

## 二次創作界線

編目：智財法

主筆人：伊台大（陳琮勛律師）

### 【新聞案例】

〔記者徐聖倫、王冠仁、錢利忠、粘湘婉、曾德蓉／綜合報導〕

網路紅人谷阿莫剪輯多部電影、戲劇精華，搭配幽默旁白，深受網友喜愛，然而他的「二次創作」遭三家影視公司控告侵權，指他未取得授權擅自剪輯影片內容改作和公開傳輸。警方本月十九日已前往谷阿莫所屬的「知識糖果數位社群媒體股份有限公司」搜索，查扣六部剪製影評影片，依違反著作權法函送法辦，台北地檢署近期將傳喚他調查。

警方調查，卅一歲的谷阿莫（本名仲惟鼎），前年初開始製作各國電影與影集影評，擷取三至五分鐘電影、影集片段，再配上個人對電影及影集的陳述說明及簡介，以「X分鐘看完XXX」等標題，放上YouTube及臉書供點閱，每部影評幾乎都有數十萬點閱人次。其中六部影片被「又水整合」、「得利影視」、「科科電速(KKTV)」三家影視公司指控侵權。

### 擷取影片未獲授權 自稱「二次創作」

面對指控，谷阿莫反擊動作不斷。「知識糖果」前晚先以聲明強調是否侵權，應交由法律判定，並揚言谷阿莫將打死不退，「仍然會持續創作『X分鐘看完XXX』系列網路短片，不會輕言退出或放棄二次創作的權利。」接著谷阿莫以六分廿二秒影片現身，自認只擷取「十分之一或百分之一的原著作」，「X分鐘看完XXX」符合著作權合理使用原則，在評論、解說、研究、教學或新聞報導等情況下，可以不事先經著作權人之授權，在合理範圍內使用。

昨晚七點，谷阿莫還更新臉書，PO出二〇一四年「五分鐘看完《星際異攻隊》」的重製影片，因續集今天上映，他順勢辦起抽獎活動，送出廿張威秀影城電影票。本名李光爵的影評人膝關節就是威秀影城公關，稍早才公開批評谷阿莫的行為。谷阿莫解釋，過去YouTube會以「影片有違反著作權的疑慮」，將他的影片刪除或封鎖帳號，「但今年YouTube終於站在我這邊了，YouTube認為我符合網路著作權合理使用原則。」但他也強調，他支持網路著作權合理使用原則，願意積極配合司法調查，希望透過他的案例，讓法條有更明確的規範。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

記者昨天走訪「知識糖果」，公司拒絕受訪，記者撥打電話，接電話者不說明谷阿莫是否在公司內。

網友資料顯示，谷阿莫前年以暱稱「爛肉」，發布電影《露西》觀後感，有網友關注到他獨特的陳述風格後，他將暱稱改為谷阿莫。前年一月用臉書上傳第一支影片「五分鐘看完熱門韓劇皮諾丘」，網路人氣開始竄升。(2017年4月26日自由時報：谷阿莫被控侵權 北檢近日傳喚)

### 【重點提示】

一、如本件事實以國考題目化呈現，則事實大致如下：(通常會以片商＝著作財產權人與侵權人二元對立的關係來呈現事實，所以本篇文章以「原告」、「被告」來表示雙方關係)

(一)原告就被侵權著作享有著作權。

(二)被告有下載未經授權來源之影片之事實。

(三)被告有將上揭影片剪輯配音後上傳於網路平台。

(四)被告上傳之影片有透過網路平台瀏覽數量計算並取得利益。

二、國考若要求考生從頭到尾就整個侵害著作權案例的答題體系來作答，那爭點大致上會有：

(一)被告涉及侵權爭議之行爲：

1. 下載非法影片之行爲。

2. 將非法影片重新剪輯後上傳於網路供人觀覽之行爲。

(二)被告有無侵害著作權？

1. 主觀要件（涉及損害賠償請求）

2. 侵害了哪些著作權

(1) 著作人格權

(2) 著作財產權

(3) 有無構成合理使用？

(三)原告損害如何認定？

三、網路著作權侵害與網路服務提供者責任的互動關係

四、最後，題目也有可能出現對現行著作權法的評析，大概有兩個方向，第一、二次創作合理使用的問題，第二、網路侵權與訴訟發動效益的問題，就目前國考出題趨勢來說，法律評析的題目出現機會遠遠少於舊制，但若最後能視題目案例事實方向加以補充個兩三句，相信也會增加考生答案的深度。

五、本文僅呈現爭點，並就原被告兩造的立場提出主張與論述，原則上不設結論，

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

請考生自己選擇自己能接受之結論即可。本文可能沒辦法直接抓到出題老師所設計的考點，但希望能透過正反兩方的思辨，使閱讀的同學對於侵權與合理使用體系能有更進一步的了解。

## 【考點剖析】

### 一、被告涉及侵權爭議之行爲及侵權討論

#### (一)被告下載非法影片

##### 1.涉及侵害重製權

首先，依照報導事實，被告下載影片來源係來自非法網站，且其中包含許多正在首輪院線上的新電影，應該不可能有合法授權的網路下載來源，故被告下載影片之行爲應屬未經授權而侵害原告重製權。另外值得一提的，若被告是以 p2p 軟體作爲下載手段，則下載同時分享予其他不特定人，則同時涉及侵害公開傳輸權。

##### 2.是否「明知」爲非法而下載？

此主觀要件部分爭議較小的原因是，通常一般人應該能夠判決取得來源的合法性，且同樣的，網路上應該不會有首輪院線電影的片源，若明知爲首輪院線而進行下載行爲，則必然明知來源爲非法。

##### 3.是否可以主張合理使用？

此部分將在後段討論，值得一提的是，由於被告下載非法來源影片的目的是爲了要將影片重新剪輯後上傳於網路供人觀覽，所以兩個行爲的合理使用抗辯應得相互援引。也就是如果後階段的「將非法影片重新剪輯後上傳於網路供人觀覽之行爲」可以主張合理使用的話，則前階段的「下載非法影片」也可能可以援引相同的合理使用抗辯。

#### (二)將非法影片重新剪輯後上傳於網路供人觀覽之行爲

##### 1.涉及侵害權利

##### (1)姓名表示權

著作權法第 16 條規定：「著作人於著作之原件或其重製物上或於著作公開發表時，有表示其本名、別名或不具名之權利。著作人就其著作所生之衍生著作，亦有相同之權利。」故被告上傳剪輯後之影片，有多部未以合於社會慣例方式表示著作人姓名。

但被告就此部分可以依本條第 3 項：「利用著作之人，得使用自己之封面設計，並加冠設計人或主編之姓名或名稱。但著作人有特別表示或違反社會使用慣例者，不在此限。」提出抗辯：依影片之利用方法，

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

使用者均能知悉電影之原作者人（尤其是知名電影，一般用戶透過影視廣告即能得知電影之製作公司為何），於著作人之利益無損害之虞，且不違反社會使用慣例。

#### (2) 同一性保持權

著作權法第 17 條規定：「著作人享有禁止他人以歪曲、割裂、竄改或其他方法改變其著作之內容、形式或名目致損害其名譽之權利。」被告製作之影片均以歪曲割裂之方式改變原著作之同一性，並配以旁白，以戲謔、嘲諷之方式詆毀損及著作人名譽。

惟被告應得抗辯：剪接內容均以電影本身流程編排，屬於『濃縮』而無歪曲、割裂或改變，旁白的嘲諷言詞間接提升觀影樂趣，且係針對劇情本身，並未涉及著作人名譽。

#### (3) 重製權、公開傳輸權、改作權

被告將原告影片重製後、重新剪輯，並上傳網路平台供不特定人可以在各自選定的時間地點接觸原告著作內容，涉及重製權、公開傳輸權、改作權之侵害。在侵權的構成要件上抗辯的難度較高。

就侵害重製權與改作權的關係，可參考智慧財產法院 104 年度刑智上易字第 38 號判決之說明：「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，著作權法第 3 條第 5 款、第 11 款分別定有明文。又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 6 條第 1 項亦有規定，足見以原著作為基礎另為創作時若已挹注創作人的精神思想在內，致其所另為創作之著作已達著作權法最低創意程度之要求時，即為改作，若與原著作之內容同一而未有改作人之精神創作在內，即為重製。」

## 二、被告行為是否構成合理使用？

(一) 著作權法第 52 條：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。

### 1. 報導、評論、教學、出版及其他正當目的

被告可能提出如下抗辯：被告所上傳之影片中的旁白，係屬對電影的正當評論，而綜觀整部影片內容僅屬被告對該電影之心得，而敘及心得則難免需要解說部分電影劇情，但被告影片與一般臉書、部落格上經常出現之「電影心得文」，除了呈現手法的差異外，本質上並無不同，均有助於消費者選擇其所欲觀賞的電影，並自抒己見，有助社會公益。

原告得反駁：影片大量引用電影片段，已非單純之評論或心得，一般介

【高點法律專班】  
版權所有，重製必究！

紹電影的文章或影片均僅為部分引用原電影，而非經緯式完整引用。再者，被告影片係基於營利目的而製作，並非單純之評論。最後，原告之電影本有預告片，已足以幫助消費者選擇電影，無須第三人以侵害私權之方式告訴消費者該怎麼選擇。

2.在合理範圍內：此部份參酌後述之第 65 條 2 項討論。

3.「引用」原著作

被告抗辯：「引用」係指對著作合理之利用方法，被告僅於合理評論的範圍中利用原著作之片段，如分析被告影片對該電影的評論內容，可得出被告有利用到原著作片段部分均屬必要且最小限度之利用，且於引用方法上，被告引用原著作部分均可為一般觀眾辨識並區分原被告著作部分。原告得反駁：「引用」係指利用人應形式上區隔原著作與利用之著作，且需註明出處。被告的利用方法已實質將原著作的片段納入自己著作中，使一般觀眾難以區分，然而被告影片中幾乎所有的影像部分都是原告的著作，早已超越「引用」的意義（若一篇文章中，百分之八、九十都是引用他人的同一篇文章，則能算是「引用」嗎？），被告影片僅為對原告電影的剪貼。

4.「已公開發表」著作：不限合法原作

此要件的重點在於，被告引用之著作僅需為已公開發表之著作即可，如本件，被利用電影均屬已公開發表著作，而此要件與被告所利用之電影來源屬於合法或違法並無關聯，所以就算被告所利用之電影片段係違法下載而來，亦無妨於本條合理使用之主張。

(二)著作權法第 65 條：「著作之利用是否合於第 44 條至第 63 條所定之合理範圍或其他合理使用之情形，應審酌一切情狀，尤應注意下列事項，以為判斷之基準：一、利用之目的及性質，包括係為商業目的或非營利教育目的。二、著作之性質。三、所利用之質量及其在整個著作所占之比例。四、利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響。

1.利用之目的及性質

被告得主張：被告之影片內容均屬對原著作的合理評論與心得感想範圍，且有助於原電影之宣傳，亦有助公眾理解電影內容，具有公益性質。另外就被告亦可能提出「詼諧仿作(Parody)」抗辯。

詼諧仿作抗辯係援引外國法而來的合理使用抗辯，在著作權法修正草案第一稿亦有條文：「為嘲諷或詼諧仿作之目的，得利用已公開發表之著作。」惟第二稿之後即取下，要件上參考美國實務的法理，則被告可能

【高點法伴尋班】  
版權所有，重製必究！

抗辯如下：被告創作的核心在於對原著作的批判與嘲諷，再者，現實上被告不可能取得授權，且被告之影片為轉化性使用，並非原電影之延伸；且具轉換價值，呈現與原作不同之意念，最後被告影片並無取代原作電影市場。惟諷諧仿作於現行法下仍須回歸著作權法第 65 條規定判斷。

針對第一款，原告可能反駁：被告係營利性使用，且被告之利用行為係屬攀附原告著作之商譽而博取利益，更有甚者，被告影片標題「五分鐘看完…」完全標榜以其影片取代原電影，被告影片呈現的意念與內容完全與原電影相同，其旁白亦大多只是原電影劇情的敘述，並無轉化性使用。

## 2. 著作之性質

被告得抗辯：被告所利用之電影係具有高度宣傳需求，而被告之利用行為正可作為原電影之補充宣傳，且被利用之電影之價值，本質上係出於其本身之拍攝、製作、劇情等，其中劇情又僅占一小部分，不因被告之利用而受影響。再者，若原告之著作會因為被告之利用行為而受到價值減損，則表示原告著作本身性質上就有高度可取代性。

原告得反駁：被告所利用之電影時常為院線片，具有新穎性、即時性的性質，隨著時間與內容的曝光，則電影本身的觀賞價值，整體而言就會逐漸減少，原告的利用行為會削減此一價值。再者，電影具有高度「無可取代價值」者僅極少數經典鉅作，大多的電影都有其特出的價值，惟被告的利用行為與抗辯理由可能誤導大眾，而抹煞個別電影的價值。

## 3. 所利用之質量及其在整個著作中所占比例

被告抗辯：被告影片僅引用原告電影 5 分鐘之片段，佔原電影比例僅約 5%，且被告影片的畫質極低，與原告電影之高畫質相較下尚無法取代其價值，再者被告影片的性質及指向粉絲群，與原告觀影市場的重疊不大，使用者若會選擇去看被告影片，則本來就不會去看原告電影。

原告反駁：被告利用之電影片段均屬電影的精華部分，例如：轉折、伏筆、高潮片段。被告的影片絕大部分均由原告電影片段所構成，如除去原告電影片段，被告影片幾無價值；再由被告影片下留言可知，確實有許多使用者會透過被告影片影響觀影意願，顯然被告的影片粉絲與電影目標市場有相當程度重疊。

## 4. 利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響

被告抗辯：被告粉絲與原告電影市場取向不同，被告影片之品質與內容無法取代原告電影之市場（此部份與前段雷同），被告影片對原告電影具

【高點法律事務所】  
版權所有，重製必究！

有宣傳效果，反而有助於原告市場價值，也確實有使用者看了被告影片後才決定要去看原告的電影。至於被告影片的「點擊率」本身，是可以重複計算的，並不能證明其市場有受到被告影片影響，仍須回歸個別使用者判斷。

原告反駁：事實上，原告電影並未特別設定目標族群，乃針對全體公眾為市場，必然會與被告粉絲團重疊。再者被告影片係完全將原告電影濃縮依序剪輯，具有部分取代原告電影之效果，再者，原告如何利用自己的電影、如何宣傳，均與被告無關，被告不得以宣傳效果之主張逸脫其責，且被告亦不能證明其影片有多少宣傳效果。如點擊被告影片的使用者中 100 人有 1 人因此而打消了觀影念頭，若一則 50 萬點擊率的影片，則將有 5 千人受到被告影響觀影意願，即屬對原告電影所生之市場替代作用。

### 三、原告損害如何認定？

依著作權法第 88 條規定：「前項損害賠償，被害人得依下列規定擇一請求：

- (一)依民法第 216 條之規定請求。但被害人不能證明其損害時，得以其行使權利依通常情形可得預期之利益，減除被侵害後行使同一權利所得利益之差額，為其所受損害。
- (二)請求侵害人因侵害行為所得之利益。但侵害人不能證明其成本或必要費用時，以其侵害行為所得之全部收入，為其所得利益。依前項規定，如被害人不易證明其實際損害額，得請求法院依侵害情節，在新臺幣一萬元以上一百萬元以下酌定賠償額。如損害行為屬故意且情節重大者，賠償額得增至新臺幣五百萬元。」

故原告欲請求損害賠償，至少需證明：損害金額、損失因果關係、被告惡性，例如就因果關係的舉證，在被告影片底下有使用者留言說：看了被告的影片就不用浪費兩百塊了呢，則應得作為被告行為導致原告損害的證據。但原告所受損害或所失利益本身難以舉證，例如本件原告一開始以影片點擊數量乘以電影票價作為損害賠償請求的依據，則難以通過因果關係的檢驗。或是原告可以合理的「公開傳輸、公開播送」授權金作為損害賠償請求。另外也可能以被告所獲利益、總利益作為請求方法，但不一定有辦法證明原告損害、被告影片、獲利三者間之因果關係。

最後也可以法院酌定的方式請求，但著作權法第 88 條列出的損害賠償請求方法仍須將「被告實際所受損害」納入考量，但此部分較難認定，如果以法院酌定的方式認定損害金額，則以實務現況而言較難滿足原告設定之訴

【高點法律事務所】  
版權所有，重製必究！

訟目標，亦難達成後續侵權的嚇阻效果。

#### 四、本案所涉及著作權法界線之評析

##### (一)二次創作合理使用的問題

在二次創作產業中，想透過合理使用來保障二創者「不被告」的權益，並不容易，因合理使用的標準太過模糊，實務上的界線也不明顯。所以解決之道大致為：建立合理授權機制、衡平利益分配，以及事前的風險控管，例如：再減少使用原片比例、不透露劇情、減少榨取原片利益的觀感。

##### (二)網路侵權與訴訟發動效益問題

台灣片商資本相對而言都不大，而網路盜版太過猖獗，抓不勝抓，就跟打地鼠一樣，你打一隻會有另外十隻冒出來。就算抓到了，後續的訴訟救濟成本也相當高，所以成本問題指的是「抓盜版成本」與「救濟成本」，比方說之前痞子英雄電影版的片商有與保智大隊合作抓利用 BT 下載的盜版，但畢竟是少數的情形。所以要對網路盜版發動訴訟戰，也是要考量到後續效益的問題。本件被告公司年收，依照媒體報導，達 2000 萬元之譜，亦有被告公司獲中國投資 1 億 5 千萬元之消息，故對之發動訴訟方有實益。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！