

### 第三章 著作權保護之界限

由著作權法第1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。本法未規定者，適用其他法律之規定。」揭櫫之立法目的以觀，著作權法不是祇為了保障著作人之權益，而是要「促進國家文化發展」；且為了要達到這項目的，必須透過「保障著作人著作權益」與「調和社會公共利益」為手段。當立法者制定或修訂著作權法時，須考量上述兩種利益的衡平問題。要賦予著作人多大的權利，才能夠達到吸引著作人從事創作或保存文化藝術的行為，以增進公共利益？此外，為了達到促進國家文化藝術之發展，鼓勵著作權人以外之人去利用既有之著作，進而創作更新的著作作品。因此，對於著作權人的權利採取一些限制的機制應係必要的，但應考量其權利限制範圍之大小，以避免使著作人缺乏創作之動力。

美國哥倫比亞大學教授Zechariah Chafee引用牛頓的敘述對於著作權的目的曾有一段非常傳神的解釋：「世界前進的動力來自於每一個人都能奠基於前人既有的成就。一個站在巨人肩膀上的侏儒，看的比巨人更高更遠」<sup>46</sup>，此外，Chafee教授更在他著名的著作權法經典專論：對於著作權法的省思(Reflections on the Law of Copyright)一文中，主張一部理想的著作權法，對於著作權人所提供的保障，除在制度上應力求寬廣、完整且無遺漏，藉以排除任何可能的侵害之外，亦同時認為著作權法在保護著作人之餘，「不得因此壓抑著作人以外之人從事獨立創作之路」(protection should not be allowed to stifle independent creation by others)<sup>47</sup>。此種既追求保護著作人的創作，更思考如何避免保護著作人的措施，對於他人獨立創作的

<sup>46</sup> 原文為：「The world goes ahead because each of us builds on the work of our predecessors. A dwarf standing on the shoulders of a giant can see farther than the giant himself」參闕光威，對著作權保護範圍擴張的因應－合理使用實務與理論基礎之研究，第60頁。

<sup>47</sup> 參黃怡騰，著作之合理使用案例介紹，第3頁，收錄於經濟部智慧財產局網站，網址：[http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright\\_book/著作權之合理使用介紹.exe](http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright_book/著作權之合理使用介紹.exe)，瀏覽日期96年10月15日。

能力造成壓抑的雙向思考，幾乎已成為世界各國構建其著作權法制時，無法不予重視的指導準則。

再者，因著作是一種精神或智能的產物，每個人之著作嚴格來說，都不是他個人的獨創，或多或少都受他人（前人或當代人）著作的啟示或影響，故「著作」本身也是社會之共同文化財產，利用他人著作，應兼顧社會之公共利益，故著作權法考量公共利益的因素，而對著作權法私權之利用亦設有許多限制，除前述著作權法第9條各款不得為著作權保護之標的外，著作權法本身也「額外附掛」三種著作權限制機制，包括對著作權的合理使用、法定授權以及強制授權，均是考量公共利益的展現。其中法定授權與強制授權乃立法者依其立法意志主動形成的授權類型，只要符合其構成要件，著作權人不得拒絕。合理使用則設計為一開放性的判斷架構，授權司法者依據個案的特殊情形判斷系爭使用類型是否構成合理使用<sup>48</sup>。

又因前述之限制機制（例如合理使用及強制授權規定），因著作權法保護之客體不同，而有不同之規範，故在本章開始前先行介紹現行著作權法所例示保護之著作類型。

## 第一節 保護客體

我國著作權法關於著作之保護客體，或稱著作之種類或型態，於74年7月10日修正前，係採列舉式<sup>49</sup>的保護規定，惟經歷年來工商發展，著作之類型已大幅改變，且因科技之進步，例如電腦程式、器械結構或分解圖、電路圖或其他科技或工程設計圖形之使用，著作之範圍亦不斷擴大，傳統之列舉式規定已無法涵蓋新型之著作類別，故於74年修法時於第4條第1項第17款加列「其他著作」，形式上固

<sup>48</sup> 參閱光威，對著作權保護範圍擴張的因應－合理使用實務與理論基礎之研究，第63頁。

<sup>49</sup> 民國74年7月10日著作權法修正前，著作之保護客體僅有：(1)文字之著譯；(2)美術之製作；(3)樂譜劇本；(4)發音片照片或電影片 等4種類型。

採列舉式，實質上已是例示式<sup>50</sup>。

至 81 年修正著作權法，於第 5 條第 1 項：「本法所稱著作，例示如下：…」，已明文放棄列舉式規定，表示所列之 10 種著作類型，僅係例示，且於同條第 2 項明定：「前項各款著作例示內容，由主管機關訂定之」，以保持彈性。故自 81 年修法後，縱不屬第 5 條第 1 項例示之著作類別，凡符合著作權法第 3 條第 1 項第 1 款「著作」之定義者，均為著作權法之保護客體。

### 第一項 著作之種類

依著作權法第 5 條及前內政部著作權委員會所頒布之「著作權法第五條第一項各款著作內容例示」<sup>51</sup>規定，目前我國著作權法例示了 10 種基本著作類型，即：一、語文著作。二、音樂著作。三、戲劇、舞蹈著作。四、美術著作。五、攝影著作。六、圖形著作。七、視聽著作。八、錄音著作。九、建築著作。十、電腦程式著作。而隨著時代的演變，某些型態的著作比較特殊，是利用已經存在的著作再加以改作，或蒐集有用資訊或著作創作而成的，與前述之 10 種基本著作，是由著作人從無到有創作出來的，不太一樣。這種型態的著作，又因創作方法的不同，分為兩種：一是衍生著作，另一種為編輯著作。雖然這兩種著作均是以他人現已存在的著作或屬公共財之資訊為基礎而為之創作，惟其創作過程所耗費之時間、勞力、成本不一定少於原本之著作，且其改作、編輯後作品之經濟利益有時甚至比原著作來得高，故於著作權法第 6 條、第 7 條分別予以保護。

另我國為因應加入 WTO，於著作權法第 7 條之 1 增訂對「表演」的保護規定，以獨立之著作保護之，惟「表演」是否為「著作」？在外國立法例及國際條約上，表演通常是以「著作鄰接權」的方式加以

<sup>50</sup> 參羅明通，著作權法論I，第 201 頁。

<sup>51</sup> 前內政部著作權委員會 81.6.10 內政部台(81)內著字第 8184002 號函頒布。

保護，故究否應將「表演」當成一種著作，其內涵較為複雜，本文亦將於後面的章節獨立討論之。

又著作權法於 81 年修法時，考量著作依實際創作過程有數人參與創作之情形，故於第 8 條明確定義「共同著作」，並於同法明其權利保護及其救濟之規定，避免未來著作利用上發生爭議。至於近年來有人認為應有所謂的「多媒體著作」，惟目前仍沒有國家肯定這種分類，現階段看來，或許祇能認為這是一種「將各類著作附著於多媒體媒介上的結果」，還不能成為獨立的著作類別<sup>52</sup>。

茲就上述 10 種基本著作類型及衍生著作、編輯著作、表演及共同著作等特殊著作類型，在學界與實務上之見解予以析述如下：

## 第一款 基本種類

### 一、語文著作

語文著作，即以語文體系表現之著作<sup>53</sup>，可分為文字著作及語言著作，74 年舊法第 3 條第 6、7 款所指之「文字著述」、「語言著述」，即指現行法中之「語文著作」：

#### (一) 文字著作：

按著作權法發展之初，即以平面印刷之文字著述為著作之主要類型。所謂「文字著作」，性質上屬於有形著作，包括詩、詞、散文、小說、童話、腳本、劇本、學術論述、隨筆、童話、書簡、日記、日誌、講義等。點字、暗號、速記符號、電信碼等雖非文字，但所傳達之資訊能轉換為一般文字或語言，亦屬文字著作<sup>54</sup>。

<sup>52</sup> 參章忠信，著作權法保護的著作類別，著作權筆記網站，網址：

[http://72.14.235.104/search?q=cache:3WP9zpW\\_3g0J:www.copyrightnote.org/cnote/bbs.php%3Fboard%3D9%26act%3Dread%26id%3D5+%E8%A1%8D%E7%94%9F%E8%91%97%E4%BD%9C%26%E7%B7%A8%E8%BC%AF%E8%91%97%E4%BD%9C&hl=zh-TW&ct=clnk&cd=11&gl=tw&lr=lang\\_zh-TW](http://72.14.235.104/search?q=cache:3WP9zpW_3g0J:www.copyrightnote.org/cnote/bbs.php%3Fboard%3D9%26act%3Dread%26id%3D5+%E8%A1%8D%E7%94%9F%E8%91%97%E4%BD%9C%26%E7%B7%A8%E8%BC%AF%E8%91%97%E4%BD%9C&hl=zh-TW&ct=clnk&cd=11&gl=tw&lr=lang_zh-TW)，瀏覽日期 96 年 10 月 4 日。

<sup>53</sup> 參蕭雄淋，著作權法論，第 102 頁。

<sup>54</sup> 參羅明通，著作權法論I，第 202 頁。

## (二) 語言著作

語言著作指以口述之方法將自己思想、感情陳述於外所完成之創作，性質上屬無形著作，包括演講、佈道、辯論、吟詩、賀辭等。在座談會或學術討論會之發言，亦是以語言著作保護之<sup>55</sup>。

我國於 81 年修正著作權法時，將「文字著述」及「語言著述」合併為「語文著作」，依當時著作權主管機關內政部所頒布之「著作權法第五條第一項各款著作內容例示」第 2 項第 1 款規定：「語文著作：包括詩、詞、散文、小說、劇本、學術論述、演講及其他語文之著作」。另語文著作若是以數位方式存在，例如某教授將其上課講義教材製作成數位學習光碟，仍屬於語文著作，並不會因格式或表現型態不同，而被歸類為電腦程式著作或美術著作、圖形著作。

茲列舉以下幾則案例，說明我國實務上關於語文著作之見解：

### (一) 私人往來之書信

書信是否屬著作權保護範圍，仍應視是否具有原創性及是否符合著作權法第 3 條、第 5 條第 1 項規定而定，一般來說，書信屬語文著作<sup>56</sup>，故私人之書信於書寫完成時，即享有著作權。

由於著作人就著作享有公開發表的權利，因此，公開發表人的書信，除該書信的著作財產權人因行使著作財產權或被授權利用的人利用該書信而公開發表的情形外，原則上應徵得著作人的同意，才可以公開發表。

### (二) 漫畫中人物之對白

依前內政部著作權委員會 84.6.14 台(84)內著會發字第 8410945 號函稱：「

<sup>55</sup> 參羅明通，著作權法論I，第 203 頁。

<sup>56</sup> 參經濟部智慧財產局 95.10.20 電子郵件 951020b函釋。

1. 如對白係為表現漫畫或連環圖（卡通）之內容者，應屬美術著作內容，尚難獨立成為語文著作。
2. 如漫畫或連環圖（卡通）中之圖形與對白無法分開，亦即將該對白取掉後，圖形部分無法完整表現作者之思想情感，不能形成連貫性之完整作品，則該對白應屬美術著作之著作內容，不能獨立成為語文著作。
3. 如漫畫或連環圖（卡通）之對白與圖形分開，其對白之文字可單獨成立著作，且其圖形部分仍可成立連貫性之完整作品，則該對白之文字部分為語文著作，圖形之部分為美術著作。」<sup>57</sup>

### （三）全國連鎖保證書

臺灣高等法院臺南分院 86 年度上更(一)字第 209 號刑事判決曾表示：

「本件自訴人提出之『全國連鎖保證書』內容觀之，包括寶島公司鐘錶體系之沿革簡介、鐘錶之分類、保養、維修之技術，及全國連鎖保證事項、期間、不予保證之情形說明等事項，因屬於自訴人個人之原因獨立創作，非為抄襲他人而得，具有原創性，自應係著作權法所保障之著作無疑。」

## 二、音樂著作

音樂著作在著作權法上，專指展現音樂旋律或意境的曲譜或是歌詞，而不包括演唱著表演的部分<sup>58</sup>。又音樂之創作雖以固著於樂譜之方式呈現為常態，惟如以即興之演奏表現，因其仍為人類可

<sup>57</sup> 參經濟部智慧財產局網站。網址：

<http://72.14.235.104/search?q=cache:n8ld8T0UeAsJ:www.tipo.gov.tw/copyright/search/netexpshow.asp%3Fexpno%3D633+%E8%AA%9E%E6%96%87%E8%91%97%E4%BD%9C%26%E9%80%A0%E5%9E%8B&hl=zh-TW&ct=clnk&cd=1&gl=tw>，瀏覽日期 96 年 10 月 4 日。

<sup>58</sup> 參賴文智，數位著作權法，第 68 頁。

具體感知之樂曲，而我國著作權法不以固著性及永續性為著作之保護要件，故祇要符合著作權法上原創性之要求，亦符合著作權法音樂著作保護之範圍。另如將演奏者演奏之詞、曲內容，錄製成音樂光碟、MP3 等，則屬於錄音著作之範疇。

按前內政部著作權委員會頒布「著作權法第五條第一項各款著作內容例示」第 2 項第 2 款之內容，音樂著作包括曲譜、歌詞及其他之音樂著作，故音樂著作實包含樂譜、歌詞、演奏、演唱之組合。樂譜係屬於以符號、數字或其他記號來表現樂曲之一種型態。樂曲創作縱經由樂譜記錄、固著，然著作權法保護者係樂譜所表達之音樂感情或思想之樂曲，而非為書面之樂譜。

再者，我國著作權法於 81 年修法時，始將歌詞列入「著作權法第五條第一項各款著作內容例示」第 2 項第 2 款音樂著作之內容，於修法前，歌詞應屬當時之文字著述或語文著述<sup>59</sup>。按歌詞於創作之時，倘詞曲相互間有緊密之依存關係而不能分離，因之可認為歌詞之著作人有與樂曲之著作人有共同利用之意思，則依我國著作權法第 8 條之規定，詞曲為共同著作，歌詞僅具有音樂著作之屬性乃為當然。惟倘詩詞著作人於著作時，並無使其伴隨於樂曲而共同利用之意思，則非共同著作，而為獨立之語文著作<sup>60</sup>。例如將瓊瑤小說中一段優美的文字，經由授權使用於樂曲，結合而成為音樂著作，不能謂其已喪失語文著作之本質。惟如歌詞一旦授權他人使用於歌曲而兼具音樂著作之屬性，將成為強制授權之標的。

音樂著作如藉機械或設備表現系列聲音而能附著於任何媒介物上，則衍生錄音著作，但附隨於視聽著作之聲音則不屬錄音著作。故我國司法實務上一般發生與音樂著作相關之著作權糾紛，

<sup>59</sup> 當時「音樂著作」之定義為：「指作曲或具有創意之音樂改作著作。但為適合樂器演奏所為之改作而非旋律之創作不屬之。」，參照 74 年著作權法第 3 條第 13 款。

<sup>60</sup> 參羅明通，著作權法論 I，第 208 頁。

似不限於音樂著作本身問題，另外涉及視聽、錄音或語文等著作權問題，例如臺灣高等法院 89 年度上易字第 2659 號刑事判決：

「一般之電腦伴唱機，乃係得音樂著作之著作財產權人授權利用該音樂著作，而作成無人演唱之『電腦MIDI音樂程式』（即音樂設備數位介面）伴唱機，於點唱時，經由電腦輸出另行錄製之靜態畫面影像或另以VCD輸出另行錄製之動態畫面影像作為背景，再以伴唱程式出現伴唱音樂，同時將音樂著作之歌詞顯示在畫面上，而成為獨立之『視聽著作』。據此，『音樂著作』與一般電腦伴唱機業者製作之『視聽著作』乃為型態截然不同之著作，惟兩者間仍有相當之關連性，即該電腦伴唱機業者製作之『視聽著作』如欲利用他人之詞曲『音樂著作』，仍必須得該詞曲『音樂著作』之著作財產權人之授權。…點將家公司既經授權重製系爭四首歌曲之『音樂著作』時，則該被利用之系爭四首歌曲之詞曲『音樂著作』已成為該『點將家』電腦伴唱機內電腦音樂伴唱卡之『視聽著作』之內容之一部分，該『點將家』電腦伴唱機內電腦音樂伴唱卡『視聽著作』於『公開上映』時，即僅須得該『視聽著作』財產權人即點將家公司之同意或授權即可，而被利用之系爭四首歌曲之詞曲『音樂著作』之著作財產權人則不得再藉該『點將家』電腦伴唱機內電腦音樂伴唱『視聽著作』之『公開上映』行為主張其有詞曲『音樂著作』之『公開演出』」。

### 三、戲劇、舞蹈著作

所謂戲劇、舞蹈著作，係依身體動作所表現之著作<sup>61</sup>。依前內

<sup>61</sup> 參蕭雄淋，著作權法論，第 105 頁。



政部著作權委員會頒布之「著作權法第五條第一項各款著作內容例示」第2項第3款之規定，指包括舞蹈、默劇、歌劇、話劇及其他之戲劇、舞蹈著作。其中，戲劇著作，係指以身體之動作，富含感情將特定之劇情表演出來。戲劇著作常與劇本著作相比較，所謂「劇本著作」，原則上是將戲劇中所有的對白、敘述以文字表現出來，因此，屬於著作權法所保護之「語文著作」<sup>62</sup>。而舞蹈者，是韻律動作之總稱，因為含有韻律因素，故常常與音樂結合。而舞蹈本身係深具有娛樂性之藝術，且能抒發情緒，甚至可以用來描述故事歷程。換言之，並非所有的「舞蹈」都受到著作權法之保護，舞蹈著作必須富含感情，而在傳達一種特定的思想與感情來表現，倘若僅是單純自娛性質或是運動競技性質，例如奧運比賽的滑冰表演，因為缺乏原創性，而屬於一般人皆可以模仿或重複演出的動作時，就非我國著作權法的舞蹈著作。

此外，因我國著作權法之著作並非須「固著」於有形之媒介為必要，因此，戲劇、舞蹈著作僅須能以各種方式對外表達，即可立刻受到著作權法之保護，而無須將該戲劇、舞蹈著作以錄影或其他方式固著於有形之媒體才受保護<sup>63</sup>。例如在中正紀念堂的戶外廣場上欣賞明華園的歌仔戲、在中元節的戶外民俗遊行等，只要是融合肢體、加入情節安排的表演，多屬這一類的著作。

#### 四、美術著作

美術著作係以描繪、著色、書寫、雕刻、塑形等平面或立體之美術技巧表達線條、明暗或形狀等，以美感為特徵而表現思想感

<sup>62</sup> 參雷憶瑜，著作權案例彙編(3)-戲劇、舞蹈著作篇，第6頁，經濟部智慧財產局網站，網址：[http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright\\_book/著作權案例彙編--戲劇舞蹈著作篇.doc](http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright_book/著作權案例彙編--戲劇舞蹈著作篇.doc)，瀏覽日期96年10月5日。

<sup>63</sup> 參雷憶瑜，著作權案例彙編(3)-戲劇、舞蹈著作篇，第15頁，經濟部智慧財產局網站，網址：[http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright\\_book/著作權案例彙編--戲劇舞蹈著作篇.doc](http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright_book/著作權案例彙編--戲劇舞蹈著作篇.doc)，瀏覽日期96年10月5日。

情之創作<sup>64</sup>。依前內政部著作權委員會頒布之「著作權法第五條第一項各款著作內容例示」第2項第4款之規定，美術著作包括繪畫、版畫、漫畫、連環圖（卡通）、素描、法書（書法）、字型繪畫、雕塑、美術工藝品及其他之美術著作。廣義之美術著作尚包括建築著作、圖形著作、攝影著作及工業上大量生產之廣業應用美術著作，惟現行著作權法已將建築、圖形及攝影另設獨立之著作類型，且將應用美術之保護僅限於美術工藝品，故我國著作權法之美術著作應採狹義之解釋<sup>65</sup>。

在美術著作的領域中，常常可以聽到兩個區分的概念：一個是純粹美術著作，一個是應用美術著作<sup>66</sup>。其主要區別在於，純粹美術著作乃指該著作純為創作而創作，以平面或立體之外形或色彩供人鑑賞，著作本身並無美術以外之物質功能需求，例如張大千的荷花畫作；而應用美術著作，依世界智慧財產權組織(WIPO)之定義，指具有實用性的藝術著作，無論其是否為手工藝品或工業產品，亦即須具備「實用性」與「藝術性」<sup>67</sup>，例如將張大千的荷花畫作繪製於屏風、陶器，均是純美術著作與實用物品的結合，而變成應用美術著作。

早期，美術著作之定義不明，並沒有保護美術工藝品或應用美術的相關規定，似拘限於純粹美術著作，實務上亦多採取否定說的立場。直至81修法時，於「著作權法第五條第一項各款著作內

<sup>64</sup> 參經濟部智慧財產局 95.11.02 電子郵件 951102b函釋。

<sup>65</sup> 參羅明通，著作權法論I，第211頁。

<sup>66</sup> 參羅明通，著作權法論I，第212頁。蕭雄淋，著作權法論，第107頁。謝銘洋，著作權案例彙編(5)-美術著作篇，第21頁，收錄於經濟部智慧財產局網站，網址：[http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright\\_book/著作權案例彙編--美術著作篇.doc](http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright_book/著作權案例彙編--美術著作篇.doc)，瀏覽日期96年10月5日。

<sup>67</sup> 不過，並不是各國均貫徹此一原則，美國著作權法將兼具「實用性」與「藝術性」作為「應用美術著作」之必要條件，而歐陸各國則認為，將純粹「藝術性」創作加以「實用性」者，亦得成為「應用美術著作」，不以兼具「實用性」與「藝術性」為必要，例如運動衫上之畫作，亦為「應用美術著作」，參章忠信，應用美術著作之保護，著作權筆記，網址：<http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php?board=9&act=read&id=25>，瀏覽日期96年10月5日。

容例示」第2項第4款中明文納入「美術工藝品」<sup>68</sup>，承認保護應用美術中之美術工藝著作。所謂「美術工藝品」，依前內政部著作權委員會之見解：

「係包含於美術之領域內，應用美術技巧以手工製作與實用物品結合而具有裝飾性價值，可表現思想感情之單一物品之創作，例如手工捏製之陶瓷作品、手工染織、竹編、草編等均屬之。特質為一品製作，亦即為單一之作品，如係以模具製作或機械製造可多量生產者，則屬工業產品，並非著作權法第三條第一項第一款所定之著作，自難認係美術工藝品之美術著作」<sup>69</sup>。

惟據前揭函釋，關於美術工藝品是否僅限於「手工製作」、「單一之作品」？仍有爭議，隨後內政部再以86.4.21台(86)內著字第8605535號函釋補充說明：

「作品是否為美術著作（包括美術工藝品）須以是否具備美術技巧之表現為要件，如作品非以美術技巧表現思想或感情者，亦即未能表現創作之美術技巧者，尚難認係美術著作。至完全以模具或機械製造之作品緣非具備美術技巧之表現，自不屬美術著作，至著作人是否自始即以大量生產為目的並非著作權法保護之準據，且與該作品是否屬美術工藝品無關。查本部81年11月20日台(81)內著字第8124412號函說明『以模具製作或機械製造可多量生產者屬工業產品，非美術工藝品』，係就上述情況而言，並非就美術工藝品限定以『非量產為目的』之保護要件，台端所稱自始以工業上量產為目的而謂其非美術工藝品一節，容有誤會。」

<sup>68</sup> 我國著作權法採日本立法例，僅保護「美術工藝品」，而不保護美術工藝品以外之應用美術。參蕭雄淋，著作權法論，第109頁。

<sup>69</sup> 參前內政部著作權委員會81.11.20台(81)內著字第8124412號函釋。

本件函釋固然予以澄清美術工藝品不以「非量產為目的」為保護要件；換句話說，原先一品製作的美術工藝品，並不會因為後來的大量生產而使其改變性質，喪失受著作權法保護之地位。然就本件函釋予以觀察，主管機關仍認為作品之「原件」仍以手工、一品製作為限，才屬美術工藝品。如該作品係完全以模具或機械製造，則缺乏美術技巧之表現，而認為非屬美術著作。我國司法實務亦多採此見解，例如臺灣高等法院高雄分院 84 年度上訴字第 2465 號刑事判決：

「美術工藝品依法院實務見解，係包含於美術之領域，應用美術技巧以手工製作與實用物品結合而具裝飾性價值，可表現感情之『單一物品』之創作，例如手捏之陶瓷作品、手工染織、竹編、草編等均屬之。即屬『單一之作品』，如係以模具製作或機械製作可多量生產者，則屬工業產品，而非美術工藝品」<sup>70</sup>。

惟有學者認為，是否以模具或機械製造即必然缺乏美術技巧？換言之，美術工藝品是否應以手工製作、一品製作為限？此觀點亟有商榷之必要<sup>71</sup>。蓋前內政部著作權委員會及司法實務認美術工藝須限手工製作或至少須不能完全以模具或機械製造之原因，無非因美術技巧唯有經由手工製作方可展現；惟自然人非不能藉機器或模具表達其思想、感情並展現其美術技巧。且著作權法對於「美術著作」，乃至「美術工藝品」之定義及保護，並未限定為一品製作之單一作品，始受保護，更未明文規定以模具製作或機械製造，可為多量生產之美術即不受保護。前開內政部及高等法院判決無視於產品本身之創意程度是否已足以表現創作者之個性，逕以創作之目的為判斷著作保護之基準，似有不當限縮著作權

<sup>70</sup> 此外，最高法院 84 年度台上字第 5220 號判決、臺灣高等法院台中分院 82 年度上訴字第 1884 號判決、臺灣高等法院 87 年度上易字第 2056 號判決亦採相同之見解。

<sup>71</sup> 參羅明通，著作權法論 I，第 215 頁。

保護範圍，悖離著作權法之基本精神。

此外，我國早期著作權法在美術著作及圖形著作之區分，亦曾有過修改，74年修法時，卡通、漫畫、連環圖、動作分解圖係歸類於當時第3條第1項第13款之圖形著作，後於81年修法時，已將上述之卡通、漫畫、連環圖、動作分解圖改列於「著作權法第五條第一項各款著作內容例示」第2項第4款美術著作之範圍。再者，著作權之主管機關亦曾對利用電腦程式設計繪製之繪畫、書法、字型繪畫等，是否受著作權保護之見解予以變更。早期，前內政部著作權委員會先是持否定之態度，認為：

「將美術著作之繪畫、法書（書法）、字型繪畫藉由電腦程式設計操作繪製成圖，係於電腦鍵盤上『按鍵』或以操作『滑鼠』之方式將設計概念藉由機器繪製，其繪畫或書寫之行為均由機器完成，行為人除按鍵及操作滑鼠之動作外，並無描繪、著色、書寫等美術技巧之表現，而『按鍵』、『操作滑鼠』之動作不屬美術技巧之範疇，至『設計概念』非著作權保護之範圍；又電腦螢幕所顯示之圖，其性質係光影之組合，為掃描線顯現之影像，並無線條、色彩或文字形狀之附著，與美術著作之繪畫及書法之本質不同；至藉由印表機列印所輸出之圖乃係印刷而成，印刷係重製之方法，屬機械方式及工業技術，亦非美術技巧之表現；亦即藉由電腦程式設計操作繪圖，係屬利用工業設備表現工業設計技巧，既無行為人個人美術技巧之表現，該項機器繪製之圖或文字形狀，尚難認係藝術領域內之繪畫、法書（書法）或字型繪畫之創作，自不屬著作權法第五條第一項第四款所定之美術著作」<sup>72</sup>。

<sup>72</sup> 參前內政部著作權委員會 85.5.16 台(85)內著會發字第 8508305 號函釋。

按前揭之函釋，顯然忽視一般繪圖者利用電腦繪圖系統程式來完成描繪、著色及書寫這些行為，都要靠操作者的經驗與靈感，不是電腦可以代為判斷的，此即為思想或感情的表達，屬於一種創作行為，故嗣後內政部於 86.11.14 台(86)內著字第 8616210 號函釋自行變更見解<sup>73</sup>，認為應視該利用電腦所繪製之作品有無原創性，再依具體個案認定之。

## 五、攝影著作

所謂攝影著作，即將思想或感情以一定的固定影像加以表現<sup>74</sup>，包括照片、幻燈片及其他以攝影之製作方法所創作之著作<sup>75</sup>。而所謂「攝影行為」則包括觀景窗之選景、光線之決取、焦距之調整、速度之掌控、快門使用之技巧等，凡使光影附著於底片上之一系列行為均屬之<sup>76</sup>。故攝影著作以每張影像附著於底片或紙張即為完成創作，不以實際沖洗時間為判斷基準。又攝影之照片非當然屬著作權法之攝影著作，仍須具有原創性，始得成為著作權法保護之對象。因攝影著作有極大程度係依賴機械之作用及技術操作，在製作時需決定主題並對被攝影之對象，構圖、角度、光量、速度進行選擇及調整，有時尚須進行底片修改、組合，此時在攝影顯像因有其原創性，而加以保護。實務上臺灣高等法院 86 年度上易字第 131 號刑事判決亦稱：

「因著作權法之精神，在於保護具原創性之著作，故本

<sup>73</sup> 該函釋變更解釋之理由為：「按著作權法第三條第一項第一款規定：『著作：指屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作。』並未限定著作人所使用之創作工具及其著作完成時所附著之媒體為何？現代科技進步，電腦已被廣泛的作為繪圖及文字書寫之工具，一般繪圖者利用電腦繪圖系統程式，藉光筆或滑鼠的操作運用完成描繪、著色及書寫之行為，均需憑操作者之經驗與靈感，非電腦可代為判斷，此即為思想或感情之表達，即為創作之行為。本部著作權委員會前揭第八五〇八三〇五號書函說明三之(三)之解釋，認定『利用電腦所繪製之美術繪畫、法書（書法）或字型繪畫等，行為人除按鍵及操作滑鼠之動作外，並無美術技巧之表現』之見解，經送學術專業機構研究及提交本部著作權審議及調解委員會討論，咸認有加以變更之必要，爰予變更如上。

<sup>74</sup> 參蕭雄淋，著作權法論，第 102 頁。

<sup>75</sup> 參照「著作權法第五條第一項各款著作內容例示」第 2 項第 5 款。

<sup>76</sup> 參前內政部著作權委員會 85.8.26 台(85)內著會發字第 8513670 號函釋。

款之攝影著作，應認係指由主題之選擇，光影之處理、修飾、組合或其他藝術上之賦形方法，以攝影機產生之著作，始受保護。」

又倘拍攝完成之照片僅具「特殊性」及「稀少性」，僅係將實物平鋪忠實地攝影所成之照片，而無法察覺拍攝者選擇該照片拍攝之距離、角度有何特殊之考量，即無原創性，仍非著作權法保護之範圍。臺灣高等法院 83 年度上訴字第 2967 號刑事判決即稱：

「經查本件自訴人遭擅自重製之作品，係其拍攝當時為國安局副局長殷宗文之照片，該照片係殷宗文於一聚會場所端坐時，為自訴人所攝得，此有該照片附卷可稽，依其所拍攝之照片內容觀之，實無法察覺出自訴人之所以選擇該照片拍攝之距離、角度有何特殊之考量，應僅為自訴人當時於其隨機取得之地點拍攝得成，其所拍攝之照片縱具有其所稱之『特殊性』及『稀少性』，然自然人於系爭照片上所施之精神作用力甚低，無法認為具有原創性，不符著作權法所稱著作之要件，自不受著作權法所保護。」

反之，如符合上述原創性之規定，且無著作權法第 9 條第 1 項各款規定不得為著作權標的情形，則其著作人於著作完成時即享有著作權，縱係由傻瓜相機拍攝而成，亦屬攝影著作之適例。

## 六、圖形著作

所謂圖形著作，即思想或感情以圖的形狀或模樣加以表現<sup>77</sup>，包括地圖、圖表、科技或工程設計圖及其他之圖形著作<sup>78</sup>。由前述定義可以觀察，圖形著作係指比較技術應用方面、工具性的圖形

<sup>77</sup> 參蕭雄淋，著作權法論，第 111 頁。

<sup>78</sup> 參照「著作權法第五條第一項各款著作內容例示」第 2 項第 6 款。

，通常會依據一定的繪製標準繪製以利判讀（當然，不依一定標準繪製仍會被認為是圖形著作），製作的目的是用以表現特定事物<sup>79</sup>。圖形著作大致可分成二大類型：一、科技或工程設計圖。二、科技或工程圖以外之其他圖形，如地圖、圖表等。而著作權對於科技或工程設計圖形著作之保護範圍，限於所繪之圖（即圖之重製權），而不及於該圖形內所蘊含之技術思想。其原因為技術思想之實現係屬專利法所保護之領域，為避免著作權保護之範圍與專利法保護之領域發生衝突，故有必要對於科技或工程設計圖形在著作權法之保護範圍加以限縮<sup>80</sup>。

至於圖形著作與美術著作的主要區別在於，美術著作係以描繪、著色、書寫、雕刻、塑形等平面或立體之美術技巧表達線條、明暗或形狀等，以美感為特徵而表現思想感情之創作；而圖形著作則係利用圖之形狀，線條等製圖技巧，以學術或技術之表現為特徵而表現思想感情之創作。美術著作的保護客體，是針對具有美學內涵的藝術造型創作，當然也包括各種平面的美術圖在內。但是圖形著作的保護客體，則是美術著作以外的「其他圖形著作（包括科技工程圖）」<sup>81</sup>。例如玩具廠商開發創作之無尾熊、海豚等動物造型圖，已符合著作權法對著作之保護要件，惟就其具體情況，可能較適宜歸於美術著作，而非屬於圖形著作之保護範圍。

另須注意者，並非所有的圖形作品都可以受到著作權法保護，受保護的圖形著作也和其它的著作類型一樣，都必須滿足著作權法的保護要件，才可以成為著作權法的保護客體。臺灣高等法院 87 年度上更(一)字第 330 號刑事判決亦稱：

<sup>79</sup> 參賴文智，數位著作權法，第 70 頁。

<sup>80</sup> 參謝銘洋，智慧財產法導論，第 35 頁。

<sup>81</sup> 參張懿云，著作權案例彙編(6)-圖形著作篇，第 12 頁，經濟部智慧財產局網站，網址：[http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright\\_book/著作權案例彙編--攝影著作篇.doc](http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright_book/著作權案例彙編--攝影著作篇.doc)，瀏覽日期 96 年 10 月 5 日。



「科技及工程設計圖固屬圖形著作，惟該圖形亦必須具備原創性，始為著作權法保護之對象。換言之，並非所有針對實用物品形狀所為之圖形著作皆受著作權之保護，如果圖形著作僅單純表現實用物品之形狀或特徵，別無其他可分離且能獨立存在之圖形設計時，即不予以著作權保護，此即『實用物品原則』，蓋實用物品之形狀大抵採用固定之幾何圖形組合而成，是以圖形設計如未能超脫物品習知或通常之形狀，即難謂有原創性；再者，如謂著作權保護及於單純表達實用物品形狀之圖形設計，無異給予該圖形著作人使用物品常用造形之專屬排他權利，顯有礙於人類創作之思維及構想，將嚴重影響文化活動之發展」。

## 七、視聽著作

所謂視聽著作，即將思想或感情以連續之影像加以表現<sup>82</sup>，包括電影、錄影、碟影、電腦螢幕上顯示之影像及其他藉機械或設備表現系列影像，不論有無附隨聲音而能附著於任何媒介物上之著作<sup>83</sup>。視聽著作重在視覺及聽覺效果之同時呈現，且以連續的畫面展現並能固著於媒介物為要件，但不附隨聲音而僅有視覺效果者，例如默片，亦屬之。再者，視聽著作除以法人為著作人之情形外，本質上屬於共同著作，節目製作人、演員、編劇、導演及其他演職員或工作人員如均參與著作行為，均為視聽著作之共同著作人。又視聽著作之重製、公開播送、公開上映、附加說明字幕或變換配音為視聽著作完成後通常利用之型態。如該等行為須一一依著作權法第 40 條之規定，經全體著作人同意始得為之，將造成視聽著作利用之重大困難，故著作權法第 38 條明定視聽著作

<sup>82</sup> 參蕭雄淋，著作權法論，第 112 頁。

<sup>83</sup> 參照「著作權法第五條第一項各款著作內容例示」第 2 項第 7 款。

之製作人為上述重製、公開播送等行為，除契約另有約定外，無須經由全體共同著作人之同意。

至於利用錄影監視器所拍攝的系列影像，是否屬視聽著作之範圍？須視該系列影像是否能表達出作者最低限度的情感與思想，意即具備原創性，即能取得著作權；反之，如果欠缺思想情感的表達，祇是隨機錄下經過人物的畫面，則就算拍到了任何影像，這些影像也不能成為受保護的「著作」。例如，社區管理委員會於架設錄影監視器時，並不能預想到出現在鏡頭前的會是什麼人，而對於這些人物的肢體表達、對話內容等，也沒有任何事先的參與和貢獻；這和一般電視劇及電影的拍攝過程中、由導演或導播指導演員的表情對白、從而表現出導演或導播最低限度的情感，顯有不同，祇是在隨機情況下，由錄影機錄下經過人物的影像罷了。故這些無意識之下所拍到的錄影畫面，稱不上是一種著作，而社區管理委員會也無法取得任何著作權。

## 八、錄音著作

錄音著作包括任何藉機械或設備表現系列聲音而能附著於任何媒介物上之著作。但附隨於視聽著作之聲音不屬之<sup>84</sup>。錄音著作在我國是以一般著作的型態加以保護，但在大陸法系的國家，例如德國、日本、韓國等，是以「著作鄰接權」<sup>85</sup>的方式保護。目前，歐陸各國主要是針對表演人、錄音或錄影製作者以及廣播機構等三種個人或團體，以「鄰接權」或「其他相關權利」的規定，提供不同程度的保護。因為以上三者，同屬於「創作輔助者」的

<sup>84</sup> 參照「著作權法第五條第一項各款著作內容例示」第2項第8款。

<sup>85</sup> 「著作鄰接權」(neighboring right)係指表演人、錄音物製作者及傳播機構所享有之類似著作權之權利，由於其並非從事創作之行為，因此無法受到著作權之保護，然而由於其對於文化之傳播與發展亦有相當之貢獻，因此許多國家亦加以保護，使其享有一些權利。至於所享有之權利內容，由於表演人、錄音物製作者及傳播機構所為畢竟僅在於傳播而非創作，在本質上與一般之著作人不同，因此所能受到之保護就比著作權少，在本質上與一般之著作人不同，因此所能受到之保護就比著作權少，此為著作鄰接權之特色。參謝銘洋，智慧財產權之概念與法律體系，第14頁。

角色<sup>86</sup>，故歐陸各國雖然不把他們視為獨立創作的著作人，惟仍賦予若干與著作權相近、相類似的權利，並且縮短其保護的期限。不過，在英美法系的國家則由於其著作權理論中並無「鄰接權」的概念，因此對於錄音、錄影及廣播，就以一般著作保護之。

此外，對既有著作（例如音樂著作或舞蹈著作）或民俗音樂之表演加以錄音，則該錄音是否該當於「錄音著作」？有學者認為<sup>87</sup>，錄音著作重在錄音時是否有錄音之原創性，即以是否符合著作權法之保護要件為判別之主要基準，至於錄音之標的究竟是否為既有著作或民俗音樂之表演，與錄音著作之成立應無關連。例如對於大自然的鳥聲、風聲、雨聲為錄音，如符合原創性要件，自亦成為錄音著作。又如將宗教人士的教義演講錄製為錄音帶或CD，是否當然成為錄音著作？依前述之原創性要求，如果演講時用錄音設備單純地按下錄音機按鍵錄音，則只是該宗教人士演講的「重製」，並沒有另外形成一個「錄音著作」。反之，如果用錄音設備錄下，並加上音效技術之安排處理，則將形成一個「錄音著作」<sup>88</sup>，而其著作人則是從事用錄音設備進行音效技術安排處理的唱片製作公司，並不是演講的宗教人士。當然，要進行錄製這個錄音著作前，應先經過該宗教人士的授權或同意。

## 九、建築著作

所謂建築著作，即思想或感情以在土地上的工作物加以表現<sup>89</sup>

<sup>86</sup> 因為所謂「表演」，是將既有著作以演技、舞蹈、歌唱、彈奏樂器或其他方法加以詮釋；而表演人在演出他人的作品時，也或多或少加入自己對作品的詮釋和創意，使作品原有的生命獲得延伸。而錄音物、錄影製作人及廣播機構則是因為他（它）們耗費了昂貴的設備及人力，使他人作品能夠廣泛地被傳播及欣賞，所以才受到鄰接權的保護。參葉茂林，著作權案例彙編(8)-錄音著作篇，第10頁，經濟部智慧財產局網站，網址：[http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright\\_book/著作權案例彙編--錄音著作篇.doc](http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright_book/著作權案例彙編--錄音著作篇.doc)，瀏覽日期96年10月5日。

<sup>87</sup> 參羅明通，著作權法論I，第241頁。

<sup>88</sup> 參章忠信，將演講錄製為錄音帶或CD是不是成為錄音著作？，著作權筆記，網址：<http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php?board=3&act=read&id=864>，瀏覽日期96年10月6日。

<sup>89</sup> 參蕭雄淋，著作權法論，第113頁。

，包括建築設計圖、建築模型、建築物及其他之建築著作<sup>90</sup>。關於建築著作於我國著作權法上之保護，在 81 年修法前，係歸屬於科技或工程著作，81 年修法後，則單獨列為著作權法保護之標的。建築著作比較特殊之處係將建築物本身也納入保護之範圍，例如中正紀念堂、臺北 101 大樓、國父紀念館…等，或是一般住宅之建築如具有原創性者，亦可能構成保護之對象。至於庭園設計（景觀設計）及室內設計雖因屬藝術範圍及符合原創性要求而得為一著作，究屬那一種著作？恐須分別討論<sup>91</sup>：

- （一）庭園設計（景觀設計）之設計圖，此應屬建築著作中之建築設計圖。
- （二）室內設計之設計圖，此亦應屬建築著作中之建築設計圖。
- （三）庭園設計（景觀設計）本身，此或為建築物（如塔、涼亭、拱橋、圍牆等），或其他建築著作（如庭園中之假山、林木花草、魚池、小路等之安排、設計）。
- （四）室內設計本身，此應屬其他建築著作，但如係建築物設計之初與建築物一併而為之空間設計，則仍應歸之於建築物。

## 十、電腦程式著作

所謂電腦程式著作，包括直接或間接使電腦產生一定結果為目的所組成指令組合之著作<sup>92</sup>。電腦程式（computer program）與電腦軟體（computer software）範圍有別，依照世界智慧財產權組織（WIPO）的國際事務局，於 1978 年發表之「電腦軟體保護之標準規定」（WIPO Model on the provisions on the protection of computer software Geneva 1978）中，電腦軟體包含電腦程

<sup>90</sup> 參照「著作權法第五條第一項各款著作內容例示」第 2 項第 9 款。

<sup>91</sup> 參張靜，著作權案例彙編(9)-建築著作篇，第 11-12 頁，經濟部智慧財產局網站，網址：[http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright\\_book/著作權案例彙編--建築著作篇.doc](http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright_book/著作權案例彙編--建築著作篇.doc)，瀏覽日期 96 年 10 月 5 日。

<sup>92</sup> 參照「著作權法第五條第一項各款著作內容例示」第 2 項第 10 款。

式 (Computer Program)、程式描述(Program Description)、以及輔助資料(Supporting Material)三大部分<sup>93</sup>。「電腦程式」就是指程式指令的部分，一般認為，我國著作權法定義的「電腦程式著作」者僅有電腦軟體中的電腦程式部分（亦即狹義電腦軟體之概念），因此無論該電腦程式係以原始碼或目的碼方式呈現，亦無論其由何種程式語言撰寫，只要它是「直接或間接使電腦產生一定結果為目的所組成指令組合」，又符合著作權法之保護要件者，就可以受到著作權法之保護。至於「程式描述」（像電腦程式在尚未寫成原始碼之前的設計階段所做的流程圖、程式架構和程式內容的說明）和「支援電腦程式的輔助文件」（像電腦程式的使用手冊和其他說明文件），雖係「電腦軟體」的一部分，然在著作權法下卻非歸類在「電腦程式著作」的著作類型下，而是歸類在「語文著作」或「圖形著作」，而如果電腦程式執行時，在電腦螢幕上顯示出系列影像（也就是連續電腦螢幕畫面）時，這些電腦螢幕上顯示的系列影像則會被歸類成「視聽著作」<sup>94</sup>。

一般來說，電腦程式又可分為文字部分及非文字部分。文字部分，例如原始碼 (Source Code)、目的碼(Object Code)或其他撰寫時之指令組合，可受著作權法保護；但非文字部分，例如使用者介面 (user interface)、外觀及感覺 (look and feel) 及結構 (structure)、次序 (sequence) 及組織 (organization) 即所謂之 SSO 等，是否皆可受著作權法之保護？則有比較多的爭議，茲析述如下：

(一) 使用者介面 (user interface)：

係指「人與電腦間互動以完成電腦特定工作之各種設計」(

<sup>93</sup> 參章忠信，淺談我國對電腦程式著作之保護，著作權筆記，網址：<http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php?board=35&act=read&id=38>，瀏覽日期 96 年 10 月 6 日。

<sup>94</sup> 參陳錦全，著作權案例彙編(10)-電腦程式著作篇，第 11-12 頁，經濟部智慧財產局網站，網址：[http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright\\_book/著作權案例彙編-電腦程式著作篇.doc](http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright_book/著作權案例彙編-電腦程式著作篇.doc)，瀏覽日期 96 年 10 月 5 日。

all devices by which the human users can interact with the computer in order to accomplish the tasks the computer is programmed to perform)。此種使用者介面，包括程式指令驅動介面或圖形介面。電腦使用者透過螢幕所呈現之該介面與電腦互動，以達成電腦程式所欲完成之功能，是該使用者介面之性質並非屬電腦程式原始碼；又電腦程式中大部分的創造工作是在於將其程式概念化（conceptualizing）部分及使用者介面部分，美國知名的Lotus v. Paperback案Keeton法官即認為，要創造一種合適之使用者介面，相較於將既有的使用者介面設計到機器指令中，是一個較困難的智慧工作，需要更多創造性（creativity）、原始性（originality）及洞察力（insight）。故此種使用者介面亦應為著作權保護之保護範圍<sup>95</sup>。

惟有學者亦提出<sup>96</sup>，電腦程式的「功能」是不受著作權法保護的部分，若是電腦程式的使用者介面、功能表列等，是屬於「實用功能」部分，則應該不受到著作權法的保護。此一適例，以1992年在Apple v. Microsoft案最顯著，該案係當時蘋果電腦推出風靡一時的麥金塔電腦，使用易學易懂的使用者介面，為遏止同業開發類似使用者介面，而向法院提起訴訟。惟承審法官Vaughn Walker認為：「單純之功能項目，或者是為達成某項功能而進行之程序，與電話撥號盤、門把及電視與錄放餅機之遙控器…等其他常見之使用者介面一樣，並不在著作權規範之範疇內」，並進一步說明：「在類似產品中，就算彼此之某些功能項目雷同，也不表示即有非法抄襲之問題存在，這有可能只基於功能之考量，而使得競爭產品日趨標準化（standardization）罷了」，因此，如果法院接受蘋果電腦有關使用者介面的「觀感」（look and feel）之論調，「不僅會讓蘋果電腦得以利用著作權

<sup>95</sup> 參羅明通，著作權法論I，第191頁。賴文智，數位著作權法，第347-348頁。

<sup>96</sup> 參賴文智，數位著作權法，第348頁。

之保護，將微軟的視窗和惠普的新浪潮軟體排除在市場之外，且也會阻礙其他廠商使用此類標準化之使用者介面」<sup>97</sup>。故使用者介面是否受到著作權法之保護、應定性為何種著作以及保護之範圍如何，仍須在具體個案中認定。

## （二）結構、次序及組織

又非文字之結構（structure）、次序（sequence）及組織（organization）即所謂之SSO，將SSO視為受著作權之保護始見於1986年美國聯邦上訴法院Whelan Associates, Inc. v. Jaslow Dental Laboratory, Inc. 案。該案法官Becker審理結果稱，原告之電腦程式中之構想是「牙醫實驗室之有效率組織」（the efficient organization of a dental laboratory）。而因有多種不同之程式結構（program structure）可以完成該目標構想，系爭之電腦程式結構並非完成該目標之必要手段，因此被告電腦程式中之非文字之檔案結構（file structure）、螢幕影像（outputs）、及五個副常式（five subroutines）等均屬電腦程式思想之表達，應為著作權法之保護範圍<sup>98</sup>。換言之，Becker法官認為著作權法不僅保護該電腦程式之原始碼及目的碼，並且還保護該程式之結構、次序及組織。惟該案判決於數年後，受到另一個聯邦上訴法院Computer Associates International, Inc., Plaintiff-appellant, v. Altai, Inc. 案的批評<sup>99</sup>。

美國法院於審理電腦程式著作權侵害之訴時，通常先問系爭標的是否是著作權標的；若是，則下一個問題即是探討被告有沒有進行重製。通常欲直接證明被告有重製之行為較難，故一般依有無接觸（access）及實質近似（substantial similarity）為

<sup>97</sup> 參葉茂林譯，Paul Goldstein著，捍衛著作權，第359-361頁。

<sup>98</sup> 參羅明通，著作權法論I，第188-189頁。

<sup>99</sup> 參陳起行，美國軟體著作及專利法沿革，收錄於氏著，法形成與法典化—法與資訊研究，第19頁。

斷<sup>100</sup>。又認定有無實質近似，必須回歸到著作權法之基本法則：概念與表達區分原則。

Computer案與Whelan案就是在概念與表達的認定上產生歧見。Computer案承審法官於判決理由中批評Whelan案中關於「程式一概念」之定義欠佳，認為Whelan案將架構、順序及組織等詞視為同義字，顯見其對於電腦程式之運作方式欠了解<sup>101</sup>。

Computer案並於判決理由中引述學界的批評意見認為：「Whelan案法理之主要缺失係假定著作權法之用語中，電腦程式之基本『概念』僅有一個，且只要確認概念，其他部分必然為表達」此批評之著眼點不在程式最終之目的，而在其架構設計之實際情形，而將程式之整體目的與程式之概念等而視之，在描述上顯欠充份<sup>102</sup>。

Computer案承審法官同意該案地方法院法官將概念與表達之區隔方法採取三階段之檢驗步驟：「抽取→過濾→對照」。法院依此方式判斷實質近似之處時，通常先將涉嫌侵害之程式分解成組成架構部分。之後，法院詳細檢驗每個部分，是否包含合併概念（incorporated idea）或必然附屬於這些概念之表達，或屬於公有財產之部分，然後才能篩選出非著作物。經過逐步的刪除之後，法院最後之工作即為將這些創造表達之一個或數個核心和涉嫌侵害之程式架構相比較。比較過後，法院即可判斷系爭程式之著作物成分是否為實質近似<sup>103</sup>。

---

<sup>100</sup> 參陳起行，美國軟體著作及專利法沿革，收錄於氏著，法形成與法典化—法與資訊研究，第19頁。

<sup>101</sup> 參文魯彬主持，國際著作權法令暨判決之研究—壹、美國著作權法令暨判決之研究 判決（I）」，第31頁。

<sup>102</sup> 參文魯彬主持，國際著作權法令暨判決之研究—壹、美國著作權法令暨判決之研究 判決（I）」，第30-31頁。

<sup>103</sup> 參文魯彬主持，國際著作權法令暨判決之研究—壹、美國著作權法令暨判決之研究 判決（I）」，第32頁。



## 第二款 衍生著作

所謂衍生著作（或稱改作著作），係將原著作另行添加創意，進行改作所得之作品，改作的方式很多，例如：翻譯、編曲、小說化、漫畫化、劇本化、電影化、增刪潤飾、將平面著作轉變為立體物、或其他方式變更原創作之內容或形式之行為，均可構成改作<sup>104</sup>。因其特性係基於原著作另為衍生而為創作，故又稱為「第二次著作」<sup>105</sup>。又改作必須是「就原著作另為創作」，非屬著作之素材，則非改作之對象，此與編輯著作之素材包含屬於著作及非屬著作之素材，尚有不同<sup>106</sup>。

著作權法第 6 條第 1 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。」惟並不是所有對原著作加以改變的行為，都會使改變後的著作，變成一個新的著作，必須改作之人加入新的「創意表現」，才會被認為是衍生著作。換言之，如僅就原著作做小部分修正，但尚未達加入新創意的「改作」的程度，則仍不出「重製」他人著作的範圍，不會構成一新的「衍生著作」<sup>107</sup>。臺灣高等法院高雄分院 92 年度上訴字第 2132 號刑事判決即表示：

「改作有兩項重要特徵，一是必是以原著作為基礎，從改作著作中仍可見原著作之重要創作特性，如將小說改寫成劇本、將英文小說翻譯成中文等；二是必須達到另為創作之程度，如果未能達到此程度，例如只是略作文字上之增刪，而其主要之內容均仍相同，則不構成改作，不僅無法獨立取得受保護之地位，而且可能會因與原著作相同度過高，而被認為係屬重製。茲就被告之陽宅

<sup>104</sup> 參林純如，衍生著作與編輯著作之研究，第 10-14 頁。

<sup>105</sup> 參羅明通，著作權法論 I，第 245 頁。

<sup>106</sup> 參楊海平，衍生著作之保護，收錄於著作權法制與實務論文集，第 2 頁。

<sup>107</sup> 參經濟部智慧財產局 95.12.21 智著字第 09500121490 號函釋。

形局驗斷篇與告訴人所著陰陽宅筆記相互比對後，顯可見被告書中之各式圖例、段落、層次乃至文字表達，均與告訴人上開筆記同樣圖例之內容相同，未見經過任何改寫，亦未就相關部分做任何補充闡釋，雖極小部分稍經修改（如王先生改成田先生），兩著作之用字遣詞全然相同。被告與陳啟銓所抄襲而成之陽宅形局驗斷篇手稿，雖非將筆記四冊全數抄入，而是擷取筆記內關於陽宅部分之重要圖例，但如此仍屬將告訴人筆記著作之一部重製，其所為抄襲並無達另有所創作之程度，實無任何創作之可言。」

依前內政部著作權委員會公布之「著作權法第五條第一項各款著作內容例示」第3項之規定：「本法第六條所定衍生著作及第七條所定編輯著作，依其性質歸類至前項各款著作。」故前述10種基本著作類型，都可形成衍生著作。衍生著作在創作時，由於必然會利用到原著作，而改作之原著作可能是尚受著作權法保護之著作，也可能是保護期間屆滿，已屬公共財之著作，更有可能是不受我國著作權法保護之外國人著作。然未經原著作人授權而為改作，該改作之著作是否受著作權法之保護即有疑義。有學者認為，自法理而言，宜採否定說<sup>108</sup>。而我國行政機關與司法實務即有不同之看法：

（一）行政機關之見解：

前內政部著作權委員會曾以84.1.27台(84)內著字第8401635號函釋稱：

「又『語文著作：包括詩、詞、散文、小說、劇本、學術論述、演講及其他之語文著作』、『就原著作改作之創作為衍生著作，以獨立之著作保護之』，著作權法第五

<sup>108</sup> David Nimmer & Melville B. Nimmer: Nimmer on Copyright, §2.16 & 3.06(1994). 本文引自蕭雄淋，新著作權法逐條釋義(一)，第120頁。

條第一項各款著作內容例示第二項第一款及第六條第一項分別著有明文。是以翻譯人未經原著作之著作財產權人之授權而逕予翻譯，不論該原著作是否受我國著作權法之保護，其所翻譯之著作（即衍生著作）如符合上開條文規定者，即屬另一獨立之著作，翻譯人就其所翻譯之著作亦得依著作權法受保護，第三人侵害上述衍生著作之著作權，其權利人自得依著作權法第六章『權利侵害之救濟』及第七章『罰則』之規定為救濟。」<sup>109</sup>

揆其意旨，前內政部著作權委員會似從著作權法保護創作之立場，認為祇要有智慧的投入，翻譯人既對於原著作另有創作之行為，其翻譯著作就應該受到著作權法的保護，至於侵害原著作的翻譯（改作）權，則是另一回事，不應混為一談。

## （二）司法實務之見解

臺灣高等法院83年度上訴字第5996號刑事判決則採與前內政部著作權委員會相反之見解，認為：

「按本件自訴人美商達美迪亞公司等人所主張之著作權，性質上既屬『衍生著作』，乃是利用已存在之著作予以改作，賦予原創性，所產生之二次著作，則此項改作行為，自必須以適法為前提，凡未經原著作權人同意之改作，係侵害原著作權人之改作權，其因侵害他人權利所產生之著作，應不受著作權法之保護。且退步言之，本件縱認自訴人就畢卡索之美術製作予以改作而取得衍生著作權，亦僅就其改作而原創部分有著作權，但究不得本於其衍生著作權進而認其對原畢卡索之美術著作有排他使用權，亦不能阻止已正式獲得畢卡索繼承人同意授權之人使用畢卡索美術之權利。」

<sup>109</sup> 參經濟部智慧財產局網站，網址：

<http://www.tipo.gov.tw/copyright/search/netexpshow.asp?expno=550>，瀏覽日期96年10月7日。

故我國司法實務認為，改作行為必須以適法為前提，改作人未取得原著作人之授權者，係侵害原著作人之改作權，無論該改作的部分是否具有原創性，應不受我國著作權之保護。

### （三）本文見解

依我國著作權法第 1 條揭示之旨意，著作權法係以保障著作人著作之權益，調和社會公共利益，促進國家文化發展為立法目的，為完成促進國家文化發展之終極目標，仍須透過保障著作人著作之權益，調和社會公共利益為手段。我國著作權法雖未明文以適法改作作為衍生著作之保護要件，惟同法第 28 條規定：「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。」就其文義觀之，著作權法既已賦予著作人專有原著作之改作權，故未經原著作人之同意，對原著作擅予改作，係侵害原著作人之改作權，其改作之衍生著作，自不能受到著作權法之保護，。雖然著作權法賦予原著作人可對於侵權之改作人主張侵權行為損害賠償，惟那畢竟是消極的防禦手段，前內政部著作權委員會認為有創意即予保護之見解，似有鼓勵任意侵害原著作人之負面影響，對於原著作人似有失公平，自無以符合保障著作人著作權益之立法使命，故本文認為改作應以得到合法授權之原著作為對象，未經原著作人同意擅予改作之著作應不予保護為適當。惟就已成爲公共財之著作或不受我國著作權法保護之外國著作爲改作之情形，應與上述情形有別，因公共財既已不受我國著作權法之保護，改作人進行改作縱未獲同意亦應予保護，始符合著作權法之立法意旨。

### 第三款 編輯著作

按編輯著作乃指就資料或素材之選擇或編排具有創作性之

編輯，著作權法第 7 條第 1 項規定：「就資料之選擇及編排具有創作性者為編輯著作，以獨立之著作保護之。」即指此而言。故資料或素材如非既存之著作或是屬不受著作權法保護之標的，則此編輯著作為原著作（或稱第一次著作）<sup>110</sup>，例如火車時刻表；又如資料僅係採用一般人通用之方法加以選擇或編排，縱使投入相當時間、費用，資料之選擇、編排欠缺創作性時，仍非屬編輯著作，例如按姓名筆劃或按字母順序編排，無創作性可言，而不能成立編輯著作。故須資料或素材在選擇或編排上能表現一定程度之創意及作者之個性者，始足當之。

再者，按條文規定，乃是就「選擇」及「編排」具有創作性，才受到保護，有學者認為<sup>111</sup>，而且不論是「選擇」或「編排」，二者都要「具有創作性」，才能成為編輯著作。爰此，沒有「選擇」，當然無從「編排」，不能成為「編輯著作」。若只有「選擇」而沒有「編排」，或雖有「選擇」及「編排」，但其中的「選擇」或「編排」，有一項沒有「具有創作性」，都不能成為編輯著作。惟據美國著作權法第 101 條、日本著作權法第 12 條及德國著作權法第 4 條規定，均僅要求資料的選擇「或」編排具有創作性，就可以成為編輯著作<sup>112</sup>，故本文認為，宜採較寬鬆之見解，只要選擇或編排其一具有創作性即可。

惟何謂選擇或編排具有創作性之編輯著作？實務上，臺灣高等法院 87 年度上易字第 3338 號刑事判決可供參考。本件自訴案大略是有線電視頻道業者（自訴人）認為其衛星電視頻道內容，乃是經過其選擇及編排各種型態的節目及廣告內容、順序及時段

---

<sup>110</sup> 相較於衍生著作，編輯著作所利用者可包含既存之著作及不具有著作權之事實資料，可能是「二次著作」亦可能是「一次著作」，而衍生著作所利用之既存資料為既存之「著作」，至於該著作是否受我國法之保護、或已逾保護期間而成為公共財，在所不論，故衍生著作均是「二次著作」。參林純如，衍生著作與編輯著作之研究，第 25 頁。

<sup>111</sup> 參章忠信，第七條（編輯著作），著作權筆記，網址：

<http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php?board=11&act=read&id=9>，瀏覽日期 96 年 10 月 7 日。

<sup>112</sup> 參林純如，衍生著作與編輯著作之研究，第 20-21 頁。

，而創作出一個完整的電視頻道內容，為具有著作權的「編輯著作」，因有線電視系統業者（被告）違反兩造契約約定，擅就自訴人所播送的頻道內容插播廣告，遮蓋了自訴人所播送的廣告，使自訴人的播送節目內容（含廣告及節目預告）未能完整呈現，因而主張被告侵害了自訴人的「編輯著作權」。本件判決欲論斷被告是否構成侵害自訴人著作權的犯罪，首應究明前述的「電視頻道內容」是否為我國著作權法所保護的「編輯著作」。該判決理由稱：

「自訴人指稱之節目、廣告編排原則、考量並無其獨特足以展現自訴人個性或獨特性之原則存在。故自訴人依頻道商製播廣告之一般性原則，而播出之廣告與節目之聯結整體，尚難認能展現出如何內含之獨特性或個性。況自訴人就其頻道所播出之廣告與節目，究竟因自訴人之『聯結行為』（即自訴人所稱之編、選行為）而產生或呈現如何內容之『思想或感情上之一定精神內涵』，並未據自訴人陳明；若舉例言之，將各種特殊之冒險場面選擇、編排成一部特殊之冒險電影，因可自其選擇、編排行為結果中清楚看出作者想呈現『冒險場面之各種情狀、特質、類型等等精神內涵』，即可稱之為『編輯著作』。然而，吾人並不能從自訴人之『廣告與節目之聯結行為本身』觀察出因為該聯結行為所產生之一定精神內涵為何，亦即自訴人之廣告與節目之排列順序本身，純為其商業經營動機指導下之產物，此項產物尚不能因資料之聯結，而在思想或感情上呈現如何具有獨立文化創作內容之精神意涵。是故不問他人就同一批節目、廣告之選擇、編排結果（即廣告與節目之排列順序）是否不同，自訴人所稱之上開『廣告與節目之編、選聯結

行為』結果，尚難認係『具有一定精神內涵之創作』，自非屬我國著作權法第七條所指稱之『編輯著作』，而不在我國著作權法所保護之列」。

此外，就理論上而言，編輯著作人不會因為將他人有著作權之資料加以選擇編輯後，就取得該他人之著作權；相對的，若編輯著作人所選擇編輯之著作係不具有原創性而不受著作權保護之資料，縱使其對該編輯著作擁有著作權，似仍無法因此而對該等無著作權之資料取得著作權，其他人應仍能自由的利用其所收錄但無原創性的資料，並不會有侵害著作權的問題<sup>113</sup>。再者，因編輯著作所收編之資料或素材不以既存著作為限，惟如以既存著作為編輯內容時，依著作權法第 28 法規定，仍須獲得欲收編資料之原著作人或著作財產權人同意，避免該編輯成果嗣後發生是否受我國著作權法保護之爭議。

#### 第四款 表演

按表演係指對既有之文學、科學、藝術或其他學術範圍之既有著作或民俗創作，以演技、舞蹈、歌唱、朗誦、彈奏樂器或其他方法實際詮釋演出<sup>114</sup>。表演人藉其表演將著作向公眾傳播，須投入相當之腦力、體力與經費，對文化之發展與普及具有貢獻，雖然表演人並未有創作行為或其創意程度較一般著作人為低，但對其付出之勞力及財力應予回饋，因之，對此文化勞動成果應予保護。

我國對於表演之保護始於 74 年修正公布之著作權法，且將之歸類於該法第 4 條第 1 項第 13 款「演講、演奏、演藝、舞蹈著作」。81 年修法時，則移列於該法第 5 條第 1 項第 3 款之「戲

<sup>113</sup> 參馮震宇，新世紀的迷惘—從新世紀英漢辭典案的著作權爭議談起，第 261 頁。

<sup>114</sup> 參羅明通，著作權法論II，第 1 頁。

劇、舞蹈著作」，惟因未見「表演」之著作類別明文，遂發生「表演」是否受我國著作權法保護之疑義。嗣為符合WTO協定中「與貿易有關之智慧財產權協定(TRIPS)」第14條第1項有關保護表演之規定<sup>115</sup>，至87年修法時，復於第7條之明文規定對表演之保護，但限於對「既有著作」之表演，亦即原81年著作權法第5條第1項第3款中屬對「既有著作」之表演部分，至92年修法時，再將表演之範圍由既有著作之表演擴張至民俗創作。

按表演於我國著作權法雖係以獨立之著作保護之，惟表演是不是一種著作？按外國立法例及國際條約上，表演通常是以「著作鄰接權」的方式加以保護，而非當作一般「著作」賦予著作財產權的方式保護。因此，有學者認為，表演並不具有著作所需的「創作性」，只是對於既有著作的詮釋，不應將表演當成一種著作<sup>116</sup>。再由著作權法第7條之1第1項觀之：「表演人對既有著作或民俗創作之表演，以獨立之著作保護之。」因此，表演僅是「以獨立之著作保護」，仍然不是「表演著作」，故在著作權法中僅見「表演」，未見「表演著作」一詞。惟亦有學著持相異之見解，認為在採鄰接權制度之國家不認其是著作，但在我國現行著作權法制下，因未採鄰接權制度，將表演認定為一項著作類別，應無疑義<sup>117</sup>。

<sup>115</sup> 一般所稱之「WTO協定」包括成立WTO之協定及19項附屬協定，其中關於智慧財產權保護方面，訂定了「與貿易有關之智慧財產權協定(Trade Related Aspect of Intellectual Property Rights, including Trade in Counterfeit Goods, 簡稱TRIPS)」，TRIPS關於表演人之保護，於第14條第1項規定：「關於附著於錄音物上之表演，表演人應可防止下列未經授權之行爲：將其未附著於錄音物媒介物之表演予以附著及重製此一附著物。表演人亦應可防止下列未經其授權之行爲：以無線電方式播送其現場表演及向公眾傳達該表演 (In respect of a fixation of their performance on a phonogram, performers shall have the possibility of preventing the following acts when undertaken without their authorization: the fixation of their unfixed performance and the reproduction of such fixation. Performers shall also have the possibility of preventing the following acts when undertaken without their authorization: the broadcasting by wireless means and the communication to the public of their live performance.)」參章忠信，「表演」於我國著作權法之保護，第39頁。

<sup>116</sup> 參賴文智，數位著作權法，第72頁。國內學者羅明通教授亦認為，著作權法第7條之1第2項雖將表演人之表演以獨立著作保護之，惟表演與著作究有所不同，故不以著作稱之，僅稱「表演」，而以獨立著作保護之。參氏著，著作權法論II，第1-2頁。

<sup>117</sup> 參章忠信，「表演」於我國著作權法之保護，第42頁。



又表演於我國既以獨立之著作保護之，則對於表演創作性之認定，究應採取何種標準？是否應予一般著作等同視之？依經濟部智慧財產局之看法，我國目前並未採鄰接權制度，對於表演仍是以著作保護之，故其仍須具最低限度之原創性<sup>118</sup>。惟有學著認為<sup>119</sup>，從我國著作權法保護表演人之立法目的觀之，若將表演之創作性與一般著作採取相同之標準，可能過於嚴苛而導致受著作權法保護之表演範圍過小，進而架空以法律保護表演與表演人權利之立法目的，此應非立法者之本意。因此在探討表演創作性之問題時，似應對此採取與一般著作不同之標準。申言之，其認為既然在我國著作權法係以著作權保護表演，有無創作性之問題勢不可避免必須討論，但為使表演之範圍不因創作性之要求（門檻）而過於限縮，因此對於表演創作性之有無，應採取較為寬鬆之標準。

### 第五款 共同著作

著作權法第 8 條規定：「二人以上共同完成之著作，其各人之創作，不能分離利用者，為共同著作。」是共同著作成立之要件，除須二人以上共同創作外，其各人創作部分，亦不能分離利用，如有分離個別利用之可能性，則非共同著作<sup>120</sup>。故並非所有由二人以上所共同完成之著作就可稱為共同著作，必須要有主觀上的共同創作合意與客觀上的共同創作行為<sup>121</sup>，才是共同著作。共同著作在著作權法最大的特點有二：（一）是著作財產權保護期間的計算，至最後死亡之著作人死亡後 50 年（著作權法第 31

<sup>118</sup> 參經濟部智慧財產局 89.11.08 (八八)智著字第 89010021 號函釋。

<sup>119</sup> 參謝銘洋主持，表演人權利保護之研究，經濟部智慧財產局委託之研究計畫，第 94 頁。

<sup>120</sup> 參經濟部智慧財產局 94.10.21 電子郵件 941021 函釋。

<sup>121</sup> 參章忠信，共同著作的著作財產權保護期間，著作權筆記，網址：

<http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php?board=1&act=read&id=55>，瀏覽日期 96 年 10 月 7 日。

條)<sup>122</sup>；(二)是共同著作財產權的行使若無特別約定，則未經全體著作財產權人同意，不得行使、讓與其應有部分或設定質權(著作權法第40條之1)。

近年來我國碩、博士學生人數不斷增加，有關碩、博士論文之著作權歸屬也出現了灰色地帶，亦即碩、博士學生與其指導教授之間，就其所完成論文之著作權，應歸屬何人？經濟部智慧財產局曾針對此類問題作出函釋<sup>123</sup>：

「按碩、博士學生所撰寫之論文，如指導教授僅為觀念之指導，並未參與內容表達之撰寫，依著作權法規定，學生為該論文之著作人，並於論文完成時，即享有該論文之著作權。如指導教授不僅為觀念的指導，且參與內容之表達而與學生共同完成論文，且各人之創作，不能分離利用者，則為共同著作，學生與指導教授為論文的共同著作人並共同享有著作權，此等共同著作著作權(包括著作財產權及著作人格權)的行使，即應取得學生與指導教授之共同同意後，始得為之。」

## 第二項 最高法院實務判決之整理與分析

為分析我國93-95年最高法院審理著作權侵害之刑事判決中，有關侵害之著作種類及其對各類型著作之見解，爰分為兩部分予以說明如下：

### 一、侵害著作種類分析

就93-95年最高法院審理著作權刑事案件計309件判決書中，侵害之著作種類計有379種(在1件判決書中僅涉及侵害1種著作人計

<sup>122</sup> 至於共同著作之著作人為自然人及法人之組合，其著作財產權期間應依同法第30條或第33條之規定計算，並類推適用同法第31條規定，存續至最後屆滿之期間為止。參經濟部智慧財產局89.3.13(八九)智著字第89001367號函釋。

<sup>123</sup> 參經濟部智慧財產局95.1.25智著字第09516000230號函釋。

有 255 件判決、涉及侵害 2 種著作權者計有 41 件判決、涉及侵害 3 種著作權者計有 10 件判決、涉及侵害 4 種著作權者計有 3 件判決)，其中以「電腦程式著作」計 113 件判決（以盜版遊戲光碟居多，占 29%）為最大宗（如圖 1），其次為「視聽著作」計 68 件（以盜版電影光碟居多，占 18%），第三為「錄音著作」計 60 件（以盜版音樂光碟居多，占 16%），且在 41 件涉及侵害 2 種著作權之判決中，就有 29 件侵害標的同時為「視聽著作」及「錄音著作」（侵害標的均為盜版電影及音樂光碟）。顯見我國民眾對於盜版遊戲、電影及音樂光碟等侵害著作權行為之比例仍很高，當然，這也跟近年資訊科技發達，週邊產品價格低廉（例如燒錄機及空白光碟）及犯罪技術門檻不高，有很大的關連。

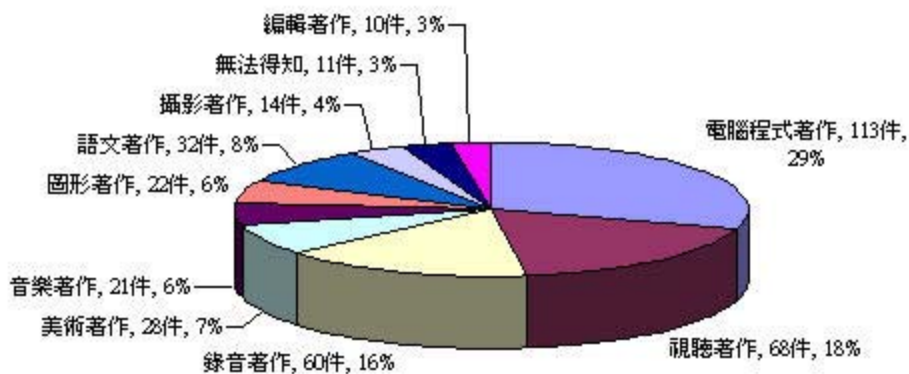


圖 1 我國 93-95 年最高法院著作權刑事判決—違反著作種類分析

其次，在 309 件判決中，屬 93 年度計有 120 件，94 年度計有 97 件，95 年度計有 92 件，由此觀之，我國最高法院審理侵害著作權之刑事案件，有逐年下降之趨勢，惟據本文第一章第一節提及近 3 年來（93-95 年）臺閩地區警察機關處理侵害著作權案件統計，分別為 2,358、2,404、3,071 件，呈現增加之態勢相反。推其原因，可能是

此類司法案件之審理已漸無爭議，多於第一、二審即告確定終結或當事人不再上訴。此外，由圖 2 數據資料顯示，在 93-95 年最高法院審理之著作權侵害刑事案件中，雖然電腦程式著作、視聽著作、錄音著作所占比例分居前三名，惟此三類著作均呈現逐年下降之趨勢，僅有語文著作之件數是逐年增多之情形。

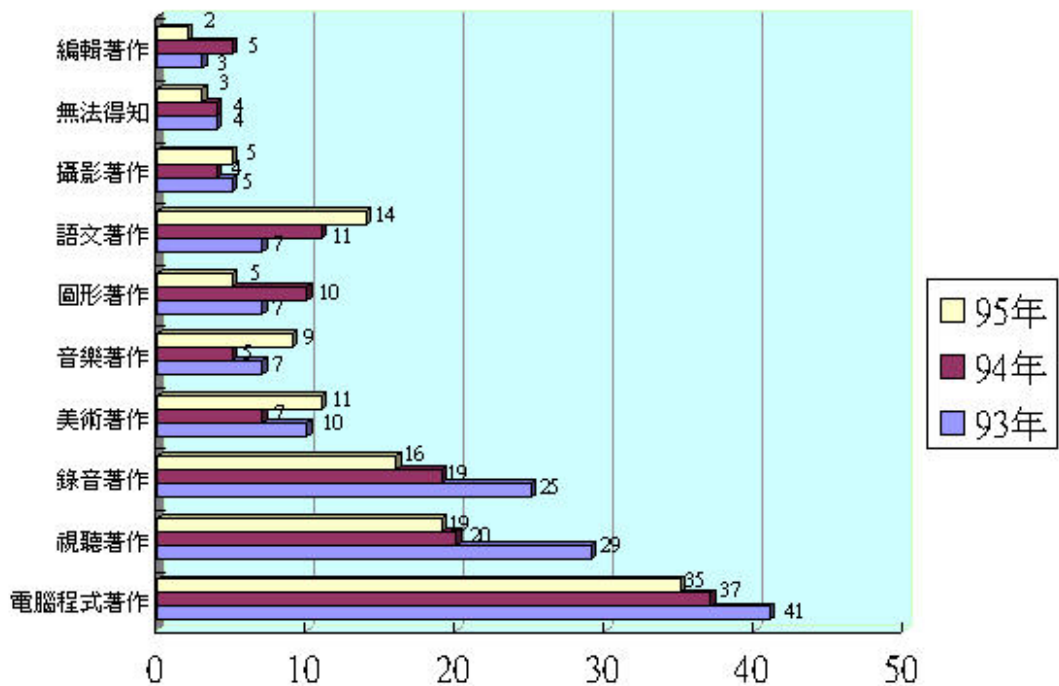


圖 2 我國 93-95 年各年度最高法院著作權刑事判決—違反著作種類件數

## 二、最高法院對各類型著作之見解

茲就 93-95 年度最高法院審理著作權侵害之刑事判決中，對各類型著作之見解予以整理及分析如下：

### (一) 語文著作

94 年度台上字第 5241 號判決：

「原審以上訴人二人所負責經營之巧森公司販賣上揭服飾，該服飾並附有與碩鑫公司服飾吊卡相同文字內容之吊卡，

因認上訴人二人係以重製方法侵害碩鑫公司之語文著作財產權一節，經觀看卷附(附於原審上訴字卷第 37 頁)上述二家公司吊卡之文字內容，並非完全相同，即僅有部分文字內容相同，而該相同部分之文字，僅係描述衣服之素材係純天然纖維，衣服係以人工染整完成、衣服之特性、洗滌、晾晒方法等事項。該部分文字能否認屬於著作權法所指之語文著作？又碩鑫公司之吊卡僅抄襲上揭部分之文字，是否能遽認上訴人二人即有以重製方法侵害碩鑫公司之語文著作財產權？此均仍有再深入勾稽研求之餘地。」

95 年度台上字第 684 號判決：

「惟語文著作受著作權法之保護，必須其內容具有作者之創意表達或創作性格，即所謂具有原創性，始屬之。本件系爭視康公司耶歐雙氧保養液貼紙上之注意事項及產品使用說明書、壯生公司衛視達康、安健眸(ACUVUE)抗紫外線每日拋棄式隱形眼鏡之注意事項及產品使用說明書，如僅屬對該項商品之成分、用途、步驟及注意事項等作單純之描述，為同種類商品在使用或其用途上之共通特徵使然，而必須為同一或類似之描述，則其表達方法是否具有原創性而屬著作權法保護之範疇，即值研酌。」

上述 2 件關於語文著作之判決理由，均提及相同之概念—「具有原創性之文字創作，始屬著作權法所保護之語文著作」，如單純為事實之描述，例如衣服上吊卡之文字內容、隱形眼鏡單純描述成分、用途、步驟之注意事項及使用說明書，欠缺作者感情或思想之表達，不足以展現作者個性或獨特性者，即無原創性，該文字作品即非著作權法上之語文著作。

## (二) 美術著作

有關美術工藝品是否應以手工製作、一品製作為限？是否以模具或機械製造即必然缺乏美術技巧？我國最高法院曾有一則判決似採不同之觀點，93 年度台上字第 13 號刑事判決稱：

「關於應用美術著作的保護要件，著作權法並無明確規定，相較於其他種類著作而言，應用美術著作應具備較高之『創作高度』或是已明顯超越一般平均創作水準，雖不以手工製造及具備美感為限，惟仍需有基本的可鑑賞性，足使一般人從美術觀點予以鑑賞，否則即非屬著作權法之保護範疇。」

本件判決似認為，應用美術著作祇要具備較高之創作高度或是已超越一般平均創作水準，具備可鑑賞性，「不以手工製造及具備美感為限」，即屬著作權法保護之美術著作；換言之，如該工藝品符合原創性要件，即應予以保護，與是否單一製作無關，更非因其非手工一品製作或係以模具製作或機器製造，即認無鑑賞性失其保護之適格。

惟上述之見解，實屬少數之適例，依目前我國司法實務觀之，仍採贊同內政部函釋之看法，即以「手工一品製作」為判斷美術工藝品之基準，例如同院於 93 年度台上字第 5488 號刑事判決亦稱：

「長安公司產製之馬達既不具有裝飾性價值，又無可表現思想感情，更非單一之作品，而係以模具製作或機械製造可多量生產，顯非著作權法第 5 條所列之圖形或美術等著作」。

### （三）攝影著作

按著作權法所謂之原創性，僅以該著作能表現出作者獨特之構思，即具有原創性，並不以具有藝術或美學上之相當水準為必要。例如 93 年度台上字第 5536 號刑事判決對於系爭餐盒廣告宣傳單上之照片是否為攝影著作，亦認同原審<sup>124</sup>之見解表示：

<sup>124</sup> 臺灣高等法院 93 年度上更(1)字第 38 號刑事判決。

「對本件系爭照片，如何委係告訴人蔡鎮輝、吳秀貞 2 人所共同拍攝，並由底片沖洗成相片，再由吳秀貞美編，製成廣告傳單；其攝製過程，如何為表現餐盒食材之美味，對食材之擺放位置、色澤、拍攝所需之燈光及攝影之角度，均有其特別之思考與設計，足以表現攝著者之獨特個性而具原創性，為著作權法保護之攝影著作，亦已依其調查所得證據，詳細敘明其所憑之依據及認定之理由」。

故攝影之照片，祇要拍攝者於主題之選擇、光影之處理、修飾、組合或其他藝術上賦形之方法，包含其本身之構思，與就所見實物單純予以拍攝之情形迥然不同，即屬有原創性之攝影著作。

#### （四）圖形著作

茲因原創性要求已為我國著作權法必備之保護要件，且因著作權法只保護觀念之表達，觀念本身並非保護之對象，故並非所有的圖形作品都可以受到著作權法保護，受保護的圖形著作也和其它的著作類型一樣，都必須滿足原創性的保護要件，始可成為著作權法的保護客體，且受制於「實用物品原則」，如果圖形著作僅單純表現實用物品之形狀或特徵，別無其他可分離且能獨立存在之圖形設計時，即不予以保護，以免有礙於人類創作之思維及構想，影響文化活動之發展。例如 93 年度台上字第 4435 號刑事判決亦贊同原審<sup>125</sup>之見解：

「並非所有針對實用物品形狀所為之圖形著作皆受著作權之保護，如果圖形著作僅單純表現實用物品之形狀或特徵，別無其他可分離且能獨立存在之圖形設計時，即不予以著作權保護，此即『實用物品原則』，蓋實用物品之形狀大抵採用固定之幾何圖形組合而成，是以圖形設計如未能超脫物品習知或通常之形狀，即難謂有原創性。…另自訴人雖另指以

<sup>125</sup> 該判決內容引自臺灣高等法院 93 年度上訴字第 842 號刑事判決。

被告以外之圖例，或有欠缺導線裝置，或無框架、桁條等情，有自訴人所提差異比較表可考，然各該公司圖例，除基本架構相同外，或詳加描繪、或會針對其額外功能進行繪製，所表現者核屬各該廠商高架地板之實際組合狀況，未見有何其他可分離且能獨立存在之圖形殊創意，缺乏原創性甚明，更勿論其並未能表達任何人類『思想』及『感情』之精神著作，要與著作權法之原創性無涉」  
而作成駁回上訴之判決。

#### （五）電腦程式著作

如前所述，電腦程式可分為文字部分及非文字部分。文字部分，固可受著作權法電腦程式著作之保護；但保護範圍是否及於非文字部分，意即例如使用者介面（user interface）、外觀及感覺（look and feel）及結構（structure）、次序（sequence）及組織（organization）等，是否皆可受著作權法之保護？94 年度台上字第 1530 號刑事判決理由曾有詳細說明：

「就一般著作而言，文字本身固係著作權保護之標的，對於非文字部分，如具原創性仍應具著作權保護之適格。電腦程式著作係指包括直接或間接使電腦硬體產生一定結果為目的，所組成指令組合之著作，亦即由文字、數字、符號或標記等陳述(statement)或指令(instruction)所組成；不論以何種(高階或低階語言)撰寫或具備何種作用，固屬著作權法所稱之電腦程式著作，其他作業系統程式(operating program)、微碼(microcode)、副程式(subroutine)亦屬電腦程式著作。然自 74 年 7 月 10 日著作權法修正，電腦程式著作列入著作權保護之對象以來，隨電腦科技之日新月異，對於非文字之結構(structure)、次序(sequence)及組織



(organization)、功能表之指令結構(menu command structure)、次級功能表或輔助描述(long prompts)、巨集指令(macro instruction)、使用者介面(user interface)、外觀及感覺(look and feel)是否均在著作權保護之範圍，審理之法院自應或委由鑑定機關將(自訴人或告訴人主張享有著作權保護)電腦程式予以解構，過濾或抽離出其中應受保護之表達部分，將具有高度抽象性之思想或概念等公共財產及基於效率或電腦軟硬體功能外部因素所限制部分予以濾除；再就被告是否曾經接觸自訴人或告訴人所享有著作權保護之表達部分及二程式間實質相似程度，加以判斷是否侵害自訴人或告訴人之著作權。使用者介面(user interface)係指『人與電腦間互動以完成電腦特定工作之各種設計』(all devices by which the human users can interact with the computer in order to accomplish the tasks the computer is programmed to perform)。此種使用者介面，包括程式指令驅動介面或圖形介面。所謂圖形介面，即指電腦使用者基本上藉由圖示與電腦互動，以達成電腦程式所欲完成之功能。電腦程式中大部分創造性在於程式概念化(conceptualizing)部分及使用者介面部分，要創造一種合適之使用者介面，設計者需要非常高度之創造性(creativity)、原始性(originality)、及洞察力(insight)。此種使用者介面雖屬非文字，似亦為著作權所保護之範圍」。

揆其意旨，最高法院對於非文字之結構、次序及組織、功能表之指令結構、次級功能表或輔助描述、巨集指令、使用者介面、外觀及感覺等是否均在著作權保護之範圍，似認為不可一概而論，應委由鑑定機關將該非文字部分予以解構，過濾或抽離出其中何者應為「構想

」？何者為受保護之「表達」部分？再就被告是否曾經「接觸」及二程式間「實質相似」程度，加以判斷是否侵害自訴人或告訴人之著作權。然觀察該判決理由後段就「使用者介面」部分之補充說明：

「電腦程式中大部分創造性在於程式概念化部分及使用者介面部分，要創造一種合適之使用者介面，設計者需要非常高度之創造性、原始性、及洞察力。此種使用者介面雖屬非文字，似亦為著作權所保護之範圍」

似又贊同美國 Lotus v. Paperback 案 Keeton 法官之見解，認為此種使用者介面亦應為著作權保護之保護範圍。本件判決理由似有觀點矛盾之處。

本文認為，因構想與表達間之界線係模糊而流動的，於判斷電腦程式非文字部分等，則宜以解構之方式，判斷其結構是否具有普遍性（意即其結構為達成目標所必要），如有普遍性，則該結構為構想而不受保護，如不具普遍性，則為表達而為著作權法保護之範圍。故使用者介面是否受到著作權法之保護以及保護範圍如何，仍須於具體個案中認定。

#### （六）衍生著作

衍生著作須對於原著作加以創作性之改作，始受著作權法之保護。94 年度台上字第 6398 號刑事判決亦明白指出：

「著作權法第 3 條第 1 項第 1 款所謂『改作』係指以翻譯、編曲、改寫、拍攝影片或其他方法就原著作另為創作者而言。故立體物上除以立體形式單純性質再現美術著作之著作內容者外，尚另有新的創意表現，且此有創意之立體物復為著作權法第 5 條第 1 項所例示保護之著作，即屬上開所定之改作行為，此立體物即為著作權法第 6 條第 1 項所稱之『衍生著作』，亦受著作權法之保護。」

故將平面著作（例如美術或圖形著作）轉變為立體物，如具有新的創意表現，且此有創意之立體物始為著作權法保護之衍生著作。然若只是以立體形式單純再現平面美術或圖形著作，應屬重製，而不構成改作，即非衍生著作。

#### （七）編輯著作

按編輯著作及一般著作，均以創作性為保護要件，惟編輯著作與一般著作之區別如何？最高法院曾於95年度台上字第2126號刑事判決稱：

「所稱編輯，不同於著述；乃就既存著作與資料收集、整理、選擇、組合或編排後，所完成之創作性整體著作，所保障者為著作人(編輯者)所表現之編輯方式。…語文著作可分為文字著作及語言著作，其所保障者係著作人之著述內容。…原判決既謂康軒公司所編寫供國小學童上課參讀之『國語教科書』、供教師使用之『教學指引』，及學童課後練習用之『國語習作』，係經教育部審定及格，核發『教育部國民小學教科用書審定執照』而享有著作權之著作；且該『國語教科書』係採文章之形式並以特定事件或故事之敘述為其表達內容；並認定被告出版發行之『國語作業簿』、『命題評量』，係以康軒公司所編寫之『國語教科書』之學習重點、進度，以測驗題之方式據以編製而成等情。似認康軒公司所編寫之『國語教科書』係屬於語文著作之一種(即文字著作)…。然原判決另以『本件國小1、2、3年級國語科課本之著作內容均為一般學習語文之基本用語，為固定之用詞常識，此部分既為著作權人就相關領域所為之說明，不具原創性』等由，似又認康軒公司所編寫之『國語教科書』、『教學指引』、『國語習作』，係就既存著作與資料所揀選編排之編輯著作，

先後論述不無理由矛盾之違法。則康軒公司所編寫之『國語教科書』、『教學指引』、『國語習作』，以及起訴書所指康鼎公司經授權編寫之『測驗卷』、『學習評量』，其所謂係享有著作權之『著作』，究竟係屬於語文著作，抑或僅止於資料選擇及編排之編輯著作，原審未予調查明白，並為相當論敘，自無由為正確之法律適用。」

按編輯著作，所著重在於資料的「選取及編排方式」是否具有創作性，至於編輯之資料或素材是否得為著作權之標的則在所不問，與一般著作（例如語文著作）著重「內容」之創作性，須能表達創作者之精神最低限度與情感不同。再者，編輯著作所利用者可包含既存之著作及不具有著作權之事實資料，可能是「二次著作」，亦可能是「一次著作」；而一般著作著重於內容之原創性，即須本於自己獨立思維另為創作，其創作係屬全新之著作，故一般著作皆是「一次著作」，此亦為區別之所在。

## 第二節 保護期間之限制

早在 1709 年英國國會通過被稱為世界第一部著作權法—「安妮法案」，其引進了兩個新觀念<sup>126</sup>：其一是作者是著作權的所有人，其二是已發行著作給予一定期間之保護<sup>127</sup>—代表所有的著作終將進入公共領域，即確認公共領域的保護係著作權法中最重要的精神，這樣的精神也一直延續在往後的著作權法制中。

<sup>126</sup> 參朱稚芬，論著作權法與公共領域之衝突與調和機制，第 9 頁。

<sup>127</sup> 安妮法案規定自 1710 年 4 月 10 日以後出版的著作享有 21 年獨占權（After April 10, 1710, the author of any book or books already printed, who hath not transferred to any other the copy or copies of such book or the bookseller or booksellers, printer or printers, or other person or persons, who hath or any book or books shall have the right to the printing of the books twenty-one years），其餘所有著作的作者以及其受讓人享有 14 年的出版與再出版的專屬唯一自由（the author of any book or books and his assigned or assigns, shall have the sole liberty of printing and reprinting such book and books for the term of fourteen years）。因此自 1710 年 4 月 10 日起，出版權不再限於公會的會員所有，任何人皆可取得出版權，再者出版權的獨占不得再是永久的了。也就是說，公會獨占的出版權從 1731 年 4 月 9 日起便終止，新的出版權只有 14 年的獨占權，屆滿後任何人皆可自由出版發行。參鄭中人，智慧財產權法導讀，第 68-69 頁。

為謀求社會公益與著作權人私益之調和，各國對於著作權人享有著作權保護之期間，皆設有一定之存續期間規定，存續期間一旦屆滿，該著作即進入公共領域，不再歸屬著作人個人所有，而得為社會上人人皆得自由利用之公共財。換言之，一旦進入公共領域之著作，即不受著作權法之保護，著作人亦不得再對之主張著作權利。由於著作進入公共領域之內，即構成人類共同文化傳承之一部分，任何人皆可依照他們所希望的方式使用這些作品，進而促成人類文化的累積與進步。

### 第一項 著作權之發生－創作保護主義

所謂「創作保護主義」，是指創作或表演一旦完成，毋須向主管機關辦理註冊或登記手續，亦不問該著作有無對外公開發行，就自動受到著作權法之保護，而享有包括著作財產權和著作人格權等權利，因此，亦有稱之為「著作權自動產生原則」<sup>128</sup>。從著作權的發展歷史觀之，採創作保護主義，比較接近「天賦人權」的看法，就著作權的保護的實際執行層面而言，對於著作人之保護也最完備，故目前世界各國及各國際公約皆採用此原則。雖然美國及日本等國尚留有著作權登記制度，但登記並非取得著作權之生效要件。此一原則也是著作權法與其他智慧財產權法主要不同之處，無論是專利權或是商標權皆是須向政府機關申請核准為要件，始受到保護。著作權則不然，在創作完成之時即已自動取得著作權之保護，無庸為任何申請程序。

在 74 年修法前，我國著作權法對於著作權之取得，係採「註冊保護原則」（又稱「註冊保護主義」），如果著作人未向當時的著作權主管機關（前內政部著作權委員會）註冊其著作，就無法享有著作權之保障；惟因「註冊保護原則」的缺失頗多，因此，在 74 年修正著作權法時，我國即改採「創作保護主義」。需值得注意者，我國在 74

<sup>128</sup> 參羅明通，著作權法論I，第 283 頁。

修法時，雖然改採創作保護主義，惟顧慮到一般民眾可能無法一下子適應新制度，因此，當時採取了「自願登記」的方式；換言之，著作人可以自行決定要不要登記註冊自己的著作。如果著作人決定登記，那麼會得到主管機關核發的著作權註冊執照或著作權登記謄本；若著作人不想去登記註冊，也仍然不影響著作權之取得。從而，前內政部著作權委員會所經辦的著作登記，並不生任何「推定」著作人為誰之效力。意即，內政部所辦理之著作權註冊登記，悉依著作人或著作財產權人自行陳報之內容登載，並不為實質審查，登記事項如有爭議時，應由當事人自負舉證責任，並由司法機關依著作權法及具體個案調查事實認定之，不應以原著作權登記或註冊簿謄本認定為享有著作權之唯一證據。又由於著作權係屬私權，於具體個案中著作究有無原創性、是否享有著作權及是否構成侵權行為等，應於發生爭執時，由司法機關調查具體事實認定之<sup>129</sup>。

不過，在自願登記制度下，一般民眾普遍產生「有登記始有權利；未登記即無權利」的誤解，而嚴重扭曲了創作保護主義；再加上辦理著作權登記的業務，耗損行政資源過鉅。因此，在 87 年修法時，即完全廢止著作權登記制度，截至目前為止，僅保留製版權之登記制度而已。

再按現行著作權法係採創作保護主義已如前述，而著作權係屬私權，故著作權人與其他一般私權之權利人相同，對其權利之存在自負舉證責任，故著作權人應保留創作過程、發行及其他與權利有關事項之一切文件，作為證明自身權利之依據，嗣後如發生著作權爭執時，由法院依著作權人提出之事證，加以認定。

我國民事訴訟法第 277 條規定：「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任」從而，著作人在訴訟上就有利於自己之事實負有極重之舉證責任。著作人於當原告時，自須舉證證明該著作係

---

<sup>129</sup> 參經濟部智慧財產局 96.5.16 智著字第 09600041550 號函釋。

為其所創作；如著作人之著作與他人相似或雷同，亦須舉證其著作創作在前，並無抄襲之可能，或雖創作在後，但係出於獨立創作。著作人如為被告而被訴侵權，原告固須證明被告曾接觸其著作，惟「接觸」之證明程度，僅提出被告有合理之機會「聽」或「看」原告著作之證據為已足。況依實務見解所示，如原告與被告之著作已明顯近似，可合理排除被告獨立創作之可能性時，亦可推定被告已接觸原告之著作。故當原告已盡其舉證責任時，獨立創作之舉證責任則轉換由被告負擔<sup>130</sup>。

因此，在 87 年著作權法廢止著作權登記制度以後，著作人之舉證責任益形加重。著作人或著作財產權人是否能舉證確認著作人身份、著作完成之時間、證明其著作係獨立創作所得或證明創作者僅接觸思想而不及於表達，攸關其權益之存否，影響至為重大。現行著作權法為便利著作人或著作財產權人之舉證，於第 13 條明定，凡於著作原件或已發行之著作重製物上或將著作公開發表時，以通常之方法表示著作人或著作財產權人之本名或眾所周知之別名，或著作之發行日期及地點者，該等表示即產生推定之效果。故著作人可善用該機制，在著作上註記上述著作人之本名等資訊，以求發生「推定」之效果，保護自身著作權益，惟縱未標示，依我國著作權法規定，對其著作完成時所享有之著作權，仍不生任何影響。

## 第二項 著作權保護之期限

著作權的保護期間即反映著公益原則，法律給予著作人就其著作財產權有限期間的保護，就直接效果而言，著作權人在該期間內享有壟斷之利益，但期間屆滿後，公眾得自由利用著作權，使著作中思想、概念廣為流傳，國家整體文化更為發展，這才是著作權制度的最終

---

<sup>130</sup> 參經濟部智慧財產局網站，著作人舉證責任及方法，網址：  
[http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright\\_book/copyright\\_book\\_8.asp](http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright_book/copyright_book_8.asp)，瀏覽日期 96 年 10 月 10 日。

目標。而依伯恩公約第 6 條之 1 第 2 項規定，著作人格權的保護期間，至少要與著作財產權一樣長<sup>131</sup>。故就著作人格權部分，我國著作權法明文以擬制之方式使著作人格權不因著作人死亡而消滅。爰此，關於著作權保護之期限，因著作人格權及著作財產權而有不同的規定：

### 一、著作人格權

著作人格權是專屬於創作人本身的權利，依著作權法第 18 條規定：「著作人死亡或消滅者，關於其著作人格權之保護，視同生存或存續，任何人不得侵害。但依利用行為之性質及程度、社會之變動或其他情事可認為不違反該著作人之意思者，不構成侵害。」故我國著作權法對著作人格權之保護不因著作人死亡或著作財產權屆滿即不予保護，在著作人死亡或人格消滅後，其著作人格權之保護，仍視同生存或存續，任何人不得侵害。惟考慮到著作人之意願，若依利用行為之性質及程度、社會之變動或其他情事可認為不違反該著作人之意思者，仍可被認為不構成侵害著作人格權。且若發生侵害情形，依著作權法第 86 條規定，配偶、子女、父母、孫子女、兄弟姐妹、祖父母等，仍可對侵害著作人格權之人請求民事救濟，並無期間之限制。

### 二、著作財產權

我國著作財產權的保護期間，依 81 年以前規定，原則上為著作人之終身，在有轉讓或死亡繼承之情形，則自讓與或繼承之日起，繼續享有 30 年。81 年修法時，衡諸各國立法例，將著作財產權保護期間予以延長，以保障著作權人之經濟利益，其所規定之保護期間，原則上，存續於著作人之生存期間及其死亡後 50 年<sup>132</sup>。若著作於著作

<sup>131</sup> 參章忠信，第十八條(著作人格權的期限)，著作權筆記，網址：

<http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php?board=11&act=read&id=22>，瀏覽日期 96 年 10 月 10 日。

<sup>132</sup> 著作權法第 30 條第 1 項。本條規定係採伯恩公約之保護標準，伯恩公約規定一般著作之著作財產權保護期間為著作人之生存期間及其死亡後 50 年，係以著作人直系子孫三代平均的生存期間為選定標準。參 WIPO: GUIDE TO THE Berne Convention. P.46(1978)；本文引自蕭雄淋，著作權法論，第 176 頁。



人死亡後 40 年至 50 年間首次公開發表者，其著作財產權期間，從公開發表時起存續 10 年<sup>133</sup>，故總計保護期間仍超過 50 年，以鼓勵著作之公開發表。

對於別名著作或不具名著作的著作財產權，原則上存續至著作公開發表後 50 年，但可證明其著作人死亡已逾 50 年者，其著作財產權消滅。至於著作人的別名為眾所周知者，仍適用原有相關規定（即與一般著作財產權相同，為著作人生存期間及其死亡後 50 年），不適用上述規定<sup>134</sup>。

而著作人為法人之情形，其著作財產權存續至其著作公開發表後 50 年。但著作在創作完成時起算 50 年內未公開發表者，其著作財產權存續至創作完成時起 50 年<sup>135</sup>。

至於共同著作之著作財產權，如共同著作之著作人均為自然人時，原則上存續至最後死亡之著作人死亡後 50 年<sup>136</sup>；如共同著作之著作人均為法人時，直接適用著作權法第 33 條即可，並無適用同法第 31 條之餘地，故原則上存續至創作完成時起 50 年；如共同著作之著作人分別為自然人及法人之情形，為避免著作財產權之存續期間因著作人為自然人或法人而長短不一，產生分歧，經濟部智慧財產局曾以 89.3.13（八九）智著字第 89001367 號函釋：「其著作財產權期間應依同法第 30 條或第 33 條之規定計算，並類推適用同法第 31 條規定，存續至最後屆滿之期間為止」<sup>137</sup>。

此外，攝影、視聽、錄音及表演的著作財產權存續至著作公開發表後 50 年。但著作在創作完成時起算 50 年內未公開發表者，其著作財產權存續至創作完成時起 50 年<sup>138</sup>。此類著作相較於其他著作，其

---

<sup>133</sup> 著作權法第 30 條第 2 項。

<sup>134</sup> 著作權法第 32 條。

<sup>135</sup> 著作權法第 33 條。

<sup>136</sup> 著作權法第 31 條。

<sup>137</sup> 參經濟部智慧財產局網站，網址：

<http://www.tipo.gov.tw/copyright/search/netexpshow.asp?expno=1110&tit=&titc=&titm=&tit8=&tit9=&point=>，瀏覽日期 96 年 10 月 11 日。

<sup>138</sup> 著作權法第 34 條。

保護期間較短，其乃此類著作通常必須利用一些既有的設備、既有的著作或民俗著作，作者投入的心力，相對來說比較少；同時亦牽涉到整個文化經濟發展的問題，不適合給予過長時間的保護<sup>139</sup>。

另值得一提者，原電腦程式著作所享有之保護期間亦為公開發表後 50 年，惟依 WTO 協定之 TRIPS 第 10 條第 1 項規定，電腦程式，不問其為原始碼或目的碼，可受伯恩公約之語文著作之保護。亦即，TRIPS 規定電腦程式屬於語文著作，不同於攝影著作或應用美術著作適用較短保護期間<sup>140</sup>。因之，我國亦於 90 年修法時將第 34 條之「電腦程式」一詞刪除，使電腦程式著作之財產權期間回歸適用有關著作人之生存期間及其死亡後 50 年之保護期間等一般規定<sup>141</sup>。惟此一修正引來諸多批評，係因電腦程式之生命週期較其他一般著作短少許多，是否有必要給予如此長時間的保護，以及這樣長時間的保護是否會影響電腦程式的發展，均值得深思。

此外，我國著作財產權保護期限於 81 年修法延長為 50 年迄今，當時修法理由主要係為與國際法制接軌，修法有其相當之合理性。時至今日，雖有歐盟、美國、日本、新加坡等部份文化產業相對發達國家為保護國內著作權人利益而延長著作權保護期限<sup>142</sup>並對我國造成修法延長之壓力<sup>143</sup>，然考量延長保護期間有其正面與負面的效應，是一個相當複雜的問題。延長著作財產權保護期限，並不完全對著作權

<sup>139</sup> 參經濟部智慧財產局編印，校園著作權百寶箱，第 69-70 頁。

<sup>140</sup> 參蔡明誠，加入 WTO 對我國智慧權保護法制的影響，第 50 頁。

<sup>141</sup> 參「90 年 11 月 12 日修正公布著作權法部分條文對照表及說明」第 34 條修正說明。

<sup>142</sup> 在 1993 年歐盟理事會通過之「著作權及特定相關權利保護期間之協調指令」及 1998 年美國的著作權期限延長法案（Copyright Term Extension Act, CTEA，一般亦稱為「Sonny Bono 法案」），將著作財產權保護期限延長為終身加 70 年及首次發行後 95 年，其立法目的及經濟考量顯而易見。而接著在 2003 年 7 月，日本第 156 次國會例會通過了著作權法修正案，將電影著作之著作財產權保護期限由公開發表後 50 年延長至 70 年，於 2004 年（平成 16 年）1 月 1 日起正式實施。新加坡在美國與 2003 年 5 月簽署美國新加坡自由貿易協定中，同意將各種著作之保護期限由 50 年延長至終生及首次授權發行後 70 年，隨即新加坡政府亦完成修法延長著作財產權保護期限。參林廷機主持，國際間對著作財產權保護期限之趨勢研究，經濟部智慧財產局委託之研究報告，第 5-6 頁。

<sup>143</sup> 據報載，經濟部智慧財產局為順應國際趨勢，正研議將著作權保護期限由現行 50 年延長至 70 年。參工商時報，96 年 6 月 13 日電子報，網址：<http://tech.chinatimes.com/2007Cti/2007Cti-News/Inc/2007cti-news-Tech-inc/Tech-Content/0,4703,12050903+122007061300417,00.html>，瀏覽日期 96 年 10 月 21 日。

人有利，反而有可能增加著作權人在引用他人著作時之成本；反之，縮短著作財產權保護期限未必就對著作利用人有利，當縮短保護期限使得創作無利可圖時，將會使得著作供給減少，導致市場失靈。而完全無視國際趨勢，則會導致本國與他國法制接軌成本、執法成本與交易成本之增加，遑論外國為求自身利益施加之壓力或本國著作權人在海外之利益。故考量是否修法延長，應從著作權權利的本質、制度、成本、著作人之權益、私益與公益的調和、對國家整體經濟文化的影響等方面來衡量，始有助於達到著作權法之立法目的，提升國家整體文化發展。

### 第三節 保護範圍

我國著作權法於 87 年修法時，為配合未來加入 WTO，符合 TRIPS 第 70 條第 2 項及伯恩公約第 18 條之規範，對於未曾受我國著作權法保護之其他會員國著作，增訂著作權回溯保護條款，給予著作人終身加 50 年或 50 年著作財產權保護期間，從而 91 年 1 月 1 日我國加入 WTO 之後，著作權法保護的範圍大幅增加，對利用著作之現況產生衝擊，茲分述如下：

#### 第一項 加入 WTO 之前

我國 74 年 7 月 10 日以前的著作權法第 4 條前段規定：「著作權歸著作人終身享有之，並得於著作人死亡後，由繼承人繼續享有 30 年。」且同法施行細則第 4 條亦規定：「凡著作物未經註冊，而已通行 20 年以上者，不得依本法聲請註冊享有著作權。」故於 54 年 7 月 11 日以前未經註冊且已流通發行滿 20 年之本國人或外國人著作，在 74 年修法後，仍不能取得著作權法之保護。而關於我國對外國人著作之保護，加入 WTO 之前，係規定如下：

一、於我國管轄區域內首次發行，或於我國管轄區域外首次發行後

30日內在我國管轄區域內發行者。但以該外國人之本國，對我國人之著作，在相同之情形下，亦予保護且經查證屬實者為限。經透過駐外單位查證，符合此款情形之國家統計結果如下<sup>144</sup>：

- (一) 合於「首次發行」及「30日內發行」規定之國家：模里西斯、瑞典、日本、挪威、巴西、奧地利、哥斯大黎加、芬蘭、馬拉威、厄瓜多、荷蘭、阿根廷、比利時、薩爾瓦多、玻利維亞、馬達加斯加、澳洲、馬來西亞、菲律賓、多明尼加、秘魯、德國、東加王國、丹麥、新加坡、波蘭。
- (二) 合於「首次發行」規定之國家：千里達、土耳其、約旦。
- (三) 合於「首次發行」及「14日內發行」規定之國家：加拿大。

二、依條約、協定或其本國法令、慣例，本國人之著作得在該國享有著作權者。此時，該外國人之著作是否在我國管轄區域內發行，並非所問。在我國加入WTO之前，與我國有著作權互惠關係者，有美國、英國、瑞士、香港人以及西班牙與南韓在我國的僑民。此外，我國與外國之團體或機關互訂保護著作權之協議，經行政院核准者，亦視此所稱之協定<sup>145</sup>。至於中國人民著作之保護情形則較為特殊，過去依前內政部著作權委員會之見解<sup>146</sup>，認為中國人民屬淪陷區之人民，亦屬於我國人民，其著作應受到我國著作權法之保護。惟由於中國對於著作權的侵害行為，僅於以營利為目的且情節重大者，始予以刑事處罰，我國人民在中國的著作權受侵害時，其保護亦是如此，基於平等互惠原則，如果中國人民之著作權在我國遭受非營利目的之重製，其並不得為告訴或自訴<sup>147</sup>。

<sup>144</sup> 參經濟部智慧財產局網站，我國加入世界貿易組織（WTO）前後外國人著作保護之參考說明，網址：[http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright\\_book/copyright\\_book\\_25.asp](http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright_book/copyright_book_25.asp)，瀏覽日期 96 年 10 月 12 日。

<sup>145</sup> 著作權法第 15 條。

<sup>146</sup> 參前內政部著作權委員會 77 年 8 月 2 日內著字第 620627 號函釋。本文引自趙晉枚、蔡坤財、周慧芳、謝銘洋、張凱娜，智慧財產權入門，第 172 頁。

<sup>147</sup> 參法務部 87.3.19 法 87 檢字第 007288 號函釋。本文引自謝銘洋、陳家駿、馮震宇、陳逸南、蔡明誠著，著作權法解讀，第 15-16 頁。

三、依立法院議決通過之條約或協定而取得本法保護者：外國人著作倘符合 82 年 7 月 16 日簽署生效之「中美著作權保護協定」所定之下列規定，亦得受本法保護<sup>148</sup>：

(一) 在美國首次發行之著作或在美國領域外首次發行後 30 日內在美國發行之著作（中美著作權保護協定第 1 條第 3 項第 1 款）

。

(二) 在伯恩或世界著作權公約會員國境內首次發行之著作，於首次發行 1 年內由左列之人以書面協議取得專有權利，且該著作已在我國或美國對公眾流通者（中美著作權保護協定第 1 條第 4 項）：

1、美國人或我國人。

2、美國人或我國人擁有百分之 50 以上股份或其他專有利益之不論位於何處之法人。

3、美國人或我國人直接控制之不論位於何處之法人。

4、美國法人或我國法人之分公司或子公司所控制之不論位於何處之法人。

(三) 在美國有住所之人之著作（中美著作權保護協定第 1 條第 6 項）。

(四) 在我國有住所之人之著作（中美著作權保護協定第 1 條第 6 項）。

## 第二項 加入 WTO 之後

為配合加入 WTO，基於國民待遇及平等互惠原則下，我國於 87 年修訂著作權法時，於同法第 106 條之 1 明定回溯保護條款，故在我國

---

<sup>148</sup> 參經濟部智慧財產局網站，我國加入世界貿易組織（WTO）前後外國人著作保護之參考說明，網址：[http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright\\_book/copyright\\_book\\_25.asp](http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright_book/copyright_book_25.asp)，瀏覽日期 96 年 10 月 12 日。

加入WTO後，除依前述同法第4條第1款規定保護外國人之著作外，並依同條第2款規定，以國民待遇原則保護該組織現有151個會員體（截至96年7月27日止<sup>149</sup>）國民之著作，則受我國保護之外國人著作將大幅增加。此外，基於平等互惠原則，一方面本國人之著作在各該會員體內得享有伯恩公約所確立著作權保護標準之保護；另一方面，本國人因過去與外國無著作權互惠保護關係，可大量廣泛地不經同意、授權，逕行利用外國人著作之時代已告結束，而全面之「使用者付費」、「授權利用」之時代即將來臨。

茲將著作權法回溯保護條款適用之前提予以說明如下<sup>150</sup>：

一、適用回溯保護情形：我國已經加入WTO，而該著作在我國加入WTO之前，尚未受到我國之保護，而依我國著作權法所定之著作財產權期間計算仍在存續中者，或雖然受有保護，但保護期間尚未屆滿者。

二、免除回溯保護情形：如外國人著作在其源流國已因保護期間屆滿而成為公共財，則無回溯保護適用之餘地，至於源流國之決定，則依伯恩公約第5條之規定定之<sup>151</sup>。

再者，依第106條之1第1項之修正理由第8點說明，此回溯保護條款對於本國人之著作，亦有適用。換言之，在舊法時代因未註冊而無法受到保護之著作，於87年修法後，亦可享有回溯之保護。至

---

<sup>149</sup> 參WTO網站，網址：[http://www.wto.org/english/thewto\\_e/whatis\\_e/tif\\_e/org6\\_e.htm](http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm)，瀏覽日期97年1月21日。

<sup>150</sup> 參謝銘洋、陳家駿、馮震宇、陳逸南、蔡明誠著，著作權法解讀，第35頁。

<sup>151</sup> 有關外國人著作源流國之確定，伯恩公約第5條第4項規定情形如下：

（一）著作在某伯恩公約同盟國內首次發行者，以該同盟國為該著作之源流國；如著作同時在數個伯恩公約同盟國發行且各同盟國之著作財產權保護期間不同者，以期間最短之同盟國為該著作之源流國。

（二）著作同時在伯恩公約同盟國內及非伯恩公約同盟國內發行者，以該伯恩公約同盟國為該著作之源流國。

（三）未發行之著作或著作係在伯恩公約同盟國以外國家內首次發行，且未在伯恩公約同盟國內同時發行時，如該著作之著作人為某伯恩公約同盟國國民者，以該同盟國為該著作之源流國。但於視聽著作之情形，如視聽著作之製作人於某伯恩公約同盟國內有主事務所或常居所者，以該同盟國為該視聽著作之源流國；於建築著作之情形，如該建築著作係座落於某伯恩公約同盟國內，或其他著作所依附之建築物係座落於某伯恩公約同盟國內者，以該同盟國為該著作之源流國。

參「87年著作權法條文對照及說明」第106條之1修正說明第6點。

於原已受我國著作權法保護之著作，且因著作權保護期間屆滿，其著作財產權已消滅之著作，則無前述條文之適用，無回溯保護之問題<sup>152</sup>。從而，原使得 54 年 7 月 11 日以前完成並發行，而在當時未辦理著作權註冊之本國人或外國人之著作，不得享有著作權，成為公共財。在我國加入 WTO 之後，因必須適用伯恩公約第 18 條回溯保護之規定，著作財產權之存續期間將回歸適用著作權法第 30 條之規定，存續於著作人之生存期間及其死亡後 50 年（法人著作或其他著作依此類推），回溯保護依此計算期間尚未屆滿之著作，此亦將會使部分原先在我國已屬公共所有而不受保護之本國人或外國人著作，因本條規定重新受回溯之保護。

由於回溯保護之規定，對於回溯保護前已開始著手利用但尚未完成之行為，或雖未開始利用行為，惟已進行重大投資者，將產生不公平，故 87 年修法時，為保護此等人之信賴利益，給予一定之過渡期之保護，於第 106 條之 2 及第 106 條之 3 亦設有過渡條文。原則上於我國加入 WTO 起 2 年內，仍得繼續利用，不構成著作權之侵害，惟此種無償利用對著作財產權人尚難謂公平，故於 92 年 7 月 9 日修正新增第 106 條之 2 第 2 項規定，自 92 年 6 月 6 日本法修正施行起（實際生效日應為 92 年 7 月 11 日<sup>153</sup>），利用人依上述規定利用著作，除出租或出借之情形外，應對被利用著作之著作財產權人支付該著作一般經自由磋商所應支付合理之使用報酬。如果利用之人就著作加以改作，而完成衍生著作並受我國著作權法保護者，於我國加入 WTO 後，仍得繼續利用之。同樣地，自 92 年 6 月 6 日本法修正施行起（實

<sup>152</sup> 參經濟部智慧財產局 94.7.5 智著字第 09400054790 號函釋。

<sup>153</sup> 92 年修正之著作權法第 106 條之 2 第 2 項及第 106 條之 3 第 2 項均分別有「自中華民國九十二年六月六日本法修正施行起」之文字，惟依經濟部智慧財產局指出，上述條文所稱之「九十二年六月六日」，乃指立法院完成本法修正案第三讀會程序之日期，依據法務部 89.4.18 法 89 律字第 011874 號函略以「此係立法實務作業上因完成三讀日期與總統公布日期不同所致，徵諸民法親屬篇施行法第六條之一及土地稅法第三十九條之二亦有類似立法例，適用上均以法規公布之日起算第三日發生效力。…」準此，新著作權法第 106 條之 2 第 2 項及第 106 條之 3 第 2 項雖有「九十二年六月六日」之文字，其「生效日」仍應為 92 年 7 月 11 日。參羅明通，著作權法論 I，第 319 頁。

際生效日應為 92 年 7 月 11 日)，利用人依上述規定利用衍生著作，除出租或出借之情形外，應對被利用著作之著作財產權人支付該著作一般經自由磋商所應支付合理之使用報酬。

### 第三項 最高法院實務判決之分析與整理

我國著作權法自民國 17 年制定以來，歷經 14 次之修正，關於外國人著作保護方面，74 年以前並未規定在著作權法本文中而僅規定在施行細則，外國人著作若要在本國受到保護，必須符合 2 個要件，第一，必須經註冊，第二，須該外國人之本國亦承認本國人民得在該國享有著作權。74 年修法後係規範於同法本文第 17 條第 1 項第 1 款，與我國無著作權互惠條約或協定之外國人著作，必須在我國境內首次發行，始受保障；惟當時對於「發行」之定義，並未予以規範。迨至 81 年 6 月 10 日修正同法第 4 條第 1 款規定，與我國無著作權互惠條約或協定之外國人著作，必須於我國管轄區域內首次發行，或於我國管轄區域外首次發行後 30 日內在我國管轄區域內發行者，方受保障；對於「發行」之定義，則規定於同法第 3 條第 1 項第 13 款，指權利人重製並散布能滿足公眾合理需要之重製物。故 87 年修法前之舊法，以權利人在我國管轄區域內「重製」為發行之要件。至 87 年修法時，始參酌伯恩公約第 3 條第 3 項規定，在同條項第 12 款明定：「發行：指權利人散布能滿足公眾合理需要之重製物。」

經整理我國 93-95 年度最高法院關於外國人著作爭議之刑事判決，對於外國人之著作是否受我國著作權法之保護，其爭議點多在於「在中華民國境內首次發行」之認定<sup>154</sup>，故有必要先對於「首次發行」之定義予以釐清：

---

<sup>154</sup> 此類判決，請參閱最高法院 93 年度台上字第 747 號、93 年度台上字第 789 號、93 年度台上字第 946 號、93 年度台上字第 1640 號、93 年度台上字第 3130 號、93 年度台上字第 4349 號、93 年度台上字第 5799 號、93 年度台上字第 6442 號、93 年度台上字第 6456 號、94 年度台上字第 925 號、95 年度台上字第 5742 號、95 年度台上字第 6264 號刑事判決。



所謂「首次發行原則」，則是指一個國家除依互惠原則或條約之規定保護外國人著作外，對於不符合上述規定，但已在該國管轄區域內首次發行者，該國著作權法亦應予以保護<sup>155</sup>。我國著作權法第4條第1款前段規定即指「首次發行原則」<sup>156</sup>，合該款「首次發行」情形者，其情形又可分為三類：

- 一、從未在我國管轄區域外發行，首次發行即在我國管轄區域內之著作。
- 二、在我國管轄區域外及我國管轄區域內作同步首次發行之著作。
- 三、在我國管轄區域外首次發行後，30日內在我國管轄區域內發行之著作。

又所謂「發行」，按現行著作權法第3條第1項第14款定義為：「指權利人散布能滿足公眾合理需要之重製物」，而「散布」依同條項第12款之規定，指「不問有償或無償，將著作之原件或重製物提供公眾交易或流通」。而所謂「滿足公眾合理需要之重製物」，係屬抽象之概念，其目的無非在使消費者有相當之機會能接觸此等著作，故何謂能滿足公眾合理需要之數量，自應視市場之需求等條件為斷，亦即需求愈大，則滿足公眾所需合理需要之數量愈多。茲引述幾則我國最高法院關於「完成首次發行」及對「發行」定義之看法：

93年度台上字第6442號刑事判決稱：

「我著作權法迭經修正，74年7月10日修正公布之著作權法第17條第1項第1款規定，與我國無著作權互惠條約或協定之外國人著作，必須在中華民國境內首次發行，始受保障；惟對於發行之定義，並未予以規範。81年6月10日修正之著作權法第4條第1款規定，與我國無著作權互惠條約

<sup>155</sup> 參羅明通，著作權法論I，第46頁。

<sup>156</sup> 依前內政部著作權委員會76.5.16台(75)內著字第410443號函釋，所謂「首次發行」，係指該著作於世界各地均尚未發行，而第一次在中華民國管轄區域內發行而言。內政部法規委員會編：內政法令解釋彙編（著作權類），78年12月，第30頁。本文引自蕭雄淋，著作權法論，第30頁。

或協定之外國人著作，必須於中華民國管轄區域內首次發行，或於中華民國管轄區域外首次發行後 30 日內在中華民國管轄區域內發行者，方受保障；對於發行之定義，則規定於同法第 3 條第 1 項第 13 款，指權利人重製並散布能滿足公眾合理需要之重製物。87 年 1 月 21 日修正公布之著作權法第 4 條第 1 款規定，與 81 年修正之內容並無不同，惟對於發行之定義，則規定於同法第 3 條第 1 項第 12 款，指權利人散布能滿足公眾合理需要之重製物。故外國人之著作是否受我國著作權法之保護，事實審法院自須各依其完成期間之法律規定，逐一詳加審認是否確已在我國依法發行。」

93 年度台上字第 6456 號刑事判決針對「發行」之定義，有較詳細之說明：

「又『外國人之著作於中華民國區域內首次發行』得享有著作權之規定，重在發行之事實，初不問發行日或公開日是否有交易之成立。其認定標準應以著作權利人主觀上，是否有『散布能滿足公眾合理需要之重製物』之意思與準備，即著作權人是否有欲進入該市場，以行使其著作權之意思，並在客觀上，著作權利人在該市場是否有提供合理數量之該著作，以供該市場需要之事實，為其認定之標準，方合乎上開規定之目的與精神。至於所謂『散布能滿足公眾合理需要之重製物』，係屬抽象之概念，著作權人如何始能稱其著作物，已滿足該地公眾合理之需要，亦需因當地之客觀環境，及著作權人主觀上行使其權利之方法而不同。換言之，某一著作物之發行之量，常因該產品之市場規模大小、權利人在該市場上之策略、該市場生態是否健全以及該產品之生命週期長短等因素，而有不同之考量。」

另如 95 年度台上字第 5742 號刑事判決亦採類似之看法，認為「

發行」非以數量為衡量基準，該判決稱：

「著作權法第 4 條關於外國人之著作在中華民國管轄區域內，首次發行或於一定期間內發行者，得享有著作權之規定，重在發行，即使不特定之多數人得共見共聞，知有新著作物發表者即足當之。又依著作權法第 3 條第 4 款規定，該法所謂『發行』，係指散布能滿足公眾合理需要之重製物者，其判斷應考量行為當時之市場規模、市場狀態、著作種類、產品之生命週期、市場佔有率、銷售狀態或其他足以影響市場運作之相關因素等，於個案中依具體情況加以衡量，非以數量為唯一標準。」

由以上最高法院判決觀之，我國司法實務認為，所謂「首次發行原則」，重在發行之事實，而不問發行日或公開日是否有交易之成立，其認定標準重視著作權人主觀上是否有「散布能滿足公眾合理需要之重製物」之意思與準備，即著作權人是否有欲進入該市場，以行使其著作權之意思；在客觀上，著作權人是否有提供該著作之合理數量，以供市場需要之事實。且所謂「散布能滿足公眾合理需要之重製物者」，其判斷應考量行為當時之市場規模、市場狀態、著作種類、產品之生命週期、市場佔有率、銷售狀態或其他足以影響市場運作之相關因素等，於個案中依具體情況加以衡量，非以數量為唯一標準。如要求著作權人必須於進入該市場前，即不問其市場需求，一律要準備與該地域之人口相當，或可能使用該著作物之人數一定比例之著作物，方合「發行」之要件，始受著作權之保護，此一作法不論在市場機制上，或就著作權應予合法保護之法律價值上，均顯不合理，亦非著作權法規定「首次發行」之目的與精神。

## 第四節 合理使用規定

自伯恩公約以來，以迄最近 WTO 成立之後，與著作權法制有關的國際公約或組織，既強調保障著作人之權益，亦同時建議各國制定各種限制著作權的機制，允許各會員國在不妨礙著作權人所享有的著作權之前提下，建立合理使用制度，對於符合一定條件之利用行為，得免經著作權人授權，亦毋需支付報酬，即得對於之他人著作，自由加以利用。

合理使用制度於著作權法的功能被視為具有一定範圍的利益槓桿作用，這一槓桿是為了實現文化創作者與社會公眾之間的利益平衡而產生。為了防止著作權法所賦予著作權人的合法壟斷權利不當侵犯公眾獲取知識的自由，必要的合理使用設計是必需的。因此，無論是歐陸法系或英美法系國家，皆於該著作權法訂定一些法定例外條款以為利益平衡之手段，這些條款諸如：新聞報導之利用<sup>157</sup>、批判或評論目的之使用<sup>158</sup>、科學研究之使用<sup>159</sup>、行政或司法程序之利用<sup>160</sup>、特殊優遇團體（例如：宗教、學校、盲人）之使用<sup>161</sup>、基於保護隱私之理由及個人合理使用<sup>162</sup>等等。

由於我國著作權法將幾乎所有的著作物利用行為都規定為專屬

---

<sup>157</sup> See, e.g., German Copyright Act, §§48-50 (public speeches, newspaper articles and broadcast commentaries, news reporting). 本文轉引自 Thomas Dreier, *Balancing Proprietary and Public Domain Interests: Inside or Outside Proprietary Rights*, at 307。

<sup>158</sup> See, e.g., German Copyright Act, §51 (quotations). 本文轉引自 Thomas Dreier, *Balancing Proprietary and Public Domain Interests: Inside or Outside Proprietary Rights*, at 307。

<sup>159</sup> See, e.g., German Copyright Act, §§53 (1)&(2), 87 (c) (copying for personal scientific use, or to be included in personal files). In the USA, all of the interests cited above are accommodated through fair use. See 17 U.S.C. §107 (preamble). 本文轉引自 Thomas Dreier, *Balancing Proprietary and Public Domain Interests: Inside or Outside Proprietary Rights*, at 307。

<sup>160</sup> See, e.g., German Copyright Act, §45 (administration of justice and public safety). 本文轉引自 Thomas Dreier, *Balancing Proprietary and Public Domain Interests: Inside or Outside Proprietary Rights*, at 307。

<sup>161</sup> See, e.g., German Copyright Act, §§46, 52 (collections for religious, school or instructional use; certain public communication). 17 U.S.C. §§108 (libraries), 110(1) (instructional use), 110(3) (religious services), 110(8) (transmissions to the blind). 本文轉引自 Thomas Dreier, *Balancing Proprietary and Public Domain Interests: Inside or Outside Proprietary Rights*, at 307。

<sup>162</sup> See, e.g., German Copyright Act, §§53 et seq. (reproduction for private and other personal use). 本文轉引自 Thomas Dreier, *Balancing Proprietary and Public Domain Interests: Inside or Outside Proprietary Rights*, at 307。

著作財產權人，除非符合合理使用之規定，否則未獲得著作財產權人之授權而利用他人著作，就會構成著作權之侵害。惟我國著作權法雖於第 44 條至第 66 條列有 23 條合理使用之條文，但只抽象地規定「在合理範圍內」得利用他人之著作，且觀察第 44 條至第 63 條之個別合理使用條款時，除規定許多要件外，大部分都加了「在合理範圍內」或「必要範圍內」，再配合第 65 條第 2 項「著作之利用是否合於第 44 條到第 63 條規定或其他合理使用之情形，應審酌一切情狀，尤應注意下列事項，以為判斷之標準」之文義觀之，在判斷第 44 條至第 63 條是否可以符合規定時，並非符合該條所規定之要件即可，還必須要用第 65 條所規定之判斷標準作檢驗，此時似產生雙重審查的問題。由於我國特殊的立法技巧，使第 44 條到第 63 條與第 65 條整個組合起來，成為一個廣泛的合理使用制度，故如何適用我國著作權法合理使用之規定，亦有必要予以釐清。

### 第一項 合理使用概說

按著作權法的「合理使用」，係指他人在未經著作財產權人授權或准許利用的情況下，仍能於合理的程度內利用著作財產權人的著作，而不會被視為侵害他人的著作財產權。換言之，因為合理使用的規定，而使著作財產權人的專屬權利受到了某種程度的限制。職是，有學者認為，合理使用的內涵，就是在調和著作人與利用人間的關係，以平衡著作人的私權與國家社會公益<sup>163</sup>。

再者，因著作權之內涵包括「著作人格權」與「著作財產權」二種。前者，乃著作人之一身專屬權利，依法不得讓與或繼承，故著作權合理使用之對象，自當僅止於「著作財產權」而主張。此參諸我國著作權法第三章第四節第四款標題已載明「著作財產權之限制」，及同法第 65 條第 1 項：「著作之合理使用，不構成著作財產權之侵害」

<sup>163</sup> 參馮震宇，從美國校園影印爭議看我國校園教學研究合理使用問題，第 5 頁。

、同法第 66 條：「第 44 條至第 63 條及第 65 條規定，對著作人之著作人格權不生影響」之規定，可見一斑。

另關於合理使用的法律性質，我國學者對其有提出三種理論<sup>164</sup>：  
一、權利限制說

此說認為合理使用乃是對於著作財產權的限制，蓋因著作權之授與本質上係一種限制的獨占，不經著作財產權人的同意即可使用他人著作，乃是一種對著作權之限制或約束，故合理使用、法定許可、強制授權等均是對著作人權利的限制。由我國著作權法第三章第四節第四款標題稱：「著作財產權之限制」觀之，似亦認為合理使用具有對著作財產權限制之性質。

二、侵權阻卻說

此說認為合理使用是著作權侵害之違法阻卻事由。此一觀點首先假定合理使用係侵權行為，乃因法律規定，使之阻卻違法，而不以侵害著作權論處。美國法上有關合理使用的判例，多數肯定合理使用乃是一種訴訟上的積極抗辯（affirmative defense），是一種對於侵害著作權行為的免責。故美國司法實務上法院為判決時，係採取此一見解。

三、使用者權利說

此說認為合理使用乃利用者依法享有利用他人著作之權利，只要是合理使用之行為，即是合法行為，此種屬於利用主體之法定利益，可稱之為權利或特權。美國著作權法權威Goldstein即認為：「所謂合理使用即係著作權人以外之人，得在未經著作權人同意之情形下，以合理使用之方式加以利用之特權（privilege）」<sup>165</sup>。

本文認為，合理使用之法律性質要採「權利限制說」、「侵權阻卻

<sup>164</sup> 參羅明通，著作權法論II，第 157-158 頁。賴文智，數位著作權法，第 176-178 頁。馮震宇主持，著作權合理使用之研究，收錄於整體著作權法制之檢討，第 211-212 頁。

<sup>165</sup> See Paul Goldstein, *supra*, at 182(2001)。本文轉引自馮震宇主持，著作權合理使用之研究，收錄於整體著作權法制之檢討，第 212 頁。

說」或是「使用者權利說」，僅係從著作權法保護著作權人或是著作利用人之不同角度分析而有差別。「權利限制說」及「侵權阻卻說」乃以著作權人之立場為出發點，祇是前者認為合理使用制度係對著作權人權利之限制，後者則強調合理使用之本質仍具侵害性；「使用者權利說」則是以著作利用人之立場為出發點，認為合理使用制度是法律規定賦予利用人的一種利益或權利。由於我國著作權法並無明文規定合理使用係一種權利，因此本文以為就合理使用是否是一種權利應該採嚴格解釋，以避免賦予著作利用人過多的權利，導致著作人的創作意願降低，反而無法達成著作權法促進國家文化發展的目標。換言之，合理使用在我國著作權法並無明文規定其係為著作利用人之專屬排他權的情況下，應認為它不是一種權利。而從我國著作權法第三章第四節第四款之標題為：「著作財產權之限制」觀之，立法者似乎傾向採取「權利限制說」。

惟在 87 年修法時，於第 65 條加入第 1 項：「著作之合理使用不構成著作財產權之侵害」，而在修正理由說明「按合理使用之法律效果如何，舊法漏未規定，爰參考美國著作權法第 107 條立法例，修正如第 1 項」。依前所述，美國著作權法及實務見解均認為合理使用性質為「積極抗辯」，是以，美國著作權法對於合理使用之性質傾向於「侵權阻卻說」。

因我國合理使用條款係參照美國著作權法第 107 條而來，且臺灣高等法院亦曾於 84 年度上更(二)字第 902 號刑事判決表示：

「著作人所創作之作品固須加以保護，但仍需有一定之限度，以調和社會公共利益及保障一般人民之言論、出版自由等基本權利。是以著作權法第 52 條明文規定：『為報導、評論、教學、研究或其他正當目的之必要，在合理範圍內，得引用已公開發表之著作。』此為對已取得著作權之著作，合理使用型態之一，而認為阻卻違法。」肯認合理使用可構成著

作權侵害之阻卻違法。又我國 93 年修法時亦於第 91 條第 4 項明定：「著作僅供個人參考或合理使用者，不構成著作權之侵害。」

因此在解釋上，合理使用之法律性質應以「侵權阻卻說」較為適當。

## 第二項 合理使用規定

我國著作權法於第 44 條至第 65 條，列舉出可以主張合理使用規定之條文，藉以體現著作權法第 1 條所揭示之立法目的。而由於我國著作權法合理使用規定之立法過程，歷經多次修正，且將不同法系之立法例混合、折衷納入<sup>166</sup>，故概念上不易釐清，故本文將先就第 44 條至第 63 條個別合理使用條款之規定予以分類介紹，再就第 65 條概括合理使用條款予以析述之。

### 第一款 個別合理使用條款

#### 一、為「國家機關運作目的」之合理使用規定

著作權法雖以保障著作人之著作權益為本旨，惟國家機關為維持其內部業務運作，以促進公共利益時，應准許於必要時，在合理範圍內，重製他人著作，並予以翻譯，而不須著作財產權人同意。第 44 條規定：「中央或地方機關，因立法或行政目的所需，認有必要將他人著作列為內部參考資料時，在合理範圍內，得重製他人著作。但依該著作之種類、用途及其重製物之數量、方法有害於著作財產人之利益者，不在此限。」第 45 條又規定：「專為司法程序使用之必要，得於合理範圍內，重製他人之著作。前條但書規定，於前項情形使用之。」第 63 條第 1 項規定：「依第 44 條、第 45 條規定得利用他人著作

<sup>166</sup> 例如，我國著作權法第三章第四節第四款之標題為「著作財產權之限制」，此一用語，應是來自於日本著作權法「著作權之制限」的翻譯，至於「合理使用」則是譯自美國著作權法第 107 條(fair use)規定之用語。參賴文智，數位著作權法，第 170 頁。



，得翻譯該著作。」是以國家機關為立法或行政目所需或為司法程序使用之必要時，依上述規定得重製或翻譯他人著作，又重製或翻譯之著作，不限於已經公開發表之著作，未公開發表之著作，亦包含在內<sup>167</sup>，但以在「合理的範圍」內為限，不得有害於著作財產權人之權益。

## 二、為「教育目的」之合理使用規定

由於教育的目的在於傳播文化，其在傳播文化的過程中亦經常會涉及他人的著作，基於教育的目的，著作權法特設以下合理使用之規定，包括重製、改作、編輯、公開播送、揭載、引用及翻譯等，使教育工作能順利進行。首先，第 46 條規定：「依法設立之各級學校及其擔任教學之人，為學校授課需要，在合理範圍內，得重製他人以公開發表之著作。第 44 條但書規定，於前條情形準用之。」本條之行為主體限於依法設立之各級學校及擔任教學之人，其係指實際擔任教學之人，不問有無教師資格，亦不問專任或兼任教師。補習班、企業內部講座、司法官訓練所或律師職前訓練中心之教師<sup>168</sup>，不得援引本條進行重製。此外，本條之利用行為僅限於重製，但是為實施教學或為授課需要，事實上不只以重製方式利用他人著作而已，尚包括以口述、公開上映、公開展示等方式之利用型態。故有學者認為，此等情形只能依第 65 條概括合理使用條款來主張合理使用<sup>169</sup>。

第 47 條規定：「為編製依法令應經教育行政機關審定之教科用書，或教育行政機關編製教科用書者，在合理範圍內，得重製、改作或編輯他人已公開發表之著作。前項規定，於編製附隨於該教科用書且專供教學之人教學用之輔助用品，準用之。但以由該教科用書編製者編製為限。依法設立之各級學校或教育機構，為教育目的之必要，在

<sup>167</sup> 參蕭雄淋，著作權法論，第 181-182 頁。

<sup>168</sup> 參蕭雄淋，著作權法論，第 186 頁。

<sup>169</sup> 參謝銘洋、馮震宇、陳家駿、陳逸南、蔡明誠等合著，著作權法解讀，第 74 頁。

合理範圍內，得公開播送他人已公開發表之著作。」須值得一提者，本條所稱之「教科書」係指高中或高職以下（含高中及高職）學校所使用必須經教育部審定之教科書，參考書並非屬此條文所定之教科用書<sup>170</sup>；而欲合理使用他人著作而編製「教學用之輔助用品」者，限於符合本條第1項規定而編制教科用書者，即屬同一人。另在適用本條規定時，不論是公開播送、重製、改作或翻譯、引用他人著作，依第64條第1項規定，均應「明示其出處」。至於明示出處的作法，解釋上應祇要「以合理方式為之」，也就是可以讓他人找到原著作的來源即可。再者，本條所規定之三種合理使用行為，雖然不須事先徵得著作財產權人之同意，但由於教科書的市場比一般出版品市場廣泛，其利用情形對於著作財產權人造成不小的影響，為不使著作財產權人受到太多損失，故87年修法時於同條第4項增訂，利用人須將其使用情形通知著作財產權人，並應依主管機關所定的使用報酬率<sup>171</sup>，支付使用報酬以保障著作財產權之利益。

另著作權法基於促進障礙者之教育，於第53條規定：「已公開發表之著作，得為視覺障礙者、聽覺機能障礙者以點字、附加手語翻譯或文字重製之。以增進視覺障礙者、聽覺機能障礙者福利為目的，經依法立案之非營利機構或團體，得以錄音、電腦、口述影像、附加手語翻譯或其他方式利用已公開發表之著作，專供視覺障礙者、聽覺機能障礙者使用。」本條第1項規定係為增進障礙者之福利，而允許得為視覺障礙者、聽覺機能障礙者之便利，以點字、附加手語翻譯或文字方式重製他人享有著作權之作品。第2項因錄音或電腦之利用方式如不限制利用之主體，將嚴重影響著作財產權人之利益，故利用之主體以「經依法立案之非營利機構或團體」為限。

著作權法亦允許利用他人已公開發表之著作，作為考試題目。第

<sup>170</sup> 參經濟部智慧財產局 91.10.8 智著字第 0916000717 號函釋。

<sup>171</sup> 目前使用報酬率有前內政部著作權委員會 87.1.23 內政部台(87)內著字第 8702053 號函公告之「著作權法第四十七條第四項之使用報酬率」，可茲參考。

54 條規定：「中央或地方機關，依法設立之各級學校或教育機構辦理之各種考試，得重製已公開發表之著作，作為試題之用。但已公開發表之著作，不適用之。」另須值得注意者，如果他人之著作本身就是試題，則不可擅自重製使用。

我國著作權法個別合理使用條款被利用之著作大都限於「已公開發表之著作」，然而對於「未公開發表之著作」是否可以主張合理使用？則未見明文。有學者認為，自從我國 87 年修正著作權法於第 65 條第 2 項增加「或其他合理使用之情形」等文字後，對於「未公開發表之著作」之利用類型，當然應認為屬於第 65 條第 2 項所指之「其他一切利用行為」而言，意即對於尚未公開發表之著作，亦應無不許其主張合理使用之可能<sup>172</sup>。

### 三、為「學術研究目的」之合理使用規定

為學術研究之目的，實有必要使用他人之作品，因學術研究之過程，通常係於原創之作品上，進行再次的研究創作，藉以推陳出新，完成新的著作作品，故為獎勵創作，促進學術文化進步，著作權法特規定為學術研究目的之合理使用條文。第 48 條第 1 款規定：「供公眾使用之圖書館、博物館、歷史館、科學館、藝術館或其他文教機構，於下列情形之一，得就其收藏之著作重製之：一、應閱覽人供個人研究之要求，重製已公開發表著作之一部分，或期刊或已公開發表之研討會論文集之單篇著作，每人以一份為限。」

87 年修法時，再增訂第 48 條之 1：「中央或地方機關、依法設立之教育機構或供公眾使用之圖書館，得重製下列以公開發表之著作所

---

<sup>172</sup> 美國於 1992 年修訂其著作權法第 107 條之同時，亦重申：「判定著作之利用行為，是否構成合理使用時，不得因為被利用之著作之本身，屬尚未公開發表著作之事實，而妨礙對之為構成合理使用之判定。」從而，被利用著作之具有尚未公開發表之性質，固不得因之拒絕其被認定為構成合理使用之原因。"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." Act of October 24, Pub.L. 102-492, 106 Stat. 3145 (1992).引自黃怡騰，著作之合理使用案例介紹，第 29-30 頁，收錄於經濟部智慧財產局網站，網址：[http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright\\_book/著作權之合理使用介紹.exe](http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright_book/著作權之合理使用介紹.exe)，瀏覽日期 96 年 10 月 15 日。

附之摘要：一、依學位受予法撰寫之碩士論、博士論文，著作人已取得學位。二、刊載於期刊中之學術論文。三、已公開發表之研討會論文及或研究報告。」上述條文中之利用行為均以「重製」為限，且被利用著作限於他人已公開發表之著作。至於重製的範圍，第 48 條第 1 款限於著作之一部分，或揭載於期刊或已公開發表之研討會論文集之單篇著作，且每人限於一份。何謂著作之「一部分」？有學者認為，乃指各個著作之一半以下<sup>173</sup>。但如其著作不可分，例如攝影、美術著作，宜解為得影印全部<sup>174</sup>。而第 48 條之 1 重製之範圍，不限於摘要之一部分，亦不限於一份。另外，在適用第 48 條第 1 款及第 48 條之 1 利用他人著作時，利用人得翻譯該著作<sup>175</sup>。其次，為研究教學、研究目的之必要，在合理範圍內，亦得引用他人已公開發表之著作<sup>176</sup>。在引用他人著作時，應明示其出處及著作人的姓名或名稱<sup>177</sup>。

#### 四、為「資訊自由流通目的」之合理使用規定

著作權法就涉及資訊自由流通目的之合理使用規定有第 49 條為時事報導之附帶利用、第 50 條機關或其他公法人名義著作之利用、第 52 條報導、評論目的之引用、第 56 條電臺播送暫存錄影之規定、第 56 條之 1 社區共同天線播送之規定、第 61 條時事論述之轉載、第 62 條政治、宗教公開陳述之利用等 7 種。

首先，在時事報導之附帶利用方面，第 49 規定：「以廣播、攝影、錄影、新聞紙、網路或其他方法為時事報導者，在報導之必要範圍內，得利用其報導過程中所接觸之著作。」本條所稱「時事報導」，係指單純為傳達事實的「新聞報導」；單純之新聞事件加上個人意見

<sup>173</sup> 參佐野文一郎·鈴木敏夫：改訂新著作權法問答，第 255 頁。引自蕭雄淋，著作權法論，第 194-195 頁。

<sup>174</sup> 參鈴木敏夫：實學·著作權，上冊，第 186 頁。引自蕭雄淋，著作權法論，第 195 頁。

<sup>175</sup> 著作權法第 63 條。

<sup>176</sup> 著作權法第 52 條。

<sup>177</sup> 著作權法第 64 條。

之論述，為「新聞評論」，則非本條得予合理使用之情形<sup>178</sup>；此外，本條所稱之「報導之必要範圍內」，須依報導之態樣、報導之時間等綜合客觀觀察以為決定<sup>179</sup>。另本條明示可以利用的，限於報導過程中所接觸之著作，新聞記者引用電視台補充漏未拍攝之鏡頭，因不屬於報導過程中所接觸之著作，故不能依本條主張合理使用<sup>180</sup>。

在機關或其他公法人名義著作之利用方面，第 50 條規定：「以中央或地方機關或公法人之名義公開發表之著作，在合理範圍內，得重製、公開播送或公開傳輸。」本條「以中央或地方機關或公法人名義公開發表之著作」，包括所謂「政府出版品」以及政府出資所成立的公法人之出版品，其具有政府資訊之角色，應允許在合理範圍內，得被重製、公開播送或公開傳輸。其限制條件為在「合理範圍內」，仍應依第 65 條第 2 項所定四個基準加以審酌，惟一般認為本條合理使用範圍，基於公益之目的，應該是較為寬廣<sup>181</sup>。

在報導、評論目的之引用方面，第 52 條規定：「為報導、評論、教學、研究或其他正當目的之必要，在合理範圍內，得引用已公開發表之著作。」本條所稱「其他正當目的」，係指與報導、評論、教學、研究等性質相同或類似的目的，並非泛指任何目的<sup>182</sup>。而「引用」，須有自己之創作，如僅羅列他人之創作，而無自己之創作，不符引用之要件，故引用須以自己創作部分為主，被引用之他人著作僅為自己著作之附屬部分<sup>183</sup>。依實務見解，引用他人著作，須所引用他人創作之部分與自己創作部分得加以區辨，如不能區辨何者為自己之創作，何者為別人之創作，亦即將他人之創作當作自己創作加以利用，則

---

<sup>178</sup> 惟此情形可依著作權法第 52 條合理使用之規定，為報導之必要，在合理範圍內，得「引用」已公開發表之著作。參經濟部智慧財產局 93.11.24 電子郵件 91124 函釋。

<sup>179</sup> 參蕭雄淋，新著作權法逐條釋義（二），第 109 頁。

<sup>180</sup> 但如果是為了報導目的之必要，仍可依著作權法第 52 條規定，在合理範圍內，引用電視台已公開播送之畫面補充漏未拍攝之鏡頭，但必須明示其出處。參經濟部智慧財產局，認識著作權，第 101 頁。

<sup>181</sup> 參經濟部智慧財產局 93.11.22 電子郵件 931122 函釋。

<sup>182</sup> 參經濟部智慧財產局，認識著作權，第 114 頁。

<sup>183</sup> 參蕭雄淋，新著作權法逐條釋義（二），第 125-126 頁。

非屬引用<sup>184</sup>。又「引用」非必一字不漏、原封不動照抄，省略部分文字、濃縮亦可，惟不能與被引用之著作意思有出入。如與原著作有實質內容之改變致影響著作人之名譽，即可能侵害原著作人之著作人格權<sup>185</sup>。

在電臺播送暫時性錄製方面，第 56 條規定：「廣播或電視，為公開播送之目的，得以自己之設備錄音或錄影該著作。但以其公開播送業經著作財產權人之授權或合於本法規定者為限。前項錄製物除經著作權專責機關核准保存於指定之處所外，應於錄音或錄影後六個月內銷燬之。」本條係參考伯恩公約第 11 條之 2 第 3 項而訂定<sup>186</sup>，其賦予廣播或電視得錄製他人著作之要件有三：（一）為播送之目的，（二）以自己之設備錄音或錄影該著作，（三）其播送該特定節目之行為業經著作財產權人之授權或合於本法規定。至於前述重製物保存期間之久暫，各國著作權法規定不同，我國於 92 年修法時將本條規定之保存期間由原來 1 年縮短為 6 個月<sup>187</sup>。此外，第 56 條之 1 規定：「為加強收視效能，得以依法令設立之社區共同天線同時轉播依法設立無線電視臺播送之著作，不得變更其形式或內容。」本條原條文第 2 項課以有線電視必載無線電視節目之義務，惟 92 年修法時，鑑於本項規定係屬廣播電視主管機關之政策，如有利用著作之合理使用問題，宜於廣播電視相關法規內予以規範，不宜在著作權法中為一般性之規範，故予以刪除。

在時事論述之轉載方面，第 61 條規定：「揭載於新聞紙、雜誌或網路上有關政治、經濟或社會上時事問題之論述，得由其他新聞紙、雜誌轉載或由廣播或電視公開播送，或於網路上公開傳輸。但經註明

<sup>184</sup> 參照最高法院 84 年度台上字第 419 號刑事判決、臺灣高等法院 89 年度上更(一)字第 1278 號、92 年度上易字第 2348 號刑事判決。

<sup>185</sup> 參蕭雄淋，著作權法論，第 211 頁。

<sup>186</sup> 參經濟部智慧財產局 89.11.17 (89)智著字第 89010833 號函釋。

<sup>187</sup> 參經濟部智慧財產局於「九十二年新舊著作權法條文對照及說明」第 56 條修法說明第 3 點：「...按國際立法例對此錄製物之保存時間，有定為一個月者，如德國著作權法第五十五條第一項，有定為六個月者，如日本著作權法第四十四條第三項規定，均較現行法所定之一年期間為短，爰衡酌各該立法例，縮短為六個月。」

不許轉載、公開播送或公開傳輸者，不在此限。」本條規定之「時事問題之論述」與同法第 9 條第 1 項第 4 款「單純為傳達事實之新聞報導」不同，事實之新聞報導不含報導者之見解；而時事問題之論述必涉及見解而非僅及於傳達事實，二者法律效果迥異，單純為傳達事實之新聞報導不得為著作權之標的，可自由利用；而時事問題之論述除了有課題的限制外，亦涉及合理與否的衡平判斷<sup>188</sup>。另本條但書「不許轉載、公開播送或公開傳輸」之註明，係指著作人附有權利之保留而言。故凡在新聞紙或雜誌之首頁、卷末或其他顯著位置，有概括禁止轉載、公開播送或公開傳輸之註明者，其註明之效力及於同一份新聞紙或雜誌內刊載之所有「政治、經濟或社會上時事問題之論述」，無需個別於每篇中皆註明始有效力<sup>189</sup>。

在政治、宗教公開陳述之利用方面，第 62 條規定：「政治或宗教上之公開演說、裁判程序及中央或地方機關之公開陳述，任何人得利用之。但專就特定人之演說或陳述，編輯成編輯著作者，應經著作財產權人之同意。」選舉期間候選人之電視政見發表應屬「語文著作」之「演講」，而依本條規定，原則上任何人均得利用之，惟利用時仍應注意本法第 65 條合理使用之規定。

應注意者是，以上關於教育、學術研究、資訊自由流通目的而重製、轉載、公開播送、公開傳輸、編製或是引用他人著作者，均應以合理之方式明示其出處及著作人之姓名或名稱<sup>190</sup>。此外，依以上規定而利用他人著作者，並得翻譯該著作<sup>191</sup>。

##### 五、為「保存文化、提升藝文目的」之合理使用規定

著作權法基於促進文化進步發展之目的，允許特定之文教機構得於一定條件下，可重製其所收藏之著作。第 48 條第 2、3 款規定：「

<sup>188</sup> 參陳起行，資訊著作的著作性與合理使用—事理、學理及法制面研究，第 26 頁。

<sup>189</sup> 參前內政部著作權委員會 81.11.20 台(81)內著字第 8118804 號函釋。

<sup>190</sup> 著作權法第 64 條。

<sup>191</sup> 著作權法第 63 條。

供公眾使用之圖書館、博物館、歷史館、科學館、藝術館或其他文教機構，於下列情形之一，得就其收藏之著作重製之：一、…。二、基於保存資料之必要者。三、就絕版或難以購得之著作，應同性質機構之要求者。」本條所稱「基於保存資料之必要」，並不以該著作已絕版或難以購得為限。至於重製之方式則不拘，複製、影印、錄影、攝製成微縮膠捲，甚至數位化均可。

另為提升藝文之目的，立法者特別對美術、攝影、建築等著作之合理使用加以規定，使一般民眾能有機會接受藝術文化之薰陶。第 57 條規定：「美術著作或攝影著作原件或合法重製物之所有人或經其同意之人，得公開展示該著作原件或合法重製物。前項公開展示之人，為向參觀人解說著作，得於說明書內重製該著作。」因著作人專有公開展示其「未發行」之美術著作或攝影著作之權利，依本條規定，著作物之所有人或經其同意之人，得公開展示該著作原件或合法重製物。

對於長期展示於戶外之美術及建築著作，為便利一般人之活動與利用，避免動輒得咎，於第 58 條規定：「於街道、公園、建築物之外壁或其他向公眾開放之戶外場所長期展示之美術著作或建築著作，除下列情形外，得以任何方法利用之：一、以建築方式重製建築物。二、以雕塑方式重製雕塑物。三、為於本條規定之場所長期展示目的所為之重製。四、專門以販賣美術著作重製物為目的所為之重製。」換言之，如果在向公眾開放之戶外場所長期展示之美術或建築著作以前述 4 款方式以外的方式利用著作時，利用人都可主張合理使用而不必經過授權。

#### 六、為「個人非營利使用」之合理使用規定

著作權法第 51 條：「供個人或家庭為非營利之目的，在合理範圍內，得利用圖書館及非供公眾使用之機器重製已公開發表之著作。」



本條僅限於供個人或家庭之用，應強調個人之結合關係之少數人，不得擴大解釋，否則著作複製大幅度增加，著作人之利益將不當地受到損害<sup>192</sup>。此外，本條所得利用之客體，限於「已公開發表之著作」，其所得使用之重製機器，限於「圖書館及非供公眾使用之機器」。所謂「供公眾使用之機器」，係設置於公共得出入之場所，供不特定人或特定多數人使用之機器，反之，則屬「非供公眾使用之機器」，例如家庭內使用之個人電腦。然而隨著資訊科技的發展，個人電腦中的檔案可透過網路分享予其他使用者，則會產生認定上的困難。有學者認為，依本條之立法意旨，僅對於家庭私領域的著作重製行為予以合理化，故應採嚴格解釋，對於逾越家庭內利用，將個人電腦作為他人可利用之「伺服器」的行為，即已使該個人電腦與一般網路伺服器地位相同，均屬於「供公眾使用之機器」，使用者利用該機器所重製之行為，即屬著作權之侵害<sup>193</sup>。

又公司員工用公司之影印機影印他人著作供個人使用，因該等設備非屬「非供公眾使用之機器」，雖無法依本條規定主張合理使用，惟如該「重製」符合第 65 條第 2 項各款所列之判斷標準時，應仍有得依該條規定主張合理使用之空間<sup>194</sup>。又本條之利用行為限於重製，至於究竟可以重製幾份，原則上仍應視影印占全部著作的比例，以著作的價值而定<sup>195</sup>。

## 七、為「非營利活動目的」之合理使用規定

為促進公共利益與文化交流，著作權法於 81 年修法時，為公益性活動增訂合理使用規定，現行法第 55 條規定：「非以營利為目的，未對觀眾或聽眾直接或間接收取任何費用，且未對表演人支付報酬者

<sup>192</sup> 參蕭雄淋，新著作權法逐條釋義（二），第 118 頁。

<sup>193</sup> 參賴文智，數位時代個人利用著作合理使用範圍之再調整，益思科技法律事務所網站，網址：<http://www.is-law.com/OurDocuments/CR0030LA.pdf>，瀏覽日期 96 年 10 月 31 日。

<sup>194</sup> 參經濟部智慧財產局 92.5.28 電子郵件 920528 函釋。

<sup>195</sup> 參趙晉枚、蔡坤財、周慧芳、謝銘洋、張凱娜合著，智慧財產權入門，第 202 頁。

，得於活動中公開口述、公開播送、公開上映或公開演出他人已公開發表之著作。」本條為著作權法合理使用規定中最被普遍引用之條文，欲依本條規定主張合理使用，則須同時符合「非以營利為目的」、「未對觀眾或聽眾直接或間接收取任何費用」及「未對表演人支付報酬」等三項要件。

所謂「非以營利為目的」，並非專指經濟上利益可以立即實現者，例如企業形象活動、商業與公益結合之活動等等，雖然經濟上利益可能轉換為無形或者延後發生，惟此均應認定為以營利為目的。而「未對觀眾或聽眾直接或間接收取『任何費用』」，解釋上應係指入場費、會員費、清潔費、服務費、飲食費等等與利用著作行為有關之直接、間接相關費用。「未對表演人支付報酬」所指報酬，係指表演人在工作上或職務上就付出勞務所取得之必然對價。此必然對價範圍包括工資、津貼、抽紅、補助費、交通費、工作獎金(非中獎之獎金)等具有相對價值者<sup>196</sup>。至於本條文「活動中」應如何解釋？依學界<sup>197</sup>及經濟部智慧財產局之見解<sup>198</sup>，不論是否為一般性活動或定期性活動，均屬所稱之「活動中」，惟亦有學者主張<sup>199</sup>，此處「活動中」必須是特定活動，而不可以是經常性活動。

#### 八、為「商品流通目的」之合理使用規定

按我國著作權法第 29 條規定，著作財產權人專有出租其著作之權利，因此，除非著作財產權人同意，任何人都不得將著作之原件或其重製物出租予他人。惟如果著作之原件或其重製物，係基於著作財產權人之同意而出售或移轉所有權給他人時，他人因而取得著作物之

<sup>196</sup> 參經濟部智慧財產局 95.10.20 電子郵件 951020e函釋。

<sup>197</sup> 羅明通教授認為，對於「活動中」之解釋不宜限縮於特定之活動而將經常性或例行性之活動排除。參氏著，著作權法論II，第 204 頁。

<sup>198</sup> 參經濟部智慧財產局 90.8.22 (九〇)智著字第 0900007844 號函釋。

<sup>199</sup> 參章忠信，第五十五條(非營利活動之合理使用)，著作權筆記，網址：

<http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php?board=11&act=read&id=64>，瀏覽日期 96 年 10 月 15 日。

所有權，此時，該所有人自得本於所有權之權能，任意使用、處分該著作物，亦得將其出租給他人而獲取收益，不必再得到原著作財產權人之同意，此亦為著作權法上之「第一次銷售理論」(First Sale Doctrine) 或稱「權利耗盡理論」(Exhaustion Doctrine)。我國著作權法第 60 條規定：「著作原件或其合法著作重製物之所有人，得出租該原件或重製物。但錄音及電腦程式著作，不適用之。附含於貨物、機器或設備之電腦程式著作重製物，隨同貨物、機器或設備合法出租且非該項出租之主要標的物者，不適用前項但書之規定。」即明定出租權耗盡之原則及例外。

依本條但書規定，「錄音著作」及「電腦程式著作」排除出租權耗盡原則之適用，此乃因錄音及電腦程式著作重製物，容易被重製，其出租必然使著作財產權人經濟利益受到嚴重損害。惟若該電腦程式著作之重製物係隨同貨物、機器或設備合法出租且非該項出租之主要標的物者，即不適用本條但書規定而使其得為出租。

#### 九、為「電腦程式利用」之合理使用規定

因電腦程式軟體與電腦硬體設備，其各自種類態樣萬千，功能本即迥異，從而必須相互調整配合，方能在不同需求下使用，故於著作權法第 59 條規定：「合法電腦程式著作重製物之所有人得因配合其所使用機器之需要，修改其程式，或因備用存檔之需要重製其程式。但限於該所有人自行使用。前項所有人因滅失以外之事由，喪失原重製物之所有權者，除經著作財產權人同意外，應將其修改或重製之程式銷燬之。」其中所謂「所使用機器」，係指電腦硬體設備而言，不包含電腦軟體程式在內，且該修改限於利用電腦程式所須採行之必要步驟，且須在該電腦程式原設計之目的範疇內始得修改<sup>200</sup>。

至於配合程式所有人使用之需要而修改，因非配合所使用機器的

<sup>200</sup> 參經濟部智慧財產局 82.7.14 台(82)內著字第 8217993 號函釋。

需要，故無法引用本條主張合理使用，惟可進一步思考是否合於第 65 條第 2 項合理使用概括規定。經濟部智慧財產局認為如參考歐盟 1991 年「關於電腦程式之法律保護」指令第 5 條第 1 項及第 4 條 (a) 款、(b) 款規定，依電腦程式預定目的的使用，其修改不影響原著作財產權人之權利，例如改正錯誤之情形，利用人似亦有主張合理使用之空間<sup>201</sup>。

## 第二款 概括合理使用條款

由於法律條文多屬抽象的規定，以涵蓋社會多元的使用現象，惟著作利用行為是否符合法律規定之要求，有時並不易判斷，故立法者特別於 87 年修法時，將著作權法第 65 條修改成概括性條款，規定一些補充性的判斷標準以供運用，以避免法律之適用過於僵化。第 65 條規定：「著作之合理使用，不構成著作財產權之侵害。著作之利用是否合於第 44 條至第 63 條規定或其他合理使用之情形，應審酌一切情狀，尤應注意下列事項，以為判斷標準：一、利用之目的及性質，包括係為商業目的或非營利教育目的。二、著作之性質。三、所利用之質量及其在整個著作所佔之比例。四、利用結果對著作潛在市場價值予現在價值之影響。」本條第 1 項開宗明義揭示著作之合理使用不構成著作財產權之侵害，第 2 項則完全仿照美國著作權法第 107 條之規定設立四項判斷之標準，茲將逐一析述之。

### 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

被利用之著作如為商業目的之行為，即對著作財產權人之經濟利益將有潛在之傷害，且利用人既係為商業目的而為，如允許其未支付通常所應負擔之費用而為無償利用，對於著作權人之獨佔權亦係一種不公平之利用，故是否於商業之動機乃是判斷合理使用之重要依據<sup>202</sup>

<sup>201</sup> 參經濟部智慧財產局 94.1.17 電子郵件 940117a函釋。

<sup>202</sup> 參羅明通，著作權法論II，第 264-265 頁。

。美國學者曾以實證的方法探討法院在審理合理使用案件時，如何斟酌這四項判斷因素，該研究發現，百分之 90 以上的法院將商業活動視為決定有無合理使用之重要因素<sup>203</sup>。惟隨著時代之變遷及社會日漸複雜化，商業與非商業之單一區分法實有困難。商業性之組織可能出於符合合理使用之目的而利用他人報導，其本身雖有強烈之商業目的，但對於社會公益亦有相當之貢獻；而非營利性質之組織亦有可能從事商業活動。故美國最高法院於Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc. 一案中推翻商業／非商業之判斷原則，而將重點置於轉化性使用（Transformative use）之程度高低。此概念係美國Leval法官所提出，其認為：

「轉化性使用必須是有建設性的、引用的方法及目的也必須不同於原著作，對原著作素材之引用若只是重包裝或出新版，是不太可能通過轉化性之測試。換句話說，引用原著作作為創作之素材必須是加值的，經由轉化帶來新資訊、新美感、新洞見或新體悟，這就是非常典型的合理使用行為，為了促進社會文化之內涵。」<sup>204</sup>

我國最高法院 94 年度台上字第 7127 號刑事判決亦稱：

「所謂『利用之目的及性質，包括係為商業目的或非營利教育目的』，應以著作權法第一條所規定之立法精神解析其使用目的，而非單純二分為商業及非營利（或教育目的），以符合著作權之立法宗旨。申言之，如果使用者之使用目的及性質係有助於調和社會公共利益或國家文化發展，則即使其使用目的非屬於教育目的，亦應予以正面之評價；反之，若

<sup>203</sup> 參馮震宇，從美國校園影印爭議看我國校園教學研究合理使用問題，第 8 頁。

<sup>204</sup> The use must be productive and must employ the quoted matter in a different manner or for a different purpose from the original. A quotation of copyrighted material that merely repackages or republishes the original is unlikely to pass the test; If, on the other hand, the secondary use adds value to the original--if the quoted matter is used as raw material, transformed in the creation of new information, new aesthetics, new insights and understandings-- this is the very type of activity that the fair use doctrine intends to protect for the enrichment of society. 參Pierre Leval, Toward a Fair Use Standard, p.1111。

其使用目的及性質，對於社會公益或國家文化發展毫無助益，即使使用者並未以之作為營利之手段，亦因該重製行為並未有利於其他更重要之利益，以致於必須犧牲著作財產權人之利益去容許該重製行為，而應給予負面之評價。」

由此觀之，最高法院之見解與 Campbell 案推翻傳統商業／非商業之判斷原則相呼應，不得因利用著作具有營利性質，就推論該利用行為不符合合理使用之要求。是以，商業與非商業之區分將難以作為合理使用之判斷標準，在考量本項因素時，除審酌是否出於商業目的外，尚須斟酌個案一切情形，不以是否出於商業目的為斷。

## 二、著作之性質

所謂著作之性質，主要是指依被利用的著作所具有的特質，像是：創作程度的高低、創作目的（是否針對某一利用方式創作）與取得方式是否便利…等，來判斷著作權的保護應到何種程度<sup>205</sup>。而依照美國法學說及實務上之見解，判斷著作性質與合理使用的問題癥結，在於著作有無公開與該著作之內容是否為事實性資料<sup>206</sup>。被利用之著作，如屬已公開發表或越具有資訊性或事實性，該種利用行為較有可能構成合理利用；反之，被利用著作若屬於尚未公開之著作，較不利於被認定為合理使用。此外，若被利用之著作，越具有創意性、想像性或原創性的性質，因其原創之意念表達成分較多，受到著作權法保護之程度相對愈高，故對於此類著作之利用，其所得主張合理使用之可能性及其範圍，相對較小。但被利用著作之性質僅為法院應予審酌之四項事實之一，故依據被利用著作之性質所作成之審酌結論，理論上尚非具有決定性。即使因為著作具有資訊性或事實性，而可能較有合理使用之空間時，法院尚應參考著作權法第 65 條第 2 項其他三款之規定，綜合判斷，始可對該著作利用行為是否構成合理使用為最終之

<sup>205</sup> 參賴文智，數位著作權法，第 122 頁。

<sup>206</sup> 參馮震宇，從美國校園影印爭議看我國校園教學研究合理使用問題，第 9 頁。

判斷。

### 三、所利用之質量及其在整個著作所佔之比例

在判斷利用著作之質與量時，有的國家係採取抽象之標準，例如美國、我國；有得國家則是明白訂定標準，例如在英國，作家協會與出版家協會在協議中約定，一部散文作品一次引用不得超過四百個單詞，二次引用不得超過八百個單詞。南斯拉夫著作權法規定，任何引用均不能超過原著之四分之一<sup>207</sup>。我國著作權法第65條第2項並未在法規中制訂任何質、量之標準，故應是依個案為「相對性」判斷，即依個案，將其利用部分與整個著作（包括被利用之著作與利用人本身之著作）相對比較後，始做結論<sup>208</sup>。換言之，利用之質量應按社會客觀標準分別考量，例如重製之部分為該著作之精華所在，則縱其比例不高，仍易被認定為逾越合理使用範圍；反之，若重製之部分屬於該著作其無關重要者，或屬一般有限之表達形式之部分，則與上述精華部分相較其比例容或有略高之空間<sup>209</sup>。故就著作權法之適用而言，著作之重製比例並無一定計算標準，須依具體個案之情形考量認定。

### 四、利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響

按著作權制度保護之重心為著作人或著作財產權人之經濟利益，使著作人得因其創作行為而享有法律所授與之專屬權利，並得藉市場機制之輔助，使其經由行使權利或授權他人行使其專屬著作權利之方式，取得經濟上之報償。此種制度，始得以激發著作人從事創作活動之誘因，並進而願將其著作，向社會及市場公開發表，藉以厚植並累積社會的文化與知識。因此，對於著作權人而言，最重要的就是利

<sup>207</sup> 參羅明通，著作權法論II，第266-267頁。

<sup>208</sup> 參林惠齡，著作權與合理使用，著作權筆記，網址：

<http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php?board=35&act=read&id=35>，瀏覽日期96年10月19日。

<sup>209</sup> 參經濟部智慧財產局95.7.6電子郵件950706a函釋。

用人對其著作進行利用時，是否導致其商業利益受到損害，如有具體之事實顯示利用著作結果，對於被利用著作之銷售可能造成損害，或對於著作之利潤造成減損，或因而產生取代之效果，此種情形皆可認為利用行為已對被利用著作之潛在市場及現在價值，產生不利之影響，自不構成著作之合理使用。

### 第三項 最高法院實務判決之分析與整理

首先，進入最高法院實務關於合理使用之判決分析前，茲提出兩點合理使用規定適用之爭議如下：

觀察我國著作權法第 44 條到第 63 條，在規定各種可以對於著作權人權利為限制的條文時，除了規定了許多要件外，大部分都加了「在合理範圍內」或「必要範圍內」，再配合第 65 條第 2 項「著作之利用是否合於第 44 條到第 63 條規定或其他合理使用之情形，應審酌一切情狀，尤應注意下列事項，以為判斷之標準」之文義觀察，在判斷第 44 條到第 63 條是否符合合理使用規定時，並非符合各該條所規定之要件即可，還必須要用第 65 條所規定之判斷標準作檢驗，此時似已產生雙重審查的問題。

惟按 87 年修正第 65 條第 2 項之修正理由稱：

「…三、舊法有關著作財產權之限制（學理上所泛稱之合理使用）僅限於第 44 條至第 63 條規定之範圍，而第 65 條係為審酌著作之利用是否合於第 44 條至第 63 條規定所訂定之判斷標準。惟由於著作利用之態樣日趨複雜，舊法第 44 條至第 63 條規定之合理使用範圍已顯僵化，無足肆應實際上之需要。四、為擴大合理使用之範圍，新法將本條修正為概括性之規定，亦即利用之態樣，即使未符第 44 條至第 63 條規定，但如其利用之程度與第 44 條至第 63 條規定情形相類



似或甚而更低，而以本條所定標準審酌亦屬合理者，則仍屬合理使用。」

揆其說明，立法者已察覺舊法合理使用範圍僵化，欲以原先第 65 條第 1 項（87 年修改為第 2 項）具補充條文地位之合理使用規定，修正為概括性規定，成為可獨立適用之合理使用條款。換言之，87 年修法後第 44 條到第 63 條與第 65 條第 2 項之合理使用條款間，已可為同時抗辯、或獨立先後抗辯，端視個案性情形而定<sup>210</sup>。

職是，87 年修法後確立第 65 條第 2 項為獨立之概括合理使用條款，倘有第 44 條至第 63 條以外之情形，仍可適用 65 條進行合理使用之判斷，然有疑義者，若利用行為屬於第 44 條至第 63 條所規定之情形，是否仍需適用第 65 條第 2 項進行合理使用之判斷？依據經濟部智慧財產局之見解：「又著作之利用是否符合上開第 55 條規定之合理使用情形，仍需依本法第 65 條第 2 項所定各款事項具體判斷之」<sup>211</sup>。惟有學者認為，依此，第 65 條既為獨立之概括合理使用條款，另一方面又為第 44 條至第 63 條之附屬判斷標準，如此可能造成體制上及概念上之模糊<sup>212</sup>。亦有學者認為，對於部分條文中未明示「在合理範圍內」之利用，何以仍須再適用第 65 條第 2 項所定四款標準，法理上未必說得通，尤其第 48 條之 1、第 56 條之 1、第 57 條至第 60 條，原就應是可以在規定情形下作任意利用，若還要再次檢驗，各該條文就將失其原定合理使用目標<sup>213</sup>。爰此，學者建議應依循美國著作權法之架構，亦即：當利用行為符合第 44 條至第 63 條之規定時，即直接適用各該條文之規定，不需再以第 65 條為判斷標準；惟利用行為不符合第 44 條至第 63 條之規定時，仍可依第 65 條之規定判斷是

<sup>210</sup> 參羅明通，著作權法論II，第 259-260 頁。

<sup>211</sup> 參經濟部智慧財產局 90.11.15（九〇）著字第 0900008550 號函釋。

<sup>212</sup> 參馮震宇主持，著作權合理使用之研究，收錄於整體著作權法制之檢討，第 331 頁。

<sup>213</sup> 參章忠信，著作權保護、科技發展與合理使用-談新著作權法關於合理使用的已然與未然，發表於交通大學法律研究所 2003 年 11 月 20 日舉行之 2003 年全國科技法律研討會，網址：<http://www.copyrightnote.org/paper/pa0030.doc>，瀏覽日期 96 年 10 月 19 日。

否符合合理使用以免除侵權責任<sup>214</sup>。

再者，在第 44 條到第 63 條中，有部分條文僅規定「重製」、有部分則限於利用「已公開發表之著作」之行為才可主張合理使用，倘若利用他人未公開著作之情形時，是否仍得成立合理使用？依經濟部智慧財產局之見解，合理使用之標的不適用於「未公開發表之著作」<sup>215</sup>。惟有學者認為，在我國現行著作權法下，著作完成之時，著作人即享有著作權，因此著作無論公開與否，均受著作權法之保護。惟著作權法的目的在於透過著作的流通，累積文化及知識，因此將著作公開更貼近著作權法之宗旨，似應受到更多保護。而目前公開著作之著作權人必須要受到著作財產權之限制，對於他人合理使用有容忍義務，則未公開著作之著作權人若完全不受合理使用之限制，邏輯上似乎不通。因此就立法意旨而言，宜認為利用未公開著作亦有合理使用的可能<sup>216</sup>。

關於上述兩點爭議，我國最高法院對於第 44 條到第 63 條個別合理使用條款與第 65 條概括合理使用條款之適用關係，以及是否應限制合理使用之利用客體及方式，曾於 94 年度台上字第 7127 號刑事判決有詳細之說明：

「著作權法於 87 年 1 月 21 日修正前，該法第 65 條係規定『著作之利用是否合於第 44 條至第 63 條規定，應審酌一切情狀，尤應注意左列事項，以為判斷之標準：一、利用之目的及性質，包括係為商業目的或非營利教育目的。二、著作之性質。三、所利用之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。』當時所承認之合理使用情形，僅限於該法第 44 條至第 63 條所列之情

<sup>214</sup> 參馮震宇，論新著作權法合理使用之規定，第 67-68 頁。

<sup>215</sup> 參經濟部智慧財產局 92.10.24 智著字第 0920009087-0 號函釋。

<sup>216</sup> 參林惠齡，著作權與合理使用，著作權筆記，網址：

<http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php?board=35&act=read&id=35>，瀏覽日期 96 年 10 月 19 日。

形，且在判斷具體案例是否符合各該法條之規定，係以該法第 65 條所規定之四款要件作為主要判斷之標準。惟在 87 年 1 月 21 日著作權法修正後，新增第 1 項：『著作之合理使用，不構成著作財產權之侵害。』同條第 2 項則修正為：『著作之利用是否合於第 44 條至第 63 條規定或其他合理使用之情形，應審酌一切情狀，尤應注意下列事項，以為判斷之標準：一、利用之目的及性質，包括係為商業目的或非營利教育目的。二、……。四、利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響。』修正後，我國著作權法除了第 44 條至第 63 條所列舉之『合理使用』事由外，尚承認其他『合理使用』事由，而其判斷標準同樣是依照該法第 65 條第 2 項所規定之要件，亦即著作權法第 44 條至第 63 條所規定之各項合理使用事由，已由修正前之列舉事由轉變為例示性質。申言之，在著作權法 87 年 1 月 21 日修正前，行為人若無當時著作權法第 44 條至第 63 條所列舉之合理使用情形，事實審法院即無依該法第 65 條所列四項標準逐一判斷之必要；然在著作權法為前述修正後，即使行為人未能符合該法所例示之合理使用情形，行為人所為仍有可能符合修正後著作權法第 65 條第 2 項所列之判斷標準，而成為同條項所稱之『其他合理使用之情形』，得據以免除行為人侵害著作權責任。」

由此觀之，最高法院亦認同，我國著作權法第 65 條第 2 項於 87 年修法後，加入「其他合理使用之情形」，其目的係在擴大合理使用範圍。換言之，即使利用態樣未符合第 44 條至第 63 條規定之形式，但如其利用之程度與第 44 條至第 63 條規定之情形相類似或甚而更低，而以第 65 條第 2 項所定之標準審酌亦屬合理者，仍屬合理使用。例如：學生利用學校旁便利商店之影印機來影印教科書供自己使用，因該設備係屬「供公眾使用之機器」，不能主張第 51 條之合理使用。

惟如果影印的部分，佔教科書整體的比例不大，且依照第 65 條第 2 項（一）利用的目的。（二）著作之性質。（三）所利用的質量在整個著作所占的比例。（四）利用結果對著作潛在市場與現在價值的影響等四項標準來判斷仍屬合理的話，還是可以主張合理使用。

此外，我國著作權法第 65 條第 2 項一共列舉了四款審酌標準，惟未明文指示該條所列四項審酌因素應如何予以適用，而僅謂：「…應審酌一切情狀，尤應注意下列事項，以為判斷之標準：…」，此一規定，是否即謂法院皆應「逐項進行審酌」律定之四項事實？抑或法院得以有選擇性的引用其中數項作為審酌依據？目前尚無定見。有學者認為，按我國著作權法第 65 條之規定係參仿美國立法例，美國法對此所持之見解，一致認為法院並無義務一定都得逐項進行所列舉之四款事實之審查；抑有進者，法院審查利用行為時所應審酌的事實，並非限定於法條所訂的四項律定事實。爰此，法院既得逐項進行全部法定事項之審查，亦得不逐項進行審查，更得於四項律定事實之外，依各該具體案件之案情所示，參酌其他法定以外事實，併入個案之中，依據「整體衡量」原則，綜予審酌，以追求個案案例的最佳判斷<sup>217</sup>。

而我國目前司法實務究竟如何運用第 65 條第 2 項四款審酌因素？最高法院 93 年度台上字第 2176 號刑事判決，可茲參照：

「著作之合理使用，不構成著作財產權之侵害；著作之利用是否合於著作權法第 44 條至第 63 條規定或其他合理使用之情形，應審酌一切情狀，尤應注意下列事項，以為判斷之基準：…。原判決理由欄乙、1 之(5)僅說明上訴人之行為，依上開著作權法第 65 條第 2 項第 1、4 款之判斷基準，不屬合理使用之範圍，但依上開同條項第 2、3 款之判斷基準，

<sup>217</sup> 參黃怡騰，著作之合理使用案例介紹，第 21-22 頁，收錄於經濟部智慧財產局網站，網址：[http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright\\_book/著作權之合理使用介紹.exe](http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright_book/著作權之合理使用介紹.exe)，瀏覽日期 96 年 10 月 15 日。

是否合於合理使用之情形，原審並未調查、審認，致原有瑕疵依然存在，自有調查未盡及判決理由欠備之違誤。」

揆其意旨，最高法院認為第 65 條第 2 項既列舉了四款審酌標準，這四款標準自是判斷利用行為是否構成合理使用時，公認的法定應予審酌事項。因之，欲判斷個案利用行為是否構成合理使用，作成最終結論前，理當逐一適用各款標準，進行單項審酌。換言之，法院審查利用行為是否構成合理使用時，並非限定於「須全部符合」法條所訂的四項律定事實，意即，利用行為即使不符第 65 條第 2 項所列其中一款審酌標準，仍有可能構成其他款規定之合理使用情形，顯見我國司法實務亦採寬鬆之合理使用標準。

## 第五節 強制授權

### 第一項 強制授權概說

強制授權係指欲利用他人著作的人，只要符合法律所規定之條件，經主管機關許可，不論著作人是否同意，即得使用該著作，其目的在於促進並普及著作的利用<sup>218</sup>。國際著作權公約所允許的強制授權包括三種：一、翻譯權的強制授權；二、重製權的強制授權；以及三、音樂著作的強制授權。翻譯權的強制授權及重製權的強制授權，主要是為保護開發中國家而考量。當一項文字著作發行經過一段時間，在某一國家始終未出現合法授權印製的版本，或該國語文的翻譯本時，或者經過合理磋商談判，始終無法獲得授權重製或翻譯，為避免因此阻礙該國人民吸收新知、引進科技文化的機會，則任何人得經該國政府主管機關的許可，向著作財產權人支付主管機關所定的使用報酬後，逕行重製或翻譯，在該國領域內發行<sup>219</sup>。我國著作權法原規定之強

<sup>218</sup> 參趙晉枚、蔡坤財、周慧芳、謝銘洋、張凱娜合著，智慧財產權入門，第 205 頁。

<sup>219</sup> 參章忠信，著作權的強制授權，著作權筆記，網址：

<http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php?board=9&act=read&id=18>，瀏覽日期 96 年 10 月 20 日。

制授權規定有二種：一是翻譯權的強制授權，另一是音樂著作的強制授權<sup>220</sup>。為配合加入WTO，翻譯權強制授權制度已於87年修法時刪除，現行著作權法之強制授權僅剩音樂著作之強制授權一種<sup>221</sup>。

由於音樂著作具有高度經濟利益，而現實情形是，大部分音樂著作從一完成時，就被唱片業者所掌握，如果要以著作權法保護音樂著作，會使得大量音樂著作被唱片業者所壟斷，無法充分流通，供大眾欣賞。基於這一原因，先進國家的著作權法開始要保護音樂著作時，就配套建立音樂著作的強制授權制度，規定一旦音樂著作被錄製成商業用錄音著作在市面發行，其他人就可以向政府主管機關申請許可，先向著作財產權人支付主管機關所定的使用報酬後，另行灌製錄音著作。音樂著作必須廣泛使用，才更顯其經濟價值，既然著作權人已將其錄製成商業用錄音著作在市面發行，則由其他人再行灌錄成錄音著作，祇要支付適當的報酬，應該也不致於過度損害音樂著作權人的經濟利益<sup>222</sup>。

## 第二項 強制授權之限制

關於我國音樂著作之強制授權制度，規定於著作權法第69條：「錄有音樂著作之銷售用錄音著作發行滿六個月，欲利用該音樂著作錄製其他銷售用錄音著作，經申請著作權專責機關許可強制授權，並給付使用報酬後，得利用該音樂著作，另行錄製。前項音樂著作強制授權許可、使用報酬之計算方式及其他應遵行事項之辦法，由主管機關定之。」由本條文觀之，其有以下幾項限制<sup>223</sup>：

<sup>220</sup> 我國81年以前之著作權法，僅就音樂著作定有強制授權的規定，81年修法時，有鑑於內、外國人平等原則，對外國人著作的「翻譯權」亦予保護，然而為兼顧國內教育、學術及科技發展的需要，乃特別增訂「翻譯權強制授權」制度。參謝銘洋、陳家駿、馮震宇、陳逸南、蔡明誠著，著作權法解讀，第91頁。

<sup>221</sup> 音樂著作之強制授權係伯恩公約第13條允許，故87年修法時予以保留。

<sup>222</sup> 參章忠信，著作權的強制授權，著作權筆記，網址：

<http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php?board=9&act=read&id=18>，瀏覽日期96年10月20日。

<sup>223</sup> 參賴文智，數位著作權法，第126-127頁。謝銘洋、陳家駿、馮震宇、陳逸南、蔡明誠著，

### 一、限於音樂著作已作錄音著作並發行滿 6 個月

依本條規定，經強制授權許可後，係「得利用該音樂著作」，故強制授權之標的係「音樂著作」而非原錄音音樂著作之錄音著作<sup>224</sup>，換言之，此種強制授權並非許可將原已錄製之錄音著作直接予以重製發行<sup>225</sup>。再者，並非所有的音樂著作都可申請強制授權，而是已經以錄音著作的方式發行滿 6 個月以上之音樂著作才是屬強制授權之標的。在這種限制下，未發行的音樂著作、內含於電影中的音樂著作等，都不能適用強制授權的規定。

### 二、須限於錄製其他銷售用錄音著作

這個限制係指申請強制授權的利用人，祇能將音樂著作利用於製作「銷售用錄音著作」，而所謂「錄音著作」，按著作權法第 5 條第 1 項各款著作內容例示之規定，係指包括任何藉機械或設備表現系列聲音而能附著於任何媒介物上之著作，但附隨於視聽著作之聲音不屬之。故利用人取得強制授權後，重新編成電腦程式 MIDI 錄音著作後重製於電腦伴唱機主機一併銷售，如僅係電腦伴唱機之一部分而無法單獨使用，則非屬「銷售用錄音著作」，不得適用強制授權之規定<sup>226</sup>。

### 三、須經主管機關許可

對於利用人是否符合強制授權所須的要件，主管機關有做實質審查的權利。因此，利用人必須依主管機關所定之程序申請許可。又強制授權乃主管機關依法定要件授與之著作利用權，為防止申請人於申請時，圖順利獲准許可而有虛偽申請情形；或獲准授權後，不依許可方式利用致侵害著作人之權益，主管機關得再依第 71 條規定撤銷或廢止其許可。

---

著作權法解讀，第 93-94 頁。

<sup>224</sup> 參羅明通，著作權法論II，第 395 頁。

<sup>225</sup> 參陸義淋，著作權案例彙編(2)-音樂著作篇，經濟部智慧財產局網站，網址：[http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright\\_book/著作權案例彙編--音樂著作篇.doc](http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright_book/著作權案例彙編--音樂著作篇.doc)，瀏覽日期 96 年 10 月 5 日。

<sup>226</sup> 參經濟部智慧財產局 91.3.25 智著字第 0910002150 號函釋。

#### 四、須給付著作權人使用報酬

音樂著作強制授權許可、使用報酬之計算方式已由主管機關頒布「音樂著作強制授權申請許可及使用報酬辦法」，若利用人未完成給付使用報酬條件，依據該辦法第 14 規定，仍屬侵害著作權，並非僅單純的債務不履行。

另需注意者是，依前述強制授權規定利用音樂著作，不可將錄音著作之重製物銷售至我國管轄區域外<sup>227</sup>。此乃由於強制授權原係兼顧著作權保護與一國學術、文教發展所需而設之折衷措施，為公平起見，凡經由授與利用許可所成之著作及其重製物不得向他國輸出，此為世界主要國家著作權法之基本原則<sup>228</sup>。

---

<sup>227</sup> 著作權法第 70 條。

<sup>228</sup> 參謝銘洋、陳家駿、馮震宇、陳逸南、蔡明誠著，著作權法解讀，第 94 頁。羅明通，著作權法論II，第 395 頁。