著作權合理使用之研究

研究主持人：馮震宇
研究人員：胡心蘭 吳佩芬

大　　綱

第一章　前言　202

第二章　著作權的限制與合理使用　204

第三章　著作權限制之國際立法規範　215

第四章　美國著作權法上之合理使用原則之規定與適用　247

第五章　合理使用與著作團體之協商　290

第六章　網路科技發展與合理使用的適用　306

第七章　我國著作權法合理使用規定之檢討與建議　328

第八章　結論與建議　350

附　錄：著作權法合理使用部分建議修正條文草案說明　352

第一章 前言

在著作權諸多爭議問題中，影響範圍最廣的問題之一，就是利用他人著作在何種情況之下不會構成侵害他人著作權的問題，對於這個問題各國處理的態度不一，有些國家是採取限制著作權人之專屬權利的方式（有稱著作權之限制，例如德國，有稱著作財產權之限制，例如日本），而國際性的著作權公約也有類似的規定。有些則是在著作權限制的規定外，另外以合理使用的規定加以補充（例如美國），以補著作權限制規範不足的問題。我國的著作權法就立法例而言，原來是兼採此兩種不同的制度，但是在八十七年修正後，除了仍維持並強化著作權法第四十四條到第六十三條之規定外，又在此等著作財產權限制之外，獨立出其他類型的合理使用情形，因此我國著作權之合理使用究竟範圍如何，有無適用的依據亦往往發生爭議，特別是在檢警搜索成大學生宿舍查緝非法下載 MP3 的案件發生後，更引發各界對合理使用適用的爭議。因此，如何解決合理使用的爭議亦成為著作權最重要的課題之一。

基本上，著作權法中有關合理使用之規定，係為方便使用人利用他人享有著作權之著作，並平衡著作人與著作利用人之權利，並為達成社會公共利益及國家文化發展之目的，故各國著作權法乃特別規定在一些情況下，著作利用人縱使未事先徵得著作權人之同意或授權，亦仍然可以利用他人受著作權保護之著作，而不會構成著作權之侵害。然而不論國內國外，對合理使用著作之程度、範圍及判斷標準均產生許多的爭議，如何衡平著作權人及其他利用者間之利益衝突，一方面保護著作權人，一方面也兼顧公共利益，就是值得深究的問題。

另一方面，著作權保護的標的，從傳統的文學藝術領域亦逐漸擴展，在美國首先將電腦軟體亦列為著作權法保護的標的之後，著作權法亦與科技結上不解之緣。而在世界智慧財產權組織（WIPO）於一九九六年考量科技與網路發展，而締結了「世界智慧財產權組織著作權條約」(WIPO Copyright Treaty, WCT)與「世界智慧財產權組織表演與錄音物條約」(WIPO Performances and Phonograms Treaty, WPPT)之後，著作權保護更與最尖端的網路利用發生直接的衝突，也對在網路世界中應如何維持著作權的保護與合理使用的存在構成挑戰。

若以美國而言，美國國會在一九九八年十月十二日通過「數位千禧年著作權法案」(Digital Millennium Copyright Act)，並在第 1201 條第(c)項第(1)、(2)款中設有保留條款，規定「本法所定有關權利、救濟、限制或著作權侵害之抗辯，包括合理使用等，均不因本條規定而受影響」;「任何技術、產品、服務、裝置、組件或其零件，有關著作權之代理或輔助侵害之責任均不因本條規定而擴大或減低」。除此之外，在該法第 1201 條所規定的各項免責規定中，亦有部份確保合理使用原則。其中一部份即在係確保法官對於行為人之行為是否符合合理使用原則有充份的裁量權，以維持在早期的判例中即以確立的合理使用原則，例如還原工程的免責[1]。

不過，由於該法規範有諸多不明之處，再加上科技發展迅速，新的科技所衍生的應用例如搜尋引擎、檔案分享、MP3、DVD 等新的產品與服務亦不斷推陳出新，而這些新的服務與產品亦不可避免會涉及著作權的利用，而對推出這些新產品與服務的業者或是利用的使用者而言，是否仍然可以主張合理使用，是否會受

[1] 如在 Lewis Galoob Toys, Inc. v. Nintendo of America, 964 F.2d 965 (9th Cir. 1992)一案中，美國第九巡迴上訴法院判決：具有暫時性改變任天堂遊戲之能力的軟體符合合理使用之規定。在 Sega Enters. Ltd. v. Accolade, Inc., 977 F.2d 1510, 1520-21(9th Cri. 1992)一案中，則確立還原工程在 1976 年之著作權法下屬於合理使用的範疇。在 Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 454-55(1984)中， 法官認定"time-shifting"亦屬合理使用之行為。

到 DMCA 第 1201 條的限制，就是值得探討的問題。

在美國之前，為配合我國加入世界貿易組織，著作權法已在民國八十七年一月十一日再度修正，此次修正不但關係我國對著作權的保護方面，也相對得更趨向維持著作人與著作利用人間權益的平衡，而其中的一個主要的修法內容，就是修改著作財產權之限制規定，並明文承認合理使用原則，實為國著作權立法的一個重要里程碑。但是該次修正並未能將 WIPO 兩個條約的規定納入，則是其不足之處，因此如何在現有的合理使用架構下，也能針對新科技所帶來的產品與服務同樣適用，是否有必要對我國現行合理使用架構進行調整，即有討論價值。

而整個著作權合理使用的關鍵問題，也就是究竟合理使用的意義為何，各國著作權法並卻未詳細規定，僅有美國著作權法第一〇七條對此有原則性的規定。亦即：不論第 106 條及第 106A 條如何規定，有著作權著作之合理使用，包括重製為重製物或錄製物或該條所定之其他使用方法，為評論、評註、新聞報導、教學(包括為課堂使用之多數重製物)、學術、或研究之目的者，非屬著作權之侵害。

不過，雖然如此，在國外的司法判決與學者著作之中（特別是美國），已對合理使用之目的與性質有諸多的討論。就合理使用之目的而言，法院認為著作權係具有社會約束的權利，亦即著作權法並不是專為保護著作人的利益而制定的，尚負有文化上之目的，故而對著作人的專屬權利加以限制，允許他人於一定範圍內合理使用該著作。也就是因為合理使用係平衡著作人與著作利用人權利，並兼顧公共利益與國家文化發展的設計，因此亦不免對著作財產權人之專屬權利所加之限制，故其在法律性質上，美國法認為係一種肯定的抗辯（affirmative defense[2]），而在我國，通說則認為係屬於一種法定的阻卻違法事由。

從法院的見解中可以看出，合理使用的內涵，就是在對著作財產權作必要的限制，以調和著作人與利用人間之關係，平衡著作權人之私權及國家社會之公益。然而，此種限制與平衡的程度究竟為何？合理使用之判斷標準又是如何？即使是美國聯邦最高法院在面對這些問題時，也只能表示合理使用是一個法律與事實混雜的問題，更是一個衡平法上之問題，並沒有一定之標準。

為衡平著作權人與社會大眾之權益，並配合未來發展趨勢及國內實際需要，我國著作權法早在八十一年修正時，即根據美國、日本、伯恩公約與其他各國立法例之規定，明文增訂著作財產權之限制，在第四十四條至第六十三條間承認了十一種合理使用之類型，以配合我國社會發展，並減少有關侵害著作權之爭議。

雖然如此，但由於合理使用問題在著作權法中所佔的比重甚大，因此如何配合科技與文化的發展，並參酌國際發展趨勢與外國立法例，適當的檢討我國合理使用的規範，也成為著作權法整體研修中重要的一個環節。

為此，本研究計畫中，將針對著作權限制合理使用的關係、國際公約與外國立法例對合理使用的規範、以及科技發展對合理使用的影響加以研究，並特別針對美國對合理使用的規範、著作權人團體與著作利用人團體以協商方式決定合理使用的標準與範疇的作法、以及美國重要的合理使用判例加以研究。其目的，乃在於對我國著作權法合理使用進行檢討，並提供未來我國著作權法對合理使用修法的方向，以供主管機關參酌。

[2] 根據美國訴訟法規定，肯定抗辯必需要在訴訟開始答辯之際就要提出，不能日後再行提出。若違反此種規定，則其當然喪失主張此種抗辯的權利。

第二章　著作權的限制與合理使用

壹、前言

我國著作權第一條第一項規定：「為保障著作人著作權益，調和社會公共利益，促進國家文化發展，特制定本法[1]。」本條之立法意旨為「著作固保障著作人智慧之結晶，但其行世，則有賴於他人投資製作加以推廣，與社會大眾之消費欣賞，著作人乃能享有名譽與經濟之利益。故著作權法…於加強著作人權益之保護外，並兼顧利用人之擴大利用，俾藉社會公共利益之調和，達成發展國家文化之目的[2]。」是以立法者於制定著作權時需考量者，應包括著作人之權益、社會公益，及國家文化之發展[3]。

依據我國著作權法第十條第一項則規定：「著作人於著作完成時享有著作權[4]。」而根據同法第三條之定義，「著作權」係指：「因著作完成所衍生之著作人格權及著作財產權[5]」。「著作人格權」規定於著作權法第三節中，包括「公開發表權[6]」、「姓名表示權[7]」及「同一性保持權[8]」，係為著作人之一身專屬權，不得讓於或繼承[9]。「著作財產權」則規定於我國著作權法第四節，包括重製、公開口述、公開播送、公開上映、公開演出、公開展示、改作、出租等專有權利[10]，該等權利得以部份或全部讓與，亦可授權他人利用或設質[11]。而規定於著作權法第四十四條至第六十六條之：「著作財產權之限制」，即為本研究所欲探討之重心。

貳　著作權之本質

在著作權之發展過程中，由於歐陸法系國家與英美法系國家在政治、社會、經濟及文化意識上之差異，因而在著作權法上即顯現出不同之特質：一為「自然權利論」，認為著作權係作者固有之自然權利(inherent natural right)；另一為「法定權利論」，認為著作權係由法律所創設之法定權利(statutory-grant right)。

其實著作權之權利客體(subject matter)，係指著作人以心智上或精神上之勞力所完成之心血結晶---著作物(work)，此心血結晶在轉換成有體物或固著於有體媒介物上之前，屬於著作人之「無體財產」(intangible property)，或稱為「智慧財產」(intellectual property)，英美法系國家之著作權法即係以此種「財產價值觀」為架構之基礎，認為著作權本質上乃是基於商業目的而專有「複製」著作作品之權利，即 Copy – Right。換言之，著作權存在之價值在於其係可讓與他人之財產，而非在於著作人格之保護[12]，因此在英美法系國家中所

---

[1] 參見著作權法第一條。
[2] 參見行政院七十四年「著作權法修正草案總說明」。
[3] 參見羅明通，著作權法論，台英智慧財產權法研究中心，民國八十七年八月二版，頁十。[以下簡稱"羅明通文"]
[4] 參見著作權法第十條第一項。
[5] 參見著作權法第三條第一項第三款。
[6] 參見著作權法第十五條。
[7] 參見著作權法第十六條。
[8] 參見著作權法第十七條。
[9] 參見著作權法第二十一條。
[10] 參見著作權法第二十二至二十九條。
[11] 參見著作權法第三十六至三十七、三十九條。
[12] 參見羅明通，前揭文，頁八九。

稱之著作權，實際上即排除了著作人格權之觀念，而僅以著作財產權為規範之對象。

這種存在於著作作品上的財產權利，係基於著作人創作著作作品而來，因此著作財產權具有下列兩種特質[13]：

1. 基於著作權具有財產權之固有性質，著作權人得據此排除或防止他人未經其許可或授權，而對其著作權所附麗之著作作品為各種利用行為。此即著作權人之排他性權利。
2. 基於著作權具有財產權之性質，著作權人得將其著作之一部或全部，以讓與之方式使他人成為該項財產權之權利人或利用人，或以授權之方式委由他人行使。

英美法上既將著作人對其著作作品之權利，認定係由著作權法所賦予之「法定財產權」，故關於著作人所得享有之權利範圍及內容，自應以法律定之，而為達著作權之目的，亦應受法律之限制。

參、著作財產權之限制

依據英美法系之著作權體制[14]，著作權係法律賦予著作權人對其著作所可享有之暫時性獨占權利，然保障作者之心血創作能獲得合理的回報，僅係著作權法所生之立即影響，著作權法之終極目標，則係藉由對作者之獎勵，以促進其創作對一般大眾均有益的著作[15]。

一、獨占權之限制

著作權之制度係為促進而非阻礙知識之累積[16]，故著作權法中賦予著作權人之各種權利，係為保障著作人可因其保存知識之努力而獲得合理之回饋[17]。而此等獎勵著作人之諸多專有權利雖具有獨占性，然最終仍係為增進社會大眾之福利。是以著作權法之社會使命，便係為同時滿足下列兩種需要藉著作權的機制來實現的利益[18]：

第一種利益：係指因著作人從事創作行為，即可享有著作權並獲其保障，因而樂於從事創作，所能為社會所帶來之利益。

第二種利益：係指社會大眾，因為得以利用著作權人之著作作品，所能獲得之利益。

因此，在著作權法之制定過程中，立法者應考量兩個問題：第一，著作權之立法能激勵多少創作者並進而有利於公共福祉？第二，應賦予著作人多大範圍之獨占權而不致損及公共利益？在此等考量下，若能配合適當之期間及條件的限

---

[13] See Stewart, *supra*, at 4.

[14] 從德國法提系而言，著作權之限制則可分為廣義及狹義之解釋，廣義者包括內容上限制(即德國著作權法第四十五條以下)、時間上之限制、地域上及對人之限制；狹義解釋則單指內容上之限制而言。參見內政部委託蔡明誠教授編印，內政部八十五年度研究報告，國際著作權法令暨判決之研究---肆 德國著作權法令暨判決之研究，民國八十五年四月，頁七三。

[15] "The immediate effect of our copyright law is to secure a fair return for an author's creative labor. But the ultimate aim is by this incentive, to stimulate the creation of useful works for the general public good." Twentieth Century Music Corp. v. Aiken, 422 U.S. 151, 156 (1975).[hereafter "Twentieth Century"]

[16] "copyright is intent to increase and not to impede the harvest of knowledge." See Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises, Inc., 471 U.S. 539, 545 (1985).

[17] "The rights conferred by copyright are designed to assure contributors to the store of knowledge a fair return for their labors." *Id*., at 546, *citing* Twentieth Century, 422 U.S. 151, 156.

[18] See Stewart, *supra*, at 5.

制，則相較於公眾所可獲得之福祉，著作權賦予著作權人此等暫時性之獨占權利，應可謂為「必要之惡」(necessary evil)[19]。

獨占權之賦予當可提供著作人充分之誘因以促進創作，然相對的，亦將限制公眾對於該等著作之接觸及利用，進而阻礙新著作之產生。因此對於著作權人之獨占權即應有所限制，以免因為著作人藉著作權壟斷資訊來源，反而阻礙著作權法促進文化進步目的之達成。「著作權人法定獨占權之有限範圍，例如憲法所要求之有限期間內之著作權，即反應了兩個在公共利益中相對抗之主張間的平衡：應鼓勵並獎勵著作之創作，但獎勵個人之最終目的，應係為促進廣大公眾可獲得文學、音樂，或其他藝術之能力[20]。」

二、著作權條款本身之限制

美國憲法第一條第八項第八款：「為促進科學及實用藝術之發展之目的，聯邦國會應有權限授予作者及發明者，對於其寫作及發明享有一定時間之專屬權利。」按條文文義，即可衍生出該條款本身對著作權所為之限制[21]。

(一)著作權係法定權利

1.國會應有權限(The Congress shall have Power[22])

著作權人之權利係經由憲法授權之國會所賦予的法定權利，故任何法院對著作權案例或問題之分析解釋時，均應以憲法著作權條款及著作權法為根本。

2.權利之取得(The "Securing" of Rights[23])

"Secure"一詞有"使確實"、"保證"及"取得"等意義，因而有謂憲法條款引用"Securing"一詞，即證明了著作權法係為在習慣法之著作權上，對於著作權人另行附加之保護及補償，並以賦予暫時性法定保護之方式，剝奪著作人在習慣法上之永久權利，以使其著作進入公共領域[24]。然依據前述美國聯邦最高法院在 Wheaton v. Peters 案中所為之見解，已明確否定了此一主張，認為著作一經出版，即應受著作權法之規範及保護，著作人在習慣法上所可享有之權利不復存在。

(二)著作權之保護要件

1.寫作(Writing[25])

雖憲法條款將著作權之保護標的限於"寫作"，然經由最高法院之定義，憲法上所引之"寫作"一詞應「包括所有將著作人智慧創作之結晶或美學勞動之具

---

[19] "In enacting a copyright law, Congress must consider…two questions: First, how much will the legislation stimulate the producer and so benefit the public, and second, how much will the monopoly granted be detrimental to the public? The granting of such exclusive rights, under the proper terms and conditions, confers a benefit upon the public that outweighs the evils of the temporary monopoly." See H.R. Rep. No.2222, *cite from* Abrams; See also Halbert, *supra*, at 26 ("Granting such temporary monopolies over intellectual property was considered a necessary evil").

[20] "The limited scope of the copyright holder's statutory monopoly, like the limited copyright duration required by the Constitution, reflects a balance of competing claims on the public interest: Creative work is to be encouraged and rewarded, but private motivation must ultimately serve the cause of promoting broad public availability of literature, music, and the other arts." See Twentieth Century, 422 U.S. 151, 156.

[21] See Abrams, *supra,* §1.02[C], at 1-15 ff.

[22] *Id*., §1.02[C][1], at 1-15.

[23] *Id*., §1.02[C][2], at 1-15-17.

[24] "…nothing more than additional statutory protections and remedies for the common law's copyright, and that the statutes forfeited the authors' perpetual common law rights to the public domain in return for statutory protection." 此一論點通常產生於當著作人欲於法定保護期間屆滿，仍主張其著作應受保護。*Id*., at 1-16.

[25] *Id*., §1.02[C][3], at 1-17-18.

體化呈現[26]。」此一定義即將憲法著作權條款解釋為限制聯邦著作權法之保護於以物質形式表現之著作上。雖然美國一九〇九年著作權法仍沿用憲法條款中之用語[27]，然由於科技之進步，著作已不再僅能以”寫作”為唯一之表達方式，「法院將面對二擇一的難題：判定某些國會明顯無意保護之著作類型係可受保護者；或判定某些著作類型非屬憲法賦予著作權之範圍，雖然國會將來可能會想要保護該等類型之著作[28]」，為避免過度限制著作權之保護標的，故美國於一九七六年修正著作權法時，即將”Writing”改為”works of authorship”---「著作人之著作」[29]，而該著作需為「固著於實體媒介上之表達[30]」。

2.著作人與原創性(“Author” and Originality)

美國憲法著作權條款對於”原創性”之要求，可從其所保護者係”作者之寫作”中看出。蓋只有著作人可獲得著作權之保護，而依據美國聯邦最高法院之定義，”著作人”係指「所應歸功者、創作者、製作人、完成科學性或文學性著作之人[31]。」根據該法院於一九九一年Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.[32]案中所為之闡釋，認為欲符合憲法所謂”原創性”之要求，需該著作中含有某程度源自於著作人之”創造力”(creativity)，若係僅就單純的事實資料加以收集、編排所得之編輯著作，如未添加任何源自於著作人之創造力，即不符合原創性之要件，因而不能獲得著作權之保護[33]。

(三)有限之期間(for limited Times[34])

美國憲法著作權條款明言對於著作權之賦予應有期間之限制，因此，若美國國會欲對某特定著作賦予永久之保護，則將因牴觸憲法而無效[35]。美國現行著作權法採創作保護主義，創作一經完成即可獲得著作權法之保護，無須進行任何註冊或登記等手續，其法定保護期間為著作人終生加七十年[36]，保護期間經過，該著作即進入「公共領域」(public domain)，不再受著作權法之保護，任何人皆

---

[26] “include any physical rendering of the fruits of creative intellectual or aesthetic labor.” See Goldstein v. California, 412 U.S. 546, 561 (1973). See also Mazer v. Stein, 347 U.S. 201 (1954)(判定將三度空間之立體雕塑融入燈座之造型，亦可受著作權之保護); Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony, 111 U.S. 53 (1884)(判定照片屬於憲法所保護之”writing”).

[27] “The works for which copyright may be secured under this title shall include all the ‘writings’ of an author.” 17 U.S.C. §4 (1909).

[28] “the courts would be faced with the alternative of holding copyrightable something that Congress clearly did not intend to protect, or holding constitutionally incapable of copyright something that Congress might one day want to protect.” See H.R. Rep. No.1476, 94th Cong., 2d Sess. 51 (1976); S. Rep. No. 473, 94th Cong., 1st Sess. 50 (1975).

[29] See 17 U.S.C. §102(a) (1976).

[30] “fixed in any tangible medium of expression” See 17 U.S.C. §101 (1976).

[31] “he to whom anything owes its origin; originator; marker; one who completes a work of science or literature” See Burrow-Giles Lithographic Co., 111 U.S. 53, 58.

[32] See Feist Publication, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co., 499 U.S. 340 (1991).

[33] 主審法官 O’Connor 指出：「從一般常識中可知，不會因為將一百個不受著作權保護之事實資料聚集在一起，即可神奇的改變這些事實資料的狀態。」(“Common sense tells that 100 uncopyrightable facts do not magically change their status when gathered together in one place.”) *Id.*, at 345.

[34] See Abrams, *supra*, §1.02[C][5], at 1-22.13.

[35] 美國一九〇九年著作權法之法定保護期間為自著作公開發表之日起算二十八年(17 U.S.C. §24 (1909))，對於未公開發表著作之保護則未有明確之規定。然由於認知到永久之著作權保護與憲法不符，美國第九巡迴上訴法院即判定未公開發表著作自為著作權登記之日起(蓋一九〇九年著作權法係採登記生效主義，而非創作保護主義)，亦受二十八年之保護。See Marx v. United States, 96 F.2d 204 (9th Cir. 1938).

[36] 美國一九七六年著作權法之規定為著作人終生加五十年。由於美國著名影視娛樂公司 Walt Disney 所屬 Mickey Mouse(米其老鼠)之著作權保護期間即將屆滿，經過該公司之大力遊說，美國國會即於一九九八年之「Sonny Bono Copyright Term Extension Act」法案(Pub. L. No. 105-298, 112 Stat. 2827(1998)) 中將著作權之保護期間延長為著作人終生加七十年。

得自由利用之。

三、著作權制度上之限制

著作權之最終目的，係藉著作權之授與，使著作人對於其著作享有一定期間之專有權利，以之為鼓勵著作人創作、流通之誘因，進而達成促進科學及實用藝術發展之目的。因此，著作權法上存在「對著作權之限制」，乃係為達成調和著作人與公眾利益之使命所必須，而成為著作權法制本身特有之制度。以下即針對一般實定法上對於著作權之限制規定予以分析介紹之。

(一)概念與表達之區分

著作權法上之概念與表達區分原則(The doctrine of idea-expression distinction)，係指著作權不保護概念(idea)，僅保護著作人對其概念之表達(expression of idea)而言[37]。蓋著作權之目的在於保護著作人之精神創作，進而促進社會文化之發展，為達成此一目的，著作權法雖保障著作人之原始表達，但更鼓勵他人自由利用著作中所傳達之概念，以免拘束創作人之思維與構想[38]。如美國著作權法第一〇二條第(b)項規定：「對於著作人原始著作之保護，不及於概念、程序、過程、系統、操作方法、構想、原理及發現[39]。」我國著作權法第十條之一亦有類似之規定[40]。

在憲法「著作權條款」與「憲法第一修正案」(First Amendment)有關保障言論自由間之調和上，概念與表達之區分原則即扮演了一個相當重要之制衡機制。由於著作權僅只保護著作人於著作作品中對於思維、概念的具體表達形式，故該著作人所表達之思維或概念本身，便屬於人人均可自由加以利用之對象，而毋庸擔心侵害到他人著作權保護之權益，如此一來，著作權之保護與言論自由之間，即可得到一個巧妙之平衡。概念與表達區分原則可謂為著作權法上相當重要之原則及內部平衡設計(the balance within the copyright system)[41]。

(二)法定期間之限制

自最早之成文著作權法---安妮法案時起，即認知到著作人對其著作所得享有之著作權保護，應有一定期間之限制[42]。蓋為了獎勵學術文藝，固須對著作權假一保護，但另一方面亦不宜保護太過，以免阻滯一般學術的交流與知識之利用，且為謀求社會公益與著作權人私益之調和，各國對於著作權人享有著作權之期間，類皆設有一定之存續期間規定[43]。如我國著作權法第三十條至第三十五條係為「著作財產權之存續期間」之相關規定，其中第三十條第一項即規定：「著作財產權，除本法另有規定外，存續於著作人之生存期間及其死亡後五十年[44]。」由於我國係採「創作完成主義」，故保護期間係自創作完成時起算[45]。

著作權法對於著作人之權利設有一定存續期間之限制，相對即建立了著作權法上所謂之「公共領域」(public domain)。此一「公共領域」理論，係指著作人對其著作之著作權之存續期間一旦屆滿，該著作即進入公共領域，成為與空

---

37 See Abrams, *supra*, §1.02[D][2][a], at 1-25.

38 參見羅明通，前揭文，頁一九。

39 "in no case dose copyright protection for an original work of authorship extend to any idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle or discovery." See 17 U.S.C. §102(b).

40 「依本法取得之著作權，其保護範圍僅及於該著作之表達，而不及於其所表達之思想、程序、製程、系統、操作方法、概念、原理、發現。」參見著作權法第十條之一。

41 參見黃怡騰，前揭文，頁七一。

42 其法定保護之期間為十四年，並可延長一次，即共二十八年。請參見本研究案前述之討論。

43 參見楊崇森，著作權之保護，中正書局，民國六十六年四月初版，頁一〇一至一〇二。

44 參見著作權法第三十條第一項。

45 參見著作權法第十條本文：「著作人於著作完成時享有著作權。」

氣、陽光、雨水等自然生物生存所必須之物質般[46]，不再歸屬於任何個人所有，而得為社會上人人皆得自由加以利用之公共財(public goods)。是以，進入公共領域之著作，即不受著作權法之保護，著作人亦不得再對該著作主張著作權利。由於著作進入公共領域之內，累積構成我們人類共同文化傳承之一部分，任何人均得以自由利用，當可推動人類文化的累積與進步。

(三)強制授權制度

著作人以外之人除可經由任意授權之方式獲得對著作之利用外，對於某些特定著作，於未經著作人事先同意或授權之情況下，即得於支付一定之合理報酬(equitable remuneration)之後，利用著作權人之著作，此即為「強制授權」(compulsory license)制度，或稱為「非自願授權」(non-voluntary license)。一般皆以文學著作之翻譯權或音樂著作為強制授權之對象[47]。

強制授權之法理係源自於專利權之「特許實施」制度，旨在防杜權利人壟斷其產品，並促其直接面對市場公平競爭[48]。強制授權係「一種負有義務之特別形式的授權，通常此一義務為對作者予以補償，或透過作者之組織，在特定條件下，對著作之特別利用[49]」，目的在於降低權利人排他權之效力，使其僅得請求與商議授權之補償金，附帶有促進著作廣為流傳之作用。且著作權人眾多而星散，利用人常苦於無法尋得權利人以個別商談授權事宜，故而強制授權制度即有其存在之必要。

強制授權之本質仍為契約行為，然由於其非出於著作權人之自願，故與一般單純協議授權不同。依據國際公約於主要國家法例分析，所謂之「強制授權」實則可分為兩大模式[50]：

1.法定授權(statutory license)

係指對於受著作權保護之著作，得於一定條件下，依據主管機關所定之費率，於支付一定費用予由該機關所定之機關團體後，即得自由利用該著作。

2.強制授權(compulsory License)

原則上，著作權人仍保有就授權條件為談判之權，只有在欲利用著作之人與著作權人間無法達成協議時，始由行政機關決定使用報酬，強制協議利用該著作。

二者之不同在於「法定授權」制度下，著作權利人對於其著作所得享有之著作權利及使用報酬之請求，均直接受到法律之限制與規範；而在「強制授權」之制度下，利用人則仍需與著作權人進行授權之商議，需商議無果時始得請求主管機關之介入。

我國著作權法八十七年修正著作權法時刪除第六十七條「得申請許可強制授

---

[46] 參見黃怡騰，前揭文，頁六五。

[47] 伯恩公約(Berne Convention)、世界著作權公約(Universal Copyright Convention)、TRIPS 協定與 WIPO 之著作權公約 WCT 等國際公約上俱皆以文學著作之翻譯權與音樂著作為強制授權之對象，然就翻譯權之強制授權而言，僅開發中國家始得享有。蓋 WTO 不可能讓我國以開發中國家之身分加入，我國著作權法於八十七年修正時為配合加入 WTO 之準備，即刪除第六十七、六十八及第七十二條有關「翻譯之強制授權」規定，僅保留有關音樂著作之強制授權。

[48] 參見施文高，前揭文，頁四九一。

[49] "a special form of permission to be granted obligatorily, in most cases by competent authorities or also through authors' organizations, under specified conditions for specific kinds of uses of works." See WIPO GLOSSARY OF THE TERMS OF THE LAW OF COPYRIGHT AND NEIGHBORING RIGHTS 161, 1980 (World Intellectual Property Organization, 1980), *cite from* Peter Burger, THE BERNE CONVENTION: ITS HISTORY AND ITS KEY ROLE IN THE FUTURE, Journal of Law & Technology, Georgetown University Law Center, 1988, at note 162.

[50] 參見施文高，前揭文，頁四九七；黃怡騰，前揭文，頁六八至六九。

權之情形」之規定，該條第一項第一、二兩款「已盡相當努力，無法聯絡著作財產權人致不能取得授權；曾要求著作財產權人授權而無法達成協議」等要求亦不再援用。如此一來，利用人依據新法第六十九條向主管機關申請強制授權獲准，並給付使用報酬後，即得利用該等著作。據前述強制授權與法定授權之區別以觀，則我國著作權法之相關規定實際上已非屬「強制授權」之性質，而應為「法定授權」，蓋著作權人已無就授權條件為談判之權，僅得遵從法律之限制與規範。

(四)合理使用與法定例外規定

「合理使用」(fair use)，又稱「公平使用」或「免責利用」[51]，意指於未經著作權人事先同意或授權之情況下，即得無償、自行利用其著作，而不致構成著作權之侵害。所謂「法定例外」(statutory exemptions)則指立法者基於某些公共政策之考量，而以著作權法明文規定之方式，免除對於特定著作為利用行為之侵權責任[52]。在英美法系國家之著作權法中對於上述二者有所區分，然在歐陸法系國家則通稱為「著作財產權之限制」。

在形式上，「合理使用」與「法定例外」皆為「排他權之限制」(limitations on exclusive rights)，係將著作權法賦予著作權人之著作財產權加以劃割，在某些情況下限縮著作權人之專有權利，使利用者對著作之利用行為得以免除侵害著作權之責任。然實際上，「合理使用」與「法定例外」有其本質上之差異：就性質上而言，「合理使用」係一針對所有著作權之利用行為而設計之原則性規定；而「法定例外」則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之特定利用行為不構成著作權之侵害[53]。亦即，「合理使用」之行為之所以得以免責，係因該利用行為符合”合理、公平”之要求；而「法定例外」所列之行為不構成著作權之侵害，則係直接根據法律規定而來，利用行為是否符合”合理、公平”則非為考量之因素[54]。

再者，就適用彈性而言，「合理使用」係個案中審酌係爭行為是否合理的判斷標準，須經由審判者針對個案事實與社會環境演變等因素，衡量各項”應審酌事項”之重要性，就”合理”之定義可有較大的解釋空間；「法定例外」則係法律之明文規定，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，若遇有因社會環境改變或科技技術創新發展，而致使法律規定顯現出不敷利用之情形時，亦僅能由立法機關以修法之方式予以變更，適用上之彈性即相對狹窄。

我國著作權法第三節第四款之標題為「著作財產權之限制」，其中第四十四條至第六十三條係規定對某些特定利用行為之免責規定，似採歐陸法系之體制，然本法第六十五條第一項又明文承認「著作之合理使用，不構成著作財產權之侵害」，且該條內容係移植自美國著作權法第一〇七條「合理使用」之規定，因此又帶有英美法系之特徵，形成我國著作權法特有之適用機制。

肆、合理使用原則概說

一、合理使用之意義

---

[51] 我國學者施文高即將 fair use 譯作「免責利用」。參見施文高，前揭文，頁四五四以下。

[52] See Seltzer, Exemption and Fair Use in Copyright – The Exclusive Right Tensions in the 1976 Copyright Act, Cambridge, Mass: Harvard University Press (1978), at 49-55.

[53] See Paul Goldstein, Copyright (1989), at 196.

[54] 美國著作權法上之「法定例外」或「法定或免」(statutory exemption)之設計，其本身係為實現特定之政策而生，性質上係藉由法律之明文規定而發生類似刑法理論上之「阻卻違法」的效果。參見黃怡騰，前揭文，頁九十八。

所謂之合理使用，係指他人在未經著作財產權人授權或准許利用之情況下，仍能於合理的程度內利用著作財產權人之著作[55]。由於著作權制度之根本目的在於「促進科學及實用藝術之進步[56]」，或為「調和社會公共利益，促進國家文化之發展[57]」，在賦予著作權人獨占權利之保障，作為獎勵其創作之誘因的同時，亦應顧及公眾利用該等著作之需求，以增進社會文化整體之發展。「合理使用原則需求取下列兩項因著作權法制而生之風險間的平衡：一方面，若剝奪著作權人之獨占權利，將減低其創作之誘因；另一方面，若賦予著作權人完全之獨占權利又將降低其他人創作之能力[58]。」因此，在保障著作權人專有權利之同時，亦須以合理使用作為實現著作權法制目的之重要機制，故「合理使用係對著作權人獨占權利之一項例外，係為實現著作權法為促進科學及實用藝術之目的所必須[59]。」是以合理使用的內涵，就是在對著作財產權作必要的限制，以調和著作人與利用人間之關係，平衡著作權人之私權及國家社會之公益[60]。

二、合理使用之法律性質

關於合理使用制度的法律性質，大致可分為三說[61]：

(一)權利限制說

此說將合理使用視為對著作財產權之限制，蓋因為著作權之授予本質上具有獨占性，而不經著作財產權人之同意即可利用他人著作，則是一種對著作權之限制或約束。為了保護著作人或藝術家之創造動力，以促進學術及藝術之發展，固須對著作權人加以保護，但在另一方面，亦不需保護太過，以免阻礙知識之利用與資訊之傳播，所以各國之法律，基於社會公益之理由，均對著作權設置種種限制，其中，合理使用乃是對著作權人權利最重要且最廣泛之限制[62]。

(二)侵權阻卻說

此說認為認為合理使用是著作權之違法阻卻事由。我國曾有司法判決採此見解指出[63]：「著作權法之立法目的，係為方便利用人利用他人享有著作權之著作。為避免著作權人之權利太過濫用，而妨礙社會公共利益及國家文化發展，著作權法特別規定在一些情況下，得利用他人著作而不須事先徵得著作權人之同意及授權，此一特別規定之情況，即為利用他人享有著作權之著作之阻卻違法事由，得以就侵害行為阻卻其違法性。」此等事由即包括合理使用。

(三)使用者權利說

此說認為合理使用乃利用者依法享有利用他人著作之權利，只要是合理使用之行為，即是合法行為，此種屬於利用主體之法定利益，可稱之為權利或特權。美國著作權法權威 Goldstein 即認為：所謂合理使用級係著作權人以外之人，得

---

55 參見馮震宇，論新著作權法合理使用之規定，萬國法律雜誌，民國八十七年十二月，第一〇二期，頁五八。

56 See U.S. CONST. Act. 1, Sec. 8, Cl. 8.

57 參見著作權法第一條。

58 "The fair use doctrine must strike a balance between the dual risks created by the copyright system: on the one hand, that depriving authors of their monopoly will reduce their incentive to create, andm on the other hand, that granting authors a complete monopoly will reduce the creative ability of others." See Sony Corp. of America. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 479 (Judge Blackmun dissenting opinion)(1984).

59 "Fair Use…is an exception to authors' monopoly privileges needed in order to fulfill copyright's purpose to promote the arts and sciences." See Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569,575 (1994).

60 參見馮震宇，前揭文，頁五八。

61 參見羅明通，前揭文，頁四四八至四五〇。

62 參見楊崇森，著作權法義論叢，民國七十二年，華欣文化事業中心，第一八一頁。

63 台灣高等法院八十三年度上易字第二四二四號刑事判決，參見蕭雄淋，著作權裁判彙編(二)，民國八十五年十月，頁十八至二七。[以下簡稱"蕭雄淋文"]

在未經著作權人同意之情形下，以合理使用之方式加以利用之特權(privilege)[64]。更有學者直接將合理使用稱為「使用者權」(user's right)，認為現代著作權法即係平衡著作人、出版商及利用人之權益的產物[65]。

三、合理使用之立法例

(一)英國

自英國之「安妮法」(Statute of Anne)頒布開始，「合理使用」之概念即由英國衡平法院(equity courts)之法官，以「法官造法」之機制，依循「安妮法」之立法目的「鼓勵知識分子組織及創作實用之書籍」而逐漸發展出來[66]，此後更於一九一一年所制定之著作權法中，明確將合理使用原則訂定於該法第二條第一項第(i)款中允許：「任何人為個人學習、研究、評論、批評，或新聞摘述利用之目的而自任何著作中為合理摘用(fair dealing)[67]」，至此即奠定了合理使用原則之根基。

(二)美國

美國與英國相同，均屬習慣法國家，而合理使用原則亦係在美國著作權法實務上，由判決先例所發展累積的一項習慣法則，其最早出現於一八四一年麻州聯邦地方法院之Folsom v. Marsh[68]一案，該案主審法官Joseph Story在判決主文中明白表示，合理使用可作為對抗著作權侵害指控的一項抗辯。其所表示的見解為：「簡言之，在決定此種問題時(是否構成合理使用)，吾人必須考量(利用人)利用他人著作之性質與目的，利用他人著作之程度與價值，引用後對被引用著作銷售之影響的程度，或是收益減少之程度，以及有無取代原著作等因素[69]。」

此一判斷標準一再被其後的法院所援用，因而一九七六年美國修正著作權法時，即將合理使用原則納入著作權法第一〇七條：

「不論第一〇六條及第一〇六A條如何規定，著作權著作之合理使用，包括重製為重製物或錄製物或該條所定之其他利用方法，為評論、講評、新聞報導、教學(包括為課堂利用之多數重製物)、學術或研究之目的者，非屬著作權之侵害。於特定個案決定著作之利用是否為合理使用，其考量之因素應包括－

(1)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。

(2)被利用著作之性質。

(3)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。

(4)其利用對該有著作權著作之潛在市場或價值之影響。

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。」

(三)我國

我國現行著作權法第六十五條係仿照美國著作權法第一〇七條[70]，將合理使用

---

64 See Paul Goldstein, *supra*, at 182 (2001).

65 See Patterson & Lindberg, *supra*, at 2-4 (1991).

66 See William F. Patry, Copyright Law and Practice (1994), at 718. [hereafter "Patry"]

67 "Any fair dealing with any work for purpose of private study, research, criticism, review, or newspaper summary." 轉引自黃怡騰，前揭文，頁八十。

68 See Folsom v. Marsh, 9F, Cas. 342 (C.C.D. Mass. 1841).

69 "In short, we must often, in deciding questions of this sort, look to the nature and objects of the selections made, the quantity and value of the materials used, and the degree in which the use may prejudice the sale or diminish the profits, or supersede the objects, of the original work." *Id.*, at 348.

70 關於此項標準之移植，源自於內政部著作權委員會於民國七十九年赴美，與美國貿易代表署(United States Trade Representative)進行「中美著作權諮商」，以及後續在台北進行之「中美著作權非正式會談」中，由

之四項事實要素，明文規定於本法中作為判斷利用行為是否合理之標準：

「著作之合理使用，不構成著作財產權之侵害。

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

一　利用之目的及性質，包括係為商業目的或非營利教育目的。

二　著作之性質。

三　所利用之質量及其在整個著作所占之比例。

四　利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響。」

本條第一項「著作之合理使用，不構成著作財產權之侵害」係八十七年修正著作權法時新增，明文承認我國法中亦有合理使用原則之適用。是以對著作為利用情形除可依第四十四條至地六十三條各項法定例外規定主張免責之外，若不符合各該規定之利用情形，仍可依據第六十五條第二項：「或其他合理使用之情形」，主張依該條所定之四項標準予以審酌，仍有成立合理使用之機會。

伍、結論

著作權係具有社會約束的權利，亦即著作權法並不是專為保護著作人之利益而制定的，其尚負有文化上之目的，帶有公益色彩：即一方面希望藉由對著作權人之保護，獎勵學術研究及創作；另一方面也兼顧公共利益，對著作權人之專有權利予以限制，允許利用人能在合理的範圍內利用他人著作，而不致構成著作權之侵害，以達成促進文化交流及進步之終極目標[71]。

若依照美國憲法「著作權條款」之規定，著作權之目的，係為藉著作權之授與，使著作人對於其著作享有一定期間之專有權利，以之為鼓勵著作人創作、流通之誘因，進而達成促進科學及實用藝術發展之目的。根據前述一九〇九年美國修正著作權法時之立法理由的解釋：「…國會依據憲法授權而制定之著作權法…是建立於若賦予著作人對其著作享有有限期間之專有權利，則將增進社會大眾之福祉，並可促進科學與實用藝術之進步的基礎上…而著作權之授與，主要係為社會大眾之福祉，而非著作人之利益。著作權給予著作人及發明人一些獎勵以從事創作及發明，亦非為圖謀某一社會階級之利益，而係為社會最大多數人的福祉所行之政策[72]。」因此著作權法係獎勵著作人創作之目的，實為促進公共利益。

美國現行著作權法即係根據「促進公共利益」之前提而制定的[73]。一九六〇年代主導美國著作權法修正之著作權局，在其一九六一年提交國會之報告中即強調此一概念。該報告第一章為「著作權理論」(Theories of Copyright)，其中名為「著作權之目的」一節即指出：「依據憲法(著作權條款)之揭示，制定著作權法之最終目的係為公共福祉而促進學習及文化之發展，故賦予著作人有限期間之專有權利，僅係達成該目的之方法[74]。」而在該章另一名為「著作人與之權利

我國代表參考美國法之規定，主動提出亦在我國著作權法中訂定類似規定之建議。參見內政部著作權委員會彙編，七十九年九月中美著作權諮商報告暨相關資料彙編，民國七十九年九月，頁二二。

[71] 台灣高等法院八十三年度上訴字第六六八二號刑事判決。參見蕭雄淋，前揭文，頁一六四六。

[72] "The enactment of copyright legislation by Congress under the terms of the Constitution is … upon the ground that the welfare of the public will by securing to authors for limited periods the exclusive rights to their writing…Not primarily for the benefit of the author, but because the primarily for the benefit of the public, such rights are given. Not that any particular class of citizens, however worthy, may benefit, but because the policy is believed to be for the benefit of the great body of people, in that it will stimulate writing and invention to give some bonus to authors and inventors." See H.R. Rep. No.2222, 60th Cong., 2d Sess. 7(1909).

[73] See Abrams, *supra*, at 1-12.

[74] "As reflected in the Constitution, the ultimate purpose of copyright legislation is to foster the growth of learning and culture for the public welfare, and the grant of exclusive rights to authors for a limited time is a means to that end." See Register of Copyrights, Report of the Register of Copyrights on the General Revision of the U.S. Copyright Law (1961), printed in House Comm. on the Judiciary, 87th Cong., 1st Sess., Copyright Law Revision of

與公共利益」之一節中更重申「著作權法之首要目的係為公共利益而促進智慧著作之創作及散布…獎勵著作人則為次要之目的[75]。」

為達到促進公共利益之目的，著作權法本身即設置了多種限制著作權人專有權利之機制，其中以合理使用原則最能滿足著作利用人利用他人著作之需求。合理使用是一種以著作作品其上所附麗之著作權作為利用標的之行為，其利用之對象，係附麗於著作物上之著作權，而非著作物所「固著」(fix)或「添附」(attach)之有體著作物[76]。因此原則上，著作權人所得享有之著作財產權利，均得對之主張合理使用。若利用人僅僅是對著作物進行利用，而與著作權利之行使無關時，自不生對著作權之侵害[77]，亦無適用合理使用原則之問題。

在有關著作權之訴訟中，若被控侵權之一方主張其利用著作之行為係屬「合理使用」時，其目的係為使自己之利用行為得免除構成侵害著作權之責任。故合理使用之主張，係一種免責之「抗辯主張」(affirmative defense)，應屬法律賦予利用人得以免責之「特權」(privilege)，而非權利(right)[78]。因此主張合理使用之前提，當係侵害著作權之行為已然存在，若利用行為不能構成合理使用時，則該利用人即須負侵害著作權之責任。

詳言之，若利用之對象非屬著作權所保護之範圍：如著作中有關概念、構想之部份，或已進入公共領域之著作，由於其本即屬於人人皆得自由利用之部份，對之為利用行為並不生著作權侵害，自無主張合理使用原則之必要。然若利用之對象為著作中受著作權保護之「對概念之表達」部分，且已達「經證明與被利用之原著作具有『實質相似』(substantial similarity)之程度」時[79]，該利用行為如不能構成合理使用，當屬對被利用著作之著作權人的侵害。

---

the U.S. Copyright Law, 3-6 (Comm. Print 1961).

[75] "the primary purpose of copyright law is to foster the creation and dissemination of intellectual works for the public welfare, " classifying the rewarding of authors as "an important secondary purpose." *Id*., at 1-13, n 42.

[76] See Patterson & Lindberg, *supra*, at 67-68.

[77] *Id*., at 69-70.

[78] "Fair use is an affirmative defense. As such, it is a privilege, not a right." See Patry, *supra*, at 725-56.

[79] *Id.*

第三章　著作權限制之國際立法規範

壹、前言

為因應國民間文化交流之需要，並遏止國際間盜版行為之橫行，各國對於著作權保護之議題均以訂定國際公約之方式處理之，以賦予著作權人更周延之保護。有關著作權保護之國際條約主要有「伯恩公約」(Berne Convention)、「羅馬公約」(Rome Convention)、「世界著作權公約」(UCC)、「與貿易有關之智慧財產權公約」(TRIPS)、「世界智慧財產權組織著作權條約」(WCT)與「世界智慧財產權組織表演及錄音物條約」(WPPT)。我國雖非該等國際公約之會員國，然為符合國際潮流，並為加入各國際組織做準備，該等公約之規定內容對我國著作權法而言，仍具有相當之參考價值。

目前我國正積極爭取加入世界貿易組織(World Trade Organization；WTO)，八十七年修正著作權法即為展現我國配合國際著作權保護之努力。一旦我國加入WTO，即直接受 TRIPS 協定之拘束，而依該協定第九條尚須同時遵守伯恩公約第一至第二十一條之規定；再依 TRIPS 協定第十四條，更須對於羅馬公約所保護之著作鄰接權人提供適當之保護，是以伯恩、羅馬二公約及 TRIPS 協定均有了解之必要。而由美國主導之世界著作權公約則為與伯恩公約互別苗頭之另一個重要國際公約，且與「中美著作權協定」之執行有關，故於此亦介紹之。再者，聯合國下屬之智慧財產權組織所擬定的著作權與表演及錄音物二項條約雖尚未生效，然由於該二條約對網際網路科技所生之新興著作權議題有深遠之影響，且國際間如美國、歐盟及日本等主要國家或聯盟之著作權法均已針對該二條約而為相應之修正，故本研究案將一併分析討論如後。

貳、伯恩公約對著作權之限制

一、伯恩公約簡介

伯恩公約之全名為「保護文學暨藝術作品伯恩公約」(Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works)，於一八八六年九月九日於瑞士伯恩正式由簽署，並於一八八七年十一月五日正式生效。自簽署至今，該公約已經歷經七次修正[1]，最近的一次修正為一九七一年於法國巴黎所修正的版本[2]。伯恩公約乃係世界上最早成立的著作權保護國際條約，也是對著作權保護最為重要的國際條約[3]，並直接影響到嗣後諸多有關著作權保護的國際協定[4]。

---

[1] 事實上係五次修正(柏林 1908；羅馬 1928；布魯塞爾 1948；斯德哥爾摩 1967；巴黎 1971)，兩次增訂(巴黎 1896；伯恩 1914)，每一次的"修正"均係就公約內容作全面的重新編訂，而"增訂"則係就原有內容補充新的協定或做部分的修改。See Peter Burger, THE BERNE CONVENTION: ITS HISTORY AND ITS KEY ROLE IN THE FUTURE, Journal of Law & Technology, Georgetown University Law Center, 1988, at no 3.[hereafter "Peter Burger"]

[2] 參見伯恩公約之巴黎版本：「Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works Paris Act of July 24, 1971, as amended on September 28, 1979」，
http://www.wipo.org/about-wipo/en/index.html?wipo_content_frame=report.html

[3] 雖然美國早年因為其著作權法之規定與伯恩公約抵觸（包括製造條款、著作人格權之保護等），而未加入伯恩公約，美國並另行推動成立了世界著作權公約（Universal Copyright Convention, UCC，一稱"環球著作權公約"），但是由於伯恩公約的影響力與重要性，美國最後仍然選擇在一九八九年加入伯恩公約。

[4] 例如世界貿易組織附件一 C 的 TRIPS，就特別在第二條第二項明文規定，本協定第一篇至第四篇之規定，並不免除會員依巴黎公約、伯恩公約、羅馬公約及積體電路智慧財產權條約應盡之既存義務。除此之外，TRIPS 第九條亦就 TRIPS 與伯恩公約之關係加以規定，亦即：（1）會員應遵守（一九七一年）伯恩公約第一條至第二十一條及附錄之規定。但會員依本協定所享有之權利及所負擔之義務不及於伯恩公約第六條

例如伯恩公約就授與著作人就其著作得享有十種專有之排他性權利(exclusive rights)，規定各會員國之內國立法，應提供給作者不得低於公約所定權利之保護水準：

(1)人格權(The Moral Right)；
(2)重製權(The Right of Reproduction)；
(3)翻譯權(The Translation Right)；
(4)公開表演權(Right of Public Performance)；
(5)公開口述權(The Right of Public Recitation)；
(6)廣播權(The Broadcasting Right)；
(7)改編、編輯、改作權(The Right of Adaptation, Arrangement, and Alteration)；
(8)錄製權(The Recording Right)；
(9)公開上映權(The Cinematographic Right)；
(10)追及權(*Droit de Suite*)。

除人格權外，其餘均屬作者可專享之財產上權利，而這些專有權仍需受到合理使用原則之限制，部分如”廣播權”、”錄製權”等尚可能因各會員國內國法之規定，而需受到強制授權制度之約束。這些規範內容，就直接影響到全球著作權之保護。

二、伯恩公約中對著作權之限制

由於伯恩公約的目的就在於獎勵著作的創作及其傳播流通，以促進公共利益，因此不但對著作權人明文加以保護，也同時對著作權人權利的行使，設有一定的限制規定。以下即分別加以討論。

(一)重製權與重製權之限制

1.概說

為保護著作人之重製權(The Right of Reproduction)，伯恩公約第九條特別規定，作者得以其所創作並受本公約所保護之文學及藝術著作，享有授權他人以任何形式或方法重製其著作之專有權利(第一項)[5]。而任何對聲音與影像的錄製行為，亦均視為本公約所指的重製行為(第三項)[6]。根據此等規定，著作權人根據伯恩公約所可享受重製權事實上涵蓋範圍十分廣泛，並可以根據科技的發展而擴大其專有權利的範疇。

直自一九六七年以前，伯恩公約從未明定有關”重製權”規定，但各會員國卻都承認(至少默認)此一權利之存在，因為重製權是著作權體系中之核心權利[7]，只是新興科技不斷出現，立法技術跟不上科技進步的速度，因而遲遲未對重製權加以規定。有關”重製權”之新規定為：「作者享有授權他人以任何形式或方法重製其著作之專有權利」，所謂”任何形式或方法”，即包括目前尚未可知

之一規定所賦予或衍生之權利。(2) 著作權之保護範圍僅及於表達，不及於觀念、程序、操作方法或數理概念。因此伯恩公約的規定對 TRIPS 與 WTO 仍有一定的影響。

[5] “Authors of literary and artistic works protected by this Convention shall have the exclusive right of authorizing the reproduction of these works, in any manner or form.” *Id.*, at art. 9(1).

[6] “Any sound or visual recording shall be considered as a reproduction for the purposes of this Convention.” *Id.*, at art. 9(3).

[7] See Stephen M. Stewart, International Copyright and Neighboring Rights, 1983, at 108-109.[hereafter “Stewart”]

或尚未發明的方法，以因應新興技術對於重製技術之影響[8]。

由於著作權人能夠享受廣泛的專屬重製權，為平衡著作利用人利用著作的權利，伯恩公約亦特別在第九條第二項對著作權人的重製權加以限制。根據第九條第二項：「本公約會員國，得於其國內立法中，於特定情狀下，重製作者的著作。但此項重製行為，不得妨礙作者對其著作之正常利用，並不得對作者之合法權利造成不合理之損失[9]。」

2.對於重製權之限制

根據第九條第二項的規定，著作權人並未擁有完全或絕對的專屬權利，各會員國可視其國內之實際情況，而對著作權人的重製權加以適當的限制，只要該重製符合第九條第二項但書的規定，亦即在特殊之情況下(in certain special cases)，不妨礙作者對其著作之正常利用(does not conflict with a normal exploitation of the work)，且未對作者之合法權利造成不合理之影響(does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author)[10]，即可不受著作權人重製權的拘束。由於伯恩公約這些要件直接影響到後續的其他國際公約，因此究竟這些要件的意義為何，應如何認定，即有探討之價值。

(1)特殊情況

根據一九六七年斯德哥爾摩會議之會議報告(Report of the Stockholm Conference)所示，此種限制著作人重製權的規定有其一定的條件。原則上，若重製行為妨礙該著作的正常利用，則該種重製行為即完全不應准許。若重製行為未妨礙該著作的正當利用，則其次方應考慮此種重製行為是否會對著作人的合法權益造成不合理的損失。只有在無此種情況(不合理影響)發生時，才能在某些特定的情況下，採用強制授權或是以無償方式利用[11]。因此，根據伯恩公約相關文件以及伯恩公約在最終條文中並未明文加以限制特定利用類型的規定以觀，伯恩公約的特殊情況並未限定為某些特殊的例外情況，而是應根據該公約第九條第二項前段之規定，由各會員國根據其國內的實際情況以立法加以規定(It shall be a matter for legislation)，故其實際准許重製的態樣為何，誠屬立法政策上的問題。

(2)對著作之利用不得妨礙作者對其著作之正常利用

在斯德哥爾摩會議報告中特別舉例指出，最明顯且實際的例子就是為各種目的而為的影印行為。若影印的數量很大，則根本不應准許，因為此種行為與著作的正常利用有悖[12]。又譬如，因為教科書及小說之正常利用係藉由印刷並出售

---

[8] See Peter Burger, *supra*, at 44.

[9] "It shall be a matter for legislation in the countries of the Union to permit the reproduction of such works in certain special cases, provided that such reproduction does not conflict with a normal exploitation of the work and does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author." Berne Convention, at art 9(2).

[10] 此即所謂之「三步論法則」(three-part test), See Tyler G. Newby, What's Fair Here Is Not Fair Everywhere: Does the American Fair Use Doctrine Violate International Copyright Law? Stanford Law Review, 1999, at 1647. [hereafter "Newby"]

[11] "If it is considered that reproduction conflicts with the normal exploitation of the work, reproduction is not permitted at all. If it is considered that reproduction does not conflict with the normal exploitation of the work, the next step would be to consider whether it does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author. Only if such is not the case would it be possible in certain special cases to introduce a compulsory license, or to provide for use without payment." *cite from* Stewart, *supra*, at 109.

[12] *Id*., at 109.

予大眾，故凡是任何妨礙作者為上述利用情形者，即不得主張合理使用，會員國之內國法亦不應使教科書或小說受制於強制授權之規定[13]。

(3)未對作者之合法權利造成不合理之損失

若利用不違反著作之正常利用情形，則接下來應考量利用是否會對作者造成不合理的損失[14]。若是只有少數的數量被重製時，特別是在僅供個人或科學利用時，則此時應可准許其以無償的方式影印重製。影印一份期刊上的文章或許不會損及作者的合法利益，但若是在企業利用的場合，且係重製相當的份數給許多人利用時，則應屬不合理的損及作者之合法利益，而為伯恩公約所禁止[15]。然只要根據其內國法規定應支付相當的報酬時，則此種重製即可能不會影響該著作的正常利用，亦可能不會不合理的影響到著作人的合法權利[16]。

3. 分析檢討

根據公約內容，第九條第二項並未就”著作之正常利用”、”不合理的損失”等要件作明確的規定，在解釋上極富有彈性。各會員國應如何解釋可限制重製權之特定情形？何謂著作之正常利用？在何範圍內可認為不損及作者之合法利益等，端視各會員國與其內國立法之運作，也因此可能會因各國立法或實踐之不同而益形複雜[17]，故有學者批評此一曖昧不明的規定減損了伯恩公約的目的：建立國際性的最低保護標準[18]。

但亦有學者認為，本條項之規範內容與規範方式，是一項十分值得贊許的方式，德國學者 Nordemann 即認為：「在一方面，第九條第二項規定具有充分彈性，可提供各締約國(依其自身條件)勾勒出其國內可能接受的規定要件；另一方面，所謂立法彈性，並非漫無界限，而僅僅只是允許與公約所定範圍內，始可對於著作人之重製權予以限制而已。尤有進者，採用此種規定方式，當能促使各國於面對實務上各種複製、錄音與廣播節目等問題時，亦能發展出為解決有關問題，而在各國內國法上因應而生的肆應對策出來[19]。」

而從斯德哥爾摩報告所舉例的伯恩公約規範文字觀察，這些重製權的要件應可隨科技與時代的變遷而調整，並不是一個固定不變的規定，因此在目前的網路科技時代，此等規範要件仍然可以適用，並無任何刻意加以限定的必要。例如因私人使用目的或是朋友間連絡之需要，而對一般網路上出現的資料以電子郵件方式的轉送或是直接下載，均可符合不妨礙著作人對其著作之正常利用，與重製未對著作人之合法權利造成不合理影響之要件。此種見解更可從許多網站均在相關文章或資料後附加列印、轉寄他人等選擇符號或標示而被肯認。當然，在某些

---

[13] GUIDE TO THE BERNE CONVENTION FOR THE PROTECTION OF LITERARY AND ARTISTIC WORKS (World Intellectual Property Organization, 1978) [以下簡稱, "THE WIPO GUIDE"], *supra*, at 55.

[14] 此兩項要件在適用時，應以”累積適用”(apply cumulatively)之方式。See Ralph Oman, *supra*, at 103; See also THE WIPO GUIDE, *supra*, at 55.

[15] See THE WIPO GUIDE, *supra*, at 56.

[16] See Stewart, *supra*, at 109-110。

[17] 伯恩公約中之規定大致可分為三類：1.確保作者與所有者之權利的特別規定；2.僅規定一般性原則，由各會員過自行訂定細節，並履行於其內國法中；3.由各會員國自行選擇是否遵循之規定。See Ralph Oman, *supra*, at 77.

[18] See Newby, *supra*, at 1647。

[19] See Wilhelm Nordemann et al., International Copyright and Neighboring Rights Law 107, 1990, 轉引自黃怡騰，著作權法上合理使用之研究，政治大學法律研究所博士論文，八十五年，頁一三一至一三二。[以下簡稱”黃怡騰文”]

情況下，此種以電子郵件方式大量轉發的情況也可能超過正常利用的範圍，但是這些都必須根據個案加以判斷，而不宜以一般標準為相同的處理。不過，由於伯恩公約要求以內國法加以規定，因此若內國法之規定不明時，爭議仍不免發生。

(二)摘錄引用之合理使用

為了對特殊的利用類型加以規定，伯恩公約除了對著作人的重製權加以限制之外，更在第十條對二種一般常見的利用態樣，亦即摘錄引用（quotations）與教學利用(illustrations for teaching)，明文規定可以自由利用他人著作(free use of works)。以下即分別說明之：

1.對於著作之摘錄引用

根據伯恩公約第十條第一項規定：對於已合法向大眾公開的著作，得摘錄引用之，但其引用須符合公平慣例，且引用的程度，包括對報紙與期刊之新聞摘錄引用，亦不得超越其正當目的所需的範圍[20]。

由此一條文觀之，對與著作之摘錄引用需符合幾個要件：第一，需對”已合法向大眾公開”之著作為摘錄引用；第二，利用之態樣限以”摘錄引用”之方式；第三，利用行為必須符合”公平慣例”；最後，利用行為不得超越其正當目的所需的範圍。

(1)已合法向大眾公開(made lawfully available to the public)

依伯恩公約第十條第一項，得為摘錄引用的客體，限於已合法向大眾公開的著作，此係為尊重作者有權決定第一次公開發表其著作之著作人格權[21]。故而，不論是尚未公開發表之著作，或僅在私人間(private circle)傳閱，尚不符合”公開”之程度者，均不得對之為摘錄引用[22]。若著作尚未依作者之意思向大眾公開，但已得到作者之同意，或依公約之規定，該著作已屬對外公開發表之著作時，他人仍得以摘錄引用之目的而為利用[23]。

(2)摘錄引用(quotations)

在伯恩公約中，”摘錄引用”係指為解說一項主題(illustrate a theme)、為自己的主張辯解(defend some proposition)、或為描述或評論(describe or criticize)被引用著作之目的，而重製並摘述其他作者之著作[24]。在一九四八年伯恩公約布魯塞爾修正版中，尚有”簡短”(short)之要件[25]，但其後已於巴黎修正版中刪除。

(3)利用需符合”公平慣例”(fair practice)

“公平慣例”一詞究係何指，如第九條第二項中之”正常利用”一般，伯恩公約任諸各會員國之立法及司法機關自行定義並就個案判斷。WIPO於「伯恩公

[20] “It shall be permissible to make quotations from a work which has already been lawfully made 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.” Berne Convention, at art 10(1).

[21] See Stewart, *supra*, at 124。

[22] *Id*.

[23] 例如，依公約之規定，對於未公開發表之著作，得在符合強制授權之規定時加以利用，該著作對於可主張強制授權之人而言，視為第一項之”已依法對外公開之著作”。*Id*.

[24] See THE WIPO GUIDE, *supra*, at 58.

[25] “it shall be permissible in all countries of the Union to make short quotations from newspaper articles and periodicals” see Brussels Revision of 1948, at art. 10(2) *cite from* Peter Burger, *supra*, at 37.

約導讀」中提出可供各國法院參考的標準[26]：

a. 利用及被利用之部分，二者在數量與質量上的比例；

b. 利用他人著作而完成一新著作時，在競爭關係上，該新完成之著作對於被利用人著作之銷售及流通所生之影響。

(4)利用行為不得超越其正當目的所需的範圍(to the extent dose not exceed that justified by the purpose)

此要件首次出現於斯德哥爾摩版本中，在判斷摘錄引用是否超過引用的目的所需之範圍時，事實上很難有一客觀、絕對的標準。因此WIPO於「伯恩公約導讀」中指出，應允須各會員國之法院就各該具體案例個別加以審酌。例如，若引用他人著作之部分與自己著作的主題無關，或係出於惡意(in bad faith)，法院即可認定此一引用已超出正當目的所需之範圍[27]。

2.教學利用之合理使用

對於提升人類文化水準並維持文化傳承所必須的教育利用問題,伯恩公約基本上採取積極鼓勵的態度。從一八八六年的伯恩公約時起，締約各國即認知到作者之權利須與公眾接觸資訊的權利平衡，因此允許各會員國自行訂定條件，對於作者之著作為教育或科學上之目的,或於”佳作選集”(chrestomathies)上摘錄引用之，而可不需獲得作者之同意。

為顧及作者之權益，布魯塞爾的版本中特別增列“符合公平慣例”之要件[28]，而於一九七六年斯德哥爾摩修正版中，為因應教學上廣泛應用他人著作，以促進資訊傳播之需求，更進一步刪除原本限以”摘錄引用”為利用方式之要件，此一修正即沿襲至現今之巴黎修正版。

巴黎修正版之伯恩公約第十條第二項規定：「本公約締約國得以國內立法方式，或由締約國間，於現有或未來締結的協約內，規定對文學或藝術創作，得於不超過利用目的的範圍內，於供教學之用的出版品、廣播或視聽著作中，為舉例說明之用。但其利用程度須合乎公平慣例[29]。」若詳細分析本項規定，則可得出：

(1)行為主體

從事教育活動之人或機構。條文中雖未明定可為利用行為之主體為何，但根據條文意旨，得主張此項合理使用行為之人，以從事教學之人或機構為主。

(2)行為客體

須為文學或藝術著作，但不限於依法已向大眾公開者。

(3)利用行為

係為教學目的而舉例說明之用。亦即，在有教學利用目的之出版品、廣播節目或視聽著作中，利用他人文學或藝術著作為舉例說明，並將該出版品、廣播

[26] See THE WIPO GUIDE, *supra*, at 58-59.

[27] *Id*.

[28] *Id*.

[29] “It shall be a matter for legislation in the countries of the Union, and for special agreements existing or to be concluded between them, to permit the utilization, to the extent justified by the purpose, of literary or artistic works by way of illustration in publications, broadcasts or sound or visual recordings for teaching, provided such utilization is compatible with fair practice.” Berne Convention, at art 10(2).

節目或視聽著作向公眾播出，係為本項所允許之行為[30]。

(4)利用行為需符合公平慣例

此要件與同條第一項之規定相同，亦屬曖昧模糊之規定，同樣的，伯恩公約亦任諸會員國自行立法定義，或由締約國間，於現有或未來締結的協約內協議，並由各國法院依個案判斷之。

(5)利用行為不得超過利用目的的範圍

此一要件係於布魯塞爾修正版中所增訂，用語雖然模糊，但對於作者之權利而言，則獲得進一步的保障，蓋其係為限制在未先徵得作者之同意下，於供作教育或科學之用的出版品中，使用該作者之文學或藝術著作的權利。是以伯恩公約在此領域內，賦予作者更進一步之保護[31]。

3.使用應註明出處

為尊重作者之著作人格權，根據伯恩公約第十條第三項之規定：「依本條前兩項所為之任何利用，均應註明出處，如知悉著作人姓名者，並應註明之[32]。」此一規定亦係於布魯塞爾修正版所新增，在文章中引註係對讀者負責的表現，並可方便讀者或觀眾得以回溯索引用著作之來源，以便考證或做進一步的利用。

(三)大眾傳播媒體對於著作權之合理使用

在一九四八年之布魯塞爾會議中，為因應自一八八六年起在傳播科技上之進步，議會修正了對著作權之限制。例如，布魯塞爾修正版之伯恩公約允許各會員國「可自行決定關於為時事報導之目的，而以照相、電影或無線廣播之方式錄音、重製、及將文學及藝術著作之簡短引述向公眾傳輸的條件[33]。」此依規定在一九六七年的斯德哥爾摩修正版中再度予以放寬，並承襲至現今之巴黎版本。

1.以重製之方式利用傳播媒體上之著作

伯恩公約第十條之一第一項規定：「揭載於報紙、期刊關於時事經濟、政治、宗教之文章及同性質之廣播節目，如未明示保留其重製、廣播、傳播之權利時，會員國得以其內國法規定，准許其他報紙、期刊、廣播機構加以重製利用。但利用人須明顯註明出處，違反此項義務之法律責任，由受請求保護國之內國法決定之[34]。」

(1)適用客體

除非作者明言禁止，對於報紙及期刊上之與經濟、政治或宗教有關之時事文

---

[30] See THE WIPO GUIDE, *supra*, at 60.

[31] See Peter Burger, *supra*, at 37.

[32] "Where use is made of works in accordance with the preceding paragraphs of this Article, mention shall be made of the source, and of the name of the author if it appears thereon." Berne Convention, at art 10(3).

[33] 原文為："to determine the conditions under which recording, reproduction, and public communication of short extracts from literary and artistic works may be made for the purpose of reporting current events by means of photography, cinematography or by radio diffusion" ,see Brussels Revision of 1948, at art. 10*bis*, *cite from* Peter Burger, *supra*, at 37.

[34] "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 newspapers 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." Berne Convention, at art 10*bis*(1).

章或廣播作品，各會員國均可以其內國法規定可自由重製或翻譯、或再廣播，但仍需註明出處。伯恩公約不保護日常新聞或政治性討論等著作，但報紙期刊上連載的小說不算在可自由利用的範疇[35]。關於利用態樣的細節，則需要各會員國在其內國法中做進一步的規定。

(2)已公開發表之著作

根據條文文義，本項所可利用之著作限於業已公開發表(published)之著作，若依布魯塞爾修正版之定義，所謂”公開發表之著作”，係指著作「已出版或已足夠之數量使公眾可獲得，而不論係以何種方式生產重製物[36]。」有鑒於前述之定義過於狹隘，使得許多種類的著作無法適用，斯德哥爾摩修正版則加了一個「使公眾可滿足其需求」(to satisfy the reasonable requirements of the public)的要件[37]，因此，即使是向”小眾”為公開發表(如電影著作係對電影院內之觀眾為之)，亦可符合公開發表之要件。

若著作尚未經公開發表，因尚未公開刊載或對外播出，就理論上而言，其他傳播機構應無從取得該未公開發表著作，當然不能依照本項規定而主張合理重製並使用該著作。

(3)作者未明示保留其權利

本條文適用之前提要件，須作者未明示保留其重製、廣播、傳播之權利為限。然而，此一限制已與合理使用原則不符，蓋著作權法上之合理使用原則，係指基於某些公共利益之考量，在未經著作人之同意下，仍可於合理之範圍內自由、無償的利用著作人之著作，目的在促進大眾對資訊之取得及利用。因此，若作者明示禁止他人為重製利用即不得主張本條之適用時，則促進資訊流通之美意即不可能實現，因為各傳播媒體之著作人只要明示不願其著作被重製利用，即可阻止已公開發表著作之流通，在此情況下，本條文即形同具文，甚而產生是否排除第九條第二項「對於重製權之一般合理使用」規定之疑異。

國內學者黃怡騰博士認為：「在解釋上，關於此一”著作人未予明文表示保留”之規定，既不得解釋為一經明文表示保留，即不得為合理使用，亦不宜解釋為可排除新聞媒體另得依伯恩公約第九條第二項規定之適用[38]。」亦即，即使本項所列著作之作者明示保留其權利，欲利用該等著作之人，仍可在合理之限度內利用之，而不須先徵得作者之同意或授權；而在該等著作之作者未明示保留其權利的情形，即可依第十條之一第一項之規定予以利用。

2.報導新聞時之所見所聞

伯恩公約第十條之一第一項規定：「各會員國可自行訂定條件，允許以攝影、電影、廣播或有線傳播於眾等方式報導時事，對於該時事進行中之所見聞的文學

---

[35] See Peter Burger, *supra*, at 19.

[36] "Published works" as works, which "have been issued and made available in sufficient quantities to the public, whatever may be the means of manufacture of the copies." see Brussels Revision of 1948, at art. 10*bis*, *cite from* Peter Burger, *supra*, at 30. 然而，戲劇或電影之上映、公開口述文學著作、傳輸或以無線散布文學或藝術著作、著作或藝術之展覽、建築著作之建造等，均不屬於此一版本中所言之”已公開發表” *Id.*

[37] “The expression "published works" means works published with the consent of their authors, whatever may be the means of manufacture of the copies, provided that the availability of such copies has been such as to satisfy the reasonable requirements of the public, having regard to the nature of the work…” Berne Convention, at art 3(3).

[38] 參見黃怡騰，前揭文，頁一四九至一五一。

或藝術著作，得於符合報導目的之相當程度內重製使用並向公眾報導[39]。」

此條文係規定於報導新聞時，附帶使用他人著作之合理使用規定。在時事進行中，難免會看到或聽到他人之著作，例如報導國慶閱兵時會鏡頭會帶到正在表演的樂隊、儀隊；介紹某畫家之畫展時當然會介紹該畫家當時展出之著作；甚至在報導某影視歌星之八卦消息時，多半亦會以其所演唱的歌曲為背景音樂，或穿插其參與演出的影片。這些作品的出現，有時對於所報導的時事會有助益[40]，故此規定之履行，可使得廣播機構或電影製作人，即使在報導過程中偶然重製了受保護之著作，仍可為該日常新聞之報導[41]。

條文中所謂之”符合報導目的之相當程度”，伯恩公約本身並未明定，其具體細節則由各會員國之立法機關自行定義，或由司法機關依個案決定之。更有甚者，只要對著作之利用及重製構成”時事”之”報導”，在許多國家中亦規定傳播媒體不須因為新聞時事報導中附帶使用到他人之著作，而為該使用付費，也不受強制授權之限制[42]。雖然此一規定侵蝕了作者的權利，但卻確保大眾可以更容易的接觸到重要的、新聞性的資訊。

(四)廣播權及廣播權之限制

1. 概說

在羅馬修正版之伯恩公約中，會員國創設了一個新的權利，賦予作者「專有授權他人以無線電傳播之方式向大眾傳播其著作之權利[43]」，稱之為”廣播權”(broadcasting right)，此權須受到強制授權之限制，但不得對作者之人格權產生負面之影響，或剝奪作者本因他人使用其著作而可獲得之相當報酬[44]。

此依規定在後來之布魯塞爾修正版中獲得擴充，將電視及擴音器等類似播放工具亦包含在內。至此，有關廣播權的規定為：作者專有授權「以無線電散布其著作，或以其他無線之方式散布訊號、聲音或影像”以及”…以擴音器或其他類似之設備，以訊號、聲音或影像、無線電散布等傳輸方式向公眾傳播其著作[45]」。在羅馬版中之強制授權規定亦適用於電視及擴音器或其他廣播傳輸技術上[46]。

2. 廣播權

關於廣播權之規定，伯恩公約賦予作者一個相當廣泛的權利，包括散布、再傳送、再廣播、及公開播送該廣播的權利[47]。根據現行巴黎版之伯恩公約第十一

---

[39] “It shall also be a matter for legislation in the countries of the Union to determine the conditions 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.” Berne Convention, at art 10*bis*(1).

[40] See THE WIPO GUIDE, *supra*, at 62.

[41] *Id*.

[42] *Id*., at 63.

[43] "the exclusive right of authorizing the communication of their works to the public by radio-communication." Rome Revision of 1928, at art. 11*bis*(1) *cite from* Peter Burger, *supra*, at 28.

[44] *Id*., at art. 11*bis*(2).

[45] "the radio diffusion of their works or the communication thereof to the public by any other means of wireless diffusion of signs, sounds or images," and the ". . . communication to the public by loudspeaker or any other similar instrument transmitting, by signs, sounds or images, the radio diffusion of the work." Brussels Revision of 1948, at art. 11*bis*(1) *cite from* Peter Burger, *supra*, at 33.

[46] *Id*.

[47] See THE WIPO GUIDE, *supra*, at 66-69.

條之一第一項：「文學或藝術著作之作者，專有授權他人：1.廣播其著作，或以其他無線之方式散布訊號、聲音或影向公眾傳播其著作；2.由原廣播機構以外之機構，對著作之原廣播，以有線或再廣播之方式向公眾傳播；3.以擴音器或其他類似設備以訊號、聲音或影像、廣播等傳輸方式向公眾傳播其著作[48]。」

3.廣播權之限制---暫時性錄音

在布魯塞爾修正版中另有一項新規定，經授權廣播作者著作之廣播機構雖亦不得重製該著作，但有一例外，即暫時性錄音。伯恩公約允須各會員國自行立法，「以決定如何管理由廣播機構以自己的設備，為自己發射廣播之用，而為之暫時性錄音[49]」。

此一規定沿用至現行巴黎版第十一條之一第三項：「若無相反約定，依本條第一項授與之權利，不應被解釋為得以錄音錄影設備另行錄製該廣播。各會員國得自行決定如何管理由廣播機構以自己的設備，為自己發射廣播之用，而為之暫時性錄音。錄音物有特殊紀錄性質者，依法律授權以官方檔案保存[50]。」

根據法條文義，廣播機構欲適用本項規定時，需符合下列要件[51]：

a. 須以自己之設備為暫時性重製，不得付費請他人完成此重製行為；

b. 須為自己發射廣播之用，不得再販售給其他廣播機構；

c. 除非該錄音物有特別之性質，否則在錄製使用後即應銷毀；

d. 若係有”特殊紀錄性質”(exceptional documentary character)之錄音物，應以官方檔案保存。何謂”特殊紀錄性質”，則委由各會員國自行決定。

4.對廣播權之強制授權

第十一條之一有關廣播權之規定中，其第二項係規定：「前項所定權利之行使條件，由會員國以其內國法定之，效力以其領域為限。但不論何種情節均不得損害著作人格權及其應得之等值報酬。遇當事人無特約時，等值報酬之額數由當地國主管機關定之[52]。」

---

[48] “Authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing: (i) the broadcasting of their works or the communication thereof to the public by any other means of wireless diffusion of signs, sounds or images; (ii) any communication to the public by wire or by rebroadcasting of the broadcast of the work, when this communication is made by an organization other than the original one; (iii) the public communication by loudspeaker or any other analogous instrument transmitting, by signs, sounds or images, the broadcast of the work. ” Berne Convention, at art 11*bis*(1).

[49] “to determine the regulations for ephemeral recordings made by a broadcasting body by means of its own facilities and used for its own emissions.” Brussels Revision of 1948, at art. 11*bis*(3) *cite from* Peter Burger, *supra,* at 33.

[50] “In the absence of any contrary stipulation, permission granted in accordance with paragraph (1) of this Article shall not imply permission to record, by means of instruments recording sounds or images, the work broadcast. It shall, however, be a matter for legislation in the countries of the Union to determine the regulations for ephemeral recordings made by a broadcasting organization by means of its own facilities and used for its own broadcasts. The preservation of these recordings in official archives may, on the ground of their exceptional documentary character, be authorized by such legislation.” Berne Convention, at art 11*bis*(3).

[51] See Peter Burger, *supra,* at 33-34.

[52] “It shall be a matter for legislation in the countries of the Union to determine the conditions under which the

就條文觀之，伯恩公約賦予著作人專有授權他人廣播或再廣播其著作之權利，但實際行使此權之條件，則由會員國以其內國法律定之，且僅在該會員國領域內有效。也就是說，各會員國可自行訂定條件--通常即係強制授權制度，限制著作人行使此一排他權利。

(五)強制授權

「強制授權係一種負有義務之特別形式的授權，通常此一義務為對作者予以補償，或透過作者之組織，在特定條件下，對著作之特別使用[53]。」強制授權下之著作權人仍保有就授權條件為談判之權，只有在欲利用著作之人與著作權人間無法達成協議時，始由行政機關決定使用報酬，並須先向主管機關申請許可[54]。在伯恩公約中，對於錄製權、廣播權等均規定有強制授權之規定。

1. 對錄製權之強制授權

(1)概說

伯恩聯盟係於一九〇八年之柏林修正版中首次處理錄製權之問題，該次會議賦予音樂著作人專有授權他人改編其音樂著作，為儲存其音樂而以設備重製(錄音)其音樂著作之權利[55]。但作者之錄製權卻非絕對，各會員國可自行對其設置條件或限制，多半即係以強制授權之方式限制之。在後來之布魯塞爾版中，為進一步保障音樂著作人之權利，增加了強制授權不得損害音樂著作人獲得相當報酬之權利的要件[56]。

錄製權之重心在於作者專有授權他人可重製其音樂著作的權利，但由於巴黎修正版中新增了重製權，原本錄製權之規定即顯得多餘，故與會各國即將錄製權合併於第九條重製權之範圍內，但原本有關強制授權之規定則仍予以援用[57]。

(2)錄製權之強制授權制度

將錄音權納入重製權之範圍等於是限制了對錄製權為強制授權的可能性，於此，須先待作者授權將其包含歌詞之音樂著作錄製成錄音物後，始有進一步依第十三條第一項，要求對該錄音物為強制授權使用的可能。

根據現行伯恩公約巴黎修正版第十三條第一項之規定：「有關音樂及歌詞之作者的排他權利，各會員國可自行訂定限制或條件，他人亦得依法請求強制授權另行錄製。但此項限制與條件僅在該會員國內有效，且不得損害音樂著作人可獲得相當報酬之權利。於當事人無特約之情況下，應由該國適當之主管機關制頒法

---

rights mentioned in the paragraph 1 may be exercised, but these conditions shall apply only in the countries where they have been prescribed. They shall not in any circumstances be prejudicial to the moral rights of the author, nor to his right to obtain equitable remuneration which, in the absence of agreement, shall be fixed by competent authority." Berne Convention, at art 11*bis*(2).

[53] "a special form of permission to be granted obligatorily, in most cases by competent authorities or also through authors' organizations, under specified conditions for specific kinds of uses of works." See WIPO GLOSSARY OF THE TERMS OF THE LAW OF COPYRIGHT AND NEIGHBORING RIGHTS 161, 1980 (World Intellectual Property Organization, 1980), *cite from* Peter Burger, *supra*, at note 162.

[54] 參見陳瑞宜，視聽著作之研究，台灣大學法律研究所碩士論文，民國八十六年，頁二〇五。

[55] "to authorize the adaptation of their musical works to instruments serving to reproduce the works mechanically (recording), and the public performance of these same works by means of mechanical instruments." Berlin Revision of 1908, at art. 13(1), *cite from* Peter Burger, *supra*, at 24.

[56] "…would not prejudice the author's right to just remuneration" Brussels Revision of 1948, at art. 13(2).*Id.*, at 24.

[57] *Id*., at 45.

定報酬率[58]。」亦即，對於音樂錄音著作之作者之排他權，可在會員國之內國法中，制定強制授權之機制限制之。若他人欲重製某錄音著作，在無法協商獲得該著作之著作人授權重製的情況下，依本項規定，只要受請求國之內國法中規定有強制授權之制度，則仍可對該錄音著作加以利用，但需履行強制授權之義務--給付該錄製物之著作人相當之報酬。

另外，伯恩公約賦予戲劇、音樂據或音樂著作之作者，專有授權他人以任何方法或程序公開上演或表演其著作之權利[59]。公開表演權本身並不受制於強制授權之規定，但若此等公開表演係透過廣播而完成，或音樂著作係透過錄音物而播放，則廣播及錄製權上之強制授權規定亦適用於此等公開表演權[60]。

2.適用於開發中國家之強制授權

(1)概說

於一九六七年召開的斯德哥爾摩會議，當時與會的五十九個國家中有許多在二次大戰後仍為開發中國家，為促進文化及教育之發展，這些國家需要大量來自已開發國家的文學及藝術著作，因而在會議中要求賦予對廣播、翻譯權更大範圍的強制授權，以及對作者賦予較短的保護期間。雖然在斯德哥爾摩會議中草擬了對此等開發中國家有利的議定書，卻因為與會之已開發國家的大力反對而未予以採行[61]。此舉即引發伯恩聯盟中許多國家紛紛轉而尋求世界著作權公約的保護（Universal Copyright Convention, UCC)。但此問題在其後之巴黎會議中獲得解決，與會各國同意開發中國家可以採行較寬鬆的專有權保護。

(2)強制授權之規定

伯恩公約巴黎修正版第二十一條第一項規定：「對於開發中國家之特別條款規定於公約之附錄中[62]。」根據該附錄，開發中國家之會員國，在斟酌其國情文化及經濟發展上之需要後，如不欲全面履行伯恩公約之規定者，可保留部分賦予給作者之翻譯權。另外，除保留翻譯權的會員國外，其他會員國亦可在教育、學術或研究目的下享有翻譯權之強制授權[63]。

有關重製權之強制授權則規定於附錄第三條[64]，限於受公約保護的自然及物理科學、數學及技術著作首次出版三年後，小說、詩詞、戲劇、音樂著作及藝術書籍首次出版七年後，其他著作首次出版五年後，若作者或其他有重製權人未曾在某會員國出版或授權他人出版，則該會員國之國民為了組織性教育活動

---

[58] "Each country of the Union may impose for itself reservations and conditions on the exclusive right granted to the author of a musical work and to the author of any words, the recording of which together with the musical work has already been authorized by the latter, to authorize the sound recording of that musical work, together with such words, if any; but all such reservations and conditions shall apply only in the countries which have imposed them and shall not, in any circumstances, be prejudicial to the rights of these authors to obtain equitable remuneration which, in the absence of agreement, shall be fixed by competent authority." Berne Convention, at art 13(1).

[59] "Authors of dramatic, dramatico-musical and musical works shall enjoy the exclusive right of authorizing: (i) the public performance of their works, including such public performance by any means or process; (ii) any communication to the public of the performance of their works." *Id*., at art 11(1).

[60] See Peter Burger, *supra*, at 32-33.

[61] *Id*., at 38-39.

[62] "Special provisions regarding developing countries are included in the Appendix." Berne Convention, at art 26(1).

[63] *Id*., at APPENDIX I and V.

[64] *Id*., at APPENDIX III.

(systematic instructional activities)之目的，可向主管機關申請”非排他性強制授權”，以適當的價格出版上述著作。

三、小結

自一九七一年巴黎會議以後，伯恩公約即未再修訂過。在科技不斷創新發展之下，面對各種新興型態之著作以及對著作之利用方式，產生了伯恩公約的最低保護標準是否仍足以因應的疑慮[65]。

關於伯恩公約以重製權為首之著作財產權的限制規定中，在合理使用之部分，伯恩公約僅建立了一個非常抽象的判斷標準，即規定於第九條第二項之”三步論法”。若再加上對於摘錄引用之適用要件，則伯恩公約對於合理使用之概念係指下列之利用行為而言：

(一)利用行為不得妨礙著作權人對其著作之正常使用；

(二)利用行為不能對著作人權之合法利益造成不合理的損害；

(三)利用行為需符合公平慣例；

(四)利用行為不得超過使用目的之必要範圍。

而此等要件之具體定義及判斷，則屬各會員國內國法立法機關所應自行決定，並由其內國法院依個案認定之。合理使用之概念非僅適用於重製權，對於其他著作權人專有之著作財產權，如公開表演、口述、上映權，及廣播、翻譯等權利亦應可適用之。蓋重製權係所有著作權利中之核心，依舉輕以明重之法理，當可類推適用於其他權利。

詳究伯恩公約所訂定之內容，堪稱是有史以來最為完善、周延的一個公約，然而，規定的再完美的條文架構，若無法確實履行，則仍係無用。伯恩公約最受批評的缺點，即在於其缺少一個可以促使會員國有效履行之執行程序，以及解決會員國間發生爭議時可以援引的爭端解決機制。雖然伯恩公約第三十三條規定會員國間所產生之爭端可以訴諸國際法庭(International Court of Justice; ICJ)來解決，但目前為止 ICJ 沒有接受過任何關於會員國間，因為適用伯恩公約而產生爭議的案例[66]，此亦成為後來 TRIPS 協定成立的主要原因之一。

參、世界著作權公約之規定

一、世界著作權公約簡介

「世界著作權公約」(Universal Copyright Convention，一稱”環球著作權公約”，以下稱 UCC)係在「聯合國教育、科學暨文化組織」(United Nationals Educational, Scientific and Cultural Organization, UNESCO)的協助下，由美國主導成立之國際性著作權公約，於一九五二年在瑞士日內瓦簽訂[67]，並於一九五五年美國加入後正式生效。其後僅於一九七一年在巴黎修正過一次[68]。

美國至二次大戰後，由於經濟、文化、科技等事業蓬勃發展，成為智慧財產相關產品的最大出口國，對於國際性著作權保護之需求日益擴大。然而，美國一九〇一年著作權法中所規範的著作權權利存續期間、著作權形式要件(formalities)等，與伯恩公約之相關規定有很大的差異[69]，因而遲遲未能加入伯

---

[65] 例如現今流竄於網路上之 MP3 檔案，是否可與公約中所謂之”文學及藝術著作”等同視之？網路上之廣播(web casting)是否可以公約第十一條之一規範之？另外尚有接觸控制、規避措施等複雜的問題，詳後述。

[66] See Newby, *supra*, at 1645.

[67] See Ralph Oman, *supra*, at 75.

[68] 本研究案所引之條文若未特別註明，則均為一九七一年之巴黎修正版。(Universal Copyright Convention, as revised at Paris on 24 July 1971)

[69] 美國著作權法要求著作權人若欲獲得保障，必須向著作權局辦理登記，並須在其著作上附記一個”©”的

恩公約，為有效保護美國著作權人之利益，其便積極促成世界著作權公約之成立，作為加入伯恩公約前之「臨時性填補措施」(a temporarily stop-gap measure)，並為加入伯恩公約預先鋪路[70]。

UCC 的意旨並非建立一個全新的公約，依其前言所示，係為「建立一個可適用於世界各國的公約制度，用來附加且不損及現行各種國際性著作權保護體系，以確保對於個人權利的尊重，鼓勵文學、科學及藝術的發展[71]。」即係以伯恩公約為基礎並輔助之。

相對於伯恩公約，UCC 雖然亦採國民待遇原則及最低保護標準原則，但其提供給著作權人之保護顯然較低。其與伯恩公約之自動保護原則最大的不同，就是 UCC 受美國著作權法之影響而採形式要件主義。根據 UCC 第三條規定[72]：「雖非絕對，各會員國得於其內國法上規定，該國國民或在其領域內首次發表之著作，應自著作首次公開發表時起，於著作之重製物上適當之位置，以適當之方式，標明一個 © 的標誌；著作權利人之姓名或名稱；著作首次發表之年份，以便能向世人合理表明其主張，及保有對該著作之著作權的始期。須具備上述要件始得獲得著作之保障。各會員國亦可要求著作權人履行如”寄存”(deposit)、”註冊”(registration)或付費等要件。」

另尚值一提的是，因為 UCC 係由美國所主導制定，而美國著作權法制並不無著作人格權的觀念，故本公約亦不保護著作人格權。

另外，由於開發中國家及已開發國家間因為經濟發展之不同，對著作權保護程度之要求亦不同，伯恩公約之高標準對開發中國家而言，相當的不利，諸如保護期間之長短、翻譯權及重製權之強制授權等問題，即在伯恩會員國間即產生了相當大的爭議。而如前所述，UCC 對著作權提供較伯恩公約為低的保護，屬於伯恩公約會員國之開發中國家，寧願選擇退出伯恩聯盟，而對自己國家之著作人採用保護程度較低的 UCC 標準，基於國民待遇原則，亦僅需賦予其他國家之著作權人教寬鬆之保護[73]，而不致降低利用其著作之可能。

為避免伯恩聯盟會員的流失，UCC 在伯恩公約的建議下，於 UCC 第十七條規定：「本公約之規定，決不得影響伯恩公約中，保護文學及藝術著作之規定，或由該公約所設置之聯盟會員資格[74]。」另外，公約「與第十七條有關之附錄宣言」

標誌，及載明出版之日期，以完成形式要件。此點與伯恩公約”自創作完成時起即自動獲得保護，而不須踐行任何形式要件”之”自動保護原則”截然不同，此一係由於著作權法制上之差異所造成。關於著作權形式要件之爭議及必要性，請 See Ralph Oman, *supra*, at 81-89.

[70] 參見朱永發，前揭文，頁九十一。在美國加入伯恩公約之前，若欲獲得伯恩公約之保護，只能採行「走後門進伯恩」之方式。*Id.*, at 78.

[71] “Moved by the desire to ensure in all countries copyright protection of literary, scientific and artistic works, Convinced that a system of copyright protection appropriate to all nations of the world and expressed in a universal convention, additional to, and without impairing international systems already in force…” Preamble of UCC.

[72] “1. Any Contracting State which, under its domestic law, requires as a condition of copyright, compliance with formalities such as deposit, registration, notice, notarial certificates, payment of fees or manufacture or publication in that Contracting State, shall regard these requirements as satisfied with respect to all works protected in accordance with this Convention and first published outside its territory and the author of which is not one of its nationals, if from the time of the first publication all the copies of the work published with the authority of the author or other copyright proprietor bear the symbol © accompanied by the name of the copyright proprietor and the year of first publication placed in such manner and location as to give reasonable notice of claim of copyright. 2. The provisions of paragraph 1 shall not preclude any Contracting State from requiring formalities or other conditions for the acquisition and enjoyment of copyright in respect of works first published in its territory or works of its nationals wherever published.” *Id.*, at art III, 1and 2.

[73] See Patrick Leahy, *supra*, at 179.

[74] “ 1. This Convention shall not in any way affect the provisions of the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works or membership in the Union created by that Convention.” UCC, at art XVII, 1.

(APPENDIX DECLARATION RELATING TO ARTICLE XVII)中亦規定有制裁措施：「自一九五一年一月一日後退出伯恩公約之國家，不受世界著作權公約之保護[75]。」而此類國家若加入世界著作權公約，則仍須遵守國民對待原則，有義務將保護擴及伯恩公約之會員國，但得不到相等的對待。而同為二公約會員國之間，應優先適用伯恩公約之規定[76]。以上規定係為使伯恩公約免受衝擊，因而被稱為「伯恩公約防衛條」(Berne Convention safeguard clause)。

二、世界著作權公約中對著作權之限制

(一)專有權之限制

1.概說

如前所述，世界著作權公約第四條之一第一項及第五條第一項中，已概括規定了著作權人應可享有的專有權利，包括「專有授權他人以任何方式重製、公開表演及廣播之權利」，以及「自行或授權他人翻譯、自行發表或授權他人發表其著作或著作之翻譯物」的翻譯權。

UCC 對於著作權專有權利的限制，非如伯恩公約一般，針對各種不同之專有權分別訂定程度不同之限制，而係在第四條之一第二項為單一的概括規定，允須各會員國可在符合下列兩個條件下，以其內國法訂定對著作權專有權利之例外或限制規定[77]：

a. 該例外或限制之規定，不得與公約之精神及條文規定相衝突；
b. 於內國法訂定專有權利之例外規定的各會員國，仍須對於這些已被限制的專有權利，賦予合理且有效之保護。

2.要件分析

伯恩公約第九條第二項，規定有判斷是否為合理使用的三步論法，在符合合理使用的要件下，可不經著作人之同意而利用其著作。UCC 公約則無此等合理使用之規定，而僅是以”不得與公約之精神及條文規定相衝突”、”賦予合理且有效之保護”等宣示性用語，要求會員國在以其內國法之制定，而對著作權人之專有權附加限制時，須考量第四條之一第二項中所規定的兩個要件，而非可全面的限制著作權人之權利。

(1)不得與公約之精神及條文規定相衝突

所謂之”公約精神”，一般認為係世界著作權公約之前言所揭示之「對於個人權利的尊重」、「鼓勵文學、科學及藝術之發展」、「促進人類智慧作品更為廣泛之傳播」及「增進國際間的了解」等宗旨[78]。而不得違反之”條文規定”，則係指 UCC 第五條之一、第五之二條、第五之三條，以及公約「與第十七條有關之附

[75] “Except as provided by paragraph (b), works which, according to the Berne Convention, have as their country of origin a country which has withdrawn from the Berne Union after 1 January 1951, shall not be protected by the Universal Copyright Convention in the countries of the Berne Union;” *Id*., at APPENDIX DECLARATION RELATING TO ARTICLE XVII (a).

[76] “The Universal Copyright Convention shall not be applicable to the relationships among countries of the Berne Union in so far as it relates to the protection of works having as their country of origin, within the meaning of the Berne Convention, a country of the Berne Union.” *Id*., at APPENDIX DECLARATION RELATING TO ARTICLE XVII (c).

[77] “However, any Contracting State may, by its domestic legislation, make exceptions that do not conflict with the spirit and provisions of this Convention, to the rights mentioned in paragraph 1 of this Article. Any State whose legislation so provides, shall nevertheless accord a reasonable degree of effective protection to each of the rights to which exception has been made.” *Id*., at art IV *bis*, 2.

[78] “…will ensure respect for the rights of the individual and encourage the development of literature, the sciences and the arts, Persuaded that such a universal copyright system will facilitate a wider dissemination of works of the human mind and increase international understanding…” Preamble of UCC.

錄宣言」中所列舉，對於著作權人的翻譯權及重製權之強制授權制度[79]。因此，任何會員國只要在不與上述之公約精神及所列條文相衝突的情形下，即可自行於內國法的法律中，訂定對於著作權人專有財產權之各種限制、例外或免責規定。

(2)合理且有效之保護

對於已訂定例外規定的各種專有權利，仍須給於合理且有效保護，以緩和各種專有權之限制，對於著作權人所可能產生之衝擊。然”合理且有效”之定義為何，UCC 並未加以說明，或可認為即係強制授權下對著作權人之補償金。

三、小結

相較於伯恩公約有已開發國家及未開發國家間不同之適用規定，UCC 所欲建立者係一無歧視之公約保護[80]，雖然其所規定的最低保護標準比伯恩公約寬鬆，但無論已開發國家或開發中國家均可一體適用，而其對著作權較低的保護要求，正是吸引開發中國家紛紛加入的主要原因。

美國係世界著作權公約的主導者，在尚未加入伯恩公約以前，雖可藉由 UCC 而獲得相當之保護，並可以”走後門進伯恩”的方式亦獲得伯恩公約的保障，但有學者擔心，某些國家係因為害怕美國之報復才加入 UCC，對於美國拒絕加入伯恩公約卻仍可受到伯恩之保護，更引起伯恩會員國的憤慨，而這些國家甚可聯合起來關閉伯恩之後門[81]。況且，著作權人若欲”走後門進伯恩”而取得保護，即必須於任一伯恩會員國同時發行其著作，如此即會增加著作權人之負擔，並造成成本之浪費[82]。

尤其，在美國於一九八四年退出聯合國下屬之 UCC 的行政管理機構 UNESCO 之後，美國對於 UCC 的主導權已然喪失，並缺乏國際性政府間之互動機制[83]，因而產生單靠 UCC 已不足以保護其國內著作權人權益之疑慮。由於美國國內著作權人團體的請求，且伯恩公約確實有 UCC 所未能及之重要性及廣泛性，美國最後仍然選擇在一九八九年加入伯恩公約[84]。

雖然 UCC 的對著作權人所提供之保護過於寬鬆，而逐漸被伯恩公約所取代，但因為仍有約二十五個以上之非伯恩會員國之 UCC 成員[85]，故其仍有存在之必要。

肆、羅馬公約之規定

一、羅馬公約簡介

羅馬公約之全名為「國際保護表演人、錄音物製作人及廣播機構公約」(International Convention for The Protection of Performers, Producers of Phonograma and Broadcasting Organizations)，於一九六一年於義大利的羅馬簽訂，因此通稱為「羅馬公約」(Rome Convention)。由於羅馬公約第二十六條規定，欲加入羅馬公約之國家，必須先將其內國法調整至能確保羅馬公約之實行的程度[86]，因此，能符合規定而加入本公約之國家遠較伯恩公約為少，但由本公

---

[79] 參見黃怡騰，前揭文，頁一七〇至一七一。

[80] See Ralph Oman, *supra*, at 177.

[81] See Patrick Leahy, *supra*, at 182. 事實上，伯恩公約於一九一四年之伯恩會議中，英國即曾提出此一要求，以逼美國加入伯恩公約。See Peter Burger, *supra*, at 26.

[82] 對美國之著作權人而言，通常會選擇屬於伯恩會員之鄰國---加拿大，而既然同為英語系國家，在加拿大為同時發行當屬成本浪費。See Ralph Oman, *supra*, at 177.

[83] *Id*., at 110.

[84] 有關美國加入伯恩公約的相關法律爭議與過程，請參見馮震宇，伯恩公約對美國著作權法之影響（上），美國月刊，第八卷第十期，民國八十二年十月，頁九十至一〇三。

[85] 如人口眾多且盜版問題嚴重之埃及、印度及土耳其. See Patrick Leahy, *supra*, at 179.

[86] “1.Each Contracting State undertakes to adopt, in accordance with its Constitution, the measures necessary to

約係第一個處理有關「著作鄰接權」之公約，且其後之國際性公約及協定如 TRIPS 及 WPPT 等均以羅馬公約為重要參考指標，故仍有研究討論之必要。

(一)著作鄰接權之概念

本公約之保護對象為表演人、錄音物製作人及廣播機構，與傳統所謂之著作權人(或”作者”)有本質上之不同[87]。表演人本身並無從事創作，而是詮釋他人之著作；而錄音製作人及廣播機構又多屬法人組織，與自然法系下所謂之”作者”不同，因為法人本身不可能具有創作力，亦不應獲得著作權之保護[88]。然而，這些表演人、錄音物製作人及廣播機構所做成之著作，雖不如小說、雕刻等著作那般具有創作性，但仍有保護之必要[89]。因此”鄰接權”(Neighboring Rights)之概念即因應而生。

所謂之”鄰接權”之定義為：「日益增多的國家所賦予之權利，用以保護表演人、錄音物製作人及廣播機構於公開使用著作，藝術家之各種展現，及將事件、資訊及任何聲音或影像對公眾傳播等相關活動時之利益。其最重要之類別包括：表演人禁止他人未經其同意，將其表演加以固著、直接廣播或對公眾傳播之權利；錄音物製作人授權或禁止他人重製其錄音物、輸入或散布未經授權而重製其錄音物之權利；廣播機構授權或禁止他人就其廣播加以再廣播、固著或重製之權利[90]。」

所稱”表演人”，係指對著作加以詮釋(interpretation)之人，依公約第三條第(a)項所列舉，包括演員、歌唱者、音樂家、及其他以演出、歌唱、演講、朗讀、演奏，或其他方式將文學及藝術著作予以表演之人[91]。所謂”錄音物製作人”，據公約第三條第(c)項之定義，係「首次將表演之聲音或其他聲音予以固著之自然人或法人[92]。」而所謂之”錄音物”(phonogram)，依同條(b)項，意指「任何表演之聲音或其他聲音排他地聽覺上之固著[93]。」羅馬公約雖未就”廣播機構’加以定義，然其第三條第(f)項有關”廣播[94]”之定義係指「以無線之方式播送，使公眾得以接收聲音或聲音及影像[95]」，據此，則廣播機構應指「以無線之

---

ensure the application of this Convention.

2.At the time of deposit of its instrument of ratification, acceptance or accession, each State must be in a position under its domestic law to give effect to the terms of this Convention.” Rome Convention, at art 26.

87 鄰接權源起於採著作人法制之國家，隨著科技發展，為保護表演人、錄音物製作人及廣播機構之權利而產生。世界最大之智慧財產權產品出口國---美國，因其係採著作權法制之國家而未加入羅馬公約，然其仍加入另外兩個與鄰接權相關之公約：於一九七一年時月二十九日簽訂於日內瓦之「保護錄音物製作人對抗未經授權而重製其錄音物公約」(The Convention for the Protection of Producers of Phonograms Against Unauthorized Duplication of their Phonograms)，簡稱「日內瓦錄音物公約」(Geneva Phonograms Convention)；即於一九七四年五月二十一日簽訂於布魯塞爾之「有關衛星載波傳輸訊號之節目散布公約」(Convention Relating to the Distribution of Programmer Carrying Signals Transmitted by Satellite)，簡稱「布魯塞爾衛星公約」(Brussels Satellite Convention)，參見章忠信，前揭文；See also J. H. Reichman, Universal Minimum Standards of Intellectual Property Protection under the TRIPs Component of the WTO Agreement, Intellectual Property and International Trade: The TRIPs Agreement (1998), at 48, note 150. [hereafter “Reichman”]

88 See Stewart, *supra*, at 190-192.

89 See Melvile B. Nimmer, 1 Nimmer on Copyright, §8E.01[A]](2000)(available on Lexis website, without page).

90 參見 WIPO 所出版之「著作權及鄰接權法制相關用語定義」，轉引自章忠信，前揭文。

91 “"performers" means actors, singers, musicians, dancers, and other persons who act, sing, deliver, declaim, play in, or otherwise perform literary or artistic works;” Rome Convention, at art 3(a).

92 “"producer of phonograms" means the person who, or the legal entity which, first fixes the sounds of a performance or other sounds;” *Id*., at art 3(c).

93 “"phonogram" means any exclusively aural fixation of sounds of a performance or of other sounds;” *Id*., at art 3(b).

94 羅馬公約所稱之廣播，與我國廣播電視法第二條所稱之廣播，係「指以無線電或有線電傳播聲音，藉供公眾直接之收聽」不同，羅馬公約之廣播實際上包括我國之無線廣播及無線電視傳播。

95 “"broadcasting" means the transmission by wireless means for public reception of sounds or of images and

方式播送，使公眾得以接收聲音或聲音及影像之機構。」

(二)專有權之內容

羅馬公約對於表演人、錄音物製作人及廣播機構規定有不同程度的保護。對於錄音物製作人及廣播機構係賦予專有授權或禁止他人未經同意而使用之排他權利；但賦予給表演人者，則僅有請求防止他人利用其尚未固著之表演的可能。

1. 表演人之權利

關於表演人就其未固著之表演所應享有之財產權，羅馬公約第七條第一項規定，表演人有權防止他人「未經其同意，而將其未固著之表演加以廣播或對公眾傳播。若該表演本身已為廣播之表演，或係取材自錄音物上之表演著作者，及不在此限[96]。」及「未經其同意，而將其未固著之表演加以固著[97]。」

對於已固著之表演，同條項第(c)規定[98]：「若表演著作之原始固著即未獲得表演人之同意；重製之目的與表演人所同意之目的不相符合者；或表演之原始固著雖符合第十五條之規定，但重製之目的卻與該條所定之目的不同者」，則表演人有權防止「未經同意，而將(前述)已固著之表演著作予以重製。」

由條文內容可知，羅馬公約賦予表演人者非專有排他權，而係請求防止第七條所列舉之行為發生的可能性。此外，再加上公約第十九條規定：「不論本公約之規定如何，表演人已經同意將表演與視覺或視聽之固著物結合時，第七條之規定即不再適用[99]。」更進一步限制了表演人就已固著之視覺或視聽表演有適用第七條之可能，因此，羅馬公約對表演人的保護程度係三者中最低的。

2. 錄音物製作人之權利

羅馬公約第十條規定，錄音物製作人「專有授權或禁止他人以直接或間接之方式，重製其錄音物之權利[100]。」錄音物製作人，通常為唱片公司，對其所為之投資亦應加以保護，故羅馬公約賦予錄音物製作人此一專有權利，以維護其經濟利益。

3. 廣播機構之權利

羅馬公約第十三條規定[101]，傳播機構專有授權或禁止他人為下列行為之權

---

sounds;" Rome Convention, at art 3(f).

[96] "1.The protection provided for performers by this Convention shall include the possibility of preventing: (a) the broadcasting and the communication to the public, without their consent, of their performance, except where the performance used in the broadcasting or the public communication is itself already a broadcast performance or is made from a fixation;" *Id.*, at art 7(1)(a)

[97] "the fixation, without their consent, of their unfixed performance; " *Id*., at art 7(1)(b).

[98] "the reproduction, without their consent, of a fixation of their performance:
(i) if the original fixation itself was made without their consent;
(ii) if the reproduction is made for purposes different from those for which the performers gave their consent;
(iii) if the original fixation was made in accordance with the provisions of Article 15, and the reproduction is made for purposes different from those referred to in those provisions." *Id*., at art 7(1)(c).

[99] "Notwithstanding anything in this Convention, once a performer has consented to the incorporation of his performance in a visual or audio-visual fixation, Article 7 shall have no further application.' *Id*., at art 19.

[100] "Producers of phonograms shall enjoy the right to authorize or prohibit the direct or indirect reproduction of their phonograms." *Id*., at art 10.

[101] "Broadcasting organizations shall enjoy the right to authorize or prohibit:
(a) the rebroadcasting of their broadcasts;
(b) the fixation of their broadcasts;
(c) the reproduction:
(i) of fixations, made without their consent, of their broadcasts;
(ii) of fixations, made in accordance with the provisions of Article 15, of their broadcasts, if the reproduction is made for purposes different from those referred to in those provisions;
(d) the communication to the public of their television broadcasts if such communication is made in places accessible to the public against payment of an entrance fee; it shall be a matter for the domestic law of the State

利：

(a) 轉錄其廣播節目；

(b) 固著其廣播節目；

(c) 下列之重製行為：

(i)未經傳播機構之同意，而重製其廣播節目之錄製物者；

(ii)不符第十五條所列之目的，而重製依該條規定而固著之廣播節目。

(d) 在應支付入場費之公共場所，向公眾播送其電視節目。惟關於此項權利行使之條件，應由受請求保護之會員國於其內國法訂定之。

二、羅馬公約中專有權之限制

(一)合理使用之規定

如同其他國際著作權公約的規範模式，羅馬公約亦於第十五條訂定有關行使著作鄰接權之限制。各會員國得於其內國法內，自行決定條件與限制，允許他人得在未經受權情形下，對於表演人、錄音物製作人及廣播機構之著作加以自由、無償的利用。

1. 概說

羅馬公約第十五條第一及第二項規定[102]：「任何會員國得以國內立法之方式，對於下列事項，規定本公約保護之例外：

a. 私人使用；

b. 於報導時事時，為簡短的摘錄引用；

c. 傳播機構為自己廣播之用，以自己之設備而為之暫時性錄音；

d. 專供教學或科學研究目的之用。

任何會員國得於其國內之法令規章中，參照其對文學及藝術著作之著作權所訂定的任何限制規定，對於其表演人、錄音物製作人及廣播機構之權利，訂定相同之限制規定，不受本條第一項規定之影響。惟有關強制授權之規定，僅得於與本公約規定不相違背之範圍內，始得為之。」

本條之規定，基本上係根據伯恩公約第九條、第十條第二項、第十條之一及第十一條之一，與世界著作權公約第四條之一第二項所為之規定，因此可認為係屬於對著作鄰接權之”合理使用”。依此規定，任何人均不須獲得鄰接權人之同意，而可自由、無償的使用鄰接權人之著作。而除了第一項所列之四種情形以外，本條第二項規定，任何會員國亦得依照該國依據伯恩公約而對文學及藝術著作所定之限制條件，同樣的適用於鄰接權人之著作上，不受前項四種情形之限制。

2. 分析與討論

按照羅馬公約第十五條第一項規定，可以限制著作鄰接權之事由有四種，分述如下：

(1)私人使用

---

where protection of this right is claimed to determine the conditions under which it may be exercised." *Id*., at art 13.

[102] "1.Any Contracting State may, in its domestic laws and regulations, provide for exceptions to the protection guaranteed by this Convention as regards:

(a) private use;

(b) use of short excerpts in connection with the reporting of current events;

(c) ephemeral fixation by a broadcasting organization by means of its own facilities and for its own broadcasts;

(d) use solely for the purposes of teaching or scientific research.

2.Irrespective of paragraph 1 of this Article, any Contracting State may, in its domestic laws and regulations, provide for the same kinds of limitations with regard to the protection of performers, producers of phonograms and broadcasting organizations, as it provides for, in its domestic laws and regulations, in connection with the protection of copyright in literary and artistic works. However, compulsory licences may be provided for only to the extent to which they are compatible with this Convention. " *Id*., at art 15.1,2.

本款所謂之”私人使用”(private use)，就文義解釋上，即已排除為營利目的之使用與公開之使用。按學者見解，私人使用係指「既非供公眾使用，亦非以營利為目的之個人使用而言[103]」。另有學者主張，”私人使用”(private use)與”個人使用”(personal use)同義，若係個人職業上或商業上之目的之使用，即不屬於”私人使用”[104]。準以此解，若個人將電視節目錄製下來以便稍後自行觀賞，此種行為即屬私人使用；但若將此捲錄影帶重製拷貝給朋友，或在其所經營的餐館播放給用餐的顧客欣賞，便不屬私人使用之範圍。

然而，不能因為係私人之使用行為，即可直接認定為”合理使用”之範圍，而排除成立侵權行為之可能。由於錄音、錄影的技術及設備非常發達而普遍，一般人在自己家裡即可從事高品質的錄製行為，對於著作鄰接權人之利益有很大的影響。上述羅馬公約所定義之”私人使用”範圍太廣，過於擴張合理使用之範圍，將使得鄰接權人之利益受到威脅。

然規定於伯恩公約第九條第二項中之要件，應可限縮私人使用之範圍，亦即，私人使用必須在「不妨礙作者對其著作之正常利用，且未對作者之合法權利造成不合理之損害」的情形下，才可被認為屬於合理使用之行為，並非當然許可行為人可自由使用，而不受限制[105]。而上二要件之認定，仍依伯恩公約第九條第二項之規定，由各會員國自行於其內國法之立法機關加以定義，或由法院依具體個案分別判斷之。

(2)在報導時事時為簡短之摘錄引用

羅馬公約第十五條中所規定之第二種例外情形為「在報導時事時為簡短之摘錄引用」，此一規定係為便利並促進國際上新聞資訊流通(international flow of information)之目的而制定的[106]。而本款適用之主體，通常即為從事時事報導之傳播機構。

依條文之文義，若欲主張本款，則所從事之利用行為需為”新聞時事之報導”，且摘要引用之程度尚需符合”簡短”之要件。所謂”簡短引述”(short excerpt)，根據學者 Stewart 的見解：「必須十分簡短，且使用程度以足以”支持、強調或舉例說明”(support, underline or illustrate)該新聞事件之必要為限[107]。」準以此解，”簡短之摘錄引用”須為少量、或片段之利用，且引用之範圍不得超出佐證該新聞事件之必要程度。

(3)傳播機構之暫時性錄製

羅馬公約第十五條第一項所規定之第三種例外為「傳播機構的暫時性錄音」，此一規定既然係跟據伯恩公約第十一條之一的規定而來，在適用上亦應符合伯恩公約第十一條之一的所規定之要件，即除了特殊保存性質之要件外，廣播機構欲主張本款之適用，則：

a. 須以自己之設備為暫時性重製，不得付費請他人完成此重製行為；

b. 須為自己發射廣播之用，不得再販售給其他廣播機構；

c. 在錄製使用後於合理時間內即應銷毀。

而所謂合理之時間，各會員國應於其內國法中制定之。

---

[103] See Stewart, *supra*, at 374.

[104] See Wilhelm Nordemann et al., at 410, 轉引自黃怡騰，前揭文，頁一八四。

[105] See WIPO, Guide to Rome Convention, at 15.2 *cite from* Stewart, *supra*, at 232.

[106] See Wilhelm Nordemann et al., at 410，轉引自黃怡騰，前揭文，頁一八六。

[107] See Stewart, *supra*, at 232.

(4)專供教育或科學研究目的之使用

為因應開發中國家對於大量接近著作之需求，羅馬公約中對於鄰接權之第四種例外，即係專供教育或科學研究目的之使用，可不經鄰接權人之同意而逕自利用其著作。此係為方便開發中國家可以合理使用受羅馬公約保護之著作，而不用擔心會侵害到鄰接權人之權利，藉以促進其國內之文化教育的發展。

相較於伯恩公約第十條第二項之規定，本款多了一項”科學研究之目的”。伯恩公約第十條第二項僅規定可為教育之目的，並在一定之條件下，可以利用文學及藝術著作權人之著作，而對於為”科學研究”之目的而為之利用，伯恩公約係訂定於其「附則」的第二條中，作為可請求翻譯權之強制授權的條件之一[108]。而羅馬公約此處之規定則進一步限制了著作鄰接權人之權利，讓專為”科學研究之目的”之使用者，可對鄰接權人主張合理使用，而非必須透過強制授權之制度才可加以運用。

(二)強制授權

羅馬公約第十五條第二項賦予各會員國更大的立法空間，除了同條第一項之規定外，各會員國仍得就鄰接權人之權利，訂定與對文學及藝術著作之著作權所訂定的任何限制規定相同之規定。本條第二項後段規定「…惟有關強制授權之規定，僅得於與本公約規定不相違背之範圍內，始得為之。」所謂之” 與本公約規定不相違背之範圍內”，係指不違背羅馬公約第七條第二項第二款、第十二條及第十三條第(d)款之規定。

1. 表演人與廣播機構間之關係

羅馬公約第七條第二項規定表演人與廣播機構間的關係。根據本項第一款之規定，若某廣播係在表演人之同意下所為，則「被請求保護之會員國應以其內國法規定，對於經由表演人同意而為之廣播應提供保護，以防止他人再廣播、為廣播之目的而固著並重製該固著物[109]。」同條項第二款接著就該固著物之利用加以限制：「受請求保護之會員國，應於其內國法中決定，廣播機構對於為廣播之目的所為之固著物加以使用時，其使用之期限及條件[110]。」即一旦廣播機構欲將上述之固著物加以利用時，即應符合該會員國之內國法就使用之期限及條件所定之規定。

通常所謂之使用條件，即係指強制授權之制度，由各會員國於其內國法中自行決定。但為避免強制授權之制度太過侵蝕表演人之權利，因此第三款規定：「然而，該規定有關前述第一項及第二項規定之內國法律，不應以契約之方式，剝奪表演人對於其與廣播機構間之關係的控制[111]。」

2. 錄音物之二次使用

羅馬公約第十二條規定所謂之”二次使用”（Secondary Use）：「為商業目的而製作之錄音物或其重製物，如被直接地使用於廣播或對公眾為任何傳播，使

---

[108] 參見黃怡騰，前揭文，頁一八八。

[109] “If broadcasting was consented to by the performers, it shall be a matter for the domestic law of the Contracting State where protection is claimed to regulate the protection against rebroadcasting, fixation for broadcasting purposes and the reproduction of such fixation for broadcasting purposes.” Rome Convention, at art 7.2(1).

[110] “The terms and conditions governing the use by broadcasting organizations of fixations made for broadcasting purposes shall be determined in accordance with the domestic law of the Contracting State where protection is claimed.” *Id*., at art 7.2(2).

[111] “However, the domestic law referred to in sub-paragraphs (1) and (2) of this paragraph shall not operate to deprive performers of the ability to control, by contract, their relations with broadcasting organizations.” *Id*., at art 7.2(3).

用者應支付表演人或錄音物製作人或二者，享有單一之適當報酬之權利。在表演人與錄音物製作人間沒有任何約定的情形下，會員國之內國法應制定分配報酬之條件[112]」。

然公約第十六條第一項第(a)款則對表演人與錄音物製作人之報酬請求權加以限制。第十六條名為「保留條款」，其第一項規定所有會員國均應受本公約所定義物之約束，亦應可享有本公約所賦予之利益。而關於羅馬公約第十二條之適用，同條項第(a)款規定[113]：「各會員國在向聯合國秘書長為通知存證後，得聲明不適用、或在某些使用上不適用、或錄音物製作人為本公約會員國之國民時不適用該條規定，或可限縮保護之範圍或期間。」

3.廣播機構

羅馬公約第十三條「廣播機構之最低權利」之第四種，係專有授權或禁止他人「在應支付入場費之公共場所，向公眾播送其電視節目。惟關於此項權利行使之條件，應由受請求保護之會員國於其內國法定之。」各會員國可以強制授權制度，作為條文中所謂之”權利行使之條件”。

而第十六條第一項亦允許各會員可對此種強制授權予以保留，其第(b)款規定：「關於本公約第十三條之規定，若某締約國聲明不適用第十三條第(d)款，則其他締約國對於總部設於提出該聲明之締約國內的廣播機構，亦無義務提供第十三條第(d)款之保護[114]。」亦即，羅馬公約之締約國在向聯合國秘書長為通知存證後，仍可聲明不適用第十三條第(d)款之規定，惟其他會員國對該提出聲明之會員國國內的廣播機構，亦無提供第十三條所列保護的義務。

三、小結

國際間有關著作權之保護，均係以伯恩公約中所規定之”文學及藝術”之作者之保護為主，而羅馬公約中所規定之對”表演人、錄音物製作人及廣播機構”之保護僅處於次等之地位(second place)，鄰接權人之權利有一部份是專有權利，有一部份則弱化為報償請求權，且無相關人格權之規定，對於鄰接權之保護程度明顯與對作者之保護不同[115]。

羅馬公約第十五條第一項規定列出了四款未經授權之合理使用態樣，而其第

---

[112] “If a phonogram published for commercial purposes, or a reproduction of such phonogram, is used directly for broadcasting or for any communication to the public, a single equitable remuneration shall be paid by the user to the performers, or to the producers of the phonograms, or to both. Domestic law may, in the absence of agreement between these parties, lay down the conditions as to the sharing of this remuneration.” *Id*., at art 12.

[113] “1.Any State, upon becoming party to this Convention, shall be bound by all the obligations and shall enjoy all the benefits thereof. However, a State may at any time, in a notification deposited with the Secretary-General of the United Nations, declare that:

(a)as regards Article 12:

(i)it will not apply the provisions of that Article;

(ii)it will not apply the provisions of that Article in respect of certain uses;

(iii)as regards phonograms the producer of which is not a national of another Contracting State, it will not apply that Article;

(iv)as regards phonograms the producer of which is a national of another Contracting State, it will limit the protection provided for by that Article to the extent to which, and to the term for which, the latter State grants protection to phonograms first fixed by a national of the State making the declaration; however, the fact that the Contracting State of which the producer is a national does not grant the protection to the same beneficiary or beneficiaries as the State making the declaration shall not be considered as a difference in the extent of the protection; ” *Id*., at art 16.1(a).

[114] “as regards Article 13, it will not apply item 13(d); if a Contracting State makes such a declaration, the other Contracting States shall not be obliged to grant the right referred to in Article 13(d), to broadcasting organizations whose headquarters are in that State.” *Id*., at art 16.1(b).

[115] See A. Bercovitz, Copyright and Related Rights, Intellectual Property and International Trade: The TRIPs Agreement (1998), at 145. [hereafter “A. Bercovitz”]

二項又規定，除第一項所列舉規定之外，關於得對著作鄰接權人之權利加以限制的例外規定，各會員國尚可依據其內國法中對於文學及藝術著作之著作人的保護，對鄰接權人訂定相同的限制規定。

羅馬公約第十五條雖規定各會員國可對鄰接權人之權利加以限制，允許他人得未經鄰接權人之授權而使用其著作，然而，對於何種範圍或情狀的使用可主張限制鄰接權人之專有權，羅馬公約即未加以規範。按照第十五條第二項之規定，既然可將對鄰接權人之限制，比照文學及藝術著作著作人的限制來規定，則對於利用行為在客觀上應符合之要件，應可適用在判斷對於文學及藝術著作之使用是否為合理時所採行之標準。

伍、TRIPS 協定上對著作權之限制

一、TRIPS 協定簡介

自一九七一年伯恩公約及世界著作權公約最近一次的修正後，經濟及科技的變化對該等公約產生極大的影響。由於通訊科技正急速的帶領我們進入所謂的”全球化經濟”，接觸使用外國著作變的更為容易，來自不同國家的公司及產品將在此一全球化市場上一同競爭。因為科技的進步使得重製著作的技術進步且成本降低，一旦某著作被商業化，就很容易被複製，因此對於著作權之不同程度的保護，將成為影響競爭的一項要素，例如某公司若需付費才得以利用著作，相較於不需付費的公司，當係處於較不利的地位，而仿冒者不但可降低成本，若其只仿冒已在市場上成功的產品，更可以避免市場失敗的風險[116]。

另一方面，通訊科技已可使廣播擴及全世界，因此也促使有著作權之著作的市場全球化，錄音、錄影帶等著作之固著物亦擁有廣大的消費市場，然該等固著物本身也使得非法重製著作的行為更為簡易，而這些”盜版”的著作固著物，亦可經由出租或出借而具有商業性。另外，在向市場促銷著作時，著作表演人有時比作者本身更為重要，這些表演人有其自己的跟隨者及消費群[117]。

更重要的是，伯恩公約及其他重要之著作權公約均缺少執行程序與爭端解決之機制。伯恩公約及羅馬公約規定，會員國間所產生之爭端可以訴諸國際法庭(International Court of Justice)來解決[118]，以要求會員國履行各該公約之義務，但目前為止並沒有任何一個案件被送到國際法庭去請求解決，而最主要的執行機制則端賴互惠主義原則[119]。而規範再好、再完善的公約，若缺乏有效執行程序及爭端解決之機制，仍無法確保國際間對著作權人之權益的保護，此即成為另一個制定 TRIPS 的主要原因。

二、TRIPS 中對著作權及鄰接權之限制

(一)TRIPS 所賦予之專有權利

1. TRIPS 協定與現行著作權及鄰接權公約之關係

從 TRIPS 第一條所訂定的目的觀之，TRIPS 的基本原則並非意圖建立一套全新的規範，而係本於原有之伯恩及羅馬公約而予輔助，補充其未規範之部分。此一原則即規定於 TRIPS 協定之第九條第一項：「會員應遵守(一九七一年)伯恩公約第一條至第二十一條及附錄之規定。但會員依本協定所享有之權利及所負擔之

---

[116] See A.Bercovitz, *supra*, at 146.

[117] *Id.*, at 147.

[118] 參見伯恩公約第三十三條第一項「爭端：國際法庭」(Disputes: 1. Jurisdiction of the International Court of Justice;)，羅馬公約第三十條「爭端解決」(Settlement of disputes)。

[119] See Newby, *supra*, at 1645-1646.

義務不及於伯恩公約第六條之一之規定所賦予或衍生之權利[120]。」及第十四條第六項:「任何會員,對於第一項至第三項規定之權利(有關對表演人、錄音物製作人及廣播機構之保護),於羅馬公約允許之範圍內,得訂定權利之條件、限制、例外規定及保留條款。但(一九七一年)伯恩公約第十八條規定,對於表演人及錄音物製作人之權利,準用之[121]。」TRIPS 協定與伯恩及羅馬公約相互重疊之規定即不再重複。

TRIPS 與伯恩公約、羅馬公約間之關聯性,學者 Alberto Bercovitz 的分析如下[122]:

(a) 各該公約之會員國仍受公約規定之拘束,不因 TRIPS 而降低其義務。

(b) 伯恩公約(第六條)及羅馬公約(第十六條第一項第 b 款)中所建立之「國民待遇原則」TRIPS 仍予以援用,但關於表演人、錄音物製作人及廣播機構,此一義務僅適用於 TRIPS 協定中所規定之權利。如此即有將二公約中之國民待遇原則之範圍窄化之可能。

(c) 根據 TRIPS 第九條之規定,除第六條之一以外,伯恩公約之規定已整合於 TRIPS 協定中,因此 TRIPS 的會員國即使不屬於伯恩公約之會員國,仍應受該公約之拘束。

(d) 羅馬公約之規定則未整合於 TRIPS 協定。如前所述,羅馬公約中之國民待遇原則僅在 TRIPS 亦又相關權利時才有其適用。因此,雖然 TRIPS 第十四條之規定與羅馬公約第十二條相同,但各會員國可自由決定是否採行或附加條件及限制。

準以此解,當實際執行 TRIPS 協定時,將發生兩套適用模式:一方面,若某 TRIPS 的會員國同時也是伯恩及羅馬公約的會員國時,需完整履行二公約中所定的義務;另一方面,非伯恩及羅馬公約之會員國的 TRIPS 成員,則需受第六條之一以外之伯恩公約的拘束,並將經 TRIPS 協定限縮後之羅馬公約中對表演人、錄音物製作人及廣播機構履行於各國之內國法中[123]。進一步言之,未來會員國中若有違反伯恩及羅馬公約之相關規定者,等於違反了 TRIPS 之義務。

2.著作權與鄰接權之規定

(1)著作權之相關規定

除全面接收伯恩公約中之規定外(伯恩公約第六之一條”著作人格權”除外),TRIPS 另將伯恩公約規定不足之處再予以明文規範:

A.對電腦程式及資料編輯之保護

近年來最常爭論之議題係應如何保護電腦程式著作,TRIPS 的解決辦法係賦予該等著作與伯恩公約中所規定之文學、藝術著作相同等級的保護,但僅賦予二十五年的保護期間。第十條規定第一項:「電腦程式,不論係原始碼或目的碼,均應以(一九七一年)伯恩公約所規定之文學著作保護之[124]。」然而,該條款並未

---

[120] "Members shall comply with Articles 1-21 and the Appendix of the Berne Convention (1971). However, Members shall not have rights or obligations under this Agreement in respect of the rights conferred under Article 6bis of that Convention or of the rights derived therefrom." TRIPS, at art 9.1.

[121] "Any Member may, in relation to the rights conferred under paragraphs 1-3 above, provide for conditions, limitations, exceptions and reservations to the extent permitted by the Rome Convention. However, the provisions of Article 18 of the Berne Convention (1971) shall also apply, mutatis mutandis, to the rights of performers and producers of phonograms in phonograms." TRIPS, at art 14.6.

[122] See A.Bercovitz, *supra*, at 149.

[123] *Id.*

[124] "Computer programs, whether in source or object code, shall be protected as literary works under the Berne Convention (1971). " TRIPS, at art 10.1.

提及當某電腦軟體係併入電子設備時是否亦應保護之，亦未建立任何有關還原工程之標準或對電腦程式為利用的保護範圍[125]。

TRIPS 將資料庫亦視同伯恩公約第二條第五項中所規定之保護對象。第十條第二項規定：「資料或其他素材之編輯，不論係藉由機器認讀或其他形式，如其內容之選擇或編排構成智慧之創作者，即應予保護。但該保護不及於資料或素材本身，且對該資料或素材本之著作權不生影響[126]。」因此，某資料庫欲獲得著作權之保護，則其必須屬於智慧之創作，但其保護不及於資料庫中所收集之資料及題材。

B. 出租權

TRIPS 第十一條賦予作者及其繼受者專有授權或禁止他人商業性對公眾出租期電腦軟體、視聽或錄音著作，或該等著作之重製物之權利。然對於視聽著作，若出租不會減損重製之排他權利時，會員國可以不賦予出租權[127]。最後，當電腦軟體本身非為出租之標的時，則無本條之適用[128]。

第十四條第四項規定錄音物製作人亦享有專有之出租權，但有一例外，即在烏拉圭回合會談終止前，會員國已立法建立對出租錄音物之權利人支付相當報酬之體系時，該體系在不損及權利人之重製權時，即得以維持[129]。尚需一提的是，TRIPS 並未賦予作者專有排他之”出借權”。

（2）鄰接權之相關規定

相較於全盤接收伯恩公約之規定(除第六之一條外)，TRIPS 就羅馬公約中對於表演人、錄音物製作人及廣播機構之保護則未全部採用，但卻將保護期間延長。由於 TRIPS 未對”表演人”、”錄音物製作人”、”廣播”、”再廣播”等名詞予以定義，故羅馬條約第三條規定關於名詞定義之規定仍可適用。

A. 賦予表演人之權利

TRIPS於第十四條第一項中規定表演人專有防止他人未經授權而將其未固著之表演予以固著，並將該固著物加以散布之權。同時，表演人亦有權防止他人未經授權而以無線之方式廣播及向公眾傳輸其現場表演[130]。此一規定與羅馬公約第

---

[125] See A.Bercovitz, at 152.

[126] “Compilations of data or other material, whether in machine readable or other form, which by reason of the selection or arrangement of their contents constitute intellectual creations shall be protected as such. Such protection, which shall not extend to the data or material itself, shall be without prejudice to any copyright subsisting in the data or material itself.” TRIPS, at art 10.2.

[127] 此即所為之「損害測試」(impairment test).

[128] “In respect of at least computer programs and cinematographic works, a Member shall provide authors and their successors in title the right to authorize or to prohibit the commercial rental to the public of originals or copies of their copyright works. A Member shall be excepted from this obligation in respect of cinematographic works unless such rental has led to widespread copying of such works which is materially impairing the exclusive right of reproduction conferred in that Member on authors and their successors in title. In respect of computer programs, this obligation does not apply to rentals where the program itself is not the essential object of the rental.” TRIPS, at art 11.

[129] “The provisions of Article 11 in respect of computer programs shall apply mutatis mutandis to producers of phonograms and any other right holders in phonograms as determined in domestic law. If, on the date of the Ministerial Meeting concluding the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations, a Member has in force a system of equitable remuneration of right holders in respect of the rental of phonograms, it may maintain such system provided that the commercial rental of phonograms is not giving rise to the material impairment of the exclusive rights of reproduction of right holders.” TRIPS, at art 14.4.

[130] “In respect of a fixation of their performance on a phonogram, performers shall have the possibility of preventing the following acts when undertaken without their authorization: the fixation of their unfixed performance and the reproduction of such fixation. Performers shall also have the possibility of preventing the following acts when undertaken without their authorization: the broadcasting by wireless means and the communication to the public of their live performance.” TRIPS, at art 14.1

七條第一項同。然 TRIPS 的規定僅及於”錄音”(phonogram)之固著，而不及於”聲音”(sound)之固著，而羅馬公約則將此固著權及於”the fixation on a material support”，範圍較廣。雖然表演人有權禁止他人以無線之方式廣播，但不及於以電纜電視之方式廣播。

B.賦予錄音物製作人之權利

在 TRIPS 協定下，錄音物製作人專有授權或防止他人直接或間接重製其錄音物之權利[131]，此與羅馬公約第十條之規定相同。另外，其尚有出租權，得防止他人商業性出租其錄音物。

C.賦予廣播機構之權利

與羅馬公約第十三條之規定相同，廣播機構有權禁止他人未經授權而固著、重製該固著物、及以無線之方式在廣播其廣播。然而，此等權利在會員國已對其廣播內容以伯恩公約中所定之著作權加以保護時，即不再適用[132]。

(二)著作權及鄰接權之限制

1.合理使用

TRIPS 對於著作權與相關權利之保護亦設有某些限制及例外規定。就著作權而言，TRIPS 第十三條規定：「在若干特殊情況下，若利用行為與著作之正常利用情形不相衝突，且不損及作者之合法利益時，會員國應對此排他的權利設置限制或例外規定[133]。」

(1)與伯恩公約第九條第二項規定之比較

TRIPS 第十三條之規定原則上與伯恩公約第九條第二項相同，但相較於伯恩公約之規定僅及於”重製”，TRIPS 之規定則及於所有對著作為利用之情形[134]。另外，TRIPS 第十三條中並沒有如同伯恩公約第九條第二項般肯定其會員國可自行決定對著作權人之專有權創設例外之權利，條文中所使用之”應”(shall)即強調了一個較為強烈的意圖[135]。亦即，在某些特殊的情形下，若利用行為與著作之正常利用情形不相衝突，且未對著作權人之合法權利造成不合理之損失時，會員國即”必須”對著作權人之專有權利加以限制，以保障他人合理使用其著作之機會。

再者，就有關”特別情形”、”正常使用”及”不合理”等用語，伯恩公約第九條第二項賦予會員國可享有較大的解釋空間，讓各會員國可以建立自己國內之著作權人與競爭秩序、法律、文化價值間之平衡[136]。就此，由於 TRIPS 第十三條要求會員國必須制定例外規定，則 TRIPS 會員國對上述名詞之解釋範圍當受限制。

(2)條文分析

---

131 “Producers of phonograms shall enjoy the right to authorize or prohibit the direct or indirect reproduction of their phonograms.” TRIPS, at art 14.2.

132 “Broadcasting organizations shall have the right to prohibit the following acts when undertaken without their authorization: the fixation, the reproduction of fixations, and the rebroadcasting by wireless means of broadcasts, as well as the communication to the public of television broadcasts of the same. Where Members do not grant such rights to broadcasting organizations, they shall provide owners of copyright in the subject matter of broadcasts with the possibility of preventing the above acts, subject to the provisions of the Berne Convention (1971).” TRIPS, at art 14.3.

133 “Members shall confine limitations or exceptions to exclusive rights to certain special cases which do not conflict with a normal exploitation of the work and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the right holder.” TRIPS, at art 13.

134 See Laura A. McCluggage, Section 110(5) and The Fairness in Music Licensing Act: Will the WTO Decide the UNITED STATES Must Pay to Play? The Journal of Law and Technology, 2000. (without offer page)

135 See Newby, *supra*, at 1648.

136 See Laura A. McCluggage, *supra*.

與伯恩公約第九條第二項之規定相同，TRIPS 第十三條在適用上亦須依照三步論法累積適用：

a. 特殊情形

按文義之平面解釋，未經授權而使用他人之著作，必須係在某些特殊情形下始不構成侵權行為，而所謂之”特殊”，須經由公共政策或其他如教育或研究目的等例外情形予以正當化[137]。

b. 利用行為與著作之正常利用情形不相衝突

此一要件之判斷方式與伯恩公約之規定相同，按斯德哥爾摩報告書之舉例，若利用行為與著作之正常利用情形相衝突，即使經由強制授權制度，亦不得主張本條之合理使用[138]。

c. 利用行為須未對著作權人之合法權利造成不合理之損失

因為未經授權之利用行為或多或少均會造成著作權人之損失，因而加入損失須未達”不合理”之要件。只要利用他人著作之行為在符合上述二要件的情況下，且利用行為不會過度影響著作人之權益，或可經由強制授權制度而獲得補償，利用人應可主張本條合理使用之規定。

2. 其他限制規定

就表演人、錄音物製作人及廣播機構之權利而言，TRIPS 第十四條第六項允許會員國可就羅馬公約所規定之範圍內另外制定條件、限制、例外及保留條款。據此，TRIPS 會員國可就羅馬公約所賦予給鄰接權人之權利範圍內，更進一步的加以限縮。於此，等於係對規定於羅馬公約第十二條及第十六條第一項第(a)款中所列之表演人與錄音物製作人之報償請求權，開啟互惠主義之大門，而非適用國民對待原則[139]。

TRIPS 協定另有兩項規定亦屬對著作權及鄰接權之限制。第一，第八條第一項允許會員國在制定或修正其國內之智慧財產權法律或規章時，在符合 TRIPS 之規定下，得採行必要措施以促進對該國之社會經濟及科技發展極為重要之部門之公共利益[140]。

第二，同條第二項則規定，為防止權利人濫用智慧財產權，或為防止權利人採取措施已對貿易造成不合理之限制或對科技之國際移轉造成負面之影響，有可能需要採取不違背本協定之適當措施[141]。此一規定應予第四十條有關「授權契約反競爭行為之控制」一併觀之，該二條款旨在控制因行使著作權及鄰接權而生之權利濫用行為或反競爭行為[142]。

三、小結

雖然 TRIPS 協定之目的在於補充或輔助伯恩公約與羅馬公約之不足，然 TRIPS 協定本身仍有”語焉不詳”之處。例如，第十三條中有關”特別情形”、”正常使用”及”不合理”等用語，仍留待各會員國自行解釋定義，似未發揮可資補充伯恩公約第九條第二項之功能。

---

137 *Id.*

138 請參見本章第二節第二項之相關討論。

139 See J. H. Reichman, *supra*, at 52.

140 “Members may, in formulating or amending their national laws and regulations, adopt measures necessary to protect public health and nutrition, and to promote the public interest in sectors of vital importance to their socio-economic and technological development, provided that such measures are consistent with the provisions of this Agreement.” TRIPS, at art 8.1.

141 “Appropriate measures, provided that they are consistent with the provisions of this Agreement, may be needed to prevent the abuse of intellectual property rights by right holders or the resort to practices which unreasonably restrain trade or adversely affect the international transfer of technology.” *Id.*, at art 8.2.

142 See A.Bercovitz, *supra*, at 160.

又譬如，有關電腦程式還原工程之問題在於，TRIPS 明文規定將此視為伯恩公約中所規定之文學及藝術著作保護之，因此對於腦程式著作之保護即應適用伯恩公約第九條第一項之規定。然而，伯恩公約禁止他人對文學及藝術著作為重製、改編或改作，而電腦程式還原工程之目的，即在於將電腦程式以反組譯之方式還原，以便加以研究或重組，使電腦軟體間之程式語言能夠相容，並作進一步之提昇或延續[143]。美國[144]及歐盟[145]均有相關法制允許此類行為，然即引起是否違反 TRIPS 規定之爭議[146]，因為無論是伯恩公約或 TRIPS 協定，均未對電腦程式還原工程是否符合合理使用之問題加以處理。

陸、世界智慧財產權組織相關條約之規定

一、前言

有鑒於資訊科技之高速發展，各種新興傳輸媒體不斷出現，尤其是網際網路的興起，使得各類著作物透過電子化傳輸而更容易被重製及散布，對於著作權人之權益產生極大的衝擊。各國著作權法制均面臨如何在全球資訊網路(Global Information Infrastructure; GII)的架構下，仍能對於著作權人提供適當保護難題。

自一九八九年起，聯合國所屬之特別組織「世界智慧財產權組織」(World Intellectual Property Organization; WIPO[147])即開始研擬修正伯恩公約及羅馬公約。專家委員們經過多年的研究，終於在一九九六年十二月間邀集一百五十九個會員國、三十個其他聯合國會員國及近二百個政府間或非政府間組織等，召開了「關於著作權與鄰接權相關問題之外交會議」(Diplomatic Conference on Certain Copyright and Neighboring Rights Questions)，並通過了「世界智慧財產權組織著作權條約」(WIPO Copyright Treaty；以下稱 WCT)與「世界智慧財產權組織表演及錄音物條約」(WIPO Performance and Phonogram Treaty；以下稱 WPPT)等二項國際條約[148]。

---

[143] 在對電腦程式作還原工程時，首先必須將程式載入電腦的記憶體中，而在轉換成原始碼的過程中會涉及對該程式進行多次的重製，因此還原工程之適法性與否仍有所爭議。有關電腦程式著作之相關議題，請參見雷憶瑜，論著作之合理使用---以電腦程式還原工程為中心，台灣大學法律研究所碩士論文，民國八十四年六月。

[144] 如美國聯邦法院與第九上訴法院於一九九二年所作出之二大著名電腦程式還原工程合理使用之案例：Atair Games Corp. v. Nintendo of Am. Inc., 975 F.2d 832 (Fed Cir. 1992); Sega Enters. Ltd. V. Accolade, Inc., 977 F.2d 1510 (9th Cir. 1992).

[145] 歐盟(European Union)係最早以立法明文規定還原工程屬合理使用者。一九九一年五月歐盟通過「歐盟軟體指令」(The European Union's Software Directive)，其中第五及第六條及係有關電腦軟體還原工程合理使用之規定。參見羅明通，電腦程式還原工程合理使用之界線---依新著作權法第六十五條之在詮釋，智慧財產權月刊，民國八十九年七月，頁五至六。

[146] 相關討論請參見 Newby, *supra*.

[147] WIPO 為總部設於瑞士日內瓦之政府間組織，其任務在透過國際合作促進智慧財產權之保護，並負責主管多項國際智慧財產權公約(諸如保護工業財產權之巴黎公約、保護著作權之伯恩公約及保護鄰接權之羅馬公約等)之行政事務。迄一九九六年十一月廿日止該組織共有一百五十九個締約國。依據世界智慧財產權組織與世界貿易組織間一項於一九九六一月一日生效之協定，世界智慧財產權組織之國際局將與 WTO 秘書處合作以協助發展中國家保護智慧財產權，並處理世界貿易組織締約成員關於智慧財產權相關法令之通知與蒐集事務。參見章忠信，世界智慧財產權組織一九九六年十二月「關於著作權與鄰接權相關問題之外交會議」側記[以下簡稱"章忠信側記"]，民國八十九年五月五日，著作權筆記網站：http://www.copyrightnote.org/basic/ba007.html (2000 年 10 月 11 日瀏覽)。

[148] 本研究案中有關此二項國際公約之中文翻譯，係以章忠信先生所作之翻譯為藍本。參見章忠信，「世界智慧財產權組織著作權條約」(中文本)及「世界智慧財產權組織表演與錄音物條約」(中文本)，http://law.mis.cycu.edu.tw/cr/statute/世界智慧財產權組織著作權條約(中文本)/html.；http://law.mis.cycu.edu.tw/cr/statute/世界智慧財產權組織表演與錄音物條約(中文本)/html.

二、世界智慧財產權組織二條約之重要內容

(一)二條約共通之專有權利

1.重製權

WCT 中並無有關重製權之規定，蓋伯恩公約第九條第一項中「以任何方法或形式」之用語已足以涵蓋所有重製之可能泰樣，故不須於 WCT 中重新規定。然羅馬公約中則未對重製權加以規範，因而 WPPT 第七條[149]及第十一條[150]即分別賦予表演人及錄音物製作人專有授權以任何方式或形式，直接或間接重製其固著於錄音物之表演或錄音物之權利。

2.散布權(Right of Distribution)

WCT 第六條及 WPPT 第八及第十二條中，分別賦予著作人、表演人及錄音物製作人專有授權將其著作物以出售或其他轉讓所有權之方式對公眾提供其著作之原件或重製物之專有權利。然關於「權利耗盡」之範圍，或是否賦予該等權利人輸入權[151]，則委由各會員國自行決定。

3.出租權(Right of Rental)

參考 TRIPS 第十一條之規定，WCT 第七條及 WPPT 第九及第十三條中，分別賦予著作人、表演人及錄音物製作人專有授權將其著作之原件或重製物對公眾為商業性出租之專有權利。出租權之客體為電腦程式著作、電影著作、固著於錄音物上之表演、或錄音物之原件或重製物。TRIPS 中「損害測試」之規定亦予以援用。

4.對公眾傳播權或對公眾提供之權利（Right of Communication to Public or Right of Making Available）

WCT 第八條「對公眾傳播權」；WPPT 第九條「將固著之表演提供之權利」、第十三條「將錄音物提供之權利」，賦予文學及藝術著作之著作人、表演人及錄音物製作人專有授權將其著作或錄音物以有線或無線之方式對公眾為任何傳播之專有權利，包括對公眾提供其著作，使公眾得藉此提供方式，個別地自行選擇於何地何時接觸該等著作。該等權利係著作人、表演人及錄音物製作人面對高科技發展所擁有最重要之專有權利[152]。

5.科技措施之義務（Obligations Concerning Technological Measures）及權利管理訊息之義務（Obligations Concerning Rights Management Information）

WCT 與 WPPT 分別在第十一條及第十八條中規定「科技措施之義務」，其內容均係要求締約各方”應有適當之法律保障及有效之法律救濟規定”，以對抗規避著作人、表演人或錄音著作權人所使用於行使本條約(或伯恩公約)所定之權利，

---

[149] “Performers shall enjoy the exclusive right of authorizing the direct or indirect reproduction of their performances fixed in phonograms, in any manner or form.” *Id*., at art 7.

[150] “Producers of phonograms shall enjoy the exclusive right of authorizing the direct or indirect reproduction of their phonograms, in any manner or form.” *Id*., at art 11.

[151] 「權利耗盡理論(Exhaustion Doctrine)」又稱為「第一次銷售理論(First Sale Doctrine)」，即權利人之散布權僅及於第一次出售之著作之原件或重製物上，當此著作之原件或重製物經著作權利人售出或轉讓其所有權後，其權利即已耗盡，對該著作之原件或重製物不再有散布之權利。取得該著作之原件或重製物所有權之人，基於所有權之物權支配權利，得自由再散布該重製物。通常該第一次銷售理論所適用之對象僅及於特定法域中之合法重製物，並不包括在其他法域中之合法重製物，此亦為輸入權制度得以有效建立之原因。如果第一次銷售理論所適用之對象僅及於特定法域中之合法重製物，則於該法域外之合法重製物仍為散布權所及，因此著作人對於在該法域外合法重製物之輸入就應享有專有權利；反之，如第一次銷售理論所適用之對象及於所有合法重製物，不限於特定法域中之合法重製物，則散布權受全球性之限制，就無從再衍生出輸入權之必要。參見章忠信側記。

[152] 所稱「公眾得藉此提供方式各別地自行選擇於何地何時接觸之」，係全然針對網際網路使用中，經由自由選取（On-demand）或互動式傳輸（Interactive Transmissions）之方式對公眾提供其著作等之現實情況，同前註。

或供作制止未經著作人、表演人或錄音著作權人授權，或法律所允許而對其著作、表演或錄音物所為行為之有效的科技措施。

而「權利管理訊息之義務」則屬著作人格權之範疇，為保障以數位化形式所表彰之足以確認著作、表演、錄音物、著作人、表演人、錄音物製作人或其任何權利人之數字或編碼等之權利管理訊息之正確無誤，WCT 第十二條及 WPPT 第十九條分別規定各會員國就權利管理訊息之義務。

（二）世界智慧財產權組織二條約中之相關限制

1. 限制與例外

WCT 第十條第一項規定，「各會員國得在未與著作之正常利用相衝突，且未對著作權人之合法權利造成不合理之損失之特定情形下，以其內國法對於本條約所賦予文學及藝術著作之著作人之權利為限制或例外之規定[153]。」第二項則重申「各會員國於適用伯恩公約而對其所定權利為任何限制或例外時，應限於未與著作之正常利用相衝突，且未對著作權人之合法權利造成不合理之損失之某些特定情形下[154]。」

WPPT 第十六條第一項規定[155]：「各會員國得以其內國法對於表演人或錄音物製作人之保護，為相同於其內國法對於文學及藝術著作之著作權保護之限制或例外。」而第二項亦係為重申「各會員國於就本條約所定權利為任何限制或例外時，應限於未與表演或錄音物之正常利用相衝突，且未對表演人或錄音物製作人之合法權利造成不合理之損失之某些特定情形下[156]。」

觀諸條文文義，”未與著作、表演或錄音物之正常利用相衝突”、”且未對著作人、表演人或錄音物製作人之合法權利造成不合理之損失”之”某些特定情形”等用語，均與伯恩公約第九條第二項之規定相符，故在適用上亦應依照「三步論法」之程序及要件，而具體適用情形亦留給各會員國之立法、司法部門自行訂定或個案判斷，茲不贅述。

2. 就廣播及對公眾傳播享有使用報酬權利之限制及保留

WPPC 第十五條第一項規定表演人及錄音物製作人就其為商業目的而發行之錄音物，於直接或間接使用於廣播及對公眾之任何傳播，應享有單一之適當使用報酬之權利[157]。此一權利係源自於羅馬公約第十二條，然就適用範圍上更為擴大，將對該等錄音物之”間接利用”亦包含在內。WPPC 第十五條第四項則將「以有線或無線方式對公眾提供錄音物，使公眾得藉此提供方式，個別地自行選擇於何地何時予以接觸者」，亦視為本條所指為商業目的而發行[158]。

---

[153] “Contracting Parties may, in their national legislation, provide for limitations of or exceptions to the rights granted to authors of literary and artistic works under this Treaty in certain special cases that do not conflict with a normal exploitation of the work and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author.” See WCT, at art 10.1.

[154] “Contracting Parties shall, when applying the Berne Convention, confine any limitations of or exceptions to rights provided for therein to certain special cases that do not conflict with a normal exploitation of the work and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author.” *Id.*, at art 10.2.

[155] “Contracting Parties may, in their national legislation, provide for the same kinds of limitations or exceptions with regard to the protection of performers and producers of phonograms as they provide for, in their national legislation, in connection with the protection of copyright in literary and artistic works.” See WPPT, at art 16.1.

[156] “Contracting Parties shall confine any limitations of or exceptions to rights provided for in this Treaty to certain special cases which do not conflict with a normal exploitation of the performance or phonogram and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the performer or of the producer of phonograms.” *Id.*, at art 16.2.

[157] “Performers and producers of phonograms shall enjoy the right to a single equitable remuneration for the direct or indirect use of phonograms published for commercial purposes for broadcasting or for any communication to the public.” *Id.*, at art 15.1.

[158] “For the purposes of this Article, phonograms made available to the to the public by wire or wireless means in such a way that members of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them

同條第二項規定各會員國得以其內國法規範該單一之適當使用報酬，「表演人或錄音物製作人或二者均得向使用人主張」(shall be claimed from the user by the performer or by the producer of a phonogram or by both.)。相較於羅馬公約之規定為「使用者應支付表演人或錄音物製作人或二者」(shall be paid by the user to the performers, or to the producers of the phonograms, or to both)，WPPT 之規定顯然將表演人與錄音物製作人之報酬請求權予以強化，使表演人不會再被排除於報酬分享權利之外，而可逕自向使用人請求。當表演人及錄音物製作人無法就該單一之適當使用報酬之分享達成協議時，締約各方得以內國法規範之[159]。

由於各國對於表演人及錄音物製作人就其表演所固著之錄音物之廣播及對公眾傳播應否享有報酬請求權，非無爭議。因此本條地三項即規定任何會員國在向 WIPO 理事長為通知存證之後，得聲明就表演人或錄音物製作人此項權利加以限制，或為一部或全部之保留[160]。

柒、結論

自一九九六年 WCT 與 WPPT 兩項條約通過以後，世界各主要國家與聯盟即紛紛立法修正其著作權法之相關規定。如歐盟在簽訂 WCT 與 WPPT 二條約之後，歐盟執委會為落實該二條約之規定，即於一九九七年十二月十日提出「資訊化社會中之著作權及其相關權利一致化指令草案」(Proposed Directive on the Harmonization of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society, COM(97)628 final.[161])，該指令草案於一九九九年五月二十一日，並經執委會參考歐洲議會之建議作進一步之修正[162]。

而美國係於一九九六年九月十六日正式簽署加入 WCT 及 WPPT 二條約[163]，並為使該二條約落實於美國內國法中，美國前總統柯林頓於一九九八年十月二十八日批准「一九九八年數位千禧年著作權法案」(The Digital Millenium Copyright Act of 1998；DMCA)，修正美國著作權法[164]。本法案最大的宗旨在於將美國著作權法”帶入數位時代”[165]，而其第一案即名為「世界智慧財產權組條約執行法案」(WIPO TREATIES IMPLEMENTATION)，以履行 WIPO 兩項條約所規定之義務。

再以日本而言，為配合網際網路之發展，日本於一九九七年及一九九九分對著作權法之條文加以修正，而於一九九九十月一日開始實施之「平成十一年法律第七十七號」修正案，即係為因應 WCT 與 WPPT 中有關科技保護義務之相關規定

---

shall be considered as if they had been published for commercial purposes." *Id.*, at art 15.4.

159 "Contracting Parties may establish in their national legislation that the single equitable remuneration shall be claimed from the user by the performer or by the producer of a phonogram or by both. Contracting Parties may enact national legislation that, in the absence of an agreement between the performer and the producer of a phonogram, sets the terms according to which performers and producers of phonograms shall share the single equitable remuneration." *Id.*, at art 15.2.

160 "Any Contracting Party may in a notification deposited with the Director General of WIPO, declare that it will apply the provisions of paragraph (1) only in respect of certain uses, or that it will limit their application in some other way, or that it will not apply these provisions at all." *Id.*, at art 15.3.

161 Seehttp://europa.eu.int/comm/dg15/en/intprop/intprop/1100.htm.

162 修正後指令草案 Seehttp://europa.eu.int/comm/dg15/en/intprop/intprop/copy2.htm.。

163 該二條約須有三十個以上之國家同意簽署後才可生效。由於美國在著作權及相關鄰接權法制上具有指標性之地位，一般認為在美國簽署同意後，其他國家必會陸續跟進。

164 參見劉詠萱，美國『1998 數位千禧年著作權法案』淺析，資訊法務透析，民國八十八年七月，頁三八至四二。

165 See S.Rep.No.105-190, at 2 (1998).

所作之修正[166]。

我國著作權法自民國八十七年修正以來，面對網際網路新興科技之各類運用模式之快速發展，已出現不敷使用之困擾。因此，我國著作權主管機關「經濟部智慧財產局」組成「著作權法修正委員會」，亦參考 WCT 及 WPPT 二條約之規定，針對我國現行著作權法作部分修正，以因應網路環境所帶來之衝擊。「著作權法部分條文修正草案總說明」中指出[167]：「我國現行著作權法於民國八十七年一月二十一日修正施行，其係配合加入世界貿易組織(WTO)，符合該組織所定「與貿易有關之智慧財產權協定(TRIPS)」而為主要修正目的，惟對於數位化網際網路科技發展後所產生之各項議題，尚未及作適當之調整。為促進資訊傳播與電子商務之蓬勃發展，提昇著作人於數位化網際網路科技環境中之保護，符合國際著作權法制之發展趨勢，現行著作權法爰有進一步修正之必要，另依據實務經驗，現行著作權法部分條文仍有進一步釐清之處，爰擬訂本修正草案[168]。」是以我國根據 WCT 與 WPPT 二條約之規定，亦欲針對在網際網路特殊環境下，對著作權所生之新興問題而為相應修法，至少在積極的態度上，堪稱不落人後，然是否有此必要？是否符合我國人民利用網路的習慣？又應有如何的配套措施即應審慎規劃。

166 參見陳錦全，日本著作權法關於技術保護措施之修正(上)，智慧產權雜誌，民國八十九年七月，頁十五。

167 參見 NII 著作權修正草案，可自智慧財產權局網站上取得。

168 該修正草案共計二十條，其中修正十六條，增訂四條，修正要點包括：一、增訂公開傳播權並修正公開播送及公開演出之定義。二、增訂科技保護措施及墊子化著作權權利管理資訊保護規定。三、增訂著作財產權授權後之效果及專屬授權被授權人之法律地位。四、修訂合理使用規定。五、增訂製版權之讓與或信託登記規定。六、刪除著作權審議及調解委員會辦理著作權仲介團體所訂定使用報酬率之審議規定。七、增訂網路服務業者之著作權侵害免責規定。同前註。

第四章　美國著作權法上之合理使用原則之規定與適用

壹　前言

綜觀目前國際間之各種著作權條約及各國之著作權法，莫不賦予著作權人保護其著作之專有排他性權利。然而，著作權法之立法目的，除了獎勵著作權人之創作外，其亦負有文化上之目的，帶有公益色彩：即一方面希望藉由對著作權人之保護，獎勵學術研究及創作，另一方面也兼顧公共利益，對著作權人之專有權利予以限制，允許利用人能在合理的範圍內利用他人著作，而不致構成著作權之侵害，以達成促進文化交流及進步之終極目標。

由於合理使用原則係英美法系國家專有之著作權限制機制，該原則之發展與確立亦係由英美法系國家兩百多年來之司法實務累積而來，尤其美國係相關著作權產業發展最先進的國家，其所面臨的各類問題亦較其他國家廣泛而複雜，是以相關法制及司法案例亦最為完備，故本研究即根據美國著作權法之法制與實務，以案例分析之方式探究合理使用原則之適用及發展[1]。

貳　合理使用原則

一、　合理使用原則之沿革

早自西元一七〇九年，英國首先制定世界第一部著作權法「安妮法案」(Statute of Anne of 1709[2])時起，即以上述之目標為立法宗旨，此一觀點從該法案之全名「鼓勵學習法案」(Act for Encouragement of Learning)即可理解，其標題(caption)中開宗明義的表示，該法案係一：「為獎勵學術，而賦予已印刷出版著作作品之作者及其購買人，得在法律所規定的期間內，享有一定權利之法律[3]。」而其前言中則宣示：「本法案之目的在於鼓勵知識分子組織及創作實用之書籍[4]。」由於智慧之創作有利於社會整體之文化發展，故以賦予獨占權之方式，使創作人可從其著作中獲利以刺激創作，同時亦可增進社會整體之福祉。

美國憲法第一條第八項第八款與安妮法案之意旨相同，其規定：「為促進科學及實用藝術之發展之目的，聯邦國會應有權限授予作者及發明者，對於其作品及發明享有一定時間之專屬權利[5]。」對此，美國最高法院之見解為：「憲法賦予國會保障著作權之權利係為達成一個重要之公共目的，其意在提供特別之經濟誘因，以促進作者與發明家之創作及發明...，所以賦予獨占權作為經濟之誘因不過是手段，其根本之意旨仍在達成公共利益[6]。」

---

[1] 本章主要係針對電腦、網路等新興科技盛行前之"傳統"著作權法制上合理使用原則的適用與發展為分析討論。

[2] Act for the Encouragement of Learning, 1709, 8 Anne, ch.19.

[3] this is an "Act for encouragement of learning, by vesting the copies of printed of books in the authors or purchaser of such copies, during the time therein mentioned." *Id.* 其法定受保護之期間為十四年，並可延長一次，即共二十八年。(a once-renewable fourteen-year term.)

[4] The preamble declares the statute's purpose to be" for the encouragement of learned men to compose and write useful books." *Id.*

[5] See U.S. CONST. Act. 1, Sec. 8, Cl. 8 "The Congress shall have the power ... to Promote of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries."

[6] "[The Constitution's grant of copyright power to Congress] is a means by which an important public purpose may be achieved. It is intended to motivate the creative of authors and inventors by the provision of a special reward..." The monopoly created by copyright thus rewards the individual author in order to benefit the pubic." See Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises, Inc. 471 U.S. 539, 545-46 (1985).[hereafter "Harper &

然而，若賦予於著作權人過多的保護反而可能抑制此一目標之達成。此係因為，幾乎所有的智慧創作皆有部份係根據先前著作之衍生，沒有什麼是真正原創的想法或發明，所有進步中之階段皆係在既有的想法中堆磚[7]。美國著名法學學者 Zechariah Chafee 教授曾有一段名言：「世界之所以能繼續往前進步，是因為人人皆能繼續先賢之創作。一個站在巨人肩膀上的侏儒，可以看到的景觀比該巨人所能看到的更遠[8]。」各種學科之進步均需一再檢驗早先建立的理論及基礎，而智慧財產所享有之獨占權則可能妨礙比對分析之研究，或針對舊有的想法產生新興之創見，合理使用理論之發展即因應而生，適度限制著作權人之獨占權利，以保障後人能在合理範圍內合法利用他人受保護之著作而不至構成侵害[9]。

自著作權法制史上第一部成文法---英國之「安妮法」(Statute of Anne)頒布開始，合理使用之概念即由英國衡平法院(equity courts)之法官，以「法官造法」之機制，依循「安妮法」之立法目的”鼓勵知識分子組織及創作實用之書籍”而逐漸發展出來[10]。英國衡平法院法官認為，若本於善意與合理摘用(good faith and fair dealing)的概念，對原著作為合理的刪節摘錄(fair abridgment)符合安妮法案之意旨，故不構成侵害[11]。該判決出現後，英國法院即以諸多判例及司法解釋發展出一套相當有系統之判斷原則，作為對於著作權之利用行為是否構成合理使用之依據[12]，並於一九一一年所制定之著作權法中，明確將合理使用原則訂定於該法第二條第一項第(i)款中允許：「任何人為個人學習、研究、評論、批評，或新聞摘述利用之目的而自任何著作中為合理摘用(fair dealing)[13]」，至此奠定了合理使用原則之根基。

二、美國著作權法上合理使用原則之確立

美國與英國相同，均屬習慣法國家，而合理使用原則亦係在美國著作權法實務上，由判決先例所發展累積的一項習慣法則，其最早出現於一八四一年麻州聯邦地方法院之 Folsom v. Marsh[14]一案，該案主審法官 Joseph Story 在判決主文中明白表示，合理使用可作為對抗著作權侵害指控的一項抗辯。其所表示的見解為：

「簡言之，在決定此種問題時(是否構成合理使用)，吾人必須考量(利用人)利用他人著作之性質與目的，使用他人著作之程度與價值，引用後對被引用著作銷售之影響的程度，或是收益減少之程度，以及有無取代原著作等因素[15]。」

Row”]

[7] See Pierre N. Leval, Towader a Fair Use Standard, 103 Harv. L. Rev,. at 1009(1990).[hereafter “Leval”].

[8] See Zechariah Chafee, Jr., Reflections on the Law of Copyright (Part I & II), 45 Colum. L. Rev. 503 and 719(1945). (“The world goes ahead because each of us builds on the work of our predecessors. A dwarf standing on the shoulders of agiant can see farther than the giant himself”), *cite from* Leval, at n 21.

[9] 著作權法亦不保護單純之思想(ideas)及事實題材(facts)，亦係為避免阻礙比對分析之研究，或新創見之發展。

[10] See William F. Patry, Copyright Law and Practice (1994), at 718.

[11] 英國法院法官 Lord Chancellor Hardwicke 於一七四〇年的 Gyles v. Wilcox 一案中表示：「儘管在某些情況下節錄他人著作可能會因誤解或斷章取義而曲解了原著作，然若係一真實且合理的節錄，則可能因為創新、學析或判斷原著作之真意而衍生出新的著作，則吾人人為此種合理的節錄符合安妮法案之目的，而不致構成侵害。」See Matthew W. Wallance, Analyzing Fair Use Claims: A Quantitative and Paradigmatic Approach, 9 Entertainment & Sports L. Rev., at 124-125(1992).

[12] 然該等案例中係以「合理摘用」(fair abridgment)為判斷基準，尚未提及合理使用一詞。參見雷憶瑜，論著作之合理使用---已電腦程式還原工程為中心，台大法研碩士論文，民國八十四年六月，頁八至九。

[13] “Any fair dealing with any work for purpose of private study, research, criticism, review, or newspaper summary.” 轉引自黃怡騰，著作權法上合理使用之研究，政治大學法律研究所博士論文，八十五年，頁八十。[以下簡稱”黃怡騰文”]

[14] See Folsom v. Marsh, 9F, Cas. 342 (C.C.D. Mass. 1841).

[15] “In short, we must often, in deciding questions of this sort, look to the nature and objects of the selections made,

此段見解即成為其他法院奉為圭臬之合理使用判斷準則，嗣後更成為美國著作權法將合理使用原則法典化之根據。雖然美國法院早已承認合理使用可作為著作權侵害之抗辯事由，但直至一九七六年全盤修正著作權法時，美國國會才真正將判立法上行之有年的合理原則納入成文法之規範。以下即簡介美國著作權法上合理使用原則之確立過程及爭議。

（一） Folsom v. Marsh 案

1. 案例事實

本案原告 Charles Folsom 係位於波士頓地區的一家出版商，其曾出版一套由 Jared Sparks 將其所擁有之美國華盛頓總統之部分公開及私人信件予以編撰，名為「華盛頓總統文選集」(Writings of President Washington)之著作。而本案被告 Bela Marsh 亦出版了由 Charles Upham 所著之傳記式之「華盛頓總統的一生」(Life of Washington in the form of an Autobiography)。原告指稱被告所出版之傳記中，有三百八十八頁係逐字抄襲自原告之著作，侵害其所享有之重製權利，因而向麻塞諸塞州聯邦地方法院提起侵害訴訟。而被告則抗辯其引用行為係合法之摘述引用行為(a lawful abridgment)[16]。

2. 法院判決

經法院審查鑑定之結果，認定被告有三百五十三頁與原告之著作實質近似，而其中有三百一十九頁的內容係原告首次公開發行於刊物上，雖然被告有權引用、選取、篩選並刪減他人之著作而為創作新的著作，但前提須真正係為了合理之評論，若使用者引用他人著作最重要的部分，其目的非為評論而係為超越原著作並取而代之，則此種行為將被視為非法之剽竊[17]。由於被告大量逐字引用原告首次公開刊行之著作，且兩造著作之性質類似，被告著作對於原告之著作有相當程度之替代性，因此法院否決了被告所提合法摘述引用之抗辯，判定被告之行為對原告構成侵害。

根據 Joseph Story 法官在判決主文中所作之結論：「法院在判斷對於原著作內容之利用行為，在何程度下始屬法律所認可之非侵權使用的問題時，當然不能因為被告實質上或形式上利用原告全部或大部分之內容，即認定係為侵害原告著作權之行為。然若其程度已使原告著作之價值減損，或對原告辛勞所得之成果造成實質傷害，如此即足以構成法律所指之剽竊行為[18]。」而其所樹立之合理使用判斷標準即為：「利用他人著作之性質與目的」、「使用他人著作之質與量」及「使用結果對原著作所產生之影響」。

雖然 Story 法官所提出之標準係針對此一個案所為，然仍受到學術界與實務界一致的推崇，Flosom 一案的判決在往後的司法判例一再被援用。然而，此一原則卻僅在美國著作權習慣法領域內發展演變，直自一九七六年美國修正著作權法時，才將合理使用原則納入著作權法第一〇七條中。

（二） 合理使用原則之法典化

---

the quantity and value of the materials used, and the degree in which the use may prejudice the sale or diminish the profits, or supersede the objects, of the original work." *Id.*, at 348.

[16] *Id.*, at 342-43.

[17] "No one can doubt that a reviewer may fairly cite largely from the original work, if... [its design be]… criticism. On the other hand, it is as clear, that if he thus [quotes] the most important parts of the work, with a view, not to criticize, but to supersede the use of the original work, [infringement will be found]."*Id.*, at 344-45.

[18] "The question, then, is, whether this is a justifiable use of the original materials, such as the law recognizes as no infringement of the copyright of plaintiffs…It is certainly not necessary, to constitute an invasion of copyright, that the whole of a works should be copied, or even a large portion of it, in from or in substance. If so much is taken, that the value of the original is sensible diminished, or the labors of the original author are substantially to an injurious extent appropriated by another, that is sufficient, in point of law, to constitute a piracy protanto…" *Id.*, at 348.

1. 法條內容

第一〇七條（排他權之限制：合理使用[19]）

不論第一〇六條及第一〇六 A 條如何規定，著作權著作之合理使用，包括重製為重製物或錄製物或該條所定之其他使用方法，為評論、講評、新聞報導、教學(包括為課堂使用之多數重製物)、學術或研究之目的者，非屬著作權之侵害。於特定個案決定著作之使用是否為合理使用，其考量之因素應包括－

(5)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。

(6)被利用著作之性質。

(7)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。

(8)其使用對該有著作權著作之潛在市場或價值之影響。

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。

2. 立法意旨

依照美國國會立法報告書之說明[20]，制定著作權法第一〇七條「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。第一〇七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[21]。」

將合理使用抗辯明文規定於一九七六年著作權法，反映出美國國會欲將此一習慣法原則法典化之意圖[22]。然而，從第一〇七條的文義中可以發現，其並不打算定義何謂”合理使用”，而係”為決定對某著作之利用行為是否為合理使用”，列出”應考量之要素”，其並非提供一個機械式的適用於決定任何特定之使用是否”合理”之規則[23]。

---

[19] Sec.107 Limitation on Exclusive Right: Fair Use

Notwithstanding the provision of section 106 and 106a, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by the section, for purpose such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include—

(1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purpose;

(2) the nature of copyrighted work;

(3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and

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

The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors. (As amended, Pub. L. 101-650, 104 Stat. 5089 (1990); Pub.l. 102-492, 106 Stat. 3145 (1992)).

[20] See H.R. Rep. No. 1476, 94th Cong., 2d Sess.(1975).[hereafter “H.R. Rep.”]

[21] “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.” *Id.*, at 66 (1975), see also S. Rep. No. 473, 94th Cong. 1st Sess., at 62 (1975).

[22] “The statutory formulation of the defense of fair use in the Copyright Act of 1976 reflects the intent of Congress to codify the common-law doctrine.” See Harper & Row, 471 U.S. 539, 549.

[23] See New Era Publications Int’l, Aps v. Carol Pub. Group, 729 F. Supp. 992 (S.D.N.Y. 1990), *rev’d in part*, 904

3. 合理使用之判斷方式

理論上，美國著作權法將合理使用原則法典化後，使得法院在判斷利用行為是否構成合理使用有了可資遵循之依據。然第一〇七條所列之各項要素非為一般化之定義，而僅係”應考量之因素”，法院在決定是否適用於特定案例時有完全的自由裁量空間。在各項要素之適用上，尤應注意下列基本觀念：

(1) 各項要素係例示而非列舉

自第一〇七條之條文文義，其第一項「前言」(preamble)中明文規定：「為評論、講評、新聞報導、教學(包括為課堂使用之多數重製物)、學術或研究之目的者」，係屬可主張合理使用之利用態樣，另復於第二項中，訂定法院於判斷利用行為是否符合合理使用時，應予審酌之四項”事實要素”。從前述美國國會報告書之說明可知，將合理使用法點化之目的僅在”重申”司法上既存之原理原則，而無意將其”凍結”於成文法之法條內，故依美國立法者之原意，著作權法第一〇七條所述之行為目的類型，自非以條款所列舉者為限。

再者，從第一〇七條之法條用語本身亦可看出其所列之要素僅為提供例示，而非詳盡之列舉，法條中所言之「包括」(including)，依同法第一〇一條之定義[24]，應解為「例示規定」(illustrative)，而非「列舉規定」(limitative)。此即意謂，法條中所列各項要素以外之考量，亦可用於作為判斷利用行為是否合理之標準[25]。

(2) 應就各種要素作綜合判斷

法院對於合理使用條款中之四項要素應如何審酌，第一〇七條本身並未對該四項要素之輕重提出指導方針。各法院在合理原則明文化後，多半係依照該款所列四項要素逐一審酌，而忽略其他可能之判斷標準。關於該條第二項所列之四項要素間之相互關係，在審酌時不應有所偏廢，而須一併考量，如美國最高法院在Campbell[26] 一案中所為之闡釋：

「關於是否為合理使用之判斷並無一定型之標準，而須依據法條作個案判斷，任一要素均不應被分離判斷，而應依據著作權法之宗旨一併予以分析，再將結果綜合衡量[27]。」

4. 小結

對於美國著作權法第一〇七條中所保留之彈性，各界學者有不同的意見及批評。美國紐約聯邦地方法院法官 Pierre N. Leval 認為第一〇七條之條文用語不夠明確，無法明確判定何謂”被利用著作之種類”或”利用之目的及性質”，關於利用部分之質與量，或利用行為對有著作權著作之潛在市場之影響等，法條亦無陳明”可接受”與”過度”間之界線，使得各法院仍須在習慣法的領域中假設合理使用原則之定義，但此種假設係不正確的，因為法官彼此間對於合理使用並沒有一個統一的概念[28]，雖然早先的判例可為後來的法院提供些許判斷基礎，然而持廢棄或分歧意見的法院雜陳，從各法官見解中顯示，判決之作成非基於統一

F.2d 152 (2d Cir.), *cert. denied*, 498 U.S. 921 (1990).

[24] “The term including and such as are illustrative, not limitative”. 17 U.S.C. Sec.101.

[25] See Melvile B. Nimmer, 1 Nimmer on Copyright, §13.05[A](2000)(available on Lexis website, without page).[hereafter “Nimmer”]

[26] See Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 754 F Supp. 1150 (MD Tenn. 1991), *rev’d and rem’d*, 972 F.2d 1429 (6th Cir. 1992), *rev’d and rem’d*, 510 U.S. 569 (1994). [hereafter “Campbell”]

[27] “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.” *Id*., 510 U.S. 569, 578-79.

[28] “The assumption of common ground is mistaken. Judges do not share a consensus on the meaning of fair use.” See Leval, at 1106.

的原則，而係根據各自對於合理使用之闡釋，對於合理與否之判斷，多半係考量著作之”私有財產”的性質，而非針對著作權[29]。因此其建議依據著作權之目的---促進科學及實用藝術之發展---以「樹立合理使用之標準」(Toward a Fair Use Standard)。

針對Leval法官之文章，哈佛法學院教授Lloyd L. Weinreb則為文批評[30]，其指出，何為合理是依個案事實而不同(fact - specific)，是無法統一化的。合理使用原則之發展非源自於對原理原則之演繹，而係由具體案例所歸納而來[31]。關於第一〇七條之法典化，Weinreb教授認為國會採行了三種顯然矛盾的方式為”不作為”：單純提及合理使用；藉舉例說明何為合理使用；將”應考量之要素”列入條文以判定何種使用係”合理”[32]。關於Leval法官以著作權之目的限縮合理使用之範圍，Weinreb教授原則上反對，其認為著作權之目的確實對於利用行為是否合理影響重大，但許多其他的因素仍應一併予以考量，其中慣例實務(customary practice)，以及對何種行為可構成合理使用之普遍性理解是最重要的[33]。

參、 使用之目的與性質

一、 本款規定之內涵

美國著作權法第一〇七條第二項第一款所定「利用行為之目的與性質」，即為判斷合理使用之「第一項事實要素」(the first factor)，根據法條用語，本款所指法院應審酌者專指被告之「特定利用行為」，而非為利用行為之主體類型為何[34]。此係因為利用主體是否具有商業性質，與其所從事之利用行為的性質並無絕對關聯，以營利為目的之商業機構所為之利用行為並非全然出於商業目的或性質；而非營利性之教育機構所為之利用行為，亦非絕對非以牟利為目的[35]。

再者，法條並未以是否具有商業性質為第一個要素事實唯一的考量[36]。本款之規定為「利用行為之目的與性質，”包括”該利用是否為商業性質…」，如前所述，所謂”包括”是”例示”而非”列舉”，利用行為是否為商業性質僅係本要素應考量的事實之一而已，法院仍應基於案件事實而為全面的判斷[37]。

最後，依據本款規定並不能得出一個”非A即B”的結論，並非所有利用行為之目的均可二分為”商業”與”非營利教育”，利用行為既使具有商業性質，並不當然排除合理使用之認定；反之，為非營利性教育目的之利用行為亦不當然可享有合理使用之特權[38]，法條將商業性質與非營利教育性質並列，並非有意將

---

[29] *Id*., at 1107.

[30] See Lloyd L. Weinreb, Fair' Fair: A Comment on Fair Use Doctrine, 103 Harv. L. Rev,. at 1137 (1990).

[31] *Id*., at 1138.

[32] "Congress adopted three considerably inconsistent way of doing nothing: simply reference to fair use, specification of what is fair use by illustrative examples, and prescription of nonexclusive 'factors to be considered' in determining whether a particular use is fair." *Id*., at 1139.

[33] *Id*., at 1140.

[34] *Id*., at 676.

[35] See Campbell, 510 U.S. 569, 584 ("the mere fact that a use is a educational and non for profit dose not insulate it from a finding of infringement, any more than the commercial character of a use bars a finding of fairness").

[36] See William F. Patry and Shira Perlmutter, Fair use misconstrued: Profit, Presumption, and Parody, 11 Cardozo Arts & Ent LJ 667, at 677. [hereafter "Patry and Perlmutter"]

[37] 例如，利用者係評論或講學之目的而利用他人之著作，即不能僅因其具有商業性質即否定該利用構成合理使用之可能。

[38] See Patry and Perlmutter, at 677-78.

世界一分為二：唯利是圖的商業，以及利他主義的教育[39]。

二、 積極利用

「積極利用行為」(productive use，另有譯為「有生產力之利用行為」)，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。

（一） 概說

1. 積極利用之內涵

傳統之合理使用原則係指為了創作新的著作作品，而利用前人之著作的情形[40]，合理使用原則不需要用來處理單純複製他人之著作，或僅係為了滿足與同一著作之本質上目的相同之通常利用行為。所謂「積極利用」，非如未做調整之衍生著作般，僅提升技術性的發展[41]，而須是「後輩著作人」根基於「前輩著作人」的著作，並投入該「後輩著作人」之”個人具有社會價值的創造性要素”(socially valuable creative element)[42]，藉以產生出新的著作。此種利用行為符合著作權法所欲達成之宗旨，應屬享有合理使用待遇之利用行為。

美國著作權法第一〇七條第一項，一般稱為「前言」，其列舉了六種在著作權法上較易構成合理使用行為之目的，包括：評論、講評、新聞報導、教學(包括為課堂使用之多數重製物)、學術或研究，一般而言，此六項利用行為之目的，多少都涉及”利用原著作創作衍生著作”之意味[43]，為該等目的所為之行為應屬於具有創造性之積極利用行為。雖有規範重複或過於籠統之現象[44]，然皆屬於法院依第一款規定所應審酌之「目的」的範疇。

然其中有一例外，即「為課堂使用之多數重製物」，此種複數重製有著作權著作之目的，係為避免購買該原著作，並非為創造新著作。因此，當”前言”以例示之方式建議某些特定利用行為較易構成合理使用，而其中還包含了不具積極利用性質之課堂利用時，或可推知在某些適當的案例中，合理使用之特權也可能擴及不具積極利用性質之利用行為態樣[45]。

2. 適用上之限制

美國聯邦第九巡迴上訴法院在審定美國司法史上最受爭議之案例Universal City Studios, Inc. v. Sony Corp. of America.[46]時，曾就被告之利用行為係「為著作本質之利用而重製該著作[47]」，不能被認定為合理使用，除非行為人對於其所利用之著作加入自己的原創性，而使其利用成為積極利用之類型[48]。第九上訴法院據此判定被告 Sony 的行為不構成合理使用。

---

[39] “the statute somewhat unrealistically paints the world into teo corners – the venal commercial and the altruistic instructive.” See Salinger v. Random House, Inc., 650 F. Supp. 413, 425 (S.D.N.Y. 1986).[hereafter “Salinger”]

[40] “that traditionally fair use ‘always had to do with the use by a second author of a first author’s work.’” See Nimmer, at §13.05[A][1][b](2000) note 67(*citing* Leon Seltzer, Exemptions and Fair use in Copyright, at 24(1978).)

[41] “’Productive’ does not mean it simply advances scientific discovery, for example, absent preparation of a derivative work”. See American Geophysical Union v. Texaco Inc., 802 F. Supp. 1, 13 (S.D.N.Y. 1992), *aff’d*, 60 F.3d 913 (2d Cir. 1994), *cert. dismissed*, 116 S. Ct. 592 (1995). [hereafter “Texaco”]

[42] See Marshall A. Leaffer, Understanding Copyright Law, at 296 (1989). [hereafter “Leaffer”] 轉引自黃怡騰前揭論文，頁二二一。

[43] “either necessarily or usually involves its use in a derivative work”. See Nimmer, at §13.05[A][1][b](2000).

[44] 例如「評論與講評」，「學術與研究」等即有重複之現象。

[45] See Patry and Perlmutter, at 674-75.

[46] See Sony Corp. of America. v. Universal City Studios, Inc., 80 F. Supp. 429 (C.D.Cal. 1979), *rev’d and rem’d*, 659 F.2d 963 (9th Cir. 1981), *rev’d* 464 U.S. 417 (1984). [hereafter “Sony”]

[47] “mere reproduction of a work in order to use it for its intrinsic purpose.” *Id*., 659 F.2d 963, 970.

[48] See Nimmer, at §13.05[A][1][b](2000).

然美國聯邦最高法院認為，合理使用之抗辯不應被”積極利用”之要求嚴格限制住：「區分”積極利用”與”非積極利用“雖可幫助測定衡平標準，但不可依此即下結論[49]。」法院並舉出幾個”非積極利用”行為卻仍可能符合合理使用之例子[50]，並指出國會報告書中曾明示，將「為便利盲胞之目的而對有著作權之著作為重製行為」規定為法定例外，係以娛樂或通知盲胞之需要作為重製行為之動機[51]，亦非屬”積極利用”之類型。因此將第九上訴法院所為”利用行為需具有積極生產性”之見解予以廢棄。

美國聯邦最高法院在面臨家用錄影科技對合理使用之影響時，為避免科技技術之發展受到阻礙，因而迴避了利用行為需符合「積極利用」之理論，而以本案原告無法證明其所受之損害為由，判定利用家庭錄影機錄製原告所播放之電視、電影節目以便稍後觀賞之「時間轉換」(time- shift)行為，符合合理使用之要求，不構成著作權之侵害[52]。

雖然「積極利用」理論未受到最高法院之肯認，仍有許多著作權法之學者專家們支持此一理論之效用[53]，若利用人之行為具有「積極利用」之性質時，將比「非積極利用」性質之行為容易構成合理使用之認定。

（二） 前言中規定之類型

關於美國法上合理使用抗辯中第一個事實要素，利用之目的與性質，較有利於主張抗辯者之典型的著作權積極利用型態，即為第一〇七條「前言」中所例示之六種利用行為目的，分述如下。

1. 為評論及講評之目的所為之利用

「為評論之目的而摘錄引述作者之著作，是最典型之合理使用行為[54]」;「合理使用最普遍之類型及係在書評中引述(原著作)文章之一節[55]」。在美國著作權法上，由於為評論或講評之目的，通常有利用他人著作之必要，而評論或講評本身亦會產生新的著作，具有積極利用之性質，故成為最容易構成合理使用之類型。

在最早訂定合理使用標準之 Folsom v. Marsh 案中，Story 法官對於為評論而利用他人著作之行為，認為應特別考量利用人「必須是真實的、實質的對該(被利用之)題材為摘要濃縮，並添加智慧上的努力及判斷；而非僅係簡易的剪貼利用；或僅將構成原著作主要價值所在之最精髓的部分抽出[56]。」即使引用了原著作相當大的部分，只要真正係為了為公平且合理之評論(fair and reasonable criticism)的目的，仍應可認為屬於合理之範圍。惟利用之數量與價值仍需與評論之目的相當，若將二者對照而顯有利用過度之情形，特別是利用行為有取代原

---

[49] “the distinction between ‘productive’ and ‘unproductive’ uses may be helpful in calibrating the balance, but it cannot be wholly determinative.” See Sony, 464 U.S. 417, 456.

[50] 如「某教師為擴展對其個人專長之了解而為重製行為…某立法者為擴展對其選舉人所期待者之了解而為之重製行為…某選舉人為決定投票給誰而重製一份新聞節目…醫院以錄影之方市為其病人錄製其所錯過的節目，以助其心理健康之恢復。*Id*., at 456 n.40.

[51] “’make a copy of a copyrighted work for the convenience of a blind person’ with no suggestion that anything more than a purpose to entertain or to inform need motivate the copying.” *Id*.

[52] *Id*., at 455.

[53] See Leaffer, at 297.

[54] “a classic illustration of fair use is quoting from another’s work in order to criticize it.” See Wainwright Securities, Inc. v. Wall Street Transcript Corp., 558 F.2d 91, 94 (2d Cir. 1977), *cert. denied*, 434 U.S. 1014 (1978).

[55] “A common type of ‘fair use’ is quotation of a passage in a book review.” See Supermarket of Homes, Inc. v. San Fernando Valley Board of Realtors, 786 F.2d 1400, 1408 (9th Cir. 1986).

[56] “There must be real, substantial condensation of the materials, and intellectual labor and judgment bestowed thereon; and not merely the facile use of the scissors; or extracts of the essential parts, constituting the chief value of the original work.” See Folsom v. Marsh, 9F, Cas. 342, 345.

著作市場之可能時，此種類似於剽竊的行為即不得主張合理使用[57]。

當利用人主張其利用行為係為評論之目的而應構成合理使用時，法院需審酌之事實應針對「利用行為」而非「評論行為」之正當性[58]，蓋利用人所為之評論或講評是否公允恰當，係受到言論與學術自由之保障，非為著作權法在判斷評論行為是否構成合理使用時應考量之因素。

2. 為新聞報導之目的所為之利用

美國於一九七六年修正著作權法時，美國國會特別將為「新聞報導」之利用目的列為易於構成合理使用之類型之一[59]，此係因為為此目的而利用他人著作時，利用人係為創作新的著作，符合積極利用之要求。且新聞報導係為促近資訊流通，有助於公共知識之增進，亦符合著作權之立法意旨。因此，為了便利資訊之流通並促進社會大眾之知識，在美國著作權法實務上，對於為新聞報導之目的而利用他人之著作，向來較利於構成合理使用之認定。

然而，此一為新聞報導之目的仍僅為法院依第一〇七條第二項第一款所應考量之事實之一而已，法院尚應基於特定案例事實，就同條其他各款所列之事實要素為綜合之衡量。在美國司法實務上，有許多與新聞報導之合理使用有關的案例，其中最受爭議者即為 Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises[60]一案，本案被告係一著名之政論性雜誌出版社 Nation Enterprises，其輾轉自未經透露之管道，取得即將由 Harper & Row 出版商出版之美國前總統福特之回憶錄「療傷時刻」(A Time to Heal : The Autobiography of Gerald R. Ford)的手稿，而該回憶錄已由 Harper & Row 出版商授權時代雜誌公司，獨家分期連載回憶錄之節錄版於時代週刊雜誌。

然被告 Nation Enterprises 在未經著作權人授權同意下，以頭條報導之方式摘錄其所獲得之手稿中最精華之部份，搶在回憶錄連載前刊登在被告所出版的政論性雜誌上，時代雜誌因而喪失獨家報導之地位，即與原告解除契約，並拒絕支付授權金之尾款。原告認為受有損失，隨即控告被告刊登福特總統回憶錄之摘錄的行為侵害其著作權，而被告之抗辯即為其利用行為係以新聞報導為目的，自得主張合理使用。

受理本案之第一審法院紐約南區聯邦地方法院認為[61]，被告「”揭露”福特回憶錄之行為，並非”頭條”或其他可判定為合理使用之新聞報導性利用行為[62]。」因此判定被告行為不構成合理使用，原告勝訴。被告不服地院之判決，乃向聯邦第二巡迴上訴法院提起上訴[63]，二審法院駁回紐約地院之判決，並指出被告刊登福特回憶錄的目的「不是新聞就是…近代史[64]」，在合理使用第一個事實要素之判斷上，應有利於被告。原告因而上訴至美國最高法院。

最高法院基本上默認被告所刊登之文章屬於”新聞報導”之目的，屬於美國著作權法第一〇七條所列舉之得予認定為合理使用之類型之一，然因其文章之商業性，以及 Nation Enters 係以製造”未經授權公開”之”新聞事件”之方式引發侵權行為，因而被法院否決其在此要件下之合理使用抗辯[65]。法院更進一步指

---

[57] *Id*., at 344-45.

[58] 參見黃怡騰前揭論文，頁二五九。

[59] See H.R. Rep., at 61.

[60] See Harper & Row, 557 F. Supp. 1067 (S.D.N.Y. 1983), 723 F.2d 195 (2d Cir. 1983), 471 U.S. 539 (1985).

[61] *Id*., 557 F. Supp. 1067.

[62] "the 'revelations' of the Ford memories ere not such news, 'hot' or otherwise, as to permit [finding fair use]." *Id*., 557 F. Supp. 1067, 1072.

[63] *Id*., 723 F.2d 195.

[64] "either news or …recent history." *Id*., 723 F.2d 195, 207.

[65] "The Nation's exploitation of its infringement by making a 'news event' out of its unauthorized publication."

出：「(利用人之)文章係為”新聞”因而屬於”積極利用行為”之事實，僅是合理使用分析的要素之一[66]。」此一宣示即在表明：即使被告之利用行為符合合理使用第一個要素之判斷，也不必然會得到合理使用之結果，仍須與第一〇七條中所列之其他要素相配合。在本案例中，最高法院最後以其他理由駁回二審法院之判決，判定被告之行為不構成合理使用[67]。

3. 為教學之目的所為之利用

非營利目的之教育上使用他人著作之行為，由於其對於著作權人之市場利益影響較小，且因”教育”活動可提昇大眾知識並促進學術文化之進步，具有社會意義上之正當性，故美國著作權法不但特以明文列舉之，且在司法實務上亦較易於成功主張合理使用之抗辯[68]。

（1）非營利之教育目的

美國於一九七六年修訂著作權法時，教育界曾積極遊說國會在第一〇七條以外，為”教育目的之重製”制定一項特別的免責條款[69]。雖然國會最終並未接受該等教育團體的建議，惟美國眾議院司法委員會為平息教育團體未能如願所生之不滿，乃在著作權法修正通過前提案，於第一〇七條第一項第一款內增定，法院應予審酌之利用行為之目的，應包括「非營利教育目的之利用行為」在內[70]。

此一提案雖獲採行，然眾議院司法委員會議特別聲明「本項增訂非有意被解釋為將任何”非營利”之限制，加諸於對有著作權著作之教育性利用。而僅係特別認知到，在現行法律規定下，有關利用行為之商業性或非營利教育性，在為合理使用之判斷時雖不具有決定性之效力，然係法院可以且必須與其他事實因素一併予以審酌之事實[71]。」

(2) 為課堂使用之多數重製物

Whitol v. Crow 案之原告係讚美詩歌「我的上帝與我」(My God and I)的作曲家，每年均向全美各地演唱或演奏該首詩歌之教堂或學校收取權利金。被告則為美國愛荷華州學區內聲樂合唱部之主持人，其在未經原告授權之情況下，自行改編係爭著作，並影印四十八份提供其所屬之教區及學校合唱團使用，此外，其還將改編過的歌曲寄給原告著作之出版人，詢問其有無出版改編過之著作的意願[72]。原告作曲家認為被告有意銷售其未經授權而改編之著作，且其影印之行為侵害原告之著作權，因而提起訴訟。

愛荷華州南區聯邦地方法院以被告的行為並無侵犯的意圖(innocent intent)，認定其符合合理使用而勝訴[73]。原告不服判決，隨即上訴至聯邦第八巡

Id., 471 U.S. 539, 562.

[66] "The fact that an article is 'news' and therefore a productive use is simply one factor in a fair use analysis." *Id.*, 471 U.S. 539, 561.

[67] 法院另在第二、三及第四個要素中作出不利於被告之認定。詳見本章後述之討論。

[68] See Encyclopedia Birtannia Education Corp. v. Crooks 542 F. Supp. 1156 (W.ED.N.Y. 1982).在本案中，非營利性教育機構根據「紐約教育法」(New York Education Law)之規定，將教育性電視節目大規模的以錄影方式(off-the-air videotaping)向公共學校(public schools)提供教育性服務，雖其利用目的表面上符合本款之要求，然仍不構成合理使用之抗辯。See also Whitol v. Crow,, 199 F. Supp. 682 (S.D. Iowa 1961), *rev'd*, 309 F.2d 777 (8th Cir. 1962).

[69] 當時之教育團體力倡國會制定第一〇七條第(b)項「為教育目的之重製」. See William W. Fisher, Reconstructing the Fair Use Doctrine, 101 Harv. L. Rev. 1661, 1769, at note 476.

[70] 參見黃怡騰前揭論文，頁二五五至五六。

[71] "This amendment is not intended to be interpreted as any sort of non-for-profit limitation on educational uses of copyrighted works. It is an express recognition that, as under the present law, the commercial or non-for-profit character of an activity, while not conclusive with respect to fair use, can and should be weighted along with other factors in fair use decisions." H.R. Rep., at 66.

[72] Whitol v. Crow, 199 F. Supp. 682, at 684-85.

[73] *Id*.

迴上訴法院[74]。上訴法院雖未否認被告係基於教育之目的而利用原告著作，然其仍廢棄地院所為被告勝訴之判決，改判被告之利用行為不構成合理使用。上訴法院不同意因為被告”無侵犯之意圖”即可構成合理使用之說法，認為「無論合理使用之範圍有多廣，仍不能因為侵權者並無侵害之意圖，即可將利用影印設備對著作權人之著作為全部複製，或實質上全部複製之行為，認定為合理使用[75]。」

於一九七六年修正著作權法之時，各界對於為教學目的而為之重製行為---尤其係以影印方式為之者---可否主張合理使用之問題一直未有定論[76]。最後，美國國會採行「為教師提供更多確定性與保護」之方案：除於第一〇七條第二項第一款中強調「利用著作之目的與性質」需考量「非營利教育性」目的外，更於同條第一項「前言」中，以引號將「為課堂使用之多數重製物」規定於”教育”目的之後，雖其係條文所列之利用目的中唯一不具積極利用性質之利用類型，然在適用上仍屬於易於構成合理使用之範疇。

雖然「為課堂使用之多數重製物」有成立合理使用之可能，然仍須以「非營利教育目的之利用行為」為前提，於一九九一年之 Basic Book, Inc. v. Kinko's Graphics Corp.[77] 案及一九九六年之 Princeton Univ. Press v. Michigan Document Servs., Inc.[78] 案中，被告均為大學附近的影印店，法院指出，雖然被告所製作之影印重製物係供學生作為教育上之使用，然對被告而言卻屬具有商業性質之重製行為[79]，若允許被告行為成立合理使用之抗辯將破壞該原則之衡平性[80]。綜上所述，被告行為不成立合理使用之抗辯。

4. 為學術或研究之目的所為之利用

若以美國憲法之著作權條款而言[81]，「為學術或研究之目的所為之利用行為」應最能符合著作權法之目的---促進科學及實用藝術之發展，也因此，美國著作權法第一〇七條第一項「前言」中才會將此種利用目的類型列為易於構成合理使用之行為。雖然學術活動亦可能具有商業性色彩，但不能僅因為從事學術研究之學者可能希望藉其研究謀取利得，就輕視該學者，或拒絕賦予其法律上之保障[82]。

有關為學術或研究目的而為之利用行為與合理使用間之關係，在 American Geophysical Union v. Texaco Inc.[83]一案中曾有過詳細的討論。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。審理本案之第一審法官為紐約南區聯邦地方法院法官 Pierre N. Leval，其認為被告 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。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利用，故縱使被告係以研究為目的，營利性公司從事

---

74 *Id*., 309 F.2d 777.

75 "Whatever may be the breadth of the doctrine of 'fair use' it is not conceivable to us that the copying of all, or substantially of all, of a copyrighted song can be held to be a 'fair use', merely because the infringer had no intent to infringe." *Id*., at 780.

76 See H.R. Rep., at 65.

77 See Basic Book, Inc. v. Kinko's Graphics Corp., 758 F. Supp. 1522 (S.D.N.Y. 1991).

78 See Princeton Univ. Press v. Michigan Document Servs., Inc., No. 94-1778, 1996 WL 54741 (6th Cir. Feb.12), *vacated*, 74 F.3d 1528, *reh'g granted*, 99 F.3d 1381 (6th Cir. 1996).

79 See Basic Book, 758 F. Supp. 1522, 1531.

80 *Id*., at 1529. (noting that the Fair use doctrine is a 'equitable rule of reason'.)

81 See U.S. CONST. Act. 1, Sec. 8, Cl. 8, *supra* note 4.

82 "a serious scholar should not be despised and denied the law's protection because he hopes to earn a living through his scholarship." See Salinger, 650 F. Supp. 413, 425.

83 See Texaco, 802 F. Supp. 1

消極性複製行為而成立合理使用之可能係相當狹小的[84]。上訴審聯邦第二巡迴法院亦維持此一判決[85]。

三、　商業性質與轉化

在早期之美國著作權法實務界，於判斷利用人之行為有無侵害著作權人之著作權時，其中最重要的判斷標準即為利用之目的與性質是否具有商業性[86]，若有之，則不利於合理使用之認定。此一「具有商業性質即不合理」的「視為法則」將使得合理使用幾無存在之空間，經過美國聯邦最高法院案例之衍繹，以改由判斷利用人之著作是否具有「轉化」之要素取代之。

（一）　商業性質之判斷

在對利用行為之商業性質為分析時，商業程度之高低係為考量之關鍵。然事實上，欲將利用行為明確劃分為”商業性”與”非商業性”之使用並不容易，因為許多利用類型中，或多或少，直接間接，均帶有些許的商業性[87]，真正被認定為純粹之商業性利用或非商業性利用之案例並不多見。況且「第一〇七條並未要求我們將”商業性”與”非營利”使用做兩極化之切割，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…[88]」

因此，未收分文之教育機構為教育目的所為之利用行為，因其幾乎未有任何之商業性質，故可認定為有利於合理使用之認定；反之，若利用他人著作之目的係為推銷自己之產品或服務，則因此中利用行為之商業性程度頗高，則當然較不利於成立合理使用之抗辯。然在此兩種極端之利用行為之外，尚有許多介於二者之間的「中間類型」(intermediate uses)。

中間類型之利用行為或可包括為新聞報導、批評或評論、或為學術研究之目的，甚至係為詼諧諷刺之仿作，而其中某些利用行為亦屬於第一〇七條第一項「前言」所列之目的類型，而這些出於不同目的之利用行為，均涉有某種程度之商業性質於其中[89]。此種類型通常雖係為在市場上銷售而利用他人之著作，然利用人亦創造了文學性或藝術性之表達(literary or artistic expression)，因而導致相當複雜之判斷結果[90]。然被告著作在市場上之銷售是否成功，不應影響商業性程度之判斷。若利用之目的在於謀取利得，則即使利用人之著作的銷售量非常低，仍不會減損其利用目的具有商業性質之事實[91]。

（二）　商業性質對合理使用之影響

美國司法實務對於商業性質之利用行為是否可成立合理使用之抗辯，曾因美國最高法院主審法官 Stevens 在 Sony 案之判決中指出：「任何對有著作權著作

---

[84] *Id*., at 24.

[85] See Texaco, 60 F.3d 913.

[86] 根據美國學者 Mattew W. Wallace 之調查，在過去的著作權侵害判決中，有百分之九十以上的美國法院將商業性或營利與否視為決定是否成立合理使用之重要因素。See Mattew W. Wallace, Analyzing Fair Use Claims: A Quantitative and Paradigmatic Approach. 轉引自馮震宇，頁八十四，註三十五。

[87] See Patry and Perlmutter, at 680.

[88] “We do not read Section 107(1) as requiring us to makr 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…” See Maxton-Graham v. Burtchaell, 803 F.2d 1253, 1262 (2d Cir. 1986), *cert. denied*, 481 U.S. 1059 (1987).

[89] 例如，為吸引讀者購買，而將他人之著作使用在自己著作的封面上，此種利用行為應比僅利用他人著作之一小部分，如一本雜誌中的一張照片，更具有較高之商業性質。See Haberman v. Hustler Magazine, Inc., 626 F. Supp. 201 (D. Mass. 1986)(“plaintiff’s photographs reproduced within magazine, not on cover.”) Cf. L.L. Bean, Inc., v. Drake Publisher, Inc., 811 F.2d 26 (1st Cir.)(holding trademark parody protected by First Amendment in part because parody was internal article, not used on cover to sell magazine.) *cert. denied*, 483 U.S. 1013 (1987).

[90] See Patry and Perlmutter, at 680-81.

[91] *Id*., at 682.

所為未經授權之商業性利用，均應被推定為對著作權人專有權利之不合理剝削[92]」而引起諸多的爭議。

1. Sony 案之分析

本案被告 Sony 電器製造商製造並販售名為”Betamax”家用錄放影機（home videotape recorders; VTRs），供其消費者自行在家裡錄製電視頻道所播放的電視節目及影片。原告環球影城電影公司(Universal City Studios, Inc.)及華德迪士尼電影公司(Walter Disney Picture Co.)認為，該等錄放影機之購買者在家所從事之大量錄製行為，係未經授權而侵害其著作權之行為，因而對經查獲在自家錄製原告電視頻道所播放之節目的個人提起侵權訴訟，並指控 Sony 公司及販售其錄放影機的經銷商為輔助侵害人(contributory infringer)。

加州中區聯邦地方法院認為[93]，為決定 Sony 是否成立輔助，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，係為其個人使用之目的，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，也因此，被告 Sony 公司亦不成立輔助侵害責任。

原告不服加州地院之判決，因而向聯邦第九巡迴上訴法院提出上訴[94]。二審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。而 Sony 公司製造並銷售協助利用人從事侵權行為之工具---錄放影機，即應負輔助侵害之責任。被告 Sony 公司即向美國最高法院提起上訴[95]，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。

最高法院指出，本案的爭點在於「上訴人(Sony)向一般大眾銷售重製器材之行為，有無侵害著作權法賦予被上訴人(Universal City Studios)之任何權利[96]。」最高法院基本上認同第一審法院之判決，認為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觀眾。若肯認上訴法院之見解，認為被上訴人有權參與 VTRs 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，使之含擴到著作權所為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[97]。

Stevens 法官引述地院之判決指出，之所以判定(個人身分之)被告的行為成立合理使用，係因為該等利用行為有助於大眾自由接觸電視廣播節目，「符合憲法第一修正案中有關提供(大眾)經由公共頻道儘可能的接觸資訊之政策[98]」。況且，著作權法之制定目的，乃在於透過授與著作權之方式創造經濟上之誘因，以鼓勵著作人從事創作。因此，若他人非以商業之目的利用著作權人之著作，如該

---

92 “every commercial use of copyrighted material is presumptively an unfair exploitation of the monopoly privilege that belongs to the owner of the copyright.” See Sony, 464 U.S. 417, 451.

93 *Id*., 80 F. Supp. 429.

94 *Id*., 659 F.2d 963.

95 *Id*., 464 U.S. 417.

96 “whether the sale of petitions’ copying equipment to the general public violates any of the rights conferred upon respondents by the Copyright Act.” *Id*., at 420.

97 *Id*., at 421.

98 “is consistent with the Fist Amendment policy of providing the fullest possible access to information through the public airwaves.” *Id*., at 425(*citing* Columbia Broadcasting System, Inc. v. Democratic National Committee, 415 U.S. 94, 102).

等利用行為未造成著作權人之損害，法院便無由禁止此種利用行為[99]。

因此，雖然「任何對有著作權著作所為未經授權之商業性利用，均應被推定為對著作權人專有權利之不合理剝削[100]」，然在非商業性使用的情況下則有不同。在本案中，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[101]，且上訴人 Sony 公司證明了有相當數量的著作權人將其著作授權給免費電視頻道，而不會反對其著作被個人觀眾為「時間轉換」之利用的可能性，而被上訴人卻未能證明上訴人未經授權之「時間轉換」重製行為，對於其著作之潛在市場會造成損害發生之可能性，因此判決被上訴人敗訴[102]。

2. Harper & Row 支持 Sony 案之見解

在 Harper & Row, Publishers, Inc. v. National Enters, Inc.[103]一案中，最高法院重申 Sony 案的見解，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[104]。」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使用了有著作權之題材，卻未支付通常應付之費用[105]。」是以判定被告之利用行為具有商業性。

法院引用 Sony 案中關於「商業性利用即不合理」的推定，指出「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素[106]」，因而在第一個事實要素之分析上，判定被告行為不成立合理使用之抗辯。

若依照 Sony 案的見解，並經由 Harper & Row 案予以重申，則除了非營利性使用外，所有欲主張合理使用抗辯者均可能失敗[107]。幸而此一宣示未被確立，取而代之的是比較緩和的類似模式：「所有商業性之使用有可能切斷合理使用之抗辯[108]」，或是「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[109]」，此類判斷模式雖傾向將商業使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。換言之，即使認定利用者之行為具有商業性質，並不代表在第一事實要素上之分析即告終了，所有關於”商業使

---

99 *Id*., at 450-51.

100 *Id*., at 451.

101 關於「時間移轉」不具商業性之結論，在一九九八年間之 Recording Indus. Assoc. of Am. V. Diamond Multimedia Sys., 180 F.3d 1072 (9th Cir 1999)一案中，被延伸解釋將 MP3 檔案從個人電腦中轉儲存於 MP3 隨身聽之行為係屬「空間轉換」(space-shift)，法院認為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。

102 See Sony, at 456.

103 See Harper & Row, 471 U.S. 539. 並參見本研究前述之討論。

104 “not merely the incidental effect but the intended purpose of supplanting the copyright holder’s commercially right of first publication.” *Id.*, at 562.

105 “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.*

106 “fact that a publication was commercial as opposed to nonprofit is a separate factor that tends to weight against fair use,” *Id.*

107 See Nimmer, at §13.05[A][1][c](2000).

108 “any commercial use tends to cut against a fair use deferense.” See Meeropol v. Nizer, 560 F.2d 1061 (2d Cir. 1977); Iowa State Univ. Research Found., Inc. v. American Broadcasting Cos., 621 F.2d 57 (2d Cir.1980).

109 “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.” See MCA, Inc. v. Wilson, 677 F.2d 180 (2d Cir. 1981).

用即為不合理”的推定，都可能被該利用行為之其他特殊性質所推翻[110]，如在 Campbell 案中，最高法院即將判斷重心改為質問「利用人之著作是否經過”轉化”，且轉化至何程度」，而將「商業性質」之考量列為次要因素。

（三） Campbell 案以「轉化」取代「商業性質」

1. 轉化之內涵

在分析合理使用之抗辯時，關於「利用行為之目的與性質」之判斷，事實上係在考量利用者之行為是否存有正當性(justification)，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[111]？」美國紐約聯邦地方法院法官 Pierre N. Leval 依據其多年的辦案經驗，認為針對利用行為是否具有正當性之問題，其答案應為該利用行為「是否經過轉化，且轉化至何種程度[112]」。若利用者係為原著作增添了新的價值，在新的意義、新的美感、新的觀察及理解的創造中被”轉化”成新的著作，即為合理使用原則為增進社會福祉所欲保障之典型[113]。

Leval 法官所建立之「轉化」之概念，包括對引用之著作予以評論，以發掘原作者之特質、證實一項事實、或將原著作中具有爭議性之觀念作成摘要，以便加以維護或提出反駁。此項轉化之理論亦適用於詼諧諷刺、表徵符號、美學宣言，及無數其他之利用行為[114]。

2. Campbell 案之修正

美國聯邦最高法院在審理 Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.[115]案時即直接引用了 Leval 法官所為之「轉化」理論，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，於一九八九年間借用了原告 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」的部份歌詞，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使用，然遭 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第方法院[116]，主審法官指出，商業使用之目的並不妨礙合理使用之成立，且被告之該編作品對原告著作之市場並不至於產生不利的影響，因此判定被告行為成立合理使用。原告則向聯邦第六巡迴上訴法院提起上訴[117]。審理本案二審之聯邦第六巡迴上訴法院駁回地院之判決[118]，認為被告之利用雖屬詼諧諷刺之仿作，然因其係以銷售販賣為目的，具有商業之性質，而此一

---

[110] See Nimmer,, at §13.05[A][1][c](2000).

[111] “Does the use fulfill the objective of copyright law to stimulate creativity for public illumination?” See Leval, at 1111.

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

[113] “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*.

[114] “Tranformative use may include criticizing the quoted work, exposing the character of the original author, proving a fact, or summarizing an idea argued in the original in order to defend or rebut it. They also may include parody, symbolism, aesthtic declarations, and innumerable other uses.” *Id*.

[115] See Campbell, 510 U.S. 569.

[116] *Id*., 754 F Supp. 1150.

[117] *Id*., 972 F.2d 1429.

[118] See Campbell, 972 F.2d 1429, 並參見本研究前述之討論。

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，然 Sony 及 Nation 案「要求我們應從該利用係”非合理”之角度開始分析[119]」，上訴法院引用美國最高法院在 Sony 案中所為之見解，凡屬未經授權之商業性使用，均應先推定為不構成合理使用[120]，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。

審理本案第三審之最高法院法官 Souter，直接指出上訴法院在衡量諷刺仿作之商業性質時，實際上作出了錯誤的認定[121]。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，任一要素均不應被分離判斷，而利用人之行為係從事具有轉化性質之利用時，轉化的性質越強烈，其他不利於成立合理使用之考量，包括利用行為具有商業性質的事實在內，即越不重要。上訴法院之判決將 Sony 案中之一項見解「當然法則」(*per se* rule)，已有違 Sony 案之原意，以及長期以來習慣法所持之態度。法院強調：「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[122]。」

最高法院在該案中表示，於分析合理使用之第一個事實要素的”中心目的”，係決定「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”[123]」，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[124]」，然而「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[125]。」從 Campbell 一案之判決顯示，美國聯邦最高法院在著作權法第一〇七條下又增加了一項轉化之要素，主要係因為具有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。

3. 轉化要素之維持

於 Campbell 案中所建立之「轉化」要素，在後來各級法院中即一再被援用，如另一件有關詼諧仿作之利用被認定為合理使用的著名案例 Annie Leibovitz v. Paramount Pictures Corp.[126]中，原告係為一著名的攝影師，其於一九九一年為當時懷孕八個月的女星 Demi Moor 拍攝了一張以名畫「維納斯的誕生」(Birth of Venus)呈現的裸照[127]，並刊登於 Vanity Fair 雜誌上。而於一九九三年，被告

---

[119] “require that we start from the position that the use is unfair.” *Id.*, at 1437.

[120] See Sony, 464 U.S. 417.

[121] “In giving virtually dispositive weight to the commercial nature of the parody, the Court of Appeals erred.” *Id*., 510 U.S. 569, 584.

[122] “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….” See Campbell, 510 U.S. 569, 585.

[123] “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.’” See Campbell, 510 U.S. 569, 579.

[124] “Although such transformative use is not absolutely necessary for a finding of fair use,” *Id*.(*citing* Sony).

[125] “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*.

[126] See Annie Leibovitz v. Paramount Pictures Corp., 948 F. Supp. 1214 (S.D.N.Y. 1996), *aff'd*, 137 F.3d 109 (2d. Cir. 1998). [hereafter “Paramount”]

[127]「維納斯的誕生」(Birth of Venus)係著名畫家 Botticelli 以十二至十五世紀流行之”Venus Pudica”(可翻譯為”Venus of Modesty”,「羞怯的維納斯」)姿勢--畫中女性一手半掩前胸，另一手遮住下體--所繪之神話性畫作，描繪女神維納斯初生的情景。

Paramount 電影公司為促銷其所製作之喜劇電影，即將該著名之照片予以改造為電影海報，將 Mooer 的臉換成該部影片之男主角 Leslie Nelson 的臉，原告因而提起控告被告侵害其著作權之訴訟，並聲稱被告之行為具有商業性，僅能享有有限之合理使用抗辯的保護[128]。

本案一審之紐約南區聯邦地方法院否決原告之聲請[129]，並引用 Campbell 之判決，認為該電影海報並非單純的抄襲原作，而是具有高度轉化性質(highly transformative)之諷刺性著作，因此縱使被告之利用行為具有商業性質，仍構成合理使用[130]。原告不服判決，即上訴至聯邦第二巡迴上訴法院，然法院則維持原判。二審法院認為：「雖然美國著作權法第一〇七條並未將「詼諧諷刺」明定為易於主張合理使用之類型，然根據長期以來之實務見解，我們足以認定此類著作在該原則之下可以獲得某些程度之保護[131]」，法院並以最高法院所作成之 Campbell 一案作結[132]，判定被告之利用行為雖純粹為商業性質，但已將原著作為轉化，賦予新的表達、新的義涵或訊息[133]，因而可成立合理使用。

在有關目前盛行之網路音樂的相關案例中，以 UMG Recordings, Inc., v. MP3.com[134]案為例，被告 MP3.com 提供一項名為 My.MP3.Com 的新服務，透過 My.MP3.Com 帳戶，網路使用者可以從 MP3.com 的聯盟網站購買 CD，從而獲得該片 CD 的數位版，即可立即欣賞音樂，由於該等數位版音樂係 MP3.com 未經著作權人授權即重製儲存於伺服器上，因而被控侵權。在就「利用行為之目的與性質」為考量時，法官認為 MP3.com 並未對其所重製到 MyMP3.com 伺服器中的原音樂著作增添任何新的美感、新的觀察與理解，只是將這些錄音著作重新包裝，以利於用另一種媒體加以傳輸，此種服務雖然有創新之處，但是卻不符合轉化的要求[135]，故判決其敗訴。

另如有關利用網路搜尋引擎為圖形檢索之 Kelly v. Arriba Soft Corp.一案[136]，被告 Arriba 公司經營圖形搜尋引擎，使用者可以直接鍵入所欲搜尋之字串，搜尋引擎就會將符合搜尋字串的圖檔以小圖片（thumbnail）方式呈現[137]。法院認為本案被告確實係為商業性目的而經營網站，但是法院卻認為被告的此種

---

[128] See Paramount, 137 F.3d 109, 111-12.

[129] *Id.*, 948 F. Supp. 1214.

[130] 參見馮震宇，論新著作權法合理使用之規定，萬國法律，一九九八年十二月，第一〇二期，頁七十三。[以下簡稱"馮震宇文"]

[131] "Althought the statute dose not specifically list 'parodies' amoung the categories of potentially 'fair' uses, we have long afforded such works some measure of protection under this doctrine," See Paramount, 137 F.3d 109, 112. 事實上，一九九二年美國對著作權法為部份修正時即指出：「除了第一〇七條前言中所舉之六種使用目的外，亦應考量其他使用目的。詼諧仿作即為一常見之例。」("types of uses beyond the six enumerated in the preamble to Section 107 may also be considered. Parody is a common example of such use.") See H.R. Rep. No. 102-286, 102d Cong., 2d Sess. (1992).

[132] "see, e.g., MCA, Inc. v. Wilson, 677 F.2d 180 (2d Cir. 1981); Elsmere Music, Inc.v. National Broadcasting Co., 623 F2d 252 (2d Cir. 1980); Berlin v. E.C. Publications, Inc., 329 F.2d 541 (2d Cir. 1964), and the Supreme Court authoritatively confirmed the applicability of the fair use doctrine to parodies in Campbell, 510 U.S. at 579." *Id*.

[133] 被告電影「Naked Gun 33 1/3: The Final Insult」係一系列由 Leslie Nelson 主演的喜劇電影之第三集，該系列電影的主要情節即環繞在男主角與其妻子，為了是否要懷孕生子而爭論所產生之笑點，該部電影即在描述男主角被迫參加生產講習班之遭遇，故其運用 Mooer 懷孕的照片，係為諷刺該片男主角之困境。

[134] See UMG Recordings, Inc., v. MP3.com, 92 F. Supp. 2d 349 (S.D.N.Y. May 2000, amended July 31, 2000).

[135] *Id*., at 351. 此一見解亦為另一件有關網路音樂的案例所引用. See A & M RECORDS, Inc., v. NAPSTER, Inc., 114F. Supp. 2d 896 (N.D.Cal. 2000)

[136] See Kelly v. Arriba Soft Corp, 77 F. Supp. 2d 1116 (C.D.Calif., 1999).本研究所引用之判決為網路版，頁數為 1-16.

[137] 網路使用者若欲觀看搜尋結果中的特定圖檔，只要在小圖片上點選，該小圖片就會完整的顯現在使用者的電腦銀幕上，並可顯現該圖檔所在的位址（URL），可供使用者直接點選。不過，該等圖檔的原始來源網站與相關的著作權資訊則並未顯示出來。*Id*., at 2, n 1.

利用僅為附帶性質（incidental nature）[138]。而被告行為雖未獲得著作權人的同意，但因其對係爭圖片所為之管理與索引化則具有「轉化」性質，係最有利之抗辯[139]。

四、 利用人之其他行為

在判斷合理使用之抗辯時，針對第一項事實「利用之目的與性質」之分析，除前述之積極利用及商業性質之因素外，尚有一個值得考量的特質，即「利用人行為之適當性」。而在諸多其他的判斷要素中，若利用人的利用行為具有惡意時，通常較不利於其主張合理使用之抗辯[140]。

在 Iowa State Univ. Research Found., Inc. v. American Broadcasting Cos.[141]一案中，被告美國廣播公司(ABC)未經原告之同意或授權，逕自錄製原告所持有之影片，在其所製作之新聞專題報導中多次放播。被告原本否認其利用原告之著作，肆後才予以承認。審理法院指出，被告此一明知卻故意否認之行為，係認定被告行為不成立合理使用之原因之一[142]。

在 Harper & Row 案中，被告 National 雜誌所刊登之福特總統回憶錄的精華，係從他人非法竊取之手稿上摘錄而來，法院判定其明知為盜贓物而仍予以利用之行為係屬”惡意”[143]，不利於合理使用抗辯之成立。在早期的 Time, Inc. v. Bernard Geis Assocs. 案中，聯邦紐約南區地院直接表明「善意與正當之態度，是合理使用之前提[144]。」相對的，原告之不正行為或可延展被告主張合理使用之成立[145]。

然關於利用人尋求原告之同意遭拒絕，而仍予以利用之事實，不應對合理使用之認定造成影響。因為若合理使用被判決成立，則該利用行為本即不須獲得著作權人之同意[146]。在 Campbell 案，最高法院即直接宣示：「被告欲利用某著作之請求被拒絕的事實，不應成為不利於成立合理使用之考量[147]。」另外，即使被告著作中包含了可能會受道德質疑的內容，仍不影響其成立合理使用之抗辯[148]。

肆、 被利用著作之性質

在為合理使用之分析時，根據美國著作權法第一〇七條第二項之規定，法院第二個應考量之事實因素為「被利用著作之性質」。此一考量係四項合理使用要素中，唯一非承襲自 Story 法官在 Folsom v. Marsh[149]一案所闡示之見解，而係

---

138 因為被告提供之商業性服務係圖檔之索引，而非未經授權而直接利用係爭圖檔為廣告或其他商業性目的，故法院認為被告利用原告著作所顯現之商業性僅具附帶性質。*Id*., at 6, n 5.

139 *Id*., at 7.

140 然而紐約地院之 Leval 法官則認為，合理使用原則非為衡平法下之產物，而係基於法官造法而來，若將此等衡平法上之要素亦納入考量，將會偏離著作權法之目標。該等因素應以適當的損害賠償為救濟，或以其他訴因為請求權基礎，而非作為判斷合理使用之因素。See Leval, at 1125-28.

141 See Iowa State Univ. Research Found., Inc. v. American Broadcasting Cos., 621 F.2d 57 (2d Cir.1980).

142 *Id*., at 62.

143 “find bad faith in knowing exploitation of purloined manuscript.” See Harper & Row, 471 U.S. 539, 562.

144 “fair use presupposes ‘good faith and fair dealing.’” See Time, Inc. v. Bernard Geis Assocs., 293 F. Supp. 130 (S.D.N.Y. 1968), *cite from* Nimmer, at §13.05[A][1][d](2000).

145 *Id*.

146 “were fair use held to exist, no permission would have been necessary.” 此係一個循環性的理由。*Id*., at n.149.

147 “being denied permission to use a work does not weight against a finding of fair use.” See Campbell, 510 U.S. 569, 585 n.18.

148 See Nimmer, at §13.05[A][1][d](2000).

149 「簡言之，在決定此種問題時(是否構成合理使用)，吾人必須考量(利用人)利用他人著作之性質與目的，使用他人著作之程度與價值，引用後對被引用著作銷售之影響的程度，或是收益減少之程度，以及有無取

由美國國會於一九七六年修正著作權法時，參酌習慣法上之判例及實際上之需要而予以明文規定。

一、 本款規定之內涵

在美國著作權法制與實務下，對於第二項事實要素僅有少數的討論及了解。本事實要素與其他要素相同，亦係為保障作者創作之誘因，而其主要意涵係顯示「對某些種類之著作為利用行為，較容易成立合理使用[150]」。由於著作權法保障之著作種類繁多，只要著作具有原創性，且固著於媒介上[151]，即可獲得著作權之保護。然各種著作所欲表達之目的與概念均不相同，其內容所呈現性質自有其差異性，在判斷利用行為是否成立合理使用時，「被利用著作之性質」亦可能影響判斷標準之高低。

一般而言，在第二要素的判斷下，越是具有創作性之著作，越應受到保護；換言之，原告之著作越是具有資訊性或功能性[152]，則被告成立合理使用抗辯的範圍就越大[153]。除此之外，若被利用著作作品係屬於「未公開發表之著作」，或「無法以正常管道取得之已絕版(out-of-print)之著作，通常較難以對其主張合理使用之抗辯。是以「此一要素事實主要係認知到，某些中類之著作較接近著作權所欲保障之核心，因此在該等著作被重製的情況下，合理使用之抗遍即較難成立[154]。」以下即針對三種「被利用著作之性質」分節討論。

二、 事實性與非事實性著作

（一） 著作性質之認定

在美國著作權法的實務上，某些著作若屬於「”辛勤收集之性質，而非具有原創性或發明性者”，諸如型錄、索引或其他編輯物之著作類型，在合理使用之原則下，”將比創作性著作具有可被利用的空間[155]”。」因此，「相對於創作性著作，對於資訊性著作(予以利用之行為)成立合理使用之範圍較廣，…某著作越是被定性為具有娛樂性質，則合理使用之主張即越難成立[156]。」然問題在於，此一標準應如何適用於一個部分內容為”資訊性質”，而其他部分則具有”娛樂性”或創造性質之著作？

學者 Goldstein 教授指出，關於被利用著作之性質，應視其內容中何種屬性較為顯著，且此種顯著性足以抵銷另一屬性時，則該被利用之著作即應被定型為該較為顯著之屬性，而後再決定他人得對此一屬性之著作主張合理使用之範圍與限度[157]。

Leval 法官則以另一個角度切入此一問題，他在分析第一個事實要素時指

代原著作等因素」。See Folsom v. Marsh, 9F, Cas. 342.

150 See Leval, at 1116.

151 See 17 U.S.C.§102(a)(2001).

152 “informational works may be more freely published.” See Diamond v. Am-Law Corp., 745 F.2d 142 (2d Cir. 1984); See also Sony (”copyring a news broadcast may have a stonger claim to fair use than copying a motion picture.”) 464 U.S. 417, 456.

153 See Nimmer, at §13.05[A][2][a](2000).

154 “This factor calls for recognition that some works are closer to the core of intended copyright protection than others, with the consequence that the fair use is more difficult to establish when the former works are copied.” See Campbell, 510 U.S. 569, 586.

155 “a work more of diligence than of originality or inventiveness…there is a ‘greater license’ to use portions of such a work under the doctrine of fair use than would be the case ‘if a creative work had been involved.’” See Nimmer, at §13.05[A][2][a](2000), *citing* New York Times Co. v. Roxbury Data Interface, Inc., 434 F. Supp. 217 (D.N.J. 1977).

156 “the scope of fair use is greater when informational type works, as opposed to more creative products are involved. …If a work is more appropriately characterized as entertainment, it is less likely that a claim of fair use will be accepted.” See Sony, 659 F.2d 963, 972.

157 See Paul Goldstein, Copyright 226(1989).

出：「關於合理使用之問題，法院應考量被告被控侵權之著作的每一個段落，而非針對該著作之整體性質[158]。」亦即，被告著作中之各個被控侵權之段落，其所引用者究係事實性文字，抑或係具有原告之創作性之文字？其在審理 New Era Publications v. Henry Holt [159]案之第一審時，即將被告傳記作家 Russell Miller 在其以 L. Ron Hubbard 為主角之傳記著作「彌賽亞的真實面」(Bare-Faced Messiah)中被控侵權之段落臚列出來，逐一與 L. Ron Hubbard 之信件做比對分析，審酌各該被控侵權之部分係屬於信件中有關事實性之描述，還是 L. Ron Hubbard 所為具有創作性之文字[160]。

事實上，一般著作中常有旁徵左引，以他人之著作或歷史事實作為佐證之需要，參雜事實性或歷史性資料，並融合著作人之創造力或想像力的著作至為常見。若為判斷上之便利，硬要以著作中較顯著之”屬性”為該著作定性，而忽略著作中其他非此性質之部份，似有不盡公允之處。因此，法院若能遵循 Leval 法官不厭其煩、逐一比對之態度，才可謂符合”合理公平”(Fair)之要求。

（二） 事實性著作與合理使用

1. 概說

依照美國著作權法上之理論，著作之內容若屬於資訊性的事實性資料，因其內容通常與公益有關，如果能使大眾對於此類著作有更多接觸的機會，當有助於知識與訊息的傳播與累積，並符合制定著作權法之目的---促進學術與實用藝術之進步，增進公共利益[161]。況且，著作權所保護之對象並非思想概念(idea)之本身，而是保護著作人就其思想所為之表達(expression)，美國著作權法第一〇二條即明文規定[162]，著作權保護原創性著作，其範圍不包括任何以描述、解釋、例示、或附著於著作中之概念、程序、過程、制度、操作方法、觀念、原理原則或發現。而資訊性或事實性著作中多半屬於該等不受著作權保護之成分。

在 Harper & Row 案中，第一審紐約地院判定福特總統回憶錄中相關之歷史事實或備忘錄，雖其本身不受到著作權之保護，然福特總統將該等資料予以結合，則為其可受到著作權保護之”表達”，故地院係以”整體”(totality)之觀點來定義可受保護之”表達”[163]。然上訴審法院則否決之一觀點[164]，認為福特總統回憶錄中可受著作權保護者，只有福特總統自己用字遣詞，對該等事實所作之”回應”(reflection)而已。其認為地院錯誤的推定「將不受保護之事實(與該等”回應”)結合，即可將該等資訊轉化成”整體”之保護[165]。」

本案三審之最高法院指出：「沒有任何作者可就概念或事實主張著作權之保護。著作權僅賦予著作中稱為”表達”之部份，此部份展現了作者的原創性[166]。」

---

[158] “Courts must consider the question of fair use for each challenged passage and not merely for the secondary work overall.” See Leval, at 1112.

[159] See New Era Publications Int’l, Aps v. Henry Holt and Co., 695 F. Supp. 1493(S.D.N.Y. 1988), *aff’d on other grounds*, 873 F.2d 576 (2d Cir. 1989), *reh’g en banc denied*, 884 F.2d 659 (2d Cir. 1989), *cert. denied*, 110 S.Ct. 1168 (1990). [hereafter “New Era”]

[160] 請參見本案一審判決中，「The Fair Use Purpose of Individual Quoted Passage」之部份。*Id*., 695 F. Supp. 1493, 1507-1529. 在本案中，法院針對 L. Ron Hubbard 所為之宗教性文字著作之性質一直難以下結論，最後法院認定該著作應較適宜定性為敘述性或資訊性著作。

[161] See Leval, at 1116.

[162] See 17 U.S.C §102 (b).

[163] See Harper & Row, 557 F. Supp. 1067, 1072-73.

[164] *Id*., 723 F.2d 195.

[165] “coupling [of these reflection] with uncopyrightable fact transformed that information into a copyrighted ‘totality.’” *Id*., at 205.

[166] “no author may copyright facts or ideas. The copyright is limited to those aspects of the work – termed ‘expression’--that display the stamp of the author’s originality. ” *Id*., 471 U.S. 539, 547.

「著作權並不禁止後來的使用者重製作者的著作中，由非原創性要素--例如…事實或屬於公共領域內之題材--所組成之部份，只要該等利用不會不合理的侵吞了作者之原創性之投入[167]。」最高法院雖贊成上訴法院促進資訊流通之意圖，但認為上訴審法院未充分考量到著作權法制係為促進而非阻礙知識之累積[168]。最高法院支持地院所建立之「整體步驟」(totality approach)，然其並未從著作之可受保護性開始分析，而係直接進入合理使用抗辯之討論。

2. 辛勤收集原則

（1）辛勤原則之意義

「辛勤收集原則」(Industrious Collecting Principle)又稱為「揮汗原則」(Sweat and Brow Principle)，意指對於不受著作權保護之單純事實資料，如人名、電話號碼、或地址等資料，只要辛勤的加以收集，亦可獲得著作權之保護[169]。關於此一原則的應用，第二上訴巡迴法院曾在 MCA, Inc. v. Wilson 一案中表示，雖然法院「應考量某著作是否具有創造力、想像力及原創性」，但也應考量「其是否表現出時間及勞力之實質上投入，而預期獲得財政上之回報[170]。」基此，即使係原本不受著作權所保護之事實性資料，然因為收集人投入了時間及勞力，使得該等事實資料之集合獲得著作權之保護，他人不得任意加以利用。然此一由下級法院所承認並奉行之「辛勤收集原則」[171]，卻為美國聯邦最高法院所推翻。

(2) 辛勤原則之推翻

在一九九〇年的 Feist Publication, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co.[172]案中，被上訴人 Rural 電話公司限於法令，每年均需提供其用戶包括堪薩斯城居民電話（white page）及商家電話（yellow page）的電話號碼簿，其中居民電話部分係該公司以其用戶之資料編輯而成。上訴人 Feist 出版公司則出版了一本電話指南，其內編輯了較廣大之地理區域的電話號碼等資料，然其中堪薩斯城之部份則係未經授權而取自上訴人之電話簿。上訴人因而提起侵害著作權訴訟。

本案一審之堪薩斯地方法院判決 Rural 電話公司之電話簿應受著作權之保護，因此判發禁止 Feist 出版公司出版該電話指南的禁制令[173]。二審之聯邦第十巡迴上訴法院亦肯認地院之判決。Feist 出版公司不服，繼續上訴至美國聯邦最高法院。

最高法院駁回二審之判決，認為僅就單純的事實資料加以收集、編排所得之編輯著作，若無原創性之要件，就不能獲得著作權之保護[174]。即使該編輯者係第一個針對該等事實資料為收集者亦同。因此，任何人均不能因其係第一個收集該

---

[167] "Copyright does not prevent subsequent users from copying from a prior author's work those constituent elements that are not original -- for example…facts, or materials in the public domain -- as long as such use does not unfairly appropriate the author's original contribution." *Id*., at 548.

[168] *Id*., at 545.

[169] 參見馮震宇前揭文，頁八十五，註五十一。

[170] "although a 'court may consider, among other things, whether the work was creative, imaginative, and original,' it may also consider 'whether it represented a substantial investment of time and labor made in anticipation of a financial return.'" See MCA, Inc. v. Wilson, 677 F.2d 180 (2d Cir. 1981).

[171] See, e.g. Leon v. Pacific Tel. & Tel. Co., 91 F.2d 484 (9th Cir. 1937); Jeweler's Circular Publishing Co., 281 F. 83 (2d Cir. 1922), *cite form* Neil Boorstyn, Boorstyn on Copyright, §2.02 [2] at 2-12, West Group (Release # 11. 8/2000).

[172] See Feist Publication, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co., 663 F. Supp. 214 (Kan. 1990), 916 F2d. 718 (10th Cir. 1990), 499 U.S. 340 (1991).

[173] 被上訴人指出，Fesit 出版公司的職員有義務挨家挨戶的拜訪居民，以取得資料。據此，堪薩斯地院法官判定被上訴人根據其所收集之資料編輯而成的電話簿，應受著作權之保護。*Id*., 499 U.S. 340, 344.

[174] 主審法官 O'Connor 指出：「從一般常識中可知，不會因為將一百個不受著作權保護之事實資料聚集在一起，即可神奇的改變這些事實資料的狀態。」("Common sense tells that 100 uncopyrightable facts do not magically change their status when gathered together in one place.") *Id.*, at 345.

等資料者，即可阻止他人亦編輯同樣的事實資料，是以判決上訴人勝訴。自本案判決以後，所謂之「辛勤收集原則」即告推翻。

（四） 小結

在美國著作權法實務上，對於具有事實性或資訊性質之著作通常均賦予較大的合理使用空間[175]。此固然係因為事實性著作不具有原創性，或多半已屬於公共領域之範圍，故不受到著作權之保護，他人自可加以利用，而為「促進公益」之目的，亦係傳播有關事實與資訊之著作，如科學性、學術性、傳記性、歷史性或新聞報導等著作[176]，對於合理使用之容許度較為寬大的原因之一。

除此之外，另一個事實性著作對合理使用有較大之容許性的原因，係根據「著作人默示同意理論」(implied consent)而來。在早期曾有美國法院指出：「醫學性或法律性文章之發表(包括其他科學性著作)，其作者除具有為其個人金錢上利益之意圖外，更進一步含有其欲促進社會進步之意思…後來之作者自應有權，實際上亦有需要，對完成在前之著作予以利用[177]。」由於此一理論之基礎甚為薄弱，若著作權人明示保留其權利時即無法適用，故甚少為後來的法院所遵循[178]。

三、 公開與未公開發表之著作

在美國一九九二年修訂著作權法第一〇七條時，在第二項中加了一段「著作尚未公開發行之事實本身，不應排除合理使用之認定」之文字。在此之前，自一九七六年將「合理使用原則」法典化時起，美國著作權法之實務及學界針對在為合理使用之分析時，是否應就被利用著作公開發表與否之狀態做不同之考量，有過相當多的爭議及討論，最後國會於第二項中加入上述之文字，才使得爭議稍有平息。

（一） 法制史之演變

1. 一九七六年以前之情形

美國於一九七六年著作權法修正前，係以著作是否已公開發表，作為該著作得否獲得著作權法保護之分界。著作若已公開發表，即可獲得實定法之保障；若是尚未公開發表之著作，則視同作者之私人財產，僅能以習慣法之規範保護之[179]。是以造成了「以各州法律保護未公開發表之著作，以聯邦法保護已公開發表之著作」的雙重標準[180]。

受著作權法保護之已公開發表之著作，當然亦須受制於著作權法制上關於合理使用等之限制；而未公開發表之著作既係作者之私人財產，自然無對該等著作主張合理使用之可能。美國著作權局於一九六一年之報告中即明言：未公開發表

---

[175] 關於事實性著作對合理使用有較大之容許性的相關理論，包括：「促進公益理論」、「概念與概念表達方式區分理論」及「著作人默示同意理論」，請參見黃怡騰前揭論文，頁二七八至二八二。

[176] Nimmer, at §13.05[A][2][a](2000).

[177] ("medical and legal publications" and other scientific works in that "the authors are supposed to give forth, not only for their own pecuniary profit, but for the advancement of science…subsequent authors are sometimes entitled, and, indeed, required, to make use of what precedes them in the precise from in which last exhibited…" See Sampson & Murdock Co. v. Seaver-Radford Co., 140 Fed. 539 (1st Cir. 1905), *cite from* Nimmer, *Id*.

[178] *Id*.

[179] 此一情形在早期之英國亦同。英國於一七〇九年安妮法案制定之後，出版商仍積極爭取永久存續之著作權，認為實定法(安妮法)不能取代習慣法，一七六九年之 Millar v. Taylor 一案即判決：著作物首次出版後，受安妮法與習慣法之雙重保護二十八年，待實定法期間屆滿後，該著作物仍受習慣法之保護，無期間之限制。然此一判決在五年後又為 Donaldson v. Beckett 所推翻，在 Donaldson 案中，法院明白宣示著作權係屬於作者之權利，已出版之著作可到受安妮法之保護，然二十八年法定期間屆滿後即告終止；未出版之著作，著作權人依習慣法所可享有之權利則不受影響。是以著作一經出板，即喪失習慣法之保護。See Debora J. Halbert, Intellectual Property in the Information Age: The Politics of Expanding Ownership Right (1999), at 6-7.

[180] "state protection for unpublished works, federal protection for published works." See William F. Patry, The Fair Use Privilege in Copyright Law (1985), at 441.[hereafter "William F. Patry"]

著作在習慣法之保護下，排除合理使用原則之適用[181]。在當時的著作權法學界亦多支持此一看法，認為：「著作作品係著作人智慧勞動的心血結晶，亦為著作人的財產，在其出版之前，如同存在於有體物上的財產權利，他人不得任意加以侵犯；…著作人得對其尚未出版之著作，行使最高的控制權利，…著作人亦有權決定其著作應否及如何對外公開發表[182]。」

2. 一九七六年修正著作權後之情形

在一九六〇年代，美國國會因教育界及圖書館團體之大力遊說，開始積極處理有關著作權法之修法事宜[183]。由於國會決定廢棄原有之著作權登記取得主義，改採自著作完成時起即自動取得著作權之保護之創作取得主義，則無論著作公開發表與否，一律享有著作權之保障。在針對合理使用原則應如何延伸至舊法時代原本不受限制之未公開發表之著作上時[184]，國會曾提出下列看法：

「尚未公開發表之著作雖然尚無法取得，然對於該著作主張合理使用之可適用性，應限縮在狹窄的範圍內，著作是否公開發表，係憑藉著作權人審慎考量後之結果。在通常之情況下，著作權人”首次公開發表之權利”，其重要性遠勝於任何為課堂上教學之目的而為重製之需求[185]。」

對美國著作權之合理使用原則有深入研究之 William F. Patry 教授認為，雖然未制定於著作權法第一〇七條之條文中，然根據上述美國國會報告書之宣示，顯示國會支持並意圖(intent)，將對未公開發表著作主張合理使用之範圍予以窄化[186]。因此，美國一九七六年之著作權法，對於尚未公開發表著作所得主張合理使用的可能性及範圍，相對於已公開發表之著作，仍受到較多的限制。

（二） Harper & Row 案之分析

在有關尚未公開發表之著作與合理使用間之關係的討論中，Harper & Row, Publishers, Inc. v. National Enters, Inc.[187]一案係最具有代表性之案例，並對該案之後的法院判決，甚至一九九二年美國修正著作權發第一〇七條，均產生了重大的影響。

1. 法院判決

本案經原告 Harper & Row 出版公司上訴至美國聯邦最高法院，該院即以下列理由駁回上訴法院之判決，認為被告對尚未公開發表之著作為利用的行為，不能成立合理使用。

---

[181] *Id*., at 441 n.431.

[182] See Drone, The Law of Property in Intellectual Productions 8 (1897). 轉引自黃怡騰，頁二九五至二九六。

[183] 關於國會在一九六五至一九七六年間之修法活動，William F. Patry 教授在其著作「The Fair Use Privilege in Copyright Law」中曾列有年表. See William F. Patry, at 445-47 nn.446-466.

[184] 在修法過程中，負責向國會提出修法建議之著作權局，仍建議國會對未公開發表之著作，採取與習慣法相同嚴密的保護，直到著作人自願將著作對外公開為止。關於美國著作權局之研究報告，請參見 Copyright Law Revision, Report of the Register of Copyrights on the General Revision of the United States Copyright Law, 87th Cong., 1st Sess., 41 (Comm. Print 1961).

[185] “The applicability of the fair use doctrine to unpublished works is narrowly limited since, although the work is unavailable, this is the result of a deliberate choice on the part of the copyright owner. Under ordinary circumstances the copyright owner’s ‘right of first publication’ would outweigh any needs of reproduction for classroom purposes.” See H.R. Rep. No. 2237, 89th Cong., 2d Sess. 63 (1966), accord H.R. Rep. No. 83, 90th Cong., 2d Sess. 34 (1967). 此段宣言最後融入一九七五年之國會報告中, See Sen. Rep. No. 94-473, 94th Cong., 1st Sess. 64 (1975).

[186] 其指出，國會此一意圖可由四點事實佐證：第一，立法報告書中將已公開發表著作與未公開發表著作加以區分；第二，著作權法第一〇七條係為將合理使用司法原則(the judicial doctrine of fair use)法典化，而該原則在習慣法下排除合理使用適用於未公開發表之著作；第三，國會被要求在同法非將習慣法法典化之其他條文中制定明確的法定條款；最後，同法第一〇八條係唯一考量到重製未公開發表著作之法定條款。See William F. Patry, at 444 n.442.

[187] See Harper & Row, 471 U.S. 539

法院首先聲明，著作權之制度係為促進而非阻礙知識之累積[188]，故著作權法中賦予著作權人之各種權利，係為保障著作人可因其保存知識之努力而獲得合理之回饋[189]。而此等獎勵著作人之諸多專有權利，最終係為增進社會大眾之福利。

法院指出，或許係受到著作人將其著作向外公開發表時，含有他人即可”合理並符合慣例”(reasonable and customary)的利用其著作之默示同意的影響，在傳統上，合理使用原則並不適用於未公開發表之著作，此一傳統雖因合理使用之衡平性質而被緩和，然不可否認的是：「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[190]。」未經著作人之同意即將其著作公開，嚴重傷害到著作人決定是否、或何時公開其著作之權利。

被告指稱，國會將「第一次公開發表」之權利制定於第一〇六條內，而該條須受制於同法第一〇七條有關合理使用之限制，故國會係有意將合理使用原則適用在公開及未公開之著作上[191]。對此法院表示，著作人首次公開發表其著作之權利，與第一〇六條中所規定之其他專有權利間存有「固有之差異」，蓋只有一個人(著作權人)可以成為第一次公開發表人[192]。雖然著作權法第一〇六條中所規定之各種專有權利，應受到第一〇七條有關著作權之限制規定，然如立法理由所示，第一〇七條係為”重申”司法慣例上之合理使用原則，而無意”改變、限縮或擴大”之，故關於習慣法上對於未公開發表著作所為之考量即應予以維持。因此最高法院判定，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[193]。」

即使著作未公開發表之狀態不利於主張合理使用之抗辯，然被告辯稱，合理使用原則應可適用於「行將公開發表之手稿」(soon-to-be published manuscript)，因為該著作人並不欲保持其著作於不公開之狀態(non-publication)。被告推論，未公開發表之性質僅應適用於私人信件，或其他具有私密性之寫作，而不應適用於欲出版之著作[194]。

最高法院則否決此一抗辯。法院指出，習慣法上對於未公開發表著作之保護亦適用於行將公開發表的著作上，係正當且具有權宜上之必要[195]。惟有保障作者之著作在未發表之狀態下不受侵害，且藉由賦予作者或著作權人控制其公開發表之權利，而使其可因公開發表而實現經濟上之利益，並獲得知名度等附帶價值，始足以確保著作權人有將其著作對外公開發表之意願[196]，以完成著作權法促進學術及實用藝術的創作與流通，而使著作權人及社會大眾同蒙其利之目的。因此，聯邦最高法院判定：「在通常的情況下，作者對其尚未公開散布之著作，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[197]。」

---

188 “copyright is intent to increase and not to impede the harvest of knowledge.” *Id*., at 545.

189 “The rights conferred by copyright are designed to assure contributors to the store of knowledge a fair return for their labors.” *Id*., at 546, *citing* Twentieth Century Music Corp. v. Aiken, 422 U.S. 151, 156 (1975).

190 “the fact that plaintiff’s work is unpublished…is a factor tending to negate the defense of fair use.” *Id*., at 551., *citing* Copyright Law Revision, 87th Cong., 1st Sess., 41 (Comm. Print 1961).

191 *Id*., at 552.

192 “First publication is inherently different from other §106 rights in that only one person can be the first publisher;” *Id.*, at 553.

193 “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.

194 *Id.*

195 “The absolute protection the common law accorded to soon-to-be published works ‘[was] justified by [its] brevity and expedience.’” *Id*., at 555, *citing* Goldstein, Copyright and the First Amendment, 70 Colum. L. Rev. 983, 1004-6 (1970).

196 *Id.*

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

根據上述之理由，法院最終決定：「就著作之性質而言，未公開發表之狀態係最重要的因素[198]」，而「對於未公開發表著作為合理使用之範圍應較為狹窄[199]」。並整合其他三項事實要素之判斷，法院認定被告 Nation Enterprises 的利用行為不構成合理使用。

2. 本案評論

在本案中，主審之 O’Connor 大法官基於歷史傳統及美國一九七六年著作權法之修正理由，提出了多項深具影響力之觀點：

一、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。

二、在通常的情況下，作者對其尚未公開散布之著作，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。

三、習慣法上對於未公開發表著作之保護亦適用於行將公開發表的著作上，係正當且具有權宜上之必要。

根據上述見解，美國著作權法上關於”就未公開發表著作，得否主張合理使用”之爭辯，終於獲得定論：「就著作之性質而言，未公開發表之狀態係最重要的因素；對於未公開發表著作為合理使用之範圍應較為狹窄。」

本案之判決結果雖有其他五位最高法院法官之背書贊同，但仍有以 Brennan 為主之三位大法官提出不同意見書(dissenting opinion)[200]。Brennan 法官首先指出，被告引用福特總統回憶錄之部份---有關尼爾森總統因水門事件而辭職的醜聞---係無可置疑(undoubted significance)的屬於「歷史事件」，雖然主審法官係為保障「促進創作及公開概念之經濟上誘因[201]」，然其已然窒塞了著作權法意欲維護之散布概念與資訊的範圍[202]。

再者，關於就未公開發表著作成立合理使用之可能性，若僅因其未公開發表之性質即嚴格限制對其主張合理使用的範圍，Brennan 法官認為主審法官實則建立了一個「反對就未公開發表之著作成立合理使用的武斷推定[203]」，此武斷的推論不但在其本身條件上有不當之處，亦違反了國會的意圖，蓋此見解實際上限制了法院依據個案認定之原則，就著作權法第一〇七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[204]。

針對本案不同意見書中指陳，主審法官在本案中建立了「反對就未公開發表之著作成立合理使用的武斷推定」，美國著名之著作權法學家 Melvile B. Nimmer 認為，該推定實則未如 Brennan 大法官所言之”武斷”[205]。其指出，若此一推定果真成立，確實會阻斷法院在有關未公開發表著作的案件中，就第二項事實要素判定合理使用之空間[206]。然而，本案主審法官的推定僅限於”通常情況下”，且其雖認為”著作未公開發表之性質，確實是一個傾向不利於合理使用抗辯之關鍵性因素”，然亦強調該因素”不具有決定性”。是以 Nimmer 教授認為，Harper & Row 案之判決僅顯示，對於尚未公開發表之著作成立合理使用之條件應予嚴格限

198 “The fact that is unpublished is a critical element of its ‘nature.’” *Id.*, at 564.

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

200 最高法院中共有九位參與評議的大法官，除主審法官 O’Connor 外，對本案投贊成票的尚有首席大法官 Burger, 以及 Blackmun, Powell, Rehnquist, 及 Stevens 等四位大法官，而投反對票者則有大法官 Brennan, White, 及 Marshall 等三位。*Id.*, at 579.

201 “the economic incentive to create and disseminate ideas.” *Id.*, at 558.

202 “stifle the broad dissemination of ideas and information copyright is intended to nurture.” *Id.*, at 579.

203 “a categorical presumption against prepublication fair use.” *Id.*, at 595.

204 *Id.*, at 596 n19.

205 See Nimmer, at §13.05[A][2][b](2000).

206 在後來的 Salinger 案與 New Era Publishers 案中，二審法院所作之判決即證明了 Brennan 大法官之疑慮。請參見本研究後述之討論。

制，然並未完全否定對其主張合理使用之可能。

（三） Harper & Row 案之影響

對於美國聯邦最高法院在 Harper & Row 案判決理由中所言之「通常情況」、「範圍應較為狹窄」、以及「決定性／關鍵性因素」等模糊曖昧之用語，下級法院在解釋上各有不同，因而引發相當多的爭議，最後更促成美國國會於一九九二年針對著作權法第一〇七條之修正。分述如下。

1. Salinger 案

在 Harper & Row 案判決後，第一個引起爭議之有關未公開發表著作的案例，係一審由美國紐約聯邦南區地方法院法官 Pierre N. Leval 主審，然為聯邦第二巡迴上訴法院所駁回之 Salinger v. Random House, Inc.[207]案。

（1）案例事實

本案原告係著名小說「麥田捕手」(The Catcher in the Rye)的作者 J.D. Salinger，控告 Random House 出版公司，因其欲出版由傳記家 Ian Hamilton 所著，描繪原告生平及創作風格之傳記(J.D. Salinger: A Writing Life)，而該傳記中引用許多原告與他人往來信件中之內容。該等信件已由收件人捐贈給哈佛、普林斯頓，及德州大學之圖書館收藏，各圖書館對於該等信件的利用範圍，均作了若干限制[208]。

由於 J.D. Salinger 極重隱私，並表示不願在其生前見到自己的傳記，因而當被告於傳記出版前將原稿送請原告審閱時，原告即拒絕該傳記之出版，即使經被告修改並刪除部分評論後之版本亦同。於此同時，原告並將存放於三所大學圖書館內未公開之私人信件，俱為著作權之登記。

（2）法院判決

針對係爭信件尚未公開之性質，一審之 Leval 法官認為，在 Harper & Row 案中雖建立「在通常的情況下，作者對其尚未公開散布之著作，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」及「對於未公開發表著作為合理使用之範圍應較為狹窄」，因此「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」之推論程序，然法院仍有權就個案作合理使用之分析，非謂未公開之著作即當然不能成立合理使用[209]。

Leval 法官另以被告所引用之部份，其中僅有三十個為引證所必要之句子或段落係屬原告受著作權保障之題材，其餘則為原告信件中以非常普通的文字所組成(ordinary word combinations)，不足以受到著作權保護之不含有原創性要素之部份[210]，且被告之利用行為不致影響原告信件未來潛在的市場[211]等理由，判定被告之行為成立合理使用之抗辯。

或許是受到該院所為 Harper & Row 案之二審判決遭最高法院駁回之影響，第二巡迴上訴法院在本案採取嚴格遵從最高法院所為見解之態度，甚至對未公開發表之著作賦予比最高法院更周延之保護[212]。

法院首先強調，Salinger 的私人信件仍屬未公開之性質，不因其收藏在供大眾自由接觸之圖書館內，並開放給有關學者為利用，即改變其尚未公開之性質

---

[207] See Salinger, 650 F. Supp. 413 (S.D.N.Y. 1986), *rev'd*, 811 F.2d 90 (2d Cir. 1987), *cert, denied*, 484 U.S. 890 (1988).

[208] 例如僅得在館內閱覽，且不得抄襲對外流通傳閱、或未經圖書館及作者之同意而公開發表該等文件，並須簽定遵守約定之同意書。*Id*., 650 F. Supp. 413, 416-17.

[209] *Id*., at 421.

[210] *Id*., at 419.

[211] *Id*., at 428.

[212] *Id*., 811 F.2d 90.

[213]。而合理使用原則雖可適用於未公開發表之著作，然根據最高法院在 Harper & Row 案之見解：「對於未公開發表著作為合理使用之範圍應較為狹窄」。

然第二巡迴上訴法院對於最高法院之見解產生解釋上之疑異。其指出，在審酌第二項事實要素時，「較為狹窄」或可解釋為：「在案件”數量”上，對未公開發表著作認定合理使用之情況，應比已公開發表著作的情況下來的少；或是在利用範圍之”總量”上，對未公開發表著作為重製時，可被認定為合理使用之利用範圍，應比已公開發表著作可被利用的範圍來的小[214]。」據此，上訴法院認為最高法院之意旨，應在於「尚未公開發表的著作，通常應受到較完整的保護，他人不得任意重製其受保護之表達(protected expression)」，而所謂「較狹窄的範圍」，則係指「對尚未公開發表之題材成立合理使用之可能性，係相當微渺的[215]。」

是以上訴法院以成立合理使用之”可能性”，取代成立範圍的限制，並明言尚未公開發表著作應受到較完整的保護，故該可能性係”相當微渺的”。按照此一判決結果，則 Brennan 大法官在 Harper & Row 案不同意見書中所疑懼的：「反對就未公開發表之著作成立合理使用的武斷推定」已然成立，根本否決了對未公開發表著作成立合理使用之機會。

2. New Era Publishers 案

在引起喧然大波的 Salinger 案後之翌年，Leval 法官又受理了另一件類似之案例 New Era Publishers v. Henry Holt[216]。雖然 Leval 法官在此案中極欲將第二巡迴上訴法院在 Salinger 案中形成之嚴格解釋，導回到 Harper & Row 案之原始見解，然二審時仍被第二上訴法院拒絕，茲分述如下。

(1) 案例事實

被告 Henry Holt 出版公司了一本由傳記作家 Russell Miller 以 Scientology 教會的創建人 L. Ron Hubbard 為主角之傳記著作「彌賽亞的真實面： L. Ron Hubbard 的真實故事」(Bare-Faced Messiah: The True Story of L. Ron Hubbard)，主要內容係為揭發 Hubbard 的虛偽面，指摘其沽名釣譽、驕傲自大，甚至帶有偏執性格。作者引用許多新聞、信件、書籍等資料作為例證，其中包括 Hubbard 捐贈給 Scientology 教會，由 New Era Publishers 出版公司持有著作權之私人信件及日記，New Era Publishers 即代表教會，向法院請求禁止被告繼續出版該傳記[217]。

原告指稱，被告所利用者為未公開發表之題材，依據 Harper & Row 案之判決，合理使用原則不應適用於未公開發表之著作。被告以合理使用為抗辯，主張其係為舉證之目的而利用原告之著作[218]。

(2) 法院判決

承審一審的 Leval 法官首先重申：著作未公開發表之性質雖傾向「不利於合理使用之成立」，然而其「非具有絕對之決定性」；上訴法院所言”通常情況下”應獲得之”完整”的保護，非謂”必然如此”，而從”較狹窄”之範圍衍譯而來

---

[213] *Id.*, at 97.

[214] "This could mean either that the circumstances in which copying will be found to fair use are fewer in number for unpublished works than for published works or that the amount of copyrighted material that may be copied as fair use is a lesser quantity for unpublished works than for published works." *Id.*

[215] "that such [unpublished] works normally enjoy complete protection against copying any protected expression. Narrower 'scope' seems to refer to the diminished likelihood that copying will be fair use when the copyrighted material is unpublished." *Id.*

[216] See New Era. 695 F. Supp. 1493.

[217] 原告早先亦曾向英國、加拿大及澳洲法院為相同之請求，然均遭駁回，因此該傳記已在此三國出版發行。被告在本案審理前已在美國發行一版，第二版亦已印製完成。*Id.*, at 1497-98.

[218] *Id.*

之”微渺的可能性”，亦非謂”不可能”[219]。因此，Leval 法官的結論為：「任何人若欲對受著作權保護之未公開發表著作主張合理使用，則其必須就相關合理使用之因素，證明其具有非常強烈之正當性[220]。」

針對合理使用第一項要素之分析，法官認為，就被告之整體著作而言，其確係存在”強烈的評論性及教育性合理使用目的”。而就該著作個別的段落加以分析時，雖被告若不引用原告受著作權保護之”概念表達”即無法完成其著作之目的，然在某些段落中，被告利用原告未公開發表著作之行為卻已超出引證之必要範圍[221]，不具合理使用之正當性，未能符合對未公開發表著作成立合理使用之範圍應”較狹窄”之要求[222]。地院法官最後判決第二、第三要素不利於被告，因此被告行為不成立合理使用，然於由於其侵權程度尚屬輕微，故法院並未允許原告禁制令之請求，而改判為金錢上之損害賠償。

二審之第二巡迴上訴法院雖肯認地院之判決，然確係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[223]。尤以第二事實要素而言，對於 Leval 法官根據被告利用之目的，就其對未公開題材的利用行為是否具有合理使用之正當性作逐一分析，上訴法院認為此一程序係屬多餘，並指出「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之適用從未對侵權行為人有利過，我們在此亦不為之[224]。」而既然係爭有著作權之信件係屬於未公開者，則第二事實要素強烈的(weighs heavily)對原告有利[225]。

是以二審法院仍堅持該院在 Salinger 案中所形成之推論，如此即使得對未公開發表著作成立合理使用之可能性，將成為「遙不可及」(remote)之期待[226]。本案判決一出，引起學界、新聞界及出版界極大的爭議，並危及須仰賴未公開發表著作之傳記作家、歷史及文學研究人員的研究及出版工作，自此各界即積極展開遊說國會修法的活動[227]。

3. 美國國會之對第一〇七條之修正

前述兩個由第二巡迴上訴法院所作成之有關對於未公開發表著作之案例，均曾上訴至美國聯邦最高法院，然俱經最高法院未付理由(certiorari denied)而

---

[219] “the unpublished nature of the copyrighted work tends ‘to negate a defense of fair use’ but is ‘not necessarily determinative.’…The ‘complete’ protection of which it speaks obtains ‘normally’, not inevitably. The opinion clarifies that the diminished likelihood that fair use will be found in a copying of unpublished material, not impossibility.” *Id*., at 1503.

[220] “who purports to make a fair use of unpublished copyrighted matter must make a particularly compelling demonstration of justification, upon full consideration of the relevant fair use factors.” *Id*., at 1504.

[221] Leval 法官將被告利用原告未公開發表著作之目的區分為二：一係為使被告著作之內容更為”生動”(to enliven text)，另一係為傳達某些觀點(to communicate significant point)，若引用係為前者之目的，則已超出完成其著作之必要範圍。*Id*.

[222] *Id*., at 1520.

[223] 二審法院僅同意地院在第三事實要素之認定。在第一要素中，二審法院認為只要被告著作屬於評論、講學或研究之目的，即應成立合理使用，地院嚴密分析被告利用之目的殊無必要。而在第四要素之分析上，二審法院則認為被告行為將影響讀者購買原告著作之意願，亦不同意地院所為之認定，並認為地院拒絕判發禁制令之部份存有瑕疵，故仍對被告發出禁制令. *Id*., 873 F.2d 576.

[224] “Where use is made of materials of an ‘unpublished nature,’ the second fair use factor has yet to applied in favor of an infringer, and we do not to do so here.” *Id*., at 583.

[225] 值得一提的是，當 New Era Publishers 案被告 Henry Holt 出版公司要求法院再開聽證而仍被拒絕時，原本在 Salinger 案作出「對尚未公開發表之題材成立合理使用之可能性，係相當微渺」之見解的 Newman 法官卻提出不同意見書，認為應重新考量對未公開發表著作成立合理使用之可能性。其指出，若重製行為係真正合理，且係正確的報導一件事實時，在此等有限的情況下，或可將合理使用原則適用於未公開發表之著作。See New Era, *reh'g en banc denied*, 884 F.2d 659 ,662 (2d Cir. 1989).

[226] See Nimmer, at §13.05[A][2][b](2000).

[227] 參見黃怡騰前揭論文，頁三一四至三一五。

自程序上駁回[228]，使得各界原本以為最高法院將藉審理機會釐清爭議的期望落空，故轉而尋求國會以立法之方式補救。

與此同時，第二巡迴上訴法院又從紐約地院受理了一件對未公開發表著作主張合理使用之上訴案件，即 Wright v. Warner Books, Inc.[229]，上訴法院仍主張「未公開發表之著作，是第二事實要素之最愛…因此，此一特別要素對原告相當有利[230]」。然就原告未公開發表著作中具有原創性之部份，被告僅為輕微之利用(sparing use)，法院據此判定被告之行為成立合理使用。

上訴法院所為 Warner Books 出版公司成立合理使用之判決，或多或少係受到當時各界反對聲浪之影響，而美國國會亦立即針對此一問題作出回應，於一九九二年十月二十四日修正著作權法第一〇七條[231]，增訂第二項後段：「著作尚未公開發行之事實本身，不應排除合理使用之認定」。

國會在立法報告中指出：「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一九七六年著作權法中的合理使用原則，考量所有列於第一〇七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[232]。」

「(司法)委員會並無意變更現行法院對於著作未公開發表之性質，在合理使用第二事實要素下所為之評價。對於未公開發表著作主張合理使用時，最高法院在 Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises 案中所建立之一般性原則仍應予適用[233]。」

從上述兩段國會之修法理由中可知，國會欲將第二事實要素下對著作未公開發表之性質的考量，拉回到最高法院在 Harper & Row 案中所持之見解，以避免各級法院作成各自岐異或過於擴張之解釋。而各界針對未公開發表著作是否可成立合理使用所產生之疑問，終於獲得解答。

（四） 小結

在 Salinger 案與 New Era 案承審一審的紐約地院法官 Pierre N. Leval，就其審理之未公開發表著作成立合理使用之經驗，提出下列看法：

在合理使用之討論上，一個被認為具有美學或教育意義之創作，與單純為私人使用之文件或備忘錄之間，有很大的不同：前者係著作權目的之核心---促進為公共教育目的之創作；後者則僅具有些微的意義[234]。因此，在考量合理使用之第二個要素時，對於為公開出版而創作之原創人，應比對完成與著作權法無關之文件之人，受到更強列的保護。

---

[228] Salinger v. Random House, Inc.,*cert, denied*, 484 U.S. 890 (1988); New Era Publications Int'l, Aps v. Henry Holt and Co., *cert. denied*, 110 S.Ct. 1168 (1990).

[229] See Wright v. Warner Books, Inc., 748 F. Supp. 105 (S.D.N.Y. 1990), *aff'd*, 953 F.2d 731 (2d Cir. 1991).

[230] "unpublished works are the favorite sons of factor two…this particular factor accordingly weighed heavily in favor of plaintiff." *Id*., at 737.

[231] 「A bill to amend title 17, United States Code, relating to fair use of copyrighted works」, Pub. L.102-492, H.R.4412(1992).

[232] "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.

[233] "It is not the Committee's intention to alter the weight currently given by the courts to the unpublished nature of a work under the second fair use factor. The general principles regarding fair use of unpublished works set forth by the Supreme Court in Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises still apply." *Id*., at 9.

[234] "One is at the heart of purpose of copyright – the stimulation of creative endeavor for the public education. The others are, at best, incidental beneficiaries." *Id*., at 1117.

現行著作權法無論著作公開發表與否，一經創作完成，即可獲得著作權之保護。然為公開發表而創作之著作，才是最應受到著作權法保護之對象，因為該等著作可使大眾便於接觸利用，促進知識之流通。而非為公開發表而創作之題材，其基本上並無意於公共知識之傳播，若其反而受到比著作權法本欲保護之著作更為強健之保護，並拒絕對其成立合理使用之可能，在著作權法制下係奇異而不合邏輯的[235]。對於私人文件之保護，應屬隱私權法之範圍，而非著作權法。如同最高法院在 Harper & Row 一案中所欲傳達之概念，係為保護為出版目的而創作，或正準備出版之未公開發表著作，而非保護為私人目的而完成，且欲私自持有之著作(held in secrecy)[236]。

是以，針對合理使用第二事實要素，應考量的基本原則(principles)如下：第一，其所欲維護者，係著作權法本欲保護之具有創造性或原創性之著作。因此，為公開發表，或即將公開發表而創作之文章或草稿，應比為私人目的而完成之題材受到更強健之保護。越是接近著作權法保護核心之著作，則其他因素，包括正當性，即越應有利於利用人成立合理使用之認定[237]。

第二，除非係為公開發表而創作或正準備公開，否則被利用著作之未公開的性質，應僅為判斷利用行為是否構成合理使用之一小項因素而已。換言之，若利用對象係即將公開發表之著作，且利用人的行為將嚴重影響作者之利益時，則被利用著作之未公開的性質，即成為足以否定成立合理使用之強烈因素[238]。

最後，第二事實要素僅為合理使用分析的四項要素之一，不應如 Salinger 案或 New Era 案將之視為具有決定性之地位[239]。對私人信件予以全盤抄襲，而未予可使利用行為正當化以轉化(without transformative justification)，當然不能成立合理使用；反之，若利用行為存有充分的正當性，且為對作者之利益造成嚴重損害時，則即使係對未公開發表之題材為整體之利用，法院亦無否定其成立合理使用之可能[240]。

四、 已絕版之著作

在分析被利用著作之性質與合理使用之關係時，除前述該著作係屬於事實性著作或創作性著作，以及著作公開發表與否之討論外，在美國司法實務上，尚有針對被利用著作是否已經絕版，能否從正常管道取得之考量。

美國參議院於一九七六年之立法報告中，曾就此一問題有過如下之見解：

「合理使用之另一個關鍵性事實，雖非決定性因素，係潛在的使用者能否取得該著作。若該著作係已經絕版，並難以經由正常管道取得者，則使用者對於此等著作為重製行為，將比對一般著作為重製行為更具有正當性。然若有經授權之機關以合理之價格提供該等絕版著作之影印重製物時，則屬另一個應考量之事實[241]。」

---

[235] *Id*., at 1118.

[236] *Id*., at 1119-20.

[237] "Thus, a text, including drafts, created for publication, or on its way to publication, presents a stronger case for protection against fair use than matter written exclusively for private purposes. The more the copyrighted matter at the center of the protected concerns of the copyright law, the more the other factors, including justification, must favor the secondary user in order to earn a fair use finding." *Id*., at 1122.

[238] "If, on the other hand, the writing is on its way to publication, and premature secondary use would interfere significantly with the author's incentives, its as yet unpublished status may argue powerfully against fair use." *Id*.

[239] "There is no logical basis for making it determinative, as was effective done in Salinger and New Era." *Id*.

[240] *Id*.

[241] "another key, though not necessarily determinative, factor in fair use is whether or not the work is available to the potential user, If the work is 'out-of-print' and unavailable for purchase through normal channels, the user may have more justification for reproducing it than in the ordinary case, but the existence of organizations licensed to provide photocopies of out-of-print works at reason able cost is a factor to be considered." See Sen. Rep. No.

為促進知識之流通，國會對已絕版之著作之利用賦予較大的合理使用空間，然著作處於絕版之狀態，並不表示該著作已喪失著作權之保護[242]。在 Meeropol v. Nizer 一案中[243]，法官指出原告父母之信件已絕版二十年以上之事實[244]，不代表該等信件即無未來的市場。其再版或授權製作電影之市場仍可能會被該侵權著作所影響。故在判斷某著作是否真的絕版，應注意該絕版狀態是否係著作人有意為之，以待日後市場上有需求時再為出版；或可能雖不再以相同之形式出版，但能有可能衍生為其他形式之著作，若對處於前述絕版情況下之著作為利用時，即不應放寬利用人主張合理使用之範圍。

伍、 利用之數量與重要性

一、 本款規定之內涵

在合理使用之分析上，法院第三個要考量之事實因素為：「所利用部分相對於著作之整體，在數量上與重要性之比例[245]。」

（一） 數量與重要性

針對法條之文義解釋，所謂”數量上”(amount)，係指對利用部分之數量(quantitative)為判斷；而所謂”重要性”(substantiality)，有稱係對利用部分在”質量”(qualitative)上之評價，或直接以”價值”(value)，或”重要性”(importance)稱之。

在形成合理使用原則之 Folsom v. Marsh 一案中[246]，Joseph Story 法官曾言：「法院在判斷對於原著作內容之利用行為，在何程度下始屬法律所認可之非侵權使用的問題時，當然不能因為被告實質上或形式上利用原告全部或大部分之內容，即認定係為侵害原告著作權之行為。然若其程度已使原告著作之價值減損，或對原告辛勞所得之成果造成實質傷害，如此即足以構成法律所指之剽竊行為[247]。…簡言之，在決定此種問題時(是否構成合理使用)，吾人必須考量…使用他人著作之程度與價值…[248]。」故不能以被告利用原告著作全部或大部之內容，就逕予認定被告之行為侵害原告之權利，尚須視該利用行為之程度是否會損及原告著作之價值。因此，除了”數量上”之考量外，更需衡量利用之”程度”對原告著作所生之影響，換言之，即使被利用部分在數量尚不具顯著性，然在”重要性”上，若已構成程度重大之利用時，即不得構成合理使用。

例如，在 Harper & Row 一案，被告 Nation 雜誌僅引用福特總統回憶錄裡的三百個字，相對於全文長達二十萬字的手稿，Nation 的所為利用之數量可謂微乎其微，且亦僅佔該篇報導之百分之十三。然而，一審地院卻認為 Nation 所引用之有關福特總統赦免尼克森之部份「實質上係全書之心[249]」。最高法院亦同意此一判斷，並另舉一例指出，在 Meeropol v. Nizer 案中[250]，被告利用原告父母

94-473, 94th Cong., 1st Sess. 64 (1975).

[242] See Nimmer, at §13.05[A][2][b](2000).

[243] See Meeropol v. Nizer, 560 F.2d 1061 (2d Cir. 1977).

[244] 原告父母涉及一件轟動全美的叛國案，已遭處決，他們在監獄中與其律師往來之信件曾被編輯為「Death HouseLetters of Ethel and Julins Rosenberg」一書，於一九五三年出版，於審判當時已絕版十六年以上. *Id.*, 361 F. Supp. 1063, 1065 (S.D.N.Y. 1973).

[245] 17 U.S.C.A. §107 (3): “the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole.”

[246] See Folsom v. Marsh.

[247] See *supra* note 17.

[248] See *supra* note 14.

[249] “The Nation took what was essentially the heart of the book.” See Harper & Row, 557 F. Supp. 1067, 1072.

[250] See Meeropol v. Nizer, 560 F.2d 1061.

未公開發表信件之內容，僅佔被告著作的百分之一，然此百分之一卻係該侵權著作中最具「顯著特色」(prominently featured)之部份，故認為該等被利用之部分對侵權人之著作具有相當之重要性，因此不構成合理使用。又如前述「為課堂使用之多數重製」中所提到的 Basic Book, Inc. v. Kinko’s Graphics Corp.[251] 案，在第三事實要素之判斷上，法院雖認知到關於何為”合理”之”質”與”量”，並無明顯之標準，但既然被告所影印重製之部分係各科教授們指定學生研讀之重點，故法院據此認定該等被重製者係原告著作中極具重要性之部份，且被告所為重製之數量相當龐大，亦無法通過第三要素之檢驗[252]。

（二） 本事實要素之分析適用

在為第三事實要素之分析時首應澄明，關於被利用著作中不受著作權保護之部份，任何人均得自由利用之，不受任何限制，故亦無所謂數量或重要性上之考量。而對於著作中受保護之具有原創性之思維表達的部份，亦僅在利用之數量及重要性已屬重大程度之範圍時，才有為合理使用判斷之必要。

1. 對照比較之對象

美國著作權法第一〇七條中規定，需考量被利用部分之數量及重要性佔”有著作權著作”之比例，此係為合理使用第三事實要素之分析時，首要為之的步驟。然法院通常亦會將該等被利用之部份與利用人之著作加以比對，以判斷該等被利用之部分對於利用人之著作而言，在數量上是否已超出引用佐證之必要，或是否在利用人之著作中具有相當之重要性。

如 Harper & Row 案，最高法院即指出：「如法條用語所示，不得以其所利用者僅佔侵權著作之一小部份作為免責之藉口。正如 Learned Hand 法官在 Sheldon v. Metro-Goldwyn Pictures Corp. 案中所為之闡釋：”從來未有任何剽竊他人著作之人，可藉由證明其著作中尚有許多未抄襲他人著作之部份，即可因之而免除責任者。”相反的，侵權著作中之重要部分若係逐字抄襲他人著作而來時，正足以證明該被抄襲利用之題材，對該被利用著作之原著作人，及對欲藉銷售他人之思維表達以謀取自己利益之剽竊者，均屬極具重要價值之部份[253]。」

從此段判決理由可以看出，法院不但以原告著作為對照比較之對象，認為利用人所利用之部份，係原告著作”全書之心”；法院亦將被告自己之著作為比較對象，指出”不得以其所利用者僅佔侵權著作之一小部份作為免責之藉口”，且原告著作被利用之部分，”對欲藉銷售他人之思維表達以謀取自己利益之剽竊者”而言，亦”屬極具重要價值之部份”。

2. 相對判斷

一般而言，利用之數量越多(或越重要)，對著作人利益之影響越大，而該利用行為即越不符合合理使用[254]。至於對整體著作(entire work)為重製利用之情形，則通常無法成立合理使用之抗辯[255]。然而，若太過機械化的適用此一法則，

---

[251] See Basic Book, Inc. v. Kinko’s Graphics Corp., 758 F. Supp. 1522 (S.D.N.Y. 1991).

[252] *Id*., at 1533-34.

[253] “As the statutory language indicates, a taking may not be excused merely because it is insubstantial with respect to the infringing work. As Judge Learned Hand cogently remarked, ‘no plagiarist can excuse the wrong by showing how much of his work he did not pirate.’ Sheldon v. Metro-Goldwyn Pictures Corp., 81 F.2d 49, 56 (CA2). cert. denied, 298 U.S. 669, 56 S.Ct. 835 80 L.Ed. 1392 (1936). Conversely, the fact that a substantial portion of the infringing work was copied verbatim is evidence of the qualitative value of the copied material, both to the originator and to the plagiarist who seeks to profit from marketing someone else’s copyrighted expression.” See Harper & Row, 471 U.S. 539, 565.

[254] “In general, the larger the volume (or the greater the importance) of what is taken, the greater the affront to the interests of the copyright owner, and the less likely a taking will qualify as a fair use.” See Leval, at 1122.

[255] Eg., Infinity Broadcast Corp. v. Kirwood, 150 F.3d 104, 109 (2d Cir. 1998); Texaco, 802 F. Supp. 679, 687 (N.D. Cal. 1994); but see Sony, 464 U.S. 417, 446 (1984) (permitting copying of rntire motion picture by

亦可能導致錯誤之判斷，即使係對整體著作為利用之情況(例如，若欲對一首詩為評論，則不得不在評論中引用整首詩)，亦須考量其他因素是否足以成立合理使用。

(1)聯想原則(conjure up)

在詼諧諷刺之仿作之案例中，為仿作者通常會引用社會上知名人士之特殊性格、事件，或著作內容等作為嘲諷的對象。若嘲諷之對象為他人有著作權之著作時，則可能涉及侵害他人著作權之行為。法院在此類案件中最常處理之爭點，除諷刺仿作是否具有轉化之性質外，即為仿作者所利用之數量，以及所利用部分之重要性，是否已超過為達成詼諧諷刺之目的所必要之範圍，以及該仿作是否已造成取代原著作之結果等[256]。

為分析上述爭點，美國著作權法理論即出現了「聯想測試」(conjure up test):「若係為使人”聯想”起原著作之必要範圍內，則該諧仿作成立合理使用[257]。」亦即，該諧仿作中所利用原著作之數量，及所利用部分之重要性，應在足使讀者或觀眾勾起對原著作之印象的範圍內[258]，若超過此一聯想之必要範圍，則可能產生足以取代原著作之效果，如此即屬於超過利用目的之過度使用，無法通過此聯想測試，亦不能主張合理使用[259]。

(2) 些微利用(*de minimis* use)

所謂「些微利用」，依據美國著作權法學者 Alan Latman 之研究[260]，若利用之數量或利用部分之重要性，在數量上係「微不足道」，或實質上屬於「非顯著性」(insignificant)之些微使用，則基於「微量(罪)不舉」(*de minimis non curat lex*)之法理，不生侵害著作權之問題[261]。

對於「微不足道」或「非顯著性」之解釋，美國各級法院曾有不同之定義。有謂「將簡報影印一份並寄給朋友，或在私人的佈告欄上張貼一份引自他處的文章，此類雖未能促進公眾利益，但對作者僅生些微影響的行為，應可視為合理[262]」；或是針對圖書館內之影印重製行為[263]，「雖超過了”些微”之數量，然仍屬於社會大眾皆會認可之目的(socially laudable purpose)，故亦不構成著作權之侵害」。然此等對針對個案所為之解釋仍屬模糊，直至聯邦第二巡迴上訴法院作出 Sandoval v. New Line Cinema[264]之判決時，才有較明確的定義出現。

---

videotape machine for convenience of time-shifting). 原則上，若是將他人著作之全部或絕大部分加以利用時，在美國司法判決實務上，只有百分之十六點三的機會可能成功主張合理使用。See Mattew W. Wallace, Analyzing Fair Use Claims: A Quantitative and Paradigmatic Approach. 轉引自馮震宇，頁七十六。

256 See Nimmer, at §13.05[C](2000); See also Beth Warnken Van Hecke, But Seriously, Folks: Toward a Coherent Standard of Parody as Fair Use, Dec. 1992, 77 Minn. L. Rev. 465.

257 "Parody, is fair use if it appropriates no more than necessary to 'conjure up' the original." See Columbia Picture Corp. v. National Broadcasting Co., 37 F. Supp. 348, 351.

258 See Geri J. Yonover, Artistic Parody: The Precarious Balance: Moral Rights, Parody, and Fair Use, 14 Cardozo Arts & Ent. L.J.79, 105-6 (1996).

259 See Beth Warnken Van Hecke, at 476-78.

260 See Alan Latman, Fair use of Copyrighted Works, Study No. 14, in Copyright Law Revision, Studies Prepare for The Subcomm. On Patent, Trademark, and Copyrights of The Comm. on The Judiciary, United States Senate. 86th Cong., 1st and 2d Sessions. (1960 and 1961).

261 *Id*.

262 "Photocopying an old newspaper clipping to sent to a friend may be an example; pinning a quotation on one's bulletin board may be another. In each of these cases, the effect on the author is truly de minimis. Thus even though uses provide no benefit to the public at large, no purpose is served by preserving the author's monopoly, and the use may be regarded as fair." See Sony, 464 U.S. 417, 481-82.

263 See Williams & Wikins Co. v. United States, 487 F.2d 1345 (Ct. Cl. 1973), 420 U.S. 376 (1975).

264 See Sandoval v. New Line Cinema, 973 F. Supp. 409 (S.D.N.Y. 1997), *aff'd*, 147 F.3d 215 (2d Cir. 1998).

本案原告 Jorge Antonio Sandoval 係一位攝影藝術家，其創作了五十二幅黑白自畫像，其中十幅被本案被告 New Line Cinema 電影公司在其拍攝的電影「Seven」中，用作主角房間之背景裝飾，也因此在該電影的十一個鏡頭中，共出現了三十五點六秒。原告因此控告 New Line Cinema 電影公司侵害其著作權。

上訴法院指出，為認定侵害行為尚屬些微而可免於被訴，被控侵害者須先證明其對受保護之題材所為之重製行為「係非常瑣碎，”不符合通常係可被控訴之重製行為所必需之實質近似的要素”[265]」。而為決定該被控侵權之重製行為是否不符合實質近似的要素，法院須檢驗其對有著作權著作為重製之數量，以及被重製之部份在該被控侵權著作中之「可視性」(observability)的程度[266]。

最後，上訴法院認為原告照片在被告電影中雖出現了三十五點六秒，然因其多為灰暗模糊的遠鏡頭，或僅短暫的在不同的鏡頭中以背景之方式呈現，並無法讓觀眾清楚的辨認出原告之著作，因此認定被告係”些微”的利用原告之照片，無侵害可言，故成立合理使用。

是以第二上訴法院對係以”實質近似”作為判斷”些微利用”之依據，而利用人之著作是否與被利用著作”實質近似”，則除了針對利用數量之多寡為考量外，自此又多了一個”可視性”之因素。

陸、 利用行為對被利用著作之市場及價值之影響

美國著作權法第一〇七條第二項第四款規定：「利用行為對該有著作權著作之潛在市場或價值之影響」，被美國聯邦最高法院認為係「合理使用分析中最重要之單一要素[267]」。在此一事實要素之分析下，最主要的爭點在於如何界定被利用著作之潛在市場與價值，以及利用行為所生負面影響的認定與範圍，以下即分別討論之。

一、 本款規定之內涵

（一） 保護著作權人之經濟利益

「保障作者之心血創作能獲得合理的回報，係著作權法所生之立即影響。然而，著作權法之終極目標，則係藉由對作者之獎勵，以促進其創作對一般大眾均有益的著作[268]。」是以著作權法制定之目的，在於以經濟上之誘因獎勵各種著作之創作與流通，藉以促進知識與學術之累積，以及社會文化之進步。而合理使用應為「為增進知識、文學及藝術之必要，且不會剝奪創作者就其創作所應得之經濟上回報之利用行為[269]。」因此，若著作權人本可期待之經濟利益，因他人未經授權即行使著作權人對其著作之專有權利，因而受到的損害時，恐將減低著作人創作之意願，進而影響社會大眾接觸智識之權益。故對於被利用著作之潛在市場或價值將可能造成負面影響，並因而損及著作權人經濟上利益之利用行為，即不應認其構成合理使用之抗辯。

---

[265] “is so trivial ‘as to fall below the quantitative threshold of substantial similarity which is always a required element of actionable copying.’” *Id*., 147 F.3d 215, 217 (*citing* Ringgold v. Black Entertainment Television, Inc., 126 F.3d 70, 74 (2d Cir. 1997).)

[266] *Id.*

[267] “The single most important element of fair use.” *Id*., at 566.

[268] “The immediate effect of our copyright law is to secure a fair return for an author’s creative labor. But the ultimate aim is by this incentive, to stimulate the creation of useful works for the general public good.” See Twentieth Century Music Corp. v. Aiken, 422 U.S.151, 156 (1975).

[269] “fair use should be a use that is necessary for the furtherance of knowledge, literature, and the arts and dose not deprive the creator of the work of an appropriately expected economic reward.” See Leon Seltzer, Exemption and Fair Use, 24 (1978), *cite from* Manal Z. Khalil, The Applicability of the Fair Use Defense to Commercial Advertising: Eliminating Unfounded Limitations, 61 Fordham L. Rev. 661, 676.

（二） 利益平衡

美國第二巡迴上訴法院曾在 MCA. Inc. v. Wilson[270]一案中指出，法院在針對第四項事實要素，衡量利用行為對被利用著作之潛在市場及價值之影響時，應「求取社會大眾將因係爭利用行為之准允(成立合理使用)而獲得之利益，與著作權人因該利用行為被拒絕(成立合理使用)而可獲得之個人利益間之平衡。該被控侵權之行為對著作權人之期待利益所生之負面影響越小，即越不需要以公共福祉作為該利用行為正當化之理由[271]。」故社會大眾與著作權人間之利益平衡亦係本款所欲考量之一。既然著作權賦予著作權人專有權利之最終目的，係為促進社會大眾之福祉，則當然不能為維護著作權人之經濟利益，反而減低了社會大眾接觸著作之機會，故除非利用行為對著作權人所造成之損失過大，甚至超越了利用人因利用行為所可獲得之利益，否則不應阻礙合理使用之成立。

二、 被利用著作之市場

（一） 潛在市場之定義

所謂之”潛在”市場，意指著作”現有”(immediate)之市場，以及”稍後實現”(delayed)的市場，包括對衍生著作之傷害[272]。據此，潛在市場之定義，共計有被利用著作之現有市場及稍後實現之市場，以及該著作之衍生著作的現有市場及稍後實現之市場。

（二） 原著作之市場

1. 現有市場之損失

(1) 實際損失

如在 Harper & Row 一案中，原告本已將福特總統回憶錄分期連載的權利，以 25,000 美元出售與 Time 雜誌，並先收取預付款 12,500 美元。然由於被告 Nation 出版公司強先刊登該回憶錄之精華摘要，使得 Time 雜誌因不滿其獨家連載之權利消失，故與原告解約，並拒付尾款美金 12,500 元，法院認為此屬原告因被告侵權行為所受之”直接影響”(direct effect of the infringement)，並指出「很少有關於著作權侵害的案例具有如此明顯之實際損失的證據[273]。」當應計入合理使用第四項事實要素之判斷，且屬對被告不利之因素。

(2) 營收的損失

在 American Geophysical Union v. Texaco Inc.[274]一案中，美國聯邦第二巡迴上訴法院審理同意一審紐約地院 Leval 法官所為之判決，認為被告 Texaco 石油公司本可以取得經合法授權之著作重製物，若此，則原告出版人之營收應可大量成長[275]。因此在第四事實要素下，原告有力的證明了因 Texaco 石油公司以自行影印之方式代替訂購原告之雜誌，而使其著作之價值受到嚴重的傷害[276]。

二審法院並指出，針對本案為第四事實要素之分析時，須認知到：1、被影印之有著作權著作僅係原告期刊上之八篇文章；2、須先認清該等特定著作之”潛在市場及價值”的性質與傳統上之意含為何[277]。雖然原告期刊上單篇論文之作

---

[270] MCA. Inc. v. Wilson, 677 F.2d 180 (2d. Cir. 1981).

[271] “a balance must sometimes be struck between the benefit the public will derive if the use is permitted and the personal gain the copyright owner will receive if the use is denied. The less adverse effect that an alleged infringing use has on the copyright owner’s expectation of gain, the less public benefit need be shown to justified the use.” *Id.*, at 183.

[272] See Cable/Home Communication Corp. v. Network Prods., Inc., 902 F.2d 829, 845 (11th Cir. 1990).

[273] “Rarely will a case of copyright infringement present such clear-cut evidence of actual damage.” See Harper & Row, 471 U.S. 539, 567.

[274] See Texaco, 802 F. Supp. 1.

[275] *Id*., at 19.

[276] *Id*., at 18-21.

[277] “In analyzing the fourth factor, it is important (1) to bear in mind the precise copyrighted works, namely the

者們，在其將著作財產權移轉給出版公司時即已獲得回報，然出版公司卻需投入成本與勞力，準備將該等作者之文章予以出版及行銷，並欲藉由作者所移轉之權利而獲得經濟上之價值。是以各該單篇文章之作者雖未遭受損失，然出版人則因被告之利用行為而喪失了授權之營收，以及較小範圍之來自訂戶的營收，故原告出版公司確實已有力的證明了其所受到之損害。

2. 原著作未來之市場

(1) 潛在訂戶

一九七二年間，美國出現了首宗與影印期刊論文有關之案件 Williams & Wilkins Co. v. United States[278]，被告美國聯邦政府衛生及福利部門之圖書館，長期提供其內部研究人員免費影印醫學期刊論文之服務，或為館際交流之需，向個別的讀者提供影印服務。由於原告所出版之四種期刊亦在影印服務之列，故向當時之聯邦賠償法院(Court of Claim)提出著作權侵害訴訟。

針對第四事實要素之分析，一審法院認為，若圖書館不再提供原告期刊之影印服務，則該等請求影印之嚴究人原因研究之需，勢必需要自行購買或訂閱原告之期刊，則該等研究人員即成為原告期刊的市場，且每一位要求影印者，均為原告期刊的潛在訂戶，故原告主張因被告提供影印之行為而致損失，係屬合理的推論[279]。

然此一判決卻遭同一法院之上級審推翻，認為下級審法院所為之判決係基於未經實證之假設，並非當然可信，反而認定被告之行為構成合理使用。本案雖上訴至最高法院，然法院卻因贊成與反對票數相同致未能獲得結論，因而駁回上訴，使得二審判決獲得維持，一審所為”潛在訂戶”之見解即被推翻。

(2) 將來發行之可能

即使著作權人目前並無發行出版其著作的計畫，或正處於停版的狀態，然並不表示將來即無再行出版之可能。在 Meeropol v. Nizer[280]案中，法官即指出原告父母之信件已絕版(out-of-print)二十年以上之事實，不代表該等信件即無未來再版發行的可能，而該未來之市場仍會被被告之侵權著作所影響[281]。

另外，即使原告已清楚表明無利用其著作之意願，仍不影響在本要素下之分析。於 Salinger v. Random House, Inc.[282]一案之二審判決中，第二上訴巡迴法院認為，即使原告 Salinger 已表明其並無在生前公開發表該等信件之意願，仍不影響分析第四事實要素之必要性。雖然 Salinger 的”意願”可能不符合第一〇七條中所言有著作權著作之”潛在市場”，然 Salinger 首次發表著作之權利，賦予其保留改變心意而銷售該等信件之機會[283]。由於被告所欲出版之由 Hamilton 所寫之傳記中，於引用 Salinger 之信件時多以”他寫到”、”他說”、”Salinger 宣稱”等用語，將使得讀者產生已經讀到 Salinger 親筆信件之印象，如此將減低該等讀者購買原著之意願，將會對原告信件之未來市場產生”某些”(some)影響，故第四要素的判斷輕微的(slight)有利於原告[284]。

---

eight journal articles, and (2) to recognize the distinctive nature and history of "the potential market for or value of" these particular works." *Id*., 60 F.3d 913, [D. Fourth Factor: Effect Upon Potential Market or Value], without page.

[278] See 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).

[279] *Id*., 487 F.2d 1345, 1375.

[280] See Meeropol v. Nizer, 560 F.2d 1061.

[281] *Id*., at 1069.

[282] See Salinger, 811 F.2d 90.

[283] "Salinger has the right to change his mind. He is entitled to protect his *opportunity* to sell his letters." *Id*., at 99. 法院認定該"機會"之價值超過 500,000 美元。

[284] *Id*.

（三） 衍生著作之市場

依照美國聯邦最高法院在 Harper & Row 一案中所為之解釋，在分析有著作權之著作的”潛在”市場時，「所應質問者除須計算對原著作之傷害外，尚應包括對衍生著作之傷害[285]。」

1. 衍生市場之認定

在衡量合理使用第四事實要素時，不能忽視被告之利用行為，對原告自行或授權他人為衍生著作之能力所生的影響。例如將文學著作改拍成電影，將過往信件收集成冊，或授權他人將小說或回憶錄分期連載等衍生市場均應予以考量，在視覺藝術著作的範圍，尚包括將平面著作改作為立體著作之權利[286]。

(1) 循環論證

若將衍生市場之範圍過度擴張或有其危險，因為著作權人永遠有其理論上可授權之市場。當被告在有關著作權之訴訟程序中以合理使用為抗辯時，即表示已經存在了至少一個侵權行為[287]。若被告對於原告著作之利用方式，即為原告所稱被侵害之潛在的衍生市場時，即產生了循環論證之危險[288]。

例如在 Castle Rock Entertainment v. Carol Pub. Group, Inc. 中，一審及二審法院均提及了產生循環論證的可能[289]。本案被告 Carol 出版社利用原告所製作之熱門電視影集 Seinfeld 中之情節，製作成性向測驗遊戲「The Seinfeld Aptitude Twst（“SAT”）」，原告因此提起侵害著作權及不公平競爭之訴訟。首先，法院判定被告著作不會影響原告原著作(電視影集)之市場。在衍生市場方面，雖然原告有意出版其電視節目 Seinfeld 影集之相關介紹，進入的書籍的衍生市場，然僅處於建議階段，該計畫僅係一個”遙遠的可能性”（remote possibility)。然而，「對於”潛在”市場為評估時，甚應延伸至”尚未存在”之衍生著作的潛在市場[290]」。故本案之爭點在於，SAT 是否侵占了原告有可能進入之衍生市場。

法院指出：「猛一看，如此似乎對被告創造了一個不可能達成之標準；任何一個成功的侵權著作(亦即，可能遭受控告者)，必然的顯示出被告取代了一個原告亦有可能從事之”潛在”市場[291]。」然而，”潛在市場”之標準並未限制合理使用之成立。法院認為，「對”潛在市場”之解釋，不能將其擴及所有可想像得到之原有及衍生的市場。」其引用 Campbell 案中所言「衍生利用行為之潛在市場，僅包括原著作之創作人一般而言會去發展，或授權他人發展之市場[292]。」諷

---

[285] “This inquiry must account not only of harm to the original but also of harm to the market for the derivative work.” See Harper & Row, 471 U.S. 539, 568.

[286] See Rogers v. Koons, 960 F.2d 301, 312 (2d Cir.), *cert. denied*, 113 S. Ct. 365 (1992); United Feature Syndicate, Inc. v. Koons, 817 F. Supp. 370 (S.D.N.Y. 1993).

[287] See Patry and Perlmutter, at 687.

[288] “A danger of circularity is posed here -- a potential market, no matter how unlikely, has always been supplanted in every fair use case, to the extent that the defendant, by definition, has made some actual use of plaintiff’s work, which use could in turn be defined as the relevant potential market.” See Nimmer, at § 13.05[A][4](2000).

[289] See Castle Rock Entertainment v. Carol Pub. Group, Inc., 955 F. Supp. 260, 271 (S.D.N.Y. 1997), *aff’d*, 150 F.3d 132, 145 n.11.

[290] “the inquiry must extend even to the potential market for as yet nonexistent derivative.” *Id*., 955 F. Supp. 260, 271.

[291] “At first blush, this seems to create an impossible standard for a defendant to satisfy; any time there is a successful infringing work (i.e., one likely to provoke a law suit), it necessarily means that defendants are filling a ‘potential’ market that would otherwise be available for plaintiff’s taking.” *Id*.

[292] “The market for potential derivative uses includes only those that creators of original works would in general develop or license others to develop.” *Id*., *citing* Campbell, 114 S. Ct. at 1178.

刺仿作及評論性著作即為適例。然本案中，Seinfeld 之改編遊戲非為諷刺仿作或影評，此一市場仍屬著作權人之衍生市場範圍[293]。

(2) 市場區隔

究竟何為著作之潛在衍生市場？例如，書籍之作者在理論上可授權他人在期刊或報紙上連載，也可以授權他人為該書之書評。然而，讀者或許會因為看過了連載而減低購買該書之意願，然甚少會有人因為看過書評即滿足了閱讀該書之需要。因此，將書評亦列入”潛在市場”即非屬恰當。法院在為第四要素之判斷時，應如何區隔出被利用著作真正之”潛在”衍生市場，不致落入循環論證的盲點，而仍可保障著作權人經濟利益的核心？

有認為應將潛在衍生市場之範圍限制在著作權人已授權，或正在進行授權協商之利用行為上，如此即可將不太可能發生之假設性損害排除在外[294]。然而，此一標準失之過嚴，若將尚未進行授權之未來可能市場一概屏除在外，則著作權人即有可能因為”晚了一步”，而喪失了原可受到保護之利益，對著作權人而言顯失公平。因此，Patry 教授與 Nimmer 教授均認為[295]，較合適之方式，係先將”潛在”一詞解釋為包括原著作現行之利用類型，以及著作權人或許有興趣在未來從事之利用類型[296]。

然而， Nimmer 教授指出，何為”原告有興趣之潛在市場”本身，實際上又是另一個循環的問題。而即使是原作者無興趣從事之衍生利用類型，是否即可阻礙其收取權利金，或以拒絕授權之方式阻止他人利用其著作[297]？此一疑問之答案應係否定的。以幽默諷刺之仿作為例，由於鮮少會有著作權人會任其著作成為他人嘲諷的對象，若讓著作權人保有拒絕此等利用行為之權利，恐將損及促進創作之公共利益，以及美國憲法第一修正案賦予新聞批評或幽默評論之價值[298]。在 Campbell 案中[299]，被告即曾要求原告授權而被拒。最高法院認為，諷刺仿作具有合法扼殺原著作，破壞其經濟上及藝術上價值之正當性[300]，因而法院之角色係為區別「僅抑制(原著作市場)需求之尖銳評論，以及為奪取(原著作市場)需求之侵權行為[301]。」故即使著作權人不願授權之衍生利用行為[302]，亦不能以其係為”衍生著作之潛在市場”為由，而指控利用人侵奪了此一市場之價值[303]。

三、 負面影響之評估

---

293 *Id*., at 271-72.

294 See Patry and Perlmutter, at 689-90.

295 *Id*., see also Nimmer.

296 例如在 Twin Peaks Prods., Inc. v. Publications Int'l, Ltd., 996 F.2d 1366 (2d Cir. 1993).一案中，法院即因認定被告所取代之市場，係原告不會有興趣參與者為由，在第四要素之判斷上，認定對被告有利。

297 *Id.*

298 See Patry and Perlmutter, at 688.

299 See Campbell, 510 U.S. 569.

300 "Because 'parody may quite legitimately aim at garroting the original, destroying it commercially as well as artistically,'" *Id*., at 592, *citing* B. Kaplan, An Unhurried View of Copyright 69 (1967).

301 "the role of the courts is to distinguish between 'biting criticism [that merely] suppresses demand [and] copyright infringement [, which] usurps it.'" *Id*., *citing* Fisher v. Dees, 794 F.2d at 438.

302 但若原告之所以不願自行或授權他人為某衍生利用行為，係基於「若該利用行為不存在，則其著作將更具有經濟價值」判斷時，則此一衍生利用行為之市場即應包含在"潛在市場"之範圍內，蓋此情況下之著作權人實際上對此利用行為之市場係"有興趣"的，因其發覺若保留此行為之授權，將更有助於其擴展其他市場。See Patry and Perlmutter, at 691, see also Consumers Union of U.S., Inc. v. General Signal Corp., 730 F.2d 47,49 (2d Cir. 1984)(Oakes 法官在拒絕原告請求再行聽證之不同意見書中指出，原告因為相信若拒絕授權，其著作將可獲得更大之經濟價值的潛在市場的考量，應包含在第四要素之衡量範圍內。)

303 最高法院甚至明言，針對評論之行為，根本沒有任何可以保護之衍生市場，因為衍生利用行為之潛在市場僅包括著作權人一般而言會去發展，或授權他人發展之市場。而通常著作權人不會自行或授權他人對其著作為批評性之論述。See Campbell, 510 U.S. 569, 592.

（一） 損害評估之對象

在第四項事實要素之分析中，只有因被告利用原告著作中受著作權保護之部分所生的影響，法院應予評估，而不應將被告利用原告著作中，不受著作權保護之事實題材等部分所生負面影響，一併計算在內[304]。雖然利用原告著作中有關概念、事實[305]或著作整體風格[306](overall style)等，均有可能在市場上與原告著作競爭，並減少原告著作之銷售，然此等利用行為所生之損失不應列入考量，蓋該等題材本即為任何人均可利用之部份，亦無任何人可對此部份主張著作權之保護。

然即使所利用者係屬原告著作中有關概念表達之部份，若損害係間接產生者，亦不應列入考量。如前所述，若利用原告著作中之概念表達而為評論或嘲諷，雖或可能降低消費者購買原告著作之意願，然將著作公開銷售本即存在此一風險，其並不屬於合理使用分析中所謂之對被利用著作價值之負面影響[307]。根據第四事實要素所應評估者，並非其破壞或減少原著作市場之可能，而係其是否取代了原著作之市場需求。

另外，在所有著作權之侵害訴訟中，因為被告之行為係”未經授權而利用”，故多少均會涉及著作權人之權利金損失[308]。因此，若僅因為少量之權利金損失即判定對著作權人有利，則在本事實要素之分析下，被告將無獲得有利判定之可能；而又因為本事實要素係「合理使用分析中最重要之單一事實要素」，依此分析架構，則合理使用原則將形同虛設。故針對著作權人之權利金損失，除非係屬”實質重大”(substitution)，否則亦不應計入第四事實要素之考量範圍[309]。

（二） 損害之推定與證明

1. 損害之推定

除了「商業性利用即不合理」之推定外，美國聯邦法院在 Sony 案中[310]，尚有另一個引起爭議之推定：「商業性利用行為對原著作具有發生未來損害之可能性」。法院指出：「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[311]。」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。若係爭行為係商業性質，則該可能性應可”推定成立”。然若係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[312]。」

---

304 See Harper & Row, , 723 F.2d 195, 208; Salinger, 811 F.2d 90, 96.

305 See Feist Publication, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co., 499 U.S. 340.

306 See Steinberg v. Columbia Pictures Indus., 663 F. Supp. 706 (S.D.N.Y), *cite from* Patry and Perlmutter, at 692 n.111.

307 See New Era, 695 F. Supp. 1493, 1522-23.

308 最高法院在 Harper & Row 案中分析第一事實要素時曾表示：「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使用了有著作權之題材，卻未支付通常應付之費用。」所謂”通常應付之費用”，係指授權他人利用其著作而可獲得之權利金(royalty)而言。然事實上，利用行為若被判定為合理使用，則利用人本即可自由利用係爭著作而不需支付任何費用。

309 See Leval, at 1125; see also Campbell, 510 U.S. 569, 592.

310 See Sony, 464 U.S. 417.

311 “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.” *Id*., at 451.

312 “What is necessary is a shoeing by a preponderance of evidence that some meaningful likelihood of future harm exists. If the intended use is for commercial gain, that likelihood may be presumed. But if it if is for a noncommercial purpose, the likelihood must be demonstrated.” *Id*.

此一推定在邏輯上係屬正確。畢竟凡事均具有相對性，就著作之市場而言，為商業性目的而為之利用行為比非為商業性利用行為，更具有造成原著作經濟上損失之可能。然而，此一推論仍非絕對。例如，若未收分文之非營利教育機構，為教學之目的而對著作為大量、整體之影印，即可能對該著作之市場造成嚴重影響。況且，若確實執行此一推定，將造成與第一事實要素「利用之目的與性質」混淆之結果，亦將重蹈營利／非營利二分之困境，對於如諷刺仿作之類的純粹商業性利用行為將相當不利。

因此，最高法院在 Campbell 案中即推翻此一”推定”之適用，明言宣示「在 Sony 案中所為之任何對市場傷害之”推定”或影響，僅適用於為商業性目的而單純重製著作，而不適用於其他案例[313]。」法院進一步指出，Sony 案僅在宣示一個通常之概念：某商業性利用行為係單純對原著作為整體之重製時，其當然僭越了原著作，並取代了該著作之市場。相對的，若利用行為經過’”轉化”，則市場取代性即非當然確立，而其對市場之傷害亦不應作如此之推斷[314]。自此而後，除非係單純對著作為整體重製之行為，其他商業性利用即不應再被當然推定為「對原著作具有未來損害發生之可能」。

2. 損害之證明

前述 Sony 案在針對損害證明時指出，原告雖不須證明實際損失，否則勢必使著作權人對於本可預期之損害，陷於無法舉證之困境。著作權人亦無傭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[315]。而在後來之 Harper & Row 案中，法院又要求著作權人須提出在侵權行為與所聲稱之損害間，具有”合理可能”之因果關係[316]。法院並再度重申 Sony 案中所為之見解，強調原告「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[317]。」

據上所述，原告雖不須證明實際損害之多寡，或發生潛在損害之必然性，然須證明損害發生之可能，以及該損害與利用人之行為具有合理之因果關係。故合理使用雖是被告之”正面抗辯”(affirmative defense)[318]，法院仍要求原告需提出損害發生之”初步印象”(prima facie)[319]。一但原告成立了該等因果關係之可能性，則舉證責任即轉換由被告承擔，證明即使其未利用原告著作中有關概念表達之部份，該損害仍可能發生[320]。

關於被告之舉證責任，Blackmun 大法官在針對 Sony 案所為之不同意見書[321]中曾指出：「侵權行為人不能僅因證明著作權人未因其行為而受到”淨值”之損害(net harm，意指所受損失減去所獲利之”值”)，即可獲得有利之認定。即使其證明原告反而因其行為而受到淨值之利益(net benefit)亦不足夠。侵權行為人必須證明其未損及著作權人對任何可能願意付費收看或收聽其著作之團體或個人，要求報酬，或拒絕接觸之能力。」換言之，當原告證明了被告之利用行為將對其著作造成損害之”合理的可能性”後，被告對此所為之反証即需相當強烈，甚至須證明至其未影響任何著作權人收取相關利益之能力的地步。

---

313 “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 purpose.” See Campbell, 510 U.S. 569, 591.

314 *Id*.

315 See Sony, 464 U.S. 417, 451.

316 See Harper & Row, 471 U.S. 539, 567.

317 *Id*., at 568, *citing* Sony, 464 U.S. 417, 451.

318 *Id*., at 561.

319 See Goldberg, Fair Use Update: Has the Sony Presumption Survived? N.Y.L.J., Nov. 20 (1987), at 2.

320 See Harper & Row, 471 U.S. 539, 567.

321 See Sony, 464 U.S. 417, Blackmun’s dissent, at 484-85.

（三） 小結

若依據市場要素分析理論，只要著作權人有意經由販售或授權之方式移轉其權利，即無合理使用原則之適用空間[322]；然而，若著作權人無意藉其權利而獲利，甚至具有”反對散布”(anti-dissemination)之動機時，其拒絕授權之行為將造成他人願望無法透過市場取得之”市場失靈”(market failure)，此時他人之利用行為即有尋求以合理使用作為抗辯之需要[323]。而可被認定為”合理”之利用行為，須達到三項要求[324]：

（一） 利用人無法經由市場之合適管道取得所欲為之利用；

（二） 將對著作之控制權轉交與利用人，可維護公共利益；

（三） 對著作權人之獎勵，不會因為允許利用人之利用行為而受到實質損害。

是以著作權人就其創作所應得之獎勵，仍為重要的考量之一。然即使被視為最重要的因素，尚有兩點需留意者：第一，第四要素與其他要素間之關係密且，故仍須作個案分析，並應就第一〇七條各項要素綜合衡量[325]。第二，本要素真正所欲討論之議題在於，被告無限制且廣為散布之行為是否會對原告著作之潛在市場或價值造成實質上的負面影響，故不應僅就被告特定行為對原告所生損害之程度與以評估[326]。

柒、 結論

美國第二巡迴上訴法院法官 Hand 曾經說過:「合理使用是著作權法中最麻煩的議題[327]。」無論是在一九七六年合理使用法典化之前或之後，合理使用之定義與範圍一直是美國各級法院爭論不休的問題，即使是美國聯邦最高法院，在碰到與合理使用相關之案例時亦多有爭議[328]，各界對其所作出之判決全盤支持或大力評擊者皆有所聞。

關於合理使用原則的四項要素，就第一要素：「使用之目的與性質」而言，Leval 法官曾說：「第一要素係合理使用之靈魂[329]」，在此要素下被判定具有正當性，係利用行為欲成立合理使用抗辯所不可或缺的有力抗辯。依照美國聯邦第二巡迴上訴法院在 Wringht v. Warner Books, Inc 一案中所為之見解：「當利用行為符合前言所例示之其中一項利用目的時，有關第一個要素事實：利用之目的與性質，即有利於主張合理使用之一方[330]」，然此種判斷方式顯然過於草率，且忽

---

322 See Wendy J. Gordon, Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and its Predecessors, 82 Colum. L. Rev. 1600, 1615-17 (1982).

323 *Id.*, at 1632-34.

324. *Id.*, at 1601.

325 See Nimmer, at §13.05[A][4](2000).

326 "it is a mistake to view this factor, …as merely raising the question of the extent of damages to plaintiff caused by the particular activities of the defendant. This factor, rather, poses the issue of whether unrestricted and widespread conduct of the sort engaged in by the defendant…would result in a substantially adverse impact on the potential market for, or value of, the plaintiff's present work." *Id*.

327 "the most troublesome issue in the whole law of copyright." See Dellar v. Samuel Goldwyn Inc., 104 F.2d 661, 662 (2d Cir. 1939).

328 例如在 Sony 案中，九位大法官贊成與反對之投票數為五比四；另在 Columbia Broadcasting System, Inc., v. Loew's, Inc., 356 U.S. 43 (1958) 與 Williams & Wikins Co. v. United States, 420 U.S. 376 (1975)兩案中，大法官們係以相同的票數維持原判。See Patry and Perlmutter, at note 5.

329 "Factor one is the soul of Fair Use." See Leval, at 1116.

330 See Wringht v. Warner Books, Inc., 953 F.2d 731, 736 (2d Cir. 1991)("There is a strong presumption that factor one favors the defendant if the allegedly infringing work fits the description of uses described in 107."); New Era Publications Int'l, Aps v. Carol Pub. Group, 904 F.2d 152, 156 (2d Cir.)("If a book falls into one of these

略了前言中所使用之用語，目的僅在舉例說明，而非限制法院之裁量空間[331]。

即使利用行為符合前言所列舉之目的類型，若僅係單純的抄襲、重製，而未將被利用著作以新的價值，在新的意義、新的美感、新的觀察及理解的創造中加以”轉化”，仍不能符合合理使用之要求。因為「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」。最高法院實際上在 Campbell 案中，針對第一個事實要素提出一種新的二階段判斷原則：法院首先應探討被告轉化原著作之程度，其次才就被告所為之行為係為商業性或非營利性加以考量[332]，而非一開始即以營利與否將利用行為二分，具有營利性質者，即當然(per se)認定其不構成合理使用。

合理使用原則之第二事實要素：「被利用著作之性質」之分析重點，在於被利用著作是否屬於受著作權法所保護之種類，且其受保護之程度為何。由於著作權之最終目的，係讓社會大眾皆能易於接觸到各類不斷創新的著作，以增進整體智識之發展，而如具有事實、資訊，或促進公益等性質之著作，確實較易促成此一目的之達成，故以公益的角度而言，應讓大眾能更自由的接觸該等著作。再者，著作權法僅保護著作人投入自己原創性之表達，若僅付出勞力與金錢從事收集資訊之工作，其所收集之事實或資訊題材，仍不會因此而改變其不受保護之狀態，亦因此對該等著作之利用，可享有較大程度及範圍之合理使用空間。

至於著作未公開發表之性質，雖係一項”傾向不利於成立合理使用的因素”，然著作權法第一〇七條已明定「著作未公開發行之事實本身，不應排除合理使用之認定」，故不應以被利用之著作尚未公開，即一概拒絕合理使用之成立。因此，在分析第二事實要素時，不應將著作是否已公開發表作為最要考量，即使被利用之著作係屬於未公開發表之性質，仍應視該未公開著作之創作目的，係本即為公開發表而為之，或純粹為私人目的而完成，再做不同之衡量。

法院在針對被利用著作之性質為個案分析時，應配合第一事實要素「利用之目的與性質」，將利用人著作中利用他人著作之部分逐一分析，判斷該利用係為完成其著作之目的所必要，或純為使其著作生動化，而實際上已屬多餘，與其著作之目的無關者。其後，再區分各該被利用之部分是否受到著作權之保護，若為事實性或資訊性題材，則利用行為之正當性即較穩固；反之，若被利用之部份屬於著作人未公開發表之著作，則成立合理使用條件即應受到較嚴格之限制。最後再將各項結論綜合評價，以判斷利用行為在此要素下，是否成立合理使用之抗辯。

一般而言，法院在就第三事實要素：「利用之數量與重要性」為分析時，對於被利用部分之”重要性”的考量通常較”數量”上的考量為重，換言之，不能以被告利用原告著作全部或大部之內容，就逕予認定被告之行為侵害原告之權利，尚須視該利用行為之程度是否會損及原告著作之價值，以 Sony 案為例，被告利用錄影機所錄製者係原告電視節目之全部著作內容，然由於法官認為被告所為之「時間轉換」行為不具商業性，因而仍判定被告行為可成立合理使用。相反的，著作被利用之部份若具有相當之重要性，如 Harper & Row 案之被告 Nation 所利用者係原告著作中「全書之心」，則即使其所利用之”數量”僅佔原告著作的極小部分，仍不利其主張合理使用之抗辯。

最後，在就合理使用之第四事實要素：「利用行為對被利用著作之市場即價值之影響」為分析時，則應著重於利用人與著作權人間之利益平衡。著作權人投入心血致力於創作，若因他人之不當利用行為而侵奪了其著作之經濟利益，使其心血無法獲致合理之回報，將導致著作人不願再為創作，進而損及社會大眾增進

---

categories, assessment of the first fair use factor should be at an end.")

[331] See Patry and Perlmutter, at 675-76.

[332] 參見馮震宇前揭文，頁七十三。

智識之機會。誠如 Leval 法官所言：「著作權下之功利概念允諾作者有獲得回報之機會，以鼓勵其創作，若利用人過度影響對作者之獎勵，將破壞著作權之目的。此即市場事實要素之重要性所在[333]。」然賦予著作權人經濟上之保護的前提，須先劃分著作權人應受保護之範圍，因此在定義被利用著作之市場價值時，需審慎考量「潛在市場」之界線，以免落入循環論證之圈套而過於擴張著作權人之權利，導致利用人與著作權人間利益失衡的結果。

[333] "The utilitarian concept underlying the copyright promises authors the opportunity to realize rewards in order to encourage them to create. A secondary use that interferes excessively with an author's incentives subverts the aims of copyright. Hence the importance of the market factor." See Leval, at 1124.

第五章　合理使用與著作團體之協商

在美國法上，由於合理使用乃係判例法所形成的原則，因此在合理使用正式被納入美國著作權法規定前後，合理使用的爭議就已經涉及著作人團體與相關著作利用團體之角力。在著作人與著作利用團體的爭議相持不下的情況下，由於美國著作權法對於合理使用僅有原則性的規範，因此美國國會對於何種情形方屬合理使用亦採由雙方團體共同協商的態度，使得合理使用的適用除了要注意著作權法第一〇七條之原則規定外，亦應考慮雙方團體所為之協議。

這種協商的決議模式，在早期有所謂的「非營利教育機構課堂影印準則」，最近則有「合理使用會議」(CONFU, Conference on Fair Use)[334]的進行，對於法規所未能規範的問題，有相當多的規範。雖然這些規範亦引發其法規範效力的爭議，但是從美國司法實務見解而言，似乎亦認為此等著作人團體與著作利用團體間所達成的協議，亦有相當的法律規範效力。由於著作的態樣眾多，再加上新型態的利用類型亦隨著網路科技的進步而不斷出現，使得合理使用的問題亦日益複雜，因此對於合理使用的爭議，除了尋求法律規範之外，透過著作人團體與著作利用團體的協商，亦不失為另一種可以參酌的解決模式。現僅就美國著作人團體與著作利用人團體間所為之協議加以探討如下。

壹、美國「非營利教育機構課堂影印準則」與合理使用

一、教育機構對著作之利用與合理使用

就合理使用的發展而言，合理使用與教育機構之利用著作物有相當程度的關連，這是因為教師為了教學或研究之需要，可能需要重製有著作權之著作物，雖然此種利用多半為非營利的使用，但是此種利用方式卻可能會使學生在獲得教師所重製的講義或資料後，就不再購買相關的著作物，也因此會對著作人之權益造成影響。為了避免此種情事的發生，著作人或其被授權人（例如出版商）對於校園中所發生的重製行為亦特別重視，並引發非營利的重製行為是否屬於教學研究合理使用的爭議。

有關在學校內以非營利方法進行重製是否會構成著作權之侵害的爭議起源甚早，早在一九一四年，美國法院就審理了第一件校園內之重製行為是否構成教學研究合理使用的案件。在 MacMillan v. King[335]案中，被告為大學中的經濟學教授，為教學需要而將他人有著作權之經濟學教科書作成概要，並將該概要提供予學生使用。法院就認為該教授的此種行為減少了此教科書的市場，因此構成著作權之侵害。

五十年後，在一九六二年，美國法院在 Wihtol v. Crow[336]一案中，又再度判決教授擅自重製他人有著作權之詩歌，不屬於合理使用。於該案中，一位音樂教授將原告所作之一首詩歌重新編曲，並將原告有著作權之譜曲複製了四十八份提供給學生，此事為原告知悉後乃提出訴訟。法院判決指出，只有著作人才有專屬之權利去重製其著作物，故被告未經原告同意複製原告譜曲之行為不屬於合理使用，不得免責。

雖然有此等案例出現，但是在影印技術出現前，有關校園內因教學研究需

---

[334] The Conference on Fair Use, Final Report to the Commissioner on the Conclusion of the Conference on Fair Use (Nov. 1998). The full document is available at http://www.uspto.gov/web/office/dcom/olia/confu/

[335] 223 F.862（D.Mass. 1914）。

[336] 309 F.2d 777（8th Cir. 1962）。

要而重製他人著作所涉及的合理使用問題爭議仍不多，這是因為重製仍有相當的困難。可是在各種重製技術興起與影印機普及化後，重製不但容易，且價格低廉，使得校園內教學研究所涉及之合理使用問題，尤其是影印重製問題，成為新興的爭議重心。

第一件有關影印重製的重大判決，就是一九七五年美國聯邦最高法院在 Williams & Wilkins Co. v. United States[337]一案中所表示的態度。在該案中，美國最高法院首次對影印他人著作是否構成合理使用的問題進行審理，這也是全世界第一件對以影印方式進行重製是否構成侵害著作權加以審理的案件，但是由於此問題之爭議性，使得該院最後以四票對四票的結果，未能對影印重製與合理使用的衝突問題獲致任何結論，但是此種結果也凸顯出重製技術對合理使用的衝擊。

本案原告是專門出版醫學期刊的一家出版社，其向美國求償法院[338]控告美國衛生教育與福利部透過國家衛生機構（NIH）與國家醫學圖書館，將原告出版之醫學期刊上之文章加以影印，並透過「館際互借」等方式，免費提供需要之醫學界人士一份影本，每年達十餘萬次之多。

該案在初審時，法官認定被告等之影印行為，並非屬於教學研究方面之合理使用，因為被告所提供之影本會減少原告期刊之潛在市場，且被告所提供的影本亦與原告之期刊互有可代替性。但此判決於求償法院全院聯席審判（en blanc）時，卻被該法院基於公共利益的考慮，而以四票對三票遭到廢棄，法院改判的理由是原告並未能證明其權利已遭受損害。該院並判決指出，被告依讀者之請求提供影本，並無任何營利行為，故應構成合理使用。該院亦指出，如被告之行為構成侵害，則對醫藥界之學術研究將造成傷害。對於此判決原告不服，乃上訴到美國聯邦最高法院，但是該院以四比四維持不構成侵害著作權之判決，使得影印重製與侵害著作權之問題未能獲致解決[339]。

嗣後，美國法院在 Encyclopedia Britannica Educational Corp. v. Crooks[340]一案中，再度針對校園重製是否屬於教學研究之合理使用問題加以判決。於該案中，原告指控被告以錄影之方式重製其大英百科全書應構成侵害著作權。被告則抗辯主張其為依州法設立之非營利團體，甚主要目的就是在於對各公立學校提供教育性錄影帶以供教學，由於其並無營利行為，加以其錄影之重製物均係提供給學校作為教學之用，故應合於合理使用規定，不構成侵害著作權。可是法院在審理後，卻判決由於被告之重製行為對原告之市場有所影響，故並非屬合理使用。

從上述的案例中可以瞭解，在美國著作權法就合理使用之規定立法前，美國法院對於校園內因教學研究所為的重製行為，並無一致的見解。不過，由於美國著作權法於一九七六年修正時，將「非營利教育機構課堂影印準則」列入立法記錄中，美國法院對校園內因教學研究所為之影印重製行為是否侵害著作權，就逐漸取得了較一致的態度。

二、美國「非營利教育機構課堂影印準則」之協商過程與內容

由於美國著作權法中，並未對教育機構之重製，尤其是影印問題，訂出明確的規定以資遵循，以致教育界與出版界間彼此爭議不止。故於美國著作權法於

---

337 487 F.2d 1345（Ct. Cl. 1973 ），aff'd by an equally divided court, 420 U.S. 376, 95 S.Ct. 1344（1975）。

338 求償法院（The Court of Claims）負責審理有關對美國政府之訴訟案件，該院於一九八二年與關稅暨專利上訴法院（Court of Customs & Patent Appeals, CCPA）合併為聯邦巡迴上訴法院（Court of Appeals for the Federal Circuit, CAFC），負責審理以聯邦政府為被告的案件，對專利案件之審理亦為ＣＡＦＣ的主要工作之一。

339 Michael B. Bixby, Educational Fair Use of Copyrighted Materials, 22 Idaho L. Rev. 315, 332-334（1986）。

340 474 F. Supp. 243（W.D.N.Y. 1978）。

一九七六年進行大修時，教育界人士乃大聲疾呼，呼籲國會將教育機構為教學研究之目的所為之影印重製予以免責[341]，因為為教育之利益，應准許教師為教學目的之利用，而且出版商亦不會因此遭到鉅大之損失。相對的，出版界則反對訂定為教育目的所為之重製可予以免責之規定。其理由在於，若准予合法重製，將會使其學校市場滅失，降低作者創作之意願。

在兩派相持不下之情況下，國會採取了迴避的解決方式，並未對教育界之重製免責事項加以規定，而交由第一〇七條之合理使用判斷標準去決定教師為教學目的所為之重製，例如影印，是否屬於合理使用。

而在校園內所發生的重製行為中最普遍，而且影響最深遠的，就是影印行為。雖然國會並未在著作權法修正時對影印問題達成共識，但是為了提供校園影印一套可資遵循的標準，國會乃要求與影印重製相關之團體進行協商，以訂出各方均可接受之標準。為此，國會成立了一個特別委員會，在眾院司法委員會之監督下於六個月內完成了有關校園影印之協議。

在一九七三年三月十九日，教育機構與組織之著作權法修正特別委員會（ Ad hoc Committee of Educetional Institutions and Organizations on Copyright Law Revision ）與美國作家聯盟（the Authors League of America, Inc. ）及美國出版商協會（ the Association of American Publishers, Inc. ）之代表簽訂了一項非營利教育機構課堂影印準則協定，(Agreement on guidelines for classroom copying in not-for-profit educational institutions)，對於教師為教學目的所許可之影印重製範圍訂了詳細的準則（guidelines)。該協定於前言中明白指出，此項準則只是對著作權法第一〇七條有關於教育方面合理使用之最低限度之標準，並不擬限制司法判決對合理使用採取其他的標準[342]。

根據該準則所准許的重製行為而論，若是基於學術研究，或供一般教學或教學準備之用，可根據教師個別要求，由其本人或他人代為複製下列著作，但以一份為限：

（1） 一本書之一章；
（2） 期刊或報紙之一篇論著；
（3） 一篇短篇小說、短篇論說或短詩，不問是否選自某集合著作（collective work)；
（4） 一本書、期刊或報紙中之一張圖表（chart）、圖形（graph，diagram）、圖畫或漫畫。

任課教師為供教學或討論之用，則可自行或由他人製作多份拷貝(multiple copies)，但每一課程每學生不得超過一份，且必須符合下列要件：(1) 符合該準則之簡潔（brevity）[343]與自發（spontaneity）[344]要求；(2) 符合累積效果

---

[341] H.R. Rep. No. 1476, 94th Cong., 2d Sess. 66（1976 ）。

[342] 有關美國「非營利教育機構課堂影印準則」的討論，請參見楊崇森著，「科技發展與著作權新問題」，載於民事法律專題研究（四），頁二三四以下（司法週刊社，民國七十六年六月）。

[343] 該準則中所稱的簡潔（ brevity ）事實上是針對不同種類的著作物而有不同的重製標準。對於詩歌（ poetry ），如果詩歌全長未超過二百五十字，且頁數在二頁以下可全部重製，若是一首長詩時，則可抄錄或影印二百五十字以內之摘要。對於散文（ prose ） 例如短文、論著、故事等著作，若全長在二千五百字以下，雖可重製，但卻不可全部重製；若文章長度超過二千五百字，則可重製不超過一千字或該作品之百分之十（以少者為準）之摘要；對於圖例（illustration ），則可重製每本書或每本期刊中之一張表解、圖表、圖畫或漫畫。

[344] 所謂的自發(Spontaneity)則是指重製是出於個別教師之靈感與要求，而且使用該作品之靈感及決定，與使用該重製物以獲致最大教學效果之時機，必須在時間上頗為接近，以致來不及請求著作人准許。也就是說，如時間許可則應先取得許可或授權。

（cumulative effect）[345]之標準；而且（3）每份複製物上都須載明著作權標記。

雖然有上述之限制，但是下列行為則是該準則嚴格禁止的行為[346]：

（1） 利用複印方法創造、取代或替代文選（ authologies）、編輯物（compilations ）或集合著作。如果重製不同作品或其中之摘錄，但是集合起來，或複製後分開使用，均可能發生上述替代效果者，亦在禁止之列。

（2） 重製在學習或教學過程，屬於消費性（consumable）之著作物。例如工作簿（workbooks ）、練習題、標準測驗試題、試題本（test booklets ）、答案紙及類似消費性著作。

（3） 影印有下列的情形之一者：（a）取代購置書籍、出版商之抽印本或期刊；（b）出於上級長長官之指示；（c）同一教師每學期對同一著作一再反覆重製。

（4） 除影印費用外，另行向學生收取其他費用。

貳　合理使用會議（CONFU）與合理使用

一、CONFU 之背景

由於科技的發展，因此對利用他人之著作在何種情形之下方構成著作的「合理使用」(Fair Use)，已經成為著作人與著作利用人間最重大的歧異，也成為著作權法中最具爭議性以及問題的議題。就美國而言，於一九七六年著作權法(Copyright Act of 1976)第一Ｏ七條[347]明訂合理使用為侵害著作權的抗辯理由後，合理使用的重要性就日漸增加。由於美國著作權法第一Ｏ七條僅有原則性的規定，因此是否構成合理使用往往應視各案事實而定，因此不易事先確定利用他人著作是否構成合理使用，而必須由法院做最後的判斷。為此，如何提供著作利用人一個可以遵循的判斷標準，也成為解決合理使用爭議的重要問題。

事實上，為避免合理使用的爭議導致相關法規立法的阻礙，美國國會與行政部門似乎偏愛以不具正式法律形式的準則(guidelines)，而非正式的立法，來處理有關合理使用的相關問題及爭議。例如美國一九七六年著作權法的立法歷史，就包含一有關合理使用的「非營利教育機構課堂複製準則」(Guideline for Classroom Copying in Not-For-Profit Educational Institutions)，意圖透過著作權人與著作利用人間團體協商的機制，釐清非營利教育性機構合理使用的基本要件[348]。嗣後，國會又陸續通過「教育性音樂著作利用準則」(Guidelines for Educational Uses of Music)[349]與「非現場收錄著作供教育性利用準則」(Guidelines for Off-Air Taping of Copyrighted Works for Educational Use)[350]等等。於 1978 年，國會又授權組成「新科技利用著作國家委員會」(National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works, CONTU)，就新科技對著作之合理使用相關問題進行研究。嗣後，該委員會提屋 CONTU 報告[351]，

---

[345] 至於累積效果（ Cumulative Effect ），則是指資料之影印只供該校單一課程之用；從同一作者不得複印超過一首短詩、文章、故事、論著或二篇摘要，亦不得在同一學期中，自同一集合著作或同一期刊中重製超過三篇；在同一學期，同一科目不得有此種複數影印超過九次。

[346] 請參見 R. S. Talab, Copyright and Instructional Technologies, A Guide to Fair Use and Permissions Procedure 34 (Association for Educational Communications and Technology, 1989。

[347] 17 U.S.C. 107 (1997)

[348] H.R. Rep. No.94-1476, at 68-70 (1976)

[349] id.

[350] H.R.Rep. No.97-495 (1982)

[351] Final Report on the National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works 54-55 (1978).

並推薦數個圖書館之間出借的準則。

雖然準則的利用有其優點，但是相對的亦產生一些缺失，其中最令人詬病的就是由於準則並非經過立法程序而產生，僅是著作權人團體與著作利用人團體經由團體協商之談判而產生，因此其法律地位與法律效力均有疑義，是否當然具有拘束力亦有爭議，因此如何正確的詮釋這些準則，不但對許多著作利用人，亦對法官都造成了疑惑。是故，雖然準則制定的目的在於制定合理使用的最低標準，但是卻仍然無法解決全部的問題。

不過，雖然採行準則的方式有其爭議，但是不可否認的，各種準則的訂定，亦相對的提供了著作利用人一個參酌的標準，亦有助於解決合理使用的爭議，因此為配合新科技與網路對著作合理使用所帶來的挑戰，美國於一九九四年又正式的召開「合理使用」會議(Conference on Fair Use，CONFU)[352]。而 CONFU 的召開似乎再一次驗正國會與行政部門對採行準則以解決合理使用爭議的偏好。

原則上，CONFU 乃是根據科林頓總統之總統行政命令，而由國家資訊基本建設小組(National Information Infrastructure Task Force)下的智慧財產權工作小組(Working Groups on Intellectual Property Rights)所召開的。CONFU 召開的目的是「召集著作權人及著作利用人以討論合理使用的議題並盡可能在合理的狀況下制定圖書館及教育人士合理使用的準則。」[353] 而 CONFU 的其他目的，則在研究因科技進步對著作所生的新利用方式，以及合理使用在這樣背景下應有的地位。[354] 因此，CONFU 的研究及協商乃依新科技與新的著作利用態樣區分為六個科技領域小組分別進行，這些小組分別為(1) 數位影像(Digital Learning)小組；(2) 遠距離學習(Distance Learning)小組；(3) 多媒體教育(Educational Multimedia)小組；(4) 電子儲備系統(Electronic Reserve Systems)小組；(5) 圖書館館際出借及文件傳送(Interlibrary Loan/Document Delivery)小組；與(6) 圖書館軟體利用(Software Use in Libraries)小組。

於 CONFU 進行過程中，智慧財產權工作小組曾在 1994 年及 1995 年各自發表了「綠皮書」(Green Paper)[355] 及「白皮書」(White Paper)[356]。在這兩份報告中，智慧財產權工作小組都表示現存的著作權法足以承擔重任解決數位科技及網路所引起的法律議題，也因此遭致許多的批評。原先，CONFU 計劃在智慧財產權工作小組發表「白皮書」的同時發表 CONFU 的報告，但是因與會者遲遲無法得到共識，所以這個計劃只好落空。事實上，一直到一年後在 1996 年 12 月 CONFU 才發表了第一份期中報告。再九個月後 CONFU 終於發表第一份名為「第一階段結論」的報告(Conclusion of the First Phase)[357]，但是如同報告的名稱所表示的，CONFU 並未能真正的達成協議。終於在一波三折後，CONFU 在一九九八年十一月正式發表其結論報告「致委員長的合理使用會議報告」(Final Report to the Commissioner on the Conclusion of the Conference on Fair Use)。[358]

而在歷經來自超過一百個商業及教育組織代表所共同參與，協商過程長達四

---

[352] Exec. Order No. 12,864, 58 Fed. Reg. 48,773 (1993).

[353] The Conference on Fair Use, Final Report to the Commissioner on the Conclusion of the Conference on Fair Use (Nov. 1998), http://www.uspto.gov/web/office/dcom/olia/confu/（以下簡稱為 Final Report）。

[354]不過，在歷經數年的討論後 CONFU 卻無法達成此一立法目標，而 CONFU 的失敗也顯示出制定合理使用準則係一個高難度的挑戰。

[355] Information Infrastructure Task Force, Intellectual Property and the National Information Infrastructure: A Preliminary Draft of the Report of the Working Group on Intellectual Property Rights (1994)

[356] Information Infrastructure Task Force, Intellectual Property and the National Information Infrastructure: The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights (1995)

[357] 請參見 Final Report。

[358] 請參見 Final Report。

年的會議及討論後，CONFU 卻未能產生與會人仕所共同支持的合理使用準則。其原因，一在於與會代表的數目龐大和性質的差異性，因此達成共識是件困難的工作。另一方面，由於參與 CONFU 的代表基本上可被分為兩大類，第一類是著作權人如書本及報紙出版商和新興的創新人如軟體及多媒體作者，第二類是對著作進行非商業性質利用的組織(通常是非營利組織)如老師、教育機構、及圖書館，因此由於利益的衝突，亦不易達成協議。

事實上，在 CONFU 發表「第一階段報告」時，與會代表們完全沒有達成任何共識或協議。到 CONFU 最終報告時，狀況只有些許的進步。最後，CONFU 下的六個小組中，只有多媒體教育小組在某些與會代表的強力要求下完成目標，並發表一份基於共識產生的利用準則。另外則有四個小組，包括數位影像小組、遠距離學習小組、電子儲備系統小組、及圖書館軟體利用小組則無法達到共識。至於軟體小組則是改變初衷決定僅以發表聲明書方式代替利用準則。其中雖然數位影像小組、遠距學習小組有完成相關的準則草案，但是因為同意支持這些準則的與會代表數目實在太少，故無法被視為係基於共識所產生的準則。而圖書館軟體利用小組則並未完成準則草案的草擬，僅就圖書館軟體利用所可能產生的一些問題形成一個聲明，[359]以下分別就各小組所談判的準則內容加以介紹。

二、位影像合理使用準則草案 (Digital Images Guidelines)

隨著攝影及電子科技的蓬勃發展，過去複製不易的影像著作，如今卻可以利用各種的軟硬體技術將影像數位化後再加以重製或變更，這些複製技術，不但運用簡易，而且更可以用低廉的成本大量的重製，並透過網路迅速的傳送至世界各地，由於透過數位技術所重製的重製物其品質與原本並無差異，使得影像著作之保護亦有其必要性，因此 CONFU 亦特別組成小組對數位影像合理使用問題加以研究，並草擬出數位影像合理使用準則之草案(以下簡稱為數位影像準則草案)[360]。

（一）教育機構數位化影像利用之原則

原則上，根據 CONFU 所討論的數位化影像利用準則草案，教育機構都可在符合該準則的前提下，為教育目的合法的將「新取得的類比影像」(newly acquired analog image)轉變為數位形式[361]。而該數位影像準則草案所涵蓋的教育機構則限定為其主要功能為支持教育人士、學者、及學生之非營利教學、研究、及學術活動的非營利組織，例如小學、初中、高中、大學，至於以非營利方式協助教學、研究、及學術活動之圖書館、博物館、醫院、及其他非營利機構亦包括在內。[362]至於該準則草案所稱的「類比影像」，則被定義為被教育機構因教育目的而有制度收集的類比影像組合，至於「新取得的類比影像」則被定義為 1996 年 12 月後加入收藏之影像，反之「已存在之類比影像收藏」是指 1996 年 12 月前就存在的類比影像收藏。[363]

另一方面，教育機構也可在其電子安全網路系統內陳列或提供其合法數位化的影像，但須裝置科技措施及制定政策以保護著作權人之權益，並盡力告知著作利用人尊重著作人之權益。[364]另外，教育機構亦應公告通知著作利用人其電

[359] BNA, CONFU Concludes Efforts to Draft Guidelines For Fair Use of Copyrighted Material in Digital Media, Volume 3, Number 46 Wednesday, December 9, 1998.

[360] Proposal for Educational Fair Use Guidelines For Digital Images, The Conference on Fair Use, Final Report to the Commissioner on the Conclusion of the Conference on Fair Use (November 1998)

[361] 不過其前提是教育機構必須以合理方法取得影像，而且該影像並非可以輕易以數位形式及合理價錢被購得或取得授權。

[362] 請參見數位影像準則草案。

[363] 請參見數位影像準則草案。

[364] 請參見數位影像準則草案。

子網路系統上之數位影像不可在教學利用許可範圍外下載、複製、印列、分享、取回、變動、或以其他方式加以利用。教育機構可另外在其電子網路系統上展示含有經其數位化後之影像線上影像目錄，以提供與其相關之教育人士、學生、及學者利用。另外，可被展示於教育機構電子網路系統上的影像著作，還包括教育人士所收集編輯之數位影像，以供課堂、課後學習、及指導研習之利用，但與教育機構所數位化的影像著作一樣，亦必須裝置科技措施（例如登錄或利用密碼，或將陳列時間限為相關課程開課之學期內）以限制僅有修習相關科目之學生可以加以利用，而所有的利用、陳列、以及散佈等方式，均限於教育機構的電子網路系統範圍內。[365]

另外，在符合以下規定的狀況下，數位影像準則草案亦同意教育機構可持續利用持有依該準則所數位化的「新取得的類比影像」。亦即在知道影像之來源，同時無法以數位形式及合理價錢購得或取得授權的情況下，教育機構可在徵求授權利用過程中，以數位形式繼續被持有利用一個學期。除初次影像的利用外，教育機構必須徵求著作權人之授權後，方可進行進一步的利用。假如不知影像之來源，數位影像可自初次利用起被利用三年，但是教育機構須採合理步驟徵求著作權人授權同意進行數位化、或持有及反覆利用影像。倘若三年過後教育機構依舊無法取得足夠資訊以取得授權，任何進一步的利用都不符合該準則之合理使用。

除此之外，教育機構亦可在合理的時間內（七年內），將其「已存在之類比影像收藏」轉變為數位形式。而在這七年內，教育人士、學者、及學生可開始依該準則利用影像，教育機構則可進行徵求著作權人授權，以利用、持有、及數位化影像。

（二）教育人士、學者、及學生利用數位影像

根據數位影像準則草案，在合理的情況下，教育人士、學者、及學生可利用依此準則利用數位化之影像。教育人士可為教育目的陳列數位影像，如課堂上面對面之教學，或在非營利教育機構內進行研究及學術活動。教育人士也可收編(compile)該等數位影像以陳列於機構之電子網路系統中，以供修習該課程之學生可以在課程開課之學期內於課堂上利用、課後溫習、或在其指揮下研習。[366]

此外，教育人士、學者、及學生亦可在與其相關領域之授課或演說中，包括於非商業性質專業發展講習會、研習班、及教育人士聚集討論其領域議題或發表其研究、或教學心得之聚會中，利用或陳列該數位影像。值得特別注意的是此準則草案所准許的利用並不包括重製及出版已發表之影像，例如已經以印刷或數位形式發表之數位影像。

至於學生則可對依此準則草案，對數位化之影像進行以下方式之利用：(1)於課程作業例如報告及論文中利用該影像，以符合學位取得之要件；(2) 於正式註冊之課程或非營利教育機構內之正式評論中公開陳列內含該數位影像之學術著作；(3) 將其學術著作收藏於各人著作集內以供研究所申請、職位應徵、或其他利用。

若利用該數位化影像之決定、靈感或實際上的利用在時間上相當緊迫，因此無法合理期待可即時得到著作權人之授權時，教育人士、學者、及學生亦可以將合法取得之影像轉變為數位形式加以利用。不過，值得注意的是，在此種狀況下被利用的影像並不自動的成為教育機構影像收藏的一部份。原則上影像的重複利用及成為教育機構收藏的一部份，均必須得到著作權人之合法授權。

（三）其他重要規定

[365] 請參見數位影像準則草案。

[366] 請參見數位影像準則草案。

基本上教育機構在根據該數位影像準則草案將類比影響轉變為數位影像時，須同時徵求著作權人同意授權利用及持有該數位影像。倘若不知著作權人之身份，教育機構當紀錄其為取得授權所進行之「合理徵求步驟」(reasonable inquiry)。所謂「合理徵求步驟」，根據數位影像準則草案包括但不拘限於以下的情形：[367]

(1) 檢查教育機構所持有相關影像來源的資料，如幻燈片目錄及紀錄；
(2) 查詢相關教職員及圖書館員有關影像來源的資料；
(3) 查看一般參考書刊及資料庫有關影像來源的資料；
(4) 查詢代表著作權人或創作人之相關權益團體或協會。

此外，縱使可以進行數位化，但是教育人士、學者、及學生亦必須於其數位化之影像上表彰影像之來源以及張貼著作權標示。[368]表彰影像之來源包括提供該影像之著作權人、創作人、出版商、出版地點及日期、及著作所出現的網址等資訊。這也表示，除非該影像著作已進入公共領域或著作權已移轉，否則教育人士、學者、及學生須保存先前由著作權人或附著於影像著作上的著作權標示或其他所有權標示，此種原則與WIPO著作權條約(WCT)與WIPO表演人暨錄音物條約(WPPT)所要求的著作權權力管理資訊(rights management information)之規定相同[369]。

另外，而當利用及數位化同一來源，如書本、幻燈片組、或其他數位影像集之各別影象，或電影或其他視聽著作內的各別鏡頭時，利用機構或利用該影像之個人亦應限制同一來源之各別鏡頭或影象的數量及範圍。[370]雖然通常著作利用人不可以根據合理使用而利用他人完整的著作，但是如果為維持著作的完整性(integrity)時，本準則草案則例外的加以准許。而如為進行評論、教學、研究、等目的，而以合理使用為由變更該影像時，教育人士、學者、及學生亦須小心注意維持著作的完整性，並表彰任何其對原著作所做的變更。

三、距學習合理使用準則草案(Proposal for Educational Fair Use Guidelines For Distance Learning, “Distance Learning Guidelines”)

美國著作權法第106條將表演及陳列著作的權利歸屬為著作權人的專有權。但是，著作權法也允許在某些特殊的狀況下，著作可不經著作權人的授權就被表演及陳列，其一就是第107條下的「合理使用」以及第110(1)-(2)項所允許之學生及教師於表演及陳列著作的特殊狀況。

根據美國著作權法第110條第一項，立法者例外准許非營利教育機構的學生及教師於面對面的授課活動中，不須獲得授權即可進行表演及陳列著作(包括完整的著作)，例如演出舞台劇、朗讀詩詞、放映卡通或幻燈片、或放映合法取得的錄影帶。第110條第二項則允許表演非戲劇性文學及音樂著作或陳列其他任何著作作為遠距離學習教材傳送(transmission)的一部份，但是須是傳送幫助教學的教材本身或其他相關材料，同時接受傳送的地方必須是教室、其他通常被用來教學的地點、或因殘障或其他特殊狀況無法至教室及其他教學地點人士所在之地點。

但是由於網路的發展與網路學習的逐漸興起，因此CONFU亦針對遠距教學與學習對著作利用所可能帶來的問題與相關的合理使用問題提出解決之道，並對無法完全符合第110條第二項規定的情況下，應如何進行遠距學習提出共通的標準

[367] 請參見數位影像準則草案。
[368] 請參見數位影像準則草案。
[369] 有關著作權管理資訊的規定，請參見WCT第十二條與WPPT第十九條。
[370] 請參見Final Report。

[371]。

根據該遠距學習準則之規定,所謂遠距學習是指教學方式是以將授課內容傳送至位於遠距離或校園外之學生,同時課程或學程的完成須透過與教學或輔助教學人員進行單方面或雙方面之書面、電子、或其他形式媒體溝通,因此距離學習包含利用科技進行傳送及接受影音教學材料等行為在內。

原則上,此遠距學習合理使用準則適用於合法取得但不包括在第 110 條第二項下之著作,因此所涵蓋之利用包括以下兩種類型:[372](1) 現場互動式遠距學習課程,例如老師於一教室內授課,而所有或部份學生處於其他遠距離位置;(2) 無學生在場情況下錄製教學內容,以供嗣後傳送予學生。至於其傳送教材之方式,包括透過衛星,閉路電視、電腦安全網路(secured computer network)所做的傳送,但不允許消除著作權人於著作內所裝設的「反侵害措施」。另外,此一準則也不適用於非同步進行電腦網路遠距學習之情形,無論電腦網路是否受保護以及學生是否須透過密碼或其他安全措施方可登錄網路。

(一) 適用之對象

根據遠距學習準則第二條,該準則所適用的教育機構包括主要目的係為支持教育人士及學生研究及教學活動的各教學層次非營利教育機構,且僅限於其非營利之活動。[373]除此之外,遠距學習準則也適用於對其員工提供教學的政府機關。至於學生,則只適用於正式於教育機構內選修課程的學生以及政府機關員工,而且其僅准許於收看或收聽依遠距學習準則所傳送的教學內容。

(二) 可進行活動

根據遠距學習準則,所傳送之著作須溶入課程、成為固定教學的一部份、以涵蓋或直接相關之教學內容,故絕不可為娛樂目的而為之。[374]

此外,著作的傳送須透過電腦安全網路並運用科技保護措施以限制利用,例如密碼、刷卡、或其他足以識別學生的措施。接收傳送地點須為一教室、其他通常被利用於授課的地點、或其他教育機構可控制接收的地點。在這些地點教育機構須利用科技裝備以避免著作的被不當的重製。[375] 教育機構亦只可為每一遠距學習課程將著作完整的傳送或將其中一大部份傳送一次,其餘所有利用都須得到著作權人之授權。

至於接收傳送的教育機構則可將著作完整的或其中主要部份加以紀錄或重製,並連續持有紀錄或重製物達十五天(只包括該教育機構有對外作業的日子)以供課程學生複習,但須嚴格控制觀看紀錄或重製物的環境,例如僅可於教室、圖書館、及視聽中心觀看,同時教育機構尚須禁止學生複製或拷貝該著作。[376]於十五天的期間經過後,除非該教育機構已得到著作權人之授權,否則應將該紀錄或重製物部份立即摧毀,而傳送的教育機構也可在同樣狀況下複製及提供被傳送之著作重製物。

另外,若多媒體性質著作乃是透過授權協議所取得,那麼教育機構對該著作之利用必須符合授權協議的規定。只有在沒有授權協議存在時,方可依該遠距學習準則利用著作。不過,並不是所有的情況都可以當然的根據該準則對多媒體著作進行利用,例如以下的情形該準則即規定須取得授權:(1) 商業利用—如

---

[371] Proposal for Educational Fair Use Guidelines For Distance Learning, The Conference on Fair Use, Final Report to the Commissioner on the Conclusion of the Conference on Fair Use (November 1998)(以下簡稱為遠距學習準則草案)。

[372] Id.

[373] Id.

[374] Id.

[375] Id.

[376] Id.

非營利教育機構收費為營利公司進行教學，或對公司員工的管理訓練或安全訓練；(2) 傳播課程紀錄—依此準則規定提供遠距學習之教育機構欲進一步傳播課程紀錄或含有著作部份紀錄；(3) 參與課程不受限制—教育機構或機關欲提供含有著作的課程予非機構或機關員工；(4) 十五天期限滿後的利用。

四、媒體教育合理使用準則草案(Proposal For Fair Use Guidelines For Educational Multimedia, “Multimedia Guidelines”)

教育人士傳統上購買受著作權保護的書籍、錄影帶、幻燈片、錄音、其他媒體、以及所須之放映配備以供課堂上利用。多媒體創作人將這些教材溶入其創作成為新的教學工具，因此多媒體不但可以因應各別學生的問題，學生也可利用多媒體教材獨立進行研習。但是由於多媒體牽涉諸多的著作類型，而教育機構將各種著作整合為多媒體進行教學時，亦面臨許多的問題，因此 CONFU 亦意圖就多媒體的利用完成多媒體教育合理使用準則，應討論後多媒體教育小組提出多媒體教育合理使用準則草案(Proposal For Fair Use Guidelines For Educational Multimedia, 以下簡稱為多媒體教育準則) [377]。這也是 CONFU 會議中唯一獲得共識的準則草案。

原則上多媒體教育準則適用於教育人士及學生合法購得但非經授權就利用於多媒體教材的著作。多媒體教材的創作應是屬於非營利教育機構固定教學的一部份，並溶合學生與教育人士的原創著作，如上課筆記、評論等，以及受著作權保護並附著於不同媒體的著作，如影片、音樂、文字、插圖、攝影、數位軟體為一體。適用之教育機構包括主要目的為支持教育人士及學生之非商業性研究及教學的非營利組織。倘若機構或個人以購買、贈予、或授權等方式取得著作，而非盜版著作時，該著作即可被視為合法購得。特別值得注意的是溶合他人著作的多媒體教材只可供固定教學的教育利用，包括非商業課程中教育人士及學生的教學及學習。

（一）利用他人著作製作多媒體教材

在為課程製作多媒體作業時，學生可將合法取得著作的一部份整合於其中。同樣的，教育人士也可在針對課程內容製作多媒體教材時整合經其合法取得之著作為該多媒體教材之一部份。但是，此等性質的利用須符合下述之時間、範圍、重製、及散佈的限制。

首先，學生可對其整合他人著作而製作的多媒體作業加以利用，例如為相關課程表演以及陳列，收藏於各人學業著作集以供未來利用(申請研究所或應徵工作)。至於教育人士則可在以下狀況利用溶合他人著作製作的多媒體教材：[378](1) 面對面教學；(2) 指定學生於其指導之自習時利用；(3) 為對學生進行遠距教學，同步提供教材於教育機構之電腦安全網路上或指定學生於指導之自習利用，但是須有科技措施（如密碼以及禁止對他人著作進行重製）以控管網路登錄及多媒體教材利用。

假如教育機構的網路或科技措施無法制止他人對著作進行重製，學生及教育人士可在電腦安全網路上初次同步遠距教學利用後，或自初次指定學生於指導自習利用後連續用十五天加以利用。[379]於此期間經過之後，利用過之多媒體教材之重製物可被收藏於學習中心、圖書館、或其他類似地點以供學生進行現場利用，惟學生應被告知不可自行重製該多媒體教材。另外，教育人士同時向其他教育人士，包括在研討會及工作小組等展示或陳列其製作之多媒體教材。教育人士

---

377 Proposal For Fair Use Guidelines For Educational Multimedia, The Conference on Fair Use, Final Report to the Commissioner on the Conclusion of the Conference on Fair Use (November 1998)

378 Id.

379 Id.

也可收藏其製作之多媒體教材於各人著作集內以供各人利用，如升等審核或應徵工作。

（二）多媒體製作之限制

為釐清多媒體製作過程中與完成後之利用與其所利用之相關著作之關係，多媒體教育準則草案特別要求多媒體教材及其利用須符合以下時間、範圍、複製、及散佈的限制。

原則上，自初次利用後開始，教育人士可於兩年的期間內，於教學中利用依據此準則所製作的多媒體教材。嗣後，無論利用是否係屬於教育性質都須取得著作權人之合法授權。

而該多媒體教育準則草案所稱之範圍限制，則是指可被合理使用於多媒體教材內的著作範圍。就動態媒體著作而言，可被利用於同一多媒體教材的範圍為著作「總體」（in the aggregate)的一成或三分鐘（並以兩者中較少之一為準）。就文字著作而言，可被利用範圍為著作「總體」的一成或一千字（亦以兩者中較少者為準）。如果一首少於 250 字的詩詞，則可完整的被利用，但不可從同一文集中利用三首同一作者的詩詞及五首不同作者的詩詞。至於總字數超於 250 字的詩詞則可利用至 250 字，但不可從同一文集中利用三段同一作者的詩詞及五段不同作者的詩詞。

就音樂著作的樂曲及歌詞而言，於同一多媒體教材中，無論音樂著作是附著於重製物或視聽著作，可利用一成但不抄過 30 秒的著作。至於任何對音樂著作所做的變動都不可改變其基本音律或本質。

至於攝影及插圖著作的合理使用範圍就較為複雜，因為合理使用通常不允許利用著作的整體。但是根據此多媒體教育準則草案，對攝影及插圖著作則可完整的被利用，但是同一多媒體教材內不可利用同一作者的五件著作以上。倘若著作是屬於同一著作集，可利用範圍為著作集內一成及 15 件影像（以兩者中較少者為準）。

而就資料收集及資料庫著作而言，該多媒體著作可利用之範圍是該資料的一成或 2500 筆(cell entries)資料（以兩者中較少者為準）。

另外，該準則草案對著作原本的重製物數量也有限制。一般而言，於本準則所允許的收藏內不可維持超過一份的重製物。另一份重製物則只可為補替遺失或破損之重製物而重製。

不過，並不是任何利用都可以根據該準則草案主張合理使用，原則上，多媒體教育準則明文規定下列情形則必須得到授權，包括(1) 為非教育性質及商業性質目的而利用多媒體教學材料；(2) 對多媒體教學材料進行超過該準則所允許的重製；(3) 對多媒體教學材料進行超過該準則所允許的散布。

（三）其他重要規定

原則上教育人士及學生應盡量表彰著作的來源並張貼著作權標示(若著作原本有附著著作權標示)。所謂表彰著作的來源，係表示應標示其所利用之資訊，如作者姓名、身份、發行商、發表時間及地點。不過，來源標示及著作權標示可分別被放置於多媒體教學材料中不同的地方。但假如著作是整合於多媒體教學材料內的影像，那麼兩者應被併入成為影像的一部份。假如來源標示及著作權標示被附著於影像檔案中，則來源標示及著作權標示被視為併入成為影像的一部份，並應在閱覽影像時出現於螢幕上。

教育人士及學生同時應在多媒體教學材料的首幕及任何相關書面資料標示表明教學材料的一部份乃是依據「合理使用」之例外規定以及此準則所利用的他

人著作，在未得到授權前，著作的進一步利用亦被禁止。[380]倘若教育人士及學生認為其製造的多媒體教學材料極有可能被廣為散布(無論該散布是否為商業性質)，其應盡力在製作過程中徵求授權。另外，教育人士及學生亦可以對所利用之著作做變動，但變動須具備教學功能，同時須表明其所做的變動。最後，倘若有適用於著作的授權協議，則該準則即無法適用。

貳、圖書館利用電腦軟體著作權聲明(Statement on Use of Copyrighted Computer Programs (Software) in Libraries—Scenarios, Computer Program Statement)

就圖書館利用著作的情形而言，美國著作權法第 107 條、第 109(b)條、及第 117 條等已經有相關的規定，並提供圖書館相關的合理使用抗辯，但是由於網路的利用，圖書館利用電腦軟體時，亦可能遭遇到不同的問題，特別是再利用電腦軟體及多媒體著作進行行政、館內、及館外利用時，均可能會面臨新的問題，但是由於與會代表無法就此達成共識，因此並未完成準則之草擬，因此 CONFU 圖書館軟體利用小組僅就下列圖書館利用電腦軟體所可能發生的問題提出聲明(以下簡稱為圖書館電腦軟體聲明)[381]，並無準則草案的出現。

一、圖書館行政利用

(一)一非營利大學之圖書館購買電子試算表（Spreadsheet）軟體以供管理其會計出納，而其主管將軟體改寫以適用於圖書館現有之電腦設施。

根據圖書館電腦軟體聲明，此一利用符合第 107 條合理使用的例外規定。假如圖書館必須做此修改方能與其既有之硬體一起加以利用時，圖書館可以對其合法取得之電腦軟體加以修改[382]。假如圖書館是以授權或其他合約取得該電腦軟體，而非以購買方式取得軟體時，圖書館則必須根據授權合約或其他合約之規定決定是否可以修改該軟體。

(二)一非營利大學圖書館之行政人員得到授權利用電子試算表軟體以進行會計出納管理，但是大學的會計部門卻利用不同的軟體。因此圖書館行政人員仍以該電子試算表軟體準備定期會計報告，並將根據該軟體所製作之報告以及另行重製之電子試算表軟體一起以電子郵件傳送至會計部門。

根據圖書館電腦軟體聲明，在此種情況下圖書館行政人員自行重製電子試算表軟體並將該軟體傳送至會計部之行為，乃是非法重製行為，因此不符合合理使用，亦不可主張合理使用或其他抗辯。

（三）假設狀況與狀況 2 相同，但是圖書館行政人員並未將所儲存報告與其複製之電子試算表軟體一起以電子郵件方式傳送至會計部，僅是將該報告之格式加以轉變後傳送至會計部門。

對於此種情形，圖書館電腦軟體聲明認為由於圖書館行政人員並未非法重製或散佈電子試算表軟體，因此並無侵權行為，亦無須主張合理使用或其他抗辯。

(四)一非營利圖書館購買一單機授權利用的電子試算表軟體。一圖書館館員打開軟體的包裝並將該軟體裝置於其電腦上，但是並未閱讀授權同意書。之後他重製一份軟體，並將拷貝給予另一圖書館館員。第二位圖書館館員根據重製之軟體裝置於其電腦上。[383]

根據圖書館電腦軟體聲明，在此種情形下，圖書館並無法主張美國著作權法第 107 條的合理使用，因為圖書館已經非法重製該電子試算表軟體並違反了授

---

[380] Id.

[381] Statement on Use of Copyrighted Computer Programs (Software) in Libraries—Scenarios, The Conference on Fair Use, Final Report to the Commissioner on the Conclusion of the Conference on Fair Use (November 1998)

[382] 此聲明與我國著作權法第五十九條第一項之規定相同。

[383] 參見圖書館電腦軟體聲明。

權契約。

（五）一圖書館館員正進行校內館藏著作之整理，為了能在家中繼續工作，並登記其工作時數，他複製了一份裝置於辦公室電腦上的軟體以裝置於家中的電腦。

根據圖書館電腦軟體聲明，此種情形並無合理使用或其他抗辯的適用。因為許多軟體利用人希望同時能在辦公室及家中工作，但是許多軟體發行商根據此種需要已經有提供「單一利用人授權」，以便被授權人同時可在家中及辦公室電腦上裝置及利用該軟體。因此若圖書館並未購買「單一利用人授權」的軟體，該館員之此種重製行為即不符合合理使用之規定。

（六）一圖書館館員被授權利用並裝置電子試算表軟體以管理自己的戶頭。兩年後，圖書館館員取得授權將軟體功能更新(upgrade)，並將更新軟體裝置於辦公室電腦，而將舊的軟體置於家中電腦。

根據圖書館電腦軟體聲明，倘若軟體更新授權禁止將舊的軟體移轉至另一台電腦或移轉予他人，則此種情形並不符合合理使用亦無其他抗辯之適用。這是因為軟體更新授權價錢較直接購買軟體便宜，因此在此狀況下，大部份更新授權禁止移轉舊版本的軟體。

（七）假設狀況與狀況六相同，但是圖書館館員以全價購得授權利用新版本的軟體，並將新版本裝置於辦公室電腦以及舊版本裝置於家中電腦。

根據圖書館電腦軟體聲明，在此種情形下無須考慮是否可合理使用或其他抗辯是否適用之問題，因為該圖書館館員已完成獨立授權利用新舊兩版本的軟體。

1. 借電腦軟體予圖書館利用人

一般而言，假如侵權警告有被附著於合法取得的電腦軟體，根據著作權法第109(b)條，非營利圖書館可將其出借給予圖書館利用人做非營利利用。值得注意的是在某些狀況下圖書館利用人可能有侵權行為，而圖書館卻並無侵權行為。

（1） 非營利圖書館擁有一份文字處理電腦軟體以及利用該軟體之授權。圖書館在軟體包裝上貼上侵權警告，並將軟體放置於借書處以供圖書館利用人借出。[384]

根據圖書館電腦軟體聲明以及美國著作權法第 109 條(b)(2)之規定，圖書館可以將該軟體出借，但圖書館須確保該軟體是為非營利之目的而借出。

(2)設狀況與狀況一相同，但是一位進行英文文學研究的學生借出該軟體並將其裝置於其電腦上。當軟體出借期間屆滿時，他將向圖書館借用之軟體重製物歸還予圖書館，但卻留下裝置於其家中個人電腦中的軟體重製物。[385]

根據圖書館電腦軟體聲明，圖書館可享受法定免責，但是該法定免則卻不適用於學生。根據美國著作權法 109 條(b)(2)，美國著作權法允許學校及圖書館出借及移轉電腦軟體予利用人，但卻不允許利用人非法複製軟體，因此該學生之非法重製行為不受保護。

（3）一非營利圖書館出借其購買，而非被授權利用的軟體，而該軟體包裝上貼有侵權警告。[386]

根據圖書館電腦軟體聲明，美國著作權法 109(b)(2)條允許這樣的行為，但是圖書館須不知或無理由知道軟體將被利用於營利活動。不過，根據該聲明，假如授權契約並不允許出借，則圖書館即不得出借透

[384] Id.
[385] Id.
[386] Id.

過授權所取得的軟體。

（4）一圖書館購買一附贈軟體的書籍。圖書館因應另一圖書館的要求而將書本及所附贈軟體出借。[387]

根據圖書館電腦軟體聲明，美國著作權法 109(b)(2)條允許這樣的行為，但書本及所附贈軟體須是為非營利目的而被出借。

2. 圖書館利用人的遠距利用行為

(1) 一非營利教育機構的圖書館取得單機授權利用一文字處理軟體，並透過校園電腦網路提供給予學生及教職員在校園內外利用。每當利用人登錄電腦網路都會見到螢幕上顯示的侵權警告。[388]

根據圖書館電腦軟體聲明，此種情形並不符合合理使用亦無法主張其他免責條文。這是因為雖然非營利圖書館及教育機構可出借其合法取得的重製物，但不可透過電腦網路進行非法重製及公開陳列。因此於此種情況，雖然其利用是為非營利目的，但是因為該電腦軟體被完整的加以重製，故並無合理使用情形之存在。

（2）假設狀況與狀況一相同，但是圖書館所取得的是網路版本的軟體，並有同意學生及教職員同時利用之授權。[389]

根據圖書館電腦軟體聲明，因為授權範圍已包括網路利用，因此圖書館、學生、及教職員都沒有侵權行為。

(3)一非營利圖書館裝置電子軟體於其電腦網路，並根據授權提供利用人於館內利用。無視於侵權警告，一圖書館利用人將該軟體儲存於自己的磁碟片上並帶走。[390]

根據圖書館電腦軟體聲明，圖書館並未違反其授權，但是圖書館利用人的行為則構成侵權行為。

(4)一非營利教育機構的學生取得授權於其個人電腦利用軟體，並將軟體裝置於學校圖書館的電腦網路以提供數百名學生及教職員利用及複製。

根據圖書館電腦軟體聲明，學校圖書館未能防止此種情形之發生即可能構成侵權行為。

參、 結論

雖然美國相關的著作權人與著作利用人團體試圖對著作權的合理使用規範，透過準則的規定，而尋求可以為各方所接受的標準，並且也透過各種的管道，而進行了許多的協商，並有一些準則獲得通過，但是多半的情形是著作權人與著作利用人之間並無法就合理使用的準則達成協議（例如 CONFU），或是縱使達成協議而有準則，但是亦對其法律性質有所爭議。其中只有一個例外，那就是「非營利教育機構課堂影印準則」。

雖然「非營利教育機構課堂影印準則」並非國會按立法程序所通過之法律，而其前言也明白的表示，該準則只是校園影印的「最低標準（minimum standards）」，但是由於此標準被列入美國一九七六年著作法的國會立法紀錄之中，使得法院認為其具有相當的法律效力。

事實上，根據眾院委員會在著作權法修法報告中表示，該標準是一個對合

[387] Id.
[388] Id.
[389] Id.
[390] Id.

理使用最低標準的合理解釋（reasonable interpretation of the minimum standards of fair use），並認為該準則對教師提供了較高之確定性與保護（greater certainty & protection ）[391]。由於該準則被列入眾院的立法報告中，使得該準則成為國會所認可的唯一判斷標準，因此美國著作權法權威 Nimmer 教授就認為，該準則可能會被法院認為是「與條文具有相同的效力」[392]。可是由於此準則規定內容嚴格且不符合校園現況，故招致其他學術團體的一致反對，例如全美大學教授聯盟（ＡＡＵＰ）與美國法學院協會（AALS），美國圖書館協會（ALA）以及大專研究圖書館協會（ACRL），就分別發表聲明，或另行通過其他準則，以與國會所認可之準則相抗衡[393]。

不過，雖然該準則遭致著作利用人團體的反對，但是美國法院在處理有關校園影印的案件時，卻明顯的偏向以該準則為唯一的判斷標準，更重要的，就是從下列案件中可看出，法院已逐漸形成將該「最低標準」作為「最高標準」而據以判決的趨勢[394]。

有關該準則而衍生的第一件爭議案件就是 Marcus V. Rowley[395]。雖然在本案之前，已有出版商告校園外商業性影印連鎖店獲得勝訴的判決，但其並未針對校園內教學研究之合理使用問題加以判決[396]。於該案中，原告寫了一本共三十五頁，有關蛋糕裝飾的小冊子並取得著作權。被告在參加了原告之蛋糕裝飾課後，也寫了一本類似的小冊子，用於自己所開設的食品班上。不過被告的二十四頁小冊子中卻從原告小冊子中抄了十一頁，原告乃提出告訴。初審時，地方法院判決並未構成侵害。但是聯邦第九巡迴上訴法院卻改判構成侵害。該院指出，雖然該準則並不是著作權法的一部分，但卻「代表了國會委員會在傳統司法原則下，對何種情形才構成合理使用的看法」，可見該準則對合理使用之判斷已發生影響[397]。

隨後，九家出版社又對紐約大學（NYU）及九位教職員提出控訴，Addison-Wesley Publishing Co. v. New York Univ.,[398]指責紐約大學之教授未經許可即影印原告有著作權之書籍並分發作為上課講義，而在美國學術界造成軒然大波。對於本案，美國學術界與出版界都寄與厚望，認為該案可以解決有關於校園內重製與合理使用的衝突問題。不過 NYU 卻匆匆的與原告達成庭外和解，使得校園合理使用的問題並未能獲得解決[399]。

真正對美國校園影印合理使用問題產生重大影響的，則是 Basic Books, Inc. v. Kinko's Graphics Corp.[400]。在本案中，八家出版商對美國最大的影印連鎖店 kinko's 提出訴訟，指責被告違反「非營利教育機構課堂影印準則」及

---

391 請參見前揭眾院報告，頁七十二。

392 Nimmer on Copyright,13.5 (E) (3), 13 -76.9 (1983)。

393 Michael B. Bixby 前揭文，頁三二七至三二九。

394 「最低標準」之意，是教師於課堂影印時至少可以影印該準則所規定的頁數，若超過時，則適用第一〇七條合理使用之判斷標準以認定有無侵害。但是，「最高標準」則是指教師課堂影印不得超過該準則之標準，一旦超過，就屬侵害著作權。見 R. S. Talab, 前揭註文，頁二至三。

395 695 F.2d 1171 (9th Cir. 1983) 。

396 例如 Basic Books, Inc. v. Gnoman Corp., Copyright L. Dec. (CCH) 25,145 (D. Conn. 1980); Harper & Row Publishers v. Tyco Copy service, Copyright L. Dec. (CCH) 25, 230 (D. Conn. 1981) 。

397 The guidelines did " represent the Congressional committee's view of what constitutes fair use under traditional doctrine. " 695 F.2d at 1178 。

398 Addison-Wesley Publishing Co. v. New York Univ., Case No. 82-Civ. 8333 (S.D.N.Y. 1983)。

399 根據和解條件，NYU 同意採用「非營利教育機構課堂影印準則」修訂其校內之影印準則，美國圖書出版協會並將 NYU 之校內影印準則分寄各校，要求各校仿效訂立，以免觸法。其結果，就是達成以非營利影印準則為最高標準的目的。

400 758 F.Supp. 1522 (S.D.N.Y., 1991) 。本案於一審判決後，雙方即庭外和解，見 Case Comment, Basic Books, Inc. v. kinko's Graphics Corp.: Potential Liability for Classroom Anthologies, 18 J. of College & University Law, 595 (1992) 。

侵害著作權。在 Kinko's 一案中，大學教授將其所準備的課程資料準備好，編成一本資料選集（Anthology ）之後，就交給位在校園附近的Kinko's影印店。於開學後，需要的學生就直接向Kinko's購買。 Kinko's 就會依據需要將教授所準備的資料影印裝訂售與需要的學生。針對此種影印重製行為， Kinko's 則主張，雖然其為商業組織，但是其影印教授所提供之課程資料並轉賣予學生之行為則是屬教育目的，因此其影印行為符合合理使用之規定。

法院於審理後，判決被告之商業性影印行為不符合該準則之規定，亦不屬合理使用，故侵害原告之著作權，應賠償原告五十一萬美元之損害賠償。在決定有無合理使用時，法院發現 Kinko's 之影印為商業目的，其利用行為也未對被利用之著作增加價值或作分析，其影印之部份又為書中單獨之章節，學生一旦購買影印資料後，就不會再購買書籍，使書籍之銷量減少，故不符合教育目的合理使用之要求。

而在分析其行為是否符合準則之規定時，法院亦指出 Kinko's 所影印之數量與比例均超出準則之規定，又不符合同時性、簡潔性等要求，故亦違反準則之規定[401]。此項判決之結果，對於美國教育界，尤其是高等教育界產生了重大的影響，因為這使得教師或教授都有因為影印資料或提供講義予學生而侵害著作權之可能[402]。

雖然「非營利教育機構課堂影印準則」因為列入國會立法記錄而為法院作為解釋校園利用著作的一項標準，但是其他的準則則因為並未列入國內立法記錄，其法律效果亦相對的有所限制。最明顯的就是歷經多年協商的 CONFU 會議，最後竟然無法達成任何有實質意義的共識。

不過，從美國有關合理使用的相關準則歷史觀察，其真正的意義在於這些準則都是透過著作權人團體與著作利用人團體間的協商成形並實際運作，雖然各方對其法律效果有不同之解釋與看法，但是此等準則亦提供各方一個參酌的依據。而在我國，卻有人建議由主管機關擬定合理使用的準則以供各方利用，此種見解不但忽略了著作權合理使用係著作權人與著作利用人間權義平衡的事實，更忽略的著作利用態樣眾多無法由主管機關一一臚列的現實，此種由主管機關所擬定的合理使用準則，若無法得到著作權人與著作利用人的支持，其實際效用如何，即有疑問，因此若要徹底解決合理使用的爭議，仍應鼓勵由著作權人團體與著作利用人團體之間的直接對話，主管機關可以從旁居於輔導的地位協助。若因我國著作利用人團體力量不足以與著作權人團體抗衡的考量，也應透過召開公聽會或是研討會的方式凝聚共識，方可必免可能的爭議。

[401]同前註，頁六〇六至六〇七。

[402] Robert kasunic, Fair Use And the Educator's Right to Photocopy Copyrighted Material For Classroom use, 19 J. of College & University Law 271, 274-276 (1992) 。

第六章　網路科技發展與合理使用的適用

壹、　前言

隨著科技的進步與網路的普及，著作的利用與著作權的保護都面臨極大的變化與挑戰，透過數位化科技的運用，著作物不但可以迅速的傳輸至世界的每一個角落，更可以大量的被重製。但是一般人在傳輸或利用這些數位化的著作時，是否有權加以利用，若是未經授權，是否仍然可以利用，可否主張合理使用以免除其責任，就是一個值得探討的問題。

而就網路上著作權的利用而言，由於其利用態樣多係以免費為主，另外網路上的利用亦與傳統的利用有諸多變化，因此被告在涉及著作權侵害行為而主張合理使用時、其合理性是否應依傳統利用方式與判斷原則加以判斷、還是根據網路所形成的習慣或考量科技之進展加以判斷，就是值得深思的問題。

另一方面，由於美國已經在一九九八年通過「1998 年數位千禧年著作權法案」(The Digital Millenium Copyright Act of 1998, DMCA)[1]，以履行 WIPO 在一九九六年所通過的兩個著作權條約[2]，也因此對於網路利用與著作權的保護投下了新的變數。究竟在目前林林總總的新興網路商業模式與利用類型中，究竟合理使用是否仍然可以適用到網路的虛無世界中，哪些網路上利用的態樣符合合理使用的要件，就仍然有待釐清。

而隨著網路利用的普及與權利人對保護自身權利的重視，再加上法規的變革，已經有相當多涉及新科技與合理使用的案例出現，將可為合理使用與網路利用的未來提供一個判斷的原則與方向。因此本章僅就新科技與合理使用的趨勢探討如下。

貳、　網路上語文著作的重製與合理使用

在網路興起之後，首先發生的著作權爭議就是語文與文字著作的重製是否可以符合合理使用的要求。而第一件有關語文與文字著作的爭議案件，就是 Religious Technology Center v. Lerma[3]。在本案中，被告 Lerma 透過法院文件獲得有關科學教會（Church of Scientology）的教會資料後，將其上傳到網路上，而為原告控告侵害著作權。在本案中，被告 Lerma 承認將該等資料上傳至 BBS，但是卻主張其行為構成合理使用，並請求法院應針對網路的特殊性質而加以特殊之考量。

---

[1] 法案原文可至 U.S. Copyright Office 之網站：http://www.dickson.tec.tn.us/dmca.htm .或至美國參議院網站：http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/r?r105:@phrase(Digital+Millennium+Copyright+Act)查詢。

[2] 這兩個條約分別為「世界智慧財產權組織著作權條約」(WIPO Copyright Treaty, WCT)與「世界智慧財產權組織表演與錄音物條約」(WIPO Performances and Phonograms Treaty, WPPT)。有關這兩個條約的翻譯介紹、請參見章忠信，「世界智慧財產權組織著作權條約」(中文本)及「世界智慧財產權組織表演與錄音物條約」(中文本)，http://law.mis.cycu.edu.tw/cr/statute/。

[3] No. 95-1107-A, 1996 WL 633131 (E.D.Va., Oct. 4, 1996)。本案 RTC 乃為科學教會（CoS）所屬的一個機構，事實上，CoS 為了保護其教派的教義資料，積極的以侵害著作權為由，在全球各地追訴將其教義資料上傳的人士或是登載有該等資料的網站，成為網路普及後最早引發著作權爭議的案例。CoS 另外在另一件案件中對提供連線與 Usenet 服務的 OSP 提出控告，也受到各方的關切，在該案中，經營 OSP 業務的 Netcom 公司亦提出合理使用的抗辯，成為網路服務提供者是否可以主張合理使用的濫觴。在審理後，法院判決 Netcom 的行為構成合理使用，並不用對客戶的行為負責，Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communications Services, Inc.., 923 F.Supp. 1231 (N.D.Calif. 1995)。由於本案與重製或最終使用者並無直接的關係，故在此不加以詳細討論。

不過法院卻拒絕對透過網路所為之各種利用他人著作之行為予以特殊考量。法院指出，雖然網路確實代表了一個革命性的進步，但是不論國會或是法院都並未根據美國著作權法第一〇七條而給予網路上之利用特殊的地位。著作權法早就配合技術的進展而變化，每一個新技術的突破都為著作權法的解釋與適用創造出複雜的問題，但是雖然如此，新的技術，從電視、到錄影機、到數位化傳輸，都仍然在著作權法的整體架構下發展，並達成著作權法所欲達成的目標。因此，網路亦不應有所例外，而在網路上張貼他人著作亦應根據已經相當有彈性的合理使用判斷標準加以判斷[4]。

基於網路不應自外於美國著作權法第一〇七條合理使用判斷原則的理由，法院進而根據該四點判斷因素分析被告上傳科學教會的行為，雖然被告主張其係為新聞報導與教學研究之目的而張貼，但是都不為法院所接受，法院認為其報導並不客觀且學術研究不應完整抄襲，故認為被告的行為不構成合理使用。

本案最值得注意的，就是法院拒絕因為新技術的產生，而改變合理使用的判斷分析原則，而認為應由國會去決定是否要將合理使用的範圍予以擴大或縮小，但在國會修法之前，則不論科技如何變化，法院仍不會因技術而改變法律的適用。

而在今年，亦有一件值得注意且涉及網路與文字著作合理使用的判決出現。這件案件就是 Los Angeles Times v. Free Republic[5]。在該案中，Free Republic 經營一個 freerepublic.com 網站，該網站提供使用者一個論壇，可以由網路使用人將其他報紙的新聞報導張貼到該網站上供其他人閱讀，亦可加以批評或評論。經通知後該網站仍然不停止此種行為，而為洛杉磯時報、華盛頓郵報控告被告侵害著作權。被告則以合理使用作為抗辯。

對於 freerepublic.com 的合理使用抗辯，法院仍然根據第一〇七條的四點判斷原則加以分析。首先就第一個判斷標準亦即利用目地及性質而言，法院認為判斷的重點在美國最高法院 Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.[6]判例之後，在於新的創作是否僅取代原著作還是增加新的內容，也就是新著作是否是一個轉化（transformative）的著作。

Free Republic 主張，其讓使用人張貼報紙文章並由其他使用人張貼批評，已經具有轉化的性質。但是法院卻認為該網站先准許他人將整篇文章或是文章的大部分內容張貼到網站上，然後再增加批評或評論，並無法轉化該著作[7]。

FreeRepublic 接著主張，重製全部或大部分的文章乃是為了討論、批評或評論的需要，此外由於許多報紙的文章僅在一定期間內免費，其後就必須要付

---

[4] While the Internet does present a truly revolutionary advance, neither Congress nor the courts have afforded it unique status under the fair use standard of 107. The law of copyright has evolved with technological change, with each new technological advancement creating complicated questions of copyright interpretation and application. Nevertheless, the new technologies - from television, to video cassette recorders, to digitized transmissions - have been made to fit within the overall scheme of copyright law and to serve the ends which copyright was intended to promote. The Internet is no exception, and postings on it must be judged in reference to the already flexible considerations which
fair use affords. See Lerma, Id., at 4.

[5] C.D. Cal. No. 98-7840 MMM (April 4, 2000)。法院在 1999 年 11 月，法院做出初步裁定，認為 FreeRepublic.com 可以利用提供超連結或摘要的方式避免侵害著作權，但卻都不利用，因此初步判決被告敗訴，在 2000 年 4 月，法院特別針對合理使用的問題作出詳細的討論，但仍然維持被告行為不構成合理使用的決定。請參見 BNA, Posting News Articles on Internet Site For Comment and Criticism was Not Fair Use, 5 Electronic Comerce & Law Report 438, April 26, 2000.

[6] 510 U.S. 569 (1994)。

[7] 法院在此引用前述 Netcom 與 Lerma 案的判決表示，如果第一篇的張貼是未經授權的重製物，則縱使後面有其他人的評論，亦僅有極低的轉化效果，並無法主張合理使用。

費，因此其重製有其實記的需要。但是法院亦駁回此理由。法院指出，雖然在一定期間後，freerepublic.com 的連結就無法運作，但是法院認為這只是要求 freerepublic.com 的使用者和其他使用者一樣必須付費而已。雖然提供超連結或是摘要對其使用者而言，並不如提供全文方便，但是法院認為，其判斷重點應在於逐字重製是否為 freerepublic.com 所意圖的批評目的所必需。法官發現，多數的批評或評論都集中在當天的新聞，因此大量重製新聞報導的全文並保留在被告網站上，已經超出被告所欲達成的批評目的。

被告另外主張其係非營利目的而利用該等文章，但是法官卻認為被告免費提供他人文章，雖然不是直接以營利為目的，但是被告卻利用此種方式來吸引網有註冊，並在其網站上向網友募捐，因此被告雖然並不是直接以商業性目的利用這些文章，但是其准許其他人自由下載，卻使他人可以因而避免支付一般必需支付的費用[8]。因此法院認為就第一個判斷標準而言，較偏向原告。

事實上，就我國而言，法院的見解亦與美國相同。例如在國內唯一出現的網路著作權侵害案件，也就是凱訊光碟月刊案中，被告被控將中山大學南風站的精華篇部份下載並以光碟方式重製，然後贈送與其讀者，侵害原告之著作權。在本案中，被告亦以合理使用作為抗辯。但是與美國法院見解相同之處，就是法院並未因為重製技術或是利用工具的不同，而作特別之考量，仍然判決被告合理使用抗辯並不成立。

其次，就著作的性質而言，由於都是新聞報導文章，屬於不受保護的事實，因此偏向 Free Republic 的合理使用主張[9]。不過，由於被告將整篇文章全文照登或是大部分照登，因此法院認為就第三點判斷原則，亦即使用的質量與在整個著作所占的比例而言，不利於被告。至於第四點判斷原則，也就是利用結果對著作潛在市場與現在價值的影響方面，法院亦認為不利於被告，因為由於被告准許網路使用人免費下載原告的文章，而不用支付應該支付的費用，因此原告的市場亦因此受到影響。雖然被告主張原告因為其會員點選新聞報導而獲益，但是法院並不接受，因為不論此行為是否會增加原告到訪率（hits）而有助於原告的廣告收入，但是卻明顯減少原告銷售或授權此等文章的能力。

基於整體考量，法院駁回被告合理使用的抗辯，而判決原告勝訴。但是從本案中亦可清楚的得知，雖然本案所爭議的重點在於保護程度極低的新聞報導語文著作，可是法院卻從整體考量，仍然認為被告的行為無法對原告的著作提供任何新的內容，也未能轉化原著作為新著作，再加上全文照抄也會減損原告的市場，而不認為被告的行為構成合理使用。從這種結果觀察，法院並未因為被告所利用的工具（網路）而在判斷上有特殊的考量，新的技術或新的媒體並不會因此而改變法院的合理使用判斷原則。

參、 網路上圖形著作與合理使用

在網路技術大幅進步，特別是瀏覽器興起後，網路就脫離了過去以文字為主的內容，並導入大量的圖形著作。也因為網路頻寬的改善，網頁的設計編排也日新月異，圖形也日益豐富。但是在這些無處不在的圖形著作之後，亦隱藏者著作權的法律爭議，也因此引發合理使用是否亦對圖形著作之重製亦可適用的疑

[8] 法官指出，"[I]t is more appropriate to conclude that, while defendants do not necessarily 'exploit' the articles for commercial gain, their posting to the Fee Republic site allows defendants and other visitors to avoid paying the 'customary price' charged for the work."

[9] 我國著作權法第九條亦由類似的規定，亦即單純為傳達事實之新聞報導所作成的語文著作，亦不得為著作權保護標的。

義。

事實上，圖形著作的重製可以分為單純圖形著作的重製，也就是將他人的圖形著作以掃描或其它方式重製並將其上傳或張貼到網路上。另一種方式，則是牽涉到較為複雜的圖形著作重製問題，那就是圖形搜尋引擎將圖檔轉為小圖片（thumbnail），然後儲存在其資料庫中以供網路使用人查詢，此種方式是否構成侵害著作權，可否主張合理使用，也是引發相當的爭議，以下即就這些不同類型的案例加以討論。

一、單純的重製他人圖形著作

就網路發展過程而言，早期出現的著作權侵害案件，多半是被告利用數位化易於重製的特色，將他人的著作加以重製並置於網路之上。此種情形，除語文著作之外，最常見的就是一般的圖形著作之重製。

此種類型的重製案件爭議，最早發生的就是 Playboy Enterprises, Inc. v. Frena[10]一案。在該案中，花花公子雜誌發現被告 Frena 所經營的 BBS 站中，含有 170 幅原告有著作權的圖形著作，Frena 則提出合理使用以為抗辯。但是法院在分析合理使用的四個判斷標準之後，駁回被告合理使用的抗辯，並判決被告侵害原告之著作權。

法院指出，由於 Frena 的 BBS 站以會員制方式經營，並向會員收費，因此其為商業目的利用。其次，被重製的著作性質屬於娛樂性質，具有一定價值[11]，因此被告不知悉原告的照片具有著作權並不重要。第三，被告完整重製 170 張原告有著作權的圖片，亦不利其主張合理使用。第四，被告之行為不但傷害原告的市場，亦剝奪原告可以從提供其服務獲得利潤的機會。基於被告以營利方式利用原告受著作權之著作，並對原告之市場造成影響等理由，法院判決原告勝訴[12]。

另一個重要的案件，則為 Marobie-FL., Inc. v. National Ass'n of Fire Equipment Distributos[13]。在該案中，被告為非營利的消防設備經銷商協會，將原告所開發出來的剪輯藝術（clip art）軟體與七冊圖檔中的三冊張貼到其網站中，而為原告控告侵害著作權，被告則主張合理使用以為抗辯。

經審理後，法院認為原告合理使用的抗辯並不成立。法院指出，雖然被告為非營利團體，並非以營利為目的，但是營利與否並非合理使用的癥結，而是在於使用者是否因為利用他人著作卻未支付一般的價格而從中獲得利益[14]。由於被告並未對原告支付任何費用，且其將原告著作物在其網站上使用亦不符合第一〇七條所定之批評、評論、新聞報導、教學、學術研究等目的，故其不符合第一個判斷標準。第二，法院認為原告的軟體與圖檔均為受著作權保護的標的，亦不利被告。第三，被告雖然辯稱其僅將七冊中的三冊圖檔置於其網站，但是法院已經認為此種行為已經占相當的比例，且因為其數量較多，因此會造成市場取代的效果，而對原告的市場造成傷害.。基於此等理由，法院判決被告合理使用抗辯不成立，被告構成著作權之侵害。

---

[10] 839 F. Supp. 1552 (M.D. Fla. 1993)。

[11] 一般而言，著作的性質會對合理使用之主張是否能夠成立有相當大的影響。例如，如果所下載或重製的資訊是一般的事實性資料，由於事實性資料並不受著作權保護，因此主張合理使用成功的機率就較高。相對的，如果是具有高度創造性或是具有想像的創作，由於其可否受到著作權法保護爭議較少，因此其相對的受保護程度較高。若發生重製或上傳、下載此等著作物時，其可能成功主張合理使用的機會亦相對較低。請參見 Feist Publications, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co., 499 U.S. 340 (1991)。

[12] Id., at 1558-1559。

[13] 983 F. Supp. 1167 (N.D. Ill., 1997)。

[14] 本案中，法院引用美國最高法院在 Harper & Row Publishers, Inc. v. National Enterprises, 471 U.S. 539 (1985) 的用語以支持其論點。亦即"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." Harper & Row, at 562。

從上述兩件單純的重製或是將他人圖形置於自己網站上的案例觀察，可以輕易的得知，對於此等單純重製的問題，法院仍然根據傳統合理使用的判斷標準加以處理，並不會因為重製或傳輸方式有別而有差異。因此，對於此等類型之案件，合理使用仍然有其適用之價值。

二、形檢索與重製問題

雖然對一般的圖形著作重製行為，合理使用的適用與判斷與過去並無差異，但是若面對網路科技所衍生的特殊重製類型，則合理使用是否可適用與應如何適用，仍不免有所爭議。此種問題在美國國會於一九九八年通過數位千禧年著作權保護法案（DMCA），修正美國著作權法若干規定之後，顯得更為複雜。

而在諸多爭議中，首件涉及 DMCA 與合理使用的案件，就是 Kelly v. Arriba Soft Corp.[15]。該案被告 Arriba 公司經營圖形搜尋引擎，使用者可以直接鍵入所欲搜尋之字串，經檢索後，搜尋引擎就會將符合搜尋字串的圖檔以小圖片（thumbnail）方式呈現。網路使用者若欲觀看搜尋結果中的特定圖檔，只要在小圖片上點選，該小圖片就會完整的顯現在使用者的電腦銀幕上，並可顯現該圖檔所在的位址（URL），可供使用者直接點選。不過，該等圖檔的原始來源網站與相關的著作權資訊則並未顯示出來。

本案的原告為一位攝影家，他個人架設了兩個網站，其中一個網站就用於推銷他所著的一本關於加州淘金熱的書。而被告搜尋引擎則建構了一個約有二百萬筆小圖片的資料庫，其中有三十五筆是原告所拍攝並置於其網站上的照片。原告立刻通知被告，被告亦表示將原告擁有著作權的圖檔刪除，但是原告嗣後卻發現該等圖檔仍然出現過幾次，因此乃提起訴訟，指控被告侵害著作權以及違反 DMCA 第 1202 條有關著作權管理資訊的規定。

就侵害著作權的指控而言，被告則主張合理使用的抗辯，主張其利用原告照片轉為小圖片以建立其圖形資料庫的行為屬於美國著作權法第一〇七條所規定之合理使用，故未侵害原告之著作權。經審理後，法院不但判決合理使用可以適用在此種網路上利用的情形，而且還判決被告之行為構成合理使用，因此並未侵害原告之著作權。

在根據第一〇七條的四點合理使用判斷標準判別被告的行為是否符合合理使用的要求時，法院首先根據美國最高法院在 Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc. 的判決指出，在分析第一點要件，也就是利用之目的及性質時表示，被告利用原告著作的性質是商業目的或是非營利教育目的並非決定因素，而是在於是否有新的著作（new works）增加到被重製的著作中，使該著作具有新的表現、意義或訊息，也就是說，該新著作是否有轉化與轉化的程度為何[16]。法院更引用最高法院在 Campbell 的見解，亦即「著作權的立法目的因為創造轉化的作品而獲得加強」[17]，以及「轉化的程度越強，其它判斷原則的重要性亦越低，亦更容易被認為有合理使用的情事」[18]。

根據美國最高法院 Campbell 的判例，法院認為被告 Arriba 取得原告的著

---

[15] 77 F. Supp. 2d 1116 (C.D.Calif., 1999)。

[16] 美國最高法院在 Campbell 一案中特別指出，合理使用四個判斷標準第一點不能僅以該利用是否為營利與否，而應著重其是否有將原著作轉化成新的著作。其原文為：“the new work merely supersedes the objects 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 asks, in other words, whether an to what extent the new work is transformative.” Campbell v. Acuff-Ross Music., 510 U.S. 569, 579 (1994)。

[17] The goal of copyright is furthered by “the creation of transformative works.” Id. at 579.

[18] [T]he 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 579.

作乃係利用搜尋技術大量且廣泛的蒐集網路上的各種圖形，並將其索引化[19]。雖然其並未獲得著作權人的同意，且其利用具有商業性質，但是法院卻認為被告的此種利用僅為附帶性質（incidental nature），且其利用程度亦較傳統的商業性利用為低，再加上其利用就整體而言具有重要的轉化性質（on a whole of significant transformative）[20]，因此法院認為就第一點判斷原則而言，應偏向被告。

其次，在著作的性質方面，法院認為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，故其目的並非藝術或是美學，而是具有特定的功能性，此外其利用的目的亦非美感，而是在於周延，故仍對被告不利。

第三，在所利用著作的質量與其在整個著作所占的比例而言，法院雖然承認被告將原告的著作完全加以利用，但是卻認為此種完全的利用，乃是因為被告欲使其搜尋引擎能達成其目的，也就是將網路上圖形資源分類並改善接觸圖形資訊所必需。但是法院僅認為在此部份對原告有利。

最後，在探討利用結果對原告著作權潛在市場與現在價值的影響方面，雖然法院發現網路使用者可以透過被告所提供的超連結直接連上所尋找的圖形，而可以避開原告或其它著作權人網站之首頁或其它行銷資訊，但是法院卻認為被告已經提出證據證明原告利益並未受到損害，但是原告並未提出被告之行為對其網站的交通量或是原告商業有所減少的反證，因此無法認定對原告潛在市場與價值有所損害。

基於上述四點判斷因素的分析，法院認為雖然第一點與第四點對被告有利，但第二點及第三點卻不利被告，故法院乃基於整體考量以決定是否構成合理使用。法院認為，第一點判斷因素是在決定合理使用之際最為重要的決定因素。由於原告的三十五幅作品乃係被告為數達兩百萬圖片資料庫中的一小部份，而被告資料庫之目的則在於提供網路使用人尋找網路圖形資料一個更佳的選擇，雖然其提供的方式仍有瑕疵，但是其利用的目的則具備堅強的轉化形質。而在涉及一個新的利用方式或是新的技術之際，是否具有廣泛的轉化形質的考量應重於其它判斷因素與不可避免的瑕疵，因此法院最後判決被告的利用符合美國著作權法第一〇七條合理使用的規定[21]。

本件判決，雖然有論者認為其說理仍不夠堅強[22]，但是法院卻明確的表示傳統的合理使用在面對新的科技與新的服務內容時，仍然可以適用，且其判斷的原則亦為第一〇七條的四點判斷因素，但是法院亦提出一個重要的見解，那就是第一點的判斷因素，也就是被告的利用是否具有廣泛的轉化性質，乃是決定是否構成合理使用最重要的判斷因素。此見解，與美國最高法院在 Campbell 一案的見解相同，值得國內業者與司法機關特別注意。

肆、 網路上電腦軟體著作之利用與合理使用

網際網路之所以能夠運作並進一步發展，不是靠著其內容廣泛的資訊，而是靠著日新月異的軟體技術。軟體不但提供網路環境基本的運作需求，更提供網

[19] 被告 Arriba 係利用其開發出來的搜尋引擎 Ditto Crawler 自動的去搜尋網路上的圖形資料，並將其轉化為小圖片存在其資料庫中，以便網路使用人於鍵入搜尋字串後能迅速的發現其所欲尋找的圖形資料。

[20] 法院認為，被告的利用乃是將原告與其他人的圖形建構成具有索引化與組織化的資料庫，故其已經將原有的照片轉化成為另外一種新的表現方式。Arriba at 7-8。

[21] "Where a new use and new technology are evolving, the broad transformative purpose of the use weighs more heavily than the inevitable flaws in its early stages of development." Arriba at 11.

[22] Robert E. Rosenthal and Gail Dalickas, Copyrighted Material on the Internet, Law.com, March 10, 2000.

路使用人所需的特殊功能，從傳輸、複製文件檔案、到利用網路收聽廣播電視或歌曲[23]、利用網路進行電玩遊戲[24]、執行特殊的功能[25]、甚至提供不同系統平台[26]等，都與軟體有不可分離的關係。

雖然目前在網路上許多的軟體和語文著作與圖形著作一樣，都可以免費的取得，許多業者更利用網路提供使用者免費下載的服務，以行銷其軟體產品。但是許多業者卻只提供試用版或是功能較低的產品，網路使用者若欲享有完整的功能或是繼續使用該軟體，就必須付費後才能取得。但是仍有許多使用者仍然想免費取得或利用，因此也發生諸多著作權侵害的爭議案件。無獨有偶的，這些涉及電腦軟體的被告亦不約而同的主張合理使用以為抗辯，使得合理使用在電腦軟體著作之侵害類型中，亦占有重要的地位。

一、單純下載電腦軟體

對於利用網路下載電腦軟體或傳輸電腦軟體的案件，最早發生的就是 Sega Enterprises Ltd. V. MAPHIA[27]案。在該案中，Sega 控告 BBS 站 MAPHIA 與其系統操作者 Chad Sherman 侵害其著作權。因為該 BBS 站重製該公司的遊戲軟體供網路使用者下載，雖然下載並不需要費用，但是若網路使用人欲玩所下載的遊戲，則必須向被告購買其所撰寫的一個軟體。對於 Sega 的指控，Sherman 則主張合理使用以為抗辯。他主張，其客戶下載之目的僅為其個人家庭的使用，並無營業行為，故符合合理使用，而顧客的行為若構成合理使用，則其亦無法構成著作權之侵害。

雖然法院指出，如果使用者的行為構成合理使用，就不會被認定為直接侵害著作權，故 Sherman 亦無法成立輔助侵害的責任，因為輔助侵害必須有直接侵害為前提。不過於審理後，法院卻認為被告的客戶構成直接侵害，而被告亦因協助其客戶侵害原告的著作權而被判決構成輔助侵害[28]。這是因為在對被告所提的合理使用抗辯作整體的考量後，法院認為被告與其客戶的整體行為不構成合理使用，因此顧客之行為直接侵害 Sega 的著作權，而被告則構成輔助侵害。

法院發現，Sherman 是以商業性方式經營 BBS 站，此外他鼓勵客戶下載遊戲並購買其軟體，而客戶則不願意購買正版軟體，其意圖即非善意。而為了使軟體能夠運作，被告的客戶必須完整重製整個軟體，亦不利其合理使用的主張。雖然被告抗辯其客戶所重製的軟體數量有限，但是法院卻認為，被告利用網路毫無限制的廣泛散佈行為，已對原告的市場產生實質的影響。再加上客戶從 Sherman 的 BBS 站下載軟體後，就不會再另行購買，甚至有可能再繼續散佈原告之軟體，故當然會損害原告的市場規模。基於此等理由，法院判決 Sherman 的合理使用抗辯並不成立[29]。

基於法院就本案的判決理由加以分析，只要網站提供的電腦軟體（包括電玩遊戲軟體）供網路使用人下載，若其未獲得著作權人之同意或授權，則根據 MAPHIA 案的推理，下載的使用人會構成著作權的直接侵害，但是提供軟體以供

---

[23] 最明顯的例子就是 RealNetworks 所開發出來的 RealAudio 與 RealVideo 等軟體。

[24] 不論國內或是國外，利用網路進行電玩遊戲已經十分普遍，國內就有多家公司例如遊戲橘子等推出各種的網路電玩遊戲，國外則以日本廠商 Nintendo 與 Sega 作為代表。

[25] 例如一般法律文件常常採用的 PDF 檔案就是由 Adobe 公司所推出，網路使用人必須下載該公司的 Acrobat 軟體才能讀 PDF 檔。又如美國專利商標局的專利檢索則採用特殊的 TIFF 格式，僅有特殊的軟體才能讀該種檔案。

[26] 例如受到各方關切的 DVD 案就是一例。在該案中，挪威的一位青少年為了在 Linux 機器上觀賞只可在 Windows 平台上播放的 DVD 影片，乃撰寫了一個 DeCSS 軟體，可以破解 DVD 所採用的 CSS 加密軟體，並進而將 DVD 內容在 Linux 平台上播放。有關本案的討論，詳如後述。

[27] 948 F. Supp. 923 (N.D. Cal. 1996)。

[28] Id., at 930。

[29] Id., at 932。

他人下載的網站則會構成輔助侵害，仍有其責任[30]。

二、修改或模擬他人電腦軟體

網路的利用必須透過軟體，但是有些軟體為了著作權的考量，有一些內建的機制，以防止發生重製或是侵害著作權人專屬權利的行為。若另外有人推出軟體變更此種限制，則是否有合理使用的適用，也是一個在網路世界中出現的一個爭議。其中罪明顯的例子，就是 RealNetworks, Inv. v. Streambox, Inc. 的爭議[31]。

一般而言，網友若裝置 RealPlayer 軟體，只能在 PC 上播放但是卻不能儲存由 RealPlayer 所播放的著作。其最主要的原因，就是 RealNetworks 所建構的 RealServers 中具有一個內建的拷貝控制開關，內容提供者可以選擇是否要讓網路使用人下載。若其不願意其內容被下載，則可以選擇關閉控制開關，如此一來，RealPlayer 的使用者就只能聽或看傳輸的內容，但是卻不能儲存檔案，這也是為何並無音樂著作人對 RealNetworks 提出侵害訴訟的最大原因。

不過，Streambox 公司生產銷售一種稱為 StreamboxVCR 產品，該產品最大的特色就是可以模擬 RealPlayer 軟體，進而迴避 RealNetworks 公司所設計的控制設計，使得 Streambox 公司的 VCR 使用者可以從網路上下載 RealMedia 與 RealAudio 等檔案格式，並加以重製以供日後利用[32]。RealNetworks 公司乃對 Streambox 公司提出違反 DMCA 的訴訟，但是 Streambox 則主張合理使用的抗辯[33]。

法院於審理後同意 RealNetworks 的主張，認為 Streambox 違反 DMCA 第 1201 之規定。雖然 Streatbox 提出合理使用的抗辯，但是法院卻判決 VCR 或其他受到 DMCA 規範的裝置，並不能準用美國最高法院在 Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc. 一案中，給予錄放影機類似的合理使用之保護[34]。

根據 DMCA 的規定，法院認為任何產品或其元件只要符合下列條件之一，就會構成違反 DMCA 第 1201 條之規定。(1) 該產品或其部份元件的主要設計目的就在於規避功能；(2) 除了規避之外，該產品或其部份元件只有有限的商業意義；

---

[30] 雖然在本案中，被告所主張的合理使用抗辯並不成立，但是值得注意的是，第九巡迴上訴法院在另外兩件有關電玩遊戲軟體的案件中，卻判決被告合理使用抗辯成立。此兩件案件分別為：Lewis Galoob Toys, Inc. v. Nintendo of America, 964 F.2d 965 (9th Cir. 1992)與 Sega Enterprises Ltd. V. Accolade, Inc., 977 F.2d 1510 (9th Cir. 1992)。在前案中，任天堂指控 Galoob 公司所產製的遊戲精靈（game genie）准許遊戲者可以改變任天堂電玩遊戲，並自行創造角色。由於其未經任天堂同意而利用任天堂電玩遊戲創造衍生著作，因此侵害任天堂著作權。第九巡迴上訴法院審理後判決任天堂敗訴，認為 Galoob 並未創造衍生著作，縱使有，其遊戲精靈所產生的結果亦受到著作權法合理使用的保護。在 Accolate 一案中，Accolate 未取得 Sega 授權就以還原工程的方式以取得製作與 Sega 主機相容產品的資訊。一審被告敗訴，但是二審時第九巡迴上訴法院卻推翻原判決而改判 Sega 敗訴，主要的原因則在於法院認為 Accolate 利用還原工程的方式以得知 Sega 主機中不受著作權保護的功能部份，構成合理使用。不過，由於此二件合理使用判決與網路並無直接關係，故不另行深入討論。

[31] No. C99-2070P (W.D. Wash., Jan. 18, 2000), 2000 U.S. Dist. LEXIS 1889.

[32] 若要從網路上透過 RealPlayer 取得數位化的音樂、廣播、電視等數位化商品，使用者會先連上 RealServer，該伺服器中包含有一個秘密握手（secret handshake）的認證程序，經過確認後 RealServer 才會將數位化的內容傳輸出去。而 Streambox 所生產的 VCR 則模擬 RealPlayer，因而可以迴避 RealServers 所進行的認證程序，而可以接受所傳輸的數位化資料。不過，與 RealPlayer 最大的不同之處，就在於縱使內容的擁有者利用拷貝控制開關禁止網路使用者下載其檔案，但是 Streambox VCR 仍可忽略此種限制，而直接指示 RealServer 提供 RealMedia 或 RealAudio 檔案讓使用者下載這些檔案。因此法院將 Streambox VCR 比擬成有線電視鎖碼頻道的解碼器，即相當傳神。

[33] 原則上，若根據 DMCA 提起違反 1201 條迴避保護設計訴訟者，就不能再提出侵害著作權之訴訟，因為根據美國著作權法權威 Nimmer 的見解，DMCA 第 1201 條與著作權之侵害有別，而且 1201 條並不包含在該法有關著作權侵害的定義之中。請參見 1 Nimmer on Copyright (1999 Supp), ¶ 12.A17[B]。

[34]請參見 Recent Litigation Tests DMCA Anticircumvention Law, http://www.wrf.com/publications/cyberlaw/s00_dmca.htm。

(3) 該產品或其部份元件乃以規避功能的方法而銷售[35]。

法院認為，RealServer 在傳送數位化資料之前，與 RealPlayer 之間的秘密握手認證程序，就是 DMCA 第 1201(a)(3)(B)所稱的有效控制接觸（effectively controls access）著作物的技術措施（technological measure）。另外，法院亦認為任何產品或其元件若能能避免、迴避、移除、關閉或為其他損害該技術措施的運作時，就構成迴避技術保護措施[36]，因而違反 DMCA 第 1201(b)(2)(A)。而在本案，Streambox VCR 模擬 RealPlayer，因而跳過一般的認證程序，而使 RealServer 傳輸資料給 Streambox VCR，法院因此認為至少有部份該 VCR 元件的主要目的在於迴避保護著作權人的接觸控制與拷貝控制機制，因此違反 DMCA 第 1201 的規定[37]。

而 Streambox 的主要抗辯理由就是合理使用。其主張，雖然著作權人有接觸控制與防止重製保護措施，但是其使用者仍可以主張合理使用而重製 RealMedia 等檔案，一如錄放影機廠商在 Sony 案中可以主張合理使用一般。

不過法院卻不同意。法院指出，Sony 案中絕大多數的著作權人透過電視播放其著作物，不是不反對，或是同意觀眾可以用時間移轉的方式去觀賞其著作。但是在本案中，法院發現絕大多數的著作權人都不願意其著作被重製，因此才會選擇關閉重製開關。

更重要的，法院指出，Sony 案乃是在 DMCA 立法之前，而在 DMCA 通過後，法律已經明文禁止設備製造廠商銷售規避技術保護措施的設備。而 Streambox 所銷售的 VCR 明顯的屬於 DMCA 所禁止的規避著作權保護措施的設備，因此違反 DMCA 的規定。法院更明確的指出，在 DMCA 通過後，設備或產品的廠商將不能夠根據 Sony 案判例以判斷其行為是否為法律所准許或禁止。根據 Sony 判例，只要符合其為商業活動中的商品、有潛在的非侵害性利用功能，就可以主張合理使用。但是在 DMCA 之下，縱使符合 Sony 判例所訂下的原則，卻仍然可能違反 DMCA 第 1201 條之規定[38]。

根據法院的見解，設備廠商根據 Sony 所可以獲得的合理使用抗辯，在 DMCA 的架構下，將無法再行主張，這種見解如果獲得確定，則日後可以主張合理使用者，將僅限於最終的使用者。此種見解若獲得上級法院的採納，將會對於許多設備或產品製造商造成極大的衝擊。

三、提供電腦軟體供他人重製或利用著作物

雖然利用網路直接下載或傳輸軟體，法院在審理被告合理使用的抗辯時，並不會特別偏向被告，再加上重製的情形明顯，因此被告能否成功的主張合理使用，實有疑義。但是在 DMCA 通過後，若被告提供電腦軟體供他人去破解或是迴避著作人對其著作物所採行的保護措施時，則提供此等資訊的網站或個人是否亦會構成侵害著作權，其可否主張合理使用，亦受到各方的關切。而在美國影視公會（MPAA）針對 DVD 解密軟體 DeCSS[39] 不斷提起侵害著作權以及違反 DMCA 的訴

---

[35] Streambox violates the DMCA is the product or a part thereof: (i) is primarily designed to serve this fuction; (ii) has only limited commercially significant purposes beyond the circumvention; or (iii) is marketed as a means of circumvention. 17 U.S.C. 1201(a)(2)(A-C); 1201(b)(b)(A-C)。

[36] Under the DMCA, a product or part thereof "circumvents" protections afforded a technological measure by "avoiding, bypassing, removing, deactivating or otherwise impairing" the operation of that technological measure. RealNetworks, Conclusion of Law, ¶ 7-9。

[37] 根據 1203 與 1204 條之規定，違反者有刑事與民事責任。民事方面可就每件產品處 200-2,500 美元的損害賠償，刑事責任則為五年以下有期徒刑並得併科五十萬美元以下的罰金。

[38] 法院的此項見解主要是根據 Nimmer 教授的見解。請參見 1 Nimmer on Copyright (1999 Supp), ¶ 12A.18[B]。

[39] DeCSS 之功能，在於破解 DVD 的 stream，讓它可在 Linux 或 BeOS 等作業系統的ＰＣ上播放。少了 DeCSS，DVD 只能在 Mac 或視窗作業系統下播放。所以 DeCSS 的出現，乃是開拓 DVD 的市場，讓 Linux

訟之後[40]，此問題更成為各方關切的焦點。

在這件受到各方重視的 DVD 案中，挪威的一位十六歲的青少年為了在 Linux 的環境中觀賞 DVD[41]，乃寫了一個稱為 DeCSS 的軟體程式，破解 DVD 所用的 CSS 加密軟體，此軟體嗣後透過網路而快速的散佈至全世界。為了防止 DeCSS 軟體的流傳，美國影視公會（MPAA）乃對提供該軟體或是提供超連結至該軟體的網站提出控訴。MPAA 表示，這個程式可以讓電腦使用者破除 DVD 的反盜拷安全防護-即 CSS，違反 DMCA 的規定[42]。MPAA 除了向法庭提出控告外，也向數以百計的網站發出律師函，要求他們停止張貼 DeCSS 程式或提供連結。而在諸多案件中，最受各方關切的一件案件，就是 MPAA 對一個駭客網站 2600.com 所提出的訴訟。

本案之所以受到重視，不僅在於本案是一九九八年美國通過千禧年著作權法案（DMCA）後，科技發展與法律規範發生衝突的具體顯示，更因為 2600.com 認為其所提供的超連結乃是美國憲法第一條所保障的一種形式，應該受到憲法的保護。但是就著作權而言，本案也涉及著作權的核心問題，那就是在 DMCA 通過後，在著作權利人運用各種保護裝置之下，合理使用是否仍可存在的基本問題。由於這些因素，使得本案受到各方的重視。哈佛大學法學院的 Backmen Center 與電子前線基金會(EFF)亦積極的投入，強調 DeCSS 之使用乃為一種合理使用。

例如 EFF 就辯稱，DeCSS 程式的設計目的並不是為了盜拷電影，而是為了使 DVD 電影與 Linux 作業系統相容。而 2600.com 在網路上公開傳送 DeCSS，亦符合美國憲法第一修正案所賦予的言論自由權以及聯合國人權協議，MAPP 並無任何證據顯示該網站曾利用 DeCSS 軟體從事任何重製 DVD 影片的行為[43]

不過，紐約南區聯邦地方法院法官 Kaplan 在審理後卻判決 MPAA 勝訴[44]，法官並駁回了 2600.com 所提出的各種抗辯，包括合理使用的抗辯。在本案中，被告主張 DeCSS 之目的，主要是幫助其他欲以合理使用方式利用著作之人，例如為了教學需要，教師利用 DeCSS 將不同的 DVD 影片中的片段轉錄，就相當於將錄影帶或是 VCD 之片段以錄影機或 CD-ROM 處理一樣。因此，被告認為 DMCA 不能被解釋為阻止或是使被告以合理使用方式利用著作物變成極為困難，此外被告也抗辯 DMCA 的限制規定並不及於被告之行為，亦即協助 DeCSS 的使用者以合理使用的方式利用他人著作[45]。

不過，被告的此種抗辯為法官全盤否定。法官認為美國國會在訂定 DMCA 時，已經明確地表現出禁止散佈用以規避著作權保護措施軟體的意圖，而被告網站所從事者，正是散佈這些「破解密碼」(code-breaking)程式的行為。法官更進一

等用戶也能觀賞高畫質的 DVD，而不須花錢讓系統「升級」。參見 CNET 新聞分析，好萊塢向 DVD 破解軟體宣戰，2000 年 1 月 31 日，http://taiwan.cnet.com/briefs/news/asia/2000/01/31/20000131m.html。

[40] 除了控訴 2600.com 外，其他相關案件還包括 Universal City Studios, Inc. v. Reimerdes, Civ. 0277 (S.D.N.Y. Feb. 2, 2000); DVD Copy Control Association, Inc. v. McLaughlin, CV786804 (Sup. Ct. Calif., Jan. 20, 2000)，在這些案件中，電影業者都獲得初步的勝訴。

[41] DVD 與 CD 相同，是一種光學的儲存磁片，但其儲存量比 CD 大許多。為了保護 DVD 內所儲存之影像及聲音，DVD 內容控制協會(The DVD Control Association, DVD-CCA)設計了「內容加密系統」(The DVD Scrambling System, CSS)，其可將磁片之內容加密，使未經授權之使用者無法播放該 DVD 磁片。DVD-CCA 要求 DVD 播放器之製造商必須裝置 CSS 系統，以使這些 DVD 播放器只能播放，而無法重製。請參見 Bernard R. Sorkin, Time Warner 公司之資深律師針對國會圖書館之 Notice of inquiry 所提建議之敘述，其詳細內容可至 EFF 網站下載建議內容之 PDF 檔。

[42] 參見 Patricia Jacobus, Movie group renews accusations in DVD cracking case，CNET News.com, April 5, 2000, http://news.cnet.com/news/0-1005-200-1644854.html?tag=st.ne.ni.rnbot.rn.ni。

[43] 參見 John Borland，Publisher:MAPP lacks evidence in DVD cracking case，CNET News.com 2000 年 8 月 8 日，http://news.cnet.com/news/0-1005-202-2467679.html。

[44] 本案判決全文，請參見http://www.nysd.uscourts.gov/courtweb/pdf/D02NYSC/00-08117.PDF （以下簡稱為「DVD 判決」）。

[45] DVD 判決，P. 42。

步表示，DMCA 的禁止規定並沒有侵害被告的言論自由，被告主張電腦密碼受美國憲法第一修正案之保護的論點則係「毫無理由」(baseless)，其理由在於，密碼可被當作政治或技術之宣示，但若用於侵害著作權，則仍為違法行為。

另外，被告亦曾試圖以合理使用作為抗辯，聲稱 DeCSS 可以幫助講學或其他合法引用 DVD 影片之需。法官認為，被告的抗辯雖然指出一個重要的癥結問題，那就是 DMCA Sec. 1201 條之規定雖然可以防止他人非法利用著作權人之著作，但是亦可能有造成防止他人合法利用著作的危險。但是法官卻認為被告的抗辯並無理由。

法官首先指出，被告在本案被控的行為，並非侵害著作權，而是被控提供以迴避控制接觸著作權物品技術措施為目的的技術，亦即違反 DMCA Sec. 1201(a)(2)之規定。法官更進一步的指出，如果國會意欲保留合理使用作為違反本項規定行為之抗辯，將會在條文中明確的規定，但是法官從該法的立法歷史中，卻認為國會並未作如此的考慮。

事實上，Kaplan 法官認為，國會在 DMCA 立法之際，已經經由各方所提出的意見，了解合理使用在著作權法的重要性，也知悉同意准許著作權人利用技術方法去控制第三人接觸其著作物，將會減損（erode）傳統的合理使用的功能，因為著作人可以用技術去防止他人利用可能被視為合理的行為去接觸其著作。為求取平衡，法官認為國會在立法之際已經採取了下列三種措施，以平衡著作權人與著作利用人的利益。

第一，法官認為 1201(a)(1)已經將限制迴避的行為加以限制，因此只要利用人取得接觸著作物的授權之後，其後續的各種行為均不會違反 1201 條的規定。因此，法官主張 1201 條仍然保留了傳統著作權侵害的各種抗辯，包括合理使用，但其前提則為「其接觸必須已經獲得授權」[46]。

第二，為了維持平衡，國會已經將 1201 條的禁止迴避行為的規定延緩兩年生效，並指示美國著作權局就如何調和 1201 條與合理使用規定進行調查。美國著作權局亦已經展開相關的作業[47]，以徵詢各方意見，並將決定哪些類型的著作利用人會因為 1201 條的規定而受到負面的影響，並將可以免除 1201 條之適用。

第三，國會亦在 1201(a)項中，作了例外規定，將許多國會視為合理的行為，包括逆向工程、安全測試、加密技術的善意研究、以及非營利圖書館、檔案典藏機構與教育機構之利用予以除外。

此外，被告亦主張，根據美國聯邦最高法院在 Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc.[48]所作的判決，准許消費者利用錄影機接觸他人著作物的精神，該案亦准許被告利用 DeCSS 去接觸他人著作物。但是對於此項主張，法院卻直接以本案與 Sony 一案不同，該判決不拘束本案為由加以駁回。

法院指出，Sony 一案之被告（日本錄放影機製造廠商）係被控提供工具（錄影機）幫助消費者錄製電視台播映的影片，構成美國著作權法的輔助侵害（contributory infringement）。但是美國最高法院卻判決被告無罪，其理由在於著作權人或是已經授權或是並未反對消費者的此種錄影行為，而其行為亦具有一種時段移轉（time shifting）的功能，可使消費者能在自己所選擇的時間觀賞所欲觀賞的節目，故屬合理使用的一種，並未侵害著作權人的專屬權利。聯邦

---

[46] [T]he careful limitation of Section 1201(a)(1)'s prohibition of the act of circumvention to the act itself so as not to "apply to subsequent actions of a person once he or she has obtained authorized access to a copy of a [copyrighted] work…." By doing so, it left "the traditional defenses to copyright infringement, including fair use, … fully applicable' provided "the access is authorized." DVD 判決 p.43。

[47] 美國著作權局在 2000 年 3 月十七日首先公告展開此項行政命令的程序，請參見 65 F.R. 14505-06，相關資料可以從該局網站上取得，http://www.loc.gov/copyright/1201/anticirc.html.

[48] 464 U.S. 417 (1984)。

最高法院更在 Sony 一案中創造出一個判斷是否構成合理使用的原則，那就是「非實質侵害性利用」原則（non-substantial infringing uses test），以為判斷。

但是在本案中，法院則明確的指出，Sony 案並不適用，其理由在於，Sony 案的爭點在於錄影機的製造廠商是否要為購買其產品的消費者之錄影行為負責，但本案之爭點則為消費者利用被告所散佈的迴避技術接觸受著作權保護的著作物是否亦能免除被告根據 1201 條所應負的責任。法院認為，雖然 Sony 案有不同的見解，但是由於 DMCA 明確的禁止提供迴避技術，因此 Sony 案的見解已經被嗣後國會所通過的新法—DMCA 所推翻。法官並引述美國著作權法權威 Nimmer 的見解指出[49]，任何一個特定的裝置或技術，雖然其可能因為具有潛在的非侵害性利用的功能，而可以根據 Sony 案之見解而不構成侵害著作權，但是仍然會違反 1201 條之規定。

法官最後更引用 DMCA 的立法理由指出，DMCA 立法之際，已經明確的指出 Sony 案所揭櫫的「非實質侵害性利用」判斷標準，雖然仍可適用於其他的輔助性侵害案件之中，但是卻不在 DMCA 立法之內[50]。因此，法官認為，由於國會已經瞭解合理使用的爭議，但是仍然訂定了 1201 條的規定，禁止提供迴避技術，因此除非 DMCA 之規定與憲法規定有所抵觸，否則法院不能就法律條文規定為違反國會立法意旨之解釋，是故法院明確的指出，就 1201(a)條之規定而言，合理使用並無適用的餘地[51]，惟此見解似乎與 DMCA 第 1201 條第(c)項第(1)款之規定有悖，亦即：「本法所定有關權利、救濟、限制或著作權侵害之抗辯，包括合理使用等，均不因本條規定而受影響」。合理使用之未來與網路似乎仍需要進一步的釐清。

不過本案亦指出一個重要的問題，那就是在網路普及之後，由於傳輸迅速與複製容易的特性，使得著作權人亦傾向對以數位化形式出現的著作物運用各種的技術加以保護，保護 DVD 的 CSS 軟體就是一例。因此一旦著作權人利用任何技術以限制一般人任意接觸該著作時，根據 DVD 案聯邦地方法院的判決，就可能會有 1201 條的適用。此時，如果任何人利用任何裝置或技術以迴避該保護機制，就可能會違反 1201(a)的規定。

由於法院在本案中明確的表示，認為除非已經得到著作權人接觸的授權，否則利用其他任何技術或裝置迴避保護控制，都可能會因為無法主張合理使用的抗辯，而構成侵害著作權。雖然法院認為，在獲得接觸的授權之後，利用人對著作物的利用仍有合理使用的適用，但是其範圍顯然十分有限，且效益不大，也由於法院明白的表示合理使用在 DMCA 1201 條不能適用，因此亦使得有些人認為合理使用將會因此而受到嚴格的限制，並進而喪失其意義[52]。

雖然在本案初審判決中，法官已經判決被告敗訴，並禁止 2600.com 繼續散佈 DeCSS 軟體及提供該軟體的連結(links)，但是被告律師已表示將繼續上訴，其認為地方法院法官誤解了美國憲法第一修正案的涵義，而本案之爭議必須由最

---

[49] 1 NIMMER 12A.18[B], at 12A-130。

[50] "The Sony test of 'capab[ility] of substantial non-infringing uses,' while still operative in cases claiming contributory infringement of copyright, is not part of this legislation…"請參見 DMCA Section-by-Section Analysis 9 (1998)。

[51] 法院判決明確的指出，"The policy concerns (fair use) raised by defendants were considered by Congress. Having considered them, Congress crafted a statute that, so far as the applicability of the fair use defense to Section 1201(a) claims is concerned, is crystal clear. In such circumstances, courts may not undo what Congress so plainly has done by "construing" the words of a statute to accomplish a result that Congress rejected." DVD 判決 p. 45。

[52] David Streitfeld, Judge Backs Hollywood in DVD Movie Case, Washington Post, August 18, 2000, http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/articles/A47253-2000Aug17.html. 有關本案的其他報導，請參見 http://www.thestandard.com/article/display/0,1151,17790,00.html.

高法院來解決，但在上訴期間，被告會遵從地方法院的禁令[53]。由於本案判決有關合理使用與言論自由的見解影響重大，特別是根據第 1201(a)條之規定，合理使用將無適用餘地的見解，將可能會扼殺合理使用的運用，因此未來上訴審的見解如何，將牽動合理使用與網路的關係，也將影響到全球的著作權人與著作利用人。

伍、 網路上音樂著作之利用與合理使用

在網路日漸普及之後，另一種獲得網路使用人青睞的著作類型，就是音樂著作，特別是在許多軟體與硬體支援[54]之下，新的格式與傳輸方式日新月異，使得數位化音樂的傳輸播送日趨普及與便利。另外，由於 MP3 的興起，也帶動音樂搜尋引擎的興起，而 Napster 所採的 Peer-to-Peer 檔案交換模式的出現，更對網路上音樂著作的傳輸與重製形成挑戰，也因此引發美國錄音公會（RIAA）對此等新興音樂傳輸與播送模式相關業者侵害著作權的法律挑戰，並受到各方的重視。

而音樂著作與其他類型著作的最大差異，就在於音樂著作潛在的龐大市場。根據美國邱比特通訊(Jupiter Communications)的報導，與 1998 年的 6 百萬美元相較，在 2003 年時，將會有 3 千 3 百萬美元用於在線上購買音樂[55]，而根據國際音樂企業(MBI)的報告，透過網際網路銷售音樂的市場在 2005 年將會有 5 億 2 千萬的價值[56]。由於音樂下載市場的潛力無窮，台灣亦有業者積極搶占這塊大餅，除了已在實體販售上佔有一席之地的華總飛行音樂網站外，包括英普達及元棋資訊等亦已開始佈樁[57]。也因為如此，使得網路成為侵害音樂著作的主要管道之一，美國錄音公會在一九九七年開始，百分之八十以上的努力都在於網路與 CD 方面。[58]

雖然利用網路銷售音樂著作或是利用網站播送音樂（包括以網路播出廣播與電視節目[59]）已經日漸普遍，但是網路與其他傳播媒體不同之處，就是並無類似其他傳播媒體的媒體音樂授權契約（Universal License Agreement）[60]，而必

---

[53] 請參見 John Sullivan，Judge Halts Program to Crack DVD Film Codes，The New York Times，August 18, 2000，http://www.nytimes.com/library/tech/00/08/biztech/articles/18dvd.html。

[54] 例如 Realplayer, MP3 與 MP3 Player 等就是一例。

[55] 參見 Christopher Jones and Jennifer Sullivan, More Popular Than Sex, Wired.com, http://www.wired.com/news/business/0,1367,31834,00.html。另根據美國 Forrester Research 公司於 1999 年 3 月所提出的報告，則認為音樂下載市場渴望於 2003 年以後進入電子商務的成熟階段，並預估美國音樂下載市場的規模將由 1999 年的 100 萬美元成長至 2003 年的 11 億美元，占 2003 年美國音樂整體市場營收 153 億美元的 7%。

[56] 請參見 Micheal Kanellos，Report：Net music sales to $5.2 billion in 2005，Nov. 23, 1999, CNET.com，http://www.cnet.com/0-1005-200-1462276.html?/tag=st.ne.1002。

[57] 請參見許錫芬，數位影音商機無限，Digitimes，1999 年 5 月 17 日，http://www.cocoamusic.com/mp3news3.html。

[58] 請參見 RIAA, RIAA Online, Piracy: Frequently Asked Questions, <http://www.riaa.com/piracy/pir faq.htm。

[59] 利用 Streaming 的技術，不但廣播可以透過網路傳輸，就連電視也可以上網。首先開啟電視上網的網站是 iCrave.com，該網站因為美國授權問題不易解決，乃在加拿大設立，以利用加拿大有關廣播強制授權的規定，接收十七家電視台的訊號儲存起來，不但可即時傳輸，並可由網路使用人自行選擇所欲觀賞的節目，利用網路將此等訊號傳輸出去。但是著作權人，包括電影公司、運動團體與電視台等卻認為 iCrave.com 不能適用加拿大著作權法強制授權的規定，而紛紛起訴控告 iCrave.com 侵害著作權、商標權、從事不公平競爭等，最後 iCrave.com 同意停止播出，才中止此種新技術衍生的著作權侵害爭議。有關此案的報導，請參見 Dugie Standeford, U.S. Studios, TV Stations Charge iCraveTV with 'Brazen' cyberpiracy, IP Law Weekly, January 28, 2000。

[60] 據報導，在 MP3.com 輸掉了 MyMP3.com 的著作權官司之後，MP3.com 已經開始和唱片公司洽談簽訂授權契約，並已經與 Time Warner, BMG, EMI, Bertelsmann, Sony 等唱片公司達成授權協議，在主要唱片公司

須自行與唱片公司或音樂團體談判網路授權，例如國內的華總飛行音樂網站為例，即計劃推出 MP3 付費下載機制，但基於著作權的考量，則採用與 MP3.com 類似的模式，以單曲來測試市場的買氣[61]。有些網站則是不管有無授權就提供 MP3 或其他音樂格式以供下載或視聽，此舉即可能違反著作權人的專屬權利[62]。但是目前網路著作權保護爭議最大的也就在於音樂著作的保護問題，諸如 MP3.com, Napster.com, Scour.com 等訴訟，都與音樂著作之侵害有關，以下及加以分析：

一、一般音樂著作之重製

若是網站提供網友上傳或下載音樂著作，是否會構成著作權之侵害？這是網路興起以來網站業者最早面臨的著作權法挑戰之一。而在一九九三年美國就發生網站雖未主動重製音樂著作，但是卻因提供硬碟空間或其他協助給網友上傳或下載音樂著作，以致該網站因此而被控的案件。這件最早發生的訴訟案件就是 Frank Music Corp. v. CompuServe, Inc.[63]。在該案中，CompuServe 設立了一個 BBS 站提供網友可以上傳或下載音樂著作，但是許多音樂著作卻是網友盜錄的著作，為此，音樂著作人乃控告 CompuServe 構成輔助侵害。值得注意的卻是，在進入訴訟程序後，CompuServe 卻在一九九五年同意付出五十六萬八千美元而與原告達成和解，並同意簽訂授權合約支付權利金。本案雖然並未經法院正式判決，但是由於是第一件網路音樂著作權侵害案件，因此也廣受各方重視。更因為 CompuServe 同意支付鉅額和解金並簽訂授權合約，亦被各方解讀為此種行為可能構成輔助侵害。因此，若網站業者未經同意提供音樂著作供他人下載，縱使並非該網站業者自行重製，亦可能構成著作權之侵害，該網站業者縱使主張合理使用，亦將不容易獲得法院的認同。

二、MP3 與合理使用

一般而言，網友從網路上下載音樂著作後，仍必須要有播放軟體或播放機（player）方能播放。但是隨著技術的進步，特別是 MP3[64]格式的音樂流行後，業者紛紛推出各種能儲存、播放利用網路所下載的音樂著作。因此也引發這諸多侵害音樂著作權的問題。例如由於 MP3 易於傳輸的特性，若用於散播未經授權的音樂著作，即會侵害該音樂著作之著作權；另外，提供 MP3 播放軟體及 MP3 搜尋引擎的網站是否因其使用者的違法行為而負有輔助侵害的責任，亦隨之應運而生。

（一）散布非法 MP3 檔案或提供 MP3 以供下載

根據美國著作權法之規定，著作權人之專屬權利包括有重製、改作為衍生著作、散布、公開演出等權利[65]。因此對於未經授權即將音樂著作壓縮成 MP3 檔

中，現僅有 Universal Music Group 尚未與 MP3.com 達成音樂著作授權協定。請參見 Reuters, MP3.com Reportedly Reaches Agreement With Sony, http://www.nytimes.com/library/tech/00/08/biztech/articles/22sony.html。

[61] 參見王佳琪，華總飛行音樂站計劃推出 MP3 付費下載機制，PC Home，http://www.pchome.com.tw/news。

[62] 若無合法的授權，不但直接下載的網路使用人有可能構成重製行為，就連提供該等著作物供下載的網站亦可能構成構成幫助犯或是美國法所稱的輔助侵害（contributory infringement）。

[63] No. 93 Civ. 8153 (S.D.N.Y. filed Nov. 29, 1993; court approved settlement Dec. 19, 1995)。

[64] MP3 的全名為 MPEG Audio Layer-3，是在 1987 年的數位音訊廣播(Digital Audio Broadcasting)計劃中所發明的演算法。在 MP3 出現之前，若要在電腦上聽音樂，最經濟的方法就是用光碟機來播放一般的 CD。若是要把音樂錄到硬碟播放，若要達到與 CD 相彷的音質，每一分鐘 WAV 格式的音樂便需要 10MB 左右的硬碟空間，而將一片 74 分鐘的音樂 CD 完全錄在硬碟上，則需 740MB 的記憶體空間。但是透過 MP3 壓縮後，檔案只有原檔案的十分之一，也就是每分鐘約為 1MB，而音質卻只有些微的下降，一般人幾乎聽不出來。再加上應體需求低（只要 Pentium 166MMX 以上，32M 記憶體即可），網路上又有許多免費的播放軟體，使得 MP3 因而廣泛的受到歡迎。

[65] 這些與音樂著作人有關的專屬權利包括： 1. To reproduce the copyrighted work in copies or recordings; 2. To prepare derivative works based upon the copyrighted work; 3. To distribute copies; 4.To perform the work publicly; 5.To display the work publicly.。參見 David Richards, The Copyright Law And The Musician,

案的行為，若只是供個人非營利使用，可能還可以主張合理使用，但若將音樂壓縮成 MP3 格式並於網路上散佈流通，不但會侵害音樂著作人的專屬重製權與散布權，並會違反美國「無電子竊盜法案」(The No Electronic Theft Act, NET)[66]的規定，若屬營利行為，即有面臨刑責及罰款的危險。

例如一名奧勒岡大學的學生 Jeffrey Levy 就因為在學校的伺服器上儲存了 1,000 首總價約七萬美金的非法 MP3 檔案，而於 1999 年 8 月份被奧勒岡地方法院起訴，同年 11 月 22 日被判違反「無電子竊盜法案」，面臨三年有期徒刑及美金 250,000 的罰金[67]。

由於未經授權將他人音樂著作重製並壓縮為 MP3 格式，即已經侵害音樂著作人的重製權，若再將 MP3 檔案上傳至網路上供他人下載或是與他人交換，甚至以商業手法來經營，亦可能違反音樂著作人的其他專屬權利[68]，若要主張合理使用，實在難以成立。

（二） MP3 播放機之爭議

隨著 MP3 的風行，提供 MP3 播放機的業者是否構成輔助侵害，也成為各方的關注焦點。一九九八年十月，美國的唱片工會(RIAA)向洛杉磯聯邦區域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) 的 MP3 隨身聽 Rio PMP 300 上市，引發了唱片業者與科技業者間對於著作權保護之攻防戰 Recording Industry Asoociation of America, Inc. v. Diamond Multimedia Systems, Inc.[69]。本案爭議的焦點在於 Rio 是否可被視「1992 年家用錄音法」(American Home Recording Act，AHRA[70])所規定的「數位錄音裝置」(digital audio recording devices)。若是，被告就應依法裝設「連續著作權管理系統」(Serial Copyright Management System，SCMS[71])，並應根據該法給付權利金[72]。相對的，若不被視為錄音裝置，被告則主張合理使用，而地方法院也認為被告若主張合理使用，將有很大的成功機會，而可以克服任何侵害的表面證據[73]。

雖然 RIAA 主張 Rio 為一種錄音裝置，但 Diamond 則主張 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」(independently capable of making recordings)，故 Rio 不算是錄音裝置的一種，不在家用錄音法的範圍內[74]。

---

http://wiretap.area.com/Gopher/Library/Article/Rights/copyrigh.mus。

[66] 有關無電子竊盜法之介紹，請參見http://www.usdoj.gov/criminal/cybercrime/17-18red.htm。

[67] 請參見 Jennifer Sullivan, MP3 Pirate Gets Probation, Wired News.com，Nov. 24, 1999, http://www.wired.com/news/politics/0,1283,32276,00.html。

[68] 例如就我國法而言，將 MP3 檔案置於網上由他人下載收聽，則相當於「基於公眾接受訊息為目的，以有線電、無線電或其他器材藉聲音或影像向公眾傳達著作內容」之「公開播送」行為，即有構成侵害著作專有公開播送其著作之權利(同法第二十四條)。在美國則可能侵害散布權(Right of Distribution)之虞。

[69] 180 F.3d 1072 (9th Cir. 1999)。

[70] 該法即美國現行著作權法第十章。

[71] SCMS 之目的在於防止錄音裝置重製未經授權的數位化錄音著作，有關其作用，請參見 John F. Delaney, The Law of the Internet: A Summary of U.S. Internet Caselaw and Legal Developments, 545 Practising L. Inst. 61 (1999)。

[72] 參見 Jim Hu, Battle Flares Over Digital Music，CNET News.com，Oct. 15, 1998, http://news.cent.com/news/0-1005-200-334281.html?tag=st.ne.1005-200-334824。

[73] "[D]efendant has a potential 'fair use' defense that might defeat any prima facie showing of infringement." RIAA v. Diamond Multimedia Systems, Inc., 29 F. Supp. 2d at 627。

[74] Rio 的主機內建有 32MB 的快閃記憶體，約可儲存六十分鐘的 MP3 音樂，並可透過外插 SmartMedia 記憶卡擴充至 64MB。其基本功能與一般隨身聽相同，如隨機播放、重複(連續)播放、快轉、暫停、循環播放等，但是卻不能輸出。參見郭祥祥，國內 MP3 家電開打第一炮 Rio MP3 隨身聽，第三波，1999 年 7 月，頁 125。但因為記憶卡外接可移動的特性，使用者可以將電腦中的 MP3 音樂錄到改記憶卡上，也可以將錄好音樂的外接記憶卡轉借給其他 Rio 的使用者，這正是 RIAA 所憂慮的部分。但就 Rio 本身的功能而言，它只能播放，除非連接電腦，否則不能錄音，另外，Rio 並沒有輸出功能，所以也無法將錄進去的音樂傳

加州聯邦地方法院雖認為 MP3 隨身聽違反著作權法，但仍判決 RIAA 敗訴，並未核准 RIAA 所聲請的禁制令。RIAA 隨即向美國聯邦第九巡迴法院提起上訴。經審理後，該院於一九九九年判決 RIAA 敗訴，並判決 Rio 不屬於 AHRA 中所規定之「數位錄音裝置」，故不適用 AHRA[75]。雖然上訴法院並未就地方法院所提出的合理使用問題繼續加以討論，但是亦未否定。因此硬體廠商是否可以準用 Sony 案錄放影機的合理使用抗辯，仍然有待日後釐清，但是本案亦指出，硬體業者可以在不構成錄音裝置時，另行主張合理使用抗辯。不過，在 DMCA 通過後，情況已經有所改變。

（三）RIAA vs. MP3.com

為了擴大利基，著名的線上音樂網站 MP3.com 於 2000 年 1 月 12 日在其網站推出了一個名為 Instant Listening Service[76]的商業模式服務，透過 My.MP3.Com 帳戶，網路使用者可以從 MP3.com 的聯盟網站購買 CD，從而獲得該片 CD 的數位版，即可立即欣賞音樂。另一項也包括在 My.MP3.Com 的服務名為 Beam-It Service，可讓使用者從任何一台連結上網之電腦上儲存或聆聽個人蒐集的數位音樂 MP3 檔，不過這些歌曲並非真正從顧客的電腦傳輸至 MP3.com，任何個人無法利用該軟體複製、交易或賣給其他人[77]。

但此新服務才推出十天就被 RIAA 一狀告到法院，要求法院禁止該公司繼續提供 Instant Listening Service。RIAA 指出 MP3.com 未經授權即將 45,000 張受著作權保護之 CD 轉為 MP3 格式，儲存於 MP3.com 網站上提供網路使用者下載，違反 DMCA 之規定[78]。

MP3.com 抗辯指出，網路使用者必須先從線上訂購，或已經擁有一片正版 CD 音樂片，才能通過 MP3.com 的確認程式，然後將該正版 CD 上的音樂轉為 MP3 格式。MP3.com 表示，My.MP3 實際上是一個消費者權(consumer right)，使消費者購買一張 CD 時，其實是買一個可以在任何播放裝置上以任何形式欣賞音樂的權利[79]，Instant Listening Service 及 Beam-It Service 只是單純的將音樂從一種媒介轉為到另一種媒介上，亦屬於合理使用的範圍內[80]。

但 RIAA 指出，My.MP3 服務是預先將其在市面上所購買並受著作權保護之 CD 片轉為 MP3 格式，建立一個龐大的資料庫，當網路使用者欲利用其服務獲得特定 CD 的 MP3 檔時，就直接從其資料庫將檔案轉至使用者 MP3.Com 的帳戶中。RIAA 認為，美國 1971 年的著作權法完全禁止著作權以外之人重製其錄音著作，而 1992 年的家用錄音法案(AHRA)亦僅允許消費者為自己使用的目的重製一份錄音著作，並不允許第三人可為商業目的重製錄音著作，因此 MP3.com 的行為根本違反

輸到其他設備上。

[75] 參見 Brenda Sandburg, Rio Music to Ninth Circuit's Ears, Law News Net Work, http://www.lawnewsnetwork.com/stores/A2393-1999jun16.html。

[76] Instant Listening Service 的功用在於，當一個 MP3.com 的顧客透過 MP3.com 在線上購買 CD，該片 CD 上的音樂會自動轉入顧客在 My.MP3.com 的帳戶。Beam-It Service 則可讓顧客將本身所擁有的 CD 片透過此一軟體轉為數位格式，儲存於 My.MP3.com 的帳戶內。參見 Christtopher Jones, RIAA Sues MP3.com, Wired News.com，Jan. 22, 2000, http://www.wired.com/news/mp3/0,1285,33634,00.html。

[77] 請參見 Wired News Report, MP3.com Stores Your CDs, Wired News.com, Jan. 12, 2000, http://www.wired.com/news/mp3/0,1285,33624,00.html。

[78] 請參見 Courtney Macavinta，RIAA sues MP3.com, alleges copyright violation, CNET News.com, Jan. 21, 2000, http://news.cnet.com/news/0-1005-200-1529236.html。

[79] Brad King，He Wants His My.mp3.com，Wired News.com，March 15, 2000, http://www.wired.com/news/mp3/0,1285,34816,00.html。

[80] Courtney Macavinta, MP3.com's move to copy CDs stirs debate, CNET News.com, Jan. 28, 2000, http://news.cnet.com/news/0-1005-200-1535035.html。

著作權法，並不受合理使用的保護[81]。

經過審理後，法院在分析合理使用的四點判斷原則後，判決 MP3.com 之行為不構成合理使用[82]。首先，法院指出，雖然 MP3.com 的利用是否為營利之目的並非決定關鍵，而應決定 MP3.com 的 My.MP3.com 這種新的利用是否僅為重複原有的利用，還是以注入新的意義、新的瞭解或類似的因素，而將原有的著作內容轉化成新的著作。雖然被告主張其利用類似 Sony 案錄放影機的時間移轉（time shift）觀念，而係一種空間移轉（space shift），因為消費者只要買了正版 CD 就可以在不同地點連上網路享受其所購買的音樂，故應可構成合理使用，但是法院卻認為這是一種將未經授權的重製物利用另一種媒體再傳輸出去，因此不足以作為主張轉化的基礎[83]。法院更進一步的指出，MP3.com 並未對其所重製到 My.MP3.com 伺服器中的原來音樂著作增加任何新的美感、新的見地與瞭解，只是將這些錄音著作重新包裝以便於利用另一種媒體加以傳輸，此種服務雖然有創新之處，但是卻不符合轉化的要求[84]。

其次，對第二個判斷標準，也就是著作的性質而言，法院認為這些音樂著作有其創作性，並非事實或描述性作品，應可受著作權保護。而被告為了建構其 My.MP3.com 服務，將這些音樂全部加以重製並根據客戶要求重複播放，根據第三點判斷原則，利用的質量與所佔的比例，亦不利其合理使用的主張。

最後，對於利用結果對著作潛在市場與現在價值影響方面，被告雖然主張原告並未進入網路市場，而且原告對網路市場亦無與其他媒體相同的授權機制，再加上此服務可以鼓勵消費者購買原版 CD，反而有助於原告的銷售。但是這些主張均被法院所駁回[85]。法院認為，縱使著作權人尚未進入本案所爭議的網路市場，但是著作權人的專屬權利來自於美國憲法與著作權法，而其權利包括可以用拒絕授權的方式阻止他人開發此種衍生的市場，或是以著作權人所接受的條件進行，因此被告不能因為主張其對原告現有市場有所助益，就可以自由的搶奪從原告受著作權保護著作所衍生出來的另一個市場[86]。

由於法院基本上完全駁回 MP3.com 的合理使用主張，使得 MP3.com 等於在本案全敗，因此於本案判決後，MP3.com 乃積極與各大唱片公司洽談授權，並已經與絕大多數主要唱片公司簽署授權協定[87]。雖然有專家批評法院的此項判決遠遠

---

[81] Michael Learmonth, Analysis: Why the RIAA sued MP3.com, CNN.com, Jan. 26, 2000, http://www.cnn.com/2000/TECH/computing/01/26/riaa.mp3.suit.idg/index.html。

[82] UMG Recordings, Inc., v. MP3.com, 92 F. Supp. 2d 349 (S.D.N.Y. May 2000, amended July 31, 2000); 2000 U.S. Dist. LEXIS 5761; 54 U.S.P.Q.2D (BNA) 166 (2000).

[83] [T]he defendant recites that My.MP3.com provides transformative "space shift" …is simply another way of saying that the unauthorized copies are being retransmitted in another medium – an insufficient basis for any legitimate claim of transformation. RIAA v. MP3.com at 7。

[84] [D]efendant adds no new "new aesthetics, new insights and understandings" to the original music recordings it copies, but simply repackages those recordings to facilitate their transmission through another medium. While such services may be innovative, they are not transformative. Id., at 7-8。

[85]法院的此種見解在其他兩件合理使用爭議案件中，亦有類似的結論。例如在 Ringgold v. Black Entertainment Television, 126 F.3d 70 (2d Cir. 1997)，第二巡迴上訴法院判決雖然在電視節目中未經授權使用原告的海報設計增加原告設計的銷售，但是原告仍有權決定授權與否。而在 DC Comics, Inc. v. Reel Fantasy, Inc., 696 F.2d 24 (2d Cir. 1982)，法院則認為，被告主張其未經授權在廣告中使用原告蝙蝠俠造型可以增加原告漫畫書的銷售，縱使實在也無助於被告主張合理使用。

[86] Any allegedly positive impact of defendant's activities on plaintiffs' prior market in no way frees defendant to usurp a further market that directly derives from reproduction of the plaintiffs' copyrighted works. This would be so even if the copyrightholder had not yet entered the new market in issue, for a copyrightholder's "exclusive" rights, derived from the Constitution and the Copyright Act, include the right, within broad limits, to curb the development of such a derivative market by refusing to license a copyrighted work or by doing so only on terms the copyright owner finds acceptable。

[87] 據報導，MP3.com 與 Warner Music Group 及 BMG 和解的金額高達一億美元左右。請參見 Cecily Barnes,

落後在技術發展之後[88]，但從本案亦可以清楚的瞭解，法院基本上認為若單純的將他人著作以新的技術轉變成另一種檔案格式以便於傳輸，而被未對原著作增加新的內涵與意義時，就無法符合轉化的要求，其合理使用的主張將受到極大的影響。另外，雖然技術進步，也創造出很多可能的商機與潛在的市場，但是若沒有經過著作權人的同意或授權，他人不能因為其技術較佳或是先觀察到未來發展趨勢，而利用他人的著作物以搶占著作權人的潛在市場。

四、提供音樂搜尋檢索服務之特殊問題

除了直接將音樂著作重製或傳輸的問題之外，由於一般的搜尋引擎不易找到網路上的 MP3 檔案，為了解決在網路上尋找 MP3 檔案的問題，許多檔案交換（file sharing）形態的搜尋引擎亦紛紛出現例如 Napster, Gnutella, scour.com 等等。這些新技術的出現，使得網路上音樂著作與視聽著作保護面臨了更大的挑戰。最主要的原因，就在於這些新的技術係採取分散式架構的 Peer-to-Peer 方式，除了 Napster 有中央目錄機制外，其他則可由使用者直接透過網路尋找並取得所需要的檔案。而縱使是 Napster，也並未如 MP3.com 一般，有對音樂著作有任何的重製行為，因此 MP3.com 的判決與見解，在檔案分享形態之下，亦無法適用。

由於 Napster 形態的檔案分享服務，大受各方歡迎，為保護其權益，A&M Records 與其他十七家唱片公司乃於 1999 年 12 月間向美國南加州地方法院提起訴訟，控告 Napster.com 參與並輔助著作權侵害，並同時控告一百位身分不名的 Napster 使用者直接侵害其著作權[89]。這些唱片公司聲稱 Napster.com 的 Napster 軟體讓網路使用者可以直接透過個人電腦進行未經授權音樂檔案之非法交易[90]，侵害其等之著作權[91]。

Napster.com 的運作方式是由網路使用者免費在其網站註冊，就可以下載 MusicShare 軟體安裝後，就可以在連線上 Napster 後搜尋並可直接從其他 Napster 使用者的個人電腦硬碟中下載 MP3 或其他形式的檔案[92]，每當有新的註冊者加入，Napster 的資料庫就隨之擴大。由於其中有許多檔案均係未經合法授權重製的 MP3 檔，因此除了 RIAA 外，著名的重金屬搖滾樂團 Metallica 及饒舌歌手 Dr.Dre 也分別向美國洛杉磯地方法院，以相同的理由對 Naspter 提出侵害著作權的控訴[93]，Metallicac 還將耶魯、南加大及印第安那等大學一併起訴[94]。此處引出一個值得思考的問題：如果某種服務或產品可以使用於從事非法行為，

Legal Experts See One Course for Napster: Litigation, CNET News.com, htttp://news.cnet.com/news/0-1005-200-2410791.html。

[88] John T. Aquino, MP3.com's Copying Recordings infringed Companies Copyrights, E-Commerce Law Weekly, May 15, 2000。

[89] A&M Records, Inc. v. Napster, Inc. (N.D. Calif. No. C99-5183, http://news.cnet.com/News/Pages/Special/Napster/napster_patel.html。

[90] Courtey Macavinta, Recording industry sues music start-up, cites black market, CNET News.com，Dec. 7, 1999, http://news.cnet.com/news/0-1005-200-1485841.html?tag=st.ne.1002。

[91] 除了 Napster 之外，其他的檔案分享網站亦先後被控，例如超過三十家電影與錄音業者亦於 2000 年七月二十日在紐約南區聯邦地方法院對提供音樂與影片交換的網站 Scour.com 提出侵害著作權的控告。請參見 Matt Richtel, Movie and Record Companies Sue a Film Trading Site, http://www.nytimes.com/library/tech/00/07/biztech/articles/21music.html。

[92] 請參見 John Borland, Napster hack allows free distribution of software, movies, CNET News.com, March 22, 2000, http://news.cnet.com/news/0-1005-200-1581232.html。

[93] 請參見 John Borland, Napster, universities sued by Metallica, CNET News.com, April 13, 2000, http://news.cnet.com/news/0-1005-200-1694163.html?tag=st.ne.1002; Reuters，Napster dealt copyright rap by Dr. Dre, CNET News.com, April 18, 2000, http://news.cnet.com/news/0-1005-200-1713635。

[94] . 請參見 Matt Richtel & Neil Strauss, Metallica to Try to Prevent Fans From Downloading Recordings, New York Times, May3, 2000, http://www.nytimes.com/library/tech/00/05/biztech/articles/03music.html。

則產品製造商或服務提供者應否負法律責任[95]?為了避免法律責任,另外一家提供 MP3 檔案搜尋的公司 MP3Board.com 乃先向法院提出訴訟,請求法院判決其自動搜尋服務雖然會提供連結到侵害著作權的著作物,但是其並未因此而侵害著作權[96]。

為了防止被控侵害著作權,Napster 亦訂定其著作權政策並在其網站上公告[97],聲明其不為使用者的侵權行為負責,並有權不定期的檢查網站,將 Napster 用於非法檔案傳遞的使用者刪除。Napster 並抗辯指出其並未持有任何的音樂檔案,也沒有控制或監管使用者的電腦及他們在網路上所傳遞的資料。為此Napster 於乃向法院提出請求,主張其為網路連線服務提供者(Internet Service Providers,ISP),故可適用有關 ISP 免責規定的保護[98]。Napster 還主張,線上服務提供者不應為其產品被其使用者或顧客用於違法行為而負責,就像 Xerox 不需為其機器被用於影印書報文章而負有侵權責任。

不過,Napster 的主張並未受到法院的支持,在審理後,Patel 法官首先駁回 Napster 為 ISP 的請求[99],嗣後,又對 Napster 發出初步禁止令(preliminary injunction),禁止 Napster 在未經著作權人同意之前,不得介入或協助任何第三人重製、下載、上傳、傳輸、或散布受著作權保護的音樂著作。由於 Napster 並無法區別何者為違法何者為合法,因此該禁止令實質上等於關閉 Napster,此舉也使得大量的使用者流向其他提供類似服務的網站,造成其他網站的當機。Napster 緊急向第九巡迴上訴法院提出暫停執行的申請,並獲得上訴法院同意後,方始暫時化解 Napster 關站的命運,但是由於本案爭議頗多,因此未來如何仍然有待觀察。

本案爭議的重點,就在於 Napster 欲將美國最高法院在 Sony 案判決錄影機廠商構成合理使用的「時間移轉」(time shift)理論適用到 Napster 所主張的「空間移轉」(space shift)主張[100]。惟法院在審理後,卻駁回 Napster 的主張。在就 Napster 所主張的合理使用分析時,Patel 法官明確的駁回 Napster 合理使用的抗辯。

法官認為,與 MP3.com 類似,Napster 提供的服務並未對已受著作權保護的

---

[95] Jennifer Sullivan, RIAA Suing Upstart Startup, Wired News.com, Nov. 15, 1999, http://www.wired.com/news/mp3/0,1285,32559,00.html。

[96] Matt Richtel, Warned by the Music Industry, Web Site Files Suit, June 6, 2000, http://www.nytimes.com/library/tech/yr/mo/biztech/articles/o6music.html。對於本案,法律專家認為有重大的影響,因為 RIAA 主張 MP3Board.com 應對其搜尋所得的連結負責,若此主張成立,則所有的搜尋引擎都會因此構成侵害著作權的責任,不論其搜尋的對象為文字、圖形、音樂或其他的著作。

[97] 請參見 Napster.com,http:// www.napster.com/dmca.html。

[98] 「數位千禧年著作權法案」(DMCA)於 512(a)對 ISP 提供了一個避風港。根據該條規定,若符合該條的五個要件,就可以被視為網路連線服務提供者,就可以對其控制或操作的系統或網路所傳輸、轉接、或提供連線的資料、或是因為傳輸、轉接、或提供連線過程中所中介或暫時儲存的資料的行為,免除著作權侵害的責任。此外,1996 年之「電信通訊法案」(Telecommunications Act of 1996)則規定網路服務提供者不需為第三人在其網路上傳遞非法資料負責。

[99] E-Commerce Law Weekly, Napster Does not Qualify for DMCA Infringement Exemption, May 15, 2000。法院認為 Napster 並非 ISP 主要的原因在於使用者直接從另一個使用者的電腦中傳輸資料到其電腦,並未經由(through) Napster 的系統。(Even if each user's Napster browser is part of the system, the transmission goes from one part of the system to another or between parts of the system, but not 'through' the system." 此外,法院還認為被告並不符合 512 (a)條立法意旨中所要求的被動管道(passive conduit)的要求,故無法被視為 ISP 而免責。

[100] Napster 亦要求法院判決其並未構成輔助侵害(contributory infringement)或代理侵害(Vicarious Infringement)。而要成立輔助侵害或代理侵害,根據美國最高法院在 Sony 案的見解,原告必須要證明有第三人的直接侵害行為。由於法院發現幾乎所有的 Napster 使用者都在非法的上傳或下載受著作權保護的音樂著作,利用 Napster 所能接觸到的檔案中有 87%是有著作權之音樂著作,而其中有 70%是由原告擁有著作權,因此法院判決 Napster 構成輔助或代理侵害之責。請參見該案判決 II. Conclusion of Law, D. Contributory Copyright Infringemen 與 E. Vicarious Copyright Infringement 之討論。

音樂著作有任何的轉化，再加上 Napster 之經營具有商業目的，故認為 Napster 不符合第一個合理使用的判斷標準。而在 Napster 的使用者方面，法院亦認為利用 Napster 的服務而上傳或下載有著作權的檔案並非供其私人使用，因為提供檔案給不知名的第三人利用很難被認為屬於個人利用，此外這些使用者免費取得原本應該付費購買的音樂著作，亦顯示其已經從使用 Napster 獲得經濟上的利益。

而就第二個判斷標準而言，由於所爭議的著作性質為具有高度創作音樂著作，並非保護程度極低的事實或描述性資料，亦不利被告合理使用的主張。第三，Napster 使用者不論上傳或下載 MP3 檔案，都是完整的重製整首音樂著作，再加上 Napster 使用者眾多（已註冊達二千萬人），故亦不利 Napster.

對於第四點判斷標準，原告主張 Napster 所造成的損害包括在大學生間 CD 銷售量的減少，以及 Napster 的廣泛運用阻止原告進入數位化音樂下載市場。對於原告的主張，Napster 則主張其所提供的服務目的在於提供使用人視聽（sampling），以便其決定是否購買，其利用乃係一種空間移轉以及其鼓勵新出道藝術家銷售其作品等作為抗辯理由。

對於這些主張，法院均一一駁回。首先，法院就直接認為 Napster 所依賴的 Faber 調查報告有瑕疵，故其調查結果，亦即使用 Napster 並未減少 CD 銷售根本不可採。其次，對於 Napster 服務乃屬視聽性質法院亦不認同，因為一般的視聽客戶無法取得該音樂供日後重複播放，但是 Napster 的使用者卻可以保留他們所下載的檔案供日後播放，而且由於是由使用者控制下載與否，因此 Napster 使用者可能下載整片 CD 的歌曲而決定不購買 CD，此舉亦與視聽有別。第三，法院則認為 Sony 案的時間移轉理論不能擴大至 Napster 的空間移轉行為，因為法院認為 Napster 之行為與 Sony 案的錄放影機製造商有極大的區隔。在 Sony 案中，錄放影機廠商與其使用者的接觸，僅在於使用者購買其製造的錄放影機之時。在購買後，錄放影機廠商就無法控制使用者如何使用錄放影機。但是在本案，Napster 在使用者註冊後，都不斷與使用者有所接觸，使用者必須連線到 Napster 網站才能上傳下載 MP3 檔案。另外，在 Sony 案中，美國最高法院認為時間移轉是錄放影機的主要目的之一，而不是偶爾為之的目的，但是在 Napster，空間移轉並非其下載的主要目的[101]。

基於上述的理由，法院認為 Napster 所提供的服務不能夠成合理使用。另外，由於法院發現 Napster 使用者之行為亦不構成合理使用，因此 Napster 使用者構成對著作權人的直接侵害，而 Napster 因為提供此種服務，且知悉此種情事的發生而未能阻止或防止，亦成立輔助侵害與代理侵害之責任。

柒、重製以外之利用與合理使用

除了重製與合理使用關係密切之外，網路使用者或是網站經營者亦可能因利用重製以外的其他方式，而發生侵害著作權之爭議，此時亦可能衍生合理使用的爭議。其中最明顯的案例，就是已經廣為網站業者所採用的超連結方式，特別是所謂的「深度連結」(deep linking) 是否侵害著作權之問題，最廣為各方討論。而此爭議，影響最大且與合理使用抗辯攸關的，就是 Ticketmaster v. Tickets.com[102]一案。

在 Ticketmaster v. Tickets.com 一案中，Ticketmaster 為美國最大的售票公司，除了透過全美 2,900 個銷售據點銷售之外，也利用電話與網路進行銷售。為此，該公司很早就架設其售票網站，除了售票系統之外，該公司還提供了

---

[101] Id., II. Conclusion of Law, C. Affirmative Defense of Fair Use and Substantial Non-Infringing Use, Paragraph 11-17。

[102] 該判決係由加州中區聯邦地方法院於 2000 年 8 月 10 日判決，全文請參見 http://www.gigalaw.com/library/ticketmaster-tickets-2000-08-10-p1.html。

許多藝文活動的資訊，網路使用人只要進入該公司的首頁，就可從首頁連上許多活動資訊[103]，為便於管理，該公司針對每一場次的藝文活動均指定一個網址[104]，以提供相關的活動資訊。除了直接的售票收入之外，該公司也接受廣告，因此廣告也是該公司網站的重要收入之一，而廣告不但出現在首頁中，也出現在各個活動的網頁上，除此之外，該公司的標章也出現在各網頁中，該公司亦有一個使用辦法（terms and conditions of use），要求網路使用人僅可利用該網站的資訊供個人非營利的使用，不得為商業性的利用[105]。

本案被告 Tickets.com 也是一個售票公司，但是以網路為主。其經營模式乃是以各種藝文活動資訊的清算中心自居，因此該公司從網路上搜集各種藝文活動的資訊，並提供相關的售票資訊，包括可以從何處買到票，票價多少等，也因此被告乃從原告網站中搜集了許多的活動資訊[106]，並直接以超連結的方式連至原告的個別藝文活動網頁或售票網頁。原告為阻止被告以超連結的方式利用其資訊，除了利用軟體加以阻止外，更主張被告侵害其著作權，從事不公平競爭。

法院在審理後，發現被告從原告網頁中所搜尋的資訊，都是屬於事實性的資料，因此根據美國聯邦最高法院在 Feist 一案[107]，認為事實性資料除非具有原創性，否則不受到保護的判例，判決被告並未侵害原告的著作權。至於被告仍然保留原告各網頁的 URL 的問題，法院則從合理使用的觀點加以分析。

根據法院分析，被告利用原告資料的態樣，類似第九巡迴上訴法院在 Sony Computer Entertainment, Inc. v. Connectix Corp[108]. 的還原工程之利用，因此亦產生其利用是否符合合理使用的疑義。在 Connectix 一案中，第九巡迴上訴法院判決指出，為得到不受著作權保護的資訊，而從事還原工程所為之重製構成合理使用。雖然本案被告並未利用還原工程的方式以取得原告不受著作權保護功能性資訊，但是法院仍然認為其態樣上仍可以準用。這是因為被告所取得的資訊並未用於與原告競爭、在其有限的功能達成後該等資料都已經刪除、其目的在於取得不受著作權保護的資訊（此處為事實資料）、雖然此方式並非唯一可行的方式但是卻是最有效率的方式。雖然被告仍保留原告對個別網頁所指派的 URL，但是法院卻不認為 URL 是著作權保護的標的，因為其乃係一種功能性與事實性的資訊。由於法院認為原告不足以推翻被告合理使用的抗辯，因此拒絕原告請求頒發暫時禁制令的申請，而駁回元告之訴。

從本案判決可以得知，法院仍然認為合理使用在網路世界中仍然存在，其適用的原則與判斷標準均與現實世界相同，並不會因為有利用網路而有所不同。

陸、 小結

雖然網路技術日新月異，利用網路技術所提供的服務也是五花八門，但是從美國法院處理涉及網路利用的著作權侵害案件的態度，可以清楚的得知，不論

---

[103] 其網域名稱為http://www.ticketmaster.com。該公司每日約有三百萬人次到訪，每天約有 35,000 場次的藝文活動資訊刊登在該網站中。

[104] 一般稱為 URL, Uniform Resources Locator. 每一頁網頁都有其特殊的 URL，這樣網路使用人才能方便的找到所要的資訊。

[105] 但是由於該使用辦法並無一般網路所用的按鍵同意設計，亦未要求使用人必須按鍵同意，只是單純的出現在首頁中，因此法院並不認為該使用辦法可以拘束被告。

[106] 雖然 Ticketmaster 網站向公眾公開，可以 Tickets.com 搜尋資料的方式卻與一般人不同，其乃是利用所謂的搜尋引擎如 webcraler 或 spiders，以監看 Ticketmaster 網站個別網頁之變化。為取得資訊，其搜尋引擎從 Ticketmaster 首頁進入，然後將新增或變動的個別網頁的資訊（包括 RUL）在其自己的電腦系統短暫的重製（約五至十秒），於將該等資訊轉為 Tickets.com 的格式後，就予以刪除，僅保留 URL 以供超連結利用。

[107] Feist Publication, Inc. v. Rural Telephone Service Co. Inc., 111 S. Ct. 1282 (1991) 。

[108] 203 F.3d 596 (9th Cir. 1999)。

是單純的重製或其他的利用，亦不論是涉及文字、圖形、音樂或其他著作類型，法院在處理有關合理使用的問題時，不論技術如何的不同，亦不論技術有何新穎之處，在處理被告所提出的合理使用抗辯時，法院都仍然依照美國著作權法第一〇七條之規定與相關美國最高法院或其他上訴法院之判決，就個案依據第一〇七條的四點判斷標準加以分析決定。從這些個案可以清楚的瞭解，合理使用的認定與否，乃在於司法機關，而不在於著作權主管機關，亦唯有法院才能對被告的行為是否構成合理使用有權做最後的決定。

另外，就各個主張合理使用的案件加以觀察，不論是Napster案或是MP3.com法院，似乎都並不認為被告具有技術，就可以搶先攻佔著作權人未來可能發展的潛在市場。在Napster案中，就是利用網路的數位化音樂下載服務，在MP3.com案則是利用網路提供音樂傳輸服務，因此被告若欲利用其技術提供服務，仍必須先獲得著作權人之同意，否則縱使被告主張合理使用，仍無法免除其侵害著作權之責任。

不過，值得注意的是，在不同的著作類型中，法院的見解並不一致。例如在有關音樂著作方面，不論是MP3.com或是Napster，法院似乎都認為搜尋引擎最少負輔助侵害責任。但是在圖形著作方面，Arriba案法院則並認為被告利用搜尋引擎建立其資料庫的服務為一種合理使用，至於在文字著作部份，則並無任何搜尋引擎被控告。此種歧異，可能會在MP3Board.com的訴訟中獲得釐清，值得注意該案判決。

另外，由於所有的爭議案件目前都只是在地方法院的審理階段，因此其最後的結果如何，仍然難以確定。這是因為地方法院的判決其拘束力有限，再加上就一般美國司法實務而言，只有上訴法院的判決才比較具有既判力，而可確立對某些法律爭議的未來發展與勝負，有些案件，例如2600.com有關美國憲法第一修正案的爭議，則可能要靠美國最高法院才能解決，因此，未來合理使用是否會如同DVD案法院見解一般，會因為DMCA而受到限制，則仍有待日後觀察。但是不論如何，合理使用為一種肯定抗辯（affirmative defense），由被告負舉證責任、由法院依個案並根據美國著作權法第一〇七條所訂的四個判斷標準處理等原則，應該不會有任何的改變。

第七章　我國著作權法合理使用規定之檢討與建議

壹、前言

早自滿清宣統二年(西元一九一〇年)，中國法制史上第一部著作權法「大清著作權律」即已頒布實施。除保護著作人之權利外，該律第三十九條規定：「凡節選眾人之著作成書，以供教科書使用者；節錄引用他人著作，以供給之著作考證註釋者；仿他人圖畫以為雕刻模型，或仿他人雕刻以為圖畫者，不以假冒論，但須註明原著之出處[1]。」該等規定即相當於國際間所謂「引用摘錄權」及「為教育目的之使用」等對著作權財產權之限制規定[2]。

自國民政府於民國十七年五月十四日正式公佈施行以來，我國著作權歷經多次修正[3]，其間並有來自美國在貿易談判上之壓力[4]。有關著作權之範圍、內涵以及保護期間等均在歷次修正中不斷擴張，而有關著作財產權之限制，則係在民國八十一年為第六次修正時才有較為完整之規定[5]。該次修正參考伯恩公約之內容，以及美、德、日、韓等國之立法例，針對八十一年以前之「舊法將合理使用之權利限制規定散見於各章，且其規定亦有欠周密，適用上頗多困難[6]」等缺點，故於著作權法第三章參、「著作財產權」中，增訂第四十四條至第六十六條共二十三條條文，成為第四款「著作財產權之限制」[7]。

為配合我國加入「世界貿易組織」(World Trade Organization；WTO)之準備，我國著作權法於民國八十七年又再次修正，有關著作權財產之限制之規定亦愈臻明確，其中對第六十五條之相關修正，更確立了在我國著作權法制下，對「著作之合理使用，不構成著作財產權之侵害」之原則。

近年來國際間為因應網路科技之發展對著作權所生之衝擊，聯合國下屬之智慧財產權組織即擬定了「世界智慧財產權組織著作權條約」(WIPO Copyright Treaty；以下稱WCT)與「世界智慧財產權組織表演與錄音物條約」(WIPO Performances and Phonograms Treaty；以下稱WPPT)二項條約，雖該二條約尚為生效，然國際間如美國、歐盟及日本等主要國家或聯盟之著作權法均已針對該

---

[1] 參見「大清著作權律」第三十九條。該律法係參考應美籍大陸法系主要國家之著作權法，尤以德國及日本之影響最深。轉引自羅明通，著作權法論，台英智慧財產權法研究中心，一九九八年八月二版，頁四四。[以下簡稱"羅明通文"]

[2] 如伯恩公約第十條第一項「摘錄引用」（quotations），第二項「教學利用」（illustrations for teaching）。See Berne Convention, Paris Act of 1971, art 10(1),(2).

[3] 我國著作權法自民國十七年制定頒布之後，已經過民國三十三年、三十八年、五十三年、七十四年、七十九年、八十一年及八十七年等共七次修正，為應因網路數位化時代之需求，著作權法部分修正草案亦八十九年底出爐。參見羅明通，前揭文，頁四五至七三。

[4] 中美著作權爭議自民國七十四年起即展開一連串之談判，直至七十八年七月十三日草前「中美著作權保護協定」才暫時告一段落。其間最主要之爭議在於美國要求對電影著作之回溯保護，並保護著作權人之公開上映權。參見施文高，比較著作權法制，三民書局出版，八十二年初版，頁七二至八二。

[5] 我國九發時代對著作權之限制規定並不明確。五十三年修正時僅在第十七「講義演說著作權之歸屬」、第十八「新聞雜誌揭載事項之轉載」，以及第二十五條「節選或節錄之許可」等中有論及。而經七十四年修正後仍嫌不足，雖對圖書館、各種考試、盲人點字、學術研究及節選節錄等情形有所規定，可是並未有合理使用之限制。參見馮震宇，論新著作權法合理使用之規定，萬國法律雜誌，一九九八年十二月，第一〇二期，頁八十一，註一五。[以下簡稱"馮震宇文"]

[6] 參見行政院七十九年十二月二十日台內字第三八六一一號函請立法院審議「著作權法修正草案」之修正草案總說明，轉引自羅明通，著作權法令彙編，台英智慧財產權法研究中心，頁一六七。

[7] 為避免著作權人過於專斷獨占，妨礙社會文化的傳承與發展，各國對於著作權人之著作財產權多有限制規定。在德、日等大陸法系稱為「著作財產權之限制」，美國著作權法第一〇七條雖規定為「排他權之限制」，然在學說及實務上均稱為「合理使用」(fair use)。我國著作權法則沿襲德、日立法例，稱為「著作財產權之限制」。

二條約而為相應之修正，我國著作權主觀機關「經濟部智慧財產局」亦組成「著作權法修正委員會」，參考 WCT 及 WPPT 二條約之規定，針對我國現行著作權法作部分修正，其中對著作權限制之相關議題亦有再檢討之必要，以下即分別介紹之。

貳、我國著作權法對著作財產權之限制概說

一、八十七年著作權法修正前之規定

依據八十一年修正之著作權法規定，對於著作財產權之限制，大致可分為：一、國家機關運作目的之使用(第四十四、四十五條)；第二、教育機構及圖書館之使用(第四十六、四十七、五十二、五十三、五十四、六十三條)；第三、新聞雜誌及廣播電視之使用(第四十九、五十、五十二、五十六、六十一、六十二條)；第四、個人或家庭非營利之利用(第五十一、六十二條)；第五、為資訊流通之使用(第四十八至五十條、第五十二、五十六、六十一、六十二及六十三條)；第六、藝文文化之使用(第四十八、五十七、五十八條)；第七、公益活動之利用(第五十五條)；第八、電腦程式之利用(第五十九條)；第九、為盲人福利之利用(第五十三條)；最後，第十、翻譯之合理使用(第六十三條)等。並另以第六十五仿照美國著作權法第一〇七條[8]，將合理使用之四項事實要素，明文規定於本法中作為判斷利用行為是否合理之標準。

然由於上開規定之態樣、範圍等均相當有限，且在增訂對著作財產權之限制的同時，亦將著作權人之著作權財產權種類擴展至包含重製、公開口述、公開播送、公開上映、公開演出、公開展示及改作篇編輯等權利，新增之限制規定實不足以達成其欲為各類教育、研究以及新聞報導等利用行為制定法定合理使用空間之目的[9]。

再者，第六十五條第一項規定：「著作之利用是否合於第四十四條至第六十三條之規定，應審酌一切情狀，尤應注意左列事項，以為判斷之標準：…[10]。」是以利用行為即使符合第四十四至第六十三條之各項規定，仍需適用第六十五條之四項判斷標準，且除上開各項列舉之利用情形外，更無其他”合理使用”之可能。此種適用程序已與美國著作權法之相關規定不符。若依據美國著作權法之體制，其第一〇七條係對於著作(財產)權人行使所有著作(財產)權之原則性限制規定，而規定於第一〇八條至第一二一條內之其他「排他權之限制」，則係基於特定公共政策而明文規定之「法定例外」，利用行為一旦符合各該條文之規定即可直接適用之，不需再以第一〇七條為判斷標準。我國著作權法第六十五條則將合理使用之四項要素規定為第四十四條至第六十三條之附屬判斷標準，已然喪失其原有獨立判斷”其他利用行為”是否合理之目的，造成體例上及適用上之疑惑。

二、現行法下對著作財產權之限制

（一） 八十七年著作權法之修正

為使我國能順利加入「世界貿易組織」(World Trade Organization；WTO)，首當其衝者即需使我國著作權法能符合 WTO 的架構下之「與貿易有關之智慧財產權協定」(Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property

---

[8] 關於此項標準之移植，源自於內政部著作權委員會於民國七十九年赴美，與美國貿易代表署(United States Trade Representative)進行「中美著作權諮商」，以及後續在台北進行之「中美著作權非正式會談」中，由我國代表參考美國法之規定，主動提出亦在我國著作權法中訂定類似規定之建議。參見內政部著作權委員會彙編，七十九年九月中美著作權諮商報告暨相關資料彙編，民國七十九年九月，頁二二。

[9] 例如，第四十六條雖為依法設立之各級學校及其擔任教學之人，為學校授課之需要，得「重製」他人已公開發表之著作。然除重製之外，在教學時亦可能須以公開播送或公開上映、口述等方式利用他人著作，然此等行為即侵害了八十一年著作權法為著作財產權人新設之權利。

[10] 參見八十一年著作權法第六十五條之規定。

Rights；TRIPS)中之相關規定。因此，我國著作權法於八十七年一月二十一日再度修正。

本次修正出修改舊法中窒礙難行且不符國際規定之部份外[11]，最主要之修正重點即係針對著作財產權之限制規定，明文承認著作權之合理使用原則，並增加其他法定類型之範圍，擴大利用人合理使用他人著作之空間。本次修正之內容包括[12]：

1. 教育機構利用範圍之增加

修訂第四十七條，除重製外，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，尚可改作、編輯他人已公開發表之著作。而為教育目的之必要，亦得以在合理範圍內公開播送他人已公開發表之著作。另新增第四十八之一，中央或地方機關、依法設立之教育機構或供公眾使用之圖書館，得重製下列已公開發表之著作所附之摘要：(一)依學位授予法撰寫之碩士、博士論文，著作人已取得學位者；(二)刊載於期刊中之學術論文；(三)已公開發表之研討會論文集或研究報告。

2.對政府等公法人著作利用範圍之擴大

為擴大國民合理使用政府著作之空間，使任何人均得在合理之範圍內，對已中央、地方機關或公法人名義所公開發表的著作加以利用，故修正第五十條之規定，不再以新聞紙、雜誌得轉載，或僅得由廣播電台或電視電台公開播送為限。

3. 非營利活動之利用

刪除舊法第五十五條第一項中「公益性」之要件，使一般人所為之非營利亦非公益性之社交活動中，亦能利用他人已公開發表之著作。另將舊法同條第二項中，實際上已被解釋為「訓示規定」之有關使用報酬規定一併刪除。

4. 廣播電視播送之利用

有鑒於為加強收視效能而設置之社區共同天線，及有線電視業者之盛行，特別增加第五十六條之一，以便利社會大眾得改善收視問題，並接收無線電台播送之著作。然同時轉播無線電台播送之著作時，不得變更其形式或內容。另外，為保障著作財產權人之權益，廣播機構或電視台依第五十六條為暫時性重製時，新法修訂同條第二項，規定該等錄製物除經主管機關核定保存於指定處所外，應於錄製後一年內銷毀之。

5. 擴大藝術作品之使用範圍

由於新法第二十七條已將著作權人之公開展示權擴及為公開發表之美術著作或攝影著作之重製物，故同時修正第五十七條，該等著作原件或合法重製物之所有人或經其同意之人，得公開展示該著作原件或合法重製物。新法並將原本第五十八條第四項中過於嚴苛之「以販賣重製物為目的所為之重製」之標的限縮為僅限於美術著作，使其他如以販賣建築著作重製物(風景明信片等)為目的所為之重製，仍可構成合理使用。

6. 擴大合法著作重製物所有人出租權之例外

根據TRIPS協定第十一條之規定，作者及其繼受者專有授權或禁止他人商業性對公眾出租期電腦軟體、視聽或錄音著作，或該等著作之重製物之權利。我國著作權法第六十條即依此增訂但書，規定電腦程式著作及錄音物之重製物，不適

---

[11] 本此修正重點包括：(一)廢止著作權登記制度，改採「創作完成主義」；(二)修正有關僱傭關係期間及出資聘人完成著作之著作權益的歸屬關定；(三)大幅修正著作財產權之限制規定；(四)配合伯恩公約及TRIPS協定修正有關公開播送、公開演出之定義，並明定對表演人之保護；(五)修正如"公開"、"同一性保持權"等意義不明確，亦生訟源之相關規定；(六)刪除不合時宜(如翻譯強制授權等)之規定；(七)增訂過度條款及回溯保護之規定。參見羅明通，前揭文，頁六八至七四；馮震宇，前揭文，頁七九，註三。

[12] 參見馮震宇，前揭文，頁六三至六六；並請參見八十七年著作權法修與八十一年舊法條文對照及說明，內政部著作權委員會編印，民國八十七年二月。

用出租權之限制。然 TRIPS 協定第十一條亦規定對於視聽著作，若出租不會減損重製之排他權利時，會員國可以不賦予出租權。故我國即決定不賦予視聽著作完整之出租權，使得錄影帶出租業者得以繼續生存。最後，當電腦軟體本身非為出租之標的時，亦無協定第十一條之適用，故我國法亦增訂第六十條第二項以為配合。

7. 增加利用他人著作之改作權

在舊法時代，在以合理使用方式利用他人著作時，僅能翻譯該著作，而不得為其他利用行為。新法為使依同法第四十六條及第五十一條規定利用他人著作時，能充分達到各該條文所定之利用目的，而不以重製及翻譯為限，尚可能包括其他之改作行為，故增訂第六十三條第二項，依各該規定而利用他人著作者，得改作該著作。

8. 合理使用限制之取消

為釐清我國著作權法究竟有無合理使用規定之疑慮，本此修正即新增第六十五條第一項「著作之合理使用，不構成著作財產權之侵害」。是以利用情形除可依第四十四條至地六十三條主張免責之外，若不符合各該規定之利用情形，仍可依據第六十五條第二項新增之文字：「或其他合理使用之情形」，主張依該條所定之四項標準予以審酌，故仍有成立合理使用之機會。

（二）分析檢討

依照現行法第六十五條之規定，除第一項明文承認合理使用外，根據同條第二項，著作之利用是否符合於第四十四條至第六十三條規定「或其他合理使用之情形」，應審酌一切情狀，尤應注意以合理使用的四點判斷原則為標準。詳言之，如果利用態樣不符合第四十四條至第六十三條法定合理使用類型的規定，可依據第六十五條的認定標準判定其利用是否合理；若係符合法定合理使用類型的規定，其利用是否合理，仍必需依據第六十五條的認定標準定之。依此，第六十五條一方面為對於行使著作財產權之概括性限制規定，另一方面，又為同法第四十四條至第六十三條所列舉之利用行為之附屬判斷標準，如此仍可能造成體制上及概念上之模糊。

由於我國著作權法第六十五條係參考美國著作權法第一〇七條之規定而來，有學者建議應依循美國著作權法之架構[13]，亦即：當利用行為符合第四十四條至第六十三條之規定時，即直接適用各該條文之規定，不需再以第六十五條為判斷標準；惟利用行為不符合第四十四條至第六十三條之規定時，仍可依第六十五條之規定判斷是否符合理使用以免除侵權責任。

然而，依本研究小組之研究結果，發現在我國現行著作權法第四十四條至第六十五條之規定中，並非全部條文內容均可言之為「法定合理使用類型」，而係大致可分為三類：第一類「法定合理使用類型」；第二類「法定例外規定」；以及第三類「其他」，第三類型專指第五十六條及第六十四條。前者為「廣電播送目的而錄音錄影著作」，該條第一項允許「廣播或電視，為播送之目的，得以自己之設備錄音或錄影該著作」，然同項後段規定「但以其播送業經著作權人之授權或合於本法規定則為限」，既然須獲得著作權人之授權，則實際上此暫時錄製之行為係屬著作權人與廣播或電視機構間私法上之契約約定，與合理使用無關，亦非法定例外。第六十四條為「利用他人著作應明示出處」，係屬著作人格權之範圍，仍不屬於合理使用或法定例外之規定。

參、 條文分析與修正建議

[13] 參見馮震宇，前揭文，頁六七至六八。

一、法定合理使用

此類規定係指以立法之方式，將比較容易被認定為合理使用之利用行為予以明文化。但即使利用行為符合此類規定中所列之要素，並非當然確定構成合理使用之免責，此係因為此類條文中仍有利用行為需在「合理範圍內」之要件，而所謂之「合理範圍」，則仍需針對「合理使用」原則之四項要素與以考量，若對利用行為為衡量之結果係超出合理之範圍者，仍不得以各該規定作為免責之依據。

屬於法定合理使用之條文如下：

（一）第四十四條 「立法行政目的所需之重製及限制」

「中央或地方機關，因立法或行政目的所需，認有必要將他人著作列為內部參考資料時，在合理範圍內，得重製他人之著作。但依該著作之種類、用途及其重製物之數量、方法，有害於著作財產權人之利益者，不在此限。」

本條之適用主體為中央或地方之立法或行政機關，解釋上亦包括司法、考試、監察等廣義的行政機關，另如地方各級行政、民意機關亦包含在內。公營事業機關如公賣局、鐵路局等官署形態者屬之[14]，然如係以法人形態出現者，如中鋼、中油公司則非本條所謂之”行政機關”[15]。利用之目的，需係為內部參考之用，不得贈送其他機關或對外販賣，且數量必須合理。而”重製他人之著作”，係無論該他人之著作是否已公開發行，中央或地方之立法或行政機關均可在「合理範圍內」對該著作之整體或部分予以重製[16]。另外，基於調合社會公共利益，並促進國家行政效率目的所需，現行條文僅限於重製可能不符合實際需求，應適當增加其範圍，或可將法文用語改為”利用”，以為周全。

本款但書對於前述之法定合理使用行為設置了一項限制規定：若中央或地方之立法或行政機關對著作之利用行為，依該著作之種類、用途及其重製物之數量、方法，有害於著作財產權人之利益者，仍不得主張合理使用。然若將此項規定與同法第六十五條相較，則生重複之情形，且第六十五條之所列之判斷標準尚比第四十四條但書之規定來得完善。據此，本條但書實無規定之必要，應予刪除，在判斷本條所定之利用行為是否構成合理使用時，仍應回歸第六十五條所列之標準。

建議修正本條為：

「中央或地方機關，因立法或行政目的所需，認有必要將他人著作列為內部參考資料時，在合理範圍內，得利用他人之著作。但依該著作之種類、用途及其重製物之數量、方法，有害於著作財產權人之利益者，不在此限。」

（二）第四十五條 「專為司法程序使用必要之重製」

「專為司法程序使用之必要，在合理範圍內，得重製他人之著作。

前條但書規定，於前項情形準用之。」

本條未就利用主體加以限制。依文義，為求裁判之正確，只要是司法程序內所需要利用到的著作，無論係何種類型，無論利用人為何[17]，均得不經著作財產權人之同意而重製之。準此，司法程序之當事人及其受委任之人或其他人只須符合該條所定之利用目的，即有本法第四十五條之適用。且所利用之著作亦不論是否已公開發表。

---

[14] 參見蕭雄淋，新著作權法逐條釋義(二)，民國八十八年四月二版，五南出版公司，頁七十。[以下簡稱”蕭雄淋文”]

[15] 參見羅明通，前揭文，頁四五一。

[16] 參見內政部(81)台內著字第 8124860 號函令：「…本研究之規定，得重製他人之著作，此一重製行為固可包含該他人著作之全部內容，而不限於其部分內容…」。

[17] 參見內政部(81)台內著字第 8117736 號：「因司法目的之合理使用，其利用主體無限制」，所謂司法程序：「包括一般人認知的法律訴訟、法院管轄之非訟事件程序及行政機關行政處分之行政救濟程序。

本條僅允許以「重製」方式為利用行為，然公開審判程序上所可能涉及之公開口述、展示、表演等利用行為卻不包括在內，殊為缺漏，或可將法文用語改為”利用”，以為周全。另本條第二項準用第四十四條但書之規定，因配合該但書一併刪除之。

建議修正本條為：

「專為司法程序使用之必要，在合理範圍內，得利用他人之著作。

~~前條但書規定，於前項情形準用之。~~」

然事實上，在司法程序中若有利用他人著作之情形，通常係為支持所為之辯解主張，或供做法院參考之證據方法，此一利用行為非但在目的上具有正當性，且利用數量尚屬些微，更無營利散布或取代原著作市場之意，對於原著作之現行或潛在市場均難謂有負面影響，亦無造成著作權人經濟利益上重大損失之可能。故此一「專為司法程序使用必要之重製」行為，本即符合合理使用之標準，實無特別規定之必要，或可整條刪除。

（三）第四十六條 「學校授課目的之重製」

「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。

第四十四條但書規定，於前項情形準用之。」

本條之主體為依法設立之各級學校及其擔任教學之人，然不包含社會教育法第五條中所規定之”教育機構”[18]。其他如補習班[19]，或學校內之行政人員等，更無本條之適用。本條所允許的利用行為態樣，僅限於重製之，而教學上其他如公開展示、表演、口述、上映等對著作之利用行為則不包含在內。相對於美國著作權法第一一〇條第(1)項有關在教室內可表演或展示一著作之規定，我國之規定顯然過於狹隘，尤其在現今已廣為盛行的多媒體教學及遠距教學之方式下，本條所定之利用行為的態樣應予以擴張，以使各級學校及其擔任教學之人得以利用科技發展與各種教學需要利用他人之著作，不過，任何利用行為亦均需在合理之範圍內始可為之，至於何範圍可謂為”合理”，則依同法第六十五條為判斷。

依本條文義，為學校授課目的而得利用之對象需為他人「已公開發表」之著作，此一要件並未出現在前兩條的規定中，為何為學校授課目的所為之利用行為卻只能針對「已公開發表」之著作為之？且我國係採創作完成主義，所有著作住作品一旦創作完成，無論是否對外公開發表，均應自動受到著作權法之保障及相同之限制，何以未公開發表之著作即得以排除他人為合理使用之主張？以美國著作權法之立法或實務為例，其第一〇七條中即明文「著作未發行之事實本身，不應排除合理使用之認定…」，因此，此一需對「已公開發表」之著作為利用之限制要件即顯失公允。

有關本條第二項之規定與前條同，應配合刪除。

建議修正本條為：

「依法設立之各級學校及其擔任教學之人，為學校授課需要，在合理範圍內，得利用他人之著作。」

（四）第四十七條 「編製教科書目的之重製、改作或編輯公開發表著作」

---

[18] 依社會教育法第五條規定：「各級政府視其財力與社會需要，得設立或依權責核准設立左列各社會教育機構：一、圖書館或圖書室。二、博物館或文物陳列室。三、科學館。四、藝術館。五、音樂廳。六、戲劇院。七、紀念館。八、體育場所。九、兒童或青少年娛樂設施。十、動物園。十一、其他有關社會教育機構。」參見蕭雄淋，前揭文，頁七九，註三。

[19] 補習班多係依據教育部依補習教育法第十條所頒布之設立及管理規則而成立，該管理規則屬於行政命令，非本條所指「依”法”設立之各級學校」。參見羅明通，前揭文，頁四五三。

「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。」

在舊法時代，本條規定之利用主體為「依法設立之各級學校及其擔任教學之人」，然在學校擔任教學之人通常並不會自行編輯教科用書，而係行政主觀機關委由出版商為之，故實際上本條並未提供編製教科書之合理使用空間。再者，編製之標的僅限於”教科書”，其他如唱遊之樂譜掛圖、矯正學生發音之錄音帶等輔助教材則不包括在內，實為疏漏。而教科書之使用者係數量龐大之學生社群，然因教育機構之利用行為無須支付報酬，可能會對著作財產權人之經濟利益造成損失，對於著作財產權人之保護即有失周延。

本條經民國八十七年之修正後，已大致符合各級學校與教育機構於編製教材及教育性廣播之需要，而各種教學用之數位化之教材如 CD 光碟、DVD 等，解釋上應可含括於第二項所謂之「輔助用品」內，故亦無特別為適用於數位化環境而作修正之必要。本條第三項中並無如美國著作權法第一一〇條第(2)項，僅限於對特定種類著作為利用之規定，適足以符合多元化教學之需要，應予維持。惟應注意者係”公開播送”他人著作需係為”教育目的之必要”，若為娛樂之目的則不包含在內。另外，為配合遠距教學的發展趨勢與實際需要，亦宜適當增訂有關公開傳播的授權，以符合未來發展之需要，由於第四項增訂有關使用報酬之規定，因此增訂公開傳播之規定仍可充分保障著作財產權人之權益。

然第一項及第三項中有關「已公開發表之著作」的要件，係本條規定中唯一有待修正之部分，理由已如前述，茲不再重複。

建議刪除本條中關於得利用著作限於”已公開發行”之限制。

（五）第四十九條 「時事報導之利用」

「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。」

本條規定與伯恩公約第十條之一第一項之規定相同[20]，係規定於報導新聞時，附帶使用他人著作之合理使用規定。所謂「所接觸之著作」，係指報導過程中，感官所得知覺存在之著作。而所謂之「時事報導」[21]，則指現在或最近社會所發生而為社會大眾所關心之報導，包括政治、社會、經濟、文化、體育等均屬之。

在時事進行中，難免會看到或聽到他人之著作，例如報導國慶閱兵時會鏡頭會帶到正在表演的樂隊、儀隊；介紹某畫家之畫展時當然會介紹該畫家當時展出之著作；甚至在報導某影視歌星之八卦消息時，多半亦會以其所演唱的歌曲為背景音樂，或穿插其參與演出的影片。這些作品的出現，有時對於所報導的時事會有助益[22]，此規定之履行，可使得廣播機構或電影製作人，即使在報導過程中偶

[20] 「各會員國可自行訂定條件，允許以攝影、電影、廣播或有線傳播於眾等方式報導時事，對於該時事進行中之所見聞的文學或藝術著作，得於符合報導目的之相當程度內重製使用並向公眾報導。」Berne Convention, Paris Act of 1971, art 10*bis*(2).

[21] 依實務見解，「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，即未為”守門”(gatekeep)之工作而全部照錄，雖名為報導，實則為重製。」參見台灣高等法院八五年度上訴自四五〇一號判決。

[22] See GUIDE TO THE BERNE CONVENTION FOR THE PROTECTION OF LITERARY AND ARTISTIC

然重製了受保護之著作，仍可為該日常新聞之報導，可確保大眾可以更容易的接觸到重要的、新聞性的資訊。然為時事報導者，其方法除廣播、攝影、錄影、新聞紙外，蓬勃發展之網際網路亦成為人民接觸新聞報導之管道之一，故建議增訂之。

有謂”利用”本身並非著作權法賦予著作財產權人法定之專屬權利，故在衡量廣播、攝影、錄影、新聞紙、電腦網路等實際可能產生之利用行為後，應將文中之”利用”改為重製、公開口述、公開傳播、公開上映、公開演出等各該利用著作之方式。然本研究以為，既係為”法定合理使用”之目的，則利用著作之方式究為重製、公開傳播或公開演出，均不應影響本條之目的，而利用行為之妥適與否即係是否符合「必要範圍」之要件所需考量之問題，故應無針對”利用”為修正之必要。

（六）第五十條 「中央或地方機關或公法人名義公開發表著作之重製與公開播送」「以中央或地方機關或公法人名義公開發表之著作，在合理範圍內，得重製或公開播送。」

本規定係為使一般大眾均能更簡易的接觸並利用各政府單位及公法人所為之著作，促進與人民相關之社會福利與公共政策等訊息之流通，因而凡以中央或地方機關或公法人名義公開發表之著作，任何人均可在合理範圍內為重製或公開播送之行為，即使實際上之著作財產權人非為該等中央或地方機關或公法人時亦同。

由於主管機關於解釋本條第一項之「中央或地方機關或公法人名義公開發表之著作」時，一向認係指以中央或地方機關或公法人為著作人名義公開發表著作之情形，為避免紛爭，應增列「為著作人」四字，以臻明確。再者，以公法人為著作人名義所發表之著作種類應無限制，故對該等著作為利用之方式亦不應僅限於重製或公開傳播，故本研究建議應將”得重製或公開播送”一併修正為”得利用之”。

建議修正本條為：

「以中央或地方機關或公法人為著作人名義公開發表之著作，在合理範圍內，得利用之。」

（七）第五十一條 「非營利目的之重製」

「供個人或家庭為非營利之目的，在合理範圍內，得利用圖書館及非供公眾使用之機器重製已公開發表之著作。」

隨科技、經濟之進步，「個人使用(包括個人或家庭)目的之重製」之情形十分普遍，藉由簡單之機器操作程序，即能自行將他人之著作予以錄音、錄影或影印，事實上有承認之必要[23]。且在個人或私人使用著作之情形下，對於著作財產權人之權益所生之損害通常較為輕微(diminis)，各國著作權法制下均對此種利用行為設置為較容易成立合理使用之免責規定，或直接以之為著作權之法定例外。我國著作權法即將此種利用行為列為法定合理使用之規定。

然而，本條規定之重點應在於該個人或家庭為非營利之目的所為之對著作的利用行為，在以第六十五條為判斷基準時，是否能符合「合理範圍內」之要件，而其他如利用行為之態樣需為「重製」、利用行為之對象需為「已公開發表之著作」，以及需利用「圖書館及非供公眾使用之機器」的場所及方法之限制等，實無規定之必要，僅需回歸第六十五條之判斷即可。

建議修正本條為：

「供個人或家庭為非營利之目的，在合理範圍內，得利用圖~~書館及非供公眾使用~~

WORKS (World Intellectual Property Organization, 1978), at 62.

[23] 參見民國八十一年舊法行政院草案說明。轉引自蕭雄淋，前揭文，頁一一六。

之機器重製已公開發表他人之著作。」

（八）第五十二條 「正當目的必要之引用」

「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。」

本條中所謂之「其他正當目的」，國內學者羅明通教授解釋為係指「不能以營利為主要目的而言，職是，若引用他人著作為廣告即不符正當性之目的[24]。」學者蕭雄淋教授亦有類似之見解[25]。然何以商業性之利用目的即”不正當”，兩位教授均未對此一見解之形成多作解釋。就美國司法實務而言，在針對合理使用第一要素「利用之目的與性質」為分析時，利用行為若具有商業性質，係為「傾向判定為不成立合理使用的一項因素，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[26]」。是以「商業性之利用目的即不正當」的推論恐有過於速斷之疑慮，蓋利用行為是否”合理”，仍須以第六十五條所列四項要素予以審慎評估，再作綜合之考量，若符合本條所規定之「合理範圍內」，自可成立合理使用之抗辯，利用行為之商業性質不應成為”獨當一面”之判斷標準。

又本條中所謂之「引用」，依內政部之解釋函令[27]：「係指利用他人著作供自己創作之參證、註釋或評註等，是以被引用之他人著作內容僅係自己著作之附隨部分而已，從如無自己著作之情形，即不符合本條所訂『引用』之要件…」故援引他人之著作須基於自己創作所需，而成為自己著作之附隨部份。且於自己著作之中，所引用之部份須與自己之創作部分有所區別，否則即屬剽竊、抄襲，而非引用[28]。然為維持一貫，且為免除一切解釋上之疑義，或可將”引用”亦修正為”利用”，以為周全。另有關「已公開發表之著作」的要件，係本條規定中另一有待修正之部分，應予刪除，理由已如前述，茲不再重複。

建議修正本條為：

「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，得利用他人之著作。」

（九）第六十一條 「新聞紙雜誌揭載時事問題論述之轉載、公開播送」

「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。」

所謂「論述」，係指將所引述之題材加以評論，通常含有評論者所為具有原創性的概念表達之部分，故屬於著作權之標的。本條所規定之論述不限於報紙之社論，雜誌上之時事論文亦包括在內。然連載小說、文藝評論或專門學術雜誌之論文則非本條所可含括者。專家學者們在報紙、雜誌上所投稿之學術性評論亦不得轉載[29]。再者，該等媒體對於本條意涵內之論述雖無轉載一部或全部之限制，

---

[24] 參見羅明通，前揭文，頁四六六。

[25] 蕭教授舉例為：「如將學術著作之一部引用在商業宣傳廣告中，不符合本研究之引用目的。」參見蕭雄淋，前揭文，頁一二三。

[26] See Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569, 585 (1994) 本案明確推翻早期 Sony 案中所為「任何對有著作權著作所為未經授權之商業性利用，均應被推定為對著作權人專有權利之不合理剝削」之見解，See Sony Corp. of America. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 451 (1987); 另在 Triangle Publication, Inc. v. Knight-Ridder Newspapers, Inc., 621 F.2d 1318 (5th Cir. 1980)案中，法院拒絕有關”若廣告具有商業性質，即喪失可被認定為合理使用之資格”的觀念，被告之利用行為係為真實的比較廣告，法院判定該行為”可切斷該利用行為之商業性”(undercuts the significance of the commercial nature of the use.)

[27] 參見內政部八十二年一月十六日台(82)內著字第八一二九三一〇號函，內政法令解釋編彙(十四)--著作權類，八十四年九月，頁八十九。

[28] 參見羅明通，前揭文，頁四六六。

[29] 參見蕭雄淋，前揭文，頁一九一。

但不得加以集結出書或發行[30]。

本條規定中之利用行為係新聞紙、雜誌，或廣播電視，得轉載或公開播送揭載於”其他新聞紙、雜誌”上之時事論述。依此，則廣播電台、電視台，或有線電視台，甚至網路上之電子報、影音新聞等所報導之同性質之各類著作即無法予以利用。既然本條之目的係為促進訊息之流通，則各該傳播媒體中所揭載之時事報導宜一併納入可資利用之範圍，以因應時代潮流之進步，故亦增加以公開傳播方式利用之規定。

本條但書規定有「但經註明不許轉載或公開播送者，不在此限」之限制，是否意指經著作人註明保留對其著作之權利時，其他媒體即不得對該論述為轉載或轉播？又，其他媒體對於該明示保留權利之論述，是否還有主張合理使用之空間？若依本條但書之文義，則一旦著作權人明示「保留一切權利」時，其他媒體即不得再為轉載或公開播送，則本條規定之目的將無法達成。因此，本研究建議應闡明本條但書與同法第六十五條間之關係，若經著作權人註明不許轉載或公開播送者，其他媒體仍得在合理範圍內予以利用，以符合本條立法之原意。

建議修正本條為法定合理使用類型：

「揭載於各類傳播媒介有關政治、經濟或社會上時事問題之論述，在合理範圍內得由其他傳播媒介轉載或公開播送。~~但經註明不許轉載或公開播送者，不在此限。~~」

（十）第六十二條 「公開演說陳述之利用」

「政治或宗教上之公開演說、裁判程序及中央或地方機關之公開陳述，任何人得利用之。但專就特定人之演說或陳述，編輯成編輯著作者，應經著作財產權人之同意。」

依八十三年台內著字第八三二六四八五號函令所作之關於「政見之著作權問題」的解釋，電視政見發表屬於本條所謂之「政治上之公開演說」，而「…是前揭電視政見發表，原則上任何人均得利用之，唯利用時仍應注意本法第六十五條規定…」，因此，本條應屬「法定合理使用」之規定。而為釐清本條屬「法定合理使用」之範圍，宜在條文中加入「在合理範圍內」之用語。

建議修正本條為：

「政治或宗教上之公開演說、裁判程序及中央或地方機關之公開陳述，在合理範圍內，任何人得利用之。但專就特定人之演說或陳述，編輯成編輯著作者，應經著作財產權人之同意。」

（十一）第六十五條「合理使用之標準」

「著作之合理使用，不構成著作財產權之侵害。

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

一　利用之目的及性質，包括係為商業目的或非營利教育目的。

二　著作之性質。

三　所利用之質量及其在整個著作所占之比例。

四　利用節國對著作潛在市場與現在價值之影響。」

為清楚劃分法定合理使用類型與法定例外規定之界線，建議修正本條第二項前段為：

「著作之利用是否合於第四十四條至第四十七條、第四十九條至第五十二條、第六十一條及第六十二條規定或其他合理使用之情形…」

另外，有鑒於美國聯邦最高法院在 1994 年 Campbell v. Acuff-Rose Music,

[30] 同上註。

Inc 一案中，就已經明確揚棄美國著作權法第一〇七條所列之傳統營利/非營利的分際，並提出轉化（transform）的理論作為判斷合理使用與否的依據。雖然目前美國著作權法第一〇七條並未修正，但是美國司法實務與學說都已經採行美國聯邦最高法院的見解，並以利用他人著作之結果是否發生轉化的情事作為處理「著作利用的目的及性質」之判斷標準。由於我國著作權法第六十五條的四個合理使用的判斷基礎乃是直接從美國著作權法第一〇七條而來，再加上目前的著作利用態樣已經不易區分營利/非營利，就連許多教育之利用亦屬營利性質，因此若要強制要求一定要屬於「非營利教育目的」方可構成合理使用，將不當限制合理使用的範疇。因此特別將美國判斷合理使用的轉化原則納入，以與現行法所規定之「商業目的、非營利教育目的」等考量因素作綜合之判斷。

二、法定例外類型

此類規定則為立法者基於特定公共政策目的，將出於特定目的之利用行為，或對於特定性質之著作作品，或對於特定之著作權利，直接以法律明文的方式規定其不構成著作權之侵害。若利用行為符合該等條文之規定，即應直接適用而予免責，不應再以是否符合第六十五條中所規定之合理使用要件作為判斷標準。

屬於法定例外規定之條文如下：

（一）第四十八條 「文教機構收藏著作之重製」

「供公眾使用之圖書館、博物館、歷史館、科學館、藝術館或其他文教機構，於下列情形之一，得就其收藏之著作重製之：

一　應閱覽人供個人研究之要求，重製已公開發表著作之一部分，或期刊或已公開發表之研討會論文集之單篇著作，每人以一份為限。

二　基於保存資料之必要者。

三　就絕版或難以購得之著作，應同性質機構之要求者。」

本條利用行為之主體需係「供公眾使用」之圖書館等文教機構，無論係公立或私立，只要其向一般大眾開放，即可主張適用本例外規定。而關於本條規定之利用行為態樣，係指利用之主體，得就其本身所收藏之著作作品，以重製之方式利用之，且利用之對象需為已公開發表之著作之一部分，或期刊中之單篇文章，並只能重製一份。

相較於美國著作權法第一〇八條之規定，第四十八條似乎將重製後之散布行為漏掉了，若僅能重製著作而無法散布之，則重製之行為殊無意義。且本條並未明定「其重製或散布非直接或間接為商業利益之目的」，是否意指即使為商業之目的亦可為重製行為，若此，對於著作財產權人而言是否公平？應予釋明。

另外，由於現行著作權法第四十八條僅賦予圖書館等非營利文教教育機構等重製權，但是卻未考慮到此等文教機構傳承文化與推廣知識的目的所可能必須利用的不同方式，因此宜參酌美國著作權法立法例，增加此等文教機構得利用其所收藏之著作，以發揮圖書館等文教機構的功能，並降低可能的著作權利用爭議。

關於利用對象須否已公開發行之問題，美國著作權法第一〇八條規定，對於「未公開發行」著作之重製僅能以保存、安全及為其他同性質機構之研究目的而為重製。而「已公開發行」著作，則僅能為取代舊有館藏而重製之。而我國無論利用之目的為何，一律不得對未發行之著作為利用，此一規定有待商榷，理由已如前述。

一九九八年間，美國著作權法第一〇八條針對數位化之著作形式作了若干修正，而我國第四十八條中並未限定可利用之著作類型及形式，且只要係基於保存資料之必要即可為重製，如此之規定雖可符合數位化環境下多樣性著作形式之需求，但由於數位化形式著作易於重製及散布之特性，對於著作財產權人之權益有極大的影響，故本研究建議參照美國著作權法之相關規定，針對數位化形式之著

作的利用行為作若干限制，亦即限於圖書館或其他文教機構之內或是對已經獲得准許利用者提供數位服務，以兼顧著作財產權人之權益。

建議修正本條為：

「供公眾使用之圖書館、博物館、歷史館、科學館、藝術館或其他文教機構，得於合理範圍內利用其所收藏之著作，並得於下列情形之一，就其收藏之著作重製或散布之：

一　應閱覽人供個人研究之要求，重製已公開發表著作之一部分，或期刊或已公開發表之研討會論文集之單篇著作，每人以一份為限。

二　基於保存資料之必要者。

三　就絕版或難以購得之著作，應同性質機構之要求，在經過合理調查後認為難以在市場上以合理價格取得未使用過之替代物者。

數位化形式之著作重製物僅得在第一項之文教機構範圍內或對已經獲得許可之使用人流通，不得外借，或再為重製或散布之。」

（二）第四十八條之一 「公開發表著作摘要之重製」

「中央或地方機關、依法設立之教育機構或供公眾使用之圖書館，得重製下列已公開發表之著作所附之摘要：

一　依學位授予法撰寫之碩士、博士論文，著作人已取得學位者。

二　刊載於期刊中之學術論文。

三　已公開發表之研討會論文集或研究報告。」

本條所規定之重製行為無目的上之限制，只要利用人為中央或地方機關、依法設立之教育機構或供公眾使用之圖書館，無論係為何目的，均得重製本條所規定之著作類型。

本條規定有助於大眾利用著作之摘要以達查詢之目的，無修正必要。

一、 第五十三條 「增進盲人福利目的之重製」

「已公開發表之著作，得為盲人以點字重製之。

以增進盲人福利為目的，經主管機關許可之機構或團體，得以錄音、電腦或其他方式利用已公開發表之著作，專供盲人使用。」

本條制定之目的在於促進盲人之教育福利。若以”點字”之方式重製他人著作，則重製之主體非如同條第二項中須限於”經主管機關許可之機構或團體”，且著作類型亦無限制。而第二項之所以附加”主管機關許可”之限制，應係為控管錄音物或數位化重製物，使其確實係為盲人所用，避免因為該等著作物之易於重製流通之特性而被非盲人所濫用。

（三）第五十四條 「供試題用之重製」

「中央或地方機關、依法設立之各級學校或教育機構辦理之各種考試，得重製已公開發表之著作，供為試題之用。但已公開發表之著作如為試題者，不適用之。」

本條中規定可以「重製」之方式利用著作供為試題之用，然而在現今多元化教育下，各種學科之考試方式大不相同，如音樂、戲劇或舞蹈等學系即可能以播放指定歌曲，或上映、表演戲劇或舞蹈之片段等方式，作為術科考試之用，美術學系亦可能在考試中展示美術著作要求應試學生辨識或模擬，故建議本條規定之利用方式應予擴張，或直接將「得”重製”」改為「得”利用”」，以因應各類考試之需。

建議修正本條為：

「中央或地方機關、依法設立之各級學校或教育機構辦理之各種考試，得利用已公開發表之著作，供為試題之用。但已公開發表之著作如為試題者，不適用之。」

（四）第五十五條 「非營利目的公開口述、播送、上映或演出他人已公開發表著作」「非以營利為目的，未對觀眾或聽眾直接或間接收取任何費用，且未對表演人支付報酬者，得於活動中公開口述、公開播送、公開上映或公開演出他人已公開發表之著作。」

所稱「非以營利為目的」，係獨立於「未對觀眾或聽眾直接或間接收取任何費用」，故如以宣傳、促銷商品為目的而舉行之免費音樂會、影片欣賞等仍帶有”營利性”之利用行為，及非本條所可適用之對象。而所謂「直接費用」，係指入場費而言；而所謂「間接費用」，則指雖非入場費，但以會員費、場地費、清潔費、飲食費、管理費、維護費或其他任何名目收取之費用[31]。

由於本條於民國八十七年修正時刪除原本第二項「前項情形，利用人應支付使用報酬。使用報酬，由主管機關訂之。」之強制授權規定，對於著作財產權人之權益或有影響。因此，為平衡著作財產權人之權益，若立法者意欲將此類利用行為規定為「法定例外」，則應在條文中明訂可茲利用之範圍；然若立法者意欲將此類利用行為規定為「法定合理使用」類型，則宜在條文內增置「在合理範圍內…」之用語，以回歸第六十五條之判斷。

（五）第五十六條之一 「社區共同天線及有限電視系統之播送」

「為加強收視效能，得以依法令設立之社區共同天線同時轉播依法設立無線電視台播送之著作，不得變更其形式或內容。

有線電視之系統經營者得提供基本頻道，同時轉播依法設立無線電視臺播送之著作，不得變更其形式或內容。」

本條係八十七年著作權修法實新增條文之一，係為符合已極為普遍之有線電視業者應運的需要。

（六）第五十七條 「美術攝影著作之展示及重製」

「美術著作或攝影著作原件或合法重製物之所有人或經其同意之人，得公開展示該著作原件或合法重製物。

前項公開展示之人，為向參觀人解說著作，得於說明書內重製該著作」

美術著作或攝影著作原件或合法重製物所有權之轉讓，並非著作財產權之轉讓，故該等著作物之所有權受讓人仍不得公開展示、重製或其他利用行為。惟若不允許該等著作原件或合法重製物之所有權受讓人公開展示之，恐有違其取得該著作物所有權之原義，故八十一年修正著作權法時即新增本條規定。另為公開展示之人若為說明之必要，尚可於說明書內重製該著作，以符實際需要。

（七）第五十八條 「戶外場所長期展示美術著作或建築著作之利用」

「於街道、公園、建築物之外壁或其他向公眾開放之戶外場所長期展示之美術著作或建築著作，除下列情形外，得以任何方法利用之：

一　以建築方式重製建築物。

二　以雕塑方式重製雕塑物。

三　為於本條規定之場所長期展示目的所為之重製。

四　專門以販賣美術著作重製物為目的所為之重製。」

依本條第四項規定，在戶外場所長期展示之美術著作之著作權人享有「專門以販賣美術著作重製物為目的所為之重製」權利，然此一重製是否限於以著作之原式樣為之？(本條第一、二項即可解釋為不得以”原式樣”重製之。)若將美術著作以攝影之方式製成風景明信片來販賣，是否即為侵害本項所定之權利的行為？此一疑慮應予闡明。

建議修正本條第四項為：

[31] 參見民國八十一年舊法行政院原草案說明。

「四　專門以販賣與原式樣相同之美術著作重製物為目的所為之重製。」

（八）第五十九條 「合法電腦程式著作重製物之所有人之修改重製權」

「合法電腦程式著作重製物之所有人得因配合其所使用機器之需要，修改其程式，或因備用存檔之需要重製其程式。但限於該所有人自行使用。

前項所有人因滅失以外之事由，喪失原重製物之所有權者，除經著作財產權人同意外，應將其修改或重製之程式銷燬之。」

本條第一項但書規定「限於該所有人自行使用」，係指重製而來之電腦程式重製物限於原所有人自行使用，然該重製行為是否亦需「自行為之」？參諸新修美國著作權法第一一七條之規定，為免妨礙電腦維修服務者之業務，允許電腦程式重製物之所有人或承租人，得自行或授權他人，在維護或修復電腦的過程中重製該電腦程式重製物，以確保獨立電腦維修服務組織不會因為其為維修電腦硬體組件而開啟電腦，即陷於可能需負侵害著作權責任的危難中。本研究建議參酌此一考量，以為相關之修正。

建議修正本條第一項為：

「合法電腦程式著作重製物之所有人或經其授權之人，得因配合其所使用機器之需要，修改其程式，或因備用存檔或機器維修之需要重製其程式。但限於該所有人自行使用。」

（九）第六十條 「合法著作重製物之出租權」

「合法著作重製物之所有人，得出租該重製物。但錄音及電腦程式著作之重製物，不適用之。

附含於貨物、機器或設備之電腦程式著作重製物，隨同貨物、機器或設備合法出租且非該項出租之主要標的物者，不適用前項但書之規定。」

本條規定即所謂之「權利耗盡理論」(Exhaustion Doctrine)，英美法上則稱為「第一次銷售理論」(First Sale Doctrine)。在此理論下，著作財產權人之專屬散布權僅及於第一次出售之著作原件或其重製物上，當此著作之原件或重製物經著作權利人售出或轉讓其所有權後，其權利即已耗盡，對該著作之原件或重製物不再有散布之權利。取得該著作之原件或重製物所有權之人，基於所有權之物權支配權利，得自由再散布該原件或重製物。第一次銷售理論之精神在於使著作財產權人之排他權利，於獲得公平報償(just reward)後，即予以限制或耗盡，使受讓人或再受讓人等能自由利用其著作，以促進資訊與文化之流通。

通常第一次銷售理論所適用之對象僅及於特定法域中之合法重製物，並不包括在其他法域中之合法重製物，此亦為輸入權制度得以有效建立之原因。如果第一次銷售理論所適用之對象僅及於特定法域中之合法重製物，則於該法域外之合法重製物仍為散布權所及，因此著作人對於在該法域外合法重製物之輸入就應享有專有權利；反之，如第一次銷售理論所適用之對象及於所有合法重製物，不限於特定法域中之合法重製物，則散布權受全球性之限制，就無從再衍生出輸入權之必要。

世界智慧財產權組織WIPO所主導訂定之WCT第六條及WPPT第八及第十二條中，即分別賦予著作人、表演人及錄音物製作人專有授權將其著作物以出售或其他轉讓所有權之方式對公眾提供其著作之原件或重製物之專有權利。關於「權利耗盡」之範圍，或是否賦予該等權利人輸入權，則委由各會員國自行決定。另外，參考TRIPS第十一條之規定，WCT第七條及WPPT第九及第十三條中，分別賦予著作人、表演人及錄音物製作人專有授權將其著作之原件或重製物對公眾為商業性出租之專有權利。出租權之客體則為電腦程式著作、電影著作、固著於錄音物上之表演、或錄音物之原件或重製物。TRIPS協定第十一條中所規定之「損害測試」原則：「若出租不會減損重製之排他權利時，會員國可以不賦予出租權。」

亦予援用。

依據上開國際公約之規定，我國八十七年修正著作權法時，首先沿用舊法第一項：「合法著作重製物之所有人，得出租該重製物。」以謀著作財產權與著作重製物所有權之平衡。然如錄音及電腦程式著作之重製物，若允許重製物之所有人將其出租，則消費者或可能捨棄購買該著作重製物，而改以承租之方式取得，若此，即對著作財產權人之利益造成重大影響。況錄音及電腦程式著作亦於被私自重製濫用，應賦予其較周延之保護。故第一項但書即將錄音及電腦程式著作排出第一次銷售理論之適用。然電腦程式著作重製物若非為出租之主要標的，而係附隨者，則不適用但書之規定。

（十）第六十三條 「依法利用他人著作之翻譯改作權」

「依第四十四條、第四十五條、第四十八條第一款、第四十八條之一至第五十條、第五十二條至第五十五條、第六十一條及第六十二條規定得利用他人著作者，得翻譯該著作。依第四十六條及第五十一條規定得利用他人著作者，得改作該著作。」

為各該規定之目的而利用著作時，得翻譯該著作。另為學校授課及私人利用之目的，尚可改作所利用之著作。

肆、 我國著作權法對科技保護措施之因應

一、科技保護措施立法之必要性

由於「世界智慧財產權組織著作權條約」(WCT)第十一條，與「世界智慧財產權組織表演與錄音物條約」(WPPT)第十八條規定「科技措施之義務」，要求締約各方「應有適當之法律保障及有效之法律救濟規定」，以對抗規避著作人、表演人或錄音著作權人所使用於行使本條約(或伯恩公約)所定之權利，或供作制止未經著作人、表演人或錄音著作權人授權，或法律所允許而對其著作、表演或錄音物所為行為之有效的科技措施[32]，世界各主要國家如美、日、歐盟等紛紛立法跟進[33]，賦予著作權人以科技方法保護其數位化著作之權利。

我國雖非上述二條約之締約國，然相較於美國、日本等智慧產權蓬勃發展的先進國家，我國可謂智慧產權之輸入國，對於該等國家之法制亦需留意，且我著作權法制長期以來又深受美國影響，因此在面對科技保護措施之相關議題時，是否應順應國際潮流而制定新法或修正現有相關規定，除須參酌國際間之立法動向外，更須針對我國現行法制之架構、國內對於有著作權著作之利用生態，以及社會環境等作綜合之考量。

（一）立法之必要性考量

關於著作權利人所採用之「科技保護措施」究應如何確保其有效而不被破解，一般可分別從科技、契約及法律等三方面思考[34]。有認為科技的問題應透過科技解決，加強科技保護技術，就可以完全避免被破解。然提高科技保護技術通常須付出高昂成本，而當科技不斷地被突破，其最終仍須藉助科技以外的方式解決；採以契約方式保護者認為，著作權利人得以契約有效地拘束使用者不得違反約定，破解科技保護措施。然而，契約僅得約束雙方當事人，對於契約以外之第三人並無拘束力，亦未必能有效落實。因此，若能將科技、契約與法律相結合，

---

[32] See U.S. Copyright Office, THE DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT OF 1998- Summary, Dec. 1998, http://www.dickson.tec.tn.us/dmca.html.

[33] 請參見本研究第六章「科技保護措施立法與合理使用」中之討論。

[34] 參見章忠信，著作權法制中「科技保護措施」與「權利管理資訊」之探討，之探討，著作權筆記網站：http://www.copyrightnote.org/paper/pa0016，頁三。[以下簡稱"章忠信文"]

交互運用，應更能落實對著作人權益之保護，而欲從法制上之思考，則著作權法之適當規定，顯然不可或缺。

然著作權法之宗旨，係「為保障著作人著作權益，調和社會公共利益，促進國家文化發展[35]。」故在增進對著作權人之保護的同時，並應兼顧利用人之擴大利用，俾藉社會公共利益之調和，達成發展國家文化之目的[36]。是以立法者於制定著作權時需考量者，應包括著作人之權益、社會公益，及國家文化之發展[37]。而在面對科技保護措施之相關議題時，立法者則必須思考，於科技發展之後，為保護著作人固有之權利，是否會造成賦予著作人權利過度擴張，進而限制了著作利用人原有合理使用之空間，著作權人與著作利用人間之利益是否能維持平衡等問題。

回顧 WCT 與 WPPT 二條約制定之初，與會各國對於「科技保護措施」之制定與否、規範對象及範圍等亦有過相當大的爭議，在美國及歐盟大力主導下，原本所欲達到之規範對象並不包括「直接規避行為」，而僅限於「直接規避行為」以前之「準備行為」[38]，然因為如個人電腦製造商等消費性電子化產品業者擔心[39]，若將「準備行為」亦納入規範，則個人電腦之製造、銷售等將可能受到該等規範之限制，經其大力遊說之下，WCT 第十一條及 WPPT 第十八條僅針對「直接規避行為」作規範，而不及於直接規避行為以前之”準備行為”[40]，此一制定過程適足以反映出先進國家與開發中國家間之利益衝突[41]。

再以美國為例，早在一九九五年有關「科技保護措施」之相關議題首次出現於美國前總統柯林頓所推動之「國家資訊基礎建設」(National Information Infrastructure; NII)計畫之最終報告「白皮書」(white paper)[42]中時，即引起美國代表著作權產業之團體與著作權法學界之熱烈討論[43]，直至「反規避條款」藉「一九九八年數位千禧年著作權法案」(The Digital Millenium Copyright Act of 1998；DMCA)落實於美國現行著作權法後仍係爭議不斷[44]。美國法學界擔心，實行反規避條款將可能走進史無前例之以立法方式加強著作人權利之”超著作權”(paracopyright)領域[45]。「禁止規避接觸控制科技保護措施」讓著作權人可使用「有效控制接觸著作物之科技措施」來保護著作，然而此一接觸權係傳統紙本或類比時代所沒有的權利，控制”接觸”某著作，實際上等同於控制”閱讀”

---

35 參見著作權法第一條。

36 參見行政院七十四年「著作權法修正草案總說明」。

37 參見羅明通，前揭文，頁十。

38 意指對於主要供規避該等科技保護措施之用，或以達到該規避目的為行銷訴求，或除供作規避該等科技措施之用以外，僅具有些微經濟價值之設備或服務，任何製造、散布該等設備或提供該等服務之行為。

39 以亞、非國家為主，尤以大宗輸出電器產品之新加坡、韓國等異議聲浪最高。

40 相關爭議過程請參見章忠信，前揭文，頁六；並請參見黃銘傑，解碼、破碼與公平競爭秩序，台大法學論叢第二十八卷第四期，民國八十八年六月，頁一三二以下。[以下簡稱”黃銘傑文”]

41 參見黃銘傑，前揭文，頁一三五。

42 See U.S. Dep't of Commerce, Information Infrastructure Task Force, Intellectual Property and the National Information Infrastructure: The Report of the Working Group on Intellectual Property (1995) [以下簡稱 “White Paper”]. 其中一項建議即係在美國一九七六年著作權法中增訂第一二〇一條，規範規避科技保護措施之行為。

43 參見由美國大學法學院教授 James Boyle 主筆，一百多位法學教授聯名，致白皮書負責人 Bruce Lehmann 之公開信「Schools, Political Debate, Privacy Would Suffer Under White House's Radical Proposal on Intellectual Property, Say 100+ Law Professsors」，及 Lehmann 對此信之回應, available on: http://www.clark.net/pub/rothman/boyle.htm.

Pamela amuelson 教授更直接指陳 Bruce Lehmann 在成為白皮書負責人之前本即代表著作權產業在美國國會議員間游走的說客，因此白皮書之內容係對著作權產業只考量到著作產業之利益. See Pamela amuelson, The Copyright Grab, Wired, Jan. 1996 , available on: http://www.wired.com/wired/archive/4.01/white.paper.html

44 請參見本研究案第六章「科技保護措施立法與合理使用」中之討論。

45 See H.R. Rep. N0. 105-551, pt.2, at 24.

該著作[46]，因為無法接觸即無法閱讀，更遑論為合理使用目的而為之重製，最終的結果，將使著作權人得以壟斷資訊來源，利用人欲利用有著作權著作時即須逐一取得著作權人之授權，未來將成為”記次付費”(Pay-Per-Use)的世界，導致合理使用原則蕩然無存。

綜觀上述爭議可知，科技保護措施之立法實係代表各方利益者相互協商角力的結果[47]。在國際間係為以智慧財產為國家主要財源之資訊科技先進國家，與以製造業為出口導向的開發中國家間之利益權衡的問題，蓋先進國家係以其國內智慧財產相關產業之利益為中心，開發中國家則以製造業之利益以及對先進國家智慧財產之取得為考量重點。而在如美國等先進國家之內國著作權法之立法過程中，爭論重點則在於科技高度發展使得一般人均可輕易的重製、散布有著作權著作，著作權人之權益備受威脅，故應針對數位環境而賦予特殊之保護。然若過度保護著作權人之利益，公眾可得利用的空間即相對限縮，如此將導致著作權人與利用者間利益的嚴重失衡，則制定著作權法的終極目的---促進科學及實用藝術之發展，亦將難以達成。因此，科技保護措施之立法與否涉及價值意識之對立[48]，如何在各種利益衝突間取得平衡並相互調和，即成為各國立法者最困難之考驗。

（二）我國著作權法制下之特殊考量

由於我國現行著作權法之架構係以先列舉著作權人所可享有之「著作財產權」，包括重製、公開口述、公開播送、公開上映、公開演出、公開展示、改作、出租等專有權利[49]，再就侵害各該專有權利之行為課以民事或刑事之處罰，故除非「規避科技保護措施」之行為本身侵害到上述各項權利[50]，否則並無可資限制或禁止的規定[51]。若著作權人在其數位化著作上所設置之科技保護措施可任意規避而不受限制，則其設置該等措施之目的將難以達成。因此，為因應數位科技之發展，並順應國際潮流，賦予著作權人得利用科技措施保護其數位化著作之權利，應為我國著作權法再次修正的重點之一。

從上所述，「科技保護措施」既有立法之必要，則接下來所應解決的問題則在於制定之時機。有鑒於未來科技發展的不可預測性，有學者主張應放慢著作權法修正的腳步，甚至不應於現階段進行修法[52]。而相較於其他國家，我國學者黃銘傑教授提出兩項或應盡速制定反規避條款之可能理由：第一，若欲早日實現科技島

---

[46] See Peter D. Junger,「Comment On Circumvention of Technological Measures That Limit Access to Uncopyrighted Materials in Copyrighted Works」, Feb. 17, 2000, at 3.可至美國著作權局網站下載建議內容之PDF 檔。

[47] 在 Jessica Litman 教授所著「Digital Copyright」(2001)書第九章「The Bargaining Table」中，即就自一九九五年 NII 白皮書以來，至一九九八年數位千禧年著作權法之制定間，代表著作權產業之團體與代表圖書館等著作利用人之團體，在美國國會中進行遊說、相互角力的過程。

[48] 參見黃銘傑，前揭文，頁一四七。

[49] 參見著作權法第二十二至二十九條。

[50] 然此一假設恐難以成立，若依美國著作權法第一二〇一條第(a)項第(3)款之定義，”規避有效科技保護措施”，係指「於未獲著作權人之授權下，將已變頻之著作予以解除變頻，將已加密之著作予以解密，或以其他方法迴避、略過、移除、解除、或減弱該科技措施」，故此一”規避”之行為係針對設置於著作上之”科技保護措施”，在行”規避行為”之同時，對該科技保護措施所保護之著作並不生任何變動或影響，亦不致侵害附麗於該著作上之各專有權利。

[51] 我國內學者黃銘傑教授則認為若我國現行著作權法、公平交易法及營業秘密保護法中相關規定，已可對規避相關行為做一定程度的約束。若僅就著作權之保護而言，針對”規避他人技術科技保護措施進而從事複製之行為”，亦可謂已履行 WCT 第十一條中所規定之義務。相關討論請參見黃銘傑，前揭文，頁一四八至一六〇。

[52] 此為美國學者 I. Trotter Hardy 教授在訪問過八十位以上從事網際網路有關的企業與政府部門主管後所得之結論。See Hardy, Project Looking Forward: Sketching the Future of Copyright in a Networked World, 143-44 (1998), 轉引自黃銘傑，前揭文，頁一六二。

之構想、促進資訊產業升級，電腦軟體業之發展不可或缺，而台灣盜版軟體情形嚴重，結果可能阻礙軟體業之發展，反規避條款之限制或可給予其一些保障。第二，在美國特別三〇一條款無時無刻的陰影下，我國亦有必要制定反規避條款，向國際宣示我國保障外國企業的決心[53]。

針對第一項理由，本研究以為，正由於電腦軟體業之發展不可或缺，而電腦程式著作之創作過程中常需要以現有之程式為基礎，再為更新、升級，或與之相容之程式，以產生整體之更大效能，是以「程式設計之基礎即為重製[54]」，且我國目前仍處於智慧產權相關產品進口國的地位，尚須仰賴來自美、日等資訊科技高度發展國家之智財產品，若賦予著作權人高度之保護，則真正受利者恐為外國著作權人[55]，我國資訊界若欲藉外人之軟體再為研發或利用時，將受制於數額龐大的授權金而難以運作。影響所及，甚至包括一般人民用以娛樂之遊戲軟體及視聽著作。

再就第二項理由而言，我國著作權法長期以來在美國以特別三〇一條款進行貿易報復的壓力下屢次翻修，在此一背景下，我國著作權法對於著作權人之保護已超乎國際標準，但仍無法滿足美國方面的要求。而我著作權法制定過於嚴苛之結果，就是根本難以確實執行，否則將使得利用人動輒得咎，徒增訟源。

綜上所述，本研究以為即使我國有制定「反規避條款」之必要，仍須考量我國整體產業之發展、國人利用網際網路及有著作權著作之習慣與法律認知，並參考國外實行該等條款之經驗與司法實務，而不應貿然賦予著作權人過度之保護，以免影響我國人民接觸資訊之權利。

二、NII 著作權法修正草案之建議

（一）NII 著作權法修正草案簡介

著作權法自民國八十七年修正以來，面對網際網路新興科技之各類運用模式之快速發展，已出現不敷使用之困擾。因此，我國著作權主管機關「經濟部智慧財產局」組成「著作權法修正委員會」，即參考 WCT 及 WPPT 二條約之規定，針對我國現行著作權法作部分修正，以因應網路環境所帶來之衝擊。民國八十九年八月十五日智慧財產局將「著作權法修正諮詢委員會」會議結論整理完成「著作權法部分條文修正草案」第一稿，而於九十年五月四日又將稍有不同之第二稿上網公開各界，並徵詢意見[56]。

「著作權法部分條文修正草案總說明」中指出[57]：「我國現行著作權法於民國八十七年一月二十一日修正施行，其係配合加入世界貿易組織(WTO)，符合該組織所定「與貿易有關之智慧財產權協定(TRIPS)」而為主要修正目的，惟對於數位化網際網路科技發展後所產生之各項議題，尚未及作適當之調整。為促進資訊傳播與電子商務之蓬勃發展，提昇著作人於數位化網際網路科技環境中之保護，

[53] 參見黃銘傑，同上註。然此等理由是否足夠充分，黃教授則認為除應考慮社會一般大眾接觸資訊的權利外，尚應諮詢相關方面科技專業人士的意見，而非僅有著作權法研究者參與其中。黃教授謙虛及嚴謹之研究態度由此可見一斑。

[54] See Halbert, at 55.

[55] 在未加入世界貿易組織之前，原則上我國著作權法僅保護本國國民，然依著作權法第四條但書之規定，由於我國與美國簽有「北美事務協調委員會與美國在台協會著作權保護協定」，則 1.在美首次發行者；2.著作首次發行一年內，台美雙方有向權利人取得專有權利者；3.在美國或台灣有常居所之人，各該人之著作亦受我國著作權法之保護。

[56] NII 著作權修正草案第一、二稿均可在經濟部智慧財產局網站上取得
http://www.moeaipo.gov.tw/ipo.asp?sub=6

[57] 參見 NII 著作權修正草案(第一、二稿均同)。

符合國際著作權法制之發展趨勢，現行著作權法爰有進一步修正之必要，另依據實務經驗，現行著作權法部分條文仍有進一步釐清之處，爰擬訂本修正草案[58]。」

其中有關合理使用之部分，修正草案指出：「國家制定著作權法固以保障著作人著作權益為目的，惟為兼顧調和社會公共利益，促進國家文化之整體發展，於必要時，亦須予以限制。爰配合電腦網路利用形態，將第三條第一項第七款「公開播送」一併修正為「公開傳播[59]」（修正條文為第四十七條、第四十九條、第五十六條、第五十六條之一及第六十一條）」，在第一稿中並將第五十條修訂為「以中央或地方機關或公法人為著作人名義」以臻明確。第二稿中並將「第一次銷售理論」之適用範圍擴及原件。

上開修正重心係為使對著作之利用方式擴及新修之”公開傳播”權。由於其他法條內容及整體體制並未作變更，如關於數位化著作在圖書館等教育機構之合理使用範圍、電腦維修時所為重製行為之免責，或其他各該條款中所規定之利用類型未能達其利用目的等議題，均未再為詳細之評估及考量，而體制上模糊混淆之處亦未為處理，故此一修正草案是否即足以因應現代科技環境之需求，仍有再商榷的空間。

（二）有關科技保護措施之修訂內容

有關科技保護措施之議題，NII 著作權草案修正要點中指出：「數位化網際網路科技之環境下，著作權人為保護其權利，常以科技保護措施保護其著作，避免被非法利用，任何提供各種方式以規避該等科技保護措施者，雖未直接為侵害著作權之行為，惟對於著作權之侵害有促進、輔助之效果，應予遏止，『世界智慧財產權組織著作權條約』第十一條及『世界智慧財產權組織表演及錄音物條約』第十八條規定，對此情形應作適當之規定以保障著作權，並提供有效之法律救濟…」因此，本草案首先增訂第三條第一項第十五款「科技保護措施」之定義為：

「指著作權人為防止其權利被侵害所使用有效之科技方法。但用以限制他人依法得利用該著作之行為者，不屬之。」（第一稿）

「指著作權人為防止其權利被侵害所使用有效之科技方法。」（第二稿）

本定義之範圍僅止於「著作權人為防止其權利被侵害所使用」者，不包括著作權人為防止其著作被接觸所使用之科技保護措施。且該科技保護措施須為「有效之科技方法」，所謂”科技方法”，依其修正理由之用語為「各種鎖碼或具限制性功能之程式或其他技術方法等科技保護措施，以確保其著作不被非法傳播、重製或其他利用」。而”有效”係指其須能「有效保護著作權，其無法有效保護著作權之科技措施則不在該款所定範圍內」。在第一稿中考量到依法得利用該著作之行為不應因著作權人使用之科技保護措施而受影響，故以但書予以排除，然此但書之規定在第二稿中則未出現。

另增訂第九十二條之一：

「意圖供侵害他人之著作權而製造、輸入、散布專供規避科技保護措施之設備，或提供專供規避科技保護措施之服務或資訊者，處一年以下有期徒刑，得併科新臺幣十萬元以下罰金。」（第一稿）

---

[58] 修正草案第一稿共計二十條，其中修正十六條，增訂四條；第二稿則為二十五條，其中修正二十條，增訂五條。修正要點包括：一、增訂公開傳播權並修正公開播送及公開演出之定義。二、增訂科技保護措施及電子化著作權權利管理資訊保護規定。三、增訂著作財產權授權後之效果及專屬授權被授權人之法律地位。四、修訂合理使用規定。五、增訂製版權之讓與或信託登記規定。六、刪除著作權審議及調解委員會辦理著作權仲介團體所訂定使用報酬率之審議規定。七、增訂網路服務業者之著作權侵害免責規定(第一稿)；侵害著作權案件刑責之檢討(第二稿)。同前註。

[59] 為保護著作人於網際網路環境下之權利，爰參考「世界智慧財產權組織著作權條約」第八條及「世界智慧財產權組織表演及錄音物條約」第十條及第十四條規定增訂「公開傳播」之定義，除包括公開播送外，並擴及於互動式傳播或其他任何有線電或無線電之對公眾傳播。同前註。

「意圖供侵害著作權而有下列情形之一者，處一年以下有期徒刑，得併科新臺幣十萬元以下罰金：

一、製造、輸入或散布專供破解或規避科技保護措施之設備或其零組件。

二、提供專供破解或規避科技保護措施之服務或資訊。」(第二稿)

第一、二稿在條項之編排上雖有不同，然除第二稿於該條第一款中將專供破解或規避科技保護措施之「零組件」亦納入規範外，二者實無二致。本條之修正理由為：「對於未實際為侵害著作權之行為，但意圖供侵害他人著作權，進而製造、輸入、散布專供破解或規避權利保護措施之設備或其零組件，或提供專供破解或規避權利保護措施之服務或訊息之行為，足以促使、誘導他人侵害著作權，對於著作權保護造成嚴重之威脅，爰依『世界智慧財產權組織著作權條約』第十一條、『世界智慧財產權組織表演及錄音物條約』第十八條有關科技保護措施之規定，並參考日本著作權法第一百二十條之一規定，增訂處罰明文。」

在第二稿的修正理由中特別說明：「由於構成本條之行為僅屬直接侵害前之準備行為，其刑責乃低於直接侵害行為之處罰，併予說明。」此處即明白表示「製造、輸入、散布專供規避科技保護措施之設備」及「提供專供規避科技保護措施之服務或資訊」等行為係屬「直接侵害行為」前之「準備行為」，而所謂之「直接侵害行為」，第二稿新增第九十二條之二：

「為營利之目的而破解或規避科技保護措施者，處一年以下有期徒刑，得併科新臺幣十萬元以下罰金。」

本條修正理由指出：「按為營利之目的而直接進行破解或規避科技保護措施之行為，對著作財產權人之權利造成損害，應予禁止，爰依「世界智慧財產權組織著作權條約」第八條及「世界智慧財產權組織表演及錄音物條約」第十一條及第十八條，並參考日本著作權法第一百二十條之一規定，就該等行為增訂處罰規定。」是以第一稿中未規範之「破解或規避科技保護措施」的直接侵害行為在此亦納入規範，如此將更符合 WCT 與 WPPT 二條約之初衷。

(三)分析檢討

本草案對於控制對著作之”接觸”的科技保護措施的規避行為並未禁止，係為免法律若保障著作權人得以科技限制他人接觸其著作時，等於賦予著作權人一個新的著作財產權，即「接觸權」，蓋由於接觸控制已過度超越傳統著作權法賦予著作權人之保護範圍，將對利用人之合法利益造成相當大的影響，NII 修草此處之用意堪稱良善，當可避免如美國法上實施「規避接觸控制保護措施[60]」之禁令時所可能面臨之諸多爭議。然而，就 NII 修草建議中「科技保護措施」之相關規定以觀，在法條用語及適用範圍上，仍留有尚待釐清之問題。

首先，第一稿之修草在定義「科技保護措施」時附加但書規定，著作權人「用以限制他人依法得利用該著作之行為者」不屬「科技保護措施」之範圍。所謂「他人依法得利用該著作之行為」是否意指除經合法授權而可利用該著作外，亦包含我著作權法第四十三至六十五條中所規定之「法定免責」及「合理使用」等利用類型？蓋此等利用行為均屬合法，條文既規定「依法得利用」，則此處之答案應為肯定，依此，則著作權人用以限制他人為「法定免責」及「合理使用」之行為時，其所使用之「有效科技方法」即非此處所謂之「科技保護措施」。

如此即導出一個矛盾的結論：例如，利用人在對某電腦程式為破解密碼的行為時，依修正理由之解釋，該「密碼」當屬著作權人用以保護其著作之「有效科技方法」，若 A 行為人係為營利之目的而盜拷該電腦軟體，此「有效科技方法」即符合「科技保護措施」之定義；然 B 行為人係為個人或家庭等目的而為利用行

[60] 參見美國著作權法第一二〇一條第(a)項之規定。

為，此時該「有效科技方法」即成為著作權人用以限制他人「依法得利用該著作之行為者」，依修草第三條第一項第五款但書之規定，不屬「科技保護措施」之範圍。蓋著作權人所利用之同一種「有效科技方法」，將因為著作利用人之利用目不同而具有「雙重身分」，如此將使得「科技保護措施」之定義陷於不穩定之狀態。

上開但書之規定在第二稿中雖未再出現，然卻產生另一個問題：如第一稿之修正理由所言：「依法得利用該著作之行為不應因著作權人使用之科技保護措施而受影響，故以但書予以排除。」則此一用意會否因為該但書被刪除而無法達成？依修草第九十二之二條之規定，其所禁止之破解或規避行為須以「為營利之目的」為前提，如此之規定或可將某些為非營利目的之私人使用或教學上利用而為之規避行為排除於外，然是否意指只要係非以營利為目的之規避行為即可任意為之？營利與否又應如何區分？蓋營利／非營利實不應為判斷利用行為是否符合我著作權法第四十三至六十五條中所規定之「法定免責」及「合理使用」等「依法得利用該著作之行為」之當然法則[61]，亦不應成為規避行為合法與否之唯一標準。

另外，該條修正理由中指出：「如該破解或規避之行為係依法令為之者，依刑法第二十一第一項規定應屬不罰，自不待言。」然由於兩個版本之修草均未有任何反規避條款之除外規定，故並無所謂「依法令為之」的規避行為；然利用人係以各該「法定免責」及「合理使用」之目的欲利用著作，而需先破解或規避該著作上之科技措施時，則此破解或規避之行為是否可解為修正理由中所言之「依法令為之者」，則需明確釐清。

再者，若前例中之A、B二利用人均係利用由C所提供之同一種「專供規避科技保護措施」之輔助工具來破解密碼，則依修草第九十二條之一的規定，該輔助工具得否製造、輸入或散布，端視C有無侵害他人著作權之意圖。然而，幾乎所有工具都可能兼具合法及非法之用途，科技扮演何種角色端視行為人利用該科技之意圖，而不應以製造人之意圖為判斷標準，更不應因為該等規避工具可被用於非法行為即直接禁止製造、銷售之，否則欲為合法利用行為之人將因無法取得輔助工具而難以達成利用之目的。

伍、 結論

觀諸我國現行著作權法第三章第四節、第四款「著作財產權之限制」中之規定，實則包含合理使用、法定限制、及強制授權等三種對於著作財產權之限制機制，就體制上而言，應澄清三種機制之區別，以利著作之利用人欲對侵害著作權之行為提出抗辯時，得以清楚主張應適用之免責規定，建議如下：

一、 我國著作有關「強制授權」雖規定在第三章第五款「著作利用之強制授權」，然就性質上而言，強制授權亦屬於對著作財產權之一種限制機制，實應一併規定於第四款「著作財產權之限制」中。

二、 各該條文中屬於「法定合理使用」之類型，即應於條文中明示需於「合理範圍內」為著作之利用行為，而就「合理範圍內」之認定，即應依第六十五條之規定：「應審酌一切情況，尤應注意下列事項，以為判斷表準…」。各該條文中所規定之利用行為類型如重製、公開播送等則應

[61] 蓋利用人為利用行為之目的是否具有營利性質不應成為其利用行為是否合法之唯一判斷標準，以美國司法實務而言，一九八四年美國聯邦最高法院於 Universal City Studios, Inc. v. Sony Corp. of America. 464 U.S. 417 案中所建立之「具有商業性質即不合理」的「視為法則」(*per se* rule)，自一九九四年該院作出 Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569.一案後即被捨棄，改以利用行為是否經過轉化，且轉化至何種程度為判斷標準。相關討論請參見本研究有關美國著作權合理使用原則之討論。

一致改為”利用”，以臻周全，至利用行為是否妥適，亦為”合理”與否所應考量之範圍。

三、 其他屬於「法定例外規定」之條文，為臻明確，應於各該條文中明訂各種得免除侵權責任之主體、客體、行為態樣，以及詳細之適用要件，係爭利用行為若符合各該「法定例外」之規定者，即逕予適用之，無須再以第六十五條作是否符合合理使用行為之判斷。第六十五條之適用範圍應配合修正。

在數位化網際網路科技之環境下，有關著作權人利用科技保護措施以保護其著作權利之議題上，立法者首應考量國內人民對網際網路之利用習慣，以及國人對於數位化著作為利用之需求，是否真的適合於此時引進相關反規避條款之規定。況國際間對於反規避條款之實施亦未臻成熟，在國外相關實務存有爭議，反規避條款對於網路環境及合理使用等著作權限制機制所生之影響尚待觀察之際，我國實無必要貿然跟從國際間立法之趨勢，制定過於嚴苛，且未能真正有利於國內著作權人之反規避條款。

如在經過審慎之考量後，立法者仍認為我國應盡速制定反規避條款之相關規定，則首應釐清此一條款之規範目的為何？反規避條款之制定目的若為使著作權人可以藉由在其著作上設置科技保護措施，以確保其著作在數位化環境下能安全的流通而不受侵權行為之威脅，則規範重心即應在於為非法目的而為之”直接規避行為”，而其他為「法定免責」及「合理使用」之目的而為之破解或規避行為則不應受到影響，為達此目的，則「專供規避科技保護措施」之輔助工具亦不應禁止之，蓋科技技術應維持其”中性”，不應因為該等規避工具可能被用於非法行為即直接禁止製造、銷售之。

綜上所述，如國內在現階段仍有制定並實施反規避條款之可能，則本研究建議應依照「世界智慧財產權組織著作權條約」第十一條及「世界智慧財產權組織表演及錄音物條約」第十八條規定，僅需規範「未經著作權人授權，或非為法律所允許」之”直接規避行為”，而無須再對製造、輸入、散布供規避該等科技保護措施之用的輔助設備為規範，以免過度限制合法利用人利用該等著作之能力。

第八章　結論與建議

自國民政府於民國十七年五月十四日正式公佈施行以來，我國著作權歷經多次修正，而有關著作財產權之限制，則係在民國八十一年為第六次修正時才有較為完整之規定。為配合我國加入「世界貿易組織」(WTO)之準備，我國著作權法於民國八十七年又再次修正，有關著作權財產之限制之規定亦愈臻明確，其中對第六十五條之相關修正，更確立了在我國著作權法制下，對「著作之合理使用，不構成著作財產權之侵害」之原則。

修正出修改舊法中窒礙難行且不符國際規定之部份外，最主要之修正重點即係針對著作財產權之限制規定，明文承認著作權之合理使用原則，並增加其他法定類型之範圍，擴大利用人合理使用他人著作之空間。修正內容包括：教育機構利用範圍之增加、對政府等公法人著作利用範圍之擴大、非營利活動之利用、廣播電視播送之利用、擴大藝術作品之使用範圍、擴大合法著作重製物所有人出租權之例外、增加利用他人著作之改作權，以及合理使用限制之取消。

依本研究小組之意見，在我國現行著作權法第四十四條至第六十五條之規定中，大致可分為三類：第一類「法定合理使用類型」；第二類「法定例外規定」；以及第三類「其他」，第三類型專指第五十六條及第六十四條。法定合理使用係指以立法之方式，將比較容易被認定為合理使用之利用行為予以明文化。但即使利用行為符合此類規定中所列之要素，並非當然確定構成合理使用之免責，此係因為此類條文中仍有利用行為需在「合理範圍內」之要件，而所謂之「合理範圍」，則仍需針對「合理使用」原則之四項要素與以考量，若對利用行為為衡量之結果係超出合理之範圍者，仍不得以各該規定作為免責之依據。

法定例外類型則為立法者基於特定公共政策目的，將出於特定目的之利用行為，或對於特定性質之著作作品，或對於特定之著作權利，直接以法律明文的方式規定其不構成著作權之侵害。若利用行為符合該等條文之規定，即應直接適用而予免責，不應再以是否符合第六十五條中所規定之合理使用要件作為判斷標準。

我國可謂智慧產權之輸入國，在面對科技保護措施之相關議題時，是否應順應國際潮流而制定新法或修正現有相關規定，除須參酌國際間之立法動向外，更須針對我國現行法制之架構、國內對於有著作權著作之利用生態，以及社會環境等作綜合之考量。立法者更須思考於科技發展之後，為保護著作人固有之權利，是否會造成賦予著作人權利過度擴張，進而限制了著作利用人原有合理使用之空間，著作權人與著作利用人間之利益是否能維持平衡等問題。而為因應數位科技之發展，並順應國際潮流，賦予著作權人得利用科技措施保護其數位化著作之權利，應為我國著作權法再次修正的重點之一。

「科技保護措施」既有立法之必要，則接下來所應解決的問題則在於制定之時機。由於我國目前仍處於智慧產權相關產品進口國的地位，尚須仰賴來自美、日等資訊科技高度發展國家之智財產品，若賦予著作權人高度之保護，則真正受利者恐為外國著作權人，我國著作權法長期以來在美國以特別三〇一條款進行貿易報復的壓力下屢次翻修，但仍無法滿足美國方面的要求，而著作權法制定過於嚴苛之結果，就是根本難以確實執行。而 NII 著作權法修正草案中有關科技保護措施之相關修正亦留有尚待釐清之問題，對於”直接侵害行為”前之”準備行為”是否有亦規範之必要，本研究則持保留之態度。

而觀諸我國現行著作權法第三章肆、第四款「著作財產權之限制」中之規定，實則包含合理使用、法定限制、及強制授權等三種對於著作財產權之限制機制，就體制上而言，應澄清三種機制之區別，以利著作之利用人欲對侵害著作權之行為提出抗辯時，得以清楚主張應適用之免責規定，建議如下：

一、我國著作有關「強制授權」雖規定在第三章第五款「著作利用之強制授權」，然就性質上而言，強制授權亦屬於對著作財產權之一種限制機制，實應一併規定於第四款「著作財產權之限制」中。

二、各該條文中屬於「法定合理使用」之類型，即應於條文中明示需於「合理範圍內」為著作之利用行為，而就「合理範圍內」之認定，即應依第六十五條之規定：「應審酌一切情況，尤應注意下列事項，以為判斷表準…」。

三、其他屬於「法定例外規定」之條文，為臻明確，應於各該條文中明訂各種得免除侵權責任之主體、客體、行為態樣，以及詳細之適用要件，係爭利用行為若符合各該「法定例外」之規定者，即逕予適用之，無須再以第六十五條作是否符合合理使用行為之判斷。第六十五條之適用範圍應配合修正。

在數位化網際網路科技之環境下，立法者如認有賦予著作權人利用科技保護措施以保護其著作權利之必要，則首應釐清此一條款之規範目的為何？若係為使著作權人可以藉由在其著作上設置科技保護措施，以確保其著作在數位化環境下能安全的流通而不受侵權行為之威脅，則規範重心即應在於為非法目的而為之”直接規避行為”，而其他為「法定免責」及「合理使用」之目的而為之破解或規避行為則不應受到影響，為達此目的，則「專供規避科技保護措施」之輔助工具亦不應禁止之，蓋科技技術應維持其”中性”，不應因為該等規避工具可能被用於非法行為即直接禁止製造、銷售之。

因此本研究建議應依照「世界智慧財產權組織著作權條約」第十一條及「世界智慧財產權組織表演及錄音物條約」第十八條規定，僅需規範「未經著作權人授權，或非為法律所允許」之”直接規避行為”，而無須再對製造、輸入、散布供規避該等科技保護措施之用的輔助設備為規範，以免過度限制合法利用人利用該等著作之能力。

附　錄：著作權法合理使用部分建議修正條文草案說明

修　正　條　文	現　行　條　文	說　明
第四十四條 中央或地方機關，因立法或行政目的所需，認有必要將他人著作列為內部參考資料時，在合理範圍內，得利用他人之著作。	第四十四條 中央或地方機關，因立法或行政目的所需，認有必要將他人著作列為內部參考資料時，在合理範圍內，得重製他人之著作。但依該著作之種類、用途及其重製物之數量、方法，有害於著作財產權人之利益者，不在此限。	基於調合社會公共利益，並促進國家行政效率目的所需，現行條文僅限於重製可能不符合實際需求，應適當增加其範圍，或可將法文用語改為”利用”，以為周全。 本款但書對於前述之法定合理使用行為設置了一項限制，若中央或地方之立法或行政機關對著作之利用行為，依該著作之種類、用途及其重製物之數量、方法，有害於著作財產權人之利益者，仍不得主張合理使用。然若將此項規定與同法第六十五條相較，則生重複之情形，且第六十五條之所列之判斷標準尚比第四十四條但書之規定來得完善。據此，本條但書實無規定之必要，應予刪除。在判斷本條所定之利用行為是否構成合理使用時，仍應回歸第六十五條所列之標準。
第四十五條 專為司法程序使用之必要，在合理範圍內，得利用他人之著作。	第四十五條 專為司法程序使用之必要，在合理範圍內，得重製他人之著作。 前條但書規定，於前項情形準用之。	本條僅允許以「重製」方式為利用行為，然公開審判程序上所可能涉及之公開口述、展示、表演等利用行為卻不包括在內，殊為缺漏，或可將法文用語改為”利用”，以為周全。另本條第二項準用第四十四條但書之規定，因配合該但書一併刪除之。
第四十六條 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，得利用他人之著作。	第四十六條 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。 第四十四條但書規定，於前項情形準用之。	本條所允許的利用行為態樣，僅限於重製之，而教學上其他如公開展示、表演、口述、上映等對著作之利用行為則不包含在內。相對於美國著作權法第一一〇條第(1)項有關在教室內可表演或展示一著作之規定，我國之規定顯然過於狹隘，尤其在現今已廣為盛行的多媒體教學方式下，本條所定之利用行為的態樣應予以擴張。 依本條文義，為學校授課目的而得利用之對象需為他人「已公開發表」之著作，此一要件並未出現在前兩條的規定中，為何為學校授課目的所為之利用行為卻只能針對「已公開發表」之著作為之？且我國係採創作完成主義，所有著作住作品一旦創作完成，

修正條文	現行條文	說明
		無論是否對外公開發表，均應自動受到著作權法之保障及相同之限制，何以未公開發表之著作即得以排除他人為合理使用之主張？以美國著作權法之立法或實務為例，其第一〇七條中即明文「著作未發行之事實本身，不應排除合理使用之認定…」，因此，此一需對「已公開發表」之著作為利用之限制要件即顯失公允。 有關本條第二項之規定與前條同，應配合刪除。
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，得公開播送或公開傳播他人之著作。 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。	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。	第一項及第三項中有關「已公開發表之著作」的要件，係本條規定中唯一有待修正之部分，理由已如前述，茲不再重複。建議刪除本條中關於得利用著作限於”已公開發行”之限制。 為配合遠距教學之推動與發展趨勢，特別根據著作權法修正草案增加教育機構得為公開傳播之目的而利用他人之著作。
第四十八條 供公眾使用之圖書館、博物館、歷史館、科學館、藝術館或其他文教機構，得於合理範圍內利用其所收藏之著作，並得於下列情形之一，就其收藏之著作重製或散布之： 一　應閱覽人供個人研究之要求，重製已	第四十八條 供公眾使用之圖書館、博物館、歷史館、科學館、藝術館或其他文教機構，於下列情形之一，得就其收藏之著作重製之： 一　應閱覽人供個人研究之要求，重製已公開發表著	現行著作權法第四十八條僅賦予圖書館等非營利文教教育機構等重製權，但是卻未考慮到此等文教機構傳承文化與推廣知識的功能，因此特參酌美國著作權法立法例，增加此等文教機構得利用其所收藏之著作，以發揮圖書館等文教機構的功能，並降低可能的著作權利用爭議。 相較於美國著作權法第一〇八條之規定，第四十八條似乎將重製後之

修正條文	現行條文	說明
公開發著作之一部分，或期刊或研討會論文集之單篇著作，每人以一份為限。 二　基於保存資料之必要者。 三　就絕版或難以購得之著作，應同性質機構之要求，在經過合理調查後認為難以在市場上以合理價格取得未使用過之替代物者。 數位化形式之著作重製物僅得在第一項所稱之文教機構範圍內或對獲得許可的利用人流通閱覽，不得外借，或再為重製或散布之。	作之一部分，或期刊或已公開發表之研討會論文集之單篇著作，每人以一份為限。 二　基於保存資料之必要者。 三　就絕版或難以購得之著作，應同性質機構之要求者。	散布行為漏掉了，若僅能重製著作而無法散布之，則重製之行為殊無意義。關於利用對象須否已公開發行之問題，美國著作權法第一〇八條規定，對於「未公開發行」著作之重製僅能以保存、安全及為其他同性質機構之研究目的而為重製。而「已公開發行」著作，則僅能為取代舊有館藏而重製之。而我國無論利用之目的為何，一律不得對未發行之著作為利用，此一規定有待商榷，理由已如前述。 一九九八年間，美國著作權法第一〇八條針對數位化之著作形式作了若干修正(參見前述之討論)。而我國第四十八條中並未限定可利用之著作類型及形式，且只要係基於保存資料之必要即可為重製，如此之規定雖可符合數位化環境下多樣性著作形式之需求，但由於數位化形式著作易於重製及散布之特性，對於著作財產權人之權益有極大的影響，故本文建議參照美國著作權法之相關規定，針對數位化形式之著作的利用行為作若干限制，亦即限於圖書館或其他文教機構之內或是對已經獲得准許利用者提供數位服務，以兼顧著作財產權人之權益。
第五十條 以中央或地方機關或公法人為著作人名義公開發表之著作，在合理範圍內，得利用之。	第五十條 以中央或地方機關或公法人名義公開發表之著作，在合理範圍內，得重製或公開播送。	由於主管機關於解釋本條第一項之「中央或地方機關或公法人名義公開發表之著作」時，一向認係指以中央或地方機關或公法人為著作人名義公開發表著作之情形，為避免紛爭，應增列「為著作人」四字，以臻明確。再者，以公法人為著作人名義所發表之著作種類應無限制，故對該等著作為利用之方式亦不應僅限於重製或公開傳播，故本文建議應將”得重製或公開播送”一併修正為”得利用之”。
第五十一條 供個人或家庭為非營利之目的，在合理範圍內，得利用他人之著作。	第五十一條 供個人或家庭為非營利之目的，在合理範圍內，得利用圖書館及非供公眾使用之機器重製已公開發表之著作。	本條規定之重點應在於該個人或家庭為非營利之目的所為之對著作的利用行為，在以第六十五條為判斷基準時，是否能符合「合理範圍內」之要件，而其他如利用行為之態樣需為「重製」、利用行為之對象需為「已

修正條文	現行條文	說明
		公開發表之著作」，以及需利用「圖書館及非供公眾使用之機器」的場所及方法之限制等，實無規定之必要，僅需回歸第六十五條之判斷即可。
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，得引用他人之著作。	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。	有關「已公開發表之著作」的要件，係本條規定中唯一有待修正之部分，應予刪除，理由已如前述，茲不再重複。
第五十四條 中央或地方機關、依法設立之各級學校或教育機構辦理之各種考試，得利用已公開發表之著作，供為試題之用。但已公開發表之著作如為試題者，不適用之。	第五十四條 中央或地方機關、依法設立之各級學校或教育機構辦理之各種考試，得重製已公開發表之著作，供為試題之用。但已公開發表之著作如為試題者，不適用之。	本條中規定可以「重製」之方式利用著作供為試題之用，然而在現今多元化教育下，各種學科之考試方式大不相同，如音樂、戲劇或舞蹈等學系即可能以播放指定歌曲，或上映、表演戲劇或舞蹈之片段等方式，作為術科考試之用，美術學系亦可能在考試中展示美術著作要求應試學生辨識或模擬，故建議本條規定之利用方式應予擴張，或直接將「得”重製”」改為「得”利用”」，以因應各類考試之需。
第五十五條 非以營利為目的，未對觀眾或聽眾直接或間接收取任何費用者，得於活動中公開口述、公開播送、公開上映或公開演出他人已公開發表之著作。 前項規定適用於對一般大眾開放，未收取任何直接或間接入場費之販賣業者為促進著作之重製物、錄製物或播放機器之零售銷售而公開播送、公開上映或公開演出他人已公開發表之著作，然須該公開播送、公開上映或公開演出未傳播至該業者所在位置以外之場所，並在該銷售所由發生之直接區域以內。	第五十五條 非以營利為目的，未對觀眾或聽眾直接或間接收取任何費用，且未對表演人支付報酬者，得於活動中公開口述、公開播送、公開上映或公開演出他人已公開發表之著作。	一般錄音、錄影物或播放該等著作重製物之機器的銷售業者多半會在營業場所公開播送、公開上映或公開演出他人已公開發表之著作，由於其未收取任何直接或間接入場費，而其為該等利用行為之目的係為促進該著作重製物或錄製物之零售銷售，或向顧客展示該等機器之功能，未免妨礙一般銷售實務，故應允需該等銷售業者為前述行為。然為顧及著作權人之利益，應限制該等公開播送、公開上映或公開演出未傳播至該業者所在位置以外之場所，並在該銷售所由發生之直接區域以內。爰參酌美國著作權法第一一〇條第七項增訂第五十五條第二項之規定。
第五十八條 於街道、公園、建築物之外壁或其他向公眾開放	第五十八條 於街道、公園、建築物之外壁或其他向公眾	依本條第四項規定，在戶外場所長期展示之美術著作之著作權人享有「專門以販賣美術著作重製物為目的所為

修正條文	現行條文	說明
之戶外場所長期展示之美術著作或建築著作，除下列情形外，得以任何方法利用之： 一　以建築方式重製建築物。 二　以雕塑方式重製雕塑物。 三　為於本條規定之場所長期展示目的所為之重製。 四　專門以販賣與原式樣相同之美術著作重製物為目的所為之重製。	開放之戶外場所長期展示之美術著作或建築著作，除下列情形外，得以任何方法利用之： 一　以建築方式重製建築物。 二　以雕塑方式重製雕塑物。 三　為於本條規定之場所長期展示目的所為之重製。 四　專門以販賣美術著作重製物為目的所為之重製。	之重製」權利，然此一重製是否限於以著作之原式樣為之？(本條第一、二項即可解釋為不得以”原式樣”重製之。)若將美術著作以攝影之方式製成風景明信片來販賣，是否即為侵害本項所定之權利的行為？此一疑慮應予闡明。
第五十九條 合法電腦程式著作重製物之所有人或經其授權之人，得因配合其所使用機器之需要，修改其程式，或因備用存檔或機器維修之需要重製其程式。但限於該所有人自行使用。 前項所有人因滅失以外之事由，喪失原重製物之所有權者，除經著作財產權人同意外，應將其修改或重製之程式銷燬之。	第五十九條 合法電腦程式著作重製物之所有人得因配合其所使用機器之需要，修改其程式，或因備用存檔之需要重製其程式。但限於該所有人自行使用。 前項所有人因滅失以外之事由，喪失原重製物之所有權者，除經著作財產權人同意外，應將其修改或重製之程式銷燬之。	本條第一項但書規定「限於該所有人自行使用」，係指重製而來之電腦程式重製物限於原所有人自行使用，然該重製行為是否亦需「自行為之」？參諸新修美國著作權法第一一七條之規定，為免妨礙電腦維修服務者之業務，允許電腦程式重製物之所有人或承租人，得自行或授權他人，在維護或修復電腦的過程中重製該電腦程式重製物，以確保獨立電腦維修服務組織不會因為其為維修電腦硬體組件而開啟電腦，即陷於可能需負侵害著作權責任的危難中。本文建議參酌此一考量，以為相關之修正。
第六十一條 揭載於各傳播媒介有關政治、經濟或社會上時事問題之論述，在合理範圍內，得由其他傳播媒介轉載、公開傳播或公開播送。	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。	本條規定中之利用行為係新聞紙、雜誌，或廣播電視，得轉載或公開播送揭載於其他新聞紙、雜誌上之時事論述。依此，則廣播電台、電視台，或有線電視台，甚至網路上之電子報、影音新聞等所報導之同性質之各類著作即無法予以利用。既然本條之目的係為促進訊息之流通，則各該傳播媒體中所揭載之時事報導宜一併納入可資利用之範圍，以因應時代潮流之進步。 本文但書規定「但經註明不許轉載或公開播送者，不在此限」之限制，是否意指經著作人註明保留對其著作之權利時，其他媒體即不得對該論述為轉載或轉播？其他媒體對於該明示保留權利之論述，是否還能主張合理

修正條文	現行條文	說明
		使用？若依本條但書之文義，則一旦著作權人明示「保留一切權利」時，其他媒體即不得再為轉載或公開播送，則本條規定之目的將無法達成。因此，本文建議應闡明本條但書與同法第六十五條間之關係，若經著作權人註明不許轉載或公開播送者，其他媒體仍得在合理範圍內予以利用，以符合本條立法之原意。另外，考慮到利用網路媒體的普及，特別針對著作權法修正條文所增訂之公開傳播權增訂有關公開傳播的規定。
第六十二條 政治或宗教上之公開演說、裁判程序及中央或地方機關之公開陳述，在合理範圍內，任何人得利用之。但專就特定人之演說或陳述，編輯成編輯著作者，應經著作財產權人之同意。	第六十二條 政治或宗教上之公開演說、裁判程序及中央或地方機關之公開陳述，任何人得利用之。但專就特定人之演說或陳述，編輯成編輯著作者，應經著作財產權人之同意。	依(83)台內著字第 8326485 號函令所作之關於「政見之著作權問題」的解釋，電視政見發表屬於本條所謂之「政治上之公開演說」，而「…是前揭電視政見發表，原則上任何人均得利用之，唯利用時仍應注意本法第六十五條規定…」，因此，本條應屬「法定合理使用」之規定。而為釐清本條屬「法定合理使用」之範圍，宜在條文中加入「在合理範圍內」之用語。
第六十五條 著作財產權之效力不及於第四十八條、第四十八條之一、第五十三至第五十五條、第五十六條之一、第五十七至六十條及第六十三條之利用。 著作之合理使用，不構成著作財產權之侵害。 著作之利用是否合於第四十四條至第四十七條、第四十九條至第五十二條、第六十一條及第六十二條規定或其他合理使用之情形，應審酌一切情狀，尤應注意下列事項，以為判斷之標準： 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，以及其利用之結果是否發生轉化的結果。	第六十五條 著作之合理使用，不構成著作財產權之侵害。 著作之利用是否合於第四十四條至第六十三條規定或其他合理使用之情形，應審酌一切情狀，尤應注意下列事項，以為判斷之標準： 一　利用之目的及性質，包括係為商業目的或非營利教育目的。 二　著作之性質。 三　所利用之質量及其在整個著作所占之比例。 四　利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響。	為明確劃分法定合理使用類型與法定例外規定之界線，建議新增本條第一項，明定屬於法定例外類型之利用行為非著作財產權之範疇，不構成著作權之侵害，以釐清著作權利用的責任問題。 依照現行法第六十五條之規定，除第一項明文承認合理使用，並規定「著作之合理使用，不構成著作財產權之侵害」外，根據同條第二項，著作之利用是否符合於第四十四條至第六十三條規定「或其他合理使用之情形」，應審酌一切情狀，尤應注意以合理使用的四點判斷原則為標準，詳言之，如果利用態樣不符合第四十四條至第六十三條法定合理使用類型的規定，可依據第六十五條的認定標準判定其利用是否合理；若係符合法定合理使用類型的規定，其利用是否合理，仍必需依據第六十五條的認定標準定之。依此，第六十五條一方面為對於行使著作財產權之概括性限制規

修正條文	現行條文	說明
二　著作之性質。 三　所利用之質量及其在整個著作所占之比例。 四　利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響。 著作之合理使用參考標準，著作權人團體與利用人團體得協商約定之。		定，另一方面，又為同法第四十四條至第六十三條所列舉之利用行為之附屬判斷標準，如此即可能造成體制上及概念上之模糊。為清楚劃分法定合理使用類型與法定例外規定之界線，建議修正本條第二項前段。 美國聯邦最高法院在 1994 年 Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc 一案中，就已經明確揚棄美國著作權法第一〇七條所列之傳統營利/非營利的分際，並提出轉化（transform）的理論作為判斷合理使用與否的依據。雖然目前美國著作權法第一〇七條並未修正，但是美國司法實務與學說都已經採行美國聯邦最高法院的見解，並以利用他人著作之結果是否發生轉化的情事作為處理「著作利用的目的及性質」之判斷標準。由於我國著作權法第六十五條的四個合理使用的判斷基礎乃是直接從美國著作權法第一〇七條而來，再加上目前的著作利用態樣已經不易區分營利/非營利，就連許多教育之利用亦屬營利性質，因此若要強制要求一定要屬於「非營利教育目的」方可構成合理使用，將不當限制合理使用的範疇。因此特別將美國判斷合理使用的轉化原則納入，以與現行法所規定之「商業目的、非營利教育目的」等考量因素作綜合之判斷。 按著作之合理使用標準究如何，法律無法一一明定，公權力亦不宜介入，惟於著作權人與利用人間確常滋生爭議，此一爭議參考美國實務上由著作權利人團體與利用人團體協商約定合理使用參考標準，其雖未必全然為司法機關所接受，惟實務上確可使利用人有所依循，故根據主管機關著作權修正草案之建議增訂第四項，使著作權人團體與利用人團體得以協商約定著作之合理使用參考標準，以避免爭議。至其協商不成者，原著作權組草案規定應使其得申請諮詢主管機關之著作權審議及調解委員會意見後，自行約定可行之合理使用參考標準，但

修正條文	現行條文	說明
		此種方式仍為公權力之介入，且此種經著作權審議及調解委員會參與的合理使用標準其法律效力究竟為何亦有爭議，因此本研究案僅增列合理使用標準得由著作權人團體與利用人團體協商之機制。

說明：

觀諸我國著作權法第三章第四節第四款「著作財產權之限制」中之規定，實則包含合理使用、法定限制、及強制授權等三種對於著作財產權之限制機制，就體制上而言，應澄清三種機制之區別，以利著作之利用人欲對侵害著作權之行為提出抗辯時，得以清楚主張應適用之免責規定，建議如下：

一、 我國著作有關「強制授權」雖規定在第三章第五款「著作利用之強制授權」，然就性質上而言，強制授權亦屬於對著作財產權之一種限制機制，實應一併規定於第四款「著作財產權之限制」中。

二、 屬於「法定合理使用」之類型[1]，即應於條文中明示需於「合理範圍內」為著作之利用行為，而就「合理範圍內」之認定，即應依第六十五條之規定：「應審酌一切情況，尤應注意下列事項，以為判斷標準…」。各該條文中所規定之利用行為類型如重製、公開播送等則應一致改為”利用”，以臻周全，至利用行為是否妥適，亦為”合理”與否所應考量之範圍。

其他屬於「法定例外規定」之條文[2]，為臻明確，應於各該條文中明訂各種得免除侵權責任之主體、客體、行為態樣，以及詳細之適用要件，係爭利用行為若符合各該「法定例外」之規定者，即逕予適用之，無須再依據第六十五條作利用行為是否符合合理使用之判斷，故第六十五條亦應配合修正。

[1]此類規定係指以立法之方式，將比較容易被認定為合理使用之利用行為予以明文化。但即使利用行為符合此類規定中所列之要素，並非當然確定構成合理使用之免責，此係因為此類條文中仍有利用行為需在「合理範圍內」之要件，而所謂之「合理範圍」，則仍需針對「合理使用」原則之四項要素與以考量，若對利用行為為衡量之結果係超出合理之範圍者，仍不得以各該規定作為免責之依據。

[2]此類規定則為立法者基於特定公共政策目的，將出於特定目的之利用行為，或對於特定性質之著作作品，或對於特定之著作權利，直接以法律明文的方式規定其不構成著作權之侵害。若利用行為符合該等條文之規定，即應直接適用而予免責，不應再以是否符合第六十五條中所規定之合理使用要件作為判斷標準。