

同人小說相關著作權法問題之研究—以合理使用為中心

學生：黃逸平

指導教授：王敏銓 博士

國立交通大學科技法律研究所碩士班

摘要

同人小說是一種運用他人著作當中的某些要素另外書寫而成的衍生創作，這類創作隨著近年來網路的發展在國內外快速蔓延盛行，其引發的相關法律問題也逐漸受到重視。我國雖然曾有同人創作者與著作權人間的爭議事件，但這類案件多未進入訴訟程序即私下解決，因此實務上對此種創作的態度為何並不明朗；國內針對同人小說涉及之著作權法問題雖亦不乏論述，然而論者對於此議題之見解並不一致，更缺乏相關的實證研究。

本研究係針對同人小說涉及之著作權法問題，就國內外文獻與相關實務判決為整理及分析，並就同人小說是否可能構成合理使用的部分進行實證研究。在同人小說涉及的著作權侵害部分，主要就下列幾個議題進行討論：著作權人的角色保護、同人創作者可能構成的姓名表示權、禁止不當變更權、重製權與改作權侵害。至於同人小說與合理使用的部分，則係先就相關文獻為探討，再進行實證研究。本研究的實施方法為深度訪談法，並採半結構式訪談，以立意抽樣方式邀請三位受訪者，分別為著作權法領域的學者、律師與智慧財產法院之法官，期望藉由其豐富的經驗與知識提供對於同人小說與合理使用議題的想法。

研究結果發現，在同人創作的社群中，一篇被認為成功地描寫了原作人物形象的同人小說很有可能會侵害著作權人的角色著作權，並且同時構成重製權及改作權侵害；至於著作人格權的侵害則未必會構成侵害。另外，本研究整理相關見解後發現，國外學者多主張同人小說足以成立合理使用，實證研究的結果則顯示我國的學者與實務工作者在判斷同人小說可否構成合理使用時，多傾向認定仿諷性質的同人小說原則上為合理使用，至於其他非仿諷性的同人小說則必須觀察該同人小說的創意展現程度以及著作權人有無因為同人創作受到經濟利益的減損才能決定。

總結而言，考量到同人小說符合著作權法之立法目的，以及多數情況下與著作權人的互惠關係，實應承認同人創作具有值得保護的價值。不過，僅仰賴現行法下的合理使用規定其實未必足以保障同人創作者，因此本研究建議可透過其它方式緩和同人創作者與著作權人的緊張關係。最終期望能透過修法方式，明文承認同人小說以及其他混合創作的合法性，只在例外影響著作權人經濟利益的情況下始認定該行為構成著作權侵害。

關鍵字：同人小說、衍生著作、姓名表示權、禁止不當變更權、重製權、改作權、合理使用

Copyright Issues in Fan Fiction: Focusing on Fair Use

Student: Yi-Ping Huang

Advisor: Dr. Min-Chiuan Wang

Institute of Technology Law

National Chiao Tung University

Abstract

Fan fiction is a kind of derivative work written by amateur writer who uses characters or settings from copyrighted work. This kind of creation is now spreading rapidly around the world because of the advent of the Internet. Meanwhile, more and more people have become aware of the legal issues regarding this creation. However, no case of copyright infringement on the basis of fan fiction has ever gone to trial in Taiwan. Previous researchers have not reached a consensus on the legal issues involved, and there is also a lack of empirical research regarding copyright issues in fan fiction.

The aim of this study is to analyze the copyright issues raised between fan fiction writers and copyright owners by examining previous studies and analogous cases. The subjects discussed in the thesis including whether a character can be protected by copyright, upon what fan fiction might infringe and the fair use defense. In addition, a qualitative research based on in-depth and semi-structured interview is conducted in order to provide useful information about how to appropriately treat the issue of fan fiction as fair use.

The result turns out that a fan fiction which is considered successful among other fans will probably violate both reproduction and adaption right of the copyright owner, yet it may not necessarily constitute moral rights infringement. An empirical research performed by the thesis shows that the three respondents have a tendency to believe parody works as fair use, while the judgment concerning other fan fictions which are not considered to be parodies will largely depend on the creativity demonstrated by the fan fiction and the impact on the financial interest of copyright owner.

Fan fiction should deserve protection to certain degree because it conforms to the legislative purpose of copyright law, and for most of the time there is a mutually beneficial relationship between fan fiction writers and copyright owners. However, merely depending on the fair use doctrine under current law to protect this kind of creation may be insufficient, thus applying some additional methods may be able to relieve the tension between amateur writers and copyright owners. Ultimately, in order to bring out more and more creative works and promote the development of our culture, the copyright law should adopt some revisions to improve the legal status of fan fiction writers as well as many remix creators.

Keywords: fan fiction, derivative work, right of attribution, right of integrity, reproduction right, adaption right, fair use

誌謝

這篇論文的完成首先要感謝我的指導老師王敏銓教授，老師在我論文寫作以及準備專題討論報告、口試的期間都給了我很多的提醒與協助，並且在繁忙之中幫忙修改我的論文，讓我能不斷反覆檢視自己的論述，以期整體論文更完善。同樣非常感謝口試委員林三元老師及林昱梅老師，我在準備進行實證研究之前曾經與三元老師討論，老師的建議讓我在些許茫然之中有了更明確的方向，對於研究的進行更有信心；昱梅老師在口試時提出了不少值得深入探討的議題，且亦細心地為我檢查論文的疏漏之處，使全文更加完備。除此之外，我想特別感謝同為敏銓老師指導學生的林容萱以及林萱茹學姊，容萱在我實證研究的初步階段協助我聯繫受訪者，專討報告前為我加油打氣，口試之前還不厭其煩地回答我各種問題；萱茹學姊受到我的信件騷擾，在口試前協助我聯繫口試委員，當天還開車到車站接送，真是十分感謝兩位的耐心與慷慨幫助。另外，也要感謝三位匿名受訪者撥冗受訪，並不吝提供其實貴的專業意見，幫助我完成這篇論文。

感謝我的家人讓我在寫作論文以及整個研究所期間給予的協助，使我的生活沒有後顧之憂；昆軒在準備自己論文同時還忍受我日益加劇的壞脾氣，且在各方面支持與鼓勵我，我由衷感激。我很珍惜和惠雅、亦婕與儀婷忙裡偷閒的聚會，那總能讓我減輕不少焦慮情緒，彷彿有了新的力量前行。對於科法所的三年裡曾一起出遊、陪我閒聊瑣事的朋友們：羽珊、翊展、李琦、政雄、秉志、羅傑、子緣、陳萱、博堯、宜霓、曼玲、芳儀、敦威、旻書、佩錡、瑋明、瑋庭、承誼（若我有所疏漏還請原諒），謝謝你們的相伴，讓我的日子更加生動。

在結束這篇論文的同時意味著我的研究生生涯也將結束。三年前我告別台北來到新竹，心裡滿懷對於新生活的期待。在這裡，我每隔幾周就用超慢速騎機車去 Costco 搬食物回家囤積，平靜的日子裡我在早晨聽 Belle & Sebastian 還有 Badly Drawn Boy，練吉他時我妄想自己哪天能彈得猶如ヤマジカズヒデ般出神入化，最好是也學會那把迷幻搖滾的嗓音。低潮時我無數次重讀《末世之家》及《世界末日與冷酷異境》，直到書頁都充滿摺痕，封面搖搖欲墜。夜裡我反覆重看豐田利晃的電影，還有 TMGE 解散演唱會的 DVD 睡醒時千バ還在唱個不停。我在這些平凡的日常裡感受到生活的實感，並且希望自己未來無論身在何方都不要忘記。

最後，我想把這篇論文致予 2009 年夏天共同參加 C76 的郁慈、凱韻、momo 和彥君。到現在我仍然記得 4 點多鐘起床趕電車的日子，記得清晨瀟灑在東京國際展示場外高漲的熱情，記得我們拖著疲憊的身體回到房間分享各自的冒險。那時候的快樂很真切。現在回想起來，總覺得那次旅行的經歷以某種隱微的方式影響我往後的諸多決定，並且引領我一路走到這裡。謝謝妳們，並祝福看到這裡的各位，Live long and prosper!

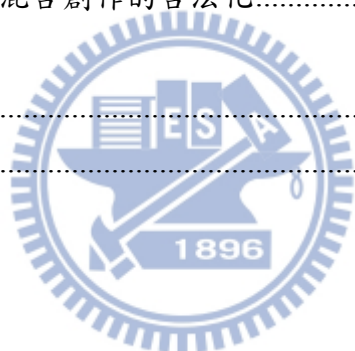
黃逸平 2013 年 7 月 25 日 于新竹

目錄

中文摘要.....	i
英文摘要.....	ii
誌謝.....	iii
目錄.....	iv
表目錄.....	vii
第一章 緒論.....	1
第一節 研究動機及目的.....	1
第二節 文獻回顧.....	2
第一款 國內碩博士論文.....	2
第二款 國外期刊文獻.....	4
第三款 小結.....	5
第三節 研究方法.....	6
第四節 研究範圍及限制.....	6
第五節 論文架構.....	7
第二章 同人小說背景概述.....	9
第一節 同人小說的定義與起源.....	9
第一款 「Fan fiction」與「同人小說」—不同文化背景下的類似產物.....	9
第二款 迷與反對迷 (anti-fan) —廣義的同人小說.....	12
第二節 同人小說的分類.....	13
第一款 同人創作者的慣用分類方式.....	13
第二款 學術界區分同人小說的方式.....	15
第三節 同人小說的特性.....	16
第一款 非商業性的創作動機與目的.....	16
第二款 身兼文本的守護者與文本的剽竊者.....	17
第三款 自我投射與自我實現.....	18
第四款 非正式的學習過程.....	20
第四節 近年同人創作在美國、日本與台灣的发展.....	20
第一款 同人誌販售會的興起與擴大.....	21
第二款 同人創作網路社群的盛行.....	24

第三款 同人創作的周邊產業	26
第四款 小結	27
第五節 同人小說在著作權法中之地位	29
第一款 著作之保護要件	29
第二款 同人小說作為衍生著作	30
第六節 小結	34
第三章 同人小說與著作權侵害	35
第一節 著作當中「角色」的保護	35
第一款 美國實務見解	36
第二款 我國實務與學說見解	41
第三款 角色可著作性與實質近似之判斷	46
第二節 著作人格權之侵害	48
第一款 姓名表示權	49
第二款 禁止不當變更權	53
第三節 著作財產權之侵害	57
第一款 改作權	57
第二款 重製權	59
第四節 小結	69
第四章 同人小說與合理使用	73
第一節 合理使用規定之目的與法律性質	73
第二節 著作權法第 65 條合理使用規定之判斷基準	75
第一款 利用之目的及性質，包括係為商業目的或非營利教育目的	75
第二款 著作之性質	84
第三款 所利用之質量及其在整個著作所占之比例	84
第四款 利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響	86
第五款 其他一切情狀	92
第三節 我國實務上對合理使用各款規定的審酌方式	94
第一款 由單一標準走向綜合考量	94
第二款 綜合考量的不確定性	95
第四節 實證研究	95
第一款 研究設計	95

第二款 研究資料整理與分析.....	97
第五節 小結.....	110
第五章 結論與建議.....	113
第一節 保障同人創作之理由.....	113
第一款 著作權法之立法目的.....	113
第二款 以同人創作作為對於原始文本的反抗.....	114
第三款 同人創作者與著作權人間的互惠關係.....	116
第二節 現行法下的處理方式.....	117
第一款 對於同人小說賦予一定程度保護.....	117
第二款 著作人格權除外規定之類推適用.....	118
第三款 達成合理使用範圍之協議.....	118
第四款 推動更便捷的授權機制.....	119
第三節 未來修法建議：混合創作的合法化.....	120
參考文獻.....	123
附錄一 〈訪談大綱〉.....	129



表目錄

表 1 受訪者背景資料及訪談時間	96
表 2 訪談結果整理	111



第一章 緒論

第一節 研究動機及目的

近年來同人創作在台灣已逐漸從小眾文化成為受到社會大眾與學界關注的焦點。儘管這類創作在美國與日本都已經有相當的發展歷史，但在台灣，同人創作仍可以說是一種新興的創作型態，其所引發的相關法律、社會議題也尚未被完全體認與釐清。美國史丹佛法學院的勞倫斯·雷席格 (Lawrence Lessig) 教授曾提出混合 (remix) 創作的概念，指擷取他人著作的片段，融入創作者的想法後加以重新編排或結合其他著作而產生的新作品，在音樂的領域中被稱作混搭 (mashup)，在美術的領域中則被稱作挪用藝術 (appropriation art)。雷席格教授嘗試將混合創作的文化與一般唯讀 (read-only) 文化作出區別¹，並提出支持這類混合創作合法化的理由²。儘管如此，作為混合創作下位概念的同人創作，在美國與台灣卻始終存在著作權侵害的疑慮，對於此議題也尚未有明確的實務見解出現。

實際上同人創作的類型十分廣泛，可以涵蓋同人漫畫、小說、角色扮演 (cosplay) 以及字幕組等等，其中「fan fiction」— 或者稱「同人小說」— 這類創作在國內外原本都只是少部分書迷、影迷的私下創作與相互流傳，但是現今隨著個人電腦的普及化與網際網路的便捷性，降低了「迷」的創作成本並擴大交流的可能，因此同人小說創作便逐漸在部落格、論壇等網路虛擬空間蓬勃發展，甚至進一步藉由出版同人誌帶動了諸如同人誌販售會與販售書店、印刷店的興起，例如台灣每年寒假與暑假在台大體育館所舉辦的「Comic World Taiwan 台灣同人誌販售會」，總是吸引不少創作者與其讀者入場參加，熱鬧擁擠的人潮中不時混雜著打扮華麗的角色扮演者，形成一股奇觀。

同人小說對於創作者與其讀者而言，不僅僅只是創作者運用通俗文化中的人物為素材而與大眾分享自己編寫的故事，更具有許多教育、啟蒙，甚至是批判的意義。然而對於著作權人而言，這種創作型態固然可能有助於宣傳其著作，但也有可能影響其原本藉由授權或自行創作衍生著作可預期獲得的經濟利益，或甚至損害其名譽，因此在美國就曾發生華納電影公司曾經要求與《哈利波特》有關的同人創作網站「預言家

¹ 混合文化指的是一種允許且鼓勵創作衍生著作的社會文化環境。與此相對的概念是唯讀文化，指的是由專業人士從事創作的環境，在此中的文本講求專業，其權威需要被尊重。在混合文化的社會中，文本是由專業人士和業餘者共同創作，並以草稿的方式出現，歡迎讀者做出回應，在這類文化普及之處，環境參與者在互動過程中發展出的知識與文本傳達的力量一樣強大。參見勞倫斯·雷席格著，葉心嵐譯，REMIX，將別人的作品重混成賺錢生意，頁 101-02 (2011)。

² 關於混合創作的合法化主張，詳見本研究第五章第三節。

日報」(The Daily Prophet)停止運作的事件³，台灣也曾有霹靂國際多媒體公司向以「霹靂布袋戲」人物為創作題材的同人誌社團要求回收刊物否則將採取法律行動的案例⁴。

儘管這種近年來活躍於網路與現實世界的新興創作型態充滿侵權疑慮，但在美國、日本和台灣仍有許多同人創作者無視於其在法律上的危險地位而持續不墜地創作，相關的書店、印刷業、網路論壇也仍蓬勃發展，因此實有釐清同人小說涉及之法律問題的必要。如果同人創作是違法的，那麼我們應如何看待這類大量存在網路和現實當中的同人小說？法律作為維繫人類共同生活之穩定與平和的準則，若與容忍同人創作存在的此一既存現實相悖離，不啻失去了其作為規範的實質意義。另一方面，如果同人創作是法律所允許，那麼現行著作權法中之規定，又是否真能兼顧到原作者與同人創作者的權益？由於這些問題在我國實務上尚缺乏明確的答案，故本研究期望藉由探討同人小說在著作權法上所牽涉的相關問題，為現行法及實務之處理方式提出具體可行之建議。

第二節 文獻回顧

針對同人創作所涉及的相關議題，國內外皆有不同領域之學者為文探討，其論述之出發點涵蓋法律、社會、教育與藝術創作等等面向，相當豐富而多元。由於本論文所探討者為同人小說所涉及的著作權法問題，因此文獻回顧的部分係以法律領域之學者或研究者的相關論述作為對象。

第一款 國內碩博士論文

國內針對同人小說與著作權法問題之討論可見於碩士論文的研究，主要包含：國立政治大學智慧財產研究所的盧美慈所發表之《同人誌相關著作權問題研究》⁵、逢甲大學財經法律研究所的蔡振元所著《同人誌與著作權合理使用之探討》⁶以及臺灣大學法律學研究所的中田祥二郎所著《關於次文化於著作權法上的問題—以日本判例之發展與特徵為中心》⁷。這些論文中皆係以同人誌創作作為討論對象，並未區分同人小說或同人漫畫，因此在案件分析方面亦未特別針對同人小說另為討論。

於探討著作權人所享有的角色著作權部分，中田祥二郎之論文是以漫畫、動畫中具有視覺外觀的角色做為討論對象，而不包含文學著作當中的角色。其檢討日本實務

³ 勞倫斯·雷席格著，前揭註1，頁205-12。

⁴ 沈裕博，從台灣漫畫同人誌歷史沿革到《VIVA》，高雄師範大學美術學系碩士論文，頁82（2009）。

⁵ 盧美慈，同人誌相關著作權問題研究，國立政治大學智慧財產研究所碩士論文，2011年。

⁶ 蔡振元，同人誌與著作權合理使用之探討，逢甲大學財經法律研究所碩士論文，2011年。

⁷ 中田祥二郎，關於次文化於著作權法上的問題—以日本判例之發展與特徵為中心，臺灣大學法律學研究所碩士論文，2010年。

見解，認為這類角色在現行日本實務上無法獨立於原著作而受到保護⁸。盧美慈的論文中則除日本實務見解外，尚提及美國實務對於角色著作權之認定標準，其對於角色的保護傾向採取較為嚴格的認定方式，認為如果是借用動漫畫作品中之角色，則除非是著作當中極重要的角色，否則該角色應無法享有獨立的角色著作權⁹，此見解與前述中田祥二郎所指出之日本實務見解較為近似。至於同人創作者利用文字作品中之角色的情形，盧美慈則認為由於這類角色的重製較為困難，因此同人創作者僅可能構成對於原著作之改作權侵害¹⁰。

關於同人創作可能涉及的著作人格權侵害問題，此三篇論文的結論較為一致，皆肯認同人創作有侵害著作人格權的可能。其中，中田祥二郎係針對日本實務上對於嘲諷性模仿的見解，指出幾乎所有嘲諷性模仿都會涉及日本著作權法中同一性保持權的侵害，且依據日本實務見解，這類創作也很難成立構成合理使用¹¹。盧美慈與蔡振元的論文中雖未針對不同內容的同人創作而論，但亦皆認為同人誌創作很有可能構成我國著作權法中禁止不當變更權的侵害¹²，惟此部分似乎未明確區分同一性保持權與禁止不當變更權的差異¹³。在著作財產權侵害的問題部分，蔡振元認為只要同人創作者以類似原著作之素材，並使人足以回想起原著作，即很有可能構成重製權侵害¹⁴，惟其並未針對實質近似之構成要件與判斷方式加以分析。蔡振元的論文中雖亦提及同人誌可能構成改作權侵害，但是對於個案中如何區辨究竟是重製或改作並未提出明確標準，且似乎認為同人誌不會同時侵害重製權與改作權¹⁵。盧美慈則認為同人誌創作並非單純的抄襲，其由著作權人的動機、行為態樣與行為結果而論，認為同人誌與傳統的抄襲情況不同，因此同人創作應該是構成改作權侵害¹⁶。

在同人創作是否構成合理使用的問題上，盧美慈認為由於大多數的同人誌創作是在補充原作劇情，借用了許多原作設定，因此這種改作行為比較不利合理使用的成立¹⁷。蔡振元則認為，依據我國著作權法之規定，同人誌的創作在使用目的、使用的質量與

⁸ 同前註，頁 10。

⁹ 盧美慈，前揭註 5，頁 75。

¹⁰ 同前註。

¹¹ 中田祥二郎，前揭註 7，頁 77-78。

¹² 盧美慈，前揭註 5，頁 54-55。蔡振元，前揭註 6，頁 55-56。

¹³ 我國著作權法第 17 條規定於民國 87 年修正，改以名譽損害之結果為必要。在此之前，凡對於他人著作內容、形式等有所變更者，無論有無損害著作權人之名譽均會構成著作人格權之侵害。舊法之規定較嚴格，被稱為「同一性保持權」，新法施行後則有稱之為「禁止不當變更權」者。本文中之「同一性保持權」專指修正前之規定，「禁止不當變更權」則為新法規定。

¹⁴ 蔡振元，前揭註 6，頁 62。

¹⁵ 同前註，頁 66-67。

¹⁶ 盧美慈，前揭註 5，頁 87。

¹⁷ 同前註，頁 110-11。

市場價值之影響的判斷上，應該有利於合理使用的成立¹⁸。中田祥二郎係針對日本法的規定為討論，其認為嘲諷性模仿應該可以構成合理使用¹⁹，但是對於其他種類同人創作則缺乏論述。

第二款 國外期刊文獻

過去美國有不少學者曾經為文探討同人小說與著作權法的關係，其討論的重點多聚焦於合理使用方面。在下述的幾篇核心期刊中，學者普遍認為同人小說確實會構成著作權財產權侵害，但是針對著作權侵害的構成要件方面論述比較少。例如 Leanne Stendell 在 *Fanfic and Fan Fact: How Current Copyright Law Ignores the Reality of Copyright and Consumer Interest in Fan Fiction*²⁰ 一文中便認為同人小說是否構成侵權，固然可能與法院對於實質近似所採取的認定標準有關²¹，但是在這篇文章中作者並未針對這些標準加以論述，而是認為幾乎所有同人小說都會符合實質近似的判斷。

在合理使用的部分，Leanne Stendell 的前述文獻和 Rebecca Tushnet 的 *Legal Fictions: Copyright, Fan Fiction, and a New Common Law*²² 一文都分析了美國著作權法 107 條的各判斷基準，並認為儘管現在還不能很明確地說合理使用可以在實務上成為同人創作者的避風港，但是如果考量到同人小說的非商業性又具有創作者自我表達，再加上有促進原作銷售的作用，或許可以被認為是合理使用²³。

但是其實同人小說的內容五花八門，是否能夠一概而論不無有疑問，於是亦有學者針對特定類型之同人小說提出其認為足以構成合理使用之理由。在 *Everyone's a Superhero: a Cultural theory of "Mary Sue" Fan Fiction as Fair Use*²⁴ 一文中，Anupam Chander 與 Madhavi Sunder 針對三種類型的同人小說—具有仿諷性質、加入自創角色以及描寫同性戀情的同人小說，提出其認為足以成立合理使用的幾個論點，包括這些創作具有轉化性，挑戰了原著作中對於性別、種族與階級的既定概念²⁵、具有重要的自我賦權效果²⁶，以及這類同人小說不太可能取代原作市場²⁷。但是除了這些類型之外的同人小說是否就必然會構成侵權一事則未有分析論述。

¹⁸ 蔡振元，前揭註 6，頁 84。

¹⁹ 中田祥二郎，前揭註 7，頁 78。

²⁰ Leanne Stendell, *Fanfic and Fan Fact: How Current Copyright Law Ignores the Reality of Copyright Owner and Consumer Interest in Fan Fiction*, 58 SMU L. REV. 1551 (2005).

²¹ *Id.* at 1563-64.

²² Rebecca Tushnet, *Legal Fictions: Copyright, Fan Fiction, and a New Common Law*, 17 LOY. L.A. ENT. L.J. 651 (1997).

²³ *Id.* at 664-78; see also Stendell, *supra* note 20, at 1572-73.

²⁴ Anupam Chander & Madhavi Sunder, *Everyone's a Superhero: A Cultural Theory of "Mary Sue" Fan Fiction as Fair Use*, 95 CAL. L. REV. 597 (2007).

²⁵ *Id.* at 613.

²⁶ *Id.* at 608-11.

²⁷ *Id.* at 615-16.

學者 Steven A Hetcher 從不同角度切入，其在 *Using Social Norm to Regulate Fan Fiction and Remix Culture*²⁸ 一文中指出多數同人小說都應該可以構成合理使用，但是也不否認某些同人創作可能已經逾越法律所可容忍之界線。在法律適用結果並不明確的情況下，其認為應該探討非正式的社會規範（social norms）在同人創作活動中所占的角色，並且指出著作權人與同人社群中存在有容忍業餘創作與反對商業化同人創作的社會規範²⁹。相較於部份學者的修法主張，Steven Hetcher 似乎是選擇在不變動法律規範的情況下以社會規範來平衡著作權人與同人創作者的權益。其主張如果有越來越多人支持、從事非商業性的同人創作，那麼就會增加著作人的監控成本，並使其感覺追訴未授權使用者不符合經濟效益，進而較不傾向阻止同人創作，這是協調規範的結果，同人創作因而可以成為事實上自由與合理的使用（de facto free and fair），這樣的結果並無不妥³⁰。

學者 Aaron Schwabach 在 *The Harry Potter Lexicon and the World of Fandom: Fan Fiction, Outsider Works, and Copyright*³¹ 一文中則係從同人小說對於著作權人所帶來的影響來探討同人創作涉及的法律問題，其將著作權人可能受到的損害分為三類：第一，同人小說可能轉變著作本質，影響著作人對於文本解釋的控制權；再者，同人小說很可能大量借用原著作的內容而影響該著作之現在市場；最後，同人小說可能影響著作人未來的潛在利益³²。文章中提出幾個類似於同人小說的案例，並就這些案例探討是否影響著作權人及著作權人的解決之道。其認為同人創作者對於故事的詮釋固然有可能被著作人認為是錯誤的，但著作人在現行法下恐怕並無解決之道。考量到同人創作不可能影響著作權人之潛在市場，再加上若同人創作者並沒有為商業性使用，那麼就很有可能足以成立合理使用³³。但是由於這些案件有些並未進入訴訟程序、有些並非嚴格定義下的同人小說，因此針對這些個案所提出的見解可否適用於諸多類型的同人小說上，仍有待更詳細的分析。

第三款 小結

國內針對同人創作的研究，大多未區分同人小說或同人漫畫來討論，實則兩者仍略有不同，蓋同人小說的劇情大多具有創作者獨特創意的展現，但在漫畫方面如果只是單幅圖片，則很有可能是臨摹原作者的構圖或筆法而加以創作，其創意的展現未必

²⁸ Steven A. Hetcher, *Using Social Norms to Regulate Fan Fiction and Remix culture*, 157 U. PA. L. REV. 1869 (2009).

²⁹ *Id.* at 1880-86.

³⁰ *Id.* at 1930-32.

³¹ Aaron Schwabach, *the Harry Potter Lexicon and the World of Fandom: Fan Fiction, Outsider Works and Copyright*, 70 U. PITT. L. REV. 387 (2009).

³² *Id.* at 387-88.

³³ *Id.* at 432-34.

猶如小說般豐富。本研究欲聚焦於同人小說，並就前述文獻中未能詳盡之部分，包括禁止不當變更權、姓名表示權侵害的問題、實質近似性的認定標準及合理使用的判斷等等，為更詳細深入的論述，並期望透過實證研究之方式，釐清各種類型同人小說在合理使用判斷上之差異。

第三節 研究方法

本研究擬以下列方法來探討同人小說所涉及之相關著作權法議題，並期望藉由這些方法達到釐清同人小說在我國著作權法規定下有無侵權疑慮及是否可能構成合理使用之研究目的。

一、文獻整理與分析

本研究所參酌之文獻主要集中在美國及我國學者之論述，期望藉由觀察與整理兩國學者對於此議題之看法及在不同法律規定下對於相關問題的適當解決之道，以作為我國實務處理之借鏡。外文文獻的蒐集主要利用 Westlaw 系統，以「fan fiction」、「copyright infringement」等作為關鍵字搜尋近 10 年的相關期刊文獻。國內文獻部分則以國家圖書館的台灣博碩士論文知識加值系統及期刊文獻知識網作為搜尋工具，找尋相關議題的論文及期刊，嗣後再綜合國內外文獻及法律規定加以整理並分析。

二、實務見解評析

除學者見解外，本研究亦蒐集我國及美國司法實務之相關判決。由於國內外實務上涉及同人小說的案件並不多見，因此本研究主要觀察法院判決中對於近似同人小說之創作的定位及處理。

三、實證研究：質性訪談

在同人小說與合理使用的判斷部分，本研究採取深度訪談中之半結構式訪談，以熟悉我國著作權法規定與適用的實務界、學界人士為訪談對象，期望透過與受訪者的談話過程，瞭解其對於各類型同人小說在著作權法合理使用的判斷上有何差異或特殊之處。

第四節 研究範圍及限制

本研究係以同人小說適用我國著作權法規定之結果為核心，其他類型的同人創作，例如同人漫畫與角色扮演，則不在本研究之討論範圍中。另外，同人小說的取材來源可能係受著作權法保護之小說、電影、電視劇、漫畫，亦有可能來自於真人或其他不

受著作權保護的標的，本研究中所討論的同人小說主要為對於他人享有著作權保護之著作的再利用，至於該原始著作的類型為語文著作、美術著作或視聽著作等等，則未再為進一步細分，僅在第三章涉及角色的保護與實質近似性的部分有所區別。此外，於同人小說涉及之著作權侵害問題部分，囿於個人時間與能力之不足，將以姓名表示權、禁止不當變更權、重製權及改作權之侵害問題為主要討論對象，其他著作人格權或財產權之侵害問題則無法全盤介紹。在資料蒐集方面，礙於研究者本身經驗與資料取得問題，故僅就台灣和美國的實務判決及學說為觀察與分析，併此敘明。

第五節 論文架構

為期將同人小說之法律議題作較完整而有體系之論述，本論文將分成六章。第一章為緒論，包括本研究之研究動機與目的、文獻回顧、研究方法、研究範圍與限制。

第二章同人小說之背景概述，簡介同人小說之起源與現今發展，此部分先確立同人小說之定義，再介紹學界與同人創作圈內對於同人小說的分類方式，並歸納出現今研究者所提出之同人小說所具有之特色以及現今同人創作在各國之發展狀況，以突顯同人創作的多樣性及其與其他類型著作之差異。最後則分析同人小說於我國著作權法上之定位，並特別針對我國實務上對於衍生著作之保護要件的見解為探討，以釐清同人小說這類創作是否受我國著作權法之保護。

第三章同人小說與著作權侵害，則首先探討著作人是否得以主張角色著作權，此部分由於我國實務對於角色是否可受著作權法保護尚未有明確統一之見解，因此將介紹美國實務判決針對文字與圖形角色所發展出之判斷標準以為參考，並針對我國過去曾經有過少數針對圖形或美術角色所為之判決為分析比較。其次則討論同人小說可能涉及的著作人格權及著作財產權侵害問題分別討論，此處係以我國實務與學說見解對於法條之適用與詮釋為主，檢討同人小說有無涉及著作權侵害之可能並釐清部分著作權侵害規定之間的關聯性。

第四章為同人小說與合理使用，此部分首先依據我國著作權法第 65 條第 2 項的各款基準，綜合與我國規定近似之美國著作權法實務及學者的見解來判斷同人小說在各款規定之適用結果。其次，以實證研究的方式試圖就我國實務界工作者與學者的看法，整理出同人小說在合理使用判斷上的特性，包括不同類型的同人小說在合理使用的判斷上有何區別，期能作為未來實務界或涉訟當事人評估時之參考。

第五章結論與建議，則從著作權法之立法目的以及同人創作對於著作權人所造成之影響，分析並提出支持同人創作之理由，並就現行法之規定提出可行之修法建議，

以期能為這類創作提供更寬廣的發展空間。



第二章 同人小說背景概述

第一節 同人小說的定義與起源

第一款 「Fan fiction」與「同人小說」—不同文化背景下的類似產物

「Fan fiction」一詞在網路牛津字典當中的定義是：「由欣賞特定小說、影片或電影等的人，取用該故事中的角色，並通常在網路上書寫而成的一種文學形式³⁴。」在維基百科(wikipedia)當中，則將之定義為：「一個廣泛定義的迷勞動(fan labor)詞彙，指由迷而非原始創作者所寫成，有關原作角色或設定的故事³⁵。」另外，亦有學者將「fan fiction」定義為：「運用受著作權保護之書、電影、電視節目、漫畫、電玩遊戲等當中的角色與設定而另外為創作，新的創作沿用原著作的角色與設定，但在劇情方面具有原創性，擴充並豐富了原作的世界³⁶。」從上述定義可以知道，「fan fiction」通常指喜好某些故事的人，運用該故事當中被創作出的「角色」作為基礎，而與創作者的「自創劇情」相結合而成的故事。

「Fan fiction」的起源眾說紛紜，非嚴格定義的「fan fiction」或許可以追溯至古希臘羅馬時代荷馬(Homer)的史詩，而19世紀英國詩人丁尼生(Alfred Tennyson)也曾以希臘文學中的角色奧德賽(Odysseus)為主角創作《尤里西斯》(Ulysses)一詩，內容接續原本神話故事的結尾，描寫奧德賽返鄉後渴望再度出海冒險的心情。19世紀末到20世紀初，則有讀者利用路易斯·卡羅(Lewis Carroll)的兒童文學《愛麗絲夢遊仙境》(Alice in Wonderland)中的角色來創作，其內容從單純改寫結局到具有政治目的的仿諷作品都有³⁷。不過另一方面也有學者認為「fan fiction」真正的起源應該是20世紀初書迷們為柯南道爾(Arthur Conan Doyle)筆下的著名偵探角色「福爾摩斯」(Sherlock Holmes)撰寫的虛構故事³⁸。可以確定的是，這種創作最興盛的時期是在1966年美國CBS廣播公司播出影集《星艦奇航記》(Star Trek，或譯為星際旅行、星際迷航)之後。該影集的創作者認為到了23世紀，種族和性別歧視將不復存在，故設計了一群跨種族與性別的艦隊成員，這在當時保守的社會是項創舉，也在上映後造

³⁴ *Fan Fiction*, OXFORD ADVANCED LEARNER'S DICTIONARY, <http://oald8.oxfordlearnersdictionaries.com/dictionary/fan+fiction> (last visited Dec. 12, 2012).

³⁵ *Fan Fiction*, WIKIPEDIA, http://en.wikipedia.org/wiki/Fan_fiction (last visited Dec. 12, 2012).

³⁶ Stendell, *supra* note 20, at 1552.

³⁷ Mollie E. Nolan, Comment, *Search for Original Expression: Fan Fiction and the Fair Use Defense*, 30 S. ILL. U. L.J. 533, 549 (2006).

³⁸ Abigail Derecho, *Archontic Literature: A Definition, a History, and Several Theories of Fan Fiction*, in *FAN FICTION AND FAN COMMUNITIES IN THE AGE OF THE INTERNET* 61, 62 (Karen Hellekson & Kristina Busse eds., 2006).

成一股轟動³⁹。許多觀眾因為熱愛影集當中的角色因此開始為特定角色編撰故事或者自創後續劇情，並且在影迷自組的社團中互相交流⁴⁰。交流的方式最初是以手寫或打字的紙本相互傳閱，後來則開始出版非官方的影迷刊物（fan magazine, 或稱 fanzine）⁴¹。在現代最廣為人知的《星艦奇航記》影迷作品或許可以說是由寶拉·史密斯（Paula Smith）所創作的《一個星艦迷的故事》（A Trekkie's Tale）及其自創角色「瑪莉蘇」（Mary Sue），後者這個充滿作者理想特質而幾乎毫無缺點的年輕女性角色，在今日經常被拿來當作嘲諷業餘創作者自戀情節的概念。1990 年之後，伴隨網際網路的興起，「fan fiction」的讀者群逐漸擴大，原本只在少數迷（fans）間流傳的影迷刊物如今被網路雜誌（webzine）或 FanFiction.Net 這類專門讓迷發表創作的網站所取代，任何可以連結至網際網路的人都成了「fan fiction」的潛在讀者。「fan fiction」的存在因此被社會大眾知悉，不少著作權人也開始留意到這類型的創作。

與「fan fiction」類似的概念在日本與台灣則被稱為「同人小說」，其由來必須從「同人」開始談起。「同人」（どうじん）這個詞彙依據《大辭林》解釋，係指「志向、嗜好相同的人⁴²。」但在今日，「同人」亦可以用來指稱具有相同興趣、目的之人聚集起來一同活動⁴³，或者用以代稱喜好相同之人所組成的群體⁴⁴。據此，其實也可以將同人理解為同好者本身、同好者的集團或其活動⁴⁵。

日本的同人發展，若以同好者的興趣標的來區分，可分為三個階段：文藝同人、漫畫同人，到近代同人⁴⁶。從幕末到明治期間，同人被用來指稱對於俳句、和歌、小說或繪畫等等有興趣的同好者聚集組合而成的團體，這些團體的成員將其著作集結、整理後出版，便稱作「同人雜誌」，簡稱「同人誌」。1885 年創刊的《我樂多文庫》是日本目前可以確認的最早的同人誌，這本雜誌是由小說家尾崎紅葉（1868-1903 年）為主的文學團體「硯友社」所發行，其特色是以成員集資方式出版，且僅在同好者之間傳覽，並不會販售予一般不特定大眾⁴⁷。這個時期同人創作的內容多是文學、藝術類作品，其內容也通常是原創而非現在常見的由其他作品衍生新的創作⁴⁸。第二次世

³⁹ Chander & Sunder, *supra* note 24, at 602.

⁴⁰ Tushnet, *supra* note 22, at 655.

⁴¹ Schwabach, *supra* note 31, at 389.

⁴² 同人, kotobank.jp: <http://kotobank.jp/word/%E5%90%8C%E4%BA%BA>（最後點閱時間：2012 年 12 月 12 日）。

⁴³ 同人, 同人活動の基礎知識: http://www.paradisearmy.com/doujin/pasok_doujin.htm（最後點閱時間：2012 年 12 月 12 日）。

⁴⁴ *Id.*

⁴⁵ 參見蔡振元，前揭註 6，頁 5。

⁴⁶ 前揭註 43。

⁴⁷ 傻呼嚕同盟，COSPLAY・同人誌之秘密花園，頁 136（2005）。

⁴⁸ 邱雯祺，台灣同人文化再現與實踐—以「開拓動漫祭」為案例，崑山科技大學視覺傳達設計研究所碩士論文，頁 16（2009）。

界大戰之後，日本開始盛行以漫畫為主要內容的同人誌。1953年，漫畫家石森章太郎（1938-1998年），召集同好組成「東日本漫畫研究會」，創立刊物《墨汁一滴》，可以說是漫畫同人的始祖⁴⁹。在此之後，由校園內的漫畫社團所發行的漫畫同人逐漸增加，1975年更開辦了第一次的同人誌販售會—Comic Market（コミックマーケット，多簡稱為Comike或Comiket），而專門印製同人誌的印刷公司也開始出現。這個時期隨著印刷技術提升、同人誌發行成本降低，原本由同人社團出版的雜誌開始轉變為個人自費出版，以個人為單位的同人活動增加，被稱作是「個人社團」⁵⁰。此外，同人創作的內容也逐漸轉變為以對既有故事、角色的重新詮釋為大宗⁵¹。1990年之後，除了以漫畫為對象的同人之外，動畫、電腦遊戲的同人也開始增加，更重要的是，同人交流的場域從社團轉向同人誌販售會及網際網路，讀者不再像初期的文藝與漫畫同人那樣限於原本的社團成員，還擴大到了參與同人誌販售會的一般民眾及瀏覽網際網路不特定多數人。

「同人」這個詞彙大約是在1980年代末期隨著日本漫畫輸入台灣，起因是由於漫畫市場競爭激烈，出版社為了趕著出書經常必須面對頁數不足的窘境，為此開始在漫畫《聖鬥士星矢》的正本後加入由日本同人誌社團所繪製的作品，並以「小劇場」稱之⁵²。當時《聖鬥士星矢》的編輯雖然曾經簡單介紹過「同人誌」的意義，但對於許多讀者來說同人的意義仍很模糊，只是大概了解同人創作是一種改編作品。不過，由於這類創作畫風多元、劇情有趣，倒也讓台灣的讀者大開眼界，並進一步開啟了台灣創作者的仿效風潮⁵³。因此，有別於日本的發展過程，台灣的同人誌創作從一開始就是以對原作的改編、演繹為大宗⁵⁴。台灣同人創作活動初期，同人創作者多是簡單地將原稿影印並用釘書機裝訂，以「展示本」的方式放在漫畫店供人觀賞、留言評論或私下販售⁵⁵。到了1990年代初期，開始有一些同人社團舉辦的小型的公開活動，其中1993年台灣第一場由動漫畫和模型同好主辦的展覽會在台北松山外貿展覽館舉行，雖然場內主要是以動漫畫和模型展覽觀摩為主，但現場也有同人誌作品的展出，可以視為今日台灣同人誌販售會的雛型⁵⁶。1996年由「超級橙組」在台北舉辦的「秋日派對」，是台灣第一次以同人誌販售為主軸的活動⁵⁷。至於台灣第一個由企商業組織舉辦的同

⁴⁹ 傻呼嚕同盟，前揭註47。

⁵⁰ 同人，ウィキペディア：<http://ja.wikipedia.org/wiki/%E5%90%8C%E4%BA%BA>（最後點閱時間：2012年12月12日）。

⁵¹ 邱雯祺，前揭註48。

⁵² 傻呼嚕同盟，前揭註47，頁132。

⁵³ 邱雯祺，前揭註48，頁26。

⁵⁴ 沈裕博，前揭註4，頁45。

⁵⁵ 同前註，頁46。

⁵⁶ 邱雯祺，前揭註48，頁27。

⁵⁷ 同前註，頁27-28。

人誌販售會則是由捷比漫畫屋與日本 SE 株式會社合辦的「Comic World 台灣」，自此開始每年都有固定的大型同人誌販售會，提供給同人創作者們更多更廣的發表空間，也促使同人活動更加蓬勃發展⁵⁸。現今不論在日本或台灣，同人創作的題材多是以通俗的漫畫、動畫、電影和小說等等為主題，而其主要的表現形式有將漫畫、真人或文字描繪的角色以漫畫方式呈現的「同人漫畫」，以及將存在漫畫、動畫、電影或遊戲等當中的角色文字化，由創作者加入自創劇情或重新詮釋後寫成新的故事的「同人小說」兩種。

總結來說，「fan fiction」與「同人小說」其實是在不同的國家、不同時期發展而成，後者的定義嚴格上來說也不限於已既存角色來創作。然在今日，這兩個詞彙所表彰的實質意義越趨近似，即創作者常是對於特定著作的愛好者，他們多以既存的角色來創作，並希望將其著作讓其他愛好者閱讀分享，以此在創作者與其讀者形成一種特定的團體。所以儘管兩者是依據不同歷史脈絡之發展而來，但基於上述相似性，本研究選擇將「fan fiction」翻譯為「同人小說」，而不再另外以其他詞彙代稱，而本研究著重的對象也將集中在兩者的實質意義上，對於較為例外之情形將在個別部份另外提出討論。

第二款 迷與反對迷 (anti-fan) — 廣義的同人小說

2001 年美籍非裔小說家艾莉絲·蘭道 (Alice Randall) 出版的小說《風逝》(The Wind Done Gone) 以極有名的暢銷小說《飄》(Gone with the Wind) 作為基礎，一改原作以白人作為主角的觀點，轉而從一位黑白混血的奴隸觀點描寫相同的故事。在艾莉絲·蘭道的版本中，原作中的黑人角色被描寫為擁有智慧、勇氣等優秀特質，但原本的白人角色卻被有意貶低。《風逝》可以說是《飄》的仿諷 (parody) 之作，但其是否同時也是同人小說？艾莉絲·蘭道與其說是原作的迷 (fan)，還不如說是反對迷 (anti-fan) 比較恰當。

從同人小說的起源可以理解，對於特定著作的喜愛可以說是同人創作最原始的初衷。特別是從「fan」與「同人」這兩個詞彙來觀察，創作者對於原始作品的欣賞、欽佩之情似乎正是同人小說隱含的要素之一。然而，也有學者對於同人小說採取較廣義的說法，認為是指「以可辨識的流行文化片段作為基礎的創作，而且並非專業的寫作⁵⁹。」在這樣的定義下，「對於特定著作的喜愛」這個要素已經消失了，凡是以他人創作出的作品片段作為基礎的新故事都可被定義為同人小說。

⁵⁸ 沈裕博，前揭註 4，頁 47。

⁵⁹ Tushnet, *supra* note 22, at 655.

實際上，迷與反對迷之間具有某些共通特點，即其對於所關注的目標具有一定程度的了解，因此才能以他人作品作為自身創作的基礎。再者，於今日同人小說內容可謂百花齊放的情況下，想像某個熱愛原作的迷，決定不再只是單純的忠於原作角色，而開始替該角色添加一些讓人感覺不太正經卻有趣的特質，或者對之開個小玩笑等等，這對於許多饒富想像力又喜愛自創元素的同人小說家來說，已經是家常便飯，因此，即便是熱愛原作的迷也很有可能創作仿諷作品。在這樣的情況下，迷與反對迷的行為漸趨接近，大多數的學者也都不再嚴格區分迷與反對迷的創作，而是對同人小說的定義採取廣義見解。因此，艾莉絲·蘭道的小說既是一種仿諷，在現在也多被認定屬於同人小說⁶⁰。

第二節 同人小說的分類

同人小說的種類繁多，除了一般依據創作素材來源所為的分類以外，也會有從讀者取向或是內容取向而做的分類。不論是在美國、日本或台灣，同人創作者之間常會以特定的詞彙來稱呼不同類型的同人小說，這種「術語」是同人社群內部秘密溝通的方式，藉之排除不能理解的讀者而劃分出我族與異己。理解這些詞彙所帶來的意義將有助於認識同人小說的內容與其多樣性。

第一款 同人創作者的慣用分類方式

在日本，依據同人誌販售會 Comic Market 的官方網站資料，同人誌的販售通常是以同人作品創作素材的來源而區別，大致分為漫畫、動畫、小說、遊戲、其他五種類別，而其他當中又包含歷史、音樂、電視、電影、運動等子類別⁶¹，美國的同人社群網站 FanFiction.Net 也是採取類似的分類方式⁶²。從這些分類可以看出同人創作的來源已經從過去的純文學轉向流行文化產物，另一方面也代表只要有迷存在，幾乎任何東西都可以成為同人創作的題材。另外一種常見於販售同人誌的書店的分類方法則是按同人誌的內容與其所針對的消費族群分為：「健全」(けんぜん)，指不含色情、暴力等不良元素的作品；「一般向け」(いっぱんむけ)，指以一般讀者為主力消費族群的作品；「男性向け」(だんせいむけ)，指以男性為主力消費族群的作品，通常會包含描寫男女或女女性關係的內容；「女性向け」(じょせいむけ)，指以女性為主要消費族群的作品，包含描寫男性間羅曼史或少女漫畫風格的情色作品⁶³。通常在購買被標示為「男

⁶⁰ Chander & Sunder, *supra* note 24, at 614; see also Hetcher, *supra* note 28, at 1870.

⁶¹ C82 ジャンルコード一覧，コミックマーケット公式サイトへようこそ！：
<http://www.comiket.co.jp/info-c/C82/C82genre.html>（最後點閱時間：2012年12月14日）。

⁶² FANFICTION.NET, <http://www.fanfiction.net/> ((last visited Dec. 14, 2012).

⁶³ 林佳蓉，東京動漫畫攻略地圖，頁136（2004）。

性向け」或「女性向け」的作品時，店家都會要求出示身分證明以確認購買者已成年。除此之外，亦有從「內容是否借用他人作品」來將同人小說區分為「パロディ」(parody)與「オリジナル」(original)兩種，國內有研究者稱之為「衍生派」與「原創派」⁶⁴，前者指借用既有故事當中的角色、世界觀等設定而為創作，係現今同人小說的主流；後者則是完全自創的內容，可以說是傳統同人創作的傳承⁶⁵，由於其角色與故事情節完全是作者自創而較無著作權法上之爭議，因此不在本研究的討論範圍內。

至於美國的同人社區依其內容一般可分為下列幾種類型⁶⁶：

1. 平行宇宙 (alternative universe, 簡稱 AU)：指將原作角色置於與原作截然不同的環境中，例如描寫《星艦奇航記》中的寇克 (Kirk) 上校及其艦隊隊員在現代紐約市生活的同人小說就屬此類。在台灣，這類的同人小說會被稱為平行或架空世界，日本則稱之為「パラレル」(parallel)。

2. 異性相戀 (heterosexual, 簡稱 gen/het)：描寫兩個角色之間的異性戀戀情關係，該角色在原著之中可能原本就有部分戀愛關係的描寫，也可能沒有。這類的同人小說在日本通常被歸入「一般向け」當中，台灣則會稱之為「正常向」或以「BG」(Boy and Girl) 代稱。

3. 同性相戀 (homosexual, 稱作 slash)：指含有男性角色之間相互吸引或性關係的描寫，若是女性角色間的戀情則稱作女性相戀 (femmeslash 或 femslash)。此類別又包含幾個子類別，如涉及未成年人的同性相戀 (chanslash)、以真人為角色的同性相戀 (real person slash, 簡稱 RPS)⁶⁷。日本稱男性相戀的故事為「やおい」(yaoi) 或「BL」(Boy's Love)，台灣也有創作者採用相同說法。女性相戀的同人小說在日本稱為「百合」或「GL」(Girl's Love)，台灣亦同。

4. 原創角色 (Original Characters, 簡稱 OCs)：指同人作者在其作品中加入自創的角色，與從原著中借用的角色產生互動。雖然多數迷可以容忍自創角色的出現，但是特殊類型的原創角色——例如前述「瑪莉蘇」，美麗、聰慧、早熟、不被規則所束縛並且奪走了主角的心——這類過於完美而顯得荒謬的設定對於許多迷來說往往會有貶低同人小說價值，並為整個迷社群帶來汗名的疑慮⁶⁸。

⁶⁴ 蔡振元，前揭註 6，頁 6。

⁶⁵ オリジナル/ 創作，同人用語の基礎知識：<http://www.paradisearmy.com/doujin/pasok4k.htm> (最後點閱時間：2012 年 12 月 14 日)。

⁶⁶ Meredith McCardle, Note, *Fan Fiction, Fandom, and Fanfare: What's All the Fuss?*, 9 B.U. J. SCI. & TECH. L. 433, 436 (2003).

⁶⁷ Schwabach, *supra* note 31, at 391.

⁶⁸ McCardle, *supra* note 66, at 437.

第二款 學術界區分同人小說的方式

媒體研究學者亨利·詹金斯（Henry Jenkins）曾經將同人小說分為十種類別，包括：語境回歸（recontextualization）、延伸原作時間線（expanding the series timeline）、再聚焦（refocalization）、人格重整（moral realignment）、風格變換（genre shifting）、混合（crossovers）、角色錯置（character dislocation）、自創角色（personalization）、情緒強化（emotional intensification）、情色化（eroticization）⁶⁹。其中，有論者認為「角色錯置」與「自創角色」類型的同人小說因具有足夠原創性而不會構成侵權⁷⁰。前者指的是將原作當中的角色抽離其原本的位置，在同人小說中賦予新的姓名、人格與環境，這種幾乎是本質上的修改，將使其他讀者難以將同人小說與原作聯結，反而很有可能將該同人小說視為不同的著作。至於自創角色的同人小說，則是在某些情況下可以符合轉化性之要件而能免於被控侵權⁷¹。

除此之外，也有論者將同人小說分為參照式創作（referential works）和參與式創作（participatory works）⁷²兩種，前者的典型例子是 *Warner Bros. Entertainment, Inc. v. RDR Books*⁷³ 案當中的「哈利波特辭典」（Harry Potter Lexicon），即讀者將原作中的人物、事件或專有名詞等等資訊以一種較為簡潔的方式呈現，供其他讀者參考，並幫助後繼之讀者能迅速瞭解原作內容；後者係將原始著作中的角色帶入同人創作者自己的作品當中，將其置於有別於原作的場景，藉此反映出創作者獨特的觀點與感受。美國著作權法實務上曾經針對參照式創作為一系列的判決，包括 *Twin Peaks Productions, Inc. v. Publications International Ltd.*⁷⁴、*Paramount Pictures Corp. v. Carol Publishing Group*⁷⁵ 及前述 *Warner Bros. Entertainment, Inc. v. RDR Books*，在這些案件中，法院主要以被告創作轉化性不足、使用過多原作的量及可能損害原告著作市場之理由否定合理使用之成立⁷⁶。至於參與式的同人創作，則尚未有明確的實務見解趨勢可供觀察，其原因可能在於多數的參與式創作均發表於網路而未採取商業出版形式，因此並未引起著作權人的注意，也就沒有相關訴訟產生⁷⁷。

⁶⁹ HENRY JENKINS, TEXTUAL POACHERS 162-77 (1992), cited in Hetcher, *supra* note 28, at 413 n.118.

⁷⁰ Stendell, *supra* note 20, at 1562.

⁷¹ 若原著作人的角色在同人小說中與同人創作者的自創角色只有少量互動，或是整篇同人小說的核心都在同人創作者的自創人物與劇情上，原著作人物僅是過場角色，則可能會被認為具有高度轉化而屬合理使用。Id.

⁷² Rachel L. Stroude, Comment, *Complimentary Creation: Protecting Fan Fiction as Fair Use*, 14 MARQ. INTELL. PROP. L. REV. 191, 194-97 (2010).

⁷³ 575 F. Supp. 2d 513 (S.D.N.Y. 2008).

⁷⁴ 996 F.2d 1366 (2d Cir. 1993).

⁷⁵ 11 F. Supp. 2d 329 (S.D.N.Y. 1998).

⁷⁶ Stroude, *supra* note 72, at 199.

⁷⁷ Id. at 206-07.

第三節 同人小說的特性

第一款 非商業性的創作動機與目的

同人小說創作者的出發點通常是基於對於特定著作的喜愛、熱忱而創作，他們並不追求商業的利益，這種特質從迷文化（fan culture）的觀點可以看出端倪。由於同人小說的創作可說是迷對於電視影集、電影、漫畫、動畫等的狂熱而表現出來的行為的一種，故同人小說其實正是迷文化的產物。研究迷文化的學者陳箐繡指出：「迷文化有其獨特的系統和交流管道，迷成員所製作的作品就在其文化圈內交換或銷售，一般而言，迷所創作的作品都是為了個人興趣而製作的，在聚會中展示或銷售作品的動機也多交流分享為主，很少人是以商業動機為前提。⁷⁸」其他學者則認為迷有一種矛盾的商業理念：迷通常是專賣店（即販售電影等周邊商品的官方授權商店）的消費者，他們會購入最新發行的商品以宣示他們的忠誠與狂熱，但另一方面來說，迷的行為如果「與主流的資本主義社會有明顯的關聯」，例如販售自製的錄影帶或小說，則可能會受到其他迷的嚴厲譴責⁷⁹。

有學者試圖從社會規範的觀點來解釋同人社群中普遍存在的不追求商業利益的心態。同人創作者並非為了金錢收入的目的而創作，這或許是原始的出發點，但是整個同人社群當中存在著反對商業化同人創作的規範，也是影響同人小說創作者動機的要素。由於擔心商業化同人作品會使著作權人感覺經濟利益受到威脅，進而對整個同人創作的社群表達不歡迎或採取法律行動，因此同人創作者多會選擇不要將其作品商業化。這類似規範理論當中的「囚徒困境」（Prisoner's Dilemma）模式，即成員彼此合作對整個團體有利，然而背叛群體卻是對個人最有利的選擇。選擇追求商業利益的同人創作者，就是整個迷社群的背叛者，對於遵守非商業化規範的創作者來說，追求商業利益的創作者會增加其潛在的訴訟風險，因此非商業化的創作者會利用某些制裁手段讓那些「背叛者」遵從規範，例如威脅將在網路上刪除使用者的帳號或者限制進入網路同人社群，藉以維持非商業化的規範⁸⁰。

即便是在同人誌販售會盛行的日本，實證研究的結果仍顯示多數的同人創作者並未將同人誌的販售當作謀利維生的工具，而是將之當作一種業餘的娛樂。日本最大的同人誌販售會 Comic Market 與東京工業大學在 2010 年針對參與的同人社團、入場者及工作人員所為的調查報告顯示，不論是以社團名義參加的同人創作者或是一般入場

⁷⁸ 陳箐繡，「『日本動漫畫』迷文化之異地生產、根植與文化形構：以臺灣和美國漫畫同人誌販售會為焦點探析」，藝術研究期刊第一期，頁 140（2005）。

⁷⁹ Matt Hills 著，朱華瑄譯，探究迷文化，頁 48（2009）。

⁸⁰ Hetcher, *supra* note 28, at 1886.

者，其職業都以公司正式員工占最多數(30%以上)，其次是企業派遣員工或打工族⁸¹，而針對參與販售會的同人社團所為的動機調查中，表示「希望讓別人看見自己的作品」以及「喜愛販售會猶如慶典一般的氣氛」的人占了半數以上(62.8%)，至於「為了能夠販售多一點同人誌」而參與的社團只占非常少數(4.2%)⁸²。此外從同人誌的販售數量調查來看，販售未滿1000冊的社團約占百分之60，有6成以上的社團財務狀況都是呈現赤字，也無怪乎該調查報告指出「多數的社團都是帶著赤字的覺悟而參加的」⁸³。

第二款 身兼文本的守護者與文本的剽竊者

儘管原創派同人小說在同人創作的市場中也占有一席之地，不過，多數的同人小說創作者仍然傾向以既有的角色來創作，並且會在描寫時會盡可能地貼近原始文本對於角色外表、性格及經歷的設定⁸⁴。對於外界「為何不自創故事？」的質疑，曾經有一位迷解釋：「迷的自創故事不會像同人創作那樣在讀者和作者之間創造出一種社群的關係……迷的社群會分享理解與享受的過程，不論同人創作的文學價值為何，同人創作對於迷來說是愉快而可貴的經驗。」⁸⁵相對於自創人物，迷們會選擇對於自己具有獨特意義的角色進行創作，而同人創作者選擇以其著迷的對象作為創作素材的原因，可能是源於對於角色的強烈喜愛，進而促使其以自己的創作來填補原始文本中對於角色描寫的空白部分來滿足自我的想像。也正因為對於原始文本當中角色的情感投入，創作者們會對於既有的人物性格描繪與設定都相當忠誠，因而任意修改或破壞原始的設定在迷的社群當中是相當冒險的行為⁸⁶。另一方面，同人創作者保留部分原始設定再重新建構其他部分的敘事，也是為了使讀者們能運用對於原始文本的認識而快速進入同人創作者架構的世界當中，創作者與讀者們在這樣的過程中共享對於原始文本的解讀，讀者也可以從原作設定以外的部分窺見同人創作者展現出的獨特想法。

然而，迷們一方面堅守原始文本的設定，另一方面又在未經原始作者的同意下將那些設定轉變成自己創作的素材，醞釀出新的作品—同人創作者因而從原始文本的守護者成了剽竊者。許多同人創作者事實上認知自己只是居於「從屬」地位，他們會在自己的文章開頭放上免責聲明(disclaimer)，宣稱自己只是借用角色，並非角色著作

⁸¹ コミックマーケット準備会・コンテンツ研究チーム, コミックマーケット35周年調査・調査報告 (Dec. 2011), <http://www.comiket.co.jp/info-a/C81/C81Ctlg35AnqReprot.pdf>.

⁸² 同前註。

⁸³ 同前註。

⁸⁴ 許芳瑋, 台灣同人活動歷程及創演經驗初探, 國立花蓮教育大學多元文化研究所碩士論文, 頁82 (2007)。

⁸⁵ Tushnet, *supra* note 22, at 657.

⁸⁶ Matt Hills 著, 前揭註79, 頁47。參見許芳瑋, 前揭註84, 頁82-84。

權的擁有者⁸⁷。但是儘管如此，主動向原始作者尋求授權的同人創作者仍然少之又少。影響同人創作者尋求授權的原因之一是交易成本的考量，對於業餘的迷來說，為了這種單純、小眾的「娛樂」而大費周章地與擁有著作權的出版商或作者交涉未免不敷成本。而著作權人恐怕也沒有意願授權給某些具有仿諷或評論功能的同人小說創作，設法取得授權顯得不切實際⁸⁸。基於這些原因，現今大多數的同人小說仍是未經授權而創作的成果。

第三款 自我投射與自我實現

創作者可以藉由書寫同人小說來實現自我，這是同人小說的常被提及的一項特質。如果從直接接觸、購買及使用著作物的著作消費者觀點出發，將著作的消費者可分為被動與主動的消費者，那麼同人小說的創作，可以說是主動的消費者表現出具有創意的自我表達的例證⁸⁹，因為同人小說的創作者身為特定著作的消費者，並不只是被動地接收著作所傳達的資訊，而是搖身一變成為居於主動地位的消費者，將其所吸收到內容轉化為表現自我的素材。我國學者針對同人創作者的研究指出，同人創作經常挪用通俗文化作為素材，而這些通俗文化所傳達的訊息大幅影響人們對於性別、種族、階級的態度，特別是男性在社經地位或情感方面皆較女性強勢的概念或者是強調女體作為男性消費品的地位。過去的研究者多將通俗文化的消費者當作是被動接收者，它們全盤吸收電視劇、電影、漫畫當中明示或隱含的訊息而無法區辨真假或好壞。但是迷不一樣，他們是積極主動的消費者與生產者，而這種特質藉由同人創作展現了出來。同人創作是迷們吸收、消化原始文本後再製的結果，這個過程乃是迷與原始文本的思辨與對話⁹⁰。而在同人創作的過程中，經常包含有自我投射的作用，即創作者係有意或無意地將自身對於性別的觀感、其所推崇的價值或信仰投射在自己的創作之中，並致力使其筆下之角色成為自己的理想化身。同人創作者們以此作為重新塑造有別於現實社會中對於性別之印象及性別所帶來的社經地位與政治地位的有利手段⁹¹。因此，同人小說不只可以對已經存在的著作帶來新的刺激，也能引導其他著作的消費者主動從自身經驗出發表達更多不同觀點，使人們對原本著作的詮釋更加豐富，這種運用他人著作來展現自我的行為，是同人小說的特性，也表彰了著作消費者的重要權益。

有學者認為，正因為同人創作是一種創作者的自我投射，因此具有賦權

⁸⁷ Tushnet, *supra* note 22, at 678.

⁸⁸ *Id.* at 621.

⁸⁹ Joseph P. Liu, *Copyright Law's Theory of the Consumer*, 44 B. C. L. REV. 397, 415 (2003).

⁹⁰ 陳箐繡，「漫畫圖像再創與性別認同—以三位女性漫畫同人誌創作者為研究個案」，視覺藝術論壇第五期，頁 32-33 (2010)。

⁹¹ 同前註，頁 48-49。

(empowerment) 的效果，其例子正是經典的「瑪莉蘇」角色⁹²。在「瑪莉蘇」類型的創作出現之前，大眾媒體經常存在著對於女性、同性戀者或少數族群的刻板印象，例如在通俗電影、電視節目當中，年輕的白人男性多居於支配者的地位，其他少數族群則通常被描寫為擔任低階職務的角色。這類文化刻板印象透過媒體影響成人與孩童，甚至會強化少數族群對於自身的負面觀感⁹³。偏見的受害者一旦將他人的主張內化，既得利益者便可藉此維護其在社會上的階級地位。然而，「瑪莉蘇」這類的角色可以挑戰大眾媒體的刻板印象，因為儘管「瑪莉蘇」常被當作一種貶抑的說法，但其同時也是具有批玩意義的角色。透過反覆描繪一個與自身相似人物的正面形象，可以使創作者逐漸相信自己具有某些能力進而肯定自我價值，從而這個將通俗文化重新改寫的行為，便可以說是跨越固有階級，為自身爭取社會、經濟與政治力量的第一步⁹⁴。除了「瑪莉蘇」這類的創作之外，其他的同人小說也具有賦權的作用，例如有些以《哈利波特》為藍本的同人小說，選擇從女主角妙麗·格蘭傑 (Hermione Granger) 的角度出發，鉅細靡遺地描寫了妙麗的學業與戀愛經歷，以此滿足某些自認與妙麗較有共鳴的創作者的想像；而描寫《星艦奇航記》當中同性艦隊隊員相戀的同人小說，更是顛覆了社會所期待的性別角色，能讓創作者重新思考其自身於性別秩序當中的定位。

許多針對「slash」或「BL」這類同人小說創作者的動機的研究顯示出同人小說對於女性創作者與其讀者具有實現自我的意義，這類同人小說的創作者多為女性，但是內容卻是以描寫男性角色相戀為大宗。女性同人創作者選擇以男性而非女性角色來作為乘載其想像與表達的客體的動機，除了是對於一般男女戀愛的情節感到厭煩而沒有新鮮感外，最重要的是在男女戀愛的關係當中，女性經常被描繪為較弱勢的角色，但在男性相戀的故事裡，這種不對等關係消失了，取而代之的是居於平等地位的兩人的戀愛⁹⁵，這種近似友情的愛情，或是友情與愛情並存的關係，正是許多女性創作者與其讀者的憧憬⁹⁶。另外，由於這類作品當中女性角色的缺席，使女性創作者或讀者在面對關於情色的描寫時，可以不必因為社會對女性矜持的要求而產生心理的罪惡感，而能藉由男性的角色在心理上體驗「性的恣意性」⁹⁷。對於女性創作者而言，男性角色實際上仍是女性的投射，但是透過「男性」的身分可以讓女性不受現實世界的各種限制，實現想像中的平等關係與享受情慾的展演，並藉由這樣的過程突破原始文本所架構的觀念，轉而呈現女性自己的故事。

⁹² Chander & Sunder, *supra* note 24, at 600.

⁹³ *Id.* at 607.

⁹⁴ *Id.* at 608-09.

⁹⁵ Sonia K. Katyal, *Performance, Property, and the Slashing of Gender in Fan Fiction*, 14 AM. U. J. GENDER SOC. POL'Y & L. 461, 489 (2006).

⁹⁶ 三浦紫苑著，黃盈琪譯，腐興趣不只是興趣，頁 237 (2010)。

⁹⁷ 李佩珊，女性同人誌創作者持續創作之動機，慈濟大學人類發展研究所碩士論文，頁 17-18 (2009)。

第四款 非正式的學習過程

雖然多數同人小說的創作者並不是職業作家，但是觀察網路或同人誌販售會的作品，仍有許多同人小說具有一定水準，在文字運用、劇情安排和人物描寫方面都具備相當技巧並展現出個人風格。除了少數天賦異稟的創作者以外，多數同人小說作者都是經過相當磨練才能練就嫻熟的書寫技巧，而同人小說的創作本身就是一種書寫的訓練過程。促使創作者書寫與磨練自己技巧的動機很有可能是受到外在環境的影響，例如參與同人誌販售活動，或與其他同好交流。國內針對參與同人活動的創作者所為的實證研究指出，有不少創作者認為參與同人創作活動可以引發學習動機⁹⁸。許多創作者在報名參加同人誌販售會後，為了趕在販售會的舉行期間推出作品，會帶給自己完稿的壓力，推動創作者去構思一個結構完整的故事。藉由完整的創作一個故事，可以瞭解在創作過程中可能遭遇的瓶頸並摸索解決的方式，由此模擬職業創作者的經歷。此外，出刊的過程也是一種自我學習，多數創作者會努力提升自己使用電腦以及編輯排版的能力以將作品用更好的方式呈現給讀者，而出刊後讀者的反饋更是推動同人創作者繼續學習與前進的重要動力。再者，有時創作者會選擇與其他人一同出刊，即所謂的「合本」或「合誌」，這時同儕間的切磋與比較也會激發創作者追求更好表現的心態，期望自己能盡力負責而不辜負其他人的努力。

有學者指出，這種同人創作的學習過程相對於學校有系統、有結構的正規教育型態，是一種非系統性、非結構化，而且不定點定時的非正式學習，學習者是在特殊的情境脈絡下，經由互動而產生自我建構的認知過程⁹⁹。非正式學習者可能基於自身主動性而學習，或是受到環境脈絡的影響，例如同人小說的創作者最初可能是基於對特定作品的喜愛而產生好奇心與求知慾，如同多數的迷一樣，他們會不斷蒐集相關資料來充實自己對於所著迷的對象的瞭解。而在接觸同人創作的環境後，有些創作者會開始仿效他人行為，因而開啟自己的創作歷程。這種非正式的學習沒有學校考試的壓力，可以自我掌握，盡情開發與探索，對於學習者而言不僅是知識吸收，更具有娛樂與社會化的重要意義。

第四節 近年同人創作在美國、日本與台灣的發展

1990 年代之後，為同人創作者與其讀者在創作、交流方面都帶來極大變革的是國際網路的發展與同人誌販售會的盛行。這些改變所影響的不只是創作者與讀者，也間接對著作權人與其他周邊產業帶來新的衝擊，藉由網路與同人誌販售會逐漸蔓延盛行

⁹⁸ 許芳瑋，前揭註 84，頁 97。

⁹⁹ 陳箐繡，「漫畫次文化之非正式學習特徵之探析」，人文藝術學報第四期，頁 305（2005）。

的同人創作，對於某些著作權人來說或許具有宣傳效果，但也使部分作者感覺自身經濟利益受到威脅。另一方面，因應創作者的需求而產生的各式網路服務平台與同人誌印刷商、販售書店，正是看準了同人創作的熱潮而產生的新興產業型態，它們的存在彰顯了同人創作背後所牽動的諸多商業利益，也成為這類創作在現今社會蓬勃發展的證明。這個章節主要就從同人誌販售會、網路同人創作及其他相關產業的角度來探討近年來同人創作在美國、日本與我國的發展，並就其發展過程為分析比較。

第一款 同人誌販售會的興起與擴大

同人誌販售會，指的是以展示並販售同人誌為主的集會。日本目前最大型的同人誌販售會是由 Comic Market 準備會（コミックマーケット準備会）在每年 8 月及 12 月舉行的 Comic Market。1975 年夏天舉辦的第一次 Comic Market，主要起源係因部分人士對於當時針對漫畫迷所舉辦的活動與商業雜誌貧乏的內容感到不滿，因而主張應讓業餘漫畫家們能把自己的發行者與他人分享，進而舉辦的活動¹⁰⁰。當時的參加者約 700 人，其中九成都是少女漫畫迷的國、高中生，這樣的狀態持續了幾年，後來因為《宇宙戰艦大和號》（宇宙戰艦ヤマト）的熱潮增加了不少以動畫為題材的同人誌¹⁰¹。之後，隨著創作題材增多，參與的人數也逐年增加，1984 年開始主辦單位決定固定在每年夏季與冬季舉行兩場販售會¹⁰²。1996 年因為舊場地不敷使用而將活動場地改到日本國內最大的展覽場地、總面積 8 萬多平方公尺的東京國際展示場，而當年夏季販售會約有 1 萬 8 千個社團參加，入場人數約 35 萬人¹⁰³。到了 2012 年的夏季販售會，則增加到 3 萬 5 千個社團，三天的入場人數為 56 萬人¹⁰⁴。此外，從 1996 年開始設置的「企業攤位」—主要包括遊戲製造商、動畫製作公司、出版社、音樂軟體製作公司、電視台、周邊商品販賣商等等—到了 2008 年更有多達 130 間公司參與，佔據了 150 個攤位¹⁰⁵。依據 Comic Market 的網站資料，2009 年夏季販售會由印刷店幫忙搬入會場的同人誌總共約 1200 萬冊，售出的則有約 940 萬冊，而受歡迎的社團在一次活動中通常可以販售數千冊以上的同人誌¹⁰⁶。

日本除了有由 Comic Market 準備會舉行的大型活動以外，每年 1 月到 7 月、9 月到 11 月之間也會有由 Akaboo（赤ブー）公司舉行的中小型同人誌販售活動，參與社

¹⁰⁰ 蔡振元，前揭註 6，頁 13。

¹⁰¹ コミックマーケット年表，コミックマーケット公式サイトへようこそ！：
<http://www.comiket.co.jp/archives/Chronology.html>（最後點閱時間：2012 年 12 月 18 日）。

¹⁰² 同前註。

¹⁰³ 同前註。

¹⁰⁴ 同前註。

¹⁰⁵ コミックマーケットの現状と海外参加者，コミックマーケット公式サイトへようこそ！：
<http://www.comiket.co.jp/info-a/WhatIs.html>（最後點閱時間：2012 年 12 月 18 日）。

¹⁰⁶ 同前註。

團從數百到數千個，橫跨東京、大阪、福岡等地¹⁰⁷。此外非公司主辦、由創作者自願發起，且通常限定販售以特定作品為內容的同人誌的小型活動也有不少¹⁰⁸。對於日本的同人創作者來說，這類活動提供了創作者表現自我的機會，也是能與同好相互交流、激盪創意的場所，過去實證的結果顯示，有許多同人社團的參加動機是因為對於能夠將作品展示給他人欣賞感到很高興，或者是能夠遇見朋友或熟人這些原因而參加的¹⁰⁹。對於動漫畫或遊戲廠商而言，這些會場中熱門的創作題材更是當時流行趨勢的指標，因此無論是對創作者、入場參加者或是相關企業廠商，同人誌販售會顯然都具有不可取代的重要性。

在台灣，大型同人誌販售會的始祖是 1997 年由捷比漫畫屋與日本 SE 株式會社合辦的「Comic World 台灣」，當時兩日活動約有 100 多個同人社團參加¹¹⁰。「Comic World 台灣」為台灣同人販售會設立了重要的基礎，從此之後大型同人誌販售會的參加規則、活動設計及空間規劃等等大多是以此作為參考基準¹¹¹。2000 年，日本 SE 株式會社在台灣成立子公司「艾斯泰諾」與捷比漫畫屋合辦同人誌販售活動，雙方卻因種種因素而宣告決裂，繼而各自以不同名義舉行活動，相互較勁。但是這時除了艾斯泰諾與捷比外，各地由社團或非營利組織舉行的同人活動平均每個月就有 2、3 場，因而開始出現同人創作者的創作量趕不上活動場次的需要，創作質量銳減或乾脆不報名參加活動的現象，一般入場者的數量也因此減少，主辦單位更難以有足夠資金來平衡租借場地及宣傳的種種開銷¹¹²。後來，捷比漫畫屋因財政問題而倒閉，轉而由新成立的「台灣同人誌販售會」(Comic World in Taiwan) 接手經營同人誌販售會，2004 年艾斯泰諾基於財政考量也宣布退出台灣市場，其活動地位遂由《開拓動漫情報誌》的編輯群們所號召舉行的「Fancy Frontier 開拓動漫祭」所取代，自此台灣的大型同人誌活動便形成以「台灣同人誌販售會」和「Fancy Frontier 開拓動漫祭」為主的穩定型態¹¹³，近年來參與的同人社團也逐漸增加到 1000 個左右¹¹⁴。

台灣的同人誌販售會與日本有幾個不同點，第一是規模較小，而且在兩個主要活動之間隱約形成男性與女性讀者取向的界分，即參加開拓動漫祭的社團以男性居多，而台灣同人誌販售會則幾乎是女性社團的天下，兩者儼然又形成新的競爭狀態¹¹⁵。第

¹⁰⁷ 林佳蓉，前揭註 63，頁 120。

¹⁰⁸ 傻呼嚕同盟，前揭註 47，頁 138。

¹⁰⁹ 前揭註 81。

¹¹⁰ 邱雯祺，前揭註 48，頁 28。

¹¹¹ 同前註，頁 29。

¹¹² 沈裕博，前揭註 4，頁 48。

¹¹³ 同前註，頁 49。

¹¹⁴ 張詩芸，次文化經濟能量之展現：論台灣同人誌的在地變遷，國立臺灣師範大學大眾傳播研究所碩士論文，頁 4 (2006)。

¹¹⁵ 沈裕博，前揭註 4，頁 49。

二個不同點是，台灣參加販售會的同人創作者普遍年齡偏低，以高中、大專、大學生為主¹¹⁶，日本 Comic Market 的創作者與一般入場者則有過半都是社會人士，學生所占的比例相對較低¹¹⁷。第三點是隨著同人活動的在地化，台灣的創作者也開始以本土流行文化作為素材創作同人誌，並在販售會中占有一定比率，例如以霹靂布袋戲為題材的同人社團，在現今的大型販售會中大約都有 50 到 70 個¹¹⁸，其他以台灣運動員、連續劇《台灣霹靂火》或《七俠五義》等等為素材的同人創作也不在少數，成為台灣同人誌販售會場內有別於日本的獨特景象。

相較於日本與台灣同人誌販售會的蓬勃發展，美國雖然也有不少為動漫迷或影迷舉辦的活動，例如「日本動畫大會」(Anime Convention) 或《星艦奇航記》的影迷聚會，但卻缺乏像 Comic Market 這樣大型、多種類作品同時展售的同人誌販售會，而是以中小型規模活動居多。美國的動漫畫迷交流聚會最早大約是在 1980 年初期出現，現今在各大城市都有其蹤跡，一般來說參與活動的人數約在 2、3 千人左右¹¹⁹，較大的活動如「Otakon」以及「Anime Expo」，參加人數則有 3 萬人以上¹²⁰。不過，不只有參與人數的差異，其實活動的性質也略有不同。在美國，類似活動多半是週年慶祝或同好聚會的性質，或者以角色扮演 (Cosplay) 為主，比較少販售同人創作作品。即便有同人誌作品，也通常是以日本漫畫為主，或者幾乎是個人自創的內容¹²¹，其種類、數量都遠不及日本或台灣的同人誌販售會，活動中較熱門的反而是販售動漫畫周邊商品的企業廠商攤位¹²²。

造成美國與日本這種差異現象的有幾個可能的原因：第一，著作權法的規定與實務見解；第二，著作權人的態度；第三，法律制度的設計。陳箐繡教授認為，由於美國實務對於著作權侵權的損害賠償較重，執法也相當嚴格，因此美國不像日本一樣擁有廣大的同人創作市場¹²³。實際上，美國實務對於借用他人角色而創作的案件，通常會適用著作權法當中有關「合理使用」之規定來判斷是否構成侵權。雖然有不少學者認為同人小說可以構成合理使用，但第九巡迴上訴法院在 *Walt Disney Productions v. Air*

¹¹⁶ 陳箐繡，前揭註 78，頁 139。

¹¹⁷ 前揭註 81。

¹¹⁸ 張詩芸，前揭註 114，頁 114。

¹¹⁹ 陳箐繡，前揭註 78，頁 138。

¹²⁰ *Anime Expo 2009 Continues to Hold the Title of Nation's Largest Anime and Manga Event with a Record Number of Over 44,000 in Attendance*, ANIME NEWS NETWORK, <http://www.animenewsnetwork.com/press-release/2009-07-05/anime-expo-2009-continues-to-hold-the-title-of-nation-largest-anime-and-manga-event-with-a-record-number-of-over-44000-in-attendance>. (last visited Dec. 27, 2012). *History: Stats*, OTAKON, http://www.otakon.com/history_stats.asp (last visited Dec. 27, 2012).

¹²¹ 傻呼嚕同盟，前揭註 47，頁 157。

¹²² 陳箐繡，前揭註 78，頁 141。

¹²³ 同前註。

Pirates.¹²⁴案與 *Dr. Seuss Enterprises v. Penguin Books USA, Inc.*¹²⁵案中都會以不同理由認定被告借用原告角色的行為不能構成合理使用，這對於美國的同人創作者來說無疑是一項警訊¹²⁶。不過，Salil Mehra 教授觀察日本實務見解，認為日本最高法院的見解如同美國一樣認為角色可以受到保護，更基於對著作人格權的保護而認定著作權人應可以控制其角色如何被描寫¹²⁷。因此，美國同人誌販售會並不盛行的原因或許與著作權人的態度有關。由於日本在戰後出現的大量生產又便宜的漫畫作品經常是從模仿而來，因此借用他人角色可以說是一種創作的常態¹²⁸，在這樣的情況下，對於原作品所為的改編或衍生作品多半被視為有為原作宣傳、推廣的效益而不會被明確禁止。再者，由於法律制度設計的不同，在日本著作權人提起訴訟的費用較高、所能獲得的賠償又較少，考慮到對同人創作者提起訴訟的利益很有可能小於因此所受之不利益，多數作者與出版商會選擇默許同人創作的存在¹²⁹。1999年知名的「神奇寶貝事件」或許是個反例¹³⁰，但是即便有這樣的案件存在，仍未見其他著作權人群起效尤，而日本同人誌販售會的規模也不見影響，仍是一年比一年擴大，如此的現象似乎也應證了日本多數著作權人選擇容忍同人創作的說法。

第二款 同人創作網路社群的盛行

FanFiction.Net. (簡稱 FFN) 網站據稱是全球最大也最受歡迎的同人小說網站，該網站是在 1998 年由美國加州的電腦程式設計師李辛 (Xing Li, 音譯) 設立，現在擁有約 220 萬的會員，其中約有百分之 80 是女性¹³¹。FFN 依據創作者的取材來源將同人小說分為動漫畫、書籍、遊戲、音樂、電影、電視節目等等 9 種類別¹³²，並在 2009 年新增了跨類別 (crossovers) 的選項¹³³。舉例來說，在「書籍」的分類下，以《哈利波特》系列小說相關的同人創作就有 60 萬篇以上，其他像是《暮光之城》(Twilight) 和《魔戒》(Lord of the Rings) 系列也是同人創作的熱門題材。FFN 網站具有便利的留言功能，讓瀏覽者可以在閱讀過後留下對於他人創作的評論或感想，對於創作者而言通常是一種莫大的鼓勵。不過，儘管該網站被認為可以促進青少年自動自發地閱讀

¹²⁴ 581 F.2d 751 (9th Cir. 1978).

¹²⁵ 109 F.3d 1394 ((9th Cir. 1997).

¹²⁶ Salil Mehra, *Copyright and Comics in Japan: Does Law Explain Why All the Cartoons My Kid Watches Are Japanese Imports?*, 55 RUTGERS L. REV. 155, 170 (2002).

¹²⁷ *Id.* at 180.

¹²⁸ *Id.* at 179.

¹²⁹ *Id.*

¹³⁰ 1999 年擁有「神奇寶貝」著作權的任天堂公司控告某位以神奇寶貝角色來創作色情同人誌的作者侵害著作權，最後該作者被以違反著作財產權、著作人格權及散布猥褻物品等罪名判決拘役 22 天併科 10 萬日圓的罰金。參見蔡振元，前揭註 6，頁 15。

¹³¹ Maryanne Murray Buechner, *Families: Learning Corner: Pop Fiction*, TIME MAG. (Mar. 04, 2002), <http://www.time.com/time/magazine/article/0,9171,1001950,00.html>.

¹³² *Supra* note 62.

¹³³ *FanFiction, Net*, WIKIPEDIA, <http://en.wikipedia.org/wiki/FanFiction.Net>. (last visited Dec. 27, 2012).

與寫作¹³⁴，卻也有不少著作權人例如以吸血鬼故事聞名的安·萊斯（Anne Rice）、奇幻小說作者雷蒙·費斯特（Raymond E. Feist）等等，就基於著作權的考量要求 FFN 移除有關其作品的同人創作¹³⁵。另一方面，該網站仰賴創作者與瀏覽者自行約束的內容分級制度是否真有實效，也是許多青少年家長的隱憂¹³⁶。不可否認的是，即便存在上述的疑慮，FFN 上的創作仍不見衰退跡象，瀏覽者人數也在持續增加¹³⁷，創作者與讀者的熱情似乎並未受到太大影響。

日本的同人創作者則是在網路盛行之後開始有同人創作者以社團為單位架設網站，同一個社團的創作者會在自己社團的網站上發表漫畫、小說等等供人觀覽。但也許是受到 1988 到 1989 年間「宮崎勤」事件¹³⁸的影響，日本社會因媒體的報導渲染而對同人創作有著負面觀感，因此許多同人社團的網站都會在入口處設置警告標語或密碼，以限制一般不了解同人創作的網路使用者接觸其創作。另外，由於近年來「個人社團」興起，有些創作者索性不再架設網站，而是直接在其部落格上發表同人小說或漫畫，並將自己的部落格網址登錄在特殊的檢索網站上，使得有興趣的網友可以透過檢索網站連結到創作者的部落格。另一種近年來新興的創作發表平台則是提供「藝術虛擬社群服務」的 Pixiv 網站，即網站使用者可以將自己的插畫、漫畫或小說作品發表在個人頁面上供其他使用者觀覽，也可以將他人的作品加入自己的「收藏」頁面或留言評論，並提供標籤、排行等等功能，對於創作者而言無論是單獨發表或與同好交流都相當便利，因此也吸引許多同人創作者註冊使用。根據 Pixiv 的官方統計資料，其網站從 2007 年開始營運到 2012 年 9 月為止，僅經過 5 年時間使用者就已經突破 500 萬人，總投稿件數約 2990 萬¹³⁹，這些驚人的數字成長顯示了同人創作的數量在短期內正迅速增加，同人創作者與其創作在網路世界中都已經是不可小覷的存在。

台灣的同人活動在 1980 年代末期仍是以在漫畫店寄賣原稿影本的形式為主，到了 1990 年代初期才開始因為網路及同人誌販售會的興起而漸趨式微。1990 年代是網路同人創作的開端，當時在各大校園中盛行的 BBS（電子佈告欄）提供了同人創作者不一樣的發表管道，再加上家庭連網率的提升和個人電腦普及化，同人創作者開始在個人

¹³⁴ *Supra* note 131.

¹³⁵ *FanFiction Content Guidelines*, FANFICTION.NET, <http://www.fanfiction.net/guidelines/> (last visited Dec. 27, 2012).

¹³⁶ *Supra* note 131.

¹³⁷ *Site Info*, ALEXA, <http://www.alexa.com/siteinfo/fanfiction.net#> (last visited Dec. 27, 2012).

¹³⁸ 宮崎勤事件是指從 1988 到 1989 年間在日本東京都與琦玉縣接連發生的多起女童遭人虐殺的案件。該案嫌犯宮崎勤在被警方逮捕後，媒體報導披露其房間內收藏有大量錄影帶，並指稱宮崎勤是所謂的「御宅族」，還將御宅族與潛在的犯罪者劃上等號。由於同人創作者也經常被社會大眾認為是對於動漫特別狂熱的御宅族，因此連帶受此事件影響遭遇他人歧視的眼光。參見岡田斗司夫著，談瑛譯，*阿宅，你已經死了！*，頁 53-54（2009）。

¹³⁹ pixiv のユーザ一数が 500 万人を突破，pixiv：<http://www.pixiv.net/info.php?id=1167>（最後點閱時間：2012 年 12 月 27 日）。

網頁或特定社群的討論版嶄頭露角¹⁴⁰。最初同人創作者多利用 BBS 站內的動漫畫討論版或其子分類中的男性愛 (Boy's Love, 簡稱 BL) 看板發表其創作的同人小說, 甚至還有些人翻譯國外的同人作品¹⁴¹。現在國內相當知名的大型 BBS 站—批踢踢實業坊, 其中也有許多同人活動相關的看板, 例如「Doujinshi」看板是供同人社團的出版刊物的宣傳之用, 「Comic_Techn」看板刊登同人誌販售會的訊息, 而「BL」和「BB-Love」板則有許多版友創作男性愛內容的同人小說或短文。除了 BBS 站內的特定看板以外, 網路上也有專門提供給文字創作者發表的平台, 例如「鮮文學網」, 有許多同人創作者便會利用這些平台與素昧平生但擁有相同興趣的網友分享自己的創作, 也利用這些平台的留言機制與閱讀自己創作的讀者們討論對於創作中的人物的看法或是自身創作的經驗。其他像是部落格、論壇等等也都是台灣的同人創作者經常利用的網路平台, 伴隨發表管道的多元化, 也帶動網路上創作形式的多元化, 現在同人創作者不再像最初使用 BBS 看板的時代因為純文字介面的限制只能發表文字創作, 更可以透過部落格、論壇具有的貼圖功能或超連結發表同人漫畫, 甚至利用影音網站為同人影片的發布。近年來網際網路的急速發展, 不僅改變了同人創作者的交流方式, 更為他們提供了廣大的揮灑空間, 使創意的展現更加奔放不受拘束。

第三款 同人創作的周邊產業

伴隨同人創作活動而興起的周邊產業, 除了前述專門舉辦同人誌販售會的公司與網路服務業者之外, 還包括同人誌印刷公司與販售書店。日本因為同人誌販售活動盛行, 近年來同人誌印刷公司也如雨後春筍般出現。這些印刷公司與傳統印刷店不同之處在於, 以往的印刷方式是「單一印刷物, 大量印刷」, 但大部分同人誌的頁數較少, 印刷的冊數也不多, 在內容方面則常有特殊的彩頁或不同材質的設計, 因此是「印刷數量少, 著重個人風格特色」¹⁴²的印刷方式。而且同人誌印刷公司的業務不只限於書籍的印製, 有時也負責製作同人社團設計的書籤、團扇等等紀念品, 還有在舉行同人誌販售會時幫忙將數量眾多的同人誌搬入會場¹⁴³, 甚至在活動結束後與販售同人誌的書店聯繫並協助運往書店¹⁴⁴。

另一個伴隨興起的產業是同人誌販售書店, 在東京秋葉原與池袋地區, 有許多專門販售動漫畫書籍的連鎖書店, 例如「虎の穴」(Toranoana)、「まんだらけ」(Mandarake)

¹⁴⁰ 許芳瑋, 前揭註 84, 頁 44。

¹⁴¹ 同前註。

¹⁴² 傻呼嚕同盟, 前揭註 47, 頁 198。

¹⁴³ イベントの主催者様へ, 株式会社栄光: https://www.eikou.com/event_support/index.html#circle。(最後點閱時間: 2012 年 12 月 27 日)。

¹⁴⁴ 発送料金と在庫発送について, 金沢印刷: <http://www.kanazawa-p.co.jp/qanda/zaiko.html#direct>。(最後點閱時間: 2012 年 12 月 27 日)。

和「アニメイト」(Animate) 等等，這些書店同時展售由官方出版的動、漫畫周邊商品以及同人社團寄售的同人誌，有些分店甚至會買收二手同人誌再轉售，其中，熱門的同人社團所出版的作品可能因為年代久、取得困難等因素而增值，店家便可藉此賺取高額價差而獲利。這些書店多在 1980 年末到 1990 年初之間設立，營業額隨著同人活動盛行大致呈現上升趨勢，以「虎の穴」為例，1996 年其年營業額為 10 億日圓，2011 年則增加到 203 億日圓（約台幣 70 億元）¹⁴⁵，是台灣金石堂連鎖書店同年年營業額的 3 倍以上¹⁴⁶。

台灣因為同人誌販售會的關係也有不少專門印刷店產生，例如台北的千葉、卡樂印刷，可以接受少量輸出與印刷。另外，接受同人誌寄售的書店則有台灣大學附近的綠林寮、台北車站附近的可咪購等等。相較於日本，台灣的同人社團印刷店與書店數量較少，位置也較隱密，大多需要經由同人創作者口耳相傳才能得知其資訊。儘管如此，觀察台灣同人活動逐年增加的傾向，這些相關產業的興起應該也是指日可待。

第四款 小結

同人創作近年來在網路上盛行的原因，與科技的進步還有網路互動及隱密的特質緊密關聯。網際網路讓主流文化以外的小群體有了發言的空間，並提升資訊交換與搜尋的速度，使身處不同物理空間但具有相同興趣的迷可以相互凝聚，突破舊有的時空限制後，同人創作者與其讀者間創意的分享與激發變得更迅速而有效率。另外，科技發達使重製或擷取他人著作的片段變得容易，個人創作再也不需要仰賴紙筆，利用繪圖板和電腦文書處理軟體可以加速生產與修改的過程，輔以網路傳輸的功能，同人創作者不需要像以往將自己的作品親送印刷廠或放在漫畫店寄售，就可以將創作成果散布出去。創作的成本降低之後，幾乎是人人只要有心都可以成為創作者。而當同人作品數量增加，網際網路上的各種服務平台也相應提供了更廣闊表達空間，使創意的展現不拘泥形式。再者，由於同人創作者經常是某些動漫畫或電影、小說的迷，其狂熱的態度有時會被周遭認為不嚴謹、不適切，因而在日常生活中必須隱匿其作為迷群體的一員的身分，然而利用網路的隱密性，他們可以藏身在匿名的身分之後，沒有了異樣的眼光，其想像可以更肆無忌憚地發揮。

相較於網路，同人誌販售會對於創作者與其讀者來說是一種公開的同人活動。平常這些特定作品的迷都分散在各處，其作為迷社群成員的身分不容易被辨識，直到同人誌販售會這類的聚會，迷的身分才會突顯出來。因為這種特殊的社交活動在特定的

¹⁴⁵ 会社概要，Toranoana：<http://www.toranoana.jp/company/00003.html>。（最後點閱時間：2012 年 12 月 27 日）。

¹⁴⁶ 李至和，「金石堂董座交棒 祭秘密武器」，經濟日報，A20 版，2012 年 8 月 1 日。

時間與場域中進行，其社群文化的形貌也才得以體現，所以同人誌販售會可以說是同人創作者的社群文化的最重要表徵¹⁴⁷。過去就有學者指出，同人誌販售會的形式功能與許多原始族群的慶典儀式頗雷同，這類慶典是界定「己群」的標誌與再現族群文化的重要方式，而社會群體需要這樣的聚會以凝聚群體意識，因為共同參與活動的成員間會互相感染興奮的情緒，並且將之擴散到整個群體，這種神奇的體驗可以帶動成員對群體的團結和歸屬感，也是維繫群體的重要力量¹⁴⁸。在日本對於同人誌販售會所做的實證調查的報告中，有過半的創作者就表示動機是因為喜歡販售會「像慶典一樣的氛圍」而參與¹⁴⁹，國內的實證研究也指出，對於迷來說，同人誌的販售會所匯聚的情感正是一種點燃或延續迷熱情的動力¹⁵⁰，這些研究都為上述理論作了相當的應證。

由於網際網路上的同人論壇、同人誌販售會以及周邊產業的興起，現今參與同人活動的門檻已經大幅降低，不僅同人創作者自由創作的空間擴大，創作者之間及與其讀者的交流也越趨便利與普及。同人創作對於創作者自身而言，除了思想的展現，其過程也是一種創作經驗與讀者群的累積，有許多同人創作者便是在網路上發表作品或有了參與販售會的經驗後，才轉型成為職業作家或漫畫家，例如日本知名的漫畫家尾崎南或漫畫團體 CLAMP，就是由同人創作出身，並憑藉著過往磨練出的繪畫功力與同人作品讀者的支持而往商業發展。對於同人作品的讀者來說，網際網路與販售會不僅提供了其與他人交流、抒發情感的機會，有時也是促使其搖身一變成為創作者的契機。從著作出版商的角度而言，在這些同人創作活動當中熱門的題材，不啻是一種著作人氣的指標，更反映讀者所渴望的情節與人物發展，這些都是理解讀者心態與需求的重要參考。網際網路與販售會具有將同人創作的創作者、讀者聚集在一起的功能，並扮演迷群體與外界連接的橋樑角色，是推動同人創作的持續不斷發展重要機制。

值得注意的是，相較於近年來同人創作活動質量的快速成長，有關同人創作的訴訟案件卻是屈指可數。在台灣，除了享有霹靂布袋戲相關產品著作權的大霹靂公司曾經在 1997 年與 2009 年針對同人誌社團採取積極的反對行動¹⁵¹以外，許多著作權人似乎都對同人創作時採取視若無睹的態度，這一方面可能是因為同人創作的銷售管道較為獨特，一般讀者不常接觸，亦不容易購買，因此著作權人並未感受到市場威脅；另一方面，也可能是因為著作權人認為這類創作有助於原始著作的販售與宣傳，甚至可

¹⁴⁷ 陳箐繡，前揭註 78，頁 146。

¹⁴⁸ 同前註，頁 147。

¹⁴⁹ 前揭註 81。

¹⁵⁰ 張詩芸，前揭註 114，頁 69。

¹⁵¹ 1997 年大霹靂公司曾在霹靂月刊上宣稱同人社團「黑暗照世道」所發表的同人誌侵犯其肖像權，要求回收否則將採取法律行動。2009 年筆名「巧若拙」的網友以霹靂布袋戲人物素還真、莫召奴創作含有性行為描寫的同人小說，並張貼於其個人部落格，被以妨害風化罪移送，大霹靂公司亦於其網站上聲明反對此種創作。參見沈裕博，前揭註 4，頁 82。

以藉此觀察市場趨勢而制定銷售策略¹⁵²，因此容忍同人創作的存在。實際上對於著作權人來說，同人創作的生產必須在不違反其利益的前提下才有存在可能，一旦同人創作逾越著作權人所能容忍之界線，例如開始出現大量製造與獲利的情形時，著作權人隨時都有可能打破沉默狀態，選擇與創作者對簿公堂。因此，現在多數著作權人可以說僅是採取一種有限度的默許，對於同人創作者而言，於盡情創作的同時，潛在的訴訟危機仍會是其揮之不去的陰影。

第五節 同人小說在著作權法中之地位

第一款 著作之保護要件

我國著作權法第 10 條規定：「著作人於著作完成時享有著作權，但本法另有規定者，從其規定。」此規定顯示我國就著作之保護係採創作保護主義，著作人一旦完成創作，無須經過註冊或登記要件，即可依法取得著作權。惟通說認為完成之著作欲受到著作權法之保護，仍須符合下列要件：1. 必須具備原創性；2. 必須具有客觀之表達形式（著作權法第 10 條之 1）；3. 係屬文學、科學、藝術或其他學術領域之創作（著作權法第 3 條第 1 項第 1 款）；4. 非屬著作權法規定不受保護之標的（著作權法第 9 條）¹⁵³。

其中，我國著作權法雖未將「原創性」明定為保護要件，然同法第 3 條第 1 項第 1 款規定：「著作：指屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作。」學說上認為此即著作「原創性」要件之由來¹⁵⁴。然而「原創性」一詞之內涵在我國著作權法中並無明確定義，參考美國著作權法第 102 條的規定，「原創性」(originality) 是一項作品受著作權法保護之必要條件¹⁵⁵，由於美國著作權法同樣未對原創性一詞定義，因此其意義係由實務案例加以補充。美國最高法院則在 *Feist Publication, Inc. v. Rural Telephone Service Co.*¹⁵⁶ 案確立原創性應該包含兩個不同但相關聯的概念：一是獨立創作，非僅抄襲自己已經存在的作品；二是必須具有最低程度的創意，換言之，如果作品過於簡單、平凡無奇，則可能被認為不具有原創性。我國實務上對於原創性的認定亦與美國近似，例如最高法院 89 年度台上字第 2787 號判決：「所謂『原創性』，廣義解釋包括『原始性』及『創作性』，『原始性』係指著作人原始獨立完成之創作，而非抄襲或剽竊而來，

¹⁵² 張詩芸，前揭註 114，頁 162。

¹⁵³ 羅明通，著作權法論第一冊，頁 154（2009）。

¹⁵⁴ 謝銘洋，智慧財產權法，頁 100（2008）。

¹⁵⁵ See 17 U.S.C. § 102(a) (2012). 該條規定原文如下：“Copyright protection subsists, in accordance with this title, in original works of authorship fixed in any tangible medium of expression, now known or later developed, from which they can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device.”

¹⁵⁶ 499 U.S. 340, 111 S.Ct. 1282, 113 L.Ed.2d 358 (1991).

而『創作性』，並不必達於前無古人之地步，僅依社會通念，該著作與前已存在之作品有可資區別的變化（distinguishable variation），足以表現著作人之個性為已足。」以及智慧財產法院 101 年度民著訴字第 11 號判決：「創作須具備最低程度之創作或個性表現，始可受到保護，亦即該著作仍須具有最低限度之創意性，且足以表現著作個性或獨特性之程度，方屬著作權法所保護之著作，如其精神作用之程度甚低，不足讓人認識作者之個性，抑或著作係拼湊堆砌既存材料，則不得為著作權之客體，即無保護之必要。」由此可知，我國實務亦將原創性內涵分為「原始性」與「創作性」，其意義與美國實務上所稱之「獨立創作」與「最低程度創意」大致相當。

學者羅明通認為，「原始性」的概念有二層意義，第一層意義係指著作人從未接觸他人著作，其創作成果係完全從無到有；第二層意義則是指，著作人曾經接觸或參考他人著作，並以他人著作為基礎再進行創作。由於創作的成果與原著作有客觀上可識別之差異，因此在後之作品中該具有創意之部分仍屬獨立創作¹⁵⁷。我國實務上亦肯認著作人參考他人著作後，本於自己獨立之思維而推陳出新之另一創作仍不失原創性¹⁵⁸。另外，從著作權法對於「衍生著作」的保護亦可以推知，原始性的要求並非意指著作整體皆為作者獨創，而是只要有部分係獨立創作即可。換言之，衍生著作的作者在其有別於既存作品而新加入的部分，如果是獨立創作完成，且具有一定程度創意，即可符合原創性之保護要件。

原創性要件是同人小說是否受著作權法保護的關鍵之一。大多數的同人小說—除了角色、劇情皆為自創的「原創派」的同人作品之外—都是承襲既有的小說、電影、動漫畫當中的角色設定而來，其劇情與故事背景則可能是自創（例如平行宇宙的同人小說），或者是從不同角色觀點描繪在原作中的相同事件（例如以妙麗為主角的哈利波特同人小說），或是將非文字的电影、動畫情節用文字表達。此際，就沿用他人著作之部分雖非獨立創作，然而若同人小說創作者在其他部分有本於自己獨立思維的展現，則依據前述實務與學說見解，仍應符合原創性之要件。雖然以同人小說的本質來看，沿襲既有設定是其喚起其他迷的想像、促使其他迷可以迅速進入同人小說所建構的世界的方法，具有其必要性，然而，在現行法下同人作者仍必須在作品的其他部分展現出原創性，才有可能受到著作權保護。

第二款 同人小說作為衍生著作

衍生著作係指就既存之著作加以改作所為之創作。至於「改作」，依據著作權法第

¹⁵⁷ 羅明通，前揭註 153，頁 156。

¹⁵⁸ 參見高等法院 80 年度上易字第 5742 號刑事判決，司法院法學資料檢索系統：<http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>。

3 條第 1 項第 11 款之規定，係指基於既有之著作而以翻譯、編曲、改寫、拍攝影片或其他方式就原著作另為創作。同人小說之內容通常是利用他人著作之內容而另為創作，這種創作行為該當於法條所示之行為態樣。若同人小說創作者借用之部分係可受著作權法保護之表達且已借用的量已達實質程度，應可構成著作權法第 6 條所規定之衍生著作¹⁵⁹。惟就衍生著作之保護而言，應特別注意我國實務上對於創意程度以及適法改作之要求，以下即就此二部分分述之。

第一項 衍生著作創意程度之要求

承前所述，著作權法雖不要求著作必須完全出自於作者的獨創，然而為了避免心存僥倖者可以藉由對於他人著作為輕微改變即獲得著作權之保護，美國實務上認為衍生著作與原著作之間必須具有「實質」(substantial)¹⁶⁰或「可資區別(distinguishable)、非微不足道(more than trivial)」¹⁶¹之差異，學者 Nimmer 則認為衍生著作之創作者必須對於原作有「超越最低程度的貢獻」(more than a minimal contribution)，始能被稱作是衍生著作¹⁶²。例如僅變更歌曲一、二小節之節奏並冠予新曲名或是單純將金屬雕塑品的材料改為塑膠，這些細微的變化並不能滿足原創性之要求，因此新的作品將無法受到著作權法之保護。觀察我國實務上對於衍生著作之相關判決，亦可以發現實務上有採取類似美國判決之見解者，例如板橋地方法院 82 年度易字第 1660 號判決：「對於名畫之複製，其間複製人雖付出心血、技術，使之與原作相似，仍不能認其為有原創性之作品，反之如參考該名畫，而融入自己之布局筆法加以重要區別之變化，自應該具有原創性。」台灣高等法院於 86 年度上易字第 944 號判決中亦指出「此所謂之原創性程度，其精神作用仍須達到相當之程度，足以表現出作者之個性及獨特性，方可認為具有原創性，如其精神作用甚低，不足以讓人認識作者之個性，抑或著作係拼湊堆積既存之材料，則不得為著作權之客體，即無保護之必要」，由於該案中告訴人之圖片「僅係以既存之圖樣拼湊堆積而成，並無個人獨立創意之表現」因而法院認定告訴人並無著作權。據此，可以知悉我國實務對於衍生著作亦會要求與原作之間有一定程度之變化，如果僅是對既有作品作細微改變，則不可受到著作權法之保護¹⁶³。

同人小說的創作，除了由早期同人誌傳承所產生的原創內容外，以使用他人角色另為創作的類型占大宗。同人創作者使用其所喜愛之人物來創作，其內容多樣而難以

¹⁵⁹ 此部分係參考美國學說見解，因為實際上每個著作多多少少都借用了他人著作當中的成分，但是並非所著作都是著作權法所稱之衍生著作。美國學說上認為，在後之著作必然是借用既有著作之表達，且已達實質程度，才會構成衍生著作。See ROGER E. SCHECHTER & JOHN R. THOMAS, PRINCIPLES OF COPYRIGHT LAW 86-87 (2010); 4 WILLIAM F. PATRY, PATRY ON COPYRIGHT, § 12.13 (2013).

¹⁶⁰ See *L. Batlin & Son, Inc. v. Snyder*, 536 F.2d 486 (2d Cir. 1976).

¹⁶¹ See *Alfred Bell & Co. v. Catalda Fine Arts*, 191 F.2d 99 (2d Cir. 1951).

¹⁶² 林純如，衍生著作與編輯著作之研究，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，頁 42-46 (2005)。

¹⁶³ 同前註，頁 59-61。

一概而論，如果創作者僅是將原作當中的角色、劇情重述一遍，即因為與原作之間並無重大差異而很有可能被認為欠缺創意之展現。不過，現今多數的同人創作者係取用他人著作的某部分作為批判或表現自我之素材，或是透過填補原作當中的空白部分或顛覆原作劇情發展，展現出創作者有別於原作的獨特創意想法，這樣的表現應足以符合實務上衍生著作創意程度之要求。

第二項 未經著作人同意或授權創作之衍生著作

我國著作權法第 6 條規定，衍生著作享有獨立之著作權保護，且對於原著作之著作權不生影響，即衍生著作與原著作之著作權各自獨立，皆會受到著作權法之保護。又依據我國著作權法第 28 條之規定，著作權人係專有對於其著作為改作之權利，因此會產生一問題：未經著作權人授權而創作之衍生著作可否受到著作權法保護？

對此，我國最高法院 87 年度台上字第 1413 號判決表示：「著作人專有將其著作改作成衍生著作之權利，為著作權法第二十八條所明定，北美事務協調委員會與美國在臺協會著作權保護協定第十一條亦規定：『受本協定保護之文學或藝術著作之著作人，享有授權改作、改編及其他改變其著作之專有權利。』故倘未經原著作人或著作財產權人同意，就原著作擅予改作，即係不法侵害原著作人或著作財產權人之改作權，其改作之衍生著作自不能取得著作權。」據此，目前實務上多認為未經原著作權人授權而改作者，其改作行為不僅侵害著作權人之權利，且該改作後的著作亦不能受到著作權法保護¹⁶⁴。

然而前內政部著作權委員會在台（84）內著會發字第 8401635 號函¹⁶⁵中則採取不同見解，認為依據現行法之規定，只要改作後之衍生著作具有新的創意，即可受到著作權之保護¹⁶⁶。我國學說見解亦多與實務判決見解相反，認為未經著作權人同意而擅

¹⁶⁴ 台灣台北地方法院檢察署 84 年度偵字第 2557 號不起訴處分書、台灣高等法院 83 年度上訴字第 5996 號民事判決、最高法院 85 年台上字第 2762 號刑事判決、智慧財產法院 97 年度附民上字第 1 號刑事附帶民事訴訟判決，均以適法改作為衍生著作受保護之要件。參見羅明通，前揭註 153，頁 239。至於若改作行為可以構成合理使用，是否還需徵得原著作人之同意或授權之問題，我國實務上尚乏相關判決，因此雖有學者主張合理使用之情形應無須原著作人同意，然此見解是否將為實務所接受仍不可知。參見熊誦梅，「變調的梁山情歌—解開衍生著作之緊箍咒」，著作權合理使用規範之現在與未來，黃銘傑編，頁 430（2011）。

¹⁶⁵ 內政部著作權委員會台（84）內著會發字第 8401635 號函內容如下：「翻譯人未經原著作智慧財產權人之授權而逕予翻譯，不論該著作是否受我國著作權法之保護，其所翻譯之著作（即衍生著作）如符合上開條文規定者，即屬另一獨立之著作，翻譯人就其所翻譯之著作亦得依著作權法受保護，第三人侵害上述衍生著作之著作權，其權利人自得依著作權法第六章『權利侵害之救濟』及第七章『罰則』之規定為救濟。」內政部，台（84）內著會發字第 8401635 號，經濟部智慧財產局解釋令函瀏覽：

<http://www.tipo.gov.tw/ct.asp?ctNode=7448&mp=1&xItem=216052>（最後點閱時間：2013 年 4 月 20 日）。

¹⁶⁶ 參見羅明通，前揭註 153，頁 239。

加改作固屬侵權行為，但是如在改作之部分具有原創性，仍應享有著作權¹⁶⁷。其理由在於著作權係因為有創作之事實行為而產生，並無額外之要件，如採取實務上之見解，顯然係增加法律所無之保護要件，對於改作者不利。相較於我國法律對於衍生著作之規定，美國著作權法第 103 條(a)項但書¹⁶⁸則明定著作之保護不及於非法使用他人著作之部分。由於我國法律並無類此之規定，因而認定侵害改作權者不得受到著作權法保護，顯係欠缺法律上之依據。況且保障改作者之權利，依據著作權法第 6 條第 2 項之規定對於原著作權人之權利並無影響，而改作者仍須對於原著作權人負侵權行為損害賠償之責任，故保障改作者與保障原著作人兩者並無衝突¹⁶⁹。實務認為不應保護侵害著作權之創作，可能係擔心若保障未經授權改作者將有鼓勵侵害之虞，惟如從著作權保護創作之立場言，只要有智慧投入，就應可受著作權法之保護，不應將侵害改作權與衍生著作之保護混為一談¹⁷⁰。

惟縱採學者之見解認為不適法之改作仍可受到著作權法保護，此際仍將面臨實務上對於衍生著作之保護範圍尚未明確之問題。例如台灣高等法院 83 年度上訴字第 5996 號判決謂：「退步言之，本件縱認自訴人就畢卡索之美術著作予以改作而取得衍生著作權，亦僅就其改作而原創之部分有著作權，但究不得本於其衍生著作權進而認其對於畢卡索之美術著作有排他使用權，亦不能阻止已正式獲得畢卡索繼承人同意授權之人使用畢卡索美術之權利。」此見解與美國著作權法第 103 條(b)項規定相同，但該案上訴至最高法院後，最高法院於 87 年度台上字第 3806 號刑事判決中卻認為：「原判決將著作權法第六條規定本質上屬獨立著作權之衍生著作分割為單純就原作改作而不具有原創性之部分及改作而具有原創性之部分，並認為上訴人僅就後者取得衍生著作權。……自嫌判決理由不備而難昭折服¹⁷¹。」似乎是認為衍生著作享有獨立的著作權，其保護範圍不應依據有無原創性而分割成不同部分¹⁷²。不過由於此處最高法院之見解不甚明確，目前實務上亦未有其他判決論及此問題者，因此仍有繼續觀察之必要。

¹⁶⁷ 參見許忠信，「著作之原創性與抄襲之證明（下）—最高法院 97 年度台上字第 1214 號判決評析」，月旦法學雜誌第 172 期，頁 254（2009）。

¹⁶⁸ 該條規定原文如下：“The subject matter of copyright as specified by section 102 includes compilations and derivative works, but protection for a work employing preexisting material in which copyright subsists does not extend to any part of the work in which such material has been used unlawfully.” 據此，衍生著作要受到有效之著作權法保護，必須是衍生著作的著作權人已取得原著作人的同意，或原著作是公共領域的作品，始能受到著作權之保護。See SCHECHTER & THOMAS, *supra* note 159, at 86.

¹⁶⁹ 謝銘洋，前揭註 154，頁 207。

¹⁷⁰ 章忠信，著作權法逐條釋義，頁 30（2007）。

¹⁷¹ 最高法院 94 年度台上字第 5730 號刑事判決似乎採取相同見解，該案判決內容如下：「又衍生著作之本質既係屬於獨立之著作物，自不可將其分割為單純就原著作改作而不具原創性部分，及改作而具有原創性部分，亦即乙○○就系爭國語配音版視聽著作所取得之獨立著作權，係兼括影片與配音之整體，而非單僅聲音（國語配音）部分。」

¹⁷² 林純如，前揭註 162，頁 112。

第六節 小結

同人小說這類創作於美國、日本都已經有約 150 年的歷史¹⁷³，其創作的內容態樣與主要的交流方式雖然略有不同，但也都有相當成熟的發展。台灣的同人創作啟蒙自日本近代的漫畫同人，內容幾乎清一色都是根據原始文本再延伸，是一種有別於傳統著作的新興創作型態。拜 1990 年代之後電腦與網際網路發達之賜，台灣的同人創作者得以快速仿效國外創作者的方式組成論壇，並利用部落格、BBS 等網路空間發表創作，甚至推出同人誌，促使相關的同人誌販售會與印刷業蓬勃發展。雖然台灣同人創作的規模與周邊經濟效益尚不能與美、日比擬，然而同人小說作為一種特殊的創作型態如今也在現今社會佔有一席之地，同人創作圈甚至成為許多出版社挖掘、培育人才的起始點¹⁷⁴。儘管同人小說所具有的某些正面特質—例如重要的自我賦權與自學效果—已被相關研究領域的學者所肯認，然而社會上對於同人創作的觀感仍不脫「青少年的休閒娛樂」或是相較於主流價值以外的「次文化」，大眾尚未充分認知同人創作的內涵及其所涉及的議題，甚至對之充滿誤解，因而仍有許多加以探究的必要¹⁷⁵。

在現行的著作權法實務下，衍生著作必須符合創意程度與適法改作之要求，同人小說的內容由於經常是創作者將自身經驗、想法融入的結果，因此與原著作之間不僅只是細微的變化，而是蘊含有許多後創作者的創意，這些創意可能展現在同人創作者自創的劇情方面，也可能透過改變原著作當中的人物形象而表露，是同人小說應受著作權法保護之重要依據。然而另一方面，現今不論是在網路上發表或藉由同人誌出版的同人小說，由於大多數皆未取得著作權人的同意或授權，因此依據實務對於適法改作之見解，恐將無法受到著作權法之保護。也因此，現在同人創作的社群中偶爾可以見到的抄襲風波—即同人創作者指稱其他創作者抄襲其文章段落之情形，若該被抄襲之同人創作者欲依循法律途徑尋求救濟，在現行實務見解下將無法主張受到著作權法之保護，對其相當不利。其實，同人創作者相對於原著作人固然可能在角色方面缺乏創意投入，然而有許多創作者係在劇情方面以不亞於原著作人所花費之時間精神致力展現出其有別於原著作之獨特的創意成分，因此基於著作權法鼓勵創作與促進國家文化發展的立場，若能將著作權侵害之認定與著作之保護脫鉤，適度賦予同人小說創作者在其自行創作之部分享有一定之權利，同時不影響著作權人主張權利之可能，無異較能符合著作權法之立法目的。

¹⁷³ 雖然確切的起源不明，但是可確定美國在 19 世紀末期就有人以路易斯·卡羅著作當中的角色進行創作，日本則是在 19 世紀中後期開始出現同人團體與同人創作。參見本章第 9-10 頁。

¹⁷⁴ 參見張詩芸，前揭註 114，頁 164-65。

¹⁷⁵ 參見邱雯祺，前揭註 48，頁 101。

第三章 同人小說與著作權侵害

第一節 著作當中「角色」的保護

現今許多電影、電視和通俗文化中出現的角色已經可以脫離故事本身而成為具有獨立意義的文化表徵，在很多時候人們未必能夠清楚回憶起故事情節，卻可以記得角色所呈現的形象或意涵。當讀者對於《哈利波特》系列小說中出現的那些各式各樣的拗口咒語、古怪生物還有人物間的情感糾葛都逐漸淡忘的時候，哈利·波特額頭上閃電形的傷疤還有綠色的眼睛仍舊令人印象深刻，而妙麗·格蘭傑聰慧而獨立的形象也始終深植人心；當《星艦奇航記》影集裡所使用的曲速引擎、光波傳送科技還有企業號的旅程都已經變成模糊難辨的記憶時，人們還是記得身穿黃衫的寇克艦長，史巴克（Spock）科學官的尖耳朵以及麥考伊（McCoy）醫生暴躁的脾氣。實際上，這些角色的形象都是經過著作人精心營造的產物，而也正因為特定角色被形塑出的特質及其隨時間發展出的文化意義，使得該角色具有獨立於原故事情節之外被利用的價值，例如曾有漫畫家集結《湯姆歷險記》（The Adventures of Tom Sawyer）、《格雷的畫像》（The Picture of Dorian Gray）、《化身博士》（Strange Case of Dr. Jekyll and Mr. Hyde）等等文學名著中的主要角色繪製成漫畫《天降奇兵》（The League of Extraordinary Gentlemen）¹⁷⁶；樂高（Lego）積木玩具公司也曾推出以一系列《魔戒》（The Lord of the Rings）、《星際大戰》（Star War）當中的角色為範本之玩具¹⁷⁷。

同人小說也經常會涉及對於他人角色之利用，儘管現今同人小說的內容大異其趣，但是以他人著作當中的角色為素材而加入創作者自行構思的劇情是一種相當普及的創作形式。然而在這種情況下，原作者可能認為他人利用其角色的行為有損其經濟或人格方面之利益，進而主張「角色」應受到著作權之保護，而同人小說作家正是侵害「角色」之著作權。一旦賦予角色獨立的著作權保護，那麼他人就不能再利用相同或近似的角色來為新的創作，對於其他創作者而言無異失去了可供利用的素材；反之，如果不承認角色可以獨立於整個著作之外受到保護，那麼作者苦心經營的角色形象就可以被他人任意的使用，著作人的創作動機難謂不會受到影響。

我國與美國著作權法對於角色是否受著作權法保護均無明文規定，但是在美國實務上曾經針對此問題作出相關判決，肯認角色於符合一定條件之後都可以受到保護。

¹⁷⁶ *The League of Extraordinary Gentlemen*, WIKIPEDIA, http://en.wikipedia.org/wiki/The_League_of_Extraordinary_Gentlemen (last visited May, 30, 2013).

¹⁷⁷ LEGO® *The Lord of the Rings*, LEGO, <http://thelordoftherings.lego.com/en-us/Default.aspx> (last visited May, 30, 2013).

由於我國實務對於角色著作權尚未有代表性之判決，因此美國實務見解與學說或可做為我國實務的處理方式之參考。

第一款 美國實務見解

第一項 以文字描繪之角色的保護

欲獨立保護語文著作當中呈現的虛構角色有一定的困難度，主因在於無論作者將人物描繪得如何詳盡細緻，每個讀者對於角色的想像仍會依據自身經驗與體悟而有所不同，如此一來很難明確界定角色受保護的範圍。而且在多數情況下，角色的特質是隨劇情而展現的，會在故事進行中不斷發生變化，因此有時很難掌握並定義之¹⁷⁸。此外，從著作權法中的思想與表達二分原則（the doctrine of idea-expression dichotomy）來看，著作權所保護者，僅及於思想之表達，而不及於思想本身。小說當中刻劃出的角色究屬思想，抑或已是一種具體的表達，也經常是角色著作權的爭議所在¹⁷⁹。對此，美國司法實務上肯認這類文字敘述的虛構角色在符合一定要件下可以受到著作權法保護，並建立了兩種不同的標準以判斷角色是否受到保護：「角色即故事」標準（the story being told）¹⁸⁰與「清晰描繪」（distinctly delineated）標準，以下即分別介紹之。

1. 「角色即故事」標準

1945年第九巡迴上訴法院在 *Warner Bros. Picture, Inc. v. Columbia Broadcasting System*¹⁸¹ 一案（又稱 *Sam Spade* 案）當中建立了「角色即故事」標準，該案事實係小說《馬爾他之鷹》（*The Maltese Falcon*）的作者達許·漢密特（*Dashiell Hammett*）專屬授權給華納兄弟公司將該小說拍攝成電影，漢密特在授權之後又繼續利用該小說中的主角山姆·史貝德（*Sam Spade*）創作新的故事。華納兄弟公司主張漢密特專屬授權的範圍應該包含山姆·史貝德這個角色，因此漢密特不能以之再為創作。儘管本案判決有絕大部分在討論系爭授權契約的內容與解釋，但第九巡迴上訴法院仍肯認虛構角色可以受到著作權法保護，並表示「唯有真正構成故事的角色才能受到著作權法保護，若該角色只是敘述故事的棋子，則不在保護範圍內¹⁸²。」自此判決之後，第九巡迴上訴法院便採取角色即故事的標準來判斷角色是否可受著作權保護¹⁸³。

¹⁷⁸ Jasmina Zecevic, *Distinctly Delineated Fictional Characters that Constitute the Story Being Told: Who Are They and Do They Deserve Independent Copyright Protection?*, 8 VAND. J. ENT. & TECH. L. 365, 368 (2006).

¹⁷⁹ SCHECHTER & THOMAS, *supra* note 159, at 51-52.

¹⁸⁰ 此翻譯係參考李治安，「故事角色的第二人生：論著作權法對於故事角色之保護」，智慧財產權月刊，第169期，頁112（2013）。亦有國內文獻譯為「敘述故事標準」，參見盧美慈，前揭註5，頁66。

¹⁸¹ *Warner Bros. Picture, Inc. v. Columbia Broad. Sys.*, 216 F.2d 945 (9th Cir. 1954).

¹⁸² *Id.* at 950.

¹⁸³ 李治安，前揭註180，頁122。

然而，這個判斷標準多被批評太過嚴苛¹⁸⁴，因為即便是山姆·史貝德這樣的主要角色，仍會被判決法院認定為只是說故事的媒介而不受著作權法保護¹⁸⁵，那麼其他角色受到著作權法保護可能性更是微乎其微。此判決見解幾乎是否定了角色可以受保護之可能性，而將所有虛擬角色都放逐到公共領域中，並使其他人可以任意利用著作人精心刻畫的角色，無異對於著作人相當不利。

儘管受到對於角色保護過度限縮之批評，但在 *Sam Spade* 案後，仍有部分法院判決採取角色即故事的標準來認定角色可否受著作權法保護。例如在 *Anderson v. Stallone*¹⁸⁶ 一案中，被告提摩西·安德森 (Timothy Anderson) 於看過洛基 (Rocky) 電影的第三集後寫了一份名為「洛基四」(Rocky IV) 的電影綱要，法院於論及「洛基」這個角色可著作性時，就適用了「角色即故事」的標準，認定洛基電影的內容著重於角色的發展與互動，而電影本身並沒有錯綜複雜的劇情，因此可以說洛基這個角色的發展才是電影的核心，因此該角色可以受到著作權法保護¹⁸⁷。另外，在 *Metro-Goldwyn-Mayer v. American Honda Motor Co.*¹⁸⁸ 一案中，針對被告美國本田汽車公司再現了詹姆斯·龐德 (James Bond) 風流倜儻形象及 007 系列電影場景的廣告，法院則以「沒有了詹姆斯·龐德的 007 電影根本就不是 007 電影¹⁸⁹」為由而認定龐德並非只是用來說故事的棋子，反而 007 系列電影才是用來展現龐德個人特質的工具¹⁹⁰。針對這兩個案件與 *Sam Spade* 案的判決，有論者認為何謂「敘述故事的棋子」或「構成電影的核心」其實只是一種解釋上的文字遊戲，全憑個人主觀而定，因而這種不確定性很可能導致類似的案例事實產生截然不同的判斷結果¹⁹¹。

由於適用「角色即故事」標準後所受到的批評，現今美國多數法院都不採此標準，而是採取較早發展出的「清晰描繪」標準來決定角色可否受著作權法保護¹⁹²。

2. 「清晰描繪」標準

清晰描繪標準源自 1930 年第二巡迴上訴法院的 *Nichols v. Universal Pictures, Corp.*¹⁹³ 一案(以下簡稱 *Nichols* 案)判決。本案事實是劇作家安·尼可斯 (Anne Nichols) 起訴環球公司，認為該公司出品的電影《柯恩與凱利家族》(the Cohens and the Kellys)

¹⁸⁴ SCHECHTER & THOMAS, *supra* note 159, at 53.

¹⁸⁵ See Warner Bros. Picture, Inc., 216 F.2d at 948-50.

¹⁸⁶ Anderson v. Stallone, 1989 WL 206431 (C.D.Cal. 1989).

¹⁸⁷ *Id.* at 7-8.

¹⁸⁸ Metro-Goldwyn-Mayer v. Am. Honda Motor Co., 900 F. Supp. 1287 (C.D. Cal. 1995).

¹⁸⁹ *Id.* at 1296.

¹⁹⁰ 實際上這兩個判決中也都有適用「清晰描繪」標準來判斷角色的可著作性，並且都認為無論適用哪一個標準系爭角色皆可以受到保護。

¹⁹¹ See Zecevic, *supra* note 178, at 372-77.

¹⁹² 李治安，前揭註 180，頁 124。

¹⁹³ Nichols v. Universal Pictures, Corp., 45 F.2d 119 (2nd Cir. 1930).

係抄襲自其劇本《艾比的愛爾蘭玫瑰》(Abie's Irish Rose)，侵害其著作權。知名的法官韓德(Learned Hand)肯認故事角色可以獨立於故事情節之外受到著作權法之保護¹⁹⁴，但也表示儘管系爭兩作品的主題、劇情與角色有某些相似之處，然而那些部分比較像是普遍的概念或事物，還有刻板印象下的角色，應屬於思想而不能受到著作權法保護。韓德法官指出，作者越沒有為其角色賦予特色、開發該角色，就越不可能受到著作權法的保護。本案判決被認為是「清晰描繪」標準的起源，依據此標準，對於角色的描繪越詳盡，表達的成分就越多，思想的成分就越少，也越能受到著作權保護¹⁹⁵。在Nichols案之後，採取清晰描繪標準的法院多依據韓德法官的論述將判斷方式分為兩步驟，第一是判斷原告的角色是否已經經過詳細描繪，而唯有被開發的角色才能超越思想而可以受到著作權法保護；第二則是判斷被告的行為是否抄襲了原作對於角色的表達，而非僅是利用抽象的思想部分¹⁹⁶。此二步驟的判斷通常即將著作權侵害時「實質近似」分析與比較程序包含在內¹⁹⁷。

在論述角色是否已經清晰描繪時，法院多會將原告著作當中角色的特質一一臚列，例如 *Burroughs v. Metro-Goldwyn-Mayer, Inc.*¹⁹⁸一案中法院強調原告小說當中對於泰山(Tarzan)這個角色已有充分描繪，例如：泰山是由猿猴所扶養，其適應叢林生活、能夠與動物溝通、具有人類的情感以及單純、年輕、溫和、強壯等特質，因為這些描寫使泰山的角色可以獨立受到著作權法保護¹⁹⁹。然而，本案因為未進一步比對原告及被告作品當中角色的近似性(即前述Nichols案的第二步驟)，因此曾經受到學者的批評，認為法院論述過於一般而可以涵蓋到其他角色²⁰⁰。

除卻上述對於法院容易忽略角色近似性之比較的批評之外，也有論者認為清晰描繪標準未能說明對於角色的描繪要詳細到何種程度才能受保護，因此留下不少法官恣意的空間²⁰¹；另一方面，論者也擔憂這樣的判斷方式似乎讓法官擔任了文學評論家的角色，其所為的判斷未必妥適²⁰²。況且有時在包含複雜劇情與人物互動的文學作品當中，要清晰描繪出一個角色的形象反而更加困難，相較之下某些簡單而可預期的劇情或人物還比較容易被描繪²⁰³。儘管如此，相較於角色即故事標準，清晰描繪標準的判斷方式在原作者與其他創作者的利益平衡上似乎仍是較為妥適的一種方式，因為原作

¹⁹⁴ *Id.* at 121.

¹⁹⁵ 李治安，前揭註 180，頁 112-113。

¹⁹⁶ Zecevic, *supra* note 178, at 370.

¹⁹⁷ 李治安，前揭註 180，頁 114。

¹⁹⁸ *Burroughs v. Metro-Goldwyn-Mayer, Inc.*, 519 F.Supp. 388 (S.D.N.Y.1981).

¹⁹⁹ *Id.* at 391.

²⁰⁰ Leslie A. Kurtz, *The Independent Legal Lives of Fictional Characters*, 1986 WIS. L. REV. 429, 457 (1986).

²⁰¹ Zecevic, *supra* note 178, at 373.

²⁰² *Id.*

²⁰³ Kurtz, *supra* note 200, at 465.

者在角色身上投注越多心血、為該角色創作鮮明的特質，其角色就越可能脫離思想層次而成為表達受到保護；反之，一個不起眼的定型角色（stock character），原本就是人人都可能預想出的結果，因此仍屬於抽象思想的層次，賦予任何人獨占之的權利對於整體社會來說都是不利的。

第二項 具有視覺外觀的角色

相較於文字角色，具有視覺外觀的角色要受到保護比較容易，原因並非其比文字角色更值得保護，而是因為相較於文字角色「不能用眼睛觀察，只能用心看²⁰⁴」，圖形角色對觀眾而言有較明確清晰的角色形象，一般人對於該角色的範圍認定也會較一致。對於法院而言，從圖像比較角色的近似度也比從文字描述比較要來的清楚而不致流於抽象²⁰⁵。因此，在多數涉及非文字描述的角色案件中，法院都會認為系爭角色可以獨立於故事情節之外受到著作權法保護²⁰⁶。

以 1978 年關於迪士尼卡通人物的案件 *Walt Disney Productions v. Air Pirates*²⁰⁷ 為例，本案被告在其宣稱為「反主流文化」的成人漫畫中，將迪士尼卡通當中的角色包括米奇、米妮和唐老鴨等等描繪為雜交者、毒蟲或犯罪者。迪士尼公司起訴並主張被告侵害了其 17 個卡通人物的著作權²⁰⁸，被告則爭執迪士尼的角色無法受著作權法保護。第九巡迴上訴法院在判決中表示，從 *Sam Spade* 案的判決可以得知要將一個文學角色描繪地鮮明而獨特是很困難的，但是如果作者能夠賦予該角色視覺上的外觀，那麼困難就會減輕許多。換言之，相較於文學角色多是由不能受保護的思想所構成，具有視覺外觀的角色則包含了較多的表達成分²⁰⁹，因此通常可以受到著作權法的保護。本案雖然沒有推翻 *Sam Spade* 案提出的角色即故事標準，但是藉由區分文學與圖形角色之不同，實質上限縮了角色即故事標準的適用範圍，並對於圖形角色可否受著作權法保護一事採取較寬鬆的認定方式，此見解在往後為不少法院所依循，學說上亦肯認之²¹⁰。

另一個在判決中明確區分文字描繪的角色與具有圖形外觀的角色之不同的案件則是 2004 年涉及漫畫人物的 *Gaiman v. McFarlane*²¹¹ 一案。本案原告尼爾·蓋曼（Neil Gaiman）起訴陶德·麥法蘭（Todd McFarlane），主張其與被告共有連載漫畫《閃靈悍將》（Spawn）當中出現的三個角色：尼可拉斯伯爵（Count Nicholas Cogliostro）、中世

²⁰⁴ *Id.* at 451.

²⁰⁵ Zecevic, *supra* note 178, at 369.

²⁰⁶ 李治安，前揭註 180，頁 108。

²⁰⁷ *Walt Disney Prods. v. Air Pirates*, 581F.2d 751 (9th Cir. 1978).

²⁰⁸ *Id.* at 753.

²⁰⁹ *Id.* at 755.

²¹⁰ 李治安，前揭註 180，頁 111。

²¹¹ *Gaiman v. McFarlane*, 360 F.3d 644 (7th Cir. 2004).

紀閃靈悍將 (Medieval Spawn) 和安琪拉 (Angela) 的著作權。被告麥法蘭則主張蓋曼不過提供了關於系爭角色的觀念，而抽象觀念、思考不能受著作權法保護。第七巡迴上訴法院認為尼可拉斯伯爵的角色可以受到著作權法保護，波斯納 (Richard A. Posner) 法官於判決中解釋道：單純描寫一個定型角色固然無法受著作權法保護，然而一旦該角色被畫下來、命名並開始說話，就足夠獨特而可受著作權法保護²¹²。此外，波斯納法官也特別指出 *Sam Spade* 案的判決是錯誤的，不過即便該案判決無誤，本案也不會受其拘束，因為文學與圖形表現的角色有所不同：「文字描繪的角色，即便已經十分詳細，仍會留下許多想像空間，例如達許·漢密特在《馬爾他之鷹》的第一段寫道：『山姆·史貝德的下顎很長，皮包骨，比較柔軟的 V 字嘴之下突出 V 字的下巴。鼻孔向後彎，再形成另一個較小 V 字。黃灰色的眼睛楨成一條橫線。然後 V 字的主題又再蹙攏於鷹鈎鼻心上、兩道向外張揚的濃眉出現，淺褐色的頭髮從高平的太陽穴向下長，在前額聚集成點。他長得頗為順眼，彷彿金髮的撒旦²¹³。』即使作者如此描述山姆·史貝德的物理外觀，人們仍很難知悉史貝德的樣貌；但是每個人都知道亨佛利·鮑嘉 (Humphrey Bogart²¹⁴) 的長相。沒有圖像表現的小說，讀者係在其心中完成對於角色的印象；漫畫讀者或電影的觀賞者則是被動接收角色的形象²¹⁵。」此案件說明了具有可見外觀的角色比諸文字描述所建構的角色要來得明確而容易辨識，相較於文字角色的無形且須仰賴讀者運用想像力形塑，圖像角色已不再只是抽象的思想，而會被認為已經足以構成具體的表達，幾乎是無異議地被認為可以受到著作權法的保護²¹⁶。

實際上具有視覺外觀的人物可以涵蓋平面及立體角色，前者如漫畫、卡通人物，後者則有電影或影集中的角色。在角色可著作性 (copyrightability) 的判斷上，無論何者都是以其賦予觀眾的視覺印象為判斷的核心。例如 1977 年的 *Ideal Toy Corp. v. Kenner Products Division of General Mills Fun Group, Inc.*²¹⁷ 一案當中，涉及了星際大戰電影當中的角色黑武士、C-3PO 與 R2D2。該案事實係星際大戰電影的製作公司及獲其授權的肯納 (Kenner) 公司認為理想玩具 (Ideal Toy) 公司所製作的「星際戰隊」(Star Team) 玩具侵害了其電影當中角色之著作權，理想玩具公司遂起訴主張其並未侵害被告肯納公司之權利。本案法院在判決中引用了 Nimmer 教授的見解指出卡通人物或其他具有圖像外觀的角色，相較於文字角色是較容易受到著作權法保護的，並以此認定

²¹² *Id.* at 660.

²¹³ 翻譯參見達許·漢密特著，林淑琴譯，馬爾他之鷹，頁 17 (1998)。

²¹⁴ 亨佛利·鮑嘉是一著名美國演員，在《馬爾他之鷹》的電影版本中飾演主角山姆·史貝德，其他電影作品包括《北非諜影》(Casablanca)、《龍鳳配》(Sabrina) 等等。

²¹⁵ Gaiman, 360 F.3d at 660-61.

²¹⁶ 李治安，前揭註 180，頁 111。

²¹⁷ *Ideal Toy Corp. v. Kenner Prods. Div. of Gen. Mills Fun Grp., Inc.*, 443 F. Supp. 291 (S.D.N.Y. 1977).

本案中的電影角色應可獨立於原影片外而受到保護²¹⁸。在角色著作權的侵權認定上，雖然系爭角色除了外觀之外還有其與其他人物的互動或隨故事劇情發展的特質，然而被控侵權的玩具並不具備這些角色特性，因此本案侵權的認定係僅就物理外觀而論²¹⁹，而法院最後認為理想玩具公司的產品與星際大戰當中的角色未達實質近似之程度，因此原告並未構成著作權侵害²²⁰。儘管本案涉及的是立體圖像的角色，但法院認定其角色著作權之方式與平面圖像角色並無不同，皆著重在這類角色的可見外觀，其原因可能係因黑武士、R2D2 這些角色如同多數的卡通或漫畫人物一樣，外型都經過著作權人的特別設計，而從觀眾的角度來說，對於這類角色的主要印象通常會來自外觀而非該角色性格或經歷，因此法院會認為該角色的具體表達部分比諸抽象部分要來的明顯而可以受到保護，且他人只要創作與系爭角色外觀相近的角色，就足以構成侵權²²¹。

第二款 我國實務與學說見解

第一項 法院判決

目前我國實務上針對角色著作權所為的論述並不常見，通常在涉及角色的案件中，如果該角色是以具體有形的圖片或卡通方式呈現，則可以美術著作或圖形著作的方式受到保護；若系爭角色或人物曾經註冊商標，則亦可以主張以商標法保護之²²²；至於以文字描繪的角色，則尚未有人主張可以獨立受到著作權保護。一般而言，針對圖形角色的保護，有下述三種論述方式：

1. 明文承認角色在一定條件下可以獨立於著作受到保護

智慧財產法院 97 年度民著上字第 2 號民事判決當中，法院曾明確地表示漫畫人物在符合一定要件下可以獨立受到著作權法之保護。本案中法院於判斷系爭蘿絲·歐尼爾(Rose O'Neill)女士所繪製的「邱比特」(Kewpie)圖形是否享有著作權時表示：「……復按角色人物，英文稱為『character』，原本意指物品的特徵或人物的性格，惟當漫畫裡的人物角色有非常鮮明的個性，已在人們心目中產生了一個固定的印象時，該角色(character)即可能獨立於漫畫本身以外成為一個獨立之著作。例如：流行漫畫之櫻木花道、蠟筆小新、超人、米老鼠等，無論該『角色』係人或動物之名稱、外觀之特

²¹⁸ *Id.* at 301.

²¹⁹ *Id.* at 302.

²²⁰ *Id.* at 304-05.

²²¹ 有學者認為，如果電影角色的外觀並非源於著作權人的創意時，這類角色的著作權認定就比較類似文字角色，必須考慮到電影中對該角色的個性與經歷的描繪，始能決定該角色可否受到保護。而且在侵權判斷上，單純視覺的相似性尚不足以構成侵權，還必須考慮角色的性格、經歷、與他人的互動等等。例如，如果在電影中扮演詹姆士·龐德的演員丹尼爾·克雷格(Daniel Craig)穿著龐德的招牌西裝出現在某廣告當中，這時不能僅以角色外表上的近似性便認定侵權，還必須考慮廣告當中克雷格扮演的角色是否具有龐德的人格特徵，才能為實質近似性的判斷。See Kurtz, *supra* note 200, at 469-70.

²²² 李治安，前揭註 180，頁 109。

徵、個性特質等均構成漫畫最主要之部分，一般以造型稱之，此等角色造型乃智慧之產物，得另以著作權法上之美術著作保護之。……因此，邱比特角色（包括胖嘟嘟的身形、中性的嬰兒裸體態樣、背後的小翅膀、頭頂一小撮頭髮等姿態）鮮明的個性，已在人們心目中產生了一個固定的印象，揆諸前揭說明，邱比特角色自蘿絲歐尼爾女士創作完成後自 1909 年起刊載於 Ladies' Home Journal，蘿絲歐尼爾女士就邱比特角色即已取得美術著作權，其後應用邱比特角色之產品，均屬原著作之再利用。」本案判決中雖然係以漫畫人物為主要爭執對象，唯對於其他具有圖像外觀之卡通人物或電影角色而言，亦應可符合本案中所謂具有鮮明形象、可使人們心中產生固定印象的標準而受到著作權法之保護。雖然本案就圖形角色之保護提出了可供參考之判斷標準，惟此論述目前並未被其他判決所沿用，故此標準是否將成為實務多數見解尚難遽為定論。

2. 角色屬於美術或圖形著作，因此可以受到著作權法保護

這類判決以彰化地方法院 100 年度智簡字第 45 號刑事簡易判決為代表，該案事實係被告從大陸進口未經授權而印有「HELLO KITTY」、「哆啦 A 夢」、「美羊羊」等卡通人物圖樣的造型汽球，於台灣的露天拍賣網站上刊登販售訊息以牟利。其中，「HELLO KITTY」與「哆啦 A 夢」的圖樣分別經日商三麗鷗公司與小學館公司向我國經濟部智慧財產局申請註冊，取得商標專用權，因此被告販售印有系爭角色的氣球係犯商標法第 82 條之非法販賣侵害商標權之商品罪。至於「美羊羊」原係出自卡通「喜羊羊與灰太郎」的角色，法院在判決中表示：「『喜羊羊與灰太郎』為大陸地區創作之著名卡通，在國內有線電視頻道亦有放映該卡通影集，『美羊羊』乃該卡通中一重要人物，此乃公眾週知之事實，被告既然專以販售卡通造型氣球為業，對卡通氣球之流行趨勢亦應知之甚詳，其推稱不知道『美羊羊』係有著作權之創作，應無可採。」由此推知法院應係肯認卡通角色可以受到著作權法之保護，而且認為即便在沒有抄襲角色性格特徵或劇情的情況下，從外表上的近似性就足以認定重製權之侵害，因此判決被告之行為係犯著作權法第 91 條之 1 第 2 項之意圖散布而持有侵害著作財產權之重製物。儘管本案法院並未就卡通人物可否獨立於原作品之外受到著作權保護為實質論述，惟其認定被告行為侵害著作權，應係對此採肯定見解。

3. 就原被告著作之近似性為比較，隱含有保障角色之意思

雖然我國實務目前尚未有著作權人主張角色著作權而對同人小說創作者提起訴訟的相關判決，但過去曾也經發生事實近似於同人漫畫創作之案件，即臺灣高等法院 93 年度智上字第 14 號民事判決（下稱《灌籃高手》案）。該案被告台灣井上國際股份有限公司於 2002 年間委由多名人士參考日本漫畫家井上雄彥的作品《灌籃高手》（Slam

Dunk)的內容與分鏡、構圖方式，繪製成漫畫《灌籃二部》，並將原先漫畫中的角色「流川楓」改名為「流川」，劇情則接續原漫畫，描寫流川楓在美國進修後返回日本擔任教練，訓練高中球員參加聯賽之情節。被告公司將《灌籃二部》第1、2集置於其所架設之網站及便利商店、書店，以每本新台幣69元的價格出售。嗣後更找來觀天下軟體股份有限公司，約定由觀天下公司負責發行、銷售以相同方式繪製而成的《SD2灌籃二部》(Sweet Dream Two)漫畫第3、4集，在被查獲之前累計共銷售1萬5000本左右，營業收入計約45萬元。被告雖然宣稱其作品係原創，但法院認為被告故意利用「灌籃二部」、「SD」和「流川」等詞彙使人對於其作品與《灌籃高手》產生一定聯想，漫畫中的場景及動作更與《灌籃高手》如出一轍，或僅作部分的變動而已，因此認定：「系爭灌籃二部作品既係以被上訴人之著作風格，並延續他人著作之故事結構、人物鋪陳，另成立某一類似之著作，自非井上公司獨立之創作，顯有抄襲、重製並侵害被上訴人著作權。」本案被告雖否認其係故意利用流川楓此一角色為創作，惟客觀上其作品《灌籃二部》可以說是利用「流川楓」此角色而加入新的劇情作成的同人漫畫。雖然本案原告曾經主張其就「流川楓」之角色享有獨立之美術著作權，並指稱被告系爭著作之角色造型係複製原告著作內所創設之人物，屬非法重製行為，惟法院並未針對此部分為論述，而是將爭點置於「被告之漫畫是否為獨立創作」。不過，由於法院在判決中曾提及原被告角色之近似性，因此應可推知其係隱含有保障該角色著作權之意思。

第二項 經濟部智慧財產局之函釋

儘管我國實務上對於角色著作權的認定標準尚未確立，惟智慧財產權之主管機關經濟部智慧財產局過去曾對漫畫人物與電影角色的可著作性表示相關見解。在前開在智慧財產法院97年度民著上字第2號民事判決當中，曾提及內政部著作權委員會(即經濟部智慧財產局之前身)所作成的內政部84.6.14台內著字第8410945號函釋：「著作權法第13條(按即現行著作權法第10條)規定：『著作人於著作完成時享有著作權。』漫畫人物造型之美術著作完成時點應依著作完成時認定之。漫畫人物造型係屬獨立之著作，則該人物造型創作完成後，即享有著作權，其後利用該相同造型出版漫畫，係屬著作之利用，對原著作完成時間不生影響。如該漫畫人物造型係屬漫畫之部分內容者，則該漫畫係全部著作內容完成，始享有著作權，亦即並非漫畫中每一人物造型完成時均各自享有獨立之著作權。換言之，漫畫人物造型之著作完成時間，應依著作人創作完成之事實，個案認定之，非可一概而論。至利用同一漫畫人物之造型創作數冊漫畫，每冊漫畫固均個別享有著作權，但非謂每一冊之相同造型均可視為不同之美術著作，而分別享有數個著作權，各自獨立受保護。」此函釋雖未明言角色著作權之保護，然其認為漫畫人物之造型係獨立著作，應有肯定漫畫角色可以獨立受到著作權法

保護之意。

另外，經濟部智慧財產局在 98 年 7 月 10 日電子郵件 980710a 號函釋²²³中針對利用電影《海角七號》當中的人物另為創作電視劇是否侵權之問題，則有肯定電影人物可能受著作權法保護之意：「按著作權法第 10 條之 1（簡稱本法）規定，依本法取得之著作權，其保護僅及於該著作之表達，而不及於其所表達之思想、程序、概念、原理、發現等，亦即著作權所保護者為著作之表達形式，而表達形式有『外面之表現形式』與『內面之表現形式』。『外面之表現形式』，係將著作人之思想以語言、文字、色彩、聲音、影像加以表現，使人客觀感覺其存在；而『內面之表現形式』，則對應著外面之表現形式，與外面之表現形式密不可分，存在於著作人內心之一定思想之次序，例如小說故事中人物之性格及情節發展。因此，利用他人電影中之『人物角色』倘已達概念的表達程度，則似會涉及著作權問題。通常而言，如模仿原著作中人物、風格、形式、內容而另行創作，即會涉及『改作』他人著作之行為，除有合理使用情形外，應經著作財產權人授權，始得為之。但如就原著中人物一、兩個角色人物，僅仿其人名，但其性格、情節均不相同，則尚無侵害著作權之問題。所詢電影製片公司為另行拍攝『海角七號』電視劇，有無侵害『海角七號』電影版導演之『人物角色』之著作權，須視電影中人物角色如何在電視劇中呈現而定，尚難一概而論。」本函釋所稱之外面與內面表現形式，從前後文推斷其意，應係指思想與表達二分原則下之表達與思想而言；至於函釋中所謂：「已達概念的表達程度」，則應係指如電影《海角七號》當中之角色已經脫離抽象之思想而達到具體表達之程度時，使用該等角色拍攝電視劇即可能侵害角色之著作權。此函釋雖然並未說明在何種條件下角色的具體表達而受到著作權法保護之表達，然而其對電影角色之著作權保護應採取肯定見解。隔年經濟部智慧財產局在 99 年 5 月 18 日電子郵件 990518b 號函釋²²⁴當中更明確表示電影角色可以作為著作權法保護之客體：「一、來函所詢真人演出電影之人物是否受著作權法之保護一事，請參閱本局 98 年 7 月 10 日電子郵件 980710a 號函說明。因此，如您利用他人電影之『人物角色』已受著作權法的保護，則將該人物改畫成卡通 Q 版圖案，已涉及本法所稱『改作』之問題，如未得著作財產權人之授權、同意或符合本法第 44 條至第 65 條合理使用之規定，則有侵害他人著作財產權之問題。反之，如該人物不受本法之保護，則對該人物之利用，不涉及著作權之問題。」

第三項 我國學說見解

²²³ 經濟部，電子郵件 980710a 號函，經濟部智慧財產局解釋令函瀏覽：
<http://www.tipo.gov.tw/ct.asp?ctNode=7448&mp=1&xItem=218030>。

²²⁴ 經濟部，電子郵件 990518b 號函，經濟部智慧財產局解釋令函瀏覽：
<http://www.tipo.gov.tw/ct.asp?ctNode=7448&mp=1&xItem=218329>。

1. 具有視覺外觀角色的可著作性

我國學者謝銘洋與張桂芳在經濟部智慧財產局所出版之《著作權案例彙編(5)－美術著作篇》當中提及漫畫角色在符合一定條件下可以獨立受到著作權法之保護，即如果將該角色抽離原本的漫畫場景，則畫面整體將只有一些背景或連貫情節之要素，這時便突顯該角色係整個著作之靈魂所在。此際，該角色應可帶給讀者明確而固定的印象，而足以成為著作權法保護之客體。至於法院應如何判斷角色是否可以獨立受到著作權法保護，則必須從該漫畫角色的外型特徵、性格或其他特質來加以決定，越是生動鮮明而能躍然紙上的人物，其受到著作權法保護之可能性就越高。但學者也指出，即使系爭人物無法成為獨立的著作，其仍然屬於漫畫之一部分，因此未經授權而利用該人物另行創作，在某些情況下還是有可能會侵害到整體漫畫的著作權²²⁵。學者羅明通對於漫畫角色之著作權則認為，如果該角色之整體造型係著作權人所原創，且已構成漫畫之最主要部分，則應以著作權法上之美術著作保護之²²⁶。

成功大學法律研究所的蔡維音教授則曾經針對布袋戲人物之著作權問題為文討論，其認為「布袋戲當中人物的著作權係存在於角色之上」，因此如有人未獲著作權人之同意而製作相似之木偶，將侵害著作權人之重製權²²⁷，此論述應係肯定布袋戲角色可享有獨立之著作權保護。而我國實務上過去也曾經發生未經授權擅自製作並販賣 Q 版霹靂布袋戲人偶之案例，法院於判決中肯認系爭布袋戲偶係獨立創作且具有原創性，因此可以受到著作權法之保護，並認定被告模仿原人偶之造型而製作比例縮小、臉部表情卡通化的 Q 版人偶已構成改作權之侵害²²⁸。

2. 以文字描繪之角色的可著作性

學者羅明通認為，小說、戲劇或電影當中出現的人物，包含其名稱、外型與個性等構成著作最主要之部分，一般通稱為「造型」，如非普遍使用而具有原創性時，可以受到語文著作之保護²²⁹。所謂普遍使用之造型，應係指定型角色而言，即依據一般社會刻板印象而產生的角色，其名稱、性格與說話方式皆與文化背景相關。例如在美國與台灣許多諷刺漫畫中會將律師描繪為聰明、不誠實而貪得無厭的角色，這樣的角色性質普遍被大眾所認識，並不具有原創性而無法受到著作權法的保護。另外，由於學者提及該角色之整體造型係「構成作品最主要之部分」，因此對於文字角色可著作性的認定似乎與美國法院在 *Sam Spade* 案中提出之「角色即故事」標準類似，係採較嚴格

²²⁵ 謝銘洋、張桂芳著，著作權案例彙編(5)－美術著作篇，頁 11 (2006)。

²²⁶ 羅明通，前揭註 153，頁 218。

²²⁷ 蔡維音，「布袋戲木偶之著作權歸屬」，月旦法學教室，第 23 期，頁 32 (2004)。

²²⁸ 參見板橋地方法院 95 年度訴字第 2429 號刑事判決。

²²⁹ 羅明通，前揭註 153，頁 197。

之觀點。

政治大學的李治安教授針對文字角色的保護，則傾向採取美國實務上的「清晰描繪」標準，原因在於採取「角色即故事」標準將對於角色可著作性的認定過於嚴格，將導致著作權法對於故事角色的保護與故事本身重疊，實際上很難使角色獨立於著作之外受到保護²³⁰。然而一個成功設計的角色往往具有極高的商業價值，甚至可以獨立於著作之外而成為另一個商品，因此賦予角色獨立的著作權保護，可以避免著作權人的心血結晶遭到其他人的濫用而對著作權人造成不公平的剝削²³¹。因此，其認為相較於「角色即故事」標準，「清晰描繪」標準雖然受到界線模糊之批評，但仍不失為一種較為妥適的判斷方式。

綜上所論，可知我國學者大多肯認具有圖形外觀之角色可獨立於原作品之外而受到著作權法之保護，實務上亦多肯認這類角色之可著作性，惟其理由與保護要件則尚無明確定論。在文字角色方面，雖然我國尚未有相關實務判決，不過學者有認同美國法實務上之角色即故事標準者，亦有採取清晰描繪標準者。本文以為，考量到角色本身之獨立商業價值，實有必要賦予著作權人一定程度之保護。然而為兼顧公眾對於著作利用之利益，不應過度保護故事中所有角色以致對潛在利用者造成傷害，因此採取清晰描繪標準不啻能為著作權人與利用人之間劃下較為妥適之界線。

第三款 角色可著作性與實質近似之判斷

乘載了角色的故事，無論是以語文、戲劇或是視聽著作的方式呈現，只要符合著作權法的要件即可受到保護。然而角色本身，不論是文字所描繪的角色或具有圖像外觀的角色，卻不會被侷限於原始文本當中，而可能在其他的故事中展開獨立的新生活。每個角色都是獨特的，它們擁有不同的姓名、外觀、聲音、說話的方式、個性與態度，儘管它們經由有限的文字或圖像所構築，但是一旦出現在讀者眼前，就會在每個讀者心中產生新的形象。也因此，要完全定義或掌握一個角色的各種面向是非常困難的，因為沒有兩個人會以完全相同的方式看待同一個角色²³²。這說明了無論著作權人如何努力地描繪其角色，始終都會留有一些無法被填滿的想像空間，也因此，當一個角色要獨立地受到法律保護時，無法避免的會產生判斷上的模糊地帶。

美國學者 Kurtz 指出，為了要釐清角色定義上的模糊空間，美國實務的案件經常集中於討論角色可否受到保護，反而混淆了侵權與角色可著作性之間的概念，即被告如僅重製了原告著作當中不受保護之部分，將不構成著作權侵害，因此在判斷實質近

²³⁰ 李治安，前揭註 180，頁 125。

²³¹ 同前註，頁 105-06。

²³² Kurtz, *supra* note 200, at 430.

似的判斷前必須先將原告著作中不受保護之部分排除。由於法院經常在角色可否受保護一事上大費周章地解釋，反而忽略比較受到侵害之著作與被控侵權之著作中角色的近似性，甚至有時在認定原告角色可受到著作權法保護後，未進一步論述原被告之角色是否具有實質近似性即判決侵權成立²³³。因此，在這類著作權侵害的訴訟中，實際上比較恰當的方式是著眼於角色之間實質近似性的比較，而非在於決定角色可否獨立受到著作權法之保護²³⁴。

考量到角色可著作性之判斷難以預測以及將角色脫離原始故事劇情獨立出來的困難，以及角色可著作性之討論與實質近似的判斷功能類似—都是在過濾不受保護的思想，有論者便主張與其賦予角色獨立的保護，不如就將角色置於其原始文本中，以保護該文本著作權之方式間接保障其中角色；或者利用商標法與不公平競爭法賦予原作者保障²³⁵。若從著作權法的目的而言，給予角色獨立的著作權保護相較於保障整體著作，未必能夠鼓勵或促進作者的創作動機，反而可能減損可供其他人創作的素材，不利更加豐富的創作出現。因此，以保障原本故事著作權之方式來保護角色，未嘗不是可行的方法。舉例來說，假若有人欲以「泰山」這個角色來創作新的故事，那麼創作者可能會運用到原故事的某些要素—泰山是由猿猴所扶養成人、他能與動物溝通，習於叢林生活等等，這樣的描寫如與原作當中達到實質近似的程度，就構成原故事著作權之侵害，而「泰山」這個角色可藉此受到保護；反過來說，假設他人只是想利用「泰山」這個名字來創作，實際上新的「泰山」並不具有原作當中所提及的那些特質或經歷，那麼由於實質近似性的欠缺，新創作就不太可能構成著作權之侵害，但在符合某些要件時原作者可以主張商標權或不公平競爭法之保護，這樣的結果對於著作權人與社會大眾來說或許是較為妥適的利益平衡²³⁶。

實際上，前述見解類似於我國實務在《灌籃高手》案之處理方式，即該案中法院並未特別針對角色可否受保護一事討論，而係就原被告之角色比較認定被告確實有抄襲原告，此無異是將角色置於原故事中以保障原漫畫著作權之方式保護原作者所創造的角色。惟此種論述方式其實不無疑慮，因為如果以實質近似性之判斷取代角色可著作性的討論，則很有可能會擴張保護到某些原本不能受到著作權法保護之定型角色或事實。縱使前著作與後著作中對於特定角色的描寫十分相似而達到實質近似的程度，但是若該角色原本就無法受到著作權法保護，則根本不會有重製權侵害的問題。所以比較恰當的方式，或許仍是先判斷原告的角色是否可以受到著作權法保護，然後才判斷被告的創作是否抄襲了原作對於角色的表達達到實質近似的程度，而非僅是利用抽

²³³ *Id.* at 440.

²³⁴ *Id.* at 441.

²³⁵ Zecevic, *supra* note 178, at 385.

²³⁶ *Id.* at 386-87.

象的思想部分。不過由於在目前可以觀察到的關於故事角色的多數實務案件中，法院皆未針對角色的可著作性為較詳細的論述，因此或許我國實務仍會以《灌籃高手》案之模式處理同人創作之議題，則原被告所爭執之點將可能集中於系爭著作內容實質近似性之判斷，這也會是實務未來論理中必須著重之部分。

第二節 著作人格權之侵害

著作權法雖以保障著作權人之經濟利益為主要，然而由於著作係著作人精神與人格創作之展現，基於著作與著作人之間此種特殊關係，著作人的人格利益亦有保護之必要。此種保障人格利益之概念最初源自大陸法系國家，並於 19 世紀末期納入歐陸國家之法國與德國著作權法規範中，20 世紀後期伯恩公約（Berne Convention）增訂第 6 條之 2 第 1 項規定保障著作人著作之完整性（integrity）與著作歸屬（attribution）之人格利益，是國際條約首次承認著作人格權。嗣後伯恩公約之各會員國增加，成員亦其在國內法中制訂明文保障著作人格權，著作人的此種權利遂逐漸取得穩固地位²³⁷。我國著作權法第 15 至 17 條規定了著作人享有公開發表權、姓名表示權與禁止不當變更權之著作人格權。由於此種權利之保護係基於著作人之名譽、聲望及社會地位等人格利益而生，故不因著作人死亡或著作財產權保護期間屆滿而消失，具有永久存續性（著作權法第 18 條），且該權利亦具有一身專屬性，不得讓與或被繼承（著作權法第 21 條）。

同人小說的創作有時候可能會損害原作者的人格利益，例如有吸血鬼女王之稱的美國作家安·萊斯就曾經明確表示：「我不允許同人小說。角色是可以受著作權所保護的，而且只要想到同人小說利用了我的角色就令我覺得非常沮喪。我建議我的讀者用自己的角色寫自己的故事。你絕對有必要尊重我的意願。²³⁸」萊斯說她認為同人小說會令其沮喪，比較像是在主張人格方面的傷害，而非經濟利益的減損。她並沒有主張同人小說運用她的人物來謀利，顯示其擔憂的是自己的人格利益，而非財產上的利益²³⁹。實際上，像萊斯這樣的主張並非少數，其他像是小說《暮光之城》的作者史蒂芬妮·梅爾（Stephenie Meyer）也曾經提出類似人格利益侵害的擔憂²⁴⁰。不過，由於美國向來無著作人格權之概念，故美國實務上對於侵害著作人人格利益之行為，係以侵權行為法、契約法或不正競爭法等等加以保護，直到 1988 年美國加入伯恩公約，為了符合

²³⁷ 參見黃絮，著作人格權中禁止醜化權之研究—以日本法與我國法之比較為中心，國立臺北教育大學文教法務研究所碩士論文，頁 53-54（2012）。

²³⁸ Anne Rice, *Anne Rice Readers Interaction*, ANNERICE.COM: THE OFFICIAL SITE, <http://www.annerice.com/ReaderInteraction-MessagesToFans.html> (last visited Jan. 27, 2013).

²³⁹ Jacqueline D. Lipton, *Moral Rights and Supernatural Fiction: Authorial Dignity and the New Moral Rights Agendas*, 21 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. 537, 552 (2011).

²⁴⁰ *Id.* at 555.

伯恩公約中對於著作人格權之規範而於國會 1990 年通過「視覺藝術家權利法」(the Visual Artist Right Act, VARA)，此為美國首次以聯邦成文法承認著作人格權。該規定被法典化為 17 U.S.C. §106 A，賦予視覺藝術家姓名表示權 (the right of attribution) 與禁止不當修改權 (the right of integrity)，該權利係著作人終身享有且不得轉讓²⁴¹。相較於美國著作權法僅限於視覺藝術 (visual art) 著作之著作人可享有著作人格權之保護，我國著作權法則無著作種類之限制，任何著作之著作人都可以依法主張著作人格權之保護。以下即就同人小說在我國可能涉及的著作人格權侵害問題－主要為姓名表示權與禁止不當變更權－分別討論之。

第一款 姓名表示權

我國著作權法第 16 條規定：「(第一項) 著作人於著作之原件或其重製物上或於著作公開發表時，有表示其本名、別名或不具名之權利。(第二項) 著作人就其著作所生之衍生著作，亦有相同之權利。前條第一項但書規定，於前項準用之。(第三項) 利用著作之人，得使用自己之封面設計，並加冠設計人或主編之姓名或名稱。但著作人有特別表示或違反社會使用慣例者，不在此限。(第四項) 依著作利用之目的及方法，於著作人之利益無損害之虞，且不違反社會使用慣例者，得省略著作人之姓名或名稱。」此規定即伯恩公約第 6 條之 2 第 1 項所稱「主張其係著作之著作人之權利」(the right to claim the authorship of works)，立法目的主要在保護著作權人之名譽、資格或地位，使他人不得任意隱去著作人之稱謂或者僭稱為著作人，進而剝奪著作人因其著作所享有之榮譽²⁴²。

由於本條規定及於衍生著作，因此解釋上可被歸為衍生著作的同人小說亦有適用，即著作人於這類同人小說上亦應有標示其本名、別名或不具名之權利。現今台灣多數的同人小說都僅註明原作名稱，例如在小說標題寫上哈利波特 (有時亦簡稱為 HP)，以此表明其係《哈利波特》系列小說之衍生創作，原作者名稱則多略而不提。著作人如知悉同人小說係其著作之衍生著作，應可對同人小說創作者主張其享有姓名表示權。

在台灣，有些同人小說創作者會仿效美國創作者的作法，在小說開頭寫上一段「免責聲明」(disclaimer)，宣稱自己不具有角色或場景設定之著作權，表明原作者為何人，有時還拜託著作權人別提起訴訟²⁴³。這類免責聲明解釋了借用原著作人之著作的目的

²⁴¹ 參見王敏銓，「著作人格權之負面效果與合理使用－伯恩公約與美國法之探討」，月旦法學雜誌，第 111 期，頁 46-52 (2004)。

²⁴² 羅明通，前揭註 153，頁 436。

²⁴³ Rebecca Tushnet, *Payment in Credit: Copyright Law and Subcultural Creativity*, 70-SPG LAW & CONTEMP. PROBS. 135, 154 (2007).

還有借用程度，顯示同人創作者承認他們只是借用他人的素材，他們尊重原作者之權利，以安撫著作人免於擔憂喪失對於著作之控制。然而，姑且不論該聲明於法律上之效用為何，即便台灣的同人創作者仿效如此方法，仍然不能免除其侵害原作者姓名表示權之疑慮，因為同人小說的創作者雖然藉由免責聲明區別同人創作與原作而降低了侵害著作權人名譽之可能，惟本條規定係賦予著作人選擇積極表示姓名或名稱或消極不表示之權利²⁴⁴，故同人小說的創作者仍不能擅為著作人決定是否及如何表示姓名而免除其侵權責任，簡言之，即便同人小說創作者已標示原作者名稱，然依據現行法之規定，恐仍不能免除其侵害姓名表示權之責任²⁴⁵。我國智慧財產法院 97 年度刑智上易字第 27 號判決謂：「衍生著作之著作人未在其所創作之衍生著作中表示原著作人姓名，將對原著作人姓名表示權構成侵害。」此論述係建立於該案原著作人要求標示原著作人姓名之前提下，倘若原著作人不欲其姓名被標示，則衍生著作之著作人亦無侵權之問題。

第一項 得省略著作人姓名或名稱之例外

有論者主張，同人小說未標示著作人之姓名，或可適用著作權法第 16 條第 4 項之規定，即依著作利用之目的及方法，在不損害著作人利益及不違反社會使用慣例之情況下，得省略著作人之姓名²⁴⁶。該項所謂「於著作人之利益無損害之虞」，應係指省略著作人之姓名不致使人誤解該著作為匿名著作，或使真正著作人之著作被誤解為他人著作²⁴⁷。由於在同人創作的社群中，創作者多已將其所利用之著作名稱明確標示，使讀者可以知悉其作品源自何著作，也因此減少了另外標示原作者之必要性，此亦屬同人創作社群的當中的慣習；況且同人創作原係對於原作的愛好者為了與其他迷交流或推廣原作而為，並無任何損害著作人利益之意圖，實際上也未必會對著作人依其著作所享之名譽、聲望造成損害，故或可依此規定省略著作人之姓名或名稱²⁴⁸。然而，法條中所謂「社會使用慣例」係一抽象法律概念，其含義並不明確，一般以為本項典型情況係於編寫百科全書或字典編纂時，由於作者極多難以逐一標示，故可省略個別作者而僅標示編者名稱²⁴⁹。我國實務上雖亦有以本項規定而認為不構成姓名表示權之例，惟判決中對於其所認同之「得省略原作者姓名或名稱的社會使用慣例」是如何存在、發展皆欠缺具體的說明²⁵⁰。因此，同人創作社群中的長久以來的慣習，是否可認為已

²⁴⁴ 蕭雄淋，新著作權法逐條釋義（一），頁 219-21（2001）。

²⁴⁵ 此際如同人創作者僅標示原著作人名稱，卻未表明該著作係原作者以外之人所創作，反而有可能造成讀者誤認同人創作與原著作之間的關聯性，產生下述違反禁止不當變更權的問題。

²⁴⁶ 盧美慈，前揭註 5，頁 46-47。

²⁴⁷ 蕭雄淋，前揭註 244，頁 223-24。

²⁴⁸ 盧美慈，前揭註 5，頁 47。

²⁴⁹ 羅明通，前揭註 153，頁 437。章忠信，前揭註 170，頁 63。

²⁵⁰ 李治安，姓名標示的限制，台灣創用 CC 計畫，<http://creativecommons.tw/in-depth/573>（最後點閱時

成為一般社會大眾所接受之常規而適用本項規定仍有疑慮。

若由本條規定之立法目的考量，則同人小說未標示原作者名稱，其實未必會對著作人之名譽造成損害。因為同人小說將原著作名稱標示，此舉與標示原作者名稱多少具有相同效果；況且同人創作者與其讀者身為原作的迷，對於原作內容及作者多瞭若指掌，縱使未標示原作者之名稱，亦可知悉原作者為何人，不至於有誤認之情況發生，是以同人小說之情況，或可類推適用²⁵¹本項規定而認為無另外標示原作者之必要。退一步言，縱然認為並非所有同人小說都可適用該項規定免責，然而對於某些具有諷刺、評論原著作性質的同人小說而言，仍應有適用本項規定的可能。我國學者李治安與林昱梅認為，通常諷刺性著作所利用的作品會是知名著作，一般讀者接觸到新著作後，即可得知原著作及作者為何，故無標明之必要²⁵²；而且新著作中亦會強調係對特定著作之批判，甚至希望讀者認出原著作，因此應不至於使人對於原作者產生誤解²⁵³。此種不明示原作者之方式可以說是諷刺性著作之本質使然，因為正是這種作者與讀者之間心照不宣的默契賦予仿諷著作閱讀上的樂趣。再者，考量到這類創作係現代藝術創作的重要形式之一，有助於創造社會的多元性及促進文化進步，實不應過度強調對於著作權人的保障反而對其他創作人產生寒蟬效應，威脅言論自由²⁵⁴，故這類著作應可適用或類推適用著作權法第 16 條第 4 項之規定²⁵⁵，據此，具有模仿諷刺性質之同人小說或亦可依據本項規定而不構成姓名表示權之侵害。

第二項 姓名表示權與明示出處規定之關聯

依據我國著作權法第 64 條之規定²⁵⁶，個人基於非營利目的而以重製、改作方式利用他人著作，應明示其出處²⁵⁷。違反本條規定者，依同法第 96 條之規定可能被科以

間：2013 年 6 月 9 日)。

²⁵¹ 類推適用係針對法律應有所規定而未規定，且不能為法律之可能文意所涵蓋之法律漏洞，依平等原則之法理將法律對某類型案例所明定之法律效果，轉移適用於法律未設規定之案例類型上。參見王澤鑑，民法總則，頁 69 (2006)。

²⁵² 李治安，「合理使用『誰』的著作？—從我國實務看合理使用與出處明示之關聯」，政大法學評論，第 126 期，頁 395 (2012)。

²⁵³ 林昱梅，「藝術自由與嘲諷性模仿之著作權侵害判斷」，成大法學，第 7 期，頁 228-29 (2004)。

²⁵⁴ 林利芝，「從 KUSO 創作探討戲謔仿作的合理使用爭議」，著作權合理使用規範之現在與未來，黃銘傑編，頁 278 (2011)。

²⁵⁵ 李治安，前揭註 252，頁 395。林昱梅，前揭註 253，227-28。此處林昱梅教授應係認為仿諷著作不標示作者名稱乃社會使用慣例，故可直接適用該項規定，然李治安教授則認為未必有此慣例存在，故主張類推適用。

²⁵⁶ 著作權法第 64 條規定如下：「(第一項)依第四十四條至第四十七條、第四十八條之一至第五十條、第五十二條、第五十三條、第五十五條、第五十七條、第五十八條、第六十條至第六十三條規定利用他人著作，應明示其出處。(第二項)前項明示出處，就著作人之姓名或名稱，除不具名著作或著作人不明者外，應以合理之方式為之。」

²⁵⁷ 參見著作權法第 51 條、第 63 條第 2 項及第 64 條之規定。章忠信，前揭註 170，頁 169。

新台幣五萬元以下罰金²⁵⁸。所謂明示出處，理論上包含原著作之名稱、利用部分及原著作人姓名或名稱等²⁵⁹。學說上認為此明示出處義務之規定應依照不同著作而有不同註明方式，例如學術文章引用他人著作，通常除著作人姓名與著作名稱外亦會標示被引用之頁數、出版年月等；相對地，通俗、非學術性之文藝作品如欲引用他人著作，一般而言則僅須標示著作名稱及著作人姓名即符合明示出處義務²⁶⁰。

多數同人小說由於性質上屬衍生著作，故創作者依據本條應負有明示出處義務。同人小說如有標示原作者名稱，雖仍可能侵害姓名表示權（蓋原著作人可能消極地不願意表示名稱），但不違反本條規定之明示出處義務；同人小說未標示原著作人名稱之情況，則除了可能侵害姓名表示權，也會同時構成明示出處義務之違反。問題在於倘若承認同人小說可類推適用著作權法第 16 條第 4 項省略作者名稱，是否還會構成明示出處義務之違反？

對此，我國實務有將著作權法第 64 條第 2 項規定「以合理方式明示出處」之情況擴張解釋包含合同法第 16 條第 4 項，即其認為於得省略著作人姓名之情況下，亦無明示出處義務之違反問題，例如智慧財產法院 98 年度民著訴字第 45 號判決：「按著作權法第 64 條第 1 項雖規定，依第 44 條至第 47 條、第 48 條之 1 至第 50 條等規定利用他人著作，應明示其出處，惟第 2 項又規定，前項明示出處者，就著作人之姓名或名稱，除不具名著作或著作人不明者外，應以合理之方式為之。又按著作人於著作之原件或其重製物上或於著作公開發表時，有表示其本名、別名或不具名之權利，著作權法第 16 條第 1 項雖亦定有明文，然同法第 16 條第 4 項復明定，依著作利用之目的及方法，於著作人之利益無損害之虞，且不違反社會使用慣例者，得省略著作人之姓名或名稱。故符合第 16 條第 2 項²⁶¹之情形，亦應屬第 64 條第 2 項所稱之合理方式。」至於我國學說上則對此見解不一，學者蕭雄淋認為，即便利用人可以省略著作人名稱而不構成姓名表示權之侵害，此際仍屬違反明示出處義務，因而有第 96 條之處罰問題²⁶²。學者李治安則認為，若依據社會使用慣例可省略著作人名稱而不違反第 16 條著作人格權之規範，則依舉重以明輕之法理，在著作財產權關於合理使用之規定中應可類推適用第 16 條第 4 項之規定而免除著作人所負之明示出處義務²⁶³。學者林昱梅認為，此問題宜透過修法解決，即於現行法第 64 條第 2 項後段增設：「為嘲諷性模仿或其他藝術創作

²⁵⁸ 著作權法第 96 條規定如下：「違反第五十九條第二項或第六十四條規定者，科新台幣五萬元以下罰金。」

²⁵⁹ 蕭雄淋，前揭註 244，頁 212。

²⁶⁰ 同前註，頁 212-13。

²⁶¹ 此處疑似筆誤，因前後文均無提及第 2 項規定，由文意推測應係指第 4 項。

²⁶² 蕭雄淋，前揭註 244，頁 214。

²⁶³ 李治安，前揭註 252，頁 394。

之必要，利用他人著作，得視具體情形不顯示出處」²⁶⁴。

明示出處義務雖與姓名表示之規定具有密切關係，但是由於我國著作權法將明示出處的規範置於「著作權財產權之限制」下，因此從規範意旨而言，明示出處義務應非純粹的著作人格權規範，而具有著作財產權與合理使用規範之意涵²⁶⁵。兩者規範體系不同，則是否可以如實務判決般直接適用即非無疑義。惟若以類推適用方式，認為在不違反社會使用慣例及於著作人之利益無損害之虞的情況下亦無庸明示出處，雖解釋上似無不可，然而既然明示出處之規定體系上屬著作財產權的範疇，則此處對於「著作人之利益」的解釋是否也應將著作權人的經濟利益納入考量則難免產生疑慮。總結來說，若要免除仿諷著作創作人或同人創作者的明示出處義務，仍應透過修法增設明示出處義務的例外為宜。

第二款 禁止不當變更權

著作權法第 17 條規定：「著作人享有禁止他人以歪曲、割裂、竄改或其他方法改變其著作之內容、形式或名目致損害其名譽之權利。」此規定係源自 1971 年伯恩公約第 6 條之 2 第 1 項規定：「著作人有權禁止他人以扭曲 (distortion)、割裂 (mutilation)、竄改 (modification) 或其他負面行為 (derogation action) 以損害 (prejudicial) 著作人名譽 (reputation) 或聲望 (honor)。」我國在 1998 年修法之前，本條規定傾向對於著作原狀維持的保障²⁶⁶，因此又被稱為「同一性保持權」或「原狀維持權」²⁶⁷，嗣後始以著作人之名譽作為保護重心，將法條修改為「禁止不當變更權」，並於修正理由中提及：「舊法同一性保持權規定甚為嚴格，只要將著作加以變更，除合於同條但書各款情形外，即使係將著作內容修改得更好，仍會構成侵害同一性保持權。惟查伯恩公約第 6 條之 1²⁶⁸ 第 1 項之規定，著作人所享有之同一性保持權係禁止他人以損害其名譽之方式利用其著作；又隨科技之進步，著作之利用型態增加，利用之結果變更著作內容者，在所難免，依 81 年舊法，均可能構成侵害同一性保持權。爰參酌修正如上，以免同一性保持權之保護過當，阻礙著作之流通。」準此，依據現今著作權法第 17 條規定，他人利用著作必須達到損害原著作人名譽之程度，著作人始得禁止之，如利用行

²⁶⁴ 林昱梅，前揭註 253，頁 229。

²⁶⁵ 李治安，前揭註 252，頁 394。

²⁶⁶ 民國 81 年修正公布之著作權法第 17 條規定如下：「著作人有保持其著作之內容、形式及名目同一性之權利。但有左列情形之一者，不適用之：一、依第 47 條規定為教育目的之利用，在必要範圍內所為之節錄、用字、用語之變更或其他非實質內容之改變。二、為使電腦程式著作，適用特定之電腦，或改正電腦程式設計明顯而無法達成原來著作目的之錯誤，所為必要之改變。三、建築物著作之增建、改建、修繕或改塑。四、其他依著作之性質、利用目的及方法所為必要而非實質內容之改變。」

²⁶⁷ 羅明通，前揭註 153，頁 438。

²⁶⁸ 該規定原文係位於 6bis，原意應為 6 條之 2，然亦有譯為 6 條之 1 者。本文採前者，故與立法理由中所述不同，惟實則指同一條文。

為對於原著作人之名譽並無影響，例如雜誌編輯基於版面考量刪改投稿人文章內容、濃縮情節而無醜化作者之意思時，此種情況即無特別保障原著作人之必要，以免不利著作之流通，甚至妨礙文化發展²⁶⁹。

第一項 「致損害其名譽」的判斷

名譽係社會基於一個人之社會地位與人格而為之評價，這樣的評價對於個人在社會經濟生活具有重要影響力，對於著作人來說，名譽相較於經濟利益而言是一種無形但是同等重要的回饋。在刑法上，對於個人名譽的保護有主觀與客觀之分，客觀名譽係外界對個人的在社會上的評價；主觀名譽則是個人對於自己在社會上被評價所產生的主觀感受或反應²⁷⁰。至於民法上對於名譽的保護及是否受損的判斷，則是採取客觀標準，以社會上對個人評價是否貶損作為判斷之依據²⁷¹。

著作權法中之禁止不當變更權以「致損害著作人名譽」作為要件，惟其所保障之名譽究為客觀或主觀之名譽？對於名譽受損之判斷應由著作人主觀認定抑或客觀第三人之認定？對此，智慧財產法院於 100 年度民著上字第 5 號民事判決中表示：「上訴人主觀上或感受到名譽減損，以及上訴人所指『一本係由碩士論文改寫的著作；另一本係由博士論文改寫的著作』、『對做為教授的上訴人，與做為助理教授的駱明正』、『欠缺比較基礎之 2 篇文章』等情，或是駱明正對於上訴人之高度肯定乙事，尚非本件認定之標準。……被上訴人陳德智撰寫系爭文章，並未以歪曲、割裂、竄改或其他方法改變上訴人上揭著作之內容、形式或名目，亦未使客觀上社會對上訴人之評價有所貶損，即無侵害上訴人之著作同一性保持權、名譽權可言。」此判決認為上訴人主觀上感覺名譽受損並非認定侵害禁止不當變更權之標準，而上訴人又未提出其他證據證明其名譽在客觀上已受到損害，因此認定被上訴人未侵害上訴人之著作人格權，顯係認為禁止不當變更權應保護的是著作人的客觀名譽，即著作人藉由其創作而在社會上累積之外在評價。實際上，主觀名譽由於是一種純粹個人之感受，因此法律是否應賦予其保護並非毫無爭執餘地，刑法中對於此種名譽雖加以保護，但卻有其保護之界限，即以「公然」作為限縮之要件，換言之，在非公然之場合下對於他人指謫侮辱，並不會構成刑法第 309 條之公然侮辱罪²⁷²。在著作權法中，由於並無其他要件之限縮，為了避免無限制地擴大保護範圍，在解釋上對於名譽受損之認定應以客觀標準較為妥適；又我國自修法以後，本條規定已由同一性保持權轉變為禁止不當變更權，修法理由中提及限縮保護之意旨，顯示立法者有意從著作人主觀情感之保障轉為對於客觀名譽的

²⁶⁹ 羅明通，前揭註 153，頁 438-39。

²⁷⁰ 甘添貴，體系刑法各論第一卷，頁 326-27（2001）。

²⁷¹ 參見最高法院 90 年臺上字第 646 號判例。

²⁷² 甘添貴，前揭註 270，頁 327。

維護，因此本條之名譽受損之要件自應就客觀認定之²⁷³。

第二項 對於著作評價之錯誤歸屬

著作人在面對廣泛流傳於網路及實體通路的同人小說時，可能會因為同人小說創作者將其書中人物描寫為具有同性情誼或者扭曲、醜化原本角色的個性、內容粗糙濫製而感到不滿，進而主張同人小說以扭曲、竄改之方式損害其客觀名譽。此際必須考慮的是同人小說的出現對於原作著作人之名譽影響為何？由立法目的而言，禁止不當變更權之規定應係在規範著作人以外之人對於著作內容任意修改變動，導致社會大眾因為第三人施加於著作之行為而對原著作人之著作品質或創作能力與風格形成錯誤評價，進而損害著作人藉由其著作所展現的著作人格。然而，即便某些同人小說品質低劣、扭曲原作設定或充斥色情描寫，同人小說的讀者在閱讀時卻未必會將該內容與原作者本身產生連結，進而將對於同人小說之評價錯誤地轉嫁於原作者，損害原作者的名譽。同人創作與未經授權的出版品或冒名著作有所不同，其讀者亦不容易混淆同人創作與原作，原因有幾點：

第一、同人小說創作者的動機：多數的同人創作者在創作時會希望其筆下的角色能令其他讀者聯想起原作，他們的創作中一方面含有對於原作的欣賞與推崇，另一方面同人創作者也藉由將自身投射在故事中或是以其他方式展現其渴望被其他迷所認同的新的想法。換言之，同人小說創作者無意消滅原作者並取而代之，也未希望其創作替代原作作為「正典」(canon)的地位，他們對於原作及自身創作的觀點顯示其從未意欲成為故事的創始者，毋寧只是想從原作中擷取某些對於自身具有特別意義的片段並賦予其新的意義²⁷⁴。

第二、同人小說的內容與形式：同人小說的素材來源可能是電影、電視劇、動畫或漫畫等等非文學創作，當同人小說作者將用文字描寫原本具有圖像外觀的角色，讀者直覺性地不會認為兩者係相同作者所為，而是可以明確分辨兩者有所不同。即便是以文學著作當中的角色另為創作，大部分同人小說出現的形式（發表於網路或自費出版同人誌），通常與原作不同，而其創作內容、敘事方式等等，因為展現了同人小說創作者自身獨特的想法，或是含有對於原著作之批評，因此任何人只要稍加留意都不至於混淆二者。此外，同人小說的創作者有時會在其文章之前加註免責聲明，藉此表達同人小說創作者對於原作者的尊重以及其與原作有別，使讀者在閱讀時可以明確知悉該創作的原作者為何人，並理解同人小說只是利用了他人著作當中的要素另為創作，與原作者並無關聯。

²⁷³ 黃潔，前揭註 237，頁 60-61。

²⁷⁴ Tushnet, *supra* note 243, at 163.

第三、同人小說社群的內部共識：在同人創作的社群中，即便沒有免責聲明，多數的同人創作者仍會預期讀者理解其創作的前提是建立在使用他人著作之上，因為同人小說的創作者與其讀者同樣都是原著作的迷，沒有迷會認為其他迷可能誤認他是超人或寇克艦長的創造者²⁷⁵。同人創作者係以其對原作的自創觀點與嶄新解釋來尋求其他同儕的認同，因此在同人社群當中的創作者與讀者都能夠分別原作與同人創作的不同，而不致於因同人創作而對原作產生不屬於原作者的錯誤評價²⁷⁶。此外，同人小說的創作者與其讀者會因為共享對於原始文本的解讀與詮釋而逐漸形成一種緊密的關係，有時同人小說的讀者甚至會從原作的迷轉變為同人小說創作者的迷。這顯示讀者們在閱讀其他迷的創作的同時，也能夠主動衡量原作與同人創作對於其自身的吸引力，並在比較的過程中顯示出讀者有能力區辨兩者之不同。

由於同人小說的創作者沒有誤導讀者對原作或原著作人產生錯誤評價之意圖，其讀者也不太可能誤將同人創作者當作是原著作之著作人，因此可謂創作者與讀者間均存在無法將兩者混為一談之共識，同人小說的出現與原作者之名譽減損之間便不必然具有因果關係。智慧財產法院 98 年度民著上字第 2 號民事判決中提到：「著作權法所以賦予著作權人保持著作完整性之權利，係為避免第三人將著作內容加以改變後，原著作已失去原有之創作風格或意涵，而他人誤認該改變後之著作仍係原著作人所創作之作品時，其結果將使原著作人無法控制該以其名義所發表著作之品質與內涵，卻須承擔因此該著作對其名譽所造成之損害。本件縱認上訴人主張被上訴人部分內容相同於系爭著作乙節實在，惟被上訴人將系爭著作加以改作，並將改作後之著作以被上訴人自己之名義公開發表，自無誤導一般讀者認為該等著作為上訴人著作之可能，即難認有何侵害上訴人之名譽，此外，上訴人並未提出其他事證證明其名譽受有何損害，從而，上訴人主張被上訴人侵害上訴人之著作人格權，並據而請求損害賠償及排除侵害，於法即有未合。」²⁷⁷此判決肯認在未誤導讀者系爭改作後之著作乃原著作人之情況下，對於原著作人之名譽並未造成損害，在同人小說之情形亦應可作相同解釋，亦即唯有當同人小說之內容無法表現出與原作之差異性而會使讀者誤以為係原著作人之作品時，才有可能侵害著作人之禁止不當變更權。

²⁷⁵ *Id.* at 155.

²⁷⁶ *Id.*

²⁷⁷ 台灣高等法院 93 年度智上字第 14 號民事判決、台北地方法院 93 年度智字第 98 號民事判決、台灣高等法院 94 年度智上字第 52 號民事判決、板橋地方法院 93 年度智字第 40 號民事判決、台灣高等法院 95 年度智上易字第 16 號民事判決、台灣高等法院 88 年度上易字 5508 號刑事判決等等，均係以第三人變動著作之行為有無致使公眾錯誤評價原著作人作為判斷是否侵害禁止不當變更權之標準。

第三節 著作財產權之侵害

我國著作權法第 22 條至第 29 條規定著作人所享有之著作財產權種類。其中，同人小說創作者可能涉及者包括重製、改作、公開傳輸（將同人作品上傳至網路空間供人觀覽）、散布（販售同人誌）等等行為，本文此部分主要探討重製權與改作權之侵害，並因論述上的便利性將改作權置於重製權之前，併此敘明。

第一款 改作權

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。」同法第 3 條第 1 項第 11 款將改作定義為：「指以翻譯、編曲、改寫、拍攝影片或其他方法就原著作另為創作。」所謂「其他方法」，台灣高等法院 92 年度上訴字第 3295 號判決認為：「不論翻譯、編曲、改寫或拍攝影片，雖均另具有一定程度之創意存在，惟據其衍生著作之內容，亦率得窺知而得悉原著作表達之內容，因之，依『例示規定拘束概括規定』之原則，在以『其他方法』為改作之情形，猶須具備此一性質始足當之。」即改作必須具備有別於原作的新的創意，且改作後的作品必須足以使觀賞該作品之人得以回想起對於原著作內容的印象，使足當之。另一方面，由於現今許多著作多少都受到先人創作之影響，因此廣義而言，大多數的著作都是從既有著作衍生而來，然而並非所有著作都是著作權法上所稱之衍生著作，美國實務與學說見解認為，在後之著作必然係借用了原作中受著作權法保護之表達，且與原著作間有實質（substantial）程度的近似，才會構成著作權法中所稱之衍生著作²⁷⁸，也才有可能侵害改作權，此見解值得參考。

第一項 同人小說構成改作權侵害之原則與例外

在多數情形下，同人小說創作者並非僅是重製原著作之人物、情節與背景設定，而是使用他人著作當中之角色後加入自己的創意另為創作，其內容有可能係延續原著作之劇情，或者顛覆之，亦可能係將角色置於完全不同之故事背景中發展新的人生，因此，同人小說的創作者可以說是以「改寫」²⁷⁹之方式就原著作另為創作；縱使認為其行為不屬改寫，亦應可以該當法條中以其他方法為改作之行為。若同人小說所借用者係原作當中可以受到著作權法保護之角色²⁸⁰，而非僅是不受保護之思想，則會構成衍生著作。由於將著作改作成衍生著作係著作人專有之權利，因此同人小說的創作者

²⁷⁸ SCHECHTER & THOMAS, *supra* note 159, at 87.

²⁷⁹ 蕭雄淋律師將改寫定義為：「不改變著作內面之同一性而將文字之表現形式加以改變，包含戲劇化、小說化、非戲劇化及增刪潤飾之行為。」參見蕭雄淋，著作權法論，頁 100（2009）。

²⁸⁰ 角色可著作性之標準，參閱本章第一節。

在創作時若未徵得原著作人之同意或授權，將構成改作權侵害。同人小說創作者多未取得授權的原因，主要可能係出於交易成本之考量，現在許多著作的著作權人為出版社，對於個人創作者來說與出版社交涉所花費的時間精力成本，還有出版社要求的授權金可能會讓創作者卻步，因為相較於出版社，同人創作者藉由同人小說所能獲得的利潤相當微薄²⁸¹，更何況現在國內同人小說有許多係以外國小說、動畫、漫畫為創作題材，創作者要向外國出版商或作者尋求授權之成本無疑相當高昂。再者，著作權人也很可能不願意授權給有評論其著作意味存在的同人小說，或是想要保留對於文本解釋最終控制權，因而使創作者無法取得授權。

雖然多數同人小說都有侵害改作權之疑慮，但是某些同人小說因為並非著作權法定義下的衍生著作，或是已獲得著作權人之授權而創作，因此並不會構成改作權侵害。例如現今有許多創作者係以「真人」作為題材進行創作，這類以真人為素材的同人小說並非基於他人著作另為創作，因此不是著作權法定義下的衍生著作，也就沒有侵害改作權之問題。另外，原創派的同人小說，其源自於日本同人誌發展初期的創作，因內容與既存之著作並無直接關聯，故無法使人聯想起其他著作，也不太可能被認為是衍生著作。除此之外，沿用他人著作當中角色的名稱，然而對該角色之性格、背景、經歷及故事內容均作大幅修改而與原著作毫無相似之處，即該新著作所呈現之創意已將原先著作之特徵遮蔽導致無法為讀者所認識時，則可構成獨立的新著作而非由原作衍生的同人小說²⁸²。另外，也有部分同人小說是由著作權人自行創作或授權他人創作，這類創作有時亦被稱為「官方²⁸³同人小說」，例如日本動畫《機動戰士鋼彈》（機動戰士ガンダム）、《新世紀福音戰士》（新世紀エヴァンゲリオン）、美國影集《星艦奇航記》都有官方授權出版的小說，這類小說內容多係原故事之延續或是更加仔細地補足原故事中未能詳述的部分，因此也會被認為是一種同人創作，但是這類衍生著作因為獲得著作權人的授權而無改作權侵害之疑慮。

第二項 同人小說改作與重製的區別

由前述台灣高等法院對於改作行為之定義可知，改作行為本質上有可能包含一定程度的抄襲。因為在衍生著作中，為了使讀者能夠聯想起特定作品，勢必會有某些部分與原著作類似或相同，因此極有可能同時構成改作權與重製權之侵害。例如在未經著作人授權之情況下將小說改編為電影，將侵害著作權人之改作權，此外由於兩者的

²⁸¹ Edward Lee, *Warming Up to User-Generated Content*, 2008 U. ILL. L. REV. 1459, 1532 (2008).

²⁸² 林純如，前揭註 162，頁 21。

²⁸³ 在同人創作的社群中，「官方」一詞通常被用來指稱由著作權人所創作或經著作權人承認而出版的著作及周邊商品，有別於業餘的影迷、書迷基於其興趣所創作的產品。

角色、情節或某些台詞大致雷同，因此也可能同時構成重製權之侵害²⁸⁴。同人小說的創作過程也是如此，正因為創作人的行為經常是改作與重製的混合，因此在訴訟中可能很難明確區分改作權侵害與重製權侵害²⁸⁵。我國實務曾經嘗試為改作與重製作出區別，例如智慧財產法院 100 年度刑智上訴字第 25 號判決謂：「改作與重製之區別，在於改作時另有新的創意表現，而重製則否。」美國實務上也強調衍生著作與原作間必須存在實質差異(substantial variation)²⁸⁶或可資區別之差異(distinguishable variation)，即衍生著作必須因改作者的創意展現而與原作有所區別，而非僅是對原作為微不足道的貢獻(trivial contribution)²⁸⁷；另一方面，重製權的侵害構成要件卻是兩著作之間必須符合實質近似性。因此在涉及同人小說的案件當中，如果要同時主張重製權侵害與改作權侵害，則一方面要論述同人小說與原著作之間的近似性，一方面又要強調兩者具有差異性，不免顯得有些矛盾。

為了避免上述相互抵觸的論述，或可將同人小說拆解為角色與劇情二部分，在角色方面，由於同人小說多係沿用既有著作當中的人物而來，因此可能在角色部分構成重製權之侵害；至於劇情方面，多數同人小說都係在劇情方面有別於原作之發展，因此同人小說之原創性多在劇情方面展現，故可謂同人小說整體來看係對於原著作之改作。但是，也並非所有同人小說皆可做此截然二分，對於角色的描寫有時亦可能加入同人創作者自身的創意而使得該角色與原作有所不同，例如在我國就有些同人創作者不受原作設定的限制，以自身的想法重塑角色性格，甚至自稱是「以同人之名行原創之實」²⁸⁸；而在劇情方面也並非全無沿襲原作且沒有創新部分的例子，故仍需要個案判斷。只是在一般情況下，若要同時主張同人小說侵害著作人之重製權與改作權，則將同人小說拆解成不同部分，或許能提供較明確的論述方式。

第二款 重製權

著作權法第 22 條第 1 項規定：「著作人除本法另有規定外，專有重製其著作之權利。」同法第 3 條第 1 項第 5 款將重製定義為：「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。」同人小說由於利用了他人著作當中之角色或是其他背景、劇情之設定，因此可能構成重製權之侵害。我國實務上對於重製權侵害之認定係以「接觸」及「實質近似性」作為要件，除此之外，依照著作權法 10 條之 1 規定，著作權之保護僅及於該著作之表達而不及於思想，因此原被告

²⁸⁴ SCHECHTER & THOMAS, *supra* note 159, at 213-14.

²⁸⁵ 蔡振元，前揭註 6，頁 66。

²⁸⁶ SCHECHTER & THOMAS, *supra* note 159, at 87-88.

²⁸⁷ *Id.* at 87.

²⁸⁸ 許芳瑋，前揭註 84，頁 84-85。

之著作必須是在「表達」上具有近似性，才可能會構成著作權法之侵害²⁸⁹。換言之，在此可以將著作權法中的「著作」區分為廣義與狹義二種，廣義著作係一般社會生活中多數人所認知的著作，泛指整體作品全部；至於狹義著作則指法規範意義下，受到著作權法保護的原創性表達，此方為重製權侵害時所考量，即違法重製必須是在系爭著作受保護之表達上達到實質近似的程度²⁹⁰。

就事實層面而言，同人小說的創作者必然是曾經閱讀或聽聞原作品才有可能以其中之元素為新的創作。惟就法律層面而言，「接觸」之要件仍必須由主張著作權受侵害之一方提出證據證明始能成立，這點對於著作權人並非易事，因此我國實務上也肯認如果著作權人可以提出其他間接證據證明被告有合理之機會或可能性足以接觸其著作，則亦可作為證明²⁹¹。另外一種情況是，倘若被告之創作與原告著作之間已達「明顯近似」(striking similarity)之程度，足以排除被告係獨立創作之可能時，法院可推定被告曾經接觸過原告著作，原告即不必另行舉證，反而是被告可提出反證證明其創作未達明顯近似或者係其獨立創作完成²⁹²。

接觸之要件在同人小說涉訟時，比較可能成為舉證方面的問題，而非主要之法律爭點，蓋同人小說的本質便是出於創作者對於原著作的喜愛，也只有接觸過原著作之後才有可能為同人創作，因此，當涉及重製權侵害之問題時，爭點應會集中在實質近似性之要件方面。如同前述，實質近似性的判斷，必須是系爭著作於受著作權法保護之「表達」方面具有近似性，故此將涉及思想與表達二分原則。實則在前述關於角色著作權之討論中，就已經部分地處理此議題，即透過角色可著作性之討論，先排除不受著作權法保護之抽象角色。惟即便承認原告故事中之角色可以受到著作權法保護，仍未必表示被告使用該角色的行為必然構成著作權侵害，因為一個角色是由外型、性格、與他人互動之情形等等特徵所組合而成，這些特徵仍可以再被拆解為不受保護之部分與著作人原創之部分，唯有重製後者才可能構成著作權侵害。換言之，所謂重製權的侵害，必須是重製他人受到著作權法保護之原創、具體表達，對於其他不具原創性或抽象部分之重製並不構成著作權之侵害²⁹³。由於我國最高法院的判決中係將思想與表達之區分置於實質近似之判斷下討論，因此以下即依此方式論述之。

第一項 實質近似性的判斷方式

²⁸⁹ 參見最高法院 99 年度台上字第 2109 號民事判決：「判斷是否『抄襲』他人著作，主要考慮之基本要件為被侵害之著作必須是表達而非思想；其次為被告必須有接觸或實質相似之抄襲行為。」

²⁹⁰ 黃銘傑，「重製權侵害中『實質近似』要件判斷之方式與專家證人之運用—板橋地方法院 96 年度智字第 18 號判決評析」，月旦法學雜誌，第 189 期，頁 195-96 (2011)。

²⁹¹ 謝銘洋，前揭註 154，頁 298。

²⁹² 羅明通，著作權法論第二冊，頁 406 (2009)。

²⁹³ 黃銘傑，前揭註 290，頁 196。

關於我國實務上對於實質近似性之判斷，最高法院曾作出二則具有指示性之判決，其中 94 年度臺上字第 6398 號刑事判決謂：「法院於認定有無著作權侵害之事實時，允宜審酌一切相關情狀，就認定著作權侵害之兩個要件，即所謂接觸及實質相似為審慎調查，其中實質相似不僅指量之相似，亦兼指質之相似；在判斷圖形、攝影、美術、視聽等具有藝術性或美感性之著作是否抄襲時，如使用與文字著作相同之分析解構方法為細節比對，往往有其困難度或可能失其公平。因此在為質之考量時，尤應特加注意著作間之『整體觀念與感覺』。」96 年度台上字第 529 號刑事判決則謂：「在判斷語文著作是否抄襲時，宜依重製行為之態樣，就其利用之質量按社會客觀標準分別考量。」此二則實務判決揭示了對於實質近似的判斷，必須兼顧質與量之考量，且亦指出對於不同類型著作應使用不同的判斷手法，在圖形、攝影、美術、視聽著作方面，宜採取『整體觀念與感覺』之比較方法；至於語文著作，則仰賴利用之質量與分析解構之方式為細節之比對²⁹⁴。

在判斷被告利用之質量時，必須分別觀察被告所利用之部分是否為原告著作當中之重要部分，以及被告重製之部分占原告著作整體之比例為何。兩者原則上皆係以原告著作作為比較基礎，惟過去我國實務上曾有判決以被告重製部分占被告著作當中的比例作為判斷要素²⁹⁵，有學者認為如此一來似乎係將著作權人之利益是否受保護繫於被告另行創作部分之多寡此種著作權人無法控制之外在因素上，有違著作權法保障作者原創性之意旨，不甚妥適²⁹⁶。再者，於量的判斷上，通常利用量較少對於被告也較為有利，然此有時亦與原告著作之性質相關，即具有高度原創性之著作，受保護之範圍較大，倘他人利用其中之一小部分，也可能被認為已經構成實質近似；相對地，事實性或創意程度較低之著作因為受到著作權之保護較少，因此通常是在被告的使用量較多或幾乎逐字逐句抄襲的程度才會構成實質近似²⁹⁷。另外，有時即便被告利用的量甚少，但卻是原告著作當中的核心或重要部分時，仍舊可能被認為構成實質近似，此即係受到質的因素所影響。在我國實務上，曾經有以被告所重製者並非原告著作之核心部分而認為系爭著作之間不存在實質近似之例²⁹⁸，有學者認為此應係出於「法不理

²⁹⁴ 同前註，頁 192。

²⁹⁵ 參見智慧財產法院 99 年度刑智上易字第 61 號判決。

²⁹⁶ 黃銘傑，前揭註 290，頁 199-200。惟亦有學者主張，被使用部分占被告著作中之質量關係也應納入斟酌，例如被告使用之部分只占原告著作之一小部分，但卻是被告著作中的主要部分時，應不利於被告之合理使用抗辯。參見許忠信，「論著作財產權合理使用之審酌因素—最高法院九十六年度台上字第三六八五號刑事判決評析」，月旦法學雜誌，第 188 期，頁 193（2011）。

²⁹⁷ 羅明通，前揭註 292，頁 412。謝銘洋，「著作權法上實質近似認定與公共領域素材之關係—智慧財產法院刑事判決 100 年度刑智上訴字第 39 號評析」，法令月刊，第 63 卷第 10 期，頁 6-7（2012）。惟黃銘傑教授認為不應以創作性高低作為判斷實質近似應採嚴格標準或寬鬆標準之依據，並認為癥結之核心應在於表達形式或內容是否受限，即當表達特定思想之方式有限，則原創性存在的空間就小，因此對於系爭著作間近似之要求必須較高方可認定實質近似。參見黃銘傑，前揭註 290，頁 201-02。

²⁹⁸ 參見智慧財產法院 98 年度民著訴字第 36 號判決。

瑣事」或「微罪不舉」之法理²⁹⁹，由此亦可知非核心部分之使用在訴訟上可能成為有利被告之因素。

另外，依據最高法院之判決理由，似乎係認為依據不同著作類型應有不同的判斷方式，例如美術、攝影或視聽著作等這類訴諸視覺感受之著作，因為將其分離解構有困難，因此實務上認為宜以整體觀念與感覺作為判斷之原則為宜。其實所謂「整體觀念與感覺」的測試方法，應係參考美國實務判決所提出的「total concept and feel」而來，此方法以整體著作予人之觀感是否近似作為判斷標準，對於重視美感或視覺印象之美術、圖形、攝影等著作實質近似的判斷上較有實益。而近年來我國實務判決中更強調在被告利用原告圖形著作之特定部分時，所謂「整體觀念及感覺」之比較必須就系爭之特定部分為是否近似之判斷，「不能僅因『整體觀念及感覺』測試法中有『整體』二字，即謂必須將該著作所附著之附著物上其餘圖樣合併判斷，否則無非文字遊戲之無稽辯解，毫不足採。³⁰⁰」對於涉及利用他人著作當中之一部分為重製之案件具有啟示性。

語文著作方面，我國實務上認為可以分析解構之方式為細節比對，此處應可參考美國實務上提出之「抽象測試法」(abstraction test)為判斷，即依據韓德法官在 *Nichols* 案中之闡述，不少著作中存在著各式各樣的事件 (incidents)，若以解構之方式將著作當中的事件逐步分離，在此抽離的過程中將產生漸趨抽象之模式 (pattern)，可以適用於其他之作品。然而當超過一定的界限後，這種普遍或抽象的模式就屬於公共財產 (public domain)，並非著作權法所保護的範圍³⁰¹。據此，在實際個案中以抽象測試法比較原被告著作間的實質近似性時，首先應從原被告作品中找出細微的特殊之處³⁰²，再一一臚列出原被告作品當中的所有近似部分，最後再決定該近似之部分是屬思想或表達的近似³⁰³。如果相同之處只是普遍性之描寫，則應屬思想之近似而不會構成著作權侵害。

²⁹⁹ 黃銘傑，前揭註 290，頁 197。

³⁰⁰ 參見臺北地方法院 99 年度智易字第 34 號刑事判決，該案中原告設計之美術著作中包含金魚圖形、扇狀的背景及水草圖樣等等，被告之設計中則有兩條金魚及圓形交疊的背景。本案例中法院強調必須就「金魚圖形」之部份為比較，而不考量其他部份圖樣。

³⁰¹ *Nichols v. Universal Pictures, Corp.*, 45 F.2d 119, 121. (2nd Cir. 1930).

³⁰² 以抽象測試法比較兩著作之共同特徵時，所篩選比較之模式或特徵應達到合理的細微層次 (to a reasonable detailed level of pattern)，才能決定是否構成表達之侵害。例如多數的超級英雄角色都是具有特殊能力的男性，為了拯救世界或社會之目標而必須捨棄個人幸福 (蝙蝠俠、超人)，如果以此來比較顯然超級英雄都有互相抄襲之嫌，惟實際上蝙蝠俠的特殊能力並非天生，超人的能力則源自於其外星人的身分，其與伴侶的關係也有不同發展，因此，就細微層次而言，超級英雄未必會構成實質近似。參見羅明通，「思想與表達之區別、合併及電腦程式侵權判斷之步驟—最高法院 94 年度台上字第 1530 號刑事判決評析」，科技法學評論，第 6 卷第 2 期，頁 16 (2009)。

³⁰³ 羅明通，前揭註 292，頁 358。

由於電腦程式著作之保護有其特殊性，因此美國實務上曾發展出包括重複測試法 (iterative test)、SSO 測試法、Lotus 三部分測試法等等不同的判斷方式，而在 *Computer Associate International, Inc. v. Altai, Inc.*³⁰⁴一案中第二巡迴上訴法院將抽象測試法加以修正使之適用於電腦程式之侵權判斷方式—「抽離過濾法」(abstraction-filtration test)³⁰⁵，則為我國最高法院 94 年度台上字第 1530 號刑事判決所採用³⁰⁶。依據抽離過濾法方法，必須將電腦程式著作之侵害判斷分為三步驟，第一步係將原告程式拆解，第二步將不受保護之思想、與思想合併之表達以及屬於公共領域之部分過濾，第三步則將剩下的核心 (kernel)，及著作人原創表達之部分，與被告被控侵權之程式加以比較，倘近似之部分並非核心，即不構成侵害³⁰⁷。實際上，美國實務與學說除了有「整體觀念與感覺」與「抽象測試法」、「抽離過濾法」外，尚有「局部的字面近似」(fragmented literal similarity)、「整體的非字面近似」(comprehensive non-literal similarity)、「減除測試法」(subtractive test)、「模式測試法」(pattern test) 等等判斷方式，這類方式一方面可以區分思想與表達，將不受著作權法之思想排除，另一方面也是作為實質近似之判斷基準³⁰⁸，至於我國實務未來是否可能採取類似之判斷方式則有待觀察。

最後，關於實質近似之判斷主體，最高法院於前述 96 年度台上字第 529 號刑事判決中認為應以「社會客觀標準」來認定。有學者認為此用語意近於社會通念³⁰⁹，即一般社會大眾主觀意見之結合，因此與美國實務上所稱之「普通觀察者」(ordinary observer) 雷同。「普通觀察者」之標準係以一個普通、理性的觀察者觀點出發，判斷被告著作是否抄襲原告著作中受保護之部分，且達到實質近似之程度³¹⁰，而且在比較時尤應注意普通人在沒有刻意分辨的情況下，是否會傾向於忽略系爭二著作的差異之處，並認為二著作予人的觀感相同。此種以普通觀察者作為判斷主體的方式於圖形、文字等一般人易於感受之著作在判斷上較無困難，然若系爭案件中涉及電腦程式等具有高度技術性與專業性之創作時，我國實務有時亦會送請專家鑑定來作判斷³¹¹，以免一般人無法察覺著作之實質近似之處而造成對著作權人之保護不夠周延³¹²。

第二項 同人小說與原始著作間實質近似的判斷

³⁰⁴ *Computer Assoc. Int'l, Inc. v. Altai, Inc.*, 982 F.2d 693 (2d Cir. 1992).

³⁰⁵ 此方法又稱抽離過濾比較測試法、三步驟分析測試法。參見羅明通，前揭註 292，頁 371。

³⁰⁶ 同前註。

³⁰⁷ *Computer Associates*, 982 F.2d at 706.

³⁰⁸ SCHECHTER & THOMAS, *supra* note 159, at 371-76.

³⁰⁹ 黃銘傑，前揭註 290，頁 205。

³¹⁰ SCHECHTER & THOMAS, *supra* note 159, at 376.

³¹¹ 參見最高法院 82 年度台上字第 7037 號判決、最高法院 84 年度台上字第 3829 號刑事判決及台灣高等法院 79 年度上易字第 470 號刑事判決。

³¹² 林志峰，「著作權實質相似之判斷標準」，資訊法律透析，第 8 卷第 1 期，頁 25-26 (1996)。

由於同人小說的內容多樣而富有變化，因此同人小說創作者在其作品中利用了原告著作的那些部分比較難一概而論，必須個案判斷，但是從現在網路與同人誌展售會中所能觀察到的情況而言，多數同人小說都會運用到原作當中的角色，至於原故事情節或背景的設計，則未必為同人小說所沿用。如果僅是利用原作角色及性格設定另為不同時空背景的創作，例如將影集《星艦奇航記》中原本在宇宙冒險的寇克艦長描寫為居住在紐約市的警察，則相對於延續原故事劇情、填補原作空白的同人小說，例如為金庸小說《雪山飛狐》的結尾撰寫後續，在量的判斷上前者顯然比較有利於被告。在質的判斷方面，則會涉及到何謂原作當中的核心或重要部份，對此我國學者羅明通將之解釋為：「如無該部分，著作即失其精隨。³¹³」據此，原作當中的主要角色或是與主角有較多互動、影響整體情節發展的配角可以視為原作當中的重要部份，至於在故事當中存在感較低或是可有可無的人物則屬重要性程度較低的角色，因此如果同人小說係利用該人物另行創作，有可能被認為不足以構成實質近似。應注意的是，有時角色的重要性不能僅憑著作人描寫該角色之篇幅而定，即便在故事當中對於主要角色或情節沒有明顯而直接的影響，卻可能透過環環相扣的發展而成為整個故事中不可或缺的存在，因此在角色重要性的認定上必須要仰賴對於整個著作細緻的分析才能為妥適的判斷。

再者，由於同人小說多係利用他人之角色為創作，因此實質近似之判斷，宜著眼於原、被告著作中角色的比較，而不宜將著作整體均納入比較範圍中。當判斷同人小說中出現的角色是否抄襲自原告小說當中的人物時，必須考量到兩個問題：第一，原告著作中的角色是否能獨立受到著作權法的保護；第二，被告是否利用了原告對於角色的描寫中受保護的部分，而非僅止於廣泛而抽象的概述³¹⁴。第一個問題涉及到角色著作權的討論，而從前述對於我國實務見解的觀察中可以知悉我國實務與學說目前均承認角色可以獨立於劇情之外受到保護，但是其標準為何尚無明確定論，惟通常越是被詳加描述、賦予讀者明確形象的角色越能受到保護。假設在系爭案件中，原告的角色過於一般性而無法受到獨立保護，則他人縱使描寫極度近似的角色，亦不會構成重製權侵害。此處的問題在於，當原告角色可以受到著作權法保護時，應如何判斷被告利用了原告著作中受保護之部分達到實質近似的程度。對此，學者 Kurtz 解釋道：「一個角色所具備的特質可以被逐步拆解成不受保護的思想或觀念，而作者的原創性表達，係展現在其將各種不同的思想或觀念組合成獨特的形式，因此唯有當被告抄襲了系爭角色獨特的性質及其結合時，才有可能構成著作權侵害³¹⁵。」換言之，著作人對於一個角色的描寫通常會是某些特質的組合，這種獨特的組合彰顯了著作權人的創意且構

³¹³ 羅明通，前揭註 292，頁 418。

³¹⁴ Kurtz, *supra* note 200, at 453.

³¹⁵ *Id.* at 466.

成角色的核心，不會隨著劇情的發展而逐漸消失，且使該角色有別於其他同類型的角色。例如每個超級英雄角色都有卓越的特殊能力或配備以及專屬的奇裝異服，但是沒有人會認為鋼鐵人抄襲蝙蝠俠，因為著作人在形塑這兩個角色的本質時有著根本的不同，前者有著玩世不恭的性格後者相形之下較為沉穩內斂，他們的個人標誌如鋼鐵衣與蝙蝠符號也相差甚遠，這些足以表彰不同超級英雄獨特性的部分是該角色的核心，因此倘他人所描寫之角色已經與著作人角色之核心部分達到實質近似，即有可能構成著作權侵害。

當同人小說與原始著作同屬文學著作時，其中角色之比較可以美國實務上所發展出之抽象測試法為判斷，此際應盡可能找出兩者對於角色特質的細節描寫，並找出其中的共通之處，以決定被告對於角色的描寫是否已經利用了原告的創意性表達。例如以《哈利波特》系列小說當中的主角哈利波特另為創作的同人小說，如果其與原作的近似之處僅是一些普遍性的描寫時—例如被告著作中僅提到一個名叫哈利、戴著眼鏡的黑髮男孩，則這樣的描寫過於籠統，與原告角色的近似之處僅是抽象的思想，尚不能認為被告係抄襲了原告的原創性表達³¹⁶。即便讀者可能從被告有限的描述中聯想起哈利波特這個角色，仍不能就此認定著作權侵害，因為實質近似必須是普通的觀察者會認為被告抄襲自原告的著作，故單純喚起讀者對於特定角色的印象並不會構成實質近似³¹⁷。惟如果原被告角色的相同之處具有相當的特殊性與數量，而其結合可被認為是著作人獨特的創意展現時，則會有不一樣之判斷結果。例如同人小說中的角色是一名孤兒，他具有黑髮、綠眼，戴著圓框眼鏡且額頭上有一道閃電形疤痕，並在加入魔法學校後發覺自己具有飛行天賦且能與蛇類對話，這些對於個人特性的獨特組合應足以認定係對原告著作當中具體表達之抄襲。

除此之外，參考美國實務見解，在實質近似的認定時角色之間的差異性也會是影響判斷的因素。例如在涉及「粉紅豹」(Pink Panther)這個卡通人物的 *United Artists Corp. v. Ford Motor Co.*³¹⁸一案中，法院就認為被告用於銷售汽車的美洲豹的外型與動作方式與粉紅豹有很大的差別，因此認定被告並未構成著作權侵害。同樣地，在 *Warner Bros. Inc. v. American Broadcasting Companies, Inc.*³¹⁹案中，法院將超人 (Superman) 這個漫畫及電影中的角色，與電視影集《最強美國英雄》(The Greatest American Hero) 的主角相比較時，認定後者是個混亂、信心低下且不太稱職的英雄角色，與前者自信、優雅又熟練的形象有著鮮明對比，因此未構成角色著作權的侵害³²⁰。就此而言，如果同

³¹⁶ 羅明通，前揭註 302，頁 17。

³¹⁷ Kurtz, *supra* note 200, at 466.

³¹⁸ *United Artists Corp. v. Ford Motor Co.*, 483 F. Supp. 89 (S.D.N.Y. 1980).

³¹⁹ *Warner Bros., Inc. v. Am. Broad. Co., Inc.*, 720 F.2d 231 (2d Cir. 1983).

³²⁰ Katyal, *supra* note 95, at 503.

人創作者在其小說中扭曲了原著作當中的角色，使得該角色與原角色的本質已有明顯不同時，則很可能不會構成角色的重製權侵害。

誠然，多數時候要判斷在後之創作者抄襲到什麼程度才會構成對於表達的侵害並沒有絕對明確的標準，不過，在同人創作的社群中，一般而言同人小說的創作者身為原作的迷，在其個人的書寫中會對原作角色的外型或性格盡量為原封不動地描寫，即便使用不同於原作的文字與敘述方式，其創作目的仍是以貼近原作人物為主，因為這麼做一方面可以展現創作者對於原作的深入理解，符合作為一名迷的資格，另一方面也是為了使其他迷在閱讀同人創作時可以降低不適應感的產生而能夠更加迅速地進入同人小說所構築的故事情境中，並對之有所回應，這種對於其他迷的重視是同人創作的社群內十分重要的特色。也因此，除了少數有意扭曲原作角色性格、外型特徵等等較為特殊的同人小說之外，通常會被認為已經構成重製權的侵害。

另外一點值得注意的是，有論者認為其實也有相當多同人小說並未使用原著作角色受保護之部分，因為同人小說的創作者可能只有用原作當中角色的姓名，至於角色的性格、經歷則假定讀者已經了解故不會再描述，換言之同人小說的創作者可能是運用了其與讀者之間對於原作角色的共同印象而進行創作³²¹，因而省略了對於角色背景、個性、外型方面的描述。不可否認有些同人小說確實可能如此，而在這樣的情況下，如果不是知悉原著作的讀者，根本不會意識到是同人小說。理論上來說，這種情況同人小說創作者筆下的角色也不會與原作角色構成實質近似，因為角色姓名不能受到著作權法之保護，故單純使用相同的角色姓名並不會構成著作權侵害³²²。

第三項 具有視覺外觀之平面或立體角色文字化的問題

將具有視覺外觀之電影、動畫、漫畫角色予以文字化之同人小說，例如為電影《全面啟動》(Inception)的開放式結局撰寫後續，或描寫動畫《神隱少女》(千と千尋の神隠し)中女主角千尋再次尋訪神明國度的故事。在比對原告著作中的角色與同人小說中的角色之前，必須要釐清一個問題：將有視覺外觀的立體或平面角色轉變為文字，是重製或改作行為？

如同前述，重製與改作之區別，主要在於後者有新的創意表現，至於著作表現媒介之轉換，例如將平面圖形製成立體玩偶、金屬雕像變為塑膠擺飾，則並非決定性之要件。我國實務與主管機關針對表現媒介轉換的見解，有內政部 83.3.18 台(83)內著

³²¹ Christina Z. Ranon, Note, *Honor among Thieves: Copyright Infringement in Internet Fandom*, 8 VAND. J. ENT. & TECH. L. 421, 438-439 (2006).

³²² 角色姓名雖然無法受著作權法保護，但是在符合一定條件下可以註冊商標，以商標法保護之。

字第 8303793 號函、最高法院 86 年度台上字第 5222 號刑事判決³²³可參考，兩者之見解相近，皆認為：平面著作轉為立體物時，如係以平面形式附著於立體物上，則屬重製；以立體形式重現平面美術或圖形著作之內容者，亦為重製；至於將平面轉為立體物，而另有創意表現，則可能構成改作³²⁴。從比較法觀察，伯恩公約第 9 條第 1 項規定，文學與美術著作之著作人有授權他人以任何方式或形式 (in any manner or form) 重製其著作之權利³²⁵。由此規定可知，伯恩公約對於重製的表現形式沒有限制，無論係何種著作，著作人均有將之重製為二度或三度空間之權利。換言之，將著作之表現形式為空間轉換仍屬著作人重製權之範圍內³²⁶。美國著作權法第 113 條規定³²⁷，將圖畫、圖形及雕塑重製之專有權利應包括重製為任何種類之物品，因此空間轉換同樣屬於重製行為。另外，美國實務上 *L. Batlin & Son, Inc. v. Snyder*³²⁸ 一案中法院針對表現媒介轉換的問題則更明確指出表現媒介的轉變未必構成改作，因為改作必須是加入新的創意表現，而與原作產生可資區別的差異 (distinguishable variation)，始能受到著作權法保護。總結來說，文字、圖形或雕塑這些媒介都只是表達的載體，單純的媒介轉換而未更動內容的同一性時，仍會被認為是重製³²⁹。所以在判斷將具有視覺外觀的平面或立體角色文字化時，應視在後之創作者是否在對於角色的描寫中加入了新的創意而使其角色可以受到保護，或是只是單純的著作性質再現 (包含對於原著作為細微變化之情況)，來判斷其行為究為改作或重製³³⁰。就同人小說當中的角色而言，如同前述，創作者對於角色之描寫大多是遵循原作對於角色外型、性格與背景的設定，在原作的

³²³ 最高法院 86 年度台上字第 5222 號刑事判決內容如下：「將平面之美術或圖形著作轉變為立體形式究屬重製，抑或實施行為，自當就該平面之美術或圖形著作與轉變後之立體物加以比較認定，如美術或圖形著作之著作內容係以平面形式附於該立體物之上者，固為美術或圖形著作的重複製作，如立體物上以立體形式單純性質再現平面美術或圖形著作之著作內容者，亦為著作權法第 3 條第 1 項第 5 款所定之重製行為，例如將小鴨卡通圖製成小鴨玩具 (立體物)，該玩具再現小鴨卡通圖之著作內容者，即為重製行為，未再現小鴨卡通圖之著作內容者，則為實施行為。非謂將平面之美術或圖形著作轉變為立體形式均概稱為實施行為，不受著作權法規範。」

³²⁴ 兩見解尚有提及「實施」的概念，即將平面圖形立體化，而未再現平面圖形之內容者，例如依機械平面圖或電路圖製成成品，在客觀上已經無法使一般人認知兩者是同一的情形。參見羅明通，前揭註 153，頁 467、477。

³²⁵ 伯恩公約第 9 條 (Article 9) 規定原文如下：“(1) Authors of literary and artistic works protected by this Convention shall have the exclusive right of authorizing the reproduction of these works, in any manner or form. (2) It shall be a matter for legislation in the countries of the Union to permit the reproduction of such works in certain special cases, provided that such reproduction does not conflict with a normal exploitation of the work and does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author. (3) Any sound or visual recording shall be considered as a reproduction for the purposes of this Convention.”

³²⁶ 羅明通，前揭註 153，頁 478。

³²⁷ 17 U.S.C. § 113 (2012). 該條規定原文如下：“(a) Subject to the provisions of subsections (b) and (c) of this section, the exclusive right to reproduce a copyrighted pictorial, graphic, or sculptural work in copies under section 106 includes the right to reproduce the work in or on any kind of article, whether useful or otherwise.”

³²⁸ *L. Batlin & Son, Inc. v. Snyder*, 536 F.2d 486 (2d Cir. 1976).

³²⁹ 張桂芳，美術著作與圖形著作之立體化於著作權法規地位之研究——從我國實務現象之評析出發，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁 58 (2001)。

³³⁰ 謝銘洋、張桂芳著，前揭註 225，頁 67。

框架下以不逾越原作設定之方式再現角色³³¹，因此，即便原、被告的角色經過表達媒介的轉換，仍可能構成重製權侵害。不過，要注意的是也有部分同人創作者並不會全然依循原作當中的設定，而是會轉變原作當中對於角色的描寫，例如仿諷性質的同人小說，或是描寫同性相戀內容的同人小說³³²，這些同人小說的創作者在角色的塑造上投入了相當程度的創意而與原作角色產生明顯差異，因此可能構成改作權而非重製權之侵害，此時主要的區別原因仍在於新的創意展現，而與表現媒介無關。

即便認為將特定角色文字化可能構成重製權侵害，然而在面對實質近似的判斷時，以漫畫、電影、電玩人物這類具有視覺外觀的角色來創作的同人小說仍與前述情形有所不同。首先，這類角色相較於文字角色，因為具有圖像外觀，可以賦予觀賞者清晰明確的印象因而實務上多承認其能獨立受到著作權法之保護。換句話說，該角色賦予觀賞者的視覺印象係著作人創意之展現，也是該角色之所以脫離抽象思想而可以受到著作權法保護的主要因素。再者，我國實務上強調訴諸視覺印象之著作宜以「整體觀念與感覺」而非分析解構作為判斷實質近似性的方式，美國實務案件中法院也曾提及在判斷這類角色是否近似時，應該要看系爭角色整體的個性和特徵，以及被告角色是否掌握了原告著作角色的整體觀念與感覺³³³。然而不論是「整體觀念與感覺」或「抽象測試法」，通常係原被告皆使用文字描寫系爭角色或皆以圖像方式呈現，始能加以比較。同人小說的情況，卻是將具有圖像外觀的角色以文字方式描繪，因此是否能以上開方式比較不無疑問。

有論者認為，即便是與人視覺印象的作品，仍然可以用抽象測試法的精神將其分解³³⁴，例如智慧財產法院 100 年度刑智上訴字第 39 號判決當中涉及原被告金魚圖樣之比較，判決中法院對於原告金魚的眼部特徵、身體形狀、魚鰭位置等一一分析，最後認定兩著作間的整體感覺已達實質近似。實際上，當法院試圖就系爭圖形分解成不同部份而論述其描繪的細節時，這種方式已與抽象測試法十分相近。因此，若法院欲比較原告著作中的角色之視覺外觀與同人小說當中對於該角色外型的描寫時，或許可以將系爭角色外觀某些特定的部分拆解，並視同人小說是否有類似的描寫而判斷兩者有無實質近似。另一方面，或許也可以從角色視覺外觀以外的特質著手。在 *Warner Bros. Inc. v. American Broadcasting Companies, Inc.*³³⁵ 一案中 Newman 法官提到，於判斷在後之著作當中的角色是否侵害原告的卡通角色時，法院不只要考量角色在視覺上的近似

³³¹ 盧美慈，前揭註 5，頁 23。

³³² Mehra, *supra* note 126, at 177.

³³³ See *Sheldon Abend Revocable Trust v. Spielberg*, 748 F.Supp.2d 200, 208 (S.D.N.Y.2010).

³³⁴ 張桂芳，前揭註 329，頁 56。

³³⁵ *Warner Bros., Inc. v. Am. Broad. Co., Inc.*, 720 F.2d 231 (2d Cir. 1983).

性，還要考慮角色的整體個性和特質³³⁶。學者 Kurtz 則認為在判斷對於具有圖像外觀的人物的抄襲時，因為這類角色的外觀是人們的主要印象（dominant impression），也是該角色可以受到著作權法保護的主要因素，所以如果外觀非常相近，就可以認定有抄襲，而不需要考慮到角色的性格或過去經歷；反之，如果外觀沒那麼相近，在比較時就必須把性格等因素也納入考量³³⁷。這樣的見解在同人小說或許可以作為參考，即同人小說的創作者即便盡力描繪角色的視覺外觀，也很難將電影、電視劇或漫畫角色用文字方式完整再現其賦予人之視覺印象，則比較系爭文字角色與圖形角色時，應著重被告筆下的角色是否與原告角色具有相類似的背景、性格和經歷，而非僅以該文字描繪的角色外形是否與原告角色近似作為認定實質近似的唯一判斷因素。承認具有視覺外觀的角色可以獨立受到保護，雖主要原因在於其具有特定的形貌，然而一個角色的構成除了外在形貌之外尚有其人格特質、過往經歷、與他人的關係等等元素，這些元素與外型的組合係出自著作人之創意，也會一併受到保護。因此，縱使在外觀上缺乏近似性，即被告對於原作角色的外觀描寫並不能讓普通觀察者認為係抄襲自原告著作，但將被告對於該角色其他特性之描述同樣納入觀察時，可以使一般人認為被告角色係抄襲自原告著作，則應可認為兩者已經達到實質近似。

就事實層面而言，同人小說的作者運用原作中的角色，通常都會努力使其角色盡量貼近原作。例如如果他們描寫原作角色之間的相戀關係，他們會希望讀者將之視為原作的延伸，而非兩個偶然與原作故事中角色名稱相同的人在戀愛。雖然讀者們未必會認為同人小說創作者的描寫貼近原作，不過至少他們的意圖是如此，因為只要同人小說當中的角色描寫夠成功，讀者就能將之連結到原作，並且對於某些隱含在原作當中的部分產生回應³³⁸。因此，實際上在訴訟中，同人創作者也可能會承認其創作是沿用他人著作中的既有角色而來，或是其創作目的就在致力於使其所描寫之角色趨近於原作，故在實質近似之認定上也許不會產生太大問題³³⁹。

第四節 小結

未來若有同人小說涉訟之案件，著作權人很有可能會主張其角色受到著作權法之保護。在具有視覺外觀之角色方面，我國實務與學說多承認這類角色可以受到保護，但在文字角色方面則缺乏相關判決，因此未來實務是否會肯認文字角色能獨立於原故事劇情外受保護，以及其判斷標準為何皆不明確，需要更多實務判決累積始能獲得具有指標性意義之見解。本文以為，現今許多著作當中的角色都已能夠脫離原著作而具

³³⁶ *Id.* at 241.

³³⁷ Kurtz, *supra* note 200, at 450-51.

³³⁸ Tushnet, *supra* note 243, at 163.

³³⁹ Tushnet, *supra* note 22, at 659.

有額外之價值，甚至可以就角色本身作其他型態的利用，例如將迪士尼卡通當中的人物製作成玩偶、繪製明信片等等，透過這些使用所能獲得的利益甚至可能超越原本的著作。因此，賦予角色獨立之著作權保護不只可以防止他人不當剝削著作權人的心血結晶，也是保障著作權人創作動機的重要方式。惟對於角色的保護除必須考量著作權人外，亦應兼顧其他著作利用人的利益。為了避免著作人藉此機會獨佔特定角色，限縮他人的利用可能甚至阻礙整體文化發展，故在個案中如何界定一個角色究竟是抽象思想抑或具體表達將是重要的關鍵。由於同人創作者通常會選用他人著作當中的被高度開發的主要角色進行創作，而這類角色賦予讀者的印象較為鮮明深刻，故挪用之而沒有賦予該人物有別於原作之嶄新特質時，確實會有侵害著作人角色著作權之疑慮存在。

於著作人格權之侵害方面，本文以為同人小說其實可以類推適用著作權法第 16 條第 4 項之規定而省略著作權人之名稱，其主要原因在於除了極少數有意攀附原著作盛名而乘機牟利之創作者—例如《灌籃高手》案之被告井上公司—以外，多數同人創作者是出於對於原始著作之喜愛與表現自我的渴望而將其著作呈現並與其他迷交流，讀者亦通常對於著作內容與著作人瞭若指掌，因此並無姓名表示權所欲禁止之「他人僭稱為著作人」的疑慮，著作權人反而可能擔憂表示其姓名將使他人誤認其默許同人創作或該創作係經其授權而為。至於此際可能出現不違反姓名表示權卻仍違反著作權法第 64 條明示出處義務之情形，則宜透過修法明定明示出處義務之例外。在禁止不當變更權的侵害方面，如果考量到同人創作並無造成對於原著作人之創作風格或品質為錯誤評價之情形，應該認為同人小說並無對於著作人之名譽造成損害。過去有論者參酌日本實務在任天堂神奇寶貝案件與純愛手札案之見解，認為同人創作會對於著作人之人格形象造成破壞而違反禁止不當變更權³⁴⁰，惟此見解實有混淆「同一性保持權」與「禁止不當變更權」之疑慮³⁴¹，蓋我國規定既以「致損害其名譽」為要件，則猶應著重利用行為與著作人名譽之間的聯結關係。有學者認為，禁止不當變更權的規定其實不只保護了著作人之名譽，更是透過禁止歪曲、竄改之規定讓原作者能夠掌控大眾對於其著作所傳遞的訊息的詮釋³⁴²。然而，著作一旦置於公眾可取得的狀態，原作者總是不可避免地會喪失對於文本的部分控制權，因為這正是文本流通的代價，著作權法的目的也並非在保障原著作人所欲傳遞之觀點的正確或完整性³⁴³。如果考慮到通俗文化中有許多觀點應該能夠被其他人提出而加以辯駁，而同人小說所帶來的不同詮釋

³⁴⁰ 盧美慈，前揭註 5，頁 54-55。

³⁴¹ 日本著作權法第 20 條第 1 項對於著作人格權之保護偏向我國修法前之「同一性保持權」，並不以致損害著作人之名譽為要件，該條規定原文如下：「著作者は、その著作物及びその題号の同一性を保持する権利を有し、その意に反してこれらの変更、切除その他の改変を受けないものとする。」

³⁴² Tushnet, *supra* note 243, at 160.

³⁴³ *Id.* at 168.

能夠豐富社會文化，則禁止不當變更權的適用應更加審慎，使著作權人不能藉此限制對於文本的詮釋。因此對於大多數的同人小說創作者，應該能肯認其行為不致侵害著作人之禁止不當變更權。

同人小說與著作財產權方面，本文主要針對重製權與改作權為討論，惟亦不否認同人小說可能侵害其他種類之著作財產權。一般而言，同人小說利用原著作當中的人物另行創作新的劇情時，除非是對於該角色的性格、經歷或其他特質有大幅度的改動，或是僅提及角色姓名，則不論原著作當中的角色是用文字描寫的人物或具有圖像外觀之人物，原則上依據美國實務所發展出之抽象測試法判斷，同人小說當中的人物很有可能與原著作中之人物達到實質近似而構成重製權侵害。另外，當同人小說創作者以他人之角色為基礎另外加入自身創作之劇情時，原則上已該當著作權法中所規定之改作行為，因此亦會構成改作權之侵害。此際應留意的是重製權侵害係就原被告之角色而論，改作權侵害則係就兩者之著作整體而言，實不宜混為一談。誠然侵害重製權與改作權侵害並非沒有例外，然而，典型的同人小說，基於這些創作者本身對於遵守原著作人物設定的堅持，確實是有極高機率會構成重製權與改作權侵害。因此，除非同人創作者能夠主張其行為符合著作權法第 44 條至第 65 條所規定之合理使用情形而不構成著作財產權之侵害，否則著作權人可向同人創作者主張著作權法第 88 條³⁴⁴規定之損害賠償，同人創作者甚至可能必須負著作權法第 91 條³⁴⁵、92 條³⁴⁶所規定之刑事責任，故有學者認為，合理使用之規定可能是同人創作者最重要的避風港³⁴⁷，以下第四章即就同人小說是否可能構成合理使用為進一步討論。

³⁴⁴ 著作權法第 88 條規定原文如下：「(第一項)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。數人共同不法侵害者，連帶負賠償責任。(第二項)前項損害賠償，被害人得依下列規定擇一請求：一、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。二、請求侵害人因侵害行為所得之利益。但侵害人不能證明其成本或必要費用時，以其侵害行為所得之全部收入，為其所得利益。(第三項)依前項規定，如被害人不易證明其實際損害額，得請求法院依侵害情節，在新臺幣一萬元以上一百萬元以下酌定賠償額。如損害行為屬故意且情節重大者，賠償額得增至新臺幣五百萬元。」

³⁴⁵ 著作權法第 91 條規定原文如下：「(第一項)擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權者，處三年以下有期徒刑、拘役，或科或併科新臺幣七十五萬元以下罰金。(第二項)意圖銷售或出租而擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣二十萬元以上二百萬元以下罰金。(第三項)以重製於光碟之方法犯前項之罪者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣五十萬元以上五百萬元以下罰金。(第四項)著作僅供個人參考或合理使用者，不構成著作權侵害。」

³⁴⁶ 著作權法第 92 條規定原文如下：「擅自以公開口述、公開播送、公開上映、公開演出、公開傳輸、公開展示、改作、編輯、出租之方法侵害他人之著作財產權者，處三年以下有期徒刑、拘役、或科或併科新臺幣七十五萬元以下罰金。」

³⁴⁷ Stendell, *supra* note 20, at 1572-73.



第四章 同人小說與合理使用

第一節 合理使用規定之目的與法律性質

我國著作權法第 44 條至第 66 條規定著作財產權之限制，即一般所稱之合理使用規定。其中，第 44 條至第 64 條係個別規定，列舉出為國家機關運作、為教育或學術研究、為保存文化及提升藝文、為資訊自由流通及個人非營利使用等等之目的而得為合理使用之類型。第 65 條則屬合理使用之概括規定，同條第 2 項明定合理使用應斟酌 4 款基準，並考量其他情狀為判斷依據。第 66 條則規定合理使用對於著作人格權並無影響，即縱為合理使用，仍不得侵害他人之公開發表權、姓名表示權與禁止不當變更權³⁴⁸。

合理使用規定之目的主要係出於公共利益之考量³⁴⁹，即著作權法雖賦予著作人獨占的經濟利益與人格利益保護，然而為了達到促進國家文化發展之最終目的³⁵⁰，著作人之權利有必要與社會公共之利益相平衡，而允許他人一定範圍內可以不用經過著作權人之同意使用其著作。我國憲法第 11 條賦予人民的言論、講學、著作及出版自由，此種基本權利透過著作權法中合理使用的規定獲得了保障；另外，考量到著作人之著作多少係利用社會或其他人的既有著作而產生，允許他人利用其著作也係一種重要之平衡方法³⁵¹。

關於合理使用規定在法律上的地位，即合理使用規定在訴訟上之效果，一般分為四說：權利限制說、侵權阻卻說、使用者特權（privilege）說與使用者權利說。權利限制說將合理使用視為一種對於著作權之限制，因此，在合理使用之範圍內，著作人並無著作財產權，一旦他人利用著作之行為符合合理使用之規定，就當然不構成著作權之侵害。我國學者從法律體系上³⁵²及著作權法第 65 條第 1 項規定³⁵³文義解釋，多認為合理使用具有限制著作財產權之性質³⁵⁴。侵權阻卻說則認為合理使用是著作權侵害之阻卻違法事由，即合理使用之行為本質上已構成著作權之侵害，但因法律之規定使

³⁴⁸ 羅明通，前揭註 292，頁 146。

³⁴⁹ 同前註，頁 145-46。

³⁵⁰ 著作權法第 1 條規定如下：「為保障著作人著作權益，調和社會公共利益，促進國家文化發展，特制定本法。本法未規定者，適用其他法律之規定。」

³⁵¹ 羅明通，前揭註 292，頁 146。

³⁵² 著作權法第 4 節第 4 款標題：著作權財產權之限制。

³⁵³ 著作權法第 65 條第 1 項規定如下：「著作之合理使用，不構成著作財產權之侵害。」

³⁵⁴ 參見謝銘洋，前揭註 154，頁 241；章忠信，前揭註 170，頁 171。

該行為不受處罰，我國實務上多採此說³⁵⁵，例如智慧財產法院 98 年度民著訴字第 8 號民事判決謂：「合理使用之法律性質，有權利限制說、侵權阻卻說及使用者權利說。從學理上觀之，合理使用雖為著作權法所承認之著作權限制，然從權利發生之基礎、合理使用之外在表徵、內在意涵及權利實現等面向，均無法認定合理使用之保護強度到達『權利』之程度，是以合理使用僅屬著作權法上所賦予之一般法律利益。另從法律的經濟分析及法院判決實務之實證角度觀之，採使用者權利說之相關成本較高，故以侵權阻卻說為宜。從而，對於合理使用給予『利益式保護』即為已足，並無承認『合理使用權利』之必要。準此，被訴侵權之利用著作之人得於訴訟審理中為合理使用之抗辯，若符合合理使用之要件，則能免除侵害著作權之責任，具有阻卻違法事由之性質。」因此在我國實務上，多係以使用者之行為已構成著作權侵害為前提，始有適用合理使用規定阻卻違法之餘地³⁵⁶。至於使用者特權說主要係美國聯邦法院所採，此說認為合理使用係使用著作人之抗辯特權，因而不需要得到著作權人之同意，在我國實務係屬少數說³⁵⁷。最後，使用者權利說則認為，合理使用是著作人以外之人依法享有無須著作人同意即可利用著作之權利，利用人因此取得積極之權能，得向著作人為主動之請求，此說多為外國學者所採³⁵⁸。

創作同人小說之行為在我國可否該當合理使用，必須視其是否符合著作權法第 44 條至第 65 條之規定而定。同人小說通常係為個人非營利之目的而使用他人著作，則依據著作權法第 51 條之規定，個人為非營利之目的重製他人之著作，必須是利用圖書館或是非供公眾使用之機器進行重製，且須在「合理範圍內」為之。另依同法第 63 條第 2 項之規定，於符合第 51 條規定之情況下，亦可對他人著作為改作。據此，同人小說創作者重製及改作他人著作之行為是否屬於合理使用，其主要的問題點即在「合理範圍」之認定，此項認定之基準學說上認為須參考著作權法第 65 條第 2 項之規定，考量著作的性質、利用之數量等具體情形而定³⁵⁹。不過，縱然認定同人小說無法該當前述合理使用之個別規定，仍可援引著作權法第 65 條第 2 項之規定主張合理使用，蓋第 65 條之規定係屬獨立之合理使用規定，並非僅作為第 44 條至第 63 條規定之補充條文而已³⁶⁰。經濟部智慧財產局 92 年 5 月 28 日的電子郵件 920528 號函令中提及：「您所詢公司員工用公司之影印機影印他人著作供個人使用，並無營利行為，因該等設備非屬『非供公眾使用之機器』，雖無法依本法第五十一條之規定主張合理使用，惟如該『重

³⁵⁵ 羅明通，前揭註 292，頁 150。

³⁵⁶ 學者羅明通認為，我國實務上法院在審理著作權侵害之案件時通常依職權審查被告之行為是否構成合理使用，而不待被告之抗辯，因此實際上應係採「阻卻構成要件」，而非僅阻卻違法而已。同前註。

³⁵⁷ 同前註。

³⁵⁸ 同前註，頁 151。

³⁵⁹ 謝銘洋，前揭註 154，頁 255；蕭雄淋，前揭註 279，頁 172。

³⁶⁰ 羅明通，前揭註 292，頁 254。

製』符合本法第六十五條（合理使用概括條文）第二項各款所列之判斷標準時，應仍有得依該條規定主張合理使用之空間。」即係肯定著作權法第 65 條之規定可以獨立適用。

第二節 著作權法第 65 條合理使用規定之判斷基準

我國著作權法第 65 條第 2 項規定之內容本是移植美國著作權法第 107 條³⁶¹而來，因此我國實務在為合理使用之判斷時，便時常引用美國法院之見解做為參考³⁶²。由於我國實務上尚未出現針對「同人小說可否構成合理使用」一事所為之判決，因此以下即先就美國法院判決與學者對於合理使用及同人小說之相關闡釋，檢視同人小說在我國著作權法第 65 條第 2 項的各款判斷基準下有無構成合理使用之可能。

第一款 利用之目的及性質，包括係為商業目的或非營利教育目的

第一項 轉化性使用（transformative use）

關於轉化性使用最著名的判決是 1994 年美國聯邦最高法院的 *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.* 一案³⁶³（以下簡稱 *Campbell* 案），該案中法院提到，本項合理使用基準之判斷重點在於區辨在後的著作是否僅是重述了原著作的主題，抑或是以不同於原作的其他目的，在後來的著作中加入新的元素，使原先之著作轉變而呈現出新的表達、意義或訊息，換言之，即是判斷新的著作是否具有「轉化性」（transformative）³⁶⁴。此種概念亦被稱為生產性使用（productive use），即以他人著作為基礎再度創作，並提供具有社會價值的新的創意；相反地，如果僅是單純重製使用（reproductive use），並未增添對社會有價值的創作成分，則該利用行為成立合理使用的可能性就會降低³⁶⁵。在 *Campbell* 案中，法院認為被告之作品在某程度上評論或批評了原告之著作內容，屬於具有轉化性質的仿諷著作，但是最高法院也強調，仿諷著作並不代表必然可以構成合理使用，而是必須在個案中斟酌考量其他基準之

³⁶¹ 17 U.S.C. § 107 (2012). 該條規定原文如下：“Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include—(1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes; (2) the nature of the copyrighted work; (3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and (4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work. The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors.”

³⁶² 蘇郁雅，「我國合理使用判斷基準之實證研究分析」，智慧財產評論，第 10 卷第 2 期，頁 220(2012)。

³⁶³ *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994).

³⁶⁴ *Id.* at 579.

³⁶⁵ 許忠信，前揭註 296，頁 187。

後才能判斷³⁶⁶。不過，具有轉化性確實比較有利合理使用之認定，因為轉化性符合美國著作權法促進科學與藝術進步的立法目的，是應該受到保護的一種使用行為³⁶⁷。值得注意的是，轉化性在個案當中有時並非單純的有或無之判斷，而是程度上的問題，轉化性的程度越高，對於社會所提供的利益就越高，合理使用成立的可能性也就越高³⁶⁸。除此之外，轉化性使用也經常與其他合理使用之判斷基準相關。通常轉化性的程度越高，其他判斷合理使用之因素，例如商業性的使用目的，對於整體判斷上的影響就越小³⁶⁹。而轉化性與合理使用的第四款判斷基準即對於原作市場之影響之間具有反向關係，即轉化程度越高，對於原作市場之傷害就越低³⁷⁰，因為轉化後的新著作與原著作係針對對不同客群，在市場上新著作並無取代原著作之作用，也不會因此減損原著作之銷售數量。

同人小說由於內容各異其趣，因此在轉化性的判斷上難以一概而論，不過，通常具有仿諷 (parody)³⁷¹ 性質的同人小說對於合理使用的成立是較為有利的，例如 *Suntrust Bank v. Houghton Mifflin Company*³⁷² 案 (以下簡稱 *Suntrust Bank* 案)。本案事實係美籍非裔作家艾莉絲·蘭道 (Alice Randall) 寫了一本名為《風逝》(The Wind Done Gone) 的小說，該小說內容模仿 1936 年瑪格麗特·米契爾 (Margaret Mitchell) 出版的暢銷著作《飄》(Gone with the Wind) 當中的人物、場景、劇情與對白等等，但是改由一位的奴隸觀點描寫相同的故事，並賦予原作中的黑人角色高尚的特質，艾莉絲·蘭道宣稱其這麼做是為了批評《飄》當中對於美國奴隸制度與南北戰爭的描寫。嗣後《飄》的著作權受託者太陽信託銀行 (Suntrust Bank) 遂對《風逝》的出版商霍頓米夫林公司 (Houghton Mifflin Company) 提起訴訟，請求法院發布禁制令要求被告停止出版及散布《風逝》一書³⁷³。喬治亞州北區地方法院應允原告主張而發布了初期禁制令 (preliminary injunction)，被告則提起上訴。審理本案的第十一巡迴上訴法院認為，被告取用原告著作的某些要素，是為了對原著作為批評與評論，而且《風逝》一書內容係特別針對《飄》當中對於奴隸、黑人與白人之間關係的描寫為批評，因此屬於仿諷著作，而非單純的戲諷 (satire) 著作³⁷⁴。儘管被告出版《風

³⁶⁶ Campbell, 510 U.S. at 582-83.

³⁶⁷ *Id.* at 581.

³⁶⁸ SCHECHTER & THOMAS, *supra* note 159, at 444.

³⁶⁹ Campbell, 510 U.S. at 580.

³⁷⁰ *Id.* at 593-94.

³⁷¹ 就法律上的意義而言，仿諷 (parody，也有譯為戲謔仿作、戲仿或嘲諷性模仿) 通常指利用他人著作而嘲諷、批評該著作本身的新創作；相對地，嘲諷 (satire，又譯為戲謔諷作、戲諷或諷刺性模仿) 則是指運用他人著作，諷刺或評論原著作以外的政治、社會等事件之創作。後者因為使用他人著作之必要性較低，所以合理使用的判斷上較為不利。參見林利芝，前揭註 254，頁 255。*Id.* at 580.

³⁷² *Suntrust Bank v. Houghton Mifflin Co.*, 268 F.3d 1257 (11th Cir. 2001).

³⁷³ *Id.* at 1259.

³⁷⁴ *Id.* at 1269.

逝》是為了營利目的，但是該書內容擁有原作所無的新的觀點與意涵，因而被認為具備高度轉化性，淡化了其他因素對於合理使用判斷上之影響³⁷⁵。最終在衡量了合理使用的各項判斷基準之後，巡迴上訴法院認為被告的著作可以構成合理使用，因而將案件廢棄並發回地方法院。

美國學者 Chander 和 Sunder 認為，除了仿諷性質的同人小說外，實際上許多同人小說都可以被視為對於原作的評論或批評，因為他們強化了在原作中往往被忽略的社會邊緣族群的聲音，或者是刻板印象下的某些作為與不作為，並且挑戰在原作中被視為正統的社會關係。這類同人小說的典型例子是描寫同性羅曼史或者是將類似於自身之原創人物加入故事的「瑪莉蘇」類型同人小說，這些同人小說所描寫的內容可以說是對於原作中的種族、性別與社會階級方面都產生了衝擊，並藉此激發其他讀者思考另一種可能性³⁷⁶。以同性相戀的小說為例，創作者藉由描寫同性者之間的戀愛關係，突破了傳統性別角色而能讓讀者重新思考自身在性別與社會關係上的定位，不少女性創作者係將自己投射於故事中的男性角色上並藉此傳達或實現自身所信奉的價值觀。無論對於讀者與創作者而言，這種自我賦權效果某程度上已經轉變了原著作所欲傳達的意念或訊息，因此可以被認為是具有轉化性的創作。學者 Tushnet 也認為，轉化性的認定並不一定限於對於原作有所評論，如果某人改編一個故事，使之對於自己有了新的意義並以此作為詮釋外界的手段，也應該被認為具有轉化性，就此觀點而言，同人小說可謂是以各種不同的方式轉化了原作³⁷⁷。相較於為了娛樂消遣之目的而購買著作，同人創作者積極地以他人著作作為提出特定論述或表達想像的基石，這樣的表現應被認為是具有轉化性目的之利用行為³⁷⁸。另外，學者 Fisher 則提出如同同人小說這般對於大量生產的文化產物所為的改變，應該被寬容對待，因為這類創作行為彰顯並且促進了「符號民主³⁷⁹」(semiotic democracy)，將形塑文化意義之權力下放³⁸⁰，故其認為儘管轉化性的認定上實務通常著重於原被告著作之間的關係，但在同人小說的情況，轉化性之認定應以被告的創作過程為焦點³⁸¹。這些論述固然為不少同人小說提供了利用他人著作正當性基礎，然而，這樣的論述內容並非全無疑慮：第一，學者認為描寫同性相戀的同人小說具有突顯原作

³⁷⁵ *Id.* at 1272.

³⁷⁶ Chander & Sunder, *supra* note 24, at 613.

³⁷⁷ Rebecca Tushnet, *User-Generated Discontent: Transformation in Practice*, 31 COLUM. J.L. & ARTS 497, 503-04 (2008).

³⁷⁸ *Id.* at 506.

³⁷⁹ 傳播學者約翰·費斯克 (John Fiske) 所提出的概念，意指商品的意義非取決於其生產或發佈過程，而是在其被消費的過程中由觀眾所製造，換言之，消費者可以不受生產者意圖之拘束而成為文化符號的創造者。參見林于鈴，現代消費者的領悟與反思，嶺南大學文化研究期刊：http://www.ln.edu.hk/mcsln/13th_issue/feature_03.shtml (最後點閱時間：2013年6月2日)。

³⁸⁰ William W. Fisher III, *The Implications for Law of User Innovation*, 94 MINN. L. REV. 1417, 1460 (2010).

³⁸¹ *Id.* at 1474-75.

當中被忽略的社會少數族群—同性戀族群—的作用。但是，多數描寫同性間情感關係的同人小說與同志文學有著顯著不同，這類同人小說是女性對於男性或男同志的幻想產物，與現實世界的男同性戀者並無關係，且其所預設之讀者群亦為異性戀讀者³⁸²。由於這類同人小說內容描寫的多是女性作者的理想化情感關係，現實生活中是否存在這樣的關係便是有疑問的，更遑論所謂將這類社會邊緣情況提出，使之浮上檯面云云。甚至也有些論者質疑，創作者或許僅是藉由另一個男性角色再製了傳統性別的刻板印象，並未能真正突破僵化的生理、社會性別與外貌舉止間對應的關係，因此學者的主張很可能只是一種虛擬的理想狀態³⁸³。第二，儘管有部分的同人小說可以被認為是具有批判目的的仿諷著作，或者因為其所展現的自我賦權作用而在合理使用的主張上佔有優勢，然而不可否認的是仍有許多同人小說並未具有明顯地評論或批評原著作的功能，同人創作者的動機毋寧是在不違背原作故事架構的情況下填補原作當中的空白部分，或以自己喜愛的方式重新改寫故事，這種純粹娛樂之目的在實務上是否會被認定為具有轉化性？若不具有轉化性，其又將如何被評價？將會是另一個問題。

第二項 商業性與非商業性使用

美國聯邦最高法院曾在 *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.* 案³⁸⁴（以下簡稱 *Sony* 案）當中曾經表示商業性使用會被推定為對於著作人權益不合理的剝削，並可以推定會對於著作權人之潛在市場造成傷害³⁸⁵。在此案之後，不少下級法院都以商業使用作為否定合理使用成立之理由，而忽略了其他因素之考量。一直到 1994 年的 *Campbell* 案中最高法院重新解釋 *Sony* 案的判決，認為該判決所指的是商業出版行為對於合理使用之成立較不有利，但也僅只於此，因為還要考量到其他因素之影響，單純商業性並不能就此阻卻合理使用之成立³⁸⁶。如果強調商業性質可以推定不成立合理使用影響，那麼新聞報導、書評、教學、研究這類直覺上被認為是合理使用的行為也會落入這個範圍中而無法構成合理使用，因為他們的出發點經常是營利目的³⁸⁷。換言之，法律條文所明定的商業或非營利教育目的只是考量的要素之一，並非唯一的決定性基準。另一方面，即便是為了非營利或非商業之目的而使用他人著作，亦不能就此認定可以構成合理使用，因為從美國國會的立法過程可

³⁸² 實際上，在同性相戀（slash）的故事中，創作者仍經常預設男性角色是異性戀而非同性戀。參見 Matt Hills 著，前揭註 79，頁 164；李佩珊，前揭註 97，頁 21。

³⁸³ 張詩芸，前揭註 114，頁 37。

³⁸⁴ *Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 104 S.Ct. 774, 78 L.Ed.2d 574 (1984).

³⁸⁵ 464 U.S. at 452.

³⁸⁶ *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 585 (1994).

³⁸⁷ *Id.* at 584.

以知道國會並未接受將非營利使用作為推定合理使用成立之基準³⁸⁸。我國最高法院亦採取類似 *Campbell* 案之見解，其於 94 年度臺上字第 7127 號刑事判決謂：「著作權法第 65 條第 2 項第 1 款所謂『利用之目的及性質，包括係為商業目的或非營利教育目的』，應以著作權法第一條所規定之立法精神解析其使用目的，而非單純二分為商業及非營利（或教育目的），以符合著作權之立法宗旨。申言之，如果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，則即使其使用目的非屬於教育目的，亦應予以正面之評價；反之，若其使用目的及性質，對於社會公益或國家文化發展毫無助益，即使使用者並未以之作為營利之手段，亦因該重製行為並未有利於其他更重要之利益，以致於必須犧牲著作財產權人之利益去容許該重製行為，而應給予負面之評價。」此顯示最高法院肯定商業或非商業性並不是影響合理使用判斷的主要因素，法院在個案中仍須依據事實的各種情況為綜合衡量後決定，而不應斷然以此因素為單一的判斷標準。

商業性使用常被認為與對原作市場的傷害有關，即他人利用著作行為的商業性程度越低，對於原著作的市場傷害也就越低³⁸⁹。但是美國最高法院曾經在 *Sony* 案中指出：非商業性的使用目的仍可能對於著作權人之潛在市場造成損害³⁹⁰。嚴格來說，商業性程度的高低與原作市場傷害未必有正相關，因為商業性的認定係究使用人本身之行為而定，至於市場傷害則要視使用人之行為所帶來的影響才能判斷。在行為與該行為之結果間尚包含諸多影響因素，例如使用原著作量的多寡、原著作市場的認定等等，故難以將其因果關係一概而論。若使用他人著作的某些部份，但是未因此減損原作的銷量，或是剝奪原作者創作衍生著作之可能性，那麼便難謂對於原作市場有何損害。換言之，利用他人著作營利，且不影響原作市場，這樣的情況也非不可能存在，只是在這類情況下，如允許使用人可以無償利用他人著作，對於著作權人的獨佔權利會是一種不公平的作用，故商業性使用才會被認為是不利於合理使用成立之因素³⁹¹。若謂商業性使用較有可能造成原作市場傷害，還不如僅就原作市場判斷有無傷害即可。因此，商業性的使用目的與市場傷害應該要分開考量，而不能僅以商業性使用即認定會對於著作人之市場造成損害，否則係忽略了法律明定合理使用四款判斷基準的意義，因而在個案之中商業性與市場傷害仍需要分別詳加論述，不宜相互推定。

商業目的與非商業目的之判斷有時並非易事，營利機構有時亦可能參與公益活

³⁸⁸ 許忠信，前揭註 296，頁 187。

³⁸⁹ Hetcher, *supra* note 28, at 1903; 羅明通，前揭註 292，頁 259。

³⁹⁰ *Sony*, 464 U.S. at 450.

³⁹¹ 羅明通，前揭註 292，頁 259。

動，反之非營利機構亦可能從事商業或營利行為，因此，此性質之判斷必須就利用行為本身之目的來觀察，而不能以利用之單位或機構性質遽為論斷³⁹²。在 *Harper & Row Publisher, Inc. v. Nation Enterprises*³⁹³（以下簡稱 *Harper & Row*）一案中美國最高法院曾表示：營利與非營利區別的關鍵並非在於使用的目的是否僅為金錢收入，而是使用者是否藉由利用受著作權所保護之素材獲益，卻未付出相應的代價³⁹⁴。若由從立法目的之層面考量，商業性之利用行為之所以應被特別考量，係因若允許他人在未付出任何精神或物質上之代價的情況下得以任意利用著作權人之創意獲益，對於著作權人的權益將是一種不公平的剝削，很有可能會減損著作權人的創作動機。因此，所謂商業性固然不以利用者實際獲取利潤為必要，然有時節省本應支出之花費亦可能被認為是商業性使用，例如在 *A&M Record, Inc. v. Napster, Inc.*³⁹⁵一案中，第九巡迴上訴法院就認為下載音樂供自用而未出售，仍屬商業性使用³⁹⁶。實際上，隨著利用型態與目的的複雜化，商業性或非商業性使用之區別並非涇渭分明，因為基於營利目的而使用他人著作的行為有時也兼具有公益目的，例如具有營利性質之報社、雜誌社，其報導或評論對於社會整體之利益亦有一定之貢獻；而有時看似非直接營利之行為卻有藉由利用他人著作間接獲益之可能，例如以他人著作內容作為宣傳自己商品之用途，此際應如何判斷其利用性質不無疑問。而我國實務上在面對使用他人著作從事有償行為，或是做為間接獲利之手段時，有時會認定其係商業目的之行為，有時卻又會以營利非利用人之主要目的而認屬非商業性之行為³⁹⁷。因此，在判斷商業或非商業性使用時，或可謂兩者有時只是程度的差別，而非可截然二分之區別，如同美國第二巡迴上訴法院在 *Maxton-Graham v. Burtchaell*³⁹⁸一案中解釋道：「在解讀著作權法第 107 條第一款之內容時，我們不認為有必要將利用行為做『商業使用』或是『非營利使用』的兩極化分類。倘若如此，則合理使用制度勢必早已消滅，因為幾乎所有出版或發表都可推定係為了營利而運作。對於使用行為的商業性判斷，並非是商業性之有無的絕對性問題，而是一種程度上的判斷。³⁹⁹」如此見解對於個案中區分商業與非商業性的困難不啻提供了較好的解決之道。

同人小說創作者的利用他人著作創作的動機不一，但是多數學者皆認為同人小

³⁹² 許忠信，前揭註 296，頁 187。

³⁹³ *Harper & Row Publisher, Inc. v. Nation Enters.*, 471 U.S. 539, 105 S.Ct. 2218 (1985).

³⁹⁴ 471 U.S. at 562.

³⁹⁵ *A&M Record, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001).

³⁹⁶ 羅明通，前揭註 292，頁 259。

³⁹⁷ 黃炫中，合理使用原則之探討—以我國實務判決為主軸，中興大學科技法律研究所碩士論文，頁 165-69（2009）。

³⁹⁸ *Maxton-Graham v. Burtchaell*, 803 F.2d 1253 (2d Cir. 1986).

³⁹⁹ *Id.* at 1256.

說的創作是一種非商業性，或謂商業性程度較低之行為⁴⁰⁰。同人小說可以說是非商業性的利用行為，因為同人小說作者的創作動機係出於內心對於原作的強烈熱情或表達自我的渴望而使用他人著作做為表現的素材⁴⁰¹，其將自己的作品置於網路供人瀏覽，係為了與其他人分享、交流而非為了獲取利潤；而他們的讀者通常也不需要付出任何金錢代價，就可以免費接觸到網路上的同人小說。國內針對同人創作者所為的實證研究顯示，許多同人創作者創作的初衷在於藉由創作來實現自己的想法、傳達其理想或者是將自己對於特定角色的情感表現出來傳播出去，期望找到相同的愛好者⁴⁰²，在網路同人創作者與讀者之間，並沒有實際金錢的流動往來，有的僅是一種情感面的分享與互動關係。這點從許多免責宣言的內容也可以看出來，同人小說的創作者並不認為自己擁有角色的著作權，更未因使用他人著作而獲得任何經濟利益⁴⁰³。至於印製或出版同人誌這類可能會被認為是具有商業性的利用行為，倒不是同人小說創作者的首要目標，因為對於創作者而言，其通常是創作累積到一定量的時候，才會考慮將作品集結成冊而出版；而即便沒有出版同人誌，也不會影響創作者持續在網路論壇或部落格等地發表自己創作的行為⁴⁰⁴。至於出版同人誌的原因，可以說是出於一種混合動機，包含了情感上的因素與金錢上的因素：同人小說的創作者一方面希望藉由出版同人誌享受將數位創作實體化的過程與成就感，另一方面也渴望藉由與他人分享創作而獲得實質、直接的金錢回饋。儘管金錢也是影響同人小說創作者的因素之一，但實證研究也指出，多數的同人創作者都未曾期望藉由出版同人誌而獲利，即便是實際出版同人誌的創作者，也大多未仔細計算成本與收入，對於有無獲利一點較為隨意；真正詳細計算利潤的同人創作者只占非常少數⁴⁰⁵。在台灣，甚至有不少年輕的同人創作者係以獲取金錢收入做為擋箭牌，以免父母認為他們在做毫無意義及浪費時間的事⁴⁰⁶。

從一般人的角度而言，若能以自己的興趣及擅長之方式作為牟利生財的工具，何樂而不為？然而擁有這樣想法的人在同人創作者中只占少數，不論國內或國外的研究均指出，同人創作的社群內存在著反對商業化的氛圍⁴⁰⁷，有許多同人創作者擔憂原本以興趣和交流為導向的同人誌文化受到資本主義社會的利益導向思考影響，將會使創作者失去原本的初衷—對於原始文本的狂熱與喜愛，而過度追求商業利潤

⁴⁰⁰ Stendell, *supra* note 20, at 1567.

⁴⁰¹ Liu, *supra* note 89, at 532-33.

⁴⁰² 李佩珊，前揭註 97，頁 51-55。

⁴⁰³ McCardle, *supra* note 66, at 451-52.

⁴⁰⁴ 李佩珊，前揭註 97，頁 49。

⁴⁰⁵ 參見李佩珊，前揭註 97，頁 67。

⁴⁰⁶ 張詩芸，前揭註 114，頁 150。

⁴⁰⁷ 同前註，頁 150-52。Hetcher, *supra* note 28, at 1886.

很有可能對於同人創作的文化造成負面效果，例如創作品質下降或增加被訴風險⁴⁰⁸，因此多數同人創作者都對於商業化的心態抱持著不以為然的態度⁴⁰⁹。另一方面，若觀察同人創作的社群，可以發覺有部分創作者係藉由同人誌來增加自己在原作的迷之間的人氣，嗣後便與商業出版社合作轉型為內容完全自創的作者或是自行開設出版社，而未繼續透過同人創作獲利⁴¹⁰。這樣的現象或許可以說明縱使存在著商業化的利用目的，也是相當少數，在同人創作的社群之中，追求商業利潤者最終很有可能選擇採取有別於同人小說之創作方式達到其目標。因此，在合理使用的判斷上，確實可以說同人小說是一種商業色彩較淡的利用型態。儘管由於歷來非商業使用之實務案例不多見，因而不能確定法院對於同人小說的評價，但是相較於商業使用對於合理使用成立的不利影響，同人小說的非商業性或商業性質淡薄這一點在合理使用之判斷上或許應該被重視，而成為有利同人小說的因素⁴¹¹。

第三項 其他利用目的與性質

許多同人創作者的創作動機可能是出於娛樂目的，但非仿諷性質的同人小說如果僅具有娛樂之目的，可能不足以正當化其利用行為，以 *Castle Rock Entertainment, Inc. v. Carol Publishing Group, Inc.*⁴¹²（以下簡稱 *Castle Rock* 案）一案為例，該案被告出版了一本問答集，內容在考驗讀者對於美國國家廣播公司推出的情境喜劇《歡樂單身派對》（*Seinfeld*）的了解程度，所有的問題以及解答都是出自《歡樂單身派對》在電視上播出的劇情，且有不少問答包含了該電視劇當中的對話。第二巡迴上訴法院認為該問答集不能構成合理使用，並仰賴轉化性之不存在作為其論理之主要依據。在使用的目的與性質此一考量因素的判斷上，法院認為被告著作中幾乎沒有轉化性目的存在，因為該問答集幾乎是直接引用了電視劇的內容而沒有加入新的創意元素，也不具有教育、評論或仿諷之目的，不如說是僅以不同方式來呈現原電視劇的內容達到娛樂觀眾的目的⁴¹³。若與 *Warner Brothers Entertainment Inc. v. RDR Books*⁴¹⁴ 一案相較，在後之案件中被告欲出版「哈利波特辭典」作為指引哈利波特系列小說讀者的參考書，然不同於 *Castle Rock* 案判決法院認為電視劇與問答集具有一樣的娛樂消遣目的，在本案中，法院則認為被告的辭典並非娛樂，而是有作為參考指南或索引的目的，而羅琳的原著小說宗旨在於娛樂及啟蒙，因此辭典在其目的上

⁴⁰⁸ 盧姿霽，同人誌販售會之行銷模式探討，中國文化大學新聞學系碩士論文，頁 57（2012）。

⁴⁰⁹ 張詩芸，前揭註 114，頁 150-52；李佩珊，前揭註 97，頁 67。

⁴¹⁰ 張詩芸，前揭註 114，頁 146-47。

⁴¹¹ Steven Hetcher, *The Kids Are Alright: Applying a Fault Liability Standard to Amateur Digital Remix*, 62 FLA. L. REV. 1275, 1309 (2010).

⁴¹² *Castle Rock Entm't, Inc. v. Carol Publ'g Grp., Inc.*, 955 F.Supp. 260 (S.D.N.Y. 1997), aff'd, 150 F.3d 132 (2d Cir. 1998).

⁴¹³ 150 F.3d at 142-43.

⁴¹⁴ *Warner Bros. Entm't Inc. v. RDR Books*, 575 F.Supp.2d 513 (S.D.N.Y. 2008).

具有轉化性⁴¹⁵。從這兩個案件中可以看出法院並不認為單純娛樂之目的可以成為有利使用者的因素，重點仍在於被告之利用有無轉化之性質。因此在同人小說的情況，若系爭小說的創作目的只是在娛樂讀者，而無法被解釋為具有其他轉化性之目的，則在合理使用之第一判斷基準上將對被告較為不利。不過，如果系爭同人小說不全是休閒、消遣性質，尚有提供讀者不一樣的敘事觀點或顛覆原作，並促使人們思考、鼓勵更多觀點產生之作用，則這些額外的使用目的或許將成為有利合理使用成立的因素。

除此之外，也有部分論者主張同人小說可以說是具有重要的「教育」價值而有利於合理使用成立⁴¹⁶。美國著作權法第 107 條前段例示的合理使用類型包括基於教學 (teaching) 或學術 (scholarship) 目的使用他人著作，而我國著作權法第 46 條雖然亦有為教學目的而得以使用他人著作之規定，惟其主體限定於依法設立之學校及擔任教學之人，故同人小說的創作者無法適用該條規定，而必須從其他條文或第 65 條之概括規定中尋求合理使用之依據。過去國內研究曾經指出許多同人創作者認為這類創作可以促進創作者或其他讀者自我學習的動機⁴¹⁷，因為創作者可以藉由將其才能展現於同好間而獲得推崇，並產生對於自身具有意義的愉悅經驗。學者陳箏繡指出同人創作的模仿與挪用正是次文化中的主要學習途徑，這種臨摹或抄襲的方法並未阻礙創作者的創意表達能力，反而能使創作者逐步習取一些較複雜的表現技巧與相關基礎知識，並透過個人對於原始著作的理解與想像結合，呈現出豐富而獨特的創意，而同人創作的環境無疑提供了這些有志之人自我訓練並邁向專業人士的機會⁴¹⁸。由於這類創作的起源是出於創作者自身的興趣，自動自發所為，與學校的系統式教學有所不同，故對於創作者本身而言是一種較沒有壓力而且自由的學習環境，其所學習到的知識帶給創作者的意義也較為深遠。雖然有學者指出在著作合理使用的判斷上，所謂基於教育目的之使用傳統上多是指教師為了指導學生而複製講義，而非自學的情形，因此這類同人小說具有教育目的之主張在實務上會否被接受尚難斷言⁴¹⁹，然而近年來在我國也有學者開始主張鼓勵與促進學習亦為著作權法之政策目標，或認為個人學習效益的提升可以增進人類整體知識的質量，是促成國家文化發展的重要手段，因而將鼓勵學習作為著作權法的核心價值之一⁴²⁰。在這樣的觀點下，也許不應拘泥過往對於「教育」或「教學」的解釋，並肯認同人小說促進自我學習的作用足以成為影響合理使用的重要因素之一。

⁴¹⁵ *Id.* at 541.

⁴¹⁶ Stendell, *supra* note 20, at 1567; Hetcher, *supra* note 411, at 1309; McCardle, *supra* note 66, at 454.

⁴¹⁷ 許芳瑋，前揭註 84，頁 97。

⁴¹⁸ 陳箏繡，前揭註 99，頁 306。

⁴¹⁹ Stendell, *supra* note 20, at 1567.

⁴²⁰ 李治安，「著作權法中的灰姑娘：利用人地位之探討」，臺大法學論叢，第 41 卷第 3 期，頁 948(2012)。

第二款 著作之性質

以被利用的著作之性質作為合理使用的判斷基準之一，顯示並非所有著作都受到平等之保護，而是有階級之分。一般認為，具有高度創意的虛構作品所受保護比諸事實著作為多，原因在於其所具有的創意成分較接近著作權法所保護的核心，而他人利用這類虛構著作的必要性也比利用事實著作的必要性來得少⁴²¹。所謂受到的保護較多，並非指該等著作之著作權人享有不同於其他著作之著作權人的經濟利益，而是指在他人重製其著作之時，較難以合理使用正當化其侵權行為。除此之外，公眾可取得之系爭著作之程度，即著作在市場上是否便於為使用人所取得，也是考量的因素之一，通常已絕版或難以取得的內容，他人重製之的正當性較充足，唯這並不代表使用已絕版之著作必然可構成合理使用⁴²²。相對於已絕版之著作，尚未出版之著作雖亦難被公眾所取得，但是其在合理使用之判斷上卻是相反。依據聯邦最高法院在 *Harper & Row* 一案之見解，抄襲未出版之著作，相較於已出版者，係影響了著作權人決定何時、何地及以何種方式發表著作之權利，甚至可能損害著作人藉由出版計劃所能獲得之經濟利益，因此較不利成立合理使用；反過來說，如果著作已經出版，或是在市面上廣泛流傳，那麼該著作所受的保護就較少。此項出版與未出版之區別雖對於合理使用之成立具有重要影響，但並非絕對，其他因素仍需一併考量。

過去美國最高法院曾在 *Campbell* 案中明白指出此判斷基準對於涉及仿諷著作之案件，在區別合理使用上並無太大助益，因為這類著作無一例外地會使用公眾所知悉的創意性作品⁴²³，此見解可以適用於具有仿諷性質的同人小說。至於非仿諷性質的同人小說，由於多數創作者都是利用他人的創意性著作為素材⁴²⁴，則此判斷基準可能傾向保障著作權人。不過也有學者主張，既然同人創作的素材多是通俗文化的產物，而這類廣泛流傳的著作因為原作者已經喪失了對於散布著作的控制權，所受的保護較少，則他人的利用行為應被寬容對待⁴²⁵。據此，綜合考量的結果本基準的判斷未必對於同人創作者不利。

第三款 所利用之質量及其在整個著作所占之比例

此基準之判斷原則上必須觀察被告之著作使用了原告著作的哪些部分，通常使用的量占原著作的比例越高，就越難主張合理使用⁴²⁶。例如在 *Walt Disney*

⁴²¹ SCHECHTER & THOMAS, *supra* note 159, at 449.

⁴²² *Id.*

⁴²³ *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 586 (1994).

⁴²⁴ *Hetcher*, *supra* note 28, at 1905.

⁴²⁵ *Tushnet*, *supra* note 22, at 677.

⁴²⁶ 羅明通，前揭註 292，頁 262。

Productions v. Air Pirate 一案當中法院就曾經表示：過度的抄襲、幾乎逐字逐句或是完全字面的抄襲不會被認為是合理使用⁴²⁷。另外，此判斷基準亦與市場替代效果有關，因為在大量使用了他人著作之情況下，新的著作在市場上可能會與原作產生競爭效果，讀者們很有可能因而不再閱讀原作，進而對於原告著作的市場造成損害⁴²⁸。除此之外被告利用的「質」也是法定的判斷基準，具體來說質的判斷便是被告所取用之部分在原告著作整體當中的重要性，代表性判決係聯邦最高法院的 *Harper & Row* 一案，該案中儘管被告只摘錄福特總統約 20 萬字的回憶錄當中的 200 字，但因為該部分係「整個手稿當中最有趣也最動人的部分⁴²⁹」，本質上已是整本書的核心，因此很難被認為是合理使用。

在考量此判斷基準時，法院通常會將合理使用的第一款判斷基準—利用之目的與性質—併納入討論，因為美國最高法院在 *Campbell* 案中曾明確指出，利用的質量應與利用之目的合併考量，即法院必須判斷在系爭目的下，利用行為是否已經超過必要的程度⁴³⁰。一般而言具有仿諷性質的作品為了喚起讀者對於原作的印象而意識到批判意味的存在，必須取用原作較多的部分，否則讀者將很難辨識出其所諷刺之著作；相對的，純粹娛樂或嘲諷（satire）性質之著作取用他人著作的必要性就比較低⁴³¹。例如前述所提及的哈利波特辭典案，法院就認為，為了達到指引讀者之目的，哈利波特辭典必然會使用到原作小說當中大多數的人物或其他角色名稱，但是由於該辭典在未經刪減或修飾的情況下直接使用了原本著作中許多詞句，而超過了作為參考之工具書所必要之程度，因此在第三款基準的判斷上對其較為不利。另外在前述的 *Suntrust Bank* 案中，當法院考量到被告著作利用原告著作的質量時，其表示在這類案件中應特別留意被告為了評論、批評原作的目的而取用原作受保護之部分是否超過了合理使用所允許之程度⁴³²。該案法院認為，仿諷著作需要運用原告的某些部分以喚起讀者的想像，但是即便使用了超過喚起印象所必要的部分，只要使用其他部分是為了提供新的想法或評論，也仍可以構成合理使用⁴³³。由此可知，在利用他人著作之時，比較保險的方式是在利用之目的範圍內盡可能使用的最少的量，才不至於被認為可能損害原著作人之權益。

由於著作權法僅保護具體之表達而不包括思想或觀念，因此在此部分的判斷上，

⁴²⁷ *Walt Disney Productions v. Air Pirate*, 581 F.2d 751, 758 (9th Cir. 1978).

⁴²⁸ SCHECHTER & THOMAS, *supra* note 159, at 449.

⁴²⁹ *Harper & Row Publisher, Inc. v. Nation Enters.*, 471 U.S. 539, 565, 105 S.Ct. 2218, 2233 (1985).

⁴³⁰ *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 586 (1994).

⁴³¹ 林利芝，前揭註 254，頁 263。仿諷與嘲諷之區別，參見前揭註 371。

⁴³² *Suntrust Bank v. Houghton Mifflin Co.*, 268 F.3d 1257, 1265 (11th Cir. 2001).

⁴³³ 268 F.3d at 1273.

所謂的質與量都必須是屬於表達才有可能受到保護⁴³⁴，則在利用他人角色創作之情形，法院即有必要先判斷系爭角色是否受到著作權法之保護，唯有抄襲受保護之角色才是此處所考量者。再者，由於同人小說對於原著角色的利用程度不同，因此在此因素的判斷上較難一概而論，例如某些同人小說的內容是以不同的文字重述幾乎與原作完全相同的人物與事件，但是也有些平行世界的同人小說僅取用了原作當中角色的名稱而未使用其他的設定，或者將原作當中的角色性格扭曲而儼然成為自創角色，惟若結合同人小說使用他人著作之目的加以考量，通常同人小說為了填補原作當中不足之部分，以及為了使其他迷能夠迅速理解、進入自己所創作的劇情中，藉此彰顯對於原作之推崇或自身對於該作品之闡釋，多會使用與原作相同的人物名稱以及對於人物的性格、經歷設定，否則將難以達到其利用之目的，看起來反而比較像是原創小說⁴³⁵。因此，若將合理使用的第一款判斷基準與本因素一併考量，則同人小說的創作者必然會使用原作當中某些對於人物的設定，問題可能在於利用到何種程度時將無法被允許。舉例來說，若同人小說創作者為了接續原作故事中主角的冒險情節，於是憑藉其自身對於原作角色的想像，在未抄襲原作段落的情況下以自己的文字重新描寫該角色身上的部分特質，應尚未超越必要程度；然而若同人小說的創作者將原作當中人物間的對話或對於角色之描寫一字不漏地抄襲，則顯已逾越其使用目的，僅係為避免創作之辛勞而使用他人作品，有違著作權法之目的而不應被允許。值得注意的是，也有論者主張其實有不少同人小說的創作者係利用迷之間對於原作的共同認知，作為省去與原作相關論述之方法，因為既然同人創作者與其標的讀者群均為原作的迷，則通常創作者無須取用太多原作的部分，就可以使讀者喚起對於原作的印象⁴³⁶，在這種情況下，第三判斷基準的審酌結果或許會對於同人創作者較有利。

第四款 利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響

在 *Harper & Row* 案中，美國最高法院曾認為本款「對著作潛在市場或價值的影響」是評估合理使用最重要的審酌基準(the single most important element of fair use)⁴³⁷，此見解並繼而為其他下級法院判決所採納。本款判斷基準相當重要，是因為如果可以允許大眾在未經付費的情況下使用他人著作，那麼對於著作權人的市場無疑地會造成損害，並且危及著作人之創作動機，而這正是著作權法所欲保護之核心。在判斷本款時，法院必須考量被告利用他人著作會否傷害到原告著作現在的價值及潛在市場、損害的程度為何，而且不只要考量系爭案件之中被告的行為，尚須考慮

⁴³⁴ 羅明通，前揭註 292，頁 262。

⁴³⁵ 盧美慈，前揭註 5，頁 111。

⁴³⁶ Ranon, *supra* note 321, at 449-50.

⁴³⁷ *Harper & Row Publisher, Inc. v. Nation Enters.*, 471 U.S. 539, 566, 105 S.Ct. 2218, 2233 (1985).

若被告的行為可以被廣泛允許，對於著作人的市場影響為何⁴³⁸。此處的市場影響，包括原告現在所擁有的市場，以及尚未進入的潛在市場，皆須納入考量。除此之外，本基準亦與其他判斷基準具有連結關係，例如在後之創作的轉化性程度高低及取用原作的質量多寡，都會與市場影響的判斷有關。不過，既然此處審酌的焦點在於市場影響，則首先必然會面臨如何界定潛在市場與如何判斷市場影響的問題，以下即分別討論之。

第一項 潛在市場的範圍

此判斷基準所涉及者包括著作的現在價值與潛在市場。與「現在價值」相較，所謂的「潛在市場」應係指著作權人當前尚未開發之市場。儘管著作權人現在還沒開發，或者拒絕授權他人開發，並不代表其有捨棄該市場之意，因為著作權人可能只是希望依其計畫，在適當的時機發表著作或衍生著作，以獲取更大利益。如果僅因著作權人現在尚未開發就允許他人以其著作為新的創作，則很有可能侵害了著作權法中改作權所賦予著作權人之利益⁴³⁹。因此，承認著作權人之權利可以及於其尚未進入的潛在市場，相對於著作權人現有之經濟市場，可以說是保障了著作權人非即時性的、嗣後可能出現的利益。

但是潛在市場的範圍如未劃定界線，很可能被著作權人無限制地擴充解釋，使任何型態的利用都落入潛在市場範圍中，進而影響其他著作利用人的權益。不過，若將潛在市場範圍劃定得太狹隘，則很有可能損害著作人之經濟利益，減損創作動機，因此界定何謂著作權人之潛在市場實為相當重要而困難的決定。依據美國最高法院在 *Campbell* 案中之見解，潛在市場應僅限於著作人「通常」會開發或授權他人開發者。嗣後美國第二巡迴上訴法院則在 *American Geophysical Union v. Texaco Inc.*⁴⁴⁰ 案當中又再度重申潛在市場應限於「傳統的、合理的、有可能被發展」的市場。換言之，若著作權人可被合理預期將自行或授權他人為某種類型之衍生創作，則該衍生著作可以視為著作權人之潛在市場，此時若他人擅自改作，很有可能使原告喪失授權他人之機會而影響其潛在市場。例如電影經常改編自小說，所以擅自將他人語文著作改編為電影就可能侵害該著作之潛在市場；另一方面，由於著作人通常不會向引用其著作之人索取費用，所以不能認為有引用授權金之潛在市場存在，縱使著作權人未來有這樣的打算，仍不算是傳統的市場。潛在市場並不以實際授權他人或正在商談授權事宜者為限，但不應包含著作權人拒絕授權的創作，例如仿諷

⁴³⁸ 471 U.S. at 568.

⁴³⁹ SCHECHTER & THOMAS, *supra* note 159, at 451.

⁴⁴⁰ *Am. Geophysical Union v. Texaco Inc.*, 60 F.3d 913 (2d Cir. 1994).

著作，或是著作人沒有興趣、沒有能力開發的市場⁴⁴¹。不可否認的是，即便法院嘗試為潛在市場的範圍劃定界線，但何謂通常、傳統之潛在市場終究是不確定的法律概念，因此在個案的判斷上還是會存在一些模糊地帶，對此美國著作權法權威的 Nimmer 教授曾經提出以原被告著作是否具有相同功能（function）來判斷被告利用之行為是否落入原告著作之潛在市場，即若被告使用原告之著作來實現與原作不同的功能，則可被認為是合理使用⁴⁴²，此種功能性測試法或許可以做為個案當中判斷之參考。

若依據美國最高法院在 *Campbell* 案中之見解，將衍生著作之潛在市場的限於原作者通常會開發或是授權他人開發者，則同人小說是否會落入該範圍必須視其內容而定。一般來說，現代比較盛行的改作型態是將文字小說的內容立體化、賦予視覺外觀，即將小說改編為電影、電視劇。但是反過來將電影、電視劇或是漫畫、電玩等等改編為小說的例子也非罕見，因此同人小說若將他人的戲劇予以小說化，即有可能會影響到原著作權人之衍生著作之潛在市場。另一方面，並非所有同人小說均會落入潛在市場之範疇，因為很少同人小說的內容會是原著作的複製，其與原作之間經常有程度不等的差異，例如平行宇宙的同人小說，就是與原作的世界觀全然不同的創作，而此種顛覆原著作設定的內容通常不是著作權人所欲開發的市場；另外，改寫原故事劇情，與原著作的發展有著矛盾之處的同人小說，或是加入了同人創作者原創人物的同人小說，也不太可能是原作作者未來所欲開發的，因此不能認為著作權人就此有通常、傳統的潛在市場存在。不過，由於潛在市場的範圍並非一成不變，而是很可能隨著現代著作人的想法、出版社的策略影響而逐漸變遷，是故過去某些被認為並非著作權人可被合理預期將開發或授權他人開發之利用，未來也很有可能被納入著作權人的潛在市場中⁴⁴³。

第二項 市場影響的判斷

美國最高法院在 *Campbell* 案中曾將指出，評論、批判某個著作而對該著作所產生之傷害，並非著作權法下的傷害行為⁴⁴⁴。當批評特定著作而降低消費者購買該著作之慾望時，這種銷量減損並非在此所要考慮的因素，因為這是著作人將其作品公諸於眾必然承受的結果，且著作權法也不保證特定著作進入市場後會廣受好評。亦即，對於原作市場之影響通常是指具有替代性的商品，而非任何對原作為批評、詆毀的著作都是市場傷害。因此，縱使原作因為某些仿諷性質的同人小說突顯了其中

⁴⁴¹ 4 PATRY, *supra* note 159, § 10:151.

⁴⁴² SCHECHTER & THOMAS, *supra* note 159, at 453-54.

⁴⁴³ *Id.*

⁴⁴⁴ *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 592 (1994).

之偏見與歧視而減損了其銷售，也不屬於著作權法所應考量之因素，因為著作權法所禁止的是利用他人著作以增加自己銷售量之行為，而非多元言論所帶來的影響⁴⁴⁵。

除卻上述的情況，學者 Schechter 和 Thomas 提出可依據使用他人著作者的商品性質分為三種案件類型，並分別判斷利用著作而對於原著作市場所造成之影響⁴⁴⁶。此種分類方式為市場影響之判斷提供較為明確清楚之論述方式，因此以下嘗試以此方法討論同人小說所可能造成之影響：

1. 被告使用原告著作後產生與原告著作具有競爭性的商品：若他人利用著作權人之著作的結果對於原作具有可替代性，導致消費者可能會在購買其著作或著作權人的著作之間做擇一決定，則很有可能減少著作權人著作的銷售量。通常轉化性較低、非生產性之使用容易與原作在市場上產生競爭效果，因為使用者係以他人著作為基礎再度創作，但卻未提供原作所無的嶄新創意，故兩者所針對之消費者群有很大部分之重疊。相對地，轉化性較高的仿諷著作與原作的市場功能有著明顯不同，因此不太可能成為原作的替代品。在前述 *Suntrust Bank* 一案中，法院就提及由於被告著作所具有的轉化性質，使得其標的讀者群與原作的讀者群有所區別，而不會產生市場替代的效果⁴⁴⁷。至於競爭性商品對於原作市場的影響多寡，可以由原著作被利用的量，以及新著作的商業性質來判斷，通常利用的量較多、且大量出版的競爭性著作對於原作的影響也較可觀。

2. 被告著作係原作的衍生商品，且落入原著作之潛在市場：若有人擅自改編受著作權法所保護之著作，且其著作係著作權人通常會自行或授權他人改作者，則該著作已落入著作權人潛在市場的範圍中。於判斷被告著作對於原告著作潛在市場的影響時，同樣可以參考原著作被利用的量，以及新著作的商業性質來決定。

3. 被告著作係原作之衍生商品，但非為原作潛在市場所包含：倘被告的作品並非著作權人通常會開發者，即係未落入著作權人潛在市場的衍生著作，此時即必須考量有無保障著作權人對於此種市場之利益的必要。由於這種非傳統的衍生著作市場並未被承認，因此宜回歸著作權法立法目的考量，即若該利用行為對著作權人造成的損害，例如減損著作權人之創作動機，已大於該行為所帶來之公共利益，那麼這種利用行為應該不被允許；反之，則應該允許他人利用著作。

同人小說首先要面對的第一個問題是：同人小說是否可能成為原著作的競爭性

⁴⁴⁵ Chander & Sunder, *supra* note 24, at 616; Schwabach, *supra* note 31, at 411.

⁴⁴⁶ SCHECHTER & THOMAS, *supra* note 159, at 454.

⁴⁴⁷ *Suntrust Bank v. Houghton Mifflin Co.*, 268 F.3d 1257, 1274-75 (11th Cir. 2001).

商品？通常同人小說不會對於原著作在市場上產生替代效果，這是因為同人小說的創作者不只是原作的迷，也享受將自我投射於創作中的過程，因此同人小說可以在創作過程中多少轉化了原著作所傳遞的訊息。而由於加入了創作者原創的要素，因此同人小說未必能為其他喜愛原作之消費者所接受，故兩者所針對之讀者群並不會完全重疊。且在許多情況下，由於同人小說利用了原作當中的某些角色或橋段，因此同人小說的讀者在閱讀之前，必須對於原作的內容有所了解，才能夠對於同人小說的敘事內容及故事背景有較完整的認識，故同人小說的讀者群並不會因為閱讀了同人小說就放棄購買原作，反而，他們是在閱讀過原作之後才比較有可能接觸同人小說。另一方面，網路上的同人小說因為可以免費取得，因此很難說其有何市場存在，對於讀者來說，並不會因為支出觀看同人小說的費用而減損原本為了購買原著付出的金錢，也因此，分享閱讀同人小說並不會與原作產生排擠效應⁴⁴⁸。

由於大多數同人小說的具有轉化性與非商業性的利用目的，故不太可能與原作產生市場競爭或替代原作的效果⁴⁴⁹，比較困難的問題在於，這些同人小說是否可能損害著作權人之衍生著作的潛在市場？要回答此問題必須先判斷同人小說這種創作是否落入原作者通常會開發或授權他人開發之市場，而這必須依個案而定。如同前述，某些同人小說的內容很有可能是原著作權人未來有意開發的，例如將電影、電視劇改編為小說，學者 Schwabach 稱這種同人小說對於原作潛在市場所造成的傷害為「故事先占」(story preemption)⁴⁵⁰。如由這類同人小說利用的量及商業性質來判斷其對於原作之影響，則如同在合理使用第 1 款判斷基準的論述，由於同人小說是一種商業性程度較低的利用行為，創作者將同人小說發表於特定網路空間通常並非為了獲得經濟上的利益，而是渴望與其他迷交流分享，且縱使同人小說的創作者出版同人誌，因個人資金有限，故其印刷量也不能與一般出版社相較，因此即便其創作落入原作潛在市場之範圍，對於原作的影響也未必很明顯。儘管有學者主張第四款判斷基準只有在被告的利用行為造成原告實質損害 (substantial harm) 時判斷結果才會不利於被告⁴⁵¹，然而美國實務上認為，即便個人所造成的損害並非實質，惟若他人廣泛此取此種行為將對原告造成實質損害，則此種影響亦應被納入考量⁴⁵²，則允許未經授權創作之同人小說存在對於著作權人原本享有的改作權或著作權人藉由授權他人改作所能獲的利益將會受到較嚴重的損害，因此法院很有可能會認為這類同人小說的創作行為不能構成合理使用。

⁴⁴⁸ Tushnet, *supra* note 22, at 671.

⁴⁴⁹ Rebecca Tushnet, *Economies of Desire: Fair Use and Marketplace Assumptions*, 51 WM. & MARY L. REV. 513, 528-29 (2009).

⁴⁵⁰ Schwabach, *supra* note 31, at 433.

⁴⁵¹ 4 PATRY, *supra* note 159, § 10:153.

⁴⁵² 王敏銓，「美國法的合理使用」，著作權合理使用規範之現在與未來，黃銘傑編，頁 146 (2011)。

除了前述情形外，多數的同人小說不會落入潛在市場的範圍中，因為同人創作者在其著作之中通常會加入自身想法而悖離了原作者的預期走向，甚至某有具有情色描寫的同人的小說也不太可能是原作者有意開發者⁴⁵³。這類非屬著作權人通常會發展之市場的同人的小說，宜就該行為對於著作權人造成之損害與對社會產生的利益為衡量。學者 Schwabach 認為同人小說對於原著作之著作權人的影響主要可能有三種：(1) 同人小說使著作權人喪失對於故事應如何被解讀的控制權，增加著作被錯誤詮釋的可能性；(2) 某些同人小說因為大量借用了原作當中的某些部份，可能會減損原著作的現在市場；(3) 同人小說的內容若是著作權人未來有意發展者，將影響著作權人的潛在市場⁴⁵⁴。未落入著作權人潛在市場範圍的同人的小說由於內容與原作者的預想有較大歧異性，因此通常不會是著作權人有意開發的市場，也不太可能與原作產生市場競爭，因此，排除了前述二、三種的影響，著作權人因為這類同人小說所受到的損害，可以說是對於文本意義控制權的喪失。但相對可以確定的是，大眾可以因為這類同人創作而受到啟發，開始對於原著作有更深入的了解，並且有更多不同於原作的觀點或產生批判性思考。同人創作者在創作的過程中滿足了自己的想像，並透過與其讀者的交流獲得成就感，在得到肯定和支持後逐漸建立了自信與提升自我形象，而原著作則成了許多同人創作者實現自我的基石，且其受歡迎的程度也不太可能會因此減損，是故經過利益衡量後，應容許此種類型的利用。

即便同人創作在理論上有可能損害原作市場，然而更不可忽視的是同人創作對於原作市場所帶來的利益。由於同人小說與原著作之間的緊密關聯，不只填補了原作所欠缺的部份，更讓讀者保留對於原作的印象或增加對原作的興趣，在網路及實體空間流傳的同人的小說因而可以成為原作的宣傳，甚至在同人創作社群中形成一股流行風潮，反過來提升原作知名度或促進其銷量⁴⁵⁵。另外，同人創作的社群中藉由成員間的互相交流凝聚了許多迷對於原作的向心力，促使其更加投入對於原作細節或設定的鑽研，也可以因此增加原作及原著作相關商品的市場⁴⁵⁶。換言之，當迷們分享的經驗越多，他們對於原作的依附就越深⁴⁵⁷。除此之外，在同人創作社群中某些較受歡迎的創作者也可能帶動其他迷閱讀不同的作品，因為當其以不同的素材進行創作，喜愛該創作者的迷會為了理解同人小說當中的橋段與設定轉向閱讀原作後再閱讀同人的小說，不啻增加了原作在市場上的銷售量。而同人的小說與原作共存且未影響原作市場的現象也並非罕見，例如《星艦奇航記》官方授權出版的小說與同人

⁴⁵³ Schwabach, *supra* note 31, at 433; Tushnet, *supra* note 22, at 672.

⁴⁵⁴ Schwabach, *id.* at 387-88.

⁴⁵⁵ 張詩芸，前揭註 114，頁 162。

⁴⁵⁶ Tushnet, *supra* note 22, at 669; Ranon, *supra* note 321, at 443-44.

⁴⁵⁷ Schwabach, *supra* note 31, at 394.

創作就共存於市場，前者的銷量始終相當可觀，派拉蒙公司更因為迷而強化了其相關商品的市場地位與對原作的忠誠性而在市場上獲益⁴⁵⁸，因而同人小說這種創作行為有利於原作銷售的情況未來在實務上也可能被肯認而加以考量。

第五款 其他一切情狀

前述四種判斷基準僅是例示而非列舉，而所謂的「一切情狀」，即係指除了例示之四款基準以外的事實，例如利用人為善意或惡意、行為的妥當性、利用人是否僅藉由利用他人著作作為促進銷售之手段，而不以其本身所具備之原創性為重點、公共利益或人民知的權利、社會福利、著作權的本質與目的等等⁴⁵⁹。我國實務上曾有以憲法第 11 條保障人民知的權利⁴⁶⁰及公共利益⁴⁶¹作為考量因素。智慧財產法院 98 年度民著訴字第 2 號判決謂：「此外，並應審酌利用結果對於人類智識文化資產之整體影響，以及其他情狀，綜合各判斷基準及主觀因素與客觀因素之衡量。」雖然其他情狀在合理使用的判斷上所占之重要性不若前述四項判斷基準為高，然而在此仍提出幾點與同人小說有關之參考因素。

第一項 言論自由

我國憲法第 11 條保障人民之言論自由，對此司法院大法官釋字第 509 號提到：「言論自由為人民之基本權利，憲法第 11 條有明文保障，國家應給予以最大限度之維護，俾其實現自我、溝通意見、追求真理及監督各種政治或社會活動之功能得以發揮。」儘管著作權法在保障著作權人的同時可能會間接地限制了他人的言論自由，然而傳統的智慧財產權學者多認為著作權法中合理使用的規定及思想與表達二分原則已經隱含了對於言論自由的保障，因而藉由現行法之規定即足以調和著作權人與其他著作利用人之關係。然而現在卻有越來越多學者發覺，合理使用規定及思想與表達二分原則在適用上的不確定性，以及現行實務過度強調對於著作權人之保護所造成的寒蟬效應（chilling effect），已經過度地限制了著作權人以外之人的言論自由⁴⁶²，因而主張應對於合理使用規範的解釋適用重新定義。

在 *Campbell* 案中，美國最高法院對於仿諷著作足以構成合理使用之論述，特別是在利用的目的與性質及對原著作市場之影響方面，某程度顯示了其對於言論自由

⁴⁵⁸ Tushnet, *supra* note 22, at 672.

⁴⁵⁹ 蔡惠如，「我國著作權法合理使用之挑戰與契機」，著作權合理使用規範之現在與未來，黃銘傑編，頁 201-02（2011）。

⁴⁶⁰ 參見台灣高等法院 83 年度上更字（一）字第 788 號刑事判決。

⁴⁶¹ 參見台北地方法院 91 年度自字第 69 號判決。

⁴⁶² 楊智傑，「智慧財產權的憲法基礎：兼論智財權與言論自由的衝突」，財產法暨經濟法，第 16 期，頁 19（2008）。See Joseph P. Liu, *Copyright and Breathing Space*, 30 COLUM. J.L. & ARTS 429, 429-30 (2007).

的重視⁴⁶³。有學者認為，*Campbell* 案對於涉及言論自由的著作權法案件樹立了一種可供參考的典範，即在這類案件中應該特別著重合理使用的第一款及第四款判斷基準的重要性，以為仿諷性質的著作提供更大的喘息空間（breathing space）⁴⁶⁴。至於某些非商業性或私人性質之利用行為，雖然不具有仿諷性質，但是如果其具有與保障言論自由相同的功能，亦即這類言論具有實現自我或促進溝通之作用，則解釋上應該盡量承認其可以構成合理使用⁴⁶⁵。

除此之外，也有學者認為對於言論自由的保障可以透過舉證責任轉換來達成，例如在誹謗罪的案件中，法院採取「真實惡意原則」（actual malice）而認定行為人縱然無法證明其言論內容為真實，然若其能提出相當證據資料，足以證明其係有相當理由確信其言論內容為真實者，則係欠缺犯罪故意，而不能論以誹謗罪⁴⁶⁶。相對地，某些非仿諷性質而比較不容易被認為是合理使用的同人小說，像是嘲諷性質或是不具有評論、批評著作意義的同人小說，學者主張法院亦應在判決時留意被告所具有之言論自由，並在訴訟程序上透過轉換舉證責任，來為利用人創造更大的合理使用空間。亦即應要求原告舉證其有確實之市場損害，如果原告無法提出具體證據（concrete evidence），應傾向為對被告較有利的判決，放寬認定被告行為足以構成合理使用⁴⁶⁷。這樣的作法或許能在著作權法的所造成的寒蟬效應與言論自由的保障間尋求較為妥適的平衡點。

第二項 著作利用人之利益

過去著作利用人⁴⁶⁸的概念在著作權法中經常被忽略，因為在著作權法中關於利用人權益的規範多以例外的方式出現，例如合理使用或是訴訟上的抗辯，故相對於著作權人，著作利用人的權益在涉及法律爭議時常被漠視。而且在著作權法的立法過程中，相較於高度集中的著作權產業挾帶豐富的資源可以影響立法走向，利用人大多分散四處，因此其權益無法伸張而不被立法者重視⁴⁶⁹。實際上，著作利用人在著作權法中占有相當重要的角色，著作權法促進國家文化發展之立法目的，也可以

⁴⁶³ Liu, *id.* at 442.

⁴⁶⁴ *Id.*

⁴⁶⁵ Rebecca Tushnet, *Copy this Essay: How Fair Use Doctrine Harms Free Speech and How Copying Serves It*, 114 YALE L.J. 535, 587-88 (2004).

⁴⁶⁶ 參見李惠宗，*憲法要義*，頁 180（2009）。誹謗罪中本應由被告舉證其言論內容為真實才能免責，但在真實惡意原則下，原告必須證明行為人的言論出於明知不實而故意捏造，或因重大過失而不知，始能對被告論以誹謗罪名。

⁴⁶⁷ Liu, *supra* note 462, at 446-47. 現行實務中原告雖對市場損害負有舉證責任，然而不須證明該損害之確定性，只須證明有損害之可能性即可。參見羅明通，前揭註 292，頁 262。

⁴⁶⁸ 也有稱為著作消費者或讀者，其意義皆指直接接觸、購買、使用著作物之人。李治安，前揭註 420，頁 932。

⁴⁶⁹ 同前註，頁 938-39。

說是為了實現由諸多著作利用人結合而成之公共利益⁴⁷⁰。

傳統的著作利用人形象多為消極、被動的，即利用人在消費著作物之後不會有進一步的利用行為⁴⁷¹，然而現今許多著作利用人將他人著作重新塑造或挪用於自己的創作之中，成為新的生產者，這類利用人與著作的關係是比較主動、積極的⁴⁷²。這類積極利用人隨著近年來科技的發展逐漸增加，因為網際網路與個人電腦的普及，促使個人利用他人著作再生產的成本降低，並大幅增加資訊傳播的可能性，故越來越多著作利用人開始有能力及意願成為積極利用者。不過，在著作權法的實務上，對於利用人的想像似乎仍停留在消極利用人之形象，因而忽略了積極利用行為所具有的社會價值⁴⁷³。學者李治安針對國內外學者所提出的理論將利用行為的社會價值歸納出幾種，包括可以激發利用人的想像力，進而提升社會整體之創意；具有促進學習的效果；自治；有創意的自我表達⁴⁷⁴。這些社會價值也應該是著作權法所要提倡的政策目標⁴⁷⁵，而要理解、獲得著作之利益，必然需要一定程度的自由與自治，所以法律應該允許在一定程度內自由利用他人著作⁴⁷⁶。

同人創作者作為著作的積極利用人，藉此從中學習並實踐自我，與國家文化發展具有一定之關聯，因而其利用行為所具有的社會價值應在訴訟上被法院認知與重視，並在合理使用之認定上加以考量，在保障著作權人創作動機的同時，也應衡量積極利用人的權益才能為妥適的判斷⁴⁷⁷。

第三節 我國實務上對合理使用各款規定的審酌方式

第一款 由單一標準走向綜合考量

過去我國法院在面對著作權法第 65 條的 2 項規定的各項判斷基準時，曾經有審酌單一判斷基準即判斷是否構成合理使用之案例，唯現今之見解已漸確立必須逐一審酌著作權法第 65 條第 2 項第 1 至 4 款始得為最終判斷，不得僅提及其中一、二款判斷基準即遽為論斷⁴⁷⁸，例如最高法院 92 年度台上字第 4911 號刑事判決提到：「原判決理由欄乙、一之（五）僅說明上訴人之行為，依上開第一、四項之判斷標準，不屬合理使

⁴⁷⁰ 同前註，頁 936。

⁴⁷¹ Liu, *supra* note 89, at 402.

⁴⁷² 某種程度上來說，每位作者都是早期著作之消費者，可以說沒有任何著作都是全新的，在後者多多少少都受到其身處之文化環境所累積的知識影響。*Id.* at 405.

⁴⁷³ 李治安，前揭註 420，頁 945。

⁴⁷⁴ 同前註，頁 948。

⁴⁷⁵ 同前註，頁 947。

⁴⁷⁶ Liu, *supra* note 89, at 422.

⁴⁷⁷ *Id.* at 428.

⁴⁷⁸ 羅明通，前揭註 292，頁 256-58。

用之範圍，但依上開第二、三項之判斷標準，是否合於合理使用之情形，原審並未予調查、審認、說明，自有調查未盡及判決理由欠備之疏誤。」另外，最高法院 97 年度台上字第 3121 號刑事判決同樣明確指出合理使用之判斷必須逐一審酌第 65 條第 2 項的各款判斷基準後綜合考量：「重製他人語文著作，是否屬合理使用，而不構成著作財產權之侵害，判斷時尤應綜合考量著作權法第 65 條第 2 項所規定之各款情事：利用之目的及性質，包括係為商業目的或非營利教育目的、著作之性質、所利用之質量及在整個所占之比例、利用結果對於著作潛在市場及現在價值之影響等情。」據此，可以知悉在合理使用之判斷時，任何一款判斷基準的審酌結果都不具有單獨推定或決定性的效果，仍必須就其他判斷基準始能作出最後的決定⁴⁷⁹。

近年智慧財產法院在 98 年度民著訴字第 8 號判決中更闡明了合理使用判斷時的審酌方式以及各款判斷基準之間的關係，尤值參考：「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。易言之，於判斷合理使用之際，理應將所有著作利用之相關情狀整體納入考量，且應將該條項所定之四項基準均一併審酌。其中著作權法第 65 條第 2 項第 2、3 款判斷基準亦輔助第 4 款判斷基準之認定，此三項判斷基準係屬客觀因素之衡量。而第 1 款判斷基準則強調利用著作之人之主觀利用目的及利用著作之客觀性質，且有關利用著作性質之判斷，應審究著作權人原始創作目的或是否明示或默示允許他人逕自利用其著作。」⁴⁷⁹

第二款 綜合考量的不確定性

由於合理使用各項判斷基準的綜合考量並非單純的加總，因此即便在法定四款判斷基準中只有一款有利於被告，也仍然有可能構成合理使用。但是，也正因為如此，在合理使用的判斷上其預測可能性更低。即便認為同人小說在利用目的或市場影響的判斷上係有利於被告，最終經由法官綜合考量的結果也仍可能不利於同人創作者，換言之，這種綜合考量的結果仍係學術理論所不可及之處，而模糊難辨的判斷結果很有可能促使風險趨避的同人創作者自我限縮其利用行為，並對著作權人的警告妥協，反使其創意的揮灑空間受到侷限。

第四節 實證研究

第一款 研究設計

本論文的實證研究部分選擇採取質性研究方法中的訪談研究法，雖然這種方式不

⁴⁷⁹ 同前註，頁 256。

可避免具有研究代表性與推論適用性的疑慮，但是訪談研究可以透過與研究主題有關之人物帶有目的性質的言語交談進而瞭解其觀點和深入的看法，從而獲得第一手資料，這是其他客觀測驗、量表或行為觀察法所不能達到的重要特質⁴⁸⁰。本研究期望能透過與受訪者的談話，來瞭解同人小說在合理使用的判斷上有哪些獨特之處，以作為未來相關研究或訴訟上的參考。

本研究的實施方式為深度訪談法（in-depth interview），相對於其他的重點集中法或客觀陳述法，深度訪談著重於有訪問者與受訪者間具有特定目的之會話，以促使受訪者用本身的話語表達對於自己生活或經驗之觀點，進而探索潛藏其中的意涵⁴⁸¹。若以訪談的結構而言，一般可以依據訪問者對於訪談的控制程度區分為結構式（structured）、半結構式（semi-structured）與非結構式（unstructured）⁴⁸²，本研究採取的是半結構式訪談，即在訪談進行之前，會根據研究的問題與目的，設計訪談的大綱作為訪談指引方針。不過在整個訪談進行過程中，訪談者不一定會根據訪談大綱的順序來進行訪問工作，通常也會依實際狀況對訪談問題做彈性調整。相對於問卷作答，這種半結構式訪談的優點是它可以將受訪者認知感受以較真實、清晰的方式呈現⁴⁸³。

在抽樣方法部分，一般分為有機率抽樣與非機率抽樣，本研究選擇的是非機率抽樣，即根據訪談者的方便或主觀判斷抽取樣本的方法。由於希望抽樣樣本能夠提供具有深度、廣度且亦有代表性的資料，因此本研究採取立意抽樣，即以訪談者經驗上所認知，對於探討的主題有豐富經驗或知識背景的受訪者為抽樣樣本進行研究⁴⁸⁴。本研究最後所選擇的訪談樣本總共三人，背景資料與訪談時間如下列表 1 所示。由於這三位受訪者都對於著作權法的規定相當熟悉，對於同人小說也有一定程度的了解，因此受訪者分別依據其專業背景及經驗提供的想法，對於本研究有相當助益。

表 1 受訪者背景資料及訪談時間

受訪者	背景（以訪談時為準）	訪談時間
R1	智慧財產法院法官	2013 年 4 月 3 日 17:00-18:16

⁴⁸⁰ 林淑馨，質性研究理論與實務，頁 220（2010）。

⁴⁸¹ 同前註，頁 228-29。

⁴⁸² 林金定、嚴嘉楓、陳美花，「質性研究方法：訪談模式與實施步驟分析」，身心障礙研究，第 3 卷第 2 期，頁 123（2005）。

⁴⁸³ 同前註，頁 125。

⁴⁸⁴ 參見胡幼慧、姚美華，「一些質性方法上的思考：信度與效度？如何抽樣？如何收集資料、登錄與分析？」，質性研究，胡幼慧編，頁 148（1996）。

受訪者	背景（以訪談時為準）	訪談時間
R2	商務法律事務所律師	2013年4月14日 14:00-15:23
R3	著作權法領域學者	2013年4月15日 19:00-19:53

資料來源：本文作者自製

在實證研究的進行方面，主要包含三階段，第一是事前資料蒐集與擬定訪談大綱，再邀請受訪者。在邀請信中會向受訪者說明訪談目的、預計的訪談時間以及對於訪談資料將以匿名處理。接著，在受訪者確定接受訪談後，再與其確認訪談的時間及地點，並提供訪談大綱。其中訪談大綱包含對於研究主題的說明，並列舉出不同類型的同人小說，最後則依據著作權法第 65 條第 2 項合理使用的各款規定，請教受訪者在面對不同類型的同人小說時會如何判斷。於訪談開始前，會先向受訪者自我介紹並再次說明訪談目的，請受訪者簽署訪談同意書後再進行訪談。訪談結束後會依據錄音資料製作逐字稿，進行內容的整理與分析。

第二款 研究資料整理與分析

在研究進行的過程中，訪談者曾經列舉不同類型的同人小說供受訪者參考，包括對於原著作有所批評、接續原著作故事情節、含有創作者自我投射、情色描寫的同人小說等等，並試圖就各種類型的同人創作來探討其在合理使用的判斷上有哪些特性。經由對於訪談逐字稿進行檢查、分類和簡化後，可以歸納出仿諷性質的同人小說與非仿諷性質的同人小說兩者間在合理使用的判斷上有較明顯的不同，其主要差異可見本章最後所附之表 2 訪談結果整理。以下即分別針對仿諷與非仿諷性質之同人小說討論。

第一項 仿諷性質同人小說在合理使用上的判斷

合理使用本質上是限制著作財產權的平衡手段，使社會大眾得以在一定情況下使用享有著作權法保護之著作，並同時確保著作權人之利益。簡言之，合理使用規定的解釋適用實為保障著作權人抑或保障著作利用人的權衡判斷，而著作權法第 65 條第 2 項的四款規定正為判斷者提供了審酌的基準。從受訪者的回答中可以發現，仿諷性質的同人小說有較多促使判斷者傾向保護同人創作者的因素。相較於非仿諷者，這類同人小說顯然具有較大的合理使用空間。

1. 傾向保障同人創作者的因素

(1) 傳達對立訊息

有受訪者認為，由於仿諷著作扭轉了原作傳達予讀者的意義，因此相較於其他非仿諷的利用，轉化的程度會比較高。仿諷性質的同人小說是透過呈現對比的訊息來顛覆原作者觀點，並以此刺激讀者主動思考；非仿諷的同人小說，例如為金庸小說《雪山飛狐》撰寫結局，在新著作中雖然也會有同人作者新增的情節橋段，但是原著作中既存的訊息可能沒有太大改變。換言之，受訪者強調仿諷著作是根本「改變」了原作，而非僅只是「新增」某些訊息，因此認為其轉化程度顯較其他類型的同人創作為高，在合理使用第一款判斷基準下也會比較有利同人創作者。

「以我的感覺的話，批判(原作)是以 A 講 A 嘛！所以你會覺得他的連結性很高，連結性非常高。比如我現在以《飄》這個案例來講，他從頭到尾都在講《飄》，所以你會覺得……我覺得他轉化性，第一個……嗯……它的新的意義，比如它用奴隸的角度去看這個事件，它所呈現的所有的事情就是跟原來，比如說我的立場跟你的立場就很不同，所以從我的觀點看事情本來就會跟你的觀點不一樣，所以我覺得這個來講轉化程度會很高。」(R2)

「比如說 Pretty Woman 的案件也是，它一開始是在講這個非常美好的女生啊！然後追求她什麼的，然後最後把它改編成就是說……它其實改變後的那個東西已經是在反諷原來的說你怎麼會認為世界上有這麼純真的一個女生，它其實是一樣的意思，但它已經改變原著作，完全不一樣了，所以這個地方的轉化一定是很高的。」(R2)

(2) 借用他人著作的正當性

使用他人著作是達成仿諷目的之必要條件，而非仿諷性質的同人小說因為並沒有針對特定著作內容提出評論的意圖，因此其使用他人著作的必要性較低。此必要性的考量，將會影響合理使用第三款判斷基準—使用質量的判斷，即在利用質量相同的情況下，假若創作者是為了達到仿諷目的而使用他人著作，則比較容易被認為是「合理」的利用。

「你如果是對於那個作品的批判，比較容易成立合理使用。……你要批判這個作品，這時候你非用它不可。對，就是必要性的問題，一旦有了必要性以後，那個量跟質，坦白說，都不會是重點。」(R3)

「批判的作品，勢必就要引用一下原來著作的內容。(訪談者：相對來說，沒有

批判原作意義的，使用特定著作的必要性其實就會比較低？）對啊！因為他是……他的目的是其它的嘛！」（R1）

（3）創造消費需求

仿諷的同人小說由於不太可能取代原作市場，因此對於原著作現在市場的負面影響較小。仿諷著作與原著作所呈現的意義是兩個極端，無法互相取代，因此不太會有市場替代的疑慮產生。儘管受訪者曾提到批評有可能使讀者對於原著作產生不佳的印象，然而另一方面其亦不否認這類創作很可能引起大家的好奇心，進而增加原作銷量，這種對於原作市場的正面效果亦會是有利合理使用成立的因素。

「如果以《飄》這個案子來說，他當然是合理使用，太強烈了，他……所有的東西都用，但是他要呈現一件事情，就是……那是你們白人的思考，我們黑人有我們黑人的想法。所以它絕對是一個嚴重的批判，它有沒有替代性呢？幾乎沒有。」（R3）

「也有可能批判而聲名大噪，反而大家去看，也是有可能的啊！所以這個其實很微妙……。」（R1）

「你試著想想看，你第一次聽到 Pretty Woman 的案件，你有沒有想過要去聽聽看那首歌？有沒有動過這個念頭？有的話其實根本不會影響到啊！這是因為他這個批判，會讓人家想知道原作到底寫成什麼樣子，為什麼會被改成這樣子，你會想要試著去了解……因為（仿諷）是 combine 在一起，是拿 A 來罵 A，然後這種人家會感覺說，哇！A 到底是怎麼回事會被人家罵成這樣，會有一點那種……反而更激起你去看 A 那樣。」（R2）

（4）無潛在利益損失

如同前述，合理使用規定中對於潛在市場的考量意味者對於著作權人某些尚未出現的潛在利益的保護，不過在此，仿諷著作並沒有損害原著作權人潛在市場的問題。由於原作者不太可能授權他人對其著作為仿諷，也不太可能自行創作這類作品，所以著作權人並無仿諷著作的潛在市場可言，也就沒有潛在市場的損害問題。

「所謂的潛在市場是說這個市場雖然還沒發生，可是這個原著作人可能會作這一塊的利用，對。那這塊，你不覺得……這原著作人不會用的啊！因為著作權啊，除了經濟上的價值以外，最重要的是一個人格的展現，我不可能把我創作的東西作一個負面的展現，所以這一塊著作人不會授權別人去利用的。」（R2）

「你知道這個《飄》的案件裡面，法院曾經講過一句話：他不可能取得授權。這

樣一個利用行為，你要考量到，他是不可能取得授權的，因為……他不是錢的問題，不是商業利益的問題。就是，你是完全一個對於我的否定，我們……我們白人對於南北戰爭的思考，我們有我們的想法，那……在保守的白人世界裡面，黑人這個行為簡直是……怎麼可以這樣？絕對嚴重的侮辱。可是，不是，你也想得太、太嚴重了，這是一種不同的思維而已，我們提出不同的思維你怎麼會覺得是侮辱呢？從黑人的角度來說，對不對？那是你們白人的思維啊！我們有我們的想法。所以它是不可能取得授權的，那……這也許……雖然也許沒有在他考量的時候，認為這四個分析下來……可是其實有談到這一點，取得授權的可能性。所以，只好讓他是合理使用。」(R3)

2. 傾向保障原著作權人的因素：降低市場需求

合理使用的四款判斷基準中，對於著作權人市場之影響是相當重要的因素，因為這與著作權人的經濟利益及創作動機具有重要關係，也與著作權法之立法目的直接連結。仿諷性質的同人小說雖然具有上述幾點有利於合理使用的因素，然而從受訪者的回答中可以發現，若利用人對於原著作的市場銷售具有負面影響，則會傾向保障著作權人。不過值得注意的是，這些情況在受訪者敘述的脈絡中多以「例外」之情形出現，即仿諷性質的同人小說似乎是以保障利用人為原則，在影響著作權人經濟利益時才会有不同的認定結果。

(1) 產生間接競爭⁴⁸⁵關係

仿諷著作會降低市場需求的可能原因包括同人小說與原著作產生間接競爭，即當仿諷者未經轉化而複製過多原著作的內容，導致消費者無須閱讀原著作即可知悉時，仿諷的同人小說將很有可能取代原著作的市場，因而不利於合理使用成立。

「除非它真的引用很多（才會取代原作），有時候有可能喔！譬如某個 A 作者寫了一篇文章，評論某些事情，然後 B 作者很不以為然，他就怎麼批判呢？他就會寫說 A 的文章第一段，A 是這麼認為，冒號，他有引述，然後下面 B 就開始 blahblahblah 自己的見解，覺得 A 寫得很爛這樣子，然後再來 B 的第二段又引述一下，然後他再表達自己（的意見）。他可能整篇都批那樣子，然後整篇都把它用下來，這樣子我只要看到 B 的文章我就可能知道 A 在幹嘛，有可能就會整個取代，是有機會啦！所以要看它引用的程度。」(R1)

「有一種狀況是 A 等於 A 的時候那百分之百是減損(原作市場)，而且不會增加，

⁴⁸⁵ 由於仿諷著作與原著作針對的是不同的消費族群，因此並無直接競爭關係。但是如果仿諷著作大量使用原著作內容導致原著作讀者無須再閱讀該著作，則可能發生市場取代，此應屬間接競爭之結果。

因為我已經看過那個東西了，我幹嘛花錢再看一樣的東西。」(R2)

(2) 減弱消費欲望

有受訪者指出，如果仿諷著作造成大眾對於原著作的評價降低，進而使其現在，甚至未來的銷量減少時，會影響著作人之經濟利益，因而傾向於此情況下保障著作權人。然而此說法非毫無爭議。美國實務與學說多認為這種情況並非著作權法所要考量，但在我國，由於法條並未明文將此排除在考量因素外，因此有受訪者認為從文義解釋上而言此類情況仍需納入合理使用的判斷中；惟亦有受訪者從著作權法的政策目的出發，因而採取反對意見。美國著作權法實務上認定著作因他人批評所帶來的銷量減損並非著作權法所應考量的市場損害，顯然這樣的觀點在我國還未被全盤接受。

「因為這一點是在講說，因為後面著作的利用的結果導致前面著作會不會有什麼現在或潛在的市場上影響，的確是有可能因為批判的結果導致市場上的消費者不願意再購買原著作，從這點來看，會是有負面的影響啊！……如果真的批判結果導致市場上不想購買他的原著作的話，我覺得還是就是有影響啊！……所謂潛在，不就是未來他可以賣得出去或賣不出去嗎？萬一後面人家就不想再買他的書了，導致他絕版，本來他可以賣N版，結果因為有一個這樣子批判性的後著作存在，假設很嚴厲……大家也覺得後面的著作很有道理，就導致前面的著作沒有辦法再出售了，有啊！還是會有影響到，不僅影響到現在還會影響到未來，所謂的潛在市場那樣子。」(R1)

「市場銷售額的降低，原因可能是因為有那種排斥效應，反而讓人家覺得原著作是一個不值得花錢去看得東西，第二種狀況是你根本百分之百取代原著作。我認為，著作權法真正保護的核心不在於說保障你的銷售額跟市場競爭力、佔有率，這不是著作權法要保護的，那是專利什麼之類的。著作權法只保護一個東西，就是說只要你本身可以保證跟我說這個東西是你創作的，那你就算是一個著作權法上的著作，那接下來呢，各憑本事啊！就是說著作權法所深入介入的那個手要伸多長，我個人覺得在這個市場的占有率真的是……各憑本事，意思就是說，在盜版的狀況侵權人你沒有憑本事，完全是拿我的東西，你懂嗎？所以這個著作權法當然是一定要保護我這個原著作，因為我好委屈喔，他百分之百我的東西耶！他因此取代我原市場，那我當然有權利向侵權人請求損害賠償，一定可以。可是到了批評的這種類型，我客觀的第三者會認為，後面的創作者真的很有本事，他可以在既有的著作上創作了一個新的東西，我們現在不管這個新東西是否構成合理使用，但是他在市場銷售額上，他有那個能力打敗你，我覺得這一塊，不可以因為這樣子就特別保護原著作，我覺得這個不是著作權法真正的核心。你不可以因

為這個原因，就特別同情原著作人，我們是很客觀的。就是說，在批評的時候，你真的是輸人家啦！那你輸人家是你自己的問題，你要自己去磨練你的文筆，或藉此發展出更新的著作，那都沒關係，不會因此而保護你然後認為批評的著作是一個侵權著作然後要負民事賠償或刑事的責任，我不會做這種政策上的考量跟結論。」(R2)

第二項 非仿諷性質同人小說在合理使用上的判斷

除了仿諷性質的同人小說之外，還有其他許多類型的同人小說並不具有明顯批判原著作之目的，包括情色化的內容、續接原著作情節或自創人物的同人小說等等。受訪者針對這些非仿諷性質的同人小說並未明確指出有何種類型比較可能成立合理使用，但是依據其回答，還是可以發現受訪者在合理使用的判斷中多傾向從創作者的創意展現與著作權人的經濟利益兩方面加以考量，從中亦可推知受訪者對於這類非仿諷同人小說的看法。

1. 創作者的創意展現

(1) 新訊息的傳遞

受訪者多肯認這類同人小說即便沒有傳遞與原作對立的訊息，但仍因創作者展現了新增的想法而使之可被評價為具有轉化性的創作。受訪者對於新訊息的認定多從角色與劇情方面著手，例如在角色方面，如果創作者針對既有角色性格設定轉變或釐清原作未提及的模糊空間，皆屬創意的表現。

「比如說妙麗她是一個非常從明認真的小女孩，他（創作者）如果有改變這個原著作角色的個性跟特質的話，我覺得一定有構成轉化了。……作者他創造一個人物的時候，通常都會有一個想法在裡面，像我們在著作裡面通常都會有一個主角跟女主角，那主角跟女主角一開始就設定好比如說富家子弟跟一般平凡女生的話，他就會賦予這個平凡女生有一個新的……人格特質在裡面，所以我是覺得如果以人格特質來講，他已經改變這一個人格特質的話，他轉化性高低從這邊就可以看得出來。」(R2)

「我覺得除非他擺明了來講，不然一般來講，以一般傳統的著作人的角色，他可能不會特別寫出這個人的性向，那你改變了以後呢，這個模糊空間……我會覺得男男是比較小眾市場，就是作者原來可能不是設定男男，就這樣子。或者是作者就是要留一個模糊空間，就是沒有預定要寫清楚，你現在把我寫清楚了，這也是（轉化）啊！」(R2)

假若同人創作者在角色方面沒有太多異於原作的描寫，但是卻敘述了原作當中所無的事件，則不論是在原著作的敘事結構下衍生出的新事件，或是顛覆原作劇情，甚至變換故事背景而有新的發展，這些同人小說中發生的新事件都會被認為是具有轉化性的創作。

「從不同觀點、不同角色來描述或說明……對啊！已經不一樣了，那個（在後者的）創意還是會在呢！所以我覺得還是有（轉化性）。他如果從另外一個角色，譬如說她（主角）的好朋友……可是他描述的東西不見得會一樣，可是這個新的角色，他可能有一些新的另外的發展那樣子啊！那他可能有一部分還是會跟本來的著作有關係，可是另外一部分因為他自己的關係，他有另外一個脈絡的話，那個後面的創作人是有可能再加新的東西，然後構成轉化那樣子啊！」（R1）

「（訪談者：假設同人創作者把鄧不利多寫活了？）嗯……如果以轉化的定義來說，因為原作者根本沒寫到個部分，那我（新著作）算不算轉化呢？我們的認定可能要看……要綜合評價這個人所展現出來的部分是不是跟原作一樣，如果沒有的話……我個人是認為，如果因為作者本來沒有寫，所以就認為轉化百分之百不存在，我覺得太武斷了，嗯。」（R2）

「像有一些作者他會寫說，一個現代的女生回到過去，明朝或是麼唐朝的時候，因為我們現代的思想，我們會認為女生就是獨立自主，拋頭露面算什麼，所以它就變成一個新的衝撞，然後衝擊以後，它整個感覺，它其實……他想表達的就是說，其實有些事情不是說大家認為是這樣就是對的……所以我覺得在做這部分的討論的時候可以試著從這個角度去看，就是說，作者他雖然沒有改變原作者那個人物的個性，可是他可能藉由這個個性的存在，然後因為時空的不同，他可能會傳達出不同的訊息，這也是有可能，我承認。如果到這種程度，絕對是有轉化，因為他已經藉由這個人的存在，然後劇情的撰擬跟對話的產生，他會傳達出不同的訊息。」（R2）

（2）創作的內容價值

受訪者在判斷同人小說的轉化性時多將重點置於創意之「有無」，而非該新著作是否提供較多的社會價值或者素質較優異，這類屬於主觀價值判斷的部分是受訪者所避免的。換言之，受訪者強調只要具有新的創意展現，即值得保護，至於創作的內容品質或社會價值則非著作權法下所應衡量者。

「我個人對於轉化性的判斷，其實就是取決於他新增創意的有無那樣子，對。我覺得有沒有批判是屬於一種價值判斷，在著作權這邊，我個人比較沒有管那些。

當然如果我手上的案子是誹謗或侮辱，那是另當別論，因為那會涉及到客觀評價。」

(R1)

「我會覺得社會價值絕對不要放進來，因為這會太……而且法官通常都搞不懂社會價值是什麼，太可怕了。你可以把他當作一個參考要件，可是這絕對不是必要性的參考要件，而且反而是要很謹慎的去判斷這個要件，因為說實在什麼叫做社會性的價值（很難說）……如果是我的話，我根本就會拿掉，因為我覺得放了這個要件太可怕了，多放這個要件反而會有……嗯……不好的結果。」(R2)

(3) 與既有著作之比較

合理使用的第三款判斷基準—利用的質量占整個著作之比例，一般係以著作權人的作品為考量重點，但受訪者在判斷時其實也會衡量被告自行創作部分的多寡，並與原著作相比較。換言之，同人創作者所利用的質量在「同人小說」中所占之比例也會是影響合理使用的判斷因素之一。例如有受訪者強調若同人創作者自行創作之故事情節或角色在同人小說中占有相當重要性，進而稀釋了他人創作的成分時，則即便其借用他人主要的角色，仍可能會被認為是近於全新的創作，因此對創作者較有利。

「（訪談者：譬如說同人創作者用到原作的部分很少，大部分都是他自己創作，會被認為是？……）那就轉化程度更高了，就有一點像是續集那樣子嘛！對啊！因為我有看過步步驚心……算是原創作那樣子，桐華那三冊，然後後來不是……那個算網路版吧？但是後來有出書，因為她也不喜歡原來那個結局，所以就把它改了，對，但是它是延續下來那樣子啊！那個，我覺得這已經是完全不同的著作了那樣子啦！對啊！」(R1)

「譬如原著作的重點是男女主角在這件事情上怎樣怎樣一些情節發展，然後後面的著作作用譬如說旁邊的奴婢，對，然後他也會描述到當初男女主角發生一個什麼事件，但是他可能從一個奴婢的角色再來看這個事件，描述這個事件或怎麼樣的……（訪問者：所以質的判斷未必對於被告不利嗎？）對，就角色這部分來講，因為他角色已經有點……他就是不同的角色了這樣子……而且這個奴婢可能本來在原作不是那麼重要，對。」(R1)

有受訪者將此點與合理使用第4款判斷基準中市場取代可能性相連結，認定創作者自創的部分越多，對於原著作市場的影響就越少。這種第3款判斷基準與第4款判斷基準間相互影響的論述如今亦為我國實務上所採用⁴⁸⁶。

⁴⁸⁶ 參見臺北地方法院92年度訴字第773號判決，該判決原文如下：「被告所著『愛情水晶』、『招財水

「我的想法是這樣，我承認我拿了你這個波特（重要性）是第一名，百分之百重要的質跟量，可是因為我已經有拿……坦白講侵權著作已經是我的創作囉！在我的創作當中，我這個質跟量已經不是……應該說，我會跟法官這樣講，為什麼要判斷質跟量，是在判斷是不是足以取代原著作，你不覺得質跟量它這個定義其實是在看有沒有取代原著作？因為你的量，如果已經到了百分之九十，那你就跟原作一樣啦！那質的部分就是最核心的部分，核心的部分我拿走了，那我就取代你原著作了。那我想問一下，我現在是拿原作第一重要的哈利波特到了侵權……改作著作裡面，他已經變得次要，那你不覺得這已經完全不一樣了嗎？它（同人）沒有取代原著作，所以這一塊我都跟法官這樣講啦！就是你要看這個質量它真正的目的是在判斷哪一個……應該說我們是為了成立哪一個待證事實，對，我個人感覺是取代原著作啦！所以如果這樣的話我覺得這個答案就可以迎刃而解，絕對不能只是看你被侵權的著作，一定要綜合判斷。」(R2)

(4) 非營利意圖

在現行合理使用的規定下，同人創作者係為商業或非商業目的而利用他人著作是法定的考量因素之一。雖然是否為商業性利用一事不能直接推論合理使用的成立與否，然而出於商業目的之行為本質上仍對於合理使用的構成產生相當阻力。由於商業行為會認為是對於著作權人的經濟利益產生潛在傷害，甚至是對著作權人獨占權利的不公平利用，因此商業動機仍是重要的判斷依據⁴⁸⁷。網路上免費供人閱覽的同人小說是非商業性利用目的，這一點較無爭議，然而在出版同人誌的情況，創作者的混合動機會如何被評價並不明確。由於同人小說是原作的迷的創作，因此出版同人誌可以說不純粹是為了商業目的，還有其他與人交流、表現自我等等動機，在這種商業與非商業性利用目的併存的情況下，部分受訪者考量到同人創作者出版同人誌的行為多少係出於對於原作的熱愛，因而不以「收入」作為標準，改以「利潤」作為影響判斷的關鍵⁴⁸⁸，換言之，在未獲利潤或獲利甚少時，受訪者傾向肯認創作者具有其他非營利的創作目的，並肯認這些非營利目的有助於合理使用成立。這樣的認定方式實際上提高了這類同人小說構成合理使用的可能性。

晶』二書之第一章僅分別介紹十六、十七種水晶，而告訴人所撰『水晶寶石的靈性功能』、『水晶寶典』分別係介紹一百一十種、八十一種水晶，數量上顯然相距甚遠，被告雖重製小部分告訴人著作內容，然因被告介紹之水晶種類不多，重製告訴人著作部分更少，故讀者閱讀被告著作後，當不致因此決定不購買告訴人之著作，本院認被告利用告訴人著作之結果，對告訴人著作潛在市場與現在價值之影響不大。」

⁴⁸⁷ 羅明通，前揭註 292，頁 259。

⁴⁸⁸ 收入在此指的是總銷售金額，利潤則指總銷售金額扣除總成本之後的差額。一般而言，同人創作者印製並販售同人誌雖然可以獲取收入，但其利潤經常是負數（損失）。

「我的感覺是要有利潤（才算商業性），因為這種創作……這會發生一種不合理的現象就是那是一群愛好者，可是我愛好者我再怎麼樣我也是希望有一點，至少成本回來就好，我不需要賺錢，他們通常賣的都是成本價，而且他們的銷售……就我知道，大概一次都印一千本，所以可以試著從動機，動機就很好看，你一開始在跟印刷廠訂購的時候，訂幾本你就可以知道他到底有沒有想要就此獲得利潤，對。從訂購量跟銷售額，就可以認定。台灣就我知道，只要有 income 他們都算（商業性），他們不管利潤。我是覺得要有利潤啦，因為有一些狀況他們根本不是為了利潤，他們……會有收入，一定會有收入嘛！因為他總要拿回成本。」（R2）

「當然如果說一本書，假設三百塊到五百塊之間，結果他現在賣一本一千塊，就會覺得說他是因為這樣子的一個創作，這樣一個出版行為而要去牟利，這樣的機率比較高，對，跟他說為了要跟大家分享創作的目的而出版同人誌這樣的一個目的就會不太符合。如果說他一般行情小說是三百塊到五百塊，可是他只賣一百到兩百塊，成本價那樣子，那我就可能會相信，他有其它的利用目的，機率就會高一點那樣子，那就更容易成立合理使用。……微利的話，我就比較有可能相信他有後面這一個（與他人交流、分享）目的，對對，我只能說比較有機會。如果說他是要獲利的那種感覺就很明顯的話，那我可能就商業目的多一點，不可否認他是有可能影響到合理使用成立的情況啦！對。因為本來就是這裡一點那裡一點加起來，是或不是這樣。」（R1）

2. 著作人的經濟利益

（1）替代可能性

保障著作權人的經濟利益是提供創作誘因與鼓勵創作的重要手段，因此，在合理使用的判斷上同人小說對於著作權人既存之市場所造成之影響即為權衡基準之一。在判斷原著作現在市場與同人小說的關係時，受訪者多聚焦於探討兩者間有無市場區隔，因為一旦原著作與同人小說吸引不同的消費者，後者就不太可能取代前者在現在市場上的地位而影響著作權人的市場銷售。基本上，同人小說的內容與原著作間的差異越大，就越可能吸引不同於原作的讀者群，進而降低替代可能性。

「剛才說情色的內容，如果是我個人可能就沒興趣了那樣子啊！可是這樣子，基本上後面著個情色版的著作並不會影響我對原著作的看法這樣子啊！這樣子好像就沒有影響耶！……對，就會有不同的市場……市場區隔了，然後原著作就不會因為後著作受到太大的影響吧！因為都已經有市場區隔了那樣子，不同的市場消費者各取所需。這樣好像後面的情色版似乎不太會影響到前面著作……可能是原著作（人）

比較不爽而已，對不對？因為他可能被改編成那個樣子……就原著作來講，可能還好，就市場來說影響可能比較小或甚至沒有影響吧！」（R1）

「但是如果A改作程度是A已經不等於A的時候，我有可能會去看A啊！有可能，這是我的想法。因為他是有區隔性的，他的色彩鮮明，已經一刀畫下了，不會就是…所謂的市場區隔已經出來的意思就是說，他的客群已經完全分離了，所以你說這一群……他有點像我們台灣那種藍綠色彩這樣，已經色彩分明的人，他們就是涇渭分明，市場不會有所……所以我覺得不會影響到現在市場，幾乎這個（影響到的）……比例會很少。」（R2）

（2）刺激消費

除了替代可能性的考量，受訪者亦提及非仿諷類型的同人小說同樣很有可能成為原著作的宣傳，對於原作市場產生正面效果。在讀者先閱讀同人小說的情形，如果同人小說提及原作的某些部分，卻欲言又止，即可能會引發讀者對於原著作的好奇心，進而去閱讀原作。另一方面，如果本來就是原著作的迷，在這些迷閱讀同人小說後，可以強化他們對於原著作或作者的忠誠度，使得原作的銷售因此提升。臺灣高等法院臺南分院90年度抗字第176號刑事裁定就承認這種他人利用著作反而對於著作權人有利的情形：「本案被告免費替自訴人做廣告，自訴人必然可獲得商業利益，甚至將來可以減輕廣告費負擔。被告利用該相片製作廣告，大大增進該張相片之價值，符合著作權法第六十五條第二項之判斷要素。」

「感覺是批判性這種因為比較有負面的那種情況，大概可能有影響，那其他種就不太一定了，有時候說不定還有加分的效果。就像步步驚心，我不會只看後面那一部，我還要先看前面的，才覺得譬如說不高興這個結局或意猶未盡，聽說又有續集，就會再去買那樣子啊，所以要看他改的內容。」（R1）

「我的想法是在這一塊領域裡面，這一群同人誌創作人就是熱愛者，他就是因為熱愛原著作才會做這個創作，那我創作以後我應該會更熱愛這個著作，會一直看，所以我覺得這個不會（影響著作的現在價值），就以我們剛剛說的市場的話，他的著作銷售額是加分的，反而有可能因為你箝制我的創作然後我就好生氣反而抵制你這個著作。」（R2）

「如果是那些粉絲們自己寫的，應該對於原著作是極為推崇的吧！所以後創作中可能會有稱讚、讚許出現，大家可能就會覺得原著作不錯，甚至繼續買同一個作者的其他著作，反而提高作者的知名度，這也是有可能的啊！」（R1）

(3) 潛在利益損失

至於同人小說對於著作權人尚未開發之潛在市場的影響，由於受訪者由於對潛在市場範圍與市場影響的判斷方式認定不同，因此出現了歧異的見解。有受訪者對於潛在市場採取廣義的認定方式，認為同人創作者的任何利用態樣都可能落入著作權人潛在市場的範圍中。而非仿諷性質的同人創作原則上皆須經過授權，因此未經過授權的同人創作將造成著作權人的授權金損失。

「呃……你要這樣子說，你的利用就是我的市場。(訪談者：任何型態的利用都算嗎?)有沒有道理，對不對?你的利用就是我的市場，可以這樣講。要不然你為什麼要用我的?就表示我有市場!潛在市場其實是一個很大的市場，我現在力有未逮，或者是沒有預見到。可是……換個人來經營的時候，也許就有能力就有可能啊!總而言之，你既然會用到就表示我可以得到啊!所以你的利用就是我的市場，這就是我的市場。」(R3)

「那……呃……同人著作呢，在第四個議題裡面是什麼呢?就是潛在市場，對不對?他做了第一集，結果你現在弄了一堆……對不對?所以我覺得……我覺得尤其是同人作品，潛在市場是一個很重要的關鍵。你做的很好沒錯，但是有沒有一個可能，就是……你應該取得授權，然後去寫續集，或者是他(原作者)自己可以去做續集，而你沒有(取得授權)。……我通常會覺得同人喔……同人是需要同意或授權的，只有在非常少的一狀況，批判、有轉化性的時候，你光是批判還不夠，要有轉化性，要有足夠的創意在裡面，那…在這樣的一個情況之下我們可以允許你，勉強同意你是合理使用，除此之外，都是要取得同意或授權的。」(R3)

「我就把他的作品呢，通通拿出來改寫，然後就放在我的硬碟裡面，通通沒有拿出來，我很自得其樂，OK，因為你對他的市場完全沒有任何影響，是不是?那我們就說你是合理使用，51條那或者是52條的其他正當目的，也就算了。你把它拿出來，就會影響到我的市場啊!我其實是有一個潛在的授權市場在那邊。」(R3)

實際上美國實務與學說見解皆有對著作權人的潛在市場予以適度限縮，其認為著作權人不能以任何利用都須授權來說明自己有市場損害，因為並不是每一種利用都是著作人所欲的，也不是每一種利用都有損害著作人市場的可能。潛在市場不應包含著作權人拒絕授權的創作—即仿諷，因為著作權人寧願該類著作不存在、著作人無興趣進入的市場以及著作人沒有能力開發的市場⁴⁸⁹。在 *William & Wilkins Co. v. United States*⁴⁹⁰ 一案中，

⁴⁸⁹ 4 PATRY, *supra* note 159, § 10:151.

⁴⁹⁰ *William & Wilkins Co. v. United States*, 487 F.2d 1345 (1973).

法院更提到及不能以假定的授權金收入來衡量原告的損害，因為這樣的說法是先假定原告有授權的權利，並將被告行為預設為非合理使用⁴⁹¹，如此一來顯然有循環論證的疑慮。然而這樣的論述在我國未被完全承認，因此，授權金損失仍可能成為不利創作者的因素。

其他受訪者對於著作權人潛在市場所受到的影響，採取判斷方法是觀察同人小說有無取代著作權人未來創作的可能性。受訪者提到，如果同人小說改作程度較高，與原作幾乎不同的時候，對於著作權人潛在市場的影響也就越少。反之，如果同人創作者是把既有的電影、影集、動畫內容原封不動的改作成小說時，則很有可能會影響著作權人的潛在市場，惟此種情況並不是同人創作的常態。

「我換個方式說，取代的意思就是說，比如說電影寫成小說，有沒有可能因為我寫了一個小說然後沒有得到原著作人的允許，結果原著作人以後他真的出版了這個小說，因為你前面已經有一本小說的存在，影響我後面這一個原著作人出版小說的市場？要看改作程度，因為如果說，你……如果你因為這個著作跟原來的電影、小說都一樣的話，那就要看，會因為你做了改變而去買，還是因為你一模一樣而去買，我會這樣區分。……我再換一個方法跟你講，像金庸小說，後來改成電視劇，我問你，如果你是金庸，有一個人沒有得到你的允許就把雪山飛狐拍成一個連續劇或電影，或是說雪山飛狐本來是電影，我金庸把它寫成小說，然後別人寫了另外一本小說，也是用雪山飛狐，會不會影響後面市場上的存在？我覺得是有，為什麼？是因為這個電影跟小說幾乎是一樣的。（訪談者：同人的狀況？）是改作，就是說這個東西已經跟原來幾乎不一樣了，你怎麼可以跟我說你有取代原市場？可是這個取代原市場的定義，是一定要跟你說，他有沒有區隔開。比如說這兩杯咖啡，他就是不同的領域，他的市場已經是可以區隔了，那我覺得不會影響到你。但是如果說我改作程度幾乎不大，幾乎跟你很像的話，那我坦白告訴你，絕對有取代，因為我前面的存在可能會影響後面，你不能說百分之百沒有，一定會影響到。」（R2）

「（訪談者：同人小說創作續集的情況？）……那他（原著作人）可以再自己寫不同的續集啊！有沒有取代可能性？沒有。……他去授權人家寫，寫出來的東西應該也會（跟同人創作）不一樣吧？因為每個人創作會不一樣。就算本來是現在版，結果他想要發展一個未來版，他的確可以自己寫或授權人家寫，但是他可以創作啊！又不是說同人誌一出來以後就會限制原著作改成未來版，一時之間想不到這種例子。如果這種小說，應該是沒有這種情況？」（R1）

⁴⁹¹ 487 F.2d 1357 n.19.

總結來說，可以發覺仿諷性質的同人小說有較多利於合理使用成立的因素，即這類同人小說原則上可以通過合理使用的檢驗，除非是對於原作的直接援引已經超越了仿諷目的的必要，進而產生市場替代效果而影響著作權人的經濟利益。至於非仿諷性質的同人小說，由於創作者欠缺使用他人著作之正當性，也非完全不可能對原作造成負面影響，因此，受訪者會將評估的重點置於創作者是否出於營利動機，有無投入新的創意、該創意的展現是否已經超越原著作內容在同人小說當中所占之比例，以及創作的內容是否吸引不同的讀者群而降低替代可能性並淡化對於原著作現在或未來市場的影響。換言之，非仿諷性質的同人小說在合理使用的判斷上有程度之分，同人創作者的動機與創作內容越是值得保護，著作權人所受到的損害越少，則合理使用的判斷就會越趨近對於同人創作者有利的結果。

第五節 小結

同人小說本質上是一種利用他人著作再為創作之行為，這類創作最大的特色就在於其內容具有創作者另外的創意展現，而非只是單純複製他人著作之內容，也因此，若適用我國著作權法第 65 條合理使用規範判斷同人小說可否阻卻違法，則在利用之目的與性質方面，同人小說通常可以通過轉化性的檢視。但是即便承認同人創作大多具有轉化性，單純具有轉化性一事並不必然保證可以構成合理使用，仍必須綜合其他因素考量，包括創作者是否藉由同人小說獲利、對於原著作的利用程度是否超越其創作目的的需要，以及對於著作權人的市場所造成的衝擊等等。一般而言，多數同人小說都是在迷之間流傳，而很少有藉由同人創作獲利的例子。儘管同人創作者經常利用他人著作當中的主要角色進行創作，但是由於創作者是以他人著作作為表達自我的基石，並將創作的重心集中在其有別於原著作的部分，因此創作者對於著作的利用應不至於逾越必要限度。再加上這類創作因為具有轉化性而降低了其取代原著作的可能性，對於原著作亦有宣傳作用而未必有實質損害原作市場的情形發生，因此，可以說同人小說仍有很高機率能通過合理使用的檢驗。

從實證研究中可以發現，具有仿諷性質的同人小說，因為是針對特定作品的批評，故其使用他人著作的正當性被普遍承認，且對於原著作人經濟利益的負面影響較不顯著，因此在合理使用的判斷上比其他類型同人創作更占有優勢。但是即便未具備仿諷性質的同人小說也絕非全無構成合理使用的可能，特別是當這類創作本身呈現的創意及其為社會文化所帶來的貢獻被充分認知，而且對於著作權人之經濟利益有所助益時，即更有可能出現有利於同人創作者的結果。另外，訪談結果中也可以發覺，在判斷同人小說是否可能構成合理使用時，受訪者都相當重視第四款判斷基準—對於著作權人

市場的影響。若有市場取代效果，將使原本可能成立合理使用的仿諷著作傾向不成立；非仿諷著作方面，市場影響亦為重點，例如有些受訪者在判斷轉化性與使用質量時，會將之與市場影響結果連結，因而對於沒有市場取代性的同人小說採取寬容觀點；相反地，也有受訪者因為強調非仿諷性質的同人小說可能使著作權人喪失潛在的授權金市場，因而認為這類同人小說較難成立合理使用。由此可知，在個案中同人小說對於著作權人市場影響的判斷結果，很有可能是合理使用成立與否的關鍵。此次實證研究的結果也揭示了目前我國學者及實務界工作者在合理使用的適用與認定方式上仍存有歧異，特別是在批判對於原著作所造成的銷量減損以及潛在市場範圍之認定方面，而這樣差別的判斷方式亦可能導致對於相同的同人小說產生迥異的判斷結果，因此有必要觀察未來實務會否對此部分有所釐清，才能獲致比較確切的結論。

表 2 訪談結果整理

判斷基準		小說類型	
		仿諷性質同人小說	非仿諷性質同人小說
轉化性	高度轉化	ES	考量角色、劇情方面的新創意貢獻
			不考慮新著作的社會價值
商業性	(出版同人誌的情況) 以利潤作為基準		
利用質量	具有利用他人著作之正當性	視新著作中被告自創部分與借用原著作部分之質量比例而定	
市場影響	現在價值	創造消費需求	刺激消費
		例外：降低市場需求	視新著作有無替代可能性而定
	潛在市場	無潛在利益損失	可能有潛在利益損失 (認定標準不一)

資料來源：本文作者自製



第五章 結論與建議

近年來台灣同人活動的盛行開始促使人們意識到同人創作涉及的種種議題，然而對於同人小說在法律上的地位仍尚未達成共識。從著作權法的觀點來看，雖然現行法下同人小說有侵害著作人格權與著作財產權之疑慮，然而其亦有可能構成合理使用而免除財產權侵害之責任。在現實生活中，雖然著作權人與同人創作者進入訴訟程序之案件並不多見，但這並不表示社會大眾已經承認同人創作的合法性地位，在很多時候，人們仍會認為同人創作本質上就是一種侵權行為，只是著作權人基於其個人因素考量消極地不提起訴訟而容忍這類創作存在⁴⁹²。本文以為，從法律學者、媒體文化研究者與相關領域學者的見解中可以歸結出同人創作實有加以保障與鼓勵之必要，並試圖在現行法下提出幾個可行的模式以為同人創作者開闢自由創作之空間，最終期望在未來能透過修法的方式正面肯認這類創作的合法性。

第一節 保障同人創作之理由

第一款 著作權法之立法目的

著作權法第1條規定：「為保障著作人著作權益，調和社會公共利益，促進國家文化發展，特制定本法。」從法律的政策目標而言，著作權法的最終目的在於促進國家文化發展，而此目的之達成可以從促進各種形式的創意展現開始。

同人小說這類創作並非單純對於既有作品的抄襲，在新的作品中創作者必然會對於既有作品為細微更動或明顯轉變，而從這些變化中可以發現創作者自身獨特的創意展現。當同人創作者選擇特定影片或小說，從中擷取某些段落而加以擴充、改寫時，顯示出了其對於原著作的理解程度已經超越了原字面上所傳遞之訊息，而要以那些素材重新塑造一個不同的故事以表現對於原著作的致敬或批判，有時候比原創還要困難許多，特別是當創作者欲以當代的流行文本片段再次建構新故事時，將不免俗地面臨其他諸多讀者、影迷的檢視與比較，也因此，唯有狂熱又細心的著作消費者才能夠且有意願從事同人創作。換言之，同人創作也需要具備創意和才氣才能夠達成，並不只是未經思考的抄襲。鼓勵創作同人小說，並尊重每一種創意的展現以及相信任何人都具有貢獻新意義的可能，有助於蓬勃多元的文化發展，這應該是著作權法的核心⁴⁹³。

儘管有些人可能會質疑，只是複製既存作品中的元素，而不創造完全原創的作品

⁴⁹² 參見沈裕博，前揭註4，頁81-85。

⁴⁹³ Rebecca Tushnet, *supra* note 449, at 539.

其實是一種創意的懈怠或投機的行為，但是也有越來越多學者認同擷取、複述既有故事的一部分並加以重新詮釋，對於青少年而言是學習掌握文本意義與發展創新思維的重要基礎。同人創作者在創作過程中透過對照而學習，所學到的東西有時甚至能比單純的直接表達來得要多。人們可以把這種對於既有作品的拼貼、挪用想像成一種學徒般的見習，業餘的同人創作者能從中學習到成為職業創作者所需具備的各種經驗與技巧，這也可以說是開啟創作原創作品的歷程。而且，當同人創作者選擇以對自身來說具有特殊意義的角色進行創作，不只可以使其學得更多、更快，其藉由純粹的熱情作為出發點，更使他們不會受到缺乏經濟誘因的影響，而能持續不墜的創作。

有些人主張，同人小說的品質參差不齊，終究無法跟專業作家的作品相提並論，這種疑慮確實存在。但是即便如此，仍不應因為某些差勁同人作品就否定整個同人創作文化。同人創作的核心價值在應於在其對於創作者個人及社群的影響，而非同人小說品質的好壞。同人創作的存在，暗示了人人皆具有創造的能力，人人皆可成為創作者、藝術家。在同人小說的創作社群中，人們可以向彼此展現自身的創造能力，並分享理解及衍繹的過程，藉此獲得歸屬感和友誼。不論這些作品的文學價值為何，對於同人創作者塑造與分享都是愉快而可貴的經驗，因為創作者可以置身於迷的群體中，聚集討論並仔細鑽研對於原著作的理解與詮釋，這遠比獨自一人閱讀揣想時所能獲得的意義更豐富多樣。而且，假若其創作品質確實相當低劣，則讓創作者有機會獲得來自多方的建議，無疑是刺激其更進一步成長的方式。對於身處同人社群中的讀者而言，同人作品有時能夠為他們開啟新的視野，在其心中留下比原作更深刻的印象，甚至誘發被動的讀者興起藉由創作抒發自己的想像並與他人相互切磋的念頭，進而轉變為下一位積極的創作者，這對於整體社會的文化發展勢必也將有所助益。

第二款 以同人創作作為對於原始文本的反抗

在很多時候，同人創作不只是迷對於原著作的致敬，更是一種顛覆。透過電視、電影與小說等等傳播媒體所建立的流行文化是社會生活的鏡子，即便有許多人忽略了其所傳遞的訊息，或根本拒絕深思的其中的意涵。但是當流行文化反映了社會生活中隱秘的不平等、暴力和偏見時，同人小說可以作為一種反抗流行文化的有力手段。不可否認隨著時代變遷與社會關懷的思想普及，許多在流行文化中未能被表述的邊緣群體已經逐漸受到著作權人的重視而有了新的發聲機會，例如美國的驚奇（Marvel）漫畫公司就曾經授權他人創作印度版的蜘蛛人（主角變成名為 Pavitr Prabhakar 的印度人），而迪士尼（Disney）公司也曾於 2005 年宣布要改寫小熊維尼的故事，以小女孩取代原作故事中的小男孩⁴⁹⁴。但這並不意味著現在已經沒有重新改寫流行文化的必要，因為

⁴⁹⁴ Chander & Sunder, *supra* note 24, at 622.

驚奇漫畫裡的白人當了40年的英雄，迪士尼則是在男性主宰故事80年後才做出改變⁴⁹⁵。更何況現今著作權人仍會對於特定觀點抱持著嚴厲反對的態度，像是DC漫畫（DC Comics）公司雖然願意授權異世界（Elseworlds）這一系列將超級英雄變成惡棍、惡棍變英雄的顛覆性創作，但卻對於將蝙蝠俠與羅賓描繪成一對愛侶的同人創作者發出警告信，如同學者Chander和Sunder所言：「一個邪惡的蝙蝠俠，顯然是比同性戀的蝙蝠俠更符合著作權人的胃口⁴⁹⁶。」在多數時候，社會上既存的刻板印象還是從人們日常生活所接觸的文字與影片細節中不經意地流瀉而出，例如曾經在1960年代末期以種族及性別平等作為背後思想主軸並讓許多科幻迷奉為圭臬的《星艦奇航記》影集，在2013年推出最新一部電影時卻將原本的故事中的獨具魅力的印度反派角色改由白人演員扮演，在舊故事中曾經表現得獨立堅忍的女性角色則被扁平化再加上毫無必要的裸露鏡頭，使得曾經為人們所樂道的社會平等與進步理念成了自欺欺人的空洞口號⁴⁹⁷。

與此同時，同人創作正能夠作為弱勢的消費者對抗強勢的文本生產與散布者之利器。此處不得不提的是女性觀眾所撰寫的同性相戀（slash）小說，雖然其只是同人小說當中的一個子類別，但是其是占據整體同人小說相當多數而具有代表性⁴⁹⁸。媒體文化學者亨利·詹金斯曾以電影《星艦迷航記2：星戰大怒吼》（Star Trek II: The Wrath of Khan）的其中一幕作為例子解釋同性相戀小說的涵義，他指出在該電影尾聲寇克與史巴克上演即將天人永隔，彼此之間卻隔著一道玻璃門因此觸不可及的哀慟場景，詹金斯說：「我告訴我的聽眾們，同性相戀小說就是當你把玻璃移開後會發生的事。那片玻璃，對我來說，所象徵的社會意義遠大於物理意義。玻璃代表的是傳統上對於男子氣概的觀點：禁止男性間表露出情感或是身體上的親密性⁴⁹⁹。」

媒體理論學者Constance Penley則提到同性相戀小說是其所看過女性對於流行文化產物的挪用形式中最基進也最耐人尋味的一種，它顯示了女性是如何在這具有壓倒性力量的媒體環境中抵抗、談判並順應自身的渴望⁵⁰⁰。實際上這類同人小說正是一種對於大眾媒體所建構出的男性行為的反抗，它讓創作者與讀者可以超越政治與社會的現實而有機會想像社會性別階級的解放，即社會性別不是固定或被預設的，性（sexuality）可以流動並充滿各種情色的可能性⁵⁰¹。儘管女性經常被置於內容產業

⁴⁹⁵ *Id.*

⁴⁹⁶ *Id.* at 623.

⁴⁹⁷ See Gavia Baker-Whitelaw, "Star Trek Into Darkness": Too many d*cks on the Enterprise, THE DAILY DOT (May 17, 2013), <http://www.dailydot.com/opinion/star-trek-into-darkness-too-many-dcks/>

⁴⁹⁸ See Tushnet, *supra* note 449, at 541-42.

⁴⁹⁹ Katyal, *supra* note 95, at 484.

⁵⁰⁰ *Id.*

⁵⁰¹ *Id.*

(content production) 的市場以外，但藉由描寫同性之間的戀情，女性可以解構、挪用並重新建構具有男性主宰意義的一切要素，並使其筆下的男性角色可以具備溫柔、複雜多變與情緒化的性格等等通常被視為女性的特質⁵⁰²。而且在同人小說的社群中，網路虛擬空間使女性不會遭遇現實社會中缺乏發言地位的問題，能夠成為言論市場的主動參與者，如此一來，女性便愈來愈能大方地透過書寫同人小說的方式，與其他人分享對於職業、愛情、慾望等等的想像，進而促使在社會生活中受到壓抑的女性力量得以發聲。

同人小說，無論是否描寫同性相戀的內容，很多時候都能代表著作消費者對抗文化生產者的一種強而有力的反對力量，在強調互動性的同人社群中，創作者們透過改變一個既定文本的方式，挑戰了原作者對於文本意義的壟斷或主導性地位。同人小說中所包含的多元、開放性及集體創意的成分，具有相當重要的社會意義而難以藉由單一權威的文本來達成⁵⁰³。

第三款 同人創作者與著作權人間的互惠關係

有些著作權人對於同人創作所可能導致的經濟利益減損感到憂心，然而，實際上同人創作者大多透過轉化原著作而與著作權人的市場產生了區隔，因此同人小說與著作權人的市場既不會相互競爭，也不會削弱原著作的市場。對於同人小說的讀者來說，如果他們想要看最經典的版本，他們會去閱讀著作權人的作品而不是看其他人對於該作品的改寫；如果他們想要看同人小說，那必然是因為其中有某些原著作所傳遞的訊息以外的新東西吸引了他們。換言之，著作權人的創作與同人小說這兩個市場是互補而非競爭的。除此之外，同人創作也是凝聚原著作迷向心力的重要方式，許多知名電影和小說例如《星際大戰》、《哈利波特》、《超人》等等都是憑藉著影迷、書迷的長期支持才能歷久不衰⁵⁰⁴，而鼓勵同人創作，將能使迷更頻繁地接觸原著作或促使更多人開始閱讀原著作，並對於著作權人的市場產生回饋，因此，當著作人對於同人創作採取開放包容的態度時，也會使著作權人在經濟上或無形之中受惠。

某些著作人反對同人小說的原因之一在於擔憂品質低劣或內容不堪入目的同人創作將減損其名譽進而導致其著作銷量減損，但是如同前述第三章在禁止不當變更權方面的論述，一般理性的著作消費者，在面對同人創作時並不會輕易混淆兩者。著作權人的焦慮可能源自於他們低估了消費者的辨識能力與對於著作的忠誠度。而且，現今許多同人創作者都自發性地在其創作前加上了免責聲明，表明其創作是自哪一部作品

⁵⁰² *Id.* at 495.

⁵⁰³ Tushnet, *supra* note 449, at 542.

⁵⁰⁴ Jessica Litman, *Creative Reading*, 70-SPG LAW & CONTEMP. PROBS. 175, 176 (2007).

衍生，使讀者知悉他們所閱讀的不是正典⁵⁰⁵，這種措施可以一方面保障著作權人作品的完整性，同時亦不妨礙對於該作品的討論或基於該作品的衍生創作繼續蓬勃發展。

過去在日本發生的任天堂神奇寶貝事件與 Konami 純愛手札案，不僅涉及同一性保持權之爭議，其實也突顯了著作人意欲對於其著作如何被看待、被詮釋享有一定的掌控權。誠然著作人在其傾注了心血所創作出的角色上會具有相當地情感附著，因而其渴望保有對角色的最初與最終解釋權也是相當合理的想法。不過，著作人在期望掌控文本意義的主導權同時，也會與同人小說創作者之間形成一種拉鋸關係，因為後者對文本的解讀通常不會拘泥於原作者的創作意圖。事實上，著作權人擔心喪失對於著作最終解釋權並不能成為反對同人創作的理由，因為文本的意義原本就不可能永遠固定於創作者的意圖。著作權法保障著作權人透過其創作獲得的經濟利益，而經濟利益的來源必須透過著作物的廣泛流通來達成。著作一旦置於公眾可取得的狀態，讀者就會以其自身的文化脈絡及思維模式來創造對於讀者自己的意義，原作者不可避免地會喪失對於文本的部分控制權，這可以說是文本流通的代價。所以，文本的意義本質上就是一直變動、不穩定，而且容許質疑的。人們應有能力包容對於文本的多重詮釋，因為這是一個具有豐富言論的社會的必然現象，著作權法之立法目的亦不在於保障原作者人所欲傳遞之觀點的正確性。

第二節 現行法下的處理方式

在法律無法輕易修改的前提下，本文試圖在著作權法的現行體制內提出幾項可行的模式，包括對於法律規定的類推適用、合理使用協議以及授權機制的採行，希望藉此緩和同人創作者目前面臨的諸多不利與困難。

第一款 對於同人小說賦予一定程度保護

同人小說大多是未經著作權人授權而改作之衍生著作，而依據我國實務上對於衍生著作必須是適法改作的要求，未經授權之同人小說係侵害著作權人之改作權，無法受到著作權法之保護。因此，同人創作者對於他人利用其創作為重製、散布等等之行為將無法主張著作權侵害。

然而，考量到同人小說往往在劇情發展或角色描寫方面有一些獨特的創意展現，且具有鼓勵更多青少年學習、提升創作質量並促進國家文化發展之作用，實應承認同人小說仍有值得保護的價值。故若能將衍生著作之保護與改作權侵害脫鉤，將「未經著作權人同意或授權而改作」作為判斷侵權成立之要件，而非衍生著作受保護之要件，

⁵⁰⁵ Tushnet, *supra* note 22, at 669.

並承認非適法改作者只要其自行創作的部分符合著作之保護要件，即可享有著作權，則不但可賦予同人創作者一定程度的保護，防止同人創作者的創意遭到他人任意剽竊使用，對於著作權人的既有權利亦不生影響。

第二款 著作人格權除外規定之類推適用

我國著作權法第16條賦予著作人之姓名表示權主要在防止他人任意隱匿其姓名、別名或違反其本意而揭示之。此項權利亦及於衍生著作之上，因此許多同人創作者只表示原著作名稱而省略著作人姓名之行為即可能構成姓名表示權之侵害。針對此侵權疑慮，或可回歸人格權保障作者名譽之目的，在法定除外規定上從寬適用。亦即同人小說創作者大多利用流行文化之產物為改作，且亦有標示原著作名稱之習慣，因此讀者即便在沒有標示原著作人名稱之情況下也能知悉著作人為何者；而且同人小說的內容經常在故事情節、人物描寫或其他方面與原著作有明顯區別，故沒有致使他人誤認該創作是原著作人所為，也沒有對於原作者名譽造成損害的疑慮時，此情況下或可類推適用第16條第4項的規定，使同人創作者免於表示原著作人名稱。

第三款 達成合理使用範圍之協議

著作權法第65條第3項規定：「著作權人團體與利用人團體就著作之合理使用範圍達成協議者，得為前項判斷之參考。」第4項則規定：「前項協議過程中，得諮詢著作權專責機關之意見。」依此規定，著作權人團體與利用人團體得就著作的合理使用範圍為協議，而於雙方討論的過程中，主管機關亦可提供專業意見以協助該協議成立。

本規定之目的在於使著作市場自然運作下所形成之社會客觀共識能夠成為法院判斷有無成立合理使用時的參考⁵⁰⁶。在此規定修訂後，著作權主管機關經濟部智慧財產局便積極推動相關協議成立，並曾試圖就「依法設立之各級學校為授課需要影印書籍之合理使用範圍協議」協調著作權人團體與各級學校，然而因難有具體成果故最後仍回歸訴訟中個案判斷⁵⁰⁷。學者章忠信認為協調不成功的主要原因可能出於著作權人與利用人團體均不夠積極，蓋著作權人有刑事處罰的規定撐腰，合理使用規定縱不明確其仍可透過刑事訴訟程序使利用人心生恐懼，因而有恃無恐；另一方面，利用人組織鬆散，且亦擔憂原屬合理使用的範圍可能因協議而退讓、減少，故實難以期待雙方積極進行協議⁵⁰⁸。然而，協議之存在有助於縮減適用現行合理使用規定時產生的模糊空間，對於有意使其法律地位明確化之同人創作者而言仍不失為可行之手段。既有先前

⁵⁰⁶ 羅明通，前揭註292，頁273。

⁵⁰⁷ 經濟部，智著字第09400020960號函，經濟部智慧財產局解釋令函瀏覽：

<http://www.tipo.gov.tw/ct.asp?ctNode=7448&mp=1&xItem=217166>。

⁵⁰⁸ 章忠信，前揭註170，頁174。

協議失敗的前車之鑑，同人創作者若欲成功推動此機制則必須更加主動與團結一致。儘管同人創作者大多分散各處，惟基於其利益均霑，應可藉由舉辦同人誌販售會或其他活動之契機聯合與享有著作權之出版社進行協調，約定在一定條件情況下的利用行為屬於合理使用。如果能夠成功，則不僅能為同人創作者於利用他人著作時免去訴訟風險，亦能為著作權人與同人創作者的權益間劃定明確之界線。

第四款 推動更便捷的授權機制

著作權人與同人創作者間缺乏便捷的授權機制是產生法律糾紛的原因之一，採用較為簡略而有效的授權機制可以確保著作人獲得適當報酬，又不會過度限制他人利用著作的自由，例如史丹佛大學的勞倫斯·雷席格教授所提倡之創用 CC (creative commons) 授權條款。這種授權機制的主要目的在於透過著作權人自願性的授權而盡量創造更多他人可以對於著作加以利用之空間。創用 CC 授權條款包含四種授權要素的組合，即「姓名標示」(attribution)、「非商業性」(non-commercial)、「禁止改作」(no derivative works) 以及「相同方式分享」(share alike)，並經由排列組合分為六種授權條款。著作權人可以自行選擇最適合自身的授權模式，將之標示於其作品上以進行授權。

採用這樣的授權方式，對於著作權人與其他潛在利用人皆有益處，因為著作人若採用了創用 CC 授權，則其他人在遵守授權條款的前提之下，都可以自由地重製、散布或就該著作為其他形式之利用，不用再另行取得著作權人的同意。對於著作權人來說，採用這種授權可使其著作更容易被散布，提升著作能見度；另一方面，對其他潛在的著作利用人來說，有了這樣的授權機制能使其明確知悉著作可利用的限度，亦可減少對於訴訟風險的顧慮，特別是當著作權人願意授權他人作非商業性⁵⁰⁹的使用時，對於同人小說的創作者而言將是相當友善的訊息。

除了前述的授權方式外，也有論者主張在同人小說的情況可以採用默示授權 (implied license) 之理論來簡化著作權人與其他利用人之關係，即若著作權人知悉同人小說存在，並有表態支持或聽任他人繼續創作之行為，則同人創作者應可主張著作權人係默示同意此等創作，以此對抗著作權人後續禁止創作或散布之要求⁵¹⁰。學者認為在此適用默示授權之理論可以扭轉以著作權人視角為中心的觀點，即凡著作人未明

⁵⁰⁹ 創用 CC 授權對於非商業性的定義如下：「您不得以主要為獲取商業利益或私人金錢報酬的方式，行使依本授權條款第 3 條所授與之權利。以數位檔案分享或其他方式而以本著作交換其他受著作權保護之著作，若該著作物的交換並無涉及任何金錢報酬之給付，則不應被認為是為意圖獲取商業利益或私人金錢報酬。」常見問題：基本認識，台灣創用 CC 計畫，<http://creativecommons.tw/faq/basic>（最後點閱時間：2013 年 6 月 11 日）。

⁵¹⁰ McCardle, *supra* note 66, at 449-50.

確表示願意容許者皆為侵權，而改以著作消費者為思想出發點⁵¹¹。由於有些著作權人會鼓勵或允許粉絲們創作，因此學者主張既然明示同意具有禁反言之效果，則曾經暗示不認為同人創作會侵害其著作權的著作權人，也應不得在嗣後提起訴訟。但實際上美國法院在 *Castle Rock Entertainment v. Carol Publishing Group* 一案的判決顯示，即便存在著作權人贊同利用行為的事實，法院仍可能會認定未經授權的創作構成侵權⁵¹²。此外，如果默示授權可以作為同人創作者的抗辯，可能會使著作權人更積極地提起訴訟，或者至少消極地不願意再對同人創作的發表與散布表示默許，因此，默示授權理論是否可以成為有效解決爭議的方式仍不無疑慮⁵¹³。

第三節 未來修法建議：混合創作的合法化

儘管現行法律適用的結果未必不會不利於同人創作者，然而模糊的合理使用空間，加上嚴峻的刑罰制裁手段，很有可能導致同人創作者的創意無法發揮，或是只能將創意的展現地下化。因為合理使用規範的適用結果具有高度不確定性，多數著作利用人為了避免涉入著作權侵害的牢獄或前科風險中，通常會自動限縮合理使用的範圍。而且，如果考量到訴訟程序帶給著作利用人的精神壓力以及金錢負擔，可以想像的是最終將只剩下少數有能力負擔者才能夠進行創作，而合理使用的規定也將成為那些少數者才用得起的特權。另一方面，隨著內容產業的集中化，著作權法的管制力量逐漸集中到擁有著作權的企業或團體手中，他們極有可能從各方面施壓，促使法律以擴張著作權保護的方向嚴格執行，進而限制其他人以既有著作為基礎培育更多元文化的自由⁵¹⁴。很顯然地，即便現行合理使用的規定立意良善，實行結果卻未必能如預期一般平衡著作權人與其他著作利用人的權益。

為了避免市場集中化後減少了異議發聲的機會，可以透過將著作權法管制力量削弱的方式來激勵新創意的展現，此即雷席格教授所提倡，對於包括同人創作在內的業餘混合創作的合法化，因為這樣做有益於降低創新的成本，而且能夠激發更多創意。所謂業餘的混合創作，依據學者的主張，指的是基於非商業目的，對於他人的作品為取樣（sampling）、拼接（collage）、重混（remix）等的行為⁵¹⁵。例如擷取不同音樂的片段，加以混合重組成新的樂曲上傳到影音分享網站，或是用繪圖軟體把電影明星的照片與自己的照片結合後寄給朋友。另外，當代藝術創作形式中常見的挪用藝術，直

⁵¹¹ Litman, *supra* note 504, at 179.

⁵¹² 在該案中原告知悉被告問答集的存在，並曾以該書作為節目的宣傳並以正面態度公開提及之。See Stendell, *supra* note 20, at 1575.

⁵¹³ *Id.*

⁵¹⁴ 勞倫斯·雷席格著，劉靜怡譯，誰綁架了文化創意，頁 160（2008）。

⁵¹⁵ 勞倫斯·雷席格著，前揭註 1，頁 70。

接複製大眾文化中的影像、風格或形式進行再造，使觀者對之產生新觀感－典型的例子如安迪·沃荷（Andy Warhol）以絹版印刷技術重現瑪麗蓮夢露、可口可樂以及康寶濃湯罐頭的堆疊影像－也正是利用了其他既存著作的片段作為自身的創作要素的混合創作。同樣地，同人小說這種由非專業創作者利用他人著作進行補充、拼湊，甚至顛覆的創意改寫，亦屬混合創作的類型之一。

如同雷席格教授所述：「我們的決策者在過去十年所做的事情，並沒有真正遏止檔案分享；沒有真正幫助過許多藝術家；沒有激勵大規模創新。決策者的行動只確定了一件事：我們養大了整個世代的剽竊者⁵¹⁶。」因此，現在最需要做的努力其實是使創造力除罪化，而非把所有業餘創造者都當作漠視法律的罪犯。如果我們能在法律的規定中劃定一條明確的界線，將業餘混合創作合法化，相信將是比起仰賴現行合理使用制度更有效的方法。由於先前實證研究的結果顯示我國實務及學術工作者在衡量同人小說是否構成合理使用時特別著重著作權人的經濟利益與其他著作利用人的創意展現，因此本文建議可將之明文化作為判斷混合創作是否構成侵權之要件。亦即於符合下列要件時，混合創作應該不構成著作財產權之侵害：

第一，基於非營利目的利用他人著作。此點之判斷宜著重於利用人是否藉由他人創作獲取利潤，蓋許多創作者雖然將自己的創作物集結成冊而出版，然若其目的只是為了便於在迷的社群或其他團體之間流傳、散布，則不應認為其有不當剝削著作權人的利益之嫌。至於發表於網路或其他實體空間供人免費瀏覽的混合創作，則應可通過此標準的檢視。

第二，有別於原著作之實質創意展現。著作的保護要件之一在於須具備原創性，因此雖然創作者的作品中有某些部分係挪用既有著作而來，然若其作品展現了某些新思維，係原著作當中所欠缺者，則這些新的創意仍有加以保護的價值。另外，新創意的展現也不應僅只是將他人著作為細微變化，而是必須與原著作間產生一定程度的差別。這是為了避免投機者只略為更動他人著作的段落或表現形式就主張免除其侵權責任。因此，若同人小說的創作者使用既有著作的某些部分，但將其作品的內容重點置於自身許多獨樹一格的創意展現時，則比較容易成立合理使用。

第三，除有減損原著作人經濟利益之情況外，不構成著作財產權之侵害。考量到保障著作權人經濟利益是維護創作動機的因素之一，在立法時則對此利益尤應加以重視。又為了保障創作者有較大的合理使用空間，因此立法上宜以業餘利用行為不構成侵權為原則。由於大多數的混合創作都呈現出轉化的訊息，因此並不容易取代原著作

⁵¹⁶ 同前註，頁 124。

的市場，反而對於原著作有宣傳、加分的效果；然而若該新創作的轉化程度甚低，或者該創作落入著作權人的潛在市場範圍內，進而影響到著作權人的經濟利益時，利用人之行為即不應構成合理使用。

綜上所述，本文期盼最終能透過立法明定的方式，解決現階段同人創作混沌不明的法律狀態，並為更多的混合創作者提供創作空間，也鼓勵更多來自不同背景、擁有不同生活經驗與內心想法的著作消費者能積極展現其獨特的一面。希望本文的提出能夠促使包含立法者、司法者在內的社會大眾正視每個人的創意價值、相信每個人都有為文化貢獻的可能，當我們的社會不僅只是容忍異議發聲，而是擁抱和尊重每個看似微小的觀點其背後表彰的多元價值時，社會文化才有真正進步的可能。



參考文獻

一、中文書籍

1. Matt Hills 著，朱華瑄譯，《探究迷文化》，韋伯，台北 (2009)。
2. 三浦紫苑著，黃盈琪譯，《腐興趣不只是興趣》，尖端，台北 (2010)。
3. 王澤鑑，《民法總則》，三民，台北 (2006)。
4. 甘添貴，《體系刑法各論 (第一卷)》，自版，台北 (2001)。
5. 李惠宗，《憲法要義》，5 版 1 刷，元照，台北 (2009)。
6. 岡田斗司夫著，談璞譯，《阿宅，你已經死了！》，時報，台北 (2009)。
7. 林佳蓉，《東京動漫畫攻略地圖》，西遊記，台北 (2004)。
8. 林淑馨，《質性研究理論與實務》，巨流，台北 (2010)。
9. 胡幼慧編，《質性研究》，巨流，台北 (1996)。
10. 章忠信，《著作權法逐條釋義》，五南，台北 (2007)。
11. 勞倫斯·雷席格著，劉靜怡譯，《誰綁架了文化創意》，早安財經，台北 (2008)。
12. 勞倫斯·雷席格著，葉心嵐譯，《REMIX，將別人的作品重混成賺錢生意》，大是文化，台北 (2011)。
13. 黃銘傑主編，《著作權合理使用規範之現在與未來》，元照，台北 (2011)。
14. 傻呼嚕同盟，《COSPLAY·同人誌之秘密花園》，大塊文化，台北 (2005)。
15. 達許·漢密特著，林淑琴譯，《馬爾他之鷹》，臉譜，台北 (1998)。
16. 謝銘洋，《智慧財產權法》，元照，台北 (2008)。
17. 謝銘洋、張桂芳著，《著作權案例彙編 (5)－美術著作篇》，經濟部智慧財產局，台北 (2006)。
18. 蕭雄淋，《新著作權法逐條釋義 (一)》，2 版 3 刷，五南，台北 (2001)。
19. 蕭雄淋，《著作權法論》，五南圖書，台北 (2009)。
20. 羅明通，《著作權法論 (第一冊)》，7 版 1 刷，台英商務法律，台北 (2009)。
21. 羅明通，《著作權法論 (第二冊)》，7 版 1 刷，台英商務法律，台北 (2009)。

二、中文期刊

1. 王敏銓，〈著作人格權之負面效果與合理使用－伯恩公約與美國法之探討〉，《月旦法學雜誌》，第 111 期，頁 44-60，2004 年 8 月。
2. 李治安，〈合理使用「誰」的著作？－從我國實務看合理使用與出處明示之關聯〉，《政大法學評論》，第 126 期，頁 357-403，2012 年 4 月。
3. 李治安，〈著作權法中的灰姑娘：利用人地位之探討〉，《臺大法學論叢》，第 41 卷第 3 期，頁 931-979，2012 年 9 月。
4. 李治安，〈故事角色的第二人生：論著作權法對於故事角色之保護〉，《智慧財產權月刊》，第 169 期，頁 104-127，2013 年 1 月。

5. 林志峰，〈著作權實質相似之判斷標準〉，《資訊法律透析》，第8卷第1期，頁21-28，1996年1月。
6. 林金定、嚴嘉楓、陳美花，〈質性研究方法：訪談模式與實施步驟分析〉，《身心障礙研究》，第3卷第2期，頁122-136，2005年6月。
7. 林昱梅，〈藝術自由與嘲諷性模仿之著作權侵害判斷〉，《成大法學》，第7期，頁133-234，2004年6月。
8. 許忠信，〈著作之原創性與抄襲之證明（下）—最高法院97年度台上字第1214號判決評析〉，《月旦法學雜誌》，第172期，頁238-257，2009年9月。
9. 許忠信，〈論著作財產權合理使用之審酌因素—最高法院九十六年度台上字第三六八五號刑事判決評析〉，《月旦法學雜誌》，第188期，頁182-200，2011年1月。
10. 黃銘傑，〈重製權侵害中「實質近似」要件判斷之方式與專家證人之運用—板橋地方法院96年度智字第18號判決評析〉，《月旦法學雜誌》，第189期，頁187-208，2011年2月。
11. 楊智傑，〈智慧財產權的憲法基礎：兼論智財權與言論自由的衝突〉，《財產法暨經濟法》，第16期，頁1-40，2008年12月。
12. 陳箐繡，〈漫畫次文化之非正式學習特徵之探析〉，《人文藝術學報》，第4期，頁301-318，2005年3月。
13. 陳箐繡，〈「日本動漫畫」迷文化之異地生產、根植與文化形構：以臺灣和美國漫畫同人誌販售會為焦點探析〉，《藝術研究期刊》，第1期，頁135-154，2005年12月。
14. 陳箐繡，〈漫畫圖像再創與性別認同—以三位女性漫畫同人誌創作者為研究個案〉，《視覺藝術論壇》，第5期，頁28-51，2010年7月。
15. 謝銘洋，〈著作權法上實質近似認定與公共領域素材之關係—智慧財產法院刑事判決100年度刑智上訴字第39號評析〉，《法令月刊》，第63卷第10期，頁1-12，2012年10月。
16. 蔡維音，〈布袋戲木偶之著作權歸屬〉，《月旦法學教室》，第23期，頁32-33，2004年9月。
17. 羅明通，〈思想與表達之區別、合併及電腦程式侵權判斷之步驟—最高法院94年度台上字第1530號刑事判決評析〉，《科技法學評論》，第6卷第2期，頁1-40，2009年10月。
18. 蘇郁雅，〈我國合理使用判斷基準之實證研究分析〉，《智慧財產評論》，第10卷第2期，頁133-237，2012年12月。

三、中文學位論文

1. 中田祥二郎，〈關於次文化於著作權法上的問題—以日本判例之發展與特徵為中心〉，臺灣大學法律學研究所碩士論文，2010年。
2. 沈裕博，〈從台灣漫畫同人誌歷史沿革到《VIVA》〉，高雄師範大學美術學系碩士論文，2009年。

3. 李佩珊，《女性同人誌創作者持續創作之動機》，慈濟大學人類發展研究所碩士論文，2009年。
4. 林純如，《衍生著作與編輯著作之研究》，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2005年。
5. 邱雯祺，《台灣同人文化再現與實踐—以「開拓動漫祭」為案例》，崑山科技大學視覺傳達設計研究所碩士論文，2009年。
6. 許芳瑋，《台灣同人活動歷程及創演經驗初探》，國立花蓮教育大學多元文化研究所碩士論文，2007年。
7. 張桂芳，《美術著作與圖形著作之立體化於著作權法規地位之研究——從我國實務現象之評析出發》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2001年。
8. 張詩芸，《次文化經濟能量之展現：論台灣同人誌的在地變遷》，國立臺灣師範大學大眾傳播研究所碩士論文，2006年。
9. 黃絮，《著作人格權中禁止醜化權之研究—以日本法與我國法之比較為中心》，國立臺北教育大學文教法律研究所碩士論文，2012年。
10. 黃炫中，《合理使用原則之探討—以我國實務判決為主軸》，中興大學科技法律研究所碩士論文，2009年。
11. 盧美慈，《同人誌相關著作權問題研究》，國立政治大學智慧財產研究所碩士論文，2011年。
12. 盧姿霈，《同人誌販售會之行銷模式探討》，中國文化大學新聞學系碩士論文，2012年。
13. 蔡振元，《同人誌與著作權合理使用之探討》，逢甲大學財經法律研究所碩士論文，2011年。



四、其他中文參考文獻

1. 李至和，「金石堂董座交棒 祭秘密武器」，經濟日報，A20版，2012年8月1日。
2. 李治安，姓名標示的限制，台灣創用CC計畫（2011年12月2日），<http://creativecommons.tw/in-depth/573>。
3. 林子鈴，現代消費者的領悟與反思，嶺南大學文化研究期刊：http://www.ln.edu.hk/mcsln/13th_issue/feature_03.shtml（最後點閱時間：2013年6月2日）。
4. 常見問題：基本認識，台灣創用CC計畫，<http://creativecommons.tw/faq/basic>（最後點閱時間：2013年6月11日）。
5. 經濟部，電子郵件980710a號函，經濟部智慧財產局解釋令函瀏覽：<http://www.tipo.gov.tw/ct.asp?ctNode=7448&mp=1&xItem=218030>。
6. 經濟部，電子郵件990518b號函，經濟部智慧財產局解釋令函瀏覽：<http://www.tipo.gov.tw/ct.asp?ctNode=7448&mp=1&xItem=218329>。
7. 經濟部，智著字第09400020960號函，經濟部智慧財產局解釋令函瀏覽：<http://www.tipo.gov.tw/ct.asp?ctNode=7448&mp=1&xItem=217166>。

五、英文書籍

1. HELLEKSON, KAREN & KRISTINA BUSSE, *FAN FICTION AND FAN COMMUNITIES IN THE AGE OF THE INTERNET* (McFarland, 2006).
2. PATRY, WILLIAM F., *PATRY ON COPYRIGHT* (2013).
3. SCHECHTER, ROGER E. & JOHN R. THOMAS, *PRINCIPLES OF COPYRIGHT LAW* (West, 2010).

六、英文期刊

1. Chander, Anupam & Madhavi Sunder, *Everyone's a Superhero: A Cultural Theory of "Mary Sue" Fan Fiction as Fair Use*, 95 Cal. L. Rev. 597 (2007).
2. Fisher III, William W., *The Implications for Law of User Innovation*, 94 MINN. L. REV. 1417 (2010).
3. Hetcher, Steven A., *Using Social Norms to Regulate Fan Fiction and Remix culture*, 157 U. PA. L. REV. 1869 (2009).
4. Hetcher, Steven, *The Kids Are Alright: Applying a Fault Liability Standard to Amateur Digital Remix*, 62 Fla. L. Rev. 1275 (2010).
5. Katyal, Sonia K., *Performance, Property, and the Slashing of Gender in Fan Fiction*, 14 AM. U. J. GENDER SOC. POL'Y & L. 461 (2006).
6. Kurtz, Leslie A., *The Independent Legal Lives of Fictional Characters*, 1986 WIS. L. REV. 429 (1986).
7. Lee, Edward, *Warming Up to User-Generated Content*, 2008 U. ILL. L. REV. 1459 (2008).
8. Lipton, Jacqueline D., *Moral Rights and Supernatural Fiction: Authorial Dignity and the New Moral Rights Agendas*, 21 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. 537 (2011).
9. Litman, Jessica, *Creative Reading*, 70-SPG LAW & CONTEMP. PROBS. 175 (2007).
10. Liu, Joseph P., *Copyright Law's Theory of the Consumer*, 44 B. C. L. REV. 397 (2003).
11. Liu, Joseph P., *Copyright and Breathing Space*, 30 COLUM. J.L. & ARTS 429 (2007).
12. McCardle, Meredith, Note, *Fan Fiction, Fandom, and Fanfare: What's All the Fuss?*, 9 B.U. J. SCI. & TECH. L. 433 (2003).
13. Mehra, Salil, *Copyright and Comics in Japan: Does Law Explain Why All the Cartoons My Kid Watches Are Japanese Imports?*, 55 RUTGERS L. REV. 155 (2002).
14. Nolan, Mollie E., Comment, *Search for Original Expression: Fan Fiction and the Fair Use Defense*, 30 S. ILL. U. L.J. 533 (2006).
15. Ranon, Christina Z., Note, *Honor among Thieves: Copyright Infringement in Internet Fandom*, 8 VAND. J. ENT. & TECH. L. 421 (2006).
16. Schwabach, Aaron, *The Harry Potter Lexicon and the World of Fandom: Fan Fiction, Outsider Works and Copyright*, 70 U. PITT. L. REV. 387 (2009).
17. Stendell, Leanne, *Fanfic and Fan Fact: How Current Copyright Law Ignores the Reality of Copyright Owner and Consumer Interest in Fan Fiction*, 58 SMU L. Rev. 1551 (2005).

18. Stroude, Rachel L., Comment, *Complimentary Creation: Protecting Fan Fiction as Fair Use*, 14 MARQ. INTELL. PROP. L. REV. 191 (2010).
19. Tushnet, Rebecca, *Legal Fictions: Copyright, Fan Fiction, and a New Common Law*, 17 Loy. L.A. Ent. L.J. 651 (1997).
20. Tushnet, Rebecca, *Copy this Essay: How Fair Use Doctrine Harms Free Speech and How Copying Serves It*, 114 YALE L.J. 535 (2004).
21. Tushnet, Rebecca, *Payment in Credit: Copyright Law and Subcultural Creativity*, 70-SPG LAW & CONTEMP. PROBS. 135 (2007).
22. Tushnet, Rebecca, *User-Generated Discontent: Transformation in Practice*, 31 COLUM. J.L. & ARTS 497 (2008).
23. Tushnet, Rebecca, *Economies of Desire: Fair Use and Marketplace Assumptions*, 51 WM. & MARY L. REV. 513 (2009).
24. Zecevic, Jasmina, *Distinctly Delineated Fictional Characters that Constitute the Story Being Told: Who Are They and Do They Deserve Independent Copyright Protection?*, 8 VAND. J. ENT. & TECH. L. 365 (2006).

七、其他英文参考文献

1. *Anime Expo 2009 Continues to Hold the Title of Nation's Largest Anime and Manga Event with a Record Number of Over 44,000 in Attendance*, ANIME NEWS NETWORK, <http://www.animenewsnetwork.com/press-release/2009-07-05/anime-expo-2009-continues-to-hold-the-title-of-nation-largest-anime-and-manga-event-with-a-record-number-of-over-44000-in-attendance>. (last visited Dec. 27, 2012).
2. Baker-Whitelaw, Gavia, “*Star Trek Into Darkness*”: *Too many d*cks on the Enterprise*, THE DAILY DOT (May 17, 2013), <http://www.dailydot.com/opinion/star-trek-into-darkness-too-many-dcks/>
3. *Fan Fiction*, OXFORD ADVANCED LEARNER’S DICTIONARY, <http://oald8.oxfordlearnersdictionaries.com/dictionary/fan+fiction> (last visited Dec. 12, 2012).
4. *Fan Fiction*, WIKIPEDIA, http://en.wikipedia.org/wiki/Fan_fiction (last visited Dec. 12, 2012).
5. FANFICTION.NET, <http://www.fanfiction.net/> ((last visited Dec. 14, 2012).
6. *FanFiction,Net*, WIKIPEDIA, <http://en.wikipedia.org/wiki/FanFiction.Net>. (last visited Dec. 27, 2012).
7. *FanFiction Content Guidelines*, FANFICTION.NET, <http://www.fanfiction.net/guidelines/> (last visited Dec. 27, 2012).
8. *History: Stats*, OTAKON, http://www.otakon.com/history_stats.asp (last visited Dec. 27, 2012).
9. *LEGO® The Lord of the Rings*, LEGO, <http://thelordoftherings.lego.com/en-us/Default.aspx> (last visited May, 31 2013).
10. Maryanne Murray Buechner, *Families: Learning Corner: Pop Fiction*, TIME MAG. (Mar. 04,

- 2002), <http://www.time.com/time/magazine/article/0,9171,1001950,00.html>.
11. Rice, Anne, *Anne Rice Readers Interaction*, ANNERICE.COM: THE OFFICIAL SITE, <http://www.annerice.com/ReaderInteraction-MessagesToFans.html> (last visited Jan. 27, 2012).
 12. *Site Info*, ALEXA, <http://www.alexa.com/siteinfo/fanfiction.net#> (last visited Dec. 27, 2012).
 13. *The League of Extraordinary Gentlemen*, WIKIPEDIA, http://en.wikipedia.org/wiki/The_League_of_Extraordinary_Gentlemen (last visited May, 31 2013).

八、其他日文参考文献

1. C82 ジャンルコード一覧, コミックマーケット公式サイトへようこそ! : <http://www.comiket.co.jp/info-c/C82/C82genre.html> (最後点阅时间:2012年12月14日)。
2. pixiv のユーザー数が 500 万人を突破, pixiv : <http://www.pixiv.net/info.php?id=1167> (最後点阅时间:2012年12月27日)。
3. イベントの主催者様へ, 株式会社栄光 : https://www.eikou.com/event_support/index.html#circle. (最後点阅时间:2012年12月27日)。
4. オリジナル/創作, 同人用語の基礎知識 : <http://www.paradisearmy.com/doujin/pasok4k.htm> (最後点阅时间:2012年12月14日)。
5. コミックマーケット準備会・コンテンツ研究チーム, コミックマーケット 35 周年調査・調査報告(Dec. 2011), <http://www.comiket.co.jp/info-a/C81/C81Ctlg35AnqReprot.pdf>.
6. コミックマーケット年表, コミックマーケット公式サイトへようこそ! : <http://www.comiket.co.jp/archives/Chronology.html> (最後点阅时间:2012年12月18日)。
7. コミックマーケットの現状と海外参加者, コミックマーケット公式サイトへようこそ! : <http://www.comiket.co.jp/info-a/WhatIs.html> (最後点阅时间:2012年12月18日)。
8. 同人, kotobank.jp : <http://kotobank.jp/word/%E5%90%8C%E4%BA%BA> (最後点阅时间:2012年12月12日)。
9. 同人, ウィキペディア : <http://ja.wikipedia.org/wiki/%E5%90%8C%E4%BA%BA> (最後点阅时间:2012年12月12日)。
10. 同人, 同人活動の基礎知識 : http://www.paradisearmy.com/doujin/pasok_doujin.htm (最後点阅时间:2012年12月12日)。
11. 会社概要, Toranoana : <http://www.toranoana.jp/company/00003.html>. (最後点阅时间:2012年12月27日)。
12. 発送料金と在庫発送について, 金沢印刷 : <http://www.kanazawa-p.co.jp/qanda/zaiko.html#direct> (最後点阅时间:2012年12月27日)。

附錄一 〈訪談大綱〉

一、研究主題

近年來同人小說在網路論壇與同人誌販售會中相當盛行，然而這種創作卻經常有侵害著作權之疑慮。本論文希望透過實證研究來瞭解實務與學說上對於同人小說是否能構成合理使用的看法，期望就不同類型之同人小說建立合理使用之標準。

二、同人小說的幾種常見類型

主要類型		次分類	具體事例
A	在同人小說中提出批判性觀點	A-1 批判原作傳達出的特定觀點	例如 Alice Randall 的《The Wind Done Gone》
		A-2 並非特別針對原作的批判，而係對當時社會現象、政治或其他著作的評論	例如利用迪士尼人物當作政治諷刺小說中的角色
B	創作者在同人小說中將自己的形象帶入，以此作為自我實現或自我賦權的方法		例如描寫同性角色之間的情感、加入自創人物、轉換視角
C	純粹創作者自身想像的展現	C-1 顛覆原作	例如架空世界、變更劇情
		C-2 銜接原作	例如結局續寫、填補原作時間軸空白處

三、訪談內容

1. 您認為有無針對特定著作的批判一事會影響轉化性的判斷嗎？為什麼？
2. 某些同人小說雖然未必有批判特定著作的意涵，但是創作者是藉由同人小說來達到實現自我的目的。您認為這類同人小說是否也能被認為具有轉化性？如果與批判性的同人小說相較，這類小說的轉化性程度如何？為什麼？
3. 您認為藉由他人著作闡述自己的想法算是有轉化性嗎？創作者新加入的部分是否一定要具有社會價值才能被認為具有轉化性？為什麼？
4. 假設同人小說的內容有較多有別於原作的部分，會影響您的在轉化性方面的判斷嗎？在轉化性的考量上，還有其他因素會影響您的判斷嗎？
5. 您認為刊登在網路論壇供人免費瀏覽的同人小說算是具有商業性嗎？
6. 假若同人小說作者利用部落格發表創作，再利用旁邊欄位放置廣告，這種行為，您會如何認定其商業性？相較於前述行為，這樣的行為商業性程度如何？
7. 您會如何評價出版同人誌行為的商業性？動機是影響判斷的因素嗎？收入呢？
8. 您認為在著作的性質這項判斷基準上是否不利於同人創作者？為什麼？
9. 您認為哪一種類型的同人小說運用他人著作是比較有其必要性的？為什麼？是否會與利用目的一起考量？
10. 您認為利用質量的判斷要考慮到同人創作者自行創作的部分嗎？
11. 您認為批判型的同人小說有可能會影響著作的現在價值嗎？可能會損害著作人的潛在市場嗎？為什麼？
12. 您認為同人創作者運用自己的想像描寫另一個故事有可能會跟原著作產生競爭效果而取代原作的市場嗎？為什麼？這類同人小說有可能成為著作人未來可合理預期開發的市場嗎？
13. 有些人主張同人小說可以為原作宣傳，增加原作的銷量。您怎麼看待這樣的主張？