

國立交通大學

科技法律研究所

碩士論文

著作權侵害判斷模式之研究

A Study on the Elements of Copyright Infringement

研究生：林萱茹

指導教授：王敏銓 教授

中華民國一〇二年七月

著作權侵害判斷模式之研究

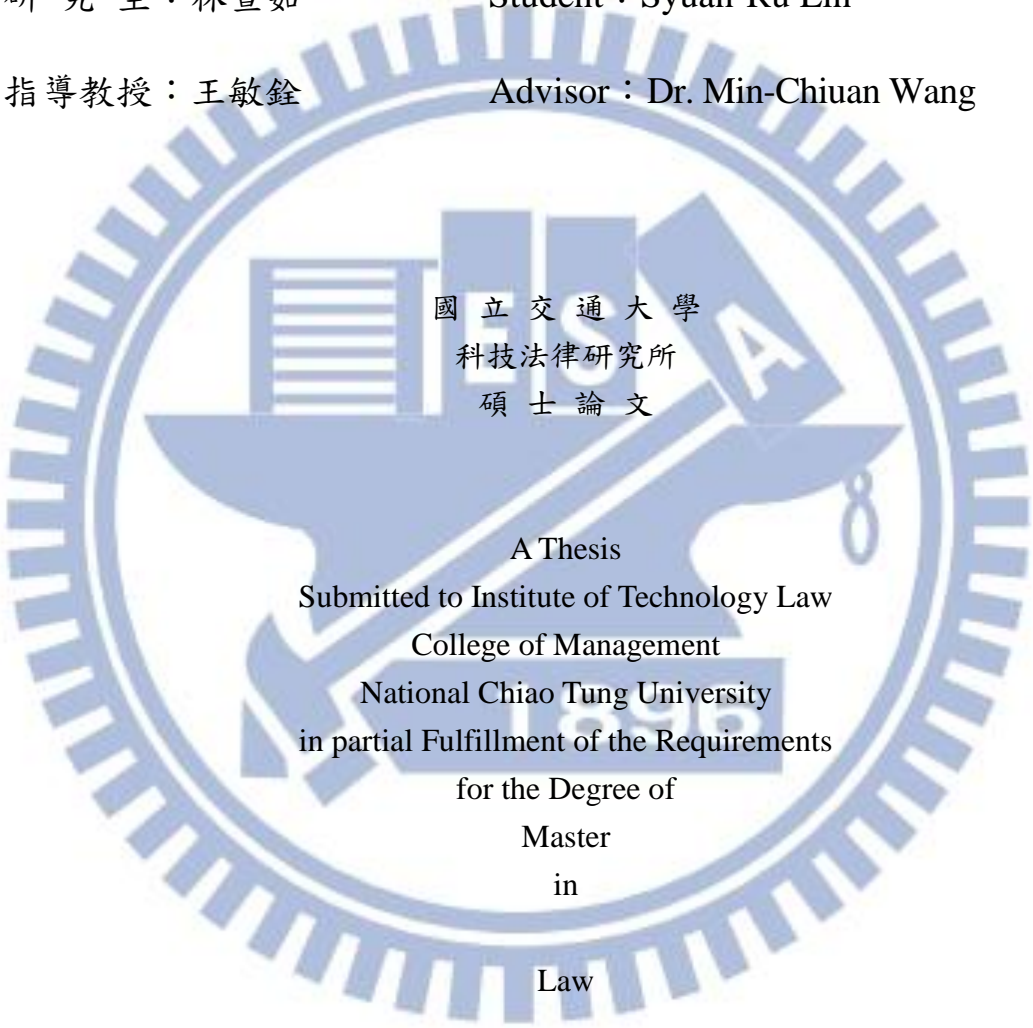
A Study on the Elements of Copyright Infringement

研究生：林萱茹

Student : Syuan-Ru Lin

指導教授：王敏銓

Advisor : Dr. Min-Chiuan Wang



國立交通大學
科技法律研究所
碩士論文

A Thesis
Submitted to Institute of Technology Law
College of Management
National Chiao Tung University
in partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of
Master
in
Law

July 2013

Hsinchu, Taiwan, Republic of China

中華民國一〇二年七月

著作權侵害判斷模式之研究

學生：林萱茹

指導教授：王敏銓

國立交通大學科技法律研究所碩士班法律組

摘要

著作權侵害在傳統上面，因著作的類型眾多，而引發許多爭議。我國法院於判斷著作權侵害時多以接觸與實質相似判斷著作權侵害，惟如此判斷是否為正確之判斷模式有待商榷。且我國著作權法中並未規定著作權侵害如何判斷，僅規定著作權侵害之效果，故於著作權侵害判斷模式上面實有討論之必要。

本文整理美國學說與我國學說，並介紹我國早期最高法院判決中對於著作權侵害判斷引進美國實務判斷模式，自該判決作出後，我國法院於著作權侵害案件上多引該判決之判斷模式作為判決之基礎。輔以介紹美國期刊、學說上面，於我國較少探討之概念。再論述我國判決上面如何判斷著作權侵害，並進而分析我國於判斷上是否有值得肯定與需要改進之處。最後統計美國判決中自 2008 年 6 月至 2013 年 5 月著作權侵害判斷模式，並比較我國於 2008 年 7 月成立智慧財產法院後，我國判決對於著作權侵害判斷模式之統計資料，試圖從中尋找相同與相異之處。最後總結以上所討論之資料，以期供我國法院參考之。

我國判決於著作權侵害判斷模式上，各法院間對於判斷模式持有不同見解。以致於著作權侵害案件中，人民對於如何攻擊防禦有所疑慮，可能造成人民對於法院產生不信任感。本文嘗試以美國與我國學說、判決整理，以祈提供我國法院可供遵循之判斷模式，進而提升人民對於法院之信服度。

關鍵字：著作權侵害、接觸、實質相似、重製、抄襲、不當取用、明顯近似、整體觀念及感覺測試法、反覆測試法、模式測試法、一般觀眾、事實上近似性

A Study on the Elements of Copyright Infringement

Student : Syuan-Ru Lin

Advisor : Dr. Min-Chiuan Wang

Institute of Technology Law, National Chiao Tung University

ABSTRACT

Traditionally, courts often face many difficulties and uncertainties when considering cases of copyright infringement due to the many types of works involved that can be copyright protected. The multi-faceted nature of copyrighted works is the source of many controversies and heated debates in among legal scholars and legal practitioners.

In Taiwan, when the court is considering copyright infringement, it usually emphasizes heavily on two criteria: “access” and “substantial similarity” as the overall determining factors when the court is making judgment. However, whether just considering these two factors alone are legally sufficient and valid is a matter of much debate. Furthermore, Taiwan’s copyright act only stipulates the effect of copyright violation, it says little if any on how to determine copyright infringement. Consequently, it is very important to surmise a reliable procedure and essential factors involved in determining copyright infringement.

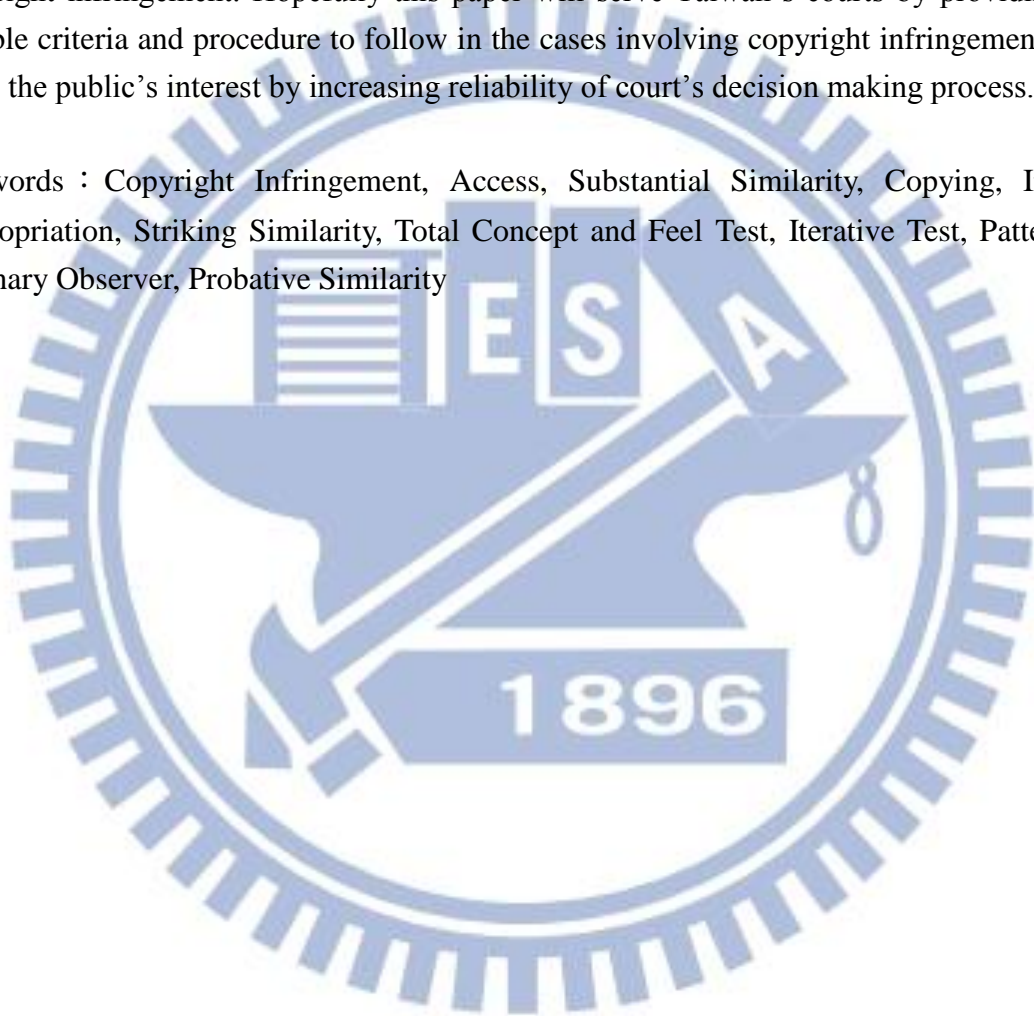
In this thesis, the author will begin by categorizing and elaborating on some of the most influential legal theories behind what constitute as copyright infringement from both U.S. and Taiwan jurisprudence. Furthermore, the author will also provide a thorough introduction on some of the early Taiwan high court’s decisions on copyright infringement that had incorporated legal theories from America in their rationale. As the result of from these early judgments, many lower courts decisions also follow the legal reasoning and factors set forth in the high court’s decisions when making their own judgment on copyright infringement.

Moreover, this paper will also incorporate some of the less discussed criteria and legal theories regarding copyright infringement in Taiwan from multiple sources such as law reviews and legal journals from U.S. From analyzing literatures from these sources, the author will attempt to put forth some suggestions and observations for Taiwan court to consider when making judgment on copyright infringements.

This paper will analyze and perform statistical tests on cases of copyright infringement gathered from Intellectual Property court since its inception in July 2008. This result will be

compared with judgments made in American courts and sorted by different legal reasoning and factors used by these courts when making their decisions. Comparatively in Taiwan, factors and procedure used in copyright infringement litigation are highly diverse among different courts. The diversity of judgment on similar issues is the source of uncertainty for the general public and undermines general public's reliance to the legal system due to the unpredictability in court's decision making process. Consequently, author will analyzes and categorizes legal theories and judgments from both courts in Taiwan and United States, in an attempt to propose a reliable procedure and a set factor to consider when making judgment in copyright infringement. Hopefully this paper will serve Taiwan's courts by providing more reliable criteria and procedure to follow in the cases involving copyright infringement; while, serve the public's interest by increasing reliability of court's decision making process.

Keywords : Copyright Infringement, Access, Substantial Similarity, Copying, Improper Appropriation, Striking Similarity, Total Concept and Feel Test, Iterative Test, Pattern Test, Ordinary Observer, Probative Similarity



誌 謝

在長期的論文生活中，王老師教會學生如何將所閱讀的書籍整理，並於論文之中表述出來。老師的敦敦教誨，現在依然言猶在耳。在閱讀的書海中，曾幾何時於文章之中迷失方向，也曾有挫敗感，老師總是不辭辛勞地一再從旁提醒學生，讓學生最終找到真正的論文要點及方向。在論文的寫作生涯中，一直警惕自己，不要灰心喪志，打得開鎖的總是你試的最後一把鑰匙。曾經在寫作的中間，大量的資料，如何消化、轉化為自己的文字，必須經過無數次的翻譯、閱讀、整理，箇中滋味用言語尚不足形容。酸、甜、苦、辣，數不清的歲月中老師給我的鼓勵就好比施打一劑強心針，讓我在茫茫文海中走出自己的路，造就今日完成的論文，真的非常感謝老師。

在論文完成之際，在林昱梅老師與林三元老師的口試意見下，著實讓論文增色不少，也找出其中的盲點與改進之處。於口試之中，三位老師非常仔細地讀完學生之著作，清楚地點出論文中具體之改善方法，讓學生感受到老師的用心，使學生於當下學習到為每樣事情都需要盡心盡力，也對三位老師充滿感激之心。也非常感謝科法所所辦的各位助理與中興大學的助理們，各位的幫忙是學生今天論文完成的關鍵。

最後，必須要對我的家人們說聲感謝，我的父母、叔叔、姑姑、阿姨、伊伊、玲玲在撰寫論文的過程中，對我的鼓勵以及包容；還有研究所的同學們，因為有你們，讓我的研究所生活過得更精采；我的朋友們，思思、育純、游美、曾經幫助過我的朋友很謝謝你們，在我寫作過程中，成為抒發情緒的管道，因為有你們的支持，才是支撐我繼續下去的動力，在此致上最誠摯的感謝。現在研究所的生涯告一段落，但是未來還有許多的夢想必須完成，雖然在完成的道路上可能會感到孤單，但不經一番寒徹骨，焉得梅花撲鼻香？在研究所的生涯當中，感觸最深的一件事，就是堅持下去，無論遇到任何的困難，只要堅持，就能活出自己的價值，開啟自己的人生！

萱茹

2013.07.30 於新竹

總目錄

	頁次
中文摘要	i
英文摘要	ii
誌謝	iv
總目錄	v
目 錄	vii
表目錄	xi
圖目錄	xii
一、	
緒論	1
1.1 研究動機與研究目的	1
1.1.1 研究動機	1
1.1.2 研究目的	1
1.2 研究方法與研究範圍	2
1.2.1 研究方法	2
1.2.2 研究範圍	2
二、	
著作權侵害之判斷要件	3
2.1 美國學說	3
2.1.1 SCHECHTER & THOMAS 之侵權判斷模式	4
2.1.2 NIMMER 之侵權判斷模式	10
2.1.3 小結	20
2.2 我國學說	22
2.2.1 我國著作權法概述	22
2.2.2 我國參考美國判斷模式概述	22
2.2.3 我國學者見解	23
2.3 我國判決	25
2.3.1 鱷魚龍圖樣案—最高法院 81 年度台上字第 3063 號判決	25
2.3.2 茶類包裝案—最高法院 83 年度台上字第 2501 號判決	25
2.4 小結	26
三、	
美國學說之批評與重要判決	27
3.1 著作權侵害之一般判斷模式	27
3.1.1 事實上近似性	27
3.1.2 明顯近似	34
3.1.3 一般觀眾測試法	40
3.2 著作權侵害之特殊判斷模式	50
3.2.1 整體觀念及感覺測試法	51
3.2.2 模式測試法	59

3.2.3	反覆測試法·····	63
3.3	小結·····	68
四、	我國判決整理及分析·····	69
4.1	篩選方式·····	69
4.2	我國判決整理與分析比較—較符合美國司法實務趨勢之判決·····	69
4.2.1	浮雕玻璃案·····	69
4.2.2	健身公司平面圖案·····	71
4.3	我國判決整理與分析比較—其他判決評析·····	72
4.3.1	貨櫃吊網產品手冊案·····	73
4.3.2	政府建築管理數化工程案·····	74
4.3.3	辭典易誤判部首單字表案·····	75
4.3.4	卡通玩偶重製案·····	77
4.3.5	Fantom CD 程式案·····	78
4.3.6	飾品設計圖樣案·····	80
4.4	小結·····	81
五、	實證研究·····	83
5.1	美國巡迴上訴法院著作權侵害實務現況·····	83
5.1.1	篩選方式·····	83
5.1.2	判決統計·····	83
5.1.3	小結·····	90
5.2	我國法院著作權侵害實務現況·····	91
5.2.1	篩選方式·····	91
5.2.2	民事類判決統計·····	92
5.2.3	刑事類判決統計·····	94
5.2.4	小結·····	96
六、	結論·····	99
6.1	Schechter & Thomas 教授所採取之見解·····	99
6.2	Nimmer 教授所採取之見解·····	100
6.3	美國學說對於著作權侵害之批評·····	101
6.3.1	著作權中一般會出現之概念、理論·····	101
6.3.2	適用特定類型著作之測試法·····	104
6.4	我國引進美國著作權侵害判斷模式為鱷魚龍圖樣案·····	105
6.5	我國著作權侵害判決如有統一用語將不造成混淆·····	106
6.6	我國判決中如能多加說明判斷模式則可更加周全·····	107
6.7	從美國學說與實務對我國著作權侵害判斷之省思·····	107
6.8	本文建議之判斷模式·····	108
參考文獻	·····	111

目錄

一、	緒論	1
1.1	研究動機與研究目的	1
1.1.1	研究動機	1
1.1.2	研究目的	1
1.2	研究方法與研究範圍	2
1.2.1	研究方法	2
1.2.2	研究範圍	2
二、	著作權侵害之判斷要件	2
2.1	美國學說	3
2.1.1	SCHECHTER & THOMAS 之侵權判斷模式	4
2.1.1.1	被告重製原告著作	4
2.1.1.1.1	原告必須證明被告接觸 (access) 其著作	5
2.1.1.1.2	原告必須證明兩著作之間確實有近似性 (resemblance)	5
2.1.1.2	不當取用 (PROOF OF IMPROPER APPROPRIATION)	6
2.1.1.2.1	被告抄襲的部分是受保護的表達 (copied material must be protected expression)	7
2.1.1.2.2	實質相似 (substantial similarity)	9
2.1.2	NIMMER 之侵權判斷模式	10
2.1.2.1	原告必須證明擁有著作權	10
2.1.2.2	原告必須證明被告未經同意抄襲其著作權中具有原創性之著作成分	11
2.1.2.2.1	接觸	12
2.1.2.2.1.1	接觸之定義 (The Definition of Access)	12
2.1.2.2.1.2	如何證明構成接觸 (What Constitutes Proof of Access)	13
2.1.2.2.1.3	明顯近似 (striking similarity)	13
2.1.2.2.2	實質相似 (substantial similarity)	14
2.1.2.2.2.1	全面的非文字相似	15
2.1.2.2.2.1.1	抽象測試法 (Abstractions Test)	15
2.1.2.2.2.1.2	模式測試法 (Pattern Test)	15
2.1.2.2.2.1.3	整體觀念及感覺測試法 (Total Concept and Feel)	17
2.1.2.2.2.1.4	其他測試法 (Other Tests)	18
2.1.2.2.2.1.5	有限部分的相似 (Similarity of Limited Segments)	19
2.1.2.2.2.2	局部文字相似 (Fragmented Literal Similarity)	20
2.1.3	小結	20
2.2	我國學說	22
2.2.1	我國著作權法概述	22
2.2.2	我國參考美國判斷模式概述	22

2.2.3	我國學者見解	23
2.3	我國判決	25
2.3.1	鱷魚龍圖樣案—最高法院 81 年度台上字第 3063 號判決	25
2.3.2	茶類包裝案—最高法院 83 年度台上字第 2501 號判決	25
2.4	小結	26
三、	美國學說之批評與重要判決	27
3.1	著作權侵害之一般判斷模式	27
3.1.1	事實上近似性	27
3.1.1.1	學說對於事實上近似性之檢討	27
3.1.1.1.1	事實上近似性概述	28
3.1.1.1.2	Arnstein v. Porter 案原則	30
3.1.1.2	Arnstein v. Porter	31
3.1.2	明顯近似	34
3.1.2.1	學說對於明顯近似之檢討	34
3.1.2.1.1	明顯近似概述	34
3.1.2.1.2	各巡迴上訴法院對於明顯近似之看法	35
3.1.2.2	Selle v. Gibb	39
3.1.3	一般觀眾測試法	40
3.1.3.1	學說對於一般觀眾測試法之檢討	40
3.1.3.1.1	一般觀眾測試法概述	41
3.1.3.1.2	第二巡迴上訴法院—一般觀眾測試法	42
3.1.3.1.3	第九巡迴上訴法院—外在／內在測試法	44
3.1.3.1.4	其餘巡迴上訴法院	46
3.1.3.2	Dawson v. Hinshaw	48
3.2	著作權侵害之特殊判斷模式	50
3.2.1	整體觀念及感覺測試法	51
3.2.1.1	學說對於整體觀念及感覺測試法之檢討	51
3.2.1.1.1	整體觀念及感覺測試法概述	51
3.2.1.1.2	重新定義之整體觀念及感覺測試法	55
3.2.1.2	Roth Greeting Cards v. United Card Co.	57
3.2.2	模式測試法	59
3.2.2.1	學說對於模式測試法之檢討	59
3.2.2.2	Warner Bros. Inc. v. American Broadcasting Companies, Inc.	61
3.2.3	反覆測試法	63
3.2.3.1	學說對於反覆測試法之檢討	63
3.2.3.1.1	反覆測試法概述	63
3.2.3.1.2	被告使用受著作權保護之著作	64
3.2.3.1.3	反覆的複製	65
3.2.3.2	E.F. Johnson Co. v. Uniden Corp.	67

3.3	小結	68
四、	我國判決整理及分析	69
4.1	篩選方式	69
4.2	我國判決整理與分析比較—較符合美國司法實務趨勢之判決	69
4.2.1	浮雕玻璃案	69
4.2.1.1	判決介紹	69
4.2.1.2	判決評析	70
4.2.2	健身公司平面圖案	71
4.2.2.1	判決介紹	71
4.2.2.2	判決評析	72
4.3	我國判決整理與分析比較—其他判決評析	72
4.3.1	貨櫃吊網產品手冊案	73
4.3.1.1	判決介紹	73
4.3.1.2	判決評析	73
4.3.2	政府建築管理數化工程案	74
4.3.2.1	判決介紹	74
4.3.2.2	判決評析	75
4.3.3	辭典易誤判部首單字表案	75
4.3.3.1	判決介紹	75
4.3.3.2	判決評析	76
4.3.4	卡通玩偶重製案	77
4.3.4.1	判決介紹	77
4.3.4.2	判決評析	78
4.3.5	Fantom CD 程式案	78
4.3.5.1	判決介紹	78
4.3.5.2	判決評析	79
4.3.6	飾品設計圖樣案	80
4.3.6.1	判決介紹	80
4.3.6.2	判決評析	80
4.4	小結	81
五、	實證研究	83
5.1	美國巡迴上訴法院著作權侵害實務現況	83
5.1.1	篩選方式	83
5.1.2	判決統計	83
5.1.2.1	各巡迴上訴法院樣本數量	83
5.1.2.2	各巡迴上訴法院案件名稱	84
5.1.3	小結	90
5.2	我國法院著作權侵害實務現況	91
5.2.1	篩選方式	91

5.2.2	民事類判決統計·····	92
5.2.3	刑事類判決統計·····	94
5.2.4	小結·····	96
六、	結論·····	99
6.1	Schechter & Thomas 教授所採取之見解·····	99
6.2	Nimmer 教授所採取之見解·····	100
6.3	美國學說對於著作權侵害之批評·····	101
6.3.1	著作權中一般會出現之概念、理論·····	101
6.3.1.1	事實上近似性於我國較無法適用·····	102
6.3.1.2	著作之間如相似程度已達明顯近似需於判決理由中說明並加以證明接觸·····	103
6.3.1.3	一般觀眾角度於我國為法官判斷或仰賴鑑定報告·····	103
6.3.2	適用特定類型著作之測試法·····	104
6.3.2.1	整體觀念及感覺測試法適用於適合整體觀察之著作類型·····	104
6.3.2.2	模式測試法適用於具故事性之著作類型·····	105
6.3.2.3	反覆測試法適用於電腦程式著作中·····	105
6.4	我國引進美國著作權侵害判斷模式為鱷魚龍圖樣案·····	105
6.5	我國著作權侵害判決如有統一用語將不造成混淆·····	106
6.6	我國判決中如能多加說明判斷模式則可更加周全·····	107
6.7	從美國學說與實務對我國著作權侵害判斷之省思·····	107
6.8	本文建議之判斷模式·····	108

表目錄

表 1	作者整理 Schechter & Thomas 教授以及 Nimmer 教授對於 著作權侵害判斷要件之比較·····	21
表 2	美國各巡迴上訴法院自 2008 年 6 月至 2013 年 5 月著作權侵害 案件樣本數量統計·····	84
表 3	第一巡迴上訴法院、第二巡迴上訴法院、以及第三巡迴上訴法院 統計資料中案件·····	85
表 4	第四巡迴上訴法院、第五巡迴上訴法院、以及第六巡迴上訴法院、 第七巡迴上訴法院、以及第八巡迴上訴法院統計資料中案件·····	86
表 5	第九巡迴上訴法院以及第十巡迴上訴法院統計資料中案件·····	87
表 6	第十一巡迴上訴法院統計資料中案件·····	88
表 7	美國各巡迴上訴法院自 2008 年 6 月至 2013 年 5 月著作權侵害判斷方法 統計·····	88
表 8	美國各巡迴上訴法院自 2008 年 6 月至 2013 年 5 月著作權侵害判斷方法 總數統計及百分比·····	90
表 9	我國法院自 2008 年 7 月 1 日至 2013 年 6 月 1 日著作權侵害案件 樣本數量統計·····	91
表 10	我國法院自 2008 年 7 月 1 日至 2013 年 6 月 1 日間民事類 著作權侵害判斷方法統計·····	92
表 11	我國法院自 2008 年 7 月 1 日至 2013 年 6 月 1 日間刑事類 著作權侵害判斷方法統計·····	94
表 12	我國法院自 2008 年 7 月 1 日至 2013 年 6 月 1 日間民事類及 刑事類著作權侵害判斷方法綜合數量統計及百分比·····	96
表 13	作者整理著作權侵害中一般概念於兩派學者中所判斷之部分·····	102
表 14	作者整理著作權侵害中特殊概念於兩派學者中所判斷之部分·····	104

圖目錄

圖 1	作者整理 Schechter & Thomas 教授侵權判斷流程圖	21
圖 2	作者整理 Nimmer 教授侵權判斷流程圖	22
圖 3	Schechter & Thomas 教授見解中判斷事實上近似部分	27
圖 4	Nimmer 教授見解中判斷事實上近似性部分	28
圖 5	Schechter & Thomas 教授見解中判斷明顯近似部分	34
圖 6	Nimmer 教授見解中判斷明顯近似部分	34
圖 7	Schechter & Thomas 教授見解中判斷一般觀眾測試法部分	40
圖 8	Nimmer 教授見解中判斷一般觀眾測試法部分	41
圖 9	Schechter & Thomas 教授見解中判斷整體觀念及感覺測試法、 模式測試法、與反覆測試法部分	51
圖 10	Nimmer 教授見解中判斷整體觀念及感覺測試法、模式測試法、 與反覆測試法部分	51
圖 11	我國法院自 2008 年 7 月 1 日至 2013 年 6 月 1 日間民事類 著作權侵害判斷方法統計立體直條圖	93
圖 12	我國法院自 2008 年 7 月 1 日至 2013 年 6 月 1 日間刑事類 著作權侵害判斷方法統計立體直條圖	95
圖 13	Schechter & Thomas 教授著作權侵害判斷模式	99
圖 14	Nimmer 教授著作權侵害判斷模式	100
圖 15	作者建議之著作權侵害判斷模式	108

一、緒論

1.1 研究動機與研究目的

1.1.1 研究動機

作者某日在研讀學術論文的時候，正當想不出更好的點子時，非常想把自己所研讀到的文章複製貼上至自己的報告中，但如此一來，就有抄襲其他作者學術著作的嫌疑。於是作者於網路上面搜尋，究竟構成著作權侵害的要件為何？搜尋了非常多資料，始終找不到一絲絲的脈絡。轉而搜尋臺灣判決，視其是否能找出答案，在許多判決中，多數法院把「接觸」與「實質相似」作為判斷著作權侵害的要件，但是還是有其他的判斷方法，然而這些判斷方法仍然沒有定論，也沒有一定的規則，所以引發本文作者欲研究著作權侵害要件。

並且作者查閱臺灣著作權法之規定時，著作權法第六章固然規定著作權侵害，但是並沒有詳細規定著作權侵害的要件。只有在查閱判決時，得知實務上面多半以被告是否「抄襲」來判斷著作權侵害，並且把抄襲要件分為「接觸」與「實質相似」。但是於判斷著作權侵害時，對於判斷要件是否單憑兩個要件就能決定呢？況且，著作權法裡面完全沒有提到「抄襲」、接觸或實質相似，而且作者在查閱臺灣判決時，判決裡面在實質相似的要件上也有不同的用語，例如「實質近似」、「實質類似」，究竟何種用語才是正確的呢？所以基於以上疑問，引發作者研究該問題之動機。

1.1.2 研究目的

整理美國及臺灣的學說後，再以近年美國聯邦巡迴上訴法院以及臺灣法院的判決，試著統整、比較美國及我國對於判斷著作權侵害相同或不同的地方。且美國的普通法裡面，對於判斷著作權侵害已行之有年，整理美國判決之後，可能可以找到臺灣法院可以效法的地方。臺灣對於著作權侵害的判斷方法，以搜尋到的判決而言，並沒有一定的方法。本研究統整之後，也許能夠從美國的學說和判決裡面可以找到可供臺灣法院參考之判斷方法。

1.2 研究方法與研究範圍

1.2.1 研究方法

本文首先介紹美國學說以及臺灣學說對於著作權侵害的見解，分析臺灣較少出現之概念，之後介紹近年美國判決和臺灣判決對於著作權侵害的判斷，並且介紹美國法院和臺灣法院是如何判斷以及其中判斷的順序。之後再把美國近五年，關於著作權侵害的判決和我國智慧財產法院成立後(民國 97 年 7 月 1 日之後)關於著作權侵害的判決量化，找出裡面的幾種判斷方法。最後檢討臺灣法院的判斷是否有什麼缺失，如果有缺失的話，再從缺失裡面找到盲點，以美國的判斷方法為借鏡，再檢討美國的判斷方法是否可作為臺灣法院在審判時的參考。

1.2.2 研究範圍

本文主要研究範圍會把美國學說與臺灣學說整理後，再將美國法院與臺灣法院的判斷方法加以介紹。美國判決方面以 Lexis 系統¹近五年，各個美國巡迴上訴法院的判決；臺灣判決方面，著重在搜尋智慧財產法院成立之後的判決。我國的部分，因智慧財產法院所審理的案件包括民事第一審與第二審、刑事第二審案件，雖我國成立智慧財產法院，惟亦得於普通法院審理之，故本文亦將較具指標性之高等法院判決，以及最高法院判決納入本文研究之資料中，將上述判決予以量化，並且介紹其中對於著作權侵害要件論述較為詳細之判決。待綜合檢討美國與我國對於著作權侵害判斷要件之異同後，整理出我國在為著作權侵害判斷時可為參考之方法。

¹ Lexis.com, <http://www.lexisnexis.com/ap/auth/>.

二、 著作權侵害之判斷要件

2.1 美國學說

本章首先介紹美國學說中二派學者之見解，學者們將著作權侵害要件加以分析並且提出判斷的順序。在本節的最後會把二派學者的見解做一個圖表歸納，並且比較其中稍微不同的地方。

本來著作權如果單純從美國所制定的著作權法條規定來講，判斷著作權侵害並不困難，但是因為下列原因使著作權侵害判斷趨於複雜²：

第一是獨立創作(parallel independent creation)的概念，在著作權侵害訴訟裡面，原告必須證明有著作權，並且證明被告侵害其著作權。但是如果被告能夠證明獨立創作的話，即使被告的著作與原告的著作非常相似也沒有著作權侵害的問題，而且被告也沒有侵害原告著作權的任何專有權利。另外，原告與被告的著作都可能是從公共領域（public domain source）所抄襲來的，因為公共領域較普遍情況為保護期間屆滿，抑或非現代著作權所保護之範圍，例如唐代詩人之創作；屬於全體人民公共所有之著作，不受著作權法所保護。被告雖然不是獨立創作，同樣地，原告也因為不是獨立創作所以沒有合理的權源向被告提起訴訟。公共領域是大家都可以使用的，不能僅僅因為被告的著作與原告相似，就認為被告是著作權的侵權行為人。在判斷獨立創作的時候，還有許多因素要考慮，造成判斷的複雜性。

第二個造成判斷複雜的原因是，著作權侵害並不要求單純的字面抄襲，意即著作權侵害並不要求完整的複製，即使有許多片段性的複製，原告還是有勝訴的可能性。例如 Learned Hand 法官在 Nichols v. Universal Pictures Corp.³案中所提到的：「當然保護文學著作是很重要的，但是不管是基於普通法或是制定法的保護，不能就字面上的意思保護。如果單純用文義去保護的話，抄襲他人著作的人將會藉由非常細微、不重要的改變而逃脫應有的制裁。」換言之，就是說改變些微的詞句並不能使侵權行為人從著作權侵害上面免責。如果被告和原告的著作不是完全一模一樣，仍然可能構成著作權侵害。

以上兩者是在判斷著作權侵害的時候，因為在判斷侵害時必須考慮非常多的因素，而且判斷標準比較難以拿捏，所以以下要介紹的二派美國學者把著作權侵害判斷的要件還有考量的因素做一個比較詳細的論述，可以提供我國法院在判斷著作權侵害時之參考。

² ROGER E. SCHECHTER & JOHN R. THOMAS, INTELLECTUAL PROPERTY: THE LAW OF COPYRIGHTS, PATENTS, and TRADEMARKS 168 (2003).

³ Nichols v. Universal Pictures Corp., 45 F.2d 119, 121 (2d Cir. 1930), cert. denied, 282 U.S. 902 (1931).

2.1.1 SCHECHTER & THOMAS 之侵權判斷模式

第一派是美國學者 Roger E. Schechter 以及 John R. Thomas 教授在 *Intellectual Property: The Law of Copyrights, Patents, and Trademarks* 一書中所論述的著作權侵害判斷。在 1976 年所制訂的美國著作權法裡面規定，只要被告侵害原告之任何一種專有權利的時候，原告就可以提出著作權侵害的訴訟，法條中規定被告侵害原告任何規定在美國著作權法第 106 條之專有權利，都是對於著作權的侵害。

要構成著作權侵害，首先原告必須擁有著作權，也就是原告提起訴訟時，必須有合法的權源才可以提起訴訟。Schechter 以及 Thomas 教授在書中提到判斷著作權侵害之構成要件為：

- 一、被告重製原告著作 (proof of copying)
 - (一) 原告必須證明被告接觸其著作 (access)
 - (二) 原告必須證明兩著作之間確實有近似性 (resemblance)
- 二、該抄襲行為構成法律上的不當取用 (proof of improper appropriation)
 - (一) 被告抄襲的部分是受保護的表達 (copied material must be protected expression)
 - (二) 實質相似 (substantial similarity)

第一個要件，被告重製原告的著作是一個既有的事實，但是這個事實並不能等於證明被告有法律上的責任，所以必須加上第二個要件「不當取用」來判斷被告是不是必須要負起法律上的責任，下面將分段論述這兩個要件⁴。

2.1.1.1 被告重製原告著作

此處將“copying”翻譯為「重製」，係因於此階段判斷時，尚未評價被告已為抄襲行為，蓋抄襲一詞隱涵負面評價。惟此階段僅為判斷被告是否重製原告著作，尚未判斷被告已須負法律責任，因而翻譯為重製較為妥適。原告如何能夠證明「重製」行為？證明被告的重製行為可以由直接證據或間接證據證明。如果原告可以提出直接證據，例如目擊證人，證明被告確實有重製行為，但是取得這個證據非常困難，一般而言並沒有如此直接的證據。因為著作權的侵權行為很少是在眾目睽睽之下所做的，所以多數原告只能從間接證據證明被告的抄襲行為。間接證據就必須證明兩個部分，第一是原告必須證明被告接觸 (access) 其著作，如果原告從來沒有把他的著作拿給任何人閱覽的話，就不太可能會發生重製的行為；第二為原告必須證明兩著作之間確實有近似性 (resemblance)，如果純粹證明被告有接觸原告的著作並不能構成重製行為，還必須兩個著作之間確實是有近似性。這兩個部分的證明相輔相成，如果可以證明明顯近似性⁵，則第一個部分的「接觸」就可以用比較薄弱的證據證明，反之亦然。但是無論如何，這兩個部分都必須要證明，如果只有證明其中之一的話是不能證明被告有重製行為的。

⁴ SCHECHTER & THOMAS, *supra* note 2 at 169.

⁵ 此「明顯近似」之翻譯係參考羅明通老師第七版著作權法論第二冊第 405 頁對於“striking similarity”之翻譯。羅明通，著作權法論 II，頁 405 (2009)。

2.1.1.1.1 原告必須證明被告接觸 (access) 其著作⁶

第一、原告必須證明被告接觸其著作，證明的方法有直接證據與間接證據，例如原告提出證言證明原告的副本確實放在被告的辦公室、或者是原告的 CD 放在被告的家中，這些證據都是屬於絕對性的證據。但是如果原告沒辦法提出如此絕對證據的話，就必須提出間接證據，比如原告著作在市面上非常的暢銷，社會大眾都可以輕易取得原告的著作，這也是可以作為證明被告有接觸的管道。以 *Bright Tunes Music Corp. v. Harrisongs Music, Ltd.*⁷ 一案為例，原告所著作的歌曲「*He's So Fine*」列在排行榜第一名，在英國是非常暢銷的歌曲，這首歌曲受歡迎的程度足以證明被告 Harrison 可以接觸系爭歌曲。同理可證，法官在判斷「接觸」要件時，如果系爭著作是賣座電影和暢銷小說，其心證就會比較偏向這些著作是比較容易取得並接觸的著作。

如果不是如此知名或是尚未發行的著作，原告就必須提出被告有可能的機會接觸系爭著作的證據。例如原告曾經將他編寫的劇本或者是小說投稿大型的電影公司，經過一段期間，原告收到電影公司小職員通知原告其著作不被錄取的消息。但是在一年之後，該電影公司發行一部電影，電影的內容和原告的著作有明顯的近似性。如果電影公司主張這部電影的著作人是電影公司的職員，法官在心證上可能會認為電影公司是有管道可以接觸原告的著作，除非電影公司可以舉證證明原告的著作和該部電影的著作人完全無關，比如被告公司可以證明該部電影的著作人完全沒有讀過原告的著作。

另一個方法可以證明被告曾經接觸原告的著作是，原告與被告的著作間有明顯近似性 (striking similarity)。意思是說當原告、被告的著作有非常明顯的近似性，而唯一合理的解釋是被告絕對曾經看過原告的著作，否則兩個著作不會如此地相似。如果著作的內容越複雜就越容易證明明顯的近似性，例如原告編寫一萬條的電腦程式，如果被告的程式與原告程式有非常多地方相同時，法院會高度懷疑被告曾經接觸原告的著作而有重製行為。相反地，如果原告著作是比較單純、簡單的，例如簡約派的抽象畫作，畫裡面只有參雜某些分開的幾何形狀所構成的圖片，因為內容物比較簡單，所以一般情況來講，容易近似的機會會比較高，就必須用其他的證據判斷是否有著作權侵害。

2.1.1.1.2 原告必須證明兩著作之間確實有近似性 (resemblance)⁸

第二、原告必須證明兩個著作之間確實有近似性，如果原告能夠證明被告曾經接觸其著作，但是兩個著作之間並沒有任何的近似性，也沒有辦法證明被告有重製原告著作的情事。例如被告在家中放置「魔戒」這本書，雖然被告曾經接觸「魔戒」，但是只要閱讀過被告著作的任何人可以知道他的著作並沒有抄襲魔戒書中的任何片段，就沒有重製的問題。所以要證明重製行為，原告必須證明兩個著作之間起碼有近似性。

在許多法律期刊裡面這部分的要件很多都用「similarity」來取代「resemblance」，

⁶ SCHECHTER & THOMAS, *supra* note 2 at 170.

⁷ *Bright Tunes Music Corp. v. Harrisongs Music, Ltd.* 420 F.Supp. 177 (D.C.N.Y. 1976).

⁸ SCHECHTER & THOMAS, *supra* note 2 at 171.

為了防止混淆，著作權學者 Alan Latman 用「probative similarity」用來描述這一部分的要件，Latman 教授所用的詞彙雖然較為精確，但是 Schechter 與 Thomas 教授認為為了講法趨於簡單，所以用「resemblance」較適當。在原告證明被告有接觸的管道之後，只要原告可以證明任何程度的近似性（resemblance），就能夠證明重製行為。在判斷此部分時，即使原告與被告的近似性是存在著作中不受保護的部分，也就是觀念的成分、或者是公開資訊、事實等成分也可以構成重製的要件，因為證明此部分的近似性，其目的在於證明被告確實是有重製的行為。至於原告如果可以證明第一階段所描述的明顯近似性（striking similarity），就可以不需要證明此部分的近似性，因為判斷兩個著作之間有明顯近似性的時候，其實已經包含了近似性的成分，所以在這個部分就不用再討論了。

另外可以觀察原告、被告的著作之間是不是有相同的錯誤來證明兩個著作間的近似性。在原告方面，原告著作中可能有相當程度，在事實上或者是技術上的錯誤，可能是原告不經意所犯的錯誤，也有可能是因為原告故意犯的錯誤，目的是防止他人侵害其著作權，因而設下之陷阱。例如程式的製圖者可能在虛構的程式裡面放入某些不相關的編碼，如果被告圖像裡面有相同的編碼，如此一來，就可以證明被告是重製原告的著作。而且在實務上，原告、被告的著作之間如果有相同的錯誤，這個證據在著作權侵害案件裡面，法官於心證上會認為此證據有強烈的證明力。

在有名的 *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Company, Inc.*⁹案中，被告主張其製作的電話簿受到著作權保護。在判斷第一階段的接觸時，被告曾經接觸原告的電話簿是毫無疑問的，因為原告的電話簿是自由流通的著作，並且廣泛散布在社會大眾之間，被告非常容易取得；被告的電話簿與原告的電話簿共有一千三百條的內容是相同的。被告主張其電話簿內容是被告獨立研究開發完成的，但是此時原告提出一個非常有利的證據，也就是在這些一千三百條的內容當中，其中有四條資料是原告故意虛擬作成的，但是這四條虛擬資料也有出現在被告的電話簿裡面，這個證據足以強烈證明被告確實有重製原告的電話簿，也就是重製原告的著作。雖然本案結論為原告敗訴，但並不是因為認定重製行為的問題，而是因為不當取用問題，也就是下一個要件的關係而敗訴。然而，由本案就可以認識到，在判斷重製要件的時候，共同錯誤是一個非常強烈的證據。

2.1.1.2 不當取用（PROOF OF IMPROPER APPROPRIATION）¹⁰

即使上述第一個要件的重製行為構成的話，並不代表被告就是著作權的侵權行為人，因為構成重製行為僅是證明被告有事實上的抄襲，但是還是要符合法律問題，也就是不當取用的要件，才可以說被告侵害原告的著作權。例如被告如果重製原告著作的核心「觀念」，因為不是表達，所以不能被著作權所保護。原告必須進一步證明不當取用，在這個要件裡面，原告必須證明二者，第一者為被告抄襲的部分是受保護的表達（copied material must be protected expression）；第二者為實質相似（substantial similarity）。在判斷實質相似的時候，原則上都用一般的觀察者來檢視著作，檢視被告著作和原告著作裡

⁹ *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Company, Inc.*, 499 U.S. 340, 361 (1991).

¹⁰ SCHECHTER & THOMAS, *supra* note 2 at 173.

面受保護的表達部分是否有實質相似。

2.1.1.2.1 被告抄襲的部分是受保護的表達 (copied material must be protected expression) ¹¹

著作權最基本的概念，就是被告必須抄襲的是原著作的表達，而不是觀念，所以必須在重製行為判斷完畢後，再判斷被告是否抄襲原告的表達部分。著作權侵害方式有很多種，分為完全抄襲與片面抄襲，在全面抄襲中，如果原告能證明其著作符合原創性的要求，也就是原告擁有著作權，被告如此全面的抄襲原告著作即可證明有著作權侵害；但是比較麻煩的問題是片面抄襲，如果被告並非全面抄襲，而只是將抄襲的片段零散的放在被告全部著作裡面，是否還是可以構成著作權侵害？被告的抄襲雖然是片段之抄襲，還是不能逃避著作權侵害的責任，且如果被告只是抄襲原告著作表達的含意就比較難去判斷了。

如果已經符合重製的要件，例如被告重製原告故事主要的架構，接著判斷法律問題時，判斷的結果可能是合法或者不合法，端看被告是不是符合不當取用的要件。在這個例子裡面，判斷不當取用的時候，可以藉由這個故事的內容或者是架構，區分裡面受保護的表達以及不受保護的觀念。Learned Hand 法官曾經提出「抽象測試法¹²」(abstraction test)，在抽象測試法裡面，雖然這個判斷方法有其優點，但是最大的缺點就是判斷的界線實在很模糊，讓人沒辦法明確地分辨何者是觀念？何者是表達？因為這個界線非常主觀，每種類型的案件都不太一樣，所以這個界線必須個案認定。在 Peter Pan Fabrics, Inc. v. Martin Weiner Corp.¹³案中，Learned Hand 法官曾提到：「永遠無法有一個明確的基準可以在觀念和表達之間劃出一條明確的界線，所以法官必須就個案認定 (ad hoc)。」而後為了補足抽象測試法的不足，第九巡迴上訴法院也在判決中提出「整體觀念及感覺測試法¹⁴」(totality or total concept and feel)。關於觀念及表達的區分，以下將介紹案例論述之。

在 Beal v. Paramount Pictures Corp.¹⁵案中，原告及被告的故事都是年輕王子到美國尋找真愛，但是父王都反對，而想要王子接受相親。原告及被告的故事主要架構是如此，兩個著作之間只有些微不同的地方。法院把故事內容、角色、時空背景一一分析之後，法院所得到的結論為，雖然大方向是很近似的，但是這兩個著作是觀念和主題的近似性，還沒有到達表達的程度，也就是不受著作權保護。所以被告固然有重製原告的著作，但是因為被告抄襲的部分是觀念而不是表達，也就是抄襲了不受著作權保護的部分，故判決被告不構成著作權侵害。

¹¹ *Id.*

¹² 所謂的「抽象測試法」就是先把原告和被告的著作中不受著作權保護的「觀念」刪除後，把剩下來受著作權保護的表達加以比較，從這些表達裡面來判斷被告是不是有侵害原告的著作權。

¹³ Peter Pan Fabrics, Inc. v. Martin Weiner Corp., 274 F.2d 487 (2d Cir. 1960).

¹⁴ 翻譯參考羅明通，著作權法論 II，頁 362 (2005)。

¹⁵ Beal v. Paramount Pictures Corp., 20 F.3d 454 (11th Cir. 1994), *cert. denied*, 513 U.S. 1062 (1994).

於 *Sheldon v. Metro-Goldwyn Pictures*¹⁶ 案中，原告的著作為舞台劇、被告的著作為電影，都是改編自真實故事。原告的舞台劇為，一個女生為了嫁給家世背景較好的男生，而把她原本的愛人毒死，最後這個女生被法院判決無罪。原告故事真正的背景發生於蘇格蘭，但是原告把舞台劇的故事背景設定在紐約，原告劇中女生的愛人是阿根廷籍的舞者；被告的劇情是參考某本書製作而成，因為這本書中有許多情節都是從真實故事衍生而來的，所以被告的舞台劇也是基於真實故事。被告把這本書翻拍成電影，內容中許多細節和原告的舞台劇相同。例如被告電影中女生愛人的故鄉也在南美洲（阿根廷位處於南美洲），被告電影中女生所用的毒藥與原告舞台劇中女生用的毒藥相同。經過詳細的分析後，Learned Hand 法官認為被告電影拍攝部分已經跨越觀念（idea）邊界進到表達（expression），Learned Hand 法官為了找尋較為簡便的判斷方法，所以發展出抽象測試法（abstraction test），這個方法先把不受保護的觀念刪除，再把受保護的表達加以比較，從表達中判斷兩個著作是否有著作權侵害的問題。

但是如果這個方法過度濫用的話，則可能使著作權人應該被保護的利益因此而不被保護。如以編輯著作而言，如果編排的內容是事實（不受著作權保護），因為這些原本不受保護的部分重新編排之後，達到一定的原創性，就可以受到著作權的保護，但是如果使用抽象測試法檢視的話，事實刪去之後可能編排也不存在了。例如收集成冊的商業通訊錄，這個著作中每個小部分都是事實，這個事實本身是不受保護的，但是如果收集者重新編排的話就可以受到保護；然而，如果以抽象測試法將事實刪去的時候，這個原本應該受到保護的編排方式就不會受到著作權保護。所以為了補足抽象測試法的缺陷，第九巡迴上訴法院在判決裡面提到了整體觀念及感覺測試法（totality or total concept and feel），就是以整體觀之，比較兩個著作之間產品的主題性和感覺，而不是將整個著作細分。

第九巡迴上訴法院在 *Sid & Marty Krofft Television Productions, Inc. v. McDonald's Corp.*¹⁷ 案中，原告是 Krofft，被告是麥當勞，兩造都是製作小朋友的電視節目。原告的電視節目稱為「H.R. Pufnstuf」，故事裡面是一群穿著鮮艷顏色的人物居住在某一個小島上面，這個小島稱之為「Living Island」。故事裡面有會走路的大樹、會說話的書本，島上的市長是一隻會說話的龍，這隻龍的特徵是大頭以及大嘴巴。被告原本想藉由以上這些事物作為其廣告行銷，原本也想要取得 Krofft 的授權，但是被告無法取得授權，進而被告自己作了一個小島稱為「McDonald's Island」，這個小島裡面也有擬人化的植物、奇妙的怪獸和生物等等，小島的市長是「Mayor McCheese」，他的特徵也是大頭。法院審理時拒絕採用抽象測試法，而是以整體觀念及感覺測試法檢視這個案子。因為原告、被告的著作裡面是許許多多不同元素所集結而成，不可以一一比較，而是必須整體觀察。法院分析之後，認為被告在第一個事實問題的重製行為是符合的，進而分析兩個著作關於法律問題的部分，並認為被告確實抄襲原告受著作權保護的表達部分，經過分析後認為這兩個著作的整體觀念、感覺是相同的，兩個著作之間有實質相似，所以判決被告侵害原告的著作權。

¹⁶ *Sheldon v. Metro-Goldwyn Pictures*, 81 F.2d 49 (2d Cir. 1936).

¹⁷ *Sid & Marty Krofft Television Productions, Inc. v. McDonald's Corp.*, 562 F.2d 1157 (9th Cir. 1977).

整體觀念及感覺測試法雖然補足了抽象測試法的缺點，但是使用整體觀念及感覺測試法判斷時，還是有過度保護著作權的疑慮。例如原告、被告的著作如果都是以莎士比亞的戲劇為基底，只是加上他們對戲劇的評價，就會因為原告、被告都是對於莎士比亞戲劇的評價，其中大部分的內容都是引註莎士比亞的戲劇所以一模一樣。如果適用抽象測試法的話，因為莎士比亞的戲劇屬於公共領域，所以把他的戲劇部分刪去，再判斷原告、被告獨立創作的部分比較適當；但是如果用整體觀念及感覺測試法，因為就像前面所論述的，這兩件著作從整體的觀念、感覺而言相當相似，被告就有非常高的可能性構成著作權侵害。所以兩個測試法都有其優、缺點，就像 Learned Hand 法官所言，必須要視個案的特性而個案認定。

2.1.1.2.2 實質相似 (substantial similarity)¹⁸

最後一個步驟是證明以一般觀察者而言，都會認為被告抄襲原告受保護的表達部分是「實質相似」。如第七巡迴上訴法院分析著作權侵害的案件時，都會判斷「被告系爭著作是否與原告著作相似，其相似的程度以致於一般合理之人都會得出被告不當取用原告受保護的表達部分。」

因為在這部分的判斷是以一般觀察者的角度判斷實質相似，所以是很主觀的。但是為何要用一般觀察者，是因為這個測試法中隱含了著作權的經濟目的。如果被告的著作和原告的著作是實質相似的話，消費者購買被告的著作之後，就不必要購買原告的著作，而且因為兩個著作之間是實質相似，所以也激不起消費者再去購買原告著作的慾望。並且兩個著作如果實質相似的話，除非被告被禁止銷售他的著作，否則原告會因此失去他的銷售量。再者，如果這個經濟的因素可以增加原告創作的慾望，就必須禁止被告生產與原告實質相似的作品，以保有創作活動的熱情，也就是保護著作權最基本的原因。

雖然在這部分判斷實質相似的時候是很主觀的，但還是有一些基本的原則要遵守。例如在判斷實質相似時，被告在原告提起訴訟後，被告才在著作裡面加了新的元素，這些新元素就不需要在判斷實質相似的時候考慮進去。例如被告抄襲原告許多章節中的其中一個章節，抄襲之後，被告加入了非常多新的章節，這些新的章節在判斷實質相似的時候，不會被列入考慮，還是用被告本來抄襲的章節來判斷被告與原告之間是否有實質相似，不會因為被告加了許多章節就稀釋掉被告的責任。

法院在適用一般觀察者測試法時，除了較為主觀的問題之外，還有另外一個困難的地方，就是當系爭著作非常複雜的時候，因為著作的複雜程度並不是一般觀察者可以判斷的，所以在這個情況裡面用一般觀察者測試法的話可能不太合適；再者，如果系爭著作的對象並不是針對社會大眾，而是針對特定領域時，就必須以這個特殊領域裡面的專家判斷較為正確，其判斷的角度與一般觀察者所判斷的角度是不一樣的。例如 Dawson v. Hinshaw Music, Inc.¹⁹案中，是判斷兩個相似的編曲，這個編曲是傳統的福音歌曲，稱為

¹⁸ SCHECHTER & THOMAS, *supra* note 2 at 177.

¹⁹ Dawson v. Hinshaw Music, Inc., 905 F.2d 731 (4th Cir. 1990).

「Ezekiel Saw De Wheel」，法院在判決裡面提到，一般而言在判斷實質相似時，用一般觀察者測試法是因為系爭著作是針對一般觀眾所創作的；但是如果系爭著作是針對比較限縮的族群，比如是專業之人士才會有購買系爭著作之決定的話，這時法院就要思考用一般觀眾測試法是不是真的能判斷出兩個著作的實質相似處？在本案中，法院認為這首歌曲的對象是針對教堂唱詩班的指揮，所以不能適用一般觀察者測試法，因為這首歌曲的編曲不是針對社會大眾創作的，而是針對比較專業的領域，在判斷上面還是要交由專家判斷兩個著作之間是否有實質相似較為適當。在之後的電腦軟體著作中，也因為電腦軟體都是比較專業的編碼，所以也是用專家證人來判斷，而不是用一般觀察者的判斷方法。

法院在適用一般觀察者測試法的時候，都是把有爭議的兩個著作全部拿給陪審團觀察兩者之間是否有侵害著作權，但是並沒有把不受保護的要件拿掉，連不受保護的部分都一起比較，所以備受批評。但是最近比較新的判決趨勢為，如果要用一般觀察者測試法判斷實質相似時，法院都會先過濾掉不受保護的觀念之後，再把受保護的表達部分交給一般觀察者觀察（通常是由陪審團來判斷），由此可見，法院在判斷實質相似的時候已經改善許多。

2.1.2 NIMMER 之侵權判斷模式

Nimmer 這一派學者裡面，認為原告在著作權侵害訴訟中，必須證明兩個要件²⁰：

- 一、原告必須證明擁有著作權（ownership of a valid copyright）
- 二、原告必須證明被告未經同意抄襲其著作權中具有原創性的著作成分（copying of constituent elements of the work that are original）

2.1.2.1 原告必須證明擁有著作權

第一個要件為原告必須證明擁有著作權，至於如何證明原告有著作權，可以用下列五個因素證明：

1. 作者之原創性（originality in the author）；
2. 系爭標的可受著作權保護（copyrightability of the subject-matter）；
3. 著作權之連繫因素（a national point of attachment of the work, such as to permit a claim of copyright）；
4. 法定形式要件（compliance with applicable statutory formalities）
5. 是否當事人適格（if the plaintiff is not the author, a transfer of rights or other relationship between the author and the plaintiff so as to constitute the plaintiff as the valid copyright claimant）。

以上五種型態可以證明原告擁有著作權。另外，如果原告有著作權登記的話，因為這個登記證書符合原告擁有著作權的表面證據（prima facie evidence），此著作權登記證

²⁰ 4 MELVILLE B. NIMMER & DAVID NIMMER, NIMMER ON COPYRIGHT, §13.01, at [A] (2010).

書的證明可以推定原告已經證明其著作的原創性，對於原告而言是非常有利的證據。著作權登記證書因為滿足著作權申請程序要件，證明原告是該國的合法公民，同時也可以證明著作權人的身分，所以可以合理推論原告符合該國著作權的合法要件。因而此登記證書較具強烈的證明力，此時舉證責任倒置到被告身上。

但是如果這個著作權登記證書被不利的證據所挑戰的話，原告可以用另外兩個方法證明其著作的原創性。第一個是原告在完成著作後，可以把他的著作存放在非政府機構的地方，作為原創性的證據，可供為證明著作完成時間點的證據；或者是原告完成著作後，寄送一份副本給原告自己，並且將這個副本彌封起來，之後在公開的法庭再打開這個信封，這個彌封的程序雖然不是決定被告是否侵害原告著作權的關鍵，但是至少可以證明原告是在彌封之前就完成的著作，也就是可以用來證明原告是在被告創作之前完成其著作，也可以證明原告並沒有抄襲被告的著作。總而言之，原告必須證明自己有合法的權源才可以提起訴訟。

2.1.2.2 原告必須證明被告未經同意抄襲其著作權中具有原創性之著作成分

第二個要件是原告必須證明被告未經同意抄襲原告著作權中具有原創性的著作成分，此處將“copying”翻譯為抄襲，係因 Nimmer 教授並未如 Schechter & Thomas 教授將著作權侵害判斷模式如此細分，因而 Nimmer 教授的判斷模式中直接翻譯為抄襲較為適當。原告證明這個要件時，必須考量兩個問題。第一個是事實問題，被告在創作的時候是不是以原告的著作當作他的創作模型，也就是「抄襲」，如果符合的話，原告在這個階段還不能提起訴訟，因為原告還必須考慮第二個問題；第二個就是法律問題，也就是決定原告是否有足夠的理由可以提起訴訟，也就是判斷原告、被告著作之間是不是有實質相似（substantial similarity）。例如在 Feist²¹ 案裡面，最高法院認為本案例中主要的爭點是被告是否有侵害原告的著作權，原告的電話簿從整體而言確實是一個著作權，被告雖然有抄襲原告的著作，在判斷抄襲行為時是事實問題，但也不是全部的抄襲行為都構成著作權侵害，還要判斷抄襲行為的法律問題，也就是被告的抄襲行為是否足以使原告有理由向被告提起訴訟，尋求法律的救濟。本案例中因為被告已經自認係抄襲原告著作裡面的主要成分，事實上的抄襲行為已經符合，接下來判斷法律問題，因為被告所抄襲原告的部分，這部分內容原告並沒有足夠的原創性，所以不受著作權保護，因而原告敗訴。由上面的案件可以知道，著作權侵害單單是構成第一個事實上的抄襲行為是不足夠的，還必需符合法律要件，才構成著作權的侵害。

通常原告證明抄襲行為時無法以直接證據證明，例如原告通常無法提出證人直接證明被告有為抄襲行為，而且抄襲行為有時候也不是直接發生的。如被告把原告的著作記在腦海中，再把記住的內容寫下來，這種抄襲方式在判斷著作權侵害的時候，和直接抄襲的侵害程度是相同的，原告都可以對侵權行為人提起訴訟。就因為要以直接證據證明抄襲行為是非常困難的，所以通常原告都用間接證據證明。非常多案件在判斷這個部分要件時都以「接觸」(access) 與「實質相似」(substantial similarity) 兩個部分來判斷，

²¹ SCHECHTER & THOMAS, *supra* note 2 at 171.

證明被告有抄襲行為。

但是用接觸與實質相似兩個要件似乎不太周全，因為「接觸」為事實問題；「實質相似」為法律問題。判斷事實問題時，原告除了要證明接觸之外，還必須要證明事實上的近似性（probative similarity），此部分還沒有達到實質相似的程度，只是判斷原告與被告的著作是不是有近似的地方；判斷完事實問題後，才接下來判斷法律問題，也就是實質相似（substantial similarity）的問題，如果符合實質相似的話，原告才有足夠的理由可以提起訴訟。以下將介紹 Nimmer 教授在本要件中是如何判斷被告構成著作權侵害²²，因為實務上能用直接證據證明的案件非常少，幾乎都是用間接證據證明，所以本文以下著重在間接證據的討論。

2.1.2.2.1 接觸

2.1.2.2.1.1 接觸之定義（The Definition of Access）²³

在證明間接證據時，原告在本要件中第一個必須證明被告曾經「接觸」原告的著作。證明「接觸」也是可以透過直接的接觸證據或間接的接觸證據證明。有一部分的法院認為被告必須實際閱讀（actual viewing）與知悉（knowledge）原告的著作才符合接觸的要件，但是這是一個錯誤的觀念，因為要求原告提出如此直接的證據是非常困難的，所以原告也是可以透過間接證據證明被告有接觸原告的著作。況且要求原告用直接證據證明被告實際閱讀和知悉的機率幾乎是微乎其微，例如被告在私人場所閱讀原告的著作，此時原告是不太可能找到證人直接證明被告有實質閱讀，如果這樣要求的話，將會導致原告因為舉證責任的困難而敗訴。

因此對於原告而言，原告所負的舉證責任如果是證明接觸之合理可能性的話，對於原告而言舉證責任較不至於如此繁重，使原告在接觸的要件上面得以間接證據證明被告有接觸的可能性。但是，以合理的可能性證明被告有接觸原告的著作，也必須要達到一定的程度，才不會使原告的舉證責任過輕，致使原告可以胡亂起訴。所以就必須區別可能性的程度，如果可能性是輕微的，比如些許的可能性（bare possibility），也就是原告如果是用臆測或者是猜想被告有些許可能可以見聞原告的著作，就會因為原告所提出的證據，只是證明臆測的可能，這個間接證據就不足以證明接觸。又例如原告的著作手稿只是曾經出現在被告居住過的城市，這個可能性過低，是屬於些許的可能性（bare possibility）範疇，所以不能拿來當作接觸的間接證據。原告必須再提出符合合理可能性（reasonable possibility）才可以認為原告已經盡了證明接觸的舉證責任。

如何為合理的可能性呢？曾經有美國法院的判決認為，如果原告用間接證據證明接觸的話，可以用兩個要件檢視：第一個是原告所主張的著作已經廣泛地散布；第二個是被告對於原告所主張的系爭著作有特定的關連存在。如果符合上述的兩個要件的話，就

²² Nimmer 教授雖然將此要件章節分為「接觸」和「實質相似」，而沒有細分章節論述如何判斷事實上的近似性，所以本文也將章節分為「接觸」和「實質相似」。但是在討論實質相似之前，會討論 Nimmer 教授為何有此安排。

²³ NIMMER, *supra* note 20, §13.02 at [A].

可以間接地證明被告曾經接觸原告的著作。例如花花公子雜誌 (Playboy Magazine)、或是一個國際的、廣泛地被人收聽的電台，就可以符合上面所說的要件，原告只要證明被告有特定的關連就可以間接證明被告有接觸。

2.1.2.2.1.2 如何證明構成接觸 (What Constitutes Proof of Access)

綜合以上的論述，美國的法院判決中會認為原告可以有兩種方法證明接觸的要件，第一個是用直接證據，也就是被告確實有看過原告的著作；第二個是用間接證據，也就是被告有合理的可能性可以見聞原告的著作。例如原告可以證明曾經把自己的著作寄到被告主要的辦公處所裡面，如原告可以提出收執單等證據，就可以合理的推斷被告曾經有合理的可能性見聞過原告的著作，而可以間接證明接觸的要件，因為間接證據只是「推定」被告曾經接觸原告的著作，所以被告可以舉反證推翻原告所提出的推定²⁴。

除了這樣的直接證據與間接證據之外，原告也可以用被告完成的速度證明，也就是「被告以非比尋常的速度完成其著作」這樣的證據證明被告構成接觸。但是因為這個證明方法不是一般所講的證明方法，而且每個人的創作速度本來就有所不同²⁵，所以要用這種證據證明被告構成接觸的話，必須要格外小心。並且在判斷時，著作完成速度的時點是以原告完成的時點，來比較被告開始著作到完成的時點；而不是以原告開始創作其著作的時點判斷。法院在判斷的時候不可以完全因為完成的速度就認為原告已善盡其舉證責任，還必須用其他的證據一併判斷。

2.1.2.2.1.3 明顯近似 (striking similarity)

通常原告在提起著作權侵害的案件，必須證明被告有接觸原告所主張的系爭著作，如果原告不能證明被告有接觸的話，也就是不能證明事實問題，法院很有可能用即決判決被告勝訴。但是明顯近似的情況裡面，就是在原告不能用直接證據或間接證據，甚至是用完成速度證明被告接觸原告的著作時，如果原告的著作與被告的著作存在明顯近似，也就是原告、被告的著作近似度非常的高，高到可以排除兩個著作近似的程度是巧合的、可以排除被告是獨立創作的，原告就可以透過這種證明的方法，來符合證明接觸的要件。當然如果明顯近似到排除以上的可能，之後還是要判斷這些明顯近似的地方是否符合實質相似的要件，也就是這些近似的地方是不是符合著作權所保護的標的，才能認為被告侵害原告的著作權。

在 *Repp v. Lloyd Webber*²⁶ 案中，Repp 是原告；Lloyd Webber 是被告。原告是一名禮拜歌曲的作曲家，原告主張其以聖經所作成的禮拜歌曲明顯地被用來做為歌劇魅影裡面

²⁴ *Id.* at[C].

²⁵ *Id.*

²⁶ *Repp v. Lloyd Webber*, 947 F.Supp. 105 (S.D.N.Y. 1996).

的主題曲，原告認為其所創作的禮拜歌曲和歌劇魅影的主題曲有明顯近似而足以排除被告獨立創作的可能；被告提出自己之前的作品和巴哈與 Grieg（挪威國民樂派最重要之作曲家）的片段，證明自己是參考這些著作才獨立創作出來的。地方法院在判斷本案時，以一般人的聽覺測試法而不是以專家證人來反駁原告所主張的明顯近似。但是本案上訴至第二巡迴上訴法院時，法院採取相反的見解，第二巡迴上訴法院認為明顯近似還是要以專家證人的證明方法考量，而不是以地方法院所採取的一般人聽覺測試法。

在這個明顯近似的證明方法裡面，原告不用另外舉證，因為原告和被告的著作如果有明顯近似的話，著作本身就是證據。如果被告認為其著作和原告沒有明顯近似的話，這個舉證責任就倒置到被告負擔，由被告證明其著作和原告的著作之間沒有明顯近似。判斷明顯近似的方法有兩種，第一種是不論何種著作都經由專家證人鑑定兩著作是否明顯近似；第二種是分為兩個領域，如果是技術領域如音樂或電腦程式，這些較為技術性的領域就由專家鑑定，至於其他領域的話就由一般的事實認定者判斷，而不需要專家證人的鑑定。以上兩種方式，何者較為可採？因為專家證人和一般人判斷的角度不同，具技術性的項目交由專家證人判斷較為適當，其他的項目交由一般人判斷。如此分工，不僅符合當事人的期待，同時也不會增加法院的訟累，較為可採。

2.1.2.2.2 實質相似 (substantial similarity)

抄襲 (copying) 是判斷著作權侵害的事實問題，而原告和被告著作之間是不是實質相似則是原告是否可以提起訴訟的關鍵，為一個法律上的要件。即使事實問題的抄襲已經證明，如果這個抄襲的內容經過比較之後，並非實質相似的話，原告的主張即不符合構成要件而無著作權侵害發生。在分析原告、被告著作是否實質相似的法律問題之前，在事實問題還必須先判斷原告和被告著作是否有「事實上的近似」(probative similarity)，在這個階段只要判斷原告、被告是否有近似性即可²⁷。在判斷完事實上的近似後，如果這個近似性是輕微的、瑣碎的，縱使符合抄襲的要件，判斷實質相似的時候因為其相似性沒有達到實質的要求，也沒有著作權侵害的問題。

如何在兩造著作完全逐字相似和完全沒有相似之間劃一條界線是非常困難的，在這之間如何界定「實質相似」？Learned Hand 法官曾經說過這條線不管怎麼劃，看起來都是不合理的，因此著作權侵害對於實質相似的測試法是有必要模糊的。雖然界定這條線的分野是困難的任務，但是還是有法院試圖劃出實質相似的標準線，可作為判斷的參考指標，以下將介紹幾種判斷方法，其中可分為兩個區塊討論，第一個區塊是全面的非文字相似；第二塊是局部的文字相似：

²⁷ 因為事實上的近似是只要證明原告、被告之間有近似的的地方就可以了，所以這邊不多加著墨，在判斷上也比較沒有爭議；但是在判斷實質相似的時候，因為關乎被告法律上面的責任，所以較有爭議，也就對於實質相似必須深入探討。

2.1.2.2.2.1 全面的非文字相似

首先我們不侷限在原告、被告之間是特定的詞句或是少數的片段有相似性，而是檢視兩造的著作間全面的相似，主要是著作的基礎或者是架構。如果被告的著作和原告的著作是文字的或逐字的相似性，在判斷實質相似上面就比較沒那麼複雜。但是這邊要解決的是全面的非文字相似，而不是逐字逐句或文字上面的相似性。如果被告不是文字上面的抄襲也不會排除實質相似的可能性，不能因為被告不是抄襲原告著作的表面文字就可以免責。但是如果回到著作權最初的概念，如果原告和被告著作之間只是抽象的觀念相似的話，就會因為著作權不保護觀念，所以是不會構成著作權侵害的。綜上所述，抄襲行為不限於文字上的抄襲，非文字的抄襲也是有著作權侵害的問題；但是同時，著作權是不會阻止觀念的借用。如果被告的著作不僅抄襲原告的觀念，而是已經抄襲原告關於「觀念的表達」，就有著作權侵害的問題。以下可以用幾個測試法來檢視被告與原告著作是否實質相似，同時也提出了測試法所發生的缺點：

2.1.2.2.2.1.1 抽象測試法 (Abstractions Test)²⁸

Nimmer 教授在這個測試法裡面，並沒有非常詳細地解釋如何操作此測試法²⁹，但是他批評這個測試法裡面，雖然已經可以從普遍性的抽象模式來判斷「觀念的表達」；但是還是沒有把觀念和表達之間如何界定的界線劃得非常清楚，這個界線還是非常模糊。

2.1.2.2.2.1.2 模式測試法 (Pattern Test)³⁰⁻³¹

模式測試法可以用「羅密歐與茱麗葉 (Romeo and Juliet)」來說明，假設莎士比亞

²⁸ NIMMER, *supra* note 20, §13.03 at [A][1][a].

²⁹ 可以參考著作權法論 II 裡面提到的抽象測試法，系爭著作是否侵害他人著作權時，必須先將比較的兩個著作事件逐步抽離，如事件抽離後兩個著作相同部分都具有普遍性的抽象模式，就沒有著作權侵害的問題；如果兩個著作間各有不同抽象程度的普遍性模式，在比較兩者時必須找出兩個著作之間最細微的共同模式。如果相同模式有相當的數量或有相當的意義，並且這些相同的抽象模式具有普遍性的話，只是觀念的抄襲，還不足以構成著作權侵害；相反地，這些相同的抽象模式不具普遍性的話，比如事件順序、角色特徵、劇本布局等不具普遍性，就是表達的抄襲而侵害著作權。羅明通，著作權法論 II，頁 354-356 (2009)。

³⁰ NIMMER, *supra* note 20, §13.03 at [A][1][b].

³¹ Zechariah Chafee 教授首先提出模式測試法，認為創作者的觀念和寫下這個觀念時所用的形式之間確實存在一條界線。著作權法保護著作的「模式」，比如事件的結局、角色在劇中的發展。Nimmer 教授把 Learned Hand 法官的抽象測試法和 Chafee 教授的模式測試法相結合，應用在判斷原告和被告著作是否實質相似。Learned Hand 法官認為因為抽象模式是不受著作權保護的，所以這些抽象模式是可以被任何著作使用的；Chafee 教授認為著作裡面如果刪除對話、枝微末節的事件或者是布局之後，實際上整個故事的模式，這些模式雖然某程度上有抽象性，但是模式裡面已經非常充分、具體地展現事件的順序和角色之間發展的話，就應該受到著作權的保護。Nimmer 教授把以上兩者的理論綜合判斷實質相似。綜合之後，模式測試法可分為抽象性模式和實際模式，只有後者才受到著作權的保護。

的著作尚未成為公共財，因而其著作受著作權保護，任何人都不可只是改寫其對話而抄襲關於 Verona（義大利北部城市）裡面發生的不幸愛情。但是因為故事裡面，敵對家庭成員間的羅曼史是一種「觀念」，任何人都可以借用這種觀念，也有很多故事和劇本都是從這個抽象的觀念而作成。例如比較有名的「玫瑰姻緣（Abie's Irish Rose）」，這個故事裡面，除了是從敵對家庭成員間的羅曼史觀念為出發點撰寫之外，沒有任何關於「羅密歐與茱麗葉」的內容，在模式測試法之下，兩個著作之間是沒有實質相似的。相反地，「西城故事（West Side Story）」的音樂劇和電影就可能有實質相似的問題，因為故事裡面包括同時代中發生在紐約的敵對少年幫派，裡面的對話、故事編排、角色、故事發展和動作已經跨越莎士比亞劇本的概念。因為如果適用模式測試法來測試西城故事是否有侵害羅密歐與茱麗葉的話，就可以用事件的順序以及角色之間的互動來判斷兩個著作之間相似的地方。以下可以舉出關於兩件著作的構成成分比較：

1. 男主角和女主角都是敵對幫派的成員（The boy and girl are member of hostile groups.）
2. 他們的相遇場所是在舞會裡面（They meet at a dance.）
3. 夜晚，他們在陽台（或在夜晚火場的逃脫場景裡面）發現了對彼此的愛意（They acknowledge their love in a nocturnal balcony [fire escape] scene.）
4. 女主角已經和其他人訂婚（The girl is betrothed to another.）
5. 男主角和女主角自己訂立他們婚姻的誓約（The boy and girl assume the marriage vows.）
6. 這兩個敵對幫派在一場火拼中，女主角的堂哥（或是兄弟）殺了男主角最好的朋友（In an encounter between the hostile groups, the girl's cousin [brother] kills the boy's best friend.）
7. 男主角的好朋友會死亡，是因為男主角企圖要阻止火拼所以擋住他好朋友的手，以致於他的好朋友無法反擊（This occurs because the boy attempts to stay the hand of his best friend in order to avoid violence.）
8. 為了報仇，男主角殺了女主角的堂哥（或兄弟）（In retaliation, the boy kills the girl's cousin [brother].）
9. 結果男主角就展開了逃亡的生活（或是躲藏的生活）（As a result, the boy goes into exile [hiding].）
10. 男主角在逃亡的處所裡面應該要接到一個訊息，裡面說到一個和女主角見面的計畫（A message is sent to the boy at his retreat, explaining a plan for him to meet the girl.）
11. 這個訊息卻沒有送到男主角的手上（The message never reaches the boy.）
12. 男主角接到女主角已經死亡的錯誤訊息（The boy receives erroneous information that the girl is dead.）
13. 男主角因為很痛苦就殺了他自己（或者是允許他自己被殺掉）（In grief, the boy kills himself [or permits himself to be killed].）

以上這十三點在整個劇情裡面，去除掉枝微末節的劇情，這十三點的模式已經可以說明故事必要的順序和必要的角色有相似之處。由上面分析而言，這個模式對於兩個著作如以模式測試法檢驗的話，可以得出兩個著作有實質相似的結論。

雖然我們上面分析了這兩個著作之間依照模式測試法可以得出有實質相似的結論，

但是並不是全部的法院都接受這樣的方法來判斷實質相似。有一些法院認為劇情是不受保護的，而且認為作者對於著作權的專屬權利，限制在自己所表現的方法和方式的細節裡面，把劇情定義成作者為了表達他的「主題」或者是「觀念」而定出來的故事順序。但是在其他的案子裡面，也曾經因為相同的角色名字和服裝而認定兩個著作之間有實質相似。雖然這個部分有不同的見解，但如果小說或其他故事所必要的劇情、計畫、安排、角色和對話，裡面的組合模式已經到達一定程度的表達，此測試法也不失為一個可以判斷兩個著作之間是否實質相似的方法。

2.1.2.2.2.1.3 整體觀念及感覺測試法 (Total Concept and Feel)³²

此測試法的出現是因為在 1970 年，第九巡迴上訴法院於賀卡的案件中，認為原告和被告的著作是「顯著的近似 (remarkable resemblance)」，但是法院在判斷實質相似應適用何種測試法時遇到困難，因此於圖形著作的侵害判斷上，法院創造了「整體觀念及感覺測試法」的判斷方法。之後，「整體觀念及感覺測試法」又出現在第二巡迴上訴法院的青少年書籍著作中，並提到「首先，我們必須強調這兩本讀物是給兒童的，比起其他的著作程度是較不複雜的，所以在判斷故事的順序時，比較適合以『整體觀念及感覺測試法』來判斷。」

接下來的幾年，第九巡迴上訴法院為此測試法注入了新的生命，在 Sid & Marty Krofft Television Productions v. McDonald's Corp.³³案中，法院比較了案子裡面兒童類的著作，裡面充滿了富想像力的編排、服裝以及好玩的聲音。這個案子中建立了兩階段的測試法定義實質相似，第一階段為「外在測試法 (extrinsic test)」，決定是否為一般觀念的近似；第二階段是「內在測試法 (intrinsic test)」，是比較作者使用的特定表達，在這個階段中，是以「一般合理之人的反應」為標準，避開專家證人的判斷，即使較標準的測試法要求「精確剖析和專家證人」判斷。但是法院在註腳裡面特別提到：「現在的案件會要求內在測試法以一般合理之人的反應來判斷，是因為原告和被告的著作都是直接針對兒童這類較單純的著作。並且很清楚地，適用『整體觀念及感覺測試法』的話，被告著作和原告著作是實質相似的。」根據以上的論述，本測試法似乎被限制在兒童類的著作。但是這類的著作在現代已經進步到用電腦創作，比如在 Atari, Inc. v. Amusement World, Inc.³⁴案中，原告就主張被告侵害其視聽著作，兩造的著作都是以電腦所創作出來的遊戲。

Atari 案中法案引用 Krofft 案所提出的「整體觀念及感覺測試法」後，認為兩個著作之間沒有實質相似而否決原告的請求。之後很多電子產品的著作權侵害案件也遵循 Atari 案。例如在 Broderbund Software v. Unison World, Inc.³⁵案中，法院提倡「整體觀念及感覺測試法」可以適用在製作卡片、文具圖案及其他特製紙製品的軟體上面。

³² NIMMER, *supra* note 20, §13.03 at [A][1][c].

³³ Sid & Marty Krofft Television Productions, Inc. v. McDonald's Corp., 562 F.2d 1157 (9th Cir. 1977).

³⁴ Atari, Inc. v. Amusement World, Inc., 547 F. Supp. 222 (D. Md. 1981).

³⁵ Broderbund Software, Inc. v. Unison World, Inc., 648 F. Supp. 1127 (N.D. Cal. 1986).

另外，這個測試法比較適合單純的著作，只有要求高度的「內在」價值評估（就是不需要複雜的分析所得到的）。但是在電腦著作的領域裡面，因為比較複雜的關係，所以剖析和專家證人是必要的，且這個測試法還有一個問題，「整體觀念及感覺測試法」的標準已經威脅到著作權的基本概念，就是對於原創性「表達」的保護。從測試法的字面意義就可以了解到「觀念」是著作權法裡面不被保護的對象；並且「感覺」是模糊不定的參考，並且這個測試法也放棄了比較精確的分析。本測試法也不應該被當作判斷著作權侵害中必要的指標，總而言之，一般在判斷實質相似的時候，最好是可以揚棄這個標準。

法院提出了本測試法的時候，也不保證本測試法可以有正確的程序、結果。剛剛提到第九巡迴上訴法院率先提出了這個判斷方法，但是現在都漸漸地走向揚棄的地步。例如在 *Apple Computer, Inc. v. Microsoft Corp.*³⁶ 案中，雖然本案是爭執電腦圖形的介面而不是爭執深奧的編碼，但是第九巡迴上訴法院這個時候就拒絕適用「整體觀念及感覺測試法」。

第二巡迴上訴法院為了反駁上述的批評，提出了一些意見：「有一些評論者擔心『整體觀念及感覺測試法』會導致案件中不再用『分析』判斷著作權侵害，因為『感覺』似乎是完全沒有一定的標準。但是我們的普通法在判斷的時候不是如此輕率的，我們會說明兩個著作在『整體觀念及感覺測試』的判斷下有沒有實質相似以致著作權侵害的可能，也會分析原告的原創性和被告是如何抄襲原告的著作，並分析原告、被告是如何達到著作的相似度。」雖然第二巡迴上訴法院對於批評提出了一些意見，但是「整體觀念及感覺測試法」現在似乎已經消失殆盡，近年在公開的意見書中，只有零星的提到這個測試法。

2.1.2.2.1.4 其他測試法 (Other Tests)³⁷

在電腦軟體的著作權侵害案件中，有一些法院已經認為前述的整體觀念及感覺測試法是不適當的，並且已經提出新的方法判斷實質相似。例如，在 *E.F. Johnson Co. v. Uniden Corp.*³⁸ 案中，法院適用「反覆測試法 (iterative test)」檢視被告是否侵害原告的著作權，在這個測試法下，下列兩個要件可以當作表面證據：

1. 被告在準備著作的時候「使用」有著作權的著作，並且可以以證明接觸及足夠的近似性而可合理推論出被告使用原告的著作。以及
2. 被告的著作是反覆的複製同一種項目，這種項目是原告著作裡面反覆的部分或者是原告著作裡面實質的部分。

這個測試法說明了電腦程式在判斷著作權侵害時的複雜性，第一個要件的「使用」，必須使陪審團相信被告確實使用過原告的著作，但是電腦程式的編碼，證明「使用」確實有難度；第二個要件「反覆的複製」只是要求文字上的近似或者是原告電腦程式的直接翻譯，並沒有說明要如何判斷兩個電腦程式之間是如何的近似以致於有著作權侵害的

³⁶ *Apple Computer, Inc. v. Microsoft Corp.*, 35 F.3d 1435 (9th Cir. 1994).

³⁷ NIMMER, *supra* note 20, §13.03 at [A][1][d].

³⁸ *E.F. Johnson Co. v. Uniden Corp.*, 623 F. Supp. 1485 (D. Minn. 1985).

問題。

「反覆測試法」在檢驗「使用」的要件時，可能會發生一個問題，被告如果「使用」原告的程式，但是被告只是使用原告的觀念，或者只是借用原告著作裡面已經成為公共財的項目，因為不受著作權保護，就不能認為被告侵害原告的著作權。而且這個測試法並不能判斷原告著作裡面不是文字或不能直接翻譯的部分，如果適用在非文字的程式上面，例如電腦程式操作的「結果」，「反覆測試法」似乎行不通。然而，反覆測試法還是有一個好處，就是他承認在判斷電腦程式的近似性時，是需要專家證人的，也就是不以一般觀察者判斷實質相似，改以用專家證人的分析，將電腦程式近似性的分析步驟引向正確的方向。

相對於反覆測試法，在 *Whelan Associates v. Jaslow Dental Laboratory*³⁹ 案中，第三巡迴上訴法院在電腦程式的案件中，較傾向保護電腦程式的「結構、序列及組織」，而不是單純從編碼來判斷。本案主要是牙醫診所的自動化商業操作，原告和被告都是用同樣的功能，製造相似的輸出訊息，以及相似的清單、螢幕顯示和相似的輸入格式給操作者使用。然而這些電腦程式是用不同的程式語言寫的，並且兩造也知悉被告沒有抄襲原告任何的電腦編碼，結論是第三巡迴上訴法院同意地方法院對於兩個電腦程式的結構和組合方式實質相似的見解。即使 *Whelan* 案也有一個疑慮，就是有過度保護著作權的疑慮，因為全面性的結構是一個模糊的概念，並且將使著作所有權人的保護等同於專利所有權人的保護，將會使其不必審查專利也不用揭露，結果將會對著作權保護的結果造成大災難，使相關人等因為認為其有著作權保護而怠於到專利局申請專利。因為著作權並不要求必須揭露，電腦軟體的發展會因為廣泛的保護而扼殺電腦程式的創造力，不利於知識的流通。

而且電腦軟體案件因為程式編碼具有高度的複雜性，每一個程式都有不同的編碼，產生對於電腦程式編碼必須個案認定，已經牽制住電腦軟體領域的發展。軟體開發者沒有適當的標準可以讓他們檢視如何可以避免發生著作權侵害，結果就是許多電腦軟體的開發者放棄把已經存在的程式類型擴張或改善，因為他們會恐懼這些改良的產品和已經存在的產品因具有相似性而被控侵害著作權。

不像我們上述批評的這樣，*Whelan* 案還是有其優點，也就是在案中以專家證人檢視電腦程式的實質相似，而不是單純的用一般觀眾測試法去檢視電腦程式的原始碼或目的碼。雖然有很多法院現在都拒絕適用 *Whelan* 案，但是對於專家證人的見解是受法院贊同的，就像 *Uniden* 案一樣，判斷電腦程式是否實質相似必須要以專家證人來解剖、分析，才是正確的方向。

2.1.2.2.2.1.5 有限部分的相似 (Similarity of Limited Segments)⁴⁰

直到前面我們檢討的是被告對於原告著作中「全面的」非文字實質相似部分，那假

³⁹ *Whelan Assocs. v. Jaslow Dental Lab.*, 797 F.2d 1222 (3d Cir. 1986).

⁴⁰ NIMMER, *supra* note 20, §13.03 at [A][1][e].

設如果一樣是非文字的相似，但是被告的著作只是相似原告著作特定的一集內容、一個事件或是某一部分而已又該如何判斷呢？如果被告抄襲的部分是原告著作可以被著作權保護的話，例如原告有許多集的著作時，因此就必須要求被告抄襲的部分是原告的「實質」內容，也就是在原告著作中為實質的部分。比如說只是跟原告電影的某個鏡頭相似（只佔了整部電影的約略百分之二十），如果是原告著作中實質、重要部份的話也是可以滿足實質相似的要件。然而，如果只是原告著作中非主要部分的話，就不足以構成實質相似。所以在判斷上面，還是要倚重被告抄襲的是否為原告的主要部分，來判斷兩個著作之間是否實質相似。

2.1.2.2.2 局部文字相似 (Fragmented Literal Similarity)

討論完上述全面的非文字相似之後，本文再討論文字相似的部分，全面的文字相似從表面證據而言就可以得知有著作權侵害發生，這是比較沒有爭議的，需要討論的是如何判斷局部的文字相似。原告與被告的著作間存有文字的相似，但是被告也不是抄襲原告全部的文字，這裡需要探討的是如何判斷該文字是「觀念的表達」，因為文字的辭義縱使有相似性，很多都是觀念的相似性。原告著作沒有任何一整頁、一整段、一整章被抄襲的時候，該如何判斷其為實質相似進而構成著作權侵害呢？

首先，必須判斷被告抄襲的目的是甚麼？實質相似的界定範圍是被告如果抄襲原告核心的部分，就會發生著作權侵害；但是這個核心部分非常難定義，被告抄襲原告著作核心的「質」與著作的「量」，都必須個案判斷，例如原告的音樂、書籍、整本書中精華的部分，如果被告經判斷後是抄襲原告著作的核心部分的話就構成實質相似。相反地，如果被告只有抄襲原告著作裡面的一句話而已，就很難被認定兩個著作有實質相似。所以要判斷局部的文字是否實質相似，還必須由個案判斷被告是否已經抄襲到原告的核心部分，不論由「量」或「質」判斷，如果判斷出來有抄襲到核心部分的話就構成實質相似，因而有著作權侵害發生。

2.1.3 小結

綜上所述，Schechter 與 Thomas、Nimmer 兩派學說對於著作權侵害的判斷，共同點在於首先必須判斷原告有著作權；不同點在於判斷完原告有著作權之後，對於著作權侵害要件的判斷方法。

Schechter 與 Thomas 一派認為判斷著作權是否遭受侵害，原告必須證明兩個要件，就是抄襲以及不當取用：證明抄襲的時候，必須證明接觸 (access) 和近似性 (resemblance)；證明不當取用的時候，必須證明取用部分為表達而非觀念 (copied material must be protected expression)，以及兩個著作之間是否實質相似 (substantial similarity)。

Nimmer 一派認為判斷是否有著作權侵害的時候，必須證明兩個要件，第一個要件是原告擁有著作權；第二個要件是被告未經同意抄襲原告著作中具有原創性的著作成分。

原告證明完第一個要件之後，在證明第二個要件的時候，必須考量兩個問題：第一個是事實問題，也就是被告是否抄襲原告的著作，原告在這個問題裡面，必須證明被告曾經接觸（access）以及被告與原告的著作具有近似性（probative similarity），這個事實問題證明之後；第二個是法律問題，也就是原告與被告的著作是否實質相似。

縱然兩派學者對於判斷著作權侵害的看法不盡相同，兩者不同點只有在判斷著作權保護的「表達」而不是「觀念」的時間點，縱然 Nimmer 一派學者並未把這個要件明確的表達出來。但其實在判斷法律問題，也就是兩個著作是不是實質相似的時候，所用以判斷實質相似的測試法裡面，就兼有判斷相似的部分是不是著作權所保護的表達。所以兩派學者雖然在要件上有不同之處，但是大抵上兩派學者所判斷的方式可以從裡面找到一個我國可以遵循的脈絡，兩派學者的見解可以用下列圖表表示：

	Schechter & Thomas	Nimmer 兩位教授
著作權	✓	✓
侵害要件判斷	<u>證明重製</u> <ul style="list-style-type: none"> ● 接觸 ● 近似性 <u>不當取用</u> <ul style="list-style-type: none"> ● 抄襲部分為受保護之表達 ● 實質相似 	未經同意抄襲著作權中具有原創性之著作成份 <u>事實部分</u> <ul style="list-style-type: none"> ● 接觸 ● 近似性 <u>法律部分</u> <ul style="list-style-type: none"> ● 實質相似

表 1 作者整理 Schechter & Thomas 教授以及 Nimmer 教授對於著作權侵害判斷要件之比較

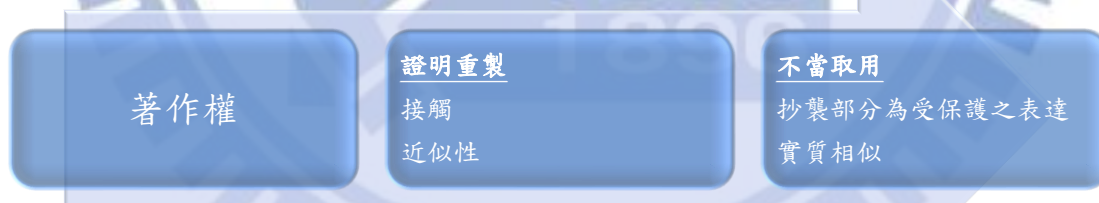


圖 1 作者整理 Schechter & Thomas 教授侵權判斷流程圖

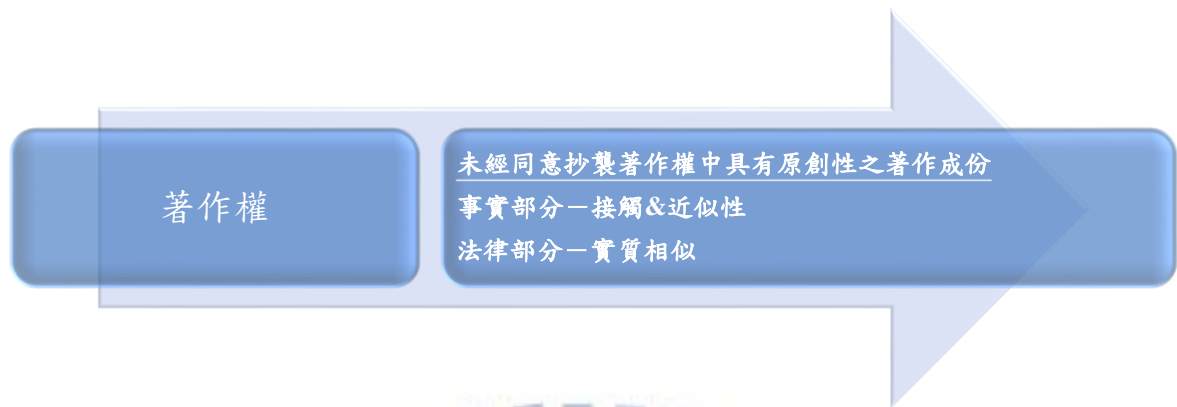


圖 2 作者整理 Nimmer 教授侵權判斷流程圖

2.2 我國學說

2.2.1 我國著作權法概述

我國為大陸法系，所以對於侵權行為本就有成文法規規定，在判斷著作權侵害時，傳統上面多用普通的侵權行為理論來判斷著作權侵害。我國雖然有著作權法之成文規定，但是在判斷著作權侵害的時候，在著作權法裡面並沒有規定明確的侵害判斷要件，大多都以民法第 184 條關於侵權行為的規定，帶進著作權侵害判斷裡面。我國的著作權法裡面，著作權侵害主要規定在著作權法第 84 條以下，可以分為著作財產權，以及著作人格權，並且分別有民事、行政、刑事責任的規定。著作權法中，關於民事責任的有排除侵害或妨害防止請求權相關規定⁴¹，例如著作權法第 84 條；有規定行政救濟，其中主要的方法是海關的查扣⁴²，例如著作權法第 90 條之 1；有刑事責任，是有關人身自由的處罰⁴³，例如著作權法第 93 條第 1 款。

2.2.2 我國參考美國判斷模式概述

因本文主要介紹美國的制度，再評論我國對於判斷著作權侵害時是不是有盲點、是不是可以參考美國近年來的發展。並且美國為普通法系，最大的優點就是富有彈性，可以符合現代生活型態而有調整。而我國著作權法的制定亦參考美國著作權的規定，美國近年來對於著作權的發展必然可以當作我國的借鏡。其中判斷著作權侵害的方面，因為我國在著作權法中並沒有任何可以參考的判斷要件，如果一味地以民法侵權行為來判斷著作權法要件，是不是有保護未盡的地方？美國近年對於著作權侵害的要件有逐漸成熟的發展，參考美國學說及實務的判斷方法，補足我國在著作權法中，對於判斷著作權侵害時只有規定效果，但是卻未規定判斷侵害的詳細要件。

⁴¹ 簡啓煜，著作權法案例解析，頁 309 (2009)。

⁴² 謝銘洋等著，智慧財產權入門，頁 262 (2010)。

⁴³ 參閱前揭書，頁 263。

有認為在判斷被告是不是侵害原告的著作財產權時，應該從兩個層面思考：首先判斷所侵害的是表達（expression）還是思想（idea）或者是觀念（concept）本身，如果是表達的話，才是著作權法所要保護的標的；再來才是認定侵害者是不是有接觸和實質相似的抄襲行為⁴⁴。亦有認為判斷著作權侵害時，以早期最高法院判斷為主（於 2.4 節將有詳細描述），舉出最高法院 81 年度台上字第 3063 號民事判決，判決裡面認定抄襲要件有（1）接觸，（2）實質相似，進而肯定最高法院的見解，並且再舉出沿用這個要件的判決和鑑定，例如最高法院在 92 年度台上字第 1644 號刑事判決、最高法院 97 年度台上字第 3121 號刑事判決、我國高等法院 79 年度上易字第 470 號判決中鑑定部分，且因為這兩個要件是從美國著作權侵害中發展而來，等於肯定了美國在判斷著作權侵害時之見解⁴⁵。但是從前面介紹美國學者的章節裡面可以知道，美國學者在判斷著作權侵害的要件時，有其順序和方法，例如 Schechter 與 Thomas 教授在判斷實質相似之前，還有前提問題必須解決，但是反觀我國，就沒有區分得如此詳細，之後在本文內也會討論這個問題。

接觸之直接證據例如用實際閱讀（actual viewing）；間接證據例如凡依社會通常情況，可以推論被告應該有「合理的機會」（reasonable opportunity）或者是「合理的可能性」（reasonable possibility）閱讀（see or view）或聽聞（hear）原告的著作，都可以構成接觸⁴⁶。如果原告、被告著作有明顯近似的部分，近似到可以合理排除被告獨立創作的可能性的話，原告這時候又不用負接觸的舉證責任，而可以從著作裡面推定被告曾經接觸過原告的著作⁴⁷。在判斷實質相似的時候，認為可以從「量」與「質」來判斷：「量」的要求和著作物的性質相關，例如寫實的著作比起科幻、虛構等創造性比較豐富的著作而言，會要求要有更多相似的量；「質」的部分，是指說在表達的方式裡面，如果沒有了這個部分，著作就會喪失其精隨，也就是喪失著作裡面的重要成分的話，就可能構成實質相似⁴⁸。另外，在政府出版的刊物裡面，也可以見到我國接受美國學者所提出的見解，如經濟部智慧局出版的刊物裡面，提到司法實務認為著作權人要主張別人「抄襲」他的著作時，必須符合兩個要件：第一個是著作權人證明他人「接觸」自己的著作；第二個是他人的著作和自己的著作有「實質相似」。由於證明接觸的時候是比較困難的，所以實務上面也有透過原告著作發行的數量、通路、時間、知名度等等推定被告是不是有接觸的高度可能性⁴⁹。

2.2.3 我國學者見解

我國學者於著作權侵害判斷模式中，彙整出下列主要見解以供參考。有學者認為判斷著作權侵害問題時，首先必須判斷原作是否受著作權保護，規定於著作權法第 3 條及

⁴⁴ 林洲富，著作權法：案例式，頁 127（2011）。

⁴⁵ 羅明通，著作權法論 II，頁 401-402（2009）。

⁴⁶ 參閱前揭書，頁 403。

⁴⁷ 同前揭註 45，頁 128。

⁴⁸ 同前揭註 45，頁 416-419。

⁴⁹ 經濟部智慧財產局，著作權一點通，頁 15（2007）；經濟部智慧財產局，校園著作權百寶箱，頁 46-47（2007）。

著作權法第 9 條；如確定之後，再判斷原作被利用部分係屬不受保護的意思，抑或受著作權保護之表達，規定於著作權法第 10 條之 1；如確定被利用部分為表達後，再判斷該表達是否成立合理使用，著作權法第 44 至 63 條及著作權法第 65 條有規定⁵⁰。

亦有學者採取類似之見解，並將著作權侵害判斷稱為著作權侵害爭議三部曲。第一部為判斷原告之智慧成果是否受到保護，此部分得以原告著作之原創性、創作性，其標的、期間是否屆滿、或各國之間是否有互惠原則為斷。第二步則判斷被告有無使用原告之著作，其中第一必須判斷原告與被告著作之間是否英雄所見略同或是確有使用之情形，其中以有無接觸可能與有無實質相似圍斷；接觸得由是否有接觸之合理機會或合理可能性判斷；實質相似則由是否有外在之相似（針對著作之本質），與內在之相似（一般人一看就能感受到兩個著作之相同）來判斷。第二再以觀念與表達二元論，判斷被告是引用表達，或者是僅引用觀念。第三再判斷有無觀念與表達合併則與必要場景原則適用，來斷定被告有無使用原告之著作。最後一部則判斷被告使用原告之著作是否為合理使用，以上述三部曲來判斷著作權侵害⁵¹。

而有學者以 *Arnstein v. Porter* 案為基底，介紹了美國司法實務之作法。其中提到判斷著作權侵害時，係以模仿要件與不法盜用要件或實質近似要件判斷，這裡較類似第一節 *Schechter & Thomas* 教授所提到的判斷模式。於模仿要件中，模仿之概念較抄襲概念廣，而模仿要件得由直接證據與間接證據證明，直接證據例如目擊證人、共同侵權行為人供詞或自認；間接證據以被告接近（本文作者將之翻譯為接觸）原告著作，以及原告、被告著作之間近似性推論。其中有提到，此處模仿的推論，並不代表被告已經實質地模仿原告著作之表達方式已構成抄襲，因為抄襲係不法的問題，模仿要件尚未進入不髮問題的判斷。且如果構成明顯近似者，原告毋庸證明被告接近，得以明顯近似作為接近之證明，但是此處僅證明接近之可能性，亦尚未進入抄襲之不法問題。

如果模仿要件已獲證明，才會進入不法盜用或實質近似（本文翻譯為實質相似）要件，也就是抄襲要件。此部分裡面，需判斷被告模仿者須屬受保護成分，再以一般人原則判斷實質近似。一般人原則判斷實質近似，乃透過該著作所訴諸之感覺加以觀察，如兩著作在相同的前後關係或順序下，能在觀察者心中傳達實質上相同的印象及產生相同的感情，便構成實質近似。但亦被批評於高科技著作中不能適用，因一般人未擁有專業知識得以判斷其中是否實質近似⁵²。

從上述之見解中，我國在判斷著作權侵害時，接受了美國學者的見解，也不難看出我國正在漸漸地用著作權法裡面獨特的性質來判斷著作權侵害。而不是用民法對於侵權行為的規定來判斷著作權侵害，已是一大突破，並且學說上面也漸漸傾向美國學者的見解，或許我國在判斷上面還有需要改進的地方，本文之後將會介紹並且討論是不是有改進的空間。

⁵⁰ 林昱梅，「藝術自由與嘲諷性模仿之著作權侵害判斷」，成大法學，第 7 期，頁 216（2003）。

⁵¹ 章忠信，「著作權侵害之鑑定」，月旦法學雜誌，第 190 期，頁 48-54（2011）。

⁵² 許忠信，「著作之原創性與抄襲之證明（下）—最高法院九十七年度台上字第一二一四號判決評析」，月旦法學雜誌，第 172 期，頁 244-253（2009）。

2.3 我國判決

在這邊會舉出我國最早的兩個判決，將美國判斷著作權侵害要件引進我國判決中的案件，也是從這些早期的判決之後，我國判決才會漸漸地走向美國判斷著作權侵害的方法。這兩個判決分別是最高法院 81 年度台上字第 3063 號民事判決⁵³，以及最高法院 83 年度台上字第 2501 號刑事判決⁵⁴，這兩個判決也是很多書上介紹著作權侵害的時候，都會提及的最早代表性判決。

2.3.1 鱷魚龍圖樣案－最高法院 81 年度台上字第 3063 號判決

最高法院 81 年度台上字第 3063 號民事判決，是最高法院早期率先承認關於判斷著作權侵害時，以「接觸」和「實質相似」要件判斷的案件。事實為原告受讓原著作人創作的「鱷魚龍」、「鱷魚龍系列圖」及「鱷魚龍系列圖(2)」圖形著作權，並且已經向內政部註冊登記取得著作權執照。被告未經同意大量重製原告享有圖形著作權之鱷魚龍玩具銷售，裡面提到認定抄襲的要件有二，即(一)接觸，(二)實質相似。如果原告主張他人的著作是抄襲其著作，就應該舉證證明他人曾經接觸被抄襲的著作，並且兩個著作構成實質相似。

在本案裡面，最高法院在判斷著作權侵害的時候，以「抄襲」作為被告是否侵害原告著作權為判斷。雖然本案最後以被告的圖形著作被法院認定是被告的獨立創作，所以並未侵害原告的著作權。在案件裡面進步的地方是判決裡面引用了最高法院之前皆未適用的美國對於著作權侵害之判斷方法，已然是著作權侵害判斷的一大進步。我國在著作權法裡面並沒有規定如何判斷著作權侵害，只有在著作權法第 84 條以下簡單地規定，當侵害著作權的時候有怎麼樣的請求；從本案就可以看出，實務上把著作權侵害的要件明白地講出來，雖然用抄襲來判斷，與美國學者的見解可能有些微的不一樣。但是本案的重要性在於，本案判決出來之後，法官在判斷著作權侵害的時候，可以參考美國所提出的判斷方法，而不是一味地用民法侵權行為之規定去判斷著作權侵害，如此一來，我國判斷著作權侵害時便可以符合國際上對於判斷著作權侵害的趨勢。

2.3.2 茶類包裝案－最高法院 83 年度台上字第 2501 號判決

另一個刑事判決是最高法院 83 年度台上字第 2501 號判決，本案事實為上訴人(被告)是一家茶類包裝行，重製被上訴人(原告)久福公司享有著作權的攝影著作，共計有「陸羽品茗圖」、「品茗論經圖」、「花瓶茶組圖」。法院認為有無抄襲的標準，除了必須有實質之相似外，被告還必須曾經接觸被抄襲的著作，從而著作之完成日期及其對外公開與否，自為判斷有無抄襲之重要參考資料。本案最終因為下級法院對於著作完成日

⁵³ 最高法院民事裁判書彙編，第 10 期，頁 189-192，1993 年 4 月。

⁵⁴ 最高法院刑事裁判書彙編，第 16 期，頁 852-855，1994 年 9 月。

期、證人調查未盡詳細，所以遭到最高法院發回更審。本案判決裡面也是用「抄襲」判斷著作權侵害，把美國對於判斷著作權侵害的要件明確引用到判決裡面，是在上述最高法院 81 年度台上字第 3063 號民事判決之後的一大突破。之後我國的法院判決漸漸地趨向以美國認定著作權侵害方法為判斷，雖然判斷上步驟和要件有一些不一樣，但仍然以「接觸」和「實質相似」為判斷的基準。本文後面的章節將會討論美國與我國判決裡面的不同，以及介紹我國可以參考美國的方向。

2.4 小結

從上面如此繁複的敘述，便可知於判斷著作權侵害時，美國學說和我國的學說、判決有何異同之處。從美國的學說來講，判斷著作權侵害時較為詳細，而且有階段性與一定的判斷步驟。我國學說有引用美國實務之判斷模式，而判決方面，在判斷著作權侵害上，有較為一致的見解，幾乎都從「接觸」和「實質相似」為判斷。

美國學者 Schechter 與 Thomas 教授所提出的判斷方式，首先先判斷事實部分分為接觸與近似性；再判斷法律部分，先判斷被告抄襲的部分是受保護的表達，再判斷兩個著作之間是不是實質相似。至於 Nimmer 教授在判斷事實的部分與前述學者相同，法律部分直接判斷兩個著作是否實質相似。我國實務上對於著作權侵害的判斷方法可能較為簡便，不像美國區分得如此詳細。美國學說所提出來的判斷方法或許可以適用在我國的判決上面，使法官在判斷著作權侵害的時候，有一個比較詳細的脈絡可以遵循。

三、美國學說之批評與重要判決

以下的內容會針對我國比較少見理論，也就是在判斷著作侵害時比較少被討論的理論，和其盲點做各點分析與整理。下面內容將從一開始判斷完原告是否有有效的著作權之後，對於「事實上近似性」的應用，接下來介紹比較特別的理論，「明顯近似」；第三部分則介紹在判斷實質相似時，法院常運用的「一般觀眾測試法」；接著第四部分討論整體觀念及感覺測試法的應用；之後再討論我國的實務界裡面非常少提到的「模式測試法」；最後再介紹同樣也是非常少提到的「反覆測試法」。

由以下的內容可以判斷美國的學者對於各個理論支持與反對的意見，並且藉由這些意見，可以提供我國的實務界有一個參考的看法。進入各個議題探討之前，因第二章節介紹美國對於著作權侵害判斷模式兩派主要之見解，於下列議題討論前，作者將以圖形表示出為見解中何處之判斷階段。並且，因為前三項理論於所有之著作中幾乎可以適用，因而將之稱為一般判斷模式；後三項理論因適用範圍較為狹窄，且有著作類型之限制，因而稱為特殊判斷模式。

3.1 著作權侵害之一般判斷模式

3.1.1 事實上近似性

3.1.1.1 學說對於事實上近似性之檢討



圖 3 Schechter & Thomas 教授見解中判斷事實上近似部分

於 Schechter 與 Thomas 教授之見解，事實上的近似性係證明重製行為時，其中以接觸與近似性為判斷，而近似性則為本節之事實上的近似性。



圖 4 Nimmer 教授見解中判斷事實上近似性部分

於 Nimmer 教授之見解，本節討論事實上的近似性，係於事實部分判斷接觸與近似性時，對於近似性之探討。

3.1.1.1.1 事實上近似性概述

事實上的近似性 (probative similarity)，最先提出這個名詞的是 Alan Latman 教授，因為法院時常會把實質相似 (substantial similarity) 和事實上的近似 (probative similarity) 做混用，通常會讓當事人產生混淆，以致對於向法院證明何種要件無所適從。

以下將 “copying” 翻譯為重製，係因本節對於著作權侵害判斷之基礎理論，乃採取 Schechter & Thomas 教授所提出之理論。Latman 教授所提出的事實上近似性已經被許多法院所接受，例如主要在第二巡迴上訴法院在多數案件裡面即表示，原告首先必須證明重製，而原告證明被告構成重製之後，原告接下來須證明被告的重製行為在原告著作中受保護的部分有實質相似，以證明達到不當取用的地步。亦即原告一開始必須先討論重製的問題，之後才能討論不當取用。⁵⁵

在論述事實上近似性的時候，只有少數法院會正確地敘述這部分的近似性，且會把事實上的近似與「實質」相似混淆在一起。到底如何才是適當的判斷標準？通常在證明抄襲的時候，直接證據是非常稀少的，許多案件都是透過間接證據證明（也就是情境證據）。⁵⁶ Latman 教授在形容抄襲和不當取用裡面，對於實質相似的混用時，曾經說過一句富有哲學的話：「當玫瑰就是玫瑰，他即使不叫玫瑰，他還是玫瑰；實質相似並不是總是叫做實質相似。」 (While rose is a rose is a rose is a rose, substantial similarity is not always substantial similarity.)⁵⁷

Latman 教授提出法院在判斷實質相似的時候，有的法院會在第一階段判斷重製時，以著作之間是否有實質相似來判斷抄襲，但是法院的意思其實是要判斷事實上的近似性，只是用語混用了；並且在第二階段判斷不當取用的時候，也是用實質相似這個名詞，來

⁵⁵ Aaron M. Broaddus, *Eliminating the Confusion: A Restatement of the Test for Copyright Infringement*, 5 DEPAUL-LCA J. ART & ENT. L. 43, 49 (1995).

⁵⁶ Alan Latman, “Probative Similarity” as Proof of Copying: Toward Dispelling Some Myths in Copyright Infringement, 90 COLUM. L. REV. 1187, 1188 (1990).

⁵⁷ Alan J. Hartnick, *Probative Similarity: in Honor of Prof. Alan Latman*, 53 J. COPYRIGHT SOC'Y U.S.A. 699, 699 (2006).

判斷是不是有足以證明兩個著作之間實質相似的量或質。如果以事實上近似性來區分的話，就可以更精確地分析著作權侵害所發生的問題。⁵⁸

在判斷兩個著作事實上的近似性時，尚未決定原告受保護的著作裡面，是不是被被告拿取了實質的量或質，在這部分判斷近似性時，是決定這個近似性是不是可以作為證據來證明「重製」，才是這部分證明事實上近似性的目的。通常在判斷重製時，都會用間接證據來判斷，也就是證明被告是否有機會接觸到原告的著作，以及兩個著作之間是否有事實上的近似性，原告可以證明被告在所有的情境證據底下，是沒有獨立創作的可能。這邊的近似性有可能是實質的；也可能不是實質的。事實上的近似性不是為了證明被告是否拿取了原告著作中實質的量或質；相反地，事實上的近似性只是為了提供被告事實上有重製的證據，為了清楚表示起見，就把這個詞稱為「事實上的近似性」。

而且第二巡迴上訴法院也曾經表示，事實上的近似性應被用於一開始證明重製的時候，所討論之接觸和近似性的要件。在原告證明重製之後，才需要證明著作之間是否有「實質相似」，造成不當取用。⁵⁹總而言之，判斷實質相似的正確時點，是原告在證明第二階段的不當取用時，才可以判斷實質相似，絕不可與第一階段的事實上近似混淆而產生誤解。

Latman 教授在其論文中，為了強調事實上的近似性，並增進其功能，避免雙重用語的混淆，在其文章中建議以事實上的近似性來取代判斷抄襲時，誤用實質相似的用語。由 *Arnstein v. Porter*⁶⁰ 案可得知，原告如何才能正確地證明著作權侵害。本案最關鍵的貢獻就是提出了兩個步驟來判斷著作權侵害。也就是上述所說的「重製」和 Frank 法官所說的「不當取用」。實質相似的用語只會出現在判斷不當取用的時候，亦即被告是否取用了原告受保護的元素，且被告的著作與這些元素有「實質相似」。在本案中，原告要證明著作權侵害，必須證明：

- (1) 重製—被告重製原告有著作權之著作；
- (2) 不當取用—假設原告已經證明重製，這個重製的行為是否構成不當取用。

這邊證明著作權侵害的步驟和要件，與前述第二章所敘述 Roger E. Schechter 和 John R. Thomas 教授提出的理論是一樣的。事實上的近似性是在第一個證明重製的部分上面判斷，證明重製者，必須被告自己承認重製的行為；或者以情境證據證明重製，也就是以接觸和事實上近似的證據證明之。如果判斷之後並無接觸及任何的近似性者，當然就不能證明重製；相反地，如果有接觸和近似性的存在，事實認定者（通常是陪審團）就要判斷這些近似性是不是足以構成所謂的「重製」。事實認定者如何判斷呢？在這邊「剖析」和「專家證人」就非常重要了，藉由兩者的幫助，使事實認定者可以判斷證據是否足以構成重製。於原告不能夠提出接觸證據的情況下，如此一來，近似性的程度如果可以達到非常的明顯，足以排除被告即使獨立創作，也不可能達到與原告相同的結果（就是明顯近似），這樣的程度才足以證明重製。等到構成了重製，接下來才是討論不當取用的問題，這個階段原則上以一般觀眾測試法來判斷，此時通常不需要「剖析」和「專

⁵⁸ *Id.* at 702.

⁵⁹ *Id.* at 702-03.

⁶⁰ *Arnstein v. Porter*, 154 F.2d 464, 467 (2d Cir. 1946).

家證人」。⁶¹

3.1.1.1.2 Arnstein v. Porter 案原則

在判斷事實上的近似性時，大多數的法院都是遵循 Arnstein 案中的原則，在比較時必須用著作的全部進行比較。此階段的比較，包括了受著作權保護的內容，與不受著作權保護的內容。如果全部比較後，認為的確有事實上的近似性以致有重製的程度，接下來事實認定者才會思考著作之間是否有不當取用的情形。以下為著作權侵害的舉證責任流程：

- (1) 著作權—原告必須證明擁有著作權，在這部分，著作權登記證書將被提供為表面證據，證明原告有著作權。
- (2) 舉證責任倒置—一旦原告證明著作權之後，舉證責任就轉移到被告身上，由被告證明原告無著作權，或者著作權登記證書是有缺陷的。
- (3) 接觸—如果原告成功證明其有著作權，接下來，原告必須證明被告接觸原告受到著作權保護的著作。在這個地方，原告在證明接觸的時候，不用實際證明被告確實有接觸的動作，原告可以透過合理的可能性去證明接觸。比較特別的是，如果是在明顯近似的情況之下，原告是不是必須另外證明接觸，後面會有相關論述。
- (4) 事實上近似性—如果原告成功證明其擁有著作權、被告有接觸後，再把兩造的著作進行比較，以確定原告和被告的著作是否有事實上近似性，且其程度已足以構成重製。這部分的判斷，分析、剖析、專家證人都是允許使用的。這邊的判斷是包括原告著作中受著作權保護與不受著作權保護的元素，如果被告的著作和原告的著作沒有事實上近似性的話，就不會有著作權侵害發生。
- (5) 不當取用—如果原告成功地證明著作權、接觸、事實上近似性，接下來才會討論不當取用的問題。這個地方，我們首先必須確定哪一些是原告著作中受保護的部分。這邊可以用抽象測試法，再結合其他的測試法，以獲取原告著作中受著作權保護的表達核心。一旦確定這個受著作權保護的表達之後，再確定原告和被告的著作之間是否實質相似，進而討論是否有著作權侵害發生。⁶²

Latman 教授從 Arnstein v. Porter 案提出了下列的建議：

- (1) 混淆的問題
「重製」和「不當取用」中所判斷的內容是不可以混淆的。
- (2) 直接證據
重製可以經由直接證據來證明（例如被告承認抄襲）。
- (3) 間接證據
重製也可以經由間接證據證明，此間接證據或情境證據足以證明兩造著作之間的近似性，且近似性達到重製的程度。這邊通常會伴隨著「接觸」的證明，現在的近似性判斷還沒有達到「實質」的地步。

⁶¹ Latman, *supra* note 56, at 1191-92.

⁶² Broaddus, *supra* note 55, at 68-69.

(4) 明顯近似

如果原告沒有接觸的證據時，可以藉由近似性來證明抄襲，但是這個近似性必須非常明顯至可以排除被告獨立創作之可能。

(5) 專家證人

正常來講，在判斷重製的爭點時，可以適用專家的剖析；而判斷不當取用的時候，則是適用一般觀眾測試法。

(6) 明顯近似的直接推論

儘管有上述重製和不當取用的兩階段判斷，在一些案件裡面，如果原告和被告的著作近似性非常廣泛，並且已達明顯近似程度者，即可推論被告同時有重製和不當取用。⁶³

並非所有的重製都可以構成著作權侵害，必須討論事實上的重製（actual copying）和不當取用（unlawful appropriation）都是判斷著作權侵害的對象。在判斷重製的時候，要把重製的證明放在適當的位置，有一些法院直接判斷不當取用，也就是直接將原告的著作拿來和被告著作比較，用其內在的相似性證明抄襲，此處之抄襲已進入判斷實質相似之不法階段。這個錯誤的方法把事實上的近似性誤植在不當取用的階段，判斷相似性的量。因為現階段還在判斷重製，尚未進行至第二階段的不當取用。會發生上述的情形，是因為某些法院在第一階段判斷重製時，與第二階段判斷不當取用時，將實質相似的用語混用，才會導致判斷上面的混淆，所以 Latman 教授所提出，在判斷第一階段的重製要件時，要運用「事實上的近似性」比較恰當。⁶⁴

基於上述所言，證明重製的階段時，如果原告已經證明了接觸和事實上近似性者，即可推論被告有事實上的抄襲。接下來舉證責任就倒置到被告身上，由被告證明其著作是獨立創作或為其他的抗辯。⁶⁵原告一旦證明了有效的著作權，以及被告的接觸，法院才能把重點放在被告的著作與原告的著作是否有事實上近似性，該近似性是否已達到抄襲的程度。如果原告不能證明兩造著作之間有事實上的近似性，接下來也不必分析不當取用，因為沒有任何事實上的近似性，就不會產生任何的著作權侵害。但是如果事實上近似性存在的話，這時已經構成了抄襲，事實認定者就必須考慮被告所抄襲的部分是否為原告受保護的元素，以及抄襲的量或質是否已經達到不當取用的程度。⁶⁶

此處的整理於著作權侵害判斷時，要遵守的程序，並且如果用語統一的話，對於各級法院也是一大福音，法院不必花費時間、勞力、精神去分辨何時必須適用何種用語。也有助於我國的法院參考美國法院在判斷著作權侵害時，所考慮的判斷要件與內容，希望這邊提到的方法可以被我國法院所採納並應用。

3.1.1.2 Arnstein v. Porter

與事實上近似性比較有關的案件為 Arnstein v. Porter，就是上面所提到的案件，以

⁶³ Latman, *supra* note 56, at 1193.

⁶⁴ *Id.* at 1198.

⁶⁵ David Aronoff, *Exploding the "Inverse Ratio Rule"*, 55 J. COPYRIGHT SOC'Y U.S.A. 125, 141 (2008).

⁶⁶ Broaddus, *supra* note 55, at 78-79.

下為本案的介紹。

本案乃關於音樂著作，原告 Arnstein 控告被告 Porter 侵害其音樂著作之著作權。下列以圖表整理 Arnstein 所提出遭侵害之歌曲⁶⁷：

原告著作	被告著作
The Lord Is My Shepherd (已發行且已賣出 2,000 張) A Mother's Prayer (已發行且已賣出超過一百萬張)	Begin the Beguine
A Mother's Prayer (已發行且已賣出超過一百萬張)	My Heart Belongs to Daddy
La Priere (之後會發行)	I Love You
I Love You Madly (尚未發行但僅一次於公開電腦演奏過，其副本送至許多電台但未送至被告，且其中一副本於原告房間被竊)	Night and Day
Sadness Overwhelms My Soul (未發行且未公開演出，但副本已送至電影製作人以及發行人)	You'd Be So Nice To Come Home To
A Modern Messiah (尚未發行或公開演出，將近一百張副本已被送至電台及各樂團團長但未送至被告)	Don't Fence Me In

被告主張其未看到或聽到任何原告之著作，亦不知曉其作品被竊⁶⁸。

多數意見的 Frank 法官在判決裡面提到了八點，在這八點裡面，有關著作權侵害的判斷在幾點中出現，其餘的部分係闡述證人出庭的需求，與著作權侵害的判斷關係較少。其中第二點提到，在著作權侵害訴訟中，應用的標準不容許混淆是非常重要的，包括(a)被告重製原告受著作權保護的著作，以及(b)假設已經證明了重製，該重製行為是否足以構成不當取用。

重製的證據可能包括(a)被告承認重製的行為，或者是(b)以情境證據，通常是接觸的證據，使事實認定者可以合理地推論重製。當然，如果沒有近似性的話，任何接觸的證明都不足以證明重製。如果有證據證明接觸和近似性的存在，那麼事實認定者就要決定這個近似性是否足以證明重製。在這個問題上面，分析(剖析)是相關的，且專家證人也可以幫助事實認定者判斷重製。如果接觸的證據不存在，那麼近似性就必須非常明顯，達到足以排除原告和被告獨立創作會有相同的結果。如果成立重製的話，才會討論第二個問題，也就是不當取用。在這個問題上面，測試的是一般觀眾的反應。因此，

⁶⁷ Arnstein v. Porter, 154 F.2d 464, 467-69 (2d Cir. 1946).

⁶⁸ *Id.* at 467.

在這個問題上，「剖析」和專家證人是無關的。⁶⁹

Frank 法官在第四點裡面也講到了為何不當取用要由一般觀眾來判斷，這個問題上面不是從音樂在紙上標準的分析，或者是訓練有素的音樂家來判斷。原告法律上所保護的利益不是他身為音樂家的聲譽，而是從他的音樂裡面，一般大眾對他努力成果的讚賞、與潛在經濟利益。因此，也就是被告是否拿取了原告取悅一般大眾聽覺的東西，拿取了一般觀眾對於系爭音樂喜愛之處，被被告不當地拿取。最後，原告因為無法在一些著作上面取得著作權的保護，所以法院部分修正下級法院的判決，其餘的部分撤銷發回。

在本案結束之後，雖然本案沒有明顯地提到判斷重製時，必須使用事實上近似性來（probative similarity）判斷。但是在 Latman 教授把這個名詞提出來之後，現在在第二巡迴上訴法院、第一巡迴上訴法院、第五巡迴上訴法院等於案件中都明確地把事實上近似性（probative similarity）寫明在判決中，例如，第二巡迴上訴法院中 Muller v. Anderson⁷⁰ 案、Jorgensen v. Epic/Sony Records⁷¹ 案；第一巡迴上訴法院的 Coquico, Inc. v. Rodriguez-Miranda⁷² 案；第五巡迴上訴法院的 Armour v. Knowles⁷³ 案等，由此可見，Latman 教授在 Arnstein v. Porter 案之後提出的理論影響深遠。

本案例中關於著作權侵害判斷較接近於 Schechter 及 Thomas 教授所提出之判斷標準，兩者於判斷重製部分皆以接觸與近似性判斷是否為重製，不同處在於 Schechter 及 Thomas 教授所提出不當取用部分認為須先判斷取用部分為表達而非觀念、以及兩著作間是否為實質相似，此部分於本案例中主審法官認為判斷不當取用須以一般觀眾測試法來判斷是否實質相似，並未如 Schechter 及 Thomas 教授如此詳細地區分要件，故而本案例中所提出之標準如適用於實務上，可能較無一定標準可供適用，惟 Schechter 及 Thomas 教授所提出之見解與本案例較為接近，可作為其學說之論證，本案例之缺點亦可由 Schechter 及 Thomas 教授所提出之理論修改之。

⁶⁹ *Id.* at 468.

⁷⁰ Muller v. Anderson, 501 Fed. Appx. 81 (2d Cir. 2012).

⁷¹ Jorgensen v. Epic/Sony Records, 351 F.3d 46, 56 (2d Cir. 2003).

⁷² Coquico, Inc. v. Rodriguez-Miranda, 562 F.3d 62, 67 (1st Cir. 2009).

⁷³ Armour v. Knowles, 512 F.3d 147, 152 (5th Cir. 2007).

3.1.2 明顯近似⁷⁴

3.1.2.1 學說對於明顯近似之檢討

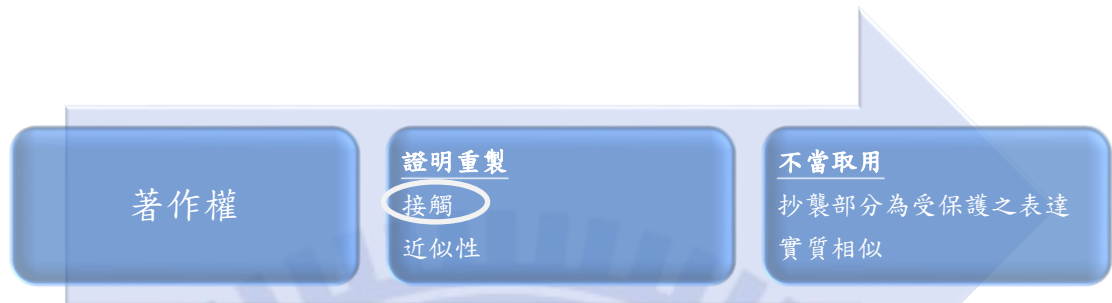


圖 5 Schechter & Thomas 教授見解中判斷明顯近似部分

Schechter & Thomas 教授認為於證明重製行為時，於接觸之判斷中，如原告可以證明明顯近似者，因其唯一合理解釋為被告絕對曾經看過原告之著作，而可以用以證明接觸。



圖 6 Nimmer 教授見解中判斷明顯近似部分

Nimmer 教授認為如果原告不能用直接證據或間接證據證明接觸者，而原告與被告著作存在明顯近似，明顯近似已高到可以排除兩者著作近似程度是巧合的，且可以排除被告獨立創作，原告即可透過此種證明方法，來符合證明接觸之要件。

3.1.2.1.1 明顯近似概述

著作權人可以藉由證明被告侵害著作權法所保護的專屬權利而取得應有的賠償，為了證明著作權侵害，原告必須證明，被告非法抄襲其原創的元素。以 Nimmer 教授所提出之判斷流程而言，證明被告抄襲原告著作時，原告可以提供直接或情境證據證明抄襲。

⁷⁴ 此處對 striking similarity 的翻譯同前揭註 5。

⁷⁵原告要有正當權源提起訴訟，在訴訟一開始時，原告必須先證明其主張的著作有著作權，著作的所有權可以用著作權登記證書來證明，這是原告提起著作權侵害訴訟的前提要件。一旦證明了著作權之後，就如上述所講的，原告可以透過直接證據或情境證據證明抄襲。⁷⁶因為原告幾乎沒有機會在被告為抄襲行為的同時逮到被告，所以在著作權侵害訴訟中，抄襲的階段一般都用情境證據證明。原告可以用情境證據，也就是透過被告接觸受著作權保護的著作；以及在原告的著作和被告的著作之間有實質相似來證明著作權侵害。⁷⁷這邊對於著作權侵害的判斷，未如本章第一小節如此詳盡。但本章的重點在於討論明顯近似，著作權侵害的判斷步驟有多種見解，在此不贅述。而在明顯近似的討論重點在於，兩個著作相似的程度如果從「實質」提升到「明顯」的話，如此一來，是不是代表就可以直接推論接觸？⁷⁸

3.1.2.1.2 各巡迴上訴法院對於明顯近似之看法

這邊對於著作權侵害的判斷，基本上是偏向採取 Nimmer 教授所提出的理論，也就是用較為簡略的方式判斷著作權侵害。各個法院對於明顯近似的看法是有分歧的，下列將把分歧之處與法院的意見描述之⁷⁹：

(1) 第二巡迴上訴法院

在 *Arnstein v. Porter*⁸⁰ 的案中，原告和被告的著作之間，如果是有明顯近似的話，可以用來推論重製和證明不當取用。法院並沒有明言放棄接觸的要求，而是必須依照情境證據，去證明接觸的因素。另外在 *Lipton v. Nature Co.*⁸¹ 的案件中，第二巡迴上訴法院也同樣認為，如果兩部著作有明顯近似，其近似的程度足以排除獨立創作的可能性的話，在證明重製的時候，可以不用直接證明接觸，第五巡迴上訴法院也支持此意見（此處見解較接近 *Schechter & Thomas* 教授之判斷流程，故以重製稱之）。

(2) 第四巡迴上訴法院

在 *Bouchat v. Baltimore Ravens, Inc.*⁸² 案，法院判決原告勝訴。並且認為在探討是否有明顯近似的時候，並沒有完全放棄接觸的要求。法院認為，如果仔細閱讀第五巡迴上訴法院在 *Ferguson v. NBC*⁸³ 案的見解，可以知道法院並沒有清楚說明原告確實不需要接觸的證明。

同時法院也在 *Bouchat* 案中承認，對照第二巡迴上訴法院在 *Gaste v. Kaiserman*⁸⁴

⁷⁵ Sean Robert Higgins, *Proving Copyright Infringement: Will Striking Similarity Make Your Case?*, 8 SUFFOLK J. TRIAL & APP. ADVOC. 157, 160 (2003).

⁷⁶ Timothy L. Warnock, "Access" and "Striking Similarity" in *Copyright Infringement Litigation*, 3 NO. 2 LANDSLIDE 18, 18 (2010).

⁷⁷ Higgins, *supra* note 75, at 160.

⁷⁸ Warnock, *supra* note 76, at 18.

⁷⁹ *Id.* at 19-20.

⁸⁰ *Arnstein v. Porter*, 154 F.2d 464, 468-69 (2d Cir. 1946).

⁸¹ *Lipton v. Nature Co.*, 71 F.3d 464, 471 (2d Cir. 1995).

⁸² *Bouchat v. Baltimore Ravens, Inc.*, 241 F.3d 350, 356 (4th Cir. 2000).

⁸³ *Ferguson v. National Broadcasting Company, Inc.*, 584 F.2d 111, 113 (5th Cir. 1978).

⁸⁴ *Gaste v. Kaiserman*, 863 F.2d 1061, 1068 (2d Cir. 1988).

案的見解，法院認為原告證明抄襲的部分，是用兩個著作之間的明顯近似所推論出來的。也就是說，兩造的系爭著作是如此明顯的近似，得以得出該結論，亦即可以肯定被告抄襲的高度可能性和否定被告獨立創作的合理可能性。

(3) 第六巡迴上訴法院

在 *Murray Hill Publications, Inc. v. Twentieth Century Fox Film Corp.*⁸⁵ 案中，劇本的著作權登記證書持有人控告製片人侵害其著作權。原告雖然不能證明接觸，但還是因為明顯近似，而成功地證明著作權侵害。但是這邊的條件是，只有在原告能夠證明比「實質」程度還要更高的「明顯近似」的時候才會成功。另外法院也指出，明顯近似的舉證責任是指，兩造系爭著作的相似程度已經足以使人相信受著作權保護的著作已經被侵害，且這種侵害的程度已經可以認為被告一定曾經接觸過原告的著作。即使原告不能夠提供其他的證據來證明接觸事實，但是原告可以用上述的明顯程度證明兩造著作之間的相似性。本案中，法院解釋如以明顯近似證明接觸者，必須達到上述的程度，法院認為可以用一個事實（例如明顯近似的事實）來推論其他事實（例如接觸）。

(4) 第九巡迴上訴法院

第九巡迴上訴法院在 *Baxter v. MCA, Inc.*⁸⁶ 案中，原告為作曲家，向被告提起著作權侵害訴訟。法院認為雖然原告沒有任何接觸的證據，但是著作之間的明顯近似就可以推論被告抄襲的行為。

(5) 第十巡迴上訴法院

第十巡迴上訴法院在 *La Resolana Architects, PA v. Reno, Inc.*⁸⁷ 案中，原告是一位建築師，向房地產開發商提起著作權侵害訴訟。原告主張被告侵害其著作藍圖，法院認為如果原告無法證明接觸的話，可以藉由證明原告的著作和被告的著作之間有明顯近似來證明抄襲。

(6) 第十一巡迴上訴法院

第十一巡迴上訴法院在 *Calhoun v. Lillenas Publishing*⁸⁸ 案中，本案是關於教堂聖歌的著作權侵害訴訟。法院認為儘管原告不能證明接觸的證據，但是原告可以透過證明其著作和被告著作之間有明顯近似來證明抄襲。

上述的描述可以得知，雖然法院已經採取了明顯近似的理論，某些法院不要求原告證明接觸。於要求原告仍然須證明接觸的法院裡面，原告是否需要證明「接觸」的衡量，已經成為訴訟中分析的轉折點。法院之間到現在為止還是有分歧，畢竟這種明顯近似的理論中，其近似的程度必須如此的「明顯」，這種程度僅僅比逐字相似和一模一樣的程度低一點而已。也就是如果把兩造的著作一起判斷的話，幾乎不可能認為他們是各自獨立創作的。

在這種分歧的意見裡面，值得注意的是，著作權主要法院之第二巡迴上訴法院並沒有言明完全放棄接觸的要求，原告還是必須提出證據證明被告曾經接觸過原告的著作。

⁸⁵ *Murray Hill Publications, Inc. v. Twentieth Century Fox Film Corp.*, 361 F.3d 312, 317 (6th Cir. 2004).

⁸⁶ *Baxter v. MCA, Inc.*, 812 F.2d 421,423 (9th Cir. 1987).

⁸⁷ *La Resolana Architects, PA v. Reno, Inc.*, 555 F.3d 1171, 1179 (10th Cir. 2009).

⁸⁸ *Calhoun v. Lillenas Publishing*, 298 F.3d 1228 (11th Cir. 2002).

相反地，有一些巡迴上訴法院，則是運用一個更有彈性的規則，原本接觸是原告證明被告曾經看過原告的著作，或是被告有機會看過原告的著作，在這些法院的意見裡面，允許以「明顯近似」來讓事實認定者可以推論出接觸的因素，這樣彈性的適用方法，可以讓法院多了一個可以適用的規則。⁸⁹

在明顯近似的判斷裡面，最有名的就是 *Selle v. Gibb*⁹⁰案（下一節有案件介紹）與 *Bouchat v. Baltimore Ravens, Inc.*⁹¹案。在 *Selle v. Gibb* 案裡面，第七巡迴上訴法院提出明顯近似和接觸之間的問題。法院認為被告 Bee Gees 的著作“*How Deep Is Your Love*”，並沒有侵害原告的音樂著作“*Let It End*”。法院認為陪審團對於接觸的推論是不合理的，並且認為至少要有一些其他的證據可以建立接觸的合理可能性，使原告可以有理由主張著作權侵害。法院認為原告無法證明“*Let It End*”曾經被廣泛宣傳，足以證明接觸的合理機會或合理可能性，且原告也不能提出證據證明公司有任何人收到他的著作（也就是接觸的證據）。因此法院認為原告的證據不能證明明顯近似，且尚未達到足以支持接觸的推論。

Selle 案在明顯近似的探討裡面，主要是依據 *Ferguson v. National Broadcasting Company, Inc.*⁹²案，此案的原告是作曲家，向美國國家廣播公司提起訴訟，控告其侵害原告的著作權。第五巡迴上訴法院認為，證據沒有顯示出原告和被告的作曲是否有明顯近似以致可以排除獨立創作的事實。此案是根據 Nimmer 教授的論文中，對於著作權侵害訴訟在明顯近似的看法，並沒有要求必須獨立地證明接觸。Nimmer 教授的論文提到，法院可以基於近似的程度來推論接觸。然而，從文中的意思可以知道，Nimmer 教授雖然認為可以從兩造著作的近似程度來證明接觸，但是並沒有直接論述接觸的證明是不必要的。*Selle* 案的原告不能證明其歌曲與 Bee Gees 之間的近似性程度足以解釋為抄襲，而非巧合、獨立創作，或是從公共領域而來。*Selle* 案的結論不代表僅僅明顯近似的證明就足以證明接觸，也就是 *Selle* 案裡面沒有明確地表示原告如果有明顯近似的證明就不用證明接觸⁹³。

另外在 *Bouchat v. Baltimore Ravens, Inc.* 的案中，多數意見與不同意見對於明顯近似的理論有激烈的爭辯。本案是關於圖形著作的著作權侵害，原告 Bouchat 在提出接觸的證據時，以原告傳真到 Moag（與原告曾經見面的關係人）之辦公室，並且 Moag 和 Modell（Baltimore 球隊的所有人）是一起分享一間辦公室的，而且 Modell 和 NFL（設計 Baltimore 球隊標誌的團隊）曾經討論過設計的理念，以這樣的推理來證明接觸，Bouchat 認為他證明了各方之間的重疊關係，以及各方之間不斷的溝通管道。下級法院認為被告所設計之國家橄欖球隊的盾牌標誌侵害了原告的著作權，而第四巡迴上訴法院亦維持下級審之見解。第四巡迴上訴法院採納了明顯近似的理論，且從這個理論裡面可以推論被告曾經接觸原告的著作。法院引用了下級審法院的調查結果，認為被告是有查看原告著作的機會，且被告後續設計的材料皆與原告的著作是類似的。而且從全部的證據綜合起來，全部事實顯示出被告的確曾經接觸原告的著作。

⁸⁹ Higgins, *supra* note 75, at 164-65.

⁹⁰ *Selle v. Gibb*, 741 F.2d 896 (7th Cir. 1984).

⁹¹ *Bouchat v. Baltimore Ravens, Inc.*, 241 F.3d 350 (4th Cir. 2000).

⁹² *Ferguson v. National Broadcasting Company, Inc.*, 584 F.2d 111 (5th Cir. 1978).

⁹³ Warnock, *supra* note 76, at 18-19.

King 法官的不同意見書則認為，上面的多數意見完全沒有法律或事實依據，大抵上就是依賴一連串的假設，但 King 法官認為原告的證明程度必須在這些一連串的假設以上。原告並沒有主張其圖案已經傳真給 Modell 或者是 NFL 設計團隊，也沒有任何直接證據可以證明原告的主張，也就是系爭著作已經從 Moag 辦公室、再到 Modell 處、最後到 NFL，而使得 NFL 設計團隊可以抄襲原告著作。在判斷著作權侵害的時候，著作被抄襲得越多，就越容易證明兩造的著作之間有實質相似。然而，Bouchat 案判決免除了證明接觸的要求，且接受了較少使用的明顯近似理論去推論接觸。因此，被告雖然證明自己是獨立創作出來的，但是原告成功地證明兩造著作之間有明顯近似，原告所主張的著作權侵害訴訟依然可以成立。

不同意見書認為，由此可見，多數意見會危及法院在事實上的判斷，造成不理性的結果。決定 Modell 是否曾經接觸原告圖案的證據，此舉證責任被降低，甚至可以純粹以推論來證明。多數意見的見解也放棄了著作權的基本原則，也就是原告必須滿足被告曾經接觸原告著作的舉證責任。King 法官也認為多數意見不僅降低了接觸的標準，並且接受了明顯近似的理論並認為，這個理論允許原告不必證明接觸，且即使被告獨立創作的證據無論多麼有說服力，到最後都可以因為明顯近似而推翻被告的獨立創作。多數意見的決定，似乎是代表另一個人可以模仿 Bouchat 的模式，先抄襲一個公司的標誌，然後完全憑著圖案裡面特有的近似性，和自己的證詞，就可以對該公司提起著作權侵害訴訟。這種情況下，會使大型商業公司易成為被提起訴訟之對象，而且也很難攻防，因為原告只要證明兩造著作之間有明顯近似即可。同時也浪費法院的資源，造成許多因訴訟所產生的費用⁹⁴。

法院在著作權侵害訴訟中，必須保護原告的權利，同時也要確保保護的範圍不會無限擴大。並且也要考慮到公共政策，政府制定著作權保護的美意。著作權侵害訴訟中，原告必須證明被告抄襲原告受保護的著作，大多數的法院首先在原告證明抄襲的時候，會要求原告必須先證明接觸。而某些巡迴上訴法院接受明顯近似的理論，也接受原告必須能夠證明，其著作與被告的著作之間有明顯近似而可規避接觸的舉證責任。法院看似拋棄存在已久的證明接觸要求，這種完全放棄接觸的要求，會使原告無須證明被告有機會看到原告的著作。這將會產生一種可能性，也就是如果被告真的是獨立創作的話，就得不到著作權法所應該賦予的保障。因為即使原告沒有證明接觸的證據，原告將可以不必證明接觸，僅憑原告和被告的著作之間有明顯近似，認定被告為著作權的侵權人，這是一大風險。

法院會要求原告證明接觸，是為了確保著作權侵害訴訟中的公平性，同時也給予原告和被告公平的著作權保護。因此，法院應該採取較富彈性的規則，也就是可以繼續在著作權侵害訴訟中要求原告證明接觸，允許以明顯近似來推論接觸的可能，而不是完全放棄要求原告證明接觸。這個方法提供了法院目前最佳的方案，解決在著作權侵害訴訟中，是否需要證明接觸的困境⁹⁵。

⁹⁴ Douglas Raymond Arntsen, *Bouchat v. Baltimore Ravens: The Fourth Circuit Adopts the "Strikingly Similar" Doctrine to Infer Proof of Access*, 13 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. 653, 669-72 (2003).

⁹⁵ Higgins, *supra* note 75, at 165-66.

3.1.2.2 Selle v. Gibb

本案事實為原告是 Ronald Selle，主張 Bee Gees 樂團的三兄弟，Maurice、Robin、和 Gibb 的歌曲 “How Deep Is Your Love” 侵害其歌曲 “Let It End” 的著作權。Selle 在 1975 年秋季的某一天，創作 “Let It End”，並且在 1975 年 11 月 17 日獲得系爭歌曲的著作權登記證書。原告和他的小樂團在芝加哥地區演奏系爭歌曲兩、三次，並且把這首歌的錄音帶和曲目的歌譜寄送給 11 家唱片公司。其中有 8 家把這些資料寄回給 Selle，而另外的 3 家則是沒有回應，原告歌曲的傳播範圍有如上述，Selle 在 1978 年 5 月聽到 Bee Gees 的歌曲 “How Deep Is Your Love”，認為雖然歌曲的歌詞不一樣，但是這首歌曲是他所創作的。後來原告又去看了 “Saturday Night Fever” 的電影，又聽到了被告的音樂。之後他就對 Bee Gees 三兄弟、Paramount 電影公司（製作發行 “Saturday Night Fever” 電影）、以及發行 “How Deep Is Your Love” 音樂錄音帶的 Phonodisc 公司（現在是 Polygram 傳播公司）提起著作權侵害訴訟⁹⁶。

原告提出其於芝加哥地區演奏系爭歌曲，並且寄送錄音帶給 11 家唱片公司的證據；且提出了一個專家證人，這個專家證人主要比較每一首歌曲的音符，並且在此專家證人的指導之下，錄製了一個可以對比的錄音帶。被告則提出以下證據，Bee Gees 的經理 Dick Ashby 和兩位音樂人 Alby Galuten 和 Blue Weaver 對於 “How Deep Is Your Love” 的創作性；以及這首歌在創作的實際過程，其中記錄了這首歌的創作概念、樂譜、歌詞和曲調形成的過程。

原告的專家證人在其證言裡面表示，這兩首歌是如此明顯近似，不可能是各自獨立創作出來的。本案描述了是否在沒有接觸的證據底下，僅憑兩造著作之間的近似性，可否就足以推論接觸，甚至推論抄襲。法院首先闡述了成立著作權侵害時，原告必須證明四個因素：（1）原告有所主張著作的所有權；（2）著作的原創性；（3）被告抄襲原告的著作；（4）兩造的著作有實質程度的相似性。在本案中，於訴訟裡面因為前兩個因素已經具備，目前唯一的關鍵就是在抄襲的證明，而第四個因素與第三個因素是息息相關的。

在任何著作權侵害訴訟當中，抄襲的證明是非常重要的，原因在於即便兩造的著作再如何相似，如果被告沒有抄襲系爭著作行為的話，著作權侵害就不會成立。以直接證據而言，例如著作直接被送到被告手中（包括被告身份是音樂家或者是唱片公司）、或者是寄送至與被告有緊密關係的人，但是如此的證據是很難找到的；原告可以藉由情境證據來證明抄襲，而情境證據裡面，最重要的就是證明被告有接觸原告的著作，或者原告也可以藉由其著作在大眾之間已經廣泛傳播來證明接觸的可能性。

然而，即使原告沒有直接的證據可以證明接觸，也可以透過近似性推論出接觸，但是這個近似性必須明顯到足以排除獨立創作、巧合或使用共同來源的可能。如果原告提供明顯近似的證據，能夠用來推論被告有接觸原告著作，儘管還需要第四個實質相似的因素來證明被告抄襲，推論接觸的同時，也可以推論抄襲的行為。本案裡面，原告就是用明顯近似的理論來推論出接觸，進而成立抄襲。法院在這邊強調，原告理論的關鍵點

⁹⁶ Selle v. Gibb, 741 F.2d 896, 899 (7th Cir. 1984).

是，無論兩造的著作有多少的近似性，能更證明接觸的不是近似性本身，而是基於著作本質上的相似性來證明接觸，其中包括特殊的音樂著作體系和其他有關接觸的情境證據。也就是說，明顯近似只是證明接觸，屬於情境證據的其中一種，不能僅憑明顯近似獨立存在就推論接觸，必須和其他與接觸相關的情境證據同時使用。

本案最重要的問題就是，必須有其他的證據來證明被告著作權侵害的可能性。如果被告是獨立創作，或者是兩造的著作都是從公共領域的共同來源抄襲而來的話，就沒有著作權侵害問題。在只有明顯近似就能推論被告接觸的判決非常少數，通常情況是原告必須提供足夠的證據來證明被告有接觸的合理可能性，因為陪審團不可以僅憑單純的假設或猜測就推論出被告接觸原告的著作。審判這類案件的時候，最大的困難就是原告無法指出被告和原告的著作有直接的關聯。

原告在本案中，沒有任何證據可以證明被告或相關人員中任何一人，曾經參加過原告在芝加哥地區的演出。法院也認為原告歌曲的傳播度非常小，並且認為原告沒有提供任何可以證明接觸的證據，另外也認為原告對於接觸的推論只是單純的假設和猜測。法院在原告的專家證人部分認為，原告的專家證人儘管在古典樂裡面佔了舉足輕重的地位，但是不代表有資格分析流行音樂的曲調，這種觀點在某種程度上面來講是正確的，因為流行樂壇上面，所有的音樂都有小部分的相關性，容易重複同一個旋律或主題。而且原告的專家證人在其明顯近似公式裡面，只是排除了獨立創作的可能性，並沒有證明近似性是由於抄襲的行為所造成的。

總而言之，法院結論就是原告不能向陪審團提供可以合理推論 Bee Gees 接觸的證據，也不能滿足明顯近似的舉證責任，因而原告敗訴。從上面的判決就可以看到，在這個著名的案件裡面，法院認為，明顯近似只是情境證據的一種，不能完全單憑明顯近似來推論接觸，進而推論抄襲。原告至少必須要有其他的證據可以證明接觸，不能僅憑原告的單純假設或猜測就單以明顯近似推論接觸。

3.1.3 一般觀眾測試法

3.1.3.1 學說對於一般觀眾測試法之檢討



圖 7 Schechter & Thomas 教授見解中判斷一般觀眾測試法部分

Schechter & Thomas 教授認為判斷著作權侵害時，如已確定原告擁有著作權，且原告亦證明被告重製行為後，於不當取用的部分，判斷完被告抄襲的部分是受著作權的表達之後，於判斷實質相似時係以一般觀察者之角度觀之。

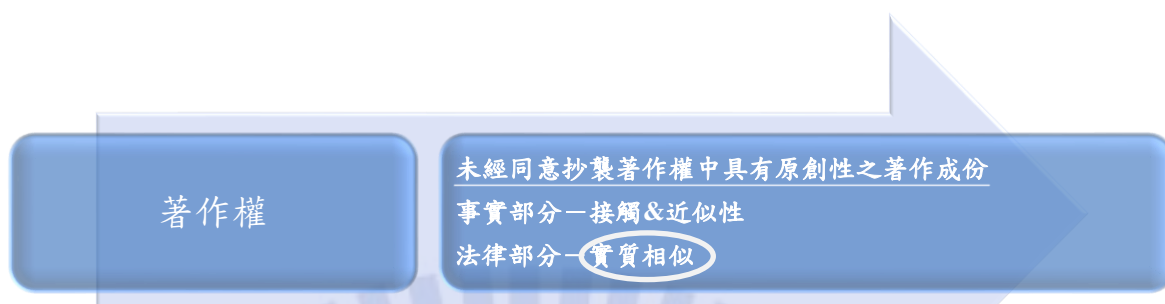


圖 8 Nimmer 教授見解中判斷一般觀眾測試法部分

Nimmer 教授則於其專書中，有提到第九巡迴上訴法院所採用之外在／內在測試法時，外在測試法係決定是否為一般觀念之近似；內在測試法則以一般合理之人的反應為標準，亦即一般觀眾之反應，避開專家證人之判斷，以一般觀眾之角度判斷原告及被告之著作是否實質相似。

3.1.3.1.1 一般觀眾測試法概述

原告要提起著作權侵害訴訟的時候，有效的著作權通常以著作權登記證書來當作表面證據；如以 Nimmer 教授之理論而言，另外還需要證明是否發生抄襲的行為，以及這個抄襲行為是否已經達到可以提起訴訟的程度，也就是是否有過多的抄襲行為。如果被告自己承認抄襲的話，這時候就必須討論不當取用的問題，為了證明是否有過多的抄襲，原告必須證明原告和被告的著作之間有實質相似。法院及當事人對於實質相似的判斷都感到相當困惑，實質相似是一個結論，不是一個公式或一個測試法。原告必須證明被告的著作和其著作之間有實質相似，足以構成被告侵害其著作權的結論。現在法院之間於判斷實質相似的時候，最主要有兩個測試法，許多法院都遵循之，第一個是第二巡迴上訴法院適用的「一般觀眾測試法」（以 Schechter & Thomas 教授提出之見解為主）；第二個是第九巡迴上訴法院的兩個步驟，「外在／內在測試法」（以 Nimmer 教授提出之見解為主）。⁹⁷

著作權法背後的政策是希望藉由法律保護著作來鼓勵新的作者創作；但是法院又不想要作者壟斷其創作的觀念，不想要阻止其他作者來使用這個觀念。而法院就必須在著作權侵害案件中，處理這兩個公共政策的衝突。法院又要鼓勵作者從他們創造的著作中，有機會可以得到應得的利益；一方面又要允許未來的其他作者可以從這些觀念中創造出新的著作。Learned Hand 法官曾經說過，如果作者可以阻止他人使用其著作中的觀念，

⁹⁷ Nicole K. Roodhuyzen, *Do We Even Need a Test? A Reevaluation of Assessing Substantial Similarity in a Copyright Infringement Case*, 15 J.L. & POL'Y 1375, 1385-86 (2007).

其智慧財產將不會被延續下去。法院必須找出觀念和表達之間真正構成著作權侵害的實質相似，法院很難尋找這個界限，因為在分辨觀念和表達的時候，法院擔心之後的作者會因為害怕侵害到之前作者的著作而不為創作。最近的測試法裡面，沒有很準確的指標可以辨別何者受保護、何者不受保護。⁹⁸所有的測試法都有根據，但是也有錯誤，在理論上或許這些測試法是可行的；但是法院在實務上使用不一致，這個不一致導致在判斷受保護和不受保護的元素中，法院和當事人之間無法劃一條清楚的界線，形成混淆以及不可預測性。這些測試法並沒有一個清楚的架構，也無法有明白且快速的規則可供法院和當事人遵守。以下就現有的測試法，試圖在裡面找出可以應用的部分，主要以第二巡迴上訴法院及第九巡迴上訴法院為主討論。

法院創造了許多具有衝突且容易混淆的測試法，上面所說的兩個主要的測試法，也就是第二巡迴上訴法院的一般觀眾測試法，意義是一般觀眾是否覺得被告的著作已經取用了原告受著作權保護的著作。第九巡迴上訴法院的外在／內在測試法，意義是在外在測試法中，是以客觀判斷特定表達的不同；內在測試法中，是以主觀來判斷，重點放在兩個著作的整體觀念及感覺上面。其他的巡迴上訴法院，例如第十巡迴上訴法院就用抽象／過濾／比較測試法。⁹⁹但最主要的還是上述的第二巡迴上訴法院與第九巡迴上訴法院所適用的測試法為主。在決定適用何種測試法時，各個巡迴上訴法院使用起來通常很複雜，而且很模糊。法院在使用的時候，通常不正確且不一致，導致著作權侵害案件通常是不可預測，而且都是個案認定。基於上述的理由，最高法院有一個統一的見解是非常重要的。

證明著作權侵害其中的相似性，絕對不是單單一個測試法就可以解決所有的問題，尤其是著作權所保護的是如此多樣的表達。法院與其找出單一的測試法，不如找出一個標準可以達到著作權法的目的，又可以提供著作權人救濟的管道。法院在實質相似裡面，適用不同的測試法，就如上面所提到的，主要是第二巡迴上訴法院和第九巡迴上訴法院的分歧，以下就這個分歧的部分作介紹。

3.1.3.1.2 第二巡迴上訴法院—一般觀眾測試法

第一個要介紹的是第二巡迴上訴法院所適用的一般觀眾測試法，第二巡迴上訴法院自從在 *Arnstein v. Porter* 案裡面，就是 3.1.2 節所提到的案件，這個案件的測試法中，以重製和不當取用來判斷是否有著作權侵害。第一個部分的重製以接觸和事實上的近似性來判斷，在這個部分，專家證人和分析是被承認可以使用的；第二部分法院適用了一般觀眾的主觀反應，這個部分是以被告是否拿取了取悅一般聽眾的著作，對聽眾而言，被告不當取用了屬於原告的東西，並且這個部分裡面專家證人、和分析是不適宜作為判斷的基礎的，因為主要是對觀眾的影響。事實認定者要從內心深處的反應來決定是否有不當取用的情形發生，著作權侵害的關鍵在於一般觀眾是否會認為被告重製太多原告的元素，而不是用一些客觀的經濟或數量上的標準或準則來判斷。¹⁰⁰並且法官在本案的理由

⁹⁸ *Id.* at 1378-82.

⁹⁹ *Id.* at 1386.

¹⁰⁰ Amy B. Cohen, *Masking Copyright Decisionmaking: The Meaninglessness of Substantial Similarity*, 20 U.C.

提到，保護原告的利益並不是作為音樂家的名聲，而是一般觀眾們對於原告音樂的回應，和所衍生出來潛在的經濟價值。

Arnstein 案的測試法中兩個部分判斷的區別，如果事實認定者是同一個人的話，就可能產生每個階段有雙重評價，也就是說事實認定者在第一階段已經看過專家證人的證言，他或她應該在第二階段判斷的時候，要「忽略」或「忘記」專家證人的證言。尤其是在比較複雜的案件裡面，這個「忽略」或「忘記」真的可以發揮效用嗎？所以 Arnstein 案的限制可能比較趨於理論，在實務上面能夠發揮的效用是有限的。其他的巡迴上訴法院在實質相似的分析上面，是否應該適用專家證人有各有不同的觀點，專家證人在實質相似的判斷上面，要使用或者是禁止是非常混淆的議題。

有比較多的批評是，一般觀眾測試法創造一個太自然，而且太單純的標準，以致於在決定觀念和表達之間的區別時，如果這個區別太過於細微的話，一般觀眾就分不出其差別。而且在電腦程式，或者是音樂著作的案件裡面，一般觀眾測試法沒辦法實行，並且對於法院和當事人會造成混淆和困惑，因而就有特定觀眾的論點被提出，也就是在判斷實質相似的時候，不用一般觀眾而以著作的特定觀眾為主。這邊也引發了一些問題，也就是法院在判斷著作權侵害的時候，不曉得到底是要用一般觀眾的角度去判斷；或者是由特定觀眾的角度去判斷，造成適用上面的混淆與困惑。¹⁰¹

遵循第二巡迴上訴法院以一般觀眾測試法來判斷的巡迴上訴法院，有第一巡迴上訴法院、第三巡迴上訴法院、第五巡迴上訴法院、以及第七巡迴上訴法院。第一巡迴上訴法院在 *Segrets, Inc. v. Gillman Knitwear Co., Inc.*¹⁰² 案中，一個服裝製造商成功地控告其競爭對手，主張被告侵害原告在女性毛衣上面的設計。法院認為要用被告的著作是否和原告的著作相似到可以讓一般觀眾都認為，被告取用原告實質的元素和價值，已經達到被告不當取用了原告受保護的表達來判斷。第三巡迴上訴法院在 *Dam Things from Denmark, a/k/a Troll Company ApS, v. Russ Berrie & Company, Inc.*¹⁰³ 案中，原告擁有唱歌娃娃的著作權，雖然法院最後是因為被告承認著作權侵害而不須分析被告是否有侵權，但是法院認為為了證明不當取用時，事實認定者須以一般觀眾測試法來判斷兩個著作之間是否有實質相似。第三巡迴上訴法院在判斷電腦程式的案件裡面，適用一個特別的測試法，這個測試法是在判斷實質相似的時候，允許判斷的同時可以將一般觀眾的分析，和專家證人的證言考慮進去，但是這個測試法並沒有被其他相關的案子所適用。並且法院認為一般觀眾測試法比較適合用在小說、戲劇、和圖畫等著作，至於電腦程式，因為有其專業度和複雜性，所以法院認為如果在判斷實質相似的時候適用專家證人的證詞，可以提供給一般觀眾參考。第三巡迴上訴法院在判斷實質相似的時候，不同於其他的法院，對不同類型的著作適用不同的方法，例如在電腦程式的案件裡面，如果法院適用一般觀眾測試法的話，可能會造成判斷上面的困難性。

第五巡迴上訴法院在 *General Universal Systems, Inc. v. Lee*¹⁰⁴ 案中，原告主張被告侵

DAVIS L. REV. 719, 731-32 (1987).

¹⁰¹ Roodhuyzen, *supra* note 97, at 1387-91.

¹⁰² *Segrets, Inc. v. Gillman Knitwear Co., Inc.*, 207 F.3d 56, 62 (1st Cir. 2000).

¹⁰³ *Dam Things from Denmark, a/k/a Troll Company ApS, v. Russ Berrie & Company, Inc.*, 290 F.3d 548, 552 (3rd Cir. 2002).

¹⁰⁴ *General Universal Systems, Inc. v. Lee*, 379 F.3d 131, 141-46 (5th Cir. 2004).

害其貨運裝置軟體系統的著作權，法院駁回原告之訴。而法院在認定原告和被告的著作是否有實質相似時，應該認定原告所主張的部分是否有原創性，判斷出來之後，一般觀眾是不是都會覺得兩造的著作之間有實質相似，最後是因為原告並沒有提出任何自己的原始碼可以供比較而敗訴。因為第五巡迴上訴法院是要求必須強制把兩造的著作放在一起比較，如果原告不能提出證據供作比較的話，原告就不能獲得勝訴判決。第七巡迴上訴法院也是用一般觀眾測試法去判斷實質相似，事實認定者必須定義被告的著作和原告的著作，相似程度是否使一般合理之人都會覺得被告拿取原告著作實質的內容和內在的價值，達到不當取用原告受保護的表達。第七巡迴上訴法院雖然會把兩造的著作放在一起比較，但不像第五巡迴上訴法院是強制性要求的。在 *Wildlife Exp. Corp. v. Carol Wright Sales, Inc.*¹⁰⁵ 案中，第七巡迴法院認為原告和被告袋子的尾端都有動物的頭和尾巴，並且認為從整體觀念及感覺上面而言，一般觀眾會認為兩造的著作有實質相似，因而構成不當取用。¹⁰⁶

3.1.3.1.3 第九巡迴上訴法院－外在／內在測試法

第二個要介紹的是第九巡迴上訴法院所適用的外在／內在測試法，在檢視實質相似相關測試法的時候，是兩部分的測試法分析。法院檢驗外在測試法時，是以客觀的標準來檢驗，在這個部分，並非憑事實認定者的反應，而是以特定分析的標準。在判斷外在測試法時，也就是過濾及忽略掉不受保護的元素，這整個過程就是所謂的「剖析」，可以把不受保護的相似性過濾掉，例如觀念或者是必要場景。在這邊要注意的是，雖然有一些元素如果獨立出來是不受保護的，但是還是可以因為這些元素整合在一起而受著作權保護，例如角色選擇、整齣劇本、劇情安排等。比如在 *Shaw v. Lindheim*¹⁰⁷ 案中，法院比較兩個著作裡面個別的特徵，而在劇情、場景、對話、互動、劇情發展、劇情進展速度、角色和事件的結果裡面發現了幾個相似的點。最後，法院認為在受保護的表達部分，用外在測試法檢驗下，兩個著作有客觀上的相似性，並且這個相似性可以讓法院認為兩造的著作之間是有實質相似的。

判斷完外在測試法之後，再來就要判斷內在測試法，內在測試法是用一般觀眾主觀的印象去檢驗兩造著作之間的相似性。內在測試法是衡量主觀的價值，以一般觀眾對於著作表達部分的反應是否認為有實質相似。要注意的是，通常在判斷內在測試法時，是不允許專家證人的。同時給予事實認定者一個挑戰，因為事實認定者在衡量外在測試法的相似性時，是允許可以考慮專家證人證詞的，但是在判斷內在測試法的時候，卻要去忽略專家證人的證詞是有難度的。

內在測試法中以一般觀眾來判斷，產生了一些問題，也造成分歧的意見。分析實質相似的時候，專家證人的證詞是一個非常重要的關鍵，但是法院不一定要按照專家證人的判斷為判決。如此就會因為原告選擇法院的關係，造成原告是否輸贏的關鍵，原告會選擇較偏向原告見解的法院提起訴訟。例如第九巡迴上訴法院在判斷實質相似的時候，

¹⁰⁵ *Wildlife Exp. Corp. v. Carol Wright Sales, Inc.*, 18 F.3d 502, 507-11 (7th Cir. 1994).

¹⁰⁶ Roodhuyzen, *supra* note 97, at 1391-97.

¹⁰⁷ *Shaw v. Lindheim*, 919 F.2d 1353, 1362 (9th Cir. 1990).

於判斷外在測試法的時候，允許使用專家證人；但是第二巡迴上訴法院在判斷不當取用的時候，是接受一般觀眾測試法的，在此，剖析和專家證人的意見是無關緊要的，這邊就形成了一些分歧的意見。

法院要考慮專家證人的證詞，例如以特定著作的電影角色特徵、或者是不同部分的固定型態，都會是必要場景或者是抄襲的證據。在定義這些元素的時候，不是專家的人是很难分辨出來的，因為一般人對於這些著作並沒有相關的知識，但是專家證人可以提供答案供作參考，專家證人在這邊就可以幫助定義表達的相似性。但是外在／內在測試法也有一些盲點，這個測試法很難適用在一些著作的類型上面，例如在比較兩幅畫，或者是視覺藝術著作的時候，就很難判斷出觀念和表達的分別。同樣地，在比較具有技術性的電腦著作或者是音樂著作，也有觀念和表達判斷上面的問題。第九巡迴上訴法院在外在／內在測試法裡面，到底要有多少的相似性才會構成著作權侵害？法院並沒有一個清楚的界線去回答這個問題，這個界限要怎麼去劃分？此問題造成法院適用上面的困難，同時也製造出不信任感和不可預測性。¹⁰⁸

而遵循第九巡迴上訴法院之外在／內在測試法有第四巡迴上訴法院、以及第八巡迴上訴法院。第四巡迴上訴法院在 *Towler v. Sayles*¹⁰⁹ 案中，法院認為被告的劇本和原告的劇本並沒有實質相似。法院運用了兩部分的測試法，也就是第九巡迴上訴法院所應用的外在／內在測試法，於外在測試法的部分，原告必須證明兩造的著作在外在上面有相似性，通常這個部分都有專家證人的證詞可參考。法院分析兩造劇本之間的劇情、主題、互動、對話、設置的相似性，以定義是否有外在上面的相似性。而法院認為外在的相似性只有兩造的劇本都有黑人女性的角色、以及白人女性的角色，且他們之間是朋友的關係。而與第九巡迴上訴法院較不同的是在判斷內在測試法時，以一般觀眾或者是特定觀眾為標準，法院認為對於懂得劇本的觀眾而言，會因為以整體觀念及感覺而言，兩造的著作是完全不一樣的，因而沒有內在上面的相似性。第四巡迴上訴法院的內在測試法，是原告必須證明觀念的表達是如何的實質相似，並且是由特定的觀眾來判斷兩造的著作是否實質相似。在這邊也是不允許專家證人的，尤其是在比較整體觀念及感覺時，適合由特定觀眾來判斷兩造的著作是否實質相似。

第四巡迴上訴法院運用特定觀眾的標準，而非一般觀眾的標準，也是學者與法院之間爭論非常大的地方，在判斷實質相似的時候，究竟是適用一般觀眾或者是特定觀眾？第四巡迴上訴法院在 *Dawson v. Hinshaw Music Inc.*¹¹⁰ 案中，法院曾經就有表示意見，認為如果一般大眾就是展現特定觀眾群的意見，法院就應該適用一般觀眾的公式；然而適用特定觀眾的情況是，可以限縮擁有特定專業知識的範圍裡面，並且是否對於著作的購買決定有非常大的關係，而且一般觀眾通常會缺乏這種知識的話，法院應該把重點擺在特定觀眾是不是會找出兩個著作之間的實質相似。並且特定觀眾對於著作可以察覺著作不一樣的地方，而這是一般觀眾所缺乏的能力。特定觀眾可以判斷、了解這些著作，要適用特定觀眾測試法的話，法院就必須選任兩造都認同的特定觀眾成員來當作陪審團。專家證人也可以提出對於特定觀眾的意見，但事實認定者可能就會完全聽從專家的意見，

¹⁰⁸ Roodhuyzen, *supra* note 97, at 1398-1402.

¹⁰⁹ *Towler v. Sayles*, 76 F.3d 579, 583 (4th Cir. 1996).

¹¹⁰ *Dawson v. Hinshaw Music Inc.*, 905 F.2d 731, 736 (4th Cir. 1990).

其為一大缺點。

在第八巡迴上訴法院在 *Hartman v. Hallmark Cards, Inc.*¹¹¹ 案中，首先，用外在測試法分析觀念上面的相似性，此部分著重在著作之間細節上的客觀相似性；再者，如果觀念上面有實質相似，再用內在測試法評價一般、合理之人對於觀念的表達上面，相似性的反應。在內在測試法的問題中，在於一般、合理的觀眾是否可以在表達裡面找出兩造著作的實質相似性。因此，專家證人只有在外在測試法被允許使用，並不會被使用於內在測試法中。法院分析兩個著作的外在時，注重著作在客觀上面的相似性，並且認為原告的著作幾乎都是由不受保護的觀念或主題所組成的。而判斷內在測試法的時候，法院認為兩個著作之間在整體觀念及感覺上面，並沒有實質相似。¹¹²

3.1.3.1.4 其餘巡迴上訴法院

其餘的巡迴上訴法院使用的實質相似測試法，與上述的第二巡迴上訴法院與第九巡迴上訴法院有些微的不同。第十巡迴上訴法院使用抽象／過濾／比較的測試法；第六巡迴上訴法院並沒有一定的測試法；哥倫比亞特區巡迴上訴法院採用一般觀眾測試法和過濾／比較測試法；而第十一巡迴上訴法院主要是使用一般觀眾測試法，有時候會使用外在／內在測試法。第十巡迴上訴法院採用抽象／過濾／比較測試法，來測試不同類型的著作權侵害案件，這個測試法裡面，在抽象的步驟中，先從特定的表達中，分離出不受保護的觀念；然後過濾掉表達裡面不受保護的組成部分；最後，再比較剩餘真正受保護的元素，和被告所抄襲的著作之間是否有實質相似。這個測試法要求法院把觀念和表達分離出來，但是與一般觀眾測試法和外在／內在測試法一樣，並沒有提供明確的界線來衡量一個著作是否被不當取用。

第六巡迴上訴法院並沒有採取一個特定的測試法來判斷實質相似，而在 *Kohus v. Mariol*¹¹³ 案中，法院適用兩步驟的測試法。第一個步驟裡面，法院認為需過濾掉沒有原創性且不受保護的元素，也就是過濾掉不具最低創造性的元素，在這個步驟裡面是允許專家證人的；接下來，在第二步驟裡面，不受保護的元素都被過濾掉之後，再確定原告受保護的原創著作是否與被告的著作有實質相似，而這邊是以特定觀眾來判斷的。這個測試法是從特定觀眾的角度出發，但是對於特定觀眾的定義也是模糊的，並沒有解決任何關鍵的問題。

哥倫比亞特區巡迴上訴法院使用一般觀眾測試法和過濾／比較測試法，要適用哪一個測試法，端看被告是否抗辯原告的著作是由不受著作權保護的元素所組成的。如果被告不抗辯的話，法院就適用一般觀眾測試法來判斷；如果被告抗辯的話，也就是被告認為原告的著作是由不受著作權保護的元素所組成的，這時法院就必須適用過濾／比較的方法來判斷。首先，先過濾掉不受著作權保護的部分，例如觀念或者是必要場景；再者，法院再用一般觀眾測試法來決定原告受保護的元素裡面，和被告的著作是否實質相似。最後第十一巡迴上訴法院主要是使用一般觀眾測試法來判斷實質相似，偶爾才使用外在

¹¹¹ *Hartman v. Hallmark Cards, Inc.*, 833 F.2d 117, 119-21 (8th Cir. 1987).

¹¹² *Roodhuyzen*, *supra* note 97, at 1402-06.

¹¹³ *Kohus v. Mariol*, 328 F.3d 848, 851-57 (6th Cir. 2003).

／內在測試法。在 *Suntrust Bank v. Houghton Mifflin Co.*¹¹⁴ 案中，原告必須證明一般觀眾會認為被告已經取用了著作受保護的元素，法院認為被告已經抄襲原告的著作，且不僅僅抄襲了不受保護的必要場景，更抄襲了人物之間的複雜關係、情節、劇情安排。相反地，在 *Herzog v. Castle Rock Entertainment*¹¹⁵ 案中，法院認為要用兩步驟來判斷實質相似，原告必須同時滿足外在的客觀測試和內在的主觀測試。法院對於兩造的著作進行分析，並認為兩者之間存在的相似之處，包括不受保護以及受保護的元素，且任何合理的陪審團都可以發現，兩件著作在表達上面有實質相似。¹¹⁶

其實從上述的分析裡面可以知道，各個法院在適用上只有細微的差別，在一開始所講的，*Arnstein v. Porter* 案裡面，判斷實質相似的時候，認為必須以一般觀眾的反應，但是這個參考的標準或許太過廣泛。法院認為「一般觀眾」和著作的觀眾群是一樣的，有學者就指出，在本案的邏輯下面，用一般觀眾來判斷實質相似，是因為這些一般觀眾就是本案裡面相關的觀眾。雖然 *Arnstein* 案裡面沒有直接說明一般觀眾標準的問題，但是從案件的邏輯而言，其要求的程度其實是要達到特定觀眾的程度，不僅是單純的一般觀眾，特定觀眾的反應才是相關的。在本案裡面，沒有直接把一般觀眾或特定觀眾特別指出來，但是按照案件的邏輯，學者認為似乎是比較偏向特定觀眾的反應。只是本案裡面所需要的就是一般的觀眾群，按照著作權法的目的是保護創作者的著作，學者認為最終要把著作的比較留給特定觀眾來判斷。¹¹⁷

學者從上述的邏輯推演下來，在 *Sid & Marty Krofft Television Productions, Inc. v. McDonald's Corp.*¹¹⁸ 案裡面，學者認為在操作第二步驟的實質相似時，必須考慮原告著作的特定觀眾。最常遇到的狀況，就是原告的觀眾群也就是一般的大眾，法院這時候就應該適用一般觀眾測試法裡面的一般觀眾公式。但是如果必須把觀眾限縮在一定的範圍裡面，並且與著作的購買決定有關係，通常一般人不會做這種購買決定的情況時，法院就應該著重用特定觀眾去判斷，兩造的著作是否有實質相似，這樣的方法會要求特定觀眾擁有有關專業知識的品味和看法。在案件裡面，如果特定觀眾擁有專業知識，這些觀眾對相似性的看法會與一般觀眾不同，是從專家的角度去思考的。通常情況來講，在判斷第二步驟的實質相似時，都是用一般的大眾，也就是由一般觀眾、一般合理之人的看法來判斷。但是在判斷的觀眾必須擁有專業知識，並且擁有這種知識才会有購買決定的時候，事實認定者就要從特定觀眾的看法來決定著作之間是否實質相似。¹¹⁹

現在對於何種著作需要用特定觀眾來判斷，目前還不清楚。第九巡迴上訴法院曾經在電動遊戲的案件裡面適用這個規則，這邊的特定觀眾是由「有識別能力的 17 歲半男孩」來判斷。¹²⁰ 第四巡迴上訴法院認為在一些音樂著作中，可以適用特定觀眾；而第二巡迴上訴法院並沒有在音樂上面適用特定觀眾。第六巡迴上訴法院也沒有在音樂著作上面使用特定觀眾；第九巡迴上訴法院拒絕在音樂著作中適用特定觀眾，並認為沒有受過

¹¹⁴ *Suntrust Bank v. Houghton Mifflin Co.*, 268 F.3d 1257, 1266-67 (11th Cir. 2001).

¹¹⁵ *Herzog v. Castle Rock Entertainment*, 193 F.3d 1241, 1243 (11th Cir. 1999).

¹¹⁶ Roodhuyzen, *supra* note 97, at 1407-12.

¹¹⁷ Mark A. Lemley, *Our Bizarre System for Proving Copyright Infringement*, 57 J. COPYRIGHT SOC'Y U.S.A. 719, 729 (2010).

¹¹⁸ *Sid & Marty Krofft Television Productions, Inc. v. McDonald's Corp.*, 562 F.2d 1157 (9th Cir. 1977).

¹¹⁹ Lemley, *supra* note 117, at 729-30.

¹²⁰ *Data East USA, Inc. v. Epyx, Inc.*, 862 F.2d 204, 209-10 (9th Cir. 1988).

任何音樂訓練的任何一般人，都可以知道音樂結構中的不同。而哥倫比亞特區巡迴上訴法院則是在建築著作上面提出問題，是不是應該適用不同的觀眾，也沒有一定的結論。
121

如果在判斷實質相似的時候，以一般觀眾來決定的話，其缺點為不受保護的觀念和受保護的表達之間，界線趨於模糊；並且也沒有任何的定義可以解釋如何的相似性才是實質的。這個地方仍然是一個混亂、模糊、無益的概念，使法院可以掩蓋判決背後真正的原因。¹²²現在在判斷實質相似的時候，已經造成許多混淆和歧異，法院應該明確地確定著作權法最終的目的，且法院應該提供著作權人救濟的管道，來符合國會增強著作權政策的目標。確定實質相似時，如此重要的問題如果依靠一般觀眾的感知來決定，不僅不明確、模糊，而且容易產生誤導。法院應該考慮的是到底有多少程度的抄襲發生？是不是可以從政策和著作權法出發思考，如何是給著作權人最好的鼓勵？同時也可以促進公共利益的方向。學者們努力地權衡測試法，用這些方法來解決對於實質相似的困惑和不可預測的問題。法院應該考慮系爭著作的類型，來作為判斷實質相似的標準，著作權的目的是為了保護作者，防止別人竊取他們的勞動成果，而不是保護對一般市民任意的、即時的印象。¹²³

法院因為認識到一般觀眾標準的限制，而有改用特定觀眾，在特定觀眾裡面，法院認為事實認定者必須具備著作所需的技能、或者是必要的知識去充分理解和了解系爭著作。¹²⁴美國的巡迴上訴法院對於實質相似的衝突已經持續多年，且現在也沒有任何降低的跡象。導致許多著作權侵害案件的結果都會把輸贏歸結在兩造的著作是否實質相似上面，當事人會因為這樣來選擇法院，選擇對原告是友好的巡迴上訴法院。這是不應該發生的，法院應該有一個統一的標準，這個標準應該由最高法院制定，才可以使實質相似性在聯邦所制定的著作權法底下有一致的結果。¹²⁵法院對於在實質相似的判斷裡面，應該適用一般觀眾或者是特定觀眾的角度有所爭辯，如果最高法院訂定出一套標準，當事人在法庭上面也會著重在案件的法律依據，而不是著重於提倡特定的測試法。法院和辯護人也不用煩惱這些模糊不清的定義了，會使案件更有穩定性與可預測性。

3.1.3.2 Dawson v. Hinshaw

本案是關於福音編曲的案件，原告控告另一編曲者和出版商著作權侵害。第四巡迴上訴法院認為必須要決定在判斷原告和被告的著作是否實質相似的時候，一般觀眾的公式是否只有在一般大眾完全代表特定觀眾時才可以被應用；也要決定下級審法院是否在特定觀眾的爭點上面沒有為實際的調查，也就是判斷的成員是不是在購買決定上面必須具備相關的專業知識。原告 William L. Dawson（後稱 Dawson）擁有一個合法福音音樂的編曲著作權，稱為「Ezekiel Saw De Wheel」，Dawson 多年來已經銷售很多這首編曲。

¹²¹ Lemley, *supra* note 117, at 730-31.

¹²² Cohen, *supra* note 100, at 741.

¹²³ Roodhuyzen, *supra* note 97, at 1412-16.

¹²⁴ Jennifer Understahl, *Copyright Infringement and Poetry: When is a Red Wheelbarrow the Red Wheelbarrow?*, 58 VAND. L. REV. 915, 931 (2005).

¹²⁵ Roodhuyzen, *supra* note 97, at 1418.

1980年時，Gilbert M. Martin（後稱 Martin）也編了一首福音編曲，同一年 Martin 授予給 Hinshaw 音樂公司（後稱 Hinshaw）獨家代理權可發行、散布和銷售其編曲，並且 Martin 同意賠償 Hinshaw 任何因為該著作的著作權侵害所導致的損失。Dawson 向 Hinshaw 和 Martin 提起著作權侵害訴訟，地方法院判決被告勝訴，因而原告上訴¹²⁶。

地方法院認為原告可以藉由證明其擁有著作權、被告曾經接觸原告的著作、以及原告和被告的著作之間有實質相似的表面證據來證明著作權侵害。地方法院認為原告已經成功證明著作權，以及 Martin 曾經接觸過其編曲，原告剩下的是要證明兩個著作之間有實質相似。地方法院也指出，要證明實質相似的話有兩個步驟，原告必須證明兩造著作之間觀念的實質相似，以及這些觀念的表達之間有實質相似。地方法院承認專家證人的證詞，認為 Martin 著作的觀念和 Dawson 著作的觀念有實質相似，地方法院認為 Dawson 已經證明了第一個步驟，如果 Dawson 能夠滿足第二步的實質相似測試法，就可以建立著作權侵害的表面證據。然而，地方法院否認原告在第二步驟的實質相似，認為原告並沒有證明 Martin 著作觀念的表達和原告著作觀念的表達實質相似。地方法院在第二步驟裡面，適用了一般觀眾測試法，有時稱為內在或主觀的測試法，在沒有專家證人的幫助下，對於兩造的著作依照「整體觀念和感覺」為判斷。因為原告在實質相似的證據部分，只有兩首編曲的樂譜，地方法院認為原告在這邊沒有展示兩首編曲的演奏錄音帶，因而認為作為一個一般非專業的觀眾，在他面前除了音樂樂譜以外沒有其他東西，就無法確定兩造的著作實質相似。

第四巡迴上訴法院直接把重點擺在，地方法院將一般觀眾測試法定義為一般、非專業的觀眾上面。而第四巡迴上訴法院認為雖然用一般觀眾判斷是存在的，但是要視情況而定，並認為這個一般觀眾測試法的定位是著作的特定觀眾，只有在一般大眾完全地代表著作的特定觀眾時，才符合一般、非專業觀眾的特性。上級審法院認為，當系爭著作是針對有區別的觀眾族群時，要淘汰掉一般觀眾測試法。在處理針對一般大眾的著作時，最能代表觀眾群的是一般觀眾，這是沒有爭議的；但是在其他的情況下，如果系爭著作是針對特定的觀眾群，那在決定系爭著作是否實質相似的時候，也要考慮是否要侷限一般觀眾的定義在特定觀眾裡面。因為系爭著作對於特定觀眾而言，才有其存在的市場價值，著作權侵害最終就應該考慮這些特定觀眾的反應。

也就是上級審法院認為，當著作權侵害的判斷到了實質相似的第二步驟時（相當於內在測試法），地方法院就必須考慮原告著作所針對的觀眾性質。最常遇到的狀況，就是一般大眾完全地代表了特定觀眾，這時候法院就要適用一般觀眾測試法的一般觀眾公式。然而，如果是針對特定觀眾的話，那範圍就應該更狹窄，因為觀眾群是必須擁有專門的專業知識，這個知識是關係到購買決定的，且一般人會缺乏這種知識，這時候法院就應該以特定觀眾成員的標準來檢視，兩造的系爭著作是否有實質相似。在這邊可以用特定觀眾成員的證詞，或者是從擁有專業知識的特定觀眾之品味或看法來判斷。

如果盲目地堅持一般觀眾特性，並且在需要有專業知識才能判斷的案件中依然堅持的話，是不適當的。一般觀眾測試法使法院有責任以著作所針對的特定觀眾群，分辨出應得的結論，雖然特定觀眾在法院執行上面因為選任標準的關係而有困難度，但是法院

¹²⁶ Dawson v. Hinshaw, 905 F.2d 731, 733 (4th Cir. 1990).

不能因為困難而不去使用特定觀眾的判斷，以特定觀眾來判斷著作權侵害較符合著作權人創作著作的目的，因為著作權人將其目標觀眾設定為該等特定觀眾。法院在任何的情況下，在判斷實質相似的時候，都要考慮一般大眾並沒有完全代表系爭著作的特定觀眾，而不能一味地就直接適用一般觀眾的標準。並且法院認為這邊的「專業知識」必須超越單純品味上的差異，而必須上升到擁有一般大眾所缺乏的知識。並且提出應該以「特定觀眾」取代「一般觀眾」為較適當的測試法，這個新的名詞是比較適當的。因為現在在法院裡面，要有警覺的是，這個測試法已經導致法院對於「一般觀眾」這個名詞的依賴性，而不去探討是否適當適用一般觀眾的標準。

上級審法院認為本案必須發回，是因為地方法院沒有調查原告著作的觀眾群是否需要擁有一般大眾所缺乏的專業知識，是否一般大眾就完全代表原告編曲的特定觀眾。原告的福音編曲有別於一般的流行音樂，福音編曲主要是由有專業知識的唱詩班指揮，依照他們自己的相關專業知識來選購福音編曲。且一般大眾的反應並不能像唱詩班的指揮一樣精確地比較出福音編曲之間有甚麼不同，所以法院認為需要衡量特定觀眾的反應。

上級審對於地方法院認為原告不能提出福音編曲的錄音帶部分，第四巡迴上訴法院認為原告是販賣福音編曲的樂譜，並且這些福音編曲是需要相關專業知識的人才會有購買這些編曲的決定，所以認為地方法院要求原告提出福音編曲的錄音帶是沒有意義的，並且一般聽眾的結論是不會影響唱詩班指揮購買福音編曲的決定。法院認為命原告提出編曲的錄音帶不僅不相關，也阻礙了相關的程序進行，而且如果真的提出編曲的演奏錄音帶，裡面所展示的聲音不僅是編曲本身，也有唱詩班指揮對於編曲的詮釋，兩造的編曲所演奏出來的聲音，其相似處和相異處可能代表了不僅是編曲本身的異同處，也代表了指揮對於編曲的詮釋。總而言之，法院認為提出錄音帶是會增加誤導，且不相關。

法院認為地方法院並沒有做出明確的意見，在決定如何為特定觀眾，以及觀眾成員的專業知識是否和他們的購買決定有關。並且指示地方法院要決定，在本案中區分觀眾成員是不是正確的，如果是正確的話，地方法院應該採取其他的證據，來確定特定觀眾的成員是否認為兩造的編曲有實質相似。因此，本案撤銷發回。

3.2 著作權侵害之特殊判斷模式

著作權侵害判斷模式為複雜之流程，尤其在判斷被告所重製或抄襲者為觀念或表達時更為複雜，就像 Learned Hand 法官所說的，要劃分觀念或表達之間的界線是非常困難的。因此實務與學者發展出可以適用之測試法，或許以下所介紹的測試法並非所有著作類型皆可適用，惟下列測試法依然可以當作我國法院於鑑定報告之外，提供法官可參考之方法。而因下列測試法為分辨觀念與表達之間的問題，故於此處先將 Schechter & Thomas 教授與 Nimmer 教授於此部分判斷之流程介紹之。



圖 9 Schechter & Thomas 教授見解中判斷整體觀念及感覺測試法、模式測試法、與反覆測試法部分

於 Schechter & Thomas 所提出之見解中，判斷完原告擁有著作權後，再判斷被告有重製行為。再於不當取用的階段時，判斷觀念與表達之間的界線係由不當取用第一步之抄襲部分為受保護的表達階段，此處為判別兩者之間如何區分，可適用各種測試法為測試。

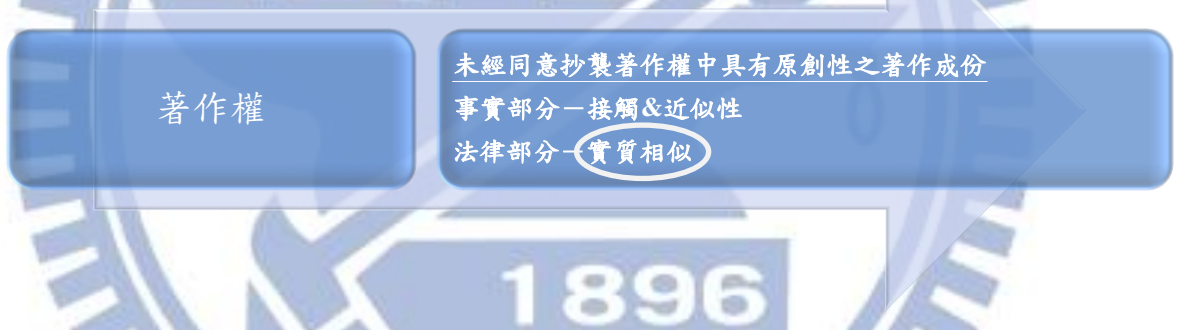


圖 10 Nimmer 教授見解中判斷整體觀念及感覺測試法、模式測試法、與反覆測試法部分

而 Nimmer 教授於判斷原告擁有合法著作權後，係於實質相似之階段以各種測試法來分辨著作之中，觀念與表達的界線，兩派學者於判斷流程上面有些微不同，端看法院採取之著作權侵害流程，於不同階段適用各種測試法辨別觀念與表達。以下將介紹整體觀念及感覺測試法、模式測試法，以及反覆測試法。

3.2.1 整體觀念及感覺測試法

3.2.1.1 學說對於整體觀念及感覺測試法之檢討

3.2.1.1.1 整體觀念及感覺測試法概述

在著作權侵害判斷中，從早期的測試法，一直到現在，總共有三種主要的測試方法。

第一種是第二巡迴上訴法院 Clark 法官在 Arnstein v. Porter¹²⁷ 案裡面的不同意見所以提出來的，主要是必須判斷「被告是不是從原告的著作抄襲？」這樣的問題，在 Clark 法官的測試法裡面，原告負有舉證責任證明兩造著作之間有具體的相似性，然後給事實認定者確定被告是否已經拿取原告著作中受著作權保護的元素。

第二種是第二巡迴上訴法院 Frank 法官，一樣在 Arnstein v. Porter 案裡面的多數意見，Frank 法官援引了一個兩步驟的方法。第一步是確定被告有沒有從原告受保護的著作中重製？第二步是這個重製的行為是否構成不當取用？在第一步的時候，如果原告沒有直接的證據可以證明，則原告就可以用接觸和近似性來證明重製。如果接觸的證據不存在，則近似的可能性就必須非常明顯，明顯至足以消除原告和被告如果各自獨立創作會達到相同的結果。如果兩造的著作之間沒有任何的近似性，不論接觸的量有多大也不能證明重製。如果接觸和近似性都存在，但是近似性不是如此的明顯，就必須確定原告所呈現的證據是否足以證明重製。Frank 法官認為在判斷重製的階段，剖析和專家證人是相關的，也就是把著作分成片段，再來比較近似的部分。只有在原告證明重製之後，法院才會討論第二步的問題，也就是不當取用。不當取用的部分是以不同的測試法來判斷，原則是從一般觀眾的角度來決定。在這個步驟裡面，通常不會有剖析和專家證人的意見，如果一般觀眾認為，被告有不當取用原告受著作權保護的著作的話，就可以成立著作權侵害。

第三種是第九巡迴上訴法院的 Carter 法官在 Sid & Marty Krofft Television Productions, Inc. v. McDonald's Corp.¹²⁸ 案裡面提到，在判斷實質相似時，將判斷是否有侵害到觀念的實質相似和觀念表達的實質相似。這邊就有外在測試法與內在測試法兩個部分，於外在測試法的部分，判斷實質相似時，不取決於事實認定者的反應，而是經由剖析和專家證人來協助判斷。內在測試法的部分，測試觀念表達的實質相似，此處便是取決於事實認定者，通常是一般觀眾的反應，在此處，剖析和專家證人是不恰當的。

這三種方法，都是在著作權侵害中，以如何的結構來判斷侵害。第一種，Clark 法官在 Arnstein v. Porter 案的不同意見中所提出的，並未於多數的法庭上適用，因為在這種方法底下，無論多少量的抄襲都足以證明著作權侵害；但是可能有一些抄襲是還沒有達到侵害的程度，適用上可能會過度評價。至於第二種和第三種方法，是可以繼續決定著作裡面的何者被抄襲或重製、從而可能會發現抄襲或重製或許還不足以構成著作權侵害。無論是在第二種方法的不當取用，或是第三種方法的內在測試法，都專注在被告的著作是否和原告的著作表達部分實質相似，此處實質相似的決定就是整體觀念及感覺測試法的來源。¹²⁹

整體觀念及感覺測試法可以追溯到 1970 年代的兩起案件，第一個是 Roth Greeting Cards v. United Card Co.¹³⁰ 案（後面小節會詳細介紹本案），本案是關於賀卡的爭議，第九巡迴上訴法院認為在整體觀念及感覺而言，United 的卡片和 Roth 受著作權保護的卡片是一樣的。United 卡片的美術著作中，描繪的角色、傳達特定訊息和情緒、文字的編

¹²⁷ Arnstein v. Porter, 154 F.2d 464 (2d Cir. 1946).

¹²⁸ Sid & Marty Krofft Television Productions, Inc. v. McDonald's Corp., 562 F.2d 1157 (9th Cir. 1977).

¹²⁹ Michael L. Sharb, *Getting a "Total Concept and Feel" of Copyright Infringement*, 64 U. COLO. L. REV. 903, 908-10 (1993).

¹³⁰ Roth Greeting Cards v. United Card Co., 429 F.2d 1106, 1109 (9th Cir. 1970).

排和 Roth 的卡片有實質相似性。第二個是 *Reyher v. Children's Television Workshop*¹³¹ 案，第二巡迴上訴法院維持下級審法院的判決，認為被告並沒有侵害原告的著作。第二巡迴上訴法院確定兩造的著作在整體感覺上不同；兩造的故事是相似的心情、情節、角色特性，但由於這些只是同樣的觀念，所以沒有任何關於表達的著作權侵害發生。¹³²

之後在第九巡迴上訴法院的 *Sid & Marty Krofft Television Productions, Inc. v. McDonald's Corp.*¹³³ 案中，如剛剛所提到的第三種判斷方法，法院也適用整體觀念及感覺來判斷。本案的原告創作了 H.R. Pufnstuf 的週六早晨兒童節目，被告則是由 McCheese 市長管轄，為 McDonald's Corporation 的商業幻想世界。原告認為被告的角色與其有相似性，因而提起著作權侵害訴訟。本案裡面，要確定被告是否已經抄襲了觀念的表達，而不是只有抄襲觀念本身。法院在本案裡面，認為要判斷實質相似的話，要以外在測試法和內在測試法來判斷。

外在測試法是檢驗兩造的著作之間，觀念上面的相似性，法院在此部分分析所用的材料、主題、或者是主題的設置。在這邊分析、剖析、和專家證人是可以使用的，如果觀念上面有實質相似的話，則事實認定者就必須決定這個觀念的表達是否有實質相似，而可以構成著作權侵害，也就是判斷內在測試法。在內在測試法裡面，是依賴「一般合理之人的反應」來判斷，但是在這邊，分析、剖析和專家證人是不適當的。本案中，被告不抗辯其抄襲原告的觀念，但是抗辯兩造之間觀念的表達是不同的，所以不構成著作權侵害。法院認為，被告的承認已經說明已符合外在測試法，現在的問題應該專注在內在測試法上面。內在測試法中，比較明顯的不同是，原告角色 H.R. Pufnstuf 的市長裝備，特徵是藍色的印度式腰帶；被告的 McCheese 是穿著粉紅色的正式燕尾服和燈籠褲，並且附帶一條典型的外交官肩帶。但是法院認為上述如此詳細的分析細部是不可行的，因為不能讓一般、合理之人，更何況是一般的小孩，在觀看這些著作的同時，會注意到原告角色穿著藍色印度式腰帶，而被告角色披著外交官的肩帶如此細微的部分，法院認為必須用整體觀之。法院認定被告 McCheese 管轄的居民和原告 H.R. Pufnstuf 管轄的居民在整體觀念及感覺上面達到實質相似。在本案裡面，檢驗特定元素的相似性或差異時，是不容許剖析著作的組成部分，也就是不容許剖析系爭著作中，市長的穿著來判斷。¹³⁴

其他關於整體觀念及感覺測試法的案件，例如第二巡迴上訴法院在 *Warner Bros. Inc. v. American Broadcasting Companies, Inc.*¹³⁵ 案中，確定實質相似時，是使用整體觀念及感覺測試法。案件中的問題是，是否被告角色的「霹靂超人」侵害受著作權保護的角色「超人」。法院認為在確定角色的著作權侵害時，不僅要觀察角色在視覺方面的相似性，並且也要觀察角色全部的屬性和特徵。被控著作權侵害的角色和有著作權保護的角色在比較時，要用整體觀念及感覺來決定，法院認為兩造在外觀、行為和個性上面都不同，因此在整體的感覺上面沒有實質相似。並且本案裡面，法院認為應該用一般觀眾的角度來

¹³¹ *Reyher v. Children's Television Workshop*, 533 F.2d 87, 92-93 (2d Cir. 1976).

¹³² Mitchell J. Rotbert, *Total Concept and Feel: A Doctrine Running Amok?*, 45-OCT MD. B.J. 20, 23-24 (2012).

¹³³ *Sid & Marty Krofft Television Productions, Inc. v. McDonald's Corp.*, 562 F.2d 1157, 1163-67 (9th Cir. 1977).

¹³⁴ B. Macpaul Stanfield, *Finding the Fact of Familiarity: Assessing Judicial Similarity Tests in Copyright Infringement Actions*, 49 DRAKE L. REV. 489, 501-03 (2001).

¹³⁵ *Warner Bros. Inc. v. American Broadcasting Companies, Inc.*, 720 F.2d 231, 241-44 (2d Cir. 1983).

判斷。¹³⁶另外，例如第二巡迴上訴法院的案件，Williams v. Crichton¹³⁷案中，法院發現在「兒童著作」裡面特別適合適用整體觀念及感覺測試法。因為這一類的著作，與成人的著作相比，往往都不太複雜。案中是比較原告的恐龍世界和被告的侏羅紀公園小說，是否有實質相似。法院認為被告的侏羅紀公園裡面有壞人的角色、可怕的流血事件，並且世界都失去了控制；而原告的恐龍世界是一個冒險故事，並且有大團圓的結局，且世界並沒有失去控制。從以上的描述，法院認為兩造的著作以整體觀念及感覺而言是實質上的不同。¹³⁸

另外，例如前面第三小節所提到的案件，第四巡迴上訴法院在 Dawson v. Hinshaw¹³⁹案中，提出對於宗教音樂著作的判斷。法院在適用整體觀念及感覺測試法時，對於是否用一般觀眾的角度去判斷表達了保留的意見。法院認為如果著作不是從普通大眾為對象的話，就應該注重特定觀眾的成員是否認為兩造的著作為實質相似。這些特定觀眾是比一般觀眾更狹窄，並且必須具備專門知識的。因而法院指出應該從特定觀眾出發，判斷整體觀念及感覺測試法的對象應該稱為「特定觀眾」而非「一般觀眾」。再如第七巡迴上訴法院在 Atari, Inc. v. North American Philips Consumer Electronics Corp.¹⁴⁰案中，原告創作了 PAC-MAN 的遊戲；被告創作了 K.C. Munchkin 的遊戲。法院指出，在判斷整體觀念及感覺測試法時，是從一般觀眾的角度來判斷。並且認為被告遊戲角色的尺寸、動作而言，雖然不是一模一樣，但是在整體觀念及感覺上面是實質相似的。而第八巡迴上訴法院在 Hartman v. Hallmark Cards, Inc.¹⁴¹案中，原告主張被告 Rainbow Brite 裡面的角色和產品侵害原告在 The Adventure of Rainbow Island 裡面的圖案和腳本。法院認為著作權侵害於著作的表達上，有整體觀念及感覺相似時才會發生，並強調應該用「一般、合理之人」的角度來觀察。本案中，法院認為原告受著作權保護的元素裡面，被告的著作並沒有與原告的著作有實質相似的地方。¹⁴²

Nimmer 教授在談論到整體觀念及感覺測試法時，認為此測試法所運用的理由威脅到著作權的本質，並且認為依照法律來講，觀念是不受著作權保護的，並認為這個測試法是很有限的，最好拋棄之。¹⁴³Nimmer 於批評之內容中，論述著作權只有保護原創性的表達，整體觀念及感覺測試法會威脅到著作權特有的本質，也就是不保護觀念。且 Nimmer 教授同時也批評，整體觀念及感覺測試法是一個完全沒有界線的判斷方法，也可能造成不能分析的結果。¹⁴⁴聯邦法院一直努力於定義實質相似、進而判斷實質相似，在以整體觀念及感覺測試法為判斷時，基本上，除非一般觀眾特別去觀察原告著作和被告著作之間的差異性，否則都會忽略那些差異，並且以一般觀眾的審美觀而言，會認為這些著作是實質相似的標準為判斷。但是一切事物都是相對的，一般觀眾的標準是不是

¹³⁶ Sharb, *supra* note 129, at 916.

¹³⁷ Williams v. Crichton, 84 F.3d 581, 589 (2d Cir. 1996).

¹³⁸ Stanfield, *supra* note 134, at 504.

¹³⁹ Dawson v. Hinshaw, 905 F.2d 731, 734-37 (4th Cir. 1990).

¹⁴⁰ Atari, Inc. v. North American Philips Consumer Electronics Corp., 672 F.2d 607, 619-20 (7th Cir. 1982).

¹⁴¹ Hartman v. Hallmark Cards, Inc., 833 F.2d 117, 120-21 (8th Cir. 1987).

¹⁴² Sharb, *supra* note 129, at 917-20.

¹⁴³ Stanfield, *supra* note 134, at 504.

¹⁴⁴ Jesse Stalnaker, *Has Reality Programming Been Voted off the Island of Copyright Protection Finding Protection as a Compilation*, 16 SETON HALL J. SPORTS & ENT. L. 162, 182-83 (2006).

能準確地判斷兩造著作之間的實質相似？通常一般觀眾測試法會被認為是不夠精確來判斷實質相似的。¹⁴⁵

3.2.1.1.2 重新定義之整體觀念及感覺測試法

有學者試圖提出，在判斷著作權侵害時，提倡一個或許大部分之著作類型都可以適用之測試法。裡面有所有的必要步驟來判斷、分析著作權侵害。其認為這些步驟是：第一，判斷原告是否有一個有效的著作權？第二，被告的著作是否從原告的著作抄襲？第三，被告著作所抄襲的是原告不受保護的觀念，或是受保護的表達？第四，如果是原告著作的表達被抄襲的話，是否構成了不當取用？或者換句話說，被告的著作和原告的著作之間是否實質相似？第五，判斷實質相似的時候，要從哪一個人的角度來判斷實質相似？學者提出了以上五點，用於著作權侵害判斷時的步驟。¹⁴⁶

以上五點，學者將其稱為重新定義的整體觀念及感覺測試法，以下分別就各點說明之。第一，所有的著作都必須符合原創性的最低要求，著作不能僅僅是一個觀念，而必須是原創的觀念表達，因此所有著作權侵害的測試法，都必須從一個有效的權源，也就是一個有效的著作權開始。第二，一般而言，能證明抄襲的直接證據是非常少的，所以必須要用證明接觸和兩造著作之間的近似性來證明抄襲；這邊的近似性並不是實質相似，因為在這個階段還不需要討論兩造著作之間的相似性是不是達到著作權侵害的地步。第三個階段是決定觀念和表達之間的區別，其中觀念是不受著作權保護的，只有著作的表達部分才受著作權保護；如果被告只是抄襲原告著作裡面不受保護的觀念，就沒有任何著作權侵害發生。如果判斷被告的著作是從原告著作所抄襲，並且是抄襲受到著作權保護的表達的話，第四階段關鍵的問題是，被告著作和原告著作是否已經達到整體觀念及感覺上的相似性；也就是判斷是否有不當取用發生，如果認為有整體觀念及感覺上面的相似性的話，就有著作權侵害行為發生。最後一個階段要解決的問題是，要從哪個人的角度來決定被告著作和原告著作的表達之間有實質相似？在這一點上面雖然有非常大的分歧，但是最近的案件趨勢是，如果目標觀眾是非專業的、一般的，就可以用一般觀眾、合理觀眾、一般非專業觀眾、和平均非專業觀眾的角度來判斷；如果著作的目標觀眾是需要專業知識的，就必須用特定觀眾來判斷兩造著作之間是否實質相似。¹⁴⁷

綜上所述，在重新定義的整體觀念及感覺測試法下面，首先要判斷原告是否擁有有效的著作權；接著再判斷被告是否抄襲了原告的著作；一旦判斷抄襲成立之後，要確定被告是否抄襲原告受著作權保護的表達部分；接下來事實認定者要以整體觀念及感覺定義被告是否侵害原告的著作；最後，當一般觀眾缺乏專業知識的時候，可以用特定觀眾的角度來判斷實質相似。較有爭議的是，在第四階段判斷表達的實質相似時，是否要適用整體觀念及感覺來做為統一的測試法？以及在整體觀念及感覺測試法中是否要適用特定觀眾為統一的角度來判斷？學者提出了六點理由來支持重新定義的整體觀念及感覺測試法：

¹⁴⁵ Rotbert, *supra* note 132, at 22-23.

¹⁴⁶ Sharb, *supra* note 129, at 921.

¹⁴⁷ *Id.* at 921-23.

首先，是風格的原因。在重新定義的整體觀念及感覺測試法底下，是允許保護作者的風格的，因為表達是作者唯一可以受益的地方，裡面也隱含了經濟的因素。也就是說如果觀眾對於著作風格上面的需求已經從作者那邊得到滿足，就不應該鼓勵其他作者也提供相同風格的著作，而是應該鼓勵其他作者在其他地方繼續努力（也就是有另外一種風格的產生）。在判斷表達的實質相似時，事實認定者判斷侵權人是否已經達到整體觀念及感覺的相似性時，這樣的方法可以讓事實認定者在判斷時，考慮著作的風格，同時也考慮作者是否抄襲另一人的風格。¹⁴⁸

第二，美國著作權法制定的目的是給予作者有限期間的保障，以有限的壟斷來鼓勵更多的創作；但若著作權法對著作有太多的保護，是一種阻礙而不是促進藝術的進步。因為潛在的作者會猶豫要不要創作，他們會擔心創作的話可能會被控訴著作權侵害。另一方面，如果保護不足夠的話，作者也無法在他們努力的著作中獲得好處，從而也會阻礙創作。重新定義的整體觀念及感覺測試法在這邊會取得適當的平衡，因為在這個測試法下，在創作著作時，會設定觀眾群的範圍，並且著作就是為了這些觀眾所創作出來的，在重新定義的整體觀念及感覺測試法要從著作的特定觀眾角度來判斷。亦即應該要從特定觀眾的角度評估一個有用的藝術，如果特定觀眾都不想要這個著作的話，那這個著作也不能在社會上促進有用的藝術。這些著作會因為特定觀眾的欣賞而得到其努力的成果，達到作者想得到的經濟效益，因此判斷整體觀念及感覺的時候，就必須要從特定觀眾的角度來判斷。¹⁴⁹

第三個原因是觀念與表達二分法，Kroff 案¹⁵⁰裡面，要判斷著作之間是否有實質相似性，必須區分兩個著作之間觀念和表達的實質相似。Kroff 案中使用外在測試法的目的，就是要從表達中抽出觀念；從不受保護的元素中，抽出保護的元素。重新定義的整體觀念及感覺測試法的目的和 Kroff 案是一樣的，一旦確定了保護的元素，再判斷被告著作是否和原告著作已經達到整體觀念及感覺上面的相似性。¹⁵¹

第四個理由是彈性的問題，重新定義的整體觀念及感覺測試法裡面，事實認定者以整體觀念及感覺比較原告和被告的著作時，事實認定者會考慮被告拿取了多少原告材料的質和量。而傳統上在判斷較為複雜著作時，傳統的整體觀念及感覺是否可以明確判斷確實有疑慮。重新定義的整體觀念及感覺測試法可以解決這個擔憂，因為在這邊是從特定觀眾的角度為出發點，來解決一般觀眾在判斷著作中可能因為不具備足夠的專業知識，以致於不能明確地評價系爭著作。也就是說重新定義的整體觀念及感覺測試法，適用較為彈性的判斷來彌補傳統整體觀念及感覺測試法的不足。¹⁵²

第五個理由是角度的問題，重新定義的整體觀念及感覺測試法是從特定觀眾的角度定義實質相似，也就是 Dawson v. Hinshaw Music Inc. 案¹⁵³中所適用的角度。法院在案中建議，於著作權侵害中將特定觀眾當成統一的測試法，似乎是最好的解決方案。在重新定義的整體觀念及感覺測試法裡面，統一從特定觀眾的角度出發的原因有二，第一是此

¹⁴⁸ *Id.* at 924-25.

¹⁴⁹ *Id.* at 925-26.

¹⁵⁰ Sid & Marty Krofft Television Productions, Inc. v. McDonald's Corp., 562 F.2d 1157 (9th Cir. 1977).

¹⁵¹ Sharb, *supra* note 129, at 926-27.

¹⁵² *Id.* at 927-28.

¹⁵³ Dawson v. Hinshaw, 905 F.2d 731 (4th Cir. 1990).

處統一的意義會趨於普遍，將不再對如何定義合理、一般、或平均的觀眾產生混淆；第二，此處討論的是著作目標觀眾群的反應，特定觀眾是比較準確的判斷標準。因為統一從特定觀眾角度判斷時，可以消除一般、合理、平均的觀眾可能在暗地裡，會把自己的喜好加在判斷的過程中。¹⁵⁴

最後一個理由，是一致性和可預測性。一個多數著作類型可以適用之測試法將可能消除目前各法院分歧的情況，在美國的巡迴上訴法院之間，各個法院適用不同的測試法。儘管著作權法是聯邦法，但是各個聯邦法院之間，對於著作權法的適用也是朝著是否可以統一的目標前進。在重新定義的整體觀念及感覺測試法中，裡面所提到的步驟在所有的法院都可以適用，但是現在沒有一個法院使用全部的步驟。在重新定義的整體觀念及感覺測試法中，提供了更高的可預測性，如果有這個適用的步驟，律師更能集中在個別案件的法律依據，而不是試圖提倡法律依據應該適用哪一種測試法。用語的統一也可以增加案件的可預測性，將不再去爭辯抄襲、實質相似、一般觀眾和特定觀眾的意義。這些用語在重新定義的整體觀念及感覺測試法裡面有特定的方式可以適用，且著作權侵害的個案認定特質將不再需要犧牲案件的一致性與可預測性，從而有一個統一的架構可以提供給各個法院適用。¹⁵⁵

過去在決定是否有著作權侵害的時候，產生了歧異和不一致的地方。在這邊，重新定義的整體觀念及感覺測試法在著作權侵害中，可以統一適用在所有的案件中。第一步就是先確定原告是否有一個有效的著作權，著作權登記證書可以當作一個初步的證據；第二步是判斷被告是否抄襲原告的著作；接著，法院再確定被告所抄襲的部分是不是有原告著作裡面受著作權保護的元素，因為只有觀念的表達才受保護；如果被告是抄襲原告受保護的表達，其程度必須評估是不是已經構成不當取用，這邊是確定兩個著作之間的實質相似；最後再以特定觀眾的角度來確定實質相似，這邊是允許專家證人的。從上面的分析可以知道，重新定義的整體觀念及感覺測試法有許多有利的論點，例如保護藝術家的風格，本質上是作者觀念表達的一種模式；且具有經濟效益，因為它可以促進有效的藝術，也就是特定觀眾的渴望；重新定義的整體觀念及感覺測試法是彈性的，可以適用於所有著作權類型的抄襲；並且和觀念表達二分法的概念是一致的，因為實質相似只有討論被著作權保護的項目；最後，本測試法和著作權法發展的體系一致，提供了可預測性，並且可以在著作權侵害案件裡面統一運用。著作權侵害具有個案認定的性質，而重新定義的整體觀念及感覺測試法是正面面對這樣的問題，不是躲在測試法結構的後面企圖消除這方面的模糊的地方，所以法院可以考慮接受本測試法，當作著作權侵害中判斷各種類型著作之測試法。¹⁵⁶

3.2.1.2 Roth Greeting Cards v. United Card Co.

本案是關於羅斯賀卡（Roth Greeting Card，簡稱原告）與聯合卡片公司（United Card Company，簡稱被告）的訴訟，兩間公司都是從事賀卡的業務。原告提出訴訟控告被告

¹⁵⁴ Sharb, *supra* note 129, at 929-30.

¹⁵⁵ *Id.* at 930-31.

¹⁵⁶ *Id.* at 931.

侵害其著作權，並且聲請禁制令。原告主張被告製造和散布系爭的七張賀卡，並主張這七張賀卡和原告已經有著作權保護的賀卡有相似性。原告僱用一個作家來開發卡片的文字部分，當原告的總裁確定文字部分是可以接受的之後，把文字放在設計賀卡的藝術著作初稿中。然後，再要求公司裡面的藝術家把卡片全面設計編排，最後，編排出來的卡片如果獲得批准，藝術家將完成卡片的最後定案編排，這些卡片將進入生產階段。而被告在原告主張著作權侵害之前，並沒有任何作家幫忙設計，被告的賀卡主要是由聯合公司的總裁 Mr. Koenig 和副總裁 Edward Letwenko 所設計出來的¹⁵⁷。

被告卡片的藝術和文字的來源，在這邊是交代不清楚的，被告的副總裁 Letwenko 無法記得許多被告卡片上面觀念的來源。並且被告的副總裁 Letwenko 猜測其所用的噱頭，有可能是來自工廠人員、酒吧裡面的人、聚會上面的朋友、或是其他人而來。被告的副總裁表示賀卡的藝術著作是他自己的，但是同時也承認，因為觀察賀卡業務情況的必要，他參觀了賀卡店和禮品展。被告的副總裁承認，他可能在製作聯合公司的卡片之前，原告的卡片已經出現在他辦公室，並且在參觀的過程裡面已經看過原告的卡片。

地方法院認定原告的賀卡藝術著作是受著作權保護的，但是被告沒有侵害其著作權。雖然被告是抄襲原告系爭卡片的文字或內容，但這些是常見的普通英語單字和短語，而並非原告所原創。並且在原告第一次使用之前，這些文字和內容就已經存在公共領域。原告認為原審法院在判決上面有錯誤，原告同意賀卡的內容材料，可能已經存在公共領域。但是原告認為必須辨別整張卡片為標準，而不能單獨的個別判斷卡片的內容。原告認為，有文字的編排，與藝術著作一起計畫的組合，這些整體來講是原創的，是原告的創造性，並且可以享有著作權保護。

第九巡迴上訴法院認為，如果把卡片的編排和藝術層面分開考量的話，原告是沒有原創性的，所以不受著作權保護。然而，正確的分析方法為，必須把每張卡片的所有元素，包括內容、內容的編排、藝術著作、以及內容和藝術著作的結合，為一個整體的考量。考慮將所有的元素放在一起，原告的卡片在上級審法院的意見中是有原創性，並且受到著作權保護的。原告的每張卡片都視為一個整體，代表著一種有形的觀念表達，而這種表達在整體上，是被原告所創造出來的。法院並認為判斷著作權侵害時，必須被告的著作和原告的著作之間有實質相似，這種相似性必須達到被告已經抄襲著作權人的創作性。這個保護是針對抄襲的行為，而不是針對獨立創作的著作僅僅是巧合地和有著作權保護的材料重複出現，在這種情況下是沒有侵權的問題的。第九巡迴上訴法院並認為，在整體觀念及感覺之下，被告的卡片和原告受著作權保護的卡片是一樣的。只有一張卡片是例外，在藝術著作的人物描繪、心情描繪，傳達的是一種特殊的情緒和特定的訊息相結合的藝術著作，賀卡上面文字的編排和原告的卡片實質上是一樣的，在某些情況下，連刻字都很相似。

第九巡迴上訴法院發現，被告的卡片所採用的藝術著作，和原告所使用的是相同的，而只是有一點點不一樣而已。對於任何觀察者而言，都可以發現原告和被告的卡片之間，有顯著的相似性。例如，原告卡片在前端，有一個彩色、可愛的小女孩強忍笑意，裡面的話寫著：「我愛你 (I wuv you.)」與異常顏色和細微變化，被告的卡片是相同的；同

¹⁵⁷ Roth Greeting Cards v. United Card Co., 429 F.2d 1106, 1108-09 (9th Cir. 1970).

樣，原告的卡片，寫著：「我已經開始想念你了 (I miss you already.)」，描繪一個被遺棄的男孩，坐在路邊哭泣著，而內頁的訊息是「...儘管你還不曾離開... (...and You Haven't even Left...)」，被告的卡片與其標題非常類似，是一個被遺棄的哭泣男人，和相同的卡片內頁訊息。由於抄襲的直接證據是非常少的，抄襲可以經由接觸和實質相似來證明。本案中，有明確並且未被反駁的證詞，證明被告接觸原告的卡片，也就是被告曾經攜帶原告的卡片進到被告的辦公室；並且到禮品展觀察競爭對手情況時，原告的卡片正在這些地方被展示。加上卡片之間顯著的相似性，除了其中一張卡片是例外，足夠讓法院相信，每一張被告的系爭卡片，考量藝術和內容組合的部分，實際上是抄襲原告的卡片，並且基於相似性所以有著作權侵害發生。因此，該判決撤銷，且發回該判決以為進一步之審理。

3.2.2 模式測試法

3.2.2.1 學說對於模式測試法之檢討

在 1945 年的時候，Zechariah Chafee 教授提出了測試實質相似的「模式測試法」來補充 Learned Hand 法官所提出的抽象測試法。並且 Chafee 教授認為作者不受著作權保護的觀念，和他所寫下來的任何形式之間確實存在一條界線，所保護的是著作的「模式」，也就是事件的順序和角色之間互相影響的發展。¹⁵⁸ Chafee 教授試圖把抽象測試法結合其提出的模式測試法，以達到完善的地步。模式測試法在判斷實質相似的時候，本質上著眼於「事件的順序和主要角色之間的互相影響」。Nimmer 教授用比較莎士比亞的「羅密歐與茱麗葉」來說明模式測試法如何運作，就是前述第二章第一節裡面關於實質相似論述中談到模式測試法的部分。Nimmer 教授認為「兩個敵對家庭成員之間的羅曼史」這個觀念是沒有著作權侵害問題的。但是如果拿來比較的「西城故事」是發生在羅密歐與茱麗葉這部小說尚存有著作權的年代時，在模式測試法下檢驗兩部故事的話，就會發生著作權侵害的問題，因為兩部著作都是同樣的事件順序和角色。Chafee 教授的模式測試法是假設這些故事的順序、編排、角色和對話都是受保護的表達，雖然這個測試法可能會比抽象測試法更精確；但是也被批評，雖然模式測試法「在理論上是有幫助的」，但於實務上沒有明顯的用處。因為這個測試法仍然沒有告訴我們，應該如何在不受保護的觀念和受保護的表達之間畫一條清楚的界線。¹⁵⁹

雖然模式測試法在文學著作裡面，定義何者應該被保護的時候，比抽象測試法更明確。但是主要的缺點就是在其他文學著作的具體運用時，如果系爭文學著作沒有事件的順序或者是角色相互影響的發展，這個測試法就起不了作用。這種情況下，模式測試法可能不能辨別出所有受保護的元素。¹⁶⁰ 模式測試法常常被批評，正是因為上述所言，適用的範圍很有限。最大的缺點就是模式測試法只能適用在特定的文學著作；其他受著作

¹⁵⁸ Jeannette Rene Busek, *Copyright Infringement: A Proposal for a New Standard for Substantial Similarity Based on the Degree of Possible Expressive Variation*, 45 UCLA L. REV. 1777, 1789 (1998).

¹⁵⁹ Understahl, *supra* note 124, at 925-26.

¹⁶⁰ Broaddus, *supra* note 55, at 57-58.

權保護的著作，例如雕刻、卡通人物、或者是玩偶等，這些並沒有任何的模式、事件順序、或者是角色之間的相互影響，可以提供模式測試法來分析。因此，模式測試法忽略一大群受著作權保護的著作，雖然模式測試法在判斷文學著作的實質相似時非常有用；但是，模式測試法並非一個可以通用的測試法。¹⁶¹

曾經有某個年代，吹起一股真人實境節目的風潮，而學者將 Chafee 教授的模式測試法拿來運用在判斷真人實境節目著作權侵害的情況裡面。文章裡面提到，以電視劇而言，電視劇劇本是語文著作。法院在判斷劇本的實質相似時，可以用兩造之間的劇本加以比較，也就是模式測試法所說的事件的順序和角色間的發展。如此一來，是可以適用模式測試法的；然而，如果是在真人實境節目裡面的話，模式測試法的缺點就顯現出來了。真人實境節目一開始都只有簡略的概念（也就是觀念），是因為參加者讓整個內容完整，到最後自然發展成有結果出來，才被拍成電視節目。在參加者出現之前，沒有任何的模式、事件的順序或是角色的發展，可以提供給法院來做比較。而且製片商也不知道最後是不是會有著作權的保護（因為不一定會完成），且製片商製作之前必須向觀眾保證其事先都不知道實境節目的內容。相反地，拿電視劇來相比的話，因為電視劇有完整的劇本，所以在判斷著作權侵害時，可以拿取已經存在的劇本為比較，也可以提供法院在判斷實質相似的時候，當作證據來比較兩造的著作。有劇本的情況下，使得電視劇的製片可以在花費鉅大的資產開發一個新節目之前，可以檢視這個電視劇是不是有侵害他人的著作權。

至於實境節目是脫稿演出的，一直到完成拍攝和編輯之前，這個節目並沒有一個附著，或者是有形的媒介可以表達出來。因此，真人實境節目就必須採取等待和觀望的態度，來看待到最後是不是可以被著作權所保護。這可能會導致，直到這個實境節目的概念（觀念）成為表達被保護之前，都被認為角色之間是沒有發展的。也會使得製片已經投入大筆的資金來開發新的實境節目，如果到最後，這個實境節目的著作是侵害他人的著作，如此一來，便會浪費掉製作的成本和時間。因為在最後形成有效的著作權之前，這個製作都是不被保護的，如果在開拍之後，直至真正受著作權保護之前，這段空窗期被他人抄襲的話，會因為這段期間沒有著作權的保護，使原本努力的成果就會被他人白白取得而使他人獲利。

綜上所述，模式測試法並不能比抽象測試法更達到保護著作權的目的。如果以模式測試法來適用真人實境節目而言，要定義著作權保護是否已經延伸到作者的著作裡面時，作者還必須等待是否有結果出現，才受著作權所保護。但這個保護對於作者而言，可能已經為時已晚。製片者可能會投入大量的資源、大量的精力和時間，在他們最終製作之前不能確定實境節目是否受著作權保護的氛圍中。這種不確定性，不能實現著作權保護的目的。因為對於作者而言，哪些是可以被他人使用的觀念還不清楚，因而對於投入大量資金製造和行銷一個新的實境節目而言是非常大的隱憂。¹⁶²Chafee 教授所提出的模式測試法最被詬病的就是界線不夠清楚，並且適用的範圍有限，從上述的分析可以看得出來，模式測試法只能適用於有事件順序和角色間相互影響發展的情形，因而此測試法較

¹⁶¹ Busek, *supra* note 158, at 1790.

¹⁶² Stalnaker, *supra* note 144, at 178-80.

不為法院所適用。但是其有優點，也就是模式測試法比抽象測試法更清楚，但是也沒有在不受保護的觀念和受保護的表達之間畫一條清楚的線。

3.2.2.2 Warner Bros. Inc. v. American Broadcasting Companies, Inc.

本案為紐約南區地方法院駁回原告之訴後，原告上訴至第二巡迴上訴法院。提起訴訟的原告為華納兄弟公司；被告則是美國廣電公司，地方法院以即決判決予被告勝訴。在1978年，原告華納兄弟公司發行了一部電影，“Superman, The Movie”（Superman I），以及最近兩部續集。超人裡面的角色被描繪成，一個超人從一個虛構的行星，該行星稱為“Krypton”，超人從該行星被送到地球來，是為了躲避該行星的毀滅。超人被 Kents（美國中西部地區的夫婦）發現，並且將該男孩命名為 Clark，從此生長在田園的環境中，Kents 夫婦把 Clark 當成自己的兒子養育，並在 Clark 身上灌輸美國式的強烈道德信念和信仰，並且勸告 Clark 不要展現他的超能力量給任何人看。Clark 長大後成為一個成熟、身材高大、黑髮並且非常帥氣的年輕人。最終，Clark 離開了鄉村生活，並且被一股神祕的力量吸引到一個地方，在那裡遇到其已故的父親，Jor-El，父親告訴 Clark 其真實身分，並指示其使用他的超能力，避免世界受到邪惡的侵襲。Clark 從他與父親那次不可思議的相遇，得到了其超人裝，有緊身藍色緊身衣、紅色的內褲、靴子和斗篷，衣服上面有一個巨大的紋章式的“S”紅色字樣，在胸口處有金色點綴¹⁶³。

Clark 隨後在 Daily Planet 裡面擔任記者，且沒有向任何人洩漏他的真實身分，而是裝做一個害羞、常出錯但是很有善心的年輕人。很快地，他迷戀上一個美麗的同事，Lois Lane。之後，Clark 穿著超人裝展現驚人的力量和勇氣，立刻引起了廣泛的關注，並贏得歡呼，同時，他也向 Lois Lane 表達他的愛意。超人不斷在他的冒險中挑戰反派人物，最終都用他飛簷走壁、子彈穿不透、和飛快速度的能力，加上可以看透東西的視覺、靈敏的聽覺，和無法估算的巨大力量去克服所有的邪惡。超人被描述為一個勇敢、無畏的英雄，並有超乎尋常人的能力。他的力量、速度、視覺、聽覺遠遠超越凡人物理上面的性能。超人經常在天空翱翔，雙臂向前延伸，然後靈活地登錄在陸地上。超人有一系列英勇的行為，犯罪者和反派會對公眾安全或國家安全甚至世界和平都有威脅的動作，超人面對任何的敵人，總是會戰勝。超人的描述和超人的對話、台詞，已經成為家喻戶曉的著作。超人被描述成比子彈快、比火車頭強大，並且一次跳躍就能飛越高樓大廈，並且總是為了真理、正義而打鬥。隨著超人角色的成功，有許多廠商會要求授權，讓超人的角色可以用在玩具、賀卡、衣服或其他產品上面。被告所想要製作的“Super-boy”也一度向原告尋求授權，以超人早期冒險為著作的基準。但是原告打算自己為其他的續集和衍生著作，故而拒絕了被告的要求。

被告無法獲得授權之後，企圖試播超級英雄的電視劇。被告於每個禮拜播一次，稱為“The Greatest America Hero”（霹靂超人），劇中描述如果一般人變成超人的時候，會發生甚麼事情，劇中的主角 Ralph Hinkley，是一個普通的傢伙。Hinkley 被描述為一個年輕的高中老師，被離婚、監護權和女友關係困擾著的一位平凡男子。雖然 Hinkley 某

¹⁶³ Warner Bros. Inc. v. American Broadcasting Companies, Inc., 720 F.2d 231, 236 (2d Cir. 1983).

程度上是有吸引力的，但他的外表不出色，只有中等的高度和金色捲髮，並有些蓬頭垢面。Hinkley 在一次高中實地考察的時候，他的麵包車在沙漠裡面故障。在他獨自行走尋求幫助時，Hinkley 差點被 Maxwell(一個美國間諜)所駕駛的失控汽車所輾過。Maxwell 在沙漠中尋找他失蹤的 FBI 夥伴，但是 Maxwell 不知道那名夥伴已經被極端分子殺害了。Maxwell 和 Hinkley 突然看到 Maxwell 已故夥伴所帶來的影像，一台明亮的飛船在他們兩個面前出現。並且交給 Hinkley 一件神奇的斗篷服裝，有紅色的緊身褲、緊身衣，和一件黑色的斗篷，但是沒有靴子。穿上這件斗篷時，會賦予穿著的人神奇力量。然而，不幸的是，Hinkley 沒有說明書，只有這個禮物和口頭的指令而已，並且叫 Hinkley 應該使用他的力量來拯救世界免於毀滅。在 Maxwell 苦苦哀求之後，Hinkley 勉強地接受這個任務。Hinkley 的神奇服裝賦予他超人類的速度和力量，有飛翔的能力，並且不被子彈穿透。且在他視線之外的景象和聲音，他都可以察覺得到。Hinkley 穿著服裝的時候，其原本性格特徵還是存在的。但是他不太會使用他的超能量，例如飛行的時候，Hinkley 嚇得大叫，並且碰撞著陸，甚至有時候會失控或打滑而捲成一圈。雖然他的服裝可以保護他不被子彈穿透，但 Hinkley 被反派射殺時顯得很畏縮且恐慌。

上級審法院指出，本案關於著作權侵害的問題為，霹靂超人和超人兩個著作是否實質相似，以支持抄襲的推論，或是實質相似的缺乏是否很明白，在事實上面不用陪審團判斷。進行近相似性的評估時，必須是觀念的表達，而不是評估觀念本身。法院可以在法律問題上面，認為沒有著作權侵害而為即決判決。第二巡迴上訴法院在決定地方法院的即決判決是否適當之前，其標準不會超出上述的範圍。著作權法的根本目標是促進創作；然而，著作權法也同時有增加和減少創作兩個層面。透過保證作者的原創著作在商業上得到滿足，享有排他的利益，這邊著作權法是促進創作。同時，如果作者害怕其著作會很容易被認為和已經存在的著作實質相似的話，著作權法便可能阻止新著作的創作動力。觀念與表達二分法起源於普通法，現在已經明定在條文中。觀念與表達二分法是為了使法院可以調和著作權保護的緊張關係而制定，雖然不是很精確，但仍然是一個有用的分析工具，可以用來分辨侵權和未侵權的著作。如果著作的本質，是一個故事而受著作權保護的話，著作基本的本質或結構，就是被著作權保護的標的。Nimmer 教授所講的，在前面第二章第一小節裡面有提到，在全面的非文字相似時，法院通常用 Learned Hand 法官的抽象測試法，或是 Chaffee 教授的模式測試法。(註腳中引出 Chaffee 教授曾經說過：「這是保護著作的『模式』...事件發展的順序，以及角色之間的互相影響。」)

第二巡迴上訴法院認為地院的 Motley 法官即決判決被告勝訴是正確的。原告沒有主張被告的霹靂超人試播、衍生出來的影集、或是預告片侵害超人著作的故事。原告主張的內容是霹靂超人這個角色，Ralph Hinkley 和超人的角色實質相似，並且霹靂超人的製作未經原告允許抄襲了原告稱為超人的「標記」，這個標記是一個很廣泛的概念，包括超人的服裝、能力，以及所有與他關聯的一切，也就是任何發生在霹靂超人著作裡面，能使觀眾聯想到超人的一切。整體而言，Hinkley 的角色和超人的角色是沒有實質相似的。相反地，他們非常地不同，超人的外觀和行為就是一個勇敢、驕傲的英雄，奉獻一生對抗惡勢力；Hinkley 的外觀和行為是一個膽怯、不情願的英雄，心不甘情不願地接受任務，並且寧願回到本來正常的生活。超人在使用他的超能力時，展現了技巧、氣魄，

非常明顯是命運的主宰者；Hinkley 是因為服裝才有超能力，他也不太會使用超能力，他使用起來常常出錯，並且很滑稽的樣子。在超級英雄的類型裡面，Hinkley 對於超人來講，就像偵探類型裡面，“Inspector Clouseau”（烏龍幫辦誤入迷魂陣）對於福爾摩斯一樣。（也就是正常版的喜劇一樣。）

第二巡迴上訴法院不接受被告所提出的分析模式，被告對於分析兩個人物的每個技能時，認為這些技能是觀念而不是受保護的表達，法院認為這種方法會導致減少角色在著作權裡面的保護。因被告之分析係細部分分析及比較，除非原告和被告在技能上面完全一模一樣，否則不會有著作權侵害發生，如此比較是不合理的。一個角色的創造者，為了設定角色，把特定的才能和特徵聚集在他的身上，每一個特徵獨立來講可能是觀念，但是不減損這些特徵結合在一起的表達層面。如果角色和超人非常相似，但是和傳統超人的印象只有些許特徵不同的話，是必須由合理的陪審團來判斷這個事實問題的。比如說疑似侵權角色與超人一般的外觀、風度和技能，但描述他是生活在黑社會裡面的，這樣一來，陪審團有必要決定這個疑似侵權的角色是超人偏離正道，或是另一個超級英雄的類型。然而，本案裡面，即使是合理的陪審團也不能得出，Hinkley 和超人的角色有實質相似。Hinkley 的外觀和行為方式，代表著他與超人不同，且沒有侵害超人角色，因為 Hinkley 只是單純地像一般超人的角色都有超能力的特徵，但這個特徵是超級英雄都會有的普遍特徵。

同樣地，下列證據也顯示出地方法院的 Motley 法官認為霹靂超人在有關侵害超人角色的爭議中，沒有事實問題是正確的。在看過全部 13 部基本的預告片後，其中有 6 部裡面，Hinkley 飛行不受控制、墜落地面，或在面對子彈的時候畏縮害怕的樣子；縱然其他的 6 部預告片裡面，Hinkley 的飛行雖然平安無事，是因為他有一手拿著大型燈具的幫助（無論是不是因為平衡的關係），也不會消除在其他部裡面，他的飛行技術不好的印象，因而喚起對於本案系爭角色，超人的聯想。然而，在這裡，沒有任何一部的預告片和超人角色是相似的。在預告片裡面雖然有自由女神的出現，以及 Hinkley 飛到外太空的背景，也沒有著作權侵害的問題。原告主張這些鏡頭侵害“Superman I”場景，是很難被採納的，因為自由女神是被廣泛認為是美國的象徵，可以用於任何科幻小說的描述裡面，並且超人可以自行飛到外太空的情景也是不能被壟斷使用的。因而結論為第二巡迴上訴法院維持下級審法院的判決。

3.2.3 反覆測試法

3.2.3.1 學說對於反覆測試法之檢討

3.2.3.1.1 反覆測試法概述

Arnstein 案的測試法在實質相似裡面是最普遍的，但不能適用全部的案件，一些法院在較專業或較複雜的案件裡面，試圖用不同的測試法去符合案件的專業性。例如在電腦程式的著作權侵害訴訟裡面，第八巡迴上訴法院在電腦軟體的訴訟中，不同於以往以

一般觀眾測試法來判斷，法院是定義一種新的測試法，稱為「反覆」測試法。這個測試法著重在被告的創作過程中，「使用」原告的著作。有法院認為，如果原告可以證明接觸和實質相似的話，法院就應該假定原告的著作被不當的使用。這個測試法要求被告所使用的結果是一個「反覆性的著作」，此測試法比較特別的是，較著重在原創著作實際上被使用，並且以專家意見去取代一般觀眾測試法。¹⁶⁴反覆測試法把重點放在著作的「使用」和「文字的抄襲」，允許專家證人指導事實認定者去確定被告是否有著作權侵害的問題。¹⁶⁵

在 E.F. Johnson Co. v. Uniden Corp. of America¹⁶⁶ 案中，Minnesota 地方法院在檢驗實質相似的時候，發展了上述的反覆測試法。在案中有提到，一旦原告證明被告曾經接觸過原告受著作權保護的著作，原告接下來就要證明被告「確實複製受著作權保護的實質部分」。在這個測試法裡面，不同於以往，在檢驗實質相似的時候，允許專家證人提供兩造的著作之間，關於相似性質與量的意見。¹⁶⁷

法院早期在電腦案件裡面，並沒有非常清楚地說明要以如何的標準來判斷電腦案件的著作權侵害。上述的反覆測試法可以提供在判斷電腦程式時，一個適當的分析系統，並且從這個方法裡面，比較可以預見訴訟的結果。有別於 Arnstein 案的一般觀眾標準，並且為了可以在電腦程式裡面重新分辨觀念和表達的不同，早期認為可以從反覆測試法中分辨出觀念和表達。綜合上面所描述的，適用反覆測試法時，原告必須在電腦程式的著作權侵害案件裡面，建立表面證據。也就是第一步，原告必須證明，被告在準備其著作的時候，使用了受著作權保護的著作，這邊可以從證明接觸和兩造著作之間的近似性著手；第二步，並且原告要證明被告的著作是一個「反覆」的複製，也就是一個實質上相同形式的重複組合，例如證明電腦程式實質部分的字面抄襲或者是翻譯。一旦原告能夠證明被告有反覆的複製，則舉證責任轉換到被告，由被告來證明他是獨立創作，或是證明合理使用。

3.2.3.1.2 被告使用受著作權保護之著作

在第一個步驟裡面，原告必須證明被告使用受著作權保護的著作，這邊和 Arnstein 案所使用的第一個步驟本質上是相同的。以被告曾經接觸原告的著作，且原被告著作之間的近似性，可以用來證明被告使用原告受著作權保護的著作。如果這個受著作權保護的電腦程式被銷售到一般大眾都可以購買的地方，接觸的要件就幾乎成為不爭的事實，因為被告有機會看到系爭電腦程式著作。事實認定者在這種情況下，只需要找到足以合理推論被告的著作和原告的著作之間有近似性即可。無論是一般近似的部分，例如近似的功能、方法或輸出；或者是特定近似的部分，例如程式中隱藏著作權聲明，或是重複的位元，可以合理推論出被告使用原告受著作權保護的著作。如果原告不能證明被告接觸了受著作權保護的著作，原告仍然可以證明著作之間有如此明顯的近似性，以致

¹⁶⁴ Mark E. Dailey, *Abstraction, Filtration, Comparison: The Difficult Task of Defining and Applying an Appropriate Substantial Similarity Test for Computer Software*, 34 SUFFOLK U. L. REV. 415, 430-31 (2001).

¹⁶⁵ Understahl, *supra* note 124, at 928.

¹⁶⁶ E.F. Johnson Co. v. Uniden Corp. of America, 623 F.Supp. 1485 (D.C.Minn. 1985).

¹⁶⁷ Dailey, *supra* note 164, at 431.

可排除被告獨立創作的可能性來證明。在這個明顯近似底下，事實認定者以審視實質相似標準一樣，要求原告提供同樣高度的標準，甚至要求原告如果用明顯近似來證明的話，就必須提高其證明的強度。

3.2.3.1.3 反覆的複製

假設已經滿足了「使用」的要求，事實認定者接下來要確定這個使用是不是已經構成「反覆」的複製了。這種反覆的判斷，會讓電腦程式間以兩個步驟的實質相似測試法來分辨觀念和表達的區別。首先，這個測試法改變事實認定者以一般觀眾的角度去確定某一事實存在或不存在。此處給事實認定者的問題是，被告是不是有可能已經反覆地複製了原告受著作權保護著作的實質部分。確定這個問題時，事實認定者必須觀察特定的相似處，而不是以直覺的感官去判斷程式之間相似的程度。在判斷被告是否反覆地使用受著作權保護的程式時，應該鼓勵法院用專家證人的形式去判斷。原告不僅應該提供特定相似處的專家證人證據，同時也要提供這些相似處之間的聯繫關係，以用來證明被告曾經有文字上的複製或翻譯。接下來，也是更重要的，用反覆的標準區分電腦程式的觀念和表達。這邊的區分也限制了整個電腦程式裡面表達的定義，只有在翻譯的情況下，例如以使用組合程式，或者是編譯程式，以及程式文字的重複來抄襲原始碼，並且創造目的碼。這種情況下，將會在反覆測試法的判斷底下構成著作權侵害。但是這樣反覆的標準，並不代表侵權者就可以藉由小小的修飾，從改變原告程式的一小部分，然後再複製其餘部分就可以逃離著作權法的侵權責任。原告甚至在這個標準底下，只需要證明著作的實質部分被反覆複製就可以。因此，微弱的修飾性並不會使這個著作權侵害的行為成為沒有侵權發生，因為受著作權保護的電腦程式實質部分還是會被認為抄襲了原告的電腦程式著作。要確定被告的抄襲是否為原告程式的實質部分，應該檢驗兩個著作裡面，相似性中「量」與「質」的證據。量的證據可以從原告的程式有多少百分比的位元被被告重複抄襲來證明；質的證據可以從專家證人認為量的相似性部分可以提供多少程式的功能來決定。

從上面的描述而言，反覆測試法並沒有清楚地解決如何分辨電腦程式裡面觀念和表達的區別。在反覆的標準中，事實認定者還需要決定原告程式的實質部分，被告是否造成實質上相同形式的重複問題。例如有百分之八十的目的碼被重複，且原告所隱藏的著作權聲明出現在被告所抄襲的著作裡面，就可以判斷出這是有反覆的抄襲。因而原告可以清楚地證明被告有接觸，並且隱藏的聲明可以說明被告在準備其電腦著作的時候，合理推論出被告使用了原告的著作。再前進到第二個步驟裡面，無論是專家證人的證詞，可以認為整個程式目的碼的百分之八十重複地出現在被告的著作中，或是隱藏的著作權聲明也提供一個強烈證據，證明被告重製原告程式文字的實質部分，而可以證明被告有反覆地抄襲。不同於一般在判斷實質相似時排除專家證人，原告在這邊可以從專家證人的證詞，來滿足反覆的要求，而可以證明被告有著作權侵害發生。但如果把反覆測試法適用在另外一個例子上面，比如一個程式設計師設計與原告程式相似的逆向工程，就無法用反覆的標準來判斷著作權侵害。雖然在這邊輸入格式和程式功能的相似性可能可以

用來證明被告使用原告的程式，並且滿足上述的第一個步驟。但是這些證據缺少了反覆抄襲的要求，事實認定者不能發現被告有任何重製原告著作的文字部分，因為這只是逆向工程，而不是把原本的程式反覆使用，被告只是適用相同的目的而已。如果用反覆測試法的話，逆向工程的情況會成為，雖然被告有使用原告程式，但是卻沒有任何著作權侵害問題的結果。

反覆測試法裡面，消除了普通在判斷實質相似時以一般觀眾的標準，而允許使用專家證人。在當時是新的測試法，用以代替一般觀眾的直覺決定，事實認定者主要著重在發現反覆抄襲的存在。在反覆測試法裡面，承認需要專家的證詞來證明電腦程式之間相似的地方，透過專家證人的證明和著重特定部分的相似性，反覆測試法在當時的確製造了一個更適合且更可以實現的標準，來判斷電腦程式之間的相似性。由於在反覆測試法底下，只有複製電腦程式重要部份是被禁止的。但是允許程式設計師可以使用非重要部分的地方，形式上比當時許多實質相似的測試法而言，其實有更大的廣度可以促進創作。因此，反覆測試法是可以促進著作權觀念的宣傳，並且增進著作權法的政策發展。反覆測試法保留了一些基本的保障，達到鼓勵創作新電腦程式的目的。由於如果他人是使用前述原告程式的逆向工程或者是輔助源，是需要相當長的時間才可以使用的，著作權的持有人可以比程式模仿者更明顯有時間上面的優勢。電腦程式發展的速度如此之快，一般而言，電腦程式會在幾個月之內變得過時，著作權人就會出現時間上優勢，激起其創作新程式的動力。反覆測試法提供了程式設計師，和社會需求之間一個合理的利益平衡。

在電腦程式的著作權裡面，從反覆測試法看來，有擴大保護範圍的趨勢。因此，電腦程式的著作權侵害訴訟已經越來越普遍，而且法院對於要如何適用妥善的標準來分析、判斷著作權侵害也感到相當困惑。在實質相似的判斷裡面，抽象測試法或是 Arnstein 案的方法，是不足以去判斷電腦程式之間的相似性，如果使用這個舊概念的話，並不符合電腦程式的特性，可能造成錯誤的判斷。反覆測試法，在於判斷被告是否抄襲了原告電腦程式的實質部分、造成實質相同形式的重複。反覆測試法在當時提供了一個比較清晰的標準，來判斷電腦程式的著作權侵害案件，並且進一步加強了促進電腦程式觀念的傳播，因為非重要的部分還是可以被其他人使用，符合著作權法的政策。因此，雖然沒有一個測試法可以完全解決電腦程式的著作權侵害問題，但是反覆測試法在當時的確可以改善法院的混亂，並且提供一個更好的測試法供法院選擇。¹⁶⁸在現今而言，這個方法已經被批評為太廣泛、太擴大保護著作權的範圍，並且有可能保護到不受保護的觀念。因為電腦程式不僅僅是一個觀念，而是一系列的觀念，如何判斷其中是觀念或表達，要透過比較精確的分析。這樣一來，這個過度的保護可能將會導致創造和創新的寒蟬效應，因而現在較少適用本測試法。

¹⁶⁸ Howard Root, *Copyright Infringement of Computer Programs: A Modification of the Substantial Similarity Test*, 68 MINN. L. REV. 1264, 1294-302 (1984).

3.2.3.2 E.F. Johnson Co. v. Uniden Corp.

原告為 E.F. Johnson 公司（下稱 EFJ），是美國明尼蘇達州的公司，主要從事製造和銷售雙向、陸上通訊系統，EFJ 主要的營業地點在明尼蘇達州的 Waseca。被告 Uniden Corporation of America（下稱 Uniden）是美國印第安納州的公司，為日本 Uniden 公司的子公司，Uniden 主要為進口和銷售電子設備，也包括陸上的通訊系統。1980 年的春天，EFJ 在市場上推廣其新開發的，名為“Clearchannel LTR”的邏輯集群移動通信系統（簡稱 LTR），是一個車裝式無線電話機，通常安裝在機動的車輛，例如計程車、警車、或送貨車等，並且有「中繼器」，基地可以從車裝式無線電話機接收信號，也可以發送信號給無線電話機。EFJ 的 LTR 系統的主要核心是在車裝式無線電和中繼器的電腦軟體上面，EFJ 工程師獨立開發電腦軟體，允許 LTR 系統和無線電頻道共用，從而使所有已經分配的無線頻道可以被所有的 LTR 系統用戶接收，在營運效率上面顯著增益。EFJ 在 8700 系列的車裝式無線電話機之軟體已經受到著作權保護了¹⁶⁹。

1985 年 4 月，被告 Uniden 引進型號 FTS 250T 的模型進入市場，這個模型是雙向的 800 兆赫 FM 集群移動無線電系統。這個模型和 LTR 系統的無線電，以及中繼器相容。Uniden 的移動無線電也有電腦軟體，這個無線電允許從 EFJ 的 LTR 系統無線電接收和傳輸訊息，同時也可以接收和傳輸訊息給 EFJ 的 LTR 系統無線電。不久，在 Uniden 的 FTS 250T 無線電上市以後，EFJ 工程師用一個無線電監視他們在 Waseca 的實驗室。結果工程師發現 FTS 250T 無線電的軟體和 EFJ 無線電的軟體相同，EFJ 遂提起訴訟，主張著作權侵害，並要求暫時禁制令的救濟。

法院認為，為了成立著作權侵害的訴訟，原告必須證明其擁有一個有效的著作權，以及被告抄襲或侵害有著作權的著作。原告已經提出登記證書，證明其有有效的著作權，此登記證書已經成為有效著作權的表面證據，並且也包含了所有權的證明。且法院認為由於抄襲的直接證據通常是很少的，可由證明兩個要件來推論出抄襲，第一個就是被告曾經接觸原告的著作；第二個要件為被告的著作與原告的著作之間有實質相似。

在第一個要件，接觸的部分。被告曾經接觸 EFJ 擁有著作權的軟體程式，他們自己也承認當被告在發展 Uniden 無線電軟體時，Uniden 的工程師刪除了 ROM，也就是安裝在 EFJ 的 8800 和 8855 型號中無線電模型上面的 EFJ 程式，再轉儲 EFJ 的程式、拆解 EFJ 程式、以及分析 EFJ 程式的生產流程。

在第二個要件，實質相似的部分。法院認為在第八巡迴上訴法院測試實質相似的時候，認為要用一般觀眾是否認為系爭著作已經拿取了受著作權保護著作的資源。但一般觀眾測試法已經被證明為著作權法中最困難的問題之一，一般觀眾只有在有足夠的實質內容和價值被拿取時，會認為被告從原創的著作中借用該資源；相反地，如果些微的不同和差異的話，會被認為並沒有著作權侵害發生。且抄襲的定義不是指抄襲每個細節才構成抄襲，只要被告的著作和原告的著作達到整體觀念和感覺上面有相似性的話就可以。法院以下提到了反覆測試法的適用，因為受著作權保護的電腦程式，是被儲存在電腦的晶片或是光碟上面，一般大眾不能從肉眼就看出來。如果在電腦軟體的爭議上面適用一

¹⁶⁹ E.F. Johnson Co. v. Uniden Corp. of America, 623 F.Supp. 1485, 1488-89 (D.C.Minn. 1985).

般觀眾測試法的話，已經被證明是有問題的，因為從矽片中欠缺一般容易理解或不易察覺的特性，讓一些評論者提出「反覆」的方法來測試實質相似。這個反覆的方法，原告需要證明，第一個，被告在準備系爭著作的時候「使用」了原告的著作，這邊可以藉由證明接觸和足夠的近似性來合理地推論被告有使用原告的著作。第二個，被告的著作必須是一個反覆的重製，是一個經由反覆或精密的重製原告著作實質部分而得來的著作。在反覆的方法底下，事實認定者從注重一般觀眾的印象，來判斷原告和被告著作整體觀念和感覺上面有何不同，改為由法院評估專家證人，對於著作之間「質與量相似性的證據」。一般觀眾的想像在分析原告和被告電腦程式的相似性時被遺棄，改由專家證人的分析。法院最後認為，無論是用傳統的一般觀眾方法判斷，或是由現在的反覆測試法來判斷實質相似，很明顯地，Uniden 的 FTS 250T 移動無線電和 EFJ 受著作權保護的軟體程式是實質相似的，因而判決原告勝訴。

3.3 小結

上述六小節裡面所論述的各個見解，都是使著作權法可以朝著時代演進而更加保護著作權人。由第二章所闡述，判斷方法如果不同的話，對於判斷的結果也會有影響。每個判斷方法裡面有優點，也有缺點。美國的法院和學界對於著作權侵害的判斷步驟不盡相同，可能有一些是重複的，但是本質上面大多都是從抄襲的角度開始判斷。其中各法院對於名詞的統一、步驟的統一、測試法的適用尚有努力的空間。上述六個小節裡面提出了各個見解所代表的案件，從這些案件裡面可以得知，雖然法院沒有一個統一的見解，但是因為著作類型的不同，每個法院都有其彈性的運用。

從各個觀念而言，不同觀念所可適用之著作類型亦不同。事實上近似性與明顯近似的理論係所有著作類型皆可運用，因為所有的著作類型都有近似性的問題。至於一般觀眾測試法中，因為較不需專業性如語文著作、圖形著作由一般觀眾判斷為適當；但於較為專業性，如電腦程式著作則由具有專業知識之特定觀眾判斷較為當。整體觀念與感覺測試法適合用於較為簡單之著作，例如兒童著作；也適用於須整體判斷之著作，例如美術著作、攝影著作、抑或圖形著作。模式測試法與反覆測試法所適用之範圍較為狹隘，模式測試法僅適用於具有故事性之著作，例如戲劇著作之劇本；而反覆測試法則適用於電腦程式著作，以電腦程式中所使用之方式判斷。配合著作的特徵與特性，而適用不同的步驟或測試法。其中在整體觀念及感覺測試法裡面有提到了一個可為多數著作類型適用之測試法，該測試法或許可以適用在所有的案件，但是現在美國的法院還是沒有一定的定論。這是可以努力的方向，如果找出一套可以適用多數著作類型之標準，不僅法院在判斷著作權侵害的案件時，有可供參考之判斷模式，且原告在提起訴訟的時候，有一套標準可以遵循，案件也可以較為穩定，並且也可以提升法院的公信力。

在我國對於著作權侵害的判斷，許多都採取判斷接觸和實質相似兩個要件，這樣一來，使著作權判斷上面可能過於簡化。著作權侵害的判斷並非兩個要件就可以說明一切，侵害的結果是經過一層一層抽絲剝繭的過程才得出的結果，我國的法院在判斷著作權侵害時，是否太過於依賴這兩個要件，而沒有為全盤的考量，這值得省思一番。

四、我國判決整理及分析

4.1 篩選方式

從前面第二章與第三章，我們可以知道在判斷著作權侵害的時候，必須要注意其順序以及判斷的內容。隨著判斷的次序與內容不同，得出的結果也會有差異，通常差異就是造成原告和被告勝訴或敗訴的關鍵。討論完美國的判斷方式之後，再來看看我國的判斷方式，是否與美國有所差異，其中各有何值得效法之處，將在本章節予以探討。

因為智慧財產法院乃於民國 97 年 7 月 1 日成立，爾後關於智慧財產之案件多移至智慧財產法院審理。所以本章的資料搜尋亦跟隨智慧財產法院成立時間點之後，搜尋司法判決，關於著作權案件中，真正判斷著作權侵害的案件。扣除爭點中並非著作權侵害的案件，篩選出判決中完整判斷著作權侵害之案件，首先將介紹較完整論述著作權侵害判斷之案件；其次將討論在判斷著作權侵害流程可能有缺漏的案件，予以對比。搜尋的方式為，在案由處鍵入著作權為案由，於關鍵字的部分鍵入接觸與實質兩要件，因為我國的文字是有非常多相同的含意，法院的判決也是如此，不難發現，在判決中對於實質相似的判斷，有出現實質近似、實質類似等用語，相同的用語都是實質二字，故作者在關鍵字處鍵入實質二字，以期於判決中有較完整的搜尋，再於判決中尋找真正判斷著作權侵害的案件並加以分析。

4.2 我國判決整理與分析比較—較符合美國司法實務趨勢之判決

本節裡面將介紹我國判決中，對於判斷著作權侵害較完整的判決介紹並分析。下一節再介紹我國判決中對於判斷著作權侵害較有疑慮之判決，並加以分析之。由美國所行之有年的判斷順序裡面可以檢討我國判決的優點與可以改進的地方，本節一開始將介紹兩件在判斷著作權侵害上面較完整的案件，一為民事案件；一為刑事案件，兩者皆為智慧財產法院所審理之判決。之後將提出數個在判斷著作權侵害時可能有疑慮的判決加以分析，並且在判決後提出筆者的個案分析，最後再總和討論。本節將注重於著作權侵害判斷的部分，因此介紹判決時將僅介紹法院對於侵害判斷的方法，至於法院其餘的判斷將不予贅述。

4.2.1 浮雕玻璃案

4.2.1.1 判決介紹

本案為智慧財產法院民事判決，裁判字號 99 年度民著訴字第 36 號。原告為首美有限公司（下稱原告），被告為安格士國際有限公司（下稱被告）。原告乃從事藝術浮雕玻

璃創作，其所創作之「GROW」與「知初」兩幅藝術浮雕玻璃圖案（下稱系爭著作）於92年12月時刊載於原告公司之網頁、室內雜誌及美化家庭雜誌等廣告中。原告主張被告侵害原告系爭著作，因而提起民事訴訟一事。被告抗辯其為參酌合作對象邑昌藝術玻璃有限公司的兩幅作品，因而產生新意念與想法，融合自身對於美感與意境進行變化與揣摩，絕非抄襲或改作原告之著作。法院認為本案爭點在於被告是否有重製或改作原告系爭著作之侵權行為。

法院在判斷侵權行為時，闡述必須先判斷系爭著作是否有原創性，也就是原告是否有著作權。法院在一開始便判斷原告為系爭著作之著作財產權人，因為系爭著作的著作人丙○○乃受雇於原告，並擔任藝術指導業務之事實。著作人丙○○繪製彩繪玻璃之圖稿或色稿，為其於職務上完成之著作，原告因而為系爭著作之著作財產權人。法院接下來在判斷被告是否侵害系爭著作時，明白地指出，判斷是否侵害著作財產權，應自二層面思考之：（一）判斷所侵害者，是否為表達形式？或為思想或觀念本身；前者始為著作權法所保護之標的。（二）侵害者是否有接觸及實質相似之抄襲行為。所謂實質相似，係指表達方式相似，非為觀念之相似。抄襲者，係指非法之侵害，屬不確定之法律概念。

法院接下來先分辨思想與表達的部分，並認為系爭著作之內容中，運用線條、顏色在玻璃表面刻痕，為玻璃彩繪之基本技法，此為思想層次。至於表達部分乃在於系爭著作不同區域色彩分布、比例、與漸層效果及其間之刻痕分布部分，有獨特之創意固屬於表達。於判斷表達的部分之後，法院再判斷接觸的要件，並闡述接觸有直接接觸與間接接觸。直接接觸例如被告參與著作之創作過程；而間接接觸例如原告行銷於市面，被告可輕易取得原告的著作，或者是原告著作有相當程度的廣告或知名度。而在此原告必須舉證證明被告曾經接觸原告之著作，系爭著作物在92年間已完成繪圖、製作，並於92年12月間刊登在美化家庭雜誌廣告以及原告公司網站，屬於公開以及大量在市場上面散布，在彩繪玻璃領域的人士或者是相關消費者都可以完整知悉該內容，故被告屬有合理機會接觸原告的系爭著作。

法院於判斷被告符合接觸的要件之後，再判斷實質相似的部分，認為應該同時考量質與量的部分。質的部分判斷是否為著作的重要部分；而量的部分則按照著作的性質有不同，如是寫實、事實的著作，因為雷同的可能性高，所以必須有更多相似的量。至於科幻、虛構、富創作性的著作就沒有要求如此多的量。本案裡面，在質的部分，法院認為表達與原告系爭著作之精華部分相同；量的部分也認為有相當比例相同或相似的程度。故法院結論為被告侵害原告的著作權，其餘非本文討論重點，不再贅述。

4.2.1.2 判決評析

在本判決中，對於著作權侵害的判斷方式，與前述 Schechter 以及 Thomas 教授所判斷的順序略為接近，大部分我國的判決並不會在判斷中明顯把表達和思想的部分羅列出來。本判決中先判斷最重要的著作權，也就是原告是否擁有原告適格。再判斷那些部分是思想、那些部分是表達，之後再判斷接觸和實質相似。Schechter 以及 Thomas 教授所判斷的順序一開始也是判斷原告是否有著作權，接下去再判斷事實部分，也就是接觸與

近似性；判斷完後，再判斷法律的部分，也就是侵害的部分是否為表達，該表達之間是否有實質相似。雖然本判決將思想與表達的部分放在著作權之後討論，但也不失其完整性。並且在判決裡面，接觸與實質相似判斷的方法，與判斷的基礎都清楚地闡述在判決中，其順序亦為美國判決中行之多年的判斷順序，必須先判斷接觸，再判斷實質相似，本案的判決值得我國效法，故於此處提出介紹並討論。

4.2.2 健身公司平面圖案

4.2.2.1 判決介紹

本案為智慧財產法院刑事判決，裁判字號 100 年度刑智上易字第 31 號。本案為刑事判決，告訴人為三方公司，被告為美商世界健身公司與昌樸公司，美商世界健身公司我國分公司負責人為柯約翰，昌樸公司負責人為李福徵。檢察官起訴略為柯約翰與三方公司總經理方文杰為舊識，原本柯約翰欲設立世界健身公司於高雄林森店，為擴大營業，希望由方文杰提供室內空間規劃設計，待核可後再委由三方公司承攬、施工。惟三方公司之開價過高，超出柯約翰預算過多，合作故而作罷。柯約翰後改由昌樸公司規劃施工，檢察官認為被告柯約翰明知告訴人三方公司提出之室內平面圖（下稱系爭設計圖）係告訴人三方公司擁有著作權之著作物，竟與被告樸昌公司以及李福徵共同基於侵害他人著作權之犯意聯絡，未經告訴人三方公司許可，將該平面圖提供予被告李福徵，由其抄襲而繪製平面圖，再將該等平面圖按圖施工。

法院在判決裡面載明著作權人之舉證責任為，第一、證明著作人身分，證明是權利人所創作的；第二、證明著作完成時間，也就是著作之起始點；第三、證明係獨立創作，而非抄襲而來，也就是審認著作人在創作時，並未接觸或參考他人先前之著作。法院認為設計圖圖面日期為 93 年 5 月 25 日至 93 年 10 月 22 日（尚未細分樓層設計日期），證據顯示著作人為告訴人三方公司，三方公司確有創作設計圖之能力，並有充分且合理之時間及人力足以完成著作。並且方文杰及被告李福徵在 93 年 11 月 13 日前素不相識，也無來往接觸，該設計圖乃三方公司員工之獨立創作。系爭設計圖係三方公司之受雇人方文杰及其他員工於職務上完成之著作，著作財產權應歸於三方公司享有。

接下來，法院明白表示，認定著作權侵害有兩個要件，接觸及實質相似，其中實質相似不僅指量的相似，也兼指質之相似。在接觸方面，三方公司主張方文杰與柯約翰接觸很多次，有當面討論或電子郵件的方式溝通，且平面圖都是方文杰親手交給柯約翰，但柯約翰沒有簽收。惟證人之證詞無法證明柯約翰的確接觸過三方公司之著作，因為三方公司所主張之時間點與人員與證人之證詞不相符合。並且設計圖之圖檔從設計始末共有 A 至 H 版本，H 版本為最後修改版本。但是 H 版本中一樓及二樓平面圖檔之建立日期均為 93 年 10 月 28 日；三樓平面圖檔有兩份，建立日期分別為 93 年 11 月 15 日以及 93 年 12 月 20 日；地下一樓平面圖檔為 93 年 10 月 27 日。其中三樓之平面圖檔建立日期晚於告訴人在 93 年 11 月 13 日蒐證取得被告李福徵所持之設計圖之後，無從認定被告李福徵曾經接觸告訴人主張之設計圖。告訴人三方公司另有主張設計圖有共同錯誤部

分，法院認為李福徵係因引用屋主提供之建築物竣工圖才會導致該處有一樣之錯誤，但是也不能證明被告曾經接觸原告設計圖。法院認為檢察官起訴內容僅為單方揣測之詞，非得以據以認定被告李福徵、柯約翰有接觸告訴人三方公司設計圖之積極證據。

另外實質相似的部分，下級審有送我國省建築師公會台中辦事處鑑定兩者之設計圖是否實質相似。但法院不採，原因為該鑑定報告書係將屬於業主思想、概念之空間配置，相關器材設備擺放位置、器材設備數量等部分，作為判斷實質相似之基準，但是此判斷基準不當，意見難以採納。法院認為既為健身中心設計圖，著重部分應在於健身器材之繪製、各區域繪製擺置的健身器材圖案，且認為告訴人三方公司與被告李福徵之設計圖完全不同。兩者於較為重要且占有相當比例之健身器材圖案上，完全繪製不同之圖案，也就是表達之形式相異，兩者之間並無實質相似。因而判決被告等無罪。

4.2.2.2 判決評析

我國對於著作權的侵害責任，亦規定刑事責任，本件即為刑事判決。由上面的判決內容可以觀之，因刑事判決乃對於人身自由可能會有侵害，故判斷的過程較複雜並且較嚴謹。但基本上的架構不變，依然必須先判斷告訴人是否擁有著作權，再判斷是否有接觸與實質相似。本案所判斷的順序較接近 Nimmer 教授所提出之理論，先判斷著作權，再判斷接觸與實質相似。本案中，法官在判斷著作權時，須由告訴人提出其有獨立創作之證據。在判斷接觸時，法院將時間點，以及證人之證詞與呈堂之證據加以綜合判斷，於接觸之要件時分析許多是否有接觸之事實。接著判斷實質相似時，也沒有完全採納鑑定報告的意見，並且認為鑑定報告所判斷之內容為思想，而非表達，法院在此認為表達係健身器材繪製、各區域繪製擺設健身器材之圖案。此舉已經進入判斷設計圖之表達核心，著實可以效法。另外，美國的判決中，如原告並沒有接觸被告著作，可能案件就此結束，也不用判斷實質相似，因為最基本的接觸都不構成。於本案中，法院判斷被告並未接觸告訴人著作之後，繼續判斷實質相似，筆者認為可能因為我國於刑事訴訟法第 379 條判決違背法令之事由，如第二審法官未判斷告訴人或檢察官所提出的實質相似部分，可能可以作為上訴第三審事由，因而可能發生發回更審或是撤銷原判等情形發生，故如檢察官提出證據，法院通常皆會予以判斷。

4.3 我國判決整理與分析比較—其他判決評析

本節將以我國判決中，相較於美國對於著作權侵害之判決而言，其兩者之相異處，加以討論之。以下選出判斷著作權侵害時，與美國判斷順序不同，以及其中是否有改進之處。以下討論僅針對判斷著作權侵害部分，其餘例如民事訴訟中對於賠償額之認定、或是刑事訴訟中對於論罪科刑等部分不再贅述。

4.3.1 貨櫃吊網產品手冊案

4.3.1.1 判決介紹

本案為智慧財產法院民事判決，裁判字號 98 年度民著訴字第 41 號。本案原告為外國公司，乃經營國際航空貨櫃運輸之貨櫃吊網業務，其產品之解說手冊，「零組件維護附圖解說件號手冊」為本案系爭著作。被告懷霖公司係經營航空貨櫃吊網業務，其亦提供「零組件維護附圖解說件號手冊」，原告認為被告此手冊與原告手冊有高度相似（亦即本文之明顯近似）。法院判斷著作權部分，認為原告提出歷次改版時間，證明其受僱人於受僱期間完成著作之財產權約定屬於原告所有，且具有原始性，被告亦不爭執。創作性部分，法院認為原告之內容並非對於貨櫃吊網單純描述，其維修方法更係針對該公司產品之特殊構造，依其專業技術詳加敘述維修方法，以及注意事項。使購買者得以透過此資訊維持貨櫃吊網產品之正常使用，應認其精神作用已經達到相當之程度，足以表現出作者之個性及獨特性，具有創作性，故而原告擁有著作權。

法院在判斷著作權侵害之前，闡述認定有無侵害著作權之事實時，應審酌一切相關情狀，就認定著作權侵害的二個要件，即所謂接觸及實質相似為審慎調查審酌，其中實質相似不僅指量之相似，亦兼指質之相似。並且認為判斷語文著作是否抄襲時，適合依照重製行為態樣，就其利用之質量按照社會客觀標準分別考量。且有無接觸不以實際接觸之直接證據為必要，如果有明顯近似足以合理排除被告獨立創作之可能，可以藉由明顯近似推定接觸。接下來，法院先判斷實質相似，再判斷接觸。對於實質相似部分，法院認為除標題及圖形說明部分外，其他兩造之維修手冊有關維修內容之敘述，有多處完全相同或明顯近似，文字表達相同之比例甚高。且被告自行委請中山科學研究院鑑定，完全相同之量為 75.78%，非完全相同但近似之量為 12.5%，且相同或近似部分係整句或整段之敘述，手冊文字敘述相同或近似之質量甚高，已構成實質近似。

關於接觸的部分，原告提出兩造之手冊中有共同錯誤。兩造在交易市場上具有直接競爭關係，維修手冊係附隨於貨櫃吊網產品中，交付買受人，被告人員於創作被告之維修手冊過程，有合理機會接觸原告維修手冊。並且，如果被告未曾接觸過原告手冊，應不致於在手冊裡面有與原告相同之錯誤，足見被告確曾接觸被告之著作。被告確有重製及散布被告維修手冊行為，已經侵害原告之重製權與散布權。

4.3.1.2 判決評析

本案判斷之順序為，開始先判斷有無著作權，再者判斷實質相似（本案於判決中出現實質相似與實質近似用語），最後判斷接觸。美國判決之判斷順序除一開始必須判斷著作權之外，接下來係判斷接觸，符合接觸之要件後，再判斷實質相似。美國判決會如此判斷，有判斷模式流程之考量，因為被告必須先有接觸原告著作之行為，無論是直接接觸或是有合理機會接觸，之後再論兩造著作之間是否有實質相似才有其意義。如果先判斷實質相似者，即使兩造著作之間有實質相似，被告如沒有任何直接接觸或者是合理

機會接觸者，也不可能構成侵權。以邏輯而言，美國判決乃一步一步推理下來，我國判決在判斷上面，有許多判決皆類似本案情況，於判斷有著作權之後，接著判斷實質相似，最後才判斷接觸。我國在判斷著作權侵害時，並沒有一定的要件或順序，造成法院在適用上面可能出現疑慮，而必須去解釋法律，或者是引用判例來使判決之內容完整。故如果法院在判斷上面有其一定之順序，能使原告與被告共同攻防在同樣的爭點上面，或許在判斷著作權侵害時，訴訟上面法院、原告、及被告三方關係可以有一定的順序與要件可以遵循。

4.3.2 政府建築管理數化工程案

4.3.2.1 判決介紹

本案為智慧財產法院民事判決，裁判字號 99 年度民著上更（一）字第 5 號。上訴人尚盈科技有限公司（下稱原告）為原本之原告，被上訴人富宏科技股份有限公司（下稱被告）為原本之被告。被告於民國 95 年 8 月 8 日與臺北縣政府（現為新北市政府）簽訂 95 年度建築管理數化作業契約，嗣原告於 95 年 8 月 11 日與被告簽訂 95 年度臺北縣政府建築管理數化作業合約書（下稱系爭合約），約定將系爭合約之部分工程，即「路平系統」、「違章建築管理系統」、以及「建築管理系統擴充開發」等電腦系統開發工程（下稱系爭工程）分包予原告施作。原告在工作完成後，將上開數化作業契約承攬明細表所載程式（下稱系爭程式）交付新北市政府。詎被告不支付工程款，並且對原告為解除雙方合約之意思表示。之後另與訴外人鴻維公司訂約，未得原告之同意，竄改、變造、重製並交付訴外人鴻維公司。被告未依約給付工程款，因而原告提起本訴訟。被告主張原告並非系爭軟體之著作權人，且訴外人鴻維公司為獨立創作完成其著作。

法院於判斷著作權部分，認為原告簽訂承攬契約，以完成工作內容為主要約定，並未就相關軟體之權利歸屬有詳細約定，應以受聘人即原告為著作人，著作財產權亦歸原告享有，故原告為系爭契約中相關軟體著作之著作人及著作財產權人，被告得在不違反契約的範圍內利用相關軟體著作。法院接下來判斷程式之間是否有相似性，因原告已將程式交付臺北縣政府，故法院將一審所審理之事實提出，一審將被告於 98 年 3 月 25 日所呈之程式碼與臺北縣政府工務局於 98 年 2 月 13 日所檢送光碟之程式碼互為比對。經過 WINMERGE 軟體當庭比對後，兩造陳報之程式碼內容相同之檔案數比率甚高，部分檔案雖經 WINMERGE 軟體判斷為不同檔案，惟打開文字檔案顯示其內容，經檢視實際上相同，相同比率高達九成以上。另外加上證人稱只有 05JSP 程式碼是訴外人鴻維公司與被告契約完成之程式碼，其餘程式碼均係備份臺北縣政府機器內之資料，兩者於實質上構成近似。

原告已將系爭程式安裝於臺北縣政府工務局電腦系統中，鴻維公司僅獨立創作 05JSP 程式碼以及 03 資料庫結構說明書而已。原告認為著作權侵害行為，為被告會同鴻維公司拷貝原告創作之系爭軟體之行為。查臺北縣政府驗收之後使用程式，依上述比對之結果相似度高達九成以上。雖然軟體已經構成實質上近似，但是因為被告按照契約有

利用權，縱有自臺北縣政府重製系爭程式，俾使鴻維公司撰寫資料庫結構說明書或將程式碼交付予臺北縣政府俾以履約之情事，均屬於其利用權之範疇，不構成著作權之侵害。原告敗訴，原告復上訴第三審，最高法院依然維持下級審法院之見解，其上訴駁回（詳見 100 年度台上字第 1895 號判決）。

4.3.2.2 判決評析

雖然本案法院在判斷上面，先判斷原告是否有著作權。惟法院在判斷上面直接判斷實質相似（本案用語為實質近似），判決中始末皆未判斷接觸之要件。美國法院所為之判決許多都遵守先判斷原告是否有擁有著作權，接下去判斷接觸之要件，最後才判斷實質相似。本案判決中，雖然未依美國法院之判決順序判斷。但是本案裡面，法院在判斷兩造之實質相似處的時候，認為兩造相似度高達九成以上。美國有明顯近似的原則，如果原告無法證明接觸，而兩造著作相似度明顯至足以排除被告獨立創作可能的話，有法院認為可以直接證明接觸；但有法院亦認為必須還要其他之佐證才可以證明接觸的要件。但是也不至於全然都沒有判斷接觸之要件，本案判決中，重點著重在兩造軟體著作上面是否有相似性。而法院全然未判斷接觸要件，也沒有說明是否以明顯近似來推論出接觸之結果，可能稍嫌不足。故而如果本案中，法院明確地判斷著作權侵害要件，並且將較多法院所判斷之要件，也就是接觸與實質相似交待詳細的話，或許可以增加判決之完整性，並且真正完整判斷著作權侵害。

4.3.3 辭典易誤判部首單字表案

4.3.3.1 判決介紹

本案為智慧財產法院民事判決，裁判字號 98 年度民著上易字第 12 號。本案原告為李建盛、被告為世一文化事業股份有限公司，法定代理人莊朝根。事實為原告主張被告明知「輕輕鬆鬆查字典」內之「易誤判部首單字表」為原告之著作。然被告未經原告授權，並意圖營利，在被告公司之「最新國語辭典」（修訂二版三刷 ISBN000-000-000-X）侵害原告之「易誤判部首單字表」之著作財產權及著作人格權，並於 96 年 12 月 27 日在台北市之書店流通販售。被告抗辯，世一公司部首字典早於 65 年之世一書局時代即已發行，之後依據教育部公布之「一字多音審訂表」著手編訂「新編國語辭典」，於 76 年 11 月初版上市。迄今歷經多次增修改版，於市場上具領導地位，其中「部首單字表」檢索方法，早在原告 83 年登記著作權之前，日本多家出版社就已經沿用多年，可見原告稱「易誤判部首單字表」為原創並不可信。

原告提出經濟部智慧財產局著作權登記簿謄本，法院認為當時內政部受理著作權登記，係採著作權登記制度，僅從事形式審查，並未進行實質審查，是否受著作權保護要無影響，原告仍應提出其他證據證明「易誤判部首單字表」係屬原創性之表達。被告於 96 年度訴字第 270 號違反著作權案審理時，曾經提出九本日文漢字辭典，經法院勘驗該

九本辭典後，均與原告易誤判部首單字表高度相似（即本文之明顯近似），或近乎完全相同之編排方法，日期早於原告辦理著作權登記時所申報之著作完成日，且此類易誤判部首單字表已於日本廣為利用。法院認為中文或漢字之結構可能拆解之部首有限，思想同一而表達有限之情形下，原告自不得就「容易誤解部首字群」中收錄各該單字而主張著作權。系爭著作權具有創作性部分僅係指各該部首內單字之集合，但基於中文或漢字結構及部首之先天侷限性，原告不得就「容易誤解部首字群」中所收錄之特定單字或部分單字之組合主張著作權。

法院接下來闡述了著作權未對「抄襲」加以定義，學說、實務見解及外國法例均認為主張他人之著作抄襲自己之著作，而構成著作權侵害者，應先證明他人之著作有直接或間接抄襲自己著作，且二者間有其關聯性。換言之，主張權利者應證明他人曾接觸其著作，且其所主張抄襲部分，與主張權利者之著作構成實質相似。接觸為有合理機會或可能性見聞自己之著作；實質相似則由法院就爭執部分著作之質或量加以觀察，並認為二者相似程度頗高，或屬著作之主要部分者。總之，據以認定抄襲之要件有二：即接觸及實質近似。法院認為中文辭典之文字選擇及編輯雷同，乃同部首、同筆劃之文字所得選擇及編輯順序本即雷同使然。縱使原告出版字典，與被告選取相同或部分雷同文字，也不能說係抄襲原告之著作。被告與原告出版之辭典，經過法院比對文字，發現編排上有差異，且對容易誤解部首文字之選取尚有不同，二者在客觀表達上並非相同。雙方對於文字選擇與編輯順序之所以雷同，只是使用相同之檢索原理所致，但此種檢字方法並非著作權保護標的。且原告使用檢索原理之「易誤判部首單字表」，早在原告字典出版前已為日本辭典沿用多年，沒有任何證據可證明被告曾接觸原告之著作並進而抄襲。因而原告上訴駁回，之後上訴人提起本確定判決之再審之訴，智慧財產法院裁定再審之訴駁回。

4.3.3.2 判決評析

本案中，法院剛開始花了非常大篇幅討論原告是否有著作權，也提出了很多證據來證明原告並無著作權。且由本案可知，雖然早期我國有著作權登記制度，但法院仍認為該登記證僅經過形式審查，而未實質審查，原告還是必須提出其他證據證明原告有著作權。但基於中文、漢字結構和部首之先天侷限性，使原告無法取得著作權。通常在美國法院判決中，如果沒有著作權的話，也不必判斷接觸與實質相似。惟於本案判決中，法院在判斷原告並無著作權之後，亦繼續敘述著作權侵害判斷，也就是是否有接觸與實質相似。可能因為我國民事訴訟法第 467 條規定上訴第三審除須以判斷違背法令為理由，而此處之法令為最廣義之法令，舉凡實體法、程序法、習慣、法理、經驗、論理法則皆在內。而法官如未敘述原告所主張事項，可能遭第三審法院廢棄原判。因而原本如原告無著作權時，其並沒有正當之訴訟權源，本不須再判斷是否有侵害著作權問題。而我國法院可能基於上述原因，法官於判決中闡述原告有主張之相關意見。但美國法院之作法可能在判斷著作權侵害上面較為正確，因無著作權時，之後著作權侵害問題即無判斷之必要。

4.3.4 卡通玩偶重製案

4.3.4.1 判決介紹

本案為智慧財產法院刑事判決，裁判字號 98 年度刑智上更（三）字第 2 號。本案為刑事判決，被告為金富公司負責人。告訴人國際影業公司稱其有 DORAEMON（多拉 A 夢）之著作權、聯合圖片公司稱其有 SNOOPY（史努比）之著作權、迪士尼公司稱其有 POOH（小熊維尼）之著作權。被告擅自以重製方式侵害他人之著作財產權為常業之犯意，自民國 91 年 7 月起，多次以傳真方式，向設在中國大陸廣東省東莞地區不詳名稱廠商下單，購入違法產製多拉 A 夢、SNOOPY、POOH 等玩偶外皮數百隻至數千隻後，利用金富公司廠址場所，將購入之玩偶外皮加工填充泡棉物料，在予縫合為立體玩偶，重現國際影業公司、聯合圖片公司、迪士尼公司等之上開美術著作內容而重製之。重製完成後，依玩偶大小即型別不同，以新臺幣三十元至數百元不等之價格，販售予不特定人，侵害其著作財產權。

法院判斷著作權部分，認為本件多拉 A 夢、史努比、小熊維尼圖樣，與貓、狗、熊自然動物形態顯然不同，其具有原創者獨特之思想、感情及意境之表現甚明，屬我國受著作權保護之美術著作。多拉 A 夢部分，原本為日商小學館股份有限公司獨創，在日本有著作權保護，因互惠原則，在我國也受著作權保護，之後授予國際影業公司獨家使用權；史努比部分，為美商聯合圖片公司有美術著作財產權；小熊維尼部分屬迪士尼公司之著作財產權，後兩者有美國著作權執照、授權書、認證書、以及經濟部智慧財產局函文可證明之。

著作權侵害判斷部分，被告意圖銷售而擅自以重製方法侵害他人之著作財產權，被告於審理時坦承不諱。法院也提到，究竟有無侵害著作權，自應審酌一切相關情狀，就認定著作權侵害的兩個要件，即所謂「接觸」及「實質相似」而為調查。接觸為有合理機會聽聞被侵害者之著作；實質相似端看是否為著作之重要成分—寫實作品方面從量來分析解構、藝術性或美術性之作品由質的方面來判斷整體觀念及感覺上面的相似點。法院接下來判斷被告和告訴人著作之間相似之處，在史努比部分，經鑑定後，意見為，就被提供兩隻被告之「俏皮狗」與告訴人「史努比」間而言，不僅在整體概念及感覺上實質相似，且在細部特徵上相當近似，例如色澤、戴項圈、後腳形狀等。被告僅改變原著作之外面形式，鑑定報告稱應可推定被告以重製方法抄襲告訴人著作。雖然被告辯稱其由某乙授權俏皮狗製作，但被告並未依照其授權圖樣製造之，法院認為被告所製造填充者乃係外觀特徵極盡相似「史努比」之玩偶。

另小熊維尼部分，鑑定報告中就被告之「頑皮狗」與「小熊維尼」間而言，不僅在整體概念及感覺上實質相似，細部特徵上也相當近似，例如鼻子尖突、耳朵呈半圓形等。被告亦辯稱是從某乙處取得授權製造「頑皮狗」，但是被告依然未依授權圖樣製造之。法院認為依照鑑定報告及被告所提供「頑皮狗」之特徵與「小熊維尼」相同，二者予人之「整體觀念及感覺」亦相同，該「頑皮狗」之特徵確係抄襲「小熊維尼」。多拉 A 夢的部分，鑑定報告中，被告之「粉紅貓」與「多拉 A 夢」間而言，其不僅在整體概念及

感覺上實質相似，細部特徵上相當近似，例如臉形、三撇鬍子、鼻子形狀等。法院提出更一審中法院判斷其雖為一種貓，卻與貓的寫實長相截然不同，且「多拉 A 夢」雖有不同造型，但「整體觀念及感覺」上並無二致。本案法院認為「粉紅貓」身型與傳達出的意象特質，予人「外觀及感覺」極盡相似，「粉紅貓」確係抄襲「多拉 A 夢」美術著作所製造。接下來法院判斷接觸的部分，認為「史努比」、「小熊維尼」、「多拉 A 夢」均係世界知名之卡通人物，為眾所周知之事實。被告對此並無異議，被告也曾經大量銷售「史努比」、「小熊維尼」及「多拉 A 夢」之填充玩偶，足認被告確實曾經接觸上開美術著作，因而判處被告有期徒刑。

4.3.4.2 判決評析

本案為刑事案件，其中法院引用美國判決在判斷美術著作時常用之「整體觀念及感覺」標準來判斷，本文第三章亦有詳細介紹該測試法。然本案之判斷亦點出前述之判斷著作權侵害順序之問題，本案法院花了非常大篇幅在討論著作之間實質相似之問題。討論完實質相似後，才討論被告是否曾經接觸系爭美術著作。且在判斷鑑定報告與系爭著作中判斷兩造著作實質相似時，判決中已有結論認為被告抄襲告訴人之著作。然此時尚未判斷接觸，僅判斷實質相似，即逕下結論認為被告抄襲，是否稍嫌速斷。而係必須判斷接觸後，才能得出抄襲之結論。且以邏輯性而言，如果兩造著作之間有實質相似而無接觸，亦沒有著作權侵害問題，除非該相似度明顯至可排除被告獨立創作程度。但美國仍有法院認為必須有其他佐證，才可得出著作權侵害之結論。從本判決可以得知，我國著作權法並未規定抄襲如何判斷，是否被告抄襲即等於有著作權侵害？抄襲之判斷在我國是否有實質相似即可推論出來？抑或有接觸及實質相似才可稱作抄襲？本文將美國判決之“copying”於 Shechter & Thomas 教授之見解中翻譯為「重製」；Nimmer 教授之見解中翻譯為「抄襲」，有不同階層之詮釋。前者認為判斷重製時是以接觸及近似性，而實質相似乃不當取用之問題；後者認為，抄襲是接觸及表達部分實質相似而構成著作權侵害。後者與我國判決較為接近，但美國法院在判斷時也有其判斷順序，我國在此問題上值得加以深究。

4.3.5 Fantom CD 程式案

4.3.5.1 判決介紹

本案為最高法院刑事判決，裁判字號 99 年度台上字第 2800 號。本案被告於 89 年 7 月至 91 年 6 月 30 日間於安辰公司擔任研發人員，同案被告張永信於 89 年 8 月至 91 年 3 月 31 日於安辰公司擔任銷售人員。被告及張永信明知被告參與研發設計之 Fantom CD 電腦程式著作之著作財產權屬安辰公司所有。被告離職後，利用曾參與 Fantom CD 電腦程式之機會，先於 91 年 8 月間，在我國地區某不詳地點，擅自重製上開 Fantom CD 之電腦程式著作。將之命名為「Alcohol 120%」，與張永信意圖營利而交付之。張永信離

職後，設立易碩公司，以易碩公司名義銷售「Alcohol 120%」。告訴人之著作是否均在著作權保護之範圍，審理之法院自應委由鑑定機關將告訴人主張享有著作權保護之電腦程式予以解構，過濾或抽離出其中應受保護之表達部分，將具有高度抽象性之思想或概念等公共財產及基於效率或電腦軟硬體功能外部因素所限制部分予以濾除；再就被告是否曾經接觸告訴人所享有著作權保護之表達部分及二程式間實質相似程度，加以判斷是否侵害告訴人之著作權。

原判決已詳細論述被告及安辰公司所銷售之電腦程式所顯現之使用者介面，即人與電腦間互動以完成電腦特定工作之各種設計，包括畫面功能、操作方式與燒錄機參數設定表等，均屬「思想之表達方式」。工研院鑑定分別就 Fantom CD 與 Alcohol 120% 軟體執行檔，同以 EMS Source Rescuer 為反組譯，再分別就其結果進行比對，先後比對畫面功能及操作方式之異同處。反組譯二者之執行檔，對比其原始碼（即目的碼）及參數設定後，進行著作權侵害鑑定結果。

其結果有三，第一為畫面極為類似，功能選項與敘述大部分相同，僅修改關鍵部分（名稱、商標及圖示）；第二，程式碼寫作風格亦極為類似，二者實質相同；第三，光碟燒錄資料結構相同，內部參數高達 99% 以上相似處，參數為各家廠商最高機密，非共同規格，另外機械碼中出現原告之著作權宣言有實質近似。Alcohol 120% 以及 Fantom CD 反組譯後，得出極為近似之結果。本件鑑定之理論依據及鑑定經過並無瑕疵可言，應為可採之理由。最後法院認為被告指摘工研院鑑定報告無證據能力，此理由尤非提起第三審上訴之合法理由，因而上訴人即原本被告之上訴駁回。本案上訴人即原本被告之後聲請再審，為 99 年度刑智聲再自第 4 號，此再審之聲請遭駁回。後又提起抗告，亦遭駁回。

4.3.5.2 判決評析

本案為刑事判決，最後遭第三審上訴駁回，聲請再審亦遭駁回。我國對於著作權侵害不僅賦予民事責任，亦有影響人身自由之刑事責任。而刑事責任一般而言，認定上將比民事責任嚴格許多。本案中，對於電腦程式分辨表達與思想之方法為解構、過濾、抽離出應受保護的表達部分，此部分才是著作權所保護之標的，此方法也被美國法院所採納。雖然判決中有寫明，判斷著作權侵害時，是以接觸，以及二造間之實質相似來加以判斷。但是法院在涵攝時似乎於判斷完受著作權保護的表達部分後，僅參考工研院之鑑定報告中，認定二造著作有「實質相同」及「實質相似」之處。雖然第三審法院為法律審，對於接觸為事實問題而不加研判。但此事實部分仍應依照著作權侵害判斷之順序，發回第二審法院判斷是否有接觸部分，尚稱完整。法院亦可能認為接觸已明確，或顯然於判決無影響而未判斷接觸要件，或許在判決書中加以闡述為何未判斷之理由，能使判決書更加完整敘述，而不致使受判決之人可能產生疑慮，是紛爭可儘速解決。

4.3.6 飾品設計圖樣案

4.3.6.1 判決介紹

本案為智慧財產法院刑事判決，裁判字號 99 年度刑智上易字第 48 號。被告為「紅眼銀飾店」負責人，明知某真實年籍不詳之成年男子兜售之飾品，均係由不詳之人在不詳時地擅自重製。商品使用近似於日商可洛米哈斯特公司向經濟部中央標準局（現為智慧財產局）申請核准註冊之商標圖樣，並將之陳列於店內，以不同之價格販賣給不特定顧客牟利。98 年 2 月 6 日晚間八時三十四分許，警察扣得仿冒上揭商標之仿冒飾品共 43 件。法院在判決裡面許多都是判斷商標之侵害，但此處著重於著作權侵害。

被告販賣前開仿冒品，侵害美商可洛米哈特斯公司之美術著作權。法院認為告訴人美商可洛米哈特斯公司所稱享有美術著作權之「十字架」及「銀劍」設計造型，係市面上一般飾品習用之設計形狀。上開設計之概念，不受我國著作權法之保護。十字型及短劍造型係屬特定之形狀，為呈現其特定之形狀，一般人所設計之圖樣，因表達方式有限之結果，往往大同小異。尚不得僅因彼此之設計圖樣有所近似，即遽認係侵害告訴人之著作權。告訴人所主張「十字型」及「短劍」設計圖樣，法院認為比較細部設計樣式，由細部特徵為比對之後，告訴人所指被告為侵害其著作權，與其美術著作權照片圖示比對，造型仍有差異。且飾品之十字型及短劍造型係屬一般市面常見之特定造型，為呈現其特定形狀，一般人所設計之圖樣因表達方式有限之結果，往往大同小異。尚不得僅因被扣飾品部分造成與告訴人美術著作權圖示近似，即遽認係重製而侵害其著作權。

法院明白指出，判斷著作權侵害之要件有二，一為被告是否曾接觸（access）著作權人之著作，二為被告之著作與著作權人之著作是否實質相似（substantial similarity）。所謂接觸應有合理之機會或合理之可能性閱讀或聽聞著作權人之著作，告訴人即檢察官未證明製造之不詳之人曾接觸告訴人之著作而重製。又扣案飾品不論整體外觀或局部線條花紋，並非與告訴人上揭著作圖示完全相同，均仍有其本身創意，不能認為係直接抄襲告訴人美術著作權之作品。¹⁷⁰

4.3.6.2 判決評析

本案法院在判斷告訴人因十字架及短劍之表達方式有限，因而不受我國著作權法之保障，法院於判斷告訴人並無著作權後，接著又判斷告訴人所主張之飾品與被告之飾品為比對，認為亦無近似性，而不能認為有著作權侵害。之後又提到著作權侵害係以接觸和實質相似為判斷，乃於判決最後說明告訴人、檢察官皆不能證明被告曾接觸告訴人之作品。於判斷之順序上，是否判斷完告訴人無系爭著作之著作權後，因其並無適當之權源提出告訴，因而對於近似性、接觸之判斷是否為不必要。且法院縱使判斷接觸與實質相似，是否按照美國判決之順序，先判斷是否有接觸，再判斷實質相似來得意義更大。

¹⁷⁰ 在本案中，除於事實中稱告訴人為日商可洛米哈斯特公司，法院判決理由中，告訴人為美商可洛米哈特斯公司，究何者為真，可能有所混淆。經本文作者查證，其應為美商“Chrome Hearts”，中文譯為「可洛米哈特斯」公司為正確，其在世界各地有駐點，包括日本，因而產生混淆之可能。

雖然法院並未說明其判斷細部特徵時為判斷著作之間實質相似，但以邏輯性而言，縱使告訴人有著作權，先判斷被告是否接觸告訴人著作再判斷其間之近似性似乎較為適當。否則即使有實質相似，如被告未與告訴人之著作有任何接觸，亦僅可能為巧合而已。總而言之，如告訴人無正當權源提出告訴，本案因告訴人並無著作權，亦不受著作權法之保障，而根本不可能有侵害著作權之問題，可能後面再判斷接觸與近似性之實際意義不大。較具意義係法律審法院可以將之作為判斷基礎，使法律審法院有事實依據可供判斷。

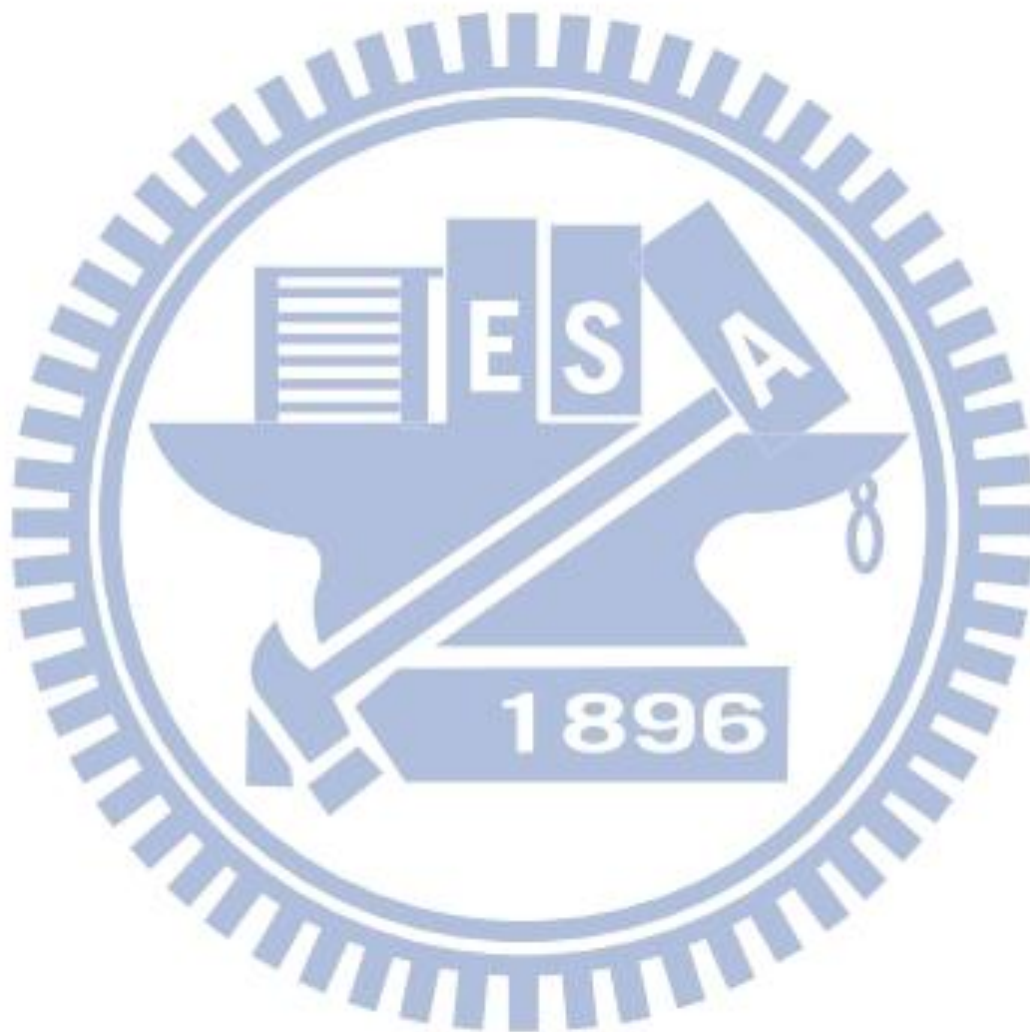
4.4 小結

從以上案例不難得知，我國法院在判斷時，對於判斷之順序較無一定見解。此時美國判決中，著作權侵害順序，可以作為我國法院在判斷上的參考。雖然美國判決裡面主要分為兩派，就如我們在美國學說裡面介紹的一般，一為 Schechter & Thomas 教授所提倡較為繁複之判斷方法；一為 Nimmer 教授所提出較為簡便之判斷方法。兩者的方法都有其優缺點，端看從哪一個角度切入，以及端看案件性質而已。惟無論係採哪一個理論，判斷之順序皆大同小異，最根本的必須從基本之權源而為判斷，也就是原告是否有著作權。我國著作權侵害的判決中判斷告訴人是否擁有著作權，此即判斷原告或告訴人有無正當的權源之後，接下來，我國法院大部分皆判斷接觸與實質相似。為何有如此的現象？可以從最高法院 81 年度台上字第 3063 號民事判決得知，本判決中明白地表示，法院以抄襲來判斷是否發生著作權侵害，而判斷抄襲的方法就是判斷著作之間是否有接觸與實質相似。本判決影響至廣至遠，因此早期的判決作出，且為最高法院見解，可以當作下級法院之參考。除非法官真正費心研究著作權侵害相關學說、論著，如未者，可能就把該判決當作唯一判斷標準，由該標準而衍伸判斷所有著作權侵害事項。

於本章第一個介紹之案件，較為接近美國學說所提倡之判斷模式，其中最大的突破就是其接受了類似美國 Schechter & Thomas 教授所判斷的方式，因為其判斷方法較為複雜，但是係相當有層次的思考。我國在判斷著作權侵害中，以抄襲與實質相似判斷者，係為 Nimmer 教授所提議之方法，較為簡便，卻也清楚明瞭。兩者為現今在美國判決中最主要的兩種判斷方式，惟其判斷方式雖有些許不同，但是判斷的順序都是一樣的概念。兩者都是判斷有無著作權之後，緊接再判斷接觸的要件，因為就像上述判決評析裡面講到的一樣，當事人之間，無論是原告、被告；或者是告訴人與被告之間，一定要被告曾經接觸過原告或告訴人之著作，被告才有所謂著作權侵害問題。雖然美國判決認為明顯近似至被告無獨立創作之可能，可以用來證明接觸要件，但是還是有法院持需有其他證據之見解。

且我國除了民事責任之外，尚有刑事責任，對於刑事責任之認定上面，對於著作權侵害之判斷需更加嚴謹、更加有邏輯及根據。我國法院在判斷著作權侵害時，許多法院都有一個現象，就是判斷著作權之後，接下去即判斷實質相似的問題，至於接觸的問題在實質相似之後，可能略提一小段，在某些判決中甚至從頭到尾皆未提接觸之要件。也或者在上述的判決中，有判決已經判斷完告訴人並無著作權之後，還繼續判斷接觸與實

質相似。會如此之原因，可能與我國上訴之制度有關，原審法院也可能擔心自己所為之判決被撤銷或者是發回之可能，而使法院將原告或告訴人所主張之事項通通在理由中為判斷，不如美國法院在判斷完無著作權或無接觸要件之後，即不再判斷其他要件是否符合。但就邏輯上面而言，如果原告並無著作權，就不能對被告主張任何著作權侵害，也不必判斷是否有接觸及實質相似。但於我國的判決中，竟出現法院已認為原告並無著作權，卻繼續判斷被告是否接觸及著作是否實質相似，如此而言，或許美國法院在判斷上面來講較為正確一些。



五、實證研究

本章將把美國巡迴上訴法院近五年判決，與我國智慧財產法院成立之後，我國於智慧財產法院、高等民事、刑事法院、與最高法院之判決為一統計。本統計以著作權侵害為主要內容，比較美國與我國在判斷侵害時不同之點，以及是否有適例可以遵循。

5.1 美國巡迴上訴法院著作權侵害實務現況

5.1.1 篩選方式

在美國判決部分，作者所使用之檢索系統為“LEXIS.com”。判決搜尋方式為近五年巡迴上訴法院之判決，日期由 2008 年 6 月至 2013 年 5 月，而選擇方式為，以全文檢索關鍵字搜尋“access & substantial similarity”、重要關鍵字搜尋“copyright”，以這三個關鍵字找出真正討論著作權侵害要件之判決。因為輸入著作權者，將判決侷限於真正判斷著作權之案件，並且以不論學說或是實務在判斷著作權侵害時，皆會判斷接觸（access）與實質相似（substantial similarity），所以無論搜尋到之判決有接觸或實質相似都會在判決裡面提到。綜合 Schechter & Thomas 教授與 Nimmer 教授之見解，雖然在判斷之順序上有所不同，惟其中皆有接觸與實質相似之判斷過程，故而以該關鍵字搜尋，然後將搜尋到之判決做篩選，視其內容是否包含相關著作權侵害判斷，再將之記錄於統計資料中。

5.1.2 判決統計

5.1.2.1 各巡迴上訴法院樣本數量

經過閱讀判決內容之後篩選，共篩選出第一巡迴上訴法院至第十一巡迴上訴法院共五十四個著作權侵害判決。裡面內容主要以 Schechter & Thomas 教授與 Nimmer 教授之兩種見解為主流，分作較為複雜之判斷方式，以及較為簡易之判決方式。兩派之學者各有其擁護之法院，並且同一巡迴上訴法院中，不一定會有統一之見解，但是判斷上面都有遵循著作權侵害之判斷順序。以下為各巡迴上訴法院樣本數量之統計資料，為求清晰起見，本統計資料以圖表表示之：

法院	案件樣本數量
第一巡迴上訴法院	4
第二巡迴上訴法院	10
第三巡迴上訴法院	2
第四巡迴上訴法院	3
第五巡迴上訴法院	1
第六巡迴上訴法院	3
第七巡迴上訴法院	2
第八巡迴上訴法院	1
第九巡迴上訴法院	9
第十巡迴上訴法院	2
第十一巡迴上訴法院	7
總計	44

表 2 美國各巡迴上訴法院自 2008 年 6 月至 2013 年 5 月
著作權侵害案件樣本數量統計

在本統計上面可以得知，其中在第二巡迴上訴法院、第九巡迴上訴法院、以及第十一巡迴上訴法院案件為最多之前三名。聯邦上訴法院依其所管轄之地區，共有十三個巡迴上訴法院，上述列了總共十一個巡迴上訴法院，係因哥倫比亞特區巡迴上訴法院以及聯邦巡迴上訴法院經查詢之後，並沒有查詢到有關之判決可供參考。並且因為美國商業活動區域，關於著作權法相關爭議都在紐約州，以及加州，所以幾乎有關著作權之案件都會集中在紐約州以及加州的聯邦地方法院。而紐約州以及加州聯邦地方法院之巡迴上訴法院，也就是第二巡迴上訴法院，以及第九巡迴上訴法院，二法院在著作權判決之中占舉足輕重的地位，只要講到著作權的案件，幾乎都會提到第二巡迴上訴法院，以及第九巡迴上訴法院之案件。並且從本統計資料也可以知道，二法院對於著作權侵害判斷也不在少數，在近期，管轄佛羅里達州、喬治亞州、以及阿拉巴馬州之第十一巡迴上訴法院亦多有著作權侵害判斷之案件。可能係因第十一巡迴上訴法院商業活動近幾年較為頻繁，伴隨商業活動之熱絡，糾紛也隨之遽增。除統計中顯示第十一巡迴上訴法院之現象之外，著作權案件傳統上第二巡迴上訴法院與第九巡迴上訴法院在實務上非常具有影響力，其見解也被其他法院所引用。從以上所篩選出四十四個案件，來統計各法院適用何者判斷方法。

5.1.2.2 各巡迴上訴法院案件名稱

以上所統計自第一巡迴上訴法院至第十一巡迴上訴法院之案件，可由下列表格將統計案件名稱羅列出：

巡迴上訴法院	第一種判斷方法	第二種判斷方法
The 1st Circuit	<ul style="list-style-type: none"> ◆ Copyright ◆ Proof of Copying ◆ Proof of Improper Appropriation 	<ul style="list-style-type: none"> ◆ Ownership of a Valid Copyright ◆ Copying of Constituent Elements of the Work that are Original
The 2nd Circuit	<p>Society of Holy Transfiguration Monastery, Inc. v. Gregory¹⁷¹</p> <hr/> <p>Moses v. Helgemoe¹⁷³</p> <hr/> <p>Muller v. Anderson¹⁷⁵</p> <hr/> <p>Maharam v. Patterson¹⁷⁷</p> <hr/> <p>Crown Awards, Inc. v. Discount Trophy & Co., Inc.¹⁷⁹</p> <hr/> <p>Peter F. Gaito Architecture, LLC v. Simone Development Corp.¹⁸¹</p> <hr/>	<p>Situation Management Systems, Inc. v. ASP. Consulting LLC¹⁷²</p> <hr/> <p>Airframe Systems, Inc. v. L-3 Communications Corp.¹⁷⁴</p> <hr/> <p>Latimore v. NBC Universal Television Studio¹⁷⁶</p> <hr/> <p>Salinger v. Colting¹⁷⁸</p> <hr/> <p>DiTocco v. Riordan¹⁸⁰</p> <hr/> <p>Latimore v. NBC Universal Inc.¹⁸²</p> <hr/> <p>Vargas v. Pfizer, Inc.¹⁸³</p> <hr/> <p>Adams v. Warner Bros. Pictures¹⁸⁴</p> <hr/>
The 3rd Circuit		<p>Mon Cheri Bridals, Inc. v. Wen Wu¹⁸⁵</p> <hr/> <p>Jackson v. Booker¹⁸⁶</p>

表 3 第一巡迴上訴法院、第二巡迴上訴法院、以及第三巡迴上訴法院
統計資料中案件

¹⁷¹ Society of Holy Transfiguration Monastery, Inc. v. Gregory, 689 F.3d 29, 49-50 (1st Cir. 2012).
¹⁷² Situation Management Systems, Inc. v. ASP. Consulting LLC, 560 F.3d 53, 58-59 (1st Cir. 2009).
¹⁷³ Moses v. Helgemoe, 562 F.2d 62, 67-69 (1st Cir. 2009).
¹⁷⁴ Airframe Systems, Inc. v. L-3 Communications Corp., 658 F.3d 100, 106-107 (1st Cir. 2011).
¹⁷⁵ Muller v. Anderson, 501 Fed. Appx. 81, 84 (2d Cir. 2012).
¹⁷⁶ Latimore v. NBC Universal Television Studio, 480 Fed. Appx. 649, 651 (2d Cir. 2012).
¹⁷⁷ Maharam v. Patterson, 369 Fed. Appx. 240, 242 (2d Cir. 2010).
¹⁷⁸ Salinger v. Colting, 607 F.3d 68, 83-84 (2d Cir. 2010).
¹⁷⁹ Crown Awards, Inc. v. Discount Trophy & Co., Inc., 326 Fed. Appx. 575, 577-578 (2d Cir. 2009).
¹⁸⁰ DiTocco v. Riordan, 496 Fed. Appx. 126, 128 (2d Cir. 2012).
¹⁸¹ Peter F. Gaito Architecture, LLC v. Simone Development Corp., 602 F.3d 57, 64 (2d Cir. 2010).
¹⁸² Latimore v. NBC Universal Inc., 489 Fed. Appx. 521, 522-523 (2d Cir. 2013).
¹⁸³ Vargas v. Pfizer, Inc., 352 Fed. Appx. 458, 460 (2d Cir. 2009).
¹⁸⁴ Adams v. Warner Bros. Pictures, 289 Fed. Appx. 456, 458 (2d Cir. 2008).
¹⁸⁵ Mon Cheri Bridals, Inc. v. Wen Wu, 383 Fed. Appx. 228, 232-236 (3d Cir. 2010).
¹⁸⁶ Jackson v. Booker, 465 Fed. Appx. 163, 166 (3d Cir. 2012).

巡迴上訴法院	第一種判斷方法	第二種判斷方法
The 4th Circuit	<ul style="list-style-type: none"> ◆ Copyright ◆ Proof of Copying ◆ Proof of Improper Appropriation 	<ul style="list-style-type: none"> ◆ Ownership of a Valid Copyright ◆ Copying of Constituent Elements of the Work that are Original <p>Universal Furniture Intern., Inc. v. Collezione Europa USA, Inc.¹⁸⁷</p> <hr/> <p>Charles W. Ross Builder, Inc. v. Olsen Fine Home Bldg., LLC¹⁸⁸</p> <hr/> <p>Building Graphics, Inc. v. Lennar Corp.¹⁸⁹</p>
The 5th Circuit		Baisden v. I'm Ready Productions, Inc. ¹⁹⁰
The 6th Circuit		<p>R.C. Olmstead, Inc., v. CU Interface, LLC¹⁹¹</p> <hr/> <p>Jones v. Blige¹⁹²</p> <hr/> <p>Bridgeport Music, Inc. v. UMG Recordings, Inc.¹⁹³</p>
The 7th Circuit		<p>Peters v. West¹⁹⁴</p> <hr/> <p>Tillman v. New Line Cinema Corp.¹⁹⁵</p>
The 8th Circuit		Frye v. YMCA Camp Kitaki ¹⁹⁶

表 4 第四巡迴上訴法院、第五巡迴上訴法院、以及第六巡迴上訴法院、第七巡迴上訴法院、以及第八巡迴上訴法院統計資料中案件

¹⁸⁷ Universal Furniture Intern., Inc. v. Collezione Europa USA, Inc., 618 F.3d 417, 436-437 (4th Cir. 2010).

¹⁸⁸ Charles W. Ross Builder, Inc. v. Olsen Fine Home Bldg., LLC, 496 Fed. Appx. 314, 318-319 (4th Cir. 2012).

¹⁸⁹ Building Graphics, Inc. v. Lennar Corp., 708 F.3d 573, 578-579 (4th Cir. 2013).

¹⁹⁰ Baisden v. I'm Ready Productions, Inc., 693 F.3d 491, 500 (5th Cir. 2012).

¹⁹¹ R.C. Olmstead, Inc., v. CU Interface, LLC, 606 F.3d 262, 275 (6th Cir. 2010).

¹⁹² Jones v. Blige, 558 F.3d 485, 491-492 (6th Cir. 2009).

¹⁹³ Bridgeport Music, Inc. v. UMG Recordings, Inc., 585 F.3d 267, 275 (6th Cir. 2009).

¹⁹⁴ Peters v. West, 692 F.3d 629, 633-634 (7th Cir. 2012).

¹⁹⁵ Tillman v. New Line Cinema Corp., 295 Fed. Appx. 840, 843 (7th Cir. 2008).

¹⁹⁶ Frye v. YMCA Camp Kitaki, 617 F.3d 1005, 1008-09 (8th Cir. 2010).

巡迴上訴法院	第一種判斷方法	第二種判斷方法
	<ul style="list-style-type: none"> ◆ Copyright ◆ Proof of Copying ◆ Proof of Improper Appropriation 	<ul style="list-style-type: none"> ◆ Ownership of a Valid Copyright ◆ Copying of Constituent Elements of the Work that are Original
The 9th Circuit		Wakefield v. The Walt Disney Co. ¹⁹⁷ <hr/> L.A. Printex Industries, Inc. v. Aeropostale, Inc. ¹⁹⁸ <hr/> Wild v. NBC Universal ¹⁹⁹ <hr/> Radin v. Hunt ²⁰⁰ <hr/> Novak v. Warner Bros Pictures, LLC ²⁰¹ <hr/> Benay v. Warner Bros. Entertainment, Inc. ²⁰² <hr/> Gable v. National Broadcasting Co., Inc. ²⁰³ <hr/> Berry v. Dillon ²⁰⁴ <hr/> Brookhaven Typesetting Services, Inc. v. Adobe Systems, Inc. ²⁰⁵
The 10th Circuit	La Resolana Architects, PA v. Reno, Inc. ²⁰⁶	Blehm v. Jacobs ²⁰⁷

表 5 第九巡迴上訴法院以及第十巡迴上訴法院
統計資料中案件

¹⁹⁷ Wakefield v. The Walt Disney Co., 321 Fed. Appx. 685, 686 (9th Cir. 2009).

¹⁹⁸ L.A. Printex Industries, Inc. v. Aeropostale, Inc., 676 F.3d 841, 847 (9th Cir. 2012).

¹⁹⁹ Wild v. NBC Universal, No. 11-56065, 2013 WL 750655, at *2 (9th Cir. 2013).

²⁰⁰ Radin v. Hunt, 499 Fed. Appx. 684, 686 (9th Cir. 2012).

²⁰¹ Novak v. Warner Bros Pictures, LLC, 387 Fed.Appx. 747, 749-750 (9th Cir. 2010).

²⁰² Benay v. Warner Bros. Entertainment, Inc., 607 F.3d 620, 625 (9th Cir. 2010).

²⁰³ Gable v. National Broadcasting Co., Inc., 438 Fed. Appx. 587, 589 (9th Cir. 2011).

²⁰⁴ Berry v. Dillon, 291 Fed. Appx. 792, 795-796 (9th Cir. 2008).

²⁰⁵ Brookhaven Typesetting Services, Inc. v. Adobe Systems, Inc., 332 Fed. Appx. 387, 391 (9th Cir. 2009).

²⁰⁶ La Resolana Architects, PA v. Reno, Inc., 555 F.3d 1171, 1178-79 (10th Cir. 2009).

²⁰⁷ Blehm v. Jacobs, 702 F.3d 1193, 1200 (10th Cir. 2012).

巡迴上訴法院	第一種判斷方法	第二種判斷方法
	<ul style="list-style-type: none"> ◆ Copyright ◆ Proof of Copying ◆ Proof of Improper Appropriation 	<ul style="list-style-type: none"> ◆ Ownership of a Valid Copyright ◆ Copying of Constituent Elements of the Work that are Original
The 11th Circuit	Dream Custom Homes, Inc. v. Modern Day Const., Inc. ²⁰⁸	Baby Buddies, Inc. v. Toys R Us, Inc. ²⁰⁹
	Burgin v. Lahaye ²¹⁰	Watt v. Butler ²¹¹
	Peter Letterese And Associates, Inc. v. World Institute Of Scientology Enterprises ²¹²	Miller's Ale House, Inc. v. Boynton Carolina Ale House, LLC ²¹³
		Latimer v. Roaring Toyz, Inc. ²¹⁴

表 6 第十一巡迴上訴法院統計資料中案件

以下為美國各巡迴上訴法院之判斷方法統計，以圖表表示之：

Circuit	第一種判斷方法	第二種判斷方法
	<ul style="list-style-type: none"> ◆ Copyright ◆ Proof of Copying ◆ Proof of Improper Appropriation 	<ul style="list-style-type: none"> ◆ Ownership of a Valid Copyright ◆ Copying of Constituent Elements of the Work that are Original
The 1st Circuit	2	2
The 2nd Circuit	4	6
The 3rd Circuit	0	2
The 4th Circuit	0	3
The 5th Circuit	0	1
The 6th Circuit	0	3
The 7th Circuit	0	2
The 8th Circuit	0	1
The 9th Circuit	0	9
The 10th Circuit	1	1
The 11th Circuit	3	4

表 7 美國各巡迴上訴法院自 2008 年 6 月至 2013 年 5 月
著作權侵害判斷方法統計

在本統計中，第一欄係 Schechter & Thomas 教授所提出之判斷方法，一開始先判斷

²⁰⁸ Dream Custom Homes, Inc. v. Modern Day Const., Inc., 476 Fed. Appx. 190, 192-193 (11th Cir. 2012).

²⁰⁹ Baby Buddies, Inc. v. Toys R Us, Inc., 611 F.3d 1308, 1316 (11th Cir. 2010).

²¹⁰ Burgin v. Lahaye, 399 Fed. Appx. 464, 466-467 (11th Cir. 2010).

²¹¹ Watt v. Butler, 457 Fed. Appx. 856, 859-860 (11th Cir. 2012).

²¹² Peter Letterese And Associates, Inc. v. World Institute Of Scientology Enterprises, 533 F.3d 1287, 1301-02 (11th Cir. 2008).

²¹³ Miller's Ale House, Inc. v. Boynton Carolina Ale House, LLC, 702 F.3d 1312, 1325-26 (11th Cir. 2012).

²¹⁴ Latimer v. Roaring Toyz, Inc., 601 F.3d 1224, 1233-34 (11th Cir. 2010).

原告是否擁有著作權，之後再判斷是否有重製，也就是接觸與近似性；最後再判斷不當取用的問題，也就是被告是否不當取用原告之著作，方法先以判斷著作中近似性部分何者為表達，將著作權保護範圍內之表達部分與思想分離，之後再判斷原告著作與被告著作表達之間是否有實質相似。至於表格右邊欄則是採用 Nimmer 教授所提出之理論，儘管 Nimmer 教授在著作權侵害中，細讀後可以得知 Nimmer 教授在判斷完原告擁有著作權之後，接下去判斷被告是否未經同意抄襲著作權中含有原創之表達成分，這邊是以接觸與近似性，之後再判斷實質相似來得出著作權侵害之判斷結論。惟法院在適用上面，幾乎都直接以接觸與實質相似而判斷。其實 Nimmer 教授在近似性的部分，在文章中也只是略微提到，似乎此要件在判斷實質相似上面，兼有判斷近似性。如果判斷如此詳盡者，作者認為如果在 Nimmer 教授所提出之主張中，亦在接觸之後判斷近似性，似以 Schechter & Thomas 教授所提出之理論加以討論即可。況 Nimmer 教授在近似性上面未多加著墨，並且在講述近似性上面，係於講述實質相似時略提一下，只是論述於判斷完近似性後才可判斷是否有實質相似。作者認為似乎係於法院心證中，於判斷實質相似之前已有近似性之心證，因為判斷實質相似時，其實兩造之著作已經有近似性，而不必以非常大之篇幅來判斷近似性。並且在法院判決中也可以得知，法院在判斷 Nimmer 所提出之方法時，亦由判斷接觸與實質相似來證明著作權侵害。本方法已行之有年，不需花費大篇幅判斷近似性，如果認為必須判斷近似性的話，其實直接採納 Schechter & Thomas 教授所提出之理論進行判斷為當，至於採納 Nimmer 教授所提出之見解者，以 Nimmer 教授於其著作中所述，僅判斷接觸與實質相似即可。

從上圖中，其統計數字即可得知，法院在判斷著作權侵害時，其實兩派學者皆有法院採納。較為繁複的方法，分為判斷抄襲以及不當取用的部分，明顯地所採納之法院較為少數；而採納接觸與實質相似為判斷之法院也明顯地多出許多。並且以著作權案件主要法院之第二巡迴上訴法院，以及第九巡迴上訴法院中，第二巡迴上訴法院對於如何為著作權侵害判斷尚有分歧，有四成認為必須以較為繁複之過程判斷著作權侵害；而有六成法官還是認為以接觸與實質相似判斷已足。至於第九巡迴上訴法院所採納之見解則較為整齊，其所採納之方法為判斷完著作權之權源後，再判斷接觸與實質相似。其他如第三巡迴上訴法院、第四巡迴上訴法院、第五巡迴上訴法院、第六巡迴上訴法院、第七巡迴上訴法院、以及第八巡迴上訴法院所為之著作權侵害判斷案件，皆一面倒地傾向與第九巡迴上訴法院相同之見解。除了與第一巡迴上訴法院採納較為繁複之判斷過程之外，其實所有的法院都採納了接觸與實質相似之見解，且第一巡迴上訴法院中採納繁複見解與 Nimmer 教授之見解各佔一半之比例。從這個現象可以看得出來，其實 Nimmer 教授所提倡之判斷方法在美國巡迴上訴法院裡面佔了主流的地位。總計所有的判決的數目及比例可以用下圖來表示：

◆ 第一種判斷方法	◆ 第二種判斷方法
◆ Copyright	◆ Ownership of a Valid Copyright
◆ Proof of Copying	◆ Copying of Constituent Elements
◆ Proof of Improper Appropriation	◆ of the Work that are Original
10	34
22.73%	77.27%

表 8 美國各巡迴上訴法院自 2008 年 6 月至 2013 年 5 月
著作權侵害判斷方法總數統計及百分比

從上圖將美國巡迴上訴法院近五年判決，對於著作權侵害所採取的態度為總計，並且進行比例分析。不難發現，近四分之一的法院是採納繁複之判斷過程，也就是將著作權侵害判斷內容細分，並且依步驟一步一步判斷；相對地，採納接觸與實質相似之法院佔了近四分之三，有非常高之比重。大部分之法院在判斷著作權侵害時，一開始先判斷原告是否有著作權，接下去再判斷被告所抄襲部分是否為原告有原創性之部分，也就是以接觸與實質相似來判斷著作權侵害。各個法院在判斷實質相似上面可能有不太一樣的方法，也因為著作之性質而有所不同，就如本文第三章節所描述一樣。惟兩種判斷方法也有一個順序可以遵循，雖然其內容不盡相同，其共同所判斷之內容，皆以接觸及實質相似為主要判斷，只是第一種方法將過程更為細緻化，區分更詳細而已。

5.1.3 小結

從上述資料可以得知，統計資料中除了哥倫比亞特區巡迴上訴法院以及聯邦巡迴上訴法院，經過查詢近五年並無著作權侵害相關案件可供參考之外，第一巡迴上訴法院至第十一巡迴上訴法院皆有判斷著作權侵害之案件。其中不難發現著作權侵害案件主要集中於第二巡迴上訴法院、第九巡迴上訴法院，以及第十一巡迴上訴法院，前兩法院係往年著作權案件最多之法院，主要係因地緣關係，且商業活動非常頻繁，故而紛爭亦比其他法院多出許多，例如第二巡迴上訴法院中有紐約州，在紐約州裡面，國際商業蓬勃發展，並且新興之智慧財產權案件亦隨之而生，故著作權案件亦偏多。從統計資料也可以看到，許多法院在判斷著作權侵害時，使用較為簡便之判斷方法，也就是判斷完原告擁有著作權之後，接下去再判斷接觸與實質相似。且總和而言，超過四分之三法院都採納該判斷方法；但也有將近四分之一法院採納較為繁複但是較為詳細之判斷方法。法院所採取的立場雖有不同，惟可以在其中找到法院判斷之模式，也就是接觸與實質相似是不可或缺的判斷要件，並且法院並非無判斷之順序。Schechter & Thomas 教授，以及 Nimmer 教授在判斷著作權侵害時，皆必須先判斷接觸之要件，如符合的話，在進入實質相似的階段，只是階段裡面有較為不同之判斷內容。法院在為判斷順序時，亦先判斷完原告是否擁有著作權之後，下一步係判斷接觸之相關證據，確定接觸之後，才為實質相似之認定。

5.2 我國法院著作權侵害實務現況

5.2.1 篩選方式

在我國的判決裡面，使用之檢索系統為司法院法學資料檢索系統。在選擇案件時，首先在案由處鍵入「著作權」，並在關鍵字中鍵入「接觸+實質」搜尋，也就是可以搜尋接觸或者是實質之關鍵字。之所以在關鍵字中鍵入二者，主要是因為法院在使用實質相似判斷時，在判決中通常會出現不同用語，例如實質相似、實質近似、實質類似等，故於關鍵字中鍵入實質二字，可以搜尋到不同用語之判決，並進而篩選之。從以上資料搜尋出判決之後，閱讀判決內容，並且從中篩選出其民事爭點中真正判斷著作權侵害案件，以及刑事判決中，法院有判斷著作權侵害之案件。並且從這些案件裡面統計我國為著作權侵害判斷案件時，其判斷方法為何。

因我國於民國 97 年 7 月 1 日之後成立智慧財產法院，成立此專業法院係因近年我國智慧財產相關案件日趨增長，且著作權、商標權、以及專利權、光碟管理條例等爭議皆有其專業性，必須要有其專業審理。智慧財產法院可審理民事、刑事以及行政爭訟事件，依據智慧財產法院組織法第 3 條規定所管轄之案件。智慧財產法院成立之目的，以期訴訟同軌、見解統一、積極審理、迅速正確解決智慧財產相關之法律爭議。故本文篩選我國判決以智慧財產法院成立之後所為之判決，考量其重要性，本文篩選民事及刑事之案件。民事案件從最高法院、高等法院、以及智慧財產法院篩選案件，雖然智慧財產法院成立後，許多著作權之案件都由智慧財產法院審理，但一般高等法院依然有管轄權，故未將其排除。刑事案件由最高法院、高等法院、以及智慧財產法院之判決篩選之。因上述法院判決有其重要影響，尤其是最高法院之判決為下級法院判決所為重要參考，雖然最高法院近年對於著作權案件判斷不多，但還是列入本文統計資料對象，以期能有參考依據。本文由上述法院篩選出判決中真正判斷著作權侵害案件，並將案件以分類方式進行篩選。統計資料為 2008 年 7 月 1 日至 2013 年 6 月 1 日間，如下圖：

智慧財產法院	高等法院	最高法院
57	7	11

表 9 我國法院自 2008 年 7 月 1 日至 2013 年 6 月 1 日
著作權侵害案件樣本數量統計

以上統計資料總計刑事類與民事類判決，在判斷著作權侵害上面，於智慧財產法院為 57 件；於高等法院總計 7 件；於最高法院總計有 11 件。因智慧財產法院成立以後，有關智慧財產案件幾乎都移至智慧財產法院為審判，故其案件量最多。至於最高法院案件量係因其為法律審，案件量不多。判決統計裡面，因為我國判決對於著作權侵害認定較無一定之定論，故將種類分為七類，每一類裡面都會將判斷順序予以列出，並且以圖表來表示統計之結果。

5.2.2 民事類判決統計

民事類判決部分，將分為最高法院、高等法院、與智慧財產法院，雖然有一些分類中是沒有數據可以參考的，惟因刑事部分有其資料可供參考，為兩者比較起見，故將其分類予以放置其中。下圖為 2008 年 7 月 1 日至 2013 年 6 月 1 日間統計圖表：

	著作權 ↓ 接觸 ↓ 實質近似	著作權 ↓ 實質近似 ↓ 接觸	著作權 ↓ 接觸	著作權 ↓ 實質近似	著作權 ↓ 明顯近似	無著作權 ↓ 實質近似 ↓ 接觸	無著作權 ↓ 接觸
最高法院 (民事)	2	0	0	0	0	0	0
高等法院 (民事)	1	1	0	1	0	0	0
智財法院 (民事)	12	4	0	5	3	1	1
總計	15	5	0	6	3	1	1

表 10 我國法院自 2008 年 7 月 1 日至 2013 年 6 月 1 日間
民事類著作權侵害判斷方法統計

在本統計資料中，對於著作權侵害判斷與美國多數判決判斷模式相同，顯見民事類判決部分對於著作權侵害判斷順序，有多數見解採取與美國判決一樣之判斷順序。而統計資料中，判斷完原告無著作權後，依然判斷其他要件之判決是否可以認為其判決有問題或者有瑕疵？其實在第四章時，有舉出法院在判斷完原告無著作權之後，進一步判斷其他要件者，可能因為上訴問題，使法院在原告有主張之範圍內皆需有判斷之原因，才會出現即使原告無著作權，法院依然判斷其他要件之現象發生。可以從上圖之統計資料，彙整出下圖各法院判斷方式之比例：

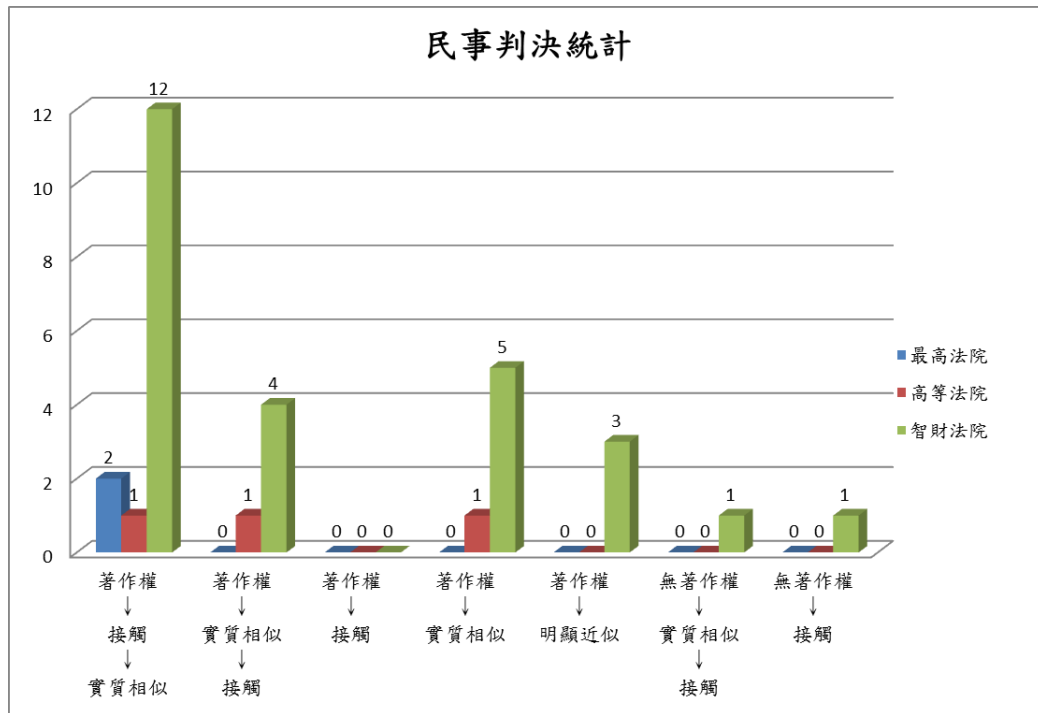


圖 11 我國法院自 2008 年 7 月 1 日至 2013 年 6 月 1 日間
民事類著作權侵害判斷方法統計立體直條圖

在本判決統計中，其實智慧財產法院成立之後，在智慧財產領域中佔了舉足輕重之地位，而美國判決裡面最多判決支持之見解，也就是先判斷完原告著作權後，下一步再判斷接觸與實質相似方面，我國在民事類判決中，大部分採取了與美國巡迴上訴法院多數之見解。在本統計資料中，判斷完原告是否擁有著作權後，接下去判斷實質相似，最後才判斷接觸要件，於本文第四章討論過此類案件，可能有邏輯上面的問題。因為原告必須曾經接觸過被告著作，才發生被告有抄襲原告著作之可能，如被告皆未曾接觸過原告著作，至多被告是因為巧合或者是公共領域來源，或是其他因素而有相似之著作。從上圖可得知，有較多情形乃判斷完原告擁有著作權後，下一步僅判斷實質相似，而判決之中從未說明是否判斷被告曾經接觸原告著作，如此一來，此判斷僅因兩者於著作上面有實質相似而判斷著作權侵害，判斷過程是否有待討論。在美國學說以及判決裡面，有出現「明顯近似」來判斷著作權侵害，亦即法院於判斷完原告擁有著作權之要件後，下一步以原告與被告著作之間有非常高度之相似性，並且此近似性已經可以排除被告有獨立創作可能時，會用以明顯近似來證明有著作權侵害。但是否可以以明顯近似遂判斷著作權侵害，實務上有爭議產生，一部分法院認為可以以明顯近似來證明接觸要件，且明顯近似本身即包含實質相似之判斷，故而可以以明顯近似來決定是否有著作權侵害。一部分法院認為雖然原告與被告著作之間存在明顯近似，惟不得以明顯近似為唯一證據，而原告必須有其他佐證來證明著作權侵害，原告除明顯近似之外，必須有其他可供法院判斷被告是否曾經接觸原告著作之可能性的證據，來加強證明著作權侵害。惟於我國的判決中，法院並沒有說明是否單以著作之間的實質相似，而該實質相似的程度已經到達明顯近似的程度來認定著作權侵害，就如同美國判決中之「明顯近似」之要件一般，此處期法院加強之。

另外，統計資料中有法院明白指出，其判斷方式為明顯近似，此處便如上述美國巡迴上訴法院之判決中所提到之明顯近似。從判決中可以得知，我國法院在適用明顯近似的判斷方法時，認為可以以明顯近似作為判斷著作權侵害之依據。因相關判決裡面沒有判斷接觸之要件，故而作者認為於法官之心證中，似採取美國判決中，以明顯近似為單一判斷著作權侵害之要件。而其他例如法院判斷完具有著作權之後，下一步乃判斷實質相似，而非接觸。此處問題於第四章節已討論之，係判斷模式之邏輯問題。而較少數有爭議之判決，例如法院已判斷完原告並無著作權，卻接下去判斷接觸要件，可能本末倒置。因原告既無著作權，其提起訴訟已無正當之權源，其他要件可不為判斷，相同地，法院可能因為避免上訴審法院撤銷或發回之關係，而將原告主張於理由中全部判斷之。

5.2.3 刑事類判決統計

刑事類判決統計部分，亦將最高法院、高等法院、智慧財產法院之判決予以參考。智慧財產法院於刑事部分，並非如民事案件設有第一審與第二審訴訟程序，於刑事部分，智慧財產法院為刑事第二審訴訟程序，刑事第一審訴訟程序仍為地方法院予以判斷。下圖為 2008 年 7 月 1 日至 2013 年 6 月 1 日間統計資料結果：

	著作權	著作權	著作權		無著作權		
	↓	↓	著作權	著作權	著作權	↓	無著作權
	接觸	實質相似	↓	↓	↓	實質相似	↓
	↓	↓	接觸	實質相似	明顯近似	↓	接觸
	實質相似	接觸				接觸	
最高法院 (刑事)	0	0	3	5	1	0	0
高等法院 (刑事)	3	1	0	0	0	0	0
智財法院 (刑事)	6	8	3	9	2	3	0
總計	9	9	6	14	3	3	0

表 11 我國法院自 2008 年 7 月 1 日至 2013 年 6 月 1 日間
刑事類著作權侵害判斷方法統計

我國相較美國，對於著作權刑罰之態度不同，我國對於著作權侵害有刑事處罰，美國係非常嚴重之情形才有刑事問題。而刑事責任之處罰應具有最後手段性。許多案件會有刑事處罰者，都是以刑罰逼迫被告就範的目的，著作權刑事責任可能除了確切地保護著作權人之目的外，可能也有上述之目的。既然我國對於著作權侵害之態度上面，採取刑事責任之處罰，並且不如美國如此嚴重才處罰之，通常民事案件之原告提起民事訴訟後，因擔憂執行無效果，通常會以告訴人之之地位進行刑事訴訟，以遏止侵權人，對於此現象，法院是否更需嚴格判斷告訴人與被告間之著作權侵害，以期能有公平、公正之裁判。上圖之數據可以由下圖來表示：

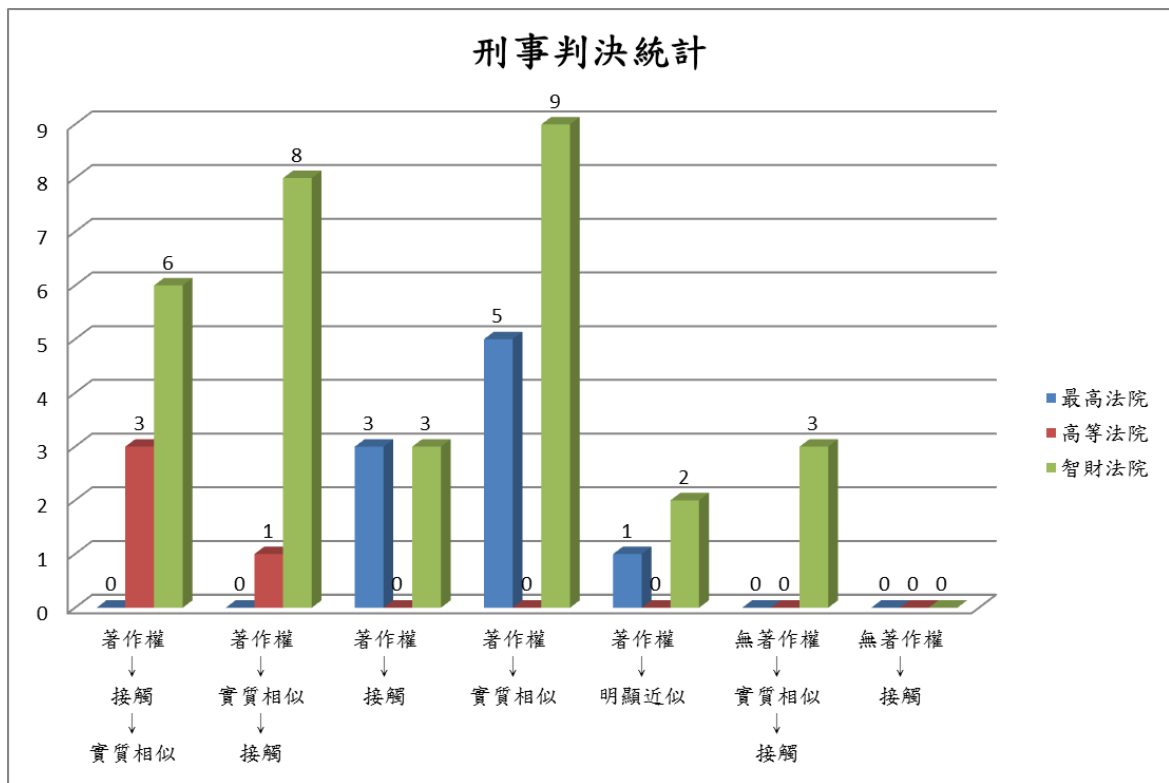


圖 12 我國法院自 2008 年 7 月 1 日至 2013 年 6 月 1 日間
刑事類著作權侵害判斷方法統計立體直條圖

從上圖可以發現，在刑事責任方面，佔了最高比例為僅判斷實質相似部分，這引發作者一個疑問，為何對於有人身自由影響之刑事責任上面，卻不如民事責任判斷上面來得較符合美國法院之判斷模式。因為以美國多數巡迴上訴法院判決為借鏡，並符合邏輯性思考之判斷順序為原告是否擁有著作權、下一步判斷被告是否曾經接觸原告著作、接著再判斷原告與被告著作之間是否有實質相似問題。在判斷順序上，刑事類判決卻不如民事類判決教具邏輯性之判斷模式，而刑事類判決似乎多專注於實質相似之判斷上面。由上圖可得知，在刑事類判決裡面，有較多數之判斷方法為判斷完告訴人是否擁有著作權後，下一步，判決裡面專注於實質相似之判斷，而完全沒有判斷接觸要件。而此處之實質相似是否已經達到明顯近似程度，而採不必判斷接觸之方式，從判決內容不可得知。因刑事責任必須符合罪刑法定主義，而著作權侵害之判斷卻未於著作權法中詳細規定判斷之要件，導致實務上面遵循最高法院 81 年度台上字第 3063 號民事判決，以接觸與實質相似判斷抄襲。但從上圖統計資料不難看出，刑事類判決中，較多法院對於著作權侵害之判斷，僅判斷實質相似，而未判斷被告是否曾經接觸告訴人之著作。如此之判決，是否對於當事人之保障不夠周全、對於著作權侵害之判斷不夠詳盡？如法院認為係明顯近似而不必判斷接觸者，於判決中適當說明，不致使人民對於判決產生疑惑。當被告可能面臨刑責問題時，我國法院是否應為更詳盡、更仔細之判斷，而不至於使被告因為判斷不周詳而面臨刑責問題。

另外，在判斷著作權侵害時，接觸與實質相似之要件，雖然有多數法院皆有判斷該

兩項要件。但有較多數法院先判斷完實質相似後，才判斷接觸之要件。此處與民事類判決中所描述一樣，是否有邏輯性思考之問題，也就是被告必須曾經接觸告訴人之著作，之後判斷實質相似才有其意義。如果先為判斷實質相似，即便告訴人與被告著作間有實質相似，被告卻未曾接觸過原告之著作，也不能夠成立著作權侵害。而在這邊必須肯定的是，總共有九件刑事案件，法院之判決是較符合美國法院所為之判斷模式，也就是判斷完告訴人是否擁有著作權，下一步再判斷被告是否曾經接觸原告之著作，再下一步判斷告訴人與被告著作之間是否有實質相似。

統計資料中也有法院以明顯近似來判斷著作權侵害，就如美國巡迴上訴法院之判決一般，我國法院是採取以明顯近似判斷已足，而不必再判斷被告是否曾經接觸告訴人之著作。而另外，刑事類判決裡面判斷完告訴人擁有著作權保障後，接下去判斷被告是否曾經接觸原告之著作，法院判斷完被告並未接觸原告著作後，未再接下去判斷實質相似之要件，此處之判決值得肯定，其與美國巡迴上訴法院所採取之態度相同。而其他情況中，較為值得注意者，為其中三件係法院判斷完告訴人並無著作權後，繼續判斷實質相似與接觸之要件，因為刑事類案件中，法院會判斷檢察官起訴書所載之內容。法院會繼續判斷之理由，或許亦與上訴制度有關，如法院並未判斷檢察官起訴書中所載之內容，其上訴時可能以判決不載理由等情形上訴，而導致此處情形發生。

5.2.4 小結

如果將以上判決依照最高法院、高等法院與智慧財產法院而分類者，不分民事類與刑事類時，其比例將以下圖示之：

	著作權 ↓ 接觸 ↓ 實質相似	著作權 ↓ 實質相似 ↓ 接觸	著作權 ↓ 接觸	著作權 ↓ 實質相似	著作權 ↓ 明顯近似	無著作權 ↓ 實質相似 ↓ 接觸	無著作權 ↓ 接觸
最高法院	2	0	3	5	1	0	0
高等法院	4	2	0	1	0	0	0
智財法院	18	12	3	14	5	4	1
總計	24	14	6	20	6	4	1
比例	32.0%	18.7%	8.0%	26.7%	8.0%	5.3%	1.3%

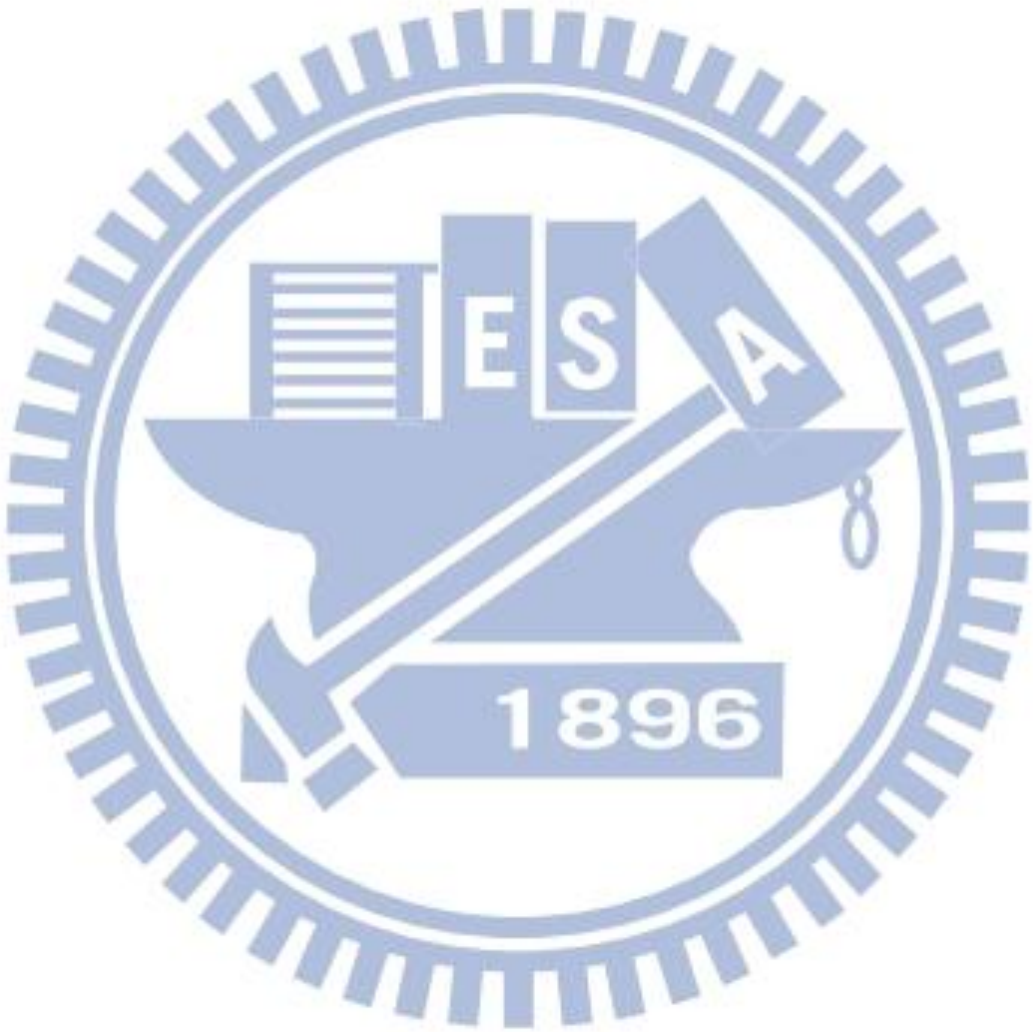
表 12 我國法院自 2008 年 7 月 1 日至 2013 年 6 月 1 日間
民事類及刑事類著作權侵害判斷方法綜合數量統計及百分比

由上圖可以得到一個結果，也就是在我國法院判決中，最多數還是支持較為符合美國實務上多數之判斷模式，也就是法院判斷完原告或告訴人是否受著作權法保障，下一步判斷被告是否曾經接觸原告或告訴人之著作，最後一步才係判斷實質相似部分。從上圖之統計結果也可以發現一個有趣之結果，次高之判斷標準係法院判斷完著作權之後，僅判斷著作之間是否有實質相似之處，此處僅判斷實質相似部分，有可能法院認為實質

相似之程度已經構成著作權侵害。但這邊實質相似是否為明顯近似？作者無法由判決中得出結論，因為在其他判決中有法院明白表示該案著作間之相似性已達明顯近似的地步，而法院是否在僅判斷實質相似中，其意思即代表所為之判斷為明顯近似？可能必須詢問法官之心證尚能得出答案。而不可否認的是，法院在判決裡面僅提及實質相似，判斷實質相似後，在判決中從未出現接觸之判斷。對於這種現象，可能為我國法院在判斷著作權侵害時，必須省思的地方。因為如果法院從頭到尾皆未判斷接觸之要件，而僅憑實質相似便可斷言有著作權侵害發生，是否言之過早，法院必須再判斷接觸要件之後，才能得出著作權侵害之結論。故筆者在此處也很驚恐的發現，無論是民事庭或是刑事庭都有這種現象發生，或許被告可以透過上訴的制度得到救濟；但是法院在判斷的時候，是否必須考量判決之正當性與被告之保障，給予更適當、公平之判斷，才為妥適；而如果被告與原告著作於此處已達明顯近似之程度，法院於理由中是否需清楚說明較適當。

第三高比例中判斷要件較接近美國多數實務見解，惟判斷的順序上面可能有值得商榷之處，也就是於本章中，一直重複提到的問題。如果先判斷實質相似的話，即使再多的實質相似，被告未曾接觸過原告著作，也沒有著作權侵害發生。這邊是比較小的邏輯問題，在判斷上面較不如其他方法有所違誤。而法院在判斷著作權侵害時，也有採取明顯近似之立場，也就是被告著作與原告著作相似程度已經達到可以排除被告獨立創作可能時，就可以成立著作權侵害。可見美國學說在講述明顯近似之理論，亦被我國法院所採納。是因有時接觸之舉證非常困難，而法院如果做一衡平考量，並且充分保障當事人利益，則採取明顯近似之理論，對於當事人保障也較為周全。其他較為有爭議之判決比例所佔不多，會有此爭議情況發生，可能基於判決不備理由等情形，法院才會判斷原告或檢察官所有起訴之內容。

總而言之，我國在判斷著作權侵害時，雖然法無明文規定法院應為何要件之判斷。但是因為早期最高法院 81 年度台上字第 3063 號民事判決中，對於抄襲之判斷要件已加以定義，並且此判決影響法院深遠，至今幾乎在判斷著作權侵害時，都會引用該判決中認為必須以接觸與實質相似來判斷著作權侵害。雖然在判決中並沒有詳細說明應為如何之判斷順序，惟依照美國學說與判決之參考，其中以先為判斷接觸再判斷實質相似者，為一較有邏輯性之思考。我國法院是否可以參考美國學說以及判決，在判斷著作權侵害時，有一定之判斷順序，也可使判決內容趨於統一，實現判決一致，不發生裁判矛盾情事，可有助於提高人民對於法院之信服度。



六、 結論

6.1 Schechter & Thomas 教授所採取之見解



圖 13 Schechter & Thomas 教授著作權侵害判斷模式

從以上章節，我們可以更了解著作權侵害所判斷之要件，與其中內容。在一開始介紹 Schechter & Thomas 教授以及 Nimmer 教授見解時，便可知其見解上面有些微之分歧。前者認為，在判斷著作權侵害時，必須採取較為詳細，並且判斷過程相較於 Nimmer 教授而言係較為複雜之方法。其認為於判斷過程中，一開始必須先判斷原告擁有著作權，這是無庸置疑的。之後判斷過程分為，被告是否重製原告著作，如果符合的話，被告所為之重製行為是否為不當取用。判斷完原告的著作權之後，第一步必須先判斷被告是否有重製的行為，也就是以接觸與近似性來判斷，接觸同樣地有直接證據與間接證據可以證明。原告證明完接觸要件之後，必須證明被告與其著作之間有事實上近似性，也就是這邊的程度並不如實質相似程度來得如此高，但必須兩造著作之間有一定最低程度近似性才可成立被告有重製的行為。

原告證明了被告有重製行為之後，就是不當取用的問題。在不當取用部分，必須先判斷被告所抄襲者為受保護之表達，而非受著作權保護之觀念。如果判斷完該抄襲部分為表達之後，再判斷兩造的著作間是否有實質相似。在實質相似的部分，因為係以一般觀眾角度來判斷兩造著作是否實質相似，因而引發一些較為主觀的問題，但不論如何，因為許多著作目標觀眾群為一般觀眾，此部分以一般觀眾來判斷兩造之間是否有實質相似，基本上較為恰當。

6.2 Nimmer 教授所採取之見解

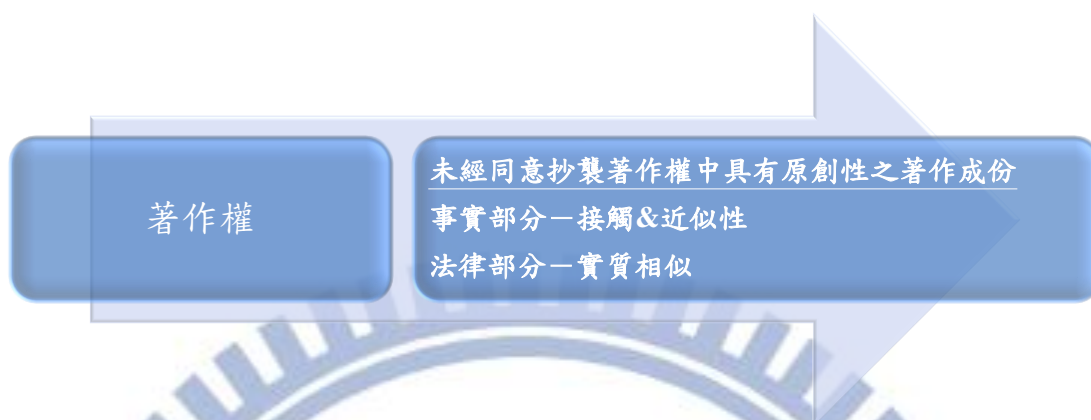


圖 14 Nimmer 教授著作權侵害判斷模式

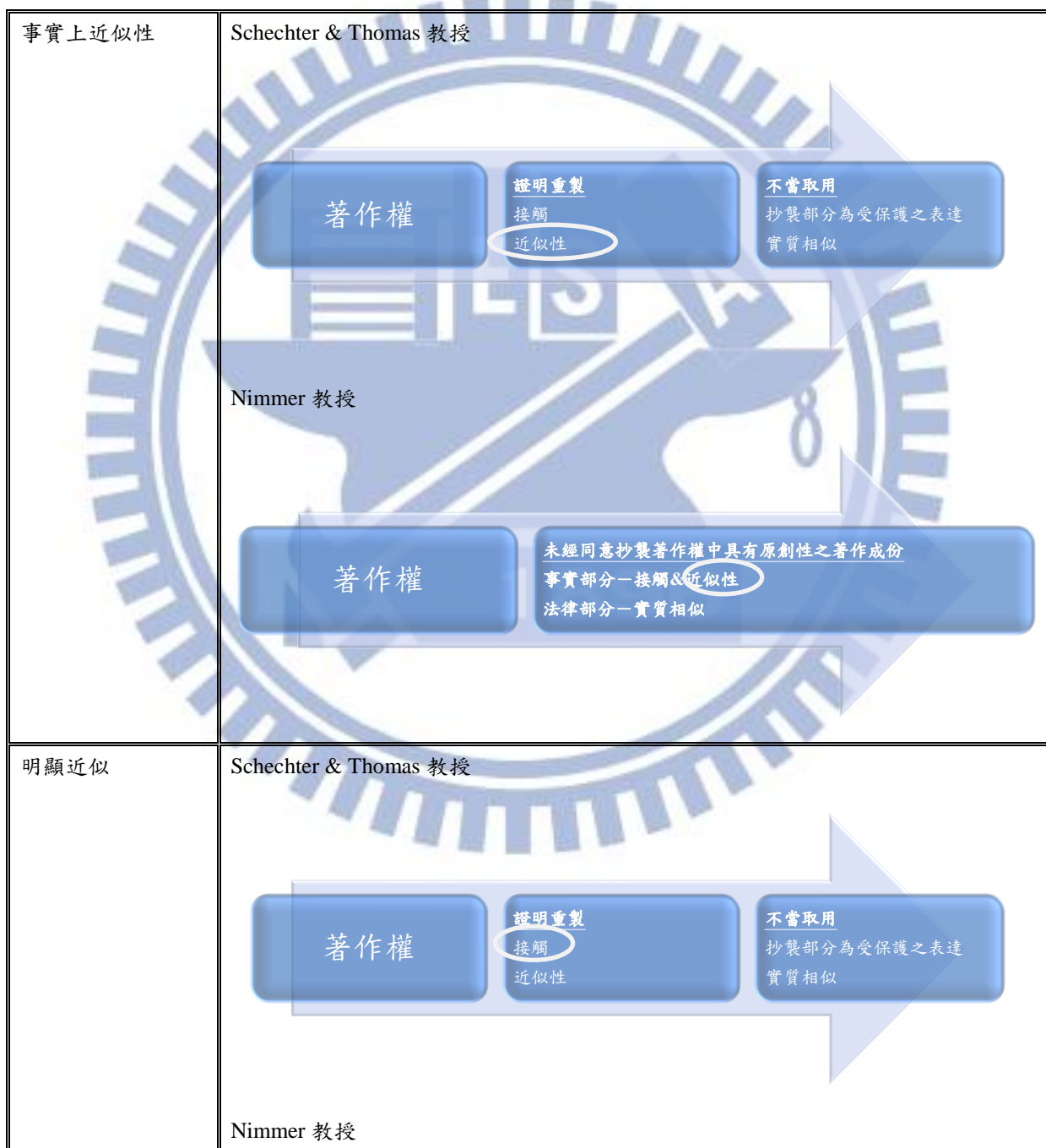
另外，Nimmer 教授所判斷的角度沒有 Schechter & Thomas 教授如此詳細，但是重要的地方都有判斷之。除一開始必須先判斷原告是否擁有著作權之外，接下去的步驟就是 Nimmer 教授不同於 Schechter & Thomas 教授之處。接下去原告必須證明被告未經原告同意，抄襲原告著作中具有原創性之著作成份。而這部分的判斷是以接觸與實質相似而為判斷，在接觸的部分，因為直接證據非常地少，所以幾乎都以間接證據來證明。證明接觸部分，因為必須要符合一定程度以上之接觸可能，所以這邊的間接證據，必須有接觸之合理機會或者是合理可能性。在這邊也有提及明顯近似的問題，因為明顯近似係因兩造著作的相似程度，已經可以排除被告獨立創作的可能，其實此制度對於被告訴訟上面影響甚大。因為可以由美國巡迴上訴法院裡面可知，有一部分法院認為只要法院認為被告著作與原告著作明顯近似者，原告即不必證明接觸，而可直接證明有著作權侵害；而另一部分法院認為，除了明顯近似之外，原告還是必須證明其他有關接觸的證據，才可以判定被告有著作權侵害。在 Nimmer 教授的描述裡面也可以知道，明顯近似是舉證責任倒置，如果被告不能舉證其他證據證明被告獨立創作者，則法院綜合整體情況，可以判決被告有著作權侵害。此制度在我國法院也有法官採納如此見解，亦在判決裡面明白地提到明顯近似之判斷，並以之作為著作權侵害之判斷依據。而是否必須尚具有其他證據才可以判定被告有著作權侵害，因為原告舉證被告曾經接觸之方式，可能有直接接觸，或者是原告著作是公眾周知之著作，並且廣泛傳播，或在於該領域有一席之地來證明被告有合理機會，或者是合理可能性來證明。對於保障被告的訴訟上地位，並且保障其權益，似以原告必須提出其他接觸之證據來證明被告曾經接觸其著作為當。

在論述完接觸要件之後，如果法院認為符合的話，接著就是判斷實質相似。在 Nimmer 的專論中，在實質相似開頭時，有論述關於近似性的部分。Nimmer 教授認為被告著作必須與原告著作有近似性，這邊比較接近 Schechter & Thomas 教授所講的事實上的近似性，接下去才會判斷實質相似。而因為這個部分 Nimmer 教授只是略提一下，並沒有多做著墨，並且將討論的範圍置於實質相似的章節裡面，故作者認為美國法院在判決時多以接觸與實質相似作為著作權侵害之判斷基礎。如此之原因可能係在判斷實質相

似的同時，其實已經在判斷著作之間的近似性，而不必分成判斷近似性之後，再判斷實質相似，對於法院而言亦較為明瞭、便於判斷。故美國判決裡面直接以接觸及實質相似，來判斷著作權侵害，基於上述理由，肯認該判斷方式也是一適當之方法。

6.3 美國學說對於著作權侵害之批評

6.3.1 著作中一般會出現之概念、理論



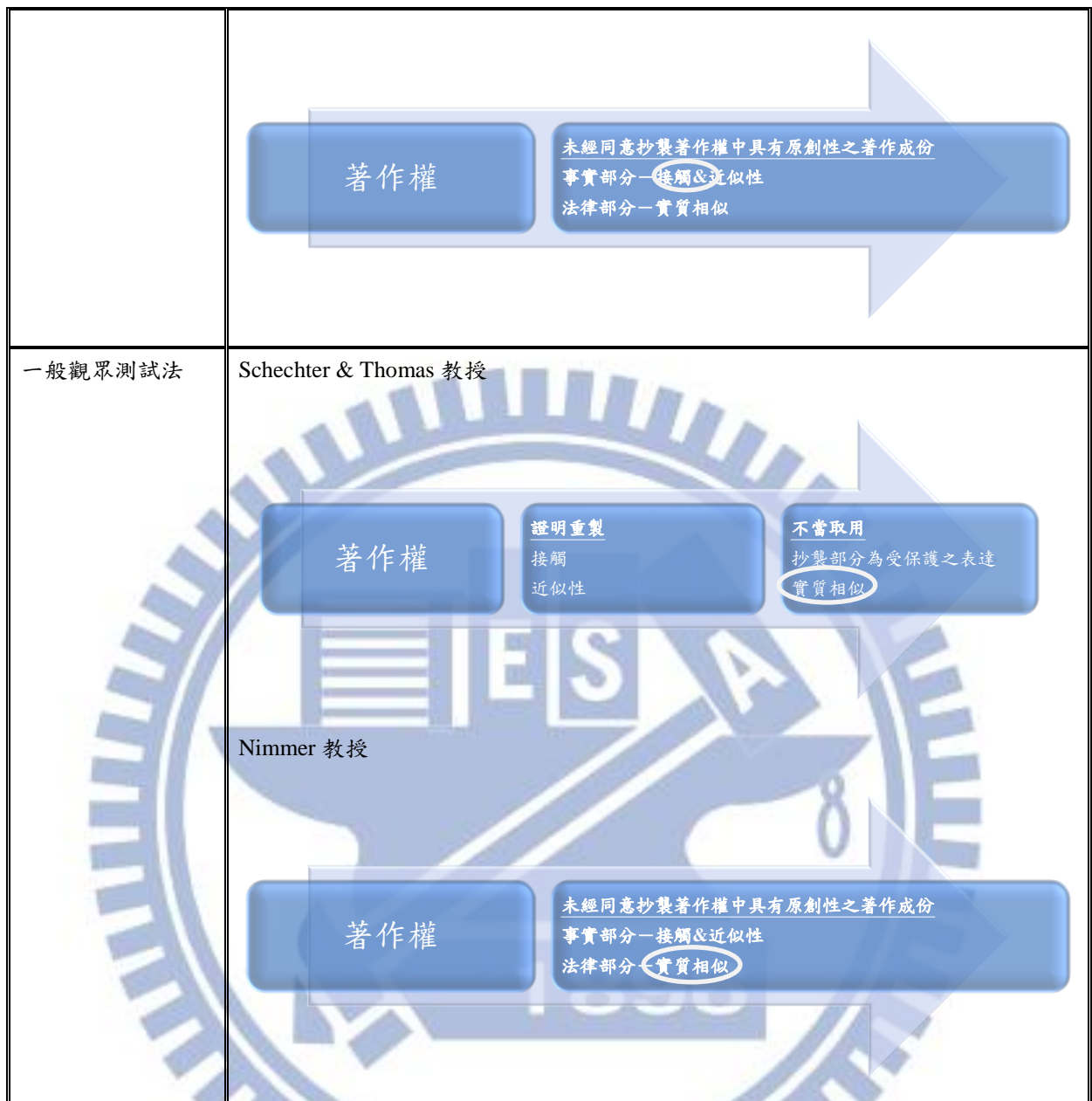


表 13 作者整理著作權侵害中一般概念於兩派學者中所判斷之部分

6.3.1.1 事實上近似性於我國較無法適用

在美國學說裡面，提到了一些我國較沒有多加著墨的理論。美國學說對於第三章所列出之理論有些許爭論，並且有不同學者分別提出其看法。而我國在第三章的理論中，事實上近似性是我國所沒有的，因為事實上近似性，在美國的判決裡面，主要的意義是在判斷原告或被告是否可以聲請即決判決。如果原告不能舉證被告著作與其著作間有事實上近似性，此時，法院可以下被告勝訴之即決判決。該即決判決係法院認定案件中沒有事實爭議，而只有法律爭議的時候，法院可以不需陪審團之決定，作成該即決判決。但是我國訴訟程序上面，並沒有即決判決的制度，所以我國法院在判斷著作權侵害時，並未提及事實上近似性的理論。

6.3.1.2 著作之間如相似程度已達明顯近似需於判決理由中說明並加以證明接觸

而我國在判決裡面，就如統計資料所顯示，曾經提到明顯近似的理論。在判決裡面，法院的用語或許不是明顯近似，而係高度相似、高度近似等用語，本文用以明顯近似，除因我國學者以該用語表達之外，另外因為判斷明顯近似時，是在接觸的階段所判斷的，尚未進入實質相似之階段，故以明顯「近似」為適當用語。但是這些用語都不影響明顯近似的判斷，於美國的學說上面，明顯近似理論中有較多爭論者為，如果原告與被告著作之間，法院認為其已經達到明顯近似的地步，也就是可以排除被告獨立創作可能者，是否原告尚需證明被告曾經接觸原告之著作？或者是明顯近似的證據，就可以涵蓋接觸的要件，而不需原告再另外證明接觸？因為我國在明顯近似的理論裡面，認定完明顯近似之後，皆未要求原告必須提出接觸的證據，我國法院認為，明顯近似的證據就足以證明著作權侵害。惟在我國而言，民事案件注重解決紛爭、刑事案件注重發現真實，但是在實體與程序之間，雖然不能盡善盡美，但是也必須保障雙方當事人之權益。不僅原告的權益必須保障，相對地，被告的權益也必須保障。故而作者認為雖然法院判斷明顯近似的時候，其近似性已經達到排除被告獨立創作的可能，但是為了充分保障被告的權益，還是必須要求原告提出證據證明接觸的合理可能性，或者是有接觸的合理機會，如同本文於第三章第三節，介紹美國學說對於明顯近似的理論，不能完全放棄要求原告證明接觸。²¹⁵原告之證明程度或許不必如一般非明顯近似的證明程度高，但是原告還是必須提出接觸的可能，如此一來，才可以平衡兩造的權益。且我國法院於判決中如刑事法院多數僅判斷實質相似及論罪定刑，如該實質相似程度已達明顯近似，則法院需於理由中說明其證據已臻明確，不需再以其他證據加以判斷為當。如法院認為實質相似程度尚未達到明顯近似之地步，則是否需要原告證明接觸之合理機會或合理可能性，如此判決尚適當，且兼顧原告與被告之權利。

6.3.1.3 一般觀眾角度於我國為法官判斷或仰賴鑑定報告

在判斷完接觸的要件之後，判斷實質相似時，美國法院多以一般觀眾的角度來判斷實質相似。以美國判決先例裡面，在判斷實質相似時，係以一般著作的目標觀眾群，也就是一般大眾的角度。但是在判斷較為專業的領域時，例如電腦著作、或者是福音歌譜的音樂著作，其著作權人於著作時，設定的主要目標群係較為專業的觀眾，而非針對一般普羅大眾。此時，引發學者思考，是否以一般觀眾角度來判斷是正確的？或許在特定的著作裡面，必須有特定的觀眾來判斷系爭著作，對於著作權保護才會更加周全。因而，作者認為以著作的性質來決定判斷實質相似的對象較為適當。我國因為沒有陪審團的制度，所以可能較沒有實質相似性由法官或陪審團來判斷的疑慮；但是套用在法官的心證上面，或許法官在判斷著作之間是否有實質相似時，如果著作的觀眾群係一般觀眾的話，可以完全由法官的心證而判斷；如果著作的觀眾群係較為專業之人士者，則法官是否應

²¹⁵ Higgins, *supra* note 75, at 166.

該多加參考鑑定報告所寫之意見，並加以對該著作領域之了解而判斷之。

6.3.2 適用特定類型著作之測試法

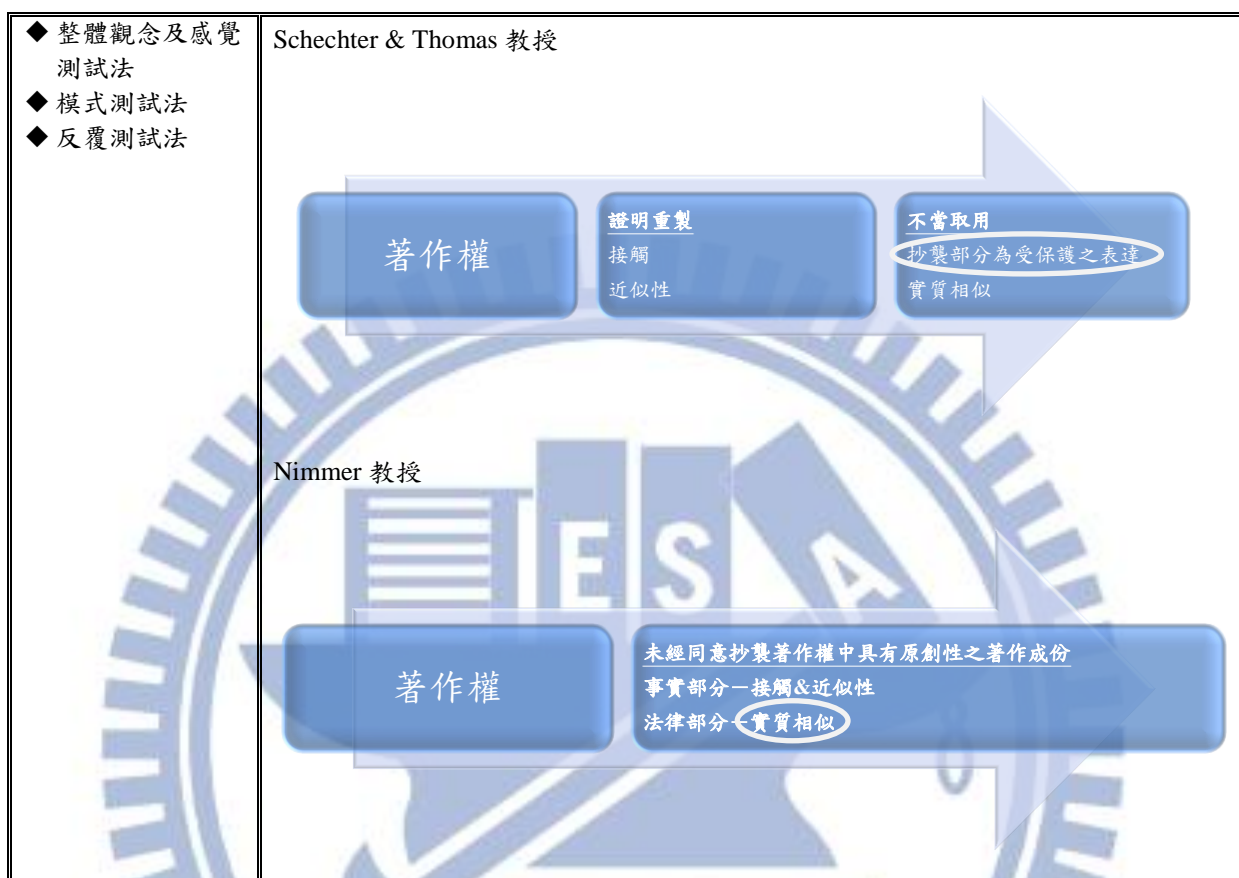


表 14 作者整理著作權侵害中特殊概念於兩派學者中所判斷之部分

以上雖可適用之著作類型有所限制，惟其判斷內容皆為分辨著作之間觀念與表達之界線如何區分，故以上圖總表示其於不同之見解中，所為之判斷模式為何處。於 Schechter 與 Thomas 教授之理論中，判斷完原告擁有著作權後，再判斷被告是否有重製行為；確定被告有重製行為後，判斷不當取用部分，由第一步分辨被告所抄襲者是否為觀念或表達，才能進行實質相似之判斷。於 Nimmer 教授之見解，則於判斷實質相似時分辨被告所抄襲者是否為觀念或實質相似，故於判斷實質相似時，提出可以適用之測試法。而美國法院因 Nimmer 教授於書中段落或判斷簡便之原因，將 Nimmer 第二階段之判斷要件簡化為接觸與實質相似，且於判斷實質相似時亦隱含近似性之判斷，美國法院如此作法於判決上面較為清晰，故多數美國法院採之。

6.3.2.1 整體觀念及感覺測試法適用於適合整體觀察之著作類型

我國在判斷實質相似時，可以知道運用非常多的鑑定報告，並且法院於越專業之案件，依賴鑑定報告的頻率即提高。其實在判斷實質相似時，美國發展出了許多測試法，可以供不同種類的案件進行參考。例如第三章所提到的，整體觀念及感覺測試法就是普

遍被美國法院所使用的測試法。特別在於必須以整體觀之的案件，例如美術著作、建築著作、或者是圖形著作等。如果法院將上述類型著作拆解，分別分析其各部分的構造，可能就會將原創者的創意抹滅，並且不能達到保護著作權的目的。我國法院在判決裡面也曾經以整體觀念及感覺來評判著作權侵害，並且在判決裡面多次提到以整體觀念及感覺來判斷原告與被告之間是否有實質相似。可見我國法院對於整體觀念及感覺測試法是採取正面的態度，並且肯定其見解，將之用於判決之中。

6.3.2.2 模式測試法適用於具故事性之著作類型

另外第三章所提到的模式測試法，以及反覆測試法，則在我國判決裡面非常少見。其實於美國的判決裡面，模式測試法以及反覆測試法所適用的判決相當少，可能因為該兩種測試法對於可以適用的著作有所侷限，所以有適用上面的困難。模式測試法最大的盲點為，可以以模式測試法判斷的著作似乎侷限於故事類型，其測試法不太可能適用於美術著作、或者是建築著作、更遑論新興的電腦著作了。並且其本身的問題也不太能被法院所採納，因為在判斷模式測試法時，對於觀念與表達之間的界線，並沒有非常清楚。導致模式測試法在適用上面的困難，而搜尋參考模式測試法之判決可說是非常少數。

6.3.2.3 反覆測試法適用於電腦程式著作中

另外反覆測試法裡面，同樣地，也是與模式測試法一樣，較不能判斷著作之間觀念與表達的界線。但是反覆測試法有一個比較新的突破，也就是法院在適用反覆測試法的時候，認為一般在判斷實質相似時必須以一般觀眾的角度來判斷，而反覆測試法係以專家證人來判斷實質相似，以電腦著作的專業性而言，此點是非常值得贊同的。惟我國在判斷實質相似時，從判決中甚少可以知道法官是採取哪一種測試法來判斷，有許多判決裡面，提到了被告的哪些部分與原告的哪些部分有相似的地方；但是許多判決中，沒有確實的提到是適用哪一種測試法，所以本文在研究的時候，不能得知法官的心證，在實質相似的研究上面也有所限制，只能以文字文義來揣測法官所適用測試法的心證。如果我國判決可以明白指出法官在適用上面，對於系爭著作適用何種測試法，或許可以使後來的訴訟增加預測可能性，使原告與被告在訴訟中有更多根據可供參考。

6.4 我國引進美國著作權侵害判斷模式為鱷魚龍圖樣案

我國判決裡面，因為最高法院 81 年度台上字第 3063 號民事判決，影響之後在著作權侵害判斷時都以接觸與實質相似來判斷著作權侵害。可以討論的是，該判決是以抄襲來認定被告是否侵害原告著作權，而抄襲可以用接觸與實質相似來判斷之。這邊是採取 Nimmer 教授之見解，並且統計資料也可以知道，美國巡迴上訴法院有較多數的見解亦採納之。但是我國在後來的判決裡面，有判決將該見解更細分，也就是第四章所描述的範例判決裡面，提出了必須先判斷原告被侵害的部分是否為表達，之後再判斷接觸與實

質相似，此判決將要件又更加細分，使判斷的過程趨於正確。在本文中所舉出的範例判決，可以作為我國在判斷著作權侵害時的判斷基準，其判斷內容係美國法院行之有年的判斷過程，也就是一步接著一步判斷，法院必須在判斷完原告有著作權之後，再依照順序判斷接觸與實質相似。

6.5 我國著作權侵害判決如有統一用語將不造成混淆

在我國判決中的研究，其實輕微的問題係用語不統一的問題，因為中文字可以用不同的字彙表達出同樣的意思。例如我國的判決中，在判斷實質相似時，其用語有實質相似、實質近似、與實質類似等。也有許多法院在判斷完原告是否有著作權後，緊接著即判斷實質相似，並以實質相似的結果來判定被告是否有著作權侵害。惟判決中所言實質相似的判斷，皆未判斷接觸的要件，是否此處的實質相似就是等於明顯近似的判斷呢？但是在其他的判決裡面，法院也有提到明顯近似的判斷，法院對於這些用語的適用上面，可能用語的不統一造成判斷上面的混淆，也有可能造成誤解。如果法院在上述的情形下，係認為其判斷的步驟是明顯近似的認定，則實質相似的用語是否應該更加準確，才不會造成判斷上面的混用；如果法院的認定是實質相似的話，如此一來，法院僅憑實質相似的認定，而未判斷被告是否曾經接觸原告的著作，對於被告的保障亦嫌不足。故我國判決之中，其用語不統一，或許在文義上面可以用不同的方式表示，但是用語的問題也有可能帶來上述的爭議。

另外，因為我國在著作權的刑事責任上面有規定有期徒刑之處罰，因該規定涉及人身自由，我國法院在判斷上面必須更加嚴謹，更加保護當事人。在保護告訴人著作權的同時，也必須保障被告的權利，尤其在刑事責任上面，對於著作權侵害的判斷，必須有更加縝密的思考。而從我國刑事類判決的分析上面，可以從第四章看得出來，在判斷著作權侵害時，有思考步驟的問題，也有缺漏判斷的問題。刑事庭在判斷著作權侵害時，有判決判斷的順序不如美國判決有邏輯性的思考，法院在判斷完告訴人擁有著作權之後，下一步乃判斷實質相似，最後才判斷接觸。此部分的問題是，即使法院花了非常大的篇幅判斷實質相似，如果最後被告未曾接觸過原告的著作，這樣實質相似的判斷似乎較為空談。而如果法院如統計資料所示，有多數法院僅判斷告訴人的著作與被告的著作之間是否有實質相似，而未判斷接觸的話，是否法院僅憑實質相似就斷定被告有著作權侵害而可判刑。除非法院採取的態度，在判斷實質相似時認為已經達到明顯近似的程度，而認為不必判斷接觸者，尚可接受。惟法院於判決中並未交代其是否已經達到明顯近似的地步，而可不必判斷接觸，如此一來，不僅造成被告的權益被侵害，更可能造成判決有可議之處。

在美國巡迴上訴法院的統計裡面，對於法院所採取的見解，法院之間判斷模式上面遵循一定之脈絡，或許每個判決之間所敘述的判斷方法不盡相同。雖然依照不同的著作個案適用，但是基本上原理原則都是一樣的。反觀我國法院，在檢討著作權侵害時，雖然多有引用最高法院 81 年度台上字第 3063 號民事判決，在認定著作權侵害時，以抄襲的方式認定，也就是以接觸與實質相似來判斷。但是法院在適用上面有掛一漏萬的情形

發生，因為許多法院在引出該適用的準則之後，接下去判斷的方式有多數的法院並未判斷接觸的要件。

6.6 我國判決中如能多加說明判斷模式則可更加周全

在統計資料分析裡面也可以得知，我國法院在判斷上面除了有順序問題，以及未判斷接觸要件之外，尚有法院判斷完原告或告訴人並未擁有著作權後，繼續判斷接觸或者是實質相似的要件。就如第五章之分析，或許係因判決至上級審可能被撤銷或者是被發回的疑慮，法官在判斷時，會將原告或檢察官的主張為全盤判斷，否則其判斷方式在美國的學說或實務上面可能會有疑慮的地方。其實如果原告或告訴人的著作，經過法院判斷之後，其著作中並沒有原始性及創作性，可以使其著作受到著作權保護的話，代表原告或告訴人本身並沒有正當的權源可以提出告訴，更遑論判斷其他要件之必要性。

而在刑事類判決的統計上面不難發現，其判斷順序上之正確性不如民事類判決多，因為民事類判決裡面比例最重者為正確之判斷順序；惟刑事類判決中，比例最重者竟為法院認定告訴人擁有著作權之後，僅判斷實質相似的案件量為最多。刑事案件中，重視罪刑法定主義，並且徒刑之處罰關乎個人的自由權，不能不慎。但是從統計資料裡面竟察覺，我國刑事類判決中，在判斷著作權侵害時，僅判斷實質相似而未判斷接觸的比例竟如此之高。這邊讓作者有一個省思，我國法院在判斷著作權侵害時，是否可以訂出一套判斷的標準，或者是判斷的基準可以供法院在判斷著作權侵害時作為其判決之參考。因為以刑事責任而言，有期徒刑之處罰在在關係到被告的人身自由，如果法院沒有一定的標準，僅憑各法官對於著作權之見解而為，是否有過度侵害被告在訴訟上的權利，而可能犧牲被告在訴訟上面的基本權利，未充分保障被告。

6.7 從美國學說與實務對我國著作權侵害判斷之省思

在本文中，融合上述所講的問題，以及對於我國判決的省思，作者思考美國的制度是否可以在我國多加運用。而以 Schechter & Thomas 教授所提出的理論而言，其優點係在判斷過程中較為緊密，並且仔細，把所有的步驟層層分開，一一檢討。但是其缺點則是判斷過程較為複雜，並且可能會有重複的地方。並且如果將該判斷方法適用於我國的話，主要是近似性的問題，因為美國有即決判決的制度，所以讓近似性有存在的價值，法院可以以近似性的理由為即決判決。但是反觀我國，如果適用整套方法的話，近似性似乎較無存在的價值，因為在判斷實質相似的同時，其實也是在判斷近似性，如此一來，便會造成重複的判斷，可能非我國法院所樂見的情況。而 Nimmer 教授所提出的理論，為我國法院所適用之，並且因早期最高法院 81 年度台上字第 3063 號民事判決中，明白地以接觸與實質相似來判斷抄襲，進而以此為著作權侵害的基礎。可能後來有許多法院在適用上有判斷步驟的混用，但是基本上，所判斷的基礎都是一樣的。並且因為該兩項要件係引用美國判決而來，更要注意美國判決在判斷著作權侵害時，其判斷的正確

步驟以及內容。在法院判斷完原告或告訴人之著作是受我國著作權法所保護之標的後，下一步係判斷被告是否曾經接觸原告之著作；之後判斷系爭著作之間是否有實質相似的情形。而我國法院在 99 年度民著訴字第 36 號判決中，判斷完原告著作受著作權法保護之後，接下去判斷被告所侵害之部分是否為表達，判斷完之後才進入接觸與實質相似的判斷。此判決較接近美國學說上面提倡之判斷模式，但是作者認為或許調整一下其順序，可以使判斷的順序更為順暢，並且也符合美國學說所提倡的方法。但如果被告侵害原告著作權之證據已臻明確，且被告不爭執，或者兩者之間相似程度已到達明顯近似之境界，我國法院即可採取美國實務上之作法，直接以明顯近似為接觸之證據。美國法院於明顯近似之理論中，說明其明顯近似係因原告無法證明接觸，或是無法證明接觸之合理機會或合理可能性，而採取明顯近似之理論判斷著作權侵害。在我國法院判決中，雖於理由中曾出現明顯近似之詞彙，惟法院於判斷時，較不如美國法院交代明顯近似可推論接觸。我國法院有判斷實質相似後即認為產生著作權侵害，如，如法官認為兩造之間著作權侵害之證據非常明確，不用再以接觸及實質相似為判斷時，似於理由中將法官心證中所判斷之流程或原因撰寫明瞭，使人民閱讀判決時，可以更加理解法院所採取之態度與判斷之模式為當。

6.8 本文建議之判斷模式

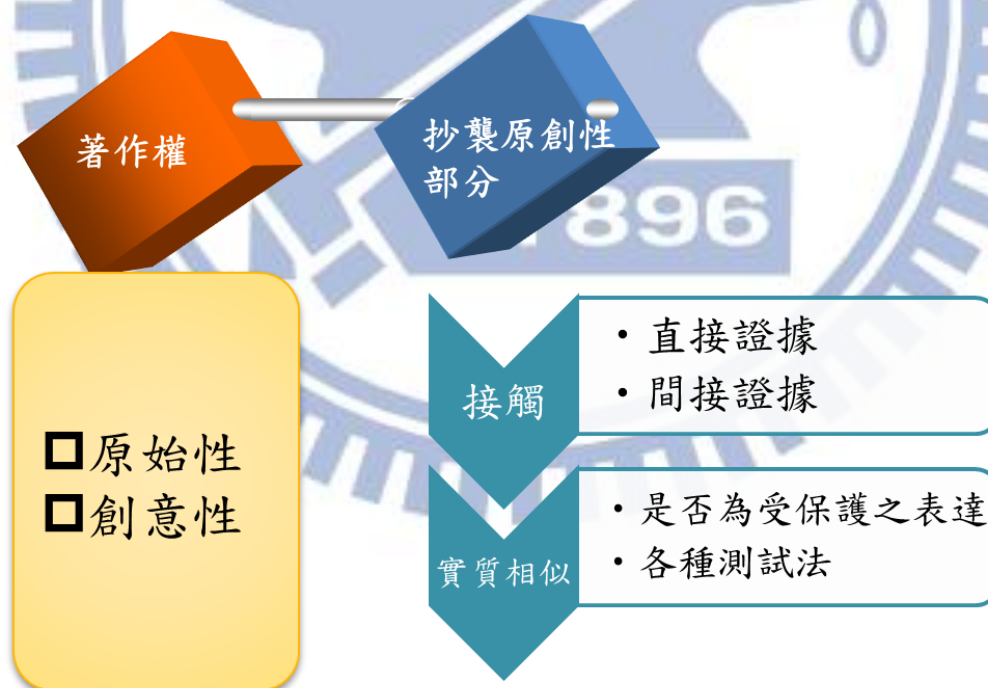
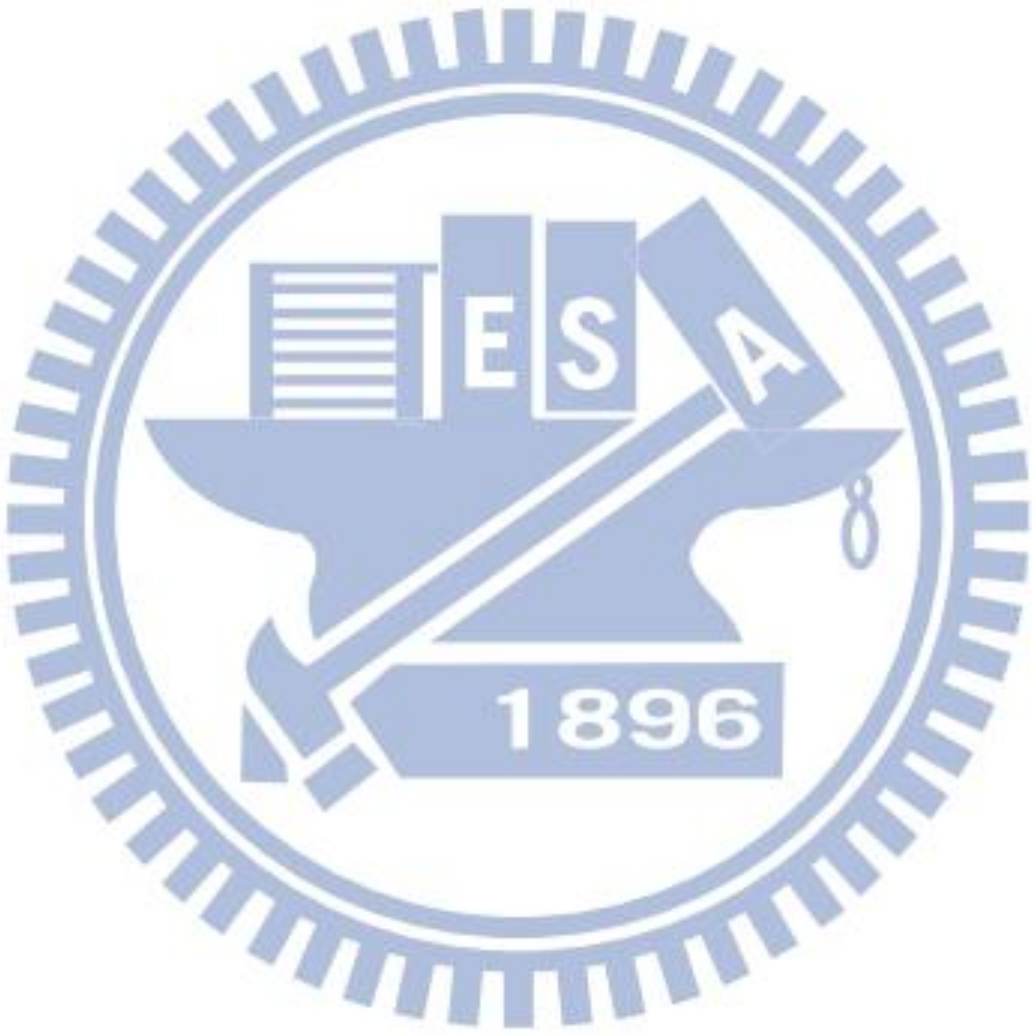


圖 15 作者建議之著作權侵害判斷模式

綜合以上所為的分析，作者可以提出一個建議的標準。也就是建議其判斷方法可以依照下列順序，第一步，先判斷原告或告訴人所主張的著作是否有原始性與創意性，也就是原告或告訴人的著作是否受到我國著作權法之保護。法院認為原告或告訴人擁有著作權之後，接下去再判斷被告所抄襲者是否為具原創性的部分，這個部分依然以接觸與

實質相似來判斷，但是判斷的內容有所調整。第二步係判斷接觸的要件，而對於原告而言，直接證明接觸是非常難的，所以原告也可以以間接證據證明被告曾經接觸過原告的著作。接觸的間接證據部分，可以參考美國學說以及判決裡面所使用的證明方法，例如以關聯性，或是在該領域中其著作已經廣為周知，抑或原告於被告所在的地方有發行系爭著作等，證明被告有合理機會，或者是合理的可能性接觸原告系爭著作。判斷完被告曾經接觸過原告著作之後，就是進入實質相似的階段，在此部分，我國法院似可採取先判斷被告所侵害的部分是否為原告著作中表達的地方，之後再以各種測試法或者是鑑定報告判別被告與原告著作之間是否有實質相似。

簡而言之，整個判斷程序為，法院於判斷完原告擁有著作權之後，接下去依然如我國法院在判斷著作權侵害時以接觸與實質相似判斷。只是內容上，本文所提出之判斷順序以及內容上可以較為詳盡判斷完第一步的著作權之後，第二步為判斷被告是否曾經接觸原告系爭著作，接下去，第三步再判斷實質相似。而判斷實質相似時，先判斷被告所侵害的部分是否為原告系爭著作中受著作權所保護的表達，確定之後再以各種測試法或是參考鑑定報告，而判決被告是否侵害原告著作權。本文所提出之判斷方法，或許可以作為未來法院在著作權侵害的案件裡面，有一套較為標準的判斷步驟以及程序可供參考。如此一來，不僅原告可以依照判斷的程序來準備其攻擊被告的證據，也可以使被告在防禦方面，可以提出證據反駁原告的主張。在法院方面，也可以較為清楚地公開法官的心證，可以提升訴訟的預測可能性，民事方面也可以使紛爭一次解決、並且有助於縮短訴訟的時程；刑事方面可以有助於發現真實，充分保障被告在訴訟上面的權益。因而基於上述的理由，也可以提升人民對於法院的信服度，不致於使人民在面對著作權侵害時，無一較為標準之判斷。故本文所提出之見解，可以提供給法院於判斷著作權侵害時之參考依據，而期著作權侵害能有所突破，判斷上面有所基準！



參考文獻

中文書籍

1. 羅明通，著作權法論 II，七版，台英國際商務法律事務所，台北，民國九十八年。
2. 簡啓煜，著作權法案例解析，元照，台北，民國九十八年。
3. 謝銘洋、趙晉枚等著，智慧財產權入門= Introduction to intellectual property law，七版，元照，台北，民國九十九年。
4. 林洲富，著作權法：案例式，二版一刷，五南，台北，民國一百年。
5. 經濟部智慧財產局，著作權一點通= Intellectual property office，一版，台北，民國九十六年。
6. 經濟部智慧財產局，校園著作權百寶箱，一版，台北，民國九十六年。

中文期刊

1. 林昱梅，「藝術自由與嘲諷性模仿之著作權侵害判斷」，成大法學，第 7 期，129~234 頁，2003 年 6 月。
2. 章忠信，「著作權侵害之鑑定」，月旦法學雜誌，第 190 期，47~60 頁，2011 年 3 月。
3. 許忠信，「著作之原創性與抄襲之證明（下）—最高法院九十七年度台上字第一二一四號判決評析」，月旦法學雜誌，第 172 期，238~257 頁，2009 年 9 月。

中文論文

1. 李佩昌，「著作創作與抄襲問題之探討—資訊化衝擊下著作權法之新課題」，國立中興大學，碩士論文，民國 85 年。
2. 楊宏英，「著作權法上抄襲之研究」，中央警察大學，碩士論文，民國 86 年。
3. 柯雅惠，「著作創作抄襲侵害之基礎理論與實務檢討」，國立台灣大學，碩士論文，民國 92 年。

其他中文參考文獻

1. 最高法院民事裁判書彙編，第 10 期，1993 年 4 月。
2. 最高法院刑事裁判書彙編，第 16 期，1994 年 9 月。

英文書籍

1. SCHECHTER, ROGER E. & THOMAS, JOHN R., *INTELLECTUAL PROPERTY: THE LAW OF COPYRIGHTS, PATENTS, and TRADEMARKS* (2003)
2. Nimmer, Melville B. & David Nimmer, *Nimmer on Copyright* (2010)

英文期刊雜誌

1. Arntsen, Douglas Raymond, *Bouchat v. Baltimore Ravens: The Fourth Circuit Adopts the “Strikingly Similar” Doctrine to Infer Proof of Access*, 13 *FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J.* 653 (2003)
2. Aronoff, David, *Exploding the “Inverse Ratio Rule”*, 55 *J. COPYRIGHT SOC'Y U.S.A.* 125 (2008)
3. Broadus, Aaron M., *Eliminating the Confusion: A Restatement of the Test for Copyright Infringement*, 5 *DEPAUL-LCA J. ART & ENT. L.* 43 (1995)
4. Busek, Jeannette Rene, *Copyright Infringement: A Proposal for a New Standard for Substantial Similarity Based on the Degree of Possible Expressive Variation*, 45 *UCLA L. REV.* 1777 (1998)
5. Cohen, Amy B., *Masking Copyright Decisionmaking: The Meaninglessness of Substantial Similarity*, 20 *U.C. DAVIS L. REV.* 719 (1987)
6. Dailey, Mark E., *Abstraction, Filtration, Comparison: The Difficult Task of Defining and Applying an Appropriate Substantial Similarity Test for Computer Software*, 34 *SUFFOLK U. L. REV.* 415 (2001)
7. Hartnick, Alan J., *Probative Similarity: in Honor of Prof. Alan Latman*, 53 *J. COPYRIGHT SOC'Y U.S.A.* 699 (2006)
8. Higgins, Sean Robert, *Proving Copyright Infringement: Will Striking Similarity Make Your Case?*, 8 *SUFFOLK J. TRIAL & APP. ADVOC.* 157 (2003)
9. Latman, Alan, *“Probative Similarity” as Proof of Copying: Toward Dispelling Some Myths in Copyright Infringement*, 90 *COLUM. L. REV.* 1187 (1990)
10. Lemley, Mark A., *Our Bizarre System for Proving Copyright Infringement*, 57 *J. COPYRIGHT SOC'Y U.S.A.* 719 (2010)
11. Root, Howard, *Copyright Infringement of Computer Programs: A Modification of the Substantial Similarity Test*, 68 *MINN. L. REV.* 1264 (1984)

12. Stanfield, B. Macpaul, *Finding the Fact of Familiarity: Assessing Judicial Similarity Tests in Copyright Infringement Acitons*, 49 DRAKE L. REV. 489 (2001)
13. Rotbert, Mitchell J., *Total Concept and Feel: A Doctrine Running Amok?*, 45-OCT MD. B.J. 20 (2012)
14. Roodhuyzen, Nicole K., *Do We Even Need a Test? A Reevaluation of Assessing Substantial Similarity in a Copyright Infringement Case*, 15 J.L. & POL'Y 1375 (2007)
15. Sharb, Michael L., *Getting a "Total Concept and Feel" of Copyright Infringement*, 64 U. COLO. L. REV. 903 (1993)
16. Stalnaker, Jesse, *Has Reality Programming Been Voted off the Island of Copyright Protection Finding Protection as a Compilation*, 16 SETON HALL J. SPORTS & ENT. L. 162 (2006)
17. Understahl, Jennifer, *Copyright Infringement and Poetry: When is a Red Wheelbarrow the Red Wheelbarrow?*, 58 VAND. L. REV. 915 (2005)
18. Warnock, Timothy L., *"Access" and "Striking Similarity" in Copyright Infringement Litigation*, 3 NO. 2 LANDSLIDE 18 (2010)

Cases

1. *Adams v. Warner Bros. Pictures*, 289 Fed.Appx. 456 (2d Cir. 2008)
2. *Apple Computer, Inc. v. Microsoft Corp.*, 35 F.3d 1435 (9th Cir. 1994)
3. *Airframe Systems, Inc. v. L-3 Communications Corp.*, 658 F.3d 100 (1st Cir. 2011)
4. *Armour v. Knowles*, 512 F.3d 147 (5th Cir. 2007)
5. *Arnstein v. Porter*, 154 F.2d 464 (2d Cir. 1946)
6. *Atari, Inc. v. Amusement World, Inc.*, 547 F. Supp. 222 (D. Md. 1981)
7. *Atari, Inc. v. North American Philips Consumer Electronics Corp.*, 672 F.2d 607 (7th Cir. 1982)
8. *Baby Buddies, Inc. v. Toys R Us, Inc.*, 611 F.3d 1308 (11th Cir. 2010)
9. *Baisden v. I'm Ready Productions, Inc.*, 693 F.3d 491 (5th Cir. 2012)
10. *Baxter v. MCA, Inc.*, 812 F.2d 421 (9th Cir. 1987)
11. *Beal v. Paramount Pictures Corp.*, 20 F.3d 454 (11th Cir. 1994), *cert. denied*, 513 U.S. 1062 (1994)
12. *Benay v. Warner Bros. Entertainment, Inc.*, 607 F.3d 620 (9th Cir. 2010)

13. *Berry v. Dillon*, 291 Fed. Appx. 792 (9th Cir. 2008)
14. *Blehm v. Jacobs*, 702 F.3d 1193 (10th Cir. 2012)
15. *Bouchat v. Baltimore Ravens, Inc.*, 241 F.3d 350 (4th Cir. 2000)
16. *Broderbund Software, Inc. v. Unison World, Inc.*, 648 F. Supp. 1127 (N.D. Cal. 1986)
17. *Brookhaven Typesetting Services, Inc. v. Adobe Systems, Inc.*, 332 Fed. Appx. 387 (9th Cir. 2009)
18. *Bridgeport Music, Inc. v. UMG Recordings, Inc.*, 585 F.3d 267 (6th Cir. 2009)
19. *Bright Tunes Music Corp. v. Harrisongs Music, Ltd.* 420 F.Supp. 177 (D.C.N.Y. 1976)
20. *Building Graphics, Inc. v. Lennar Corp.*, 708 F.3d 573 (4th Cir. 2013)
21. *Burgin v. Lahaye*, 399 Fed. Appx. 464 (11th Cir. 2010)
22. *Calhoun v. Lillenas Publishing*, 298 F.3d 1228 (11th Cir. 2002)
23. *Charles W. Ross Builder, Inc. v. Olsen Fine Home Bldg., LLC*, 496 Fed. Appx. 314 (4th Cir. 2012)
24. *Coquico, Inc. v. Rodriguez-Miranda*, 562 F.3d 62 (1st Cir. 2009)
25. *Crown Awards, Inc. v. Discount Trophy & Co., Inc.*, 326 Fed. Appx. 575 (2d Cir. 2009)
26. *Data East USA, Inc. v. Epyx, Inc.*, 862 F.2d 204 (9th Cir. 1988)
27. *Dam Things from Denmark, a/k/a Troll Company ApS, v. Russ Berrie & Company, Inc.*, 290 F.3d 548 (3rd Cir. 2002)
28. *Dawson v. Hinshaw Music, Inc.*, 905 F.2d 731 (4th Cir. 1990)
29. *DiTocco v. Riordan*, 496 Fed. Appx. 126 (2d Cir. 2012)
30. *Dream Custom Homes, Inc. v. Modern Day Const., Inc.*, 476 Fed. Appx. 190 (11th Cir. 2012)
31. *E.F. Johnson Co. v. Uniden Corp.*, 623 F. Supp. 1485 (D. Minn. 1985)
32. *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Company, Inc.*, 499 U.S. 340 (1991)
33. *Ferguson v. National Broadcasting Company, Inc.*, 584 F.2d 111 (5th Cir. 1978)
34. *Frye v. YMCA Camp Kitaki*, 617 F.3d 1005 (8th Cir. 2010)
35. *Gable v. National Broadcasting Co., Inc.*, 438 Fed. Appx. 587 (9th Cir. 2011)
36. *Gaste v. Kaiserman*, 863 F.2d 1061 (2d Cir. 1988)
37. *General Universal Systems, Inc. v. Lee*, 379 F.3d 1311 (5th Cir. 2004)
38. *Hartman v. Hallmark Cards, Inc.*, 833 F.2d 117 (8th Cir. 1987)
39. *Herzog v. Castle Rock Entertainment*, 193 F.3d 1241 (11th Cir. 1999)
40. *Jackson v. Booker*, 465 Fed. Appx. 163 (3d Cir. 2012)

41. Jones v. Blige, 558 F.3d 485 (6th Cir. 2009)
42. Jorgensen v. Epic/Sony Records, 351 F.3d 46 (2d Cir. 2003)
43. Kohus v. Mariol, 328 F.3d 848 (6th Cir. 2003)
44. L.A. Printex Industries, Inc. v. Aeropostale, Inc., 676 F.3d 841 (9th Cir. 2012)
45. La Resolana Architects, PA v. Reno, Inc., 555 F.3d 1171 (10th Cir. 2009)
46. Latimer v. Roaring Toyz, Inc., 601 F.3d 1224 (11th Cir. 2010)
47. Latimore v. NBC Universal Inc., 489 Fed. Appx. 521 (2d Cir. 2013)
48. Latimore v. NBC Universal Television Studio, 480 Fed. Appx. 649 (2d Cir. 2012)
49. Lipton v. Nature Co., 71 F.3d 464 (2d Cir. 1995)
50. Maharam v. Patterson, 369 Fed. Appx. 240 (2d Cir. 2010)
51. Miller's Ale House, Inc. v. Boynton Carolina Ale House, LLC, 702 F.3d 1312 (11th Cir. 2012)
52. Mon Cheri Bridals, Inc. v. Wen Wu, 383 Fed. Appx. 228 (3d Cir. 2010)
53. Moses v. Helgemoe, 562 F.2d 62 (1st Cir. 2009)
54. Muller v. Anderson, 501 Fed. Appx. 81 (2d Cir. 2012)
55. Murray Hill Publications, Inc. v. Twentieth Century Fox Film Corp., 361 F.3d 312 (6th Cir. 2004)
56. Nichols v. Universal Pictures Corp., 45 F.2d 119 (2d Cir. 1930), *cert. denied*, 282 U.S. 902 (1931)
57. Novak v. Warner Bros Pictures, LLC, 387 Fed.Appx. 747 (9th Cir. 2010)
58. R.C. Olmstead, Inc., v. CU Interface, LLC, 606 F.3d 262 (6th Cir. 2010)
59. Peter F. Gaito Architecture, LLC v. Simone Development Corp., 602 F.3d 57 (2d Cir. 2010)
60. Peter Letterese And Associates, Inc. v. World Institute Of Scientology Enterprises, 533 F.3d 1287 (11th Cir. 2008)
61. Peter Pan Fabrics, Inc. v. Martin Weiner Corp., 274 F.2d 487 (2d Cir. 1960)
62. Peters v. West, 692 F.3d 629 (7th Cir. 2012)
63. Radin v. Hunt, 499 Fed. Appx. 684 (9th Cir. 2012)
64. Repp v. Lloyd Webber, 947 F.Supp. 105 (S.D.N.Y. 1996)
65. Reyher v. Children's Television Workshop, 533 F.2d 87 (2d Cir. 1976)
66. Roth Greeting Cards v. United Card Co., 429 F.2d 1106 (9th Cir. 1970)
67. Salinger v. Colting, 607 F.3d 68 (2d Cir. 2010)
68. Segrets, Inc. v. Gillman Knitwear Co., Inc., 207 F.3d 56 (1st Cir. 2000)

69. *Selle v. Gibb*, 741 F.2d 896 (7th Cir. 1984)
70. *Shaw v. Lindheim*, 919 F.2d 1353 (9th Cir. 1990)
71. *Sheldon v. Metro-Goldwyn Pictures*, 81 F.2d 49 (2d Cir. 1936)
72. *Sid & Marty Krofft Television Productions, Inc. v. McDonald's Corp.*, 562 F.2d 1157 (9th Cir. 1977)
73. *Situation Management Systems, Inc. v. ASP. Consulting LLC*, 560 F.3d 53 (1st Cir. 2009)
74. *Society of Holy Transfiguration Monastery, Inc. v. Gregory*, 689 F.3d 29 (1st Cir. 2012)
75. *Suntrust Bank v. Houghton Mifflin Co.*, 268 F.3d 1257 (11th Cir. 2001)
76. *Tillman v. New Line Cinema Corp.*, 295 Fed. Appx. 840 (7th Cir. 2008)
77. *Towler v. Sayles*, 76 F.3d 579 (4th Cir. 1996)
78. *Vargas v. Pfizer, Inc.*, 352 Fed. Appx. 458 (2d Cir. 2009)
79. *Wakefield v. The Walt Disney Co.*, 321 Fed. Appx. 685 (9th Cir. 2009)
80. *Warner Bros. Inc. v. American Broadcasting Companies, Inc.*, 720 F.2d 231 (2d Cir. 1983)
81. *Watt v. Butler*, 457 Fed. Appx. 856 (11th Cir. 2012)
82. *Whelan Assocs. v. Jaslow Dental Lab.*, 797 F.2d 1222 (3d Cir. 1986)
83. *Wildlife Exp. Corp. v. Carol Wright Sales, Inc.*, 18 F.3d 502 (7th Cir. 1994)
84. *Wild v. NBC Universal*, No. 11-56065, 2013 WL 750655 (9th Cir. 2013)
85. *Williams v. Crichton*, 84 F.3d 581 (2d Cir. 1996)
86. *Universal Furniture Intern., Inc. v. Collezione Europa USA, Inc.*, 618 F.3d 417 (4th Cir. 2010)

英文網站資料

Lexis.com, <http://www.lexisnexis.com/ap/auth/>.