

國立臺灣大學法律學院法律學系

碩士論文

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis



重組著作與著作權合理使用之研究

A Study of Copyright Fair Use Concerning

Re-Composed Works

李怡臻

Yi-Chen Li

指導教授：謝銘洋博士

Advisor: Ming-Yan Shieh, Ph.D.

中華民國 104 年 7 月

July, 2015



國立臺灣大學碩士學位論文
口試委員會審定書
重組著作與著作權合理使之研究
**A Study of Copyright Fair Use Concerning
Re-Composed Works**

本論文係李怡臻君 (R00a21078) 在國立臺灣大學法律學系完成之碩士學位論文，於民國 104 年 7 月 27 日承下列考試委員審查通過及口試及格，特此證明

指導教授：

謝敏祥

口試委員：

謝敏祥

張懿亨

王品廣

誌謝

終於到了寫下誌謝的這一刻，感覺很不可思議，還記得第一天進台大參加新生說明會，沒有半個認識的人，心裡有些惶惶不安，一個人站在霖澤館外面，風很大的吹著我的裙襬，就像是我的心情一樣，對於接下來的研究生生活感到既期待又充滿著未知，沒想到一轉眼竟然我也要從台大畢業了，心中五味雜陳。

這本論文能夠順利的寫出來，首先要感謝的就是給我諸多指導的謝銘洋老師，在這本論文的寫作過程中遇到許多困難，但老師都很有耐心的一一為我指點迷津，給我很大的空間去發揮，使我能夠完成這本論文，再來也要感謝在百忙之中抽空為我口試的張懿云老師以及王怡蘋老師，給我許多建議，使這本論文能夠更加的完善。

接下來要感謝的是一路支持我讀到研究所的父母以及家人，容許女兒讀了四年才畢業，若不是有你們的包容，我想我不能夠這麼毫無憂慮的讀書，感謝你們對我的愛以及付出。

在台大的四年裡也認識了許多的好朋友，不管是那個科系的朋友都給予我珍貴的友誼，使我在台大的四年裡不孤單。給湘淳，在台大的四年裡能和你成為好友真的是難得的緣份，和你一起努力拼國考、寫論文、一起吐苦水，擁有許多快樂的時光。給愷均和和峰，在最後一學期裡能和你們熟起來，並且給予我許多論文和口試上的幫助，真的很謝謝你們。給中哲，明明你已經忙到不行了，還願意抽空為我的論文摘要進行英文翻譯的指點，真的是讓我非常感動(騎士精神!!)。蕙琦和奕淳，兩個可愛的小幫手，謝謝你們口試當天的幫忙以及記錄。還有許多可愛的隱藏人物，你們或許不知道在什麼時刻幫助到了我，但有因為有你們的陪伴使我感到很快樂。

給 Y，我還記得在研究所期間與你重新聯絡上，在彼此覺得壓力大的時候以電話互相安慰、鼓勵，雖然或許是因為我的任性又使我們走散，但我仍感謝在研究所期間曾經能與你共同走過一小段路。

人生旅途中新的一頁即將展開，希望我能鼓起勇氣，面對接下來的挑戰，是該大步向前邁進的時候了！

2015年8月14日 晚上9:54分 於家中



中文摘要

隨著科技的發達以及網路的興起，任何人皆可利用電腦以及網路尋找資訊，並加以創作，互相分享，將接收到的資料重新組成新的著作成為現代人生活的一部分，以這樣的創作手法所創作出來的組合性作品，本文稱之為「重組著作」，本文觀察重組著作的特色後對其下的定義為：「取用原作的元素並加以拼貼，把原作當作創作的基底或是將原作當作創作的材料(raw material)使用，並添加自己的創意，使作品產生新的意義。」具體來說，從挪用藝術(Appropriate)，一直到現代所流行的同人文化、KUSO，都具有這樣「重組」的特色，也因此創造出豐富而多元的作品與文化。

重組著作因為是使用他人的作品做為創作的基底或材料，因此會與著作權人所能擁有的權利相衝突，然而此衝突的背景是源自於著作權法對於著作人所得獨占的權利不斷擴張，增加著作財產權的權利範圍，對於著作保護年限的延長也造成著作進入公共領域的時間往後延，延後大眾能自由使用該著作的時間點，造成許多爭議。除著作權法本身的問題外，由於重組著作呈現的樣態多元且涉及的問題又相當複雜，也增加處理上的難度。我國法院對於著作權法第 65 條第 2 項合理使用在實務上的運作方面，雖然法院的判斷逐漸揚棄僅以商業性判斷為主要考量因素，但對於合理使用的四個要件判斷上仍不夠細緻，仍有可能會造成重組著作在我國法院判決上的困難，為解決此一問題，使重組著作能在我國著作權法下有生存空間，並豐富文化以達到著作權法立法目的，故撰寫本文。

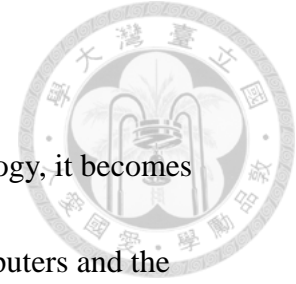
本文的架構是建立在我國著作權法第 65 條第 2 項的四個合理使用要件之上，以重組著作的使用目的進行判斷標準的調整以符合著作權法的立法目的為主要討論架構，取其特色的最大公約數，著重於合理使用四個要件的闡述與研究。因此本文在第一章先簡介本文目標以及研究方法，並於第二章就重組著作的具體樣態進行整理，呈現出重組著作的特性後，為重組著作下定義，並特定本文所欲討論的研究範圍。第三章則討論重組著作為何會與著作權法產生衝突的問題背

景，並且分成就文化以及經濟層面進行說明。第四章則重在重組著作在我國著作權法的所產生的法律問題。第五章是自比較法觀點討論之。第六章為本文結論。

綜上所述，希望本文的研究能使著作權法第 65 條第 2 項合理使用的規定在實務上判斷重組著作時能更加的符合著作權法的立法目的，以及藉由給予重組著作更大的生存空間使我國文化更加的豐富且多元。

關鍵詞： 合理使用、衍生著作、KUSO、同人、挪用藝術、嘲諷著作、詼諧仿作。

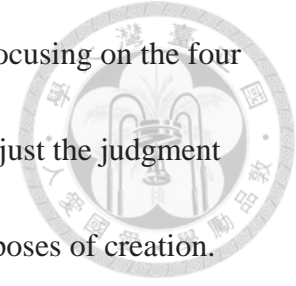
ABSTRACT



With the advance of information and communications technology, it becomes much easier for people to access, reuse, and share contents by computers and the Internet, which leads to the emergence of Re-Composed Works, like appropriation art, fan art, and KUSO. The Re-Composed Works, by definition, are works with new meanings different from the original ones, whose elements are collaged and applied as the base or the raw material of the new works along with their creators' own creativeness.

The creation of Re-Composed Works may conflict with the copyright owned by the creators of the original works due to the application of the pre-existed works as the base or the raw material of the new ones. The existence of this confliction is resulted from the expansion of copyright and the extension of the term of protection. Both delay the time the works enter the public domains to be freely used by the public, which causes many disputes. Besides the problems causing by Copyright Act per se, the diversity of Re-Composed Works also increases the difficulty of fair use judgments. Among the multiple facets of the problems, one of the important issues is that the practice of judgments based on the four elements of fair use stated in Copyright Act §65-II is still not strict enough, even though Taiwanese courts have been gradually disposing judgments depending solely on commercial use factors.

In order to address the problem mentioned above, this study, focusing on the four elements of fair use stated in Copyright Act §65-II, endeavors to adjust the judgment criteria according to the legislative purposes of the law and the purposes of creation.



The findings of this study could be applied to fair use cases so that the judgements could better meet the legislative purposes of Copyright Act, and enhance the multifariousness of the culture through the expansion of the scope of legal Re-Composed Works.

In accordance with the research objectives, this thesis is organized as follows.

Chapter 1 will state the purpose of research. Chapter 2 will introduce the three major types of Re-Composed Works, and arranged their subtypes by their expressions.

Chapter 3 will discuss the background of the issue. Chapter 4 will focus on the problems of Re-Composed Works regarding to the Constitution and Copyright Law.

Chapter 5 will compare the EU Copyright Direction, the Copyright Law of America, and the Copyright Law of R.O.C.. Chapter 6 will provide the conclusion.

Key words: Fair use, derivative works, KUSO, Fan Art, Appropriate Art, parody, satire.

目錄



| | |
|----------------------------|-----|
| 誌謝..... | I |
| 中文摘要 | III |
| ABSTRACT..... | V |
| 目錄..... | VII |
| 圖目錄 | X |
| 第一章 緒論 | 1 |
| 第一節 研究動機與目的 | 1 |
| 第二節 研究範圍 | 3 |
| 第三節 研究方法 | 4 |
| 第四節 論文架構..... | 5 |
| 第二章 重組著作 | 7 |
| 第一節 重組著作三大類型 | 7 |
| 第一項 後現代藝術..... | 7 |
| 第二項 KUSO..... | 9 |
| 第三項 同人文化..... | 10 |
| 第二節 使用方式以及呈現類型 | 12 |
| 第一項 音樂..... | 12 |
| 第一款 音樂取樣(Sampling)..... | 13 |
| 第二款 歌詞改寫..... | 13 |
| 第三款 名人唱歌..... | 14 |
| 第二項 視覺作品..... | 14 |
| 第一款 人物肖像改圖..... | 15 |
| 第二款 商標..... | 16 |
| 第三款 後現代藝術與整理藝術..... | 19 |
| 第四款 同人誌、FAN ART、同人小說 | 21 |
| 第五款 商品包裝..... | 24 |
| 第六款 版面設計、海報..... | 25 |
| 第三項 電影..... | 29 |
| 第四項 時尚..... | 30 |
| 第五項 小結..... | 30 |
| 第三節 使用目的 | 32 |
| 第一項 為諷刺、評論原作..... | 32 |
| 第二項 藉由原作來批評、評論社會議題..... | 33 |

| | |
|---|-----------|
| 第三項 利用原作知名度進行商業上利用..... | 34 |
| 第四項 學習臨摹、推廣原作..... | 34 |
| 第五項 單純炫技、好玩有趣..... | 35 |
| 第四節 小結..... | 36 |
| 第三章 重組著作與著作權法產生衝突的問題背景 | 37 |
| 第一節 著作權法對於文化的發展的影響力..... | 37 |
| 第二節 著作物的經濟價值與歸屬..... | 40 |
| 第三節 小結..... | 44 |
| 第四章 重組著作所產生的法律問題 | 45 |
| 第一節 著作權於憲法上的定位..... | 45 |
| 第一項 學說..... | 45 |
| 第二項 著作權於憲法上的定位--本文看法..... | 48 |
| 第三項 著作權與言論自由間之緊張關係--思想與表達二分原則..... | 56 |
| 第二節 重組著作在著作權法上的定位..... | 59 |
| 第一項 我國著作權法..... | 59 |
| 第一款 著作權之保護要件..... | 59 |
| 第二款 原創性的要求與反思..... | 61 |
| 第二項 著作權法所規定之權利內容..... | 63 |
| 第一款 著作人格權..... | 63 |
| 第二款 著作財產權..... | 65 |
| 第三款 著作權之存續期間..... | 70 |
| 第三項 著作權之限制..... | 71 |
| 第一款 合理使用..... | 71 |
| 第二款 合理使用的性質..... | 73 |
| 第四項 重組著作於何時取得可著作性..... | 74 |
| 第三節 重組著作與民法人格權--肖像權與名譽權..... | 78 |
| 第五章 從比較法觀點探討我國著作權法 | 80 |
| 第一節 歐盟..... | 80 |
| 第二節 美國..... | 83 |
| 第一項 美國著作權保護時效與美國憲法第 1 條第 8 項第 8 款..... | 84 |
| 第二項 美國著作權法合理使用..... | 86 |
| 第一款 合理使用判斷的僵化..... | 88 |
| 第三項 美國判決..... | 95 |
| 第一款 MCA, Inc, v. Wilson(1981)..... | 96 |
| 第二款 Campbell v. Acuff-Rose (1994)..... | 100 |
| 第三款 Art Rogers v. Jeff Koons(1992)..... | 108 |

| | | |
|------|--|-----|
| 第四款 | UNITED FEATURE SYNDICATE, INC., V. Jeff KOONS (1993) | 114 |
| 第五款 | BLANCH v. KOONS (2006) | 116 |
| 第六款 | CARIOU v. Richard PRINCE.(2013) | 123 |
| 第四項 | 重組著作的處理方式 | 130 |
| 第一款 | 合理使用第一個要件: 使用的目的與性質 | 130 |
| 第二款 | 合理使用第二個要件: 著作的性質 | 133 |
| 第三款 | 合理使用第三個要件: 使用的質與量 | 134 |
| 第四款 | 合理使用第四個要件: 市場替代性 | 135 |
| 第三節 | 臺灣 | 137 |
| 第一項 | 我國合理使用判決與評析 | 137 |
| 第二項 | 我國 2014 年新修著作權草案 | 148 |
| 第三項 | 修法建議 | 151 |
| 第四節 | 結論 | 155 |
| 第六章 | 結論 | 156 |
| 參考文獻 | | 159 |

圖目錄



| | |
|------------------------------|----|
| 圖 1：論文架構圖..... | 6 |
| 圖 2：星趴客杯..... | 17 |
| 圖 3：韓國藝術家惡搞作品..... | 17 |
| 圖 4：笨星巴克..... | 18 |
| 圖 5：鼻青臉腫小護士..... | 19 |
| 圖 6：曼秀蕾敦抹黑膏..... | 19 |
| 圖 7：《都市的拾穗者》..... | 21 |
| 圖 8：半澤直樹..... | 26 |
| 圖 9：半折直售..... | 26 |
| 圖 10：半折指數..... | 26 |
| 圖 11：菠蘿日報..... | 27 |
| 圖 12：敬愛師長作業簿..... | 28 |
| 圖 13：Suske en Wiske..... | 81 |
| 圖 14：De Wilde Weldoener..... | 82 |



第一章 緒論


第一節 研究動機與目的

現今我們生活中充斥著許多取用現有作品(ready-made)或是混用不同的作品特徵、符號的著作，這樣的作品有各式各樣的名稱，如後現代藝術、挪用藝術(Appropriate art)、同人誌、KUSO 等，此拼貼、重組文化隨著科技工具的發展，逐漸深入我們的生活，任何人只要有電腦以及基本的繪圖軟體等工具的幫助，就可以隨意拼貼，創作出新的作品，這是一個文化創造的過程，大眾在接收訊息後，經過自己的理解、反思、回應再輸出的思考過程，形成一個不斷與既有文化的對話。

然而此種取用原作的元素加以重組、混合的方式，挑戰著著作權法的界線，觸及到著作權法的本質，著作權法對於原作所獨占的權利保護的範圍究竟有多廣，雖然著作權法只保護著作權人的「表達」，而不及於思想、概念、製程等，但實際上有部分重組著作是必需要使用原作的「表達」才能使重組著作達到其創作目的，重組著作的創作方式引起了著作權法與憲法保障人民言論自由之間的緊張關係，思想與表達二元則是否真能如此清楚的切割，以及如何判斷等作品的原創性都是必須被釐清的問題。

近年來在我國盛行的 KUSO 文化--利用原作進行重組及拼貼--充分的表達現行大眾文化的口味，不論是媒體或網路，只要有搞笑、惡搞、戲謔、無厘頭意象的重組拼貼作品就會被冠上 KUSO 一詞。而在外國也不乏此拼貼、混合、重組的文化現象，這些作品的共同特色就是「取用原作的元素並加以拼貼」，此一文化現象也與其各自的著作權法產生衝突，並有不同的處理方式。

使用他人著作進行創作的問題除可以自著作權法合理使用的角度進行處理外，尚有美國學者發起以 Creative Common(以下簡稱 CC)的方式處理。美國著名學者 Lawrence Lessig 於 2001 年於美國成立 Creative Common(以下簡稱 CC)組織，提




出 Some Rights Reserved 的想法，希望鼓勵創作人能在其作品上標示其願意開放予大眾使用的權利為何，使大眾能夠清楚知悉使用範圍外，也可以避免不當侵害著作人之權利，省去協調之成本，整體而言對於網路創作者而言較能清楚知悉並有更多的使用空間，然而此種方式只能解決部分問題，針對使用知名作品或是以營利為取向的作品做為材料的情形卻無法使用 CC 的方式來處理，因為此類作品是不會加入 CC 的行列的，其主要原因是誘因太小--無經濟上利益，因此重組著作雖然部分可以以 CC 的方式來處理，但是卻只能解決部分問題。

Lawrence Lessig 另外還提出針對青少年或是非以營利為主要目的所為的創作行為應予以除罪化的看法，我國也有學者提出質疑，認為違反著作權是否適合以刑罰處理之是有疑慮的，然而縱使自除罪化的角度切入，卻無法避免該行為確實是因為不能主張合理使用所以才會落入是否需要除罪化的討論之中，故本文認為若能確實在合理使用的階段讓重組著作有更大的生存空間，便可免去討論後續是否要以刑罰懲罰的議題，因此本文著重於討論合理使用的判斷標準，並借鏡歐盟與美國的經驗，期待我國能建立起更詳實的判準。

關於重組著作所引發的問題，我國經濟部智慧財產局也注意到了，並於民國 103 年 4 月 3 日公布的著作著作權法修正草案(第一稿)，其內容提到與本文相關的合理使用規定的修正，依修法草案第 64 條：「為嘲諷或詼諧仿作之目的，得利用已公開發表之著作。依前項規定利用著作，得省略著作人姓名。」也就是我國對於此利用他人著作進行創作的作品如果符合「嘲諷或詼諧仿作之目的」將要直接納入合理使用的範圍使其合法化，但何為「嘲諷或詼諧仿作之目的」的著作呢？我國尚未建構出明確的定義，直接納入法條內是否符合我國著作權人之利益？「嘲諷或詼諧仿作之目的」的著作，即嘲諷著作(Parody)，在美國是經由無數個判決而逐漸發展而出的，但我國貿然的將其明文化卻未就何為嘲諷著作進行定義，可能會造成實務上判斷的困難，以及著作權人的疑慮。

目前我國著作權法對於重組著作的處理方式尚未成熟，筆者認為應該根據每



個重組作品的使用目的、所造成的市場影響力以及其所表達出來的言論強度，來異其保護的程度，以兼顧言論自由以及文化的自由發展，達到我國著作權法第一條「為保障著作人著作權益，調和社會公共利益，促進國家文化發展，特制定本法。」的目的。因此有鑑於我國目前重組著作所遇到的問題以及著作權即將進行修法，希望本論文可以為重組著作在著作權法上的發展以及實務未來在判斷應如何認定何為「嘲諷或詼諧仿作之目的」的著作時能有些許助力，並且使大眾有更大的創作空間。

第二節 研究範圍

本文就「取用原作的元素並加以拼貼，把原作當作創作的基底或是將原作當作創作的材料(raw material)使用，並添加自己的創意，使作品產生新的意義」的著作都包含在討論範圍內，並取其特性稱為「重組著作」。

首要說明的是，重組著作的取用行為並不屬於「抄襲」，也就是並不是著作權法所不允許的「重製」行為，本文所要討論的作品表面上看似是抄襲，但其與抄襲行為最大的不同在於，抄襲是單純重製他人的作品，或是縱使有稍加改變，但並未表達出與原作不同的意思，違法重製者通常會隱瞞該作品並非自己所創作的事實，並自稱為原創作品，但是本文所欲討論的作品是，由於拼貼、重組作品依其使用的目的，以及其所添加的創意程度、言論強度，將表達出不同於原作原先的意義，或是反轉原作原先給人的感觀以及提供不同的思考方向，並且並不避諱讓觀者知其是取用他人的作品元素，甚至這就是該作品最主要的目的，因此這種拼貼、重組作品並不能以傳統處理抄襲行為的方式來處理，在考量合理使用的時候更要兼顧該拼貼、重組作品的特性進行更細部的分析。




第三節 研究方法

本文的研究方式，是先觀察我國目前盛行 KUSO 文化現狀為何，有哪些作品會被認為是 KUSO 風格，以及 KUSO 風格的作品會碰觸到哪些法律問題，並進而觀察到「重組拼貼」的手法並非只存在 KUSO 文化中，而是仍有其他以「重組拼貼」為創作手法的其他類型，較為大宗的大致上還有「同人文化」以及「後現代藝術」的類型，這三大類將是本文所討論的重點。

藉由觀察到目前的「重組拼貼」文化現象，在探討我國著作權法可以如何因應此一現象進行處理前，要說明的是，我國的著作權法一直深受美國著作權法的影響，因此有必要瞭解美國對於此一議題的處理方式，特別是嘲諷著作(Parody)此一特殊的創作類型，該諧仿作隸屬於合理使用架構中第一個要件「利用的目的與性質」所要考量的要素，但要說明的是，並非所有的重組著作都可以被認為是該諧仿作，而被法院認為是該諧仿作也不代表可以直接認定是合理使用，仍要與合理使用的其它三個要件綜合判斷。

除了可以被認定為嘲諷著作(Parody)的重組著作外，仍有其它無法被歸類為該諧仿作的情形，例如諷刺作品(Satire)並非以原作為主要諷刺對象，此時應如何處理，或是不屬於嘲諷著作(Parody)或是諷刺作品(Satire)的情形又該如何？筆者試著自美國判決以及美國的期刊文獻歸納出一些判斷的基本原則，做為遇到難以分類的灰色地帶時的工具。

美國有相當多關於利用他人作品再重組成新作的相關著作權判決，在諸多判決的累積之下，逐漸形成判斷重組作品可否成立合理使用的架構，但我國關於著作權法的歷史還不夠長，而相關的判決也不夠多，又因我國深受美國的著作權法影響，因此若能瞭解相關的判決歷史發展，也有助於為我國法院在處理類似案件時，能更通盤的考量所有因素，以達到著作權法的設立目的，如我國現行著作權法第一條所指「為保障著作權人著作權益，調和社會公共利益，促進國家文化發展，特制定本法。本法未規定者，適用其他法律之規定。」



因此，本文將 KUSO 著作、同人文化、後現代藝術三類型的作品各舉出實例來，使讀者能先瞭解此議題的現實狀況，再點出可能有哪些法律問題，再將美國法判決加以整理，歸納出美國對於「重組著作」是如何處理的，最後反觀我國的著作權法以及目前實務判決有何不妥之處，進行修法建議。

第四節 論文架構

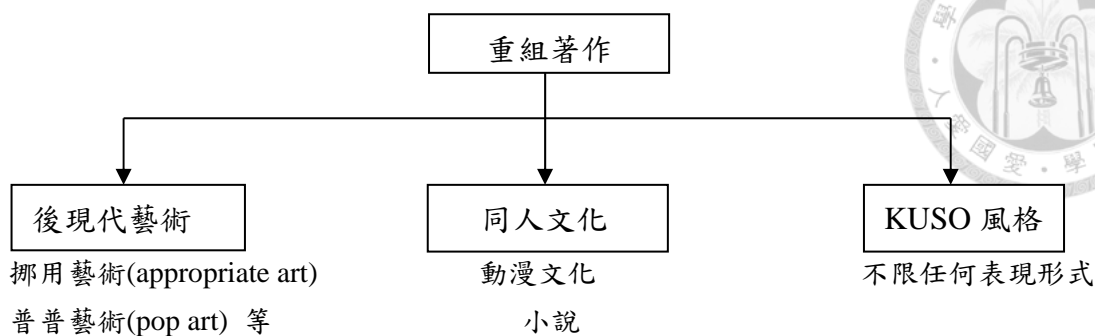
本論文架構，以緊扣著作權法的立法目的為解決問題的核心，希望能以推廣文化自由發展以及平衡著作權人利益的方向為目標，先在第二章整理重組著作的實際情況，並下定義，第三章則論述造成重組著作權人與著作權人間利益衝突的背景原因，第四章回到我國法律，自憲法、著作權法以及民法討論重組著作於我國可能碰觸到的議題，第五章則以比較法的觀點，試著對我國著作權法提出建議，第六章，結論。

本文的討論重心放在合理使用上，因此大致上以合理使用的四個要件作為基礎架構，並一一討論在每一個要件中所會遇到的困難之處。

首先，先說明後現代藝術、同人文化、KUSO 風格作品各包含哪些著作形式，再來考慮合理使用**第一要件**：利用的目的與性質，依各著作個別目的大致上可分成五大種，分別為：為諷刺批評原作而使用原作；以原作為工具，作為批評、評論社會議題的媒介；利用原作知名度進行商業性利用；學習臨摹、推廣原作；以及單純為好玩、炫技而利用原作。

第二要件：著作的性質，著作的性質是考慮該被利用的著作究竟是基於事實所為的創作或是為想像力所建構而成異其可以被主張合理使用的利用空間，因為重組著作的特殊性，這個要件的重要性會依個案情況而有所不同。

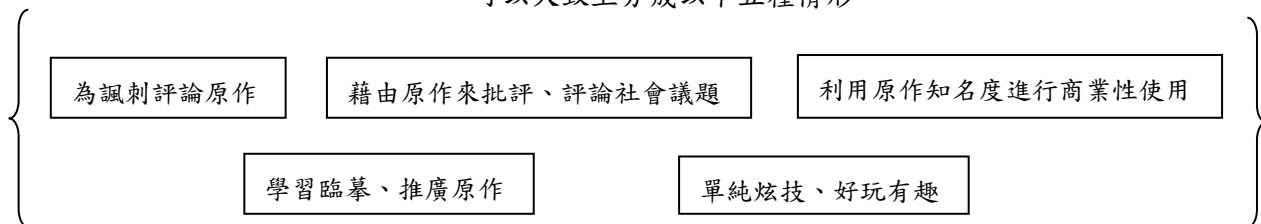
第三要件：使用的質量與其在整個著作中的比例。**第四要件**：對於潛在市場的替代性與現在價值。四個要件的詳細內容見後面章節討論。



合理使用四要素之檢視

第一要件：使用的目的與性質

可以大致上分成以下五種情形



第二要件：著作的性質

原作的性質將影響他人得利用其著作的空間

第三要件：使用質量與其在整個著作中之比例

使用質量的判斷上會受第一個要件使用目的所影響

第四要件：對於潛在市場的替代性與現在價值

此一要件著重在兩作品間是否具有替代性以及該潛在市場是否真實存在

圖 1：論文架構圖¹

¹ 此圖為自製。



第二章 重組著作

本章將對重組著作進行更詳細的介紹，第一節先介紹重組著作的三大類型，第二節將談到重組著作目前被使用的方式以及其呈現類型，第三節則就創作重組著作的目的來區分。做這樣的區分目的在於瞭解各種呈現類型以及創作、使用目的，來調整其在著作權法上判斷是否為合理使用的標準，因合理使用的規定不可能因應每一種作品的呈現方式而制定法律，故更細緻的操作方式將由實務就個案情況不同進行些微的變化。

第一節 重組著作三大類型

重組著作，是本文在觀察研究許多作品後，將所有具有「取用原作的元素並加以拼貼，把原作當作創作的基底或是將原作當作創作的材料(raw material)使用，並添加自己的創意，使作品產生新的意義²」的作品的通稱，重組著作的類型以及表現方式、利用目的相當多元，依其各自的特色以及發展歷史，有許多類型與種類，但本文希望能以目前較廣為人知的類型緊扣著作權議題進行討論，故僅以以下三種，也就是後現代藝術、同人文化、KUSO 風格，為研究主軸。


第一項 後現代藝術

後現代藝術為自後現代主義(Post Modernism)發展而出的一種藝術類型，後現代主義是針對現代主義的一種反動，其帶動了各種層面的反思，表現在建築、哲學、文學、藝術等，以反對各種傳統約束、教條為目的，其表現出來的特性多元並且無法明確定義，與本文所欲討論的議題較相關的特性有：反諷(irony)、種類混雜(hybridization)、以及建構主義(constructionism)³。

後現代藝術，是以通俗的大眾文化為表現題材，可歸納為後現代藝術的類型

² 至於是否有達到美國合理使用第一要件的「轉化性」(transformative)的高度的要求，則是在進入合理使用的檢視時才討論，在開始先不將法律的判斷標準做為篩選客體的門檻。

³ 張庭榮(2008)，《諧擬式扮裝與後現代藝術的挪用手法》，頁 23-27，銘傳大學設計創作研究所碩士論文。



有普普藝術(Pop Art)、新普普藝術、新達達主義、新古典主義、權充藝術、新表現主義、解構主義、女性主義等等，其特色就是荒謬(absurd)、解構(deconstruction)、挪用(Appropriation)⁴，要特別提到的是挪用藝術或是稱權充藝術(Appropriation)，該藝術類型的特色就是利用已經存在的物件或圖像加以些微的改變或是不改變該已存在的物件或圖像加以創作，重新組裝(recontextualizes)，在許多情況下，該原物件並不會改變其原型，只是其所表達出來的意象已經與原本不再相同，此藝術風格大約起源自 1910 年代開始，由畢卡索等藝術家慢慢形成，一直到 1940、1950 年代的普普藝術，都屬於此挪用藝術(Appropriation)的類型⁵。

後現代藝術的特色使其與著作權法之間一直存在著緊張關係，甚至可以說後現代藝術的特殊性衝撞了我們對於著作必須具有原創性的要求，其對於原創性或是創作高度的認定異於我們平常認知，後現代藝術有時所呈現出來的作品反應了藝術家對於既有體制的不滿以及對於大眾文化的諷刺，但卻與著作權法格格不入，例如拍攝他人的照片作為一個作品、將既有物件以可笑的方式重新詮釋等。

後現代藝術中較為世人所知悉的應屬普普藝術，普普藝術最廣為人知的就是藝術家安迪·沃荷(Andy Warhol, 1930-1987)，安迪·沃荷擅長就明星文化、商業廣告等原素重新建構，他在 1960 年代發展一系列的 Pop Art，著名作品有 Campbell's Soup Cans 以及以名人為主題的肖像作品，例如 Marilyn Monroe, Elvis Presley 等人，安迪·沃荷也因其創作而面臨著作權訴訟，而在近代同為挪用藝術的當代藝術創作家，傑夫·昆斯(Jeff Koons, 1955-)，也因其使用他人著作中之元素，而多次被控侵害他人著作權。另外美國第二巡迴上訴法院於 2013 年就挪用藝術的知名創作家理查德·普林斯(Richard Prince, 1949-) 被控侵權的作品做出有利於查德·普林斯的決定，是繼傑夫·昆斯的判決後針對此類藝術行為做出新的回應，該判決可以視為對於合理使用的判斷標準又產生新的變化。

⁴ 張庭榮，前揭註 3，頁 28-30。

⁵ 維基百科(Wikipedia)，載於：[http://en.wikipedia.org/wiki/Appropriation_\(art\)](http://en.wikipedia.org/wiki/Appropriation_(art))(最後瀏覽日:2015/7/13)



本文將在第五章外國文獻探討第二節第二款的美國判決中介紹上述判決，美國法院就此種後現代藝術的拼貼手法究竟採取何種看法，以及是否可能成立合理使用及其判斷標準進行討論。

第二項 KUSO

KUSO 的起源，KUSO 一詞是源自於日文中的「くそ」而來，KUSO 為其日文發音，而此詞日文原有涵意為「糞、屎」之意，或是表示罵人、或是輕蔑的語助詞，簡言之是一個具有負面意思的字彙，但 KUSO 一詞是何時開始在台灣、香港、中國大陸的網路文化中出現，並轉變成為「惡搞戲謔」的意思並無法確知正確的時間點，依現有網路資訊可知，大約在 1998 年至 2000 年開始，台灣網路論壇 BBS 上逐漸出現 KUSO 此詞，並逐漸出現以組合各種不同元素的重組著作作品，一直到 2004 年開始更加蓬勃的發展至今⁶。


本文認為 KUSO 是一種時代下的產物，是一種風格，何謂風格？風格即是指綜合該時代的特點所呈現出來的格調與氣氛，以及能夠展現該時代特有的獨特性、作者的個性，特別是指藝術、文學、一個流派的特點，既然是風格，則只要任何創作具有 KUSO 的惡搞戲謔的特點，即會被歸類為 KUSO。

KUSO 在我國的定義以及使用情形，自網路以及媒體、新聞對 KUSO 一詞的用法加以觀察，目前一般大眾或媒體對於 KUSO 的定義已擴展到只要有搞笑、無厘頭，就會將其冠上 KUSO 一詞，而且已較無當初日文中所含有的負面意思，更重要的是不論是否為原創作品，或是改變重組他人作品都會被冠上 KUSO 的形容詞，甚至可以說 KUSO 在我國已經成為搞笑惡搞創意的代名詞。

但 KUSO 作品有可能是完全原創的，且並「無」重組他人著作中的元素，此種情形即非本文所欲討論的「重組著作」，例如：知名公眾人物邱毅於太陽花學運期間，誤認太陽花為香蕉一事⁷，被網友以各種方式大作文章，合成許多邱毅與香

⁶ 楊維中。〈台灣十年網路分享史--破報十載! 回顧專題系列(五)〉，載於：<http://forum.gamer.com.tw/Co.php?bsn=02001&sn=4376> (最後瀏覽日:2015/7/13)

⁷ 崔顯亞(2014)。〈邱毅指花為蕉網友 KUSO 「學運新三寶」香蕉鹿茸太陽餅〉。東森新聞。載於：



蕉的合成照或是香蕉取代太陽花的花瓣，或是 2014 年台北市市長選舉中，流行以「別讓勝文不開心」⁸為基礎的藏頭詩等，此類作品具有原創性，且具有惡搞戲謔嘲諷時事及批評公眾人物的涵意，但並未重組他人著作的元素，故不屬於重組著作，並無著作權法上的問題，但是可能與民法的人格權以及刑法上的公然侮辱罪以及毀謗罪較相關。

KUSO 的作品中有以抽出他人作品中較為一般人所習知的明顯要素加以組合的重組著作，此為本文所欲討論的重要類型之一，本文稱之為 KUSO 的重組著作，由於該類型的作品是擷取他人著作中的元素加以重組，所以基本上是否有「原創性」一事可能會有爭執，但是這就是 KUSO 的重組著作的重點，因為重組型的 KUSO 著作本身並不在乎是否具有「原創性」，因為要讓接收到此一訊息的觀看者能夠聯想到原著作物才是 KUSO 的目的所在，若是要求此重組他人著作中元素的 KUSO 作品完全不能使用原著作中的元素，有是剝奪此言論發表的權利之嫌疑，由此可知著作權法在此所產生的影響不只是保護原著作權人的權利，甚至有限制他人對於該著作物批評、評論的作用存在，然而言論自由之表達是否為著作權法所得限制的，是有疑問的。

第三項 同人文化

同人文化，是自日本的動漫文化發展而出，指稱因為同為喜歡某一事物而聚集起來之團體，一同討論該特定事物的同好會，通常是指以動漫為主題的同好會，並因喜歡該動漫作品或明星而發展出相關作品，不論是何種漫畫，都將原作的獨特的風格模仿的維妙維肖，這也是吸引讀者的重要因素，而同人作品產生的基礎就是模仿喜愛的作品而生，所以不論是模仿原作而生的作品，或是將一部漫畫的畫風與他部漫畫的人物結合，都是典型的同人創作

<http://www.ettoday.net/news/20140326/339515.htm> (最後瀏覽日:2015/7/13)

⁸葉立斌(2014)。〈「別讓勝文不開心」加句七言絕句 鄉民：好順口〉。NOWnews 今日新聞。載於：<http://www.nownews.com/n/2014/11/11/1500400>(最後瀏覽日:2015/7/13)

依同人作品發展的目的不同大致上可以分成原創同人、藝能同人、派生同人三種：

原創同人，即為具有原創性，由個人所發想的作品，藝能同人類又可稱為真人同人，以現實中實際存在的人物為角色(多為演藝明星)進行創作的作品，較像是追星者對明星們個人生活的幻想，派生同人則是就既有作品或文本延伸之作品，例如以電視影集、電影、動畫、漫畫、小說等為基礎進行延伸⁹，故同人文化中會與著作權產生衝突的即為派生同人的部分，派生同人的創作者以粉絲為最大宗。

派生同人作品的呈現方式有將漫畫作品以模仿原作的繪畫技法(即畫風)以及不更動人物的基本設定只改變劇情、風格的方式再畫成漫畫、或是將漫畫轉文字小說、借用小說的故事角色設定畫成漫畫、或不變動小說的故事人物背景等設定再重新寫出新情節的小說，此種類型的創作活動，又可稱為 FAN ART¹⁰。

屬 FAN ART 且創作數量最多的，是單純畫人物畫像，或是將兩部不同故事的角色結合在一起，這樣的畫像有時是基於學習、推廣或因喜愛，例如因為喜愛漫畫作品內的人物，以模仿畫風或畫風雖然不同但一眼就可看出是何角色進行不同的詮釋，例如將原來的迪士尼公主們變成王子們，由女生變成男生，或是讓迪士尼公主們變成一對對同性戀的設定，但是並未有長篇的劇情，只是單一圖片來改變對於原角色的設定，此種只需要畫一張圖的方式來表現的同人作品在網路上屬於大宗，因為不需要太複雜的劇情改寫或延申，只要有一點創意就可以進行創作在網路上發表。簡言之，派生同人的本質亦是以抽取他人著作中的元素進行重組，而且為使大眾能明白其究竟是採樣自何著作物，故必定以明顯可辨的方式使用該元素，其動機多是因為粉絲極為喜愛，為表達對原作者的敬意或是想要推廣該原作，或是對於原作者所設定的故事情節不滿意而將之改寫成不同的結局。FAN ART

⁹ 盧美慈(2011)，《同人誌相關著作權問題研究》，頁 3-5，國立政治大學智慧財產研究所碩士論文。

¹⁰ 維基百科(Wikipedia)，載於：http://en.wikipedia.org/wiki/Fan_art，(最後瀏覽日:7/13/2015)

也並不是只有業餘畫家才會創作，知名漫畫家之間也常以這種方式來表達對於其他漫畫家作品的欣賞，將他人作品中的人物畫成自己的風格以表敬意。

上述的派生同人很明顯其本質也是重組著作的類型，但因是以動漫為主，自日本開始發跡傳向各國喜愛動漫的粉絲們，形成現代的流行文化，並藉由網際網路的發展，使該同人文化對於原來的動漫作品所形成的影響力並不能忽視，有時會形成一種既競爭又相互幫助的形態，甚至有時派生同人的作品會超越原作，比原作更加有名氣，或是由於模仿的太像，使人分不出與原作之間的差異，甚至以為是原作者所畫。

派生同人此種以推廣原作為主要目的的同人文化，基本上並不會涉及商業上的利益，縱使有小量自行發行的派生同人漫畫，仍對原作的銷售量影響有限。

正如前所述，KUSO 是現代文化的風格之一，故在同人界中，當然也有 KUSO 的同人作品存在，而 KUSO 風格的派生同人作品，其出發點則不一定是為推廣原作，有可能是因為厭惡該原作所產生的派生同人，此種扭曲原作的手法，較容易引來原作者的反彈，而被原作者提起訴訟。所以另外一個可以思考的方向是，這是不是表示只有有利於原作者的作品才有可能免於被訴，而不利於原作者的作品就只有被禁止發言的下場，此時很展現出來的現象是，著作權法是否已經成為限制言論的工具而勝過於是鼓勵創作以及流通著作的橋樑，然這並不是著作權法的立法初衷。

第二節 使用方式以及呈現類型

第一項 音樂

針對音樂類型的重組著作，大致可分成三種，一為音樂取樣(Sampling)，另為大眾較容易進行的歌詞改寫，第三種則為目前在 Youtube 上相當容易找到的類型，名人唱歌類型，將名人的公開演講畫面或是在任何場合出現的錄影畫面剪接，配



合流行歌曲的歌詞，製造出名人在唱流行歌曲的效果。

第一款 音樂取樣(Sampling)

音樂取樣(Sampling)，是一種新型態的音樂創作手法，所謂的 Sampling 即是自既有的音樂中利用電腦剪輯軟體取用需要的部分，再加以混合其他音樂片段或是自己的創作，形成新的樂曲，如 hip hop 此種流行樂基本上就是建立在音樂取樣的手法上創作出來的。

關於音樂取樣的作品所產生的著作權法侵權訴訟，美國法院累積不少判決，其主要爭議點不脫合理使用的討論，在本文第五章第二節第三項將會介紹與音樂取樣相關的經典判決 CAMPBELL v. ACUFF-ROSE(1994)¹¹，此判決影響合理使用的標準極大，而其所確立的判準也可以適用在其他的著作類型上，因此相當值得探討。

第二款 歌詞改寫

歌詞改寫是相對於以其他方式呈現的音樂重組較為容易掌握的創作方式，將歌詞改寫的例子不勝枚舉，以網路紅人蔡阿嘎就曾將「掌聲響起」，因應時事，改成「漲聲響起」¹²，並將歌詞改寫諷刺時政以及民生經濟狀況，但也有不具有諷刺意味也無刻意反應時事，而單純以改詞為樂趣的作品，例如將「屋頂」一曲的歌詞，改成「廚房版」¹³，由一對情侶因半夜肚子餓而於廚房相遇為主題改編而成的搞笑版本，類此種單純改詞搞笑的作品於網路上並不少見，或者是 2014 年迪士尼熱賣動畫片「冰雪奇緣」的主題曲“Frozen”被網友改成台語版¹⁴，即是把英文歌詞改成同義或意思接近的台語歌詞，並且加以配唱，而且歌詞設計的與動畫人物的嘴型一致，完全無違和感。以上這些例子都可被歸類為 KUSO。

¹¹ Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569, 114 S.Ct. 1164, 127 L.Ed. 2d 500

¹² 蔡阿嘎，漲聲響起 MV(整個城市。都是蔡阿嘎的靠杯館 City CauPei3)，來源: YouTube http://www.youtube.com/watch?v=SRyglBL_VtU&index=13&list=PL59H09W5dK3Hri7WYu2i4gc7eDJX-3jWK (最後瀏覽日期:2015/7/13)

¹³ 屋頂-廚房版 載於: <http://mymedia.yam.com/m/2413798> (最後瀏覽日期: 2015/7/13)

¹⁴ 在 YouTube 搜尋「冰雪奇緣台語版」，即會出現多種不同版本。



第三款 名人唱歌

網路上流傳一則影片，原由美國歌手 Carly Rae Jepsen 所唱的 Call Me Maybe¹⁵，有網友將美國總統歐巴馬多次公開演說的內容加以剪接，找出與原曲 Call Me Maybe 歌詞相對應的演說片段，加以連接，如同歐巴馬在唱這首流行曲的樣子¹⁶，此類的作品還有許多，此類作品可能有評論的意思，但也有只是單純好玩而製作，但不論是出於何種意圖，沒有任何人在聽了這首混合(Remix)版本的剪輯歌曲後會認為美國總統歐巴馬真的唱了這首歌，創作者除藉由此種方式表達自己的言論外，並不會從中獲取任何商業上利益，甚至先前未曾聽過原曲的人或許會因為好奇而去聽原曲。

第二項 視覺作品

重組著作最讓人有印象且吸引人的作品莫過於視覺可感知的類型，凡日常生活中的廣告、商標、照片、畫作、商品包裝等，各種形式的著作，都不乏有人將其重組，另外，改圖的技巧並不難，只需對繪圖軟體有基本的使用技能，任何人都可以改圖，故而在網路上的此類作品更是不勝枚舉，況網路的發達，使網友之間可互相學習改圖的技巧，並加以分享，因此散佈的範圍更廣，也聚集更多愛好者，產生更多作品。

由於視覺作品的重組著作種類相當多元，其所牽涉到的問題較複雜，除要基於每種呈現方式的特性去定其合理使用的空間外，更重要的是該作品所欲傳達出的訊息與其取用他人的作品程度是否相符，也就是是否有「過度取用」以致於無法被認定為合理使用，但具體判準仍有賴於個案決定。

以下就常見類型分別舉例說明。

¹⁵ Carly Rae Jepsen, Call Me Maybe, YouTube,
載於:<http://www.youtube.com/watch?v=fWNaR-rxAic>(最後瀏覽日期:2015/7/13)

¹⁶ Barack Obama 唱 Call Me Maybe, YouTube,
載於:<http://www.youtube.com/watch?v=hX1YVzdnpeC>(最後瀏覽日期: 2015/7/13)



第一款 人物肖像改圖

改圖，也可以稱為 PS¹⁷，也就是就既有的圖像作品，例如照片、海報、影片擷圖等，以繪圖剪輯軟體進行合成、改造的行為，在網路世界相當盛行，網路上也有許多針對改圖的討論區。人物肖像改圖的對象有針對政治人物、演藝名人、一般名眾，其所牽涉到的除了被當作主角的個人肖像權、名譽權外，被使用的照片、海報、影片也同樣可能有侵害著作權法上著作人格權的禁止不當變更權以及著作權財產權的重製權、改作權。

一、針對政治人物、演藝名人

政治人物的言行舉止被網友調侃的例子不勝枚舉，大多都含有批評時政以及對於政治人物的言行表達不滿，將政治人物的照片與知名電影的海報加以合成，此類合成有將原來海報主角臉部的部分挖空替換成政治人物，或是只留下原海報的重要特徵、原來背景或具有識別性的版面設計(如邊框、或顏色)，再選擇政治人物偶然與原電影海報明星相同的動作或臉部角度加以合成，加上原來的電影名稱或是改變電影名稱，但採用相同的字體。此類合成海報，所涉及的問題除政治人物本身的肖像權以及人格權外，尚有原來電影海報設計者所享有的改作權以及禁止不當變更權的問題。

但實際上電影海報的設計，似乎大同小異，先前網路上有網友整理上百齣電影海報，發現不論是色彩的選擇、或是人物的站姿、人物肖象的放置角度，並無太大的不同，只差把電影片名再改過即可再適用在其他的電影上¹⁸，此種版面設計方式實際上與後續所會提到有許多平面設計版面所呈現出來的視覺感受大同小異。

¹⁷ 繪圖軟體 PhotoShop 的簡稱。

¹⁸ Edster(2014)〈你看這些電影海報可能已經幾百萬次了，但是你一定沒有注意到這個超有趣的「規則」〉，《TEEPR 趣味新聞》，載於：

<http://www.teepr.com/25276/%E4%BD%A0%E7%9C%8B%E9%80%99%E4%BA%9B%E9%9B%BB%E5%BD%B1%E6%B5%B7%E5%A0%B1%E5%8F%AF%E8%83%BD%E5%B7%B2%E7%B6%93%E5%B9%BE%E7%99%BE%E8%90%AC%E6%AC%A1%E4%BA%86%EF%BC%8C%E4%BD%86%E6%98%AF%E4%BD%A0%E4%B8%80/> (最後瀏覽日:2015/7/13)



二、一般民眾

網路論壇上有許多討論區，常出現網友自願將自己的照片提供給網友，希望由網友進行改圖，但也有因為個人特色鮮明或是因為個人行為倍受爭議而被網友搜出照片進行改圖的情形，以下以較有名的「百變小胖」¹⁹做為例子。

百變小胖原為一張在上海讀初中的男學生偶然被拍到的一張照片，該男學生小胖不經意的以側面角度斜眼看鏡頭的一瞬間被照下來，由於表情非常令人印象深刻，大約在 2003 年起被許多網友將原圖加以合成其它元素形成一系列的合成圖，有與蒙娜麗莎、哈利波特、多啦 A 夢等合成的圖片，由於形象多變，故被稱為「百變小胖」，甚至還有報章報導，但小胖被合成的人物形象並不只有讓人會心一笑的，也包含許多較為不雅的合成方式，例如有網友製作動畫，人物頭像是小胖，但身體是一個裸體正在搖擺的舞女。

第二款 商標

商標是由圖與文字組成，排除音樂商標、立體商標外，商標圖樣本身即受著作權保護，由於商標的目的就是為使消費者能得知該商品之來源，知名度越高所能獲得的利益越大，美國每年都有針對「最會賺錢」²⁰的商標進行排名，企業對於自家商標的重視程度如同一般人珍視自己的名譽一般，故任何針對商標圖樣的改變，不論是否在改圖後做為自己的商標使用，都會引起使用該商標的公司注意，但若對於商標圖樣在改圖後並未作為商標使用，則該公司是否有權利以行使商標權的名義來限制屬於著作權法可能可被認為是合理使用範圍的行為呢？下面就各案例舉例說明之。

¹⁹ 香港網絡大典 <http://evchk.wikia.com/wiki/%E5%B0%8F%E8%83%96> (最後瀏覽日:2015/7/13)

²⁰ linli(2014),〈2014 年世界品牌 500 強:美國品牌占 227 席,臺灣無品牌入圍〉,《TechNews 科技新報》,載於 :<http://technews.tw/2014/12/17/the-world-s-500-most-influential-brands/> (最後瀏覽日:2015/7/13)

1. 「STARBUCKS or STARPARKS?」²¹

設計師劉一德以星巴克商標為基礎，將星巴克商標中的美人魚改成喜劇泰斗卓別林、瑪麗蓮夢露、毛澤東等名人，並製作成「星趴客杯」環保杯(圖一)加以販售，原來的「STARBUCKS」被改成「STARPARKS DRINKS」，設計師的理念是為提倡環保，而「星趴客杯」意味帶環保杯上咖啡館，就像參加趴踢(Party)，但後遭星巴克發存證信表示侵害其商標權，此後設計師將該商品下架。

類似的作品但並沒有加以販售的惡搞星巴克杯，是由韓國藝術家所創作，並加以展覽(圖二)²²。



圖 2：星趴客杯



圖 3：韓國藝術家惡搞作品

²¹ 洪玲明(2009)，〈設計師 KUSO 星趴客杯 星巴克提侵權〉，《TVBS 新聞》，載於：<http://news.tvbs.com.tw/entry/149138> (最後瀏覽日:2015/7/135)

²² 波波(2014)，〈韓藝術家惡搞 STARBUCKS〉，《New Monday》，載於：<http://www.nmplus.hk/home/%E9%9F%93%E8%97%9D%E8%A1%93%E5%AE%B6%E6%83%A1%E6%90%9Estarbucks%E6%9D%AF/> (最後瀏覽日:2015/7/13)

2. 「笨星巴克」²³

「笨星巴克」，英文為「DUMP STARBUCKS」，為加拿大喜劇明星費爾德(Nathan Fielder)為打知名度，將星巴克的商標、內部裝潢、杯子樣式、全部模仿的一模一樣，但都加上「DUMP」的字樣，以示區別，並表示受到 parody law 的保護。



圖 4：笨星巴克

3. 曼秀雷敦小護士

著名的「小護士」藥膏，其商標為一個可愛的小女孩穿著護士服，側身面對正面的小護士，曼秀雷敦小護士的商標長久使用以來令國人印象深刻，無人不知小護士，該藥膏在我國推出時其廣告歌也因容易記誦更增加其知名度，據曼秀雷敦的創辦人表示，選擇使用小護士作為商標的含意是「醫藥、呵護、溫和、信賴²⁴」，但網路上出現不少將經典小護士的商標改圖的情形，例如「鼻青臉腫小護士」，原來小護士可愛微笑的臉龐被網友改成被打的鼻青臉腫的樣子，而原商標的綠色圓圈裡所寫的字樣是曼秀雷敦的英文「MEMTHOLATUM」，經過 KUSO 後變成，「PLEASE CALL 113」的字樣，將小護士原本正面溫柔的印象加以顛覆，小護士變成被打的受害者。

²³ 〈炒熱笨星巴克，原來是...費爾德搞噱頭〉，《世界新聞網》，載於：

http://www.worldjournal.com/pages/full_news/push?article-%E7%82%92%E7%86%B1%E7%AC%A8%E6%98%9F%E5%B7%B4%E5%85%8B+%E5%8E%9F%E4%BE%86%E6%98%AF-%E8%B2%BB%E7%88%BE%E5%BE%B7%E5%A1%99%E5%99%B1%E9%A0%AD%20&id=24552692（最後瀏覽日:2015/7/13）

²⁴ 萬惠雯(2004)，〈百歲小護士 曼秀雷敦紅不讓〉，《新台灣新聞週刊》，第 454 期，載於：<http://www.newtaiwan.com.tw/bulletinview.jsp?bulletinid=20559>（最後瀏覽日:2015/7/13）



圖 5：鼻青臉腫小護士

除「鼻青臉腫小護士」之外，網路上也有只採取原商標的要素，即綠色圓圈外框、小護士的服裝特色、小護士側面面對正面的身體角度，但將小護士的形象換成其它卡通人物並將綠色圓圈外框內原來的文字加以改變的版本。

針對 2014 年台北市市長選舉，網路 SCOTT COMIC STUDIO 甚至針對立法委員羅淑蕾設計一款，「曼秀蕾敦抹黑膏」，將原綠框的英文文字改為 DEFAMATION，意指毀謗、中傷他人之意。



曼秀蕾敦抹黑膏

facebook.com/ScottComic

圖 6：曼秀蕾敦抹黑膏

第三款 後現代藝術與整理藝術

有著鬍子的蒙娜麗莎²⁵，或是渾圓可愛的蒙娜麗莎²⁶，這樣的作品都是就已存在的知名畫作進行改變，這樣的藝術風格被歸類為挪用藝術或權充藝術

²⁵ 杜象(Duchamp,M.)，法國，1887-1968(1919)。[L.H.O.O.Q.](*L.H.O.O.Q.*)。19.7x12.4。

²⁶ 費爾南多·博特羅(Fernando Botero)，哥倫比亞共和國，(1932-)(1977)。[Monalisa]。183x166。

(Appropriation)，也就是後現代藝術所發展出來的一種藝術風格。安迪·沃荷(Andy Warhol, 1930-1987)，使用挪用商業流行形象的手法創作普普藝術的開端，為世界所知悉的作品，康寶濃湯罐、可樂瓶、流行明星等。傑夫·昆斯(Jeff Koons, 1955-)也是被歸類為挪用藝術的現代藝術家。

挪用藝術或權充藝術(Appropriation)，其主要的目的是為大眾帶來新的觀看角度，而此挪用手法，已經不再是知名藝術家才會使用的創作方式，隨科技的普及，也不乏許多業餘創作者、網友進行此種挪用，例如著名的孟克的《吶喊》，畫面線條流動的方式營造出詭譎的氣氛，圖中的主角臉部扭曲張大嘴的模樣，雖無法聽到他吶喊的聲音，但能從畫面的每一個角度感覺到他的叫聲，這幅充滿張力的畫作也是現代人愛惡搞的對象，例如將畫中主角吶喊的原因表達出來，原來是因為被脫褲子了，或是被狗咬了，或是因為剛剛看到暴露狂了等，另一種惡搞這幅畫的方式則是改變主角成為大眾所知悉的動漫人物，例如辛普森家庭等，讓整幅畫的氣氛為之一變，一掃之前詭譎莫測的氣氛轉成看到的人都忍不住笑場的搞笑風格。

我國國際知名畫家，陳錦芳所創的新意象派(Neo-Iconography)也被歸類為後現代主義的類型，其所創的新意象派(Neo-Iconography)，依陳錦芳解釋：「簡單來說，新意象派是奠基於可辨認之形像予以創新的重新駕馭和組合，這是一種融匯古今中外之藝術於一爐，吸取人類心靈裡閃耀著的象徵形像，而巧妙地創新表現的新藝術。...²⁷」由此可知，其畫作也是以既存作品加以給予新的形象，其為人所知的作品之一，《都市的拾穗者》，以米勒的《拾穗》為基礎，將背景改成有著摩天大樓的都市以及自由女神像站在可樂罐上，並將原本在撿拾稻穗的婦人們改成正在撿起滿地的垃圾，諷刺意味相當濃厚。另外還有不少以梵谷的畫作為基礎，結合

²⁷ 陳錦芳(2015)，〈陳錦芳的藝術：新意象派--The Art of Dr.T.F. Chen: Neo-Iconography〉，
《History of Taiwanese American》，載於：

<http://taiwaneseamericanhistory.org/blog/246-%E9%99%B3%E9%8C%A6%E8%8A%B3%E7%9A%84%E8%97%9D%E8%A1%93%E6%96%B0%E6%84%8F%E8%B1%A1%E6%B4%BEthe-art-of-dr-t-f-chenneo-iconography%E9%99%B3%E9%8C%A6%E8%8A%B3199009art%E8%97%9D%E8%A1%93/>
(最後瀏覽日:2015/7/13)

其他知名畫家的風格或畫作，例如他的後梵谷系列的《安迪剛離開》《馬蒂斯再訪梵谷》等，這部分的作品並無諷刺性，但充滿趣味性以及有向梵谷等畫家致敬的意味。



圖 7：《都市的拾穗者》

81x56cm，版畫，1986

除陳錦芳之外，來自瑞士的 Ursus Wehrli 也開創出名為「整理藝術」的創作方式，他是一名喜劇演員、表演者和攝影師，他將名畫加以「整理」，不論是現代藝術或是古典藝術，都加以「整理」，並且在受邀到 TED 的演講²⁸中，表示他為這樣子「整理」藝術的方式申請了專利²⁹。Ursus Wehrli 將名畫內的物件加以重新擺放，例如他將梵谷的《房間》，整理的一塵不染，或是將其他知名畫作以形狀、顏色上重新排列整齊後再放回畫上，被他整理的畫作相當多，並集結成書，這種新類型的創作手法，相當具有幽默感，而且使觀者從新的角度去理解畫作，使名畫不再有距離，帶來輕鬆且有親和力的感受。

第四款 同人誌、FAN ART、同人小說

同人作品的例子簡直不勝枚舉，由喜愛漫畫作品的人模仿原漫畫作品的畫風、主角設定或其中明顯的特色所創作出來的動漫作品被稱為同人誌，基本上同

²⁸ Tidying up art, TED, 載於: http://www.ted.com/talks/ursus_wehrli_tidies_up_art (最後瀏覽日:2015/7/13)

²⁹ 筆者認為 Ursus Wehrli 的說法應該是錯誤的。

人誌的作品不太會超出原作的設計框架，除故事情節並非原作者所設計之外，其餘該被模仿的動漫中該有的元素都被一一仿造，同人作者可能將原來故事中所設定的戀愛配對角色改成該漫畫中的其它角色，或接續原有的劇情來創造不同支線的故事，而重新設定的故事內容可能有正面為原作品加分的效果也有可能顛覆原有的形象造成負面的聯想。同人作品並不是只有漫畫類，小說類也很多，以下也會介紹到。

一、 動漫角色的重組

網路上出現將兩個不同動漫中的角色特色加以重組的情形，且多為網友自製，例如將「美少女戰士」最有特色的高校水手服變身服裝加在最近深受歡迎的美國動畫「探險活寶」的人物身上，或是幻想「美少女戰士」在二十年後的模樣³⁰，為角色做未來故事的延申。


二、 動漫再以同人漫畫的方式編寫不同故事

同人漫畫的方式可以分成兩種，一種是以原來角色為主角，但畫風或故事模式已經有不同的新意在內，而由於畫風及背景設定上出現較為明顯不同的差異，或是雖差異不大，但可能標明並非原作者所畫，故讀者較能辨識出其並非出自於原作者。另一種則為將畫風以及故事背景設定不變，變的只有故事情節，此時讀者不一定辨識的出其實是同人作品。例如著名的「哆啦 a 夢」³¹由於故事一直沒有結局，於是出現由網友模仿哆啦 a 夢的畫風以及劇情模式，畫出哆啦 a 夢的結局故事，後在網路上瘋傳，不少人看過後深受感動，但由於對於原作的特色模仿的極為相像，所以有不少人並不知道此非作者所畫。

三、 動漫轉同人小說、現有的小說轉同人小說

³⁰ 安琪(2013)〈超妄想《美少女戰士》20年後的樣子是新番設計圖?〉，《卡卡洛普，宅宅新聞》，來源：<http://news.gamme.com.tw/561100> (最後瀏覽日期:7/13/2015)

³¹ 維基百科(Wikipedia)，哆啦 a 夢最終回，來源：<http://zh.wikipedia.org/wiki/%E5%93%86%E5%95%A6A%E5%A4%A2%E6%9C%80%E7%B5%82%E5%9B%9E>(最後瀏覽日期:7/13/2015)



所謂同人小說是指喜愛某部動漫或電玩、小說作品的人，將故事內的角色特色、個性、名字抽出，以該角色作為其新創小說的主角，寫出其心中理想的情節，此類小說即所謂的同人小說。而同人小說涉及的著作權法重製權與改作權、禁止不尚變更權、以及角色著作權的問題，以下舉三例同人小說。

1. 哈利波特

JK 羅琳筆下的哈利波特風靡全球，許多喜愛哈利波特的讀者因等不及 JK 羅琳說故事的速度，故在羅琳寫完七本小說前，在等待期間，許多哈利波特的粉絲團有許多粉絲故事中的人物創造後續的故事、把角色配對等，可以在網路上搜尋得到不少以哈利波特的同人小說，寫作者不變動原本場景以及角色個性的設定，但自行編織新的篇章、創造新的魔法、為主角配對等，以解長期等待之苦，但同人故事的內容並不一定會符合原本角色的形象設定，故有可能會大幅顛覆原本 JK 羅琳所設定的故事角色形象，例如將哈利波特與跂哥馬份配成同性愛人的故事相當的多，或是將妙麗與原本是勢不兩立的跂哥馬份湊成一對。


2. (新)福爾摩斯

近年來福爾摩斯的偵探小說重新受到重視，陸續翻拍成電影以及影集，而電影以及影集對於書中角色福爾摩斯以及華生的重新詮釋，使這兩位主角有了新的魅力，而再度引起大眾的喜愛，又福爾摩斯以及華生之間一起出生入死的友誼，使許多喜愛 BL 的同人將其改成福爾摩斯及華生是一對情侶。

3. 電玩人物/漫畫人物的同人小說

相較於前兩種文字小說類型的角色，以電玩人物/漫畫人物為同人小說主角的作品也相當多。電玩人物/漫畫人物一開始就是以圖像的方式呈現，將圖像角色轉成文字小說所帶給人的印象，與本身就是文字小說角色再轉成不同的故事內容的文字小說角色，兩者所帶給人的感覺並不能相提並論。

不然而論是何種創作方式，圖像人物轉文字小說與文字小說再延申新的情節並賦予新的想像所能夠使用原作元素的空間應該也有不同。就以小說而言，每位



讀者對於故事中的場景以及主角的長相、特色等都是可以自由想像的，並不會受到某一特定框架的影響，所以重點在於兩者所帶給讀者的印象深度不一，文字對於角色的描述或圖像所帶給人的鮮明感並不相同，這將影響粉絲在進行重組著作時究竟可以對於原作改到何種程度，或者是原作者對於其所創造的角色，著作權法究竟可以保護到何種程度。

第五款 商品包裝

商家為吸引消費者的注意，在販售商品時為求自己的商品能從眾脫穎而出，除以別出心裁的方式吸引目光，也有可能高度模仿市面上已有的商品包裝，特別是若是販賣同種商品，又使用相似性極高的包裝，則可能會使消費者因此誤買，例如我國知名的「黑人牙膏」與「白人牙膏」的案例，另外市面上陸續出現以 KUSO 趣味性的方式來包裝商品，但此種商品包裝方式有侵害原商品包裝設計的著作權可能，以下分別以「黑人牙膏」與「白人牙膏」案以及知名糖果廠商菓風小舖為例。

一、黑人牙膏與白人牙膏商標之爭

在我國相當有名氣的黑人牙膏與白人牙膏，因為商標爭議而纏訟，但本文不討論商標的部分，重在著作權部分的討論。兩者的外包裝除了「黑人牙膏」、「白人牙膏」此一字之差之爭議外，令人不得不注意到的是對於外包裝的高度相似，黑人牙膏先於白人牙膏成立，其為大眾所知的商品包裝是採用綠色以及黃色再加上黑人商標的黑人圖像，而白人牙膏則也是採類似的包裝，也是以綠色及黃色為主，只是欠缺黑人圖像，但整體來說兩者包裝顏色比例的安排是相似度極高的，先不管商標爭議，就以外包裝的設計來說，是很有可能使不注意商標的消費者誤買產品。



二、菓風小舖

菓風小舖於 1997 年於我國成立，為我國一家專業糖果專賣店，以開發各樣精緻創新的糖果花束等創意禮品而知名，其中創意商品的商品包裝有以女性衛生用品的知名衛生棉包裝為基礎，只將內容物以及商品內容介紹的文宣加以改變的包裝方式來包裝綿花糖，以大量取用原包裝為人所記憶的特色為基礎加以改變，甚至也有仿藥品包裝的糖果等此類商品相當多，由於是放在糖果專賣店內販售，故消費者並不會誤以為自己買到是衛生棉或藥品，雖然並無造成消費者混淆的危險，但對於被模仿的商品包裝可能造成著作權的侵害，但目前為止並未發生過原商品公司對其提起著作權訴訟。

第六款 版面設計、海報

生活中隨時都充斥著廣告，不論是街道上的商業廣告或是網路上的廣告，為求消費者的目光能多停留一秒，引起關注，可說是無所不用其極。有以攀附當紅戲劇橋段或以該戲劇的海報為基礎，或以其它我們所熟知的平面設計作品或海報中的明顯可辨的元素，只更改內文或照片，但邊框、字體、顏色的選擇上幾乎不變其同一性的方式來設計海報，進行宣傳。然縱使照片經過更改，但照片中人物的肢體動作或身上的服裝配件卻仍選擇以相同或類似的物件，故凡觀看此一平面廣告的接收者，一眼即知該文宣究竟是模仿哪一個作品，進而達到廠商希望吸引觀眾目光的效果，但此種設計方式，雖達到商業效果，但在著作權法的層面卻產生是否侵權的灰色地帶。

一、半澤直樹

以 2013 年當紅戲劇「半澤直樹」的平面廣告而言，其原版廣告是以黃色以及黑色為主要識別色，輔以白色、紅色，故整體而言該設計只有四個顏色，放在正中間的「半澤直樹」的戲劇名稱在字體上也有特別設計，並非一般電腦內建字體，最後再以五位主角照片並排切割頁面的方式產生整體的視覺效果，由於該戲劇在

我國引起廣大迴響，連帶的戲劇周邊商品也大賣，故我國出現以模仿「半澤直樹」的平面廣告作為其所欲販賣商品的廣告。

與之高度類似的海報(圖 9)，以販賣清潔用品為目的，並將「半澤直樹」改成「半折直售」來表示商品打折，並輔以劇中最紅的台詞「十倍奉還」作為廣告口號，帶給消費者買到賺到的印象，劇中人物角色的照片則換成可愛的小朋友，並分別以臉部表情、配件、後製上的眉毛來呼應原廣告的人物設計，接收此訊息的消費者可一眼即辨視出該廣告在模仿原廣告的特色。

另外也有以食品販賣為主要訴求(圖 10)，將「半澤直樹」改成「半折指數」，除顏色採用相同的黃、黑、白外，還放上劇中經典台詞「加倍奉還」，也有放上人的圖像，不難看出也是在模仿半澤直樹這齣戲的廣告。



圖 8：半澤直樹



圖 9：半折直售



圖 10：半折指數

二、波蘿日報³²

「波蘿日報」，其排版的設計、下標題的方式、以及顏色、字型選擇上與「蘋果日報」的版面設計極為相似，特別是右上角的「波蘿日報」四個字的放置位子以及背後藍色的色調選擇上相似度相當高，而「波蘿日報」的內容並非以嚴肅的時事新聞，而是將時事新聞以嘲笑、惡搞、諷刺的方式來詮釋，以下圖中的內文可知「惡龍落網」是指當時於 2005 年 7 月 13 日落網的張錫銘，之所以用「惡龍」是因警方為逮捕張錫銘成立「滅龍專案」，媒體於張錫銘被逮捕時以「惡龍」稱之，而「波蘿日報」以相同的用詞，但圖片卻是以恐龍的圖片代替張錫銘的照片，呼應「龍」原有詞意，但「波蘿日報」的內容亦非只惡搞新聞時事，包含只是單純模仿「蘋果日報」的排版格式，但內容與時事無關的亦有不少。



圖 11：波蘿日報

三、敬愛師長作業簿

敬愛師長作業簿，以大眾所熟知的國小作業簿封面作為惡搞的對象，美其名為「敬愛師長」、「友愛同學」作業簿，但中間的圖畫卻完全與之相反，完全顛覆我國對於國小生應該要尊師重道、友愛同學、做個好學生的傳統教條。「敬愛師長」的圖畫以國小女生從後方踢男老師的下體，一邊說「老師早！」，「友愛同學」則是一名國小男生對其同學做出摔角運動中著名的十字固定法一邊說「運動有益健康」，兩者的人物表情帶著微笑做出「敬愛師長」、「友愛同學」的行為，

³² 波蘿日報，載於：<http://polonews.tw/> (最後瀏覽日期:2015/7/13)

帶來十足的諷刺感，圖畫的畫風採早期國語教科書、作業簿的復古風格，而作業簿最令人印象深刻的是將封面框起的邊框，該邊框不採直線條設計，而是稍微向內凹，雖非特殊的造型，但長期使用之後，已經成為我國人民共同的回憶，凡以國小作業簿為發想的文宣設計，都會放上這樣的邊框，而觀者也能立即接收到這個訊息，使這稍微內凹的邊框具有相當高的識別性，其雖非主角，但若欠缺就會令人覺得無法完全傳達其原本惡搞國小作業簿的目的。



不正常人類研究中心 notnomal.com

圖 12：敬愛師長作業簿³³

四、偽基百科-惡搞的百科全書

偽基百科，為仿造維基百科而來，偽基百科開宗明義其就是以惡搞為目的的百科全書，其內容的建立與維基百科同為由網友自行撰寫，但不同的是，維基百科的內容雖不能保證全屬正確，也不夠嚴謹，但其內容多屬有其合理根據以及引用，但偽基百科則是內容完全以惡搞為目的，可以胡說八道，不論是引註或是內容全部以惡搞為目的，故常出現天馬行空或與現實脫節的內容，除此之外，維基百科與偽基百科網頁的版面設計上有相當高程度的相似性，基本上除了內文不同以及 LOGO 稍有變動外，兩者並無不同。維基百科的版面相當簡潔但具有識別性，其最大特色應是點開網頁左上角有一個拼圖拼成的圓球，每一塊拼圖上分別以不

³³ 不正常人類研究中心，載於：

<https://plus.google.com/+E4%B8%8D%E6%AD%A3%E5%B8%B8%E4%BA%BA%E9%A1%9E%E7%A0%94%E7%A9%B6%E4%B8%AD%E5%BF%83/posts/funB9gmxMbl>
(最後瀏覽日期: 2015/7/13)

同的語言來表現 wiki 的 w，例如其中一塊拼圖就是「維」來表現 w 這個字，而偽基百科則將該圓球稍微變形成為略扁的球體，拼圖上的字詞則改由網路的流行語代替，但仍可以一眼辨識出就是在惡搞維基百科。



第三項 電影


驚聲尖笑，為 2000 年美國喜劇片，內容主要集合各種電影橋段加以惡搞、開玩笑，例如將恐怖片的恐怖情節以另一種觀點重新詮釋改成戲謔版，使原本觀眾在觀看時應受到驚嚇的段落卻忍不住捧腹大笑，2000 年推出第一集的口號為「No mercy. No shame. No sequel.」，大大受到觀眾的喜愛，全球票房相當高，陸續推出續集。該類型的影片內容多重現被惡搞電影的橋段以及角色特色，模仿的唯妙唯肖。

除了大企業的商业惡搞電影外，將電影、或影片內容、電視節目截圖，變成四格漫畫，甚至改變對白的業餘作品也很多，在知名 YouTube 網站上可以看到不少以電影片段為基礎，保留原有畫面的戲劇片段，但可能以不同方式詮釋原片段的對白。

一、 帝國毀滅之元首的憤怒³⁴

帝國毀滅為 2004 年德國電影，電影劇情描寫希特勒於其死亡前最後十天掌權的故事，全程以紀錄片的拍攝風格來呈現第二次大戰的真實性，其中有一片段於 2007 年開始在 YouTube 上出現而成為被惡搞的對象，該片段為希特勒因其部屬未按自己命令發動進攻後對其大發雷霆，隨後希特勒承認自己的失敗，片段約 4 分鐘，由於該片段中希特勒在面臨自己的失敗時所表現的情緒張力令人印象深刻，網路上逐漸出現惡搞該影片的作品，由於演員在片中的語言為德語，惡搞作品並未重新配音，但以翻譯字幕刻意改成與原台詞完全不同的內容，搭配原來的影像以及演員聲嘶力竭的口氣構成反諷時政或科技、娛樂業現象的影片。

³⁴維基百科(Wikipedia)，帝國毀滅，
<http://zh.wikipedia.org/zh-tw/%E5%B8%9D%E5%9C%8B%E6%AF%80%E6%BB%85>
(最後瀏覽日期: 2015/7/13)



據原片導演所說，他並不反對這些惡搞，並表示自己曾看過上百個惡搞影片，但製片公司康斯坦丁影業以保護版權的名義要求 YouTube 撤下影片。該些惡搞帝國毀滅的片段紅到 New York Time³⁵寫了一篇報導教大眾如何製作屬於自己的惡搞影片，而且在文中不只一次用到 parodies 這一詞，並提到可能會有著作權問題，但仍詳細介紹如何製作惡搞影片。

第四項 時尚

利用時尚的知名度進行重組、反轉的作品也有許多，在我國最知名的案例為嬌蕉包案，嬌蕉包利用愛瑪仕的知名柏金包外型以及其商標進行「轉印包」以及改變原商標成為自己的商標的手法闖出一片天，由於國際時尚品牌的柏金包售價相當高，非一般大眾所能構買，嬌蕉包的「轉印包」可以滿足一般市井小民的虛榮感，而且充滿趣味，可以肯定的是，沒有人會把嬌蕉包與一個動輒十幾萬的名牌包搞錯，但這種利用愛瑪仕的包款造型進行商業行為的手法，的確也為嬌蕉包帶來官司。

第五項 小結

由以上介紹可知，重組著作所呈現出來的作品樣態相當多元，也無固定模式，既無法由 KUSO 一詞來涵蓋全部，也不全然是同人或挪用藝術，甚至無法只用這三類來描述，但以上眾多作品所呈現出來一個特點，就是都可以看出該重組著作的內容並非單一來源，而是含有其他作品中的元素。

將各種元素經選擇後加以混合再建構，除了是重組著作的特色外，同時也是文化的創作方式，重組的作法與完全原創性的作品的差異主要是在於原創性的程度不同，但是取用他人作品中元素的作法的確很常引起著作權訴訟，本文想要區分的是，究竟一個作品內，哪些是屬於著作權法所保護的「表達」，而哪些是不受

³⁵ Paul Boutin, "Video Mad Libs With the Right Software", *The New York Times*, 2010/2/25,載於:
http://www.nytimes.com/2010/02/25/technology/personaltech/25basics.html?_r=1&
(最後瀏覽日期: 2015/7/13)

著作權法所保護的「思想、概念、製程」，或者是縱使是著作權所保護的「表達」，但他人在其後所加上的創意或是創作目的，而產生新的訊息以及表現方式時，在現行的著作權法下，要如何才能夠給予重組著作生存的空間。

另一個思考的面向，是著作權法目前的設計是不是已經箝制了大眾自由創作的空間，並影響文化的發展。因為沒有創作，就沒有文化，就以本節所提到的重組著作，假設因為它們都是取自別人作品，而別人的作品中的所有元素都是有價值的，所以未經同意而使用就是偷取別人的財產，對於著作權人造成財產上的損失，因此以上這些重組著作都不應該存在，以目前我國著作權法的架構是有可能形成這樣的推論的，但任何的法律或政策都應考量其為社會所帶來的影響，特別是在著作權法的層面上，法律的設計是否會為文化造成傷害。

當然本文並不是在鼓勵或是提倡應該全盤捨棄著作權法的存在，而是應該就該被使用的元素究竟是為何目的使用，且不單只考慮我國著作權法合理使用的規定中所列舉出的要素，而是整體考慮所有因素，視該單一元素在這個重組著作中占有什麼樣的地位、比例、方式、其存在對於原著作的影響，以及對於文化的發展有何貢獻，產生何種公共利益。假若我們將使用一個原作的單一元素就當作是侵害了整個原作，將會造成相當荒謬的結果，在美國電影業中曾發生過最荒唐的訴訟--只因為一個視覺設計創作者發現在《未來總動員》(12 Monkeys)一片中，某一場景所使用的椅子和他所設計的形式很像時，他成功地取得先期禁制令延後該片全國性的發行³⁶。

綜合以上，面對重組著作的多樣性所帶來的各種議題，可以知道的是如何設計出一個人民得以預測的合理使用標準是一件相當困難的事，過於僵直會使法院難以因應個案情況加以調整，但過於不明確又會使人民無法預測自己的作品是否會被法院宣告侵權，除此之外著作權法的設計對於文化的發展確實有其影響力，

³⁶ 希瓦·維迪亞那桑(Siva Vaidhyanathan)(著)，陳宜君(譯)(2003)。《著作權保護了誰?》(Copyrights and Copywrongs)，初版。台北：商周。頁 166-167。

這也是不容忽視的問題，因此本文希望就合理使用制度建制更加細緻的標準，以尋求中庸之道，平衡著作權人與文化發展的天秤。




第三節 使用目的

本節將就重組著作的使用目的進行說明，之所以要討論重組著作的使用目的，因為此與合理使用的判斷息息相關，依現行著作權法第六十五條第二項之規定，合理使用應注意以下事項為判斷基準，一、利用的目的及性質，包括為商業利用或非營利教育目的，二、著作的性質，三、利用的質量及其在整個著作所占之比例，四、利用結果對於著作潛在市場與現在價值之影響。而重組著作的使用目的與合理使用的判斷要件第一點有關，故有必要就其使用目的進行細部說明，這也影響到後續三個要件的考量，因為合理使用的四個要件並非獨立判斷或是互為條件，而是綜合判斷，互為影響。

本節將分成五個使用目的來說明，並套用實例使讀者能更具體明白其意。五個類型分別為，一、為諷刺、評論原作，二、藉由原作來批評、評論社會議題，三、利用原作知名度進行商業上利用，四、學習臨摹、推廣原作，五、單純炫技、好玩有趣。要注意的是這五種類型也並非涇渭分明，會有一些作品可能同時具有以上的特性，只是占的比例多寡，至於比例上的不同對於一個作品如何判斷是否能構成合理使用也有關聯，將在後面章節說明。

第一項 為諷刺、評論原作

本章第一節第三項電影所提到的「驚聲尖笑」就是最好的例子，將原作徹底的反轉，顯示原作的荒謬之處，從恐怖的變成搞笑無厘頭的，充滿諷刺的手法，來評論原作，並達到新的娛樂效果。



中國大陸知名導演陳凱歌的「無極」，被上海音樂創作者胡戈改編為「一個饅頭引發的血案³⁷」，將「無極」與中國中央電視台社會與法頻道的「中國法治報導」合併剪輯，顛覆原電影的情節與主旨，在網路上瘋傳，使一部正經的電影突然充滿笑點，當然也引起導演陳凱歌的不滿。

雖然「一個饅頭引發的血案」最後並未進入訴訟程序，但是卻一樣引起廣大觀眾們的迴響，並使大眾對於原作「無極」有負評，此兩例都是典型的以諷刺、評論原作為目的而利用原作，既是以評論原作為目的，就有必要使用原作，這樣的詼諧仿作(Parody)最容易與憲法所保護的言論自由相衝突，因著作權人將會主張其有「禁止他人任意歪曲割裂其著作的權利」的著作人格權，或是主張他人擅自重製、改作其作品，但就該惡搞重組作品的創作目的而言，批評、評論本來就是言論自由中重要的一環，也是大眾接收資訊後反思的表現，法院要如何處理這樣的衝突，更有待法院在個案中仔細衡量利害關係。

第二項 藉由原作來批評、評論社會議題

藉由原作來進行批評、評論社會議題，此種作品與前項最大的不同在於其所批評、評論的對象並不是原作，而是因原作與其所欲批評、評論的議題在某程度上的雷同或是巧合而加以利用，將原作當作批評用的工具。

此類作品以歌詞改寫來說可分成兩類，也就是具有發表個人意見、針砭時事的以及單純以改詞搞笑為娛樂的兩類，此分類的實益在於其在著作權法上可主張的合理使用空間以及判斷標準並不一樣，特別是針對因應時事批評所產生的作品，牽涉到在言論自由保護的程度上並不一樣，況且若並未進行商業性使用，對於原著作權人並無太大財產上的損失，因此有商業性使用是否就一律不得主張合理使用是有疑慮的，何況所謂經濟上的損失雖然可以估計，但是否有部分是屬於「純粹經濟上損失」，也就是因為原作被以惡搞等重組方式加以評論後，市場自

³⁷ 一個饅頭引發的血案，YouTube，載於：<https://www.youtube.com/watch?v=xIU4udZRKEY>
(最後瀏覽日期: 2015/7/13)

然的淘汰原作，導致原作的銷售量降低，此種損害可否被認為是因侵害著作權所產生的損失是值得思考的，又假著作權法要保護這樣的損失，是否應該嚴格限縮其範圍？或是加強原著作權人對於「損失」以及「因果關係」進行較明確的舉證責任，而不應一遇到商業性使用即認為難以構成合理使用？

前面實例中提到網路紅人蔡阿嘎就曾將「掌聲響起」，因應時事，改成「漲聲響起」，並將歌詞改寫諷刺時政以及民生經濟狀況，但問題在於他可以藉由其它方式去諷刺時政及民生狀況而並不是非要利用「掌聲響起」這首歌才能讓大眾瞭解他的意思，在這種並非必要的情況下，要論以合理使用可能就有比第一種以諷刺、評論原作為目的的情形困難。

第三項 利用原作知名度進行商業上利用

利用原作知名度進行商業上利用，如前述「半澤直樹」與「半澤指數」、「半澤直售」的例子，不論是要販賣何種商品，這些商品無論如何都與「半澤直樹」這齣戲一點關係也沒有，但利用「半澤直樹」的知名度的確會使觀者會立即被吸引，如此一來就多了一點被注意到的機會，雖然兩者的廣告目的並不相同，銷售的商品與市場也並無重疊之處，應該不會造成原作的戲劇周邊商品的銷售量下滑，但是否造成市場替代性也只是四個合理使用要件的其中一個因素，故不能如此斷言該利用行為就不成立合理使用，或是只要有商業上利用就非合理使用。

第四項 學習臨摹、推廣原作

以學習臨摹、推廣原作為主要目的就是同人類型的創作了，這類作品如前所述以吸引大眾對原著的關注為最主要目的，雖然合理使用中對於學習為目的的創作行為應該是可以符合合理使用的第一個要素，但是必須是「非營利」行為，問題在於同人文化並非完全沒有販售行為，但是發售量相對於原版經由出版社大量販賣的行為少的許多，有時甚至是免費放在網路上供同好欣賞討論，但因為網路的傳播力量，有時推廣原作的行為會因未標明「非原作」或是畫風過像，而影



響原作，例如前述「哆啦 a 夢完結篇」。

另外同人的學習、推廣行為也並非完全沒有扭曲割裂原作，特別是有許多以 BL 或是百合³⁸為主題的創作內容，反轉原作者的設定，縱使沒有營利販售行為，但可能被以侵害著作人格權為由被告，特別是在日本對於作者的著作人格權有著高度的保護，對於名譽的侵權在日本的文化下是難以容忍的³⁹。

第五項 單純炫技、好玩有趣


單純炫技，為好玩而製作的重組著作在網路上的數量可謂最大宗，因為不需要有評論之意也沒有商業目的，只是把網路所能收集到的物件當作剪貼素材使用，拼貼出自己的想法，特別是在青少年的階段特別容易使用網路資源進行創作，卻容易吃上官司。

例如，網友因覺得有趣所製作的名人唱歌版在著作權法上應如何評價？依我國現行的著作權法，因為原來的歌曲及歌詞並未有任何變動，雖然是由歐巴馬翻唱，但實際上歐巴馬本人根本沒唱，是網友利用剪輯手段所製作而成，故無法認為有侵犯原表演人的公開演出權，但是分別將原歌曲以及歐巴馬於公開演說的影片兩元素重新剪輯起來應可認為構成著作權法中所謂「改作」，改作，依著作權法第 3 條第 1 項第 11 款所下的定義為，以翻譯、編曲、改寫、拍攝影片或其他方法就原著作另為創作為改作，這種以剪輯而成的影片應屬以「其他方法」就原著作另為創作，而改作而成的著作屬於衍生著作物，得獨立受著作權法保護，但是改作權是專屬於原著作權人所有，依這樣的脈絡下，難謂無侵犯著作權。

有趣的是，以好玩有趣為目的所製作的作品卻會因為是否具有財力而影響被看見的機會，例如以惡搞他人的電影為內容的「驚聲尖笑」竟然可以在美國這個極著重著作權保護的國家內出現，這會不會是因為此類作品的票房相當亮眼或者

³⁸ BL 為 boy love 的簡稱，指男男戀。百合為女女戀之意。

³⁹ Mariko A. Foster. (2013). Parody's Precarious Place: The Need to Legally recognize Parody as Japan's Cultural Property. *Sten Hall Journal of Sports and Entertainment Law*, Vol.23.2,341-342



是因為原電影的版權皆在製作該惡搞電影的公司手中，所以不會產生版權問題，如果從版權集中在某些大公司手中的這個角度來看待惡搞電影的存在這一事，似乎可以看到一個趨勢，也就是獨立製片的小公司存在的可能性將會被抹滅，當獨立製片想製作相同的惡搞片，卻因為要付出相當高的成本才可能取得許可，或是不要談到仍有商業色彩的獨立製片，就一般人不以從中獲利的目的所製作的惡搞小短片，重新剪輯「帝國毀滅」，放到 YouTube 與大眾分享，基本上已經觸犯著作權法，當然不是說原電影不需受到著作權的保護，其付出的時間、金錢、精神所製作出來的電影當然有受到著作權保護的必要，而且是必需，問題是在於版權的過度極中已經使得其他的聲音受到壓迫，會不會造成只有具有財力之人才能發聲，如此一來著作權法會成為少數人發表言論的工具。

第四節 小結

重組著作，以使用目的來進行分類，是最初步的分析，但是卻可能影響合理使用的四個判斷標準如何相互調整配合，認清該重組著作的使用目的，是可以左右合理使用是否可以成立的核心，當然合理使用只是重組著作所面臨的法律問題的其中一個面向，例如平面作品的重組著作所牽涉的法律問題範圍並不僅限於著作權而已，根據被改的原作品類型的不同又會牽涉到不同的法律，例如對於人物照片、海報的改圖行為，除了著作權的問題外，另有可能有民法上人格權、肖像權侵害的行為甚至有可能有刑法上的公然侮辱罪構成的可能，所牽涉到的法律問題相當錯縱複雜。

另外，重組著作的創作是否有因此獲得金錢上的收益也一直是在討論合理使用的目的時必然會提到的，但如同前述，如過度強調該商業性使用與合理使用的關連，以及忽略其中的「損失」的認定和「因果關係」，將會使重組著作人時常處於不確定是否會被高額求償的心理壓力之下，可想而知的是，著作權原本希望能建構的穩定且有保障的自由創作環境，將會無法達成。



第三章 重組著作與著作權法產生衝突的問題背景

在討論到第四章所提到的重組著作所可能產生的法律問題前，本章想先討論兩個議題，第一點是著作權法的設立對於文化發展的影響力，而隨時代的變化又如何影響到我們的文化發展，造成何種問題？第二點則是著作物的經濟價值以及其所產生的經濟利益的歸屬，因為著作權法是以給予創作人經濟的誘因而鼓勵創作人持續進行創作，由於創作人可以出賣其著作財產權予其他企業或團體，故有時最大的獲利者其實是企業或團體，這點與一開始希望利益能歸於創作人的立法目的有些許出入。

討論此二議題的意義在於，如今會發生重組著作在著作權法上處於容易觸法的狀態是經由長期的文化發展以及各種利益角力之下的結果。法律的形成會改變社會，當法律給予某些人獨占的權利後，要再以改變法律收回並不是一件易事，既得利益者會動用關係去對立法者施壓，立法者一再的妥協會使獨占的權利範圍一再的擴張，形成一個循環，而現今文化發展的現況就是著作權法運作至今的結果，各個權利團體對於立法者的遊說推動著著作權法⁴⁰，著作權法的走向與當初的立法目的似乎已有所不同，或許本文可以自著作權法的合理使用去處理重組著作的問題，但最根本性的結構問題是不容被忽略的，因此有必要了解產生問題的背景。

第一節 著作權法對於文化的發展的影響力

「在我們的歷史上，從來沒有過任何一個時期像我們現在這樣，有這麼多的文化是處於被擁有的狀態，也從來沒有過任何一個時代像現在這樣，控制文化如

⁴⁰勞倫斯·雷席格(Lawrence Lessig)(著)，劉靜怡(譯)(2008)。《誰綁架了文化創意--打造知識共享的自由文化》，頁 220


何使用的力量集中的狀態，是如此理所當然地被視為理所當然，我們已經可以嗅出其基本立場為何。⁴¹」

勞倫斯·雷席格(Lawrence Lessig)在 2008 年所出版的《誰綁架了文化創意-- 打造知識共享的自由文化》裡說了這段話，可以表現出著作權法的現況以及其對於文化所產生的影響。之所以要討論著作權法對於文化發展的影響力，是為瞭解著作權法自出現至今，對於文化的發展上是否有落實--正如著作權法本身所闡述為「獎勵創作，促進文化發展」的立法目的--或是實際上過多的管制，已經使創作者動輒得咎，無法自由創作，或是為避免被告而過度保守的創作。

在著作權法剛出現的 18 世紀初期，著作權法最主要的目的是為管制出版商，當時書籍的印刷以及知識與資訊的傳播不如我們現代容易，自然重製、改作等情形也非普遍一般人能做得到的事，因此當時的時空背景使著作權法並不需要將重製、改作等情形一一納入管制，著作權法的發展到了現代，由於科技的幫助，從本文第二章所列出的重組著作可以看出現代的文化，已經與 18 世紀大有不同，「拼貼、重組」是現在創作的手法，重製、改作更是輕而易舉，特別是在年輕的世代，難以想像沒有電腦的生活，利用電腦進行創作成為學習的一部分，也是實現創意的工具，或許有認為所謂的創作必須是由創作者完全自行創新的作品才能被認為是具有高價值的，而那些以取用元素混合的手法所組成的作品不能認為是合法的，或是應該被嚴格管制限縮的，但若採此觀點，就是對於創作一事過份理想化，忽略目前所建構起的知識無非是建立在前人的努力之上，更何況一個作品的價值高與否，並非著作權法所能評價，而是應該留待市場檢驗，因此太早以有無「過高的」原創性做為門檻去篩選是否能受到著作權法保護似乎會不當排除某些創意發展的可能性。

就以第二章所介紹的後現代藝術為例，其前衛的藝術形態產生已經打破我們以往對於原創性的要求，甚至藝術品可以以複製品的方式大量生產，與過去現代

⁴¹勞倫斯·雷席格(Lawrence Lessig)(著)，劉靜怡(譯)(2008)，前揭註 40，頁 9



主義強調的原創性、獨一無二之至高無上的價值已經有所不同，這正是後現代藝術的特徵，強調去中心化並追求多元化⁴²，同時也是現代文化的特徵。後現代藝術的興起，挑戰著我們對於著作物原創性的想法，或是對於原創性的高度的要求可能要重新考量。更重要的是，這些創作的確帶來新的意境，有別於過去拘謹保守的畫作、畫派，更能夠體現現代各種社會文化現象，讓觀者去意識自己所生活的空間有何荒謬之處，不再把我們生活中被設計好來引導、暗示我們的各種設計當作理所當然，而是看見自己是如何被這樣的大眾文化所馴服、喪失獨立思考的能力。後現代藝術所帶來大眾的覺醒是重要的，使大眾可以從另一個角度去觀察我們生活的空間，但後現代藝術的創作手法也為其帶來許多侵權訴訟，這也表示我們不能夠再忽視目前的著作權法可能有其不足之處，無法因應現代的變化，而要尋求改變。

縱觀文化發展的歷史，沒有任何一個作品不是帶有該時代的特色或是前人的影子的，所有的進步都是已存在的想法中累積起來⁴³，如果我們將所有取用他人作品中任一元素的情形都認為是對於原著作權人的侵權行為，那麼將無法落實所謂「促進文化發展」的著作權立法目的，這是因為我們對於「文化」的解釋過於狹隘所造成，並不是只有受著作權法所保障的著作才是文化，而是文化本身先於法律而生，而法律應該是為文化發展服務，但現在的著作權法的腳步已經先於文化發展，而有走向過度擴張的趨勢。另外可以思考的一個角度是，人類的創作無一不是從生活中取出，而社會就是人類創作的寶庫，也就是公共財(public domain)，人類運用精神創作、思考後將隱藏在寶庫中的物件取出並加上勞力的付出，產生著作，但如果認為因為法律設立保護著作就代表可以讓著作人取得永久獨占該物件的地位，著作權就會喪失其存在的根基，理想的狀況是，創作人在取得其應獲得的利益後，也應該在一定期間後讓該創作洩游到公共財(public domain)的領域，使後來的創作者可以再從中取用，建立起更有深度的文化。簡言之，不論著作權

⁴² 張庭榮，前揭註 3，頁 42

⁴³ See Pierre N. Leval, *Toward a Fair Use Standard*, 103 Harv. L. Rev., at 1009(1990).

法要如何設計，也許都是政策上的選擇，但更重要的是這樣的設計不能夠變相壓抑住創作者的喉嚨。

現代著作權法管制範圍的擴張已將過去法律所未涵蓋到的許多文化和創造活動都涵括在內，使我們的文化發展慢慢從自由文化(creative culture)走向許可文化(permission culture)⁴⁴，著作權的發展從給予出版者獨占出版的權利轉向強化著作權人的權利，給予著作權人對其著作擁有相當高的掌控權，並一路向網路延申，而這樣的控制並不只是對於財產權的控制，也包含著對於批判性言論或是獨立性的創作進行管制⁴⁵。

第二節 著作物的經濟價值與歸屬

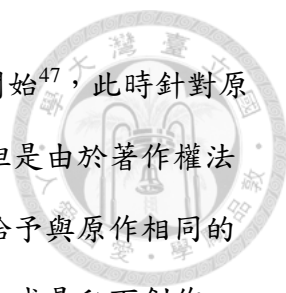
一本書在有經濟價值的情況下，第一次進入市場，經過市場的考驗後，它可能成為一本經典，而對於出版者以及作者而言將會是一棵搖錢樹，所以當他人對該著作內容另行創作而產生衍生著作時，對於著作財產權人，可能會造成財產上的侵害，因為就原作的改作只有著作財產權人始能為之，並且就該改作的權利的獨占時效與其原作同，但是這種對於衍生著作的獨占時效是否有必要與原著作物的時效長度相同是有疑慮的，因為當一本書第一次進入市場後，其經濟上價值會隨著一再的散播而遞減，逐漸滿足大眾對於該著作的需求，而它所提供的思想、概念、呈現的方式將會融入我們的文化中，成為廣大文化中的一份子，大眾的無形資產，但這並不是該本書任務的結束，對於一本書在完成第一次的經濟上利用後，其對於文化的貢獻才要開始，也就是第二次的文化融合，這或許才是最重要的部分⁴⁶。

第二次的文化融合，在一本書的經濟價值已經大為降低甚至可以說沒有的時候，此時該書所提供的思想、概念、呈現的方式又成為文化的一部分，帶給大眾

⁴⁴勞倫斯·雷席格 Lawrence Lessig(著)，前揭註 40，頁 34-35。

⁴⁵勞倫斯·雷席格 Lawrence Lessig(著)，前揭註 40，頁 35-37。

⁴⁶勞倫斯·雷席格 Lawrence Lessig(著)，前揭註 40，頁 162-169，287-288。



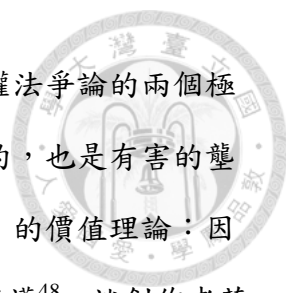
新的文化刺激，大眾在吸收之後，才是最能激發思想與創新的開始⁴⁷，此時針對原作所為的創作，可能是以任何方式的重組，也就是衍生著作，但是由於著作權法給予著作權人能獨占就原著作另行改作的權利，並將衍生著作給予與原作相同的保護時效，所以若未經著作權人的同意，就不能進行新的創作，或是私下創作，不能加以公開散布，但為避免訴訟的結果也同時箝制了大眾表達的權利，這將大幅減少大眾自由創作的空間。

另外一個問題則是，已經沒有經濟價值的著作以及找不到原始作者的孤兒著作又該如何處理。由於著作權法對於著作財產權保護的年限相當長，依我國著作權法第 30 條之規定，著作財產權的保護年限為著作人的生存期間以及其死後五十年，且我國是採創作保護主義，一經創作完成即取得著作權的保護，問題在於如果該著作在流通進入市場的一年內其經濟價值已經逐漸遞減甚至於淘汰，但我國著作權法所給予的保護強度仍然不變，導致想要取用該著作的人會受限於要付出相較於該著作的經濟價值更高的成本，或是因為找不到作者而無法取用該著作的窘境，著作財產權保護年限的延長其實大幅影響該已不具經濟價值的著作成為公共財的時間點以及取用該元素之人所要負擔的成本的提高，延緩第二次文化融合的時間點，甚至阻礙第二次文化融合的發展可能性。

著作權法所帶來的優點與缺點是互為表裡的，由於有著作權法的設立才能使這個有別於傳統財產權的「無體財產權」成為可見、可利用的財產，也是使無體財產權在經濟上的效益足以落實的基石，但也同時帶來阻礙文化融合的批評。目前就著作權法的發展出現兩種聲音，一為以加強智慧財產權的保護為目的的一派，要求對於智慧財產權此種無體財產權的保護強度應該如同傳統的財產權，以及在光譜的另一端代表的則是主張廢除智慧財產權存在的另一種聲音，兩種實都過猶不及。

著作權法發展至今，對於著作權法的質疑並未隨著修法而減少，反而隨科技

⁴⁷勞倫斯·雷席格 Lawrence Lessig(著)，前揭註 40，頁 162-169



發展，產生更多的爭議以及無法完全釐清的模糊地帶，在著作權法爭論的兩個極端，分別是財產權至上派與自由派，有些人認為著作權是人為的，也是有害的壟斷行為，因此必須加以摧毀。有些人認為著作權應堅守「勞動」的價值理論：因此，為先前的作品或資料投入努力、增加價值，應該受到法律保護⁴⁸。就創作者花時間精力所創造出來的作品的確是值得法律保護並給予獎勵，但問題在於智慧財產權雖然是財產權的一環，但其並不具有實體財產權才有的「稀有性」問題，我們從他人所得到的思想或表達，對於該他人所受到的損失並不同於我們從他人搶奪財物，而原所有人就此可能無法再從該財物身上獲得任何利益，實際上正如同湯瑪斯·傑弗遜(Thomas Jefferson)所說的：「從我這裡獲得觀念的人，是在沒有減損我的觀念的狀況下自己獲取了教導；就像用我的蠟燭點燃他的燭蕊的人，他得到了亮光，卻也沒有使我身陷黑暗⁴⁹。」擁有智慧財產權之人往往對於他權利所展現出來的價值全部都貼上「權利」的標籤，縱使只是一小部分出現在他人的著作中非關鍵性的部分亦可能會被該智慧財產權人主張權利。

會將「偶然入鏡」或是「非重要性的參與」，當作是著作的侵權行為，有部分除是因為過度放大解釋著作權的權利外，從現今大眾對於「抄襲」與「改作」行為的混淆也有相當高的關係，所以動輒就以侵害著作權的名義提起訴訟。雷席格在其著作中表示，目前著作權法的趨勢顯現出的是對於「『再次翻印某作品』以及『以該作品為基礎進行再創作或改作』兩者的界線已經模糊，隨著網路誕生，法律將商業性創作者的創造活動以及非商業性創作都納入管轄，造成業餘創作者的負擔過大⁵⁰」。

我國著作權法基本上就是學習美國的體系，自然也規範到了「再創作與改作」的行為，一旦「再創作或改作」只要牽涉到商業行為，不論該商業行為有無市場替代性或是對於市場有何具體的影響，很快創作者就會收到警告信函，在尚未釐

⁴⁸希瓦·維迪亞那桑(Siva Vaidhyanathan)(著)，陳宜君(譯)(2003)，前揭註 36，頁 11。

⁴⁹勞倫斯·雷席格 Lawrence Lessig(著)，前揭註 40，頁 127-129。

⁵⁰勞倫斯·雷席格 Lawrence Lessig(著)，前揭註 40，頁 44-45。

清是否真有侵權，創作者很快就會自行下架或和解--因為過高的訴訟成本而退卻。

有趣的是提起著作權訴訟的原告是否真的受有所主張的財產上重大損失？其財產上的損失是否為著作權法所欲保護的，還是如同民法上的「純粹經濟上損失」--在法律有明確表示其請求權基礎確實存在時才能主張請求賠償？因為原作被重組後所帶來的正面或負面的經濟效益是否屬於著作財產權人所能請求的權利？

關於著作物經濟價值的另一個思考角度，也就是著作物所帶來的經濟價值是否真的都進入創作人的口袋，亦或是著作財產權人？因為著作權法讓著作人(創作人)得自由處份其財產，將其財產權出賣給他人，故其實在推動保護著作財產權上不餘遺力的著作財產權人(或者其實是著作權集中管理團體)，並不是真的創作人，而創作人究竟從他自身的著作獲得多少財產利益？立法者希望回饋給原創作人的獎勵實際上可能都進了利益團體的口袋，雖然他們一再主張因為有他們所以著作人得以有收入，但比例上恐怕是不成正比。再者，前面介紹重組著作所提到的德國電影「帝國毀滅」⁵¹，其據原片導演所說，他並不反對網路上這些惡搞，並表示自己曾看過上百個惡搞影片，但製片公司康斯坦丁影業以保護版權的名義要求 YouTube 撤下影片，這是一種很弔詭的情形，真正的創作人，並不介意自己的電影被網友一再的惡搞，但是出錢製作電影的公司先跳出來表示侵害著作權(財產權)，在這個例子下可以觀察到一點是關於創作的獎勵與實際上財產的回饋是完全分屬不同人的，當創作人將著作財產權售出時，創作人的財產權收益在大多數的情況下就被買斷了，而陸續的相關產品收益則由大企業獨享，或縱有回饋給創作人，但很有可能不成正比，與我們期望將收益給予真正的創作人是有落差的，同時也看的出來我國著作權法(或美國)，在設立之時所強調的為鼓勵文化創作與發展的目的卻無時無刻的因為財產利益的考量而大打折扣。

本文同意出資製作影片的公司值得獲得他應得的財產回饋，創作人可以將其著作財產權出賣也是合理的，但當創作人並不介意這樣的惡搞時，電影公司跳出

⁵¹ 維基百科(Wikipedia)，前揭註 34

來主張網路上此種非商業性使用原電影片段對其著作財產權造成侵害，其目的不難理解，只是單純為捍衛財產上利益，與著作權的原始目的「為獎勵文化創作」並無關聯，何況這種惡搞短片究竟是否何減損了原電影的財產價值是難以證明的。

第三節 小結

著作權法最初的設立目的「為鼓勵科學與藝術的創作」是美好的，但由第一節以及第二節中的說明可知，若著作人(或著作財產權人)因為害怕自己的作品被批評而將著作權法當作是阻礙他人發聲的工具，等於在批評他人前還必須得到當事人同意，實在是頗為荒謬，這並非著作權法存在的目的；同時，若著作財產權人為維護自己的經濟利益，而利用其影響力來排除他人與其競爭(甚至還未能確定是否屬於同一市場的競爭者)，以保有自己的優勢地位，可以想見的是，創意會被壓抑，作品可能無法多元化，不管是哪一種情形，都將對於我們的文化發展有重大的影響，何況本文認為，只有自由競爭才能帶來真正的進步，就是因為有競爭者的出現，更是要加強自己的能力，使自己變得無法取代，整體文化才會更上一層樓，才能真正落實為鼓勵科學與藝術的創作的目的。



第四章 重組著作所產生的法律問題

本章將就重組著作究竟與憲法、著作權法以及民法人格權間產生何種問題加以說明。第一節、重組著作與憲法上問題的部分將先從定位著作權法是否屬於憲法所保障的基本權開始論述，在整理學說以及大法官釋字後再提出本文看法以及對於思想與表達二分原則的反思。第二節、重組著作的存在與著作權法產生何種衝突，本節第一項將先討論我國著作的保護要件；第二項則討論著作權的權利內容以及重組著作在著作權法上可能觸犯到哪些規定；第三項則討論著作權的限制--合理使用，介紹合理使用的基本概念，而具體合理使用在重組著作上該如何運作將在第五章第二節第四項加以詳細說明；第四項則討論重組著作何時取得可著作性。第三節則討論重組著作與民法人格權的關係。

第一節 著作權於憲法上的定位

著作權究竟是否屬於憲法所保障的基本權，學說上有許多分歧看法，有認為是源於憲法第 15 條所保障的財產權；也有自一般人格權的角度切入，認為源於憲法第 22 條的概括基本權，著重於人格權的保護；也有自著作的性質切入，認為應將著作以藝術自由的方式獨立保障，並以憲法第 22 條作為其理論基礎；亦有認為應以言論自由的角度導出著作權；或是以憲法第 166 條、第 167 條以及第 23 條作為著作權法的憲法定位。

不論哪一說都有其優缺點，以下將說明之，最後再提出本文看法。

第一項 學說

一、財產權

認為著作權為憲法第 15 條財產權所保障的有自無體財產權的性質出發輔以大法官解釋；有自著作權可被分為著作財產權以及著作人格權的分類出發，分別於



憲法第 15 條以及憲法第 22 條找到其立論基礎。

由無體財產權出發的學者認為，無體財產權是財產權的一種，受我國憲法第 15 條保障，雖然著作權並未有大法官解釋表示為憲法財產權保護，但學者將商標權以及專利權、出版權(54 台抗 529)並列作為推論基礎，由於商標權、專利權、著作權合稱為智慧財產權，確實可以依法就其所有之無體財產權為使用收益，又我國司法院大法官於釋字第 370、492、594 號表示商標權屬於憲法財產權所保障，以及專利權則是司法院大法官解釋第 213 號，故認為著作權法同屬於無體財產權應該也可以納入財產權內⁵²。

學者也認為，雖然著作權可以分成財產面向以及人格權面向，但是借鏡自德國聯邦憲法法院對於著作權的幾個重要解釋，可以看出著作權近年來的重心已經逐漸轉向財產權的面向，故應該認為屬於財產權保障的範圍⁵³。

整體而言，多數學者認為著作權具有財產性質，屬於憲法財產權範圍內⁵⁴。

二、人格權

就人格權發展而出的著作權理論，主要是著重於創作人就自己的創作所進行的利用行為或結果所帶來是否能完全支配著作權的問題，且認為完全支配著作權是給予創作人創作的誘因及完整其人格權。

學者自人格權導出著作權是著重於著作權的人格權性質，認為讓創作人就其所創作之物有完全的支配力是展現個人人格以及完整其人格發展的表現，同時輔以對著作權人權利的保護和市場經濟權益的誘因，帶給創作人更多的創作鼓勵和動機，才能達到文化創新的目的⁵⁵。

⁵²李惠宗(2006)，《憲法要義》，頁 256，台北：元照；陳新民(1999)，《中華民國憲法釋論》，修正三版，頁 293。

⁵³ 陳新民(2008)，〈著作權的社會義務：由德國憲法學的角度檢驗智慧財產權的保障及其限制〉，《臺大法學論叢》，第 37 卷第 4 期，頁 156。陳新民(2005)，《憲法學釋論》，5 版，頁 316-318，台北：自刊。

⁵⁴ 羅明通(2009)，《著作權法論(I)》，7 版，頁 14，台北：台英商務法律；法治斌、董保城(2004)，《憲法新論》，2 版，台北：元照，頁 100。

⁵⁵ 賀德芬(1994)，〈文化創新與法制化--著作權法的現代意義〉，《文化創新與商業契機：著作權法論文集》，2 版，頁 31-32，台北：月旦。



本文認為，上述學者的看法基本上是將著作權的財產性質納入人格權之下，以人格權為上位概念，並將著作的財產獲利視為維持具有人性尊嚴生活的收入，此時著作財產權是支持人格權的工具。

三、人格權+財產權

我國著作權法將著作權依其性質可分為著作財產權以及著作人格權，故亦有學者依此分類分別為著作權尋找憲法上的立論基礎。著作權法第 15 條至第 17 條是人格權的保護的明文，可歸在憲法第 22 條的概括條款內，而著作權法第 22 至第 29 條則是為憲法第 15 條財產權所保障⁵⁶。

四、言論自由

著作權的創作表現是表現自我的一種方式，而憲法第 11 條明文「人民有言論、講學、著作及出版之自由。」此為憲法保障表現自由的展現，其中言論自由係指人民以語言或其他文字、圖畫、聲音、動作、穿著等以表現出其個人價值及思想⁵⁷，其中文字、圖畫等即是表現的形式，學者自憲法第 11 條中所指「著作」直接導出著作權為憲法所保護⁵⁸。

另有學者認為，著作權除受憲法第 11 條所保護外，也是屬於憲法第 15 條財產權所保障。⁵⁹

五、基本國策+比例原則(非基本權，只是立法裁量而制定的保護制度而已)

關於著作權法於憲法上定位，另有自著作權演進的歷史出發，認為我國著作權的概念是傳自他國，故以英美兩國為借鏡，並認為著作權並非源自於自然權，而是由實定法(statutory law)產生，因此不能自屬於自然權的人格權以及財產權引導出，並認為要成為憲法上的基本權需要具有憲法所保障的基本權特徵，但著作權未能完全符合此一要求，故不能自憲法的財產權及人格權規定中導出。

其主張，應該以我國憲法的基本國策出發，依憲法第 166 條、第 167 條對於

⁵⁶ 林昱梅(2004)，〈藝術自由與嘲諷性模仿之著作權侵害判斷〉，《成大法學》，第 7 期，頁 152。

⁵⁷ 李惠宗(2006)，前揭註 52，頁 170。

⁵⁸ 李惠宗(2006)，前揭註 52，頁 188。

⁵⁹ 吳庚(2003)，《憲法的解釋與適用》，頁 229，台北：自刊。

「學術發明」之個人或企業與「科學之創造」國家可以「獎勵」做為著作權制度的基礎。但由於「學術發明」「科學」都不足以包涵著作權的全部著作類型，因此不足之處將以憲法第 23 條的「增進公共利益所必要者」補齊⁶⁰。



六、藝術自由

學者有嘗試自著作所表現出的特徵，以「藝術自由」的方式為著作權尋找憲法根據，其自嘲諷著作(Parody)的角度出發，認為其為具有批評意義的藝術創作，享有藝術自由，但由於被利用的作品其也受有憲法位階的著作人格權與財產權保障，因此產生嘲諷著作權人與原著作權人間的基本權衝突問題，是立法者需衡量兩者間的利益進行調合⁶¹。故依著作物的特性，一為創作自由，二為散布自由，可將創作過程分為兩階段，若將其納入憲法第 11 條表現自由下，可能無法突顯兩階段的特性，不如獨立於憲法第 11 條外，以憲法第 22 條另外以藝術自由的方式保障之⁶²。

第二項 著作權於憲法上的定位--本文看法

經由以上各學說的整理，可知對於著作權於憲法上的定位有許多歧見，各有優缺點，以下將綜合以上學說見解以及本文的見解進行說明。首先，先將著作權依其性質分別歸類為憲法的財產權以及人格權所保障；次則就著作權法中的著作人格權以及著作財產權認為是達成著作權立法目的的手段，而會造成著作權法與大眾的言論自由間的衝突主要原因就在於立法者對於手段的行使並未能符合比例原則，而有違憲之疑慮；最後總結本文看法。


一、著作權的保障是由財產權以及人格權面向共同構成

我國著作權法第 1 條明文「為保障著作人著作權益，調和社會公共利益，促

⁶⁰ 李劍非(2010)，〈論著作權與資訊流通自由的衝突與解決〉，參見第貳章、第參章，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

⁶¹ 林昱梅(2004)，前揭註 56，頁 130。

⁶² 林昱梅(2002)，〈著作之引用與藝術自由〉，翁岳生教授祝壽論文編輯委員會編《當代公法新論(上)--翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集》，頁 269-270，台北：元照。



進國家文化發展，特制定本法。」由著作權法第 1 條可得知，我國著作權法除保障著作人創作的權益外，最終目的在於調和社會公共利益並進而達到國家文化發展的目的。依條文文義，可以作兩種解釋，一為著作人的權益與公共利益並重保護；二為以保障著作權人的權益做為達成公共利益的手段，此時達成文化發展才是最重要的立法目的，並且以公共利益做為控制著作人的權利範圍。本文認為著作權的目標不能逸脫出文化發展的目的，因此採第二種見解。

而在著作權的立法目的之下，立法者設計著作財產權以及著作人格權做為誘因鼓勵創作，依照多數學者見解，著作財產權以及著作人格權分屬於憲法財產權及人格權保障，本文同此見解，雖然著作財產權並不如傳統財產權具有稀有性或是有體性，但是財產權的概念應該隨著時代變化而變更其範圍，以因應人民的需求以及滿足對於人性尊嚴的保障，但著作財產權的保障在實際運作上因為著作權法的設計有過度保障著作權人的權利，包含著作財產權的過度擴張以及保障年限的延長等，造成大眾利用該著作上的困難，因此有必要於後以比例原則討論財產權以及言論自由間的衝突。而著作人格權的保障方面也面臨相同的問題，因為過度強化著作人格權的保障使著作權人可以限制他人對其著作進行變更，但本文認為當作品對外發表時，該作品已獨立於著作人的人格之外，大眾對於該作品的任何批評或是變更在言論自由所保障的範圍內都與作者的人格權的保障無關，況人格權是一不確定的概念，其具體內涵或判斷標準有賴於實際情況做調整，以一個不確定的概念做為限制大眾的言論自由是有疑慮的。

簡言之，本文認為著作權法是憲法財產權及人格權所保障，然而目前著作權法的法制設計卻呈現過度保障著作權人的財產權以及人格權的情形，造成限制大眾的言論自由，甚至有預先審查言論的情形出現，而言論自由最重要的精神為「言論價值預斷之禁止」，言論是否有價值應該由市場進行淘汰⁶³，因此著作權法對於著作的言論價值應該要處於中立的態度，才能真正落實言論自由的保障。言

⁶³ 李惠宗(2006)，前揭註 52，頁 170。

論自由的保障也相當忌諱立法者進行事前或事後的審查，否則就會架空憲法保障人民言論自由的目的，但著作權法在促進著作權人進行創作的手段(或誘因)的設計上，似乎有觸犯到言論不得事前或事後審查的禁忌(此詳後述)，而有部分違憲的疑慮。

二、著作權法所設計的誘因手段有違憲之疑慮

重組著作，依本文的定義為，「取用原作的元素並加以拼貼，把原作當作創作的基底或是將原作當作創作的材料(raw material)使用，並添加自己的創意，使作品產生新的意義」，在此定義之下，可想見原作與重組著作間之衝突是起因為他人使用原作中的表達，故當然會與法律給予原著作權人獨占的重製權、改作權相衝突，且重組著作是重新拼貼原作並加上新的創意，呈現出來的結果可能與原作所欲表達的意象已經不同，故也會與著作人所有的禁止不當變更權相互扞格。

本文是將著作財產權以及著作人格權作為立法者為鼓勵大眾創作的手段，而此手段的最終目的就是要促使文化的多元化以及健全發展，故手段的選擇上不能超出文化創作的目的，又著作財產權是著作權法給予著作人經濟上誘因以及獎勵，依其財產性質可認為受憲法財產權保障；著作權人所獨有的著作禁止不當變更權則是為保障著作人的人格表現不會因他人的歪曲割裂而更改其原意，歸類於著作人格權，並可認隸屬於憲法第 22 條人格權的保障。但是著作權法所給予著作權人獨占的「重製、改作權」「禁止不當變更權」實際上在本文所關注的重組著作的議題下，已經限制到他人自由創作表現的自由，也就是限制到大眾的言論自由，簡言之，重組著作的特殊性形成著作權人的憲法財產權、人格權與大眾受憲法保障的言論自由之間的衝突。以下就著作財產權以及著作人格權限制到言論自由的情形分別以比例原則檢視之。

一、著作財產權與言論自由

以下先自憲法的財產權定義開始論述，定性著作財產權確實為憲法財產權所保障後，再分別就著作權法上重製與改作的情形加以區分，依比例原則衡量以及

著作權法合理使用的規定綜合判斷該規定對於大眾言論自由的限制是否過度。

首先，自憲法上的財產權概念加以描述，依學者見解，財產權是源自於十九世紀的市民立憲運動，保障人民的所有權為其中一個訴求，保障人民的所有權能健全人民個人的發展自由。又學說認為財產權是屬於制度性保障，也就是國家負有義務就人民的財產權建制其內容，由此論點也可知，財產權的具體內容仰賴立法者建立，立法對於要使何種財產權具體化有相當大的形成空間，只要不違背財產的私有性、私用性，使人民可以藉此發展人格⁶⁴，即可應因時代變化增加新的財產權。

由此可知雖然著作財產權與一般財產權的本質上有所不同，如著作財產權並不具實體財產所具有的稀有性，不會因為先占或使用而減少，但只要立法者在制定無體財產權的相關規定時能依無體財產權與實體財產權的差異給予不同的對待（且不違反平等原則），則應無不妥。又如自前面學說有認為因為著作權是自實定法而來而非自然法所可推演出來而認為不屬於憲法基本權所保障，本文認為此一觀點忽視財產權並非永久不變之定義，依當代的經濟狀況而調整可作為利益交換的財產權範圍才不會使憲法上的財產權範圍過於僵化無法因應科技變化而停滯，且才能使現代人格權的發展更加完整。

（一）著作權法上的重製權與改作權區分

現行著作權法第3條第1項第5款定義重製為「指以印刷、複印、錄音、錄影、攝影筆錄或其他方法直接、間接、永久或暫時之重複製作。…」並於同法第22條第1項規定「著作權人除本法另有規定外，專有重製其著作之權利。」所謂重製就是單純將原作不變動任何部分加以複製，故若未經著作財產權人同意，而將原作以任何方式加以複製，即是觸犯著作權人之財產權。

改作權，依同法第3條第1項第11款定義「以翻譯、編曲、改寫、拍攝影片或其他方法就原著作另為創作。」同法第28條規定「著作權人專有將其著作改作

⁶⁴ 李惠宗(2006)，前揭註52，頁253-260。

成衍生著作或編輯成編輯著作之權利。」可知改作後的作品因為是基於原作所生，所以可能或多或少也有重製到原作的部分。

但重點在於重製與改作的不同在於改作給予原作新的創意，改變原作的呈現方式，故兩者並不能混為一談，但是現在的著作權法走向卻隱約帶有將部分的重製的改作作品與單純違法的重製情形加以一視同仁，美國學者指出目前著作權法已將重製權與改作權混淆，小部分的重製也構成侵權將使改作權失去存在的功能⁶⁵。並認為改作權構成言論內容的限制，實屬違憲，應認為若有損害應該改為利益分配請求權較合理，才不會造成抑制言論的效果⁶⁶。

(二)依比例原則分別檢視重製權與改作權對言論自由的限制是否過當

1. 重製權

如前所述，重製權有可能會觸犯到憲法保障的言論自由，形成對大眾言論過度限制，但前提是該重製的情況包含在同時發生改作的情況下，因為改作才會涉及他人的言論發表，然而單純的重製未付出勞力的情況下只是一般的侵權行為，也就是俗知的「抄襲」行為，故單純的重製是將原作一再複製而未增添任何新的表意的行為，且著作權法對於重製的情形也可以以合理使用的列舉規定及概括規定加以平衡大眾的權利，所以並未造成言論自由的限制，重製權的規定並未違憲。


2. 改作權

所以由第 1 點可知，單純的重製與本文所欲討論的重組著作並不相同，真正會造成重組著作存在的困難在於結合重製與創新的改作情形。

對於言論自由的限制應視其是造成言論的事前限制或是事後懲罰，事前限制為憲法最忌諱，因此要以最嚴格的方式檢視之，事後的懲罰也要再分為是對於言論內容的限制或是非針對言論內容的限制進行不同程度的審查。

⁶⁵ Jed Rubenfeld, *The Freedom of Imagination: Copyright's constitutionality*, 112 YALE L.J.I., at 50-52 (2002). See also, Lawrence Lessig, *Remix*, The Penguin Press, New York., at 255(2008).

⁶⁶ Rubenfeld, *supra* note 65, at 53-59.



改作權其實牽涉兩個面向，一是事前的限制，指的是著作權預先給予著作權人獨占的權利，使大眾為避免被著作權人主張侵權而不敢為改作行為；二為事後的懲罰，也就是在重組著作人為創作並公開發表後，原著作權人對其主張其內容侵害原著作權人的改作權。

首先，給予著作權人改作權的目的在於給予其經濟上的誘因使其能進行更多的創作以促進文化發展，就事前限制大眾不得改作，確實可以達到讓著作權人保有經濟上的誘因，而或許會進行更多的創作，故可通過比例原則的第一個要件適當性；然而此一手段是否符合必要性的要求？所謂比例原則所要求的必要性是需有多個能達到目的的手段但是要選擇侵害其他權利最小而且相對有效的手段，透過給予著作權人事前獨占權雖然可以達到立法目的，但卻不是侵害最小的手段，因為著作權的目的並不是只給予著作權人經濟利益而已，而是要達到文化進步的目的，然而立法者所選用的手段只能說達到一部分的著作權法目的，而忽略最重要的文化創作目的，給予著作權人獨占「創新」的權利，而排除他人創新的可能性是相當沒效率的，多人所創造出來的作品累積起來對於文化的整體提升會不比原作者的創作有價值嗎？由此也可推論出在衡平性的要求上也有所失衡，甚至有可能造成寒蟬效應。

雖然有可能有認為此一問題可以藉由合理使用的相關規定加以改善，但是合理使用必須經過法院判斷才能確知是否侵權，但在進入合理使用的階段前，若人民忌於被原著作權人告而事先抑制創作的可能性，就不能不正視給予著作權人獨占改作權所造成的不當後果，或是在創作後著作權人可以發通知給疑似侵權人表示對方應下架否則將採取法律行動亦可達到阻止他人創作的目的，這都是立法者在給予原著作權人獨占權時應該考量可能產生的後果。

就事後懲罰的部分，當重組著作進入訴訟階段，法院將會因為重組著作人所碰觸到原著作權人的重製權及改作權而進行合理使用的判斷，而重製的部分如前所述，若是超出著作權法所給予的合理使用空間的話，本文也認為此部分構成侵



權無誤，重製的部分不論對於言論的限制上是事前限制或事後懲罰，都不構成違憲的問題。

就改作權的部分，事前限制的部分本文已經認為是違憲的法律上限制了，何況是事後對於他人進行內容審查，依著作權法第 92 條明文以改作的方式侵害著作權人的情況下，將會有刑事責任。在此仍要依比例原則檢視此一事後的懲罰是否有違憲的情形：首先、手段是否有助於目的的達成，以刑事處罰的方式的確可以達到嚇阻當事人再度就原作進行改作的可能性；次則是否符合必要性原則，對於原作的侵權是否有必要用到刑事懲罰是相當有疑慮的⁶⁷，創作的行為何時變成與刑事的侵害行為可以相提並論給予拘束人身自由的處罰，縱使有財產上的損害，也可以以民事的方式加以賠償，刑事手段實則過度限制他人言論自由，並不符合必要性原則，也顯失均衡，縱使達到完整保護著作權人的財產上權利，但是保護著作權人的財產權利如本文前所述，只是達到鼓勵文化創作的手段，而非目的，過度重視手段反而會本末倒置，故本文認為事後懲罰的規定也有違憲之嫌疑。

雖然美國學者有認為給予改作權才能完整著作權人創作的動機及誘因並且可以降低請求授權的交易成本(因為可以輕易找到原作者)⁶⁸，但也有學者認為所謂以改作權作為創作的誘因根本不存在，因為如果不給予原作者改作權，則大眾就可以自由使用原作進行改作，則尋求授權的交易成本也根本不存在⁶⁹。

就改作權的部分，如上所述，本文認為目前的規定是違憲的，但有疑問的是若將改作權完全認為違憲是否會造成改作作品，也就是衍生著作無法受到著作權保護，是否應該有一「新」的權利來保護衍生著作，關於此一問題，本文認為以原作加以改作的著作仍可以以衍生著作的方式保護之，將改作權廢棄後只是將改

⁶⁷ 蕭宏宜(2007)，〈以刑法保護著作權?〉，《月旦法學雜誌》，143 期，頁 62。

⁶⁸ WILLIAM M. LANDES & RICHARD A. POSNER, *THE ECONOMIC STRUCTURE OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW*, at 110-111(2003).

⁶⁹ Stewart E. Sterk, *Rhetoric and Reality in Copyright law*, 94 MICH. L. REV. 1197, 1216-1217(1996). See also Mark A. Lemley, *The Economics of Improvement in Intellectual Property Law*, 75 TEX. L. REV. 989, 1046-72, 1074-77(1997); Glynn Lunney, Jr., *Reexamining Copyright's Incentives-Access Paradigm*, 49 VAND. L. REV. 483, 599-6656(1996).



作的權利分享給大眾，但並不影響該衍生著作得以獨立的著作保護的權利，故也無必要再產生一個「新」的權利來保護衍生著作。

二、著作人格權與言論自由

重組著作另外會產生的問題是侵害原作的禁止不當變更權，所謂的禁止不當變更權依著作權法第 17 條指著作權人得禁止他人對自己的著作以任何歪曲、割裂、竄改的行為來改變其著作內容、形式或名目以致於損害其名譽之權利。依條文所指「致於損害其名譽之權利」可知本條目的在於保障著作人的人格權，然而本文認為，第一點、一旦著作公布於世，則著作權人是不可能控制所有人對其著作的利用或批評的，即當其發佈著作就同時也代表著要負擔被評論的風險，但此條有使著作權人可以禁止他人發表評論之嫌；第二點、第 17 條隱含著一個人的人格價值不在於其本身而是在於其行為的意涵，本文認為，依通說見解人性尊嚴、人格都是無價的，沒有任何方式可以去評價去貶損，人的存在就是其目的，人不需要特別去做什麼事來證明其存在的價值，而所謂名譽其實是大眾評價的總合，而名譽的好壞也是本人所無法控制的、不能預測的，而且要如何評價一個人或其行為是他人的自由，他人思想的表達，也就是憲法保障的言論自由。作品進入公共領域後，該作品就已經不再是屬於作者一個人的資產，而是大眾的，而作者的言論以及人格表現在對外發表時已經定型(類似作者已死的概念)，此後他人對作品進行任何的變動或評論都是針對作品本身，與人格已經無關，因此本文認為此一立法其實變相的降低人身為人的核心價值，而不是提升人格權的保障。故綜合以上理由，本文認為此一條文亦有過度限制他人言論自由的嫌疑。

三、小結

在憲法的架構下，司法審查是屬於被動的第二線，只有在第一線的立法者在憲法所容許的架構下立下忽略衡平性的法律時司法才有介入的空間，否則基本上司法機關是不能主動表示何種法律違憲或是主動以立法者自居，不論是著作財產權或是著作人格權，基本上都是立法者在我國憲法基礎下所進行的價值選擇，司

法者基本上是要尊重立法者的選擇，但是當立法者對於利益的評量失衡時，司法者就有介入的必要性。

自本文以上分析，基本上認為著作財產權的重製權部分，並未違憲，但是就改作權的部分則是認為已有過度限制言論自由而有違憲的嫌疑，另外就著作人格權的部分，本文自人的存在即是其價值的角度切入，因此認為沒有任何人可以以言論傷害此一核心價值，不以「行為」階段去評價他人，縱使以「行為」做為評價標準，然創作的行為如何能與刑法上的侵權行為並論而同樣給予刑罰呢？故本文認為著作權法第 17 條的禁止不當變更權立法上並不妥當。

第三項 著作權與言論自由間之緊張關係--思想與表達二分原則

在著作權與言論自由之間的問題，除第二項所提到著作財產權與著作人格權過度限制大眾言論自由的問題外，另一為關於「思想與表達二分原則」所產生的爭議。

著作權法第 10 之 1 條明文表示「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、程序、製程、系統、操作方法、概念、原理、發現。」此為所謂「思想與表達二分原則」，也就是著作權法只保護著作權人作品的「表達」而不及於其背後的思想。這一原則看似清楚好用，但有兩點要討論，一為在某些情況下「思想」與「表達」並不是容易區分；二為在美國判決⁷⁰上就著作權法造成言論自由的限制的問題上，是直接認為因為著作權只規範到著作權人表達的部分而不及思想而認為立法者已經在大眾的言論自由和著作權人的權利之間作出價值判斷，而未深究是否有憲法上的問題，並且認為此一原則已足以畫出清楚的言論自由界線，我國是否適用此一觀點而認為著作權法未造成過度限制言論自由呢？以下將分別論述之。

一、思想與表達二分原則的困境

重組著作，是取用他人著作中的元素進行創作的情形，而基本上都是使用到

⁷⁰ *Campbell*, 510 U.S. 569, 114 S.Ct. 1164, 127 L.Ed. 2d 500.

原作的「表達」，所以就以重組著作的部分，思想與表達二分原則基本上無法處理此一問題⁷¹。另外有兩點子問題也就是：一、思想與表達並不易區分，二、當可以表現的方式過少時，原作與新作之間的呈現方式即會極為相似。

以上兩個問題其實是環環相扣的，就第一個思想與表達並不易區分這一點，以第二章介紹到的平面設計版型的例子來說，好的設計指的是該設計可以清楚表達出該海報或版面所欲傳達的訊息，所以縱使一張空白海報在表現一個主題時有千萬種方法，但是若要回歸到可以清楚表達出訊息時，能用的排版方式可能就是那幾種，這些排版方式同時具有強烈的功能性、實用性、且經過人類仔細的思考所排列出來，一個版面包含了思想與表達，但卻無法將兩者完全切割。所以當創作者欲指控他人抄襲時，《著作權保護了誰》一書提出，「當表現形式純粹只是思想本身的總和時，仍有基本的思想存在嗎？」⁷²的疑問是很有道理的。

第二點涉及著作權法上的「合併原則」(merger doctrine)的概念，所謂「合併原則」指的是當表達某一觀念的方法僅有一種或少數幾種時，該表達即與該觀念合併而不可分離，著作權法對該表達即不予保護⁷³，但有趣的是我國實務上關於的「合併原則」的討論上，目前只有藥品仿單⁷⁴、「易誤判部首單字表」⁷⁵的判決，尚未出現有其它著作類型討論到「合併原則」，就目前我國判決看來，合併原則的適用上其實範圍也相當狹小，其它類型的著作要以「合併原則」主張並未侵害著作權可能並不是那麼容易。其實「合併原則」這個原則不應過度擴張使用，因為若太輕易認為可以該當合併原則的要件，相對而言就是要求要有更高度的原創性才有可能被著作權法保護，這樣的觀點亦不利文化的發展，也有變相要求法院擔任評比該作品的原創性高度，然這並不是法院該負責的部分，因為法院在判斷該作品是否受著作權保護時，只需要考慮該作品是否與先前作品有不同的新意即可，

⁷¹ 林昱梅(2004)，前揭註 56，頁 176-177。

⁷² 希瓦·維迪亞那桑(Siva Vaidhyanathan)(著)，陳宜君(譯)(2003)，前揭註 36，頁 43-49。

⁷³ 謝銘洋(2011)，《智慧財產權法》，頁 112，台北：元照。

⁷⁴ 智慧財產法院 97 年度民專上字第 20 號民事判決。

⁷⁵ 智慧財產法院 98 年民著上再易字第 2 號民事判決，智慧財產法院 97 年民著訴字第 6 號民事判決。



但是究竟該創意高度多高則不在法院的考慮之列。

二、美國判決實務及學說見解

美國判決 *Harper & Row*⁷⁶ 在討論到言論自由的問題時，直接以思想與表達二分原則認為此為立法者的價值決定且已經為大眾的言論自由和著作權人的著作權間劃出界線，而後在 *Eldred v. Reno*⁷⁷ 一案也再度確立著作權法並未限制到大眾的言論自由的論點。長年以來美國在判決上一一直未明確討論著作權法在憲法上的問題，在 2001 年的 *Eldred v. Reno* 雖然進入到憲法議題的討論，但也著重在討論著作權法的期間限制過長是否有違反美國憲法給予著作權人是「有限」的獨占權而非「永久」的獨占權議題，但整體而言，美國實務的看法在短時間內應該不會有太大的變動。

然而美國實務此一見解是否可以適用到我國是值得深慮的，本文認為美國的實務判決似乎只是在迴避此一問題，就 *Eldred* 案美國學者有不少批評，有學者認為：一、法院是讓著作權成為言論自由的「例外」而不是「平衡」；二、著作權法在立法之初，他人的表達是可以被利用在新作品中的，但立法的擴張造成他人表達的限制；三、著作權範圍的擴張造成言論的寒蟬效應(chilling effect)；四、著作是否侵權法院會先檢視言論的內容，再決定是否受到著作權保護，所以實際上還是造成言論自由的內容管制；第五、著作權也限制人民或媒體透過言論實現自我的機會⁷⁸。也有認為智慧財產權不受言論自由檢視的「例外」根本不存在⁷⁹。

Eldred 案不同意見書 Stephen Breyer 大法官認為，憲法言論自由與憲法上的著作權條款是相關的，兩者同時達到散佈與創造資訊的目的，著作權條款作為「言論自由的引擎」，言論自由則確保政府不對散佈資訊造成阻礙。為保障大眾言論的

⁷⁶ *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises.*, 471 U.S. 539, 105 S. Ct. 2218, at 560.

⁷⁷ *Eldred v. Reno*, 239 F. 3d 372, 375(D. C. Cir. 2001), 218-220.

⁷⁸ Hannibal Travis, *Of blogs, Books, and Broadband: Access to Digital Media as a First Amendment Right*, 35 HOFSTRA L. REV. 1519, 1552-1556(2007).

⁷⁹ Pamela Samuelson, *Mapping the Digital Public Domain: Threats and Opportunities*, 66 LAW & CONTEMP.PROB. 147, 169-170(2003).

自由，任一特定法律超越著作權的界線都將使憲法上此兩條款相衝突，因此應該要檢視著作權法是否已不當限制到言論的散佈，而不僅如多數引用憲法著作權條款而給予著作權法正當性。⁸⁰

故整體而言，在考量到思想與表達二分原則本身的不足以及臺灣及美國憲法規定上的不同後，本文認為我國仍應正視著作權對言論自由所造成的問題，從我國憲法的角度去切入才能解決此一根本問題，或是縱使認定合憲，則立法者也應該在法律的層面上去調整衝突，才能符合時代變化，達到文化發展的目的。

第二節 重組著作在著作權法上的定位

本節將介紹我國著作權法的保護要件、權利內容、權利的限制，並在各項議題下提出本文對於我國目前現行法規定的反思。

第一項 我國著作權法

第一款 著作權之保護要件

我國著作權是採創作保護主義，一經創作完成即取得著作權，無論有無登記或公開發表，我國早期系採註冊保護主義，但後配合國際趨勢以及註冊保護主義實際上是在對人民的言論進行事前檢查⁸¹，於 1992 年修法時，改創作保護主義，但是實際上是否符合著作權的保護，則是當有著作權爭議出現時法院於具體個案中認定之⁸²。

我國著作權法第三條第一項第一款「著作：指屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作」，以及依同法第五條將著作分成十類，而其具體內容又依「著作權法第五條第一項各款著作內容例示」可知包含語文、音樂、戲劇、舞蹈、美術、攝影、圖形、視聽、錄音、建築、電腦程式十類。

依著作權法第三條條文中的「創作」解釋，我國著作權法並未定義，但綜合

⁸⁰ *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186, 243-244(2002)(Breyer, J., dissenting).

⁸¹ 行政法 69 年度判字第 259 號判決，認為著作有礙社會秩序及公共利益不得註冊。

⁸² 謝銘洋(2011)，前揭註 73，頁 167，台北:元照。



學說以及實務見解，可認為有四個要件：一、必須具有原創性(獨立創作)，二、必須為人類精神上之創作，三、必須具有一定之表現形式，四、必須足以表現出作者的個別性⁸³。

一、必須具有原創性(獨立創作)

所謂原創性，在我國實務運用上，有時指稱獨立創作⁸⁴，也有認為亦須表現出作者的個別性⁸⁵，若恰與他人著作雷同，仍不喪失原創性，但若作者先前曾接觸他人著作，而創作之內容又與完成在先之著作近似，可能會被認為欠缺原創性⁸⁶。

二、必須是人類精神上之創作

著作權法是保護「人類」精神上之創作，故若是由動物或是機器(人)等非經由人類操作所為的創作並不會受到著作權的保護，因為著作權是保障並鼓勵文化的創作，而文化是人類活動的軌跡，動物或機器(人)所為的不具含義的創作並不能認為是文化。先前美國著作權局亦針對由猴子搶生態攝影師的相機所自拍的照片表明該照片不受著作權保護，亦可知不只是我國著作權，而是世界各國都是不保護人類以外所創作的作品⁸⁷。

三、必須具有一定之表現形式

⁸³ 謝銘洋(2011)，前揭註 73，頁 112，台北:元照。

⁸⁴ 最高法院 95 年度台上字第 459 號刑事判決:「著作權法所保護之著作須具原創性，故本於自己獨立之思維、智巧、技術而具有原創性之創作，即享有著作權。所謂原創性，指自己所構思創作出來的作品，即須具備特定內容與創意表達二要件。」

⁸⁵ 台灣高等法院 93 年度上訴字第 766 號刑事判決:「所謂『原創性』，廣義解釋包括『原始性』及『創作性』，『原始性』系指著作人原始獨立完成之創作，而非抄襲或剽竊而來，而『創作性』，並不必達於前無古人之地步，僅依社會通念，該著作與前已存在之作品有可資區別的變化(distinguishable variation)，足以表現著作人之個性為已足。」

台灣高等法院 93 年度上訴字第 3298 號刑事判決:「著作權法所再之著作，係著作人所創作之精神上作品，而所謂之精神上作品除須為思想或感情上之表現且有一定之表現形式等履件外，尚須具有原創性。所謂原創之精神作用須達到相當程度，足以表現出作者之個性及獨特性，方可認為具有原創性，如其精神作用的程度甚低，不足以讓人認識作者的個性，則無保護之必要，以免著作權法之保護範圍過於浮濫，致社會一般民眾從事文化有關之活動時動輒得咎。」

⁸⁶謝銘洋(2011)，前揭註 73，頁 102-103，台北:元照。

⁸⁷ 林蕙娟，〈攝影師衰被搶相機 美著作權局: 猴子自拍照沒有著作權〉，東森新聞雲，2014 年 8 月 22 日，來源: <http://www.ettoday.net/news/20140822/392620.htm> (最後瀏覽日期: 2015/7/13)

“The Office will not register works produced by nature, animals or plants. Likewise, the office cannot register a work purportedly created by divine or supernatural beings, although the office may register a work where the application or the deposit copy(ies) state that the work was inspired by a divine spirit.”

所謂必須具有一定之表現形式指的是必須要以人類感官可以感知的方式為之，即因為人類的思想或觀念必須要表達出來才能受到保護，依著作權法第十條之一之規定，著作權的保護僅及於著作之「表達」而不及於思想、程序、製程、系統、操作方法、概念、原理、發現，即抽象之觀念，思想並無法受到保護，必須具體為人所感知始能受到保護。另外就草稿等半成品或未完成品，亦不影響其受保護之權利，只要該作品已達到一定創作內容之表現形式，並符合其他創作之要件，不必達到完美，即可受到保護⁸⁸。

四、必須足以表現出作者的個別性

必須足以表現出作者的個別性，指的是若該表現並不具有與他人不同之處，例如只是例常固定格式的商業書信、訴訟書狀、單純依字母或筆畫順序排列之資料，或是書名、電影名稱，過於簡短，不容易表現出個別性，可能較難被認為受到著作權保護，但書名或電影名稱卻有可能可依商標法或公平交易法保護⁸⁹。

故從上述可知，要受到著作權法的保護，必須要符合以上四個要件的要求，但這四個要件在實際個案情狀並非相當容易判斷，除上一節所提到的思想與表達二分原則的與言論自由的問題外，本節將特別提到關於「原創性」的判斷上如何認定其創作高度已經符合最低程度的創意的相關議題。

第二款 原創性的要求與反思

原創性，在上一款中本文提到我國目前並未對何謂原創性進行定義，但依學說及目前實務見解，多數認為必須獨立創作甚至能表現出個別性，亦有判決認為所謂原創性可分為「原始性」及「創意性」來綜合判斷，但不要求達到前無古人後無來者的程度⁹⁰，但也有不少判決並未就原創性的要件加以詳述，直接認定具有原創性。但整體而言，從實務見解以及學說對於所謂原創性的要求，應該可以認為所謂原創性可分為「原始性」以及「創作性」，所謂「原始性」指的是獨立創作，

⁸⁸ 謝銘洋(2011)，前揭註 73，頁 104-105，台北:元照。

⁸⁹ 謝銘洋(2011)，前揭註 73，頁 106，台北:元照。

⁹⁰ 前揭註 85，台灣高等法院 93 年度上訴字第 766 號刑事判決。

即並未抄襲他人著作，獨立完成；「創作性」指的是至少具有最低程度的創意，並且足以表現作者之個性⁹¹。

但是原創性的要求其中所謂的「少量創意」究竟要如何判斷，也就是針對「創意的高度」有無一定的標準可供人民預見，目前就我國或美國的判決上來看都仍然未有一定的標準，又本文第一章所介紹的 KUSO 文化、挪用藝術(Appropriate)、同人文化，這些作品多少都具有與原作不同的新意，這樣的「新意」是否能達到所謂「最低程度的創意」的程度實際上都是由法院進行最終的判斷。

原創性的要求在挪用藝術(Appropriate)的部分一直受到挑戰，例如理查德·普林斯(Richard Prince, 1949-)美國知名的挪用藝術家，將熱門的社交分享手機應用程式 Instagram 中他人的照片截圖並放大加上自己的評論，隨後展出並以高價出賣這些照片，但是普林斯的截圖並非只取用照片的部分，而是仍然保留 Instagram 的使用介面，以及他人的留言，故不會有人誤以為這些照片是由普林斯所拍，觀眾可以很清楚的知道這些作品的來源都是該 Instagram 帳號所有人所拍攝⁹²。

此種手法在藝術界稱為 Lazy Art，而普林斯並不是第一個使用這種手法進行創作的藝術家，普林斯的行為當然引起照片所有人的不滿，以及引起大眾對於著作權的討論，但本案尚未有照片著作人對普林斯的行為提起著作權訴訟，但倒是有著作人相當聰明的將同樣的截圖(但少了普林斯的評論)以相對低價的方式賣出，使普林斯的作品相對變得無價值。

然而普林斯的行為是否在美國的訴訟上必然會被法院認定為侵權行為卻無法輕言定論，特別是在 2013 年美國法院就 Cariou v. Prince 一案(關於 Cariou v. Prince 一案的詳情，本文在第五章第二節美國判決的部分將會介紹)，對普林斯一連串使

⁹¹ 蔡蕙如(2012)，《智慧財產法律規範 101》，頁 164-68，台北:元照。

原文為「少量創意」，但本文認為稱「最低程度的創意」較妥。

⁹² NOK ON(2015)，〈把別人的 Instagram 截圖然後賣出 10 萬美元的「藝術家」Richard Prince!?!〉，Photoblog.hk 攝影札記，載於：
<http://photoblog.hk/wordpress/118217/%E6%8A%8A%E5%88%A5%E4%BA%BA%E7%9A%84-instagram-%E6%88%AA%E5%9C%96%E7%84%B6%E5%BE%8C%E8%B3%A3%E5%87%BA-10-%E8%90%AC%E7%BE%8E%E5%85%83%E7%9A%84%E3%80%8C%E8%97%9D%E8%A1%93%E5%AE%B6%E3%80%8Drichard-prince> (最後瀏覽日期: 2015/7/13)

用他人照片進行創作的行為認為並未違反著作權法，並就合理使用轉化性的要件進行更有彈性的判斷後，在普林斯利用他人 Instagram 創作的手法，難認就一定會違反著作權法。



第二項 著作權法所規定之權利內容

我國對於著作權的保護是採二元論，也就是分為著作財產權與著作人格權的方式保護，但其實兩者並非完全互不相干，而是有時也會有所重疊，就以本文所研究的重組著作而言，未經他人同意將他人的作品進行改作，是有可能侵害他人著作財產權，而且也涉及著作人格權的禁止不當變更權。

以下本文將會介紹著作人格權、著作財產權並討論到著作權存續期間的變化，但主要是討論與重組著作相關性較高的權利，如重組著作在著作人格權方面所可能涉及到的禁止不當變更權，而著作財產權的部分則著重在重製、改作的討論。

第一款 著作人格權

我國著作人格權的保護內容分別為：一、公開發表權，二、姓名表示權，三、禁止不當變更權。又依著作權法第二十一條，著作人格權具有專屬性，專屬於著作人本身，不得讓與或繼承，且縱使著作人死亡後，關於其著作人格權的保護仍視同生存或存續，任何人不得侵害，且侵害著作人格權之人於 2003 年修法前不僅有民事責任，尚有刑事責任，且屬於非告訴乃論之罪。

在保護期間方面，我國著作人格權的保護期間並未受到限制，故理論上是一直受到保護的，但如此一來並不利於他人就著作人之作品進行更有創意的變更，因為會受到禁止不當變更權的限制，但著作權法第十八條但書規定若依利用行為的性質及程度、社會之變動或其他情事可認為不違反該著作人之意思者，則不構成侵害。

但整體而言，有學者認為我國對於著作人格權的保護實屬過嚴，使原本著作



財產權已消滅之著作，早已成為公共財，但仍會因為著作人格權的規定而仍有構成侵害的可能性，因此提出在解釋著作權法第十八條但書時應從寬認定之，以利公眾對於公共財之運用。⁹³

一、公開發表權

公開發表權，依著作權法第三條第一項第十五款之規定，指權利人以發行、播送、上映、口述、演出、展示或其他方法向公眾公開提示著作內容，著作人就其著作享有公開發表之權利，簡言之，著作人對其著作享有自主決定要於何時、何地、以何種方式對外發表之權利。

二、姓名表示權

姓名表示權，依著作權法第十六條第一項前段規定，著作人於著作之原件或其重製物上或於著作公開發表示有表示其本名、別名或不具名之權利，而同條第一項後段則規定，對於其原著作所生之衍生著作亦有姓名表示權。


三、禁止不當變更權

禁止不當變更權，依著作權法第十七條之規定，「著作人享有禁止他人以歪曲、割裂、竄改、或其他方法改變其著作之內容、形式或名目致損害其名譽之權利」，現行規定是於 1998 年參考伯恩公約第六條之一第一項之規定加以修改後改稱為「禁止不當變更權」，在 1998 年修法前，係規定著作人享有「同一性保持權」，但因為過度嚴格而無法因應實際狀況彈性處理，因此於 1998 年修法改為「禁止不當變更權」。

以上三種著作權法所保護的著作人格權，與重組著作高度相關的是禁止不當變更權，以下敘述之。

禁止不當變更權，如前所述是指不得以任何方式變更原作的內容，而致損害著作人之名譽，而重組著作明顯是以原作者的作品進行變更，而且以表達出與原作不同的訊息為目標，因此基本上重組著作皆會碰觸到禁止不當變更權的問題，

⁹³ 謝銘洋(2011)，前揭註 73，頁 196-197，台北:元照。



但是重點是法條亦規定，必須要達已有損害著作人之名譽為處罰的門檻，問題是何謂致損害著作人之名譽，本文在本章第一節討論到憲法與著作權的關係時，就著作人格權的部分提出兩個理由認為著作人格權的規定是過度限制憲法所保障的言論自由，而應予以違憲之評價。此兩個理由分別是：一、著作人在將著作公開時，也就同時負擔被評論的風險，甚至可以說是義務；二、著作權法第十七條有違人性尊嚴，即代表一個人的人格價值是可以被衡量的，與人格是無價的憲法基本概念有違，並且隱含著一個人的人格價值不在於其本身而是在於其行為的意涵，因此本文認為此一立法其實變相的降低人身為人的核心價值，而不是提升人格權的保障。

第二款 著作財產權

著作財產權，是為使著作權人得自其創作獲取相對的獎勵而設之制度，因此著作權人得依著作權法第二十二條至第二十九條之一之相關規定就其著作進行利用，而其具體內容分別為重製、公開口述、公開播送、公開上映、公開演出、公開傳輸、公開展示、改作、散布、出租之權利，其中與重組著作高度相關的分別為重製以及改作之權利，因此本文只討論此兩種權利，但由於重組著作有時會涉及到風格的學習，也就是所謂的臨摹行為，臨摹行為究竟要如何評價，是否有侵害到著作財產權在重製權的部分也會加以討論。

一、重製權

依著作權法第二十二條第一項，著作人專有重製其著作之權利。而所為重製依同法第三條第一項第五款之規定，指以印刷、複印、錄音、錄影、攝影、筆錄或其他方法直接、間接、永久或暫時之重複製作。於劇本、音樂著作或其他類似著作演出或播送時予以錄音或錄影；或依建築設計圖或建築模型建造建築物者，亦屬之。簡言之，重製權可以說是以任何方式重複製作原本而且不更動原本的呈現方式，就可認為是重製的行為。而重製權的存在使著作人得以大量複製原本並據以銷售，實現其財產價值，而隨科技發展，重製並不只存在於有形重製，包含

因科技發達而產生於電腦運作上的暫時性重製、單純將資料數位化的行為。

重組著作是以原作為基礎進行創作的行為，舉例而言，有些創作行為是將他人的攝影作品稍做更改，然使用他人攝影作品的情形又可以分為如自行用影印機將其複印或是直接將他人的攝影作品集的圖片撕下來利用或拼貼，前者很清楚是重製的行為，但是若重製人在重製該作品後又加以更動，則可能同時觸犯重製以及改作的規定；而後者其並未以任何方式複製原作，而是就其原本直接利用，其中並沒有複製的行為，此時應不涉及重製的問題，而是屬於改作的情形。

故基本上，重製行為所規範的情形應屬於未加入人類精神上的創意的行為，應為機械化的行為，但由於重組著作的樣態多樣化，仍要依個案情況去判斷，在此只簡單說明其中一種可能的情形，但不可諱言的是，在重組著作的情況下通常都是利用原作，只是利用原作的方式是重新複製原作或是直接取用，特別是挪用藝術(Appropriate)所特有的創作手法，時常與重製權相扞格，但並非只要被認定有重製行為就一律被認為違法，因為若該重製是屬於創作該作品所必須而且通過合理使用的檢驗，則仍有可能不會被認為有侵害著作權。

然而與重製權有高度相關的行為「臨摹」，又該如何評價？所謂臨摹是以學習他人的作品進行模仿的行為，如書法的學習基本上就是以古人的字體做為學習的典範，除了書法，畫作也是常以模仿知名畫作為學習的方法，基本上藝術類的常以學習模仿他人的風格以及筆觸、架構、構圖為學習的起點，然而臨摹在著作權法上要如何去認定其定位，重組著作就以同人作品或 KUSO 作品而言，多少都是以模仿原作為目標，學習原作的風格，因此本文認為重組著作的創作行為也有臨摹的成份在裡面，特別是同人文化方面，因為同人文化就是以推廣原作為其目標，因此以原作為學習對象，而且模仿的越像越好，當越多人注意到同人所創作的作品時也會開始想回頭看原作，而達到推廣原作的目的。

但是臨摹的行為可能觸及三個著作權問題：一為臨摹的行為是著作權法所規定的重製嗎？若構成重製是否可以主張合理使用？二是臨摹的行為中必然包含

「風格」的學習，而「風格」究竟是屬於思想或是表達，或是縱認為是表達，但因為是具有實用性、功能性，而不認為是受著作權保護的客體？三則是臨摹的作品可否受到著作權的保護？

第一個問題，臨摹的行為是著作權法所規定的重製嗎？若構成重製是否可以主張合理使用？


有學者認為臨摹所作成的作品應屬重製物⁹⁴，但本文對於此一看法有疑慮，首先，重製的定義如著作權法第三條第一項第五款之規定，指以印刷、複印、錄音、錄影、攝影、筆錄或其他方法直接、間接、永久或暫時之重複製作。不論是上面哪一種行為態樣，基本上都是機械式的複製行為，並不需要加入人類精神上的創作或是勞力的投入，然而臨摹卻不是機械性的創作，而是由學習之人經由其判斷力、觀察理解原作之後投入勞力以及自己的詮釋去模仿原作，故並非未有精神上的創作，就以上理由，本文認為臨摹並不構成重製。

然若認為是重製行為，則因為臨摹是學習的方式之一，所以依著作權法合理使用的相關規定，或許可以以學習、教學的理由做為重製原作的正當原因，但實際上著作權法第 44 條至第 62 條，其得主張合理使用的主體相當有限，通常是中央或地方機關、圖書館、學校教育單位等才得主張合理使用，其餘給予私人使用的第 51 條，是指用機器重製，並不符合臨摹的情況，而第 52 條則是必須以「引用」的方式為之，也不適用於臨摹，列舉規定基本上都不適用於臨摹的情形，故只能依同法第 65 條的概括規定處理之。

第二個問題、臨摹的行為中必然包含「風格」的學習，而「風格」究竟是屬於思想或是表達？

風格是指綜合該時代的特點所呈現出來的格調與氣氛，以及能夠展現出該時代特有的獨特性、作者的個性，特別是指藝術、文學、一個流派的特點、一個氛

⁹⁴ 章忠信(2001)，〈臨摹狂草手稿賣茶，沒人能仿冒？〉，《著作權筆記》，載於：<http://www.copyrightnote.org/ArticleContent.aspx?ID=2&aid=399> (最後瀏覽日期:2015/7/13)



圍。風格是一種抽象的氣氛，因此可以藉由不同的表現方式來呈現該風格特有的特色，以著作權法的角度來看，比起著作權法所保護的「表達」反倒較接近著作權法所不保護的「思想」。因此本文認為風格應該不能成為著作權保護的客體，況如果將風格認定為是受保護的表達，可想見的是，藝術文化的發展可能就不會如此豐富而多元，因為不會群聚效應，沒有人要學習該風格的話，就不會流傳下來，目前藝術史上的印象派、野獸派、抽象派，都是因為當代流行而形成的一種風格，正如現代所流行的 KUSO、同人、挪用藝術，也是風格的展現，就本文對於風格的定義而言，只允許一個人使用的手法可能就無法稱為是風格。


第三個問題，臨摹的作品可否受到著作權的保護？

臨摹的作品是否可受到著作權的保護的討論前提是認為臨摹並非「重製」行為，如第一個問題的討論，雖有學者認為臨摹為重製行為，但本文認為基於臨摹行為並非單純的機械化重製行為，因此並非著作權法所保護的重製，並無侵權的問題。

然並非因為臨摹非重製就一定受著作權保護，因為臨摹的目的是模仿的越像越好，若模仿名畫的結果是看起來與原作無差別，則因為欠缺原創性而難認符合著作權法保護的要件，原創性的要求是有最低程度的創意，然若一模一樣，雖不至於構成重製，但也無新意，對於整體文化的發展並沒有新的助力，並不符合著作權法的目的，因此若是毫無變化原作的情形，本文認為此臨摹作品亦無法受到著作權的保護。故臨摹作品若要受到著作權的保護，不外乎就是必須與原作有所不同，為原作增添新意，轉化其原作，使其達到改作的程度，始得以衍生著作的方式保護之。

二、改作權


改作權，改作權亦屬於著作財產權的一環，而且也相當的重要，依著作權法第二十八條本文之規定，「著作人專有將其著作改作成衍生著作或編輯成編輯著作



之權利。」同法第三條第一項第十一款，「改作：指以翻譯、編曲、改寫、拍攝影片或其他方法就原著作另為創作。」第六條第一項，「就原著作改作之創作為衍生著作，以獨立之著作保護之。」綜合以上規定，可知改作權為專屬於著作人之財產權，而且得以獨立的著作保護之，稱為衍生著作，又自法條對於改作行為的樣態列舉規定、概括規定及條文文意可知，所謂的改作必須是將原作再度進行人類精神上的創作所產生的作品，先不論衍生著作與原作之間創意高度如何認定，但必然不會只是單純複製，否則只能被認定是重製，舉例而言，將外國小說翻譯成中文小說，雖然並未更動原作的情節以及本意，但是就兩國不同的語言要如何以最適切的方式進行語意的轉達且不失真或扭曲原意，則考驗翻譯者對於兩國語言的熟悉程度以及語感、文字上的功力，翻譯者確實有投入心力運用其精神、知識進行創作，因此翻譯作品為原作的改作，為衍生著作。

但是由於改作是專屬於著作人的權利，因此若欲就他人的著作進行改作，必須符合著作財產權的限制，如著作權法第 63 條第 2 項規定：「依第四十六條及第五十一條規定得利用他人著作，得改作該著作。」應徵得著作權人之同意，否則即會被控侵害著作財產權。

這裡產生另一個疑問是，未得著作權人同意所進行的改作是否就不能被認定為衍生著作而不得受到著作權法第六條所規定的以獨立保護，換句話說該改作作品何時能受到著作權法的保護，關於此議題，本節第四項會加以說明，但在此簡單說明本文看法，「改作」是創作的行為階段，而「衍生著作」則是結果，雖然未得著作人所進行的改作行為是不法的，但是本文認為不應因此而否定該衍生著作的價值，因為確實該作品也是經由人類精神上的創作，為整體文化的發展提供助力，故兩者應該予以脫勾，退步言之，若真要認為該衍生著作亦屬於侵權行為之下所產生的果，也應該在進入法院具體判斷後再加以論斷是否能受著作權法的保護，畢竟我國著作權法採創作保護主義，法院才是最終決定者，因此在確定違法前，本文認為該衍生著作亦應受到著作權法獨立保護。



回到本文討論的重組著作，基本上重組著作都會達到著作財產權的改作的程度，而依著作權法第六條第一項規定，就原著作改作之創作為衍生著作，以獨立之著作保護之，如上一段所述，此牽涉到此衍生著作是否能受到著作權保護的問題，而本文觀點是認為可以受到著作權法獨立保護。

第三款 著作權之存續期間


著作權之存續期間，在本款將討論著作權的存續期間的變化，因為過長的期間實有害於文化的發展與該受保護的著作成為公共財(public domain)的時間，更詳細的分析將於第五章第二節美國比較法部分討論，在本款先僅就我國對於著作權的存續期間變化加以介紹。

著作權的存續期間可分為著作人格權以及著作財產權，著作人格權的保護期間依我國著作權法第 18 條，關於著作人格權之保護，縱使於著作人死亡或消滅者，其保護強度仍視同生存或存續，任何人不得侵害，即其保護期間無上限，我國的規定實有所不當。

著作財產權的部分，我國目前規定依著作權法第 30 條第 1 項，著作人生存期間及其死亡後 50 年，而若是共同創作者，則依同法第 31 條，其著作財產權的存續期間將延續到最後死亡的著作人死亡後 50 年，又若該著作是於著作人死亡後 40 至 50 年間才首次公開發表，則其著作財產權保護期間依同法第 30 條第 2 項，將著作財產權保護期間延長到公開發表後起算 10 年，至於若於 50 年後才發表則並無此一權利，此一死後公開發表的規定是為保障繼承人的利益，故特別將此情形的保護期間延長。

又著作權法第 32 條至 34 條規定三種情形其僅能享有較短的保護期間，如著作人不明，即不具名或是以筆名但並非眾所周知者；著作人為法人；攝影、視聽、錄音及表演著作。此三種情形基本上都是自公開發表後起算 50 年。

然而目前國際對於著作權的存續期間保護有逐漸拉長保護期間的趨勢，如雖



然我國目前規定是符合伯恩公約與 TRIPS 的要求，但是如美國、德國、歐盟指令、英國、法國目前對於著作財產權的保護期間是長達死後 70 年，日本則是將電影著作延長至 70 年，其餘著作維持 50 年，韓國則仍維持 50 年⁹⁵，而我國於民國 103 年著作權修法草案中，雖然尚未對於保護期間有延長之計畫，但也不排除未來的修法的可能，且就國際走向看來，難謂我國往後不會修法，至於修法至 70 年會帶來何種影響，於第五章比較美國法的部分亦會說明之。

第三項 著作權之限制

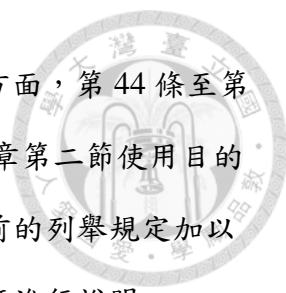
第一款 合理使用

合理使用，是屬於著作權的限制，所謂著作權的限制，是為了兼顧著作權人的權益與大眾使用該著作的利益而設之制度，因為著作權法的最終目標不外乎是為了達到其文化上的目的，藉由對著作人的保護做為刺激、鼓勵著作人進行更多的創作，以達到文化進步發展的目標，但給予著作人獨佔的權利同時也代表著排擠大眾的使用可能性，為平衡兩者，故立法者於特定情形及條件下規定大眾得使用該受著作權保護的作品而不會被控侵權。但要注意的是合理使用的規定只適用於著作財產權，而不及於著作人格權，因此前項所介紹到的著作人格權的相關規定並不受到著作權合理使用的限制。

合理使用的條文規定於我國著作權法第 44 條至第 65 條，置於法條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的限制之下，可知著作人格權不適用。又我國著作權法第 44 條至 63 條為列舉規定，而第 65 條則是概括規定，以補充除第 44 條至 63 條以外可能可以主張合理使用的情形。

第 44 條至第 63 條之規定雖快二十條，但實際上其適用合理使用的主體大多是屬於中央或地方機關、司法程序、各級學校及擔任教學之人、依法令編制教科書、供公眾使用之文教機構、圖書館、報導、評論、非營利目的等，但以上規定

⁹⁵ 2014 年著作權法修法草案說明。



對於一般民眾在進行創作時仍不敷使用，特別是如在使用目的方面，第 44 條至第 63 條的情形都是以公益且少量個人使用為目的，但本文在第二章第二節使用目的就重組著作所進行的五種主要使用目的，卻都無法適用目前的列舉規定加以處理，因此只能依第 65 條的概括規定處理之，以下僅就第 65 條進行說明。

著作權法第 65 條第 1 項首先說明，著作之合理使用，不構成著作財產權之侵害。第 2 項則表示，著作的利用是否符合第 44 至第 63 條之規定或其他合理使用之情形，仍應審酌一切情狀，並要注意以下四個因素，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。

一、利用的目的及性質，簡言之，即該利用他人著作的創作目的為何，創作目的將影響其能主張合理使用的空間；二、著作之性質，指的是被利用的原作其本身是屬於獨創性極高的作品或是偏向以事實型的作品，因若是偏向事實型的作品則因為事實並不是著作權所保障，則利用人可主張的空間也會相對較大；三、使用的質與量，在此要件特別要解說的是，質與量的考慮上，若利用人利用的量雖少，但卻是利用到整個著作最為重要的核心部分，則此一要件一樣會不利於利用人，而相對而言，若利用人利用的量，但卻都是較不重要或是偏向著作權所不保護的客體，則此一要件仍有可能有利於利用人；四、利用結果對於原作的現在與潛在市場價值的影響，此一要件最重要的是如何判斷潛在市場的存在，因為現在已經開發的市場較容易去判斷，但潛在市場不能只因著作人隨口指摘未來有可能會開發而認為該市場即確實存在，著作人應提出可信之理由，另外原作與被控侵權的作品的定位是否相同，即兩者的客群是否是位於同一市場，否則根本不具有市場替代性，難謂有侵害原作市場可言，更詳細的分析於第五章第二節美國法的比較上會綜合美國判決與學理研究加以說明之。

綜上所述，以上四個要件，不宜偏重任何一個因素，否則將使其他三個要件失去其作用，特別是在商業性要素方面，若一旦有商業性使用即不論其實際獲利情形、商業活動規模一律認為不能適用合理使用的規定，則將會使合理使用制度的美意被扭曲⁹⁶。

第二款 合理使用的性質

合理使用的性質，學說大致上可分為四說，分別為：一、權利限制說，二、使用者權利說，三、使用者抗辯特權說，四、阻卻違法事由說。以下分別介紹之。

一、權利限制說

此說的論點是建立在著作權人所為的創作都不是完全獨創的，而是在前人的努力之下再加上自己的想法而創造出來的，因此雖然要保護著作權人的權利，但也不能過度保護而有害於著作權法的立法目的，也就是為了鼓勵創作進而使文化更加的豐富，因此合理使用制度的存在是為了適當的限制著作權人的權利並且符合立法目標而設，以調合社會公益與著作權人的權利⁹⁷。

二、使用者權利說

此說認為合理使用是屬於憲法第十一條言論自由所保障，而智慧財產權則是受憲法第十五條的財產權所保障，而若兩者發生基本權利的衝突時，就依基本權衝突理論處理之，以著作權法第一條以及合理使用的相關規定來衡量兩者權利何者優先。而合理使用雖然是權利，但是卻不具有積極性，故僅得為確認之訴之確認標的，不得為給付之請求，如此一來應較能平衡著作財產權人以及利用人之間的權益關係⁹⁸。

三、使用者抗辯特權說

此說認為合理使用是一種抗辯特權(Privilege)，利用人得自由利用，但不能轉

⁹⁶ 智慧財產法院民事判決 98 年度民著上字第 5 號亦認為應綜合判斷四個要件，一併審酌。

⁹⁷ 蕭雄淋(2010)，《著作權法論》，頁 143，五南圖書出版公司；謝銘洋(2011)，前揭註 73，頁 255，台北:元照。

⁹⁸ 羅明通(2009)，《著作權法論 II》，頁 157，台英國際法律事務所，第 7 版；簡啟煜(2009)，《著作權法案例解析》，頁 246，台北:元照。

讓，不能以契約剝奪，但基於契約自由原則，可以約定不得使用此特權，但縱使違約而使用特權之人，雖不會構成著作財產權的侵害，只是仍會構成對於契約的違反，但著作權人僅能依契約約定請求救濟，不得以司法刑罰處罰之⁹⁹。我國地方法院有判決曾採用此一看法¹⁰⁰。又美國聯邦法院普遍認為合理使用是使用者之抗辯特權(Privilege)，而非一種權利(Right)¹⁰¹。

四、阻卻違法事由說

此說自我國法條文義解釋，認為合理使用是屬於阻卻違法事由，也代表前提是認為非經著作權人同意之使用行為是違法的，因此若利用人的使用行為符合合理使用第 44 條至第 65 條之規定，便不會構成侵權行為¹⁰²。

我國目前實務對於合理使用的性質看法仍然相當歧異，並無一致的看法，有認為合理使用難謂是權利，而最多只能說是著作權法上所給予的一般法律利益，並認為因權利說從法律經濟分析及實證研究的結果認為其成本較高，故採阻卻違法說¹⁰³；亦有明白表示合理使用是特許而非權利(Not a Right but a Privilege.)，採抗辯特權說¹⁰⁴；亦有自憲法基本權角度來描述合理使用¹⁰⁵。

本文認為，依著作權法的設立目的來決定合理使用的性質較為妥當，故採權利限制說，也就是為調合公共利益而適當限制著作權人的權利，才不會因此阻礙文化的發展。

第四項 重組著作於何時取得可著作性

一、重組著作於何時取得可著作性

⁹⁹ 章忠信(2007)，《著作權法逐條釋義》，五南圖書出版公司，頁 171-172。

¹⁰⁰ 台灣台北地方法院 92 年度北小字第 2558 號判決。


¹⁰¹ 羅明通，前揭註 98，頁 150。

¹⁰² 簡啟煜(2009)，前揭註 98，頁 245，台北:元照。
98 年度民著訴字第 8 號同此見解。

¹⁰³ 智慧財產權法院 98 年度民著訴字第 2 號民事判決。

¹⁰⁴ 台灣台北地方法院 92 年度北小字第 2558 號判決。

¹⁰⁵ 台灣高等法院 83 年度上更字(一)字第 788 號刑事判決。



重組著作如前述，是以使用他人著作中的元素進行創作的創作型態，然而除討論重組著作在與原作產生衝突時應該如何處理外，另外還有關於重組著作本身所產生的的一個問題：重組著作是否要經過著作權法合理使用的檢視後才能夠被認為是受著作權保護的作品，或是在重組著作創作完成後即已取得著作權的保護，只有在後續遇到原作著作權人對其提起訴訟時，始會因為未能通過合理使用的要件而被法院認定侵權而(自始)不受著作權法保護？

重組著作在何時才能確認受到著作權法的保護，或是在經過法院依合理使用檢視之前其著作權都處於不確定的灰色地帶？筆者認為，此一問題可以再分成二個小點切入，(一) 創作者的作品究竟要如何才能受到著作權法保護有關，也就是著作權的保護要件有關；(二) 我國是對於作品想要取得著作權是採創作保護主義或是註冊保護主義。

(一) 著作權的保護要件

何種創作才能夠受到著作權法的保護，依我國學說以及實務見解綜合判斷，1.必須具有原創性2.須為人類精神上之創作3.須具有一定表現形式4.須足以表現出作者的個別性。¹⁰⁶故若該創作具有以上要求，即可獲得著作權法的保護。

(二) 我國對於著作權的取得採創作保護主義

我國著作權法早期在 1985 年前，係採註冊保護主義，而後改為創作保護主義。在 1985 年前行政機關得藉以檢視內容決定該作品得否註冊而違背不得事前審查言論的憲法要求。¹⁰⁷而後則是為配合國際趨勢，於 1985 年時改以創作保護主義，一經創作完成即取得保護，依現行法，我國是採創作保護主義。¹⁰⁸

(三) 本文見解

由以上兩點可知，一般而言著作只要一經創作完畢就受到著作權法保護，然而此一規定並非代表該著作於事後就無推翻其可著作性的可能性，即實際上該作

¹⁰⁶ 謝銘洋(2011)，前揭註 73，頁 100，台北：元照。

¹⁰⁷ 行政法 69 年度判字第 259 號。

¹⁰⁸ 謝銘洋(2011)，前揭註 73，頁 166-167。

品是否真有符合著作權的保護要求，通常要到進入訴訟中，經由法院個案認定後才能取得確定的效力。¹⁰⁹

回到重組著作的可著作性問題上，本文認為，重組著作也是一經創作完成就可以受到著作權法的保護，理由如下：

1. 重組著作可以符合取得著作權的要件。

- (1) 原創性的要求，依通說見解對於原創性的要求是作者自行獨立創作而未抄襲他人的著作，¹¹⁰本文認為重組著作與一般所謂的抄襲行為並不相同，且若重組著作能符合轉化性(transformative)的要求，則可肯認該作品具有原作性，且依我國實務見解可知所謂的原創性，只需與先前作品有可資區別的變化即可，而非必達前無古人的地步¹¹¹，因此重組著作可符合第一點。
- (2) 須為人類精神上的創作，重組著作人付出自己心力為該作品增加與原作不同的風貌，可認為是人類精神上的創作。
- (3) 須具有一定表現形式，此一要件是指該作品能為人類所感知，重組著作當然符合此一要件。
- (4) 須足以表現出作者的個別性，重組著作最大的特點就是已與原作不同，而且能區分的出兩者的差異。故依取得著作權的要件檢視，重組著作可以符合此一基本要求。


2. 不論是原作或是重組著作，是否取得著作權仍仰賴法院最終決定。

如前所述，著作權法雖然採創作保護主義，但並非代表該作品即「確定的」取得著作權，因為不論該作品是否取用他人作品進行創作，其是能否完全確定受到著作權保護是由法院進行最後認定，則不論是先存在的原作或是後來才出現的重組著作，兩者的著作權效力並沒有何者比何者強，是以兩者能否取得具有「確定性」的著作權保護仍然取決於法院最終的決定。由此可知，不論是在進入訴訟

¹⁰⁹ 謝銘洋(2011)，前揭註 73，頁 167。

¹¹⁰ 謝銘洋(2011)，前揭註 73，頁 102。

¹¹¹ 台灣高等法院 93 年度上訴字第 766 號刑事判決。



前或是訴訟中創作人主張其作品已取得著作權，主張有權利之人其實僅取得「暫時性」的著作權權利，法院才是最終的決定者，因此若重組著作進入訴訟階段，原作若被法院認定不受著作權法保護，則此時重組著作即可被認定無侵權，而可以確定取得著作權法保護。

此具有不確定因素的著作權法規定之所以能長久運作而未出現重大問題是因為大部分的創作都能符合著作權法的要求，而在訴訟中不易被推翻，且若被告屬於違法重製基本上也不可能改變原作受著作權法保護的可能性，會產生明顯衝突的情況就屬於本文所討論到的綜合改作與重製行為的重組著作，然而縱使重組著作因通過合理使用的檢視而被認為具有可著作性也不一定會影響到原作受著作權法保護，除非原作不符合取得著作權的要件，否則兩者是平行受到著作權法所保護的。

二、小結

討論重組著作在訴訟前究竟有沒有著作權的實益為何？有可能因為在訴訟中主張有著作權而就可以贏得訴訟嗎？

原作雖然是先創作，且我國是採創作保護主義，但也不代表原作的創作就是完全確定是取得著作權法保護的，因為仍有可能在訴訟中被法院認定為不具著作權保護要件的要求，而被認為不受保護，此時被告的作品就不會被認為是侵權，所以其實在訴訟中，不論是原作或是重組著作都是要被重新檢視是否能受到著作權法的保護的，何況並不是著作中的所有元素都被無差別概括式的被保護，而是其中也有不被保護的部分，例如事實、思想、概念、製程、方法等，所以本文認為重點其實不在於在進入訴訟程序前討論重組著作是否能受著作權保護，而是在進入訴訟中後如何向法院主張重組著作是符合合理使用的要求。另外一點則是，原作與重組著作其實並沒有先來後到的問題，不是說原作先創作所以他的著作就一定優先於後面的重組著作受到保護。另一方面，如果一開始就先認定原作是絕

對受到著作權法的保護(也就是不可能在訴訟中加以推翻),用此一前提對重組著作進行合理使用的檢視,其實也就是預設重組著作是「侵權的」作品的主觀想法存在,但是重組著作與侵權行為是不相同的,不論在創作目的以及其對原作所造成的影響,都不是可被相提併論的,會有前述的疑問:重組著作究竟是不是能受著作權保護,其實可能是混淆了一般的侵權行為與以「借用」他人著作中的元素並增加新的創意進行創作的緣故。


第三節 重組著作與民法人格權--肖像權與名譽權

重組著作在本文第二章第二項在介紹重組著作的類型時,特別提到以照片為重組創作基礎的類型,簡單舉一例,即素人小胖的情況,因為偶然被拍到照片,而後被網友加以更改,在此先不論被與之合併的其他著作的侵權情形,就以小胖本身法律上能對他人主張何種權利討論之。

此一問題可以分成兩個方向來討論,一為被拍攝者小胖的權利,二為攝影師的權利,也就是著作人對該照片的權利,三則是民法上的人格權與著作權法上的人格權保護究竟屬於何種關係。

一、小胖對其照片享有肖像權,而網友就其肖像進行改變合成,是有可能侵害小胖的個人名譽權,不論是肖像權、名譽權在此都是民法上專屬於小胖個人之權利,我國民法第 18 條規定為一般人格權,「人格權受侵害時,得請求法院除去其侵害;有受侵害之虞時,得請求防止之。前項情形,以法律有特別規定者為限,得請求損害賠償或慰撫金。」小胖得依民法第 184 條第 1 項以及第 18 條之規定向網友請求人格權侵害之損害賠償,以及若有名譽上的損害亦得為之。

二、攝影師拍攝該照片,就該照片未經肖像權人同意而拍攝利用的作品,是否能享有著作權,關於此問題,在我國曾有判決對此一問題表示看法,最高法院民事判決 97 年度台上字第 1396 號判決,本案原告為日本旅美知名職棒球員,其肖像被擅自利用於商品平面廣告、公車車廂外以及百貨專櫃之裝潢等,原告因而



提起訴訟，請求肖像權利金收益 350 萬元、侵害人格法益之精神上慰撫金 150 萬，法院最後判決權利金之請求駁回，精神上慰撫金減至 100 萬元，其理由為：「肖像權如作為商業上使用，非不得重複、多次授權予相同或不同之人使用，故縱使被告曾非法使用原告之肖像於廣告上，亦不因此而使原告之肖像權永遠無法再度授權他人使用，且原告又未能舉證證明因本件雜誌廣告事件而喪失其與他人授權機會之事實，因而將原審有關 350 萬元之財產上損害賠償全數駁回，至於非財產上損害之部分，則認為被告使用原告之肖像，並非用以詆毀、貶抑原告，而僅係單純用以行銷原告之球衣商品，足使被告於台灣能見度提高；且被告於雜誌廣告上強調原告單季擊出 262 支安打破紀錄之光榮事蹟，亦對原告之形象有正面提升之作用，原告所受精神上之痛苦應屬有限，因而減少損害賠償額為 100 萬元。」¹¹²

由以上判決可知，我國並不否認著作人就該攝影作品仍有著作權而不因其未被拍攝者之同意而影響，並且著作人得就該作品進行利用，本文同意此判決見解，認為若該利用除非已侵害被拍攝者之名譽，否則難謂有不能再授權予他人使用自己肖像以及何來精神上痛苦可言。

三、著作權法上保護著作人格權的規定相對於民法人格權之規定應屬於特別規定，因能受到著作權法保障人格權的前提在於該人已有創作，有精神創作成果始能受到著作人格權的保障，與民法一般人格權只要有權利能力者皆能享有的情況並不相同，因此相對於民法保障的一般人格權是特別規範，然民法對於著作權法所未保障之部分，仍有補充適用之餘地¹¹³。

¹¹² 謝銘洋，從美國法上之商業利用權(right of publicity)探討肖像權之財產權化--最高法院民事判決 97 年度台上字第 1396 號解析，月旦裁判時報，頁 102-108，第 4 期，2010 年 8 月。

¹¹³ 謝銘洋(2011)，前揭註 73，頁 53-54，台北：元照。



第五章 從比較法觀點探討我國著作權法

第一節 歐盟

歐盟為世界第一大經濟體，其由 28 個成員國所組成，歐盟組成的目的在於經濟與政治聯盟，在經濟層面希望藉由建立起單一市場(single market)來強化歐盟成員的競爭力，又為建立起單一市場，歐盟對於經濟政策是採取降低各國之間的阻礙以及簡化目前的條約內容，以提高每一個歐盟的成員、消費者以及商業活動的互動機會。又歐盟單一市場是建構在四個自由流通(four freedoms)之下，也就是人民、商品、服務以及資金的自由流通(people, goods, services and capital)。為調和歐盟內成員間不同法系以及法制之差異，降低交易成本，歐盟以一系列指令來調和各成員間之關係。其中與著作權高度相關的指定為，2001 年的歐盟資訊社會中著作權及著作鄰接權調和指令(Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, 資訊社會指令)(以下簡稱歐盟著作權指令)，此指令因為無法應因各國之特殊性，因此是以較概括的方式立法，且並非所有條文皆有強制性，但因歐盟為第一大經濟體系，也影響著著作權法的走向，故也相當值得我國做為借鏡。

2001 年的歐盟著作權指令，其中針對著作權的限制與例外規定列出許多列舉規定，然而依條文文意可知並無強制力，第 5 條「在以下情況，歐盟成員得就本指令第 2 條關於著作權重製權的規定設立例外或限制的規定……」¹¹⁴，故也因此對於該指令內容實際上運用在歐盟成員國內國運作的情形仍會出現歧異，為解決此種歧異，歐洲法院就扮演著相當重要的角色，當成員國產生與指令效力或是解

¹¹⁴ Article 5 of the Directive 2001/29/EC: “Member States may provide for exceptions or limitations to the reproduction right provided for in Article 2 in the following cases:.... ..”(emphasis added).

釋有關之先決裁決(preliminary rulings)上的問題時，歐洲法院可依現行歐盟運作條約(Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union, TFEU)第 267 條¹¹⁵，當會員國之法院對歐盟法律之有效性(validity)或解釋(interpretation)有疑義時，得向歐洲法院提請解釋，並受其意見拘束。

而歐盟著作權指令第 5 條第 3 項第 k 款¹¹⁶，針對嘲諷著作有規定各歐盟國得設立此一例外或限制，然而對於何謂嘲諷著作並未有任何具體解釋或定義可供各國參考。然而在 2011 年比利時發生一件嘲諷著作的案件 Deckmyn v. Vandersteen，因比利時上訴法院不確定如何解釋歐盟著作權指令中第 5 條第 3 項第 k 款的嘲諷著作(parody)，因此向歐洲法院尋求解釋。

Deckmyn v. Vandersteen 的案例事實為，在 2011 年，Deckmyn，一名極右派的成員，發行了一個月曆，然而該月曆的封面卻是改變“Suske en Wiske”漫畫封面(圖 13)，將原本封面的卡通人物改成 Ghent 的市長在飛行(圖 14)，並且一邊丟下金幣給路上的民眾，而該民眾被畫成戴上面紗或是少數民族的模樣，與原先不具有任何政治或是歧視意味的圖畫大相逕庭，因此被控侵害著作權。



圖 13：Suske en Wiske¹¹⁷

¹¹⁵ Article 267 of TEC: “The Court of Justice of the European Union shall have jurisdiction to give preliminary rulings concerning: (a) the interpretation of the Tearties; (b) the validity and interpretation of cts of the institutions, bodies, offices or agencies of the Union;”

¹¹⁶ Article 5 of the Directive 2001/29/EC: “ ... (k) use for the purpose of caricature, parody or pastiche; ”

¹¹⁷ "SpikeandSuzycovers" by Source (WP:NFC#4). Licensed under Fair use via Wikipedia - <https://en.wikipedia.org/wiki/File:SpikeandSuzycovers.png#/media/File:SpikeandSuzycovers.png>



圖 14：De Wilde Weldoener¹¹⁸

比利時法院在向歐洲法院提起解釋時，提出其認為三大問題，一、關於嘲諷著作(parody)的概念是否是在歐盟下有一個統一的解釋。二、嘲諷著作應該具有以下四個要件，第一點，必預具有原創性；第二點，該作品不能被認為是原作者所創作，即應該類似於禁止不當歸屬；第三點，不論該作品所要評論的對象是否為個人，該作品必須要有幽默、嘲諷的特色；第四點，應提及該嘲諷作品的創作來源¹¹⁹。三、除了以上要件外，是否有其它的要求才能被認為是嘲諷著作。

針對以上問題，歐洲法院認為¹²⁰：

- 一、嘲諷著作(Parody)在歐盟體制下應有統一的解釋。
- 二、關於第二個問題，承接第一個問題，雖然歐盟對於嘲諷著作應有統一的解釋，但是卻不代表其解釋會逸出一般社會通念，在一般社會通念的解釋下，歐洲法院

¹¹⁸ "Deckmyn as lambic" by Source (WP:NFC#4). Licensed under Fair use via Wikipedia - https://en.wikipedia.org/wiki/File:Deckmyn_as_lambic.png#/media/File:Deckmyn_as_lambic.png

¹¹⁹ Case C-201/13, “- display an original character of its own (originality); display that character in such a manner that the parody cannot reasonably be ascribed to the author of the original work; seek to be humorous or to mock, regardless of whether any criticism thereby expressed applies to the original work or to something or someone else; mention the source of the parodied work?”

¹²⁰ Judgment of the Court(Grand Chamber), Case C-201/13, 3/9/2014, 來源：
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30ddc0a6dd63f68c49d1821785a1a677fa97.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuQb3r0?text=&docid=157281&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=69628> (最後瀏覽日期: 2015/7/12)



認為嘲諷著作應該符合以下三點¹²¹：

- (一) 該作品能使人聯想起原作；
- (二) 必須具有與原作不同的改變；
- (三) 必須具有幽默或是諷刺意味。

三、歐洲法院拒絕比利時法院所提出是否要增加其它要件才能夠成立嘲諷著作(Parody)的提議。

歐洲法院並提到，因為本案涉及種族歧視的問題，法院提出，若著作權人認為該作品違反反歧視的規定，可以提出確認其原作並沒有與該歧視的訊息有任何關係之訴訟，但法院並沒有更明確的指出著作權人可以如何實施該權利。

法院亦提出嘲諷著作(Parody)的判斷上也一定要考量著作人與公眾之利益，才能符合歐洲著作權指令之要求。

由於歐盟本身的特殊性，因此對於指令的設計無法太過具體，否則將影響適用的彈性，此次歐洲法院做出對於嘲諷著作的解釋有拘束歐盟成員的效果，因此此一解釋相當重要，而為符合各國彈性使用的需求，法院只指出至少要具有三個核心特色即可認定符合嘲諷著作的要求，但本文認為有些過於不清楚，法院的解釋只能認為是所有嘲諷著作的最低要求，因此很容易達到嘲諷著作的門檻。

第二節 美國

臺灣著作權法在形成初期就一直受到美國以貿易制裁為威脅手段，影響臺灣智慧財產權的制定，無法顧及國內文化的差異和文化發展上的需求，只能讓美國予取予求，有學者認為稱台灣的著作權法是美國的子法亦不為過¹²²。為瞭解著作權法的根源以及身為對於智慧財產權法的發展具有領導地位的美國在現行美國的

¹²¹原文為兩點，本文為使各要件更清晰，因此分成三點論述。

“...first, to evoke an existing work, while being noticeably different from it, and secondly, to constitute an expression of humour or mockery....”

¹²² 希瓦·維迪亞那桑 Siva Vaidhyanathan(著)，陳宜君(譯)(2003)。前揭註 36，賀德芬推薦序。

著作權法中產生何種問題，故先討論美國著作權法，之後再回頭探討臺灣著作權法是否面臨相同的困境，以及是否適合與美國採同樣的解決方式。



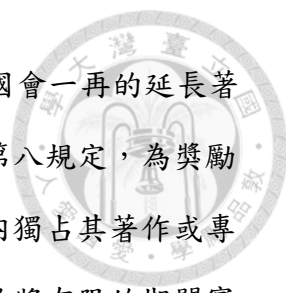
第一項 美國著作權保護時效與美國憲法第 1 條第 8 項第 8 款

英美的著作權法的出現最早在 1709 年英國的「安妮法案」(The Statute of Anne)，1783 年美國康乃狄克州出現首部與著作權相關的「鼓勵文藝與創造的法案」，1790 年美國聯邦通過第一部成文的著作權法。

1790 年美國著作權法的設立目的是為踐行對於作者與出版商的保護，為美國首部著作權法，其授權作者得以掌握印刷、出版與販賣作品的權利，時效為十四年，可延長一次，並且作者應該要「供應大眾充足的發售量」。後在 1802 年的修正案中，將印刷的設計、刻版、蝕刻版也納入，並在 1831 年前後，將著作權保護的時效從十四年(可延展一次)拓展為二十八年(可再延展一次十四年)，合計為四十二年，並容許作者遺下的妻兒申請延長。著作權保護的時效一直至 1909 年又再度延展，第一次的著作權為二十八年，期滿得再申請延展二十八年，合計為五十六年。1976 年改以著作人終身加上死後五十年之期限為計算標準，公司或法人之著作權為七十五年。1998 年的修正，是基於 1976 年所制訂之著作權法再加二十年，即著作人終身加上死後七十年，公司或法人之著作權為出版後九十五年或著作完成後一百二十年，而且溯及既往至 1987 年仍有效的著作權也可適用此規定¹²³。

在 1998 年的著作權時效的修正法案即為有名的米老鼠法案，Sonny Bono Copyright Term Extension Act，簡稱 CTEA，Sonny Bono 著作權期間延長法案。此一法案使著作權保護期間自著作人終身加五十年延長為著作人終身加七十年，由於可以溯及至 1987 年仍有效的著作權，使迪士尼的招牌人物米老鼠的保護期原應

¹²³ 章忠信(2004)。〈美國最高法院判決國會延長著作權保護期間並不違憲〉，《著作權筆記》。載於：<http://www.copyrightnote.org/ArticleContent.aspx?ID=54&aid=2065> (最後瀏覽日期: 2015/7/13)；陳麗秋。〈美國 1998 年著作權延長法案的司法風波〉，《國家衛生研究院電子報》，365 期。載於：http://enews.nhri.org.tw/enews_list_new2_more.php?volume_indx=365&showx=showarticle&article_indx=7869 (最後瀏覽日期: 2015/7/13)




在 2002 年年底屆滿，但卻因為 CTEA 而延長至 2023 年年底，國會一再的延長著作權保護期間，引起違憲之爭議，因為美國憲法第一條第八項第八規定，為獎勵科學以及藝術的發展，國會有權授予作者及發明者在一定期間內獨占其著作或專利的權利¹²⁴，國會一再通過保護年限延長的法案，是否是變相的將有限的期間實際上變成永久保護著作權人獨占的權利。但最後美國聯邦最高法院對於此一爭議於 2003 年 1 月 15 日判決認定，國會通過 CTEA 並未違憲，這也表示在一定期間內，美國聯邦最高法院對於此爭議不會再介入，並尊重國會的決定。該案上訴人之理由為：一、國會違反美國憲法明文規定有關國會僅得立法賦予著作權人有限的保護期間，而非無限期；溯及既往的方式並不能鼓勵已死去的著作權人進行更多的創作；二、CTEA 違反美國憲法第一修正案所保護言論自由之規定。

美國聯邦最高法院認為該法案並未違憲的理由為：一、美國憲法賦予國會訂定保護著作權人的權利，仍是有限的保護期間，只是再延長二十年；著作權法中有合理使用的條款，故大眾可在一定條件下使用；配合歐盟之規定，為國會制訂 CTEA 的理由。二、CTEA 與美國憲法第一條修正案所保護的言論自由並無直接關係¹²⁵。

從美國聯邦最高法院對於此違憲爭議所下的判決，可知最高法院一直對於國會的決定給予最高的尊重，只要不是明顯違憲，則仍會被認為是合憲，實際上最高法院的決定並未使此一問題平息，就連參與此判決的法院也有兩位法官提出異議，其異議內容大致上為：一、著作權的目的最終是要保護公益，因此對於延長保護期間一事不得不慎重對待。二、著作權保護期間的延長也代表著將限制公眾自由使用該權利的可能，也增加公眾的負擔，例如，飛機上的電影、音樂必須付出權利金才能公開播放，而該成本將反應至機票票價，總之，太長的著作權保護

¹²⁴ See U.S. CONST. Act. 1, Sec. 8, Cl. 8 “The Congress shall have the power ... to Promote of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries.”

¹²⁵ 陳麗秋，前揭註 123。



期間勢必造成公眾的不利益¹²⁶。另外，依美國部分極強調公眾權利的人士對於美國 1923 年至 1942 年間的著作權進行統計，約有三百三十五萬件著作辦理著作權註冊，其中約有百分之十三的著作約四十二萬件會申請延長保護期間，但實際上只有七萬七千件著作真正有因延長保護期間而獲利，其他三十七萬五千件其實是沒有市場價值的，而這些沒有經濟利益的著作應該早一點進入公共所有，使公眾得自由利益。況有些舊法保護下的著作其實已經絕版，但因為 CTEA 法案的關係使其必須再延後二十年才能進入公眾領域，後人要再使用該絕版資訊的可能性就更為困難¹²⁷，更不要論連作者都難以尋找到的孤兒著作，著作權保護期間過長所帶來的不利益已經是不容忽視的問題，但依美國聯邦最高法院針對此一問題的判決結果看來，暫時美國對於此一議題的立法應該不會再有變動。

第二項 美國著作權法合理使用

美國第一個關於合理使用的判決為 1841 年的 *Folsom v. Marsh*¹²⁸，法官 Joseph Story 在判決的開始就指出關於合理使用這個制度在著作權法中的困難之處：

「對於一個法官而言，這或許是一個相當令人尷尬的問題，也就是在合理使用你很難找到一個可以符合任何一種情況的準則去適用在所有的案例中¹²⁹。」

這句話的確說明了合理使用本身的不確定性以及在此個案的判斷上未能有一致性的通用標準的情形，從第二章所舉出的各種位於灰色地帶的作品應該也可以瞭解到這個議題在著作權法上的確不能以僵直的基準來測量。

合理使用存在的目的，是為緩和著作權授予著作權人所有的獨占權以及與公眾利益之間的平衡所生，法官 Joseph Story 在 1841 年的 *Folsom v. Marsh* 表示，當在遇到此類(合理使用)案子時，我們必須考量利用人利用該著作的目的及性

¹²⁶ 陳麗秋，前揭註 123。

¹²⁷ 章忠信，前揭註 123。

¹²⁸ *Folsom v. Marsh*, 9F. Cas. 342 (C.C.D. Mass 1841) (No. 4901)

¹²⁹ *Id.*, " This is one of those intricate and embarrassing questions, arising in the administration of civil justice, in which it is not, from the peculiar nature and character of the controversy, easy to arrive at any satisfactory conclusion, or to lay down any general principles applicable to all cases."

質、使用的質量以及該使用是否有影響原作的經濟利益或是取代了原作¹³⁰。此為合理使用法規的雛形，而後法官 Story 在此案 *Folsom v. Marsh* 所表達出的見解一再被援用，但一直到 1976 年才將司法機關長久以來建立起的合理使用原則納入著作權法 107 條內。

第 107 條 排他權之限制：合理使用¹³¹

不論第 106 條及第 106A 條如何規定，有著作權著作之合理使用，包括重製為重製物或影音著作或該條所定之其他使用方法，為批評、評論、新聞報導、教學(包括為課堂使用之多數重製物)、學術、或研究之目的者，非屬著作權之侵害。於特定個案決定著作之使用是否為合理使用，其考量之因素應包括 —

- (1)使用之目的及性質，包括該使用是否為商業性質或為非營利教育之目的。
- (2)該有著作權著作之性質。
- (3)就設有著作權著作之全體衡量，被使用部份之質與量。
- (4)其使用對該有著作權著作之潛在市場或價值之影響。

於考量前開因素時，如著作尚未公開發表者，並不當然排除合理使用之認定。

依該條文可知，臺灣著作權法的規定幾乎與美國無差異。美國合理使用的立

¹³⁰ *Id.*, “In short, we must often, in deciding questions of this sort, look to the nature and objects of the selections made, the quantity and value of the materials used, and the degree in which the use may prejudice the sale or diminish the profits, or supersede the objects, of the original work.”, at 348.

¹³¹ Sec.107 Limitation on Exclusive Right: Fair Use

Notwithstanding the provision of section 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 the section, for purpose 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 purpose;
- (2) the nature of 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. (As amended, Pub. L. 101-650, 104 Stat. 5089 (1990); Pub.L. 102-492, 106 Stat. 3145 (1992)).

中文翻譯見經濟部智慧財產局，美國著作權法，載於：

<http://www.tipo.gov.tw/ct.asp?xItem=332837&ctNode=7015&mp=1> (最後瀏覽日期: 2015/7/13)



法意旨依其國會立法報告書¹³²其目的在於：

「此法案認同司法機關對於合理使用的看法，並將之成文化，但並沒有任何意向要使該條文成為僵直且不會隨時代的變化而變通的法律。合理使用的判斷上除了應該依條文文意可以解釋的最廣範圍以及其例舉的判斷標準外，法院應該要依個案自由判斷如何適用此條。107 條只是為了要重新陳述法院對合理使用的看法外，並沒有任何要改變、限縮或擴大法院原先建立起來的原則¹³³。」

合理使用的成文化，雖然目的在於認同司法機關長久以來建立的判斷原則，但是在成文化後，法院實際上還是或多或少受到 107 條的條文文字影響，並未能如美國國會立法報告書所說能夠彈性依個案情形判斷，這部分在本項第一款合理使用的判斷下會再詳述。另外 107 條的條文內容為使法院能依個案彈性判斷，故條文內容有相當大的解釋空間，但針對此點，美國紐約聯邦地方法院法官 Pierre N. Leval 認為條文文意太過不清，故法院之間的歧見仍然存在，並且是依各自對於合理使用的解釋，對於是否為合理使用，多半是考慮著作之財產性質勝過於針對著作權本身¹³⁴，因此其建議應該要依據著作權的設立目的以建立合理使用的標準¹³⁵。

第一款 合理使用判斷的僵化

美國在 1841 年的 *Folsom v. Marsh* 案建立起合理使用的雛形，並於 1976 年將合理使用明文化為著作權法第 107 條，依立法目的可知，該明文化並非是為使法院受條文的拘束，而是法院仍應該依個案情形依法判斷，但實際上在明文後反而造成法院一再重複先前的判決或法條內容，自動化、機械化的判決，特別是合理

¹³² See H.R. Rep.No. 1476, 94th Cong., 2d Sess.(1975).

¹³³ “The bill endorse the purpose and general scope of the judicial doctrine of fair use, but there is no disposition to freeze the doctrine in the statute, especially during a period rapid technological change. Beyond a very broad statutory explanation of what fair use is and some of the criteria applicable to it, the courts must be free to adapt the doctrine to particular situations on a case-by-case bases. Section 107 is intended to restate the present judicial doctrine of fair use, not to change, narrow, or enlarge it in any way.” *Id.*, at 66 (1975), see also S. Rep. No. 473, 94th Cong. 1st Sess., at 62 (1975).

¹³⁴ See Pierre N. Leval, Toward a Fair Use Standard, 103 Harv. L. Rev., at 1107.(1990)

¹³⁵ 但針對 Leval 法官的看法，哈佛法學院教授 Lloyd L. Weinreb 則提出相反的意見，其認為合理使用原則是歸納自具體案例，而非源自於對於原理原則的演繹，因此自著作權法的設立目的去建立合理使用的判斷基本原則是不合理的。

See Lloyd L. Weinreb, Fair’ Fair: A Comment on Fair Use Doctrine, 103 Harv. L. Rev., at 1137-38 (1990).

使用的第一、第四要件的判斷上，機械化的情形更是嚴重¹³⁶。

一、合理使用的第一個要件：使用的目的與性質，包括該使用是否為商業性質或為非營利教育之目的。此一要件所帶來最大的問題在於何為商業性質的使用，何為非營利教育目的的使用，該區分與合理使用之間是否有絕對關係？另外，事實上此一分類並不符合現實情形，因為並非所有的使用情形都可以被歸類為此兩類，而且不論是商業性使用或是非營利教育目的的使用，都只是眾多使用情形的其中一個面向，如同筆者在第二章第三節使用目的所提到的可能的五種情形，但由於法條特別將其提出來明文化，反而使法院過於專注在是否為商業性使用的判斷上而忽略了其他因素，何況商業性利用的本身並非全有全無的兩個極端，而是程度上的問題¹³⁷。

美國法院開始專注在是否為商業性使用的濫觴為 1984 年的 *Sony corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*¹³⁸，該判決起源於因 Sony 銷售名為 Betamax 的錄影機，使消費者可以在家將電視節目錄下來，之後在自由選擇空閒時間觀看，也就是 time-shifting 的功能，但此一功能卻引起 Universal City Studios, Inc. 認為侵害其節目的重製權因而提告。本判決最重要的是法院表示「任何商業性使用都應該被推定侵害著作權人的權利¹³⁹」。此一看法在後續的 *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises.*¹⁴⁰ 中被引用，法院在 *Harper & Row* 判決中表示，商業性的出版行為在合理使用的判斷上較傾向於不利於被告，也就是較容易被認為非合理使用，但其提出一個更重要的觀點，也就是「該使用目的是否為商業性或非商業性的利用的區分重點並不在於是否單純為金錢獲利，而是在於該獲益是否是因

¹³⁶ See William F. Patry and Shira Prelumtter, Fair Use Misconstrued: Profit, Presumptions, and Parody, *Cardozo Arts & Entertainment*, Vol 11: 667., at 670-71.

¹³⁷ *Id.*, at 676.

¹³⁸ *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S.417 (1984)

¹³⁹ *Id.*, 464 U.S., at 451, 104 S.Ct., at 793.

"[E]very commercial use of copyrighted material is presumptively an unfair exploitation of the monopoly privilege that belongs to the owner of the copyright."

¹⁴⁰ *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises.*, 471 U.S. 539, 105 S. Ct. 2218., at 562.

為對於原作利益的剝削而取得，也就是利用原作但卻未付出相應的費用¹⁴¹。」在這段話中，法院暫時跳脫該使用行為究竟是否為商業性使用的觀點，而是抓住了商業性的問題核心--所謂的商业性並不是被告的作品獲得多少收入，而是該行為是不是躲避付出應付出的費用，而該被減省起來的費用才是該商業性目的判斷所關注的，這段話後常為其他法院所引用¹⁴²。

但是這樣的看法卻會使法院落入循環論證的困境內，因為被告只要主張其是有意願付予授權金的，法院可能就會認為被告並沒有惡意，如同本章於後會提到的 *Campbell* 案的情形，依 *Haper & Row* 的判決，似乎可以認為因為 2 Live Crew 是有意願付出使用費因此 2 Live Crew 的使用行為並沒有惡意。但是問題是，如果說一個行為可以被認定為合理使用，那代表該使用行為本來就不需要獲得原告同意或是應該就該使用行為付出任何使用費¹⁴³。

合理使用的第一個要件，依條文文意以及立法意旨，應該可以認為後段的「包括該使用是否為商業性質或為非營利教育之目的」，應該只是其中一個考慮使用的目的與性質的其中一個面向，但卻不能因此而忽略其他可能的情形，例如該使用或許有商業性，但是帶來的公共利益更大等，法院應該要仔細的去觀察個案的情況，否則就是自行限縮條文文意，未依法進行推論，此種複製貼上的判決內容正是使合理使用的判斷僵化的元兇。

二、合理使用第四個要件：其使用對該有著作權著作之潛在市場或價值之影響。合理使用的第四個要件，所帶來的問題是，(一)、如何分辨潛在市場是否真的存在，以及哪些才是著作權人真正有可能去發展的潛在市場，因為若不能夠分辨此重點，將會使合理使用的認定幾乎難以成立。(二)、該利用原作的行為究竟是為原作帶來何種傷害，簡言之，該損失是著作權法所要保護的嗎？(三)、合理

¹⁴¹ *Id.* at 562.

“The crux of the profit/nonprofit distinction is not whether the sole motive of the use is monetary gain but whether the user stands to profit from exploitation of the copyrighted material without paying the customary price.”

¹⁴² See *supra note*.140. at 682-.

¹⁴³ *Id.* at 682.



使用的判斷上第四個要件是否為最重要的要件？以及結論（四）合理使用的第四個要件判斷上並非全有全無，而應該視程度及整體情形判斷。

（一）、如何分辨潛在市場是否真的存在，以及哪些才是著作權人真正有可能去

發展的潛在市場

潛在市場是否真的存在？何謂潛在市場，原則上指著作權人能依其原作再去進行改作所延申出來的市場，但是此一市場的存在很容易主張，只要著作權人主張他在未來可能有計畫要授權或是進行何種利用就可以簡單排除被告合理使用的主張，如此一來合理使用的制度將會被瓦解--所以我們不能把所有可以想到的可能性都全部納入。

為判斷該潛在市場是否真的存在，在著作權人主張該潛在市場存在時，法院應該要判斷哪些才是著作權人真正會去開發的市場，而哪些是著作權人不希望它存在的市場，例如本文所談到的重組著作，重組著作的型態多樣，而且目的也多元，其中若嘲諷著作(Parody)的類型，有很高的可能是著作權人不會去開發或是不希望其存在的類型，很少有著作權有如此寬大的心胸授權他人針對自己的作品進行反諷¹⁴⁴，就嘲諷著作(Parody)的潛在市場，我們可以較為大膽的推測，這是著作權人較不可能去發展的市場，否則將使著作權人可以藉由著作權法去扼止他人對著作權人的作品進行批評，則將會影響公共利益以及憲法所保護的人民評論的權利。

所以要如何去判斷該潛在市場的存在，有美國學者提出兩個觀點¹⁴⁵：第一個判斷潛在市場的可能的的方式為，只有那些確實已經授權以及正在協議要授權的情形才能被認為有潛在市場的存在，這樣的方式不只是可以免去檢視何為潛在市場

¹⁴⁴ 日本知名漫畫家美內鈴惠的作品〈玻璃假面〉即授權予在日本製作 Flash 動畫相當有名的 DLE 進行名為〈雖然是玻璃假面〉的惡搞動畫，以紀念該漫畫即將推出第五十集，不過據作者表示，後來有點後悔但也來不及了。

日本官網: <http://garasunokamendesuga.ponycanyon.co.jp/> (最後瀏覽日期: 2015/7/13)

〈讓原作者也後悔《雖然是玻璃假面》真的要出劇場版!?(震驚)〉,《卡卡洛普, 宅宅新聞》, 載於: <http://news.gamme.com.tw/476522> (最後瀏覽日期: 2015/7/13)

¹⁴⁵ See *supra* note.136, at 688-690.



的麻煩，也可以排除掉那些可能存在但實際上永遠不會發生的潛在市場。但這樣的看法似乎又太過於限縮，例如照片的著作權人並不需要將其平面 2D 的作品實際轉成 3D 的作品才能證明其有可能進行衍生著作物的利用。

第二個比較可行的判斷方式則為針對「潛在」這個詞進行檢視，也就是除了著作權人目前已經在開發中的市場外，也包含著作權人在未來確實可能有興趣進行的利用。如果著作權人被要求必須證明其利益確實已經存在，則許多潛在的收益就會藉由這樣的判斷方式被排出在外，所以照片的著作權人就只需要證明他有可能會授權進行將平面 2D 作品轉成 3D 的高度可能性即可。

然而，法院在判斷原告所不開發的市場是否為原告所獨占的潛在市場時，必須考量著作權人的收益是否會因為少了該市場而減少，若答案是肯定的，則該市場則必須被納入著作權人的潛在市場內。同樣的，基於長久的商業目標而禁止他人開發這部分的市場就應該被納入著作權人的潛在市場內¹⁴⁶。

(二)、該利用原作的行為所造成的傷害是否為著作權法所欲保護的

正如第九巡迴法院在 *Fisher v. Dees*¹⁴⁷一案中所說：

「在評估嘲諷著作對於財產收益的影響時，嘲諷著作的評論所造成的影響必須被排除在外...嘲諷著作所帶來的影響最重要的不是它所帶來對於原作潛在市場的破壞或是對於原作市場的減縮--這部分都有可能因為其他方式的批評而產生--重點在於嘲諷著作是否完全取代了市場對於原作的需求。對於原作不利的評論本身就會壓抑市場對於原作的需求，然而卻不能與著作權侵權行為所帶來的財產利益的剝奪相提並論。因此嘲諷著作可以被認為是著作權侵權的情形應該只有在當嘲

¹⁴⁶ *Id.*, at 690.

¹⁴⁷ *Fisher v. Dees*, 794 F.2d at 437-38.

“In assessing the economic effect of the parody, the parody's critical impact must be excluded. Through its critical function, "a parody may quite legitimately aim at garroting the original, destroying it commercially as well as artistically." Copyright law is not designed to stifle critics... [T]he economic effect of a parody with which we are concerned [in assessing the fourth factor] is not its potential to destroy or diminish the market for the original-any bad review can have that effect-but rather whether it fulfills the demand for the original. Biting criticism suppresses demand; copyright infringement usurps it. Thus, infringement occurs when a parody supplants the original in markets the original is aimed at, or in which the original is, or has reasonable potential to become, commercially valuable.”



諷著作取代原作或是剝奪原作可能發展的市場，這時嘲諷著作才可以被認為是具有商業性利用的情形¹⁴⁸。」

簡言之，只有與原作位於同一個競爭市場，利用原作的「表達」，並且達到足以「取代」原作的市場地位時，才會被認為是著作權的侵權行為，而那些因為嘲諷、評論原作而使市場對於原作的的需求減縮的情形並不屬於著作權法所要保護的損失，因為這是市場自然的淘汰行為，我們必須要清楚的區分因著作權侵權所造成的剝削行為以及因批評而自然產生的淘汰行為之間的不同，不能一概而論，縱上所述，回歸到著作權法的立法目的，可以推論出，只有因著作權侵權行為所造成的利益損失才是著作權法所要保護的，除此之外，應該由市場的機制自然的運作，而不應由法律隨意介入。

(三)、合理使用的判斷上第四個要件是否為最重要的要件？

合理使用的第四個要件：其使用對該有著作權著作之潛在市場或價值之影響。簡言之，就是該使用行為對於原作是否產生取代性，然而如前所述，合理使用的四個要件都應該平衡判斷，不應偏重任何一個，否則合理使用的制度就無法順利的進行，但是自從在 *Harper & Row* 的案子中，法院表示合理使用的第四個要件「對於潛在市場的影響力或是現在市場的價值」為「毫無疑問的是單一且最重要的合理使用因素」¹⁴⁹，第四個要件至此開始受到後續其他法院在處理合理使用時最為看重的因素。

但實際上在 *Harper & Row* 的案子出現之前，法院在此之前依 1976 年的著作權法所下的判決並未有針對任一合理使用的檢視要件有偏重任一要件的情形出現，也沒有任何共識認為第四個要件是最重要的。實際上先前的案子法院甚至可以自由的選擇不去就第四個要件做評估。有些案子在判斷沒有對市場造成任何損害的時候拒絕使用合理使用，或是只就前三個要件做判斷。就法條本身也看不出來有任何跡象表示第四個要件為最重要的要件，而且這樣的看法也與國會當時將

¹⁴⁸ 並非完全直譯，已有加入筆者的整理以及重新詮釋。

¹⁴⁹ *Harper*, 471 U.S. 539, 105 S. Ct. 2218.

合理使用明文化的想法並不一致¹⁵⁰。

所以，法院在 *Harper & Row* 所建立起來的原則，已經造成合理使用的要件向第四個要件嚴重傾斜，因為合理使用存在的目的在於維護公共利益以及著作權人權利的平衡，但當法院建立起第四個要件是最重要的要件時，反而造成第四個要件成為判斷是否為合理使用的前提，等於法院已經預設立場認為財產利益比公共利益更加的重要，如此一來造成的問題除了擠壓到合理使用的其他三個要件外，還忽略了該被控侵權的著作所帶來的公共利益。

（四）合理使用的第四個要件判斷上不是全有全無

合理使用的第四個要件的市場取代性問題，應該如同一個光譜，光譜的兩端分別為完全取代市場以及未取代市場，並且依程度的不同來決定第四個要件在合理使用判斷上的影響力，因此若利用原作進行的重組著作所帶來對原則市場影響力大約為 20%，綜合判斷其所帶來的公益，縱使對原作有傷害，也不會因此而判斷不成立合理使用，但是若該影響力仍然維持是 20%，但卻未帶來任何公益，或是公益並不大，則在綜合其他三個要件後仍有可能會被認定非合理使用。

一個全有或全無的看法將會造成只要原告有可能發展該市場，則被告就必定會敗訴¹⁵¹。如同 Leval 法官指出：

「如果一個微小的財產傷害可以使第四個要件的判斷上有利於著作權人，則這第四個要件將永遠不可能有利於被告。而且如果我們將第四個要件視為是否為判斷合理使用的前提，並認為第四個要件「毫無合理的懷疑最最重要的因素」，則合理使用的功能會因此而喪失¹⁵²。」

¹⁵⁰ See *supra* note 136, at 693-97

¹⁵¹ See *supra* note 136, at 697-98

¹⁵² See Pierre N. Leval, *supra* note 43, at 1124-25

“[I]f an insubstantial loss of revenue turned the fourth factor in favor of the copyright holder, this factor would never weigh in favor of the secondary user. And if we then gave serious deference to the proposition that it is “undoubtedly the single most important element of fair use,” fair use would become defunct. the market impairment should not turn the fourth factor unless it is reasonably substantial.”



三、小結

美國法院對於合理使用的判斷上在明文化後也經歷一段曖昧不明的時期，有許多問題在明文化後反而更加嚴重並且法院在遇到合理使用的案件時反而容易截取先前代表性判決的文字來適用在事實背景可能不一樣的個案上，導致未能真正的個案認定(case-by-case)。

針對第一、第四個合理使用要件的判斷上，簡言之，都不是全有全無的絕對性答案，也沒有任何一個要件是比其他要件更重要的，綜合一切情況並就每個要件的比重平均分配，才能達到平衡利益的目的，並發揮合理使用的最大功能。

而以上所提到的問題也影響著重組著作是否能成立合理使用，並且因為重組著作的特殊性，在適用合理使用時便不宜與其他一般情形相提併論，例如因教育目的而使用原作的情形，以下第三項、美國判決的部分將會介紹到與重組著作有關的相關判決，並瞭解美國法院在此情形下又對於合理使用進行何種的調整。

第三項 美國判決

以下將提到六個美國判決，其都與重組著作有關，但個案的情形卻不一定能成立嘲諷著作(Parody)，也有可能與嘲諷著作無關，因為並非所有的著作都可以符合嘲諷著作的高標準，其他不符合嘲諷著作標準的著作，也有存在的空間。另一點要先說明的是，成立嘲諷著作並非就不用受合理使用的其他要件檢視，而是嘲諷著作在判斷是否為合理使用時會考量其著作本質的需求，而非嘲諷著作就可以直接認定為合理使用。

介紹這六個判決的重點在於觀察面對重組著作，美國法院是如何去推論該著作是否可以適用合理使用，這就有賴於法院如何建立起可以說服人心的推論，而不是空乏的指稱因為符合合理使用的哪一部分或是哪一部分不合而未見邏輯推論過程，在後面第三節討論到我國的部分，就可以看得出我國判決上的不足。



第一款 MCA, Inc, v. Wilson(1981)¹⁵³

MCA, Inc, v. Wilson 案，筆者認為本案的不同意見書價值比多數意見高因此在本文並不著重在該案的多數意見，因此以下將在簡單說明本案情況以及多數意見後，討論不同意見書的見解。

MCA, Inc, v. Wilson 案歷經兩審，其發生背景為，自 1974 年一月到 1976 年七月為止，被告將原告的歌曲 "Boogie Woogie Bugle Boy of Company B" 將原來的曲子不變，而改變其歌詞，寫成 "Cunnilingus Champion of Company C"，在劇院演出，而後被原告提起侵權訴訟。

法院多數見解認為被告的使用行為並非合理使用，其作品也非嘲諷著作 (Parody)或是滑稽作品(burlesque¹⁵⁴)。法院在本案中並未一一討論合理使用的各個要件，而以重點式討論，比較重要的是法院認為在使用的目的上，縱使有商業性利用，但仍要考慮該侵權行為的主要目的是為大眾利益或是個人的商業利益，可見並非只要是商業性利用就會被推定為非合理使用，只是在成立合理使用時較困難一點。再來則是未經著作權人同意而使用其著作而且取用相當多的情況下，通常不會被認為是合理的。¹⁵⁵另外法院最後認定被告敗訴的關鍵性原因為，法院認為兩個作品是處於同一市場競爭關係。

在判決中法院分別引用 *Berlin*¹⁵⁶案以及 *Elsmere*¹⁵⁷案。在 *Berlin*¹⁵⁸案的事實背景為一個擁有 25 首流行歌著作權人控告一個漫畫出版社，指控該漫畫出版社在其刊物上印刷一個嘲諷其作品的歌詞(Parody)，並認為該雜誌的讀者很有可能會因此

¹⁵³ *MCA, Inc, v. Wilson*, 677 F.2d 180, 211 U.S.P.Q. (BNA 577 (2d Cir. 1981)).

¹⁵⁴ 依朗文當代高級詞典第三版，指以演說、表演或寫作的方式來使原來嚴肅正經的事物變得可笑，或是意指美國舊時的滑稽歌舞雜劇(常包括脫衣舞)。

¹⁵⁵ See *Walt Disney Productions v. Air Pirates*, 581 F.2d 751, 756(9th Cir. 1978), cert. denied, 439 U.S. 1132, 99 S.Ct. 1054, 59 L.Ed.2d 94 (1979); *Universal City Studios, Inc. v. Sony Corp. of America*, 480 F.Supp. 429, 454 (C.D.Cal.1979).

¹⁵⁶ *Berlin v. E.C. Publ'ns, Inc.*, 329 F.2d at 545.

¹⁵⁷ *Elsmere Music, Inc. v. National Broadcasting Co.*, 482 F.Supp. at 747.

¹⁵⁸ *Berlin*,329 F.2d at 545.

用這樣的歌詞去唱他寫的歌，該案法官認為，「很清楚的這個嘲諷著作並沒有意圖或是產生任何影響原作的市場需求的可能，而且原作並未取用超出足以使觀者聯想起原作的程度。」而在類似的事實背景的 *Elsmere*¹⁵⁹案，法院也認為被告並沒有因改變了原作的歌詞而造成原作價值的減損或是影響市場對於原作的需求。

然本案法院最後認為因為原告與被告為在同一娛樂市場的競爭者，而本案兩者都是在舞台上演出、而且有出唱片，而且被告的行為已經影響了原作的市場利益。因此最後判決被告敗訴。

關於本案的不同意見書，Mansfield 法官認為被告的作品是合理使用，而且是一個很成功的具有性暗示意思的嘲諷作品(Parody)，並認為被告在利用原作的質與量只使用了足夠使聽眾聯想起原作的程度，進而使該新作產生一個嘲諷原作的效果，而且沒有任何的證據足以證明該嘲諷著作有實際上造成原作何等的損害，沒有任何證據可以認為有市場替代性的情形出現，實際上，兩者所滿足的市場需求是完全不同的，也就是如果喜歡原作的人是不可能接受被告所作的嘲諷版本的作品，所以認為根本不具有市場替代性。且依 *Elsmere*¹⁶⁰案所述「就算是取用過多原作的情形也是有可能成立合理使用，只要該嘲諷著作為了幽默的效果或是評論的目的而創造出新意，則縱使使用原作為大眾所知悉的部分也不影響成立合理使用的可能。」而這正是本案的情形，被告對於歌詞的改寫帶來了與原作幾乎是完全不同的改變，其中只有一句歌詞相同，而雖然音樂上相似，但是基本上這是一種樂曲的風格¹⁶¹，而這並不是受著作權所保護的，但卻成為本案主筆法官認為不成立合理使用的其中一個理由。


Mansfield 法官指出，Cooper 法官對於聯想測試(conjures up)以及本案事實有

¹⁵⁹ *Elsmere*, 482 F.Supp. at 747.

¹⁶⁰ *Elsmere Music, Inc. v. National Broadcasting Co.*, 623 F.2d 252, 253 n.1 (2d cir. 1980).

"Even more extensive use would still be fair use, provided the parody builds upon the original, using the original as a known element of modern culture and contributing something new for humorous effect or commentary."

¹⁶¹ *MCA, Inc. v. Wilson*, 677 F.2d 180, 211 U.S.P.Q. (BNA 577 (2d Cir. 1981), at 188, "Moreover, much of the similarity in the music of the two tunes is attributable to the "tom-tom" passages in the Andrews Sisters and Midler recordings, as well as in the defendants' work, which were never copyrighted but were used by Judge Cooper as the basis for his findings."



所誤解，使用與原作有部分相同的歌詞或是樂曲並不代表就一定是取用太多，實際上這正是聯想測試法(conjures up)的本質，藉由取用相同的部分來達到聯想的目的，而如同先前法院在 *Berlin* 的看法「被告經由使用原作的歌詞進入他的嘲諷作品以達到使聽者聯想到原作的目的，而這正是該作品藉由利用與原作不一致的歌詞以達到幽默感所必須¹⁶²。」本案被告只取用了一句與原作相同的歌詞，而其他則是藉由針對歌詞玩文字遊戲來達到嘲諷目的，而這正是聯想測試(conjures up)在合理使用下所允許的。

是否有產生市場替代性？原告主張由於被告的音樂也與其在同一個通路上傳播，因此造成原作的市場減縮，Mansfield 法官認為這個主張是極有瑕疵的，因為重點不在於兩者使用的是不是同一種傳播工具，而是被告所做的作品是不是有能力足以取代原作，但很明顯的，兩者所提供的是完全不一樣的需求，而消費者不可能購買其中一個去取代另一個。所以 Mansfield 法官認為兩者的市場是截然不同的，所以不認為主筆法官認為兩者處於競爭關係是對的前提。

另外，就算被告的作品帶有色情、粗鄙的性暗示意味，也不代表就不能成立嘲諷著作，更何況品味的好壞並不是法院所該決定的。更重要的是，允許嘲諷著作的存在，不論該作品的好壞，都是該嘲諷著作的作者應受大眾評分的，正如公眾人物就應忍受大眾的批評是一樣的。

判決評析：

第一點，以兩者的通路相同即認為是同一市場的競爭者確實不妥，因為每一個產品所能滿足的消費者並不相同，也就是每一個產品都有其個別的市場，除非該作品就是抄襲原作，則此時才可以認為是屬於同一個市場內的競爭對手，另一

¹⁶² *Berlin*, 329 F.2d " While Brief phrases of the original lyrics were occasionally injected into the parodies, this practice would seem necessary if the defendants' efforts were to 'recall or conjure up' the originals; the humorous effect achieved when a familiar line is interposed in a totally incongruous setting, traditionally a tool of parodists, scarcely amounts to a 'substantial' taking, if that standard is not to be woodenly applied."

方面，正如 Mansfield 法官所說，喜歡原作的人根本不可能去接受以被告充滿情色意味的作品為替代品。

第二點，風格或是藝術的類型(genre)並不是著作權法所要保護的標的

所謂的風格是指綜合該時代的特點所呈現出來的格調與氣氛，以及能夠展現出該時代特有的獨特性、作者的個性，特別是指藝術、文學、一個流派的特點、一個氛圍。風格是一種抽象的氣氛，因此可以藉由不同的表現方式來呈現該風格特有的特色，以著作權法的角度來看，比起著作權法所保護的「表達」反倒較接近著作權法所不保護的「思想」。藝術的類型(genre)也是如此，例如藝術可以分為印象畫派、野獸派、抽象畫派等，音樂可以分為流行音樂、鄉村音樂、古典音樂等，雖然是同一個類型，但是卻有多種不同的呈現方式，自然也應屬於不受著作權保護的「思想」。

若認為風格或是藝術的類型(genre)可以由著作權人所獨占，將會造成極為荒謬的結果，文化的發展一定會受限，造成「思想」的獨占，縱使不用回歸著作權法的存在目的，也可以知道這是不合理的推論，但本判決卻在此認為因為被告已經先製作了 tom-tom 版本的音樂，因此原告製作 tom-tom 版本的權益就會因此受損，但 tom-tom 是不受著作權保護的，因此多數意見針對此點的看法是錯誤的。

第三點，該利用原作的作品先不論是否可以認為是嘲諷著作(Parody)¹⁶³，在判斷有無市場替代的情形出現，不應只單憑原告「可能」的推測，大概的預估可能造成多少損害來建構到底原作有無受到傷害，應該要有具體的證據。

對於潛在市場傷害的具體證據要求的確有助於確定是否真有傷害存在而不是原告信口開河，同時也有助於法院判斷究竟損害額有多少以判斷賠償金額，至於原告對於潛在市場的存在的主張，本文認為如同美國學者所述¹⁶⁴，至少要主張到除了著作權人目前已經在開發中的市場外，也包含著作權人在未來確實可能有興趣進行的利用。如果著作權人被要求必須證明其利益確實已經存在，則許多潛在

¹⁶³ 在本案多數意見不認為可以成立嘲諷著作(Parody)。

¹⁶⁴ William F. Patry and Shira Prelutner, *See supra* not 136., at 688-690

的收益就會藉由這樣的判斷方式被排出在外，也比較能夠符合現實情況。

第四點，著作的社會價值

Mansfield 法官認為，一個利用他人的作品進行創作的作品就算成品顯的很低俗或是色情也不影響其是否可以成立合理使用，因為一個作品的好壞應該是由社會整體來評價，這並不是法官的職責所在。正如同我國先前曾經就色情著作是否應受著作權法保護產生爭議，但學者認為一個著作就算是色情著作也不會影響其受著作權法保護的權益。

MCA, Inc. v. Wilson 案的判決時間比以下的 *Campbell* 案來得早，雖然事實背景同為改作他人的歌曲，但是經過十餘年的改變，法院在 *Campbell* 案展現出與 *MCA, Inc. v. Wilson* 的判決有所不同的觀點，並確立起轉化性(transformative)以及聯想測試法(conjure up)的原則，對於後來的法院在判斷重組著作的作品時有很大的影響力，以下將詳細說明之。

第二款 *Campbell v. Acuff-Rose (1994)*¹⁶⁵

Campbell 案可說是為美國著作權法在合理使用的判決發展中奠基了一個新的里程碑，為後續關於在判斷合理使用(不論是否能涉及嘲諷著作)的案件中提供了一個有力的原則，並為後來的法院所延用。

Campbell 案歷經三審，其案件事實為 2 Live Crew 將 Acuff-Rose's 所有的 "Oh, Pretty Woman." 取用該首曲子中具有辨識性的前奏以及將歌詞改寫，再寫成 "Pretty Woman," 並收錄在 2 Live Crew 的專輯內發行，因而受到 Acuff-Rose's 對其提告主張 2 Live Crew 使用原曲的部分樂曲以及將歌詞改寫的充滿色情意涵扭曲原作，認為 2 Live Crew 侵害其著作權。美國法院認為 2 Live Crew 的作品是針對原作所進

¹⁶⁵ *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 114 S.Ct. 1164, 127 L.Ed. 2d 500, 22 Media L. rep.(BNA) 1353, 29 U.S.P.Q. (BNA) 1961 (1994).

另外要注意的是，本案之所以在美國著作權法如此重要是因為其被允許(certiorari)上訴至聯邦最高法院，聯邦最高法院的判決對於下級法院在形成法律原則以及就個案的判斷有重要的影響力，且自從聯邦最高法院受理本案後，就尚未有更重要的合理使用著作權案子進入聯邦最高法院，因此本案聯邦最高法院的看法不容小覷。

行的詼諧仿作，也就是嘲諷著作(Parody)，並認為 2 Live Crew 的歌詞具有反轉原作的無趣、平凡，再綜合考量合理使用的其它要件認為該改寫後的歌曲屬於合理使用，此判決在經歷美國地方法院、聯邦第六巡迴上訴法院、美國最高法院，其在判決中再度確認先前判決所樹立起的「轉化性」(transformative)以及「聯想」法則(conjure up)判斷標準對於後來以嘲諷著作(Parody)為抗告理由的案例有相當大的影響力。

1964年 Roy Orbison 和 William Dees 合寫了一首叫" Oh, Pretty Woman." 的流行歌曲，而且讓渡給 Acuff-Rose's Music, Inc.，而 Acuff-Rose's 為該首歌進行著作權登記，而在 1989年 2 Live Crew 將該首歌改寫並名為"Pretty Woman,"。而後 2 Live Crew 在發行該首" Oh, Pretty Woman."前曾詢問 Acuff-Rose's 是否願意授權，並表示願意付出授權金，但收到拒絕的回應，而後 Acuff-Rose's 以此事實主張 2 Live Crew 是惡意(bad faith)，認為非合理使用。

此案在地方法院¹⁶⁶認為是嘲諷著作(Parody)，而下對於被告 2 Live Crew 有利的判決，其理由為，商業性行為並不影響合理使用的成立，而且 2 Live Crew 的版本可認為是嘲諷著作(Parody)是因為法院認為 2 Live Crew「將原本可預測的歌詞改為令人吃驚的版本」並「凸顯出了原作的平凡無奇」，認為 2 Live Crew 取用原作的程度並未超出足以喚起聽者「聯想」(conjure up)原作的必要範圍¹⁶⁷。而後上訴，上訴法院也同意這是一個嘲諷著作(Parody)，但法院認為因為 2 Live Crew 的作品有商業性使用，而依 Sony¹⁶⁸案的見解「只要有商業性使用，就應推定為非合理使用¹⁶⁹」，並認為 2 Live Crew 取用原作的核心，並且取用太多¹⁷⁰，最後關於第四個要件市場替代性的判斷，法院認為 2 Live Crew 影響了原作的潛在市場以及該衍生

¹⁶⁶ The United States District Court for the Middle District of Tennessee, Thomas A. Wiseman, Jr., J., 754 F. Supp. 1150, granted summary judgment for rap group.

¹⁶⁷ *Campbell*., 510 U.S. 569, 114 S.Ct. 1164, 127 L.Ed. 2d 500, at 572-73

¹⁶⁸ *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S.417 (1984)

¹⁶⁹ *Id.*, 464 U.S. 417,451, 104 S.Ct. 774, 792, 78 L.Ed.2d 574,

that "every commercial use of copyrighted material is presumptively...unfair..."

¹⁷⁰ *Campbell*, 510 U.S., n.15, 114 S.Ct. 1164., "taking the heart of the original and making it the heart of a new work,"



著作的市場¹⁷¹，故 The Court of Appeals 將其撤銷發回。

而後本案上訴至 Supreme Court of the United States，可整理出以下判決重點：

1. 合理使用四個要件應綜合判斷

合理使用的規定是自歷年判決中逐漸形成，但明文化並不代表它是一個僵直的規定，而是仍應適用普通法在判決中所形成的規則，否則明文化的結果只會使創作因此而窒息。且這四個因素都不能被個別獨自判斷，而是每一個因素都要納入考量並最後綜合的判斷。

2. 合理使用的第一個要件:使用的目的與性質，應該考量是否具有轉化性 (transformative)

法院引用 Story 法官在 *Folsom v. Marsh*¹⁷² 案中所說，「重點在於這個新作品是否取代了原作(的市場)或者是增加新的面貌，並且以與原作不同的目的，改變了原作而呈現新的表達方式、涵義、或訊息，也就是這個新作的轉化 (transformative) 程度有多高」，而著作權的目的--為鼓勵科學與藝術的創作--會因為這個轉化性的標準而更有助益，同時這些具有轉化性的作品正是合理使用所欲保護的核心目標，而且也正是合理使用存在的目的--給予創作者呼吸的空間¹⁷³，所以當該新作的轉化程度越高的時候，其它因素的考量，例如商業性利用行為，就可以淡化¹⁷⁴。

3. 嘲諷著作(Parody)必須至少有一部分是針對原作所為的批評，而且法院並不宜評價該嘲諷著作(Parody)的社會價值

法院對於嘲諷著作(Parody¹⁷⁵)的解釋是依照 Modern dictionaries 的定義

「文學或藝術作品藉由模仿其他作者或是其風格來達到其幽默、荒謬的目的

¹⁷¹ *Id.*

¹⁷² *Folsom v. Marsh*, 9F. Cas. 342(C.C.D. Mass. 1841).

¹⁷³ *See Sony*. 464 U.S. 417,451, 104 S.Ct. 774, 792, 78 L.Ed.2d 574.

¹⁷⁴ *Id.* at 579.

¹⁷⁵ 與 parody 相似的詞 satire，在本判決在引註中依 Oxford English Dictionary 的定義" in which prevalent follies or vices are assailed with ridicule,"或依 American Heritage Dictionary, "attacked through irony, derision, or wit,"，簡言之，satire 並不一定需要針對原作進行嘲諷。

¹⁷⁶」、「藉由模仿原作的風格並進而反轉原作的意思來使原作看起來可笑、荒謬¹⁷⁷」，就這個定義以及著作權法的目的看來，嘲諷著作(Parody)是以模仿原作以及風格或反轉原作的意象來達到使原作看起來荒謬、可笑，並且必須至少有一部分是針對原作所為的批評¹⁷⁸。法院並指出就算一個新作被認定是嘲諷著作(Parody)也不代表就一定成立合理使用，只是有可能成立合理使用，仍需經過四個要件的檢視才能判斷是否為合理使用。

法院認為嘲諷著作(Parody)和諷刺著作(Satire)的區別在於，嘲諷著作(Parody)必須藉由使用原作才能達到其著作的目的，但是諷刺著作(Satire)本身並不需要利用他人的著作就可以達到諷刺的目的(且不論該諷刺對象是否是針對原作)¹⁷⁹。

另外一點，嘲諷著作(Parody)的程度好壞以及品味則並不是決定合理使用與否所要考量的因素¹⁸⁰。如果法院可以決定一個作品的好壞，則將會使大眾陷入不懂得獨立思考的危險之中¹⁸¹。

4. The Court of Appeals 對於 2 Live Crew 商業性的使用行為立即推定不成立嘲諷著作(Parody)太過於速斷

Supreme Court 認為 The Court of Appeals 在本案引用 *Sony* 案的標準是錯誤的判斷，因本案的情形與 *Sony* 案的背景並不相同，所以不應適用同樣的標準，法院認為商業性利用與否只是合理使用要考量的其中一個因素，更何況如果將商業性利用當作考量其使用的目的的唯——個依據，則將會壓縮著作權法

¹⁷⁶ *Campbell*, 510 U.S. at 580-81, n.15, 114 S.Ct. 1164 " literary or artistic work that imitates the characteristic style of an author or a work for comic effect or ridicule,"

¹⁷⁷ *Id.*, at 580, "composition in prose or verse in which the characteristic turns of thought and phrase in an author or class of authors are imitated in such a way as to make them appear ridiculous."

¹⁷⁸ *Id.* at 580, See, e.g., *Fisher v. Dees*, supra, at 437; *MCA, Inc. v. Wilson*, 677 F.2d 180, 185 (CA2 1981).

¹⁷⁹ *Campbell*, 510 U.S. at 580-81, n.15, 114 S.Ct. 1164, "Parody needs to mimic an original to make its point, and so has some claim to use the creation of its victim's (or collective victims') imagination, whereas satire can stand on its own two feet and so requires justification for the very act of borrowing."

¹⁸⁰ *Id.* at 582-83.

¹⁸¹ *Id.* "[i]t would be a dangerous undertaking for persons trained only to the law to constitute themselves final judges of the worth of [a work], outside of the narrowest and most obvious limits.



第 107 條內其他例示合理使用情形的空間，The Court of Appeals 斷然取用 Sony 案中的一句話就認定本案非合理使用是不妥的。

5. 由於嘲諷著作(Parody)本身的特殊性，使合理使用的第二個要件在判斷時較不重要

若該利用原作的部分越靠近原作受著作權法保護核心(也就是著作權法保護的「表達」)，就會越難成立合理使用¹⁸²，但在本案中，第二個要件對於判斷是否是嘲諷著作(Parody)的作用並不大，因為嘲諷著作(Parody)最大的重點就是要模仿原作的「表達」方式，而且是必須模仿原作的表達才能達到嘲諷原作的目的，所以這個要件對於在判斷是否為嘲諷著作(Parody)的貢獻並不大。

6. 合理使用的第三個要件：使用的質與量，必須應因嘲諷著作的特殊性而使用聯想測試法(conjure up)

所謂聯想測試法(conjure up)，指的是，因為嘲諷著作的特殊性質，故在判斷使用的質與量時不能如同其他一般著作侵權的情形以相同的標準來判斷。法院表示當嘲諷著作的目標在於特定的原作時，嘲諷著作所使用的量必須足夠到能使觀者聯想起(conjure up)原作以達到評論原作的目的¹⁸³。法院並指出，通常最足為大眾熟悉的部分通常是原作最具有獨特性或是最為人所記憶的部分，而這也是嘲諷者在模仿這具有特殊性的部分時最能確保觀者能因此對原作產生聯想的部分。

由於 The Court of Appeals 在判斷第三個要件時表示，2 Live Crew 使用了原作的核心部分(heart) -- 一開始的前奏以及第一行歌詞，因此認為取用過多，但 Supreme Court 認為，正是那些核心部分(heart)才足以確保聽者能聯想到

¹⁸²" This factor calls for recognition that some works are closer to the core of intended copyright protection than others, with the consequence that fair use is more difficult to establish when the former works are copied. *Id.* at 586.

¹⁸³ "When parody takes aim at a particular original work, the parody must be able to "conjure up" at least enough of that original to make the object of its critical wit recognizable." *Id.* at 588.

(conjures up)原作，進而達到嘲諷原作的目的，且當重製的目的是為了表現嘲諷(parodic purpose)，則就算是取用原作的核心部分也不會認為是過度取用，法院並指出，如果 2 Live Crew 所使用的部分是較不重要或較不為人所記憶的部分，那就無法達到其嘲諷的目的了¹⁸⁴。

Supreme Court 認為 2 Live Crew 的創作並不是逐字地(verbatim)複製，而是具有創意的。由此可知，法院似乎是認為若創意程度(或轉化程度)不足，且微不足道的，將會被認為只是單純的重製，而在此就無法通過第三個要件的檢驗，即會被認為是過度取用原作。

7. 第四要件，利用結果與原作潛在市場以及現在價值的影響，法院必須明確區分該行為是著作權法的侵權行為或是因評論原作所引起市場自然的淘汰結果

Supreme Court 表示，他們並不是認為嘲諷著作完全不會傷害到市場，而是嘲諷著作雖然有可能會使大眾對於原作的的需求減少，但這樣的傷害卻不是著作權法所要處理的問題，法院的角色是去區分何為真正的著作權侵權行為以及何者是評論，Supreme Court 引用 Fisher v. Dees 案中的說法「具有殺傷性的評論或許會壓抑原作的生存空間，但是相較之下，著作權的侵權行為則是完全的剝奪原作的生存空間¹⁸⁵。」從 Supreme Court 的決定中，似乎可以認為法院的想法是基於保護言論自由，所以衍生著作的市場若因被評論而產生損害，這並不是著作權法所要處理的問題¹⁸⁶。

8. 將原作的風格加以改變進行新的創作，並不會因此使原作不能再度做出相同風格的作品，因為就算是同一個風格的曲子，卻不一定有相同的詮釋或表現方式，因此原作在該特定風格的潛在市場利益並不會因為被告先創作該特

¹⁸⁴ *Id.* at 588-89.

¹⁸⁵ "[b]iting criticism [that merely] suppresses demand [and] copyright infringement[,which] usurps it." *Fisher v. Dees*, 794 F.2d, at 438.

¹⁸⁶ "This distinction between potentially remediable displacement and irremediable disparagement is reflected in the rule that there is no protectable derivative market for criticism." *Id.* at 592.

定風格的著作而喪失利益或受到傷害。

Supreme Court 最後將本案撤銷發回。



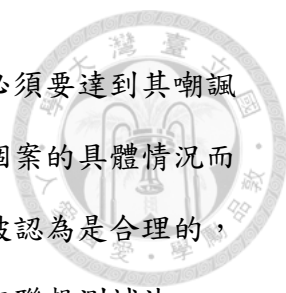
判決評析:

第一點、本案判決最重要的貢獻在於推翻或可說是確立關於合理使用第一要件: 利用的目的與性質, 不再單就是否為商業性利用來判斷可否構成合理使用, 而是將重點著重在於該利用他人著作所作成的新作是否具有「轉化性」(transformative), 而這個觀點更有助於促進文化發展以及更能貼切的反應著作權法的設立目的以及合理使用的核心價值, 並且看的出法院有考慮到嘲諷著作的本質。本案對於「轉化性」(transformative)的定義即為, 「重點在於這個新作品是否取代了原作(的市場)或者是增加新的面貌, 並且以與原作不同的目的, 改變了原作而呈現新的表達、涵義、或訊息。」並強調當轉化程度越高, 則其他因素, 例如商業性使用的因素就可以較為淡化其影響力。

第二點、何謂嘲諷著作(Parody)? 綜合本案法院見解, 應指為達到對於原作評論、批評的目的, 而利用原作進行創作、模仿原作, 進而使原作產生荒謬、可笑的效果。而與嘲諷著作(Parody)意思相近的諷刺著作(Satire)則是諷刺的目標不在於原作, 原作只是一種媒介, 故若被法院認為是諷刺著作(Satire)就沒有必要利用原作的表達來達到其目的。

第三點、當該新作借用原作只是為了獲得注意或是為減少自己付出勞力創新, 而不是針對原作進行批評, 則該情形就難以說是合理的借用原作, 而且在此情形下, 其他因素的考量就會加重, 例如商業性使用因素就會被加重考量。

第四點、法院考量到本案被告著作是嘲諷著作(Parody), 故在合理使用的第三點: 使用的質與量, 採聯想測試法(conjure up), 也就是基於嘲諷著作(Parody)的目的在於使觀者察覺到該作品並非單一來源對原作產生聯想, 所以必定會使用原作, 問題在於使用多少才是合理的, 法院認為, 如果被告利用的量不足以喚醒



觀者的聯想，則就無法達到其目的，所以被告利用原作的程度必須要達到其嘲諷原作的足夠份量，才能達到其目的。當然這種定義將會因不同個案的具體情況而有所不同，所以有可能產生被告使用原告大量且核心的部分仍被認為是合理的，但也有可能有只利用一點點就被認為已超出合理使用的範圍，但聯想測試法 (conjure up) 的確能較有彈性地幫助法院為個案量身定作，但缺點也是使訴訟當事人無法明確的預測判決究竟是否對己有利。

第五點、對原作的潛在市場影響力以及現在價值。關於第四點的判斷上，美國法院長久以來認為這是最重要的一點，原因或許是因為著作權法為了獎勵創作者，而給予經濟利益的回饋，故有必要確保著作權人能得到與其努力相當的報酬。但這並不是說前三個要件就不重要，只是法院通常在判斷這一點有時會扮演最關鍵的因素。在本案法院明確的表示原被告的作品並不是在同一個競爭市場，法院引出 Fisher v. Dees 案中的說法「具有殺傷性的評論或許會壓抑原作的生存空間，但是相較之下，著作權的侵權行為則是完全的剝奪原作的生存空間¹⁸⁷。」也就是為評論所利用原作的情形與因重製而侵害原作的市場的情形是不同的，重製而侵權的情形是用人利用他人的努力而獲取不屬於自己的利益，但是在評論的情形下或許原作的市場會因評論而減少需求，但這也是原作必須承擔的風險，或可說是一種社會文化的自然現象，沒有人可以藉由著作權法的保護去逃避批評或是使他人噤聲。另一方面，這也凸顯一點，也就是基本上原作者是不可能去發展或是授權他人對自己的作品進行嘲諷著作的創作的，也就是這個市場對於原作者而言是不太可能去發展的，所以就算利用人曾經向原作請求授權也不會影響法院判斷利用人可以成立合理使用，同時法院這樣的見解也可以看出想要保護大眾可以自由評論他人作品的言論自由。

¹⁸⁷ "[b]iting criticism [that merely] suppresses demand [and] copyright infringement[,which] usurps it." *Fisher v. Dees*, 794 F.2d, at 438.



第三款 Art Rogers v. Jeff Koons(1992)¹⁸⁸

本款以下至第五款，都是與現代挪用藝術家傑夫·昆斯(Jeff Koons, 1955-)有關的三起訴訟，由於傑夫·昆斯的創作大多以反轉他人的作品為大宗，也是他最常創作的類型，特別是利用他人著作中的元素再度拼湊給予不同的意義或是改變原作所展出來的意象或是呈現方式，所以常引起著作權人提告，由於傑夫·昆斯的作品核心架構基本上都是以挪用藝術的方式呈現，因此連續三個挪用藝術的判決可以看的出美國對此類的重組著作隨時間的改變有產生何種變化，相當值得我國做為借鏡。

Art Rogers v. Jeff Koons 經過兩審，分別為紐約地方法院¹⁸⁹以及第二巡迴上訴法院，最後法院維持一審判決，Koons 敗訴確定。本案起因為 Koons 未經 Rogers 的同意，就自行將 Rogers 的攝影著作小狗(*Puppies*)作為其雕像藍圖，創作出名為一串小狗(*String of Puppies*)的雕像，在公開展覽後被 Roger 指控侵害其著作權。

本案事實背景為，Koons 於觀光景點買到以 Rogers 的攝影著作小狗(*Puppies*)為主題的明信片，原先 Rogers 的作品是黑白照，以尋常農家的一對夫妻微笑地坐在長椅上並雙手環抱著八隻小狗為主題。而 Koons 將該作品由 2D 轉為 3D 作品，由平面照片轉成雕像，並更改部分細節。如 Koons 將其塗上鮮明的色彩，並將小狗塗上藍色，在小狗鼻孔部分故意以燈炮代替，在女孩的耳朵部分加上花朵稍作更改，但整體上與照片並無差異。作品完成後在名為“Banality Show.”的展覽售票展出，而後售出。

本案對於 Koons 最不利的事實是，在 Koons 的製作筆記中，Koons 強調這個作品必須忠實的呈現這張照片的內容，正如他一再的對 artisans 表示，「這件作品必須就像照片一樣，在照片裡的任何特色都必須被呈現出來」、「這些小狗們的毛

¹⁸⁸ *Art Rogers v. Koons*, 960 F.2d. 301(1992).

¹⁸⁹ The United States District Court for the Southern District of NY, 751 F.Supp.474, as amended on reargument, 777 F.Supp.

髮必須很細緻，就像照片一樣!」、「維持那個男人在這個照片中的角度」、「保留那個女人大大的微笑」、「雕像必須非常非常的寫實」，在上色的部分，「小狗要塗成藍色，光影變化要和照片中的一樣，上色要非常真實如同照片一樣，但是是藍色的」、「男人的頭髮，要用白色和灰色的，就像該黑白照片中的光影變化」¹⁹⁰。這點在判斷合理使用第三要件的實質相似性部分對於 Koons 非常不利。

Koons 主張 Rogers 的作品並不具原創性，不受著作權保護。Koons 主張利用尋常可見的事物來進行評論是一個藝術的傳統，但這個主張並未被接受，其另一個主張為其雕像作品並非沒有新意，並且應屬合理使用。

聯邦第二巡迴上訴法院的判決重點整理如下，本案沒有不同意見書：

1. 一個作品的整體雖然受到著作權保護卻不代表該作品中的每一個元素都受到保護，只有那些具有最低程度原創性的部分才受到保護¹⁹¹。
2. 雖然 Koons 主張 Rogers 的作品並不具有原創性，但是 Rogers 的作品之所以受到著作權的保護並不是因為這八隻小狗和一對夫婦坐在長椅上的構想(思想)被保護，而是 Rogers 就這個構想所「表達」的方式被保護，正是那些場景的設計、特定的燈光以及對物件的表現方式，使這張照片具有魅力而且獨特，讓這張照片具有原創性而可受著作權保護¹⁹²。

3. 合理使用的第一個要件：使用的目的與性質

法院再度強調是否為商業性利用的區別重點並不在於其使用動機是否單純為獲得利益，而是是否為了避免付出一定的授權金而利用。若是為了避免付出授權金則將會被認為是商業性利用，而商業性利用依 Sony¹⁹³案的判斷是會被推定為非合理使用的，由於 Koons 的獲益來自於其故意使用 Rogers 的作品

¹⁹⁰ *Art Rogers v. Koons*, 960 F.2d. 301(1992), at 305.

¹⁹¹ *Art Rogers v. Koons*, 960 F.2d. 301(1992).

“Thus, that a whole work is copyrighted does not mean that every element of it is copyrighted; copyright protection extends only to those components of the work that are original to the creator....But the quantity of originality that need be shown is modest-only a dash of it will do.”

¹⁹² *Id.* at 308.

¹⁹³ *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 449, 104 S.Ct. 774, 792, 78 L.Ed.2d 574 (1984).

(而經 Rogers 的同意)，這個事實將不利於 Koons¹⁹⁴。因此法院將考慮 Koons 所主張其是在進行社會評論(Social comment)的主張有無理由。

法院接著檢視 Koons 的作品可否成立嘲諷著作(Parody)或是諷刺著作(Satire)，嘲諷著作或是諷刺著作，指的是藝術家為了漫畫的效果或評論社會的目的，故意模仿其他藝術家的風格(style)，而因此創造出新的藝術作品，並使原作產生荒謬、可笑的意象的印象的呈現方式。在歷年的判決中，嘲諷著作或是諷刺著作被認為是一種評論的方式，而且是被鼓勵的，因為此種評論方式有助於著作權的設立目的，也就是創造性¹⁹⁵。

但在判斷是否為嘲諷著作的時候，更要考量"String of Puppies"的評論目標是不是這張照片"Puppies."的本身。但 Koons 主張他的雕像作品是為了對大眾乃至於整個社會進行嘲諷或諷刺¹⁹⁶。

第二巡迴上訴法院同意地方法院認為 Koons 的作品不是嘲諷著作的看法。巡迴上訴法院在歷年判決中建立起一個規則(rule)，也就是諷刺著作(Satire)所諷刺的對象並不需要只針對被利用的作品本身，但是嘲諷著作(Parody)卻必須要是針對原作所為的嘲諷，而且至少是嘲諷目的一部分，否則就沒有必要去使用原作來使他人聯想起原作¹⁹⁷。


第二巡迴上訴法院認為這是一個非常重要的規則(rule)，否則對於利用他人的作品來進行評論的這種情形，法院將沒有任何標準去判斷利用他人著作可以利用到什麼程度。如果一個對著作權侵權的行為可以由利用人主張是為了更高的藝術價值或是創新的藝術目的而使用他人的著作(而大眾甚至不一定知道或看過原作的情況下)，這將使合理使用的抗辯將無上限。所以 Koons 主張他是基於藝術的傳統而利用原作去評論大眾文化的主張並不能被接受。除了要求

¹⁹⁴ *Art Rogers v. Koons*, 960 F.2d. 301(1992), at 309.

¹⁹⁵ *Art Rogers v. Koons*, 960 F.2d. 301(1992), at 310, *See Warner Bros., Inc. v. American Broadcasting Cos., Inc.*, 720 F.2d 231, 242 (2d Cir. 1983).

¹⁹⁶ *Art Rogers v. Koons*, 960 F.2d. 301(1992) at 309.

¹⁹⁷ *See MCA, Inc. v. Wilson*, 677 F.2d at 185; 3 Nimmer, § 13.05 [C] n. 60.9.



嘲諷著作所嘲諷的對象必須是被利用的作品本身之外，法院也堅持(merely insist)嘲諷作品必須使觀眾能意識到它是一個利用他人作品而形成的嘲諷著作，並非來自於單一的創作家而形成的作品，而這個察覺可能是來自於被利用的作品本身的知名度。這個案件(最大)的問題在於縱使認為“String of Puppies”是一個諷刺(satirical)現在這個物質主義至上的社會，但幾乎很難從這個作品裡察覺到任何有針對原作"Puppies"的進行嘲諷(parody)的意味。法院最後以 Koons 是基於惡意(bad faith)，且主要是為了獲益(profit-making motives)，另外就是無法被認為有任何對原作嘲諷的意思而認為合理使用的第一個要素不利於被告。

4. 合理使用第二個要件：該有著作權著作之性質

著作中的事實並不受著作權法保護，但 Rogers 的作品是具有創意的，所以第二個要素也是不利於被告主張合理使用。

5. 合理使用第三個要件：就有著作權著作之全體衡量，被使用部份之質與量

在判斷一個作品的實質相似性有多高的時候，其標準並不是只基於使用的量是全部或是一部分，有時候總是利用他人著作的全部也可能是被允許的，有時只拿一小部分也會被認為不合理，重點是原作的核心價值被使用了多少。

實質相似性(Substantial likelihood)的判斷並不需要達到逐字的比對每一個細節，而是由一般人的角度去觀察、判斷，「任何一個一般的觀察者都可以認得出來被控侵權的作品的確有盜用原作。¹⁹⁸」因此雖然 Koons 主張法院未受到藝術的教育並無法擔任判斷是否具有實質相似性的主張是無理由的，不論是不是法官，任何合理理性之人，不需要任何特別的技巧就可以判斷是否有實質相似性的存在。

本案原作 Rogers 作品的核心(essence)幾乎是完全(*in toto*)被複製，就算 Koons 的作品可以被認為是嘲諷著作，他所取用的部分也超出嘲諷著作本身可

¹⁹⁸ *Id.*, "whether an average lay observer would recognize the alleged copy as having been appropriated from the copyrighted work." at 307.

以取用的範圍了！法院甚至表明，被告 Koons 雖然主張他是乘著 Parody 的旗幟在進行創作，但實際上他所舉的旗幟是海盜旗(the flag of piracy)¹⁹⁹。

法院最後認為因為 Koons 取用過多原作而認為第三要素也不利於 Koons。

6. 合理使用第四個要件：其使用對該有著作權著作之潛在市場或價值之影響。

第二巡迴上訴法院延續先前法院的判決²⁰⁰，認為第四個要件是最重要的要件。在判斷上必須要衡量這個利用的行為所帶來的公益與私益之間的影響，該利用結果對於原作所產生的不利的影響越小，則在考量對於大眾有利與否的部分就可以淡化商業性利用要件的考量²⁰¹。另外當沒有證據可以證明該利用行為影響著作權人的潛在市場時，就沒有必要禁止利用人去進行創作，然而如果是故意為了獲利而利用原作，則(某程度上)原告在未來可能受到的傷害是被推定的。

第四個要素的證明上，原告只需證明被告已經「散佈」達到足以影響原作的潛在市場即已足。法院也闡述，之所以認為第四個要素是判斷合理使用的最重要要素是因為未經他人同意而取用他人的原作將造成原創市場的破壞以及也會動搖創作人對於其創作能獲得著作權法的保護的信心。而這樣的行為不但傷害原作的市場也包含了衍生著作(derivative works)的市場。而 Koons 的行為也影響到 Rogers 原本可能可以授權給其他藝術家將他的照片作成雕像的市場。同樣的，Koons 也可以銷售"*String of Puppies*,"的照片，如此一來又會擠壓到 Rogers 銷售"*Puppies*"的明信片市場。

最後法院認為 Koons 的主張無理由，維持下級審的判決，Koons 敗訴。

¹⁹⁹ *Id.*, at 311.

²⁰⁰ The Supreme Court in *Stewart*, 495 U.S. 207, 110 S.Ct. 1750, 109 L.Ed.2d 184, stated that the fourth factor" is 'the most important, and indeed, central fair use factor.'" *Id.* at 238, 110 S.Ct. at 1769 (quoting 3 Nimmer § 13.05 [A]); see also *Harper & Row*, 471 U.S. at 566, 105 S.Ct. at 2233.

²⁰¹ *Art Rogers v. Koons*, 960 F.2d. 301(1992), at 311-12.




判決評析：

本件判決並無不同意見書，但是實際上有許多值得提出討論的地方，首先，針對合理使用第一點所進行的討論，法院仍然過份偏重商業性使用的因素，另外正如先前於本章第一節第二項第一款合理使用判斷的僵化問題，雖然法院就商業性利用的情形改以行為人是否是為「避免付出授權金」的方式來處理，但是實際上如果可以被認定是合理使用，本來就不用著作權人的同意也不用付出授權金，所以以是否「避免付出授權金」做為檢視合理使用的第一個要件反而有自行矛盾而且易落入循環論證的情形，另外，Koons 的作品雖然的確有售票展覽以及之後出售予他人的行為，但此種財產利益與專為商業目的而使用他人的作品的情形有所不同，是否可認為是商業性行為仍有待保留。

第二點，法院認為嘲諷著作(Parody)至少必須要針對原作進行嘲諷才能成立嘲諷著作，否則合理使用的抗辯為無上限，但是筆者認為，如先前判決所指出，不論是否成立嘲諷著作，仍然要經過合理使用的檢視，也就是除了合理使用的第一個要件外還有其他三個要件加以把關，除非法院過份的偏重第一個要件，否則應該不會因為被告主張自己的作品是嘲諷著作就會使整個合理使用的抗辯無上限。

第三點，Koons 主張其是基於藝術界長久以來的傳統利用他人作品進行嘲諷整個物質社會的現象，此一主張之所以法院不採納，筆者認為有一部分是因為以一般人眼光來看，很難理解一個從 2D 變成 3D 的作品有何嘲諷整個物質社會的意思，至於是否為藝術界的傳統本來就與合理使用無關，自然不在考慮的範圍內，另外因為 Koons 要求該作品必須與原作「一模一樣」，假若 Koons 在展場又未公告該作品是翻作自 Rogers 的作品，則的確無法使觀賞者得知原來此作品並非原創作品，法院認為無法達到嘲諷著作的要求是可以理解的。

合理使用的第三個要件，使用的質與量，法院認為不利於 Koons 筆者也同意此一看法，使用的質與量在判斷上只需要以一般理性之人的眼光來判斷即



可，縱使未受過專業的藝術訓練，而就一般理性之人的眼光來看 Koons 的作品也應該不會認為 Koons 所使用的質與量並未超出合理使用的範圍，何況 Koons 也確實有一再要求要與原作「一模一樣」，因此更難認定第三個要件有利於 Koons。

合理使用的第四個要件，對於原作潛在市場的影響力，就此點筆者的看法與法院不同，法院認為因為 Koons 有可能會將該雕像自行製作成明信片或是授權他人製作明信片，如此一來會擠壓到 Rogers 目前所有的明信片市場，筆者認為，兩者的風格並不相同，彼此之間並不是同一個市場的競爭者，簡言之，喜歡原作 Rogers 樸實鄉村風的消費者，不會去接受以 Koons 的作品做為替代品，頂多是兩個都買，而 Koons 的作品所能滿足的對象又會是另一個市場的消費者，所以筆者認為法院就兩者的市場未做較細緻的區分這一點有些不足。

第四款 UNITED FEATURE SYNDICATE, INC., V. Jeff KOONS (1993)²⁰²

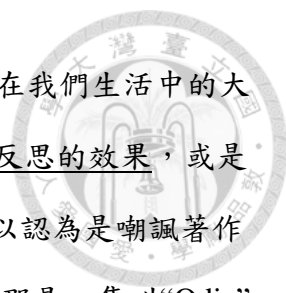
無獨有偶，Koons 在“Banality Show.”的另一個展出作品也被控告侵害他人的著作權，並於隔年也受敗訴判決。本案為一審定讞，且與前案同為紐約地方法院的判決。

本案被控侵權的作品名為“Wild Boy and Puppy”，以卡通加菲貓裡的卡通狗奧迪(Odie)以及一個 happy boy 的卡通人物為主角，一樣由 2D 轉成 3D，做成雕像，並組合在一起，除了奧迪的舌頭較長以及多了一隻蜜蜂外，基本上與原先的卡通人物並無不一樣之處。

本案判決重點：

1. 本案 Koons 主張其著作是嘲諷著作(Parody)，但法院對此案的看法基本上與 Rogers v. Koons(1992)相同。認為本案根本不構成嘲諷著作(Parody)或諷刺

²⁰² *United Feature Syndicate, Inc., v. Jeff Koons*, 817 F.Supp. 370.



著作(Satire)。因為 Koons 雖然主張這是要引起大眾對於存在我們生活中的大眾文化進行反思，但並沒有任何直接證據可以證明有達到反思的效果，或是 Koons 所指稱的反思效果並無法讓觀看者感受到，所以難以認為是嘲諷著作(Parody)或諷刺著作(Satire)。另外 Koons 也承認他並不知道那是一隻叫“Odie”的卡通狗，也不知道這隻卡通狗這麼有名，法院認為由此可證他並不是非那隻卡通狗不能組成他的作品，也更可以認為該作品非嘲諷著作(Parody)，因為如前所述，美國法院在判斷嘲諷著作(Parody)時很看重該作品的目的是不是為了嘲諷原作，但是 Koons 連他所使用的角色是極有名的角色都不知情，那代表 Koons 也可以使用其他角色來代替該被使用的卡通狗。

法院相當嚴厲的強調「如果我們可以任由一個瓢竊他人作品的人自稱為嘲諷著作(Parody)，而脫免其應負的責任，那就太荒唐了，而且嘲諷著作(Parody)必須是針對原作所進行的嘲諷，否則將會使合理使用的目的失去控制。另外縱使認為是嘲諷著作(Parody)，也不代表可以直接認定是合理使用，因此必須進行合理使用要件的檢視。然本案並未能通過合理使用的四要件要求。

2. 因為在第一個要素，使用的目的時，Koons 的確是商業性利用(因其沒有付授權金也有出售該作品的行為)，再加上轉化程度相當低，故對 Koons 不利。在第三個要素時，其所使用的量幾乎是該原作的全部，難以認為是合理範圍內的利用，故此一要素也對 Koons 不利。第四個要素，市場取代性，Koons 的行為已經侵害了原作潛在的市場(原作再授權他人進行或是自行將其做成雕像的可能性)，另外雖然該雕像作品總共只有三個，但是原告只須證明若該作品被廣為流傳的話，將衝擊原作市場，且有潛在的危險性，該第四項要素就不利於被告。

判決評析：

基本上本案與前案的事實幾乎無異，法院的看法也相當一致，因此筆者

略過不特別評析本案。



第五款 **BLANCH v. KOONS**²⁰³ (2006)

後在 2006 年，Koons 又再度因為使用他人著作中的元素再度被告侵權，本案經過兩審，一審為紐約地方法院判決²⁰⁴，法院下有利於 Koons 的判決，而後原告再度上訴至第二巡迴上訴法院，上訴法院維持地方法院判決，Koons 最終勝訴。

本件事實背景為，Koons 使用時尚攝影家 Blanch 的作品--一雙女人的腳穿著高跟鞋放在男人的大腿上，照片上並看不到男女主角的長相，只有一雙腳朝四十五度角擺放著，背景為機艙。Koons 未經 Blanch 的同意，將該照片中女性的腳與背景區分開來，只取用女性的腳，使用在其畫作“Niagara,”中，而被著作權人 Blanch 控侵權。Koons 將 Blanch 的照片掃描至電腦並去除背景，只留下女性的腳以及該雙涼鞋，並加上一個高跟在其中一隻腳的涼鞋上，改變其顏色及色調，而在 Blanch 的照片中，該雙腳的擺放角度為 45 度角，但在 Koons 的拼貼畫作上是垂直站立的。Koons 這幅“Niagara,”是與其其它六幅畫作一同以二百萬美金賣出。

在紐約地方法院時，法院認為 Koons 的作品適用合理使用，因為 Koons 的作品符合合理使用第一個要件的轉化性(transformative)要求，而 Blanch 的作品原創性不高，相當的平凡(“banal rather than creative,...”²⁰⁵)，在討論到第三個合理使用的要件時，法院認為雖然 Koons 使用 Blanch 作品中的重點部分，但是因為 Blanch 作品的原創性並不高，所以在第三個要件使用的質與量的判斷上法院是採持平的看法。第四個要件市場替代性的部分，法院認為 Blanch 就該照片的市場與 Koons 的“Niagara,”的市場並不相同，所以在第四點法院下有利於 Koons 的判斷。

後上訴至第二巡迴上訴法院，Koons 對其創作的目的表示他的作品是為了呈現大眾以為自己是基於個人意志而選擇的喜好--如食物、玩樂、性--其實都是受到流

²⁰³ *Blanch v. Koons.*, 467 F.3d 244.

²⁰⁴ United States District Court, S.D. New York., 396 F. Supp.2d 476.

²⁰⁵ See *Blanch v. Koons.*, 467 F.3d 244, at 481-82.

行文化所影響下的選擇、體驗，而他的作品就是為了要使觀者在觀看時能意識到並打破這個盲點--其實我們的生活體驗一直以來都是受到流行文化的引導，但我們可能並未察覺到，並以此作品達到評論這個社會現象。Koons 也表示這張照片對他來說代表了女性在廣告中所呈現的常見典型形象，他的目的就是針對目前的消費文化中的此種典型廣告形象進行批評。

Blanch 則主張其作品“Silk Sandals”的照片場景以及表現方式都是由她決定的，是她決定要以機艙內部作為背景並讓女模特兒的腳擺放在男模特兒的大腿上，她表示這樣的設計是希望能表現出一個帶有性涵意的照片。Blanch 為 *Allure* 雜誌拍攝這張照片，並保有著作財產權，她沒有再發行或授權該張照片給他人使用。

有趣的是原被告都同意原作與新作之間所要表達的意思以及目的截然不同²⁰⁶。而這個共識將影響法院對於合理使用的第一要件的判斷。

此判決重點整理如下：

1. 合理使用的第一個要件：使用的目的與性質

法院首先討論到的是，Koons 的作品是否具有轉化性(transformative)，並表示，若利用人將他人的作品當作是創作的素材(raw material)，而且不是為避免自己付出勞力或單純為贏得注意力而使用，並具有轉化性的要求，如此創作出來的作品正是符合著作權法的立法要求的作品，法院引用 *Campbell* 判決中的用語，「該作品並非只是單純的取代了原作，而是增加原作所無的新意，而且為了不同的目的而創作，使原作產生新的面貌、含意、或訊息」²⁰⁷，法院認為這段話幾乎完美的描述了本案的情況，藉由改變在典型的美國式文化(American“lifestyles”)中的流行雜誌

²⁰⁶ Koons Aff. at 4 "I want the viewer to think about his/her personal experience with these objects, products, and images and at the same time gain new insight into how these affect our lives." Blance Dep. at 112-113 "I wanted to show some sort of erotic sense[;]... to get ... more of a sexuality to the photographs."

²⁰⁷ "merely supersedes 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." *Campbell*, 510 U.S. at 579, 114 S.Ct. 1164.

中的一張照片，將其改變顏色、去除背景、並改變呈現的媒介、在畫作中的大小、物件的細節以及兩個作品所代表的不同目的，法院認為該畫作具有轉化性。

法院接著討論到商業性使用(commercial use)的問題，因為 Koons 的作品是以售票展覽的方式展出而後也出賣給他人，因此被認為有商業性使用，然法院並不認為有商業性使用就一定會被推定為非合理使用，而是引用美國最高法院在 *Campbell* 案中所建立起的原則--並非只要有商業性使用就被推定為非合理使用，並表示從 *Campbell* 案中法院觀察到著作權法第 107 條所指基於評論、教學等目的可以認為是合理使用的情形，其實也都有「利益」在其中，由此更可以推論國會在設立該法條的時候並不是有意建立一個只要是商業性使用就會被推定為非合理使用，反而應該認為商業性使用只不過是一個考量的因素之一，但當轉化程度越高時商業使用的這個因素就會被沖淡。當一個作品的轉化程度越高，該作品對原作市場的影響力就越不確定(因為市場可能不同)，最起碼該二次使用(secondary use)所帶來的市場影響力不能與只是單純重製對方作品的情形相提並論。

關於使用的目的要件，法院採納 Koons 的說法，Koons 表示：

「使用 Blanch 的作品對我來說是必要的，否則我也可以自己拍，但這個照片對我來說代表了大眾文化的特定風格，這個影像代表了大部分隨處可見的雜誌內或是其他媒體上可能會出現的風格，對他而言這是一個社會現實(fact)，而且是存在我們每個人的生活經驗之中。藉由使用這照片中的一部分元素，我可以確定我的評論將是具有真實性而且可信的，而且也能確保觀者能明白我的意思，這正是單純引用與重新詮釋的不同之處。²⁰⁸」法院認為在檢視過 Koons 的作品以其創作目的後，認為沒有理由去懷疑 Koons 的確是為達到其所想要的藝術目的而使用 Blanch 的作品。

那 Koons 的作品可否成立嘲諷著作(Parody²⁰⁹)或是諷刺著作(Satire²¹⁰)呢？就法

²⁰⁸ at 255.

²⁰⁹ *Campbell*, 510 U.S. at 580-81, n.15, 114 S.Ct. 1164 " [p]arody needs to mimic an original to make its point, and so has some claim to use the creation of its victim's (or collective victims') imagination, whereas satire can stand on its own two feet and so requires justification for the very act of borrowing."

院的觀點來看“Niagara,”這個作品在法院看來比較接近是諷刺作品而不是一個嘲諷著作，因為這個作品是為了針對如同 Blanch 的“Silk sandals”所呈現出來的此種藝術形式(genre)的這類作品的諷刺，而不是單純針對 Blanch 的“Silk sandals”這個作品的嘲諷，所以認為最多是諷刺作品，因為嘲諷著作是必須針對原作進行嘲諷才能成立。

在這個案子中，唯一必須討論到的「惡意」，只有 Koons 並未事先要求 Blanch 授權他使用這照片，但是法院再度引用 *Campbell* 案中法院的看法「如果這是一個合理使用，則根本不需要事先獲得同意²¹¹」

雖然無法成立嘲諷著作(Parody)但是法院在綜合判斷 Koons 的創作目的以及雖然有商業性的使用行為但因為 Koons 的作品轉化性(transformative)相當高，所帶來的大眾利益相對也比較大，再加上法院該畫雖然有進行展覽但不能就直接認為是有商業上的牟利，而且在任何的情形下，法院認為難以將商業性與非商業性明確切割，所以雖然有進行展覽，但這件事並不能清楚的支持 Koons 是商業性利用的這個要素，另外就是也沒有足夠的證據可以指出 Koons 具有惡意(bad faith)，因此第一個要件「強烈的」有利於 Koons。

2. 合理使用的第二個要件：該有著作權著作之性質。

在第二個要件上，巡迴法院並不同意紐約地方法院對於 Blanch 的作品的看法，紐約地方法院認為 Blanch 的作品其實相當的平凡，創意性不高(“banal rather than creative,”²¹²)，但第二巡迴上訴法院認為該作品是具有創意性的，但是歷年判決上合理使用的第二個要素雖然有利於原告，但其在考量一個具有轉化性(transformative)的作品時其所能發揮的影響力相當有限²¹³。

²¹⁰ *Id.* at 581 n.15, 114 S.Ct. 1164 ("Satire has been defined as a work 'in which prevalent follies or vices are assailed with ridicule,' 14 Oxford English Dictionary,... at 500, or are 'attacked through irony, derision, or wit,' American Heritage Dictionary... at 1604.")

²¹¹ *Campbell*, 510 U.S. at 581 n.15, 114 S.Ct. 1164; *see also Castle Rock Entm't*, 150 F.3d at 146 (2d Cir.1998)

²¹² *See Blanch*, 396 F.Supp.2d at 481-82.

²¹³ *See Bill Graham Archives*, 448 F.3d at 612 "the second factor may be of limited usefulness where the creative work of art is being used for a transformative purpose."



3. 合理使用的第三個要件：使用的質與量

在考量第三個要件，使用的質與量時，最重要的不在於利用的質量而是該使用的質量是不是符合該複製(copying)的目的²¹⁴，所以在本案的重點在於 Koons 使用 Blanch 的照片有無超出其創作該畫作的目的，而法院認為 Koons 的使用程度並沒有超出其創作的目的，因為「他並沒有複製(copy) Blanch 在“Silk sandals”的表達...Blanch 的照片是設計在機艙內而且是將一雙女人的腳放在男人的大腿上來表達，但在“Niagara.”這幅畫中，不論是該機艙背景或是男人的大腿都沒有出現在這幅畫作上²¹⁵」所以法院認為 Koons 的使用程度是合理的，「足以喚起大眾對於該『特定風格的大眾傳播模式』的聯想²¹⁶」

雖然地方法院在這第三個要件上的判斷是中立持平的，但巡迴法院則認為這一個要件應該是有利於 Koons 的。

4. 合理使用的第四個要件：市場取代性

在考量第四個要件，也就是市場取代性的要件時，法院考量的重點並不在於這個二次使用(secondary use)是不是壓制或破壞原作的市場或是潛在的衍生著作市場，而是這個二次使用(secondary use)的行為是不是直接奪取、侵佔(usurps)了原作的市場²¹⁷。

本案的特殊性在於 Blanch 除表示她並未授權予他人使用她的作品外，也承認其並不認為 Koons 有損害她的經濟利益，或使她的原作受到損害，所以法院認為第四點有利於 Koons (greatly favors Koons)。法院一再強調的是在討論衍生著作的市場是不是有被侵害的時候，應該要如同 *Campbell* 案中所建立起來的論點，也就是該衍生著作的市場必須是原告有可能去發展的市場，而本案對於此「可能發展」

²¹⁴ *Campbell*, 510 U.S. at 581 n.15, 114 S.Ct. 1164 (quoting *Folsom*, 9 F. Cas. at 348).

²¹⁵ at 257-58.

²¹⁶ at 258.

²¹⁷ *NXIVM Corp.*, 364 F.3d at 481-82 " In considering the fourth factor, our concern is not whether the secondary use suppresses or even destroys the market for the original work or its potential derivatives, but whether the secondary use usurps the market of the original work." *Campbell*, 510 U.S. at 581 n.15, 114 S.Ct. 1164 " The market for potential derivative uses includes only those that creators of original works would in general develop or license others to develop."

的市場的存在與否，要求原告必須證明或至少有主張要發展這個衍生著作的市場，否則其實可以很明白的知道“Niagara.”並沒有減損該受著作權保護的著作的潛在市場。


第二巡迴上訴法院最後判決 Blanch 敗訴。

判決評析：

從 Art Rogers v. Jeff Koons (1992)、United Feature Syndicate, Inc., v. Jeff KOONS, (1993)，到 2006 年本案，期間超過十年，從這三個判決的演進以及法院看法的改變，可以知道美國法院在這十年間對於利用他人著作進行重組著作的作品逐漸有更細緻的分析。

在合理使用的第一個要件上，第二巡迴上訴法院除堅持自 *Campbell* 開始確立的幾個合理使用原則外，在本案比較特別的是，Koons 使用 Blanch 的作品除背景外可說是取用了原作的核心，但是卻並未被認為是過度取用，而是以 Koons 的作品有高度的轉化性(transformative)而淡化對於 Koons 的商業性行為的評價，另一點就是雖然 Koons 的作品法院認為只是諷刺著作(Satire)但也不因此而認為 Koons 的行為沒有必要使用到原作，因為自先前的判決可知，諷刺著作(Satire)比起成立門檻更高的嘲諷著作(Parody)法院都堅持如果不是為嘲諷原作(Parody)為目的，就沒有必要使用原作，但是在本案法院卻以高度轉化性(transformative)以及帶來的公益勝過於不讓 Koons 使用的不利而合理化 Koons 的使用行為，甚至在過於商業性的判斷上，先前在 Art Rogers v. Jeff Koons (1992)中，如果明明可以以付出授權金的方式卻未付出的話，就會被認為是不當獲得著作權人應獲得的經濟利益而利用人會受到不利己的判決，但是本案則回歸認為只要是合理使用，就沒有必要獲得著作權人的同意也不需要付出授權金，故即使 Koons 明明可以先付出授權金卻未付也並未受到非難。

本案協同意見書另外 Katzmann 法官也針對本案與 Rogers v. Koons 一案的情形



做了比較，他認為兩案的不同之處在於，前案 Koons 只是幾乎是一模一樣的複製 Rogers 的照片，而且只是藉由不同的媒介表現出來，沒有任何的轉化性或是針對原作有任何評論的效果，但本案如多數意見所述，是有具體的轉化情形存在，自然第一要件會比較有利於 Koons。但是 Katzmann 法官對於多數意見的第一要件將商業性利用的部分引用 *NXIVM Corp. v. Ross Inst.*²¹⁸認為應該將商業性要件加以淡化一事有些許疑慮，因該案之所以會下有利於被告的認定是因為該案的被告其使用方式就是著作權法第 107 條中特別指出應認為是合理使用的情形，也就是其符合合法條的要求，但在本案 Koons 的使用目的並未落入國會當初設立該條文的原始目的，所以在本案下商業性利用的因素是否在此應該加以淡化是不確定的。在這個問題點在，Katzmann 法官認為應該引用 *Am. Geophysical Union v. Texaco, Inc.*²¹⁹的見解，也就是「被告的商業獲利與其複製原作的行為之間的關聯並不具有強烈的因果關係²²⁰」，因為 Koons 雖然有使用 Blanch 的作品，但 Koons 的作品之所以如此有價值卻不是因為他使用了 Blanch 的照片的關係，也就是說 Blanch 的作品對於 Koons 的畫作價值的貢獻並不大。依 Katzmann 法官的意見看來，在判斷利用人的商業性行為時，法院應該要注意重組著作的之所以能獲得商業利益究竟是因為該重組著作依附原作的價值而得來或是重組著作依靠其本身的實力所添加的價值為利用人獲得相對的利益，而此時原作只是重組著作的一小部分(raw material)，對於該重組著作的價值貢獻並不大或是相當有限，而且依此觀點也比較容易跳脫出一遇到商業性利用就落入爭論是否要淡化的問題裡。

在合理使用的第四個要件上，由於 Blanch 自承其沒有任何證據來證明 Koons 的行為對其究竟造成何種經濟上的損害，就這一點看來，因為 Blanch 承認對己不利的事實，因此法院最後會認為第四個要件大幅的有利於 Koons 也不無道理，就 Katzmann 法官認為，Blanch 之所以在第四個要件無法獲得有利於己的決定是因為

²¹⁸ *NXIVM Corp. v. Ross Inst.*, 364 F.3d 471, 478 (2d Cir. 2004)

²¹⁹ *Am. Geophysical Union v. Texaco, Inc.*, 60 F.3d 913, at 922-23 (2d Cir. 1994)

²²⁰ "the link between [the defendant's] commercial gain and [the defendant's] copying is somewhat attenuated,"

她無法舉出任何證據來證明她的作品實際上有受到任何的損害，相較於前案 Rogers 確實有對其照片進行授權的使用，並獲得一定的收益，Blanch 並未有任何的授權計畫或已經授權的情形，兩者相較之下，Blanch 可以說是赤裸的(stark)。這也代表美國法院並不是只要當事人隨意主張其受有經濟上的損害就一定會被認為有受損，而是至少也要舉證至法院可以知道實際上到底有何損害，或是未來有無發展可能，否則法院也無從對著作權人下有利於著作權人的看法。

整體而言，關於 Koons 所引發的三個判決，隨著時間法院也有更加穩定的看法，同時也更加細緻，似乎有逐漸擺脫前述認為法院就合理使用的判斷上太過於僵化的缺點。

第六款 **CARIOU v. Richard PRINCE.**²²¹(2013)

在 2011 及 2013 年，關於合理使用的判決標準又有新的變化，CARIOU v. Richard PRINCE 一案，開啟新的合理使用準則，雖然本案的看法尚未穩定，但已有學者認為，這是美國法院改變先前在 Koons 案中所建立起的標準的表現--不再嚴格要求只有針對原作有所批評的作品才能成立合理使用²²²，使得創作人的創作可以不再受到一定要具有社會意義的評論才能成立合理使用，而是即便是基於法律明文列舉以外的目的，亦有可能可以成立合理使用。

本件事實背景為，Prince 與 Koons 同為美國知名挪用藝術家(Appropriate)，Prince 將 Cariou 以原住民為主題的攝影集做為其創作的材料，並先後購買多本該攝影集以使用其照片，進行些許的改變，例如原先手中未拿任何東西的原住民，Prince 為其加了一把吉他，使該原住民似乎在彈吉他。Prince 的作品一共有 30 幅，並預計公開展出，並從中獲得收益，且並有把該一系列作品出賣的打算。Cariou 在得知自己的作品被利用後，隨即向 Prince 提出著作權侵權訴訟。

²²¹ *Patrick Cariou v. Richard Prince.*, 784 F.Supp.2d 337(S.D.N.Y. 2011). 714 F.3d 694 (2nd Cir. 2013)

²²² *Richard Prince Wins Major Victory in Landmark Copyright Suit*, Art in American, 2013,4,25.
<http://www.artinamericamagazine.com/news-features/news/richard-prince-wins-major-victory-in-landmark-copyright-suit/> (最後瀏覽日期: 2015/7/13)

本案歷經兩審，分別為紐約地方法院以及第二巡迴法院，一審紐約地方法院判決 Prince 敗訴，而後 Prince 上訴至第二巡迴法院，而第二巡迴法院做出逆轉有利於 Prince 的判決，將被控侵權的 30 幅畫，認為其中的 25 幅可認為具有轉化性並依據合理使用的規定並構成侵權，但是其餘 5 幅第二巡迴法院未能肯定其是否具轉化性，而發回給一審法院。

以下就一審以及二審法院的判決內容簡要說明之。

第一審 紐約地方法院

以下分別就法院對於四個合理使用的要件說明之。

地方法院認為，**第一個使用的目的與性質**必須考慮該作品的**轉化性、商業性**以及**是否有惡意(Bad Faith)**。轉化性的部分，法院首先引用 Story 法官的說法，重點在於該作品是否有為原作添加新意，且基於著作權法的立法目的，若該作品的轉化性程度越高，該作品中的其它要素，例如商業性，在考慮是否成立合理使用時的份量會較輕。

法院引用許多先前判決表示，被告的作品必須要針對原作進行評論並有轉化性才能主張合理使用，且由於本案是關於挪用藝術的判決，法院也引用 Koons 案中的判斷，也就是不能因為主張合理使用之人宣稱其是為了更高的藝術目的而使用原作，這樣的抗辯是不會被採納的。因此，Prince 的作品若要成立合理使用只有在他是為了評論 Cariou 的作品而使用，否則在本案的情形下，Prince 的作品因為轉化性不足而被法院認為是侵權行為。另外 Prince 在本案證稱說，他使用 Cariou 的作品進行創作並不是真的有任何「訊息」想要表達，他只是想要對前人的作品致敬，例如畢卡索、安迪·沃霍²²³。且 Prince 亦表示，其使用他人的作品是為了放入更多的「事實」，並藉此減少他人對其作品的「推測」²²⁴。基於以上事實，以及 Prince 的作品轉化性極小(minimal)，故法院在轉化性的部分認為無法對 Prince 做出有利的決定。

²²³ *Patrick Cariou v. Richard Princl.*, 784 F.Supp.2d 337(S.D.N.Y. 2011)., at 349.

²²⁴ *Id.* at 349.

法院在第一個要件上考慮的另一點是商業性目的，Prince 的作品有展出的打算，並且有收益，綜合因為 Prince 的作品轉化性程度極小(minimal)，故商業性目的無法淡化，此一要件將阻礙 Prince 成立合理使用。

在第一個合理使用要件上，法院最後加入 Prince 是否有惡意來決定是否可通過第一個要件的檢視，法院認為 Prince 沒有用任何可能的方式去接觸 Cariou 請求授權，甚至 Prince 的助手可以證稱 Prince 要求其去多買幾本 Cariou 的作品集。最後就第一個使用的目的與性質上，整體而言，法院下對 Prince 不利的看法。

第二個、原作的性質。法院簡要的表示，因為 Cariou 的作品具有原創性，因此不利於 Prince 進行使用。

第三個、使用的質與量。因為如第一個要件的分析，Prince 的作品轉化程度相當微小，又加上幾乎是使用原作的整個部分，故被認為是過度取用，已經侵害到原作受著作權保障的核心。

第四個、對於原作現在市場以及潛在市場的影響力。雖然 Cariou 表示其並未授權予他人使用，而其在未來可能也沒有開發潛在市場的可能性，但法院仍然基於 *Salinger v. Random House, Inc.*²²⁵ 判決中的決定，認為雖然原作者並未有計畫進行更進一步的利用，但為保護作者未來改變心意想要開發潛在市場的可能性，因此此一要件仍不利於 Prince，法院另外又引用 *Castle Rock*,²²⁶ 認為因為著作權法必須尊重作者的創意以及其經濟利用的選擇，因此此一要件有利於 Cariou。簡言之，地方法院的想法應該是不論原作者有無進行利用的計畫都與被告無關。

地方法院就以上理由，認為 Prince 敗訴。

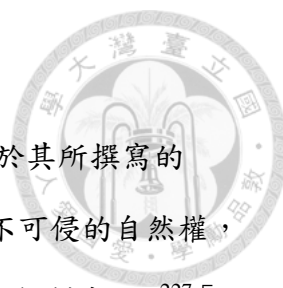
第二巡迴上訴法院

上訴法院最後認為 30 幅的作品有 25 幅是合理使用，因此下部分有利於 Prince

²²⁵ *Salinger v. Random House, Inc.*, 811 F.2d 90, 99(2d Cir. 1987)

²²⁶ *Castle Rock*, 150 F.3d at 145-46.

(finding the fourth factor to favor Plaintiff even where Plaintiff "has evidenced little if any interest in exploiting this market for derivative works " because copyright law must "respect that creative and economic choice").



的判決，部分發回。整體而言，是有利於 Prince 的決定。

法院在回應地方法院的判決之前，引用了 Pierre Leval 法官於其所撰寫的 *Toward a Fair Use Standard* 文章內的想法，「著作權並非神聖而不可侵的自然權，而實際上著作權是為了鼓勵創作並使人類智慧結晶更加豐富的一個制度。」²²⁷「一個使用要被認為是合理使用，必須是具有生產力而且要基於該作品的創作目的而定其引用原作的程度」²²⁸。

上訴法院接著指出地方法院於判斷合理使用上的缺失。第一個、使用的目的與性質，上訴法院認為，地方法院加入法律所無的標準，也就是「必須要是針對原作所為的批評才可成立轉化性的判斷前提是不對的」，並指出，縱使利用人是以法律明文以外的其它理由而創作也是一樣不影響其成立合理使用的可能，只要利用人有達到轉化性所要求的，產生新意就可以成立轉化性而使第一個要件有利於利用人²²⁹。

因此，上訴法院在觀察 Prince 的作品後，認為除了 5 幅以外的其餘 25 幅都具有轉化性，並且指出 Prince 的作品展現出與 Cariou 完全不同的美感，並且不論 Prince 的作品究竟有無對 Cariou 的作品進行任何評論，甚至是 Prince 自己所說的創作目的，對於法院判斷是否具有轉化性並不具有重要性，因為重點在於該作品就「一般理性之人會如何去感知」（“reasonably be perceived”），在大眾的眼裡該作品是否呈現出新意²³⁰。法院並指出二次創作(secondary work)也有可能是對於原作沒有轉化性的創作，例如電視節目改編自書本的衍生著作(derivative work)，雖然是一個新的形式(form)，但是卻可能不具有轉化性，因為其並沒有傳達出新意或不

²²⁷ Pierre N. Leval, *Toward a Fair Use Standard*, 103 Harv. L.Rev. 1105, 1107(1990).

²²⁸ *Id.* at 1111.

²²⁹ *Cariou v. Prince*, 714 F.3d 694 (2nd Cir. 2013), at 706.

"The law imposes no requirement that a work comment on the original or its author in order to be considered transformative, and a secondary work may constitute a fair use even if it serves some purpose other than those (criticism, comment, news reporting, teaching, scholarship, and research) identified in the preamble to the statute."

²³⁰ *id.* at 707-708.



一樣的訊息²³¹。

法院後討論合理使用的第四個要件²³²，是否有市場替代性的判斷，引用 *Blanch*²³³ 重點在於這個二次創作(secondary use)是否有侵奪(usurps)原作的市場。而判斷是否有侵奪(usurps)原作的市場重點在於該被控侵權之作品的實質內容與原作相似，並且目標觀眾是相同的情況，然而本案法院認為 Prince 和 Cariou 的觀眾不同外，再根據 Cariou 自呈的供詞，可知沒有任何證據可以顯示 Cariou 的潛在市場存在或是有發展的意願。

第二個合理使用的要件，原作的性質，因為 Cariou 的作品是有原創性的，因此此一要件有利於 Cariou。

法院最後討論第三個要件，使用的質與量，並引用 *Blanch* 的判斷，重點在於此使用的質量是否符合其創作的目的²³⁴，並於後提出，地方法院認為 Prince 是過度取用²³⁵的看法並不正確，並強調從過去的判決以及法律層面上來看，都沒有要求二次創作者(secondary artist)不可以使用超出其所需要的部分²³⁶。

至此，從第二巡迴法院的看法可知，法院除嚴守先前判決所建立起的判斷原則之外，在此一判決看似有回歸法條層面，依文意解釋，限縮在判決上不斷擴張的判斷標準，減少不當加入的其它條件。

判決評析

此一判決可說是自 *Koons* 的案件以來由上訴法院所為的判斷最為重要的判決，因為本判決突破先前法院所建立起的原則，特別是合理使用第一要件以及第

²³¹ *id.* at 708.

²³² 第二巡迴上訴法院依合理使用判斷本案時並未按照法條所排定之順序，但合理使用的四個要件除第一個要件使用的目的及性質外最好要排在第一個判斷外，其餘三個並沒有必要按法條順序進行檢視，因為四個要件是綜合判斷，同等重要的。

²³³ *Blanch*, 467 F.3d at 258.

²³⁴ *Blanch*, 467 F.3d at 257.

“whether the quantity and value of the materials used are reasonable in relation to the purpose of the copying.”

²³⁵ *Cariou*, 784 F.Supp.2d at 352. “taking was substantially greater than necessary.”

²³⁶ *Id.* 191, at 710.

“In any event, the law does not require that the secondary artist may take no more than is necessary.”



三要件見解上的改變。

第一要件，使用的目的與性質，轉化性的判斷，先前判決累積下的判斷標準為，若非為評論原作，否則很難成立合理使用，但在本案上訴法院提出縱使出現與法條所未明文的創作理由，也可以有成立合理使用的空間，另外就是該作品是否具有轉化性，並非是由原作者亦非是二次創作者來決定，甚至亦非法院所能獨斷，而是應該回歸於一般理性大眾之人在觀看此兩個作品時，是否有感受到該新作品所傳達出的新意或是與原作不同的訊息，若有，則可認為是具有轉化性的作品。


第三要件，使用的質與量，法院除強調應該依其使用的目的來判斷外，並回歸到法律條文的解釋，認為地方法院的判斷並不合理，且就法條文意無法看出二次創作者若使用超出其創作目的就一定不能成立合理使用，限縮判決累積下來的判斷標準使用範圍。

回到地方法院的判決，地方法院是依照先前判決的標準進行判斷，然而確實有些許疏失與不妥之處，如第一個要件的判斷上為何要考慮被告是否具有惡意(bad faith)，以及過度強調商業性的目的而忽略其作品整體所帶來的轉化性高度，在第四個要件則考量原告 Cariou 於「未來」可能會開發的市場的利益，在 Cariou 表明可能沒有使用計畫以及無其它更堅實的理由之下，就認為 Prince 已經不當侵害到 Cariou 的潛在市場。

然而如前所述，上訴法院對於本文所提到的地方法院的缺失都未討論，而是主打 Prince 的作品已達到轉化性的要求，使 Prince 的作品通過合理使用的規定。

第四項、判決整理與歸納

以下就先前所介紹到的美國判決加以整理歸納目前美國實務就合理使用在重組著作中所建立起的判斷原則，在第一款、重組著作的處理方式內會再分別就每一個合理使用的要件進行更詳細的說明與整理並加入學說見解。



從早期的 1984 年的 *Sony corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*²³⁷ 以及 *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises.*²³⁸ 中商業性目的的考量被授與重任，雖然法院在 *Harper & Row* 就商業性的判斷提出新的看法，也就是「是否為逃避對著作權人付出授權金²³⁹」，若是，則就會被認為有商業性，而第一個要件就較容易不利於利用人，但問題在於若可被認為是合理使用，本來就不屬於著作權人可主張的權利範圍，則任何人都可以使用，根本不需要付出授權金或是先請求著作權人許可，所以 *Harper & Row* 雖然有稍微改變先前的法院看法，但此一觀點容易造成循環論證。而在 *Sony* 和 *Harper & Row* 案所建立起的標準因為著重在商業性的認定，所以當遇到重組著作的情形時，會無法就重組著作的特殊性進行有彈性的判斷。

一直到 1981 年的 *MCA, Inc, v. Wilson*²⁴⁰，該案法院多數意見對於將他人的作品進行改作的情形仍然處於一個較保守的看法，但本案的不同意見書的法官注意到被告作品所呈現出來的特性，而認為應依該作品本身的目的進行判斷，不再只拘限於究竟是否有商業性行為，而以該作品的創作目的為主要考量點。

1994 年的 *Campbell v. Acuff-Rose*²⁴¹，則為利用他人的著作進行創作的作品開啟新的一頁，其中本案法院所確立的，轉化性(transformative)、聯想測試法(conjure up)、市場取代性應該考慮該市場是否為著作權人可能發展的市場等，都影響著後來法院遇到重組著作的看法。

在 1992、1993 以及 2006 年以 *Koons* 為被告的美國判決中，可以看見美國法院對於合理使用的操作上變的更加細緻，特別是在 2006 年的 *Blanch v. Koons.*²⁴² 判決中，法院認同 *Koons* 的創作目的，並依其創作目的去檢視合理使用的要件，最

²³⁷ *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S.417 (1984).

²³⁸ *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises.*, 471 U.S. 539, 105 S. Ct. 2218., at 562

²³⁹ *Id.* at 562.

²⁴⁰ *MCA, Inc, v. Wilson*, 677 F.2d 180, 211 U.S.P.Q. (BNA 577 (2d Cir. 1981).

²⁴¹ *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 114 S.Ct. 1164, 127 L.Ed. 2d 500, 22 Media L. rep.(BNA) 1353, 29 U.S.P.Q. (BNA) 1961 (1994).

²⁴² *Blanch v. Koons.*, 467 F.3d 244.

後做出有利於 Koons 的判決²⁴³，本文認為就此一判決可看出美國法院逐漸放寬對於合理使用第一個要件使用目的的認定以及跳脫出商業性判斷的輪迴，進入一個新的階段。

在 2011 以及 2013 年的 *Cariou v. Prince* 案中，第二巡迴上訴法院在第一個使用目的及性質和第三個要件使用的質與量都有新的突破，給予創作人更多的空間去進行創作，並且限縮先前判決所建立起的原則適用範圍，回歸到法條文意解釋。

第四項 重組著作的處理方式

第一款 合理使用第一個要件：使用的目的與性質

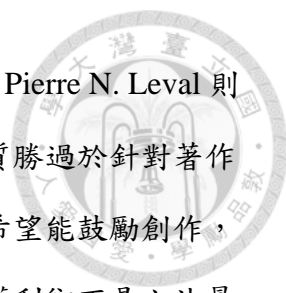
合理使用的目的與性質，依法條規定尚應考慮是商業性使用或是非營利教育性使用，如前所述，該使用的目的與性質是否為商業性或是是否為教育性目的都只是合理使用應該要考慮的其中一個面向。

就重組著作而言，判斷合理使用的第一個要件上，在使用目的方面，應該要考慮到的是：一、該著作的目的，並依該著作的目的為其打造判斷標準，其中在重組著作方面若該作品的風格包含嘲弄、諷刺意味的時候，法院會較常考慮到的是，該著作是否為嘲諷著作(Parody)或諷刺著作(Satire)；二、利用人的作品是否具有轉化性(transformative)，是否將他人的著作作為材料(raw material)使用；三、考慮是否為商業性目的，而商業性的在判斷第一個要件的比重將隨著重組著作的目的進行調整。

一、該著作的目的，並依該著作的目的為其打造判斷標準

早先 *Sony* 和 *Harper & Row* 案中所呈現出來的是就商業性目的給予大量的重視，並表示若有商業性使用的目的將會被認定為侵權行為：「任何商業性使用都應

²⁴³ 但筆者認為該案著作權人 *Blanch* 在訴訟上並未積極主張其有何經濟上的損失，並承認其不認為對其未來收益有何損失，自然法院會對 *Koons* 下較有利的決定。



該被推定侵害著作權人的權利²⁴⁴」，美國紐約聯邦地方法院法官 Pierre N. Leval 則認為美國法院對於是否為合理使用，多半是考慮著作之財產性質勝過於針對著作權本身²⁴⁵。但之所以給予著作權人得就從其著作獲利的原因是希望能鼓勵創作，其財產性質較像是附隨著作權而來，使著作權人得以就其創作獲利卻不是立法最主要的目的，而是手段，法院過份看重財產性質將有本末倒置之嫌，因此筆者也同意法官 Pierre N. Leval 的看法，其建議應該要依據著作權的設立目的以建立合理使用的標準²⁴⁶。

重組著作的目的與形態多變，目前美國法院判決明確可以給予較寬大的合理使用空間的情況，通常是被認定為嘲諷著作(Parody)的作品，依美國法院對於嘲諷著作的定義，指的是以利用模仿或直接使用原作中的元素的方式，反諷原作，使原作看起來荒謬，最重要的是，必須是針對原作所進行的嘲諷，否則沒有必要利用原作來引起大眾的注意，但其嘲諷的對象可以不只是原作。嘲諷著作(Parody)與諷刺著作(Satire)的不同在於，諷刺著作所諷刺的對象並不是針對原作，所以不一定要使用原作才能達到諷刺的目的，諷刺著作可以靠自己本身而不需依附在他人的著作上，也因此諷刺著作在合理使用的要件檢視上相較於嘲諷著作會比較嚴格，但不一定就不能成立合理使用。

另外要注意的是，就算不屬於嘲諷著作(Parody)或諷刺著作(Satire)只要轉化性(transformative)的程度夠高，並配合使用目的，在第一個要件仍有可能會有利於利用人，因為自 2013 年第二巡迴上訴法院於 Prince 案中就第一個要件表示，縱使並非法條所明文的目的，亦有可能可成立合理使用，此一看法亦強化本文認為依照

²⁴⁴ *Id.*, 464 U.S., at 451, 104 S.Ct., at 793.

"[E]very commercial use of copyrighted material is presumptively an unfair exploitation of the monopoly privilege that belongs to the owner of the copyright."

²⁴⁵ See Pierre N. Leval, Toward a Fair Use Standard, 103 Harv. L. Rev., at 1107.(1990)

²⁴⁶ 但針對 Leval 法官的看法，哈佛法學院教授 Lloyd L. Weinreb 則提出相反的意見，其認為合理使用原則是歸納自具體案例，而非源自於對於原理原則的演繹，因此自著作權法的設立目的去建立合理使用的判斷基本原則是不合理的。

See Lloyd L. Weinreb, Fair' Fair: A Comment on Fair Use Doctrine, 103 Harv. L. Rev., at 1137-38 (1990).

作品其各自的創作目的(縱使非法條所明文的目的)來進行個案判斷是較能符合重組著作現況的方法。

二、利用人的作品是否具有轉化性(transformative)，是否將他人的著作作為材料(raw material)使用

轉化性(transformative)，本文認為轉化性的要求給予重組著作更大的存在可能性，轉化性重視該重組著作對於文化創作的貢獻，如同在 *Folsom v. Marsh*²⁴⁷ 中 Story 法官的說法：

「重點在於這個新作品是否取代了原作(的市場)或者是增加新的面貌，並且與原作不同的目的，改變了原作而呈現新的表達方式、涵義、或訊息，也就是這個新作的轉化(transformative)程度有多高」

轉化性(transformative)的看法同時也符合著作權法的設立目的，並且依 *Blanch v. Koons*.²⁴⁸ 的判決，若利用人是將著作權人的原作當作是創作的素材(raw material)，而不是為避免自己付出努力而使用原作，則此一情形與利用他人著作主要是為得到財產利益或是為獲得大眾的注意力的情形大不相同，同時轉化性程度高的重組著作之所以能獲得經濟利益，是來自於利用人本身的努力，而非完全源自於著作權人的著作，好比民法中添附的概念，著作權人的著作是一塊優質的木材，而利用人再加以自己的努力與美感將該木材的價值更上一層樓，所以當轉化性(transformative)的程度越高，即便有商業性目的，若該商業性目的並非最主要的，就有可能因為轉化性以及其他創作目的而淡化商業性的考量，而在第一個要件下對於利用人有利的看法。

三、考慮是否為商業性目的，而商業性的在判斷第一個要件的比重將隨著重組著作的目的進行調整

同時在商業性的考量上，仍應結合合理使用的第四個要件：對於原作的市場以及潛在市場的影響力共同判斷，也就是兩個著作是否屬於同一個市場，如果並

²⁴⁷ *Folsom v. Marsh*, 9F. Cas. 342(C.C.D. Mass. 1841).

²⁴⁸ *Blanch v. Koons.*, 467 F.3d 244.



非同一個市場，則本來就不屬於著作權人可以得到的財產利益，就算利用人因此獲利也與著作權人無關。

第二款 合理使用第二個要件：著作的性質

原著作的性質將影響重組著作可以使用原作的程度，著作權法明文只保護著作的表達，思想、製程、事實等都不受著作權保護，這也代表著原著作物若是具有高度的原創性，利用人可使用原作的程度就越低，但若原著作物是越以事實為基礎進行創作，則因該事實不受保護，所以利用人就可以有較多的使用原作的可能性，但以上所述都只是最基礎的情形，當重組著作的類型不同時，也會有不同的判斷標準，特別是若該著作可以被認為是嘲諷著作(Parody)的時候。


嘲諷著作(Parody)，依美國判決的定義，必須以模仿原作來達到嘲諷的目標，則嘲諷著作一定要使用原作，而且必須是原作的核心(heart)，否則無法使觀者意會其嘲諷原作的目的，則在此情況下，若仍以以上所述的基本原則進行判斷，則合理使用的第二個要件幾乎是不可能有利於利用人，因此在 *Campbell* 案就表示，當該著作可被認為是嘲諷著作時，第二個要件對於合理使用的判斷貢獻上並不大。

從上一段可知，若可以被認為是嘲諷著作(Parody)，則法院在第二個要件的判斷上會相對寬容許多，但若無法被認為是嘲諷著作，則法院對於利用人的行為會相對嚴格，如 1992 年的 *Art Rogers v. Jeff Koons*²⁴⁹ 和 1993 年的 *United Feature Syndicate, Inc., v. Jeff KOONS*²⁵⁰，兩個判決事實背景基本上並無異，因為法院不認為 Koons 的作品足以被稱為是嘲諷著作(Parody)，再加上法院認為原作具有創意，則在第二個要件上就會不利於 Koons，而縱使 Koons 的作品可以被認為是諷刺著作(Satire)，基於諷刺著作的特性，也不會使 Koons 在第二個要件獲得有利的看法。

由此可以推知，配合重組著作的性質以及原作的創意度，可以被分為四種情形：一、重組著作可被認為是嘲諷著作(Parody)，而原作的創意度低；二、可被認

²⁴⁹ *Art Rogers v. Koons*, 960 F.2d. 301(1992).

²⁵⁰ *United Feature Syndicate, Inc., v. Jeff Koons*, 817 F.Supp. 370.




為是嘲諷著作，且原作的創意度高；三、重組著作無法被認為是嘲諷著作，但原作的創意度低；與四、無法被認為是嘲諷著作，且原作創意度高。其中第一種和第三種情形，若重組著作在第一個要件轉化性(transformative)的評價高，則第二個合理使用的要件也較有利於利用人。第二種情形如前所述，在嘲諷著作的情形下，為慮及其著作特性而第二個要件較不會為法院所著重。第四種情形則是最不利於利用人的，除非利用人所創作的重組著作的轉化性(transformative)的評價也相當高，法院或許會給予持平的評價。

第三款 合理使用第三個要件：使用的質與量

合理使用的質與量，也就是比較原作以及重組著作之間的差異，看重組著作究竟使用多少原作中的元素，並且是否有過度取用的情形，但很重要的是判斷使用的質與量，也就是實質相似性(substantial likelihood)，只需要以一般理性之人的眼光去評斷即可，不需要就該重組著作所涉及的領域有何專業訓練或專業知識，另一點要注意的是，使用的質與量，重點在於質與量都要並重，若是取用到原作的核心(heart)，就算是一小部分，也足以被認為過度取用。但在普林斯(Prince)案中，法院表示使用的質與量並沒有限制在若使用過多就一定不能成立合理使用，仍應該要考慮該使用量對於達成該著作目的的「重要性」。

在使用的質與量上，重組著作的目的以及類型也足以左右判斷是否有取用過度的情形，如嘲諷著作(Parody)，必須取用原作的關鍵元素才能達到模仿的目的，所以只要是在達到目的的必要性範圍內取用，基本上法院仍應該會認為是合理使用，在 *Campbell* 案，法院針對嘲諷著作的特性使用聯想測試法(conjure up)，也就是基於嘲諷著作的目的在於使觀者察覺到該作品並非單一來源並對原作產生聯想，利用人必定會使用原作，所以問題在於使用多少才是合理的，法院認為，如果被告利用的量不足以喚醒觀者的聯想，則就無法達到其目的，所以被告利用原作的程度必須要能達到其嘲諷原作的目的的足夠份量。但聯想測試法(conjure up)

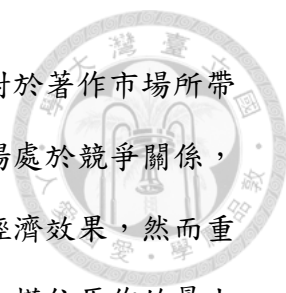


並非沒有缺點，因為所謂的聯想測試法，是以法院的主觀去依個案情形判斷，究竟用到多少才會被認為是過量，並沒有一定的標準，造成訴訟當事人，不論原被告，都無法去預測法院的決定，但筆者認為若能將判斷標準與該重組著作的創作目的密切的相結合，應該還是有一定的路徑可尋，以該創作目的為其界線進行判斷。

但也可想見非嘲諷著作的情況，就可能較嚴格，但一樣是考量重組著作的目的去判斷其使用的質與量是否合理，只是目前美國法院的聯想測試法(conjure up)只使用前提是在該重組著作已被法院認定為嘲諷著作(Parody)的情況下，其他非嘲諷著作的部分，如果依美國法院判決先例嚴格來看，可能會因為事實背景的不同而不能試用聯想測試法，但是依本文的看法認為，嘲諷著作也是使用目的的一種面向，如同本文開頭將重組著作的目的大致上可以分成五大類，則沒有理由只有嘲諷著作可以依其創作目的量身定作合理使用的法則，其他四種使用目的也應可以聯想測試法去定其在合理使用的判斷標準，如此一來才不會使合理使用的判斷僵化，導致只有特定的著作才比較有高度可能性通過合理使用的檢驗，同時這也與每一種言論都一樣受到憲法言論自由的保護的基本想法是一致的。

第四款 合理使用第四個要件：市場替代性

市場替代性，合理使用的第四個要件基本上也是著作權人最為看重的財產利益問題，早期美國法院判決上並未能就重組著作與原作的市場加以區分而給予不同的評價，而且通常當第一個要件若是被法院認為有商業性行為，則第四個要件就有高度的可能性會被認為有侵害到著作權人的財產利益，但是其實這是混淆了一般的著作權侵權行為(如：抄襲)與真正有投入心力創作的重組著作兩者對於市場影響力的不同，以及未能區分出著作權人真正可能發展的市場以及著作權人不會去發展的市場，誤以為只要是著作權人的著作疑似有可能可以進行的方向，就認為屬於著作權人的權利，忽略著作權人所主張的市場其實踐的可能性。



一般的著作權侵權行為與投入心力創作的重組著作，兩者對於著作市場所帶來的影響力是不同的。一般的著作權侵權行為，會與原作的市場處於競爭關係，或是利用原作本身的知名度來免除自己付出心力來達到相同的經濟效果，然而重點在於著作權的侵權行為會隱瞞自己有使用原作的行為，利用、模仿原作的最大目的是在於獲取不屬於自己的利益。相較於投入心力的重組著作，目的是在於創作、創造，獲利或許也是一部分原因，但是更重要的是利用原作中的元素加以拼貼表達出自己的想法，真正為該重組著作帶來財產價值的並不是因為原作，而是重組著作人本身的努力所賦予重組著作的價值。

另外一點，原作與重組著作兩者所能滿足的市場並不相同，也就是消費者對於兩種商品的選擇上，並沒有替代性，最典型的例子就是一首被 KUSO 的歌曲與原曲之間所帶給消費者的視聽享受是不同的，基本上是不可能有相同的滿足性的，當然消費者也不太可能會以 KUSO 版本的去取代對於原作的滿足性，消費者最多是兩者都接受。至於原作因為被 KUSO 過後而銷售量可能會下滑則是屬於市場的自然淘汰行為，正如因為歌曲被給予負面評論而產生的市場影響力，與因為侵權行為所造成的同一市場的排擠情況不能相提並論。

再來就是著作權人為維護自己的權利一定會主張重組著作有市場替代性，然而法院的工作在於去判斷該市場是不是著作權人真正有可能去發展的市場，在 *Campbell* 案，法院在判斷市場替代性時提出這個很重要的看法，也就是只有著作權人確實有可能發展的市場才是著作權法所要保護的，其餘如嘲諷著作(Parody)的市場基本上就是著作權人幾乎不可能去發展的市場，因為著作權人不可能去授權他人用自己的著作去批評自己，但如果認為批評、評論的市場也是著作權人的權利範圍，那等於是是在評論前必須得到著作權人的同意，很明顯的是本末倒置的行為。

另外也就是著作權人所主張的潛在市場是否存在，著作權人不能毫無根據的主張該市場存在，而是必須要證明到一定的程度，例如確實有計畫，或是正在進

行授權的商議，依其商業計畫在一段時間後會發展此一市場等，起碼要有足以使法院以及一般人信服的根據，否則只要著作權人一表示其有計畫，重組著作人在第四點就很難獲得法院下有利於己的決定。



第三節 臺灣

第一項 我國合理使用判決與評析

在我國判決方面，本文就近十年來之著作權判決進行研究，針對合理使用的部分，挑出筆者認為較有意義的部分進行討論，另外要說明的是，針對「重組著作」的我國判決部分，因為我國此類判決較少，較有代表性的案件為臺灣高等法院 93 年度智上字第 14 號民事判決的「灌籃高手」案，但該案卻未討論到合理使用，使筆者無法瞭解我國對於重組著作的情形我國法院的判斷標準為何，故在討論我國判決部分，先針對合理使用的相關判決(但與重組著作的情形無關的)進行分析瞭解我國法院判斷合理使用上的缺點，再就「灌籃高手」案進行討論。

我國實務目前傾向把著作權合理使用認為是阻卻違事由；在針對當案件事實涉及著作權營利行為時，已經捨棄一旦有營利行為即認為不能成立合理使用的看法，並且一再的表示應綜合判斷之；另外也有引用美國轉化性使用進行判斷的判決；但就潛在市場的判斷上似乎還是不夠細緻。

一、智慧財產法院九十八年度民著上易字第三號

本案件事實為被告未經原告之同意而使用原告網站內鳥類照片，並加以重製利用在自己的網站內，且被告利用原告著作的方式並非單純透過超連結的方式介紹，而是誤導網頁瀏覽者使其誤以為該網站是被告所製作。

法院依合理使用的四要件進行判斷，認為：

(一) 使用的目的與性質

被告的利用目的及性質顯具有商業性，且誤導他人使他人以為該網站為被告所製作，又被告利用原作的方式是替代性(substitutive)而非轉變的(transformative)



即被告的利用是完全剽竊原告著作，非為達其他社會價值或有「轉變性的」利用原作。

(二) 著作之性質

原著作為攝影著作，具有原創性。

(三) 所利用之質量及其在整個著作所占之比例

被告利用原告著作最精華部分，且其重製使用占其網頁中相當大的部分，甚為突出明顯。

(四) 利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響

法院認為被告之利用行為雖不致於與原告在攝影著作市場中有直接競爭關係，但已侵蝕原告在潛在市場透過授權他人使用的利益。

綜上所述，法院認為被告行為非合理使用。

判決評析：

法院判決在第一個要件方面，討論兩個點，一為商業性使用的部分，另一為被告使用的方式是否符合「轉變性」(transformative)，商業性的部分只說明有營利行為，但並未更詳細論述該營利行為對於原作所產生的影響，又雖然使用了「轉變性的」用語，但未就此一美國法上的概念加以解釋即直接使用；第三個要件法院亦直接因被告使用原告的八張照片即認為是利用原告著作最精華部分，並未解釋其判斷依據為何，為何使用八張照片即是最精華部分；第四個要件，法院首先指出兩者為非「直接競爭」關係，但何謂「直接競爭」關係亦未說明，是否認為兩者市場並不相同？又有「直接競爭」那是否有所謂「間接競爭」？又潛在市場的判斷並未有具體證據可以認為原告有確實會開發該授權他人使用照片的潛在市場存在，而是只以原告有可能授權予他人即認為被告之行為已侵害原告的潛在市場，亦有不當。



二、智慧財產法院九十八年度民著上字第五號

案件事實為，利用人未經著作人同意將著作人之攝影著作及語文著作重製於教學網站供該校學生瀏覽，法院分別以現行著作權法第 46 條第 1 項規定為學校授課需要，得在合理範圍內重製他人公開發表之著作，並且依第 65 條綜合判斷之。

本案未就合理使用的判斷過程一一詳述，但以較大的篇幅說明合理使用的性質，以及引用最高法院 94 年度台上字第 7127 號刑事判決中對於合理使用應如何判斷的看法。

法院認為「合理使用之法律性質，有權利限制說、侵權阻卻說及使用者權利說。合理使用雖為著作權法所承認之著作權限制，然從權利發生之基礎、合理使用之外在表徵、內在意涵及權利實現等面向，均無法認定合理使用之保護強度到達「權利」之程度，是以合理使用僅屬於著作權法上所賦予之一般法律利益。另從法律的經濟分析及法院判決實務之實證角度觀之，採使用權利說之相關成本較高，故以侵權阻卻說為宜。從而，對於合理使用給予「利益式保護」即為已足，並無承認「合理使用權利」之必要。準此，被訴侵權之利用著作之人得於訴訟審理中為合理使用之抗辯，若符合合理使用之要件，則能免除侵害著作權之責任，具有阻卻違法事由之性質。」

判決中一再闡明合理使用的判斷應該要切合此法之立法目的，為促使人類智識文化資產之永續性、豐盈性與優質化，故合理使用的判斷上已非單純之二分法，而應以著作權法第一條所定之立法精神解析其使用目的。法院引用最高法院 94 年度台上字第 7127 號刑事判決：「...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。」並贊同此一見解表示，此判決明確揚棄商業營利與非商業營利用二分法之適用，自能否有助於調和社會公共利益或國家文化發展

為斷²⁵¹。最後並認為合理使用四個要件應綜合判斷，不能取單一要件做為判斷基準。



判決評析:

由此一判決可看出，我國已經逐漸揚棄僅以商業性利用做為判斷合理使用的標準，並且回歸著作權的立法目的來調整合理使用的適用空間。又對於合理使用也再度表明應該四個要件綜合判斷，但法院並未就四個要件詳細說明究竟各個要件其是如何認定符合合理使用，而是概括說明之，未有細部推論，稍嫌可惜。

三、智慧財產法院 100 年度民著訴字第 31 號

利用人將著作財產權人所享有專屬授權的攝影著作重製用以宣傳自己販售之商品，被著作人控告侵權，法院就合理使用四要件進行判斷，敘述如下。

(一) 利用之目的及性質

營利性的利用行為與非營利教育目的的行為，後者較容易成立合理使用，然商業目的，非以獲取利益為必要，雖非以出售為目的，然可減少購買之花費者，亦屬以商業為目的。

(二) 著作之性質


法院認為著作人之著作就主題選擇、拍攝角度、景物安排、畫面構圖、底部選取、光影處理、光線強弱、焦距調整及顏色採用等拍攝表達方式，較一般攝影著作具有高度創作性，故此一要件有利於著作人。

(三) 利用質量所占比例

利用人將圖片完全重製於其網頁上並供人重製或下載，利用質量為百分百，故認為非合理使用。

(四) 利用結果對市場之影響

²⁵¹ 同此見解，智慧財產法院 99 年度刑智上易字第 6 號。



著作財產權人取得該著作於台灣地區之專屬使用權利，其經濟效益在於自身與授權他人使用，以獲取商業利益或授權金，利用人無償使用，使著作財產權人經濟利益受重大不利影響，而無法確保其專屬使用權的獨占地位，故此要件不利於利用人。

判決評析：

關於此判決，就第一點商業性使用的看法以及第四點就利用結果所產生的市場影響，相當有趣，值得提出討論。

第一點商業性的利用不以有實際獲利為判斷標準，而是若因此可減省費用，亦可認為有商業性利用行為。減省的費用與實際獲利其實並不相同，若以減省費用來判斷是否能成立合理使用，則通常只要未經著作人同意而使用，基本上都是減省了付出授權金的成本，如此一來，第一點的商業性利用形同虛設，因為只要未經同意使用（重製）必然會違反此條之規定。

第四點市場利益的判斷上，因本案原告其是專屬被授權人，因此是以獨占使用該攝影作品為目的，故確實利用人未經其同意而擅自重製已侵害專屬被授權人獨占的現存市場利益，又原告取得專屬授權是包括再度授權予他人使用，似乎可以認為有再度授權他人使用的計畫，否則原告不必付出相對於非專屬授權較高之授權金取得專屬授權，故第四點的判斷上，本文同意法院看法。

綜上所述，本案的判決其實已有針對四個要件一一進行論證，但仍有些許不足之處，特別是第一點的判斷上實有不當，將會使商業性利用的判斷上相當不利於利用人。

四、智慧財產法院 98 年度民著訴字第 45 號、99 年度民著上易字第 1 號

本件 98 年度民著訴字第 45 號為第一審而 99 年度民著上易字第 1 號為上訴審，前後兩審對於合理使用的判斷上相當不一，以下分別敘述之。



(一) 智慧財產法院 98 年度民著訴字第 45 號

利用人未經著作人之同意，擅自使用著作人授權予他人之照片，重製一張於自己的網頁上，因而被控侵權。又被告是將該照片放在其分類為「生態筆記」之「一顆蛋毀了一座林」文章中，以傳達反對於松山菸廠現址興建巨蛋體育館之理念，其主要內容為為使大眾瞭解松山菸廠因興建巨蛋體育館產生生態危機，故使用原告照片。以下為法院依合理使用進行之判斷：

- 1、法院認為該使用行為應該當著作權法第 49 條之「以網路或其他方法為時事報導」以及同法第 52 條「為報導、評論或其他正當目的之必要，在合理範圍得引用以公開發表之著作」。

法院判決認為：「雖被告並非傳統定義下之新聞工作者，惟按科技之發達，使人民關於國家政治、社會活動等各項資訊之獲得，已不僅限於所謂新聞媒體工作者，且何謂新聞媒體工作者，亦因科技之發達，使人人皆可成為新聞工作者。...本部落格內容將以翻譯工作，生態隨筆，政治抒發為主」，可知被告之部落格亦係網路發達時代下，時事報導、評論之媒介。被告因關心社會公益所為之時事評論報導，符合立法者制定著作權法第 49、52 條，在保障著作權人之權利，及追求促進資訊流通之社會公益間所為之利益衡量，故在其時事報導之必要範圍內，或為報導評論之必要，在合理範圍內，得利用其報導過程中所接觸之著作，或引用已公開發表之著作，故被告使用系爭著作之行為，應屬立法者為調合社會公益所允許之合法使用他人著作之行為。」

- 2、法院並認為著作權合理使用的列舉規定第 44 條至第 63 條的內容，已經是立法者在衡量各種利益後之結果，因此第 44 條至第 63 條所謂的合理、正當與第 65 條之解釋應不相同，且若經由第 44 條至第 63 條之規定已可認為是合理使用時，即無必要再適用第 65 條第 2 項之判斷標準，至多是做為列舉規定的參考標準，否則第 44 條至第 63 條之規定即為具文。

3、故法院以被告符合著作權法第 49 及 52 條之規定，並以第 65 條第 2 項合理使用的規定做為參考標準表示「...被告雖係將系爭著作完全之使用，但攝影著作本即難割裂引用，且被告僅於部落格之文章上利用一次，亦難認對系爭著作之潛在市場與現在價值有何實質之影響，況被告將系爭著作與文章結合之後，已改變原系爭著作之利用性質，故本院於衡量著作權人之個別權利保障，及促進資訊流通之社會公共利益後，仍認被告使用系爭著作之行為，符合著作權法第 49、52 條對於著作財產權限制之規定，而為合法之行為。」

法院最後下對被告有利之判決。

(二) 99 年度民著上易字第 1 號


1、法院同意下級審法院認為第 44 條至第 63 條之列舉規定與第 65 條之合理、正當之標準並不相同。

2、惟法院認為下級審法院不應將不具有專業訓練之一般人所為之報導與受過專業訓練之媒體所為之報導相提並論，不能認為因為「...惟若僅因被上訴人關心社會公益而謂其所為係時事評論報導，而將其視為受過專業訓練之新聞工作者，則任何人在網路上發表文章評論時事，皆認定為時事評論報導，而得任意使用他人之攝影著作，對攝影著作權人之保護顯有不及...」最後認為利用人之行為不能成立合理使用。

判決評析：

第一點、首先，關於合理使用列舉規定與概括規定之間的關係，因為列舉規定中有許多條文內有「在合理範圍」得以一定方式利用他人著作，因此在關於著作財產權的限制範圍，判斷上均包含合理使用因素的考慮²⁵²，而因為實際上的著

²⁵² 謝銘洋(2011)，前揭註 73，頁 256，台北:元照。



作利用行為是否符合法律規定的要求不易判斷，因此立法者於第 65 條又規定補充性的判斷標準，使無法包含在列舉規定之情形能被涵蓋，但仍無法看出第 65 條對於列舉規定而言究竟是「參考」標準或是必然要檢視的標準。依下一節將會介紹到的我國著作權法修法草案針對此點做出說明表示，現行著作權法第 44 條至第 63 條之規定，除需符合各該列舉規定外，仍應依第 65 條檢視是否符合「在合理範圍內」之要件，但為使著作財產權限制的相關規定更加明確，本次修法將著作權法第 44 條至第 63 條的適用要件明確規定，並且刪除「在合理範圍內」之要件(修正條文第 61 條私人重製除外)，使其不需要再依第 65 條概括條款規定再行檢視。由此可知，在修法前，縱使是列舉規定仍應該要依第 65 條檢視之。

故自法院判決推論，本文認為法院似乎是列舉規定與概括規定之間較近於互斥，而主要仍以列舉規定為主。但實際上自判決內容法院仍是回歸第 65 條的判斷標準，則無法看出法院將第 65 條第 2 項規定認為是「參考」用之實益為何。

第二點、利用人非受過專業訓練之人，其所為的報導或宣傳行為是否能適用第 49 及 52 條之規定，本文同意第一審法院之看法，並認為第二審上訴法院不當限縮對於適用主體之範圍，因為依法條文意看不出必須「受到專業訓練」之人始能針對時事進行評論、報導，況現代科技發達，人人皆可對於時事抒發己見並做出評論，引起大眾注意，沒有理由因為其非專業人士而不得主張第 49 及 52 條，上訴審法院的看法相當不合理。

五、臺灣高等法院 93 年度智上字第 14 號民事判決的「灌籃高手」案

本案案件事實為，我國公司被告擅自為日本著名漫畫「灌籃高手」製作名為「灌籃高手二部」一到四集的漫畫販賣，「灌籃高手二部」的漫畫不論在分鏡、人物設定、風格、故事情節上皆有「灌籃高手」的影子在內，並且「灌籃二部」的網頁宣傳用語有誤導他人以為是原作的後續發展，故著作權人對其提起侵權訴訟。



本案法院並未討論是否可適用合理使用，因此無從得知我國針對重組著作在合理使用上究竟會如何判斷，以下將簡要說明我國法院是如何處理此案。

(一) 被告井上公司的作品非獨立著作

法院認為「灌籃高手二部」的宣傳手法以及用詞有明顯暗示讀者此為延續自「灌籃高手」而來的故事，又因被告以「二部」的方式自稱，則未有「一部」何來「二部」，亦無所謂「睽違許久」的說法，又台灣公司又以「井上公司」為名，使讀者產生與原作者井上雄彥的聯想，並保留原作最後一集的劇情，並在「二部」的作品中接續發展，使其產生一定關聯性，並在比對兩部作品後認為兩部的風格、人物角色相似度相當高，顯有抄襲、重製並侵害著作權人的權利，被告井上公司的作品難謂是獨立著作。

(二) 著作人格權所保護的內涵為著作之風格、手法、形式

法院首先提出著作權人依著作權法第 17 條著作人享有禁止他人以禁止他人以歪曲、割裂等方式變更其著作內容以致損害其名譽，又依同法第 28 條前段著作權人專有將其著作改作成衍生著作或編輯著作之權利，此為著作人格權所保障之權利。法院在此提出著作權法之所以保護著作人格權是「因著作人透過其著作之風格、手法、形式，展現其個人在創作上之能力與價值，著作人此一價值之高低、通常係經由其著作之品質及其著作所展現之內涵，透過市場上之選擇機制而定奪其位階。是以，倘第三人冒用原著作人之風格、筆觸、手法，佐以其他使人混淆、誤以為係原著作人所創作之作品時，其結果將使原著作人無法控制「形式上為其著作」之品質與內涵，卻須承擔因此對其名譽所造成之損害(倘模仿者技高一籌，通常已無模仿之必要矣)，對著作人而言，顯然係一種侵權行為，此種侵權行為，在英國著作權法中稱為『禁止錯誤歸類屬性權利』……」

法院最後認為，因被告之作品的內容、風格、筆觸、手法均與原作類似，又被告刻意以「井上」為名，以及其他誤導讀者的用語，認為侵害原告之名譽及人格權，認為被告侵害著作人之權利。



判決評析:

本案可說是我國少見的案例，法院的判決內容有不少值得討論的地方，以下一一論述之：

第一點、就法院對於「灌籃高手二部」是否具有原創性的判斷上，以被告的作品名稱、宣傳用語、公司名稱、劇情的接續、人物設定、風格等原因做為不具有原創性的論述依據似乎混合著公平交易法的不公平競爭的觀念在內，且縱使作品名稱或宣傳用語等會使他人產生混淆，但不代表「灌籃高手二部」不具有原創性，兩者應該分開判斷，況作品名稱「一部」「二部」為常見用語，為何一定要先有「一部」才能稱自己的作品為「二部」，又或是從另一個角度看，作品名稱若要受到著作權法的保護也應符合是否能表現作者個性，否則其實無保護之必要。

第二點、著作人格權的保護內容為何？風格、筆觸、手法是否是著作權法所保護？依照法院判決內容，法院似乎是認為風格、筆觸、手法是著作人格權的內涵，因此若第三者「冒用」，將會使原著作權人受有不利益，甚至可能會有名譽上的損害。但本文認為所謂的風格是代表一個時代的特色，是一種抽象的氣氛，任何人可藉由不同的表現方式來呈現該風格特有的特色，以著作權法的角度來看，比起著作權法所保護的「表達」反倒較接近著作權法所不保護的「思想」。因此並無所謂「冒用」的問題，也並非著作人格權所保護。又所謂的筆觸、手法是否有辦法「冒用」也是令人疑惑的，只能說是可以學習的，但每個人所展現出來的仍有些微的不同，法院在這部分的論述令人不解。

第三點、其實在這個案件中法院其實可以討論有關於角色著作權的相關議題，以及延申下去討論合理使用以及轉化性等部分，但法院卻隻字未提，錯失可以建立起就此類著作的判斷標準，相當可惜。



六、小結

以上只簡略提出六個判決，但整體而言，就合理使用部分的判決，我國已有不少認為就第一個要件使用的目的與性質在判斷上不再以營利與否二分法的方式進行判斷，而是綜合其它事實情狀進行考量，又法院雖然在判決中提到轉變性、轉化性(transformative)的要件，卻未說明其實質內含為何，頗為可惜，但可以看出我國也逐漸接受依著作目的與性質輔以轉化性來判斷第一個合理使用的要件。

合理使用第二個要件，著作的性質，法院在判斷上無太大爭議。

合理使用第三個要件，使用的質與量占原作比例。由上述判決中，大多為未經同意重製照片的情形，有時是著作權人有多張照片，而利用人只重製其中一小部分，此時在判斷使用的質與量時應該是就各照片單獨認定，即每一張照片有其獨立的著作權，又照片通常不能割裂來看，因此不能認為因為數張照片只取用一張而謂未過度使用，而是就單張照片本身而言。而攝影作品通常無法通過第三個要件的原因在於當合理使用第一要件使用目的的判斷上若已經被認定不具轉化性只是單純重製時，此要件定會不利於利用人，因為利用人並未對整體文化產生貢獻。

合理使用第四個要件，對於現在市場以及潛在市場的影響。法院在判斷第四個要件時，都過於簡略，首先並未討論兩者是否屬於同一市場，也未就著作權人是否有開發該潛在市場的可能性進行論述，只要「有可能」，便會認定該市場存在，實在不妥。

整體而言，我國法院對於合理使用的判斷上仍然過於簡略，不夠細緻，縱有使用「轉化性」的判斷標準，亦未在判決理由說明法院是如何認定轉化性以及轉化性的含意為何，而就第四個市場替代性的判斷上常以幾句話帶過，究竟市場存在與否也未說明。或是法院並未就四個要件一一列明判斷，而是以綜合性的方式，每個要件以一兩行說明帶過，涵攝過程過於簡短，無法確知法院的判斷過程以及論斷基礎為何。

法院未一一就各個合理使用要件進行涵攝而以概括方式帶過是否會構成判決理由不備之違法，我國就此一問題有肯否兩說，肯定說認為我國著作權法第 65 條第 2 項是承自美國著作權法第 107 條而來，故不論自文義解釋、歷史解釋或是學者見解、美國判決實際情況，均認為該第 107 條非訓示規定，故應一一審酌，且依我國著作權法第 65 條第 2 項文義解釋，條文中既規定「應」，則法院應有義務一一涵攝四個要件，綜合判斷之²⁵³，且依我國立法理由可知此條是參考自美國著作權法第 107 條而來²⁵⁴。

否定說之見解則認為因著作權法第 65 條第 2 項規定是要求法院審酌一切情狀，而列舉四項基準只是例示規定，法院並無義務要逐一審酌，故縱未一一審酌亦不構成判決違背法令²⁵⁵。

然就此項爭議，我國最高法院之判決目前並無定見，但近年來有越來越多判決採肯定說，並且司法院於 98 年度所召開之智慧財產法律座談會，其研討結果多數與會法官也採肯定說²⁵⁶。

本文認為參考美國判決後，認為法院若能一一涵攝四個要件，並且給予詳實的說明，實際上是減少當事人雙方對於判決的不滿，進而信服，此外亦可以給予人民以及學者及其它適用合理使用規定之法官能瞭解應如何適用並且可以預測可能的結果，對於著作權法的發展亦有幫助，故贊同肯定說。

第二項 我國 2014 年新修著作權草案

在本節第二項將說明我國 2014 年新修著作權草案之內容，將會提到我國有意新增談諧仿作作為合理使用的列舉規定，但從以上判決可看出的是我國法院就現行的第 65 條第 2 項判斷上仍有不足之處，是否適合新增我國判決尚未承認之談諧

²⁵³ 黃明展，〈論著作權合理使用在訴訟實務之運作〉，《智慧財產權月刊》，Vol. 190，2014 年 10 月，頁 60-61。

²⁵⁴ 經濟部智慧財產局，歷年著作權法規彙編專輯，頁 203-204，民國 94 年。

²⁵⁵ 黃明展，同前註 253，頁 61。

²⁵⁶ 黃明展，前揭註 253，頁 61-62。

仿作是有疑慮的，且光是第 65 條第 2 項之判斷都無未能如美國法院一般進行細緻的運作，何況是美國經過多件判決後所累積起關於詼諧仿作的認定，2014 年新修著作權草案在公開後也引起音樂創作人(團體)的反彈，詳後說明之。


我國於 2014 年 4 月將「著作權法修正草案」(第一稿)上網公開，並舉行公聽會，距上次 1998 年修正後，雖有幾次修正，但幅度並不大，此次修正為應因數位時代所產生的各項議題，以及就許多著作權利規範不明之處加以釐清與調整，主要修正內容有：因應科技發展需要，整併及修正著作財產權之無形權能規定；檢討職務著作及視聽著作之著作人歸屬規定之合理性；為促進著作流通利用，修正著作人格權規定；將著作財產權限制及例外規定，作更為合理之修正；針對著作財產權人不明之強制授權規定；修正部分不合時宜之刑事責任規定；另外有兩項尚待凝聚共識，分別為是否延長著作財產權保護期間以及是否恢復著作權登記制度等多項修正。

與本文所討論的議題相關性較高的有修正關於著作人格權之規定、著作財產權限制的規定、針對著作財產權人不明之強制授權規定、以及尚未明確表示是否要修正之延長保護期間議題以及是否恢復著作權登記制度之討論。

關於著作人格權之修正，主要是修正法人消滅後之著作人格權侵害並無救濟途徑，因而參照國際公約及外國立法例，刪除法人消滅後之著作人格權保護，並將以侵害著作人名譽之方法利用其著作明定屬侵害人格權，不僅僅是現行法的「視為侵權」。此外，為促進著作之流通利用，將碩博士論文由現行的「推定同意公開發表」修正為「視為同意公開發表」，並增訂著作人死亡後符合一定要件可公開發表著作人生前未公開之著作。(修正條文第 17 條、第 19 條及第 20 條)²⁵⁷。然而關於對於人格權保護期間過長之問題，在此次修正卻完全支字未提，可見我國立法者對於著作人格權的保護仍未有變更之意願。

著作財產權限制的相關修正，在修正說明中表示此一議題為本次修法之重要

²⁵⁷ 著作權修法草案說明(公布版)，民國 103 年 4 月 3 日。



課題，現行著作權法合理使用的規定已不足以因應網路及科技發展之需求，故增訂與諷刺仿作及偶然入鏡之相關合理使用規定。另外現行著作權法第 44 條至第 63 條之規定，除需符合各該列舉規定外，仍應依第 65 條檢視是否符合「在合理範圍內」之要件，但為使著作財產權限制的相關規定更加明確，本次修法將著作權法第 44 條至第 63 條的適用要件明確規定，並且刪除「在合理範圍內」之要件(修正條文第 61 條私人重製除外)，使其不需要再依第 65 條概括條款規定再行檢視。

著作財產權人不明之強制授權規定，此一規定就立法草案說明表示，是針對孤兒著作而設，故為促進著作流通利用，不論利用人是基於營利或非營利目的，都可使用著作財產權人不明時之強制授權規定。又為兼顧著作財產人不明著作利用之時效性及專責機關審查之效率，允許在審查期間利用人得以提存保證金之方式先行利用該著作(修正條文第 81 條)

最後則是是否要修正之延長保護期間議題以及是否恢復著作權登記制度之討論。延長保護期間的議題，修正草案說明雖然我國目前的規定符合國際條約，但由於英美多國已將著作權的保護延申至著作權人死後七十年，我國本次修法尚未針對此規定進行修正，但是似乎也不排除未來修正至著作權人死後七十年之可能性，但仍有待學者及實務共同凝聚意見。而是否恢復著作權登記制度，就本次修正為促進著作流通利用及保障交易安全，增訂著作權財產權之讓與、專屬授權及設質登記之公示制度，惟外界亦有全面恢復著作權登記之意見，依伯恩公約第 5 條及 TRIPS 規定，不得以著作權登記作為取得著作權之要件，故國際上採著作權登記制度者均屬自願登記制，而我國針對此一議題目前有正反兩面意見，有認為可以降低尋找著作人之成本並且促進流通，但反面意見則是認為有行政、司法成本以及對於著作人的保護形成額外負擔，欠缺鼓勵登記之誘因等理由而反對。



第三項 修法建議

在本次修正內，與本文較高度相關的條文分別為著作權草案第 63、64 條，以下分別討論之。

一、著作權法修正草案第 63 條

第 63 條 以攝影、錄音、錄影或類似之方法創作著作者，得附帶利用他人已公開發表之著作。

前項附帶利用，以非創作之主要標的且難以分離利用者為限。

修正草案第 63 條，為新增條文，屬於對附帶利用的情形新增合理使用空間。其修法理由為，以攝影、錄音、錄影等方式創作者，若因不經易將他人享有著作權之作品入鏡，此時並不會構成著作財產權的侵害，因為該附帶入鏡的作品並非主要的創作目標，且依一般情形下，其利用的質與量皆屬輕微者，應可主張合理使用。

此新增條文有利於著作人進行創作，因為如此一來可以免去因偶然入鏡的情形所要尋求授權成本，使著作人在創作時可以放心不會因偶然將他人作品入鏡而被控侵權而使整個作品無法主張著作權，本文贊同此立法，況現代人智慧型手機隨身攜帶，用攝影、錄音、錄影等方式紀錄、分享生活是理所當然的活動，此規定亦可以使一般人在紀錄時不用擔心侵害他人的著作財產權。

惟此修法只限於因「偶然」入鏡所為的附帶利用，若是創作的主要標的或是非難以分離利用，則不能依此條主張合理使用，故若如重組著作的情形，因重組著作就是以原作為利用標的，故無論如何都無法援用此條，但如前述，本文基於以上理由仍認為新增條是有助於整體社會文化發展的，值得贊同。

但本條於著作權修法草案公聽會有許多音樂創作人認為本條的要件不明，並提出諸多疑問，如：附帶利用的定義模糊難以判斷，且若利用人故意利用卻主張是附帶利用時，著作權人應如何應對，以及一般電影、戲劇的音樂都是配合劇情而設計的，鮮少是偶然的情況，為何要訂立本條給予利用人脫罪的機會等等意

見，但本文認為以上疑問都是混淆故意與非故意利用的情況，正如若是配合戲劇而設計之配樂，本來就非「偶然」，況此規定亦非經利用人一主張即成立，而是要依實際情況以及證據來綜合判斷，又參與公聽會表達意見之人皆為音樂創作人(團體)，自然有其經濟利益上的考量，但若就對於整體大眾或創作上的環境上來切入，本文認為此條文仍是利大於弊，惟此規定於公聽會後智慧財產局對於此問題的回應是順應音樂創作人(團體)之意見，認為回歸著作權法第 65 條合理使用概括規定處理之，暫不新增此條²⁵⁸。

要注意的是，最近與偶然入鏡有些許類似的爭議發生在歐盟，歐盟提出一個禁止在未經允許的狀況下拍攝景點的法案，引起兩個不同意見的討論，在法案提出前，歐洲基本上都允許任何人可以拍攝公共建築物或是藝術作品，而且可以進行商業性的利用或是做成月曆、明信片等，唯一的限制只有這張照片必須是在公共領域拍攝。但也有少數國家，如法國，就艾非爾鐵塔晚上的夜景，是有著作權的，也就代表著除非經過允許，否則是不能夠出版關於艾非爾鐵塔的相關作品，而比利時也有相類似的規定。

當然針對此法案亦有不少反對意見，特別是認為如此一來會對於攝影師產生過度的限制以及對於維基百科或是旅遊部落客造成不當的影響等，此法案若通過的話，將會於 2015 年秋天正式上路²⁵⁹。

二、著作權法修法草案第 64 條

第六十四條 為嘲諷或詼諧仿作之目的，得利用已公開發表之著作。


依前項規定利用著作者，得省略著作人姓名。

²⁵⁸經濟部智慧財產局修法草案一稿公聽會之回應說明(核定)

來源: <https://www.tipo.gov.tw/lp.asp?CtNode=7693&CtUnit=3774&BaseDSD=7&mp=1> (最後瀏覽日期:2015/7/13)

²⁵⁹ Olaf Tost,(2015)“ Freedom of panorama ”: Will the EU ban landmark photography?, *DW made for mind*,

載於: <http://www.dw.com/en/freedom-of-panorama-will-the-eu-ban-landmark-photography/a-18554383> (最後瀏覽日期: 2015/7/13)



此為新增規定，依條文文義可知此為為嘲諷或詼諧仿作所設，依立法理由表示所謂詼諧仿作是以一個或多個他人之著作，加上利用人的創意將他人之著作當作材料予以改編，以評論或嘲諷原作，或另為其他詼諧目的，在利用人有添加新表達元素時，得以主張此條，又因此種利用行為屬於意見、思想或言論自由表達之範圍，故在參考他國法律後設立此條。又本條第二項之立法理由為為避免對被利用著作人產生困擾，故有必要省略其著作人之姓名。

自立法理由可知，第 64 條是「為為嘲諷或詼諧仿作」所設，惟我國條文所指之「為嘲諷或詼諧仿作」是指何種著作，卻並不容易判斷，因我國對於此類著作尚未有判決累積，尚無法確知實務會如何判斷，又立法理由中表示此條是參考歐盟指令、西班牙及法國著作權法所設，並非是學習自美國法之嘲諷著作(Parody)，故究竟實際上何種著作才能被認定為是「嘲諷或詼諧仿作」仍不清楚，在媒體報導用詞上，又將 KUSO 視為是「為嘲諷或詼諧仿作」的一種情形²⁶⁰，且智慧財產局是如何看待 KUSO 與「嘲諷或詼諧仿作」的關係仍不明，無法確知何種作品可主張本條。

又此修法在我國亦引起不少爭議，特別是音樂創作人、音樂著作集體管理團體積極參與著作權修法草案公布後之公聽會，並強烈表達不滿²⁶¹，而智慧財產局於公聽會後，針對各界的聲音做出回應，表示「在現行法下，偶然入鏡與詼諧仿作原可依概括合理使用規定於個案主張合理使用，原修法草案將之獨立規定，各界反應由於個案利用型態差異甚大，要件實難以明確化……故於修正草案二稿刪除偶然入鏡及詼諧仿作合理使用規定，使其回歸合理使用個案判斷。」²⁶²簡言之，

²⁶⁰唐玉麟、吳禮強，青花瓷變馬桶 怎能接受，中時電子報，2014 年 7 月 10 日，來源：

<http://www.chinatimes.com/newspapers/20140710000405-260114> (最後瀏覽日期: 2015/7/13)

依該媒體報導，音樂創作人認為 KUSO 會被納入合理使用的範圍內，認為不尊重創作人故表達不滿，然王美花局長的回應問題的用詞是以詼諧仿作，但仍無法肯定 KUSO 與詼諧仿作是否能畫上等號。

²⁶¹經濟部智慧財產局修法草案一稿公聽會之回應說明(核定)

來源: <https://www.tipo.gov.tw/lp.asp?CtNode=7693&CtUnit=3774&BaseDSD=7&mp=1>

(最後瀏覽日期: 2015/7/13)

²⁶²前揭註 261。

智慧財產局最終決定為平息爭議，暫時不增訂第 63、64 條的規定。

三、小結

關於本次修法，本文認為智慧財產局的立意良善，希望能應因科技發展以及現代創作手法為合理使用進行更明確的規定，然而卻引起音樂創作人(團體)的反彈，當然音樂創作人(團體)反對的理由並非不能理解，但卻可以看出音樂創作人(團體)對於合理使用的誤解以及不明瞭，當然本文亦認為此次修法亦有些許不妥之處，特別是與本文高度相關的第 64 條，以下敘述之。

首先，就修法草案第 64 條的問題在於何種創作可以主張是「為嘲諷或詼諧仿作」，我國尚未有明確的標準可尋，若是先立法，則有待實務判決累積始能知我國對於「為嘲諷或詼諧仿作」的定義為何，然而在累積實務見解的期間內可能大眾無法預知自己的使用情形是否違法，會使不論是著作權人或是大眾對於利用他人著作進行創作一事是否會違法處於不安定的狀態下。

然而，若回歸現行法第 65 條合理使用的概括規定處理亦非不可行，惟合理使用第一個要件，使用的目的與性質，為嘲諷或詼諧仿作的目的雖可成為使用目的，但其保護強度或許無法如修法草案第 64 條獨立保護來得有力，畢竟列舉規定代表立法者對其重視程度。

本文認為，不論是獨立立法或是回歸現行概括規定處理，都有其優缺點，但就我國目前對於「為嘲諷或詼諧仿作」的定義仍不明確以及確實有反對聲浪，或許應待我國判決慢慢累積出我國對於「為嘲諷或詼諧仿作」的定義後，再立法亦不遲。

第四節 結論

在討論過歐盟、美國以及我國就合理使用的規定以及實務見解之後，本文認為應該以美國判決做為借鏡，除因我國合理使用的規定是學習自美國著作權法第107條而來外，也因為美國長年來的判決確實建立起對於「利用他人作品進行創作的作品」的判斷標準，並且在實踐上也能切合各種著作的使用目的以及其特性進行細緻的判斷，我國對於是否要新增嘲諷著作合理使用的規定雖然暫時因音樂創作人(團體)的反彈以及各界聲浪而暫時刪除，但難謂以後我國不會再度提起新增嘲諷著作合理使用的提案，又縱使未具體列舉嘲諷著作做為合理使用的規定，但就整個文化發展走向，重組著作的問題勢必會在未來有高度可能性會在我國法院引起討論，若能以美國判決的標準為我國重組著作進行合理使用的判斷，應該較能使重組著作有較大的生存空間。



第六章 結論

重組著作是時代之下的產物，是一種創作手法，從早期挪用藝術 (Appropriate)，一直到現代所流行的同人文化、KUSO 文化，都創造出豐富而多元的作品，且隨著科技的發達以及網路的興起，任何人皆可利用電腦以及網路尋找資訊，並加以創作，互相分享，然而隨著時間演進的不只有創作手法的改變，著作權法對於著作人所得獨占的權利也不斷擴張，除增加著作財產權的範圍外，對於著作權保護年限的延長也造成許多爭議。

在研究過我國近十年來合理使用的相關判決後可知雖然我國著作權法第 65 條第 2 項合理使用在實務上的判斷上逐漸揚棄僅以商業性判斷為主要考量因素，但對於合理使用的四個要件判斷上仍不夠細緻，而且有許多不當之處，種種因素可能會造成重組著作在我國法院判決上的困難，為使重組著作能在我國著作權法下有生存空間，使我國文化能更加多元，以達到著作權法立法目的，因此本文在第一章先簡介重組著作的三大類型，並於第二章就重組著作的具體樣態進行整理，呈現出重組著作的特性後，為重組著作下定義，並特定本文所欲討論的研究範圍。第三章則討論重組著作為何會與著作權法產生衝突的問題背景，並且分成就文化以及經濟層面進行說明。第四章則重在重組著作在我國著作權法的所產生的法律問題。第五章是自比較法觀點討論之。第六章則試圖自合理使用的層面以外找尋解決問題的方法。

從第一、二章對於重組著作的介紹，可知重組著作的複雜性，但由於各種重組著作作品皆有一個最大的共同特色，故本文依觀察到的特色對重組著作定義為：「取用原作的元素並加以拼貼，把原作當作創作的基底或是將原作當作創作的材料(raw material)使用，並添加自己的創意，使作品產生新的意義。」又因重組著作的樣態眾多，本文無法一一詳述，因此取其特色的最大公約數，提供一個以

合理使用四個要件為基礎架構的研究架構，故著重於合理使用四個要件的闡述與說明。

在第五章比較法的研究後，本文認為就重組著作在合理使用部分的處理上，相當值得借鏡美國判決所累積下來的判斷標準，且我國著作權法第 65 條第 2 項之立法理由也說明是學習自美國法第 107 條，故有相當理由學習美國的經驗。

合理使用的四個判準：

一、使用的目的與性質

使用的目的與性質，將影響後續三個標準的寬嚴程度，因此在第一要件上要仔細就該重組著作的創作目的與性質加以檢視，除使用的目的外，該作品是否具有轉化性(transformative)也是討論重點，而要強調的是商業性的性質並不是唯一標準，重點在於該轉化性的程度，若轉化性程度越高，該商業性質的考量應該要加以淡化，否則商業性與否的認定將成為合理使用第一個性質的阻礙。

二、著作的性質

由於重組著作的特性使其在著作的性質方面容易受有不利的判斷，但在嘲諷著作(parody)的情況下，美國傾向於淡化對於此一要件的討論，因為此一要件在嘲諷著作判斷合理使用的過程上較不重要。

三、使用的質與量

使用的質與量，經由第一個合理使用要件對於該重組著作的使用目的判斷後，便可依該使用目的定第三個要件的寬鬆程度，並配合該使用目的量身定作以定該重組著作可使用原作的質與量，又在嘲諷著作方面，因為嘲諷著作目的就是使觀者能聯想起原作，故法院提出一個聯想測式法(conjure up)，允許該作品能使用到足以聯想起原作的程度，此包含可能使用到原作最為人所記憶或為人所知悉的部分。

四、對於現在市場以及潛在市場的替代性

對於市場替代性的判斷上，則應該考量三點，第一點、應先判斷原作與重組

著作是否為同一個市場的競爭者，第二點、兩者所描準的消費者是否為同一，第三點則是若有影響到潛在市場的可能性時，應該就該潛在市場是否真實存在一事進行論述。

本文認為經由以上合理使用的四個要件檢視後，才能使重組著作在著作權法上有較明確可以依循的判斷標準，並且依據各重組著作的特性為其打造量身訂作的標準，使重組著作在適用到合理使用的規定時能較有彈性，而不是受限於不明確的標準或法條文義而導致創作人不知自己何時會被控侵權，如此一來也可以建立較為安穩的創作環境，才能真正達到著作權法第一條所規定的：「為保障著作人著作權益，調和社會公共利益，促進國家文化發展，特制定本法。」而不是使原來是做為刺激著作人創作的誘因手段反客為主，而使著作權法喪失調和社會公共利益，促進國家文化發展的目的。

綜上所述，希望本文的研究能使著作權法第 65 條第 2 項合理使用的規定在實務判斷重組著作時能更加的符合著作權法的立法目的，以及藉由給予重組著作更大的生存空間以使我國文化更加的豐富且多元，才不會背離著作權的立法目的。



參考文獻

一、中文資料

(一) 期刊文章

1. 章忠信(2001)，〈臨摹狂草手稿賣茶，沒人能仿冒?〉，《著作權筆記》，載於：
<http://www.copyrightnote.org/ArticleContent.aspx?ID=2&aid=399>
(最後瀏覽日期:2015/7/13)
2. 章忠信(2004)。〈美國最高法院判決國會延長著作權保護期間並不違憲〉，《著作權筆記》。載於：
<http://www.copyrightnote.org/ArticleContent.aspx?ID=54&aid=2065>
(最後瀏覽日期: 2015/7/13)
3. 陳新民(2008)，〈著作權的社會義務:由德國憲法學的角度檢驗智慧財產權的保障及其限制〉，《臺大法學論叢》，第 37 卷第 4 期
4. 賀德芬(1994)，〈文化創新與法制化--著作權法的現代意義〉，《文化創新與商業契機: 著作權法論文集》，2 版，台北:月旦。
5. 黃明展，〈論著作權合理使用在訴訟實務之運作〉，《智慧財產權月刊》，Vol. 190，2014 年 10 月
6. 蕭宏宜(2007)，〈以刑法保護著作權?〉，《月旦法學雜誌》，143 期
7. 謝銘洋，從美國法上之商業利用權(right of publicity)探討肖像權之財產權化--最高法院民事判決 97 年度台上字第 1396 號解析，月旦裁判時報，第 4 期，2010 年 8 月。

(二) 書籍

1. 吳庚(2003)，《憲法的解釋與適用》，台北：自刊。
2. 希瓦·維迪亞那桑(Siva Vaidhyanathan)(著)，陳宜君(譯)(2003)。《著作權保護了誰?》(Copyrights and Copywrongs)，初版。台北：商周。
3. 李惠宗(2006)，《憲法要義》，台北:元照。
4. 林昱梅(2002)，〈著作之引用與藝術自由〉，翁岳生教授祝壽論文編輯委員會編《當代公法新論(上)--翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集》，台北：元照。
5. 林昱梅(2004)，〈藝術自由與嘲諷性模仿之著作權侵害判斷〉，《成大法學》，第 7 期。
6. 法治斌、董保城(2004)，《憲法新論》，2 版，台北：元照。
7. 章忠信(2007)，《著作權法逐條釋義》，五南圖書出版公司。
8. 陳新民(1999)，《中華民國憲法釋論》，修正三版。




9. 陳新民(2005)，《憲法學釋論》，5 版，台北：自刊。
10. 蔡蕙如(2012)，《智慧財產法律規範 101》，台北：元照。
11. 蕭雄淋(2010)，《著作權法論》，五南圖書出版公司。
12. 謝銘洋(2011)，《智慧財產權法》，台北：元照。
13. 簡啟煜(2009)，《著作權法案例解析》，台北：元照
14. 簡啟煜(2009)，《著作權法案例解析》，台北：元照。
15. 羅明通(2009)，《著作權法論(I)》，7 版，台北：台英商務法律。
16. 羅明通(2009)，《著作權法論(II)》，7 版，台北：台英商務法律。

(三) 碩博士論文

1. 李劍非(2010)，《論著作權與資訊流通自由的衝突與解決》，參見第貳章、第參章，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。
2. 張庭榮(2008)，《諧擬式扮裝與後現代藝術的挪用手法》，銘傳大學設計創作研究所碩士論文。
3. 盧美慈(2011)，《同人誌相關著作權問題研究》，國立政治大學智慧財產研究所碩士論文。

(四) 報導與網路資料

1. Edster(2014)，〈你看這些電影海報可能已經幾百萬次了，但是你一定沒有注意到這個超有趣的「規則」〉，TEEPR 趣味新聞，載於：
<http://www.teepr.com/25276/%E4%BD%A0%E7%9C%8B%E9%80%99%E4%BA%9B%E9%9B%BB%E5%BD%B1%E6%B5%B7%E5%A0%B1%E5%8F%AF%E8%83%BD%E5%B7%B2%E7%B6%93%E5%B9%BE%E7%99%BE%E8%90%AC%E6%AC%A1%E4%BA%86%EF%BC%8C%E4%BD%86%E6%98%AF%E4%BD%A0%E4%B8%80/>
2. linli(2014)，〈2014 年世界品牌 500 強：美國品牌占 227 席，臺灣無品牌入圍〉，《TechNews 科技新報》，載於：
<http://technews.tw/2014/12/17/the-world-s-500-most-influential-brands/>
3. NOK ON(2015)，〈把別人的 Instagram 截圖然後賣出 10 萬美元的「藝術家」Richard Prince!?!〉，Photoblog.hk 攝影札記，載於：
<http://photoblog.hk/wordpress/118217/%E6%8A%8A%E5%88%A5%E4%BA%BA%E7%9A%84-instagram-%E6%88%AA%E5%9C%96%E7%84%B6%E5%BE%8C%E8%B3%A3%E5%87%BA-10-%E8%90%AC%E7%BE%8E%E5%85%83%E7%9A%84%E3%80%8C%E8%97%9D%E8%A1%93%E5%AE%B6%E3%80%8D-richard-prince>

- 
4. 波波(2014),〈韓藝術家惡搞 STARBUCKS〉,《New Monday》,載於:
<http://www.nmplus.hk/home/%E9%9F%93%E8%97%9D%E8%A1%93%E5%AE%B6%E6%83%A1%E6%90%9Estarbucks%E6%9D%AF/>
 5. 洪玲明(2009),〈設計師 KUSO 星臥客杯 星巴克提侵權〉,《TVBS 新聞》,載於:
<http://news.tvbs.com.tw/entry/149138>
 6. 陳錦芳(2015),
〈陳錦芳的藝術: 新意象派--The Art of Dr.T.F.Chen:Neo-Iconography〉,
《History of Taiwanese American》,載於:
<http://taiwaneseamericanhistory.org/blog/246-%E9%99%B3%E9%8C%A6%E8%8A%B3%E7%9A%84%E8%97%9D%E8%A1%93%E6%96%B0%E6%84%8F%E8%B1%A1%E6%B4%BEthe-art-of-dr-t-f-chenneo-iconography%E9%99%B3%E9%8C%A6%E8%8A%B3199009art%E8%97%9D%E8%A1%93/>
 7. 萬惠雯(2004),〈百歲小護士 曼秀雷敦紅不讓〉,《新台灣新聞週刊》,第 454 期,載於:
<http://www.newtaiwan.com.tw/bulletinview.jsp?bulletinid=20559>
 8. 楊維中。〈台灣十年網路分享史--破報十載! 回顧專題系列(五)〉,載於:
<http://forum.gamer.com.tw/Co.php?bsn=02001&sn=437>
 9. 崔顯亞(2014)。〈邱毅指花為蕉網友 KUSO 「學運新三寶」香蕉鹿茸太陽餅〉。東森新聞。載於:
<http://www.ettoday.net/news/20140326/339515.htm>
 10. 葉立斌(2014)。〈「別讓勝文不開心」加句七言絕句 鄉民: 好順口〉。NOWnews 今日新聞。載於:
<http://www.nownews.com/n/2014/11/11/1500400>
 11. 蔡阿嘎,漲聲響起 MV(整個城市。都是蔡阿嘎的靠杯館 City CauPei3),
載於: YouTube:
http://www.youtube.com/watch?v=SRyGLBl_VtU&index=13&list=PL59H09W5dK3Hri7WYu2i4gc7eDJX-3jWK
 12. 〈炒熱笨星巴克,原來是...費爾德搞噱頭〉,《世界新聞網》,載於:
http://www.worldjournal.com/pages/full_news/push?article-%E7%82%92%E7%86%B1%E7%AC%A8%E6%98%9F%E5%B7%B4%E5%85%8B+%E5%8E%9F%E4%BE%86%E6%98%AF-%E8%B2%BB%E7%88%BE%E5%BE%B7%E5%A1%99%E5%99%B1%E9%A0%AD%20&id=24552692
 13. 維基百科(Wikipedia),載於:
https://en.wikipedia.org/wiki/Main_Page
 14. 香港網絡大典 <http://evchk.wikia.com/wiki/%E9%A6%96%E9%A0%81>

二、英文資料



(一) 期刊文章

1. Glynn Lunney, Jr., *Reexamining Copyright's Incentives-Access Paradigm*, 49 VAND.L.REV. 483, (1996).
2. Hannibal Travis, *Of blogs, Books, and Broadband: Access to Digital Media as a First Amendment Right*, 35 HOFSTRA L. REV. 1519, (2007).
3. Jed Rubenfeld, *The Freedom of Imagination: Copyright's constitutionality*, 112 YALE L.J.1
4. Lloyd L. Weinreb, *Fair' Fair: A Comment on Fair Use Doctrine*, 103 Harv. L. Rev
5. Mark A. Lemley, *The Economics of Improvement in Intellectual Property Law*, 75 TEX.L. REV. 989, 1046-72, 1074-77(1997);
6. Pamela Samuelson, *Mapping the Digital Public Domain: Threats and Opportunities*, 66 LAW & CONTEMP.PROB. 147, 169-170(2003).
7. Pierre N. Leval, *Towader a Fair Use Standard*, 103 Harv. L. Rev., at 1009(1990).
8. Stewart E. Sterk, *Rhetoric and Reality in Copyright law*, 94 MICH. L. REV. 1197, (1996).
9. William F. Patry and Shira Prelumtter, *Fair Use Misconstrued: Profit, Presumptions, and Parody*, Cardozo Arts & Entertainment, Vol 11: 667,. at 670-71

(二) 書籍

1. Lawrence Lessig, *Remix*, The Penguin Press, New York. (2008).
2. WILLIAM M. LANDES & RICHARD A. POSNER, *THE ECONOMIC STRUCTURE OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW*, (2003).