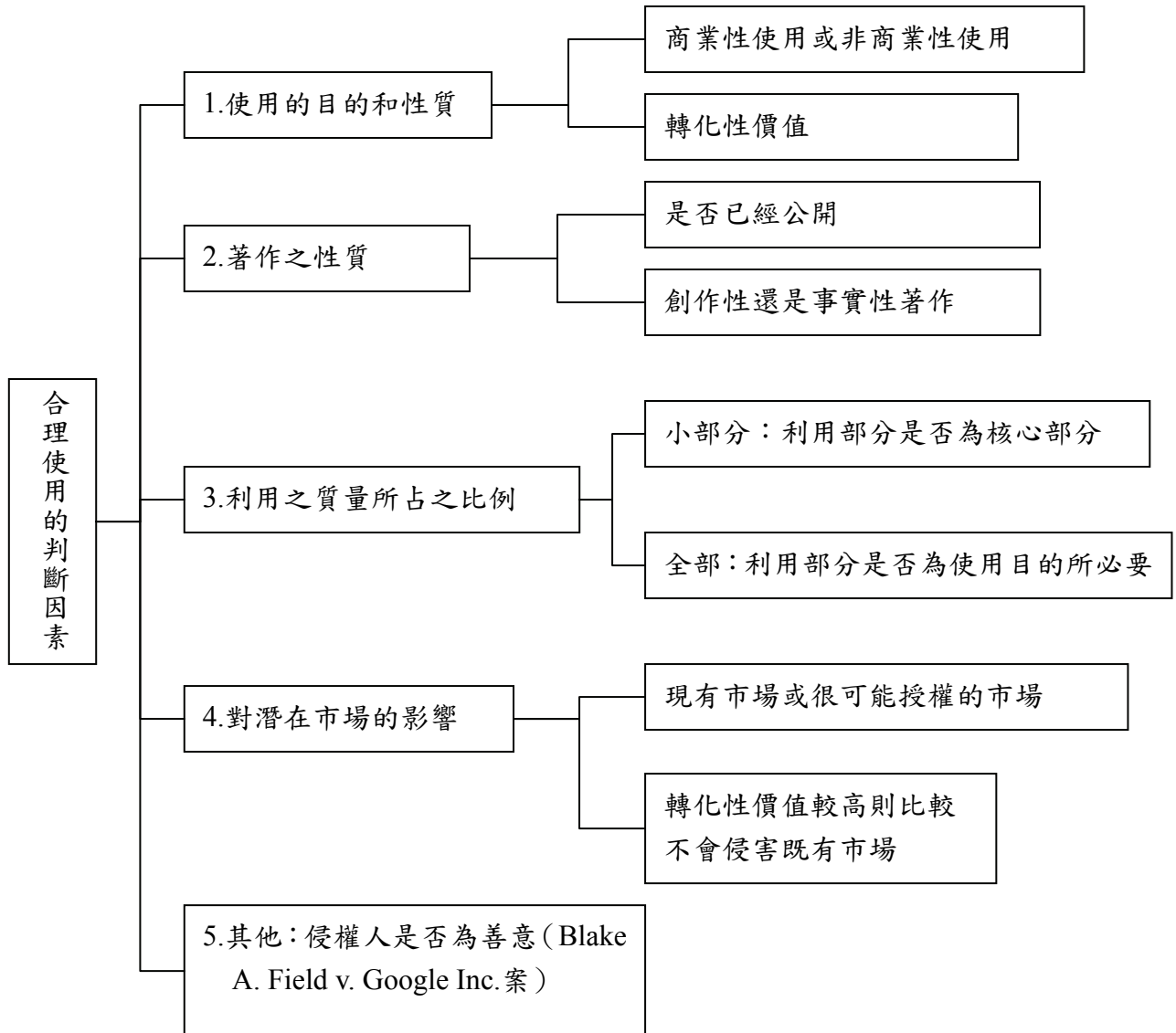
⁸⁹ Thomas E. Wilhelm, Google Book Search: Fair Use or Fairly Useful Infringement?, 33 Rutgers Computer & Tech. L. J. 107, 114-5 (2006).



Perfect 10 案的見解，而認為圖書搜尋也是合理使用。

（一）合理使用的判斷因素

綜合整理美國最高法院過去的重要判決，和本文前面所提的幾個重要判決，對於合理使用的判斷，約可整理為下圖：



圖：美國法院判斷合理使用時的因素



須注意的是，美國最高法院於 Campbell 案指出，這四個因素必須獨立判斷，且沒有任何一個因素是決定性因素。最後再綜合考量是否構成合理使用。因此，在每一份判決中，都會詳細論述這四個因素。而這四個因素如何判斷，最高法院並沒有提供明確的指引，也沒有說明每一項因素的重要性。所以還必須參考各上訴法院在不同判決中所做的解讀⁹⁰。至於上圖中的第五個因素，則是前述 Blake A. Field v. Google Inc. 案才被提出，是否會為後續法院接受，還有待觀察。

（二）Google 圖書館計畫是否構成合理使用

以下我們依序將合理使用的四個因素，套用在 Google 圖書館計畫的議題上。首先，就第一個因素「使用的目的和性質」，其不但是判斷該使用是否為商業性使用或非商業性使用，也須判斷其是否具有轉化性價值⁹¹。Google 主張其掃描完圖書之後加入的圖書搜尋功能，有很強的轉化性價值；而且其並不是透過賣書獲利，所以商業目的不強。但也有認為 Google 雖沒有提供直接廣告，但透過間接的廣告仍然間接獲利，具有商業性⁹²。

而就第二個因素「著作之性質」，除了要判斷該著作是否已經公開外，還需判斷該著作是否為創作性著作還是事實性資訊的著作⁹³。Google 或許可以主張這些書籍都是已經公開的。不過這些書籍只是在實體上印刷出版，卻尚未數位化出版。Google 也可以主張這些書

⁹⁰ Manali Shah, *supra* note 83, at 583.

⁹¹ Thomas E. Wilhelm, *supra* note 89, at 122-4.

⁹² Manali Shah, *supra* note 83, at 607-8.

⁹³ Thomas E. Wilhelm, *supra* note 89, at 127-9.



主要都是學術著作而非小說，所以創作性不高。不過，也有認為這些書籍都是創作性很高的著作⁹⁴。

就第三個因素「利用之質量所占之比例」，並非完全使用原著就一定會被認為是不構成合理使用，主要是看利用的量是否是合理使用所必要。雖然 Google 是把整本書掃描起來，但只提供搜尋者察看關鍵字的那一行；而且把整本書複製起來是為了達到搜尋全書的功能所必要⁹⁵。此外，Google 提供給讀者看的內容，只有關鍵字的那一行，只有一小部分，且質量都不是該著作的核心部分⁹⁶。

就第四個因素「對潛在市場的影響」，則 Google 並沒有侵犯圖書銷售的潛在市場。事實上 Google 的圖書搜尋還可能刺激圖書銷量⁹⁷。

至於 Blake A. Field v. Google Inc. 案發展出來的「出於善意」的第五個因素，Google 或許可以主張，其提供了「選擇退出機制」，並在原告提出告訴後，也選擇暫停掃描圖書的工作，讓所有出版社有一段時間可以選擇退出。所以或許可以構成善意。但 Field 案是美國內華達州的聯邦地區法院所判，至於負責 Google 圖書館計畫爭議的紐約南區地方法院，是否願意接受這個因素，則不得而知⁹⁸。

（三）原告認為不構成合理使用

但原告卻認為，Google 不能引用 Kelly 案和 Perfect 10 案的見

⁹⁴ Manali Shah, *supra* note 83, at 608-9.

⁹⁵ Thomas E. Wilhelm, *supra* note 89, at 129-30.

⁹⁶ Manali Shah, *supra* note 83, at 603-4.

⁹⁷ Jonathan Band, *supra* note 2, at 20.

⁹⁸ Manali Shah, *supra* note 83, at 609-12.



解，因為其有不同之處。

- 一、複製的品質：圖書搜尋把整本書都掃描起來，而圖片搜尋只是複製小圖。但 Google 認為，其雖然複製整本書，但提供展示的只有一兩行，跟提供小圖一樣，都不可能取代原著作的市場⁹⁹。
- 二、網路環境：和圖片搜尋不一樣，圖片搜尋是本來就把圖片放到網路上，所以自己就知道圖片可能被搜尋引擎複製，算是一種「默示授權 (implied license)」¹⁰⁰。但出版社並沒有將書籍掃描放到網路上。但 Google 卻有三種可能的反擊，1.Kelly 案並沒有提到默示授權理論。2.其實網路上的著作和實體上的著作保護程度是一樣的。3.Google 所提供的「選擇退出」機制也算是一種默示授權¹⁰¹。
- 三、侵害授權市場：和圖片搜尋不同，當時並沒有圖片搜尋這樣的市場，但 Google 的圖書搜尋卻侵害了出版社授權給圖書搜尋的市場。但 Google 對此點可能的反擊是，Google 有提供伙伴計畫，就已經提供了授權市場，所以並不會因為圖書館計畫把書籍掃描，就讓出版社無法授權給搜尋引擎。雖然現在有資料庫業者在提供全文掃描及搜尋服務，但 Google 並沒有影響這塊市場。畢竟 Google 只提供閱覽關鍵字的那一行，這跟其他商業資料庫在搜尋圖書關鍵字後，會提供圖書全文內容是不一樣的。亦即，出版社還是可以將書籍授權給其他商業的圖書全文資料庫業者¹⁰¹。

⁹⁹ Jonathan Band, supra note 2, at 21.

¹⁰⁰ Id. at 21-22.

¹⁰¹ Id. at 22-3.



四、引用不同判例：出版業者主張，本案不屬於第九巡迴法院轄區，而屬於第二巡迴法院轄區，所以不該引用 Kelly 案作為判決先例。若參考第二巡迴法院判決，則第二巡迴上訴法院轄區中紐約區聯邦地區法院曾經判決 UMG Recordings, Inc. v. MP3.com, Inc.¹⁰²，反倒可以作為先例參考。

在該案中 MP3.com 這家公司曾經採用一種商業模式，其將許多 CD 轉成 MP3 放到自己的伺服器裡，並設計一套軟體 My.MP3，當個人使用者上網時，可以拿出自己已經購買的 CD，放到電腦中，此時該軟體可以辨識出該人擁有這張 CD，就可以讓該人從 My.MP3.com 的網站上下載這張 CD 上的 MP3。這樣的好處是個人不必自己花時間將自己手上的 CD 轉成 MP3，而可以直接從 MP3.com 這個網站上下載。被告主張其行為算是一種「空間移轉（space shift）」的合理使用，亦即使用者本來就已經買了實體 CD，只是可以更方便地在電腦上聽音樂。可是法院並卻不接受此主張合理使用，而且認為被告只是將檔案複製到另一種媒體上，本身沒有加入任何新的元素¹⁰³。卻直接認定 MP3.com 將 CD 轉成 MP3 的行為不構成合理使用，而判決其敗訴¹⁰⁴。

Google 若要反擊，則可能會主張，Google 的圖書搜尋提供更多的轉化性價值，比 MP3.com 提供的價值更高。而且，第九巡迴上訴法院之所以會判決 Kelly 案和 Perfect 10 案構成合理使用，則是因為兩案都一再引述最高法院的 Campbell 案的意見，亦即轉化性

¹⁰² 92 F. Supp. 2d 349 (S.D.N.Y. 2000).

¹⁰³ Id. at 351.

¹⁰⁴ Id. at 353.



越高，其他的因素就越不重要。而且，第二巡迴上訴法院最近另外判決了 Bill Graham Archives, LLC v. Dorling Kindersley, Ltd. 案¹⁰⁵，該案乃是 DK (Dorling Kindersley) 出版社出版「世界偉人 (Grateful Dead)」這本書時，用了兩千多張照片，其中用了七張原告 Bill Graham Archives 的照片，但事前未得原告授權。但法院認為其具有轉化性價值，構成合理使用。尤其，法院提出，在世界偉人一書所使用的照片乃是縮小的照片，並且也引用了第九巡迴上訴法院的 Kelly 案¹⁰⁶。故即便是在第二巡迴上訴法院的轄區，對 Google 還是有利的。

五、相關訴訟與和解

2005 年 8 月，由於越來越多人質疑 Google 圖書館計畫是否違法，Google 宣布暫停三個月不再對圖書館藏書進行掃描，而讓出版社趕緊選擇退出該計畫¹⁰⁷。

2005 年 9 月，The Authors Guild 和其他作者對 Google 提起集體訴訟¹⁰⁸。2005 年 10 月，五家美國出版社 (McGraw-Hill、Pearson、Penguin、Simon & Schuster、John Wiley & Sons) 聯合控告 Google。他們都沒有控告圖書館，而只控告 Google。作者提出的訴訟要求，包括禁制令及損害賠償；而出版社提出的要求則只有禁制令。但他們都沒有提出暫時禁制令¹⁰⁹。

至 2008 年 10 月 28 日，新聞報導，Google 以 1 億 2,500 萬美

¹⁰⁵ 448 F.3d 605 (2d Cir. 2006).

¹⁰⁶ Id. at 609-611.

¹⁰⁷ Aundrea Gamble, supra note 81, at 366.

¹⁰⁸ The Authors Guild, Inc., et al. v. Google Inc., 案號 05 CV 8136 (S.D.N.Y.).

¹⁰⁹ Jonathan Band, supra note 2, at 18-19.



元和控告者進行和解。其和解乃是針對集體訴訟案，亦即 The Authors Guild, Inc., et al.v. Google Inc.一案，但和解內容仍需要經過法院的認可¹¹⁰。由於具體的和解內容，必須待法院判決接受後才會正式公布，故目前只能參考 Google 自己網站上，有提供提交給法院的和解草案¹¹¹。

該和解草案書高達 141 頁，尚有待消化整理。這份和解大約有以下幾個重點¹¹²：

1. Google 支付約 4,500 萬美元給出版社，因為 Google 未獲授權就掃描他們的書籍。
2. Google 將繼續掃描書籍進入其資料庫。屬於公共所有領域的書籍，將全文提供線上閱讀；尚在著作權保護期間且仍然銷售中的（commercially available）書籍，若未得到授權將不會提供線上瀏覽；尚在著作權保護期間，卻已無銷售的書籍，可提供預覽功能，並限定預覽頁數。
3. 使用者可以購買閱讀 Google 數位化的書籍。
4. 機構則可以購買閱讀 Google 所掃描的已絕版的書籍。
5. Google 銷售書籍的部分獲利，將分配給著作權所有人。

¹¹⁰ Google 圖書掃描訟案獲和解 線上圖書出版一片天，中央社新聞，2008 年 10 月 29 日。

¹¹¹ <http://books.google.com/booksrightsholders/agreement-contents.html>（訪查日期，2008 年 11 月 14 日）。

¹¹² Sherwin Siy, Google Book Search Lawsuit Settled, Fair Use Questions Remain : Settlement proposes Book Rights Registry, <http://www.publicknowledge.org/node/1828>（訪查日期：2008 年 11 月 14 日）。



6. Google 將出 3,450 萬美元成立一個非營利組織負責登記管理制度，由出版社和作者主導，來分配 Google 銷售的利潤。

而就圖書館部分，有以下重點¹¹³：

1. 其允許圖書館繼續保留 Google 已經掃描的書籍檔案，並讓圖書館以該檔案提供搜尋服務。
2. 圖書館若想將這些檔案進一步地提供完整檔案給圖書館的使用者，則該和解草案有提供一機制，要求圖書館必須在限定期間內和各出版社取得授權。
3. 若建立一機制，願意支付授權金，各別圖書館不只能提供其自己的館藏掃描檔案，也可以提供別家圖書館的館藏掃描檔案。

六、未來的問題

雖然這個和解案是否能順利經法院認可，還有待觀察。截至 2009 年 4 月，本案都未正式判決。但從一些學者的分析，可點出一些問題點。以下一一介紹。

（一）資訊壟斷疑慮

Siva Vaidhyanathan 擔心，若真的和解成功，由於 Yahoo 已經退出圖書掃描市場，那麼只會有 Google 一家獨大，提供圖書掃描及搜尋服務。但他認為，Google 畢竟是一家商業公司，這樣很可能會出現獨占者壟斷資訊的疑慮。他主張，各家圖書館應該自己將自己

¹¹³ Paul Courant, The Google Settlement - From the Universal Library to the Universal Bookstore, <http://paulcourant.net/> (訪查日期：2008 年 11 月 14 日)。



的館藏掃描，並提供公眾使用，才不至於造成資訊壟斷的危機¹¹⁴。

但 Paul Courant 認為，Google 並沒有將這些資訊壟斷，其掃描完之後，仍將這些檔案回歸給各圖書館保存使用。且若沒有 Google，就根本無法提供這麼便利的資訊使用方式。所以他覺得並不需要擔心 Google 有資訊壟斷的問題¹¹⁵。

（二）並無解決合理使用爭議

Lawrence Lessig 提到，Google 案和解的話，並沒有解決合理使用的爭議¹¹⁶。Sherwin Siy 也認為，如果有其他類似 Google 的搜尋引擎，想要進行類似 Google 將圖書館書籍進行掃描的計畫，仍然會吃上官司。但是由於 Google 和著作權人和解且願意支付價格，這會讓其他想進行類似計畫的人，都以為應該要取得授權並支付價格，這也會讓著作權人更願意提出訴訟¹¹⁷。此外，這是一個集體訴訟，倘若集體訴訟中的部分原告不願意接受這個和解方案，他們可能會退出這個和解案，仍執意控告 Google¹¹⁸。

這個和解案中，以有無「繼續銷售」作為區分，若有繼續銷售的書籍，則必須得到出版社授權，若無繼續銷售的書籍，則不需得到授權，但僅能提供線上有限頁數的預覽。這樣的分類，在著作權

¹¹⁴ Siva Vaidhyanathan, The Googlization of Everything, www.googlizationofeverything.com/ (訪查日期：2008 年 11 月 12 日)。

¹¹⁵ Paul Courant, On being in bed with Google, <http://paulcourant.net/2007/11/04/on-being-in-bed-with-google/> (訪查日期：2008 年 11 月 14 日)。

¹¹⁶ Lawrence Lessig, On the Google Book Search agreement, http://lessig.org/blog/2008/10/on_the_google_book_search_agre.html (訪查日期：2008 年 11 月 14 日)。

¹¹⁷ Sherwin Siy, *supra* note 112.

¹¹⁸ *Id.*



法中並沒有出現，是否是判斷合理使用的一個因素，有待觀察¹¹⁹。

（三）權利管理團體

在和解案中，Google 將出 3,450 萬美元成立一個非營利組織負責書籍權利登記管理制度（Book Rights Registry），由出版社和作者主導，來分配 Google 銷售的利潤。這在法律性質上，其實就類似著作權仲介團體，是一種權利管理團體。看起來，若成立了這個團體，不限制只有 Google 能取得授權提供數位檔案，其他類似機構也能夠透過仲介團體取得授權並付費。但著作權仲介團體仍然會引起很多爭議。

七、小結：對台灣之啟發

若根據台灣的著作權法第 48 條：「供公眾使用之圖書館、博物館、歷史館、科學館、藝術館或其他文教機構，於下列情形之一，得就其收藏之著作重製之：...二、基於保存資料之必要者。...」圖書館只能為了保存資料之必要者，才能重製其收藏之著作。或許對台灣而言，Google 若未經出版社同意就將圖書館書籍進行全面掃描，其是否能符合第 48 條，尚有討論空間。但就算不符合第 48 條，能否符合第 65 條的概括條款，則要另作判斷。但如何操作第 65 條的合理使用判斷因素，我國的法院在操作合理使用判斷時，似乎不像美國法院在判斷合理使用時，會清楚地逐一判斷四個參考要素¹²⁰。雖然 Google 圖書搜尋尚未做出判決，但美國法院其他案子的經驗已經累積出來的判斷標準，都可供我國法院參考。而本文也引介

¹¹⁹ Id.

¹²⁰ 尤其大多數著作權的刑事糾紛中，可能由於被告已經認罪協商，故法院在簡易判決中，就不詳細論述是否構成合理使用。



某些學者嘗試利用這些判斷來評判 Google 圖書搜尋是否構成合理使用，也值得我國法院參考。

但由於 Google 圖書搜尋爭議已經進入和解階段，和解完之後，對於未來數位圖書館與網路資訊的影響，勢必非常重大。未來後續發展與引發的討論，值得我們繼續追蹤。

柒、結論

經本文分析後得知，得出下述三點結論：一、美國法院對於網頁搜尋技術中的庫存頁面，持友善態度，認為其具有高度轉化性價值，而構成合理使用。二、就圖片搜尋部分，美國法院也認為其具有高度轉化性價值，就庫存縮小圖並提供瀏覽此一部分，認為構成合理使用。三、就圖片搜尋提供超連結，而連結到他人盜版網站時，搜尋引擎是否構成侵權？美國法院認為不構成直接侵權，也不構成監督人侵權責任，但可能構成輔助侵權責任。

至於 Google 圖書搜尋部分，雖然已經達成和解，但仍待法院認可該和解內容。到底在美國法院判決下，是否構成合理使用，或者是否能達成和解，還有待進一步觀察。且若真的按照和解案進行之後，對未來圖書館、出版社、數位市場的影響，相信都是非常全面性的，而值得我們繼續追蹤。