第六章

利用目的與性質之審酌

舉凡是利用行為，皆有一定之目的；不同目的之行為，其性質亦皆有別。利用行為之目的與行質，既恆因其目的與性質之不同，而大異其趣。我國著作權法第六十五條第二項第一款規定：「利用之目的及性質，包括係為商業目的或非營利教育目的」，乃係法院審核利用行為是否構成合理使用時，所應審酌的一項法定事實。依據著作權法的學說與實務見解，對於如何適用本款規定，藉以協助法院判斷利用行為是否構成合理使用，利用行為之目的與性質，既屬一項極為重要且屬複雜的議題，則其審酌之準則如何？即值研究。

第一節　積極使用行為

長期以來，著作權法對於一些具有積極生產性意義之利用行為（productive use），例如：出於教育目的，或為報導新聞或學術研究之目的，或為從事評論之目的，皆公認可以藉由主張合理使用，而可以免於負

侵害著作權的責任。支持這種見解的原因，認為出於這些目的之利用行為，大多係為創作而有使用他人著作之固有需要。由為此種利用行為之結果與本質，與著作權法鼓勵創作、傳播資訊、促進文化進步的立法宗旨，完合吻合，頗能符合創制著作權合理使用制度的初衷，故而，在著作權法傳統理論中，對於具有如上特徵之利用行為，皆統稱之為具有生產意義的「積極利用行為」或簡稱「積極使用」；或有另譯作「有生產力之利用行為」）。長期以來，這種積極利用為，一直被認為可以在合理範圍內，主張合理使用。[1]

前美國哈佛大學法學院教授 LEON SELZER 曾在他的專著----著作權法合理使用與法定例外（*Exemptions and Fair Use in Copyright Law*）一書中指出，[2]在著作權法發展歷史上，傳統類型的合理使用，大多是「其生也晚」的「後輩著作人」（second author），為了創作新作品，而始利用「前輩著作人」（a first author）著作之情形。[3]由於「後輩著作人」植基於「前輩著作人」的著作，並投入「後輩著作人」「具有社會價值的創造性要素」（socially valuable creative element），藉以產出「後輩著作人」的後繼著作，此種利用行為，方屬應可以主張合理使用他人著作之利用型態。[4]

在著作權法上，雖然法院應綜合審酌所有事實，而不得以單一特定因素，作為判斷利用行為是否構成合理使用之依據。惟於事實上，由於一些利用行為之性質，例如「積極利用行為」（productive use）類型，因為在性質上，其理論邏輯性格較優，較能契合著作權法之立法宗旨，或較能實現著作權法之制訂目的，故於著作權法理論上，對於具有此種社會生產力

[1] MARSHALL A. LEAFFER, *UNDERSTANDING COPYRIGHT LAW* 299 (1989).
[2] LEON E. SELTZER, *EXEMPTIONS AND FAIR USE IN COPYRIGHT----THE EXCLUSIVE RIGHTS TENSIONS IN THE 1976 COPYRIGHT ACT.* 24 (1978).
[3] (“it has always to do with a use by a second author of a first author’s work”.) *id.*
[4] LEAFFER, *supra* note 1.

之利用行為，較易於被認定為合理使用。

以美國法為例，一般所指之積極利用行為，其較為典型之型態殆為著作權法第一〇七條第一項「前言」所指之六種利用行為類型：即「評論」、「講評」、「報導新聞」、「教學」、「學術」或「研究」等行為。由於合理使用條款第一項特別「列舉」之上述六種利用行為，其性質皆屬於學理上「具有生產力之利用行為」，因之，凡是具有如此性質的利用行為，自然較易受到合理使用之認定。[5]

我國著作權法第六十五條規定，雖然並未有如同美國著作權法第一〇七條第一項之前言規定，然而，在我國著作權法的第四十四條至六十三條的前置條文之中，亦可羅列出不少在與美國著作權法第一〇七條第一項前言文字相似之「積極利用行為」，這些利用行為的共同特徵，即是利用之目的（或利用者之利用目的），大多數係為了創作新著作，而始有利用他人著作的需求。為了鼓勵此種利用行為，我國著作權法亦參酌多數先進國家的立法例，將之一一標舉在合理使用條款（第六十五條）之前，明文表明：出於這些利用目的之行為，皆得在一定之合理範圍、利用合理方法、在合理程度之內，可以無償、無責使用他人之著作。

分析我國著作權法上屬於「積極利用」之類型規定，分別計有如下數種：

一、為授課需用而重製他人著作（第四十六條）；[6]

[5] 然推定該項利用行為構成合理使用，惟此類行為，較易於獲得構成合理使用之有利認定，並獲得美國國會特別將之明定於著作權法合理使用之中，作為合理使用行為類型之舉例說明之用，則屬不爭之事實。*See* NIMMER, *3 NIMMER ON COPYRIGHT* at §13.05[A]，13-160（1994）. *See also* E. Scott Fruehwald, *The Parody Fair Use Defense after Campbell.* 18 Colum.-VLA .J.L. & Arts 103, 120 (1994).

[6] 第四十六條（第一項）：

二、為編製教科用書而合理使用他人著作（第四十七條）；[7]

三、為報導新聞而利用他人著作（第四十九條）；[8]

四、為報導、評論、教學、研究目的之需要而引用他人著作（第五十二條）。[9]

第一項　教育目的之使用

在侵害著作權案件中，若被告以其利用行為係合理使用而提出抗辯時，審理法院便依照著作權法第六十五條第二項規定加以審酌，並應特別注意該項利用行為之「目的及性質」（the purpose and character of the use）特別是法院所予審酌內容，應「包括係為商業目的，或非營利教育目的」在內。[10]

依法設立之各級學校及其擔任教學之人，為學校授課需要，在合理範圍內，得重製他人已公開發表之著作。

[7] 第四十七條：
為編製依法令應經教育行政機關審定之教科用書，或教育行政機關編製教科用書者，在合理範圍內，得重製、改作或編輯他人已公開發表之著作。
前項規定，於編製附隨於該教科用書且專供教學之人教學用之輔助用品，準用之。但以由該教科用書編製者編製為限。
依法設立之各級學校或教育機構，為教育目的之必要，在合理範圍內，得公開播送他人已公開發表之著作。
前三項情形，利用人應將利用情形通知著作財產權人並支付使用報酬。使用報酬率，由主管機關定之。

[8] 第四十九條：
以廣播、攝影、錄影、新聞紙或其他方法為時事報導者，在報導之必要範圍內，得利用其報導過程中所接觸之著作。

[9] 第五十二條：
為報導、評論、教學、研究或其他正當目的之必要，在合理範圍內，得引用已公開發表之著作。

[10] 美國著作權法第一〇七條第一款之規定，亦有相同之內容： ”the purpose and the character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purpose”. 17 U.S.C. § 107 (1).

教育之目的，在於傳道、授業與解惑，而傳道、授業者，無非即在於傳播知識與文化。故教育之目的，其與著作權制度所由建立之宗旨本即相符。因之於伯恩公約及許多重要國家的著作權法制上，為使教育活動得以順利實施，對於為教育目的而有重製利用他人享有著作權之著作之必要、或有以公開口述或演出方式，或以其他任何可能方式利用他人之著作之需要者，無不於著作權法上設置特別優惠規定，豁免特定教學活動者之責任，或特別彰顯出於教育目的之利用行為得以主張合理使用。另外，在著作權法理論上，由於基於教育目的之利用，性質上亦足以鼓勵、孕育未來之創作，具有生產力，向來總被認為屬於典型的的「積極利用行為」類型，可以構成合理便用。

我國著作權法體應教育活動的本質上需要，分別在著作權法第三章第三節第四款的第四十六條、第四十七條及第五十二條等數項條文中，特別針對與教育或教學有關之活動，明訂得於一定條件下，合理使用他人著作。這些經我國著作權法明定可以合理使用他人著作之類型如下：

一、為學校教學需要之重製利用（第四十六條）

二、為教育目的之公開播送或利用行為（第四十七條）

三、摘錄引用（第五十二條）

第一款　為學校教學需要之重製利用

第一目　適用主體

著作權法第四十六條規定：

依法設立之各級學校及其擔任教學之人，為學校授課需要，在合理範圍內，得重製他人已公開發表之著作（第一項）。

第四十四條但書規定，於前項情形準用之（第二項）。

依本條規定得主張合理使用之行為主體，限於「依法設立之各級學校」與「在依法設立各級學校擔任教學之人」二種。凡是屬於上述之主體，為授課教學需要，皆得在合理範圍內，以重製方式利用他人已公開發表之著作。

本條所謂「依法設立之各級學校」，係指依據大學法、師範教育法、高級中學法、職業學校法、國民教育法及幼稚教育法等法律規定所設立之各級「制式教育機構」而言。惟由於條文僅提及「依法設立之各級學校」及「擔任教學之人」，前者乃係團體單位，後者並未指明是否以教師為限，故於適用上遇有並非教師，而係接受教師之指示而協助從事教學之學校人員，例如助教人員，或事務人員，倘若係以「擔任教學之人之輔助人員」身份，並基於為學校授課需要而重製使用他人著作，個人以為應皆有本條之適用，良以本條規定之重點，係在於「於依法設立之各級學校擔任教學之人」，故應許其有較大之解釋空間，凡是於依法設立之各級學校中擔任

教學之教師或協助其教學活動之人員，自應皆許其等得主張為學校授課之需要，而以重製方式，合理利用他人已公開發表之著作。就此我國臺灣高等法院於八十三年度上易字第二四二四號刑事判決，即曾提出如後見解：

> 查原著作人黃〇〇提供予高〇公司之書面說明中，一開始即陳明其之所以編該書，乃是為了教學目的上之方便（按黃〇〇任教於光〇工專，巫維標則任教於東〇工專）及減輕學生之經濟負擔，此係純為教學之正當目的，應可認為本條所定合理使用之範圍。否則任何教科書都因涉及銷售，難道就此失其教學、研究或其他正當目的之必要。

至於前述法定制式教育機構以外之其他教育機構，例如：私人企業內部之教育機構，各種升學或高、普考補習班；或在這些「非制式機構」內任職之教學人員，由於其並非依法設立之學校或法定教學人員，依現行法條用語，依法皆無適用本條規定之可能。就此，實務案例（臺灣臺北地方法院檢察署八十八年度偵字第一七二四一號起訴書）亦曾有如下之見解：

> 又稱「為教學之目的」，應限於學校教師單純為直接供課堂上教學活動之用而言。被告所編印之上開教材，係充作「日〇」補習班招攬學生收取補習費之工具，易言之，係基於營利之目的，與「為教學之目的」不合。

另者，縱使為依法設立之學校，或於依法設立學校擔任教學之人，然其利用行為必需係為在學校授課教學之需要，始得主張其利用行為為合理使用，逾越此一目的，自非教學目的。又條文所指之「為在學校授課教學的需要」，應不包括在這些提供制式教育的學校中制式教學活動以外之推廣教育在內。由於目前國內許多依法設立之各級學校，除辦理各種法定制式教學活動外，尚於制式教學活動之外，再利用學校的師資及設備資源，辦理各種推廣教育課程或補習課程，例如各種推廣教育學分班。此種推廣課

程，性質上固亦為「教育活動」之一種，然於解釋上，應非本條所指之制式教學活動，且於事實上，此種推廣活動，多係出於為「商業」或「具有營利」之目的，故而此種教學活動，應非本條所指之教學活動。實例所見，一九八三年美國第三上訴法院在 *Association of American Medical Colleges v. Mikaelian et al*（1983）[11]一案（”*Mikaelian”*）所表示的見解，即有相當清楚的說明。

第二目　“*Mikaelian*”案介紹

在本案中，被告 Viken Mikaelian 係一家名為 Multiprep 的補習班的獨資經營者，該補習班係專門召收準備參加醫學院入學測驗的考生，在該補習班所提供的十四週為一期、一期收費美金四百八十五元的醫學院入學考試補習課程上，被告被控未經原告「美國全國醫學院協會」（Association of American Medical Colleges；”AAMC”）之授權及同意，即擅自將被告個人共計八次親自參加原告舉辦的「醫學院入學筆試」而取得的試題，予以重製利用，並名之為「全真試題」（facsimile questions），提供給補習班的考生作為教材使用。

前述由被告重製之「醫學院入學許可測驗」（Medical College Admission test; “MCAT”）試題，係原告特別設計並命題之試題，用來測驗申請就讀美國境內所有醫學院學生之基礎學科能力與性向適性之用。這些試題皆依法由原告享有著作權。原告為保持試務之公平與客觀，向來皆未曾授權外

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

界利用，並且在辦理考試試務時，設計十分嚴密的保全措施，以免試題內容外洩，引起外界對於考試公平性的質疑。

被告未經原告同意，即擅自重製原告享有著作權之試題，並提供給其補習班學生作為模擬教材，原告認為被告之利用行為侵害其著作權，乃向美國聯邦賓州東區地方法院，請求頒發「暫時禁制令」（preliminary injunction）及「扣押令狀」（writs of seizure）。

受理本案的美國聯邦賓州東區地方法院，認為被告為提供補習教育試題之目的而利用原告之試題著作，並非「無償之教育目的行為」，而係「以營利為目的之商業行為」；並且進而認定被告利用之數量，既屬大量，而在實質上亦為高達百分之九十以上之重製使用，因而認應被告之利用行為不得成合理使用。[12]

惟應注意者，倘若非本條所明定之行為主體，惟其利用行為係出於非營利之教育目的時，是否可以依據本條規定主張合理使用，似有疑問。然而我國著作權法尚於第五十二條及第六十五條第二項規定，可以容許該行為人以一般人（或非制式教育機構人員）身份，主張其利用為係出於教育之目的，而依法請求法院認定其利用行為構成合理使用。

[12] 此外，賓州東區地方法院更以如下理由，認定被告之利用行為不能構成對於原告試題著作之合理使用：一、原告為確保其測驗及試務之公正性，從未曾同意他人使用其測驗試題作為應試準備之用，以免使得事先參加以此種試題作為應試準備之人，無形中獲得不公平的利益。因為原告試題具有此種特質之故，審理法院乃認為原告享有著作權的「醫學院入學許可測驗試題」，屬於未公開發表的著作(unpublished works)，其性質是一種不宜接受合理使用主張的著作。二、其次，承審本案的聯邦地方法院認為，若任令被告係以營利之目的而對原告獲有著作權之試題，從事幾近全部利用之行為，其結果勢將使得原告試題之價值，不值一文。這種使受著作權法保護之著作的「價值」受到破壞的利用行為，自然不得成立合理使用。同上註。

第三目　本款利用行為及其態樣分析

依條文意旨，依法設立之各級學校及於在學校中擔任教學人員，皆得以重製方式，合理利用他人已公開發表之著作，是本條規定之利用行為型態，似以「重製」行為為限，雖然重製行為乃是公認著作人所享有著作權利之中，最重要且用途最廣泛之專有權利，但是為實施教學或為授課需要，事實上不止以重製方式利用他人著作一種而已，除此之外，出於教學目的之利用行為，尚包含以口述、演出、展示、改作等方式所從事之利用型態。然而，本條規定僅只限於重製利用，始得依據本條規定，主張合理使用，此一規定範圍，顯然過於狹隘，事實上不敷多元內容的教學需要。抑有進者，若反面解釋，是否其他教學或授課需要之非重製利用行為，即不得主張為合理之使用？此種見解，當然不妥，並且顯因之滋生諸多不便與困擾。

作者個人以為，本條獨厚重製利用行為而不及於其他利用行為，此種規定，並非允當，依據「舉重以明輕」之法理，似可解為以重製以外之方式利用他人享有著作權者，亦得主張合理使用。或者，更可直接援引著作權法第六十五條第二項規定，將之視為該條所指之「其他合理使用情形」，而逕依第六十五條規定，加以審酌，以判斷同樣係出於教學之需要，而以重製以外方法，利用他人著作之行為，是否得以構成合理使用。

此外，若為貫徹本條立法意旨，作者亦建議應將本條修正成為：「在合理範圍內，得利用他人……之著作」，以期符合多元化教學之需要。

第四目　以他人已公開發表之著作為利用對象之商榷

依本條文規定，以重製方式加以利用之著作，限於以他人已公開發表之著作為限。[13]此種「以他人已公開發表之著作為限」之規定，與本法第四十四條及第四十五條所定：「政府機關基於行政及立法運作目的」，或「專為司法程序目的之使用」，二者並未限定以已公開發表著作為限之規定，顯有不同。何以本條規定之利用對象，硬性限於以已公開發表之著作？其理由何在？參諸立法說明，並未見有明文說明。然而參考美國著作權法之規定，除向來從未明文限制利用對象應以他人已公開發表之著作為限外，美國著作權法更進一步於一九九二年修正時，在第一〇七條第四款規定中，明文強調不得因為被利用之著作本身為尚未公開發表著作之事實，而妨礙構成合理使用之判定，其修正之條文如下：

> 參酌考量上述事實判定著作之利用行為是否構成合理使用時，不得因該被利用之著作本身為尚未公開發表著作之事實，而妨礙對之為構成合理使用之判定。[14]

作者以為，我國著作權法上對於利用對象限於已公開發表著作始得主張合理使用之規定，實無必要。作者所持理由，除基於我國著作權合理使用條款之來源國美國著作權法並無相同之限，並更於一九九二年修正著作權法時，明文強調：「著作之利用行為是否構成合理使用，不得因被利用之著作本身為尚未公開發表著作之事實，而妨礙為構成合理使用之判定」；此外，更由於我國自八十七年修正著作權法之後，著作權法第六十五條規

[13] 關於依本條規定，得予重製利用者，以他人已公開發表之著作為限，此一限制規定並非允洽，作者擬於本研究稍後之討論中，再予詳細說明，於茲暫不贅述。

[14] "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". (As amended, Pub.L. 101-650, 104 Stat. 5089 (1990); Pub.L. 102-492, 106 Stat. 3145 (1992)).

定，已成為判斷所有利用行為是否構成合理使用之獨立規定，任何著作權法第四十四條至第六十三條所指利用行為以外之所有利用行為，皆得依據第六十五條第二項規定，主張合理使用。因之，於理論上對於依法設立之各級學校及其擔任教學之人，若為學校授課需要，依據第四十六條規定，在合理範圍內，固得重製他人已公開發表之著作，然而「對於他人尚未公開發表之著作」之利用行為，雖然不符著作權法第四十六條規定，但是猶然無礙於依法設立之各級學校及其擔任教學之人，另行引用著作權法第六十五條第二項規定，為學校授課需要而在合理範圍內，利用他人尚未公開發表之著作。

第五目　本款消極規定之妥當性商榷

本條第二項規定：「第四十四條但書規定，於前項情形準用之」。所指之第四十四但書規定，係指：「但依該著作之種類、用途及其重製物之數量、方法，有害於著作權人之利益者，不在此限」。依據此項規定，學校或其擔任教學之人，雖得以重製方式，利用他人已公開發表之著作，惟其利用行為應遵守第四十四條但書之規定，亦即：不得因之有害於被利用著作之著作權人的利益。

作者以為，本條但書既已規定，本條所訂之利用行為，應不得違反第四十四條但書之規定，即依該著作之種類、用途及其重製物之數量、方法，若利用行為係有害於著作權人之利益者，即不得利用之。然而於此之外，我國著作權法尚於第六十五條，專就亦得適用本條之規定內，規定「著作之利用是否合於第四十四條至第六十三條規定，應審酌一切情狀，尤應注

意左列事項，以為判斷之標準：一、利用之目的及性質，包括係為商業目的或非營利教育目的。二、……。」此一但書規定內容與第六十五條規定，實屬重疊之規定，二者相較，第四十四條但書規定僅提及「該著作之種類、用途及其重製物之數量、方法，以及是否有害於著作權人之利益」；惟第六十五條之規定，則要求法院應審酌審酌利用行為之「一切情狀」並「尤應注意左列四款事項，以為判斷之標準」，二者實有相當之重疊，並且，依第六十五條規定應予審酌之事項及範圍，復顯然更較第四十四條但書規定所訂之審酌範圍，更寬更大，並能將第四十四條但書所定內容包括在內，則本條但書之規定，實無重複規定之必要。

第二款

為編製教科用書之利用行為或為教育目的之公開播送

我國著作權法第四十七條規定全文如下：

第四十七條

為編製依法令應經教育行政機關審定之教科用書，或教育行政機關編製教科用書者，在合理範圍內，得重製、改作或編輯他人已公開發表之著作。

前項規定，於編製附隨於該教科用書且專供教學之人教學用之輔助用品，準用之。但以由該教科用書編製者編製為限。

依法設立之各級學校或教育機構，為教育目的之必要，在合理範圍內，得公開播送他人已公開發表之著作。

前三項情形，利用人應將利用情形通知著作財產權人並支付使用報酬。使用報酬率，由主管機關定之。

依據上述規定，本條所指之利用行為，可以分成下列四種利用行為：

（一）為編製依法令應經教育行政機關審定教科用書之目的，而在合理範圍內，重製、改作或編輯他人已公開發表之著作；

（二）教育行政機關為編製教科用書之目的，而在合理範圍內，重製、改作或編輯他人已公開發表之著作；

（三）教科用書編製者，為編製附隨於該教科用書且專供教學之人教學用之輔助用品，而在合理範圍內，重製、改作或編輯他人已公開發表之著作；

（四）依法設立之各級學校或教育機構，為教育目的，在合理範圍內，公開播送他人已公開發表之著作。

依照本條規定，上述四種得主張合理使用之行為，應基於教育之目的，至於行為之型態，限於以：重製、改作或編輯之行為（本條第一項、第二項）；或以公開播送方式（第三項）利用他人著作之行為等。

另者，依照本條規定，得被重製、改作或編輯之或公開播放之著作，以他人業已公開發表之著作為限。故而，倘使被利用之著作，係他人尚未公開發表之著作，依照本條規定，似即不得對之主張合理使用。此一將利

用之對象，限於「他人業已公開發表之著作」，而排除對於他人尚未公開發表著作，此一規定之不妥之處，已如前述，不再贅述。抑且，本條對於出於教育目的而主張合理使用之利用行為態樣，僅只限於「公開播送」、「重製」、「改作」或「編輯」四種型態而已，除此之外之利用行為，僅得另行依據著作權法第六十五條第二項之規定，予以個案審酌。此種限制，恐亦不敷多元教育目的所需。

依美國實務見解，教科書主要係為供在校學生的學習需求而創作並發行，故而概念上的「教科書市場」，自然係由在校學生所構成。由於此一市場與以社會大眾為創作及發行對象之市場，二者顯有不同，「教科書市場」之範圍通常不如一般以社會大眾為發行對象之市場來得寬廣。因之，對於教科書之利用行為，即有可能因為教科書的市場規模較小，而容易招至實質的損害。此外，編寫教科書主要係為供應教育之目的，出於此種目的之利用行為，本來即因利用行為屬於「積極使用」，而易受構成合理使用之認定，故而為使編寫教科書之作者，可以便利地使用他人著作，或降低其獲得使用授權之障礙，我國乃於八十七年修正著作權法時，另於第四十七條增訂第四項規定，明定：「前三項情形，利用人應將利用情形通知著作財產權人並支付使用報酬。使用報酬率，由主管機關定之。」

學者蕭雄淋先生，曾經建議建立「法定授權」之機制，使編寫教科書之人，遇有利用他人著作之需要時，可以依據由主管機關事先訂定之「使用報酬率」，僅要踐行支付一定報酬，並於通知著作財產權人之程序後，即得開始利用或為公開之播送行為，[15]此一修正建議，獲得採納，並成為第四十七條第四項之規定。增訂第四項之效果，在實際上可以減少教科書市場受到損害的可能。然而第四十七條第四項之規定，亦同時使得本條之

[15] 請參見蕭雄淋著，新著作權法逐條釋義（二），民國八十五年五月初版，頁七十六至七十七。

規範型態，性質上不再是著作權法上之合理使用，而成為「法定使用授權」，即依據此項規定利用他人著作者，當然即屬對於他人著作之合法使用，再也毋庸考量其合理與否。

第三款

美國 *Princeton University Press* 案討論

本案事實

本案被告（即上訴人）「密西根文件服務公司」（Michigan Document Services, Inc.；MDS）及其負責人 James M. Smith，係一家在美國密西根大學校外經營文件影印服務之公司。由於密西根大學規定在該校開課的老師，必須在每一學期結束前，預先就下一學期所開設課程，指定上課使用教材，以便選修該課程之學生，得以事先準備。而被告為服務該學生，便配合在每一學期期末時，事先蒐集由密西根大學的老師所指定的上課教材，並由授課老師交付至被告店內之後，再由被告根據可能選課學生人數，以影印方式加以重製並編輯成「課堂講義集」（coursepacks），提供選課學生在下學期開課前，自行前往購買。惟選課學生，亦得自行前往學校圖書館影印由教師所指定之教材；或向其他同學借來影印；甚或自己購買原版著作使用。由被告所編印的「課堂講義集」，其內容包括：期刊論文、報紙論文、上課筆記或摘要、測驗範例以及書籍摘要等內容。這些由被告 MDS 所編印的「課堂講義集」，其售價係根據講義的頁數多寡而定，由學生支付予被告。

本案原告（即被上訴人）共有三位：「普林斯頓大學出版部」（Princeton University Press）、「麥克米蘭公司」（Macmillan, Inc.）以及「聖馬丁出版社」（St. Martin's Press, Inc.）等三家出版商。由於這三家出版商所出版的著作中，分別共有六篇著作之一部分，係由密西根大學七位授課教授事先指定後，交予被告所經營的影印店，由被告連同其他非本案原告之著作，加以影印裝訂成為「課堂講義集」的一部分，對於被告以如上方法摘取（excerpts）之利用行為，原告認為係侵害著作權之行為，乃共同向密西根州東區聯邦地方法院提起本件侵害著作權損害賠償之民事訴訟。[16]

在本案中，原告共有如下六篇享有著作權之著作，受到被告以如下方式，加以摘取重製：

[16] *Princeton University Press v. Michigan Document Service*, 855 F. Supp. 905, 913 (E.D. Mich. 1994), 74 F.3d 1512, 99 F.3d 138 (6th Cir. 1996) (*en banc*).

編號	原告之著作		被告重製頁數及比例	
	著作者	著作名稱		
1	Nancy J. Weiss	*Farewell to the Party of Lincoln：Black Politics in the Age of FDR*	95	30%
2	Walter Lippmann	*Public Opinion*	45	18%
3	Milton Rokeach	*The Nature of Human Values*	77	18%
4	Robert E. Lane	*Political Ideology：Why the American Common Man Believes What He Does*	78	16%
5	Roger Brown	*Social Psychology*	52	8%
6	James S. Olson ＆Randy Roberts	*Where the Domino Fell：America and Vietnam*	17	5%

密西根大學提供上述資料的教授，均簽署一份聲明，指出他們並未要求被告 MDS 影印該些資料，反而，他們聲稱均在課堂上對於學生指定使用原告的整部著作作為上課教材。被告 MDS 則係被控在一九九二年下學期，對於密西根大學學生出售其內包含原告享有著作權的上述六篇著作之部分摘要，並編入「課堂講義集」，提供學生使用。

在六位原告出版商中，每家均設有專責部門，負責處理各界申請使用其出版物許可之事務。原告通常皆要求申請人應支付使用權利金後，方得影印原告出版著作之一部分，並與原著作人共同分配所收取之權利金。另

外，原告有時亦同意他人免費使用其著作，惟有時則全然拒絕他人之使用申請。

於本案中，被告 MDS 並未曾向原告請求以摘取部分內容方式，利用原告之著作以便編印「課堂講義集」，被告亦未曾支付原告任何之使用權利金。儘管於本案中，被告所影印之著作，僅為六件，然而，依被告 MDS 之總經理估計，原告被利用之六件著作，僅僅為被告所印製數千件著作摘要當中的一部分而已。

第二目　本案程序經過

本案原告先向密西根東區聯邦地方法院（East District Court of Michigan）聲請禁制假處分（preliminary injunctive relief）並獲得准許，之後兩造相互提起訴訟，地方法院認定被告應負侵害著作權責任，並引用聯邦法典第十七章第五〇四條（C）項規定（17 U.S.C. §504（c）），判決被告應給付原告每件著作美金五千元，六件共計三萬美金之賠償，並應賠償原告所支出之律師費及訴訟費。此外，地方法院並判命禁止被告未經事先獲得許可前，不得無權使用（影印）現行以及未來原告享有著作權之著作。[17]

本案被告不服密西根東區聯邦地方法院的判決，向美國第六上訴法院（6th Cir.）提出上訴，案經第六上訴法院認定原審判裁無效，決定本案應予重審（*de novo*）後，並改認定被告之利用行為為「合理使用」，判決被

[17] The district court enjoined MDS from "copying any of plaintiffs' existing or future copyrighted works without first obtaining the necessary permission." *Id.*, 855 F. Supp. 905, at 913.

告勝訴。

第三目　本案爭點及法院判決理由

一、原告之主張

（一）被告 MDS 之利用行為違反美國國會制定一九七六年著作權法時，由各方面之利害關係團體透過美國國會對於教學使用著作之問題，共同在參眾兩院所達成之「教學使用著作之準則」（Classroom Guidelines）規定：

在由被告所印製之「課堂講義集」中，被告摘取（excerpts）使用原告著作之數量，遠超過一九七六年制定著作權法時，各方利害關係團體透過美國國會對於教學使用之著作問題，共同在參眾兩院達成之「教學使用著作之準則」（Classroom Guide lines）所容許的「避風港」安全數值，即被告之使用，超出該項準則所訂之「一千字字數」、且被告之利用行為屬於「為營利而影印」之行為、並為「編輯集合作品目的而利用」、「有足夠的時間預先取得許可，卻未經許可而影印原告之著作」；

（二）被告印製課堂講義集之行為，並未有「改頭換面」之價值（trans formative value）；

（三）被告印製課堂講義集之行為，係出於商業目的；

（四）被告講義集內所編印之著作，事先既已經授課教師選定為教材，即可見該被利用之部分，應確為原告著作中十分具有價值的精華部分。

（五）被告未經許可，擅自印製原告著作，對於原告藉由「部分使用之授權」而建立之「授權使用衍生市場」，造成不利影響。[18]

二、被告 MDS（上訴人）之抗辯與主張

（一）憲法要求制定著作權法的主要目的，並非為了使著作人發財，而是為了鼓勵科學的進步，鼓勵大眾創作。僅有非合理之使用，方應予禁止。

（二）被告接受大學教授指示，印製課堂講義集出售之行為，僅為單純「機械式的照相影印著作之行為」（mere mechanical photoreproduction of materials），絕非「著作之使用」（is not a “use" of those materials），並未違反著作權法。

（三）供教學使用的「課堂講義集」可以提升學習效果，而不會損及於鼓勵創作的誘因。

（四）倘若大學教授係合理使用原告之著作，則被告基於該大學教授的指示而影印之行為，即應當認為有此權利且亦應視為合理使用行為之附帶行為。[19]

[18] “an established derivative market in which licensed users pay to copy excerpts of copyrighted works for a variety of purposes”. *Princeton*, *supra* note 16.

[19] “any copying done at the direction of professors who are making fair use of the materials is therefore authorized as necessary and incidental to that fair use”. *Id.*

（五）授課教授為上課學生指定教材，向學生講述與課堂學習目標有關的理論、事實與發展，該教授所選定的教材，倘若並非所選定著作中之重心所在，或並非冗長時，該授課教授心中一定會另有判斷，或是要求學生購買其中僅含有部分教材之整部著作，或由教授個人自行將來自各著作的摘要，編輯成課堂講義，再要求學生自己花時間上圖書館，個別利用圖書館中的資料，製作自己所需用的講義。然而授課之教授亦可能指示被告或提供類似服務者，影印並編製上課所需的課堂講義集。在此情形，由被告印製講義之成本，一定比學生自己影印低廉，且被告影印之品質亦應較佳。

（六）被告並未給付指定教材並提供教材之教授任何印製並銷售該講義之佣金或經濟上利益。

（七）原告等出版商並未流失任何銷售上之損失，因為該授課教授並未指定學生應購買由該出版商所出版之著作。

（八）縱使「機械式的照相影印著作之行為」並非儘然屬於著作權法所指之「使用」行為，被告仍然提出抗辯，謂其出於學術目的而印製原告著作之一部之行為，並未違反著作權法。

三、法院之判斷與見解

（一）審理本案的法官，首先肯認美國聯邦最高法院長期以來，即一再強調之理由：在著作權法的結構上，始終存在著固有的一項利益衝突，即著作權法一方面需要保障著作權，一方面卻同時認為應當允許非著作權人可以利用著作人之創作，而繼為創

作，以便促進社會更大的進步。[20]其次，法院並認為著作權法為獎勵創作之目的，固然提供著作權人具有獨占性質的經濟利益保護，然而過度保障將適得其反，反而可能壓抑智識的進步，而非促進其進步。[21]

（二）為了促進科學與有用文學之進步，應當允許著作權以外之人可以利用著作權人之著作、引用前人之著作，方得在前人基礎上，繼起創作。從而在美國的司法實務，乃以司法造法方式，形成如下三項法律原則，用來限制著作權的獨占性格，以及對於創作的潛在壓抑效應：

其一：

著作權法並不保護思維理念之本身，而僅保護思維理念的創意表達方式（copyright law does not protect ideas but only their creative expression）。

其二：

「事實」之本身，不受著作權保護，縱使創作者致力所發覺出之事實，其本身，仍不受著作權保護。

其三：

公眾主張得合理使用受到著作權保護之著作。

[20] The Supreme Court has acknowledged repeatedly "the inherent tension in the need simultaneously to protect copyrighted material and to allow others to build upon it," and thereby maximize progress, *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.* , 114 S.Ct. 1164, 1169 (1994).

[21] Although monopoly protection of the financial interests of inventors and authors is necessary "to stimulate creativity and authorship, excessively broad protection would stifle, rather than advance," intellectual progress. Pierre N. Leval, *Toward a Fair Use Standard* , 103 HARV. L. REV. 1104, 1109 (1990).

（三）著作權法第一〇七條所列舉之四項事實，應當參考著作權之立法目的，綜合予以評量。[22]並且，著作權法的主要目的，並非僅在獎勵著作者之心智勞動，尚係為促進科學與有益文學之進步。[23]因之，（美國著作權法）第一〇七條所蘊含之合理使用概念，實即意指：「允許後來者在符合著作權法鼓勵提出積極理念及公共指引之目的下，不致過度滅損鼓勵創作誘因之一種利用行為。」[24]

（四）合理使用之審酌與評量，乃一項牽涉如何在保障著作人因為得以控制及運用其著作而可以享有利益，並使得整個社會因為理念、資訊以及商務能夠自由流通而帶來競爭利益，二者之間，如何達到平衡的一項高難度動作。[25]

（五）關於第一款「利用之目的」事實之審酌：

著作權法第一〇七條規定出舫「教學使用」與「出於教育目的而複製多份著作之使用行為」，固然可以主張構成合理使用，但是，單僅是出於「教育目的」或「非營利目的」之使用，並非當然即可免於構成侵害著作權。判斷利用行為是否構成合理使用，必須檢視全部四項法定的事實。[26]

---

[22] The four fair use factors "are to be . . . weighed together, in light of the purposes of copyright," *Campbell*, *supra* note 20, at 1171.

[23] and "[t]he primary objective of copyright is not to reward the labor of authors, but '[t]o promote the Progress of Science and useful Arts.'" *Feist Publications, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co.* ,499 U.S. 340, 349 (1991) (quoting U.S. CONST. art. I, § 8, cl. 8).

[24] the "fair use" concept embodied in section 107 may be understood generally to permit a secondary use that "serves the copyright objective of stimulating productive thought and public instruction without excessively diminishing the incentives for creativity." Leval, *suprs* note 21, at 1110.

[25] An evaluation of fair use therefore "involves a difficult balance between the interests of authors and inventors in the control and exploitation of their writings and discoveries on the one hand, and society's competing interest in the free flow of ideas, information, and commerce on the other hand." *Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.* 480 F.Supp. 429, 203 U.S.P.Q. 656 (C.D. Cal. 1979), *rec'd,* 659 F.2d 963 (9th Cir. 1981), *rev'd,* 104 S.Ct. 744, 464 U.S. 417, 429 (1984).

[26] Despite statutory mention of "teaching" and "multiple copies for classroom use" as possible fair

（六）第一〇七條特別將「影印複製」（copying）結合「教學」目的作為例示，有其特殊意義。法院不能不食人間煙火，僅在真空之中，檢視該「複製多份之利用行為」之規定，而置其係為供教學使用目的之於不顧。本案系爭影印行為並非「使用行為」之本身，影印行為僅是使原告之著作能夠成為教學課堂上使用的教材的「利用過程」中的一個機械動作（mechanical component of the process that makes the material available for classroom use）。法條的用語：「包括為在課堂中使用而複製多份之利用行為」，係要求法院應考量將該「影印行為」視為整個「教學」行為的一部分。因此，於審酌利用行為之目的與性質，以及其商業或非營利之教育性質時，法院便應將機械的影印行為（mechanical production of the copies）與課堂上使用摘要之行為（classroom use of the excerpts），二者一體加以審酌。

（七）法院認為被告 MDS 並未有聯邦最高法院在 *Harper & Row* 一案中，[27]所指摘之「想要分文不付，而擬藉利用他人享有著作權的著作，作為謀取私人利潤之動機之不當利用行為」，因為被告收取之費用，並不論所有著作是否皆享有著作權，亦不因其內容如何有所差別。況且被告對於如何選定應編製之教材、應摘選並印製多長的文件，皆未參與。[28]因之，對於系爭印製與銷售課堂講義集之行為，應當認為僅是一種專業影印技術的運

uses, § 107, "the mere fact that a use is educational and not for profit does not insulate it from a finding of infringement." *Campbell*, *supra* note 21, at 1174. Thus, here, the use must be examined under all four factors as must any other allegedly infringing work.

[27] *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enters.*, 471 U.S. 539, at 562, 105 S.Ct. 2218, 225 U.S.P.Q. 1073, (1985).

[28] Here, MDS obtains a profit by providing a service. MDS charges on a per-page basis, regardless of content; MDS does not extract an extra fee for reproducing materials that are copyrighted. MDS does not "exploit" copyrighted material within the meaning of *Harper & Row*, 471 U.S. at 562, because its fee does not turn on the content of the materials, copyrighted or not, that it copies. It does not, of course, select the materials to be copied or determine the amount to be excerpted.

用行為，並且肇因於學術單位沒有能力提供有效率的印製服務所致，故不得認為係對於原告享有著作權教材之不當利用行為。[29]

（八）法院認為著作權法並未禁止學校教師與學生，為了以較低廉之成本取得相同教材，而自行利用由第三人所提供的照相影印服務，印製專供自己使用教材之行為。[30]因此，印製課堂講義集之行為，應認為符合「改頭換面」的標準要件，印製並銷售課堂講義集之行為，其主要特質，在於該行為並非「商業性質」，而係「非營利教育性質」。從而依據第一〇七條第一項規定加以判斷後，應該認定被告之行為，可以構成合理使用。

第二項　為新聞報導目的之利用行為

第一款　緒說

著作權法認為為新聞報導之目的而利用他人之著作作品，應當屬於易於被認定構成合理使用之利用行為，主要是基於下列二項理由：

[29] The business of producing and selling coursepacks is more properly viewed as the exploitation of professional copying technologies and the inability of academic parties to reproduce printed materials efficiently, not the exploitation of copyrighted, creative materials. *Id.*

[30] We hold that the Copyright Act does not prohibit professors and students who may make copies themselves from using the photoreproduction services of a third party in order to obtain those same copies at less cost. *Princeton, supra* note 16.

一、為「報導新聞」（news reporting）之目的，而利用他人著作時，利用人從事利用行為之目的，係為「生產」或「創作」其第二份作品----「新聞報導」作品，不論其係以文字、口述或視聽形式之作品方式。此種利用既有著作，以創作或生產新的著作之目的，本來即符合著作權法上對於合理使用所主張「具有生產力之積極使用」傳統看法，故較有利於構成合理使用之認定。[31]

二、新聞報導主要係為傳播資訊，促進資訊流通，對於抽象之公共利益，有增進作用。[32]此外，為新聞報導而利用著作之行為，亦有助於知識、學術與文化之厚植與累積，符合著作權法之立法宗旨，故為新聞報導而利用他人著作之行為，可以主張合理使用。

另從言論自由觀點，新聞報導行為，亦有「推動自由言論的火車頭」（the engine of free expression）的美稱，為了便利資訊的自由傳播與流通，美國著作權法實務上，對於為新聞報導之目的，而利用他人著作之行為，向來皆認為較易被定構成合理使用。[33]我國實務見解，亦採相同態度。[34]

惟儘管如此，為報導新聞之目的而利用著作時，此項為「報導新聞」之目的，應僅只屬於法院依著作權法合理使用條款規定，審酌利用行為是否構成合理使用時，依第一款規定所應審酌之事實之一而已。著作權法上，並無所謂利用行為之目的倘係出於為報導新聞之目的時，即應認定為合理使用之推定。[35]此時，法院尚應審酌利用行為之性質、被利用著作之

[31] LEAFFER, *supra* note 1, 296-97. And *see also Harper & Row*, *supra* note , at 561, 105 S.Ct. 2218, 225 U.S.P.Q. 1073 (1985).
[32] *Id.* at 557.
[33] "in our haste to disseminate news, it should not be forgotten that the Framers [of the Constitution] intended copyright itself to be the engine of free expression." *See Harper & Row, supra* note 27, at 558.
[34] 台灣高等法院八十三年度上更（一）字第七八八號刑事判決理由參照。
[35] WILLIAM F. PATRY, *COPYRIGHT LAW AND PRACTICE*, 753 (1994).

性質、所利用之數量、比例與價值，最後更應就利用行為對於被利用著作作品之潛在市場所致生之影響等事實，於個案事實之基礎上，綜合判斷。

至於何謂新聞報導？我國台灣高法院即曾在一宗案例中，加以說明，可以提供參考，該院之見解如下：

> 所謂時事報導，應包含單純報導（Report）及推論或判斷等要素；倘完全不加以揀選或整理，即未作守門（gatekeeper）之工作而全部照錄，雖名為「報導」，實則為重製，殊不因其出於新聞紙或雜誌而有所異。本件被告三人自學術網路之電子佈告欄上截錄他人之著作，並未加以篩選或處理，僅係全盤移植至以增加販售雜誌附加價值而製作之光碟片中。[36]

第二款

我國著作權法上報導新聞行為與合理使用

第一目　緒說

為報導新聞為目的，或出於與報導新聞有關目的，恆有利用他人著作之需要。我國著作權法上亦就為新聞報導目的而合理利用他人著作之類型，加以規定。這些牽涉到為報導新聞而合理使用他人著作之直接規定，至少計有第四十九條（為報導新聞之附帶使用）、第五十條（公開播送國家或公法人機關之著作規定）、第五十二條（包括報導在內之一般引用規

[36] 台灣高等法院八十五年度上訴字第四五〇一號刑事判決參照。

定）、第五十六條（暫存錄影規定）以及第六十一條（新聞上之轉載或公開播送使用）等五項條文規定。[37]

以上各條規定中，第五十二條規定係「包括報導在內一般之引用規定」。第五十六條則為「暫存錄影規定」，因其性質與著作權之合理使用並無關聯，非本文討論對象。第五十條之「公開播送國家或公法人機關之著作規定」規定，性質上亦非合理使用問題，因為「以中央或地方機關或公法人名義公開發表之著作」，性質上皆屬於公共事務上之作品，本即與公共利益攸關。抑且，不使該類「以中央或地方機關或公法人名義公開發表之著作」享受著作權保障，或僅只使之保有較低程度之著作權保障，此乃符合著作權立法原旨之作法，蓋將政府公開發表之出版品排除在著作權保障之外，實有鼓勵民間及新聞媒體多予接近利用之意義，此種使政府出版品，得以「無脛而走」的效果，是著作權法上的精心設計之一，十分符合憲法保障人民基本言論自由之意旨，以及制定著作權法的宗旨。茲為此就我國著作權法第四十九條及第六十一條規定，分別探討於後。

第二目　報導新聞時之附帶使用

在報導時事新聞的過程中，平面報導媒體、有線、無線廣播電台、電

[37] 與新聞報導間接有關者，另有第六十三條及第六十四條之規定。其條文內容如下：
第六十三條
依第四十四條至第四十七條、第四十八條第一款、第四十九條至第五十五條、第六十一條至第六十二條規定利用他人著作者，得翻譯該著作。
第六十四條
依第四十四條至第四十七條、第四十九條、第五十條、第五十二條、第五十三條、第五十五條、第五十七條、第五十八條、第六十條至第六十二條規定利用他人著作者，應明示其出處。前項明示出處，就著作人之姓名或名稱，除不具名著作或著作人不明者外，應以合理之方式為之。

視台等新聞媒體，為報導新聞，而對於在新聞事件之現場同時出現、雖非新聞報導之對象，然而事實上無法不予觸及之他人著作，往往為從事報導新聞，而不得不予以利用。此種在報導新聞之同時，對於同時在場之著作不得不予利用之情形，依著作權合理使用之理論，乃屬於對於著作之「附帶使用」（incidental use）。[38]此種利用之為之法律責任究屬如何？值得加以探討。在伯恩公約第十條之一第二項，即有關於為新聞報導而對於著作附帶使用之合理使用規定；我國著作權法第四十九條亦有為報導新聞之目的而允許從事附帶使用之規定，我國與伯恩公約第十條之一第二項之規定，兩者內容幾乎完全，茲分別說明如下：

伯恩公約第十條之一第二項：

> 本公約之締約國，亦得立法訂定一定之許可條件，對於以拍攝照片、影片、廣播或公共有線傳播之方式從事時事新聞報導時，就該時事進行過程中，所見所聞之文學或藝術之著作，規定在與從事報導之目的相當之限度內，得予以重製使用並向公眾報導。[39]

我國著作權法第四十九條規定：

> 以廣播、攝影、錄影、新聞紙或其他方法為時事報導者，在報導之必要範圍內，得利用其報導過程中所接觸之著作。

而美國國會於制定其一九七六年著作權法時，於其眾議院的眾議院公

[38] Saul Cohen, *Fair Use in the Law of Copyright, in* copyright and Related Topics----A Choice of Articles, 105 The Los Angeles Copyright Society and the UCLA School of Law eds., at 131 (1964).

[39] Par. (2) of Article 10*bis*:

(2)It shall also be a matter for legislation in the countries of the Union to determine the condition under which, for the purpose of reporting current events by means of photography, cinematography, broadcasting or communication to the public by wire, literary or artistic works seen or heard in the course of the event may, to the extent justified by the informatory purpose, be reproduced and made available to the public.

報（House Repot），[40]亦將「為新聞報導，而在報導之必要範圍內，得利用其報導過程中所接觸著作之附帶使用類型」，列為「眾人皆曰可」的八款合理使用類型例示內容之一：

> 八、為拍攝新聞影片或報導新開，而對位於報導現場之著作，於報導時附帶重製該著作（incidental and fortuitous reproduction， in a newsreel or broadcast， of a work located in the scene of an event being reported）。

自上述國內外之立法例，可見為新聞目的而得「合理使用」他人著作權的規定，在著作權法上之地位，十分重要。

我國著作權法第四十九條之規定，可以分析如下：

一、本條合理使用規定之行為主體，應係以從事廣播、攝影、錄影、新聞紙或其他方法為時事報導者為適用對象。

二、利用行為之客體，限於從事時事新聞報導過程中所接觸之著作，即於該新聞事件進行過程中，報導者所見所聞之文學或藝術著作。

三、本條所指之利用行為，泛指：「利用」之行為，此項規定用語，極為理想，解釋上既包括著作權法上最為重要的重製權，更兼考量及未來因應科技發展，而可能新生的各種不同型態的利用行為類型在內，因之除現行以錄影、照相、口述、引用等傳統方式外，尚可包括未來可能而得之利用方式。

四、解釋上，本條利用行為之目的，應限於為向公眾為廣播、報導之目的。

五、本條之利用使用，係以合於「在報導之必要範圍內」為要件，作

[40] H.R. Rep. No. 1476, 94 th Cong. 2d Sess. 65 (1975).

為衡量利用行為是否構成合理使用之要件。

新聞從業人員於報導當前之時事新聞時，在採訪或報導事件現場，經常無可避免的接觸、聽見或看見正好位於現場、或在現場出現的他人著作，例如在友邦國家的首長到訪的現場，進行現場轉播時，縱使報導記者僅只報導迎賓典禮的一部分，惟播報記者的錄音或錄影設備，必然無可避免的在典禮現場，將典禮現場之樂、儀隊所演奏之樂曲作品或儀隊之演出收錄或拍攝入內，而加以報導；或者於報導畫家畫展開幕典禮時，報導人員亦通常會將畫家所展出的作品，拍攝進入鏡頭之內；又例如在報導中正紀念堂前的民眾集會時，新聞人員的攝影機或照相機，總會在有意或無意間，拍攝到事件（民眾集會）背景的中正紀念堂（建築作品）……。這些在報導時事新聞過程中，在事件現場出現、無法不予觸及之著作，雖然並非新聞報導之對象，惟卻在報導新聞事件時無法不予使用之行為，其法律責任如何？著作權法應妥予處理。

抑且，報導時事新聞，時間上經常具有緊迫性，往往無法即時探知著作人為何，並適時與著作者聯繫，並請求取得使用之授權（通常為重製使用其著作）。而另一方面，這些在報導現場出現的他人著作，對於該項時事新聞之報導，有時係出於偶然、不經意之間（fortuitous），這些作品的出現，有時對於所報導的時事，多少有其助益。故而允許對於新聞報導時之帶使用，乃屬事實之所需，著作權法第四十九條之規定，係屬支持報導新聞工作之需要而設，對於新聞工作者而言，具有重大意義。

在新聞報導中，主張得以附帶使用他人著作者，必須出於為向公眾報導時事新聞之目的，而始有於以拍攝照片、影片、廣播或有線傳播之方式報導新聞時，利用他人之著作之必要。故析述之：

（一）依本條規定，許可利用他人著作要件之一，須為向公眾報導時事新聞之目的，而以拍攝照片、影片、廣播或有線傳播之方式，利用他人之著作。若並非為向公眾報導新聞或時事，而係出於私人利用之目的；或所報導之事項並非當前之時事新聞事件，便不符本項附帶使用之規定要件。

（二）條文既謂利用之目的必需出於報導新聞之目的，則所利用之著作，自應刊登於報紙、期刊或雜誌之上，或於有線、無線廣播、電視節目中播出為是。

（三）為向公眾報導新聞或時事，而可以附帶使用之他人著作，並非漫無限制，依公約規定，應以「時事新聞的進行過程中，所見或所聞之著作」（works seen or work heard in the course of an event）為限。例如：於報導紀念某一音樂家的雕像揭幕典禮上，在典禮進行過程中，為報導該典禮所拍攝的照片或影片中，縱若包含該雕像作品在內，然基於為報導該時事，仍得將所拍攝之雕像作品予以重製利用，並於報刊或媒體中，向公眾報導。又例如：報導卡拉 OK 的唱歌比賽新聞時，在會場所聽到的樂曲演奏與比賽歌手的演唱，亦為「新聞時事進行過程當中，所聽聞的作品」，依公約規定，為向公眾報導此一時事時，亦得（在廣播頻道中）重製利用（播出）在報導過程中，所收錄或拍攝到的「所聽聞的作品」。

（四）若所刊載利用或錄音、錄影播放的著作，並非於新聞事件進行過程當中為眾人「所見所聞」作品，而係事後以附加方式（subsequent addition），例如事後以配音、配樂方式，重製利

用他人之著作，此種利用型態與條文規定所指「報導過程所接觸著作」要件，並不相符，應不允許。惟 WIPO 曾舉例說明於報導紀念某位著名音樂家的雕像之揭幕典禮，於報導該典禮時，同時將其著作加以選輯播出，對於此一利用方式，WIPO 認為此種利用行為應予認可。[41]筆者以為，WIPO 所持見解的重點在於對於該著名音樂家的作品，「加以選輯播出」（摘要播出），而非指事後以配音、配樂方式，重製利用他人之著作之類型而言，故而 WIPO 的意見，應無疑義。

第三目　新開上之轉載或公開播送使用

我國著作權法第六十一條規定，為有關新聞媒體轉載使用揭載於新聞紙或雜誌上論述文章之規定，其規定內容如下：

第六十一條

揭載於新聞紙、雜誌有關政治、經濟或社會上時事問題之論述，得由其他新聞紙、雜誌轉載或由廣播或電視公開播送。但經註明不許轉載或公開播送者，不在此限。

上述規定，係我國於民國八十一年，修正著作權法時，仿照一九七一年伯恩保護文學及藝術著作公約第十條之一第一項之規定，[42]以及西德、日本、義大利等國相關立法例，將當時之舊著作權法第十九條規定加以修

[41] *Id.*

[42] 「伯恩保護文學及藝術著作公約」(BERNE CONVENTION FOR THE PROTECTION OF LITERARY AND ARTISTIC WORKS)之簡稱為「伯恩公約」（Berne Convention）。又，本款所指之伯恩公約，係指一九七一年於法國巴黎修正的「巴黎修正版本」（Paris revised edition, 1971）。

正而成。[43]

一、條文分析與討論

我國著作權法第六十一條規定，係參照一九七一年伯恩公約第十條之一第一項（Article 10*bis*, Para.（l））之規定而來，為探討我國著作權法第六十一條規定之原旨，自有必要亦對伯恩公約之相關條文，先予瞭解。伯恩公約之條文規定如下：

伯恩公約第十條之一

（l）本公約之締約國，得制定法律允許新聞紙、廣播、或公共有線傳播媒體，就揭載於新聞紙、期刊雜誌上，討論當前經濟、政治或宗教題材之時論文章，或具有相同性質之廣播著作，於未明示保留其重製、廣播、傳播權利時，他人可以加以重製利用。惟應於利用時註明其出處。違反上述義務之法律責任，應依據接受請求保護國家之法律決定之。[44]

依照負責伯恩公約行政事務運作之世界智慧財產權組織（World Intellectual Property Organization；WIPO）所持見解，伯恩公約第十條之一第一項規定之原意，係鑑於與政治、經濟或社會上之時事議題有關之著作，向與公眾之利益息息相關，且為促進資訊之流通，乃於兼顧著作人權益之前提下，於伯恩公約第十條之一第一項，訂定本項有關新聞媒體重製

[43] 立法院秘書處編印，法律案專輯----著作權法修正案，第一百五十二輯（下），民國八十二年二月初版，頁三九〇至三九一。

[44] Berne Convention, Article 10*bis*, Para. (1):

(1) It shall be a matter for legislation in the countries of the Union to permit the reproduction by the press, the broadcasting or the communication to the public by wire of articles published in newspaper or periodicals on current economic, political or religious topics, and of broadcast works of the same character, in cases in which the reproduction, broadcasting or such communication thereof is not expressly reserved. Nevertheless, the source must always be clearly indicated; the legal consequences of a breach of this obligation shall be determined by the legislation of the country where protection is claimed.

使用之規定。[45]

我國著作權法第六十一條規定，固係仿照伯恩公約第十條之一第一項立法例而訂定，惟若將二者之規定內容相互對照比較，我國法第六十一條規定與伯恩公約第十條之一，仍有如下差異：

一、伯恩公約對於得被利用之著作，並不限於揭載於新聞紙、雜誌上之著作，尚包括於廣播電台、廣播電視台以及有線傳播媒體上所播送之與當前經濟、政治或宗教題材之時論文章具有相同性質之著作在內。然而，我國法第六十一條規定，其得被其他媒體加以重製利用之著作，只單向限於揭載於新聞紙、雜誌有關政治、經濟或社會上時事問題之論述，始得為其他媒體利用，而不及於廣播電台或電視甚至包含有線傳播媒體等電子媒體上所播送之具有相同性質之作品。因之，我國規定與伯恩公約規定內容，仍有不盡相符，並與時代潮流未符之情形。宜於未來參考伯恩公約之規定內容配合修正，將廣播電台及電視電台所播送之同性質廣播節目，亦得依規定由其他媒體為重製利用，藉以貫徹本條為促進公益與資訊流通之立法目的。

二、近年以來，政府開放設立有線傳播事業之後，其營運狀況，日上軌道，對社會各界之影響日深。此種有線傳播事業（主要以有線電視為主）亦有重製利用揭載於新聞紙、雜誌有關政治、經濟或社會上時事問題論述之正常需要。惟我國法第六十一條規定僅只規定廣播及電視得重製利用有關之論述，至於有線傳播事業，乃至現行於網路上傳播之電子新聞媒體等新興科技所使用之傳播科

[45] WIPO, *GUIDE TO BERNE CONVENTION* 61 (1978).

技事業，是否亦得適用我國著作權第六十一條之規定，重製利用揭載於報紙雜誌上之相關文章？該條所謂之「電視」，在解釋上，允宜解釋為包括「有線傳播事業」在內，並應另行就於網路上傳播之電子新聞媒體等新興科技所使用之傳播科技事業，一併加以納入規定之內，始符合時代潮流及實際需求。

三、我國法第六十一條所謂「論述」，其所指為何？社論（editorial）是否包括在內？是否宜僅以「論述」為限？若其他有關政治、經濟或社會上時事問題之著作，例如刊載於新聞紙或雜誌上之「時事幽默漫畫」，其他媒體是否得依本條之規定為轉載？即頗滋疑義。

二、本條與第六十五條合理使用關係檢討

依我國著作權法第六十四條規定，第六十一條之規定亦應有「合理使用」規定之適用餘地。惟於本條規定之內，另有所謂「經註明不許轉載或公開播送者，不在此限」之例外規定，此項例外規定是否恰當，頗值檢討。又其規範效力如何？其他媒體，是否即因之不得再加以利用？此項「經註明不許轉載或公開播送者，不在此限」之規定，與著作權合理使用規定之關係又係如何？是否得以排除他人對之主張合理使用？若不能拒絕合理使用之主張，此一規定對於合理使用原則之影響復屬如何？

對於上述諸項問題，個人有如下之意見：

一、依我國著作權第六十一條規定，合乎該條規定之重製利用，以著作人並未明示保留其重製、廣播、傳播之權利者為限。若著作人明示保留

對其著作之權利時，是否其他傳播媒體，即因之絕對不得依本項規定，對於該項論述從事轉載或轉播從事重製之利用？基於下述理由，作者並不認同其他媒體因之即不得對其再加以利用之見解：

（一）本條列舉得為重製利用之著作，乃為與當前經濟、政治或宗教上有關題材之論著，此類性質之著作，通常皆與公共利益攸關，著作權法允許其他傳播媒體機構對之重製（轉載）利用，本即有利於將此類資訊向公眾散布流通之意，對於公益之促進，自有助益，尤其時下絕大多數媒體，基於權益考量，皆於其著作上明文表示「保留一切權利」（”all rights reserved”）。如謂「著作權利人既已明示保留其權利，即排除其他媒體轉載機會」，則不啻即謂原意本係為尊重著作人權益之「權利保留規定」，經實際運用結果，反而竟成犧牲社會公共利益，並反而課以新聞媒體不得轉載刊登之不利束縛義務？此一規範之適用結果，當非本條立法之原意。

（二）自著作權之本質而言，著作權人對於其著作所享有之權利，並非「絕對之排他權利」，又合理使用制度，本即為對於著作人之著作，毋庸徵得著作人同意或授權，即得於合理限度內，無償加以利用之謂。合理使用制度，一向對於依法享有專有權利之著作權人與因之在相關資訊之取得及流通上發生不便利之社會大眾間，具有調和二者利益衝突之中介功能。[46]是故，合理

[46] "Doctrine of "fair use" in copyright law creates privilege in others than owner of copyright to use the copyrighted material in reasonable manner without his consent, notwithstanding monopoly granted to the owner; fair use doctrine offers means of balancing exclusive rights of copyright holder with public's interest in dissemination of information affecting areas of universal concern, such as art, science and industry. *Wainwright Securities, Inc. v. Wall St. Transcript Corp.,* C.A.N.Y.1977, 558 F.2d 91, *certiorari denied* 98 S.Ct. 730, 434 U.S. 1014, 54 L.Ed.2d 759.; and *see also* Horace G. BALL, *THE LAW OF COPYRIGHT AND LITERARY PROPERTY* 260（1944）.

之使用既毋庸徵得權利人同意，則縱使「著作權利人明示保留其權利」，自仍不應發生排除主張合理使用之機會。若謂著作權利人對於揭載於報紙或雜誌上之論述，一經明示保留其對於著作之著作權利之後，他人即不得對之主張合理使用，此一解釋，既與著作權之理論不符，亦與公益有違。

二、著作權利人於其著作上為「明文表示權利之保留」之規定，不宜解釋為著作權人有權排除他人（包括其他之媒體同業）對之為合理之使用，既如前述。惟著作權人揭載於新聞媒體上有關政治、經濟或社會上時事問題之論述作品，無論如何，依舊仍屬著作權人享有著作權之著作，其基於一般著作權人之地位，依法所應享有之待遇，依著作權法之本旨規定，仍應維護。

基於上述說明，我國著作權法第六十一條有關「著作權人明示保留其著作權利」規定，其著作權利人依照該項規定，為保留與否時，對於著作權合理使用原則之適用，二者間之互動關係以及在實務適用時，即宜作如下之解釋，方稱允洽：

（一）著作權人對於揭載於新聞媒體上有關政治、經濟或社會上時事問題之論述作品，明示保留其著作權利時，基於公益之考量，他人（包括其他之傳播媒體在內）應得依著作權法合理使用之規定，以合理方法、於合乎使用目的之範圍內，為合理之使用。

（二）著作人對於揭載於新聞媒體上有關政治、經濟或社會上時事問題之論述作品，於並未明示保留其著作權利時，基於公益之考量，他人（包括其他之傳播媒體在內）本得依著作權法合理使

用規定，為合理之使用。惟於此情形，基於著作權利人並未依照著作權法規定，明示保留其權利之反面解釋，此時，他人所得使用之限度及範圍，應較前述著作權人明示保留其權利時，更為寬闊。甚至得於無礙著作權人對於其著作之正常利用及以對於著作權利人不致造成不合理損害之情形下，可以允許對於整個著作加以轉載或重製利用。

（三）對於揭載於新聞媒體上，非屬當前有關政治、經濟或社會上時事問題之作品，或雖屬對於政治、經濟或社會題材之論述作品，惟並非當前時事問題之作品，因其並非著作權法第六十一條之與當前公益有關之作品，並無著作權法第六十一條規定之適用。對於此類著作，依據前述合理使用理論，他人仍得依一般著作權合理使用之規定，予以使用。

採此如上之解釋，始符合制定本條規定係為促進公益，並促進資訊之流通之立法目的。

第四目　殷宗文照片案分析

本案事實

民國八十二年七月二十六日，政府發布人事命令，調任當時擔任國防部軍事情報局局長的殷宗文先生，出任國家安全局局長新職。當時任職於中央日報的記者江○○，獲悉此項政府人事消息後，立即開始撰寫報導。

但是隨即發現記者手邊沒有殷宗文照片可以刊登利用。就在此時，記者江○○憶起曾在一本由張○○先生所撰，書名李登輝霸權危機的書中，刊載一幀未註明拍攝作者的九三軍人節餐會插頁照片，在該幀照片中，即有殷宗文與會的鏡頭。為了爭取新聞報導的時效，江○○於並未獲得著作人同意之情形下，便將書中的殷宗文插頁照片，翻拍重製，並隨同國家安全局局長人事異動命令發布次日，即民國八十二年七月二十七日，於中央日報第一版報導殷宗文即將出任國家安全局長之文字報導旁，刊載該幀經翻拍的「殷宗文照片」。「殷宗文照片」的拍攝作者，林○○，在新聞見報當日，即發現其拍攝的插頁照片，為江○○翻拍利用並刊登在報上，林○○認為中央日報及記者等人有侵害其就「殷宗文照片」所享有之著作權，乃向法院提起侵害著作權之刑事自訴。

本案歷經地方法院、高等法院以及最高法院共六次之審理（最高法院二次發回判決`高等法院更二審始確定）。皆判決被告無罪。在所有判決被告無罪的判決中，最具有代表性的一篇判決，乃係由台灣高等法院所作成的八十三年度上更（一）字第七八八號判決，在該件認定被告之「翻拍重製」利用行為係合理使用之判決中，承審法官詳細為文，敘述其引用著作權法第六十五條之規定，依據該條所列舉四項審酌事實，逐一對於被告之利用行為加以審酌，進而以被告之利用行為係合理使用，而判決被告無罪之理由，由於該項判決理由，對於著作權法第六十五條之引用、註釋與拿捏，十分正確，作者認為此項判決對於研究與解析著作權之合理使用條款，十分具有參考之價值，爰特以此一判決，作為探討並介紹合理使用條款之用。

法院判決認定利用行為構成合理使用之理由

（出於報導新開之目的部分）

由台灣高等法院作成的八十三年度上更（一）字第七八八號刑事判決中，對於被告之利用行為係為報導新聞之目的，予以高度之肯定，並進而判定被告之利用行為構成合理使用，茲摘錄此一部分之判決理由如後：

……三、依我國憲法第十二條規定，人民有言論及出版之自由，惟若著作權法所保護之著作過於浮濫，不但將使人民於從事出版活動時困難重重，影響所及，亦將妨礙人民資訊取得之便利，故著作權人所創作之作品固須加以保護，但仍需有一定之限度，以調和社會公共利益及保障一般人民之言論、出版自由等基本權利。是以著作權法第五十二條明文規定：「為報導、評論、教學、研究或其他正當目的之必要，在合理範圍內，得引用已公開發表之著作。」此為對已取得著作權之著作，合理使用型態之一，而認為阻卻違法。……五、……被告為報導此一新聞，而引用已在李登輝霸權危機公開發表之殷宗文照片，有無阻卻違反著作權法，應以是否「在合理範圍內引用」為斷。查：

（一）被告利用系爭照片之目的，係為使讀者認識新聞所報導之新任國家安全局長殷宗文之長相，以滿足公眾「知」之權利。雖然此舉可增加當日中央日報之可讀性，對該報之讀者固不無裨益，唯若謂原無訂購該報之人，因該報刊登系爭殷宗文之照月，始爭相起意購買該日之中央日報報紙，甚或群起訂閱，以致該報銷路大增，洛陽紙貴，要屬無可能。……。

（二）系爭殷宗文照片係於九三軍人節餐會中，自訴人在殷宗文不注意之際拍攝所得，該半身像之殷宗文並未注視鏡頭，背後尚有走動之雜沓人影，此有照片附卷及李登輝霸權危機一書第二十二頁之照片可憑，顯見自訴人之該著作照片係隨機取得，僅足讓人辨識殷宗文之面貌，難謂係一幀精心之傑作。

（三）被告所重製之系爭殷宗文照片係取自張○○所著李登輝霸權危機一書中的一張照片而已，全書共三三六頁，每一頁……計三○

五•一四平方公分，系爭照片登於第二十二頁，佔幅……計一六•五平方公分。則系爭相片僅佔該頁的二十分之一……。若就全書而言，則僅佔全書的六仟七佰二十分之一……。而系爭相片刊登於八十二年七月二十七日之中央日報第一版，當天中央日報出刊五大張二十版（每一張四版），每一版……面積二六三三・七六平方公分，乘上二十版得總版面為五二六七五.二平方公分，系案相片刊登時……面積為一六•二平方公分，……佔全版比例為萬分之三•〇七五，無論在利用之質量與在整個著作之比例言，顯然危（微）不足道。

（四）被告利用系爭殷宗文照片一幀以報導國家安全局長易人，有助國人認識新任長殷宗文，而自訴人既將所攝得之殷宗文照片借予張友驊使用於李登輝霸權危機並付梓發行，對於著作權人自訴人本身之潛在市場與現在價值難謂有重大影響。另一般民眾尚不致於因在中央日報看過系爭殷宗文照片，即不再購買案外人張〇〇之李登輝霸權危機，換言之，欲購李登輝霸權危機一書者，不會因殷宗文照片已刊登在中央日報上而打消購買該書之欲念。

（五）被告所利用之殷宗文照片既係取材自李登輝霸權危機一書，被告辯稱八十二年七月二十七日出版之中央日報於付梓當晚，伊曾按書上所印電話，嘗試以電話與該書作者張〇〇連繫，因電話無人接聽，而時間又甚緊迫，故不待談妥即引用該殷宗文照片以助報導云云，張〇〇於本院更審調查時，亦證稱出版社之電話夜間無人接聽云云。

綜上所述，參酌著作權法第六十五條之規定，被告引用系爭照片，應屬在合理範圍之內，自可阻卻違法，不得令被告負著作權法第九十一條之罪責。

第五目　非屬新聞報導之案例介紹

本案事實

被告劉○○係「○○工作室」負責人，負責企畫製作「愛情城市」網站，僱用被告翁○○、被告李○○為主編或執筆該網站中「愛情新聞台」之文章。明知曾在○○報登載之「讓女人騷擾男人」、「當男人被女人品頭論足時」、「當好媽媽或女強人」等三篇文章，均係該報記者陶○○具名之著作，竟分別與翁○○、李○○共同基於概括犯意，未經陶○○之授權同意，連續於民國八十八年十月二十九日由翁○○抄襲「讓女人騷擾男人」之文章內容，重製改編為標題「拍男人屁股又偷窺，廣告替女人出口氣」之網路文章，又於八十九年一月十八日、八十九年一月二十八日，由李○○抄襲「當男人被女人品頭論足時」、「當好媽媽或女強人」之文章內容，重製改編為標題「當換成男人被品頭論足時」及「事業與家庭，亞洲女性難選擇」之網路文章，破壞內容同一性及以不具名之方式，轉載為電磁紀錄，藉由網際網路之設備重製，公然刊載在上開網站之「愛情新聞台」中報導，侵害陶○○之著作人格權及財產權。案經陶○○訴請偵辦。

檢察官起訴理由

被告劉○○雖否認犯行，辯稱伊未參與撰寫編輯或審稿工作，系爭文章均由翁○○、李○○負責編撰上網，伊不知情，事後獲悉時，本於係工作室所有人地位，曾公開致歉並願以十萬元賠償，惟不為告訴人接受云云。被告翁○○、李○○辯稱：雖有參考陶○○之文章，但認上開三篇文

章均係當時熱門話題、單純傳達事實之新聞報導，並無原創性，非著作權之標的，即使系爭文章認係告訴人之論述，亦屬關於經濟、社會時事問題之論述，依著作權法第六十一條之規定，應得轉載云云。惟查告訴人所著系爭三篇文章均經其搜集資料，採訪，經闡述、組織、處理後，表達其對於兩性議題見解之創作，尚非單純傳達事實之新聞報導，有卷附登載在〇〇報之系爭三篇文章可參。況〇〇報在報紙首頁之版面開頭，均亦未註明「本報所刊文圖非經同意不得轉載」，且被告等在使用告訴人之文章時，亦未註明出處，均難認為有合理使用，有「愛情城市」網站上下載之系爭報導文章三篇、網站首頁、〇〇報首頁版面等附卷可稽，被告翁〇〇、李〇〇顯有觸犯著作權法之犯行。至被告劉〇〇既係該工作室實際負責人，有營利事業登記證在卷可佐，又係被告翁〇〇、李〇〇之僱用人，理應監控該工作室在網站上新聞編輯之流程及品質，文字工作者更應重視著作權法之相關規定，其受僱人卻一再抄襲取稿後重製上網，謂不知情，尚難採信。本件事證明確，被告三人犯嫌洵堪認定。[47]

[47] 台灣台北地方法院檢察署檢察官起訴書八十九年度偵字第九二六六號及第一七〇八六號參照。

第三項　為學術、研究或評論或其他正當目的之引用行為

第一款　「引用」行為總說

我國著作權法第五十二條規定：「為報導、評論、教學、研究或其他正當目的之必要，在合理範圍內，得引用已公開發表之著作。」此項規定係源自於伯恩公約第十條第一項之「摘錄引用」（make quotations）規定。[48]在上述的利用示例中，有關報導、教學之合理使用規定，著作權法已有專條規範加以訂明，而與第五十二條之規定，發生重疊。故而於討論本條時，僅餘「評論、研究或其他正當目的」，為本文之討論重點。

合於著作權法第五十二條規定，可以主張合理使用之利用行為類型中，除行為之目的，應出於「為報導、評論、教學、研究或其他正當目的」外，尚應以「出於必要」以及「在合理範圍內」為要件，始得利用他人之

[48] 伯恩公約第十條第一項規定，係有關「摘錄引用」（make quotations）之規定，其規定內容如下：
對於依法已向大眾公開發表之著作，得於符合公平合理方法，並且亦未超過引用目的之必要限度內，予以摘錄引用。引用刊載於新聞報紙上之文章作品及期刊雜誌上的著作，以作成新聞時事之摘要者，亦為本項所指之摘錄引用。
Article 10(1)：
(1)It shall be permissible to make quotations from a work which has already been made lawfully available to the public, provided that their making is compatible with fair practice, and their extent does not exceed that justified by the purpose, including quotations from newspaper articles and periodicals in the form of press summaries.

著作。而在此之外，最為特殊者，殆為條文亦限定利用行為之態樣必須為「引用」，且所引用者，須為「他人已公開發表之著作」。

所謂「引用」，固係指「摘錄引用」（make quotations）而言，且自文字上的意義以觀，所謂「摘錄引用」，係指重複說出或寫出他人所曾說過的話，或所曾寫過的文字而言。在伯恩公約中，「摘錄引用」，則是指自他人的作品中，引用一段或一段以上的內容，以作為自己著作的一部分。換言之，「摘錄引用」之意思，係指「為解說某項主題」（illustrate a theme）、「為自己之主張辯解」（defend some proposition）、或「為描述或評論（describe or criticize）被引用的著作」等目的，而重製並摘述（reproducing extracts）他人著作之「一部分」行為。[49]準此以解：

一、我國著作權法第五十二條規定，得為摘錄引用之客體，即被引用的著作，限於已經向大眾依法公開發表之著作（a work which has already been made lawfully available to the public），始得成為被摘錄引用的對象。考其用意，固係為尊重著作人有權決定首次公開發表其著作的人格權利（right of first publication）之緣故。故尚未依法對外公發表之著作，例如著作之手稿，固不得對之為摘錄利用。若著作僅係在「私人之間」（private circle）流傳，因該「私人之間」，僅屬於特定（少數）人，尚非符合「公開」的程度，故亦不得對之為摘錄引用。至於未署名或以筆名署名之著作，於尚未對外公開發表前，依伯恩公約意旨，亦同。[50]然而，本文研究者，則基於美國來之發展見解與法律規定，認定此項以他已公發表著作為限之規定，似有不妥，宜再加檢討。

[49] WIPO, *supra* note 45, at 58.
[50] *Id*.

二、欲依著作權第五十二條規定，主張毋庸獲得著作人同意或授權，即可自由、無償摘錄引用他人著作之合理使用情形，客觀上，應符合下列要件：（一）須以公平合理方法引；（二）摘錄引用不得超過引用目的之必要限度；以及（三）應註明引用之出處。

以下茲再分別討論如下述：

（一）以公平合理之方法引用

摘錄引用他人之著作者，首先必須以「公平合理方法」（the quotation must be compatible with fair practice）行之。惟何種引用行為，方屬公平合理之引用？「公平合理」之標準何在？此一抽象規定，先天上難有絕對或客觀準則可循。惟 WIPO 曾於伯恩公約導讀一書中，建議應由各國法院，於個案之中，參考下列事實，加以判斷考量，例如：[51]

1、所引用之部分與被引用之部分，二者在數量以及質量上之相對比例；或

2、於引用他人著作以完成自己著作之情形，該新完成之著作，在競爭關係上，對於被引用作品的銷售或流通，所產生之不利影響等事實。

此外，英國著作權法學者 STEPHEN M. STEWART 氏，亦在其國際著作權與著作鄰接權（*INTERNATIONAL COPYRIGHT AND NEIGHBOURING RIGHTS*）一書中，提出下列三項參考判斷標準，以提供法院參考：[52]

[51] *Id.*, at 58-59.
[52] STEPHEN M. STEWART, *INTERNATIONAL COPYRIGHT AND NEIGHBOURING RIGHTS, 2D ED.*, LONDON: BUTTERWORTHS (1989).

1、所引用部分之長度（the length of the quotation itself）。

2、所引用部分係被引用著作中之大部分？或僅係其中之一小部分（whether the size of the quotation is a large of a small part of the work quoted）？

3、所引用部分與被引用部分，二者之相對比例（the size of the quotation in relation to the item in which it is used）。

（二）不得超過引用目的之必要限度

在判斷摘錄引用是否超過引用目的之必要限度時，實際上本即難以歸納出客觀、絕對之適用標準。故判斷利用行為是否超過引用目的之必要限度，亦宜由法院就各該具體個案案情加以個別衡酌。依個人見解，本項客觀要件，容或可以析分下兩項判斷要素：

1、摘錄引用必須出於為摘錄引用目的所必要，亦即該項利用必須具備摘錄引用上之必要性。

2、摘錄引用必須與其據以為摘錄引用之目的相當，即所為之引用與引用之目的，必須具有相當之關聯性。

因之，若所引用之部分並非為引用目的所必需，或所為之引用與引用之目的並非相當時，均不符合合理使用之意旨。

（三）應註明引用之出處

伯恩公約第十條第三項規定：「依本條前二項之規定，使用著作人之

著作時，應註明其出處，著作人之姓名可得而知者，併應同時註明。」[53]摘錄引用他人之著作時，除符合上述各項規定要件外，尚應將被摘錄引用著作之出處（source），在引用之同時，加以註明，方屬適法。

公約之規定，係為尊重著作人所享有之著作人格權之緣故，惟另一方面之理由，則是為了便利讀者或觀眾、聽眾等得以追溯（trace down）所引用著作之來源出處，以便提供考證之用，或作為他人進一步研究、參考或繼續創作新著作之用。

至於所謂作品之「出處」，通常係指：著作者或編輯者的姓名，著作的名稱、出版或發行的時間、地點及處所。若所引用的作品是期刊、紀念專刊（commemorative publications）或類似出版品上之著作時，則應註明該刊物之名稱、期別以及開始頁數，或號數。若所引用者乃係藝術作品（works of art）時，該作品之編號與創作年份。若為文史館或博物館之典藏作品時，則應註明該作品之收藏編號（catalogue number）、所引用之作品為音樂作品時，被引用作品之名稱、曲目編號（opus）等有關作品出處資料，皆應本其「敬業盡責作者」（conscientious and sincere author）之態度，在所引用之著作上，註明被引用著作之出處，始屬適法。[54]

[53]伯恩公約第十條第三項規定的原文如下：
(3)Where use is made of works in accordance with the proceeding paragraphs of this article, mention shall be made of the source, and of the name of the author if it appears thereon. Berne Convention, §10 (3).

[54] WILHELM NORDEMANN ET AL., *INTERNATIONAL COPYRIGHT AND NEIGHBORING RIGHTS LAW*, (ENGLISH VERSION BY GERALD MEYER), NEW YORK, NY: VCH PUBLISHERS (1990).

第二目　引用之長短，有差別嗎？

於一九四八年之伯恩公約布魯塞爾版本上，有關摘錄引用規定之條文用語，尚在「摘錄引用」文字之前，訂有「簡短」（short）之形容詞，藉以限制摘錄引用之程度及範圍須以簡短為限。[55]惟在此之後，公約之條文，業已取消此一「摘錄引用」必須為「簡短」之字眼。取消之原因，係由於理論上或實際上，所有合理摘錄引用，皆與引用之長度，並無絕對關係，凡是屬於合理且必要之摘錄引用，即應許可，應無摘錄引用應為如何長短之問題。故 WIPO 認為，刪除該一「簡短」形容詞之後，現行伯恩公約第十條第一項之規定，仍然足以提供何種摘錄引用為合法之判斷，並可藉此保留由各個締約國為國內立法時之裁量彈性；或由各締約國之司法機關，於個案判斷時，自行依據不同之條件，加以審酌。[56]我國著作權法第五十二條對於如何長度之引用，並未具體明示，考其原意應係參考伯恩公約之規範而制定。

依據筆者個人研究結果，我國著作權法最常為被告引用作為主張合理使用之法條，即為第五十二條之規定。因為得得依本條規定主張合理使用之行為類型中，大抵不外出於主張其利用行為之目的，係出於為「報導、評論、教學、研究或其他正當目的」，特別是本條之目的中，尚概括將「其他正當目的」包括在內。由「正當目的」之定義未明，範圍不清，此項不確定法律概念，實即啟人無限之解釋空間，[57]從而眾人乃因之競相引用本

[55] Article 10 (1) of Berne Convention (Brussels Version)(1948), reads as follow:
"(1)It shall be permissible in all countries of the Union to make short quotations from newspaper articles and periodicals, as well as to include them in press summaries."

[56] WIPO, *supra* note 45, at 59.

[57] 依我國實例所見，竟有認為:「『正當目的』則係以非營利為目的之引用。」，請參見臺灣臺北地方法院民事判決八十八年度訴字第四五九五號民事判決。(上述見解之出處全文如後:「次按為

條規定，作為主張利用行為構成合理使用之依據。

其次，本條之「引用」究竟係何所指？有無引用長短、多寡、及引用份量之具體規定或具體標準？我國目前實務所見，有認為：「本條所謂『引用』，係屬利用他人著作而完成自己著作之合理利用行為，是以被引用之他人著作內容僅係自己著作之附屬部分而已，如無自己著作之情形而重製他人已公開發表之著作，即不符本條所規定『引用』之要件」、[58]「次按為報導、評論、教學、研究或其他正當目的之必要，在合理範圍內，得引用已公開發表之著作，著作權法第五十二條定有明文。而所謂『引用』，係援引他人著作用與（於）自己著作之中，所引用他人創作之部分與自己創作之部分，須可加以區分」。[59]自以上實務見解所見，二者俱未言明「引用」之標準何在，然似已謂不得為全文之引用，而得為一部分之利用，則係定見。吾人再參考前述伯恩公約之修正經過，其既已於一九四八年之布魯塞爾版本之後，將有關摘錄引用規定條文用語中的「簡短」（short）一詞加以取消，藉以不採前伯恩公約上之「摘錄引用」必須為「簡短的」之限制要件之後，則有關摘錄引用之程度及範圍如何，當即不得再以「摘錄引用須以簡短為限」作為審酌之標準。更何況我國相對之著作權法第五十二條規定，自始並未曾以「須為簡短引用」作為合理使用之要件！

為此，茲以我國近來二宗關於「引用」行為的司法實務案例所見，作為關於參考。

報導、評論、教學、研究或其他正當目的之必要，在合理範圍內，得引用已公開發表之著作，著作權法第五十二條定有明文。而所謂『引用』，係援引他人著作用與自己著作之中，所引用他人創作之部分與自己創作之部分，須可加以區分。『正當目的』則係以非營利為目的之引用。」)，此項見解，並非正確。

[58] 台灣高等法院八十九年度上訴字第七一六號民事判決理由參照。

[59] 同上註。

第三目　法學教授文章案

本案事實

某位白姓法官曾在報端發表名為「司法官爭薪是國恥？」之司法時論文章，然而某國立大學法學院郭姓教授閱報之後，對其文章內容，有不同意見，乃於民國八十四年七月十二日在自立早報上發表「應該回歸人間的法官」一文，對於白法官先前觀點，提出評論。事後，白法官未獲得郭教授同意，即將郭教授之文章，全文轉載並收錄於白法官嗣後編輯並無償贈與法學界同仁之「司法革新與革心」一書中，並與白法官之文章，相併排列，並於出書之後，亦寄贈郭教授一本。郭教授收到之後，對於白法官之收錄行為，認為侵害其著作權，乃向法院提出侵害著作權之民事損害賠償訴訟，要求白法官應賠償新台幣壹佰零壹萬元損害賠償，並於報端刊登道歉啟事等請求。

本案經地方法院以白法官之利用行為係合理使用為由，駁回原告郭教授之請求，[60]敗訴之郭教授不服，向台灣高等法院提出上訴，嗣後台灣高等法院廢棄第一審之判決，改認定白法官「併列收錄」郭教授文章之引用行為，並非「為完成其著作而為之，亦非其所發表『司法官爭薪是國恥？』一文之附屬部分，且具有獨立存在之意義，並與其發表之『司法官爭薪是國恥？』一文，亦具有對等關係，被上訴人之併列收錄行為，顯係以印刷方法有形重複製作之重製行為」為由，而認係侵害郭教授之著作權，不能構成合理使用，並改判令白法官應賠償原告郭教授新台幣壹萬元之損害賠償。

[60] 同上註，即臺灣臺北地方法院民事判決八十八年度訴字第四五九五號民事判決。

台灣高等法院判決作成如上判決之後，白法官不服，向最高法院提出上訴。現該案正繫屬於最高法院，尚未定讞。為此茲先將本案之第一審及第二審兩個「案件同一、結果不同」之民事判決理由，分別介紹如後：

本案之第一審判決理由摘要：

（一）被告雖辯稱其將原告之上開著作刊載於「司法革新與革心」書中係將揭載於自立早報之文章加以轉載，應合於著作權法第六十一條之規定等語。惟按經新開紙、雜誌連載有關時事問題之論述著作，有使大眾迅速且廣泛周知之必要，為促進公益，維護人民知之權利，故著作權法第六十一條前段特別規定：「揭載於新聞紙、雜誌有關政治、經濟或社會上時事問題之論述，得由其他新開紙、雜誌或由廣播或電視公開播送。」。然該條之所以容許「引用」或「轉載」係基於為使與時事有關事件之報導得以廣為流通傳播之目的，故其應限於以其他新聞紙、雜誌或由廣播或電視等媒介予以公開播送。查，……，（對於）原告上開著作之重製與收錄仍須以其他新聞紙、雜誌或由廣播或電視等媒介為之，是尚與著作權法第六十一條之規定有問。

（二）次按為報導、評論、教學、研究或其他正當目的之必要，在合理範圍內，得引用已公開發表之著作，著作權法第五十二條定有明文。而所謂「引用」，係援引他人著作用與自己著作之中，所引用他人創作之部分與自己創作之部分，須可加以區分。另「正當目的」則係以非營利為目的之引用。查，被告將原告上開著作全文使用，故屬重製，但不論在「司法革新與革心」一書之「目錄」與「內文」，均明確標示「應該回歸人間的法官」

之著作人及註明原著作之出處，有其提出之「司法革新與革心」可證，顯得以區辨該著作之獨立性，屬於上開法條所謂之「引用」無誤。另被告抗辯稱「司法革新與革心」一書僅贈送親友等語，為原告所不爭執，是被告並無藉出版此書籍以營利之意圖甚明，亦符合引用他人已公開發表著作之正當性。另就所引用之「量」而言，被告雖全文予以引用並收錄，但所著作之「司法革新與革心」一書，顧名思義，可知乃就司法問題加以探討之書籍。再論其內容，除被告個人對司法革新之見解，另收集專家學者於報章雜誌所為對司法改革之踐言，此外，尚收錄最高法院刑事庭法官對於目前受爭議之「蘇建和案」之討論意見，可謂全書係關於司法改革之意見總成。而關於放置之章節係就「司法官薪資」議題加以論述文章之收集，並未悖離全書「司法改革」之宗旨，且全書既為「司法改革」意見之大成，自應廣納各方高見，藉助不同領域社會菁英之專長，以達促進司法改革之目標。況參酌被告對於原告上開著作並無任何增刪或加註意見，未加入個人主觀評價，益加彰顯被告乃為收集各方關於司法改革意見而為此收錄。被告既未添加任何評論，對於原告著作之原有價值應無任何損害，亦無影響原告之人格與經濟利益。再者，原告上開著作經被告引用收錄，僅佔全書著作三頁篇幅，佔極小比例，亦非「司法革新與革心」之精華所在，尚難認被告故意引用原告上開著作以促使閱覽者對該書之關注。被告抗辯稱其上開行為係著作權法第五十二條之合理利用等語洵屬有據。

（三）從而，被告所為雖不符合著作權法第六十一條之轉載行為，但

審酌「司法革新與革心」一書之社會意義與利用原告上開著作之量、質及對原著作價值之影響，其引用原告著作並加以收錄之行為，應屬著作權法第五十二條所規定之範疇，為著作權法所容許之合理使用，自無侵害原告著作財產權（重製權）可言。原告自不得請求被告依著作權法第八十八條規定銷燬著作及將判決書內容登載新聞紙，其此二項礙難准許。（臺灣臺北地方法院民事判決八十八年度訴字第四五九五號民事判決參照）

本件高等法院之判決，其判決理由如下：

……按為報導、評論、教學、研究或其他正當目的之必要，在合理範圍內，得引用已公開發表之著作。著作權法第五十二條固有明文，惟本條所謂「引用」，係屬利用他人著作而完成自己著作之合理利用行為，是以被引用之他人著作內容僅係自己著作之附屬部分而已，如無自己著作之情形而重製他人已公開發表之著作，即不符本條所規定「引用」之要件，經查本件被上訴人於其所著、印製「司法革新與革心」一書中，就其所發表之「司法官爭薪是國恥？」一文予以收錄，並以「迴響編」在同書第八〇頁至八二頁將上訴人於八十四年七月十二日在自立早報所發表「應該回歸人間的法官」一文，予以併列收錄之事實，為被上訴人所不爭執，且有該書在卷足稽。被上訴人將上訴人前揭著作併列收錄之行為，並非為完成其著作而為之，亦非其所發表「司法官爭薪是國恥？」一文之附屬部分，且具有獨立存在之意義，並與其發表之「司法官爭薪是國恥？」一文，亦具有對等關係，被上訴人之併列收錄行為，顯係以印刷方法，有形重複製作之重製行為，尚難認在合理範圍內予以引用，被上訴人抗辯合理引用上訴人之文章，自無可採。[61]

（台灣高等法院八十九年度上訴字第七一六號民事判決理由參照）

[61] 按本案被告因不服台灣高等法院第二審判決，已提出上訴，故迄本研究案截止時止（民國九十年十二月十五日），本案尚未確定，並繫屬於最高法院中。

第二款　為學術目的之利用

按為報導、評論、教學、研究或其他正當目的之必要，在合理範圍內，得引用已公開發表之著作，著作權法第五十二條已有明文，然而，依本條規定，除「報導、教學」著作權法另有明文規定之外，斯成為有趣的疑問者，乃在於何謂「評論、研究或其他正當目的」？何以我國著作權法並未如同美國著作權法第一〇七條規定，在著作權法中，明白表明出於學術之目的，可以主張合理使用？

又本條所指之「研究」行為，究係指學術上之研究？抑或不以學術性之研究為必要？又，倘若別無明文時，出於學術目的之利用行為，解釋上是否包括在本條「其他正當目的」之範疇內？

理論上，出於學術目的之利用行為，因其目的係為於前人之著作之上，繼起創作新的著作，其行為之性質既屬於「積極利用行為」，亦與著作權法之宗旨----厚植知識與學術，促進文化之進步之宗旨相符，故出於學術目的之利用行為，自當允許其主張合理使用他人著作，並使之易於構成合理使用。[62]在半個世紀前，美國著名法學教授察菲教授（ZECHARIAH CHAFEE，JR.），即在一九四五年美國哥倫比亞法學評論（Columbia Law Review）上發表嗣後被美國前著作權局局長 BARBARA RINGER 女士稱譽為美國有史以來，以英語文字所作成，無人能出其右之著作權法論文[63]----*Reflections on the Law of Copyright* 中，[64]便曾經表達過如後廣受各界傳

[62] NIMMER, *supra* note 5, at §13.05[A], 13-162, 163.

[63] Barbara Ringer, *The Demonology of copyright*, Bowker Memorial Lecture, US Publisher's Weekly, 18 November 1974, at 30. ("probably the best single work on copyright law ever published in English").

[64] Zechariah Chafee, Jr., *Reflections on the Law of Copyright* (Parts I & II), 45 Colum. L. Rev. 503

誦的著作權法名言：

> 世界之所以永續進步，是由於人人都能為往聖繼絕學，在先賢創作的作品上為繼起創作之故。一個貯立於巨人肩上的侏儒，他所看到的視界，一定比巨人本身，還要來得遠。[65]

此一段話的內容，發人深省，並充分道出學術工作，對於著作權法所擬建立的宗旨與理念，具有十分的重要意義。故若利用著作之目的，係出於為學術之目的時，法院應如何審酌認定其為合理使用，乃為本研究之重點所在。

審酌利用行為是否出於為學術之目的時，審理法院最為重要的任務，便是如何自被告之利用行為中，判斷是否屬於著作權法所獎勵的出於「學術目的」之利用行為。

在當前的社會中，學術活動並非皆屬「不食人間煙火」的活動，實際上大都含有「為五斗米折腰」之商業性質在內。在此情形，法院固不宜即因學術活動具有追求利得之商業性質，即遽認應不得主張合理使用。[66]故著作權法的實例見解以為，對於學術與藝術目的之定義，固然應儘量求其從寬認定，惟法院對於著作作品之利用行為，則應就利用行為之目的，主要係從事學術之目的？抑或利用行為之目的相當顯著地，係在於進行商業上之利用，[67]仔細加以區別，而非謂利用行為必須全然地純粹屬於學術之目的。

---

and 719 (1945).

[65] ("The world goes ahead because each of us builds on the work of our predecessors. Adwarf standing on the shoulders of a giant can see farther than the giant himself."), *id.* at 503-29.

[66] NIMMER, *supra* note 5, at §13.05[A], 13-160.

[67] while "the arts and sciences should be defined in their broadest terms," still "it is relevant whether the [copyrighted work] is used primarily for scholarly, historical reasons, or predominantly for commercial exploitation." *Meeropol v. Nizer*, 560 F.2d 1061, 1069 (2d Cir. 1977); *Rosemont Enterprises Inc., v. Random House, Inc.*, 366 F.2d 303, 307 (2d Cir. 1966).

依筆者研究所見，從事學術者，其具體之學術任務，通常與教學有關，例如學術研究者通常皆在學術或教育機構內任職，故其屬於教學上之利用行為，固可以適用著作權法關於教育或教學目的之相關條文，加以處理。另外，從事學術之人，除授課教學之外，最大的任務特色，即在於從事研究；且於研究過程之中或於研究有成之後，多有利用他人著作或對於他人著作加以評論之必要，因之，如果出於學術之目的，從事教學、研究或評論之利用行為者，依理即應較易於被定可以構成合理使用。

第三款　為研究目的之利用

為「研究」（research）目的而利用著作之行為，通常亦涉及利用人係為從事具有「積極生產力」的「繼起創作行為」。美國著作權法第一〇七條第一項之前言規定內，亦將之列為得構成合理使用的六項利用行為目的之一。[68]

在一宗由美國聯邦紐約地方法院法官 PIERRE N. LEVAL 氏於一九九四年十一月所作成的 *American Geophysical Union v. Texaco Inc.*一案[69]所作成的判決中，LEVAL 法官認為被告設立的研究單位中，所屬研究人員在該機構業務範圍內，從事研究工作時，提供影印複製服務，將刊載於科學性、技術性期刊雜誌上的論文或著作，供給其所雇用的研究人員參考。對於此種行為，法院認為該研究單位係為商業之目的而複製期刊論文，不能構成合理使用。承審的 Leval 法官因之在該案判決提到：本案被告德士古石油

[68] NIMMER, *supra* note 5, at §13.05[A], 13-162, 163.
[69] *American Geophysical Union v. Texaco Inc.*, 802 F.Supp. 1 (S.D.N.Y. 1992), 24 U.S.P.Q.2d 1796, 37 F.3d 881 (2d Cir. 1994).

公司（Texaco Inc.），係商業機構，其所設立之研究單位，並非係為大眾之福祉、追求知識而設立，相反的，該公司所從事之研究工作，主要目的係為公司追求利潤。對於該商業機構從事之利用行為非屬「積極利用」，而係「消極性複製」（passive reproduction）之利用行為時，縱使其複製行為，係為了研究目的，然而此種利用行為，可以構成合理使用之可能性及限度，仍應限制在極為狹小之範圍內。[70]

*American Geophysical Union v. Texaco Inc.*一案的判決理由中，明白道出「研究」之目的，在著作權法上的評價，應居於中立的地位，即出於研究之目的，而利用他人著作權利之行為，並非當然如同學術之目的，僅要利用行為之本身係出於學術之目的，則於價值判斷時，即已易於使之構成合理使用。易言之，對於出於研究目的之利用行為，尚應再配合其他因素予以綜合、整體的審酌。若在研究目的之外，利用行為之目的更具有強烈的負面（negative）特徵時，法院亦應參酌整體案情，再作最後之認定。因之，作者以為，出於「研究目的」之利用行為，必需其他不利於構成合理使用之因素愈「非顯著」（insufficient）之情形時，則該利用行為出於研究之目的，始足以導至利用行為易於構成合理使用之判斷。

[70] (the scope of fair use for corporations engaged in passive reproduction is extremely narrow.) *See also Pasha Publications, Inc. v. Enmark Gas Corp.*, 22 U.S.P.Q.2d 1076, 1077 (N.D. Tex. 1992) (multiple photocopying by corporation of *Gas Daily* for employees not fair use and held to be "in furtherance of ..... commercial pursuits").

第二節　出於商業目的之利用行為

第一項　前言

著作權法之目的，係為獎勵學術與知識之累積，並促進社會文化進步，因之如何藉由對於著作人授與專有權利，使著作人得以自己行使著作權利，或授權他人行使，而從市場上得到經濟利益之回饋，藉以獎勵其致力創作，[71]乃為著作權機制中十分重要的期待目的。因之，出於商業或營利之目的，而對於著作權人之著作，進行商業利用，此種類型，較諸其他不具有營利之目的或對於著作予以非營利教育上之利用行為，出於商業目的之利用行為，對於被利用著作之經濟利益或潛在市場所發生之衝擊與影響，理論上較易發生不利之影響。[72]由於此種對於著作權人之經濟利益所產生之衝擊或不利影響，適正屬於著作權機制之核心目的（即「保障著作權人之經濟利益」）所在，故為實現著作權法之立法目的，法院於依據著作權法規定，判斷著作利用之行為是否構成合理使用時，利用行為是否具有商業使用之性質，因之恆成為法院應予審酌之重點。[73]

---

[71] "Theory espoused by constitution provision conferring power on Congress to promote progress of science and useful arts by securing for limited time to authors and inventors' exclusive right to their respective writing and discoveries is that the advancement of public good, through growth of knowledge and learning is to be obtained by securing private commercial interest of authors." *American Geophysical Union, supra* note 69, at 9.

[72] LEAFFER, *supra* note 1, 299 (1989).

[73]國際上，參與國家最多的伯恩公約，對於受公約所保護著作，亦十分重視其市場上之經濟利益之保護，故有關得由他人對受公約所保護之著作加以合理使用之許可條件，亦以「不得妨礙著作人對其著作之開發利用，以及，對於著作人之合法利益不得致生不合理之損害」(provided that such reproduction does not conflict with a normal exploitation of the work and does not unreasonably

就法理而言，著作權法合理使用條款條文本身，並未具體指示法院應如何審酌利用行為是否構成合理使用。故而對於合理使用條第一款所列舉之「利用之目的及性質」，對於法院而言，亦應非屬結論性之指示，而猶待法院依據個案事實之不同，在個案審酌之基礎上，於審酌一切可能事實之後，綜合整個事實之評價，作出最適切之個案認定，而關於利用行為具有商業之目的或性質時，應如何審酌？其理亦同。

惟由於合理使用條款第一款尚有「包括係為商業目的或非營利教育目的」之用語，以致法院審酌利用行為時，事實上已無法不將利用行為是否具有「商業目的」（commercial purpose）或「非營利教育目的」（non-profit educational purpose）兩項事實，包括在審查的對象之內。準此，於探討「利用行為之性質與利用之目的」條款時，關於審酌利用行為是否具有「商業目的」，自是法院必需觸及之關鍵爭點。從而如下之問題，乃成為法院所應審酌之重點：

一、法院對於利用行為是否具有商業目的，應如何審酌？

二、「商業目的」之性質，應如何認定？

三、為何要判定利用行為是否具有商業目的？此一「商業」之性質，其實質內涵為何？

四、具有商業目的之利用行為，對於該利用行為可否構成合理使用，具有如何之關鍵影響？

五、在我國及美國的實務見解上，對於具有商業目的之利用行為可否認定為合理使用時，其各自所持見解為何？其間有無差異？

prejudice the legitimate interests of the author.)為限。請參見伯恩公約第九條第二項規定。

第二項

如何審酌具有商業性質之利用行為

「商業使用」（commercial use）之涵義，在美國著作權法上，原則上係指為獲取「利得」（profit）而對於著作權人享有之著作權利所從事之利用行為而言。[74]凡是就著作權人所享有之權利，從事商業利用之行為，其利用行為即具有著作權法合理使用條款第一款所指之「商業性質」（commercial nature）。

我國實務見解，對於利用人「有償利用他人著作之行為」，有認為係從事具有「商業」目的之利用行為者；同時，縱係「無償」行為，亦未必即非屬商業性質之利用。實例所見，有認：被告利用他人攝影著作，用以製作旅遊廣告，縱使其目的係為回饋刊登廣告往來業務較為頻繁之客戶而作，且出於無償之目的而為，但是法院仍認為「該部分依該類宣傳慣例縱未收費，惟既係為回饋往來業務較頻繁之客戶而作，仍不失有營利之性質」[75]。

作者認為，民法上之「有償與無償」概念，與利用行為是否具有著作權法上合理使用條款所指之「商業之性質或目的」，其內涵與意義，二者並非同一概念，故於判斷時，宜基於個案事實加以認定。並且，應予注意者，縱使某種行為係為獲取「利得」或為「營利」之目的而利用他人著作，此種利用行為固可認定為具有商業之目的，惟在認定為具有商業目的之

[74] "A commercial use is one which earns a profit", *Mikalian, supra* note 11, at 3.
[75] 台灣高等法院八十八年度上易字第二三五號刑事判決參照。

後，對於此種具有商業性質之利用行為，法院究竟應如何進一步處理與判斷？即值加以探討，依作者研究所見，不得於分析出利用行為具有商業之性質之後，即到此為止，即可直接認定利用行為因為具有商業性質，即一旦「沾染」商業之色彩，或具有商業之目的或性質，即應該排除該項利用行為可以構成合理使用之可能性！依照著作權法合理使用條款之規範意旨以觀，對於具有商業目的或商業性質利用行為是否構成合理使用之判斷，不得因為法院已發現利用行為具有商業之目的或具有商業之性質之後，即告終止，法院尚要更進一步對於具有商業目的之利用行為，結合合理使用條款其他各款所列舉之事實，綜合加以審酌，特別是合理使用條款第四款所定之審酌因素，判斷該項具有商業性質之利用行為對於被利用之著作，是否在「經濟上」及「價值上」造成不利益之影響之後，再綜就該項具有商業目的之利用行為，是否可以構成合理使用，進行最終之判斷。

此外，於某些情形下，對於利用行為所具有之其他四項法定因素事實以外之事實，法院亦得依據著作權合理使用條款「應審酌一切情狀」之規定意旨，將法定四項事實以外之事實，統加以包括在內，併入法院綜予審酌之列。

依美國著作權法的學說與實務見解，審酌利用行為是否具有商業使用之性質時，若欲將利用行為明確區分為「具有商業目的之行為」以及「非商業目的之使用」，至不容易。因為純屬商業或非商業性質之利用行為，事實上並非多，反而是，在許許多多利用行為當中，或多或少、直接或間接，都可以發現在各該利用行為中，包含有追求金錢或經濟利益之性質在內。[76]因之，在「無行為不商」（即每一項利用行為都具有商業之性質、商業動機甚或出於商業之目的）之情況下，法院對於利用行為具有商業之

[76] PATRY, *supra* note 35, at 731.

本質之審酌，其真義殆在於「該項利用行為所包含之商業本質或出於商業之目的，其係如何程度的影響利用行為是否構成合理使用」之判斷！因之，於判斷利用行為係具如何之有商業之本質時，並非要求法院必須將利用行為，截然區分為「具有商業性質」或「不具有商業性質」二種相對型態，並進而對於具有商業性質之利用行為，立即判斷為「不得構成合理使用之利用行為」。相對的，合理使用條款第一款規定之本意，僅係要求法院對於具有「商業性質之利用行為」，判斷該項商業性質之程度，究係如何而已。由於第一款的條文用語係「包括該利用行為是否具有商業之目的或係為非營利教育之目的」，此項用語中「商業」與「非營利教育」，二者並非相對之概念，故第一款條文，當非授意法院僅應區分利用行為是否「具有商業性質或未具有商業性質」以及「非營利教育之目的或營利教育之目的」，亦即合理使用條款第一款規定，並非要求法院進行「非白即黑」選擇性規範（either/or choice），故於判斷利用行為是否具有商業性質時，乃係要求法院尚應進而從事該項具有商業目的或商業性質之利用行為，「其所具有之商業性質程度，究竟如何？」之判斷。關於此點，美國法的實務見解，已在 *Maxton-Graham v. Burtchael* 一案中，明白加以表示：

> 於解讀著作權法第一〇七條的條文時，吾人毋須就利用行為究竟係屬於商業利用，抑或屬於非營利利用，從事「一刀切」的兩極化分類。倘若然，則合理使用之制度，勢必早就消失殆盡。蓋幾乎所有著作，皆可據信並推定係為供營利之用而創作或發行，……故所謂利用行為具有商業利用性質之判斷問題，並非判斷其絕對是與否為商業的問題，而是一個程度上的判斷問題。[77]

[77] 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 mater of degree, not an absolute. ... *Maxton-Graham v. Burtchaell*, 803 F.2d 1253, 1262 (2d Cir. 1986), *cert. denied*, 481 U.S. 1059 (1987).

因之，若利用行為係由非營利機構，為教育之目的，並分文不取之情況下而為，此種利用行為，因其幾乎難以沾上任何之商業性質，故可認其所具有之商業性質，程度極低，並因而極易於受到合理使用之認定；反之，若利用之目的，係為推銷自己之產品或勞務時，於此情形，利用行為所具有之商業性質頗高，依實務案例所示，此種利用行為所具有之商業性質，始有不利於其利用行為得以構成合理使用之認定。[78]

另外，在上述位於光譜兩端之兩種利用行為之間，亦有眾多之利用行為，因為具有高低程度不同之商業性質，此種「有點粘，又不太粘」（即有點商業性質在內）之利用行為，即所謂「中間類型之利用行為」（intermediate uses），例如：被告出於為報導新聞、或為評論或學術研究等目的，而以不同之方式利用著作權人之著作，並將之融入自己著作之中，且更於市場上銷售。對於此種利用行為，於判斷是否構成合理使用時，即經常因為所具有之商業性質程度高低之不同，而導至相當複雜的認定結果。這些出於不同目的之著作利用行為，其間所涉及之商業性質程度之高低，因受其利用之目的不同之影響，以致於判斷利用行為是否構成合理使用時，往往因而得到不同結論，例如：

一、將他人著作，加以複製，並使用在自己著作封面上，藉以招徠顧客；或

二、僅就著作權人著作為部分之利用，例如僅使用一本雜誌當中的一篇文章，或一幀照片。

[78] "The use, for example, of a copyrighted work to advertise a product, even in a parody, will be entitled to less indulgence under the first factor of the fair use inquiry, than the sale of a parody for its own sake," *See Campbell*, *supra* note **錯誤! 尚未定義書籤。**, 114 S.Ct. 1164, 1176.

上述這兩種利用行為，二者皆具有商業利用之性質，惟前者所具有之商業性質，在程度上，較諸後者，顯然較為濃厚，依美國實務所見，前項利用行為，較不利於受到構成合理使用之認定。[79]另者，美國著作權法的實務所見，在 *Mikaelian* 一案中，亦認「被告為提供補習教育模擬試題之目的，而利用原告之試題著作，並非『無償之教育目的』，而係以營利為目的之商業行為」，[80]亦為適例。

最後，被告利用他人著作並據以完成自己之著作時，關於被告之作品，於市場上之銷售是否成功？其利得如何？對於著作作品利用行為所具有之商業性質之判斷，理論上應不生影響。縱使被告利用他人之著作所完成之著作，其在市場上之銷售量僅為一百冊，而非十萬冊，然而此一銷售數額上之差距，並不當然削弱其利用行為之商業性質。反之，即使一部暢銷的著作，其參考利用他人著作之利用行為，並非當然即得推定其商業性質，一定較諸一部乏人問津之著作者其利用他人著作之利用行為，更要來得濃厚。此時，對於上述二部著作利用行為之認定差異所在，正確的說，應該在於該部暢銷著作的銷售業績，對於被利用之著作之潛在市場，所可能致生之影響。蓋此項重點，較諸審究對於該部乏人問津著作之利用行為之商業性質之有無及程度之高低，方始較為重要之點。[81]

[79] *Id.* and *see also Haberman v. Hustler Magazine, Inc.*, 626 F.Supp. 201 (D. Mass 1986) (plaintiff's photographs reproduced within magazine, not on cover).
[80] *Mikaelian*, *supra* note 35, at 734.
[81] PATRY, *supra* note 35, at 734.

第三項

商業之性質對於合理使用認定之影響

關於著作之利用行為，是否構成合理使用？於法院審酌與認定時，利用之性質與利用之目的，僅係法院應予審酌之四項要素事實之一而已；至於利用行是否具有「商業」之目的或性質時，此項事實，依據美國聯邦最高法院在 *Campbell* 一案所持見解，僅係屬於合理使用條款第一款之「款內所定事實」（sub-factor），此項事實，乃是審判法院，依照第一款規定，審酌利用行為時所應觀察之列舉事實之一。[82]故於發現利用行為係出於商業之目的或具有商業之性質時，在理論上，此項事實應僅是法院綜合所有事實，並依據個案具體情形，於作最終認定時，所應參考的事實之一而已，並非屬於判斷合理使用之「控制因素」或「決定性因素」（controlling element），[83]故而，利用行為係出於商業目的之利用，此項事實，對於是否可以構成合理使用之認定，當然即不應具有「結論性」之影響力。[84]換言之，不得僅因利用行為具有「商業之性質」或「出於商業之目的」，而即應認定利用行為不得構成合理使用。

第四項

[82] *Campbell*, *supra* note 20, at 1174.

[83] "[W]hether the profit element of the fair use calculus affects the ultimate determination of whether there is a fair use depends on the totality of the factors considered; it is not controlling." *Rogers v. Koons*, 960 F.2d 301, at 309 (2d Cir.), *cert. denied*, 113 S.Ct. 365 (1992). *See also Twin Peaks Production v. Publication International Ltd.*, 996 F.2d 1374-75.

[84] *Campbell*, *supra* note 20, at 1174.

美國著作權法上對於「出於商業目的之利用行為」之審酌態度

第一款　美國法上的傳統見解

在美國著作權法實務上，對於商業性質與合理使用之判定乙點所持見解，在八十年代時，曾經歷經一段相當歧異與出入的論戰（請詳後述），而直至一九九四年由聯邦最高法院作出 *Campbell* 一案之後，始平息相關爭論，對於具有商業性質或營利目的之利用行為與合理使用之認定，作成較為統一之通見。

當前所持之通說見解，可以自如下幾個聯邦法院判決理由，得其梗概，即：

一、在 *Twin Peaks Pro. v. Publication Int'l Ltd.* 一案中，美國法院係認：

> 不得因為著作者撰寫書籍時，具有商業目的之緣故，法院便可置作者利用前人著作之行為尚另外具有有利於認定構成合理使用之因素於不顧，而即逕自於合理使用天枰上，排除利用行為可資構成合理使用之認定。因為多數傳統教育用著作之發行人，咸皆希望獲取利潤，同時在很多情形下，商業性著作的發行人，亦無不人人自稱，渠等對於啟迪公眾，具有貢獻。[85]

[85] *Twin Peaks Production, supra* note 83, at 1374-75.

二、在 *Rosemont Enters v. Random House， Inc.*一案中，美國聯邦第二上訴法院於其廢棄第一審判決之判決理由中，亦認為：

> 不論著作人或發行人是否自銷售自傳而獲得利潤、不論其發行著作之部分動機係意圖營利，亦不論其是否係針對大眾之市場而銷售，例如一般之市民而非大專院校教授，均毋庸承擔其著作必須對於社會大眾帶來益處之責任。猶有進者，本案之原審法院於強調被告所撰寫之自傳具有商業之性質時，卻未能體認出，幾乎所有的出版作品，無不可以推定其皆係出於為營利之目的，……，抑且，所有著作莫不同時兼具商業及藝術之成分在內，……因之，本法院認為不論著作人或發行人是否出於商業之動機，或是否係以通俗之語調完成其著作，要皆與法院進行利用他人著作之行為是否構成能為公眾帶來利益之合理使用之認定，應不生關聯。[86]

三、一九九三年的 *Rogers v. Koons.*一案中，關於營利之因素對於判斷利用行為是否構成合理使用有何影響之問題，亦認為：

> 最終還是須要根據所有的事實，綜合加以研判，方可有成，本項所謂具有營利目的之商業利用之性質，並非盡然具有控制性。[87]

四、此外，在一九九六年的 *Princeton University Press v. Michigan Document Service*， 74 F.3d 1512， 99 F.3d 1381（6th Cir. 1996）（*en banc*）. 一案中，第二審法官亦在本案判決理由中，對於應如何審酌具有商業性質

[86] Whether an author or publisher reaps economic benefits from the sale of a biographical work, or whether its publication is motivated in part by a desire for commercial gain, or whether it is designed for the popular market, *i.e.*, the average citizen rather than the college professor, has no bearing on whether a public benefit may be derived from such a work. Moreover, the district court in emphasizing the commercial aspects of the [defendant's] biography failed to recognize that '[a]ll publications presumably are operated for profit ....', and that 'both commercial and artistic elements are involved in almost every [work]...' Thus, we conclude that whether an author or publisher has a commercial motive or writes in a popular style is irrelevant to a determination of whether a particular use of copyrighted material in a work which offers some benefit to the public constitutes a fair use. *Rosemont Enters. v. Random House, Inc.*, 366 F.2d 303, 307, 150 U.S.P.Q. 715 (2d Cir. 1966), *cert. denied*, 385 U.S. 1009, 152 U.S.P.Q. 844 (1967).

[87] *Rogers v. Koons*, *supra* note 83, 960 F.2d 301, 309.; And *see also Twin Peaks Production v. Publication International Ltd.*, *supra* note 85, at 1374-75.

之利用行為，提出如下之見解：[88]

> 於第一〇七條第一項所列事實，尚有另外一項應予審酌之事項，即利用行為是否出於商業使用或非營利使用之目的，以及是否係出於教育之目的。雖然出於商業之目的之使用，相對於出於教育目的之利用行為，較有傾向被認定不能構成合理使用。[89]
>
> 然而，判斷問題之核心重點，「並非在於過問利用行為的唯一動機是否在於賺取鈔票，而是在於利用行為人是否想要分文不付，而擬藉利用他人享有著作權的著作，作為謀取個人利潤的動機。[90]

第二款

美國聯邦最高法院見解的反覆與拍板定案

在評析利用行為是否構成合理使用時，由於理論上出於商業目的或具有商業性質之利用行為，對於被利用著作之市場，較易發生經濟上不利影響，故而美國法院於實務上，對於構成合理使用與否之判斷，所採取之立場及見解，曾經因為美國聯邦最高法院於一九八四年在 *Sony Corp. of America v. University City Studios, Inc.*一案（以下簡稱"*Sony*"案）中，[91]對於著作具有商業性質之利用行為與合理使用之關係，曾經表示如下一段見解，因而在學界與實務界中，引起諸多爭議：

---

[88] *Princeton*, *supra* note 16.

[89] The "fact that a publication is commercial as opposed to nonprofit is a separate factor that trends to weight against a finding of fair use." *Harper & Row, supra* note 27, at 562.

[90] The central inquiry "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.*

[91] *Sony*, *supra* note 25

> 對於受著作權保護之著作所為之商業利用行為，應推定為對於著作權人所享有之專有權利之不合理利用行為。[92]

美國聯邦最高法院在上述 *Sony* 案件中，對於利用行為具有商業性質之事實認為即應推定不利於構成合理使用之後，立即引起實務界及學術界極多的爭議與批評。較具有代表性的批評指出：「如果只因利用行為具有商業的性質，便應推定不利於構成合理使用，此種『僵固之推定』（rigid presumption），既忽略利用行為之性質，僅只是判斷利用行為是否構成合理使用時，法院所應審酌的諸多因素之一」；[93]抑且，「此種推定不無速斷之嫌」。[94]蓋，若謂利用行為一經發現具有商業之性質，即遽予推定其使用非屬合理使用，則法院根本即無可能與必要繼續依照美國著作權法第一〇七條第二項第四款規定，審酌該項利用行為對於被利用著作之影響！[95]而「著作權合理使用條款於第四款指示法院應從事之審酌任務（即審酌利用行為對於被利用著作之經濟利益與著作之價值之影響），豈非因之形同具文？」[96]

此外，在美國著作權法實務見解上，對於合理使用之研究與所表示之見解素來受到眾人重視的 Pierre N. Leval 法官，亦於一九九二年的 *American Geophysical Union v. Texaco Inc.* 一案中，[97]對於美國聯邦最高法院在 *Sony* 一案中所採取的見解，相當不以為然地表示：「儘管多數法院認為具有商業性質之使用行為，應當推定為非合理使用，並奉之如規臬，但是此種推定其實很容易用受到『改頭換面利用理論』（transformative use）以及不具

[92] "[E]very commercial use of copyrighted material is presumptively an unfair exploitation of the monopoly privilege that belongs to the owner of the copyright." *id.* 464 U.S., at 451 (1984).
[93] *Id.*, at 736.
[94] *Campbell*, *supra* note 20, at 1173-74.
[95] 美國著作權法第一〇七條第四款：「因為該利用行為，對被利用之著作作品的潛在市場或價值所生之影響。」
[96] PATRY, *supra* note 35, at 761.
[97] *American Geophysical Union*, *supra* note 69, at 9.

取代性之使用所推翻。」[98]

美國聯邦最高法院於一九八四年作成 *Sony* 案件之後，關於具有商業性質之即應受到屬非合理使用之推論見解，是否適於作為著作權法上判斷利用行為是否構成合理使用之參考理論，在作成該項判決之後，立即成為美國著作權法上爭論不休的焦點，此項爭議並因之持續不已，最後，美國聯邦最高法院亦體會到該項理論的缺點與不當之處，故於該案作成之後翌年，即一九八五年，美國聯邦最高法院乃藉於審理 *Harper & Row* 一案時，修正其前於 *Sony* 一案所持之「具有商業性質之利用行為即推定其非屬合理使用」之見解，將其前於 *Sony* 案內所形成之推定理論，適度加以修正，而採如下之見解：

> 著作（之利用行為）具有商業之性質，此一事實，相對於非營利之性質，應該僅只屬於傾向不利於構成合理使用認定之個別因素而已。[99]

其後及至一九九四年時，美國聯邦最高法院更進一步在 *Campbell v. Acuff-Rose Music Inc.*一案（或簡稱 *Campbell* 案），[100]就此項尚未完全平息之爭議點，非常直接地，加以闡明澄清，並提出如後之見解：

> 一九七六年著作權法有關合理使用條款的規定，其實無意欲樹立一套硬性的規則，並僵固地適用（rigid application of bright line rules）於每一侵害著作權之案件中。相反的，而是要求法院應該依照「個案分析」的方式，為個案之判斷。[101]
>
> 合理使用條款上舉例說明的幾種許可使用之類型，僅係為提供法院審酌

[98] "that presumption is easily overcome by transformative use, nonsupersedeing use" *id.* 802 F.Supp. at 13.

[99] Sony, supra note 25, at 562. (The “fact that a publication is commercial as opposed to nonprofit is a separate factor that trends to weight against a finding of fair use“.).

[100] *Campbell, supra* note 20.

[101] *Id.* at 1170.

> 參考而已，法院尚必需依據著作權法的宗旨目的，綜合各項事實，整體予以探求考量，而非以單獨、個別、孤立的事實，作為判斷之依據。[102]

> 若發現被告對於原作之利用，係從事「改頭換面之利用」(transformative use）時，雖然此一「改頭換面」之利用，並非必然足使該項利用行為構成合理使用，惟只要新創著作對於原著作品之利用，愈是具有「改頭換面」之利用事實，且著作權法合理使用條款（第一零七條）各款不利於合理使用主張的考量因素，愈非顯著者，例如包括原本即容易遭致不能構成合理使用認定的「商業使用」的事實在內，則該項利用行為便愈得以構成合理使用。[103]

最後，美國聯邦最高法院，以下列一段見解，闡明利用行為具有商業性質時，此一性質與合理使用之關係：

> 著作（之利用行為）具有商業性質之事實，相對於非營利之性質，應該僅只屬於傾向不利於構成合理使用之因素，並且亦僅止如此而已。至於該項易於受到不利認定之傾向，其強度究屬如何？尚須視實際個案情況而定，非可一概而論。[104]

---

[102] *Id.* at 1170-71.

[103] (Whether and to what extent the new work is "transformative" . . . Although such transformative use is not absolutely necessary for a finding of fair use, *Sony*, *supra*, 464 U.S. at 455, n.40, the goal of copyright, to promote science and the arts, is generally furthered by the creation of transformative works. Such works thus lie at the heart of the fair use doctrine's guarantee of breathing space within the confines of copyright . . . and the more transformative the new work, the less will be the significance of other factors, like commercialism, that may weigh against a finding of fair use.), *id.* at 1171.

[104] That the "fac("a *per se* rule thus run as much counter to *Sony* itself as to long common-law tradition of fair use adjudication") *id.*t that a publication was commercial as opposed to nonprofit is a separate factor that tends to weigh against fair use," But that is all, and the fact that even the force of that tendency will vary with the context. ...." *Campbell*, *supra* note 20, at 1174.

第三款

我國司法實務上對於商業利用行為所採之見解

在著作權法的實務案例上，具有商業目的之利用行為，幾乎比比皆是，然而，此種出於「商業目的」之行為，或為獲取「利得」或另稱作「為營利之目的」，而利用著作權人受著作權所保護之著作，此種利用行為固皆可認定為具有商業之性質，惟此種利用行為之性質對於合理使用判斷之影響，應如何評價？在我國的實務上，已有不少先例，但依作者研究，在我國司法實務上，利用行為具有「營利目的」或「商業目的」事實之案例，為數固然不少，然而各級法院或各地檢察署對於此項商業目的之事實所採持之認定立場為何？其間之出入，實在不小，有些案例對於一經確定利用行為具有商業之性質或出於商業目的時，即直接認定該項利用行為不得構成合理使用。徵諸作者個人前述研究結論，此種直接認定為不得構成合理使用，確有速斷之不妥，尤其是審理法院及負責刑事告訴把關之檢察署，對於此種利用行為具有商業性質或出於商業目的之利用行為，是否隨即於嗣後，再繼續依據合理使用條款第二項第一款以外其餘三款規定，就該項具有商業性質之利用行為，判斷其所利用部分之數量與重要性係如何，且是否因之對於被利用著作之經濟利益及其價值，產生損害？等事實，進一步加以審酌，始作最出該案之最終判斷？抑或僅係在一旦發現利用行為具有商業目的或商業使用之事實之後，即直接認定為不得構成合理使用，此種「具有商業目的之利用，即推定為不得構成合理使用」之假定，與法之本旨，確有不符！對於此種判決或處分，所持見解，確有誤解著作權合理使用機制之本旨，自宜予檢討改進。

茲謹選擇其中較具有代表性之案例，分別介紹並分析如後，其中包含所持見解正確無誤者，例如：亦有認定意旨不符合理使用條款之規定本旨者，茲分別介紹如後：

第一目　殷宗文照片案

在本案中，任職於被告中央日報的記者（亦為被告之一）江○○，獨家獲悉政府發布人事命令，調任當時擔任國防部軍事情報局局長的殷宗文，出任國家安全局局長新職後，翻拍由張○○先生所撰，書名為李登輝霸權危機一書中，由自訴人所拍攝其中含有殷宗文參加九三軍人節餐會的插頁照片。被告江○○報導的目的雖係出於報導新聞，但是審理本案的台灣高等法院更一審法官亦認定被告中央日報之利用行為，另外尚含有商業之目的，該更一審法官因之於判決中間接指出，被告中央日報出版報紙之目的，固亦係出於「商業目的」，惟台灣高等法院更一審法官更進一步就被告中央日報亦出於商業目的之利用行為加以審酌之後，亦同時指出：「雖然此舉可增加當日中央日報之可讀性，對該報之讀者固不無俾益，唯若謂原無訂購該報之人，因該報刊登系爭殷宗文之照片，始爭相起意購買該日之中央日報報紙，甚或群起訂閱，以致該報銷路大增，洛陽紙貴，要屬無可能」，[105]更一審為此而不認為被告此項利用行為出於商業目的之事實，當然足以否定系爭之利用行為可以構成合理使用之可能性。

台灣高等法院在該院殷宗文照片一案（八十三年度上更（一）字第七八八號刑事判決）就利用行為具有商業目的之事實，所採持之態度以及其

[105] 台灣高等法院八十八年度訴字第五十一號民事判決理由參照。

後更能依據合理使用條款之規範意旨，進一步將該項具有商業性質之利用行為，依序依據合理使用條款嗣後三款之規定，逐款加以審酌，再得出最終之判斷結論，察其審酌模式，至為完整，亦屬標準，依據筆者之研究，本件判決就商業目的之分析與審酌態度，十分符合著作權合理使用條款所期待，堪可稱為我國著作權法審酌利用行為是否構成合理使用之典範，筆者因而認為本項判決，十分具有參考之值價。

第二目　光碟月刊案----將 BBS 上之文章重製販售案

被告黃○○、王○○、呂○○將告訴人翁○○、陳○○、李○○三人先後所創作且公開發表於由教育部電算中心所屬臺灣學術網路（TAIWAN ACADEMIC NET，簡稱為 TANet，下稱臺灣學術網路）之電子佈告欄（BULLETIN BOARD SYSTEM，簡稱為 BBS）「中山大學站」上之十八篇文字著作，未經著作權人之授權或同意，擅自下載（down load）上述著作，委由不知情之第三人重製（燒錄），並在隨後出版之「凱訊光碟月刊」（HOPE_NET CD-Rom Monthly）第七期及第九期販售，交付不特定之買受人購後使用。案經著作權人翁○○、陳○○、李○○訴請由臺灣臺北地方法院檢察署檢察官偵查起訴。

本案經起訴後，歷經第一、二、三審法院審理，皆認為侵害告訴人之著作權，被告皆經法院判決有罪在案。

在本案中，歷審法院對於被告之利用行為具有商業之性質，所採持之態度，皆十分不利於被告，第二審法院認為：「被告利用該等著作銷售圖

利，純係商業營利目的，初無因報導之必要或合理範圍內利用之問題，亦無以所謂『其他方法』為時事報導之可言，縱依著作權法第六十四條之規定明示其出處，亦無解於彼等侵害他人著作權之事實。」

第三目

於為旅行社製作之廣告上使用使用他人潛水照片案

本案事實

被告吳○○係台北市○○廣告公司之負責人。告訴人莊○○則為帛琉航空公司為宣導帛琉假期，而於彩色廣告畫頁上所刊載之帛硫攝影作品之作者。被告吳○○未及查尋圖片來源或逕洽著作財產權人得其同意，即於八十五年○月○日聯合報第○○版(廣告版)刊登告訴人享有著作權之「戴蛙鏡沈游於熱帶魚群間之潛水」照片乙張，輔以「……○○旅行社為使每一位佳賓都能親身悠遊於五顏六色、各式各樣的珊瑚間，以及追逐成群結隊繽紛的熱帶魚，凡參加…...」等文字說明，而重製莊○○享有之攝影著作。

檢察官起訴理由

被告吳○○確實有將告訴人享有著作權之戴蛙鏡沈游於熱帶魚群間之潛水照片乙張刊登在其為○○旅行社製作之廣告上，「該部分依該類宣傳慣例縱未收費，惟既係為回饋往來業務較頻繁之客戶而作，仍不失有營利之性質，經核其所使用圖片及文字輔助說明及其利用目的、性質觀之，

均不符著作權法第四十四條至六十三條及第六十五條第二項所列合理使用之判斷標準」。[106]

第四目

於雜誌上重製他人電腦遊戲光碟片內畫面案

本案事實

被告廖○○為台中市「○○出版有限公司」負責人，出版「○○快報」雜誌，明知「FINAL FANTASY」遊戲光碟為日商○○股份有限公司（下稱○○公司）於八十八年二月十一日於我國首次發行，享有著作權之著作，竟未經著作財產權人○○公司之授權，擅自以印刷之方式重製「FINAL FANTASY」遊戲光碟片內之畫面，製作成「太空戰士破關完全攻略」，刊登於其出版之○○快報雜誌第五十五期、第五十六期，於八十八年三月二日出版販售。案經○○公司委請律師訴請偵辦。被告廖○○坦承使用○○公司之遊戲光碟，惟辯稱其引用光碟畫面，係屬報導時事之合理使用範圍，依著作權法第四十九條、第五十二條規定，被告出版之著作物，乃係介紹電視遊樂器軟體之刊物，而刊登之攻略章節，主要是報導上開光碟遊戲之內容及作者之攻略心得，引用畫面部分，純粹是方便讀者索引對照，對於該著作權非但不生影響，反而有因報導而刺激消費者購買之可能，被告所為，應屬合理使用之範圍。[107]

[106] 台灣士林地方法院檢察署檢察官起訴書八十七年偵字第二八〇一號參照。
[107] 台灣台中地方法院檢察署檢察盲起訴書八十八年度偵字第一二九九三號參照。

檢察官起訴理由

著作權法第四十九條規定：「以廣播、攝影、錄影、新聞紙或其他方法為時事報導者，在報導之必要範圍內，得使用其報導過程中所接觸之著作。」，其合理使用之界限，在於「時事報導之必要範圍」，本件被告製作之「破關完全攻略」，內容在教導讀者於操作「FINAL FANTASY」遊戲光碟時如何順利過關，並非「時事」之報導，而著作權法第五十二條規定：「為報導，評論、教學、研究或其他正當目的之必要，在合理之範圍內，得引用已公開發表之著作。」其合理使用之界限，在於「正當目的之必要」，本件被告係將其製作之「破關完全攻略」刊登於雜誌內銷售，其目的顯在營利，自與著作權法第五十二條規定之「正當目的」不符，是被告辯稱其所為符合著作權法第四十九條、第五十二條之「合理使用」範圍云云，並無足採。[108]

第五目　將家用伴唱帶擅自在營業場所內公開演出案

本案事實

本案被告林○○係「○○茶藝花坊」負責人，自不詳之時間起至八十七年七月三十日止，未經詞曲著作財產權人○○企業股份有限公司（下稱○○公司）之同意或授權，以內有○○公司享有音樂著作財產權之由曜○○有限公司（下稱曜○○公司）製作之家用伴唱帶「金牌排行榜」及「臺語歌曲總排行」，擅自在上開「○○茶藝花坊」店內，連續公開演出○○

[108] 同上註。

公司享有音樂著作權之「如果雲知道」、「舉得起放不下」等二首歌曲，供不特定之顧客公開點唱，而非法侵害〇〇公司之音樂著作財產權。案經〇C 公司訴請偵辦。[109]

檢察官起訴理由

右揭事實，業據被告林〇〇於警訊時及本署偵查中均坦承不諱，並有被告林〇〇購自臺北市士林夜市之曜〇〇公司製作之家用伴唱帶等二捲錄影帶及點歌本一本扣案可資佐證，而〇〇公司確係「如果雲知道」、「舉得起放不下」二首歌曲之詞曲著作權人，核被告所為，係犯著作權法第九十二條之擅自以公開演出之方法侵害他人之著作財產權罪。……。另按以商業為目的之營業場所，播放伴唱帶供顧客唱歌，則侵害視聽著作權人之公開上映權及詞曲著作權人之公開演出權，如業者僅播放伴唱帶，惟並無人演唱，則僅係業者侵害視聽著作權人之公開上映權，並未侵害音樂著作權人之公開演出權，反之，苟業者讓前往消費之顧客演唱前開伴唱帶，則侵害視聽著作權人之公開上映權及音樂著作權人之公開演出權，雖業者並未配合消費顧客一起合唱，但二者均有公開演出之行為，但因消費者於前往上開商業場所均已有支付相當費用，故應無違反著作權法之故意，而以商業為目的營業場所，不得認係著作權法第四十四條至第六十三條規定或其他合理使用之情形等事實，此有內政部著作權委員會八十八年一月十九日臺（八八）內著會發字第八八〇二一三三號函覆本署所附之內政部八十四年九月二十九日臺（八四）內著字第八四一八三三七號函及內政部著作權委員會八十七年十二月十日臺（八七）內著會發字第八七〇五九八七號函等件在卷可參。查本件被告林〇〇自承讓前往其茶藝坊消費之顧客任意

[109] 台灣士林地方法院檢察署檢察官起訴書八十七年度偵字第一〇〇八三號參照。

演唱前開由曜○○公司製作之伴唱帶，實係侵害曜○○公司視聽著作之公開上映權（侵害視聽著作權部分未據被害人曜○○公司提出告訴）及○○公司之公開演出權，其茶藝坊復具有商業性質而非屬於營利教育目的，自不得主張合理使用而免責，附此敘明。[110]

第六目　麵包機使用說明書案

本案事實

原告起訴主張被告彭○○（○○國際開發股份有限公司負責人），明知「麵食大賞」一書係原告○○○實業有限公司所創作，並享有著作權，竟未經原告同意或授權，擅自影印重製「麵食大賞」書中第五、六、七、八頁內容，作為被告公司進口之 PILLSBURY 牌麵包機之使用說明，並隨同所販售之麵包機，散布於消費市場，被告對於原告之指控，並未否認，惟主張其利用麵包機使用說明書係作為被告公司內部教育課程教材之用，為合理使用，並未侵害被害人之著作財產權。

判決理由

「被告將之用於內部員工之訓練，因該公司為營利法人，所稱員工之訓練，均不離營利之目的，謂其係合理使用，並無可採。……是被告有重製、散布之行為，侵害原告之著作權甚明確，被告等所辯，自不足採，應

[110] 同上註。

堪認原告之主張為真實。」[111]

「本件被告非法重製原告之語文著作，並附於其所販售之麵包機內以為廣告宣傳物之用，造成原告之損害，被告須負賠償責任……。」[112]

本案分析與說明

一、本件審理法院認定「被告將之用於內部員工之訓練，因該公司為營利法人，所稱員工之訓練，均不離營利之目的」，固非無見。惟法院進而直接以其利用行為「均不離營利之目的」，即直接認定系爭利用行為「謂其係合理使用，並無可採」，此項「商業使用即合理之使用」之推定見解，依筆者上述說明，確與法律規定本旨不符，亦有速斷。

二、再者，本案中審理法院認為「……本件被告非法重製原告之語文著作，並附於其所販售之麵包機內以為廣告宣傳物之用，造成原告之損害，被告須負賠償責任，……」此項見解，似乎遽謂被告因有非法重製原告之著作，並附於其所販售之麵包機內以為廣告宣傳物之用之行為，即造成原告之損害，而須負損害賠償責任云云，此項見解，未見依據舉證責任規定，要求原告負舉證責任，即認定被告應負損害賠償責任，此項見解，亦有不妥。

[111] 臺灣高等法院八十八年度訴字第五十一號民事判決理由參照。
[112] 同上註。

第七目　九二一地震災區受災紀錄冊案

本案事實

被告古○○於民國（下同）八十八年九月二十一日九二一地震發生後，以新台幣（以下同）一千八百元及不詳之價格，購得由原告林○○等人親自前往「九二一地震」災區拍攝而享有攝影著作權之地震受災照片多張（照片張數不詳）後，亟思以該照片編印九二一地震災區受災紀錄冊，對外販售牟利，乃印製名為「l999. 921 集集大地震記錄冊」（下簡稱 921 地震記錄冊）之災區攝影專輯，以每冊六百元（訂價為一千二百八十元）價格對外發行販售，案經林○○等告訴偵辦。[113]

檢察官起訴理由

被告古○○坦承以郵政劃撥方式販售上開 921 地震記錄冊，每本售價六百元，迄今已售出五百本左右等語，足徵古○○係以販售營利為目的，尚與著作權法合理使用原則之規定有間，……，從而，……被告犯嫌，堪以認定。被告所為，係犯著作權法第九十一條第二項意圖銷售而擅自重製他人之著作罪嫌。

[113] 臺灣台中地方法院檢察署檢察官起訴書八十九年度調偵字第一七九號及八十九年度偵字第九四六三號參照。

第三節　小結

利用行為是否構成合理使用之判斷，是否因為該利用行為具有「商業利用之性質」，而使得此種利用行為受到「不能構成合理使用」之推定？在美國作權法上，自從美國聯邦最高法院的 *Campbell* 案件，將該項「商業使用即不能構成合理使用之推定」，予以闡明，並指出不得將之認定為一項「視為構成非合理使用」之後，有關出於「商業目的之使用，即應受到不能構成合理使用之推定」所引起的爭議，因之頓時「雲消霧散、灰飛湮滅」。美國聯邦紐約州南區地方法院的 Pierre N. Leval 法官，因之乃曾為文，並以相當感性之語氣表示：「*Campbell* 案件的判決見解，既矯正已迷失方向的羅盤，並也救活了著作權合理使用原則！」[114]

美國著作權法對於具有商業性質之利用行為，是否構成合理使用之判斷，在經過上述 *Campbell* 案的判決之後，對於具有商業性質的利用行為，因之不得再以武斷方式推定不得構成合理使用。關此商業性質之判斷，因之乃回到美國聯邦最高法院作成 *Sony* 案件之前（Pre-*Sony*），來自於習慣法時代所所持之見解。易言之，對於具有商業性質之利用行為，法院固然不得因之即當然推定其為不得構成合理使用之結論，惟並非禁止法院亦不得將利用行為具有商業性質之因素，當作一項足以否定該項利用行為可以構成合理使用之因素。從而，此項判決業已釐清在著作權法的規定上，並無所謂利用行為屬於商業利用之性質時，即不得構成合理使用之推定存在；至於有關商業性質之利用行為，是否影響合理使用之成立？其影響力（否定力）之強度如何？則應視個案案情及內容而定。簡言之，利用行為

[114] Pierre N. Leval, *Campbell v. Acuff-Rose: Justice Souter's Rescue of Fair Use.* 13 Caedozo Arts & Ent.L.J. 19, 26 (1994).

具有商業使用之性質或出於商業之目的之事實，不應單獨成為具有決定性的影響力因素。[115]而僅僅應是法院判斷利用行為，是否構成合理使用時，所應考量的因素之一而已。倘若僅以利用行為具有商業性質，便推定不得構成合理使用，此種推定，顯然勢將將吞噬法院在個案中之裁量能會，並使得著作權使用條款所建立之審酌機制，形同宣告廢止。

[115] PATRY, *supra* note 35, at 736.