

# 第七章

## 被利用著作性質之審酌

### 第一節

#### 被利用著作性質之內涵

受著作權法保護之著作，種類本即繁多，而各種不同著作中，其創作目的與作品之性質，亦各有不同，差異甚大。著作之創作目的與著作之性質與種類，既有不同，則其所載內容，更有其差異性。故於判斷利用行為是否構成合理利用時，往往因為被利用著作之性質不同之緣故，而影響利用該著作之行為是否能夠構成合理使用之判斷。此種因為著作性質不同，而馴至審酌標準不同之可能性，事實上恆屬難免，則於判斷利用行為是否構成合理使用時，對於被利用著作之性質為何？自有必要加以探究與審酌，以便提供法院作為審酌此項「法定事實」之參佐。

我國著作權法第六十五條第二項第二款規定：「著作之性質」乃為法院判斷著作之利用是否為合理使用時，除「一切情狀」之外，尤應注意之事項之一。惟由於我國著作權法僅曰：「著作之性質」應為利用行為是否

構成合理使用時之審酌事項，既未具體指示何謂「著作之性質」，亦未說明何以「著作之性質」應為判斷利用行為是否構成合理使用時法院應加以審酌之理由，更未說明具有如何性質之利用行為可以構成合理使用，本章即擬對於上述問題加以探究，並研討法本款規定應如何運用與解釋。

目前國內對於本款規定之參考文獻，為數不多，其中較為重要者，殆為民國七十九年十二月由行政院向立法院提出之「著作權法修正草案總說明」。<sup>1</sup>在其中第六十五條第二款（即現行法第六十五條第二項第二款）「條文對照表」「說明」欄項下，即有一段簡短文字說明：「……第二款所稱『著作之性質』，係指被利用著作本身是否具有被利用之引誘性，諸如工具書類及公開演說等是。……」<sup>2</sup>然其真義究屬如何，尚難明瞭，而於該法案總說明本身之外，則未見進一步加以說明。

由於本款規定係參考美國著作權法之相關立法例而來，在此之前，被利用著作之性質如何影響合理使用之判斷？我國相關之學說與實務見解，尚屬鮮見。故作者乃擬參考美國著作權法上之相關學說與實務見解，作為探討本款之重要參佐。

## 第一項 著作

本款所定之「著作之性質」，其中所指之「著作」，其涵意及其範圍究竟為何？依行政院於民國七十九年十二月所提出之「著作權法修正草案條

---

<sup>1</sup> 中華民國七十九年十二月二十日台七十九內字第三八六一一號函。

<sup>2</sup> 立法院秘書處編印，法律案專輯----著作權法修正案，第一百五十二輯(上)，民國八十二年二月初版，頁六十七。

文對照表」說明欄記載，係謂：「著作之性質，係指被利用著作之本身是否……」。<sup>3</sup>故於解釋本款所指之「著作」時，法文之真義，似係指「被利用之著作」而言，即法院所審酌之著作，係指被利用之著作，而非「利用人所作成之著作」或「利用他人之著作而完成之著作」。另按，我國著作權法另於第六十五條第二項第一款規定法院應將「利用行為之目的與性質」加以審酌，通說認為第一款規定乃係對於「利用人之著作」之性質與目的之審酌規定，而著作權法第六十五條第二項第二款所指之「著作之性質」，自應認為係指「被利用人之著作」而言。<sup>4</sup>惟立法者既已於說明中，指明本款條文所指之「著作」，其意係指：「被利用之著作」，然而並未能於法條文字中，明白表明係指「被利用之著作」，以致引起審酌對象上莫衷一是之臆測與爭論，自宜於日後修法時予以妥適之修正。

## 第二項 著作之性質

法院判斷著作之利用行為是否構成合理使用時，對於「被利用著作之性質」，究竟應如何審酌？審酌內容係如何？由於我國有關之探討與實務案例著墨非多，因之，探討本款規定時，自有必要對於美國法加以探討。美國法係先將被利用之著作性質，依如下屬性加以歸類，再據其性質歸類，進行審酌判斷：

美國法上所指之「被利用著作之性質」，主要係指如下的「著作之性質」：

<sup>3</sup> 同上註。

<sup>4</sup> 按我國著作權法第六十五條第二項第一款之規定：「利用行為之目的與性質」與美國著作權法第一〇七第一款規定相同。

- 一、被利用之著作係屬「資訊性著作」或「事實性著作」(factual or informative nature of works)，或「想像性(創意性)著作」(imaginative or creative nature of works)；<sup>5</sup>
- 二、被利用之著作係屬「已公開發表之著作」(published works)，或屬「尚未公開發表之著作」(unpublished works)；<sup>6</sup>
- 三、被利用之著作是否屬於「無法以透過正常之管道取得之已絕版(out-of-print)著作。」<sup>7</sup>

依美國法之學說及實務上見解，原則上被利用之著作是否具有「資訊性或事實性著作」、「已告絕版，並且難以循通常管道取得之著作」以及「尚未公開發表之著作」之性質，均為法院審酌利用行為是否構成合理使用之重點所在。對於具有如上性質之著作加以利用時，該種利用行為較有可能構成合理使用。反之，被利用之著作若係屬於「尚未公開發表之著作」時，較不利於被認定為合理之使用。此外，依實務見解，倘若被利用之著作既屬尚未公開發表之著作，而且被利用之時，更是著作權人行將公開發表其著作之時，對於此種著作之利用行為，美國法認為此種利用行為幾乎不得被認定為可以構成合理使用。

本章即擬就被利用之著作具有如上性質之事實時，法院應如何予以審酌，藉以判斷利用行為是否構成合理使用，依據如上分類，加以探討。

---

<sup>5</sup> MELVILLE B. NIMMER, 3 *NIMMER ON COPYRIGHT* §13.05[A][2][a], 13-168, 169 (1994); 2 PAUL GOLDSTEIN, *COPYRIGHT* 226 (1989); see also LEAFFER, *UNDERSTANDING COPYRIGHT LAW* 301 (1989).

<sup>6</sup> NIMMER, *id.* at §13.05[A][2][b], 13-172, GOLDSTEIN, *id.* 226, and LEAFFER, *id.* at 301-2.

<sup>7</sup> Sen. Rep. No. 94-473, 94th Cong., 2d. Sess. (1975), at 65.

## 第二節 資訊性或事實性著作

### 第一項 前言

依據著作權法之理論，著作權之機制設計，著重於調整著作人與社會公益兩者間之利益平衡；<sup>8</sup>另一方面，復基於著作權法理論上的「概念之具體表達與概念二分法」(expression/ideas dichotomy)，在實務上對於著作中，何種成分係不受著作權保護之概念、思維之本身，何種成分則係應受著作權保護之概念之具體表達形式，二者不易區分的原因，故而法院通常乃針對其上是否揭載較多概念與思維之事實，或揭載較多資訊與實用功能之事實，而將此種著作定性為：「事實性或資訊性著作」(informative or factual works) 或「功能性之著作」(functional works)，並進而對於被利用著作之內容中，富有此種成份或性質之著作，基於「保護概念的具體表達而非保護概念之本身」之理論，給予較大空間，使其易於受到合理使用之認定。

依照著作權法的理論，刊載較多事實或資訊 (facts or information) 之事實性著作 (factual works)，其揭載之內容，通常既與公益有關，如果大眾對於這類性質之著作，可以方便接近利用，理當有助於知識與資訊之傳

---

<sup>8</sup> 我國著作權法第一條規定：「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。本法未規定者適用其他法律之規定。」故而，在保障著作人權益之外，為調和社會公共利益，促進國家文化發展，對於合乎於此項立法宗旨之著作，原則上自會受到較多的限制即允許其他人得有較大的利用空間。

播、流通，並符合制定著作權法係為促進學術與文明之進步，增進公共利益之目的。故為實現創設著作權制度之目的，使大眾可以較方便接近利用具有資訊性質或事實性質之著作，則著作權法鼓勵著作之創作與傳播的宗旨，自易於實現。<sup>9</sup>

受到上述理論影響，著作權法實務上，對於被利用之著作所具有之性質，如何影響法院對於合理使用的判斷，遂逐漸發展出下列判斷原則：

一、被利用之著作，越是具有傳播資訊或事實之性質，或性質上愈具有實用功能（informational or functional nature），則利用此種性質著作之行為，其構成合理使用之可能性及可資利用之範圍，亦將愈大。<sup>10</sup>

二、若被利用之著作，愈具有創意性、想像性或原創性的性質（creative, imaginative, or original nature）；或較具有娛樂性（entertainment）（以下簡稱「創意性著作」）時，因其原創之意念表達之成分較多，受到著作權法及著作權制度保護之程度相對愈高，對於此類著作之利用，其所得主張合理使用之可能性及其範圍，便相對愈小。<sup>11</sup>

此外，在我國著作權法上，對於具有事實性質之著作，亦有課以如下之限制措施，使某些著作或其中之成分，不受著作權保障，使之成為人人

---

<sup>9</sup> JOHN W. HAZARD, JR., *COPYRIGHT LAW IN BUSINESS AND PRACTICE* 8-8, 8-9 (1989).

<sup>10</sup> NIMMER, *supra* note 5, §13.05[A][2], 13-168,169, *see also* 1 WILLIAM F. PATRY, *COPYRIGHT LAW AND PRACTICE* 763 (1994); and *Harper & Row, Publishers, Inc. v. The Nation Enterprises* 471 U.S. 539, 564 (1985) ("The law generally recognizes a greater need to disseminate factual works than works of fantasy or fiction"); *Stewart v. Abend*, 495 U.S. 207, 237(1990)(motion picture was creative work and thus less likely to be subject to fair use, adding that "fair use is more likely to be found in factual works than fictional works").

<sup>11</sup> *Id.* and *see also Brewer v. Hustler Magazine, Inc.*, 749 F.2d 527, 529 (9th Cir. 1984) ("The scope of the fair use defense is broader when informational works of general interest to the public are involved than when the works are creative products"); *MCA, Inc. v. Wilson*, 667 F.2d. 180,182 (2d Cir. 1981) (courts "may consider, among other things, whether the work was creative, imaginative, and original").

皆得自由利用、採擷之「公共財」(public domain)。這些限制措施計有：

- 一、對於某些傳達事實資料之著作，以明文規定，將著作中屬於事實、資訊之成分排除於著作權法所保護之範圍外，以便社會大眾可以自由利用：

例如：民國八十一年著作權法第九條規定：「左列各款不得為著作權之標的：一、憲法、法律、命令或公文。二、中央或地方機關就前款著作作成之翻譯物或編輯物。三、標語及通用之符號、名詞、公式、數表、表格、簿冊或時曆。四、單純為傳達事實之新聞報導所作成之語文著作。五、依法令舉行之各類考試試題。」

- 二、特別以列舉方式，明文規定某些著作可以由特定人或不特人自由利用：

我國著作權法上對於何謂資訊性或事實性著作，雖然並未明文詳加以分類(事實上亦難以準確分類)，但於著作權法第六十一條及第六十二條等規定，則將具有特定性質之「事實性或資訊性著作」，明文規定，允許他人得依一定條件予以利用，因而產生限制著作權人享有著作權利範圍之效果者，例如：

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、雜誌轉載或由廣播電台或電視電台公開播送。但經註明不許轉載或公開播送者，不在此限(第六十一條)。

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(第六十二條第一項)。

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。(第六十二條第二項)

惟對於上述著作權法以明文規定，允許特定或不特定人得為一定使用之情形，其使用之限度及使用之範圍，應達於如何之程度，始不構成侵害著作權，依照美國法之見解，相關之利用行為仍應依據著作權法合理使用原則加以審酌，即於法定例外之範疇之外，對於主張適用法定例外規定之利用人，仍不排除其仍得依據合理使用規定，主張其利用行為構成合理使用。

## 第二項 如何審酌被利用著作之性質

被利用著作之性質，既成為左右著作利用行為是否構成合理使用之事實之一，則於決定利用行為是否構成合理使用之前，應如何認定被利用著作之性質？美國法實務上，對於將純屬事實或資訊性質之材料編輯而成之著作，例如工商名錄(directory)或電話號碼簿(phonebook)，或地圖(maps)等作品或新聞報導(news reporting)等，皆認為其等之性質，屬於典型之事實性作品。<sup>12</sup>而於實例所見，在 *New York Times Co. v. Roxbury Data Interface, Inc.*<sup>13</sup>一案中，法院即認為：「原告的作品若是屬於『事實的集成』(a collection of facts)，而非出於原告運用其創造力(creative)或想像力(imaginative)完成之作品」；或「原告(著作權人)作品，係由於原告勤勉勞動所得之作品(a work of more diligence)，而尚少出於原告之原創性(originality)或創新性(inventiveness)而獲得者」，皆認為屬於資訊性或

---

<sup>12</sup> GOLDSTEIN, *supra* note 5, vol. 1, at 173-74, 96-99.

<sup>13</sup> *New York Times Co. v. Roxbury Data Interface, Inc.*, 434 F. Supp. 217, 194 U.S.P.Q. 371 (D.N.J. 1977).

事實性作品，而非創意性之作品。<sup>14</sup>

惟就實際所見，著作之性質，其摻揉事實之集成與著作人的想像力或創造力兩者之特質於一之作品，為數不少，對於具有此類性質之著作，其屬性如何判斷，則成為法院判斷時的困擾所在。<sup>15</sup> GOLDSTEIN 教授，因之提出其個人看法，認為應就被利用著作之內容中，何種屬性較為顯著，且此種屬性之顯著性足以抵銷（cancel out）另一屬性時，始以該較為顯著之屬性，決定該著作之性質，並再依其著作性質之不同，決定他人得對其主張合理使用之範圍與限度。<sup>16</sup>

判斷利用行為是否構成合理使用，一向是著作權法最困擾的問題，其原因在於著作種類繁多，著作之內容亦浩雜不一，而對於著作之利用行為，更是變化萬千，在一部著作或一份作品之中，往往已因摻雜含有不同之性質，而難以區分。若進而欲硬性區分，擬將該被用之著作之性質，就

<sup>14</sup> *Id.* 434 F. Supp. at 221, "where the plaintiff's work was rather in the nature of a collection of facts than in the nature of a creative or imaginative work, and was a work than of diligence than of originality or inventiveness, the court ruled that defendants had greater license to use portions of plaintiff's work under the fair use doctrine.....".

<sup>15</sup> NIMMER, *supra* note 5, at §13.05[A][2], 13-169. *see also New Era publications International, 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). 本案例中，法院對原告所持有由 L. Ron Hubbard 作成的宗教性文字著作（religious writings）之性質，一直難以確定其屬性。經過一番衡量之後，最後法院始勉強認為該著作為敘事性或資訊性著作，較為適當（"are more properly viewed as factual or informational."）。

<sup>16</sup> GOLDSTEIN, *supra* note 5, at 227. GOLDSTEIN 教授上述見解，似係受到在美國加州的聯邦第九上訴法院在 *Marcus v. Rowley* 一案中，對於摻合兩種性質的著作，應如何決定其合理使用的限度與範圍時所持看法的影響。在該案，聯邦第九上訴法院判定原告已公開發表的小冊子作品，性質上屬於臆想性作品，從而使法院對於被告之使用行為，據此認定不能構成合理使用。聯邦第九上訴法院的看法如下：

在原告已公開發表的小冊子（booklet）著作之中，其中固然有部分資訊性內容與坊間出售的其他烹飪或糕餅書籍所載內容相同，惟其餘之著作內容，則皆係源自於著作者個人長期的經驗或基於作者個人的概念心得（ideas）而作成，此種源自於原告創作而成之著作，自應以「創意性的表達」（creative expression）相視，而不宜因其中含有部分資訊事實之成分，即因之遽下結論，以此認定被利用著作作為事實性著作，並進而據此特性，即率予肯定被告可以對之主張合理使用。*Marcus v. Rowley*, 695 F.2d. 1171, 1176, 217 U.S.P.Q. 691 (9th Cir. 1983).

其顯著屬性，加以定性，再據以判斷其利用之效果，而置被利用著作中其他不同性質之部分於不顧，於理論上並非恰當。<sup>17</sup>因此，作者個人以為，一般利用行為，除非屬於盜印翻版之舉，否則通常類皆屬於局部之利用而已，若被利用之著作，其性質多重時，何妨僅針就被利用著作其中被利用之部分，作為判斷被利用著作性質之用，此種依據被利用部分之性質，據以判斷對其主張合理使用之程度與範圍，似較屬精準。此外，同時具有資訊屬性及創意性屬性之著作，亦無必要一律予以定性，而宜再參酌其他因素，整體綜合論斷之，以免失之偏窄。關於此點，在美國著作權法實例上，於法院適用本款規定時，若發現被利用之著作中，兼具有事實性內容，復有著作人依其經驗或思維理念加以創獲之概念表達內容時，對於兼具不同性質或多重性質之著作，並難以區分其性質時，法院往往放棄依照本款規定，不再判定被利用著作之性質，而改倚重其他之參考事實，作為判斷利用行為是否構成合理使用之參考。此外，更有實務見解直言以為：本款之事實，根本無助於判斷利用行為是否構成合理使用，而應直接改依著作權法第一〇七條第二項其他三款之規定，作為判斷依據。<sup>18</sup>此項見解，頗具參考價值。

### 第三項

## 事實性著作與其他各款事實之關係

被利用著作之性質若係屬於資訊性或事實性作品，他人對於此種著作

---

<sup>17</sup> PATRY, *supra* note 10, at 765-766.

<sup>18</sup> *Marcus v. Rowley*, *supra* note 16, at 1175.

之利用，較有可能主張合理利用。但被利用著作之性質，僅為法院應予審酌之四項事實之一，故依據被利用著作之性質所作成之審酌結論，理論上尚非具有決定性。即一旦因為著作具有資訊性或事實性，而可能較有合理使用之空間時，法院尚要參考著作權法第一零七條第二項其他三款的規定，綜合以觀，始可對該著作之利用行為是否構成合理使用，為最終之判斷。<sup>19</sup> 故依本款所從事之判斷，其與著作權合理使用條款其他各款事實之關係如何，即應進一步加以探討。

## 第一款 與第一款之關係

依實例所見，若被告係為進行科學研究目的，而利用原告具有科學性質（scientific nature）之著作，於此情形，法院便經常採取對於被告有利的認定。反之，若利用目的並非為進行科學研究，則該項利用行為是否可以構成合理使用，便非盡然。<sup>20</sup> 在 *Henry Holt & Co. v. Liggett & Myers Tobacco Co.* 一案中，<sup>21</sup> 法院依著作權法第一零七條第二項第一款規定，審酌被告利用行為之性質以及目的時，發現被告利用原告所作抽菸對於健康影響之研究報告之目的，並非為科學研究，而係作為促銷被告所生產香菸之用，法院便以被告利用之目的，係為商業使用，乃拒絕認定被告之利用行為構成合理使用。<sup>22</sup>

<sup>19</sup> GOLDSTEIN, *supra* note 5, at 227.

<sup>20</sup> See, e.g., *Williams & Wilkins Co. v. United States*, 487 F.2d 1345, 180 U.S.P.Q. 9 (Ct. Cl. 1973) *aff'd by an equally divided court*, 420 U.S. 376, 184 U.S.P.Q. 705 (1975) (*per curiam*).

<sup>21</sup> *Henry Holt & Co. v. Liggett & Myers Tobacco Co.*, F. Supp. 302, (E.D. Pa. 1838).

<sup>22</sup> *Id.* at 304. See also *Rubin v. Boston Magazine Co.*, 654 F.2d 80, 84, 209 U.S.P.Q. 1073 (1st Cir. 1981); *Thompson v. Gernsback*, 94 F. Supp. 453 (S.D.N.Y. 1950).

## 第二款 與第三款之關係

其次，美國法院依著作權法第一零七條第二項第三款規定，相對比較著作被利用部分之質與量及其與被利用著作之整體關係時，對於他人著作為重大擷取利用行為（substantial appropriations），在容許程度上，若受利用的著作為事實性著作時，亦認為應較對於創意性著作，更有較大之合理使用空間。<sup>23</sup>實例所見，在 *Consumers Union of United States, Inc. v. General Signal Corp.*<sup>24</sup>一案中，由於原告美國消費者聯盟（Consumers Union of United States, Inc.）曾經在消費者報導雜誌（Consumer Report）中刊出一篇有關被告所生產電器產品之試驗報告，被告事後加以利用，在被告的廣告中使用。被告為保持所引用內容之精確性，因而密集的從事「逐字引用」（verbatim quotation），法院以被利用之部分乃係事實性資料，因之而持較為容許之態度，認定被告之使用行為，可以構成合理使用。<sup>25</sup>

## 第三款 與第四款之關係

對於資訊性或事實性著作之利用行為，若其使用之經果對於被利用著作之市場或價值，發生不利影響時，此種利用行為便不容易被認定構成合

---

<sup>23</sup>由於事實性著作的內容往往揭載許多不屬於著作權保護的對象(uncopyrightable material)，故在考量對事實性著作的利用行為是否構成合理使用時，應該先將該自始即不受著作權保護的對象，從被利用的著作中被利用的部分，先予過濾、抽離之後，方始可與被利用的著作整體進行合理使用的對照判斷。此一「質的過濾程序」(qualitative analysis)，在對於事實性著作的「質」(quality)進行合理使用判斷時，是項不可輕忽的步驟。Deborah A. Hartnett, *A new Era for Copyright Law: Reconstituting the Fair Use Doctrine*, 39 ASCAP, Copyright law Symposium, at 176.

<sup>24</sup> *Consumers Union of United States, Inc. v. General Signal Corp.*, 724 F.2d 1044,1050, 221 U.S.P.Q. 400 (2d Cir. 1983), cert. denied, 469 U.S. 823, 224 U.S.P.Q. 616 (1984).

<sup>25</sup> *Id.* at 1050.

理使用。

在美國著作權法的實例上，在 *Iowa State Univ. Research Found., Inc. v. American Broadcasting Cos.*<sup>26</sup> 一案中，法院對於被告美國廣播公司（American Broadcasting Companies; ABC），未經著作權人即原告愛荷華州立大學之同意，即擅自將該大校為該校一名獲得奧運角力比賽金牌的學生選手成功及揚名經過所拍攝的電影影片，在 ABC 電視台的節目中加以多次的播出，法院認為被利用之影片，固然屬於事實性質著作，惟因為被告在美國電視廣播界係處於相當優勢之地位，並且在市場亦占有一席之地，故而該公司對於被告影片所從事之綿密利用行為，幾已完全掠奪原告影片所有可能之市場，於此情形，法院自無法同意被告以其利用行為係合理使用之抗辯。<sup>27</sup>

在此之外，美國法院對於以特定人為發行對象之「新聞簡訊」（newsletter）（資訊性作品），以其發行量（circulation）（市場）等作品，認為其作品市場較小，對於合理使用的承受能力，無論在其範圍或程度上，自皆不如以廣大讀者群為發行對象（mass-circulation）的期刊（periodicals）或科學雜誌（scientific journals）（亦屬事實性著作）為大為由，認定得以合理使用之可能性應低。<sup>28</sup>此外，教科書或以提供學校教學使用為主要目的教材，其對教學中為課堂使用而複製之利用型態之承受能力，亦不如其他以社會大眾為發售對象的著作材料來得大。故對此類多屬事實性質之教科書或教學用教材等著作，所得主張合理使用的範圍及程度，便應參酌第四款所列之事實——對於被利用著作之市場或價值之所產生

<sup>26</sup> *Iowa State Univ. Research Found., Inc. v. American Broadcasting Cos.*, 621 F.2d 57, 62, 207 U.S.P.Q. 97 (2d Cir. 1980).

<sup>27</sup> *Id.* at 62.

<sup>28</sup> H.R. Rep. No. 94-1476, 94th Cong., 2d Sess., at 73 (1976); *Wainwright Sec., Inc. v. Wall Street Transcript Corp.*, 558 F.2d 91 (2d Cir. 1977).

之影響，加以調整。<sup>29</sup>

## 第四項 小結

著作權所保護者，為著作之中著作人對於概念、思維之具體表達方式。惟將著作之性質，分成資訊性或非資訊性著作兩種，再對於具有資訊性之著作放寬可以對之主張合理使用之可能性，此一分類方式及其理論，固然於現實上有其必要，惟亦同時產生一項理論上之困擾，即不同之著作，同樣皆屬於著作權法所應保護之「對於概念之具體表達方式」，惟何以違反平等保障之原則，對於資訊性或事實性著作中之「概念之具體表達方式」，認為應該承受較多之「被利用之負擔」？<sup>30</sup>

其次，亦有不屬於事實性或資訊性性質之著作，其內容多屬公式化的表達結構，例如公式化的浪漫愛情故事與恐怖故事（formula romances and thrillers）。這些情節陳舊的著作，或了無新意的「想像性、創作性著作」，是否果應比資訊性、事實性著作，受到更為大的保護？答案應已顯然。

更何況，在事實上，許多資訊性或事實性著作，例如電腦程式作品（computer program），其所具有之創意性及構思（inventiveness），往往比一般創作性之著作有過之而無不及。<sup>31</sup>若謂此種應該承受他人更多之利

---

<sup>29</sup> S. Rep. No. 94-473, 94th Cong., 2d Sess., at 64 (1975); see also *Triangle Publication, Inc. v. Knight-Ridder Newspapers, Inc.*, 626 F.2d 1171 (5th Cir. 1980).

<sup>30</sup> PATRY, *supra* note 10, at 763-64.

<sup>31</sup> 這些電腦程式著作，除具有相當之創意性構思之外，並於其功能上，更富有多重之功能。以時下十分普遍的家庭電腦程式軟體為例，非但普遍具有教育性質，甚或更融合娛樂功能於其程式之內，而為世人所接受為「教育娛樂性」作品(edutainment works)。

用？似難期公平。

另外，在 *Radji v. Khakbaz* 一案中，一位伊朗前駐英國大使曾經參考其駐節英倫期間其個人日記記載，以英語語文出版一本書，描述其個人代表伊朗母國與西方各國進行種種外交折衝之事實經過，並匯集其個人之心得，於西方國家之間發行。對於這本屬於個人事蹟或回憶錄性質之著作，在著作權法理論上，乍視之下，可以稱為歷史性或資訊性著作，然而審理本案的法院，在審理之後，認為此部著作之內容，尚充滿著作者個人高度主觀之描述觀點，並具有深刻自省特色（an introspective and highly subjective account），從而法院乃認定該部著作，並非單純之資訊性或事實性著作。<sup>32</sup> 對於此一案例，如果將之以事實性著作相視，並依上述相關理論定其合理使用之範疇，其不公平之處，更不言可喻。

再者，著作權法將「被利用著作之性質」(the nature of copyrighted works used)，列為審酌利用行為是否構成合理使用之判斷因素，其出發點固然係為促進公益，因而對於其上具有「揭載較多實用價值材料」之資訊性著作，容許他人為程度上較為廣泛的合理使用。惟依個人之看法，上述「揭載較多實用價值之材料」，若係屬於理念與思維之成分，而非「對於概念、思維的具體表達形式」，此一部份，本來即非屬著作權人所得專屬控制之「公共領域」(publicdomain)中之「自由財」(publicgoods)，人人皆得自由加以利用，不受任何限制。若利用之部分，係受著作權保護的「對於概念、思維的具體表達形式」，且利用行為之程度，亦已達於「重大或顯著」(substantial)之程度，始有所謂該項利用行為，是否構成合理使用或係屬對於著作權之侵害問題。因之，只要是受到著作權保護之「對於概念、思維的具體表達形式」成分，應不分其係出自於資訊性上或非資訊性著作之

<sup>32</sup> *Radji v. Khakbaz*, 607 F. Supp. 1296 (1985).

出身，本質上皆應受到平等之對待。

然而，由於「概念與概念之具體表達方式二分法」之理論，僅為抽象原則，並且事實上在立法與司法的實務運作經驗中，若擬自不同類型之著作中，將內受著作權法保護之「概念與表達該項概念之具體表達方式」，與屬於公共領域內的思維、概念，加以區分、過濾，並以之為合理使用與否之研判標的。此種細膩的做法，在目前的立法與司法技術上，似乎屬於一項難度頗高的要求。<sup>33</sup>因此之故，美國著作權法乃相應產生了「愈具有資訊性質之著作，愈得易於以對之主張合理使用」的「傾向性」實務審酌準則。此一見解雖然尚有許多理論上的缺點，同時充滿著諸多的例外，而無法受到全然的肯定，<sup>34</sup>並認為此種分類與理論，僅以足粗供參酌之用而已，並且對於吾人從事合理使用原則之判斷上，尚「無法提供有意義之助益」。<sup>35</sup>惟此一以「性質傾向」作為判斷通則，至今仍是美國法院於引用第一〇七條第二款規定，審酌被利用著作之性質時，大體上遵循之審酌準則之一。故而於適用此一準則時，仍應注意到第二款所列「被利用著作之性質」，僅屬於諸多應予參酌判斷的因素之一，第二款所樹立之準則並不具有決定性，法院尚應再行參酌其他應行參酌之事實，最後再在個案之基礎上，為綜合整體之論斷，方屬妥適。

---

<sup>33</sup> HARTNETT, *supra* note 23, at 176.

<sup>34</sup> PATRY, *supra* note 10, at 764 n.178, and 765-766.

<sup>35</sup> (None of these utterances offered any meaningful help in understanding the doctrine of fair use), Pierre N. Leval, *Campbell v. Acuff-Rose: Justice Souter's Rescue of Fair Use*. 13 *Cardozo Arts & Ent. L. J.* 19-26 (1994).

### 第三節 絕版著作之合理使用

在審酌被利用的著作之性質時，遇有被利用之著作為「已絕版之作品」，並且難以循通常管道購得時，依我國著作權法第六十五條第一項第二款規定，應如何審度該被利用著作為已絕版之事實，並進而就對該已絕版的著作為合理使用的主張時進行判斷？

對於具有此種性質著作的利用行為，美國法之觀點認為應該較諸於對一般著作之利用行為，更可以對之主張合理使用。

美國國會對此一問題的看法如下：

在參酌本款所指之事實時，關於被利用之著作是否為絕版、並且無法循通常管道購得之著作？此項事實，對於利用該項著作的行為是否可以主張合理使用，縱非為決定性因素，亦屬關鍵性之事實。於此情形下，對於此種著作之重製行為，自應較諸對於一般著作之利用行為，更具有主張合理使用之正當理由。但若有關機構以收取一定之合理成本，將該絕版作品予以影印並提供外界使用時，則屬另一應予考慮的事實。<sup>36</sup>

我國著作權法第四十八條第三款，即就對於已絕版的著作的利用，明文規定：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，於應同性質機構之要求時，得就其收藏之著作（「絕版或難以購得之著作」）加以重製。<sup>37</sup>自此種立法類型，可見對於具有此種性質著作

<sup>36</sup> S. Rep. No. 94-473, 94th Cong., 2d. Sess. at 64 (1975); H.R. Rep. No. 94-1476, 94th Cong., 2d Sess. 67 (1976)

<sup>37</sup> 我國著作權法第四十八條規定如下：

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，於左列情形之一，

的利用行為，可以比非屬絕版著作之利用行為，更有可能可以主張其利用行為為合理使用行為。

依我國著作權法第四十八條之規定內容以觀，得對對於已絕版著作主張利用之人，解釋上是否應以該條所明舉之「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」為限，且是否應限於「應同性質機構之要求時」，始得就其所收藏之著作（即「絕版或難以購得之著作」）加以重製？抑或在此之外，所有人皆可以主張第四十八條之利用行為？抑且，對於該項重製行為是否侵害著作權之爭議，該利用人是否可以另外依據著作權法第六十五條第二項規定，主張應依據該條所列舉各項事實，審酌其利用行為是否可以構成合理使用？

由於將上述二項法條規定對照加以解釋，發現我國著作權法第四十八條，對於已絕版之著作之利用（重製）規定，顯然忽略社會上其他非「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」之學術研究機關，甚至一般人對於已絕版著作的相同使用需求，而使得事實上有此需要之人士，根本即無法依照本法規定對於已絕版之著作為合理之使用。故就效果而言，第四十八條之規定，對於著作權法所欲達成的宗旨----促進文化的發展，顯然無法發揮完整之效果。其改善之道，無非應將目前第四十八條僅得限於「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」始得主張對於絕版著作或難有接近使用機會之著作，主張為合理使用之規定，擴大至其他非屬上述機構之一般利用人，使該等人士亦得於合理範圍內，合理利用該種著作。

---

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份，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。
- 三、就絕版或難以購得之著作，應同性質機構之要求者。

## 第四節

# 尚未公開發表著作與合理使用

### 第一項 前言

在我國著作權法第四十四條至第六十三條規定相關規定之中，對於可以主張合理使用之對象，即被利用之著作，大都皆規定應限於「他人已公開發表之著作」，然而對於「他人尚未公開發表之著作」是否可以主張合理使用？則未見明文。惟自從我國於八十七年第一次修正著作權法原有的第六十五條規定，而在原條文第一項（其後改為第二項）原文：「著作之利用是否合於第四十四條至第六十三條規定」文末增加「或其他合理使用之情形」等文字後，對於「他人尚未公開發表之著作」之利用類型，當然應認為屬於第六十五條第二項所指之「其他一切利用行為」而言，因之對於尚未公開發表之著作，亦應允許其主張合理使用。<sup>38</sup>

---

<sup>38</sup>美國於一九九二年修訂其著作權法第一〇七條之同時，亦重申：「判定著作之利用行為是否構成合理使用時，不得因為被利用之著作之本身，屬於尚未公開發表著作之事實，而妨礙對之為構成合理使用之判定。」 (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)).

## 第二項 我國著作權法相關規定檢討

參照我國修正民國八十一年之著作權第六十五條時之立法說明，該立法說明業已明白指出，第二款之規定，係參考美國著作權法第一〇七條之立法例而增訂之條文。<sup>39</sup>由於當時美國著作權法對於尚未公開發表之著作，到底可否主張合理使用？猶有相當之保留，且由於嗣後美國直至一九九二年，始將在 *Harper & Row* 以及 *Salinger* 等案例中所確立的「可以在有限度範圍內，合理使用他人尚未公開發表之著作」之原則，以修法方式，明文增訂在美國著作權法第一〇七條之中，因之，於我國制定民國八十一年之著作權法時，自然無法明確肯定可以對於他人尚未公開發表著作主張合理使用。因之，於我國八十一年之著作權法內，就合理使用之對象，乃皆明文規定合理使用之對象，應限於他人已公開發表之著作。<sup>40</sup>

<sup>39</sup> 立法院秘書處編印，前揭註 2，頁六十八。

<sup>40</sup> 我國著作權法上限制合理使用應以他人已公開發表之規定計有如後八種：

- 一、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(第四十六條第一項)。
- 二、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(第四十七條第一項)。  
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(第四十七條第二項)。  
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(第四十七條第三項)。
- 三、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(第四十八條第一項第一款)。
- 四、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(第五十一條)。
- 五、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(第五十二條)。
- 六、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(第五十三條)。
- 七、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

惟由於合理使用之對象，不應限於已公開發表之著作，且嗣後美國復已在一九九二年修正著作權法時，明文表示著作權合理使用之對象，不得限於已公開發表之著作，因之，我國著作權法相對於此一問題，即應作相同之解釋，始符法理，並符實際。抑且，我國著作權法嗣後亦於民國八十七年元月時，再度修正，將著作權第六十五條第二項前段增加：「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：……」之文字，此段修正文字加入之後，使得我國的著作使用條款，因之自原先之「第四十四條至第六十三條之附屬規定」，變成為「著作權法上判斷利用行為是否構成合理使用之獨立規定」，因之，除了第四十四條至第六十三條各條所指之利用行為之外，凡是其他一切利用行為，皆得依據六十五條第二項規定，加以審酌是否構成合理使用。因之，對於他人尚未公開發表著作之使用行為，自然亦得視其為著作權法第二項所指之「其他合理使用情形」，而得由法院依據著作權合理使用條款所列四款法定事實，逐一審酌利用他人尚未公開發表著作之行為，是否可以構成合理使用。

由於美國著作權法從來未曾明文採取絕對保護之立法例，因之相對於我國著作權法第四十四條至第六十三條之間有部分條文猶然限制利用行為之對象，應以他人已公開發表著作為限之體例，我國之著作權法即容有再配合檢討之必要。個人謹以下述理由，認為不宜將尚未公開發表之著作，絕對排除於合理使用適用對象之外：

#### 一、著作權法制定之目的，係為鼓勵創作，厚植累積人類的文化與知

- 
- 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)。
- 八、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(第五十五條)。

識，而非阻礙其厚植累積；<sup>41</sup>因之，著作權法乃藉著授與著作人各種著作專有權利，確保致力從事創作累積人類知識之著作人，可以經由行使著作權利或授權他人行使之方式，獲得經濟上之合理回饋。<sup>42</sup>又，著作權法所創設並授與之獨占性權利，固係對於著作人之直接獎勵，惟其最終目的則在鼓勵著作人積極行使包括「首次公開發表權利」(right of first publicaion)在內之各種專有權利，使人類社會最終得以因為各種著作源源不斷地發表，而更加豐富，並使社會大眾最終亦能同獲俾益。<sup>43</sup>因之，若不論著作人是否最終將其著作對外公開發表，亦不論此種不將其著作對外發表之情形，對於社會學術與知識之累積是否產生積極貢獻，而將尚未公開發表之著作排除在合理使用對象之列，拒絕對之為主張合理使用之需求，此種限制規定，顯然即與制定著作權法之目的不符！

二、著作權法對於創作完成之著作，即授與著作權之保護，然而對於自始不願將其著作對外公開發表之著作人而言，若其著作創作之後，竟不願將其著作對外公開發表，於此情形，若著作權法亦援例於其著作一經創作完成，即授與著作權，此種情形，使不願公開發表其著作人之，與本來即有意對外公開發表其著作之人，二者皆享有相同之保護，是否符合公平原則？亦值檢討。

三、我國著作權法對於著作權之取得，已不採註冊登記主義，而改採自著作創作完成時起，即自動取得著作權，享有著作權法之保護。又，理論上所有的著作，不論其對外公開發表與否，皆應受到相同保障以及相等的限制為宜。若謂對於已公開發表之著作可以主張合理使用，則為何尚未

---

<sup>41</sup> "copyright is intended to increase and not to impede the harvest of knowledge". See *Harper & Row, Publishers, Inc. v. The Nation Enterprises* 471 U.S. 539 ,545 (1985).

<sup>42</sup> *Id.* at 545-46. and citing *Twentieth Century Music Corp. v. Aiken*, 422 U.S. 151, 156 95 S.Ct. 2040, 2043, 45 L.Ed.2d 84 (1975). (The rights conferred by copyright are designed to assure contributors to the store of knowledge a fair return for their labors.)

<sup>43</sup> *Harper & Row, id.* at 546.

公開發表之著作，不論其是否將予對外公開發表，即一律拒絕受到合理使用規定之適用，此種規定，亦屬矛盾且不合理。

四、合理使用制度，既是著作權機制上，促進著作權法制定目的實現之重要手段，其具有調和吾人以著作權法創設著作權授與制定，對於著作人因享有對控制其著作之專有權利，對社會所帶來之不利影響之功能。合理使用制度既係使他人不妨礙著作人開發利用其著作，以及對著作人合法利益，不生不合理損害前提下，得以合理方式、在合理範圍內，自由利用著作人之著作權利之機制。因之，只要未對尚未公開發表之著作，造成開發利用上的妨礙、未對著作人合法利益造成不合理損害之情形下，自無排除對之為合理使用之理由。

五、過去以來，國人早即有將其著作「藏諸名山」之習慣，以通俗話來說，便是「祖傳秘方」的現象。究其原因，係因為早期以來，國人素不尊重他人智慧財產權之遺緒，以及從前有關保護著作權以及其他智慧財產權法制付諸闕如之緣故。惟現今我國著作權法制及其他法律制度之實施，已較能夠有效提供法律上之保障，為促進制定著作權目的之實現，對於現行著作權法上猶尚間接鼓弄國人「敝帚自珍」，「祖傳秘方」充斥現象的法制上根本原因，即對於尚未公開發表著作之過度保護規定，一律拒絕對其為合理使用主張之態度，即應予修正為宜。

### 第三項

## 如何合理使用尚未公開發表之著作

基前所述，對於尚未公開之著作，亦應許其得以主張合理使用，已無疑義，惟對於尚未公開發表著作，若可以對之主張合理使用時，其可行性如何？可以主張如何程度之合理使用？相對於對已公開發表著作之利用行為，對於尚未公開發表著作，所得主張合理使用之可能性、範圍以及利用之程度，其與對於已公開發表著作之利用行為，是否應有差異？其差異程度如何？

依一九八五年由美國聯邦最高法院在 *Harper & Row* 一案，<sup>44</sup>所作成的如下見解：

著作尚未公開發表的性質，雖然未必是一項決定性的事實，但是卻是一項足以導致否定合理使用主張之關鍵性事實。<sup>45</sup>

對尚未出版著作的合理使用範圍，應限制於較為狹窄之範圍內(narrower scope)。

以及依美國訂定其著作權法第一〇七條第二項第二款規定時，對於尚未公開發表著作的合理使用問題，所提出之見解：

儘管尚未公開發表的著作，他人尚無從利用，但是對於尚未公開發表的著作，主張合理使用的「適用可能性」(applicability)，應該限制在很狹窄的範圍內。這是基於著作是否公開發表，應悉憑著作權人裁量決定之結果。在通常情況下，著作權人將其著作付梓，為第一次公開發表的權

---

<sup>44</sup> *Id.*

<sup>45</sup> *Id.*, at 554. (The unpublished nature of a work is "[a] key, though not necessarily determinative, factor, tending to negate a defense of fair use.")

利，其重要性應該勝過任何為在課堂上之教學目的而重製使用之需求。

46

上述美國判決意旨以及立法說明，已然就著作權法，是否得許對尚未公開發表之著作，主張合理使用之「可能性」(applicability)及合理使用之「範圍與限度」(the scope of fair use)之命題，提出相當清晰的見解態度，即：

- 一、對於尚未公開發表之著作，仍得主張合理使用。
- 二、關於被利用之著作之性質係屬尚未公開發表之事實，對於法院而言，乃屬一項足以導致否定利用行為構成合理使用之關鍵性事實。
- 三、著作權人將其著作為第一次公開發表的權利，其重要性應該勝過任何為使用之需求。

因之，於現行著作權法上，對於尚未公開發表之著作所得主張合理使用之可能性、使用之範圍與其限度，與對於已公開發表著作之利用行為相較，雖然仍舊限制在較為狹窄的範圍內，但是已絕非不得對之為合理使用之主張。特別是被利用之著作，若並非係為供公開發表而創作，亦非屬行將對外公開發表之作品時，<sup>47</sup>此時，這種被利用之著作所具有之「尚未公開發表作品之性質」，應該僅是判斷利用行為，是否構成合理使用時的「一小項相關因素」(small relevance)而已。<sup>48</sup>

---

<sup>46</sup> "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* Senate Report, *supra* note 7 at 64.

<sup>47</sup> "Thus, a text, including drafts, created for publication, or on its way to publication, presents a far stronger case for protection against fair use than matter written exclusively for private purposes." *id.* at 1122.

<sup>48</sup> "The fact that a document is unpublished should be of small relevance unless it was created for or is on its way to publication." *id.*