

最後，法院認為，對於第一一七條有關合理使用規定在本案的情形，第一款與第四款有利於合理使用的認定，第二款不利於合理使用的認定，第三款則是中立的。總結來說，被告的重製行為為合理使用。

(二)以載入影像的方式公開播放展示不屬合理使用

被告直接由原告的網站載入影像，被告本身並未實際為重製行為，故要討論的並非因重製所生的著作權侵害，而是此種行為是否侵害著作權人的「公開播放展示權(Public display right)」。

依據美國著作權法第一一六條第五項規定，著作權人有「公開播放展示其有著作權之作品」(to display the copyrighted work publicly) 的權利。依據美國著作權法第一一一條定義的規定，法院認為，被告所為的行為顯然實質上達到「播放展示」情形。且被告既然將原告的完整大小的影像，顯示在自己的網站搜尋結果頁面上，已讓公眾有「接近使用」(access to) 這些影像的機會。而在網際網路上，任何一部電腦都可以接近使用這些影像。所以也具備「公開性」的要件。

法院認為，如果公眾在瀏覽被告的網站時，一定會看到原告所擁有的影像，這就構成公開播放展示。過去在 Playboy Enterprises, Inc. v. Russ Hardenburgh Inc. 案中，法院認為只要讓使用者可以下載/獲得這些影像 (being able to download copyrighted images; to place images in files available to subscribers)，被告就構成公開播放展示。

此外，法院更進一步指出，被告「所扮演的角色不只是消極的管道功能，更建立了一個直接連結到有著作權之影像的通道」。因此，被告必須為他未經原告同意，就公開播放展示著作權人之圖片行為負侵害著作權的責任。

而在進行合理使用的判斷時，法院認為，既然使用者可以直接在被告的網頁上得到全尺寸影像，就不太可能再另外連結到原告的網站去。此時被告所提供呈現完整圖片的服務，就不再是單純的索引而已，而會變成「最終產品」(end product)。也就是說，被告使用這些影像的目的會與著作權人即原告重疊，而沒有任何改變。故法院認為，「在沒有就作品內容進行任何更改或調整

(transformative)，卻又與原始作品具備同一目的的情況下，通常對於原始作品的市場就會有影響」。使用者既然在被告的網頁上就可以得到全尺寸影像，又何必再跑到原告的網站去，甚至還要另行付費呢？因此，認為被告就公開播放展示受著作權保護的完整圖片的行為，並不構成合理使用。

三、Kelly v. Arriba 案對我國著作權法啟示

(一)商業目的之著作利用行為亦可能構成合理使用

我國著作權法第六十五條第二項規定，是仿自美國著作權法第一一七條規定，Kelly v. Arriba 案法院對於著作「利用之目的及性質，包括係為商業目的或非營利教育目的」，並不是採取只要是屬於商業性質的利用，就一律不構成合理使用的簡單判斷標準。這一點非常值得國內法院在處理網際網路著作權問題時參考。網路業者所提供的服務，即使是免費服務，也都具有商業性質，因為業者可

以從流量、廣告等，獲取部分商業利益。

而網路業者在提供服務時，難免會面臨重製或保存著作的問題，若依據我國法院在審理著作權侵害的實務，絕大多數網路上著作的利用行為，只要未經著作權人同意，即可能被認為「非屬合理使用」。Kelly v. Arriba 案再度強調所謂「利用之目的及性質」，並不是只有「商業目的」及「非營利教育」目的二種區別方式，這只是一種例示而已。只要能夠證明某一著作利用行為，其利用之目的與原來著作的利用目的不同，不會影響原著作，即有「合理使用」的可能性。

(二)搜尋引擎業者下載網路上資訊及摘錄部分資訊應屬合理使用

筆者過去也曾討論過搜尋引擎業者下載網頁資料至伺服器儲存的行為，依我國著作權法規定分析，應屬合理使用範圍。在 Kelly v. Arriba 案中，雖然被告是下載、製作成縮圖後，即自動刪除原來的資料，而被法院認為應屬合理使用，但筆者認為，即令被告並未自動刪除原來的資料，只要使用者無法直接自其伺服器上取得原來的資料全部內容，而是必須要回到原著作所在網頁才能看到，基本上亦應屬於合理使用。

此外，由於搜尋結果呈現的方式，必須要摘錄部分著作內容，始能夠讓使用者判斷該資料是否為自己所需的資料，因此，就全文搜尋而言，會有部分文字內容的摘錄，就圖片的搜尋而言，則會有縮圖的程現。Kelly v. Arriba 案法院既認為「縮圖」亦屬合理使用範圍，則，全文搜尋時僅呈現部分不完整的文字摘錄，應該亦屬於合理使用。

(三)我國公開播送權的規定不足以使間接傳輸圖片侵害著作權

在本案中，「CRAWLER」程式的搜尋結果頁面在使用者點選之後，會從原來圖片所在的網站載入(import)圖片，重製圖片的行為人是使用者，重製的內容也是存在使用者的電腦上。從表面上看來，被告並沒有「重製」著作的行為，而本案法院從另一個角度來看，就是被告雖然沒有「重製」，但是仍然構成間接公開「播放展示(display)」原告著作的全部，且非屬合理使用，故認定被告構成著作權的侵害。

美國著作權法中，公開播放展示(display a work publicly)在我國著作權法中比較相近的規定是「公開播送權」及「公開展示權」，但內涵並不完全相同。由於公開展示權依著作權法第二十七條規定，僅限於「未發行之美術著作或攝影著作」，而本案中原告的攝影著作放在網路上供人付費下載利用，屬於已發行的攝影著作，所以略去不論。

依據我國著作權法第二十四條前段規定：「著作人專有公開播送其著作之權利。」而同法第三條對於公開播送的定義為「指基於公眾接收訊息為目的，以有線電、無線電或其他器材，藉聲音或影像向公眾傳達著作內容。由原播送人以外之人，以有線電或無線電將原播送之聲音或影像向公眾傳達者，亦屬之。」相較於美國著作權法第一一條定義對「display a work」的定義乃是「包含直接或藉影片、幻燈片、電視影像及其他設備與方法，顯示著作。如果為電影或其他視聽著作時，則是各影像非連續之表現。」顯然較為嚴格。因此，在本案中依我國

著作權法規定，嚴格解釋並不會構成「向公眾傳達著作內容」，因為被告並沒有「主動」將圖片傳送給使用者，而是透過使用者的點選「被動」地將圖片傳輸給使用者。

這種情形也正好突顯出目前我國著作權法對於網路上著作保護的不足，目前智慧財產局正擬修法將「公開播送權」擴張成為「公開傳播權」，值得網路業者注意。

四、提供圖片搜尋服務的合法性提案—代結論

Kelly v. Arriba 案可說是提供網路圖片搜尋服務合法的空間立下一個標竿，在其所建立的幾個標準下，相信國內業者若能夠進行技術上的修正，應該可以大幅降低侵害著作權的風險。幾項建議提供如下：

- (一) 透過軟體自動搜尋下載圖片，完成資料庫的建置及縮圖的製作後，應以刪除原圖片較為適當；
- (二) 提供縮圖的解析度及大小，應該限縮在僅提供「索引」的功能上，不能產生取代原著作的效果；
- (三) 搜尋結果頁面上可呈現業者廣告，但是不應該利用視框(frame)技術，使業者的廣告與原著作網頁看起來是出現在同一個頁面，可能的話以另開新視窗並直接連結到原著作網頁的方式為之；
- (四) 由於圖片搜尋服務可能使圖片著作被侵害的可能性加大，故應建立著作權政策，對於著作權人來函要求將侵權的圖片移除時，應有適當應對措施，以避免故意侵權的風險。