

第四章

合理使用之審酌模式

第一節 前言

民國八十一年，我國參考美國著作權第一〇七條之立法例，在著作權法中，增列第六十五條「合理使用條款」後，著作權合理使用原則，便正式植入我國的著作權機制之中。其後此項條款復於民國八十七年修訂，體例更趨於完整。惟於合理使用機制引進我國之後，由於立法歷史尚淺，且與我國淵源不深，故而學術界與實務界於適用此項條文時，屢有「不知如何運用合理使用條款」或「合理使用條款之定義與內涵不夠明確」之議；並進而建議主管機關應妥訂適用之準則，以供適用之參考。

有鑑於此，本文乃擬先就我國著作權合理使用條款之來源國美國之現行法加以研究，導出美國實務界對於合理使用條款之通見，其次再參佐我國現行實界之適用先例，加以研析，最後再比較其中之異同。

而於分析合理使用條款時，個人認為應當就著作權合理使用條款之審酌模式，即合理使用條款之規範架構，先予瞭解，其次再就應如何依照著作權法第六十五條之指示，審酌利用行為是否構成合理使用，加以探求，

期能研得可供參佐之審酌準則。

理論上，法院適用著作權法第六十五條第二項規定判斷利用行為是否構成合理使用時，不免如同美國法所面臨的問題，而必須面對如下幾項挑戰：

其一：依據著作權第六十五條第二項規定，應如何建立著作權法之「審酌模式」，用以審酌利用行為是否構成合理使用？

其二：著作權第六十五條第二項規定所定之四項事實，其內涵究竟如何？此四項事實之相互關係如何？應如何適用第二項規定以審酌利用行為是否構成合理使用？第二項所列四項事實以外之事實，是否亦可以作為審酌之依據？若可以時，尚有那些事實，可以作為法院審酌之參考？

其三：在學理上是否有可循之參考標準或準則，可以提供法院作為酌審利用行為是否構成合理使用之參考？

在上述三個命題中，第一個命題，是如何建立判斷利用行為是否構成合理使用之「審酌模式」？第二個命題，則是著作權法第六十五條第二項所建立之審酌模式，在實務上如何適用？最後一個問題，則是法院應如何判斷利用行為是否構成合理使用？實務上是否有可資參考之準則，可以提供法院參考？

本章將先介紹美國著作權法第一〇七條所建立的審酌模式，並續就該模式之運用相關問題，加以分析。至於第三項問題，則在以下各章再分別討論。

第二節

著作權法第六十五條與前置條文 ----「第四十四條至第六十三條」之 相對關係探討

依照我國著作權法之體例安排，第六十五條第二項本文規定：「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，尤應注意左列事項，以為判斷之標準：一、……」，於依據此項規定建立我國著作權合理使用審酌模式時，首先應先就第六十五條第二項前段所指之「第四十四條至第六十三條之前置條文規定」與第六十五條第二項規定之相互關係，先予釐清，並繼而就第六十五條第二項與「第四十四條至第六十三條」所規定之各個利用行為類型之相互關係，加以處理。

就性質而言，我國著作權法第四十四條至第六十三條之規定，乃對於「著作權之限制規定」，就其體例而言，雖然在各該條文之中，立法者似乎有意強調各該條文所規定之利用行為類型，係著作權法上之「友善利用行為」，並與公益有關，所以特別以個別立法的模式，強調其存在價值，用以彰顯著作權法在強調保障著作權人享有其獨占性著作權利之同時，亦同時宣示立法者認定著作權人所享有之著作權利，係有侷限性之權利，在

其享有著作權之同時，亦應受到一定之限制。

然而，除了極少數條文，例如第四十八條第一款，其性質乃屬學理上「法定許可」類型之外，著作權法並未以明確的條文規定如何條件如之使用行為，係屬「免責」之利用行為。而於實際上，在著作權法第四十四條至第六十三條之規定中，立法者係在各個個別條文中，以概括的「方法上」、「目的上」、「手段上」以及「程度上」之「合理」為條件，作為個別法條所訂行為係「法之所許」之先決要件；其後，立法者並於現行著作權法第六十五條第二項條文，進一規定「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，尤應注意左列事項，以為判斷之標準：一、……」，強調第六十五條合理使用條款，乃係判斷第四十四條至第六十三條以「合理」作為各該前置條款所指行為之免責條件之審酌規定。據上規定之相對關係，可以說著作權法第四十四條至第六十三條之規定，係第六十五條之前置規定，而第六十五條規定，則係第四十四條至第六十三條規定之補充審酌規範。至於第六十五條第二項後段之「……或其他合理使用之情形，……」規定，則係民國八十七年修正時所增設，為我國著作權法上用來判斷「第四十四條至第六十三條規定」以外其他利用行為是否構成合理使用之「獨立規定」。

基上分析，上述著作權法第二項規定的體例結構，可以進一步加以分析如後：

- 一、我國在草擬民國八十一年著作權法第四十四條至第六十三條之「對於著作權之限制」規定時，誤將若干在性質上不屬於合理使用行為類型，認為係合理使用行為類型，這些非屬合理使用行為之類型，本應無第六十五條第二項規定之適用。這些條文計有：第四十七條、第五十六條、第五十六條之一、第五十九條、第六十條、

第六十三條等。由於這些非屬合理使用之類型，根本即無從適用第六十五條第二項之規定，因之，在適用著作權法第六十五條第二項規定時，便首先應將這些與合理使用性質不相容之類型，排除第六十五條第二項之適用。

二、其次，我國著作權法第四十四條至第六十三條列舉之各條利用行為（第四十七條、第五十六條、第五十六條之一、第五十九條、第六十條、第六十三條等除外），於適用著作權法第六十五條第二項規定，審酌各該條文中所指之利用行為是否構成合理使用時，在各該前置條文內，依然另行個別規定特別之「構成要件」，例如：第五十一條關於「個人使用」之規定：「供個人或家庭為非營利之目的，在合理範圍內，得利用圖書館及非公眾使用之機器重製已公開發表之著作」，此項規定，固然明確指明：「供個人或家庭為非營利之目的，在合理範圍內，得重製他人之著作」，惟條文尚另行指定如下三項「特別要件」：

- （一）「個人之使用應限於以圖書館及非公眾使用之機器從事利用」；
- （二）利用行為之型態，限於以「重製」之方法；以及
- （三）重製利用之對象限於他人「已公開發表之著作」。

上述三項來自於著作權法第五十一條的要件規定，初看之下，似乎即謂：個人以不符合第五十一條規定要件方式利用他人著作時，是否即不得主張合理使用？（例如：行為人以重製以外之方法利用、或以圖書館或公眾使用之機器從事利用、或所利用之他人著作，係他人尚未公開發表之著作等情形時，是否即不得依第六十五條第二項規定，主張認定該項利用行為構成合理使用？）

然而，若參諸著作權法第六十五條第二項規定：「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，尤應注意左列事項，以為判斷之標準：一、……」，其中之「或其他合理使用之情形」之規定，似乎又為第五十一條之規定，開啟另一扇審酌「個人合理使用」之大門！準此而言，著作權法第六十五條第二項所指十餘條「前置條文」中（即第四十四條至第六十三條規定），其於各個別條文內另行規定之各項個別要件規定，於遇到第六十五條第二項規定之後，似乎個個都因之「破功」，即出於個人使用之目的，以非圖書館之機器而重製他人未公開之著作，亦得主張合理使用！

三、依據筆者個人研究所見，上述第六十五條第二項與其前置條文「第四十四條至第六十三條規定」間之糾葛，其前置條文之規定，並非必然拘束第六十五條第二項之適用，即第六十五條第二項之規定，於民國八十七年元月修正施行之後，實際上已突破「第四十四條至第六十三條規定」所設下的各個個別要件規定之限制，再也不再是第四十四條至第六十三條條文之附屬規定，而已成為判斷所有利用行為是否構成合理使用之獨立規定，法院得直接依據著作權法第六十五條第二項所建立之審酌模式，對於所有利用行為類型，於被告主張其被訴行為係合理使用之抗辯後，再由法院依據第六十五條規定，判斷個案中之利用行為是否構成合理使用。換言之，凡是符合「第四十四條至第六十三條規定」所設下的各個個別要件規定之利用行為，固然應適用第六十五條第二項所定模式審酌，加以審酌；若未符合第四十四條至第六十三條之類型者，亦得以著作權法第六十五條第二項訂之「其他合理使用之情形」之資格，適用著作權法第六十五條第二項規定，審酌是

否構成合理使用。

第三節 「個案分析」模式

美國國會制定一九七六年美國著作權法於第一〇七條時，即曾於立法說明指出美國制定該條款之用意係為提供法院在「個案分析」的模式基礎上，不受拘束地適用「合理使用」法則，這項立法說明全文如下：

肯認既存於現行司法實務上之合理使用法理與原則，惟並無意將此一法理原則，凍結在實定法的條文規定之內，特別是處在當前科技快速變遷之時代。故本條除以相當多之法條文字，說明合理使用為何物，並舉出一些判斷構成合理使用的標準之外，法院尚須對於所受理之案件，於個案分析之基礎上，不受拘束地適用此一法理原則。第一〇七條之規定，其目的係為重申（restate）現行習慣法上既存之「合理使用原則」而已，並非有意對於該項原則，以任何方式加以改變、限縮或擴大。¹

依據上述「個案分析原則」（case-by-case analysis method），判斷利用行為是否構成合理使用時，固應委由審理的法官在各個具體案件中，斟酌具體案情，依其職權，對個案作出最為妥適之認定。從而於我國著作權法上，亦應容許法官在具體案件中，面對著作權法第六十五條所規定四項審酌事實，依其職權決定其應如何適用第六十五條規定，方符立法者有意藉著制定著作權法第六十五條，賦與裁判者最大彈性裁量權利之原意。

依我國立法例來源國----美國之立法原旨與實務見解，判斷利用他人著

¹ "The bill endorse the purpose and general scope of the judicial doctrine of fair use, but there is no disposition to freeze the doctrine in the statute, especially during a period rapid technological change. Beyond a very broad statutory explanation of what fair use is and some of the criteria applicable to it, the courts must be free to adapt the doctrine to particular situations on a case-by-case bases. Section 107 is intended to restate the present judicial doctrine of fair use, not to change, narrow, or enlarge it in any way." H.R. Rep. No. 1476, 94th Cong. 2d Sess. at 66 (1975), *see also* S. Rep. No. 473, 94th Cong. 1st Sess. at 62 (1975).

作權利的行為是否構成對他人著作之合理使用時，皆應立於「個案分析」基礎上，依著作權合理使用條款所定四項審核標準，分別就利用行為之目的及性質；被告利用著作的性質、所利用數量及其重要性；利用行為對於原著作價值之影響等因素，以「整體衡量」方法，加以整體判斷。此外並可再參酌合理使用條款所訂四項事實以外之事實，將之併入個案之中，整體予以審酌。凡是構成合理使用的利用行為，即屬「不構成對於著作財產權之侵害」。

第四節 「整體衡量」原則

我國著作權法第六十五條第二項規定，一共列舉四項法院判斷利用行為是否構成合理使用時，所應審酌的事實：

- 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。

上述四項款事實，為審酌利用行為是否構成合理使用的檢驗標準，然而，當依據該些規定，逐一檢視利用行為各項事實時，是否利用行為皆應「個別的」、「單獨的」通過各單項因素的審酌後，始可認定該項利用行為構成合理使用？抑或僅要其中部分事實通過各該單項審酌之後，即得基於整體之考量，決定整個利用行為可以構成合理使用？即當部分單項審酌之結論，與利用行為是否構成合理用之最終判斷結論，發生判斷相左之情形時，該單項判斷結論與最終結論二者發生衝突時，究竟應該處理，如何判斷「整個利用行為」是否構成合理使用？

依作者研個人早先之研究所見，在一些著作權合理使用案例中，的確曾經發生上述個別審酌結論與最終整體判斷結論相左情形。惟必也該項單獨因素結論之重要性，甚為顯著，且其程度達到足以支配最終判斷結論時，該項結論，即足以作為充當整體判斷之結論，而毋庸再論其他個別事由，例如於美國 *Harper & Row* 一案中，被告搶在著作權人預定之獨家報導計劃之前，即將得偷竊而得的著作，以精華摘要方式提前刊出，其因之

破壞著作權人獨家報導之價值，此種侵害對於著作權人十分重要的「首次公表權」（first publication right），惡意「利用」他人行將出版之獨家報導之行為，對於此項單項事實之審酌結論，即足以左右最終判斷之結論，而使法院幾乎可以置其他事實於不顧。若非屬上述情形，則法院判斷個案利用行為是否構成合理使用時，仍須依據「整體衡量」原則，綜合四項或各單項審酌所得結論，為本案最終之綜合結論。

至於我國著作權法第六十五條第二項規定應如何適用？依法條用語，係謂：「……應審酌一切情狀，尤應注意下列事項，以為判斷之標準：…」，參考法規之文意，條文原意明確指出法院應為個案之整體審酌，不宜受到其中部分、片面因素之干擾，而應在最後判斷時，以整體之情狀，作出最終判斷。

以美國著作權法為例，美國的聯邦最高法院為判斷利用行為是否構成合理使用，曾在一九九四年的 *Acuff-Rose Music, Inc., v. Campbell* 一案中，²重申美國立法者於一九七六年制定著作權法合理使用條款時，並非有意因之樹立一套硬性審酌規則，並要求法院應「僵固地」加以適用（rigid application of bright line rules），該款規定反而要求法院應依個案分析（case-by-case analysis）方式，進行審酌與判斷。抑且，美國著作權法第一〇七條合理使用條款上所列舉之許可使用類型，僅具有提供法院參考與指導之意旨而已，法院必需依據著作權法之宗旨目的，綜合各項事實，予以探討，並作整體考量，而非以單以個別、孤立的事實作為判斷之依據。

3

² *Acuff-Rose Music, Inc., v. Campbell*, 114 S.Ct. 1164, at 1170 (1994), 754 F.Supp. 1150 (M.D. Tenn. 1991), *rev'd*, 972 F.2d 1429 (6th Cir. 1992), *cert. granted*, 113 S.Ct. 1642(1993).

³ *Id.* at 1170-71.

第一項

自個案中分析出四項事實，並應逐一審酌

然而，美國為習慣法國家，我國則為成文法體制，美國法上藉由諸多判例累積與演繹而形成之著作權法合理使用原則，已累積諸多司法判決先例，可否在我國當然亦得適用無礙？亦非無疑，依我國民事訴訟法第四百六十八條規定：「判決不適用法規或適用不當者，為違背法令」之意旨，因之，倘若法院並未逐一引用第六十五條第二項各款事實，進行判斷，此種情形，是否構成「判決不適用法規或適用不當」之違背法令情形？頗值注意。

依筆者研究所見，第六十五條規定之四項事實，既已為著作權法所明定，則法院即有義務應依據個案分析所得之四項事實，依據法律一一依法加以審酌。此一意見無法避免美國國會制定著作權合理使用條款時，一直努力避免的「並非試圖建立一套僵固的，欠缺彈性的硬性規則」惡夢的應驗，但是由於我國乃是成文法國家，美國則是習慣法國家，著作權合理使用判例法則早在美國著作權立法前，既由判決藉由法官造法方式，見諸於諸多判例之中，則一九七六年美國著作權法將合理使用原則收納於第一〇七條之中，使之成為成文法條款之後，美國的立法者猶尚認為合理使用條款：「並無意將此一法理原則，凍結在實定法的條文規定之內，特別是處在當前科技快速變遷中之時代」，然而，合理使用條款引進我國之後，第六十五條第二項的條款規定，將不再只是「習慣法的宣示」，而是法院應「照單全收」的義務規範。從而依第二項規定法院對於所應審酌之四項事實，法院別無拒絕接受的權利，而應在個案之中，依個案分析方式，找出四項應受評價的事實來。

第二項

四項事實應綜合審酌，無分先後

美國哈佛大學法學院前教授 Leon Seltzer，在其生前所著之著作權之豁免使用與合理使用（*EXEMPTIONS AND FAIR USE IN COPYRIGHT*）一書，對於美國一九七六年著作權法第一〇七條，提出批評，認為美國立法者所制定的審酌模式，除了該條絲毫未就何謂著作權合理使用，提供任何定義外；更認為該條第二項所列法院應於個案加以審酌之四款事項，其優先順序如何？美國第一〇七條條文並未指示，因之，依其見解，此種規定模式，似即暗示四款事實應無任何優先順序差別可言。

第三項

法定四項事實以外之其他事實亦應併入個案綜予審酌

我國除於著作權法第六十五條第二項規定法院「尤應審酌之四項事項」之外，條文尚明示：「應審酌一切情狀」。此一「應審酌一切情狀」之真義為何，依文字解釋，應不以第二項所列舉之四項事實為限，法院亦得在具體個案中，就法律所明定四項事實以外，自由審酌利用行為行為是否尚有其他足以影響合理使用判斷之任何事實。

此外，我國著作權法亦未明示第六十五條第二項所列四項審酌因素應如何適用及引用，而僅謂：「……應審酌一切情狀，尤應注意下列事項，以為判斷之標準：…」，是否即謂法院皆應「逐項進行審酌」法定四項事

實？抑或法院可以有選擇性的引用其中數項作為審酌依據？目前尚無定見，雖然我國著作權法第六十五條之立法例來源國美國對此所持之見解，一致認為法院並無義務一定都得逐項進行所列舉之四款事實之審查；抑且，美國法尚且更進一步認為，法院審查利用行為時所應審酌的事實，並非限定於法條所訂的四項律定事實。因之法院既得逐項進行全部法定事項之審查，亦得不逐項進行審查，更得於四項律定事實之外，更依各該具體案件案情所示，參酌其他法定以外事實，併入個案之中，綜予審酌，以追求個案案例的最佳判斷。

茲以美國實務見解為例，在適用該國著作權法第一〇七條（相當於我國著作權法第六十五條）審酌利用行為是否構成合理使用時，美國法院所審酌之事實，除該國著作權法第一〇七條所列舉的四項事實外，更有參酌其他事實，作判斷之參考。在實務上最為常見的，即曾認為：

- 一、行為人「欠缺善意」（lack of good faith），或「惡意」（bad faith）之利用行為」不得成立合理使用；⁴
- 二、利用行為係出於「搭他人便車」之目的時，不能構成合理使用；
- 三、著作權人為保障隱私權，而藉行使著作權以阻止他人利用其著作權者，不得排除他人主張合理使用；
- 四、著作權人拒絕他人使用其著作之動機，係為規避與他人之競爭時，他人之利用行為可以構成合理使用；

以下茲分款敘述如下。

⁴ *Roy Export Co. Establishment v. Columbia Broadcasting System Inc.*, 503 F. Supp. 1137 (S.D.N.Y. 1980), *aff'd*, 672 F.2d 1095 (2d Cir.), *cert. denied*, 459 U.S. 826 (1982).

第一款 行為人欠缺善意或惡意之利用行為

利用人之利用行為，「欠缺善意」(lack of good faith)或是具有「惡意」(bad faith)之目的時，此種行為人具有「惡意」之主觀事實，通常亦為妨礙法院就該利用行為，認定「與合理使用敵對的不利因素」(militates against a fair use defense)。⁵ 例如，在 *Harper & Row* 一案中，美國法院對於被告「明知」被其刊登利用的福特總統回憶錄手稿，係偷來的「盜賊之物」，而被告竟猶予以利用。此種利用行為，顯出於「惡意」，此一事實，乃成為法院認定利用行為不得構成合理使用之理由之一。⁶ 又如：被告確實未經著作權人同意或授權，即自行使用著作權人之著作作品，惟卻堅決予以否認，被告此種明知卻予否認之行為，法院特予指出，構成對於被告行為不予認為構成合理使用之理由之一。⁷

與此相似的見解，在 *Time Inc. v. Bernard Geis Associates* 一案中亦有之。法院認為「合理使用」之前提要件為行為人必需出於「善意」(good faith)，始得主張合理使用。⁸ 若是利用人先前曾經尋求權利人許可，惟未獲同意或授權，並非即得謂行為人嗣後之利用行為，即應受到不利認定。蓋只要利用行為之實質，係合理之使用，則其利用行為，本即無需得到權利人的同意，即得自加以利用。⁹ 對於此種曾經進行同意或授權使用之徵

⁵ NIMMER, 3 NIMMER ON COPYRIGHT, §at 13-172, 173 (1994).

⁶ (knowing use of a purloined draft of President Ford's memoirs), *Harper & Row, Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises, Inc.*, 471 U.S. 539, at 562 (1985). (find bad faith in knowing exploitation of purloined manuscript).

⁷ *Iowa State Univ. Research Found., Inc. v. American Broadcasting Co.*, 621 F.2d 57, at 62 (2d Cir. 1980).

⁸ "Fair use presupposes good faith and fair dealing." *Time Inc. v. Bernard Geis Associates*, 293 F.Supp. 130 (S.D.N.Y. 1968).

⁹ 此一說法，固合乎合理使用的定義及理論，但是在邏輯上，則不無互為因果循環論證之現象，即只要最終判定利用行為構成合理使用，行為人未獲得許可，即予利用之事實，可以不論。惟一旦該利用行為未能構成合理使用，則該行為人未曾獲得許可的同一事實，因之遂成為利用行為不得構成合理使用之「惡意」因素。準此以觀，似即意味於從事著作作品之利用或引用行為時，

詢動作，應注意不宜遽將之與出於惡意之利用行為同視。易言之，此種「曾經予以徵詢，惟於受到拒絕後，仍予利用」(the use after denial of permission)之態樣，仍得與「未曾請求同意或授權，而逕予利用」之利用行為，主張構成合理使用，而不得逕行認定為惡意利用。¹⁰

關於曾受權利人拒絕，而仍予使用之情形，美國聯邦最高法院在一九九四年的一宗 *Campbell v. Acuff-Rose Music Inc.*¹¹ 案件中，特就行為人之利用行為，是否構成合理使用之判斷時直接表明：「不得以行為人請求使用該著作作品，曾經受到著作權人拒絕為理由，而不利於該利用行是否應構成合理使用之認定。」¹²。

第二款 利用行為係出於「搭他人便車」之目的

於 *DC Comics Inc. v. Unlimited Monkey Business, Inc.* 一案中，美國喬治亞州聯邦北區地方法院 (N.D. Ga) 發現被告製作的幽默劇 (skits)，並非依據被告自己想像力 (imagination) 和原創性 (originality) 來促銷其著作，而係重大藉助其著作與原告 (著作權人) 創作的原作之間，二者所能令人產生的聯想力，來進行銷售。法院非常重視被告利用行為之目的，因之乃在第一〇七條合理使用條款所定四項事實以外，引用此一「第五項事由」(the fifth fact)，認定被告利用原告著作之行為並非合理之使用行為。

事先或及時向權利人請求使用之授權或許可，不論利用行為是否必然構成合理使用之使用，此一徵詢請求著作人同意或授權利用之事實，至少，在將來的著作權侵害訴訟中，不致成為利用行為不能構成合理使用之不利因素。

¹⁰ See *Wright v. Warner Books, Inc.*, 953 F.2d 731, 737 (2d Cir. 1991). *MaxTone-Graham v. Burtchael*, 803 F.2d 1253,1264 (2d Cir. 1986), cert. denied, 481 U.S. 1059 (1987).

¹¹ *Campbell*, supra note 2, at 1174 n. 18.

¹² "being denied permission to use a work does not weigh against a finding of fair use." *Campbell*, Id.

第三款

著作權人為保障其隱私權而藉行使著作權以阻止他人利用 其著作權

在 *Rosemont Enterprise v. Random House Inc.*¹⁴ 一案中，位於紐約的美國聯邦第二上訴法院，在審理此案時，亦認為被告為撰寫美國著名的神秘大富豪 Howard Houghs 的傳記，而引用原告發行且享有著作權的雜誌「展望雜誌」（The Look Magazine）部分內容，認定被告之利用行為，屬合理使用。因為法院審理本案時發現，美國著名神秘大富豪 Houghs 持有 *Rosemont Enterprise* 公司所發行雜誌之所有權（股權）之目的，乃係 Houghs 氏為保護自己的隱私權，不擬同意被告利用雜誌的部分內容，作為側寫其個人傳記之用，因之而擲出鉅資，買下原告 *Rosemont Enterprise* 雜誌股份，使 Houghs 本人成為原告公司之所有人，並進而成為原告雜誌文章的著作權人後，以原告名義提出侵害著作權訴訟，擬藉以阻擋被告出版該傳記。法院因此認為原告（公司）之真正意圖，實際上係為遂行其以行使著作權之權利，以作為阻止他人撰寫有關 Houghs 傳記之手段。此種行為，無異為假著作權之名，以為保障非著作權利益之實（a copyright owner's use of copyright to secure noncopyright interests），既未能與著作權之本意----「鼓

¹³ *DC Comics Inc. v. Unlimited Monkey Business, Inc.*, 598 F. Supp. 110, 119 n.2, 224 U.S.P.Q. 437 (N.D. Ga. 1984) ("Section 107 does not limit a court to consideration of only the four factors enumerated in the statute"; court weighted as "fifth factor" fact that defendant's skits "have been sold on the strength of their association with plaintiff's originals, not on the strength of defendant's imagination and originality.").

¹⁴ *Rosemont Enterprise v. Random House Inc.*, 366 F.2d 303, 150 U.S.P.Q. 715 (2d Cir. 1966), cert. denied, 385 U.S. 1009, 152 U.S.P.Q. 844 (1967).

勵並促進著作之流通」相符，復與請求救濟之人所應具備之「淨手」原則有所違背 (the man who before court must comes with clean hands)。¹⁵ 因之，美國聯邦第二上訴法院乃以此為理由之一，認為原告不得請求法院禁止被告利用原告之著作作品。

第四款 著作權人為規避競爭而拒絕他人使用其著作

在 *Triangle Publication Inc. v. Knight-Ridder Newspaper, Inc.*¹⁶ 一案中，位於美國德州之聯邦第五上訴法院在一宗兩造皆為電視雜誌的出版商之間，就被告將原告雜誌封面與被告之封面共同刊登於同一雜誌封面上，作為對照比較之行為，於經審理之後，發現原告不同意被告在其出版雜誌封面上，將原告的雜誌封面與被告的雜誌封面併排作比較性之登載，其目的係為規避與被告出版電視雜誌在雜誌市場上和原告雜誌競爭，藉以維持原告雜誌之市場占有率。對於原告因而提出之侵害其著作權訴訟，法院審理本案後，乃以此項理由，認定被告對原告著作作品的使用，屬合理使用。

上述兩宗個案的關鍵點，俱為原告（著作權人）意圖以其所獲得的著作權，用來作鞏固其利益之用——在 *Rosemont* 一案，是為保護原告之隱私；而在 *Triangle* 一案，則出於為鞏固原告之市場占有率，該二項目的，都與著作權法創設並授與原告著作權的原始目的宗旨無關。由於著作權人因上述原因以致他人欲循尋求使用授權之管道，而實不可得，法院只得委諸合理使用原則予以解決。

¹⁵ *Id.* at 311, 313.

¹⁶ *Triangle Publication Inc. v. Knight-Ridder Newspaper, Inc.*, 626 F.2d 1171, 207 U.S.P.Q. 977 (5th Cir. 1980).

第五款 檢討

利用之目的係出於惡意目的時，此項惡意使用因素，亦為法院認定利用行為不利於構成合理使用之考量因素。惟關於此點，在學者之間，則有不同看法。美國哈佛大學法學院 LLOYD L. WEINREB 教授，即認為使用人利用著作作品係出於善意或惡意，對於利用行為是否構成合理使用之判斷，關係其實不大。¹⁷ 他認為，著作權法於審酌利用行為時，所應予考量的重點，係在於利用行為之「功能價值」(utilitarian worth)，而非利用人之動機 (user's motive)，他說：只有在其他法律之範疇，例如適用民法或刑法以判斷利用行為是否構成犯罪或侵權行為時，方始有考量利用行為人是否具有善意或惡意 (good faith or bad faith) 之必要。¹⁸ 至於著作權人拒絕他人利用其著作，其拒絕同意之原因，不論有無理由，LLOYD L. WEINREB 教授認為，此種拒絕同意他人利用，正如有體財產權人有權決定其有體財產之處分一般，乃屬著作權人依其固有權利 (財產權利) 行使其裁量權之問題，此一權利行為之行使，與他人利用行為是否構成合理使用之審酌判斷，應無相關。¹⁹

¹⁷ "It is immaterial whether the user copied in good or bad faith" Lloyd L. Weinreb, *Commentary: Fair's Fair: A Comment on the Fair Use Doctrine*. 103 Harv. L. Rev. 1137, 1147 (1990)

¹⁸ *Id.*

¹⁹ *Id.*

第五節 「標準答案難覓」的審酌 模式

許多美國學者對於美國國會制定一九七六年著作權法第一〇七條時，對於何謂著作權之合理使用，未能在法條中加以闡明並賦與定義，曾有不少批評。然而美國國會未在著作權法內對於「合理使用」賦與定義之決定與理由，在國會通過其一九七六年著作權法時的，曾在參、眾兩院之國會立法報告中，分別有二段至為清楚之說明：

儘管法在許多判決先例中，一再對於合理使用原則加以審酌和引用，但從來無法因之得到足以整合關於合理使用原則的一致性定義。而事實上，由於此項原則乃是一項「衡平之論理法則」（equitable rule of reason），本即難以彙集成一項可以普遍適用之定義，馴致每宗利用行為是否構成合理使用之個案，皆需要依據每宗個案之案情事實，個案判斷。此外，法院亦從審判實務中，發展一套判斷標準（criteria），雖然這套標準未必具有權威性及決定性（definitive and determinative），但卻亦提供一些可供評量的標準，用來平衡著作權法上使用者和著作權人之間的利益衝突。這些標準雖然向來皆以不同方式敘述，但實際上終可將之歸納成為現行著作權法第一〇七條列舉之四個標準之中……………。²⁰

著作權法第一〇七條條文中對合理使用原則之敘述，對於著作之使用者而言，終究提供一些適用於判斷利用行為是否構成合理使用的指導原則，但是由於著作權個別案件中，總是無可避免糾集變化無窮之案情與狀況，以致欲求每一個案，皆能適用規定在法典之中、恰巧配套的同套判斷準則（the formulation of exact rules），在事實上，至無可能。本次

²⁰ Senate Committee Report, 62; House Committee Report, 65 and 66.

著作權法法案固然肯認已於司法上成形多時的合理使用原則，並為此草擬「使用目的」(purpose of the use)與一般適用範圍(general scope of the use)，惟本法案並無意因為已以明文規定方式，在法條上明文肯定合理使用原則之後，即因之凍結、限制此項合理使用原則的發展，特別是在過去一段期間內，因為科技快速發展，已經對於著作權合理使用造成快速的變遷。而法院在著作權法律僅擬對於合理使用予以寬鬆的規範及適用之同時，更應在「逐案認定」(case-by-case)的基礎上，積極適用此一司法上已然存在多時之原理原則，作為判斷每宗個案之參考，而不必受到法條的限制。著作權法第一〇七條條文的規定僅在於重述(restate)「司法上的合理使用原則」(judicial doctrine of fair use)而已，國會並無意在任何方面變更(change)、限縮(narrow)或擴大(enlarge)當前既有(present)之原理原則。²¹

²¹ *Id.*

第六節 「多面相」的審酌模式

由於利用之行為，每皆出於不同之目的；縱使相同目的之行為，其性質亦未必相同；而性質相同的利用行為，復因利用人之不同、利用手段之不同，乃至利用程度與利用時空之不同，以致不同之利用行為之間，最終得否得被認定為構成合理之使用？往往大異其趣；更何況吾人尚未進一步就被利用著作之性質一併再加入考量。因之，於審判實務上，對於如何適用第六十五條所建立之審酌模式，協助法院判斷利用行為是否構成合理使用，美國學者 WILLIAM F. PATRY 因之提出一項「多面相調查」(multifaceted inquiry) 之審酌模式。²² 用來提供法院判斷利用行為是否構成合理使用之參考。所謂多面相的調查模式，主要係指：

- 一、第六十五條第二項之規定，應專以被告之「特定利用行為」(particular use) 為審酌對象，即指法院所應判斷者，乃專指以被告「特定利用行為」為審酌對象，藉以瞭解被告「利用行為之目的、性質、利用之程度及利用行為對於著作人權益之效果」為何。直言之，著作權法第六十五條所建立之模式，並非對於行為人之審酌；亦非就被利用著作之性質為審酌，²³ 更非對於從事利用行為主體類型之判斷，而是一項以「利用行為之類型」為審查重點之判斷。²⁴ 因之，以營利為目的之商業機構所從事之利用行為，其利用行為之性質，並非必然因之即屬出於商業之目的或具有商

²² William F. Patry and Shira Permutter, *Fair Use Misconstrued: Profit presumptions, and parody*, 11 *Cardozo Arts & Ent. L.J.* 667, available in West Law, CDZAELJ Database, 11 CDZAELJ 667, at 8.

²³ 所謂對於被利用著作作品性質之審酌係指美國著作權法第一〇七條，同條第二項第二款所例舉之另一審酌事實----「被利用著作作品之性質」(the nature of copyrighted work) 之審酌而言。此一審酌之對象與依第一款所應予之審酌，二者在判斷的主體和客體上，各有所指，並非相同。

²⁴ "the type of use being made, rather than the type of entity making the use". 1 WILLIAM F. PATRY, *COPYRIGHT LAW AND PRACTICE* 728 (1994).

業之性質。反之，縱使為非營利教育機構，惟倘若係以獲取利得為目的，則其利用行為，自應認定具有商業利用之性質。²⁵

二、著作權合理使用條款所列舉之例示，僅係舉例說明而已，並不以此為限，即法院尚得另就被告利用為所牽涉之其他一切事實，加以審酌。故著作權合理使用條款所謂「包括該利用行為是否具有商業之性質或係為非營利教育之目的」，應當認為係舉例說明之用語，並非指法院所應審酌之對象限於利用行為是否出於商業使用之性質以及是否為非營利教育之目的兩項而已。²⁶ 抑且利用行為是否具有商業性質，或是否屬於非營利教育之目的，解釋上僅係法院依照著作權法合理使用條款之指示所應予審酌之事實之一而已，²⁷ 該款所明示之事實，固有其重要性，惟不得因而解釋為該項「商業性質」或「非營利教育目的」之事實，即因之在「利用之目的」此項法定判斷事由中，成為有決定性之因素。意即「利用之目的」具有「商業性質」或「非營利教育目的」之事實時，仍應與其他足以判斷利用行為是否構成合理使用之事實，居於平等之「受判斷地位」。²⁸

三、著作權合理使用之前置條款（即約當於我國著作權法第四十四條

²⁵ *Id.* and see also *Campbell*, *supra* note 2, at 1174. ("the mere fact that a use is a educational and not for profit does not insulate it from a finding of infringement, any more than the commercial character of a use bars a finding of fairness").

²⁶ PATRY, *supra* note 22.

²⁷ *Campbell supra note 2, at 1174* (1994) ("Congress ... urged courts to preserve the breadth of their traditionally ample view of the universe of relevant evidence"), see also *Consumers Union of United States, Inc. v. General Signal Corp.*, 724 F.2d 1044, 221 U.S.P.Q. 400 (2d Cir. 1983), *cert. denied*, 469 U.S. 823, 224 U.S.P.Q. 616 (1984) ("The distinction between 'commercial nature' and 'nonprofit educational purposes' is merely illustrative of what is included in assessing the core of the criterion, which is the purpose and character of the use")

²⁸ "This amendment is not intended to be interpreted as any sort of not-for-profit limitation on educational uses of copyrighted works. It is an express recognition that, as, under the present law, the commercial or non-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. No. 1476, 94th Cong., 2d Sess. 66 (1976).

至第六十三條間之相關條文）（在美國法則為美國著作權法第一〇七條第一項之「前言」規定所列舉六項利用行為之相關事實），亦應成為法院依法審酌之事實。