

論狗仔攝影著作之轉化使用——從智慧財產及商業法院 111 年度民著上易字第 10 號民事判決談起

蘇愷民

壹、前言

貳、智慧財產及商業法院 111 年度民著上易字第 10 號民事判決

一、案件背景

二、法院見解

三、問題提出

參、美國判決之借鏡

一、「利用之目的及性質」與「轉化性使用」之發展

二、照片之轉化性使用：對照片之「加工」與「評論」—— *Schwartzwald v. Oath Inc.* 案

三、對「狗仔所拍攝的照片」加工後再利用—— *O'Neil v. Ratajkowski* 案

肆、代結論——美國判決之借鏡，本案判決之再檢視

作者現為國立政治大學科技管理與智慧財產研究所碩士班研究生。
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

本文旨在探討對於狗仔攝影著作之利用行為，是否得構成合理使用之問題，並探討「轉化性使用」於分析「利用之目的及性質」此合理使用審酌要素之應用。

本文先探討智慧財產及商業法院 111 年度民著上易字第 10 號民事判決中，我國法院之論理，嗣介紹美國合理使用中轉化性使用之發展，最後以二則美國狗仔攝影著作之轉化性使用案例作為借鏡，重新審視智慧財產及商業法院 111 年度民著上易字第 10 號民事判決，並獲得與原判決不同之結論。

本文最終結論認為，轉化性使用之應用可充實判決論理，特別是在數位媒體與社群網路快速發展的時代，更應對著作權爭議進行更細緻的分析與判斷，並期盼此研究能為未來司法實務判決提供有益參考。

關鍵字：著作權侵權、狗仔攝影著作、合理使用、利用之目的及性質、轉化性使用、對照片加工與評論

Copyright Infringement、Paparazzi Photographs、Fair Use、Purpose and Character of Use、Transformative Use、Editing and Commentary on Photographs

壹、前言

我國針對著作財產權之權利限制，除於著作權法第 44 至 66 條規定了諸多豁免條款外¹，並參考美國著作權法第 107 條合理使用（fair use）之規定²，於著作權法第 65 條訂有合理使用條款³，其中第 2 項列有法院於判斷是否該當合理使用時應審酌之四項要素，即「利用之目的及性質，包括係為商業目的或非營利教育目的」、「著作之性質」、「所利用之質量及其在整個著作所占之比例」、「利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響」⁴。

在著作財產權侵權案件中，被控侵權人若欲免於負擔侵權責任時，除了可以主張著作權法第 44 至 66 條之豁免規定外，還可以主張著作權法第 65 條之合理使用。如智慧財產及商業法院 111 年度民著上易字第 10 號民事判決（下稱本案判決）中，此案被告即以著作權法第 65 條進行主張，法院則於逐一分析此條第 2 項所列之四項審酌要素後否定了此案被告的主張。而從本文後續說明並可知，對於「利用之目的及性質」此要件，此案被告特別強調其利用之目的及性質在於「反

¹ 對於著作權法第 44 至 66 條之說明，可參蕭雄淋，著作權法論，頁 153-211，五南圖書出版有限公司，2021 年 8 月 9 版。

² 17 U.S.C. § 107 (2011) (“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The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors.”).

³ 蕭雄淋，同註 1，頁 212。

⁴ 對於我國合理使用制度之討論，可參胡心蘭，從近期案例剖析美國著作權法合理使用原則新發展，中正財經法學 22 期，頁 1-65，2021 年 1 月；許忠信，論著作財產權合理使用之審酌因素——最高法院九十六年度台上字第三六八五號刑事判決評析，月旦法學雜誌 188 期，頁 182-200，2011 年 1 月；張瑞星，論嬌蕉包轉印愛馬仕柏金包外觀之著作權侵權爭議及仿作之合理使用抗辯，科技法律評析 5 期，頁 93-132，2012 年 12 月；謝國廉，著作合理使用之判斷基準——評最高法院與高等法院「紫微斗數案」之判決，月旦法學雜誌 182 期，頁 205-222，2010 年 6 月。

諷、自嘲，及表達對原告侵害其隱私權之不滿」，並非「商業目的之利用」，此案被告除了說明利用目的並非「商業目的」外，更隱含了主張其已對原著作達成「轉化性使用（transformative use）」之意⁵。

在比較法上，美國的合理使用案件中，亦不乏被告主張其利用性質上構成「轉化性使用」。然而，雖我國實務見解已明揭「就算利用目的是商業利用亦有可能成立合理使用；儘管利用目的為非商業利用仍可能不構成合理使用⁶」，但我國法院在分析「利用之目的及性質」此要素時，多仍僅聚焦利用目的是否為商業目的之判斷，一併使用「轉化性使用」進行判斷之判決仍不多⁷。

本文認為，狗仔偷拍名人以發掘花邊新聞之情形並非近年才出現，然而，在現今的網路時代中，社群媒體的出現使得利用照片更加的容易，不論是名人本人或是其他新聞業者，都可以輕易的藉由網路將狗仔偷拍的照片進行直接轉載利用，或加工後再利用，導致著作權侵權案件數量增加⁸，可以想見，法院須審酌「合理使用」抗辯的數量亦會增加。然而，過往法院遇到類似案件（新聞照片遭第三人利用）時⁹，在合理使用第一要素的認定上，仍以利用目的是否為商業目的進行判斷為主，未論及轉化性使用¹⁰，縱有提及轉化性使用之判決，亦係簡單帶過

⁵ 智慧財產及商業法院 111 年度民著上易字第 10 號民事判決／事實及理由／二。

⁶ 最高法院 94 年度台上字第 7127 號刑事判決（節錄）：「著作權法第六十五條第二項第一款所謂『利用之目的及性質，包括係為商業目的或非營利教育目的』，應以著作權法第一條所規定之立法精神解析其使用目的，而非單純二分為商業及非營利（或教育目的），以符合著作權之立法宗旨。申言之，如果使用者之使用目的及性質係有助於調和社會公共利益或國家文化發展，則即使其使用目的非屬於教育目的，亦應予以正面之評價；反之，若其使用目的及性質，對於社會公益或國家文化發展毫無助益，即使使用者並未以之作為營利之手段，亦因該重製行為並未有利於其他更重要之利益，以致於必須犧牲著作財產權人之利益去容許該重製行為，而應給予負面之評價」。

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 53 期，頁 241，2018 年 1 月。

⁸ WILLIAM F. PATRY, 4 PATRY ON COPYRIGHT § 10:137.60 (2024) (WESTLAW online database).

⁹ 針對我國法院判斷利用他人新聞報導是否構成合理使用之討論，可參王怡蘋，新聞事件報導與著作權合理使用，全國律師 19 卷 7 期，頁 5-15，2015 年 7 月。

¹⁰ 如智慧財產及商業法院 101 年度刑智上訴字第 7 號刑事判決（本案為 X（新聞媒體）之「O（民意代表）帶女性前往汽車旅館」之新聞照片遭 Y（新聞媒體）利用）、智慧財產及商業法院 109 年度民著上字第 11 號判決（本案為 X（新聞媒體）之「傳男遙望遠方」之新聞照片遭 Z（新聞媒體）利用），此二案法院均未討論利用行為是否屬轉化性使用。

是否為轉化性使用，並未針對如何判斷進行說明¹¹。對此，本文認為法院不應再使用如過往一般稍嫌簡略及偏頗之分析方式，需要針對「合理使用」進行更細緻的說理，若法院於分析時能以美國發展多年之「轉化性使用」要素一併進行說理，論斷「為何屬或為何非轉化性使用」會使整體判決更為完整詳實。

總此，本文意在討論分析著作權法第 65 條第 2 項第 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」此要素時，「轉化性使用」之應用。本文將先介紹我國涉及利用狗仔偷拍照片之案件（即本案判決），嗣簡介美國法制關於「利用之目的及性質」此要素中，「轉化性使用」之發展後，再以數則美國判決討論美國對於利用狗仔偷拍照片之「轉化性使用」之見解，最後以前述見解試對本案判決進行再分析並給予本文之結論。

貳、智慧財產及商業法院 111 年度民著上易字第 10 號民事判決

一、案件背景

在本案判決（裁判日期：2023 年 3 月 31 日）中，原告為 B 新聞媒體公司（下稱 B），被告為我國藝人 A（下稱 A），所涉之著作為 B 之攝影著作（B 所屬記者所拍攝之照片）¹²。

2021 年 7 月 14 日時，B 於所經營的新聞媒體網站上，刊登講述 A 感情狀況之報導¹³（下稱系爭報導），系爭報導並刊有由 B 所屬記者 C（下稱 C）所拍攝，內容為「A 與一名男子於飯店停車場內手牽手行走，並分別拖拉行李箱」之照片

¹¹ 如最高法院 106 年度台上字第 775 號判決（本案為 Y（新聞媒體）之「摘 O（民意代表）假髮」之新聞照片遭 X（新聞媒體）利用）、智慧財產及商業法院 109 年度民著上易字第 22 號判決（本案為 X（新聞媒體）之數件新聞照片遭某 youtube 頻道利用），此二案法院雖有論及利用行為非屬轉化性使用，然並未說明判斷之理由，前者以「未將該照片為任何轉化使用」，後者以「僅為單純重製，未作轉化之利用」簡單帶過。

¹² 智慧財產及商業法院 110 年度民著訴字第 129 號民事判決／乙／壹／一。

¹³ 黃仲義，【新歡已有未婚妻】「想趁防疫期間去弄胸部」疑難排妹與男方對話流出，鏡週刊，<https://www.mirrormedia.mg/story/20210714ent018>（最後瀏覽日：2024/11/05）。

（下稱系爭照片）¹⁴。而 A 於同年月 22 日，未經 B 同意，將系爭照片截取部分（僅截取 A 手拉行李箱行走之背影¹⁵）使用於其 Instagram（IG）帳號之限時動態影片（下稱系爭影片）中¹⁶。B 因此以 A 侵害 B 對系爭照片之重製及改作權，依著作權法第 88 條及第 85 條規定，向 A 請求損害賠償¹⁷。

針對 B 之主張，A 首先以系爭照片並非著作權法保護之著作進行抗辯，再以縱使系爭照片受著作權法保護，A 之行為僅係在「反諷、自嘲，並用以對抗及表達對 B 侵害其隱私權（狗仔偷拍）之不滿」（括號內文字為本文所加），屬於著作權法第 65 條第 2 項規定之合理使用，不構成著作權侵害來抗辯¹⁸。

對於 A 的兩項抗辯，首先，本案一審法院以「系爭照片乃○○○（即 C）於新聞事件發生的當下，依其個人觀察之角度，選擇取景位置，運用其攝影技巧，將新聞事件具象為攝影畫面之創作，其非單純實體人、物之機械式再現，而已挹注個人精神思想在內……符合我國著作權法最低創意之保護要件，應認具有原創性系爭照片」（括號內文字為本文所加），認定系爭照片為著作權法所保護之攝影著作¹⁹。再於綜合判斷著作權法第 65 條第 2 項所規定之合理使用之四項審酌要素（利用之目的及性質、著作之性質、所利用之質量及其在整個著作所占之比例、利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響）後，認定 A 之行為並不符合合理使用之要件²⁰，最後肯認 A 之行為確實侵害了 B 對系爭照片之重製權²¹，A 隨後提起上訴。

此外，值得一提的是，一審法院於「利用之目的及性質」之審酌要素時，雖與先前判決類同，僅表示 A 擷取系爭照片使用於系爭影片之利用行為不構成轉化性使用²²，但一審法院已有明文提到此審酌要素除考量利用目的是否為商業目的外，

¹⁴ 智慧財產及商業法院 111 年度民著上易字第 10 號民事判決／事實及理由／一。

¹⁵ 智慧財產及商業法院 110 年度民著訴字第 129 號民事判決／乙／伍／二／（一）／2／③。

¹⁶ 同註 14。

¹⁷ 同註 14。

¹⁸ 同註 5。

¹⁹ 智慧財產及商業法院 110 年度民著訴字第 129 號民事判決／乙／伍／一／（一）。

²⁰ 智慧財產及商業法院 110 年度民著訴字第 129 號民事判決／乙／伍／二／（一）／2。

²¹ 智慧財產及商業法院 110 年度民著訴字第 129 號民事判決／乙／伍／二。

²² 智慧財產及商業法院 110 年度民著訴字第 129 號民事判決／乙／伍／二／（一）／2／(2)／①（節錄）：「被告（即 A）將系爭照片截取部分而使用於 IG 限時動態（即系爭影片）中，並未有任何之轉化性使用」（括號內文字為本文所加）。

利用行為是否屬轉化性使用亦應納入考量，更簡要闡述了轉化性使用之概念²³，相較未對轉化性使用有所著墨之二審法院，一審法院之論理已較為豐富，殊值肯定。

二、法院見解

本案經 A 上訴後，二審法院有就本案之二爭點（系爭照片是否為受著作權法保護之著作；及 A 之行為是否符合著作權法第 65 條第 2 項規定之合理使用）做出論述。第一個爭點的關鍵在於，系爭照片是否具備原創性（即獨立創作）及創作性（即足以表現出作者之個性）²⁴。本案中，C 為獨立創作（拍攝系爭照片），而我國通說認為就創作性之要求，僅需具備最低程度之創作性已足²⁵，系爭照片雖為偷拍照片，然 C 仍須選擇拍攝角度及時機，已可認系爭照片具最低程度之創作性，二審法院同樣認為系爭照片為著作權法所保護之攝影著作²⁶。因此，本文將著重討論第二個爭點，尤其是法院對於合理使用四審酌要素中「利用之目的及性質」此要素之論理。以下，將先簡述對於 A 之行為是否符合合理使用之爭點，二審法院就著作權法所規定之四項審酌要素所做出之判斷。

（一）利用之目的及性質

針對「利用之目的及性質」，二審法院認為由系爭影片內容（「上訴人截取系爭照片有關上訴人向前邁步之背影，另一隻手拖著行李箱之部分，於行李箱上標示箭頭記載『猜猜這一盒是什麼』，隨後向網友解答

²³ 智慧財產及商業法院 110 年度民著訴字第 129 號民事判決／乙／伍／二／（一）／2／(2)／①（節錄）：「本款除考量利用人係基於商業目的或非營業之教育目的外，利用人是否將他人著作予以轉化使用，亦應納入考量，易言之，利用人利用原著作時若賦予與原著作不同之其他意義與功能，若與原著作差異性越高，轉化性越大，則可主張合理使用之空間則越大」。

²⁴ 謝銘洋，智慧財產權法，頁 97-104，元照出版公司，2016 年 9 月 7 版；蕭雄淋，同註 1，頁 85-87。

²⁵ 同前註，並參經濟部智慧財產局 95 年 12 月 21 日智著字第 09500121490 號函（節錄）：「按著作權法（下稱本法）所稱之『著作』係指屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作，除該標的屬本法第 5 條所例示之著作外，並需符合『原創性』及『創作性』二項要件。所謂『原創性』，係指為著作人自己之創作（非抄襲他人之創作）；所謂『創作性』，係指須符合一定之『創作高度』。至於所需之創作高度究竟為何，目前司法實務上，相關見解之闡述及判斷相當分歧，本局則認為著作權法應採最低創作性、最起碼創作（minimal requirement of creativity）之創意高度（或稱美學不歧視原則），尚需於個案中認定之」。

²⁶ 智慧財產及商業法院 111 年度民著上易字第 10 號民事判決／事實及理由／五／（一）／2。

該盒裝物為 TTM 提提研面膜」²⁷)、同日 A 所有之 IG 帳號之其餘限時動態(畫面中出現面膜廠商感謝 A 之信件)及面膜廠商活動日期(與系爭影片中部分內容相符)等相關證據可知,就算 A 與面膜廠商間並無商業合作關係,A 發布系爭影片之目的仍係在推銷面膜商品,因此認定 A 之利用行為目的為商業目的之使用²⁸。此外,雖然 A 抗辯利用系爭照片目的係在「反諷、自嘲,及表達對 B 侵害其隱私權之不滿」,隱含有主張利用行為屬於轉化性使用之意(對此,一審法院認為不符合轉化性使用),然而二審法院僅有於判決末尾稍稍提及「A 之利用行為難以解讀或意會有反諷式、自嘲及用以抗議、表達對偷拍不滿之意含²⁹」,並未對「是否有轉化性使用」進行實質討論³⁰。

(二) 其餘審酌要素

針對「著作之性質」,二審法院認為系爭著作乃著作權法所保護之攝影著作,且未採納 A 所主張之,系爭照片侵害 A 之肖像權而不具著作價值之抗辯³¹;針對「所利用之質量及其在整個著作所占之比例」,二審法院認為雖 A 有裁剪系爭照片,然而 A 所利用部分之質量及所占比例皆不低³²;最後針對「利用結果對市場之影響」,二審法院認為,A 之行為目的係在介紹面膜,並不會對系爭照片之報導用途利用造成影響,因此 A 利用系爭照片之結果對於系爭照片之潛在市場及現在價值並無太大影響³³。

²⁷ 智慧財產及商業法院 111 年度民著上易字第 10 號民事判決／事實及理由／五／(二)／3／(2)／①。

²⁸ 同前註。

²⁹ 智慧財產及商業法院 111 年度民著上易字第 10 號民事判決／事實及理由／五／(二)／5。

³⁰ 同註 27。

³¹ 智慧財產及商業法院 111 年度民著上易字第 10 號民事判決／事實及理由／五／(二)／3／(2)／②。

³² 智慧財產及商業法院 111 年度民著上易字第 10 號民事判決／事實及理由／五／(二)／3／(2)／③(節錄):「就系爭照片而言,係被上訴人(即 B)以上訴人(即 A)動向為主題所拍攝之獨家新聞照片,上訴人重製並截取系爭照片部分參照甲證 4 對比圖之占比約百分之五十,又係上訴人拖著行李身影之全部」(括號內文字為本文所加)。

³³ 智慧財產及商業法院 111 年度民著上易字第 10 號民事判決／事實及理由／五／(二)／3／(2)／④。

（三）法院結論

綜合考量以上四審酌要素後，二審法院以「系爭照片為新聞事件所拍攝之攝影著作，上訴人利用系爭照片雖對系爭照片之潛在市場與現在價值影響不大，然上訴人所為係作商業目的使用，系爭照片攝影著作具有相當之原創性及創作性，應受保護，且上訴人利用系爭照片本身之質量比例不低³⁴」，認定 A 之行為不符合合理使用，進而認定 A 仍應就未經 B 同意擅自重製系爭照片，侵害 B 對系爭照片之重製權之行為，負損害賠償責任³⁵。

三、問題提出

如前所述，就 A 之行為是否合於合理使用之部分，針對「利用之目的及性質」此審酌要素，A 有提出「轉化性使用」之抗辯，一審法院亦有對此表示意見。然而到了二審，法院則僅有討論 A 之利用行為是否為商業目的之利用，對於利用之性質是否有轉化性使用則並未著墨。本文認為，法院審酌「利用之目的及性質」之要素時，忽略「轉化性使用」之判斷，導致最後的論斷過於倉促及不完整，故本文欲參考美國判決對轉化性使用之判斷，就 A 之利用行為是否構成「轉化性使用」提出可能的判斷建議。

參、美國判決之借鏡

在合理使用第一個判斷要素「利用之目的及性質上」，美國法院已累積相當大量之判決可供借鏡，鑒於 A 之利用行為（將狗仔拍攝之照片修改後上傳至 IG 限時動態）涉及了對狗仔拍攝照片之加工及受偷拍者在自身社群媒體利用偷拍照片等面向，本文擬先介紹美國「利用之目的及性質上」此要素中，「轉化性使用」之見解發展³⁶，嗣以 *Schwartzwald v. Oath Inc.* 案探討美國法院認為對於「狗仔拍

³⁴ 智慧財產及商業法院 111 年度民著上易字第 10 號民事判決／事實及理由／五／（二）／3／（3）。

³⁵ 智慧財產及商業法院 111 年度民著上易字第 10 號民事判決／事實及理由／六。

³⁶ 對於美國轉化性使用之發展之討論，可參 Jiarui Liu, *An Empirical Study of Transformative Use in Copyright Law*, 22 STAN. TECH. L. REV. 164, 164-241 (2019).

攝照片」之何種「加工（利用）行為」構成轉化性使用³⁷，再以案件背景事實與 A 案相似之 *O'Neil v. Ratajkowski* 案³⁸（利用人同樣為受狗仔偷拍之人，利用行為同樣為加工偷拍照片後上傳至個人 IG 動態），探討於此等利用情況下，法院會如何認定「轉化性使用」。

一、「利用之目的及性質」與「轉化性使用」之發展

對於「利用之目的及性質」此判斷要素，美國法院起初受到 *Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.* 案³⁹，及 *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises* 案之影響⁴⁰，將此要素與利用目的是否具「商業性質」掛鉤，構建出商業性質之利用即非合理使用之推定（即 Sony 推定），使得商業性質之利用行為幾乎不可能成立合理使用⁴¹。

1990 年時，美國地方法院法官 Pierre N. Leval 於 *Harvard Law Review*（哈佛法律評論）發表了題為《*Toward a Fair Use Standard*》的文章⁴²，於其中提出轉化性使用之見解。Leval 法官認為分析「利用之目的及性質」此要素時，應回歸著作權法之目的思考，即此利用行為是否符合「著作權法為公眾啟蒙而鼓勵創作之目的」，Leval 法官認為，若利用行為為著作增添了原著作所沒有的價值（新資訊、新美感、新洞察等），對原著作予以轉化，則此轉化性之利用行為有利於合理使用之成立⁴³。

隨後，美國最高法院於 *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.* 案中⁴⁴，引用了 Leval 法官的文章⁴⁵，並運用「轉化性使用」進行判斷，認定利用人之利用行為成立合理

³⁷ *Schwartzwald v. Oath Inc.*, No. 19-CV-9938 (RA), 2020 WL 5441291 (S.D.N.Y. Sept. 10, 2020).

³⁸ *O'Neil v. Ratajkowski*, 563 F. Supp. 3d 112 (S.D.N.Y. 2021).

³⁹ *Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984). 此案涉及之利用行為為使用家用錄影機錄製電視節目。

⁴⁰ *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539 (1985). 此案涉及之利用行為為雜誌逐字引用了福特總統回憶錄之內容。

⁴¹ HOWARD B. ABRAMS & TYLER T. OCHOA, 2 THE LAW OF COPYRIGHT § 15:19 (2024) (WESTLAW online database).

⁴² Pierre N. Leval, *Toward A Fair Use Standard*, 103 HARV. L. REV. 1105, 1105-1136 (1990).

⁴³ *Id.* at 1105, 1111.

⁴⁴ *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994). 此案涉及之利用行為為改編他人之歌曲。

⁴⁵ *Id.* at 579.

使用⁴⁶。*Campbell* 案法院認為，分析「利用之目的及性質」此要素時最重要的是要檢視利用行為是否在原著作中增添了新的東西而「轉化」了原著作⁴⁷。*Campbell* 案法院並強調，一旦達到轉化性利用，利用行為之目的是否具商業性就不是需要考量的重點⁴⁸。在 *Campbell* 案後「商業性質之利用」弱化為判斷「利用之目的及性質」要素時會考量之因子之一，「轉化性使用」即取代了 Sony 推定⁴⁹，成為美國法院判斷「利用之目的及性質」要素之主要著重點⁵⁰。

在 *Campbell* 案後，美國最高法院直到 2021 年的 *Google LLC v. Oracle Am., Inc.* 案⁵¹，才再次就「合理使用」做出判決⁵²。*Google* 案法院認為，鑒於某些著作的特性，在判斷利用行為是否構成「轉化性使用」時，應再更進一步檢視利用行為「具體」的「目的」與「性質」⁵³。*Google* 案法院最終認定被告（Google）的利用行為構成「轉化性使用」⁵⁴。在 *Google* 案中，法院對於何種利用行為構成「轉化性使用」採取了廣義的解釋，對於為了功能性目的存在的著作（如程式碼），法院認為重製此種著作的利用行為（如複製部分程式碼）仍有可能構成轉化性使用⁵⁵。

⁴⁶ 對於 *Campbell* 案及轉化性使用之討論，另可參胡心蘭，同註 7；張瑞星，從美國法院案例談著作權合理使用的轉化利用測試，科技法律評析 2 期，頁 164-167，2009 年 6 月。

⁴⁷ *Campbell*, at 579 (“The central purpose of this investigation is to see, in Justice Story's words, whether the new work merely ‘supersede[s] the objects’ of the original creation, or instead adds something new, with a further purpose or different character, altering the first with new expression, meaning, or message; it asks, in other words, whether and to what extent the new work is ‘transformative.’”) (citation omitted).

⁴⁸ *Id.* at 578-79.

⁴⁹ HOWARD B. ABRAMS & TYLER T. OCHOA, *supra* note 41, at § 15:26.

⁵⁰ Jiarui Liu, *supra* note 36, at 185-186.

⁵¹ *Google LLC v. Oracle Am., Inc.*, 593 U.S. 1 (2021). 此案涉及之利用行為為複製程式碼。

⁵² Gary Myers, *Muddy Waters: Fair Use Implications of Google LLC v. Oracle America, Inc.*, 19 Nw. J. TECH. & INTELL. PROP. 155, 178, 188 (2022).

⁵³ *Google LLC*, at 30 (“since virtually any unauthorized use of a copyrighted computer program (say, for teaching or research) would do the same, to stop here would severely limit the scope of fair use in the functional context of computer programs. Rather, in determining whether a use is ‘transformative,’ we must go further and examine the copying's more specifically described ‘purpose[s]’ and ‘character.’”).

⁵⁴ *Id.* at 30-32. 美國最高法院認為，被告（Google）創造了可以讓程式設計師在智慧型手機上作業的平臺，而被告利用行為（重製程式碼）的目的在於讓程式設計師無需重新學習新的語法，而可以快速的適應新的平臺開發程式，美國最高法院認為被告的行為符合了著作權法刺激創新的目的。加上被告只有在滿足開發智慧型手機程式所需之必要範圍內重製程式碼，因此美國最高法院認定被告（Google）的利用行為構成「轉化性使用」。

⁵⁵ Gary Myers, *supra* note 52, at 189-90. 對於 *Google* 案之討論，另可參胡心蘭，美國最高法院 *Google v. Oracle* 案評析，月旦法學雜誌 319 期，頁 115-131，2021 年 12 月；黃國彰，從美國聯邦最高法院 *Google v. Oracle* 案判決再探合理使用原則，專利師 52 期，頁 77-104，2023 年 1 月。

如前所述，在 *Campbell* 案後法院對於合理使用中「利用之目的及性質」此要素之判斷重點在於「轉化性使用」⁵⁶，然而，在 *Andy Warhol Found. for the Visual Arts, Inc. v. Goldsmith* 案中⁵⁷，美國最高法院重新強調了商業目的利用在「利用之目的及性質」此要素的判斷的重要性⁵⁸。*Andy Warhol* 案法院認為，判斷「利用之目的及性質」此要素時，除了「轉化性使用」的判斷，也就是利用行為是否讓新著作傳達了新的表達、想法、意義外，也應該要同時考量「利用的目的」⁵⁹。*Andy Warhol* 案法院認為，就算新著作有傳達了新的表達、想法、意義，但若當新著作與原著作具有「相同或高度近似之目的」，且利用行為又具有商業性質時，利用行為需要有合理必要的正當性，否則「利用之目的及性質」此要素之判斷很可能會不利於合理使用之成立⁶⁰。*Andy Warhol* 案中，法院正是認為被告並未提出合理必要的正當性，因此就算利用行為有傳達了新表達、想法、意義，仍然無法使「利用之目的及性質」此要素之判斷利於被告⁶¹。不過，因 *Andy Warhol* 案之少數意見對多數意見之見解做出強烈批評⁶²，*Andy Warhol* 案是否會影響「轉化性使用」對於「利用之目的及性質」此要素判斷之重要性，仍有待觀察⁶³。

二、照片之轉化性使用：對照片之「加工」與「評論」—— *Schwartzwald v. Oath Inc.* 案

如 A 案中，A 就是將照片加工再轉載，而對於照片之何種利用能成立合理使用，又對照片做出何種「加工」處理可能「轉化性使用」，可以從 *Schwartzwald* 案中觀察一二。

⁵⁶ Jiarui Liu, *supra* note 36, at 185-186.

⁵⁷ *Andy Warhol Found. for the Visual Arts, Inc. v. Goldsmith*, 598 U.S. 508 (2023). 此案涉及之利用行為為藝術家將照片繪製成畫作。

⁵⁸ *Id.* at 529-33.

⁵⁹ *Id.* at 532.

⁶⁰ *Id.* at 532-33.

⁶¹ *Id.* at 547.

⁶² *Id.* at 558-93.

⁶³ 對於 *Andy Warhol* 案之討論，另可參 Bob Anderson, *Commerciality & Originality: Andy Warhol's Impact on Analyzing Fair Use on Social Media*, 31 J. INTELL. PROP. L. 230, 230-267 (2024); Shyamkrishna Balganeshe & Peter S. Menell, *Going "Beyond" Mere Transformation: Warhol and Reconciliation of the Derivative Work Right and Fair Use*, 47 COLUM. J.L. & ARTS 413, 413-448 (2024).

（一）*Schwartzwald* 案背景

一位紐約的攝影師 Schwartzwald 拍攝了演員 Jon Hamm 拿著購物袋牽著女友（即演員 Jennifer Westfeld）走在街上的照片（下稱 Jon Hamm 照片）⁶⁴。Schwartzwald 自陳，他是為了商業新聞報導而拍攝了這張照片，而照片的目的在於呈現「Jon Hamm 穿著褲子走在路上，且表面上看起來沒穿任何內衣褲的樣子」⁶⁵。而 Oath 這間媒體公司在其所經營的網站（www.HuffPost.com）上，刊登了一篇名為《25 Things You Wish You Hadn't Learned in 2013 and Must Forget in 2014》的文章，在該文章中使用了裁切並加工過的 Jon Hamm 照片（下稱加工 Jon Hamm 照片）⁶⁶。然而，Oath 對 Jon Hamm 照片進行利用並未取得 Schwartzwald 的授權，Schwartzwald 因此控告 Oath 侵害其著作權⁶⁷。對於 Schwartzwald 之主張，Oath 抗辯其利用 Jon Hamm 照片之行為成立合理使用，*Schwartzwald* 案之法院在檢視了四項審酌要素後肯定了 Oath 所提之合理使用之抗辯⁶⁸。

（二）*Schwartzwald* 案法院對於「轉化性使用」之判斷

四項審酌要素中，針對「利用之目的及性質」之要素，承襲 *Campbell* 案之見解，*Schwartzwald* 案法院先強調，若利用行為要構成「轉化性使用」，利用行為必須要為原著作增添新表達、新意義或新訊息⁶⁹。*Schwartzwald* 案法院也提到，法院常透過對新著作之評論及批判來得出原著作之表達目的或背景已改變之結論，進而認定利用行為構成轉化性使用⁷⁰。

針對「利用照片」之「轉化性使用」，*Schwartzwald* 案法院提出兩項判斷因素，一為「對照片之加工」，若對照片進行加工改動，而改變照

⁶⁴ *Schwartzwald*, 2020 WL 5441291, at *1.

⁶⁵ *Id.* (“Schwartzwald alleges ‘illustrates what Jon Hamm looks like wearing trousers in public while he walks down the street, ostensibly without any underwear.’”).

⁶⁶ *Id.* at *1-*2.

⁶⁷ *Id.* at *2.

⁶⁸ *Id.* at *9.

⁶⁹ *Id.* at *3.

⁷⁰ *Id.* at *4.

片所代表的意義也可能促成轉化性使用之成立⁷¹（但若對照片的改動不明顯，如 *Schwartzwald* 案法院所舉例的 *Graham v. Prince* 案⁷²，該案中利用人僅對照片作加入邊框或簡單文字等些微的修改，即不被法院認為構成轉化性使用⁷³）；另一因素為「對照片之評論」，若照片是作為評論的核心，那麼也可能構成轉化性使用，然而，如果照片只是用來作為純粹的描述或插圖，即不會構成合理使用⁷⁴（如 *Schwartzwald* 案內所引用的 *Barcroft Media, Ltd. v. Coed Media Grp., LLC* 案⁷⁵，*Barcroft Media* 案法院即認為利用人利用照片的目的僅在於描述明星生活或時尚，而這與原照片的目的並無不同，因此不構成轉化性使用⁷⁶）。

依循上述原則，*Schwartzwald* 案法院認為 Oath 將 Jon Hamm 照片進行裁切及在 Jon Hamm 下體處加入「Image Loading」的文字框的行為，已改變了原先照片的重點（*Schwartzwald* 自陳照片的目的在於呈現「Jon Hamm 穿著褲子走在路上，且表面上看起來沒穿任何內衣褲的樣子」，但當 Oath 作出改動後，加工 Jon Hamm 照片已無法呈現這樣的焦點，讀者會轉而依賴 Oath 的諷刺性文字描述來構建想像）⁷⁷。此外，Oath 進行的改動使加工 Jon Hamm 照片增加了諷刺性的意義，幫助 Oath 用來嘲諷 Jon Hamm（不穿內衣褲走在街上）及關注這件事的社會大眾⁷⁸。因此，*Schwartzwald* 案法院認為 Oath 的利用行為構成轉化性使用⁷⁹。

（三）小結

對於照片的轉化性使用判斷，*Schwartzwald* 案法院在 *Campbell* 案之基礎上（即檢視利用行為是否為原著作增添新表達、新意義或新訊息），再提出了兩項判斷要素，也就是對照片之「加工」與「評論」。依照

⁷¹ *Id.*

⁷² *Graham v. Prince*, 265 F. Supp. 3d 366 (S.D.N.Y. 2017).

⁷³ *Id.* at 381-82.

⁷⁴ *Schwartzwald*, 2020 WL 5441291, at *5.

⁷⁵ *Barcroft Media, Ltd. v. Coed Media Grp., LLC*, 297 F. Supp. 3d 339 (S.D.N.Y. 2017).

⁷⁶ *Id.* at 352.

⁷⁷ *Schwartzwald*, 2020 WL 5441291, at *4.

⁷⁸ *Id.* at *7.

⁷⁹ *Id.*

Schwartzwald 案法院之見解，若利用人對於照片的加工改變了原照片所代表之意義，並賦予新的意涵；或利用人將照片作為評論的核心利用，那麼利用人之利用行為即有可能構成轉化性使用。

三、對「狗仔所拍攝的照片」加工後再利用——*O'Neil v. Ratajkowski* 案

由前述美國「轉化性使用」發展可以得知美國法院於審酌「利用之目的及性質」之要素時使用轉化性使用之發展及判準。而由 *Schwartzwald* 案可以得知對照片的何種「加工」與「評論」可能構成轉化性使用。而在本案判決中，除了有 A 將照片裁剪添加文字（加工）後上傳 IG 限時動態之特點外，還有一個特殊之處在於，A 所利用的照片為「狗仔所拍攝的照片」，對於這樣的情境，美國法院又會如何判斷是否構成轉化性使用，本文認為或可參酌背景事實類似的 2021 年的 *O'Neil* 案。

（一）*O'Neil* 案背景

O'Neil 案之被告 R 氏是一位職業模特兒和演員，原告 *O'Neil* 則是一名狗仔⁸⁰。2019 年 9 月 13 日時，*O'Neil* 在曼哈頓市中心的 Adore 花店外拍到 9 張 R 氏的照片，*O'Neil* 案涉及了其中一張 R 氏在街上，臉部被臉前的花束遮住之照片（*O'Neil* 認為這張照片描述的情境為 R 氏在躲避狗仔，下稱 R 氏照片）⁸¹。同月 18 日，R 氏於 R 氏照片下方添加了「mood forever」字樣進行加工（下稱加工 R 氏照片）後，將加工 R 氏照片發布到其 IG 帳戶的限時動態⁸²。由於 R 氏利用 R 氏照片並未取得 *O'Neil* 的授權，*O'Neil* 即於 10 月 23 日時，起訴控告 R 氏侵害著作權，對於 *O'Neil* 之主張，R 氏除了抗辯 *O'Neil* 拍攝的照片非著作權適格標的及 *O'Neil* 並未受有損害外，並以利用行為屬於合理使用作為抗辯，同時請求法院做

⁸⁰ *O'Neil*, 563 F. Supp. 3d, at 122.

⁸¹ *Id.*

⁸² *Id.*

成簡易判決 (summary judgement)⁸³。隨後，O'Neil 亦針對著作權侵權要件及 R 氏之責任部分請求法院作成簡易判決⁸⁴。

(二) O'Neil 案法院對於「轉化性使用」之判斷

針對「利用之目的及性質」之要素，同樣的，O'Neil 案法院先引用 Campbell 案建構之判斷標準強調，此要素之判斷主要著重點在於利用行為是否具有「轉化性」，即利用行為是否為原著作增添新表達、新意義或新訊息⁸⁵。

接著 O'Neil 案法院進一步提出了兩項判斷因素。一為「客觀觀察」，O'Neil 案法院認為，判斷「轉化性使用」之有無時，應該要客觀的去看利用行為會「如何被合理的認知」，也就是看第三人在看新著作時，是否會認為原著作經被控侵權人之利用行為利用後，產生了新的表達、意義或訊息，至於被控侵權人的「主觀意圖」則非法院判斷時須考量的因素⁸⁶。二為「狗仔所拍攝的照片之目的」，O'Neil 案法院認為，「狗仔所拍攝的照片」之目的為「記錄名人的行動，說明名人的時尚及生活選擇」，並附帶關於名人生活的八卦及新聞文章，因此，當對於此種照片的利用行為目的是為了記錄名人的生活時，此種利用行為即不構成轉化性使用，相對的，若利用此種照片的目的是為了評論該照片，而非說明照片的獨立新聞故事時，此種利用行為則會被認為構成轉化性使用⁸⁷。

回到 O'Neil 案之事實，O'Neil 案法院認為，一個客觀的第三人在看到加工 R 氏照片時，可能會認為加工 R 氏照片只是在展示 R 氏當時的穿著及姿勢，加工 R 氏照片之目的與 R 氏照片並無不同，R 氏的利用行為並不構成轉化性使用⁸⁸。然而，另一個客觀的第三人在看到加工 R 氏照片時，可能會認為由於 R 氏的臉被花朵所擋住，因此加工 R 氏照片上的

⁸³ *Id.* at 122-23.

⁸⁴ *Id.* at 123.

⁸⁵ *Id.* at 128-29.

⁸⁶ *Id.* at 129.

⁸⁷ *Id.*

⁸⁸ *Id.*

「mood forever」字樣反而傳達了 R 氏試圖躲避狗仔的意涵，此時加工 R 氏照片的目的即轉變成傳達 R 氏試圖躲避狗仔的意涵，及對狗仔偷拍名人的批判，R 氏的利用行為即有可能構成合理使用⁸⁹。O'Neil 案法院認為，由前述分析可知，R 氏之利用行為是否構成轉化性使用仍存在重大事實上爭議⁹⁰。

最終 O'Neil 案法院認為，對於 R 氏之行為是否屬於合理使用之分析中，第一個及第四個判斷要素存在重大事實爭議，第二個及第三個判斷要素雖然並不強烈但對 O'Neil 較有利，因此無法以簡易判決判斷 R 氏之行為是否成立合理使用，最終，雙方針對合理使用問題所提出之簡易判決請求均遭 O'Neil 案法院駁回⁹¹。

（三）小結

對於利用照片的行為是否構成「轉化性使用」，O'Neil 案法院同樣在 Campbell 案「檢視利用行為是否為原著作增添新表達、新意義或新訊息」之基礎上，提出了二判斷要素，一是「利用狗仔所拍攝的照片的目的」，由於狗仔所拍攝的照片有其固定之目的存在，因此判斷時應檢視利用行為之目的是「以該照片說明照片的獨立新聞故事」或「評論該照片」，前者無法構成轉化性使用而後者可以；另一是進行檢驗時，法院無需考慮被控侵權人之主觀意圖，僅需以「客觀第三人」的角度出發，客觀的去看利用行為會「如何被合理的認知」即可。

⁸⁹ *Id.*

⁹⁰ *Id.*

⁹¹ *Id.* at 134. (“In sum, there are material issues of fact with respect to the first and fourth factors, and the second and third factors weigh towards Plaintiff, though not strongly. The Court cannot, therefore, make a determination of fair use on summary judgment. Accordingly, both parties’ motions for summary judgment on the issue of fair use are DENIED.”).

肆、代結論——美國判決之借鏡，本案判決之再檢視

由前述說明可知，本案判決中，A 有提出「轉化性使用」抗辯之概念，一審法院亦有對此表示意見，然而二審法院對此並未多做論述，僅以 A 利用系爭照片之利用性質為商業性質，即認為「利用之目的及性質」此要素不利於 A 成立合理使用之認定⁹²。然而，若以 *Schwartzwald* 案及 *O'Neil* 案建構之「轉化性使用」判斷標準進行判斷可以發現，A 事實上有可能構成轉化性使用而使「利用之目的及性質」此要素利於 A 利用行為屬合理使用之成立。

首先，若以 *Schwartzwald* 案法院提出之二判斷要素，「對照片之加工」與「對照片之評論」對 A 案進行分析可知。A 同樣對系爭照片做出了大幅的加工（系爭照片為「A 與一名男子於飯店停車場內手牽手行走，並分別拖拉行李箱」之照片，而 A 僅截取「A 手拉行李箱行走之背影」部分⁹³，並於行李箱上標示箭頭記載「猜猜這一盒是什麼」來構成系爭影片⁹⁴），A 這樣的加工已改變了系爭照片的重點，系爭影片已無法呈現系爭照片之重點即「A 和男性牽手之畫面」，讀者在看到系爭影片時，關注點反而會集中在好奇行李箱內之物品為何，因此 A 之利用行為已改變了系爭照片之目的（由關注 A 與男性牽手，變為關注行李箱內有何物品），因此，A 之利用行為即有可能構成「轉化性使用」。

再來，若以 *O'Neil* 案法院提出之二判斷要素，「利用狗仔所拍攝的照片的目的」及「客觀第三人觀察」對 A 案進行分析可知。當客觀的第三人看到系爭影片時，可能會認為 A 將男性部分裁切掉，並以文字使讀者聚焦在行李箱的利用行為，傳達了人們在觀看狗仔拍攝的照片時，一向只在乎名人的花邊新聞，只有當裁切掉花邊的部分，並以文字引導時，讀者才會注意到其他事物，此時系爭影片之目的即轉變為對閱聽大眾的批判。同時，另一個客觀的第三人可能會認為，系爭影片中 A 在行李箱上標示「猜猜這一盒是什麼」在讓讀者思考「那一盒是什麼」的

⁹² 智慧財產及商業法院 111 年度民著上易字第 10 號民事判決／事實及理由／五／（二）／3／（2）／①。

⁹³ 智慧財產及商業法院 111 年度民著上易字第 10 號民事判決／事實及理由／一。

⁹⁴ 智慧財產及商業法院 111 年度民著上易字第 10 號民事判決／事實及理由／五／（二）／3／（2）／①。

同時，也在藉此諷刺因社會大眾對於名人的任何事物都想了解的好奇心，讓名人毫無隱私可言，因此，就客觀的第三人而言，可能會認為 A 之利用行為在於評論系爭照片，且已對系爭照片增添了新含義，如此一來，A 之利用行為即有可能構成「轉化性使用」。

由前述可知，若以 *Schwartzwald* 案法院及 *O'Neil* 案法院提出之「轉化性使用」判斷要素重新檢視 A 案，即可發現 A 極有可能構成轉化性使用，進而使合理使用四判斷要素中之「利用之目的及性質」此判斷要素對 A 有利。本文認為 A 案二審法院並未針對「轉化性使用」做出任何論述實為可惜，若 A 案二審法院有就「轉化性使用」做出判斷，縱使仍認為不構成轉化性使用，或綜合考量「合理使用」四判斷要素後仍認為 A 之利用行為無法成立合理使用，法院之論理仍較原先完整及豐富。事實上，我國法院有運用到轉化性使用進行判斷之判決數量仍不多⁹⁵，本文期待未來法院於論述「利用之目的及性質」此要素時，能多運用「轉化性使用」進行判斷，避免僅以利用性質是否為商業性質進行判斷，以充實判決論理之完整性。

⁹⁵ 胡心蘭，同註 7，頁 241。