

同人創作與著作權 - 以同人誌為例

莊喬琪

● 壹、前言

近幾年來我國欲推廣及發展動漫產業，而我國動漫文化深受日本影響，除漫畫、小說及動畫市場之外包含同人市場(粉絲創作市場)，其中同人創作(粉絲創作)即是培養動漫人才方式之一。同人創作中以「同人誌」最為活躍，所謂「同人誌」即志同道合之人(粉絲、同好)一起合作出版之刊物，惟同人誌多數係未得原著作權人授權而為改作，可能侵害原著作權人之著作權。能否主張合理使用？若簽署跨太平洋戰略經濟夥伴關係協議(Trans-Pacific Partnership Agreement，簡稱 TPP)後，著作權侵權訴訟將由告訴乃論罪改為非告訴乃論罪，應如何因應？頗值探討。

● 貳、同人誌概述

一、同人之定義及特徵

(一) 同人之定義

「同人」一詞源自日本，即擁有相同目的及興趣之人、同好之人¹，同人誌」與「同人雜誌」同義，即主義、目的、傾向等相同的夥伴聚集在一起編輯、發行之雜誌²。在我國以「同人誌」稱之，與日本相同；美國則稱為 fanfiction (亦稱為 fan fiction、Fan Fic、Fic、FF³)，即粉絲創作。

同人創作依創作類型可區分為同人動畫、同人小說、同人漫畫、同人

¹ どうじん【同人】，goo 辭書，<http://dictionary.goo.ne.jp/jn/156119/meaning/m0u/%E5%90%8C%E4%BA%BA/>(最後瀏覽日：2016年11月25日)。

² どうじん-ざっし【同人雜誌】，goo 辭書，<http://dictionary.goo.ne.jp/jn/156130/meaning/m0u/>(最後瀏覽日：2016年11月25日)。

³ ファン・フィクション，ウィキペディア，

<https://ja.wikipedia.org/wiki/%E3%83%95%E3%82%A1%E3%83%B3%E3%83%BB%E3%83%95%E3%82%A3%E3%82%AF%E3%82%B7%E3%83%A7%E3%83%B3>(最後瀏覽日：2016年11月25日)。

遊戲、同人音樂、同人電影、cosplay、字幕組及其他周邊產品等。若將同人小說或同人漫畫集結成刊物或書籍即是同人誌。本文討論同人誌之內容範圍限於根據現已存在的商業性作品加上自己的創意改編、改寫而成，為衍生著作之著作權議題。

(二) 同人之特徵

同人創作（文化）之特徵為：1. 表彰對原著作之熱愛；2. 借用受著作權保護之素材進行再次創作；3. 同人行為之作品大多遵循原作框架，盡可能不逾越原作設定；4. 具推廣原作功能；5. 目的並非與原作進行市場競爭⁴；6. 同人誌與商業誌之出版模式界線日漸模糊；7. 對傳統道德之反思；8. 作品形式及價值取向之多元化。

值得探討的是「對傳統道德之反思」，許多同人誌涉及男男相戀之故事情節，稱為Boy's Love（簡稱BL）或耽美，在BL市場中以女性占大多數，無論是創作者或是閱讀者，有論者認為這是對傳統社會倫理之挑戰，展現女性自主意識抬頭⁵，企圖擺脫「被觀看、被物化」的命運，轉而追求平等的戀愛故事⁶。換言之，同人作家藉由創作、閱讀者透過閱讀BL小說/漫畫追求性別平等的價值觀，展現對傳統道德束縛的反抗。

二、同人誌與衍生著作

(一) 衍生著作之定義及保護要件

依我國著作權法第 6 規定：「就原著作改作之創作為衍生著作，以獨立之著作保護之（第 1 項）。衍生著作之保護，對原著作之著作權不生影響（第 2 項）。」所謂「改作」，依著作權法第 3 條第 1 項第 11 款規定：「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。」同人誌係利用原作

⁴ 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，頁 22-24。

⁵ 陸靜怡，同人文學的意識形態模式，青春歲月，2 期，2012 年 2 月，22 頁。

⁶ 劉品志，「腐女」的幻想與望／妄想，國立高雄師範大學性別教育研究所碩士論文，2014 年，頁 62。

之人物角色、場景設定、故事背景等為再次創作(改作)，符合我國衍生著作之定義，屬於衍生著作之一種。

衍生著作之保護要件與一般著作之保護要件相同，即 1. 須具有原創性；2. 須具有一定之外部表現形式；3. 為文學、科學、藝術或其他學術範圍內之著作；4. 須非不得為著作權標的之著作。

(二) 未得著作權人同意或授權之衍生著作是否受著作權保護

由於同人誌著作權人與原著作權人聯繫困難(不知聯繫方式、語言溝通障礙)或取得授權成本過高(同人誌係自費少量印刷)等，同人誌多數未得原著作權人授權而為改作，該未獲授權之同人誌是否受著作權保護容有爭議，茲分述如下：

1. 肯定說

目前我國主管行政機關內政部及經濟部智慧財產局之行政函釋多採肯定說⁷，惟法院判決見解紛歧⁸。有學者認為我國著作權法之規定較接近德國著作權法⁹，並未如美國著作權法明文規定非法之衍生著作不受著作權法保護，若採否定說顯然增加法所無之保護要件。且著作權法保護的著作，應只考量是否有創作性，不問是合法或非法，即使是誹謗、公然侮辱、淫穢等著作，只要具有創作性，即應賦予著作權保護，至於有無刑事或其他法律責任，則依相關法律處理¹⁰。又我國著作權法主要係繼受日本 1970 年著作權法，而 1970 年日本著作權法已統一刪除衍生著作之適法性要件，我國著作權法條文對衍生著作之保護亦未規定以「合法」改作為要件，故於解釋上應

⁷ 例如內政部民國 84 年 1 月 27 日(84)台內著會發字第 8401635 號函及民國 93 年 9 月 21 日智著字第 0930007542-0 號函等。

⁸ 採肯定說之實務如臺灣高等法院 88 年度上訴字第 4362 號刑事判決及臺灣屏東地方法院 97 年度附民字第 74 號刑事附帶民事訴訟判決等。

⁹ 德國著作權法第 23 條規定，改作原則上不需徵得原著作權人同意，但若要將改作公開或利用，須先徵得原著作權人之同意，始得為之。

¹⁰ 章忠信，未經授權改作之衍生著作可否享有著作權，102 年 8 月 14 日，

<http://www.copyrightnote.org/ArticleContent.aspx?ID=9&aid=2604>(最後瀏覽日：2016 年 11 月 25 日)。

與日本現行著作權法相同¹¹。

2. 否定說

有論者認為衍生著作侵害原著作權人之著作權，除應對原著作權人負侵權之責外，其衍生著作本身亦不得享有著作權，該衍生著作實無保護之必要，又參考美國著作權法亦持否定見解¹²，故我國亦應認不予保護為當¹³。另法院判決實務亦多採否定說，如臺灣高等法院 83 年度上訴字第 5996 號判決、最高法院 87 年度台上第 1413 號民事判決、最高法院 102 年度台上字第 548 號民事判決及智慧財產法院 104 年度刑智上易字第 84 號刑事判決等。

3. 小結

本文採肯定說，即使未得原著作權人同意，該衍生著作亦有保護之實益及價值，因事實上極有可能係原著作權人為加速推廣其著作而明示或默示容許他人未經其同意或授權而為改作，原著作權人亦有可能希望獲得授權金而非否定該衍生著作之著作權，故不應僅以原著作權人可能起訴請求排除該衍生著作而否定其受著作權法保護之可能。

● 參、同人誌與著作權侵害

一、著作人格權

我國著作權法第 15 條至第 21 條是有關著作人格權之規定，包含公開發表權(第 15 條)、姓名表示權(第 16 條)及禁止不當改變權(第 17 條)。同人誌係基於原著作(既有著作)而改作成衍生著作，可能侵害原著作之姓名表示權及禁止不當改變權，茲分述如下。

¹¹ 蕭雄淋，著作權法實務問題研析，五南，2013 年 7 月，頁 32。

¹² 美國著作權法第 103 條(a)項規定：「第 102 條所列之著作權之標的包括編輯及衍生著作，但對於引用有著作權之既存資料之著作的保護，不及於該著作非法引用該等資料之部份。」

¹³ 羅明通，著作權法論 I，台英商務法律，8 版，2014 年 5 月，頁 269。

(一) 姓名表示權

按著作權法第 16 條 1 項後段規定：「著作人就其著作所生之衍生著作，亦有相同之權利。」衍生著作之著作人若未在其所創作之衍生著作中表示原著作之姓名，將對原著作人姓名表示權構成侵害，惟依同條第 4 項之規定，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。至於是否違反社會使用慣例，得否省略著作人之姓名或名稱須依個案判斷。

(二) 禁止不當改變權

禁止不當改變權又稱「同一性保持權」、「完全性確保請求權」或「原狀維持權」，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。」值得注意者為「致損害其名譽」之要件，為避免禁止不當改變權之保護過當，阻礙著作之流通，縱然著作利用人改變著作之內容、形式或名目，須達到「損害著作人名譽」的程度，始侵害禁止不當改變權¹⁴。

同人誌係未經原著作權人同意之衍生著作，其內容可能涉及色情、人獸交或性虐待等情節，可能醜化原作之內容，使閱讀者誤解或扭曲原作之意，改變原作之同一性，侵害著作人之禁止不當改變權。

二、著作財產權

著作權法第 22 條至第 29-1 條為著作財產權之規定，與同人誌密切相關者為改作權、重製權及公開傳輸權，茲分述如下。

(一) 改作權

改作權規定於著作權法第 28 條，著作人專有將其著作改作成衍生著作

¹⁴ 參見臺灣高等法院 91 年度上易字第 3176 號刑事判決。

或編輯成編輯著作之權利，故同人誌作者在創作時若未徵得原著作權人同意或授權，其改作行為可能構成侵害改作權。

(二) 重製權

重製權規範於著作權法第 22 條，同法第 3 條第 1 項第 5 款定義重製為：「指以印刷、複印、錄音、錄影、攝影、筆錄或其他方法直接、間接、永久或暫時之重複製作。」我國著作權法並沒有「抄襲」一詞，所謂「抄襲」是指構成著作「重製權」或「改作權」的侵害。我國實務於抄襲之認定時有「接觸」及「實質相似」兩要件，分述如下：

1. 接觸

接觸(access)一詞源自美國法院之著作權判決，係指不限於以直接接觸證據證明實際閱讀，凡依社會通常情況，被告應有「合理之機會」或「合理之可能性」閱讀或聽聞原告之著作，即構成接觸¹⁵。基於同人誌之特色（借用原著作之人物或場景為衍生著作）必定接觸過原著作始得為改作，故接觸要件並非討論之核心所在，需接續判斷實質相似性。

2. 實質相似

所謂實質相似，於我國實務見解認為包括「量之相似」與「質之相似」，前者與著作之性質有關，後者則是判斷是否屬於重要部分。參見智慧財產法院 100 年度民著訴字第 55 號民事判決：「所謂量之相似者，係指抄襲的部分所佔比例為何，著作權法之實質相似所要求之量，其與著作之性質有關。故寫實或事實作品比科幻、虛構或創作性之作品，要求更多之相似分量，因其雷同可能性較高，故受著作權保護之程度較低。所謂質之相似者，在於是否為重要成分，倘屬重要部分，則構成實質之近似。倘抄襲部分為原告著作之重要部分，縱使僅佔原告著作之小部分，亦構成實質之相似。有鑑於侵權態樣與技巧日益翻新，實不易有與原本全盤照抄之例。有意剽竊者，會加以相當之變化，以降低或沖淡近似之程度，避免侵權之指控，使侵權之判斷更

¹⁵ 羅明通，著作權法論 II，台英商務法律，8 版，2014 年 5 月，頁 383。

形困難。故判斷是否抄襲時，應同時考慮使用之質與量。即使抄襲之量非夥，然其所抄襲部分屬精華或重要核心，仍會成立侵害。」

由於實質近似係不確定法律概念，故在質或量之判斷均非絕對，美國實務發展出許多判斷方法，如「整體觀念與感覺」(total concept and feel test)之判斷法，亦被我國法院接受¹⁶。例如最高法院 94 年度台上字第 6398 號刑事判決：「法院於認定有無侵害著作權之事實時，宜審酌一切相關情狀，就認定著作權侵害的兩個要件，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...在為質之考量時，尤應特加注意著作間之『整體觀念與感覺』。」

於同人誌之立場，有些同人誌會模仿原作畫風筆觸，但有些同人誌卻不模仿原作畫風筆觸，而僅借用原作角色、場景，以自己之描述方式描寫故事。究竟同人誌是否侵害原著作權人之重製權？若依我國接觸及實質相似要件判斷，接觸是肯定的，惟是否構成實質相似？依一般社會大眾之「整體觀念與感覺」判斷之實際操作恐有困難，且此種判斷方式仰賴個人之藝術觀感、成長背景及思考邏輯，最終是否淪為法官斷見，值得省思。

(三) 公開傳輸權

著作人專有公開傳輸其著作之權利(著作權法第 26 條之 1)，換言之，任何人未經著作財產權人同意，不得將著作之內容以網路傳送於公眾或放在網路上提供予公眾。且「向公眾提供」不以利用人有實際上之傳輸或接收行為之必要，只要處於可得傳輸或接收之狀態已足¹⁷。同人誌著作人若過度引用原著作或重製原著作，將其上傳至網路供他人觀覽或下載，除侵害重製權外亦可能侵害公開傳輸權。

¹⁶ 謝銘洋，智慧財產權法，元照，4 版，2013 年 9 月，頁 305。

¹⁷ 羅明通，同註 13，頁 634。

三、合理使用之探討

著作權法第 44 條至第 65 條是關於著作財產權之限制與合理使用之規定，第 65 條第 2 項非第 44 條至第 63 條之補充條文而可獨立適用，且第 1 款至第 4 款需逐一判斷、綜合考量。同人誌於著作權之侵權未必能該當第 44 條至第 63 條所列舉之合理使用事由，但仍可直接適用第 65 條第 2 項所列之判斷標準，茲分析如下：

(一) 利用之目的及性質

著作權法第 65 條第 2 項第 1 款規定判斷合理使用之基準為「利用之目的及性質，包括係為商業目的或非營利教育目的。」惟關於商業或非商業目的之區別僅是參考因素，不能成為利用目的之唯一判斷，仍應以著作權法第 1 條規定之立法目的與立法精神解析其使用目的，以符合著作權法之立法意旨¹⁸。

轉化性(transformative)亦稱轉化使用、轉變性使用或轉化利用，是法官依著作權法第 65 條第 2 項第 1 款判斷是否為合理使用時重要基準之一，係指「不是取代原著作，而是有其他目的或不同性質，對原著作增加新表達、意義或訊息，而改變原著作¹⁹。」美國 *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.* 案法院於合理使用的「使用之目的及性質」要件為判斷時，認為重點在於新著作是以「取代原作為宗旨」或是「以原作不同的目的、不同的特性增添新的元素，以新的解釋、意義或訊息修改原作」，當新著作之轉化性越高時，其他因素之考量即降低，如商業性考量，如此可權衡合理使用之認定²⁰。且不應該過於強調非商業性、非營利性活動有利於合理使用判斷之見解，如果儘憑商業性或非商業性來斷定能否構成合理使用並不公平，若具有商業性就被推定否定合理使用的認定，將會吞沒幾乎所有列在第 107 條前言所顯示

¹⁸ 參見最高法院 94 年度台上字第 7127 號刑事判決。

¹⁹ *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 579 (1994).

²⁰ *Id.*

的使用方式，包括新聞報導、評論、批判、教學、研究，因為這些活動總是會有營利的行為²¹。我國實務亦有採用轉化性基準，如智慧財產法院 103 年度刑智上易字第 33 號刑事判決、智慧財產法院 102 年度刑智上易字第 60 號刑事判決等。

同人誌於同人誌販售會販賣或於網路販賣時具有商業性質，從上述我國及美國實務判決可知合理使用之判斷已不再偏重商業營利與非商業營利使用之二分法，即使具商業性質仍可構成合理使用，其核心概念應在於利用他人著作之行為是否有助於調和社會公共利益或國家文化發展為斷。

同人誌基於本款判斷合理使用時，應著重於轉化性之認定，若同人誌內容係借用原創之角色、場景另為新創作，應肯定其具有轉化性，且同人誌轉化原著作之結果並不發生替代原作市場之效果，因為同人誌係原作之衍生著作，多數讀者已看過原作才閱讀相關同人誌，或是先閱讀同人誌認為故事很有趣而回頭去找原作，由於同人誌篇幅有限(自費出版之時間及經費有限)並不會大量引用原作，兩者內容重疊處不多，並不會減少或損害原作之經濟利益，反而有推廣原作之效果。粉絲創作同人誌時亦可從中學習創作技巧²²，可能產生新的社會價值、新的美學、新的創意、新的觀點或傳達新的訊息，與著作權法第 1 條促進國家文化發展之目的相合，應有利於此項合理使用要件之判斷。

(二) 著作之性質

著作權法第 65 條第 2 項第 2 款規定判斷合理使用之第 2 要件為「著作之性質」，係依作品之類型判斷合理使用可能性之高低，創作性越高之著作應給予較高度保護，他人對該著作主張合理使用機會越低²³。本項審查要件

²¹ *Id.* at 584.

²² コミックマーケット準備会提出資料，「日本の創作を支える二次創作と草の根活動」，頁 9，http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/hoki/h27_06/pdf/shiryo_12.pdf（最後瀏覽日：2016 年 11 月 25 日）。

²³ 羅明通，同註 15，頁 296；蕭雄淋、幸秋妙、嚴裕欽，國際著作權法合理使用立法趨勢之研究，經濟部智慧財產局，2009 年 12 月，頁 225。

對同人誌能否構成合理使用較為不利，因同人誌所利用之原作通常為高度創意之虛構作品，法院會認定應給予原作較高度之保護，故同人誌主張合理使用之機會較低；反之，若原作是描述事實之著作，則同人誌主張合理使用之機會則較高。

(三) 所利用之質量及其在整個著作所占之比例

著作權法第 65 條第 2 項第 3 款規定判斷合理使用之第 3 要件為「所利用之質量及其在整個著作所占之比例」，按著作使用程度可從數量分析，估計所使用之量占原作之比率，使用量越多，越難主張合理使用²⁴。如 *Walt Disney Productions v. The Air Pirates* 案中法院認為過度抄襲、逐字逐句或完全之字面抄襲不構成合理使用²⁵。

於同人誌之情況，通常同人誌是引用原作之角色、場景等為衍生著作，其引用是否超過合理範圍、是否引用原作之核心，為此判斷要件之關鍵。通常同人誌係為彌補原作之不足而為創作，同人誌在未抄襲原作段落之情況下，加入自己創意思想表達，應未逾越必要程度；惟若同人誌係一字不漏引用原作創作核心，或未添加自己創意思想，僅類似摘要方式摘錄原作，可能造成過度引用而逾越必要程度，難以主張合理使用。

(四) 利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響

著作權法第 65 條第 2 項第 4 款規定判斷合理使用之第 4 要件為「利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響」，應考量使用人之使用對現在市場之經濟損失及對未來潛在市場的影響。「潛在市場」係指著作權人當前尚未開發之市場，著作權人可能依其計畫在適當時機發表著作或衍生著作，若未經原著作權人同意而為改作，極有可能侵害原作之潛在市場。例如小說可能改編為電影、小說改編為動畫、漫畫改編為動畫等各式各樣的組合，未經原

²⁴ 羅明通，同前註。

²⁵ *Walt Disney Productions v. The Air Pirates*, 581 F.2d 751, 758 (9th Cir. 1978).

作同意之改作極可能侵害原作之潛在市場，同人誌於此要件之合理使用判斷較為不利。

「現在價值」應指該原作現在已進入或已開發之市場價值，如電影著作於電影市場之價值，同人誌對原作之現在價值較無不利影響，蓋同人誌非與原作市場競爭，已如前述，故此部分判斷應利於同人誌主張合理使用。

(五) 其他情狀

著作權法第 65 條第 2 項特別提及「應審酌一切情狀」，換言之，前述第 1 項至第 4 項審查要件僅是較重要之判斷基準，如有其他應審酌之基準存在時，法院仍有義務審酌之²⁶。與同人誌較為相關為「利用人地位」，論者將利用人分為「消極利用人」與「積極利用人」，前者係被動利用著作，如單純閱讀著作，而沒有進一步利用行為；後者為利用他人作品從事二次創作，不單純只是被動接受他人著作，而是將其當成自己創作之原料，以積極創作方式利用原著作，因此成為作者或著作人，同人誌作者即屬於此類²⁷。而著作權法關於改作及衍生著作之規範、思想與表達區分原則、禁止不當改變權、合理使用之規範等，均是立法者肯定積極利用人及其利用行為之社會價值而作之規範。

²⁶ 羅明通，同註 15，頁 298。

²⁷ 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，41 卷 3 期，2012 年 9 月，頁 943-945。

四、案例分析

(一) 哆啦 A 夢最終話事件

筆名為「田嶋・T・安恵」之同人誌作者於 2005 年以漫畫哆啦A夢(ドラえもん)最終話為主題繪製約 20 頁之同人誌，累積販售約 13,000 本²⁸。起初著作權人小學館及藤子製作單位對於該同人誌採取默認的態度，但未經許可的轉載行為在網路上日益擴大，引起極大反響，該同人誌讓越來越多人對哆啦A夢的結局印象產生混淆與誤解，使小學館感到威脅，故小學館對該同人誌作者提出警告。最後，田嶋・T・安恵認錯道歉並停止販賣，且將販售所得的一部分返還給小學館²⁹。



田嶋 T 安恵繪製同人誌「哆啦 A 夢 最終回」圖片來源：
<http://shacyoyutai.com/blog/doraemon-last/>



哆啦 A 夢 原作漫畫
圖片來源：
<http://2max2.blog.fc2.com/blog-entry-552.html>

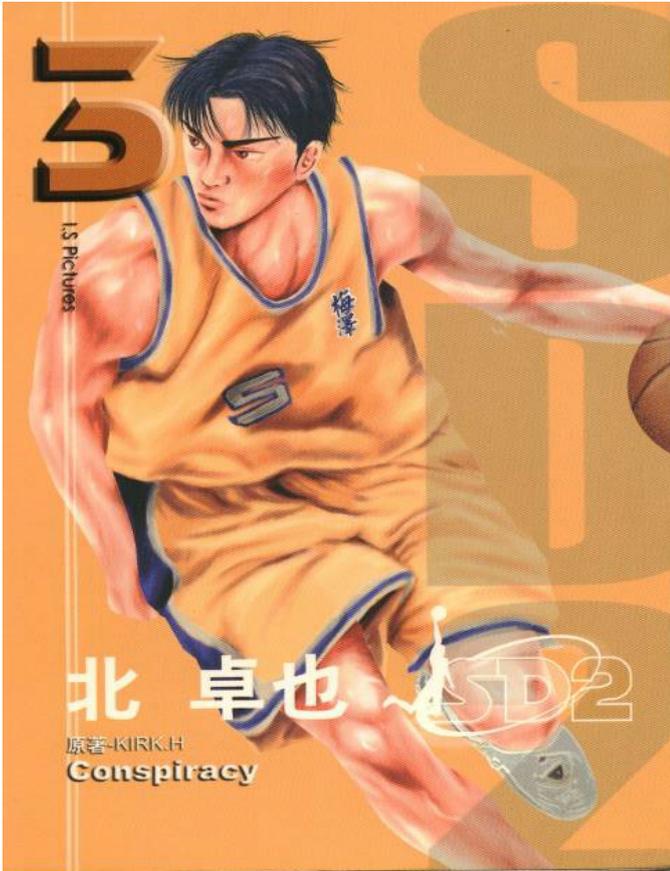
²⁸ 「違法なのに傑作」ドラえもん最終話出版した漫画家が謝罪・誓約・売上金返還，
<http://daibosatutouge.seesaa.net/article/43517916.html> (最後瀏覽日：2016 年 11 月 25 日)。

²⁹ 平成 25 年度著作権委員会第 4 部会，「コミケ」と著作権，頁 42，

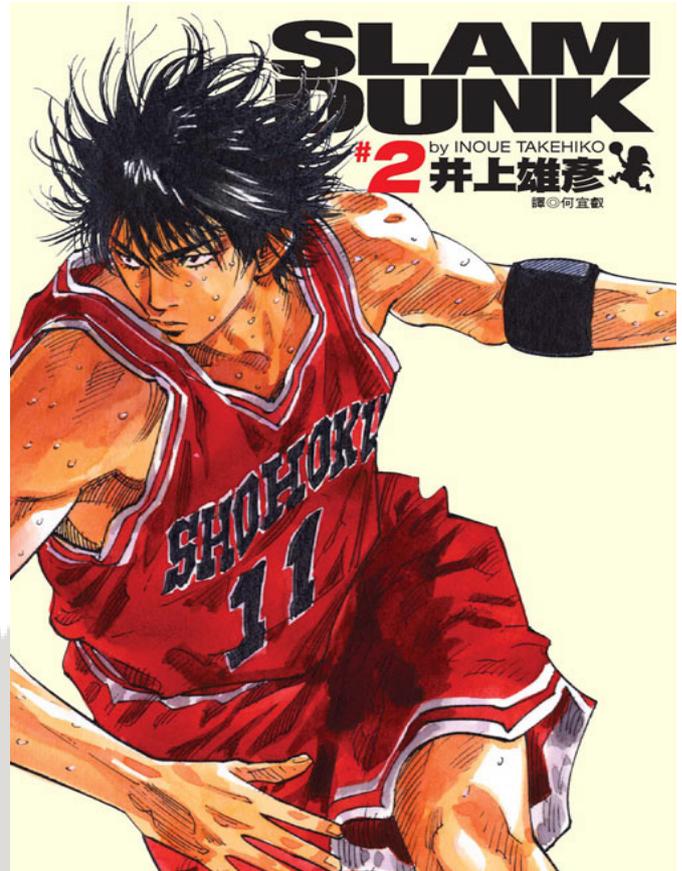
http://www.jpaa.or.jp/activity/publication/patent/patent-library/patent-lib/201408/jpaapatent201408_037-046.pdf (最後瀏覽日：2016 年 11 月 25 日)。

(二) SD 2 灌籃二部漫畫案

1. 案例事實



作者：北卓也，SD2 灌籃二部 第 3 集封面
圖片來源：
http://teacher.yuntech.edu.tw/yangjames/my_book/%E7%AC%AC%E4%B8%89%E7%AB%A0%E8%91%97%E4%BD%9C%E4%BA%BA%E8%88%87%E8%91%97%E4%BD%9C%E6%A0%BC%E6%AC%8A.ppt



作者：井上雄彥，灌籃高手完全版第 2 集封面
圖片來源：
<http://www.spp.com.tw/spp2006/all/asp/search/bookfile.asp?bc=21020444>

原告甲主張被告台灣井上國際股份有限公司（下稱台灣井上公司）之負責人，明知「灌籃高手 (SLAM DUNK)」漫畫係日本人井上雄彥所創作並享有著作權之美術著作，受我國著作權法之保護，非經著作權人同意或授權不得擅自改作。被告未得著作權人之同意或授權，意圖營利，自 2002 年

初起，將主角人物「流川楓」改名為「流川」，從美國進修返回日本擔任教練，訓練高中球員參加聯賽之後續情節，擅自改作為「灌籃二部」漫畫，於同年 7 月間出版「灌籃二部」漫畫第 1、2 集，同年 10 月間出版延續原劇情衍生改作之「SD 2 灌籃二部 (Sweet Dream Two)」漫畫第 3、4 集，且在不知情之便利商店或書店陳列、販售上開改作之漫畫³⁰。

2. 法院見解

一審法院³¹認為被告顯然有侵害原告著作財產權及著作人格權之故意，並就被告所發行之系爭漫畫是否侵害原告之著作人格權論述如下：「被告所發行之系爭『灌籃二部』系列漫畫，其內容、風格、筆觸、手法等均與原告之『灌籃高手』著作類似，加以被告井上公司刻意以『井上』為名，於網站上復一再強調其所發行之灌籃二部即為『睽違許久的『灌籃高手』二部』，顯然企圖使讀者認為系爭著作即為原告甲所作。況本件被告亦自承其所發行之系爭著作係集體創作，於漫畫底頁有關著作權所有聲明部分亦自稱係由 I.S.Pictures 團隊創作，則顯然系爭漫畫係由我國人士合作完成，然其在封面部分卻將作者署名為具有日本風格之『北卓也』，其意圖使讀者誤以為系爭著作與日本之間存在相當程度之關聯性，而在故事結構、人物設計及場景鋪陳上復與原告灌籃高手著作高度雷同，自難使讀者不將系爭著作與原告之『灌籃高手』著作產生聯想，對原告之名譽及人格自亦將產生一定評價。本件被告均自承未曾獲得原告許可、同意或授權，其逕自發行系爭足以使第三人誤以為係原告『灌籃高手』著作之後續作品，對外復以原告灌籃高手著作之後續作品自居，參酌上開說明，自應認為對原告之著作人格權已產生侵害。」

被告上訴二審，惟二審法院支持一審法院之見解，肯認台灣井上公司顯有抄襲、重製並侵害被上訴人著作權³²。

³⁰ 臺灣臺北地方法院 94 年度訴字第 1665 號刑事判決。

³¹ 臺灣臺北地方法院 93 年度智字第 10 號民事判決。

³² 臺灣高等法院 93 年度智上字第 14 號民事判決。

3. 分析

「SD 2 灌籃二部漫畫案」係以商業出版物之方式販售，與同人誌之立場並不完全相同，顯與原作為市場競爭，惟遵此判決見解，無論同人誌係自費出版或與出版社合作為商業出版，只要該同人誌之內容、風格、筆觸、手法等與原著作類似，企圖使讀者認為系爭同人誌即為原著作權人所著，意圖使讀者誤以為該同人誌與日本之間存在相當程度之關聯性，在故事結構、人物設計及場景鋪陳上與原著作高度雷同，使讀者對原著作產生聯想或對原著作之著作人之名譽及人格產生一定評價，即侵害原著作權人之禁止不當改變權。換言之，前述「哆啦 A 夢最終話事件」亦是使同人誌與原作混淆，可能侵害原著作權人之禁止不當改變權，且侵害著作人格權自無主張合理使用之餘地，對同人誌極為不利。

五、小結

實務上同人誌之訴訟案件並不多見，多數原著作權人對同人誌等衍生著作採取默示或明示之同意，理由在於：1. 同人誌販售會等活動是粉絲創作之一環；2. 有助於宣傳原作；3. 著作權人本身亦是從同人誌創作中磨練及培育而出道；4. 即使提起著作權侵害之訴，未必能獲得適當之損害賠償金額；5. 面對廣大的網路世界，實際上難以完全遏止或管理同人誌或同人行為³³。

同人誌可能侵害原著作權人之改作權、重製權及公開傳輸權，惟依我國著作權法第 65 條第 2 項判斷應可主張合理使用，又基於同人誌作者是積極利用人地位，粉絲創作同人誌時亦可從中學習創作技巧，可能產生新的社會價值、新的美學、新的創意、新的觀點或傳達新的訊息，與著作權法第 1 條促進國家文化發展之目的相合。同人誌市場與動漫產業息息相關，許多同人誌作者會在創作技巧成熟後進入商業動漫市場，申言之，保護同人市場即

³³ 平成 25 年度著作權委員會第 4 部會，同註 29，頁 43。

是對動漫產業之扶植，有助於靈活市場、鼓勵創作，進而達到提升社會福祉與公益、促進國家發展之目的。

● 肆、同人誌與 TPP

一、TPP 概述

TPP 為亞太地區最大之區域經濟整合體，亦是第一個連結亞太地區的區域貿易協定，經濟規模高達 28 兆美元，約占全球生產總值的 36%³⁴。我國期盼在 2018 年 4 月開放新成員加入第 2 輪談判，並已著手進行國內相關法律之草案研擬，預先將國內法修正接近 TPP 規範，以利後續申請加入。惟 2016 年 11 月川普於美國總統大選中獲勝後，現任美國總統歐巴馬政府正式宣布放棄爭取國會通過 TPP，TPP 可能實質死亡³⁵。

與同人誌相關者為第 18.77 條刑事程序與刑罰之規定，其中第 18.77 條第 6 項 g 款對於第 1 項至第 5 項所述之違法行為賦予主管機關得依職權發動相關法律程序，無須經第三人或權利人正式提起告訴，即是非告訴乃論罪(日本稱為非親告罪)。所謂違法行為包含 18.77.1「具有商業規模之故意盜版著作權或相關權利之行為」、18.77.2「具有商業規模之故意進口或出口著作權盜版物之行為」。所謂「具商業規模」，至少應包括(a)為商業利益(commercial advantage)或財務利得(financial gain)之行為；或(b)重大行為，雖非為商業利益或財務利得，但對著作權人或相關權利人之市場利益產生實質不利影響者。

同人誌係未得原著作權人同意而改作之衍生著作，可能侵害原著作權人之著作財產權，已如前述，目前我國及日本均定位為告訴乃論罪，若簽署 TPP 後須使國內法符合 TPP 規範，前述之違法行為將非告訴乃論罪化，換言之，不待原著作權人主張權利警察機關或主管機關得依職權發動調查及起

³⁴ 跨太平洋夥伴協定(TPP)專網，TPP 簡介，頁 1，2015 年 11 月 6 日，http://www.tptrade.tw/db/pictures/AdminModules/PDT/01/11/_0000018/TPP%E7%B0%A1%E4%BB%8B.pdf (最後瀏覽日：2016 年 11 月 25 日)。

³⁵ 歐巴馬棄推 TPP 留川普決定，自由時報，2016 年 11 月 13 日，<http://news.ltn.com.tw/news/focus/paper/1051399> (最後瀏覽日：2016 年 11 月 25 日)。

訴，如此對於同人誌之創作將產生極大的衝擊。

二、日本

參考 2016 年 2 月文化審議會著作權分科會，法制・基本問題小委員會（第 9 回）之會議資料及會議紀錄可知其著作權修法方向，有意保護同人誌而將非告訴乃論罪侷限於具有商業規模且未獲授權的重製行為，即「盜版行為」³⁶。「盜版」之特質為保持原作之狀態、有營利目的、有計畫且大規模、具集中性等，由於盜版之侵害行為流通快速且追緝不易，特別是網路型態的侵害，常使權利人難以主張權利，故修改為非告訴乃論罪是適當的³⁷。

TPP 協定所要求的非告訴乃論罪的侵害行為「故意為商業規模之行為」，所謂「商業規模」至少包括「為商業利益或金錢利得所為之行為」及「雖非為商業利益或金錢利得所為，但對著作權人或相關權利人與市場相關之利益造成不利影響之重大行為」³⁸。對權利人的利益造成不利影響（不當侵害）與否的判斷，應綜合考量著作物的種類及用途、侵害行為的態樣、正作品提供或提示態樣等，且要考量是否與正作品為市場競爭，故聽取相關團體意見強調非告訴乃論罪的對象為「保持原作狀態」的盜版行為³⁹。

綜上所述，戲謔仿作(パロディ)等二次創作係屬於非告訴乃論罪範圍外⁴⁰，同人誌係利用原作另創作為衍生著作，並非保持原作狀態而為散布，且同人誌不影響原作市場、不與原作為市場競爭，與盜版行為不同，其排除於非告訴乃論罪之外是適當且合理的⁴¹。

³⁶ 文化審議會著作權分科會法制・基本問題小委員會（第 9 回），2016 年 2 月 24 日，

http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/hoki/h27_09/（最後瀏覽日：2016 年 11 月 25 日）。

³⁷ 文化審議會著作權分科會，環太平洋パートナーシップ(TPP)協定に伴う制度整備の在り方等に関する報告書(案)，2016 年 2 月，頁 17，http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/hoki/h27_09/pdf/shiryo_1.pdf（最後瀏覽日：2016 年 11 月 25 日）。

³⁸ 同前註，頁 16。

³⁹ 同前註。

⁴⁰ 文化審議會著作權分科會法制・基本問題小委員會，環太平洋パートナーシップ（TPP）協定に伴う制度整備の在り方等に関する報告書（概要），2016 年 2 月，頁 1，http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/bunkakai/43/pdf/shiryo3_1.pdf（最後瀏覽日：2016 年 11 月 25 日）。

⁴¹ 文化審議會著作權分科會，同註 37，頁 16。

三、我國

按 2016 年 8 月行政院會通過著作權法部分條文修正草案，調整侵害著作權之非告訴乃論罪範圍（修正條文第 91 條、第 91 條之 1 及第 100 條），修法後對於違反著作權法第 91 條第 2 項（以意圖銷售或出租為目的而重製成數位格式行為）、第 91 條之 1 第 2 項（以營利為目的而散布數位格式盜版物），改列非告訴乃論罪，並為因應數位科技發展造成網路盜版情形增加，將違反著作權法第 92 條侵害公開傳輸權之罪亦改列非告訴乃論，使執法人員主動偵辦侵權案件，毋庸權利人追訴。非告訴乃論罪之範圍限利用形態係全部著作的原樣利用（例如未經授權將音樂、小說或電影等全部內容上傳網路），且侵害對象為著作財產權人有償提供之著作，並導致權利人受有新台幣 100 萬元以上之損害者⁴²。

本文認為同人誌應未落入非告訴乃論之範圍，首先，我國智財局與日本見解相同，認為非告訴乃論罪係為訴追「盜版行為」，而盜版行為係「全部著作之原樣利用」，同人誌與盜版行為不同，多數同人誌是借用原作人物、場景另為改作，非「全部著作之原樣利用」，自不在非告訴乃論罪之範圍內。且同人誌係個人自費出版印製，其特點在於成本較低、數量較少，並不構成 TPP 第 18.77 條之「具商業模式」。

● 伍、結論與建議

一、結論

同人誌可能侵害原著作權人之改作權、重製權及公開傳輸權，惟本文認為依著作權法第 65 條第 2 項綜合判斷同人誌應可主張合理使用。TPP 條約中調整非告訴乃論罪之範圍應限於「以營利為目的之盜版行為」，所謂「盜

⁴² 行政院會通過「著作權法」部分條文修正草案，經濟部智財局，2016 年 9 月 12 日，<https://www.tipo.gov.tw/ct.asp?xItem=600446&ctNode=7774&mp=1>（最後瀏覽日：2016 年 11 月 25 日）。

版行為」係對原著作全部原樣利用，同人誌係利用原作另行創作為衍生著作，並非保持原作狀態而為散布，且同人誌不影響原作市場、不與原作為市場競爭，與盜版行為不同，其應排除於非告訴乃論罪之外。

二、建議

(一) 對同人誌著作人之建議

並非所有的同人誌創作都會被原著作權人明示或默示同意，只要逾越原著作權人心中之容忍限度，同人誌著作人極有可能遭到訴追，建議同人誌著作人遵守以下規則：(1)不違背原著作權人之意思而改作，如若原著作權人已明示禁止為色情之改作，則不宜違反著作權人意思；(2)不冒瀆原作之內容；(3)不宜近似原著作而被認為是其替代品；(4)不要未經原著作權人同意下重製、複製(copy)或描寫、複寫(trace)原作；(5)不以商業營利為目的；(6)盡量不違背原作之方針⁴³；(7)不宜過度引用原作、需展現出有別於原作之原創性。

(二) 對實務之建議

若有同人誌之侵權訴訟，法院應考量著作人與利用人之利益平衡，除考量著作人之利益外，亦應考量許多著作利用人結合而成之社會公共利益，同人誌創作者立於積極利用人之立場，於創作中發揮想像力、於創作過程中學習，進而實踐自我及表達自我，促進國家文化發展，故法院於著作合理使用之判斷時應對同人誌為有利解釋。

綜上，本文分析同人誌與著作權侵害等議題，希冀能拋磚引玉，讓實務、學說及產業共同討論此問題，藉由保護同人誌創作環境達到靈活市場、鼓勵創作之目的，進而提升社會福祉與公共利益、促進國家文化發展。

⁴³ 平成 25 年度著作權委員會第 4 部會，同註 29，頁 43。

● 作者簡介

莊喬琪，畢業於國立臺北大學法律學系、國立臺北科技大學智慧財產權研究所，曾任陸委會委託研究計畫案之研究助理、NTUT Journal of Intellectual Property Law and Management 期刊編輯，對著作權法、專利法、商標法及營業秘密法均有研究。

發行人/李文賢、本期執行編輯/周柏岳、常務編輯/張育瑄

編輯委員/楊慶隆、盧建川、周柏岳

本文僅為提供一般資訊，非為法律諮詢之用。如需進一步資訊，歡迎與本所聯繫

©Wideband IP Office 廣流智權事務所