從*Cariou v. Prince*案看美國合理使用第一要素中「轉化利用（transformative use）」的判斷

高嘉鴻*

摘要

現行美國司法實務在判斷一著作之利用行為是否符合合理使用時，該利用行為是否構成合理使用第一要素「利用之目的及性質」之「轉化利用」，已成為判斷的關鍵主軸。本文透過對*Cariou v. Prince*一案之介紹，論述此「轉化利用」原則之運用沿革與發展趨勢。

關鍵字：著作權、合理使用、轉化利用

收稿日期：103 年 3 月 18 日

* 作者現為智慧財產局著作權組科員

壹、*Cariou v. Prince*案之事實及案由

Cariou是一位專業攝影家。他在1990年代中期花了六年，住在牙買加群島觀察名為Rastafarians的原住民。因為Cariou和他們所建立的關係，這些原住民因此願意讓Cariou拍攝原住民本身及當地風景的一系列照片。Cariou於2000年將這些照片出了一本寫真集「Yes Rasta」。根據Cariou的證言，他所照的照片「屬於經典的肖像照類別」，「完全沒有任何現代普普藝術的含意在其中」[1]。

出版社PowerHouse一次刷了7,000本攝影集「Yes Rasta」，發行市面。如同許多同類型的攝影集一般，其銷量並不佳。本書現在絕版，因為PowerHouse在2010年1月時賣出了5,791本，其中六成以上都是以低於建議零售價60美元的價格賣出。PowerHouse從銷售額中撥出8,000美元付給攝影著作權利人Cariou。Cariou除了該寫真集的出版，以及私底下賣給一些友人之外，並沒有將其所拍攝的照片做任何的出售或授權[2]。

Richard Prince是一位知名的「挪用藝術家」（appropriation artist）。根據英國泰特美術館的定義，所謂「挪用藝術」指的是「以或多或少的程度，直接將一個現實物品或一個現成的美術著作拿來利用的藝術」。Prince早在1970年代，就曾經將他人拍攝的照片或他人創作的圖像直接拿來利用，創作繪畫、拼貼畫（collage）等作品；他是一位挪用藝術界的佼佼者，其作品曾被紐約古根漢美術館、舊金山現代藝術美術館、巴塞爾現當代藝術博物館所展示。根據Prince自己的說法，他「全心投入於將別人的作品用完全不一樣的風貌表現出來」[3]。

Prince最早是在2005年於書店中在St.Barth看到Cariou的攝影集「Yes Rasta」。在2007年12月到2008年2月這段期間，他在St.Barth的Eden Rock飯店展示了一幅將35張攝影集「Yes Rasta」中的照片剪下訂在一片木板上，題名「Canal Zone」的拼貼畫。Prince有將拼貼的照片作大幅度的修正，例如把有些照片中原住民的臉用色塊遮蓋；有些照片他則只取其中一部分拼貼。在2008年，他又買了3本「Yes Rasta」攝影集，接著又運用其中的許多照片（整張全用或用一部分），

---

[1] Patrick Cariouo v. Richard Prince, Gagosian Gallery, Inc., Lawrence Gagosian（2013）, 4, Docket No.11-1197-cv, United States Court of Appeals, Second Circuit.

[2] *Id* 1 at 4-5.

[3] *Id* 1 at 5.

拼貼了29幅作品作為「Canal Zone」的系列作[4]。

「Yes Rasta」攝影集中之照片被Cariou利用的方式十分多元，在一些Prince的作品中，例如「James Brown Disco Ball」，他將Prince照片中原住民的頭部取下，拼貼在其他素材（男性、女性的身體）之上，而這些拼貼素材都貼在他自己繪製好的油畫布上——在這樣的作品中，Cariou所攝照片可說是完全地「被模糊了（obscured）」（如下圖，左為原告攝影作品，右為被告創作）；還有其他一些作品，Prince是將Cariou的照片放大或改變色調，並與其他人拍攝的照片拼貼在一起。Cariou攝影集中的原照片大小為12吋x9.5吋；而Prince的「Canal Zone」系列29幅畫作中的最小幅也有40吋x30吋，畫面是攝影集照片的十倍大。「James Brown Disco Ball」則是104吋x100吋的巨幅[5]。

但是，也有一些Prince的作品，例如「graduation」，Cariou的原照片因為只被Prince色塊遮住照片中原住民的雙眼及嘴巴，並拼貼上一把吉他，照片原貌仍可被清楚地辨認[6]（如下圖，左為原告攝影作品，右為被告創作）。

[4] *Id*.
[5] *Id* 1 at 5-6.
[6] *Id* 1 at 6.

2008年11月8日至12月20日，高加索藝廊展出了「Canal Zone」系列作22幅，也出版了供售之展覽圖錄。圖錄中囊括了所有「Canal Zone」系列作之作品，但Prince從未向Cariou取得使用照片的授權[7]。

在高加索藝廊展出Prince的作品之前，在2008年的8月底，有另一間畫廊的所有者Cristine Celle詢問Cariou是否有興趣舉辦攝影展。Celle一開始並未提及「Yes Rasta」，而是Cariou所攝另一組題名為「衝浪者（Surfer）」的作品。Cariou最終與Celle談好大致上的展覽內容，其中包括一些「Yes Rasta」系列作品，然而雙方就展覽的日期及相關細節皆無定案[8]。後來在高加索藝廊Prince展的展期中，Celle雖然聽說了Cariou的「Yes Rasta」照片已被使用，仍對展出Cariou其他的作品有興趣，但Cariou後來並無後續的回應，與Celle合作的展覽也一直沒有辦成[9]。

Cariou於2008年12月從Celle那裏得知了高加索藝廊「Canal Zone」展的消息，並在當月對Prince、高加索藝廊及其負責人Lawrence Gagosian提出著作權侵害之訴訟。Prince等人則以合理使用原則中之「轉化利用」原則抗辯，主張Prince的畫作已「轉化」了Cariou之攝影作品，故沒有侵害其著作權[10]。

---

[7] *Id* 1 at 7.
[8] *Id*.
[9] *Id* 1 at 8.
[10] *Id*.

貳、*Cariou v. Prince*案初審判決（紐約地方法院）

紐約地方法院審認同意原告Cariou的主張，理由如下：

一、有關合理使用第一要素的判斷

*Rogers v. Koons*一案之判決曾指出：「一個對於受著作權保護之表現的侵害，如果可以基於侵權者所主張『為了更高或歧異的藝術目的』之理由而被合理化，則合理使用將可被無限上綱，形同虛設[11]。」本庭無法認同被告主張中所隱含「不管是否對被利用之原作有任何形式之評論，挪用藝術本身（per se）即為合理使用」的概念[12]。

Prince於其證言中表示，他對他所利用照片本身的意義並不感興趣；他在創作藝術的過程中並無特別要表達的訊息；繪畫時，他無意針對被利用的原作或其他文化層面作評論[13]。Prince表示，他之所以創作「Canal Zone」，單純是為了向畢卡索、安迪・沃霍爾等人致敬，並為由自己所寫，以「後啟示錄時代之雷鬼樂團」為主題的劇本創作美麗的藝術作品；Prince還表示，他利用其他人的作品作為創作素材的理由目的是為了「在作品中儘可能加入事實，以減少臆測的成份」。這樣的目的，與Cariou拍攝系爭作品之目的是為了要傳達Rastafarians原住民文化之事實，兩者是相同的[14]。

總地來說，由於Prince「Canal Zone」繪畫中僅對Cariou的照片做了最小程度的轉化（the transformative content is minimal at best），而且其轉化亦未貫徹於所有28幅「Canal Zone」系列畫作中，故美國著作權法第107條合理使用第1要素有關「轉化性利用（transformative use）」的判斷可說是相當不利於被告[15]。

合理使用第一要素中，第2個要判斷的點為涉及侵害的作品「究係為了商業性目的，或為了非營利之教育目的」而作。Campbell一案之判決曾指出：「一個涉侵害作品轉化得越少，則越需考量其商業性的程度[16]」。高加索藝廊為了Prince

[11] 784 F.Supp.2d 337,347.
[12] *Id*.
[13] *Id*.11 at 349.
[14] *Id*.
[15] *Id*.11 at 350.
[16] *Id*.

的「Canal Zone」展在七家報紙上刊登廣告，並寄出了7,500份的邀請函，其中皆重製了Prince挪用Cariou照片而完成的作品。透過這些宣傳，最終有8幅Prince的作品以1,048萬美元的價格售出，所得的60%歸Prince、40%歸藝廊[17]。有鑑於這些事實，再加上Prince系爭作品轉化的程度不足，合理適用第一要素中有關「商業性」的判斷對原告的主張不利。

合理使用第一要素另一點可考量的是「被告行為的善意或惡意」。Prince及其助手在創作系爭作品過程中，從來沒有向攝影集「Yes Rasta」的出版社詢問授權事宜，亦從未透過Cariou於其公開網頁留下的e-mail，寄信徵求Cariou的同意，這明顯是惡意（bad faith）的行為。此外，高加索藝廊明知Prince以挪用他人作品聞名，卻沒有詢問Prince是否取得授權，亦沒有在Cariou發出「停止並終止請求」後取消展覽，其惡意同樣明顯[18]。

二、有關合理使用其他要素的判斷

Cariou所攝照片具有高度的原創性與創作性，因此有關合理使用第二要素的判斷，不支持Prince合理使用的主張[19]。

Prince在一些作品中，整張挪用了Cariou所攝照片；在另一些作品中，Prince則擷取了Cariou照片中的主要部分作為創作素材，這些主要部分可說是系爭照片的核心。因此，Prince所取用之部分「實質性地超越了其所必須」，有關合理使用第三要素「所利用之質量與比例」的審酌對被告的主張極為不利[20]。

有一位藝廊業者，因為聽說Prince在高加索藝廊所辦的展覽而打消展出系爭照片的念頭，是沒有爭議的事實。因此，Cariou所攝之系爭照片的市場確為被告所侵害[21]。此外，將自己的作品授權他人作衍生利用，是「一個創作者通常會做的」，因此廣泛的、未經授權之利用，將會損害授權創作衍生著作的市場，故合理使用第四要件的判斷亦不利於被告[22]。

---

[17] *Id.*11 at 350-351.
[18] *Id.*11 at 351.
[19] *Id.*11 at 352.
[20] *Id.*
[21] *Id.*11 at 253
[22] *Id.*

參、*Cariou v. Prince*案上訴審判決（聯邦第二巡迴法院）

上訴審聯邦第二巡迴法院以下列理由審認，系爭Prince的30幅畫作中，除有5幅因為與Cariou的原照片並沒有讓法院得以判定其轉化性的實質上不同，因此發回地院重新審理外，其餘25幅皆構成合理使用，撤銷地院判決。

一、有關合理使用第一要素的判斷

原審主張，要符合合理使用，一個衍生（二次）利用（secondary use）必須要對被利用之原作有所評論。然而這樣的前提並不是正確的。法律並沒有規定，二次利用必須要對原作本身或原作者有所評論才算「有轉化（transformative）」，一個二次著作就算是為了法律所定（批評、評論、新聞報導、教育、研究）以外之目的，仍有可能構成合理使用[23]。

透過觀察Prince的系爭30幅畫作，可認定除了其中的5幅之外，其他25幅作品皆有「轉化」的本質：25幅Prince的系爭作品中，展現了與Cariou所攝之照片完全不一樣的美感。Cariou散發寧靜感、精心取景的人物及風景照，描繪了Rastafarians原住民及其生活環境的自然美；相較之下Prince粗糙、不調和的畫風則讓人感覺具破壞與煽動性。Cariou的黑白照片是被印刷於12吋x9.5吋的攝影集中；Prince則在畫布上運用色彩、扭曲的人體及其他元素進行拼貼，且每一張畫布皆是Cariou照片的10到100倍大。Prince作品的構圖、表現方式、大小、用色及所用素材與系爭照片相較，都是全然不同且創新的[24]。

紐約地方法院審認Prince的作品不具「轉化性」，其主要的立論基礎是Prince所述其作品「並無表達特定訊息（doesn't really have a message）」的證言。然而重點應該是，一個作品在一位理性觀察者的眼中，有著怎麼樣的呈現。與其透過Prince的證言去限制本庭的審酌過程，我們選擇檢視一個藝術作品是如何「被理性地覺知（reasonably be perceived）」的。本庭判定Prince是否侵權的焦點主要在於其作品本身，而系爭30幅畫作中的25幅作品是具有「轉化性」的[25]。

---

[23] *Id* 1 at 11-12.
[24] *Id*.1 at 12-13.
[25] *Id*.1 at 14.

有關合理使用第一要素另一個要點「商業性」，在考量時必須審慎，因為最高法院曾在Campbell案中表示，國會通過著作權法107條的本意，並非是要定出一條「有商業性即非合理使用」之規定；一個作品轉化得越多，則其他考量點（如「商業性」等）的重要性也就越少。Prince的作品雖毫無疑義具商業性，但因為其具「轉化性」，則其「商業性」將不予深究[26]。

二、有關合理使用其他要素的判斷

有關合理使用第四要素，在*Blanch v. Koons*的判決中已清楚指出：「我們的考量並非在於衍生利用是否有壓迫（suppress）或甚至破壞（destroy）原作之市場或可能的衍生市場，而是衍生利用是否有強奪（usurp）原作市場的情形」。所謂衍生著作「強奪」市場，指的是衍生著作的目標客群和內容本質（the nature of the infringing content）與原作相同的情形[27]。

雖然Prince的一些作品用了Cariou特定照片中占顯著比例的元素，但不論是Prince還是高加索藝廊的Canal Zone展皆沒有「強奪」系爭照片的市場。Prince的觀眾與Cariou的觀眾有很大的不同，而且並沒有證據顯示Prince的作品曾經觸及——遑論「強奪」——Cariou照片的初始或衍生市場。沒有紀錄顯示Cariou有可能授權他人創作像「Canal Zone」一般的作品，亦沒有紀錄顯示Prince的作品有對Cariou照片的行銷造成任何的衝擊[28]。

最後一個要考慮的是合理使用第三要件「所利用之質量及其在整個著作所暫的比例」。原審地方法院認為Prince所取用之部分「實質性地超越了其所必須」；然而法律並沒有規定創作衍生作品的藝術家不可取用超過其所必須的原作內容。我們考慮的不只是被取用素材的量，還有它的品質以及對於原作之重要性。Prince在25幅畫作中雖然取用了Cariou照片的重要部份，但是Prince將這些照片轉化為全新且完全不同的作品，因此此要件的考量對Prince的合理使用主張有利[29]。

---

[26] *Id.*1 at 15-16.
[27] *Id.*1 at 16-17
[28] *Id* 1 at 18-19.
[29] *Id* 1 at 19-20.

三、其他（就系爭30幅畫作中其中5幅之審認）

分別題名為「Graduation」、「Meditation」、「Canal Zone （2008）」、「Canal Zone （2007）」及「Charlie Company」的5幅畫作，與Cariou的照片並無實質上的差異，讓我們無法自信地判定其是否具有轉化性。雖然Prince在這幾幅作品中對於Cariou的照片所作的最低程度改變（minimal alterations），將原始照片所表現之經典人像及風景元素引導至不同的方向，我們仍無法確定其是否呈現了「新的表達、意義或訊息（new expression, meaning or message）[30]」。地方法院作為初審法院，更適合來判斷這5幅作品對原照片所作的最低程度改變是否成立合理使用，或是否不可原諒地侵害了Cariou的著作權。這部分退回地院重審[31]。

肆、心得與評析

美國著作權法第107條訂有合理使用規定，一個著作利用行為只要符合該規定，就算不經過原著作財產權人的授權，亦不會構成侵權行為。依據該條規定，合理使用須考量的有以下四個要素：（1）利用之目的及性質，包括係為商業目的或非營利教育之目的、（2）著作之性質、（3）所利用之質量及其在整個著作所占之比例、（4）利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響。其中第一要素主要考量利用行為是否在創作目的及利用結果之呈現上構成與原著作相異之「轉化利用」，以及該利用行為是否涉及營利。雖然如後將詳述之「轉化原則」通常會主導整個第一要素的判斷，但是一個為非營利教育目之利用行為相較於具營利性質者，仍較會被認為符合合理使用[32]。第二要素考量被利用著作之性質，例如由於著作權的終極目標是要促進資訊的流通，因此如果被利用著作是屬於科技、自傳及歷史類等富含資訊的作品，則利用行為成立合理使用的空間較大；此外，考量到著作人對其著作有公開發表之權利，如果被利用著作尚未出版，則利用行為成立合理使用的空間較小[33]。第三要素主要考量一個利用行為所利用的原著作之質量及比例，是否已經超過其為合理使用目的所必要之程度，例如，如果為了

[30] *Id* 1 at 20.
[31] *Id* 1 at 22.
[32] Marshall A. Leaffer, Understanding Copyright Law, p.495-496（2010）.
[33] *Id*. 32 at 497-498.

撰寫一文學評論，引用原著的兩個段落已足，則如果引用原著兩頁的完整內容就可能無法成立合理使用[34]。第四要素如同法條文字所述，如果一利用行為對被利用著作之潛在市場與現在價值產生影響，直接威脅到著作權法所要賦予著作人的創作誘因（例如會取代原著市場的音樂CD、電影DVD之盜版行為），則該利用行為成立合理使用的空間就會縮小[35]。

一般來說，法院在判斷是否符合合理使用時，會綜合審酌上述四個要素，然而近年來美國司法實務漸漸以利用行為是否構成第一要素中所謂的「轉化利用」，來作為判斷的主軸。由前述*Cariou v. Prince*案的初審及上訴審判決即可得知，雖然法院就合理使用的四個要素都有分別作論述，但真正的決定性關鍵仍在於系爭利用行為是否構成「轉化利用」：初審主要針對被告行為不具第一要素之「轉化性」進行論述，其他的要素則蜻蜓點水式地帶過；上訴審亦就相同爭點作反駁，認為被告行為應具有「轉化性」，此外更指出雖然被告之利用行為不僅具商業性且取用了原告照片的重要部分，但在其具有「轉化性」之前提下，其他要素的重要性就會降低，因此被告大部分之利用行為仍成立合理使用。以下特就此「轉化利用」原則合理使用法理中的發展沿革作介紹。

對於美國合理使用第一考量要素「利用之目的及性質」的解釋中，最早出現「轉化（transform）」的概念是在1990年，由時任紐約南區地方法院法官的Pierre Leval於其著名論文「Toward a Fair Use」中所提出：「如果一個二次利用行為對原作添加了價值——亦即被引用之內容作為原始材料，因為新資訊、新美學、新發想或理解的產生而被轉化，即屬合理使用法理為社會文化之豐富性所欲保護之利用形態[36]」。但是在1994年前，「轉化原則」鮮少被適用於判決之中，例如1992年的*Rogers v. Koons*一案，藝術家Jeff Koons利用攝影家Art Rogers所攝之照片創作出相似、但味道不同之雕塑，作為對現代社會的嘲諷與反思，就被聯邦第二巡迴法院以「是否構成詼諧仿作（parody）？」為討論焦點，審認Jeff Koons侵權：「被利用之原作，至少必須是利用人詼諧仿作行為嘲諷對象的一部分[37]」。也就是說，引用A作品嘲諷「A作品本身或至少A作品之一部分」可能構

[34] *Id*. 32 at 499.
[35] *Id*. 32 at 500-501.
[36] Pierre N.Leval, *Toward a Fair Use Standard*, 103 Harv. L. Rev. 1105（1990）.
[37] 960 F.2D 301, 309-313（1992）.

成合理使用，但引用A作品去嘲諷「A作品外之其他不相干之對象」，則無法被視為詼諧仿作。

1994年，在*Campbell v. Acuff Rose Music*的最高法院判決中，被告改編電影「麻雀變鳳凰」主題曲「Pretty Woman」成一首具詼諧仿作性質之歌曲，被審認為有「轉化」，因此不侵權。以此判決之問世時點為分水嶺，「利用行為是否屬於轉化的利用（transformative use）」開始逐漸成為合理使用第一要素，甚至是合理使用整體的討論重點：「『轉化的利用』雖非成立合理使用的絕對必要條件，但著作權法制度促進文化發展之目標，一般來說都是靠『轉化的利用』所達成的。這樣的（轉化利用）作品，屬於著作權法架構中由合理使用原則所確保，利用人行為不構成侵害的轉圜空間之核心部分。此外，一個二次利用的轉化程度越高，其他如『商業性』等合理使用考量要素的重要性就越低[38]」。於是在1996年，同樣是藝術家Koons在創作藝術品的過程中擅自挪用他人攝影著作內容的*Blanch v. Koons*一案，被告Koons的利用行為被認為具有與原作完全不同之創作性，屬於「轉化的利用」而構成合理使用。

回到*Cariou v. Prince*，雖然在本案2012年的初審中，紐約地院似乎退回1992年*Roger v. Koons*之標準，認為要符合合理使用，一個衍生利用必須要對被利用之原作有所評論，但後來被2013年上訴審之聯邦第二巡迴法院否決。如前述，從上訴審判決我們可以知道，法院不僅延續了這十多年來有關合理使用判斷的兩大走向：1.在合理使用第一要素的判定中，「利用人之行為／作品是否構成轉化」是關鍵、2.一旦構成合理使用第一要素中的「轉化」，其他合理使用要素的重要性就降低[39]，還對於構成「轉化」的標準採寬鬆解釋，亦即利用者的行為就算不具有主觀上的任何特定目的（不一定必須是為了詼諧諷刺或作什麼樣的評論），就算只是「單純自己高興」，只要一個二次創作可「被理性地覺知（reasonably be perceived）」有所轉化，亦可能構成合理使用。此處「被理性地覺知」的文字，是否暗示未來美國合理使用第一要素中「轉化」的判斷會依據更不受拘束、客觀之標準，值得注意。

---

[38] 114 S. Ct. 1164（1994）.

[39] 有關美國從1978年合理使用原則入法以來至2005年合理使用要素之實務適用情形之實証研究，參見 Barton Beebe, *An Empirical Study of U.S. Copyright Fair Use Opinions*, 1978-2005, U.PA. L.Rev. 605（2008）。

當然，因為本案上訴審對於幾乎使用整張攝影原作，改作度很小的5幅Prince的畫作並沒有作出其為合理使用的判斷而發回地院重審，因此也不代表任何的著作物利用行為都必然不構成侵害。然而，有鑑於許多利用現有著作物的行為，特別是藝術創作，有其特殊性與促進文化發展的正當性，*Cariou v. Prince*確實帶給我們許多思考的空間。未來有關美國合理使用原則的實務適用狀況，特別是「轉化的利用」如何被認定，仍值得我們持續觀察。