



本期簡介

「哭泣喬登」(Crying Jordan)迷因與智慧財產權議題

林怡州 律師

生物學家暨作家理察·道金斯(Richard Dawkins)曾在其大著「自私的基因」(The Selfish Gene)中提出所謂「迷因」(meme)的概念。相較於生物的基因是從生物個體內遺傳到另一個生物個體內的複製單位，「迷因」則是透過模仿行為從個人傳達到另一個個人腦中的無形觀念，諸如想法、服裝流行、口號標語等等。除此學術性的概念之外，至今「迷因」(或稱「網路迷因」，Internet meme)一語亦被用來指稱在網路上廣泛流傳、而被重複利用、修改的圖片(例如中文所稱的梗圖或表情包等等)或影片。不可諱言的是，各種對於既有迷因或梗圖具有創意的修改是今日網路使用者在瀏覽網路時感到趣味的重要來源。本文以下之內容係介紹美國一個最廣泛流傳的迷因—「哭泣喬登」(Crying Jordan)迷因—及其可能衍生的智慧財產權(特別是著作權)議題。本文的目的不在介紹任何先進的智慧財產權理論或實務發展，而是試著從智慧財產的角度來分析一個有趣的社會現象。.....詳全文

由KEYNETIK. v. SAMSUNG ELECTRONICS案探討美國專利的顯而易見性

陳怡仁

在判斷申請專利之發明是否為顯而易見而無效時，考量的因素包括：(一)申請專利範圍的解讀、(二)先前技術所揭露的內容，及(三)申請專利之發明與先前技術間的差異，其中請求項用語(claim)為專利權的主要核心，透過對於請求項用語的解釋，更能清楚地界定出專利權之權利大小範圍。而關於美國專利請求項的用語解釋，美國專利商標局(USPTO)的專利審理暨訴願委員會(Patent Trial and Appeal Board, PTAB，以下簡稱：委員會)在實體審查時是以最寬廣合理解釋(Broadest Reasonable Interpretation，簡稱BRI)原則來進行。實務上於請求項的用語解釋時，若有未明確界定且無法確認其涵蓋範圍之特定用語時，得優先參考其專利說明書及申請歷史檔案等「內部證據」。

本文即透過CAFC在KEYNETIK, INC v. SAMSUNG ELECTRONICS CO.之判決內容進行簡介與探討，以了解對申請專利範圍的解釋與顯而易見性的判斷。.....詳全文

本期內文

「哭泣喬登」(Crying Jordan)迷因與智慧財產權議題

◆林怡州 律師◆

生物學家暨作家理察·道金斯(Richard Dawkins)曾在其大著「自私的基因」(The Selfish Gene)中提出所謂「迷因」(meme)的概念。相較於生物的基因是從生物個體內遺傳到另一個生物個體內的複製單位,「迷因」則是透過模仿行為從個人傳達到另一個個人腦中的無形觀念,諸如想法、服裝流行、口號標語等等(註1)。除此學術性的概念之外,至今「迷因」(或稱「網路迷因」, Internet meme)一語亦被用來指稱在網路上廣泛流傳、而被重複利用、修改的圖片(例如中文所稱的梗圖或表情包等等)或影片。不可諱言的是,各種對於既有迷因或梗圖具有創意的修改是今日網路使用者在瀏覽網路時感到趣味的重要來源。本文以下之內容係介紹美國一個最廣泛流傳的迷因—「哭泣喬登」(Crying Jordan)迷因—及其可能衍生的智慧財產權(特別是著作權)議題。本文的目的不在介紹任何先進的智慧財產權理論或實務發展,而是試著從智慧財產的角度來分析一個有趣的社會現象。

一、「哭泣喬登」迷因的誕生

對於籃球員或相關球界人員而言,被選入位於美國春田市(Springfield,即籃球發源地)的奈史密斯籃球名人堂(Naismith Basketball Hall of Fame)可謂籃球生涯的最高榮譽。而就名人堂的球星被選入的年度來說,不少球迷認為2009年可說是最星光閃耀的年度。其原因在於,在這年被選入籃球名人堂的球星除了大衛·羅賓森(David Robinson, 1990年NBA最佳新秀、1995年NBA最有價值球員、兩屆NBA冠軍)及約翰·史塔克頓(John Stockton, NBA助攻紀錄保持人)這兩位被譽為史上最強的籃球隊—1992年巴塞隆納奧運會美國籃球代表隊—的隊員之外,最受矚目的入選者就是被全球眾多球迷與專家譽為「史上最強」「山羊」(the greatest of all time, the GOAT)的麥可·喬登(Michael Jordan)。

在2009年9月11日為此屆入選名人堂的成員所舉辦的慶祝儀式中,羅賓森與史塔克頓都發表了以感謝隊友、教練、球隊人員及親人為主軸的溫馨演說。與此形成強烈對比的是,喬登則在這場儀式中做了籃球名人堂史上最具有爭議性的演說(註2)。在這場演說中,喬登將過往有意無意激發他競爭心的人——點名,包括:沒有將他選入校隊的高中籃球教練、沒有讓他登上運動雜誌封面的大學籃球教練、在1985年的NBA明星賽上聯合起來故意不傳球給他的資深球員、在他1993年第一次退休後所偶遇對他出言不遜的年輕球員布萊恩·羅素(Bryon Russell)。喬登在日後1998年NBA冠軍賽第六戰結束前倒數6秒在他面前投進反敗為勝的跳投

後得到生涯第六座冠軍(註3)).....。雖然有不少人覺得喬登的演說很誠實地交代了是何等動機或刺激讓他成為偉大的籃球員，但同樣也有不少人認為喬登的偉大地位已經無庸置疑，實在沒有必要在這種向來用以表達感謝的場合讓被他點名的人難看。

比起喬登演說內容更出人意料的是，這場演說在日後引起了某種令人莞爾、且與演說內容完全無關的社會現象。這個現象發端於：在喬登演講當時，一名美聯社 (Associated Press) 的攝影師拍了一張喬登眼眶微潤的照片(該照片請參照 [Crying Jordan](#))。

日後喬登在2010年取得了當時的NBA球隊「夏洛特山貓隊」(現已改名為夏洛特黃蜂隊)的多數股權，成為第一位變成NBA球隊老闆的前NBA球員。不過令人遺憾的是，山貓隊當時的戰績可說是慘不忍睹(該隊在2011年至2012年球季戰績為7勝59敗，勝率僅一成多，創下NBA新低紀錄)。在2012年，有網友在前述美聯社的照片(以下簡稱原圖)，加上「為甚麼我買了山貓隊？」(WHY DID I BUY THE BOBCATS?)的字眼作成梗圖，藉以嘲諷山貓隊的戰績(照片請參照[Crying Michael Jordan - Why did I buy the bobcats?](#))。

正如諸多其他因不明緣由爆紅的網路梗圖一般，從此之後，網路上開始出現無數利用原圖所製作的網路迷因(以下稱「哭泣喬登迷因」)。例如：在運動賽事的照片中，敗隊球員或教練的臉會被置換為喬登哭泣的臉。除此之外，也有許多哭泣喬登迷因已與運動賽事勝負無關，只是單純把既有照片的人臉改成喬登的臉藉以製造趣味(圖片請參照 [Crying Michael Jordan Images](#))。從一則新聞花絮可知哭泣喬登迷因的氾濫程度：在2016年時喬登至白宮接受歐巴馬總統頒發總統自由勳章(The Presidential Medal of Freedom)。當歐巴馬在頒發儀式上致詞稱讚喬登的豐功偉業時，也順道拿哭泣喬登迷因調侃了喬登，表示「麥可·喬登不只是一個標誌、也不只是個網路迷因.....當你稱呼某人是某個領域的麥可·喬登時，人們知道你在說什麼」(註4)。連美國總統都拿哭泣喬登迷因出來開玩笑，可見其氾濫程度。在網路時代中，人們雖時可以在網路上找出無數喬登做出超出常人能力的灌籃動作，以及在決勝時刻的關鍵投籃的影像；同時人們也可以發現氾濫的哭泣喬登迷因。這種英雄事蹟與搞笑間的巨大反差無疑是哭泣喬登迷因所引發之趣味的來源。

二、哭泣喬登迷因的創作者是否能享有迷因的著作權？

以下本文試圖分析幾個哭泣喬登迷因可能涉及的智慧財產權議題。首先，有個與哭泣喬登迷因相關的智慧財產權議題是：在美國法下，哭泣喬登迷因這類看似粗製濫造的梗圖的創作者是否得享有迷因的著作權？

關於著作權所保護的對象，美國著作權法第102條規定，著作權所保護之對象係具有原創性的作品。而依據美國聯邦最高法院在Feist Publications, Inc., v. Rural Telephone

Service Co.案的判決見解，判斷某作品是否具有原創性應考慮以下兩個因素：

- (1) 為獨立創作，亦即非抄襲自他人作品。
- (2) 具最低程度的創意(minimal degree of creativity)。

依據上述美國聯邦最高法院判決，上述第(2)個因素對創意要求的程度極端地低，僅須有細微的量已足。亦即，不論作品是多麼粗製濫造或顯而易見，只要能帶有一些創意的火花(creative spark)，大部分的作品都可以輕易達標。

就各種哭泣喬登迷因而言，由於該等圖片中使用原圖的部分係出自於他人的著作，而非獨立創作，從而迷因的創作者顯然不能就使用原圖之部分享有著作權。但該創作者是否能享有哭泣喬登迷因中其他係屬獨立創作之部分的著作權，則應視該部分是否能達到最低程度的創意而定。

另一方面，在我國關於何種創作可以享有著作權，我國實務上亦採取同於前述美國法的見解。例如：智慧財產法院109年民著訴字第76號民事判決即表達下列見解：

「又參諸著作權法專責機關經濟部智慧財產局所採見解函釋：「按著作權法所稱之『著作』，本法第3條第1項第1款明定屬於指文學、科學、藝術或其他學術範圍之『創作』。因此，著作符合『原創性』及『創作性』二項要件時，方屬本法所稱之『著作』。所謂『原創性』，係指為著作人自己之創作，而非抄襲他人者；至所謂『創作性』，則指作品須符合一定之『創作高度』，至於所需之創作高度究竟為何，...本局則認為應採最低創作性、最起碼創作(minimal requirement of creativity)之創意高度(或稱美學不歧視原則)，並於個案中認定之」。亦足徵創作僅須具備最低程度之創作或個性表現，即可受到保護。」

三、合理使用與轉換性使用

哭泣喬登迷因的另一個與智慧財產權有關的議題則是：在美國法上，原圖之著作權人可否對利用原圖製作、刊登網路迷因之人行使著作權？

未經原圖之著作權人(美聯社)之同意將原圖略加文字或剪裁而製作之網路迷因，乍看之下確有侵害其著作權之可能。另一方面，在著作權侵害訴訟上，合理使用(fair use)是被告最常使用之抗辯。關於使用他人著作是否構成合理使用的判斷，美國著作權法第107條規定了四項判斷因素：

- (1) 使用的目的與性質，包括此等使用是否具商業性質或為非營利之教育目的。
- (2) 原著作的性質。
- (3) 對比於原著作整體被使用部分的質與量。
- (4) 該使用對原著作潛在市場或價值之影響。

就前述第(1)點「使用的目的與性質」作為合理使用的判斷因素，其本質在於判斷使用人是否對原著作作了「轉換性使用」(transformative use)。

轉換性使用的概念係出於美國最高法院在1994年在Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.案的判決。此案的背景係美國饒舌樂團「2 Live Crew」有意在饒舌歌中其使用歌曲「Pretty Woman」(即電影「麻雀變鳳凰」的主題曲)的片段作為戲謔嘲弄(parody)之用，並詢問「Pretty Woman」歌曲之著作權人是否願意授權。雖然該著作權人加以拒絕，「2 Live Crew」仍然以戲謔嘲弄的方式使用「Pretty Woman」歌曲開頭的歌詞以及音樂於自己的饒舌歌中，故遭著作權人提起著作權侵害訴訟。

聯邦地方法院在審理本案後，認定被告對該歌曲之使用係屬合理使用，不構成著作權侵害。惟案件經原告上訴到上訴法院後，上訴法院認為被告之饒舌歌具有商業使用的性質，應推定不構成合理使用；再考慮其他因素(如從原曲擷取程度、對原曲商業利益的影響)後，認定被告構成著作權侵害。

案件經被告上訴至聯邦最高法院後，該法院則推翻了上訴法院的見解。聯邦最高法院在判決中，指出對於合理使用的適用並沒有一條明確的界線，而須依據個案判斷(case-by-case)。而在進行判斷時，美國著作權法第107條的四項判斷因素必須加以綜合判斷。首先，在前述第(1)個因素，其探討之焦點在於被告作品是否僅僅取代(supersede)了原著作、抑或在某程度上轉換了原著作、而賦予其新的表現、意義或傳達的訊息。若新作品進行轉換的程度越大，則合理使用的其他判斷因素則越不具重要性。基於此等見解，此判決直指上訴法院的錯誤，即認為商業上的使用只是判斷前述第(1)個因素中的要素之一，不能因為被告之使用具有商業性質即推定無法成立合理使用。

至於前述第(2)個因素(原著作的性質)，該聯邦最高法院判決認為會被拿來嘲弄的作品在性質上均屬公眾所知悉的作品(若不是公眾知悉的作品，被拿來使用也沒人會覺得好笑)，故此因素在分析此等案件中並無太大意義。

就前述第(3)個因素而言，法院認為被告饒舌歌雖使用原曲開頭的歌詞與音樂，但此部分是直接與其戲謔嘲弄之目的相連結，且饒舌歌其他部分均與原曲大為不同，故被告的饒舌歌並未過度使用原曲。

而就前素第(4)個要素而言，聯邦最高法院認為，判斷被告饒舌歌對原著作潛在市場或價值之影響時，應判斷該饒舌歌對原曲之市場是否產生替代效果。在通常情況下，原曲係被拿來戲謔嘲弄的狀態下，由於兩者所提供的市場功能不同，不會產生替代的效果。另一方面，雖然「Pretty Woman」原曲的確有被改編為饒舌版、而有就該饒舌版形成潛在市場的可能，但在訴訟上也未有證據顯示此潛在市場受被告的饒舌歌所影響。

基於上述理由，聯邦最高法院廢棄發回了上訴法院的判決。惟嗣後訴訟兩造在法庭外達成了和解。

四、製作刊登哭泣喬登迷因是否能構成合理使用？

再回到哭泣喬登迷因的議題上。如同美國聯邦最高法院在前述Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.案所示，是否構成合理使用須就個案判斷，由於網路上有無數種不同的哭泣喬登迷因，就各個迷因是否能主張合理使用，恐仍須就各種不同的迷因內容加以判斷。以下試以前述美國聯邦最高法院所示的四個判斷因素來分析最簡單的哭泣喬登迷因(僅加上文字用以嘲諷山貓隊戰績的圖片)。

首先就第(1)個因素而論，美聯社的原圖之目的與性質係在於報導喬登進行名人堂演講此一事件，而哭泣喬登迷因之目的與性質係在於嘲諷山貓隊的戰績，兩者顯然不同，或可認為哭泣喬登迷因應有進行大幅度的轉換性使用。

再就第(4)個因素而論，美聯社的原圖的市場應存在於新聞報導業務(對於名人堂演講的報導或對喬登籃球生涯的報導等等)；然而，哭泣喬登迷因係用於戲謔嘲諷，對美聯社原圖造成替代效果的可能性不高。

最後略過美國聯邦最高法院認為在以原著作用於戲謔嘲諷進行判斷時不具意義的第(2)個因素，而討論第(3)個因素。若只在美聯社原圖上加上文字，則幾近於將原圖原封不動拿來使用，表面上看來可能已過度使用原圖。但考慮到由於轉換性使用的程度大，此一因素的重要性應可能會降低，從而不因使用原圖程度大即否認其成立合理使用的可能。

雖然哭泣喬登迷因氾濫如斯，但目前似乎未有任何人因製作刊登哭泣喬登迷因而被著作權人提起著作權侵害訴訟的實例。或許著作權人也了解在合理使用的規定下，提起訴訟亦勝算不高。著作權人或亦係考量到會製作哭泣喬登迷因的創作者多半就是在家閒來無事上網的年輕人，提起訴訟也無利可圖、或單純就覺得這是個無傷大雅的幽默，從而並未訴諸法律行動。

姑且不論著作權人的反應，據媒體報導，拍攝原圖的攝影師似乎對於原圖被網友們廣泛利用一事感到相當有趣(註5)。相較於擁有作品的智慧財產權之人是大公司時，可能傾向嚴肅對待該作品所衍生的法律問題，作品的實際創作人或有可能因自己的作品藉由此變成網路迷因的方式而廣為人知，而對於此等發展抱持比較開放的態度。例如，在另一個經典網路迷因——在德國電影「帝國毀滅」(Downfall)中，希特勒在地下碉堡中痛罵德軍將領的片段，被網友改編成用以嘲諷各種大小事件(註6)——儘管電影的製作公司並不欣賞此種改編，該電影的導演則認為網友的改編相當有趣(註7)。

五、若在台灣發生類似事件？

關於使用他人著作是否構成合理使用之判斷，我國著作權法第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」。若比較上述我國規定與美國著作權法第107條規定，可認為我國法律規定即係參照美國著作權法之規定。

假設在我國有某位眾所皆知的名人，其照片(攝影著作)遭逢如同哭泣喬登迷因的處境，被網友大量重製成各種不同的梗圖，而已嘲諷與該照片傳達之事件所無關的事實。在被該攝影著作之著作權人提起著作權侵害訴訟、甚至刑事告訴時，得否依據我國著作權法第65條第2項規定主張合理使用？筆者在以「合理使用」、「攝影著作」為關鍵字輸入司法院判決檢索系統以查詢智慧財產法院之判決後，似未出現直接相關的案例。但若從一些判決內容來看，或可做出一些基本的推想。

在智慧財產法院98年民著訴字第44號民事判決中，智慧財產法院利用著作權法第65條第2項所規定之各因素加以分析，基於下列理由認定被告使用原告所拍攝的鳥類照片並不構成合理使用：

「(1)利用之目的及性質：.....被告利用系爭著作之方式，係替代的(substitutive)而非轉變的(transformative)，換言之，被告之利用係完全剽竊原告著作，非為達其他社會價值或目的而「轉變性的」利用系爭著作(如為諷刺時政必要而改編他人之歌詞者屬是)，自難謂其利用尚在合理範圍內。.....(3)所利用之質量及其在整個著作所占之比例：依系爭網頁內容所示，被告利用原告著作之最精華部分(即各個鳥類姿態)，其比例幾乎已達百分之百。(4)利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響：被告利用系爭著作之結果，雖不致直接與原告在攝影著作市場中有直接競爭之關係，然已侵蝕原告透過系爭著作本可獲取之授權利益，是其利用對系爭著作潛在市場並非沒有影響。」

從以上判決內容可知，我國法院亦採用轉換性使用之觀點。在此假設有位眾人皆知之名人照片出席某典禮的新聞照片，被網友單純加上幾行文字製作梗圖，用以嘲諷與該典禮完全無關的社會政治現象，是否構成合理使用？若梗圖具有轉換性的使用、並未與原告在攝影著作市場構成競爭關係，有較大的可能被認為係合理使用。但另一方面，若網友僅是在該新聞照片加上幾行文字就製作成梗圖，此時等於幾近完全使用新聞圖片，此時是否會被法院認為過度使用原新聞照片而不構成合理使用？抑或法院會認為雖然幾近使用全部照片，但考慮到其他因素後(如轉換性使用、以及未形成替代或競爭之關係)，則雖幾近使用全部圖片，亦不妨

礙成立合理使用？則不甚明確。可能需待未來若有明確類似案件之判決後才能了解法院之立場。然而，若有意製作梗圖的網友事先前來進行法律諮詢的話，就律師之立場而言，可能仍得建議不要僅在原攝影著作之全圖上加上些許文字，而須附加相當之創意、提升自己創作之比例，才比較不易發生侵權風險。

附加說明者，筆者在查詢智慧財產法院之案例時，查到了一件與迷因梗圖相關但非完全相同的案件。此案件係智慧財產法院108年刑智上易字第21號刑事判決。在該案中，著作權人拍攝了某社會運動團體的活動照片。而被告似為該社會運動的反對者，在網路上下載重製該照片後，在該照片上單純加諸針對該活動參加者之侮辱性文字後再上傳至網路。(此案與本文所述迷因梗圖的類似之處在於僅對原有照片做些許的添加修改；而不同之處在於，相較於本文所述迷因梗圖係嘲諷與原有照片無關的事件，此案修改後照片係直接批評侮辱該照片所拍攝的人物)案經著作權人提起侵害著作權之告訴、且檢察官提起公訴。嗣後被告向智慧財產法院(二審)辯稱，本案所涉及為公共政策辯論，應構成著作權法第52條合理使用之範圍云云，惟法院並未採用其合理使用之抗辯。在此案中，法院並未詳述其對於法院如何依據著作權法第65條第2項所規定之因素來判斷是否構成合理使用，僅表示「被告於本案對於告訴人所為評論並不必然要使用到告訴人的圖片或需要去改他人的圖片，表達公共意見可以自己設計圖片、可以使用其他鏗鏘有力的論述，不必然需要在別人的圖片上加上字句來做公共政策的討論，故本院衡酌本案事實及證據，認為被告及辯護人以公共政策討論來強調合理使用並不成立」。從法院的見解來看，或可詮釋為法院認為著作權人的活動照片的性質、目的係屬社會評論，而被告所刊登之修改後照片的性質、目的也是社會評論，而未產生轉換性使用。既然未產生轉換性使用，被告即不應為之，而應使用自己設計的圖片或使用其他論述方式。至於，被告過度使用著作權人的照片是否是法院認為不構成合理使用的原因之一？或有可能，但從判決原文來觀察是否如此則不甚明瞭。

六、喬登本人可以就哭泣喬登迷因主張權利嗎？

再回到哭泣喬登迷因，除原圖的著作權人美聯社外，最大的苦主無疑是哭泣喬登迷因的主角喬登本人。那麼，喬登本人是否可就哭泣喬登迷因主張權利排除侵害？

有論者認為，在美國法上喬登比較有可能主張成功的是肖像權(right of publicity)。亦即主張哭泣喬登迷因不當使用喬登的容貌，而予以排除。惟在美國許多州的法規下，原告主張肖像權被侵害時，須證明自己的容貌被濫用於商業營利目的。從個別的哭泣喬登迷因來看，似乎大多係用於趣味搞笑之用，而幾無於商業營利目的者。從而，在現實上，喬登要以肖像權為基礎排除哭泣喬登迷因，似乎亦有困難。然而，在網路世界上似乎有存在著製作哭泣喬

登迷因的自動產生器。若搭載此等自動產生器的網頁或APP之管理者讓他人該網頁或APP上刊登廣告以收取費用，等於變相為營利目的製作散布哭泣喬登迷因，此時即或有被認定侵害喬登肖像權之風險(註8)。此外，據媒體記載，喬登的發言人亦表示喬登陣營正密切觀察是否有人為營利目的使用哭泣喬登迷因(註9)。

又，若類似的案例發生在我國(如名人照片被用來製作搞笑梗圖之情形)，該名人得否依我國法律主張肖像權？在我國相關法律中，並未就「肖像權」做明確的規定。因此，當肖像被侵害時，被害人應依民法中人格權的相關規定請求救濟。又，我國法律中雖無明確記載「肖像權」三字，但判決中多有提及，例如最高法院105年台上字第1895號民事判決即表示：

「又新聞自由及肖像權均為憲法所保障之基本權利，旨在促進社會之健全發展，滿足民眾知的權利，並維護個人主體性與人格完整性。在民主多元之社會，新聞媒體基於報導司法案件之需求，擅將司法人員之肖像刊登於報章上，其違法性之判斷，應依法益權衡原則及比例原則，就其刊登之目的、方式、態樣與公共利益加以衡量，並審酌其有無超過新聞目的而濫用個人肖像權之情事，視其客觀上已否違反現行法秩序所規範之價值標準(即在民主開放之社會中有關新聞自由保障與肖像權保護取捨間之價值判斷)而定。」

又，臺灣高等法院102年上更(一)字第3號民事判決亦表示：

「肖像權乃人格權之一，肖像權人應有權決定是否揭露其肖像、及在何種範圍內、於何時、以何種方式、向何人揭露之決定權，惟肖像權亦非絕對，肖像權與言論自由(新聞自由)衝突時，對於肖像權之侵害是否因屬言論(新聞)自由範疇而得阻卻違法，應依個案情形，採取利益衡量之方式加以判斷。」

從以上判決內容觀察，我國實務上並未求肖像係被未經許可使用在商業營利目的時始得主張肖像權。又，在個案中肖像權是否應予保護，主要還是須依據該個案上之利益衡量而定，無法一概而論。從而，若有某名人的照片遭到了如同哭泣喬登迷因一般的遭遇，能否對製作迷因的網友主張肖像權，法院須就網友修改照片的目的、方式及所欲傳達的訊息等因素作綜合判斷。

七、結語

考量到網路的匿名性、訴訟的時間與金錢成本、以及迷因的氾濫程度，對未經同意而被使用的圖片的著作權人而言，要去行使權利、防止排除他人使用該圖片製作迷因實非易事。另一方面，對於社會各界名人而言，可能都需要接受日後自己的照片在基於幽默的目的下在合理的範圍內被無限重複使用的可能。2020年1月26日，與喬登交情甚深的籃球巨星柯比·布萊恩(Kobe Bryant)因直升機墜落意外而過世。喬登在同年2月所舉辦的追思典禮中邊流淚

邊致詞時表示：「我以後又要看到新的哭泣喬登迷因了.....我先前告訴我太太我不會流淚，因為我不想在今後三四年看到它(指新的哭泣喬登迷因).....」(註10)。喬登的好友暨前隊友查爾斯•歐克利(Charles Oakley)在更早之前曾表示喬登並不喜歡哭泣喬登迷因(註11)，但從喬登的自我解嘲看來，或許這位史上最強的籃球明星某個程度上已經接受那些已經氾濫的哭泣喬登迷因吧。

參考文獻資料：

Cheng, Jacquie (2010, April 22). [Hitler parody videos latest copyright fight](#).

Dawkins, Richard. The Selfish Gene. New York: Oxford University Press Inc. (2006).

Dubs, Jamie (2021, March 5). [Hitler's "Downfall" Parodies](#).

chen

Mustard, Extra (2016, May 11). [Charles Oakley says Michael Jordan doesn't like 'Crying Jordan' meme](#).

Rawson, Tim (2017, March 30). [Whack a Meme: Is It Possible to Contain \(Let Alone Stop\) the "Crying Jordan" ?](#)

Thompson, Phie (2016, February 10). [Finally! Michael Jordan reacts to the crying meme](#).

Woolf, Jake (2016, May 20). [The AP Photographer Behind the Crying Jordan Meme Is Chill as Hell](#).

※ 註釋

1. Dawkins (2006), p192.
2. [Michael Jordan's Basketball Hall of Fame Enshrinement Speech](#)
3. [The Last Shot- Michael Jordan](#)
4. [Obama on Crying Jordan Meme](#)
5. Woolf (2016).
6. Dubs (2021).
7. Cheng (2010).
8. Rawson (2017).
9. Thompson (2016).
10. [Michael Jordan Jokes About His Crying Meme During Kobe Bryant Eulogy](#)
11. Mustard (2016).

本期內文

由KEYNETIK. v. SAMSUNG ELECTRONICS案探討美國專利的顯而易見性

◆陳怡仁◆

一、前言

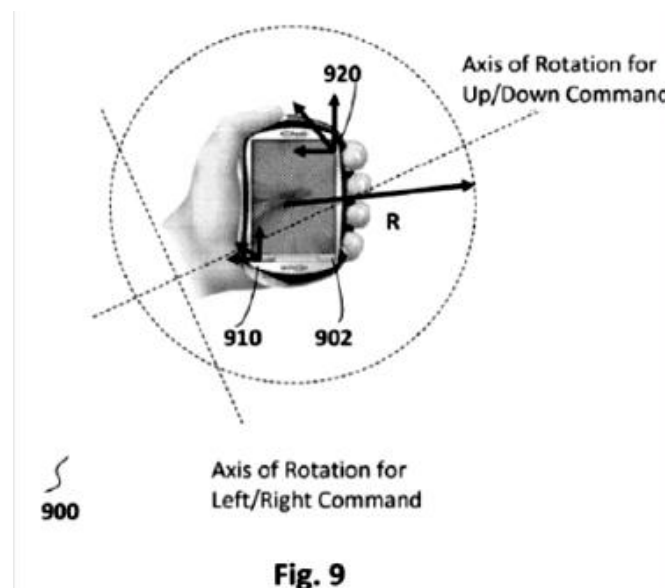
在判斷申請專利之發明是否為顯而易見而無效時，考量的因素包括：(一)申請專利範圍的解讀、(二)先前技術所揭露的內容，及(三)申請專利之發明與先前技術間的差異，其中請求項用語(claim)為專利權的主要核心，透過對於請求項用語的解釋，更能清楚地界定出專利權之權利大小範圍。而關於美國專利請求項的用語解釋，美國專利商標局(USPTO)的專利審理暨訴願委員會(Patent Trial and Appeal Board, PTAB，以下簡稱：委員會)在實體審查時是以最寬廣合理解釋(Broadest Reasonable Interpretation，簡稱BRI)原則來進行(註1)。實務上於請求項的用語解釋時，若有未明確界定且無法確認其涵蓋範圍之特定用語時，得優先參考其專利說明書及申請歷史檔案等「內部證據」。

本文即透過CAFC在KEYNETIK, INC v. SAMSUNG ELECTRONICS CO.之判決內容進行簡介與探討，以了解對申請專利範圍的解釋與顯而易見性的判斷。

二、案件背景

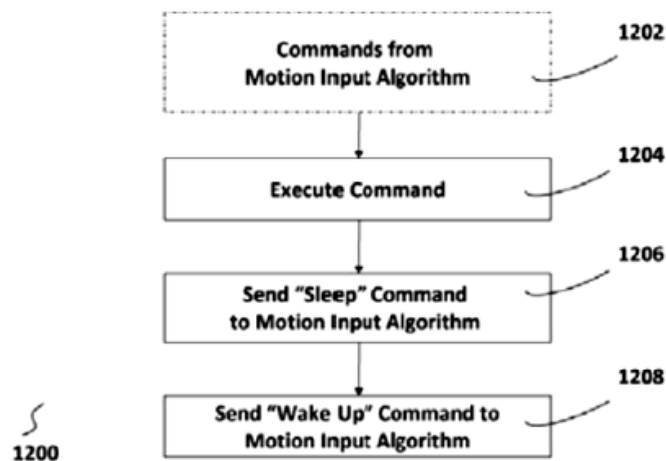
KEYNETIK, INC. (以下簡稱KEYNETIK) 擁有US 7,966,146 B2專利(以下簡稱‘146專利，名稱為「判斷移動物體的旋轉半徑的力感測設備和方法(Force sensing apparatus and method to determine the radius of rotation of a moving object)」)。‘146專利的技術領域是關於使用加速度計來感測設備的運動並將感測到的運動轉化為命令，也就是一種當對應於運動輸入時，用以感測旋轉和平移運動的設備，其將兩個或更多加速計整合在該設備內，其中該等加速計在空間上分離並具有對準的感應軸，與該等加速計通訊的邏輯電路將加速計信號傳送至處理器計算運動變量。由於習知的手持式計算設備需連續跟蹤設備方向並結合即時的複雜運算來消除重力干擾，因而存在運算複雜及累積計算錯誤的缺點，因此，需要一種藉由計算設備運動半徑和其它運動變量，而無需跟蹤設備方向以濾除重力和其它運動干擾的運動感測器設備和方法，來解決習知技術所遭遇的問題。

‘146專利的說明書中提到一種設備，該設備具有至少一個加速度計，該加速度計被配置為感測至少一個靈敏度軸上的運動，且如圖9所示的一具體實施態樣為具有視覺顯示的手持式計算設備，其具有與視覺顯示器通信的光標，光標響應於感測到的運動而在顯示器上移動。



在請求項22要求保護的技術內容包括：(一)運動輸入算法；(二)步進運動算法。其中，運動輸入算法在說明書中的解釋是將來自加速度計的運動數據轉換成命令，而步進運動算法的解釋則是允許用戶在操作設備時變更位置，進一步而言，步進運動算法將用戶意圖轉換為精確命令的一種編碼(code)，例如指標在網格單元上的移動，並允許在步進之間重新調整系統。簡單步進運動編碼引入了不敏感超時或睡眠時間，作為其簡單步進運動算法的一部分。在不敏感超時或睡眠期間，系統會自動平衡以補償朝向重力和其他外力的方向變化。

如'146專利之圖12的流程圖說明了步進運動算法：



關於步進運動算法，說明書的解釋是，在接收到來自運動輸入算法的命令(1202)並執行(1204)之後，將睡眠命令發送給運動輸入算法(1206)，睡眠命令會阻止來自運動輸入算法的任何新命令。在睡眠期間，用戶可以將手持設備移動回原處以恢復視角或變更位置以保持舒

適。在睡眠時間過去之後，簡單步進運動算法向運動輸入算法發送喚醒命令(1208)，以恢復發送運動輸入命令。

‘146專利的請求項22如下：

22.一種物品，包括：

一主體，具有至少一個懸掛式加速度計，被配置以感測至少一個感應軸上的運動；

一計算機可讀載體，包括一運動輸入算法和一步進運動算法，

該運動輸入算法被配置以將自至少一個加速度計接收的感測運動轉換成一命令，

該步進運動算法用於處理該命令，該步進運動算法包括以下指令：

執行來自該運動輸入算法的命令的指令，

在執行該命令後將一睡眠命令發送到該運動輸入算法的指令；和

在一定義的時間期間之後，從該睡眠命令重新激活運動輸入算法的指令。

請求項23如下：

23.依據請求項21的物品，其中，該睡眠通信指令暫時封鎖來自該運動感應算法的一新命令的執行。

三、本案爭點

針對‘146專利的請求項22和請求項23，三星電子有限公司(以下簡稱：三星)向委員會提出多方複審(Inter Partes Review, IPR)，並基於兩個現有技術的參考文獻主張‘146專利不具非顯而易見性。第一篇參考文獻是美國專利第7,535,456號(以下簡稱：Liberty專利)，其公開了用於處理一設備，如手持式設備相關之運動數據的技術和裝置，以去除與該設備相關的非意圖運動，特別是一種允許用戶透過“精細模式單擊”或“粗略模式單擊”在顯示屏上移動光標三維指向裝置。第二篇參考文獻是美國專利第6,847,351號(以下簡稱：Noguera專利)，其公開了一種指向定位方法，該指向定位方法允許用戶簡易地藉由更改手持設備的方向來控制指針在顯示屏上的顯示位置，該指向定位方法還可過濾掉非意圖的設備方向變化，例如因在步行或駕車時攜帶手持設備而引起之周期性的設備方向變化。隨後，委員會對‘146專利的請求項22和請求項23進行了審查，經過簡報和言詞辯論後，委員會在最終書面決定中依據Noguera專利及Liberty專利之揭示，認定‘146專利所主張的請求項22和23不具非顯而易見性。委員會將請求項22中的“睡眠命令”解釋為，在定義的時間段內暫時停止用於將感測到之運動轉換為命令的運動輸入算法。且委員會同意三星之看法，認為儘管在睡眠期間不執行任何新命令，但請求項或說明書均不排除在系統重新激活後所執行的命令中使用在睡眠期間中感測到的數據。委員會還將請求項22之「在命令執行後發送“睡眠命令”」解釋為指示出

執行的命令與睡眠命令之間的時間關係，該時間關係要求發生執行的命令，然後在之後某個時間點再發出睡眠命令。委員會明確表示“在某個時間點”沒有任何時間或其他限制。鑑於這些解釋，委員會認為基於Noguera專利和Liberty專利的技術已公開了‘146專利的「睡眠命令」，及「在執行運動輸入命令後將發送睡眠命令」，故認定請求項22和23相對於Noguera專利和Liberty專利的組合是顯而易見的。

隨後，KEYnetik提出上訴，指稱委員會對請求項的解釋是不合理地廣泛且與說明書的實際教導背道而馳。進一步而言，根據KEYnetik的說法，請求項要求保護的“睡眠命令”需滿足以下兩個點：(1)基於“睡眠時間”(即因睡眠命令而產生的暫時時間)內感測到的任何運動的執行命令，都必須禁止，甚至在重新激活運動感應算法之後；(2)在邏輯上與先前的算法步驟相關且以完成先前的算法步驟(即運動輸入命令的執行)為條件。

四、CAFC見解

第一個爭議點係關於“睡眠命令”一詞的解釋，委員會將其解釋為“在規定的時間段內暫時停用該用以將感測到的運動轉換為命令的運動輸入算法。”。然而KEYnetik認為，委員會對於請求項“睡眠命令”的解釋係依賴於先前未引用之“說明書中的單個句子”，故侵犯了其正當程序的權利。對此，CAFC並不同意KEYnetik的觀點，而是認為委員會從請求項用語和整個說明書整體觀之而獲得的分析並不局限於說明書中的單個句子。KEYnetik也沒有針對委員會須限於引用專利引起人們注意的那些部分的論點引判例為證，而CAFC也沒有找到這樣的判例。更確切地，判例法明確規定“最廣泛的合理解釋”必須考慮整個專利的上下文(註2)。因此基於‘146專利的說明書的內部證據，CAFC認為委員會對於‘146專利的請求項22要求的“睡眠命令”的範圍的解釋不存在錯誤。

針對第二個爭議點，CAFC重新審閱‘146專利的請求項22的步進運動算法的三種指令與委員會的最終書面決定：

請求項22敘述了一種“步進運動算法”，其包括三組請求項要求保護的指令。具體地，步進運動算法包括：(1)執行來自該運動輸入算法的命令的指令，(2)在執行該命令後將一睡眠命令發送到該運動輸入算法的指令，(3)在一定義的時間期間之後，自該睡眠命令重新激活運動感應算法的指令。

而在委員會的最終書面決定，委員會解釋“在執行命令後”發送“睡眠命令”指示出“執行的命令與睡眠命令之間的時間關係，需要先發生執行命令然後在稍後的某個時間點才發出睡眠命令。”如前所述，委員會認為請求項22沒有限制可能發生在執行的命令和睡眠命令的發送之間的干預行為，也就是請求項22並未描述所執行的命令與睡眠命令之間的任何進

一步關係。

CAFC認定委員會在“執行命令後”發送“睡眠命令”的結論是不合理地廣泛。在給予請求項最廣泛的合理解釋時，若根據一般解釋申請專利範圍原則(claim construction principles)是不合理解釋時，委員會即不能採用此解釋，也就是說賦予申請專利範圍之最寬廣合理解釋的原則不包括在法律上給予請求項不正確的解釋(註3)，相反地，應始終根據基本專利中的說明書與教示來解讀請求項(註4)，所以“不合理地廣泛”並且不合理地反映專利的通常文字(plain language)和公開內容的解釋將不會被接受(註5)。

在請求項22敘述了具有三組指令的“步進運動算法”，CAFC認為其指示必須完成什麼以及何時必須完成。在相關部分中指出：“執行命令後，將睡眠命令發送到運動輸入算法。”也就是說，請求項用語清楚地指出“睡眠命令”是在執行的命令之後發送的。從專利整體來看，CAFC認定“睡眠命令”必須在執行完命令後不久發送，並對執行完命令做出直接響應。

以下參考說明書的內部證據來進一步說明，參閱‘146專利的圖12，說明書中解釋了用戶可以傾斜設備，來自運動輸入算法的命令被接收(1202)並被執行(1204)並且使光標在設備屏幕上移動。在步驟(1204)執行命令之後，將睡眠命令發送到運動輸入算法(1206)。睡眠命令會阻止來自運動輸入算法的任何新命令。“睡眠命令”允許用戶第二次移動設備(將設備傾斜回到其初始位置)“而不會使光標返回到網格內的初始位置”。在睡眠時間段過去之後，簡單步進運動算法向運動輸入算法發送喚醒命令(1208)，恢復發送運動輸入命令，並以當前位置作為參考原點(恢復以當前位置作為參考原點的運動輸入命令的發送)。儘管委員會的解釋允許執行命令與發送睡眠命令之間存在任何時間間隔，但說明書指出，睡眠命令是在執行命令之後發送的，而不是「可以在稍後的某個時間發送」。委員會的開放式解釋將包含睡眠命令發送的時間是在執行命令後數天、數小時、數月甚至數年後。且在言詞辯論中，三星的律師表示執行命令與睡眠命令之間的時間間隔可能是數週。但是說明書中使用的用語“已發送”意味著“執行命令後立刻發送睡眠命令”而直接排除了委員會的開放式解釋。

‘146專利的說明書說明了所要求的簡單步進運動用於簡化計算，從而可以忽略由返回運動引起的力。它通過引入靈敏度不足超時(或睡眠時間)來實現，在此期間，用戶可以將設備帶回到先前的位置或以用戶想要的任何方式改變方向。在睡眠期間，要求保護的發明自動平衡自身，以補償朝向重力和其他外力的方向變化。也就是‘146專利所要求保護的發明的根本目的是在睡眠期間忽略返回運動。然而，委員會的解釋會包含到睡眠命令跟隨在已執行命令後的任何時候此一範圍，此將導致委員會的解釋與‘146專利的發明目的不一致。如KEYnetik所述，如果用戶傾斜設備(已執行的命令)，並且在10分鐘內未發出睡眠命令，則由於設備傾斜回到其原始位置而導致的任何的返回運動都不會被忽略，進而將導致光標返回到其在設備屏

幕上的初始位置。因此，委員會對於睡眠命令發送時間間隔的解釋不符合發明目的。

據此，CAFC認定委員會對於「執行命令之後」的解釋過於不合理寬泛，與要求保護的發明的目的不相容。在請求項用語和說明書的上下文中閱讀時，最廣泛的合理解釋是明確的：在執行命令之後發送睡眠命令所需要的時間是短的，該時間是介於用戶打算開始睡眠時間之前的最後一個已執行命令與睡眠命令的發送之間，且沒有實質性的干預活動。由於委員會根據其不合理的解釋認定'146專利的請求項22、23是顯而易見的，因此CAFC撤銷委員會的最終書面決定以指示委員會使用適當的解釋對'146專利的請求項進行重新審查。

五、結論

由前述KEYNETIK v. SAMSUNG的判例可知，專利說明書中的內部證據對有爭議之請求項於解釋請求項之限制條件時，具有一定程度之影響，而導致進一步影響專利顯而易見性的判斷。再從CAFC對於'146專利的意見可知，關於睡眠命令發送的時間間隔，CAFC主要是依據在說明書的整體說明及所揭露的實施例來解讀申請專利範圍。儘管CAFC在委員會關於所要求的睡眠命令的範圍的結論中沒有發現任何錯誤，但CAFC也同意KEYnetik的部分觀點，即委員會對請求項22所要求關於發送睡眠命令時間間隔的限制需要並非合理，該限制需要是在命令被執行後發送睡眠命令，因此，CAFC維持委員會關於請求項“睡眠命令”的範圍的主張解釋，而推翻委員會對於執行命令後的解釋，且認定委員會的顯而易見性決定是基於其錯誤的解釋而發回重審。是以，申請人於說明書的專利範圍布局與實施例撰寫過程中，應更重視內部證據的合理清楚定義，此將攸關專利於申請階段及訴訟階段有效性及侵權與否之判定。

※ 註釋

1. 參見本所實務報導2020年22卷01期，由GAT v. Blizzard 案探討美國專利請求項解釋與先前技術之關聯。
2. 參見Personalized Media Commc'n, LLC v. Apple Inc., 952 F.3d 1336, 1340 (Fed. Cir. 2020)。
3. 參見re Skvorecz, 580 F.3d 1262, 1267 (Fed. Cir. 2009)。
4. 參見re Suitco Sur-face, Inc., 603 F.3d 1255, 1260 (Fed. Cir. 2010)。
5. 參見Microsoft Corp. v. Proxy-conn, Inc., 789 F.3d 1292, 1298 (Fed. Cir. 2015)。



總 所	台北市松山區南京東路3段248號7樓	(02) 2775-1823	FAX : (02) 2731-6377
法 律 所	台北市松山區南京東路3段248號12樓之2	(02) 2775-1823	FAX : (02) 8773-6131
台 北 所	台北市中山區敬業一路99號2樓	(02) 7702-8299	FAX : (02) 7702-8289
台 中 所	台中市西 區臺灣大道二段220號32樓	(04) 2328-8218	FAX : (04) 2328-8318
台 南 所	台南市東 區裕農路375號11樓	(06) 274-2266	FAX : (06) 238-0527
嘉義聯絡處	嘉義市西 區垂楊路505號6樓之1	(05) 285-1586	FAX : (05) 285-1595
高 雄 所	高雄市前金區中正四路211號14樓	(07) 216-3721	FAX : (07) 216-2588

www.saint-island.com.tw

siiplo@mail.saint-island.com.tw