

合理使用誰的著作？

——論合理使用與出處明示之關聯*

李治安**

要目

壹、前言	一、合理使用之成立無須考慮利用人是否明示出處
貳、我國關於合理使用與明示出處關聯之見解	二、合理使用之成立須考慮利用人是否明示出處

* 本文為國科會專題研究計畫NSC 100-2410-H-004-020之部分研究成果。作者之靈感來自於參加智慧財產培訓學院於2010年2月9日舉辦「99年度第一次智慧財產實務案例評析座談會」中謝銘洋教授所提出之討論題綱，作者感謝座談會當天謝銘洋教授、張懿云教授、陳曉慧教授、胡心蘭教授、張靜律師及智慧財產局楊海平督導就此議題分享的見解；本文初稿曾發表於2011年1月8日「著作權合理使用條款之現在與未來」研討會，作者感謝研討會當天黃銘傑教授、賴文智律師及其他與會者所提出之寶貴意見，作者於研討會後就文中許多部分均大幅修改，並於2011年11月19日再發表於「2011年台灣資訊社會研究學會年會暨學術研討會」，當日承蒙吳齊殷教授與莊庭瑞教授惠賜寶貴意見，讓作者有機會再作小幅修改、強化論述；寫作過程中，則須特別感謝研究助理楊雅竹律師不辭辛勞的蒐集、更新國內實務見解；作者亦感謝兩位匿名審稿委員所提出具有建設性的評論，使本文論述更趨完整。當然，文中所有缺漏及錯誤，完全是作者的個人責任。

** 政治大學法律科際整合研究所暨智慧財產研究所合聘助理教授，美國史丹福大學法學博士。

投稿日期：一〇〇年五月四日；接受刊登日期：一〇〇年九月十五日

責任校對：林嘉瑛

(一)綜合判斷法	三、其他國家相關法制發展
(二)前置指標法	肆、明示出處於合理使用分析中之應有地位
(三)必要條件法	一、著作權法發展之體系脈絡
三、小 結	二、美國法中著作人格權及合理使用規範之衝突與調和
參、合理使用與明示出處關聯之比較	三、我國現行法之問題成因及建議處理方式
法觀點：以美國法為中心	伍、合理方式之明示出處
一、美國實務見解	陸、結 語
(一)利用之目的及性質	
(二)利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響	
二、美國學說見解	

摘 要

合理使用向來是著作權法中之重要課題，國內外就合理使用之判斷標準相關議題早已累積了數量龐大的文獻，但是實務上在判斷合理使用成立與否時，有一幽暗未明之問題，至今仍無確定見解，亦即利用人明示出處與否，是否影響合理使用之成立，有法院認為應將利用人之明示出處義務與合理使用脫鉤處理，亦有實務見解將明示出處與否當作合理使用成立之先決條件者。此一懸而未解的問題，有時亦會對部分利用人帶來相當迷思，渠等或認為，若利用時明示出處，系爭利用行為即可成立合理使用。但該等見解均存在相當偏差，此等不確定性對法院及利用人而言，均造成合理使用制度設計時所未預期之成本。

本文以為，利用人明示出處之義務與合理使用及著作人之姓名表示權有相當關聯，但後兩者在我國現行著作權法中，分別受到著作財產權及著作人格權之規範。由現行著作權法之規範及體系之觀點而言，利用人是否明示出處，應對合理使用成立與否造成相當影響，但其影響並非絕對，仍須藉由更細緻的法律分析，並考量相關利用情況，方能得知影響程度為何。本文藉由論理、體系及比較法之方法，探討利用人出處明示義務於合理使用規範中之地位，並據以提出對我國司法及立法上之相關建議。此外，本文亦分析利用人在何等情況下，能免除系爭出處明示之義務。

關鍵詞：著作權、合理使用、明示出處、著作人格權、姓名表示權、利用之目的及性質、刑事責任

壹、前言

合理使用一直是著作權法中的重要課題，國、內外就合理使用之法律性質及認定標準已累積相當之文獻探討¹，蓋合理使用規範為著作之利用人提供了合法使用他人著作之空間、關乎著作權法促進國家文化發展之立法目的能否有效達成，亦確定了著作權法並非一部純為保護著作人之法律，而是同時考量公眾對著作接近使用可能性之公益性立法²。

在適用合理使用相關規範時，由於著作權法第六十四條規定：「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。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」，因此，著作權人及利用人之間有時亦

¹ 國內近年關於合理使用原則累積了相當的文獻，如許忠信，論著作財產權合理使用之審酌因素——最高法院九十六年度臺上字第三六八五號刑事判決評析，月旦法學雜誌，188期，頁182-200，2011年1月（分析合理使用之性質及判斷基準與審酌因素）；劉孔中，建立資訊時代「公共領域」之重要性及具體建議，載：智慧財產權法制的關鍵革新，頁8-10，2007年6月（介紹David Nimmer所作關於合理使用之實證研究並分析合理使用之規範瑕疵）；蔡惠如，著作權之未來展望——論合理使用之價值創新，2007年8月（分析合理使用之理論基礎、法律性質及我國判決之量化研究）；闕光威，論著作權法上之合理使用，2009年8月（討論合理使用之理論基礎、判斷標準、對權利人之管理意涵及替代制度等）；謝國廉，著作合理使用之判斷基準——評最高法院與高等法院「紫微斗數案」之判決，月旦法學雜誌，182期，頁205-222，2010年7月（析述我國實務對著作權法第65條第2項所列四項合理使用判斷基準之適用疑義）。

² See, e.g., JAMES BOYLE, THE PUBLIC DOMAIN: ENCLOSING THE COMMONS OF THE MIND 68-69 (2008); JESSICA LITMAN, DIGITAL COPYRIGHT 84 (2006); WILLIAM F. PATRY, MORAL PANICS AND THE COPYRIGHT WARS 126-28 (2009).

會就利用人是否明示出處爭論，此等爭論之焦點常在於利用人明示出處與否，是否影響其利用行為成立合理使用。然而，國內實務界及學術界就此議題尚未有細緻的法律分析，因而導致法院判決在適用相關規範時，時有見解歧異或法學方法不夠周延之憾，本文之目的即針對出處明示在合理使用規範中所占的地位作相關法律分析，期能對未來我國相關實務及學術討論提供基礎，以收拋磚引玉之效。

關於使用著作時明示出處與合理使用之關聯，實涉及了著作人格權及著作財產權兩者重疊規範之領域³，我國法就著作人格權及著作財產權係採取所謂的二元論構造，亦即兩者係屬不同之財產權概念，且具有不同之內涵⁴，依據著作權法第三條第一項第三款之規定，著作權包含著作人格權及著作財產權，兩者之具體內容均規範於著作權法第三章「著作人及著作權」，著作人格權係規範於該章之第三節，而著作財產權則規範於第四節，其中第四節第四款為「著作財產權之限制」，即一般所通稱之著作權合理使用規範，換言之，依據現行著作權法之規範，合理使用係對著作財產權之限制，而非對著作人格權之限制。前述著作權法第六十四條關於出處明示之規定，即規範於第三章第四節第四款關於「著作財產權之限

³ 須說明者，係此並非著作人格權與著作財產權交界之唯一領域，其他尚包括著作人格權中之公開發表權與著作財產權中之公開播送權、公開上映權、公開展示權之交錯等，及著作人格權中之禁止不當改變權與著作財產權中之改作權之交錯等。See, e.g., PAUL GOLDSTEIN, INTERNATIONAL COPYRIGHT: PRINCIPLES, LAW, AND PRACTICE 289 (2001).

⁴ 參見劉孔中，著作人格權法理之建構，載：智慧財產權法制的關鍵革新，頁70，2007年6月。謝銘洋，智慧財產權法，頁183，2008年10月；蕭雄淋，著作權法論，頁4，2007年11月5版。同屬大陸法系的德國著作權法採取一元論，而法國著作權法則採二元論，參見羅明通，著作權法論 I，頁100-103，2009年9月7版；劉孔中，同註，頁40-41。

制」，但是於合理使用案件分析利用人是否明示出處時，法院有時亦會參酌第三章第三節「著作人格權」之規範，此即本文前述合理使用及明示出處所引發著作人格權及著作財產權兩者重疊規範及法律爭議之所在。

針對此問題，本文首先整理、檢討國內實務學說關於合理使用與明示出處關聯之見解，接著以美國法為中心，就此議題作比較法之探索，其後依據著作權法制發展之歷史脈絡、我國著作權法制現況以及此問題於我國發生之背景與成因等因素，對我國司法實務及立法提出建議；此外，本文亦探討著作權法第六十四條第二項以「合理之方式」明示出處之適用方式，供國內實務及學界參考。

貳、我國關於合理使用與明示出處關聯之見解

承前所述，著作權法第六十四條依法利用他人著作應明示出處之規定，係規範於該法第四章第四節第四款「著作財產權之限制」（即一般所通稱之著作權合理使用規範）之中，但是若利用人違反明示出處之義務時，是否會影響合理使用成立與否之判斷？國內學說與實務就此問題，目前並無統一見解，縱使採取肯定說之實務見解，對於明示出處是否為合理使用成立之必要條件，見解亦有分歧，茲將國內實務及學說見解整理如后，並以利用人是否明示出處及判決結果是否成立合理使用為基準，整理國內曾實質觸及該議題之實務見解。

一、合理使用之成立無須考慮利用人是否明示出處

我國近年來多數實務見解多將明示出處義務與合理使用之判斷脫鉤處理，認為兩者無必然關係，多數實務見解均認為，著作權法第六十四條規定之違反，與著作之利用是否構成合理使用，並無必

然關係，本條之規定並非著作合理使用之必要條件，因此縱違反明示出處之義務，亦非當然構成著作財產權之侵害，仍應檢視該利用行為是否合於合理使用各條文之規定⁵。亦有實務見解將明示出處義務之違反，作更徹底的分割，強調利用人縱未依第六十四條以合理之方式明示其出處，亦完全無妨於合理使用之成立⁶。目前我國學說上就此議題並無深入討論，學者中羅明通教授明確採取將合理使用與明示出處脫鉤處理之立場，其認為明示出處與是否構成合理使用無必然關係，違反明示出處規範之法律效果僅係依著作權法第九十六條之規定，科新臺幣五萬元以下罰金⁷，前述實務見解中亦有二則引用羅明通教授關於該見解之論著⁸；學者章忠信亦採相同見解⁹。

採取此說見解者，認為明示出處係利用他人著作之法律義務，與是否構成著作財產權侵害及是否成立合理使用並無關聯，而違反該義務之法律效果係依著作權法第九十六條科以罰金。惟本文以為，將合理使用之判斷與利用人是否明示出處完全脫鉤處理，其實會造成著作權法內部體系之潛在問題，著作權法第六十四條（即明示出處之法律依據）係規範於第三章第四節第四款關於「著作財產

⁵ 如臺灣高等法院高雄分院96年度智上易字第3號民事判決、臺灣高雄地方法院95年度智字第10號民事判決及臺灣高等法院97年度智上易字第11號民事判決。

⁶ 如臺灣高等法院95年度智上字第47號民事判決及智慧財產法院97年度民著上易字第4號民事判決。

⁷ 羅明通，著作權法論Ⅱ，頁252，2009年9月7版。

⁸ 臺灣高等法院95年度智上字第47號民事判決及智慧財產法院97年度民著上易字第4號民事判決。

⁹ 章忠信，著作權法逐條釋義，頁172，2010年9月3版（是否構成合理使用，是要依照本章各該條文所定的要件認定，一旦符合各該要件，就構成合理使用，不會因為後來沒有「明示出處」，又變成侵害著作財產權）。

權之限制」，該款之規範即為一般所認知的合理使用規範，如依前述見解認為合理使用之成立完全無須考慮利用人是否明示出處，則不禁讓人懷疑何以「著作財產權之限制」規範中，會出現第六十四條明示出處之規定，立法者既將第六十四條於體系上安排在著作權法第三章第四節第四款合理使用之規範內，則應可推知立法者認為明示出處與合理使用在立法政策上有相當之關聯；若明示出處僅為一般著作利用人之法律義務，則利用人之利用行為無論是否成立合理使用，均應負此義務，若然，則明示出處義務之規範即不應規範於針對合理使用所制定之第三章第四節第四款「著作財產權之限制」部分。退步言之，若立法者不認為明示出處與合理使用具相當關聯，其大可將明示出處之問題單純以著作權法第十六條（亦即著作人格權中姓名表示權之規定）處理即可。準此，將明示出處義務與合理使用成立與否完全脫鉤處理之見解，實忽視了明示出處義務在合理使用體系中應具有之規範意涵。

二、合理使用之成立須考慮利用人是否明示出處

亦有實務見解將明示出處列入是否成立合理使用之判斷中，但是各判決對於兩者之關聯程度或有不同之認定標準，有判決將明示出處列為成立合理使用之綜合判斷考量因素；有判決在實質認定著作權法第六十五條第二項合理使用之四項判斷標準前，先確認是否明示出處，以作為合理使用成立與否之參考指標；亦有判決以未明示出處為由，否定被告關於合理使用之抗辯。茲將相關見解，整理分述如下：

（一）綜合判斷法

有判決於合理使用各項要素之綜合判斷中，將利用人明示出處之事實點出，並綜合判斷作出對利用行為成立合理使用之有利認

定，如臺灣高等法院臺中分院九十五年度智上字第第六號民事判決謂：「被上訴人在該頁主題名稱下，網頁本文前，明確記載其網頁之文字稿乃係參考周鎮所著之『臺灣鄉土鳥誌』（誌臺灣省立鳳凰谷鳥園出版），且圖片來源亦記載係引自同一本書，並進一步向該書之原作者表達感謝與歉意，衡其上開附載文字之意旨，已足以表明所引資料、圖片之來源，應不致使人誤認該網頁之內容係屬被上訴人個人之著作，被上訴人也無擅自僭竊為著作權人之意，應可認為已合乎著作權法第六十四條所規定合理使用他人著作之程序。則綜合被上訴人利用上訴人著作之利用目的、性質、所利用之質量及其整個著作所占之比例、利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響之情形以觀，被上訴人之上揭重製及公開傳輸行為，應屬對上訴人著作利用之合理使用範圍，而不違反著作權法」，又如臺灣臺北地方法院九十六年度聲判字第一五七號刑事裁定指出：「被告既於自由時報上註明前揭圖片之出處來源，依其使用之性質及目的、使用之方法、著作之性質等項，認合於著作權法第六十五條所規定之合理使用。」¹⁰

此等見解似認為，利用人明示出處之事實可貫穿著作權法第六十五條第二項所列之四項判斷標準，此實與著作權法第六十五條第二項所列四項判斷標準之適用方式有關。我國實務就該條項之適用，有逐一就四項標準判斷者¹¹、有就其中一項或數項標準判斷者¹²、有列出該四項標準後綜合判斷者¹³、亦有逐一審酌四項標準後，不以該四項標準為限，再審酌一切情況後，作整體考量認

¹⁰ 類似見解如臺灣士林地方法院95年度簡上字第127號民事判決。

¹¹ 如臺灣高等法院93年度重上更(三)字第90號判決。

¹² 如臺灣臺北地方法院91年度自字第69號判決。

¹³ 如智慧財產法院98年度民著訴字第15號判決。

定¹⁴，學者亦有採此見解者¹⁵。本文以為，就著作權法第六十五條第二項之適用，無論採取何說，將利用人是否明示出處列為考量因素均為正確方向，但明示出處之事實應僅為諸多考量因素之一，並非得貫穿各項判斷標準之唯一最重要因素，且著作權法第六十五條第二項之規定實蘊含法院須廣為考量各類因素之意旨，因此法院在描繪明示出處於合理使用認定之地位時，實不可不慎。

(二)前置指標法

亦有法院將利用人是否明示出處作為認定合理使用之前置指標，在進入著作權法第六十五條第二項之合理使用四項標準分析前，先審酌利用人是否明示出處，若否，則有較高之可能性無法成立合理使用，如臺灣臺北地方法院民事判決九十九年度訴字第一五五二號判決謂：「系爭期末報告未載明系爭樹狀圖之出處，為原告所承認，足認業已違反著作權法第64條第1項之規定，系爭樹狀圖之引用究否該當學術研究之合理使用範圍，自值商榷。」

本文以為，採此見解之實益不大，蓋縱使在分析著作權法第六十五條第二項之合理使用四項標準前，法院依據利用人是否明示出處之事實，而獲得是否成立合理使用之初步心證，法院仍須就系爭利用行為是否成立合理使用作實質認定，故並無必要以明示出處作為判定是否成立合理使用之前置指標。

(三)必要條件法

有少數法院將利用人是否符合著作權法第六十四條第一項明示出處義務之事實，作為判斷合理使用成立與否之必要條件，臺灣臺北地方法院歷年來有若干判決採此見解，如臺灣臺北地方法院八十

¹⁴ 如智慧財產法院98年度民著上字第5號民事判決。

¹⁵ 羅明通，同註7，頁256。

七年度易字第四三一五號刑事判決謂：「被告其著作內大量引用，而未註明出處，難謂係合理使用」；而臺灣臺北地方法院九十五年度智簡上字第三號判決對於被上訴人關於著作權法第五十七條攝影著作重製及展示成立合理使用之主張，則謂：「著作權法第64條第1項規定，依同法第57條規定利用他人著作，應明示其出處，惟被上訴人就系爭照片之來源既陳稱：不知是公車處內部人員以前拍攝或蒐集而來等語，顯然公車處員工並未於公車處網站上明示系爭照片之出處，亦難認係合理使用，仍構成侵害上訴人之著作財產權」¹⁶；又如臺灣臺北地方法院九十五年度智字第四十五號判決認定，被告之利用行為，雖符合著作權法第五十七條及第六十五條第二項之合理使用判斷標準，但因未明示出處，因此不成立合理使用，該判決謂：「被告使用系爭攝影著作，依著作權法第65條第2項規定審酌，應認符合同法第52條所規定在合理範圍內之使用……被告亦應依著作權法第64條第1項規定，明示其出處。被告未載明其重製之圖像引用自『國立鳳凰谷鳥園』網站之『臺灣鄉土鳥類』網頁，不符著作權法第64條第1項規定，尚難認係合理使用。」¹⁷

¹⁶ 類似見解如臺灣雲林地方法院95年度國字第5號判決認定，被告之利用雖為非營利之教育目的，但「被告於上開教材及網頁，並未依規定明示其出處，及就著作人之姓名或名稱，以合理之方式明示。再者，利用人縱使在合理範圍內使用，亦應將其利用情形，通知著作權人並支付使用報酬。但本件被告……於使用後，既未通知原告，也從未支付任何報酬，且經原告查覺後，被告又屢以其為合理範圍使用作藉口，未與原告為適當調解……應已超出合理之範圍……因此，被告主張其上開行為，為合理使用範圍等情，應無足採。」

¹⁷ 其他相同見解如臺灣臺北地方法院95年度訴字第397號判決謂：「被告乙○○所稱系爭網站之主要目的係為介紹臺灣之美、推廣臺灣旅遊，應屬著作權法第52條所稱之正當目的等語非無可採。惟按依著作權法第52條利用他人著作，應明示其出處，著作權法第64條第1項定有明文。而被告乙○○於系爭網站使用系爭攝影著作時，僅於該圖片下方記載『黃嘴角鴉』之說明文字，並

本文以為，此見解似將明示出處之地位於合理使用判斷中過度放大，蓋一般關於合理使用之分析均以著作權法第六十五條第二項所列之四款作為主要判斷基準，若將利用人之明示出處當作成立合理使用之必要條件，使其凌駕於該四款判斷基準之上，極易使該四款之規範形同具文，亦超過法條文義及體系解釋所能涵蓋之範圍。

三、小 結

由於著作權法第六十四條有合理使用明示出處之規定，因此我國實務上有相當數量關於合理使用之判決均會判斷利用人是否明示出處，但法院於分析是否成立合理使用時，應對利用人明示出處與否之事實採取何種立場，我國學說與實務之見解相當分歧，此為現行合理使用制度之重要問題之一，但甚少實務或學術論著對此問題作系統性之分析。針對前述我國學說及實務見解，本文以為，由體系解釋之觀點而言，不應忽視明示出處在合理使用分析中之規範意涵，但亦不應過度放大之，準此，前述實務見解中之「綜合判斷法」或許提供了一個較為中性的參考起點。

若純粹從司法院法學資料庫判決檢索結果觀察（請參見下表一：我國實務關於是否成立合理使用與是否明示出處之判決整理），在筆者所查詢到截至二〇一一年九月二十四日止，相關提及「明示出處」之合理使用之相關判決中，有實質處理兩者之關聯者，判決結果成立合理使用之行為有明示出處者、亦有未明示出處者；但在不成立合理使用之判決中，多數被告皆未為明示出處。而於有明示出處之利用行為中，多數行為最後均被認定為成立合理使用；而在未明示出處之利用行為中，被認定為成立或不成立合理使

未註明著作人即原告之姓名，亦未載明係自特生中心之網站下載，有該網頁可稽，未符合上開應明示出處之規定，揆諸首揭說明，應認被告乙○○之前開行為，無足構成著作之合理使用，是被告乙○○所辯當無可採。」

用者皆有之。就此分析結果觀察可得到的初步直觀結論為：站在著作人的立場，要以未明示出處為理由，反駁利用人合理使用之主張，未必會成立；但若於利用人之立場，如利用他人著作時，以合理之方式明示出處，則系爭利用行為似有極大機率被法院判定為合理使用。當然，須強調的是，這是未觀照個案事實狀況所為之直觀結果取向觀察，在法律分析上，並無法推論我國法院之實質見解認為只要利用人有明示出處，系爭利用行為即可成立合理使用。

表一 我國實務關於是否成立合理使用與是否明示出處之判決整理

	成立合理使用	不成立合理使用
有明示出處	臺灣高等法院臺中分院95年度智上字第6號民事判決、臺灣士林地方法院95年度簡上字第127號民事判決、智慧財產法院98年度民著上字第5號民事判決、智慧財產法院98年度民著訴字第45號民事判決、臺灣彰化地方法院94年度智字第13號民事判決	臺灣高等法院97年度智上易字第11號民事判決
無明示出處	臺灣高等法院95年度智上字第47號民事判決、臺灣臺北地方法院95年度智字第45號民事判決、臺灣高等法院高雄分院96年度智上易字第3號民事判決、智慧財產法院97年度民著上易字第4號民事判決	臺灣臺北地方法院87年度易字第4315號刑事判決、臺灣臺北地方法院95年度智字第45號民事判決、臺灣臺北地方法院95年度智簡上字第3號民事判決、臺灣臺北地方法院95年度訴字第397號民事判決、智慧財產法院99年度民著上易字第1號民事判決、智慧財產法院99年度民著訴字第85號民事判決、智慧財產法院99年度刑智上易字第117號刑事判決、臺灣臺北地方法院99年度訴字第1552號民事判決

參、合理使用與明示出處關聯之比較法觀點：以美國法為中心

本文以下由比較法之觀點，觀察美國法院實務及學說對於合理使用與明示出處之關聯，並介紹美國由政府部門或民間私部門所發展出相關合理使用指導原則或最佳實踐中，對於明示出處之處理態度，並附帶論及其他國家合理使用或公平處理（fair dealing）規範中，對利用人明示出處義務之規範。

一、美國實務見解

由於合理使用仍屬不確定法律概念，在適用上有相當的模糊、不確定地帶，因此自一九九四年起，由柯林頓政府負責國家資訊基礎建設（National Information Infrastructure, NII）的商務部助理部長Bruce A. Lehman每個月所固定召集的「合理使用指導原則會議」（Conference on Fair Use Guidelines），即試圖為教育工作者及圖書機構訂出數位時代中可能符合合理使用原則之著作利用方式，該會議邀請超過六十個民間機構¹⁸，而會議最後的結論之一中建議，著作的利用人應明示出處，較有可能成立合理使用¹⁹，但由於會議其他結論對於利用人做過多要求²⁰，因此被批評為不當限制合理使用原則的適用²¹，但是前述關於對利用人明示出處之建議，

¹⁸ See DONNA A. DEMAC, IS ANY USE “FAIR” IN A DIGITAL WORLD? 22 (1996).

¹⁹ BRUCE A. LEHMAN, THE CONFERENCE ON FAIR USE: REPORT TO THE COMMISSIONER ON THE CONCLUSION OF THE FIRST PHASE OF THE CONFERENCE ON FAIR USE, app. H § 2.4, at 43 (1997).

²⁰ 如對利用期間之限制及要求利用人詢問著作人等限制。See *id.* app. H § 5.1, at 43; app. H § 5.2, at 43.

²¹ 對該指導原則相關批評的整理，請參見DanThu Thi Phan, *Note: Will Fair Use*

仍有參考價值；此外，致力鼓勵個人創作的社會媒體中心（**Social Media Center**）在二〇〇九年公布了「線上影片的合理使用最佳實踐」（**Code of Best Practices in Fair Use for Online Video**），該文件指出利用人明示出處可證明其利用行為之主觀善意，較易成立合理使用²²，許多出版社也主張，教育工作者或圖書館須明示出處，方能主張合理使用²³。

在法院判決方面，一九七六年美國將合理使用原則成文化之前，法院於**Karll v. Curtis**一案中，曾考量使用者使用原著作時有標明出處，並進而認定該使用係屬合理²⁴，該案中被告重製部分原告所創作之歌詞，法院因而指出，由於被告有明示出處，因此使得許多讀者在第一次閱讀該歌詞時，意識到原作者之存在²⁵。而在一九七六年合理使用規範成文化之後，美國法院時而將是否明示出處列為合理使用之判斷考量，其中極少數的判決並未將明示出處連結到合理使用的四項判斷基準，如第二巡迴上訴法院在**Weissman v. Freeman**一案中所採之見解，本案被告係一大學教授，於其著作中未標明其助理之姓名，卻直接使用其作品，法院認為被告直接剽竊原告作品當成自己之作品，不但未標示原告姓名，且積極的以自己之姓名完全取代原告之姓名，實無權利再主張合理使用²⁶，法院亦

Function on the Internet?, 98 COLUM. L. REV. 169, 200 (1998).

²² CENTER FOR SOCIAL MEDIA, CODE OF BEST PRACTICES IN FAIR USE FOR ONLINE VIDEO 3-9 (2009), available at http://www.centerforsocialmedia.org/files/pdf/online_best_practices_in_fair_use.pdf (last visited: 2012.05.16).

²³ Kenneth D. Crews, *Harmonization and the Goals of Copyright: Property Rights or Cultural Progress?*, 6 IND. J. GLOBAL LEGAL STUD. 117, 131 n.87 (1998).

²⁴ 39 F. Supp. 836, 837 (E.D. Wis. 1941).

²⁵ *Id.*

²⁶ 868 F.2d 1313, 1315, 1324 (2d Cir. 1989). 在部分判決中，有時縱使利用人未明示出處，法院綜合其他因素考量，仍作出成立合理使用之判斷，參見Jaime S.

從反面指出，若合理使用成立的標準太低，將會使利用人完全忽視明示出處之重要性²⁷。

但大多數法院均將明示出處連結至特定的合理使用判斷基準，如有依據合理使用之第一項判斷基準「利用之目的及性質」，亦有依據第四項判斷標準「利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響」為之，以下分別述之。

(一)利用之目的及性質

如在 *Marcus v. Rowley* 一案中，被告重製並銷售原告一本關於蛋糕裝飾書籍之部分，第九巡迴上訴法院在分析合理使用的第一項判斷基準：「利用之目的及性質」時，曾論及被告從無標明出處之意圖²⁸，因此在第一項判斷基準的分析中，可能對被告產生不利之影響；在 *Rogers v. Koons* 一案中，被告依據原告攝影著作製作雕塑，但卻完全不明示出處，第二巡迴上訴法院認為，由該等省略出處之作為，可查知被告不欲觀賞其雕塑之公眾瞭解原著作之存在，因此系爭利用係屬惡意，在合理使用中「利用之目的及性質」判斷要素上，法院應依此作出不利成立合理使用之認定²⁹，此外，法院亦指出，「如果純粹因為侵害人主張其侵害行為係為達到一個更高層次或不同的藝術利用，就可將系爭著作權侵害行為正當化為合理使用，而不用確保大眾意識到有一原始被利用作品存在，那麼人們將無法預期合理使用抗辯的界限究竟何在」³⁰；最後，在

Dursht, Note: *Judicial Plagiarism: It May Be Fair Use But Is It Ethical?*, 18 CAR-DOZO L. REV. 1253, 1255 (1996).

²⁷ 868 F.2d 1313, at 1323-1327.

²⁸ 695 F.2d 1171, 1176 (9th Cir. 1983).

²⁹ *Rogers v. Koons*, 960 F.2d 301, 309 (2d Cir. 1992).

³⁰ *Id.* at 310 (“if an infringement of copyrightable expression could be justified as fair use solely on the basis of the infringer’s claim to a higher or different artistic use—

*Williamson v. Pearson Education, Inc.*一案中，被告重製原告書中部分內容，第二巡迴上訴法院在合理使用中「利用之目的及性質」之判斷上，作出對被告有利之認定，其中部分是因為被告有明確說明其資料來源係借用原告之著作，並將原告之著作列為「推薦閱讀」（Recommended Reading）資料³¹。

（二）利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響

在 *Maxtone-Graham v. Burtchaeil* 案中，原告出版了一本名為「錯誤的懷孕」（Pregnant by Mistake）的書，其中收錄了多件歷經違反其本意而懷孕婦女之訪談紀錄，被告則為一天主教神父暨聖母大學神學教授，其未經原告許可，卻將原告書中部分訪談紀錄收錄於自己所寫的書中，因而被控著作權侵害，法院於合理使用之第四項判斷要素「利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響」之分析中曾提到由於被告有明示出處，並未試圖取代原告的市場地位，因此綜合其他因素考量後，作出有利被告合理使用之認定³²。而在 *Richard Feiner & Co. v. H.R. Industries* 一案中，被告於其書中使用原告之攝影著作，未取得原告同意，亦未明示出處，法院於合理使用的第四項判斷要素「利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響」分析中指出，被告未明示出處之行為，會使讀者誤以為該等照片已屬於公共領域（public domain），不受著作權保護，因此對原告著作權之市場價值產生負面影響³³。

without insuring the public awareness of the original work—there would be no practicable boundary to the fair use defense.”).

³¹ No. 00 Civ. 8240 (AGS), 2001 WL 1262964 (S.D.N.Y. Oct. 19, 2001).

³² 803 F.2d 1253, 1260, 1265 (2d Cir. 1986).

³³ 10 F. Supp. 2d 310, 311-12, 314 (S.D.N.Y. 1998), vacated on other grounds, No. 98-9390, 1999 WL 385763 (2d Cir. June 4, 1999).

二、美國學說見解

在學術論著中，亦僅少數論者認為是否明示出處與合理使用之成立並無關聯³⁴，但多數學者均認為，是否明示出處應納入合理使用的分析中³⁵，舉例而言，Jessica Litman教授雖未明確指出明示出處與合理使用之關聯，但卻曾指出，基於與合理使用相似的法理，公眾本應有權利引用他人著作³⁶；美國著作權法權威學者Nimmer將標明出處列為合理使用第一項判斷基準「利用之目的及性質」之考量因素³⁷，亦有論者持類似見解認為，利用人若標明出處，則可使利用行為更接近報導、學術論著、批評或評論，而提高成立合理使用之可能性³⁸；Rebecca Tushnet教授則認為標明出處可於合理使用第四項判斷標準「利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響」考量，因為標明出處可避免消費者對原著作及改作之著作產生混淆，因而保護了原著作之市場價值³⁹。

Greg Lastowka教授則採取更直接明確的主張，其認為應以立法的方式，將利用人是否明示出處列為合理使用的第五項判斷標

³⁴ Crews, *supra* note 23, at 131 n.87; Otto W. Konrad, *A Federal Recognition of Performance Art Author Moral Rights*, 48 WASH. & LEE L. REV. 1579, 1627-1628 (1991).

³⁵ See, e.g., Michael Traynor & Katy Hutchinson, *Some Open Questions About Intellectual Property Remedies*, 14 LEWIS & CLARK L. REV. 453, 465 (2010).

³⁶ LITMAN, *supra* note 2, at 183.

³⁷ MELVILLE B. NIMMER & DAVID NIMMER, NIMMER ON COPYRIGHT § 13.05 [A][1][d] (2006).

³⁸ Laurie Stearns, *Comment: Copy Wrong: Plagiarism, Process, Property, and the Law*, 80 CAL. L. REV. 513, 530 (1992); Martin H. Wiener, *Thievry Can Be Legal: "Fair Use" of Copyrighted Material*, 2-FEB NEV. LAW. 17, 20 (1993).

³⁹ Rebecca Tushnet, *Legal Fictions: Copyright, Fan Fiction, and a New Common Law*, 17 LOY. L.A. ENT. L.J. 651, 680 (1997).

準⁴⁰，因為Lastowka認為現今的四項合理使用判斷標準過於重視著作對著作人所帶來的商業價值，進而忽略了可能有其他促進著作人創作的誘因⁴¹，且利用人對原著作的明示出處，對於著作人來說，即屬一種非商業性的創作誘因⁴²。然而，前述Tushnet教授卻對Lastowka之此等見解不以為然，Tushnet認為以既有的合理使用四項判斷標準處理明示出處之問題即可，蓋現有的合理使用判斷標準已涵蓋相當的不確定性，不宜再增加第五項標準，且該標準亦有可能增加利用人主張合理使用的難度⁴³。

關於明示出處於合理使用分析中應有之位置，亦有學者採取較Lastowka更激進之主張，Ben Depoorter等即認為應於著作權法中建立一套以明示出處為主的誘因系統，只要利用人有明示出處，系爭利用行為即成立合理使用，因為該等學者認為：要求明示出處之理由，實與原本設計合理使用規範之立法目的相同⁴⁴。惟本文並不贊同此等見解，蓋該等見解之終極目標係於著作權法中建立一套強制明示出處制度（compulsory attribution system），大幅擴張合理使用之範圍，只要利用人明示出處，即免除著作利用人原本應取得之著作權授權及其他義務⁴⁵，此等主張除忽視了現有合理使用規範所架構出之價值判斷外，對於著作人之權益所造成之負面影響過鉅，雖然部分著作權人因為利用人之明示出處而感到心理上滿足，但個

⁴⁰ Greg Lastowka, *Digital Attribution: Copyright and the Right to Credit*, 87 B.U.L. REV. 41, 84-85 (2007).

⁴¹ *Id.* at 49.

⁴² *Id.* at 53-54.

⁴³ Rebecca Tushnet, *Naming Rights: Attribution and Law*, 2007 UTAH L. REV. 789, 818-19 (2007).

⁴⁴ Ben Depoorter et al., *Copyright Abolition and Attribution*, 5 REV. L. & ECO. 1063, 1074 (2009).

⁴⁵ *Id.* at 1073-74.

別著作人之偏好與判斷不同，不得因部分著作人心理上滿足即謂所有著作人均願意放棄、犧牲其他著作權所賦予之排他利益，否則將動搖著作權制度整體之制度假設及正當性基礎。

三、其他國家相關法制發展

在某些其他國家或法域的智慧財產權法制發展中，亦可發現明示出處與合理使用的關聯，如英國一九八八年之著作權、設計與專利法第三十條則規定，為了批評或評論之目的所為，對其他著作或著作之表演所為之公平處理（fair dealing），須伴隨對原著作之充足承認；為報導之目的，而公平處理攝影著作以外之著作，須伴隨對原著作之充足承認⁴⁶。澳洲二〇〇〇年關於著作權法增修條文則規定，因報紙、雜誌或其他類似期刊報導所需，而利用他人文學、戲劇、音樂或藝術作品時，應充分承認系爭資料係來自原著作⁴⁷，該等明示出處之規範係被告於訴訟中引用系爭規範作為「公平處理」抗辯所必要舉證之處，依據該國實務見解，除非是不具名著作

⁴⁶ Copyright, Designs and Patents Act, 1988, ch. 48, § 30(1)-(2) (U.K.) (“Fair dealing with a work for the purpose of criticism or review, of that or another work or of a performance of a work, does not infringe any copyright in the work provided that it is accompanied by a sufficient acknowledgement. Fair dealing with a work (other than a photograph) for the purpose of reporting current events does not infringe any copyright in the work provided that (subject to subsection (3)) it is accompanied by a sufficient acknowledgement.”). 亦可參見該國智慧財產權權威學者William Cornish教授及其共同作者David Llewelyn對該規定之闡釋，參見WILLIAM CORNISH & DAVID LLEWELYN, *INTELLECTUAL PROPERTY: PATENTS, COPYRIGHT, TRADEMARKS AND ALLIED RIGHTS* 476 (2007).

⁴⁷ Copyright Amendment (Moral Rights) Act 2000 § 42 (Austl.) (amending Copyright Act 1968) (requiring “sufficient acknowledgment” for use of literary, dramatic, musical or artistic work for “reporting of news in a newspaper, magazine or similar periodical”).

或原作者直接聲明利用其著作無須明示出處之情況，否則著作使用人至少須明示原作者之姓名及原作品之名稱，方能成立「公平處理」⁴⁸，實務上有判決中指出：當某電視台播出畫面時，引用其他電視台之畫面，並在畫面下方上標明該其他電視臺之名稱，則已符合前述澳洲著作權法中「充分承認」之要求⁴⁹。

加拿大著作權法中關於「公平處理」之規範在此處的討論中亦足資參考，該國最高法院透過解釋，將利用之目的及性質、被利用著作之性質、利用之質量占原著作之比例、利用結果對著作潛在市場價值之影響均列為判斷「公平處理」成立與否之標準⁵⁰，此與我國著作權法第六十五條第二項之四款判斷標準相似⁵¹，加拿大著作權法第二十九條之一規定，為批評、評論或報導之目的所為之公平處理，須同時揭露原著作之出處，如出處之資訊來源中有揭露作者、表演者、錄製者或廣播者之姓名者，則亦應標示之，第二十九條之二關於新聞報導之公平處理，亦有相同之出處明示規範⁵²。

48 MARK J. DAVISON ET AL., AUSTRALIAN INTELLECTUAL PROPERTY LAW 276 (2008).

49 TCN Channel Nine Pty Ltd. v. Network Ten Ltd. [2001] FCA 108, para 72 (ii); TCN Channel Nine Pty Ltd. v. Network Ten Ltd. [2002] FCA 146; Network Ten Ltd. v. TCN Channel Nine Pty Ltd. [2004] ALR 585 (HC).

50 JOHN S. MCKEOWN, CANADIAN INTELLECTUAL PROPERTY LAW AND STRATEGY 290-92 (2009).

51 加拿大最高法院所建立之判斷標準其實較我國著作權法第65條第2項所列之四項判斷標準範圍更廣，其尚包括使用人就侵害行為之外，可能有的其他選擇性。且該國實務將公平處理認定為使用者的權利，而非抗辯。See *id.* at 290-91.

52 Copyright Act, R.S.C., ch. C-42, § 29.1-2 (1985) (Can.) (requiring for the purposes of criticism or review and news reporting that “(a) the source; and (b) if given in the source, the name of the (i) author, in the case of a work, (ii) performer, in the case of a performer’s performance, (iii) maker, in the case of a sound recording, or (iv) broadcaster, in the case of a communication signal” be mentioned).

在其他國家之實際判決方面，以色列知名的「死海經卷案」(Dead Sea Scroll Case)中，該國最高法院即指出，被告重製原告著作無法成立合理使用的主要原因，在於其重製了原告整份著作，且未明示出處⁵³；此外，歐盟的資料庫保護指令關於合理使用的規範，亦要求合理使用的利用人，須明示被利用資料庫之出處⁵⁴。

肆、明示出處於合理使用分析中之應有地位

承前所述，雖然包括美國在內的許多國家之立法、司法或學說中，均明確指出，判斷合理使用成立與否時，應考慮利用人是否明示出處；然而，明示出處義務在著作權法合理使用分析中之地位，在我國實務上仍是一個懸而未解的難題，學說亦尚未深入探討之，本文以為，此問題之發生其實與著作權法發展之體系脈絡有相當關聯，申言之，問題之根源實來自於著作人格權及合理使用規範兩者在規範目的上之潛在衝突與調和，本文以下先析述國際間著作權法制發展與此議題相關之歷史脈絡，並以美國法為例，探討其在立法上如何調和著作人格權與合理使用規範間之緊張關係，最後，以此等背景為基礎，探討我國目前關於合理使用與出處明示關聯之實務見解及其成因，最後提出本文就此問題，在司法上及立法上處理

⁵³ Galia Aharoni, *You Can't Take It With You When You Die...Or Can You? A Comparative Study of Post-Mortem Moral Rights Statutes from Israel, France, and the United States*, 17 U. BALT. INTELL. PROP. L.J. 103, 114 (2009).

⁵⁴ 該指令第8條至第9條規定，會員國得容許利用人為了教學或科學的目的，對受保護的電子或非電子資料庫作合理使用，但合理使用之利用人需明示出處。See EUROPEAN UNION DATABASES DIRECTIVE, arts. 8-9 (1996), <http://www2.echo.lu/legal/en/ipr/database/text.html> (last visited: 2010.12.31). 當然，此處須注意的是該保護指令並非以著作權法保護資料庫之建置，而是為資料庫建立一種特別的法律權利 (*sui generis right*)。

方式之具體建議。

一、著作權法發展之體系脈絡

合理使用與明示出處義務之關聯須從兩者在著作權法發展之歷史、體系脈絡中釐清，合理使用的概念最早起源於十八世紀末、十九世紀初的英國法院對一七一〇年安妮法（Statute of Anne）的解釋⁵⁵，當時衡平法院指出，容許利用人以具有創造性及生產性的方式利用他人著作，可提升學習效果，且有助於著作權法立法目的之達成⁵⁶，因此出現了公平處理或合理使用的概念，其後美國法院亦於十九世紀中葉導入合理使用的概念⁵⁷，並於一九七六年將其成文化⁵⁸。因此，雖然大陸法系國家的著作權法規範中亦有若干關於權利限制或使用抗辯之規範⁵⁹，一般學者多認為合理使用或公平處理原則的起源、發展與深化都發生在以英國及美國為主的普通法系國家⁶⁰。

明示出處之義務則與著作人格權中的姓名表示權具有密切相關，著作人格權之概念起源於十九世紀大陸法系之著作權法系

⁵⁵ WILLIAM F. PATRY, COPYRIGHT LAW AND PRACTICE 718 (1994).

⁵⁶ *Id.* 美國亦有判決詳述英國這段發展合理使用概念之歷史，參見 *Maxtone-Graham v. Burtchaell*, 803 F.2d 1253, 1259-60 (2d Cir. 1986).

⁵⁷ PATRY, *supra* note 55, at 718-19; *Folsom v. Marsh*, 9 F. Cas. 342 (C.C.D. Mass. 1841) (No. 4901).

⁵⁸ 17 U.S.C. § 107. 相關立法過程，可參見 LITMAN, *supra* note 2, at 68-69.

⁵⁹ 如德國知名著作權法學者 Adolf Dietz 即指出，合理使用或公平處理原則在德國著作權法中並不存在，但德國著作權法中有一些對著作權限制之規範，其中一部分可呼應與合理使用原則之精神，參見 Adolf Dietz, *Germany*, in INTERNATIONAL COPYRIGHT LAW AND PRACTICE § 8(2)(a), at GER-100 (David Nimmer et al. eds., 1997).

⁶⁰ *See, e.g.*, GOLDSTEIN, *supra* note 3, at 293; CRAIG JOYCE ET AL., COPYRIGHT LAW 116-77 (2006).

統⁶¹，包括法國、德國、瑞士、比利時⁶²及我國等國在著作權法制發展史上均屬於此一大陸法系系統；而傳統上英美法系的著作權法律規範中，在後述美國視覺藝術家保護法出現之前⁶³，本無出處明示義務或姓名表示權之具體規定，因此著作人通常須靠締約時的經濟實力或產業慣例要求利用人明示出處⁶⁴，但是在著作人與利用人無直接契約關係（如利用人合理使用）之情況，過去的成文規範中並未有關於明示出處或姓名表示之具體規範⁶⁵。

申言之，合理使用與明示出處或姓名表示權在歷史上係源自於兩個不同的著作權法體系，美國知名著作權法學者Paul Goldstein教授即曾指出，在國際著作權規範中，大陸法系與英美法系象徵了兩種不同的著作權文化，前者強調作者權（author's rights），後者則強調經濟實用的導向，此種價值觀差異反映在具體的規範中，即出現了大陸法系著作權法的著作人格權制度，以及美國法中的合理使

61 See, e.g., BOYLE, *supra* note 2, at 28-35; Dane S. Ciolino, *Rethinking the Compatibility of Moral Rights and Fair Use*, 54 WASH. & LEE L. REV. 33, 38-39 (1997); PAUL GOLDSTEIN, *COPYRIGHT'S HIGHWAY: FROM GUTENBERG TO THE CELESTIAL JUKEBOX* 137-38 (2003). 誠如劉孔中教授所言，「歐洲大陸市民法體系與英美普通法體系之著作權法最基本的差異之一在於，前者承認著作權之主要理由在於保護著作人與其著作之人格關係，浪漫地將著作視為著作人格最深層的表達，所以對於著作之侵害就是對著作人人格之冒犯；反之，英美傳統著作權法則是僅以財產價值的觀點看待著作人之著作權保護」，參見劉孔中，同註4，頁49。

62 Adolf Dietz, *The Moral Right of the Author: Moral Rights and the Civil Law Countries*, 19 COLUM.-VLA J.L. & ARTS 199, 199-203 (1995).

63 參見後註74。

64 GOLDSTEIN, *supra* note 3, at 286.

65 Tushnet, *supra* note 39, at 790. 在系爭著作為共同著作之案例中，美國法院曾承認單一共同著作人可向其他共同著作人主張姓名表示權，參見Lamothe v. Atlantic Recording Corp., 847 F.2d 1403, 1407-08 (9th Cir. 1988).

用原則⁶⁶。而依據德國著作權法學者Adold Dietz教授的見解，大陸法系的著作人格權規範目的其實部分與英美法系的合理使用或公平處理原則相同，皆為處理著作人與利用人間關於公平合理（fairness）之利益平衡問題⁶⁷；但亦有美國學者曾指出，若由傳統的合理使用法條規範觀之，由於合理使用之成立無須強制利用人明示出處或不得為不當改作，因而合理使用與著作人格權之間實具相當之緊張衝突關係⁶⁸。

我國固為大陸法系國家，繼受歐陸著作人格權規範，但著作權法第六十五條第二項合理使用之規定則是參考美國法而來⁶⁹，兩者既來自不同法系，則彼此在我國法中之扞格自在所難免，若法院認定系爭利用為合理使用，但是卻侵害了著作人之著作人格權，則可能使原本合理使用規範所設計的免責機制實質落空，因此，法院或許認為，藉由著作權法第六十四條及第九十六條之規定，即已某種程度處理了合理使用案件中姓名表示權之問題，或可藉此稍微迴避著作人格權與合理使用規範間之潛在齟齬，實則我國就著作人格權與著作財產權之關係係採二元論，是否符合著作權法第六十四條明示出處義務，應獨立於是否侵害第十六條姓名表示權而為判斷⁷⁰。

⁶⁶ GOLDSTEIN, *supra* note 61, at 138-40. 關於兩種不同著作權體系與文化之深入分析，亦可參見Jane C. Ginsburg, *A Tale of Two Copyrights: Literary Property in Revolutionary France and America*, 64 TUL. L. REV. 991, 992-94 (1990).

⁶⁷ Dietz, *supra* note 62, at 225-26. 該論點之相關討論，可參見GOLDSTEIN, *supra* note 3, at 284-85.

⁶⁸ Konrad, *supra* note 34, at 1628-29; Lastowka, *supra* note 40, at 62.

⁶⁹ 參見謝國廉，同註1，頁208。更精確的說，我國著作權法中關於合理使用之規範，第44條至第64條主要參考德國法及日本法所訂，而第65條則是參考美國法之規定，參見許忠信，同註1，頁195-196。

⁷⁰ 除了著作權法第66條已規定：「第四十四條至第六十三條及第六十五條規定，對著作人之著作人格權不生影響」外，實務上亦有處理此議題之類似見

而如何在我國法中建立調和合理使用及著作人格權規範之介面自有再審思之必要；此外，現今實務關於合理使用之判決中，有相當數量係以著作權法第六十五條第二項之概括條款作為判斷基準，而非屬第六十四條第一項所列之個別條款，準此，第六十四條第一項之規定亦不足以完全處理合理使用中關於出處明示之問題。

二、美國法中著作人格權及合理使用規範之衝突與調和

以比較法之觀點而言，美國法中著作人格權之色彩並不強，法院曾直接否認著作人格權係受聯邦法律所保護之權利⁷¹，因此早在一九五〇年代就有科學家抱怨，該國著作權法對於姓名標示權之保護頗為不足⁷²，過去相關立法亦在國會遭遇不同阻力而難以通過⁷³，但自該國於一九八九年加入伯恩公約（Berne Convention）後，亦開始思索如何在制度上保護著作人格權，因而制定了帶有相

解，參見經濟部智慧財產局92年1月6日智著字第0910011462號函釋：「著作之合理使用係屬著作財產權之限制，對著作人之著作人格權（在此包括著作人之姓名表示權）不生影響。」然而，亦有實務判決在適用著作權法第64條合理使用明示出處義務時，將其直接連結至同法中著作人格權之規定，如智慧財產法院99年度民著訴字第85號民事判決謂：「按依本法第49條、第52條規定利用他人著作，應明示其出處。該明示出處，就著作人之姓名或名稱，除不具名著作或著作人不明外，應以合理之方式為之，著作權法第64條定有明文。系爭攝影著作並非不具名或不明著作，亦非無法以適當方式明示出處，既如前述，被告東森公司未明示系爭攝影著作人、著作名稱、出版社名稱及利用部分等事項，其利用他人著作，違反應明示出處之規範，顯侵著系爭攝影著作之著作人格權」，又如本文第伍部分所述，我國有實務判決直接以著作權法第16條第4項之規定，適用於同法第64條第2項免除出處明示義務之情況。

⁷¹ See, e.g., *Crimi v. Rutgers Presbyterian Church*, 89 N.Y.S. 2d 813, 819 (Sup. Ct. 1949).

⁷² Ralph R. Shaw, *Copyright and the Right to Credit*, 113 SCIENCE 571, 572 (1951).

⁷³ GOLDSTEIN, *supra* note 61, at 136.

當著作人格權色彩的一九九〇年視覺藝術家權利法（Visual Artists' Rights Act of 1990, VARA），依據該法，藝術家可享有相當程度的姓名表示權及禁止不當改作權⁷⁴·⁷⁵，就此等權利而言，美國法亦面臨了應如何調和既存的合理使用規範及著作人格權之問題，就此美國著作權法的處理方式為：將著作人格權與著作財產權作一致的處理，同時受到合理使用的限制。換言之，如成立合理使用，則無侵害VARA中姓名表示權及禁止不當改作權的問題⁷⁶，如此的處理方式係基於立法者利益衡平判斷之結果⁷⁷，而美國法中讓著作人格權規範向合理使用原則退讓之原因，係因為合理使用原則中蘊含了憲法增修條文第一條（First Amendment）⁷⁸對言論自由之保護⁷⁹，但

⁷⁴ 17 U.S.C. § 106(A)(a)(1)~(3). 但是該等權利的保護期間只到作者死亡的當年底為止，此不同與我國著作權法第18條著作人格權永久存續之規範不同。*Id.* § 106(A)(d)(1)~(4).

⁷⁵ 事實上，該法通過施行後，歐盟仍於2005年出版的「美國貿易及投資障礙」（Report on United States Barriers to Trade and Investment）報告書中，指稱美國對著作人格權之保護，仍未達伯恩公約之要求，參見PAUL GOLDSTEIN, INTELLECTUAL PROPERTY: THE NEW REALITIES THAT COULD MAKE OR BREAK YOUR BUSINESS 196-97 (2007).

⁷⁶ *Id.* § 107: “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...is not an infringement of copyright.”

⁷⁷ Roberta Rosenthal Kwall, *Copyright and the Moral Right: Is an American Marriage Possible?*, 38 VAND. L. REV. 1, 68 (1985).

⁷⁸ 作者原本從國內許多學者之中文翻譯，將其譯為「憲法第一修正案」，但其實該憲法修正案早已通過施行，因此文中改譯為「憲法增修條文第一條」，較符合其事實上之法律狀態。作者在此感謝黃昭元教授及余啓民教授協助釐清系爭觀念。

⁷⁹ Konrad, *supra* note 34, at 1627. 關於合理使用原則、著作人格權及美國憲法第一修正案之分析，亦可參見Roberta Rosenthal Kwall, *The Attribution Right in the*

也有批評者認為，這種處理方式誤解了著作人格權強調個人專屬性及非經濟性的本質，事實上著作人格權的效力應不容合理使用剝奪⁸⁰。

美國法之處理方式可避免因為VARA著作人格權之規範，而使得利用人之利用行為縱使構成合理使用，亦仍須另負侵害著作人格權之法律責任，此或有比較法之立法參考價值。申言之，如欲以立法之方法解決我國關於合理使用與明示出處之問題，甚至根本調和著作人格權制度與合理使用規範間之緊張關係，或許可考慮將合理使用之規範效力提升至「對著作權之限制」，而非只是「對著作財產權之限制」，如此符合合理使用之利用行為亦不會有侵害著作人格權之問題。然而，本文以為，就此問題，我國未必適合採取與美國相同之處理方式，蓋我國法在體系上仍具強烈的大陸法系二元色彩，著作人格權與著作財產權之規範互相平行，著作人格權不得為強制執行之標的⁸¹，且具一身專屬性⁸²，自難以輕易排除或限制⁸³，此係比較法上之差別所在，亦將對規範之調整及其結果有重大影響，故在未通盤考量美國法及我國法之差異，與我國法之特點

United States: Caught in the Crossfire Between Copyright and Section 43(A), 77 WASH. L. REV. 985, 1028 (2002); WILLIAM M. LANDES & RICHARD A. POSNER, *THE ECONOMIC STRUCTURE OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW* 286-87 (2003).

⁸⁰ Ciolino, *supra* note 61, at 60; Jane C. Ginsburg, *The Right to Claim Authorship in U.S. Copyright and Trademarks Law*, 41 HOUS. L. REV. 263, 264 (2004).

⁸¹ 參見著作權法第20條。

⁸² 參見著作權法第21條。

⁸³ 此處須注意的是，我國及德國之自由派學者均指出，著作人格權可否被轉讓或為其他處分，與是否採取二元論應脫鉤處理，惟此說亦認為，相較於著作財產權而言，對著作人格權之處分，在法律上應受到更大之限制，參見劉孔中，同註4，頁70-72。

前，似不應貿然在我國著作權法中引進美國法之處理方式⁸⁴。

三、我國現行法之問題成因及建議處理方式

如本文第貳、一部分所述，近年來我國多數實務及學者均採取與前述美國實務暨多數學說不同之見解，認為出處明示應與合理使用脫鉤處理，其形成原因可能有三：其一為法條僵化適用之結果，著作權法第六十四條固然將適用對象明確連結至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，但其違反之法律效果，卻僅有第九十六條有規範，似與合理使用成立與否毫無關聯；其二為罪刑法定主義，違反著作權法第六十四條之法律效果為同法第九十六條所規定之「科新臺幣五萬元以下罰金」，該等罰金係屬刑事責任，由於嚴格罪刑法定主義之要求，因此部分法院見解認為，只有在第六十四條中「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人」之情況下，利用人才有明示出處之義務，申言之，若在同法第六十五條第二項所規範之一般合理使用情形中，課予利用人明示出處之義務，甚而依據同法第九十六條對其課予罰金，則明顯違反罪刑法定原則⁸⁵，因此導出在一般合理使用分

⁸⁴ 惟本文之目的並不在處理合理使用與著作人格權整體之互動關係，而在討論利用人明示出處義務，在合理使用分析中之角色為何，故此處關於前者問題之提出與介紹，僅係為對後者問題之形成背景作更深入之說明，作者未來若有機會，再以專文討論合理使用與著作人格權在法制上之衝突與調和問題。

⁸⁵ 如臺灣臺北地方法院93年度聲判字第116號刑事裁定：「第六十四條……未包括同法第六十五條之『其他合理使用情形』，基於刑事法原則上禁止擴張解釋之原則，本件情形自無同法第九十六條之適用。」

析中，無須考慮是否出處明示之法律見解；其三，或許部分法院認為出處明示係著作人格權中姓名表示權之概念，而合理使用則為對著作財產權之限制，此兩者所涉及者為二元論體系下之不同權利，故無須在著作財產權之限制處考量是否為明示出處。

然而，如前所述，我國著作權法既然已在第三章第四節第四款「著作財產權之限制」處（著作權法第六十四條）明確規範合理使用之利用人有明示出處之義務，則就規範意旨應可推知，出處明示義務並非純粹的著作人格權概念，亦具有著作財產權及合理使用之規範意涵。此外，觀諸前述美國學說、實務及澳洲、英國及加拿大等國之著作權法立法，亦可瞭解利用人之出處明示，實對合理使用之成立與否具有相當之影響。再者，違反著作權法第六十四條者，須依同法第九十六條之規定，負擔罰金之刑事責任，惟此並不代表法院依據同法第六十五條第二項判斷系爭利用是否成立合理使用時，無須考慮利用人是否明示出處；若將利用人明示出處與否之事實列入第六十五條第二項之分析結構中，只要不連結到第九十六條之刑事罰金規定，則自無違反罪刑法定原則之問題。

本文以為，雖然利用人有明示出處並不表示其利用之行為必定構成合理使用⁸⁶，而未明示出處也未必絕對無法成立合理使用⁸⁷，

⁸⁶ See, e.g., Samuel J. Horovitz, *Note: Two Wrongs Don't Negate A Copyright: Don't Make Students Turnitin if You Won't Give it Back*, 60 FLA. L. REV. 229, 255-56 (2008). 此處值得一提的是，19世紀美國知名的W. W. Story法官在Folsom v. Marsh一案中曾指出，被告重製原告著作超過350頁，縱使有引用標明出處，亦難以構成「正當使用」（justifiable use）或「合理引用」（fair quotation），該判決向被稱為美國著作權發展史上，第一個揭示合理使用法理之判決。See Folsom v. Marsh, *supra* note 57. 誠然，如一些著作權法學者所指出，許多不瞭解著作權法的創作者都誤以為，只要明示出處的非商業使用就一定可構成合理使用，請參見Rebecca Tushnet, *Payment in Credit: Copyright Law and Subcultural Creativity*, 70 LAW & CONTEMP. PROBS. 135, 153 (2007); Audrey

但分析系爭利用行為是否構成合理使用時，實應將利用人是否明示出處列為考量因素之一。我國實務雖有判決在合理使用之判斷上，將利用人是否明示出處列入考慮因素，但如本文第貳部分所分析，該等判決在方法上、實益上，或權重上均存在相當問題，就此，我國實務或可參考美國實務，在必要時可依案情於「利用之目的及性質」或「利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響」等二項判斷標準中，斟酌利用人是否明示出處之事實，而其中多數明示出處與否之事實，可能都與「利用之目的及性質」相關，如此方不致過分忽視明示出處於合理使用分析中之應有地位，亦不致將該因素無限上綱、凌駕著作權法第六十五條第二項之各項法定判斷標準之上。當然，須指出的是，「利用之目的及性質」或「利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響」係合理使用判斷要件中與利用行為直接相關者，因此利用時是否註明出處很可能會被列入該二項判斷標準之適用過程中，但是同條項的另外兩項判斷標準「著作之性質」及「所利用之質量及其在整個著作所占之比例」亦可能會影響出處明示於整體合理使用判斷中之權重，舉例言之，原著作之原創性或創作性愈高，則是否愈有必要註明出處，以表彰原作者及作品？使用未曾發表之著作，是否因為較少人知悉原著作而更應或更無須明示出處？利用之質量及其在整個著作所占之比例愈高是否更應明示出處？該等問題均有待相關理論、實務作進一步探討⁸⁸。

在立法上，本文以為，若法院能將明示出處與否列入前述著作權法第六十五條第二項第一款及第四款之考量中，則並無必要採取

Wolfson Latourette, *Copyright Implications for Online Distance Education*, 32 J.C. & U.L. 613, 643 (2006).

⁸⁷ See, e.g., *Narell v. Freeman*, 872 F.2d 907, 913-15 (9th Cir. 1989).

⁸⁸ 作者於此感謝匿名審稿委員提點，亦應考慮「著作之性質」及「所利用之質量及其在整個著作所占之比例」與明示出處義務之關聯。

前述學者Greg Lastowka之見解，即以立法之方式，將明示出處與否列為合理使用之第五項判斷基準，蓋在價值判斷上，本文認為出處明示固應在法院合理使用分析中考量之，但其重要性尚無法與既有的四項判斷基準並列⁸⁹，且若既有標準中已可妥適處理明示出處之問題，則自無另闢蹊徑之必要，否則如Tushnet教授所述，將有可能增加利用行為成立合理使用之難度⁹⁰，亦增加合理使用原則適用上之不確定性⁹¹。

此外，現行著作權法第六十四條第一項之立法方式亦有斟酌空間，該項謂：「依第四十四條至第四十七條、第四十八條之一至第

⁸⁹ 當然，在既有的四項合理使用判斷標準中，四者在法院判斷合理使用成立與否之重要性亦不相同，依據Joseph P. Liu教授對美國法院關於合理使用判決之分析發現，第一項標準「利用之目的及性質」與第四項標準「利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響」是最關鍵的兩項標準，至於第二項標準「著作之性質」及第三項標準「所利用之質量及其在整個著作所占之比例」在許多判決中，均扮演無足輕重的角色，參見Joseph P. Liu, *Two-Factor Fair Use?*, 31 COLUM. J.L. & ARTS 571, 576-77 (2008)。在我國實務中，依據蔡惠如法官所作的實證研究，法院在合理使用的判斷上，較偏重「利用之目的及性質」與「所利用之質量及其在整個著作所占之比例」，參見蔡惠如，同註1，頁261、269。

⁹⁰ Tushnet, *supra* note 43, at 818-19.

⁹¹ 許多學者均指出，既有的合理使用原則其實已具備高度的不確定性，使利用人無法妥適評估利用行為之法律風險，如BOYLE, *supra* note 2, at 67; LAWRENCE LESSIG, *FREE CULTURE: HOW BIG MEDIA USES TECHNOLOGY AND THE LAW TO LOCK DOWN CULTURE AND CONTROL CREATIVITY* 186-87 (2004); Pierre N. Leval, *Toward a Fair Use Standard*, 103 HARV. L. REV. 1105, 1106-07 (1990); David Nimmer, *"Fairest of Them All" and Other Fairy Tales of Fair Use*, 66 LAW & CONTEMP. PROBS. 263, 267 (2003); Michael J. Madison, *Rewriting Fair Use and the Future of Copyright Reform*, 23 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 391, 402 (2005); Michael W. Carroll, *Fixing Fair Use*, 85 N.C. L. REV. 1087, 1147 (2007); Gideon Parchomovsky & Kevin Goldman, *Fair Use Harbors*, 93 VA. L. REV. 1483, 1495-97 (2007)等；我國學者的類似質疑，可參見劉孔中，同註1，頁10。

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人，應明示其出處。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」，如以反面解釋之方式理解，則非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人，均無明示出處之義務，此等反面解釋在邏輯上可能包括 1. 違反第四十四條等規定，無法成立合理使用之利用行為；以及 2. 依據第六十五條（非第六十四條所規定之條文）成立之合理使用行為，上述兩種情形，利用人均無明示出處之義務，但此等負擔明示出處義務之區別顯非立法之本意⁹²。換言之，明示出處規範之立法目的，不應依是否符合第六十四條所列之各條文而有差異⁹³，若符合該等規範者須負擔明示出處義務，但違反該等規範侵害著作財產權者反而無庸負擔該等義務，則在法律價值判斷上顯有失衡；再者，為何利用人依據第四十四條至第六十三條之合理使用行為有出處明示之義務，但依據第六十五條第二項成立之合理使用行為卻無此等義務，且違反此等義務之法律效果為利用人須擔負刑事責任，此等區別之正當性，在法律上亦誠有探究之必要。

本文以為，未來在修法時，立法者若認為仍有必要在著作權法合理使用之相關條文中規範出處明示之義務，則較簡單之方式是將第六十五條第二項之規定納入第六十四條中。但本文以為，較佳之

⁹² 依據學者章忠信之見解，「合理使用明示出處的目的……在使想要再利用或想要確認利用來源是否正確的人，有跡可循」，參見章忠信，同註9，頁172。

⁹³ 學者章忠信亦謂：「依第65條第2項的『其他合理使用』，應也有明示出處之義務，本條卻漏未包括」，參見章忠信，同註9，頁172。

立法方式，應為考慮參考前述英國、澳洲及加拿大之立法，在第六十四條第一項所列之各條文中，選取著作人特別重視因被他人引用而帶來正面聲譽之利用類型（如第四十六條學校授課目的之重製、第四十七條以編製教科書為目的之重製行為、第五十二條為報導評論等目的之重製及第六十一條新聞紙雜誌揭載時事問題之轉述等），於該等個別條文中明確規範，利用人須明示出處，方得依該條主張合理使用，如此方不會在語意解釋上造成問題，亦可強化明示出處於現今合理使用規範體系中之地位；再者，選取著作人特別重視因被他人引用而帶來正面聲譽之利用類型，並強化利用人之出處明示義務，亦可使法律於各具體條文中明文規範合理使用義務更具備規範上之正當性，不可否認的，在某些創作情境及著作人偏好中，著作人會因為被他人引用或明示出處之可能性，而特別願意投入創意工作中⁹⁴。

此外，本文以為，就著作權法體系及政策之觀點而言，違反合理使用規範中第六十四條明示出處義務，依現行法第九十六條須負擔刑事責任之規定並不恰當，第六十四條明示出處義務之違反，充其量應僅影響合理使用成立與否之判斷。蓋依據現行著作權法，合理使用係對著作財產權之限制，而違反合理使用規範中第六十四條之明示出處義務者，未必侵害著作財產權，此時施以刑事制裁之正當性即有疑義，雖然第九十六條之刑事責任為「五萬元以下罰金」，較同法其他刑事責任為輕，但違反第六十四條之規定尚難謂著作人有何特定之著作財產權受損；再者，利用人未明示出處之利用行為通常已侵害著作人之著作人格權，依據同法第十六條及第九十三條之規定，已須負刑事責任；若利用行為最終被認定非屬合理使用而侵害著作財產權時，則依據同法第九十一條至第九十二條之

⁹⁴ Depoorter et al., *supra* note 44, at 1071.

規定，利用人亦須負刑事責任。就此等著作權刑事責任體系觀之，實無必要對違反著作權法第六十四條合理使用明示出處義務之利用人，再施以刑事制裁。

伍、合理方式之明示出處

著作權法第六十四條第二項規定：「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。」依據該規定，除了不具名著作或著作人不明之情況，利用人都應以合理之方式明示出處，實務上適用該規定之主要問題有二：一為何謂「合理之方式」？另一則為是否可合理的不明示出處？其中前者在實務及學理上爭論較小，但後者在我國實務見解中，卻有著相當分歧的認定標準。本文以下就此二問題，分別析述目前我國實務見解，並評論之。

關於何謂「合理之方式」，整理我國目前實務見解，主要有以下幾種認定標準⁹⁵：

(一)利用他人網站上著作，除了應標示原作者之筆名外，尚應標示原文所發表之網址，且應將自己文章與被利用之他人明示區隔，方為合理方式之明示出處⁹⁶。

⁹⁵ 誠如本文匿名審稿委員敏銳的指出，目前實務見解關於系爭問題之爭議，均集中在語文著作及攝影著作，然而在數位時代中，其他種類著作之使用應如何以合理之方式明示出處，係一重要且饒富趣味之問題，仍待實務及學術界進一步探討、發展可能的處理模式。

⁹⁶ 臺灣高等法院96年度上訴字第3840號刑事判決：「參酌現今網路通訊發達，多數人於網路上發表語文著作時，為顧及個人隱私或便利性，大多係以筆名為之，而未記明其真實姓名，故為特定、瞭解該語文著作之出處，除需標示著作人之筆名外，尚應包括其發表之網址，則被告於該書僅表明楊琳傑等人之筆名，而未明示該等著作係引自『科技紫微網』，亦未與自己創作之文章

(二)明示出處之方式，須足以表明索引資料之來源，「不致使人誤認該網頁之內容係屬被上訴人個人之著作，被上訴人也無擅自僭竊為著作權人之意，應可認為已合乎著作權法第六十四條所規定合理使用他人著作之程序。」⁹⁷

(三)如在網站上使用他人攝影著作，僅標明系爭攝影著作之說明文字，而「未註明著作人即原告之姓名，亦未載明係自〔何〕網站下載，有該網頁可稽」，則非屬合理方式之明示出處⁹⁸。

(四)以「『引用：晨星出版社、【發現臺灣野鳥】一書、丙○○·撰文·攝影』之方式，引用系爭攝影著作』」之方式引用著作，應屬以合理方式明示出處⁹⁹。

(五)如利用人已將原著作之出版社、書名、審定者等資訊列名，但將原著作人姓名中之一字誤繕，此不致使網頁瀏覽者有誤認之虞，亦仍無礙於利用人依據著作權法第六十四條第二項之規定，以合理之方式明示出處¹⁰⁰。

(六)關於「明示其出處之認定」，「應從社會客觀標準衡量之，如僅編輯者或少數特殊人能瞭解者，自難謂已『明示其出處』。」¹⁰¹

綜合言之，如利用他人出版之書籍，則應列明作者、書名、出版社等資訊；如利用他人網站資訊，則應列明原作者之姓名或筆名及網站位置。且應將自己創作與被利用人之創作為清楚區隔，方屬

區隔標示，實難認為其已合理明示出處，應甚明灼。」

⁹⁷ 臺灣彰化地方法院94年度智字第13號民事判決、臺灣高等法院臺中分院95年度智上字第6號民事判決。

⁹⁸ 臺灣臺北地方法院95年度訴字第397號民事判決。

⁹⁹ 臺灣士林地方法院95年度簡上字第127號民事判決。

¹⁰⁰ 智慧財產法院98年度民著上字第5號民事判決。

¹⁰¹ 智慧財產法院97年度民著訴字第6號民事判決。

合理方式之明示出處。

關於合理之「不標示出處」，依據前述著作權法第六十四條第二項之規定，對於不具名著作或著作人不明之著作，得免除利用人明示出處之義務。此規定或可由學者對十九世紀歐洲的報業，及當時曾在出版界蔚為風潮的剪貼本（*scrapbook*）刊物理解之¹⁰²，當時由於報紙文章多不標明作者，因此使得剪貼本所收錄之文章無須標明著作人姓名或名稱¹⁰³，此等情況即相當於著作權法第六十四條第二項「不具名著作或著作人不明之著作」之規定。

實務上關於此等「不具名著作或著作人不明之著作」之認定，或許問題不大¹⁰⁴，有疑義者，係除了不具名著作或著作人不明之著作外，是否有其他情形可免除利用人之明示出處義務？我國有實務見解將著作權法第六十四條第二項規範連結至同法第十六條第四項：「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」，並進而將第六十四條第二項免除出處明示義務之情況，擴張解釋至包含第十六條第四項之「不違反社會使用慣例者，得省略著作人之姓名或名稱」¹⁰⁵。

就此見解，本文以為，法院將著作權法第六十四條與第十六條所作之連結，再度彰顯了合理使用規範中出處明示之規定，實與著

¹⁰² 剪貼本係指將來自不同報紙或雜誌的短文蒐集成冊，並予以出版之刊物。
Ellen Gruber Garvey, *Scissorizing and Scrapbooks: Nineteenth-Century Reading, Remaking, and Recirculating*, in *NEW MEDIA 1740-1915* (Lisa Gitelman & Geoffrey B. Pingree eds., 2003).

¹⁰³ *Id.*

¹⁰⁴ 參見臺灣高等法院83年度上訴字第2967號刑事判決。

¹⁰⁵ 如智慧財產法院98年度民著訴字第45號判決及智慧財產法院99年度民著上易字第1號判決。

作人格權中的姓名表示權具有極密切之關係。然而，就法律適用之方法而言，著作權法第六十四條係關於著作財產權之規範，而第十六條則是著作人格權之規範，在我國二元論之體系下，著作財產權之問題無法直接適用著作人格權之規範，法院如欲以著作人格權之規範解決著作財產權之問題，則應以類推適用之方式處理，而非如該等判決直接將符合第十六條第四項之情形，認定為第六十四條第二項之合理方式¹⁰⁶；事實上，此等類推適用應具備法理上之正當性基礎，蓋相較於著作財產權而言，著作人格權對著作人之依附程度、一身專屬性或屬人性較強，若依社會使用慣例者，得省略著作人之姓名或名稱，而不違反著作權法第十六條關於著作人格權之規範，則依舉重以明輕之法理¹⁰⁷，在對著作財產權限制之合理使用規範中，自亦得依相同之社會使用慣例，免除利用人依著作權法第六十四條所負擔之出處明示義務，蓋就「表示著作人為何人」之觀點觀之，合理使用中出處明示義務之規範，在規範強度上應較著作權法第十六條第一項姓名表示權為弱；最後，於適用著作權法第六十四條第二項而類推適用第十六條第四項時，因涉及原著作人之權益，且此等「省略著作人之姓名或名稱」係屬姓名表示權之例外規定，因此，法院應對第十六條第四項中「於著作人利益無損之虞」及「社會使用慣例」作嚴格解釋。

至於何謂得省略著作人姓名或名稱的社會慣例？本文以為，須依個案判定。特定社群中或許存在明示出處之習慣，在法國食譜並不受到著作權法保護，但廚師間卻有明示出處的習慣¹⁰⁸；在學術

¹⁰⁶ 類推適用係針對法律漏洞，參見王澤鑑，法律思維與民法實例，頁305-306，2003年2月。

¹⁰⁷ 關於舉重明輕之法理，請參見Karl Larenz著，陳愛娥譯，法學方法論，頁298-300，1996年12月。

¹⁰⁸ Emmanuelle Fauchart & Eric von Hippel, *Norms-Based Intellectual Property Sys-*

界，如利用他人著作，不管是否達到相當於著作權侵害之程度，都有引註明示出處的共識與習慣¹⁰⁹；而在數位環境中積極推動著作權分享的創用CC（Creative Commons）組織也發現，超過90%願意把著作權以公眾授權條款釋出的著作人，都會要求其著作之利用人須明示出處¹¹⁰。綜合言之，通常在著作人非常重視其基於著作所取得的聲譽（reputation）之情況，則易形成明示出處之慣例¹¹¹。在這些特定的社群或情境中，均不應免除利用人明示出處之義務。

有些社群或許存在不明示出處之習慣，學者Rebecca Tushnet曾以些許例子說明，得不用明示出處的社會慣例，如利用某流行歌曲時，利用人可能不會標明原詞曲創作人、但會標明演唱歌手；諷刺性作品（parody）的創作人大多也不會標明原著作之出處，因原著作通常具相當知名度，一般聽眾、觀眾或讀者於接觸系爭諷刺性著作後，即知原著作為何，故無標明之必要¹¹²，因而亦有論者認該等諷刺性著作，係以暗示性的方式表示出處¹¹³，此係諷刺性著作之本質使然，蓋有時省略出處不但不會使讀者或觀眾不知原作者為何人，反而會因該等省略及諷刺本質而發出會心一笑。在此等情境中，則或可允許類推適用著作權法第十六條第四項之規定，免除合理使用利用人明示出處之義務。

tems: The Case of French Chefs, 19 ORG. SCI. 87, 193 (2008).

¹⁰⁹ Tushnet, *supra* note 86, at 153, 155, 157-58.

¹¹⁰ Lastowka, *supra* note 40, at 83.

¹¹¹ Tushnet, *supra* note 86, at 158.

¹¹² Tushnet, *supra* note 39, at 818.

¹¹³ Traynor & Hutchinson, *supra* note 35, at 265.

陸、結 語

我國實務及學說對於利用人明示出處與合理使用之關聯至今仍未無一致之見解，有認兩者毫無關聯，應脫鉤處理，亦即違反著作權法第六十四條第一項明示出處之義務，其法律效果僅係依同法第九十六條負罰金責任，與合理使用成立與否毫無關聯，然本文以為此種處理方式忽視了明示出處義務於合理使用規範，乃至於著作權法整體體系中應有之位置；我國亦有判決將利用人明示出處列入合理使用分析之考量中，但是該等判決在方法及適用實益上，恐有商榷空間。

本文以為，利用人明示出處與合理使用兩者難以處理之關係，與不同國際著作權法體系之互動有關，蓋明示出處義務與著作人格權中之姓名表示權有密切關聯，光譜上較接近大陸法系之著作權概念；而合理使用的概念則是來自英美著作權法系，兩者係基於不同著作權哲學之概念，其緊張、衝突與磨合在所難免。然而，現今著作權法第六十四條既規定於著作財產權之規範中，則自應以著作財產權之方式處理之，本文對於此等問題之處理方式為，參考美國學說及實務之發展歷程，建議法院在分析著作權法第六十五條第二項第一款及第四款判斷基準時，將利用人是否明示出處之事實納入考量；立法上，則可考慮對現行著作權法第六十四條第一項之規定為修正，並將合理使用中之出處明示義務與第九十六條之刑事責任脫鉤，申言之，違反合理使用出處明示義務之結果，僅影響合理使用與否之判斷，而不涉及刑事責任。

至於著作權法第六十四條第二項以合理方式明示出處之規範，應依個案認定，本文並不反對於必要時類推適用同法第十六條第四項著作人格權中省略姓名表示之規範，但由於涉及原著作之著作人權益，因此就法律要件應採取嚴格之認定標準，方為妥適。

參考文獻

一、中 文

1. Karl Larenz著，陳愛娥譯，法學方法論，1996。
Karl Larenz, Chen, Ai-Er (trans.), *Legal Methods*, 1996.
2. 王澤鑑，法律思維與民法實例，2003。
Wang, Tez-Chien, *Legal Thinking and Cases of Civil Code*, 2003.
3. 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臺上字第三六八五號刑事判決評析，月旦法學雜誌，188期，頁182-200，2011。
Hsu, Chung-Hsin, *Factors Considered for Fair Use of Copyright: Comment and Analysis on a Taiwan Supreme Court Decision in 2007*, *Taiwan Law Review*, no. 188, pp. 182-200, 2011.
4. 章忠信，著作權法逐條釋義，3版，2010年。
Chang, Chung-Hsin, *Explanation and Interpretation of the Taiwan Copyright Act*, 3d ed., 2010.
5. 劉孔中，建立資訊時代「公共領域」之重要性及具體建議，載：智慧財產權法制的關鍵革新，頁1-28，2007。
Liu, Kung-Chung, *On the Importance and Suggestions to Establishing Public Domain, in Critical Reform of IP Regime*, pp. 1-28, 2007.
6. 劉孔中，著作人格權法理之建構，載：智慧財產權法制的關鍵革新，頁29-83，2007。
Liu, Kung-Chung, *The Construction of Legal Theories for Moral Rights, in Critical Reform of IP Regime*, pp. 29-83, 2007.
7. 蔡惠如，著作權之未來展望——論合理使用之價值創新，2007。
Tsai, Huei-Ju, *Value Innovation and Future Perspectives on Fair Use*, 2007.
8. 蕭雄淋，著作權法論，5版，2007。
Hsiao, Hsiung-Lin, *Copyright Law*, 5th ed., 2007.
9. 謝國廉，著作合理使用之判斷基準——評最高法院與高等法院「紫微斗數案」之判決，月旦法學雜誌，182期，頁205-222，2010。

Hsieh, Kuo-Lien, *The Criteria for Copyright Fair Use: Comments on Taiwan Supreme Court's and High Court's Decisions on "The Chinese Astrology Case"*, *Taiwan Law Review*, no. 182, pp. 205-222, 2010.

10. 謝銘洋，*智慧財產權法*，2008。

Shieh, Ming-Yan, *Intellectual Property Law*, 2008.

11. 闕光威，*論著作權法上之合理使用*，2009。

Chueh, Kuang-Wei, *Fair Us in the Copyright Law*, 2009.

12. 羅明通，*著作權法論 I*，7版，2009。

Luo, Ming-Tong, *Copyright Law I*，7th ed., 2009.

13. 羅明通，*著作權法論 II*，7版，2009。

Luo, Ming-Tong, *Copyright Law II*，7th ed., 2009.

二、外 文

1. Aharoni, Galia, *You Can't Take It With You When You Die...Or Can You? A Comparative Study of Post-Mortem Moral Rights Statutes from Israel, France, and the United States*, 17 U. BALT. INTELL. PROP. L.J. 103 (2009).

2. BOYLES, JAMES, *THE PUBLIC DOMAIN: ENCLOSING THE COMMONS OF THE MIND* (2008).

3. Carroll, Michael W., *Fixing Fair Use*, 85 N.C. L. REV. 1087 (2007).

4. Ciolino, Dane S., *Rethinking the Compatibility of Moral Rights and Fair Use*, 54 WASH. & LEE L. REV. 33 (1997).

5. CORNISH, WILLIAM & LEWELYN, DAVID, *INTELLECTUAL PROPERTY: PATENTS, COPYRIGHT, TRADEMARKS AND ALLIED RIGHTS* (2007).

6. Crews, Kenneth D., *Harmonization and the Goals of Copyright: Property Rights or Cultural Progress?*, 6 IND. J. GLOBAL LEGAL STUD. 117 (1998).

7. DAVISON, MARK J. ET AL., *AUSTRALIAN INTELLECTUAL PROPERTY LAW* (2008).

8. DEMAC, DONNA A., *IS ANY USE "FAIR" IN A DIGITAL WORLD?* (1996).

9. Depoorter, Ben et al., *Copyright Abolition and Attribution*, 5 REV. L. & ECO. 1063 (2009).

10. Dietz, Adolf, *The Moral Right of the Author: Moral Rights and the Civil Law Countries*, 19 COLUM.-VLA J.L. & ARTS 199 (1995).
11. Dietz, Adolf, *Germany*, in INTERNATIONAL COPYRIGHT LAW AND PRACTICE (David Nimmer et al. eds., 1997).
12. Dursht, Jaime S., *Note: Judicial Plagiarism: It May Be Fair Use But Is It Ethical?*, 18 CARDOZO L. REV. 1253 (1996).
13. Fauchart, Emmanuelle & von Hippel, Eric, *Norms-Based Intellectual Property Systems: The Case of French Chefs*, 19 ORG. SCI. 87 (2008).
14. Ginsburg, Jane C., *A Tale of Two Copyrights: Literary Property in Revolutionary France and America*, 64 TUL. L. REV. 991 (1990).
15. Ginsburg, Jane C., *The Right to Claim Authorship in U.S. Copyright and Trademarks Law*, 41 HOUS. L. REV. 263 (2004).
16. GOLDSTEIN, PAUL, INTERNATIONAL COPYRIGHT: PRINCIPLES, LAW, AND PRACTICE (2001).
17. GOLDSTEIN, PAUL, COPYRIGHT'S HIGHWAY: FROM GUTENBERG TO THE CELESTIAL JUKEBOX (2003).
18. GOLDSTEIN, PAUL, INTELLECTUAL PROPERTY: THE NEW REALITIES THAT COULD MAKE OR BREAK YOUR BUSINESS (2007).
19. Gruber, Ellen Garvey, *Scissorizing and Scrapbooks: Nineteenth-Century Reading, Remaking, and Recirculating*, in NEW MEDIA 1740 (Lisa Gitelman & Geoffrey B. Pingree eds., 2003).
20. Horovitz, Samuel J., *Note: Two Wrongs Don't Negate A Copyright: Don't Make Students Turnitin if You Won't Give it Back*, 60 FLA. L. REV. 229 (2008).
21. JOYCE, CRAIG ET AL., COPYRIGHT LAW (2006).
22. Konrad, Otto W., *A Federal Recognition of Performance Art Author Moral Rights*, 48 WASH. & LEE L. REV. 1579 (1991).
23. Kwall, Roberta Rosenthal, *Copyright and the Moral Right: Is an American Marriage Possible?*, 38 VAND. L. REV. 1 (1985).
24. Kwall, Roberta Rosenthal, *The Attribution Right in the United States: Caught in the Crossfire Between Copyright and Section 43(A)*, 77 WASH. L. REV. 985

- (2002).
25. LANDES, WILLIAM M. & POSNER, RICHARD A., *THE ECONOMIC STRUCTURE OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW* (2003).
 26. Lastowka, Greg, *Digital Attribution: Copyright and the Right to Credit*, 87 B.U.L. REV. 41 (2007).
 27. Latourette, Audrey Wolfson, *Copyright Implications for Online Distance Education*, 32 J.C. & U.L. 613 (2006).
 28. LEHMAN, BRUCE A., *THE CONFERENCE ON FAIR USE: REPORT TO THE COMMISSIONER ON THE CONCLUSION OF THE FIRST PHASE OF THE CONFERENCE ON FAIR USE* (1997).
 29. LESSIG, LAWRENCE, *FREE CULTURE: HOW BIG MEDIA USES TECHNOLOGY AND THE LAW TO LOCK DOWN CULTURE AND CONTROL CREATIVITY* (2004).
 30. Leval, Pierre N., *Toward a Fair Use Standard*, 103 HARV. L. REV. 1105 (1990).
 31. LITMAN, JESSICA, *DIGITAL COPYRIGHT* (2006).
 32. Liu, Joseph P., *Two-Factor Fair Use?*, 31 COLUM. J.L. & ARTS 571 (2008).
 33. Madison, Michael J., *Rewriting Fair Use and the Future of Copyright Reform*, 23 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 391 (2005).
 34. MCKEOWN, JOHN S., *CANADIAN INTELLECTUAL PROPERTY LAW AND STRATEGY* (2009).
 35. Nimmer, David, *"Fairest of Them All" and Other Fairy Tales of Fair Use*, 66 LAW & CONTEMP. PROBS. 263 (2003).
 36. NIMMER, MELVILLE B. & NIMMER, DAVID, *NIMMER ON COPYRIGHT* (2006).
 37. Parchomovsky, Gideon & Goldman, Kevin, *Fair Use Harbors*, 93 VA. L. REV. 1483 (2007).
 38. PATRY, WILLIAM F., *COPYRIGHT LAW AND PRACTICE* (1994).
 39. PATRY, WILLIAM F., *MORAL PANICS AND THE COPYRIGHT WARS* (2009).
 40. Phan, DanThu Thi, *Note: Will Fair Use Function on the Internet?*, 98 COLUM. L. REV. 169 (1998).
 41. Shaw, Ralph R., *Copyright and the Right to Credit*, 113 SCIENCE 571 (1951).
 42. Stearns, Laurie, *Comment: Copy Wrong: Plagiarism, Process, Property, and the*

Law, 80 CAL. L. REV. 513 (1992).

43. Traynor, Michael & Hutchinson, Katy, *Some Open Questions About Intellectual Property Remedies*, 14 LEWIS & CLARK L. REV. 453 (2010).
44. Tushnet, Rebecca, *Legal Fictions: Copyright, Fan Fiction, and a New Common Law*, 17 LOY. L.A. ENT. L.J. 651 (1997).
45. Tushnet, Rebecca, *Naming Rights: Attribution and Law*, 2007 UTAH L. REV. 789 (2007).
46. Tushnet, Rebecca, *Payment in Credit: Copyright Law and Subcultural Creativity*, 70 LAW & CONTEMP. PROBS. 135 (2007).
47. Wiener, Martin H., *Thievry Can Be Legal: "Fair Use" of Copyrighted Material*, 2-FEB NEV. LAW. 17 (1993).

Fair Use of Whose Work? Making Sense of Attribution in Fair Use Analysis

Jyh-An Lee*

Abstract

Fair use is one of the most important issues in copyright scholarship, and there has been an enormous amount of domestic and foreign literature on fair use criteria analysis. Nonetheless, Taiwan courts have been perplexed by whether attribution should be taken into consideration in their fair use analysis. Some of them view attribution as an independent issue from fair use, whereas others put significant emphasis on attribution in fair use analysis. From the perspective of users, many of them believe that attribution will definitely lead to the conclusion of fair use.

Attribution has separate and overlapping implications in moral right and fair use rules. This study argues that courts should take attribution into account in their fair use analysis. Nevertheless, attribution will not necessarily lead to the conclusion of fair use because further meticulous analysis of circumstances in each case is still needed. From a systematic and comparative perspective, this study provides proposals

* Assistant Professor of Law, College of Law and College of Commerce, National Chengchi University, Taipei, Taiwan; J.S.D., Stanford Law School.

Received: May 4, 2011; accepted: September 15, 2011

to both legislative and judicial bodies on the role of attribution in fair use analysis. Furthermore, this study also discusses under what circumstances users are exempted from attribution when using others' copyrighted work.

Keywords: Copyright, Fair Use, Attribution, Moral Right, Right of Paternity, Character and Purpose of the Use, Criminal Liability