

故宮文化資產保存的著作權爭議

楊智傑

真理大學財經法律系助理教授

江雅綺

英國里茲大學法學博士候選人

摘要

2009年1月，台灣出現一則新聞：一家涮羊肉火鍋店擅自使用故宮院藏「元世祖」半身像及「元世祖出獵圖」的影像重製品，遭故宮員工舉發，被迫繳了萬餘元影像授權費。同時之間，另一則新聞則是，遠雄集團希望取得聯合報所拍之國寶翠玉白菜照片，以為商業廣告之用，故宮亦跟遠雄要求授權金。

但是，根據我國著作權法規定，著作權只保護到著作人死後五十年。元世祖半身像、元世祖出獵圖及翠玉白菜，創作人早已經死亡超過五十年，故宮並無著作權，這些著作物均已經進入公共所有（public domain），為全民所共享，而其重製之影像，是否為著作權客體？如果不是，那故宮博物館是據何主張授權金？本文即受上述新聞啟發，探討像博物館之類的文化保存機構，面對其所藏物品的重製行為，在著作權法上的定位為何。首先介紹歐盟著作權指令中，對仍受著作權保障之著作物，文化資產保存機構為保存或建檔之需要，可為合理之重製行為，如同我國著作權法第48條的規定。其次以美國判例為例，探討若為著作權已消滅之物品所為之重製品，博物館為收藏品所拍之照片，可否為著作權之客體、要求利用人付授權費用？若其答案為否，那博物館是否有著作權以外之依據？最後即以我國故宮主張「文化資產保存法」為例，探討「文保法」的保障目的與精神，應不可與著作權法相提並論，廣及一切複製行為。

關鍵字：歐盟著作權指令、文化資產保存機構、著作權限制、著作權原創性要件、博物館重製品之著作權

壹、前言.....	2
貳、外國著作權立法的探討—歐盟著作權指令.....	3
一、歐洲著作權法和美國法的異同.....	3
二、歐盟著作權指令有關文化資產保存的著作權限制規定.....	4
（一）文化資產保存機構之非營利散布行為.....	5

(二) 文化資產保存機構對著作權人之合理補償.....	5
(三) 文化資產保存行為之合法重製行為.....	6
三、針對博物館的著作權爭議.....	6
(一) 博物館所有物與著作權.....	6
(二) 博物館重製行為之著作權限制.....	7
(三) 博物館重製物之著作權.....	7
四、小結.....	8
參、博物館重製物的著作權原創性要件.....	8
一、概說.....	8
二、美國 Bridgeman Art Library v. Corel Corp. 案.....	9
(一) 事實背景.....	9
(二) 英國法要求之原創性.....	10
(三) 是否構成侵權.....	11
(四) 是否違反商標法.....	11
(五) 選法爭議.....	12
(六) 美國法要求之原創性.....	12
三、思考.....	13
(一) 僅平面藝術品拍攝或掃描不具原創性.....	13
(二) 對博物館的衝擊.....	13
(三) 公共所有的價值.....	14
肆、我國博物館重製物的利用.....	15
一、故宮授權爭議.....	15
二、文化資產保存法.....	15
三、國外判例之反思.....	15
伍、結論.....	16

壹、前言

2009年1月台灣出現一則新聞：一家涮羊肉火鍋店擅自使用故宮院藏「元世祖」半身像及「元世祖出獵圖」的影像重製品，遭故宮員工舉發，被追繳了萬餘元影像授權費¹。

¹掛元世祖賣涮羊肉 故宮索費追緝【聯合報／記者周美惠／台北報導】，2009/01/17 聯合報。

而相關報導中，也出現一則新聞，遠雄集團想用國寶翠玉白菜的照片作廣告，找上聯合報合作取得聯合報內的照片。但故宮卻也跟遠雄索取授權金²。

但是，根據我國著作權法規定，著作權只保護到著作人死後五十年。元世祖半身像、元世祖出獵圖及翠玉白菜，創作人早已經死亡超過五十年，故宮並無著作權，這些著作物均已經進入公共所有（public domain），為全民所共享，而其重製之影像，是否為著作權客體？如果不是，那故宮博物館是據何主張授權金？本文即受上述新聞啟發，探討像博物館之類的文化保存機構，面對其所藏物品的重製行為，在著作權法上的定位為何。將由介紹歐盟著作權指令中，對仍受著作權保障之著作物，文化資產保存機構，為保存或建檔之需要可為合理之重製行為，如同我國著作權法第 48 條的規定。但若為著作權已消滅之物品所為之重製品，諸如博物館為收藏品所拍之照片，可否為著作權之客體要求利用人付授權費用？如果不行，那我國故宮主張之「文化資產保存法」是否可為授權的依據？

貳、外國著作權立法的探討—歐盟著作權指令

一、歐洲著作權法和美國法的異同

歐洲的著作權法體制，起源至 15 至 16 世紀³，當時著作物的出版者或印刷者被賦予獨佔權利。英國則是第一個承認著作人格權的國家⁴。而在法國大革命之後，著作人得以享有獨佔的重製權利，在歐陸法制中從而確立。基於歷史的發展，歐洲國家的著作權法制，可分為大陸法系和英美法系。英國即為英美法系之代表，和美國的法制接近，認為著作權僅是法律賦予著作人一套經濟權利的總合。而其他大陸法系的國家如德法，則認為著作人之經濟權利源於根本之人格權。

但不管是歐陸或英美的法體系，著作權的基本架構均相似，同時承認權利授與應該要符合某些法律要件(例如上述的原創性要件)，也認為在某些情況下，將可為公共利益排除著作的私人權利(例如合理使用)。但是，不同的法體系，對這

² 企業經驗 請「白菜」站台 遠雄有付錢，【聯合報／記者陳培思／台北報導】，2009/01/17 聯合報。

³ Pantalony, Rina Elster “Managing and Identifying Museum Intellectual Property : Its Uses and Users” In: Bearman, David/Trant, Jennifer (1998, eds.): Museums and the Web 1998: Selected Papers published on CD-ROM. Proceedings of the Second International Conference Toronto, Canada, April22-25 1998. Pittsburgh, PA: Archives & Museum Informatics, (1998), at p225-226.

⁴ Act of Anne in 1709.

些要件與限制的規範不盡相同，其相應而生的法律解釋與判例也未必一致。以下將由介紹歐洲與美國著作權法的相異之處，探討歐洲如何處理文化資產保存行為與著作權的爭議。

但除了特別強調著作權的「Moral Rights」，認為著作權不僅僅意味經濟上的權利，也代表著作人的人格尊嚴，歐陸和美國於著作權法的不同，還體現於「合理使用」的規定上。基本上，美國法對著作權利的排除要件，規定於其著作權法第107章的「合理使用」⁵，為一不確定法律概念，有待法院以實務判決來補強其內涵。至目前為止，美國法院一般會考慮是否「合理使用」的要件包括：該使用行為的目的與特性、對市場的影響、對著作物的影響等。相對於美國的「開放式」規定，歐洲在歐盟著作權指令的第5條⁶，即採取一一列舉的方式，明確的規範何時可排除著作權、主張合理使用。學者即指出，歐洲各國的著作權法，傾向以大量的例外規定、明確規範何時可排除著作的私人權利⁷。換句話說，歐洲法的合理使用要件，主要係由立法者決定；相對而言，美國法的合理使用要件，則係由法官補充。

由上可見，著作權法制並不統一，不過各國希望追求統一規定的努力，一直沒有停止。1887年的伯恩條約是第一個國際性著作權條約，而歐盟於2001年，亦提出前述的著作權指令⁸，試圖統合歐洲的著作權規定。有趣的是，雖然英國的著作權法精神和美國一致，但因為身為歐盟的一員，也須遵守歐盟相關著作權指令的規範，因此就指令中規定等同於合理使用概念的條款，英國仍須與歐盟的規範一致，而與美國有異。此外，有關著作權的限制，歐美用語亦不同。美國採取「合理使用」(fair use)，英國則稱「合理應用」(fair dealing)，而歐盟指令中則以「免除條款」(exemption)，為免混淆，以下一律以著作權的限制指涉此概念。

是故，以下有關文化資產保存機構的著作權限制之界限，仍以歐洲為一地理概念，將英國納入其中。

二、歐盟著作權指令有關文化資產保存的著作權限制規定

2001年的歐盟著作權指令，為歐盟各國立下了著作權的規範標準。而第5條雖列舉多樣使用人可排除著作權人權利的事項，其根本精神無非是希望平衡著作人的私人利益與公眾使用的權益⁹。這樣的考量，基於不同的公共目的會有不同

⁵ Section 107 of the U.S. Copyright Act of 1976.

⁶ Article 5 of the Directive 2001/29/EC on the harmonization of certain aspects of copyright and the related rights in the information society.

⁷ Guibault, L.M.C.R., *Copyright Limitations and Contracts, An Analysis of the contractual Overridability of Limitations on Copyright*, Amsterdam, (2002)

⁸ Directive 2001/29/EC on the harmonization of certain aspects of copyright and the related rights in the information society.

⁹ Ibid, at p27.

的結論，以下將針對該指令中有關文化資產保存機構的規定討論。

從立法史而言，2001年的著作權指令，其實主要是爲了因應新興科技對著作權可能造成的侵害，其意在於提供著作權人更周全的保障。該指令的草案，受到著作權人團體的影響，遠比公益團體大¹⁰。同時，文化資產保存機構諸如歐洲圖書館單位(European Bureau of Library)、資訊及檔案協會(Information and Documentation Associations)也都參與了該指令立法的討論¹¹。在這樣的情勢下，該指令保障著作權利人的面向多過對公共利益的考量，而將這些文化資產保存機構定位於非營利團體，將這些文化資產保存機構的行爲列入著作權限制的範圍之中。基本上，該著作權指令將文化資產保存機構視爲使用服務的提供者與媒介者，只不過，使用者的權益保障則並沒有被考慮太多¹²。

(一) 文化資產保存機構之非營利散布行爲

早期歐洲的著作權法，是允許公共機構免費出借著作物予一般大眾，直至1992年的指令，才確認了出租與出借亦屬於著作權利之一種¹³。有趣的是，90年代之後的著作權法令，均將心力置於因應網路科技對著作權的影響，歐盟的相關法令也強調「營利使用」的侵權規範，但卻對非營利使用的行爲關注甚少¹⁴。以一般公共文化資產保存機構如圖書館的借書服務爲例，若圖書館有向借書人收取一點手續費以便維持營運，此究爲「出租」或「出借」？以1992年的指令精神而言，圖書館爲維持營運的收費，尚不致構成營利行爲，與一般商店的「出租」行爲不同¹⁵，而屬著作權限制行爲之一種。

(二) 文化資產保存機構對著作權人之合理補償

在歐盟指令中，著作權限制在某些情況之下，爲了平衡著作權人與使用人的法益，一方面允許使用人使用著作物而不必受到著作權利的限制，另一方面又允許著作人可以得到補償費用。

在著作權指令中¹⁶，即規定在某些特定情況下，著作人若無法由他處取得費用，則應得到合理補償。以文化資產保存機構的非營利散布行爲而言，雖屬著作

¹⁰ Hoorn, Esther, "Creative Commons Licenses for cultural heritage institutions: A Dutch perspective", IVIR report, (2006), at p 35.

¹¹ Ibid.

¹² Ibid.

¹³ Council Directive 92/100/EEC on rental right and lending right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property, 19/11/1992.

¹⁴ Reinbothe, J. and Lewinski, S., *The E.E. Directive on Rental and Lending Rights and on Piracy*, London: Sweet and Maxwell, (1993),

¹⁵ *Supra* note 44.

¹⁶ Recital 35 of Copyright Directive.

權限制，而不必得到著作權人同意，卻未必免於對著作權人補償的義務。以荷蘭為例，其著作權法第 15 條即規定，公共圖書館必須在付與一定費用與著作權人做為補償，其費率由著作權團體決定¹⁷。

（三）文化資產保存行為之合法重製行為

歐盟著作權指令第5條第2項列舉規定了某些著作權重製行為，重製人得以自行為之，不須得到著作權人的允許。例如，第5條第2項第3段規定，公眾圖書館、教育機構或博物館為非營利或檔案保存目的所為之重製，屬著作權限制之範疇。不過，在指令中亦強調¹⁸，上述機構的重製權並非毫無限制，反之，其乃在特定情況下方有重製之權利。易言之，不是文化資產保存機構即有無限重製之權利，例如，若圖書館為提供遠距文獻服務進行數位重製，則不在著作權限制之範圍內，屬於私人重製行為，必須得到著作權人之授權。

因為數位重製行為之限制，文化資產保存機構之重製權在網路時代受到大幅的限縮。因為，愈來愈多文化資產的建檔與保存採用數位化的形式，此部分排除了文化保存機構任意出借數位重製檔案予公眾的權利，對著作權人的保障擴大，但著作權限制的公共利益則相對縮水。

三、針對博物館的著作權爭議

（一）博物館所有物與著作權

1976 年以前，美國著作權法規定當著作權人將著作物所有權轉移予他人，即視同一併將其上之著作權移轉予該人。而歐洲法傳統則相異，認為除非著作權人明確表示，意欲將著作權連同所有權一併移轉，否則所有權之移轉並不同著作權之轉讓。1976 年之後，美國法也與歐洲法採取一致立場¹⁹。

因此，就博物館而言，就算其對所收藏之物品有所有權，卻不代表有著作權。此外，歐盟的著作權保障期限為著作人死後加 70 年，此期限過後，該著作物即進入公共領域(Public domain)，著作權亦消滅。不過，許多博物館雖然從未擁有過該物的著作權，或僅有所有權而該物之著作權利已不復存在，但仍然企圖控制大眾對原始著作物之重製品的使用，特別是原始著作物的攝影重製物部分²⁰。

¹⁷ Article 15 of Dutch Copyright Act.

¹⁸ Recital 40 of Copyright Directive.

¹⁹ Walsh, Peter, Art Museums and Copyright: A Hidden Dilemma, *Visual Resources*, Vol. 12, 1997, 36-372, at p 364.

²⁰ *Ibid*, at 366.

（二）博物館重製行為之著作權限制

不管是英國的「合理應用」條款，或是歐盟的著作權指令有關著作權限制之規定，均將文化保存機構的非營利重製行為列為例外。因此，當博物館對其所有之原始著作物為建檔或教育等公益目的進行一般重製時，乃於法所許。舉例而言，對原始著作物以攝影方式重製，即屬合法。但必須注意的是，數位重製行為乃重製之例外，不在著作權指令中所規定著作權限制之項目中。因此，除非歐盟各會員國就數位重製有例外規定，當博物館可以對一收藏品攝影，未必代表其可以將攝影圖片數位化，或提供數位圖檔供大眾使用²¹。我國的著作權法亦有類似規定，於第 48 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、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。
- 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。」其精神和歐盟指令的規定雷同。

（三）博物館重製物之著作權

如上述，博物館對其所有之原始著作物未必享有著作權，而另一方面，即使沒有著作權，博物館仍得以對著作物進行合法之重製行為。但博物館究竟可否主張對這些重製物之著作權？則不無疑義。

重製物是否得以主張著作權，關鍵在於重製行為是否可達於著作權所要求「原創性」。「原創性」的標準，歐陸法和英美法不太一致。一般而言，英美法對原創性的標準要求較寬鬆，而歐陸的要求則較高²²。不過，不管是英美法或歐陸法的標準，博物館的重製物要主張著作權是相當困難的。以攝影重製物來說，雖然該攝影作品的品質與攝影者的判斷、技術密不可分，但其重製之目的乃在重製該著作物之原貌。既然主旨在於重製原貌，便很難想像這攝影行為具有「創造性」，毋寧只是「事實的呈現」²³。但雖然無法主張著作權，許多博物館仍然企圖控制這些複製品的利用行為，以美國的博物館為例²⁴，最常透過契約的方式，

²¹ Schweibenz, Werner, "Art Online: Access and Copyright Issues for Digitized museum Information", paper presented for the 8th International BOBCA TSSS Symposium, Jagiellonian University, Krakov, Poland, 24-26, Jan., (2000), at p 258.

²² Defries, Graham, "Virtual Museums: Legal Reality". Virtual Museums on the Internet, Online Proceedings of a Symposium Organized by the ARCH Foundation, 8-10, May, (1998), Salzburg, Austria. Cited by Werner, (2000), supra note 55.

²³ Supra note 53, at p 369.

²⁴ Supra note 18

限定使用人對複製品的利用。

四、小結

雖然歐陸法制、歐盟著作權指令和美國著作權法均有相異之處，但就本文所探討的博物館重製而言，卻會達成一致的結論。亦即，博物館對原始著作物，如果著作權尚未屆期，則其一般合法重製行為須符合特定要件，數位重製行為則須取得著作權人的同意。倘若著作權已消滅，如故宮院藏之「元世祖」畫像，則博物館可對其進行一般或數位重製，但其重製品因缺少「原創性」，不受著作權保護。但是，即使沒有著作權，許多博物館仍試圖以其他方式(如契約)控制這些重製品的利用行為²⁵。在我國，博物館則以「文化資產保存法」的規定管控這些大眾對這些重製品的利用。

參、博物館重製物的著作權原創性要件

一、概說

許多博物館中的藝術品，已經超過了著作權保護期間，這些藝術品都應該進入公共所有（public domain），為全民自由取用。卻因為圖書館設下各種限制使用的方式，造成著作權法想要達到的原意落空。他們最常見的手法之一，一方面禁止遊客在館內攝影，另一方面則自己拍攝清楚的照片，主張對這些照片擁有著作權，他人想使用必須付費使用。博物館或藝術館透過這些手法，其實已經讓著作權中對著作權期間設限制，讓超過著作權保護期間就該進入公共所有的理念落空²⁶。

因而，開始有人懷疑，將平面藝術品拍成照片，真的有著作權嗎？其符合著作權法中所要求的原創性（originality）嗎？

將他人作品複製的情況下，是否具備原創性，美國由不同的法院，曾發展出兩種

²⁵ Supra note 55, at p 259.

²⁶ Robert C. Matz, Note: Bridgeman Art Library, Ltd. v. Corel Corp., 15 Berkeley Tech. L.J. 3 (2000); Kathleen Connolly Butler, *Keeping the World Safe from Naked-Chicks-in-Art Refrigerator Magnets: The Plot to Control Art Images in the Public Domain through Copyrights in Photographic and Digital Reproductions*, 21 Hastings Comm. & Ent. L.J. 55, 74-5 (1988).

判斷標準。第一種是聯邦第二巡迴上訴法院在 *Alfred Bell v. Catalda Fine Arts* 案²⁷ 發展出來的，要求比較新作品和原作品是否有「獨特的變化」(distinguishable variation)。第二種則是紐約州南區聯邦地方法院在 *Alva Studios v. Winninger* 案²⁸ 發展出來的，要求新作品的創作者必須有「獨立且藝術的技巧、勞力和判斷」(independent and artistic skill, labor, and judgment)²⁹。到了 1976 年的 *L. Batlin & Son v. Snyder* 案³⁰，則將這兩個標準混合，但似乎將兩個標準都提高要求。對第一個要求獨特的變化，要求該變化必須是「實質的」(substantial) 而不能是「細微地」(trivial)。對第二個「技巧、勞力和判斷」要求，則要求必須有較高程度的真正的藝術技巧 (true artistic skill)。

而真正與本文想討論的，博物館或藝術館請攝影師將平面藝術品拍攝，到底構不構成原創性，則出現在 1998 年的 *Bridgeman* 案。而這個案件中的法官，也有套用前述標準。

二、美國 *Bridgeman Art Library v. Corel Corp.* 案

(一) 事實背景

本案原告是位於美國紐約州的英國 *Bridgeman* 藝術圖書館，他們專門取得全球各地藝術館收藏品的照片，這些照片的來源，可能是各地藝術館自行提供，也可能是他們聘請攝影師為去拍照。通常其拍攝的藝術品，都已經超過著作權保護期限。拍下清楚的照片後，他們將這些照片重製為較大的彩色幻燈片，也將其照片檔轉成數位檔案。而他們一方面販售授權高解析度的幻燈片，並在角落附上一個色彩條，說明其與原始藝術品的色調一致。另一方面，他們則將低解析度的檔案，存在 CD 光碟中，免費送給原告的客户，做為幻燈片銷售的目錄³¹。

被告則是加拿大的 *Corel* 公司，他們主要業務為銷售電腦入體。他們的產品中，有一組七片的 CD 光碟，稱之為「*Corel* 專業照片光碟大師」。而這組產品中的照片，出現了七百張歐洲大師的照片。*Corel* 宣稱他們的照片檔案取自 *OWI* 的 35 釐米的幻燈片。而 *OWI* 提供給他們時，告訴他們這是屬於 *OWI* 的³²。

原告 *Bridgeman* 主張被告大約重製了他們 120 張照片的檔案，構成侵權。其

²⁷ *Alfred Bell & Co. v. Catalda Fine Arts*, 191 F.2d 99 (2d Cir. 1951).

²⁸ *Alva Studios v. Winninger*, 177 F. Supp. 265, 267 (S.D.N.Y. 1959).

²⁹ *Kathleen Connolly Butler*, supra note, at 79-80.

³⁰ *L. Batlin & Son. v. Snyder*, 536 F.2d 486, 491 (2d Cir. 1976).

³¹ *Bridgeman Art Library v. Corel Corp.*, 25 F. Supp. 2d 421, 423-4 (1998).

³² *Id.* at 424.

理由如下：雖然這些照片已經落入公共所有，但掌有者嚴格限制他人接觸拍照。而原告則是唯一取得這些幻燈片授權的公司。因此，原告相信，被告 Corel 的檔案，一定是來自於 Bridgeman 的幻燈片檔案，因為被告提不出任何合法的來源。而這些侵權行為的發生地，遍及美國、加拿大及英國。Bridgeman 認為其幻燈片應有著作權，因為在 1997 年時，Bridgeman 將其「老藝術大師 I」向美國著作權註冊辦公室（Register of Copyrights）取得衍生著作證書。其次，根據英國、加拿大的法律，以及伯恩公約，原告都應該享有著作權³³。

到底 Croel 有沒有侵害著作權呢？其主張 Bridgeman 根本不想有著作權，其也沒有構成重製行為。

由於這個案子的原告是英國籍公司，被告是加拿大籍公司，而侵權行為發生地又遍及美國、加拿大、英國，所以在選法問題上，到底該適用哪一國法，有所爭議。本案紐約南區聯邦地方法院法官 Lewis A. Kaplan 認為，因為原告屬英國籍，其所拍攝的照片，大多又是英國的藝術品，因此，到底這些照片有沒有著作權，英國對於此著作權議題具有最重要的關連。至於侵權行為的發生，涵蓋美國，而且本案是在美國起訴，所以到底有沒有侵權行為，則是要適用美國法律³⁴。

（二）英國法要求之原創性

要判斷是否有著作權，則必須看增國的 1988 年著作權、設計和專利法（Copyright, Designs and Patents Act），該法規定為有「原創性的文字、戲劇、音樂或藝術作品」才享有著作權（literary, dramatic, musical or artistic works" copyrightable）。而所謂的原創性（originality），雖然不必是高度創作，但不可以完全複製另一件作品。但也不是說一個新作品不能利用舊作品的部分，畢竟我們也有所謂的衍生著作。衍生著作若是利用著作人技巧、判斷和勞力，將原始著作進行轉換，也能取得新的著作權。所以，原創性的要求，應該要對既有的著作，進行增加、修改、轉和、或合併其他素材³⁵。

法院認為，原告 Bridgeman 的照片，只是將一些已經落入公共所有的作品，作完全的重製，而沒有任何的增加、修改或轉化。甚至，原告更是努力要將照片拍的根原始著作的色澤一模一樣。因此，法院認為其不符合英國法下的原創性要求，而沒有著作權。但原告 Bridgeman 主張他們有原創性，因為他們乃將原作品轉換了媒介。但法官認為，任何人都不能主張其發展出一特定媒介，所以純粹的媒介轉換，並不符合原創性要求³⁶。

原告 Bridgeman 還主張，他們的照片旁邊有加上色彩條，則具有原創性。不過，被告 Croel 的照片，並沒有色彩條的部分。所以法院根本不需要判斷這加上

³³ Id. at 424.

³⁴ Id. at 425-6.

³⁵ Id. at 426.

³⁶ Id. at 426-7. 若是從美國法來看這個問題，也可以得到一樣的答案。因為美國法 17 U.S.C. §102(a) 也有原狀性的要求。

色彩條的部分，是否構成原創性³⁷。

最後，原告則主張，他們請專業攝影師照相，這部分應該構成原創性。法院認為，攝影師的照片，的確可以構成原創性。但若某些照片只是完全的重製另一個影像，則仍然不具原創性。法院還舉例說，影印機的設計也具有高度專業性，但影印機複製出來的作品，並不因為影印機的專業性，而取得原創性³⁸。

法院綜合上述意見後，認為在英國法下，原告 Bridgeman 的照片，並不具備原創性，而未取得著作權³⁹。

（三）是否構成侵權

就算原告 Bridgeman 的照片有著作權，原告也沒有成功證明被告 Croel 真的有侵權。要舉證證明有重製的侵權，必須證明被告有接觸原告的著作，且兩著作的相似性程度很高。但以原告所提證據來看，無法有力證明這兩個要素。一方面，法院仍然懷疑被告是否有接觸原告的著作，另一方面，被告的照片解析度低，這跟原告的高解析度照片是否相似，也值得懷疑。而法院特別指出，原告的照片和被告的照片相似，因為他們都是去拍攝那些已經落入公共所有的藝術品。但原告能拍，被告也能拍，不能因為被告的照片和原告相似，就認定被告有侵權⁴⁰。

至於發生在美國領土以外的侵權行為，美國法律則管不到。但若要主張英國法或加拿大法，來判斷是否構成侵權，美國法院則欠缺管轄權⁴¹。

（四）是否違反商標法

原告也主張被告違反了美國聯邦商標法（Lanham Act）的第 32(1)和 43(a)。就 43(a)的問題，亦即現在美國法典 15 U.S.C. §1125⁴²條規定，不可錯誤標示商品來源。原告主張被告的 CD 光碟中，錯誤的顯示其來源，也錯誤地讓人聯想到與 Bridgeman 藝術圖書館有關⁴³。

但法院認為此主張無理由。首先，原告 Bridgeman 並不是用這些照片作為自己商品或服務的商標，其也不能作為標示 Bridgeman 商品來源的象徵。因而，其根本不能訴諸 Lanham Act 43(a)的主張。而且，Bridgeman 也沒有證明 Corel 有將這些照片作為其商標。因此，Corel 並沒有將這些照片作為其商品來源的指示。

³⁷ Id. at 427.

³⁸ Id.

³⁹ Id.

⁴⁰ Id. at 428.

⁴¹ Id. at 430-31.

⁴² 15 U.S.C. §1125: “Any person who, on or in connection with any goods or services, or any container for goods, uses in commerce any word, term, name, symbol, or device, or any combination thereof, or any false designation of origin, false or misleading description of fact, or false or misleading representation of fact, which--

(B) in commercial advertising or promotion, misrepresents the nature, characteristics, qualities, or geographic origin of his or her or another person's goods, services, or commercial activities...”

⁴³ 25 F. Supp. 2d. at 429.

最後，就算任何照片形象與 *Bridgeman* 連結，那也是那些以落入公共所有領域的照片，其他人本來就可以使用⁴⁴。

最後總結上述說明，法院判決原告敗訴⁴⁵。後來原告不服，又提出新的理由，要求法院再予以審酌。不過最後結果，原法院仍然駁回原告之訴⁴⁶。

（五）選法爭議

法院在這份新的判決書中，提到了美國憲法第 8 條第 1 項第 8 款中智慧財產權條款的精神。該條規定，國會有權：「為促進科學和實用技藝的進步，對作家和發明家的著作和發明，在一定期限內給予專屬權的保障。」而該案中法院邀請的專家 *William Party* 認為，該條款讓國會保護的著作權，也限於必須有原創性的著作。而就算美國對外簽署國際條約，仍然不可以違反美國憲法的規定。不過，法院認為，美國簽署的國際條約若與美國憲法發生衝突，國際條約是否必然退讓，仍有懷疑空間⁴⁷。

不過，就算適用相關國際公約要求美國遵守外國法律對著作權要件的規定，那也要看各國法律對著作權要件是否真有不同的規定。不過，若參考伯恩公約第 5 條，採取的是國民待遇原則（*national treatment*），外國人在美國受到的保護，和美國人本土受到的保護一樣多。但是，伯恩公約在保護外國人著作時，有要求美國必須依照外國法律所定義的著作權要件嗎？法院認為，伯恩公約本身沒有執行力，必須落實到各國法律中，而美國因此制定 1998 年伯恩公約執行法（*Berne Convention Implementation Act of 1988*），修改美國著作權法相關條文。而 17 U.S.C. §102 仍規定，著作必須有原創性⁴⁸。

（六）美國法要求之原創性

由於法院第一次判決是根據英國法，認為原告 *Bridgeman* 著作不具原創性，而僅在註腳中也提到，根據美國法也不具原創性。因此，法院這次更詳細說明在美國法下，為何原告著作不具原創性。

法院指出，在美國重要的著作權法權威著作 *Nimmers on Copyright* 中，有提到，照相本身，只要有一點點的個別性(*personality*)，就具備原創性。但 *Nimmers* 認為有兩種情況，照相仍欠缺原創性。其中之一，就是所謂的「盲從複製」(*slavish copying*)，亦即僅是用照相方式，拍攝另一張照片或平片影像，則欠缺原創性⁴⁹。其還舉出美國第二巡迴法院的案例 *L. Batlin & Son, Inc. v. Snyder* 案⁵⁰，提到，惟

⁴⁴ *Id.* at 429-30.

⁴⁵ *Id.* at 431.

⁴⁶ *Bridgeman Art Library v. Corel Corp.*, 36 F. Supp. 2d 191 (1999) .

⁴⁷ *Id.* at 193-4.

⁴⁸ *Id.* at 194-5.

⁴⁹ *I NIMMER* §2.08[E][2], at 2-131.

⁵⁰ 536 F.2d 486 (2d Cir.) (in banc), cert. denied, 429 U.S. 857 (1976)..

有「獨特的變化」(distinguishable variation)，必須比單純技術操作更多，才具有原創性。純粹轉換媒介，並不構成原創性。因此，法院認為，在美國法下，原告的行爲僅是盲從複製，不具備原創性⁵¹。

接著法院也進而探討原告新提出的英國法重要的判決 Graves' Case (1869) LR 4 QB 715。該案乃是攝影師拍攝一個立體的藝術品，而法院認為攝影師因為挑選的角度、光線、遠近等，具有原創性。但是，法院提出，英國也有學者質疑，這個案例已經非常老舊，當年攝影是一個很專業的技術，但今天攝影已經非常單純，是否能在今天繼續適用，仍有質疑。而且本案並非是拍攝立體作品，而是將一個平面畫作轉拍為平面的攝影作品。而且拍攝作品，還要看到底有沒有投入創作元素，如果根本沒有選取角度、光線等問題，則根據英國樞密院在 Interlogo AG 案中所說，一定要對原作有某些改變或裝飾，才能算是具備原創性⁵²。

三、思考

(一) 僅平面藝術品拍攝或掃描不具原創性

上述 Bridgeman 案，法院認為將平面藝術翻拍的照片，本身沒有創作性。但並沒有特別指出，將三度空間中的立體藝術翻拍，是否具有創作性。因而，至少我們可以說，將立體藝術照成照片，由於會有光線、角度、快門、距離、背景、焦點、光影等不同，故拍攝出來的照片具有創作性⁵³。

(二) 對博物館的衝擊

有學者指出，如果博物館將那些落入公共所有的藝術品拍照後，無法取得著作權，則他們會傾向不願意讓人們接近這些藝術品，例如透過不准拍照的契約，完全禁止一般人對之攝影。這種透過契約方式的約定，可能更限制了著作的流通⁵⁴。

不過，這個理由似乎不能成立。因為就算保障翻拍的著作權，各種美術館、博物館一樣不准遊客拍照。

比較有可能的，是這些博物館怕他們的照片不受著作權保護，他們將不願意將這些照片出版畫集或放到網站上，供人閱覽，因為怕人可以輕易重製⁵⁵。

不過，有一種看法是，博物館並不用害怕因而就無法賺錢。某些需要高解析度影像的市場，例如教育機構、展覽機構、廣告商，他們需要高解析度的照片，

⁵¹ Bridgeman Art Library v. Corel Corp., 36 F. Supp. 2d. at 196-7.

⁵² Id. at 197-9.

⁵³ Robin J. Allan, *After Bridgeman: Copyright, Museums, and Public Domain Works of Art*, 155 U. Pa. L. Rev. 961, 977-8 (2007). Kathleen Connolly Butler, *supra* note , at 107-9.

⁵⁴ Robin J. Allan, *supra* note , at 984-5.

⁵⁵ Robin J. Allan, *supra* note , at 985.

仍然必須要跟原博物館取得，因為從書上或網路上取得的照片，解析度都不夠。如此一來，仍然可以為博物館保留一些獲利的管道，讓他們願意去拍攝高解析度的照片⁵⁶。

而且，博物館將這些藝術品出畫冊，雖然各別照片已經不受著作權保障，但畫冊本身則是編輯著作。至少其他人不可以直接重製這本畫冊。但畫冊中各別的照片，則不能禁止人民使用⁵⁷。

（三）公共所有的價值

擔心者則指出，若拍攝照片無著作權保障，博物館或許願意將照片放在網站上，但在網站上立下定型化契約，要求使用者點選同意。而定型化契約上，會對瀏覽者作了很多限制，包括限制原本著作權法中的合理使用空間，都可能被契約剝奪⁵⁸。

不過，筆者認為，如果博物館知道自己拍翻的照片不受著作權法保障，大概根本就不會願意繼續提供網路上的瀏覽。若其願意提供網路上的瀏覽，筆者認為任何違背著作權法的契約約定，都是無效的。

而 *Bridgeman* 案判決後的一個好處是，以後不會有不應該出現的侵權訴訟。例如 A 拍攝原著作，拍出一個照片，B 也拍攝原著作，拍出一個照片。結果 A 卻控告 B，說 B 是抄襲 A。其實 B 是拍攝原著作，並不是抄襲 A。但由於博物館的角色往往就是 A 的角色，他們看到民間有未得到他們同意就使用落入公共所有的著作，他們就會提出告訴。*Bridgeman* 案判決後，這種情況就會減少⁵⁹。

而且，法院並不是說，直接拍攝平面藝術品本身，就完全不可能取得著作權。假設拍攝的方式非常獨特，技術上有所突破，仍然可能可以取得著作權。但比較好的方式，應該是對這種特殊的拍攝方式，讓其去申請方法專利，而不是賦予其拍攝成果著作權，以免影響人民的接觸使用⁶⁰。

一般人會以為，若不給予博物館著作權保障，最後將是著作不再流通。但是，有著作權保障，不是讓著作權流通的最好的方式。讓著作進入公共所有，才是讓著作大量流通的最佳方式⁶¹。

⁵⁶ Robert C. Matz, *supra* note , at 19-20.

⁵⁷ Robert C. Matz, *supra* note , at 20-1.

⁵⁸ Robin J. Allan, *supra* note , at 986.

⁵⁹ Robert C. Matz, *supra* note , at 16-7.

⁶⁰ Robert C. Matz, *supra* note , at 21-2.

⁶¹ Kathleen Connolly Butler, *supra* note , at 125-6.

肆、我國博物館重製物的利用

一、故宮授權爭議

如前言之所述，故宮要求涮羊肉火鍋店為擅自使用故宮院藏「元世祖」半身像及「元世祖出獵圖」之複製影像，繳付影像授權費，也要求遠雄集團為利用聯合報所有之國寶翠玉白菜的照片，付相當的授權金。但根據我國著作權法規定，這些古物著作權均已消滅，進入公共所有（public domain），而其重製之影像，依照上述之判例與立法例，亦缺少原創性精神而不能成為著作權之客體，因此故宮要求授權金的基礎何在？即有爭議。

二、文化資產保存法

故宮主張，他們援引是「文化資產保存法」而非著作權法。依文資法第 69 條規定，「公立古物保管機關為研究、宣揚之需要，得就保管之公有古物，具名複製或監製。他人非經原保管機關准許及監製，不得再複製。」故宮即據此主張擁有「准許及監製」典藏品影像授權的權利。

但事實上，仔細看這一條所指的「複製或監製」，其原意應該是限於「古物的實物複製」，而不包括描繪、攝影或改作等其他衍生利用。如果將禁止複製的範圍，擴張到所有的攝影，以及攝影後的改作、及衍生利用，那麼，連一般人寫歷史書，想在書裡面放一些照片，都會受到故宮的限制。這與文化資產保護法第 1 條立法目的「為保存及活用文化資產，充實國民精神生活，發揚多元文化」相違背，本不能到活用文化資產、充實國民精神的目的；反而是限制了傳統文化的傳播運用，而肥了故宮的荷包。

事實上，著作權法中，即便受著作權法保護著作，都還受「著作權限制」(fair use) 限制，而不能完全禁止他人利用。如今故宮所擁有的全民共享的古物，故宮居然想主張「所有的衍生利用」，都屬於這裡所講的「複製或監製」，其保護範圍甚至比受著作權法保護的著作還要廣泛，更讓人無法接受。

三、國外判例之反思

從前文美國判例可知，已經落入公共所有的著作，就算經過拍照，本身不具備原創性，根本不受著作權法保護。另外，遠雄集團使用聯合報的翠玉白菜的照片，由於是立體藝術品拍成照片，具有原創性，但著作權屬於聯合報，也不屬於故宮。

而故宮竟然宣稱其不是使用著作權，而是用文化資產保護法 69 條的規定。事實上，文化資產保存法 69 條僅規範了複製品，而且其立法目的應該是擔心過度真實的複製品（贗品）。

事實上，既然已經落入公共所有的著作，任何人都可以任何方式利用。我國的文化資產保存法 69 條為何限定只能由故宮複製或監製？這點似乎從比較法上也找不到依據。而這樣的規定已經完全抵觸著作權法的精神。至少從美國的案例來看，就不可能限定只有博物館才有權利監製古物。由於只有故宮有權監製，也引發了故宮將國寶發包給大陸廠商製作，而不給國內廠商製作的爭議⁶²。所以，正確的解釋，應該是只有故宮有權利進行故物高度真實的複製品（贗品）。至於其他民間團體要生產販賣的各種紀念品或放大、縮小的產品，都不屬於故宮禁止的範圍。

而且，就算故宮可以主張文化資產保存法，該條也說是爲了「研究、宣揚」之需要，而不是爲了讓故宮授權賺錢。故宮自行通過的「國立故宮博物院珍貴動產衍生品管理及收費規定」⁶³根本不是根據文化資產保存法的授權而制定，也違逾越了法律的授權⁶⁴。如果真是爲了就古物的研究宣傳，故宮根本不該收費賺錢。但故宮每位員工，每年居然可以從古物複製品中分紅⁶⁵，更令人質疑故宮自行制定辦法的合法性。

我國近年來，被美國用貿易三零一條款制裁壓力下，一直順從美國，而不段擴張智慧財產權的保護範圍和執法強度。但一般人不知道的是，我國目前對智財權保障幅度，早已比美國本土的保護還要多。

令人質疑的是，立法院通過「文化資產保護法」和「原住民族傳統智慧創作保護條例」，對早已進入公共所有的智慧也溯及納入保護，這根本不是美國人的要求。而是在政府官員以爲將更多的知識納入保護就是正確的錯誤思想下，甚至是在與民爭利的思維指導下，作出的錯誤決策。令人遺憾。

伍、結論

從國外著作權的立法例，可知在著作權的發展過程中，傾向著作權利人的保障，遠多過公共利益的衡量。以致今日大眾若要利用、或重製著作物，已經要受到比前人更多的限制，因爲著作權利的保障期間愈來愈長、範圍也愈來愈廣。而

⁶²記者李文儀、林曉雲／台北報導，立委痛批不愛國貨／故宮白菜、肉石紀念品 竟是中國貨，自由時報，2009 年 4 月 2 日；記者凌美雪、蔡偉祺／綜合報導，仿製品回台生產？ 故宮不肯承諾，自由時報，2009 年 4 月 2 日。

⁶³ 可至故宮網頁 http://www.npm.gov.tw/zh-tw/administration/copyrights_01.htm?page=1 下載。

⁶⁴簡榮宗律師，莫讓元世祖笑我們貪一使用元世祖圖像的法律爭議，台灣法律網，http://www.lawtw.com/article.php?template=article_content&area=free_browse&job_id=146025&parent_path=,1,779,&article_category_id=824&article_id=76251。

⁶⁵記者凌美雪／台北報導，100 元翠玉白菜 12 元進故宮員工口袋，自由時報 2009 年 4 月 3 日。

在此情況之下，若文化資產保存機構所擁有的著作物，若是著作權已消滅之古物，其為保存、建檔所做之重製品，乃在「重現原貌」，很難具有著作權要求的「原創性」概念。因此，以故宮的「元世祖出獵圖」為例，圖畫本身已無著作權、其重製品亦因缺少原創性之要件而不受著作權保障。但各國的博物館均企圖掌握重製品的利用，故宮則以「文化資產保護法」為理由，企圖給予沒有著作權地位的重製影像專有的權利。但「文保法」的精神，應在於保存優良文化，而非讓博物館專有其利。就此而言，若贗品以外的一切複製品，都算在「文保法」的範圍，則「文保法」即等同另一部著作權法，著作權的期限規定，也就失去了意義。尤其，參照國外立法及判例，亦無法支持博物館的重製品可享如著作權保障的規定，國內「文保法」長期以來獨厚博物館的解釋，也應該檢討、改變了。