

## 著作權合理使用概括規定之回顧與前瞻

蔡惠如\*

### 摘要

為追求著作權人利益與公眾利益之均衡，杜絕獨占性之著作權所衍生之負面影響，即有必要對著作權加予一定之限制，最主要之衡平機制即「合理使用」。著作權法第三章「著作人及著作權」，第四節「著作財產權」，第四款第 44 條至第 66 條設有「著作財產權之限制」，固有具體之法律定義與界線，而合理使用為一「衡平之論理法則」（an equitable rule），其適用原則與審酌標準，始終爭論不一。

本文從著作權案件常見之抗辯出發；其次，自著作權法之修法沿革，觀察著作權與合理使用之發展；最後，從智慧財產法院就論文相關著作權實際案件，思考著作權法合理使用概括條款之適用。

關鍵字：著作權之限制、合理使用、概括規定、判斷基準

---

\* 作者現為智慧財產法院法官兼庭長。本文相關論述僅為一般研究探討，不代表任職單位與本局之意見。

## 壹、前言

為鼓勵著作人（即創作著作之人<sup>1</sup>）創作，以充實社會文化資產，促進人類知識之發展，國家創設著作權法，提供著作權人於一定期間（即著作權存續期間<sup>2</sup>）內，就其著作享有著作權（即因著作完成所生之著作人格權及著作財產權<sup>3</sup>），使著作人能於該獨占期間內取得經濟利益。任何人欲利用他人原創性之表達、創作，除有法律規定外，原則上須經著作權人之同意或授權，否則即構成民事責任（著作權法第 84 條至第 90 條之 3 規定參照）或刑事責任（同法第 91 條至第 101 條規定參照）。

每一著作固為著作人經其個人智力思慮所生的獨特創作，然而，著作人亦係歷經前人著作的洗禮，始能站在巨人的肩膀上（standing on the shoulders of giants<sup>4</sup>），本於前人文化智識發展果實為其創作基礎，無由容許著作權人享有無條件的完全獨占權，卻對前人智慧的利用毫無實質回饋，更進一步持獨占的著作權箝制社會大眾之創作，反將使人類文化智識資產萎縮殆盡，顯不符公平事理，無從落實著作權法促進國家文化發展之立法目的。從而，為追求著作權人利益與公眾利益之均衡，杜絕獨占性之著作權所衍生之負面影響，即有必要對著作權加予一定之限制，最主要之衡平機制即「合理使用」<sup>5</sup>。著作權法第三章「著作人及著作權」，第四節「著作財產權」，第四款第 44 條至第 66 條設有「著作財產權之限制」，固有具體之法律定義與界線，而合理使用為一「衡平之論理法則」（an equitable rule of reason<sup>6</sup>），其適用原則與審酌標準，始終爭論不一。

本文從著作權案件常見之抗辯出發；其次，自著作權法之修法沿革，觀察著作權與合理使用之發展；最後，從智慧財產法院就論文相關著作權實際案件，思考著作權法合理使用概括條款之適用。

<sup>1</sup> 著作權法第 3 條第 1 項第 2 款規定。

<sup>2</sup> 著作權法第 30 條規定：「（第 1 項）著作財產權，除本法另有規定外，存續於著作人之生存期間及其死亡後 50 年。（第 2 項）著作於著作人死亡後 40 年至 50 年間首次公開發表者，著作財產權之期間，自公開發表時起存續 10 年。」

<sup>3</sup> 著作權法第 3 條第 1 項第 3 款規定。另著作人格權規定於同法第 15 至 21 條；著作財產權之種類規定於同法第 22 至 29-1 條。

<sup>4</sup> Robert K. Merton, *On the Shoulders of Giants: A Shandean Postscript* 31 (1965) (quoting a letter by Sir Isaac Newton to Robert Hooke, Feb. 5, 1675/1676). See also Jim Chen, *Mastering Eliot's Paradox: Fostering Cultural Memory in an Age of Illusion and Allusion*, 89 MINN. L. REV. 1361, Fn. 38 (2005).

<sup>5</sup> 蔡惠如，「著作權之未來展望－論合理使用之價值創新」，頁 37，元照出版公司，2007 年。

<sup>6</sup> *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 448 (1984).

## 貳、著作權案件之常見抗辯

當著作權人起訴主張被控侵權人（行為人）侵害其著作財產權時，行為人常見抗辯理由如下：

### 一、著作權人所主張被侵害之著作（系爭著作）並非著作權法保護之著作

（一）系爭著作非屬表達：著作權法第 10 條之 1 規定<sup>7</sup>（概念與表達二分法，Doctrine of Idea-Expression Dichotomy）。

（二）系爭著作屬法定不予著作權保護之標的：著作權法第 9 條第 1 項<sup>8</sup>。

（三）系爭著作不具原創性：著作權法雖無明文「原創性」，然此概念為學界與實務界長年使用，其概念包含「創作性」（即創作至少具有少量創意，且足以表現作者之個性）及「原始性」（即著作人未抄襲他人著作，獨立完成創作）。

### 二、行為人之著作並未抄襲著作權人之系爭著作

著作權保護著作權不受他人抄襲侵害，而判斷著作權侵害之要件有二，一為「接觸」，二為「實質近似」。因此，行為人可能有下列抗辯方向：1、二者並非實質近似（量或質）<sup>9</sup>。2、行為人並未直接或間接接觸著作權人之著作<sup>10</sup>。

<sup>7</sup> 著作權法第 10 條之 1 規定：「依本法取得之著作權，其保護僅及於該著作之表達，而不及於其所表達之思想、程式、制程、系統、操作方法、概念、原理、發現。」

<sup>8</sup> 著作權法第 9 條第 1 項規定：「下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及其備用試題。」

<sup>9</sup> 所謂「實質近似」，係指行為人之著作與著作權人之著作是否實質相似（substantial similarity），不僅指量之相似，亦兼指質之相似。在判斷圖形、攝影、美術、視聽等具有藝術性或美感性之著作是否抄襲時，如使用與文字著作相同之分析解構方法為細節比對，往往有其困難度或可能失其公平，因此在為質之考量時，尤應特加注意著作間之「整體觀念與感覺」。而在量的考量上，主要應考量構圖、整體外觀、主要特徵、顏色、景物配置、造型、意境之呈現、角度、形態、構圖元素、以及圖畫中與文字的關係，以一般理性閱聽大眾之反應或印象為判定標準（最高法院 97 年度台上字第 6499 號刑事判決、103 年度台上字第 1544 號民事判決參照）。

### 三、行為人所為構成合理使用

著作權法第 65 條第 1 項規定：「著作之合理使用，不構成著作財產權之侵害。」<sup>11</sup> 第 91 條第 4 項規定：「著作僅供個人參考或合理使用者，不構成著作權侵害。」<sup>12</sup> 因此，倘若行為人利用著作權人系爭著作之行為成立合理使用，即無侵害著作財產權之責任。

## 參、著作權合理使用之理論基礎與法規範

### 一、合理使用之修法沿革

舊有之著作權法僅列舉各種合理使用他人著作之情形<sup>13</sup>，惟由於法律規定不足以因應日益複雜之法律關係，於 81 年 6 月 10 日著作權法修正公布全文，其中第三章「著作人及著作權」第三節「著作財產權」第四款「著作財產權之限制」第 44 條至第 63 條修正增訂於合理範圍內得引用他人著作之特定情狀，並參照美國 1976 年著作權法第 107 條之規定<sup>14</sup>，引入合理使用之概念，於第 65 條規定：「著作權之利用是否合於第 44 條至第 63 條之規定，應審酌一切情狀，尤應注意左列事項，以為判斷之標準：

<sup>10</sup> 所謂「接觸」，係指行為人是否曾接觸（access）著作權人之著作，並不以證明行為人實際接觸著作權人之著作為限，凡依社會通常情況，行為人應有合理之機會或合理之可能性閱讀或聽聞著作權人之著作（間接接觸），即足當之（最高法院 103 年度台上字第 1544 號民事判決參照）。

<sup>11</sup> 本條位於第三章「著作人及著作權」第四節「著作財產權」第四款「著作財產權之限制」。

<sup>12</sup> 本條位於第七章「罰則」。

<sup>13</sup> 著作權法於 17 年 5 月 14 日制定之初，並無有關合理使用之明文規定，僅於第 28 條規定經註明原著作之出處者不以侵害他人著作權論之情形。於 33 年 4 月 27 日修正將該條移至第 24 條，並就其內容予以文字修正。於 53 年 7 月 10 日修正為第 25 條，並就其內容予以文字修正。於 74 年 7 月 10 日著作權法修正公布全文，其中第三章「著作權之侵害」第 29 條至第 32 條增訂於特定情形下得引用或重製他人著作。79 年 1 月 24 日修正第 29 條。上開條文規定雖未明白使用「合理使用」之文字，惟觀其內容均隱含合理使用之基本精神。

<sup>14</sup> 17 U.S.C. § 107. 美國著作權法第 107 條規定，法院於判斷未經授權使用他人著作能否免除侵害著作權責任時，必須斟酌以下四項因素：一為利用之目的與性質，包含該利用是否具商業性質或非營利之教育目的（the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes）；二為原著作之性質（the nature of copyrighted work）；三為整體判斷利用部分占原著作數量及實質之比例（the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole）；四為利用部分對原著作潛在市場或價值之影響（the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work）。

## 本月專題

著作權合理使用概括規定之回顧與前瞻

- 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、所利用之品質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。」

觀諸 81 年 6 月 10 日修正公布之著作權法第 65 條之文義解釋及修法說明<sup>15</sup>，本條規定並非獨立之合理使用概括條款，僅為審酌具體個案是否符合第 44 條至第 63 條所定著作財產權限制之抽象要件時，所應審酌及注意之事項，而屬第 44 條至第 63 條之補充規定<sup>16</sup>。

於 87 年 1 月 21 日，基於 81 年 6 月 10 日修正公布之著作權法第 44 條至第 63 條所定之合理使用範圍已顯僵化，無法因應實際需要，而修正公布第 65 條，增訂第 1 項規定：「著作之合理使用不構成著作財產權之侵害。」並修正第 2 項規定：「著作之利用是否合於第 44 條至第 63 條規定或其他合理使用之情形，應審酌一切情狀，尤應注意下列事項，以為判斷之標準：

- 一、利用之目的及性質，包括係為商業目的或非營利教育目的。
- 二、著作之性質。
- 三、所利用之品質及其在整體著作所占之比例。

<sup>15</sup> 該次修正理由如下：

「一、按第 44 條至第 63 條規定，僅揭櫫著作財產權限制之抽象要件，為利各該條文於具體個案中之適用，本條爰規定於具體個案中，欲判斷是否合於各該條規定所定要件，所須審酌及注意事項。

二、本條第 1 項所稱：『利用之目的』乃法律上承認之目的，包括：評論、新聞報導、教學、學術、研究等。例如引用他人部分著作供為研究。其次，利用係為商業目的或為非營利、教育目的，亦為重要因素。第 2 款所稱『著作之性質』，係指被利用著作之本身是否具有被利用之引誘性，諸如工具書類及公開演說是。第 3 款稱『所利用之品質及其在整個著作所占之比例』，係指所利用部分在新著作中及被利用著作中，就整體觀察其品質所占比例。例如新著作可能為百萬言巨著，所利用之分量可能僅及該新著作百分之一，但對被利用著作而言，或占其整體之半甚至全部，故新著作與被利用著作在品質方面，均須加以比較。第 4 款『潛在市場之影響』，亦與利用態樣有關。

三、本條係參考美國著作權法第 107 條之立法例增訂之。」參經濟部智慧財產局，「歷年著作權法規彙編專輯」，頁 203 至 204，2005 年 9 月。

<sup>16</sup> 羅明通，「著作權法論 II」，頁 303 至 304，台英國際商務法律事務所，2014 年 5 月第 8 版。

四、利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響。」<sup>17</sup>

準此，第 65 條第 2 項規定因增列「或其他合理使用之情形」，而成為獨立之合理使用概括條款<sup>18</sup>。此外，主管機關於 87 年 1 月 23 日以台（87）內著字第 8702053 號公告「著作權法第四十七條第四項之使用報酬率」。

復於 92 年 7 月 9 日將著作權法第 65 條第 2 項「標準」二字修正為「基準」，並針對合理使用範圍協議，增訂第 3 項、第 4 項規定：「著作權人團體與利用人團體就著作之合理使用範圍達成協議者，得為前項判斷之參考。」「前項協議過程中，得諮詢著作權專責機關之意見。」<sup>19</sup>嗣於 93 年 9 月 1 日，就第 91 條另行增訂第 4 項：「著作僅供個人參考或合理使用者，不構成著作權之侵害。」<sup>20</sup>

<sup>17</sup> 該次修正理由第二至四項如下：

「二、按合理使用之法律效果如何，舊法漏未規定，爰參考美國著作權法第 107 條立法例，修正如第 1 項。

三、舊法有關著作財產權之限制（學理上所泛稱之合理使用）僅限於第 44 條至第 63 條規定之範圍，而第 65 條係為審酌著作之利用是否合於第 44 條至第 63 條規定所訂定之判斷標準。惟由於著作利用之態樣日趨複雜，舊法第 44 條至第 63 條規定之合理使用範圍已顯僵化，無足肆應實際上之需要。

四、為擴大合理使用之範圍，新法將本條修正為概括性之規定，亦即利用之態樣，即使未符第 44 條至第 63 條規定，但如其利用之程度與第 44 條至第 63 條規定情形相類似或甚而更低，而以本條所定標準審酌亦屬合理者，則仍屬合理使用。」參經濟部智慧財產局，同註 15，頁 303 至 304。另經濟部智慧財產局，「八十七年著作權法條文對照及說明」，頁 41，<http://www.tipo.gov.tw/dl.asp?fileName=2e33876b-b45c-40a5-8b3a-0efaff3854d5.doc>（最後瀏覽日：2016/2/29）。

<sup>18</sup> 羅明通，同註 16，頁 310-311。

<sup>19</sup> 該次修正理由第二、三項如下：

「二、第 2 項酌作修正。現行條文第二項所稱判斷之『標準』，並非法規，與中央法規標準法第三條所定『標準』，用語相同，易生混淆，爰修正為『基準』，以資區別。

三、第 3 項新增。何者為合理使用？何者非合理使用？經由著作市場長期自然運作，在社會上往往會形成某些客觀上一致之看法，即一般所謂『共識』。此種共識可供法院判斷有無合理使用規定適用之參考。爰參照美國實務運作之情形，增訂第 3 項如上。」參經濟部智慧財產局，同註 15，頁 414-415。另參經濟部智慧財產局，「九十二年著作權法新舊條文對照及說明」，<http://www.tipo.gov.tw/dl.asp?fileName=832aee43-f69b-41e4-8a05-cf1792b9ea48.doc>（最後瀏覽日：2016/2/29）。

<sup>20</sup> 本次修正理由並未具體說明增訂第 91 條第 4 項之理由，僅於第五項稱：「五、至於即使是超越合理使用，構成侵害者，是否舉發、是否處罰，檢察官與法官請考量侵害之金額及數量等，依法裁量。」參經濟部智慧財產局，「93 年著作權法修正條文對照表」，<http://www.tipo.gov.tw/dl.asp?fileName=b72d2330-f4df-4720-a1a2-e9b28652e425.doc>（最後瀏覽日：2016/2/29）。

## 本月專題

著作權合理使用概括規定之回顧與前瞻

於 103 年 1 月 22 日著作權法修正第 53 條、第 80 條之 2、第 87 條、第 87 條之 1 等規定<sup>21</sup>，且修正第 65 條第 2 項規定：「著作之利用是否合於第 44 條至第 63 條所定之合理範圍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，以為判斷之基準：

- 一、利用之目的及性質，包括係為商業目的或非營利教育目的。
- 二、著作之性質。
- 三、所利用之品質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。」

## 二、合理使用規範之特色

### （一）例示規定與概括規定之適用關連性

#### 1、著作權法之規範修正

綜觀著作權法及合理使用相關規定之修正歷程，合理使用之規範體例包含例示規定（第 44 至 63 條）與概括規定（第 65 條第 2 項）。由 103 年 1 月 22 日修正前之著作權法第 65 條第 2 項規定之文義：「著作之利用是否合於第 44 條至第 63 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，以為判斷之基準：……」，認定是否符合合理使用之例示規定時，須按第 65 條第 2 項所定之基準為判斷；亦可逕依第 65 條第 2 項規定為合理使用與否之判斷，不問是否合於第 44 至 63 條規定之情形。因此，第 65 條第 2 項規定同時屬例示合理使用規定之附屬判斷標準，亦為獨立之合理使用概括判斷標準<sup>22</sup>。因此，就修正前第 65 條第 2 項與第 44 條至第 63 條規定之關係，並無適用先後順序之可言，亦即利用他人著作之人得直接引用第 65 條第 2 項規定主張合理使用之存在<sup>23</sup>。

<sup>21</sup> 此部分修正擴大包括中央或地方政府機關、非營利機構或團體、依法立案之各級學校，均得為視、聽覺障礙者製作無障礙格式版本，另視、聽覺障礙者本身或其代理人也可以製作無障礙格式版本供個人非營利使用，且為製作上述無障礙格式版本，可規避或破解著作權人所採取之科技保護措施，而為促進無障礙格式版本的資源分享，避免重複製作造成資源浪費，合法製作之無障礙格式版本除可以在上述機關、團體或學校及視聽覺障礙者間流通外，並可由上述機關、團體或學校自國外輸入專供視聽覺障礙者使用。

<sup>22</sup> 蔡惠如，同註 5，頁 43。

<sup>23</sup> 羅明通，同註 16，頁 311。

於法院實務上，最高法院 94 年度台上字第 7127 號、96 年度台上字第 3685 號刑事判決均指明著作權法例示之合理使用規定，與第 65 條第 2 項之「其他合理使用之情形」，同為行為人（利用他人著作之人）免除侵害著作權責任之事由。

於著作權法 103 年 1 月 22 日修正公布後，依第 65 條第 2 項「著作之利用是符合於第 44 條至第 63 條所定之合理範圍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，以為判斷之基準：……」之法文，僅於第 44 條至第 63 條合理使用規定有「合理範圍」者，始須再依第 65 條第 2 項規定審酌是否成立合理使用，至其他規定僅須符合各該條文所定之要件即屬合理使用<sup>24</sup>。從而，第 65 條第 2 項規定仍為獨立之合理使用概括判斷標準，惟僅於第 44 條至第 63 條例示合理使用規定中有「合理範圍」文字者（即第 44 至 47、50 至 52 條），始為附屬判斷標準。

惟有學者以為著作權法第 65 條第 2 項規定有「其他合理使用之情形」，將使法院在實際案例之適用上，得不問同法第 44 條至第 63 條規定，而可直接審酌第 65 條第 2 項所定之 4 項基準，其判斷模式為「第 65 條第 2 項本位」，而於相當程度上架空第 44 條至第 63 條中「合理範圍」或「必要範圍」等用語的條文，進而質疑第 44 條至第 63 條之存在價值<sup>25</sup>。

誠然，由於行為人為免侵害著作權之法律責任，自是積極抗辯各種合理使用之情形，多會併同抗辯著作權法第 44 條至第 63 條任一規定，及第 65 條第 2 項「其他合理使用情形」。以法院審判之角度觀察，如其中有一合理使用抗辯成立時，

<sup>24</sup> 經濟部智慧財產局，「立法院三讀通過著作權法修正草案，身障者權益邁大步」，2014 年 1 月 7 日，<http://www.tipo.gov.tw/ct.asp?xItem=504228&ctNode=7123&mp=1>（最後瀏覽日：2016/2/29）。其修正理由第二項載明：「按豁免規定與合理使用不同，其區別在於豁免規定對於著作類別及專屬權種類設有限制，以及豁免規定只須考量要件是否符合即可構成，法院無須再行斟酌其它合理使用之權衡要素。而查本法原條文合理使用中所例示者，存有許多條文屬於豁免規定，而無適用第 65 條所列判斷標準之餘地。蓋豁免規定之設計，正是對於限定的特殊利用著作情形，明確正面的肯認其合法性，由於適用的情形已有所限定並且要件設定明確，是故無須再以合理使用中的權衡要素予以再次評價。原條文未能為此區分，造成此種特殊的利用情形除了其本身條文之要件外，尚須再通過合理使用的檢驗，而未能達成豁免規定制度設計的初衷。因此將原條文第 2 項『合於 44 條至第 63 條規定或其他』之文字修正為『合於第 44 條至第 63 條所定之合理範圍或其他』，即合理使用條文中有『合理範圍』之規定，則須依本條第 2 項規定之 4 項基準審視之，以臻明確。」

<sup>25</sup> 謝國廉，【著作財產權之例外—檢討與展望】，頁 3 至 13，2014 年 12 月 19 日，<https://www.tipo.gov.tw/public/Attachment/4122511563957.pdf>（最後瀏覽日：2016/2/29）。



即應為被告不負侵權責任之判決，況有部分條文尚須依第 65 條第 2 項規定判斷其「合理範圍」，是以確有可能法院會選擇直接進入第 65 條第 2 項之合理使用判斷，而不再論述第 44 條至第 63 條之例示規定。

## 2、著作權法之修法未來

有關著作權法之未來修法方向，經濟部智慧財產局（下稱智慧財產局）於 103 年 4 月 3 日公布「著作權法修正草案（第一稿）」，為使著作財產權限制及例外規定更加明確，俾利遵循，將現行第 44 條至第 63 條等著作財產權限制及例外規定之適用要件明確規定，同時刪除「在合理範圍內」之要件（修正條文第 61 條私人重製<sup>26</sup>除外），使其不需依修正條文第 78 條第 2 項合理使用概括條款規定再行檢視<sup>27</sup>。

各界對於前開修正草案有諸多意見，智慧財產局持續召開公聽會及修法諮詢會議<sup>28</sup>。另由中央研究院法律所劉孔中教授所主導的「學者南港版著作權法典草案」，就「權利之限制：例外及合理使用」，考量著作權法以合理使用涵蓋權利例外及合理使用制度，並有概括性條文，但合理使用範圍極不確定，故建議將著作權之限制區分為例外與合理使用，所稱例外，僅受其立法目的之規範，而不受合理使用概括條款之制約，所稱合理使用則包含具體合理使用態樣與概括性合理使用條文，並作為其判斷標準<sup>29</sup>。

<sup>26</sup> 著作權法修正草案（第一稿）第 61 條係修正現行著作權法第 51 條：「供個人或家庭為非營利之目的，在合理範圍內，得利用圖書館及非供公眾使用之機器重製已公開發表之著作，並得改作之。」

<sup>27</sup> 經濟部智慧財產局，「著作權修法專區／著作權法修正草案（第一稿）」，頁 3 至 4、72，2014 年 4 月 3 日，<http://www.tipo.gov.tw/lp.asp?ctNode=7644&CtUnit=3743&BaseDSD=7&mp=1>（最後瀏覽日：2016/2/29）。第一稿修正條文第 78 條第 2 項：「著作之利用是否合於第 61 條所定之合理範圍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，以為判斷之基準：  
一、利用之目的及性質，包括係為商業目的或非營利教育目的。  
二、著作之性質。  
三、所利用之質量及其在整個著作所占之比例。  
四、利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響。」

<sup>28</sup> 經濟部智慧財產局，「著作權修法專區／修法草案二稿諮詢會議」，<http://www.tipo.gov.tw/lp.asp?ctNode=7694&CtUnit=3775&BaseDSD=7&mp=1>（最後瀏覽日：2016/2/29）。

<sup>29</sup> 劉孔中，【學者南港版著作權法典草案及其升級版】，頁 9、20，2014 年 12 月 19 日，<https://www.tipo.gov.tw/dl.asp?fileName=4122313375498.pdf>（最後瀏覽日：2016/2/29）。

針對各界對於第一稿的意見反應，智慧財產局於 104 年 5 月 11 日公布「著作權法修正草案（第二稿）」，惟就現行第 65 條第 2 項規定，其修正內容與第一稿並無不同，僅條號改為第 77 條，第 51 條改為第 62 條<sup>30</sup>。智慧財產局另於同年 10 月 30 日公布「著作權法修正草案（第三稿）」，就合理使用概括條款之修正內容、條號與第二稿相同<sup>31</sup>。

觀諸智慧財產局所提之著作權法修正草案第一、二、三稿內容，係認所謂著作權之限制，本諸其規範目的，已無須適用合理使用概括規定，僅於所謂其他合理使用情形，始依概括規定加以審酌判斷，而限縮該概括規定之適用範圍。

然有學者則認為前開修正草案仍未明確區分「權利限制」與「合理使用」之概念，且大幅縮減判斷基準的適用範圍，其實益不大，反而壓縮權利人的權益，故其認為並無刪除之必要，蓋衡平考量必然需要一套具有彈性的判斷基準，並建議以「著作財產權之例外」作為上位概念，涵括「著作財產權之限制」與「著作的合理使用」等兩類例外條款，第 48 條、第 48 條之 1、第 53 條及其他「著作財產權之限制」的條文，一併移列至「著作財產權之例外」條款的前半部，將第 65 條第 2 項移列為「著作之合理使用」相關條款之首，並刪除第 65 條第 2 項前段中「其他合理使用之情形」的用語，且確立合理使用事由係被告之抗辯事由的原則<sup>32</sup>。

## （二）橫跨新舊法之案件適用

### 1、民事事件

按不能期待人民遵守尚未公布施行之法令，此為法令不溯既往原則。除法律有特別規定外，程序從新實體從舊為適用法律之原則，私法權利義務之發生及其內容，原則上應適用行為時或事實發生時法律之規定（最高法院 98 年度台上字第 997 號、102 年度台上字第 1986 號民事判決參照）。倘著作權人主張行為人侵害其著作權之期間係於 103 年 1 月 24 日修正施行之前，則關於侵權行為之成立

<sup>30</sup> 經濟部智慧財產局，「著作權修法專區／著作權法修正草案（第二稿）」，頁 5 至 6、55 至 56、71，2015 年 5 月 11 日，<http://www.tipo.gov.tw/lp.asp?ctNode=7644&CtUnit=3743&BaseDSD=7&mp=1>（最後瀏覽日：2016/2/29）。

<sup>31</sup> 經濟部智慧財產局，「智慧局公布著作權法修正草案第三稿徵求各界意見」，頁 3 至 4、54、69 至 70，2015 年 10 月 30 日，<http://www.tipo.gov.tw/dl.asp?fileName=5103016151164.docx>（最後瀏覽日：2016/2/29）。

<sup>32</sup> 謝國廉，同註 25，頁 17 至 25、44 至 53。

## 本月專題

著作權合理使用概括規定之回顧與前瞻

與否（含合理使用之抗辯）及其損害賠償範圍之計算，即應適用行為時法即修正前著作權法。

惟最高法院於 103 年 7 月 3 日為 103 年度台上字第 1352 號民事判決：「按豁免規定與合理使用不同，豁免規定對於著作類別及專屬權種類設有限制，法院考量符合法律所定之構成要件者，即可豁免，無須再行斟酌其它合理使用之權衡要素。著作權法第 49 條係豁免規定，乃以新聞紙、網路等為時事報導者，在報導之必要範圍內，得利用其報導過程中所接觸之著作，並未規定於合理範圍內為之，得以阻卻違法，法院自無庸斟酌是否符合著作權法第 65 條第 2 項各款所定合理使用之事項，以為判斷標準。」

因該案涉及被告於 99 年 8 月 25 日在蘋果日報所為之新聞報導使用他人攝影著作，理應適用同年 2 月 10 日修正公布之著作權法，而依該法第 65 條第 2 項規定，判斷被告利用他人攝影著作是否合於第 49 條規定合理使用之情形，法院本得審酌第 65 條第 2 項所定一切情狀及 4 款判斷基準。故前揭最高法院 103 年度台上字第 1352 號民事判決應係直接援用 103 年 1 月 22 日修正後規定之原則。

## 2、刑事案件

刑法第 2 條規定「從舊從輕原則」：「行為後法律有變更者，適用行為時之法律。但行為後之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律。」最高法院針對新舊法比較之原則，有 95 年 5 月 23 日刑事庭第 8 次會議、同年 11 月 7 日刑事庭第 21 次會議等重要決議可資參照。

於智慧財產法院 103 年度刑智上易字第 9 號刑事案件，檢察官起訴被告侵害著作權期間為 98 年 1 月 21 日，於法院 103 年 5 月 23 日裁判時，著作權法已於同年 1 月 22 日修正公布，對被告所為同法第 46 條、第 65 條第 2 項合理使用之抗辯，原即應審酌一切情狀，尤應注意第 65 條第 2 項所列 4 款判斷基準，故法院認為就此部分無須為新舊法之比較，而適用裁判時法即修正後第 65 條之規定。

惟智慧財產法院 104 年度刑智上易字第 34 號刑事判決，就被告於 102 年間涉犯侵害著作權之行為，則直接適用行為時之著作權法第 65 條第 2 項規定。

### 三、判斷基準之通盤考量

依現行著作權法，法院於審酌第 44 至 47、50 至 52 條、第 65 條第 2 項之合理使用時，應按「整體衡量原則」，綜觀所有情狀予以通盤考量，且判斷基準不以第 65 條第 2 項第 1 至 4 款為限，而係涵蓋所有個案事實<sup>33</sup>，應以人類智識文化資產之公共利益為核心，以利用著作之類型為判斷標的，綜合判斷著作利用之型態與內容。易言之，於判斷合理使用之際，理應將所有著作利用之相關情狀整體納入考量，且應將第 65 條第 2 項所定之 4 項基準均一併審酌，其中第 2、3 款判斷基準係屬客觀因素之衡量，並輔助第 4 款判斷基準之認定；第 1 款判斷基準則強調利用著作之人之主觀利用目的及利用著作之客觀性質，且有關利用著作性質之判斷，應審究著作權人原始創作目的、是否明示或默示允許他人逕自利用其著作<sup>34</sup>。

以往法院多未逐一審酌著作權法第 65 條第 2 項所列之 4 項判斷基準，且大部分偏重著作權法第 65 條第 2 項第 1 款、第 3 款判斷基準之適用，較少第 2、4 款判斷基準之探討，且利用著作之人倘具商業目的或營利意圖者，及利用原著作之比例愈高者，較不利於合理使用之認定<sup>35</sup>。如從智慧財產法院民事及刑事判決觀察，有半數的判決分析此 4 項判斷基準於具體個案涵攝適用之情形，然仍有論者之研究結果認為法院偏重營利或非營利利用之目的及性質，未能在個案中妥適分析「著作之性質」，對於「所利用之質量及其在整個著作所占之比例」，其分析容有誤解或刻意忽略，且多未能具體論述「著作潛在市場與現在價值」，其認定常極簡化<sup>36</sup>。

此外，著作權法第 65 條第 2 項規定除臚列 4 項判斷基準外，並規定應審酌「一切情狀」，即包含利用結果對於人類智識文化資產之整體影響，以及其他情

<sup>33</sup> 黃怡騰，著作之合理使用案例介紹，頁 52 至 56，2001 年 8 月，[http://www.tipo.gov.tw/ch/AllInOne\\_Show.aspx?path=1208&guid=8bb89965-36c6-407c-9ba6-2e60d351b148&lang=zh-tw](http://www.tipo.gov.tw/ch/AllInOne_Show.aspx?path=1208&guid=8bb89965-36c6-407c-9ba6-2e60d351b148&lang=zh-tw)（最後瀏覽日：2015/10/31）。羅明通，同註 16，頁 278-280。

<sup>34</sup> 蔡惠如，「我國著作權法合理使用之挑戰與契機—以著作權法第 65 條第 2 項之判斷基準為核心」，收錄於「智慧財產法律規範 101」第 8 章，頁 203、209-210，元照出版公司，2012 年 9 月。

<sup>35</sup> 經濟部智慧財產局，「我國著作權合理使用實務見解之研究期末報告書」（執行單位：益思科技法律事務所），頁 241-242，2012 年 12 月 8 日，<http://www.tipo.gov.tw/public/Attachment/37913481524.pdf>（最後瀏覽日：2016/2/29）。蔡惠如，同前註，頁 204-209。

<sup>36</sup> 經濟部智慧財產局，同前註，頁 241-245。

狀，綜合各判斷基準及主觀因素與客觀因素之衡量。由於法文撰寫之方式：「著作之利用是否合於第 44 條至第 63 條所定之合理範圍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，以為判斷之基準：一、……二、……三、……四、……。」原係為提醒適用或解釋本條文之人留意此 4 項判斷基準，但由於「正面特點效應 (Feature Positive Effect<sup>37</sup>)」，極易使人專注於所例示之 4 項判斷基準，而未注意「一切情狀」。

有關「其他情狀」之審酌，茲舉下列智慧財產法院判決為例：

- (一) 97 年度刑智上訴字第 23 號刑事判決：「本於營業之目的，擅自重製他人視聽著作於光碟，如此任何人將無意再付費購買正版光碟，此利用結果對於各該視聽著作之潛在市場與現在價值皆有不利益之影響，被告所為對於國家整體文化水準之提升毫無助益，卻徒以備份為由主張合理使用，顯違背合理使用之精神。」
- (二) 97 年度民專上字第 20 號民事判決：「參以藥品仿單係隨同藥品銷售而流通於藥品市場，並無單獨存在之『仿單著作市場』，難認上訴人單就『愛妥糖』藥品仿單有何獨立之市場價值，仿單著作權爭議有淪為藥品市場競爭手段或變相延展藥品專利保護期間之虞。而反觀學名藥仿單係因藥物安全性、藥政管理及資源利用有效性之考量，而採學名藥仿單與原廠藥仿單一致性原則，有其社會利益及公共政策之考量。為調和社會公共利益，對於原廠藥商與學名藥商互相衝突之利益，應容許被上訴人可為合理使用之抗辯。」
- (三) 98 年度民著訴字第 8 號民事判決、98 年度刑智上更(一)字第 16 號刑事判決一併審酌利用他人著作之行為對於後續創作之人有何鼓勵或貢獻，或有何促進資訊之散布與流通。
- (四) 101 年度刑智上訴字第 7 號刑事判決，一併審酌關於公眾人物、公共議題，為使國人知悉探討之時事報導之價值與必要，認為就公眾知之權利維護而言，其效益顯然大於告訴人攝影著作之著作權保護，而認定被告使用告訴人之著作未逾越必要範圍。

<sup>37</sup> Rolf Dobelli 著，方秀芬譯，「行為的藝術」，頁 207-210，商周出版，2013 年 6 月。

- (五) 102 年度刑智上易字第 60 號刑事判決，一併審酌被告可與告訴人聯繫商洽授權之交易成本低，且被告所為並無何轉化性或生產性，卻可能降低告訴人之創作誘因，對社會公益或國家文化發展並無任何價值或助益可言，而認為不成立合理使用。
- (六) 101 年度民著訴字 26 號、102 年度民著上字 1 號民事判決，一併審酌就公眾知之權利及時事報導之完整性，肯定被告之系爭報導使用原告之照片得成立合理使用。惟其後 103 年度民著上更（一）字第 2 號民事判決，一併審酌被告之報導若不使用原告之照片，對公眾知的權利及時事報導完整性並無妨礙，且被告報導所使用之照片與報導內容並無時效上之關聯可言，而認為不宜放寬合理使用之範疇。

倘法院能一併考量其他判斷基準、特殊情事，更能獲悉具體個案中著作利用情形之全貌，而妥善衡量著作權人、利用著作之人與社會大眾之利益<sup>38</sup>。

## 肆、有關論文合理使用之案例

為探究智慧財產法院有關著作權法合理使用概括規定之適用情形，囿於時間及人力有限因素，實難以進行地毯式檢索、統計及分析，而考量著作類型甚多，有時過多資訊反而易產生「資訊偏差」(Information Bias<sup>39</sup>)的情形，故本文以「論文」之典型著作為研究對象，以「著作權&合理使用&論文」為關鍵字，檢索該法院之民事及刑事裁判，選擇法院有判斷著作權法第 65 條第 2 項概括規定適用與否之判決，共有 8 件民事事件、2 件刑事案件。茲分類如下：

### 一、否定成立合理使用者

- (一) 98 年度民著訴字第 40 號民事判決：除囑託專家鑑定是否構成合理使用外，以被告單篇及碩士論文與原告文章高度實質類似，認為被告抄襲極為明顯，而「該論文係被告就讀研究所畢業應提交者，與公益無

<sup>38</sup> 蔡惠如，同註 34，頁 209-211。

<sup>39</sup> Rolf Dobelli，同註 37，頁 47-50。

關，亦非供上課（教育）使用」，且因被告論文抄襲之處甚多，反而有使人認定原告單篇文章係抄襲被告之虞。

- (二) 101 年度民著訴字第 21 號民事判決：被告 5 篇文字著作發表於論文及研討會上，雖有稿費或出席費，仍係非營利之目的；而其「量」與「質」上完全重製原告之著作，所利用之質量及其在雙方著作有關學者之國際制度理論部分所占之比例甚重。再者，因原告之著作具專業性，唯有對前開理論領域有興趣之專業人士始有閱讀之可能，市場有限，故被告重製行為對於原告著作發行之潛在市場與現在價值之影響尚非微小。
- (三) 102 年度民公訴字第 2 號民事判決：被告係為銷售之目的而在網站上使用原告之文案，自屬商業目的之利用，且為有利於被告名義銷售酒類之用，並非善意之使用。又本件系爭文案為介紹性、說明性著作，用於說明原告販售之酒類文宣，與被告公司販售酒品文案之著作性質相同；而被告利用之質與量均為原告文案之大部分；再雙方為競爭關係，被告利用結果使其銷售量增加，自對原告銷售酒類市場及未來潛在市場造成下降影響。
- (四) 102 年度民著上字第 19 號民事判決：被上訴人係為在研討會上發表文章而利用系爭著作，應屬非營利性之教育或學術目的；系爭著作對於經文之解析提出 5 種方向，原創性甚高，且無法認定上訴人自始即有明示或默示他人得逕自利用其著作之意思；被上訴人在系爭侵權文章中，雖多所改寫、引伸系爭著作之內容，然確有引用系爭著作之主要重點部分；被上訴人利用系爭著作，雖僅作為非營利性質之教育或學術使用，惟依上訴人之主張，上訴人出版書籍時，因顧及著作權之爭議，未將系爭著作納入書中，亦有影響其利益，故難謂未對市場造成影響。相關刑事案件（102 年度刑智上易字第 35 號）亦同此認定。
- (五) 102 年度民著訴字第 54 號民事判決：系爭著作係使用於被告甲醫院企業網站上，且被告乙亦從事治療靜脈曲張病症之業務，與原告間具有競業關係，被告乙將靜脈曲張原因、治療方式等相關資訊置於甲醫院

網站，具有建立自己專業形象及知名度，以招徠病患就診之目的，並非純為教學或非營利之目的，且未註明來源及出處，未將引用原告創作之部分與自己之部分加以區辨，顯已構成「抄襲」而非「引用」，並無成立合理使用之餘地。

- (六) 104 年度民著上字第 7 號民事判決：被告之 5 篇文章中有 4 篇文章內容完全擷取原告之系爭著作內容再拼貼重製，而第 5 篇文章則有一半篇幅與系爭著作內容相同，所利用之質、量在整個著作所占比例甚多，而被告甲醫院將 5 篇文章置於網站或部落格中，其文章下方分別有被告甲醫院或乙之具名、聯絡資訊、學經歷介紹等，顯係藉由該等文章建立自己專業醫療形象及拓展其等於靜脈曲張領域之知名度，以招攬病患就診，而證人丙亦證稱開設部落格係為了推動院方業務等語，足見甲醫院仍有若干招攬醫療業務之考量；衛教資訊雖係推廣醫療知識為目的，於各大醫院及網路上均可見到此類文章，但如何將複雜的醫療知識，以簡短的篇幅及圖示介紹予大眾瞭解，仍須由醫院及主筆者運用其創作力撰寫，如為引用他人已撰寫及建置之文章，亦應註明其出處來源，而非全然重製，故本件不因系爭文章的分類係置於衛教資訊或衛教文章而免受有無侵害著作權之檢驗。

另被告甲醫院、乙與原告及其經營之診所，因二者所在縣市相隔甚遠，且醫院與診所之規模設備不同，難視兩者為病患醫療服務屬於財產交易市場之競爭關係，是被告乙利用系爭著作行為對系爭著作潛在市場與現在價值影響不深，病患未必因該網站之內容即會選擇至甲醫院就醫。經綜合審酌上開因素，認被告甲醫院與乙之行為尚不構成著作之合理使用。本件一審判決（103 年度民著訴字第 18 號）亦同此認定。

## 二、肯定成立合理使用者

- (一) 103 年度民著上字第 26 號民事判決：被上訴人醫院於該醫院網站之健康園地刊載系爭文章，其目的在於教導民眾衛教知識，具有提升國民對健康注意及教導民眾衛教知識之公益性，並為履行醫療法之衛生教



育義務，屬非營利性之教育目的；上訴人之系爭著作為事實型著作，受到既存事實相當之限制，創作性不高；被上訴人之系爭文章使用系爭著作部分占全文之比例未逾三分之一，且非屬其精華或核心部分；被上訴人醫院刊載系爭文章，其目的在於教導民眾衛教知識，非醫療廣告，縱使有提升其專業之觀感，然上訴人並未證明此與病患因瀏覽系爭文章而求診於被上訴人醫院間之因果關係，況被上訴人醫院統計系爭文章刊登前後之靜脈曲張門診手術數量反而下降，又上訴人就系爭著作迄今並無集結出書或授權他人使用之情形，難認對上訴人靜脈曲張醫療市場價值有何重大影響。本件一審判決（102 年度民著訴字第 57 號）亦同此認定。

（二）103 年度刑智上易字第 9 號刑事判決：被告（教師）重製並公開傳輸系爭文字於無名小站部落格網站內文章中，而有利用告訴人文章中系爭文字之行為，綜合審酌下列情事：

- 1、系爭文字係以文字描述日本牛之緣由、飼養方式肉質、特色等，其創作性程度不低，且該篇文章係網友投書媒體，與其他網友、讀者分享自身之經驗與知識，屬社會日常生活經驗與文化交流之一環，網友、讀者可以不受限制地免費上網瀏覽該文章，是告訴人主要擬經由此一般公眾得任意免費瀏覽之新聞網站上，與人分享其對日本牛肉之經驗與想法，加強國人對日本牛肉之瞭解，不具有商業性之性質。
- 2、告訴人之文章全文計 3,406 字，被告所引用之系爭文字（含標點符號）計 188 字，引用比例僅約 5.52%，且從該篇文章之架構，被引用之系爭文字乃一綱要性、總覽性之介紹，非屬全文中最精華之部分。
- 3、被告教授課程主要以日本文化為研究主體，談及日本的飲食文化，同時將其部落格列為教學平台，是被告利用系爭文字撰文並張貼於部落格之目的，兼具教育學生、與網路社群之不特定人經驗分享，而有教育、社會交流之非營利性目的。

4、告訴人撰文不具有商業性、營利性之性質，且告訴人未舉證證明其所指以該文章內容為基礎引進推廣日本牛肉或向日本駐台機構提案之計畫；又告訴人之文章發表於電子媒體網站，距被告引用系爭文字之日已逾3年，且被告將其文章刊登於個人部落格，僅有233人次之瀏覽次數，被告於接獲告訴人之通知後隨即移除，自告訴人與被告各自發表文章之所在網站，兩者閱讀群眾基礎與影響力本有巨大差異，難謂被告引用系爭文字之行為，即會發生電子媒體網站讀者拒絕、不願或不能閱讀告訴人文章之排擠效應。至告訴人所指應參考平面媒體專欄稿費計算其損害，然其未證明業已取得稿費，況亦殊難想像於發表3年多後告訴人尚有何稿費或其他現有價值。此外，告訴人所謂「對媒體之承諾」，純屬其個人與新聞媒體的關係，與合理使用之判斷無涉，其個人主觀對於該篇文章的情感價值，無足認定被告利用系爭文字之結果，對告訴人文章之潛在市場與現在價值有何不利影響。

### 三、小結

茲整理前揭10件判決有關合理使用之判斷內容，如下表所示：

判斷結果	案號	判斷基準及次序
否定成立合理使用	1、98 民著訴 40	③①
	2、101 民著訴 21	①②③④
	3、102 民公訴 2	①②③④
	4、102 民著上 19 102 刑智上易 35	①②③④
	5、102 民著訴 54	①
	6、104 民著上 7 103 民著訴 18	③①④
肯定成立合理使用	1、103 民著上 26	①②③④
	2、103 刑智上易 9	②③①④

（註：①②③④分別代表著作權法第65條第2項第1至4款）

綜觀前揭判決之論斷，原則上法院均有論述著作權法第65條第2項所定之4項判斷基準，至於98年度民著訴字第40號民事判決，可能因被告著作高度實質

類似原告著作，明顯有抄襲情事，致法院僅審酌第 1、3 款判斷基準；102 年度民著訴字第 54 號民事判決，可能因當事人間具有競業關係，被告所為係建立自己專業形象及知名度，以招徠病患就診之目的，並非純為教學或非營利之目的，且未註明來源及出處，構成「抄襲」而非「引用」。而就 4 項判斷基準之次序，法院多依第 1 至 4 款之順序判斷。又法院對於合理使用究採何種態度（pro or con），不宜僅因其判斷結果為成立／不成立之數量多寡為斷，蓋各該判決結果事涉個案情節，不一而足，但自法院論述之理由，可約略看出法院可能傾向第 1、4 項判斷基準，例如 103 年度民著上字第 26 號民事判決即思考被告實際使用原告著作是否實際上增加其經濟收益，即以被上訴人醫院統計系爭文章刊登前後之靜脈曲張門診手術數量未增反降之情為論據之一。而就證據調查之方式，主要由法院依當事人所為之陳述及證據為論斷，亦有囑託鑑定者（即 98 年度民著訴字第 40 號民事判決）。

## 伍、各判斷基準之審酌次序

於著作權法第 65 條第 2 項第 1 至 4 款例示合理使用之判斷基準，通常當事人為此合理使用之抗辯時即依序說明其理由，法院亦按各款規定順序加以論述，此應係條文直接規定「著作之利用是否合於第 44 條至第 63 條所定之合理範圍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，以為判斷之基準：一、……二、……三、……四、……。」而有「預設值效應（Default Effect<sup>40</sup>）」之故。為免適用之僵化，本人前建議「合理使用判斷邏輯體系」，從利用著作之性質區分各著作之利用型態（即「轉化、非生產性使用」及「轉化、生產性使用」，再區分為「單純為被利用著作本質目的之使用」及「其他利用情狀（另有其他利用目的、被利用著作之特質或其他特殊情事）」，並斟酌利用之質量比例、是否發生取代被利用著作市場、及該利用結果對於原著作權人與人類智識文化資產之影響或其他特殊情狀<sup>41</sup>。

<sup>40</sup> Rolf Dobelli，同註 37，頁 143-146。

<sup>41</sup> 蔡惠如，同註 5，頁 343-352。「合理使用判斷邏輯體系」，頁 344-345 之圖 6。

法律之概念，固以三段論法為基本原則，亦即先決定所應適用之法律（大前提），再認定個案事實（小前提），最後將法律涵攝於個案事實，而得出其法律效果（結論）。就合理使用概括規定之具體適用，本應審酌利用著作之一切情狀，故本文認為法院得就具體案情調整其審酌次序如下所述，而可避免重複論述個案情節的情形：

- 1、系爭著作面：確認著作權人所主張著作（系爭著作）之性質（即第2款「著作之性質」）。
- 2、利用著作行為相對於系爭著作：考量行為人利用著作之程度（即第3款「所利用之質量及其在整個著作所占之比例」）。
- 3、行為人之主觀面：探究被控侵權之行為人利用系爭著作之目的及性質（即第1款「利用之目的及性質，包括係為商業目的或非營利教育目的」）。
- 4、利用著作行為之影響：評估該利用著作行為對於著作權人現有市場價值及未來之影響（即第4款「利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響」）。
- 5、其他情狀之審酌。

以智慧財產法院 102 年度刑智上易字第 60 號刑事判決為例，法院就本案具體情節審酌如下，最後認定被告所為不符合合理使用：

### （一）著作之性質

系爭照片以犬為特寫攝影，其創作性程度高。而告訴人將系爭照片置於部落格文章內供大眾免費瀏覽欣賞，屬已公開之著作，且告訴人擬經由此一般公眾得任意免費瀏覽之非商業性部落格上，與人分享其所拍攝的滿意照片，核屬個人藝術表現之分享。

### （二）所利用之品質及其在整個著作所占之比例

被告將系爭照片去除邊框及右下方「photo by Lorelei」字樣，再以「並排顯示」之方式作為其部落格的背景圖片，多幅系爭照片充滿該部落格之頁面，其利用系爭照片之質、量比例幾近 100%。

### （三）利用之目的及性質

被告於其部落格利用系爭照片之目的，係以其所飼養之愛犬美照，作為其非營利性部落格的背景圖片，並非基於商業或牟利之目的。惟告訴人於系爭照片右下方標示有「photo by Lorelei」字樣，難認告訴人明示或默示允許他人逕自利用系爭照片，今被告逕自將系爭照片去除上開字樣後「並排顯示」成部落格的背景圖片，非屬轉化性使用或生產性使用。被告固藉由部落格，供網路社群之不特定人瀏覽、欣賞、經驗分享、情感抒發，而有教育、社會交流之功能，惟對瀏覽者而言，是否以系爭照片為背景圖片並無何實質差異，因此被告將系爭照片作為背景圖片之行為，難認有何教育目的，不應將之與部落格本身的教育性質混為一談。

### （四）利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響

告訴人建置部落格係為介紹養狗知識、分享其飼養犬狗的心得與經驗，協助他人得知認養犬狗相關資訊，並無營利或刊登廣告，難認告訴人就系爭照片有單獨存在之著作市場或獨立之市場價值。而被告之部落格並無刊登廣告或販賣商品之營利行為，被告雖將系爭照片作為自己部落格之背景圖片，使瀏覽被告部落格之人得以欣賞被告所飼養愛犬之風采，難認因此取代告訴人現有之寵物美容及教學業務，進而影響其事業經營，自無從認定被告使用系爭照片後，對於告訴人就系爭照片之潛在市場、現在價值有何影響。

### （五）利用結果對於人類智識文化資產之整體影響

衡諸系爭照片雖屬已公開之著作，惟其創作性極高，告訴人的部落格對其與系爭照片所生之利益，是擴大系爭照片被接觸的機會，提高一般大眾對於告訴人知名度之認知。且告訴人於部落格有留言版及電子郵件，被告可藉此聯繫商洽授權，因此被告向告訴人取得授權之交易成本低。被告卻逕自移除系爭照片右下方「photo by Lorelei」字樣後並排顯示成部落格的背景圖片，社會大眾可能誤認系爭照片即為被告所拍攝，雖被告非基於商業或牟利之目的，但無任何轉化性或生產性，且可能因降低告

訴人之創作誘因，對社會公益或國家文化發展並無任何價值或助益可言，此時應傾向著作權之保護。

## 陸、結論

著作權法之立法目的在於資訊之充分自由流通傳遞、言論之自由化與多元化，期許著作權法之修法就「著作權之限制」與「合理使用」制度有更加細緻之規範，且法院在未來具體個案中能就合理使用之判斷能有更加詳實深厚的論述，以求衡平保障「著作權 copyright」與「學術自由 Academic Freedom」、「知的權利 Right to know」。