

論博物館數位典藏圖像授權法律關係 ——以國立故宮博物院為例

廖鳳玳¹

摘要

博物館在知識經濟和創意產業下，強調「企業化」、「藝術授權」，除將典藏品予以數位化，並將之授權及加值應用於商品，產生數位典藏授權之高產值，成為博物館維持營運、另闢收入的重要新途徑。本研究從法律觀點出發，分析國立故宮博物院數位典藏圖像與授權使用之法律定性，以及《國立故宮博物院珍貴動產衍生品管理及收費規定》要求補繳授權費用，是否具法律請求權基礎？

典藏數位化以追求「原真性」為目的，數位典藏圖像是否受《著作權法》保護，須再檢視是否具「原創性」。被授權者應先明瞭所訂契約的法律性質和效果。又故宮自訂之收費，僅屬行政機關內部業務事項的行政規則，非法律上的請求權基礎；而權利金之給付，乃根據雙方所訂立的契約而定。

關鍵詞：授權、著作權、博物館、數位典藏

緒言

在今日強調知識經濟和文化創意產業下，博物館的角色功能，已從教育、教化及產生國家認同等，轉變為著重「企業化」、「藝術品牌授權」和「休閒觀光」等。顯然，博物館和民眾的關係已不只侷限於展示和觀展的「靜態」呈

現，而是具有非常緊密的互動關係，因為，經由資訊科技電子數位化的技術，博物館已然走入人們的生活中。

昔日的國立故宮博物院（以下簡稱故宮）以靜態展覽和典藏、維護古文物為主，靜靜的座落在臺北外雙溪。而今日的故宮，已大步走出外雙溪，不僅在臺北捷運站的地下街可見其蹤影，連出

¹ E-mail: g8280814@ms34.hinet.net

國門時在桃園中正國際機場的第二航廈站，甚至是太平洋百貨公司等，都可見到專櫃販售其文化創意商品。而經由故宮網路商城，更可在世界任何一個角落買到故宮文物精品。故宮的古文物已不受時空限制，更進而穿越時空，走入人們的日常生活，和人們發生複雜的法律關係。

2008年下半年，人潮擁擠的臺北捷運站地下街，一幅典雅的燈箱廣告：「當春風遇上故宮．藝術走入生活中」²，吸引著熙來攘往行人的目光（圖1）。該幅廣告強調「國立故宮博物院」授權字樣，圖像是故宮典藏品清朝「繡線閩苑長春冊」緙絲³作品中「富貴長春」牡丹花的數位典藏圖像⁴，並經授權利用，成為文化與商品結合的文化創意商品。

故宮在「數位典藏國家型科技計畫」⁵執行下，有豐碩的數位典藏成果，並利用其中的數位典藏圖像建立商業授權模式（林曼麗，2007: 201）⁶，行政院於2009年5月14日提出「六大新興產業」的重大政策中，宣稱「打造故宮成為臺灣文化創意旗艦產業應用重鎮」。博物館將典藏品進行數位化，其最初目的是在



圖1. 2008年10月筆者攝於捷運臺北站6號出口。

保存、典藏，然而在知識、經濟和文化創意產業發展之下，開始有了轉變。根據「國際授權產業協會」（International Licensing Industry Merchandisers' Association，簡稱LIMA）研究統計，2008年授權產業年報指出藝術授權是授權產業中授權金額成長最快的一類。故

² 春風面紙廣告「典藏故宮．盡在春風」。該燈箱廣告已於2009年撤除。

³ 緙絲是一種絲織品，它與一般絲織品通經通緯的織造方式不同，是採通經斷緯的方法來織造。先將經線固定，再依圖案設計的需要，以不同色線作緯線，來回穿梭於圖形的經線之間。緙絲是藝術性很高的傳統工藝，織工不但需要高度熟練的技巧，同時又要有深厚的藝術修養。清代的緙製品精密牢固，技術益形精進，題材內容豐富，設計繁縟，色彩艷麗，極富變化。

⁴ 「數位典藏圖像」名詞定義，依據《數位內容產業發展條例草案》第2條第4款對「數位典藏」之定義：「具有歷史、文化、藝術、科技社會與環境等保存或應用價值之數位化圖像、文字、影像、語音或其他電子檔，並經附加詮釋該電子檔特性之資料者。」本文指的是數位典藏之數位化圖像，故稱數位典藏圖像。

⁵ 該計畫是為妥善保存國家珍貴文物資源，並進一步充分運用。「行政院國家科學委員會」依據行政院所推展的「挑戰2008：國家發展重點計畫（2002-2007）」，特別執行「數位典藏國家型科技計畫」，將全國珍貴典藏品進行數位化，並建立資料庫，透過網路媒體的特性，與全民分享國家資源。數位典藏國家型科技計畫網站 <http://teldap.tw/>（瀏覽日期：2010/03/13）。

⁶ 故宮以品牌授權、圖像授權與委託產製合作開發等三種方式，建立其商業授權模式。

宮確實也因為有豐富的數位典藏圖像可進行授權，被喻為「金山」(林曼麗，2007: 201)；文化建設委員會也將之視為「數位金山：點智權成金流」⁷的主流。故宮目前是依據《國立故宮博物院珍貴動產衍生品管理及收費規定》⁸以及《國立故宮博物院藏品圖像資料收費標準》，對外界開放，對提出使用圖像的申請者進行授權，並依其規定和標準予以收費。

以上在在顯示故宮數位典藏授權議題的重要性，本文從法律的觀點來討論「故宮數位典藏圖像授權」其中所涉及之問題。首先關於數位典藏圖像是否為攝影著作的見解與分析，這是本文主要研究的部分；並回顧相關攝影著作保護之文獻，參酌美國司法實務及我國司法實務相關判決，整理相關見解；最後提出本文研究的心得。另一方面，再從故宮數位典藏圖像利用來區分未經同意即自行下載利用，及與故宮訂立授權利用契約，分二部分予以討論，但這方面本文謹精簡扼要的提出所涉及相關較重要的問題點和看法。

文獻回顧

數位典藏圖像本身是否為明確的權利？足以成為授權的權利客體？國家型

計畫辦公室於94年數位典藏二期規劃座談會即指出：「數位典藏授權首要面臨的問題為，多數典藏單位對於典藏標的僅擁有物權，而未擁有智財權，這也伴隨了數位內容授權無法源依據的問題。」⁹

回顧相關文獻，在數位典藏授權的權利性質部分，皆指向數位典藏是否為《著作權法》之攝影著作的討論，在各討論分析中，主要的爭議點是關於攝影著作「原創性」之判斷；已不受著作權保護的古文物，其數位典藏是否具攝影著作「原創性」之判斷。

數位典藏保護與授權加值應用的部分

在數位典藏之保護與授權加值應用相關法律問題探討中¹⁰，數位典藏之保護研究成果略述如下：一、在著作權的部分：「三度空間之物品加以數位化，數位化之拍攝過程需要加入角度、光源等考慮因素，容易符合《著作權法》對於創作的要求，至於原本就是二度空間之典藏物，同樣也需要考慮到對拍攝角度與光源等因素的掌握，其困難度與創作性並不低於將三度空間物品數位化。」二、在數位資料庫保護部分：對維護資料庫建置者利益、健全數位資料庫等數位內容產業之發展及維持法律制度的完整性，應有保護的必要。三、數位典藏成果與政府資訊公開法之關係：如果符合政府資訊及檔案，為兼顧商業上的加

⁷ 「當藝術走入數位金山：點智權成金流」研習會，行政院文化建設委員會，2009年9月22日。

⁸ 參照故宮網站圖像資料授權說明，<http://www.npm.gov.tw/uploads/2010010803301419009/335000000E-I42-029.doc> (瀏覽日期：2010/03/13)。

⁹ 國家型計畫辦公室於94年8月16日數位典藏二期規劃「授權實例探討與未來思考方向」座談會內容：「目前各典藏單位採用不同的法律進行授權業務，如中研院採用《科技基本法》、國史館則曾採用《採購法》、故宮則依據《文化資產保存法》等。以故宮為例，因故宮的文物都在百年以上，沒有著作權，因此不適用《著作權法》。但如遵循《文化資產保存法》，其第69條又僅保障限於原尺寸及原貌的複製品，不包括數位影像，使得經由數位典藏授權的加值產品，都沒有一套法律機制能加以保護，也讓典藏機關在授權上無所適從。」數位典藏國家型科技計畫網站 http://www2.ndap.org.tw/newsletter06/news/read_news.php?nid=1215 (瀏覽日期：2010/03/13)。

¹⁰ 本研究為國科會「數位典藏與數位學習國家型科技計畫-數位典藏與數位學習之學術與社會應用推廣分項計畫：授權平臺與規範機制推動子計畫(計畫編號：NSC95-2422-H-002-033)」之成果。

值利用，建議選擇將像素解析度較低的數位化成果以公眾授權的方式（如創用CC）釋出，以供一般大眾使用，並可防止其成為私有財產；而像素較高、品質較優的數位化成果，具有商業利用之價值，典藏機構以之作為商業加值利用之客體，即可在資訊公開與授權應用之間求得平衡（謝銘洋等，2008: 77-106）。

針對博物館文物典藏品影像檔案的法律性質，周欣嫻（2007）以著作權分析為主，分別從攝影著作、編輯著作與資料庫、權利管理電子資訊及防盜拷措施、製版權等予以討論，並認為「立體器物、雕塑方面，因拍攝所得之影像檔案，在拍攝過程中涉及拍攝的取景角度、速度、光度等判斷，應認定有拍攝者本身精神思考之獨立性，故具有原創性，成立一新的攝影著作，受著作權保護。」，而「古文、書籍、書法或繪畫等之影像檔案，因欠缺原創性而不受攝影著作之保護。」。

其他針對數位典藏「資料庫之法律保護」與「科技保護措施衍生的法律爭議」，尚安雅（2005）認為《著作權法》對資料庫之保護不足，以其他方式保護亦有其限制，為促進數位典藏資料庫之建置並保護投資，以推廣數位典藏之加值應用，因此建議我國應推行以雙軌制保護資料庫之立法。蘇欣怡（2008）針對公立博物館行政法人化與博物館數位典藏授權機制管理探討，則提出公立博物館改制與授權政策建議。

攝影著作「原創性」文獻

依《著作權法》第5條第1項第5款規定，攝影著作為保護的著作之一。受《著作權法》保護之著作須具備下列四要件：一、須具有原創性；二、須具有客觀化之一定形式；三、須屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作；四、須非不受保護之著作。以上四要件，以「原創性」被討論和檢視為多，同時亦是

本文所需，故以回顧「原創性」文獻為主。

（一）原創性

我國《著作權法》並未對何謂「原創性」之定義立法，僅經由司法實務對個案具體判斷運作。羅明通（1999: 35-45）指出法院對於原創性乃採廣義之解釋，包含獨立創作（originality）、創作性（creativity）、人類精神之作用，且已足以表現著作人個性或獨特性者。另有吳宗樺（2004）表示，法院對於原創性的看法有五種類型，這五種類型常是在重組「獨立創作」、「創作性」、「精神作用」、「個性與獨特性」。

我國相關司法判決中，例如最高法院81年度臺上字第3063號判決稱：「原創性意指相當程度之精神作用，已足以顯現個性者。」；臺灣臺北地方法院83年度自字第250號刑事判決稱：「按《著作權法》所稱之著作，係指著作人所創作之精神上作品，而所謂之精神上作品除須為思想或感情上之表現，且有一定之表現形式外，尚須具有原創性始可稱之，而此所謂之原創性程度，固不如《專利法》中所舉之發明、新型、新式樣等專利所要求之原創性程度（即新穎性）要高，但其精神作用仍須達到相當之程度，方可認為具有原創性，如其精神作用的程度甚低，不足以讓人認識作者的個性，則無保護之必要。」

此外，羅明通（1999: 35-45）也對司法判決提出評析，認為法官雖使用不同的用語描述原創性的內涵，例如個性或精神作用等，惟究其實質，除指獨立創作外，應係重在創作性之檢視，故提出原創性之內涵應可細分為「原始性」（即獨立創作）及「創作性」二要素，所謂「原始性」即獨立創作，指著作為著作人所原始獨立完成，而未接觸參考他人著作而言，凡經由接觸（access）並進而抄襲他人之作品，均未具有原創性。「創作性」指作品須是表達著作人

之思想或感情，而具有最低程度之創意，足以顯示著作人之個性者，包括：

1. 創作須具有最低程度之創意，創作程度甚低，至於著作之品質及美感則非創作性考量之要素；2. 創作須基於人類之精神作用，以表達思想或感情，展現作者個性者方屬之。按《著作權法》之制定目的，不外保護人類思想或感情之外部展現。

(二) 攝影著作之創作性

指攝影作品須是表達著作人之思想或感情，而具有最低程度之創意，足以顯示著作人之個性者。

1. 創作程度

1911年 *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.*¹¹ 案件中，美國聯邦最高法院將原創性之定義，除了獨立創作外，再加上「創作性之程度」此一要件，同時提出「些許創意的火花 (creative spark)」之創作性。在此之前，美國司法實務對創作程度的見解，曾經以「辛勤工作」(industrious collection) 理論及「揮汗」(sweat of the brow) 原則等，認為原創性指獨立創作、不抄襲他人即可；憑藉勞力、技術、巨額努力和時間的投入，辛勤揮汗的工作就具有原創性。故從美國司法實務對複製、重製著作是否具原創性的見解，可歸納出在1911年 *Feist v. Rural* 案後，已捨棄單純付出勞力即具有原創性的看法，並建立創作性為原創性要件，且是「最低程度的創作性」(蘇儀騰，2003: 48；吳宗樺，2004: 65)。

美國司法實務對複製、重製著作是否具原創性的見解不一，略述如下：

1951年 *Alfred Bell & Co. Ltd. v. Catalda*

Fine Arts, Inc. (蘇儀騰，2003: 47；吳宗樺，2004: 70) 一件銅板印刷雕刻因刻有名家作品繪圖被控侵害，被告認為只是公共領域作品的重製物，不能獲得著作權。法院針對公共領域的畫作之改作表示，複製公共領域的事物若要獲得著作權，該複製必須具有可資區別的變化 (distinguishable variation)，作者必須貢獻出超越微不足道瑣碎的變化 (merely trivial variation)，且可被認為是屬於他自己的 (his own) 的貢獻；創作性意味著「須比直接的抄襲」多付出一點。但在1959年 *Alva Studios v. Winninger*¹² 一案中，雖也涉及公共領域中的作品改作，法院卻認為對羅丹的「上帝之手」的精確複製，符合原創性的要求，並強調當作者基於其本身的技術、勞力及判斷力來創造著作，並非是直接複製或以朦混般的模仿他人的著作，即可符合原創性此一要件，即使僅是尺寸上的變化，亦符合原創性的要求 (吳宗樺，2004: 71)。此案比前述案件對原創性的要求可說較為寬鬆。但在1980年的 *Durham Industries v. Tomy Corp.* 案中 (蘇儀騰，2003: 47)，則又強調著作應注重實質的變化，微不足道變化的重製，並不符合原創性的要求，且認為若有藝術的技巧 (artistic skill) 即可符合原創性的要求。

由以上的數個案例可以看出，美國在實務上對「複製」是否具原創性的認定，標準寬鬆不一，但即便如此，本文認為仍具有參考性，可利用這些觀點分析故宮古文物的拍攝，是否具有原創性之創作性。

2. 精神作用

從藝術史的角度而言，攝影是否為藝術？或僅是科技機器的操作？如何在

¹¹ *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.* 499U.S.340 (1991), http://www.law.cornell.edu/copyright/cases/499_US_340.htm (瀏覽日期：2010/03/08)。

¹² *Alva Studios v. Winninger*, 177F.Supp265 (1959). Rodin “Hand of God” 原本是37吋，重製並縮小為18又1/2吋。

攝影的機械性質與人類的精神介入二者中，找到法律所要保護的「攝影著作的精神原創性」(吳宗樺，2004: 93)? 這樣的爭議一直到1860年左右(大約是攝影術被發明的20年後)，攝影家才得以在其作品上宣稱有著作權。而法院究竟如何尋找攝影作品中應受保護的攝影著作精神原創性，和當時攝影所被認知的看法具有關聯性? 例如美國司法實務中，早期的判決是以精神性活動存在於攝影事前的準備活動，如「調整姿勢(posing)、選擇(selecting)、安排(arranging)處理(disposing)」與對於作品內容的控制; 「實用的、新奇的、和諧的、獨特的、雅緻的」攝影作品方受保護，而相反地「通常的攝影」是機械性的重製(吳宗樺，2004: 93-105)。但當公眾對攝影認知漸漸從第一個標準轉移至第二個標準時，法院於是開始關心創作者「表達」了何種個人角度的看法，但同時也開始尋找視覺藝術中個人所表現出獨特觀點的創作，其精神性活動為何。

我國司法實務中，例如臺灣高等法院臺中分院83年上易字第1482號判決指出，攝影在製作時須決定主題，並對被攝影之對象進行構圖、角度、光量、速度等之選擇及調整，有時尚須進行底片修改、組合，此時在攝影顯像及沖洗上有其原創性，因而加以保護，此可說明關於攝影著作的原創性中「精神性」活動的呈現。換言之，可在攝影、顯像及

沖洗等過程中之選擇、決定、調整、判斷等行為中，尋找、探究是否有精神性投入，並以個人角度，表達自我思想或感情，以展現作者的個性。

法律問題分析

數位典藏權利與管理相關法律範疇概述

數位典藏的法律定性和權利保護，尚未有完備論述和立法¹³。從文獻回顧中，可知關於數位典藏權利和保護的部分，大多集中於著作權領域，如攝影著作、編輯著作與資料庫、權利管理電子資訊及防盜拷措施、製版權等，但是資料庫保護尚未立法，同時資料庫、編輯著作與製版權等對單筆數位典藏資料如數位典藏圖像的利用之保護，並不便利。當數位典藏圖像為攝影著作時，受《著作權法》的保護；但當數位典藏圖像非《著作權法》之攝影著作，其影像是否立即成為公共性，而可自由使用? 或是尚有其他法律可予以保護? 在著作權之外，是否可主張《民法》的「所有權」、「侵權」¹⁴或是不當得利¹⁵等; 甚且在「權利」之外，還有受法律保護之「利益」的概念。

此外，公有數位典藏性質是否屬《政府資訊公開法》第7條所列客體?¹⁶ 此涉及典藏機關有無主動公開之義務。為促進公有數位典藏之加值利用，爰於《數位內容產業發展條例草案》第19條明定: 「政府應就公有數位典藏，負保

¹³ 同註9。

¹⁴ 《民法》第184條: 「因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人者亦同。違反保護他人之法律，致生損害於他人者，負賠償責任。但能證明其行為無過失者，不在此限。」

¹⁵ 《民法》第179條: 「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。」

¹⁶ 王怡惠採否定看法，科技法律中心，http://www.itmag.org.tw/magazine/article_single_535.htm (瀏覽日期: 2010/03/16); 李婉萍(2004)及同註9採肯定看法。

管、維護、建置目錄及提供相關資訊之責，並應授權或提供予社會大眾利用。」為追求經濟產值之目的，《文化創意產業發展法》第21條規定「為促進文化創意產業之發展，政府得以出租、授權或其他方式，提供其管理之圖書、史料、典藏文物或影音資料等公有文化創意資產，但不得違反智慧財產權相關法令規定。」。《數位內容產業發展條例草案》第19條以數位典藏公眾近用之促進為其立法目的，與《文化創意產業發展法》第21條以追求經濟產值目的，二者間是否相容或者是否有所抵觸，抑或僅是執行層面問題，亦有待討論分析；另外，當論及授權，即會涉及所授是何種權利的議題；關於收費的議題，是否以《規費法》或是其他法令進行收費，或是僅以契約約定方式，亦涉及《文化創意產業發展法》¹⁷第21條第4項、第5項規定與《數位內容產業發展條例草案》第19條規定等相關規定。簡言之，數位典藏授權利用，其觀點是要以政府資訊提供或是成為文化創意產業加值應用之產值追求的標的之一；即利用權利金比例式收取而高於一般行政規費（按行政成本計費），追求其商業價值，仍有極大的討論空間。例如《國立故宮博物院藏品圖像資料收費標準》即產生很大的爭議性，2010年4月14日「圖像授權／故宮一張圖像3600元，出版社供不起」¹⁸、「文化產業，別把國寶當搖錢樹」¹⁹等新聞，皆指出原是公共性的國寶，為何

在經數位化後，須付費才能利用圖像的疑慮；同時對於收費額度的高低，尤其是在與文化創意產業結合時，高收費是利於抑或不於文化創意產業的發展和文化的推廣等議題，亦多所討論。事實上，《國立故宮博物院藏品圖像資料收費標準》除上開議題外，對於「教育推廣、學術研究」使用收費的部分與著作權合理使用規定間是否有所抵觸，亦有檢視的必要。

歸納以上數位典藏所涉及的相關法律，確實是非常繁雜。一方面，此不具實體性而是數位訊息型態的數位典藏，如何在《民法》物權（以規範有體物為主）和準物權（如著作權）等財產法中找到保護的位置；另外，經濟產值追求與公共領域的近用權之間如何平衡（謝銘洋等，2012: 131），新舊法之間、法體系內的規定是否相容？價值是否具一致性？目前數位典藏的法律定性和法律保護是眾所關注和尋覓的議題，但是數位典藏授權與加值應用相關立法，如《文化創意產業發展法》第21條已公布施行，電子數位科技的迅速變化，正考驗著法制的建立和詮釋。

本文以數位典藏圖像是否為攝影著作為主要的研究，對《民法》的物權（如所有權）、侵權或是不當得利及受法律保護之「利益」等概念，僅扼要予以說明，其他更深入以及數位典藏圖像授權收費的部分，留待日後再討論。

¹⁷ 《文化創意產業發展法》第21條第4項規定：「利用人係為非營利目的而使用公有文化創意資產時，管理機關得採優惠計價方式辦理。」。同法第5項規定「公有文化創意資產之出租、授權、收益保留及其他相關事項之辦法或自治法規，由中央目的事業主管機關、直轄市或縣（市）主管機關定之。」

¹⁸ 《聯合報》2010/04/14， 圖像授權／故宮一張圖像 3600元，出版社供不起，<http://udn.com/NEWS/NATIONAL/NAT5/5536101.shtml>（瀏覽日期：2010/04/15）。

¹⁹ 《聯合報》2010/04/15， 文化產業，別把國寶當搖錢樹，<http://udn.com/NEWS/OPINION/X1/5538229.shtml>（瀏覽日期：2010/04/15）。

數位典藏圖像是否為攝影著作的見解與分析

故宮至民國98年11月底的古文物典藏量總計677,609件冊²⁰，這些古文物在時間上除可上溯清朝等各朝代外（秦孝儀，1995: 1-2），亦含有近代諸名家書畫作品及當代工藝品等。這些古文物可區分為：一、受《著作權法》保護之著作：在已有《著作權法》立法及未逾著作權保護年限者，且符合《著作權法》保護要件；如《著作權法》之「著作」具有「原創性」且非《著作權法》不保護之著作。二、不受著作權法保護之古文物。故宮建置數位影像的來源有二，一是間接影像數位化：利用已有的傳統底片，將底片委外掃描，例如一萬多件國寶級的器物類和二千件國寶與重要古物級的書畫類等古文物，大都是採取底片委外掃描的方式。另一則是採用數位攝影方式，直接將器物類或是書畫類文物影像數位化；其他無底片或是底片因年份久遠業已褪色失真，須重新拍攝的器物類、書畫類等古文物（張志光等，2002；劉芳如，2003: 68-93）。在上開基礎資訊下，以下將進行數位典藏圖像是否為攝影著作之分析：

一、受《著作權法》保護之著作（古文物）

依《著作權法》第3條第1項第5款「重製」²¹規定，對於已受《著作權法》保護之著作予以攝影者，係對著作予以

重複製作的行為，該重複製作行為，若非屬著作財產權合理使用者，應得著作權人的同意，否則即涉有侵害重製權的問題。至於對已受《著作權法》保護之著作（古文物）予以攝影所得的數位典藏圖像，是否會產生新的攝影著作，應依著作保護的要件判斷。是否具有《著作權法》之「原創性」的判斷，此部分請參酌以下數位典藏圖像是否為攝影著作的分析論述。

二、不受《著作權法》保護之古文物

從《著作權法》的角度來看，不受《著作權法》保護之古文物，是公共性的作品，任何人皆可自由利用，因此對這類古文物予以攝影，並無應得著作人同意的問題。但對其攝影或掃描所得的數位典藏圖像，是否會產生新的攝影著作？重要關鍵點在於是否具有《著作權法》之「原創性」。例如以掃描器所得的數位典藏圖像的部分，因為完全是機器製作所得，已被肯定非攝影著作²²。惟在以攝影方式所得的數位典藏圖像部分，則存在不同見解，目前在司法實務上尚未有相關的判決。以下介紹學者和經濟部智慧財產局的見解：

（一）學者章忠信（2003）的論點：就古文物所為的攝影，有二種可能性，一是單純的重製行為，並沒有產生新的創作；另一則非單純的重製，而是具備《著作權法》原創性的要件。理論上而

²⁰ 故宮所蒐藏的文物，可分為銅器、瓷器、玉器、漆器、琺瑯器、雕刻、文具、印拓、錢幣、繪畫、法書、法帖、絲繡、成扇、善本書籍、清宮檔案文獻、滿蒙藏文文獻，以及包括法器、服飾、鼻煙壺在內的雜項等類別。故宮網站 <http://www.npm.gov.tw/zh-tw/about/objects.htm>（瀏覽日期：2010/03/13）。

²¹ 《著作權法》第1項第5款「重製」：「指以印刷、複印、錄音、錄影、攝影、筆錄或其他方法直接、間接永久或暫時之重複製作。於劇本、音樂著作或其他類似著作演出或播送時予以錄音或錄影；或依建築設計圖或建築模型建造建築物者，亦屬之。」

²² 經濟部智慧財產局著作權審議及調解委員會於94年5月26日會議決議：「原則上，本次會議不做任何結論，只是一個意見的蒐集，比較可以肯定的是，用掃描器部分，嚴格來說，應該不是一個攝影著作，可以排除。」

言，將立體的古文物攝影成平面，創作性較高，較容易被認定具有原創性的著作，例如對毛公鼎的攝影，在具有原創性下，可以成為獨立的攝影著作而受《著作權法》保護。但是將平面的書畫予以攝影，仍為平面的作品，創作性較低，僅是單純的重製行為，並沒有產生新的創作。

(二) 經濟部智慧財產局(2003)²³的見解：民國94年智慧財產局對於商周青銅器予以拍攝表示意見如下：數千年歷史之商周時期青銅器本身並無著作權可言。至於蒐藏者將其拍攝為照片，如僅係單純重現該青銅器之樣貌，並無攝影之創作行為者，則拍攝無著作權之物品之行為不會產生任何攝影著作。如拍攝無著作權之青銅器而就光影之選取、焦距之調整、速度之掌握及快門使用之技巧等項，足以表現攝影者的創意、思想而具有創作性者，其所拍攝之照片即屬攝影著作，可依《著作權法》之規定享有著作權。

(三) 經濟部智慧財產局著作權審議及調解委員會會議：該會於94年5月26日之會議，對「有關故宮對古物之攝影圖片及所製作相關圖檔是否擁有著作權」列有肯定與否定二說，提案予以討論之，但其結論是：「原則上，本次會議不做任何結論，只是一個意見的蒐集，比較可以肯定的是，用掃描器部分，嚴格來說，應該不是一個攝影著作，可以排除。其次，委員意見部分，嚴律師是採取嚴格的認定，平面轉平面無著作權，立體轉平面則不當然受保護，應視

個案考量；章忠信委員、賴文智委員及郭淑貞委員，認為平面轉平面無著作權，立體轉平面則有著作權；葉奇鑫委員、陸義淋委員、易洪庭委員、葉茂林委員則認為全部都應保護。」並未有一致性的見解。

三、評析與見解

本文嘗試參考美國法院相關判決及我國司法實務有關的判決，對上開見解提出評析。

(一) 美國法院相關公共領域藝術作品複製、重製判決

1999年Bridgeman Art Library, Ltd. v. Corel²⁴案件是針對已進入公共領域的藝術品(歐洲知名的畫作)之數位影像圖檔是否受著作權法保障，即藝術品的複製物是否具有原創性的一個案例(吳宗權，2004: 129；周欣嫻，2007: 54)。原告Bridgeman公司從事古藝術品重製授權的業務，利用數位檔案儲存已進入公共領域的藝術品的照片和幻燈片。被告Corel公司經營電腦軟體產品的創作及行銷，其所擁有的一套CD-ROM軟體中，包含不少歐洲知名畫作的數位重製物，是原告Bridgeman公司所擁有的照片和幻燈片數位影像檔案等重製物的授權管理權限。

原告Bridgeman公司主張這些古藝術品數位影像檔案重製物是受著作權法的保護，被告Corel公司則否認之。法院以「複製圖與原作品間，無顯著之變化，無任何創作、不具創意火花」、「若全部從既有著作複製，沒有任何的修改、添加、轉變或結合，則不具有原創性。」

²³ 參照智慧財產局令函：中華民國92年08月21日令函案號，電子郵件920821。智慧財產局對此問題共計有四則令函如下：智著字第0910008665號令、電子郵件920821、電子郵件921028、電子郵件940920，<http://www.tipo.gov.tw/> (瀏覽日期：2010/03/13)。

²⁴ Bridgeman Art Library v. Corel Corp., 36 F. Supp. 2d 191 (S.D.N.Y. 1999), http://www.law.cornell.edu/copyright/cases/36_FSupp2d_191.htm (瀏覽日期：2010/03/8)。

此案件判決表示對古藝術品「平面轉平面」的攝影所得數位影像檔案重製物並不受著作權法保護的看法，及美國法院 1951 年 Alfred Bell & Co. Ltd. v. Catalda Fine Arts, Inc. 案中對把名家繪圖作品轉為銅板印刷雕刻，公共領域的藝術品複製，仍應檢視是否具有「可資區別的變化」、「屬於作者自己的貢獻」，創作性意味著須比直接的抄襲多付出一點。再依據故宮對典藏古文物所進行拍攝的數位影像品質要求²⁵：書畫類屬於平面物件，數位影像品質以「真實複製」（指百分之百的完全複製，為主要目標），得以檢視對「有關故宮對古物之攝影圖片及所製作相關圖檔是否擁有著作權」全部應受保護的看法，對於攝影著作「創作性」的認定過於寬鬆，並不可採。本文認為在真實、百分之百的完全複製之下，只是一單純重製行為，並未提供個人創作之貢獻，不具「創作性」，故如書畫類等平面古文物之攝影，不受《著作權法》保護。

（二）有關「立體轉平面」攝影之判決

我國臺灣高等法院臺中分院 83 年上易字第 1482 號判決：「告訴人所提獎牌攝影著作權均就靜態之獎牌實體拍攝而成，雖經內政部核發攝影著作權執照，惟修正後《著作權法》係採創作主義，主管機關內政部就申請人所提著作僅採形式審查是否具有原創性，法院自得予以實質審查，而攝影著作有極大程度係依賴機械之作用及技術操作成分，在製作時須決定主題並對被攝影對象之構圖、角度、光量、速度等進行選擇及調整，有時尚須進行底片修改、組合，此時在攝影顯像及沖洗有其原創性，因而加以保護，本件告訴人僅係將得獎獎牌

忠實加以拍攝，用作產品包裝盒之得獎說明，自難謂有何原創性，此部分自不受修正後《著作權法》之保護。」；暨最高法院刑事判決 96 年度臺上字第 772 號判決「上訴人之攝影所顯示之壓汁機與水果圖樣，僅在忠實體現該壓汁機與水果之實體，並無構圖、角度、光線、速度之具體表現，屬一般單純之攝影，非人類思想與感情之創作，與《著作權法》第二章所保護之著作創作本旨未合。」。此二則司法實務判決，皆說明「立體轉平面」的攝影，若僅是「忠實加以拍攝」、「單純之攝影」、「非人類思想與感情之創作」並不受保護；此觀點與民國 94 年智慧財產局對於商周青銅器予以拍攝的「如僅係單純重現該青銅器之樣貌，並無攝影之創作行為者，則拍攝無著作權之物品之行為不會產生任何攝影著作。」一致，因此，即使是「立體轉平面」的攝影，並非必具有「創作性」。結論是仍應檢視是否具有「創作性」。

綜合以上說明，「平面轉平面」的攝影所得數位影像檔案，在「無顯著之變化、沒有任何的修改、添加、轉變或結合」下並不受《著作權法》保護，因此對「有關故宮對古物之攝影圖片及所製作相關圖檔是否擁有著作權」認為全部應受保護的看法，並不妥適；另以立體轉平面即有著作權之看法，在我國臺灣高等法院臺中分院 83 年上易字第 1482 號判決中指出立體轉平面攝影也可能是「忠實加以拍攝」、最高法院刑事判決 96 年度臺上字第 772 號判決所指「僅在忠實體現該壓汁機與水果之實體，並無構圖、角度、光線、速度之具體表現，屬一般單純之攝影，非人類思想與感情之創作。」；或如民國 94 年智慧財產局所

²⁵ 故宮器物數位化技術_技術彙編，故宮博物院國家型計畫網址 <http://www.npm.gov.tw/>（瀏覽日期：2010/03/08）。

指「單純重現該青銅器之樣貌」等，並不受《著作權法》保護。惟有在具「創作性」下，如民國94年智慧財產局所指「就光影之選取、焦距之調整、速度之掌握及快門使用之技巧等項，足以表現攝影者的創意、思想而具有創作性者，其所拍攝之照片即屬攝影著作。」；美國法院1951年 Alfred Bell & Co. Ltd. v. Catalda Fine Arts, Inc. 「可資區別的變化」，「屬於作者自己的貢獻」。因此，本文的看法是：平面轉平面的攝影無著作權，在立體轉平面的攝影，並不當然受保護，應在具體個案中再予檢視「創作性」。

依據故宮對典藏古文物所進行拍攝的數位影像品質要求，若器物為立體物件，在轉換成平面影像時容易受到採光的影響，數位影像品質以「接近真實複製」為主。再根據參與故宮器物數位攝影的實際拍攝者的經驗分享可知：1. 數位攝影是在一套數位影像管理標準的模式下進行；2. 拍攝過程中，一定有一位古物研究人員參與拍攝，一方面研究人員受過接觸器物操作的安全訓練，故整個拍攝過程都是由研究人員移動器物；另一方面，專業研究人員在旁，能協助表現出每件器物的重點，攝影師須就研究人員的解說或指導建議來拍攝；3. 器物數位攝影操作的「變異性」，在「真實複製」、「接近真實複製」標準要求下，是不被肯定接受而要予以消除的（引自王鉅元，2005: 108-116）。本文稱「真實複製、呈現與古文物真實性、原樣」等標準訴求及「變異性」排除等為「原真性」的拍攝。故宮的數位典藏計畫，是以影像來「保存並記錄」古文物，以達典藏目的，是一「忠實記錄」的典藏，其「變異性」之創新或創意是被排除的。

在「原真性」的拍攝下，故宮之數位影像管理標準的模式，是否已涉及對「拍攝主題、構圖、角度、光量、速度進行選擇及調整」建立標準化流程，是否

容許拍攝者有自主創作的空間？若無法自主決定古物位置和移動，拍攝者在「構圖、角度」上，如何進行其精神性創作投入？在「真實複製」、「接近真實複製」標準及消除攝影操作的變異性，是否已壓縮拍攝者自主決定、選擇等創作的空間？又攝影操作的變異性，是否可能是「可資區別的變化」、「屬於作者自己的貢獻」？在高科技數位攝影器材下，拍攝者的精神性創作活動有哪些？以上這些，對照於文獻中所提及創作性以及參酌美國司法實務在具體個案中所提出之創作性，技術與勞力已被排除達成創作性的可能性。

筆者認為在「原真性」的拍攝之下，立體古文物轉平面的攝影，並不當然受保護，應在具體個案中再予檢視「創作性」。探究拍攝者是如何在「主題並對被攝影對象之構圖、角度、光量、速度進行選擇及調整、底片修改、組合」等攝影、顯影及沖洗等行為，有其精神性投入和貢獻，並以影像表達其個人的思想或感情，此參酌我國最高法院84年度臺上字第5220號刑事判決中稱：「所謂『創作』係指人類將其內心思想、情感，藉語言、文字、符號、繪畫、聲音、影像，肢體動作等表現方法，以個別獨具之創意表現於外者」，可見「創作性」之所指及重要性。

小結

總結上述的分析與討論，臚列如下：

1. 對已受《著作權法》保護之著作（古文物）進行攝影，應得著作人同意，否則會涉及重製權的侵害。
2. 對已受或不受《著作權法》保護之古文物攝影，所得的數位典藏圖像是否為攝影著作的部分：若以掃描器所得的數位典藏圖像的部分，因為完全是機

器製作所得，非攝影著作，例如一萬多件國寶級的器物類和二千件國寶與重要古物級的書畫類等古文物，大都是採取底片委外掃描的方式，所得的數位典藏圖像非攝影著作。而對於採用數位攝影方式，直接將器物類或是書畫類等古文物影像數位化，所得的數位典藏圖像的部分，則有不同的意見：有認為平面轉平面無著作權，立體轉平面則有著作權；有認為全部都應保護；有採取嚴格的認定，平面轉平面無著作權，立體轉平面則不當然受保護，應視個案考量，本文亦採此見解。

故宮網頁數位典藏圖像之下載與利用

一、自行下載利用：「掛元世祖賣涮羊肉．故宮索費追緝」案的討論

2009年1月17日的一則新聞「掛元世祖賣涮羊肉．故宮索費追緝」²⁶報導：一家涮羊肉火鍋店擅自使用故宮典藏「元世祖」半身像及「元世祖出獵圖」的數位典藏圖像，遭故宮員工舉發，被追繳了萬餘元影像授權費；另則新聞「臺灣故宮索權利金．從羊肉、月餅到豪宅」²⁷：民眾認為文物國寶屬於公共財，為什麼需要付費影像授權金？故宮援用《文化資產保存法》規定，公立古物保管機關可以就保管的公有古物，具名複製、監製。他人非經原保管機關准許，不得再複製。故宮副院長馮明珠表示：「故宮收取影像權利金一視同仁，不針對古物類別，只問使用項目，學術使用一張四百元、廣告商業使用一張九

千一百元、個別複製品或授權則是五十萬元。」。這次涮羊肉廠商被故宮函文警告，補繳權利金，並非故宮第一次主動追查，像是月餅廠商擅自使用古畫宣傳產品，類似案例不勝枚舉，最近的一次是遠雄建設，使用翠玉白菜為建案廣告，故宮函文後，遠雄補繳授權費用。

不僅在我國有「故宮追索權利金」的真實案例，在美國也有一則案例²⁸：萊特兄弟於1903年12月17日在大西洋邊的城鎮 Kitty Hawk 的海灘上，駕駛「飛行者1號」飛機，完成了史上首次由飛行員操控、自行起飛且續航數十公尺的飛行創舉。很可惜，「飛行者1號」在首航成功當天，就已嚴重損毀。還好，「飛行者1號」的圖像被完整地保存在美國首府華盛頓的史密森機構。不過，史密森機構主張，對於「飛行者1號」的圖像享有著作權，民眾必須透過史密森機構網站上的數位資料庫，支付若干費用後，才能取得複製本，公開使用時還要註明是由史密森機構授權，而且不能作營利使用。大多數民眾也相信，必須依規定使用，否則會構成侵害著作權。但是美國非營利組織 Public Resource Org. 認為數位圖像已屬公共領域，任何人皆可自由利用，決定挑戰史密森機構的主張，同時他們也覺得訴諸法律曠日費時，直接以最有效率的方法下載了史密森機構全部共 6,288 張照片，轉貼到免費照片分享網站 flickr.com，讓同好自由利用。史密森機構的回應是會進行相關思考和處理，但

²⁶ 《大紀元》1月18日訊（據民視新聞報導），<http://www.epochtimes.com/b5/9/1/17/n2400595>（瀏覽日期：2009/09/11）。

²⁷ 《大紀元》1月17日訊（據中廣新聞陳映竹報導），<http://www.epochtimes.com/b5/9/1/17/n2400595>（瀏覽日期：2009/09/11）。

²⁸ 《聯合報》2007年5月20日（A13版）報導，章忠信：「利用公共所有的著作還要取得授權？」，【著作權筆記】網站 <http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php?board=2&list=20>（瀏覽日期 2010/03/13）。

至今仍未有相關處置消息。

以下再就「掛元世祖賣涮羊肉·故宮索費追緝」案進行討論，首先檢視故宮的《文化資產保存法》主張，次則分析故宮是否尚有其他主張的可能性？

(一) 著作權判斷

故宮「元世祖」半身像及「元世祖出獵圖」的數位典藏圖像是否為攝影著作？依前述討論分析，「元世祖」半身像及「元世祖出獵圖」為已不受《著作權法》保護之平面書畫。如果其數位典藏圖像是利用掃描器所得者，因是機器製作所得，非攝影著作；如果採用數位攝影方式所得之數位典藏圖像者，因為故宮是以百分之百、完全真實的複製，本文認為只是重複製作，並不具創作性，故不受《著作權法》保護。

(二) 《文化資產保存法》檢視

依據《文化資產保存法》第 69 條規定²⁹：「古物複製是專屬公立古物保管機關(構)，他人在未經原保管機關(構)准許及監製下，不得再複製。」。所謂古物的「複製」³⁰，是指依古物原件予以原尺寸、原材質、原色、原貌再製作者，以「元世祖」半身像及「元世祖出獵圖」的「複製」為例，指用一樣的材質、尺寸和顏色等完全呈現其原來書畫的樣貌。所謂古物的「再複製」³¹是指對古物複製品再予以重複製作者，例如對「元世祖」半身像及「元世祖出獵圖」的複製品再予以重複製作。網路上的圖

像下載，是一個電子數位的複製型態，而「電子數位複製」與「元世祖」半身像及「元世祖出獵圖」等原件的材質是不同的，同時，也不是對「元世祖」半身像及「元世祖出獵圖」的複製品再予以重複製作，因此，數位複製不是古物的複製和再複製，故不是《文化資產保存法》第 69 條所規範的對象。另外，違反《文化資產保存法》第 69 條第 1 項後段，應由主管機關行政院文化建設委員會依該法第 97 條規定，處以新臺幣 10 萬元以上、50 萬元以下罰鍰，至於故宮本身，並無權對行為人開罰。所以故宮主張援用《文化資產保存法》規定要求付費實有違誤，其一是使用數位典藏圖像並非《文化資產保存法》第 69 條第 1 項所謂古物的複製和再複製；其二則是故宮並非《文化資產保存法》主管機關。因此，故宮的主張並不妥適。

(三) 其他主張

1. 行政法角度：故宮可否主張依據法律規定，在其作成行政處分前，給予人民補正機會，以避免不利之行政處分？數位典藏圖像為新興科技之數位成果，目前相關數位典藏法律保護規定³²尚未建制，亦無相關法律規定，因此故宮不得以單方作成不利之行政處分方式，進行數位典藏圖像的管理。

2. 數位典藏圖像在《民法》上的定位：可否主張受《民法》物權或法律上利益之保護？從《著作權法》領域討

²⁹ 《文化資產保存法》第 69 條規定：「公立古物保管機關(構)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(構)准許及監製，不得再複製。前項公有古物複製及監製管理辦法，由中央主管機關定之。」

³⁰ 《公有古物複製管理辦法》第 2 條第 1 項規定古物之複製，指依古物原件予以原尺寸、原材質、原色、原貌再製作者。

³¹ 《公有古物複製管理辦法》第 2 條第 2 項規定古物之再複製，指非依古物原件而對古物複製品再予以重複製作者。

³² 數位典藏國家型科技計畫網站 http://www2.ndap.org.tw/newsletter06/news/read_news.php?nid=1215 (瀏覽日期：2010/03/08)。

論，不受《著作權法》保護的數位典藏圖像，無法主張著作權。但在《著作權法》之外，是否可主張《民法》的物權（如所有權）、有《民法》之侵權問題？或者是《民法》上受法律保護之「利益」、有不當得利請求等問題。

1) 《民法》物權的部分

《民法》物權指直接支配「物」，享其利益，而具有排他性之權利，例如所有權人對於無權占有或侵奪其所有物者，得請求物的返還、侵害的排除等，亦可主張侵權的損害賠償。數位電子訊息型態者是否為《民法》物權的「物」？其關鍵問題在於數位電子訊息型態是無體物，與物權以有體物為主有所區別（陳益智，2007: 9-15）。

物權之「物」的意義，一般以「物者，指除人之身體外，凡能為人力所支配，獨立滿足人類社會生活需要之有體物及自然力而言。」（王澤鑑，2009: 225）。其中關於有體物或無體物及自然力問題的討論中，認為權利係屬無體物，應不包括於物的概念之內。至於自然力，乃指人類能予支配之電、光、熱等，雖無一定形體，但能為人類所控制，故與有體物同，皆屬法律上之物。

綜合對「物」的概念，在關於「有體物或無體物」不同意見的部分，主要是討論「權利」本身可否為物；而在自然力的部分，則是強調為人類所控制，亦與有體物同。基於上述觀察，本文認為，昔日對於「物」以有體物為主，乃是當時的時空和社會背景使然，但已論及自然力在人類之控制下，與有體物具有相同的概念。同理，數位電子訊息型態者，可為人類所控制，現今社會電子

科技普及，且已是人們交易往來和使用所需。因此，應可解釋或類推與其自然力同，而與有體物同，屬法律上之物。

物權在物權法定主義之下，對於物權的種類是禁止類推適用的，但是民國98年《物權法》最新修法則提出³³，為因應社會結構、經濟型態及人民生活觀念，應適時檢討修正物權法定主義。如果連傳統物權法定主義已有所鬆動，可以利用習慣來形成和解釋物權的種類，在此情況之下，無體物的電子訊息型態應可被解釋及認定在物權的「物」的意義之內。但僅能經由解釋一途，仍是十分不明確，且目前尚未有相關司法實務判決可參考，為避免爭議或不確定性，立法明文是較好的方式。另再觀察民國99年1月7日新立法的《文化創意產業發展法》中第23條³⁴關於公有文化創意產業的財產權能利用規定，也僅指《著作財產權》相關規定，而非泛指權利，顯示數位典藏圖像是否為物權之「物」，尚須立法或經由司法判決之解釋，始能明確化。

2) 法律上所保護之利益

本文認為數位典藏圖像在「權利」概念之外，還有受法律保護「利益」的概念，也頗值討論。依據學者陳忠五（2007）在《論契約責任與侵權責任的保障客體》之研究中建議「權利」與「利益」無須區別，提出以下重要概念：（1）「權利」此一概念本身，是不斷演變發展而形成；「權利」與「利益」二者，本質上並無不同，二者間具有流動關係（朱柏松，1986: 45-109）。（2）社會上存在著複雜多樣的利益，其中有些利益不具有正當性或保護價值，不屬私法體

³³ 民國98年1月23日修正《民法》第757條「物權除依法律或習慣外，不得創設。」，修正理由為避免物權法定主義過度僵化，妨害社會之發展，將習慣列入物權法定主義規範之列。

³⁴ 《文化創意產業發展法》第23條「以文化創意產業產生之著作財產權為標的之質權，其設定、讓與、變更、消滅或處分之限制，得向著作權專責機關登記；未經登記者，不得對抗善意第三人。」

系所保護的利益，如不法利益或不正當利益（如製造販賣毒品的收入所得）、反射利益（如鄰地廣植草木因而享受的開闊視野景觀或清新空氣品質）。有些利益則是正當的、值得保護的利益，屬私法體系所保護的利益，是為法律所保護「廣義的利益」。（3）「權利」是已發展成熟，不過是經法律體系予以類型化，而只要是正當的、值得保護的利益（如非不法利益或不正當利益、反射利益），亦屬法律所保護的利益。

分析上述概念得知，可以確定數位典藏圖像並非不法利益或不正當利益，但是數位典藏圖像是否為一反射利益（公共領域）？當數位典藏圖像不受《著作權法》保護的部分，即已落入公共領域，任何人皆可自由使用，惟此部分另待再深入討論與分析。

3) 《民法》侵權與不當得利的部分

故宮若要主張《民法》侵權，除數位典藏圖像須是權利或法律上所保護之利益外，重要的是故宮須因數位典藏圖像被擅自下載利用，致受有「損害」之結果，且此損害是指實質上所受的損害而言，若無法證明有損害者，即無侵權與賠償之問題。但數位典藏圖像為數位電子訊息型態，被下載利用呈現的是零耗損的結果，則故宮所受損害究竟為何？本文認為，數位典藏圖像即使是被擅自下載利用，但未導致故宮受有「損害」之結果，故宮恐無法為《民法》侵

權之主張。

《民法》上不當得利請求返還的部分，故宮亦須因數位典藏圖像被擅自下載利用，致受有損害者，始得請求下載利用者返還利益。在國內司法實務上，「受損害」是不當得利請求返還的要件³⁵之一，數位典藏圖像下載利用為零耗損，亦恐無法為《民法》不當得利請求返還之主張。

二、數位典藏圖像授權利用契約

不管數位典藏圖像是否具著作權、《民法》上的物權或是法律上所保護之利益，依契約自主原則，只要契約雙方當事人皆同意其內容，且未違反相關強制規定者，即可成立而為有效的契約。例如緒言中的清朝「繡線閭苑長春冊」緙絲的數位典藏圖像，不管是否具有著作權或其他權利、利益，只要有人願意付費以換取高品質的數位典藏圖像利用權限，而與故宮訂立數位典藏圖像授權利用契約，也是可以的，但對於契約的法律性質和效力，應予清楚瞭解。以下予以討論之：

（一）公法行政契約或是私法契約

當有需要使用故宮數位典藏圖像時³⁶，可填寫「藏品圖像申請表」³⁷，表明營利或非營利之使用、圖像種類、影像品質等需求後，經故宮同意並依據《國立故宮博物院珍貴動產衍生品管理及收費規定》³⁸完成費用繳納，故宮即提供

³⁵ 《民法》第179條內容即有載明「致他人受有損害者」之要件。惟前大法官王澤鑑認為不當得利制度重點應是不當利得即應返還之原則，可進一步揚棄損害之概念，解為凡侵害歸屬他人之權益而受利益者，即當然「致他人受損害」，須負返還之義務。

³⁶ 參照故宮網站圖像資料授權說明，<http://www.npm.gov.tw/uploads/2010010803301419009/335000000E-I42-029.doc>（瀏覽日期：2010/03/13）。

³⁷ 國立故宮博物院藏品圖像申請表，<http://www.npm.gov.tw/uploads/201001080327586338/335000000E-I6Z-421.doc>（瀏覽日期：2010/03/13）。

³⁸ 中華民國97年12月9日臺博文字第0970013368號令修正發布《國立故宮博物院珍貴動產衍生品管理及收費規定》。國立故宮博物院藏品圖像授權作業須知，<http://www.npm.gov.tw/uploads/2010010802593014283/335000000E-I42-027.doc>（瀏覽日期：2010/03/13）。

所約定的數位典藏圖像。此契約究屬行政契約或私法契約？行政契約及私法契約區別之判別標準，計有 17種說法之多，本文採用契約標的理論為主，兼採契約目的理論來判斷，並參酌學者李建良（2002: 169-172）及司法院大法官釋字第533號解釋號協同意見書。辨別行政契約，首須契約之一造為代表行政主體之機關，其次，凡行政主體與私人締約，其約定內容亦即所謂契約標的，有下列四者之一時，即認定其為行政契約：

1. 作為實施公法法規之手段者，換言之，因執行公法法規，行政機關本應作成行政處分，而以契約代替；
2. 約定之內容係行政機關負有作成行政處分或其他公權力措施之義務者；
3. 約定內容涉及人民公法上權益或義務者；
4. 約定事項中列有顯然偏袒行政機關一方或使其取得較人民一方優勢之地位者。

利用上述對數位典藏圖像授權利用契約（以下簡稱此約）進行判斷，首先此約之一造為代表行政主體之機關，即故宮，其契約標的之檢視如下：1. 故宮對於數位典藏圖像授權利用，並無應以行政處分為之的相關法律規定，故並無以契約代替之事；2. 約定之內容，如數位典藏圖像利用、圖像種類、影像品質與費用等，與行政處分或其他公權力措施之義務者無關；3. 約定內容只涉及數位典藏圖像利用與價金費用者，並未涉及人民公法上權益或義務者；4. 約定事項中並未顯然偏袒故宮或使故宮取得較人民優勢之地位。本文認為數位典藏圖像授權利用契約非行政契約，是故宮立於私人地位所訂立的私法契約。

（二）著作財產權授權利用契約

數位典藏圖像授權利用契約，是一私法契約。理論上，數位典藏圖像可區分為受著作權保護與不受著作權保護二類；因此，以數位典藏圖像本身為利用

的約定，即可區分為著作財產權授權利用契約或非著作財產權授權利用契約。著作財產權授權利用的部分，可參考《著作權法》第37條第1項規定「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。」不受著作權保護的數位典藏圖像，則無法進行關於著作財產權的授權利用約定，僅能為單純圖像使用的契約；此契約為一《民法》債權契約。至於著作財產權授權利用契約的法律性質或其與《民法》債權契約之區別，則涉及不同法的概念之討論和不同見解（謝銘洋，1993: 309）。

（三）《國立故宮博物院珍貴動產衍生品管理及收費規定》之性質討論

《國立故宮博物院珍貴動產衍生品管理及收費規定》及其所附的《國立故宮博物院藏品圖像資料收費標準表》是故宮依其中華民國97年12月9日臺博文字第0970013368號令修正發布。根據發布規定的文號及其內容係有關藏品圖像資料收費標準，故可認定這收費規定是故宮自行訂立的行政規定，其為依據《行政程序法》第159條所規定，依其權限或職權為規範機關內部秩序及運作所為，非直接對外發生規範之效力，而是行政機關內部作業性、業務處理方式的規定。雖有學者吳庚（2009: 47）論及事實上有些行政規則會直接對人民權利義務產生影響，因此他認為是法源。本文認為故宮收費規定的效力並未直接涉及人民與國家間公法上的權利義務關係，未超越內部規範之性質，並未對外直接發生規範效力。故該規定的效力只拘束故宮內部承辦民眾申請使用數位典藏圖像時的案件，當民眾提出申請，與故宮達成訂立數位典藏圖像授權利用契約，該收費金額成為對數位典藏圖像授權利用契約的價金的約定內容之一，被授權使用圖像的被授權人因受有契約效

力的拘束，負有給付價金的給付義務。簡言之，該收費規定為內部性行政業務處理方式規定，因經由授權利用契約的約定，而產生對被授權利用圖像的被授權人具有給付價金義務的效力。所以，針對與故宮間並未有任何授權利用契約、擅自使用圖像者而言，故宮並無法依據其所自訂的《國立故宮博物院珍貴動產衍生品管理及收費規定》主張請求給付價金（權利金），也就是說《國立故宮博物院珍貴動產衍生品管理及收費規定》並無法直接成為故宮對利用圖像者的法律上的請求權基礎和依據³⁹。

結論

博物館數位典藏圖像授權的議題性不在話下，其中故宮所進行的數位典藏圖像授權更是政府產業政策的一環。本文對此議題，以數位典藏圖像是否為攝影著作為主要的研究，並以故宮數位典藏圖像自行下載和授權利用分別予以扼要地討論。至於數位典藏圖像是否為攝影著作？本文認為故宮在典藏目的下，以影像來「保存並記錄」古文物，是以一種「忠實記錄」的態度及排除攝影中所可能的創新或創意等變異性，追求古文物的「原真性」，據此，即使是對立體的古文物所進行的拍攝，其有可能僅是單純地呈現古文物之樣貌，因此，仍應檢視「原創性」中的創作性之存否。

有人會想取得故宮數位典藏圖像之「國立故宮博物院」授權字樣，而與之訂立授權利用契約，如「春風面紙·典藏故宮」案件，經由契約的約定，而產生給付授權價金的效力。但是也有人未與

故宮訂立授權契約，即自行下載數位典藏圖像利用，如「掛元世祖賣涮羊肉」案。對於自行下載數位典藏圖像利用的情形，本文認為要求收取費用主張者，須先確認具有權利存在，例如著作權、《民法》所有權或是法律上所保護之利益等。但逕行下載利用者，亦應注意數位典藏圖像在具「原創性」下，受《著作權法》保護，未經同意之任意下載利用行為，將構成對著作權的侵害。關於上開著作權以外，《民法》所有權或是法律上所保護之利益、侵權或是不當得利等問題，本文已於文中提出個人不成熟的法律看法，謹供參考。

最後，關於數位典藏圖像授權利用契約——以數位典藏圖像的利用、圖像種類、影像品質和價金（費用）等為內容的契約，本文認為該契約非行政契約，是故宮立於私人地位所訂立的私法契約。至於其契約是否為著作財產權授權利用契約，則應視數位典藏圖像是否為攝影著作及當事人如何約定其數位典藏圖像利用權限內容而定。使用數位典藏圖像的付費，是根據契約約定的效力。故宮自訂的《國立故宮博物院珍貴動產衍生品管理及收費規定》僅是行政機關內部所自訂的行政規則，對外並不產生拘束效力，未經契約約定而成為契約內容者，並無法直接成為法律上請求權基礎。

誌謝

感謝林詠能教授鼓勵及協助投稿，並感謝2位匿名審查者細心審查及提供寶貴意見。

³⁹ 章忠信著作權筆記網站，關於「掛元世祖賣涮羊肉·故宮索費」之討論，同此見解，<http://www.copyrightnote.org/eclqna/clqna.php?op=showcontent&id=27>（瀏覽日期：2010/03/13）。

參考文獻

- 王鉅元，2005。器物數位攝影操作之變異性：以故宮器物數位攝影為例，故宮文物月刊，269: 108-116。
- 王澤鑑，2009。民法習叢書民法總則，增訂新版，頁：225。臺北：三民書局。
- ，2009。民法習叢書債法原理（二）不當得利，增訂新版，頁：200。臺北：三民書局。
- 朱柏松，1986。一般侵權行為之加害態樣與被害法益類型之分析及展望，社會科學論叢，34: 45-109。
- 李建良，2002。公法契約與私法契約之區別問題。社團法人臺灣行政法學會主編，行政契約與新行政法，初版，頁：169-172。臺北：元照出版公司。
- 李婉萍，2004。數位典藏內容作成果授權政策之研究：以資訊自由為重心。國立中央大學產業經濟研究所碩士論文。
- 吳宗樺，2004。攝影著作之創作與保護。輔仁大學法律學研究所碩士論文。
- 吳庚，2009。行政法之理論與實用，增訂十版，頁：47。臺北：三民書局。
- 林曼麗，2007。時尚故宮：數位生活，初版，頁：201。臺北：國立故宮博物院。
- 周欣嫻，2007。臺灣文化創意產業智慧財產之法律保護與藝術授權：以國立故宮博物院為例。國立政治大學智慧財產研究所碩士論文。
- 尚安雅，2005。數位典藏增值應用相關法律議題之研究。國立政治大學智慧財產研究所碩士論文。
- 秦孝儀，1995。故宮七十星霜，初版，頁：1-2。臺北：國立故宮博物院七十星霜編輯委員會。
- 陳忠五，2007。論契約責任與侵權責任的保障客體：「權利」與「利益」區別正當性的再反省。行政院國家科學委員會補助執行95年度專題研究計畫，編號NSC95-241-H-002-024。
- 陳益智，2007。真實遊戲，虛擬價值？試析網路遊戲虛擬財產在民法的定位，科技法律透析，2: 9-15。
- 張志光、黨若洪、徐明景、楊美莉，2002。器物影像數位化之品質管控作法探討：以故宮器物數位典藏子計畫為例，第二屆數位典藏技術研討會，2002年7月22-23日。
- 劉芳如，2003。論故宮書畫的典藏、維護與數位化。博物館數位化國際研討會：器物及書畫類論文集，頁：68-93。
- 謝銘洋，1993。契約自由原則在智慧財產權授權契約中之運用及其限制，國立臺灣大學法學論叢，23(1): 309。
- 謝銘洋、趙義隆、陳曉慧，2008。數位典藏之保護與授權增值應用相關法律問題探討，藝術教育研究，16: 77-106。
- 謝銘洋、鄭苑瓊、王佩儀，2012。從著作權法觀點論數位典藏成果之資訊近用：以公共領域為例。建立數位公共領域理論構建與在地實踐學術研討會，頁：131。
- 羅明通，1999。著作權法原創性概念之解析，智慧財產權，11: 35-45。
- 蘇欣怡，2008。公立博物館數位典藏授權相關議題研究。國立清華大學科技法律研究所碩士論文。
- 蘇儀騰，2003。攝影著作之研究。臺灣大學法律學研究所碩士論文。

收稿日期：2009年11月24日；接受日期：2010年4月2日

作者簡介

本文作者現為執業律師，並就讀於國立臺北教育大學文教法律研究所。

Licensing Legal Relationship on Digital Archives Images: A Case Study of National Palace Museum

Huang-Ding Liao*

Abstract

Under the influence of knowledge economy and the emerging of cultural and creative industries, museums can't avoid to put great emphasis on industrialization, art image licensing and digital archives. Accordingly, revenues of the copyrights of museums' digital archives and their value-added products become important and healthy profit for them to run smoothly. This thesis is to analyze from the viewpoint of the law which deals with : (a) the validity of the licensing of digital archives images by National Palace Museum, and (b) whether the Museum owns the right of claim for the premium according to "NPM Image Authorization Information Management and Fees Standards".

In general, it is highly arguable whether the "genuineness" created from digital archives is same to "the original" as stated in the Copyright Act. Therefore, the authorized party is supposed to find out first the effects of the contract they are going to sign. It is found that the "NPM Image Authorization Information Management and Fees Standards" is just an administrative rule for the purpose of regulating the internal order and for operating the authority, with no direct external effects as legal norms. Namely, the license fee is paid agreeably according to a contract signed by both sides, which is nothing to do with the legal right of a positive claim.

Keywords: license, copyright, museum, digital archives

* Lawyer, Graduate student of the Culture and Education Law Institute, National Taipei University of Education; E-mail: huangding1003@yahoo.com.tw