

# 我國合理使用判斷基準之實證研究分析

An Empirical Study of Taiwan Courts' Opinions  
on Fair Use Four-Factor Test



指導教授：李治安博士  
研究生：蘇郁雅 撰  
中華民國一百零一年七月



Graduate Institute of Intellectual Property  
National Chengchi University

## 謝 辭

是時候要給這論文一個結局，以及給自己將近四分之一的人生小小交代了！總愛掠美赫拉巴爾的曾幾何時，或許在繕打隻字片語中，在喧囂中絕大多數的孤獨，從魚肚白寫到星光熠熠，就是一個 love story 的篇章吧！而那些好多個第一次的目光所向，就算曾有沒能準時離站的時刻，但至少未曾錯過。

一直嚷嚷的期待，終於在研究所的時候有了第一步的接觸，即便對應於實證研究或是法律經濟分析這樣的長途旅程，渺小如螻蛄一般，但回味過去的九個月，從標題的產出到敲下最後一個句點，這篇論文於我而言，是在智財所修業期間的小確幸之一！因著這小確幸而來的嘴角上揚與滿足微笑，和「出來混的，總有一天要還」的相信，想來應該可以和謝辭沾上一點邊，也讓自己沒有後路只用謝天帶過。

只差沒種在商院八樓的時光，從一開始的判決蒐集、尋找關鍵字，到無數次的編碼與測試，很多夜的不眠，畫過了無數次的白板。每每不眠後的靈光乍現，就容易伴隨過嗨與「乒乒蹦蹦」的躁動，還好有治安老師的指導，在最脫韁的時候，還能穩穩地照著進度與想法完成 n+1 版的論文，即便是多麼天馬行空的規劃，在和治安老師 meeting 完後就是能很明確的具象化；也很感謝治安老師邀請沈宗倫老師、林利芝老師及張永健老師點評論文撰寫過程中的盲點與統計方法選擇的問題，在 909 教室那如坐針氈的午前，口試後幾乎想將論文整本砍掉重練的那一個月，應該是稍微接近張永健老師口中「學習過程中如果沒有痛，其實根本就沒有成長」的路上了吧！

不管有沒有論文禮貌運動，「共感」，是在論文路上另一個很重要的助力與支持。那些和璇在 M624 寢卡關的夜晚，你聽我、我聽你的瓶頸，終於隨著搬遷，這些年的故事也要換頁了；幸好俊諺去年在美東，感謝剛好 11 小時的時差，解救了無數次找不著適合的統計方法而崩潰睡不著的黑眼圈；還好認識了新格，聽著他去年寫論文的故事，總是能在腦死的狀態憑藉著那些分享找到活化的機會；很感謝雅竹在一開始定假說時的提問，也很感謝芳儀與祥豪以及因為璇而認識的會研所膺旭、又豪、昀達學長與因為澤初而認識的中山統計所耀中，願意花時間聆聽從 text mining 到統計方法選擇的故事並給予相當大的支援、協助。

除「共感」外，「情感」與「出口」也是這段旅程中很重要的依賴，如果沒有秘書室永遠敞開的大門，那個圓桌上，就不會記載著和怡君姊、彥妤姐以及元齊分享的喜怒哀樂；很謝謝南女小短褲的情誼，是高中以來的交情，虎妞與莉淳的電話默契陪我度過了很多眼淚；認識在那些花兒的綻放下，莉晴、曉如、偲偲、依婷與珍安讓很多論文的緊繃都消弭於無形，還和文創活動的參與近了一些；和瑞清的六度分隔關係，那夜在商院大廳的等候，很安心也暖暖；且瑞清與秋玲姐在研究所時光給予的協助，很貼心的免去了很多行政上容易遇見的繁瑣與耗費；格式是最消耗腦細胞與容易在卡關後繼續腦死的障礙之一，所幸有子萱的細心與費心，讓這些文字具有一定的良率。

在這旅途中，咖啡是很重要的陪伴，不斷刷新的單日咖啡杯數似乎就像靈感一樣：喝越多，就越文思泉湧。幸虧「再忙也要喝杯咖啡」的藉口，才能和馬總從禮貌的拌嘴到嘴賤還是無話不談與互相激勵；嘟著嘴不開心的時光，有了小姑姑的抱抱，就覺得一切都會雨過天青、會好的，也很難再找到可以讓我這麼恣意的 7-11 了，那些咖啡特製與每日推薦總是能撐起厚重的眼皮！藉著咖啡而認識 101 級的學弟妹們也是始料未及，但和李欣、小 Mu、冠儀、佳珍、倚瑄、Shelly 郭、俐好、崇佑、曲葳、北大交換生彥君與延之那些說走就走的時光，的確讓在政大的學生生活圓滿了。

人家說：「出外靠朋友，在家靠父母」真的很實在，除了很感謝一路以來從大學到研究所所認識的同學、朋友與老師以外，更要特別感謝家人的陪伴。當然，如果沒有前者偶爾的當頭棒喝與讓我倒倒垃圾桶，我想這個故事也不可能有個還算不錯的結尾來支持下一個故事的開始。而那些寫論文可以這麼純粹的時光，都是因為有爸爸、媽媽、妹妹與帥把拔幫忙拉起那最堅實的防線才能擁有：那些沒日沒夜的趕論文時光，若沒有爸媽輪流當鬧鐘提醒吃飯、睡覺等事情，我不會這麼強壯的撐過好多個禮拜沒睡覺的日子；在沒有靈感只想吃吃喝喝與逛街的時候，如果不是妹妹這麼 free 可以隨 call 隨到，我想我只會更焦慮；要不是有帥把拔總忍受我的簡訊海量攻擊，與在最低落的時候唸我幾句，我想就不會有現在的體悟。

能在這麼多的關懷與陪伴下完成這本論文，很幸福！

蘇郁雅 謹誌

2013 侵晨 於南北往返路上

# 我國合理使用判斷基準之實證研究分析

## 中文摘要

合理使用做為一個喘息空間，在事實與法律問題混合的判斷上卻充滿著不確定性與無法預測性而難以充分發揮屏障著作財產權獨占主張的功能。移植美國著作權法第107條之我國著作權法第65條第2款四個判斷基準一樣遇到了相同的問題，即便已明訂四款基準必須同時判斷，且法官對此四款判斷基準的心證縱使業已架構於許多既有的假說上，但是否依照那些假說就會得出一致性的判決結果倒說不準，猶如坦白是否一定從寬、抗拒就是否一定從嚴的結果一般。因此，本文擬從實證方法來看我國合理使用判決的運作情形，並列出十個與之相關的假說命題做為討論主軸：

- H1：利用著作若為商業性使用，則法院容易為非合理使用之判斷。
- H2：利用著作若有進行轉化性利用，則法院容易為合理使用之判斷。
- H3：被利用著作性質之原創性越高，則法院較容易為非合理使用之判斷。
- H4：利用著作所利用之部分占被利用著作的比例越少，則越容易構成合理使用。
- H5：利用著作所取用被利用著作部分的重要性越低，則越容易構成合理使用之判斷。
- H6：若利用行為對於被利用著作之市場價值影響越高，則不容易構成合理使用。
- H7：若利用行為造成被利用著作受取代的可能性越高，則不容易構成合理使用。
- H8：台灣偏重第一款與第三款判斷基準之認定，而少用第二款與第四款之判斷基準。
- H9：第四款判斷基準常輔助第一款判斷基準為法院判斷合理使用之主要核心要件。
- H10：法院有為四款判斷基準之審查。

在透過敘述性統計、相關分析以及邏輯迴歸三種實證研究方法分析之後，關於我國法院對於合理使用四款判斷基準的使用情形，本文發現之結果與建議分述如下：從四款判斷基準的使用為觀察，我國法院仍然以商業與非商業二分法為第一款判斷基準之依歸；而第二款判斷基準的運用上，雖然著作物性質之認定能輔助法院進行該款判斷通過與否之用，但其連結性並不如想像緊密。若改為著作類型進行通過第二款判斷基準與否的認定反而會更為法院所使用。第三款判斷基準在質量比例與整體著作範圍的判斷上最容易為法院所適用，然也因此少有著作核心概念判斷之著墨。不過值得注意的是，在法院於計算取用部分佔被取用部分著作之比例多寡時偶有誤用侵權著作為分母的情形，多少會造成判斷上的失準。至於影響第四款判斷基準最主要的要素則為侵權著作未來散布過大可能性之討論。

若從法院使用的情形來進行分析則可以發現我國其實並未只有對第一款以及第三款判斷基準為合理使用結果之關注，第四款判斷基準也有其影響性，尤其是其與第一款判斷基準的連結關係，其一有趣的現象便是第四款判斷基準與其判斷要素間的連結（即法院越為對侵權著作有未來市場上散布過大可能之判斷時，反而通過第四款判斷基準的情形）與既定規則不同，猜測與第一款判斷基準的判斷結果脫不了干係；另，縱使我國已有司法院法律座談會規定得四款判斷基準進行合理使用之審酌，然爬梳本文所蒐集的判決觀察，不論智財法院、地方法院以及高等法院都有未為四款判斷基準完整審查的情形發生（不過地方法院對於四款判斷基準之審酌有比其他兩者精緻些），究其原因除了高等法院受其審級及前審的影響外，主要還有第二款判斷基準與合理使用結果連結性過低的情形等等。

然而是否即可因此做出我國合理使用四款判斷基準須有所增刪的結論似有未逮，在本文第六章我國合理使用四款判斷基準的去留討論上認為此為彈性

（flexibility）與必然（certainty）的交易選擇，回顧我國法制體系以及合理使用輸出國美國設立合理使用的本意，似乎應給予多些空間形塑出判例以供參酌，並大膽嘗試使用合理使用這個「喘息空間」，以及研究其與第 44 條至第 63 條之關係再為法制上之改革為是。

關鍵字：著作權法第 65 條第 2 項、合理使用、合理使用四款判斷基準、實證研究

# **An Empirical Study of Taiwan Courts' Opinions on Fair Use Four-Factor Test**

## **Abstract**

As a “breathing space”, the scope of fair use is uncertain to prohibit the spillover effect of copyright. In this empirical study, we will explain and verify how the fair use doctrine used in Taiwanese legal system. The perplexity occurred when the Section 107 of the U.S. copyright law was transplanted into Article 65(2) of Taiwanese Copyright Act years ago. Even though rules were clearly announced by the authority body, it could not be assured the courts would follow the rules. As the myth goes “Leniency to those who confess their crimes and severity to those who refuse to”, it was not true in some empirical analysis.

Reviewing the four-factor test, the courts prefer to interpret the first factor as the question of whether it was commercial use. In the second factor, because it was difficult to define “the nature of the work”, the courts prefer to replacing with “the category of the work”, making it easier to operate and predict. The third factor, the easiest one to sentence judgments, has usually been ignored when examining so-called “the core value of the work”. Meanwhile, the courts may misapply denominators in the review of this factor in some cases. For the fourth factor, the courts mainly focused on whether the infringing product or work may spread around in the market. In practice, the courts usually announced rulings on not only the first and third factors but the fourth, tightly joining with the first one. To our surprise, the interaction between the fourth factor and its elements recognized by the courts was different from the rules. This appearance might be resulted from the outcome of the first factor examination. In short, even though the courts literally examined four factors to decide the scope, they did not follow in real, probably resulting from the difficulty of interpreting the second factor.

Since fair use concept is a tradeoff between flexibility and certainty, the localization of the four-factor test shall be thoroughly considered. Back to the

legislative history and the spirit of fair use, obviously, the better solution would be to give more time and space for the Supreme Court to mold prejudications for lower courts to use the test first.

Key words: Article 65(2) of the Taiwanese Copyright Act, Fair use doctrine, Four-factor test, Empirical research



## 目錄

第一章 緒論.....	1
第一節 研究背景與問題.....	1
第二節 研究動機.....	2
第三節 研究目的.....	3
第二章 合理使用條款之法制規範.....	6
第一節 美國合理使用條款規範概述.....	6
第二節 我國合理使用條款規範概述.....	8
第三節 合理使用四款判斷基準解析.....	11
第一項 第一款：使用之目的與性質.....	11
第二項 第二款：被利用著作之性質.....	12
第三項 第三款：利用之數量與重要性.....	14
第四項 第四款：利用行為對被利用著作之市場及價值之影響.....	15
第三章 合理使用判斷假說的建立.....	16
第一節 各款判斷基準運作情形.....	16
第二節 我國獨有之四款判斷基準使用特色.....	18
第三節 四款判斷基準逐一審酌之存在必要性.....	19
第四章 研究方法的選擇與限制.....	20
第一節 研究方法的選擇與研究架構.....	20
第一項 研究方法的選擇—相關研究法.....	21
第二項 本文所採用之研究方法.....	25
第三項 資料分析方法之選擇與邏輯架構.....	25
第二節 研究限制.....	30
第五章 合理使用判斷基準之因素分析.....	32
第一節 智財法院使用著作權法第 65 條第 2 項之基本概況.....	33
第一項 四款判斷基準與合理使用判斷結果間之表現情形.....	33
第二項 各款判斷基準與其判斷要素間之表現情形.....	35
第二節 地方法院使用著作權法第 65 條第 2 項之基本概況.....	44
第一項 四款判斷基準與合理使用判斷結果間之表現情形.....	44
第二項 各款判斷基準與其判斷要素間之表現情形.....	46
第三節 高等法院使用著作權法第 65 條第 2 項之基本概況.....	55
第一項 四款判斷基準與合理使用判斷結果間之表現情形.....	55
第二項 各款判斷基準與其判斷要素間之表現情形.....	57
第四節 我國實務於合理使用條款的使用概況.....	66

第六章 四個判斷基準的去與留.....	68
第一節 我國法院進行四款判斷基準的邏輯迴歸分析.....	68
第一項 智財法院與高等法院之行為表現.....	68
第二項 地方法院之行為表現.....	73
第二節 我國特有之合理使用四款判斷基準使用態樣.....	77
第七章 結論.....	81
第一節 研究假說之檢定.....	81
第二節 後續研究方向.....	83
附錄一 我國合理使用判斷基準之實證研究分析編碼表.....	85
附錄二 本文所研究之我國實務判決範圍.....	88
參考文獻.....	93



## 圖目錄

圖 1 以法官進行合理使用判決之思考與判斷方式所擬之實證分析架構圖 .....	3
圖 2 本文的實證分析架構圖 .....	27
圖 3 本文進行邏輯迴歸分析之邏輯架構圖 .....	29



## 表目錄

表 1 國外關於合理使用相關研究方法之文獻一覽 .....	24
表 2 本文所討論之命題與其適用之統計方法對照表 .....	27
表 3 本文擬於第六章進行邏輯迴歸之重新編碼一覽表（針對依變數為合理使用的情形） .....	30
表 4 本文所採用之統計方法與結構表 .....	32
表 5 智財法院對於合理使用結果與各款判斷結果次數分配表 .....	34
表 6 智財法院對於合理使用結果與各款判斷結果之關聯性 .....	35
表 7 智財法院使用第一款判斷基準與其判斷要素表現之次數分配表 .....	36
表 8 智財法院使用第一款判斷基準與其判斷要素表現之關聯性 .....	37
表 9 智財法院使用第二款判斷基準與其判斷要素表現之次數分配表 .....	38
表 10 智財法院使用第二款判斷基準與其判斷要素表現之關聯性 .....	39
表 11 智財法院使用第三款判斷基準與其判斷要素表現之次數分配表 .....	40
表 12 智財法院使用第三款判斷基準與其判斷要素表現關聯性 .....	41
表 13 智財法院使用第四款判斷基準與其判斷要素表現之次數分配表 .....	42
表 14 智財法院使用第四款判斷基準與其判斷要素表現之關聯性 .....	43
表 15 地方法院對於合理使用結果與各款判斷結果次數分配表 .....	45
表 16 地方法院對於合理使用結果與各款判斷結果之關聯性 .....	46
表 17 地方法院使用第一款判斷結果與其判斷要素表現之次數分配表 .....	47
表 18 地方法院使用第一款判斷結果與其判斷要素表現之關聯性 .....	48
表 19 地方法院使用第二款判斷基準與其判斷要素表現之次數分配表 .....	49
表 20 地方法院使用第二款判斷基準與其判斷要素表現之關聯性 .....	50
表 21 地方法院使用第三款判斷基準與其判斷要素表現之次數分配表 .....	51
表 22 地方法院使用第三款判斷基準與其判斷要素表現之關聯性 .....	52
表 23 地方法院使用第四款判斷基準與其判斷要素表現之次數分配表 .....	53
表 24 地方法院使用第四款判斷基準與其判斷要素表現之關聯性 .....	54
表 25 高等法院對於合理使用結果與各款判斷結果次數分配表 .....	56
表 26 高等法院對於合理使用結果與各款判斷結果之關聯性 .....	57
表 27 高等法院使用第一款判斷基準與其判斷要素表現之次數分配表 .....	58
表 28 高等法院使用第一款判斷基準與其判斷要素表現之關聯性 .....	59
表 29 高等法院使用第二款判斷基準與其判斷要素表現之次數分配表 .....	60
表 30 高等法院使用第二款判斷基準與其判斷要素表現之關聯性 .....	61
表 31 高等法院使用第三款判斷基準與判斷要素表現之次數分配表 .....	62
表 32 高等法院使用第三款判斷基準與判斷要素表現之關聯性 .....	63
表 33 高等法院使用第四款判斷基準與其判斷要素表現之次數分配表 .....	64
表 34 高等法院使用第四款判斷基準與其判斷要素表現之關聯性 .....	65
表 35 智財法院於第三款判斷基準之判斷要素與第三款判斷基準間之表現 .....	69

表 36 智財法院於第四款判斷基準之判斷要素與第四款判斷基準間之表現 .....70

表 37 高等法院於第一款判斷基準之判斷要素與第一款判斷基準間之表現 .....71

表 38 高等法院於第三款判斷基準之判斷要素與第三款判斷基準間之表現 .....72

表 39 高等法院於第四款判斷基準之判斷要素與第四款判斷基準間之表現 .....73

表 40 地方法院於各判斷基準與合理使用結果間之表現 .....74

表 41 地方法院於第一款判斷基準之判斷要素與第一款判斷基準間之表現 .....75

表 42 地方法院於第三款判斷基準之判斷要素與第三款判斷基準間之表現 .....76

表 43 地方法院於第四款判斷基準之判斷要素與第四款判斷基準間之表現 .....77



## 第一章 緒論

### 第一節 研究背景與問題

我國著作權法第 44 條至第 65 條揭示了我國合理使用之相關規定，又，於實務上認定案件是否屬合理使用時，既可逕依第 65 條第 2 項進行判斷，也可在審查第 44 條至第 63 條所規定之情形後，再以第 65 條第 2 項進行最終依憑。可見第 65 條第 2 項在合理使用的案件上是既可為獨立也可為附屬之判斷基準。

關於我國著作權法第 65 條第 2 項：

「著作之利用是否合於第四十四條至第六十三條規定或其他合理使用之情形，應審酌一切情狀，尤應注意下列事項，以為判斷之基準：

- 一、利用之目的及性質，包括係為商業目的或非營利教育目的。
- 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。」

該項條文的內容乃是移植美國著作權法第 107 條<sup>1</sup>而來。回顧美國著作權法第 107 條的形成過程，乃美國法官藉由「法官造法」功能所創設出來的「論理規則」<sup>2</sup>，所以在台灣著作合理使用案件的審查上，我國著作權法第 65 條的審查模式便包含：個案分析原則（case-by-case）、整體審酌原則以及事實與法律問題混

---

<sup>1</sup> 美國著作權法（17 U.S.C. § 107）原文：Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include--

- (1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;
- (2) the nature of the copyrighted work;
- (3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole;

and

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

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

<sup>2</sup> 黃怡騰，著作之合理使用案例介紹，經濟部智慧財產局委託研究，頁 19-20，2001 年 08 月。

合判斷<sup>3</sup>。然而，我國乃屬大陸法系國家，法律制定與適用和美國所屬的英法法系是大不相同，逕自我國於著作權法上引用美國著作權法之合理使用規定，並將此判斷基準置於大陸法系的訴訟程序中，是否能正常運作該合理使用條款實令人懷疑。

尤有甚者，此四款判斷基準屬不確定之法律概念，因此，於個案分析時便會湧入不同的主觀成分進行勝負之爭，加上四者判斷基準的權重分配與比例輕重拿捏並無固定公式可供參酌，更使得著作權法上的合理使用成為著作合理使用案件中令人頭痛與煩惱的根源（the most troublesome of copyright law）<sup>4</sup>。即使合理使用之目的在於作為一個喘息空間以限制著作權財產權主張獨佔使用著作之權利，然而在這充滿不確定與無法預測的條文下，反而為合理使用的四個判斷基準增添了幾分的神祕性與弔詭。

## 第二節 研究動機

在判決過程中，法官的自由心證往往受其過往所受之法學教育與案件本身的情形為認事用法（即法官的對此條文認定與檢驗流程），當類似案件的判決累積到一定數量後，便成為實務上對於類似案件的「主流」看法，因此或多或少會與學說論理有所出入之處：例如司法實務上往往將「坦白從寬、抗拒從嚴」作為主要的刑事政策之一，這個句子也幾乎成為社會圭臬的法律邏輯之一，卻於在實證研究中發現「坦白未必從寬、抗拒未必從嚴」的結果<sup>5</sup>，可見法官的心證顯現於判決之結果並不一定與所受的法學教育與邏輯一致。相同的，合理使用的四個判斷基準都是法官自由心證進行判斷的部分，不難想見其判決結果與學說論理存在差異的可能。

作為合理使用輸出國的美國<sup>6</sup>，即使其合理使用法制化已 36 年，其作為憑依與詮釋之原則卻只有上訴到最高法院（Supreme Court）的寥寥三個案件—Sony

<sup>3</sup> Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enters., 471 U.S. 539,560 (1985).

<sup>4</sup> See Dellar v. Sammuell Goldwyb, Inc., 104 F.2d 661, 662 (2d Cir. 1939).

<sup>5</sup> 王兆鵬、林定香、楊文山，揭開法官量刑心證的黑盒子司法統計實證研究，台北律師公會委託研究，頁 53，2003 年。

<sup>6</sup> 美國合理使用條文直至 1976 年才被國會所承認，並將 Story 法官提出的四個合理使用判斷基準納入其中，成為美國著作權法第 107 條的一部分，所以可以說美國著作權法是第一個將判例與學說中對於合理使用的判斷基準明文規定於著作權法的國家，因此才稱其為合理使用輸出國。

案<sup>7</sup>、Harper & Row 案<sup>8</sup>以及 Campell 案<sup>9</sup>，即便如此，這三個案件所形塑出的合理使用判斷標準卻是美國以及合理使用輸入國作為合理使用認事用法的心證與解讀判準！然而，是否所有案件套用此三個案件所形塑出的判斷標準就一定得合理使用的結果？應不必然！原因除了科技日益精進導致著作類型不斷增加外，另一個就是法官心證判斷的問題。誠如上述，不論是合理使用輸入國或輸出國法官，其對於合理使用判斷標準的闡述大多奠基於前述三個案件，然其自認依據該判斷標準的心證是否能確實反映在判決結果上仍舊是個未知數，因此需靠量化研究方法來揭開「法官自由心證的黑盒子」<sup>10</sup>以為分析判斷。

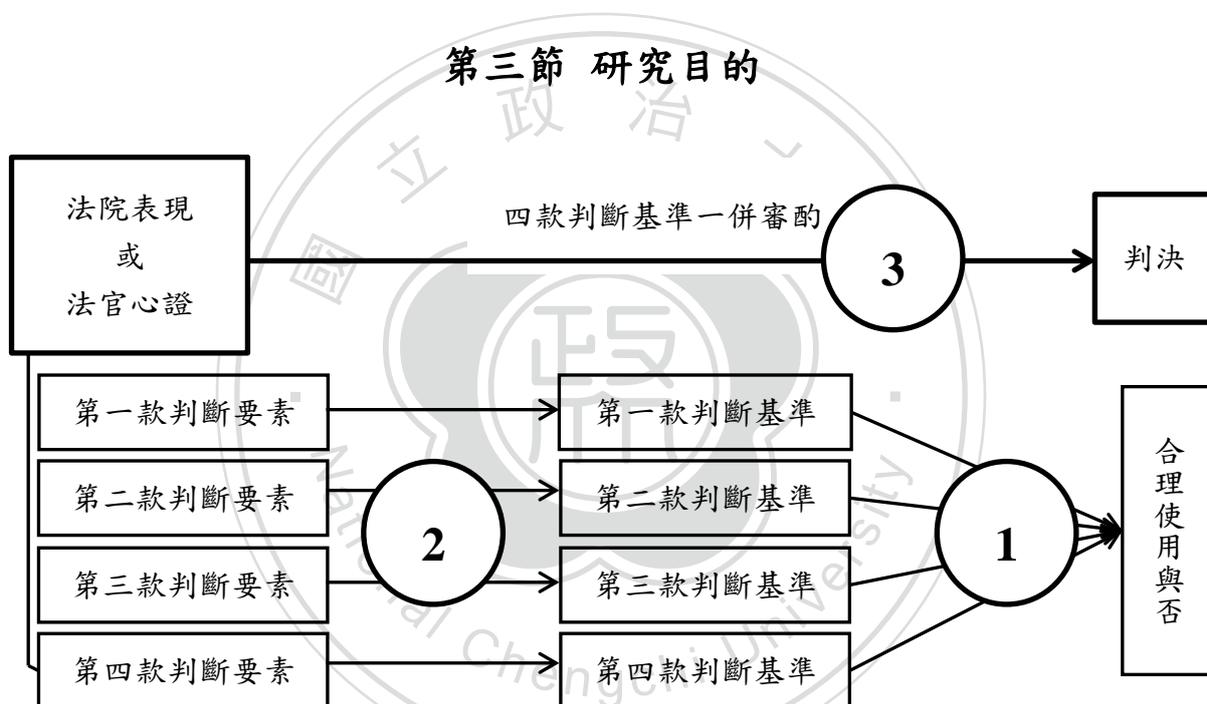


圖 1 以法官進行合理使用判決之思考與判斷方式所擬之實證分析架構圖

圖 1 為法官進行合理使用判決時認事用法之過程，本文擬以此為實證研究之主要架構來為後續章節之分析。基本上，法官或法院為合理使用判決時，必先完成合理使用的四款判斷基準之闡述才能為判決，但在進行四款判斷基準適用時，則會對影響此四款判斷基準結果之判斷要素為檢驗，因此在架構上，便會區分為

<sup>7</sup> Sony Corporation of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984).

<sup>8</sup> See Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enters., *supra* note 3.

<sup>9</sup> Campell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 (1994).

<sup>10</sup> 王兆鵬、林定香、楊文山，同註 5，頁 5。

①與②兩部分；另外，由於檢驗是否有為四款判斷基準的判斷與各判斷基準所蘊含的判斷要素之審查皆源於「四款判斷基準應一併審酌」之原則<sup>11</sup>，因此本文特將此於圖 1 標為③。如此，本文於第五章開始的實證研究分析便是以此①、②與③畫分三區塊的方式為研究發現。

既然合理使用的難以預測與不確定性之評價是對應於長期依據前三個案件所形塑而來的判斷標準與法官心證顯現於判決本文中的結果而言，因此要證明判斷標準與心證是否一致，本文擬參考該判斷標準為假說之基石，將判決所顯示的心證、結果來進行量化比對。因此，本文將於第二章以我國合理使用之法制沿革作為本文進行主題討論前之序言，於第三章時延續此法條內文之闡述為命題與研究假說之基準，第四章則是研究方法之文獻探討、進行此四款判斷基準分析選擇過程之闡述與進行此實證研究的限制等。

由於合理使用長期被詬病於各判斷基準的權重與比例不明，意即四款判斷基準對於合理使用結果的影響性並未有明文化的規範，雖然未有明文規範的好處是使其具有使用上的彈性，但反面而言，過於彈性而無法為預測，對於法制的形塑並非最佳，因此本文擬於第五章與第六章進行合理使用四個判斷基準與合理使用結果之量化分析，除了了解各判斷基準在各案件中的影響力與重要程度之外，也將進行各個判斷基準假說的驗證，如第一款判斷基準轉化程度、商業或非商業性的考量究竟孰輕孰重；第二款判斷基準對於事實性或創作性作品之保護進而構成合理使用的利弊；第三款判斷基準中關於質量與比例大小之影響；以及第四款判斷基準對於市場價值看重的程度等等。在此之後，擬以哪些判斷基準的組合是左右案件成立合理使用與否的重要因素做結，如第一款判斷基準：利用之目的及性質往往會與第四款判斷基準：利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響進行前後合併判斷，又加上第一款判斷基準乃是四款判斷基準中最容易判斷的要件，此時，若法官以藉此第一與第四款判斷基準為合理使用與否的結果，是有可能有目的性的解讀第二與第三款判斷基準；以及，若第二與第三款判斷基準為客觀因素之衡量，並輔助第四款判斷基準的認定，是否可將第二與第三款判斷基準內嵌至第四款判斷基準中？另，若以實務統計數據來看：台灣偏重第一與第三款判斷基準，而少用第二與第四款判斷基準的情形，那是否表示第二與第四款判斷基準在

<sup>11</sup> 參見司法院 98 年智慧財產法律座談會提案及研討結果刑事訴訟類第 11 號。

台灣適用情形較少，以至於無須進行判斷？至此，則可延伸出第二個命題—是否合理使用判斷基準毋須有四個判斷基準？並且探討如果判斷基準的減少是否會增加合理使用判斷的穩定度與可預測性的可能。

最後，將利用第五章與第六章之結果看我國法院對於合理使用的態度，包含假說與心證的相關性，以及台灣法院對於合理使用的彈性與穩定程度的偏好與取捨，以形塑與勾勒出台灣適用合理使用的情形。第七章則是為此論文做一總結，再次審視假說與實際情形之驗證與未來研究可能之方向建議。總而言之，本文乃冀望以此研究歸納出台灣進行合理使用案件的判斷標準，並在目前以經濟分析研究方法為主流的合理使用與著作財產權範圍的討論上，為其缺乏司法判決實際運作情形為基礎之內容盡些綿薄之力，亦盼能對於我國司法判決的實證研究有所拋磚引玉之效。



## 第二章 合理使用條款之法制規範

由於我國著作權法第 65 條第 2 項關於合理使用的四款判斷基準乃原封不動翻譯美國著作權法第 107 條的四款審查基準而來，因此本章主要以介紹美國合理使用條款以及受美國影響之我國合理使用條款之法制化過程作為本文之楔子。

### 第一節 美國合理使用條款規範概述<sup>12</sup>

從 1976 年以降，美國著作權法第 107 條的四款審查基準便是合理使用紛擾之源，原因在於 1841 年 *Folsom v. Marsh* 案<sup>13</sup>中 Joseph Story 法官對於合理使用見解法典化後的美國國會報告書所載之內容以及判決主文中依此條文認事用法歧異的部分。

依美國國會報告書所載，美國國會制定著作權法第 107 條作為合理使用認定基準的目的在於「肯認合理使用司法原則之目的與一般範圍，但並無意將此一原則凍結於法條中，尤其是處於當前科技快速發展之時代。除本條說明何謂合理使用，並列舉某些構成合理使用之標準外，法院應就個別案件為基礎自由適用本條所定原則，而無意予以變更、限縮或擴大。」<sup>14</sup>此背後意義在於不使此條文作為合理使用的禁錮以及指導方針，使得法官可以彈性適用與審酌，以維持美國為判

<sup>12</sup> 關於美國合理使用條款規範與其法制化過程已有相當著述，本文擬做一簡要概述作為此章節敘述之楔子。相關著述可參見：闕光威，論著作權法上之合理使用，頁 36-39，2009 年 08 月；盧文祥，智慧財產權不確定法律概念的剖析研究—以專利進步性、商標混淆誤認及著作權合理使用為主之論述，頁 185-204，2006 年 02 月；蔡惠如，著作權之未來展望—論合理使用之價值革新，頁 31-36，2007 年 08 月；王敏銓，美國法的合理使用，載：著作權合理使用規範之現在與未來，頁 116-147，2011 年 09 月；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，第 116 期，頁 89-96，2008 年；黃怡騰，著作權法第六十五條第二項四款衡量標準之研究，經濟部智慧財產局委託研究，頁 3-1-3-17，2001 年；黃怡騰，著作權法上合理使用原則之研究，政治大學法律研究所博士論文，頁 201-227，1996 年；嚴裕欽，著作財產權之限制—以美國著作權法合理使用為中心，政治大學法律學研究所碩士論文，頁 75-80，2006 年等等。

<sup>13</sup> *Folsom v. Marsh*, 9 F.Cas. 342 (1841).

<sup>14</sup> "The bill endorse the purpose and general scope of the judicial doctrine of fair use, but there is no disposition to freeze the doctrine in the statute, especially during a period rapid technological change. Beyond a very broad statutory explanation of what fair use is and some of the criteria applicable to it, the courts must be free to adapt the doctrine to particular situations on a case-by-case bases. Section 107 is intended to restate the present judicial doctrine of fair use, not to change, narrow, or enlarge it in any way." H.R. Rep. No. 1476, 94th Cong. 2d Sess. at 66 (1975), see also S. Rep. No. 473, 94th Cong. 1st Sess. at 62 (1975). 轉引自胡心蘭，論科技發展對合理使用與著作財產權限制之影響，中原大學財經法律研究所碩士論文，頁 84，2001 年。

例法以及「法官造法」的制度。不過，以美國著作權法第 107 條第 1 項第 2 句「其判斷之基準『應』包括」(the factors to be considered “shall” include...) 之文義解釋以及於 1992 年修法美國著作權法在第 107 條第二項新增「審酌過『所有』上列判斷基準」(consideration of “all” the above factors) 等文字，可以直接推測美國法院於審理著作權合理使用相關案件時，必須依法一一審酌第 107 條所列之四款判斷基準。<sup>15</sup>

然而，在確立了審查基準為四款判斷基準後，其順序與輕重比例的拿捏就變成了另一個令人頭痛的問題。不過依 Campbell 案中 Souter 大法官所言：「普通法傳統上對合理使用之判斷需依個案分析決之並無顯著準繩，法定利用類型僅供原則性指引，法定四款判斷標準須予探究及整體考量，用以彰顯著作權法在提升科學及藝術之目的。」<sup>16</sup>以及 Leon Seltzer 於其書中所示：「該條第二項所列法院應於個案加以審酌之四款事項，其優先順序如何？美國第一〇七條條文並未指示」<sup>17</sup>，似暗示四款事實應無任何優先順序差別可言<sup>18</sup>。可見該四款判斷基準應可合理推論並無輕重與順序之分。

<sup>15</sup> 學者嚴裕欽從文義、美國法院與美國學者之見解得出美國關於著作權法第 107 條四款判斷基準之適用情形應全部審酌適用的結論。參見，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，第 116 期，頁 89-96，2008 年。根據美國最高法院對於 Campbell 案之見解：「是否為合理使用之判斷並無一定性之標準，須依法條為個案判斷，任一判斷基準不應被分離判斷，而須依據著作權法之宗旨一併予以分析後綜合考量。」可見最高法院對於著作權第 107 條四款判斷基準乃是採逐一分析、綜合考量的適用方式。

<sup>16</sup> “the common-law tradition of fair use adjudication and requires case-by-case analysis rather than bright-line rules. The statutory examples of permissible uses provide only general guidance. The four statutory factors are to be explored and weighed together in light of copyright’s purpose of promoting science and the arts.” See *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994)。轉引自高冠裕，從法院民事判決論我國對著作財產權限制之實踐，東吳大學法律學系碩士在職專班科技法律組碩士論文，頁 41，2010 年。

<sup>17</sup> LEON E. SELTZER, EXEMPTIONS AND FAIR USE IN COPYRIGHT: THE EXCLUSIVE RIGHTS TENSIONS IN THE 1976 COPYRIGHT ACT, 19 (1978).

<sup>18</sup> 黃怡騰，著作權法第六十五條第二項四款衡量標準之研究，經濟部智慧財產局委託研究，頁 4-13，2001 年。

## 第二節 我國合理使用條款規範概述<sup>19</sup>

作為合理使用繼受國之一的台灣，立法體系以大陸法系為依歸，因此在移植美國著作權法第 107 條時除了遭遇與美國合理使用四款判斷基準同樣關於法院審酌與認定的問題外，還有作為成文法國家對於案例法為體制之法律條文適用的問題。在民國 98 年之前，對於著作權法第 65 條第 2 項的四款判斷基準還未有定見，有認為屬訓示規定<sup>20</sup>，也有持相反意見者<sup>21</sup>；然，經過司法院 98 年智慧財產法律座談會<sup>22</sup>後，始確立採非訓示規定說，智慧財產法院亦於同年的幾則判決<sup>23</sup>中分別揭示相同意旨：「於判斷合理使用之際，理應將所有著作利用之相關情狀整體納入考量，且應將該條項所定之四項基準均一併審酌。」至此，我國著作權法第 65 條關於合理使用四款判斷基準的審酌方式已然確定。

但，無論是以四款合理使用判斷基準全部或部分審酌，法官心證的部分仍然以捉摸，意即，即便法官心中早已有定見，仍須依規定在四個判斷基準中湊合可以自圓其說的理由<sup>24</sup>；另一種可能則是無法得知法官在合理使用案件中逐一審酌

<sup>19</sup> 關於我國合理使用條款規範與其法制化過程已有相當著述，本文擬做一簡要概述作為此章節敘述之楔子。相關著述可參見：羅明通，著作權法論 II，頁 265-272，2009 年 09 月 7 版；闕光威，同註 12，頁 35-39；盧文祥，同註 12，頁 136-147；蔡惠如，同註 12，頁 37-43；蔡惠如，我國著作權法合理使用之挑戰與契機—以著作權法第 65 條第 2 項之判斷基準為核心，載：著作權合理使用規範之現在與未來，頁 188-194，2011 年 09 月；嚴裕欽，同註 15，頁 77-79；黃怡騰，著作權法上合理使用原則之研究，政治大學法律研究所博士論文，頁 423-424，1996 年；賴文智，著作權合理使用之研究，經濟部智慧財產局委託研究，頁 4-7，2011 年 12 月；蕭雄淋、幸秋妙、嚴裕欽，國際著作權法合理使用立法趨勢之研究，經濟部智慧財產局委託研究，頁 220-221，2009 年 12 月；嚴裕欽，著作財產權之限制—以美國著作權法合理使用為中心，政治大學法律學研究所碩士論文，頁 167-176，2006 年等等。

<sup>20</sup> 例如最高法院 92 年度台上字第 4934 號判決、最高法院 92 年度台上字第 3344 號判決、最高法院 92 年度台非字第 99 號判決便是採訓示規定之說，認為法官可從四個判斷基準中選擇適用。參見，司法院 98 年智慧財產法律座談會提案及研討結果刑事訴訟類第 11 號。又有一說認為相同結構的我國刑法第 57 條，即便也使用了「應」字，然該條文中所定的十款法定刑罰裁量事由實際上屬訓示規定，因此著作權法第 65 條四款判斷基準也可以選擇的方式進行審酌。

<sup>21</sup> 例如最高法院 93 年、度台上字第 2176 號判決、最高法院 92 年度台上字第 4911 號判決、最高法院 94 年度台上字第 7127 號判決、最高法院 96 年度台上字第 3685 號判決則認為若未進行四款判斷基準之審酌，將為判決不適用法則或判決違背法令之結果。參見，司法院 98 年智慧財產法律座談會提案及研討結果刑事訴訟類第 11 號。

<sup>22</sup> 同註 11。

<sup>23</sup> 參見 98 年度民著訴字第 2 號、98 年度民著訴字第 8 號、98 年度民著上字第 5 號、98 年度民著上易字第 3 號判決。

<sup>24</sup> 根據 Nimmer 教授所做的實證研究發現：法院著手處理合理使用案件的時候，會先決定案件成立合理使用與否，才開始進行合理使用四款判斷基準的解釋，並試圖讓此四款判斷基準之解釋符合已形成合理使用與否的心證。See David Nimmer, "Fairness of them all" and other fairy tales of fair use, 66 LAW AND CONTEMPORARY PROBLEMS 263, 281 (2003).

各款判斷基準的輕重比例（縱使已規定逐一審查並綜合判斷，但其拿捏與操作的空間仍然存在）<sup>25</sup>。故，本章節主要在整理此學理與權威底下得出的合理使用操作標準以為第四章設立命題與假說以及討論其各個法院或法官認事用法的情形——其心證是否與假說符合之基礎。在此之前，則將以我國合理使用法制與美國合理使用法制做一敘述與交叉對比，以期求得下段章節合理使用假說之完備。

我國關於合理使用的規定始於民國八十一年<sup>26</sup>。隨著著作權法大修，特將著作財產權之限制獨立一章節進行規範，其於第 44 條至第 63 條採列舉式規定，規定各種適合合理使用之情形，並將美國著作權法第 107 條引進於台灣，移植於第 65 條中，以作為判斷合理使用情形之基準，其後並歷經兩次修正，分別為民國八十七年<sup>27</sup>與民國九十二年<sup>28</sup>所進行之條款增列與文字增減。

與民國八十一年著作權法相較，民國八十七年著作權法堪為現行著作權法第 65 條之原型，進行修法的原因該條雖移植美國著作權法第 107 條，但與美國著作權法第 107 條適用之方式不相同，主要是作為第 44 條至第 63 條之補充規定，因此增列第 65 條第 1 項：「著作之合理使用，不構成著作財產權之侵害。」，從此開始確立我國著作合理使用案件認事用法之順序，不論有無進行第 44 條至第

<sup>25</sup> 如 Nimmer 教授於其實證研究中所舉極端之例：有可能在分項判斷中得到四個「合理」（fair）的結果，但在綜合判斷時反而被認定為「非合理使用」；相反的，有可能在四個分項判斷中得到「不合理」（unfair），卻在綜合判斷時被認為屬「合理使用」。See Nimmer, *id.* at 282-283.

<sup>26</sup> 民國八十一年著作權法第 65 條規定：「著作之利用是否合於第四十四條至第六十三條規定，應審酌一切情狀，尤應注意所列事項，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、利用結過對著作潛在市場與現在價值之影響。」

<sup>27</sup> 民國八十七年著作權法第 65 條規定：「著作之合理使用，不構成著作財產權之侵害。（第 1 項）著作之利用是否合於第四十四條至第六十三條規定或其他合理使用情形，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。（第 2 項）」

<sup>28</sup> 民國九十二年著作權法第 65 條規定：「著作之合理使用，不構成著作財產權之侵害。（第 1 項）著作之利用是否合於第四十四條至第六十三條規定或其他合理使用情形，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。（第 2 項）」

著作權人團體與利用人團體就著作之合理使用範圍達成協議者，得為前項判斷之參考。（第 3 項）前項協議過程中，得諮詢著作權專責機關之意見。（第 4 項）」

63 條之合理使用情形之考量，皆須再對第 65 條判斷基準進行審酌。民國九十二年修正著作權法第 65 條，將原來第 2 項文字「標準」改為「基準」，並在民國八十七年著作權法第 65 條的原型下，增訂了第 3 與第 4 項，前者乃是借鏡美國實務情形，在無法確切判斷案件合理使用與否時，能依照「共識」來判決；後者則是依著前項，以著作權專責機關作為社會凝聚「共識」時的推進劑與意見提供者。至此，我國關於著作權法第 65 條的規範內容與型態已告完成。

窺探歷次修法以及立法之理由，民國 81 年著作權法第 65 條之立法理由<sup>29</sup>主要在於闡述合理使用四款判斷基準之判斷方式；民國 87 年修法理由<sup>30</sup>則在於確立著作權法第 65 條的適用方式並非補充第 44 條至第 63 條為用，而是能單獨適用的概括規則；而民國九十二年修法目的除了對民國八十七年的著作權法第 65 條之文字進行微調外，主要是對合理使用範圍新增協議機制，並使智慧財產局基於主管機關之立場負擔起推動協議之責任<sup>31</sup>。

<sup>29</sup> 我國關於第 65 條合理使用判斷基準的立法理由如下：「一、按第四十四條至第六十三條之規定，僅揭禁著作財產權限制之抽象要件，為利各該條文於具體個案中之適用，本條爰規定於具體個案中，欲判斷是否合於各該條文鎖定要件，所須審酌及注意之事項。二、本條第一款所稱『利用之目的』乃法律上承認之目的，包括：評論、新聞報導、教學、學術、研究等。例如引用他人部分著作供為研究。其次，利用係為商業目的或為非營利、教育目的，亦為重要因素。第二款所稱『著作之性質』，係指被利用著作之本身是否具有被利用之引誘性，諸如工具書從及公開演說等是。第三款所稱『所利用之質量及其在整個著作所佔之比例』，係指所利用部分在新著作中即被利用著作中，就整體觀察其質量所占之比例，係指所利用部分在新著作中及被利用著作中，就整體觀察其質量所占比例。例如新著作可能為百萬言巨著，所利用之分量可能僅及該新著作百分之一，但對被利用著作而言，或占其整體之半甚至全部，故新著作與被利用著作在質量方面，均須加以比較。第四款所稱『潛在市場』之影響亦與利用態樣有關。三、本條係參考美國著作權法第一百零七條之立法例增訂之。」參見，立法院秘書處：著作權法修正案，頁 67-68，2003 年。

<sup>30</sup> 民國 87 年著作權法修正理由：「一、八十一年舊法第六十五條修正。二、按合理使用之法律效果如何，舊法漏未規定，爰參考美國著作權法第一百零七條立法例，修正如第一項。三、舊法有關著作財產權之限制（學理上所泛稱之合理使用）僅限於第四十四條至第六十三條之規範，而第六十五條係為審酌著作之利用是否合於第四十四條至第六十三條規定所訂定之判斷標準。惟由於著作利用之態樣日趨複雜，舊法第四十四條至第六十三條規定之合理使用範圍已顯僵化，無足適應實際上之需要。四、為擴大合理使用之範圍，新法將本條修正為概括性規定，亦即利用之態樣，即使未符合第四十四條至第六十三條規定，但如其利用之程度與第四十四條至第六十三條規定情形相類似或甚而更低，而已本條所定標準審酌亦屬合理者，則仍屬合理使用。」

<sup>31</sup> 著作權法第 65 條第 3 項至第 4 項智慧財產局之修正說明：「三、第三項新增。何者為合理使用？和者非合理使用？經由著作市場長期自然運作，在社會上往往會形成某些客觀上一致之看法，及一般所謂『共識』。此種共識可供法院判斷有無合理使用規定適用之參考。爰參照美國實務運作之情形，增訂第三項如上。四、第四項新增。於第三項社會共識建立之過程中，各方意見如有差距，通常期待著作權專責機關提供專業意見，以協助達成共識。此際，著作權專責機關得提供相關意見，以利共識之形成，爰增訂第四項如上。」

### 第三節 合理使用四款判斷基準解析

承前述，由於我國著作權法第 65 條四款判斷基準皆從美國著作權法第 107 條的四款判斷基準移植而來，並且依據司法院法律座談會之結論——各款判斷基準應予以逐一審酌與美國進行合理使用判斷基準的方式相同，因此在討論合理使用四款判斷基準時，各合理使用輸入國主要仍以美國著作權法第 107 條四款判斷基準之適用為依歸，而本段便在這樣的基礎上闡述美國著作權法第 107 條法官認事用法的考量因素，並輔助進行我國合理使用四款判斷基準之解析。

#### 第一項 第一款：使用之目的與性質

我國著作權法第 65 條第 2 項第 1 款所揭示之內容：「利用之目的及性質，包括係為商業目的或非營利教育目的。」本款在法院於判斷案件合理使用與否的適用上，有相當重要且居於核心的地位。<sup>32</sup>對照美國著作權法第 107 條第 2 項第 1 款的規定，若要判斷利用行為是否有其正當性與符合著作權法鼓勵創作的目的性，就要從利用行為是否有轉化性以及商業目的性兩方面來判斷，但轉化性還是主要本款判斷的憑據，商業性判斷與其他要素則是作為輔助轉化性判斷之用。

美國著作權法第 107 條第 2 項第 1 款為美國法院審酌案件是否屬於合理使用態樣的判斷基準之一，其規定「利用目的及性質，包括係為商業目的或非營利教育目的。」在法官判決適用上，法院所關注的議題在於被告的「利用行為」，而非做出該「利用行為」之主體<sup>33</sup>，因此要於第一款判斷基準審酌是否屬於合理使用，則必須滿足此款中兩組判斷要素的審查：利用著作之行為的轉化程度以及利用著作之行為究屬商業性利用或非商業性利用。

在商業性利用與否的討論下，利用行為若屬商業性，法官易傾向認定不為合理使用的結果，反之則容易遭認定為合理使用。在 Sony 案中，最高法院認定利用家用錄影機進行電視節目錄像的行為屬非商業使用，為該案成立合理使用最主要的理由之一，包含其判決中提及：商業性目的之重製行為「推定不成立合理使

<sup>32</sup> 參見，羅明通，同註 19，頁 259。See Pierre N. Leval, *Toward a Fair Use Standard*, 103 HARV. L. REV. 1114, 1105 (1990).

<sup>33</sup> Lloyd L. Weinreb, *Fair's Fair: A Comment on the Fair Use Doctrine*, 103 HARV. L. REV. 1152, 1137(1990).

用」(would presumptively be unfair)<sup>34</sup>。自此案之後，許多下級法院便把第一款判斷基準以利用行為屬商業性利用與否二分的方式進行是否符合合理使用的認定標準，然此解讀將會使得第 107 條第 1 項前段所例示與商業性目的或多或少有關係的六種活動都難成立合理使用<sup>35</sup>。因此，在 Campbell 案中，最高法院並未依循 Sony 案以商業目的與否作為合理使用認定的依據，而是以轉化性與否作為判斷合理使用與否的核心，但轉化性並非是決定此款成立合理使用的唯一原因，即和 Sony 案只將生產性與否當作審酌此款是否符合合理使用的原因之一相比，Campbell 案則是將此「生產性利用行為」<sup>36</sup> (productive use) 深化為轉化性與否的界定，另創出「變化利用」(transformative) 之判斷要素<sup>37</sup>，以利用之結果與原作品不同之形式或是不同目的為判斷依據，若是與原作品相比變化越大，其越容易成立合理使用。<sup>38</sup> 另，若利用行為轉化性越高，則其他要素（如商業性）就越不重要。<sup>39</sup> 因此我國著作權法第 65 條第 1 項第 2 款關於使用之目的及性質的討論上才會有所謂的商業與非商業二分法以及轉化性的討論等。

## 第二項 第二款：被利用著作之性質

我國司法院曾於第 32 期司法業務研究會第三則座談進行此款相關內容之討論，其問題為：著作物之結構、體系、章次、標題用語均與原著作物相同，惟其說明文句及內容敘述，係由作者自行撰述，且經作者於書中註明其結構體系，章次標題之援用出處者，是否仍屬於剽竊抄襲，而構成著作權之侵害？司法院最終

<sup>34</sup> ROGER E. SCHECHTER & JOHN R. THOMAS, INTELLECTUAL PROPERTY: THE LAW OF COPYRIGHTS, PATENTS, AND TRADEMARKS 221 (2003). SCHECHTER 與 THOMAS 認為最高法院這一句「商業目的推定為非合理」，應該放在該案非轉化性使用的背景來解釋。商業性、而且非轉化的利用通常不能成立合理使用，因為商業性與非轉化的重製具有竊取原告市場的重大威脅，而且此種非轉化的利用行為對社會不會產生利益。轉引自王敏銓，同註 12，頁 135。

<sup>35</sup> 在 Campbell 案的判決中，最高法院認為於美國著作權法第 107 條第一項所揭示的六種活動，在美國是普遍為營利用的，因此若採商業目的與否的二分法來認定合理使用，將會使得利用人於該六種活動時不容易被認定為合理使用。See *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, *supra* note 9, at 584.

<sup>36</sup> 生產性行為乃指利用行為必須能夠添加某些著作以外有利於公眾利益的新事物而產生新的著作，單純複製他人著作或與原著作原有目的相同之利用行為，均非屬生產性利用行為。轉引自羅朝根，以本於著作權法目的之合理使用原則檢視法院判決—以新世紀英漢辭典案及其後之判決為例，世新大學法律學系碩士論文，頁 22-23，2009 年。

<sup>37</sup> 羅明通，同註 19，頁 260。

<sup>38</sup> 美國第二巡迴上訴法院法官 Leval 的看法：「轉化性指的是這個利用行為必須具有生產性，並且必須把引用的內容使用在與原著作不同的方式或目的，重新包裝或重新發行原著作的引用方式只為取代原著作的結果之一。」See Leval, *supra* note 32, at 1110.

<sup>39</sup> See SCHECHTER & THOMAS, *supra* note 34, at 220.

採乙說（否定說），認為如未涉及實質內涵，並且有於書上註明出處，自恃與剽竊抄襲有別，而不能認屬著作權之侵害。然而，有學者<sup>40</sup>認為應採丙說（折衷說），以為結構、體系、章次、標題等使用量不大時應對合理使用之審查較為寬鬆。

我國關於著作物性質與合理使用關係之規定則是在著作權法第 65 條第 2 項第 2 款中，原封不動的複製美國著作權法第 107 條第 2 項第 2 款：「著作物之本質」在於關注「對某些種類之著作為利用行為，較容易成立合理使用」<sup>41</sup>。此款在法院於合理使用的判斷並未有明確性的關係，在美國的判例上亦未形成一致之意見<sup>42</sup>。有主張「作品內容說」者，認為不受著作權保護之思想內容因事關公共利益，可為合理使用。<sup>43</sup>然而此說實與合理使用作為著作權限制之本意不符，原因在於公共所有之著作並不為著作權法所保護的對象，因此無從討論合理使用之餘地。

一般而言，創作性越高者或是與電腦程式軟體有關之著作通常皆會受到較高程度的關注與保護<sup>44</sup>（即較不易成立合理使用），理由在於對著作之原始性與創造性之鼓勵與保護；反之，若僅為辛勤努力之成果，未有創造性與原始性等新想法注入，則較容易被認為屬於合理使用的。<sup>45</sup>可惜我國相關之研究與實務案例著墨不深，因此只能藉以美國法上區分出之類型作為參酌：一、被利用之著作係屬

<sup>40</sup> 蕭雄淋，著作權法論，頁 246-247，2007 年 11 月 5 版。

<sup>41</sup> 此處所言之「某些種類之著作」指的是原創性較低或是非為原創作（首次創作）的著作，也就是說因著作權訂立所提供的創作誘因與鼓勵資訊流通的前題和利用著作的合理使用情形之權衡下，其侵害著作之創作誘因的不利益小於著作合理使用的裨益時，在這種情形下，著作遭利用時，該利用行為容易被視為合理使用，如傳記（敘述事實的部分）。See Leval, *supra* note 32, at 1116.

<sup>42</sup> 蕭雄淋，同註 40，頁 261。

<sup>43</sup> L. RAY PATTERSON & STANLEY W. LINDBERG, *THE NATURE OF COPYRIGHT: A LAW OF USER'S RIGHT*, 202-203 (1991). 參見，吳漢東，著作權合理使用制度研究，頁 205，2005 年 06 月修訂版。

<sup>44</sup> 在本文的觀察範圍中，90 年度中簡上字第 57 號刑事判決、90 年度中簡上字第 39 號刑事判決、90 年度中簡上字第 58 號刑事判決、90 年度易字第 3227 號刑事判決、90 年度中簡上字第 47 號刑事判決、90 年度訴字第 2076 號刑事判決、89 年度易字第 342 號刑事判決、90 年度易字第 2650 號刑事判決、91 年度上易字第 3100 號民事判決、91 年度上訴字第 2958 號民事判決、94 年度易字第 237 號刑事判決、94 年度智字第 32 號刑事判決、95 年度易字第 124 號刑事判決、94 年度智(一)字第 46 號刑事判決、96 年度訴字第 489 號刑事判決、94 年度上易字第 1064 號民事判決都是與電腦程式著作有關的案件，而法院都為不合理使用判斷的結果，占整體 22 件與電腦程式著作有關案件的 16 件，比例高達 72.73%。

<sup>45</sup> 如 *New York Time Co. v. Roxbury* 案所示：「倘若原告之著作係較屬於事實之組合，而非創意性或想像性之著作，且該著作係較歸因於辛勤努力所完成，而較非由於其原始性及創造性，則法院將認為被告有較大之權利在合理使用之原則下利用原告著作之一部分。」See *New York Time Co. v. Roxbury Data Interface, Inc.*, 434 F. Supp. 217, 212, 194 U.S.P.Q. 371 (D.N.J. 1977). 亦可參見，雷憶瑜，論著作之合理使用—以電腦還原工程為中心，國立台灣大學法律研究所碩士論文，頁 32，1995 年 6 月。

「資訊性著作」或「事實性著作」，或「想像性（創意性）著作」；<sup>46</sup>二、被利用之著作係屬「已公開發表之著作」，或屬「尚未公開發表之著作」；<sup>47</sup>三、被利用之著作是否屬於「無法以透過正常之管道取得之已絕版著作。」<sup>48</sup>意即創造性越高及已公開發表之作品越不能通過被利用著作之性質之合理使用的檢驗。

### 第三項 第三款：利用之數量與重要性

我國著作權法第 65 條第 1 項第 3 款和美國著作權法第 107 條第 2 項第 3 款的意思皆為：「所利用之質量及其在整個著作所占之比例。」也就是看使用被侵權著作之程度的一款條文，其重點在於利用著作取用被利用著作的部分占被利用的百分比與重要程度而言。一般來說，顯現於被侵權著作「著作之表達」的使用量越多，越不容易成立合理使用的結果，然而即使利用的量不多，但其「質」一即利用的部分屬於整體著作之最重要且核心的部分<sup>49</sup>，也是會讓法院偏向做出非合理使用的認定。

又，美國案例法中對於質量比例的判斷還有「反向比例性」<sup>50</sup>（reverse proportionality）的判斷方式，質量比例一般指的是：侵權著作取用之部分/被侵權著作，而反向比例性剛好是從另一個面向來檢驗：侵權著作取用之部分/侵權著作，當然若其取用之部分為主要且精華部分（「質」的概念）也不容易成立合理使用。不過由於此判斷規則未有成文法的依據，僅屬於美國案例法的部分<sup>51</sup>，目前我國判決的內文並未顯見此種面向檢驗「利用之數量與重要性」的方式。

我國法院對於此款質量比例的判斷解讀可見最高法院 84 年台上字第 419 號判決：「所謂『合理範圍』內，除與利用之『量』有關外，尚須審究利用之『質』。巫維標獨創之例題及圖形，似為其書之精華所在，具有『質』之絕對重要性，黃新春將該等例題、圖形全數抄襲得否主張合理使用，饒有研求之餘地」。

<sup>46</sup> MELVILLE B. NIMMER AND DAVID NIMMER, NIMMER ON COPYRIGHT §13.05[A][2][a], 13-168, 169 (1994); PAUL GOLDSTEIN, COPYRIGHT: PRINCIPLES, LAW, AND PRACTICE, 226 (1989); see also LEAFFER, UNDERSTANDING COPYRIGHT LAW 301 (1989).

<sup>47</sup> See NIMMER, *id.* at §13.05[A][2][b], 13-172, GOLDSTEIN, *id.* 226, and LEAFFER, *id.* at 301-2.

<sup>48</sup> Sen. Rep. No. 94-473, 94th Cong., 2d. Sess. (1975), at 65.

<sup>49</sup> See Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enters, *supra* note 3.

<sup>50</sup> ARTHUR R. MILLER & MICHAEL H. DAVIS, INTELLECTUAL PROPERTY: PATENTS, TRADEMARKS, AND COPYRIGHT 363 (2000).參見，王敏銓，同註 12，頁 140-141。

<sup>51</sup> See Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enters, *supra* note 3, at 565-566; Salinger, 811 F. 2d 90, 98-99 (1987); Wright v. Warner Books Inc., 953 F. 2d 731, 739 (1991).

#### 第四項 第四款：利用行為對被利用著作之市場及價值之影響

我國著作權法第 65 條第 2 項第 4 款之內容及適用情形，法院於判斷時必然需進行被告行為對於原著作現在市場之經濟損失之判斷，亦不能偏廢對未來潛在市場影響的衡量，與美國著作權法第 107 條第 2 項第 4 款判斷的適用情狀是相同的。

在 Harper & Row 案中，美國最高法院認為美國著作權法第 107 條第 2 項第 4 款判斷是進行合理使用與否判斷的最重要基礎，本款適用之目的乃在考量被告行為對於整體市場（含現有與未來潛在市場<sup>52</sup>）的影響，以及若被告與原告在市場上有所謂的競爭關係時，其對於現有與未來潛在市場的影響為何，也就是討論「市場替代」效果的問題。而關於影響的部分有兩種討論面向：一為對整體著作市場的影響；二為取用部分對被侵權著作該部分的市場影響。依據 Harper & Row 案的看法，應為第二種為是，原因在於該案認為即使取用部分占原著作比例非常小，但若為其著作之精華部分仍可能對含現有與潛在市場有非常大的影響。

然而，此款也是此四款中最困難進行衡量與判斷的判斷基準，原因在於其涉及社會大眾與著作權人間之利益衡平之問題，也涉及著作權法的立法目的之一——提供誘因鼓勵創作。因此在法律適用的拿捏上，必須要考量社會知識的流動性與著作權法創作誘因強度的維持。一般而言，若是原告與被告互為同一市場上之競爭者，或是對於侵權人之行為有明顯影響現在或未來潛在市場時，往往會被認定為不符合合理使用，反之，就較為容易成為合理使用。

---

<sup>52</sup> 潛在市場依實務定義應為「被利用著作之現有市場及未來可能市場，以及該著作之衍生著作的現有市場及未來可能市場。」 See *Cable/Home Communication Corp. v. Network Prods., Inc.*, 902 F. 2d 829, 845 (11<sup>th</sup> Cir. 1990).

### 第三章 合理使用判斷假說的建立

前一章主要是對於合理使用四款判斷基準的簡要介紹，此章則是在前一章的基礎下，對於本文欲進行之實證研究設立相關之假說以為後續檢驗。綜前所述，我國合理使用四款判斷基準既是從美國著作權法合理使用條文翻譯而來，其解釋方式與認事用法亦應和美國相差無幾，因此本章主要從我國既有之合理使用判決觀察與分析之研究出發，輔以美國合理使用適用情形構築本文欲檢驗之假說。

黃怡騰於其著作「著作之合理使用案例介紹」一文中對於法院容易成立合理使用判決的情形臚列如下：1.被利用著作愈屬非虛構性(事實性)或資訊性著作，愈有主張合理使用之可能；2.利用數量愈少或重要性愈低，愈易於構成合理使用；3.完全的複製，較不易受到合理使用之認定；4.利用行為愈有因而損及被利用著作之市場或價值，或因之致生取代被利用著作之效應時，愈非屬合理使用；5.利用尚未公開發表著作，較不利於認定構成合理使用；6.愈是改頭換面之利用類型，愈易於構成合理使用。<sup>53</sup>然而在本文進行 162 個案件內文的閱讀以及曾對合理使用四款判斷基準進行探討之文獻爬梳，似上述六個觀察結果並不能逕為假說設立之套用。因此，本文擬從前一章之概述、以歸納法為主軸之研究成果及我國法院相關判例與司法院法律座談會等資料為假說建立之基礎。

#### 第一節 各款判斷基準運作情形

本節擬從四款判斷基準中的構成要件所衍生的判斷要素、我國判例及合理使用輸出國美國之經典案例與合理使用判斷基準適用情形為假說之說明。

**H1：利用著作若為商業性使用，則法院容易為非合理使用之判斷。**

**H2：利用著作若有進行轉化性利用，則法院容易為合理使用之判斷。**

在合理使用的第一款判斷基準中，其構成要件為商業使用以及轉化性。在 Campbell 案引用 Leval<sup>54</sup>所提出之「轉化性」(transform)判斷原則的判決出現前，美國法院主要都是以商業使用為其考量合理使用判斷的主要爭點，不過，在

<sup>53</sup> 黃怡騰，同註 2，頁 61。

<sup>54</sup> See Leval, *supra* note 32, at 1111.

Campbell 案之後，轉化性的重要性取代了商業使用的考量；我國法院也於最高法院 94 年度台上字第 7127 號刑事判決<sup>55</sup>明示不得全倚賴商業與非商業使用二分法為合理使用結果之判斷。因此，本文乃從此出發探討我國合理使用第一款判斷基準是否真不再視商業與非商業使用二分法為唯一考量要素的同時，亦摸索其於判決中所偏好使用之判斷要素。

**H3：被利用著作性質之原創性越高，則法院較容易為非合理使用之判斷。**

在合理使用第二款判斷基準中，被利用之著作類型是唯一一個判斷要素。根據著作權法的保護目的之一：提供誘因與創作者進行創作，因此，越是具有原創性的著作，應給予更高度的保護，而不容易成立合理使用；反之，則是容易成立合理使用。因此在光譜的兩端，事實性著作與原創性著作就是合理使用通過與否考量的極端，編輯性著作則是要檢驗編輯的情狀為事實性或原創性之游移，另外，我國法院對於電腦程式著作的保護程度較高，通常遇此類案件，往往會下不成立合理使用之判決結果<sup>56</sup>。

**H4：利用著作所利用之部分占被利用著作的比例越少，則越容易構成合理使用。**

**H5：利用著作所取用被利用著作部分的重要性越低，則越容易構成合理使用之判斷。**

合理使用第三款判斷基準是為取用之部分佔被利用著作的量與質的多寡進行判斷，但這樣的判斷並非絕對，而是採「相對」之標準—依個案判斷。取用的量越多，或是取用的部分為被利用著作的精華部份，通常不容易成立合理使用；

<sup>55</sup> 最高法院 94 年度台上字第 7127 號刑事判決節錄：「著作權法第六十五條第二項第一款所謂「利用之目的及性質，包括係為商業目的或非營利教育目的」，應以著作權法第一條所規定之立法精神解析其使用目的，而非單純二分為商業及非營利（或教育目的），以符合著作權之立法宗旨。申言之，如果使用者之使用目的及性質係有助於調和社會公共利益或國家文化發展，則即使其使用目的非屬於教育目的，亦應予以正面之評價；反之，若其使用目的及性質，對於社會公益或國家文化發展毫無助益，即使使用者並未以之作為營利之手段，亦因該重製行為並未有利於其他更重要之利益，以致於必須犧牲著作財產權人之利益去容許該重製行為，而應給予負面之評價。」

<sup>56</sup> 在本文的觀察範圍中，99 年度刑智上更(一)字第 23 號刑事判決、90 年度中簡上字第 57 號刑事判決、90 年度中簡上字第 39 號刑事判決、90 年度中簡上字第 58 號刑事判決、90 年度易字第 3227 號刑事判決、90 年度中簡上字第 47 號刑事判決、90 年度訴字第 2076 號刑事判決、89 年度易字第 342 號刑事判決、90 年度易字第 2650 號刑事判決、91 年度上易字第 3100 號民事判決、91 年度上訴字第 2958 號民事判決、94 年度易字第 237 號刑事判決、94 年度智字第 32 號刑事判決、95 年度易字第 124 號刑事判決、94 年度智(一)字第 46 號刑事判決、96 年度訴字第 489 號刑事判決、94 年度上易字第 1064 號民事判決、97 年度自字第 22 號刑事判決、99 年度智易字第 38 號刑事判決都是與電腦程式著作有關的案件，而法院都為不合理使用判斷的結果，占整體 25 件與電腦程式著作有關案件的 19 件，比例高達 76.0%。

反之則較為容易。美國法院對此的判斷以 Harper & Row 案為代表，認定取用部分屬被利用著作之精華，而判定不屬合理使用。

**H6：若利用行為對於被利用著作之市場價值影響越高，則不容易構成合理使用。**

**H7：若利用行為造成被利用著作受取代的可能性越高，則不容易構成合理使用。**

合理使用判斷基準第四款主要是針對主張合理使用之著作對於被利用著作未來市場（即潛在市場）以及被利用著作市場價值之影響情形為判斷。若主張合理使用之著作與被利用著作有互為替代或是競爭關係，因為此兩種關係容易影響被利用著作潛在市場的份額與市場價值的多寡，所以每遇此情形法院往往會主張無合理使用之空間，反之則有成立合理使用之餘地。

## 第二節 我國獨有之四款判斷基準使用特色

本節主要是藉蔡惠如「著作權之未來展望—論合理使用之價值創新」書中之研究成果為探討對象，在其研究中指出「有關於著作權法第 65 條第 2 項所訂各項判斷基準之比重，大部分法院偏重第 65 項第 1 款、第 3 款判斷基準之適用，較少第 2、4 款判斷基準之探討。」<sup>57</sup>然而，對照合理使用輸出國美國的適用情形，第一款與第四款判斷基準同時出現的機率非常高，也有相當分量的研究證明這兩款之關係並非各自獨立的，而是有其相關性<sup>58</sup>，因此，本文列出下列兩項假說以為本節討論之標的：

**H8：台灣偏重第一款與第三款判斷基準之認定，而少用第二款與第四款之判斷基準。**

**H9：第四款判斷基準常輔助第一款判斷基準為法院判斷合理使用之主要核心要件。**

<sup>57</sup> 蔡惠如，同註 12，頁 264。

<sup>58</sup> See Nimmer, *supra* note 24; Neil Weinstock Netanel, *Making Sense of Fair Use*, LEWIS & CLARK LAW REVIEW, Vol. 15, 715 (2011). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1874778>; Barton Beebe, *An Empirical Study of U.S. Copyright Fair Use Opinions, 1978-2005*, U. PA. L. REV., Vol. 156(3), 549 (2008); Pamela Samuelson, *Unbundling Fair Use*, FORDHAM LAW REVIEW, 2537 (2009). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1323834>; Matthew Sag, *Fairly Useful: An Empirical Study of Copyright's Fair Use Doctrine* (unpublished manuscript), (2011). Available at [http://works.bepress.com/matthew\\_sag/11](http://works.bepress.com/matthew_sag/11).

### 第三節 四款判斷基準逐一審酌之存在必要性

即使合理使用輸出國美國之審查規定與我國法院如何對合理使用四款判斷基準進行審查的決定皆認該四款判斷基準都需逐一審查，但，是否法院有將此規則奉為主臬並逐一審查並無法得知，例如從部分案件中可看出我國法院偶爾會把著作權法第 65 條第 2 項的文字直接植入判決內文中，卻未充分揭示其心證，然而在此情形下是應認其有逐一審查或是未進行審查，實令人頭大，因此，本文擬就此政策為假說之基礎，嘗試探討我國法院適用合理使用四款判斷基準之真實情狀以為參酌：

**H10：法院有為四款判斷基準之審查。**



## 第四章 研究方法的選擇與限制

### 第一節 研究方法的選擇與研究架構

近年來，量化研究（quantitative research）如雨後春筍般地於社會科學研究中出現，而實證研究（empirical research）之方法可大略分為調查法（survey study）、相關研究法（correlational research）以及實驗法（experimental method）。調查法，又稱實地調查研究法，主要是透過抽樣來推測母體現象的方法，常見的方式便是發放問卷進行研究；相關研究法，又可視為敘述研究的一種，藉由量化的方式顯現變數與變數間的關係以及樣本的現狀；實驗法多見於實驗室進行操控變數以為結果或效應之展現，或是設立模型進行探究等。然而，並非有了量化研究後，質性分析就不再重要，而是藉由量化與質性之間互補的雙管齊下求研究之完整性。

在法律學科中，上述三種量化方法都有其應用之例，不過相關研究法較為常見，原因在於法律的研究主要都放在現況分析與未來修正可能的方向上，探討的對象多為法律條文以及判決內容為主，所以調查法便較不常見於此類研究中；另，在實驗法上，由於其奠基於調查法以及相關研究法的成果為發展，因此若未有相當豐沛的研究成果，實驗法在社會科學中的使用上就會有所障礙與侷限。因此，本文主要將以與著作合理使用的國內外研究方法—以相關分析為多的研究成果出發，並從中擷取與發展和本文所提及之假說與命題相關的分析方法以為回應。

本章擬先將我國進行類似議題研究之文獻為概述性介紹，再來則是參考國外的研究成果與採用之實證研究方法，整理其利弊，以作為本文研究方法選擇上的理論依據與邏輯架構，最後則為揭示本文整理資料之方式與編碼的邏輯與變數類型，以及介紹本文選擇之研究方法的限制。

## 第一項 研究方法的選擇—相關研究法

承如上述，本文主要以相關研究法為量化研究方法所採用之對象進行文獻探討，嘗試將爬梳所得之研究方法進而分類簡述並比較其優點與限制，企為本文所採用的研究方法提出合理與正確方向之基石。

### 壹、我國關於合理使用相關研究方法之文獻探討

蔡惠如於其論文「著作權之未來展望—論合理使用之價值創新」<sup>59</sup>一書中對於我國合理使用之相關判決進行了相當仔細的列表分析，其蒐集之樣本數為 257 件，不單將重心放於本文所關注之著作權法第 65 條第 2 項，還擴及與合理使用相關條文所及之案件。其研究方法主要是以利用蒐集而來的樣本進行歸納與概率之計算，想來其目的主要是將合理使用案件的情況以盡量接近真實的情形下顯現，企圖想藉此成果了解台灣法院如何適用原封不動翻譯而來的合理使用規範並且藉此點出實務和學術期待與應用上的差別。

相同的方法也出現於闕光威的「論著作權法上之合理使用」<sup>60</sup>一書中，其主要搜尋的樣本為與著作權法第 65 條合理使用相關的判決，其樣本數共有 82 件，其整理數量統計表之目的在於探討我國當時使用合理使用條款時的運作情形。嚴裕欽在「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」<sup>61</sup>一文也曾利用蔡惠如之研究為其合理使用的成果為進一步的分析。另外，蔡惠如本人也於其著作「我國著作權法合理使用之挑戰與契機—以著作權法第 65 條第 2 項之判斷基準為核心」<sup>62</sup>中利用前述其所撰寫之論文基礎進行相關的合理使用研究。於此，應可發現我國對於著作權法第 65 條相關之合理使用實證研究主要仍是放眼於案件內容的歸納與整理，另外，學者劉孔中、謝銘洋與馮震宇於「著作權判決實證研究—從智財法院成立後三年相關判決出發」<sup>63</sup>也為智財法院合理使用案件的實際情形提供了相當宏觀的資料，為後續研究做了很紮實的引子以作為研究過程中蒐集樣本的相互印證。

<sup>59</sup> 蔡惠如，同註 12，頁 229-270，。

<sup>60</sup> 闕光威，同註 12，頁 45-55。

<sup>61</sup> 嚴裕欽，同註 15，頁 100-101。

<sup>62</sup> 蔡惠如，同註 19，頁 196-202。

<sup>63</sup> 劉孔中、謝銘洋、馮震宇，著作權判決實證研究—從智財法院成立後三年相關判決出發，月旦法學雜誌，203 期，頁 47-62，2012 年 04 月。

## 貳、國外關於合理使用相關研究方法之文獻探討

David Nimmer 於 2003 年所著之 "Fairness of Them All"<sup>64</sup> 被公認為第一篇與合理使用有關之實證研究論文，其主要是以地毯搜索的方式來整理與分析個案中合理使用四款判斷基準的使用情形。其文章中首先對於機械式操作四款判斷基準的成果進行批判，並認為如果能從訴訟雙方所提之證據與聲明進行分析，應是能解決判斷結果與最終結果不同調的情形。Nimmer 於該文章中對 60 個與合理使用四款判斷基準相關之案件進行列表與歸納，並以此成果指出四款判斷基準與成立合理使用結果與否之關係：撇除極端案例（如四款判斷基準都不得合理之結果卻成立合理使用，反之亦然）的情形，法院至少會以三個判斷基準的合理與不合理結果來決定最終成立合理使用與否。此外，也從表中進行四款判斷基準與合理使用結果成立的關係：第一款判斷基準發生機率為 55%；第二款判斷基準發生之機率為 42%；第三款判斷基準發生之機率為 57%；以及第四款判斷基準發生之機率為 50%；而整體四款判斷基準都要發生的機率是小於 50% 的。意即，第一款與第三款判斷基準在 Nimmer 所列之 60 個個案中乃屬於主要影響合理使用結果成立之因素。然而，Nimmer 所使用的歸納法雖然能立刻且直觀的看出案件的發展成果，不過其並無法利用各款發生之機率來完全解答合理使用各款判斷基準與合理使用結果成立與否之關係。若要完整這部分的研究則必須進行數值化，也就是量化的分析方法來觀察各款對於結果的顯著與影響性。

依據 Neil Weinstock Netanel 於 2011 年所撰之 "Making Sense of Fair Use"<sup>65</sup> 文中所進行之相關文獻探討，在合理使用相關研究方法的研究成果上，主要是以 Barton Beebe 於 2008 年所發表之 "An Empirical Study of U.S. Copyright Fair Use Opinions, 1978-2005"<sup>66</sup> 為範本進行發展。在該篇文章中，Beebe 蒐集了 1987 年至 2005 年與著作合理使用相關的 327 件案件以及列出 72 個變數來進行分析，並以 Atlas.ti 來輔助其進行關鍵字判斷的搜尋。其分析方法主要是使用敘述統計

（descriptive statistics）與因素分析（factor analysis）（含相關與迴歸分析、字數統計與交叉分析）來回答合理使用各款判斷基準之間以及其與結果之關係。其使用敘述統計是為了發現各法院對於各款判斷基準與成立合理使用結果與否之行為表現情形，以及主要影響美國合理使用案件判斷結果的法院審級，與經典案例

<sup>64</sup> See Nimmer, *supra* note 24.

<sup>65</sup> See Netanel, *supra* note 58.

<sup>66</sup> See Beebe, *supra* note 58.

出現前後的判決改變結果之呈現，而相關與迴歸分析則是企圖從中發現各款判斷基準彼此間之影響關係與各款判斷基準與結果之關係，字數統計方法則是以「越是重要或關鍵之因素，法官會使用更多的文字進行鋪陳」的前提假設去判斷各款判斷基準對於案件的影響性，另外，在交叉分析上，則是欲從中發現上下審級間判斷結果的差異。在 Beebe 的研究中，他發現其實經典案例對於越下級的法院影響性越低，關於合理使用判斷的關鍵還是要以法院如何適用四款判斷基準的情形為是。

在此同時，Netanel 也於同篇文章中列出 Pamela Samuelson 與 Matthew Sag 的實證研究成果為參酌，然誠如上述，此三篇文章仍是以 Barton Beebe 之”An Empirical Study of U.S. Copyright Fair Use Opinions, 1978-2005”為依歸，因此本文便不以過多篇幅進行論述，可詳見下表 1 之整理，在此一併敘明。在 Samuelson 的”Unbundling Fair Use”<sup>67</sup>一文中，其利用著作型態進行分類（即分類法：taxonomy），並推測政策制定對於著作類型群集之影響是有其關係的，也就是說其所提及的「政策相關之群體」（policy-relevant clusters）<sup>68</sup>現象：相類似的著作類型所涉及之判決結果通常就會有相近似的判斷。Sag 則是其”Fairly Useful: An Empirical Study of Copyright’s Fair Use Doctrine”<sup>69</sup>一文中從敘述統計與迴歸分析（regression analysis）的方式，企圖從中得出未來判決中運用與所得合理使用成果的預測可能性。又，Netanel 藉由爬梳此三者之研究成果，截彼之長補其之短，利用敘述統計與因素分析的方式，將合理使用所關注的議題再進行深入的探討，但其研究所遇之限制其實也與前者相差無幾，原因在於其所研究之資料皆由法院判決來進行分析，所以在大部分的研究上，只能對既已發生的案件進行分析而得現況之解釋，無法真的以此進行所謂的合理使用案件預測。

---

<sup>67</sup> See Samuelson, *supra* note 58.

<sup>68</sup> See Samuelson, *id.* at 2541.

<sup>69</sup> See Sag, *supra* note 58.

表 1 國外關於合理使用相關研究方法之文獻一覽  
 (本文主要以 Netanel 文中所列之文獻為參考與整理)

作者	探討之問題	使用方法	優點	限制
Nimmer	合理使用的四款判斷基準與成立合理使用結果與否之間的關係	個案分析與歸納法	透過個案分析與歸納法能立刻且直觀的看出所欲探討問題之現象	無法利用其所算得各款發生之機率來完全解答合理使用各款判斷基準與合理使用結果成立與否之關係
Beebe		敘述統計與因素分析	透過敘述統計可以一覽歷年與各法院對於合理使用案件之行為模式，而因素分析則能在歸納法的結果基礎下，更為深入的分析各款判斷基準間與合理使用結果成立與否的關聯性並交叉對比其改變與顯著性	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 無法在討論轉化性問題時排除極端案件的影響；</li> <li>2. 研究的樣本橫跨經典案例與法律條文的演進，因此所得之研究成果無法全為未來合理使用的實務運作情形提供較為精確的意見</li> </ol>
Samuelson		分類法	填補 Beebe 研究成果所不及的部分	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 分類的項目所能包含的著作類型過多；</li> <li>2. 樣本數不足；</li> <li>3. 分類項目過少將會減少法律條文中關於合理使用的相關訊息以及隨時間改變而發展增加之著作類型的影響</li> </ol>
Sag		敘述統計與迴歸分析	在 Beebe 與 Samuelson 的研究上從另一視角討論合理使用的實際情形（利用前者之文獻所得判決內文之成果，放眼未來合理使用運作的預測可能性）	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 將極端值挑掉反而無法顯現法院進行合理使用的整體行為態樣；</li> <li>2. 排除其他合理使用考量因素對於案件結果的影響</li> </ol>
Netanel		敘述統計與相關分析	填補前三者研究成果所不及之處，截彼之長補其之短	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 其研究限制不脫前三者之限制部分；</li> <li>2. 只能藉由法院的判決進行分析</li> </ol>

## 第二項 本文所採用之研究方法

爬梳我國與國外之合理使用四款判斷基準相關文獻中所提及的研究方法後，本文擬於蔡惠如、嚴裕欽、闕光威、學者劉孔中、謝銘洋與馮震宇之研究成果為進一步的研究—藉由其成果，利用相關分析方法來探究法院對於合理使用四款判斷基準的使用情形以及該四款判斷基準與合理使用結果的關聯性。

和表 1 所列之研究限制部分相同的是：本文一樣只能藉由法院的判決進行分析，而在時間發展的影響上，由於我國開始使用合理使用四款判斷基準是以美國現行的合理使用判斷基準進行全面的移植，因此應可排除因為條文移植而進行之內容改變以至於對案件選擇或是結果的影響。

另，根據表 1 之研究方法，本文擬同 Beebe 所採之方法，以敘述性統計分析方式對我國整體合理使用四款判斷基準與其結果的分布情形進行基本認識，並利用相關分析來檢驗因素間的關聯性，再者，由於我國乃屬合理使用四款判斷基準之輸入國，擬利用相關分析之結果，進一步為邏輯迴歸分析（logistic regression）探究我國法院對於合理使用四款判斷基準是否有如法院適用上所認為的判斷過程與判決表現。

## 第三項 資料分析方法之選擇與邏輯架構

### 壹、資料蒐集與編碼方式

本文以司法院法學資料檢索系統進行判決之查詢，以 2000 年起各地方法院與高等法院及 2008 年 7 月 1 日成立之智財法院至 2012 年 06 月間所做成的判決為觀察對象，搜尋的關鍵詞為：「合理使用」以及「著作權法第 65 條<sup>70</sup>」（採交集，即布林邏輯的“and”之關係進行搜尋），經過搜尋與閱讀判決內文進行確認後發現，真正符合本文討論主軸—進行合理使用四款判斷基準之判決—僅有 162 筆資料：智財法院為 30 筆；地方法院為 101 筆；高等法院有 31 筆。在統計軟體的選擇上，本文選擇 IBM SPSS Statistics 19 作為資料分析之工具。

由於判決內容皆為文字敘述，因此在進行實證研究之前，必須先將敘述性的

<sup>70</sup> 本文所關注之著作權法第 65 條乃是以民國 87 年修法後（即現行）的著作權法第 65 條第 2 項法規內容為準。

資料轉換成數值型的資料，且將合理使用各款之判斷要素統合成 30 個變數，並把相關的資料紀錄於 Excel2010 工作表中。編碼的部分主要分成兩部分：一為基本資訊，包含按時間序列的排序、案件名稱、判決案號、判決簡要事實、判決法院審級、判決年月日、判決法院、判決類型、判決程序以及合理使用結果等 10 個變數；二為針對合理使用四款判斷基準的部分，有針對第一款判斷基準的商業與非商業性認定、侵權作品主張合理使用的目的、公共利益的考量判斷、法院對轉化性要件的認定以及法院對第一款判斷基準之判決結果；與針對第二款判斷基準的作品性質判斷、案件所涉及之著作類型以及法院對第二款判斷基準之判決結果；以及針對第三款判斷基準的質量考量之態度、法院對作品核心概念的態度、法院對於整個著作範圍的認定態度以及法院第四款判斷基準之判決結果；和針對第四款判斷基準的商業使用對市場影響之判斷、非轉化性使用對市場影響判斷、對於未來市場上散布而擴大的判斷、商業目的與市場替代效果的關係以及法院對第四款判斷基準之判決結果等共 17 個變數。在針對合理使用四款判斷基準的部分，本文對於審查判斷要素通過與否以及合理使用成立與否進行的編碼為：0 為無，代表沒有進行判斷<sup>71</sup>；1 表通過該款判斷基準或成立合理使用，即有進行判斷且審查通過該要件，也就是於原告而言不利的情形；2 表不通過該款判斷基準或不成立合理使用，即有進行判斷但審查不通過該要件，也就是對於原告而言有利的情形；大抵其餘各款判斷基準中各影響要素的編碼邏輯亦如此，除涉及目的及類型的編碼時則是編列各出現的型態以作為資料處理之用，另外僅涉及「無」與「有」兩種表現形態之變項則以其「無」與「有」和各判斷要素與合理使用結果的連結情形為 0 與 1、1 與 2 以及 0 與 2 之編碼等。（詳見附錄一）

## 貳、資料分析之邏輯架構

本文企圖想藉由搜尋我國歷年和著作權法第 65 條第 2 項合理使用相關的判決進行以下分析：1. 合理使用判決結果、各款判斷基準與各判斷要素間之資料分配情形；2. 影響各款判斷基準成立與否的關鍵判斷要素；3. 影響合理使用判斷結果的關鍵判斷基準；4. 四款判斷基準之通過與否和合理使用判斷結果的實際關係等等。（其邏輯架構圖如圖 2）

<sup>71</sup> 在此部分 0 代表的是該部分判斷要素或判斷基準並未如實進行判斷之情形，如不清楚或是即便有點出該法院對於該爭點的態度但未為認事用法或進一步闡釋案件本身與該判斷要素或判斷基準之關聯之情形。

在開始對上述命題進行實證分析之前，其命題以及所對應來分析的統計方法都不盡相同，因此本文乃藉下圖與下表來表現與分析此些命題的邏輯架構以及其所對應且適用的統計方法：

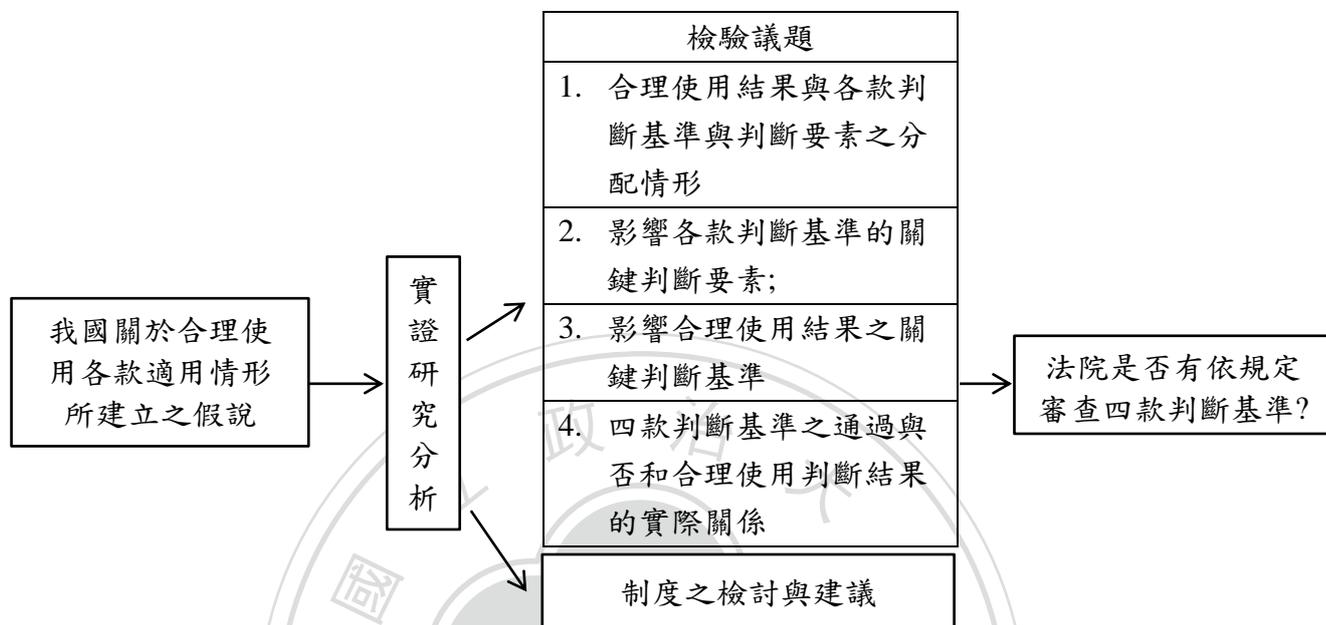


圖 2 本文的實證分析架構圖

表 2 本文所討論之命題與其適用之統計方法對照表

檢驗議題	本文使用之統計方法	目的
1. 合理使用結果與各款判斷基準與判斷要素之分配情形	敘述性統計	觀察資料的散佈與分配情形，即描述樣本的特性
2. 各判斷要素與各款判斷基準之關係	相關分析	觀察各觀察變數間的關係
3. 各判斷基準與合理使用結果之關係		
4. 四款判斷基準之通過與否和合理使用判斷結果的實際關係	邏輯迴歸	分析合理使用四款判斷基準對於合理使用結果影響之實際情形，藉此探查何款判斷基準或是判斷要素對於合理使用判斷結果的影響程度與關鍵性

## 貳、統計方法

由於本文所欲檢驗的對象為法院所做與著作權法第 65 條第 2 項合理使用有關之判決，然該判決之結果甚至於各判斷要素或判斷基準的認事用法情形並不太可能呈現主要集中某一傾向之判決態度或是結果的情形，也就是說無法確定資料可以呈現常態分配的型態，因此無法以母數統計的方法來進行分析，除非資料量非常大，則可以藉由大數法則來使用母數統計（parametric statistics）方法，但，考量所蒐集之各審級法院的樣本數分配情形呈現極度不均之狀態，因此只能以無母數統計（nonparametric statistics）方法<sup>72</sup>來進行分析。另外，將資料進行數值化編碼（詳見附錄一之編碼情形）只是為了操作上方便，本文所檢驗的原始樣本型態為順序型資料（ordinal data），所以使用的統計分析方法便採用史比爾曼等級相關（Spearman rank order correlation coefficient）以及邏輯迴歸為是。

### 一、敘述統計

敘述統計主要是進行資料第一步的解讀，在未能確定資料的分布情形與資料本身特性時，對蒐集而來之樣本進行整理與製表等，以為後續資料進行總體分析時為正確統計推論的基礎。

### 二、相關分析

相關分析主要是分析變數間之相關程度與方向（正數表示為正相關；負數表示為負相關的情形<sup>73</sup>）。由於本文乃是以無母數統計來進行資料之分，因此在相關分析部分乃採史比爾曼等級相關所得之相關係數來進行順序尺度變數資料之分析，以為變項間關係之描述。

### 三、邏輯迴歸

邏輯迴歸是比前兩者都要複雜的統計方法，目的在於利用邏輯迴歸可以更方便進行多個類別變項間的分析，以探查判斷基準中之各判斷要素與各個判斷基準間實際運用於判決結果之情形，與利用此統計方法預測我國合理使用判決與各款判斷基準間的關係以作為假說的回應。因此，本文便採用進行二元類別資料的邏

<sup>72</sup> 由於本文所蒐集之樣本資料為質的資料（如類別資料、順序資料等）的形式呈現，而通常質的資料之分配通常不為常態分配，加之沒有研究顯示我國法院判決有呈現常態分布的情形，實際上也不可能，因此本文乃以無母數統計方法來作為本研究之分析工具。另，本文並不特別將樣本調整成常態分配之情行為分析乃是期待盡量以接近樣本原貌進行分析而得結果偏誤最小的目標。

<sup>73</sup> 從絕對值來看相關係數大小所代表之意義：大於 0.6 為高度相關；介於 0.4 至 0.6 之間則為中度相關；其餘則為低度相關。

輯迴歸分析方法配合合理使用結果的兩種情形(成立合理使用與不成立合理使用)來分析變數被檢驗或通過,不過由於原始編碼情形分為三類,因此本文乃以下列表3之編碼調整的方式來進行二元的邏輯迴歸分析:在針對討論合理使用成立與否的情形下,成立合理使用(1)為依變數=1,不成立合理使用(2)為依變數=0;而自變數的表現有三類就使用兩個虛擬變數來量化並分成兩次為檢驗,一為對自變項的原始編碼是以對被告有利之(1)=1來討論,二則是為對自變數的原始編碼已對報告不利之(2)=1來編碼,其餘則以0為編碼以避開此變項之影響,也就是當合理使用(1)=1時,自變項對被告有利(1)=1,其餘為0,以及當合理使用(1)=1時,自變項對被告不利(1)=1,其餘為0來進行討論。即,在不成立合理使用(2)為依變數=0的情形下,也是分為自變項對被告有利(1)=1,其餘為0,以及當不成立合理使用(2)=0時,自變項對被告不利(1)=1,其餘為0來進行討論之情形同;而為合理使用各款判斷基準與其判斷要素間的邏輯迴歸時,也是以相同的方式分四次來檢驗,茲不贅述。下圖3為本文所欲進行之邏輯迴歸的邏輯架構圖:



圖3 本文進行邏輯迴歸分析之邏輯架構圖

表 3 本文擬於第六章進行邏輯迴歸之重新編碼一覽表  
(針對依變數為合理使用的情形)

依變項 (原始編碼)	虛擬變數	自變項 (原始編碼)	虛擬變數 1	虛擬變數 2
成立合理使用 (1)	1	無，未進行判斷 (0)	0	0
		變項為對被告有利之判斷 (1)	1	0
不成立合理使用 (2)	0	變項為對被告不利之判斷 (2)	0	1

## 第二節 研究限制

本研究雖然企圖從判決爬梳法院對於合理使用判斷基準的態度，然而在判斷敘述性資料變成數值型資料的時候總會有編碼上無可避免的困境，即判決內容未加以闡述的部分，以及法官未揭露的心證等等，加之我國判決對於合理使用四款判斷基準的闡釋有些隱含與晦澀的涵義無法進行直覺的判斷等等。雖然目前已有相當多的質性資料或文字搜尋的軟體，如 WinMAX 與 Atlas.ti 等等，然考量我國判決本文多解釋與文字堆疊的情形，實難以指令或指定關鍵字的方式進行篩選進而編碼與分析，因此為保持編碼判斷之一致性，本文進行了四次的資料處理，以求維持判決之原貌，也盡量逼近不偏頗判決的立場與態度。此外，由於侵權作品主張合理使用的目的出現兩個以上的案件非常少，因此本文僅從標示兩個以上目的之案件擇一最重要以及與侵權物之目的較為相關的項目進行分析；而在著作類型的判斷上，雖然亦有涉及兩種類型以上的著作類型案件，然數量也相當稀少，因此本文乃以該合理使用的判斷上最主要著墨的類型為取捨對象。

另，由於同一案件可能涉及不同對象及階段進行訴訟，但為保持對於法院判斷合理使用因素考量的分析獨立性，因此本文假設每個判決都是獨立的樣本進行資料處理與統計分析，排除同審級中於本文所專注之著作權法第 65 條第 2 項合理使用來回更審判決內容完全相似的樣本<sup>74</sup>，所以本文所得之判決樣本數共為

<sup>74</sup> 如智財法院 99 年民著訴字第 85 號民事判決與同法院 100 年民著上易字第 1 號民事判決；士林地方法院 95 年士簡字第 486 號民事判決與同法院 95 年簡上自第 127 號民事判決；台北地方法院 96 年度自字第 114 號刑事判決與同法院 97 年自字第 103 號刑事判決等等之情形，本文會以後者為樣本而拿掉重複的前審部分，原因乃是我國法院前後審對於合理使用判斷的態樣幾乎非常一致，又加之我國與著作權法第 65 條第 2 項合理使用相關之判決數量並不多，為使每個判決對於

162 筆之來源乃為進行本文研究之考量。至於最高法院的判決未進行收錄的原因乃是案件至此只進行法律審的部分，不會再對事實進行判斷與考量，因此本文便不計入最高法院的判決。

又，本文對於判決的篩選乃是關注於判決是否有進行我國著作權法第 65 條第 2 項四款判斷基準的判斷，因此只對涉及我國著作權法第 65 條第 2 項之適用情形進行分析，至於同法第 44 條至第 63 條之適用（含輔以第 65 條第 2 項判斷基準）部分，則非本文分析範圍。

在統計方法的選擇上，由於本文欲進行檢驗四個判斷基準與其判斷要素如何被實際使用於判決結果判斷中之情形，因此採用進行二元資料處理的邏輯迴歸方法進行分析與解讀，以配合合理使用成立與不成立二元的判斷情形，於是於自變數大多分為三類進行原始資料編碼的情形（如第一款至第四款判斷基準有通過、不通過或無三種情形）就必須各自進行兩次的迴歸分析，甚而在進行依變數為各款判斷基準與其判斷要素為自變數的情形下，該邏輯迴歸分析就必須為四次之運算檢驗，因此有部分資料可能在此考量下會因運算時被犧牲進而無法如實呈現，然考量主要檢驗之目的，如此資料編碼的改變與進行迴歸之方式應尚屬合理。

## 第五章 合理使用判斷基準之因素分析

本文之目的在於從敘述統計、相關分析與邏輯迴歸三種分析方法進行我國合理使用判斷基準相關假說的檢驗。因此，本章主要以各款判斷基準與合理使用之結果進行檢驗，分別以敘述性統計的次數分配表以及史比爾曼等級相關之統計分析結果來探討智財法院、地方法院以及高等法院對於合理使用案件各款判斷基準的使用情形。主要的目的是利用敘述統計之次數分配表與史比爾曼等級相關來表現我國實務判決的對於合理使用判斷的模式與態度；至於利用邏輯迴歸來檢驗合理使用各判斷要素、各款以及結果間之關係與影響性則會於第六章進行討論。要補充說明的是，從本章開始至第六章，在討論各判斷要素與各款判斷基準間的關係時，是以前者為自變數（independent variable），後者則為依變數（dependent variable）來進行分析討論；在討論各款判斷基準與合理使用結果的關係時亦同。本文關於合理使用量化分析之邏輯架構如下表 4：

表 4 本文所採用之統計方法與結構表

統計方法	依各款判斷基準檢驗	依各款判斷基準與各款中之判斷要素檢驗
次數分配表	檢驗四款判斷基準對於合理使用結果的關係	依前述之結果進行各判斷要素之分析
史比爾曼等級相關		
邏輯迴歸	探討判斷要素、判斷基準與合理使用結果之關係與影響性	

由於我國於 2008 年 07 月 01 日成立了智財法院以專責智慧財產權案件之審理，因此不論是一審、二審之民事事件或刑事案件，智財法院與地方法院皆能在其管轄權範圍內進行審理；然而在該時點之前，有關於智慧財產權的案件皆由地方法院來進行審理。因此在筆數上地方法院的案件樣本數為最多：101 筆，而智財法院的案件樣本數僅為 30 筆。另外，因為我國針對合理使用的上訴情形並不明顯，因此在高等法院的案件樣本數上僅有 31 筆，在此敘明。

## 第一節 智財法院使用著作權法第 65 條第 2 項之基本概況

### 第一項 四款判斷基準與合理使用判斷結果間之表現情形

在智財法院 2008 年成立至今約莫五年間，與著作權法第 65 條第 2 項合理使用有關之案件為 30 件，其對於合理使用成立之寬嚴態度可見下表 5 案件數總和一欄，是採取較為嚴格之審酌態度，也就是說在目前的使用情形下，智財法院對於該類案件主要還是較偏為不合理使用之判斷。因此，整體而言在各款判斷基準通過與否和合理使用之關係<sup>75</sup>自然以不通過合理使用的佔比為多自屬當然。

從判斷態樣之表現觀察，此四款判斷基準都有未判斷的情形發生，並且以第二款判斷基準未判斷之次數為 14 件為甚，第四款判斷基準的使用狀況則是四者中最良好，僅有一案件未進行第四款判斷基準之審酌。在各款判斷基準與合理使用成立與否的關係上，則可以發現第一款與第三款判斷基準的通過與否和合理使用判決之成立是完全契合的，也就是未通過第一款判斷基準則不會成立合理使用，反之，若通過第一款判斷基準則會成立合理使用（第三款判斷基準之表現亦如是）。並且，亦能從總和一系列中看出合理使用成立與否和第一款判斷基準審酌一致性之結果為最高，至於第三款判斷基準修正前後<sup>76</sup>對於合理使用成立與否的影響（即

<sup>75</sup> 此處是指本文對於各款判斷基準與合理使用成立與否之結果為對應進行計算之數額，意即若通過第一款判斷基準並對應到成立合理使用之結果，則歸入合理使用部分；若不通過第一款判斷基準並對應到不成立合理使用之結果，則歸入不合理使用部分；其餘（含未判斷或是通過第一款判斷基準得不合理使用之結果，抑或不通過第一款判斷基準卻得合理使用之結果）則不予計入。其他三款判斷基準之計算亦以此類推。

<sup>76</sup> 在表 5 中所列之修正後第三款判斷基準乃是由於在實務判決使用上往往誤用著作權法第 65 條第 2 項第 3 款關於質量比例的分母，應是以被取用著作的範圍為分母，但爬梳本文所列之 162 件判決，是有出現以取用著作範圍為分母的誤為計算的現象發生，若是在完全重製或抄襲的情況來看，即便是誤用也不會對計算造成影響，然而若是以原著作被完全取用並重製於取用著作的某一部分時，就會顯現出誤用計算分母的差異，依照正確的算法應是屬 100% 取用，不過在實務誤用的判決上則會被視為新著作之部分而可能會通過該款之判斷，因此，本文便特別挑出這些有差異的部分置入表 5 中以為比較。關於我國著作權法第 65 條第二項第三款之質量比例應該是與被告所利用部分再被利用著作（原著作）所佔比例有關，與被告所利用部分在新著作所佔比例無涉。參見，謝國廉，著作合理使用之判斷基準—評最高法院與高等法院紫微斗數案之判決，月旦法學雜誌，第 182 期，頁 215-218，2010 年 07 月；林利芝，教學講義找麻煩，合理使用費思量—評析智慧財產法院九十九年度刑智上易字第 61 號刑事判決，月旦法學雜誌，第 207 期，頁 170-171，2012 年 08 月。

通過第三款判斷基準則會成立合理使用的情形)則主要表現在成立合理使用結果上,比較第三款判斷基準修正前後可以發現,不通過檢驗的數量增加了3件,成立合理使用的結果也從原來的6件降為3件,也就是說若法院未誤用此款之質量比例,則該款就更難與合理使用之成立有關聯。

表 5 智財法院對於合理使用結果與各款判斷結果次數分配表

變項	判斷態樣		合理使用成立與否之結果		總和* (百分比)
			成立合理使用 (百分比)	不成立合理使用 (百分比)	
第一款判斷基準	未判斷	3	11 (40.7%)	16 (59.3%)	27 (90.0%)
	通過檢驗	11			
	不通過檢驗	16			
第二款判斷基準	未判斷	14	4 (28.6%)	10 (71.4%)	14 (46.7%)
	通過檢驗	5			
	不通過檢驗	11			
第三款判斷基準	未判斷	7	6 (26.1%)	17 (73.9%)	23 (76.7%)
	通過檢驗	6			
	不通過檢驗	17			
修正後 第三款判斷基準	未判斷	7	3 (15.8%)	16 (84.2%)	19 (63.3%)
	通過檢驗	3			
	不通過檢驗	20			
第四款判斷基準	未判斷	1	12 (46.2%)	14 (53.8%)	26 (86.7%)
	通過檢驗	14			
	不通過檢驗	15			
案件數總和			13 (43.3%)	17 (56.7%)	30

\* 此處總和是指合理使用成立與否結果與各款判斷基準對應情形之數額,與表最末欄案件數總和所指陳之智財法院與合理使用判斷結果相關案件數的30筆不同。

下表6是各款判斷基準與合理使用結果的關聯性討論,對照表5所表示各判斷其準與合理使用成立與否的連結,更可證明其兩兩間的相關程度。在智財法院所蒐集到的30件案件中,第一款判斷基準、修正前後之第三款判斷基準與第四款判斷基準和合理使用果都有顯著高度正相關<sup>77</sup>,越是通過前述款判斷基準,其得合理使用的結果便非常高,即第一款、第三款與第四款判斷基準可能對於合理使用結果之預測有其影響性;在各判斷基準間的關聯性討論上,第一款判斷基準

<sup>77</sup> 顯著性小於0.05即表示該相關性是有統計意義上之相關。

分別合修正前後之第三款判斷基準與第四款判斷基準有顯著高度正相關，且修正前後之第三款判斷基準與第四款判斷基準亦是，也就是前述幾款判斷基準彼此為判斷通過的程度有高度一致性。

表 6 智財法院對於合理使用結果與各款判斷結果之關聯性

相關係數 (顯著性)	第一款 判斷基準	第二款 判斷基準	第三款 判斷基準	修正後 第三款 判斷基準	第四款 判斷基準	合理使用 之結果
第一款 判斷基準	1.000					
第二款 判斷基準	0.168 (0.374)	1.000				
第三款 判斷基準	0.847** (0.000)	0.340 (0.066)	1.000			
修正後 第三款 判斷基準	0.722** (0.000)	0.244 (0.194)	0.899** (0.000)	1.000		
第四款 判斷基準	0.808** (0.000)	0.336 (0.070)	0.678** (0.000)	0.537** (0.002)	1.000	
合理使用 之結果	0.856** (0.000)	0.330 (0.075)	0.961** (0.000)	0.795** (0.000)	0.676** (0.000)	1.000

\*\* :  $p < 0.01$  ; \* :  $p < 0.05$

## 第二項 各款判斷基準與其判斷要素間之表現情形

### 壹、第一款判斷基準與其判斷要素之表現情形

回顧表 5 之觀察—智財法院對於合理使用判決之審查態度較偏向不合理使用為多，則第一款判斷基準與合理使用成立與否的連結以不成立合理使用的情形為顯自屬當然。然，在影響第一款判斷基準結果的判斷要素：商業與非商業性的認定、轉化性與否的認定、侵權作品主張合理使用之目的以及公共利益考量與第一款判斷基準通過與否之連結<sup>78</sup>上卻有不同的表現：從表 7 所示逐一討論此四個

<sup>78</sup> 此處是指本文對於各判斷要素與各款判斷基準通過與否之結果為對應進行計算之數額，意即若通過某一判斷要素並對應到通過某一款判斷基準之結果，則歸入通過該款判斷基準之部分；若不通過某一款判斷基準並對應到不通過某一款判斷基準之結果，則歸入不通過該款判斷基準之部分；其餘（含未判斷或是通過某一判斷要素得不通過之結果，抑或是不通過某一判斷要素卻得通

判斷要素可以發現，商業與非商業性的判斷上與第一款判斷基準不通過的佔比高達 66.7%，從總和一系列中亦可發現此判斷要素與第一款判斷基準通過與否一致性之結果為最高；在侵權作品主張合理使用的目的上則可以發現一旦有進行此判斷要素之主張，通過第一款判斷基準的情形是非常大的，並且類型主要是以教學為目的者為多；在公共利益考量上，一旦法院有為公共利益考量時，便幾乎能通過第一款判斷基準；在轉化性的認定上，智財法院尚未對審理之案件為轉化性之判斷，多為非轉化性的情形。又，在判斷態樣上，四個判斷要素都有未進行判斷或未主張的情形，並且以公共利益考量為多有 28 件。

表 7 智財法院使用第一款判斷基準與其判斷要素表現之次數分配表

變項	判斷態樣		第一款判斷基準通過與否之情形		總和* (百分比)	
			通過	不通過		
商業與非商業性 之認定	未判斷	4	6 (33.3%)	12 (66.7%)	18 (60.0%)	
	商業性	18				
	非商業性	8				
侵權作品主張 合理使用之目的	未主張	22	5 (71.4%)	2 (28.6%)	7 (23.3%)	
	有主張	教育				7
		研究、教學				0
		報導				1
		評論				0
		資訊自由流通				0
		商品流通 、物盡其用				0
		個人或家庭 非營利目的				0
公共利益考量	未考量	28	2 (11.1%)	16 (88.9%)	18 (60.0%)	
	有考量	2				
轉化性要件 的認定	未判斷	20	0 (0.0%)	7 (100.0%)	7 (23.3%)	
	有轉化	0				
	非轉化	10				
第一款判斷基準得合理使用與否之情形			11 (40.7%)	16 (59.3%)	27	

\* 此處總和是指判斷基準通過與否與各判斷要素對應情形之數額。

過之結果) 則不予計入。其他各判斷要素之計算亦以此類推，以下各段之分析提及相同概念時茲不贅述。

睽諸表 8 第一款判斷基準之判斷要素與第一款判斷基準結果的關係，其四個判斷要素與第一款判斷基準並沒有相互關連性存在，雖然有表現出其相關係數大小之結果，但其顯著性都大於 0.05，其相關性並不具顯著性，就是說第一款判斷基準與其判斷要素並不相關；而在各個判斷要素間的關係上，僅有商業與非商業性之認定與侵權作品主張合理使用之目的有顯著低度負相關，即被認定為商業性使用的情形與主張侵權作品合理使用目的是呈相反方向的關聯性，侵權人越是被判定為商業性使用，其主張合理使用目的之表現就非常低，反之，於非商業性認定的情形下，主張合理使用目的的情狀是較明顯，只是其二者間之關聯性並非相當高，回顧表 7 觀察認應是受到侵權作品主張合理使用目的數量不高原因所致。

表 8 智財法院使用第一款判斷基準與其判斷要素表現之關聯性

相關係數 (顯著性)	商業與非商業性 之認定	侵權作品主張 合理使用目的	公共利益考量	轉化性要件 的認定	第一款判斷基準 通過情形
商業與非商業性 之認定	1.000				
侵權作品主張 合理使用目的	-0.387* (0.035)	1.000			
公共利益考量	-0.018 (0.926)	0.130 (0.493)	1.000		
轉化性要件 的認定	0.084 (0.658)	-0.117 (0.539)	0.094 (0.619)	1.000	
第一款判斷基準 通過情形	0.326 (0.079)	-0.251 (0.181)	-0.225 (0.233)	0.270 (0.150)	1.000

\*\*：p < 0.01；\*：p < 0.05

## 貳、第二款判斷基準與其判斷要素之表現情形

第二款判斷基準與其判斷要素之關係以法條的內文來看應只有作品性質一項，不過在作品性質的判斷上實然無法直截了當與著作類型進行區隔，也可能法官於心證時會不自覺的受著作類型與作品性質的影響而下判決結果也不一定，因此，本文亦將著作類型編入表 9 以為分析。又，回顧表 5 之觀察—智財法院對於合理使用判決之審查態度較偏向不合理使用為多，則第二款判斷基準與合理使用成立與否的連結以不成立合理使用的情形為顯自屬當然。若從著作類型來看，其與第二款判斷基準之連結是多有不通過的表現；然，作品性質與第二款判斷基準

通過與否之連結卻是有著相反的結果。

在作品性質的判斷上可以發現智財法院進行原著作為原創性之著作的比例非常高（有 26 件），屬於事實性之著作或未進行判斷的情形則各有 2 件資料；而在著作類型判斷下，最多的著作類型為攝影著作高達有 18 件，再來則是語文著作 6 件、音樂著作 3 件、電腦程式著作 2 件以及美術著作 1 件。然，即便進行作品性質判斷的案件量非常高，但依據其判斷而與第二款判斷基準進行連結而得判斷結果的件數僅為 9 件，且通過第二款判斷基準的比例還遠超過不通過第二款判斷基準之比例；反觀以著作類型為區分的情形下，其所涉及第二款判斷基準判斷結果做成的件數則可以提高到 11 件，以各細項來看原著作若為攝影著作以及電腦程式著作方面得通過第二款判斷基準結果的比例較高；反之語文著作、音樂著作以及美術著作則是不通過第二款判斷基準的情形較高。似乎以著作類型為第二款判斷基準通過與否之依據是較作品性質容易操作與使用的。

表 9 智財法院使用第二款判斷基準與其判斷要素表現之次數分配表

變項	判斷態樣		第二款判斷基準通過與否之情形		總和* (百分比)
			通過	不通過	
作品性質之判斷	未判斷	2	7 (77.8%)	2 (22.2%)	9 (30.0%)
	事實性著作	2			
	原創性著作	26			
著作類型	語文著作	6	1 (33.3%)	2 (66.7%)	3 (10.0%)
	編輯著作	0	0	0	0
	音樂著作	3	0 (0.0%)	1 (100.0%)	1 (3.3%)
	美術著作	1	0 (0.0%)	1 (100.0%)	1 (3.3%)
	攝影著作	18	3 (60.0%)	2 (40.0%)	5 (16.7%)
	視聽著作	0	0	0	0
	電腦程式著作	2	1 (100.0%)	0 (0.0%)	1 (3.3%)
第二款判斷基準得合理使用與否之情形			4 (28.6%)	10 (71.4%)	14

\* 此處總和是指判斷基準通過與否與各判斷要素對應情形之數額。

在相關性的討論上，第二款判斷結果與其判斷要素間關聯性之關聯性表現如

表 10，可以發現不論是判斷要素間或是第二款判斷基準結果與判斷要素間並沒有呈現顯著的相關性，即未通過顯著性  $p < 0.05$  的檢驗，因此其相關程度之結果是不具任何統計意義的。回顧表 9 的表現以為對照解釋可以發現，無論是以作品性質或著作類型區分，都因為此兩判斷要素和第二款判斷基準通過與否之連結缺乏一致性之情形，而不會有顯著關聯性。

表 10 智財法院使用第二款判斷基準與其判斷要素表現之關聯性

相關係數 (顯著性)	作品性質之判斷	著作類型	第二款判斷基準 通過情形
作品性質之判斷	1.000		
著作類型	0.301 (0.106)	1.000	
第二款判斷基準 通過情形	-0.008 (0.966)	-0.013 (0.944)	1.000

\*\*：  $p < 0.01$ ；\*：  $p < 0.05$

### 參、第三款判斷基準與其判斷要素之表現情形

由於前述提及法院可能有誤用第三款判斷基準質量比例計算分母主體的情形，因此，本文特別在此部分於著作取用比例之考量態度外再區分出實際著作取用比例之情形。觀諸表 11 可以發現以作品核心概念的判斷為最少，其未考量的件數高達 21 件，反觀著作取用比例之考量態度與實際取用比例情形和整體著作範圍之考量，其被使用的比例非常高，尤其是整體著作範圍的考量中僅有一件判決未進行該判斷要素之討論。

比較表 11 中判決中著作取用比例之考量態度與著作取用比例之實際情形可以發現偏好原告的情形會於修正後上升，相對的偏好被告的情形便會隨之下降，也就是說在本文所蒐集的智財法院判決中，其質量比例的計算出現誤算的情形，連帶影響的便是其二者與第三款判斷基準結果之連結有了不一樣的表現，即通過第三款判斷基準的比例會於修正後減少，至於不通過的情形則變化不多。在作品核心概念以及對整體著作範圍認定之態度與第三款判斷基準結果的判斷表現上，不通過的情形是多於通過的比例，也就是說一旦進行了作品核心概念或對整體著作範圍認定之態度的討論，較容易出現不通過第三款判斷基準之結果。

對應智財法院使用第三款與修正後第三款判斷基準結果不通過情形為高的

狀況下，其表 11 中三個判斷要素與第三款判斷基準連結的情形有著一致的表現，亦以不通過之比例為高。另，在總和一系列可以看出此三個判斷要素是以對整體著作範圍認定態度的數量為多，可以說主要第三款判斷基準似乎挺仰賴此判斷要素為判斷，但以通過與不通過個數對應判斷態樣的一致性來看還是以著作取用比例之考量態度的程度為最高。

表 11 智財法院使用第三款判斷基準與其判斷要素表現之次數分配表

變項	判斷態樣		第三款判斷基準通過與否之情形		總和* (百分比)
			通過	不通過	
著作取用比例 之考量態度	未判斷	6	3 (16.7%)	15 (83.3%)	18 (60.0%)
	偏好被告	4			
	偏好原告	20			
修正後 著作取用比例 之實際情形	未判斷	6	0 (0.0%)	18 (100.0%)	18 (60.0%)
	偏好被告	1			
	偏好原告	23			
對作品核心概念 的態度	未考量	21	5 (38.5%)	8 (61.5%)	13 (43.3%)
	有考量	9			
對整個著作範圍 的認定態度	未考量	1	5 (22.7%)	17 (77.3%)	22 (73.3%)
	有考量	29			
第三款判斷基準得合理使用與否之情形			6 (26.1%)	17 (73.9%)	23
修正後第三款判斷基準得合理使用與否之情形			3 (15.8%)	16 (84.2%)	19

\* 此處總和是指判斷基準通過與否與各判斷要素對應情形之數額。

考量前述所提及質量比例誤算的情形，因此在本段中會將修正後之第三款判斷基準之結果加入相關分析以進行區別比較。表 12 顯示在未修正前之第三款判斷基準與其判斷要素間之關係上，著作取用比例之考量態度與對作品核心概念態度和第三款判斷基準結果有顯著中度正相關，即有為不利於被告之考量時，不通過第三款判斷基準的機率非常高，與整體著作範圍之認定則沒有；修正後的第三款判斷基準與其他判斷要素的關係上則僅與修正後的著作取用比例之實際情形有顯著中度正相關，表示當法院對修正後著作取用比例考量態度傾向不利於被告時，不通過第三款判斷基準的表現非常高。又，修正前後的差別在作品核心概念的相關性上有顯著有無的差異，可能是因修正後著作取用比例之實際情形與通過第三款判斷基準結果之表現上為 0 件而導致，也就是說修正後的質量比例算法

會顯現出實際情形下總得出不通過第三款判斷基準的情形，與考量作品核心概念和第三款判斷基準結果的表現形態不同之故。

表 12 智財法院使用第三款判斷基準與其判斷要素表現關聯性

相關係數 (顯著性)	著作取用比例 之考量態度	修正後 著作取用比例 之實際情形	對作品核 心概念的 態度	對著作範 圍的認定 態度	第三款 判斷基準 通過情形	修正後 第三款判斷 基準通過情形
著作取用比例 之考量態度	1.000					
修正後 著作取用比例 之實際情形	0.871** (0.000)	1.000				
對作品核 心概念的態度	0.282 (0.130)	0.183 (0.334)	1.000			
對著作範 圍的認定態度	0.309 (0.097)	0.350 (0.058)	0.122 (0.522)	1.000		
第三款判斷基準 通過情形	0.525** (0.003)	0.439** (0.015)	0.442** (0.014)	0.276 (0.140)	1.000	
修正後 第三款判斷基準 通過情形	0.366** (0.047)	0.506** (0.004)	0.339 (0.067)	0.297 (0.111)	0.899** (0.000)	1.000

\*\* :  $p < 0.01$  ; \* :  $p < 0.05$

#### 肆、第四款判斷基準與其判斷要素之表現情形

第四款判斷基準與其判斷要素的表現如表 13，可以發現最常被使用的判斷要素為商業使用對市場影響之判斷以及對未來市場上散布而擴大的判斷，而非轉化性使用對市場影響之判斷以及商業目的與市場替代效果之關係則非常少被考量，其緣由與智財法院在判決中所表現之轉化性判斷態度本來就沒有非常大的關係，而判斷對未來市場上散布而擴大之部分則是因為較替代效果具體與容易判斷之故。

有趣的是在各判斷要素中一旦出現偏好被告的判斷態樣，其出現通過第四款判斷之結果便會與其偏好被告判斷態樣的件數相同，又，替代效果的出現往往代表商業目的與市場替代性的關聯性高的狀況，因此總是會得不通過第四款判斷基準之結果。總而言之，在此四個判斷要素上，以商業使用對市場影響之判斷對於第四款判斷結果表現所出現的次數為最多。

對應智財法院使用第四款判斷基準結果為不通過情形為高的狀況下，其表 13 中四個判斷要素與第四款判斷基準連結的情形有著一致的表現，亦以不通過之比例為高。另，在總和一系列可以看出此四個判斷要素是以商業使用對市場影響之判斷的數量為多，可以說主要第四款判斷基準似乎挺仰賴此判斷要素為判斷，而以通過與不通過個數對應判斷態樣的一致性來看，似乎四個判斷要素與第四款判斷基準之連結都有非常高程度的一致性表現。

表 13 智財法院使用第四款判斷基準與其判斷要素表現之次數分配表

變項	判斷態樣		第四款判斷基準通過與否之情形		總和* (百分比)
			通過	不通過	
商業使用對市場 影響之判斷	未判斷	7	7 (33.3%)	14 (66.7%)	21 (70.0%)
	偏好被告	7			
	偏好原告	16			
	被告與原告都考量	0			
非轉化性使用對 市場影響之判斷	未判斷	19	4 (44.4%)	5 (55.6%)	9 (30.0%)
	偏好被告	4			
	偏好原告	7			
	被告與原告都考量	0			
對未來市場上散布 而擴大的判斷	未判斷	9	6 (33.3%)	12 (66.7%)	18 (60.0%)
	偏好被告	6			
	偏好原告	15			
	被告與原告都考量	0			
商業目的與市場 替代效果的關係	未判斷	17	0 (0.0%)	11 (100.0%)	11 (36.7%)
	關聯性低	0			
	關聯性高	13			
第四款判斷基準得合理使用與否之情形			12 (46.2%)	14 (53.8%)	26

\* 此處總和是指判斷基準通過與否與各判斷要素對應情形之數額。

從表 14 可以看出第四款判斷結果與商業使用對市場影響之判斷以及對未來市場上散布而擴大以及商業目的與市場替代效果之關係的判斷有顯著高度正相關，也就是說其判斷要素為不利被告時，不通過第四款判斷基準的表現為多，反之亦同，而與非轉化性使用對市場影響之判斷則未有顯著性之相關，並且此三個判斷要素間彼此也有顯著的高度正相關，也就是說第四款判斷結果、商業使用對市場影響之判斷、對未來市場上散布而擴大以及商業目的與市場替代效果之關係

四者間有非常大程度的相關性，其行為表現皆是兩兩同為通過與不通過有一致性的情形，至於非轉化性使用對市場影響之判斷既然不常為第四款判斷結果之用，自然其與第四款判斷結果之相關性不會有顯著效果也當然不具有統計上之意義，而其與其他三個判斷要素的關聯性也可從表 14 看出幾乎沒有相關，且也未具有顯著效果。

表 14 智財法院使用第四款判斷基準與其判斷要素表現之關聯性

相關係數 (顯著性)	商業使用對市場 影響之判斷	非轉化性使用 對市場影響之 判斷	對未來市場上 散布而擴大的 判斷	商業目的與市 場替代效果的 關係	第四款判斷 基準通過情形
商業使用對市場 影響之判斷	1.000				
非轉化性使用對 市場影響之判斷	0.313 (0.093)	1.000			
對未來市場上散 布而擴大的判斷	0.640** (0.000)	0.157 (0.409)	1.000		
商業目的與市場 替代效果的關係	0.779** (0.000)	0.277 (0.138)	0.674** (0.000)	1.000	
第四款判斷基準 通過情形	0.747** (0.000)	0.046 (0.810)	0.655** (0.000)	0.605** (0.000)	1.000

\*\* :  $p < 0.01$  ; \* :  $p < 0.05$

#### 伍、小結—智財法院使用著作權法第 65 條第 2 項之情形

在成立合理使用結果與各款判斷基準間之表現上，以第一款、第三款與第四款判斷基準使用為多，但每一款判斷基準都有未曾被審酌以為合理使用判決結果之用的情形，第二款判斷基準的使用則較少，且通過第一款與第三款判斷基準與合理使用成立的結果有一致性的表現與有非常高的顯著相關性。

從各款之判斷要素來看，第一款判斷基準與其各判斷要素間卻沒有顯著的相關性，但可以發現商業性與非商業性之認定數量遠較其他各判斷要素為多；在第二款判斷結果上則是未能看出第二款判斷要素對於檢驗第二款判斷基準的重要性，不過若以前述之發現，以著作類型來為第二款判斷基準的判準比以作品性質之判斷來檢驗第二款判斷基準之通過與否，是以前者的檢驗方式較為具體與明顯，畢竟原創性與事實性的分類過於粗略，若依著作類型分以助第二款判斷基準之用則會較為細緻與容易判斷。並且，智財法院所審理的案件以原著作為攝影著作的

著作類型為大宗，且原著作若為攝影著作以及電腦程式著作方面得通過第二款判斷基準結果的比例較高，反之語文著作、音樂著作以及美術著作則是不通過第二款判斷基準的情形較高；第三款判斷基準的著作取用比例考量與整個著作範圍的認定可說是一體兩面的討論，因此其出現的比率最高也有顯著程度之相關性，而核心概念的判斷情形並不多，究其原因乃在於計算比例比核心概念的認定更為明確與利於操作之故；在第四款判斷基準與其判斷要素的討論上，商業使用對市場影響之判斷、對未來市場上散布而擴大的判斷與商業目的與市場替代效果的關係與第四款判斷結果的關聯性相當高，至於非轉化性使用對市場影響之判斷的表現上，由於智財法院對於轉化性的判斷使用並不多，因此其表現次數較少以及其與第四款判斷結果未有顯著性關係乃屬當然。

## 第二節 地方法院使用著作權法第 65 條第 2 項之基本概況

### 第一項 四款判斷基準與合理使用判斷結果間之表現情形

在現行著作權法第 65 條第 2 項實行至今的十一年中，地方法院共有 101 件與其相關的判決產生，在下表 15 中可以發現各款判斷基準審酌狀況其實也與智財法院有相同一都有未被判斷審酌的情形。不同的地方在於地方法院對案件的合理使用判斷態度較為寬鬆，其成立合理使用的比例佔整體的 55.4% 之多，顯見其較為偏向成立合理使用之結果。想當然爾，其各款判斷結果與合理使用成立與否的表現應是以成立合理使用判決通過的比例為高才合理，不過在地方法院的表現上，第二款判斷基準是四款判斷基準中唯一一款與合理使用成立之結果得不合理使用比例高的變項，究其原因除了第二款判斷基準對法院難以適用外（其未判斷件數高達 59 件），可能也會與所涉案件的著作類型影響有關。

透過表總和一系列來觀察四款判斷基準與成立合理使用與否的使用狀況可以發現第一款、第三款與第四款判斷基準的使用情形皆超過 60%，也就是說此三款對於合理使用的成立與否有應是有相當高的影響力，另，該三款判斷基準的判斷態樣與合理使用成立與否的連結上，不論是通過檢驗與成立合理使用的次數或是不通過檢驗與不成立合理使用的次數都有滿一致的表現。至於修正前後的第三款

判斷基準的比較<sup>79</sup>上可以發現修正後不通過該款判斷基準檢驗的件數大幅提高，由原先的 27 件變為修正後的 49 件，也因此改變了該款判斷基準與合理使用結果連結的結果——成立合理使用的件數立即從 42 件降為 20 件，而不成立合理使用知部分則未受影響，可見地方法院誤為第三款判斷基準中質量比例計算的情形其實不低，並且表示若法院未誤算此款之質量比例，可能使得第三款判斷基準與合理使用成立的關聯性降低，也有可能影響地方法院對於成立合理使用與否的傾向往嚴格靠攏。

表 15 地方法院對於合理使用結果與各款判斷結果次數分配表

變項	判斷態樣		合理使用成立與否之結果		總和* (百分比)
			成立合理使用	不成立合理使用	
第一款判斷基準	未判斷	11	41 (51.3%)	40 (48.8%)	81 (80.2%)
	通過檢驗	43			
	不通過檢驗	47			
第二款判斷基準	未判斷	59	12 (31.6%)	26 (68.4%)	38 (37.6%)
	通過檢驗	14			
	不通過檢驗	28			
第三款判斷基準	未判斷	29	42 (63.6%)	24 (36.4%)	66 (65.3%)
	通過檢驗	45			
	不通過檢驗	27			
修正後 第三款判斷基準	未判斷	29	20 (45.5%)	24 (54.5%)	44 (43.6%)
	通過檢驗	23			
	不通過檢驗	49			
第四款判斷基準	未判斷	18	47 (60.3%)	32 (39.7%)	79 (78.2%)
	通過檢驗	49			
	不通過檢驗	34			
案件數總和			56 (55.4%)	45 (44.6%)	101

\* 此處總和是指合理使用與否結果與各款判斷基準對應情形之數額，與表最末欄案件數總和所指陳之地方法院與合理使用判斷結果相關案件數的 101 筆不同。

從下表 16 可以發現合理使用結果與四款判斷基準有顯著之相關性（顯著性須小於 0.05），而修正後之第三款判斷基準則與合理使用結果未有顯著相關性。從各款判斷基準間之相關性來看，第一款判斷基準分別與第二款、第三款和第四款判斷基準有顯著相關的情形；第二款判斷基準則是與第四款判斷基準有顯著相

<sup>79</sup> 其理由與註 75 同，茲不贅述。

關之表現。由此來看，第一款到第四款判斷基準於通過的情形下，各自與得合理使用成立的結果有一致性的連結，並以第一款與第二款的相關程度較第三款與第四款為高。

表 16 地方法院對於合理使用結果與各款判斷結果之關聯性

相關係數 (顯著性)	第一款 判斷基準	第二款 判斷基準	第三款 判斷基準	修正後 第三款 判斷基準	第四款 判斷基準	合理使用 之結果
第一款 判斷基準	1.000					
第二款 判斷基準	0.349** (0.000)	1.000				
第三款 判斷基準	0.209* (0.037)	0.118 (0.241)	1.000			
修正後 第三款判斷 基準	0.000 (1.000)	-0.014 (0.889)	0.866** (0.000)	1.000		
第四款 判斷基準	0.294** (0.003)	0.286** (0.004)	0.022 (0.826)	-0.086 (0.390)	1.000	
合理使用 之結果	0.620** (0.000)	0.533** (0.000)	0.202* (0.044)	-0.040 (0.691)	0.387** (0.000)	1.000

\*\*：p < 0.01；\*：p < 0.05

## 第二項 各款判斷基準與其判斷要素間之表現情形

### 壹、第一款判斷基準與其判斷要素之表現情形

回顧表 15 之觀察—地方法院對於合理使用案件採較為寬鬆的態度，則第一款判斷基準與合理使用成立與否之連結以成立合理使用之情形為當然。根據這樣的結果，該款判斷基準之結果與判斷要素的連結應是以偏向通過為大宗，然而，商業與分商業性的認定與該款判斷基準結果之連結卻以不通過為主，至於轉化性與該款判斷基準結果連結則是呈現通過與不通過各自占比為 50%的結果。

如表 17 所示，影響第一款判斷基準結果的四個判斷要素與之表現上皆有未曾判斷的情形發生，但以轉化性要件認定的 99 件未考量為最多，究其原因在於地方法院恐未適應加入轉化性討論的判斷方式或是說長期依賴商業與非商業性作為第一款判斷基準審酌之指標所造成。在侵權作品主張合理使用目的以其公

共利益考量的判斷態樣上，一旦有主張以及考量的情形，則該判斷要素與第一款判斷基準通過的連結即相當一致，而轉化性要件認定的部分，判斷有轉化得第一款判斷基準通過之結果與受未轉化之判斷與第一款判斷基準不通過之結果亦有一致性的表現。另，從總和列來看，此四個判斷要素以商業與非商業性之認定對於第一款判斷基準通過與否的影響程度為最高，除了其判斷件數高達 76 件外，其與第一款判斷基準通過與否之連結亦佔整體 101 件判決的 76.2%，遠高於其他判斷要素的表現情形。

表 17 地方法院使用第一款判斷結果與其判斷要素表現之次數分配表

變項	判斷態樣		第一款判斷基準通過與否之情形		總和* (百分比)	
			通過	不通過		
商業與非商業性 之認定	未判斷	15	32 (41.6%)	45 (58.4%)	77 (76.2%)	
	商業性	52				
	非商業性	34				
侵權作品主張 合理使用之目的	未主張	70	31 (100.0%)	0 (0.0%)	31 (30.7%)	
	有主張	教育				14
		研究、教學				4
		報導				1
		評論				4
		資訊自由流通				5
		商品流通、物盡其用				0
個人或家庭非營利目的	3					
公共利益考量	未考量	94	7 (100.0%)	0 (0.0%)	7 (6.9%)	
	有考量	7				
轉化性要件 的認定	未判斷	99	1 (50.0%)	1 (50.0%)	2 (2.0%)	
	有轉化	1				
	非轉化	1				
第一款判斷基準得合理使用與否之情形			41 (51.3%)	40 (48.8%)	81	

\* 此處總和是指判斷基準通過與否與各判斷要素對應情形之數額。

表 18 中可以發現：第一款判斷基準結果與其各判斷要素顯著相關性之討論上，僅有商業與非商業性之認定與侵權作品主張合理使用之目的兩者符合，反之，公共利益考量與轉化性要件的認定與第一款判斷基準結果並未有顯著的相關性。

在判斷要素間之相關性討論上，商業與非商業性之認定分別與侵權作品主張合理使用之目的以及公共利益考量有顯著負相關，而侵權作品主張合理使用和公共利益考量間則為顯著正相關。究其原因在於判斷使用為商業或非商業情形時，若遇上公共利益考量與侵權作品主張合理使用之目的此情況時，往往能主張特殊目的使用的案件時，越是能與非商業性使用為掛勾；而侵權作品主張合理使用之目的與公共利益考量也是相同情況，不過通過使用目的與公共利益考量判斷所得之第一款判斷結果的情況通常為合理使用，因此兩者關係才與前者不同，為正相關。

表 18 地方法院使用第一款判斷結果與其判斷要素表現之關聯性

相關係數 (顯著性)	商業與非商業性 之認定	侵權作品主張 合理使用目的	公共利益考量	轉化性要件的 認定	第一款判斷基準 通過情形
商業與非商業性 之認定	1.000				
侵權作品主張 合理使用之目的	-0.498** (0.000)	1.000			
公共利益考量	-0.298** (0.003)	0.321** (0.001)	1.000		
轉化性要件的認定	-0.047 (0.641)	-0.094 (0.353)	-0.039 (0.699)	1.000	
第一款判斷基準 通過情形	0.754** (0.000)	-0.439** (0.000)	-0.183 (0.068)	0.027 (0.789)	1.000

\*\* :  $p < 0.01$  ; \* :  $p < 0.05$

## 貳、第二款判斷基準與其判斷要素之表現情形

雖然地方法院對於合理使用案件的態度傾向較容易成立合理使用結果的判決，然而其第二款判斷基準與合理使用結果之關係卻是以不成立的比例為多，可見下表 19 最末欄第二款判斷基準得合理使用與否之情形來看，因此，不論是以著作類型或作品性質來觀察，此二判斷要素與第二款判斷基準結果之連結都是以不通過為主。在第二款判斷基準的使用情形與其判斷要素的用情形上，可以發現著作類型判斷第二款判斷基準通不通過的總數（42 件）與依作品性質之判斷的總數（34 件）相比，以著作類型來為第二款判斷基準的依據似乎較為簡易與方便，可以使第二款判斷基準被利用的機會大幅提高。

另外，在作品性質的判斷上，原創性著作的判斷雖然高達 88 件，事實性著作的判斷有 8 件，但與第二款判斷基準通過與否的連結性上卻只有 34 件不通過，

也就是說即便有判斷作品性質對第二款判斷結果似乎幫助不大。反觀著作類型與第二款判斷基準通過與否的連結討論上，語文、音樂以及電腦程式著作較不容易通過第二款判斷基準的審酌，而美術著作則相反，較易通過第二款判斷基準之審酌，至於攝影著作則呈現一半通過與一半不通過的情形，究其原因在於語文、音樂以及電腦程式著作在實務上往往被認為屬於原創性較高的著作類型，即便依照作品性質無法與第二款判斷基準結果做緊密之連結，不過區分為著作類型為討論時，其相互連結性便呼之欲出了！

表 19 地方法院使用第二款判斷基準與其判斷要素表現之次數分配表

變項	判斷態樣		第二款判斷基準通過與否之情形		總和* (百分比)
			通過	不通過	
作品性質之判斷	未判斷	5	6 (17.6%)	28 (82.4%)	34 (33.7%)
	事實性著作	8			
	原創性著作	88			
著作類型	語文著作	27	5 (35.7%)	9 (64.3%)	14 (13.9%)
	編輯著作	0	0	0	0
	音樂著作	4	0 (0.0%)	2 (100.0%)	2 (2.0%)
	美術著作	9	4 (100.0%)	0 (0.0%)	4 (4.0%)
	攝影著作	36	5 (50.0%)	5 (50.0%)	10 (10.0%)
	視聽著作	6	0	0	0
	電腦程式著作	19	0 (0.0%)	12 (100.0%)	12 (11.9%)
第二款判斷基準得合理使用與否之情形			12 (31.6%)	26 (68.4%)	38

\* 此處總和是指判斷基準通過與否與各判斷要素對應情形之數額。

第二款判斷結果與判斷要素間的關聯性如表 20 所示，可以發現不論是判斷要素間或是第二款判斷基準結果與判斷要素間都未呈現顯著的相關性，因此其相關程度之結果是不具有任何統計意義的。回顧表 19 為對照，地方法院亦有和智財法院相同的表現，即無論是以作品性質或著作類型區分，都因為此兩判斷要素和第二款判斷基準通過與否之連結缺乏一致性之情形，而不會有顯著關聯性。

表 20 地方法院使用第二款判斷基準與其判斷要素表現之關聯性

相關係數 (顯著性)	作品性質之判斷	著作類型	第二款判斷基準 通過情形
作品性質之判斷	1.000		
著作類型	0.167 (0.095)	1.000	
第二款判斷基準 通過情形	0.074 (0.459)	0.017 (0.865)	1.000

\*\*：p < 0.01；\*：p < 0.05

### 參、第三款判斷基準與其判斷要素之表現情形

在表 21 中，與智財法院進行之第三款判斷基準與其判斷要素間之表現情形分析一樣，由於法院可能有誤用第三款判斷基準質量比例計算分母主體的情形因此在此部分，因此本文特別在著作取用比例之考量態度外再區分出實際著作取用比例之情形。觀諸下表 21 可以發現作品核心概念的考量非常少，僅有 7 件案件為討論，反觀著作取用比例之考量以及對整個著作範圍認定上之討論，進行判斷或是考量的件數非常高。

從著作取用比例之考量態度與著作取用比例之實際情形可以發現修正後會較偏向原告的判斷態樣，也就是說在本文所蒐集的地方法院判決中，其質量比例的計算是有出現誤算的情形，並連帶影響其二者與第三款判斷基準結果的討論表現，即通過第三款判斷基準的比例會於修正後大幅減少，至於不通過的情形也增加了 15 件之多。在作品核心概念以及對整體著作範圍認定之態度與第三款判斷基準結果的判斷表現上，前者與第三款判斷結果之關聯性以通過為大宗，後者則是通通為不通過的判斷，意即若法院為作品核心概念態度的判斷時，則容易為第三款判斷結果通過的審酌，而對整個著作範圍的認定上則是都為不通過的判斷。

總和一系列表示的是第三款判斷基準通過與否和各判斷要素的連結數量總和，可以發現以修正過後的著作取用比例此判斷要素之數額為多，也就是說如果法院未為誤用分母為運算時，是有可能提高著作取用比例與第三款判斷基準通過與否的連結性的。另外，在判斷態樣和各判斷要素與第三款判斷基準連結的一致性表現上，也還是以著作取用比例之實際情形的一致性程度為高。

表 21 地方法院使用第三款判斷基準與其判斷要素表現之次數分配表

變項	判斷態樣		第三款判斷基準通過與否之情形		總和* (百分比)
			通過	不通過	
著作取用比例 之考量態度	未判斷	27	22 (39.3%)	34 (60.7%)	56 (55.5%)
	偏好被告	37			
	偏好原告	37			
著作取用比例 之實際情形	未判斷	27	9 (15.5%)	49 (84.5%)	58 (57.4%)
	偏好被告	9			
	偏好原告	65			
對作品核心概念 的態度	未考量	94	43 (93.5%)	3 (6.5%)	46 (45.6%)
	有考量	7			
對整個著作範圍 的認定態度	未考量	26	0 (0.0%)	26 (100.0%)	26 (25.7%)
	有考量	75			
第三款判斷基準得合理使用與否之情形			42 (63.6%)	24 (36.4%)	66
修正後第三款判斷基準得合理使用與否之情形			20 (45.5%)	24 (54.5%)	44

\* 此處總和是指判斷基準通過與否與各判斷要素對應情形之數額。

一樣考量法院為質量比例誤算的情形下，在本段中會將修正後之第三款判斷基準結果加入相關分析以進行區別比較。表 22 顯示在未修正前之第三款判斷基準與其判斷要素間之關係上，著作取用比例之考量態度與對整個著作範圍的認定態度分別與第三款判斷基準結果及對作品核心概念的態度與第三款判斷基準結果都有顯著正相關，即其該判斷要素與第三款判斷基準同為有利於被告或有利於原告的情形有高度一致性，不過以對作品核心概念的態度相關程度為最低。修正後之第三款判斷基準與其判斷要素間之關係則是與修正前的態樣相同，在著作取用比例之實際情形與對整個著作範圍的認定態度分別與第三款判斷基準結果和在對作品核心概念的態度與第三款判斷基準結果則是有顯著正相關。即，修正前後第三款判斷基準與其判斷要素間之相關性並沒有太大差異。另，不論是修正前後，著作取用比例之考量與對整個著作範圍的認定態度都有顯著高度正相關的表現，即一同為有利或不利被告的情形表現非常高，原因可能與進行取用比例需以取用著作之整體為分母（或即便誤用被取用著作之整體為分母亦是）皆須對著作範圍為認定所致。

表 22 地方法院使用第三款判斷基準與其判斷要素表現之關聯性

相關係數 (顯著性)	著作取用比例 之考量態度	修正後 著作取用比例 之實際情形	對作品核 心概念的 態度	對整個著 作範圍的 認定態度	第三款判斷基 準通過情形	修正後第三 款判斷基準 通過情形
著作取用比例之 考量態度	1.000					
修正後 著作取用比例之 實際情形	0.831** (0.000)	1.000				
對作品核心 概念的態度	0.108 (0.282)	0.141 (0.160)	1.000			
對整個著作範圍的 認定態度	0.795** (0.000)	0.884** (0.000)	0.161 (0.108)	1.000		
第三款判斷基準 通過情形	0.821** (0.000)	0.786** (0.000)	0.217** (0.030)	0.780** (0.000)	1.000	
修正後第三款 判斷基準通過情形	0.638** (0.000)	0.849** (0.000)	0.212* (0.034)	0.788** (0.000)	0.866** (0.000)	1.000

\*\* :  $p < 0.01$  ; \* :  $p < 0.05$

#### 肆、第四款判斷基準與其判斷要素之表現情形

從表 23 中可以發現最常被使用的判斷要素為對未來市場上散布而擴大的判斷為最多數的判斷態樣有 80 件，再者依序為商業使用對市場影響之判斷的 51 件以及商業目的與市場替代效果的關係之 37 件，非轉化性使用對市場影響之判斷的次數最少，僅有 2 件。究其非轉化性使用對市場影響之判斷次數最少之原因在於地方法院與智財法院相同都少用轉化性為判斷合理使用之依據。

有趣的是各變項與第四款判斷基準通過與否的一致性非常之高，除了對未來市場上散布而擴大的判斷於偏好被告與第四款判斷基準通過的連結未完全一致為 52 件外，其他都完全一致。從總和列則可以發現對未來市場上散布而擴大的判斷與第四款判斷基準結果之連結一致性的數量為最多。因此也可以說第四款判斷基準的各判斷要素間所做之判斷結果與其第四款判斷基準的通過與否有非常高的對應性，若是偏好被告則通過第四款判斷基準，反之則為偏好原告時不通過第四款判斷基準，至於原告與被告都考量的情形，觀察本文所蒐集的 101 件判決中，都未有這一判斷傾向的情形。

表 23 地方法院使用第四款判斷基準與其判斷要素表現之次數分配表

變項	判斷態樣		第四款判斷基準通過與否之情形		總和* (百分比)
			通過	不通過	
商業使用對市場 影響之判斷	未判斷	60	11 (26.8%)	30 (73.2%)	41 (40.6%)
	偏好被告	11			
	偏好原告	30			
	被告與原告都考量	0			
非轉化性使用對 市場影響之判斷	未判斷	99	0 (0.0%)	2 (100.0%)	2 (2.0%)
	偏好被告	0			
	偏好原告	2			
	被告與原告都考量	0			
對未來市場上 散布擴大的判斷	未判斷	21	49 (63.6%)	28 (36.4%)	77 (76.2%)
	偏好被告	52			
	偏好原告	28			
	被告與原告都考量	0			
商業目的與市場 替代效果的關係	未判斷	64	9 (24.3%)	28 (75.7%)	37 (36.6%)
	關聯性低	9			
	關聯性高	28			
第四款判斷基準得合理使用與否之情形			47 (60.3%)	32 (39.7%)	79

\* 此處總和是指判斷基準通過與否與各判斷要素對應情形之數額。

表 24 為第四款判斷結果與其判斷要素間相關性之呈現，第四款判斷結果分別與商業使用對市場影響之判斷、對未來市場上散布而擴大的判斷以及商業目的與市場替代效果的關係都有顯著高度正相關，但與非轉化性使用對市場影響之判斷上則沒有顯著的相關性，也就是說商業使用對市場影響之判斷、對未來市場上散布而擴大的判斷以及商業目的與市場替代效果的關係各自與第四款判斷基準為有利或不利被告的情形下，表現有相當程度一致的情形。在判斷要素間之相關性的討論上，商業使用對市場影響之判斷分別與非轉化性使用對市場影響性之判斷、對未來市場上散布而擴大的判斷以及商業目的與市場替代效果的關係都有顯著的正相關，而商業目的與市場替代效果的關係則分別與商業使用對市場影響之判斷、非轉化性使用對市場影響之判斷以及對未來市場上散布而擴大的判斷亦是，也就是對於被告有利或不利的的情形有相當程度一致性的判斷。其餘未提及的部分則未達顯著相關，而不具有統計上之意義。

表 24 地方法院使用第四款判斷基準與其判斷要素表現之關聯性

相關係數 (顯著性)	商業使用對 市場影響之判斷	非轉化性使用對 市場影響之判斷	對未來市場上散 布而擴大的判斷	商業目的與市場 替代效果的關係	第四款判斷 基準通過情形
商業使用對市場 影響之判斷	1.000				
非轉化性使用對 市場影響之判斷	0.198** (0.047)	1.000			
對未來市場散布 而擴大的判斷	0.655** (0.000)	0.195 (0.051)	1.000		
商業目的與市場 替代效果的關係	0.934** (0.000)	0.209* (0.036)	0.730** (0.000)	1.000	
第四款判斷基準 通過情形	0.772** (0.000)	0.178 (0.075)	0.850** (0.000)	0.731** (0.000)	1.000

\*\*：p < 0.01；\*：p < 0.05

#### 伍、小結—地方法院使用著作權法第 65 條第 2 項之情形

在成立合理使用結果與各款判斷基準間之表現上，每一款判斷基準都有未曾被審酌以為合理使用判決結果之用的情形，比較地方法院與智財法院使用四款判斷基準的表現，相同點都是以第一款、第三款與第四款判斷基準使用為多，第二款判斷基準的使用則較少，且通過第一款、第三款與第四款判斷基準與合理使用成立的結果有非常高一致對應的表現。另，可以發現地方法院於合理使用的案件中之表現，合理使用結果與第一款、第二款、第三款與第四款判斷基準間分別都有非常高程度的顯著相關性。

從各款之判斷要素來看，第一款判斷基準的判斷要素—商業性與非商業性之認定數量遠較其他各判斷要素為多，且第一款判斷基準與商業與非商業性之認定以及侵權作品主張合理使用之目的有顯著的相關性；在第二款判斷結果上則是未能看出第二款判斷要素對於檢驗第二款判斷基準的重要性，不過若以著作類型來為第二款判斷基準的判準比以作品性質之判斷來檢驗第二款判斷基準之通過與否，是以前者的檢驗方式較為具體與明顯，原因和智財法院判決觀察之結論一樣是因為原創性與事實性的分類過於粗略，若依著作類型區分以助第二款判斷基準之用則會較為細緻與容易判斷，能提高第二款判斷基準之使用情形。另，在著作類型上，地方法院判決中最多的判決主要是以原著作為攝影著作多，與合理使用

的關係是呈現一半通過與一半不通過的情形，語文、音樂以及電腦程式著作則較不容易通過第二款判斷基準的審酌，而美術著作則相反，較易通過第二款判斷基準之審酌；第三款判斷基準的著作取用比例考量與整個著作範圍的認定可說是一體兩面的討論，因此其出現的比率為最高也有顯著的相關性，而核心概念的判斷情形並不多，究其原因也是在於計算比例比核心概念的認定更為明確與利於操作之故，不過地方法院在第三款判斷結果與其判斷要素的相關性上，其分別與著作取用比例之考量態度、對作品核心概念的態度以及對整個著作範圍的認定態度有顯著之相關；在第四款判斷基準與其判斷要素的討論上，商業使用對市場影響之判斷、對未來市場上散布而擴大的判斷與商業目的與市場替代效果的關係與第四款判斷結果的關聯性相當高，至於非轉化性使用對市場影響之判斷的表現上，由於地方法院對於轉化性的判斷使用並不多，因此其表現次數較少以及其與第四款判斷結果未有顯著性關係乃屬當然。

### 第三節 高等法院使用著作權法第 65 條第 2 項之基本概況

#### 第一項 四款判斷基準與合理使用判斷結果間之表現情形

在現行著作權法第 65 條第 2 項實行至今的十一年中，高等法院共有 31 件與其相關的判決產生，在下表 25 中可以發現各款判斷基準審酌狀況其實也與智財法院以及地方法院有相同的情形—都有未被判斷審酌的情形，至於對合理使用採較為寬鬆的行為表現則與地方法院相同，成立合理使用的比例也比地方法院多，佔整體的 64.5%。究其原因在於即便高等法院的合理使用案件於此十一年中出現不多，但經過地方法院或是智財法院的審理，加上我國並不興盛主張合理使用為主要攻防的訴訟策略的情形下，通常能上訴於高等法院的案件大多為原告不滿意判決結果的情形，也就是結果為成立合理使用的判決被提起上訴的機率為高的情況，因此更造就高等法院合理使用成立的比例比地方法院高的原因。又，既然高等法院成立合理使用的判決多於不成立合理使用的判決，想當然爾，其各款判斷結果與合理使用成立與否的表現應以成立合理使用判決通過的比例高才合理。

透過表 25 總和列來觀察四款判斷基準與成立合理使用與否的使用狀況可以發現第一款至第四款判斷基準的使用情形皆超過 50%，也就是說此四款判斷基準對於合理使用的成立與否有應是有相當高的影響力，另，該四款判斷基準的判斷態樣與合理使用成立與否的連結上，不論是通過檢驗與成立合理使用的次數或是不通過檢驗與不成立合理使用的次數都有大致相同的表現。至於修正前後的第三款判斷基準的比較<sup>80</sup>上可以發現修正後不通過該款判斷基準檢驗的件數大幅提高，可見高等法院誤為第三款判斷基準中質量比例計算的情形非常高，更可以證明高等法院於判斷案件中合理使用與否時往往依照前審的心證為依循的態樣，因此，所對應的合理使用成立與否問題以成立合理使用的比率會明顯減少乃屬當然。

表 25 高等法院對於合理使用結果與各款判斷結果次數分配表

變項	判斷態樣		合理使用成立與否之結果		總和* (百分比)
			成立合理使用	不成立合理使用	
第一款判斷基準	未判斷	4	14 (63.6%)	8 (36.4%)	22 (71.0%)
	通過檢驗	15			
	不通過檢驗	12			
第二款判斷基準	未判斷	11	12 (75.0%)	4 (25.0%)	16 (51.6%)
	通過檢驗	14			
	不通過檢驗	6			
第三款判斷基準	未判斷	4	17 (68.0%)	8 (32.0%)	25 (80.6%)
	通過檢驗	17			
	不通過檢驗	10			
修正後 第三款判斷基準	未判斷	4	12 (57.2%)	9 (42.9%)	21 (67.7%)
	通過檢驗	12			
	不通過檢驗	15			
第四款判斷基準	未判斷	2	18 (66.7%)	9 (33.3%)	27 (87.1%)
	通過檢驗	19			
	不通過檢驗	10			
案件數總和			20 (64.5%)	11 (35.5%)	31

\* 此處總和是指合理使用與否結果與各款判斷基準對應情形之數額，與表最末欄案件數總和所指陳之高等法院與合理使用判斷結果相關案件數的 31 筆不同。

從下表 26 可以發現合理使用結果與第一款、第三款與第四款判斷基準有顯

<sup>80</sup> 其理由同註 75，茲不贅述。

著之相關性(顯著性須小於 0.05),即表示此三款於通過或不通過檢驗的情形下,各自與合理使用成立或不成立有相當程度上的一致表現。從各款判斷基準間之相關性來看,第一款判斷基準與第四款判斷基準有顯著正相關情形,也就是說第一款與第四款在判斷上會有相當程度同步為通過或不通過的情形發生。

表 26 高等法院對於合理使用結果與各款判斷結果之關聯性

相關係數 (顯著性)	第一款 判斷基準	第二款 判斷基準	第三款 判斷基準	修正後 第三款 判斷基準	第四款 判斷基準	合理使用 之結果
第一款 判斷基準	1.000					
第二款 判斷基準	0.087 (0.640)	1.000				
第三款 判斷基準	0.180 (0.332)	0.093 (0.618)	1.000			
修正後 第三款 判斷基準	0.148 (0.427)	-0.07 (0.969)	0.816** (0.000)	1.000		
第四款 判斷基準	0.533** (0.002)	-0.142 (0.446)	0.290 (0.114)	0.162 (0.383)	1.000	
合理使用 之結果	0.373* (0.039)	0.41 (0.828)	0.569* (0.001)	0.373* (0.039)	0.667** (0.000)	1.000

\*\* :  $p < 0.01$  ; \* :  $p < 0.05$

## 第二項 各款判斷基準與其判斷要素間之表現情形

### 壹、第一款判斷基準與其判斷要素之表現情形

根據前述表 25 的發現,我國高等法院對於合理使用案件為寬鬆的審酌態度,對應的四款判斷基準與合理使用成立與否的比率亦是成立的比率大過於不成立的部分。因此,在第一款判斷基準與其判斷要素的連結上,會被預期應該是通過的比率高於不通過的部分,然而從表 27 可以發現在商業與非商業性之認定以及公共利益考量方面,反而不通過的比率高些。

再如同表 27 所示,影響第一款判斷基準結果的四個判斷要素與其之表現上皆有未曾判斷的情形發生,但以公共利益之考量的 29 件未考量為最多,究其原

因在於高等法院恐未適應加入轉化性討論的判斷方式或是說長期依賴商業與非商業性作為第一款判斷基準審酌之指標所造成，並且通常法院若為公共利益之考量或是侵權作品主張合理使用之目的為法院所接受時，這類型的案件也不大可能進行上訴。在侵權作品主張合理使用目的以其公共利益考量的判斷態樣上，一旦有主張以及考量的情形，則該判斷要素與第一款判斷基準通過的連結即相當一致，而轉化性要件認定的部分，判斷有轉化得第一款判斷基準通過之結果與受未轉化之判斷與第一款判斷基準不通過之結果亦有一致性的表現。另，此四個判斷要素以商業與非商業性之認定對於第一款判斷基準通過與否的影響程度為最高，從總和列可知其佔整體 31 件判決的 67.7%，遠高於其他判斷要素的表現情形。

表 27 高等法院使用第一款判斷基準與其判斷要素表現之次數分配表

變項	判斷態樣		第一款判斷基準通過與否之情形		總和* (百分比)	
			通過	不通過		
商業與非商業性 之認定	未判斷	1	10 (47.6%)	11 (52.4%)	21 (67.7%)	
	商業性	19				
	非商業性	11				
侵權作品主張合理 使用之目的	未主張	25	6 (100.0%)	0 (0.0%)	6 (19.4%)	
	有主張	教育				3
		研究、教學				1
		報導				0
		評論				1
		資訊自由流通				1
		商品流通、物盡其用				0
個人或家庭 非營利目的	0					
公共利益考量	未考量	29	2 (14.3%)	12 (85.7%)	14 (45.2%)	
	有考量	2				
轉化性要件的認定	未判斷	26	4 (100.0%)	0 (0.0%)	4 (13.0%)	
	有轉化	5				
	非轉化	0				
第一款判斷基準得合理使用與否之情形			14 (63.6%)	8 (36.4%)	22	

\* 此處總和是指合理使用成立與否結果與各款判斷基準對應情形之數額。

表 28 中第一款判斷基準結果與商業與非商業性之認定有顯著正相關，反之，

侵權作品主張合理使用之目的、公共利益考量與轉化性要件的認定與第一款判斷基準結果並未有顯著的相關性，即越為認定屬商業性使用，則合理使用成立與否的情形則會有相當程度一致的表現，反之亦同。在判斷要素間之相關性討論上，商業與非商業性之認定與侵權作品主張合理使用之目的有顯著之負相關。即在高等法院的判決中，商業性與否的認定乃是唯一一個與第一款判斷結果有顯著相關性的判斷要素，而為負相關乃是因為商業與非商業性認定主要是為判斷著作是否有侵權，與侵權作品主張合理使用之目的主要為期待判定為合理使用的出發點恰好為對立面之討論，因此才會有負相關的情形發生。

表 28 高等法院使用第一款判斷基準與其判斷要素表現之關聯性

相關係數 (顯著性)	商業與非商業性 之認定	侵權作品主張 合理使用之目的	公共利益考量	轉化性要件的 認定	第一款判斷基準 通過情形
商業與非商業性 之認定	1.000				
侵權作品主張 合理使用之目的	-0.575** (0.001)	1.000			
公共利益考量	-0.52 (0.782)	-0.128 (0.493)	1.000		
轉化性要件 的認定	0.173 (0.353)	0.28 (0.879)	-0.115 (0.537)	1.000	
第一款判斷基準 通過情形	0.386* (0.032)	-0.239 (0.195)	-0.129 (0.489)	-0.070 (0.708)	1.000

\*\* :  $p < 0.01$  ; \* :  $p < 0.05$

## 貳、第二款判斷基準與其判斷要素之表現情形

雖然高等法院對於合理使用案件的寬鬆態度使得第二款判斷基準通過比率高於不通過的比率，然而若從表 29 來觀察，其判斷要素的作品性質與第二款判斷基準之連結卻是不通過的比率高，反而是著作類型才是期待中的通過比率高於不通過比率的情形。又，從表 29 亦可以看出第二款判斷基準的使用情形與其判斷要素的相關性表現：以著作類型判斷第二款判斷基準通不通過的總數（11 件）與依作品性質之判斷的總數（20 件）相比，以著作類型來為第二款判斷基準的依據似乎較為簡易與方便，可以使第二款判斷基準被利用的機會大幅提高。

在作品性質的判斷上，原創性著作的判斷雖然高達 24 件，事實性著作的判斷有 5 件，但與第二款判斷基準通過與否的連結性上卻只有 6 件不通過，也就是

說即便有判斷作品性質對第二款判斷結果似乎幫助不大。反觀著作類型與第二款判斷基準通過與否的連結討論上，語文、編輯、攝影以及電腦程式著作較不容易通過第二款判斷基準的審酌，而視聽著作則相反，較易通過第二款判斷基準之審酌，究其原因在於語文、攝影以及電腦程式著作在實務上往往被認為屬於原創性較高的著作類型，即便依照作品性質無法與第二款判斷基準結果做緊密之連結，不過區分為著作類型為討論時，其相互連結還是較前者為高。

表 29 高等法院使用第二款判斷基準與其判斷要素表現之次數分配表

變項	判斷態樣		第二款判斷基準通過與否之情形		總和* (百分比)
			通過	不通過	
作品性質之判斷	未判斷	2	5 (45.5%)	6 (54.5%)	11 (35.5%)
	事實性著作	5			
	原創性著作	24			
著作類型	語文著作	8	4 (57.1%)	3 (42.9%)	7 (22.6%)
	編輯著作	6	2 (100.0%)	0 (0.0%)	2 (6.5%)
	音樂著作	1	0	0	0
	美術著作	0	0	0	0
	攝影著作	8	4 (100.0%)	0 (0.0%)	4 (12.9%)
	視聽著作	4	1 (33.3%)	2 (66.7%)	3 (9.7%)
	電腦程式著作	4	3 (75.0%)	1 (25.0%)	4 (12.9%)
第二款判斷基準得合理使用與否之情形			12 (75.0%)	4 (25.0%)	16

\* 此處總和是指合理使用成立與否結果與各款判斷基準對應情形之數額。

第二款判斷結果與判斷要素間的關聯性表現如表 30，可以發現不論是判斷要素間或是第二款判斷基準結果與判斷要素間並沒有呈現顯著的相關性，即未通過顯著性  $p < 0.05$  的檢驗，因此其相關程度之結果是不具有任何統計意義的。回顧表 29 的表現以為對照解釋可以發現，高等法院亦與地方法院和智財法院相同的表現，無論是以作品性質或著作類型區分，都因為此兩判斷要素和第二款判斷基準通過與否之連結缺乏一致性之情形，而不會有顯著關聯性。

表 30 高等法院使用第二款判斷基準與其判斷要素表現之關聯性

相關係數 (顯著性)	作品性質之判斷	著作類型	第二款判斷基準 通過情形
作品性質之判斷	1.000		
著作類型	0.325 (0.074)	1.000	
第二款判斷基準 通過情形	0.107 (0.568)	0.030 (0.872)	1.000

\*\* :  $p < 0.01$  ; \* :  $p < 0.05$

### 參、第三款判斷基準與其判斷要素之表現情形

與智財法院及地方法院進行之第三款判斷基準與其判斷要素間之表現情形分析一樣，由於法院可能有誤用第三款判斷基準質量比例計算分母主體的情形因此在此部分，因此本文特別在著作取用比例之考量態度外再區分出實際著作取用比例之情形。觀諸表 31 可以發現作品核心概念的考量非常少，僅有 8 件案件為討論，反觀著作取用比例之考量以及對整個著作範圍認定上之討論，進行判斷或是考量的件數非常高。

比較表中著作取用比例之考量態度與著作取用比例之實際情形可以發現修正後會較偏向原告的判斷態樣，也就是說在本文所蒐集的高等法院判決中，其質量比例的計算是出現誤算的情形，並連帶影響其二者與第三款判斷基準結果的討論表現，即通過第三款判斷基準的比例會於修正後大幅減少，至於不通過的情形也增加許多。在作品核心概念以及對整體著作範圍認定之態度與第三款判斷基準結果的判斷表現上，前者與第三款判斷結果之關聯性以通過為大宗，後者則是通通為不通過的判斷，意即若法院為作品核心概念態度的判斷時，則容易為第三款判斷基準通過之審酌，反而對整個著作範圍的認定則都為不通過的判斷結果。

在總和列中表示的是第三款判斷基準通過與否和各判斷要素的連結數量總和，可以發現修正過後的著作取用比例判斷要素之數量比未修正過後的部分少，也就是說如果法院未為誤用分母為計算時，是有可能提高著作取用比例這一判斷要素與第三款判斷基準通過與否表現為不通過部分的連結性的。另外，在判斷態樣上與第三款判斷基準通過與否和判斷要素間一致性的觀察下，仍是以著作取用比例與第三款判斷基準通過與否的表現一致性程度為高。

表 31 高等法院使用第三款判斷基準與判斷要素表現之次數分配表

變項	判斷態樣		第三款判斷基準通過與否之情形		總和* (百分比)
			通過	不通過	
著作取用比例 之考量態度	未判斷	3	16 (61.5%)	10 (38.5%)	26 (83.9%)
	偏好被告	16			
	偏好原告	12			
著作取用比例 之實際情形	未判斷	3	7 (31.8%)	15 (68.2%)	22 (71.0%)
	偏好被告	11			
	偏好原告	17			
對作品核心概念 的態度	未考量	23	11 (84.6%)	2 (15.4%)	13 (41.9%)
	有考量	8			
對整個著作範圍 的認定態度	未考量	3	0 (0.0%)	10 (100.0%)	10 (32.3%)
	有考量	28			
第三款判斷基準得合理使用與否之情形			17 (68.0%)	8 (32.0%)	25
修正後第三款判斷基準得合理使用與否之情形			12 (57.2%)	9 (42.9%)	21

\* 此處總和是指合理使用成立與否結果與各款判斷基準對應情形之數額。

一樣考量法院為質量比例誤算的情形下，在本段中會將修正後之第三款判斷基準結果加入相關分析以進行區別比較。表 32 中，在未修正前之第三款判斷基準與其判斷要素間之關係上，著作取用比例之考量態度與對整個著作範圍的認定態度分別與第三款判斷基準結果有顯著正相關，即當此兩判斷要素為對被告有利或不利時，各自與第三款判斷基準為通過或不通過的情形有相當程度同步的情形，而在對作品核心概念的態度與第三款判斷基準結果則是沒有顯著之相關。修正後之第三款判斷基準與其判斷要素間之關係則是與修正前的態樣相同，在著作取用比例之實際情形與對整個著作範圍的認定態度分別與第三款判斷基準結果亦有顯著之正相關，其表現與未修正前相差無幾。另外，在各判斷要素間之相關性討論上，著作取用比例之考量態度與對整個著作範圍的認定態度，以及修正後著作取用比例之考量態度與對整個著作範圍的認定態度則都有顯著正相關之表現，也就是說為著作取用比例考量下，整體著作範圍作為分母於第三款進行判斷計算時，理所當然會常出現於判決的文字中，因而發現其兩者之相關性程度。

表 32 高等法院使用第三款判斷基準與判斷要素表現之關聯性

相關係數 (顯著性)	著作取用比例 之考量態度	修正後 著作取用比例 之實際情形	對作品核 心概念的 態度	對整個著作 範圍的認定 態度	第三款判斷 基準通過情形	修正後 第三款判斷基 準通過情形
著作取用比例 之考量態度	1.000					
修正後 著作取用比例 之實際情形	0.796** (0.000)	1.000				
對作品核心 概念的態度	-0.074 (0.694)	-0.130 (0.486)	1.000			
對整個著作範 圍的認定態度	0.571** (0.001)	0.576** (0.001)	0.193 (0.298)	1.000		
第三款判斷基 準通過情形	0.816** (0.000)	0.665** (0.000)	0.028 (0.883)	0.552** (0.001)	1.000	
修正後 第三款判斷基 準通過情形	0.612** (0.000)	0.846** (0.000)	-0.032 (0.866)	0.543** (0.002)	0.816** (0.000)	1.000

\*\*：p < 0.01；\*：p < 0.05

#### 肆、第四款判斷基準與其判斷要素之表現情形

第四款判斷基準與其判斷要素間之表現如表 33，可以發現最常被使用的判斷要素為對未來市場上散布而擴大的判斷為最多數的判斷態樣，有 27 件，再者依序為商業使用對市場影響之判斷的 20 件以及商業目的與市場替代效果的關係之 17 件，另外，高等法院並未對非轉化性使用對市場影響有進行判斷。究其非轉化性使用對市場影響之判斷次數最少之原因在於高等法院與地方法院和智財法院相同都少用轉化性為判斷合理使用之依據。

有趣的是各變項與第四款判斷基準通過與否的一致性非常之高，除了對未來市場上散布而擴大的判斷於偏好被告與第四款判斷基準通過的連結未完全一致為 17 件外，及商業目的與市場替代效果的關係判斷關聯性高低與第四款判斷基準通過與否的連結也並非完全一致，分別是 7 件與 10 件，而商業使用對市場影響之判斷與第四款判斷基準通過與否的連結則完全一致。因此也可以說第四款判斷基準的各判斷要素間所做之判斷結果與其第四款判斷基準的通過與否有非常高的對應性，若是偏好被告則通過第四款判斷基準，反之則為偏好原告時不通過

第四款判斷基準，至於原告與被告都考量的情形，觀察本文所蒐集的 31 件判決中，都未有這一判斷傾向的情形。

表 33 高等法院使用第四款判斷基準與其判斷要素表現之次數分配表

變項	判斷態樣		第四款判斷基準通過與否之情形		總和* (百分比)
			通過	不通過	
商業使用對市場 影響之判斷	未判斷	11	11 (55.0%)	9 (45.0%)	20 (64.5%)
	偏好被告	11			
	偏好原告	9			
	被告與原告都考量	0			
非轉化性使用對 市場影響之判斷	未判斷	31	N/A	N/A	N/A
	偏好被告	0			
	偏好原告	0			
	被告與原告都考量	0			
對未來市場上散布 而擴大的判斷	未判斷	4	17 (65.4%)	9 (34.6%)	26 (83.9%)
	偏好被告	18			
	偏好原告	9			
	被告與原告都考量	0			
商業目的與市場 替代效果的關係	為判斷	14	7 (43.8%)	9 (56.2%)	16 (51.6%)
	關聯性低	10			
	關聯性高	7			
第四款判斷基準得合理使用與否之情形			18 (66.7%)	9 (33.3%)	27

\* 此處總和是指合理使用成立與否結果與各款判斷基準對應情形之數額。

表 34 為第四款判斷結果與其判斷要素間之相關性之呈現，第四款判斷結果分別與商業使用對市場影響之判斷與對未來市場上散布而擴大的判斷有顯著的高度正相關，也就是一旦此二款判斷要素為有利或不利被告之判斷，合理使用的通過與不通過情形便會有相當一致性的變化，但與商業目的與市場替代效果的關係之判斷上則沒有顯著的相關性，至於與非轉化性使用對市場影響之判斷相關性之討論，因為高等法院未對此判斷要素進行分析，因此沒有資料可供選取判斷。在判斷要素間之相關性的討論上，商業使用對市場影響之判斷分別與對未來市場上散布而擴大的判斷以及商業目的與市場替代效果的關係有顯著正相關，而商業目的與市場替代效果的關係則與對未來市場上散布而擴大的判斷亦是，也就是其所得之檢驗態度會相當一致。其餘未提及的部分則未達顯著相關，而不具有統計上之意義。

表 34 高等法院使用第四款判斷基準與其判斷要素表現之關聯性

相關係數 (顯著性)	商業使用對市場影響之判斷	非轉化性使用對市場影響之判斷	對未來市場散布而擴大的判斷	商業目的與市場替代效果的關係	第四款判斷基準通過情形
商業使用對市場影響之判斷	1.000				
非轉化性使用對市場影響之判斷	N/A	1.000			
對未來市場散布而擴大的判斷	0.803** (0.000)	N/A	1.000		
商業目的與市場替代效果的關係	0.619** (0.000)	N/A	0.393* (0.029)	1.000	
第四款判斷基準通過情形	0.748** (0.000)	N/A	0.896** (0.000)	0.259 (0.160)	1.000

\*\* :  $p < 0.01$  ; \* :  $p < 0.05$

#### 伍、小結—高等法院使用著作權法第 65 條第 2 項之情形

在成立合理使用結果與各款判斷基準間之表現上，每一款判斷基準都有未曾被審酌以為合理使用判決結果之用的情形，與地方法院與智財法院相較，其表現都是以第一款、第三款與第四款判斷基準使用為多，第二款判斷基準的使用則較少，不過通過第一款至第四款判斷基準與合理使用成立的結果都有非常高一致對應的表現，另，在高等法院的判決中可以發現合理使用結果與第一款、第三款與第四款判斷基準有非常高程度的顯著相關性。

從各款之判斷要素來看，第一款判斷基準之判斷要素以商業性與非商業性之認定數量為最多，且第一款判斷基準與商業與非商業性之認定有顯著的相關性；在第二款判斷結果上則是未能看出第二款判斷要素對於檢驗第二款判斷基準的重要性，不過若以著作類型來為第二款判斷基準的判準比以作品性質之判斷來檢驗第二款判斷基準之通過與否，是以前者的檢驗方式較為具體與明顯，原因和地方法院與智財法院判決觀察之結論一樣是因為原創性與事實性的分類過於粗略，若依著作類型區分以助第二款判斷基準之用則會較為細緻與容易判斷，能提高第二款判斷基準之使用情形，而在高等法院的判決中，原著作為攝影著作或語文著作為大宗，而涉及語文、編輯、攝影以及電腦程式著作較不容易通過第二款判斷基準的審酌，反之視聽著作則相否，較易通過第二款判斷基準之審酌；第三款判

斷基準的著作取用比例考量與整個著作範圍的認定可說是一體兩面的討論，因此可以發現其出現的比率為最高也有顯著的相關性，而核心概念的判斷情形並不多，究其原因也是在於計算比例比核心概念的認定更為明確與利於操作之故；在第四款判斷基準與其判斷要素的討論上，商業使用對市場影響之判斷、對未來市場上散布而擴大的判斷與商業目的與市場替代效果的關係與第四款判斷結果的關聯性相當高，至於非轉化性使用對市場影響之判斷的表現上，由於高等法院對於轉化性的判斷使用並不多，也未在第四款判斷基準為非轉化性使用對市場影響的判斷，因此無法對其與第四款判斷結果進行相關性之判斷。

#### 第四節 我國實務於合理使用條款的使用概況

根據前三節的討論中可以發現我國智財法院、地方法院以及高等法院在進行合理使用四款判斷基準的認事用法上有其各自的特色。觀察各法院顯現於判決中的使用情形，在大部分的情形下智財法院與地方法院會有相似的行為反應，而高等法院雖有不同於前兩法院的行為反應，不過在大部分的情況下總是不脫離地方法院與智財法院判決的框架，因此在其為上訴審而進行判斷基準審酌的相關說明上，有時會特別著墨於前審的爭點內容，有時卻認為前審之說明已足不須另為補充等不一而足。另外，關於各法院對於各款判斷基準通過與不通過的偏好，以及對於合理使用之認定的傾向，從本文所蒐集到的樣本來看，由於我國對於各款判斷基準與各款判斷基準中所蘊含之判斷要素間之關係雖有蛛絲馬跡與原則可預測，但其操作的情形並沒有非常明顯的脈絡可循，關於此部分本文將於下一章進行深入的分析；而在各款判斷基準與合理使用結果間的偏好情形則是智財法院偏向不成立合理使用為多的結果，地方法院與高等法院則反之。

在法院進行此四款審查基準上，藉由上訴的觀察整理可得：在第一款判斷基準上，我國各法院仍是以商業或非商業二分法進行第一款判斷基準果的判斷，即便以在判決中揭示最高法院揚棄商業或非商業二分法的敘述，仍不影響其大多使用商業或非商業二分法判斷的情形；在第二款判斷基準上，其判斷要素與該款判斷結果所指陳與代表的意涵其實非常不一致，也就是說即便在第二款判斷要素一作品性質認定為原創性著作，也不見得一定得第二款判斷基準的不通過的結果，反而採取著作類型為判斷所得相應結果之表現會較作品性質好下第二款判斷結

果之結論；在第三款的判斷基準上，法院最偏好使用質量比例以及整體著作範圍此一體兩面的判斷要素來進行第三款判斷基準通過與否的結果，對於著作的核心概念反而比較少著墨判斷，可能是因為質量比例與著作範圍是非常明確的數值與界定比核心概念容易判斷許多，另於誤為質量比例的計算上，若矯正後則會增加不通過此款判斷基準的情形；在第四款判斷基準上，由於第一款判斷基準鮮少進行轉化性判斷，因此就非常少有轉化性與否對市場影響討論，另外在商業性判斷與市場影響以及於未來市場散布擴大的情形才是第四款主要關心的部分。又，於相關分析的討論可以發現，在三個審級法院的判斷基準使用行為上，第一款判斷基準與第四款判斷基準間都有非常高的關聯性。



## 第六章 四個判斷基準的去與留

探討四個判斷基準的去與留乃是奠基於前面章節的發現—第二款的判斷基準對法院而言不容易操作的情形。因此，本章擬從此觀察出發，用邏輯迴歸分析方式檢驗我國法院對於合理使用四款判斷基準的操作情形，並以此揭示我國使用合理使用四款判斷基準的使用態樣。

### 第一節 我國法院進行四款判斷基準的邏輯迴歸分析

如前述，由於本文所採集到的樣本數並不符合常態分析，所以在進行迴歸分析方法的選擇時，配合第三章所列之欲檢驗的假說命題，因而選用邏輯迴歸為檢驗方法，原因在於本章要討論的議題是特別針對檢驗合理使用四款判斷基準的兩種情形（如「是或否」、「同意或不同意」、「通過或不通過」），因此便以邏輯迴歸分析來預測變數之間的關係。意即，本文擬從此分析去觀察各款判斷要素與各款判斷基準之作用關係，再進一步推展至合理使用之判斷結果，以為我國法院對於進行合理使用態樣陳述之依據。另，由於智財法院與高等法院的樣本數較少，因此在合理使用成立與否和四款判斷基準間之關係的預測上並未能順利建立迴歸方程式為解讀，所以本文將此兩法院的行為表現總括於第一項進行解釋，第二項則是專門分析地方法院行為表現的行為態樣。

#### 第一項 智財法院與高等法院之行為表現

##### 壹、智財法院之行為表現

根據前述第五章之分析，智財法院於各款判斷基準的使用上與其各判斷要素間相關性之結果，發現第一款與第二款判斷基準與其判斷要素間並未有顯著相關，因此不於邏輯迴歸模型中進行分析；另外於第三款判斷基準與其判斷要素相關性上的討論結果，將以第三款判斷基準與著作取用比例以及核心概念來進行邏輯迴歸之分析；在第四款判斷基準上，則是以與該判斷基準有顯著相關之判斷要素—商業使用對市場影響的判斷、對於未來市場上散布而過大的判斷以及商業目的與

市場替代效果的關係為邏輯迴歸模型之分析。

表 35 智財法院於第三款判斷基準之判斷要素與第三款判斷基準間之表現

依變數：通過第三款判斷基準 (1) =1；不通過第三款斷基準 (0,2) =0			
自變數	虛擬編碼 (原始編碼)	B 估計值	Sig. (顯著性)
著作取用比例	(1) =1	3.114**	0.024
	(2) =1	-0.713	0.464
修正後 著作取用比例*	(1) =1	-19.043	1.000
	(2) =1	19.306	0.999
核心概念	(1) =1	0.065	0.960
	(2) =1	-0.679	0.581
常數	(1) =1	-2.079	0.050
	(2) =1	-0.788	0.259
依變數：通過第三款判斷基準 (0,1) =0；不通過第三款斷基準 (2) =1			
自變數	虛擬編碼 (原始編碼)	B 估計值	Sig. (顯著性)
著作取用比例	(1) =1	-21.321	0.999
	(2) =1	2.216**	0.026
修正後 著作取用比例*	(1) =1	-22.001	1.000
	(2) =1	2.197**	0.025
核心概念	(1) =1	-1.962	0.093
	(2) =1	2.006	0.105
常數	(1) =1	2.079	0.050
	(2) =1	-1.676	0.051

\* 特別列出修正後著作取用比例在於藉此討論一旦法院為正確之質量比例計算是否會影響其結果的情形。

\*\*  $p < 0.05$

根據表 35，越是判斷為通過著作取用比例的情形，則越容易得通過第三款判斷基準之結果；反之則越判斷為不通過著作取用比例之情形則越不容易通過第三款判斷基準之結果；而在修正後著作取用比例上面，一旦越不通過修正後著作取用比例之情形，則越不容易通過第三款判斷基準。其餘則因為未達統計顯著性而未具有統計意義，而不予以額外解釋。依此結果，意即智財法院於判斷第三款判斷基準時，主要是以著作取用比例為依歸，而在修正過後的著作取用比例的表現則可以發現不通過此款判斷要素時而得不通過第三款判斷基準之情形為主。

表 36 智財法院於第四款判斷基準之判斷要素與第四款判斷基準間之表現

依變數：通過第四款判斷基準 (1) =1；不通過第四款斷基準 (0,2) =0			
自變數	虛擬編碼 (原始編碼)	B 估計值	Sig. (顯著性)
商業使用對市場 影響的判斷	(1) =1	21.735	0.999
	(2) =1	-22.249	0.999
對於未來市場上 散布過大的判斷	(1) =1	21.548	0.999
	(2) =1	-1.991	0.197
商業目的與市場 替代效果的關係	(1) =1	N/A	N/A
	(2) =1	20.257	0.999
常數	(1) =1	-1.386**	0.013
	(2) =1	2.030**	0.015
依變數：通過第四款判斷基準 (0,1) =0；不通過第四款斷基準 (2) =1			
自變數	虛擬編碼 (原始編碼)	B 估計值	Sig. (顯著性)
商業使用對市場 影響的判斷	(1) =1	-21.466	0.999
	(2) =1	23.070	0.999
對於未來市場上 散布過大的判斷	(1) =1	-21.281	0.999
	(2) =1	3.285**	0.029
商業目的與市場 替代效果的關係	(1) =1	N/A	N/A
	(2) =1	-21.413	0.999
常數	(1) =1	1.099**	0.033
	(2) =1	-2.785**	0.011

\*\* p &lt; 0.05

關於第四款判斷基準與其判斷要素間的關係，從上表 36 中可以發現除了常數項外，只有當法院越不為有侵權著作對於未來市場上散布過大的判斷時，則越不容易通過第四款判斷基準。其餘各項則因為未達統計顯著性而未具有統計意義，而不予以額外解釋。依此結果，意即智財法院於判斷第四款判斷基準時，主要是以對於未來市場上散布過大的判斷為依歸，並且可以發現不通過此款判斷要素時而得不通過第四款判斷基準之情形為主。

## 貳、高等法院之行為表現

根據前述第五章之分析，高等法院於各款判斷基準的使用上與其各判斷要素間相關性之結果，發現第二款判斷基準與其判斷要素間並未有顯著相關，因此不於邏輯迴歸模型中進行分析；另外於第一款判斷基準與其判斷要素相關性上之結果，將以第一款判斷基準與商業與非商業性之認定為邏輯迴歸分析之對象，而以第三款判斷基準與其判斷要素相關性上的討論結果，將以第三款判斷基準與著作取用比例以及核心概念來進行邏輯迴歸之分析；在第四款判斷基準上，則是以與該判斷基準有顯著相關之判斷要素—商業使用對市場影響的判斷和對於未來市場上散布而過大的判斷為邏輯迴歸模型之分析。

表 37 高等法院於第一款判斷基準之判斷要素與第一款判斷基準間之表現

依變數：通過第一款判斷基準 (1) =1；不通過第一款斷基準 (0,2) =0			
自變數	虛擬編碼 (原始編碼)	B 估計值	Sig. (顯著性)
商業與非商業性 之認定	(1) =1	3.401**	0.004
	(2) =1	-2.639**	0.005
常數	(1) =1	-1.099**	0.033
	(2) =1	1.609**	0.038
依變數：通過第一款判斷基準 (0,1) =0；不通過第一款斷基準 (2) =1			
自變數	虛擬編碼 (原始編碼)	B 估計值	Sig. (顯著性)
商業與非商業性 之認定	(1) =1	-2.503**	0.028
	(2) =1	2.716**	0.017
常數	(1) =1	0.201	0.655
	(2) =1	-2.398**	0.022

\*\* p < 0.05

關於第一款判斷基準與其判斷要素間的關係，從上表 37 中可以發現除了常數向外，只有當法院一旦越通過商業與非商業性之認定時（即為非商業性使用的情形下），則容易通過第一款判斷基準；反之，若越不通過此款判斷要素（即為商業性使用的情形下），則不容易通過第一款判斷基準。依此結果，意即高等法院於判斷第一款判斷基準時，主要是以對於商業性與否二分法為判斷依歸。

表 38 高等法院於第三款判斷基準之判斷要素與第三款判斷基準間之表現

依變數：通過第三款判斷基準 (1) =1；不通過第三款斷基準 (0,2) =0			
自變數	虛擬編碼 (原始編碼)	B 估計值	Sig. (顯著性)
著作取用比例	(1) =1	23.842	0.998
	(2) =1	-4.107**	0.001
修正後 著作取用比例*	(1) =1	24.147	0.998
	(2) =1	-1.806**	0.031
核心概念	(1) =1	N/A	N/A
	(2) =1	1.297	0.354
常數	(1) =1	-2.639**	0.011
	(2) =1	1.380**	0.040
依變數：通過第三款判斷基準 (0,1) =0；不通過第三款斷基準 (2) =1			
自變數	虛擬編碼 (原始編碼)	B 估計值	Sig. (顯著性)
著作取用比例	(1) =1	-39.062	0.998
	(2) =1	22.812	0.998
修正後 著作取用比例*	(1) =1	-21.514	0.999
	(2) =1	23.218	0.998
核心概念	(1) =1	-18.600	0.998
	(2) =1	0.000	1.000
常數	(1) =1	19.070	0.998
	(2) =1	-21.203	0.999

\* 特別列出修正後著作取用比例在於藉此討論一旦法院為正確之質量比例計算是否會影響其結果的情形。

\*\*  $p < 0.05$

根據表 38，越是判斷為不通過著作取用比例的情形，則越不容易得通過第三款判斷基準之結果；而在修正後著作取用比例上面，一旦越不通過修正後著作取用比例之情形，則越不容易通過第三款判斷基準。其餘則因為未達統計顯著性而未具有統計意義，而不予以額外解釋。依此結果，意即高等法院於判斷第三款判斷基準時，和智財法院相同的是以著作取用比例為依歸，並可以發現以不通過此款判斷要素時而得不通過第三款判斷基準之情形為主。

表 39 高等法院於第四款判斷基準之判斷要素與第四款判斷基準間之表現

依變數：通過第四款判斷基準 (1) =1；不通過第四款斷基準 (0,2) =0			
自變數	虛擬編碼 (原始編碼)	B 估計值	Sig. (顯著性)
商業使用對市場 影響的判斷	(1) =1	21.102	0.998
	(2) =1	-23.049	0.999
對於未來市場上 散布過大的判斷	(1) =1	4.344**	0.004
	(2) =1	N/A	N/A
常數	(1) =1	-2.398**	0.022
	(2) =1	1.846**	0.003
依變數：通過第四款判斷基準 (0,1) =0；不通過第四款斷基準 (2) =1			
自變數	虛擬編碼 (原始編碼)	B 估計值	Sig. (顯著性)
商業使用對市場 影響的判斷	(1) =1	-20.164	0.999
	(2) =1	24.247	0.999
對於未來市場上 散布過大的判斷	(1) =1	-3.045**	0.016
	(2) =1	N/A	N/A
常數	(1) =1	1.099	0.099
	(2) =1	-3.045**	0.003

\*\* p < 0.05

關於第四款判斷基準與其判斷要素間的關係，從上表 39 中可以發現除了常數項外，只有當法院越為有侵權著作對於未來市場上散布過大的判斷時，則越容易通過第四款判斷基準。其餘各項則因為未達統計顯著性而未具有統計意義，而不予以額外解釋。依此結果，意即智財法院於判斷第四款判斷基準時，主要是以對於未來市場上散布過大的判斷為依歸，並且可以發現通過此款判斷要素時而得通過第四款判斷基準之情形為主。然而，在前述之討論上，應該是以法院越為對於侵權著作對未來市場上散布過大的判斷時，則不容易通過第四款判斷基準，也就是說高等法院於第四款判斷基準的預測上與規則上所認定的不同。

## 第二項 地方法院之行為表現

根據第五章之結論，地方法院於合理使用之判斷上，與其各款判斷基準都有相關，因此與前段地方法院與高等法院討論過程不同的便是此四款判斷基準與合

理使用間的邏輯迴歸模型。

根據下表 40 可以發現，除了常數項外，第一款至第四款判斷基準都有其顯著的情形發生：若一旦法院為不通過第一款判斷基準時，則不容易為合理使用；若一旦法院不通過第二款判斷基準時，則也不容易為合理使用；若於第三款判斷基準越為通過的情形時，則越容易成立合理使用；至於第四款判斷基準上，若越為通過第四款判斷基準時，則越容易為合理使用，反之則越不容易通過第四款判斷基準，則不容易成立合理使用。

表 40 地方法院於各判斷基準與合理使用結果間之表現

依變數：成立合理使用 (1)=1；不成立合理使用 (2)=0			
自變數	虛擬編碼 (原始編碼)	B 估計值	Sig. (顯著性)
第一款判斷基準	(1) =1	1.336	0.099
	(2) =1	-2.164**	0.003
第二款判斷基準	(1) =1	-1.212	0.252
	(2) =1	-1.902**	0.042
第三款判斷基準	(1) =1	1.920**	0.016
	(2) =1	-1.620	0.056
第四款判斷基準	(1) =1	3.447**	0.000
	(2) =1	-2.031**	0.015
常數	(1) =1	-2.191**	0.000
	(2) =1	2.913**	0.000

\*\* p < 0.05

如同前述第五章之分析，地方法院於各款判斷基準的使用上與其各判斷要素間相關性之結果，發現第二款判斷基準與其判斷要素間並未有顯著相關，因此不於邏輯迴歸模型中進行分析；另外於第一款判斷基準與其判斷要素相關性上之結果，將以第一款判斷基準與商業與非商業性之認定和侵權作品主張合理使用之目的為邏輯迴歸分析之對象，而以第三款判斷基準與其判斷要素相關性上的討論結果，將以第三款判斷基準與著作取用比例、核心概念和整體著作之認定來進行邏輯迴歸之分析；在第四款判斷基準上，則是以與該判斷基準有顯著相關之判斷要素—商業使用對市場影響的判斷、對於未來市場上散布而過大的判斷和商業目的市場替代效果的關係為邏輯迴歸模型之分析。

表 41 地方法院於第一款判斷基準之判斷要素與第一款判斷基準間之表現

依變數：通過第一款判斷基準 (1) =1；不通過第一款斷基準 (0,2) =0			
自變數	虛擬編碼 (原始編碼)	B 估計值	Sig. (顯著性)
商業與非商業性 之認定	(1) =1	3.602**	0.000
	(2) =1	-4.902**	0.000
侵權作品主張合 理使用之目的	(1) =1	-22.264	0.997
	(2) =1	22.359	0.997
常數	(1) =1	19.643	0.998
	(2) =1	0.201	0.655
依變數：通過第一款判斷基準 (0,1) =0；不通過第一款斷基準 (2) =1			
自變數	虛擬編碼 (原始編碼)	B 估計值	Sig. (顯著性)
商業與非商業性 之認定	(1) =1	-2.672**	0.001
	(2) =1	4.190**	0.000
侵權作品主張合 理使用之目的	(1) =1	21.021	0.997
	(2) =1	-20.487	0.998
常數	(1) =1	-19.853	0.998
	(2) =1	-2.197**	0.003

\*\* p &lt; 0.05

根據上表 41 可以發現若法院越為通過商業與非商業性之認定（即為非商業性使用的情形下），則越容易通過第一款判斷基準，反之若越不通過商業與非商業性之認定（即為商業性使用的情形下），則越不容易通過第一款判斷基準。下表 42 則為第三款判斷基準與其判斷要素間之關係，可以發現在著作取用比例上，一旦法院為越通過著作取用比例之態度，則越容易通過第三款判斷基準，反之，則不容易通過該款判斷基準；若從修正後著作取用比例來看，一旦法院為不通過修正後著作取用比例，則越不容易通過第三款判斷基準。其餘則因為未達統計顯著性而未具有統計意義，而不予以額外解釋。亦即，可以發現商業性二分法主宰了第一款判斷基準的結果；而第三款判斷基準之結果主要則是掌握在著作取用比例上之討論。

表 42 地方法院於第三款判斷基準之判斷要素與第三款判斷基準間之表現

依變數：通過第三款判斷基準 (1) =1；不通過第三款斷基準 (0,2) =0			
自變數	虛擬編碼 (原始編碼)	B 估計值	Sig. (顯著性)
著作取用比例	(1) =1	4.321**	0.000
	(2) =1	-3.024**	0.000
修正後 著作取用比例*	(1) =1	-38.786	0.998
	(2) =1	-3.624**	0.001
核心概念	(1) =1	1.828	0.141
	(2) =1	-0.350	0.563
整個著作之認定	(1) =1	N/A	N/A
	(2) =1	23.426	0.998
常數	(1) =1	-3.354**	0.008
	(2) =1	-21.117	0.998
依變數：通過第三款判斷基準 (0,1) =0；不通過第三款斷基準 (2) =1			
自變數	虛擬編碼 (原始編碼)	B 估計值	Sig. (顯著性)
著作取用比例	(1) =1	-1.917**	0.003
	(2) =1	3.399**	0.000
修正後 著作取用比例*	(1) =1	-23.323	0.999
	(2) =1	38.626	0.998
核心概念	(1) =1	N/A	N/A
	(2) =1	2.061	0.073
整個著作之認定	(1) =1	N/A	N/A
	(2) =1	18.311	0.998
常數	(1) =1	-0.511**	0.048
	(2) =1	-21.203	0.988

\* 特別列出修正後著作取用比例在於藉此討論一旦法院為正確之質量比例計算是否會影響其結果的情形。

\*\*  $p < 0.05$

從下表 43 則是可以觀察到地方法院於第四款判斷基準上，主要是以對於未來市場上散布過大的判斷為主，也就是說一旦法院為侵權著作未對於未來市場上有散布過大的影響之判斷，則越不容易為合理使用。此與高等法院之表現情形同，即在前述之討論上，應該是以法院越為對於侵權著作對未來市場上散布過大的判斷時，則不容易通過第四款判斷基準，也就是說高等法院於第四款判斷基準的預測上與規則上所認定的不同。

表 43 地方法院於第四款判斷基準之判斷要素與第四款判斷基準間之表現

依變數：通過第四款判斷基準 (1) =1；不通過第四款斷基準 (0,2) =0			
自變數	虛擬編碼 (原始編碼)	B 估計值	Sig. (顯著性)
商業使用對市場 影響的判斷	(1) =1	18.661	0.999
	(2) =1	-18.664	0.999
對於未來市場上 散布過大的判斷	(1) =1	23.742	0.997
	(2) =1	-3.083**	0.000
商業目的與市場 替代效果的關係	(1) =1	0.000	1.000
	(2) =1	0.000	1.000
常數	(1) =1	-21.203	0.997
	(2) =1	0.544	0.067
依變數：通過第四款判斷基準 (0,1) =0；不通過第四款斷基準 (2) =1			
自變數	虛擬編碼 (原始編碼)	B 估計值	Sig. (顯著性)
商業使用對市場 影響的判斷	(1) =1	-19.747	0.997
	(2) =1	24.714	0.999
對於未來市場上 散布過大的判斷	(1) =1	-19.114	0.998
	(2) =1	21.625	0.997
商業目的與市場 替代效果的關係	(1) =1	N/A	N/A
	(2) =1	-3.089	1.000
常數	(1) =1	0.896**	0.001
	(2) =1	-3.512**	0.000

\*\* p &lt; 0.05

## 第二節 我國特有之合理使用四款判斷基準使用態樣

即便經過歷次的修法以及設立智財法院等訴訟制度上之變革，我國對於著作權法第 65 條第 2 項四款判斷基準之適用的確與合理使用輸出國美國發生相同的問題，尤有甚者，法體系的的不同更造成適用的格格不入。回顧第五章與本章的實證研究可以發現，我國著作權法第 65 條第 2 項的第二款判斷基準對於法院判斷上其實沒有過多的助益，或許可以說因為是客觀判斷標準，所以一旦符合著作原創性足夠的要件即應偏向合理使用之判斷，然而誠如上述，科技的發展讓著作權的保護上面臨很大的挑戰與威脅，尤其是當數位技術的進步讓著作有了不一樣的使用方式時，以目前合理使用判斷基準仍缺乏清楚定義的情形下容易造成紊亂與

疑義空間<sup>81</sup>，如何僅憑客觀判斷標準就立判合理使用之結果，未免過於粗糙與恐淪為大意；另外，我國雖有最高法院判例明示揚棄商業與非商業二分法的宣示，但在實際使用上，下級法院仍使用商業與非商業二分法進行第一款判斷基準之主要判斷要素；因而，在第四款判斷基準上，對於著作未轉化而影響市場潛在價值與份額的討論情形下，自然較少為轉化性與市場替代性等等的檢驗；另，從資料上顯示，第三款判斷標準對於法院是最容易適用的一款判斷基準，原因在於我國對此認事用法之方式乃採比例的計算，無須抽象的判斷，只需計算結果便能讓法官對此款判斷基準之適用游刃有餘。然而，此處仍存在一潛在的問題——誤用質量比例計算分母的部分（應為被取用著作而非取用著作）。根據本文的發現，一旦法院為正確計算後（即文中調整過與修正過的部分），則容易傾向不通過第三款判斷基準的結論，而且多數有疑義的部分都在於取用整個被取用著作卻僅佔取用著作的少量比例的情形。在第一款與第四款判斷基準的表現上，本文所討論之對象——智財法院、地方法院與高等法院都對此有相當高的判斷倚重性，不過再論及各款判斷基準應逐一審酌的情況下，除了地方法院外，智財法院與地方法院是沒有進行完整的四款判斷基準都為判斷的規則。

如此，是否可以直截了當的說我國著作權法至少只需移植第一、第三與第四款判斷基準？似有未逮！在美國亦有相關的討論，認為依據上述相關實證研究結果，應直接適用第一款與第四款判斷標準即可。不過回顧合理使用四款判斷標準之本質，就是一個彈性（flexibility）與必然（certainty）的交易，若是希望合理使用保有其判斷上的彈性，就必須犧牲一些使用上的必然；反之，則可以保有機械化使用之概念。在這樣的情形下，討論第一款到第四款的孰輕孰重與去留即成為彈性與必然短兵交接之戰場，且即便有所收穫，也無法因此對於各款判斷基準進行選擇而組合之說法給予支持，原因就在於各款的適用上，不論是四款或是兩款的適用上，都會因為面對的情狀與工具不同而有不同的分析與相對應配合的彈性敘述出現<sup>82</sup>，其不確定性（indetermination）還是會存在。既然不論是留有第一、第三與第四款或是四款判斷基準都保留下來都會有適用上的問題，倒不如應考慮的是合理使用原生的法制環境與範圍對應於我國使用後的情形來討論在我國適用合理使用情狀下的判斷基準去留問題。不過，以目前之觀察，第四款判斷基準

<sup>81</sup> See Joseph P. Liu, *Two-Factor Fair Use?*, 31 COLUM. J.L. & ARTS 571,571 (2008).

<sup>82</sup> *Id.* at 572.

中所表現之判斷要素的結果並未與第四款判斷基準的檢驗結果一致，可能與第四款判斷基準之結果受到第一款判斷基準結果影響有關。因此，第一款與第四款於日後或許可以為合併審查或是併為同一個檢驗判斷標準來評斷合理使用案件議題為操作之可能。

說到底，合理使用的本意並非是要求四個判斷基準的機械化操作<sup>83</sup>，而是提供四個方向讓法官進行審酌判斷，與其說這樣的判斷基準是種要求，倒不如說是對立法與執法雙方的一種導引指標。回到我國的適用情形上來說，因為我國在為合理使用四款判斷基準移植時並未加留意美國法制與我國法制體系上之不同，導致法院法官進行判斷時，會很自然的將四款判斷基準的判斷要素依大陸法系的解釋方式進行討論與分析，反而對於合理使用四款判斷基準文字上的準確性有了非常契合的適用，但未考量其內部所在乎的討論要素。這或許也可以解釋為何我國法院法官進行四款判斷基準操作時，對於第二款判斷基準的輕描淡寫以及對於第三款判斷基準心證的急於展現。即便我國法院偶而將美國立法例引入判決或是持續搬出美國至今對於合理使用所發展出之使用規則，我國的法院最多能做的就是將與爭點相關之關鍵字保留下來再進行配合合理使用結論的審查過程進行陳述（意即合理使用本來存在的問題就是法官很容易先得出結論再回頭進行過程之文字堆疊，而我國又更一步的再這些文字堆疊中，持續的玩文字遊戲）。因此，若真要說合理使用的去與留，倒不如應考慮的是目前合理使用既為獨立與附屬的判斷規則的情形。

雖然本研究在研究的前提假設上是以我國著作權法第 65 條第 2 項的四款判斷基準為唯一關注，並不考量其與同法第 44 條至第 63 條的適用關係，不過在審視判決與本文所進行之實證研究所結果中可以發現在單獨使用合理使用四款判斷基準的情形下，我國法院的適用過程與其說是還在適應美國合理使用判斷基準所給予的喘息空間，倒不如說是面對著同法第 65 條第 2 項不知措其手足的情形。倘若讓四款判斷基準保留下來，地方法院的判決是比較適合為研究與參考對象的；若要讓四款判斷基準退出我國合理使用的判準，則應在使用同法第 44 條至第 63 條的判決中進行完整的心證陳述，而不應像目前常見把第 44 條至第 65 條能適用之部分通通納入判決中來壯大合理使用判斷聲勢之情形。

總結而言，從法院的行為來看，雖然我國致力於模仿合理使用母國的使用方

---

<sup>83</sup> *Id.* at 579.

式，但礙於法制體系上之不同，難以真正發揮四款判斷基準之實質功效；不過在法院逐年的解釋與分析下，雖然偶有佳作，但仍未有判例出現以供依循，即便是專責智慧財產權案件審理之智財法院，其進行合理使用四款判斷基準的情形也仍有努力空間，因此，要如何在體質上與實質上來決定此四款判斷基準之去留，實令人玩味！本文的立場是認為在目前的情況下，討論應如何增刪合理使用判斷基準未免操之過急也沒有意義，因為既然四款判斷基準都無法給予合理使用充分的喘息空間，遑論增加或刪除幾款判斷基準？增加抑或減少的確會對法院的判決有不一樣的影響，但唯一不變的還是無法精緻分析的不知所措，加之目前我國合理使用獨自進行第 65 條第 2 項的判決比例仍佔少數，似乎可以再為觀察與判斷是否仍應持續保有美國合理使用的四款判斷基準為是。



## 第七章 結論

我國著作權法有相當多的規則與內容皆和美國著作權法脫不了干係，然而在體系與制度的適用上，其實是有令人質疑之空間的。又，尤其是合理使用的四款判斷基準，輸出國美國已為此進行多次之討論，也有不少文獻是探討增刪其中條款或是如何使其在機械化使用下保持其彈性的討論。不過，在進行此些研究前，回顧法院的判決是一個非常關鍵的部分！若要檢驗法律制定的優劣，唯一之法只有從適用結果來觀察而進行改變，也就是說得從法院判決理出個頭緒後進而進行新的規劃。由於在判決的整理與歸納上，已有著作對此進行分析，因此本文便進一步以量化分析的方式觀察判斷基準間與結果之互動過程以為站在前人肩膀上的後續研究。

### 第一節 研究假說之檢定

本研究以我國與國外近年來對於合理使用之實證研究、判決內文與學理討論為藍本整理出前揭 10 個假說進行本文之討論：

- H1：利用著作若為商業性使用，則法院容易為非合理使用之判斷。
- H2：利用著作若有進行轉化性利用，則法院容易為合理使用之判斷。
- H3：被利用著作性質之原創性越高，則法院較容易為非合理使用之判斷。
- H4：利用著作所利用之部分占被利用著作的比例越少，則越容易構成合理使用。
- H5：利用著作所取用被利用著作部分的重要性越低，則越容易構成合理使用之判斷。
- H6：若利用行為對於被利用著作之市場價值影響越高，則不容易構成合理使用。
- H7：若利用行為造成被利用著作受取代的可能性越高，則不容易構成合理使用。
- H8：台灣偏重第一款與第三款判斷基準之認定，而少用第二款與第四款之判斷基準。

H9：第四款判斷基準常輔助第一款判斷基準為法院判斷合理使用之主要核心要件。

H10：法院有為四款判斷基準之審查。

H1 與 H2 是討論第一款判斷基準的情形，於前述的討論中，可以發現即便我國判決中揭示揚棄商業與非商業二分法的同時，其實我國法院對於第一款判斷基準的仰賴還是在商業與非商業二分法上，對於轉化性的判斷鮮少考量與審酌；H3 則是討論第二款判斷基準的情形，依據上述之分析，我國法院對於著作性質之認定與第二款判斷結果的連結性是非常低的，不過若從被利用著作之類型為綜合觀察，則可以發現我國將語文著作、音樂著作、編輯著作與電腦程式著作視為創作性較高的著作，因此不容易通過第二款判斷基準之檢驗，至於美術著作、攝影著作與視聽著作方面，則還未有較確定的態度出現；H4 與 H5 則是討論第三款判斷基準與質量考慮比例間等之關係，依據討論，我國法院偏好以質量分析以及整體著作之認定為第三款判斷基準通過與否之認定，至於著作核心的概念則較少使用為該款之判斷；H6 與 H7 則是討論第四款判斷基準與其判斷要素間的關係，在這款的判斷上我國法院對於侵權著作商業使用對著作市場價值的影響性以及替代效果對本款之結果是有相當大的關聯性的，然而從邏輯迴歸的結果來看，卻是以對於侵權作品對於未來擴大可能性為主要預測合理使用結果的關鍵。

H8 與 H9 則是討論我國實務上使用各款判斷基準的情形，雖然有實證研究認為我國法院偏重第一款與第三款判斷基準之使用，但在本文的研究中發現我國法院不只偏重第一款與第三款判斷基準，還很重視第四款判斷基準之使用，並且第一款判斷基準與第四款判斷基準有非常高的相關性！然而根據第六章的分析，我國法院於第四款判斷基準時發生與規則不一樣的情形——法院為侵權著作未對於未來市場上有散布過大的影響之判斷，則越不容易為合理使用（應為合理使用才是）。究其原因可能與第四款判斷基準受第一款判斷基準的影響所致，即我國合理使用的主要判斷幾乎以第一款判斷基準為主，第四款判斷基準則是會依據第一款判斷基準之導向而為調整，也才会有不如規則般的情形發生。

既然各合理使用輸入國主要仍以美國著作權法第 107 條四款判斷基準之適用為依歸，因此我國司法院法律座談會之結論——各款判斷基準應予以逐一審酌——是呼應美國進行合理使用判斷基準的方式，所以 H10 所欲討論的問題：若我國全面移植美國著作權法四款合理使用判斷基準，理論上我國法院也應以全面對四

款判斷基準進行審查為是。然，在本文的研究中，利用邏輯迴歸的方式來檢驗我國法院是否有進行合理使用各款判斷基準審酌的情形時發現我國法院在適用合理使用四款判斷基準時，其實並未對該判斷基準進行逐一審酌。

總結而言，在本文的研究中，我國法院其實並未對轉化性的討論有非常深入與偏好的倚重性，即便最高法院已於判決中明示，大部分法院於進行第一款判斷基準的判斷時依舊是以商業與非商業二分法為判斷；在第二款判斷基準上，我國法院除了利用該款判斷基準再度揭示被利用著作之性質外，往往就船過水無痕的帶過，不是很能從中知曉法院對於著作性質對於合理使用結果的判斷心證；第三款判斷基準則是我國法院使用得最上手的判斷基準，原因在於只需要算比例就可以有所交待與解釋，因此法院對於第三款判斷基準通常都會有非常多的著墨與數字比例的呈現；第四款判斷基準法院則比較在乎侵權作品在市場上未來可能擴大的判斷。因此，我國在適用合理使用四款判斷基準上，主要是以第一、第三與第四款判斷基準為依歸，第二款的判斷基本上屬於可有可無的條款。另外，在四款判斷基準應逐一審酌的情形下，依本文的觀察，僅有地方法院有做到非常高度的四款判斷基準之審查，反之，地方法院與智財法院就並未有如此之行為表現。

我國著作權法有相當多的規則與內容皆和美國著作權法脫不了干係，然而在體系與制度的適用上，其實是有令人質疑之空間的。又，尤其是合理使用的四款判斷基準，輸出國美國已為此進行多次之討論，也有不少文獻是探討增刪其中條款或是如何使其在機械化使用下保持其彈性的討論。不過，在進行此些研究前，回顧法院的判決是一個非常關鍵的部分！若要檢驗法律制定的優劣，唯一之法只有從適用結果來觀察而進行改變，也就是說得從法院判決理出個頭緒後進而進行新的規劃。

## 第二節 後續研究方向

在後續研究的建議上，本文提供二個研究方向以供參酌：1.我國著作權法第65條第2項與同法第44條至第63條間互動關係之研究；2.合理使用模型的建構。另外，在研究方法的選擇上，可以嘗試進行我國判決的質性研究以增進資料處理的客觀性。在此分述如下：

在本文進行法院判決的整理蒐集時，對照國外相關之實證研究，並無法使用相關的質性軟體套進我國判決以利資料或關鍵字之尋找，究其原因在於本文乃企圖從判決中發現法官之心證與法院之行為模式，因此不只有客觀還會涉及部分主觀的判斷，加上合理使用四款判斷基準本身就是事實與主觀混合的條款，更增添資料蒐集與判斷的困難度，所以在此部分，若有更多關於前段資料處理的研究，應可增加判斷的準確性與客觀性。進一步，還能進行我國法院對於特別關注的爭點與其字數敘述數量多寡的比對，為觀察我國法院對於相關案例的行為模式增添更多的實證資料以為後續研究之基石。尤有甚者，更可以進行我國與美國關於合理使用判決格式或形式的比較法研究，從中梳理出我國可以參酌的審酌方向，以為四款判斷基準去留另一面向的研究支持。

由於本文主要乃探討我國著作權法第 65 條第 2 項的表現情形，屏除掉相當多與同法第 44 條至第 63 條間互動的連結，若能將這部分包含進研究中，必能對我國將著作權法第 65 條第 2 項視為獨立亦為附屬的條款有更多的評析與適用建議。如此，便能進行我國合理使用與著作權保護限制之實證研究—建立我國對於合理使用適用情狀之模型，除以供日後合理使用案件之預測外，也藉此結合與利用比較法之研究，綜合前人的研究成果，建立起合理使用與著作權獨佔權間互動表現之最適模型，並減少該類實驗法研究甚少有實際案例相關分析作為後盾的批評。

## 附錄一 我國合理使用判斷基準之實證研究分析編碼表

### 基本資訊

1. 排序：依照判決時間順序
2. 案件名稱：標示出原被告兩造作為案件名稱的內容
3. 判決案號：判決字號
4. 判決簡要事實：簡介判決個案事實
5. 判決法院審級：
  - 1 一審
  - 2 二審
6. 判決年月日
7. 判決法院
8. 案件類型：
  - 1 刑事
  - 2 民事
9. 審判程序：
  - 1 準備程序
  - 2 簡易程序
  - 3 通常程序
  - 4 協商程序
10. 合理使用結果：
  - 0 未對合理使用結果進行判斷
  - 1 成立合理使用（對原告不利）
  - 2 不成立合理使用（對原告有利）

### 針對合理使用四款判斷基準

#### • 第一款判斷基準

11. 商業與非商業性之認定
  - 0 法院未進行商業與非商業性認定之判斷
  - 1 法院不認為被告之行為屬商業性使用
  - 2 法院認為被告之行為屬商業性使用
12. 侵權作品主張合理使用之目的
  - 0 無
  - 1 有，教育
  - 3 有，研究、教學

- 4 有，報導
  - 5 有，評論
  - 6 有，為資訊自由流通
  - 7 有，為商品流通、物盡其用
  - 8 有，供個人或家庭為非營利之目的
13. 公共利益考量的判斷
- 0 無
  - 1 有
14. 法院對轉化性要件的認定
- 0 法院未點出轉化性的問題
  - 1 法院認為被告的行為屬轉化
  - 2 法院不認為被告之行為屬轉化
15. 此款判斷結果
- 0 無
  - 1 法院支持被告（通過此款判斷）
  - 2 法院不支持被告（不通過此款判斷）
- 第二款判斷基準
16. 作品性質之判斷
- 0 無
  - 1 事實性著作
  - 2 原創性著作
17. 著作類型
- 1 語文著作
  - 2 編輯著作
  - 3 音樂著作
  - 4 美術著作
  - 5 攝影著作
  - 6 視聽著作
  - 7 電腦程式著作
18. 此款判斷結果
- 0 無
  - 1 法院支持被告（通過此款判斷）
  - 2 法院不支持被告（不通過此款判斷）
- 第三款判斷基準
19. 著作取用比例(量)之考量態度
- 0 無
  - 1 偏好被告（比例比較低）
  - 2 偏好原告（比例比較高）

20.法院對作品核心概念(質)的態度

- 1 無
- 2 有

21.法院對於整個著作範圍的認定態度

- 0 無
- 2 有

22.此款判斷結果

- 0 無
- 1 法院支持被告（通過此款判斷）
- 2 法院不支持被告（不通過此款判斷）

• 第四款判斷基準

23.商業使用對市場影響之判斷

- 0 無
- 1 不偏好保護原告
- 2 偏好保護原告
- 3 被告與原告都考量

24.非轉化性使用對市場影響判斷

- 0 無
- 1 不偏好保護原告
- 2 偏好保護原告
- 3 被告與原告都考量

25.對於未來市場上散布而擴大的判斷

- 0 無
- 1 不偏好保護原告
- 2 偏好保護原告
- 3 被告與原告都考量

26.商業目的（第一款判斷基準）與市場替代效果的關係

- 0 無
- 1 關聯性低
- 2 關聯性高

27.此款判斷結果

- 0 無
- 1 法院支持被告（通過此款判斷）
- 2 法院不支持被告（不通過此款判斷）

## 附錄二 本文所研究之我國實務判決範圍

### • 刑事判決部分

	法院	判決字號
	智財法院	98 年度刑智上更(一)字第 16 號 98 年度刑智上訴字第 3 號 98 年度刑智上更(一)字第 50 號 99 年度刑智上易字第 6 號 99 年度刑智上易字第 61 號 99 年度刑智上更(一)字第 23 號 99 年度刑智上易字第 117 號 101 年度刑智上訴字第 7 號
刑事判決	臺灣台北地方法院	87 年度易字第 4315 號 89 年度易字第 342 號 91 年度自字第 69 號 92 年度自更(一)字第 20 號 92 年度自字第 103 號 87 年度自字第 753 號 92 年度易字第 1969 號 92 年度自字第 340 號 92 年度訴字第 773 號 93 年度聲判字第 116 號 94 年度易字第 290 號 95 年度聲判字第 40 號 95 年度易字第 124 號 96 年度聲判字第 157 號 96 年度聲判字 154 號 94 年度訴字第 1561 號 97 年度自字第 103 號 97 年度自字第 22 號 98 年度易字第 1809 號 98 年度易字第 1833 號 98 年度自字第 59 號 96 年度自字第 219 號 99 年度自字第 86 號

	99 年度智易字第 77 號
臺灣士林地方法院	89 年度訴字第 428 號 93 年度自字第 29 號 94 年度聲判字第 28 號 93 年度訴字第 532 號
臺灣板橋地方法院	87 年度自字第 527 號 96 年度訴字第 489 號 97 年度聲判字第 89 號
臺灣台中地方法院	90 年度中簡上字第 57 號 90 年度中簡上字第 39 號 90 年度中簡上字第 58 號 90 年度中簡上字第 47 號 92 年度訴字第 311 號 94 年度易字第 237 號 95 年度易字第 2796 號 94 年度訴字第 1865 號 96 年度易字第 1479 號 96 年度自字第 50 號 99 年度易字第 86 號
臺灣高雄地方法院	90 年度易字第 3227 號 93 年度自更字第 2 號
臺灣桃園地方法院	90 年度訴字第 2076 號 90 年度易字第 2650 號 91 年度易字第 1878 號 96 年度聲判字第 38 號 98 年度簡上字第 723 號
臺灣新竹地方法院	92 年度訴字第 393 號 92 年度訴字第 394 號 92 年度訴字第 591 號 93 年度竹簡字第 315、316 號 93 年度自更(一)字第 2 號
臺灣台南地方法院	94 年度聲判字第 36 號
臺灣嘉義地方法院	95 年度易字第 331 號
臺灣高等法院	91 年度上易字第 3100 號 91 年度上訴字第 2958 號 92 年度上更(一)字第 96 號 90 年度上更(一)字第 1176 號 92 年度上易字第 2348 號

		92 年度上更(二)字第 632 號 93 年度重上更(三)字第 90 號 93 年度上訴字第 2618 號 93 年度上訴字第 2635 號 92 年度上訴字第 600 號 94 年度上訴字第 3304 號 94 年度重上更(四)字第 227 號 95 年度上更(一)字第 24 號 95 年度上易字第 693 號 95 年度抗字第 1087 號 96 年度上更(二)字第 430 號 95 年度上更(一)字第 645 號 94 年度上易字第 1064 號
	臺灣高等法院高雄分院	92 年度上易字第 93 號 92 年度上易字第 1577 號
	臺灣高等法院台中分院	96 年度上易字第 754 號 96 年度上訴字第 2208 號 97 年度上易字第 142 號
	臺灣高等法院台南分院	90 年度抗字第 176 號裁定 96 年度上易字第 486 號

• 民事判決部分

	法院	判決字號
民事 判決	智財法院	97 年度民著上易字第 4 號
		98 年度民著訴字第 2 號
		97 年度民專上字第 20 號
		98 年度民著訴字第 5 號
		98 年度民著訴字第 2 號
		98 年度民著訴字第 15 號
		98 年度民著上字第 5 號
		98 年度民著上易字第 3 號
		98 年度民著訴字第 8 號
		98 年度民著訴字第 44 號
		98 年度民著訴字第 45 號
		98 年度民著訴字第 40 號
		99 年度民著訴字第 13 號
		99 年度民著訴字第 36 號
		99 年度民著訴字第 73 號

	<p>99 年度民著訴字第 85 號  100 年民著上易字第 1 號  100 年度民著訴字第 30 號  100 年度民著訴字第 31 號  100 年度民著上易字第 2 號  100 年度民著上字第 7 號  100 年度民著上字第 9 號</p>
臺灣台北地方法院	<p>88 年度訴字第 4595 號  90 年度重訴字第 2289 號  91 年度訴字第 2713 號  94 年度智字第 18 號  95 年度智字第 46 號  95 年度智字第 50 號  95 年度智字第 45 號  94 年度智字第 89 號  95 年度智字第 107 號  96 年度北智簡字第 4 號  96 年度智字第 91 號  97 年度北智簡字第 1 號  97 年度智字第 1 號  97 年度店智簡字第 1 號  97 年度北智簡字第 3 號  97 年度智字第 16 號  97 年度北智簡字第 4 號  97 年度智簡上字第 1 號  96 年度智字第 93 號  99 年度訴字第 1552 號</p>
臺灣士林地方法院	<p>95 年度智字第 20 號  95 年度簡上字第 127 號</p>
臺灣板橋地方法院	<p>94 年度智(一)字第 46 號  94 年度重智字第 12 號  97 年度重簡字第 713 號</p>
臺灣台中地方法院	<p>95 年度沙智簡字第 1 號  95 年度智字第 24 號  94 年度智字第 32 號  97 年度智字第 1 號  97 年度中智字第 2 號  99 年度智字第 6 號</p>

臺灣高雄地方法院	99 年度智易字第 38 號
臺灣台南地方法院	91 年度簡上字第 187 號 97 年度南智簡字第 1 號 99 年度智字第 8 號
臺灣新竹地方法院	94 年度智字第 1 號
臺灣嘉義地方法院	95 年度朴簡字第 38 號 95 年度智字第 3 號 99 年度嘉訴字第 1 號
臺灣屏東地方法院	95 年度智字第 1 號
臺灣南投地方法院	95 年度埔智簡字第 4 號 96 年度智簡上字第 1 號
臺灣苗栗地方法院	97 年度訴字第 49 號
臺灣花蓮地方法院	96 年度智字第 1 號
臺灣高等法院	92 年度勞上字第 69 號 95 年度智上字第 47 號 95 年度智上字第 32 號 94 年度訴字第 42 號 97 年度智上字第 8 號 97 年度智上字第 7 號
臺灣高等法院台中分院	95 年度智上字第 6 號

## 參考文獻

### 壹、中文文獻

#### 一、書籍

1. 吳漢東 (2005)，著作權合理使用制度研究，修訂版，北京：中國政法大學。
2. 盧文祥 (2006)，智慧財產權不確定法律概念的剖析研究—以專利進步性、商標混淆誤認及著作權合理使用為主之論述，台北：瑞興圖書。
3. 蕭雄淋 (2007)，著作權法論，五版，台北：五南。
4. 羅明通 (2009)，著作權法論 II，七版，台北：臺英國際商務法律事務所。

#### 二、期刊、論文、研究報告

1. 王兆鵬、林定香、楊文山 (2003)，揭開法官量刑心證的黑盒子司法統計實證研究，台北律師公會委託研究。
2. 王敏銓 (2011)，美國法的合理使用，收於：著作權合理使用規範之現在與未來，台北：元照。
3. 林利芝 (2012)，教學講義找麻煩，合理使用費思量—評析智慧財產法院九十九年度刑智上易字第 61 號刑事判決，月旦法學雜誌，第 207 期。
4. 胡心蘭 (2001)，論科技發展對合理使用與著作財產權限制之影響，中原大學財經法律研究所碩士論文。
5. 高冠裕 (2010)，從法院民事判決論我國對著作財產權限制之實踐，東吳大學法律學系碩士在職專班科技法律組碩士論文。
6. 黃怡騰 (1996)，著作權法上合理使用原則之研究，政治大學法律研究所博士論文。
7. 黃怡騰 (2001)，著作權法第六十五條第二項四款衡量標準之研究，經濟部智慧財產局委託研究。
8. 黃怡騰 (2001)，著作之合理使用案例介紹，經濟部智慧財產局委託研究。
9. 雷憶瑜 (1995)，論著作之合理使用—以電腦還原工程為中心，國立台灣大

學法律研究所碩士論文。

10. 蔡惠如 (2007), 著作權之未來展望—論合理使用之價值革新, 台北: 元照。
11. 蔡惠如 (2011), 我國著作權法合理使用之挑戰與契機—以著作權法第 65 條第 2 項之判斷基準為核心, 收於: 著作權合理使用規範之現在與未來, 台北: 元照。
12. 劉孔中、謝銘洋、馮震宇 (2012), 著作權判決實證研究—從智財法院成立後三年相關判決出發, 月旦法學雜誌, 203 期。
13. 賴文智 (2011), 著作權合理使用之研究, 經濟部智慧財產局委託研究。
14. 謝國廉 (2012), 著作合理使用之判斷基準—評最高法院與高等法院紫微斗數案之判決, 月旦法學雜誌, 第 182 期。
15. 闕光威 (2009), 論著作權法上之合理使用, 台北: 元照。
16. 蕭雄淋、幸秋妙、嚴裕欽 (2009), 國際著作權法合理使用立法趨勢之研究, 經濟部智慧財產局委託研究。
17. 嚴裕欽 (2006), 著作財產權之限制—以美國著作權法合理使用為中心, 政治大學法律學研究所碩士論文。
18. 嚴裕欽 (2008), 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, 第 116 期。
19. 羅朝根 (2009), 以本於著作權法目的之合理使用原則檢視法院判決—以新世紀英漢辭典案及其後之判決為例, 世新大學法律學系碩士論文。

## 貳、英文文獻

### 一、書籍

1. Paul Goldstein. 1989. *Copyright: Principles, Law, and practice*. Boston, Mass.: Little, Brown.
2. Arthur R. Miller & Michael H. Davis. 2000. *Intellectual Property: Patents, Trademarks, and Copyright*. St. Paul, Minn.: West Group.
3. Leon E. Seltzer. 1978. *Exemptions And Fair Use In Copyright: The Exclusive Rights Tensions In The 1976 Copyright Act*. Cambridge, MA: Harvard

University Press.

4. L. Ray Patterson & Stanley W. Lindberg. 1991. *The Nature of Copyright: A Law of User's Right*. Athens, Ga.: Univ. of Georgia Press.
5. Melville B. Nimmer. 1994. *Nimmer on Copyright*. Newark, N.J.: Matthew Bender.
6. Roger E. Schechter & John R. Thomas. 2003. *Intellectual Property: The Law Of Copyrights, Patents, And Trademarks*. St. Paul, Minn.: West Publishing Co.

## 二、期刊、論文、研究報告

1. Barton Beebe. 2008. An Empirical Study of U.S. Copyright Fair Use Opinions, 1978-2005. *University of Pennsylvania* 156(3) : 549.
2. David Nimmer. 2003. Fairest of them all” and other fairy tales of fair use. *Law and Contemporary Problems* 66 : 263.
3. Joseph P. Liu. 2008. Two- Factor Fair Use?, *Columbia Journal of Law and the Arts* 31: 571.
4. Lloyd L. Weinreb. 1990. Fair's Fair: A Comment on the Fair Use Doctrine. *Harvard Law Review* 103:1137.
5. Matthew Sag. 2011. Fairly Useful: An Empirical Study of Copyright's Fair Use Doctrine (unpublished manuscript). Available at: [http://works.bepress.com/matthew\\_sag/11](http://works.bepress.com/matthew_sag/11)
6. Neil Weinstock Netanel. 2011. Making Sense of Fair Use. *Lewis & Clark Law Review* 15: 715.
7. Pamela Samuelson. 2009. Unbundling Fair Use. *FORDHAM LAW REVIEW*: 2537.
8. Pierre N. Leval. 1990. Toward a Fair Use Standard, *Harvard Law Review* 103: 1105.