

第三章 表意自由與著作權法----以美國法為例

著作權法限制的對象是未經授權的「著作使用」。著作使用的型態不外乎重製、改作、口述、播送、上映、演出、傳輸、散布及展示等等。當這些著作利用行為涉及言論的接觸或保存時（例如複製），乃接收言論的自由，當這些著作利用行為涉及言論的傳遞或溝通時（例如散布），乃表述言論的自由。因此，著作權法對著作使用之諸端限制，有限制表意者之「表意自由」之效果。

在美國司法實務上，本於第一修正案建立的表意自由司法審查體系原則上建立在所謂雙軌制的基礎上，亦即區分「針對內容」(content-based)的管制與「內容中立」(content-neutral)的管制，建構不同的審查體系。¹

在針對內容的管制部分，美國最高法院雖然宣示「第一修正案的意義就是，政府沒有權力因為言論的訊息、觀念、主題或其內容而加以限制。」²但實際上法院仍然透過三種方式容許法律施加針對言論內容的管制。第一種方法是區分出特定種類的言論，例如猥褻言論 (obscenity)，認為不在第一修正案保護的言論範圍內，因此國家可以大大方方地予以規制。第二種方法透過一種「加重的」(weighted) 利益衡量標準，來決定政府施加的內容管制是否是可允許的限制。包括特別適用於內亂罪的「明顯而立即危險原則」(the clear and present danger doctrine)³與一般性適用於內容管制的「嚴格審查標準」(strict scrutiny)。最後一種方法，是在加重保護的言論與不保護的言論之間，創造出所謂「低保障的言

¹ 有關美國表意自由審查體系，可參見，法治斌，〈跳脫衣舞也受表意自由的保護嗎？〉，收於氏著《法治國家與表意自由》，正典，2003年，頁271-78；林子儀，〈言論自由導論〉，收於李鴻禧等合著，《台灣憲法之縱剖橫切》，元照，2002年，頁141-60；林子儀，〈言論自由的限制與雙軌理論〉，收於《現代國家與憲法：李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集》，月旦，1997年，頁639以下。

² *Police Department of Chicago v. Mosley*, 408 U.S. 92 (1972).

³ *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969). 有關「明顯而立即危險原則」的發展可參見，林子儀，〈言論自由與內亂罪〉，收於氏著《言論自由與新聞自由》，月旦，1993年，頁161以下。

論」，例如商業性言論，這種低保障的言論適用的審查標準密度低於嚴格審查標準，只要通過這個較低的標準，即便是針對內容的管制亦屬合憲。

至於所謂「內容中立」的規制，意指該等法律對言論的限制是一種間接性的限制，例如針對時間、地點、方式的管制。在這種情況，法院原則上使用相對寬鬆的審查標準。例如最高法院曾謂：「一般性的規制法律若未意圖規範言論的內容，僅是附帶地限制了言論，只要它涉及正當的政府利益，就不是第一修正案禁止國會或州制定的法律。」⁴所以，只要不是直接限制言論內容的法律，法院原則上不會採用「嚴格審查標準」，而是進行一場政府利益與私人利益的公平較量，因此法律合憲的機率就大的多。

鑑於法律對於言論的限制究竟是直接的「針對內容」的規制，還是間接的「內容中立」的管制，直接影響到審查標準的決定。所以探討著作權法與表意自由的關係，首要區別著作權法對言論的規制性質。但是法律是否「針對內容」抑或「內容中立」，並不是這麼容易判斷，對於著作權法的規制性質，見解亦頗為分歧。在本章論述範圍內，筆者將先於第一節概述美國司法實務拒斥以第一修正案審查著作權法的向來立場，次於第二節就著作權法的性質介紹學者間對立之見解，進而在第三節說明不同審查體系。

第一節 實務的向來立場與發展

美國法院幾乎從未將憲法第一修正案的限制適用於著作權法，且幾乎總是概括地拒斥第一修正案作為侵權行為的抗辯理由。在大部分的案件中，法院雖然承認著作權是對於言論的限制，就此與第一修正案所保障之表意自由產生有衝突之可能，但幾無例外地，它們都認為著作權法的內部控制機制已經妥善處理了這個

⁴ *Konigsberg v. State Bar of California*, 366 U.S. 36 (1961).

疑慮。⁵甚至在還有認為著作權「當然」免於第一修正案的檢驗者。⁶有學者便質疑，何以在法院免除著作權法的第一修正案檢驗同時，卻在其他資訊財產法領域及民事糾紛案件中卻給予廣泛的第一修正案檢驗（例如包括商標法、營業秘密法、公開宣傳權（right of publicity）、誹謗（defamation）、隱私權等等）。畢竟相對於其他法律，著作權的標的(包括文學、藝術、影片、電視廣播、照片、政治辯論、批判、學術等等)往往是第一修正案的核心事項。比較法院對於其他法領域的嚴格態度，著作權法對於第一修正案的豁免可說是奇怪的例外。⁷

在本節中，筆者先說明美國實務界自七〇年代以來拒絕以第一修正案審查著作權法之立場（第一項），其次介紹一九八五年最高法院的 *Harper & Row* 乙案，作為實務意見的典型代表（第二項），之後說明三十年來法制與環境之變化激化著作權法與第一修正案之緊張關係（第三項），最後以最高法院二〇〇三年的 *Eldred* 案，為最新的實務態度做成總結（第四項）。

第一項 拒斥第一修正案檢驗的向來立場

關於著作權法得以拒斥第一修正案檢驗的主張，最常被援引的理由是，這兩者共存於美國憲法中，並享有共同的目標。按美國憲法第一條第八項第八款，授權國會為了促進知識（按，原文為「science」，依十八世紀的時代背景應解釋為「知識」⁸）的進步，得賦予作者對其作品享有一定期間的專屬權利（1787年）⁹，此條款與保障言論的第一修正案（1791年）的制訂相隔僅數年，而且連同美

⁵ Neil W. Netanel, *Copyright and The First Amendment: What Eldred Misses – and Portends*, in Jonathan Griffiths & Uma Suthersanen (eds.), *Copyright and Free Speech: Comparative and International Analyses* § 6.04 (2005).

⁶ *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003) (quoting from the opinion of the District Court, *Eldred v. Reno*, 74 F. Supp. 2d 1, 3 (D.D.C. 1999)).

⁷ Netanel, *Copyright and The First Amendment*, *supra* note 62, at § 6.10.

⁸ Patterson & Lindberg, *supra* note 10, at 48-49.

⁹ U.S. Const., art. I, § 8, cl. 8. (The Congress shall have power ... “To Promote the Progress of Science and useful Art, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries.”)

國著作權法（1790年），皆大致由同一批人所制訂。這種共存的状态讓法院直接先推定著作權法與第一修正案沒有衝突的問題。再者，上述憲法的著作權條款本身也已經清楚表示著作權法的規範目的具有濃厚的「功效主義」（utilitarianism）色彩，承認資訊的獨占是一種必要之惡，目的在促進知識的進步。在此脈絡下，法院認為第一修正案與著作權法都具有促進及獎勵資訊生產的共同目的，就觀念的流通此一共同目標，兩者是處於分工合作、共同協力的關係。所以法院判決曾謂：「用第一修正案排除觀念自由流通的障礙，再用著作權法積極促進及鼓勵流通。」¹⁰舉「共同目標、分工合作」為正當化理由，著作權法因此可以限制第一修正案的適用，甚至著作權法可以「豁免」（immunized）於第一修正案的限制。

11

至於學界開始討論著作權法與第一修正案的矛盾，乃啓始於七〇年代前後一連串相關案件的開展。首先在*Rosemont Enterprises v. Random House Inc.*乙案中，具高度爭議性又不喜隱私公諸於世的富豪Howard Hughes，早先已買下市面上所有與他有關傳記的版權，以致後來一位傳記作家再撰擬Hughes的傳記，並引用其他已出版傳記為素材時，遭其控告侵犯著作權。¹²隨後，於一九六七年，眾所矚目的*Time Inc. v. Bernard Geis Associates*案件在聯邦地方法院進行審理，該案涉及美國總統甘迺迪被暗殺影片的合理使用（fair use）問題，原告擁有該影片著作權利，並已擷取該影片的靜態圖像，放入原告所出版的幾期雜誌中；被告因為撰寫研究該案殺事件的專書，遂依據原告雜誌的照片翻印（按，被告聲稱是繪製，但法院認定為翻印），進而使用於其專著。¹³在以上兩個案件中，法院都判定構成「合理使用」，但是兩個案件的高知名度已經引發學者開始討論著作權與第一修

¹⁰ *Pacific & Southern Company Inc. v. Duncan*, 744 F.2d 1490, 1499 (11th Cir. 1984), reciting from Michael D. Birnhack, *Copyrighting Speech: A Trans-Atlantic View*, in Paul L.C. Torremans (ed.), *Copyright and Human Rights* 37, 44 (2004). [Hereinafter Birnhack, *Copyrighting Speech*]

¹¹ Birnhack, *id.* at 42-43.

¹² *Rosemont Enterprises v. Random House Inc.*, 366 F.2d 303 (2nd Cir. 1966). 轉引自，賀德芬，〈言論自由與著作權的保護——兼談著作權的限制〉，收錄於氏著《文化創新與商業契機》，增訂再版，月旦，1994年，頁35-36。

¹³ *Time Inc. v. Bernard Geis Associates*, 293 F.Supp. 130 (SDNY 1968), at <http://www.law.cornell.edu/copyright/cases/293_FSupp_130.htm> (last visited 2005/4/4).

正案衝突的可能性，¹⁴其中，最著名的應該是學者Melville. B. Nimmer所撰評論〈*Does Copyright Abridge the First Amendment Guarantees of Free Speech and Press?*〉。

Nimmer認為，除了少數例外情況（主要指「思想/表達合併」(idea/expression merger)的情況，亦即，當表達與思想客觀上緊密結合，若不允許使用該表達，即無由傳遞該思想的情況。例如，上述*Bernard*案甘迺迪暗殺照片的使用）若不被允許將有違憲問題外，著作權法原則上並不違反第一修正案，因為第一修正案主要目的是保護「觀念的表達與散播」，而非「特定的表達形式」，畢竟即使特定的表達形式被限制，例如受到著作權法的保護，也可以選擇其他表達形式表達相同的觀念。雖然Nimmer也瞭解表意者對於「特定形式表達方式」的需要及其重要性，但由於著作權的效力並非永久，他認為在有限期間的限制下，這種對特定表達形式的需求應已緩解。¹⁵嗣後Nimmer以「觀念/表達二分原則」(idea

/expression dichotomy principle) 為著作權法合憲理由的論點就常被法院援引。

不過實務上第一次直接處理著作權法與第一修正案衝突的判決，並不是引用Nimmer的意見，而是藉由合理使用原則來排解第一修正案的衝突。在*Walt Disney v. Air Pirates*乙案中，被告將Disney的卡通人物改編在漫畫書裡，宣稱是嘲諷性著作(parody)，除援引合理使用原則外，也主張第一修正案的權利。該案承審法官認為「在判定不構成合理適用原則的同時，也一併解決了第一修正案是否適用的問題」，所以第一修正案與著作權法的衝突無須再審究，有趣的是，本案上訴審贊成著作權法與第一修正案不抵觸的理由卻改用Nimmer的「觀念與表達二分原則」。¹⁶

¹⁴ See, e.g., Melville. B. Nimmer, *Does Copyright Abridge the First Amendment Guarantees of Free Speech and Press?*, 17 UCLA L. Rev. 1180 (1970); Paul Goldstein, *Copyright and the first Amendment*, 70 Colum. L. Rev. 983 (1970).

¹⁵ Nimmer, *id.* at 1192-200.

¹⁶ *Walt Disney v. Air Pirates*, 345 F. Supp. 108, 115 (N.D. Cal. 1972), *aff'd in part, reversed in part*,

總結起來，美國法院實務從七〇年代開始，是藉由「思想/表達二分原則」與「合理使用原則」這兩個著作權法內控機制排除違憲之疑慮，這個論點在一九八五年由最高法院做出確認，如下文第二項所述。

第二項 *Harper & Row* 案----最高法院的基本態度

以上所述美國法院實務處理著作權法與第一修正案的態度，原則上可以最高法院一九八五年的*Harper & Row v. Nation Enterprises*案¹⁷作為總結，近二十年來，所有下級法院在著作權法案件中處理第一修正案主張，無可避免都要引述此一最高法院判例。該案的原告Harper & Row是一家正打算出版美國前總統福特回憶錄的出版商，並已授權時代雜誌社（Time Inc.）刊登摘要，但在時代刊登之前，Nation Enterprises透過管道取得該回憶錄的草稿（約二十萬字），搶先刊出了一篇摘要（約一萬三千字，逐字引述的部分僅約三百字），時代雜誌社因此放棄刊登計畫並拒付尾款。Harper & Row遂對Nation Enterprises以侵害著作權為由起訴，後者以「合理使用」及憲法第一修正案抗辯，但不被地院接受而敗訴，經上訴後，雖一度由上訴法院翻盤認為「合理使用」可以成立，但最終仍遭最高法院否決而敗訴確定。

就著作權法與第一修正案的共同目標與相互協力部分，由大法官O'Connor主筆的多數意見首先引述憲法智財權條款，強調著作權的授與「是為了公共的目的，藉由給予創作者與發明者一個特別獎賞，激勵其創作或發明，進而讓公眾得以在該有限期間經過後，使用這些才智之士的智慧果實。」¹⁸經過一番闡述，進而與第一修正案連結：「制憲者的意旨，是將著作權本身設計成『表述自由的引擎』，藉由讓個人的「表述」變成可交易的權利，著作權提供了創造和散播思想

581 F.2d 751 (9th Cir. 1978), reciting from Birnhack, *Copyrighting Speech*, supra note 67, n. 37 at 45.

¹⁷ *Harper & Row Publishers v. Nation Enterprise*, 471 U.S. 539 (1985).

¹⁸ *Id.* at 546. [Quoting *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 429 (1984).]

的經濟誘因。」¹⁹

其次，就著作權內控機制可以解決著作權法與第一修正案衝突部分，多數意見亦總結而謂：「有鑑於第一修正案的保障已經具體化於著作權法，包括區分可保護的表達與不受保護的事實與觀念，並且透過悠久的合理使用原則保障學術與評論等；我們不認為有理由擴張合理使用範圍，使公眾人物不受著作權法的保護。」²⁰

最高法院在*Harper & Row*案的處理原則，簡單講就是只要著作權法仍有「觀念/表達二分原則」與「合理使用原則」機制，無論上揭機制在內容上如何擴張或限縮發展，都完全不會有第一修正案的爭議問題。大法官Brennan對此即相當不以為然，他的不同意見書寫道：「多數意見對於著作權人經濟利益的保護，是藉由將合理使用的範圍定義得極度狹隘來達成的。」他認為「只有當（著作權）法定的獨占沒有扼阻資訊與觀念的多樣化使用與廣泛地散播，著作權法才能稱得上是『表述自由的引擎』。為確保藝術與知識的進步以及第一修正案的健全，觀念與資訊不能為私人權利所主張。」²¹最終，Brennan總結：「多數意見或許增進了歷史記述者（對其所持有的資訊）的完整經濟利益，但卻是以昌盛的公共論辯為代價，所犧牲的，正是人民自治（self-government）的最重要核心。」²²

分析多數意見與反對意見之異同，相同點是，著作權制度創造出資訊生產的經濟誘因，建構出資訊市場，可以促進思想與資訊的生產與傳播，因此有助於民主的論辯與公共意見的交換。相異處是，多數意見似乎認為，只要著作權不擴張及於事實與觀念，著作權的保障越大，越有助於資訊的生產與流通，也間接地促進公共論辯。因此，多數意見對於有損著作權人利益的「合理使用原則」採取極為限縮的解釋方法，著作權人的經濟利益是最優先的考量。相反地，Brennan的

¹⁹ *Id.* at 558.

²⁰ *Id.* at 560.

²¹ *Id.* at 589-90. (Brennan, J., dissenting).

²² *Id.* at 605. (quoting *Garrison v. Louisiana*, 379 U.S. 64, 74-75 (1964)).

不同意見雖然也贊同著作權保障的促進資訊生產與資訊流通功能，但是仍對擴張的著作權抱持相當的警戒心，他並不因為所涉及的是一般認為可成為著作權標的的「表述」，就看輕其對於公共論辯產生的負面威脅。所以 Brennan 不贊同多數意見嚴苛地限縮合理使用範圍，畢竟在「著作權人經濟利益」與「民主公共論辯」的取捨中，後者更加重要。

第三項 法制和客觀環境之變遷---衝突之激化

藉由解釋制憲者的意旨和訴諸著作權法的內部控制機制，美國法院持續認定著作權法並未違反第一修正案。但是從七〇年代以來，科技的發展與著作權法的修訂，已經使得法律分析的條件與 Nimmer 為文時大不相同，是否二三十年來，甚至未來更久，都可以一直拿「觀念與表達二分」與「合理使用」等原則當擋箭牌？不只上述的 Brennan 大法官，許多學者皆抱著懷疑，甚至批判的態度。畢竟就算先不談是否違憲，也必須承認整體環境的變化與法制的發展，已經讓著作權法與表意自由的關係，在這三十年間從「和緩」激化成「緊張」的狀態。具體分析，自七〇年代此爭議提出以來，整體環境的變化至少表現在下述三個層面。

第一款 著作權期間持續延長

著作權期間是 Nimmer 正當化著作權法的理由之一。但一九七〇年 Nimmer 教授的大作發表時，美國著作權法的期間原則上僅二十八年（期滿經申請可再延長二十八年一次）²³。一九七六年著作權法修訂時，擴張成作者終身外加五十年。最近在一九九八年又再度擴張為作者終身外加七十年。另外在法人原始取得的情況（work for hire），亦相應擴張，改為自發表時起九十五年或自創作完成時起一

²³ 此處指經出版或發表（publication），因而適用聯邦著作權法的著作；若係未發表的著作，適用普通法的永久性保護。但一九七六年修法後，業已一律適用聯邦著作權法之規定。

百二十年（視何者較短）²⁴。因此，雖然Nimmer教授於當時認為，表意者對於特定表達形式的需求可因著作權有一定期限而獲得緩解，但是在著作權期限呈倍數成長的情況下，恐怕已無法確定他是否會達成相同結論了。

第二款 「表達」的範圍持續擴張

熟悉知識產權經濟的現代人可能會很驚訝，最早的著作權法僅禁止逐字且全文的盜印，容許摘要及節選；甚至到十九世紀中期，美國的著作權尚且不包括翻譯等改作權利。但是越往二十世紀後期邁進，著作權的擴張越趨劇烈。雖然觀念與表達二分的基本原則維持不變，但著作權人專有的「表達」範圍在近三十年來持續擴張，就此大致有兩個原因。

第一，「重製權」之擴張。在美國的司法實務上，判斷著作權人的重製權是否受侵害的最重要標準，是看兩件作品是否「實質近似」(substantially similar)。最早是在一九三〇年由法官Learned Hand在*Nichols v. Universal Pictures Corp.*案²⁵中提出，具體方法是抽象歸納作品的組成要素，區分觀念與表達，剔除掉「觀念」要素及其他屬於「共享領域」(public domain)的「表達」要素後，比較受保護的「表達」要素，特別是其組成的「模式」(pattern)，藉以判斷是否構成「實質近似」。它的目的一方面是避免阻礙創新，另一方面則是避免狡詐的著作利用者，拙劣地變動原作後將之據為己有。但這個原則就像是兩面刃，操作必須十分小心，否則輕易就會淪為觀念保護的工具。²⁶自一九七〇年代開始，開始有一連串法院案例擴張解釋「重製權」的範圍，發展出所謂「整體概念與感覺」的標準(total concept and feeling)。亦即，縱使被告的作品沒有逐字抄襲或擷取原告的

²⁴ 惟匿名或以筆名創作之著作亦同此期限。See, 17 U.S.C. § 302(c).

²⁵ *Nichols v. Universal Pictures Corp.*, 45 F.2d 119 (2d Cir. 1930), at <<http://digital-law-online.info/cases/7pq84.htm>> (last visited 2005/4/14).

²⁶ See, Vaidhyanathan, *supra* note 4, at 105-16. (分析Nichols案及Hand法官判決的其他相關案件，並且與七〇年代發展出來的「整體概念與感覺原則」相比較，認為後者誤解了Hand法官的抽象分析方法，主要是因為後者沒有考慮到諸要素組成的「模式」(pattern)，僅僅以表達要素的相似就判定侵權。) 此處筆者亦參考了此書的中譯版本。參見，陳宜君譯，《著作權保護了誰？》，商周，2003年，頁153-67。

「表達」，也可能因為「整體概念與感覺」的相似，構成重製權的侵害。更甚者，就算利用人將既有著作的要素予以高度的抽象化後再使用，使其作品沒有與原著作任何相似的文字或圖樣，仍可能因為整體美學觀感或風格的相似，被認定為侵權。²⁷

第二，「改作權」的賦予。美國一八七〇年著作權法修正案賦予作者專有翻譯和改編成劇作的權利。一九〇九年的著作權法修正，雖然表面上賦予著作權人相當廣泛的改作權利，實際上該次立法僅是將判例已承認的特例納入法典中，並非賦予全面性地或概括性的權利。直到一九七六年的著作權法修正，藉由「改作權」(right to prepare derivative works) 相關內容的增訂²⁸，著作權人的改作權利始概括地及於所有種類的著作。²⁹所以嚴格來講，著作權人的權利範圍不僅止於其「已創作的表達」本身，更及於尚未創作的衍生著作。影響所及，在法院實務上，常常會分不清究竟是「重製權被侵害」還是「改作權被侵害」。³⁰檢視判斷著作權侵權的發展史，從「是否逐字抄襲」，到「是否實質近似」，最後到「是否侵害改作權」，著作權人就其「表達」可以主張的權利範圍，是超越「表達」本身而不斷地在膨脹中。

追根究底起來，「表達」的範圍之所以可以持續擴張，也是因為表達與思想二者之界線十分模糊的緣故。以專精言論自由與著作權法著名的美國法官 Learned Hand 曾謂：「無論表達與觀念之間的界線如何劃定，看起來都會是專斷的。」³¹所以著作權保護「表達」的範圍雖然「有跡可尋」，但你永遠無法「十分確定」，因為個案與個案之間永遠會有細微的差異。由於表達與觀念之間極度

²⁷ Neil W. Netanel, *Locating Copyright within the First Amendment Skein*, 54 *Stan. L. Rev.* 1, 18 (2001); Vaidhyanathan, *id.*. 最早提出「整體概念與感覺」的判決是 *Roth Greeting Cards v. United Card Co.* (429 F.2d 1106 (9th Cir. 1970))。

²⁸ 17 U.S.C. §106(2).

²⁹ Julie E. Cohen, Lydia Pallas Loren, Ruth Gana Okediji & Maureen A. O'Rourke, *Copyright in A Global Information Economy* 375-76 (2003).

³⁰ *Id.* at 376. (目前法院判斷著作是否受到侵害時，除了單純重製的狀況，其所適用的判斷原則似乎都是一併處理「重製權」與「改作權」侵害的問題。)

³¹ *Nichols, supra* note 82, at 122. ([T]he line, wherever it is drawn, will seem arbitrary...)

地模糊，更凸顯立法精確性與司法者態度的重要，但是依據前文所述，整體趨勢顯然對於著作使用人都是不利的。

從第一修正案保障表意自由的角度而言，「整體概念與感覺」原則的適用（亦即「重製權」概念的擴張）及「改作權」的賦予及擴張，都產生一個結果，就是即便使用他人著作的作品也同時包含自己的表述，在無可分離的情況下，都會整體一併地被禁止。學者Tushnet認為，這個操作原則若與其他涉及壓制言論的法律架構相比較，可說是極不尋常的。舉例而言，對於「猥褻」的判斷，必須是該作品「整體而言」缺乏文學、藝術、政治或科學的價值，才能合憲地予以壓制或取締。再者，誹謗罪的免責也不需要所述內容百分之百真實，只要整體判斷乃「實質上正確」(substantially correct)或缺乏「真實惡意」(See, e.g., *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 286 (1964))，該表述就不受法律壓制。這些言論壓制法律之所以要以「言論整體」作為判斷或操作的對象，原因就是避免「寒蟬效應」。³²近年來我們在著作權法領域面臨的狀況卻是，用以判斷侵權成立的標準持續傾向寬鬆，著作權法與第一修正案的關係因此也越趨緊張。因為使用人（即表意人）可以「容錯」的空間越來越小，著作權法與一般管制言論法律的原則也就越差越遠。

第三款 合理使用原則模糊且不斷限縮

「合理使用原則」與「觀念/表達二分原則」一樣，都是模糊且個案化判斷的原則，雖然或許是規範客體的複雜度，使它需要這樣的彈性。但是此時法院解釋的態度也一樣十分重要。不幸地，近年來「合理使用」原則的適用空間在法院

³² See, Rebecca Tushnet, *Copyright as A Model for Free Speech Law: What Copyright Has in Common with Anti-Pornography Laws, Campaign Finance Reform, and Telecommunications Regulation*, 42 B. C. L. Rev. 1, 13-15 (2001), at <http://www.bc.edu/bc_org/avp/law/lwsch/journals/bclawr/42_1/01_FMS.htm> (last visited 2005/4/3). 比較我國大法官會議釋字第五〇九號解釋（...行為人雖不能證明言論內容為真實，但依其所提證據資料，認為行為人有相當理由確信其為真實者，即不能以誹謗罪之刑責相繩...）；再者，對於猥褻言論的判斷，亦不以部分內容猥褻即判定是否猥褻。參見釋字第四〇七號解釋（...應就出版品**整體之特性**及其目的而為觀察，並依當時之社會一般觀念定之...）。（粗體效果為筆者所加）

的操作下，也越趨緊縮，使其體現第一修正案意旨，緩和違憲壓力的功能也大大減低。

前文已經介紹過一九八五年的*Harper & Row*乙案如何拒斥第一修正案的檢驗，除此之外，該案對於合理使用的解釋方法，亦作了極差的示範。多數意見在該判決首先強調，「設若一個合乎理性的著作權人不會同意該使用人之使用」，「合理使用原則」即不應成立。³³繼之，判決文又強調，「合理使用原則」只要對於著作權人潛在市場有任何不利影響，即無適用之餘地。³⁴其所採取的解釋態度完全是以著作權人為中心，學者Netanel批評這是一種全然市場導向

（market-oriented）的解釋態度，在這種解釋態度下，法院甚至會在著作權人擺明是壓制他人特定論述內容的情況下，還是不允許合理使用的成立。³⁵

再者，一九九八年美國通過Digital Millennium Copyright Act（DMCA），禁止規避數位著作中的加密、浮水印或其他防止未授權使用的科技措施（也禁止相關規避器材、軟體的販售及流通）。³⁶已經有許多法院判決認為，即便為了「合理使用」之目的進行規避行為，一樣違反DMCA的規定。³⁷然而，如第一節所述，美國法院實務向來即以著作權法的內部機制（包括合理使用原則與表達/思想二分原則）作為拒斥第一修正案審查的理由。DMCA的排除規定也再度使得著作權法與表意自由間的緊張程度攀高。

綜上所述，從七〇年代Nimmer撰文表示著作權法原則上沒有違反第一修正案疑慮之後，三十年來法制與社會環境的變化，持續激化、升高兩者間的緊張關係。一九七六年美國著作權法的大修正，也沒有辦法因應這段時間內劇烈的變

³³ *Harper & Row*, 471 U.S. at 549-50.

³⁴ *Id.* at 568.

³⁵ See, Netanel, *Locating Copyright*, supra note 84, at 21-22. [citing, e.g., *Worldwide Church of God v. Phila. Church of God, Inc.* 227 F.3d 1110 (9th Cir. 2000)]

³⁶ See, Digital Millennium Copyright Act, Pub. L. No. 105-304, sec. 103, 1201, 112 Stat. 2860, 2863-65 (1998). 我國亦於民國九十二、三年間分別通過著作權法之修正，增訂類似條文於第八十一、之二條。

³⁷ See, e.g., *Universal City Studios, Inc. v. Reimerdes*, 111 F. Supp. 2d 294 (S.D.N.Y. 2000).

化，總計自一九八〇年起，美國著作權法的修正超過二十餘次³⁸，正足以說明變動之幅度。但是最高法院在這段期間，除了上述一九八五年的Harper & Row乙案外，一直沒有再對著作權法與表意自由的衝突表示過任何意見。一直到二〇〇三年的Eldred v. Ashcroft乙案，才再度看到最高法院在數位與網路時代首度處理著作權法與表意自由問題。僅於下文第四項介紹此重要案例。

第四項 *Eldred v. Ashcroft* --- 最高法院的變與不變

繼一九八五年的Harper & Row案，美國最高法院在二〇〇三年的Eldred v. Ashcroft乙案³⁹，再度處理著作權法與第一修正案衝突問題。

該案原告Eldred是一個公益性網站的站主，該網站免費提供數位化且屬於「共享領域」(public domain)的書籍讓人下載觀覽⁴⁰，藉由Eldred的努力，人們可以更容易地接觸這些書籍，這種傳播言論的行為顯然是在第一修正案涵蓋的範圍內。⁴¹在一九九八年時，著名美國詩人Robert Frost於一九二三年出版的詩集《New Hampshire》，原本預定因著作權期間經過而進入「共享領域」(public domain)，Eldred也正準備將之納入他的網路圖書館。不料國會於當年通過「Sonny Bono Copyright Term Extension Act」(CTEA)⁴²，著作權期間因此延長二十年。這麼一來，如果Eldred要合法地傳播《New Hampshire》的話，必須等到西元2019年，換言之，必須再等整整一個世代。⁴³Eldred無法接受這個結果，遂向華盛頓特區的聯邦地院起訴，請求宣告該法案違憲。其主張有二，第一，CTEA延長的期間違反憲法的著作權條款，因為該憲法條款規定著作權的授與必須是「有限的

³⁸ See generally, Cohen, Loren, Okediji & O'Rourke, *supra* note 86, at 36-37.

³⁹ *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003).

⁴⁰ See, Eldritch Press. <<http://www.eldritchpress.org/>> (last visited 2005/4/5)

⁴¹ Michael D. Birnhack, *Copyright Law and Free Speech after Eldred v. Ashcroft*, 76 S. Cal. L. Rev. 1275, 1278 (2003). [hereinafter Birnhack, *Copyright Law and Free Speech*]

⁴² Title I of Pub. L. No. 105-298, 112 Stat. 2827 (amending chapter 3 of 17 U.S.C.), available at <<http://www.copyright.gov/title17/92chap3.html>>.

⁴³ Lawrence Lessig, *Free Culture: How Big Media Uses Technology and The Law to Lock Down Culture and Control Creativity* 214-15 (2004).

期間」(limited Times)；第二，CTEA延長的期間違反憲法第一修正案。⁴⁴惟其主張遞遭地院及上訴法院一再駁回，最高法院雖出乎意料地接受審理，最後仍維持下級法院判決。⁴⁵

就第一個主張，Eldred雖試圖說明CTEA違反憲法第一條第一項第八款有限期間的規定，但最高法院不認為這次延長與國會之前多次的延長立法有何差異，因此不接受Eldred的主張。⁴⁶另關於第一修正案部分，由大法官Ginsburg主筆的多數意見首先重申*Harper & Row*案的意旨，包括「著作權條款與第一修正案立法時間接近」、「著作權的有限期獨占與第一修正案並行不悖，著作權法的目的便是在促進自由言論的創造與發表」。其次，多數意見也再度援引*Harper & Row*乙案，強調著作權法的內部機制也已經調和了第一修正案的意旨，包括認為「藉由保護作者的表達，但准許事實的傳播，『觀念/表達二分原則』已經為第一修正案與著作權法達成明確的平衡。」以及「合理使用的抗辯讓公眾不僅可以使用著作物包含的事實與觀念，允許在特定情況可以使用作品的表述本身。」因此，第一修正案的意旨應已透過「合理使用原則」及「觀念/表達二分原則」得到抒發。⁴⁷

雖然最高法院以上見解皆承襲一九八五年*Harper & Row*乙案的分析，對於反對著作權擴張者是一大打擊，但判決文末段的的分析卻又展露了幾絲的曙光，包括⁴⁸：

- 一、最高法院固然維持上訴法院判決，但卻不同意上訴法院所述「著作權法當然(categorically)免於第一修正案檢驗」的見解。這意味第一修正案與著作權法的爭議，從*Harper & Row*乙案的「無爭議」看法，一舉躍進成

⁴⁴ *Id.* at 228.

⁴⁵ *Eldred v. Reno*, 74 F. Supp. 2d 1 (D.D.C. 1999), *aff'd*, 239 F.3d 372 (D.C. Cir. 2001), *reh'g denied*, 255 F.3d 849, *aff'd*, 537 U.S. 186 (2003).

⁴⁶ 537 U.S. at 203-04.

⁴⁷ *Id.* at 213-15.

⁴⁸ See, Birnhack, *Copyrighting Speech*, *supra* note 67, at 47-48; Netanel, *Copyright and The First Amendment*, *supra* note 62, at §6.41-§6.54; See generally, Birnhack, *Copyright Law and Free Speech*, *supra* note 98; Pamela Samuelson, *The Constitutional Law of Intellectual Property after Eldred v. Ashcroft*, *supra* note 1.

「仍有限制的可能」。

二、最高法院認為目前著作權法的內控機制，包括「觀念/表達二分原則」與「合理使用原則」大致合宜（generally adequate），但強調此「內部機制的解釋應該要調和第一修正案的規範意旨。這似乎又是暗示，著作權法的內部機制仍有悖反第一修正案意旨的可能，那麼究竟在第一修正案的規範目的下，上揭二原則的內在界線如何劃定，實值玩味。

三、最高法院將著作權法與第一修正案不衝突的情況限定於「國會未變動著作權保護的傳統輪廓」之條件下。因此，如果國會變動了著作權法的「傳統輪廓」（traditional contour），違憲的機率就大增。以目前法制而言，已通過的「一九九八年數位千禧年法案」（Digital Millennium Copyright Act of 1998, DMCA）關於「反規避條款」部分，固然有違憲疑慮。另對於利益團體積極推動中的資料庫保護立法，也產生了一定的遏阻力量。

觀此以言，社會環境的變遷與著作權的擴張終究還是引起了最高法院的注意，雖然*Eldred*案並沒有讓CTEA失效，但已經相當程度將著作權法拉回憲政體制的軌道裡。至少，不會再有類如「當然免於第一修正案檢驗」的論調出現。不過，*Eldred*案對於著作權法具體的司法審查標準和審查架構仍沒有清楚的說明，例如多數意見並未明言著作權法對言論的規制性質為何？且雖然拒絕在第一修正案的檢驗部分適用*Turner*案的中度審查標準（intermediate scrutiny）⁴⁹，但說明的理由過於簡略，恐怕也無法服眾。本文在以下兩個小節，即本於表意自由審查的順序（先決定法律規制之性質，次決定審查之標準），整理重要學者有關著作權法與表意自由之見解，作更深入之說明。

⁴⁹ 詳下文第三節第一項。

第二節 著作權法規制⁵⁰言論之性質

美國最高法院曾在 *Ward v. Rock Against Racism* 乙案表示，判斷管制是否「內容中立」的主要原則是「國家採取特定言論管制，是否是因為贊同或不贊同該言論所傳達的訊息」。⁵¹ 另在 *Turner Broadcasting System, Inc. v. F.C.C.* 亦謂「原則上，依法律之文字，若其係本於思想或觀點，對其偏好或不偏好的言論予以區別對待，該法律便是「針對內容」的管制。相反地，若法律之所以對言論施予優惠或加諸負擔，與表現在外的思想或觀點無關，該法律便是內容中立的法律。」⁵² 準此，基於著作權法的制訂似無嘉惠特定觀點的意圖，我們可以瞭解何以學界的主流意見會認為著作權法乃「內容中立」的規制。不過，本文認為非主流意見之論理實不無道理，更有釐清問題本質的效用，因此分別闡述之。

第一項 「內容中立」的規制

截至目前為止，多數學者認為著作權法是「內容中立」(content-neutral) 的規制法律。以 Neil W. Netanel 的論述為例，他認為雖然著作權法侵權與否的判斷確實是要檢視內容，但這頂多只能說著作權法是一個「與內容有關」

(content-sensitive) 的規制，並不能說著作權法是「針對內容」(content-based) 的規制。⁵³

Netanel 的理由是，在憲法第一修正案向來判例的架構下，所謂「針對內容」(content-based) 的規制，是指國家不得因為特定言論的效果，而去施加規制力

⁵⁰ 英語文獻在探討著作權法限制言論的問題時，皆將著作權法與其他相關法律泛稱為「regulation」，這可能是英美法系不區分公私法的緣故。如果本文將「regulation」直接翻譯成「管制」，或許容易與一般約定俗成的「管制法」相混淆。畢竟著作權法在我國法律體系中應該是廣義的民法，其主體內容多屬「權限規範」與「任意規範」(關於民事規範的功能類型，請參見，蘇永欽，〈私法自治中的國家強制〉，收於氏著《走入新世紀的私法自治》，元照，2002年，頁11-23。)，為了避免混淆，本文儘量避免使用「管制」乙詞，而多用「限制」或「規制」，這是單純著眼於著作使用人的表意自由確實受到限制的事實。

⁵¹ *Ward v. Rock Against Racism*, 491 U.S. 781, 791 (1989).

⁵² *Turner Broadcasting System, Inc. v. F.C.C.*, 512 U.S. 622, 643 (1994).

⁵³ See, e.g., Neil W. Netanel, *Locating Copyright*, *supra* note 84, at 47-48; Benkler, *Through The Looking Glass*, *supra* note 50, at 178.

量以嘉惠或排擠特定內容的言論；國家也不得爲了壓制特定觀點（viewpoint）或主題（subject matter）的言論而施加限制。換言之，國家是否「不同意」（disagree）特定言論，甚至「歧視」（discriminate）特定言論內容，是最核心的判準。但是著作權法的制訂只是爲了創造經濟誘因而鼓勵創作，立法者並沒有任何預設立場對於特定言論給予著作權或不給予著作權，當然更沒有意圖要去壓制特定觀點或主題。著作權限制剽竊者的理由，不是因爲他傳達了著作權法區別對待的內容，而是一視同仁地基於該內容抄襲了既有的著作。⁵⁴

Netanel承認，如果廣義地從資訊傳播影響力的觀點來看，著作權法確實對內容作了區別對待，因爲著作權法僅容許原作者人去散佈其著作，而不容許其他人散佈該著作。但他認爲基於美國憲法第一條第八項第八款的意旨⁵⁵，可以容許國會制訂這種區別傳播影響力的法律。而且這種廣義的區別對待是爲了促進知識的流通與公共的論辯，所以相當程度可以與第一修正案相互調和。爲強化論證，他舉出兩個同樣是「有關內容」（content-sensitive），但最後仍由最高法院認定爲應屬於「內容中立」（content-neutral）規制的例子。⁵⁶

第一，在*Regan v. Time, Inc.*乙案（468 U.S. 641 (1984)），涉及兩個聯邦法對於美國貨幣的圖像之印製與出版規定了若干限制條件，違反並有刑事責任。⁵⁷Time公司因爲在其雜誌封面放了貨幣圖像，被通知有違法之嫌。該公司頗爲不服，遂起訴請求確認相關法規依據第一修正案應屬違憲。就如同著作權法案件，是否違反上述聯邦法規的關鍵同樣取決於表述的「內容」，但法院仍然判決上述聯邦法規是對於時間、地點及方式的合理限制，所以是「內容中立」的規制。其強調的重點是，這個限制並沒有排除Time公司表達任何主題的任何觀點，更重要者，該法規亦沒有讓政府去評估受規制者所傳達訊息的意旨。最終，法院便是以

⁵⁴ *Id.* at 49-50.

⁵⁵ U.S. Const. art. I, § 8, cl. 8. (The Congress shall have power ...“To Promote the Progress of Science and useful Art, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries.”)

⁵⁶ Netanel, *Locating Copyright*, *supra* note 84, at 51-54.

⁵⁷ 18 U.S.C. § 474, 504(1) (2001).

一般適用於「限制時間、地點、方式」的檢驗標準，獲致上揭聯邦法規合憲的結論。

第二個例子是*San Francisco Arts & Athletics, Inc. v. United States Olympic Committee*案（483 U.S. 522 (1987)）。在此案中，United States Olympic Committee（USOC）依據聯邦法規專有以「Olympic」這個文字從事商業與行銷行為的權利⁵⁸。由於San Francisco Arts & Athletics（SFAA）也想利用「Olympic」這個著名且意義深遠的文字，來辦理一個同性戀運動大會，於是涉嫌侵害了USOC的專屬權利。在兩造的訴訟中，SFAA抗辯上揭法規侵害其美國第一修正案的權利。但是就如前述*Regan*案一樣，雖然此法規的適用確實限制了SFAA的言論內容，但是法院認為，國會制訂上述法規並沒有區別特定主題或觀點，立法的目的主要是在獎勵USOC的活動，而非意圖壓制競爭者想傳遞的訊息。最後法院認定該法規僅限制了SFAA想傳遞訊息的「方式」（manner），且這種限制是「立法目的的附帶效果」（“incidental to the primary congressional purpose”），因此，法院也僅適用檢驗「內容中立」規制的審查標準。⁵⁹

除上述學者見解外，應特別注意的是，目前已經有聯邦地方法院的判決支持這一個見解，而且經上訴後，也受到上訴法院的支持。⁶⁰該案涉及一九九八年的著作權法修正案（即DMCA法案）的「反規避條款」（即科技保護措施之規定）。承審法官援引最高法院相關判例，認為判斷DMCA的「反規避條款」是否「內容中立」的關鍵問題是「政府是否是因為不同意特定言論的傳達而採取言論的規制」，由於國會通過此法案的原因僅是為了禁止規避科技措施的行為，與壓制任

⁵⁸ 此處所指聯邦法規包括Section 110 of the Amateur Sports Act of 1978 以及美國商標法（Lanham Act）。

⁵⁹ 惟學者C. Edwin Baker認為此案不能作為判斷言論規制性質的先例。因為多數意見一直沒有直接提到「針對內容」或「內容中立」的判斷，而且還特別強調了本案所涉及的是「商業性言論」。換言之，之所以最終沒有使用「嚴格審查基準」的原因，不是因為系爭法律是「內容中立」的，而更可能是因為系爭法律的規制對象與行為是基於「商業或行銷的目的」。See, C. Edwin Baker, *First Amendment Limits on Copyright*, 55 Vand. L. Rev. 891, 923-24 (2002).

⁶⁰ See *Universal City Studios, Inc. v. Reimerdes*, 111 F. Supp. 2d 294 (S.D.N.Y. 2000), aff'd 273 F.3d 429 (2nd Cir. 2001).

何特定思想無關，因此系爭法規屬內容中立的規制。⁶¹

第二項 「針對內容」的規制

儘管認為著作權法是內容中立（content-neutral）法律的意見是學界甚至實務的主流，仍有不少學者堅持著作權法，以及其他資訊財產權法，都是針對內容（content-based）的管制⁶²。若暫且跳過最高法院一些曲折難解的判準，這似乎是一個最符合直覺的推論，誠如學者Jed Rubinfeld所言，如果你沒看過《Gone with the Wind》與《The Wind Done Gone》這兩本書⁶³，分別閱讀、瞭解與比較其內容，試問要如何判斷是否有著作權的侵害？所以著作權法是「針對內容」的言論規制法律。⁶⁴總括而言，認為著作權法是「針對內容」的規制者，主要基於以下理由。

第一，法律是否對特定言論施加限制，乃根據該言論的內容而決定。不容否認，著作權法一般而言是「觀點中立」（viewpoint-neutral）的法律，因為它並不像管制誹謗言論或猥褻言論的法律，刻意地禁止特定內容。但是，更應強調者，著作權法確實是根據「內容」來決定是否施加禁制的。具體而言，出版商原則上可以出版任何言論，唯有當特定言論的「內容」與其他著作的「內容」近似時，

⁶¹ *Id.* at 328-29.

⁶² See, e.g., Eugene Volokh, *Freedom of Speech and Intellectual Property: Some Thoughts after Eldred, 44 Liquormart, and Bartnicki*, 40 Hous. L. Rev. 697 (2003) [hereinafter Volokh, *Freedom of Speech and Intellectual Property*]; Jed Rubinfeld, *The Freedom of Imagination: Copyright's Constitutionality*, 112 Yale L.J. 1 (2002) [hereinafter Rubinfeld, *The Freedom of Imagination*]; Baker, *First Amendment Limits on Copyright*, *supra* note 116; Mark A. Lemley & Eugene Volokh, *Freedom of Speech and Injunctions in Intellectual Property Cases*, 48 Duke L.J. 147 (1998).

⁶³ *Gone with the Wind*即文學名著《飄》，或譯《亂世佳人》，一九三六年出版，作者為Margaret Mitchell，該書以白人之觀點描繪美國南北戰爭時期南方的時代環境；在二〇〇一年時，一位黑人女作家Alice Randall擬出版一本以黑奴觀點仿作*Gone with the Wind*的小說，名為*The Wind Done Gone*，未料管理《飄》的著作權之SunTrust Bank以侵害著作權為由，對Randall的出版社Houghton Mifflin起訴，請求禁止出版，一審獲勝訴判決，但上訴法院認為本案構成合理使用，廢棄一審判決，此作品才得以上市。See, *SunTrust Bank v. Houghton Mifflin Co.*, 268 F.3d 1257 (11th Cir. 2001).

⁶⁴ Rubinfeld, *The Freedom of Imagination*, *supra* note 119, at 5.

出版的自由才受到限制，所以著作權法應當是「針對內容」的規制法律。⁶⁵學者 C. Edwin Baker 亦認為，只要站在言論表述者的立場來看，就可以輕易判斷出著作權正在限制表述者的言論內容。況且，「是否違法」既取決於「內容」的判斷，這個法律當然是「針對內容」的法律。他引述大法官 Brennan 的意見：「任何對言論的限制，無論隱含什麼動機，只要其適用係取決於言論的內容，它就是『針對內容』的限制。」(*Boos v. Barry*, 485 U.S. 312, 335-36 (1988) (Brennan, J., concurring in part and in the judgment).)⁶⁶

第二，最高法院亦有判例承認，決定法律是否「針對內容」的另一個方法，就是考慮「立法動機」是否涉及內容(*Turner Broadcasting System, Inc. v. F.C.C.*, 512 U.S. 622, 642-43 (1994))⁶⁷。Baker 認為，很明顯地，著作權的根本目的就是要創造更多有價值的內容，以及讓這些資訊內容的流通更頻繁，如果沒有著作權法，這個社會就會減損很多有價值的資訊內容。由於著作權法的規範目的就是一個「針對內容」的目的，所以應該傾向判定它是「針對內容」的規制。⁶⁸

第三，如果一個法律管制的例外規定是「針對內容」的，該法律整體就可認定是「針對內容」的管制。美國最高法院已一再重申，法律中「針對內容」的例外規定，會使得該法律本身成為「針對內容」的法律，即便原本該法律的規範目的與內容無關。例如，一個禁止「picketing」（按，乃一種受言論自由保護的表意性行為，涉及以「站哨」或「糾察」的方式傳達特定訊息）的法規，會因為特別允許勞工的「picketing」，進而被認定為是針對內容的管制(*Carey v. Brown*, 447 U.S.

⁶⁵ Volokh, *Freedom of Speech and Intellectual Property*, *supra* note 119, at 703. 依 Volokh 的分析，美國最高法院已多次確認，即便「觀點中立」的法律亦可以是「針對內容」的管制，進而應適用「嚴格審查基準」。換言之，「觀點中立」與「內容中立」應予區分，兩者不能劃上等號。不過，已經有法院認定 Lanham Act（美國商標法）是「內容中立」的法律（*Dr. Seuss Enters. V. Penguin Books USA, Inc.*, 109 F.3d 1394, 1403 n.11 (9th Cir. 1997) (citing *Dallas Cowboys Cheerleaders, Inc. v. Pussycat Cinema, Ltd.*, 604 F.2d 200, 206 (2d Cir. 1979))）。Lemley & Volokh 認為，這是因為法院混淆了「觀點中立」與「內容中立」的緣故。Lemley & Volokh, *supra* note 119, at 186, 218.

⁶⁶ Baker, *First Amendment Limits on Copyright*, *supra* note 116, at 922-23.

⁶⁷ 但應注意，這只是供判斷的因素之一，非必然得出「針對內容」的結論。*Turner* 案之深入介紹可參見下文第三節第一項。

⁶⁸ Baker, *First Amendment Limits on Copyright*, *supra* note 116, at 923.

455, 460-62 (1980))。又或者，一個禁止在特定地區張貼佈告的法律，會因為設有准許特定商業或非商業佈告的例外規定，也成為「針對內容」的管制(*Metromedia, Inc. v. City of San Diego*, 453 U.S. 490, 512-17 (1981))。⁶⁹由於著作權法的例外規定--合理使用原則--的判斷與適用，必須考量「利用的目的及性質」，還要參考「著作的性質」，⁷⁰則合理使用條款自然是「針對內容」的規定了。基於上述法院判例，亦應認定著作權法為「針對內容」的法律。

以上是以正面陳述的方法來主張著作權法為「針對內容」的法律。另外針對著作權法為「內容中立」法律的主張，亦可提出反駁如下：

一、「次要效果分析」(secondary effects analysis) 不應適用於著作權法：

所謂「次要效果」(secondary effects) 分析是由*City of Renton v. Playtime Theatres, Inc.*一案發展出來的。該案涉及一個禁止於特定區域設置成人戲院的法規，地方法院認定此法規並不違反第一修正案，因為該法規之核心規範目的並非針對該戲院播放的內容（按，即「主要效果」），而是著眼於設置成人戲院對於該區域的環境影響（按，即「次要效果」）。換言之，該法規對於戲院不能播放特定內容影片的自由雖有限制，但這不是該法規的核心規範目的，只要該法規的核心目的是針對受規制對象所造成的「次要效果」，雖然會波及「主要效果」的限制，它還是「內容中立」的規制。上訴法院及最高法院皆同意此見解。⁷¹但是後來才發現，這個標準實在過於模糊，畢竟立法者意圖壓制特定言論時，往往都可以冠冕堂皇的說出一個目的涉及規制對象的次要效果，如果容許這樣的標準，未免太容易假次要效果之名行言論壓制之實。⁷²因此，兩年後在*Boos v. Barry*乙案中，

⁶⁹ Volokh, *Freedom of Speech and Intellectual Property*, supra note 119, at 706; See also, Tushnet, *Copyright as A Model*, supra note 89, at 25-26.

⁷⁰ 17 U.S.C. § 107. 另參見我國著作權法第六十五條第二項。

⁷¹ *City of Renton v. Playtime Theatres, Inc.*, 475 U.S. 41, 47-50 (1986).

⁷² See, Volokh, *Freedom of Speech and Intellectual Property*, supra note 119, at 705-06. [Volokh認為，一個法案如果有兩個以上的效果，最後往往沒有辦法分辨何者為主要效果，何者為次要效果。且對於著作權人而言，面對一個近似的作品（因而可能涉及侵權），他通常想到的不是著作權鼓勵創作的效果，而是他自己的著作的市場可能受影響的結果，對他而言，後者才是真正的主要效果。]

主筆的O'Connor大法官便試圖更清楚的界定「次要效果」分析的適用，亦即，該分析的適用僅限於法規的核心目的「恰巧地」與特定言論「類型」相關，但不能與特定言論的「內容」有關。⁷³至於以Brennan為首的部分協同意見書，更明言應該限制「次要效果」原則的適用，使之僅限於「供應具有明顯性意味的內容的商業活動」。⁷⁴

學者Baker認同Brennan大法官的意見，認為「次要效果」分析既模糊又危險，因此他當然也反對運用此標準來歸納著作權法的性質。為了反駁此標準之用於著作權法，他援引*Simon & Schuster, Inc. v. New York Crime Victims Board*乙案為理由（502 U.S. 105 (1991)）。此案涉及紐約州的「Son of Sam Law」，該法規定任何實體（entity，例如出版社）與罪犯簽約，出版其犯罪故事或生活者，應將所得利益提存給一個類似受害者聯盟的團體，儘先償付被害者的民事求償與該罪犯的其他債務。最高法院認定該法為「針對內容」（content-based）的規制，運用嚴格審查基準的結果，判定該法抵觸第一修正案。在這個案件中並沒有提及「次要效果」標準，但是如果運用「次要效果」分析的話，很可能Son of Sam Law就會被認定成為「內容中立」（content-neutral）的規制，因為該州法的核心目的是讓罪犯不道德的獲利移轉給道德上更值得撫慰的受害者家屬（次要效果），並非針對被限制者特定的言論（主要效果）。⁷⁵Baker認為，既然Son of Sam Law可以明確地被判定是「針對內容」的規制，那麼著作權法更應該是「針對內容」的規制。因為兩相比較之下，著作權法除了在適用上也同樣必須涉及「內容」的檢驗外。著作權法的終極目的更是「針對內容」地意圖促進有價值的或社會需要的資訊內容生產及流通，反之，Son of Sam Law的規範目的卻沒有鼓勵資訊「內容」生產的意義。舉輕明重，著作權法當然更應該是「針對內容」的規制了。⁷⁶

二、「觀點中立」不等於「內容中立」：

⁷³ *Boos v. Barry*, 485 U.S. 312, 318-21 (1988).

⁷⁴ *Id.* at 334-38. (Brennan, J., concurring in part and in the judgment).

⁷⁵ Baker, *First Amendment Limits on Copyright*, *supra* note 116, at 925.

⁷⁶ *Id.* at 926.

最高法院最近在*Hill v. Colorado*乙案中表示，判定法律性質是否「針對內容」的標準為「是否政府採取言論壓制措施是因為不同意該言論」，這樣的說法遭到批評。Baker認為這樣的說法應予限縮修正，更不能用來適用在著作權法性質的判斷上。⁷⁷

*Hill*案涉及的是一個管制法律，它規定在健康醫療設施一百英尺的範圍內，禁止基於從事言論活動的目的，接近任何人於八英尺的範圍內。（亦即，如果要從事言論活動，必須與其他人保持八英尺以上的距離。）判決文強調「決定（管制）是否內容中立的關鍵問題……乃國家進行言論的管制是否是因為不贊同該言論的意旨」⁷⁸。多數意見在這個案例似乎要建立一個原則，只要立法者不反對受管制言論的意旨，該管制就沒有「內容歧視」（content discrimination）的問題。

Baker反對確立這樣的原則，並提出其他最高法院案例，說明法律是否有「內容歧視」，不必然取決於立法者的態度。例如，在一九九四年的*Turner*案⁷⁹，不論是主張內容中立的多數派與主張針對內容的少數派，都未提到要以立法者的「贊同與否」來作為管制性質的判斷標準。此外，上文已經提到的，在一九九一年的*Simon & Schuster v. Members of New York State Crime Victims Bd.*案，法院不清楚也不打算釐清，立法者是否對於犯罪者的著述內容不表贊同。更甚者，對於當事人一造主張「有關財務上的歧視待遇，只有在立法者意圖壓制特定思想時，才有違反第一修正案的嫌疑。」該判決文的回應是：「這個主張是錯誤的。我們一直以來的都認為『不正當的立法目的並非違反第一修正案的必要條件。Simon & Schuster毋須舉證（立法者）有不恰當的言論箝制動機。』」，又「即便是追求適當公益的管制也可能不適當地限制第一修正案所保護的權利」。⁸⁰

⁷⁷ Baker, *First Amendment Limits on Copyright*, *supra* note 116, at 927-30.

⁷⁸ 530 U.S. 703, 719 (2000) [quoting *Ward v. Rock Against Racism*, 291 U.S. 781, 791 (1989)]

⁷⁹ 512 U.S. 622 (1994). 詳參下文第三節第一項。

⁸⁰ 502 U.S. 105, 117 (1991). [quoting *Minneapolis Star & Tribune Co. v. Minnesota Comm'r of Revenue*, 460 U.S. 575, 592 (1983)]

學者Eugene Volokh也有與Baker相同的批評⁸¹，他用以支持其論證的判決則是一九九三年的*City of Cincinnati v. Discovery Network, Inc.*案⁸²。該案涉及政府禁止新聞佈告欄（newsracks）張貼商業性言論。儘管政府方面強調這是基於美觀與安全的考量，與特定言論觀點無關，法院依然判決這個管制違憲，因為它區別了傳統新聞與商業性言論。至於立法者是否對於商業性言論有敵意，則不在法院考慮範圍內（按，判決文論及於此時，亦引用了*Simon & Schuster*案）。⁸³

Baker認為，*Hill*案是一個錯誤的判決，當它採取「立法者是否贊同」作為判斷管制是否中立的標準時，引用了*Ward v. Rock Against Racism*案⁸⁴，但這也是一個錯誤的引用。因為*Ward*案所涉及的，是一個「初步可判定」為「內容中立」（facially content-neutral regulation）的噪音管制法規，法院藉由探究立法者意圖，可以再深入釐清該管制有無可能是「針對內容」的管制。但是在*Hill*案中，正相反地，該案所涉及的是一個「初步可判定」為「針對內容」（facially content-based regulation）的管制，此時不可以再援用立法者意圖，作為擺脫違反第一修正案嫌疑的工具。要洗刷違反第一修正案嫌疑的唯一方法，應該是提出更具說服力的正當化理由。簡而言之，Baker認為，立法者的「不贊同」，是認定某一法律是否「針對內容」的「有效條件」，但非「必要條件」。所以如果某一個管制表面上看來是「內容中立」的管制，可以運用「政府不贊同特定言論」這個要件，來判定該管制屬於「針對內容」的管制。但是，如果一個管制表面上看來就著重或取決於言論內容，那它原則上就是「針對內容」的管制，根本無須再探究立法者是否不贊同。⁸⁵

綜上所述，著作權法應該是「針對內容」的規制，因為得否援引著作權法壓

⁸¹ See, Volokh, *Freedom of Speech and Intellectual Property*, *supra* note 119, at 707-08. (Volokh也認為著作權法是針對內容的管制，他與Baker一樣，都批判了「次要效果分析」的應用，並且反對「觀點中立」等同於「內容中立」。)

⁸² 507 U.S. 410 (1993).

⁸³ *Id.* at 429-30.

⁸⁴ *Ward v. Rock Against Racism*, 491 U.S. 781 (1989).

⁸⁵ Baker, *First Amendment Limits on Copyright*, *supra* note 116, at 929-30. 這也是*Hill*案中不同意見書的意旨。See, 530 U.S. at 741 (Scalia, J., dissenting).

制侵權者的言論，是取決於侵權者的言論「內容」是否構成「實質近似」此一要件。換言之，著作權法是一個「初步即可判定」為「針對內容」的法律，不可以再援引立法者意旨改判定為「內容中立」。

雖然學者們對於著作權法是否內容中立的法律見解分歧，援引的最高法院判決也各執一詞，但實際上兩派見解的歧異是在環繞一個核心問題上，那就是「立法者是否反對特定表述內容」。支持著作權法為「內容中立」的學者（如 Netanel 及 Benkler）認為這個標準就決定了「內容中立」抑或「針對內容」。支持著作權法為「針對內容」的學者（如 Volokh、Baker）則一致否定這個標準。

最高法院的判決原則上也可以分成這兩種類別，呈現出司法的自我矛盾。第一類判決包括 *Turner* 案（512 U.S. 622 (1994)）、*Ward* 案（491 U.S. 781 (1989)）、*Olympic* 案（483 U.S. 522 (1987)）及 *Regan* 案（468 U.S. 641 (1984)）。這些案例強調只要立法者並未否定特定言論內容，法律便非針對內容。第二類判決則為 *City of Cincinnati* 案（507 U.S. 410 (1993)）和 *Simon & Schuster* 案（502 U.S. 105 (1991)）此一系列案例。這些案子強調管制的適用既然是直接產生言論箝制效果，即便立法者不反對特定表述內容，亦無礙此等法律為針對內容的管制。

筆者將上述爭議整理如下表 3-1。

表 3-1：言論規制法律分類整理表

法律性質粗分	直接涉及內容		間接涉及內容	
法律性質細分	立法者否定 特定內容	立法者未否定 特定內容	象徵性行為	時間、地點、方 式
法律性質歸類	針對內容	爭議所在	內容中立	內容中立
司法審查標準	嚴格審查標 準		<i>O'Brien</i> 標準	<i>Ward</i> 案標準（援 用 <i>O'Brien</i> 標準）

筆者贊同Baker的說明，這種歧異源自於「表意自由」保障之哲學基礎的不同。如果認為保障表意自由是為了保障「個人自由與自主」，當法律規制直接涉及個人的表述內容，就應該認為是針對內容的管制，因為此時個人自由與自主已經受限。相反地，如果認為保障表意自由是為了「健全民主秩序」，那麼便不會介意個人自由與自主的受限，而會再去探詢這種限制是否有助於民主價值，如果答案為肯定，那麼就不會希望這種限制成為針對內容的法律而受到嚴苛的檢驗。

86

本文認為表意自由的保障是一種道德性的，以人的自由與自主為基礎的保障。⁸⁷雖然表意自由的保障同時帶有促進民主秩序的功能，但這是一個附帶的功能，附帶的功能不可以反客為主。換言之，只有在個人的自由與自主沒有受限的情況下，才能考慮民主秩序的促進問題。當個人自由與自主受限时，亦即當法律

⁸⁶ Baker, *First Amendment Limits on Copyright*, *supra* note 116, at 932-33.

⁸⁷ 這個見解在美國恐怕是少數說，但在我國，本於歐陸法系基本權利理論的移植與影響，似乎是必然的推論。學者林子儀亦認為應採類似的自我實現說，作為言論自由的保障理論。參見，林子儀，〈言論自由之理論基礎〉，收於氏著《言論自由與新聞自由》，1993年，頁46-56。

的規制「直接涉及表述內容」時，就應該適用嚴格的審查基準，不能因為法律促進民主的功能，便降低對於個人憲法權利的保障。

站在這個理解的基礎上，我們可以比較容易瞭解為什麼Baker認為，只有對「表面上為內容中立的規制」(亦即*facially neutral regulation*)，司法者才可以藉由探究立法意旨，判定該規制為「針對內容」的法律⁸⁸，因為這樣的作法並不悖反個人自由與自主之保障。但是反過來，對於「表面上為針對內容的規制」(*facially content-based regulation*)，司法者便不可以再去探究立法意旨，因為客觀上已經「直接涉及內容」的規制，再怎麼解釋立法意旨，都不能改變個人自由與自主受到限制的事實。

第三節 著作權法之司法審查標準

由於學者間對於著作權法是內容中立的法律抑或針對內容的法律見解不同，其架構的司法審查體系也就截然不同。以下第一項先介紹認為著作權法為內容中立法律之學者的司法審查架構，第二項介紹認為著作權法為針對內容法律之學者的司法審查架構。最後於第三項提出本文評析。

第一項 認為著作權法為內容中立者之審查標準

學者如 Neil W. Netanel 與 Yochai Benkler 等皆認為著作權法是內容中立的法律，因此審查著作權法合憲與否的審查標準，原則上應參照其他審查內容中立法律的案例所建立之標準。

美國最高法院在一九九四年做成*Turner Broadcasting System, Inc. v. F.C.C.*案⁸⁹

⁸⁸ 參見本節第二項二、部分。

⁸⁹ *Turner Broadcasting System, Inc. v. F.C.C.*, 512 U.S. 622 (1994), available at

之判決，該案作為審查標的之法律與著作權法性質相同，皆涉及私人間「資訊權利」的分配問題，因此Netanel與Benkler等學者皆認為應以此案所建構之審查標準，作為著作權法的司法審查標準。

以下即先介紹 *Turner* 案之事實與判決意見概要（第一款），其次說明著作權法與該案審查標的之類似性（第二款），最後闡述該案所建立之審查標準（第三款）。

第一款 *Turner* 案事實與判決概要

*Turner Broadcasting System, Inc. v. F.C.C.*案之爭議起因於美國「一九九二年有線電視消費者保護與競爭法」（Cable Television Consumer Protection and Competition Act of 1992）⁹⁰部分條文⁹¹強制一定規模的有線電視業者，必須在其有線電視頻道中，轉播送無線廣播電視台的特定節目。此即一般所謂的「強制轉播」條款（must-carry rule）。有線電視業者Turner公司認此規定乃對其節目編輯權的不當干涉，遂以違反第一修正案為由起訴。地方法院判決Turner公司敗訴。全案經上訴後，最高法院接受審理，其雖作成撤銷發回之判決，但認為，「強制轉播條款」僅需接受*O'Brien*案所界定的中度審查基準，而非上訴人所請求的嚴格審查基準。撤銷發回之原因主要是事實調查問題。⁹²多數意見由大法官Kennedy主筆，主要內容如下：

一、雖然一九六九年關於無線廣播電視的案例⁹³適用較寬鬆的審查基準，但是由於有線電視與廣播電視有所差異（有線電視沒有頻道稀少及訊號干擾的問

<<http://supct.law.cornell.edu/supct/html/93-44.ZO.html>> (last visited 2005/4/7).

⁹⁰ Pub. L. No. 102-385, 106 Stat. 1460 (codified in scattered sections of 47 U.S.C. 521-611).

⁹¹ 參見該修正法案的Section 4 及Section 5。可查閱於

<<http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/D?c102:6:./temp/~c102Chf96B::>> (last visited 2005/4/7).

⁹² 經過十八個月的事實調查，地院還是判決「強制轉播」條款符合*O'Brien*審查基準，Turner公司再次上訴，最高法院這次維持了地院的判決。See, *Turner Broadcasting System, Inc. v. F.C.C.*, 520 U.S. 180 (1997).

⁹³ *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC*, 395 U.S. 367 (1969).

題)，因此涉及有線電視經營者與節目編輯者的管制，不應比照適用相同程度的審查標準。此外，儘管「一般性」管制所有媒體的法律僅需適用「合理審查標準」（*rational basis scrutiny*），但若法律刻意挑出（*single out*）特定媒體給予區別對待，這通常會產生國家權力濫用的危險，因此應該適用較高的審查標準（*some degree of heightened scrutiny*）。⁹⁴

二、強制轉播條款並不是「針對內容」的管制，不能適用「嚴格審查標準」（*strict scrutiny*）。多數意見認為，國會制訂此條款的是基於，廣播電視乃四十%沒有有線電視的美國人的資訊來源，因此國會認為保障人民對此等資訊的接觸，具有重要意義。其所制訂的「強制轉播條款」針對的是節目編輯者播送節目的「方式」，而非播放的「訊息」，因此，它的規範目的與內容並不相關，不能適用嚴格審查基準。⁹⁵申言之，「強制轉播條款」並未侵犯有線電視經營者的編輯權，因為他並未強迫有線電視經營者去更動其自身的頻道節目內容，以配合廣播電視。再者，有線電視公司相較於無線廣播電視公司，對於電視頻道收看者的節目內容有更嚴密的控制權（按，換言之，獲利能力更強），因此國會給予廣播電視較為優惠的待遇，也是基於此等經濟上的不平衡，而非意圖影響有線電視的節目內容。據上所述，本案不適用「嚴格審查基準」。⁹⁶

三、強制轉播條款既屬「內容中立」的法律，應適用*O'Brien*案（391 U.S. 367 (1968)）及*Ward*案（491 U.S. 781 (1989)）所建立的中度審查基準。根據此標準，內容中立的規制要通過司法審查必須符合以下條件：1、法律足以促進重要的國家利益；2、該國家利益與表述自由的壓制無關；3、對於第一修正案權利的附帶性限制不超過為促進國家利益所必要之程度。審視國家藉由強制轉播條款所意圖追求的國家利益（保存免費的地區性廣播電視、促進多樣化資訊傳播，以及促進電視節目市場競爭），固然具有相當的重要性，但是否強制轉播條款確實能促

⁹⁴ *Turner Broadcasting System, Inc. v. F.C.C.*, 512 U.S. at 632-37.

⁹⁵ *Id.* at 637-49.

⁹⁶ *Id.* at 649-59.

進上揭利益，以及有無其他造成較小損害的替代方案，都仍待被上訴人（即政府）提出更進一步的說明。由於事實仍待釐清，本案撤銷發回。⁹⁷

第二款 「強制轉播」條款與著作權法

學者Benkler認為著作權法應比照*Turner*案對「強制轉播條款」的審查標準，除了因為兩者都是「內容中立」的法律外，更因為兩者都涉及「資訊與文化產品的管制」，亦即都涉及將原本應屬共享資源的「資訊」私有化之規定。⁹⁸

學者Netanel的理由與之無甚不同，但更明確地將這種資訊私有化的規定稱為「表述權利」（speech entitlements）的分配規定。依其所述，所謂的「表述權利」包括「藉由特定傳播管道控制傳播內容的權利」（rights to control what is expressed via a given channel of communication）、「接觸潛在聽眾的權利」（right of access of prospective audiences）以及「控制特定表達內容的權利」（rights to control uses of particular expressive content）。國家分配「表述權利」的時候，通常不以特定觀點（viewpoint）或主題（subject matter）作為考量的基礎，其主要目的是促進特定個人或團體的表述地位，因此這種法律會區別「表述者」（speaker），藉由法律提昇特定「表述者」表述意見的力量。⁹⁹

承上所述，著作權法應適用 *Turner* 案標準的理由，是因為兩者都有分配「表述權利」的性質。著作權法與「強制轉播」條款都有一定的公益目的，前者是為了資訊的多產與多元，後者是為了資訊的多元與平衡；著作權法與「強制轉播」條款基於其公益目的，區別「表述者」，分配「表述權利」，前者規定特定言論內容僅著作權人才可以合法複製、散佈，非著作權人的表述則受到限制，後者是規定有線電視必須限制自己的表述內容，播送其他地區廣播電視的表述內容。

⁹⁷ *Id.* at 659-66.

⁹⁸ See, Benkler, *Through The Looking Glass*, *supra* note 50, at 178.

⁹⁹ Netanel, *Locating Copyright*, *supra* note 84, at 55-56.

應特別說明的是，Netanel 主張分配「表述權利」的法律是「內容中立」法律的一個特殊次類型，與其它的次類型應有所區別（例如，「時間、地點或方式的規制」及「象徵性言論的規制」），亦即，審查標準應予以提高。對此，Netanel 提出兩點理由。

第一，「表述權利」的分配雖然不致於像「針對內容」的管制法律幾乎不相容於自由民主的憲法秩序下，但是這種區別「表述者」的措施，也不似「時間、地點、方式的管制」僅僅對於受管制者造成不便。它的重要性是因為在資訊化的時代，誰掌握多一分表述力量，誰就獲得更強的社會、經濟及政治優勢。「表述權利」的分配最常見的目的是提升弱勢個人或團體的可見度，平衡社會上各種資訊的來源，例如「強制轉播條款」的制訂就是怕地區的廣播電視作為一個傳統重要資訊來源，會因為有線電視的強大優勢而被淘汰，所以藉由強制轉播的規定，強化廣播電視的表述權利，削弱有線電視的表述權利。有鑑於「表述權利」分配規定的實質上重要性，此類規制雖然是內容中立法律，仍應適用更強化的（heightened）審查標準。

第二，除了「表述權利」的分配管制具有實質上重要性外，這類管制之所以應予高度注意，更因為「言論」所特有的「公共財」性質，使其政治上「競租」的問題會更加惡化。我們知道現代的政治運作或多或少都有利益團體「競租」的問題，但其實如果所有的社會利益可以被充分代表的話，過份偏袒的管制或許可以盡量避免。但在「表述權利」分配管制的情形，由於「資訊」是一種公共財，它的影響（包括獲利者及受限者）並非買方或者賣方就可以完整表現出來的，往往有更廣大的群眾受益或受害。這種高「外部性」的特質會使得「競租」問題更加惡化，因為利益團體的組成呈現高度不平衡的狀態。準此以言，司法者更應提高警覺，以補立法結構的先天缺陷。¹⁰⁰

¹⁰⁰ See, Netanel, *Locating Copyright*, *supra* note 84, at 62.（除了沒有代表以外，還可能有代表性不足而產生的利益失衡問題。）另請參見本文第二章第二節之說明。

綜上所述，認著作權法為內容中立法律之學者，係以著作權法也具備「表述權利」分配之性質，因此主張著作權法應適用*Turner*案之審查標準。此外雖然分配「表述權利」的法律原則上不涉及特定觀點或主題，因而仍屬於「內容中立」的法律，但相較於其他不區別「表述者」的次類型，其司法審查標準仍應相對強化（heighten）。¹⁰¹在下述第三款，本文即說明此「強化的中度審查基準」。

第三款 強化的（heightened）中度審查基準

在前文第二款中，筆者除了介紹著作權法為何應適用 *Turner* 案的標準外，也同時說明了涉及分配表述權利的管制，與一般內容中立管制（例如時間、地點、方式的管制）並不相同。由於其實質上的重要性以及可能更嚴重的競租問題，Netanel 認為這類管制需要一個「強化的（heightened）中度審查基準」。

在*Turner*案中，最高法院一方面基於有線電視不具備電波稀少的性質，反對採用最寬鬆的「合理審查基準」；另一方面，基於「強制轉播」條款並非「針對內容」的管制，排除「嚴格審查基準」。最後認定「強制轉播條款」為「內容中立」的管制，理所當然地便引用*O'Brien*案與*Ward*案的中度審查標準（這兩個指標性案件的標準，主要是適用在法律管制「時間、地點或方法」（如*Ward*案的噪音管制）或「象徵性言論」（如*O'Brien*案禁止焚燒徵兵卡的管制）的情況。）根據判決文，法規要通過*Turner*案所述標準，必須¹⁰²：

- 1、法律的規範目的與特定觀點（viewpoint）或言論主題（subject matter）的壓制無關；
- 2、有助於達成重要的國家利益；

¹⁰¹ 參見下文第三款。

¹⁰² *Turner*, 512 U.S. at 662.

3、該法規對於言論之限制，不能逾越促進國家合法利益所必要之程度。

乍看之下，*Turner* 案的標準與 *O'Brien* 案或 *Ward* 案沒有什麼不同，但實際上確實有一個重要的細微差異，那就是「上揭標準的說明或舉證義務之承擔或分配」。依據 Netanel 的分析，雖然 *Turner* 案的判決文明白表示，適用的是 *O'Brien* 案及 *Ward* 案的「中度審查基準」(intermediate scrutiny)，但實際上，由於本案具備分配「表述權利」的性質，最後適用的標準是「強化的」(heightened) 中度審查基準。

此所謂「強化的」的中度審查基準，並非 Netanel 突發奇想的發明，*Turner* 案的判決文本身，確實特別指出「若法律刻意針對某一個媒體或部分媒體給予區別對待，該法律必有引發國家權力濫用的危險，也因此，它必須受到一定程度更強化 (heightened) 的第一修正案檢驗。」¹⁰³ 準此，多數意見固然適用「中度審查基準」的諸項標準，但對於法規本身的質疑卻相對嚴格，不但要求國家應該說明「地區性廣播電視的經濟狀況確實處於危機而需要強制轉播條款的協助」，甚至要求國家必須說明「強制轉播」條款是「對於有線電視公司之言論干涉最小的方法」。¹⁰⁴

這種相對嚴格的態度可說極為少見，需知在 *O'Brien* 案、*Ward* 案及其他相關案例中，法院對於中度審查諸標準的審查，多採尊重國會判斷之預設立場。因此回頭看 *Turner* 案竟特別強調「在涉及第一修正案問題時，法院雖然尊重立法權，但一樣要對事實進行獨立的判斷。」(512 U.S. at 666) 顯示出 *Turner* 案與向來判例對於「內容中立」法律的立場確實有所差異。因此，Netanel 認為 *Turner* 案在「內容中立」法律的司法審查標準中，樹立了一個特別的子類型，此即「強化的中度審查基準」，該基準是以質疑、而非尊重國會判斷為前提，主要的適用狀況是針

¹⁰³ *Id.* at 640-41. ([L]aws that single out the press, or certain elements thereof, for special treatment “pose a particular danger of abuse by the State,” and so are always subject to at least some degree of heightened First Amendment scrutiny.)

¹⁰⁴ Netanel, *Locating Copyright*, *supra* note 84, at 55-57.

對涉及「表述權利」分配的法規，而與其他「內容中立」法規的適用標準有所區別。¹⁰⁵

綜上所述，Netanel認為著作權法與「強制轉播條款」有共同的特殊性質（分配「表述權利」），因此著作權法之審查標準應該適用Turner案所建構的「強化的中度審查標準」。然而，在二〇〇三年的Eldred案¹⁰⁶中，上訴人雖然依Netanel的見解請求適用Turner案的「強化的中度審查基準」，但是主筆的Ginsburg法官卻明白表示反對適用Turner案。判決文刻意對兩者的事實做出區分，Turner案是強迫被管制者（有線電視公司）傳播他人（無線廣播電視公司）表述內容，但Eldred案所涉的著作權法則並未強迫使用人「重述」著作權人的著作。除此之外，判決文更謂，由於著作權法禁止的是複製他人已發表的言論，即便這種規制也涉及第一修正案，相較於表述自己意見的情況，其重要性也大大減低。¹⁰⁷

Eldred案判決文的不當之處，除了未體認著作權法與「強制轉播條款」都具有「表述權利」分配的共同性質，還錯誤評估了「使用他人表述內容」的價值。因為著作的複製對於其他社會大眾而言，具有資訊傳播的重要價值；對於使用者本身而言，在其所選擇的地點，用其所選擇的方式，使用其所選擇的他人作品，具有形塑人格與表現自我的意涵。¹⁰⁸儘管有這些錯誤，由於最高法院判例的強大影響力，Turner案標準在往後著作權法的司法審查中，恐怕輕易難以翻身。

第二項 認為著作權法為針對內容者之審查體系

¹⁰⁵ 據Netanel所作的判決整理，在Turner案之後，許多下級法院案例已經在類似的事實狀態下採取這種「強化的中度審查基準」。例如，對於有爭議的管制，法院會質疑所追求的公益之性質，審究是否有足夠的事實可以支持該法律目的確實為公益之所需，探討限制言論的手段與公益目的之達成，在方法上是否密切配合所需。或者要求政府證明該限制手段是最不限制言論的手段，亦即是否是最小侵害手段。Id. at 57-59.

¹⁰⁶ 詳參見本章第一節第四項。

¹⁰⁷ Eldred, 537 U.S. at 221.

¹⁰⁸ See, e.g., Volokh, *Freedom of Speech and Intellectual Property*, supra note 119, 725-27; Rebecca Tushnet, *Copy This Essay: How Fair Use Doctrine Harms Free Speech and How Copying Serves It*, 114 Yale L.J. 535, 562-82 (2004).

認為著作權法為針對內容的法律者，包括 Volokh 及 Baker 等人，乃少數說。又由於 Baker 的表意自由體系不同於通說及實務，因此其審查體系需另外說明。以下分為兩部分，第一部分以「著作的商業性使用」為例，介紹實務通說的表意自由體系可能的運作模式；第二部分則介紹 Baker 的表意自由體系及其對著作權法之審查。

第一款 實務之表意自由審查體系---以「商業性使用」為例

在認為著作權法是針對內容的法律情況下，著作權法的司法審查標準將取決於具體個案中著作「使用」的性質。亦即，著作使用的性質如果是猥褻性等不受表意自由保障的言論，或者涉及商業性等低保障的言論¹⁰⁹，便會直接影響司法審查標準的不同，此即所謂的「雙階理論」。

「雙階理論」起源於一九四二年 *Chaplinsky v. State of New Hampshire* 乙案¹¹⁰，美國最高法院在該案判決文中宣稱：「排除或處罰某些定義明確且範圍狹隘的言論種類，從來不會產生憲法上的爭議，包括淫蕩的（lewd）、猥褻的（obscene）、褻瀆的（profane）、誹謗的（libelous）、侮辱的（insulting）及挑釁的（fighting）言語（挑釁的言語乃藉由言詞去施加傷害或者導致和平的危害）。可以清楚地觀察到，此類言詞完全無涉思想利用的核心，對於真理的追求而言亦僅具微渺的價值，保障這些言論而可能產生的利益，遠遠低於因為保障秩序與道德所帶來的社會利益。」¹¹¹從實際面來看，這種排除的必要性是因為任何人不可能將此類言論與政治性或文藝性言論等同看待，不排除的後果不是造成後者的過

¹⁰⁹ 「不受保障言論」與「低保障言論」可合稱為「低價值言論」（low value speech）。「低價值言論」原本都是不受保障的言論（*Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942)），但漸漸地，某些類型的言論被承認可享有一定程度的保障（例如商業廣告），因此目前稱「低價值言論」便包括「不受保障言論」與「低保障言論」。參見，法治斌，〈跳脫衣舞也受表意自由的保護嗎？〉，前揭註 58，頁 272-74。

¹¹⁰ 315 U.S. 568 (1942).

¹¹¹ *Id.* at 571-72.

度受限，就是造成前者的過度保障。¹¹²從規範面來看，將特定言論種類排除在表意自由的保障範圍之外，必然要追本溯源到表意自由保障的理論基礎去，才可能找到正當性基礎。¹¹³上揭判決文顯然是依據「追求真理說」(marketplace of ideas)的理論基礎，才能排除掉猥褻、挑釁等與真理追求無關的言論。但如果是以其他的理論基礎為考量，例如「表現自我說」，就可能有不大相同的排除範圍。¹¹⁴但美國實務就表意自由之理論基礎仍以「追求真理說」或者「健全民主說」為主流，僅先整理美國實務審查「針對內容」管制的體系如下表。

表 3-2：雙階理論之審查體系簡表

言論種類	高價值言論	低保障言論	不受保障言論
例示	政治、文化性言論	商業性言論	猥褻言論
審查標準	嚴格審查標準	較低審查標準	不以表意自由審查

因此進行審查的首要重點，在於著作使用性質的判斷。就此，必須綜合判斷兩個層面，一個是「著作」本身的性質，一個是「使用」的性質。舉例而言，雖然著作本身不具猥褻性，但使用人之使用具猥褻性，這種使用（即表述）也不在表意自由保障範圍。

本文不擬全面性地檢討所有可能的狀況，因為包括猥褻性等不受保障的言

¹¹² See, Jerome A. Barron & C. Thomas Dienes, *First Amendment Law* 19 (3d ed. 2004).

¹¹³ 但，學者許宗力認為，侮辱或誹謗等言論不應過早排除在言論自由的保障範圍內，而應留待「基本權利限制」的層次再處理。參見，許宗力，〈談言論自由的幾個問題〉，收於李鴻禧等合著，《台灣憲法之縱剖橫切》，2002年，頁241-42。

¹¹⁴ 關於言論自由不同的理論基礎，請參見，林子儀，〈言論自由之理論基礎〉，前揭註144文，頁13-46。

論，以及大部分的低保障性言論，都是少數的例外情況。在絕大部分的著作權爭議案例中，都涉及著作的商業性使用，因此最重要的爭議在於，「商業性使用」在表意自由體系中的性質定位，「商業性使用」是否可類比「商業性言論」，適用較低度的審查標準？

主張著作權法為「針對內容」規制的學者Volokh，僅粗略提及著作權法應適用嚴格審查標準，除非涉及低價值言論，例如「商業性言論」(commercial speech)的情況，則適用較低的審查標準。¹¹⁵但是他對於「商業性言論」在著作使用的脈絡下，可以適用的範圍如何？並無深入論述。嚴格而言，「商業性言論」的概念以商業廣告、傳單為中心，應該僅佔著作的「商業性使用」的一小部分。本文以下先簡介「商業性言論」於目前實務之狀況，再嘗試分析「商業性言論」的審查標準有無可能擴張運用於所有「商業性使用」情形。

一、「商業性言論」的實務發展

自從商業性言論在約七〇年代左右被美國最高法院納入表意自由的保障範圍內，便引發爭議不斷。¹¹⁶爭議的關鍵有二，其一是商業性言論如何界定，其二是商業性言論的審查標準為何。

就後者而言，最高法院在一九七六年的*Virginia Pharmacy*案¹¹⁷將「商業性言論」納入第一修正案保障範圍後，具體標準是在一九八〇年由*Central Hudson*案¹¹⁸所建構，可分為四部分。第一，商業性言論是否未涉及誤導或其他不法活動。若是，則屬於第一修正案保障之言論。開始進行下述第二到四項之檢驗；若否，則無再進行審查之必要。第二，管制法規所欲追求的公益是否實質重要

¹¹⁵ See, Volokh, *Freedom of Speech and Intellectual Property*, *supra* note 119, at 712. (Volokh 認為，著作權法的言論限制是「針對內容」的法律，原則上必須適用嚴格審查基準。退一步言，即便認為是「內容中立」的法律，由於著作權法並未「容許其他適當管道」(fail to leave open ample alternative channels)，因此也不能採適用於「時間、地點、方式」管制的中度審查基準。)

¹¹⁶ 扼要之介紹可參見，林子儀，〈商業性言論與言論自由〉，《美國月刊》第二卷第八期，民國76年12月。

¹¹⁷ *Virginia State Bd. of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc.*, 425 U.S. 748 (1976).

¹¹⁸ *Central Hudson Gas & Elec. Corp. v. Public Service Commission of New York*, 447 U.S. 557 (1980).

(substantial)。第三，管制法規是否直接促進上揭公益。第四，管制的程度是否逾越實現公益所「必要」。¹¹⁹

*Central Hudson*案所建構的上述四標準約略等同於「中度的審查標準」(intermediate standard of review)，相較於*Virginia Pharmacy*案似使用嚴格審查標準，此案之審查密度已有放寬。¹²⁰但即便如此，將「對商業性言論的規制」置入言論自由保護的嚴密審查網絡下，未免導致相關社會經濟措施施行不易。或許是這樣的考量，最高法院的立場在八〇年代後，又更加放鬆「商業性言論」的審查標準。

在一九八九年的*Fox*案¹²¹，最高法院對*Central Hudson*案的第四個標準做出補充，該判決宣示，國家無須證明管制的手段是「可以達到目的的手段中最輕微者」，只要證明「管制的手段與目的間有恰當的關連(a fit)」即可¹²²。換言之，在管制商業性言論的時候，政府只要表現出手段與目的間的合理適當性，就可以通過司法的審查。¹²³

觀察 *Central Hudson* 案與 *Fox* 案所共同建構的商業性言論審查標準，可發現其審查密度相對偏低，著作權法有關「屬於商業性言論之著作使用」的禁止部分，應可輕易通過此檢驗標準。舉例而言，甲公司未經授權取用乙之藝術照片為素材製作廣告，此乃著作權法所規制者。即便此規制之對象（即廣告）並未涉及誤導或不法而屬於受保障的受保障的商業性言論（標準一符合），但是著作權法的規定係為創設經濟誘因，鼓勵有價值的資訊之創造，具有健全民主與促進文化的功能，因此其追求之公益具有實質具體之重要性（標準二、三符合）；再者，著作權法將禁止的範圍限縮在表達（expression）而不及於思想（idea），且例外情況

¹¹⁹ *Id.* at 561-66.

¹²⁰ Barron & Dienes, *supra* note 169, at 176.

¹²¹ *Board of Trustees of State University of New York v. Fox*, 492 U.S. 469 (1989).

¹²² *Id.* at 480. (“...we have not gone so far as to impose upon them the burden of demonstrating...that the manner of restriction is absolutely the least severe that will achieve the desired end. What our decisions require is a ‘fit’ between the legislature’s ends and the means chosen to accomplish those ends”)

¹²³ 不精確地類比，這有點像是去掉「狹義比例性」與「最小侵害性」的比例原則。

下亦有「合理使用」之成立可能，因此其規制手段亦可謂符合 *Fox* 案所定義之適當性（標準四符合）。綜上以言，著作權法對於「屬於商業性言論的著作使用」之規制，應可通過表意自由之檢驗。

二、商業性言論的審查標準可否擴張到所有「商業性使用」情況？

承上，雖然著作權法關於「商業性言論」的規制可以符合當前實務建立的低審查標準。但是，接下來的問題回到前文所述「商業性言論」的第一個爭議：「商業性言論」的範圍界定。就著作權法而言，是否所有著作的「商業性使用」都可以算是「商業性言論」呢？

如果從最高法院判決對於「商業性言論」的定義來看，答案顯然是否定的。在 *Virginia Pharmacy* 案中，「商業性言論」被狹隘地定義為「建議（propose）一個商業性交易的言論」¹²⁴；在 *Central Hudson* 案中，其定義則稍微擴張成「單純與表意者及其聽眾之經濟利益有關的表述」。¹²⁵但無論如何，在美國最高法院判決的定義中，「商業性言論」其實就是一個以「商業廣告」為中心的概念，其概念涵蓋之範圍遠遠小於一般所謂著作的「商業性使用」。因為「商業性使用」廣泛地指稱「個人或公司以營利之目的使用他人著作」的情形，因此除了包括製作廣告、傳單等促銷性利用之外，還包括各式各樣非促銷性的商業利用。抽象而言，「商業性言論」是一種「促銷性的資訊」，「商業性使用」則指涉「資訊本身即為商品」的情況。

在此理解的脈絡下，除了極小部分可劃歸為「商業性言論」的著作使用外，其他大部分著作的「商業性使用」都必須納入嚴格審查標準之下。這似乎與現實有極大差距（例如，著作權法限制「A 出版公司盜印 B 出版公司的圖書」的規定，必須納入嚴格審查標準？），也置大部分的著作權法運作實務於違憲之處境。

由於 Volokh 教授除了主張著作權法為針對內容的法律外，並未說明更細部的

¹²⁴ 425 U.S. at 762.

¹²⁵ 447 U.S. at 561.

審查體系，本文在此無意妄加揣測，但可以想見的是，如何類推「商業性言論」的審查標準於其他「商業性使用」情形，將會是其見解的重要關鍵。¹²⁶

第二款 Baker---二元的表意自由體系與著作權法

另外一位主張著作權法為「針對內容」法律的學者是 C. Edwin Baker。由於 Baker 的表意自由體系與實務通說不同，因此對於著作權法的審查有不同的推導過程與結果。以下先簡單說明 Baker 的表意自由體系，再提出相關的著作權法檢討。

一、區分「言論自由」與「媒體自由」¹²⁷保障的理論基礎與性質

關於表意自由保障的理論基礎甚多，美國法院最常引用的有力見解是「思想的自由市場理論」(marketplace of ideas theory)。¹²⁸除此之外，尚有「人民自治理論」(self-government theory)以及「個人自由理論」(liberty theory)等等。¹²⁹學者 Baker 常被歸類在「個人自由理論」的派別之下。這個分類如果單指「言論自由」(freedom of speech)的部分是正確的，如果包括整個表意自由體系便不然。因為 Baker 的表意自由體系，在「言論自由」部分，是以「個人自由與自主」的保障為理論基礎，在「媒體自由」(freedom of press)的部分，則另以「健全民主體制」為理論基礎。¹³⁰

¹²⁶ 若考慮兩者營利導向的特徵以及資訊的性質，「促銷商品的資訊」與「本身即為商品的資訊」本質上並無太大不同。但程度上，前者可能更營利導向一些。

¹²⁷ 由於 Baker 定義的“freedom of press”的範圍包括新聞專業 (journalism)、其他各種傳播媒體，甚至包括資訊商品的製造者，因此筆者認為將“freedom of press”翻為「新聞傳播自由」或「媒體自由」似乎比「新聞自由」更恰當。有關 Baker 對於 Press 的定義請參見，C. Edwin Baker, *Human Liberty and Freedom of Speech* 234 (1989)。

¹²⁸ See generally, Barron & Dienes, *supra* note 169, at § 1.

¹²⁹ *Id.*; 另請參見，林子儀，〈言論自由之理論基礎〉，前揭註 144 文，頁 34-35。

¹³⁰ 在 Baker 一九八九年的著作中，係單純以「第四權理論」(fourth estate theory)為「媒體自由」(freedom of press)的理論基礎。但在其二〇〇二年的著作中，Baker 則表示「媒體自由」的保障是因為「媒體對於民主及其正當性具有重要貢獻」。換言之，Baker 明白表示「媒體自由」的保障是為了健全民主體制。請分別參見，Baker, *Human Liberty and Freedom of Speech*, *supra* note 184,

由於「言論自由」關切的是個人自由與自主（individual liberty and autonomy），所以如果著作權的規制禁止個人暢所欲言的自由，該規制原則上便是違憲地箝制個人言論自由。相反地，「媒體自由」本身，並非憲法保障的目的，「媒體自由」的保障實際上具有「工具性」的意涵，它的保障目的是健全民主機制，換言之是要「提供公眾一個獨立且健全的資訊環境」，因為這是民主制度良好運作所必要的條件。

Baker注意到，在實務一元論的第一修正案架構下，如果比較法院處理「個人言論管制」與「媒體言論管制」的案件，就會發現無法自圓其說的矛盾。例如，在涉及媒體結構管制的案例中，最高法院一再允許國家以促進更高價值言論或促進少數者言論為理由，限制媒體企業的言論。¹³¹這些判決顯然與*Mosley*案判決所宣稱者不相一致，因為該案判決已豪氣地宣示：「第一修正案的意義就是政府沒有權力因為言論的訊息、觀念、主題或其內容而限制言論。」¹³²為了解決這種矛盾，法院必須迂迴地強調立法者並無壓制特定言論的意圖，甚至創造所謂「次要效果」理論，藉以將此類媒體管制法律解釋成「內容中立」的法律，但是不同判決間的論理卻常自相矛盾。¹³³

但是，如果可以把媒體與個人在憲法上享有的權利分開，亦即本於二元論的立場來解釋第一修正案，這種矛盾就可以化解了。在媒體結構管制的案件中，涉及的是「媒體自由條款」（press clause），管制是否針對內容並不重要，重要的是，管制是否符合憲法保障媒體自由的目的（即，健全民主機制）。所以國家給予「言論弱勢者」和「媒體」差別待遇，雖然限制了「媒體」的言論內容，但顯然符合

at § 10; C. Edwin Baker, *Media, Markets and Democracy* 194-95 (2002). 其實Baker前後兩種說法並無本質的差異，因為「第四權理論」也是民主概念的一種（按，即「菁英民主」概念。參下文第四章第二節第一項）。但是Baker的民主概念在十年後已經有所擴充，除了「菁英民主」概念外，也更強調重視非主流團體及公共參與等民主理想（Baker稱其民主概念為「複雜民主」。參下文第四章第二節第二項），因此不再單單以「第四權理論」為「媒體自由」的基礎。另，有關以「第四權理論」為「媒體自由」的保障基礎，請參見，林子儀，〈新聞自由的意義及其理論基礎〉，收於氏著《言論自由與新聞自由》，月旦，1993年。

¹³¹ Baker, *First Amendment Limits on Copyright*, *supra* note 116, n.119 at 933.

¹³² *Police Department of Chicago v. Mosley*, 408 U.S. 92 (1972).

¹³³ 參見第二節第二項Baker與Volokh的批評。

民主多元與資訊流通的要求，故不違反憲法保障媒體以「媒體自由」的意旨；相反地，在 *Mosley* 案中，管制法律涉及的是「個人言論自由」，法院當然不可能讓國家以差別待遇的方法區別個人的言論自由。（按，*Mosley* 案所涉管制法規，係規定某特定範圍內不准抗議，但例外允許勞工進行抗議）準此而言，二元論的理解似乎是論理較為一貫的解釋架構。

二、著作權法對於媒體及個人的管制應予區分

國家制訂的媒體管制法規，部分是針對內容的管制，部分則否。舉例而言，立法者立法給予差別性的津貼補助（例如特別補助報業），這並非針對內容的管制。但若立法者制訂各種「接近使用媒體」（*access to the media*）的規定，強制媒體設施供特定人使用（基於該特定人是弱勢發言者，若無此管制，社會將聽不見他們的聲音等理由），由於已經涉及節目編輯、內容播送的抉擇，因此是針對內容的管制。¹³⁴但如前文所述，是否是「針對內容」的管制，僅在涉及言論自由時有重要性，在媒體自由部分，由於其工具性性質，司法審查的重點應該是有無促進民主機制的利益。所以當「媒體自由」面對「針對內容」的管制的時候，不必然會得出違憲的結論，只要這個針對內容的管制有益於資訊的創造與流通，足以符合憲法保障「媒體自由」及促進民主參與的目的，那麼對於「媒體自由」的限制便沒有違憲的問題。換言之，以媒體自由的角度來講，管制是否「針對內容」並不重要，重點在於該管制對於「媒體自由」的規範目的是否有益。

申言之，「言論自由」保護個人的表述選擇，每個人都應該有自由發表言論的權利。告訴一個人說「你不可以傳達你想說的話」，便已經是言論的箝制；即便他想說的話，是重複或散播別人以先創作的文字或其他著作，都不改變言論受到箝制的事實。相反地，傳播媒體作為一種營利性的組織，並不擁有具道德意涵

¹³⁴ 上文已提及 *Turner* 案的「強制轉播」條款（本章第三節第一項），就是一種強制性分享媒體設施的管制，迫使特定媒體必須播送其他媒體的表述內容，壓制該媒體自己的表述意志。也因此性質上應該是針對內容的管制，但是最高法院卻以立法者並未不贊同特定言論內容為由，認定其為內容中立管制。See, *Baker, First Amendment Limits on Copyright*, *supra* note 116, n. 119 at 933.

的自主權 (moral autonomy)，憲法保障媒體自由的理由，是因為它對於民主有重要貢獻，因為社會需要一個獨立的資訊與觀點來源。在這個前提之下，憲法保障它的方法主要是禁止觀念與資訊的箝制，且其他會損害媒體制度性功能（提供獨立觀點與資訊）的管制亦不許可。但是，為了維持或發展一個更健全的媒體環境，國家的介入有時是有必要的。但是這種國家介入媒體的行為，與「言論自由」無關，「言論自由」應該是屬於個人的，實際上受到限制的是媒體所享有的「媒體自由」。而正如前文所述，「媒體自由」是一種工具性的自由權利，是為了健全民主體制的制度性權利。如果保障「媒體自由」是為了促進民主，那麼當然可以為了更促進民主來限制它，畢竟它只是手段，不是目的。¹³⁵

承上所述，在 Baker 的「表意自由」(freedom of expression) 保障體系中，第一修正案並列的「言論自由」條款 (speech clause) 與「媒體自由」條款 (press clause) 所保障者，是兩個完全不同的權利，有不同的理論基礎，保障對象以及判斷標準。整理如下表 3-3 所示。

表 3-3：Baker 之表意自由體系

	言論自由 (freedom of speech)	媒體自由 (freedom of press)
理論基礎 (目的)	保障個人自由與自主	健全民主機制
保障對象	個人	媒體
對於「針對內容管制」的 審查標準	以嚴格審查標準為原則	不以嚴格審查標準為原則

¹³⁵ *Id.* at 936-37.

Baker認為著作權法就像是大部分針對內容的媒體管制法規，限制某些表述者的言論（即著作權侵權者），嘉惠其他表述者（著作權人），兩者的目的都是為了創造一個資訊充分、多元且意見獨立的環境。可以這麼說，立法者制訂著作權法的算盤，是藉由經濟誘因與專屬權利的賦予，來鼓勵有價值的，或專業的言論，雖然因為壓制侵權者言論而對資訊環境有一定的損失，但對於整體而言，最後結算出來的利益是極大化的。這種為促進社會整體言論而區別表意者的作法，是一種針對內容的規制，原則上不能為「言論自由」所允許，因為言論自由的基礎，是個人自由與個人自主，憲法不應容許國家以區別表意者（區別著作權人與非著作權人）的方式「排除」個人的言論自由。但相反地，從「促進健全的民主環境」的角度來看，如果著作權制度可以創造一個更多元而健全的資訊傳播環境，那麼給予特定表意者專屬權利，限制其他表意者的利用，當然就與憲法不相抵觸。¹³⁶

三、著作之使用與個人言論自由

用上述二元的表意自由體系進行著作權法的審查，必須先在著作的「使用者」與「使用行為」上做出區分。亦即，在著作的使用者部分應區分「個人」和「媒體」；在著作的使用行為部分，應區分「商業性使用」和「非商業性使用」。在不同的組合情況下，會牽涉不同的表意自由權利。如下表 3-4 所示。

表 3-4：著作使用與表意自由關連體系

<p>著作使用者</p> <p>著作使用行為</p>	<p>個人</p>	<p>媒體</p>
----------------------------	-----------	-----------

¹³⁶ *Id.* at 934-35.

商業性使用	媒體自由 (A)	媒體自由 (C)
非商業性使用	言論自由 (B)	媒體自由 (D)

茲就表 3-4 簡要說明如下：

- 1、(B) 行爲。個人對著作的非商業性使用乃言論自由的保障核心，著作權法即便有健全民主體制的功能，仍不能以此爲理由「排除」個人的自由與自主權利，因爲多數的決定原則上只能「限制」個人的自由，不能「排除」個人自由。因此，著作權法對此部分之規制應適用嚴格審查標準。¹³⁷ Baker此處的論點類似於憲法權利只可限制，不可剝奪的概念。因此，即便著作權法是多數制定的法律，而且還有促進社會整體資訊環境之民主功能，仍然不可以「剝奪」個人自由與自主權利。不過，限制某甲不可以表述某特定言論內容，是權利之「剝奪」還是「限制」？或有相當的解釋空間。
- 2、(C) 行爲與 (D) 行爲。如果認爲言論自由保障的基礎是個人自由與自主的保障，那麼媒體當然不在言論自由保障的範圍內，因爲媒體不是「人」。媒體的表述行爲在表意自由保障體系內之所以受到保障，是基於不同的理論基礎——健全民主體制。由於健全民主體制的概念與「營利」並不衝突（例如營利性的新聞媒體即爲媒體自由保障核心），因此就媒體部分的著作使用就沒有區分商業與非商業性的必要。其次，對於媒體表述行爲之管制，並不因爲針對內容，就必然適用嚴格審查標準，必須該針對內容管制有箝制特定言論的效果，才適用嚴格審查標準。如該針對內容之管制具有促進言論（亦即健全民主體制）之作用，例如「強制轉播條款」及著作權法，則排除嚴格審查標準之適用。

¹³⁷ *Id.* at 901-04.

3、(A) 行爲。個人的「商業性使用」由於涉及營利之目的，Baker認爲這已非個人自由與自主的保障範圍，因此不受言論自由的高度保障。蓋言論自由若以「個人自由與自主」爲其保障的理論基礎，那麼言論自由的範圍自然應該以對他人的自由與自主之尊重爲前提與界線。Baker認爲「市場上的交易行爲是一種將權力（權利）施加於其他人的活動」。即便這個交易行爲是出於兩造的自願，但一造的給付意願實際上是取決於他造是否給付。¹³⁸因此，交易行爲是一種以他人爲「工具」的行爲，這種以他人爲工具的行爲雖然也有表達一定自主意思，但相較於無獲利目的的表述行爲，仍有本質上的不同。¹³⁹此論點亦顯然是涉及經濟自由權（economic liberties）與非經濟自由權（personal liberties）¹⁴⁰的差別對待問題。筆者認爲這種差別對待如果要適用於言論自由的話，必須依據Baker對言論自由的定義，將言論自由保障的範圍限定在個人的自由與自主範圍內，而此範圍又以尊重他人自由與自主爲界線。如此一來才能與經濟自由權有清楚概念區隔，因爲經濟自由權所抒發的自由是以他人爲工具。這種本質的差別，才能使不同之司法審查密度有其正當性。如果是依照實務通說見解，「言論自由」（freedom of speech）與「表意自由」（freedom of expression）意義相同，並且混入健全民主體制的保障理論，便無法與經濟自由權作出明顯區別，因爲健全民主體制概念並不排斥營利行爲。¹⁴¹

4、個人的商業性使用雖不在言論自由的保障範圍內，但仍有作爲媒體的作用，

¹³⁸ *Id.* at 902-03.

¹³⁹ 也許有人會認爲，交易行爲既然出於雙方自願，因此也可說是尊重他人自由與自主的表現。然而這是過於樂觀的推定，若果真如此，勞工剝削問題何以產生？

¹⁴⁰ “Personal liberties”在美國法上指的應該是非經濟性的自由權利，若譯爲人身自由、人格自由或個人自由，都會與我國法上的既有名詞混淆，因此姑且譯爲「非經濟自由權」。

¹⁴¹ 黃昭元教授認爲，經濟自由權與非經濟自由權之所以被美國法院區別對待，是因爲在一九三七年*West Coast Hotel Co. v. Parrish*一案後（300 U.S. 379），經濟自由已不再是憲法增補條款第十四條的權利。參見，黃昭元，〈憲法權利限制的司法審查標準：美國類型化多元標準模式的比較分析〉，《台大法學論叢》第三十三卷第三期，2004年5月，頁105。又，關於區別對待的實質理由，黃教授認爲，是因爲有關經濟自由的立法多涉及「市場管制」，其規範事項變動較快，且事涉專業，所以法院不宜以高審查密度介入。惟黃教授對於「未涉及市場管制」的限制經濟自由之立法則未作說明。參見，同上，頁106。

因此至少要依據媒體自由予以保障。個人的非商業性使用當然一定程度也可能有媒體的作用，但由於言論自由的保障程度比媒體自由高（在 Baker 的表意自由體系下），所以無須再贅述媒體自由的保障。

第四節 小結

在本章中，筆者以美國法為參考對象，檢討表意自由對著作權法的審查體系。第一節介紹此議題在美國司法實務的發展情況。第二節及第三節則就美國法上表意自由審查體系說明可能的適用情況。

美國學界對於著作權法與表意自由可能衝突的探討，起源於七零年代左右，以學者 Nimmer 為首的學界意見，認為當時的著作權法在既有的內部機制（主要指思想/表達二分原則與合理使用原則）調控下，並不會侵害第一修正案保障的表意自由。此見解經一九八五年最高法院 *Harper & Row* 案肯定，成為美國實務判決的基調。嗣後在二〇〇三年的 *Eldred* 案中，最高法院雖原則上維持先前見解，但卻鬆口謂著作權的內控機制有所謂的「傳統輪廓」（traditional contour），言下之意，若立法者超過此傳統輪廓之界線，過度壓縮著作權法內控機制的空間，仍有可能構成違憲。多數改革派學者認為，*Eldred* 案是一個不滿意但可接受的判決。

承上，就著作權法與表意自由的衝突問題，美國實務的發展無法給我們太多直接的啟示，但透過其長久以來建立之表意自由體系及學說豐富的論述，仍可以間接協助我們建構著作權法的審查架構。美國實務建構之表意自由規範審查方法，原則上分成兩個階段。第一階段是判斷法律規制言論的性質，若屬內容中立之規制，適用中度以下的審查基準，若屬針對內容的規制，則必須進行第二階段

之判斷，即受管制的言論之性質。若受管制言論之性質為政治性、文化性等高價值言論，即使用嚴格審查基準，若受管制言論之性質為低價值言論，則適用低度的審查標準，或甚至不在表意自由的保障範圍內。

美國實務與學界的主流見解認為著作權法是一個內容中立的法律，因為著作權法之規範意旨並未意圖壓制特定言論觀點、主題或內容。在此前提下，重要學者如 Netanel 及 Benkler 等並認為著作權法之審查標準應以一九九四年的 *Turner* 案為模範。因為該案所涉及規範有線電視業者的「強制轉播條款」，與著作權法一樣，都是在未意圖壓制特定言論的前提下，涉及「表述權利」的分配。在此推論下，著作權法之審查原則上即一律適用中度的審查標準，頂多是在有重大爭議處強化政府方面的舉證責任，成為 Netanel 所謂「強化的」(heightened) 中度審查基準。

另外一個不同的體系建構，由學者 Baker 提出。Baker 認為表意自由體系中，言論自由(freedom of speech)與媒體自由(freedom of press)有不同的理論基礎，前者專門保障個人自由與自主，後者則以健全民主體制為職志。這種二元理解當然也會影響到著作權法的審查。從個人自由與自主觀點看來，著作權法必然是針對內容的管制，因為個人被禁止不能表述其所欲表述之內容；在著作權法規制到個人自由與自主的範圍內，應該適用嚴格審查基準。此外，在著作權法規制到媒體的部分（不只傳播媒體，還包括媒體內容的製造者，例如電影公司），由於著作權法係以促進資訊增產，獎掖創作為目的，符合媒體自由所涉之「健全民主體制」價值，所以在此部分自然不可能以嚴格審查標準進行審查。Baker 的推論過程與實務通說相較可說截然不同，但其實推論的結果只有一個細微的差別，那就是「著作權法對個人非營利性使用的限制應受到嚴格審查標準檢驗」。在其他絕大部分的著作權法適用情況，包括媒體的使用，個人商業性的使用等等，最後都一樣採中度審查基準。

綜上所述，可知著作權法的司法審查架構之確立並不容易，很大一部份的困

難必須上推到表意自由體系審查體系的正確理解與建構。雖然美國實務及通說的見解相對單純許多，但如果考慮到表意自由保障理論的問題，其推論過程就顯得破綻百出。筆者因此傾向贊同 **Baker** 的體系建構。在第五章我國法論述的部分，原則上亦以此為本進行架構說明。