

第九章

利用結果對於被利用著作 之影響

----利用效果之審酌

第一節 前言

制定著作權法之目的，係獎勵創作與流通，藉以鼓勵知識與學術之累積，並促進社會文化進步。達到此一目的之最佳方法，乃為藉著制定著作權法並創設著作權制度，使著作人因為創作而享有由著作權法所授與之專有權利，再配合市場經濟機制之輔助，著作人得以在經濟市場上，由自行行使其專有權利或授權他人行使，以獲取經濟上之報償。此種制度，可以產生使著作人願意源源不斷從事創作活動之誘因，使著作人願意將其著作向社會及市場公開發表，厚植並累積社會文化與知識。¹

¹ *Mazer v. Stein*, 347 U.S. 201, 219, 74 S.Ct. 460, 471 (1954) ("The economic philosophy behind the clause empowering Congress to grant patents and copyrights is the conviction that encouragement of

因之，如果著作權人可得期待之經濟利益，因為他人非法或未經授權之利用行為而受到侵害，則著作權法所擬促成之宗旨，勢必無法落實。故於判斷利用行為是否得以構成合理使用時，最為基本的要求，便是利用行為之效應，即利用行為對於著作權人所可能產生之影響，不得對於被利用著作之著作人依法享有之經濟利益或價值，造成損害。²

未經著作權人同意或授權，而利用著作權之著作，對於著作權人原來可望獲得之經濟利益或該著作之價值，可能產生損害。此時著作權人受到「損害」之事實，對於利用行為是否構成合理使用之判斷，將產生如何之影響？又所謂「損害」應如何認定與審酌？參諸伯恩公約、羅馬公約以及TRIPs等國際著作權公約規定，係以「不得對於著作人之合法權益，造成不合理之損害」，作為構成合理使用之前提要件，藉以保障著作權人之權利。而美國著作權法第一〇七條第四款亦明定判斷利用行為是否構成合理使用時，法院所應審酌的事實包括：「四、該利用行為對於被利用著作之潛在市場或價值所生之影響。」³至於我國著作權法第六十五條第二項第四款，亦規定：「利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響」之事項，亦應成為法院審酌利用行為是否構成合理使用之事項之一。是我國法院應如何適用著作權法第六十五條第二項第四款之規定？如何運用此項規定判斷利用行為是否構成合理使用？乃研究著作權合理使用原則時，一個饒富重要性意義的課題。

individual effort by personal gain is the best way to advance public welfare through the talents of authors and inventors in 'Science and useful Arts.'" and *see also Twentieth Century Music Corp. v. Aiken*, 422 U.S. 151, at 156 (1975) ("The immediate effect of our copyright law is to secure a fair return for an author's creative labor. But the ultimate aim is by this incentive, to stimulate the creation of useful works for the general public good.").

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

³ "the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work". 美國著作權法第一〇七條，17 U.S.C. §107, Pub.L. 94-553, Oct. 19 1976, 90 Stat. 2546.

依中外實務所見，著作權法第六十五條第二項第四款所列舉之「該利用行為，對於被利用著作之潛在市場或價值所生之影響」之事項，為審酌利用行為是否構成合理使用時，公認為最重要的「單項參考因素」(single factor)。⁴其原因乃由於對於他人之著作權所從事之利用行為，若係符合合理使用規定者，一定不可能對於他人基於著作權法之保障而享有之市場利益造成重大損害。然而何謂「潛在市場」？何謂「價值」？所謂之「損害」，應如何認定與審酌？類此問題之認定標準何在？皆與著作權合理使用之判斷與認定，有重要相關，本章乃為此專就著作權合理使用與損害之相關判斷問題，加以探討。

⁴ *Cable/Home Communication Corp. v. Network Productions, Inc.*, 902 F.2d 829, at 845 (11th Cir. 1990). (the forth factor, the effect on the potential market for value of the copyrighted work, is considered by the Supreme Court as "undoubtedly the single most important elements of fair use," sincere a proper application of fair use does not impair materially the marketability of the copyrighted work.), see also *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539 (1984), at 566-67.

第二節 著作之市場

本款所指之「潛在市場」(potential market)一詞，係來自美國著作權法第一〇七條第四款。依美國法所採見解，所謂「潛在市場」，其內涵有二，一為：著作權人現實上「已實現的市場」(fulfilled market)；其次則為著作權人「尚未實現的市場」(unfulfilled market)。

又，在實務上，於「潛在市場」之概念下，亦有認為著作權人就其著作予以改作之後的「衍生作品之市場」(market of derivative work)，亦應包括在內。由於「潛在市場」之認定，涉及對於「損害」及「市場效果」之認定，故以下擬先就「著作之潛在市場」、「衍生作品之市場」以及「著作權人尚未實現之市場」等相關概念，加以探討，並兼論及我國著作權法之來源國——美國著作權法上之實務觀點。

第一項 潛在市場

著作權法第六十五條第二項第四款之規定，並未直接曰：「對於著作權人『市場』(market)之影響」，而係謂：「對於『潛在市場』(potential market)之影響」。則其所指之「潛在市場」係何所指？依照美國聯邦最高法院在 *Harper & Row* 案和其他近來實務上的見解所示，所謂「潛在市場」，係包括「當前即有之市場」(an immediate market)；以及「嗣後而

有之市場」(a delayed market) 在內之概念。⁵從而，「潛在市場」之概念範圍，較「市場」一語為廣。

第二項 衍生著作之市場

在認定著作的市場時，除原始著作本身之市場（即「當前即有之市場」(an immediate market)，以及「嗣後而有之市場」(a delayed market)）之外，凡是經由或依據原始著作改作而成的「衍生著作作品」(derivative works) 之市場，亦為第四款所指之「潛在市場」。下列兩宗美國著作權法上的實務案件，對此便有詳細之說明，茲介紹於後。

第一款 *Harper & Row* 案

在 *Harper & Row* 一案中，⁶被告 The Nation 雜誌公司，未經原告之一 Harper & Row 出版公司之同意或授權，即對於原告公司所持有之美國前總統福特 (Gerald Ford) 尚未公開發表之回憶錄手稿，在原告及時代公司將同時獨家刊登美國前福特總統回憶錄手稿前夕，擅自搶先在被告所出版的雜誌上披露。原告認被告未經其同意或授權，即搶先刊載之行為，侵害原告之著作權，因而提起本件訴訟；被告則以其利用行為為著作權法上合理使用行為為由，作為抗辯。

⁵ *Harper & Row*, *id.* at 568. (Under §107, "potential market" means either an immediate or a delayed market, and includes harm to derivative works).

⁶ *Harper & Row*, *supra* note 4.

本案上訴至聯邦最高法院之後，最高法院就被告之利用行為是否構成合理使用，於依第四款規定判斷被告之利用行為對於原告著作市場之影響時，對於原告時代公司將福特總統回憶錄手稿之全文，濃縮成節錄本，並於時代雜誌上為獨家刊載之計畫，認為該節錄本既係自原著作品（回憶錄手稿）衍生而來的「衍生著作」，從而該刊登福特總統回憶錄節錄本之雜誌之市場，即為原告原著手稿之衍生作品之「市場」，因之被告之利用行為，對於此一衍生著作之市場所致生之損害，亦應於依著作權法第一〇七條第四款規定，併入第四款所指「市場」之內，並進而以被告的利用行為，對於兩個市場之影響，綜合予以審酌。⁷

第二款 *Meeropol v. Nizer* 案

一九七七年美國的 *Meeropol v. Nizer* 一案中，⁸對於被利用著作之市場，應否包括衍生作品市場在內之問題，亦曾論及，茲將此案析述如下：

第一目 本案事實

本案中，原告之父母 Julius and Ethel Rosenberg，因涉嫌一件轟動美國の間諜案，經美國聯邦法院認定原告之父母確有向蘇俄提供許多國防機密資料之犯罪行為，原告之父母乃被法院判決成立謀叛間諜罪，並判處死刑確定，而於一九五三年執行死刑。惟於原告之父母生前因本案而繫獄受

⁷ *Id.*

⁸ *Meeropol v. Nizer*, 560 F.2d 1061 (2d Cir. 1977).

審，直至二人被執行死刑為止之期間內，原告之父母曾將於獄中所撰寫、描述被囚期間的生活、心情以及與家人有關的往來書信或文章，彙集成冊，出版一冊書名為在死牢中的書信（*DEAD HOUSE LETTER*），並獲得相當不錯的市場銷售。

本案被告 Nizer，則為當年擔任原告父母案件刑事辯護的律師（按，被告 Mr. Nizer 曾因辦理該件刑事案件，而蜚聲四起，甫於一九九四年七月，在美國以九十餘歲高齡過世）。於被告受理該件案件後二十年，即一九七三年，被告亦將其當年辦理該案的經過，加以敘述，出版了一本書名為謀叛罪的爆炸性內幕（*The Implosive Conspiracy*）之著作。惟於被告出版該本具有回憶錄性質之著作後不久，原告以其父母之著作權繼承人身分，向美國紐約南區聯邦地方法院提起本件侵害著作權之民事訴訟。

原告所持理由為：在被告出版的著作之內，其中共有二十八封書信作品係原告之父母當年獄中所作之作品，總計共約一千九百五十七字，皆未經著作權利人同意或授權，即自行引用。原告認為被告之利用行為除侵害原告之隱私、妨害原告的名譽之外，更侵害原告所繼承著作權。

第二目 法院的見解

聯邦地方法院，先是駁回原告全部請求，認為被告之利用行為構成著作權法上的合理使用。原告不服，向聯邦第二上訴法院提出上訴。

聯邦第二上訴法院，就著作權法部分予以改判，推翻第一審判決，認為被告利用原告著作權的行為，係侵害原告之著作權，不能構成合理使用。

美國聯邦第二上訴法院認為被告之利用行為不能構成合理使用之理由，主要係以被告使用之部分，在數量上雖僅占原告著作不到百分之一，但卻是原告用來促銷其著作的重要文字。⁹聯邦第二上訴法院不同意第一審法院所持的「被告所為使用並非重大使用」的認定。¹⁰抑且認為被告利用行為之目的，並非係基於學術、歷史之理由，而係具有謀求商業利益的目的。¹¹

然而在本案中，美國聯邦第二上訴法院所持的判斷見解中，最為重要的是第二審法院依據第四款規定，就被告使用行為對於原告著作之市場影響進行評估時，第二審法院認為雖然原告之著作已告停印（out of print），時間並長達二十年，但此一絕版之事實，並非必然可以認為原告沒有未來市場之損失。蓋原告若將系爭著作再予出版，或將其著作改編為電影之權利出售，則原告就此一衍生之電影著作市場，並非因之即無受到損失的可能性。¹²第二審法院因之否定被告之利用行為係合理使用之抗辯，認為被告利用行為侵害原告之著作權。

第三目 本案分析

第二審法院在 *Nizer* 一案，就「潛在市場」一詞所提出之見解，大體上說明了美國聯邦法院，對於著作權法第四款在實務上所採取的一般態度係如下：

⁹ *Id.* at 1070-71.

¹⁰ *Id.* at 1070.

¹¹ *Id.* at 1069.

¹² *Id.* at 1070.

- 一、依著作權法第一零六條規定，原告依法本即得將其著作予以改作成其他衍生著作（例如改編成電影之權利），由於此一改作權的實施，對著作權人而言，仍具有一定經濟利益價值，該可經改作但尚未改作的著作的市場，本即構成著作權人以原有著作為中心的市場之一部分。故著作權法第一零七條第四款所指的「潛在市場」，在涵義上應包括衍生著作之市場在內。
- 二、著作權人的著作固曾一時「停印」（out of print），但若有「再予發行」（republication）之可能性時，則著作權人將來之市場因之所可能受到損害之可能性，即仍然存在。

第三款 著作權人尚未實現之市場

美國著作權法在潛在市場之概念下，尚有一種亦屬於著作權人之著作「潛在市場」之一的市場概念，此即為所謂「尚未實現之市場」之概念。

在 *Williams & Wilkins Co. v. United States* 一案中¹³，美國聯邦政府衛生及福利部下屬的醫學圖書館和醫學研究機構之圖書館二個機構，因為曾長期免費向其讀者群，提供影印期刊論文之服務，原告出版期刊上之論文，亦經常為被告加影印，出版該期刊之原告 Williams & Wilkins 公司，乃因之以該兩個聯邦機構之影印重製行為，侵害原告著作權為由，向現在已改名為聯邦上訴法院（Federal Circuit）的聯邦賠償法院（Court of Claim），提起侵害著作權之第一審民事訴訟。

¹³ *Williams & Wilkins Co. v. United States*, 172 U.S.P.Q. 670 (Ct. Cl. 1972), *rev'd*, 487 F.2d 1345 (Ct. Cl. 1973), *aff'd, by an equally divided Court*, 420 U.S. 376 (1975).

聯邦賠償法院為本案之第一審時，審酌被告之影印複製行為時，對於被告並未訂閱原告所出版期刊，而竟對於被告所屬圖書館之讀者，提供對於原告出版期刊上論文之免費影印服務，是否構成原告所出版之期刊之市場之爭點，在該審所為的裁決理由中，提出如下之見解：

被告的服務對象---請求影印服務的研究人員，他們並未訂閱原告所出版之期刊，但卻有使用原告期刊之需要，若他們一旦因為被告不再或不得繼續提供影印論文之服務，勢必有購買或訂閱原告所出版期刊之必要。因之，這些請求提供影印服務的人員，便構成原告之市場；並且每一位影印原告期刊之人士，個個都是原告出版期刊之潛在訂戶。故原告主張因為被告對索閱期刊論文影本之人士的影印服務而受有損失，自屬一項合理的結論。¹⁴

惟上述見解，其後為同一法院的第二審上訴庭所推翻。這個相當於聯邦上訴法院的上訴審法院，係以如下理由，推翻其下級審所持結論：

這些被告所屬機關影印服務的對象----請求影印服務的研究人員，他們並非必然因為被告不能繼續提供影印的服務，因而改向原告訂閱其所出版的期刊，或改以購買非當期之前期期刊，藉供其研究之參考。這些人員有可能改以抄寫筆記的方式，繼續利用原告的期刊；或寧願等候更長的排隊時間，以便等候閱覽原告所出版期刊之原本；他們甚或有可能，乾脆不再參閱原告所出版的期刊與所載論文。而前期之期刊，將來亦未必繼續供應；若該期刊業已停印，則原告仍未必願意予以再刷出版，故（原審）所謂這些接受影印服務的讀者，構成原告期刊之市場或潛在訂戶之說法，應僅是未經檢證的假設而已，並非當然

¹⁴ *Id.* 487 F.2d 1345, at 1357.

可信。¹⁵

雖然本案後來曾上訴至聯邦最高法院，惟因九位最高法院大法官中的 BLACKMUN 大法官前因曾參與本案而迴避，未參與本案之評議投票，於此情形下，其餘八位大法官，最後以四比四票的同額評議（an equally divided court），使本案上訴，最後以未能獲最高法院過半數支持，因而為聯邦最高法院未附理由駁回之後，本案第二審認為被告之影印利用行為，構成合理使用的判決見解，遂告確定。¹⁶

上述關於著作權人「尚未實現的市場」之概念，依聯邦最高法院在 *Williams & Wilkins* 一案的見解可知，就利用行為對於著作權人潛在市場的影響為審酌評估時，著作權人的著作尚未實現或尚未進入之市場，只要在證據上，能夠獲得證實，自當亦包括在美國著作權法第一〇七條第四款所指「潛在市場」的意義範圍之內。而審理法院於依該款規定，評估利用行為對著作權人的影響程度時，若著作權人已能證明其著作尚有「尚未實現之市場」存在時，則法院對於利用行為對於「著作權人之潛在市場」所生

¹⁵ *Id.* at 1358.

¹⁶ 關於本案第二審認定被告的影印複製行為構成合理使用，其所持之見解與認定，嗣後受到許多學者的批評，*See WILLIAM F. PATRY, THE FAIR USE PRIVILEGE IN COPYRIGHT LAW* 181, n 24, and 183-184 (1985); 另，我國學者楊崇森教授，在其收載於著作權法論叢，第九篇之宏著「科技發展與著作權新問題---兼論『合理使用』之原則」之內，對於本案之經過及其對美國圖書館影印之影響與衝擊與法律對策建議，均有極其詳細及深入之介紹與探討。本書亦為國內有關著作權合理使用有關問題，最早及討論亦最為完備之文獻。關於對 *Williams & Wilkins* 案之介紹及評論，請參見楊教授所著，*前揭書*，第一九三至一九八頁（民國七十二年十一月版，華欣文化事業中心出版）；關於合理使用原則之介紹，亦請參閱楊教授著，*前揭書*，第一七七至一八八頁。

另按，在美國聯邦最高法院駁回本案上訴後翌年，即一九七六年，美國國會特別在當年通過的著作權法第一零八條第 f 項第 2 款規定內(17 U.S.C. §108(f)(2))，以詳細之規定，規定圖書館及其人員，對於收藏的著作，從事影印或複製的條件，並訂定使其避免侵害著作權責任之規定。此外，並明文規定利用圖書館的讀者，其個人之影印行為，不能主張依第一零八條規定免責，而只能適用第一零七條一般合理使用的規定。之外，由於本案的第三審判決，係由聯邦最高法院以四比四「同燈同分」的票數所作成，因之聯邦最高法院所為之判決，並未發生拘束力，嗣後，位於加州第九上訴法院，於一九八一年就著名的 *Universal City Studios, Inc. v. Sony Corp. of America*, (659 F.2d 963 (9th Cir. 1981), *rev'd*, 104 S. Ct. 774, 464 U.S. 417 (1984)) 案件，作成其第二審判決時，便在該案判決中，對於本案的判決理由，批評為：「極度欠缺說服力，並且不具備判決先例的價值」(singularly unpersuasive and not of precedential value)。Sony case, 659 F.2d 963, at 970。

影響之評估，自應將該「尚未實現市場」包括在內。¹⁷

第三項 小結

依個人所見，美國著作權法第一〇七條第四款所謂「潛在市場」(potential market)，其真意應係指著作權人著作所可能存在之市場而言，蓋著作權法並未直接明文規定「著作之市場」，而係以「潛在市場」名詞相稱，其理由係謂：並非每位著作權人皆欲使其著作進入市場銷售，並因而獲得利潤或實現市場上之經濟價值或利益。抑且，縱使著作能夠進入市場銷售，然而並非每一著作皆可望如願自市場上獲得預期之經濟利益。更何況著作權人最終來自市場上之現實現市場利益或價值，於現時亦處於相對不確定之狀況，而無從立即確實估計。故著作權法第四款對於著作權人所能獲得之利益來源，便非一般經濟意義上之市場，而係以潛在市場相稱，用以與現實之經濟市場有所區隔。

著作權人致力於創作著作，理論上雖得藉由著作權法之機制，使著作權人將來得以自己行使或授權他人行使其依著作權法所享有之專有權利之方式，將其著作推入經濟概念上之市場，藉以換取著作之市場價值。¹⁸惟基於上述著作權價值之抽象不確定性，所謂著作之市場，其概念意義乃至其範圍，自因之處於相對不確定之狀況。非但著作權之實定法，在立法技術上，只得以「潛在市場」之不確定用詞，用以形容著作之「可能市場」之存在，故看待以上各款所提及之市場之概念，自宜以此觀點透視之。

¹⁷ *Marcus v. Rowley*, 695 F.2d 1171 (9th Cir. 1983); *Pacific & Southern Co. Inc. v. Duncan*, 744 F.2d 1490 (1984).

¹⁸ L. RAY PATTERSON & STANLEY W. LINDBERG, *THE NATURE OF COPYRIGHT---A LAW OF USERS' RIGHTS* 66-68 (1991).

第三節 著作之價值

第一項 理論分析

評估未經著作權人同意或授權，即自行使用著作權人著作之行為對於著作權人所產生之影響效果時，依著作權法第一零七條第四款規定，應以著作權人之「著作的潛在市場」或「著作的價值」（value of copyrighted work），二者所受到的影響效果，作為審酌的對象。

在通常情形下，著作權利人對於受到著作權保障的著作，胥皆以自己行使或授權他人行使之方式，行使著作權法所賦與具有獨占性或排他性的專有權利，並進而經由市場機制，於市場上獲得以經濟利益為主的回饋與獎勵。¹⁹在此觀點下，吾人便可得到如下之結論，即：「著作的價值，實即等同於其在市場上之經濟利益。」

但在另外情形，有時著作之創作目的，並非即必尋求市場上之利益，或雖有獲利之動機或謀取利潤之市場行為，但未必即謂該項著作，必於經濟市場上占有一席之地，並進而果必實現該經濟利益。於此情形，若欲評估他人未經該著作權人之同意，即使用其著作之行為對著作權人所致生之效果及影響，以前述市場效果作為評估對象，便勢有其不能與不可行之處。對於此種情形，依著作權法之條文規定，在對於使用行為影響效果進

¹⁹ *Id.*

行評估時，便應側重於對該著作「價值」所致生之影響。

在美國法實務上，發生在一九八三年的 *Association of American Medical Colleges v. Mikaelian et al*²⁰一案，即係一宗由法院以利用行為對於著作本身之價值造成不利影響為由，據而認定利用行為不能構成合理使用之著名案例，茲介紹並討論如後。

第二項 *Mikaelian* 案討論

第一款 本案事實

在本案中，被告 VIKEN MIKAELIAN 及其個人所獨資經營的 Multiprep 公司未經獲得原告授權，即擅自將其共計八次親自參加原告「美國全國醫學院協會」（Association of American Medical Colleges; “AAMC”）所舉辦的「醫學院入學申請筆試」所取得的試題，加以重製利用，製作為全套教材，並名為「全真試題」（facsimile questions），專門提供給準備參加醫學院入學測驗的考生，在為期十四週，收費共美金四百八十五元的補習課程上，作為教材使用。

由於被告重製的醫學院入學試題，係原告全美醫學院協會特別設計並命題，用來測驗擬申請就讀美國境內所有醫學院之申請人之基礎學科能力與性向適性之入學許可測驗（Medical College Admission test “MCAT”），

²⁰ *Association of American Medical Colleges v. Mikaelian*, 571 F.Supp. 144 (E.D. Pa. 1983), *aff'd*, 734 F.2d 3 (3d Cir. 1984).

這些試題並受到著作權法保護。原告為保持試務之公平性與客觀性，除以著作權作為保護試題的方法，從未曾同意外界自行使用，且在考試試務的辦理與進行方面，更設計嚴密的保全措施，以免試題之內容外逸，引起外界對於考試公平性的質疑。

惟被告未經原告同意，即擅自以原告獲有著作權的試題，作為其經營補習班的課程教材之用，原告認為被告利用行為，侵害原告的著作權，乃即向美國聯邦賓州東區地方法院，請求頒發「暫時禁制令」（preliminary injunction）及「扣押令狀」（writ of seizure）。法院為調查原告之請求是否合法並有理由，乃進行本案之調查及審理。

第二款 法院的判定與見解

受理本案的美國聯邦賓州東區地方法院，經審理結果，除認為被告的「教學使用」之行為，並非屬於無償之教育行為，而係屬於以營利為目的之商業使用行為；且以被告利用的數量既屬大量，在實質上亦為高達百分之九十之上之重製使用等理由，而為不利被告之認定，此外更依第四款規定，認定被告之利用行為不能構成對原告著作權之合理使用，其所持之理由如下：

一、原告為確保其測驗及試務的公正性，向來均未曾同意他人使用其測驗試題作為應試準備之用，以免使得事先參加以此種試題作為應試準備之人，無形中獲得不公平的利益。²¹因為原告試題具有此一特質之故，審

²¹ *Id.* at 153.

理法院乃認為本案中原告享有著作權的「醫學院入學許可測驗試題」，屬於未公開發表的著作（unpublished works），其性質是一種不宜接受合理使用主張的著作。²²

二、其次，承審本案的聯邦地方法院認為，若任令被告係以營利之目的而對原告獲有著作權之試題，從事幾近全部利用之行為，其結果勢將使得原告試題之價值，不值一文。這種使受著作權法保護之著作的「價值」受到破壞的利用行為，自然不得成立合理使用。²³

²² *Id.*, see also *Association of American Medical Colleges v. Cuomo*, C.A.2 (N.Y.) 1991, 928 F.2d 519, *certiorari denied* 112 S.Ct. 184, 116 L.Ed.2d 146; and *National Conference of Bar Examiners v. Multistate Legal Studies, Inc.*, 692 F.2d 478, 484, (7th Cir. 1982), n. 6.

²³ *Association of American Medical Colleges v. Mikaelian*, *id.* citing *Meeropol v. Nizer*, 560 F.2d 1061 (2d Cir.), *certiorari denied*, 434 U.S. 1013 (1977).

第四節

使用行為效果之評估

----不利影響（損害）之種類

第一項 不利影響（損害）之種類

對於第四款「利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響」所作成的最佳詮釋，實即不出 Story 法官在一百五十餘年前於 *Folsom*²⁴ 一案中所揭示的如下一段見解：

簡言之，吾人於判斷此一問題（即決定著作利用行為是否為合理使用）時，必須經常審酌該使用行為之本質與目的；所使用部分的數量與其價值；以及該使用行為對被利用的著作，是否發生損害其銷售、減損其利潤、或該著作的創作目的有受到瓜代（取代）的現象與其可能性。

25

吾人依據上述判決理由後段所提及內容，即可推知第四款所指之「影響效果」（損害），其通常之評估類型，包括下列數種：

²⁴ *Folsom v. Marsh*, 9 Fed. Cas. 342, 348 (C.C.D. Mass. 1841)(No. 4901).

²⁵ "In short, we must often, in deciding questions of this sort, look to the nature and objects of the selections made, the quantity and value of the material used, and the degree in which the use may prejudice the sale, or diminish the profits, or supersede the objects, of the original work." *Id.*

- 一、損害被利用著作之銷售或價值。
- 二、減損被利用著作之銷售利潤。
- 三、抑制或取代被利用著作之創作目的。

故凡是未經著作權人同意或授權的利用行為，若利用之結果，對於著作權人就其著作依法所享有之權利，發生上述結果之一，或具有發生上述結果之一之可能性時（關於此點，請見下述），便可認為該項利用行為，業已危害到著作權人依著作權法所享有之獎勵，而不能構成對著作權之合理使用。以下茲分項分析之：

第一款

被利用著作之銷售或價值之不利影響（損害）

在美國著作權法實務上，若利用著作權人之著作之目的係為於同一作品之市場上，與被利用之著作，產生直接之競爭，此種情形，可以認定對於被利用著作之銷售，造成損害。²⁶反言之，若進行利用之著作，與被利用之著作，二者間之創作目的或市場並非相同，便不得遽認為構成侵害。

例如在 *Mikaelian* 一案中，²⁷對於被告未經授權，即將美國醫學院協會用來測驗申請進入醫學院申請人所用的「入學許可測驗」，加以重製利用

²⁶ "where defendants' production was a substitute for plaintiffs' work, copied almost all of plaintiffs' lyrics, score and sequence of songs, was in competition with plaintiffs' performances and did not serve greater public interest in development of news, art, science or industry." *Robert Stigwood Group Ltd. v. O'Reilly*, D.C.Conn. 1972, 346 F.Supp. 376, reversed on other grounds 530 F.2d 1096, certiorari denied 97 S.Ct. 135, 429 U.S. 848, 50 L.Ed.2d 121.

²⁷ *Mikaelian*, supra note 20.

於被告所開設之補習班上課教材之用，法院認為被告之利用行為，對於為保持該項測驗公正性，因而從未對外公開，亦未曾同意授權任何人加以使用之測驗題目，一旦遭到被告為上述方式之利用，係屬於對於原告享有著作權之試題作品，在「價值」上的破壞，此種利用行為，不得構成合理使用。²⁸

第二款 減損被利用著作之銷售利潤

在 *Harper & Row* 一案中，原告 Harper & Row 公司因為被告未經著作權人同意或授權，即搶先將美國前總統福特回憶錄之手稿，於大量摘取該手稿之「精髓部分」（the heart of the work）刊載於被告所出版的雜誌上，使時代雜誌公司擬獨家刊載該手稿節譯本之計畫，因之無法實現，並致使時代雜誌公司對原告 Harper & Row 公司，宣布取銷獨家刊載節譯本之契約，並拒絕繼續支付金額達美金一萬二千五百圓之約定權利金。此一在金錢業經「量化」之一萬二千五百美元損失，即屬於使被利用著作之銷售利潤受到減損之一例。²⁹

²⁸ "A use of the protected work which destroys the value of the protected work to the copyright holder can hardly be considered fair." *Id.* at 153.

²⁹ *Harper & Row*, *supra* note 4, at 567.

第三款

抑制或取代被利用著作之創作目的

在實例上，若被利用著作之創作目的，因為受到利用而受到抑制或取代，因而有對於該利用行為不得構成合理使用之實例，例如在 *Wainwright Sec., Inc. v. Wall Street Transcript Corp* 一案中，³⁰「被告未經授權，即擅自使用原告在報刊上所出版的股票上市公司年度財務分析報告，其利用行為，縱使尚未發生取代原告著作的效果，但很明顯的，被告行為的目的說穿了，即是為使其讀者能夠滿足並取代對於原告之原著作----股票上市公司年度財務分析報告需求，這種只顧自己利益之行為，並非合法之報導新聞事件，實際上係屬於一種藉此套取個人的利益的使用行為罷了。」³¹ 審理法院，最後即以被告之利用行為，係為取代原告著作之市場為目的，因而認定被告之利用行為，不得構成合理使用。

第二項 不利影響（損害）之證明

主張被告之利用行為對於著作權人依法享有之利益造成損害之人，就該利用行為對著作權人造成之不利影響效果，應如何舉證，證明其損害之種類、範圍，始足符合認定「非合理之使用」之所需？關於此點，美國一

³⁰ *Wainwright Sec., Inc. v. Wall Street Transcript Corp.*, 558 F.2d 91, 194 U.S. P.Q. 401 (2d Cir. 1977), cert. denied, 434 U.S. 1014, 196 U.S.P.Q. 864 (1978).

³¹ Defendant's use of plaintiff's report "was blatantly self-serving, with the obvious intent, if not the effect, of fulfilling the demand for the original work. This was not the legitimate coverage of a news event; instead it was, and there is no other way to describe it, chiseling for personal profit" ,*id.* 558 F.2d 91, at 96-97 (2d Cir. 1977). see also PAUL GOLDSTEIN, *COPYRIGHT: PRINCIPLES, LAW AND PRACTICE*, 3 VOLS at 233, n. 112.

九七六年著作權法並未明文規定，然而於實務上，聯邦最高法院一九八五年在 *Sony* 一案中，對於未經著作權人之同意或授權，使用著作權人的著作，對於著作權人所致生的「對於著作的潛在市場的損害或著作價值的損害」，在證明損害的種類與其範圍上，則明白的表示以下看法：

若要求著作權人就現行之實際損害須一一提出證明，則勢必使得著作權人對於本來可以預期之損害，陷於無法舉證之困境。故著作權人就現行之實際損害，毋庸提出證明。又著作權人亦毋庸就未來之損害，提出其發生之必然性。著作權人所需要提出者，乃係為未來有致生損害之充分可能性之相當證明即為已足。³²

聯邦最高法院採取上述「著作權人就現行之實際損害，毋庸提出證明」(actual present harm need not be shown)；以及「未來有致生損害之充分可能性之相當證明」(a showing by a preponderance of the evidence that some meaningful likelihood of future harm exists)之原因，主要係認為事實上著作權人往往難以證明其實際所受之損害，故而，如果仍然要求著作權人依一般舉證責任規定，就其實際所受損害，或將來受有損害的必然性，提出證據證明，勢必無法落實保護著作權人之權利之立法本旨，而使著作權法制定的宗旨目的落空。

此外，由於對於著作權利用行為是否構成「合理使用」之審酌，恆係在該利用行為對於著作權人之著作，已有「抄襲利用」行為，並且該抄襲結果，已經被認定與被抄襲之著作有實質上相似(substantial similarity)之事實。於上述階段之後，方有所謂行為人之利用行為，是否構成合理使用

³² [A]ctual present harm need not be shown; such a require would leave the copyright holder with no defense against predictable damage. Nor is it necessary to shown with certainty that future harm will result. What is necessary is a showing by a preponderance of the evidence that some meaningful likelihood of future harm exists. 」 The *Sony* case, *supra* note 16, at 451.

之主張。故依美國著作權法上之見解，在此一情形下，對於著作權人關於「損害」之發生與其存在之舉證責任，實無必要課責著作權人以高度之舉證義務。美國聯邦最高法院關此所表示之如下見解，即頗為可採，謹說明如下：

- 一、對於利用行為所致生之實際損害並無須證明。
- 二、對於致生之未來損害，僅要證明其發生之充分可能性即為已足，至於事實上是否必然發生，則非在著作權人所應舉證之列。

因此，在其他實務上之見解，有認為若已發生「可得以量化之損失」(quantifiable harm)，固足可充分證明對於著作的市場已致生損害；³³又，縱使著作權人之著作實際上尚未於市場上進行銷售，惟若該著作權人尚未進入的市場，可以構成著作權人之「潛在市場」時，利用行為對於該潛在市場，亦有構成未來損害之可能時，則被告之利用行為，仍可認定為不得構成合理使用。³⁴

³³ *Harper & Row, supra* note 4, 在本案，Harper & Row 公司提出一宗合約上的損失，作為證明，說明因為被告未經授擅自使用原告的福特總統回憶錄手稿，搶先刊登於被告的刊物上，致使時代 (Time Magazine) 雜誌公司因而解除與原告所訂刊載福特總統回憶錄手稿節本的計畫，並拒絕支付原告契約上約定的價金美金一萬二千五百元。最高法院認為原告所舉出的證據，已可充分證明原告所受之損失。

³⁴ *Harper & Row, id.*; *Marcus v. Rowley*, 695 F.2d 1171 (9th Cir. 1983); *Pacific & Southern Co. Inc. v. Duncan*, 744 F.2d 1490 (1984).

第五節

案例分析----以殷宗文照片案為例

在本案中，台灣高等法院於八十三年上更（一）字第七八八號刑事判決，認定被告之利用行為構成合理使用，除認定（一）被告利用行為目的係出於「報導新聞」，可以滿足公眾「知」之權利；（二）系爭照片係於某年度九三軍人節餐會中，自訴人在殷宗文不注意之際拍攝所得，該半身像之殷宗文並未注視鏡頭，背後尚有走動之雜沓人影，……，顯見……照片係隨機取得，僅足讓人辨識殷宗文之面貌，難謂係一幀精心之傑作；此外，法院更認定：「（三）被告所重製之照片，係取自李登輝霸權危機一書中的一張照片而已，…系爭相片僅佔該頁的二十分之一……。…僅佔全書的六仟七佰二十分之一……。而系爭相片刊登於八十二年七月二十七日之中央日報第一版，…，系案相片刊登時……面積為一六·二平方公分，……佔全版比例為萬分之三·〇七五，無論在利用之質量與在整個著作之比例言，顯然危（微）不足道。」此外法院更於引用著作權法第六十五條第二項第四款規定，並以如下理由，認定被告具有如上特徵事實之利用行為，其利用結果，對於被利用之著作不生「損害」或發生「取代」原著作之效果，其判決理由十分具有示範性，茲抄錄該部分之內容如後：

（四）被告利用系爭殷宗文照片一幀以報導國家安全局長易人，有助國人認識新任長殷宗文，而自訴人既將所攝得之殷宗文照片借予張友驛使用於李登輝霸權危機並付梓發行，對於著作權人自訴人本身之潛

在市場與現在價值難謂有重大影響。另一般民眾尚不致於因在中央日報看過系爭殷宗文照片，即不再購買案外人張○○之李登輝霸權危機，換言之，欲購買李登輝霸權危機一書者，不會因殷宗文照片已刊登在中央日報上而打消購買該書之念頭。

第六節 結論

未經著作權人同意或授權，而使用著作權人之著作權利，對於著作權依法享有權利之行使，尤其著作權人因行使其著作權利所能獲致之經濟上利益，在某種程度上，都可能造成一定損害。惟於著作權法之理論上，並非對於著作權人一旦造成損害，則該項利用行為即不得認為構成合理使用，而尚須該項利用行為對於著作人造成之損害，係屬「不合理」之損害時，方始「不得構成合理使用」。³⁵

一般而言，美國法院早期在 *Folsom v. Marsh* 一案所表示之見解，一直是對於著作權法合理使用條款第四款最具體、亦最恰當之詮釋，³⁶ 在該案中，審理法院指出：下列事項，應為法院審酌利用行為是否構成合理使用時，最為重要的評估指標：

- 一、對於被利用著作之銷售所可能致生的損害；
- 二、對於利潤造成減損之程度，與
- 三、被利用著作因之而被取代的程度。

上述由 *Folsom* 一案所指出之判斷指標，開始即廣為美國學術界及實務界接受，且在歷經百餘年之沿用之後，後來更經美國國會採納為一九七六年美國著作權法合理使用條款即第一零七條（17 U.S.C. §107）第二項的

³⁵ 依伯恩公約規定，利用行為除不得妨礙著作人對於其著作之正常開發利用外，對於著作人之合法權益，亦不得「造成不合理之損害」。

³⁶ "In short, we must often, in deciding questions of this sort, look to the nature and objects of the selections made, the quantity and value of the material used, and the degree in which the use may prejudice the sale, or diminish the profits, or supersede the objects, of the original work."

主要內容。我國著作權法第六十五條第二項亦延續美國法上述規定，將上述內容列為第四款「法定事項」，此項來自 *Folsom* 案的判斷準則，再度突顯著作權法係以保障著作人之經濟利益為重點，並兼收平衡公共與私人利益之設計宗旨。因之，若有具體之事實顯示利用結果，對於被利用著作之銷售可能造成損害；或對於著作之利潤造成減損，或利用結果對於被利用著作，因之產生取代效果，即：「著作之利用行為對於著作權利人所享有之經濟利益或市場價值，因之造成之不利益」，有此種情形，皆可認為利用行為已對被利用著作之「潛在市場」及價值，「產生（不利）影響」。

解析我國著作權法第六十五條第二項第四款「利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響」規定之涵意，約可得出下述適用上之參考結論：

一、第四款所規定之審查，係對於利用行為之結果與對於著作潛在市場與現在價值之影響，是否具有因果關聯之審查。

二、利用行為所影響者，並不以當前不利影響（損害）為限，著作人未來尚未實現之期待利益，亦為著作權人所受損失之所在。因之若著作人將來之期待利益，有受損害之虞，亦可認為有本款所指之損害。

三、著作人現在或未來之損害，須為合法利益所受之損害，且所受之損害，必須於客觀上屬於不合理之損害。

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

程度，此種損害，尚不足以認為不得構成合理使用。