

99 年度第 1 次智慧財產實務案例評析座談會議紀錄

壹、時間：99 年 2 月 9 日 (二) 下午 2 點

貳、地點：臺灣大學法律學院霖澤館 7 樓 1703 室(台北市大安區羅斯福路四段 1 號)

參、主持人：謝銘洋教授(臺灣大學法律學院)

記錄：廖培穎

肆、出席人員：各界代表(依姓名筆畫排序)--王惠玲顧問(TIPA 協同主持人，惇安智慧財產管理股份有限公司)、李治安助理教授(政治大學法學院)、胡心蘭助理教授(東海大學法學院)、張懿云教授(輔仁大學財經法律學系)、張靜律師(經緯法律事務所)、陳曉慧助理教授(台科大科管所)、楊海平督導(智慧財產局)

伍、討論題綱：著作權法之合理使用

依我國著作權法之規定，著作之合理使用屬於著作財產權之限制，不構成著作權之侵害，雖然著作權法第四十四條以下有許多規定，但這些規定應如何適用，在實務上經常遭遇許多問題。希望透過這次對實務判決之討論，能對於這些問題有更為深入之了解。

茲舉下列 12 件智慧財產法院判決作為參考：

一、語文著作(1 則)

1、98 年度民著上字第 8 號 (著作權法第 51 條)

二、電腦軟體著作(1 則)

1、98 年度民著上易字第 6 號 (著作權法第 59 條第 1 項)

三、攝影著作(8 則)

1、98 年度民著上字第 5 號 (著作權法第 46 條)

2、98 年度民著訴字第 8 號 (著作權法第 65 條第 1、2 項)

3、98 年度民著上易字第 3 號 (著作權法第 65 條第 1、2 項)

4、98 年度民著訴字第 2 號 (著作權法第 65 條第 1、2 項)

5、98 年度民著訴字第 15 號 (著作權法第 65 條第 1、2 項)

6、98 年度民著訴字第 5 號 (著作權法第 65 條第 1、2 項)

7、97 年度民著上易字第 4 號 (著作權法第 52 條、第 65 條第 1、2 項、第 64 條)

四、藥品仿單(2 則)

1、97 年度民專訴字第 5 號 (著作權法第 52 條、第 65 條第 1、2 項)

2、97 年度民專上字第 20 號 (著作權法第 52 條、第 65 條第 1、2 項)

【討論題綱】

- 一、著作權法於第六十五條第二項第一款規定，判斷是否合於合理使用時應審酌利用之目的及性質，包括係為商業目的或非營利教育目的。觀諸下列相關判決，智財法院明言對於「利用之目的或性質」，應揚棄單純以商業營利與非商業營利利用二分法之適用，改從能否有助於調和社會公共利益或國家文化發展為斷。惟智財法院於案例中實際適用該款時，仍多以「係商業目的或非營利教育目的」或以「有無生產性或轉換性之利用」做判斷。則何謂「生產性或轉換性之利用」？又所謂「有助於調和社會公共利益或國家文化發展」究應如何判斷？
- 二、承上，同條項第二款規定，應考量「著作之性質」，作為輔助同項第四款之判斷基準。惟智財法院對此著墨甚少，僅於 98 年度民著上易字第 3 號判決中略提原著作之類型係攝影著作，其原創性非低。則所謂「著作之性質」其實質內涵為何？
- 三、承上，同條項第三款規定，「所利用之質量及其在整個著作所占之比例」亦應審酌。學理上應認為，「整個著作」係指原著作，亦即利用的部分占原著作之比例(98 年度民著訴字第 2 號)；惟由下列判決觀之，其中不乏有以利用人之著作為計算比例之基準(98 年度民著訴字第 15 號、98 年度民著上易字第 3 號等)。此判決歧異之現象，是否應予以檢討？
- 四、承上，同條項第四款亦規定須審酌「利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響」，於適用該款時，是否得以於「Yahoo!奇摩搜尋」上輸入關鍵字之結果，由搜尋之難易度、是否須費力搜尋等類似方法(98 年度民著訴字第 5 號)，來判斷有無影響原著作之潛在市場價值？
- 五、著作權法第六十四條關於合理使用應標示原著作人姓名之規定，與合理使用是否有必然關係？意即是否一旦違反標示姓名之規定，即無主張合理使用之空間？
- 六、關於藥品仿單，智財法院已肯認屬語文著作。惟因藥品查驗登記審查準則採「學名藥之仿單與原廠藥一致性原則（"Same As"Principle）」，致使原屬重製仿單內容之行爲，成為「依法令之行爲」而阻卻違法。然藥品查驗登記審查準則此一授權命令與著作權法保護著作財產權之間的衝突，應如何解決？是否得以「依法令之行爲」推導出係屬於著作權法第 52 條所稱之為其他正當目的之必要而使用，而為合理使用？

陸、會議紀錄：

謝銘洋教授：各位老師好，一開始我請本計畫助理廖培穎同學為大家簡報，介紹從最近智慧財產法院整理出來有關合理使用的判決。

廖培穎同學：這次要討論的是智慧財產法院關於合理使用的判決，這裡總共有 12 則判決，第一則是有關語文著作，它只有一則，這個案子有一個老師，他在中正大學上課，他的一個學生因為修了他的課，就寫了一份期末報告。之後這個老師抄襲了學生的期末報告，已經被刑事判決有罪，

後來就反告他的學生利用他授課時的語文著作，說學生的報告是抄襲他的上課內容，法院判決是說系爭報告利用上課內容語文著作，是屬於合理使用的範圍。第二則是有關電腦軟體著作，也是只有一則。上訴人是一個生產機器的公司，委託被上訴人阿瑪公司代理銷售他的機器跟操作軟體，被上訴人後來聲稱已經開發出相容的操作軟體，他就拒絕再代理銷售上訴人的軟體，僅代理銷售他的機器，那上訴人就乾脆直接取消被上訴人兩項的代理授權。終止契約之後，上訴人某次去訴外的公司審查的時候，發現阿瑪公司賣給訴外公司的軟體跟之前他們代理銷售的軟體是一模一樣的，所以上訴人就起訴阿瑪公司重製並且竄改他們的軟體，被上訴人的抗辯是他們依著作權法第 59 條配合機器的需要修改軟體，是屬於合理使用，法院的判決沒有探討到，因為上訴人的請求權已罹於時效。再來是有關攝影著作，總共有 8 則。第一則是台灣觀光學院爲了提供他們學校的學生做報告參考用，所以就利用他人的攝影著作放在網路上，之後就被起訴。判決要旨是說，最主要是作爲教導學生，所以不是營利目的，然後利用著作的成果也沒有取代原著作在市場上的地位，所以是合理使用。再來第二則是雜誌用了原告的攝影著作，用了四張放在雜誌上面，被告抗辯他的雜誌是委託其他公司製作，他自己沒有故意過失，又那個刊物是贈品，所以沒有營利行爲。那判決是說，被告行爲單純只是重製，沒有任何生產性或是轉換性的使用，他這樣使用會造成降低他人向原著作人爭取授權的機會，不是合理使用。再來第三則也是架設網頁，把著作人的攝影著作放在他自己的網頁上面，被告抗辯他是從另外一個網頁(國立鳳凰谷鳥園網站)取得的，而且又標上原本的網址。法院最後的判決國立鳳凰谷鳥園是有經過原著作人授權的，所以還是認爲被告是未經授權重製使用，不是合理使用。然後第四跟第五則其實判決內容一模一樣，字號也一模一樣，只是被告分成兩邊辯論，所以判決時間不一樣，內容是一樣的，我們就一起看：這個也是原告的照片被用在被告營業用的網站上面，結果也跟前面差不多，法院是認爲使用的目的是營利目的，利用質量也是百分之百，會降低其他人向原告尋求授權的機會，不屬合理使用。再來第六則是被告去遊玩之後，爲了抒發心得，把著作人黑面琵鷺的照片放在自己的部落格上，法院判決認爲，被告只是在抒發心得，沒有營利行爲，另法院在本案有個見解是說他這張照片占被告這篇文章的比例很小，所以屬於合理使用。再來第七則是有關真理大學的網站，它應該也是一門課程，教學生怎麼樣架設網站，因上面用了著作人的鳥類照片，法院最後判決是說，被告的目的在於教授學生架設網站，他利用的結果也不像原告那樣畫質很好等等，所以不會影響原告著作的潛在市場地位。關於攝影著作的最後一則是，觀光發展協會利用網路上的鳥類照片，放在觀光地點，法院判決認爲他

的目的在於報導與教學，另法院在本案特別提到著作權法第 64 條，有沒有標示原作者人之姓名，跟合理使用的成立與否沒有必然關係。再來是有關於藥品仿單有兩則，其實是同一個案件，只是一個是一審一個是二審，一審的部分，原告是日本武田製藥公司，他們製造這個愛妥糖藥品，也是第一個製造這個藥品的廠商，被告也製作了差不多的藥叫做密特仕，他的仿單內容就跟愛妥糖一模一樣，被告抗辯主管機關有個審查準則，藥商的仿單要跟原廠藥一致，才能通過審查在市場上販賣，所以他抗辯是依法令的行為，那判決是說學名藥的仿單要跟原廠藥一致，所以屬著作權法第 52 條正當目的的合理使用。愛妥糖的廠商就上訴，結果二審的事實跟判決要旨是一樣的。以上就是這 12 則判決大概的內容，謝謝。

謝銘洋教授：看起來案例不是很多，基本上有些案例在性質上還蠻接近的，特別是攝影著作這部分的判決，其實著作權法關於合理使用的條文也很多，第 44 條以下到第 65 條，有一些規定以及一個概括的規定，這些判決之中有判決是屬於第 44 條以下的規定，例如用照片像台灣觀光學院的網路教室這個案子，這個案子法院有去探討它是屬於著作權法第 46 條第一項的規定，然後又再帶到第 65 條，也有一些判決並沒有去探討它到底屬於前面哪一條的規定，就直接運用第 65 條第二項。這些判決，例如像剛剛那個台灣觀光學院那個判決，是 98 年度上字第 5 號判決，這個判決法院認為是合理使用，原告起訴如果我沒記錯應該是請求 500 萬的樣子，被告所使用照片的數量有一千多個，語文著作有七百多個，在這個情形法院還是認為說是教學的目的，對原著作在市場上的地位影響力有限，因此還是認為是屬於合理使用。也有的判決，例如 98 年民著訴字第 5 號，真理大學的網頁利用鳥類的照片，法院也認為是屬於合理使用，在這個判決我記得法院的見解是認為，被告的這個網頁在網路上很難找的到，因為這個網頁是要經過 search，它不是排在第一個或前面幾個，search 的結果在很後面，所以一般人大概也很難去注意到這個網頁，所以這個情形對原著作影響甚微，也構成合理使用。基本上對於照片的合理使用，似乎被告如牽涉到教育的學校，法院比較容易去找很多的理由說是屬於合理使用。或者是有個案子是關於網路部落格，法院說他使用了黑面琵鷺的照片，也認為他是屬於合理使用。但如果是用在其他方面，像是電子商務跟營利有關的，法院基本上都傾向不構成合理使用。這樣判斷的標準似乎就是看他使用的目的，也似乎差不多快變成唯一的標準了，縱使利用的數量很多也不太有關係，有些判決裡有提到，像 98 年民著訴字第 8 號，提到用別人的攝影著作四張，用在自己出版的快樂夥伴雜誌，在這種情形他認為不屬於合理使用，而是單純的重製，並沒有任何生產性或轉化性的使用，所以認為這不屬於合理使用的範圍。有關「生產性或轉化性

的使用」是不是可以做為合理使用的抗辯？在說理上看起來也不是很清楚。另外有幾個判決是有關於藥品仿單的判決，在這裡有提到仿單是不是著作權法所保護的客體，跟是否構成合理使用。這兩個判決都認為因為藥品仿單本來就必須要跟原廠藥一樣，所以都屬於正當目的的使用。這種情形法官認定是不是著作權保護的客體及使用行為有沒有阻卻違法，實務上這兩個判決都從著作權法第 52 條來著手。張靜律師在實務上的經驗非常豐富，特別是在智慧產法院成立之前，處理過很多著作權的案件，從您的觀點，這個智慧財產法院在合理使用的認定上，跟過去那些法院的認定，有什麼不一樣的地方？

張 靜律師：在民國 80 年、81 年間還是著作權法 74 年舊法時期，我打過應該是全台灣第一個合理使用的官司，就是有一個蕭律師，他針對我國新著作權法有關翻譯權的保護規定，寫了一個中文的介紹文章，被告是一個版權仲介公司的經理，就把這篇中文文章翻譯成英文，然後交給美國出版者週刊的記者，因為這個記者看不懂中文，美國的周刊就報導了台灣的翻譯權狀況，蕭律師就告這個版權仲介公司的經理，說他侵害翻譯權，這個案子的台北地院一審判決是判蕭律師勝訴，二審則改判為合理使用被告勝訴結案，因為原告當時請求不多，而適用簡易程序，所以台北地方法院的合議庭判決就定讞。大家有興趣可以去找那個案子，那個案子有特別提到：所謂合理使用的範圍不以明文列舉者為限，像我們著作權法第 65 條那四個判準，其實這四個判準是民國 81 年才定的，而這個案子被告翻譯的時間，即行為時大概是在 79 年到 80 年間，一直到官司打完了，81 年的著作權法草案仍未通過，但當時法院已把 81 年著作權法草案內容當作是合理使用參考的依據，也就是當成法理來判，所以這是一個很前進的判決，因為就連 81 年的著作權法都不是這樣規定的，核諸 81 年著作權法之規定，並不像我們今天所適用的 87 年著作權法第 65 條第 2 項，還有「其他合理使用的情形」，81 年著作權法規定合理使用一定要合於前面第 44 到 63 條的規定，並沒有後面那句「或其他合理使用的情形」，所以 87 年著作權法更放寬了合理使用的範圍，但是偏偏現在法院採取的合理使用標準，除了對於學校教育的目的，法院打開了方便之門，特別寬鬆外，我認為比過去還嚴，不過，那是不是真的好，是不是一遇到學校教育就全面勝訴，我想很難講。我再舉一個例子，我曾經幫新學友公司打過一個官司，新學友的負責人是被告，他公司有一本書是外包委製的著作，結果他這本書因作者使用到原告的四張照片，原告除了告刑事之外還要求賠償 500 萬元，後來法院也認為是合理使用，因被告是外包委製，本案其實被告原先根本不知情，而是原告看到新學友公司是大公司就索賠 500 萬元。另外一個案子，是在板橋地院發生也是合理使用的官司，同樣是攝影著作的五張照片被一家出版公司出版的教育部審定的教科

書放在裡面，後來我代表被告主張合理使用，這個案子最終還是以合理使用判定。但是這個案子有個小插曲，這是一個自訴案，我當被告的辯護律師，第一任法官審到一半就調職，換了第二任法官，是個女法官，開這個案子的第一庭，就跟我的當事人講說：「你為什麼不和解？用到別人的著作就是不對。」我就站起來跟法官說：「法官你要回去多了解一下著作權合理使用，合理使用都是用到別人的著作，用到別人的著作不一定就是不對，否則的話，合理使用就沒有存在的價值，因為都不對。」我甚至跟法官說，妳將來判決書用到我狀子裡面的內容，我不能告妳，就是因為合理使用的關係，後來這法官才慢慢接受合理使用的觀念。所以像合理使用這樣的觀念，對於剛出道的法官也好，律師也好，過去學生時代學得太有限，像我大學的時候也沒讀過著作權法，但是我從進入司法官訓練所研究著作權法到現在 30 年，看了 30 年來著作權訴訟案件的變遷，包括法院裡面的變遷發展，現在大家對於著作權的重視當然遠超過以往，而且越來越多的學者，包括實務界人士，去研究著作權，研究這個領域的人如今越來越多，年輕一輩後起之秀也越來越多。但是憑良心講，學者教書學生一般都不太有意見，但像我在法院卻經常碰到很大的阻礙，就是你要去說服法官真的很困難，他可能完全沒有這方面的概念，像學生吸收老師教給他的，他都會認為老師講的都是對的，可是我們律師所講的，法官卻未必聽得進去，而法官的判決，我也常認為是不對的，這是著作權合理使用蠻大的問題。另外還要提到的就是，整個著作的合理使用，從我們律師界的角度來講，真的是要把它擺在很後面的防線，因為你如果承認了著作的合理使用，就意味必然承認了有實質相似，所以你不能把它放在第一道防線去處理，除非已經很明顯的看見它是實質相似，否則就是你一講它是合理使用，就承認它有實質相似，因為如果沒有實質相似就沒有合理使用的問題，所以當建議當事人要不要用合理使用作為抗辯的時候，其實這是一個蠻關鍵的問題要去思考，如果你可以從沒有實質相似去著手，或無從去接觸，而能打贏官司，就不要貿然把合理使用推出來，這是我個人做律師的建議，當然從教學者的角度可能不會這麼去觀察，可是訴訟本來就是你提出 10 個抗辯，只要一個抗辯贏就贏了，除非 10 個抗辯都輸就被判有罪了，或者原告就輸了。今天所看到的 12 則判決，我對於那個仿單最有意見的，我個人並不想從著作權合理使用去看所謂的仿單一致性，我認為刑法本身就夠用了，就是刑法第 21 條第 1 項：「依法令的行為，不罰。」仿單那個準則本來就是法令，就是一個阻卻違法事由，根本解決了這個案子的違法阻卻性，並不需要從合理使用去著手，當然它是實質相似不會有問題，它這個案子實質相似大概 95%，這個東西沒什麼好辯的，但是實質相似是依據你政府機關的要求，依照法律的規定就是這樣子，刑法第 21

條第 1 項寫得這麼明白的情況下，還要不要訴諸著作權法上的合理使用？我認爲是有問題的，我認爲不需求諸著作權法第 65 條，我也不認爲著作權法第 65 條在制定的時候有考量到這樣的情形，這是我個人的看法，當然每個人的看法未必相同。另外，在 98 年度民著訴字第 5 號判決，理由有「系爭網頁的畫質並不清晰，色彩亦非鮮明」，以此構成合理使用的理由，我認爲蠻牽強的，因爲盜版帶都不如正版帶來的清晰，每個盜版商都可以說我畫質不清晰色彩不鮮明，那是不是可以當作合理使用的理由？著作權合理使用所謂「著作的性質」或是「利用的質量」，那個「質」，應該是指表達的質量，而不是媒介物本身的質量，我認爲法院在這裏把媒介物的質量跟著作內容的質量混爲一談，至於這個案子結果正確與否那是另外一個問題，但這樣的合理使用審酌，我認爲有問題。另外一個理由就是剛提到的，經過網路搜尋的結果好難找到，但問題是將來隨著搜尋技術的進步，如果以後都很容易找得到，這個理由還會存在嗎？例如我們找一些絕版書，真的很難找到，可不可以說此絕版書因爲很難找到，所以構成合理使用？就如同我早期也有寫兩本著作權法的書，現在也絕版了，市面上也沒有，我也不想再出版，因那都是按照舊著作權法的法條撰寫的，可是著作權還在，就算我死亡也還有 50 年，但你不能說絕版書很難找到，就給他合理使用的空間很大，我認爲這個不能相提並論，所以我認爲法院都常會提出跟著作權法第 65 條立法目的不符的理由。至於在合理使用各款的運用上，法院似乎認爲合理使用的判斷基準，必須每一款都要審酌，可是真正實際個案裡面其實沒有每一款都審酌。那實際上需不需要？從美國的案例發展來講，也未必百分之百需要，其中第四款可能是比較關鍵的，當然有些判決每一款都有去考量，但那些判決提到「著作的性質」，到底是利用著作的性質，還是被利用著作的性質？似乎看不到所謂「所利用之質量在著作所占之比例」是利用著作中的比例，還是被利用著作中的比例？有值得探討之處，可能將來在案例裡面要釐清。

謝銘洋教授：這裡有個案例即是用一張照片占整篇文章比例很少來判斷。

張靜律師：對，所以就構成合理使用理由，就像我提過那個用了五張照片的 case，過去可能成立合理使用，現在就未必，其中有一本是教育部審定的教科書就比較容易過關，如果不是就比較難過關。最後一個問題是有關著作權法第 47 條，我稱之爲「法定授權」，我們一般講合理使用是不用付報酬的，可是第 47 條是要付報酬的，本條文在整個合理使用是很怪的條文，說要付報酬又說它是合理使用，本來合理使用的本質是不用付報酬的才對，那怎麼樣可以構成 47 條？在構成 47 條的時候怎麼去審酌第 65 條？其實也是一個蠻大的問題，而這個部分我們一般所了解在第 47 條的情形，基本上可以先用，以後再付錢，而且先用也不會

有刑責，最多只是民事上要付多少錢的問題，這跟其他的條文，如果不構成合理使用會有刑責的情形，是不太一樣的，但是 47 條也有「合理的範圍」，那到底多廣，我做為一些教科書或參考書的出版社法律顧問，他們每次都先問到第 47 條跟其他合理使用條文的關係，如果適用第 52 條就不適用 47 條，第 52 條跟第 47 條的關係何在？為什麼我們適用第 47 條要付錢，適用第 52 條就不用付錢，要怎麼樣去解決這些衝突？希望法院會有一些新的案例出來。

謝銘洋教授：謝謝張靜律師。確實剛剛張律師提出很多觀點，包括合理使用在訴訟上不是第一步，要看還有沒有其他的抗辯。但是我們在這裡所列案例很多都是牽涉到照片的情形，基本上一定是實質相似，因為照片都是一模一樣的，除非像剛剛講的「畫質不清楚」，已經看不出來它是原來的照片，這種情形也不多。另外張律師所提出來的，到底是「利用著作的比例」，還是「被利用著作的比例」？到底是如何認定？這也是值得我們去探討的。另除了 47 條跟 52 條的規定外，我也認為著作權法很多地方都有問題。

張靜律師：其實第 1 條也有個問題是：早期法院認為猥褻著作不是著作。

謝銘洋教授：現在比較少這種見解。

楊海平督導：行政機關認為，依著作權法規定，著作係指屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作，因此，「色情著作」是否係著作權法所稱之著作，應視具體個案內容是否符合上述規定而定，如具有創作性，仍得為著作權保護標的。惟我國司法實務上則認為色情著作與著作權法之立法目的有違，而排除在著作權法之保護。

謝銘洋教授：第 3 條包括「公眾」的認定，其實就有很大的問題，甚至到後面這些「公開使用」的權利，其實都部分重疊，在文義跟規範上都不是很明確。談到合理使用的部分，在美國法基本上它是屬於一種 limitation，在德國也是一種「限制」，像美國它在第 107 條基本上是一個概括的規範，其他的規範也是 limitation，其他的規範似乎也沒有說一定要「fair use」，但是我們著作權法「合理的範圍」這幾個字，就充斥在第 44 條以下，幾乎每一個條文都有，因此合理使用本來就是在判斷上非常模糊的東西，著作權法每一條都把「合理的範圍」擺進去，好像是為要保護著作權人的權益，但卻使得這些條文在使用上更加不確定，而不確定的結果就是 user 在使用的時候，都要冒著不確定仍被訴訟的風險，從經濟方面來講，是絕對不符合經濟效益的，因為會影響到他人去使用著作的意願跟可能性，所以這部分也值得特別去探討，我認為幾乎每一條都有「合理使用」的用語，每一條於適用時都要利用第 65 條第 2 項來判斷，到最後就變成 65 條第二項肥大症，這樣就很抽象，沒有一個明確的依循標準，到最後都回到合理使用的判斷上，前面的許多條文本來要作為一個限制性規範的作用，因此就被模糊掉，我認

為這是在法律適用上比較大的問題。

李治安助理教授：就像張律師跟謝老師講的，在美國法上他們也是把合理使用當作一個不確定的法律概念，一般律師在跟當事人談的時候，如果沒有進入訴訟程序，他們通常不願意告訴當事人這可能是合理使用，因為它的風險很大，一般書裡面都會寫，是否成立合理使用，如果沒有到最後判決，很難見真章。剛剛張律師有提到我們法院新的判決，我認為比較有趣的是，現在在判斷第一個要件的時候，法院說過去我們是看營利非營利、商業非商業，然後後來有講到轉化的概念，其實美國也有講到不能只看營利非營利，也有轉化的概念，就像最近的兩個案例，其中一個是關於 google 的縮圖(thumbnail)，他們都說是合理使用，因為其實都已經轉化了，屬於不同的產品市場，所以第一個要件被告有可能是可以占上風，不過我們智財法院有講到一個更大的概念是，你在考慮著作的目的跟性質的時候，也要考慮是不是可以調合社會公共利益跟國家文化發展，再去看第一條的立法目的，我認為這個帽子好像有點大，因為所有的爭議如果你沒辦法解決，是不是都要去看第一條？他後面又提到，其實第二跟第三個要件是去輔助第四個要件，這也是一個蠻有趣的說法，所以最後變成只要看兩個要件，就是第一跟第四就好，那第一個就去看第一條就好，可是你看第四個的時候難道不用看第一條嗎？第一條立法目的其實概念範圍是最大的。剛剛也有講到「占著作的比例」，其實美國他們是指「占被利用著作的比例」，而「著作的性質」大部分其實都是指「被利用著作的性質」，而它是不是著作權要保護最核心的、創意層次最高的部分？有幾個少數的案例，像 pretty woman 的口水歌的案例，提到：在考量的時候，要考慮到口水歌這種著作本來就是會利用到他人的著作，也就是著重著作的性質做討論，如此就變成「利用著作的性質」。剛剛也有提到什麼畫質不清晰，我也是蠻存疑的，因為其實一個著作的價值，如果從經濟學上來講的話，是可以把它差別訂價的，同一個著作可以有不同的價格，如果畫面越粗糙，我還是可以收取權利金，只是權利金可能是比較低的，所以主張因為畫質不清晰，有可能成立合理使用，也是有問題。然後剛才提到搜尋的難度，被告說要用 yahoo 這種強力搜尋引擎才可以搜尋得到，而且是排到第 26 頁，這其實也是有問題的，依據是否搜尋得到來決定是不是成立合理使用，是有問題的，實體著作也是這樣子。我認為這邊還有一個問題比較有趣，就是謝老師之前給我們這個題綱有提到，第 64 條有講到標明出處的問題，標明出處跟合理使用到底是什麼樣的關係？現在國內的判決跟教科書，大部分的看法是沒有關係，但是你把它擺在合理使用這一連串的規定裡面，大部分的判決說，如果你違反第 64 條的規定，那你只要負第 96 條的責任，我認為這是可以討論的。美國有一本很有名的教科書叫 Nimer on Copyright 就有提

到，有沒有標明出處是影響到合理使用，在第一個要件「利用的目的跟性質」來判斷是不是有標明出處。最近一個比較自由派的著作權學者，一個女教授叫 Rebecca Tushnet，她說有沒有標明出處其實還是有影響的，她認為要放在第四個要件來判斷，即對潛在市場價值的影響，Tushnet 說你在標明出處的時候，其實是告訴讀者，你可以去找原本的著作，你可以去買他的，不一定要買我的。另查美國的案例，美國的合理使用之前也是沒有規定，1976 年之後才有規範出來，在 1976 年之前有一個案例，最後的結論是「使用是合理的」，那時還沒有合理使用的條文，它考慮的要件其中就有：原告是有標明出處的，意思是他主觀沒有如此的故意。我認為這個問題還蠻有趣的。剛才張律師有講到說：這四款要件是不是要逐款的審酌？美國有些是沒有，但其實大部分都有。美國法院比較有趣的，法院都會一個一個案例來看，然後最後看幾比幾，幾個對原告有利、幾個對原告不利，如果三比一，原告就贏了。有些學者認為很奇怪，為什麼法院從沒有出現過二比二的？那如果二比二要怎麼辦？之前我有聽許忠信老師講過他不是很贊成逐款審酌，他認為所有要件所占的比例不應該各占四分之一，法官最後應該要形成一個心證，統籌每個要件看是不是合理使用。可是這樣有風險，就是比較不明確。

胡心蘭助理教授：其實大家注意到的東西都一樣。是說四個要件通通都要審查，但所有的 case 都是第一個要件審完以後，後面就沒了，營利非營利、轉化非轉化講完就沒了，尤其是第三款要件，幾乎都是一筆帶過，尤其是第二第三款都沒什麼著墨，第四款也講很少，大多都是在講有沒有競爭關係，比如說：有個 case 是說攝影著作放在雜誌上面有營利，會影響他將來在授權方面的機會。基本上，在美國是四項要素都要檢驗的，就看比重是幾比幾，但第一款和第四款還是比較重要，尤其第四款是最主要的，美國至少在判決的時候每一款都要交代，都至少提到一下，這樣比較有說服力、信服力。我比較感興趣的是，剛剛張律師也有提到，第 44 條到 63 條跟第 65 條的關係，因為有很多都有「合理範圍內」這五個字，其實我在寫碩士論文的時候就有提到，44 條到 63 條其實有分三種，一種是所謂的「法定合理使用」，另一種是「法定例外」，還有一種是其他，其他可能是第 64 條有關出處的問題或第 47 條必須經過授權付費的。所謂「法定合理使用」就是條文裡有「在合理範圍內」這幾個字，必須回到第 65 條去探討的時候，也就是很不明確。即除了符合 44 條到 63 條裡面的一些規定以外，還是要透過第 65 條才能做判斷，其他只要符合立法政策及要件，像美國第 108 條到 121 條一樣，就是合理使用，也就是一個例外免責的豁免規定，這樣比較明確，即你只要符合這些例外，就不用再透過 65 條再做一次判斷，我認為這樣才是比較明確的。還有剛剛提到 64 條標明出處的問題，我認

爲因爲一開始合理使用本來就是一個「引用的權利」，所以你引用的話當然是要標明出處，這個正當性就在，因爲一開始就是一個摘要權、引用權，所以你要摘要、引用就是要標明出處才有這個正當性，所以放在第 64 條，我倒認爲不意外。

楊海平督導：合理使用的判斷是一件不容易的事。像出租權耗盡，除錄音及電腦程式著作外，合法著作重製物之所有人，得出租該重製物。於一般出租店出租正版的時分，都是大量的商業行爲，所以在依第 65 條第 2 項的時分，很難四個要件都去判斷，所以的確裡面有些是屬於例外的規定，像日本法就是規定著作權的限制，也不用另外再看它是不是合理使用，但我們是把美國法和大陸法系兩個加在一起，除了列示的規定，另外於第 65 條第 2 項規定了 4 項判斷基準，所以就會有在國外屬於例外的規定，而在我國仍須依第 65 條第 2 項 4 項基準檢視。未來修法議題會嘗試提出修法建議，使某些屬於例外規定，可依其本身規定加以認定，不需要再依第 65 條第 2 項規定加以檢視。有關仿單的問題，張律師剛提到是依法律的行爲，我們當初也是因爲它牽涉到有很多的原廠藥廠去告學名藥廠，也是認爲這是依法令的行爲不罰，這樣的規定來處理。但是最近看法院除了依法令的行爲，他還有引用第 52 條規定來處理。我要說明一下，依著作權法第 52 條引用他人著作的時分，是自己的作品引用別人的作品，引用之部分係附屬於自己著作之內、引用部分與自己部分得加以區別，且去做引用注釋；但是有關仿單部分，應該是學名藥把原廠藥的仿單一模一樣抄過來，沒有什麼自己作品的情形，與第 52 條規定之引用，尙有不同，如果認爲是合理使用，或許應依第 65 條第 2 項之其他合理使用予以認定。

王惠玲顧問：依照目前衛生署的作法，學名藥仿單跟原廠藥仿單不一樣，必須說明爲什麼不同，如果仿單，則不需另做說明。故針對仿單相同內容部分並非引用資料。

楊海平督導：我看該判決是要求必須跟原廠藥的仿單一致性，學名藥廠沒有選擇。

王惠玲顧問：事實上衛生署是要求學名藥廠商針對仿單不同處要特別說明爲何要做修改或解釋不同處。

張 靜律師：所以爲什麼要用合理使用去解決？用刑法 21 條就可以了。

王惠玲顧問：其實很多地方法院都是用刑法 21 條去判，反而是比較後期的判決是用著作權合理使用。

謝銘洋教授：但是民法上怎麼處理？

張 靜律師：刑法是用阻卻違法事由，民法也可以用類似觀念。因爲在這方面，包括故意過失，其實很多跟民法都是相通的，侵權行爲的阻卻違法也大致相通。

王惠玲顧問：之前的案例是以著作權侵權之刑事告訴處理，因此引刑法 21 條即可。如告訴人不走刑事，民事賠償則不引刑法 21 條。

楊海平督導：那接著就是第 65 條第 2 項那四款要件的問題，我認為合理使用在判斷的時候真的很難，我看過以前的判決，有認為應審酌第 65 條第 2 項第 1 款至第 4 款所列之判斷基準；亦有認為法院並無義務要逐一審酌判斷；但是我看最近最高法院的判決，很多都是四款逐一審酌，不逐一審酌，會被認為判決不備理由，有好幾則判決都是這樣。另外在智慧財產權法院研討會，有一個議題，「著作權法第 65 條第 2 項所定之 4 款判斷基準，法院在審理案件時，是否須逐一審酌？」當時開會有甲乙兩說，甲說認為「法院可自行酌其中一、二款基準，以認定是否合於著作之合理使用即可。」乙說認為法院應就該四款基準逐一審酌，並綜合判斷、加以說明以判定是否合於著作之合理使用。」最後多數認為是要逐一審酌。至於那一個審查基準權值比較大，好像法律也沒規定，看起來好像是第四款權值會比較大，所以如果照智慧財產法院那個研討會的最後結論來看，我認為應該是要逐一審酌。至於有關「所利用之質量及其在整個著作所占之比例」，到底是看哪個著作的比例，那我看以前一個 case，有關中央日報刊登殷宗文的照片，當時中央日報之記者翻拍自李登輝霸權危機一書中之殷宗文照片，刊登於中央日報，法院認定被告行為構成合理使用，其中理由之一即為系爭照片占李登輝霸權危機一書及中央日報比例很低，故是利用著作與被利用著作兩個都列入考量。

謝銘洋教授：他用報紙整個版面來算，那個判決還說：那張照片沒有兩眼直視鏡頭，所以不算著作。

張懿云教授：我要講的跟大家差不多，其中最關心的有兩個問題，一個就是：所利用著作質量占整個著作的比例，應該是指「占被利用著作的比例」吧，為什麼會變成是指「占利用著作的比例」呢？我把你一萬字的文章放到我二十餘萬字的論文中，可以說只占所利用著作的二十分之一不到？還是應該說，占被利用著作的全部？從來我讀德國著作權教科書，都是說占被利用著作的比例質量的影響。至於對攝影著作，因為往往利用一張照片就是著作的全部，應該要做不同的考量，不必然利用一張照片就一定不能構成合理使用。不過還好，我看到這幾個判決，大多都是在講被利用著作的比例，否則我要主張合理使用太容易了，只要把我的著作擴大，或者把我的網頁弄很多，就比較容易主張構成合理使用了。然後第二個其實我最關心的是第 64 條，因為這是我長期以來的困擾，第 64 條的問題很多。又智慧局最近正在考慮修法，是不是可以建議把第 59-1 和 60 條的耗盡原則不要再放到合理使用之中，59-1 應該要和 28-1 放在一起，至於出租權部分，應該要考慮有無耗盡原則的適用。雖然出租權的立法方式，在美國是和散布權綁在一起而有耗盡原則適用，但在歐盟、德國的出租權其實都是不耗盡的（有就是耗盡原則的再例外---不耗盡），包括國際著作權條約不管是 WIPO 還

是 TRIPS，它在賦予出租權的時候，絕對不會後面還跟著一個出租權耗盡的規定。如果可以這樣的話，或許我們現在在視聽著作，因為出租耗盡與否所引起的所有問題，就比較容易解決了。否則我看到現在智慧局因為法院的判決又得開始討論，根據 60 條，合法重製物的所有人可以繼續出租該重製物，但是如果是去出租店租來的著作，可不可以繼續再轉租。由於再轉租人不是合法重製物的所有人，只是占有人，請問我能不能繼續再出租？我認為很奇怪，出租權已經耗盡了，怎麼會回過頭來又生出出租權來？可是適用 60 條，一定是要合法重製物的「所有人」才可以繼續出租。所以我可否建議合理使用的一些條文，說不定有些不是屬於合理使用或著作權限制的問題，可以把它移除，不要放在一起。最後一個我想提的就是，64 條這個明示出處的義務跟合理使用，跟引用到底是什麼關係？我是認為要主張合理使用的時候，有沒有違反 64 條，它是有影響的，它會讓可以主張合理使用的範圍變小，或是變大。可是我比較關心的是，沒有明示出處，不一定會構成著作權的侵權，頂多只是會違反 64 條而已。譬如我在寫文章的時候說有學者認為…，但是我卻沒有引註是哪個學者，此時最多只是違反 64 條明示出處的義務，未必不能主張合理使用。這兩件事情，我在法院判決裡面看到，他是認為 64 條跟合理使用沒有關聯，然後有些人又認為違反 64 條就直接構成重製權的侵權，所以有些疑惑。事實上 64 條對我來講還有另一個疑問，64 條跟著作人格權是什麼關係？因為違反明示出處義務時，通常人家很少用 64 條去告，而是直接就告侵害姓名表示權了。又如果 64 條跟侵害姓名表示權有關係的話，那麼著作人格權可不可以主張合理使用？因為我們第四款的大標題叫做「著作財產權之限制」（44 條以下），那著作人格權的合理使用應該在第 15 條到 17 條就全部已經考慮完了。為什麼？我曾經課堂上討論過獅潭鄉五色鳥那個案子，在第 143 頁以下是說：可以主張著作財產權的合理使用，可是確定違反 64 條的明示出處義務，那有什麼後果？不知道是不是因為告訴人未主張，反正我就沒有看到再繼續討論下去了。然後他又講了很多，我以為他在討論違反 64 條，結果不是，他在討論著作人格權的問題，我個人一個非常大的疑惑，我們的法院向來把著作人格權跟民法 195 條一般人格權全部都混在一起，所以我讀來讀去，他說：我雖然沒有標示姓名，但也沒有對你的文章做出批評，沒有對你造成什麼樣名譽的損害，你也沒有證明你的名譽受到什麼損害，你的名字雖然被隱匿掉了，不過別人都查得到，在網路上另外一個地方也能查到你的名字，所以也沒關係。我整段一路劃問號下來，我個人的疑惑是，著作人格權會和民法的人格權保護到底是什麼關係？可是在這一整段論證裡頭，144 頁以下，「被上訴人在系爭網頁上省略上訴人姓名的行為，既沒有損害著作人的利益之虞，、、且僅係沒有具名

而已，並沒有任何批判、貶抑，影響上訴人系爭圖像的價值，一般人無法從這裡頭去評斷，自難認為上訴人的名譽、地位因此受損。」然後法院認為，「上訴人復未能證明被上訴人未標示其姓名，造成他人格名譽受到任何傷害」。不知道，著作權法中的「姓名表示權」要證明到這樣？是不是以後在司法研習所上課的時候，這些判決都可以拿出來，好好的跟大家討論一下。就是從 64 條的合理使用、64 條跟著作權侵權與否的區隔、64 條跟著作人格權、著作人格權跟一般人格權等等的問題。

張 靜律師：大家看一下第 96 條，違反第 64 條明示出處者，是有刑責，可科新台幣 5 萬元以下罰金。可是你們去搜尋，從來沒有一個人用 96 條去判過的，當然它是一個告訴乃論的罪，可是當我告他侵害著作權的時候，是不是一定要把 96 條這個法條寫出來？因為人家抄襲我的時候，當然不會註明出處，所以一定會違反 64 條，但是當我說你重製我的著作的時候，法院也從來沒用 96 條去判過。可是他卻是有違反 64 條，但沒看過任何一個法院判過罰金。

張懿云教授：他們跟我說違反 64 條為什麼沒有用 96 條處罰，因為你只要沒有明示出處，他就會主張姓名表示權，那個是三年以下有期徒刑。96 條只有罰金，重罪吸收輕罪。

張 靜律師：那這樣違反 64 條，96 條就毫無存在的價值，都永遠用不上。

楊海平督導：我也沒看過法院適用著作權法第 96 條，我的想法是，依著作權法第 64 條規定，合理使用應明示出處，但明示出處，未必當然是合理使用。違反第 64 條規定，與是否構成合理使用，無必然關係。縱違反明示出處之義務，亦非當然構成著作財產權之侵害，仍應檢視該利用行為是否合於合理使用各條文之規定。換句話說，未依第 64 條以合理之方式明示其出處，如合於第 44 條至第 63 條及 65 條合理使用之規定，亦無妨害合理使用之成立，只是違反第 64 條規定，可依第 96 條處罰。又合理使用的標的為著作財產權，對著作人格權不生影響。

張 靜律師：所以你也認為無關？

楊海平督導：我認為無關。

張 靜律師：那你們的意見是認為有關？

李治安助理教授：著作人格權跟著作財產權應該要分別來看，合理使用應該是針對財產權的部分。

陳曉慧助理教授：我認為剛剛李教授講的蠻有道理，就是標示姓名真的會阻卻侵權的故意。譬如說真理大學的案件中用了那兩本書，還用了非常多頁。很多老師會想：雖然用了很多，但我只要標示了書名跟作者，應該可以了。學生則剛好相反，期末報告中，會發現有些段落寫得太好，卻沒有註明出處，上網檢索時發現是別人寫的，並不是學生自己寫的。所以有沒有標示出處，對判斷侵權會有影響的，而不是單純合理使用

成立不成立的問題。因為假設報告有二十頁，可能只有一頁來自別人的，但是作者完全沒有提到引用來源，就會構成重製，不是合理使用。其次，我想在合理使用成立的前提下，才會進一步去討論 96 條。所以像在報告裡面重製別人的內容，卻未標示姓名，不引用 96 條來處罰應與認定不成立合理使用有關。再者，我也同意剛剛大家講的，其實我們講合理使用，到最後真的就剩下 65 條的第 4 款最為重要，前面 3 款不是很重要，前面 44 到 63 條作用也不明確。然這件事情也不是只台灣有問題，美國也是一樣，所以不論在台灣或美國，都沒有律師敢就合理使用成立與否做出斷論。另外，除了合理使用範圍之外，對每一個合理使用條款的認知也有些值得討論之處。在第 13 頁，對中山大學的學生，法院引用 51 條，但如果這個學生不是用個人電腦，而是去圖書館用圖書館的電腦，是否就沒有辦法主張合理使用了？事實上，這與學生所使用電腦的所有權應無相關。如果學生寫研究報告，從事學術研究，應該引用 52 條，而不論他用誰的電腦。所以，在選擇合理使用的條文時，似乎也未切中立法意旨。同樣的問題，也在第 36 頁上提到：「被告顯非基於商業營利目的，對於後續創作有鼓勵貢獻與資訊流通散佈的促進」著作的利用目的講到資訊流通散佈，如果是在針對廣播組織可以了解，可是為什麼會在攝影著作的運用時提到，就不是很清楚。然後第 57 頁有關黑面琵鷺照片，我總體的感覺，也跟剛剛大家一樣，只要是牽涉到教育的案子，較易成立合理使用。但非此類案件，就不是很明瞭，是不是營利使用照片，即不成立合理使用？在美國，像剛剛李教授提到那兩個案子，雖然認為單張照片不剪裁全部使用，從使用量上來看是百分之百，對原告比較有利，但法院還是會從其他三個標準去綜合考量。又我國綜合考量時，就教育相關使用，雖然較易成立合理使用，但老師們其實還是很擔心，還是會一直問：「我們的使用到底是不是合理使用？」其實也沒有人敢肯定地答覆他們。特別是針對數位傳輸、遠距教學的使用，疑慮很多，我認為這部分是合理使用比較大的困境，不如把 44 到 63 條寫得更清楚、明確，大家比較可以想說至少在這裡是可以做的，譬如說像 47 條，至少知道如果付了錢就不用再擔心了，否則甚麼都不寫清楚，沒有人敢跟老師肯定，老師們也什麼都不敢做。

謝銘洋教授：回到剛剛的 64 條明示出處的問題，聽起來好像大家的意見不怎麼一致，如果今天因為教學研究的目的而去引用別人的著作，沒有落注的話，只是單純違反明示出處的義務呢，還是說連 52 條都不能夠主張？有沒有構成侵害重製權、公開傳輸權、或人格權？

李治安助理教授：我來之前大概有去搜尋一些法院的判決，大部分的判決都是說，如果違反 64 條，不代表不能主張合理使用，可是我有找到兩個判決，採取比較不同的看法，可是也沒有講的很清楚，有一個是 95 年雲林地

院的判決，他說被告沒有以合理的方式明示出處，顯然超過合理的範圍，所以他的意思可能是認為這個是有關聯的；另外 96 年高院也有個判決，但是他也是很間接地講，你沒有依照 64 條標明出處，所以不能主張 52 條的合理使用。其他的判決都是說違反 64 條的效果只是 96 條的刑責，很有趣的是，他們這樣講但也沒有人用 96 條去判，只是提到說 64 條是連結到 96 條而不會連結到 65 條。

陳曉慧助理教授：這條是告訴乃論，是否因為律師都很好，所以沒有提告訴呢？

張 靜律師：告訴乃論其實說沒告也不對，告訴乃論所告的是一件事實，至於他構成哪幾個法條，這是法院要去判斷的範圍。

張懿云教授：那如果是民法呢？我若主張這個，法院都要一一回答嗎？

張 靜律師：民法的話就沒有 96 條刑責的問題了。違反明示出處到底負什麼樣的法律責任，著作權法中有 88 條各種的選擇與損害賠償的基礎，可是若違反 64 條明示出處，該如何明確其法律責任及計算損害賠償？

李治安教授：對，如果他跟合理使用沒有關係的話，為什麼要放在這裡呢？他後面是合理使用，前面也是合理使用。

張 靜律師：可是 65 條是說，前面 44 到 63 條也沒包括 64 條，有趣的地方就在這裡，請智慧局解釋一下。

楊海平督導：我記得高院有一個 95 年的判決，他在講第 64 條違反的時候說，違反第 64 條跟合理使用亦無必然的關係，縱然違反明示出處的義務，亦非當然構成著作權的侵害，也應檢視是否構成合理使用。最後講說，本條規定並非著作合理使用的必要條件，縱未符合本條的規定，亦不影響合理使用的成立，違反第 64 條係依第 96 條處罰。但是這樣的處罰案例也從來沒有看過。

陳曉慧助理教授：如果 64 條繼續留著，罰則廢掉，還是可以用民法第 184 條第 2 項「違反保護他人法律」去請求賠償，所以留著是有好處的。

張 靜律師：問題是你用 184 條的時候你還能不能用著作權法第 88 條？違反明示出處可不可以用 88 條？我也是存疑的，因為 88 條是侵害著作財產權的損害賠償。

李治安助理教授：可是我看判決，常常用 88 條時也會把民法 184 條納進來。

張 靜律師：這裡面有幾個問題，一個是有些律師可能不太了解著作權法，所以只要侵權行為他就先用民法 184 條；有些律師可能就把民法 184 條跟著作權法 88 條都用上，看你法院怎麼去處理。像我不會用民法 195 條，我會直接用著作權法第 85 條。因為我認為著作人格權是一種特殊的人格權。

張懿云教授：但是這邊都不是談著作人格權，都直接談名譽權。

張 靜律師：其實只要是符合 15、16、17 條，理論上都有 85 條的適用。只是明示出處是要放在哪裡就不知道，刑事有 96 條可適用，民事沒有，可不可以用侵害著作人格權的損害賠償就不知道。

張懿云教授：我有一個小的問題，就是剛剛談到真理大學的案子，第 86 頁說學校的教職員把別人的鳥類照片放到他的網頁，法院說「被告雖然辯稱他的著作經過重製與公開傳輸，但並未對外連結」，請問有公開傳輸，但是沒有對外連結，是什麼意思？然後接下來又提到「原告說有在 yahoo 搜尋的第 21 頁找到」，那不是表示是可以連結得上嗎？請問法院這裡到底是要說什麼？有公開傳輸，但是沒有對外連結，法院怎麼看「被告辯稱系爭網頁雖為學校網頁，但並未對外連結等情節，足堪可信。」

王惠玲顧問：確實有一些網頁它在網路上找得到，但它不見得有連結的功能。

張懿云教授：是已經被人家儲存在網路上面？

王惠玲顧問：對。所以確實是有可能的。

張 靜律師：這個案子有沒有上訴？因為這是 98 年 3 月 27 日地院一審的案子。

張懿云教授：這個意思是，他這個網頁已經拿掉不用了，那是舊的，別人把它存在搜尋網頁上的。

王惠玲顧問：我認為根據搜尋結果的排列順序判斷似乎有些不合理，因為排列順序是跟點選率有關。甚至網頁事實上已撤掉但也會搜尋到儲存的內容，但點進去後，並當然不會找到該網頁。

李治安助理教授：其實會搜尋到就是有連結，我認為被告可能誤解意思，他可能是想說我只把這個連結告訴學生，我沒有把它放到公開網頁上，但沒想到還是被搜尋到，所以還是有對外連結。

王惠玲顧問：他這邊講的連結，是不是跟我們連結的定義不太一樣，就專指從個人網頁上的連結，有限縮它的定義。

謝銘洋教授：我對 64 條很有興趣，還是沒有搞清楚，因為理論上如果沒有明示出處，就是對姓名表示權的侵害，所以 64 條他到底是一個訓示性的規定呢，或者說它是一個合理使用的要件？是不是引用的時候，還要再加上註明出處才可以算是合理使用？現在實務上好像比較是切開來看，就是沒有註明出處還是可以主張合理使用，所以 64 條變成是訓示性的規定？

張 靜律師：可是他又有 96 條的罰則。有罰則一定是效力規定。

謝銘洋教授：就算是效力規定，它是不是一種行為義務的違反，而不獨立構成一個權利的侵害，權利的侵害可能是從前面那些規定去判斷，所以他在寫的時候 65 條才沒有包含 64 條，看起來當初在立法的時候是比較傾向這樣的想法。

陳曉慧助理教授：所以標示姓名不用考慮在合理範圍內，亦即姓名不是「非標不可」囉？

張懿云教授：所以不構成合理使用就有可能會侵害人格權或財產權囉？

謝銘洋教授：對，那如果又沒有標示出處，就再加上 96 條的罰則。

張懿云教授：所以合理使用也可能會違反 64 條？

張 靜律師：按這個情況可能變成三罪，侵害著作人格權、侵害著作財產權、再加

上違反明示出處也有罪。

張懿云教授：還有一個問題，我最近在看刑事判決，總是在討論吸收，高度行為吸收低度行為，一行為及多行為的刑法概念，那這樣財產權、人格權跟 64 條是想像競合嗎？還是數行為變成數罪併罰？

張 靜律師：有可能是一行為觸犯數罪名，就會從重。實務上因為從來不用 96 條，所以不必考慮。摒除違反明示出處之後，剩下人格權和財產權的部分：我今天抄襲又沒有標示出處，到底是一罪還是二罪？實務上可能會是一行為觸犯數罪名。

謝銘洋教授：那是兩個行為吧？

張懿云教授：現在常讀到的一些判決是，如果我把別人的東西丟到網路上，是重製加公開傳輸，常常看到有些用想像競合，有些用吸收，有時候是重製吸收公開傳輸，有時候是散布吸收重製，似乎很隨興。

謝銘洋教授：但理論上，重製跟公開傳輸未必是一個行為。因為我先貼上去，這是重製，那我連結上網路，才是公開傳輸，這應該是兩個行為。

楊海平督導：法院很多判決，都適用集合犯來處理這個問題，有的是用吸收。還有一個是我們在 95 年之前有常業犯。常業犯的刑度比較重，在 95 年就刪除了，如果數行為的話就是數罪併罰。但我大部分看到都是用集合犯或是吸收犯去處理。

張懿云教授：對，現在非常有趣的是，盜版且加以銷售侵害的是重製權跟散布權，是兩個行為，而且不會只賣一個，就不知道是怎麼吸收。是很多重製行為先變成一個重製權集合犯，很多散布行為再變成一個散布權集合犯，然後再去看誰吸收誰？有時候是後行為吸收前行為，有時候是高度行為吸收低度行為。吸收的法理看起來很混亂。

張 靜律師：現在沒有牽連犯了，只剩下想像競合，現在牽連犯、常業犯、連續犯都沒有了，都用集合犯跟吸收犯去處理。

張 靜律師：其實過去的常業犯就是今天的集合犯，沒什麼差別。

張懿云教授：但現在問題就來了，我盜版二十個人的東西，一個人告完之後，剩下的人怎麼辦？因為集合犯就只有一罪，所以就不能告了對不對？所以就乾脆做久一點？在訴訟過程當中，第一個人跟我和解談賠償金，那第二個人還可不可以告？

張 靜律師：如果是判有罪，會有一事不再理的問題；如果是無罪或是撤回告訴就沒有一事不再理的適用。今天其中一個被害人跟你和解，並不影響另外九個被害人來告你。但他被判罪了以後，其他人也沒得告了。

謝銘洋教授：這個跟告訴乃論、非告訴乃論又有關係囉？譬如說書跟光碟，光碟是非告訴乃論罪。先不要這麼複雜，假如說今天是十本書都是不同作者，每個作者就只能告他有著作權的那本書，其他的部分法院沒有審理到；那如果今天是光碟呢？

張 靜律師：檢察官應該是通通處理，檢察官可以就 10 個被害人的光碟侵權一起處

理。

謝銘洋教授：這樣就是集合犯比較輕，但如果是書就有可能會被判十次。

張靜律師：對，所以現在到底能不能成立集合犯，其實最高法院是有意見的，最高法院在過去有三個案子是認為著作權不構成集合犯。

張懿云教授：我看過那個案例，他的意思是犯罪的時間中間還隔蠻長的，所以才不構成。

張靜律師：沒有，三個案例各有不同。

陳曉慧助理教授：在辯論技巧上，會不會鼓勵當事人承認多一點？

張靜律師：認了有問題，第一個是被害人到底有沒有告你？所以未必很多人告你就有利或不利，這很難講。像一張唱片有十首歌，包括作詞、作曲、表演人跟錄音就二、三十個著作。

謝銘洋教授：現在實務上對光碟，譬如一首歌有作詞、作曲、表演人跟錄音，是怎麼處理？

張靜律師：理論上是一行為觸犯數罪名。可是實務上未必，很少去考慮這個問題。

陳曉慧助理教授：如果某一個人的個人部落格貼了很多歌很多照片呢？

張靜律師：也是一行為觸犯數罪名。他會認為是一個時間緊密的接續行為。那寫部落格每隔兩三天才上去寫一次，有可能就會變成數罪。

陳曉慧助理教授：那表示乾脆變成職業的算了？！

張懿云教授：原本以前，假設連偷三家，是連續犯要加重其刑，他現在變成數罪併罰就是三罪，否則有鼓勵犯罪的嫌疑，之所以刪除連續犯就是這個理由；但結果現在改成集合犯，連常業犯也算在集合犯裡面，反而變成減輕其刑了。還有一個問題我一直無法解決，假設盜拷一個光碟是一個行為，那盜拷很多光碟就是數罪併罰，我今天在家裡 copy 一首歌難道不是合理使用？那我每天都 copy 一首歌，全部是一個一個的合理使用，不行嗎？我就不需要數罪併罰了。

王惠玲顧問：這個在美國有個案例，每天側錄教學電視節目，後來還是判定有侵害著作權。

陳曉慧助理教授：那個又是目的性的不同。他本來就要全部 copy 下來。

謝銘洋教授：回到合理使用的討論，剛剛張老師講到著作人格權有沒有合理使用，我以前就一直在思考這個問題，譬如說著作權法第 49 條，如果你今天報導的著作其實是沒有公開發表過的，這時候對人格權，會不會有合理使用的問題呢？如果 49 條只是著作財產權的限制，雖然報導人可以主張 49 條免責，但著作人如果去告他公開發表權的侵害，可以成立嗎？

張靜律師：看起來，如果參照第 66 條更有可能成立：「對著作人格權不生影響。」那將會有問題是，一個人他以為符合 49 條就沒事了，結果卻侵害了著作人格權，這個法條本身有陷阱在，49 條它沒有限制一定要經過公開發表過的。

張懿云教授：這裡我就還有另外一個問題，著作權的合理使用都可以利用別人的著作，有些條文要已公開，有些不需要。這是立法技術上的忽略呢？還是刻意讓它可以主張人格權？

楊海平督導：我國著作權法第 44 條至第 63 條規定相關規定，其主張合理使用之對象，多限於已公開發表之著作，那沒有公開發表之著作，是否當然不是合合理使用的對象，美國好像有個規定是說，沒有公開發表過的著作，也未必排除是合理使用。但我想未公開發表過的著作，其合理使用的空間可能會比較小。

謝銘洋教授：還有一個問題，第 57 條，美術著作或攝影著作原件的公開展示，如果是沒有公開發表過的，那又怎麼辦？

楊海平督導：我們的公開展示權是限於未發行的攝影著作或美術著作，如果是已發行就沒有公開展示權。那剛講到沒有經過公開發表的美術著作或攝影著作，如果著作人將其尚未公開發表之美術著作或攝影著作之著作物讓與他人，受讓人以其著作原件或其重製物公開展示者，法律上推定著作人同意公開發表。

張 靜律師：對。在第 15 條第 2 項。

陳曉慧助理教授：但是他還是要標示姓名，不然還是有姓名表示權的問題。時事報導應該是伯恩公約上的規定，因為是時事，所以不公開的情況會比較少，理論基礎則來自新聞自由與資訊流通。

謝銘洋教授：譬如說是書信或照片，從來沒有公開過，你今天可能去採訪家屬，他把這個東西拿來秀一下，你鏡頭帶過去或是照相。

陳曉慧助理教授：涉及到這個人死了以後，著作人格權的存續。

張懿云教授：可是著作人格權永久存續那要怎麼辦？

陳曉慧助理教授：依據第 18 條、第 86 條有人代為主張權利。

謝銘洋教授：這又是另外一個問題，著作人格權為什麼要永遠存續？這個在美國分根本沒有這個問題，在德國也是一元制，所以也沒有這個問題，那為什麼在台灣著作人格權比一般人格權還要久？

楊海平督導：依伯恩公約規定，著作人格權之保護，於著作人死亡後，應至少延續至其著作財產權屆滿時，我國著作權法規定，著作人格權係永久保護

張 靜律師：那是在一元制的架構下。

陳曉慧助理教授：我們是二元制，只有財產權有期限。法國的規定，著作人格權是永久的。

謝銘洋教授：一般的人格權就死掉就不是權利主體了，那為什麼著作人格權死後就可以繼續延續那麼久？

陳曉慧助理教授：一般人格權於人死亡後的保護，謝老師有專文撰寫。

謝銘洋教授：對，著作人格權是可以存續 50 年或 70 年，但之後為什麼還要繼續存續呢？它有什麼正當化的理由呢？

張懿云教授：所以一個著作在我生前沒有被公開發表，死後呢？

陳曉慧助理教授：由繼承人（小孩）來決定要不要發表。

張懿云教授：繼承人（小孩）可以嗎？我還以為是可以請求賠償而已？

張 靜律師：不能請求賠償，只能請求排除侵害。

張懿云教授：繼承人（小孩）可以代為公開發表嗎？

張 靜律師：好像沒有這樣的規定，只能請求排除侵害。

陳曉慧助理教授：反對公開發表的被繼承人，其繼承人（小孩）可以依據 86 條來主張排除侵害。

謝銘洋教授：這是在哪一條？第 86 條。但是那個是請求救濟，你剛剛問的是後代子孫要把它公開，可不可以？第 18 條但書呢？如果著作人生前留有遺囑說：我這東西就是不公開。後代子孫可以公開嗎？縱使 100 年？

張懿云教授：如果我有權利代為行使呢？

陳曉慧助理教授：問題是，86 條規定了可以拒絕公開的人。這些人，如果不拒絕公開的話，公開就不會構成侵害。

謝銘洋教授：可能會有好多個兄弟。

陳曉慧助理教授：因此，兄弟彼此可能會訴訟。但由於家庭、社會環境變動，無婚姻關係配偶或第三人，可能較子女更能理解著作人的意思。因此，86 條所規定得主張之人的範圍宜再考慮。

謝銘洋教授：其實這邊都說要考慮「依其利用行為之性質及程度、社會的變動或其他情事」，應該就不需要再去考慮著作人的意思了。

謝銘洋教授：今天非常謝謝大家的參與，大家對合理使用的規範與運用，也談了非常多的問題，包括 64 條明示出處的問題，還有跟人格權的關係到底是如何，或者是未來合理使用的規範是不是要更明確，哪些是限制就把它拉出來，留下來的才真正屬於合理使用的東西，這部分不只是美國法系，大陸法系也沒有這樣的規定，在台灣的立法就是很特殊，也造成法律適用上的困難，因為這也有刑事責任，所以嚴格講起來，是不是符合罪刑法定主義都有問題，因為有太高度的不確定法律概念在這個有刑事的規範裡面，如果可以把限制的部分提出來講得更明確的話，我想應該是有助於法律的適用，不然像我前幾天被問到：「這個合理使用要怎麼認定？」我說這個可能要問法官，可能問法官也沒用。我是認為現在著作權法，尤其它又有刑事責任，慢慢在社會上變成是一種被利用的工具，而產生負面的評價，這樣就跟著著作權法的目的背道而馳。

張 靜律師：所以實務上和解的人很多。就是大家都不敢保證是合理使用。地方法院判是合理使用，說不定高院就推翻了判決結果；高院推翻了，最高法院可能又也推翻了，所以若不是最後判決，誰也不知道答案。

王惠玲顧問：智財法院著作權案例有些法官會建議雙方是否要和解。

謝銘洋教授：這個刑事部分的問題，我剛講那 ISP，它只有民事免責，那為什麼不寫刑事也把他免責呢？智慧局就常常說：沒有民事就當然沒有刑事。

可是學法律的都知道，刑事跟民事當然不一樣，沒有民事還是可以有刑事，他總是可以去地檢署按鈴申告，叫檢察官去搜索扣押，這時候也會造成一些問題，那你如果說 ISP 也說刑事責任免責，也許就能杜絕這方面適用的問題。前兩天我們辦那個歐亞智慧財產權 enforcement 的問題，東南亞國家包括智財法院的運作，發現其實跟我們很像，就是大家都喜歡用刑事去告，還好我們專利已經除罪化了，只剩下民事案件的處理，但是我們專利修法又把三倍損害賠償拿掉，本來賠償金就不高了，現在這樣，我們專利法像一隻老虎沒有牙齒了。以前是說有刑罰太強了，刑罰拿掉當時的配套措施就是有三倍的懲罰性損害賠償，那現在懲罰性賠償拿掉也沒有任何的配套措施，未來專利的效力可能就越發低了。所以法律制度的設計其實蠻重要的，今天討論包括 62 條二項這些因素的考量，彼此之間的關係，還有法院在用的時候，其實逐項要去說，不採的話也要講個理由，不是只挑想講的來講，未來如果法院朝這麼方面去做，因為這個判決的累積我們可以去看，合理使用的實踐是怎麼樣。其實先前日本最新的修正，就有在討論說要不要訂一個合理使用的條文進去，去年九月東大教授大淵來的時候，就一直問我一個問題：台灣 65 條有一個概括性的規定，那請問有沒有案件是沒有落入前面的條文，而是直接落入 65 條的狀況？我就找了一下，其實是有，我甚至已經翻譯好日文了，但是不敢 send 給他，因為那些判決很多都是法官懶得去論述前面，隨便就去把它套 65 條，因此就變的有點粗糙，我是告訴他，前面窮盡式的列舉畢竟是有限，所以確實是有可能性是沒辦法落入前面的，必須要有概括條款來處理，那可能要在查一下日本是不是有把它放進去，所以合理使用的情形在著作權法是很重要的啦，雖然說張律師是講它屬於比較後面的抗辯，但這就是決生死了，所以如何去運用它，或者大家經常在講說，合理使用到底是阻卻違法還是阻卻構成要件，有不同的看法，這邊看來既然是一種 limitation，是效力的限制，那理論上應該不是阻卻違法，應該就切開不屬於權利的範圍，因此這部分應該是不能主張權利，那在美國可能會主張說這是一種抗辯，免責的抗辯事由，我忘了美國 107 條的 title 是什麼？

胡心蘭助理教授：也是著作權的限制。

謝銘洋教授：美國可能思維上跟我們大陸法系不太一樣，在我們這邊如果講限制的話，應該就不是權利的範圍。

胡心蘭助理教授：可是這次的例子裡面，都是講阻卻違法事由，尤其蔡惠如法官贊成要用阻卻違法，她說不管是實際上，還有訴訟上面的效益，如果說它是一個使用人的權利，那是不是在判決以前，就有一個確認的基礎：「我有這個權利。」那在訴訟上就會造成很大的不經濟，所以他們還是傾向這是後來的阻卻違法事由比較好這樣子。

陳曉慧助理教授：可是如果合理使用就是使用人的權利的話，會否推得太快，只是從權力中劃出來，並非直接劃給使用人。

張懿云教授：應該是說有自由使用的空間。如果像她這樣說的話，那請問一下 65 條第一項是要寫什麼？「不構成著作權的侵害」是什麼意思？我本來以為它是阻卻構成要件，可是蔡法官是在討論是阻卻違法。

李治安助理教授：蔡法官是合理使用的專家，她的博士論文就是以此為主題，或許也對智財法院的見解有影響

謝銘洋教授：美國也認為都是阻卻違法嗎？還是也沒阻卻違法的概念？

胡心蘭助理教授：美國應該沒有這個，都是一個抗辯。

張 靜律師：美國都當免責抗辯事由。

胡心蘭助理教授：當然很多學者都說這是一個使用人的權利，那又是站在不同的角度去想。

張 靜律師：但是蔡法官是完全不同意這樣一個觀點。

張懿云教授：可是我認為合理使用就是：你不同意我也可以用，甚至在某些情況是：我可以用的權利，阻卻違法的話他就是違法了。我看到的應該是立法者保留給使用人一個自由活動的空間。因為各位難得在這裡，我再問另外一個問題，我最近看到很多判決，我跟你訂一個契約，超出授權的範圍，到底是構成侵權呢，還是違約？

張 靜律師：競合，兩個都有。

李治安助理教授：美國有個判決 *Effect Associates v. Cohen* 是關於著作權侵害與違約的爭議，結論是違約，因為契約是有效，但是沒有侵權。

王惠玲顧問：但是這樣處理上會差很多。

李治安助理教授：對，違約就只能按照契約上規定賠償。

王惠玲顧問：如果契約中訂定的授權範圍非常限縮，而被授權人實施時遠超出授權範圍僅視為違約，則對授權人權益影響會很大。。

張 靜律師：很簡單的例子，你請我做五千件的 T-shirt，我做了五萬件。那超過的是侵權所得還是違約所得？

李治安助理教授：此跟我講那個美國案例不一樣，他只是沒有付授權金。

張 靜律師：這個問題我早在民國 72、73 年在台北當檢察官的時候，就有碰到這個問題，我曾經當場問過蔡秀雄法官：我今天如果委託出版社印一千本書，結果他私下印了一萬本書，超出的九千本是違約還是侵權？這個侵權甚至有沒有刑責？蔡法官第一個想法是認為只有違約，我跟他講我不認為只有違約，我舉個例子是，我今天請中央印製廠印五億的鈔票，結果他印五百億，那多出來的是不是偽鈔？我這樣問，蔡法官當場愣住，說他要回去想一想，第二天他回來上課的時候，因為那是個檢察官的業務研討會，他說：張檢察官，我改變想法支持你的見解了，不但有違約也有侵權，甚至有刑責。

謝銘洋教授：我記得以前在出版界就有很多這樣的案例，我通常委託他印 1000 本，

他都會印 1100 或 1200 本，因為書總是會毀損什麼的，那他會抽換，那剩下的書好的，他發財車開了就拿去賣，就被抓，這種情形也是構成著作權的侵害。

張靜律師：因為如果你只有違約，沒辦法用著作權法 88 條去主張，你只能按照民法上的債務不履行，這差別很大。

張懿云教授：因為我看到很多判決都只寫違約，說超出契約範圍。

胡心蘭助理教授：我剛想到的是，之前那個第七巡迴上訴法院的 Easternbrook 法官判的案例 (*ProCD, Inc. v. Zeidenberg*, 86 F.3d 1447 (7th Cir. 1996).)，被告買了一套一般使用版的貼到網路上，有點像是電話簿之類的東西，然後他有收錢，原告就告他說，我沒有授權這個部分，Easterbrook 法官就以經濟分析的方式說這是違約的問題。

張懿云教授：我再繼續問下去，如果很多判決都說只是違約，那再下來這些超出契約範圍的東西會不會是盜版品？譬如說今天只授權在中國大陸銷售，不能在台灣銷售，不一定指數量，這些東西是不是盜版品？它是違約的合法重製物嗎？如果不構成侵權，就不能說是侵害著作權之物了。

張靜律師：我認為是侵害著作權之物。

張懿云教授：只是違約連沒收都不行，他還可以繼續賣。那我比較關心進到這些貨的人再賣，又會繼續侵害散布權了。

張靜律師：但他如果不知情，又善意取得了，可能會有其他的免責事由。你今天說好印 1000 本，他印 10000 本，你怎麼知道他進到的是那 1000 本裡面還是超過的？

張懿云教授：而且很有趣是現在去盜版廠搜索扣押，侵權人可能重製了一萬份，檢察官只扣押到三份、五份盜版品，請求損害賠償要怎麼請求？因證據保全不齊，結果法院就全部給他們判下去，說他們是集合犯。說依常理推測，不可能只重製一份。我的困難在於：那個違約的人通常就只有違約，沒有侵害重製權責任，那他下游買他盜版物的人，再拿去賣，又變成有刑責，侵害散佈權。

楊海平督導：但其實侵害著作權刑責是要故意。認定違約或是侵權，影響很大，如果被認為是違約，則屬債務不履行的問題，其違約之重製物，仍屬正出版物，後續的銷售，有散布權耗盡的問題；如果認為是侵權，則侵權之重製物屬於盜版物，後續的銷售，並無散布權耗盡的問題。

王惠玲顧問：對於下游購買盜版物是否明知，一般實務上會認為下游業者當屬相關領域人士，對於價格顯然不合理的物品，理應知道是盜版物，來推定「明知」。如屬盜版物，重製人當然應是侵權。

謝銘洋教授：現在實務上認為只有違約。但這樣推論下來，債務不履行應該還是合法重製物，不會有後面的問題。

張懿云教授：現在問題在於多出來那部分到底是不是盜版品？如果單純只是違約，

那些應該都要是合法重製物才對。我是不認為一定只有違約或一定有侵權，尤其是電腦程式的授權，那有時候訂的再詳細，還是會被告超出授權範圍，被授權人有時候也很倒楣。

王惠玲顧問：電腦程式的授權合約條件都訂的很嚴格，只要超出授權範圍往往就會被告。關於權利人提出侵權告訴時是否要舉證「明知」？似乎有不同之作法。

張 靜律師：那是民事觀點，刑事條文上就寫一定要明知。

楊海平督導：在電腦程式銷售，有時會約定不進行還原工程，而一般認為還原工程可以主張合理使用，那如果違反他那個約定，又是什麼？

王惠玲顧問：目前市售電腦程式的授權合約有些會限縮合理使用的範圍，是否恰當？

陳曉慧助理教授：那又是另外一個問題。

張 靜律師：可不可以用契約約束合理使用的範圍？合理使用本來是從一種公益角度出發，用契約約束則是以一種私益的角度去限制合理使用的範圍，很明顯的部分譬如約定：權利不耗盡。

胡心蘭助理教授：那可能是著作權濫用的問題。

謝銘洋教授：通說一般是認為不可以。

陳曉慧助理教授：但其實合理使用是有層次的，不一定完全不能用私契約去限制，要看它對公益影響的大小。

張 靜律師：要看它合理使用的性質是怎樣，如果是強制規定，就不能用私行為去侵犯它。44 到 63 條哪些是強制，哪些不是，這樣去看。

張懿云教授：合理使用本來就是說，我只要符合這些要件，我不經過你的同意也不必付費，我都可以用。所以我認為他不能用契約來限制。現在有很多註明「禁止轉售」，但這是我的散布權，為什麼不能轉售？這個應該是無效吧？但法院判決不一定。又像譬如現在 DVD 會分「公播版」跟「家用版」，這個應該是沒問題，但如果我拿「家用版」去大樓裡面播，一年一次，但我還是有符合 55 條的合理使用，那怎麼辦？他已經用「家用版」這個契約去限制了。

謝銘洋教授：這種情形，在錄影帶的話應該是屬於定型化契約且顯失公平，無效。

張懿云教授：我認為不管怎樣，只要符合 55 條就是合理使用，就當作立法者都考量過了，雖然很多人都認為太寬。

李治安助理教授：這會不會跟合理使用是阻卻違法還是阻卻構成要件有關係？

陳曉慧助理教授：這應該跟他當初要保護的立法目的有關係。可能要每一條去檢視。因為像有些國家高權行為或司法機關的行為，不可能用一個私人約定去排除。又像剛剛電腦程式、「公播版」，他如果直接用技術鎖住，你也沒辦法。

張 靜律師：技術鎖住倒比較沒問題。

謝銘洋教授：會有破解的問題。

陳曉慧助理教授：那可能是新條文的問題了，但當初在討論破解的問題，就有談到

合理使用到底哪些地方是可以契約限制的。

張懿云教授：最後一個問題，很多老師拿「家用版」去給學生看，到底可不可以？
我認為它符合 55 條教育目的應該就不用經過同意，就是合理使用，雖然那錄影帶前面寫不能公開播送。

陳曉慧助理教授：可能要看是不是在「合理範圍內」。

謝銘洋教授：今天的討論就到這裡，謝謝大家！

柒、散會:下午 4:30