

著作權「轉化性使用」之我國本土案例分析

蔡嘉裕^{*}

壹、前言

貳、轉化性使用之概念

- 一、利用之目的及性質
- 二、著作之性質
- 三、所利用之質量
- 四、對市場之影響

參、案例分析

- 一、美術著作之戲謔仿作
- 二、報導中攝影著作之重製
- 三、編輯著作之數位化重製
- 四、電玩遊戲之攻略本

肆、結語

^{*} 作者現為臺灣臺中地方法院法官。
本文相關論述僅為一般研究探討，不代表本局及任職單位之意見。

摘要

未獲授權而利用他人著作之重製、改作、公開傳輸，若成立合理使用，即不構成著作權之侵害。我國著作權法第 65 條關於合理使用之規定，仿自美國著作權法第 107 條，美國法上對於合理使用之判斷有重要影響的「轉化性使用」之概念，也不免影響我國司法實務上對於合理使用之判斷。但「轉化性使用」之內涵為何？如何操作其概念以解釋適用合理使用原則？實令人好奇。目前國內學者已有介紹評析美國有關案例之論文，似尚無針對我國案例分析之論文。經筆者整理歸納，我國司法實務上已判決確定，較具討論價值之案例有美術著作之戲謔仿作、報導中攝影著作之重製、編輯著作之數位化重製、電玩遊戲之攻略本，承辦檢察官及刑事、民事歷審法官的見解不一，甚至多次反轉，耐人尋味，相當值得探究。

關鍵字：著作權、合理使用、轉化、二次創作、迷因

Copyright、Fair Use、Transformative、Secondary Creativity、Meme

壹、前言

「meme」之中文翻譯為模因、迷因、嘸¹、梗，依美國韋伯字典定義，意指在網路上，尤其經由社群媒體廣泛傳播的，有趣好玩或有意思的東西，例如，加上搞笑字幕的圖片或影片²。不過，若隨意修改他人創作的圖片，做成梗圖，放在網路上流傳，涉及著作權法上重製、改作及公開傳輸之規定，有可能侵害著作權。但著作權法一方面要保障著作人著作權益，另一方面也要調和社會公共利益，促進國家文化發展（我國著作權法第1條參照），即同時對著作權予以適度之保障及限制，以鼓勵各方面創新。

對此，經濟部智慧財產局民國109年5月1日電子郵件1090501d函表示：「將圖片予以改作，置於社交網路上流傳，藉以嘲諷、kuso時事，在學理上稱作『談諧仿作』，依本局行政解釋（電子郵件1040414參照），此種利用原則上已與原著作所欲傳達之目的或特性有所不同，而具備所謂『轉化性之利用』；如依我國著作權法第65條第2項主張合理使用，須參酌其利用之目的及性質、所利用著作之性質、質量及其在整個著作所占比額、利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響等要件，如不致影響原著作權人之權益，有依該條規定主張『合理使用』之空間，併提供參考。」等語³。然而，「轉化性之利用」即轉化性使用（transformative use），法無明文，所指究竟為何？

最早是1990年美國聯邦紐約南區地方法院（United States District Court for the Southern District of New York）法官 Pierre N. Leval 在《哈佛法律評論》上發表〈邁向一合理使用標準〉（Toward a Fair Use Standard）一文⁴，提出轉化性使用

¹ 嘸ㄍㄌ，名詞：滑稽的言詞或動作；形容詞：可笑有趣。教育部重編國語辭典修訂本，<http://dict.revised.moe.edu.tw/cgi-bin/cbdict/gswweb.cgi?o=dcbdict&searchid=W00000004093>（最後瀏覽日：2021/4/25）。至於「梗」應係「嘸」之誤植，但經廣泛習用，已經約定俗成。

² “Definition of meme 2: an amusing or interesting item (such as a captioned picture or video) or genre of items that is spread widely online especially through social media.” 原意是在一個文化中，人與人相傳之想法、行為、風格或用法，“Definition of meme 1: an idea, behavior, style, or usage that spreads from person to person within a culture.” Merriam-Webster, <https://www.merriam-webster.com/dictionary/meme> (last visited Apr. 25, 2021).

³ 電子郵件1090501d，經濟部智慧財產局著作權主題網，<https://topic.tipo.gov.tw/copyright-tw/cp-407-876485-34457-301.html>（最後瀏覽日：2021/4/25）。

⁴ Pierre N. Leval, *Toward a Fair Use Standard*, 103 HARV. LAW REV. 1105 (1990). BERKELEY LAW, https://www.law.berkeley.edu/files/Leval_-_Fair_Use.pdf (last visited Apr. 25, 2021).

之概念。1994 年美國聯邦最高法院在 *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.* 一案中⁵，亦採用轉化性使用之概念，從此確立其重要性。後來學者經實證研究後發現，法院明確認定被告有轉化性使用之案例，幾乎都成立合理使用⁶。除美國聯邦第七巡迴上訴法院外，確實有「轉化才是王道」的現象⁷；但其內涵，則依案例類型而有所不同⁸。

我國著作權法第 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。」可以溯源自 81 年 6 月 10 日立法理由：「本條係參考美國著作權法第 107 條之立法例增訂之。」同條第 1 項規定：「著作之合理使用，不構成著作財產權之侵害。」依 87 年 1 月 21 日修法理由：「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。」均明示繼受美國著作權法第 107 條之立法例⁹。美國於 1976 年修正著作權法時增訂第 107 條，當時美國國會立法報告書指出：「第 107 條之規定僅係為重申現行司法上之合理使用原則，而無意予以變更、限縮或擴大¹⁰。」至於轉化性使用，雖非法律明文，但既然在美國深遠影響合理使用原則之解釋適用，則繼受該法制之我國，當然亦不免受其影響。

⁵ *Campbell v. Acuff-Rose Music*, 510 U.S. 569 (1994).

⁶ “Alongside the judicial embrace of the transformative use doctrine during 2006-2010, and consistent with the pre-2006 decisions in Beebe’s study, those recent decisions that unequivocally characterize the defendant’s use as transformative almost universally find fair use.” Neil Weinstock Netanel, *Making Sense of Fair Use*, 15 LEWIS & CLARK LAW REV. 715, 740 (2011). SSRN ELIBRARY, <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=0580840700200091251040651221051060110600150260059022001120119016127124019119007053043126126073119092025111081009081064108030123010114112087102120121104116028064067&EXT=pdf&INDEX=TRUE> (last visited Apr. 25, 2021).

⁷ 胡心蘭，轉化才是王道？論合理使用原則轉化性要素之適用與影響，東海大學法學研究第 53 期，頁 227-232，2018 年 1 月。

⁸ 同前註，頁 207-220。

貳、轉化性使用之概念

轉化性使用之概念誕生前，1984、1985 年美國聯邦最高法院在 *Sony Corp. v. Universal City Studios*¹¹ 與 *Harper & Row v. Nation Enterprises*¹² 二案中，分別論及合理使用之基準。在 *Sony* 案指出：「因此，雖然著作使用人為了商業目的的任何著作使用，會被推定為對著作權人之專有權利的不合理利用，但是非商業性的著作使用則是另當別論¹³。」此即為著名之「Sony 推定（Sony Presumption）」¹⁴。在 *Harper & Row* 案再強調：「相對於非營利性質，出版物具有商業性質之事實，是傾向判定為不成立合理使用的一項因素¹⁴。」¹⁵「最後，著作權法規定法院在決定

⁹ 美國著作權法 SECTION § 107 是第 1 章—著作權之主體與範圍（Chapter 1 *Subject Matter and Scope of Copyright*）之第 7 個條文，原文如下：

Copyright Act of 1976 and all subsequent amendments to copyright law

§ 107 Limitations on exclusive rights: Fair use

Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include—

- (1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;
- (2) the nature of the copyrighted work;
- (3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and
- (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.

U.S. COPYRIGHT OFFICE, <https://www.copyright.gov/title17/title17.pdf> (last visited Apr. 25, 2021).

¹⁰ “Section 107 is intended to restate the present judicial doctrine of fair use, not to change, narrow, or enlarge it in any way.” H. R. Rep. No. 1476, 94th Cong., 2d Sess. at 66 (1975), see also S. Rep. No. 473, 94th Cong. 1st Sess., at 62 (1975). 轉引自胡心蘭，同註 7，頁 188。

¹¹ *Sony Corp. v. Universal City Studios*, 464 U.S. 417 (1984).

¹² *Harper & Row v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539 (1985).

¹³ “Thus, although every commercial use of copyrighted material is presumptively an unfair exploitation of the monopoly privilege that belongs to the owner of the copyright, noncommercial uses are a different matter.” *Sony*, 464 U.S. at 451. JUSTIA US SUPREME COURT, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/464/417/> (last visited Apr. 25, 2021). 中文翻譯引自林利芝，新法學英文攻略美國最高法院經典案例：著作權法篇，頁 164，新學林出版股份有限公司，2020 年 9 月。

¹⁴ “The fact that a publication was commercial, as opposed to nonprofit, is a separate factor that tends to weigh against a finding of fair use.” *Harper & Row*, 471 U.S. at 562. JUSTIA US SUPREME COURT, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/471/539/> (last visited Apr. 25, 2021). 中文翻譯引自胡心蘭，同註 7，頁 190。

某著作使用是否構成『合理使用』時，必須把重點放在『使用受著作權保護之著作對於這個著作的潛在市場或商業價值的影響』。這個最後一項考量因素，無疑是法院決定某著作使用是否合理的最重要因素¹⁵。」這些見解廣受下級法院引用¹⁶。至於轉化性使用，則是對上揭判例意旨之反思。

1990 年美國聯邦紐約南區地方法院法官 Pierre N. Leval 在《哈佛法律評論》發表之〈邁向一合理使用標準〉，主要論述：為何要允許合理使用？因為，雖然須就創作者給予壟斷性保護，以激發創造力，但過度的保護，反將扼殺創造力，不利於社會福祉。首先，所有智慧創作都有一部分是衍生的，沒有完全原創的想法或發明，任何進步都是立足於前人所形塑的基礎；其次，參考文獻是智慧創作的重要領域，哲學、評論、歷史，乃至於自然科學，都需要持續對過去的論文重新審視。因此，司法上創造了三項著作權法原則，以解決此問題：其一，是著作權只保護表達方式而不保護思想之原則；其二，是單純呈現事實不受著作權保護之原則，即使原作者在揭露事實上付出許多精力；最後，是合理使用原則，保護二次創作（secondary creativity）之合法性¹⁷。

Leval 法官依美國著作權法第 107 條規定判斷是否構成合理使用所應考量之因素，依序說明略以：

一、利用之目的及性質

Leval 法官認為，這是使用他人著作之正當性（justification）——該使用是否滿足著作權法之立法目的——為公眾啟蒙而激發創造力，該正當性是否存在以及多強大的問題，法院須權衡使用者之正當性強度與有利於著作權利人之因素。而正當性之問題，主要取決於該使用是否具轉化性（transformative）及轉化之程度；該使用必須具生產性（productive），即其引用之著作須採為與原著作不同之表達方式，或出於不同之目的。另一方面，若該使用增添了原著作之價值——其引用

¹⁵ ‘Effect on the Market. Finally, the Act focuses on “the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.” This last factor is undoubtedly the single most important element of fair use.’ *Id.* at 566. 中文翻譯引自林利芝，同註 13，頁 227。

¹⁶ 胡心蘭，同註 7，頁 191。

¹⁷ Leval, *supra* note 4, at 1109-1110.

之著作被採用為原始素材，轉化為新資訊、新美學、新見解或新理解之創作物——這就是很典型的，合理使用原則所欲保護以豐富社會的活動。轉化性使用，可能包括評論其引用之作品、揭露原作之性質、證明一項事實，或概述原作觀點加以捍衛或反駁，也可能包括戲謔仿作（parody）、象徵、美學宣言，以及無數其他用途¹⁸。

二、著作之性質

假設以下例子：1. 有位作家的第一本小說以其風格優雅、文字精練而廣受好評，但有評論家引用該作者的原始手稿，揭露其對文法無知、風格彆扭，以證明該本小說是由具才華的缺德編輯所為，是文學詐欺；2. 作者 A 指控作者 B 新出版的書中，從 A 寫給 B 的信中抄襲了一個比喻，B 則辯稱在收到 A 的信之前所寫的第一版書稿中就有相同的寫法，但有評論家引用 B 的第一版書稿，證明其上並無相同的寫法存在，以駁斥 B 的辯解。這兩個例子，似乎都是令人信服的合理使用案例，各該評論家有具生產性、轉化性的正當性，應優先於該作者就未公開稿件保有隱私之利益¹⁹。

三、所利用之質量

如同第一項因素（利用之目的及性質），重要問題是，其所利用素材之部位與數量，是否與其目的之正當性有合理的關連。具轉化性的正當性可能存在於只引用一些句子時，但若證明是更大量的引用，恐怕未必如此²⁰。

四、對市場之影響

美國聯邦最高法院指稱此為「合理使用的最重要的單一要素」，可見著作權並不是作者固有的自然權利；假如是，則對市場價值之影響即無關緊要。實則著作權基於功利主義觀念，為鼓勵創作，才賦予作者從中獲得回饋之機會，而過度干擾對作者激勵措施的二次使用，會傾覆著作權之目的。因此，儘管市場因素很重要，但最高法院還是誇大了其重要性。當對市場有重大干擾時，難以認定合理

¹⁸ *Id.* at 1111.

¹⁹ *Id.* at 1121.

²⁰ *Id.* at 1123.

使用，然即使不損害原著作之市場，並不能保證二次使用是合理的。因此，儘管市場因素很重要，特別是當市場受到二次使用的損害時，也不應掩蓋第一項因素下對正當性的要求，否則就不會有合理使用²¹。

歸納以上，Leval 法官主張，保障著作權是基於功利主義觀念之目的，作為合理使用之立論基礎，就著作權法第 107 條規定合理使用應考量之四項因素，皆以行為人使用他人著作之目的正當性為核心基準，並提出應具轉化性、生產性的正當性之概念，藉由此概念，貫穿審視合理使用原則之四項因素；同時也是對於 1984、1985 年美國聯邦最高法院在 *Sony Corp. v. Universal City Studios* 與 *Harper & Row v. Nation Enterprises* 二案中，過度強調第四項因素（對市場之影響）之見解，表達不同的意見。然而，Leval 法官對所稱轉化性、生產性之說明偏於抽象，其論文中具體舉例不多，以至於在實際案例中，尚有廣泛解讀的空間。

不久後，Leval 法官在其承辦 1992 年美國聯邦紐約南區地方法院 *American Geophysical Union v. Texaco Inc.* 一案之判決²²，率先採取轉化性使用之概念；其上訴審即 1995 年美國聯邦第二巡迴上訴法院（United States Court of Appeals for the Second Circuit）之判決²³，亦同其見解。要言之，被告之員工（研究人員）未經授權而複印原告所出版之期刊文章，不構成合理使用，其只是為了方便而複印，這不是一種轉化性使用，且干擾了出版商即原告可從中獲得的商業價值²⁴。

1994 年美國聯邦最高法院在 *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.* 一案中闡明：判斷是否為合理使用的第一項因素，為「系爭著作對於原著作之使用的目的與性質，包括該使用是否為商業性質或是非營利教育之目的」。重點在於釐清系爭著作是否已轉化成與原著作不同的另一著作，以及系爭著作轉化的程度。系爭著作對於原著作之轉化使用不必然構成合理使用，然而著作權法「促進知識與實用性技術發展」之立法目的，通常可藉由創作「轉化性著作」予以達成。因此「轉化性著作」

²¹ *Id.* at 1124.

²² *American Geophysical Union v. Texaco Inc.*, 802 F. Supp. 1 (S.D.N.Y. 1992). JUSTIA US LAW, <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/802/1/1650145/> (last visited Apr. 25, 2021).

²³ *Am. Geophysical Union v. Texaco, Inc.*, 60 F.3d 913 (2d Cir. 1995). U.S. COPYRIGHT OFFICE, <https://www.copyright.gov/fair-use/summaries/am.geophysical-texaco-2dcir1995.pdf> (last visited Apr. 25, 2021).

²⁴ *Id.*

對於著作權法中為捍衛著作自由使用空間之合理使用原則至關重要，系爭著作的轉化程度越高，越能淡化其他像是系爭著作之商業性質會否定「合理使用」之成立的不利影響²⁵。現在可以說，戲謔仿作顯然具有轉化性的價值。有別於不具有幽默性的評論，戲謔仿作可藉由諷刺原著作並進而轉化成與原著作不同的另一著作而造福社會大眾。本院因此贊同其他法院的見解，認為戲謔仿作與批評或評論一樣，得根據著作權法第 107 條規定主張合理使用²⁶。當合理使用被援引為戲謔仿作不構成著作權侵害的抗辯時，關鍵性問題就在於「自原作歌曲改編之戲謔仿作歌曲中的戲謔仿作性質，能否為世人所合理感知。」除此之外，戲謔仿作的品味優劣與否，與戲謔仿作是否構成合理使用無關²⁷。準此，可知美國聯邦最高法院承認轉化性使用影響合理使用判斷之重要性，並承認戲謔仿作顯然具有轉化性的價值；關鍵在於，其戲謔仿作性質，能否為世人所合理感知。

另一方面，美國聯邦最高法院在 *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.* 一案中，重新詮釋 *Sony Corp. v. Universal City Studios* 與 *Harper & Row v. Nation Enterprises* 二案關於商業目的之使用的見解：如果因為系爭著作的商業性質而推定該使用不構成合理使用，這樣的推理將吞噬所有著作權法第 107 條序言中所列舉之合理使用的例示，包括批評、評論、新聞報導、教學、學術、研究等，因為在美國這些行為通常是基於營利目的才進行。美國國會不可能允許這樣的推定，而這樣的推定也不是導自於普通法的先例。本院就更不能在證據上建立一個將系爭著作對於原著作之商業使用推定為非合理使用的當然法則²⁸。準此，可知美國聯邦最高法院已澈底否定前揭「Sony 推定」。

²⁵ *Campbell*, 510 U.S. at 579. JUSTIA US SUPREME COURT, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/510/569/> (last visited Apr. 25, 2021). 中文翻譯引自林利芝，同註 13，頁 352-353。

²⁶ *Id.* 中文翻譯引自林利芝，同註 13，頁 353。

²⁷ *Id.* at 582. 中文翻譯引自林利芝，同註 13，頁 354。

²⁸ “.....against elevating commerciality to hard presumptive significance.” *Id.* at 584-585. 中文翻譯引自林利芝，同註 13，頁 356。

參、案例分析

有關著作權「轉化性使用」之案例，不免涉及著作權其他問題，或另涉及商標法、公平交易法、民法、公司法等。惟本文研究範圍僅限於著作權「轉化性使用」部分，合先敘明。

一、美術著作之戲謔仿作

法商路易威登馬爾悌耶公司 v. 臺灣樂金生活健康股份有限公司等 2 人

（一）爭點事實

臺灣樂金生活健康股份有限公司（下稱臺灣樂金公司）為韓商 LG 集團旗下韓商樂金生活健康股份有限公司（LG Household & Health Care Ltd.，下稱韓商樂金公司）之臺灣分公司，屬販售彩妝之時尚產業，旗下並有 THE FACE SHOP（又稱菲詩小舖）門市。105 年 10 月間，臺灣樂金公司銷售如圖 1 所示之氣墊粉餅盒（外包裝為帆布小束口袋）及贈品手拿鏡（下合稱系爭產品），法商路易威登馬爾悌耶公司（下稱路易威登公司）發現後，認為有侵害日本知名藝術家村上隆（Takashi Murakami）於 2002 年為其設計完成名為 Monogram Multicolor 之彩色圖樣即如圖 2 所示之美術著作（下稱系爭美術著作）之著作權等，爰提起刑事告訴及民事訴訟。本文聚焦爭點在於：系爭產品對於系爭美術著作之使用，是否具有轉化性及轉化之程度？是否成立合理使用？



圖 1 臺灣樂金公司系爭產品²⁹

²⁹ 圖 1 即智慧財產法院 108 年民商上字第 5 號民事判決之附表五，司法院法學資料檢索系統，<https://law.judicial.gov.tw/FJUD/data.aspx?ty=JD&id=IPCV,108%2c%e6%b0%91%e5%95%86%e4%b8%8a%2c5%2c20200116%2c1>（最後瀏覽日：2021/4/25）。



圖 2 路易威登公司 Monogram Multicolor 美術著作³⁰

(二) 法院裁判

表 1 案例 1 裁判意旨 / 摘要

法院裁判	裁判意旨 / 摘要
107 年 03 月 31 日 刑事裁定 ³¹	系爭商品將圖樣設計作示意為聲請人包包商品手繪圖，意在以促狹、戲弄之方式，示意這是有別於以奢侈、華麗、時尚、昂貴形象深入人心而受追捧之 LV 托特包之外的「另一個包」，業已傳達商品本身與手繪圖樣所指涉名牌包間對比矛盾之訊息，且其商品通路、外型，亦與聲請人之商品存在明顯區隔…… (交付審判之聲請駁回)
108 年 01 月 23 日 民事第一審判決 ³²	系爭產品為「著作之戲謔仿作」…… ①利用之目的及性質：……系爭商品雖為商業目的，然其已傳達諷刺揶揄之矛盾對比娛樂訊息，而具備言論、藝術自由表達之公共利益，業如前述，顯已發揮高度創作性，而應視同一般對於原著之評論或批判等合理使用，參照前揭說明，自應給予正面之評價。

³⁰ 圖 2 即智慧財產法院 108 年民商上字第 5 號民事判決之附表三，同前註。

³¹ 臺灣臺北地方法院 106 年聲判字第 285 號刑事裁定，司法院法學資料檢索系統，<https://law.judicial.gov.tw/FJUD/data.aspx?ty=JD&id=TPDM,106%2c%e8%81%b2%e5%88%a4%2c285%2c20180331%2c1> (最後瀏覽日：2021/4/25)。

³² 智慧財產法院 107 年民商訴字第 1 號民事判決，司法院法學資料檢索系統，<https://law.judicial.gov.tw/FJUD/data.aspx?ty=JD&id=IPCV,107%2c%e6%b0%91%e5%95%86%e8%a8%b4%2c1%2c20190123%2c1> (最後瀏覽日：2021/4/25)。

法院裁判	裁判意旨 / 摘要
	②所利用著作之性質：……系爭著作之創作性高，固應給予較高度之保護，惟系爭產品並未造成消費者與原告之品牌混淆誤認，亦未減損原告相關商品之識別性或信譽，均如前述，顯未取代系爭著作或對系爭著作造成損害，尚難認其不應受保護。 ③所利用著作之質量及其在整個著作所占比例：系爭產品之圖樣除前述品牌縮寫、細部圖案之差異外，其餘均與系爭著作大致相同，所利用之質量比例固然甚高，惟此乃戲謔仿作為達其揶揄玩笑目的所必要，且衡其已標明屬 THE FACE SHOP 與 My Other Bag 之聯名品牌，而表達非源自原告品牌，其利用之情狀亦未逾越合理範圍，參照前述美國實務法理，仍難僅以此即為不利被告之認定。 ④利用結果對著作潛在市場與在價值之影響：由原證 14 可知該等網路賣家及部落客對系爭產品與原告之品牌間均未產生不當連結，亦對外清楚表明此情，無法證明有致消費者混淆誤認之虞，且系爭產品既未違反社會倫理規範，復未造成消費者與原告品牌商譽間產生不良聯想，亦無品質低劣之情事，而不致影響系爭著作之社會評價，均如前述，況系爭產品乃單價數百元至千元出頭之氣墊粉餅、棉麻布束口袋及手拿鏡，系爭著作則使用於單價數萬元以上之名貴精品包，二者之客群並非同一，是系爭產品對系爭著作之潛在市場及價值縱有影響，亦應甚微，且非屬負面。 ⑤綜上，系爭產品雖基於商業目的而利用高質量、比例之系爭著作，惟已傳達與系爭著作不同之戲謔仿作目的，展現具轉換價值之高創作性，對系爭著作之潛在市場及價值亦無不良影響，應與一般對於原著作的評論或批評等價齊觀；復參酌他案美國判決，就與系爭產品相同圖案設計之他案帆布袋，亦認其雖為商業使用，惟因其與原告之商業取向不同，其顯無法於市場上取代原告商品，並未對原告造成損害，符合美國著作權法之合理使用等情，亦與本院上開論理一致。準此，系爭產品自應構成著作權法第 65 條第 2 項之合理使用而未侵害原告之著作權。 （路易威登公司敗訴）

法院裁判	裁判意旨 / 摘要
109 年 01 月 16 日 民事第二審判決 ³³	系爭商品未能表達出戲謔或詼諧的意涵，亦未賦予自身之創意，故不具有一定之「轉化價值」，反而使相關消費者與系爭美術著作作為商標圖樣之商品來源產生混淆誤認之虞…… 系爭商品與使用系爭美術著作為商標之商品為類似或性質相近商品，二者同時在我國市場上流通，會造成相關消費者將二者產生不當連結…… 系爭圖樣利用系爭美術著作之質量及其在整個著作所占比例均甚高，且未具有任何「轉化價值」…… (路易威登公司逆轉一部勝) (兩造均未上訴確定)

(三) 本文評析

1、審酌系爭產品利用系爭美術著作之目的及性質

依系爭產品之外觀(圖1)，清晰可見「名牌包」之卡通風格圖案，其花樣顯係從系爭美術著作改作而成，最主要是將代表系爭美術著作所屬品牌「LV」(即路易威登公司英文縮寫)之花樣都改成「MOB」，其餘修改幅度不大，整體視覺效果近似，而「LV」為世界著名之奢侈品牌時尚品牌，足認系爭產品上「名牌包」之圖案正是故意使消費者聯想「LV」名牌包。再從系爭產品上「名牌包」圖案之上、下方標示英文「My Other Bag」、「THE FACE SHOP」及上述花樣改成「MOB」(My Other Bag之縮寫)的情形，一方面有嘲諷「我的另一個包是LV名牌包，不是這一個」的幽默感，另方面表明「My Other Bag」、「THE FACE SHOP」之品牌名稱，明確揭示其商品來源並非「LV」，尤其在帆布小束口袋背面的英文標語：「Designer Handbag Junkies Gone Environmentally Conscious」，意思是說：「名牌包上癮者失去環保意識」，直言批評名牌包，尤其影射「LV」名牌包，而崇尚環保意識，更凸顯系爭產品立場與「LV」名牌包之對立，況「LV」名牌包以珍貴皮革精品舉世聞名，與「MOB」商品所使用便宜又耐用之帆布袋，有

³³ 智慧財產法院 108 年民商上字第 5 號民事判決，同註 29。

天壤之別，相關消費者³⁴不可能有混淆誤認之虞，一般消費者亦不至於有混淆誤認之虞。基此，系爭產品上「名牌包」圖案中所使用系爭美術著作，在風格、花樣、搭配文字及材質上，皆與系爭美術著作為不同之表達方式，又系爭美術著作之目的無非表現「LV」名牌包之美好，系爭產品引用系爭美術著作是為了批評影射「LV」名牌包缺乏環保意識，顯係出於不同之目的，系爭美術著作被採用為原始素材，轉化為新理解之創作物，該使用增添了系爭美術著作之價值，豐富社會公共利益，促進國家文化發展，而有具生產性、轉化性之正當性，其轉化之程度尚屬顯著，並有能為世人所合理感知之戲謔仿作性質，所以固然兼有銷售系爭產品之商業目的，仍應受保護。相形之下，前揭刑事裁定認定「系爭商品……意在以促狹、戲弄之方式，示意這是有別於以奢侈、華麗、時尚、昂貴形象深入人心而受追捧之LV托特包之外的『另一個包』，業已傳達商品本身與手繪圖樣所指涉名牌包間對比矛盾之訊息」等語，民事第一審判決認定「系爭產品……已傳達與系爭著作不同之戲謔仿作目的，展現具轉換價值之高創作性」等語，均正確無誤；至於民事第二審判決認定系爭產品「不具有一定之『轉化價值』，反而使相關消費者與系爭美術著作作為商標圖樣之商品來源產生混淆誤認之虞」云云，並未說明此認定之依據，是否過於恣意？值得再商榷。

2、審酌系爭美術著作之性質

系爭美術著作之創作性高，無庸置疑。然而，系爭產品對於系爭美術著作之使用，有具生產性、轉化性之正當性，仍有主張合理使用之空間。

³⁴ 最高行政法院105年11月份第1次庭長法官聯席會議決議：按商標法第30條第1項第11款（下稱本規定）前段規定之目的在於避免相關公眾對於商品或服務之來源產生混淆誤認之虞，保護之對象為相關消費者，而所稱之相關消費者，則指該商標所使用之商品或服務之消費者而言（商標法施行細則第31條參照）；至本規定後段之規範目的則在於避免著名商標之識別性或信譽於一般消費者主觀認知中遭受減損之虞，保護之對象為該著名商標，不以該商標所使用之同一或類似商品或服務類別為限，兩者保護之對象及範圍並不相同。

3、審酌系爭產品所利用系爭美術著作之質量及其在整個著作所占之比例

系爭產品利用系爭美術著作之質量及所占比例高，亦無庸置疑。然而，系爭產品對於系爭美術著作所利用為素材之部位與數量，就其目的即嘲諷批評「LV」名牌包具轉化性之正當性有合理關連，並未逾必要範圍。相形之下，民事第一審判決有說明「此乃戲謔仿作為達其揶揄玩笑目的所必要」，反觀民事第二審判決前已否定系爭產品利用系爭美術著作之轉化性，即未能審究其使用之質量及比例有無逾必要範圍而過高，殊為可惜。

4、審酌利用結果對系爭美術著作潛在市場與現在價值之影響

系爭產品利用系爭美術著作結果，有能為世人所合理感知之戲謔仿作性質，況系爭產品與「LV」名牌包之市場訴求，基本上對立，相關消費者就系爭產品與系爭美術著作表彰之「LV」品牌不可能有混淆誤認之虞，一般消費者亦不至於有混淆誤認之虞，已如前述，並無證據足認其利用結果對系爭美術著作潛在市場與現在價值有何不利影響。相形之下，前揭刑事裁定認定「其商品通路、外型，亦與聲請人之商品存在明顯區隔」等語，民事第一審判決認定「由原證 14 可知該等網路賣家及部落客對系爭產品與原告之品牌間均未產生不當連結」等語，均無違誤，更有客觀佐證；至於民事第二審判決認定「會造成相關消費者將二者產生不當連結」云云，並未說明此認定之依據，是否過於恣意？值得再商榷。

5、綜合判斷

就著作權法第 65 條第 2 項規定判斷合理範圍或其他合理使用之情形，尤應注意之四款因素，經審酌第 1、3、4 款因素結果，均有利於合理使用之判斷，而審酌第 2 款因素之結果，亦未明顯不利於合理使用之判斷，綜合判斷，本應認為成立合理使用。但最終民事第二審判決確定認為本件不構成轉化性使用、不成立合理使用，殊為遺憾。

二、報導中攝影著作之重製

聯合報股份有限公司 v. 香港商蘋果日報出版發展有限公司台灣分公司等 6 人

（一）爭點事實

2010 年 8 月 25 日蘋果日報 A9 版刊載〈摘邱○假髮 黃○○賠 30 萬確定〉報導（下稱系爭報導）刊登之照片³⁵，係未經授權逕使用 2008 年 12 月 16 日聯合報 A6 版刊載〈假髮被扯掉邱○：像當街脫我衣〉報導中³⁶，由聯合報記者曾○○所拍攝，標題為「太扯了」（獲 2009 年卓越新聞攝影獎）之攝影著作（下稱系爭攝影著作），聯合報認為有侵害其著作權（與所僱記者間約定以聯合報為著作人），爰提起民事訴訟。本文聚焦爭點在於：系爭報導對於系爭攝影著作之使用，是否具有轉化性及轉化之程度？是否成立合理使用？

（二）法院裁判

表 2 案例 2 裁判意旨 / 摘要

法院裁判	裁判意旨 / 摘要
101 年 12 月 06 日 民事第一審判決 ³⁷	被告蘋果日報公司利用系爭照片之行為，屬於合理使用……（未提及轉化）（聯合報敗訴）
102 年 08 月 15 日 民事第二審判決 ³⁸	（如同 101 年 12 月 06 日民事第一審判決）

³⁵ 網路上仍可查到此報導，但原刊登之照片，已經依智慧財產法院 103 年民著上更（一）字第 2 號民事判決主文刪除，蘋果新聞網，<https://tw.appledaily.com/headline/20100825/CH3WHHOV4PSOTR5FA7CTZB3RYY/>（最後瀏覽日：2021/4/25）。

³⁶ 即智慧財產法院 103 年民著上更（一）字第 2 號民事判決之附件四，司法院法學資料檢索系統，[https://law.judicial.gov.tw/FJUD/data.aspx?ty=JD&id=IPCV,103%2c%e6%b0%91%e8%91%97%e4%b8%8a%e6%9b%b4\(%e4%b8%80\)%2c2%2c20150618%2c1](https://law.judicial.gov.tw/FJUD/data.aspx?ty=JD&id=IPCV,103%2c%e6%b0%91%e8%91%97%e4%b8%8a%e6%9b%b4(%e4%b8%80)%2c2%2c20150618%2c1)（最後瀏覽日：2021/4/25）。

³⁷ 智慧財產法院 101 年民著訴字第 26 號民事判決，司法院法學資料檢索系統，<https://law.judicial.gov.tw/FJUD/data.aspx?ty=JD&id=IPCV,101%2c%e6%b0%91%e8%91%97%e8%a8%b4%2c26%2c20121206%2c1>（最後瀏覽日：2021/4/25）。

³⁸ 智慧財產法院 102 年民著上字第 1 號民事判決，司法院法學資料檢索系統，<https://law.judicial.gov.tw/FJUD/data.aspx?ty=JD&id=IPCV,102%2c%e6%b0%91%e8%91%97%e4%b8%8a%2c1%2c20130815%2c1>（最後瀏覽日：2021/4/25）。

法院裁判	裁判意旨 / 摘要
103 年 07 月 03 日 民事第三審判決 ³⁹	(未提及轉化) (有利聯合報之廢棄發回)
104 年 06 月 18 日 民事第二審 (更一審) 判決 ⁴⁰	被上訴人將系爭照片使用於蘋果日報系爭報導中，且為百分之百使用，其利用之目的與性質已完全取代原著作於聯合報作為新聞報導之用，並未有任何之轉化性使用可言…… (聯合報逆轉一部勝)
107 年 01 月 03 日 民事第三審 (第二次) 判決 ⁴¹	蘋果日報公司未將該照片為任何轉化使用，即全篇幅引用，而生取代之效果，已逾報導之必要範圍…… (部分廢棄發回) (其餘上訴駁回確定)
107 年 03 月 06 日 民事第二審 (更二審) 撤回上訴 ⁴²	(全案確定)

(三) 本文評析

1、審酌系爭報導利用系爭攝影著作之目的及性質

系爭攝影著作之原始目的即為呈現黃○○在監察院門口扯下立法委員邱○假髮使其出糞之瞬間，本身具獨立之新聞價值。而系爭報導則為黃○○因該行為經台灣高等法院判賠 30 萬元確定之新聞，系爭報導利用系爭攝影著作，除重現系爭攝影著作所呈現之新聞外，似無其他目的及性質，即難認有利用目的及性質之不同而構成轉化性使用。既未能認定有具轉化性之正當性存在，就不可能成立合理使用，其實已無再探究其他審酌因素之必要。

³⁹ 最高法院 103 年台上字第 1352 號民事判決，司法院法學資料檢索系統，<https://law.judicial.gov.tw/FJUD/data.aspx?ty=JD&id=TPSV,103%2c%e5%8f%b0%e4%b8%8a%2c1352%2c20140703> (最後瀏覽日：2021/4/25)。

⁴⁰ 智慧財產法院 103 年民著上更 (一) 字第 2 號民事判決，同註 36。

⁴¹ 最高法院 106 年台上字第 775 號民事判決，司法院法學資料檢索系統，<https://law.judicial.gov.tw/FJUD/data.aspx?ty=JD&id=TPSV,106%2c%e5%8f%b0%e4%b8%8a%2c775%2c20180103%2c1> (最後瀏覽日：2021/4/25)。

⁴² 智慧財產法院 107 年度民著上更 (二) 字第 1 號參考資訊，司法院法學資料檢索系統，<https://law.judicial.gov.tw/FJUD/printHistory.aspx?id=IPCV%2c103%2c%e6%b0%91%e8%91%97%e4%b8%8a%e6%9b%b4%e4%b8%80%2c2> (最後瀏覽日：2021/4/25)。

2、審酌系爭攝影著作之性質

系爭攝影著作捕捉到黃○○扯下邱○假髮之瞬間，雙方生動的動作、神情，實屬不易，並榮獲 2009 年卓越新聞攝影獎之肯定。

3、審酌系爭報導所利用系爭攝影著作之質量及其在整個著作所占之比例

系爭報導中刊登之照片，就是重製系爭攝影著作之全部，並非僅利用系爭攝影著作之一部分。

4、審酌利用結果對系爭攝影著作潛在市場與現在價值之影響

系爭報導利用系爭攝影著作結果，無非重現系爭攝影著作所呈現之新聞，可取代系爭攝影著作本身，當然對系爭攝影著作潛在市場與現在價值有不利影響。

5、綜合判斷

就著作權法第 65 條第 2 項規定判斷合理範圍或其他合理使用之情形，尤應注意之四款因素，經審酌第 1 至 4 款因素結果，均不利於合理使用之判斷，自應認為不成立合理使用。依轉化性使用之概念，經審酌第 1 款因素結果不利於合理使用之判斷，即獲相同結論。相形之下，101 年 12 月 06 日民事第一審判決、102 年 08 月 15 日民事第二審判決，均未慮及轉化性使用之概念，致為不當之結論；而 104 年 06 月 18 日民事第二審（更一審）判決、107 年 01 月 03 日民事第三審（第二次）判決，結論上正確，但若能聚焦在轉化性使用之概念，優先審查系爭報導利用系爭攝影著作之利用目的及性質，與系爭攝影著作之原始目的及本質上有何不同，則可望更快得出結論，而減輕多年訟累。

三、編輯著作之數位化重製

財團法人賴和文教基金會等 3 人 v. 聯合百科電子出版有限公司等 4 人

（一）爭點事實

財團法人賴和文教基金會（下稱賴和基金會）、林○○、賴○○3人將賴和遺稿及遺物選擇編排成5本書（下稱系爭叢書），於89年出版，其中新文學卷、漢詩卷（上）、漢詩卷（下）、筆記卷4本書，均係由賴和遺留之手稿加以照相製版而成，該4本書封面及書背均載明係「賴和手稿集」；另1本書「賴和影像集」則係蒐集賴和照片、遺物、相關報章書籍所刊登賴和之文章等相關資料，附加介紹而成，非關手稿。賴和著作雖已為公共財，但系爭叢書仍為賴和基金會等3人共有之編輯著作。另一方面，伍○○係聯合百科電子出版有限公司（下稱聯合百科公司）負責人；范○○係大人物管理顧問有限公司（下稱大人物公司）負責人。聯合百科公司、大人物公司設置之「聯合百科電子資料庫」（下稱系爭電子資料庫）收錄資料中，未經賴和基金會等3人授權，掃描系爭叢書，將其中新文學卷之分類「小說」、「新詩」、「散文、隨筆」、「雜文」，重新編排成「賴和小說集（手稿）」、「賴和新詩集（手稿）」、「賴和散文・隨筆・雜文集（手稿）」3本書，將漢詩卷（下）卷八、卷九之新詩部分移至「賴和新詩集（手稿）」1書，選輯筆記卷卷六之3篇文章列入「賴和散文・隨筆・雜文集（手稿）」1書中，另將漢詩卷（上）、（下）篩選出828篇合併成「賴和漢詩集（手稿）」1書；在每頁手稿影像上新增全文（釋文）與影像之切換鈕，並有電子全文檢索之新功能，自98年4月開始，供人付費下載及以光碟銷售各大圖書館及資訊公司。賴和基金會等3人認為有侵害系爭叢書之編輯著作，爰提起刑事告訴及民事訴訟。本文聚焦爭點在於：系爭電子資料庫對於系爭叢書之編輯著作的使用，是否具有轉化性及轉化之程度？是否成立合理使用？

(二) 法院裁判

表 3 案例 3 民事裁判意旨 / 摘要

法院裁判	裁判意旨 / 摘要
102 年 04 月 30 日 民事第一審判決 ⁴³	(未提及轉化、合理使用) (賴和基金會等 3 人一部勝訴)
103 年 07 月 31 日 民事第二審判決 ⁴⁴	系爭叢書手稿集部分雖非著作權法所保護之編輯著作…… 縱未依法登記製版權，仍得以權利以外之利益保護之…… 自屬以違背善良風俗之方法加損害於他人…… (認不構成著作權之侵害) (判賠 30 萬元部分不得上訴確定)
104 年 06 月 18 日 民事第三審判決 ⁴⁵	系爭叢書是否享有編輯著作權……(有利於賴和基金會等 3 人之廢棄發回)
106 年 05 月 25 日 民事第二審(更一 審)判決 ⁴⁶	(如同表 3-1 所示 105 年 11 月 24 日刑事第二審判決，合 議庭法官亦相同，除前審確定部分外，改判賴和基金會等 3 人敗訴)

⁴³ 智慧財產法院 101 年民著訴字第 37 號民事判決，司法院法學資料檢索系統，<https://law.judicial.gov.tw/FJUD/data.aspx?ty=JD&id=IPCV,101%2c%e6%b0%91%e8%91%97%e8%a8%b4%2c37%2c20130430%2c1> (最後瀏覽日：2021/4/25)。

⁴⁴ 智慧財產法院 102 年民著上字第 18 號民事判決，司法院法學資料檢索系統，<https://law.judicial.gov.tw/FJUD/data.aspx?ty=JD&id=IPCV,102%2c%e6%b0%91%e8%91%97%e4%b8%8a%2c18%2c20140731%2c2> (最後瀏覽日：2021/4/25)。

⁴⁵ 最高法院 104 年台上字第 1139 號民事判決，司法院法學資料檢索系統，<https://law.judicial.gov.tw/FJUD/data.aspx?ty=JD&id=TPSV,104%2c%e5%8f%b0%e4%b8%8a%2c1139%2c20150618> (最後瀏覽日：2021/4/25)。

⁴⁶ 智慧財產法院 104 年民著上(一)字第 2 號民事判決，司法院法學資料檢索系統，[https://law.judicial.gov.tw/FJUD/data.aspx?ty=JD&id=IPCV,104%2c%e6%b0%91%e8%91%97%e4%b8%8a%e6%9b%b4\(%e4%b8%80\)%2c2%2c20170525%2c1](https://law.judicial.gov.tw/FJUD/data.aspx?ty=JD&id=IPCV,104%2c%e6%b0%91%e8%91%97%e4%b8%8a%e6%9b%b4(%e4%b8%80)%2c2%2c20170525%2c1) (最後瀏覽日：2021/4/25)。

法院裁判	裁判意旨 / 摘要
108 年 10 月 09 日 民事第三審（第二次）判決 ⁴⁷	被上訴人利用系爭叢書中之新文學卷、漢詩卷（上）、（下）之部分著作，製成電子檔，張貼在系爭資料庫內，供人以購買點數付費之方式，加以下載而販售，似該當於「為商業目的」而利用，原判決就此未為審酌，已有未當；又原判決理由謂：系爭叢書電子檔收錄 208 種書籍，賴和著作僅占其中 4 種，其中 95.7% 為賴和原序，其餘 4.3% 暫時無從確定，縱該 4.3% 均為林○○所編輯，但其於被上訴人所利用之整體著作以觀，所占比例尚低等旨，僅片面以被上訴人所利用部分，占其資料庫內所有收錄書籍之比例，作為考量基礎，卻未審酌對於被利用之上訴人著作，占其整體比例若干，亦有未合。 （有利於賴和基金會等 3 人之廢棄發回）
109 年 04 月 23 日 民事第二審（更二審）和解 ⁴⁸	（訴訟終結）

表 3-1 案例 3 刑事裁判意旨 / 摘要

法院裁判	裁判意旨 / 摘要
104 年 07 月 29 日 刑事第一審判決 ⁴⁹	（如同 102 年 04 月 30 日民事第一審判決） （判伍○○、聯合百科公司有罪，范○○、大人物公司無罪）

⁴⁷ 最高法院 108 年台上字第 1315 號民事判決，司法院法學資料檢索系統，<https://law.judicial.gov.tw/FJUD/data.aspx?ty=JD&id=TPSV,108%2c%e5%8f%b0%e4%b8%8a%2c1315%2c20191009%2c1>（最後瀏覽日：2021/4/25）。

⁴⁸ 智慧財產法院 108 年度民著上更（二）字第 6 號參考資訊，司法院法學資料檢索系統，<https://law.judicial.gov.tw/FJUD/printHistory.aspx?id=TPSV%2c108%2c%e5%8f%b0%e4%b8%8a%2c1315>（最後瀏覽日：2021/4/25）。

⁴⁹ 臺灣臺北地方法院 102 年度智訴字第 24 號刑事判決，司法院法學資料檢索系統，<https://law.judicial.gov.tw/FJUD/data.aspx?ty=JD&id=TPDM,102%2c%e6%99%ba%e8%a8%b4%2c24%2c20150729%2c2>（最後瀏覽日：2021/4/25）。

法院裁判	裁判意旨 / 摘要
105 年 11 月 24 日 刑事第二審判決 ⁵⁰	系爭叢書電子檔適用合理使用：…… (1) 利用之目的與性質：……系爭叢書僅有手稿影像，其檢索不易，利用者僅得每頁翻看，無法增進讀者尋找資料之功能，告訴人目前就系爭叢書，並無出版電子書與電子資料庫之計畫。而系爭叢書電子檔增加釋文與全文檢索功能，為坊間賴和著作，唯一全文檢索資料庫，其有助於社會公共利益與國家文化發展，應予正面評價。準此，被告將系爭叢書轉化為電子資料庫使用，並強化諸多紙本書，因受限於載體所不具備之功能，致大多數圖書館為增進讀者尋找資料之便利性，故同時購買系爭叢書與系爭資料庫。職是，被告係將賴和著作以電子資料庫方式呈現，具轉化性利用，而林○○編輯之系爭叢書依照標準之學術規格編排，故系爭叢書與系爭叢書電子檔間實為互補關係，並非互相排擠關係。 (2) 著作之性質：……查系爭叢書之編輯者之編輯目的，雖有使社會大眾共同參與及享有賴和文學之文化資產，並為比對研究，無論是完整稿件或不完整之殘稿，均不藏私，對於賴和之研究有學術之意義。然系爭叢書僅是依一般學術規格與學術慣例所編纂而成，採取絕對客觀時間事實因素、佐以賴和本人之編輯所呈現，加上將以文體方式區分為漢詩、新文學兩者，此為事實、學界規範一致之標準，任何人區分均屬相同。準此，系爭叢書固對於賴和研究有一定之學術地位，然其編排時依據客觀事實與全部收錄之方式，其個人精神創作與系爭叢書之原創性，難認有高度之創作性，自應賦與他人合理使用之較高機會。 (3) 所利用之質量及其在整個著作所占之比例：……參照暨有頁碼、賴和自行標註之日期、前後文意、手稿篇篇相連、稿紙種類，可認系爭叢書大部分為賴和本人編輯、賴和自己封合之內容。反之，系爭叢書電子檔收錄 208 種書籍，賴和著作僅占其中 4 種，其中 95.7% 為賴和原序、4.3% 暫時無從確定，縱該 4.3% 均為林○○所編輯，其於被告所利用之整體著作，所占之比例低。

⁵⁰ 智慧財產法院 104 年刑智上訴字第 47 號刑事判決，司法院法學資料檢索系統，<https://law.judicial.gov.tw/FJUD/data.aspx?ty=JD&id=IPCM,104%2c%e5%88%91%e6%99%ba%e4%b8%8a%e8%a8%b4%2c47%2c20161124%2c1>（最後瀏覽日：2021/4/25）。

法院裁判	裁判意旨 / 摘要
	(4) 利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響：本件民事與刑事訴訟迄今，告訴人對於系爭叢書並無出版電子書之計畫，更遑論將系爭叢書製作成電子資料庫之計畫，而於系爭叢書電子檔出版後，系爭叢書可隨電子出版品之擴散效應，自得促進其銷售量。被告將賴和之文學結晶，以電子資料庫之方式，開啟其被閱讀與使用之便利性，除對於學術研究單位、圖書館具有學術之貢獻外，亦促進臺灣文學、歷史之研究，有助國家文化發展，對於系爭叢書之潛在市場與現在價值，具有正面評價。 (改判伍○○、聯合百科公司無罪，檢察官上訴均駁回)
107 年 03 月 08 日 刑事第三審判決 ⁵¹	似該當於「為商業目的」而利用，原判決就此未見審酌、說明，已有未洽；又原判決理由雖說明：系爭叢書電子檔收錄 208 種書籍，賴和著作僅占其中 4 種，其中 95.7% 為賴和原序，其餘 4.3% 暫時無從確定，而縱然該 4.3% 均為告訴人林○○所編輯，但其於伍○○所利用之整體著作以觀，所占比例尚低等旨（見原判決第 25 頁），似乎僅片面以伍○○所利用部分，占其資料庫內所有收錄書籍的比例，作為考量基礎，卻未另面審酌對於被利用的告訴人著作，占其整體的比例若干，亦有欠妥。 (伍○○無罪部分撤銷發回) (其他上訴不合法駁回確定)
107 年 10 月 19 日 刑事第二審（更一審）判決 ⁵²	查聯合百科公司之「臺灣文獻叢刊續編電子資料庫」中之「賴和手稿集」電子檔收錄告訴人等編輯「賴和手稿集」1,215 篇當中之 910 篇詩文，比例將近 75%，且編排之內容與告訴人等之「賴和手稿集」僅有少許差異，已如前述，以該資料庫「所利用之質量及其在整個著作所占之比例」，兩相衡量，就整體觀察其資料之選擇及編排質量所占比例非低，已難認為合理使用「賴和手稿集」之行為，佐以，被告利用「賴和手稿集」之新文學卷、漢詩卷（上）、（下）之部分著作製成電子檔，收錄在聯合百科公司之「臺灣文獻叢刊續編電子資料庫」，供人以購買點數付費之方式，加以下載而販售，且又將之製成光碟片銷售予附表 1 所示之學術機構及圖書館，亦已該當於「為商業目的」而利用，自非合理使用行為…… (改判伍○○有罪)
108 年 03 月 06 日 刑事第三審（第二次）判決 ⁵³	(伍○○上訴不合法駁回確定)

（三）本文評析

1、審酌系爭電子資料庫利用系爭叢書之編輯著作的目的及性質

系爭電子資料庫掃描系爭叢書，是將賴和手稿影像紙本轉存為數位化複本，再將數位化複本重新選擇編排，並在每頁手稿影像上新增全文（釋文）與影像之切換鈕，且新增電子全文檢索之功能，供使用者以電腦網路等電子設備，高效率搜尋、比對賴和手稿影像之內容，又可永久性安全保存因年代久遠已成公共財之賴和著作手稿複本，對於臺灣文史及漢學研究有重大貢獻。使用系爭電子資料庫搜尋賴和手稿獲得之搜尋結果，與該文字呈現在系爭叢書紙頁上之目的、性質及表達方式，皆有明顯區隔，故有具生產性、轉化性之正當性，且轉化之程度高，所以雖兼有銷售電子資料庫之商業目的，仍應受保護。105年11月24日刑事第二審判決、106年05月25日民事第二審（更一審）判決認「具轉化性利用」，其結論正確；其後之107年03月08日刑事第三審判決、107年10月19日刑事第二審（更一審）判決、108年10月09日民事第三審（第二次）判決避而不提是否「具轉化性利用」，當屬默認。至於107年10月19日刑事第二審（更一審）判決、108年10月09日民事第三審（第二次）判決，均提及系爭電子資料庫是「為商業目的」而利用，固無疑義，但並無商業目的使用即排除合理使用之法則可言。

2、審酌系爭叢書之編輯著作的性質

系爭叢書參照暨有頁碼、賴和自行標註之日期、前後文意、手稿篇篇相連、稿紙種類，可認系爭叢書大部分為賴和本人編輯、賴和自

⁵¹ 最高法院106年台上字第2093號刑事判決，司法院法學資料檢索系統，<https://law.judicial.gov.tw/FJUD/data.aspx?ty=JD&id=TPSM,106%2c%e5%8f%b0%e4%b8%8a%2c2093%2c20180308%2c1>（最後瀏覽日：2021/4/25）。

⁵² 智慧財產法院107年度刑智上更（一）字第1號刑事判決，司法院法學資料檢索系統，[https://law.judicial.gov.tw/FJUD/data.aspx?ty=JD&id=IPCM,107%2c%e5%88%91%e6%99%ba%e4%b8%8a%e6%9b%b4\(%e4%b8%80\)%2c1%2c20181019%2c1](https://law.judicial.gov.tw/FJUD/data.aspx?ty=JD&id=IPCM,107%2c%e5%88%91%e6%99%ba%e4%b8%8a%e6%9b%b4(%e4%b8%80)%2c1%2c20181019%2c1)（最後瀏覽日：2021/4/25）。

⁵³ 最高法院108年台上字第224號刑事判決，司法院法學資料檢索系統，<https://law.judicial.gov.tw/FJUD/data.aspx?ty=JD&id=TPSM,108%2c%e5%8f%b0%e4%b8%8a%2c224%2c20190306%2c1>（最後瀏覽日：2021/4/25）。

已封合之內容。因此，系爭叢書全部手稿之語文著作及大部分編輯著作，乃是已成公共財之賴和著作。依系爭電子資料庫所收錄之系爭叢書，其中 95.7% 為賴和原序、4.3% 暫無從確定之事實，縱該 4.3% 均為賴和基金會等 3 人所編輯，其貢獻亦僅占系爭叢書極少部分。即使賴和基金會等 3 人因手稿保存狀況不佳，投入龐大時間心力，方可將手稿照相製版，但依「單純呈現事實不受著作權保護」之原則，即使賴和基金會等 3 人在呈現手稿狀況之事實上付出許多精力，仍不受保護，方能調和社會公共利益，促進國家文化發展。兩相權衡，系爭電子資料庫對於系爭叢書之編輯著作之使用，有具高度生產性、轉化性之正當性，應優先受保護。

3、審酌系爭電子資料庫所利用系爭叢書之編輯著作的質量及其在整個著作所占之比例

系爭電子資料庫所利用賴和基金會等 3 人所編輯之質量在系爭叢書所占之比例低，前已敘明。另方面，依系爭電子資料庫具轉化性之目的，全文掃描重製系爭叢書確有其必要，也就無可避免使用到賴和基金會等 3 人所編輯部分。105 年 11 月 24 日刑事第二審判決、106 年 05 月 25 日民事第二審（更一審）判決確已說明系爭電子資料庫所利用賴和基金會等 3 人所編輯之質量在系爭叢書所占之比例低之具體依據，107 年 03 月 08 日刑事第三審判決、108 年 10 月 09 日民事第三審（第二次）判決卻指摘：上述二審判決未審酌對於被利用之賴和基金會等 3 人之編輯著作，占其整體的比例若干云云，顯係誤讀原審判決。而 107 年 10 月 19 日刑事第二審（更一審）判決則將系爭電子資料庫與系爭叢書收錄賴和手稿之篇數作比較，形同將已成公共財之賴和著作全部當成賴和基金會等 3 人之編輯著作，顯不合理。

4、審酌利用結果對系爭叢書之編輯著作潛任市場與現在價值之影響

因使用系爭電子資料庫搜尋賴和手稿之便利性，可能對於系爭叢書之銷售有不利影響，但考量系爭電子資料庫所利用賴和基金會等 3

人所編輯之質量在系爭叢書所占之比例低，故賴和基金會等3人因此受不利影響之比例也低。

5、綜合判斷

就著作權法第65條第2項規定判斷合理範圍或其他合理使用之情形，尤應注意之四款因素，經審酌第1、2、3款因素結果，均有利於合理使用之判斷，而審酌第4款因素之結果，亦未明顯不利於合理使用之判斷，綜合判斷，本應認為成立合理使用。但最高法院卻認為本件不成立合理使用，殊為遺憾。

四、電玩遊戲之攻略本

日商史克威爾・艾尼克斯股份有限公司 v. 疾風之狼文化事業有限公司等2人

（一）爭點事實

FRONT MISSION 4 遊戲光碟（下稱系爭遊戲光碟）及其日文使用說明書，係日商史克威爾・艾尼克斯股份有限公司（下稱艾尼克斯公司）於92年11月27日發行，享有著作財產權之電腦程式及語文著作。廖○○係疾風之狼文化事業有限公司（下稱疾風之狼公司）之實際負責人，未經艾尼克斯公司授權，將系爭遊戲光碟中之電子虛擬地圖畫面以單色描繪方式改作成解說附圖，並將日文使用說明書中角色介紹部分翻譯改作成中文，使用在疾風之狼公司出版之「雷霆任務4故事完全攻略」（下稱系爭攻略本）1書中，自同年12月底起販售。本文聚焦爭點在於：系爭攻略本對於系爭遊戲光碟及其日文使用說明書之使用，是否具有轉化性及轉化之程度？是否成立合理使用？

(二) 法院裁判

表 4 案例 4 裁判意旨 / 摘要

法院裁判	裁判意旨 / 摘要
96 年 06 月 29 日 刑事第一審判決 ⁵⁴	就本案之整體情狀 (total circumstances of the case) 觀之，因被告之利用行為占告訴人著作之比例甚低且質量不高，復以其利用行為對於告訴人著作之現在價值或潛在市場並無任何影響，故雖其行為係基於商業目的，且告訴人著作為商業著作，但仍應認被告之利用係屬美國聯邦最高法院在 Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc. 一案判決所提出之「轉換形式之利用」(transformative use)，構成所謂之「有生產力之使用」(productive use)，而非完全重製他人著作、自己並無創作之「無生產力之使用」(unproductive use)。是故，被告利用行為屬合理使用，故不構成著作財產權之侵害。…… 電子虛擬地圖方面……惟本院參考前述鑑定人葉○○教授之鑑定意見，認為被告縱使縱有將告訴人電子虛擬地圖「立體轉平面」之改作甚或重製行為，但既合乎合理使用原則，自不構成著作財產權之侵害。……六、綜上所述，本件經送鑑定結果，認為被告所出版之系爭攻略本其內之解說附圖及角色介紹，係改作告訴人系爭遊戲光碟之電子虛擬地圖畫面及日文使用說明書中之人物介紹，但因被告利用之質量與比例甚低，且其利用行為對於告訴人著作之現在價值或潛在市場並無任何影響，合於合理使用原則，從而不構成對告訴人著作財產權之侵害。…… (均無罪)
96 年 12 月 27 日 刑事第二審判決 ⁵⁵	(如同 96 年 06 月 29 日刑事第一審判決) (無罪確定)

⁵⁴ 臺灣臺中地方法院 94 年度訴字第 1865 號刑事判決，司法院法學資料檢索系統，<https://law.judicial.gov.tw/FJUD/data.aspx?ty=JD&id=TCDM,94%2c%e8%a8%b4%2c1865%2c20070629%2c1> (最後瀏覽日：2021/4/25)。

⁵⁵ 臺灣高等法院臺中分院 96 年度上訴字第 2208 號刑事判決，司法院法學資料檢索系統，<https://law.judicial.gov.tw/FJUD/data.aspx?ty=JD&id=TCHM,96%2c%e4%b8%8a%e8%a8%b4%2c2208%2c20071227%2c1> (最後瀏覽日：2021/4/25)。

（三）本文評析

1、審酌系爭攻略本利用系爭遊戲光碟及其日文使用說明書之目的及性質

系爭攻略本之目的及性質，無非提供讀者玩家就系爭遊戲光碟破關有幫助而不為一般玩家所知之資訊，顯與系爭遊戲光碟及其日文使用說明書之目的及性質不同，其表達方式也不同，使社會活動更加豐富，故有具生產性、轉化性之正當性，且轉化之程度尚屬顯著，所以固然兼有銷售系爭攻略本之商業目的，仍應受保護。

2、審酌系爭遊戲光碟及其日文使用說明書之性質

系爭遊戲光碟及其日文使用說明書屬於虛構或幻想之著作（works of fiction or fantasy），創作性高。但系爭攻略本對於系爭遊戲光碟及其日文使用說明書之使用，有具生產性、轉化性之正當性，仍有主張合理使用之空間。

3、審酌系爭攻略本所利用系爭遊戲光碟及其日文使用說明書之質量及其在整個著作所占之比例

系爭攻略本只是將系爭遊戲光碟中之電子虛擬地圖畫面以單色描繪方式改作成解說附圖，並將日文使用說明書中角色介紹部分翻譯改作成中文，其所利用系爭遊戲光碟及其日文使用說明書之質量及其在整個著作所占之比例均低。

4、審酌利用結果對系爭遊戲光碟及其日文使用說明書之潛在市場與現在價值之影響

系爭攻略本與系爭遊戲光碟及其日文使用說明書之效用完全不同，非僅絕無可能取代系爭遊戲光碟及其日文使用說明書，反而有利系爭遊戲光碟之銷售。

5、綜合判斷

就著作權法第 65 條第 2 項規定判斷合理範圍或其他合理使用之情形，尤應注意之四款因素，經審酌第 1、3、4 款因素結果，均有利於合理使用之判斷，而審酌第 2 款因素之結果，亦未明顯不利於合理使用之判斷，綜合判斷，自應認為成立合理使用。刑事第一、二審判決採納鑑定意見而為正確結論，應予肯定。

肆、結語

經本文運用轉化性使用之概念，重新檢視合理使用之判斷及評析實務見解，足徵此一操作合理使用原則之方法論，確實可行且有效率，而值得採用。首先，須正確認識合理使用原則之目的，就是保護某些有足夠正當性之二次創作行為，亦即利用他人著作，而無庸獲得授權之重製、改作、公開傳輸等，如果成立合理使用，就不構成著作權之侵害。之所以保護未獲授權之二次創作行為，理由在於著作權並不是作者固有自然權利，而是基於功利主義觀念，為鼓勵創作，才給予壟斷性保護，使作者從中獲得回饋之機會。但過度的保護，反將扼殺創造力，而不利於社會福祉。為調和社會公共利益，促進國家文化發展，鼓勵各方面創新，才有合理使用原則，同時對著作權予以適度之保障及限制。其次，我國著作權法第 65 條仿自美國著作權法第 107 條，在解釋適用上，以美國法及相關學說作為我國司法實務上之法理依據，應屬適當。

我國著作權法第 65 條第 2 項規定判斷合理範圍或其他合理使用之情形，尤應注意之因素，其中之第 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」最重要，若從利用之目的及性質，足認其使用有具轉化性之正當性，始有在該正當性與著作權人利益間，權衡何者應優先受保護之可能，反之若根本不具使用之正當性，即不可能合理使用；至於商業目的使用雖較不利於利用人，但誠如 1994 年美國聯邦最高法院在 *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.* 一案闡述，如轉化性利用，即使兼有商業目的，仍應受保護。第 2 款「被利用著作之性質」、第 3 款「所利用之質量及其在整個著作所占之比例」、第 4 款「利用結果對著作

潛在市場與現在價值之影響」，亦皆與有無轉化性利用及轉化之程度有關，最後綜合權衡結果，判斷是否成立合理使用。

依本文評析我國司法實務相關見解之結果，可知普通法院早在 96 年間最先有認定為轉化性使用之刑事案例，應予肯定。而智慧財產法院對於是否採用轉化性使用之概念，各法官見解不一，其中採用轉化性使用之概念，並認定成立合理使用者，其論述及依據皆較能令人信服，而推翻其認定之上級審，廢棄撤銷原審判決之理由均顯不合理，令人頗有「此地無銀三百兩」之感，彰顯該等判決對於合理使用原則之誤解或偏見，實屬遺憾。但至少在聯合報訴蘋果日報一案，最高法院也有採用轉化性使用之概念，以蘋果日報使用系爭攝影著作不具轉化性為判決理由，亦即最高法院已有採用轉化性使用概念的先例，因此後續發展仍可期待。至於在個案上有無轉化性使用及轉化之程度，僅為事實認定問題，自應依個案證據判斷。希望本文研究結果，有助於將來合理使用之判斷。