

# 辯論賽題目分析

## 1. 受訴法院對本件訴訟是否有管轄權？

### 原告可主張之論點：

(1) 我國法院對本件訴訟有國際管轄權<sup>1</sup>：

A. 按民事事件涉及外國人或外國地者，為涉外民事事件，內國法院應先確定有國際管轄權。依照涉外民事法律適用法第1條規定，「涉外民事，本法未規定者，適用其他法律之規定，其他法律無規定者，依法理。」而涉外民事法律適用法並無明文規定國際管轄權，故應類推適用我國民事訴訟法之規定<sup>2</sup>。本件被告總公司均為外國或香港法人<sup>3</sup>，具涉外因素，為涉外民事事件，應類推適用我國民事訴訟法之規定，確定國際管轄權，詳述如下。

B. 智慧財產法院105年度民抗再字第2號民事裁定、智慧財產法院106年度民著更(一)字第1號裁定(二者為同案，臺灣原告於美國研討會發表之著作為大陸被告抄襲並經國際學術出版社於網路出版，出版地非臺灣，以下摘錄更審判決內容)：「依原告主張其著作權受有侵權發生時，其係臺灣人民，且居住於臺灣，故臺灣係本件法益受侵害之地，即本件侵權行為之結果發生地，揆諸前揭法律規定及裁判意旨，我國法院應有管轄權。」

C. NCZ公司部分：

(A)被告NCZ公司在我國之分公司為外國法人在台灣之主事務所或主營業所，依民事訴訟法第2條第3項規定<sup>4</sup>，我國法院就被告NCZ應有管轄權。

(B)又被告NCZ公司出版之「THE MOMENT」攝影集，係由其台灣分公司在台

---

<sup>1</sup>另有稱「國際裁判管轄權」者(如智慧財產法院106年度民專訴字第1號民事判決、司法院99年智慧財產法律座談會提案及研討結果民事訴訟類第2號研討結果)。參看實務判決，「國際管轄權」與「國際裁判管轄權」二者應屬相同內涵。

<sup>2</sup>最高法院98年度台上字第2259號判決：「民事事件涉及外國人或外國地者，為涉外民事事件，內國法院應先確定有國際管轄權，始得受理，次依內國法之規定或概念，就爭執之法律關係予以定性後，決定應適用之法律(即準據法)。」；智慧財產法院100年度民商上更(一)字第1號民事判決：「按國際私法上關於國際管轄權之決定，係依各國司法實務之發展及準用或類推適用內國民事訴訟法上關於定管轄權之原則而定。...而涉外民事法律適用法並無明文規定國際管轄權，應類推適用民事訴訟法之規定(最高法院98年度台上字第2259號判決意旨參照)。故中華民國法院對本件有無國際管轄權之認定，應類推適用中華民國民事訴訟法之規定。」

<sup>3</sup>智慧財產法院106年度民著上字第3號民事判決：「按民事事件涉及外國人或外國地者，為涉外民事事件，內國法院應先確定有國際管轄權，始得受理，次依內國法之規定或概念，就爭執之法律關係予以定性後，決定應適用之法律(即準據法)，而涉外民事法律適用法並無明文規定國際管轄權，應類推適用民事訴訟法之規定(最高法院98年度台上字第2259號判決要旨參照)。次按『民事事件，涉及香港或澳門者，類推適用涉外民事法律適用法。涉外民事法律適用法未規定者，適用與民事法律關係最重大牽連關係地法律。』香港澳門關係條例第38條定有明文。本件涉訟之當事人，本訴部分被上訴人為香港居民，具有涉外因素。」

<sup>4</sup>民事訴訟法第2條第3項規定：「對於外國法人或其他得為訴訟當事人之團體之訴訟，由其在中華民國之主事務所或主營業所所在地之法院管轄。」

灣行銷，現因行銷 THE MOMENT 之行為侵害張予之著作權而涉訟，實為「因關於其事務所或營業所之業務涉訟者」，依民事訴訟法第 6 條規定，我國法院就被告 NCZ 亦有管轄權<sup>5</sup>。

(C) NCZ 公司透過台灣分公司在我國散布張予之攝影著作，致張予受有未能就系爭照片收取報酬對價之損害，則我國為侵權行為地，依民事訴訟法第 15 條第 1 項規定，我國法院有管轄權：

- a. 按民事訴訟法第 15 條第 1 項規定：「因侵權行為涉訟者，得由行為地之法院管轄。」
- b. 查原告張予為我國人，依著作權法第 10 條規定，其創作之系爭照片乃我國國民之著作，無論創作地點為何，於我國均受著作權法保護。
- c. NCZ 公司為在我國經認許之外國公司，未經著作權人即原告張予之同意，將張予攝影著作之重製物，透過台灣分公司在我國散布，顯已侵害張予之著作權，致張予受有未能就系爭照片收取報酬對價之損害，則我國為侵權行為地，依民事訴訟法第 15 條第 1 項規定，我國法院自有國際管轄權。

D. iO 部分：

(A) 按民事訴訟法第 15 條第 1 項規定：「因侵權行為涉訟者，得由行為地之法院管轄。」

(B) 最高法院 56 年台抗字第 369 號民事判例指出：「所謂行為地，凡為一部實行行為或其一部行為結果發生之地皆屬之。」

(C) 查 iO 自全亞新聞通訊社取得系爭照片，其在收編該等照片前，根據內部工作規範需查證照片來源及作者，斯時 iO 承辦人 Mong Peak 已察覺系爭照片之首位上傳人為原告張予，亦即其對系爭照片可能侵害原告張予著作權之疑慮具有認知，卻仍將系爭照片歸檔而有侵權之重製行為。另外，自 iO 之台灣會員鳳梨報得知報紙大賣後，在我國登入 iO 平台下載 Pam 風災照片供後續報導之用，可知 iO 之台灣會員均可透過網路連結 iO 資料庫，而接觸系爭侵權照片，則我國亦為 iO 不法散布系爭照片之一部實行行為或其一部行為結果發生地，依民事訴訟法第 15 條第 1 項規定及最高法院 56 年台抗字第 369 號民事判例，我國法院對 iO 有國際管轄權。

E. 全亞新聞通訊社部分：

(A) 按民事訴訟法第 15 條第 1 項規定：「因侵權行為涉訟者，得由行為地之法院管轄。」( 高等法院 96 年度抗字第 1553 號民事裁定：「按民事事件，涉及香

---

<sup>5</sup>民事訴訟法第 6 條規定：「對於設有事務所或營業所之人，因關於其事務所或營業所之業務涉訟者，得由該事務所或營業所所在地之法院管轄。」

港或澳門者，類推適用涉外民事法律適用法；涉外民事法律適用法未規定者，適用與民事法律關係最重要牽連關係地法律；香港澳門關係條例第38條定有明文。是我國法院就涉及香港法人之民事事件有無裁判管轄權之認定，應解為原則上類推適用我國法院就通常涉外民事事件之裁判管轄權之認定標準。」)

(B) 最高法院56年台抗字第369號民事判例指出：「所謂行為地，凡為一部實行行為或其一部行為結果發生之地皆屬之。」就「行為地」的認定，學說上有認為網路侵權行為之侵權行為地應以「行為人下載地」或是「伺服器所在地」為據<sup>6</sup>。

(C) 本件全亞新聞通訊社於Johnson在the X之個人專頁下載系爭侵權照片，因the X為在台灣創立的台灣企業，故全亞新聞通訊社重製系爭侵權照片之行為地為我國。又全亞新聞通訊社於2015年3月14日線上發表附有系爭照片的新聞，而得使我國不特定民眾閱覽，又重製並上傳系爭照片於iO平台，使iO會員可於台灣閱覽及下載該等照片<sup>7</sup>，故我國亦為被告全亞新聞通訊社散布系爭照片之一部實行行為地或結果發生地，依民事訴訟法第15條第1項規定及最高法院56年台抗字第369號民事判例，我國法院有國際管轄權。

(2) 我國各法院中，應以智慧財產法院為管轄法院，故受訴法院有管轄權：

依智慧財產案件審理法第7條及智慧財產法院組織法第3條，著作權所生之第一審及第二審民事訴訟事件，由智慧財產法院管轄，故受訴法院對本件有管轄權。

(3) 不便利法庭原則並非拒卻我國法院管轄權之正當理由：

A. 按所謂不便利法庭原則係指一有管轄權之法院，得在系爭案件與他法院具更緊密之關係而更適於裁判，亦即，認為自己為不便利法院時，拒絕自身之管轄權。學者指出，此一原則之適用常見於英、美訴訟實務，乃因英、美對於成立國際管轄權之聯繫因素認定極為廣泛，乃致於需要不便利法庭原則做為一般條款，賦予法院個案之裁量權，以糾正過多訴訟湧入內國之現象<sup>8</sup>。

B. 然而，我國立法例承繼歐陸法系，對於管轄設有詳細制度，與英美之寬鬆認定有別，故學者進一步指出：「若肯定受訴法院得在管轄聯繫因素存在的情況下仍得以他國法院較便利為由裁量駁回原告之訴，實難謂合於憲法所賦予的訴訟權保障（我國憲法第16條...），此事在內國法院拒絕管轄造成管轄權消極衝突時將更為明顯，並且，在否定原告選擇管轄法院的自由權限一事上，亦難免於抵觸人民一

<sup>6</sup>智慧財產法院107年度民著抗字第1號法庭之友東華大學賴淳良教授法庭之友意見書。

<sup>7</sup>鳳梨報在得知報紙大賣後，承辦人在台灣登入iO平台，下載Pam風災照片，作後續報導之用，可知iO台灣會員，均可透過網路連結iO資料庫，而閱覽及下載系爭侵權照片。

<sup>8</sup>陳瑋佑，國際民事訴訟管轄權之規範與解釋——以財產所在地審判籍為例，台北大學法學論叢，93期，頁153至154，2013年。

般自由權（我國憲法第 22 條...）之指摘。因此，不論從憲法層次或從具體法律解釋層次立論，皆指向拒絕不便利法庭原則在我國涉外財產權事件之應用。」<sup>9</sup>，

- C. 是故，根據我國民事訴訟法土地管轄相關規定，我國法院對於本件爭議既有管轄權，被告不應再以不便利法庭為由做為抗辯，否則顯然侵害原告受憲法保障之訴訟權，更架空我國民事訴訟法之土地管轄規定。

#### 被告可主張之論點：

- (1) 定國際裁判管轄權時，不應一概類推適用我國民事訴訟法，而應就該個案所涉及國際民事訴訟利益與關連性等為綜合考量；我國法院就本件爭議應無國際裁判管轄權：
- A. 按民事事件涉及外國人或外國地者，為涉外民事事件，內國法院應先確定有國際管轄權。依照涉外民事法律適用法第 1 條規定，「涉外民事，本法未規定者，適用其他法律之規定，其他法律無規定者，依法理。」又涉外民事法律適用法，並無明文規定國際管轄權，應類推適用民事訴訟法規定（智慧財產法院 106 年度民著上字第 2 號民事判決參照）。另按法院於認定有無國際裁判管轄權時，應就該個案所涉及國際民事訴訟利益與關連性等為綜合考量，並參酌內國民事訴訟管轄規定及國際民事裁判管轄規則之法理，基於當事人間之實質公平、程序之迅速經濟等概念，為判斷之依據。亦即，國際裁判管轄之決定方法，不應一概類推適用我國民事訴訟法之規定，而應採取「法理（管轄分配）」方式，若在我國法院進行裁判，有違背當事人間之期待或公平與裁判正當、迅速等理念之情事時，即應否定我國之國際裁判管轄權（智慧財產法院 106 年度民專訴字第 1 號民事判決意旨參照）。
- B. 查本件被告等均為外國公司，原告所指涉嫌重製系爭著作之行為均在國外發生，且渠等於行為時無法預見有侵害我國法益之可能，對於在我國涉訟不具預見可能性，要求被告等跋涉至我國訴訟有違當事人期待，更顯失公平，故我國法院就本件爭議應無國際裁判管轄權，詳述如下：
- (A) 全亞新聞通訊社址設於香港，其向英國人 David Johnson 取得使用系爭照片之同意並於透過自身管道於線上發表，接著上傳系爭照片至總部位於美國的 iO 資料庫，期間所有行為均非在我國發生，全亞新聞通訊社對於系爭照片可能於我國發生爭議亦無知悉可能，要求全亞新聞通訊社就本件爭議應受我國法院審判，顯屬無稽。
- (B) iO 為總公司設於美國加州之全球知名圖片資料庫，每日從全球蒐羅數量可觀的圖片，其自香港全亞新聞通訊社取得系爭照片並經審核後納入資料庫，對於系爭照片可能涉及我國侵權行為亦無預見可能性。
- (C) NCZ 公司位於紐約，其在紐約從 iO 資料庫下載系爭照片，其信賴 iO 對於系

---

<sup>9</sup> 陳瑋佑，同前註，頁 157。

爭照片的作者標記資訊（記載作者為英國人 Johnson）及對資料庫照片的驗證程序，故 NCZ 公司對於系爭照片可能涉及我國侵權行為無預見可能性。此外，iO 於使用者契約向會員承諾若因下載 iO 照片被控侵權，iO 會負擔法律責任並負責選任律師處理相關事宜，故 NCZ 公司的認知為縱使系爭照片涉及侵權，其亦毋須親自應訴及負擔法律責任，故受我國法院審判乙事完全出乎 NCZ 公司之預期。

(D) 綜上，被告全亞新聞通訊社、iO 及 NCZ 公司均為外國公司，渠等與本件相關之主要行為均非發生於我國境內，渠等行為時根本無法預見有侵害我國法益之可能，顯見本件爭議與我國關連性甚微，要求該等被告至我國應訴顯非被告所能合理預期。且由於牽涉跨國主體，訴訟進行曠日廢時，更勢必耗費龐大金錢成本，相較於訴訟程序「以原就被」之基本原則，由我國法院進行審判對於分處於不同國家之被告顯失公平。就當事人間實體及程序利益綜合考量，自應否認我國法院就本件爭議有國際管轄權。

(2) 縱認應類推適用我國民事訴訟法判斷管轄權有無，根據類推適用結果，我國法院對本件訴訟亦無國際管轄權：

A. 全亞新聞通訊社部分：

(A) 按民事訴訟法第 1 條第 1 項本文規定<sup>10</sup>：「訴訟，由被告住所地之法院管轄」，明揭我國訴訟採取「以原就被原則」。我國最高法院 92 年台上字第 2477 號民事判決亦謂：「我國民事訴訟法關於法院管轄之規定，係以『以原就被』之原則，旨在便於被告應訴，以免其長途奔波」。查被告全亞新聞通訊社位於香港，於我國並無住居所，根據民事訴訟法第 1 條揭禁之以原就被原則，我國法院對其並無國際管轄權。

(B) 被告全亞新聞通訊社之主營業所所在地並非我國，根據民事訴訟法第 2 條第 3 項規定<sup>11</sup>，我國法院對其並無國際管轄權。

(C) 被告全亞新聞通訊社係因其新聞處理業務涉訟，然其營業所所在地並非我國，根據民事訴訟法第 6 條規定<sup>12</sup>反面推論，我國法院對其並無國際管轄權。

(D) 被告全亞新聞通訊社僅將系爭照片上傳其線上管道及 iO，系爭照片嗣後刊登於我國鳳梨報以及"The Moment"之結果，並非全亞新聞通訊社之行為所致，亦非其所得預見，故我國難認該當於侵權行為之行為地，根據民事訴訟法第

<sup>10</sup> 民事訴訟法第 1 條規定：「訴訟，由被告住所地之法院管轄。被告住所地之法院不能行使職權者，由其居所地之法院管轄。訴之原因事實發生於被告居所地者，亦得由其居所地之法院管轄。被告在中華民國現無住所或住所不明者，以其在中華民國之居所，視為其住所；無居所或居所不明者，以其在中華民國最後之住所，視為其住所。在外國享有治外法權之中華民國人，不能依前二項規定定管轄法院者，以中央政府所在地視為其住所地。」

<sup>11</sup> 民事訴訟法第 2 條第 3 項規定：「對於外國法人或其他得為訴訟當事人之團體之訴訟，由其在中華民國之主事務所或主營業所所在地之法院管轄。」

<sup>12</sup> 民事訴訟法第 6 條規定：「對於設有事務所或營業所之人，因關於其事務所或營業所之業務涉訟者，得由該事務所或營業所所在地之法院管轄。」

15 條第 1 項規定<sup>13</sup>反面推論，我國法院對其並無國際管轄權，詳述如下：

- a. 按最高法院 56 年台抗字第 369 號民事判例雖認為民事訴訟法第 15 條所謂行為地，包括一部實行行為或其一部行為結果發生之地。然觀諸民事訴訟法第 15 條之立法理由：「查民訴律第 27 條理由謂不法行為，乃因故意或過失侵害他人權利之行為也。不法行為地，係指實行不法行為之地而言，抑係指發生不法行為結果之地而言，學說不一，然在實行不法行為之地，證明其有不法行為，較在發生不法行為結果之地為易，故本條以行為地定審判衙門之管轄。」可知，立法者對於所謂「不法行為地」，傾向指「實行不法行為之地」，而非發生不法行為結果之地。此有台北地方法院 92 年度重訴字第 1738 號民事裁定可資參照，該裁定並進一步認為，本諸民事訴訟法第 15 條之立法理由，最高法院 56 年台抗字第 369 號判例中所謂「結果發生之地」，應限於「與構成侵權行為要件事實之全部或一部，有直接或最重要之牽連關係者」，方可避免一造濫訴或使原告得任意創設法院之管轄權<sup>14</sup>。
- b. 又民事訴訟法第 15 條立法時，網路尚未興起，而網路的流傳可遍及全世界，若寬認至網路可到達的地方均屬侵權行為結果地，實屬過度擴張解釋結果發生地，並有使原告任意創設對自己有利管轄權解釋之虞，亦喪失民事訴訟法規定管轄的目的。故最高法院 56 年台抗字第 369 號民事判例所稱結果發生之地，宜採限縮解釋，庶符立法原意，並可避免被告赴法院地苛受應訴負擔之弊（台北地方法院 97 年度訴字第 5074 號民事裁定意旨參照，台北地方法院 92 年度重訴字第 1738 號民事裁定亦同此旨）。
- c. 就此，美國法院實務對管轄認定之見解及其變遷，或可參考借鏡：

(a) 美國於 1940 年代開始，鑒於跨州交易漸成常態，為因應跨洲交易所

<sup>13</sup> 民事訴訟法第 6 條規定：「對於設有事務所或營業所之人，因關於其事務所或營業所之業務涉訟者，得由該事務所或營業所所在地之法院管轄。」

<sup>14</sup> 「參諸民事訴訟法第十五條之立法理由，就不法行為地傾向於指係實行不法行為之地，而非發生不法行為結果之地，益徵最高法院上開判例（按：最高法院 56 年台抗字第 369 號判例）載示『其一部行為結果發生之地』之旨，宜採限縮解釋，而認所稱結果發生之地，係與構成侵權行為要件事實之全部或一部，有直接或最重要之牽連關係者為限，庶符立法原意，並可避免一造濫訴致令他造遠法院地苛受應訴負擔之弊，不宜擴張泛指任何間接或常出於偶然而不確定，或僅屬被害人空泛主張管轄原因事實而未經大體立證之地為此所稱之結果地，而使原告得任意創設法院之管轄權」。智慧財產法 106 年度民著訴字第 60 號院民事裁定亦同此見解：「即使在國內管轄之場合，最高法院 65 年臺抗字第 162 號民事判例已備受質疑，而其遭受質疑之焦點，在於其適用結果違反『以原就被』原則之際，應否視個案情形限縮其適用之空間，況該判例係針對契約履行法律關係，而非侵權行為法律關係之判例，且係國內管轄之判例，而非國際管轄之判例，該判例更無明文規定得適用於國際管轄之場合，則於涉外侵權事件之國際管轄場合，即使採類推適用民事訴訟法說，是否於類推適用民事訴訟法之法律條文時，一併類推適用上開判例？於國際管轄之場合，性質是否相同？是否有前述最高法院 106 年度臺上字第 2335 號民事判決、103 年度臺抗字第 136 號民事裁定、100 年度臺上字第 852 號民事判決所稱之『性質相類似』情形？不無疑義，尤其最高法院 97 年度臺抗字第 185 號民事裁定稱：『再抗告人於原法院否認於我國有何侵權行為，能否謂如相對人所主張黃某在臺北市○○○路涉有侵權行為乙節，即遽認類推民事訴訟法第 15 條第 1 項規定我國因而具有國際管轄權，事涉侵權行為地是否為臺北市，自應由原法院詳細勾稽調查，以認定臺北地院管轄權之有無，乃原審未予調查審認，自有未當』，於類推適用民事訴訟法之法律條文時，並未一併類推適用上開判例之僅以原告主張事實定國際管轄，反指出國際管轄權之有無，不應專憑原告主張之事實，而應由法院『勾稽調查』，不受原告主張事實之拘束。」

生之管轄爭議，發展出所謂「最小接觸原則」(minimum contacts)，認為基於正當法律程序之保障，若被告對於某地有「某種最低程度的接觸」(certain minimum contacts)，而有在該地涉訟的預見可能性，即認為賦予該地法院管轄權合於公平及實質正義<sup>15</sup>。

(b) 然而，隨著網路時代來臨，美國法院開始反思「最小接觸原則」(minimum contacts)適用於無遠弗屆之網路時，可能產生之管轄過度擴張問題。2000年，美國法院作成 *Winfield Collection* 判決<sup>16</sup>。在 *Winfield Collection* 中，法院將管轄有無之認定標準轉而注重被告是否有經營特定法庭地市場之意圖，被告之意圖得藉由被告有無客觀行為擬規劃進入特定法庭地市場為斷，學者將此判斷管轄的新方法論歸納為標定理論 (targeting theory)<sup>17</sup>。

d. 本件被告全亞新聞通訊社為外國公司，其僅將系爭照片上傳其線上管道及 iO，此重製行為係於國外完成；故全亞新聞通訊社之行為結果充其量僅有使 iO 取得系爭照片，但系爭照片嗣後刊登於鳳梨報以及 The Moment 之結果，並非全亞新聞通訊社之行為「結果」，從而所謂「結果發生地」亦不及於我國。又，全亞新聞通訊社雖將圖文報導售予訴外人鳳梨報，然全亞新聞通訊社並非未將該等圖文提供給「公眾」，鳳梨報嗣後於我國散布之行為，方為構成侵權行為要件事實最直接且重要之部分，全亞新聞通訊社之販售行為與侵權行為構成要件牽連關係甚小。若寬認網路可到達的地方均屬侵權行為結果地，被告必須承擔於全球多數地區應訴之風險，此顯有違管轄機制設置之初衷。此一解釋方式實過度擴張解釋結果發生地，不但對於被告課以過重負擔，且致生原告得任意創設法院管轄權之弊病，顯非事理之平。是故，依照上開我國及美國實務見解所揭櫫之限縮解釋原則，我國並非所謂「結果發生地」，根據民事訴訟法第 15 條第 1 項規定反面推論，我國法院對全亞新聞通訊社並無國際管轄權。

## B. iO 部分：

(A) 被告 iO 總部設於美國加州，於我國並無住居所，根據民事訴訟法第 1 條揭櫫之以原就被原則，我國法院對其並無國際管轄權。

(B) 被告 iO 之主營業所所在地並非我國，根據民事訴訟法第 2 條第 3 項規定，我國法院對其並無國際管轄權。

<sup>15</sup> 張哲倫律師，107 年度民著抗字第 1 號法庭之友意見，107 年 8 月 31 日，頁 8 至 12。

<sup>16</sup> *Winfield Collection, Ltd. v. McCauley*, 105 F. Supp. 2d 746 (E.D. Mich. 2000).

<sup>17</sup> 如 Michael A. Geist, *Is There a There There? Toward Greater Certainty for Internet Jurisdiction*, 16 BERKELEYTECH. LJ. 1345, 1345-46 (2001) (“Unlike the Zippo approach, a targeting analysis would seek to identify tie intentions of the parties and to assess the steps taken to either enter or avoid a particular jurisdiction. Targeting would also lessen the reliance on effects analysis, the source of considerable uncertainty since Internet based activity can ordinarily be said to create some effects in most jurisdictions.”)；參前註 20，頁 16。

(C) 被告 iO 係因其資料庫業務涉訟，然其營業所所在地並非我國，根據民事訴訟法第 6 條規定反面推論，我國法院對其並無國際管轄權。

(D) 被告 iO 僅接收香港全亞新聞通訊社提供之系爭照片，將其編入供會員存取之網路資料庫，系爭照片嗣後刊登於我國鳳梨報以及 "The Moment" 之結果，並非 iO 之上傳行為所致，亦非其所得預見。換言之，iO 僅將系爭照片上傳網路，而未參與或知悉系爭照片於我國散布之行為，承前所述，在限縮解釋「結果發生地」之情況下，我國難認該當於侵權行為之行為地，根據民事訴訟法第 15 條第 1 項規定反面推論，我國法院對 iO 並無國際管轄權。

C. NCZ 公司部分：

(A) 被告 NCZ 公司總部設於美國紐約，於我國並無住居所，根據民事訴訟法第 1 條揭槩之以原就被原則，我國法院對其並無國際管轄權。

(B) 被告 NCZ 公司總部設於美國紐約，雖然在我國設有分公司，然其主營業所所在地並非我國，根據民事訴訟法第 2 條第 3 項規定，我國法院對其並無國際管轄權。

(C) 被告 NCZ 公司為出版商，因其編製及銷售「THE MOMENT」攝影集之業務涉訟，然其營業所所在地並非我國，根據民事訴訟法第 6 條規定反面推論，我國法院對其並無國際管轄權。

(D) 被告 NCZ 公司雖有在我國設有分公司，然查其編製及銷售「THE MOMENT」攝影集之過程，系爭照片係於紐約從 iO 網站下載，於美國編輯，印度印製，並於全球發行，亦即 NCZ 公司被控涉嫌構成侵權行為要件事實中，最直接且重要之部分俱由總部位於紐約之 NCZ 公司主導，全球營收亦由 NCZ 公司統籌。NCZ 公司在我國銷售「THE MOMENT」雖有獲利，然此僅為區域性的結果，事實上我國銷售情況於 NCZ 全球銷售量所佔比例極為低微，此觀 NCZ 公司全球販售「THE MOMENT」之最終帳務不過勉強打平即可知悉綜上，足認與構成侵權行為要件事實之全部或一部，有直接或最重要之牽連關係之地並非我國。承前所述，在限縮解釋「結果發生地」之情況下，我國難認該當於侵權行為之行為地，根據民事訴訟法第 15 條第 1 項規定反面推論，我國法院對 iO 並無國際管轄權。

(3) 縱認我國法院就本案具有國際管轄權，被告得主張法院對於本件為不便利法庭 (forum non conveniens)：

A. 按不便利法庭係指「法院得依職權或一方當事人之聲請，將訴訟移至被告可被受

理並相信較原法院地國為適當之他國法院為管轄裁判之謂」<sup>18</sup>。此原則主要目的在於提供訴訟當事人更佳、正當與符合公平正義之裁判，考量因素包括訴訟經濟、證據調查、判決執行等<sup>19</sup>。雖我國民事訴訟法並無不便利法庭原則之明文，然此亦不妨礙法院將該原則作為「法理」而加以適用。

- B. 事實上，我國實務多有應用不便利法庭原則以論證國際管轄權有無之情形，如臺灣高等法院 101 年度抗字第 286 號民事裁定便指出：「若上述之聯繫因素（註：國籍、住所、居所、法律行為地、事實發生地、財產所在地）分散於數國，致該數國產生國際管轄權法律上之衝突時，對於國際上私法生活之安定及國際秩序之維持不無妨害，為避免國際管轄權之衝突，並於原告之法院選擇權與被告之保障、法庭之方便間取得平衡，於受訴法院對某案件雖有國際管轄權，但若自認為是一極不便利之法院，案件由其他有管轄權之法域管轄，最符合當事人及公眾之利益，且受訴法院若繼續行使管轄加以裁判，勢將對被告造成不當之負擔時，該國法院即得拒絕管轄，此即學說上所稱之『不便利法庭之原則（Doctrine of Forum Non Conveniens）』。是在決定我國法院是否行使國際管轄權時，自應參酌當事人訴訟權之保障。」
- C. 本件被告 iO 與全亞新聞通訊社之營業所分別設址於美國及香港，其與本案相關之行為分別係於外國完成，原告所稱之侵權行為地並非我國，且 iO 之運作及內部工作規範應係以美國加州法律為根基，至於全亞新聞通訊社採訪、編輯、發布新聞之日常業務亦應以香港法律為準繩，如本件爭議以我國法作為準據法，對於相關事實之解釋必然多有扞格。至於 NCZ 公司雖然有在我國設立分公司，然而其總部設於美國紐約，且系爭照片係由 NCZ 公司於紐約下載，並分別於美國編輯、印度印製，並於全球各地發行，則顯然美國的 NCZ 公司總部才是掌握完整事證之主體。簡言之，被告 iO、全亞新聞通訊社及 NCZ 公司均為外國公司，要求渠等至我國應訴，無論是在距離上、語言上均至為不便。復以，相關紀錄與事證均留存於各自公司，證據調查應以營業所所在地之外國法院較為便利。則無論就被告等之應訴經濟、事證調查之便利性以及日後判決執行之可行性等層面觀察，相較於我國法庭，本件倘若能分別由營業所所在地的法院審理被告被控侵權案件，必然能獲致更兼顧當事人實體與程序利益之裁判。
- D. 綜上，本件被告主張有不便利法庭原則之適用，我國法院不應就本件進行審判。

## 2. 原告就著作權法、侵權行為之請求，是否罹於時效？若已罹於時效，原告尚有無其他可資請求之依據？

### (1) 是否已罹於時效？

---

<sup>18</sup> 柯澤東著，吳光平增修，國際私法，5 版，2016 年，頁 321。

<sup>19</sup> 同前註，頁 321-22。

### 原告可主張之論點：

#### A. 民法第 197 條第 1 項所謂「知」係指「明知」，且應由被告舉證：

依照最高法院 72 年台上字第 1428 號民事判例，民法第 197 條第 1 項所定所謂「知」有損害及賠償義務人之知，係指明知而言，其因過失而不知者，並不包括在內。如當事人間就「知」之時間有所爭執，應由賠償義務人就請求權人知悉在前之事實負舉證責任。

#### B. 就「持續侵權行為」，時效應自損害程度底定知悉後起算：

依照最高法院 86 年台上字第 1798 號判決，加害人之侵權行為如連續（持續）發生者，則被害人之請求權亦不斷發生，而該請求權之消滅時效亦應不斷重新起算。因此，連續性侵權行為，於侵害終止前，損害仍在繼續狀態中，被害人無從知悉實際受損情形，自無法行使損害賠償請求權，其消滅時效自應俟損害之程度底定知悉後起算。

#### C. 本案未罹於時效：

##### (A) 對於 NCZ 的部分：

THE MOMENT 持續販售中，則 NCZ 重製、散布張予攝影著作之行為仍持續、不斷發生，依上開最高法院 86 年台上字第 1798 號判決，應自本件損害程度底定知悉後起算，應認其於本件起訴時尚未起算。退步言，縱認本件無持續侵害行為，張予亦係於 2018 年 1 月 1 日，始發現 NCZ 出版的 THE MOMENT 中收有所拍攝的照片，始知 NCZ 有未經授權重製、散布張予攝影著作獲益之情，則依照上開最高法院 72 年台上字第 1428 號民事判例，張予對 NCZ 之侵權行為損害賠償請求權亦應自 2018 年 1 月 1 日起算，而未罹於時效。

##### (B) 對於 iO 的部分：

張予雖於 2015 年 8 月 8 日聚會上看到鳳梨報之圖文報導使用其攝影著作，然其僅標註照片係由全亞新聞通訊社及 iO 提供，張予並不知該等照片亦已上傳至 iO 資料庫，並得由 iO 會員下載，則張予尚不知悉 iO 具體之侵害行為及張予實際受損情形，依上開實務見解，時效尚未起算。又 iO 將張予之攝影著作重製並置於其網路圖庫中，iO 的所有新、舊會員均可不限次數下載，故 iO 散布張予著作物之侵權行為係連續、不斷發生，依上開向來實務見解，其著作權法、侵權行為之請求時效應自本件損害程度底定知悉後起算，故應認張予對 iO 散布著作的侵權行為損害賠償請求權於本件起訴時尚未起算。縱認本件無持續侵害行為，張予對 iO 重製及散布著作的侵權行為損害賠償請求權時效起算時點，亦應以張予事後查訪得知 iO 將其照片重製於網路圖庫供下載時起算。

(C) 對於全亞新聞通訊社的部分：

張予雖於 2015 年 8 月 8 日聚會上看到鳳梨報之圖文報導使用其攝影著作，然其僅標註照片係由全亞新聞通訊社及 iO 提供，張予並不知全亞新聞通訊社早已使用該照片於全亞新聞通訊社自己線上發表之新聞報導中，則張予於 2015 年 8 月 8 日尚不知全亞新聞通訊社具體之侵害行為及張予實際受損情形，依上開實務見解，時效尚未起算。又全亞新聞通訊社將張予之攝影著作重製並置於其線上發表之新聞報導中，任何網路使用者均可不限次數閱覽，故全亞新聞通訊社散布張予著作物之侵權行為係連續、不斷發生，依上開向來實務見解，其著作權法、侵權行為之請求時效應自本件損害程度底定知悉後起算，故應認張予對全亞新聞通訊社散布著作的侵權行為損害賠償請求權於本件起訴時尚未起算。縱認本件無持續侵害行為，張予對全亞新聞通訊社重製及散布著作的侵權行為損害賠償請求權時效起算時點，亦應以張予事後查訪得知全亞新聞通訊社重製張予照片於其線上新聞報導供公眾閱覽時起算。

被告可主張之論點：

A. 對於全亞新聞通訊社及 iO 的部分：

張予於 2015 年 8 月 8 日聚會上看到鳳梨報之圖文報導使用其照片，並且該照片上已註記分別為全亞新聞通訊社與 iO 提供，則張予於 2015 年 8 月 8 日已知悉全亞新聞通訊社及 iO 使用其照片，並進而提供鳳梨報使用，然張予卻因忙於事業而未採取進一步行動，則張予對被告等疏於主張權利，其對全亞新聞通訊社與 iO 就著作權法、侵權行為之請求顯已罹於 2 年時效。

B. 對於 NCZ 公司的部分：

縱認張予對及 NCZ 公司之主張尚未罹於時效，至少就全亞新聞通訊社及 iO 之主張已罹於時效（自 2015 年 8 月 8 日起已知悉），若依原告主張被告等成立共同侵權行為（註：被告仍否認），則依照民法第 276 條第 2 項，應將原告對 iO 及全亞新聞通訊社之請求部分自連帶損害賠償額中扣除。

(2) 若已罹於時效，原告有無其他可資請求之依據？

原告可主張之論點：

A. 不當得利

(A) 按「無法律上之原因而受利益，致他人受損害者，應返還其利益。雖有法律上之原因，而其後已不存在者，亦同。」民法第 179 條定有明文。又依民法第 197 條第 2 項：「損害賠償之義務人，因侵權行為受利益，致被害人受損害者，於前項時效完成後，仍應依關於不當得利之規定，返還其所受之利益於被害人。」而對於民法第 197 條第 2 項所謂「依關於不當得利之規定」，實務與學者通說採「構成要件準用說」，認為本項規定乃在明示不當得利請求權，

與侵權行為損害賠償請求權無關，得獨立存在，競合併存<sup>20</sup>。實務見解可參照：

- a. 最高法院 101 年度台上字第 1411 號判決：「損害賠償之義務人，因侵權行為受利益，致被害人受損害者，於前項時效完成後，仍應依關於不當得利之規定，返還其所受之利益於被害人，民法第一百九十七條第二項定有明文。該項規定旨在表示賠償義務人因侵權行為受有利益時，得發生損害賠償請求權與不當得利返還請求權之競合。此觀該條立法意旨載明『「損害賠償之義務人，因侵權行為而受利益，致被害人蒙受損害時，於因侵權行為之請求權外，更使發生不當得利之請求權，且此請求權，與因侵權行為之請求權時效無涉，依然使其能獨立存續』，足見不當得利返還請求權與侵權行為損害賠償請求權係處於獨立併存互相競合之狀態。故上開規定所謂『依關於不當得利之規定』，請求加害人返還其所受之利益，仍須具備不當得利請求權之構成要件。」
- b. 最高法院 98 年度台上字第 434 號判決：「按損害賠償之義務人，因侵權行為受利益，致被害人受損害者，於前項時效完成後，仍應依關於不當得利之規定，返還其所受之利益於被害人。民法第一百九十七條第二項定有明文。該規定係考量損害賠償義務人，如因侵權行為而受利益，致被害人蒙受損害時，除使其有侵權行為之請求權外，仍得依不當得利之規定請求返還其利益，而使不當得利返還請求權與損害賠償請求權發生請求權競合關係，不使被害人因侵權行為求損害賠償請求權罹於時效而受到影響。是以，受害人依本條項規定向義務人請求損害賠償者，除義務人係負侵權行為損害賠償之債務人外，另須具備不當得利之要件，並適用其法律效果，即應符合(一)義務人受有利益、(二)被害人受有損害、(三)損益間須有因果關係存在、(四)無法律上之原因為必要。」

(B) 且最高法院 29 年上字第 1615 號民事判例亦明確指出民法第 197 條第 2 項之時效為 15 年：「上訴人本於民法第 197 條第 2 項不當得利之返還請求權，依同法第 125 條之規定，早因 15 年間不行使而消滅。」故不當得利與侵權行為乃二獨立之請求權基礎，互不影響，即便侵權行為請求權已罹於消滅時效，只要符合民法第 179 條之要件，仍得請求不當得利。

(C) 本件各被告之不當得利行為，以及張予得請求之不當得金額，如下所述：

- a. 全亞新聞通訊社：

全亞新聞通訊社未經張予授權，使用張予之照片，提供全球多家媒體與出版機構使用，並出售照片予 iO，係無法律上原因致張予著作權受侵害，

---

<sup>20</sup>王澤鑑著，不當得利，增訂新版，2015 年，頁 323-324。

並因此受有不需給付報酬予著作人即張予之利益美金 800 元，向其他媒體收取之費用美金 10,000 元，以及 iO 願意支付之報酬美金 2,000 元，故張予得依民法第 179 條向全亞新聞通訊社請求上開其所受之利益。

b. iO：

iO 未經張予授權，藉由提供張予之照片著作給鳳梨報使用，獲得鳳梨報推薦，係無法律上原因致張予著作權受侵害，而使 3 家媒體加入會員並因此受有會費美金 45,000 元，故張予得依民法第 179 條向 iO 請求該美金 45,000 元之不當得利。

c. NCZ：

NCZ 未經張予授權，刊登張予拍攝之照片於「THE MOMENT」攝影集，係無法律上原因致張予著作權受侵害，並因該照片為 KSP（key selling point）而獲利新台幣 1000 萬元，及 NCZ 毛利增加新台幣 4000 萬元，故張予得依民法第 179 條向全亞新聞通訊社請求上開其所受之利益。

B. 不法無因管理

(A) 按民法第 177 條規定：「管理事務不合於前條之規定時，本人仍得享有因管理所得之利益，而本人所負前條第一項對於管理人之義務，以其所得之利益為限。前項規定，於管理人明知為他人之事務，而為自己之利益管理之者，準用之。」復按本條第 2 項之立法理由：「因誤信的管理，或幻想的管理而為管理，均不適用無因管理。另，本人依侵權行為或不當得利之規定請求損害賠償或返還利益，請求之範圍不及於管理人因管理行為所獲致之利益。為使不法之管理準用適法無因管理之規定，使不法管理所生之利益仍歸諸本人享有，以除去經濟上之誘因而減少不法管理之發生，爰增訂第二項。」是以，縱使管理人無「管理他人事務」之意思，本人仍得依民法第 177 條第 2 項向管理人請求管理所得之利益，學說上稱之為「不法管理<sup>21</sup>」。

(B) 又依最高法院 55 年台上字第 228 號判例：「無因管理成立後，管理人因故意或過失不法侵害本人之權利者，侵權行為仍可成立，非謂成立無因管理後，即可排斥侵權行為之成立。」由此可知，無因管理與侵權行為乃二獨立之請求權基礎，互不影響，即便侵權行為請求權已罹於消滅時效，仍可依無因管理之規定請求。

(C) 本件各被告之不法管理行為，以及張予得請求因管理行為所獲致之利益，如下所述：

---

<sup>21</sup>王澤鑑著，債法原理：基本理論債之發生--契約、代理權授與、無因管理，增訂三版，2012 年，頁 402-404。

a. 全亞新聞通訊社：

全亞新聞通訊社的記者 Allison 看了發現照片的品質與拍攝技巧與前一批相較，大相徑庭，應可認識張予拍攝之照片並非 David Johnson 所拍攝，仍將之使用於全亞新聞通訊社的新聞，顯係「明知為他人之事務，而為自己之利益管理」之不法無因管理行為，張予得依民法第 177 條第 2 項規定請求被告全亞新聞通訊社返還因不法無因管理所獲得之利益，即不需給付報酬予著作人即張予之利益美金 800 元，向其他媒體收取之費用美金 10,000 元，以及 iO 願意支付之報酬美金 2,000 元。

b. iO 公司：

iO 公司的承辦人 Mong Peak 在查證照片來源後，以公司 email 告知編輯部經理該等照片係張予之攝影著作，則 iO 明知系爭攝影著作係張予所有，竟仍將該批未經授權照片全數歸入資料庫，並因而獲取豐厚利益，顯係「明知為他人之事務，而為自己之利益管理」之不法無因管理行為，張予得依民法第 177 條第 2 項規定請求被告 iO 返還因不法無因管理所獲得之利益，即藉此獲得鳳梨報推薦，而使 3 家媒體加入會員並因此受有會費之美金 45,000 元。

c. NCZ：

NCZ 公司當初從 iO 下載 Johnson 的風災照片時，圖片編輯 Joe Austin 發現同一批照片的品質與風格差異太大，曾致電 Mong Peak，Peak 表示確有同樣的懷疑，且提供張予原發表於 the X 的連結。惟 NCZ 仍將張予拍攝之照片是刊登於「THE MOMENT」的攝影集並出版販售，顯係「明知為他人之事務，而為自己之利益管理」之不法無因管理行為，張予得依民法第 177 條第 2 項規定請求被告 NCZ 返還因不法無因管理所獲得之利益，即因該照片為 KSP (key selling point) 而在台大賣獲利之新台幣 1000 萬元，及 NCZ 毛利增加之新台幣 4000 萬元。

被告可主張之論點：

A. 不當得利：

著作權法第 89-1 條規定：「第八十五條及第八十八條之損害賠償請求權，自請求權人知有損害及賠償義務人時起，二年間不行使而消滅。自有侵權行為時起，逾十年者亦同。」未如民法第 197 條第 2 項定有著作權侵害請求時效完成後，「仍應依關於不當得利之規定，返還其所受之利益於被害人。」之規定，顯係立法有意排除，而應回歸短期時效。

B. 無因管理：

(A) 依照最高法院 98 年度台上字第 2364 號民事裁定：「次按所謂無因管理，係指

無法律上之義務，而為他人管理事務之行為而言，且不論適法無因管理或不法管理行為，均須管理人有為本人管理事務之意思，即以其管理行為所生事實上之利益，歸屬於本人之意思，始能成立。上訴人既自承與被上訴人間有委託購買定穎公司股票之委任關係存在，且被上訴人以溢價充作其本身購買股票之部分股款，亦無為上訴人管理事務之意思，顯非無因管理，自無民法第一百七十七條第二項之適用。」

(B) 本件被告等均不知系爭攝影著作為張予之著作，而係誤認其為 David Johnson 的著作，則被告等根本不可能有為張予管理事務之意思；縱認被告 iO 公司之員工 Mong Peak 曾判定照片為可疑，然 Mong Peak 亦未曾發現張予方為照片之著作人，實無可能有為張予管理事務之意思。況 Mong Peak 及其他 iO 員工處理照片僅僅是基於自己在 iO 公司的工作職責，為 iO 管理圖庫並例行性地進行圖庫照片處理工作，根本不是為了任何照片拍攝者處理圖片，自無從成立無因管理。

### 3. 被告使用原告拍攝之照片，是否違反著作權法或構成侵權行為？

(1)、(2) 原告刊登照片於「the X」之行為，是否構成默示授權？授權範圍及於哪些被告？應由何人負舉證責任？被告得否依 the X 使用者契約、「第三人使用 the X 內容於線上傳輸或其他離線裝置之規範」相關規定，主張有權使用原告拍攝之照片？

#### 原告可主張之論點：

A. 無論 David Johnson 是否為合法被授權人，其未經張予同意，不得再授權被告等人利用系爭攝影著作，則 David Johnson 未獲授權擅自再授權張予之著作，著作人張予不受該等再授權拘束，張予仍得對被告等主張著作權侵害：

(A) 依照著作權法第 37 條第 3 項，非專屬授權之被授權人非經著作財產權人同意，不得將其被授與之權利再授權第三人利用。依題旨，David Johnson 顯未獲專屬授權，則縱認其為合法非專屬授權之被授權人，未經張予同意，亦不得再授權全亞新聞通訊社。

(B) 未獲授權擅自授權他人著作，著作權人並不受該等授權拘束，則該被無權授權之被授權人，若未取得著作權人之同意，擅自重製、散布著作權人之著作，仍應構成著作權法之侵害，此有智慧財產法院 101 年度民著上字第 1 號民事判決可資參考（「未獲授權擅自授權他人之著作，著作權人並不因該無權行為人之行為受有拘束...本件被上訴人逾越授權契約所為之授權行為，對張錦華本人並不生效，亦無拘束力，同理，對於張錦華所授權之本件上訴人亦不生效拘束力...優世大公司等縱使自被上訴人獲得授權而使用系爭著作，渠等使用行為是否當然不構成侵權行為，尚非無疑。」）。

(C) David Johnson 未向張予取得再授權系爭著作之權利，其嗣後再授權被告全亞

新聞通訊社、全亞新聞通訊社再授權 iO 公司、iO 再授權 NCZ 等授權，均非合法授權；又 David Johnson 將系爭攝影著作加上自己文字重新張貼，其張貼之內容又透過 the X 使用者契約（下稱「使用者契約」）再授權 the X 使用，並由 the X 透過「第三人使用 the X 內容於線上傳輸或於其他離線裝置之規範」（下稱「第三人規範」）再授權於被告等，此等再授權因 David Johnson 原始授權未取得張予同意，均為未獲授權之非法再授權。因此，上開再授權對張予均不具拘束力，張予仍得對未經同意擅自使用系爭照片之被告等主張著作權侵害。

B. 「the X」使用者契約之適法性

甲、按定型化契約條款，指企業經營者為與多數消費者訂立同類契約之用，所提出預先擬定之契約條款。定型化契約條款不限於書面，其以放映字幕、張貼、牌示、網際網路、或其他方法表示者，亦屬之；企業經營者在定型化契約中所用之條款，應本平等互惠之原則；定型化契約條款如有疑義時，應為有利於消費者之解釋；定型化契約中之條款違反誠信原則，對消費者顯失公平者，無效；定型化契約中違反平等互惠原則者，推定其顯失公平，消費者保護法第 2 條第 7 款、第 11 條第 1 項、第 2 項、第 12 條第 1 項、第 2 項第 1 款分別定有明文。

乙、本件「the X」使用者契約係「the X」與多數使用者利同類契約之用，所提出預先擬定之契約條款，為使用者使用其服務前，必須先同意該使用者契約，且以網際網路方式表示者，亦可屬定型化契約，故應認係爭「the X」使用者契約為一定型化契約。

C. 使用者契約第 3.3 條「合作商業伙伴」不包括被告等，則被告等不得主張其係透過 the X 之使用者契約取得 the X 之再授權：

(A)按契約之文意有疑義，如辭句模糊，或模稜兩可時，固應探求當事人之真意，不得拘泥於所用之辭句，但解釋之際，並非必須捨辭句而他求，如契約文字業已表示當事人真意，無須別事探求者，即不能反捨契約文字更為解釋（最高法院 71 年台上字第 4707 號判決意旨參照）。

(B)依使用者契約第 3.3 條規定，使用者事前同意 the X 得再授權於 the X 平台以外使用、重製、修改、分享其張貼內容之被授權人，僅限於「the X 的合作商業伙伴」。探究「合作商業伙伴」之契約文字及當事人真意，應認其僅限於與 the X 有商業上合作之契約關係者（例如廣告商），不應任意擴大而認應包含所有與 the X 無契約關係或商業往來之第三方公司。

(C)被告等並非前述與 the X 有商業往來或契約關係之合作夥伴，自非第 3.3 條「合作商業伙伴」涵蓋範圍，因此，the X 無權透過該條再授權被告等利用系爭著作，則被告等未取得合法授權，張予仍得對未經同意擅自使用系爭照片之被

告等主張著作權侵害。又第三人規範僅為 the X 與被告等成立之契約，依債之相對性及上開智慧財產法院 101 年度民著上字第 1 號民事判決，對張予無拘束力，被告等亦不得執此爭執已取得合法再授權。

D. 張予使用「擁抱世界」之分享方式，依使用者契約第 3.5 條，並未因此明示或默示授權被告等得利用系爭著作

(A)按著作財產權人得授權他人利用著作，其授權利用之地域、時間、內容、利用方法或其他事項，依當事人之約定；其約定不明之部分，推定為未授權，著作權法第 37 條第 1 項定有明文。依上揭規定意旨，有關著作財產權之授權，雖不以書面為必要，然以明示為原則，凡未明示之部分，除有其他證據證明外，推定為未授權，反面言之，未明示授權部分，除有積極證據證明外，並無默示授權之適用(智慧財產法院 100 年度民著訴字第 52 號民事判決參照)。故默示授權，依民事訴訟法第 277 條，應由主張默示授權存在之被告負舉證責任，而本件被告等並無任何積極證據可證明有默示授權存在。

(B)另參臺灣台北地方法院 104 年度訴字第 1386 號民事判決：「原告主張依臉書資料政策，艾絲公司已將系爭圖文設定為公開，故原告使用系爭圖文並無侵害其著作權云云。惟查，臉書資料政策關此係指：『公開資訊係指您與公開對象分享的任何資訊...這些資訊也可以透過線上搜尋引擎、API 及電視等離線媒體查看或取得。某些情況下，您所分享及交流的對象可能會下載這些內容，或是與我們服務範圍內的其他人再次分享該內容。...』依其政策內容僅指明臉書使用者公開資訊之可能散佈範圍，並非要求使用者必須將其受著作權保護之資訊授權予臉書公司以外之他人使用，且本件原告之使用方式並非將系爭圖文以分享方式張貼至萊萃美官方網站及臉書粉絲團，而是以上開重製方式為之，亦非符合上開單純分享他人公開資訊之事實，是原告此部分主張，即屬無據。」

(C)依使用者契約第 3.5 條：「您張貼於 the X 的內容...當您點選『擁抱世界』時，您同意所有人(包括...)皆得閱覽、存取或使用」，由該條文義及社群媒體之特性觀之，the X 平台的「擁抱世界」功能實與上開判決中臉書平台的「公開對象」分享功能具相同內涵，均係指明公開資訊透過該等平台散布時可能之散布範圍。易言之，使用者於該等平台選擇公開分享上傳內容時，其內容均可由公眾接觸。是縱認使用者有同意他人使用張貼內容，其同意之使用範圍，就此等社群網站平台之使用目的解釋，實不應及於在 the X 以外之其他以重製等方式所為使用。否則一旦 the X 使用者選擇以「擁抱世界」方式分享張貼內容，即對全世界之所有營利、非營利之著作權利用行為予以授權，顯不符使用者當初選擇「擁抱世界」來分享內容之預期(即：僅係同意分享該等內容供公眾於平台上閱覽、存取或使用)。況 the X 使用者契約乃定型化契約，宜採較保護使用者之解釋，若僅以文義解釋而認使用者同意第 3.5 條

即表示已經放棄著作財產權，願意無償提供「所有人」「使用」其著作，將無限擴張 the X 此種網路平台透過定型化契約對使用者上傳內容取得授權而為商業利用之範圍，顯不符使用者之預期。本件被告係將系爭攝影著作重製、改作、再散布獲利，已逾越使用者同意使用之範圍，又無其他積極證據可證明有任何默示授權存在，自屬未經授權之行為。

E. 無論使用者契約或第三人規範均沒有成立第三人利益契約之可能：

(A)按所謂第三人利益契約，依照民法第 269 條，係指「以契約訂定向第三人為給付者，要約人得請求債務人向第三人為給付，其第三人對於債務人，亦有直接請求給付之權。」又第三人利益契約，必須當事人以契約約定因契約所生之債權由第三人享有，第三人基於此項債權，方得向債務人直接請求給付。換言之，必須第三人取得一種債權，同時必須訂約人與債務人均有將此項債權交由第三人享有之合意始可，若無此種合意，第三人即無從取得此種債權，亦無向債務人直接請求給付之權利（最高法院 89 年度台上字第 1788 號民事判決）。亦即，第三人利益契約的成立，需當事人以契約明確合意使第三人直接依契約享有一定直接請求給付之債權，若無法自契約文字得出當事人間有此明確合意，基於契約自由原則，難認當事人一方或法院得事後任意擴張契約文字之解釋，而認成立第三人利益契約<sup>22</sup>。

(B)張予與 the X 間之使用者契約看不出有使被告等第三人享有任何授權之意，其契約文字明確列出授權對象特定為 the X、其關係企業及合作商業伙伴。如 the X 與張予有意使第三人 David Johnson 透過使用者契約享有任何可直接對張予主張之債權，其可輕易於使用者契約中以較明確的文字約定之，然使用者契約中卻無此約定<sup>23</sup>。縱認使用者契約第 3.5 條「當您點選『擁抱世界』時，您同意所有人（包括不具有 the X 帳號或非您『the X 朋友』的人士）皆得閱覽、存取或使用」之規定有使第三人（所有人）直接享有閱覽、存取或使用張予張貼內容之合意，然此亦不得擴張認為此規定有合意授權被告等為商業性重製或散布行為，且亦未賦予第三人直接請求給付之權利。是以，就被告等之侵權行為，使用者契約第 3.5 條並無「直接使被告等獲得授權之明確合意」而使第三人得「直接請求給付」，依上開說明，自不成立第三人利益契約。又被告 iO 及 NCZ 均非直接由 the X 上下載照片，其後續利用行為自不在使用者契約同意使用之範圍內，自不得援引 the X 使用者契約或第三人規範主張該等規定有賦予 iO 或 NCZ 特定債權之意。

### 被告可主張之論點：

A. 「合作商業伙伴」包括被告等人：

---

<sup>22</sup> 美國紐約南區聯邦地區法院 *Presse v. Morel* (S.D.N.Y. Aug. 13, 2014) 案見解參照。

<sup>23</sup> 同上註。

- a. 按解釋意思表示，應探求當事人之真意，不得拘泥於所用之辭句，民法第 98 條定有明文。最高法院 103 年度台上字第 713 民事判決亦明揭：「契約真意發生疑義時，法院固應為闡明性之解釋，即通觀契約全文，並斟酌立約當時之情形及其他一切證據資料，就文義上及理論上詳為推求，以探求當事人締約時之真意，俾作為判斷當事人間權利義務之依據。惟法院進行此項闡明性之解釋（單純性之解釋），除依文義解釋（以契約文義為基準）、體系解釋（綜觀契約全文）、歷史解釋（斟酌訂約時之事實及資料）、目的解釋（考量契約之目的及經濟價值）並參酌交易習慣與衡量誠信原則，加以判斷外，並應兼顧其解釋之結果不能逸出契約中最大可能之文義。」
  - b. 查「the X」使用者契約第 3.3 條規定「與 the X 合作的商業伙伴」，就文義上解釋，應指與「the X」有商業利益合作關係之對象。綜觀契約全文對授權對象採取開放的態度，未涉有嚴格的條件限制。且「the X」作為交友分享網站，許多商家皆利用此一網路平台進行數位行銷，參酌社群網站及數位行銷之交易習慣，其商業合作對象本即具備多元性，故應可推知該契約目的應是欲使授權對象盡可能的廣泛，以達成其事業目的，所謂合作關係應不以與「the X」有直接契約關係者為限，而應包括透過間接合作而取得商業利益者。因此，無論是直接從「the X」取得張予拍攝照片之全亞新聞通訊社，與全亞新聞通訊社有著例行性合作的 iO，以及間接因此取得張予拍攝照片之 NCZ，皆因「the X」上張予拍攝之照片取得商業利益，「the X」亦藉被告公司的推廣而使該網站照片讓更多人得以觸及，故全亞新聞通訊社、iO 以及 NCZ 應屬於「與 the X 合作的商業伙伴」。
- B. 退步言之，縱使對「與 the X 合作的商業伙伴」採取極為狹義而悖於該契約目的及體系之解釋。按「the X」使用者契約第 3.5 條「當您點選『擁抱世界』時，您同意所有人（包括不具有 the X 帳號或非您『the X 朋友』的人士）皆得閱覽、存取或使用。」，全亞新聞通訊社、iO 以及 NCZ 屬於其所謂「所有人」，當無疑義。
- C. 被告等已取得 the X 合法再授權：
- a. 張予已於登入使用「the X」之際，就「使用者契約」點選「同意」，其中包括契約第 3.3 條（「the X 的合作商業伙伴得於 the X 以外的其他媒體或管道，使用、複製...」）以及第 3.5 條（同意所有人...皆得閱覽、存取或使用），故無論被告等係「與 the X 合作的商業伙伴」或「所有人」，其使用張予拍攝之照片，均已取得張予同意，即合法再授權。
  - b. 縱認張予點選「同意」行為非屬明示授權，亦應成立默示授權被告等使用張予拍攝之照片，蓋使用者契約第 3.3 條、第 3.5 條文字已明確使用者「同意」the X 的合作商業伙伴或所有人得為該等行為，為默示授權之積極證據。

- c. 退步言之，縱認本件非屬明示或默示授權。按當事人以契約約定因契約所生之債權由第三人享有，第三人基於此項債權，得向債務人直接請求給付，即成立所謂第三人利益契約。因本件張予已與就「the X」使用者契約達成合意，被告等得依此條取得使用系爭著作之權利，則亦成立第三人利益契約。

**(3) iO 是否得引用著作權法有關網路服務提供者民事免責事由條款，主張免責？**

**原告可主張之論點：**

**A. 被告 iO 公司非網路服務提供者：**

(A) 依照著作權法第 3 條第 1 項第 19 款，網路服務提供者，指提供下列服務者：(一) 連線服務提供者：透過所控制或營運之系統或網路，以有線或無線方式，提供資訊傳輸、發送、接收，或於前開過程中之中介及短暫儲存之服務者。(二) 快速存取服務提供者：應使用者之要求傳輸資訊後，透過所控制或營運之系統或網路，將該資訊為中介及暫時儲存，以供其後要求傳輸該資訊之使用者加速進入該資訊之服務者。(三) 資訊儲存服務提供者：透過所控制或營運之系統或網路，應使用者之要求提供資訊儲存之服務者。(四) 搜尋服務提供者：提供使用者有關網路資訊之索引、參考或連結之搜尋或連結之服務者。

(B) 然被告 iO 公司並非單純提供平台供會員上傳、下載圖片檔案，其由承辦人收受圖片後，會將圖片進行轉檔、處理並註明原作者姓名，再依其獨特之邏輯分類整理後上傳，供會員下載使用，且依其使用者契約，會員下載即取得 iO 對該圖片的授權。由此可知，iO 並非上述任一類型之網路服務提供者，無著作權法免責條款之適用。

B. 縱認 iO 為網路服務提供者，核其服務性質，應較近似於「資訊儲存服務提供者」，則依著作權法第 90-7 條：「有下列情形者，資訊儲存服務提供者對其使用者侵害他人著作權或製版權之行為，不負賠償責任：一、對使用者涉有侵權行為不知情。二、未直接自使用者之侵權行為獲有財產上利益。三、經著作權人或製版權人通知其使用者涉有侵權行為後，立即移除或使他人無法進入該涉有侵權之內容或相關資訊。」本件 iO 之承辦人 Mong Peak 已知悉系爭著作涉有侵權，卻仍上傳該批照片，並直接自該批照片獲有財產上利益，顯無適用該條免責之餘地。

**被告可主張之論點：**

A. 依照美國向來實務見解，著作權法下之「網路服務提供者」應從寬認定，至「幾乎沒有網路服務者不該當『網路服務提供者』」之程度<sup>24</sup>。我國著作權法下之網路服務提供者民事免責事由條款既係參考美國係參考美國 DMCA 第

<sup>24</sup> *In re Aimster Copyright Litig.*, 252 F. Supp. 2d 634, 658 (N.D. Ill. 2002)

五百十二條(i)(1)(A)之立法例<sup>25</sup>，自應參考上開美國實務見解之規定，從寬解釋。本件 iO 既提供儲存圖片之網路圖庫，從寬解釋下應認係「透過所控制或營運之系統或網路，應使用者之要求提供資訊儲存之服務者」之「資訊儲存服務提供者」。

- B. 依著作權法第 90-7 條：「有下列情形者，資訊儲存服務提供者對其使用者侵害他人著作權或製版權之行為，不負賠償責任：一、對使用者涉有侵權行為不知情。二、未直接自使用者之侵權行為獲有財產上利益。三、經著作權人或製版權人通知其使用者涉有侵權行為後，立即移除或使他人無法進入該涉有侵權之內容或相關資訊。」本件 iO 之承辦人 Mong Peak 雖曾質疑系爭照片之來源，然其對提供該照片之使用者 Allison 是否有獲授權、是否確實有侵權行為等並不知情（依我國著作權法之立法例即美國 DMCA 之認定標準，美國實務現多以「紅旗標準」（red-flag test）認定，倘若侵害活動之存在如鮮明的紅色旗幟飄揚般明顯時，則法院應認網路服務提供者就侵害活動之存在知情。依此標準，Mong Peak 既非「明顯知情」，應視為不知情<sup>26</sup>）；又 iO 並未因系爭照片「直接」獲有財產利益，至多僅因鳳梨報承辦人因此機緣發現 iO 對媒體工作者頗有幫助，而「間接」獲得向鳳梨報推介 2016 年新會員收取之會費美金；且 iO 上傳前均已查證，無意剽竊他人照片，乃信賴合法授權而未立即移除該等照片；故 iO 實得依著作權法第 90-7 條主張免責。

#### (4) 各被告是否有侵害原告著作權之故意或過失？

##### 原告方可主張論點

- A. 實務上於判定行為人是否有注意義務之違反時，會參酌其營業項目、營業規模等，此有以下判決可稽：
- a. 智慧財產法院 102 年度民專訴字第 115 號判決指出：「按所謂能預見或避免之程度，即行為人之注意義務，則因具體事件之不同而有高低之別，通常係以善良管理人之注意程度為衡酌基準，在專利侵權事件，法律雖無明文規定，惟製造商或競爭同業與單純之零售商、偶然之販賣人等，對能否預見或避免損害發生之注意程度，必不相同，應於個案事實，視兩造個別之營業項目、營業規模包括資本額之多寡及營收狀況、營業組織如有無研發單位之設立、侵害行為之實際內容等情形判斷行為人有無注意義務之違反。...查被告...與原告之間為競爭同業之關係，對於其等所製造、銷售商品之技術內容，較諸單純之零售商、偶然之販賣人等，應有較高程度之注意義務，亦具有預見或避免侵權損害發生之能力，以避免侵權之發生」

<sup>25</sup>參著作權法第 90-4 條立法理由。

<sup>26</sup>著作權法第 90-7 條之資訊存取服務提供者之免責規定，係參考美國 DMCA 責任限制法第 512 條之(c)項及(d)項。依據美國 DMCA 責任限制法之規定，所謂知情包括「實際知情」與「視為知情」，美國實務上多以「紅旗標準」（red-flag test）認定，倘若侵害活動之存在與鮮明的紅色旗幟飄揚般明顯時，則法院應認網路服務提供者就侵害活動之存在知情（參：李治安，網路服務提供者民事免責事由之要件分析）。

- b. 智慧財產法院 103 年度民著訴字第 17 號復明揭：「所經營者為國內知名且頗具規模之『金玉堂批發廣場』連鎖店，其對於文具商品之流行趨勢與圖形樣式，應有較一般消費者更高之專業知識與敏感度，被告見此標示時，當知悉此商品可能涉及他人之著作權或商標權，且其僅需稍加查證，即可輕易透過網路或大眾媒體等途徑搜尋到『甜蜜貓』商品之相關資訊，或連結至 JETTOY 臺灣官方網站（www.jettoy.com.tw，2010 年 8 月 11 日已存在，見原證 30），並藉此獲悉 Jettoy 商標及著作權之相關資訊，其竟辯稱不知『甜蜜貓』或『Jettoy』系列商品享有著作權及商標權，亦無從查證云云，顯不足採信。」
- c. 依上述判決，實務上均認為競爭同業應有較一般消費者更高之專業知識與敏感度，亦具有預見或避免侵權損害發生之能力，以避免侵權之發生，合先敘明。
- d. 本件中，被告查現今為自媒體時代，個人的作品分享、上傳行為已構成廣義的出版。故張予於拍攝、上傳照片之出版行為時，應可謂符合媒體人之範疇，

B. 被告全亞新聞通訊社有過失：

- a. 被告全亞新聞通訊社為專業新聞報導機構，具備國際級之規模，且日常接觸攝影照片，以報導高品質圖片為業，是以依照前述實務見解，全亞對系爭相片之著作權歸屬，較諸單純之一般消費者，應有更高之專業知識與敏感度。
- b. 再者，依題目所示，張予具有 28mm 定焦雙眼相機、全幅單眼相機、300mm 長焦鏡頭等專業攝影設備，其所拍攝之相片品質必顯然優於 David Johnson 用手機所拍攝者。
- c. 況且，Allison 在審閱 Johnson 於 3 月 14 日下午用手機所拍攝的照片後，亦發現該照片之品質與拍攝技巧與前一批相較，大相逕庭。Allison 若此時加以查證，即可得知該相片之攝影人並非 Johnson，然 Allison 卻疏於確認，而輕率採信 Johnson 片面之詞，就未取得系爭照片原作者張予授權而重製系爭照片之行為具有過失。
- d. 縱使新聞工作者之工作有分秒必爭之需求，其亦需受著作權法之規範，豈可僅為自己的利益就罔顧他人智慧財產權，若疏於查證，其行為亦應認為構成著作權侵權。

C. 被告 iO 有過失

- (A) 被告 iO 為全球知名之圖片資料庫，專門付費收集圖片檔案，其日常接觸攝影照片，以提供會員高品質圖片為業，是以依照前述實務見解，iO 對於系爭相片之攝影人之判定，較諸單純之一般消費者，應有更高之專業知識與敏感度。
- (B) 再者，依照 iO 之內部工作規範，承辦人於收受圖片後，必須先查證圖片來源及作者，此可證 iO 亦了解其有義務查證該圖片真正之

作者。而 iO 之承辦人 Mong Peak 於收到 Allison 風災照片後，除直覺上意識到此一批照片來自不同之作者外，經過查證之結果，Peak 亦發現 Johnson 並非第一個在 the X 上船這一批風災照片的人，張予才是。然而，iO 基於內部作業疏漏，仍註記該照片之作者為 Johnson。

- (C) iO 並非新聞工作者，其工作並無分秒必爭之需求。況且，iO 圖庫散佈之對象廣泛，若不慎侵權，可能對權利人構成重大損害，由此角度觀察，其更應謹慎查證來源。若疏於查證亦有構成侵權之可能。
- (D) iO 身為國際級知名之圖片資料庫，較一般消費者，有更高之專業知識與敏感度，其內部承辦人明知該照片之作者並非 Johnson，卻仍基於疏失，註記該照片作者為 Johnson，而未取得原作者張予之同意逕而重製該照片，自有過失甚明。

#### D. 被告 NCZ 公司亦有過失

- (A) 被告 NCZ 公司為全球知名之生態雜誌出版社，其業務內容亦經常接觸攝影照片，並提供讀者優質之生態攝影照片。是以依照前述實務見解，NCZ 公司對於系爭相片之攝影人之判定，較諸單純之一般消費者，應有更高之專業知識與敏感度。
- (B) NCZ 公司之編輯 Joe Austin 亦基於基多年處理照片的經驗，認為系爭照片之作者並非為 Johnson。Joe 並致電知情之 Peak，Peak 並告知 Joe 上情，並提供照片第一個發布者張予之 the X 連結。
- (C) 是故，NCZ 公司在了解張予係第一個發布系爭照片，且 Johnson 提供的同一批相片質量差異甚大實屬可疑之狀況下，仍未向張予取得使用系爭照片之授權，逕行使用系爭照片於其「The Moment」一書中，實有過失甚明。

#### 被告方可主張論點

- A. 全亞通訊社得主張其日常處理之照片數亦萬計，實難期待能逐一查證照片之來源：
  - a. 智慧財產法院 101 年度民著訴字第 41 號判決指出：「本院認為出版社所出版之書籍涉及眾多專業領域，且出版之書籍數量龐大，實難期待出版社有足夠之專業能力及資源逐一查證、判斷所出版之書籍是否涉有侵害他人智慧財產權之情事」。
  - b. 被告全亞新聞通訊社每日經手之相片繁多，且各新聞機構無不是分秒必爭，期待能於第一時間推出最經典、獨家之報導及珍貴圖像資料，依照行業特性，實難期待其有足夠的專業能力、耗費無數時間、資源逐一對該相片查證其真正之著作權人為何。
  - c. 再者，全亞通訊社之記者 Allison 係於 Johnson 在 the X 頁面上看見系爭相片，且 Johnson 亦以著作權人自居，自無可能期待 Allison 仍投注額外資源逐一查證該批相片之真正著作權人。

B. iO 得主張其日常處理之照片數亦萬計，實難期待能逐一查證照片之來源：

iO 身為全球知名之圖片資料庫，每日經手之相片數量不可勝數，且其與其他相仿之圖片資料庫間，亦存在競爭關係，依照行業特性，其亦對能否在第一時間收錄高品質之相片供會員使用相當重視，是故，實難期待其有足夠的專業能力、耗費無數時間、資源逐一對該相片查證其真正之著作權人為何。

C. iO 得主張其合理信賴其具有使用系爭相片之權限

(A) 依題目所示，係全亞通訊社的記者 Allison 將其自 Johnson 處取得的風災照片上傳至 iO，而面對 Peak 的詢問，Allison 亦告知所有照片均來自 Johnson，且 Johnson 同意無償提供照片。Allison 係全亞通訊社之記者，亦屬於專業媒體人士，iO 圖庫自可信賴對其所註明之圖片著作權人為真正，以及其可以無償使用系爭照片。

(B) 且依題所示，全亞通訊社之內規即規定須將其取得之照片上傳 iO 圖庫，故顯示全亞與 iO 之間已有長期之業務合作關係，iO 自可以信賴 Allison 所述為真實，其得無償使用系爭照片。

D. NCZ 公司合理信賴其具有使用系爭相片之權限

a. 於行為人已獲得第三方保證該著作權物無侵害第三人權利時，實務見解均認為行為人使用該著作權物並無過失，以有以下判決可參：

(a) 智慧財產法院 101 年度民著訴字第 41 號判決指出：「被告張偉豪既同意簽訂該教材授權書，並擔保如有侵犯他人之著作權或其他權利致引起訴訟糾紛時，所產生之一切費用及損失皆由其負責，被告前程公司自可合理信賴被告張偉豪就系爭講義享有著作權，原告並未舉證證明被告前程公司或傅國彰有何法律上之查證義務，空言主張被告前程公司及傅國彰未予查證，顯有過失，尚非可採。」

(b) 智慧財產法院 106 年度民著上易字第 7 號判決：「上訴人既已付費委託訴外人京緯公司設計網頁，且訴外人京緯公司並告知系爭圖片有取得授權，依一般交易常情復參酌該設計案之委託設計金額，應認上訴人已盡相當之注意義務，而無侵害上訴人著作財產權之過失可言。」

b. 依題目所示，根據 iO 與其會員間的使用者契約，會員下載即可取得 iO 對該圖片的授權；iO 更承諾，會員若因下載 iO 照片或圖檔而遭控侵權，iO 不僅負擔法律責任，並於全球各地選定律師協助處理，且 iO 亦收取每年美金 15,000 元的高額年費。依前述見解，參酌前述使用者契約及 iO 收取之年費，NCZ 公司得主張其於 iO 資料庫下載系爭照片時，已合理信賴有有該圖片之使用權限，而無侵害張予著作權之過失。

三、各被告是否有其他得主張不應構成違反著作權法及侵權行為之依據(例如：著作權

之合理使用；基於保障資訊自由之憲法政策，依其證據資料有相當理由確信其關於著作權之記載並無錯誤時毋須負責，或其他理由)？

A. 著作權法第 49 條<sup>27</sup>

**被告方可主張論點**

- a. 按在時事報導之必要範圍內，得利用其報導過程中所接觸之著作，為著作權法第 49 條所明定。
- b. 智慧財產法院 101 年度刑智上訴字第 7 號刑事判決並明揭，法條條文「所接觸之著作」在文義上，並未排除報導者在新聞現場之外，額外收集之新聞素材：「本件告訴人所報導之立法委員吳 OO 事件，因前無他人報導，故屬即時之新聞事件，換言之，為時事新聞，當無庸疑。而告訴人所屬之蘋果日報於當日報導後，各電子媒體及其他大眾媒體，諸如電台等均於各節新聞時段大肆報導，益徵其時事性，而被告於當日下午時段發刊之晚報中報導此一新聞，就時效性而言，仍屬時事之報導（蓋當日之日報，除告訴人所發行之蘋果日報外，即使被告所有之日報亦不及報導），而此一時事之產生，均肇始於告訴人之報導，除告訴人之外，別無其他消息來源（如前所述，此為告訴人之獨家新聞），是以，被告為能報導系爭時事新聞，非接觸告訴人之報導無以完成，而為滿足民眾知之權利，以及新聞之完整性，自有使用告訴人所屬蘋果日報上所拍攝之孫 OO 照片必要，就其過程而言，與上開著作權法第四十九條所稱為時事報導而利用其報導過程中所接觸之著作規定尚稱相符。」
- c. 本件全亞新聞通訊社所報導之熱帶氣旋 Pam 屬即時之新聞事件，為時事新聞。此外，Pam 侵襲後，Allison 與維拉港的新聞同業失聯，對於氣旋登陸的後續發展毫無掌握，除朋友的手機簡訊所附上一段 the X 的網路連結，別無其他消息來源。是以，全亞新聞通訊社為能報導 Pam 侵襲之時事新聞，非接觸 the X 之圖文無以完成。故包含系爭照片在內之 the X 圖文屬「利用其報導過程中所接觸之著作」無疑。
- d. 最高法院 103 年度台上字第 1352 號判決更進一步指出，符合第 49 條規定者，即無須再討論是否合乎同法第六十五條合理使用之事項：

「按豁免規定與合理使用不同，豁免規定對於著作類別及專屬權種類設有限制，法院考量符合法律所定之構成要件者，即可豁免，無須再行斟酌其它合理使用之權衡要素。著作權法第四十九條係豁免規定，乃以新聞紙、網路等為時事報導者，在報導之必要範圍內，得利用其報導過程中所接觸之著作，並未規定於合理範圍內為之，得以阻卻違法，法院自無庸斟酌是否符合著作權法第六十五條第二項各款所定合理使用之事項，以為判斷標準。」
- e. 被告全亞新聞通訊社得主張系爭照片，係其報導過程中所接觸之著作，

---

<sup>27</sup> 多數文章仍主張著作權法 49 條係合理使用之一種

亦無需再行討論是否具備第六十五條所列情形。

### 原告方可主張論點

- a. 著作權法第 49 條之立法理由謂：「按報導時事所接觸之層面極為廣泛，而於報導之過程中，極可能利用他人著作，於此情形，苟不設利用之免責規定，則時事報導極易動輒得咎，有礙大眾知之權利，當非著作權法保護著作權之本旨。又本條所稱『所接觸之著作』，係指報導過程中，感官所得知覺存在之著作。例如新聞紙報導畫展時事，為使讀者瞭解展出內容，於是將展出現場之美術著作攝入照片，刊登新聞紙上；廣播電台或電視台報導歌唱比賽時事，為使聽眾或觀眾瞭解比賽情形，於是將比賽會場之音樂著作予以錄音，於廣播或電視中予以播送等。」
- b. 最高法院 103 年度台上字第 1352 號判決亦揭：「又第四十九條所稱『所接觸之著作』，係指報導過程中，感官所得知覺存在之著作。原審認系爭報導屬著作權法第四十九條時事報導行為，乃未查明蘋果日報台灣分公司為系爭報導時，如何以感官知覺，接觸上訴人之攝影著作，及其必要範圍，遽謂系爭報導符合著作權法第六十五條第二項所定合理使用之情形，具有阻卻違法事由，而為不利於上訴人之判決，已有違誤。」
- c. 亦有學者認為，著作權法第 49 條所稱「所接觸之著作」，應係「在事件發生現場所見所聞、不可避免而附帶攝錄之著作而言」。<sup>28</sup>
- d. 智慧財產法院 103 年度民著上更(一)字第 2 號判決復指出：「『報導過程中所接觸之著作』，應限於報導該新聞事件時感官所知覺存在之著作，因此於轉載其他媒體新聞內容之場合，若係報導『某媒體有何報導』（其報導方式如：據某某媒體今日報導）或『某新聞事件主體對他媒體報導之反應』（其報導方式如：某人對某媒體近日之報導表示不滿），則於報導中引用他媒體之報導內容，可屬『報導過程中所接觸之著作』（惟其方式仍須符合『報導必要範圍』，自不待言），然若報導與他媒體相同之新聞事件，卻未至現場採訪，而直接使用其他媒體就該新聞事件所刊登之新聞照片或新聞內容，作為自己報導之一部分，則行為人所接觸者應屬『其他媒體同業之著作』而非『報導過程中所接觸之著作』，自難認符合著作權法第 49 條規定。」
- e. 依照上開判決見解，Allison 並未到維拉港現場採訪，且係直接使用他人（即張予）之照片，作為自己報導之一部分，且該照片並非事件發生現場所見所聞、不可避免而附帶攝錄之著作，依照上開判決、學者見解，自難認符合著作權法第 49 條規定。

### B. 著作權法第 52 條

### 被告方可主張論點

---

<sup>28</sup> 論著作權法第四十九條新聞報導之使用，何宇軒，第 25 頁

- a. 按著作權法第 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。
- b. 本題中，全亞通訊社為報導熱帶氣旋之 Pam 之新聞，自得在合理範圍內，引用張予已公開發表之系爭照片。
- c. 在合理使用之判斷上，最高法院 94 年度臺上字第 7127 號民事判決肯認：「倘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，縱使其使用目的非屬於教育目的，亦應予以正面之評價」，智慧財產法院 101 年度民著訴字第 26 號判決亦同此見解。
- d. 全亞通訊社引用照片雖係基於商業用途，卻可維護公眾知的權利，應屬正當目的所必要之使用。且全亞通訊社使用系爭照片之結果，難認對系爭照片潛在市場與現在價值有何影響。是則全亞通訊社使用系爭圖像攝影著作，依著作權法第 65 條第 2 項規定審酌，應認符合民法第 52 條所規定在合理範圍內之使用。

#### **原告方可主張論點**

- (A) 依照現行著作權法第 65 條第 2 項之規定，「著作之利用是否合於第四十九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：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。」
- (B) 本件中，全亞通訊社使用系爭相片係基於商業用途，且係直接使用該相片，並未為任何後製行為，且風災之新聞中，讀者最希望看到的，係新聞呈現的現場照片而非文字部分，利用之質量甚高，經綜合審酌以上各項因素，應認被告全亞之利用行為顯不符合著作權法第 65 條第 2 項之合理使用。

#### **C. 基本權對第三人效力與保障資訊自由之憲法政策**

#### **原告方可主張論點**

- a. 有關「言論自由」及「名譽權保障」之衝突，在私法關係亦有適用，此即「基本權利對第三人效力理論」，目前通說則係採取「間接效力說」，認基本權利本質上係以對抗國家權力為其權利內涵，故人民如欲對第三人主張基本權利，必須透過法律規定，使基本權利「間接」適用於私法關係之中，使法院在個案中，對於基本權利之衝突進行利益權衡（台灣高等法院臺中分院 103 年度上易字第 54 號判決參照）。
- b. 如被告等欲主張憲法所賦予其之基本權利，依憲法基本權對第三人效力理論，通說係採間接效力說，即人民欲對國家以外之第三人主張憲法之基本權，亦僅得依民法第 72 條、第 148 條第 2 項等規定，將受侵害之基本權保障內涵，灌注於是否「背於公共秩序或善良風俗者或誠實及信用方法」之法律解釋，以決定是否得以上開民法規定獲得保護，合先敘明（臺灣高雄地方法院 98 年度勞簡上字第 15 號判決參照）。

- c. 原告依照著作權法第 88 條第 1 項、第 2 項之規定，向被告主張損害賠償，非屬民法第 148 條權利濫用：
- (a) 按民法第 148 條係規定行使權利，不得以損害他人為主要目的，若當事人行使權利，雖足使他人喪失利益，但苟非以損害他人為主要目的，即不在該條所定範圍之內。(最高法院著有 45 年台上字第 105 號判例可資參照)。
  - (b) 臺灣高等法院臺南分院 91 年度重上字第 44 號復明揭：「判決權利濫用既為對權利之限制，其要件自應嚴格界定，必須權利人行使權利會造成公共利益之損害，並著重於權利人之主觀目的以損害他人為主要目的，且客觀上所取得之利益與他人之損害顯不相當始足構成權利濫用。」
  - (c) 本件中，原告之系爭相片遭被告等用以牟利且未經其同意，其依照著作權法之規定向被告等請求損害賠償，係正當之權利行使，主觀上並非以損害被告等為主要之目的，且亦難想像會造成何等公共利益之損害。是被告主張原告違反民法第 148 條規定，洵無足採。

#### **被告方可主張論點**

著作權法第 88 條第 1 項前段之規定與保障資訊自由之憲法政策有違，且不合乎比例原則：

- a. 所謂資訊自由（或稱知的權利），係指任何人皆享有從一般公開來源不受妨礙地獲取資訊之權利。司法院大法官釋字第 617 號解釋中進一步表示：「憲法第十一條保障人民之言論及出版自由，旨在確保意見之自由流通，使人民有取得充分資訊及實現自我之機會。」由是可知，人民之資訊自由屬於憲法第十一條言論及出版自由保障之範圍<sup>29</sup>。
- b. 惟查，著作權法第 88 條第 1 項前段之規定卻讓資訊力量為特定人所壟斷，使得他人欲使用該資訊必須得到權利享受者之授權，否則即須負擔損害賠償責任，限制了資訊的流動力，而與保障資訊自由之憲法政策有違<sup>30</sup>。
- c. 再者，著作權法第 88 條第 1 項前段之規定實不合乎憲法比例原則之要求，分述如下：
  - (a) 該規定合乎適當性原則：

系爭規定旨在創設並維護攝影著作財產權，賦予著作人絕對之權利控制資訊之流通，而無支付一定費用即當然取得授權之安排，以兼顧資訊流通自由，其目的之正當性非無可議。
  - (b) 該規定不合乎必要性原則：

---

<sup>29</sup> 論電子化政府與人民基本權利之保障，陳耀祥，第 2-4 頁

<sup>30</sup> 著作權與網路資訊自由，李劍非，第 231 頁

如著作權人未積極主張其著作權，澄清不實之著作權記載，而行為人有相當理由確信該著作物關於著作權之記載並無錯誤，而自己係有權使用，若認行為人此時仍須就使用該著作物向著作權人負損害賠償之責，顯然逾越必要之程度。

- d. 綜上所述，著作權法第 88 條第 1 項之規定與保障資訊自由之憲法政策有違，且不合乎比例原則。該規定既已違憲，被告等自無須依該規定向原告負損害賠償責任。

#### 4. 原告主張之各項損害賠償額有無理由？

##### (1) 全亞新聞通訊社願意支付之報酬美金 800 元

##### 原告方可主張論點

##### A. 原告得依著作權法第 88 條第 2 項第 1 款，請求全亞新聞通訊社願意支付之報酬美金 800 元：

- a. 按著作權法第 88 條第 2 項第 1 款規定「依民法第二百十六條之規定請求。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。」
- b. 實務上，在法院適用前開條文認定損害賠償額之案件中，多數判決使用授權金或授權費用作為認定損害賠償額，此有以下判決可證：
- (a) 智慧財產法院 98 年度民著上字第 13 號判決闡明：「被上訴人對外銷售系爭軟體之價格，實屬使用者為合法使用系爭軟體所應支付之權利金，此即被上訴人可得預期之利益，惟因上訴人擅自將系爭軟體重製於李媚、易清泉所購買之系爭 2 電腦內，致被上訴人無法取得權利金，故被上訴人銷售系爭軟體之價格，為其可得預期之利益，以此所失利益計算其因此所受之實際損害額，即屬適當(著作權法第 88 條第 2 項第 1 款前段、民法第 216 條規定參照)」
- (b) 智慧財產法院 99 年度民著訴字第 15 號判決明示：「有鑒於著作財產權人授權他人利用其著作(如重製、銷售、散布、出租等)時，通常會收取權利金，此即著作財產權人可得預期之利益，惟於侵害著作財產權事件，致著作財產權人因此喪失授權收取權利金之利益，而受有消極之損害，因著作財產權人與侵權人間並無授權契約關係之存在，是以著作財產權人通常授權所收取之權利金，為其可得預期之利益，以此所失利益計算其因此所受之實際損害額，即屬適當。」
- c. 被告等使用原告之著作，卻未向原告之付授權費用、報酬等，可謂因此造成原告喪失授權收取權利金之利益，依照前開實務見解，原告得請求全亞新聞通訊社願意支付之報酬美金 800 元。
- d. 而全亞通訊社擅自將系爭照片授權其他媒體之行為，致原告無法取得權利金，而全亞通訊社所收取之美金 10,000 元，為原告可得預期之利益，

依前述實務見解，原告得依照著作權法第 88 條第 2 項第 1 款前段之規定，向侵權人請求此所失利益。

- B. 原告得依民法第 179 條之規定，請求全亞新聞通訊社願意支付之報酬美金 800 元之不當得利

全亞新聞通訊社未針對系爭照片向張予支付授權金，無使用系爭照片之權利，卻利用張予所拍攝之系爭照片，顯無法律上之原因而受有相當於授權金之利益，並致張予受有損害，張予自得依民法第 179 條之規定請求全亞新聞通訊社返還其等所受利益。

### **被告方可主張論點**

不侵權抗辯（如前所述）

- (2) 全亞新聞通訊社提供照片而向其他媒體收取之費用美金 10,000 元

### **原告方可主張論點**

- A. 原告得依著作權法第 88 條第 2 項第 1 款，請求全亞新聞通訊社提供照片而向其他媒體收取之費用美金 10,000 元：

(A) 全亞通訊社未經原告同意，擅自提供包含系爭照片在內之整批照片給全球多家媒體與出版機構使用，進而收取費用美金 10,000 元，致原告喪失收取權利金之利益。故原告得依本款規定請求全亞通訊社給付美金 10,000 元。

- B. 原告得依民法第 179 條之規定，請求全亞新聞通訊社給付其向其他媒體收取之美金 800 元報酬之不當得利：

全亞新聞通訊社未針對系爭照片向張予支付授權金，無使用系爭照片之權利，卻利用張予所拍攝之系爭照片向其他媒體取得報酬，顯無法律上之原因而受有相當於授權金之利益，並致張予受有損害，張予自得依民法第 179 條之規定請求全亞新聞通訊社返還其等所受利益。

- C. 被告不得主張權利耗盡

- a. 除非有特別約定，數位著作權人之重製權不適用權利耗盡原則

(a) 傳統著作權法所規定之權利耗盡原則，乃係基於著作物實體物之立場。一旦著作物經著作財產權人同意以第一次市場行為進行交易，並有獲致報償之可能，該獲致報償的機會，即為未來因權利耗盡原則所無法主張散布權的對價<sup>31</sup>。

(b) 惟系爭照片乃係數位著作，有學者<sup>32</sup>即認為，權利耗盡原則不得直接適用於數位著作物之交易上，否則則有助長不法重製之可能性，而與原先權利耗盡原則下的對價衡平發生偏離。詳言之，第

---

<sup>31</sup> 數位著作物自由散佈的界線與不法重製防止義務，沈宗倫，第 37 頁。

<sup>32</sup> 同前註。

一次銷售原則所耗盡的權利，是著作權人之「散布權」，對於同樣是著作權人專屬之「重製權」並不耗盡。

- b. 是故，縱被告主張因給付 800 元美金而獲取系爭照片之使用權，原告之重製權尚未耗盡，被告全亞通訊社以重製之方式將系爭照片移轉予其他媒體及 iO，仍構成著作權侵害，原告得依著作權法第 88 條第 2 項第 1 款請求損害賠償。

### **被告方可主張論點**

- A. 就「全亞新聞通訊社提供照片而向其他媒體收取之費用美金 10,000 元」，被告得主張權利耗盡

(A)按著作權法第 59-1 條之規定，「在中華民國管轄區域內取得著作原件或其合法重製物所有權之人，得以移轉所有權之方式散布之。」即，在國內取得著作原件或其合法重製物所有權之人，得以移轉所有權之方式散布，不必再經著作財產權人之同意或授權。

(B)本件中，全亞通訊社本係欲以美金 800 元取得包括系爭照片在內之照片著作權，故如認可原告所主張之「全亞新聞通訊社願意支付之報酬美金 800 元」，則倘全亞通訊社既已支付該授權金，應據此取得系爭照片著作權，自可移轉所有權之方式，將該照片之所有權移轉予其他媒體及 iO 圖庫，張予亦不得其等收取權利金。

- B. 原告不得主張不當得利

同前述，如認可原告所主張之「全亞新聞通訊社願意支付之報酬美金 800 元」，則倘全亞通訊社既已支付該授權金取得該照片之使用權，全亞通訊社自得將系爭照片授權與其他媒體，故全亞向其他媒體收取之費用美金 10,000 元並非不當得利。

- (3) iO 願意支付之報酬美金 2,000 元

### **原告方可主張論點**

- A. 原告得依著作權法第 88 條第 2 項第 1 款，請求 iO 支付美金 2,000 元之報酬：

被告等使用原告之著作，卻未向原告支付授權費用、報酬等，可謂因此造成原告喪失授權收取權利金之利益，依著作權法第 88 條第 2 項第 1 款與第 4、(1)、A、所列之實務見解，原告得請求 iO 願意支付之報酬美金 2,000 元。

- B. 原告得依民法第 179 條之規定，請求 iO 返還美金 800 元之不當得利：

iO 未針對系爭照片向張予支付授權金，無使用系爭照片之權利，卻將張予所拍攝之系爭照片上傳至圖庫中供其會員下載，顯無法律上之原因而受有相當於授權金之利益，並致張予受有損害，張予自得依民法第 179 條之規定請求全亞新聞通訊社返還其等所受利益。

- C. 被告不得主張權利耗盡

全亞通訊社所應給付之 800 元美金僅獲得系爭照片之使用權，而非重製權。

倘被告 iO 欲使用系爭照片，仍應自 iO 獲取授權。

### **被告方可主張論點**

A. 全亞通訊社本係欲以美金 800 元取得包括系爭照片在內之照片著作權，故如認可原告所主張之「全亞新聞通訊社願意支付之報酬美金 800 元」，則倘全亞通訊社支付該項金額，應據此取得系爭照片著作權，自可自由處分該照片（包括以移轉所有權之方式，將該照片之所有權移轉予其他媒體及 iO 圖庫），原告已無向其索取權利金之權利。

B. iO 公司與全亞新聞通訊社之間是長年的例行性合作，iO 定期與全亞新聞通訊社議約議價，支付全亞新聞通訊社對價以取得照片圖檔，並無任何不法行為。

(4) iO 向鳳梨報所推介 2016 年新會員收取之會費美金 45,000 元

爭點：衍生之交易機會

### **原告方可主張論點**

a. 依照著作權法第 88 條第 2 項第 2 款主張

(a) 按著作權法第 88 條第 1 項及第 2 項第 2 款之規定，因故意或過失不法侵害他人之著作財產權或製版權者，負損害賠償責任，而被害人得請求侵害人因侵害行為所得之利益。

(b) 本件 iO 得收取三家媒體之會費，係因提供系爭相片予鳳梨報，並使鳳梨報增加銷售金額，方獲得鳳梨報推介。是以 iO 向鳳梨報所推介 2016 年新會員收取會費美金 45,000 元之利益，乃係基於其侵害張予著作權之行為。

(c) 綜上所述，張予自得向 iO 及 NCZ 公司主張賠償「iO 向鳳梨報所推介 2016 年新會員收取之會費美金 45,000 元」。

b. 得依照民法第 177 條第 2 項向 iO 主張

(a) 按「管理事務不合於前條之規定時，本人仍得享有因管理所得之利益，而本人所負前條第一項對於管理人之義務，以其所得之利益為限。前項規定，於管理人明知為他人之事務，而為自己之利益管理之者，準用之」。

(b) 臺灣高等法院臺中分院 100 年度重上更(一)字第 14 號判決進一步闡釋：「增訂民法第 177 條第 2 項，旨在使明知為他人之事務，而為自己之利益為管理行為之管理人，負有返還所得利益給本人之義務，使管理人無從保有不法管理所得之利益，以符正義，減少不法管理行為之發生。其要件有三：『1.須明知為他人之事務，而為管理行為；2.須為自己之利益而為管理行為；3.須管理人因不法管理行為而獲得利益。』」

(c) 本件 iO 的員工 Mong Peak 實際上清楚第一個上傳照片之張予才是

系爭照片真正著作權人，其並將該結果上報編輯部經理，惟 iO 仍將系爭照片歸入資料庫提供其用戶使用，可認其係明知為他人之事務，而為自己收取會員高額年費之利益而為管理行為，並實際上獲得了三位新會員之年費，依照上述判決見解，已符合不法無管理之要件。是故，iO 負有返還所得利益給本人張予之義務。

c. 得依照民法第 179 條向 iO 主張

iO 未經張予授權，藉由提供張予之照片著作給鳳梨報使用，獲得鳳梨報推薦，係無法律上原因致張予著作權受侵害，而使 3 家媒體加入會員並因此受有會費美金 45,000 元，故張予得依民法第 179 條向 iO 請求該美金 45,000 元之不當得利。

**被告方可主張論點**

a. 著作權法之部分

- (a) 侵權行為賠償損害之請求權，乃在填補被害人之實際損害，而非更予以利益（最高法院 19 年上字第 363 號民事判例參照）。
- (b) 著作權法第 88 條之規定，係侵權行為賠償損害之請求權之一種，使著作權被侵害之人，得向侵權人請求填補其所受之損害。而同條第 2 項第 2 款之規定，係以請求侵害人因侵害行為所得之利益，視為被害人所受之損害。
- (c) 本件中，原告張予所受之損害，應係「iO 願意支付之報酬美金 2,000 元」，此有原告提出之法院見解可證。則其已就該筆金額為主張損害賠償，自無再行請求「向新會員收取之會費美金 45,000 元」之空間，否則恐將重複填補原告所受之損害，而有悖於侵權行為之法理。
- (d) 再者，著作權法第 88 條第 2 項係規定被害人得就第 1 款及第 2 款擇一請求，張予既已依第 1 款之規定請求合理權利金，自無依第 2 款之規定主張。

b. 不法無因管理部分

- a. 縱認 Mong Peak 明知第一個上傳照片之張予才是系爭照片真正著作權人，亦不得以之直接推論 iO 係明知系爭照片著作權人並非張予。
- b. 且 iO 並非僅提供系爭相片，在其長期經營並蒐集數量可觀的高品質圖片下，才建立其身為全球知名圖片資料庫之地位，並才能在一開始吸引鳳梨報成為會員，爾後方能藉由鳳梨報的推介而成功吸引 3 家媒體成為新會員。
- c. 況且，3 家媒體成為新會員後，能享有的服務不只有下載系爭相片，原告自不得將其支付之年費全額認作其所受之賠償。

c. 不當得利部分

按民法第 179 條之規定，無法律上之原因而受利益，致他人受損害者，應返還其利益。iO 獲得 3 家媒體成為新會員的美金 45,000 元係基於 iO 與其簽訂之契約，其受利益有法律上之原因。

(5) NCZ 2016 年增加之毛利新台幣 4000 萬元

A. 爭點一：衍生之交易機會

原告方可主張論點

(A) 依照著作權法第 88 條第 2 項第 2 款主張

- a. 按著作權法第 88 條第 1 項及第 2 項第 2 款之規定，因故意或過失不法侵害他人之著作財產權或製版權者，負損害賠償責任，而被害人得請求侵害人因侵害行為所得之利益。
- b. 依題目所示，市場上公認維拉港的風災照片是該書能大賣的 KSP (key selling point)，故 NCZ 公司 2016 年增加之毛利新台幣 4000 萬元之利益，亦是因為銷售含有系爭相片之「THE MOMENT」此一侵害張予著作權之行為。

(B) 得依照民法第 179 條向 NCZ 主張

NCZ 未經張予授權，刊登張予拍攝之照片於「THE MOMENT」攝影集，係無法律上原因致張予著作權受侵害，並因該照片而毛利增加新台幣 4000 萬元，故張予得依民法第 179 條向全亞新聞通訊社請求上開其所受之利益。

被告方可主張論點

(A) 原告並未證明為何可僅其所拍攝照片與 NCZ 公司全年獲利間之因果關係，其主張顯無理由。

(B) 民法不當得利制度之規定係在調整當事人間不當之損益變動，原告並未證明為何其為 NCZ 公司全年獲利之利益歸屬人，其主張顯非可採。

B. 爭點二：毛利與淨利

原告方可主張論點

a. 依照實務見解，侵權人因侵權行為所得利益係會計學上之「毛利」：

「針對著作權法第 88 條第 2 項第 2 款規定所稱之『成本或必要費用』，著作權法固未明文規定其定義及範圍，然由著作權法第 88 條第 2 項第 2 款規定允許著作權人將侵權人因提供侵權服務之所得利益作為損害賠償金額，其立法目的係為減輕著作權人之舉證責任，並藉此對侵權人發揮若干制裁之效力。是以，在侵害人能證明成本與必要費用之場合，著作權人得請求侵權人賠償按因侵權行為所得利益計算之損害賠償，即會計學上之『毛利』，而非再予扣除間接成本或稅捐之『淨

利』或『稅後淨利』』（智慧財產法院 102 年度民著訴字第 17 號判決參照）

- b. 再者，智慧財產法院 103 年度民專訴字第 48 號判決、105 年度民專訴字第 44 號等判決亦指出：如容許侵權人將其他不屬於為銷售侵權行為物而直接支出之生產成本及費用亦得扣除，不啻將上開間接成本及費用，轉嫁由權利人負擔，顯非公平合理。
- c. 是故本件中，原告自可主張 NCZ 公司所增加之毛利 4000 萬元。

#### **被告方可主張論點**

- a. 著作權法第 88 條第 2 項第 2 款係規定被害人得請求「侵害行為所得之利益」，合先敘明。
- b. 智慧財產法院 102 年度民著上字第 7 號判決即明揭，侵害人因侵害行為所得之利益，應以淨利計算：

「就侵害著作財產權之損害賠償數額，權利人得請求侵害人因侵害行為所得之利益。所謂侵害行為所得利益者，係指加害人因侵害所得之毛利，扣除實施權利之侵害行為所需之成本及必要費用後，以所獲得之淨利。」

- c. 復按「毛利」僅係「企業因銷售產品或提供勞務而取得的各項收入」扣除「銷售商品或提供勞務的直接成本」，惟直接成本並不包含租金、水電、廣告費等營運產生的間接費用。「淨利」則係扣除成本、營業費用、所得稅等各項必要之支出後之獲利。二者間，應認「淨利」方屬較於貼近侵權人應侵害行為所得之利益。原告主張應以淨利計算損害賠償，自屬錯誤。
- d. 再者，若權利人欲達到相同之銷售額，勢必投入一定之費用，而此項費用於損害賠償額金額中扣除，並非係在「將上開間接成本及費用轉嫁權利人負擔」，而僅是忠實呈現侵權行為人之獲利。否則，顯然使權利人在為付出任何經營所需必要費用之情形下，坐享侵害人之資源，而受有過當之填補。
- e. 是故本件中，原告至多可主張 NCZ 公司所增加之淨利 2500 萬元。

(6) NCZ 銷售「The Moment」在臺灣之獲利新台幣 1000 萬元

#### **原告方可主張論點**

- A. 按著作權法第 88 條第 1 項及第 2 項第 2 款之規定，因故意或過失不法侵害他人之著作財產權或製版權者，負損害賠償責任，而被害人得請求侵害人因侵害行為所得之利益。
- B. NCZ 並未取得張予之授權即於「The Moment」使用系爭相片，且依題目所示，市場上公認系爭相片係該書籍大賣之原因，原告張予自得主張 NCZ 銷售「The Moment」在臺灣之獲利新台幣 1000 萬元。

C. 又著作權法採屬地主義（智慧財產法院 101 年度刑智上訴字第 27 號判決參照），故著作權法上損害賠償之判斷，應以台灣為限而不及他國。原告於台灣起訴，其客體自為受台灣著作權法保護之著作，故於計算損害賠償時，應以台灣的獲利為準。

### 被告方可主張論點

A. The Moment 一書為攝影集，張予僅為其中一張相片之著作權人，卻主張該書之全部獲利金額，並不合理。在專利案件中，實務見解亦有認為在計算損害賠償時，應考慮系爭專利對侵權產品之貢獻度，如智慧財產法院 104 年民專訴字第 50 號民事判決、智慧財產法院 104 年民專訴字第 25 號民事判決、智慧財產法院 104 年民專訴字第 66 號民事判決及智慧財產法院 103 年民專訴字第 38 號民事判決等，亦可資參考。

B. 況且，The Moment 一書之最終帳目於全球勉強打平，此亦證 NCZ 公司並未因採用系爭照片而受有任何利益，當無將 NCZ 之營業利益全數認定為所受利益之理。

### (7) 與有過失抗辯（被告可主張論點）

綜認上述任一損害範圍有理由，被告亦得主張民法第 217 條之與有過失抗辯。按「損害之發生或擴大，被害人與有過失者，法院得減輕賠償金額或免除之」，民法第 217 條第 1 項定有明文。原告於 2015 年 8 月已發見全亞、iO 侵權事宜，惟其怠於捍衛自身權利容忍該損害狀態繼續發生，而導致 NCZ 擴大損害；又原告為熟稔法律知識之專業人才，對於主張停止損害繼續發生與主張侵權行為損害賠償之知識與救濟管道較一般社會大眾為高，故應可認其對於 2015 年 8 月後所發生之損害有「與有過失」，依上開之規定，請求法院減輕賠償金額或免除之。

### 5. 原告主張被告應連帶負賠償責任，有無理由？

#### 原告方可主張論點

#### (1) 原告主張被告等須負連帶損害賠償責任，為有理由：

A. 按著作權法第 88 條第 1 項後段，數人共同不法侵害者，連帶負賠償責任。

B. 本件中，全亞通訊社、iO、NCZ 公司之關係實相類似於專利侵權案例中，上下游廠商銷售侵權物品之行為態樣，上游公司製造或進口侵權物品，販售給下游公司，再由下游公司就該侵權物品販售給最終消費者。而全亞通訊社、iO 及 NCZ 公司亦屬於上下游之關係。由全亞通訊社向相片著作權人取得相片後，上傳 iO 圖庫，而 iO 再進一步提供予會員使用。

C. 而在實務上，有法院見解認為上下游廠商就銷售侵權物品之行為屬「行為關聯共同」，構成共同侵權行為，須連帶向權利人負損害賠償之責，如臺灣高等法院 94 年度智上字第 59 號判決、智慧財產法院 99 年度民專上字第 53 號判決、智慧財產法院 99 年度民專訴字第 93 號判決及智慧財產法院 98 年民專上字第 6 號判決。

D. 是故依上開判決所揭露之意旨，全亞通訊社、iO 及 NCZ 公司應屬「行為關聯共同」，且為造成原告著作權受損之共同原因，而應連帶負損害賠償責任。

(2) 並無重複受償問題：

A. 智慧財產法院民事判決 104 年度民專訴字第 66 號則指出：「本院係就被告索尼公司、飛躍公司、禮得公司各別所受利益分別計算認定，並無原告重複受償之問題，被告索尼公司所辯不足採信。」

B. 相較於傳統實體物，數位著作有其特殊性，其交易通常不涉及直接支配能力之移轉，而是使用權之授權。因此，複數個欲使用數位著作，需各別向著作權人取得授權始得為之。準此，本案原告因不同被告未獲授權之使用，受有損害，自可向各別被告請求損害賠償，無重複受償之問題。

### **被告方可主張論點**

(1) 原告主張被告等須負連帶損害賠償責任，並無理由：

A. 實務見解認為於此情形下，上下游廠商應分別成立侵權行為，此有以下實務見解可參：

a. 智慧財產法院 98 年度民專訴字第 136 號判決闡明：「被告鴻議公司製造與銷售系爭產品，其將系爭產品銷售予第三人時，侵權行為業已成立，自應負侵害專利之損害賠償責任，嗣後第三人再販賣系爭物品予他人，其為另一獨立之侵權行為，並非相同之侵權事由。」

b. 智慧財產法院 100 年度民專上字第 41 號判決亦明揭：「然按物品專利權人專有排除他人未經同意而製造、販賣之權，因此各侵權人所為之製造、販賣行為，即單獨構成對專利權人之侵害，除非行為人間有故意侵害專利權之意思聯絡，否則各侵權行為人間之行為，並非上訴人所生損害之共同原因，自無成立共同侵權行為之餘地。」

B. 是故本件中，被告全亞通訊社使用系爭照片之行為、iO 圖庫提供系爭照片予 NCZ 公司之行為、NCZ 公司使用系爭照片之行為，依照上開判決見解，應係各別獨立之侵權行為，而無成立共同侵權行為之餘地。

C. 再者，查本題僅被告間行為「先後」有別，其行為結果各自不同，應尚不能視為其具有上下游關係，自不得主張共同侵權關係。

(2) 恐有重複受償之問題

A. 有論者認為，當認定上下游之產銷為個別侵權而非連帶侵權責任之時，會使得任一侵權人之賠償，無法使同位於相同產銷鏈上之另一侵權人免於賠償，恐有造成權利人重複受償之疑慮<sup>33</sup>。

<sup>33</sup> 上下游專利連鎖侵權之損賠責任與訴訟策略，李維峻律師，載於：  
[http://www.saint-island.com.tw/report/data/IPR\\_201302.htm](http://www.saint-island.com.tw/report/data/IPR_201302.htm)

- B. 智慧財產法院 100 年度民專上更(一)字第 10 號判決亦同此見解：「倘允許文德公司就同一產品在市場上所造成之損害，於向下游經銷商訴請賠償損害並獲償後，再對上游廠商即本件之卓豪公司就同一產品在市場上所造成之損害為全額求償，不啻允許文德公司就同一產品在市場上所造成之單一侵害行為、單一之損害結果為兩次請求，此已非損害賠償意在填補損害之原意。」
- C. 本件中，依上開見解，若容許原告對同一相片分別對全亞通訊社、iO 及 NCZ 公司之主張，則係就同一產品在市場上所造成之單一侵害行為為三次請求，顯然已重複填補原告所受之損害。