

重回合理使用現場

——解構美國聯邦最高法院依個案「客製化」 合理使用分析之影響*

胡心蘭**

摘要

美國聯邦最高法院於2021年做成Google v. Oracle案，2023年又做成了Andy Warhol Foundation for Visual Arts, Inc. v. Goldsmith，而此兩案所涉之著作類別正屬於著作權保護標的之光譜的兩個極端：一為本質上具有功能性之電腦程式著作；另一則為須投入高度人類精神創意表現之藝術著作，著作權合理使用四項判斷基準仍能一體適用嗎？美國聯邦最高法院作為最終的裁量者，其於判決中做成或採用之「rule of law」（判例法律原則）對所有下級法院有拘束力，但在下級法院各自再就「個案基礎自由適用」下，竟可能產生完全相反的結果。本文之研究目的在於重新整理美國聯邦最高法院Sony案、Harper & Row案、Campbell案、Google案、及AWF案判決，於因應個案事實特殊性所為之合理使用分析下所做成或採用之rule of law對後續及下級法院所生之

DOI : 10.3966/168067192025120050004

投稿日期：2025年2月18日；接受刊登日期：2025年11月29日

* 本文為112年國科會專題研究計畫「重回合理使用現場——解析與評論美國最高法院依個案『客製化』合理使用分析之影響」之研究成果。

** 東海大學法律學院教授；美國杜蘭大學法學院法學博士。

影響。從本質上具功能性之電腦程式、實用性物品等，到高度創意表達之藝術創作、挪用藝術等予以類型化，並從中辨識出各rule of law被後續法院適用之情況，尤其著重於比較在類似案件中卻有相反適用結果、上級審以完全不同的分析方式駁回下級審之判決、或美國聯邦最高法院主審意見與不同意見間之差異等，以及合理使用四項要件於各類別中所占之重要性，試以釐清不同類別之不同利用方式是否應有不同之權重組合，以期得到合理使用四項要件之最適權衡模式。

關鍵詞：合理使用、判例法律原則、實證研究、電腦程式著作、挪用藝術



元照出版提供 請勿公開散布

目次

壹、前言	(四)加入公共利益之考量
貳、類型化合理使用原則	四、再論「挪用藝術」
一、背景介紹	(一)AWF案回顧
二、研究範圍界定	(二)分析與小結
參、美國聯邦最高法院建立之 Rule of Law	肆、合理使用案例類型化
一、重回合理使用現場	一、建立模型
(一)Sony案回顧	(一)綜合整理
(二)Harper & Row案回顧	(二)合理使用案例類型化之模型
(三)雙重推定之影響	二、個別案例簡介
二、轉化才是王道	(一)電腦程式
(一)樹立合理使用之標準	(二)事實性著作
(二)Campbell案回顧	(三)教科書
(三)轉化性稱霸三十年	(四)高度創意之著作
三、合理使用原則「客製化」	(五)無關原著作性質之利用——數位資訊定位工具
(一)Sony案不同意見	三、導入模型
(二)Google案回顧	伍、結 論
(三)Google案不同意見	

壹、前言

美國聯邦最高法院於2021年在極具爭議之Google v. Oracle案中¹，主審Breyer大法官做出對Google有利之判決——在假設Java程式語言的API具著作權適格性的前提下，判定「Google僅抄襲Java SE API中，可允許程式設計師將其已積累之才能，發揮於具轉化性之新

¹ Google v. Oracle, 593 U. S. ____; 141 S.Ct. 1183 (2021). https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/18-956_d18f.pdf (last visited 2025/2/7).

程式中的那些程式碼，在法律的層面上是對該等程式碼的合理使用²。」此係繼美國國會將原為判決先例所發展累積的習慣法則於1976年法典化後，美國聯邦最高法院於近五十年來第四個就合理使用為分析適用之判決，離前一個1994年之Campbell v. Acuff-Rose Music案³已相差四分之一個世紀之久。無獨有偶，就在Breyer大法官於2022年6月告老還鄉後⁴，Sotomayor大法官又於2023年5月做出另一個同樣備受矚目之挪用藝術合理使用Andy Warhol Foundation for Visual Arts, Inc. v. Goldsmith（以下稱AWF）案⁵，判定20世紀最著名的視覺藝術運動開創者，普普藝術大師Andy Warhol的挪用作品與原著作於授權市場競爭時，即便兩者在藝術上具不同之意義及呈現方式，然因該授權行為係與原著作為相同之利用目的——均作為介紹人物之肖像之用——而不具轉化性，是以又將「轉化性」要素打回原型。

元照出版提供 請勿公開散布

Google與AWF兩案之影響層面均甚為深遠：Google案為電腦程式設計師保留可以發揮已累積之才能並繼續創作之空間，也維持了電腦程式產業間使用現有API以節省大量時間和精力，因而促進技術的自由、競爭、創新與協作的慣例⁶。其影響更延伸至AI從開源資料

² “Google’s copying of the Java SE API, which included only those lines of code that were needed to allow programmers to put their accrued talents to work in a new and transformative program, was a fair use of that material as a matter of law.” Google, 141 S.Ct. at 1186 (Syllabus).

³ Campbell v. Acuff-Rose Music, 510 U.S. 569 (1994).

⁴ Amy Howe, *Stephen Breyer, pragmatic liberal, will retire at end of term*, SCOTUSblog, SCOTUS NEWS (January 26, 2022). <https://www.scotusblog.com/2022/01/stephen-breyer-pragmatic-liberal-will-retire-at-end-of-term/> (last visited 2025/2/7).

⁵ Andy Warhol Foundation for the Visual Arts, Inc. v. Goldsmith, 598 U. S. ____; 143 S.Ct. 1258 (2023) (hereafter: AWF).

⁶ Mike Linksvayer, *Standing by developers through Google v. Oracle -- Free and*

庫學習養成之過程是否為合理使用？尤其養成後之AI恐取代自然人程式設計師⁷？而AWF案的判決結果的影響也不僅止於攝影創作者與視覺藝術創作者之間⁸，紀錄片等影像創作者、出版商、美術館、博物館，甚或原本即處於模糊地帶的混搭（Mash-Up）⁹、音樂取樣（Music Sampling）、粉絲創作（Fanart/Fanfiction）等利用行為，藝術表達與言論自由之界線等，均有可能受到影響。

然而，Google與AWF兩案所涉之著作類別正屬於著作權保護標

open APIs are essential for modern developers, Featured Article, TechCrunch.com (October 7, 2020). https://techcrunch.com/2020/10/06/standing-by-developers-through-google-v-oracle/?guccounter=1&guce_referrer=aHR0cHM6Ly9idXp6b3JhbmdlLmNvbS8&guce_referrer_sig=AQAAALIKMDad3u09DhaGwqQUa9Qx7m8x3GcttMZfBcdkomRYwJd3NYbNSoN3myt6X2T6jl4vRb2Yhl9xdal9lSHees7RqpCi3usm-qNSfPPVuW57uJYQvThFiCvgM93FKVJ0IF-v8J-ygzIvyt2rcfmg9i-Q6_w1MUp3LXIsElVr3aph (last visited 2025/2/7). Mike Linksvayer目前為GitHub政策主管、Creative Commons主要領導者，其形容Google的勝訴對於開發人員來說是「巨大的勝利」。Mike Linksvayer, *Supreme Court sides with developers in Google v. Oracle*, Policy, github. Blog (April 6, 2021). <https://github.blog/2021-04-06-supreme-court-sides-with-developers-in-google-v-oracle/> (last visited 2025/2/7).

- ⁷ Matthew Butterick, *Maybe you don't mind if GitHub Copilot used your open-source code without asking-But how will you feel if Copilot erases your open-source community?*. <https://githubcopilotinvestigation.com/#what-is-github-copilot>; *We've filed a law suit challenging GitHub Copilot, an AI product that relies on unprecedented opensource software piracy-Because AI needs to be fair & ethical for everyone* (November 3, 2022). <https://githubcopilotlitigation.com/> (last visited 2025/2/7).
- ⁸ Shanti Escalante-De Mattei & Tessa Solomon, *How a Supreme Court Case About Andy Warhol's Paintings of Prince Could Reshape Freedom of Expression*, ARTnews (October. 12, 2022). <https://www.artnews.com/art-news/news/andy-warhol-lynn-goldsmith-supreme-court-1234641880/> (last visited 2025/2/7).
- ⁹ Dr. Seuss Enterprises, L.P. v. ComicMix LLC, 983 F.3d 443 (9th Cir. 2020). 美國聯邦第九巡迴上訴法院於該案判定Mash-Up不是談諧仿作，不具轉化性，且取用太多原著作之元素，篡奪了原著作之潛在市場。

的之光譜的兩個極端：一為本質上具有功能性之電腦程式著作；另一則為須投入高度人類精神創意表現之藝術著作，著作權合理使用四項判斷基準仍能一體適用嗎？Google案Breyer大法官即言「電腦程式本質上之功能性，使得傳統著作權法難以適用在此科技世界¹⁰。」如在美國聯邦最高法院於Google案重新闡釋合理使用原則之內涵後，本已就合理使用分析對Goldsmith做出有利判決的第二巡迴上訴法院¹¹，又依據最高法院之見解重新檢視其論述¹²，惟仍強調最高法院已明確表明Google案中之電腦程式極具功能性，「很可能使其結論不太適用於像我們這樣的情況¹³。」反之，「若將傳統著作權法適用於具『功能性』之電腦程式甚為困難，則為解決該等新穎且特殊之合理使用案例所為之論述，即對原適用於傳統受著作權保護之藝術表現領域之既有分析原則不太可能產生巨大變化¹⁴。」是以實質上將Google案予以區別（Distinguish）¹⁵。

我國著作權法第65條本僅作為判斷著作之利用是否合於第44條

¹⁰ “The fact that computer programs are primarily functional makes it difficult to apply traditional copyright concepts in that technological world.” Google, 135 S.Ct. at 1209.

¹¹ Andy Warhol Foundation for the Visual Arts, Inc. v. Goldsmith, 992 F.3d 99 (2d. Cir. 2021).

¹² Andy Warhol Foundation for Visual Arts, Inc. v. Goldsmith, 11 F.4th 26 (2d. Cir. 2021).

¹³ “may well make its conclusions less applicable to contexts such as ours.” *Id.* at 51.

¹⁴ “If the application of traditional copyright concepts to ‘functional’ computer programs is difficult, it follows that a case that addresses fair use in such a novel and unusual context is unlikely to work a dramatic change in the analysis of established principles as applied to a traditional area of copyrighted artistic expression.” *Id.* at 52.

¹⁵ 所謂區別（Distinguish），即區別出案件中與前判決之明顯差異或不同處，故前判決不應作為判決先例拘束後案。See <https://www.law.cornell.edu/wex/distinguish> (last visited 2025/2/7).

至第63條規定之例示規定，於民國87年公布實施之著作權法修正條文中，則新增了「或其他合理使用之情形」，使第65條亦可作為獨立之合理使用概括條款，於個案中單獨審酌第2項之四款判斷標準，是以我國合理使用原則亦採個案判斷，並「審酌一切情況」之綜合考量模式。由於我國著作權法第65條第2項所列之四款基準與美國著作權法第107條所列之內容幾乎一致，各款基準之判斷重心亦相去不遠。再者，「轉化性使用」概念也多次出現在我國相關實務判決中，惟經臺中地方法院蔡嘉裕法官之整理¹⁶，我國司法實務上已判決確定，較具討論價值之轉化性案例有美術著作之戲謔仿作、報導中攝影著作之重製、編輯著作之數位化重製、電玩遊戲之攻略本等案，依蔡法官之觀察：「承辦檢察官及刑事、民事歷審法官的見解不一，甚至多次反轉，耐人尋味，相當值得探究¹⁷。」此情形竟與美國實務類似，盼本文之研究成果亦能供我國實務界一點反思之花火。

貳、類型化合理使用原則

如前所述，自美國國會於1976年將著作權法合理使用原則法典化以來，美國聯邦最高法院至今共做出五個相關判決，依序為1984年針對Sony錄影機Betamax的使用者在家將電視台所播送之電影、節目內容錄製下來，待稍後有空時再看的「時間轉換」（time-shifting）行為是否可成立合理使用之Sony Corp. of America. v. Universal City Studios, Inc.案¹⁸；1985年針對八卦雜誌Nation雜誌以

¹⁶ 參見，蔡嘉裕，著作權「轉化性使用」之我國本土案例分析，智慧財產權月刊，271期，頁47-77（2021年）。

¹⁷ 同前註，頁48。

¹⁸ Sony Corp. of America. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984).

「新聞頭條」之方式，未經授權而搶先刊登福特總統回憶錄之精華的行為為合理使用判斷之Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises, Inc.案¹⁹；1994年美國饒舌樂團「2 Live Crew」將作曲家Roy Orbison所作之「Oh! Pretty Woman」改編為具有揶揄嘲諷意味之饒舌樂是否可成立合理使用之Campbell案²⁰；Google利用Oracle的Java API套件撰寫Android操作系統，讓電腦程式設計師可以無痛轉移工作平台之Google案²¹；及最新判定挪用藝術作品與原著作於授權市場競爭時，於合理使用原則第一要件之判斷下係屬「相同之利用目的」而不利於合理使用成立之AWF案²²。美國聯邦最高法院作為司法體系最終的裁量者，依據案例法之「依循先例原則」（stare decisis），其於判決中做成或採用之「rule of law」（判例法律原則）（以下稱rule of law）²³對所有下級法院有拘束力，在爭點相同的案件中均須予以衡量並遵循。

一、背景介紹

合理使用原則本即極具彈性，依照1976年美國國會立法報告書之說明，制定著作權法第107條「合理使用」條款之目的在於：

「本法案肯認合理使用司法原則之目的與一般範圍，但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

¹⁹ Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises, Inc., 471 U.S. 539 (1985).

²⁰ Campbell, 510 U.S. at 569.

²¹ Google, 141 S.Ct. at 1183.

²² AWF, 143 S.Ct. at 1258.

²³ 根據Merriam-Webster法律辭典的定義，rule of law: an authoritative legal doctrine, principle, or precept applied to the facts of an appropriate case. <https://www.merriam-webster.com/dictionary/rule%20of%20law#legalDictionary> (last visited 2025/2/7).

本條說明何謂合理使用，並例舉某些構成合理使用之標準外，法院應就個案基礎自由適用本原則於特定情況上。第107條之規定僅係為重申現行司法上之合理使用原則，而無意予以變更、限縮、或擴大²⁴。」

如美國聯邦最高法院在Campbell一案中所為之闡釋：「關於是否為合理使用之判斷並無明確的規則可予簡化，而須依據法條作個案判斷，任一要件均不應被分離判斷，而應依據著作權法之宗旨俱為分析，再將結果綜合衡量²⁵。」此一就「個案適用」（*case-by-case analysis*）之審理原則，允許法院可依不同之著作類別與個案事實判斷利用行為是否合理，「合理使用的判斷是高度取決於特定利用情狀和具體事實的，不易簡化為僵化的規則²⁶。」然也因為如此，合理使用原則在前述五個最高法院判決依不同著作類別、利用情狀、甚至不同政策目的與公共利益考量等「個案適用」之形塑下，就合理使用四項判斷基準之內涵發展出數個如金科玉律般的*rule of law*，雖不致成為「僵化的規則」，但在下級法院各自再就個案基礎

²⁴ “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).

²⁵ “The task is not to be simplified with bright-line rules, for the statute, like the doctrine it recognizes, calls for case-by-case analysis...the fore factors should not be treated in isolation, all are to be explored, and the results weighed together, in light of the purpose of Copyright.” *Campbell*, 510 U.S. at 578-79.

²⁶ “that determinations of fair use are highly contextual and fact specific, and are not easily reduced to rigid rules.” *AWF*, 11 F.4th at 51.

自由適用下，竟可能產生完全相反的結果²⁷。惟須先敘明者，本文之目的在於梳理美國聯邦各級法院之相關合理使用判決以建立類型化之模型，而此一模型應視為「描述性工具」，著重於不同著作標的間，就合理使用原則四項分析要素於適用上呈現之差異性參照，而非「預測性或規範性準則」。此外，本文採用類型化可作為判例趨勢分析與釐清判決邏輯之輔助工具，並未主張任何形式的拘束性應用，適可與「個案適用原則」互補，而非相斥。

本文首先重新整理美國聯邦最高法院上述五個判決，於因應個案事實特殊性所為之合理使用分析下所做成或採用之rule of law對後續及下級法院所生之影響：如Sony案中「商業利用即不合理²⁸」的「Sony推定」（Sony presumption）；Harper & Row案中「對於未公開發表著作為合理使用之範圍應較為狹窄²⁹」、「第四項要件是單一最重要的要素」³⁰；Campbell案中「為進步之目的或不同之特色而增添了新的東西，或以新的表達，新的意涵，或訊息改造了原著作」之「轉化性要素³¹」；Google案中具功能性之電腦程式著作「離

²⁷ 如Oracle v. Google案一審之美國加州北區聯邦地方法院與二審之聯邦巡迴上訴法院於合理使用之判斷即完全相左，Oracle Am., Inc. v. Google Inc., No. C 10-03561, 2016 WL 3181206 (N.D. Cal. June 8, 2016), rev'd and remand, 886 F.3d 1179 (Fed. Cir. 2018); 另AWF之一、二審美國紐約南區聯邦地方法院與第二巡迴上訴法院對於轉化性之判斷亦不盡相同Andy Warhol Foundation for Visual Arts, Inc. v. Goldsmith, 382 F.Supp.3d 312, rev'd in part and vacated in part, 11 F.4th 26 (2d. Cir. 2021). 第二巡迴上訴法院亦須對該院備受批評之Cariou v. Prince, 714 F.3d 694 (2d Cir. 2013)案合理使用判決費心解釋。

²⁸ Sony, 464 U.S. at 451.

²⁹ “the scope of fair use is narrower with respect to unpublished works.” Harper & Row, 471 U.S. at 564.

³⁰ “This last factor is undoubtedly the single most important element of fair use.” *Id.* at 566.

³¹ “The central purpose of the investigation is to see whether the new work merely ‘supersedes the object’ of the original creation, or instead adds something new, with

著作權保護之核心甚遠³²」AWF案中「對原著作為『轉化性』利用所需的轉化程度，須超過其成為衍生著作之轉變程度³³」等。在涉及不同著作類別之案例中，即便依「依循先例原則」應予衡量並遵循，但是否應有不同之適用順序與權重？有無可能予以類型化？如在言論表達與藝術創作之案例中應著重利用目的之轉化程度，但在具功能性之電腦程式或工具書等編輯著作中則更該強調業界標準及相容性，但無論如何不得以轉化性利用變相侵蝕原著作權利人之改作權及衍生／潛在（授權）市場。

須強調的是，在檢討合理使用原則恐因美國聯邦最高法院的個案闡釋，以及下級法院各自揣摩、延伸解讀下，似乎有過度膨脹之現象，甚而失去作為判斷標準之意義時，更應反思自1976年美國著作權法全面修正自今，著作權利人之權利態樣、範圍、保護期間、乃至於強度³⁴，亦係呈現極速擴張的趨勢，而使用者仍只能緊握「合理使用」此一免死金牌——「積極抗辯」（affirmative defense），合理使用原則因其適用上之彈性適可因應著作權全面性擴張之威脅，

a further purpose or different character, altering the first with new expression, meaning, or message; it ask, in other words, whether and to what extent the new work is 'transformative.'" Campbell, 510 U.S. at 579.

³² Google, 141 S.Ct. at 1202 (stating that "the declaring code is, if copyrightable at all, further than are most computer programs (such as the implementing code) from the core of copyright.").

³³ "the degree of transformation required to make 'transformative' use of an original work must go beyond that required to qualify as a derivative." AWF, 143 S.Ct. at 1275.

³⁴ Jessica Litman, *Campbell at 21/Sony at 31*, 90 WASH. L. REV. 651, 652-53 (2015) (explaining that the scope of U.S. copyright has expanded in the past fifty years: "It covers a broader array of copyrightable subject matter. It lasts longer. It grants owners additional rights. Court decisions have expanded the scope of traditional copyright rights. Congress has greatly enhanced the remedies for infringement.") (citations omitted).

兩者間之關聯亦應予以考量。

二、研究範圍界定

本文之目的在於重新整理美國聯邦最高法院Sony案、Harper & Row案、Campbell案、Google案、及最新之AWF案判決，於因應個案事實特殊性所為之合理使用分析下所做成或採用之rule of law對後續及下級法院所生之影響。惟本文並非企圖就美國聯邦法院自1976年後相關合理使用原則案件為實證研究，而是著重於比較在類似案件中卻有相反適用結果³⁵、上級審以完全不同的適用結果駁回下級審之判決³⁶、或美國聯邦最高法院主審意見與不同意見間之差異等³⁷，期待能藉此梳理出合理使用案件之類別光譜，從本質上具功能性之電腦程式著作、實用性物品等，到高度創意表達之藝術創作、挪用、詼諧仿作、諷刺性言論等予以類型化，並從中辨識出各rule of law被後續法院過度擴張之「高水位標誌」（high water mark）適用模式³⁸，到被區別為「較難適用」（less applicable）之案例³⁹，以及合理使用四項要件於各類別中所占之重要性，試以釐清不同類別之不同利用方式是否應有不同之權重組合，以期得到合理使用四項要件之最適權衡模式。本文之研究結果可視為係對美國著作權法合理

³⁵ 如同為美國第二巡迴上訴法院做成之Cariou, 714 F.3d at 694; 又如1992年Rogers v. Koons, 960 F.2d 301 (2d Cir. 1992)案與2006年Blanch v. Koons, 467 F.3d 244 (2d Cir. 2006)案即因「轉化性」要素之闡釋而有截然不同之評價。

³⁶ 如前註27與相應之本文所示。

³⁷ 參見本文「合理使用原則『客製化』」章節。

³⁸ “high-water mark of our court’s recognition of transformative works.” AWF, 11 F.4th at 38 (citing TCA Television Corp. v. McCollum, 839 F.3d 168, 181 (2d Cir. 2016)).

³⁹ “may well make *its* (the *Coogole* case) conclusions less applicable to contexts such as ours.” AWF, 11 F.4th at 51 (*emphasis added*).

使用原則自1976年法典化後適用規則之總整理，更可作為在著作權利人之權利態樣、範圍、保護期間、乃至於強度均呈現極速擴張的趨勢下，合理使用四項判斷基準是否仍可因其適用上之彈性予以因應之反思。

參、美國聯邦最高法院建立之Rule of Law

本文首先重新整理美國聯邦最高法院做成之Sony案、Harper & Row案、Campbell案、Google案、及最新的AWF案判決，於因應個案事實特殊性所為之合理使用分析下所做成或採用之rule of law對後續及下級法院所生之影響。

一、重回合理使用現場

本節重新檢討Sony案與Harper & Row案二判決之影響，蓋某些評論人認為，合理使用原則就是從Sony案開始「走歪了」⁴⁰。回顧Sony案之背景，其為美國國會1976年修訂著作權法，並將合理使用原則法典化後第一個美國聯邦最高法院合理使用判決。由於1976年美國著作權法不採1909年著作權法就各著作類別詳細制定各種可受保護之權利及限制，改以較廣泛的術語闡明權利內容，再另以「排他權之限制」（Limitations on Exclusive Rights）下各該「法定例外」（statutory exemptions）之規定為國會認為不侵權的利用行為提供例外、限制、和特權⁴¹，並以「合理使用原則」（Fair Use

⁴⁰ “Some copyright lawyers with long memories identify Sony as the Supreme Court case in which fair use started to go wrong.” Litman, *supra* note 34, at 654.

⁴¹ 17 U.S.C. §§ 107-121 (1976). 美國著作權法下「排他權之限制」包括第107條「合理使用」與第108條至第122條之其他「法定例外」規定。「法定例外」係立法機關基於特定公共政策之考量，以立法之方式規定，對於特定著作權客體

Doctrine) 為美國國會未考量或預期到的利用行為作一概括性規定，然如我國著作權法第51條之「個人非營利之利用行為」並不在該等「排他權之限制」之列。Sony案即成為第一個測試新制定之合理使用原則，是否足以為美國國會所有未考量之著作物利用行為提供適當底護之案件。

(一) Sony案回顧

在美國國會制定並公布1976年著作權法的三周後，環球影業、迪士尼等電影公司即於美國加州中區地方法院控告一位特地安排的家用錄影機使用者及美國Sony公司⁴²，主張Sony應為美國民眾利用其販售之錄影機重製電視節目之個人利用行為負責⁴³。

1. 時空背景

然而消費者利用設備製作著作重製物並非新鮮事，如使用影印機複印從圖書館借的書本或文章，或使用錄音機錄製廣播中的音樂。早在美國於1976年修正著作權法以前，圖書館所提供之複數重製服務即已存在多時，正所謂「圖書館之存在目的即為複製⁴⁴」。如

之特定利用行為不構成著作權之侵害。「法定例外」所列之行為不構成著作權之侵害，係直接根據法律規定而來，一旦利用行為符合法文所列之各項要件即應直接適用，審判者較無裁量空間，適用上之彈性即相對狹窄。

⁴² 這位安排好的被告名為William Griffiths，其為環球影業聘請的訟訴代理人的一位客戶，剛好擁有一部Sony出產的Betamax錄影機。由於Sony本身並未從事重製、改作、散布、演出、或上映屬於環球影業的任何電影（視聽著作），環球影業需要一位直接侵權人之存在，藉以主張Sony提供協助，作為間接侵權人之責任。

⁴³ Universal City Studios, Inc. v. Sony Corp. of America, 480 F. Supp. 429 (C.D. Cal 1979), aff'd in part, rev'd in part, 659 F.2d 963 (9th Cir. 1981), rev'd, 464 U.S. 417 (1984) (hereafter: Sony).

⁴⁴ "libraries could be said to exist for the purpose of copying." Verner W. Clapp, *Library Photocopying and Copyright: Recent Developments*, 55 LAW LIBR. J. 10, 11

同法律對於作者權利之關注係從大量生產之印刷工業興起時才開始⁴⁵，著作權人本身亦係自大量影印之行為變成可行時，才開始對圖書館之影印利用方式加以注意。在1920至30年代，此一考量逐漸萌芽，圖書館界始驚覺到自己可能觸犯著作權法⁴⁶，而其所可主張之抗辯，即為合理使用：「合理使用之意義在於，法院可藉由允許後來的作者可基於前人之著作繼續創作，以維持著作權政策，同時仍可維護著作權人之利益。而圖書館之影印重製行為，可被推定係為學者及研究之利益而為之，自可符合該原則之目的⁴⁷。」

美國聯邦最高法院亦非首次受理消費者利用設備製作著作重製物之類似案件，於1975年Williams & Wilkins Co. v. United States案⁴⁸，最高法院以八位大法官（Blackmun大法官因故迴避）四比四之票數未能做出裁決，維持二審所為有利於利用者之判決⁴⁹。該案被

元照出版提供 請勿公開散布

(1962).

⁴⁵ 西元1709年英國首創世界第一部著作權法「安妮法案」（Statute of Anne of 1709），即係因為印刷術之興起而使著作權之保護變得必要才予以制定的。

⁴⁶ Clapp, *supra* note 44, at 11-12.

⁴⁷ “The fair use doctrine provides a means by which courts may serve copyright policy by allowing subsequent writers to build upon the work of prior authors, while still recognizing the copyright owner’s interests. Library photocopying, which is presumably conducted primarily for the benefit of scholars and researchers, would seem to serve the purpose said to underlie the doctrine.” Joseph E. Young, *Copyright and the New Technologies – The Case of Library Photocopying*, 28 COPYRIGHT L. SYMP. (ASCAP) 51, 60 (1982).

⁴⁸ Williams & Wilkins Co. v. United States, 172 U.S.P.Q. 670 (Ct. Cl. 1972), rev’d, 487 F.2d 1345 (Ct. Cl. 1973), aff’d, by an equally divided Court, 420 U.S. 376 (1975).

⁴⁹ 二審法院強調，對於整體著作為重製之行為，並非絕對無構成合理使用之可能。諸如訴訟中供律師或法院本身參考之用而為相關法律文獻之影印利用，或在日常生活上，朋友間相互交流從報紙上影印之文章等對整體著作為重製之行為，均屬一般觀念上可被接受之利用行為，並不構成著作權之侵害。且法律（1909年著作權法）並未將對著作為整體重製之行為，明文排除其成立合理使

告為美國聯邦政府衛生及福利部門之「國家衛生研究所」（National Institutes of Health, NIH）與「國家醫學圖書館」（National Library of Medicine, NLM），該二機構長期為其內部研究人員免費影印醫學期刊論文，或為館際交流之需，向個別的讀者提供影印服務。而針對上述有關圖書館影印之爭議，美國國會在最高法院維持二審判決之翌年修正著作權法時，即加入了第108條「排他權之限制：圖書館與檔案保存機構之重製」之法定例外規定⁵⁰。

與此同時，即便「錄音著作」於1976年美國著作權法中首次獲得了有限的保護，但當時的國會議員們並不認為消費者所為非營利性質之重製錄音物行為會侵害著作權利，且與影印機一樣，沒有任何建議認為錄音機或空白錄音帶之製造商應對消費者所為，未經授權之重製錄音物行為承擔法律責任⁵¹。

2. Sony案之雙重推定

然在美國國會擬定修正著作權法的近二十年間，參與討論或被邀請作證的各界相關人士、國會議員，均未想過在全美家庭中行之有年，利用錄影機錄製電視上播放的節目、影片等的行為有可能構成著作權之侵害。是以，儘管當時消費者利用影印機與錄音機為個人利用之目的重製著作物之行為已甚為普及，Sony案提出了當時美國國會未考量到的兩個問題：消費者為個人利用目的而重製著作物之責任；以及向公眾出售重製設備是否侵害了著作權法賦予權利人的任何權利。

用之可能，而僅為判斷利用行為之利用程度的標準之一。Williams & Wilkins, 487 F.2d. at 1345.

⁵⁰ 17 U.S.C. § 108 - Limitations on exclusive rights: Reproduction by libraries and archives (1976).

⁵¹ Litman, *supra* note 34, at 662.

一審之美國加州中區聯邦地方法院認為，為決定Sony是否成立輔助侵權，前提需其所輔助之第三人成立直接侵害，由於個人身分之被告在家所從事之錄製行為，係為其個人利用之目的，且不具有商業性質，故成立合理使用之抗辯而不需負直接侵害之責任⁵²。然二審之聯邦第九巡迴上訴法院廢棄一審所為原告敗訴之判決。法院認為，該等個人身分之被告在家中對於無線電視台所播放之電視節目，未經著作權人之授權或同意即予錄製之行為，並不具有「社會積極目的」（social productive purpose），此種不具生產力之消極利用行為，不能構成著作權法上之合理使用⁵³。然美國聯邦最高法院又廢棄了上訴法院之判決，判定在家中以錄放影機錄製電視台所播節目之行為，構成合理使用。

審理本案之Stevens大法官強調，利用人在家中所從事之錄製行為，係為將電視節目錄製下來，待稍後有空時再看的「時間轉換」（time-shifting）行為，既非為轉播之目的、亦不具有商業性質、甚可擴張電視節目之收視觀眾，故應被認定為合理。其以反面描述的方式指出，合理使用原則第一項要件「利用行為之目的與性質」⁵⁴，係「要求在任何合理使用判斷中權衡『活動的商業或非營利性質』。若Betamax（錄影機）被用於出於商業或盈利之目的而製作重製物，則此種利用行為將被推定為不合理⁵⁵」，此即著名之「商業利

⁵² Sony, 80 F. Supp. at 429.

⁵³ Sony, 659 F.2d. at 963.

⁵⁴ “(1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purpose” 17 U.S.C. § 107 (1976).

⁵⁵ “the first factor requires that ‘the commercial or nonprofit character of an activity’ be weighed in any fair use decision. If the Betamax were used to make copies for a commercial or profitmaking purpose, such use would presumptively be unfair.” Sony, 464 U.S. at 448-49.

用即不合理」的「Sony推定」（Sony presumption），影響其後各級法院於第一項要件之判斷甚劇。然由於個人身分之被告在自家中所從事之「時間轉換」行為不具商業性，於第一項要件下有利於合理使用之成立。

接著在考量合理使用原則第四項要件「利用對該有著作權著作之潛在市場或價值之影響」時⁵⁶，最高法院先說明「為了保護作者的創作動機，不必禁止對受著作權保護著作之潛在市場或價值沒有明顯影響的使用。」因此「儘管對受著作權保護之素材的每一次商業利用，都被推定為係對應屬於著作權人之獨占特權的不合理剝削，但非商業使用是另一回事⁵⁷。」Stevens大法官指出：「在對非商業性利用有著作權著作之行為為指控時，須證明該特定利用行為會造成傷害，或因其可能被廣為散布，而對該有著作權著作之潛在市場造成負面影響⁵⁸。原告雖不須證明實際損失，亦無庸證明潛在損害發生之必然性，「然至少應證明未來損害發生可能性之存在。若系爭行為係商業性質，則該可能性應可『推定成立』。然若系爭行為不具商業性質，則該潛在損害發生之可能性即須經證明⁵⁹。」

⁵⁶ “the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.” 17 U.S.C. § 107 (1976).

⁵⁷ “But a use that has no demonstrable effect upon the potential market for, or the value of, the copyrighted work need not be prohibited in order to protect the author’s incentive to create... Thus, although every commercial use of copyrighted material is presumptively an unfair exploitation of the monopoly privilege that belongs to the owner of the copyright, noncommercial uses are a different matter.” Sony, 464 U.S. at 450-51.

⁵⁸ “A challenge to a noncommercial use of a copyrighted work requires proof either that the particular use is harmful, or that if it should become widespread, it would adversely affect the potential market for the copyrighted work.” Sony, 464 U.S. at 451.

⁵⁹ “What is necessary is a showing by a preponderance of evidence that some

雖然Stevens大法官的用意在為個人利用行為解套，然而後續法院——連最高法院自己——都只看到「商業利用即不合理」，且「商業利用目的會對原著作市場造成損害」之「雙重推定」（twin presumptions）的rule of law⁶⁰。在Sony案一年後，美國聯邦最高法院在Harper & Row案再次確認了此一雙重推定。最高法院認為被告Nation雜誌以「新聞頭條」之方式，未經授權而搶先刊登福特總統回憶錄之精華的行為，「不僅造成影響，更是有意的攫取了著作權持有人之具有商業價值的首次公開權利⁶¹。」法院注意到被告本可自由付費購買該回憶錄的摘錄權，然卻未如此做，因此法院進一步宣示：「區分營利／非營利之關鍵，並非在於獲取金錢是否為利用行為之單純動機，而是在於利用人為營利而利用了有著作權之題材，卻未支付通常應付之費用⁶²」，是以判定被告之利用行為具有商業性，而「出版物是商業性而不是非營利性的此一事實，本身即是一個不利於合理使用判定的獨立因素，……對受著作權保護之著作的每次商業性利用，都應被認為是對屬於著作權人之獨占特權的不合理剝削⁶³。」且商業利用目的會對原著作市場造成損害，而合理使用

meaningful likelihood of future harm exists. If the intended use is for commercial gain, that likelihood may be presumed. But if it is for a noncommercial purpose, the likelihood must be demonstrated.” *Id.*

⁶⁰ Litman, *supra* note 34, at 668.

⁶¹ “not merely the incidental effect but the intended purpose of supplanting the copyright holder’s commercially right of first publication.” Harper & Row, 471 U.S. at 562.

⁶² “The crux of the profit/nonprofit distinction is not whether the sole motive of the use is monetary gain but whether the user stands to profit from exploitation of the copyrighted material without paying the customary price.” *Id.*

⁶³ “The fact that a publication was commercial as opposed to nonprofit is a separate factor that tends to weigh against a finding of fair use, ... [Every] commercial use of copyrighted material is presumptively an unfair exploitation of the monopoly privilege that belongs to the owner of the copyright.” *Id.*

第四項要件「利用行為對該有著作權著作之潛在市場或價值之影響」⁶⁴是「單一最重要的要件⁶⁵。」此段rule of law亦被下級法院不斷引用，配合前述之Sony「雙重推定」，使得可能影響原著作市場價值之具商業性質的利用行為更不容易成立合理使用。

（二）Harper & Row案回顧

Harper & Row案則有另一關於合理使用第二項要件「被利用著作之性質」⁶⁶之rule of law，直接導致美國國會於1992年增訂著作權法第107條第2項：「著作未公開發行之事實本身，不應排除合理使用之認定，若該認定係考量上述所有因素之決定⁶⁷。」

於Harper & Row案，被告政論性雜誌Nation Enterprises輾轉取得即將由Harper & Row出版商出版之美國前總統福特之回憶錄，以頭條報導之方式摘錄手稿中最精華之部分——福特總統為何特赦前總統尼克森，使其免因水門案而受任何刑事追訴的心路歷程——搶在回憶錄公開販售、並於紐約時報（The New York Times）連載前刊登於其雜誌上，Harper & Row因而控告Nation Enterprises之行為侵害其著作權。審理本案的美國聯邦最高法院O'Connor大法官斷言：「原告之著作尚未公開發表之事實……係一個傾向不利於合理使用抗辯之因素⁶⁸。」進而建立起：「在通常的情況下，作者對其尚未公開散

⁶⁴ “(4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work” 17 U.S.C. § 107 (1976).

⁶⁵ “The single most important element of fair use.” Harper & Row, 471 U.S. at 566.

⁶⁶ “(2) the nature of copyrighted work” 17 U.S.C. § 107 (1976).

⁶⁷ “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.” 17 U.S.C. § 107 (1992).

⁶⁸ “the fact that plaintiff’s work is unpublished...is a factor tending to negate the defense of fair use.” Harper & Row, 471 U.S. at 551.

布之著作，控制其首次對外公開的權利，應勝過（他人對此等著作為）合理使用之主張⁶⁹」及「著作未公開發表之性質，雖不具有決定性，卻是一個傾向不利於合理使用抗辯之關鍵性因素⁷⁰」，因此「對於未公開發表著作為合理使用之範圍應較為狹窄⁷¹」之推論程序。

撰寫不同意見之Brennan大法官認為主審實則建立了一個「反對就未公開發表之著作成立合理使用的武斷推定⁷²」，蓋此見解實際上限制了法院依據個案認定之原則，就著作權法第107條各項行使自由裁量之權限，同時亦排除被告對未公開發表著作主張合理使用之機會⁷³。當時任職於美國紐約州南區聯邦地方法院之Leval法官，其所做成與未公開發表著作之合理使用相關的兩個判決：Salinger v. Random House, Inc.案⁷⁴與New Era Publ'ns Int'l v. Henry Holt & Co.案⁷⁵即深受影響，均為聯邦第二巡迴上訴法院所推翻：在Salinger案，二審法院以合理使用不得作為利用未公開發表著作之抗辯為由，推翻該案，最高法院亦維持二審判決。在New Era案，二審法院亦以「當利用之題材屬於『未公開發表之性質』時，合理使用第二事實要素

⁶⁹ “Under ordinary circumstances, the author’s right to control the first public appearance of his undissemated expression will outweigh a claim of fair use.” *Id.* at 555.

⁷⁰ “We conclude that unpublished nature of a work is ‘a key, though not necessarily determinative, factor’ tending to negate a defense of fair use.” *Id.* at 554.

⁷¹ “the scope of fair use is narrower with respect to unpublished works.” *Id.* at 564.

⁷² “a categorical presumption against prepublication fair use.” *Id.* at 595 (Brennan, J., dissenting).

⁷³ *Id.* at 596 n.19.

⁷⁴ *Salinger v. Random House, Inc.*, 650 F. Supp. 413 (S.D.N.Y. 1986) rev’d, 811 F.2d 90 (2d Cir. 1987) opinion supplemented on denial of reh’g, 818 F.2d 252 (2d Cir. 1987).

⁷⁵ *New Era Publ’ns Int’l v. Henry Holt & Co.*, 695 F. Supp. 1493 (S.D.N.Y. 1988) aff’d on other grounds, 873 F.2d 576 (2d Cir. 1989).

之適用從未對侵權行為人有利過，我們在此亦不為之」為由，以完全不同於地方法院之觀點認定被告行為不構成合理使用⁷⁶。受挫的Leval法官認為第107條之條文用語不夠明確，因此建議應依據著作權之目的——促進科學及實用技術之發展——以「樹立合理使用之標準」（Toward a Fair Use Standard）⁷⁷。

美國國會亦以增訂著作權法第107條第2項作為因應，並在立法報告中指出：「本次修正目的，係為澄清國會並無設置任何當然認定法則（per se rule），以阻礙對於尚未公開發表著作成立合理使用之意圖。相反的，法院應參酌國會將之法典化於1976年著作權法中的合理使用原則，考量所有列於第107條中之各項要素以及其他相關事實，就未公開發表著作可否成立合理使用抗辯做個案分析⁷⁸。」

（三）雙重推定之影響

為免全美家用錄影機的使用者成為潛在的被告，Sony案Stevens大法官刻意於合理使用第一項要件「利用行為之目的與性質」之判斷下，將個人、家庭內利用錄影機錄製電視節目、電影等重製物之「時間轉換」行為，導向非營利之目的而有利於合理使用成立，並

⁷⁶ New Era v. Holt, 873 F.2d 576, 583 (2d Cir. 1989) (stating “we do not share some of the district court’s views respecting the proper application of the four fair use factors in this case.”)

⁷⁷ Pierre N. Leval, *Toward a Fair Use Standard*, 103 HARV. L. REV. 1105 (1990) (hereafter, Leval, *Fair Use Standard*).

⁷⁸ “The purpose of [the amendment] is to clarify the intent of Congress that there be no per se rule barring claims of fair use of unpublished works. Instead, consistent with Congress’s codification of fair use in the 1976 Copyright Act, the courts are to determine the affirmative defense of fair use of unpublished works on a case-by-case basis, after consideration of all the factors set forth in the section 107, as well as any other factors a court may find relevant.” See H.R. Rep. No. 102-286, 102d Cong., 2d Sess. (1992), at 1.

於第四項要件「利用對該有著作權著作之潛在市場或價值之影響」的判斷下強調，對於不具商業性質之利用行為，著作權人若欲主張侵害，則須證明潛在損害發生之可能性。此一判決結果讓全美家用錄影機的使用者鬆了一口氣，甚至影響以後的讀者、消費者、及協助消費者享用各式著作物之產品製造商等，均可期待合理使用原則可以保護他們免於著作權侵權之追訴。如1999年美國聯邦第九巡迴上訴法院之RIAA v. Diamond案⁷⁹，判定以MP3隨身聽播放使用者自行藉由電腦硬碟所重製之MP3音樂檔案之行為⁸⁰，相較於Sony案中被認定為合理使用之「時間轉換」（time-shift），本案被告之行為即為「空間轉換」（space-shift）⁸¹。法院認為被告生產之MP3隨身聽只是將原本即已儲存於使用者的硬碟中之檔案予以重製，使其具有可攜性，或可節省硬碟空間，此等利用行為是個人非營利使用的模範，正符合著作權法之精神。

但此一解方的副作用甚強，蓋1984年之Sony案到1994年之Campbell案的十年間，雖然一般非商業性之個人利用行為可較無受

⁷⁹ Recording Industry Ass'n of America v. Diamond Multimedia Systems, Inc., 180 F.3d 1072 (9th Cir. 1999).

⁸⁰ 美國的唱片工業協會（RIAA）原向加州中區聯邦地方法院提出聲請暫時禁制令，要求禁止鑽石多媒體系統公司（Diamond Multimedia）的MP3隨身聽Rio PMP 300上市，因其認為Rio係一種「數位錄音設備」（digital audio recording devices），但其未依「一九九二年家用錄音法」（American Home Recording Act of 1992, AHRA）安置「連續著作權管理系統」（Serial Copyright Management System, SCMS），也未給付該法中用以補償著作權人的權利金，然Diamond予以反駁，認為Rio的功能只是單純地將已經被壓縮的音樂檔案重新播放（Playback），不具有獨立的錄音功能，故Rio不算是錄音設備的一種，不應包括在家用錄音法的範圍內。Recording Industry Ass'n of America v. Diamond Multimedia Systems, Inc., 29 F.Supp.2d 624 (C.D. Cal. 1998).

⁸¹ RIAA, 180 F.3d at 1079 ("The Rio merely makes copies in order to render portable, or 'space-shift,' those files that already reside on a user's hard drive.").

侵權追訴之顧慮，但作家、出版商、及表演者等則可能應其利用他人著作之目的具有營利性質，而在Sony案之「雙重推定」的rule of law下面臨較高之風險。然在Sony案前，美國法院並未將商業性質之利用行為完全排除成立合理使用之可能，「被告的書……是為了商業利益而出版的這一事實本身，並不剝奪其或其出版商之合理使用抗辯⁸²」，或「當商業動機與合理使用並存時，法院應考量該聲稱之侵權行為係為公共利益，還是純為個人營收⁸³」，此類判斷模式雖傾向將商業利用認定為不利於構成合理使用的因素，但仍為法院留下了相當大的裁量空間，以考量任何其他可能勝過（outweigh）此單一不利事實的因素，況且「第107條第一項要件並未要求我們將『商業性』與『非營利』利用做兩極化之切割，否則合理使用實際上將不可能存在，因為『所有出版（的著作）均可確信為係為牟取利益而發行』……利用行為之商業性質並非絕對與否之問題，而係程度上之問題……⁸⁴」。

但畢竟是美國聯邦最高法院於兩續二案中所做出之rule of law，下級法院仍須依循遵從，如第六巡迴上訴法院作為Campbell案二審法院，即認為被告之利用雖屬詼諧諷刺之仿作，然因其係以銷售販

⁸² “the mere fact that Nizer’s book...published for commercial gain, does not, standing alone, deprive Nizer or his publishers of the fair use defense.” Meeropol v. Nizer, 560 F.2d 1061, 1069 (2d Cir. 1977).

⁸³ “while commercial motivation and fair use can exist side by side, the court may consider whether the alleged infringing use was primarily for public benefit or for private commercial gain.” MCA, Inc. v. Wilson, 677 F.2d 180, 182 (2d Cir. 1981).

⁸⁴ “We do not read Section 107(1) as requiring us to make a clear-cut choice between two polar characterizations, ‘commercial’ and ‘nonprofit.’ Were that the case, fair use would be virtually obliterated, for ‘all publications presumably are operated for profit.’ ...The commercial nature of a use is a matter of degree, not an absolute, ...” Maxton-Graham v. Burtchaell, 803 F.2d 1253, 1262 (2d Cir. 1986), cert. denied, 481 U.S. 1059 (1987).

賣為目的，具有商業之性質，而此一商業性質之本身對於合理使用之判斷雖不具有決定性之影響，但Sony案及Harper & Row案「要求我們應從該利用係『非合理』之角度開始分析」⁸⁵，即凡屬未經授權之商業性利用，均應先推定為不構成合理使用，然後再由法院就被告所提以之抗辯的證據，審酌其是否足以推翻此一不得成立合理使用之推定。

二、轉化才是王道

由於上述兩個美國聯邦最高法院的案件中的rule of law被後續、下級法院「過度解讀」（overreacted）下失去了方向，導致Souter大法官於1994年做出Campbell案後，Leval法官感動的驚呼「Souter大法官拯救了合理使用」⁸⁶！Leval法官解釋說，在Campbell案之前，如果法院認為有爭議的商業用途不應成立合理使用，法院即會援引Sony的推定，但若法院欲認定被告之行為合理，法院則「乾脆省略提及與商業（利用）相關之事實」⁸⁷，而Campbell案，「已經從合理使用討論中消除了所有這些無益的口號——尤其是有害的『商業利用』推定⁸⁸。」更有甚者，Souter大法官還採用了Leval法官所提出之「轉化性」概念，至此，「該新著作是否僅為取代其所利用之原著作，或為進一步之目的或不同之特色而增添了新的東西，或以新的

⁸⁵ “require that we start from the position that the use is unfair.” *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 972 F.2d 1429, 1437 (6th Cir. 1992).

⁸⁶ Pierre N. Leval, *Campbell v. Acuff-Rose: Justice Souter's Rescue of Fair Use*, 13 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 19, 19 (1994) (hereafter: Leval, *Souter's Rescue*) (stating that he believes “the doctrine got lost as a result of overreaction to the Supreme Court's opinion in Sony in 1984”).

⁸⁷ “would simply omit any mention of the ‘commercial’ thing.” *Id.* at 20-21.

⁸⁸ “(Campbell) has dispelled all those unhelpful slogans from the fair use discussions--particularly the pernicious ‘commercial use’ presumption.” *Id.* at 21.

表達，新的意涵，或訊息改造了原著作。亦即，『該新著作是否經過轉化，且轉化至何種程度』⁸⁹」成為新的rule of law，主宰合理使用分析近三十年。

（一）樹立合理使用之標準

如前所述，Leval法官於所作判決屢遭駁回後，於哈佛法學期刊發表一篇名為「樹立合理使用之標準」的文章以舒其志⁹⁰。Leval法官認為合理使用四項要件係引導法院從每個相關的角度審查爭點，並在每個個案中質問：成立合理使用的結果是否會、以如何之力道，有助於或有害於著作權法之目標⁹¹。是以，在分析合理使用之抗辯時，關於第一項要件之判斷，實則應考量的是利用者之行為是否具有正當性，亦即：「該利用行為是否符合著作權法為公眾啟蒙而鼓勵創作之目的⁹²？」針對此一問題，其答案應為該利用行為「是否經過轉化，且轉化至何種程度⁹³」。「若利用行為增添了原著作的價值——以被引用者為原始材料，在創造新的資訊、新的美感、新的洞察及理解中予以『轉化』——即為合理使用原則為增進社會福祉

⁸⁹ “The central purpose of the investigation is to see, in Judge Story’s words, whether the new work merely ‘supersedes the object’ of the original creation, or instead adds something new, with a further purpose or different character, altering the first with new expression, meaning, or message; it ask, in other words, whether and to what extent the new work is’ transformative.” Campbell, 510 U.S. at 569, 579.

⁹⁰ Leval, *Fair Use Standard*, *supra* note 77. 該文之詳細分析，請參見，胡心蘭，轉化才是王道？論合理使用原則轉化性要素之適用與影響，東海大學法學研究，53期，頁190-193（2018年）（以下稱「轉化才是王道」）。

⁹¹ Leval, *Fair Use Standard*, *supra* note 77, at 1110-11.

⁹² “Does the use fulfill the objective of copyright law to stimulate creativity for public illumination?” *Id.* at 1111.

⁹³ “whether, and to what extent, the challenged use is transformative.” *Id.* 單純將原著作重新包裝或重新出版，並不能通過此一測試。

所欲保障之典型⁹⁴。」

而關於第二項要件與轉化性要素間之關聯，Leval法官認為若利用行為具生產性⁹⁵或轉化之正當性，則在是否成立合理使用的考量下，應優於著作人保護其未公開發表文件之私密性⁹⁶。對於第三項要件之討論，Leval法官則稱考量之重點亦在於利用人取用資料的選擇與數量是否與所聲稱的正當性相符⁹⁷，且質量之考量更甚於數量的多寡⁹⁸。最後就第四項要件，Leval法官認為儘管市場影響性要素相當重要，尤其是當著作權人原有之市場價值確實將因利用者之行為而所有損害時，仍不應掩蓋第一要件下正當性的要求，否則合理使用將不可能成立⁹⁹。

1992年的American Geophysical Union v. Texaco Inc.¹⁰⁰是Leval法官提出轉化性要素後首次將該要素運用於法院判決中。Texaco石油公司的研究人員Dr. Donald Chickering影印了原告所出版之科學性期刊雜誌裡的八篇文章，提供給公司內部之研究人員作參考之用。雖須依循美國聯邦最高法院Sony案的rule of law，但Leval法官稱「Sony

⁹⁴ “the secondary use adds value to the original – if the quoted matter used as raw material, transformed in the creation of new information, new aesthetics, new insights and understandings – this is the very type of activity that the fair use doctrine intends to protect for the enrichment of society.” *Id.*

⁹⁵ 「具生產力之利用行為」（productive use，另有譯為「積極利用行為」），係指為創作或推出將來的作品，而利用他人著作之行為，因其較能契合著作權法之宗旨——鼓勵創作，或較能實現著作權法制定之目的，故自然成為易於構成合理使用之類型。

⁹⁶ Leval, *Fair Use Standard*, *supra* note 77, at 1121.

⁹⁷ *Id.* at 1123.

⁹⁸ *Id.*

⁹⁹ *Id.* at 1124.

¹⁰⁰ American Geophysical Union v. Texaco Inc., 802 F. Supp. 1 (1992).

案並未推翻具生產性或轉化性利用比非具生產、僅具替代性之重製行為更有利（於成立合理使用）之既存概念，其僅判定生產性並非判斷中之決定性因素，且儘管就非生產性之重製，依衡平之考量仍可能得出合理使用的結論¹⁰¹。」而在Sony案後，於第一項要件下似乎有雙規解釋模式有利於利用人：「1.對原著作之利用具轉化性（或具生產性）而非替代性；2.非商業性利用，通常是為了對社會有益，或被普遍接受之目的¹⁰²。」

本案與前述之Williams & Wilkins案最大的差異在於本案被告Texaco石油公司係一商業性機構，其內部所設之研究單位所從事之研究，主要係為公司謀求利潤，並非為社會大眾之福利而追求之知識¹⁰³。該商業機構所為之利用行為係屬消極之複製，而非具有創作性之積極／具生產性，故縱使被告係以研究為目的，營利性公司從事消極性複製行為而成立合理使用之可能係相當狹小的¹⁰⁴。上訴審

¹⁰¹ “The Sony holding did not overturn the preexisting concept that productive or transformative uses were favored over non-productive, merely superseding copies. It ruled only that productivity was not determinative in the inquiry, and that equitable considerations could lead to a conclusion of fair use in spite of a non-productive copying.” *Id.* at 12.

¹⁰² “(1) transformative (or productive) nonsuperseding use of the original, or (2) noncommercial use, generally for a socially beneficial or widely accepted purpose.” *Id.*

¹⁰³ 此外，自1973年Williams & Wilkins案判決作成以來，使用人與出版商已共同協力發展出授權協定或類似「著作權清算中心」（Copyright Clearance Center, CCC）之機構，得以處理使用者與著作權人間之授權事宜。包括11家主要石油公司在內的大型研究型商業公司接受並使用CCC服務，削弱了Texaco公司對「未經授權的複印在私人工業研究實驗室中是慣例且合理」這一論點的依賴。
Id. at 24-26.

¹⁰⁴ *Id.*

聯邦第二巡迴法院亦維持此一判決¹⁰⁵。

(二) Campbell案回顧

美國聯邦最高法院在審理Campbell案時即直接引用了Leval法官所為之「轉化性」要素，並據以修正自Sony案以來，各級法院以「商業性質」作為合理使用第一事實要素為唯一標準的誤解。

被告Campbell係美國著名之饒舌（Rap）樂團「2 Live Crew」之成員，於1989年間借用了原告Acuff-Rose Music唱片公司旗下之作曲家Roy Orbison與William Dees二人所作之歌曲「Oh! Pretty Woman」的部分歌詞，將原曲之曲風改編為具有揶揄嘲諷意味之「Pretty Woman」。被告於改編作品完成後曾向原告要求授權利用，但遭Acuff-Rose Music唱片公司拒絕，然被告仍依照原計畫發行唱片、錄音帶及CD，並在封面明白標示原作曲人，及Acuff-Rose Music唱片公司為原曲之著作財產權人。原告乃控告被告之行為侵害其著作權。本案一審為田納西州聯邦地方法院認為商業利用之目的並不妨礙合理使用之成立¹⁰⁶，然審理本案二審之聯邦第六巡迴上訴法院則嚴格遵守「Sony推定」而駁回地院之判決¹⁰⁷。

聯邦最高法院Souter大法官直接指出上訴法院在衡量諷諧仿作之商業性質時，實際上做出了錯誤的認定¹⁰⁸。法院首先說明，關於是否為合理使用之判斷須依據法條作個案分析，任一要件均不應被分離判斷。於分析合理使用之第一個要件的「中心目的」，係決定

¹⁰⁵ American Geophysical Union v. Texaco Inc., 60 F.3d 913 (2nd Cir. 1994).

¹⁰⁶ Campbell, 754 F. Supp. at 1150.

¹⁰⁷ Campbell, 972 F.2d at 1429.

¹⁰⁸ “In giving virtually dispositive weight to the commercial nature of the parody, the Court of Appeals erred.” Campbell, 510 U.S. at 584.

「該新著作是否僅為取代其所利用之原著作，或為進一步之目的或不同之性質而增添了新的東西，或以新的表達，新的意涵，或訊息改造了原著作。亦即，該新著作是否經過『轉化』，且至何種程度¹⁰⁹」，其進一步宣示：「雖然轉化之要素並非成立合理使用之當然要件，……然新著作轉化之程度越高，則其他要件之重要性就越低，例如可能不利於成立合理使用之商業性質¹¹⁰。」

Souter大法官否認「Sony推定」，其引用Harper & Row案中Brennan大法官於不同意見書中之見解，蓋若具商業性即推定為不合理，則即便是明列於美國著作權法第107條「前言」（preamble paragraph）中之各該「非屬著作權之侵害」的「評論、講評、新聞報導、教學（包括為課堂利用之多數重製物）、學術或研究」¹¹¹等具生產性之行為，「在這個國家通常是為了營利而進行的¹¹²」，亦均可能因具營利性而不利於合理使用之成立。如同我們在Harper & Row一案中所為之解釋，Sony案中所持之『相對於非營利性質，出版物具有商業性質之事實，是傾向判定為不成立合理使用的一項因

¹⁰⁹ “The central purpose of the investigation is to see, in Judge Story’s words, whether the new work merely ‘supersedes the object’ of the original creation, or instead adds something new, with a further purpose or different character, altering the first with new expression, meaning, or message; it ask, in other words, whether and to what extent the new work is ‘transformative.’” *Id.* at 579 (citing *Level, Fair Use Standard*, *supra* note 77, at 1111).

¹¹⁰ “Although such transformative use is not absolutely necessary for a finding of fair use, ...the more transformative the new work, the less will be the significance of other factors, like commercialism, that may weight against a finding of fair use.” *Id.*

¹¹¹ “for purpose such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright.” 17 U.S.C. § 107 (1976).

¹¹² “are generally conducted for profit in this country.” *Campbell*, 510 U.S. at 584 (quoting *Harper & Row*, 471 U.S. at 592 (Brennan, J., dissenting).)

素』，然亦僅如此而已，該傾向之強度則應視（個案之）整體情況而定¹¹³。」Souter大法官更進一步否認第四項要件下之「雙重推定」作為廣泛適用之rule of law：「Sony案中或有提出關於市場損害的『推定』或推論，並不適用於涉及單純出於商業目的之重製以外的案件¹¹⁴。」當商業性利用相當於重製了整部原著作時，其顯然「取代了原著作」，並成為其市場上之替代品，即可能會對原產著作造成明顯的市場損害。「然而，當利用行為具有轉化性，市場替代效果即較不明確，而市場損害即不能那麼容易推定¹¹⁵。」

（三）轉化性稱霸三十年

自從Souter大法官於Campbell案將轉化性要素寫入判決以來，美國聯邦最高法院在著作權法第107條下又增加了一項關於轉化之rule of law，主要係因為符合轉化之性質的著作更能推動科學與藝術的進步，當然較易於成立合理使用之抗辯。Leval法官曾在所著Campbell as Fair Use Blueprint?一文¹¹⁶中回顧Campbell案前的美國聯邦最高法院Sony案與Harper & Row案判決中未能解決的問題，甚至為後繼法

¹¹³ “as we explained in *Harper & Row*, *Sony* stands for the proposition that the ‘fact that a publication was commercial as opposed to nonprofit is a separate factor that tends to weight against fair use,’ But that is all, and the fact that even the force of that tendency will vary with the context....” *Id.* at 585.

¹¹⁴ “No ‘presumption’ or inference of market harm that might find support in *Sony* is applicable to a case involving something beyond mere duplication for commercial purposes.” *Campbell*, 510 U.S. at 590.

¹¹⁵ “But when, on the contrary, the second use is transformative, market substitution is at least less certain, and market harm may not be so readily inferred.” *Id.*

¹¹⁶ Pierre N. Leval, *Campbell as Fair Use Blueprint?*, 90 WASH. L. REV. 597 (2015) (hereafter: Leval, *Campbell as Fair Use Blueprint?*). 美國華盛頓法學院於2015年以「美國聯邦最高法院Campbell案二十一周年」為題，集結Leval法官、Jeanne C. Fromer、Jessica Litman、Pamela Samuelson及R. Anthony Reese等著名法學教授之研討會論文，從多個角度討論Campbell案之影響與因應。

院帶來適用上的困擾¹¹⁷，而Campbell案採轉化性要素則對後續法院為合理使用判斷時有諸多貢獻，尤其在如搜尋引擎、或為確認報導事實¹¹⁸等「全面性重製」之利用方式甚具實質助益¹¹⁹。Leval法官亦於該文回應了對轉化性要素之諸多質疑，如「轉化性是否侵蝕了第四項要件¹²⁰」、及「應如何區分轉化性合理使用與衍生作品¹²¹」等問題。

然而，轉化性要素之於合理使用原則無可諱言地具有超越法定四項要件之重要性地位，在合理使用相關判決中，轉化性要素的影響力於第一項要件「利用行為之目的與性質」的考量下已超越前述「Sony推定」，更有甚者，轉化性要素亦能左右其他三項要件之走向。如Leval法官於2015年做成之Authors Guild案，在Google圖書館計畫的合理使用分析中，除第一項要件中以轉化性勝過Google的商業利用性質外，在第三項要件¹²²甚至第四項要件¹²³上，亦將轉化性列入衡量的標準，最終做出全部有利於Google的判決。

美國多位智財學者所做之實證研究亦證實「轉化才是王道」此

¹¹⁷ “Unfortunately, the opinion aired numerous distracting aphorisms--many of them misguided.” Leval, *Campbell as Fair Use Blueprint?*, *id.* at 598-99.

¹¹⁸ Swatch Grp. Mgmt. Servs. Ltd. v. Bloomberg L.P., 756 F.3d 73 (2d Cir. 2014).

¹¹⁹ Leval, *Campbell as Fair Use Blueprint?*, *supra* note 116, at 603-04.

¹²⁰ Leval法官認為會得到「轉化性侵蝕了第四項要件」如此批評，應該是審理法院誤解了Campbell案的意旨，可能歸因於措辭不夠謹慎，或者可能歸因於缺乏基於衍生作品的合理論證的特殊情況。Campbell本身明確探討了二次作品是否以衍生形式侵犯了原告的權利；事實上最高法院就這個問題發回重審。*Id.* at 605.

¹²¹ 就其觀點，產生合理使用的那種轉化通常與產生衍生作品的轉變具有不同的特徵。在合理使用的上下文中，該詞最常指複製的目的——通常是為了傳達有關原件的某種評論或提供有關原件的信息。製作衍生作品所涉及的轉變則通常是形式或媒介之一，以新的版本、形式、媒介或形狀提供相同的作品，而不是提供有關原作的資訊或評論。*Id.* at 609-10.

一現象¹²²，如Beebe教授的實證統計資料中顯示，即便在最高法院做出Campbell案後，下級法院仍習於延用最高法院於Sony案與Harper & Row所設下之「商業使用即不合理」的「Sony推定」¹²³；而Netanel教授的結論則為Campbell案所採之轉化性使用在當前合理使用原則判斷中佔據了絕對的優勢¹²⁴，並證實在所有明確認定被告之使用具轉化性之案件中，幾乎全部都成立合理使用¹²⁵。除上述兩位學者外，Sag教授研究的結論亦呼應前述兩位學者的看法：「被告之轉化使用顯然可強力的預測合理使用之成立¹²⁶。」其共通的結論，即轉化性要素之於合理使用之判斷具決定性的影響：約90%以上的合理使用案例會考量轉化性要素；而其中符合轉化性要素的利用行為中，有94%以上亦會構成合理使用。

三、合理使用原則「客製化」

如前所述，環球影業、迪士尼等電影公司於1976年控告美國Sony公司應為美國民眾利用其販售之錄影機重製電視節目之個人利用行為負責時，當時消費者利用影印機與錄音機為個人利用之目的重製著作物之行為已甚為普及，且就是因為如此普及，Litman教授認為，導致1976年美國國會修訂著作權法時，並未考量到使用者會

¹²² 詳細介紹請參見，胡心蘭，「轉化才是王道」，同註90，頁200-206。

¹²³ Barton Beebe, *An Empirical Study of U.S. Copyright Fair Use Opinions, 1978-2005*, 156 U. PA. L. REV. 549, 618-20 (2008).

¹²⁴ Neil Weinstock Netanel, *Making Sense of Fair Use*, 15 LEWIS & CLARK L. REV. 715, 736 (2011).

¹²⁵ “[D]ecisions that unequivocally characterize the defendant’s use as transformative almost universally find fair use.” *Id.* at 740.

¹²⁶ “[I]t appears that transformative use by the defendant is a robust predictor of a finding of fair use.” Matthew Sag, *Predicting Fair Use*, 73 OHIO ST. L.J. 47, 84 (2012).

因為個人利用重製著作物而有需承擔侵權責任之可能，是以未將其納入法定限制之列¹²⁷。Sony案主審Stevens大法官為免於全美百萬購買Sony錄影機的消費者均成為著作權侵權行為人並負擔高額賠償¹²⁸，特將利用人在家中所從事之錄製行為描述成將原本就可免費觀看的電視節目整體錄製下來¹²⁹，待稍後有空時再看的「時間轉換」，既非為轉播之目的，亦不具有商業性質，甚可擴張電視節目之觀眾，應成立合理使用。甚且，若肯認上訴法院之見解，認為被上訴人有權參與錄影機的銷售，而可從販賣該等器材中收取權利金，或獲得其他救助補償，將會擴張被上訴人之法定專有權利之範圍，使之涵擴到著作權所未保障之商業交易類型，而此種著作特權的擴張已超越國會所授權之範圍¹³⁰。

（一）Sony案不同意見

實則，若依當時新修正之美國1967年著作權法，如撰寫不同意見之Blackmun大法官那樣按部就班的進行合理使用分析，則所得結論將會與主審意見完全相反。與第九巡迴上訴法院之見解相同¹³¹，

¹²⁷ Litman, *supra* note 34, at 660-63.

¹²⁸ 權利人可就每件侵權行為向侵權人尋求至少200美元的法定賠償。*Id.* at 666-67.

¹²⁹ 關於合理使用第二、三項要件，Stevens大法官僅簡略的解釋該要件於本案並不具影響性。Sony, 464 U.S. at 449-50 (“Moreover, when one considers the nature of a televised copyrighted audiovisual work, see 17 U.S.C. § 107(2) (1982 ed.), and that time-shifting merely enables a viewer to see such a work which he had been invited to witness in its entirety free of charge, the fact that the entire work is reproduced, see § 107(3), does not have its ordinary effect of militating against a finding of fair use.”).

¹³⁰ *Id.* at 421.

¹³¹ 美國聯邦第九巡迴上訴法院即係以1909年舊著作權法及1976年新修正之著作權法中，均未將「家用錄影」行為明列於法定例外中，故當然構成著作權侵權為由，判定利用行為不成立合理使用。Sony, 659 F.2d at 966.

美國最高法院受理該案並進行口頭辯論後，多數大法官原本傾向維持第九巡迴

Blackmun大法官再次確認1909年與1976年之著作權法均未將「家用錄音」行為明列於法定例外。從其角度再次梳理1976年著作權法修正時期之國會報告書，Blackmun大法官認為美國國會確實考慮過，但拒絕制定「特殊個人利用之例外」（special personal use exemption）¹³²。如著作權法第106條中將著作權人之專屬演出權限於「公開」演出¹³³，但同條關於著作權人之專屬重製權並未區分「公開」或「私人」之重製¹³⁴；相反的，第108條中規定圖書館只能為學習、學術、及研究等特定類型之私人用途製作重製物¹³⁵，若稱任何人均可為私人之目的重製任何著作物之整體重製物，則上述法條中關於「公開」與「私人」之限制將成為具文¹³⁶。

既然1976年之著作權法對於個人、私人或家用錄影行為並未除外豁免，則除非「著作財產權之限制」的另一規定「合理使用原則」得以適用，否則該等利用行為即應構成著作權侵權。回歸法條規定，Blackmun大法官首先強調美國著作權法第107條「前言」中之各種「具生產性」之利用行為更容易成立合理使用¹³⁷，但家用錄影行為顯然不具生產力，而「當爭議的使用是非生產性的使用時，著

法院之見解，而由Blackmun大法官承擔起草最高法院判決之任務。Litman, *supra* note 34, at 666 fn. 73.

¹³² Sony, 464 U.S. at 465 (Blackmun J., dissenting) (stating “Indeed, it appears that Congress considered and rejected the very possibility of a special private use exemption.”).

¹³³ “(4) in the case of literary, musical, dramatic, and choreographic works, pantomimes, and motion pictures and other audiovisual works, to perform the copyrighted work publicly;” 17 U.S.C. § 106(4) (1976).

¹³⁴ “(1) to reproduce the copyrighted work in copies or phonorecords;” 17 U.S.C. § 106(1) (1976).

¹³⁵ 17 U.S.C. §§ 108(d)(1) and (e)(1).

¹³⁶ Sony, 464 U.S. at 469 (Blackmun J., dissenting).

¹³⁷ *Id.* at 479-80.

作權人只需證明該使用對受著作權保護之作品的市場或價值造成損害的可能性¹³⁸。」而原告已提出了如電影院收入、錄影帶市場、及廣告商投放等收益均會受到影響之可能性¹³⁹。

Blackmun大法官認為主審Stevens大法官刻意將合理使用原則描述為一般的「公平合理規則」（equitable rule of reason），且忽略須具備「具生產性」之前提，然此一限制才真正符合合理使用之目的——促進新著作創作¹⁴⁰。即便如此，Stevens大法官仍將合理使用原則四項判斷要件適用於「時間轉換」之家用錄影行為，並於第一項要件將其定位為「非商業性、非營利性」目的。然Blackmun大法官明言：「非常明顯的，未經允許即錄製整個節目之個人使用非為第107條第一項所欲保護之行為。該條項之目的係為鼓勵使用者從事增進他人福祉之活動。時間轉換不具有此一人道主義之動力¹⁴¹。」Blackmun大法官認為主審法官將時間轉換視為「非商業性、非營利」目的之利用方式，顯係錯誤的解釋：「若言時間轉換不具商業性質，就好像說偷一件珠寶並穿戴在身上，而非轉賣該珠寶，係不具商業性質之行為¹⁴²。」

¹³⁸ “at least when the proposed use is an unproductive one, a copyright owner need prove only a *potential* for harm to the market for or the value of the copyrighted work.” *Id.* at 480 (emphasis original).

¹³⁹ *Id.* at 483.

¹⁴⁰ *Id.* (stating “Such a limitation on fair use comports with its purpose, which is to facilitate the creation of new works.”)

¹⁴¹ “It is clear, however, that personal use of programs that have been copied without permission is not what § 107(1) protects. The intent to the section is to encourage users to engage in activities the primary benefit of which accrues to others. Time-shifting involves no such humanitarian impulse.” *Sony*, 464 U.S. at 496 (Blackmun J., dissenting).

¹⁴² “time-shifting is no commercial in the same sense that stealing jewelry and wearing it – instead of reselling it – is noncommercial.” *Id.*

再就第二及第三要件而言，以錄影機錄製原告具有創作性著作之行為：「有力的證明了時間轉換係侵權行為的主張¹⁴³。」更由於時間轉換不具有生產創造性，「其完全複製之利用即係排除其成立合理使用的充分理由¹⁴⁴。」而於最後第四項要件，在評估被告行為對原告著作之市場與價值之影響時，**Blackmun**大法官認知到雖然某些個別的利用行為對作者權利之影響或許現在看起來不大，甚至沒有影響，但重複多數複製時，則其累積之傷害則會侵吞著作權人之經濟利益¹⁴⁵。錄影帶之興起為原告著作開創了一個新的市場，此市場係由欲於電視節目正常播出以外之時間觀賞該節目之人所組成，而Sony則藉錄影機之銷售分享了原告錄影帶市場之利益¹⁴⁶。是以，若根據合理使用為四項要件為本案分析，則個人或家庭藉錄影機錄製整體著作之行為，完全沒有成立合理使用之空間。儘管Sony案之判決並不符合傳統著作權法上之合理使用原則，然為避免若認定個人或家庭使用之「時間轉換」行為須負侵害著作權之責任，恐對美國眾多使用錄影機的家庭造成不安，美國聯邦最高法院只得任其成為「特殊案例」¹⁴⁷。

(二) Google案回顧

若言Stevens大法官在Sony案，係為美國國會未及以法定例外排

¹⁴³ “strongly supports the view that time-shifting is an infringing use.” *Id.* at 496.

¹⁴⁴ “...the complete duplication that it involves might along be sufficient to preclude a finding of fair use.” *Id.* at 497.

¹⁴⁵ *Id.* at 482.

¹⁴⁶ *Id.* at 498.

¹⁴⁷ WILLIAM F. PATRY, INTERNATIONAL COPYRIGHT LAW AND PRACTICE 760 (2001), Patry教授即認為此項判決理由僅只是用於以錄影機從事「時間轉換」之利用類型，對於為其他目的而以錄影機錄製整個節目之利用行為，Sony案即無判決先例之價值。

除於著作權利範圍外之個人利用行為量身訂做合理使用分析，則Breyer大法官在Google案即是為美國國會賦予電腦程式著作過於廣泛之保護解套，為電腦程式設計師們客製合理使用之適用規則¹⁴⁸。

電腦軟體公司Oracle於2009年收購Sun Microsystems後，於2010年控告Google開發Android時，抄襲原屬於Sun的Java程式語言裡的37個API封包。此一長達十年之爭訟有兩個爭點，其一在於Sun Java API套件中包括屬性宣告碼是否具著作權適格性（copyrightability），即是否受美國著作權法之保護？另一則為若宣告碼受著作權保護，則Google的利用行為是否構成合理使用¹⁴⁹？關於第一個爭點，一審與二審有不同見解，分歧的重點為「思想與表達合併原則」（idea/expression merger doctrine）之適用時點¹⁵⁰，然在美國聯邦最高法院，主審Breyer大法官為形成多數意見，刻意迴避分歧較大之Java API是否具著作權適格性問題，僅陳言：有鑑於科技、經濟、及與商務相關環境之迅速變遷，本判決不宜回覆超出解決本案當事人間之爭執以外之爭議，是以為討論之方便，本判決將以假設Sun Java API具著作權適格性之前提，僅就Google之利用行為是否符合合理使

¹⁴⁸ 為符合本文主旨，本節重在強調美國聯邦最高法院Google案判決中，Breyer大法官關於合理使用之分析方式有別於傳統模式，甚至有些牽強，故僅就「美國最高法院Google v. Oracle案評析」一文中關於Google案之事實、判決內容之翻譯部分為摘錄介紹，該案詳細分析，請參見，胡心蘭，美國最高法院Google v. Oracle案評析，月旦法學雜誌，319期，頁93-101（2021年）（以下稱「Google案評析」）。

¹⁴⁹ 關於此二回合爭訟之相關討論，請參見，胡心蘭，從近期案例剖析美國著作權法合理使用原則新發展，中正財經法學，22期，頁50-58（2021年）（以下稱「合理使用新發展」）。

¹⁵⁰ Oracle Am., Inc. v. Google Inc., 872 F.Supp.2d 974 (N.D. Cal. 2012); reversed and remanded, 750 F.3d 3303 (Fed. Cir. 2014); cert. denied, 135 S.Ct. 2887 (2015).

用原則進行討論¹⁵¹。

Breyer大法官看似將第一個爭點輕描淡寫的帶過，然從其就第二個爭點的論述看來，其實則是將合併原則帶入合理使用分析¹⁵²。第二個爭點為「若宣告碼受著作權保護，則Google的利用行為是否構成合理使用？」，Breyer大法官藉由不斷強調宣告碼本質上之功能性以致離著作權保護之核心甚遠，「在某些情況下，尤其是具著作權適格性與不具適格性之素材密不可分的情況，著作權賦予之保護是『薄弱』的¹⁵³。」以暗度陳倉之方式將思想與表達合併原則帶入合理使用分析之中，再以不按一般論理順序，而是從合理使用第二項要件「被利用著作之性質」開始分析，鋪陳宣告碼較不值得著作權保護之氛圍，就算宣告碼受著作權法保護，其亦比其他電腦程式（如執行碼）離著作權法保護之核心甚遠，是以本項要件有利於合理使用之成立¹⁵⁴。

回到第一項要件，雖然重點仍是「轉化」，Breyer大法官認為Google使用Sun Java API係為創建一個可以被程式設計師立即使用的新平台，符合「創新進程」此一著作權法之憲法基本目的¹⁵⁵。至於

¹⁵¹ Google, 135 S.Ct. at 1197.

¹⁵² 胡心蘭，思想與表達二分與合併原則於功能性電腦程式著作之適用，中正財經法學，28期，頁51-100（2024年）。

¹⁵³ “in some circumstances, say, where copyrightable material is *bound up* with uncopyrightable material, copyright protection is ‘thin’.” Google, 135 S.Ct. at 1198.

¹⁵⁴ “In our view, ..., the declaring code is, if copyrightable at all, further than are most computer programs (such as the implementing code) from the core of copyright.” *Id.* at 1202.

¹⁵⁵ *Id.* at 1203 (Stating “To the extent that Google used parts of the Sun Java API to create a new platform that could be readily used by programmers, its use was consistent with that creative ‘progress’ that is the basic constitutional objective of copyright itself.”).

第三項要件「利用之質與量」，Breyer大法官仍強調Sun Java API的功能性，因此，「在如本案使用原著作之質量繫於利用者有效、且具轉化性之目的時，『實質性』要素通常有利於合理使用之成立¹⁵⁶。」最後，關於第四項要件「市場影響」考量之重點，在於利用行為對原著作現有價值及潛在市場所產生之影響，Breyer大法官強調，除需考量損失的成因，更應考量利用結果所帶來的公共利益是否與新表達之創造性產出有關¹⁵⁷？有鑑於第三人學習Sun Java API之投資，創作並轉換到類似功能之替代系統的成本過高，允許Oracle主張權利將有害於公共利益，Sun Java API將成為限縮未來創新程式開發的枷鎖，而Oracle會是惟一握有鑰匙的公司，若是，該枷鎖將妨礙著作權鼓勵創新之基本目的¹⁵⁸。綜上，第四項要件仍是對Google有利。

(三) Google案不同意見

如三十七年前Sony案的Blackmun大法官，Thomas大法官在Google案亦是按部就班的就Google的利用行為進行合理使用分析，所得結論亦與主審意見完全相反¹⁵⁹，讓Thomas大法官不禁搖頭：「我們的合理使用分析存在很大的問題¹⁶⁰！」

Thomas大法官直指多數決意見刻意迴避電腦程式著作權適格性

¹⁵⁶ “The ‘substantiality’ factor will generally weigh in favor of fair use where, as here, the amount of copying was tethered to a valid, and transformative, purpose.” *Id.* at 1205.

¹⁵⁷ *Id.* at 1206.

¹⁵⁸ *Id.* at 1208.

¹⁵⁹ 胡心蘭，「Google案評析」，同註148，頁101-102。

¹⁶⁰ “something is very wrong with our fair-use analysis.” Google, 141 S.Ct. at 1215 (Thomas, J., dissenting).

的問題，因而得到如此偏頗的結論。從Thomas大法官的觀點，首先，根據美國著作權法第101條中有關電腦程式之定義：「係指直接或間接使用於電腦，以產生一定結果為目的之一組陳述或指令¹⁶¹」，而宣告碼即係透過觸發預寫之執行碼，間接執行運算功能之一組聲明，亦應包含在第101條所為之定義中¹⁶²，Oracle的電腦程式碼當然受著作權法保護¹⁶³。同樣的，雖然多數意見為了簡化討論而假設宣告碼亦受著作權法保護，但由於刻意區別宣告碼與執行碼間之差異，以至於相關合理使用之分析亦被扭曲。Thomas大法官批評主審未依照順序或重要性來分析合理使用各項要件¹⁶⁴，且著作權法應賦予給宣告碼與執行碼之保護不應有所區別，即便程式碼本身之功能性確實會使得此項要件較有利於合理使用，但第二項要件於合理使用之考量不應具有決定性。

再就第四項要件而言，Thomas大法官認為即便Oracle本身沒有能力進入智慧型手機市場，但將Java授權他人以發展用於智慧型手機之平台應仍屬於Oracle潛在市場¹⁶⁵。另多數決在第一項要件下對「轉化性」要素之解釋一樣讓Thomas大法官無法認同，稱其完全搞混了衍生性利用與轉化性利用之差異。蓋若按主審之邏輯，則「單就電腦程式著作而言，『轉化性』將單純成為協助他人『創造新產品』之利用方式¹⁶⁶。」最後，在第三項要件，多數決稱Google只抄了為

¹⁶¹ 17 U.S.C. § 101.

¹⁶² Google, 141 S.Ct. at 1212 (Thomas, J., dissenting).

¹⁶³ *Id.* (stating “The Court wrongly sidesteps the principal question that we were asked to answer: Is declaring code protected by copyright? I would hold that it is.”)

¹⁶⁴ 第四項要件是「單一最重要的要件」；第一項要件則為第二重要。*Id.* at 1215, fn. 5 (citing *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U. S. 539, 566 (1985)).

¹⁶⁵ *Id.* at 1216-17.

¹⁶⁶ “transformative” simply means—at least for computer code—a use that will help

產出新產品所需要的部分，但由於Thomas大法官則認為Google之利用行為不具轉化性，且其抄了全部的宣告碼，故Google的利用行為不論是論質或論量都具有實質性¹⁶⁷。綜上所述，Google的利用行為不能成立合理使用¹⁶⁸。

（四）加入公共利益之考量

從一開始，Google案Breyer大法官的立場即相當明確：著作權法之最終目的是為促進更多、更有效率的創作，以及對創作更進一步的利用。跟權利人應得之利益權衡之下，讓更多使用者不要浪費已習得之才能，不用放棄得心應手的工具，繼續在相容的平台上繼續創作更多、更進步的作品，才符合美國憲法「著作權條款」促進「創新進程」之旨意。然其以合理使用原則作為消弭電腦程式等具功能性著作之著作權適格性的影響並非沒有副作用。即便符合合理使用應依「個案判斷」之要求，但如此明顯量身訂做的分析方式犧牲掉的是判例法的「可預測性」（predictability），在為數不多的美國聯邦最高法院判決中反覆出現與前案不同之結論：Campbell案說Sony推定不存在，「為進一步之目的或不同之特色而增添了新的東西」而具轉化性才是重點；然Google案中的Google是為了與Sun創作Java API相同之原因（the same reason）——讓程式設計師可以呼叫執行程式以完成特定任務——利用了Sun Java API，換言之，即係為了相同之目的利用了原著作，實際上未發生轉化，果不其然，又在AWF案中被區別¹⁶⁹。

others “create new products.” *Id.* at 1219.

¹⁶⁷ *Id.* at 1220.

¹⁶⁸ *Id.*

¹⁶⁹ AWF, 143 S.Ct. at 1285-86.

Breyer大法官將合理使用分析拉高至「創新進程」此一著作權法之憲法基本目的：可使程式設計師不需要放棄已習得之才能既可在相容之環境中操作的新任務、可促進整體市場發展創造新的機會、可避免權利人壟斷已成為業界標準之程式碼等，該等理由即足以說服其他六位大法官認Google的利用行為構成「轉化」。如此看似含糊地解釋雖未能釐清轉化性要素於適用上之分歧，但實際上呼應了美國法院近二十年間，對於「數位資訊定位工具」（Digital Information Location Tool）、「挪用藝術」，或為評論或證明某事實之目的等，將原著作原封不動的轉換利用於不同的環境、情狀等亦可構成轉化之適用方式。惟該等未改變原著作內容之利用方式於利用目的上仍與原著作原始創作之目的有所區別，如數位資訊定位工具之大量、全面利用他人為抒情、為研究等創作目的而生之著作係為建造各式搜尋功能之資料庫，然Google案卻更進一步的把「將同樣的內容以同樣的目的用在不同環境下」亦可構成轉化，恐將更加擴大轉化的適用範圍，更加糊化合理使用與衍生著作之區別¹⁷⁰，同時也會影響第四項要件下，原著作「潛在市場」之判斷，此一議題在AWF案中即成為關鍵。

另同樣值得關注的是，Breyer大法官於原本應聚焦於利用行為對原著作可能造成之市場損害之第四項要件，導向「公共利益」（public benefits）與「著作權人之私益」間之平衡與取捨，亦是遠遠的偏離了原有條文所可能擴及之解釋範圍，蓋於合理使用之相關判決中就公共利益為考量雖非少見，如Sony案中，Stevens大法官就曾背書地院之結論：「在某種程度上，時間轉換擴大了公眾觀看免

¹⁷⁰ 如將原作翻譯成不同之語言，或將小說改拍成電影，亦可符合「將同樣的內容以同樣的目的用在不同環境下」定義。

費廣播電視節目的機會，進而產生社會效益¹⁷¹。」或如Authors Guild案中，Google大量、整部掃描著作物以建立數位圖書館之利用行為，雖未創作出新的著作，但仍以簡化接觸著作物之過程而「增強公眾知識」¹⁷²。然由於「公共利益」一詞本身即為一相當籠統之用語，可能涵蓋之範圍亦無法界定，Breyer大法官將公共利益納入第四項要件予以考量，恐對未來合理使用判斷之明確性與可預測性產生影響。

四、再論「挪用藝術」

美國著名時尚雜誌Vanity Fair於1984年委託Andy Warhol，根據從Lynn Goldsmith取得授權，由Goldsmith拍攝之美國流行巨星Prince的照片製作名為「Purple Fame」的作品¹⁷³，刊於11月份出版的雜誌上。Goldsmith不知道的是，Andy Warhol以該張Prince的照片為基礎，創作了共16幅作品之「Prince系列」，於Andy Warhol過世後，由Andy Warhol Foundation (hereafter AWF) 取得所有權。2016年照片中的主人公Prince逝世，Condé Nast出版社隨後發行一本名為「The Genius of Prince」的紀念雜誌，並獲得了AWF的商業授權可以使用Andy Warhol所創作之「Prince系列」中的一部作品「Orange Prince」作為雜誌封面，Goldsmith聲稱AWF侵害其攝影著作之著作權，AWF先發制人，提起要求法院宣告其為合理使用應而未侵害Goldsmith著作權之確認之訴（declaratory judgment）。惟須說明的是，Goldsmith

¹⁷¹ “to the extent time-shifting expands public access to freely broadcast television programs, it yields societal benefits.” Sony, 464 U.S. at 454.

¹⁷² Authors Guild, 804 F.3d at 207 (a use may “augment public knowledge” by easing access rather than by contributing new material).

¹⁷³ Andy Warhol Foundation for the Visual Arts, Inc. v. Goldsmith, 382 F.Supp.3d 312, 319 (S.D.N.Y. 2019).

並非爭執Andy Warhol的「Prince系列」侵害其著作權，而是主張AWF將「Orange Prince」授權給Condé Nast出版社之行為侵害其權利。

（一）AWF案回顧

本案於一、二審之判決結果相反¹⁷⁴，而最大的差異點即在於Andy Warhol的「Prince系列」作品是否構成「轉化」。在一審判決中，地方法院引用Cariou案：「若將（原作與利用人）作品並列比較，利用人之作品具有不同之特質，將原攝影著作賦予新的表達，運用新的美學創意與溝通方式，因而產生了與原著作不同的獨特效果¹⁷⁵。」然上訴法院卻說這並不代表利用人之作品就原著作素材中增加了新的美學或新的表達方式就一定是轉化性¹⁷⁶，稱Cariou案之標準是「我們法院認可轉化性作品的高水位標誌¹⁷⁷」反之，「一件作品是否具有轉化性，不能僅僅取決於藝術家的陳述或感知的意圖，也不能取決於評論家——或就此處而言，法官——從作品中得出的意義或印象，否則，著作權法可能會『承認任何改變都是轉化

¹⁷⁴ 關於一、二審判決間之差異與分析，請參見，胡心蘭，再論挪用藝術與著作權合理使用原則，月旦民商法雜誌，82期，頁99-104（2023年）（以下稱「再論挪用」）。

¹⁷⁵ Andy Warhol Foundation for the Visual Arts, Inc. v. Goldsmith, 382 F.Supp.3d 312, 325-26 (S.D.N.Y. 2019) (“If ‘looking at the [works] side-by-side,’ the secondary work ‘has a different character, ...a new expression, and employs new aesthetics with creative and communicative results distinct’ from the original, the secondary work is transformative as a matter of law” citing Cariou, 714 F.3d at 707-08).

¹⁷⁶ Andy Warhol Foundation for the Visual Arts, Inc. v. Goldsmith, 11 F.4th 26, 38-39 (2d. Cir. 2021).

¹⁷⁷ “high-water mark of our court’s recognition of transformative works.” *Id.* at 38 (citing TCA Television Corp. v. McCollum, 839 F.3d 168, 181 (2d Cir. 2016)).

性的』¹⁷⁸。」

本案美國聯邦最高法院判決之多數決意見由Sotomayor大法官主筆¹⁷⁹，在詳細陳述案件事實與訴訟程序後，整理出本案唯一爭點：二審法院是否正確的判定，在合理使用第一項要件「利用行為之目的與性質，包括該利用是否為商業性質或為非營利教育之目的」對本案原告Goldsmith有利¹⁸⁰。Sotomayor大法官認為答案是肯定的。其引用Campbell案，小心翼翼的提出第一項要件所考量的核心問題為「該新著作是否僅為『取代』其所利用之原著作，或為進一步之目的或不同之性質而增添了新的東西」¹⁸¹，省略Campbell案關於「轉化性」定義之後半段「或以新的表達、意義、或訊息改造了原著作。亦即，該新著作是否經過轉化，且轉化至何種程度」¹⁸²，刻意以美國著作權法第107條原條文中明示之「目的及性質」代替「轉化性」一詞，以將重點放在著作權法最「令人討厭」（bête noire）的行為：「利用原著作來實現與原著作相同或高度相似的目的」的「替代」（substitute for）或「取代」（supplant）效果¹⁸³。

¹⁷⁸ “whether a work is transformative cannot turn merely on the stated or perceived intent of the artist or the meaning or impression that a critic – or for that matter, a judge – draws from the work. Were it otherwise, the law may well ‘recogniz[e] any alteration as transformative.’” AWF, 11 F.4th at 41 (citing 4 Melville B. Nimmer & David Nimmer, Nimmer on Copyright § 13.05(B)(6)).

¹⁷⁹ 本案詳細討論前請參見，胡心蘭，「再論挪用」，同註174，頁101-107。

¹⁸⁰ AWF, 143 S.Ct. at 1272-73.

¹⁸¹ *Id.* at 1274.

¹⁸² Campbell, 510 U.S. at 579.

¹⁸³ AWF, 143 S.Ct. at 1274 (Stating “In that way, the first factor relates to the problem of substitution—copyright’s bête noire. The use of an original work to achieve a purpose that is the same as, or highly similar to, that of the original work is more likely to substitute for, or ‘supplan[t],’ the work.” Citing from Harper, 471 U.S. at 562).

Sotomayor大法官肯定二審法院拒絕「任何在其原始材料中添加新美學或新表達的二創作品都必然具有轉化性」的主張，並指出利用的目的和性質是否有利於合理使用是一個「客觀的調查」，法官應調查「使用的目的是什麼」和「使用者對原始作品做了什麼」¹⁸⁴。由於Goldsmith所攝之照片本即為授權雜誌、出版品作為介紹名人之肖像使用，AWF於2016年將Warhol作品授權給Condé Nastu亦係為「相同之目的」，「就像非針對原著作所為的諷刺性作品一樣，AWF聲稱的評論『可以自己的雙腳站立，故借用他人作品之行為即需有正當性』¹⁸⁵。」然同樣作為介紹名人之肖像使用的情況下，AWF授權作品的目的與Goldsmith的照片的典型用途「高度相似」，但「Orange Prince」之於Goldsmith的原著作「除了傳達新的意義或訊息外，AWF沒有為利用這張照片提供獨立的正當性，更不用說令人信服的理由了。如前所述，僅此並不足以在第一項要件下有利於合理使用之成立¹⁸⁶。」

(二)分析與小結

美國聯邦最高法院Kagan大法官為本案撰寫不同意見書，其認為Warhol的「Orange Prince」與Goldsmith的原攝影著作在構圖、表現形式、色調和媒介等幾乎所有的美學特質上均是不同的，且隨著形

¹⁸⁴ *Id.* at 1284 (stating “Whether the purpose and character of a use weighs in favor of fair use is, instead, an objective inquiry into what use was made, i.e., what the user does with the original work.”).

¹⁸⁵ “Like satire that does not target an original work, AWF’s asserted commentary ‘can stand on its own two feet and so requires justification for the very act of borrowing.’” *Id.* at 1285 (citing *Campbell*, 510 U.S. at 580-81.).

¹⁸⁶ “Yet AWF offers no independent justification, let alone a compelling one, for copying the photograph, other than to convey a new meaning or message. As explained, that alone is not enough for the first factor to favor fair use.” AWF, 143 S.Ct. at 1285-86.

式的變化，意義也發生了無可爭議的變化¹⁸⁷。也因為兩者間具有「美學與意義上之鴻溝」¹⁸⁸，Vanity Fair與Condé Nast雜誌選擇了Warhol的作品而不是Goldsmith的照片。Kagan大法官亦質疑多數決將合理使用第四要件「利用行為對原著作市場之影響」換置在第一項要件下討論，連撰寫協同意見的Gorsuch大法官亦認為第一要件有利於Goldsmith的原因，在於AWF的利用目的與性質與Goldsmith形成競爭，成為其攝影著作之「商業替代品」（commercial substitute）¹⁸⁹。然Kagan大法官提醒這是第四要件所應關注的，即Warhol的利用行為如何影響Goldsmith照片的「價值」或「市場」；第一要件則應關注的應是有無新的表達、意義、或訊息從他人利用原著作之行為中產出。合理使用原則要求法院應在兩者間取得平衡，從而在獎勵原創者和允許其他人在其作品的基礎上進行創作之間取得平衡。「然當法院——如本案多數決意見——重複計算第一個目標而忽略第二個時，這種平衡就不可能發生¹⁹⁰。」

從Sotomayor大法官的多數決意見可知，其重點放在「將作品授權給雜誌作為介紹Prince之肖像使用」此一目的，若此，即使Warhol的作品傳達新的意義或訊息，但AWF授權作品的目的與Goldsmith的照片的典型用途非常相似，而在原著作與利用著作具有「相同或高度相似之目的」時，其利用行為更需要有「合理必要」（reasonably necessary）之正當性，AWF沒有為利用這張照片提供獨立的正當性。然何謂「高度相似之目的」？系爭作品間不同之美學、風格、

¹⁸⁷ *Id.* at 1296.

¹⁸⁸ “the gulf in both aesthetics and meaning” *Id.* at 1297.

¹⁸⁹ AWF, 143 S.Ct. at 1290 (Gorsuch, J., concurring).

¹⁹⁰ “That cannot happen when a court, à la the majority, double-counts the first goal and ignores the second.” AWF, 143 S.Ct. at 1303 (Kagan, J., dissenting).

或象徵意義，甚至不同之受眾、媒介等根本不在本案主審所稱「目的」之考量下。再者，如何定義「合理必要」之正當性？Sotomayor大法官只說這是程度問題，但沒說要到什麼程度。Sotomayor大法官於AWF案以「美學不歧視」——法官不應承擔藝術評論家角色——為屏障，不願探究Warhol的「Prince系列」之於Goldsmith之攝影著作增添了什麼新的東西，將爭點限縮於AWF就「Orange Prince」授權於雜誌作為肖像之用之行為，判定其於「利用行為之目的與性質」考量下與原著作權人之利用目的相同而不利於合理使用，雖確保了小蝦米——攝影著作權人——之利益，但犧牲了大鯨魚——挪用藝術（家）——為整體社會之文化素養、意見表達、美學創新之貢獻。

肆、合理使用案例類型化

本文於前半部分分析了美國聯邦最高法院於1976年美國著作權法將「合理使用原則」法典化後，至2023年為止近五十年間所做成之五個案件對合理使用原則之闡釋與適用，並因應提出之應由後繼及下級法院依循之rule of laws，包括Sony案中「商業利用即不合理¹⁹¹」，且「商業利用目的會對原著作市場造成損害¹⁹²」之「雙重推定」（twin presumptions）；Harper & Row案中「對於未公開發表著作為合理使用之範圍應較為狹窄¹⁹³」、「第四項要件是單一最重要的要素」¹⁹⁴；Campbell案中「為進一步之目的或不同之特色而增添了新的東西，或以新的表達，新的意涵，或訊息改造了原著作」

¹⁹¹ Sony, 464 U.S. at 451.

¹⁹² *Id.*

¹⁹³ Harper & Row, 471 U.S. at 564.

¹⁹⁴ *Id.* at 566.

之「轉化性要素¹⁹⁵」；Google案中具功能性之電腦程式著作「離著作權保護之核心甚遠¹⁹⁶」、及第四項要件下，公共利益應被納入市場效應¹⁹⁷；AWF案中「對原著作為『轉化性』利用所需的轉化程度，須超過其成為衍生著作之轉變程度¹⁹⁸」、「原著作與利用著作具有相同或高度相似之目的時，其利用行為更需要有合理必要之正當性」¹⁹⁹等，本文旨在分析該等rule of laws於合理使用相關案例中所產生的影響。

一、建立模型

於本節，本文首將回顧過去研究中所整理之合理使用相關案例，並嘗試予以分類、歸納。

（一）綜合整理

在「轉化才是王道」一文中曾介紹分析四位美國學者所為之實證研究²⁰⁰，在該文中，作者亦觀察到美國學者及法院一般所謂之「轉化」可略分為三類²⁰¹：1.新的洞察（New Insight）：該利用行為

¹⁹⁵ Campbell, 510 U.S. at 579.

¹⁹⁶ Google, 141 S.Ct. at 1202.

¹⁹⁷ 參見前註171、172與相應之本文。

¹⁹⁸ AWF, 143 S.Ct. at 1275.

¹⁹⁹ 參見前註185-186與相應之本文。

²⁰⁰ 包括Beebe, *supra* note 123; Netanel, *supra* note 124; Sag, *supra* note 126; Pamela Samuelson, *Unbundling Fair Uses*, 77 FORDHAM L. REV. 2537 (2009). 研究範圍為1978年至2010年間的相關案例。詳細介紹請參見胡心蘭，「轉化才是王道」，同註90，頁200-206。

²⁰¹ See generally Matthew D. Bunker & Clay Calvert, *The Jurisprudence of Transformation: Intellectual Incoherence and Doctrinal Murkiness Twenty Years After Campbell v. Acuff-Rose Music*, 12 DUKE L. & TECH. REV. 92 (2014). 此處之三種類別並無硬性定義，亦不互相排斥，本文僅藉此分類方式以方便論述。

是否展現了新的洞察或此等洞察的質量²⁰²；2. 創意蛻變（Creative Metamorphosis），指單純美感上的改變，以「挪用藝術」為主；及3. 新的目的（New Purpose）：利用行為須呈現出與原著作不同之新的表達目的（expressive purpose）²⁰³。

另在「從近期案例剖析美國著作權法合理使用原則新發展」一文中²⁰⁴亦介紹分析過Rebecca Tushnet與Jiarui Liu兩位法學教授之實證研究，Tushnet教授將利用行為二分為「內容上轉化性」（Content Transformativeness）與「目的上轉化性」（Purpose Transformativeness）²⁰⁵，前者是指對原著作進行物理性（physically）的改變——如顏色變化、內容的延伸、或裁減再重組等²⁰⁶，若該等改變對原著作之意義產生實質上之變化，則有可能構成合理使用²⁰⁷。後者則是大量且完全的重製原著作——如為新聞報導而重製新聞中涉及之著作，若該等重製物是為用於與原著作不同之環境或情況，則通常足以正當化合理使用之成立²⁰⁸。而目的上轉

²⁰² 美國著作權權威學者William F. Patry教授強調，利用人對被利用著作所增添之「新的洞察」是轉化的關鍵。其甚至認為生產性利用或轉化利用所採取的方式——如評論或批評——並不重要，重要的是該利用行為是否展現了新的洞察或此等洞察的質量。WILLIAM F. PATRY, PATRY ON FAIR USE 123 (2010) (“the form that the productive or transformative use takes--e.g., a new work or commentary--is less important than the presence and quality of the new insight.”).

²⁰³ Netanel, *supra* note 124, at 748.

²⁰⁴ 參見，胡心蘭，「合理使用新發展」，同註149。

²⁰⁵ Rebecca Tushnet, *Content, Purpose, or Both?*, 90 WASH. L. REV. 869, 869-70 (2015). 若與前述所示之三種類型為比較，則「新的洞察」與「創意銳變」可歸類為「內容上轉化性」，而「新的目的」則與「目的轉化性」相同。

²⁰⁶ See Brian Sites, *Fair Use and the New Transformative*, 39 COLUM. J.L. & ARTS 513, 519 (2016).

²⁰⁷ Tushnet, *supra* note 205, at 869-70.

²⁰⁸ *Id.*

化性又可大致分為「大量、無差別重製」（large, indiscriminate copiers）²⁰⁹——如各式搜尋引擎與資料庫等，及「未改變內容選擇性重製」（selective copying without alteration）²¹⁰——如在新聞報導中重製報導中之著作。而Liu教授的實證研究範圍係1978年至2017年間的相關案例，Liu教授將所有案例歸為兩類，其一為「物理性轉化」（Physical Transformation）——被告使用增添的新內容或以其他方式對原始內容進行物理性改變²¹¹，另一為「目的性轉化」（Purposive Transformation）——被告將原始作品用於與作者原本意圖不同的目的²¹²。

（二）合理使用案例類型化之模型

由於上述文章中多將重點放在「轉化性」要素對合理使用判斷所生之影響。換言之，僅著重於合理使用原則第一項要件「利用行為之目的與性質」之討論，然自美國聯邦最高法院Google案後，向來不受重視之第二項要件「被利用著作之性質」又重新獲得重視，而本文之研究契機即在於Google與AWF兩案所涉之著作類別分屬於著作權保護標之光譜的兩個極端：功能性著作與高度創意表現之

²⁰⁹ *Id.* at 867.

²¹⁰ *Id.* at 877. 搜尋引擎與資料庫大量、無差別的重製個別獨立之著作是為建置原本不存在的資源，各該被重製的原著作之價值對於資料庫之總體目的而言相對較小。而未改變內容選擇性重製則是將特定著作原封不動的轉換利用於不同的環境、情狀下（context-shifting），就「不同目的」之定義而言恐更具爭議。

²¹¹ Jiarui Liu, *An Empirical Study of Transformative Use in Copyright Law*, 22 STAN. TECH. L. REV. 163, 204 (2019).

²¹² *Id.* 經其分析，若利用方式同時具備物理性轉化與目的性轉化，則成立合理使用之機率為100%。若僅具備物理性轉化而非目的性轉化，則成立合理使用之機率為32.7%。相反的，若僅具備目的性轉化而非物理性轉化，則成立合理使用之機率為60.7%。最後，兩種轉化性都不具備者，成立合理使用之機率僅6.1%。

藝術著作，合理使用四項判斷基準不應一體適用，故本文將以「被利用著作之性質」作為分類之重要參數之一。最後，從較近期的案例可看出權利人於潛在市場之損失於第四項要件下均扮演了決定性的角色，而各該法院都非常小心在處理一個關於潛在市場與授權市場間「循環論證」之議題²¹³，而在美國聯邦最高法院AWF案中，雖討論重點仍在第一項要件，但「授權市場」之範圍亦與利用行為是否與原著作具同一目的之相關，故本文之類型化方式亦會加入第四項要件「市場效果」之影響力。

綜上所述，本文之合理使用案例類型化之模型，將以「被利用著作之性質」為縱軸，從上而下，以「具功能性」之著作——如電腦程式為光譜之一端，以「高度創意」之著作——如攝影、電影、繪畫、音樂等——為另一端，中間依序為事實性著作如新聞報導、會議資料、私人書信；研究資料、學術性論文、文學創作等。橫軸則以為合理使用四項判斷基準分為四大區塊：第一區為「利用行為之目的與性質」，先分為「商業性利用」與「轉化性利用」。依「商業利用即不合理」的Sony推定，若利用行為具商業性，則劃記一個「負號『-』」。轉化性利用下再分為「物理性轉化」與「目的性轉化」，依照前述Liu教授之研究，則具物理性轉化者劃記一個「正號『+』」，具目的性轉化者劃記兩個「正號『++』」。

第二區為「被利用著作之性質」，然由本模型之縱軸已以第二項要件為參數，故本區之觀察重點在於是否應「利用之目的」而被忽略，如Campbell案中原著作之性質雖為具高度創作性之音樂著作，但在詼諧仿作之利用目的下並不具決定性²¹⁴，蓋詼諧仿作之標

²¹³ 參見，胡心蘭，「合理使用新發展」，同註149，頁47以下。

²¹⁴ Campbell, 510 U.S. at 586 (stating “This fact, however, is not much help in this

的通常即為眾所周知之表達性著作；而如搜尋引擎或資料等全面性重製之案例中，第二項要件「被利用著作之性質」從來就沒有重要過²¹⁵。是以，若該要件於案件中被忽略，則劃記一個「三角形『△』」，然若法院有考量被著作是否經公開發表，或分析其創意高度，則依分析結果劃記正、負號。第三區為「利用之質與量」，同樣，觀察重點亦在是否應「利用之目的」而影響其重要性，判斷利用行為是否合理之因素除利用之質與量外，尚須考量系爭質與量是否已超過其利用之目的。

最後，第四區為「市場效果」，雖依Sony「雙重推定」所示，「商業利用目的會對原著作市場造成損害」，但依NYU法律學院Jeanne C. Fromer教授之研究，Campbell案除採用「轉化性」作為第一項判斷要件之關鍵外，該案亦於第四項要件下帶入更全面性之檢驗，亦即除損害外，利用行為亦可能為原著作帶來利益²¹⁶，事實上，此一論點在Sony案中即可略見端倪，Stevens大法官曾暗示發展「預錄錄影帶」（prerecorded videotapes）市場之可能性²¹⁷；與此同時，Stevens大法官亦肯認地方法院稱「時間轉換」可擴大系爭著作之收視者群²¹⁸，而Google案將「公共利益」納入第四要件之考量似可呼應此一見解。是以，第四區「市場效果」下將區分利用行為對

case, or ever likely to help much in separating the fair use sheep from the infringing goats in a parody case, since parodies almost invariably copy publicly known, expressive works.”).

²¹⁵ “it rarely, by itself, furnishes any substantial reasoning for favoring or disfavoring fair use.” *Capitol Records, LLC v. ReDigi Inc.*, 910 F.3d 649, 662 (2d Cir. 2018).

²¹⁶ See generally Jeanne C. Fromer, *Market Effects Bearing on Fair Use*, 90 WASH. L. REV. 615 (2015).

²¹⁷ Sony, 464 U.S. at 450 n.33.

²¹⁸ *Id.* at 443 (stating that “the findings of the District Court make it clear that time-shifting may enlarge the total viewing audience” for a work.).

原著作市場之「損害」與「利益」，另額外加一「公共利益」之加分要素。除四項要件外，本模型之橫軸最後欲加入「是否有新著作產生」此一項目，但由於跨越縱軸之利用目的下已有所考量，此一項目無關是否有利於合理使用之成立，而係作為與「具生產性之利用」行為關聯性之註記與探討。若有新著作之產生則劃記一個「雙圈號『◎』」。

若以Campbell案為例，則適用本文之「合理使用分析有利因素」模型與相應之劃記如下：

	第一要件			第二要件			第三要件		第四要件			新著作	
	商業 即不 合理	轉化性		未 公 開 發 表	高 創 意 性	無 決 定 性	質 或 量	無 決 定 性	商 用 即 損 害	授 權 損 失	公 共 利 益		合 理 使 用
		物 理 性	目 的 性										
Campbell	—	+	++		—	△	+	△		+	+	◎	※

Campbell案被告之利用行為具商業性自不待言，劃記一個「負號『-』」，而其就原告「鄉村搖滾」曲風之詞、曲內容予以改編，構成詼諧仿作，因此兼具「物理性轉化」——劃記一個「正號『+』」，與「目的地性轉化」——劃記兩個「正號『++』」。於第二要件，被利用著作為具高度創意性之音樂著作，不利於成立合理使用，劃記一個「負號『-』」，但在詼諧仿作之利用目的下並不具決定性——劃記一個「三角形『△』」。就第三要件而言，詼諧仿作本身就是以原作為批判對象，若取用部分不多，無法引起聯想（Conjunct up）與比較，就不能達到目的，本仿作只複製開場及每段的低音與第一句，應屬適當——劃記一個「正號『+』」。最後，針對第四項要件，詼諧仿作與原作通常都是在兩個不同市場行

銷，客群不太可能重疊，市場損害本即難以調查，原告也未提出證明，故應認無造成損害，劃記一個「正號『+』」。2 Live Crew以嘲諷之方式創作新曲，即利用結果有新著作產生，劃記一個「雙圈號『◎』」。綜合結論，六個正號『+』扣除兩個負號『-』，四個正號『+』當構成合理使用「星號『※』」。

二、個別案例簡介

如前所述，本模型將以「被利用著作之性質」為縱軸，從上而下，以「具功能性」之著作為光譜之一端，以「高度創意」之著作為另一端。從過去研究中所分析、討論過的案例中，各舉數例分類如下。

（一）電腦程式

如美國聯邦最高法院Google案主審Breyer大法官所觀察，在該案中，Google抄Sun Java API程式碼並非因為該等程式碼所表現的創意或美感，而係看中其在程式設計師間作為基本溝通語言之普及度²¹⁹。在Google案中之多數決意見中，主審Breyer大法官反覆引用三個與合理使用分析相關的下級法院判決：Sega v. Accolade²²⁰、Sony v. Connectix²²¹、及Lexmark v. Static Control Components²²²。以Campbell案提出轉化性要素為區分，僅以均由美國聯邦第九巡迴上

²¹⁹ Google, 141 S.Ct. at 1205 (stating “Google copied those lines not because of their creativity, their beauty, or even (in a sense) because of their purpose. It copied them because programmers had already learned to work with the Sun Java API’s system....”).

²²⁰ Sega Enterprises Ltd. v. Accolade, Inc., 977 F.2d 1510 (9th Cir. 1992).

²²¹ Sony Computer Entertainment, Inc. v. Connectix Corp., 203 F.3d 596 (9th Cir. 2000) (hereafter: Connectix).

²²² Lexmark Int’l, Inc. v. Static Control Components, Inc., 387 F.3d 522 (6th Cir. 2004).

訴法院所審理之1992年Sega案與2000年Connectix案為例。

1. 無轉化性要素

在Sega v. Accolade案，被告Accolade為使自己設計之遊戲卡匣能與Sega的遊戲機相容，重製了Sega的遊戲並進行「還原工程」（reverse engineering），以取得Sega的遊戲程式的目的碼（object code）²²³。Sega提出著作權侵權告訴，Accolade則主張為檢視程式碼中不受著作權保護之思想與功能性概念，對受保護之目的碼為還原彙編是「必要步驟」，應屬著作權法第107條之合理使用²²⁴。因此法院就合理使用原則四項要件逐一分析，於第一項要件，上訴法院雖認知到Harper & Row案中商業即不合理之推定，但指出第一要件下仍應有其他考量，蓋Accolade之目的係想成為與Sega相容於電玩領域的合法競爭對手，因此，重製其的目的碼具有合法的、非剝削的目的²²⁵。上訴法院於此還提及即使被告會因其利用行為而獲商業利益，但亦可產生促進相容性遊戲數量增加之「公共利益」，蓋「著作權法旨在促進的正是基於其他創意作品的傳播以及這些作品中包含的未受保護的思想的創意表達的增長²²⁶。」第一項要件有利於Accolade。

上訴法院接著就第四項要件為分析，指出遊戲之性質與「福特總統回憶錄」不同，遊戲玩家多半不會只買一個遊戲來玩，故Accolade的遊戲雖會對Sega的遊戲市場產生影響，但法院更無法認同

²²³ Sega, 977 F.2d at 1514.

²²⁴ *Id.* at 1520.

²²⁵ *Id.* at 1521-22.

²²⁶ “It is precisely this growth in creative expression, based on the dissemination of other creative works and the unprotected ideas contained in those works, that the Copyright Act was intended to promote.” *Id.* at 1523.

Sega以阻礙他人與之競爭而壟斷市場之目的，故判定第四項要件仍是有利於Accolade。回到第二要件，由於電腦程式「本質上是為完成特定任務之實益性著作」²²⁷，法院花費大量篇幅解釋遊戲程式中應受著作權保護與不應受保護之部分，而Sega的遊戲程式中包含未受保護的部分，如果不重製就無法檢查，因此法院認為其比傳統的文學作品應受到較低程度的保護²²⁸。最後，為進行還原工程，Accolade完全重製了Sega的遊戲程式，因此第三要件不利於Accolade，但就利用行為之整體考量，此一要件並不重要，故未影響合理使用之成立。

2. 考量轉化性要素

Sony v. Connectix案亦與為達成電腦遊戲程式間之相容性而進行之還原工程相關。本案原告Sony生產並銷售PlayStation遊戲機，並自行或授權其他遊戲公司開發可在PlayStation上執行的遊戲。被告Connectix則以還原工程開發可在電腦上執行PlayStation遊戲的模擬器Virtual Game Station，因還原工程之過程中重製了PlayStation遊戲機上的硬體與韌體（hardware and the firmware），即Sony BIOS，Sony因而控其著作權侵害²²⁹。上訴法院以Sega案為判決先例進行合理使用之分析，然本案係從第二要件為起點，先重述電腦程式本質上是為完成特定任務之實益性著作，Sony BIOS包含許多不受保護之部分，離著作權保護之核心甚遠²³⁰，且Connectix為進行還原工程而就

²²⁷ “computer programs are, in essence, utilitarian articles—articles that accomplish tasks.” *Id.* at 1524.

²²⁸ *Id.* at 1525-26.

²²⁹ *Connectix*, 203 F.3d at 601.

²³⁰ *Id.* at 603 (Stating that “Sony’s BIOS lies at a distance from the core (of intended copyright protection) because it contains unprotected aspects that cannot be examined without copying.”).

Sony BIOS之「中間複製」(intermediate copying)即符合Sega案所稱之「必要步驟」，是以第二要件對Connectix非常有利。

與Sega案相同，第三要件對Connectix不利，但對合理使用之整體判斷權重不高。而於第一項要件，上訴法院先陳明關於商業性質於第一與第四要件下之「雙重推定」已被最高法院於Campbell案拒絕適用²³¹，而若適用Campbell案之「轉化性」要素，則上訴法院認為Connectix的Virtual Game Station為遊戲玩家創造了一個新的平台，儘管PlayStation與Virtual Game Station之間的用途與功能相似，但Virtual Game Station本身是一個全新的產品，因而具有「適度的轉化性」(modestly transformative)²³²。第四要件與第一要件相關，因Virtual Game Station具有轉化性，其非單純取代PlayStation遊戲機，而是在市場上可以玩Sony遊戲的競爭對手，上訴法院再次引用Sega案，稱著作權法並不授予權利人壟斷市場的權利。第四要件仍對Connectix有利²³³。

(二)事實性著作

事實性著作係指著作之做成非為創意表達或美感之目的，而係為陳述、報導一定事實或資訊。

1. 工業產品

在Ty v. Publications Intern案中²³⁴，原告Ty公司生產著名的Beanie Babies玩偶，並以「雕塑著作」受著作權保護，控告被告出版

²³¹ “the Supreme Court has rejected this presumption as applied to the first and fourth factor of the fair use analysis.” *Id.* at 606.

²³² *Id.* at 606.

²³³ *Id.* at 607-08.

²³⁴ Ty, Inc. v. Publications Intern. Ltd., 292 F.3d 512 (2002).

社出版提供各式Beanie Babies之產品資訊、估價及推薦等的玩具指南書²³⁵。美國聯邦第七巡迴上訴法院Posner法官在本案適用美國著作權法合理使用原則時直言，除第一項要件中建議非商業性之教育用途，如在同條前言中所提到的教學、講學、或研究等積極利用行為，應較易於成立合理使用外，第一、第二項判斷要件實際上空洞無用²³⁶，然本案被告之利用行為並不屬於前述積極利用行為。而第三項要件於本案之適用為中性，因玩具指南書上所有Beanie Babies的照片都是以各該玩偶的整體入鏡，無質與量的區別。Posner法官認為，僅第四項要件可看出前面提到的替代性和互補性重製間的區別，因為互補性重製不會損害受著作權保護之著作的潛在市場或價值²³⁷。本案被告所製作之指南擷取並利用Beanie Babies玩偶的優點，應屬與原告著作物具有競爭關係之衍生著作。而不論是分析合理使用原則之適用，乃至於整份判決，Posner法官雖有提及Campbell案，但都沒有採用「轉化性要素」。

2. 會議資料

於Swatch Group Management Services v. Bloomberg, L.P.案²³⁸，被告Bloomberg（彭博社）在未經同意的情況下，將原告Swatch Group就其盈利報告之電話會議的錄音與逐字文稿，未作任何編輯與評論即刊登於其Bloomberg Professional網站上²³⁹。第二巡迴上訴法院指出，在新聞報導和類似利用行為的背景下，為準確地向公眾傳播訊息，被告忠實的呈現未經更動的原始內容應符合著作權法之規

²³⁵ *Id.* at 515.

²³⁶ *Id.* at 522.

²³⁷ *Id.*

²³⁸ Swatch Group, 756 F.3d at 73.

²³⁹ *Id.* at 78-79.

定²⁴⁰。雖然Bloomberg所公布的資訊與Swatch Group自行公布的内容一模一樣，但法院認為兩者在所傳達的訊息與目的上截然不同²⁴¹，故在合理使用原則的一項要件下對被告有利²⁴²。

在第二要件之考量中，法院對於Swatch Group電話會議錄音是否在Bloomberg利用前即「已公開發表」（been published），進而影響其受著作權保護程度是「厚」（thickness）或「薄」（thinness）²⁴³，然即便該錄音確實是「未公開發表」的狀態，但根據1992年新增之美國著作權法第107條第2項「著作未公開發行之事實本身，不應排除合理使用之認定」，且Swatch Group電話會議錄音內容明顯為「事實性質」，因而仍有利於合理使用之成立²⁴⁴。第三項要件與第一要件同，正是因為Bloomberg全面性、未作任何修改之重製，適足達成其忠實傳達訊息之目的，故此要件為中性²⁴⁵。最後，在第四項要件，Swatch Group電話會議錄音不存在額外的潛在市場且該會議本身之「價值」在於向參與之投資分析師討論重要公司資訊，Bloomberg之利用行為不會減低此一價值，故本要件仍有利於合理使用。

3. 技術標準

ASTM v. Public.Resource案被告Public.Resource.Org（PRO）是一個發布如法規等公共資源的非營利組織，其主旨在於促進公眾接觸及評論該等資源的機會。Public.Resource在其所經營的網站發布被

²⁴⁰ *Id.* at 84.

²⁴¹ *Id.* at 85.

²⁴² *Id.* at 85-86.

²⁴³ *Id.* at 87.

²⁴⁴ *Id.* at 88-89.

²⁴⁵ *Id.* at 90.

納入法律規範之技術標準，其中包含本案原告美國測試與資料協會（American Society for Testing and Materials, ASTM）成員制定的技術標準。而ASTM的成員是為工業用途和產品安全制定書面技術標準的私人組織，該等標準中有許多被引用併入州和地方法律。因此，在發布州和地方法律法規的過程中，PRO亦發布了許多被納入該等法規中之ASTM成員的技術標準²⁴⁶。承審之地方法院做出對ASTM有利之判決²⁴⁷，然被二審之美國聯邦哥倫比亞特區巡迴上訴法院（D.C.巡迴）撤銷²⁴⁸。

在合理使用之分析中，關於第一項要件「利用行為之目的與性質」，一審之地方法院認為PRO的散布與原著作物完全相同之副本的行為將損害ASTM獲取收益的能力，「絕無可能」成立合理使用²⁴⁹。但D.C.巡迴上訴法院引用A.V. ex rel. Vanderhye v. iParadigms, LLC案²⁵⁰及上述之Swatch等案，說明為了精確比對或真實報導等理由，即使是逐字的重製亦有可能符合轉化性要素而成立合理使用。而PRO為促進公眾接觸及評論現行法律規範之目的正需要如此之真實性，僅用科技技術之措辭、摘要、或從旁描述等都無法達到相同之效果²⁵¹。況且PRO為非營利性質，非常有利於合理使用之成立。

²⁴⁶ American Society for Testing and Materials v. Public.Resource.Org, 896 F.3d 437, 444 (D.C. Cir. 2018) (hereafter: ASTM II).

²⁴⁷ American Society for Testing & Materials v. Public.Resource.org, Inc. (ASTM), No. 1:13-cv-01215 (TSC), 2017 WL 473822, at *18 (D.D.C. Feb. 2, 2017) (hereafter: ASTM I).

²⁴⁸ ASTM II, 896 F.3d at 447.

²⁴⁹ ASTM I, 2017 WL 473822, at *18 (emphasis added).

²⁵⁰ A.V. ex rel. Vanderhye v. iParadigms, LLC, 562 F.3d 630 (4th Cir. 2009) (hereafter: iParadigms). 案件事實詳後註307與相應之本文。

²⁵¹ ASTM II, 896 F.3d at 450.

第二項要件「被利用著作之性質」在本案中有利於PRO，蓋其所發布之技術標準等都是被納入法規者，屬於事實性資料²⁵²。第三項要件「利用之質與量」，如在第一項要件下所分析，為達促進公眾參與討論之目的，PRO逐字並完整的重製該等技術標準是必須的²⁵³。第四項要件「利用行為對原著作潛在市場價值之影響」，上訴法院首先拒絕一審法院以PRO之利用行為為商業性，進而直接推斷原告受有市場損害。雖然在第四項要件下無確定之證據證明原告是否有實際損失，但被告行為所產生之公共利益則相當明顯，故合理使用成立²⁵⁴。

(三)教科書

Cambridge University Press v. Albert案原告包括劍橋大學出版社、牛津大學出版社、與Sage出版公司（以下稱出版社），對於喬治亞州立大學（GSU）未經授權將各該出版社出版之教科書的數位化節錄版置於學校教學平台供學生使用，提出著作權侵權訴訟。一審之地方法院判定GSU於所涉之48個未經授權且廣泛利用之行為中有43個成立合理使用，而GSU則以合理使用作為抗辯²⁵⁵。

一審之地方法院之分析方式是將合理使用四項要件於各利用行為為逐一分析，並給予各要件25%之權重²⁵⁶。然二審之美國聯邦第十一巡迴上訴法院認其以數學公式過於機械式的分析合理使用原則，

²⁵² *Id.* at 451-52.

²⁵³ *Id.* at 452.

²⁵⁴ American Society for Testing and Materials v. Public.Resource.Org, 82 F.4th 1262, 1271-72 (D.C. Cir. 2023).

²⁵⁵ Cambridge Univ. Press v. Becker (Cambridge I), 863 F.Supp.2d 1190, 1363-64 (N.D. Ga. 2012).

²⁵⁶ Cambridge Univ. Press v. Patton (Cambridge II), 769 F.3d 1232, 1251 (11th Cir. 2014).

且未對市場替代的嚴重威脅給予足夠的權重²⁵⁷。根據上訴法院之合理使用分析，關於第一項要件「利用行為之目的與性質」，GSU的利用行為不構成轉化²⁵⁸，然由於GSU係非營利之教育機構為教學之目的利用原告出版社之著作，且其具有促進大學教育之公共利益，因此儘管其利用行為不具轉化性，仍有利於合理使用²⁵⁹。第二項要件「被利用著作之性質」，上訴法院指摘一審法院不應一體認定此一要件有利於合理使用²⁶⁰；第三項要件「利用之質與量」，上訴法院亦駁斥一審法院所設之「百分之十或一個章節」為合理範圍之基準²⁶¹；第四項要件「利用行為對原著作潛在市場價值之影響」，上訴法院則認為一審法院之判斷沒有違誤，在48個利用行為中有31個原本就有授權利用數位節錄版之市場，故未經授權之利用非常不利於合理使用²⁶²。

(四)高度創意之著作

此一類別範圍甚廣，案例繁多，故於此將以「攝影著作」為例，簡介不同情況下之利用行為於合理使用原則之判斷。蓋若系爭「攝影著作」係由專業之商業攝影師所攝，則除在第二項要件下多

²⁵⁷ *Id.* at 1260, 1283. 地方法院在48個利用行為中，認定其中31個利用行為會對出版社之潛在市場產生嚴重之不利影響，最重卻只有5個利用行為成立侵權。*Id.* at 1251.

²⁵⁸ *Id.* at 1262-33.

²⁵⁹ *Id.* at 1267.

²⁶⁰ *Id.* at 1267. 蓋該等數位化摘錄中亦包括原告著作中評估、分析、或主觀描述性資料，或源自作者自己的經驗或觀點，第二項要件應為中立或甚至不利於合理使用之成立。*Id.* at 1270.

²⁶¹ *Id.* at 1271. 地方法院應該對每個涉嫌重製的利用行為進行單獨分析，考慮所利用資料的數量和質量，包括所利用之範圍是否構成原著作的核心，以及考慮到所利用之範圍之教育目的是否過度，是否產生替代性的威脅。*Id.* at 1275.

²⁶² *Id.* at 1251, 1278.

屬高度創意著作，應有利於原著作權人外攝影著作被利用之範圍亦多為整幅作品，故於第三要件利用之質與量判斷下原則上亦應有利於原著作權人。最後於第四要件，利用行為對原著作市場之影響，則須視法院是否考量原攝影著作之「授權市場」是否被剝奪、或被取代。是以，關於對於「攝影著作」之利用行為是否能成立合理使用，第一要件下之「轉化性」要素仍是判斷關鍵。

1. 未改變內容之不同目的

(1) 傳記圖文書

美國聯邦第二上訴巡迴法院2006年於Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley, Ltd.案中²⁶³，認定出版商利用樂團演唱會海報於介紹該樂團發展歷程之書籍，得主張合理使用。於本案中，被告DK於2003年出版一本依年代順序介紹美國搖滾樂團「死之華」（Grateful Dead）圖文書，其中包含原告BGA宣稱擁有著作權之七張攝影著作，該等攝影著作原本出現在介紹Grateful Dead演唱會海報與門票上，DK以縮圖的形式呈現，並附以相應演唱會之介紹²⁶⁴。於合理使用第一項要件之分析，上訴法院同意地院之見解，認為DK將該七張攝影著作用於介紹Grateful Dead的傳記式圖文書之利用行為，與原告原始之表達目的具有轉化性之區別：原始之利用目的在於藝術表達與宣傳；DK之利用目的則在記錄與證明Grateful Dead演唱會之存在²⁶⁵。

²⁶³ Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd., 448 F.3d 605 (2d Cir. 2006).

²⁶⁴ *Id.* at 607.

²⁶⁵ *Id.* at 609. 法院特別比較了第九巡迴上訴法院所作之Elvis Presley Enters., Inc. v. Passport Video案：電視節目剪輯並撥放幾秒鐘關於「貓王」（Elvis）的影片作為介紹其職業生涯之背景時符合轉化性之要件，但節目中重複、連續的播放

第二項要件對原告有利，但在具轉化性目的之利用中不重要²⁶⁶。於第三要件，由於DK係以縮圖呈現，且係為進一步實現其轉化性目的，故並不與合理使用衝突。於第四項要件，DK於傳記中使用BGA的攝影著作並未影響BGA銷售海報之主要市場，但由於DK曾向BGA要求授權但未談妥，BGA主張其授權市場受到損失。然法院仍以利用行為具轉化性而否認其受損害²⁶⁷。

(2)新聞報導

本Núñez v. Caribbean International News Corp.案系爭攝影著作是當時的波多黎各環球小姐於選美奪冠前拍攝的裸照，刊登照片的新聞內容則是討論波多黎各環球小姐拍攝裸照之適當性²⁶⁸。美國聯邦第一巡迴上訴法院認為，該攝影著作拍攝之原始目的是為模特兒寫真，而報社利用該攝影著作之目的具資訊功能²⁶⁹。法院強調，「是『該攝影著作經轉化後成為新聞』——而非因該攝影著作本身具有之新聞價值」——有利於合理使用之判斷²⁷⁰。」較特別的是，在第二要件下法院雖肯認原攝影著作應具高度創意，但因其拍攝目的非為傳遞攝影師Núñez本人之情感或藝術表達，而是為宣傳照片主人翁作為模特兒的潛力，故就性質而言，法院賦予「中性」之評價，再由於該照片經被告刊登前即已被大量傳播，故第二項要件最終係有

該片段時，則超出了傳記參考之必要，而是提供了與原告受著作權保護內容相同之內在娛樂價值，從而不具轉化。Elvis Presley Enters., Inc. v. Passport Video, 349 F.3d 622, 628-29 (9th Cir. 2003).

²⁶⁶ Bill Graham Archives, 448 F.3d at 612.

²⁶⁷ *Id.* at 614-15.

²⁶⁸ Núñez v. Caribbean Int'l News Corp., 235 F.3d 18, 21 (1st Cir. 2000).

²⁶⁹ *Id.* at 22.

²⁷⁰ "It is this transformation of the works into news--and not the mere newsworthiness of the works themselves--that weighs in favor of fair use." *Id.* at 23 (emphasis added) (citations omitted).

利於利用人²⁷¹。第三要件無關緊要²⁷²。而關於第四項要件，法院認為將照片授權給報社作為「說明爭議之用」（*illustrating controversy*）的潛在市場原不存在於本案，被告刊登照片之行為甚至增加對該攝影著作之需求，故第四項要件仍有利於利用人。

但是2012年的Monge v. Maya Magazines, Inc.案中²⁷³，美國聯邦第九巡迴上訴法院卻又否定了「對被利用著作為完全相同之重製」行為之轉化性²⁷⁴。在主張其行為應構成合理使用時，被告Maya Magazines辯稱，雖然其原封不動的刊登歌手Noelia Lorenzo Monge婚禮的照片，未物質上或具創新性的轉化該組照片，但其為「揭露」之目的刊登照片應已達轉化性之要素，因其已改變了拍攝該組照片的原始目的——作為婚禮之夜的呈現，成為有新聞價值之秘密結婚的證據²⁷⁵。惟第九巡迴上訴法院主審表示，侵權人的「不同目的」本身並不一定會創造出具轉化性要素之新的美學或作品²⁷⁶。Maya之利用行為並未改變原照片的本質²⁷⁷。」此外，本案與前述第一巡迴上訴法院之Núñez案亦有所區別，蓋Núñez案中系爭未經修改的照片其內容本身之爭議性即是新聞²⁷⁸，而本案之Maya在報導新聞時則不以刊登系爭未經修改的照片為必要。

²⁷¹ *Id.* at 23-24.

²⁷² *Id.* at 24.

²⁷³ Monge v. Maya Magazines, Inc., 688 F.3d 1164 (9th Cir. 2012).

²⁷⁴ 在該案中，Maya Magazines是一本八卦雜誌TVNotas的出版社，而系爭著作是一組拍攝一位波多黎各著名歌手Noelia Lorenzo Monge秘密婚禮的照片，TVNotas以該組偷來的照片揭露Monge已與其經紀人秘密結婚的事實。*Id.* at 1173-76.

²⁷⁵ *Id.* at 1175.

²⁷⁶ *Id.* at 1176.

²⁷⁷ “Maya left the inherent character of the images unchanged.” *Id.*

²⁷⁸ *Id.* at 1175.

本案關於第二項要件之分析亦相當特別，由於該等婚禮照片是新入夫妻請證婚人員以傻瓜相機簡單拍攝作為記錄之用，且為保持秘密，從未對外公開過²⁷⁹。法院以該等照片僅能算是略有創意，但美國聯邦最高法院曾在Harper & Row案中表示過被利用著作未公開發表之性質是「關鍵要素」，故經權衡，第二項要件有利於原告²⁸⁰。於第三項要件，被告之利用範圍遠超過必要範圍²⁸¹。而於第四要件，雖然新人夫妻對於婚禮照片原無銷售之意願，但不代表未來不會有，蓋此對新人夫妻為公眾人物，也曾經販售過自己的照片，被告之獨家刊登之利用行為甚且剝奪此對新人夫妻「何時、是否、且以何種方式」發布其照片的權利。因此，雖然並非在所有情況下都可以推定市場損害，然在大規模重製未公開發表著作損害了潛在市場和實際市場之情況下，「Sony推定」即相當合乎邏輯²⁸²。

2. 挪用藝術 照出版提供 請勿公開散布

除美國第二巡迴上訴法院曾做成「我們法院認可轉化性作品的高水位標誌」的Cariou案外²⁸³，第九與第七巡迴上訴法院亦曾就「挪用藝術」就攝影著作為利用之行為進行過合理使用分析。

(1) 不同目的

在Seltzer v. Green Day一案²⁸⁴，第九巡迴上訴法院又擴張了自Monge案後因創作及利用目的之不同而成立轉化性的範圍。本案被告

²⁷⁹ *Id.* at 1169.

²⁸⁰ *Id.* at 1177-78.

²⁸¹ *Id.* at 1179-80.

²⁸² *Id.* at 1183.

²⁸³ Cariou, 714 F.3d at 694.

²⁸⁴ Seltzer v. Green Day, Inc., 725 F.3d 1170 (9th Cir. 2013).

Roger Staub為搖滾樂團Green Day設計演唱會舞台，其採用了原告街頭藝術家Seltzer於2003年的創作「*Scream Icon*」作為舞台背景²⁸⁵。Staub就原本的*Scream Icon*——一張看起來無所適從，痛苦尖叫的臉——改變了基本的色調，加上潑墨似筆觸的一道紅色十字架，用意在於反映「East Jesus Nowhere」歌詞中所描繪的表裡不一的虛假宗教，以及以信仰為名而產生的暴力²⁸⁶。因為Staub利用*Scream Icon*呈現宗教議題，與Seltzer創作*Scream Icon*的原意不同，就是以「新的」資訊、美感、洞察及理解轉化了*Scream Icon*²⁸⁷，第九巡迴上訴法院直接就宣告Green Day對*Scream Icon*的利用行為符合轉化性之要件²⁸⁸。於第二要件，法院承認*Scream Icon*係具有創作性之作品，應獲得較高之保護，但法院認為為了其具轉化性之利用目的，本要件僅輕微的有利於原告²⁸⁹。同樣的，於第三要件，儘管Green Day於質與量方面都大量的重製*Scream Icon*的內容，第三項要件並未不利於被告²⁹⁰。最後，於第四要件，Seltzer未能證明損失，亦未能證明存有音樂影片之授權市場，故仍有利於被告²⁹¹。

(2)不採用轉化性

而於不承認「轉化性要素」之第七巡迴上訴法院，Easterbrook法官於2014年的Kienitz v. Sconnie Nation案中首先駁斥一審以Sconnie Nation之利用行為具有轉化性之認定，但仍維持地院判定其成立合理

²⁸⁵ *Id.* at 1174.

²⁸⁶ *Id.*

²⁸⁷ *Id.* at 1177.

²⁸⁸ *Id.* at 1178.

²⁸⁹ *Id.*

²⁹⁰ *Id.* at 1178-79.

²⁹¹ *Id.* at 1179. 雖然有其他樂團曾在音樂影片中使用過*Scream Icon*，但Seltzer未能提供其因此而或收益的證明。

使用的判決²⁹²。本案原告Kienitz為美國威斯康辛州麥迪遜市的市長Paul Soglin所拍攝的一張照片，被被告Sconnie Nation移除背景後予以海報化（posterized），僅以單純的螢光色強調輪廓，並加上Sorry for Party幾個大字，印製成T恤販售²⁹³。Easterbrook法官強調轉化性要素根本不在美國著作權法第107條所示之法定要件之列，並強烈質疑第二巡迴上訴法院於Cariou案將轉化性要素適用於挪用藝術之方式²⁹⁴。

其引用Posner法官在Ty案中所建立之「互補性重製／替代性重製」的法律經濟學判斷模式，判定T恤或背心不會成為原攝影著作的替代物，且原告Kienitz也未提出其有意就該攝影著作授權他人利用的計畫，或稱被告之利用行為恐減損其攝影著作的需求量²⁹⁵。除第四項要件外，Easterbrook法官很快帶過其他要件：第一項要件，雖然被告確實賣出了幾件T恤，但其目的係為政治性評論；第二項要件則不明確，Easterbrook法官僅以Kienitz所攝的照片係無償的讓Soglin市長放在市政府網站上任公眾瀏覽及下載，認定第二要件於本案不重要²⁹⁶。Easterbrook法官僅在第三項要件的判斷下強調被告Sconnie Nation確實針對Kienitz的攝影著作了大幅度的變動，最終僅利用照片中Soglin市長的臉部輪廓及一抹微笑，而該等元素非為著作權保護的標的²⁹⁷。

(3)修正後之轉化性

美國聯邦第二上訴巡迴法院在經歷過各界對「高水位標誌」

²⁹² Kienitz v. Sconnie Nation LLC, 766 F.3d 756, 760 (7th Cir. 2014).

²⁹³ *Id.* at 758.

²⁹⁴ *Id.*

²⁹⁵ *Id.* at 758-59.

²⁹⁶ *Id.* at 759.

²⁹⁷ *Id.*

Cariou案的批評後，於AWF案二審時便更謹慎地處理挪用藝術之轉化性，而其見解也獲得美國聯邦最高法院之支持。關於「Prince系列」作品是否構成「轉化」，上訴法院不採Cariou案的「合理的被感知」（reasonably be perceived）²⁹⁸之轉化性判斷標準，並非任何利用作品就原著作素材中增加了新的美學或新的表達方式就一定是轉化性²⁹⁹，「法官必須審查利用作品對其素材來源的使用是否具有『根本上不同且新的』藝術目的和性質，從而得以區別利用作品與用於創作它的『原始材料』」³⁰⁰。」法院認為Warhol的作品在法律上不具轉化性，因為其作品與Goldsmith的照片「具有相同的總體目的」（overarching purpose）——即均為視覺藝術作品，而沒有根本上不同的且新的藝術目的和性質。

於第二項要件，二審同意地院之見解，即Goldsmith的攝影著作具高度創意，且屬於未公開發表之著作，故應有利於原告。在第三項要件下，二審法院不同意地院引用前述Kienitz案，稱Warhol利用原攝影著作的範圍僅有圖像中Prince臉龐的輪廓，然二審認為很明顯地可從Warhol的「Prince系列」看出Goldsmith所攝照片中之細節，故第三要件強烈有利於原告。第四項要件亦是本案之討論重點，二審法院同意Warhol「Prince系列」的主要市場和Goldsmith攝影著作沒有實質性的重疊，但無法認同一審似乎認為Warhol所創作的作品市場就是「Warhol的市場」，換言之，只要被控侵權者能成功為自己的

²⁹⁸ Cariou, 714 F.3d at 707.

²⁹⁹ Andy Warhol Foundation for the Visual Arts, Inc. v. Goldsmith, 11 F.4th 26, 38-39 (2d. Cir. 2021).

³⁰⁰ “the judge must examine whether the secondary work’s use of its source material is in service of a ‘fundamentally different and new’ artistic purpose and character, such that the secondary work stands apart from the ‘raw material’ used to create it.” AWF, 11 F.4th at 42.

作品創造一個活躍的市場，就會導致第四項判斷要件始終對其有利³⁰¹。此外，二審法院認為AWF將「Prince系列」作品授權給Condé Nast雜誌作為介紹Prince生平之用，卻沒有向Goldsmith支付授權金，係直接剝奪其應得到的授權費用³⁰²，且法院若認同Warhol的利用不構成侵權恐將摧毀更廣泛的授權市場，蓋若藝術家可以免費使用圖像，將會導致許多藝術家不願意付費³⁰³。

（五）無關原著作性質之利用——數位資訊定位工具

此等為建立搜尋引擎與資料庫而大量、無差別的重製個別獨立著作之利用行為，雖實質上未產出如文章、繪畫、或劇作等一般概念下之「新的著作物」，但確實統整建置出原本不存在的資訊，並據以提供使用者大眾不同於個別原始著作所產出的訊息。如Kelly案，原告的照片具有藝術性質，但是被告搜尋引擎所利用的小圖片，則具有目錄性質，其目的在於強化網路使用人接觸網路上的圖形資料，故其具有特定的功能性，其利用的目的亦非美感，而是在於周延³⁰⁴。Perfect 10案，原始圖像是為了娛樂、美學、或資訊等目的而創作，然搜尋引擎將該等圖像轉化為指示使用者找到資訊來源的導引³⁰⁵。搜尋引擎就原著作提供了完全新的使用目的³⁰⁶。

於iParadigms案³⁰⁷，被告iParadigms藉由Turnitin系統將原告等學生的學習報告儲存為數位碼以利比對，係為防止剽竊並保護學生的

³⁰¹ *Id.*

³⁰² *Id.* at 49-50.

³⁰³ *Id.* at 50.

³⁰⁴ Kelly v. Arriba Soft Corp., 336 F.3d 811, 815 (9th Cir. 2003).

³⁰⁵ Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., 508 F.3d 1146, 1165 (9th Cir. 2007).

³⁰⁶ *Id.*

³⁰⁷ A.V. ex rel. Vanderhye v. iParadigms, LLC, 562 F.3d 630 (4th Cir. 2009).

報告免於被剽竊，係以與原著作完全不同的目的利用原告著作³⁰⁸。Authors Guild, Inc. v. HathiTrust案與Authors Guild, Inc. v. Google, Inc. 二案³⁰⁹，均是「被告為建立可全文檢索之資料庫而從事之重製是典型的轉化性利用，因搜尋某字所呈現之結果，與該文字出現於原本書頁上，在目地、特性、表達、意義、與訊息上，均不相同³¹⁰。」White v. West Publ'g Corp.案³¹¹，原告撰寫案例摘要（brief）的目的係為其當事人提供法律服務，被告West與Lexis則是為創建交互式法律研究工具之目的重製了原告的摘要³¹²。且West和Lexis於審查，選擇，轉換，編碼，鏈接和標識檔案的過程中「進一步之目的或不同之特色而增添了新的東西³¹³。」

以上資訊定位工具、資料庫類型之案例，其共通點在於利用結果雖未實際產生新著作，但可以產生與原著作創作之目的截然不同之效用，因而構成合理使用第一要件下之轉化性要素。但確立利用行為之轉化性，則其他如商業性質、被利用著作之性質、利用之質與量，甚至對原著作市場價值之影響，均會因利用行為具轉化性之目的而被消弭，甚至是理所當然³¹⁴。然值得一提的尚有以下不成立合理使用之二案：

³⁰⁸ *Id.* at 638.

³⁰⁹ Authors Guild, Inc. v. HathiTrust, 755 F.3d 87, 97 (2d Cir. 2014); Authors Guild v. Google, Inc., 804 F.3d 202 (2d Cir. 2015).

³¹⁰ “that the creation of a full-text searchable database is a quintessentially transformative use...as the result of a word search is different in purpose, character, expression, meaning, and message from the page (and the book) from which it is drawn.” Google Books, 804 F.3d at 217 (*citing* HathiTrust, 755 F.3d at 97).

³¹¹ White v. West Publ'g Corp., 29 F.Supp.3d 396 (2014).

³¹² *Id.* at 399.

³¹³ *Id.* (*citing* Campbell, 510 U.S. at 579.)

³¹⁴ 參見，胡心蘭，「轉化才是王道」，同註90，頁225-227。

1. Associated Press v. Meltwater U.S. Holdings, Inc. 案

被告Meltwater News為網路新聞聚合者（news aggregator），以電腦程式從網路上自動擷取、下載新聞文章，未加任何評論或意見，允許其訂閱者以關鍵字搜尋並直接閱讀文章片段³¹⁵。美國紐約州南區聯邦地方法院稱Meltwater「單純使用電腦演算法來爬網從而擷取新聞內容，並不足以使其成為從事轉化著作的搜尋引擎³¹⁶。」此外，搜索引擎收集個別獨立著作以建構索引和快取功能通常是法院認定其具有轉化性之所在，蓋其具有促進使用者大眾從浩繁資料中獲取所需訊息的重要目的。然而，沒有證據顯示Meltwater的訂閱者會藉其服務瀏覽受著作權保護的原始新聞來源，相反的，Meltwater的服務取代了其訂閱者對原始新聞的需求³¹⁷。是以，法院判定Meltwater的服務不符合轉化之要素³¹⁸。

2. Fox News Network v. TVEyes, Inc. 案

被告TVEyes為一媒體公司³¹⁹，其將所錄製之包括Fox新聞頻道等超過1,400個電視與廣播頻道之內容整合為資料庫，以每月500美元之會費提供其客戶收看、收藏、下載，並可與他人分享不超過十分鐘之電視節目片段。Fox新聞頻主張TVEyes未經授權而再播送Fox頻道節目之視聽內容供其客戶接觸，侵害Fox新聞頻道對該等節目內容

³¹⁵ Associated Press v. Meltwater U.S. Holdings, Inc., 931 F.Supp.2d 537, 543 (S.D.N.Y. 2013).

³¹⁶ “use of an algorithm to crawl over and scrape content from the Internet is surely not enough to qualify as a search engine engaged in transformative work.” *Id.* at 555.

³¹⁷ *Id.* at 554 & fn. 13.

³¹⁸ *Id.* at 557.

³¹⁹ Fox News Network, LLC v. TVEyes, Inc., 883 F.3d 169 (2d Cir. 2018) (hereafter TVEyes).

之著作權³²⁰。聯邦第二巡迴上訴法院判定TVEyes之再播送行為不構成合理使用。於第一項要件「利用行為之目的與性質」，上訴法院認為TVEyes的觀看功能具有轉化性，因可幫助其客戶從為數龐大的節目中，精確得找到他們所需的資訊³²¹，而TVEyes的觀看功能正是此類可達成促進效率之轉化性目的的科技技術，法院認定其至少一定程度（at least somewhat）之轉化性³²²。然上訴法院亦提及第一項要件下的另一「商業性質」與否的考量，稱二次利用行為之商業性質不利於合理使用之成立，尤其是如本案中，利用行為之轉化性程度甚為輕微的情況³²³。是以最終法院認為在第一項要件下對TVEyes稍稍有利。

因被告利用目的係為建立資料庫，因而第二項要件「被利用著作之性質」在本案不重要³²⁴。第三項要件「利用之質與量」，因TVEyes錄製了Fox的所有節目，並完整地提供給其客戶，法院認為已超過其利用之目的，故不利於合理使用之成立³²⁵。第四項要件「利用行為對原著作潛在市場價值之影響」，上訴法院首先鋪陳其判斷原則，引用Harper & Row案強調第四要件為「單一最重要之要件」。由於TVEyes向其客戶提供Fox節目內容卻未付費給Fox，實際

³²⁰ *Id.* at 174.

³²¹ TVEyes, 883 F.3d at 177.

³²² *Id.* at 178. 然陪席之地方法院Kaplan法官卻不太認同此點，其於協同意見書中表示TVEyes的觀看功能只不過是重新包裝並傳送原著作予其客戶。其未增添任何新的資訊、新的美感、新的洞察及理解，因此Kaplan法官懷疑其是否具有轉化性。*Id.* at 185-86 (Kaplan, concurring.).

³²³ 法院將Campbell案所立之標準：「轉化的程度越高，則其他不利於成立合理使用之要件，例如商業性質，就越不重要。」做反面之解釋。*Id.* (citing Campbell, 510 U.S. at 579.)

³²⁴ TVEyes, 883 F.3d at 178.

³²⁵ *Id.* at 179.

上剝奪了Fox從TVEyes或類似實體獲得的授權收益的機會，因此第四項要件不利於TVEyes³²⁶。經綜合四項要件之考量，TVEyes的利用行為不成立合理使用³²⁷。

三、導入模型

茲將以上案例導入本研究模型：

	第一要件			第二要件			第三要件		第四要件			新著作	合理使用
	商業性	轉化性		未公開發表	創意性	無決定性	質或量	無決定性	市場損害	授權損失	公共利益		
		物理性	目的性										
電腦程式													
Sega v. Accolade	+		+		+		-	△			+		※
Sony v. Connectix			++		+		-	△	+				※
Lexmark v. Static Control Components			++	-	+		+		+				※
事實性著作													
Ty v. Publications Intern	-					△		△	-			◎	
Swatch Group Management Services v. Bloomberg, L.P.			++	△	+			△	+				※
ASTM v. Public. Resource	+		++		+			△	△		+		※
學術文章、教科書													
American Geophysical Union v. Texaco Inc.	-	-	-		+		-		-		-		
Princeton Univ. Press v. Michigan Document Servs., Inc. ³²⁸	-				+		-		-				

³²⁶ *Id.* at 180.

³²⁷ *Id.* at 181.

³²⁸ Princeton Univ. Press v. Michigan Document Servs., Inc., No. 94-1778, 1996 WL

	第一要件			第二要件			第三要件		第四要件		新著作	合理使用
	商業性	轉化性 物理性	目的性	未公開發表	創意性	無決定性	質或量	無決定性	市場損害	授權損失	公共利益	
Cambridge University Press v. Albert	+				+		+			-	+	※
攝影著作—新聞報導												
Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley			++		-	△		△		+		◎ ※
Núñez v. Caribbean International News Corp			++	+				△		+		◎ ※
Monge v. Maya Magazines, Inc.			-	-	-					-		
攝影著作—挪用藝術												
Rogers v. Koons	-		-		-		-			-		◎
Blanch v. Koons	-	++			-	△	+		+	+		◎ ※
Cariou v. Prince	△	+			-	△	-	△	+	+		◎ ※
Seltzer v. Green Day		+	+		-	△	-	△	+	+		◎ ※
Kienitz v. Sconnie Nation	+	+				△	+		+			◎ ※
Friedman v. Guetta ³²⁹	-	+	-		-		-			-		◎
Morris v. Guetta ³³⁰	-	+	-		-		-			-		◎
Morris v. Young ³³¹	-	+	-		-		-			-		◎
AWF v. Goldsmith	-	+	-	-	-		-			-		◎
數位資訊定位工具												
A.V. ex rel. Vanderhye v. iParadigms			++			△		△	+	+		◎ ※
Authors Guild, Inc. v. HathiTrust			++			△		△	+	+		◎ ※

54741 (6th Cir. Feb.12), vacated, 74 F.3d 1528, reh'g granted, 99 F.3d 1381 (6th Cir. 1996). 大學旁的影印店預先影印教科書之部分章節供學生購買。

³²⁹ Friedman v. Guetta, Not Reported in F.Supp.2d, 2011 WL 3510890 (2011).

³³⁰ Morris v. Guetta, Not Reported in F.Supp.2d, 2013 WL 440127 (2013).

³³¹ Morris v. Young, 925 F.Supp.2d 1078, 1081 (2013).

	第一要件			第二要件		第三要件		第四要件			新著作	合理使用
	商業性	轉化性 物理性	目的性	未 公 開 發 表	創 意 性	無 決 定 性	質 或 量	無 決 定 性	市 場 損 害	授 權 損 失	公 共 利 益	
Authors Guild, Inc. v. Google, Inc.			++			△		△	+	+	+	※
White v. West Publ'g Corp.			++			△		△	+	+		※
Associated Press v. Meltwater U.S. Holdings, Inc.	-		-			△		△	-			
Fox News Network v. TVEyes Inc.	-		+			△	-			-		

伍、結 論

本文旨在回顧美國聯邦最高法院自1976年美國著作權法將「合理使用原則」法典化後，自今共五個與合理使用原則相關判決中之rule of law對後續及下級法院之影響：包括Sony案中「商業利用即不合理」，且「商業利用目的會對原著作市場造成損害」之「雙重推定」（twin presumptions）；Harper & Row案中「對於未公開發表著作為合理使用之範圍應較為狹窄」，「第四項要件是單一最重要的要素」；Campbell案中「為進一步之目的或不同之特色而增添了新的東西，或以新的表達，新的意涵，或訊息改造了原著作」之「轉化性要素」；Google案中具功能性之電腦程式著作「離著作權保護之核心甚遠」，及第四項要件下，公共利益應被納入市場效應；AWF案中「對原著作為『轉化性』利用所需的轉化程度，須超過其成為衍生著作之轉變程度」，「原著作與利用著作具有相同或高度相似之目的時，其利用行為更需要有合理必要之正當性」等，據此建立合理使用案例類型化之模型。

本文之模型以「被利用著作之性質」為縱軸，從上而下，以「具功能性」之著作為光譜之一端，以「高度創意」之著作為另一端，中間依序為事實性著作、研究資料、學術性論文、文學創作等。橫軸則以為合理使用四項判斷基準分為四大區塊：第一區為「利用行為之目的與性質」，先分為「商業性利用」與「轉化性利用」。轉化性利用下再分為「物理性轉化」與「目的性轉化」。第二區「被利用著作之性質」及第三區「利用之質與量」之觀察重點在於是否應「利用之目的」而影響其重要性。最後，第四區為「市場效果」，區分利用行為對原著作市場之「損害」與「利益」，另額外加一「公共利益」之加分要素。除四項要件外，本模型之橫軸最後加入「是否有新著作產生」此一項目，係作為與「具生產性之利用」行為關聯性之註記與探討。

將過往研究之美國各級聯邦法院所做成之合理使用相關案例導入模型後，觀察並分析之結果如下：

首先，在大部分的案例中，無論係靠近「具功能性」著作之一端，或「高度創意」著作之另一端，第三項要件「利用之質與量」均是最無決定性之要件。而第二項要件下被利用著作創意性之高、低，對於成立合理使用之結果是否具影響力，則依其性質不同而有差異，如在「具功能性」之一端之電腦程式與事實性著作、教科書等較有利於合理使用之案例中，法院法官會將創意性列入考量；但被用於新聞報導或挪用藝術之攝影著作雖創意性高而不利於合理使用之成立，法院法官卻多認定其無決定性，不影響判斷結果。

其次，第四要件下之「市場損害」仍與第一要件下之「商業性」利用目的相連，在模型中所有於「市場損害」標記「負號」者，在「商業性」利用目的下亦多為標記為「負號」。第四要件下

之「授權損失」亦與「商業性」利用目的有同樣之關聯，在模型中所有於「授權損失」標記「負號」者，在「商業性」利用目的下亦多為標記為「負號」，僅Cambridge University Press一案為例外。是以，依模型顯示，商業性利用通常與市場損害和授權損失直接相關，特別是在商業性質的利用下，這些因素多為不利於合理使用的因素。

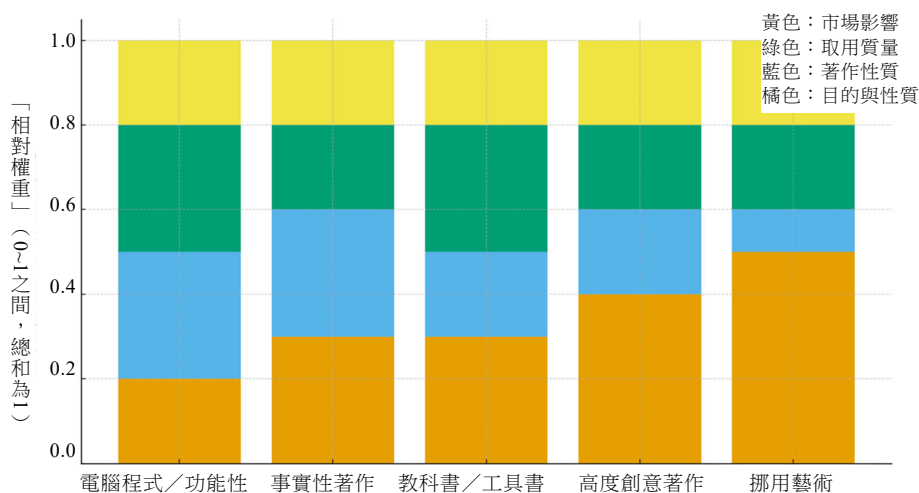
第三，關於「公共利益」之考量，有時會出現在第一項要件下——如Sega案，利用行為雖具有商業性，但可產生促進相容性遊戲數量增加之公共利益；有時會於第四項要件為考量——如ASTM案，雖無確定之證據證明原告是否有實際損失，但被告行為所產生之公共利益則相當明顯。而利用行為是否有新著作之產生，與是否成立合理使用並無正關聯性。如在電腦程式相關之利用行為，以及於數位資訊定位工具之利用態樣，實質上均無新著作之產生，但最終多能成立合理使用。反之，如新聞報導或挪用藝術等利用行為均有新著作之產生，然未必能成立合理使用。是以，依模型顯示，公共利益的考量可以在某些情況下抵消市場損害的影響，特別是在新聞報導、學術研究或科學技術創新等公共領域中。

第四，第一要件下「轉化性」利用目的仍具有決定性，且「目的性」轉化較之「物理性」轉化更為重要，此在數位資訊定位工具類別之案件中最為明顯，蓋該等成立合理使用之案件均屬「目的性」轉化之利用模式，是以即便實際上沒有新的創作產生，且或多或少具有商業性質，但因利用行為具有目的性轉化，第二、第三要件無決定性，甚且第四要件下之「市場損害」與「授權損失」均有利於合理使用之成立。然在被判定不具「目的性」轉化之Associated Press案，或僅具少量「目的性」轉化之Fox News Network案，則除商業性目的被特別提出外，「市場損害」與「授權損失」亦分別不

利各該合理使用之判斷。而於此類案件中「目的性」轉化之意涵，其判別在於數位資訊定位工具本身所欲成就之目的是否與原著作之創作目的不同，如原著作之創作目的是為藝術、娛樂、或美學，而數位資訊定位工具之主要目的則是提供茲關於原著作之資訊、比較、或研究。模型顯示，「轉化性」要素在所有四項要件中具有主導地位。無論是物理性轉化還是目的性轉化，都會影響合理使用的判斷結果。具備雙重轉化（物理和目的）的利用行為則幾乎可被認定為合理使用。

最後，「轉化性」利用目的之判斷亦主導挪用藝術之合理使用分析。在承認以法官或旁觀者以直覺式「合理的感知」挪用作品與原著作間之差異，即可成立第一項要件下「物理性」甚至「目的性」轉化等案件，則其他要件幾乎一路綠燈，均會以有利於合理使用之方向敘明其理由；反之，在偏向主張並非任何利用作品就原著作素材中增加了新的美學或新的表達方式就一定是轉化性的案例中，法院會要求挪用者須與原著作具有根本上不同的且新的藝術目的和性質，「繪畫只有在評論照片時才具有轉化性；相反的，如果〔被告〕繪畫只是重鑄、改造或改編照片，則他們是侵權的衍生作品³³²。」而若不成立轉化，則其他要件幾乎一路紅燈，均會以不利於合理使用之方向敘明其理由。是以，被認定為「挪用藝術」此一類別之利用方式，應更靠近利用「物理上」之轉變，而非如被認定為「詼諧仿作」此一類別之利用方式為利用「目的上」之轉化，而若僅具「物理上」之轉變，則合理使用之其他判斷要件將更具重要性。

³³² “Paintings are transformative only to the extent that they comment on the Photos; to the extent they merely recast, transform, or adapt the Photos, [defendants] Paintings are instead infringing derivative works.” *Morris v. Guetta*, Not Reported in F.Supp.2d, 2013 WL 440127 (2013) (citing *Cariou*, 784 F.Supp.2d at 348-49) (hereafter *Guetta*).



不同著作類型下合理使用四要件之相對權重示意圖

製圖：ChatGPT³³³

元照出版提供 請勿公開散布

綜上，美國法院就合理使用之判斷是以第一項「利用目的」為主導之分析模式，其他三項則依利用目的之認定結果調整其權衡值。模型顯示於合理使用第一項判斷要件：「利用行為之目的與性質，包括該利用是否為商業性質或為非營利教育之目的」下，法院仍會就「商業性質」予以考量，但重要性不若利用之「目的或性質是否具轉化性」。尤其於整體利用「目的上」所形成之轉化——如用於與原著作原本為藝術性之創作目的不同之新聞報導目的，核實

³³³ 本圖以堆疊方式呈現不同著作類型在合理使用四要件分析下的相對權重。圖示僅為模型示意，並非實證數據。

在功能性程式與事實性著作案件中，法院通常較重視「著作性質」與「取用質量」；在教科書／工具書案件中，四要件呈現較為平均的權衡，且「市場影響」的考量相對重要；在高度創意著作與挪用藝術案件中，則更強調「目的與性質」要件，特別是利用行為的轉化性。

此圖旨在凸顯合理使用並非四要件的機械套用，而是會依著作類型而形成差異化的衡量模式。

之目的、或重新為脈絡化之整理而產生新的資訊等；較之單純「物理上」轉化——如形式、外觀之改變，僅為了在新的時間、新的地點、新的傳播方式或媒介、或為新的受眾展示其相同的創意、藝術或文學思想而重製原著作之表達元素³³⁴；則「目的性轉化」透過新聞報導、研究、評論和批評、教育、檔案或歷史參考用途，更符合促進藝術的進步和創造有益於公眾的新的、原創的表達方式，因而更易於成立合理使用。合理使用第二項判斷要件：「被利用著作之性質」仍會因利用目的之不同而於合理使用整體分析中會有不同的權衡值。合理使用第三項判斷要件：「所利用部分相對於著作之整體，在數量上與重要性上之比例」，判斷之重點仍取決於所利用之部分是否超出合理之利用目的，換言之，仍須先確認「利用行為之目的或性質」，才能判斷利用之質與量是否合乎利用之目的。最後，合理使用第四項判斷要件：「其利用對該有著作權著作之潛在市場或價值之影響」，商場損害與利用行為是否具商業性目的仍有正向關聯。而具有「目的上轉化性」之利用態樣多被認定為不會與原著作之主要市場重疊，因而不會有不利於合理使用之替代效果，然若利用行為僅具有「物理上」轉變者則仍可能因利用目的相同而產生市場替代效果。

就我國法制而言，著作權法第65條雖形式上與美國法第107規定相仿，然我國實務在適用時，仍可能同時參考第44條以下法定例外之立法價值。是故，本文所提出之模型亦可作為未來我國法院在處理合理使用爭議時的參考架構。例如，在涉及教育利用或數位工具之案件，法院不僅可以衡量四要件，更可透過本文模型檢視「該利

³³⁴ 若依照Leval法官之觀點，以新的版本、形式、媒介或形狀提供相同的作品應屬製作衍生作品所涉及的轉變，恐非合理使用所要求之轉化。參見前註121；美國聯邦最高法院AWF案即採相同之見解。

用類型應強調之核心要件」為何，進而提升判決說理的一致性與透明度。未來研究可進一步測試本文模型於我國法院判決中的適用性，或加入「法定例外」等變數，探討在不同制度設計下，法院如何透過類型化思維回應新型態的著作利用爭議。本文僅為初步嘗試，期盼能為合理使用理論在我國法學的發展提供一個可供參照的分析工具。具體而言，對於高度創意性的作品，如挪用藝術和諷刺作品，可更強調「目的性轉化」，即該利用是否改變了作品的整體意圖與目的，法院可以「市場衝突分析」為中軸，對新聞攝影、商業攝影、插畫、音樂採樣、二次創作等案件，參考AWF判決的最新論調：一、評估市場替代風險是否實質存在；二、特別檢驗原始授權市場是否受到侵害；三、嚴格區分「新意義／訊息」與「商業競爭效果」。如此有助避免過度擴張合理使用、侵害作者之「核心剝奪利益」。而在功能性作品如電腦程式、資料庫編輯著作中，則可更強調其轉化性利用是否有助於創新和技術進步，法院可採取「技術必要性／產業競爭導向」，當系爭利用與技術互通、系統兼容、AI訓練、搜尋引擎、資料探勘等相關時，法院可：一、將「被利用著作之性質」視為具決定性影響，降低其他要件權重；二、將「社會利益（創新、市場效率）」納入目的與性質要件考量；三、判斷利用是否為落實技術標準、市場開放所必要。

本模型展現了合理使用在法律實務中的彈性與多面性，尤其在數位時代新技術層出不窮的背景下，合理使用原則是否能繼續適應現代需求，將成為關鍵問題。透過細分不同類型的著作以及合理使用的要素權重，本模型提供了一個更具體的指導框架，讓未來法院在為合理使用分析時可有更明確的法律依據。最後須強調的是，本文分類依據係根據各案判決理由中法官明示之語言、判決要旨、與推論邏輯、以及作者依據過去之相關研究所為之詮釋，其中確實參

有本文作者之主觀判斷；再者，本模型非以正統統計學方式架構，且僅具初步結構，相關參數仍不夠細緻，本文作者亦希望能藉此文拋磚引玉，期待更多意見之交流。



元照出版提供 請勿公開散布

參考文獻

一、中 文

- 胡心蘭（2018），轉化才是王道？論合理使用原則轉化性要素之適用與影響，東海大學法學研究，53期，頁183-246。
- 胡心蘭（2021），從近期案例剖析美國著作權法合理使用原則新發展，中正財經法學，22期，頁1-66。
- 胡心蘭（2021），美國最高法院Google v. Oracle案評析，月旦法學雜誌，319期，頁92-108。
- 胡心蘭（2023），再論挪用藝術與著作權合理使用原則，月旦民商法雜誌，82期，頁81-115。
- 胡心蘭（2024），思想與表達二分與合併原則於功能性電腦程式著作之適用，中正財經法學，28期，頁53-102。
- 蔡嘉裕（2021），著作權「轉化性使用」之我國本土案例分析，智慧財產權月刊，271期，頁47-77。

二、英 文

- Beebe, B. (2008). An Empirical Study of U.S. Copyright Fair Use Opinions, 1978-2005. *University of Pennsylvania Law Review*, 156, 549-624.
- Bunker, M. D. & Calvert, C. (2014). The Jurisprudence of Transformation: Intellectual Incoherence and Doctrinal Murkiness Twenty Years After Campbell v. Acuff-Rose Music. *Duke Law & Technology Review* 12, 92-128.
- Clapp, V. W. (1962). Library Photocopying and Copyright: Recent Developments. *Law Library Journal*, 55, 10-15.

- Fromer, J. C. (2015). Market Effects Bearing on Fair Use. *Washington Law Review*, 90, 615-649.
- Level, P. N. (1990). Toward a Fair Use Standard. *Harvard Law Review*, 103, 1105-1136.
- Leval, P. N. (1994). Campbell v. Acuff-Rose: Justice Souter's Rescue of Fair Use. *Cardozo Arts and Entertainment Law Journal*, 13, 19-26.
- Level, P. N. (2015). Campbell as Fair Use Blueprint?. *Washington Law Review*, 90, 597-614.
- Litman, J. (2015). Campbell at 21/Sony at 31. *Washington Law Review*, 90, 651-684.
- Liu, J. (2019). An Empirical Study of Transformative Use in Copyright Law. *Stanford Technology Law Review*, 22, 163-241.
- Netanel, N. W. (2011). Making Sense of Fair Use. *Lewis & Clark Law Review*, 15, 715-771.
- Patry, W. F. (2001). *International Copyright Law and Practice*. Bureau of National Affairs.
- Patry, W. F. (2010). *Patry on Fair Use*. Thomson Reuters.
- Sag, M. (2012). Predicting Fair Use. *Ohio State Law Journal*, 73, 47-91.
- Samuelson, P. (2009). Unbundling Fair Uses. *Fordham Law Review*, 77, 2537-2621.
- Sites, B. (2016). Fair Use and the New Transformative. *Columbia Journal of Law & the Arts*, 39, 513-550.
- Tushnet, R. (2015). Content, Purpose, or Both?. *Washington Law Review*, 90, 869-892.
- Young, J. E. (1982). Copyright and the New Technologies – The Case of Library Photocopying. *Copyright Law Symposium (ASCAP)*, 28, 51-140.

Returning to the Fair Use Scene: Deconstructing the Impact of the US Supreme Court’s “Customized” Fair Use Analysis on a Case-by-Case Basis

Hsin-Lan Hu*

Abstract

The U.S. Supreme Court issued the *Google v. Oracle* decision in 2021, and ruled on *Andy Warhol Foundation for Visual Arts, Inc. v. Goldsmith* (hereafter: *AWF*) in May of 2023. The impact of these two cases is far-reaching. However, the types of works involved in the two cases of *Google* and *AWF* belong to the two extremes of the spectrum of copyright laws: one is computer program works that are functional in nature; the other is an artistic work that requires a high level of creative expression of the human spirit, can the four criteria of copyright fair use doctrine be applied in no difference?

As the ultimate arbiter of the judicial system, the U.S. Supreme Court makes or adopts the “rule of law” in its judgment that is binding on all lower courts. However, under the condition that the lower courts “freely apply case by case”, the completely opposite result of lower courts’ decisions could be occurred. The research purpose of this article is to reorganize the impact of the rule of law, which made or adopted by

* Professor, College of Law, Tunghai University; S.J.D. Tulan Law School.

the U.S. Supreme Court in *Sony*, *Harper & Row*, *Campbell*, *Google*, and the pending case *AWF*, under the fair use analysis in response to the particularity of the facts of the case, on subsequent and lower courts.

Based on the case law researches that the author has explored in the past 20 years, the main object of this article to categorized the spectrum of fair use cases, namely, in the one end are the essentially functional works such as computer program works, useful article, etc. to the other end which are the highly creative artistic creations, appropriation art, parody, satirical remarks, etc. This article attempt to identify between the “high-water mark” application model in which the rule of law being over-extended by subsequent courts, and the model that is distinguished as “difficult to apply”, and the weightings of each fair use element in each category, try to clarify whether there should be different weight combinations for different utilization methods of different categories, in order to obtain the optimal balance model in applying the four elements of fair use.

KEYWORDS: Fair Use Doctrine, Rule of Law, Empirical Research, Computer Program, Appropriation Art