

《2006年版權(修訂)條例草案》委員會

為教育及公共行政目的而作公平處理的條文

引言

在二零零六年六月十九日的條例草案委員會會議上，委員要求當局闡釋擬議的公平處理條文與《版權條例》(第528章)內的現有允許作為之間的關係，以及提供一些對公平使用或公平處理作出詮釋的案例。委員也要求當局舉例說明，何種情況會屬於或不屬於擬議為教育及公共行政目的之公平處理條文(即擬議第41A、54A、242A及246A條)的涵蓋範圍。本文件提供委員要求的資料。

公平處理條文與允許作為之間的關係

2. 現行的《版權條例》就教育及公共行政用途訂有允許作為條文(即第41至45條和第54至59條)。這些條文盡列了為何種目的和在何種情況下，若干受版權限制的作為即不視作侵權行為。若版權作品的使用不屬於有關情況，則無論有關的使用如何「公平」，也須受版權限制。引入為教育及公共行政目的之公平處理條文，目的是讓現行的版權豁免制度更加靈活，使不在現行允許作為條文涵蓋範圍內的作為，如構成公平處理，仍可免受版權限制。我們認為注入靈活性是合理的，因為隨着教學法和社會期望的轉變，為教育和公共行政目的而合理地使用版權作品的新情況也會出現，我們不可能預見所有情況，要在法例盡列所有的允許作為以配合這些轉變，也實在不可行。

3. 我們須注意一點，在香港的版權保護制度下，「公平處理」不是嶄新的概念。現行的《版權條例》第38及39條已訂明，為研究、私人研習、批評、評論或新聞報道而公平處理某一作品，不會視為侵權。「公平處理」的豁免與其他允許作為的主要分別之一，是「公平處理」不限於某一指明的受限制作為，卻可延伸至任何受版權限制的作為。如某作為屬允許作為(包括根據公平處理條文而屬允許作為)而獲得豁免，則不會構成侵權，而有關的版權作品使用者亦無須在使用該作品前或後，向有關的版權擁有人申請許可。版權作品的使用必須不與版權擁有人對作品的正常利用有抵觸，及沒有不合理地損害版權擁有人的合法權益，有關的豁免才適用。某作為是否構成「公平處理」，須視乎該個案的具體事實，以及法院如何衡量相關的因素。擬議第41A(2)、54A(2)、242A(2)及246A(2)條所述述的法院須考慮因素，是參考

美國、新加坡及澳洲版權法例的公平使用／公平處理條文而訂定的。事實上，現行的《版權條例》第 38(3)條已訂明若干因素，法院在裁定對某作品的任何處理是否構成為研究或私人研習目的而作的公平處理時，必須加以考慮。為求一致，我們趁擬訂《2006 年版權(修訂)條例草案》的機會，修訂第 38(3)條所述的因素，使該等因素與擬議第 41A(2)、54A(2)、242A(2)及 246A(2)條所述的因素一樣。

4. 《版權條例》第 37(5)條訂明，《版權條例》第 II 部第 III 分部所載各項允許作為條文的解釋互相獨立，所以某作為不屬於某條文的範圍，並不表示另一條文也不涵蓋該作為。因此，擬議的公平處理條文及其他允許作為的運作會互相獨立。擬議的公平處理條文和現行的允許作為一律須受《版權條例》第 37(3)條的基本考慮因素所規限，即有關作為與版權擁有人對作品的正常利用並無抵觸，也沒有不合理地損害版權擁有人的合法權益。

現行《版權條例》的公平處理條文

5. 如上文所述，現行的《版權條例》第 38 及 39 條已為研究、私人研習、批評、評論及報道時事而作的公平處理訂定條文。這些條文主要以英國《1988 年版權、外觀設計及專利法令》的對等條文為藍本，但英國為研究及私人研習目的而作公平處理的條文(上述法令第 29 條)並無載有香港《版權條例》第 38(3)條下的非盡列式的考慮因素。

6. 從英國的案例可以見到，他們在審定有關使用是否屬於「公平」處理時，會採取相類的「公平」準則。一般的原則是，公平與否必須以客觀的標準判斷：一個公正誠實的人會否為了相關的目的，以被告人的方式處理案中的版權作品¹。裁決最後須憑觀感作出²。

7. 根據英國法院對多宗案件的裁決可歸納出在判斷某項處理是否公平所須考慮的相關因素，其中包含的多項考慮與美國公平使用條文所訂的法定準則(見下文第 9 段)相類似。歸納所得的三項最重要因素為³—

¹ 案例：Hyde Park Residence Ltd v Yelland [2001] Ch. 143，引用於 Newspaper Licensing Agency Ltd v Marks and Spencer plc [2001] Ch. 257 一案

² 案例：Hubbard v Vosper [1972] 2 Q.B. 84 at 92-95

³ 案例：Ashdown v Telegraph Group Ltd [2002] Ch. 149

- (a) 被指侵權的使用對版權擁有人對作品的利用可帶來競爭的程度。這可能是最重要的因素。有關的驗證方法可被理解為任何對版權作品價值有潛在影響的活動；
- (b) 作品已發表與否。假如作品尚未發表，則任何處理都很可能不會是公平的；以及
- (c) 使用的程度和所使用部分的重要性。適用的驗證方法是審視被告人所用的程度是否必須，以達致其有關目的⁴。

可作考慮的其他相關因素包括－

- (d) 被指侵權者的動機，例如有關使用是否純粹以允許的目的來作掩飾⁵；
- (e) 使用目的，即該使用是否屬必須的，以帶出有關的要點⁶；以及
- (f) 如有關作品在事發之前從未發表，該複製品是否被告人盜竊所得或以其他方式挪用⁷。

8. 我們相信，由英國案例歸納出來的上述一般原則，當中包括類似第 38 條及擬議第 41A、54A、242A 及 246A 條訂出的四項非盡列因素，對我們詮釋《版權條例》所訂的公平處理條文，會繼續有參考價值。

美國法例下的公平使用

9. 美國《1976 年版權法》第 107 條就公平使用訂定一般性的豁免條文。有關條文不限於為指明的目的而作的使用－

⁴ 案例：PCR Ltd v Dow Jones Telerate Ltd [1998] F.S.R. 170；Associated Newspapers Group plc v News Group Newspapers Ltd [1986] R.P.C. 515

⁵ 案例：Pro Sieben Media AG v Carlton UK Television Ltd [1999] 1 W.L.R.605

⁶ 案例：Hyde Park Residence Ltd v Yelland [2001] Ch.143

⁷ 案例：Hyde Park Residence Ltd v Yelland [2001] Ch. 143; Ashdown v Telegraph Group Ltd [2001] EWCA Civ 1142; Beloff v Pressdram [1973] 1 All E.R. 241

「對版權作品作公平使用，包括製作複製品或聲音紀錄或以……其他方法作出使用，供如批評、評論、新聞報道、教學(包括把作品複製多份在課堂上使用)、學術或研究等用途，不屬侵犯版權」

在考慮某情況是否構成公平使用，第 107 條明文規定須考慮下列各項因素－

- (a) 使用的目的及性質，包括是否為商業目的或非牟利的教育目的而使用該版權作品；
- (b) 版權作品的性質；
- (c) 就版權作品的整項而言，使用的部分所佔的數量及實質分量；以及
- (d) 有關使用對該版權作品的潛市場或價值的影響。

10. 美國法院曾在多宗案件研究該四項因素的意義。以下是我們能撮取的若干一般準則－

- (a) 使用的目的及性質

若與非牟利用途比較，使用受版權保護材料作商業用途較難獲得接納。然而，版權使用者不會只因本身是商業機構而致失去公平使用的免責辯護。牟利與非牟利的主要分別，在於使用者是否沒有繳付通常須付的費用而利用受版權保護的材料坐享利益。

受質疑的使用「轉化」原本版權作品的程度亦屬相關的考慮。作品的轉化程度愈大，其他的因素便愈不重要。

被告人的行為是否恰當，與使用的性質有關。

- (b) 版權作品的性質

相對於創意作品，使用資訊性質的作品較有可能構成公平使用。

就從未發表的作品而言，「從未發表」的事實雖然不一定會否定公平使用的免責辯護，但也是關鍵因素。

若版權擁有人屬意把材料保密，則有關使用被裁定為公平使用的機會將會較低。

- (c) 就版權作品的整項而言，使用的部分所佔的數量及實質分量

一般而言，取用的數量愈大或取用的部分愈重要，有關取用便愈難符合公平使用的原則。法院會因應有關目的去考慮複製的數量是否合理。

- (d) 有關使用對該版權作品的潛在市場或價值的影響

法院往往認為這項因素最重要。

若要證明受質疑的使用會對作品的市場造成損害，原告人可顯示有關使用一旦普及時，版權作品的潛在市場將會受到不良影響。

法院會就此考慮該作品的傳統、合理或可能拓展的市場。

11. 我們認為美國法院在詮釋該國《版權法》的公平使用條文所採用的方式，對香港法院考慮擬議為教育及公共行政目的之公平處理的條文，會具有說服價值。本文件的附件載列美國一些有關公平使用的主要案件，並對該等案件作出較詳盡的分析。

公平處理作品示例

12. 根據擬議的第 41A 及 54A 條，法院在裁定對某版權作品的處理是否「公平」時，應考慮－

- (a) 處理的目的及性質，包括是否為非牟利目的而作出及是否屬商業性質；
- (b) 作品的性質；

- (c) 就作品的整項而言，被處理的部分所佔的數量及實質分量；以及
- (d) 有關處理對作品的潛在市場或價值的影響。

除上述四項因素外，法院也可考慮其他與案件實際情況相關的因素。下文舉例說明擬議第 41A 及 54A 條所訂公平處理條文可能涵蓋或不涵蓋的情況。

為教學或接受教學的目的而作的公平處理

13. 下列個案可能會視作擬議第 41A 條所指的「為教學或接受教學的目的而作的公平處理」－

- (a) 學生從一本有關其專題研習的雜誌中，節錄一小段在其習作內，藉此闡釋習作的某些要點。習作內已附有確認作品來源的聲明。學生會為接受教學的目的，在修讀課程的過程中把習作交給教師，並在課堂上向同學介紹習作內容；以及
- (b) 教師在教材內加入一段有關其講授題目的紀錄片選段，篇幅非常短，目的是向學生闡釋講授的要點。教師為教學目的在課程中利用有關教材向學生講解，並確認紀錄片的名稱和作者。

14. 下列個案可能不會視作擬議第 41A 條所指的「為教學或接受教學的目的而作的公平處理」－

- (a) 天氣惡劣，學生必須留在課室，教師於是播放一套正在上映的電影的數碼影像光碟給學生觀看，作為娛樂；
- (b) 學生家長指學校規定使用的某本教科書太昂貴。學生於是到圖書館借取該書並影印當中的大部份內容，因而不需要購買該書使用；
- (c) 教師從不同教科書摘錄一些章節製成教材套，但事前沒有取得有關版權擁有人的授權或特許。學生會使用該套教材作為主要課程素材，因而無須為該課程購買任何教科書；

- (d) 教師影印了一本作業的大部分論文式的問題及模擬答案。該作業也有很多其他練習，例如選擇題練習，但卻以論文式的問題連答案部分見稱，是有關作業在市場上的主要吸引力；以及
- (e) 教師摘錄一套近日上映的喜劇的大部分精華片段，製成錄像短片，並為教授公民教育課程，把該短片編為教材，以解說某些流行文化。由於短片包含影片的大部分精華片段，學生觀看後可能不會有興趣購買影片的錄像產品。

為公共行政的目的而作的公平處理

15. 下列個案可能會視作擬議第 54A 條所指的「為有效率地處理緊急事務的目的而公平處理」－

- (a) 某項有關傳染病的新聞報道含誤導成分，可能會引起公眾恐慌。政府需要引述某海外研究所一份權威報告的小部分內容立刻作出澄清；及
- (b) 有雜誌在特稿中指控某區議會在舉辦某一活動時行政失誤和行為不當。有關活動是一個吸引遊客的重要項目，將於該雜誌出版當日晚上舉行。有關報道損害了該區議會的聲譽，如當局未能即時駁倒有關的指控，會嚴重影響活動的成敗。香港作為旅遊中心的聲譽也可能會受到影響。區議員須召開緊急會議，研究應採取何種行動駁斥有關的指控。他們複印了特稿的相關部分，以便在會議上討論。

16. 下列個案可能不會視作擬議第 54A 條所指的「為有效率地處理緊急事務的目的而公平處理」－

- (a) 某政府部門需要一些有關某專題的書籍作為參考，以便回答市民一項查詢。根據服務承諾，部門須在規定時限內作出回應。部門人員便到圖書館借取書籍，影印該些書籍多個章節，並分發給有關人員參考；以及

- (b) 某政府部門在公園舉行慈善籌款音樂會，目的是向公務員及他們的親友籌款，以救助受天災影響的災民。在音樂會中，部門播放多首歌曲作為伴奏音樂，但事前沒有取得有關的版權擁有人的授權或特許。

知識產權署
工商及科技局工商科
二零零六年七月

美國有關公平使用的主要案例

案例(1) : *Princeton University Press, MacMillan Inc., and St. Martin's Press, Inc. v. Michigan Document Services, Inc., and James M. Smith*¹

案情

被告人是一家商營的影印店舖。該店舖從一些受版權保護的學術作品抽取大量內容進行複製，其後並把複印本釘裝成「教材套」，售予某大學的學生，以便他們完成教授所指定的閱讀習作。該影印店舖在未得原告人許可的情況下從事上述作為，而原告人是有關作品的出版商。據悉許多其他從事類似業務的影印店舖均為這類作為取得許可。這宗案件的主要問題是：美國《版權法》第 107 條的「公平使用」原則，可否讓版權作品使用者無需取得這類許可。

判決

2. 根據多數意見，上訴法院裁定該影印店舖的複印行為不構成「公平使用」。法院認為 —

(a) 使用的目的及性質

對致力爭取最高利潤的牟利機構而言，複製受版權保護材料以供出售的作為屬商業性質。這因素不利於有關使用被裁定為公平使用。

受質疑的使用「轉化」原來版權作品的程度屬相關的考慮。在這宗案件中，這類轉化不覺存在。

(b) 版權作品的性質

教材套內包括的複製摘錄包含了創意作品。這因素不利於有關使用被裁定為公平使用。

¹ 美國第六巡迴上訴法院 99 F.1381；在一九九六年十一月八日裁定。

(c) 就版權作品的整項而言，使用的部分所佔的數量及實質分量

一般而言，取用的數量愈大或取用的部分愈重要，則有關取用能符合公平使用的原則的機會愈低。

在這宗案件，出版商指六項被複製的不同作品的版權受到侵犯：

- 複製了 95 頁，佔整項作品的 30%
- 複製了 45 頁，佔整項作品的 18%
- 複製了 78 頁，佔整項作品的 16%
- 複製了 52 頁，佔整項作品的 8%
- 複製了 77 頁，佔整項作品的 18%
- 複製了 17 頁，佔整項作品的 5%

法院裁定上述複製部分並非不構成實質分量。

至於複製部分的素質，就教授要求學生閱讀有關摘錄這一點，已足以證明被複製的材料在素質方面的價值。

法院並引述《有關非牟利教育機構課堂複製書本及期刊的指引協議》，該協議就課堂複製方面的公平使用提供指引。由於案中複製的數量遠超指引的規定，這一事實不利於有關使用被裁定為「公平使用」。

(d) 有關使用對該版權作品的潛在市場或價值的影響

法院往往認為這項因素最重要。若要證明受質疑的使用會對作品的市場造成損害，出版商可顯示有關使用一旦普及時，版權作品的潛在市場會受到不良影響。這驗證方法在過去另外兩宗案件獲得接納²。法院指出，在這宗案件中，大部分與被告人爭銷教材套的影印店舖均有繳付費用，以獲取複製及出售版權作品摘錄的許可。若全國的影印店舖均仿效被告人的做法，原告人的收入會縮減，而他們出版的受版權保護學術作品的潛在價值也會下降。

² 案例：Harper & Row, 471 US at 568, 引述另一案例 Sony Corp v. Universal City Studios, Inc. 464 US at 451

法院強調，法院只會就此因素考慮該作品的「傳統、合理或可能拓展的市場」。在這宗案件中，有關出版商顯然有意就其作品發展和利用特許市場(實際上出版商已成功建立這類特許市場)。因此，在分析有關使用是否屬公平使用時，考慮原告人批出影印特許所得的潛在收入是合適的。法院裁定，規避原告人許可費制度的作為一旦普及，特許市場有可能會受到破壞，這一點足以否定有關使用為「公平使用」。

案例(2) : *Association of American Medical Colleges v. Viken Mikaelian et al. d/b/a Multiprep*³

案情

3. 原告人是一個非牟利的教育組織，由多家醫科院校組成。該組織的職能之一，是透過承辦商擬訂和舉行醫科大學入學試，以便評估申請入讀有關會員院校的申請人。鑑於有關考試的重要性，試題由擬寫、修訂，以至審定，均經過嚴格的專業審視，確保試題準確、清晰和公平。每次考試約有 20%至 50%的題目會重複過往試題，以維持一貫對申請人的評核標準。基於這原因，每次考試均實施嚴密的保安措施，例如嚴禁考生帶紙張進入試場，以防止他們抄錄試題。該組織從不公開其考試題目。

4. 被告人自一九七九年，開辦有系統的備試課程，協助學生應考醫科大學入學試。備試課程為期 14 周，學費為 485 美元。被告人曾多次參加醫科大學入學試，自一九七八年起，先後八次參加該項考試。聆訊席上提出的證據顯示，在被告人編製的備試小冊子中，有 15 冊刊載了一共 879 條醫科大學入學試的舊試題，一字不易原文。這些題目不單佔有關小冊子全部試題的 90%，還是在被告人所參加的八次醫科大學入學試出現過的題目。

5. 原告人向法庭申請尋求向被告人發出初步禁制令等行動。

³ 美國賓夕法尼亞州東部地區地方法院 571 F. Supp 144；在一九八三年八月八日裁定。

判決

6. 雖然並無複製的直接證據，但法院不難根據案情推論案件涉及複製的作為。

7. 被告人辯稱，使用醫科大學入學試的試題屬於「公平使用」豁免條文的涵蓋範圍，並聲稱有關試題用作「教學」活動。法院假設被告人的活動屬於《版權法》第 107 條所涵蓋的教學活動，於是逐一考慮該四項因素。

(a) 使用的目的及性質

根據過去的裁決，使用受版權保護的材料作商業用途，會較非牟利用途難於獲得接納。這項因素背後的其中一項政策，是推廣教育而不增加非牟利院校的成本。然而，法院承認，版權使用者不會只因本身是商業機構以致無法使用「公平使用」的免責辯護。

法院指出，在過去一項裁決⁴，某非牟利教育服務機構被限制對受版權保護的影片進行錄影、複製及分發有關複製品給公營學校。審理該案件的法院指出，有關活動並非「不是教師複製受版權保護的材料供課堂上使用的個別例子，而是涉及極有組織及系統的大規模複製錄影帶活動」。同樣，此案的法院認為，被告人並非複製教科書的某部分以便向學生解說問題，他是大規模地使用另一機構的受版權保護材料。因此，有關使用是高度商業性質的使用。

(b) 版權作品的性質

有關試題是在嚴格保密的情況下悉心擬寫、審定和謹慎使用的原創作品。為這些題目確立版權的目的，是要防止題目被用作教材，因為這樣的使用會為修讀備試課程的學生帶來不公平的好處。法院的結論是，有關題目是一類受版權保護的材料，而在上述情況下使用這類別的版權作品不可能屬於公平的使用。

⁴ 案例： *Encyclopedia Britannica Educational Corp. v. Crooks*, 447 F. Supp.243 (WD NY 1978)

(c) 就版權作品的整項而言，使用的部分所佔的數量及實質分量

取用版權作品的數量愈大，有關取用能符合公平使用的豁免規定的機會便愈低。由於被告人的小冊子所載的題目，有接近 90%是一字不改地複製真正的醫科大學入學試試題，所以有關複製不可能屬公平。

(d) 有關使用對該版權作品的潛市場或價值的影響

被告人使用醫科大學入學試試題的全文的行為若繼續下去，對版權擁有人而言，有關的受版權保護材料會完全失去價值。使用受保護的作品而破壞該作品對版權擁有人的價值，實難以視作公平。

8. 法院接納原告人的要求，發出初步禁制令。

案例(3)：Newport-Mesa Unified School District v. State of California Department of Education et al.⁵

案情

9. 《加利福尼亞州教育法典》訂明，有特殊教育需要的學生的家長可取得子女的測驗記錄副本。案中一名被告人是學生家長，他向原告人，即有關學校區，索取兒子的測驗記錄副本。原告人拒絕向該名家長提供受版權保護的測驗記錄，並辯稱版權法禁止學校提供有關記錄的副本。有關學校區並要求法院頒布聲明，確認學校區根據版權法所享有的權利。

判決

10. 這宗案件的主要爭論點，是「公平使用」原則是否已防止《加利福尼亞州教育法典》的有關規定被推翻。法院引用案例，並指出公平使用原則是衡平法上的評理規則。「版權法規有時會扼殺該等法例原來旨在鼓勵的創意，公平使用的規定則容許[並要求]法院避免在這種情況下硬性引用版權法規」。法院就相關因素討論如下：

⁵ 美國加利福尼亞州中部地區地方法院，南部案件 371 F. Supp. 2d 1170；在二零零五年五月二十三日裁定。

(a) 使用的目的及性質

被告人的目的，是就兒子的特殊教育需要和能力進行獨立的教育評估，以安排他修讀合適的教育課程。這屬於非牟利教育用途，並非牟利的商業目的。因此，這因素的考慮有利於有關的使用被裁定為公平使用。

法院認為，在這因素下應考慮有關使用有否「轉化」有關的作品。作品的轉化程度愈大，其他可能不利於有關使用被裁定為公平使用的因素(例如商業行為)便愈不重要。在這宗案件中，附連學生答案的測驗記錄副本被視為已轉化。

(b) 版權作品的性質

受版權保護的測驗題目屬於創作而非發布資訊的性質。這點通常不利於有關使用被裁定為公平使用。然而，加入學生的答案後，問題連答案便屬於發布資訊的性質，有利於有關使用被裁定為公平使用。

(c) 使用的數量

法院認為，在整項受版權保護的測驗中，只有一部分(即可確定與某學生有關的部分)複製給家長。這點有利於有關使用被裁斷為公平使用。法院認為，就評估學生教育需要的目的而言，複製的數量可謂合理。

(d) 對市場的影響

與訟各方同意，假如測驗記錄廣泛被公眾取用，該測驗的市場價值或會受挫。然而，法院指出，在這宗案件，沒有證據顯示該測驗有廣泛被公眾取用的實質危機或有任何不良的市場效應。

(e) 其他因素

法院注意到，家長有權在一名學校人員在場的情況下查閱測驗記錄。在某程度上，提供複製本與可允許的「遷就時間」行為相類。

11. 法院的結論是，有特殊教育需要的學生的家長根據《加利福尼亞州教育法典》提出要求，要學校向他們提供其子女的測驗記錄副本，屬於《版權法》所訂的公平使用。

案例(4)：Harper & Row, Publishers, Inc. et al v. Nation Enterprises et al⁶

案情

12. 前美國總統福特與出版商 Harper & Row 簽訂合約，訂明由該出版商為他發表還未寫下的回憶錄。該協議賦予出版商獨有的首次使用權，可就出版前預先發表的摘錄批出特許。在回憶錄接近完稿的階段，出版商與《時代雜誌》商議簽訂預先發表特許協議。根據該協議，《時代雜誌》有權從福特憶述他赦免前總統尼克遜的部分，摘錄 7 500 字預先發表。在《時代雜誌》預定發表該文章的日期之前不久，有未獲授權的來源向《國家雜誌》提供未發表的福特手稿。《國家雜誌》編輯根據該手稿直接整理出一篇 2 250 字的文章，其中最少 300 至 400 字一字不改地引用該手稿的受版權保護詞句。《國家雜誌》搶先在《時代雜誌》之前發表該文章。結果，《時代雜誌》取消發表其文章，並拒絕向出版商繳付特許費用。在這宗案件，法院須研究的事項之一，是根據《版權法》第 107 條的規定，《國家雜誌》一字不改地引用原文的詞句，是否構成公平使用。

判決

13. 美國最高法院在說明《版權法》第 107 條的四項非盡列因素時，引述了《眾議院報告》如下 —

「公平使用原則是衡平法上的評理規則，無法訂定普遍適用的定義，每宗涉及這方面問題的案件，必須各自根據本身的案情作出裁決。」

就該四項因素而言，法院裁定 —

(a) 使用的目的

⁶ 美國最高法院 471 US 539; 在一九八五年五月二十日裁定。

相對於非牟利發表，案中的商業性質發表，是不利於有關使用被裁定為公平使用的一個獨立因素。「取用受版權保護的材料作商業用途，可推定為不公平地利用屬於版權擁有人的專有權利」⁷。然而，牟利與非牟利的主要分別，不在於有關使用的唯一動機是否為求金錢上的收益，而是在於使用者是否沒有繳付通常須繳付的費用而利用受版權保護的材料坐享利益。

「被告的行為是否恰當」也與使用的「性質」有關。公平使用預先假定了「真誠」和「公平處理」。

《國家雜誌》使用有關材料的一般目的，確實為報道新聞。與虛構作品相比，發布以事實為根據的作品的需要可能更大。儘管如此，《國家雜誌》所取用的受版權保護詞句，已超逾發布有關事實所需。該雜誌未獲授權而使用未發布的手稿，令版權擁有人失去作品首次發表的寶貴商業權利，這不僅是有關使用的附帶影響，甚至是該使用的預定目的。

(b) 版權作品的性質

與虛構或幻想類別的作品相比，法律上普遍認為發布以事實為根據的作品的需要會更大。然而，即使是有關以事實為根據的作品，事實和構想成分的相對比例也可以有不同程度。因此，為確保作品隱含的事實得以發布，而須容許複製該作品具表達力的言詞的程度，須視乎個別情況而定。

就從未發表的作品而言，「從未發表」雖然不一定會否定公平使用的免責辯護，但也是關鍵因素。在一般情況下，作者管制其從未發布的表達方式首度面世的權利，可超越公平使用的要求。

在這宗案件，版權擁有人極之重視把材料保密。由於出版商對有關材料的使用顯然侵犯了版權擁有人在保密和創作方面的權益，有關使用難以歸類為「公平」使用。

⁷ 案例：*Sony Corp. of America v. Universal City Studios Inc*, 464 US at 451

(c) 使用的部分所佔的數量及實質分量

在這宗案件中，從該份未發表手稿直接引錄的部分，最少佔整篇侵權文章的 13%。雖然逐字照錄的有關引文只屬於福特手稿的一小部分，但素質上卻包含了福特的獨特表達方式，在該侵權文章中發揮重要作用。法院的結論是，引錄的部分並非不構成實質分量。

(d) 有關使用對該版權作品的潛市場或價值的影響

這無疑是公平使用最重要的一環。版權擁有人一旦確立侵權行為與收入損失之間存有某種聯繫的合理可能性，舉證責任即正式轉移至侵權者，他須顯示即使沒有採用有關的受版權保護的表達詞句，版權擁有人也同樣會受到損害。更重要的是，若要否定公平使用的聲稱，只須顯示一點，就是受質疑的使用一旦普及，便會對版權作品的潛市場構成不良影響。在這宗案件，《國家雜誌》一字不改地大量引錄原文，對有關版權作品首次出版權的市場價值造成重大的潛在損害。

14. 基於上述案情，法院的結論是，有關使用不屬於公平使用。