

第二版：

律師專欄

從案例看照片・肖像與著作權

蔣文正 律師

一、前言

我國實務上常發生抄襲使用他人之型錄，而被訴諸違反著作權之案例，但並非每件侵害之告訴都會成立，法院為無罪之判決，其大部分的理由係認為照片不受著作權法所保護，最近也有發生照片有他人肖像，而被控害肖像權，而需負擔損害賠償之案例，均值得為文介紹。

二、著作須具有原創性

著作權法第十之一條規定：「依本法取得之著作權，其保護僅及於該著作之表達，而不及於其所表達之思想、程序、製程、系統、操作方法、概念、原理、發現。」著作權所保護之著作須具有原創性，著作權所保護之創作僅具備最小限度之創作即可，台灣高等法院台南分院九十年上易字第一六五五號刑事判決，就著作權之「原創性」即有所闡述：「所謂精神上作品，除須思想或感情上之表現，且有一定表現形式等要件外，尚須具有原創性始可稱之，是以受著作權法保護之著作，必須具備『原創性』，亦即該著作僅須具有最少限度之創意性，且足以表現著作個性或獨特性之程度，即屬著作權法所保護之著作」。

三、照片與攝影著作

依著作權法第五條第一項各款之例示，攝影著作包括照片、幻燈片及其他以攝影之製作方法所創作之著作，但並非照片就是攝影著作，攝影著作是在保護著作之表達，而不是在保護被拍照之對象，因而實例上有人拍攝湄洲聖母像之照片，受到著作權法所保護，但有人拍攝氣球佈置之場景，卻不是攝影著作，重點即在於拍攝者在該照片有無表現著作人之個性或獨特性：

（一）、拍攝氣球佈置之場景，不受著作權法保護之案例：

最高法院九十二年台上第一四二四號判決：「告訴人既在原審明確陳稱，其創意在於氣球編織及色澤之變化，足徵其創意係存在於『氣球佈置場所造型』，而非照片本身。攝影著作固屬著作權法之著作，然著作權法之精神，在於保護具「原創性」之著作，故攝影著作，應係由『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。通常一般以攝影機對實物拍攝之照片，尚難認係著作權法所指著作。」在此案例中告訴人已經表示，其創作在於氣球如何佈置場景，顯然場景才是其創作者個性或獨特性之所在，而拍攝氣球佈置場景之拍攝技巧手法，並未表現拍攝者之個性或獨特性，是以法院認為該照片並非攝影著作，而無法受到著作權

所保護，自無重製而侵害著作權之法律問題。智慧財產局於九十四年三月間就商品照片之函釋，則以為：「依通常情形，商品照片主要係為彰顯商品之特色、優點，故或多或少均含有攝影技巧在內，其仍有構成著作從而受著作權保護。」智慧財產局與上揭最高法院九十二年間之判決認為：通常一般以攝影機對實物拍攝之照片，尚難認係著作權法所指之著作，見解似有不同。

（二）、拍攝湄洲聖母像，受著作權法保護之案例：

台灣高等法院八十八年上易字第二五三〇號判決：「攝影著作有極大程度係依賴機械之作用及技術之操作，攝影者對拍攝之對象、構圖、角度等有所選擇，再透過光與影之處理拍攝而成。經查告訴人在偵查中陳稱：伊係選擇鹿港天后宮湄洲聖母作為拍攝主題，因原即想製作成明信片，故選取佛相半身照；又為避免太過定型化，與其他佛像照片相仿，故採取一些角度側面拍，拍完就直接印刷，伊係使用太陽燈打光拍攝而成等語。準此，足徵告訴人於拍攝佛像照片時，顯已融入自己之思想、感情於創作中，應受著作權法之保護無疑。」因而拍攝之主題，雖然僅是一般的神像，但如果拍攝者在拍攝時融入其個人之精神創作，該照片即屬攝影著作，而受到著作權法保護。

三、經銷商與重製商品型錄

經銷商抄襲使用製造商之型錄，是否構成侵害，台北地方法院九十二年自字第一〇三號判決：「被告在網站上刊載自訴人產品型錄部分內容，目的係在於宣傳廣告該公司所經銷之自訴人產品，並使客戶易於上網了解產品種類規格，其所為固存有獲取經濟收益之商業動機，然其目的既在於推銷自訴人產銷之產品，並提供有意購買自訴人產品之消費者一個便利取得產品型錄之管道，而非單純重製自訴人之產品型錄而推銷自己或他人之產品，甚或直接將產品型錄重製物對外販售圖利，則其利用程度顯屬輕微，而非全無構成合理使用之餘地。」又「自訴人指訴遭侵權之著作既為『產品型錄』，揆其著作性質，應係提供予經銷商、消費者使其等易於了解產品種類、規格之銷售輔助工作，與一般用以販賣取得對價之書籍，性質顯有不同；而現今資訊發達，網際網路普遍為社會大眾所利用，被告公司在其網頁上重製部分自訴人產品型錄內容，除宣傳廣告所經銷之自訴人產品外，並使有意購買自訴人產品之消費者易於上網了解產品種類、規格，除合於現今之市場習慣外，更無悖自訴人印製產品型錄之初衷。」另自訴人產品型錄遭被告等利用重製於網頁上之質量固然非屬輕微，但因自訴人並非販售產品型錄用以取得對價，則被告等利用自訴人著作之結果，對於自訴人產品型錄顯無可能產生銷售上之損害或影響，自訴人產品型錄固然有遭取代之可能，然被告等利用其產品型錄之結果，反而有助於自訴人產銷產品利潤之增加，適足達成自訴人印製產品型錄之目的，體現其產品型錄著作之價值。本院審酌前揭著作權法第六十五條第一項規定之一切情狀，為整體判斷後，認為被告等所為符合該條項規定之合理使用情形，自訴人之著作財產權在此範圍內，應受到限制，是被告等固然重製、公開傳輸、陳列自訴人享有著作權之產品型錄，然所為尚無構成刑事責任之餘地。」但筆者以為著作權法第六十五條第二項（九十二年修法前為第一項）係規定：「著作之利用是否合於第四十四條至第六十三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：．．．」是以現行著作

權法第六十五條第二項，僅係用來輔助判斷，第四十四條至第六十三條條文中所稱「合理範圍內」如何適用之問題，換言之，是否符合「合理使用」著作，仍應在著作權法第四十四條至第六十三條所規定之要件下探求，上開判決僅依著作權法第六十五條之規定，並未探求經銷商重製型錄，究係符合著作權法第四十四條至第六十三條中何條之規定，即遽以為經銷商重製型錄符合「合理使用」，似有未洽。

四、肖像權與著作權之競合

今年十月間台北地方法院曾有一案例，某大學生以三千元代價充當網站之模特兒，網站負責人未經該學生之同意，將其所拍攝之照片，無償授權出版社使用，照片係由網站负责人所拍攝，著作權當然是網站負責人所有，但照片上係某大學生之肖像，未經該學生之同意，可否任意使用該照片，即有疑義，台北地方法院在九十四年度訴字第一六五三號判決中就肖像權與著作權之競合係認為：「著作權之保護，具有調和社會公共利益，促進國家文化發展之功能，惟著作權為財產權，其行使權利不得濫用，乃法律之基本原則，而肖像權為民法第一九五條第一項規定所保護之一般人格權，使個人人格權可獲得最基本的尊重，為個人基本尊嚴獲得確保之重要規定，當著作權與肖像權衝突時，衡量其利益結果，本院認為應以著重人格權之『人』的要素之肖像權的保護優先於著重財產權要素之著作權。」而法院同時亦認為：「給付原告三千元，係原告擔任模特兒拍攝照片之對價，且被告○○○亦已取得系爭照片之著作權，若謂被告給付上開費用，可未經原告同意，並基於行業慣例，同時取得原告肖像權，實有違常情，由此可知原告與被告間並未有肖像權授權之合意，原告並無將系爭肖像授權予被告使用之事實。」筆者對上開判決認為肖像權應優先於著作權而受保護，雖表贊同，但有關授權使用肖像權方面，筆者以為三千元代價之多寡，應與肖像權授權之合意無關，某大學生既願充當攝影模特兒，即具有肖像權授權之默示，縱然無償充當攝影模特兒，亦無妨肖像權授權之合意，肖像權是人格權之一種，如果係以歪曲、割裂、竄改或其他方法使用照片，侵害攝影模特兒之肖像，而損害其人格者，自屬侵害肖像權，惟若正常合理使用照片者，應無侵害攝影模特兒之肖像權，否則賣場或展覽會中，供人拍照片之促銷模特兒，若拍照者不能使用模特兒之肖像，則顯不符一般人之法律感覺。

五、結語

著作權所保護者是著作之表達，著作須具原創性，始受到法律之保護，照片並非當然就是攝影著作，在上揭拍攝湄洲聖母像與拍攝氣球佈置場景之案例中，因拍攝者在法庭上不同之陳述，而得到不同之判決結果，拍攝照片時，若未融入自己之思想、感情於創作中，自無法

受到著作權法之保護，而所謂創作，亦僅要求最小限度之創作即可，智慧財產局函釋所謂「或多或少含有攝影技巧在內，即有構成著作從而受著作權保護。」而最高法院九十二年間之判決認為：通常一般以攝影機對實物拍攝之照片，尚難認係著作權法所指之著作，管見以為最高法院應係局限在「隨機性地對實物拍照」，該拍照不能構成「創作」而言，對商品實物拍照，若拍照者著重其攝影手法及技巧，對被攝影之對象、構圖、角度、光量、速度等因素進行選擇與調整，即具有原創性，自得受到法律保護。肖像權屬

人格權之一環，拍攝人像若未經被拍攝者之同意，容有構成侵害肖像權之可能，但被拍攝者，即是攝影之模特兒，似應有授權使用肖像之默示，但對拍照之人像予以歪曲、割裂或竄改，自仍會構成侵害攝影模特兒之人格，而侵害肖像權。