

## 論著作權合理使用在訴訟實務之運作

黃明展\*

### 摘要

不管國內、外，所有研究著作權的學者均認為，合理使用在實務運作上所涉及之問題十分複雜與困難，而我國著作權合理使用之立法體例與世界各國相較又更顯得特殊，因而發生諸多爭議。本文一開始嘗試從合理使用的理論基礎出發，先探究合理使用的法律性質究竟為何，之後再逐一分析探討合理使用在訴訟實務上運用所產生之各種爭議，例如：被告抗辯合理使用之法律效果究竟是阻卻構成要件該當還是阻卻違法？受訴法院對於系爭事件是否存有「合理使用」的情形有無依職權調查的義務？以及法院在審酌是否構成合理使用的判斷基礎上，法院有無義務必須一一審查著作權法第65條第2項所規定之四個判斷基準？此外，著作權法第44條至第63條所規定之合理使用情形與第65條第1項所稱之「其他合理使用情形」其關係為何？在法院判斷上或舉證責任分配上有何不同？最後加以分析各個爭議問題彼此間的關連性，參照他國立法例以及我國相關法律規定與實務見解，提出符合我國著作權法特殊規定的實務運作建議。

關鍵字：合理使用、著作權之限制、市場失靈理論、使用者權利說、抗辯特權說、侵權阻卻說、阻卻構成要件、阻卻違法、職權調查、法定例外

---

收稿日期：102 年 11 月 20 日

\* 作者現為華泓法律事務所主持律師。

## 壹、前言

在涉及著作權爭議的刑、民事訴訟中，被告提出合理使用（Fair Use）的主張屢見不鮮，然而合理使用的性質為何？究竟是使用人的合法權利，還是著作權本身之限制，亦或只是被告的抗辯權，眾說紛紜。而在訴訟上，合理使用究竟是阻卻構成要件該當還是阻卻違法，其法律效果為何？也是爭議不斷。另外在審判上，法院對於系爭事件是否存有「合理使用」的情形有無依職權調查的義務？以及在審酌是否構成合理使用的判斷基礎上，法院有無義務必須一一審查著作權法第65條第2項所規定之1、利用之目的及性質、2、著作之性質、3、所利用之質量及其在整個著作所占之比例及4、利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響等四個基準，最高法院亦無定見。此外，著作權法第44條至第63條所規定之合理使用情形與第65條第1項所稱之「其他合理使用情形」其關係為何？在法院判斷上或舉證責任分配上有何不同，也有諸多疑義。本文乃嘗試從合理使用的理論基礎出發，希望能針對上述諸多爭議做有系統之整理，並分析各個爭議問題彼此間的關連性，期望能在這些複雜的問題中釐出符合我國著作權法特殊規定的看法。

## 貳、合理使用之理論基礎

為何在保護著作財產權之外要容許利用人合理使用的空間？這在學理上有許多面向的探討，有人是從著作權在憲法上的保障形式加以切入<sup>1</sup>，也有人是從構成侵害與否的判斷加以解釋<sup>2</sup>，但較常被討論的理論則有下列五說：

### 一、默示同意說

此說認為合理使用之所以被允許是因為此些使用行為本來就是著作權人所不加以排除的範圍，就算無法得到著作權人明示授權，也算是他們默示同意

<sup>1</sup> 在憲法層面的探討，有學者主張合理使用是著作財產權本身權利範圍的限制，也有學者認為合理使用是為了公共利益所因而對著作財產權所做的特別犧牲，相關討論請參照陳新民，「著作權的社會義務：由德國憲法學的角度檢驗智慧財產權的保障及其限制」，臺灣大學法學論叢37卷4期，頁145-156，2008年12月。

<sup>2</sup> 許忠信，「論著作財產權合理使用之審酌因素—最高法院九十六年度臺上字第三六八五號刑事判決評析」，月旦法學188期，頁185，2011年1月。

(Implied Consent) 授權的範圍<sup>3</sup>。

## 二、法規同意說

此說認為著作權法最終目的是在促進公共利益，因此法律在賦予著作權人權利同時就要求權利人在一定限度內必須同意他人使用<sup>4</sup>。

## 三、慣例說

此說認為合理使用是基於過去以來相沿成習之慣例，容許使用人就特定項目得使用著作<sup>5</sup>。

## 四、對價理論 (Quid Pro Quo)

此說認為著作權是政府基於公共利益所創設之財產權，國家給予權利同時也要求著作權人提供對價，合理使用本質上就是著作權人為了換取權利保護所拋棄之對價<sup>6</sup>。

## 五、市場失靈理論 (Market Failure)

此說認為給予創作者著作權保障的理論基礎在於避免市場失靈導致無法鼓勵創作者進行創作，但是當給予創作者保障而造成使用者產生市場障礙 (Market Barrier) 時，就要透過合理使用來調整財產權歸屬狀況。也就是當著作權人對於著作物之利用價值小於使用者所可能產生之價值時，就會發生市場失靈狀況，此時如果使用者的使用模式對社會是利多於弊，而且允許合理使用不會對創作者之創作誘因產生阻礙，就應容許合理使用之空間<sup>7</sup>。

上述五種理論均受到不少批評<sup>8</sup>，本文不去論述各說的優劣，但從以上幾說的主張基礎大概可以歸納出，如果對合理使用之理論基礎是採取默示同意說、法規

<sup>3</sup> 闕光威，「對著作權保護範圍擴張的因應－合理使用實務與理論基礎之研究」，政大智慧財產評論 5 卷 2 期，頁 69，2007 年 10 月。

<sup>4</sup> 同前註 3，頁 70。

<sup>5</sup> 同前註 4。

<sup>6</sup> 同前註 4。

<sup>7</sup> Wendy J. Gordon, Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and Its Predecessors, 82 COLUM. L. REV. 1600, 1614-1616.

<sup>8</sup> 闕光威，「對著作權保護範圍擴張的因應－合理使用實務與理論基礎之研究」，政大智慧財產評論 5 卷 2 期，頁 69-76，2007 年 10 月。

同意說、慣例說或對價理論說者，其對於合理使用的法律性質大概會認為是著作權本身權利範圍的限制或者是使用者權利，而採取市場失靈理論者則會認為合理使用的法律性質是使用者（被告）的合法使用抗辯。

## 參、合理使用之法律性質

我國的立法例承認著作的合理使用不構成著作財產權之侵害<sup>9</sup>，但其如何不構成著作權的侵害？則有下列不同之說法：

### 一、著作權利限制說

此說將合理使用視為對著作財產權之限制，認為每個人的著作嚴格來說，都不是他的獨創，或多或少都受前人或他人著作之啟示或影響，為了保障著作人或藝術家的創造力，以促進學術及藝術之發展，固然必須對著作人加以保護，但在另一方面，也不須過份保護，以免阻礙學術交流與知識的利用，所以各國之法律，基於社會公益之理由，一方面對著作人在著作上個人之利用賦予保障，另一方面承認著作在一定範圍內得供人在一定之情形下自由利用<sup>10</sup>，對著作權設以限制，以謀社會公益與著作權人私益的調和，其中合理使用乃是對著作權人權利最重要且最廣泛之限制<sup>11</sup>。

### 二、使用者權利（right）說

採此說者認為合理使用係源自我國憲法第11條之權利，其情形正如同著作財產權人之權利應受我國憲法第15條之保護一般，均屬人民之基本權利，至於基本權利行使之衝突應如何妥協與退讓，則應依基本權衝突之處理方式，參照著作權法第1條及合理使用相關條文，以利益權衡原則作最佳之判斷，合理使用應非僅只單純之抗辯，而係具有權利之屬性，但其本質係屬消極之權利，得為確認之訴之標的，但不得為給付之請求。如此應較能在著作財產權人保護與利用人之權益

<sup>9</sup> 蕭雄淋，「著作權法第65條之修法芻議」，智慧財產權月刊143期，頁12-16，2010年11月。

<sup>10</sup> 蕭雄淋，「著作權法論」，五南圖書出版公司，頁143，2010年。

<sup>11</sup> 楊崇森，「著作權之保護」，101頁，正中書局，1991年；謝銘洋，「智慧財產權法」，頁241，元照出版公司，2008年。



間獲得平衡<sup>12</sup>。因此只要是合理使用，就是合法的權利行使行為，蓋著作權法是為了平衡著作人權利、出版商權利及使用人權利，如果否定使用者的權利將會導致少數人謀取經濟利益、控制社會公眾，著作權法要平衡公共利益，必須包容兩種時常衝突之私人權利，亦即創作者向公眾傳播其作品之經濟利益回報權與使用者因利用著作權而提高知識水平的學習權利<sup>13</sup>。

### 三、使用者抗辯特權（Privilege）說

此說認為合理使用是著作權法所賦予利用人得自由利用別人受著作財產權保護著作的一種抗辯特權，這種特權與一般權利不同，不能轉讓，也不能以契約剝奪，基於契約自由原則，對於此種特權，以契約約定不得行使仍然有效，但違約而行使合理使用之特權者，仍不會構成著作財產權之侵害，僅是契約之違反而已，著作權人僅能以違反約定請求救濟，不能要求司法機關以刑罰處罰<sup>14</sup>。也就是使用人不需要經過著作權人的同意，就可以合理使用方式使用該著作之特權，這不是使用者的法定權利，而是一種特別的抗辯權<sup>15</sup>。美國聯邦法院普遍認為合理使用乃是使用者之抗辯特權（Privilege），而非一種權利（Right）<sup>16</sup>。

### 四、侵權行為阻卻事由說

認為未經他人同意或授權的著作利用行為，本質上為一不法行為、侵權行為，只是因為著作權法第44條至第65條特別明定阻卻侵權行為之事由，而不會構成侵權行為而已，此自著作權法第65條第1項明定，著作權之合理使用是不構成著作財產權之侵害，亦可得知本法是採取侵權行為阻卻說<sup>17</sup>。

<sup>12</sup> 羅明通，「著作權法論Ⅱ」，頁157，台英國際法律事務所，2009年第7版；簡啟煜，「著作權法案例解析」，頁246，元照出版公司，2009年。

<sup>13</sup> L. Ray Patterson & Stanley W. Lindberg, *The Nature of Copyright: A Law of User's Right*, 1991, P. 2-4.193-207. 轉引自羅明通，前揭書，頁150-151。

<sup>14</sup> 章忠信，「著作權法逐條釋義」，頁171-172，五南圖書出版公司，2007年。

<sup>15</sup> 台灣台北地方法院92年度北小字第2558號判決稱：「另按著作權法第四十四條至第六十五條關於合理使用著作之規定，係指著作權人以外之人，對於著作權人依法享有之專有權利，縱使未經著作權人同意或授權，對於著作權之合理使用，『並非權利，而是許可』（not a right, but a privilege），乃是著作權人對於利用人之行為提出侵害訴訟後，利用人據此主張其利用行為，係對於著作權之合理使用，擬藉此免除其構成侵害著作權責任的一種訴訟上防禦方法……」等語，也是採取此說看法。

<sup>16</sup> 羅明通，「著作權法論Ⅱ」，頁150，台英國際法律事務所，2009年第7版。

<sup>17</sup> 簡啟煜，「著作權法案例解析」，頁245，元照出版公司，2009年。

實務上對於合理使用之法律性質為何？也有不同看法，智慧財產權法院98年度民著訴字第2號民事判決認為「……按合理使用之法律性質，有權利限制說、侵權阻卻說及使用者權利說。從學理上觀之，合理使用雖為著作權法所承認之著作權限制，然從權利發生之基礎、合理使用之外在表徵、內在意涵及權利實現等面向，均無法認定合理使用之保護強度到達「權利」之程度，是以合理使用僅屬著作權法上所賦予之一般法律利益。另從法律的經濟分析及法院判決實務之實證角度觀之，採使用權利說之相關成本較高，故以侵權阻卻說為宜。從而，對於合理使用給予「利益式保護」即為已足，並無承認「合理使用權利」之必要……」。明白採取侵權阻卻說，而台灣台北地方法院92年度北小字第2558號判決<sup>18</sup>認為著作權之合理使用並非權利而是許可（Not a Right but a Privilege）則是採取使用者抗辯特權說。另外台灣高等法院83年度上更字（一）字第788號刑事判決認為「……依我國憲法第12條規定，人民有言論及出版之自由，惟若著作權法所保護之著作過於浮濫，不但將使人民於從事出版活動時困難重重，影響所及，亦將妨害人民資訊取得之便利，故著作人所創作之作品固須加以保護，但仍需有一定之限度，以調和社會公共利益及保障一般人民之言論、出版自由等基本權利。是以著作權法第52條明文規定：「為報導、評論、教學、研究或其他正當目的之必要，在合理範圍內，得引用已公開發表之著作。」此為對已取得著作權之著作，合理使用型態之一……」，其從憲法基本權之保障來論述合理使用，應係採取使用者權利說。

本文認為合理使用的性質依美國著作權法第107條之標題是使用「Limitation on Exclusive Rights: Fair Use」，可見該國合理使用條款是用於限制具著作獨占權，而我國著作權法對於合理使用的性質，在第4節第4款的標題也是使用「著作財產權之限制」，學者也認為我國有關合理使用的相關規定是沿襲自美國著作權法<sup>19</sup>，另81年6月10日修正公布之舊著作權法第65條之立法理由也明示「本法係參考美國著作權法第107條之立法例增訂之<sup>20</sup>。」，因此就

<sup>18</sup> 見註16。

<sup>19</sup> 學者蕭雄淋認為我國著作權法第65條相當於美國著作權法第107條，而第44條至第63條相當於美國著作權法第108條至第122條，見蕭雄淋，「著作權法第65條之修法芻議」，智慧財產權月刊143期，頁12，2010年11月。

<sup>20</sup> 立法院秘書處編，「著作權法修正案（上）」，頁68，立法院秘書處，1993年。

立法體例觀之，在我國將合理使用的性質認為是對著作財產權利的限制，應該是比較符合立法意旨的解釋<sup>21</sup>。

## 肆、合理使用在民、刑事訴訟上應用之法律效果

合理使用之法律效果依我國著作權法第65條第1項之規定，是不構成著作財產權之侵害，但是在訴訟實務上如何闡釋不構成不同著作權之侵害，則有兩種不同的說法。

### 一、阻卻違法說

此說認為合理使用是著作權侵害之阻卻違法事由，此說觀點先假定合理使用係侵權行為，乃因法律之規定，方使之阻卻違法，而不以侵害著作權論處，亦即認為合理使用之本質乃是侵權行為，但因基於國家公益的考量，不得不對著作權加以限制，但所限制者，僅是從實質違法之觀點，予以阻卻違法，並不能阻卻該行為的侵害性<sup>22</sup>。

### 二、阻卻構成要件說

此說認為各國的著作權法一方面賦予著作權人許多財產性質的權利，以保障著作人的權益，另一方面也兼顧社會大眾的利益，而對著作人的權利加以適當限制，允許他人得於一定的範圍使用該著作，而不需先經著作權人的同意，我國著作權法第44條至第65條即屬此種權利限制性規定，既然是稱限制，則在受限制的部分即為著作財產權效力所不及，此部分已經不屬於著作權人權利範圍，一旦他人對著作權的利用符合法律所規定的限制範圍，當然不構成著作權之侵害，而非

<sup>21</sup> 不過亦有學者認為以上之四種學說於理論或實務上適用時並非不能併存，因為自著作財產權人之觀點，無論是侵權阻卻說或使用權權利說，均是對於著作財產權人權利之限制，而就立法體例言，我國著作權法第四節第四款之標題稱：「著作財產權之限制」，並無妨於阻卻違法說、使用者特權或使用權權利說之採認。再者，自一般利用人之角度言，如認合理使用係一種權利，則其權利應係源自憲法第11條……倘如承認合理使用係屬源自憲法第11條之權利，此權利亦係對於著作財產權人權利之限制…是以承認合理使用係對於著作財產權人權利之限制，亦無妨於承認合理使用具有權利屬性之本質，見羅明通，「著作權法論II」，頁151-152，台英國際法律事務所，2009年第7版。

<sup>22</sup> 張靜，「著作權法評析」，頁241，水牛出版社，1983年。

只是具有阻卻違法的效力<sup>23</sup>。

上述兩種說法實務上均有判決採取，例如台灣高等法院83年度上更（一）字第788號刑事判決認為「……依我國憲法第11條規定，人民有言論及出版之自由，惟若著作權法所保護之著作過於浮濫，不但將使人民於從事出版活動時困難重重，影響所及，亦將妨害人民資訊取得之便利，故著作人所創作之作品固須加以保護，但仍需有一定之限度，以調和社會公共利益及保障一般人民之言論、出版自由等基本權利。是以著作權法第52條明文規定：「為報導、評論、教學、研究或其他正當目的之必要，在合理範圍內，得引用已公開發表之著作。」此為對已取得著作權之著作，合理使用型態之一，而認為阻卻違法……」等語，以及智慧財產法院98年度民著上字第5號民事判決認為：「……合理使用為著作權法所承認之著作權限制，係屬著作權法上所賦予之一般法律利益，被訴侵權之利用著作之人得於訴訟審理中為合理使用之抗辯，若符合合理使用之要件，則能免除侵害著作權之責任，具有阻卻違法事由之性質。合理使用之法律性質，有權利限制說、侵權阻卻說及使用者權利說。從學理上觀之，合理使用雖為著作權法所承認之著作權限制，然從權利發生之基礎、合理使用之外在表徵、內在意涵及權利實現等面向，均無法認定合理使用之保護強度到達「權利」之程度，是以合理使用僅屬著作權法上所賦予之一般法律利益。另從法律的經濟分析及法院判決實務之實證角度觀之，採使用權利說之相關成本較高，故以侵權阻卻說為宜。從而，對於合理使用給予『利益式保護』即為已足，並無承認『合理使用權利』之必要。準此，被訴侵權之利用著作之人得於訴訟審理中為合理使用之抗辯，若符合合理使用之要件，則能免除侵害著作權之責任，具有阻卻違法事由之性質……」，均是採取阻卻違法說。

反之，智慧財產法院98年度刑智上訴字第41號刑事判決認為「……被告二人使用『天頂的星』音樂著作之行為，既係在於編纂教科書，且此等教科書於編纂完成後尚須經教育行政機關審定，足證被告二人使用『天頂的星』之行為，係屬上揭所指之合理使用範疇，縱未獲得告訴人之同意，仍無違反著作權法第91條第2項之規定。復被告二人於編輯教科書前，並不知悉『天頂的星』詞曲係告訴人之音樂著作，而無主觀上之故意，另其一被告未參與音樂教科書之編輯，且被告

<sup>23</sup> 謝銘洋，「智慧財產權法」，頁241，元照出版公司，2008年。



二人行為亦符合著作權法合理使用之範疇，是被告二人自無構成著作權法第93條第1項第3款、第96條之犯罪……」，以及同院98年度民著訴字第15號民事判決認為：「……被告在上開部落格網頁上使用原告系爭攝影著作係屬合理使用，尚不違反上開著作權法規定，原告依民法第84條第1項前段及著作權法第88條第1項、第85條等規定，請求被告給付10萬元及利息，為無理由，應予駁回。……」，則均係採取阻卻構成要件說。另外最高法院99年度台上字第2109號民事判決認為「……末查上訴人無從證明其講授內容有語言著作，已如前述，遑論系爭報告重製其語言著作，又縱認上訴人授課內容有語言著作權，惟被上訴人係利用上訴人之授課作為學習評量之用，並未加以散布或營利，依著作權法第51條規定，亦屬合理使用，仍不構成著作財產權之侵害。上訴人既未能舉證證明被上訴人重製其語言及文字著作，其主張被上訴人侵害其著作人格權及著作財產權，洵屬無據……」，以其論斷之方式，似乎也是採取阻卻構成要件說。

本文認為要採取何種法律效果之見解，應與前述合理使用之法律性質為何息息相關，如果採著作權利限制說或使用者權利說立論者，基本上就會把合理使用部分認為不屬於著作權人之權利範圍，而具有阻卻構成要件之效果；反之如果是採取使用者特權說或侵權行為阻卻事由說立論者，其基本上認為未經他人同意或授權的著作利用行為，本質上為一不法行為、侵權行為，只是因為著作權法第44條至第65條特別賦予使用人抗辯之特權或利益，因而阻卻構成侵權行為之違法效果。

本文對於合理使用之法律性質係採取著作權利限制說，已如前述，另外從法條的用語及結構來看，第65條第1項是規定「著作之合理使用不構成著作財產權之侵害」，依民事侵權行為的角度來看，侵權行為，須以故意或過失不法侵害他人權利為構成要件<sup>24</sup>，而著作權法第88條第1項亦規定，因故意或過失不法侵害他人之著作財產權或製版權者，負損害賠償責任，合理使用既然是不構成著作財產權之侵害，當然就是侵權行為構成要件不該當，也就是阻卻構成要件。如果是阻卻違法，其法律用語應為「不負損害賠償責任」，例如民法第149條係針對正當防衛阻卻違法事由之規定，其用語為「對於現時不法之侵害，為

<sup>24</sup> 最高法院 17 年上字第 35 判例。

防衛自己或他人之權利所為之行為，不負損害賠償之責。」，同法第150條對緊急避難規定「因避免自己或他人生命、身體、自由或財產上急迫之危險所為之行為，不負損害賠償之責。」，而著作權法有關網路服務提供者若具有著作權法第90條之4至第90條之11所規定之阻卻違法免責事由，其法律效果及用語亦是用「不負賠償責任」<sup>25</sup>，因此如果要正確適用法條，應該是以阻卻構成要件說比較符合法律規定用語。

另外從刑事的角度來觀察亦同，依著作權法第91條、第91條之1及92條等有違反著作權法之犯罪行為規定，均將「侵害他人之著作財產權」當成是構成要件之一<sup>26</sup>，而第65第1項既然規定「著作之合理使用不構成著作財產權之侵害」，顯然是將合理使用當成是阻卻構成要件事由，進而排除第91條、第91條之1及92條之適用，這與刑法第21條至第24條針對正當防衛等阻卻違法事由，其法律效果是用「不罰」之用語顯有不同<sup>27</sup>。因此不論從民事或刑事加以分析，就合理使用在訴訟上之法律效果，應該是以阻卻構成要件較為正確。

## 伍、法院職權調查合理使用存否之義務

在訴訟上如果原告已經證實被告接觸著作權人之著作，並且實質近似，經認定被告重製著作權人之著作，但被告卻未為著作權法第65條第2項之合理使用抗辯，此時法院是否有義務依職權調查被告之利用行為是否構成合理使用？針對此

<sup>25</sup> 例如著作權法第90條之5：「有下列情形者，連線服務提供者對其使用者侵害他人著作權或製版權之行為，不負賠償責任：一、所傳輸資訊，係由使用者所發動或請求。二、資訊傳輸、發送、連結或儲存，係經由自動化技術予以執行，且連線服務提供者未就傳輸之資訊為任何篩選或修改。」；第90條之6：「有下列情形者，快速存取服務提供者對其使用者侵害他人著作權或製版權之行為，不負賠償責任：一、未改變存取之資訊。二、於資訊提供者就該自動存取之原始資訊為修改、刪除或阻斷時，透過自動化技術為相同之處理。三、經著作權人或製版權人通知其使用者涉有侵權行為後，立即移除或使他人無法進入該涉有侵權之內容或相關資訊。」。

<sup>26</sup> 例如著作權法第91條規定：「擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權者，處三年以下有期徒刑、拘役，或科或併科新臺幣七十五萬元以下罰金。意圖銷售或出租而擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣二十萬元以上二百萬元以下罰金。以重製於光碟之方法犯前項之罪者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣五十萬元以上五百萬元以下罰金。著作僅供個人參考或合理使用者，不構成著作權侵害。」。

<sup>27</sup> 例如刑法第23條第1項規定：「對於現在不法之侵害，而出於防衛自己或他人權利之行為，不罰。」、第24條第1項規定：「因避免自己或他人生命、身體、自由、財產之緊急危險而出於不得已之行為，不罰。」。

一問題實務界容有不同之看法<sup>28</sup>：

## 一、肯定說

採肯定說者因為其立論基礎不同而分成下列二說：

### （一）甲說：

此說認為在社會日常生活中，有些行為雖具有構成要件該當性，但在特定條件下，此種原應處罰之行為，不但是社會或法律所允許，而且亦是社會共同生活所必需，此等構成要件該當行為，就刑法之判斷而言，即因不具違法性，而不構成犯罪。因此，關於著作之合理使用，乃係使原本侵權之利用他人著作行為，因為合理使用之價值判斷，認利用行為與法規範相符，使之阻卻違法，使得該利用他人著作行為不具違法性，而不構成犯罪。是當行為人重製他人之著作，而該當重製之不法構成要件時，是否成立犯罪，即須進而為阻卻違法性之判斷，如符合合理使用，即為法律所允許之行為，即應為無罪之諭知，反之，即不能排除行為之違法性，如具罪責性即應構成犯罪。是合理使用成立與否與犯罪成立與否之評價有關，自不待被告抗辯，法院即應依職權調查。

### 乙說：

此說認為從著作權法第91條第4項明定「著作僅供個人參考或合理使用，不構成著作權之侵害」，顯見著作財產權之合理使用，性質上屬於對著作財產權之限制，亦為著作財產權之效力所不及之處；參以同條第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」，足見是否構成合理使用，性質上應為阻卻構成要件該當之事由而非阻卻違法之事由，而刑罰之構成要件該當與否，依法本為法院應依職權調查之事項，不因被告有無提出抗辯而異，故法院對此應依職權調查。

---

<sup>28</sup> 智慧財產權法院，「司法院99年度智慧財產法律座談會彙編」，頁10-12頁，100年。

## 二、否定說

此說認為合理使用之性質係利用人之特權或權利，且合理使用之判斷其中關於「利用之目的及性質」部分，有時尚待利用人積極地主張或舉證，是 Utilizer 如不主張其合理使用之權利，法院自不得主動調查 Utilizer 所未主張之權利，以合理分配司法資源。又構成要件該當即具形式違法性，如有阻卻違法事由之抗辯事項，應由當事人提出，法院無需依職權調查。

## 三、折衷說

此說認為合理使用成立與否，影響被告之權益甚鉅，如依卷內資料足認有成立合理使用之可能，法院不待被告之抗辯，即應依職權加以調查，反之則否，亦即以訴訟資料是否顯現有成立合理使用之可能來分別判定法院有無調查之義務。

上開各說之立論基礎似乎與合理使用之法律性質息息相關，如果認為合理使用之法律效果是阻卻構成要件，那對於被告之行為是否構成侵害著作權犯罪之構成要件，法院當然要依職權調查，但如果認為合理使用之法律效果是阻卻違法，此時則產生不同看法，肯定說之甲說認為符合合理使用阻卻違法，即為法律所允許之行為，應為無罪之諭知，是合理使用成立與否與犯罪成立與否之評價有關，不待被告抗辯，法院即應依職權調查。反之，否定說卻認為如有阻卻違法事由之抗辯事項，應由當事人提出，法院無需依職權調查。而此一爭議經司法院99年度智慧財產法律座談會研討結果，多數與會法官是採取否定說，認為如果 Utilizer 被告不主張其有合理使用之權利，法院沒有依職權調查之義務。

然而依據最高法院100年度第4次刑事庭會議決議，依刑事訴訟法第163條之規定，法院原則上不主動調查證據，僅於下列情形，始有調查證據之義務：（一）當事人、代理人、辯護人或輔佐人聲請調查而客觀上認為有必要。（二）第163條第2項但書規定應依職權調查之證據。所謂第163條第2項但書規定應依職權調查之證據係指「於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項」，其中「公平正義之維護」係專指利益被告而攸關公平正義者而言，亦有最高法院



101年度第2次刑事庭會議決議（二）可資參酌<sup>29</sup>。而法院於依職權調查證據前，經依刑事訴訟法第163條第3項之規定，踐行令當事人陳述意見之結果，倘遇檢察官或被告對有利之證據，陳述放棄調查，而法院竟不予調查，逕行判決者，如是屬於法院「應」依職權調查之證據，而有補充介入調查之義務時，法院這項調查義務，並不會因檢察官、被告或其他訴訟關係人陳述不予調查之意見而得豁免<sup>30</sup>，因而如果法院未踐行調查程序就逕予判決，其判決仍有刑事訴訟法第379條第10款所規定法院應於審判期日調查之證據未予調查之違法。

基於最高法院上開見解，事實上只要是對被告利益有重大關係的事項，被告縱使未提出抗辯，甚至已經在訴訟上陳述放棄聲請調查，法院都有依職權加以調查之義務，否則判決就有「應於審判期日調查之證據未予調查」之違法，因此不論合理使用是屬於阻卻構成要件事項或是阻卻違法事項，都是屬於跟被告利益有重大關係的事項，法院都要依職權加以調查，不能因為被未提出抗辯，就免除此項調查義務。

<sup>29</sup> 最高法院 101 年度第 2 次刑事庭會議決議（二）「第 163 條第 2 項前段所稱「法院得依職權調查證據」，係指法院於當事人主導之證據調查完畢後，認為事實未臻明白仍有待澄清，尤其在被告未獲實質辯護時（如無辯護人或辯護人未盡職責），得斟酌具體個案之情形，無待聲請，主動依職權調查之謂。但書所指「公平正義之維護」，專指利益被告而攸關公平正義者而言。至案內存在形式上不利於被告之證據，檢察官未聲請調查，然如不調查顯有影響判決結果之虞，且有調查之可能者，法院得依刑事訴訟法第 273 條第 1 項第 5 款之規定，曉諭檢察官為證據調查之聲請，並藉由告訴人、被害人等之委任律師閱卷權、在場權、陳述意見權等各保障規定，強化檢察官之控訴功能，法院並須確實依據卷內查得之各項直接、間接證據資料，本於經驗法則、論理法則而為正確判斷。因此，非但未減損被害人權益，亦顧及被告利益，於訴訟照料及澄清義務，兼容並具。」

<sup>30</sup> 最高法院 101 年度第 2 次刑事庭會議（三）「法院於依職權調查證據前，經依本法第 163 條第 3 項之規定，踐行令當事人陳述意見之結果，倘遇檢察官或被告對有利之證據，陳述放棄調查，而法院竟不予調查，逕行判決者，如其係法院「應」依職權調查之證據，而有補充介入調查之義務時，此項義務，並不因檢察官、被告或其他訴訟關係人陳述不予調查之意見，而得豁免不予調查之違誤。惟於法院「得」依職權調查證據之情形，法院既得參酌個案，而有決定是否補充介入調查之裁量空間，自不得徒以法院參照檢察官、被告或其他訴訟關係人之查證意見後，不予調查，遽指即有應調查而不予調查之違法。」

## 陸、著作權法第44條至第63條合理使用規定與第65條第2項之關係

### 一、著作權法第65條第2項之適用解釋

依第65條第2項當時之立法理由，我國第65條第2項有關合理使用的規定，是承襲自美國著作權法第107條的規定，主要是因為舊法有關著作財產權之限制（學理上所泛稱之合理使用）僅限於第44條至第63條規定之範圍，而第65條係為審酌著作之利用是否合於第44條至第63條規定所訂定之判斷標準。然由於著作利用之態樣日趨複雜，舊法第44條至第63條規定之合理使用範圍已顯僵化，無足適應實際上之需要，為擴大合理使用之範圍，方將本條修正為概括性之規定，亦即利用之態樣，即使未符第44條至第63條規定，但如其利用之程度與第44條至第63條規定情形相類似或甚而更低，而以第65條第2項所定標準審酌亦屬合理者，則仍屬合理使用。

我國第65條有關合理使用的規定，雖是承襲自美國著作權法第107條的規定，但是我國著作權法第65條第2項與第44條至第63條間的關係，顯然與美國法不同，美國著作權法將第107條的合理使用（Fair Use）與第108條至第122條之法定例外（Statutory Exemption）明白區分，第107條的合理利用是針對所有不同著作及所有利用著作的行為態樣所為之概括規定，利用人於利用著作時，只要法院於審酌相關判斷基準後，認為利用人之利用行為是合理、公平，即得適用該條規定，而法定例外情形是基於立法政策，對於特定著作之特定利用型態所設計之免責規定，針對合理使用判斷法院有相當大的裁量權，但是否符合法定例外，其構成要件相當明確，法院必須遵守其法定要件，不能加以裁量<sup>31</sup>。

我國著作權法第65條第2項將第44條至第63條所規定之利用情形，亦規定要再適用合理使用的四項判斷標準加以檢驗，另外在第44條以下有許多條文均規定「在合理範圍」得以一定的方式利用他人著作，在判斷上均包含合理使用因素的考慮，賦予法院裁量權，此種立法例不但與美國著作權法之立法型態不同，亦與德國立法例不同<sup>32</sup>，有學者認為我國的立法模式是將美國立法例與德日立法例融

<sup>31</sup> 黃怡騰，「著作權法上合理使用之研究」，國立政治大學法律研究所博士論文，頁96-97，85年7月。

<sup>32</sup> 謝銘洋，「智慧財產權法」，頁242，元照出版公司，2008年。

合<sup>33</sup>，而此項立法模式也飽受學者批評，認為此種立法模式不但世上僅有，而且理論矛盾，適用結果會造成是否符合第44條至第63條著作權限制條款之判斷充滿不確定性，法院的判決也不具可預測性，認為有加以修法的必要<sup>34</sup>。

從文義解釋看來，著作權法第65條第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，以為判斷之基準：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。」，法院在適用第44條至第63條條文時應再審酌著作利用之目的及性質、著作之性質、所利用之質量及其在整個著作所占之比例、利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響等一切狀況，但在實務操作上，法院在論斷是否符合第44條至第63條條文外，不一定會再論述是否符合第65條所列之判斷基準。例如智慧財產法院98年刑智上訴字第41號刑事判決認為：「……為編製依法令應經教育行政機關審定之教科用書，或教育行政機關編製教科用書者，在合理範圍內，得重製、改作或編輯他人已公開發表之著作。著作權法第47條第1項定有明文。被告二人使用「天頂的星」音樂著作之行為，既係在於編纂教科書，且此等教科書於編纂完成後尚須經教育行政機關審定，足證被告二人使用「天頂的星」之行為，係屬上揭所指之合理使用範疇，縱未獲得告訴人之同意，仍無違反著作權法第91條第2項之規定。復被告二人於編輯教科書前，並不知悉「天頂的星」詞曲係告訴人之音樂著作，而無主觀上之故意，另其一被告未參與音樂教科書之編輯，且被告二人行為亦符合著作權法合理使用之範疇，是被告二人自無構成著作權法第93條第1項第3款、第96條之犯罪。從而，上訴人指摘原判決不當，核無理由，應予駁回。」，就認為只要被告之行為符合著作權法第47條第1項之構成要件即構成合理使用，不再論述是否符合第65條之判斷基準。

反之智慧財產法院98年民著上字第5號民事判決卻認為「依法設立之各級學校及其擔任教學之人，為學校授課需要，在合理範圍內，得重製他人已公開發表

<sup>33</sup> 許忠信，「論著作財產權合理使用之審酌因素—最高法院九十六年度臺上字第三六八五號刑事判決評析」，月旦法學188期，頁195，2011年1月。

<sup>34</sup> 蕭雄淋，「著作權法第65條之修法芻議」，智慧財產權月刊143期，頁11-12，2010年11月。

之著作，著作權法第46條第1項定有明文。又著作之合理使用，不構成著作財產權之侵害，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，以為判斷之基準：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，同法第65條第1項、第2項亦有明文。經查，被上訴人為學校授課需要，所重製上訴人已於「昆蟲入門」、「昆蟲圖鑑」2書中公開發表之系爭攝影及語文著作，係於合理範圍內，合於著作權法第46條第1項之規定，屬於合理使用，阻卻對於上訴人著作權侵害之不法，而不構成侵害上訴人之著作財產權。」，似乎又認為縱使被告之行為符合著作權法第46條第1項之構成要件，仍要用再論述第65條之判斷基準方能構成合理使用。

不過最高法院在83年度台上字第5206號刑事判決中提到「……按為報導、評論、教學、研究或其他正當目的之必要，在合理範圍內，得引用已公開發表之著作，因為著作權法第52條所規定，惟著作之利用是否屬於合理利用之範圍，依同法第65條規定：應審酌一切情狀，尤應注意（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佔之比例（四）利用結果對著作權人潛在市場與現在價值之影響。本件被告○○○係以文字報導國家安全局長○○○請辭獲准後，其繼任人選經李總統核定由國安局副局長○○○繼任之新聞及專欄，而翻拍重製上訴人所拍攝之○○○照片之攝影著作加以刊載，查中央日報為公開發行銷售之報紙，其於語文著作（新聞報導）中刊載他人之攝影著作，是否屬於合理利用之範圍，原判決並未依著作權法第65條所列之情形，詳加剖析論述，其判決理由亦嫌未備……」等語，則顯然認為縱使符合著作權法第52條所規定之要件，還是要再審酌第65條所列之一切情狀及四項判斷基準。



為了解決第65條第2項之適用疑義，學者提出以下三種修正模式<sup>35</sup>：

### （一）「合理範圍」修正模式：

將第65條第2項之適用範圍限縮於第44條至第63條條文中有「合理範圍」文字者，亦即限於第44條、第45條、第46條、第47條、第50條、第51條及第52條之情形，方要審酌是否符合第65條第2項所規定之判斷基準<sup>36</sup>。

### （二）獨立說修正模式：

亦即修正第65第2項之規定，將第65條第2項定位成獨立之合理使用規定，不作為第44條至第63條之判斷標準，而直接規定「著作之利用是否合於合理使用之情形，應審酌一切情狀，尤應注意下列事項，以為判斷之基準：一、利用之目的及性質，包括係為商業目的或非營利教育目的。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。」。

### （三）依性質適用說之修正模式：

認為第44條至第63條應視其性質，僅一些規定彈性較大者例如第51條、第52條方須審酌是否符合第65條第2項所規定之判斷基準，其餘規定則不用，至於第44條、第45條、第46條、第47條、第50條，其條文中雖提及要在「合理範圍內」，但只要將其文字做適當修正，自無須再適用第65條第2項規定。

上述三種修正模式，獨立說修正模式及依性質適用說之修正模式均涉及到修法，在未修法前顯然比較難以適用，因此在未修法前如何解釋及適用我國著作權法特殊規定方不會造成理論矛盾，而且可以提供法院實務運作之參考，其中應該以類似「合理範圍」之修正模式比較可行，亦即法院透過解釋之方式，限縮適用第65條第2項之範圍。

---

<sup>35</sup> 同前註34，頁17-19。

<sup>36</sup> 章忠信，「著作權法逐條釋義」，頁172，五南圖書出版公司，2007年。

在法學方法論上如何限縮適用第65條第2項之範圍？應以「目的性限縮解釋」較為妥適，如前所述，從著作權法第65條第2項規定之文義觀之，法院在適用第44條至第63條條文時應再審酌著作利用之目的及性質、著作之性質、所利用之質量及其在整個著作所占之比例、利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響等一切狀來判斷是否符合合理使用，然而此種規定文義顯然太寬，造成諸如第53條至第63條等顯然無法再適用第65條第2項之審酌基準的著作利用方式亦在適用範圍之內，如此之寬鬆的文義規定顯然違反法律之體系及法律規範目的，而形成所謂的「法律隱藏漏洞（Verdeckte Lücken）」，必須藉由目的性限縮解，創造出規範本身所欠缺的限制規定來加以填補此一漏洞<sup>37</sup>。至於要限縮哪些法條才有適用第65條第2項規定之餘地，必須一一檢視第44條至第63條條文規定，學者間對此也有不同之看法，例如採取前述之「合理範圍」修正模式者，則認為限於第44條、第45條、第46條、第47條、第50條、第51條及第52條有規定合理範圍」文字之情形，方要審酌是否符合第65條第2項所規定之判斷基準，但亦有學者認為除了上述有規定「合理範圍」文字之法條外，第48條第1款、第49條亦有適用第65條第2項之餘地<sup>38</sup>。本文認為除了第53條至第63條等顯然無法再適用第65條第2項之審酌基準外，在實際案例的判斷上，第48條第1款規定「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，於應閱覽人供個人研究之要求，得重製已公開發表著作之一部分，或期刊或已公開發表之研討會論文集之單篇著作，每人以一份為限」，其中涉及何謂「著作之一部分」容有質與量的判斷餘地<sup>39</sup>，而且在不可分的著作以及美術與攝影等著作，其如何判斷亦容有裁量空間，因此仍有適用第65條第2項判斷基準之空間。另外第49條規定：「以廣播、攝影、錄影、新聞紙、網路或其他方法為時事報導者，在報導之必要範圍內，得利用其報導過程中所接觸之著作。」，其中亦涉及到何謂「在報導之必要範圍內」的判斷，以之適用第65條第2項判斷基準亦無不妥。但是第44條規定「中央或地方機關，因立法或行政目的所需，認有必要將他人著作列為內部參考

<sup>37</sup> Karl Larenz 著，陳愛娥譯，「法學方法論」(Methodenlehre der Rechtswissenschaft)，頁286-287，五南圖書出版公司，85年。

<sup>38</sup> 許忠信，「論著作財產權合理使用之審酌因素—最高法院九十六年度臺上字第三六八五號刑事判決評析」，月旦法學188期，頁196，2011年1月；蕭雄淋，「著作權法第65條之修法芻議」，智慧財產權月刊143期，頁10-11，2010年11月。

<sup>39</sup> 日本學者認為所謂著作之一部份係指各個著作一半以下，見佐野文一郎、鈴木敏夫，「改訂新著作權法問答」，頁255，出版開發社，昭和54年。

資料時，在合理範圍內，得重製他人之著作。但依該著作之種類、用途及其重製物之數量、方法，有害於著作財產權人之利益者，不在此限。」其本文不但已將使用目的限定為「因立法或行政目的而列為內部參考資料所需」，而其但書亦規定「但依該著作之種類、用途及其重製物之數量、方法，有害於著作財產權人之利益者，不在此限。」，亦即將「合理範圍」之判斷基準明白規定必須依該著作之種類、用途及其重製物之數量、方法，綜合判斷後不能有害於著作財產權人之利益，而所謂「依該著作之種類、用途及其重製物之數量、方法，綜合判斷後不能有害於著作財產權人之利益」此些判斷要件基本上與第65條第2項所規定利用之目的及性質、著作之性質、所利用之質量及其在整個著作所占之比例、與利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響等相關判斷要件大同小異，此時如還要再適用第65條第2項所規定之各個要件再判斷一次，顯得疊床架屋，而無必要，同法第45條及第46條亦有相同之問題，因而本文亦認為，此三條規定亦無再適用第65條第2項的必要。因此本文認為第65條第2項之適用應做目的性限縮解釋，將其適用範圍限縮在第47條、第48條第1款、第49條、第50條、第51條及第52條所規定利用著作的判斷上。

## 二、著作權法第47條至第63條規定與第65條第2項之判斷標準

著作權法第65條第2項雖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，以為判斷之基準，然而法院在判斷著作之利用是否符合著作權法第47條至第63條規定與判斷是符合第65條第2項所規定之其他合理使用情形，其判斷基準是否相同？如果把兩者的判斷基準認為相同，那麼第47條至第63條之規定顯然會變成成為贅文，因為在操作上只要有第65條第2項之規定即足涵蓋所有合理使用之情形，無須特別規定第47條至第63條，因此在解釋運用上自應將兩者區別。

我國著作權法第44條至第63條的規定類似美國著作權法第108條至第122條之法定例外（Statutory Exemption）情形，而第65條第2項其他合理使用情形，則係承襲美國著作權法第107條之規定，因為法定例外情形是基於立法政策，對於特定著作之特定利用型態所設計之免責規定，是否符合法定例外，其構成要件相當

明確，法院必須遵守其法定要件，不能加以裁量，反之，法官在判斷是否符合美國著作權法第107條所規定之合理使用情形，則具有相當大的裁量權，兩者在法院之判斷審酌方式顯然不同<sup>40</sup>。基於相同的道理，法院在判斷是否符合我國著作權法第44條至第63條規定與判斷是符合第65條第2項所規定之其他合理使用情形時，其判斷標準自應加以區別。

承本文之前所提出之看法，第65條第2項之適用應做目的性限縮解釋，將其適用範圍限縮在第47條、第48條第1款、第49條、第50條、第51條及第52條所規定利用著作的判斷上，因此如果是屬於第44條、第45條、第46條、第48條第2、3款、第53條至第63條之合理使用情形，即無庸再依第65條第2項所規定之四個判斷基準加以評斷。至於屬於第47條、第48條第1款、第49條、第50條、第51條及第52條之利用情形，在判斷上是否還要用依第65條第2項所規定之四個判斷基準加以一一審酌，本文認為就利用之目的及性質此一判斷基準而言，在第47條、第48條第1款、第49條、第50條、第51條及第52條均已明文規定其使用目的及性質，因此在判斷是否屬於該條所規定的範疇時已經做過判斷，實在不需要再重複判斷。故僅需就著作之性質、所利用之質量及其在整個著作所占之比例以及利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響等三個判斷基準做判斷即可。而判斷的方式應該是以著作之性質、所利用之質量及其在整個著作所占之比例以及利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響等三個判斷基準來判斷各類型著作利用行為是否在「合理範圍內」（第47條、第51條、第52條）或「報導必要範圍內」（第49條）以及是否屬於「利用著作之一部分」（第48條第1款）。

而所謂「合理範圍」判斷在實務上要如何操作？也可能會產生疑問，究竟是要使用人來證明他的使用是在合理範圍內？還是由著作權人來證明使用行為已經逾越合理範圍？此涉及舉證責任之分配並且影響訴訟成敗甚鉅。如果單純從條文文義來看，應該是使用人要來證明他的使用是在合理範圍內，但是如果是從立法理由以及法律制度沿革來看，第44條至第47條、第48條第1款、第49條、第51條及第52條在立法理由中都提及，是參酌伯恩公約、西德著作權法、日本著作權法及韓國著作權法來制定，而如前所述學者也認為此些利用行為均屬於美國法之法

<sup>40</sup> 許忠信，「論著作財產權合理使用之審酌因素—最高法院九十六年度臺上字第三六八五號刑事判決評析」，月旦法學 188 期，頁 185-186，2011 年 1 月。



定例外（Statutory Exemption）情形，但不管是德國法、日本法或者美國法對於此些利用情形，均未外加合理範圍的限制<sup>41</sup>，我國立法例算是特例<sup>42</sup>，既然有關「合理範圍」、「必要範圍」等判斷是我國著作權法所額外加諸之限制，而且屬於立法特例，其在解釋運用上就應從嚴適用，以免不當限制利用人所得利用著作之範圍，因此本文認為法院對該等條文在民事訴訟上之適用方式應為，先由原告舉證證明利用人（被告）有接觸及實質侵害原告之著作後，由利用人（被告）舉證證明其利用行為是屬於第44條至第47條、第48條第1款、第49條、第51條及第52條所規定之利用型態，如果利用人（被告）舉證成立，這時應推定其利用行為是屬於「合理範圍」或「必要範圍」，舉證責任又會轉移到原告，唯有原告能舉證明被告之利用行為逾越「合理範圍」或「必要範圍」，方能排除被告適用該等法條規定，如此解釋運用方能符合立法意旨以及世界立法潮流。

## 柒、法院審酌著作權法第65條第2項四項判斷基準之義務

著作權法第65條第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，以為判斷之基準：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、利用結果對著作潛市場與現在價值之影響。」，而法院究竟有無義務就該法條所定的四個重要審查基準一一審查交代？沒有一一審酌的是否會具有判決理由不備之違法？對此問題，學者間有不同之看法？

### 一、肯定說

採肯定說者認為我國著作權法第65條第2項規定是承襲美國著作權法第107條之規定，而不論從文義解釋、歷史解釋或是美國法院於實際案例適用情形以及美國學者之見解，均一致認定法院於合理使用案件的判斷中第107條之性質非屬訓

<sup>41</sup> 同前註40，頁196。

<sup>42</sup> 美國著作權法官於合理使用規定在第107條，屬於著作權限制之一種，其並為將「合理範圍」加諸於所有條文，德國著作權法第44a條以下列舉對於著作權之限制，亦未將「合理範圍」加諸於所有條文，見謝銘洋，「智慧財產權法」，頁242註1，元照出版公司，2008年。

示規定，法院應就該四款基準逐一審酌，並綜合判斷，不能認為其中某一款或某幾款判斷基準特別重要，就只審酌該款或該幾款判斷基準，而棄其他判斷基準於不顧<sup>43</sup>，此外從著作權法第65條第2項之文義解釋，法條用語既然已經明定「……『應』審酌一切情狀，尤『應』注意下列事項以為判斷標準……」，那就表示法院有義務要逐一審酌所有四款法定合理使用判斷基準<sup>44</sup>。法院於判定是否合於著作之合理使用時，若未就該四項基準逐一審酌，即構成判決不適用法則或適用不當之判決違背法令。

## 二、否定說

採此說之學者認為著作權法第65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，以為判斷之基準。」，法院要審酌的是一切情狀，其所列舉之四項判斷基準僅是例示其中幾項情狀而已，法院於審酌具體案件之際，得就第65條第2項四項標準單一或合併考量，亦可審酌其他四種標準以外所列之因素以認定是否合於著作之合理使用<sup>45</sup>，法院並無義務要逐一審酌判斷，法院縱未就第65條第2項四項基準逐一論斷，亦不構成判決違背法令<sup>46</sup>。

針對此項爭執，最高法院之判決並無定見，例如最高法院93年度台上字第2176號判決意旨認為「……本院前次發回意旨已明確指出，著作之合理使用，不構成著作財產權之侵害；著作之利用是否合於著作權法第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，以為判斷之基準：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。為同法第65條第1項、第2項所明定。上訴人於原審具狀辯稱：其利用告訴人著作之行為，合乎上開法條所定之合理使用情形，不構成著作

<sup>43</sup> 嚴裕欽，「司法機關就著作權法合理使用四款法定判斷基準審查原則之探討」，智慧財產權月刊116期，頁88-89，2008年8月。

<sup>44</sup> 同前註43，96頁；章忠信，「著作權法逐條釋義」，頁172，五南圖書出版公司，2007年；謝銘洋，「智慧財產權法」，頁243，元照出版公司，2008年。

<sup>45</sup> 羅明通，「著作權法論II」，頁259，台英國際法律事務所，2009年第7版。

<sup>46</sup> 蔡惠如，「著作權之未來展望－論合理使用之價值創新」，頁43、86，元照出版公司，2007年；許忠信，「論著作財產權合理使用之審酌因素－最高法院九十六年度臺上字第三六八五號刑事判決評析」，月旦法學188期，頁199，2011年1月。

財產權之侵害等語。原判決理由欄乙、一之（五）僅說明上訴人之行為，依上開著作權法第65條第1項第1、4款之判斷基準，不屬合理使用之範圍，但依上開同條項第2、3款之判斷基準，是否合於合理使用之情形，原審並未調查、審認，致原有瑕疵依然存在，自有調查未盡及判決理由欠備之違誤……」，顯然是採取肯定說見解，其他諸如最高法院92年度台上字第4911判決、94年度台上字第7127號判決及96年度台上字第3685號判決也是持相同見解。

但是最高法院92年度台非字第99號判決認為「……原判決已敘明被告就甲、乙、丙書中，有關「辣子雞丁」等50種菜餚作法抄襲程度達百分之九十以上，其餘菜餚作法抄襲程度亦達百分之五十以上。其抄襲部分占原著作之比例甚高，其「不合理使用著作權」已達於可得確定之程度，原判決縱疏未闡敘被告有無合理使用著作權，仍無生影響於原判決之主旨，亦無適用法則不當或判決理由欠備之違誤……」，則是採取否定見解，其他最高法院92年度台上字第4934號判決、92年度台上字第3344號判決也是採否定見解，這些判決均未就原審判決沒有一一審酌第65條第2項四項標準而認其判決違法。

從上述最高法院的見解看來，近年來似乎有越來越多判決採取肯定說之趨勢，而司法院於98年所召開之智慧財產法律座談會，其研討結果多數與會法官也是採取肯定說。

本文則認為法院判決是否要一一論列第65條第2項所列之四項標準，應該將著作權法第44條至第63條所規定之合理使用與第65條第2項之其他合理使用情形加以區別，如果是屬於第44條至第63條所規定之合理使用，法院不需要一一論列第65條第2項所列之四項標準，其詳細理由已如前述。但是如果是要判斷是否屬於第65條第2項之其他合理使用情形，則法院就有必要就第65條第2項所列之四項標準一一論述後，加以綜合審酌判斷，因為第65條第2項之其他合理使用情形才是承襲美國著作權法第107條之規定，此一規定允許法院彈性創設合理使用之類型，而不受諸如第44條至第63條法律規範類型之限制，法院自然要衡量公共利益與私人財產權間之調和，逐一從利用之目的及性質、著作之性質、所利用之質量及其在整個著作所占之比例及利用結果對著作潛在市場與現在價值之

影響加以詳細論述，綜合審酌後作出是否准許被告為合理使用之認定<sup>47</sup>。而最高法院96年度台上字第3685號判決<sup>48</sup>將著作權法第44條至第63條所列舉之合理使用情形與第65條第2項所稱之「其他合理使用之情形」加以區分，認為對於其他合理使用之情形，有就第65條第2項所列四項標準逐一判斷之必要，似乎與本文採取相同見解。

## 捌、結論

不管國內外，所有研究著作權的學者均認為合理使用所涉及之問題十分複雜與困難，而法院之判決結果也難以預測，我想這是合理使用本身就是不確定的概念而賦予法院充分裁量權所使然，然而合理使用既然是要用來調和公共利益與私人利益，本身之概念就要與時俱進隨時變動，無法固定其構成要件，賦予法院裁量權也是必要之手段。

我國著作權合理使用之立法體例與世界各國相較顯得特殊，因此在適用上更要透過法官的解釋運用方能符合世界潮流。目前世界各國的立法例均普遍承認著作的合理使用不構成著作財產權之侵害，但其法律性質為何頗多爭論，本文認為從我國立法沿革及立法體例觀之，合理使用在我國的法律性質應該認為是對著作財產權利本身的限制，因此使用人合理使用之部分並不屬於著作人之財產權利範圍，而在民事侵權行為或刑事犯罪行為之判斷上具有阻卻構成要件之法律效果。合理使用既是阻卻構成要件事項，自與被告是否構成犯罪有關，在證據調查上是

<sup>47</sup> 至於如何判斷是屬於合使用，有學者認為四項判斷標準一樣重要，必須一一通過四項標準審核，只要一項無法通過，就應被認定不構成合理使用，見章忠信，「著作權法逐條釋義」，頁172，五南圖書出版公司，2007年。但亦有學者認為應就四個判斷標準綜合判斷之，見謝銘洋，「智慧財產權法」，頁243，元照出版公司，2008年見謝銘洋；羅明通，「著作權法論II」，頁260，台英國際法律事務所，2009年第7版。

<sup>48</sup> 最高法院96年度台上字第3685號判決：「……在著作權法87年1月31日修正前，行為人若無當時著作權法第44條至第63條所列舉之合理使用情形，事實審法院即無依該法第65條所列四項標準逐一判斷之必要；然在著作權法為前述修正後，即使行為人未能符合該法所例示之合理使用情形，行為人所為仍有可能符合修正後著作權法第65條第2項所列之判斷標準，而成為同條項所稱之「其他合理使用之情形」，得據以免除行為人侵害著作權責任。本件上訴人之行為雖發生於84年間，惟仍有87年1月21日修正後著作權法之適用。原判決並未就上訴人主張其行為合於修正後著作權法第65條第2項所稱之「其他合理使用之情形」，是否屬實？加以調查並載明其理由，遽為上訴人有罪之判決，自有職權調查未盡及理由不備之違法……」。



屬於「跟被告利益有重大關係的事項」，法院要依職權加以調查，不能因為被未提出抗辯，就免除此項調查義務。

至於法院在判決中是否要一一論列第65條第2項所列之四項標準，應該將著作權法第44條至第63條所規定之合理使用與第65條第2項之其他合理使用情形加以區別，如果是屬於第44條至第63條所規定之合理使用，依目的性限縮解釋，在第48條第2、3款、第53條至第63條之合理使用情形，無庸再依第65條第2項所規定之四個判斷基準加以評斷，因為構成要件相當明確，不需再做裁量判斷。而第44條、第45條及第46條，因為本文及但書已經就使用目的及合理範圍之判斷要件有所規定，其要件與第65條第2項之規定相同，亦無再重覆依第65條第2項加以評斷之必要。至於屬於第47條、第48條第1款、第49條、第50條、第51條及第52條之利用情形，因各條文均已明文規定其使用目的及性質，故僅需就著作之性質、所利用之質量及其在整個著作所占之比例以及利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響等三個判斷基準做「合理範圍」之判斷即可。但是如果是要判斷是否屬於第65條第2項之其他合理使用情形，則法院就有必要就第65條第2項所列之四項標準一一論述後，加以綜合審酌判斷，因為65條第2項之其他合理使用情形允許法院彈性創設合理使用之類型，而不受諸如第44條至第63條法律規範類型之限制，法院自然要衡量公共利益與私人財產權間之調和，逐一從利用之目的及性質、著作之性質、所利用之質量及其在整個著作所占之比例及利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響加以詳細論述後，經綜合審酌後作出是否准許被告為合理使用之認定。