

章忠信關於「已於胡佛研究所開放供檢閱之「蔣介石日記」，得否視為「已公開發表」之著作，依著作權法第五十二條規定引用部分內容於電視專題報導中播出？」一案之書面意見

101.02.20.

0937093528

ch7943wa@ms12.hinet.net

一、本案議題應重新定位

本案宜將問題重新定位為「未經著作人同意公開之著作，得否做為著作權法第五十二條合理使用之標的？」先排除若干非著作權因素之干擾，始易於依著作權法之規定，建立放諸四海而皆準之具公信力適用原則。

二、第五十二條之合理使用標的不包括「尚未公開發表之著作」

著作權法第五十二條之規定：「為報導、評論、教學、研究或其他正當目的之必要，在合理範圍內，得引用已公開發表之著作。」很明確地，其得為合理使用之標的，限於「已公開發表之著作」，「尚未公開發表之著作」並不在得依本條合理使用之範圍。

三、著作人公開發表之著作才是「已公開發表之著作」

關於「公開發表」，依著作權法第三條第一項第十五款規定：「指『權利人』以發行、播送、上映、口述、演出、展示或其他方法向公眾公開提示著作內容。」特別強調必須係「權利人」即著作人所為之「發行、播送、上映、口述、演出、展示或其他方法向公眾公開提示著作內容」，始足當之，若非著作人或其所授權之人所為之行為，並不構成「公開發表」。否則，若使非法之「公開發表」產生「公開發表」之法律效果，不僅對著作人不公，也等於變相鼓勵非法行為，並不符合著作權法之立法本旨。

四、著作人格權之限制不得援引第六十五條第二項之「其他合理使用」

著作權法將合理使用規範於第四十四條至第六十六條之間，架構上係屬於第三章「著作人及著作權」中之第四節「著作財產權」中之第四款「著作財產權之限制」。此外，第六十五條第一項規定：「著作之合理使用，不構成著作財產權之侵害。」第六十六條又規定：「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。」而合理使用，依第六十四條規定，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。

上述規定均一再顯示，合理使用僅係對著作財產權之限制，其法律效果乃係「不構成著作財產權之侵害」，不應影響被使用著作之著作人格權，故合理使用仍須註明著作人姓名或名稱。然而，第四十四條至第六十三條關於合理使用之標的，並不完全限於已公開發表之著作，仍有及於尚未公開發表著作之情形，例如，第四十四條關於政府機關內部參考必要、第四十五條為司法程序使用之必要、第四十九條為時事報導之必要、第五十六條廣播機構為合法播出目的之暫時錄製、第五十七條為公開展示美術著作或攝影著作原件或合法重製物之必要、第五十九條電腦程式之合理使用、第五十九條之一集第六十條之耗盡原則等等，均不以所利用之著作已公開發表為必要。此似乎又說明，著作權法於衡平著作權人私利與利用人公益之間，除限制著作財產權之外，著作人格權有時亦應加以限制，並非漫無邊際。

若著作權法於衡平著作權人私利與利用人公益之間，認為除限制著作財產權之外，偶爾亦得限制著作人格權，則於第四十四條至第六十三條所定合理使用之標的僅限於已公開發表之著作時，未公開發表之著作固不得依各該條文合理使用，但可否另闢蹊徑，透過第六十五條第二項之「其他合理使用」規定，逕予合理使用，以限制著作人之著作人格權？此或可有二種分歧意見，一係依「明示其一乃排除其他」之法律適用基本原則，認為既然第四十四條至第六十三條之部分條文已明文限制特定合理使用之標的，僅限於已公開發表之著作，則未公開發表之著作就不得再透過第六十五條第二項之「其他合理使用」規定，進行合理使用；另一見解係認為，第六十五條第二項之「其他合理使用」規定，原本就係擔心第四十四條至第六十三條所定各種列舉式規定過於僵化或不足，始另為概括式之規定，未公開發表之著作縱使不在第四十四條至第六十三條所定合理使用之標的內，當然仍得再透過第六十五條第二項之「其他合理使用」規定，進行合理使用。

以上不同意見均言之成理，各有依據。不過，合理使用畢竟僅係對於「著作財產權之限制」，「對著作人之著作人格權不生影響」，不宜對著作人格權做過度剝奪，第四十四條至第六十三條關於合理使用之著作是否須公開發表，既已經過深思熟慮之安排，涉及著作人格權之「公開發表」議題，就不宜再透過第六十五條第二項所定之「其他合理使用」予以放寬，損及著作人格權，亦即該「其他合理使用」應僅限對於「著作財產權之限制」，不得做為限制「著作人格權」之依據。

又「著作人格權專屬於著作人本身，不得讓與或繼承」，著作權法第二十一條定有明文，著作人之繼承人或受讓著作財產權之人，均不得代著作人行使著作人格權。

關於贊成利用人得主張著作權法第五十二條合理使用之理由，尚非可採，主要理

由有三：

1.贊成理由認為「著作財產權限制既係一種調和規定，本即應獨立判斷其要件」，然本案係討論在著作財產權限制外，是否增加對於著作人格權之限制，而著作財產權之限制，純屬經濟利益之剝奪，著作人格權卻係著作人精神權利之保護，限制理由不宜任意轉借。此外，對於非屬於法律所明定之著作人格權之限制，不宜再擴張適用，尤其「公開發表權」實際上僅有一次之行使機會，著作人一旦公開發表其著作後，即喪失再禁止他人公開發表之權利，任意擴張適用合理使用，將造成「公開發表權」之不保。

2.贊成理由認為「利用人主張合理使用時，本即不會與著作者聯繫，僅能從著作的外觀加以判斷，難以判斷著作是經著作人公開發表」，此係利用人未經授權使用未公開發表之著作，有無故意侵害公開發表權之認定，非謂利用人基於他人非法之公開發表行為，即取得繼續侵害著作人公開發表權之權利，著作人之公開發表權即應受到限制。

3.贊成理由認為「著作人格權具一身專屬性，著作人一旦死亡，即無人能夠行使公開發表權」，惟著作權法為貫徹著作人格權之保護，特於第二十一條明定「著作人格權專屬於著作人本身，不得讓與或繼承」，即是避免著作人死亡後，著作人以外之人任意行使著作人格權之目的，除非透過修正法律明文規定著作人格權之公開發表權於著作人死亡後不再保護，否則就應遵守著作權法允許著作人永遠不公開發表其著作之決定，不宜透過解釋侵害著作人格權。

五、第六十五條第二項之「其他合理使用」不得援引美國著作權法第 107 條之「未公開發表」條款

關於是否援引美國著作權法第 107 條所增訂「著作未公開發表並不當然排除合理使用認定」，使未公開發表之著作亦有第六十五條第二項之「其他合理使用」之適用乙節，應採否定，蓋美國著作權法並無著作人格權之概念與規定，即使是 1990 年之「視覺藝術家法案(The Visual Artists Rights Act of 1990, VARA)」，亦僅針對少數特定類別之著作賦予著作人格權，也未包括「公開發表權」在內，此正係胡佛研究所在美國開放供檢閱「兩蔣日記」而不構成侵害「公開發表權」之主要原因，則美國合理使用之立法例，更不足為我國以解釋限制著作人依著作權法明文享有「公開發表權」之依據。

六、是否「對著作潛在市場造成影響」不能是判斷限制著作人格權之基準

關於是否以本案之利用「為評論之目的將學者著述所引用之日記內容再予轉引」，

利用數量尚屬有限，占整個著作之比例微小，亦不致於對著作潛在市場造成影響」，因而認定得就未公開發表著作進行合理使用乙節，亦應採否定，蓋是否「對著作潛在市場造成影響」，純屬「著作財產權之限制」之認定判斷基準，該經濟損失層度之思考，不足以做為限制著作人格權之理由。

七、本案之解套是修法

法律規定與解釋，必須有一貫之普遍適用原則，不因特定人物或事例，進而推翻法律既有規定而曲予解釋適用，以致影響過去與日後同一情況之法律適用，甚至造成其他相關規定或解釋之扞格。

著作權法第十八條規定，著作人死亡或消滅者，其著作人格權之保護仍視同生存或存續，使得著作人格權之保護恆久不滅，並非國際公約保護著作人格權之初衷。本案可以引發思考是否修正著作權法，參照其他立法例，如英國、澳洲著作權法之著作人格權未包括「公開發表權」，或是加拿大著作權法規定著作人格權保護期限等同於著作財產權，大陸著作權法之發表權保護期限等同於著作財產權，調整我國著作權法「公開發表權」或其保護期間。亦即本案在立法政策可以討論，但法令解釋無法突破。

八、著作權專責機關應注意「海面冰山測試」之風險

本案其實係利用人對於著作權專責機關能否依法解釋之「海面冰山測試」，隱藏於海面以下之冰山部分究竟如何，遠非著作權專責機關所能預見。若「未公開發表之著作」得依著作權法第五十二條合理使用，則兩蔣日記之公開發行即有解套之法，任何人脫離主人翁掌握之日記、私函，亦將隨之出匣，著作權專責機關對著作權法之「公開發表權」全面潰堤，專業權威盡失，惟有依法解釋，公開討論是否修法，以通用之原則處理個案，始能遠離爭議風暴。