

# 二創的合理使用與侵權

## —從博恩的【Taiwan】MV 談起

章忠信

(東吳大學法律學系助理教授兼任科技暨智慧財產權法研究中心主任)

### 目次

壹、前言

貳、事實

參、法律分析

一、二創的著作權

二、二創的著作權爭議關係

三、合理使用之分析

肆、結論

### 貳、事實

根據媒體報導，由台灣前往大陸發展之前女 F4 藝人劉樂妍，2020 年 4 月中旬於 YouTube 推出一首以大陸地理區域、城市、生活特色為核心之洗腦歌「CHINA」MV，其歌頌大陸之內容，引發網友側目。2020 年 5 月 15 日，YouTuber 博恩反串模仿劉樂妍演出，以幾乎同步之相似場景，仿作成以台灣地理區域、城市、生活特色為核心的「TAIWAN」MV，並加上六四、法輪功等，更找來「CHINA」MV 中之男模郭書廷，於「TAIWAN」MV 扮演相同角色，反諷意味濃厚，掀起網友另一波話題。

「CHINA」MV 之歌曲，係吳健成完成作曲，交由劉樂妍填詞後演出。吳健成於臉書上指控博恩侵權，要求「侵權者停止侵權行為」，並「將全部違法獲

### 壹、前言

最近，博恩的「Taiwan」MV 仿作藝人劉樂妍之「CHINA」MV，引發著作權侵害之爭議。輿論有認為此乃「二創之合理使用」，也有指稱「侵權無須再找理由辯駁」。此一爭議環繞著博恩的「Taiwan」MV 與劉樂妍之「CHINA」MV 之相互關係。本文從「二創」之本質，分析其與合理使用之對應關係，讓合理使用與侵權之認定，更加清晰。

利，捐給台灣公益組織」<sup>1</sup>。對於此項指控，博恩所屬之薩泰爾娛樂公司則表示，「TAIWAN」MV 係嘲諷劉樂妍「CHINA」MV 之作，「其內容雖有刻意搞笑、娛樂性質，但更重要且明顯的，是對劉作之親中立場表達對抗。」「對於其作品內容之使用為政治性言論自由之合理使用，應受法律保障。是故我方認為薩泰爾娛樂既不必亦不願與劉方取得其作品授權或與之分享任何商業利益<sup>2</sup>。」

## 參、法律分析

### 一、二創的著作權

著作權法中，並無「二創」一詞。望文生義，「二創」係「再次之創作」，係基於既有著作，加上自己之創意，產生新創作。若未加入新增創作之元素，僅係再現他人著作內容之全部或部分，既失其「創」之要素，則僅屬「重製」之行爲，尚非「二創」。

「二創」，從廣義上言，任何依據既有著作，進一步創作所產生之新著作，均屬之；從狹義上言，「二創」多指戲謔仿作或同人誌。

無論廣義或狹義之「二創」，於著作權法中之定位，均屬於「改作」之行

爲。第 6 條規定：「就原著作改作之創作爲衍生著作，以獨立之著作保護之。衍生著作之保護，對原著作之著作權不生影響。」所謂「改作」，依第 3 第 1 項第 11 款之定義，「指以翻譯、編曲、改寫、拍攝影片或其他方法就原著作另爲創作。」關於「改作」之權利，則明定於第 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。但表演不適用之。」

由以上著作權法之規定可知：

- (1) 「二創」係著作權法之「改作」行爲。
- (2) 「二創」係基於「原著作」另爲創作之「改作」行爲，須受「原著作」之限制，創作者無法脫離「原著作」恣意發揮。
- (3) 「二創」之結果爲「衍生著作」，與「原著作」係獨立之二個著作。
- (4) 「二創」屬於著作財產權人之「改作權」範圍，除有合理使用之情形外，應取得「原著作」之著作財產權人之「改作」之授權。由於第 6 條第 2 項規定：「衍生著作之保護，對原著作之著作權不生影響。」對於「衍生著作」之利用，除取得「衍生著作」之著作財產權人之授權外，若「原著作」仍在著作財產權保護期間，亦應再取得「原著作」之著作財產權人之授權。
- (5) 「二創」係「創作方法」，至於所產生之「衍生著作」，其「著作類別」仍應視其表達形式而定。例

<sup>1</sup> 參見吳建成臉書聲明，<https://www.facebook.com/photo.php?fbid=10213646736362114&set=a.1032277866608&type=3&theater>，最後瀏覽日期，2020/06/21。

<sup>2</sup> 參見薩泰爾娛樂公司臉書聲明，<https://www.facebook.com/strnetworkasia/posts/2512077609104458>，最後瀏覽日期，2020/06/21。

如，將小說拍成電影，係改作「語文著作」成爲「視聽著作」；在本案博恩將劉樂妍之「CHINA」MV 改作成「TAIWAN」MV，係改作「視聽著作」之後，仍爲「視聽著作」。

- (6) 「二創」之「衍生著作」，無論有無取得「原著作」著作財產權人之「改作」之授權，均不影響「衍生著作」之著作權取得<sup>3</sup>。

劉樂妍使用吳健成完成之曲，推出「CHINA」MV，博恩投入自己之創意，就「CHINA」MV 進一步改作成「TAIWAN」MV，屬於「改作」「CHINA」MV（「原著作」）所產生之「衍生著作」，俗稱「二創」。

## 二、二創的著作權爭議關係

將「CHINA」MV 改作成「TAIWAN」MV，其所引發之侵害著作權爭議，得主張權利之人，包括「CHINA」MV 之著作財產權人、作曲者吳建成、填詞者劉樂妍，而被訴侵害之人，包括博恩及「TAIWAN」MV 之著作人，可能係博恩所屬之薩泰爾娛樂公司。

<sup>3</sup> 最高法院 106 年度台上字第 290 號民事判決：「按著作人於著作完成時享有著作權，固專有將其著作改作成衍生著作之權利，惟就該衍生著作，係以獨立之著作保護之，對原著作之著作權不生影響。此觀著作權法第十條、第二十八條前段、第六條等規定即明。且特定之表達能否享有著作權，係以其有無智慧之投入為依據，而非以有無獲得授權為判斷。是就他人著作改作之衍生著作，不問是否取得授權，均於著作完成時享有獨立之著作權。至於其利用他人著作，是否構成侵害著作權而應負侵害他人著作權之責，要屬別一問題，與其享有著作權者無關。」

### (一) 劉樂妍之權利

劉樂妍於「CHINA」MV 中演唱吳建成之歌曲，屬於著作權法第 7 條之 1 所稱之「表演」。然而，博恩唯妙唯肖，精準地模仿劉樂妍之「表演」，並不構成對於劉樂妍表演之重製權或改作權之侵害。

#### 1. 重製權方面：

依據著作權法第 22 條第 2 項規定，表演人就其表演之重製權，僅限於「以錄音、錄影或攝影」之方式重製，並不包括「模仿」，博恩模仿劉樂妍之演唱，並不構成對於劉樂妍表演之重製權侵害。

#### 2. 改作權方面：

(1) 表演之改作：依據著作權法第 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。但表演不適用之。」博恩模仿劉樂妍之演唱，雖然得以構成對於劉樂妍表演之改作行爲，惟表演人對於他人之模仿，依上述規定，並不得主張改作權。

(2) 歌詞之改作：媒體報導「CHINA」MV 中之歌曲，係吳建成作曲後交劉樂妍填詞。果如此，博恩仿作之重新填詞，屬於歌詞之改作行爲，除有合理使用之情形外，應取得劉樂妍之授權。

### (二) 吳建成之權利

「TAIWAN」MV 仿作「CHINA」MV，並上傳 YouTube 公開，使用到吳建成之作曲，除有合理使用之情形外，應取得吳建成之重製及公開傳輸之授權。

### (三)「CHINA」MV 著作財產權人之權利

依據媒體報導，「CHINA」MV 此件視聽著作，係劉樂妍出資完成，尚不確定「CHINA」MV 之著作財產權歸屬。由於「TAIWAN」MV 確係仿作「CHINA」MV，除有合理使用之情形外，應取得「CHINA」MV 之著作財產權人之改作授權。博恩所屬之薩泰爾娛樂公司事後出面澄清，似乎表示該公司係「TAIWAN」MV 之著作人，願承擔相關責任。

### 三、合理使用之分析

薩泰爾娛樂公司針對「CHINA」MV 作曲者吳建成之侵害著作權指控，回應認為其係「政治性言論自由之合理使用，應受法律保障」。

憲法第 11 條規定：「人民有言論、講學、著作及出版之自由。」此係保障人民言論自由之基本權利依據，而著作權法第 1 條復明定其立法目的為「保障著作人著作權益、調和社會公共利益及促進國家文化發展」，故著作權法不以「保障著作人著作權益」為唯一目標，尚須兼顧「調和社會公共利益及促進國家文化發展」，著作權法中之合理使用，係對於著作財產權之限制，亦即，著作財產權人對於其著作雖專有著作財產權，惟對於著作權法基於言論自由等公益理由所允許之利用行為，無須取得著作財產權人之授權，著作財產權人甚至無權反對，著作權法第三章第四節第四款關於

合理使用之規定，乃名之為「著作財產權之限制」。至於合理使用之法律效果，則見諸於第 65 條第 1 項，即「著作之合理使用，不構成著作財產權之侵害。」

「TAIWAN」MV 仿作「CHINA」MV，並上傳 YouTube 公開，其整個著作改作自「CHINA」MV 之全部內容，並改作劉樂妍之作詞及使用吳建成之作曲部分，屬公知之事實，無待爭議，惟其利用是否構成合理使用，則為爭執所在。

依據著作權法第 52 條之規定：「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。」博恩所屬之薩泰爾娛樂公司主張，其「TAIWAN」MV 係嘲諷劉樂妍「CHINA」MV 之作，「是對劉作之親中立場表達對抗」、「對於其作品內容之使用為政治性言論自由之合理使用」應係引用本條文而主張合理使用。

#### (一)「評論目的之必要」

雖然，著作權專責機關經濟部智慧財產局(以下稱智慧局)認為嘲諷或詼諧仿作，屬於著作權法第 65 條第 2 項之「概括合理使用」<sup>4</sup>，但本文認為，著作

<sup>4</sup> 經濟部智慧財產局於 103 年研提之著作權法修正草案第 64 條規定：「為嘲諷或詼諧仿作之目的，得利用已公開發表之著作。依前項規定利用著作人，得省略著作人姓名。」後因反對聲浪鉅大，於第二稿刪除該項提案，理由乃敘明：「在現行法下，偶然入鏡及詼諧仿作原可依概括合理使用規定於個案主張合理使用，原修法草案將其獨立規定，各界反應由於個案利用型態差異甚大，要件實難以明確化，仍宜以現行著作權法第 65 條第 2 項概括合理使用規定之 4 項基準加以審酌，故於修正草案第二稿刪除偶然入鏡及詼諧仿作合理使用規定，使其回歸概括合理使用個案判斷。」

權法第 52 條所定「為評論目的之必要」，其所稱之「評論」，除引用語文著作，以文字為正反面之論述外，應亦包括對美術著作、視聽著作或其他著作類別，以重製或改作進行嘲諷或詼諧仿作之方式，達到「評論目的」，僅因第 52 條未明文將「嘲諷或詼諧仿作」列入合理使用之目的，智慧局乃參考美國最高法院於 1994 年 *Campbell v. Acuff-Rose Music Inc.* 乙案<sup>5</sup>之見解，適用美國著作權法第 107 條概括之合理使用判斷，援引我國類似立法之著作權法第 65 條第 2 項之「概括合理使用」<sup>6</sup>，避免爭議。然而，由於我國著作權法除第 65 條第 2 項之「概括合理使用」外，另有第 44 條至第 64 條之個別合理使用條文，既然得直接適用第 52 條「評論目的之必要」之合理使用，自無須援引第 65 條第 2 項之「概括合理使用」。

103 年草案請參見 <https://topic.tipo.gov.tw/copyright-tw/cp-443-856564-b1b25-301.html>，最後瀏覽日期，2020/06/21。刪除理由請參見第一次至第五次著作權法修正草案公聽會後各界意見回應說明，<https://topic.tipo.gov.tw/copyright-tw/cp-443-856569-d38f0-301.html>，最後瀏覽日期，2020/06/21。

<sup>5</sup> *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994)。

<sup>6</sup> 智慧局第 1040414 號電子郵件函釋：「參酌網路上針對『毀滅帝國』所為之改作作品，通常多係對當時社會上發生的爭議事件，利用電影片段予以改作，置於社交網路上流傳，藉以嘲諷時事，在學理上稱作『詼諧仿作』，參考國外司法實務，作品已與原著作所欲傳達之目的或特性有所不同，已具備所謂『轉化性之利用』，依我國著作權法第 65 條第 2 項主張合理使用，須參酌其利用之目的及性質、所利用著作之性質、質量及其在整個著作所占比例、利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響等要件，如不致影響原著作權人之權益，有依該條規定主張『合理使用』之空間，併提供參考。」

## (二)「在合理範圍內」之判斷

關於著作權法第 52 條規定之「為評論目的之必要」之「在合理範圍內」，必須依第 65 條第 2 項所列情形認定，尤其是明文所定四個判斷基準。

第 65 條第 2 項規定：「著作之利用是否合於第四十四條至第六十三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。」合理使用之「合理範圍」究竟如何，係合理使用判斷最難之處，著作及利用情況迥異，法律條文難以逐一窮列，僅能為抽象之規定，最後留諸司法機關依據個案事實認定。本項條文並非規定，合理使用應「符合下列規定」，而係認為「『應審酌一切情狀』，尤應注意下列事項，以為判斷之基準」，亦即，該項所列四項基準，僅係應特別注意而已，爭議者或司法機關仍「應審酌一切情狀」<sup>7</sup>。

<sup>7</sup> 智慧財產法院 103 年度刑智上易字第 19 號刑事判決：「有關合理使用之判斷已不再偏重商業營利與非商業營利使用二分法，其核心概念應在於利用他人著作之行為是否有助於調和社會公共利益或國家文化發展為斷。因此，同法第 65 條第 2 項所稱『一切情狀』，係指除例示之 4 款判斷基準以外之事實，如利用人是否為惡意或善意；行為妥當性；利用著作之人企圖借用其本身著作與被利用著作之強力關聯而銷售其著作，而非其本身著作所具有之想像力與原創性為重點；公共利益或人民知的權利；社會福利、公共領域、著作權之本質目的等。有關合理使用之判斷，不宜單取一項判斷基準，應以人類智識文化資產之公共利益為核心，以利用著作之類型為判斷標的，綜合判斷著作利用之型態與內容。」

從上開第 65 條第 2 項規定觀之，可以理解，合理使用之「合理範圍」，係比較性之判準，非絕對性之認定，並無明確界線。從利用人之角度，必須儘可能提高其合理性，往較合理之一端靠近，勿接近模糊之界線，導致不測。

如以第 65 條第 2 項規定之四項基準認定，本案或可分析如下：

1. 利用之目的及性質，包括係為商業目的或非營利教育目的。

若認定「TAIWAN」MV 確係嘲諷劉樂妍「CHINA」MV 之作，則因具有「轉化性(transformative)」之利用目的及「評論」性質，對於「TAIWAN」MV 較為有利。雖然，「TAIWAN」MV 透過 YouTube 之點閱率，獲得相當利益，惟司法機關曾認定：「有關合理使用之判斷已不再偏重商業營利與非商業營利使用二分法，其核心概念應在於利用他人著作之行為是否有助於調和社會公共利益或國家文化發展為斷<sup>8</sup>。」亦即，合理使用之構成，並不因有營利之行為而全然否定，若有更堅強之公益目的或性質，仍不排除其為合理使用之可能。薩泰爾娛樂公司曾捐贈所得予相關組織，應係為淡化其予人營利目的之印象。

2. 著作之性質。

「TAIWAN」MV 與「CHINA」MV，均具有高度政治指攝意涵，且均透過網路散布，引發不同立場網民之正反討論，此正足以顯示，「TAIWAN」MV

利用「CHINA」MV 之元素，具有高度之合理性。

3. 所利用之質量及其在整個著作所占之比例。

「TAIWAN」MV 中，博恩反串模仿劉樂妍演出，並同步之相似場景，仿作「CHINA」MV，於「質」及「量」方面，等同於使用「CHINA」MV 之全部內容。然而，美國聯邦第 11 巡迴上訴法院於 SunTrust v. Houghton Mifflin Co. 一案中曾揭示，黑人女作家 Alice Randall 以黑人觀點改寫 Gone With the Wind(即我國翻譯為「飄」之小說，也是後來改編為電影「亂世佳人」之原著)成為 The Wind Done Gone(國內翻譯為「飄然而逝」)，藉以凸顯南北戰爭期間，白人對黑人之總總歧視事跡，若不完全使用原著作，將無從達到評論原著之目的，故縱使係全部使用原著作，亦不排除構成合理使用之可能<sup>9</sup>。從而，「TAIWAN」MV 完全使用「CHINA」MV 之全部內容，以達評論目的，應亦不排除構成合理使用之可能。

4. 利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響。

此即所謂「市場替代」效果，其所關切者，在於利用原著作完成之結果，是否於市場上造成替代效果，使得原本欲使用原著作之人，因為接觸該利用結果，即不再使用原著作。雖然，即使利

<sup>8</sup> 同前註判決。

<sup>9</sup> Suntrust Bank v. Houghton Mifflin Co., 268 F.3d 1257 (11th Cir. 2001)。

用結果反而有利於原著作之被利用市場，其仍不得成爲合理使用之理由，否則豈非盜版有理。但若利用結果並未減損原著作之被利用市場，其使用之合理性，就較易被支持。「TAIWAN」MV 之高點閱率，促使原本未接觸過「CHINA」MV 之網友，因好奇或比較心態，搜尋觀賞「CHINA」MV，進而提高其點閱率，此一結果至少並未產生「市場替代」效果，則有利於「TAIWAN」MV 之合理使用主張。

## 肆、結論

著作權法係均衡著作人創作私權與利用人接觸資訊公益之法律，在保護著作人創作權利同時，亦關切公眾接觸資訊以落實言論自由基本人權之公益。「二創」係就「原著作」另爲創作之「衍生著作」，除有合理使用之情形外，應取得「原著作」之著作財產權人之授權。是否構成合理使用，抑或係侵害著作權，則必須依據個案事實判斷，充滿不穩定之變數，「TAIWAN」MV 戲謔仿作「CHINA」MV 究竟是不是合理使用，法院係最終之決斷者。