

粉絲創作與著作權合理使用

楊智傑*

摘要

動漫電影的粉絲，會採取各種粉絲活動，包括續集創作（同人誌），粉絲替身、角色扮演（cosplay）、以及其他粉絲產品的銷售等。這種創作活動非常多元，也展現了動漫粉絲的各種創意。但是一直讓人不清楚的是，究竟這種動漫迷的創作活動，是否會侵害著作權？是否又能主張合理使用？

本文參考美國重要判決，分析角色扮演、創作周邊商品、續集創作此三種類型問題。本文認為，不論續集創作是否為商業使用，均應可主張合理使用。但為了避免影響原作者的續集授權市場，應該要求加入禁止不當歸屬的聲明。

關鍵字：同人誌、角色扮演、續集創作、合理使用、美國著作權法、轉化性使用、模仿性嘲諷、禁止不當歸屬權

收稿日：103年01月17日

* 作者為國立雲林科技大學科技法律所副教授。

壹、前言

動漫電影的粉絲，會採取各種粉絲活動，包括續集創作（同人誌，fan fiction），粉絲替身（fan-subbing）¹、cosplay、以及其他粉絲產品的銷售等²。這種創作活動非常多元，也展現了動漫粉絲的各種創意。但是一直讓人不清楚的是，究竟這種動漫迷的創作活動，是否會侵害著作權？是否又能主張合理使用？

本文由於篇幅所致，沒辦法將所有動漫迷的各種創作活動均逐一討論。本文僅挑選三種具有代表性的創作活動，一是角色扮演，二是創作周邊產品，三是續集創作（同人誌）。雖然臺灣的動漫迷，主要所迷的是日本的動漫作品，但由於筆者熟悉美國著作權法，故本文所參考討論的判決與文獻，均為美國為主的判決與文獻。另外，美國相關判決，均為一般的作品迷，而非動漫迷，但是在粉絲創作的型態與法律討論上，也可套用於動漫迷的創作。在此合先敘明。

以下第貳部分，先對角色是否受著作權保護此一前提問題，進行初步介紹。因為不論在角色扮演、周邊商品、續集創作等問題上，均需探討角色是否受著作權保護，故先將之獨立介紹。其次，在第參部分，針對角色扮演（cosplay）以及跟角色扮演有關的提供服飾的行為，進行討論。由於此種行為，在美國並沒有出現爭議判決，故僅就著作權的要件上逐一分析。第肆部分，則針對粉絲創作周邊產品問題，進行討論。此一部份，美國有二個重要判決，可供參考，尤其最新的與《哈利波特》有關的爭議，在美國引起高度關注與討論。該部分將以該二判決為主，並進而分析粉絲創作周邊產品的問題。第伍部分，則討論所謂的續集創作，臺灣和日本又稱為同人誌。此一問題，剛好在2010年，美國亦有一案例，乃對知名的《麥田捕手》小說，在未得到授權下進行續集創作，而產生的判決。因而，該部分將以該判決為主，進而討論粉絲所為之續集創作的著作權法問題。最後陸為結論。

¹ 就是自動將外國的動漫作品翻譯和附上標題。參見 Sean Leonard, *Celebrating Two Decades of Unlawful progress: Fan Distribution, Proseyltization Commons, and the Explosive Growth of Japanese Animation*, 12 U.C.L.A. Ent. L. Rev. 189, 196 (2005) .

² Christina R. Evola Nowakowski, *The Next Generation of Costumes and Conventions: Is Cosplay Copyright Infringement?*, at 3, available at: <http://ssrn.com/abstract=2200348> (last visit on 2013/9/22).

貳、角色是否受著作權保護

一、美國法

美國法對於動漫角色是否受到著作權法保護，法院有許多判決。在角色上，並非每種角色均受著作權保護。雖然著作權法保護的是表達而非概念，但是某些表達的方式不多，則此種概念的唯一表達形式，並不受到保護。在美國著作權法中，有所謂的必要場景原則（*scenes a faire doctrine*），亦即某些太常見的創作元素，是不同創作都會用到的元素，則不受著作權法保護³。而在動漫之中，有所謂的刻板角色（Stock characters），他們通常可能是配角，在各種作品中都以差不多的風格出現，例如常見的囉唆的鄰居、專橫的老闆等⁴。美國第二巡迴法院在1930年關於電影角色的 *Nichols v. Universal Pictures Corp.* 案中，曾經指出，此種刻板角色是「如此基本、常見、且不可避免，他們在某一作品中的存在並不足以與其他作品區別」，故不受著作權保護⁵。該案中，第二巡迴法院發展出所謂的「足夠描述檢測」（sufficient delineation test），亦即此種角色必須在作品中被充分發展，才可受到保護⁶。

而美國第九巡迴法院在1954年的 *Warner Brothers Pictures v. Columbia Broadcasting Systems* 案中，則發展出另一個檢測標準，其認為，著作權對角色的保護，僅限於構成「所述說故事」（story being told）的角色⁷，至於那些只是為了畫面進展的工具（merely vehicles for plot progression）則不受保護。不過，第九巡迴法院後來卻將此規則限縮在文字作品的角色上。在1978年的 *Walt Disney Prods. v. Air Pirates* 案中，涉及的是迪士尼某一卡通角色，法院認為由於該角色是透過繪圖產生，讓該角色更為具體，比起文字作品中以文字描繪的角色或是實際拍攝的真人角色，故更應受著作權保護⁸。其認為卡通作品中的角色並非缺乏畫面，故不適用「所述說故事」檢測法。

³ *Gaiman v. McFarlane*, 360 F. 3d 644, 659 (7th Cir. 2004) .

⁴ Christina R. Evola Nowakowski, *supra* note 2, at 9.

⁵ *Nichols v. Universal Pictures Corp.*, 45 F.2d 119, 121 (2^d Cir. 1930) .

⁶ *Nichols*, 45 F.2d 119 at 121.

⁷ *Warner Brothers Pictures v. Columbia Broad. Sys.*, 216 F.2d 945, 950 (9th Cir. 1954).

⁸ *Walt Disney Prods. v. Air Pirates*, 581 F.2d 751, 755 (9th Cir. 1978).

1940年，美國第二巡迴法院在*Detective Comics, Inc. v. Bruns Publications, Inc.*案中，使用「足夠描述檢測」，而認為該案中系爭的超人（Superman），乃是創作者原創地透過一連串事件及文字描述所組成的體現，故受著作權保護⁹。法院認為，超人的著作權人不能獨佔所有大力士類型的角色（Herculean characters）¹⁰，但該案中的被告所創作的神奇人（Wonderman）漫畫，的確侵害了超人角色的著作權。被告的神奇人，只是將超人的緊身服，從藍色改成紅色，但對其個性沒有提供足夠的描述。最後法院命令被告不能在其作品中太接近地抄襲超人的服裝以及其任何英雄事蹟¹¹。

2004年時，美國第七巡迴法院在*Gaiman v. McFarlane*案中處理了一個漫畫角色的爭議。該案中，原告主張被告成功的漫畫系列作品再生俠（Spawn）中的二個角色，是由原告所共同創作，故應該分配該漫畫利潤。被告抗辯原告所創作的二個角色都只是刻板角色。但法院採用「足夠描述檢測」，認為原告所創造的二個角色並非刻板角色。其中一個原告所協助創造出來的角色是中世紀再生俠（Medieval Spawn），乃根據再生俠而創作，但改變其服飾為中世紀的服飾，並持中古世紀騎士的說話方式。故法院認為中世紀再生俠本身為可受著作權保護的角色¹²。論者認為，此判決與前述1940年的超人判決一樣，雖然角色和服裝的著作權是不同議題，但一個角色的服裝會成為決定該角色可否受著作權保護的重要因素¹³。

二、我國法

在我國，動漫角色本身是否受著作權法保護，有一內政部時代的見解可供參考。內政部84.6.14台（84）內著會發字第8410945號表示：「……三、著作權法第十三條規定：『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之事實認定之。如該漫畫人物之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，對原著作完成之時間不生影響。如該漫畫人物造型係屬

⁹ *Detective Comics, Inc. v. Bruns Publications, Inc.*, 111 F.2d 432, 433 (2d Cir. N.Y. 1940).

¹⁰ *Id.* at 433.

¹¹ *Id.* at 433.

¹² *See Gaiman*, 360 F.3d at 661-2.

¹³ Christina R. Evola Nowakowski, *supra* note 2, at 11.

漫畫之部分內容者，則該漫畫係於全部著作內容完成時，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。……¹⁴」

在該釋函中，認為漫畫人物造型屬於我國著作權法中之「美術著作」，此一見解值得肯定。至於該漫畫人物造型何時才享有著作權，此一釋函指出，若漫畫人物造型屬於「漫畫之部分內容」，則於該漫畫創作完成，才享有著作權。

智慧財產局在較近的二號解釋令函中，對於角色是否受著作權保護，提出意見。在智慧財產局釋函102.10.16之電子郵件1021016函與103.8.15之電子郵件1030815函中均指出：「……故事中的人物角色是否受著作權法所保護？在我國實務上雖尚無定論，然而參考美國實務，法院認為，經過作者高度發展、清晰描繪的角色，屬於發展得越完整的角色，此種角色會包含更多的表達成分及較少的思想成分，較能取得著作權之保護。此外亦有美國法院認為，故事角色如果已經成為故事本身時，則可獨立取得著作權之保護；但如果該角色只是故事中的一顆棋子時，則無法取得著作權保護。」

綜合比較美國判決與智慧財產局釋函可知，對於語文著作中創作出來的角色，認為必須採用「所述說故事」檢測，亦即其必須有故事性，該角色方受到保護。至於對於動漫（美術著作或視聽著作）中的角色，採用的是「足夠描述檢測」，一般認為，若為該漫畫的主要角色，且以繪圖方式創作出該角色的圖形特色，就已經符合「足夠描述檢測」。相較於上述內政部見解，提及漫畫人物造型在漫畫創作完成時即可受到保護，似乎並未區分該漫畫中的重要角色還是該場景常見的刻板角色。美國法院認為，若是屬於「刻板角色」，基於「必要場景原則」，而認為不受著作權法保護。

但基本上，美國和我國均承認，動漫中的主要角色的人物造型，可受著作權法保護。

¹⁴ 內政部 84.6.14 台（84）內著會發字第 8410945 號。相關介紹與討論，可參考羅明通，「著作權法論【1】」，頁 224-226，2005 年 9 月。

參、角色扮演 (cosplay)

所謂的Cosplay，是英文服裝表演 (costume play) 的簡稱，是動漫粉絲裝扮成自己喜歡的動漫角色。這些cosplayer，基於個人高興、好玩，或為了展示其服裝、化妝技巧，出席動漫聚會活動，類似出席一場嘉年華會¹⁵。此外，此種動漫聚會，也會舉辦一些競賽，參賽者會全力以赴、盛裝出席，展現他們的創意、努力和投入。而贏得比賽者有微薄的獎金¹⁶。

但是，此種活動，是否有侵害著作權呢？由於並無相關判決可供參考¹⁷，故以下討論，乃抽象地思考相關問題。動漫角色 (character) 是否受著作權法保護，前面已經介紹過，本節將會依序探討服裝 (costumes) 是否受著作權保護？以及是否構成侵權？或是否可主張合理使用？

一、固著之要件

如第貳節所探討，動漫角色若受到著作權法保護，那麼角色扮演者打扮成動漫人物，是否構成侵權？美國著作權法規定，一作品被附著在一有體的表現媒介上，而超過一段短暫期間，就可被認為屬「創作完成」(created)¹⁸。故只要一服飾被創作出來，滿足附著的要件 (fixation requirement)，就是可受到著作權保護的衍生著作。但是，通常動漫角色扮演者在扮演的時間不過幾小時，並不滿足附著的要件¹⁹。

但是，當動漫角色扮演者穿著服飾，而有人將其打扮拍攝下來或錄影下來，就符合作品之定義。則此一拍攝、錄影之行為，就可能會侵害角色著作權人的著作權²⁰。

¹⁵ Christina R. Evola Nowakowski, *supra* note 2, at 6.

¹⁶ *Id.* at 6.

¹⁷ 本研究以 cosplay 為關鍵字搜尋法源資料庫判決，查到二則判決，與訂作角色扮演服飾產生的交易糾紛有關之判決，為臺灣板橋地方法院民事判決 100 年度訴字第 733 號 (2011/08/01)、臺灣臺北地方法院小額民事判決 102 年度北小字第 303 號 (2013/09/13)。

¹⁸ See 17 U.S.C. § 101 ("[A] work is "created" when it is fixed in a copy or phonorecord for the first time; where a work is prepared over a period of time, the portion of it that has been fixed at any particular time constitutes the work as of that time, and where the work has been prepared in different versions, each version constitutes a separate work.")

¹⁹ Christina R. Evola Nowakowski, *supra* note 2, at 14.

²⁰ *Id.* at 15.

二、服裝是否受保護

但對於純粹的服裝，是否受到著作權保護，在1991年，美國著作權局對於服裝可否登記受著作權保護，採取一政策，將「幻想服飾」(fanciful costumes)當做一實用物品(usable articles)，原則上不允許其登記著作權²¹。在美國，由於實用物品具有內在的實用功能，故不屬於著作權法保護之客體。除非，這些服飾包含了某些特色，可以單獨地被識別出來，且作為藝術作品獨立地存在²²。此一分離性(separability)的要件，不只是在物理上可分離，在概念上也需可分離，才能受到著作權法保護。例如，如果是以獨特的色彩組合來裝飾慈虎和魔龍服飾，或者是將物理特徵抽象的放置，以及一雕刻的帽子，都可受著作權法保護²³。而在美國著作權局的報告中指出，1991年以前美國的法院，幾乎都沒有承認服裝設計可受著作權法保護的案例，除非服裝中的圖案本身是一個可獨立出來的美術著作²⁴。不過，在頭盔、面具的部分，由於其本身的功能性較弱，且可以獨立當做一個雕刻藝術品，故頭盔、面具的部分，比較有可能可當作獨立美術著作而受到著作權法保護。該報告清楚指出，若該服裝設計有可獨立存在的平面美術或立體美術(pictorial or sculptural authorship)，若可將該平面或立體美術與該服裝切割開來而獨立存在，該部分可受美術著作之保護²⁵。

若美國著作權局上述1991年的見解仍然有效，則動漫角色的服裝，至少在純粹服裝的部分，本身屬於實用物品，根本不屬於美術著作，不受著作權法保護。但對於頭盔、面具等部分，則可認為其屬於美術著作，而受著作權法保護。因此，我們可以大致認為，大部分的動漫角色的服飾，本身並非美術著作，而不受著作權法保護。

倘若動漫角色的裝扮某部分受到著作權保護，那麼動漫角色扮演者將其裝扮創作出一個有體的、可穿著的形式，可能就會侵害服飾著作的著作權。雖然

²¹ United States Copyright Office Policy Decision: Registrability of Costume Designs, 56 Fed. Reg. 56,530 (1991).

²² *Id.*

²³ National Theme Productions, Inc., v. Jerry B. Beck, Inc. 696 F. Supp.1348, 1355 (S.D. CA 1988).

²⁴ United States Copyright Office Policy Decision: Registrability of Costume Designs, 56 Fed. Reg. 56,530 (1991).

²⁵ *Id.*

原本的動漫可能是二維平面作品，但將之轉換為三維立體作品，也一樣會侵害改作權²⁶。

三、合理使用

美國著作權法第107條規定，為了下列目的，包括批判、評論、新聞報導、教學、學術、研究等目的，在合理範圍內，可主張合理使用²⁷。而在合理使用的判斷上，美國與我國一致，均需綜合考量四項因素²⁸，包括：1.利用之目的及性質，2.被利用著作之性質，3.利用他人著作的質和量，4.利用著作對著作潛在市場和現在價值的影響。

（一）利用之目的及性質

1.單純參與活動

大部分的動漫角色扮演，都屬於非商業性的利用，而純粹是為了個人娛樂目的。其性質接近於萬聖節中的變裝打扮。甚至，角色扮演者對於他人的拍照行為，通常也不會收費。因此，在第一個因素的判斷上，只要沒有商業利用，應有利於動漫角色扮演者²⁹。

2.比賽獎金

至於角色扮演大會中舉辦的競賽，有給優勝者獎金，涉及商業利益。但通常這個活動只是讓角色扮演者可以上台展示自己的作品，或者讓他們對動漫作品表達嘲諷意味。且此一比賽獎金往往可能比起扮演者投入的經費還少。甚至，有的時候獎金還是著作權人提供的。不過，由於涉及金錢，所以若是參與此種比賽，在第一項因素判斷上較不利於主張合理使用，除非該獎金是著作權人贊助的³⁰。

²⁶ Christina R. Evola Nowakowski, *supra* note 2, at 14-15.

²⁷ 17 U.S.C. § 107.

²⁸ 17 U.S.C. § 107.

²⁹ Christina R. Evola Nowakowski, *supra* note 2, at 20.

³⁰ *Id.* at 20-21.

3. 利用角色扮演獲利

然而，有部分情況，還是有人可以從動漫角色扮演中獲利。1. 有些專業的角色扮演者，其收錢替人扮演動漫角色，收錢拍照，並販售其照片集。2. 有的資深角色扮演者，會幫人製作服裝以獲利。3. 有的公司會僱用某些動漫角色扮演者，來充當其廣告中的角色³¹。這三種情況由於都有收錢獲利，在合理使用的判斷上較為不利。

例如，2007年3月，韓國歌手IVY單曲「誘惑的 Sonata」的音樂錄影帶，拍攝手法「酷似」日本 SQUARE ENIX 旗下動畫作品「Final Fantasy VII：神子降臨」中片段。韓國首爾中央地方法院以涉嫌違反著作權正式起訴IVY所屬的 Fantom Entertainment 與 MV 導演洪宗浩³²。後來於2008年3月，法院判決侵權成立，要求被告賠償3億韓元。不過，該案所涉及的抄襲，不單純是動漫角色和服裝的抄襲，比較屬於整體影片的抄襲。

4. 模仿性嘲諷 (parody)

模仿性嘲諷 (Parody) 這個詞的意思，就是一方面模仿他人作品風格，但其目的卻是為了諷刺該作品。模仿性嘲諷在美國著作權法合理使用中，是一個獨立的類型，雖然其並沒有被列在美國著作權法第107條的前言中，但法院通常將其當作是一種批判或評論的形式。與模仿性嘲諷相似的，則是所謂的諷刺作品 (satire)，諷刺作品通常是要諷刺特定對象，而並沒有模仿他人作品，所以不能主張模仿性嘲諷這類的合理使用³³。

動漫角色扮演者也許也可以主張，其所為的角色扮演行為，屬於一種模仿性嘲諷，而主張合理使用。

³¹ *Id.* at 21.

³² 【98play 記者依麗莎／台北報導】，南韓歌手 MV 抄襲《Final Fantasy》片段正式起訴，http://mag.udn.com/mag/digital/storypage.jsp?f_ART_ID=95115#ixzz2dtrFzYdo (最後瀏覽日：2013/9/4)。

³³ *Dr. Seuss Enterprises, L.P. v. Penguin Books USA, Inc.* 109 F.3d 1394, 1401 (9th Cir. 1997)。

（二）被利用著作之性質

在第二項因素「被利用著作之性質」上，對資訊性的著作比較能主張合理使用，對創造性、娛樂性的著作較不能主張合理使用。由於動漫角色扮演通常模仿的對象就是娛樂性、創作性的角色。所以在第二項因素的判斷上，是對角色扮演者不利的³⁴。

（三）利用之質與量

在第三項因素「利用之質與量」的判斷上，法院通常會判斷其利用占原告著作的比例。不過，如果是為了特定目的利用，有的時候也不得不利用多一些，例如為了模仿性嘲諷（parody）此一目的，就可利用原告著作較高的量，才能讓他人識別出所模仿的對象。此時，若將整個動漫作品當做一個整體，則角色扮演中通常只是扮演動漫作品中的一個角色，占被利用著作的比例很低。但若將某個角色當成一個著作權客體，通常動漫角色扮演者也並沒有扮演太多劇情與角色個性。若將其服裝當成一個著作權客體，則動漫角色扮演通常是將全部的服裝做極盡能力的一樣地打扮，則或許不利於主張合理使用。但若角色扮演者可主張其打扮是出於模仿性嘲諷之目的，是為了讓他人認出其嘲諷的對象而做較多的模仿，則可容許其做較完整的模仿³⁵。

（四）對潛在市場的影響

第四個因素，則是判斷利用對著作潛在市場和現在價值的影響。就此點上，可能會有人認為，動漫角色扮演，會傷害著作權人銷售動漫角色服裝的市場。但是，通常擁有動漫角色和服裝著作權的公司，並沒有銷售這些服裝。就算這些公司銷售服裝，品質也並不好。所以，由於欠缺合法授權高品質服裝之管道，動漫角色扮演者才努力自己創作這些服裝。雖然著作權人不銷售有品質的服裝，但他們擁有有品質的道具、珠寶和武器等。而動漫角色扮演者也很樂於向動漫公司直接購買這些設備，來搭配自己縫製的服裝³⁶。

³⁴ Christina R. Evola Nowakowski, *supra* note 2, at 23.

³⁵ *Id.* at 24.

³⁶ *Id.* at 25.

因此，在第四因素的判斷上，除非動漫公司作為原告，能主張自己的確有潛在銷售市場受到傷害，否則動漫角色扮演者的活動，應該沒有傷害到動漫公司的利益。

論者指出，合理使用的第四項因素，只片面計算該利用行為是否傷害著作的潛在銷售市場與現在價值，而未同時考量利用行為是否會對被害著作帶來其他利益。之所以目前為止，動漫公司鮮少對動漫角色扮演者提起訴訟，是因為不論是動漫角色扮演者或是動漫活動舉辦者，他們的活動，其實都對動漫公司帶來潛在獲利。因此，動漫角色扮演此一活動，不是與動漫公司為競爭關係，反而對動漫公司的利益具有補充關係，可增加其收益。縱使有少數動漫迷不小心踩線，傷害了動漫公司的利益，但論者建議，法院在思考合理使用時，仍應考量到整個動漫社群為動漫公司帶來的利益³⁷。

Nathan Noda 指出，有四種場合，動漫迷的利益，會有助於動漫公司的利益³⁸。1. 動漫迷不會傷害他們喜歡的作品，他們會避免從事可能傷害到動漫公司的經濟利益的活動。2. 動漫迷希望散布他們所著迷的作品，希望成為他人間的共同信仰。3. 動漫迷本身傾向購買官方產品，以確保作者藝術和經濟上的完整性。4. 動漫迷傾向參與有助於粉絲社群的共通利益的活動。

四、小結

關於角色扮演此一問題，我國至今尚無法院判決，但智慧財產局曾經作過一釋函。智慧財產局釋函 98.4.23 之電子郵件 980423a 函：「一、著作權法（下稱本法）所稱之美術著作，包括繪畫、版畫、漫畫、連環圖（卡通）、素描、法書（書法）、字型繪畫、雕塑、美術工藝品及其他之美術著作。來函所稱之「同人」角色（布袋戲與動漫等角色），係屬本法所保護之美術著作，合先敘明。二、惟如就您所詢，針對動漫展之角色而以真人扮演，例如真人穿扮成同人角色之造型，則由於著作權保護者，係著作之表達而不及於觀念之抄襲，故就該動漫及布袋戲為相同之裝扮、造型者，因僅係造型、裝扮等觀念之相同，

³⁷ Nathan Noda, Comment, *When Holding on Means Letting Go: Why Fair Use Should Extend to Fan-Based Activities*, 5 Den. Sports and Ent. L.J. 64, 98 (2008); Christina R. Evola Nowakowski, *supra* note 2, at 30-31.

³⁸ *Id.* at 136-139.

尚無侵害著作權之情事。又如您以同人之真人裝扮，另行以攝影、圖卡等製作屬於您的同人攝影物品或畫冊，該攝影物品或畫冊，如具有創意，可能另行購成著作權法保護之攝影著作與美術著作，惟此為新的著作，與原先被扮演之角色尚無著作權之牽涉，並予敘明。三、因著作權係屬私權，在具體個案中，對於利用著作有無構成合理使用、是否侵權，如有爭議，應由司法機關就個案之具體事實予以審認。³⁹」

上述釋函中指出，動漫中的角色，屬於美術著作，受到保護。但是就「造型、裝扮」部分，其似乎認為是一種觀念，而非表達，由於著作權法不保護觀念，所以並沒有侵權問題。

若比較美國法院與美國著作權局的見解，其認為動漫作品中的角色，也許會受到著作權保護；但是動漫作品中角色的服飾，原則上不受到著作權保護。而動漫粉絲所為的角色扮演活動與周邊活動，其實只要打扮的不太像動漫中的特定角色，也沒有表達角色的「台詞、個性、劇情」，亦無所謂侵害著作權的問題。但若確實打扮地很相像，讓他人可以認出「裝扮」像是哪個動漫角色，其並不會侵害該角色之著作權，頂多涉及該服裝的模仿。但美國法認為，服裝本身並非美術著作，不受著作權法保護。僅有在特殊造型、可獨立出來的頭盔、面具、飾品等部分，也許可認為是美術著作而受到保護。

而智慧局上述釋函，對「裝扮、造型」的模仿，之所以認為只是屬於觀念的採用，大概是認為以真人打扮，與動漫中的視覺形象，有頗大的落差，所以認為並不構成表達的抄襲。但是，該釋函中，只有提及動漫角色本身，屬於美術著作，但對於「裝扮、造型」部分，並沒有說明是否屬於美術著作。而若參考美國法見解，其大部分並非美術著作。

但縱使該動漫角色的裝扮真可受美術著作保護，且角色扮演者的扮演活動，構成著作權之侵害，本文欲提出的是，其絕大部分均可主張合理使用。大部分的角色扮演，均屬於非商業性色彩，所以大多可以主張構成合理使用。少數角色扮演的周邊活動，例如幫他人製作角色服飾而收取費用者，是否構成侵權？由於服裝本身並不受著作權保護，應不至於構成直接侵權。而提供服裝而收取費用者，

³⁹ 智慧財產局釋函 98.4.23 之電子郵件 980423a 函。

縱使可能構成輔助侵權，亦可主張合理使用。而在合理使用的判斷上，尤其第四項因素的判斷上，提供服裝者若可證明，原動漫公司自己並沒有銷售相關服裝的計畫，就不會侵害其潛在市場，應可主張構成合理使用。

肆、粉絲創作周邊書籍

粉絲的創作活動中，有時候是對崇拜作品創作相關周邊商品。此種行為是否會侵害著作權？是否又構成合理使用？在多種眾多商品中，跟創作活動比較有關的，是對崇拜作品，做「簡介」或「事實整理」，透過各種簡介或事實整理（或稱「懶人包」），可以讓更多還沒成為粉絲的人，快速地了解該作品的大致內容。對於這種對崇拜作品而創作相關周邊知識的創作書籍，在美國有二個較有名的案例。

最近的一個案例，是2008年跟《哈利波特》有關的具體訴訟。其發生在2007年，後來該案於紐約南區聯邦地區法院起訴，並作出判決⁴⁰。由於紐約南區聯邦地區法院屬於第二巡迴上訴法院管轄，該判決中，大量引用第二巡迴上訴法院1998年的另一判決，故以下先介紹1998年因為《歡樂單身派對》影集引起的糾紛，而後再介紹2008年的哈利波特《辭典》一書產生的爭議。

一、第二巡迴法院Castle Rock案

（一）事實背景

在1998年，美國第二巡迴上訴法院曾判決過一案例*Castle Rock v. Carol Pub.*案⁴¹，乃涉及對當時的知名電視劇《歡樂單身派對》（*Seinfeld*）⁴²的著作權爭議。

該案原告是Castle Rock娛樂公司，被告是Carol出版集團和作者Beth Golub。原告製作了當時知名的電視喜劇《歡樂單身派對》

⁴⁰ *Warner Bros. Entm't, Inc. v. RDR Books*, 575 F. Supp. 2d 513 (S.D.N.Y. 2008).

⁴¹ *Castle Rock Entertainment v. Carol Publ'g Group*, 150 F.3d 132 (1998).

⁴² 美國情景喜劇，於1989年7月5日開始在美國國家廣播公司播出，共九季、180集，每集約20分鐘，直至1998年5月14日結束。

(Seinfeld)，內容大致描寫了四個住在紐約的單身成人的有趣故事，而Seinfeld是劇中男主角的姓名。被告則出版了Beth Golub所編寫的一本書《歡樂單身派對能力測驗》(The Seinfeld Aptitude Test)，這是一本包含643個題目的小冊子，共132頁。這些題目，部分是選擇題、部分是配對題、部分是簡答題，主要是考讀者關於《歡樂單身派對》中的事件和角色⁴³。這些事件和角色，是從當時已經播出的84集中取材。作者Golub為選擇題自己擬了錯誤答案，但題目和正確答案的來源，都來自於《歡樂單身派對》影集。其中41項題目，取材自影集中的對話⁴⁴。該書的封面和封底，直接打上「Seinfeld」這個名稱，且將該劇中主角的照片，使用於封面和書中內頁。在封底，寫了一句「本書並沒有得到創作和製作單身歡樂派對的機構的同意和授權。」且作者Golub承認，創作這本書的過程，乃是她和朋友看影集和事後租影帶看時先做筆記，才創作出這些題目⁴⁵。

而本劇的製作者Castle Rock公司，對於《歡樂單身派對》相關產品的授權，非常審慎。其只授權出版了一本相關書籍，以及一張CD。在1995年2月，Castle Rock對被告提起著作權和商標的侵權訴訟，以及州法的不公平競爭(unfair competition)之訴。而雙方都向法院申請即席判決(summary judgment)。紐約州南區地區法院於1997年判決被告侵害原告著作權，且不構成合理使用⁴⁶。後來地區法院又判決被告應支付原告40萬3千美金賠償金，且永久禁止出版該書，並應銷毀所有已印刷之書。被告因而不服，提出上訴⁴⁷。

(二) 著作權侵權

法院認為，原告必須證明，其著作的確有被複製(actual copying)⁴⁸。此可透過直接證據，或者間接證據證明。所謂間接證據，就是證明被告有接觸過著作，且二者實質近似(substantial similarity)。由於作者承認

⁴³ Castle Rock, 150 F.3d. at 135.

⁴⁴ *Id.* at 136.

⁴⁵ *Id.* at 136.

⁴⁶ *Castle Rock Entertainment v. Carol Publ'g Group, Inc.*, 955 F. Supp. 260, 274 (S.D.N.Y. 1997).

⁴⁷ Castle Rock, 150 F.3d. at 137.

⁴⁸ 由於此處的copying，並非我國著作權法中所謂的重製，故翻譯成複製。

的確有看影集作筆記，所以「複製」這部分沒有問題⁴⁹，但到底有無實質近似？

對於實質近似的概念，第二巡迴法院引用之前的 *Ringgold v. Black Entertainment Television, Inc.* 案，認為「必須該複製在量上和質上都足以認定構成侵權。質的部分，需證明複製的是表達（expression），而非概念（ideas）、事實、公共所有中之著作或其他不受保護的元素。而量的部分，則是關心系爭著作被複製的量，其必須比「微量」（*de minimis*）更多⁵⁰。」

在量的部分，法院認為已經跨越了「微量」的門檻。關於量的判斷，必須決定被侵權著作的範圍，究竟是以一集為一個著作，還是將整部影集當成一集體著作？若是以一集為著作，本案中的能力測驗一書，對各集的複製內容，非常微量。但若將整部影集當成一集體著作，則本案的能力測驗書，皆是複製整部影集中之片段。而法院認為應將《歡樂單身派對》整個系列當成一個集體著作，而認為該書對此集體著作的複製，已經跨越了微量門檻，符合量的要求⁵¹。

在質的部分，法院認為，能力測驗一書中的問題，都是直接根據《歡樂單身派對》影集中受保護的表達而完成。能力測驗一書並非複製《歡樂單身派對》中不受保護的事實，而是複製其創意表達（creative expression）。因為，這些能力測驗中的「事實」，實際上是《歡樂單身派對》中所創作出來的劇情，而非與拍攝《歡樂單身派對》劇組有關的事實⁵²。

由於質與量的部分都滿足，故法院認為，被告的複製確實屬於實質近似。

⁴⁹ Castle Rock, 150 F.3d. at 137.

⁵⁰ *Ringgold v. Black Entertainment Television, Inc.*, 126 F.3d 70, 75 (2d Cir. 1997).

⁵¹ Castle Rock, 150 F.3d. at 138.

⁵² *Id.* at 139.

（三）合理使用討論

本案雖然構成著作權侵權，但被告主張其行為屬於合理使用。在美國，著作權法第107條可主張的合理使用，包括「批判、評論、新聞報導、教學、學術、研究」（criticism, comment, news reporting, teaching, scholarship, or research）等。但除了這些例示項目外，還可以主張合理使用，但就必須根據條文所列的四因素逐項判斷，最後再綜合判斷。

1. 利用之目的及性質

本案中的《能力測驗》一書，屬於商業性的利用，基本上不利於主張合理使用。但縱使是商業性利用，則也可以看其是否利用原著作時增加新的內涵，而判斷其著作是否具有轉化性目的（transformative purpose）。本案被告主張其著作具有二種轉化性目的。一，對一著作設計測驗題目，本身就類似批評、評論、學術、研究等。縱使其所測驗的知識並非文學名著，但一樣可主張合理使用。二，《能力測驗》一書是透過批判性建構《歡樂單身派對》的神秘，建構成一個不同等級的系統，區分不同讀者對此影集瑣碎之事以及對劇中主角認同的程度，而去解碼對《歡樂單身派對》的著迷。亦即，其主張，這本書是想揭發此影集中所呈現的所有無聊之事，作為一種批判，以表達其真正的創作動力和其社會道德內涵⁵³。

但對於這種說法，法院並不接受。法院認為，當初創作《能力測驗》一書時，絕非為了教育觀眾或批評該影集，而是為了娛樂《歡樂單身派對》的觀眾。法院也不認為該書是有教育、批評、嘲諷、評論、報導、研究《歡樂單身派對》的目的，故幾乎沒有任何轉化性目的⁵⁴。法院承認，要創作出此一能力測驗一書，還是需要某些創意表達，包括設計問題、設計三個錯誤答案，並將問題難易度區分等，但整體而言，此本書就是從《歡樂單身派對》影集擷取而來，且未做實質的改變，故若說有轉化性目的，也非常微少⁵⁵。

⁵³ *Id.* at 142.

⁵⁴ *Id.* at 142-43.

⁵⁵ *Id.* at 143.

2. 被利用著作之性質

在被利用著作性質的判斷上，若是小說著作，受到較高保護，較不能主張合理使用，若是事實性著作，則對之較能主張合理使用。本案例中，《歡樂單身派對》影集確實是一種小說性著作，故被告較不能主張合理使用⁵⁶。

3. 利用的質與量

第三個因素，乃考慮利用他人著作的質與量。但並非用的質與量高，就一定不能主張合理使用。重點在於，必須判斷根據使用的目的而言，其使用的質或量是否為達成該目的所必要。法院認為，在本案中，若《能力測驗》一書真是為了批評《歡樂單身派對》影集內容的無聊，但也不需要643個小問題來提出這種批評。故此種利用的量與質，此經超出了其所宣稱的轉化性目的。故也不利於主張合理使用⁵⁷。

4. 利用結果對著作潛在市場價值的影響

在第四項因素上，被告主張，原告並沒有提出證據，證明《能力測驗》一書傷害了《歡樂單身派對》影集的市場。反而，在該書出版後，該影集的收視還繼續提高，而且原告也曾表示，對於授權出版《能力測驗》這種小書並沒有興趣。因而，被告認為，對原著作之潛在銷售市場並無影響⁵⁸。

但法院認為，所謂的潛在銷售市場，除了原著作形式外，還包括「創作人一般上可能會去開發或授權他人開發的市場」（that creators of original works would in general develop or license others to develop）。法院認為，《能力測驗》這種小書就已經替代了原告Castle Rock公司「一般上」（in general）可能開發或授權他人開發的衍生市場。雖然原告已經表達不太可能出版與影集有關的資訊小書（trivia books），但法院認為，著作權法應該遵守此一創作選擇和經濟選擇。法院的理由是，不能

⁵⁶ *Id.* at 143-44.

⁵⁷ *Id.* at 144.

⁵⁸ *Id.* at 144-45.

因為著作人作出藝術決定，不是開發衍生市場，就拒絕他們對衍生著作的權利。因而，法院認為第四因素仍然有利於原告⁵⁹。

5. 綜合評估

綜合評估上述四因素考量，法院認為總體應回去問，若允許此種合理使用，是否能達成美國憲法第1條第8項第8款所謂的「促進科學與實用技藝進步」目的，還是會造成其阻礙？法院認為，若允許《能力測驗》小書複製《歡樂單身派對》影集，會傷害該目的。因而認為被告不能主張合理使用⁶⁰。

二、紐約南區地區法院哈利波特案

介紹完上述判決後，以下將介紹近年來粉絲創作中最有名的案例，就是《哈利波特辭典》案。

（一）事實

該案事實為，有一位粉絲Steven Vander Ark，從有哈利波特小說開始，就在網路上經營一網站，稱為「The Harry Potter Lexicon」（哈利波特辭典），其內容大致於有關哈利波特的百科全書，包括按字母排列介紹每一位出場人物、每一個場景、事件等。後來，其與RDR Books出版社談妥，準備於2007年10月出版《哈利波特辭典》。作者J.K.羅琳和華納兄弟得知此事後，決定對之提起訴訟，禁止其出版該書⁶¹。出版社後來決定，將原本預定的書名《哈利波特辭典》，改成《辭典：對哈利波特小說和相關素材的未得授權的指引》（The Lexicon: An Unauthorized Guide to Harry Potter Fiction and Related Materials），原本要放在封底上，J.K.羅

⁵⁹ *Id.* at 145. 在此段的討論上，筆者個人認為第二巡迴法院的論證非常有問題。既然第四因素就是要探討對於著作潛在銷售市場的影響，如果著作人本身很明確地表達對該潛在銷售市場沒有興趣，就當然沒有潛在銷售市場可言。而法院的討論，卻認為不能因而否定著作人的改作權。此處有點邏輯混淆。基本上當然同意著作人有改作權，才需要進一步判斷合理使用，而合理使用第四因素的判斷，跟要不要給著作人改作權，是不同層次的問題。在第四因素判斷上，應該只需要判斷是否會對著作潛在銷售市場造成影響即可。

⁶⁰ *Id.* at 146.

⁶¹ *Warner Bros. Entm't, Inc. v. RDR Books*, 575 F. Supp. 2d 513, 520-23 (S.D.N.Y. 2008).

琳對Lexicon網站的讚揚也拿掉，以避免讀者誤以為此書出版得到J.K.羅琳的同意。甚至在書的封面，加上一段很清楚的澄清，說明此書之出版沒有得到華納兄弟和J.K.羅琳的授權⁶²。

（二）是否複製

對於本案預計出版的《辭典》一書，是否構成對《哈利波特》系列小說的抄襲或複製？由於本案與前述1998年的*Castle Rock v. Carol Pub.* 案非常近似，紐約南區地區法院在認定是否構成複製且實質近似，採取該判決之見解，認為應採取量和質的判斷。在量方面，由於《辭典》一書中的2437條條目，幾乎都直接引用全套《哈利波特》系列小說中的內容，或者某一條目是將某一頁小說的內容濃縮，基本上可認為在量上已足以認為構成實質近似⁶³。至於在質上，由於每一個條目的內容，幾乎都是《哈利波特》系列小說所創造出來的創作性、原創性的表達，亦即其複製的，乃受到保護的表達，而非不受保護的事實或概念。因此，在質方面，亦足以認為構成實質近似⁶⁴。

不過，被告認為，其是用百科全書式條目的編排方式，與原著的小說是用描述性的方式說故事，故在編排順序上沒有任何近似之處。不過，法院認為，雖然整體結構上不同，但在具體的段落引用或改編上，卻幾乎有整句的引用或整段的改編，這仍然不妨礙可認為已構成實質近似⁶⁵。

（三）是否侵害改作權

原告除了上述主張被告之書構成複製外，另主張被告的書籍，乃侵害原著作之改作權。而美國著作權法所定義的衍生著作（*derivative work*），指的是「根據一既存的著作，而為的著作，包括翻譯、編曲、戲劇化、小說化、改拍電影、錄音、藝術複製、摘要、濃縮，或者任何

⁶² *Id.* at 524.

⁶³ *Id.* at 535.

⁶⁴ *Id.* at 536.

⁶⁵ *Id.* at 537.

重編、轉化調整之著作形式。⁶⁶」另外，一著作包含一編輯版本、注釋、闡述，或其他修改，但整體上來看還是可以展現出原作之精神者，亦屬於衍生著作⁶⁷。不過，並非所有基於原著作而創作的作品，都一定是衍生著作。

法院認為，本案中的《辭典》一書，並非《哈利波特》系列小說的衍生著作。一、雖然辭典中的某些條目，有非常簡化地摘要小說劇情，但法院認為，其由於非常簡化，並沒有精心重述（elaborate recounting），故並不構成衍生著作定義中所謂的濃縮（abridgement）。二、雖然《辭典》一書摘錄了很多《哈利波特》系列小說中的片段，但並非將其小說「從一媒體轉化為另一媒體」，而將故事再說一次。其目的只是為了讓讀者快速了解小說世界中的個別元素，而沒有展現原著精神⁶⁸。故法院認為，《辭典》一書，並未侵害《哈利波特》系列小說的改作權。

（四）是否構成合理使用

雖然法院認為構成侵權，但被告主張合理使用，故以下依據四因素逐項判斷。

1. 利用之目的及性質

在利用之目的和性質的判斷上，與之前的 *Castle Rock v. Carol Pub.* 案不同，法院認為《辭典》一書之創作，具有轉化性目的。其考量重點在於，其創作目的是否是為了取代（supersede）原創作，還是增加新事物，具有不同目的或不同性質。法院認為，《辭典》一書的目的，與原小說的目的不同，並不是為了製造娛樂或說故事，而是提供該系列小說的相關資訊，讓讀者有一指引可以快速了解該小說。其具有指引之目

⁶⁶ 17 U.S.C. § 101. ("a work based upon one or more preexisting works, such as a translation, musical arrangement, dramatization, fictionalization, motion picture version, sound recording, art reproduction, abridgment, condensation, or any other form in which a work may be recast, transformed, or adapted.")

⁶⁷ *Id.* ("consisting of editorial revisions, annotations, elaborations, or other modifications which, as a whole, represents an original work of authorship")

⁶⁸ *Warner Bros. Entm't, Inc. v. RDR Books*, 575 F. Supp. 2d 538-39.

的，而非娛樂或藝術目的，故法院認為其該利用為轉化性利用，且未取代《哈利波特》系列小說⁶⁹。此外，在《辭典》中某些條目，對角色的簡要描寫，會加入自己的詮釋，其對角色的個性描述，並非是J.K.羅琳本來的描述，其也是個人加入創新的元素⁷⁰。

不過，雖然《辭典》一書具有此一轉化性目的，但其轉化性價值不高。因為其在辭典條目的撰寫上，仍然保留了大量的原著用語，若只是為了指引，應可以將之改寫為自己的說明。另外，有些條目也沒有說明其在原著的出處，故指引價值降低⁷¹。

當然，在利用之目的及性質的判斷上，其是否為商業性使用，也為很重要的考量因素。無庸置疑，本書出版目的，的確是有商業目的。但過去案例均強調，縱使是商業性使用，不當然不能主張合理使用。但若商業性的使用，是想要賺取原著帶來的商業利益，則比較不能主張合理使用；但若該使用是為了造福更大的公共利益，仍可主張合理使用。本案法院認為，出版社的出版目的，的確是為了賺取原著帶來的商業利益，在此範圍內，的確有一點不利於主張合理使用，但就該書具有指引價值而有助於公共利益，仍可主張合理使用⁷²。

2. 被利用著作之性質

在第二因素判斷上，由於《哈利波特》系列小說是小說性創作，創作成度高，故被告不利於主張合理使用⁷³。

3. 利用的質與量

在第三因素的判斷上，由於被告主張其書具有轉化性目的，但其對原著作之利用，不可超過為了達成該轉化性目的的合理必要（reasonably necessary）程度。原告因而主張，被告雖然要製作指引性書籍，但對原著作擷取的片段，或者對原著作進行的簡述，都超過合理

⁶⁹ *Id.* at 540-43.

⁷⁰ *Id.* at 543-44.

⁷¹ *Id.* at 544.

⁷² *Id.* at 545.

⁷³ *Id.* at 549.

必要程度。法院同意原告看法，被告《辭典》一書中的條目，對原著作採取了大量的逐字複製（*verbatim copying*），而超過了合理必要程度，故在第三因素判斷上，不利用被告主張合理使用⁷⁴。

4.對潛在銷售市場造成的影響

進入第四項因素判斷，亦即侵權著作對被侵權著作的潛在銷售市場造成的影響。首先，原告提出，原作者J.K.羅琳本身，也預計要出版一本有關《哈利波特》小說的百科全書。故被告所出版的《辭典》一書，會傷害此百科全書的潛在銷售市場。但法院認為，指引性著作並非原著作小說的衍生著作，其創作不用得到作者授權，故縱使作者自己想出版指引性著作，但也不能獨占指引性著作的市場⁷⁵。

此外，出版《辭典》一書，也不會傷害《哈利波特》原著系列小說的銷售市場。反之，讀者可能閱讀了《辭典》一書後，對該小說產生興趣，而刺激購買《哈利波特》原著系列小說。不過，J.K.羅琳除了出版七本《哈利波特》系列小說外，自己也出版了二本配套書籍，一本稱《*Quidditch Through the Ages*》（2001），簡單說明魁地奇運動發展的歷史，包括參賽的隊伍等。另一本則稱為《*Fantastic Beasts & Where to Find Them*》（2001），則是對哈利波特小說世界中的各種怪獸，以A到Z為順序類似百科全書的方式進行介紹。由於被告的《辭典》一書將這二本配套小書的內容幾乎全部擷取，故《辭典》一書的出版的確會傷害到這二本配套小書的市場⁷⁶。

最後，由於《哈利波特》系列小說還有其他的潛在授權市場，包括授權出版歌曲或詩集等。但《辭典》一書擷取太多小說中的段落，也可能會傷害了這種授權市場⁷⁷。

⁷⁴ *Id.* at 546-48.

⁷⁵ *Id.* at 549.

⁷⁶ *Id.* at 550-51.

⁷⁷ *Id.* at 551.

5.綜合判斷

最後，將前四個因素進行綜合判斷。第二項因素和第四項因素，比較偏向原告，而不利於合理使用主張。第一項因素，因被告著作主張為指引性著作，具有轉化性目的，略微偏向被告，可主張合理使用，但第三項因素，卻認為在達成指引性著作的目的上，擷取原著作的片段超過合理必要範圍，則抵銷了第一因素。因此，整體來看，被告無法主張合理使用⁷⁸。

最後，法院判決禁止被告RDR Books出版社出版該書，並且象徵性地判決需賠償6,750元美金⁷⁹。

三、小結

本節所介紹的二則判決，都是跟作品有關的周邊產品，且乃是以書籍的形式出版。但是，所謂跟作品有關的周邊產品，不一定限於書籍形式，還包括各種相關產品，包括衣服、包包、玩具、文具、杯子等等。由於各種周邊產品非常多元，而通常一項成功的動漫產品，後續都會授權相關的周邊商品，故一般認為，在未得到原公司授權下，不可隨意生產周邊商品，否則會構成著作權與商標權的侵權。但本節所介紹的二則判決，雖然屬於周邊商品，但都屬於書籍形式，所以會讓人覺得，較可嘗試主張合理使用。但原則上，畢竟其仍然屬於周邊商品的一部分，會影響到原作品公司的一般性授權機會，亦即未來對各種周邊商品的潛在授權市場，因而，在合理使用的判斷上，會認為不可主張合理使用。對於此一結論，本文大致也同意。

⁷⁸ *Id.* at 551.

⁷⁹ *Id.* at 553-54.

伍、續集創作（同人誌）

一、同人誌

所謂的同人誌，在英文中稱為fan-fiction，亦即粉絲為原作所創作的續集。自從網路越來越興盛後，同人誌的創作也越來越多，因為網路上有許多粉絲網站或同人誌網站，而粉絲創作可在網路上找到讀者群，因而也提供了他們更強烈的創作動機⁸⁰。例如，在英文世界中，最早的一個同人誌網站為 FanFiction.net，其創立於1998年，目前也是最大的同人誌創作網站。在2011年1月為止，該網站大約有300萬註冊會員，並且存有370萬篇粉絲創作，而其創作基礎的原作，包括書籍、電影、電視劇、電玩、日本動漫等。不過，該網站也一直面臨著作權的侵權訴訟，從1998年至2011年為止，該網站一共刪除了2萬名會員資格，因為他們有侵權行為或者違反網站使用規定⁸¹。

在英文世界中，近年來最有名的粉絲創作，就是對《哈利波特》（Harry Potter）系列小說所做的粉絲創作。在FanFiction.net 網站上，有超過40萬篇針對《哈利波特》所創作的後續小說創作，有的是短篇小說，有的則是長篇多集的創作。雖然《哈利波特》的作者J.K.羅琳（J.K. Rowling）對粉絲創作保持開放態度，並沒有對粉絲提出訴訟。但在2000年起，該系列授權給華納兄弟（Warner Bros.）公司改拍成電影系列後，華納兄弟卻開始對網路上的哈利波特粉絲網站，採取法律行動。最早，華納兄弟公司對這些粉絲網站寄出警告信，並要求這些網站將網域名稱移轉給華納兄弟公司。其中一個粉絲網站The Daily Prophet（預言家日報，取自哈利波特小說中的報紙名稱），由一位美國維吉尼亞州的高中生Heather Lawver經營，她決定聯絡其他粉絲網站，採取反擊運動。最後，在2001年6月，華納兄弟公司決定妥協，撤回所有法律行動⁸²。

對於同人誌等粉絲創作活動，雖然在美國學術討論不少，但實際的案例卻不多。近年來，除了前節介紹的哈利波特《辭典》一案外，並沒有其他進入法院的案例。可能的原因在於，大部分的粉絲創作，都盡量保持非商業性的出版與活

⁸⁰ Patrick McKay, *Adapting Copyright Law to Accommodate Fan-Made Derivative Works in the Twenty-First Century*, 24 Regent U.L. Rev. 117, 128-29 (2011).

⁸¹ *Id.* at 129.

⁸² *Id.* at 130.

動。而原著作人或其公司，也樂觀其成，並未對其提出訴訟。實際上《哈利波特》系列小說的原作者J.K.羅琳和華納兄弟公司，除了針對商業化的行為，例如上述所介紹2008年對《辭典》一書所進行的法律訴訟，對於網路上非商業性的粉絲創作活動，基本上都是保持開放，也不再提出法律訴訟⁸³。

二、模仿性嘲諷

對商業性的出版，前已述及，J.K.羅琳並不友善。在非英文世界中，存在非常多對哈利波特系列的「仿作」，就是寫類似魔法學校的故事。2003年時，J.K.羅琳曾經對一種仿作作品，提起訴訟。蘇聯作者Dmitry Yemets所撰寫的潭雅格羅特（Tanya Grotter）系列，就是想模仿哈利波特系列，其第一集《魔法低音提琴》，是模仿哈利波特系列第一集的《神秘的魔法石》，相似度超過百分之五十。潭雅格羅特和哈利波特有同樣的疤痕，同樣上魔法學校，同樣父母被壞巫師所殺。《魔法低音提琴》已在俄羅斯市場上賣出了50多萬本，還被改編成廣播劇和漫畫書。但要翻譯至荷蘭出版時，J.K.羅琳對之提出訴訟，禁止其出版。雖然Dmitry Yemets主張其屬於對《哈利波特》的一種模仿性嘲諷（parody），但荷蘭法院不接受其見解，而判定其侵權，並禁止在荷蘭出版⁸⁴。不過，該系列在俄羅斯仍然大賣，且後來作者所出系列，反而比《哈利波特》還要多集，而發展出自己的故事劇情。

在美國，法院承認所謂的模仿性嘲諷（Parody），是很重要的一種合理使用類型。美國著作權法第107條的條文例示的行為，包括「批判、評論、新聞報導、教學、學術、研究」（criticism, comment, news reporting, teaching, scholarship, or research）等⁸⁵。但除了批判、評論外，美國最高法院在1994年的*Campbell v.*

⁸³ *Id.*, at 131.

⁸⁴ Aaron Schwabach, *The Harry Potter Lexicon and the World of Fandom: Fan Fiction, Outsider Works, and Copyright*, 70 U. Pitt. L. Rev. 387, 424-25 (2009). 該荷蘭判決字號為 *Rowling v. Uitgeverij Byblos BV*, 2003 WL 21729296, [2003] E.C.D.R. 23 (RB [Amsterdam] Arrondissementrechtbank, Apr. 3, 2003); *aff'd*, 2003 WL 23192402, [2004] E.C.D.R. 7 (Hof [Amsterdam], Nov. 6, 2003).

⁸⁵ 美國著作權法第107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-...」

*Acuff-Rose Music, Inc.*一案⁸⁶中，承認模仿性嘲諷（parody）是一種很重要的轉化性使用⁸⁷。該判決認為，所謂的轉化性使用，應該是指「不只是取代原著作，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」（"adds something new, with a further purpose or different character, altering the first with new expression, meaning, or message."⁸⁸）。其並指出，著作權法的目的，在於促進科學與藝術，而創作轉化性作品通常可以達成此一目的。故此種作品應屬於合理使用之核心，在著作權範圍下享有呼吸空間⁸⁹。

不過，純粹的諷刺作品（Satire）和模仿性嘲諷（Parody）的不同。純粹的諷刺作品，是自己獨立創造，來諷刺社會的各種現象；但模仿性嘲諷，則需要模仿特定作品，利用特定作品的原素，以嘲諷方式進行批判。但是，美國最高法院在*Campbell*一案指出，如果利用前人作品的元素，並不是要進行批判，而只是想借此得到關注，或想省去創新之苦，則無法主張合理使用⁹⁰。要主張是模仿性嘲諷，必須其模仿性嘲諷的性質，能夠被合理的認知（reasonable perceived）⁹¹。而且，所謂的模仿性嘲諷，必須是對原著作本身進行批判評論，而非對作者本身進行批判評論⁹²。

2001年時，美國聯邦十一巡迴法院對著名的《飄》案，作出了*Suntrust Bank v. Houghton Mifflin Company*判決⁹³。該案乃一名作者，認為美國經典文學名著《飄》（*Gone With The Wind*）故事中的觀點，忽略了黑奴的角度，故決定用黑奴的角度，重新把飄的故事再講一次，寫成了《*The Wind Done Gone*》一書。該案中，第十一巡迴法院認為被告利用原故事的元素，把故事再講一次，是一種模仿性嘲諷，因為該書並不是想要對內戰時期美國南方作一般性的批判，而是想要駁斥（rejoinder）或特別批評（specific criticism）原著《飄》中對黑人以及白人黑人關係的描述⁹⁴。

⁸⁶ *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994) .

⁸⁷ *Id.* at 579.

⁸⁸ *Id.* at 579.

⁸⁹ *Id.* at 579.

⁹⁰ *Id.* at 581.

⁹¹ *Id.* at 582.

⁹² *Salinger v. Colting*, 641 F. Supp. 2d 250, 257 (S.D.N.Y. 2009) .

⁹³ *Suntrust Bank v. Houghton Mifflin Company*, 268 F.3d 1257 (11th Cir. 2001) ,

⁹⁴ *Id.* at 1268-69.

上述發生在荷蘭的案件，涉及劇情的抄襲仿作，雖然作者主張模仿性嘲諷，但其嘲諷的意味並不明顯，故在合理使用主張上落敗。但若排除模仿性嘲諷這種類型，若純粹是續集創作，有無侵害著作權？2010年時，美國有一個案件，比較接近於我們所謂的同人誌，亦即續集創作。這種續集創作行為，在美國是否會侵害原著作權？又是否可主張合理使用？

三、紐約南區地區法院Salinger案

2010年第二巡迴法院的*Salinger v. Colting*案，則是美國近年來，涉及未經他人同意進行續集創作，是否可主張合理使用的重要案例。本案一審時，紐約州南區聯邦地區法院發給沙林傑暫時禁制令（preliminary injunction），禁制被告等人「在美國或到美國製造、出版、散布、運送、廣告、促銷、銷售或其他方式散布任何《走過麥田一甲子》的小說」⁹⁵。該法院認為：（1）沙林傑對《麥田捕手》和其角色荷登·柯菲爾擁有著作權；（2）若被告未能提出成功的合理使用（fair use）抗辯，則被告侵害了沙林傑對《麥田捕手》和其角色荷登·柯菲爾的著作權；（3）被告所提出的合理使用抗辯很可能（is likely to）不成立；（4）故法院應核發暫時禁制令。雖然本案上訴第二巡迴法院，但關於本身是否構成侵權與是否可主張合理使用的討論，乃集中於一審的判決中，故以下僅介紹一審判決重點⁹⁶。

（一）事實背景

本案原告為《麥田捕手》(The Catcher in the Rye)的作者沙林傑 (J.D. Salinger)，但由於他已於2010年1月27日去世，訴訟由沙林傑文學信託 (J.D. Salinger Literary Trust) 的受託人代表。他在紐約南區聯邦地區法院提起訴訟，控告被告佛瑞克寇汀 (Fredrik Colting)、發條鳥出版社 (Windupbird Publishing, Ltd.)、Nicotext A.B.和ABP Inc.等公司。佛瑞克寇汀寫了一本小說《走過麥田一甲子》(60 Years Later Coming Through the Rye)，沙林傑控告其侵害他《麥田捕手》小說之著作權，以及有不公平競爭行為。

⁹⁵ *Salinger v. Colting*, 641 F. Supp. 2d 250, 269 (S.D.N.Y. 2009) .

⁹⁶ 該案二審的討論，主要集中核發初步禁制令的標準。關於該案於初步禁制令的詳細討論，可參考楊智傑，美國智慧財產權訴訟中核發禁制令之判準，智慧財產權月刊，第160期，頁51-100，2012年4月。

沙林傑在1951年出版了《麥田捕手》一書，內容是關於一個十六歲叛逆男孩荷登·柯菲爾(Holden Caulfield)的成長故事，描述他被學校退學後，在紐約市區徘徊數天後才返家的心路歷程。小說的筆法，是以荷登為第一人稱，以他「獨有的怪異、奇妙語言」書寫。書中荷登的冒險，一方面以憤世嫉俗的筆調描述這個充滿謊言、扭曲的世界，另一方面又呈現他對家庭的愛，尤其是他的妹妹菲碧(Phoebe)和死去的弟弟艾里(Allie)，和對兒時伴侶Jane Gallagher的思慕，兩者呈現了一對比。他對這些親人的愛，將他推向人群，但他對人性的不信任，卻又讓他遠離社會，想要離群索居。他原本想要離開這裡，但卻因為妹妹堅持要跟他走，讓他放棄了這個念頭⁹⁷。

本案被告佛瑞克寇汀用筆名John David California寫了《走過麥田一甲子》(60 Years Later Coming Through the Rye)一書，並在2009年5月9日透過他自己的出版社，英國的發條鳥出版社出版了這本書。該書原本預計於2009年9月15日在美國發行。而寇汀出版這本書並未得到沙林傑的同意。該書的內容，是說《麥田捕手》主人翁荷登·柯菲爾如今已76歲，在書中被稱為Mr. C，而書中另一人物則是以刻劃沙林傑本身的90歲作者。故事大致是說，沙林傑被自己的創作困擾著，他希望將Mr. C帶到現實生活中然後殺了他。故事的發展，Mr. C本身越來越自覺，而能抗拒沙林傑的意願。在一連串意外後，Mr. C真的到了沙林傑位於美國的家，但沙林傑發現自己無法殺了Mr. C，最後只好放他自由。小說最後，Mr. C與妹妹Phoebe和兒子Daniel相聚⁹⁸。

(二) 是否構成侵權

1. 實質近似

沙林傑因而控告寇克汀侵害著作權，尤其侵害著作權中的改作權。他認為兩本書有高度的相似性。其中，Mr. C就是荷登·柯菲爾(Holden Caulfield)，因為書中描述的Mr. C，都是發生在荷登身上的事，而且也有荷登一樣的怪癖。兩個主角都離開某一機構，在紐約市徘徊數天，與老朋友聯繫，發現菲比很幸福，最後也都回到另一個機構。

⁹⁷ Salinger v. Colting, 607 F.3d 68, 71 (2ed Cir., 2010).

⁹⁸ *Id.* at 71-72.

除了這種大架構上的相似性，兩本小說也有同樣的場景。此外，沙林傑也主張，被告想讓《走過麥田一甲子》成為《麥田捕手》的續集，例如在英國版的封底，就有提到本書是「最受歡迎經典的絕妙續集」。另外，在某一專訪中，寇克汀自己也說道，《走過麥田一甲子》：「……跟第一集一樣……他還是荷登·柯菲爾，對事情有獨特看法⁹⁹。」

2. 角色是否有著作權

被告並沒有爭執沙林傑對《麥田捕手》一書擁有著作權，但對於荷登·柯菲爾這個角色是否擁有著作權，則提出質疑。地區法院認為，該角色已足夠描繪，故他人的確可能會侵害該角色著作權。地區法院既然認為沙林傑對《麥田捕手》和荷登這個角色都擁有著作權，進而認為，《走過麥田一甲子》和《麥田捕手》兩書間實質近似（substantial similarity），在Mr. C和荷登兩角色間，也實質近似，故被告行為乃為授權而侵害了原告之著作權¹⁰⁰。

（三）合理使用的討論

雖然二著作構成實質近似，但是是否可主張合理使用？

寇克汀自己在訴訟中卻答辯，說《走過麥田一甲子》不是想成為《麥田捕手》的續集，而是批判性地檢驗荷登這個角色、在《麥田捕手》中被刻劃的方式、沙林傑與其作品中人物的關係，以及一個老去的作者如何被自己創造的文學角色禁錮的人生。寇克汀強調兩本小說的差異，1.《走過麥田一甲子》書中出現了沙林傑這個角色，但這在《麥田捕手》中卻沒有出現。2. Mr. C從原本16歲的荷登，成長為一個具豐富生活的真實人物，這也與《麥田捕手》不同。3.根據某位文學專家的意見，寇克汀是以「後設評論」（meta-commentary）和後現代的方式，以小說的形式，在對《麥田捕手》寫書評。另一位文學專家認為，《走過麥田一甲子》是對《麥田捕手》進行持續性的評論，並重新檢驗和分析荷登·柯菲爾這個年輕人的態度和假設。就此方面，他認為《走過麥田一甲

⁹⁹ *Id.* at 72.

¹⁰⁰ *Salinger v. Colting*, 641 F. Supp. 2d at 254.

子》類似於一種文學評論作品¹⁰¹。

對於原告之指控，被告提出合理使用抗辯。故地區法院必須依序思考合理使用抗辯的四項考量因素。

1. 利用之目的及性質

而地區法院認為，最重要的就是第一項考量因素「著作之目的及性質」。在此因素方面，地區法院指出，若著作利用為轉化性使用（transformative use），則第一項因素對被告有利。其中最重要的一種類型，就是前述介紹的模仿性嘲諷。

被告寇克汀主張，認為他的《走過麥田一甲子》書中的Mr. C，確實是對《麥田捕手》中的荷登角色進行模仿性嘲諷的評論或批判。首先，寇克汀主張，他之所以想要寫這本書，目的是想要批判性地檢討「荷登這個角色和在《麥田捕手》中的表現作為一個真實且令人欽佩的人物」這個觀點。但地區法院認為此說法有問題且欠缺說服力。畢竟，沙林傑所刻劃的荷登·柯菲爾這個角色，就是一個「悲慘」、「孤僻」，甚至是「荒謬」、「可笑的」。就是因為這些人格，才使得荷登被趕出學校、流放紐約街頭，只能去找妹妹菲比，最後還成為精神病患。至於寇克汀宣稱要去誇大《麥田捕手》中荷登的「自由思考、真實、未受污染的年輕」以及「無瑕疵地評斷周遭的人」的描寫，以凸顯荷登那不妥協的世界觀。事實上，原著作《麥田捕手》之所以吸引人，就是凸顯了荷登個性上的衝突，一方面他是如此真實坦率且具有批判顛覆性格，但另一方面他又走向壓抑疏離。大部分讀者之所以認同主人翁的前面一種個性，不代表原著作沒有呈現這兩種衝突性格。因而地區法院認為，重複原著作所凸顯的主角個性上的衝突，僅因為主角年紀不同或時代改變，絕不算是一種模仿性嘲諷¹⁰²。至於被告寇克汀所宣稱的，想凸顯荷登感情上成長最終會被不願與原則妥協或與虛偽合污所阻礙，但這仍然只是重複《麥田捕手》中的主題¹⁰³。最後，地區法院指出，雖然

¹⁰¹ *Salinger v. Colting*, 607 F.3d at 72.

¹⁰² *Salinger v. Colting*, 641 F. Supp. 2d at 258-259.

¹⁰³ *Id.* at 259-260.

一模仿性嘲諷著作不需要整本都是在嘲諷，但也不可以是在事後才辯稱是一模仿性嘲諷。地區法院認為，很明顯地，寇克汀寫作《走過麥田一甲子》，不是要嘲諷荷登的疏離、荒謬、可笑，而是要滿足《麥田捕手》書迷所期待的荷登的疏離、荒謬、可笑。因此，地區法院認為，《走過麥田一甲子》不包含任何合理可認知的對《麥田捕手》書中的荷登·柯菲爾的模仿性嘲諷元素¹⁰⁴。

被告另外主張，他在《走過麥田一甲子》書中，也對原著作者沙林傑本身，透過沙林傑與小說人物荷登之間的關係，進行模仿性嘲諷。被告說他使用沙林傑這個角色，是想批判他的孤僻個性，以及想要完全掌控所創作出來的智慧財產，拒絕讓他人改變他的故事或角色，透過這個方式來批評作者沙林傑本身與其個性。地區法院認為，雖然將沙林傑本身放入小說中，確實是一創新，但根據最高法院Campbell案見解¹⁰⁵，模仿性嘲諷的對象應該是著作本身，而非原著作者¹⁰⁶。

雖然被告之行為不構成模仿性嘲諷，但是否屬於對《麥田捕手》及荷登·柯菲爾的其他轉化性使用？法院認為，根據Campbell案見解，轉化性使用必須加了某些新東西，有其他目的或其他角色，用新的表達、意義或訊息改變了原著作。但是地區法院認為，純粹讓荷登·柯菲爾老了六十歲，並將場景改成六十年後的今天，並不會讓《走過麥田一甲子》具有「轉化性」。將著作重寫、改變、修改，只是構成著作權法第101條下的衍生性著作（derivative work），但並不讓著作具有轉化性¹⁰⁷。

至於是否構成對作者沙林傑本身的轉化性使用？被告主張，其用這本小說，來批評作者的孤僻性格以及對所創造小說及人物的掌控，原告也承認的確具有轉化性價值。但地區法院認為，此價值有限，原因有三：1.被告承認原本寫作《走過麥田一甲子》一書的性質及目的

¹⁰⁴ *Id.* at 260.

¹⁰⁵ *Campbell*, 510 U.S. at 580.

¹⁰⁶ *Salinger*, 641 F. Supp. 2d at 260-261.

¹⁰⁷ *Id.* at 261-262.

就是想要作為《麥田捕手》的續集，所以這個目的壓過了批評沙林傑及其個性的目的。而且被告的出版社當初出書時，也沒有提到這個目的。2.整本277頁的小說，沙林傑的角色只出現在其中的40頁，且大部分集中於書中的一章。3.當整本著作不是一致性地轉化，或借用原著的比例過高，轉化性的性質就會降低。地區法院承認，在此部份《走過麥田一甲子》的確具有轉化性使用，只是價值較低¹⁰⁸。最後，地區法院也提到，《走過麥田一甲子》是屬於商業性使用，此點也不利於第一項因素之判斷¹⁰⁹。

2.著作之性質

就合理使用的第二項判斷因素「著作之性質」來看，若著作屬於表達性或創作性，則較受保護，若屬於事實性著作，則較不受保護。很明顯地，《麥田捕手》本身屬於創作性高的著作，屬於著作權法保護的核心，因此第二項因素有利於原告¹¹⁰。

3.所利用之質量及其占整個著作之比例

就合理使用的第三項因素「所利用之質量及其占整個著作之比例」來看，必須判斷就利用的目的及性質來看，對原著作之利用是否相符還是過多。地區法院認為，若被告使用《麥田捕手》只是用來批評沙林傑及其個性，則對《麥田捕手》的內容和風格使用了太多。如果是想對《麥田捕手》及荷登角色進行模仿性嘲諷，通常必須使用原著作較多的元素，以讓人聯想到批評的對象。但是由於地區法院只承認《走過麥田一甲子》是對原作者沙林傑的非模仿性嘲諷的評論，則對原著作的使用就太多了。地區法院指出很多兩書中主角相同的回憶、用語，兩書結構也很像，都是從一機構離開到另一機構，並在紐約徘徊數天，兩書也都是以第一人稱口吻述說……等等。總之，地區法院認為，由於其所承認的轉化性用途只是對原作者沙林傑進行批

¹⁰⁸ *Id.* at 262-63.

¹⁰⁹ *Id.* at 263.

¹¹⁰ *Id.* at 263.

評，則未達此目的對原著作《麥田捕手》作了太多不必要的利用。故第三項因素不利於合理使用¹¹¹。

4.對著作潛在銷售市場之影響

合理使用的第四項判斷因素「對著作潛在銷售市場之影響」，不但要考量對著作現有銷售管道的影響，還要考量到著作衍生著作市場之影響。由於著作之衍生著作的市場，對原作者來說也是創作的經濟誘因，所以若對此市場造成傷害也很重要。地區法院認為，不管被告是否說《走過麥田一甲子》是《麥田捕手》的續集，但都屬於《麥田捕手》的衍生著作。不過被告主張，《走過麥田一甲子》不會傷害原著《麥田捕手》的銷售市場，也不會傷害其正式授權續集的銷售市場。但法院認為，《走過麥田一甲子》還是很可能（quite likely）會傷害到《麥田捕手》續集或其他衍生著作之銷售市場。問題是，沙林傑自己不曾表示，想要出版《麥田捕手》的續集或授權其他衍生著作，但是其引用所屬的第二巡迴法院之前的判決（包括上述介紹的Castle Rock案¹¹²）卻曾經表示過，只要在有生之年作者都可能改變想法，所以法院還是要保護其銷售衍生著作之機會。地區法院認為，可以授權衍生著作，固然對作者是一創作誘因，而可以禁止授權衍生著作，對某些作者而言也是一種創作誘因。因此，地區法院認為，雖然《走過麥田一甲子》對《麥田捕手》續集或其他衍生著作的潛在銷售市場很可能會造成傷害，所以第四項因素不利於主張合理使用¹¹³。

5.綜合判斷

合理使用的判斷，除了四項因素獨立判斷外，最後還要進行綜合判斷。地區法院總結認為，在第一項因素上，《走過麥田一甲子》存在某些轉化性性質，但其宣稱的模仿性嘲諷無法被合理認知，而其有限的非模仿性嘲諷的轉化性內容，卻沒辦法壓過明顯的商業目的；至於

¹¹¹ *Id.* at 264-67.

¹¹² Castle Rock, 150 F.3d at 145-46.

¹¹³ *Id.* at 267-68.

第二項因素和第三項因素都不利於合理使用；第四項因素則因為《走過麥田一甲子》很可能會對《麥田捕手》之衍生著作的潛在銷售市場造成影響。故總結來看，認為被告不能主張合理使用¹¹⁴。

四、轉化性使用之澄清

在上述 *Salinger v. Colting* 案中，法院認為《走過麥田一甲子》並非對原著作《麥田捕手》的轉化性使用。其認為《走過麥田一甲子》並非一種「模仿性嘲諷」。但模仿性嘲諷並非判斷一著作是否有為轉化性使用¹¹⁵。所謂的轉化性使用，根據美國最高法院在 *Compbell* 案的見解，應該是指「不只是取代原著作，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」¹¹⁶。但第二巡迴法院卻認為，幫其他著作寫續集，儘管都是自己新寫的劇情，加入了全新的表達，但卻不構成轉化性使用。本文認為，第二巡迴法院此種見解，誤解了轉化性使用的意義。本文認為，只要有加入新的元素進去，尤其全新創作出來的續集小說，當然具有轉化性的價值。

由於第二巡迴上訴法院此種認定，幾乎否定所有續集創作具有轉化性價值，本文不予支持。需要說明的是，美國由於有各聯邦巡迴法院，紐約所屬的第二巡迴法院，過去在著作權法的態度上，比較傾向支持著作權人。相對地，其他的巡迴法院，也許對合理使用的討論，就不一定如此。例如前述所提及2001年判決 *Suntrust Bank v. Houghton Mifflin Company* 案¹¹⁷的第十一巡迴法院，就比較肯定使用人可以構成轉化性使用。因此，雖然許多有爭議的著作權案例，多由聯邦第二巡迴法院管轄，但其見解未必正確¹¹⁸。

而美國學者也認為，由於美國合理使用之判斷，並不明確，由法院自行發展，而法院可能有錯誤解讀，造成粉絲續集創作此種行為是否合法，出現疑問。因而，有論者指出，建議修改美國著作權法，在美國著作權法合理使用的前言中，將轉化性使用列為明確的一種類型，以使法院更重視這種類型的使用¹¹⁹。例

¹¹⁴ *Id.* at 268.

¹¹⁵ Michelle Chatelain, *Fan Fiction, Derivative Works, and the Fair Use Doctrine*, 15 Tul. J. Tech. & Intell. Prop. 199, 215-16 (2012).

¹¹⁶ *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 579 (1994).

¹¹⁷ *Suntrust Bank v. Houghton Mifflin Company*, 268 F.3d 1257 (11th Cir. 2001).

¹¹⁸ Michelle Chatelain, *supra* note 115, at 212-14.

¹¹⁹ Patrick McKay, *supra* note 80, at 140.

如，Patrick McKay就持上述見解。不過，Patrick McKay認為，認為應將轉化性使用限縮於非商業性使用，才能主張合理使用¹²⁰。像上述《走過麥田一甲子》這種類型，由於是商業性使用，故亦不能主張合理使用。

但本文認為，只要承認續集創作是一種轉化性使用即可，至於其是否為商業性使用，則非絕對判斷因素，仍然應該依照合理使用的其他三因素進行判斷。尤其，第四個因素，是否對原著作之潛在銷售市場構成影響，應是重要的判斷因素。縱使為商業性使用，假如對原著作的潛在銷售或潛在授權市場並未造成影響，本文認為應也支持主張合理使用。因為，續集創作甚至可以為原著作增加更高的知名度，而對原著作造成更多的銷量¹²¹。至於續集創作是否會影響原作者其他的授權機會，也必須具體判斷。實際上，原作者可能根本不會想對續集創作這種市場進行授權，既然不會對此市場授權，就沒有傷害到潛在授權市場¹²²。

例如，在上述*Salinger v. Colting*案中，雖然《走過麥田一甲子》是商業性使用，但原作者沙林傑一直到死為止，就拒絕他人創作續集，自己也明確不想創作續集。在早期沙林傑控告其他人案件中，或許還可說，沙林傑也許未來仍有授權他人創作續集的自由，但因為本案訴訟期間沙林傑已經死亡，很明確地並沒有授權他人創作續集，因此，至少《走過麥田一甲子》的出版，並沒有傷害《麥田捕手》的潛在授權市場。

五、改作權範圍之反省

美國著作權法所謂的改作權，就是「根據原著作創作改作著作」¹²³。而所謂的衍生著作（derivative work），指的是「根據一既存的著作，而為的著作，包括翻譯、編曲、戲劇化、小說化、改拍電影、錄音、藝術複製、摘要、濃縮，或者任何重編、轉化調整之著作形式。¹²⁴」此與我國著作權法第3條的改作定義類似：

¹²⁰ *Id.*

¹²¹ Rebecca Tushnet, Using Law and Identity to Script Cultural Production: Legal Fictions: Copyright, Fan Fiction, and a New Common Law, 17 Loy. L.A. Ent. L.J. 651, 669-670 (1997) ..

¹²² *Id.* at 670.

¹²³ 17 U.S. C. § 106. ("Subject to sections 107 through 122, the owner of copyright under this title has the exclusive rights to do and to authorize any of the following:… (2) to prepare derivative works based upon the copyrighted work.")

¹²⁴ 17 U.S.C. § 101. ("a work based upon one or more preexisting works, such as a translation, musical arrangement, dramatization, fictionalization, motion picture version, sound recording, art reproduction, abridgment, condensation, or any other form in which a work may be recast, transformed, or adapted.")

「改作：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。」

但若仔細觀察這些例示的改作方式，所強調的翻譯、編曲、戲劇化、改寫小說、改拍電影、摘要、濃縮等等，這些「例示」的改作方式，其實都保留了原作的故事，或原作的骨幹精神，讓他人可以在看到衍生著作時，知道其是對哪一原作進行改作。在前述美國哈利波特案中，法院認為，所謂的衍生著作，一定要保留原作的精神，若沒有保留原作精神，就並非侵害改作權。所以該案認為，編成辭典一書，侵害的是《哈利波特》系列小說的重製權，而非侵害改作權。

仔細思考，續集創作乃創作了一全新故事，並非拿原作來改作，如何能稱其為侵害原著作的改作權呢？在此需釐清的是，由於美國法院承認作品中「角色」的著作權，所以，續集創作並非原小說的衍生著作（沒有侵害原小說改作權），其侵害的，其實是小說中的「角色」的著作權¹²⁵。但究竟以創作續集利用他人角色，侵害的是該角色的重製權還是改作權？美國法院在此似乎均沒有深入分析，但一般均會認為侵害的是改作權。例如在Salinger案中，法院沒有深入分析，究竟侵害的是原著小說還是角色的著作權。法院在沒有深入討論下，就認為《走過麥田一甲子》侵害了原著《麥田捕手》及其書中角色的改作權，然後進入合理使用的判斷¹²⁶。

不管我們對於改作的概念，是否需要重新反省並加以限縮，而認為續集創作會侵害原著小說或原著角色的改作權，但從上述本文討論可知，縱使構成侵權，仍可進入下一步合理使用的判斷。只是對於轉化性使用的界定，不同法院有不同標準。

或有認為，既然著作權承認改作權，在合理使用判斷上若承認轉化性使用，是否會淘空改作權此一權利？需釐清的是，在過去美國法院使用轉化性使用的案例，並非都是侵害改作權，有些是侵害重製權。例如過去搜尋引擎圖片搜尋功能¹²⁷，乃至最新的Google圖書搜尋功能¹²⁸，其實侵害的是重製權，其乃將

¹²⁵ Dennis S. Karjala, *Harry Potter, Tanya Grotter, and the Copyright Derivative Work*, 38 ARIZ. ST. L.J. 17, 23-26 (2006) .

¹²⁶ *Salinger*, 641 F. Supp. 2d at 253.

¹²⁷ *Kelly v. Arriba Soft Corp.*, 336 F.3d 811 (9 Cir. 2003) . 詳細介紹可參考楊智傑，「搜尋引擎與合理使用—美國案例與Google圖書館計畫」，智慧財產權月刊第125期，頁49-54，2009年5月。

¹²⁸ *Authors Guild, Inc. v. Google Inc.*, 2013 U.S. Dist. LEXIS 162198 (S.D.N.Y., Nov. 14, 2013) .

原圖或原書重製，但法院最後都認為其可主張轉化性使用¹²⁹。

其次，轉化性使用，並不會淘空改作權之規定。倘若如前所述，我們對改作權的理解，侷限在法條所例示的改作方式，包括原著作的翻譯、改寫、改拍、改編，而保留了原著作的精神，此時，一般均不會認為，這種方式的改作，為一種轉化性使用。所謂的轉化性使用，根據美國最高法院在1994年的*Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*一案¹³⁰中所指的轉化性使用，應該是指「不只是取代原著作，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」（"adds something new, with a further purpose or different character, altering the first with new expression, meaning, or message."¹³¹）。由於傳統的翻譯、改作、改寫等，都保留了原著作的骨幹與精神，故只是取代原著作，改變不同著作形式，但並非具有其他目的或不同性質。但是續集創作，本文認為，乃創作全新故事，不只是取代原著作，而對原著作增加新表達、意義或訊息。

當然，本文也不得不承認，何謂轉化性使用，在美國不同聯邦法院間仍有不同見解，並無一致答案。但本文認為，承認轉化性著作之合理使用，不會淘空改作權之權利。本文認為，改作權原本所例示的改作方式，均不屬於轉化性使用。至於法條例示之改作方式以外的其他改作方式，究竟是否在可主張轉化性使用之合理使用，不同人仍有不同見解。

六、承認禁止不當歸屬權

本文主張，續集創作應屬於合理使用，縱使為商業使用亦同。但有問題的是，若商業性的續集創作，影響到正式官方版的續集市場，是否還可允許？例如，前述《走過麥田一甲子》，在書籍的封面上，似乎讓人誤會是官方的正式授權。若讓人誤會續集創作是官方正式授權，則確實可能影響到原作者自己正式授權的相關續集作品。

此種要求續集創作者打上「非官方正式授權」字樣的要求，某程度屬於著作人格權中之「禁止不當歸屬權」（false attribution），但美國和我國原則上均

¹²⁹ *Id.*

¹³⁰ *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994).

¹³¹ *Id.* at 579.

不承認此種禁止不當歸屬權¹³²。Rebecca Tushnet認為，若要承認續集創作的合法性，似乎有需要承認此種禁止不當歸屬權，以避免消費者的混淆¹³³。

我國有一個經典案例，涉及我國公司替日本之名漫畫創作續集的爭議。臺灣高等法院93年度智上字第14號民事判決中，乃國內第一起漫畫創作被日本公司控告之著名案件。該案事實大致如下：日本漫畫家井上雄彥有一著名系列漫畫「SLAM DUNK」（中譯：灌籃高手），在其連載終結後，有台灣公司認為其籃球漫畫仍有很大的市場需求，故模仿其畫風，並沿用其故事部分情節，自己創造了一個「類似續集」的漫畫系列。其故事架構延續井上雄彥享有著作權之漫畫，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，並在繪圖上參考原著作漫畫之分鏡圖、構圖等，以構圖、意匠彷彿方式，出版「灌籃二部」漫畫第1至4集，並藉由架設之www.slamdunk2.com.tw（嗣後網址改為：www.sd2.com.tw），進行行銷¹³⁴。

其中，關於續集創作之部分，法院提及：「又被上訴人所創作之灌籃高手漫畫小說，其故事結尾乃劇中主角「流川楓」前往美國發展，而井上公司所出版之系爭灌籃二部自第一集開始，即以「流川」在美國「北卡隊」對「杜克隊」之戰役為引楔，其後之故事則以流川返回日本後之情節展開，足見井上公司不僅在包裝封面及宣傳上企圖與本件被上訴人之作品產生一定程度之關聯性，即作品內容亦企圖與被上訴人之作品產生一定之關聯性或延續性。井上公司雖辯稱系爭著作為其所獨立之創作云云，惟查：上訴人系爭漫畫中有部分人物、場景及動作與被上訴人之作品相同，或僅係作部分之變動而已，此依被上訴人所提出以投影膠片影印原著作之套圖與上訴人系爭著作畫面重疊比對後，兩者幾乎相同即可得到印證，井上公司雖辯稱：籃球動作本即相似，某些籃球動作相似不足為奇云云，然所謂籃球動作相似，不表示場景必須雷同，又所謂動作相似，並不表示人物動作、角度、表情亦必然雷同，是井上公司此一辯解亦非可採。而被上訴人因井上公司發行系爭漫畫第一、二集內容涉及侵害其權利後，曾向原審法院請求對井上

¹³² 但少數臺灣判決在判決中直接承認此種著作人格權，參見臺灣高等法院93年度智上字第14號民事判決（2004/11/17）。

¹³³ Rebecca Tushnet, *supra* note 121, at 676, 679-680.

¹³⁴ 臺灣高等法院93年度智上字第14號民事判決（2004/11/17）。

公司為假處分，經原審法院民事執行處前往現場執行假處分時，於井上公司現場發現被上訴人所創作之灌籃高手作品，其所發行之系爭漫畫中所使用之人物名稱、場景、造型等要素確與被上訴人作品有相當程度之關聯性，益見井上公司所發行之系爭作品確曾參酌被上訴人著作，並以被上訴人之作品為系爭漫畫發展之骨幹，殊無疑義。……足見井上公司所發行之系爭著作，意在使消費者誤認被上訴人於完成原著作灌籃高手後繼續繪製之續集甚明。是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。井上公司謂系爭漫畫作品均為其獨立創作，並無抄襲，亦無重製，自無侵害被上訴人著作權云云，自非可取。¹³⁵」

此一判決中，到底是對角色的抄襲？還是個別畫面的抄襲？並未具體區分討論。如果論角色之抄襲，只有延續了「流川楓」這個角色，但其他原著中的重要角色皆未再出現。只延續單一角色，是否構成實質近似？令人質疑。而在畫面的呈現上，由於臺灣公司想要模仿原著畫風，故在許多籃球場上的背景與投籃動作，均有具體的抄襲事實。但是，對於畫風的模仿，而不涉及劇情的抄襲，是否就真的認為構成實質近似？本案最有問題的地方在於，被告主張合理使用，但我國法院並未就合理使用四因素逐項討論，也未援引美國案例，探討續集作品是否具有轉化性價值，而直接否定臺灣團隊自行創作出的新劇情新故事作品。由於我國的合理使用規定乃學自美國，美國司法判決實務發展出來的轉化性使用、模仿性嘲諷等概念，均未被法院深入討論，相當可惜。

不過，該判決另一方面，卻引入了我國著作人格權中沒有的「禁止不當歸屬權」，認為臺灣的續集創作，會讓人誤以為是日本原作者的正式續集，而讓人誤會。雖然我國著作權法未承認此種禁止不當歸屬權，法院貿然引入似有不當¹³⁶，但若要承認續集創作可以合法商業利用，就有必要要求續集創作者，應採取適當方式避免讓消費者誤會該續集創作得到原作者的正式授權。

¹³⁵ 臺灣高等法院 93 年度智上字第 14 號民事判決（2004/11/17）。

¹³⁶ 相關討論，可參見楊智傑，「美國著作人格權之研究：以大型裝置藝術與場域特定藝術為例」，世新法學世新法學 7 卷 2 期，頁 446-454，2014 年 6 月。

七、小結

智慧財產局對於同人誌此種援用他人故事情節或角色創作續集的作法，是否侵害改作權，至今並無具體意見。在本文第貳部分已經指出，智慧財產局曾在102.10.16之電子郵件1021016函與103.8.15之電子郵件1030815函中指出，故事之主要角色可受著作權法保護。則利用他人故事角色創作續集或發展出新故事，有無侵害改作權？智慧財產局在最近的一號解釋令函中，提出一值得我們參考的意見。在智慧財產局釋函103.9.12之電子郵件1030912d函中指出：「……二、所詢王小明欲從A、B兩部電影，選擇部分主角人物為角色設定，重新創作一部故事情節與對白均與電影不同之小說。所涉及著作權問題說明如下：通常而言，經過作者高度發展、清晰描繪，故事發展得越完整的角色，此種角色會包含更多的表達成分及較少的思想成分，例如：蜘蛛人、蝙蝠俠、哈利波特等，如利用這種具備民眾所熟知性格與情節色彩之『人物角色』而另行創作，即會涉及『改作』他人著作之行為，又『改作』係著作權人專有之權利，除有著作權法第44條至第65條合理使用之規定外，應事先徵得被利用著作之著作財產權人之同意始得為之，否則將侵害原著作之著作權。…三、但如果王小明係單純就原電影中人物一、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……¹³⁷」

從這號解釋來看，智慧財產局認為，若所援用角色具有著作權，則利用人物角色另行創作，會涉及對該人物角色改作權的侵害。但是智慧財產局並不排除縱使構成人物角色改作權的侵害，仍可主張合理使用。只是是否能夠構成合理使用，就要看我國法院的態度了。

¹³⁷ 智慧財產局釋函 103.9.12 之電子郵件 1030912d 函。

陸、結論

本文分析了角色扮演、粉絲創作周邊商品與續集創作（同人誌）等三種粉絲創作而產生的著作權問題。根據本文分析，角色扮演原則上不會有侵權的疑慮，就算有侵權疑慮，由於屬於非商業性使用，通常原著作公司也不會提告。而在粉絲創作周邊商品部分，筆者同意美國法院相關判決見解，認為構成侵權且不能主張合理使用。至於第三種類型的粉絲續集創作，筆者不同意美國法院見解，而認為雖可能侵害原著之角色與劇情之著作權，但可以主張合理使用。

為何筆者認為，粉絲周邊產品，不可主張合理使用，但續集創作可以主張合理使用？此二者本質之差異何在？筆者認為，續集創作，乃創作出全新之劇情與表達，不同人所完成的劇情，均有所不同，此為不同人的創意，值得保護。至於粉絲周邊商品，其實只要講得出產品類型，交由不同人去製作，也許製作出來的產品也差異不大。例如對動漫作品製作紀念服飾和包包，縱使加入了自己的創意，但其實創作出來的服飾和包包，也不過就是既有的那些類型。例如本文所介紹的粉絲周邊產品中的能力測驗和百科全書，若指定了產品型態，交由任何人去製作相關的能力測驗和百科，其實都可製作出差不多的產品，並沒有太大的創意成分，故本文同意法院見解，不認為可主張合理使用。

但本文認為，續集創作乃是續集創作者嘔心瀝血，花費大量時間寫出的新劇情新故事，只是援用了舊的主角與過去的事實背景，但仍然為一全新創作，且不同的人來寫續集會寫出不同的內容與劇情，這就是著作權法所鼓勵的創意表達，故本文認為可主張合理使用。而且，不論續集創作是否為商業使用，均應可主張合理使用。但未了避免影響原作者的續集授權市場，應該要求加入禁止不當歸屬的聲明。