

國立政治大學智慧財產研究所 碩士學位論文

# 著作重製權侵害之理論與實務

Theories and Practice of Reproduction Right Infringement



指導教授：黃銘傑 博士

研究生：朱家毅 撰

中華民國一〇一年六月



Graduate Institute of Intellectual Property  
National Chengchi University

國立政治大學智慧財產研究所

碩士學位論文



著作重製權侵害之理論與實務

朱家毅撰

民一〇一

## 著作重製權侵害之理論與實務 中文摘要

我國司法實務上著作權侵害的類型中，以「重製權」之侵害為最大宗；而就著作財產權侵害之基本類型-「抄襲」，應區分其概念與訴訟上之證明。就概念而言，「抄襲」係指「被告有合理之機會閱讀或聽聞原告作品中受保護之成分，且被告作品與原告作品中受保護之成分實質相似」。至就訴訟上之證明，則應分就原告與被告說明：首先原告須依序舉證證明：一、創作事實；二、被告有合理之機會閱讀或聽聞原告之作品(即「接觸」)；三、被告作品中存有與原告作品中受保護之成分實質相似之部分(即「實質相似」)。而待原告就上開事實盡其舉證責任後，被告方有為舉證之必要，即被告可就推認其「未有合理之機會閱讀或聽聞原告作品中受保護之成分」此一事實之間接事實負舉證責任，然其僅須動搖法院已形成之「有合理之機會閱讀或聽聞原告作品中受保護之成分」之心證，即為已足。而上開說明即為本文所採之「抄襲」認定流程，本文即係以上開見解為骨幹，說明「侵害重製權」之過程中所涉及之基礎理論、司法實務見解以及本文之看法。

關鍵字：重製權、抄襲、模仿、接觸、實質相似、獨立創作、潔淨室

## **Theories and Practice of Reproduction Right Infringement**

### **Abstract**

Considering that the infringement of reproduction right is the most important type of copyright infringement in Taiwan, this study puts emphasis on the concepts of “reproduction” , “copying” , “access” , and “substantial similarity” and on their ways of provements in litigation. First of all, the plaintiff has to prove the facts including “his creation process” , “access” , and “substantial similarity” , and not until that, does the defendant need to prove the fact of “independent creation” .Based on the procedure mentioned above, this study introduces the opnions of the theory, court, and suggestions to court are provided.

Key words : copyright, originality, access, substantial similarity, independent creation, copyright clean room

## 目 錄

第一章 緒論 .....	1
第一節 研究動機與問題之提出 .....	1
第二節 研究範圍 .....	1
第二章 著作權之客體與權利保護要件 .....	3
第一節 著作權之客體 .....	3
第二節 著作權之權利保護要件 .....	3
壹、人類精神上之創作 .....	3
貳、一定之外部表現形式 .....	4
一、意義 .....	4
二、包含「非文字之結構、布局或造型」 .....	5
參、原創性 .....	8
一、美國法上之「原創性」及「創作性」 .....	8
二、德國法上之「個性」 .....	10
三、我國學說見解 .....	11
四、我國司法實務見解 .....	12
(一)原創性之意義 .....	12
(二)創作性之判斷 .....	14
肆、屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作 .....	15
一、意義 .....	15
二、色情影片是否為著作權法所保護之客體？ .....	15
(一)我國法上之見解 .....	15
(二)比較法上之見解 .....	16
(三)本文見解 .....	17
三、美術工藝品 .....	18
(一)我國法上之見解 .....	18
(二)比較法上之見解 .....	20
(三)本文見解 .....	21

伍、須非被排除保護之著作.....	23
第三節 編輯著作與衍生著作.....	24
壹、編輯著作.....	25
一、意義.....	25
二、編輯著作「創作性」之判斷及其權利保護範圍.....	25
(一)「創作性」之判斷.....	26
(二)權利保護範圍.....	27
三、我國司法實務見解.....	28
(一)語文著作.....	29
(二)視聽著作.....	31
四、「電子資料庫」著作之相關問題.....	33
(一)意義.....	33
(二)「創作性」之判斷.....	34
(三)電子資料庫中不受編輯著作保護者.....	37
(四)電子資料庫著作之重製.....	40
(五)我國司法實務見解.....	41
貳、衍生著作.....	45
一、「改作」與「衍生著作」之意義.....	45
二、「創作性」之判斷.....	47
(一)學說見解.....	47
(二)我國司法實務見解.....	49
三、權利保護範圍.....	51
(一)我國法及司法實務見解.....	51
(二)美國法之見解.....	52
參、未經授權而改作或編輯能否取得衍生著作或編輯著作之保護? ..	53
一、我國實務見解.....	53
二、比較法之見解.....	54
三、本文見解.....	55
第四節 著作權之本質與種類.....	56
壹、著作權之本質.....	56

一、二元論 .....	56
二、一元論 .....	57
三、法律效果之差異 .....	57
貳、著作權之種類 .....	60
一、著作人格權 .....	60
二、著作財產權 .....	61
第三章 創作保護之界線：思想與表達區分原則 .....	63
第一節 思想與表達區分原則 .....	63
壹、起源與意義 .....	63
貳、區分標準 .....	64
一、減除測試法(Subtractive Test) .....	64
二、抽象測試法(Abstractions Test) .....	65
三、模式測試法(Pattern Test) .....	66
四、整體觀念及感覺測試法(Total Concept and Feel) .....	68
第二節 思想與表達之合併 .....	69
壹、思想與表達合併原則 .....	69
貳、必要場景原則 .....	71
第三節 我國司法實務及本文見解 .....	72
壹、思想與表達之區分 .....	72
貳、思想與表達之合併 .....	74
第四節 思想與表達之區分與合併於電腦程式著作之適用 .....	77
壹、電腦程式(computer program)之意義 .....	77
貳、美國司法實務見解 .....	78
一、SSO 測試法(Whelan 最終功能測試法) .....	78
二、Lotus 案三要素測試法(Three Elements of the Legal Test) ....	79
三、Altai 案抽離-過濾-比較測試法 (Abstraction-Filtration-Comparison Test) .....	80
四、連續過濾法(The successive Filtering Method) .....	82
參、我國司法實務見解 .....	83
第四章 重製權與重製權的侵害 .....	85

第一節 重製之意義 .....	85
壹、一般重製之意義 .....	85
一、「有形」之要件(The tangibility requirement) .....	85
二、「固定」之要件(The fixation requirement) .....	86
三、「可理解性」之要件(The intelligibility requirement) .....	86
貳、重製概念之擴張 .....	87
一、於劇本、音樂著作或其他類似著作演出或播送時予以錄音或錄影重製 .....	87
二、依建築設計圖或建築模型建造建築物 .....	87
參、暫時性重製 .....	88
一、網路中繼性傳輸之暫時性重製 .....	88
二、使用合法著作，屬技術操作過程中必要之過渡性、附帶性而不具獨立經濟意義之暫時性重製 .....	89
第二節 侵害他人之重製權 .....	89
壹、使重製權人無法重製著作？ .....	90
貳、空間形式的轉換 .....	90
一、平面著作轉為立體 .....	91
二、立體著作轉為平面 .....	94
第三節 侵害他人之著作財產權之證明 .....	95
壹、Arnstein 原則 .....	96
一、模仿 .....	96
(一)意義 .....	96
(二)模仿之證明 .....	97
二、非法模仿(實質相似)要件 .....	99
三、本文見解 .....	100
貳、接觸與實質相似模式 .....	101
一、接觸 .....	101
(一)意義 .....	101
(二)我國司法實務見解 .....	102
二、實質相似 .....	104



(一)實質相似之判斷標準.....	104
(二)實質相似之判斷主體.....	105
(三)我國司法實務見解.....	106
三、本文見解.....	110
(一)實質相似之定位.....	110
(二)實質相似之判斷標準.....	112
(三)實質相似之判斷主體.....	113
(四)相關問題：「原始性」之舉證責任.....	115
參、獨立創作之抗辯.....	116
一、意義.....	116
二、獨立創作之證明.....	118
肆、抄襲行為態樣之區別.....	119
一、重製.....	119
二、改作.....	119
第五章 著作權潔淨室之管理.....	123
第一節 著作權潔淨室(Copyright Clean Room)之意義與組成.....	123
壹、著作權潔淨室之意義.....	123
貳、著作權潔淨室之組成.....	123
一、功能規格組.....	124
二、法務組.....	124
三、撰碼組.....	126
第二節 著作權潔淨室之功能.....	127
壹、法律功能.....	127
一、證明未接觸目標程式中受保護之成分.....	127
二、證明程式之實質相似為功能所無法避免.....	128
三、證明作為功能性之思想能以多種方式表達.....	128
四、威嚇功能.....	128
貳、管理功能.....	129
第六章 結論.....	130
參考文獻.....	136

## 第一章 緒論

### 第一節 研究動機與問題之提出

在著作權侵害的類型中，司法實務上係以重製權之侵害為大宗，然即便為重製權之侵害，就其判斷流程、要件之內涵以及訴訟上之證明方式，均仍有諸多未明甚或錯誤之處，此輕則影響個案之正義，重則有礙國家文化創意產業之發展。

筆者忝為司法實務工作者，深感理論及實務、概念及證據之落差，而此落差於大多數之情形，則係因對概念的掌握有誤所致。而著作權法相較於民、刑法之傳統法域，對司法實務工作者而言，仍屬相對陌生之法領域，多數人均未於求學階段為有體系之學習，致投入司法實務工作後，僅能以查詢法院既有判決或相關學術文章之方式以為辦案之參考。惟依筆者之個人經驗，前者因欠缺基礎理論的認識，致對其所查詢出之法院判決其見解是否正確，根本無從加以判斷而流於盲從；後者雖較能取得正確之見解，惟仍無由因此即獲得有體系之思考方式。

有鑑於此，本文擬將著作重製權侵害之判斷流程中所涉及之重要概念及訴訟上之證明方式，以理論與實務並重之方式，介紹我國理論的發展及實務的實踐情形，期能對我國司法實務工作者，能有些微的貢獻。

### 第二節 研究範圍

第二章首先確認著作權所保護之對象，於釐清「著作」與「著作物」之不同後(第一節)，再以「著作」為客體，一一說明著作權之權利保護要件。於此係將說明重點置於「一定之外部表現形式」及「原創性」兩要件，探討作品中「非文字成分」之可著作權性及著作權法對創意程度之要求(第二節)。而因編輯著作與衍生著作「二次著作」之性質，故另就該等著作「創作性」之判斷方式及權利保護範圍詳予說明；並就極具有經濟價值之「電子資料庫」，說明其編排方式與一般編輯著作之不同，以及因此所生於判斷「創作性」時應予注意之處(第三節)。

而在了解著作權之權利保護要件後，則說明著作權本質之爭議，並基於我國二元論之立法，介紹我國著作權法上著作權之種類(第四節)。

第三章則探討創作保護之界線，蓋著作權僅保護具有原創性之表達，而不保護所表達之思想，惟思想與表達之區分甚為困難，故有詳予說明之必要。於此首先介紹學說上所發展出各種思想與表達之區分標準(第一節)，惟當表達特定之思想之方法僅有一種或極其有限時，為避免不當的擴大保護範圍，學說上認為此時表達應與思想合併而不受保護，此即思想與表達合併原則(第二節)。然該等標準與原則是否仍有討論之空間？本文擬提出幾點質疑與意見(第三節)。而因電腦程式著作相較於其他著作類型，常受到效率及外部因素之限制，故比較法上就上開標準或原則於電腦程式著作之適用已有更進一步之發展及補充，而有加以說明之必要(第四節)。

而於了解著作權之權利保護要件、保護範圍、本質及種類後，本文擬進入著作重製權侵害之討論。於第四章首先說明重製之意義(第一節)，而於說明「侵害他人之重製權」之意義及性質僅為構成侵權行為損害賠償請求權及不作為請求權之要件之一後，先就可能被誤認為構成重製權侵害之態樣以及轉換著作空間形式之情形予以說明(第二節)。其次，因「抄襲」為侵害著作財產權(包含重製權)之基本類型，故說明其概念內涵及於訴訟上之證明方式，而就證明方式的部分，本文之說明順序為：原告(主張享有著作權之人)之舉證責任，而於原告盡其舉證責任後，被告方有為舉證之必要(此即「獨立創作之抗辯」)；說明重點則在於「模仿」、「接觸」及「實質相似」之定位，以及「實質相似」之判斷標準及判斷主體，並檢討我國司法實務長期以來適用上的錯誤。最後，在確認屬「抄襲」行為後，說明「重製」與「改作」行為之區分。

第五章則係自前述「獨立創作之抗辯」延伸而出，以前述之理論為基礎，說明原本屬法律概念之「獨立創作之抗辯」，係如何具體運用於電腦程式著作之創作過程，而成為法律與管理之交錯領域。於此首先說明「著作權潔淨室」之意義組成(第一節)，次說明著作權潔淨室不僅具有原始目的之法律功能，亦具有管理上之功能(第二節)。

## 第二章 著作權之客體與權利保護要件

### 第一節 著作權之客體

著作權所保護者為一定之精神創作，該精神創作固然需要透過一定之方式表現出來，甚至固著於有體物上，然而這些有體物只是精神創作內容表現之所在而已，亦即讓他人透過該有體物以認識到精神創作之具體內涵，同樣之創作內容亦可以表現在各種不同之有體物上。這些有體物只是扮演一個載體的角色，有體物本身並非著作權保護之客體，有體物上所表現之精神創作，方為著作權所保護之對象，故著作權所保護之對象為「著作」而非「著作物」<sup>1</sup>。

### 第二節 著作權之權利保護要件

我國著作權法(下稱著作權法)第3條第1項第1款規定，所謂「著作」，指屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作；第10條之1規定，依本法取得之著作權，其保護僅及於該著作之表達，而不及於其所表達之思想、程序、製程、系統、操作方法、概念、原理、發現。學說上則將著作權保護之要件細分如下：人類精神上之創作、一定之外部表現形式、原創性、屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作，以及非被排除保護之著作，茲分述如下：

#### 壹、人類精神上之創作

著作權法係在保護人類精神創作，故如果不是人類所為，而是由電腦或機器自動所為，由於欠缺人類之精神活動與作用，並無法成為受著作權法保護之客體<sup>2</sup>。

---

<sup>1</sup> 謝銘洋(2002)，智慧財產權：第三講 智慧財產權之性質與特徵，月旦法學教室第2期。第136頁。

<sup>2</sup> 故若電腦或機器是由人類依其意志加以支配而作為精神創作過程中所使用之工具，則其創作之成果仍屬於人類精神之表現，例如作家利用文書處理軟體寫作、建築師利用電腦繪圖程式繪製房屋設計圖等。

由動物自主性所為者，亦不屬於人類精神創作，縱使該動物係經由人類之訓練而具有創作之能力(例如作畫或唱歌)，其所為之創作仍非受保護之客體。惟若是利用動物創作，亦即動物受人之意志支配(例如利用動物之腳印作為美術創作內容之一部分)，則由於有人類精神活動與作用之加入，故得成為受保護之客體。

## 貳、一定之外部表現形式

### 一、意義

著作必須其創作內容已行諸於外部，具有一定之表現形式(expression)，亦即其創作內容必須為人類感官所能感受得知，故若只是存在於腦海中之想法或觀念，並無法受到保護。至於是直接以人之感官感受得知，或者必須藉助機器設備才能間感受得知，則非所問。故照相之底片於尚未沖洗出來前，其所拍攝之內容業已存在，並為人類感官經由機器設備之沖洗後所能間感受得知，仍然具有一定之表現形式而得受著作權之保護<sup>3</sup>。

又表現的形式，究係藉著有形或無形之媒介物、是否固著在有體物上，均非所問，故即興演奏、課堂上課等均可能受到保護。又創作是否能長時間的存在，亦非所問，故沙雕、冰雕等亦可能受到保護。

再者，著作權法第 10 條之 1 規定：「依本法取得之著作權，其保護僅及於該著作之表達，而不及於其所表達之思想、程序、製程、系統、操作方法、概念、原理、發現。」，明白揭示著作權之保護不及於思想、程序、製程、系統、操作方法、概念、原理、發現，此即學理上「思想與表達區分原則」之明文化，故一定之外部表現形式，並不包含「思想」本身。蓋著作權法之立法目的固在保障著作人之著作權益，但亦必須與社會公益相調和，並促進文化之進步，保障憲法上言論、講學、著作及出版之自由。著作人思想之表達固然受到著作權法之保護，但著作中所傳達之思想必須能為社會公眾所自由利用。惟有時思想只有一種表達

<sup>3</sup> 謝銘洋(2003)，智慧財產權：第六講 智慧財產權之取得(一)，月旦法學教室第 5 期。第 98 頁。

方式，此時因其他著作人無他種方式可以表達該思想，如著作權法限制該表達方式之使用，無異使思想為第一著作人所壟斷，故著作權法又發展出「思想與表達合併原則」，使在表達方式有限之情況下，表達與思想合併而不受保護<sup>4</sup>。

## 二、包含「非文字之結構、布局或造型」

在語文著作之情形，向來皆認為文字成分為外部所能感知之表現形式，惟外部所能感知之表現形式之範圍應不限於文字成分，而及於非文字成分(non-literal elements)，故小說、戲劇、電影之劇情、布局、角色之特質或造型、事件之次序，雖非文字成分，仍為外部所能感知之表現形式。而在美術、攝影、圖形或視聽著作之情形，其著作「整體觀感」(Total Concept and Feel)之非文字成分，亦應為外部所能感知之表現形式。

然而我國司法實務上，關於語文著作之結構、體系、章次、標題用語等是否為著作權所保護之標的，見解則有分歧。司法院第 22 期司法業務研究會第 3 則座談有以下之討論：

### (一)問題說明：

---

<sup>4</sup> 羅明通(2005)，**著作權法論 I**，台英商務法律。第 184、185 頁。氏認為「一定之外部表現形式」中可再區分為思想或表達，前者不受著作權之保護(本文亦同此見解)，而兩者之區分標準則為是否具有「普遍性」；氏並認為若思想之表達方式「極其有限」，則表達例外與思想合併而不受保護。

本文以為，考量著作權不保護思想之理由在於著作中所傳達之思想必須能為社會公眾所自由利用，則思想與表達之區分標準應在於表達方式是否具「有限性」，且此要件應先於「創作性」要件之判斷，至「普遍性」則應為「創作性」之判斷標準。故著作權保護要件之判斷流程為：具一定之外部表現形式，且非思想(亦即不具「有限性」)→具有創作性(亦即不具「普遍性」)；或認為「有限性」亦為創作性之判斷標準之一，而認為判斷流程為：具一定之外部表現形式→具有創作性。詳細說明請參本文第三章、創作保護之界線：思想與表達區分原則。

至我國學者所論述著作權之保護要件，參謝銘洋(2003)，**智慧財產權：第六講 智慧財產權之取得(一)**，月旦法學教室第 5 期；蕭雄淋(2005)，**著作權法論**，五南。第 99~102 頁。

著作物之結構、體系、章次、標題用語均與原著作物相同，惟其說明文句及內容敘述，係作者自行撰述，且經作者於書中註明其結構體系、章次標題之援用出處者，是否仍屬於剽竊抄襲，而構成著作權之侵害？

## (二)研究意見：

### 甲說(肯定說)：

著作物之結構、體系、章次，均為著作物之重要構成部分，且為著作物內容闡述之要領與基礎，為原作者創作智慧之重要架構，作者雖在書中註明其出處，然已逾越參證註釋及合理使用之範圍，應認屬剽竊原著作物，而構成著作權侵害。

### 乙說(否定說)：

著作物之結構、體系、章次、標題雖屬著作物內容之一部，然其僅係著作物之抽象架構與理論名目，尚未涉及實質內涵，作者雖予援用，然係以自己之見解，敘述或解釋其內容，且於書上註明其出處，自與剽竊抄襲有別，尚難認已構成著作權之侵害。

### 丙說(折衷說)：

如二著作物所使用之結構體系、章次、標題係出自同一淵源(如某一法典、古籍、或在某學術領域中已週或已被多次使用之理論原則標題名目者)則作者，援用原著作並註明其出處者，即不構成著作權之侵害，反之，如該著作物所使用之結構體系、章次標題為原著作人自行獨創而無明顯淵源可循者，作者如擅予援用，縱在書中註明其出處，亦屬逾越參證註釋及合理使用之限度，而構成對著作權之侵害。

## (三)研討結果：

採乙說。

## (四)司法院刑事廳研究意見：同意研究結果。

上述司法院業務研究會之結論，認為著作之結構、體系、章次、標題雖屬著作內容之一部，但因未涉及實質內涵，故不認為可構成著作權之侵害。

最高法院 98 年度臺上字第 868 號民事判決則表示：「按依著作權法取得之著作權，其保護僅及於該著作之表達，而不及於其所表達之思想、程序、製程、系統、操作方法、概念、原理、發現。該法第 10 條之 1 定有明文。因此創作內容必須已形諸外部，具備一定外部表現形式，方合保護要件。就一般著作而言，文字本身固係著作權保護之標的。對於非文字部分，如具原創性，仍應具著作權保護之適格。」；高等法院 94 年度上更(一)字第 222 號刑事判決則具體表示：「(二)自訴人一再陳明其自訴被告等侵害之著作權，是表現在螢幕上的著作，而非電腦程式著作，不告軟體程式，自訴的是操作過程之觀感、表達，...，故本案審理者，乃自訴人指尖學習法與被告等神乎奇指所呈現電腦螢幕上之著作，其觀感表達方式是否相同或類似，有無抄襲重製之行為，...。(三)本件自訴人之指尖學習法操作後呈現在螢幕上之畫面，先為目錄，分為 1. 指尖學習基本訓練(一) 2. 指尖學習基本訓練(二) 3. 指尖學習基本訓練(三) 4. 指尖學習基本訓練(四) 5. 指尖學習基本訓練(五) 6. 國中單字(六冊全) 7. 今日成績紀錄表 8. 效率比總紀錄表，請輸入號碼(1-8)，(要離開系統請直接關機)【學習教材選擇單元】。進入後，又可分為不同單元，如【字母學習成果顯示單元】、【單字學習成國顯示單元】、【片語學習成果顯示單元】、【例句學習成果顯示單元】、【學習成果紀錄單元】等單元，各單元分別以字母、單字、片語、例句為測驗題目，並各有「本次速度： 秒、第 次挑戰成功！再接再厲！最快速度：、練習次數：成功次數：、失敗次數：、成功率；總題數：1148、起始題：、終止題：、本題：、已錯題數：、標準時間：、計時：、效率比：，(最下面顯示)指尖學習 S·H·式標準指法，A 左手小指 B 左手拇指 C D E 左手中指 F 左手食指 G 左手拇指；按 E S C 鍵結束、日期：、時間：、檔名：、總題數：、上次答題：由 至 共計：題、答錯：、本次費時： 分 秒、平均每題費時：秒、本次所費時間：本次標準時間： 本次效率比： 答對率：」等字樣。而被告等人之神乎奇指軟體呈現在螢幕上之畫面，進入主畫面後，有基礎訓練、單字、片語、精選例句、快樂學打字、成績管理、自我評量、單字索引、書本導讀等選項



可供點選，進入第一小單元，有惟覓基本訓練（一）、（二）、（三）、（四）、（五）、（六）、（七），而基礎訓練之字母畫面，固有本次速度 秒，第 次挑戰成功！加油喔，秒數： 、最佳成績 、次數 、成功： 、失敗：、成功率： 等字樣（F1 功能鍵部分），與自訴人上開「指尖學習法」在螢幕上呈現之文字「本次速度： 秒、第次挑戰成功！再接再厲！最快速度： 、練習次數：成功次數： 、失敗次數： 、成功率 ；總題數： 1148、起始題： 、終止題： 、本題： 、已錯題數： 、標準時間： 、計時： 、效率比」等相互比對。其出現之邏輯、編排方式固屬相似，惟此僅為構想或素材之相似。揆諸前開法律規定及說明，邏輯思想、創意或構想本身，並非著作權保護之標的。」，上開判決均肯認在語文著作之情形，著作權之保護範圍應及於非文字成分。

本文亦同意上開判決之見解，蓋著作權之保護，係自文字之保護開始，進而及於非文字成分，故美國著作權法之保護範圍不僅已涵蓋小說、戲劇、電影之劇情、布局、角色之特質或造型、事件之次序，更及於著作之整體外觀及感覺，故著作之結構、體系、章次、標題是否受到保護，其關鍵應不在於該部分是否為外部所能感知之表現形式，而在於其是否為具有原創性之表達<sup>5</sup>。

## 參、原創性

「原創性」(originality)並非我國實定法之用語，而係源自於美國法，故若欲釐清此概念之內涵，即應探求美國法上之發展。

### 一、美國法上之「原創性」及「創作性」

美國著作權法第 102 條(a)規定：「著作權之保護存在於...固著於實體之表達媒介上(該媒介為現存或將來可能發展者)之原創性著作(original work)，並得

---

<sup>5</sup> 相同見解，柯雅惠(2003)，著作創作抄襲侵害之基礎理論與實務檢討，臺灣大學法律學院法律學系碩士論文。第 41 頁。羅明通(2005)，著作權法論 I，台英商務法律。第 186 頁。

經由直接方法，或藉由機器或某種設備之協助，以感知、重製、或以他法溝聽該著作。」<sup>6</sup>，條文中明確規定原創性(original)為著作要件。

美國最高法院認為「原創性」係憲法之要求，於 1991 年 Feist Publications v. Rural Telephone Service Company, Inc. 案採 Nimmer on Copyright 見解區分兩項要件，即著作係獨立成果與如完全欠缺任何少量創作性，便不受保護。該判決將「原創性」與「創作性」予以區分，而「創作性」為「原創性」之憲法要求之一部。著作需要有「創作火花」(a creative spark)，但所要求的「創作性」非常低(exceedingly low)，些微數量(a minimal requirement of creativity, at least a modicum of creativity, slight amount)即足以構成。至於著作之品質及美感則非創作性之要素<sup>7</sup>。Nimmer 教授則指出構成此處要求之創作性，只要著作中有與前已存在的作品可資區別的變化(distinguishable variation)，且非瑣碎性的變化(more than merely trivial)即可。

是依據美國最高法院見解，美國著作權法保護之前提要件為「原創性」(originality)，而「原創性」包含獨立創作(independent creation)而非抄襲自他人之著作(not copied from other work)及最低程度創作(some minimal degree of creativity)兩要件，後者即為「創作性(creativity)」。故在美國法下，「創作性」為「原創性」之下位概念。

至所謂「獨立創作」則與專利法所要求客觀的、絕對的「新穎性」(novelty)不同，只要非「抄襲」他人之著作(亦即非侵害他人之著作財產權)為已足。若未抄襲他人之著作，縱使創作的內容恰巧與他人的著作雷同，仍不喪失原創性<sup>8</sup>。

---

<sup>6</sup> 原文為：「Copyright protection subsists, in accordance with this title, in **original works** of authorship fixed in any tangible medium of expression, now known or later developed, from which they can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device....」

<sup>7</sup> 此即美國著作權法上之「美學不歧視原則」(The Principle of Aesthetic Non-Discrimination)，指判斷著作之創作性時，著作是否具有美感及品質如何均非考量要素。

<sup>8</sup> 專利法上之「新穎性」相當嚴格，若研發出來之技術與他人已發表於刊物或已公開使用的技術相同，則該技術即喪失「新穎性」而不受專利權之保護，至於發明人是否知悉該已公開之技術，並非所問。而著作權法上之「獨立創作」並不需要達到「新穎性」之程度，縱使先前他人已經有相同或相似之著作存在，只要創作人未曾「接觸」，仍不妨礙其「獨立創作」之認定。

## 二、德國法上之「個性」

德國著作權法第 2 條第 2 項規定：「本法所稱之著作，僅指人格的、精神的創作」，學說及實務乃就著作之概念，具體化為四項要素：人格的創作、精神的內容、可感知的形式以及個性(individualitaet)。其中「個性」為著作之核心要素，而從「個性」之量的層面觀察，可分為「創作高度(Gestaltungshoehe)」與「小銅幣(Kleine Muenze)理論」之概念。

所謂「個性」，係按個案情形，就具體形式之智慧創作整體印象判斷，非分離觀察，經與已先存在之著作整體比較而確認具有創作特性後，進而審查其是否具有必要的創意程度。為探求此要件，應將已經確認之創作特性及因此產生的整體印象，與平均水準的創作人之創作加以比較<sup>9</sup>；至其判斷之時點，係以著作創作時所考慮的交易圈之現存觀點。

從內容、形式或兩者兼具而表現出具有「個性」的精神，藉以區別著作中「公共的成分」，蓋後者非著作權之保護範圍而得以自由利用。在德國著作權法上，有時並不要求「創作高度」，而係依「小銅幣理論」，只要求適度的創作水準<sup>10</sup>。故德國法對於「個性」之概念，可能因著作種類不同而異其創意程度之要求，從而以電腦程式等適用「小銅幣理論」之個性，稱為「單純個性」，至於要求「創作高度」之個性，則稱為「特別個性」。由此可知，「個性」之意義較「創作高度」為廣<sup>11</sup>。

<sup>9</sup> 於此係根據各該種類的創作形式所信賴且對之能有所感受的交易圈之見解。而平均水準的創作人，既不是指完全無關的外行人，亦非該領域之特別訓練的專家。

<sup>10</sup> 「小銅幣理論」乃 Elster 在 1921 年所提出，德國實務上曾經對具有實用目的而非純文學之文字著作，採取較高門檻要求，因而不接受「小銅幣理論」(如電腦程式著作、型錄、價目表、電話簿、單純熱門音樂等)，因此「小銅幣理論」之主要適用範圍為音樂著作、音樂著作之改作、編曲、簡單樂譜集等著作以及科學及技術性質之著作。

對於「創作高度」之要求乃德國所特有，由於此一要求過於嚴格，故在歐盟許多與著作權保護相關之整合指令中並不被採納，其均僅要求得以表現最基本之個性即可，亦即回歸到「小銅幣理論」所要求之低標準，即可受保護。

<sup>11</sup> 蔡明誠(1996)，論著作之原創性與創作性要件，臺大法學論叢第 26 卷第 1 期。

### 三、我國學說見解

我國學說上就「原創性」及「創作性」之用語，約可分為三種使用類型<sup>12</sup>：

#### (一)以「創作」為上位概念

此說認為，在我國著作權法下，應以「創作」為著作保護要件之上位概念，「原創」為「創作」的下位概念，而「原創」係指獨立創作而言<sup>13</sup>。此說之優點在於，較符合我國法之條文文義，蓋我國著作權法中並無「原創性」之用語，而著作權法第3條第1項第1款關於著作之定義為「屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之『創作』」。。

#### (二)以「原創性」為上位概念

此說認為，「原創性」包含了「原始性」與「創作性」。「原始性」係指獨立創作，未抄襲他人之著作；「創作性」則指須包含人類心智活動的最低創意程度<sup>14</sup>。故依此說，「原創性」為上位概念，「原始性」及「創作性」為下位概念。

#### (三)以「著作性」或「廣義原創性」為上位概念

經濟部智慧財產局 98 年 4 月 27 日電子郵件 980427a 函釋表示：「按著作權法(下稱「本法」)所稱之『著作』，本法第3條第1項第1款明定屬於指紋學、科學、藝術或其他學術領域範圍之『創作』。因此，著作符合『原創性』及『創作性』二項要件時，方屬本法所稱之『著作』。所謂『原創性』，係指為著作人自己之創作，而非抄襲他人者；至所謂『創作性』，則只作品須符合一定之『創

<sup>12</sup> 李治安(2011)，論著作權法中編輯著作對資料庫之保護範圍，月旦法學雜誌第 188 期。第 39 頁。

<sup>13</sup> 謝銘洋(2008)，智慧財產權法，元照。第 100~102 頁。

<sup>14</sup> 羅明通(2005)，著作權法論 I，台英商務法律。第 165 頁。又最高法院 90 年度臺上字第 2945 號刑事判決亦採此說。

作高度』，至於所需之創作高度究竟為何，目前司法實務上，相關見解之闡述及判斷相當分歧，本局則認為應採最低創作性、最起碼創作(minimal requirement of creativity)之創意高度，並於個案中認定之<sup>15</sup>。」

本文以為，以上諸說雖用語各異，惟就要求「獨立創作」及「最低創意程度」作為著作權之保護要件，則無二致。而為求區別及行文方便，本文以下擬採以「原創性」作為上位概念之見解：亦即以「原始性」之用語指涉獨立創作；以「創作性」之用語指涉創意程度之要求<sup>16</sup>。

#### 四、我國司法實務見解

##### (一)原創性之意義

##### 1.原創性僅指獨立創作

89 年度臺上字第 2787 號刑事判決表示：「著作權法所謂之著作，係指屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作，著作權法第 3 條第 1 項第 1 款定有明文。故本於自己獨立之思維、智巧、技匠而具有原創性之創作，即享有著作權。但原創性非如專利法所要求之新穎性，倘非重製或改作他人之著作，縱有雷同或相似，因屬自己獨立之創作，具有原創性，同受著作權法之保障。」<sup>17</sup>。

##### 2.原創性兼指獨立創作及創意程度之要求

最高法院 97 年度臺上字第 1214 號民事判決表示：「按著作權法所保護之著作，係指著作人所創作之精神上作品，而所謂精神上作品，除須為思想或感情上之表現，且有一定表現形式等要件外，尚須具有**原創性**，而此所謂原創性之程度，

<sup>15</sup> 蔡明誠(1996)，論著作之原創性與創作性要件，臺大法學論叢第 26 卷第 1 期。

<sup>16</sup> Nimmer 教授即指出，「是否將原創性界定為包括創作性，或僅將創作性當成原創性之附屬要件，僅具語意學上之重要性。將此二者當作不同之成分，較容易清楚的表達」。

<sup>17</sup> 相同見解，最高法院 89 年臺上字第 7172 號刑事判決、89 年臺上字第 7706 號刑事判決、90 年度臺上字第 6179 號刑事判決。

固不如專利法中所舉之發明、新型、新式樣等專利所要求之原創性程度(即新穎性)較高，亦即不必達到完全獨創之地步。即使與他人作品酷似或雷同，如其間並無模仿或盜用之關係，且其精神作用達到相當之程度，足以表現出作者之個性及獨特性，即可認為具有原創性；惟如其精神作用的程度很低，不足以讓人認識作者的個性，則無保護之必要。」

最高法院 90 年度臺上字第 2945 號刑事判決則表示：「著作權法第 3 條第 1 項第 1 款規定：『著作：指屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作』，所稱之創作，須具原創性，即須具原始性及創造性，亦即須足以表現出著作者個性或獨特性，著作權法始予以保護，以免著作權法之保護範圍過於浮濫致使社會上一般人動輒得咎，因此，苟非具原創性而係仿用他人作品或足以量產之工業產品，尚難認係創作之藝術。」

上述判決中原創性之概念均包含獨立創作及創意程度之要求<sup>18</sup>，惟就創意程度之要求之部分，則兼採德國法上之用語，以足以表現出作者之個性為要件。惟有疑義者為，我國司法實務是否因著作種類不同而異其創意程度之要求？上述判決中所稱之「獨特性」之內涵為何？又「個性」與「獨特性」究為並存或為擇一關係？則均有未明。

本文以為，實務上將「個性」之用語指涉對創意程度之要求，雖係將美國法上之用語與德國法上之用語予以混用，惟自德國著作權法觀之既屬有據，是尚無大礙；然就是否亦應依德國法上之見解對於不同種類之著作採取不同標準，則有討論空間，本文以為，該等區別不僅過於複雜，且與國際潮流、我國多數學說<sup>19</sup>及實務上傾向採單一標準之見解有別，尚難予以採用。故實務上就創意程度之要求若仍欲使用「個性」之用語，則應搭配德國法上之「小銅幣理論」，方為完整；或根本捨棄使用「個性」之用語，逕以美國法上之「最低程度創作」、「些微數

<sup>18</sup> 相同見解，最高法院 85 年度臺上字第 5203 號刑事判決、88 年度臺上字第 6789 號刑事判決。

<sup>19</sup> 羅明通(2005)，著作權法論 I，台英商務法律。第 181 頁。

量創作」之用語指涉創意程度之標準<sup>20</sup>。至「獨特性」一詞，則應避免使用。蓋著作權人本不得制止他人獨立創作與自己著作相同或實質相似之作品，故著作相較於他人著作是否內容獨特應非著作權保護之要件，前開最高法院之見解，顯有商確之必要<sup>21</sup>。

## (二)創作性之判斷

實務上雖已明白揭示著作需足以表現作者之「個性」或「創作性」，惟「個性」之意義實甚為抽象(亦即何時可認為已足以表現作者之「個性」？而「創作性」所要求之「最低程度創作」、「些微數量創作」亦有相同問題)，致實務上就「個性」或「創作性」之判斷鮮少有詳細之分析。本文以為，「個性」或「創作性」既均係對創意程度之要求，則於判斷時首應確定者，即應為「創意」之意義，如此方有進一步確定「程度」之可能。而本文以為，所謂「創意」即「不同」之意，而「創作性」所要求之「不同程度」，應可以 Nimmer 教授所提出之「可資區別」，且「非瑣碎性」作為標準。

就此，智慧財產法院 99 年度民著訴字第 82 號民事判決表示：「所謂原創性者，係指著作必須為著作人所原始獨立完成，未接觸或抄襲他人之著作，以表達著作人內心之思想或感情，而具有最低程度之創意，始有賦與排他性權利之必要。原創性包括原始性與創作性。就原始性而言，係指著作人原始獨立完成之創作，而非抄襲或剽竊而來。而創作性者，係指著作具有之少量創意，其足以表現作者之個性。故創作性之程度，不必達空前未有之地步，倘依社會通念，該著作與前已存在之作品有可資區別的變化，足以表現著作人之個性即可。」；最高法

<sup>20</sup> 實務上近期亦有以美國法上之用語解釋德國法上之用語者，如智慧財產法院 98 年刑智上更(一)字第 17 號刑事判決：「著作權法第 3 條第 1 項第 1 款規定，『著作』指屬於文學、科學、

藝術或其他學術範圍之創作。同法第 10 條之 1 規定，依該法取得之著作權，其保護僅及於該著作之表達，而不及於其所表達之思想、程序、製程、系統、操作方法、概念、原理、發現。是以著作人須本於自己獨立之思維、智巧、技匠而為具有原創性之創作，並非抄襲、改竄、剽竊或模仿自他人之著作。此種思想或情感之人類精神上心智活動作用須具有最少限度、微量之創意性(Minimal Requirement of Creativity)程度，而足以表現出著作人之個別性或獨特性。」，智慧財產法院 98 年度刑智上易字第 98 號刑事判決亦採之。

<sup>21</sup> 羅明通(2005)，著作權法論 I，台英商務法律。第 182 頁。

院 87 年度臺上字第 3449 號刑事判決亦表示：「惟查『資料袋』三字，固屬著作權法第 9 條第 3 款之通用名詞，然該三字倘經以書法書寫，自足表示作者個人書法神韻之獨特風格，且其不同於他人之筆跡，尤足自然凸顯其原創性，而歸納為著作權法第 5 條第 1 項第 4 款之一種美術著作。乃原審竟認本件『資料袋』三字之書法作品，係通用之名詞且尚不足呈現書寫人之精神作用及其個性、獨特性，非必得為著作權法保護之對象，核其採證認事及用法，均欠妥適。」。本文以為，上開判決均係以「可資區別的變化」之有無認定是否具有「創作性」，與前述學說見解相符，應值贊同。

## 肆、屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作

### 一、意義

著作權法第 3 條第 1 項第 1 款規定：「著作：指屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作。」，所稱之文學、科學、藝術乃是知識與文化之總括概念，是否具有應用價值，則非所問。「文學、科學、藝術」只是在規範著作權之主要範圍，是文學、科學及藝術乃不精確之範圍而應作廣義之解釋<sup>22</sup>。

### 二、色情影片是否為受著作權法所保護之客體？

#### (一)我國法上之見解

著作權法並未規定著作內容違反公共秩序或善良風俗者不受著作權法保護。司法實務上最具代表性之見解為最高法院 88 年度臺上字第 250 號刑事判決，其認為：「著作權法第 3 條第 1 款所稱著作，係指屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作而言，色情光碟片不屬之。蓋著作權法之立法目的除在保障個人或法人智慧之著作，使著作物為大眾公正利用外，並注重文化之健全發

<sup>22</sup> 許忠信(2008)，著作之原創性與抄襲之證明(上)-最高法院 97 年度臺上字第 1214 號判決評析，月旦法學雜誌第 171 期。第 173 頁。



展，故有礙維持社會秩序或違背公共利益之著述，既無由促進國家社會發展，且與著作權法之立法目的有違，基於既得權之保障仍需受公序良俗限制之原則，是色情光碟片非屬著作權法所稱之著作，自不受著作權法不得製造或販賣等之保障。」，簡言之，最高法院係以色情影片無由促進國家社會發展，且既得權之保障仍需受公序良俗限制之原則，而認為其不受著作權法之保護<sup>23</sup>。

智慧財產局則肯定色情影片為受著作權法所保護之客體，其認為：「有關『成人影片』在我國是否受著作權保護一節，本局認為，依著作權法規定，著作係指屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作，因此，『成人影片』不論是本國或外國，是否係著作權法所稱之著作，應視具體個案內容是否符合上述規定而定，如具有創作性，仍得為著作權保護標的。至於其是否為猥褻物品，其陳列、散布、播送等，是否受刑法或其他法令之限制、規範，應依各該法令決定之，與著作權無涉。」<sup>24</sup>，惟該函中並未說明色情影片受著作權保護之法理基礎。

## (二)比較法上之見解

美國著作權法亦未規定內容不法或不道德之著作不受著作權法保護。司法實務上最具代表性之判決為 1979 年之 Mitchell Brothers Film Group v. Cinema Adult Theater 案<sup>25</sup>。該案中美國第五巡迴上訴法院認為，從立法沿革觀之，1909 年之著作權法並未限制猥褻之內容不受著作權法保護，乃立法者有意的政策選擇之結果，而非只是省略，因為從最早之 1790 年之著作權法以來，國會就很少對著作之內容加以限制，這和專利法與商標法立法者明文規定內容之限制之情形並不相同。故其係認為著作權法未設限制，乃國會立法權之表現，此一立法者之意旨應該被遵守，而不應由司法機關在立法者未為規範或授權之情形下加入法律所無之

<sup>23</sup> 惟司法實務上亦有少數肯定色情影片為受著作權法保護之客體者，如智慧財產法院 98 年刑智上訴字第 10 號刑事判決。

<sup>24</sup> 智慧財產局 97 年 3 月 25 日智著字第 09700025950 號函。

<sup>25</sup> 該案之原告為電影發行人，被告則為戲院和一些個人，被告取得原告電影之拷貝後，未經原告同意即播放，原告控告被告侵害其著作權。原審法院採納被告之抗辯，認為原告之電影內容猥褻，基於「不潔之手」之衡平原則，判決原告敗訴。

限制<sup>26</sup>。

至德國著作權法除於第 5 條規定公文書不受著作權法保護外，對於受保護之著作內容亦無任何限制，只要符合著作權法之保護要件，均可受到保護，亦即屬於文學、科學或藝術之人的精神創作即可。司法實務上最具代表性之案例為 1984 年之 Video Intim 案<sup>27</sup>，該案中高等法院所持之理由主要為：(一)著作權法並未規定違法或違反善良風俗之著作不屬於其所保護之客體；(二)縱使為法律禁止散布之著作物，只是其散布權受到限制，不影響其仍為受著作權法保護之客體；(三)刑法只有禁止在特定情形下散布色情影片，在刑法容許的範圍內，權利人仍享有包括散布權在內之利用權，而實施該等利用權之法律行為，於民法上仍屬有效，不構成民法上違反善良風俗之行為<sup>28</sup>。

### (三)本文見解

著作權法亦未針對著作之內容而排除保護之規定，至我國專利法和商標法雖均有公序良俗條款(專利法第 24 條第 3 款、商標法第 23 條第 10 款參照)，惟專利法和商標法與著作權法之規範目的並不相同：前者和產業有密切關係，後者則主要在於鼓勵將各種思想以各種形式表達出來，以豐富人類文化之內涵，質言之，著作權法所保護者為思想之表達而與言論自由有密切之關係，故若著作因其內容涉及違法或違反公序良俗，即無法受到著作權法保護，則作者於創作之過程中，勢必須考慮其創作內容是否為法律所禁止者，此顯已構成對作者言論自由之限制，而應受基本權限制合憲性要件之檢驗。就此，著作權法既未將內容違法或違反公序良俗之著作排除於著作權法保護範圍之外，則法院應無權於個案中對於憲法所保障之言論自由予以限制，前開我國最高法院見解已違反法律保留原則。至民法上之公序良俗條款(民法第 72 條參照)係針對法律行為而為規範，惟著作

<sup>26</sup> 就巡迴上訴法院之其他論點，參謝銘洋(2010)，**論色情著作在著作權法上之保護**，月旦法學雜誌第 183 期。第 97、98 頁。

<sup>27</sup> 該案之原告為丹麥公司，主張被告販售其所拍攝之色情影片錄影帶侵害其權利，被告則抗辯該色情錄影帶屬刑法第 184 條第 1 項所禁止之色情文書，故不受著作權法保護。地方法院判決原告勝訴，被告上訴後，高等法院仍維持地方法院判決。

<sup>28</sup> 謝銘洋(2010)，**論色情著作在著作權法上之保護**，月旦法學雜誌第 183 期。第 99 頁。

權之發生所要求之創作行為，性質上屬於事實行為而非法律行為，故並無適用之餘地<sup>29</sup>。

惟肯定色情影片亦屬著作權法所保護之客體，僅係肯定其具有受保護之資格，至於其實際上是否受到保護，仍須視其是否符合保護要件而定<sup>30</sup>。例如利用在浴室或廁所偷裝針孔攝影機，對於所有進入之對象一律加以拍攝，即可能會被認為欠缺創作性而不受保護。

至於在保護範圍上，參考德國法院前述見解，在著作權人之積極利用權上，若屬於刑法上所容許之採取適當安全隔離措施之合法散布、播送等行為，則受到保護；反之若為刑法上所不容許的行為，則不受保護。至著作權人之防衛權則不受到影響，亦即如果他人未經其同意，不論有無採取適當安全隔絕措施而將著作重製、散布、播送等，著作權人均可禁止之<sup>31</sup>。

### 三、美術工藝品

#### (一)我國法上之見解

就何謂「美術工藝品」，著作權法及其施行細則均未有明文，依內政部於81年所公告之「著作權法第5條第1項各款著作內容例示」，「美術工藝品」與繪畫、版畫、漫畫、連環圖、素描、雕塑等，均同屬於「美術著作」之範圍，至於何謂「美術工藝品」則未見有進一步之規範。內政部(81)台內著字第8124412號函釋則表示：「所詢『美術工藝品』與『工業產品』之差異性及識別性一節，查美術工藝品係包含於美術之領域內，應用美術技巧以手工製作與實用物品結合而具有裝飾性價值，可表現思想感情之單一物品之創作，例如手工捏製之陶瓷作品、手工染織、竹編、草編等均屬之。特質為一品製作，亦即為單一之作品，如係以模

<sup>29</sup> 同前註。第102頁。

<sup>30</sup> 章忠信(2010)，色情著作應可享有著作權，臺灣法學雜誌第151期。第6頁。氏指出：「色情作品能否受著作權法保護，關鍵在於有無『創作性』，而不在於內容有無色情」。

<sup>31</sup> 謝銘洋(2010)，論色情著作在著作權法上之保護，月旦法學雜誌第183期。第104頁。

具製作或機構製造可多量生產者，則屬工業產品，並非著作權法第 3 條第 1 項第 1 款所定之著作，自難認係美術工藝品之美術著作。」

而司法實務早期見解即以上開函釋為據，例如最高法院 84 年度臺上字第 5220 號刑事判決即認為，「所謂『創作』，係指人類將其內心思想、情感，藉語言、文字、符號、繪畫、聲音、影像、肢體動作……等表現方法，以個別獨具之創意表現於外者，至以『機器』或『模具製作』或『以手工業量產』之產品，非屬著作權法所稱之著作，自非美術著作。又美術工藝品係指包含於美術之領域內，應用美術技巧以手工製作與實用物品結合而具有裝飾性價值，可表現思想感情之『單一物品』之創作，特質為一只製作，亦即為單一之作品，如係以模具製作或機械製造可多量生產者，則屬工業產品。」

惟上開見解受到學說上之普遍批評，蓋美術工藝品之特徵雖在於具有實用性，故往往於創作後大量生產製造，但並不能因其可被大量生產，即否定其為美術工藝品。蓋從著作權法之觀點，人類利用任何工具所創造出來之著作，只要其為人類精神創作之表現，即可能受到保護，並不以手工完成者為限，亦不以單一著作為限<sup>32</sup>。

對於上開實務不合理之見解，內政部又以(86)台內著字第 8605535 號函再次表示其意見：「作品是否為美術著作（包括美術工藝品）須以是否具備美術技巧之表現為要件，如作品非以美術技巧表現思想或感情者，亦即未能表現創作之美術技巧者，尚難認係美術著作。至完全以模具或機械製造之作品緣非具備美術技巧之表現，自不屬美術著作，至著作人是否自始即以大量生產為目的並非著作權法保護之準據，且與該作品是否屬美術工藝品無關。查本部 81 年 11 月 20 日台 (81) 內著字第 8124412 號函說明『以模具製作或機械製造可多量生產者屬工業產品，非美術工藝品』，係就上述情況而言，並非就美術工藝品限定以『非量產為目的』之保護要件。」<sup>33</sup>。惟該函仍認為「完全以模具或機械製造之作品」即不具備美

<sup>32</sup> 謝銘洋(1999)，美術工藝品與新式樣之區別-評台灣高等法院 87 年上易字第 2056 號判決，月旦法學雜誌第 51 期。第 191 頁。

<sup>33</sup> 司法實務上採此見解者，如最高法院 92 年臺上字第 1114 號刑事判決。

術技巧而不屬於美術著作，仍嫌速斷，蓋以模具或機械「製造」之作品，有可能其「創作」時並非以模具或機械為之，亦有可能其「創作」亦是以模具或機械為之。在後者之情形，只要著作人是以模具或機械為創作之工具，其作品仍可能受到保護；在前者之情形，如果創作時並未用到模具或機械，而只是在製造時以模具或機械為之(例如就某一手工雕塑品開模生產)，此種情形下之製造只是重複表現出其創作之內容，屬於重製之行為，並不會使其原先之創作所享有之保護因而受到影響<sup>34</sup>。

## (二)比較法上之見解

### 1.美國法上之見解

「美術工藝品」在美國稱之為「應用藝術(applied art)」，依美國著作權法之規定，「圖畫、圖形及雕塑著作(pictorial, graphic, and sculptural works)」，不僅包括二度空間與三度空間之美術、圖形藝術、地圖、圖表、圖解、科技製圖等，亦包括應用藝術在內(美國著作權法第 101 條<sup>35</sup>)。而所謂「應用藝術」，依美國最高法院之見解，係指所有具有原創性之圖畫、圖形及雕塑著作，其將成為或已經成為實用性物品(usable articles)者，至於其是否大量生產、是否為商業上之利用、是否有可能取得新式樣專利之保護，均非所問。所謂「實用性物品」，係指本質上具有實用性功能之物品，而非僅在於描繪該物品之外觀或傳達訊息者(美國著作權法第 101 條)。而為使「應用藝術」與新式樣專利在概念上能有所區別，美國著作權法又進一步規範，「圖畫、圖形及雕塑著作」應具備藝術技巧，重要者在於其表達形式，而非其機械性或實用性；實用性物品之設計，只有當其結合圖

<sup>34</sup> 謝銘洋(1999)，美術工藝品與新式樣之區別-評台灣高等法院 87 年上易字第 2056 號判決，月旦法學雜誌第 51 期。第 192 頁。

<sup>35</sup> 原文為：“**Pictorial, graphic, and sculptural works**” include two-dimensional and three-dimensional works of fine, graphic, and **applied art**, photographs, prints and art reproductions, maps, globes, charts, diagrams, models, and technical drawings, including architectural plans. Such works shall include works of artistic craftsmanship insofar as their form but not their mechanical or utilitarian aspects are concerned; the design of a useful article, as defined in this section, shall be considered a pictorial, graphic, or sculptural work only if, and only to the extent that, such design incorporates pictorial, graphic, or sculptural features that **can be identified separately from, and are capable of existing independently of, the utilitarian aspects of the article.**

畫、圖形及雕塑之特徵，而該特徵能與物品之實用性相分辨而獨立存在時，此一部分才能成為此所稱之「圖畫、圖形及雕塑著作」而受保護(美國著作權法第 101 條)。例如將圖畫或圖形印製於紡織品、壁紙、容器等實用物品上，或是實用物品上之雕刻，均仍與該實用物品可以區別而獨立存在，可以受到著作權法之保護；至產品之外型(例如汽車、飛機、女裝)，除非其能夠在物理上或觀念上與該物品之實用性相區別，否則便無法受到著作權法之保護<sup>36</sup>。

## 2. 德國法上之見解

在德國「美術工藝品」亦被稱之為「應用藝術」<sup>37</sup>，而所謂「應用藝術」，係指具有藝術造型之實用物品<sup>38</sup>。依其通說見解，其與一般純藝術著作間之差異，在於「應用藝術」著作係以使用為目的；而其與新式樣之區別，則為程度上之差異，新式樣法所保護者，只需要該式樣在客觀上有特殊性即足，而「應用藝術」著作則必須足以表現出「個性」始可，故「應用藝術」屬於較高層次之保護。而如果某一造型係因功能上或技術上，所必然或常用之造型，則無法成為「應用藝術」著作；然並非所有具有功能性之造型皆無法成為「應用藝術」著作，若其非屬該功能或技術上所不得不然或常用之造型，仍然可以受到著作權法所保護。在德國通常可以被認為屬於「應用藝術」著作者，例如藝術燈具、衣服款式與圖案、家具、首飾等<sup>39</sup>。

### (三) 本文見解

美術工藝品既屬於美術著作之一種，則一般美術著作受保護之要件，美術工藝品亦應具備，始能受著作權法之保護。從比較法上觀之，美術工藝品相較於其

---

<sup>36</sup> 謝銘洋(1999)，美術工藝品與新式樣之區別-評台灣高等法院 87 年上易字第 2056 號判決，月旦法學雜誌第 51 期。第 190 頁。

<sup>37</sup> 依德國著作權法之規定，其屬於「造形藝術著作」之一部，而造形藝術著作尚包含建築藝術著作，以及這些著作之草圖。

<sup>38</sup> 故與美國法相較，德國法就應用藝術之概念似限縮於「造型」。

<sup>39</sup> 謝銘洋(1999)，美術工藝品與新式樣之區別-評台灣高等法院 87 年上易字第 2056 號判決，月旦法學雜誌第 51 期。第 191 頁。

他美術著作雖另有「具有實用性」之特徵而使其與量產有密切關係，然量產與否或是否具有量產可能性，不應成為其受著作權法保護之要件。質言之，美術工藝品只要具備一般美術著作之保護要件，即應該受到著作權法之保護。惟應注意者為，美術工藝品因具有實用性之特徵，故應更加留意有無「思想與表達合併原則」之適用，詳言之，如果該設計係因功能上或技術上，所必然之設計，即不受美術著作之保護<sup>40</sup>。綜上所述，美術工藝品與其他美術著作之雖有實用性有無之差別，惟就美術工藝品是否受著作權法保護之判斷與其他美術著作並無不同，亦即於判斷時應無視其實用性而逕就其表達形式作判斷，而若為功能上或技術上所必然之外(造)型時，則因思想與表達合併而不受保護；是縱為產品之外(造)型，若非功能上或技術上所不得不然，亦可能受保護(三度空間之圖形或圖畫著作)。

我國司法實務就美術工藝品受著作權法保護之要件亦有改變見解之趨勢，最高法院 93 年度台上字 726 號刑事判決即表示：「美術著作為該法所稱著作之一，依內政部 81 年 6 月 10 日以台(81)內著字第 8184002 號公告之『美術著作』內容例示，包括美術工藝品在內。再著作係指屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作，是著作權法所保護之著作須具原創性；故本於自己獨立之思維、智巧、技術而具有原創性之創作，即享有著作權，此原創性非如專利法所要求之新穎性，倘非重製或製作他人之著作，凡屬自己獨立之創作而具原創性者，即受著作權法之保護。」；高等法院 91 年度上訴字第 451 號刑事判決更表示：「按著作權法所稱之著作，係指屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作，著作權法第 3 條第 1 項第 1 款定有明文。而著作權法所稱之著作種類，依同法第 5 條第 1 項第 4 款固包括美術著作在內。而美術著作可分為純美術著作與應用美術著作，前者本身並無美術以外的物質功能需求，後者係將純粹美術與實用物品相結合。關於應用美術著作的保護要件，著作權法並無明確規定，相較於其他種類著作而言，應用美術著作應具備較高之『創作高度』或是已明顯超越一般平均創作水準，雖不以手工製造及具備美感為限，惟仍需有基本的可鑑賞性，足使一般人從美術觀點予以鑑賞，否則即非屬著作權法之保護範疇。」，上開見解皆不再以是否量

---

<sup>40</sup> 就功能性著作(functional work)之保護，另參柯雅惠(2003)，著作創作抄襲侵害之基礎理論與實務檢討，臺灣大學法律學院法律學系碩士論文。第 62~69 頁。

產或製造方式作為美術工藝品受著作權法保護之要件，惟在創作性之判斷上，美術工藝品是否應具備「創作高度」，則仍有討論之空間。

## 伍、須非被排除保護之著作

著作權法第 9 條規定，下列各款不得為著作權之標的：

一、憲法、法律、命令或公文。又公文，包括公務員於職務上草擬之文告、講稿、新聞稿及其他文書。

「憲法、法律、命令或公文」並無本國與外國之分，故外國之憲法、法律、命令或公文亦不得為著作權之標的。

就公文而言，一般所稱的「公文」，依公文程式條例第 1 條及第 2 條之規定，係指處理公務之文書，其程式類別分為令、呈、咨、函、公告及其他公文。由此可知，一般所認識的公文其概念範圍相當有限。而本條所規定的「公文」則有所不同，公務員於職務上草擬之文告、講稿、新聞稿及其他文書，均屬於公文，其概念範圍係著眼於具有「對外公示性質」的文書，與公文程式條例包括機關內部或機關間之文書，並不相同，而將其排除於保護範圍外之目的則在於具有對外公示性質的文書內容既然是要讓社會大眾所周知，則應鼓勵使用者將其廣為重製。美國著作權法更規定，只要是美國政府之著作，原則上均不受著作權法保護；德國著作權法則規定，只要是基於官方之利益，為使公眾知悉而公開發行之任何官方著作，在德國均不享有著作權。故本條規定應從寬解釋，只要是以政府機關之名義所製作，且其內容是欲廣為社會大眾所知悉或利用者，即屬本條所稱之公文<sup>41</sup>。

二、中央或地方機關就前款著作作成之翻譯物或編輯物

---

<sup>41</sup> 謝銘洋(2003)，智慧財產權：第六講 智慧財產權之取得(二)，月旦法學教室第 7 期。第 147 頁



「中央或地方機關」亦兼含本國及外國機關。

### 三、標語及通用之符號、名詞、公式、數表、表格、簿冊或時曆

上開作品之所以無法成為保護之客體，係因其為一般通常習用者，並不足以表現出作者之創作性。

### 四、單純為傳達事實之新聞報導所作成之語文著作

係指單純之人事往來、死亡紀事、火災交通事故等，此種訊息有快速散布之必要，故不受保護。惟只有語文著作不受保護，至於非語文性質之著作，如照片、影像等，則仍受到保護。

### 五、依法令舉行之各類考試試題及其備用試題

所稱「依法令」係指依本國法令而言，外國法令則不包括在內，故托福考試之試題享有著作權。

我國著作權法為使學生能便利的利用試題以準備考試，將依法令舉行之各類考試試題及其備用試題排除於保護範圍之外，惟試題亦可能具有創作性，而個別學生欲準備考試而重製試題，通常屬於合理使用之範圍，故是否有必要將試題排除於保護範圍之外，實有疑義，故在解釋上不應擴張「依法令舉行」之範圍<sup>42</sup>。

## 第三節 編輯著作與衍生著作

---

<sup>42</sup> 謝銘洋(2003)，**智慧財產權：第六講 智慧財產權之取得(二)**，月旦法學教室第 7 期。第 147 頁。

因編輯著作與衍生著作「二次著作」之性質，故以下就該等著作「創作性」之判斷方式及權利保護範圍詳予說明；並於編輯著作之部分，特別就極具有經濟價值之「電子資料庫」，說明其編排方式與一般編輯著作之不同，以及因此所生於判斷「創作性」時應予注意之處。

## 壹、編輯著作

### 一、意義

著作權法第 7 條第 1 項規定：「就資料之選擇及編排具有創作性者為編輯著作，以獨立之著作保護之。」<sup>43</sup>。其中所稱「資料」並不限於既存之著作，而包括單純之事實或屬於公共財之資料<sup>44</sup>。

內政部所公布之「著作權法第 5 條第 1 項各款著作內容例示」第 3 條規定：「本法第 6 條所定衍生著作及第 7 條所定編輯著作，依其性質歸類至前項各款著作。」。則編輯著作若係編輯既存之著作，原則上並不改變原著作之型態，而僅將原著作之全部或一部以具有原創性之方式加以編排，因此編輯著作之性質，原則上是依其所編輯之著作之性質而定，例如編輯屬於語文著作之詩詞，所產生之編輯著作即亦屬於語文著作。

### 二、編輯著作「創作性」之判斷及其權利保護範圍

---

<sup>43</sup> 美、日等國對於編輯著作並不同時要求其資料之選擇「及」編排皆須具有原創性始受保護，而是只要選擇「或」編排其中之一具有原創性時，即可受到著作權法之保護。又應將本條所稱之「創作性」理解為「原創性」，參李治安(2011)，論著作權法中編輯著作對資料庫之保護範圍，月旦法學雜誌第 188 期。第 40 頁。

<sup>44</sup> 74 年之舊著作權法第 3 條第 10 款規定：「編輯著作，指利用二種以上文字、語言著述或其翻譯，經整理、增刪、組合或編排產生整體創意之新著作」惟此種定義僅限於文字、語言著述或其翻譯之編輯，範圍失之狹隘，致其他類別著作或根本非著作權法保護之著作之編輯，無法受到保護，而有欠妥適，蓋編輯著作乃在保護選擇及編排之原創性，所編輯之內容，不應以著作為限，尤以科技進步，儲存資訊方法遽增，對此類資料之編輯亦有保護之必要，故 81 年修正著作權法時，參考美國著作權法第 101 條、第 103 條(b)項等立法例，將舊法所定之「文字、語言著述或其翻譯」修正擴大為「資料」。參 81 年著作權法修正草案說明。

### (一)「創作性」之判斷

美國一般文獻在論及編輯著作之保護時，均會以 1991 年最高法院對 Feist Publications, Inc v. Rural Tel-Telephone Service Co.一案<sup>45</sup>之判決作為討論基礎，最高法院於該案中揭示之原則為：著作權法只保護具有原創性之作品，就編輯著作而言，法院所應判斷者為原告就系爭資料的選擇或編排是否具有原創性，而非原告是否投入大量的資金、人力或費用建立系爭資料庫<sup>46</sup>。

我國學說上就編輯著作「創作性」之判斷亦不採取揮汗原則，而係認為編輯著作必須在「資料之選擇及編排」上具有「創作性」；司法實務上最高法院 91 年度臺上字第 940 號民事判決則表示：「著作權法第 7 條第 1 項規定，就資料之選擇及編排具有創作性者，為編輯著作，以獨立之著作保護之。故編輯著作，必須就資料之選擇及編排，能表現一定程度之創意及作者之個性者，始足當之，若僅辛勤收集事實，而就資料之選擇、編排欠缺創作性時，即令投入相當時間、費用，亦難謂係編輯著作享有著作權。」，亦明白表示就編輯著作之創作性不採揮汗原則。

而決定資料之選擇或編排具有「創作性」之重點在於，需有人的主觀判斷介入其中<sup>47</sup>，換言之，若係有意識性的就資料進行取捨之判斷，滿足「創作性」要件之可能性就越高；反之，若於資料之選擇上並未有實質取捨判斷，而係採取盡可能將所有資料皆納入之作法，通常難以認定其選擇具有「創作性」<sup>48</sup>。詳言之，編輯著作之「創作性」是表現於以特定之標準、方法或原則，就資料加以選取或編排。如果該標準、方法或原則只是極為簡單而機械化(例如按照字母、數字、

<sup>45</sup> 在該案中，原告主張被告抄襲其所出版之電話簿，因而侵害其編輯著作之著作權。但最高法院認為原告電話簿內之資料只是依英文字母順序排列編輯，並不具原創性，故不受著作權法保護。

<sup>46</sup> 揮汗原則(The Sweat of the brow doctrine)，又稱辛勤蒐集理論(The theory of industrious collection)，係起源於美國第二巡迴法院 Jewelers Circular Publishing Co. v. Keystone Publishing Co.

一案，該原則認為只要作者對編輯著作所為實質勞力、資金投入，即可使該編輯著作取得著作權保護，而不需要滿足原創性的要件。

<sup>47</sup> 李治安(2011)，論著作權法中編輯著作對資料庫之保護範圍，月旦法學雜誌第 188 期。第 44 頁。

<sup>48</sup> 參黃銘傑(2010)，資料庫著作原創性之所在及其侵權疑義-與一般編輯著作之比較，法學新論第 24 期。第 44 頁。

筆畫順序排列)，數個不同之人依照相同之標準、方法或原則，選擇或編排之結果並無不同，即不足以被認為具有「創作性」。例如，製作判決集，將「所有」民事判決「按照年度與案號」加以排列，就不足以表現出「創作性」。但如果該標準、方法或原則只是一個抽想之概念，據此進行資料之選擇或編排時，必須加入個人之思考與判斷，而且不同人所判斷之結果並不完全相同，此即為「創作性」表現之所在。例如，同樣是製作判決集，其標準為選擇「重要」之判決，並依「一定體系」加以編排，就可能被認為具有「創作性」，因為在選擇判決時，必須加入作者就判決重要與否之判斷，於編排時亦必須藉助作者對於體系與資料屬性之認知，而後才能為編排上之判斷，不同作者之判斷結果通常並不會相同，此即為作者「創作性」之表現<sup>49</sup>。

## (二)權利保護範圍

就編輯著作之權利保護範圍，著作權法第7條僅規定：「就資料之選擇及編排具有創作性者為編輯著作，以獨立之著作保護之。編輯著作之保護，對其所收編著作之著作權不生影響。」。

相較於此，美國著作權法第103條(b)項則明文規定：「編輯著作或衍生著作之著作權，僅及於由著作人所貢獻之部分，與其使用之既存資料應予分離，著作人對於該等既存資料不得主張任何排他性之權利。該等著作之著作權，獨立於既存資料之著作權，且不影響或擴大既存資料著作權之範圍、期間、歸屬或存續。」<sup>50</sup>。依此，則編輯著作之著作權人對於其著作中所包含之原著作或既存資料內容不得主張著作權，應無疑義。至所謂「由著作人所貢獻之部分」，依本文所見，應係指依選擇或編排方式實際從事資料整理後所得之「編輯著作整體」：蓋若捨選擇或編排方式而單就既存著作與編輯著作中之資料部分相比較，則編輯著作之

<sup>49</sup> 謝銘洋(2003)，智慧財產權第六講 智慧財產權之取得(一)，月旦法學教室第5期。第99頁。

<sup>50</sup> 其原文為：(b) The copyright in a compilation or derivative work extends only to **the material contributed by the author** of such work, as distinguished from the preexisting material employed in the work, and does not imply any exclusive right in the preexisting material. The copyright in such work is independent of, and does not affect or enlarge the scope, duration, ownership, or subsistence of, any copyright protection in the **preexisting material**.

著作人實無任何貢獻可言；而若捨資料部分而僅就選擇或編排方式觀之，亦顯將編輯著作之著作人依其主觀判斷事實上對資料為選擇或編排之貢獻視而不見，故編輯著作之著作人之貢獻，實在於依一定之標準選擇或編排資料之結果，故應以「編輯著作之整體」為編輯著作之權利保護範圍。此依著作權係在保護具有原創性之表達之原則，亦可獲致相同之結論，蓋資料之選擇或編排方式本身通常屬於「思想」（因其表達方式通常非常有限）而不受著作權之保護<sup>51</sup>，但以該主觀之選擇或編排方式具體對目標資料為選擇或編排後之「結果」-即「編輯著作之整體」，則因選擇或編排方式有賴價值判斷，使其結果不具有限性（簡言之，實際上所選擇或編排資料之結果會因人而異），故為「表達」，且為具有創作性之表達，質言之，編輯著作之著作人依其主觀判斷事實上對資料為選擇或編排之結果，方為編輯著作「創作性」之所在<sup>52</sup>。

惟編輯著作之著作人就其編輯著作中之編排方式，諸如分類體系或分類項目等，是否恆不能單獨主張其應受著作權之保護？則有疑義。例如利用他人之台北地區工商行號電話簿之分類體系編輯台中地區之工商行號電話簿，是否構成前者著作權之侵害？本文以為，此問題似不得一概而論。如上所述，編排方式可能因表達方式有限而有「思想與表達合併原則」之適用；又縱無「思想與表達合併原則」之適用，亦可能因其甚為普遍而不具備「創作性」。故編排方式理論上雖有可能成為著作權保護之對象，但實際上誠屬不易；且縱已可認編排方式為著作權保護之對象，此時所侵害者亦非編輯著作，而為語文著作<sup>53</sup>。

### 三、我國司法實務見解

<sup>51</sup> 謝銘洋(2000)，「一整日之電視節目與廣告是否屬於編輯著作」評台灣高等法院 87 年度上易字第 3338 號刑事判決，月旦法學雜誌第 61 期。第 275 頁。

<sup>52</sup> 美國著作權法第 101 條亦規定：「A “compilation” is a work formed by the collection and assembling of preexisting materials or of data that are selected, coordinated, or arranged in such a way that **the resulting work as a whole** constitutes an original work of authorship. The term “compilation” includes collective works.」（蒐集與彙編既有素材或資料，並選擇、整合或編排該等素材或資料，使其整體成為具原創性之著作）。

<sup>53</sup> 相同見解，林純如(2004)，「衍生著作與編輯著作之研究」，臺灣大學法律學院法律學系碩士論文。第 39 頁。又此問題與本文第二章第二節中所討論關於「語文著作之結構、體系、章次、標題用語等是否為著作權法所保護之標的」，為同一問題。

## (一)語文著作

### 1.教科書

高等法院 92 年度上訴字第 3295 號刑事判決表示：「本件告訴人國語教科書之內容，係以敘述性之課文表現，而被告之題庫系列『評量卷』為測驗題，業如前述，查國小國語教科書各課所欲學生學習之重點，不論係注音符號、認讀字、習寫字及語詞本身，各別視之，固均屬通號符號或名詞，不得為著作權之標的，然則，教科書各課並非孤立存在，其各課、各單元、各冊順序之編排係基於一定之目的性及邏輯而為，進言之，即在使國小學童得以循序漸進之方式，自簡入繁，由易而難，漸次習得各該年齡學童所應具備之國文程度，是以為達此目的，各課所置之學習重點及全盤學習進度及順序(按：即資料之選擇及編排方式)，必以一定之教育心理學及教育理念為基礎，因之，重點之選擇及進度、順序之安排自有相當之精神作用力為本，此雖無異論，...，再者，教科書固係輯錄各課文章而成之編輯著作，惟其輯錄所奠基之原則，即學習進度、順序之安排，既在使國小學童得以循序漸進，自簡入繁，由易而難，漸次習得各該年齡學童所應具備之國文程度，顯然具有目的導向之工具性格，析言之，即係藉由如斯進度、順序之安排達到使學生具備應有國語程度之教學目的，核其本質，自屬一種『教學程序』或『學習系統』，要與一般介紹、說明特定題目之論著所沿之抽象架構與理論名目，形異而實同，其本身並未涉及著作之實質內涵，依著作權法第十條之一之規定，各課學習重點及全盤學習進度、順序胥非著作權保護之標的，從而被告援用之以編製『國語作業簿』、『命題評量』，殊無所謂侵害告訴人『康軒公司』著作權之情事。」。

上開判決認為告訴人之國語教科書雖為具有原創性之編輯著作，惟被告僅利用該編輯著作中進度及順序之編排方式，而該部分並不受著作權法之保護。惟本文以為，語文著作之結構、體系、章次、標題用語等是否為著作權所保護之標的，其關鍵應不在於該部分是否為外部所能感知之表現形式，而在於其是否為具有原創性之表達，故本案中被告是否侵害原告之著作權，尚應探究被告所利用之編排

方式是否為具有原創性之表達。而如前所述，資料之編排方式本身通常屬於「思想」，故不受著作權之保護，故仍與上開判決之結論相同，惟論理有異<sup>54</sup>。

而就相同問題，惟標的為自然、數學教科書時，高等法院 92 年度上訴字第 3301 號刑事判決則表示：「教學單元及內容之選編上在有原創性時，固不能排除係有享有編輯著作權之情形。但國小教材之材料及進度，應非一經編定即當然必有原創性。查宥於國小學童之年齡、知識程度，對自然事務之理解程度，及教育部有關國小教材開放編輯進度之規定，對國小學生為使其易於瞭解自然科學之方法，在教學方法及教學進度上，本即十分受限制。例如：數學之學習進度及順序，多係先加法、減法，再學習乘法除法等，而對自然物質之認識不外，自空氣、水、土，動物、植物等等開始教導，此亦為各家版本之補充教材多有上開內容之教材學之緣故。除非有何格外特殊之情形，不能任意即指其對上開進度之介紹及綱目，係有何原創性，否則上開自然而普通之教學進度，反而因某廠商之先行採用而造成使用上獨占之專用權，...。」。

上開判決認為宥於國小學童之年齡、知識程度，對自然事務之理解程度，及教育部有關國小教材開放編輯進度之規定，對國小學生為使其易於瞭解自然科學之方法，在教學方法及教學進度上十分受限制，故不能認為對上開進度之介紹及綱目有何原創性。本文以為，此判決「在教學方法及教學進度上十分受限制，故不能認為對上開進度之介紹及綱目有何原創性」之論述，仍係忽略資料之編排方式本身通常屬於「思想」，而逕為創作性之判斷之結果。實則，「教學方法及教學進度上受到限制」乙事所影響者，應為編排方式之標準因而無人的主觀判斷介入其中，是縱為「教科書之整體」，亦因而不具備創作性而不受保護<sup>55</sup>。

<sup>54</sup> 不同見解，林純如(2004)，衍生著作與編輯著作之研究，臺灣大學法律學院法律學系碩士論文。第 72 頁。其認為：告訴人國小教科書之編排係基於一定之目的及邏輯而為，具有創作性，...，然本案被告僅沿用教科書之進度、順序之安排，編排評量卷，使用量不大，依(著作權法)第 65 條第 1 項第 3 款規定，應可成立合理使用。惟本文以為，資料之編排方式本身通常屬於「思想」，縱有創作性，亦不受保護。

<sup>55</sup> 不同見解，林純如(2004)，衍生著作與編輯著作之研究，臺灣大學法律學院法律學系碩士論文。第 72 頁。其認為：「國語教科書」因各課係以文章為內容，對於文章之選擇即有較大之創作空間，故會導致同樣是教科書，但國語教科書之編排有創作性，數學、自然課本之編排不具有創作性之有趣現象。

## 2.商品比較表

高等法院台南分院 91 年度上易字第 1136 號刑事判決表示：「自該份資料之內容觀之，其主要係就 A B S 塑鋼管之特性、許可使用範圍、與其他材質之比較等加以說明，該等說明之內容有許多是屬於客觀之數據，由於該等數據是客觀存在之數據，任何人經過測試後所得之結果應無不同，幾無自由創作之空間，此部分顯然不足以表現出作者之個別性，應不屬於創作而不能受到保護。至於數據以外之描述，包括特性以及應用範圍之描述，其雖然亦受到若干客觀事實之限制，然而並非絕對，就此應有較大之另為其他不同表達之可能性，此部分作者所為之表達，雖非高度之創作，然而亦具有最低程度之個別性，而有受到保護之可能性。此外，就該份文件內之特性、應用範圍等比較表而言，雖然其內之數據等並不受到保護，然而該等比較表，由不同之人所選擇之項目與安排之欄位、順序，在未抄襲之情形下，其結果未必相同，其表達之方式亦未受到限制，該份文件資料以該方式來突顯出其與不同材質間之差異，應該被認為其在資料之選擇與編排上已經具有一定程度之創作性。」。此判決認為該比較中所選擇之項目與安排之欄位順序，不同人所判斷之結果並不完全相同，且表達之方式亦未受到限制，與本文前述判斷資料之選擇及編排是否具有創作性之標準相同，應值贊同。

### (二)視聽著作

---

又高等法院 92 年度上訴字第 3295 號刑事判決曾經多次發回(依順序分別為：最高法院 93 年度臺上字第 1774 號刑事判決、高等法院 93 年度上更(一)字第 223 號刑事判決、最高法院 95 年度臺上字第 2126 號刑事判決，以及高等法院 95 年度上更(二)字第 293 號刑事判決)，其中高等法院 95 年度上更(二)字第 293 號判決表示：「教學單元及內容之選編上在有原創性時，固不能排除享有著作權之情形。但國小教材之材料及進度，應非一經編定即當然必有原創性。**宥於國小學童之年齡、知識程度，對於國語字詞、詞彙之理解程度，及教育部有關國小教材開放編輯進度之規定，對國小學生為使其易瞭解國語文之使用，在教學方法及教學進度上，本即十分受限制。除非有何格外特殊情形，不能任意以其對上開進度之介紹及綱目，而認具有原創性，否則上開教學進度編排之效用，反因某廠商先行採用而造成使用上獨占之專用權，其他廠商反而不能使用，如此反而不利對國小學童之教學，造成國小學童欲為上開學習反而無其他競爭版本可供選擇。**」。



高等法院 87 年度上易字第 3338 號刑事判決<sup>56</sup>表示：「依自訴人於原審提出之『衛視中文台節目編排守則』主旨所載：『衛視中文台是專門針對台灣觀眾所設計及規劃的綜合娛樂頻道，本頻道的節目編排守則是參照台灣有限電視相關法令、香港廣電法及 SRT 台灣觀眾節目收視習慣之調查數字而定之』等語可知，自訴人就衛視中文台節目之編排守則及其所稱關於『廣告之編排方式須先與廣告客戶商議，再審查是否符合相關法令、自訴人之頻道風格並發揮廣告之最大效用，使不致影響觀眾的收視及節目收視率』等原則，核其商業取向甚為濃厚，要與一般電子媒體播放廣告之原則並無太大之差異，...，即自訴人指稱之節目、廣告編排原則、考量並無其獨特足以展現自訴人個性或獨特性之原則存在。故自訴人依頻道商製播廣告之一般性原則，而播出之廣告與節目之聯結整體，尚難認能展現出如何內含之獨特性或個性。況自訴人就其頻道所播出之廣告與節目，究竟因自訴人之『聯結行為』（即自訴人所稱之編、選行為）而產生或呈現如何內容之『思想或感情上之一定精神內涵』，並未據自訴人陳明；若舉例言之，將各種特殊之冒險場面選擇、編排成一部特殊之冒險電影，因可自其選擇、編排行為結果中清楚看出作者想呈現『冒險場面之各種情狀、特質、類型等等精神內涵』，即可稱之為『編輯著作』。然而，吾人並不能從自訴人之『廣告與節目之聯結行為本身』觀察出因為該聯結行為所產生之一定精神內涵為何，亦即自訴人之廣告與節目之排列順序本身，純為其商業經營動機指導下之產物，此項產物尚不能因資料之聯結，而在思想或感情上呈現如何具有獨立文化創作內容之精神意涵。是故不問他人就同一批節目、廣告之選擇、編排結果（即廣告與節目之排列順序）是否不同，自訴人所稱之上開『廣告與節目之編、選聯結行為』結果，尚難認係『具有一定精神內涵之創作』，自非屬我國著作權法第七條所指稱之『編輯著作』，而不在我國著作權法所保護之列。故被告縱有違反契約義務，而於自訴人播出之頻道中擅自播放廣告，而蓋掉自訴人原有頻道內之部分廣告，要難認有何侵害自訴人之編輯著作權可言。」

<sup>56</sup> 本案係源於亞洲衛星電視公司認為「衛視中文台」之衛星電視頻道內容，乃經其選擇及編排各種型態之節目及廣告內容、順序、時段等，而創作出一個完整之電視頻道內容，為具有著作權之編輯著作，大安文山與金頻道公司所插播之廣告遮斷亞洲衛星電視公司所播送之廣告，使亞洲衛星電視公司當日之播送節目內容未能完整呈現，因而提出自訴，主張大安文山與金頻道公司侵害其編輯著作權。

學說上認為，一整日或一週之電視節目是由許多各種不同形態之節目與廣告所組成，電視台為凸顯該電視台之風格並符合觀眾之需要，通常會對其所欲播放之節目與廣告有所選擇，並對於播放之時段與順序加以安排。因此其選擇與編排節目及廣告之標準與原則，即在於電視台之風格、節目與廣告之效益，以及觀眾之需要。由於這些標準與原則都是抽象之概念，不同之電視台有不同之認知，判斷之結果亦不相同，表現於節目上，不同電視台間之節目與廣告在形態、結構與順序上，亦有極大之差異性，此即為電視台之創作性表現之所在<sup>57</sup>。

據此，則本案中高等法院認為亞洲衛星電視公司就衛視中文台節目、廣告之編排所依據之原則，與一般電子媒體所依循之原則並無太大之差異，都是屬於一般性之原則，其編排原則並不足以表現出創作性，因而推論根據該原則所播出之節目與廣告亦難以展現出創作性。此一見解實有誤解，按如前所述，編輯著作之創作性，並非表現在其所據以選擇或編排資料所依循之原則，蓋此一原則是抽象存在之思想，並非著作權所要保護之對象，創作性是表現在其所呈現出來之選擇或編排之結果，此才是著作權所要保護之對象。因此縱使編排所依循之原則為一般原則(即無創作性)，只要所編排之結果具有創作性，仍為受保護之編輯著作。則一整日或一週之電視節目與廣告在選擇與編排上，如果電視台係依其對其特定風格、廣告效益與觀眾之需要所具有之認知而為判斷，原則上應足以表現出其創作性<sup>58</sup>。

#### 四、「電子資料庫」著作之相關問題

##### (一)意義

廣義的資料庫包含「紙本資料庫」(如電話簿)與得以利用電子方式進行檢索

---

<sup>57</sup> 謝銘洋(2000)，一整日之電視節目與廣告是否屬於編輯著作-評台灣高等法院 87 年度上易字第 3338 號刑事判決，月旦法學雜誌第 61 期。第 272、273 頁。

<sup>58</sup> 同前註。第 275 頁。

之「電子資料庫(Electronic Databases)」。其中紙本資料庫「創作性」之判斷與一般編輯著作並無不同，而電子資料庫相較於紙本資料庫，其特點在於電子資料庫於設計時會決定各資料表間之關連性，使電子資料庫因而具有交叉檢索之功能，故有特別予以說明之必要。

為瞭解電子資料庫對資料之編排方式，首先應知悉電子資料庫之設計步驟。按電子資料庫的設計包含以下步驟：1.決定資料庫之用途；2.蒐集資料庫所欲收納之資料；3.依據資料內容設定主題，各該主題成為一個資料表(Table)；4.決定要收納在各該資料表中的資訊，各該資訊之項目構成資料表中之欄位(Fields or columns)，例如員工資料表應包含其姓氏及雇用日期；5.選擇各該資料表之主鍵(Primary Keys)，各該主鍵可用來定位出各列中的資料；6.決定各該資料表間的關連，並於必要時增加新欄位或新資料表以釐清各資料表間之關連性，一旦確定資料表間之關連性後，即可建立其邏輯結構而據以編排資料；7.分析資料庫設計是否存在錯誤；8.適用正規化規則(Normalization Rules)，確認資料表之架構是否正確。

## (二)「創作性」之判斷

如前所述，決定資料之選擇或編排具有「創作性」之重點在於，需有人的主觀判斷介入其中，此在電子資料庫著作亦然。是欲判斷電子資料庫著作之創作性，仍須先確定其選擇及編排方式。

就資料「選擇」之創作性部分，電子資料庫著作與一般編輯著作並無差異。惟就資料「編排」之創作性部分，相對於一般編輯著作其編排創作性之重心在於各資料間上下、左右、前後等空間形式或物理結構，而為視覺所可感知；電子資料庫著作的編排結構乃係配合所欲建構之資料庫模式，決定資料間的相互關係，並基此關係規劃出資料間的「邏輯結構」，令使用者得依據其需求進行搜尋以取

得所需資訊。此種邏輯或體系結構通常並非吾人經由電腦螢幕即可感知，與一般編輯著作因其物理結構性質而為吾人視覺即可感知，有決定性的差異<sup>59</sup>。

質言之，電子資料庫著作之「編排」，係顯示於其建立各該資料表間之關連性，並依此建構其複雜的邏輯結構上。而因吾人無法從電腦螢幕之使用者介面觀察到此種邏輯結構，因此為避免法院對於電子資料庫著作編排方式之錯誤認知，有論者建議法院於分析電子資料庫著作之編排創作性時，首應為者乃是關掉電腦，直接針對電子資料庫本身之結構進行分析<sup>60</sup>。

惟如前所述，選擇或編排資料所依循之原則通常屬於思想，並非著作權所要保護之對象，則電子資料庫著作之邏輯或體系結構本身亦通常屬於思想而非表達，因此無論系爭邏輯或體系結構具有如何高度之創作性，其本身並不受著作權法所保護，只有當資料庫建置者依據邏輯或體系結構實際從事資料庫建置，因此所得之「資料庫整體」，方可能為著作權法保護之對象<sup>61</sup>。日本東京地方法院平成 12 年(西元 2000 年)3 月 17 日判決於肯定 NTT Town Page 資料庫之著作性時，即表示：「Town Page 資料庫以包含前揭...一百項職業分類的職業分類作為小分類，並以涵攝多個小分類歸納為中分類，進而以含括多個中分類歸納為大分類，以此方式設計出三層級的分類...此一 Town Page 資料庫的職業分類體系實係基

<sup>59</sup> 黃銘傑(2010)，資料庫著作原創性之所在及其侵權疑義-與一般編輯著作之比較，法學新論第 24 期。第 43 頁

<sup>60</sup> 同前註。第 45 頁。

本文以為，所謂「編排方式」係指「呈現資料的規則」，於一般編輯著作即指分類體系(由分類項目所構成)及排列順序，而此在紙本資料庫亦可一目了然。惟電子資料庫之主要價值之一係因其具有跨資料表交叉檢索之功能，而為達此功能，即須另行決定資料表(分類)間之關連性。

故並非謂電子資料庫著作之「編排方式」排除「分類體系」在外，而是除「分類體系」外，尚有「資料表(分類)間關連性設定之陳述」，二者結合成為電子資料庫著作之「邏輯結構」。而本文以為，於判斷電子資料庫著作之編排創作性時，應可分別就「分類體系」或「邏輯結構」予以判斷(亦即若「分類體系」已可認具有創作性，則無再就「邏輯結構」予以分析之必要)。惟應注意者為，電子資料庫著作之「分類體系」，亦非僅單純如電腦螢幕之使用者介面所示之分類項目之集合。

<sup>61</sup> 同前註，第 46 頁。故不論在一般編輯著作或(電子或紙本)資料庫著作，選擇或編排方式通常均屬「思想」(蓋其縱須價值判斷，惟表達方式仍極其有限)，但以該主觀之選擇或編排方式具體對目標資料為選擇或編排後之「結果」-即「資料庫之整體」，則因選擇或編排方式有賴價值判斷，使其結果不具有限性(簡言之，實際上所選擇之資料或編排結果會因人而異)，故為「表達」，且為具有創作性之表達。

於檢索便利性之觀點，而就各個職業進行分類，並施以層級性安排，令其得以網羅所有職業而建置完成者，其具有原告個人之創意在內，其他並未見有類此體系之存在，依據如此職業分類體系，而將電話號碼資訊依據職業別加以分類之本件 **Town Page 資料庫整體**，應可認定因其體系結構而為具有原創性之資料庫著作...」。相同見解亦可見於日本東京地方法院平成 14 年(西元 2002 年)2 月 11 日判決，其表示：「原告之資料庫，乃係具有處理資料庫資訊單位之紀錄與其他紀錄間之關聯性功能的『關聯式資料庫』。於此關聯式資料庫中，被鍵入之資訊收納於被稱為資料表的表格中，各該資料表被細分不同項目欄位，藉由特定資料表中之特定欄位項目與其他資料表中之欄位項目的一致性建立起不同資料表間的關聯性，而得從既有多數資料表中有效率地選擇出所欲抽取之欄位項目，故而是否因其資訊選擇或體系結構而得認定其為資料庫著作，其重要判斷要素在於資訊所被收納之資料表內容(種類及數量)、存在於各該資料表之欄位項目(種類及數量)以及各該資料表間應有的關聯性等...(本案資料庫)從其如此眾多之資料表、欄位項目、關聯性設定，並包含為其材料之資料整體觀之，實無法否定其已具有足以認定其具著作性之創作性。」<sup>62</sup>。

則當系爭電子資料庫所收納之資料為著作權法第 9 條第 1 項各款所定非屬著作權標的之資料時(一般稱此種收納不具著作性資訊之資料庫類型為「事實資料庫」)，其不僅於建置時即應盡可能納入所有資料，且必須隨時更新以追求資料之完整性，蓋其資料越完整，對使用者而言該資料庫的價值就越高，但卻也因此喪失其選擇資料之創作性。而事實資料庫之價值，除在於其收集資料之完整性外，亦在於其使用的效率性及通用性上，蓋事實資料庫建置之目的，本不在於彰顯建置者個人之創作性，而係如何提供更有效率之方式以滿足使用者之需求，且其必須依循一定程度的標準化程序，以符合不同使用者之需求。申言之，事實資料庫通常受到資料使用之規約、習慣、記號等客觀限制，使其在資料之邏輯結構設計上，受到此類外在因素相當大的制約，結果可能導致，以相同使用者為對象、

---

<sup>62</sup> 本節所引用日本東京地方法院之判決，均係轉引自：黃銘傑(2010)，**資料庫著作原創性之所在及其侵權疑義與一般編輯著作之比較**，法學新論第 24 期。

為同樣使用目的所建置之資料庫，其間相似性的存在實無法避免，而應否定其創作性之存在<sup>63</sup>。

### (三)電子資料庫中不受編輯著作保護者

分類、編輯作業、版面設計以及使用者介面，時而被誤認為屬電子資料庫著作整體構成之一部分，並因而據以認定電子資料庫著作之創作性，或認為對其重製是對於該當電子資料庫著作之侵害<sup>64</sup>。

#### 1.分類、編輯作業

學說上認為，「分類體系(項目)」的建構雖為邏輯或體系結構設計的重要項目之一，惟如同邏輯或體系結構本身屬於「思想」，則屬於邏輯結構一環之「分類體系(項目)」本身，自亦屬「思想」而不受著作權法所保護。又「分類項目」亦非電子資料庫之「資料」，蓋認定某資料是否為電子資料庫選擇、編排基礎材料之「資料」時，應依電子資料庫之性質、目的或使用者之觀點、利用目的等，加以判斷，例如若為法律資料庫，則其「資料」應是法條、判決、函釋等。故於電子資料庫中所呈現之分類項目，其項目內容(如法律資料庫中之各審級法院的分類，或經濟、交通、戶政、衛生等之分類項目)並非系爭電子資料庫之「資料」<sup>65</sup>。日本東京地方法院平成 16 年(西元 2004 年)3 月 30 日判決即表示：「原告雖主張，可以無視上開具體的廣告報導，而僅就抽象的編輯體系本身認定為編輯著作，且亦得就...抽象的『學習內容』項目，或是以...大分類項目、...小分類項目

<sup>63</sup> 黃銘傑(2010)，資料庫著作原創性之所在及其侵權疑義-與一般編輯著作之比較，法學新論第 24 期。第 44、47、48 頁。對於此種資料庫建置者勞力、物力、資金等之付出，即須尋求其他法律之保護，參林純如(2004)，衍生著作與編輯著作之研究，臺灣大學法律學院法律學系碩士論文。第 138~162 頁。簡言之，資料庫建置者就其資料庫所收藏之資料擁有一種「取出」(extraction)權，以保護其為建置資料庫所付出之勞力與金錢。

<sup>64</sup> 較少產生誤認者為電腦程式。按與電子資料庫有關之電腦程式主要有二類：建置、管理、維護電子資料庫時所使用之程式，以及使用者為搜尋電子資料庫所使用之程式。而電腦程式既與資料之選擇無關，雖可能被使用來建立電子資料庫的邏輯結構，但並非電子資料庫著作的邏輯結構本身，故亦非屬電子資料庫著作之一環。

<sup>65</sup> 黃銘傑(2010)，資料庫著作原創性之所在及其侵權疑義-與一般編輯著作之比較，法學新論第 24 期。第 50、51 頁。相同見解，李治安(2011)，論著作權法中編輯著作對資料庫之保護範圍，月旦法學雜誌第 188 期。第 50 頁。

為資料，並藉由其間關連性設定所構築之分類體系本身，認定為編輯著作...然而，著作權法第 12 條規定之編輯著作，所保護者乃是具體呈現於具體編輯物中之編輯方法，脫離具體的編輯對象物之編輯方法本身，實係一種思想或概念，而不受保護。原告雖主張，抽象的『學習內容』項目，或是...大分類項目、...小分類項目等得各自構成編輯著作之資料，惟此等項目充其量只不過是為分類配置具體的廣告報導所設定之指標，縱令認為建立其間關連性之作業，可認定為抽象的體系結構，但不能稱之為編輯著作。」。

又將各該具體「資料」予以「一定加工或加值」，及「歸入」各該分類體系中之分類項目之編輯作業，有時亦遭誤認為屬電子資料庫著作整體構成之一部分。惟如前所述，編輯著作之著作人依其主觀判斷事實上對資料為選擇或編排之結果，方為編輯著作創作性之所在，故對於個別資料內容施以一定的加工或加值，如資料更新、關鍵字設定、資料表製作等作業結果，並非著作權法第 7 條第 1 項所稱之編排。又縱令資料之「歸入」需要一定的技術及經驗，惟該經驗及技術既係運用於如何正確理解個別資料之內容，則其作業結果亦非屬編輯著作所要求之資料選擇及編排作業<sup>66</sup>。蓋理解個別資料之內容，僅為資料編排之前提，於理解個別資料之內容後，著作人方依其主觀判斷事實上對資料為編排，而後者方為編輯著作編排創作性之所在。日本東京地方法院平成 12 年(西元 2000 年)3 月 17 日判決即表示：「原告員工為將各該電話號碼資訊歸入至 Town Page 資料庫的職業分類，而向登載者詢問其所販售商品及事業內容等資訊...該當詢問作業亦得認須具備一定程度的技術或經驗等技能，惟因該當歸入過程並非有關刊登與否的選擇，且因如同前述，Town Page 資料庫的職業分類被細分為 1800 種類別，可認為其應歸入何種分類之選擇自由非常的少，若從上述技術或經驗主要係有關如何正確理解、掌握各該登載者之事業內容來看，此種歸入作業過程，實難認定其於資訊選擇或體系結構上具有創作性...原告雖主張其針對 Town Page 資料庫隨時進行資料更新並為關鍵字設定、資料表製作等作業，此等編輯作業應認定為資料庫著作創作性之根據，然而所謂隨時更新者，相當清楚地，不問其具體內容

<sup>66</sup> 黃銘傑(2010)，資料庫著作原創性之所在及其侵權疑義-與一般編輯著作之比較，法學新論第 24 期。第 51、52 頁。

為何，無法僅以該當作業本身即認定 Town Page 資料庫因其資訊選擇或體系結構而具有創作性<sup>67</sup>；再者，關鍵字設定、資料表製作等編輯作業，並無具體證明其有特別為此痛下苦工之證據存在，Town Page 資料庫亦難認因此作業而於其資訊選擇或體系結構具備創作性。」。

## 2.使用者介面、版面設計

使用者雖係透過電腦螢幕上所呈現之使用者介面進行資料之搜尋，惟如前所述，編輯著作之著作人依其主觀判斷事實上對資料為選擇或編排之結果，方為編輯著作創作性之所在，而使用者介面通常僅是為達電子資料庫利用目的所使用之輔助工具或手段，其本身絕非電子資料庫著作本身<sup>68</sup>。

至針對「個別資料」本身進行之版面設計(例如具體的頁面中之餘白配置、段數、每行文字數、一段行數、文字大小、字體等)，亦非編輯著作資料之編排方式，蓋就編輯著作之著作類型而言，其所謂「編排」乃是針對「各該資料」的分類、排列順序、其間關連性等之行為，而非如何就「個別資料」本身進行版面設計，是版面設計並非電子資料庫著作之一部，而不受著作權法中編輯著作之保護<sup>69</sup>。日本東京地方法院平成 10 年(西元 1998 年)10 年 5 月 29 日於「智慧藏」之

<sup>67</sup> 蓋編輯作業本身為著作權法第 10 條之 1 所稱之「程序」，不受著作權之保護。

<sup>68</sup> 使用者介面雖不受編輯著作之保護，惟仍可能受著作權法其他著作類型之保護，最高法院 94 年度臺上字第 1530 號刑事判決即表示：「使用者介面(user interface)係指『人與電腦間互動以完成電腦特定工作之各種設計』(all devices by which the human users can interact with the computer in

order to accomplish the tasks the computer is programmed to perform)。此種使用者介面，包括程式指令驅動介面或圖形介面。所謂圖形介面，即指電腦使用者基本上藉由圖示與電腦互動，以達成電腦程式所欲完成之功能。電腦程式中大部分創造性在於程式概念化(conceptualizing)部分及使用者介面部分，要創造一種合適之使用者介面，設計者需要非常高度之創造性(creativity)、原始性(originality)、及洞察力(insight)。此種使用者介面雖屬非文字，似亦為著作權所保護之範圍。本件自訴人一再主張被告等所販售之『神乎其指』軟體侵害其『指尖學習』電腦程式呈現於視訊螢幕之使用者介面，原審僅就二者間文字之語文著作部分加以判斷，對於自訴人主張之『使用者介面』部分，是否屬著作權保護之『表達』部分？既未就思想與表達加以區隔，亦未對於是否確受侵害加以判斷，遽為不利自訴人之判斷，不惟不足以昭信服，併有調查未盡與已受請求之事項未予判決之違法。」。惟應注意者為，無論依解構法或自外觀及感覺判斷，若所使用之表達方法僅為「單純項目功能」(purely functional item)，為資訊產業界所使用之標準化手段，則依「合併原則」，應不予保護，參羅明通，思想與表達之區別、合併及電腦程式侵權判斷之步驟，科技法學評論，6 卷 2 期，第 36、37 頁。

<sup>69</sup> 黃銘傑(2010)，資料庫著作原創性之所在及其侵權疑義-與一般編輯著作之比較，法學新論第 24 期。第 53 頁。又版面設計雖非電子資料庫著作之一部，而不受著作權法中編輯著作之保護，



年度用語辭典的判決中即表示：「餘白部分及文字、相片、圖表等之位置，文章應以幾段編成、每行幾個字、一段幾行等之決定，許就國語意義而言，非不得將其認知為資料之用語及其解說、相片、圖表等的『編排』。況且，此等版面設計或配置係基於讀者容易閱讀、頁面構成之創意、美感等而來，於其決定、採用時不乏智慧活動，不無可認定其屬創作物之餘地。然而對照於本案... 智慧藏其編輯性質及目的，不僅於藉由一定分類的配置，促進檢索的利便上，有其價值；在賦予各該用語間之相互關聯性，並利用文字就各該用語進行解說，於不足處並補以相片、圖表等之整體表達內容，更是其價值所在。若此，則作為一部著作之本案智慧藏其資料選擇及編排的創作性，應當如同前述，存在於如何將前述資料加以分類、以何種順序進行編排等事項上，原告主張之頁面中的餘白部分以及文字、相片、圖表等之編排，或是文字應以幾段組成、每行幾個字、一段幾行等事項，實與屬於編輯著作之本案智慧藏的創作性，毫無關聯。此事藉由下列敘述，當可清楚得知。亦即，當第三人依據本案智慧藏而原封不動抄襲其用語之文字解說、相片、圖表之補充、分類項目及順序等內容，但卻對於原告主張之具體的頁面中之餘白配置、段數、每行文字數、一段行數、文字大小、字體等，做出完全不同的版面設計時，亦應解釋為違法之重製。」

#### (四)電子資料庫著作之重製

著作權法第 7 條第 1 項既要求受保護之編輯著作必須於其資料之選擇「及」編排二者上皆具備創作性，則欲構成電子資料庫著作之重製，自應以原電子資料庫著作中之選擇及編排二者之創作性，皆可見於被告之資料庫中，方能成立。故電子資料庫著作之重製，需同時具備以下兩要件<sup>70</sup>：

##### 1. 資料庫之資料選擇相同

---

惟於其該當於具有創作性之表達時，亦可能受到著作權法中其他著作類型之保護，但應注意者為，版面設計經常有「思想與表達合併原則」之適用，且標準的版面設計經常不具有「創作性」。

<sup>70</sup> 同前註。第 55、56 頁。相同見解，李治安(2011)，論著作權法中編輯著作對資料庫之保護範圍，月旦法學雜誌第 188 期。第 51、52 頁。高等法院 97 年度智上字第 13 號判決亦表示：「故著作權法保護的客體，是其『選擇』及『編排』『具有創作性』的部分，對於『編輯著作』的侵害，是將其『選擇』及『編排』結果的全部或重要內容，完全地重製。」

故於二資料庫所表達出之邏輯或體系結構實質相似時，倘若所用資料不同，亦不構成重製。例如抄襲他人「法規條文」資料庫之邏輯或體系結構，而用以建置「判決」資料庫，並不構成對前者電子資料庫著作的重製。

## 2.編排結果相同或實質相似於原資料庫

故只要其後之資料庫建置者對於其資料庫邏輯或體系結構之表達與原資料庫並無實質相似時，縱令其所收納之資料並非自己搜尋、選擇而來，而係下載自他人資料庫中之所有資料，仍不構成重製。

### (五)我國司法實務見解

國內兩大法學資料庫「法源法律網線上資料庫」(建置者為法源資訊股份有限公司，下稱「法源公司」)及「月旦法學知識庫」(建置者為元照出版有限公司，下稱「元照公司」)之建置者間曾發生電子資料庫著作權侵權糾紛，該案經臺北地方法院判決後，被告(即元照公司)又上訴至智慧財產法院，智慧財產法院仍維持被告及其負責人敗訴之判決<sup>71</sup>。茲將該判決之見解，分別討論如下。

#### 1.「選擇」創作性之判斷

在本案中，智慧財產法院肯認原告即法源公司資料庫中之「判解函釋」子資料庫為編輯著作，原因之一即為「由法源公司所屬專業法律人員自公報、彙編、司法院網站之『司法院法學資料檢索系統—裁判書查詢』項下或各主管機關單位網站中，針對其中較具參考價值者加以蒐集／選擇，收錄於『法源法學資料庫』之『判解函釋』子資料庫中。」。本文以為，決定資料之選擇具有「創作性」之

---

<sup>71</sup> 臺北地方法院 96 年度訴字第 146 號刑事判決、智慧財產法院 97 年度刑智上訴第 41 號刑事判決。

重點在於，需有人的主觀判斷介入其中，則上開資料庫既係以「具參考價值」此種抽象標準進行資料之選擇，則選擇之結果自具有創作性而受編輯著作之保護。

有疑義者為「行政函釋」部分。依判決所述，行政函釋部分「所收錄者，**僅挑選具有法規範效力或具有一般性、普遍性，可供各界參考引用，作為權利義務主張之基礎者。**」，因此智慧財產法院認為該部分亦具有創作性而為編輯著作。惟本文以為，「具有法規範效力或具有一般性、普遍性」，實為一客觀標準，一般具有專業法學素養者，以該標準所為之判斷結果通常差異不大，是其選擇之結果應不具有創作性而不受編輯著作之保護。

## 2.事實性資料之添加

在本案中，就法院判例、決議及行政函釋三類法學資料，如有因法規修訂、廢止或情事變遷，經主管機關發佈為不再援用等情形，法源公司會回溯於原該筆資料上「加註說明」。智慧財產法院認為，該加註說明係就原已創作之編輯著作，再進一步編輯，確有原創性，理由為系爭加註說明「**有多種可能之表達方式**，端視編輯者想要表達給他的著作使用的方式為何，其表達方法，絕非機械性地單純事實之標示而已。」，並以訴外人之「植根法律網資料庫」為例，說明法規修訂、廢止或情事變遷有不同之表達方式，因此該加註說明具有原創性。

學說上認為，就既有資料庫中資料之添加，如符合著作權法第7條所稱「就資料之選擇或編排具有創作性」之要件，即可受編輯著作之保護，與該等「資料本身」是否受著作權法之保護無關；惟若編輯者僅係將原有資料中已呈現之資訊，機械式的延伸其涵蓋內容，而未在新加入資料之選擇及編排上展現創作性時，即不應受編輯著作之保護<sup>72</sup>。據此，就「各個加註說明本身」是否得受著作權之保護部分，雖然智慧財產法院表示該等加註說明之表達方式不只一種，但實際上對於該等事實資訊之表達方式仍然相當有限。又就「加註說明」是否受編輯

---

<sup>72</sup> 李治安(2011)，論著作權法中編輯著作對資料庫之保護範圍，月旦法學雜誌第188期。第47頁。

著作之保護部分，縱可認「加註說明」屬電子資料庫之「資料」，惟該等事實資料之添加既限於法規有涉及修訂、廢止或情事變遷等客觀事實，則編輯者就該等事實資料亦難認有實質選擇，故亦不受編輯著作之保護。

### 3. 資料要旨之撰寫

資料庫之編輯者為了讓使用者更能快速瞭解每筆資料的重點所在，在收錄的資料中加上編輯者自己撰寫之資料要旨，該資料要旨是否為編輯著作？

在本案中，原告即法源公司雇用專業法律人員，於閱讀資料後為其資料庫中收錄之判決撰寫判決要旨。智慧財產法院認為：「要旨之製作，並非只是單純機械式的節錄或直接複製部分文句，而係由法源公司所屬專業法律人員需詳閱資料全文後，以其專業判斷該資料之內涵後，憑渠等所受研習、訓練及其自身法學素養，在符合該資料內容之前提下，撰寫其要旨，而不同從事撰寫要旨之人絕無從為相同之『表達』，以告訴人 98 年 9 月 14 日刑事陳報(二)狀附件一第 32、33 頁所示為例，法源公司與植根法律網皆有選錄之臺灣高等法院 92 年度保險上字第 21 號民事判決，兩者間就該司法判解之要旨編撰即各有其不同之判認與表達，自各有其一定程度之創作性存在。」。本判決肯認「個別資料要旨」具有創作性，而得受著作權之保護；惟就其是否為編輯著作，則並未表示意見。

學說上認為，若該等要旨可協助使用者於數量龐大的資料中搜尋到其所需要者，則可將該要旨解釋為電子資料庫編輯者就資料所採取之編排方式，電子資料庫建置者有可能就該要旨取得編輯著作之保護<sup>73</sup>。本文以為，精確而言，「個別資料要旨」絕非電子資料庫著作之編排方式；而如前所述，「編排」乃是針對「各該資料」的分類、排列順序、其間關連性等之行為，是若非將資料要旨作為分類項目，即不得將資料要旨解釋為電子資料庫著作之編排方式。詳言之，資料要旨之撰寫與關鍵字之設定相同，「個別關鍵字」絕非電子資料庫著作之編排方式；

---

<sup>73</sup> 同前註。第 49、50 頁。氏認為資料編排方式選擇的主要目的，係為了使資料庫使用者更輕易的找到其所需之資料，因此資料庫建置者為此目的所採取之作爲都有可能構成編輯著作中所謂的資料「編排」行爲。

惟於設定關鍵字後，若使用者鍵入關鍵字即可取得歸類於該關鍵字下之資料，且何筆資料應歸類於何關鍵字下，涉及編輯者主觀之價值判斷時，則應認此時就資料之編排具有創作性。惟需注意者為，此時之編排方式仍非指「個別資料要旨」，而為個別資料要旨所構成之分類項目，故不得以「個別資料要旨」內容之創作性認定電子資料庫著作編排之創作性。

#### 4.版面設計

在本案中，智慧財產法院表示：「法源公司於編排資料時，研創各類資料之編排規則。如每一行之字數、段落縮排方式、欄位名稱、呈現格式...等，依照不同類之資料而有不同之設計。此等編排方式係法源公司為使資料於網頁呈現時，能兼顧資料之正確、完整、美觀及使用、瀏覽之便利性，所精心研創，自有其創作性。...有關『編排方式』部分，並非『係一般人皆會採取之編排方式，就行政函釋、會議決議或裁判書既有或法律界所習慣之編排體例為之』，蓋國內未有人將法學資料數位化之前，各類出版媒體均無此種編排方式，法源法學資料庫之各類資料編排方式乃法源公司所創，實不能因法源公司所創之編排方式，廣為各界所接受援用而成為習慣，就否定其創作性。」。

以判解函釋為例，其版面設計為「發文單位、發文字號、發文日期、資料來源、相關法條、法條版本、要旨」。惟本文以為，該等版面設計是否具有創作性，實有疑義，蓋若只是將一般使用者所需、且大部分原本即包含於原資料中之相關資訊依序列上，則該等版面設計實過於一般，而不符合創作性之要求<sup>74</sup>。又縱認該版面設計具有創作性而得受著作權法之保護，惟其既與「各該資料」之分類、排列順序、其間關連性等之行為無關，自無由認係電子資料庫著作之一部並據以判斷電子資料庫著作之創作性。

---

<sup>74</sup> 同前註。第 48 頁。另高等法院臺南分院 96 年度上字第 166 號民事判決亦指出，系爭人力銀行中之「『個人履歷資料表』係就上網登錄求職之個人履歷，依其姓名、年齡、學歷、身高、體重、性別、工作經驗、婚姻狀況、駕駛執照、行動電話、電子郵件信箱、職務經驗、語文專長、希望工作地點、希望職務類別、打字速度、電腦專長、個人自傳等資料，彙整而成...另該資料編排之方式，亦為相關人力銀行網站所常見，不具獨特之創作性。」。

## 貳、衍生著作

### 一、「改作」與「衍生著作」之意義

著作權法第 6 條第 1 項規定：「就原著作改作之創作為衍生著作，以獨立之著作保護之。」，第 3 條第 1 項第 11 款則規定：「改作：指以翻譯、編曲、改寫、拍攝影片或其他方法就原著作另為創作。」，故將原著作以翻譯、編曲、改寫、拍攝影片或其他方法另為創作即為「衍生著作」。惟應注意者為，「改作」與「衍生著作」之概念應加以釐清，「改作」應不以具有「創作性」為要件，而只要變更原著作之內容或形式即為已足<sup>75</sup>；而「衍生著作」既為著作，自應以具有「創作性」為要件，故著作權法第 3 條第 1 項第 11 款就「改作」之定義附加「另為創作」之要件，已混淆「改作」與「衍生著作」之概念。質言之，「衍生著作」係指將原著作「改作」且具有「創作性」者。

就「改作」與「衍生著作」之概念區別，高等法院台中分院 91 年度上訴字第 1465 號刑事判決表示：「按視聽著作之主要內容，乃在於透過連續影像附著於媒介物，再藉機器或設備重新表現系列影像，以表達著作人之思想、感情之精神創作，其著作乃屬糾合各項資源及創作人之創意而為之共同著作。據上，屬於視聽著作中之電影，其著作內容乃總合創意、文學、美術及聲光科技之綜合產品，而電影影片中之聲音、字幕等均為該視聽著作不可分離之一部，如對之單純翻譯為影片發行地之語文，因僅係為利於將著作內容表達予不同語文族群之觀眾欣賞，該項翻譯行為對該電影言，並不具更新作用或改變著作本身內容，難認具有

<sup>75</sup> 蔡明誠(1999)，論著作權法上重製與實施區別之意義，軍法專刊第 45 卷第 1 期。第 1 頁。又學說上另有將「改作」定義為：變更原著作之型態使其內容再現，羅明通(2005)，著作權法論 I，台英商務法律。第 573 頁；實務上採此定義者有：智慧財產法院 98 年度刑智上易字第 98 號刑事判決。又整理學說上關於「改作權」內容之見解，包括：1.翻譯；2.編曲；3.改寫：戲劇化(將小說改編為劇本)、小說化(將非小說改編為小說)、非戲劇化(將戲劇著作改變為非戲劇著作，例如

將劇本改為小說、詩歌)、增刪潤飾(例如對原著作附索引、目次、增添判例、例題、批評、註解、附錄、句讀、旁白)；4.拍攝影片：即電影化；5.其他方法：圖片化(將故事改為漫畫)、美術著作之異種複製(指以與原著作不同之技術加以複製，係複製之媒體不同。例如將雕刻物、美術工藝品、建築物、模型、照片等作成繪畫；將繪畫以雕刻、工藝美術等方式呈現。至於以照片就美術著作加以拍攝，則屬以攝影方法的重製)，蕭雄淋(2005)，著作權法論，五南。第 119、120 頁。羅明通(2005)，著作權法論 I，台英商務法律。第 574、575 頁。

創作性，自不符著作權法規定之「改作」之要件；從而，關於影片之他國語文翻譯版本即難謂為衍生著作，而獨立於原視聽著作，另受著作權法之保護。從而，原視聽著作之著作人自仍擁有該項著作翻譯版本之著作權。本件扣案之電影光碟經原審法勘驗結果後，雖部分對話、文字係以泰國語文製作，然其影片內容並無改作之情形；從而，參諸前開說明，本件各該影片之著作人即迪士尼公司、華納公司、福斯公司、環球公司、哥倫比亞公司、新線公司及派拉蒙公司，自仍得依法提出告訴。」。惟本文以為，將視聽著作中之字幕翻譯成他種語言，自屬變更視聽著作內容之「改作」行為，至於是否構成「衍生著作」，則需視其是否具有創作性而定，故此判決認「翻譯行為對該電影言，...，難認具有創作性，自不符著作權法規定之『改作』之要件」，即係誤解「改作」及「衍生著作」之概念。又依一般經驗法則，翻譯之結果會隨著每位翻譯者對於字彙之解讀、翻譯技巧、用字遣詞等能力不同而有歧異，故應認具有創作性而為衍生著作；惟其保護範圍僅及於翻譯之部分，並不影響原視聽著作權人就電影其他部分內容所享有之著作權，被告擅自改作視聽著作，該等著作權人自可提起告訴。

又學說上另有謂：衍生著作係以內面形式存有原著作之表現形式，而在外面形式上變更原著作之表現形式。故如乙著作僅汲取甲著作之理論與觀念，自甲著作中「脫胎換骨」的形成另一種表現形式，亦即由乙著作中無法推知甲著作之存在，則乙著作係獨立之個別著作，而非甲著作之衍生著作；反之，如自乙著作中得推知甲著作之存在，乙著作中內面形式與甲著作相同，則乙著作為甲著作之衍生著作<sup>76</sup>。該見解似係以「可否推知他人著作之存在」作為判斷是否為他人著作之衍生著作之判斷標準。高等法院 92 年度上訴字第 3295 號刑事判決表示：「按『改作』，指以翻譯、編曲、改寫、拍攝影片或其他方法就原著作另為創作，著作權法第 3 條第 1 項第 10 款定有明文，又不論翻譯、編曲、改寫或拍攝影片，雖均另具有一定程度之創意存在，惟據其衍生著作之內容，亦率得窺知而得悉原著作表達之內容，因之，依『例示規定拘束概括規定』之原則，在以『其他方法』為改作之情形，猶須具備此一性質始足當之。」，亦採此見解。

<sup>76</sup> 蕭雄淋(2005)，著作權法論，五南。第 115 頁。

惟本文以為，「衍生著作」之定義既為：將原著作以翻譯、編曲、改寫、拍攝影片或其他方法另為創作(或將原著作「改作」且具有創作性者)，而「改作」在概念上既為「利用他人著作」之行為，故衍生著作之一部必以構成「抄襲」為前提而以「與他人著作實質相似」為要件。質言之，衍生著作可分為：「與原著作實質相似之部分」以及「與原著作不具有實質相似之部分」兩部分，其中前者即為構成重製之部分<sup>77</sup>。則上揭學說見解除其所稱「內面形式」、「外面形式」之概念內容不明外，其中「若無法推知他人著作之存在，即非衍生著作」之說法，本文以為，實係因此時兩著作間並不具有「實質相似」之故，換言之，「可否推知他人著作之存在」應為「是否具有實質相似」之不同描述方法而已。

## 二、「創作性」之判斷

### (一)學說見解

「衍生著作」所要求之「創作性」，與本文前述之標準並無不同，即必須與原著作間有足以區別之變化(distinguishable variation)，且該變化必須為非瑣碎性的變化(more than merely trivial)，有稱此種標準為「明顯變化原則」(trivial/distinguishable variation standard)<sup>78</sup>。在此標準下，「衍生著作」所面臨的檢驗為：1.作者是否以非瑣碎性的方式將前著作加以改變(alter the preexisting works in a manner more than trivial)? 2.於原著作中是否加進了超越瑣碎的部分(add something more than trivial)? 3.是否於原著作中刪除了非瑣碎的部分(delete from the works something more than trivial)<sup>79</sup>。Nimmer教授亦認為，「衍生著作」對前著作中所為之變更，必須有最少程度以上的貢獻(more than a minimal contribution)。以下即以美國法上之案例，說明該國對於衍生著作所要求之「創

<sup>77</sup> 簡言之，「改作」須對原著作之內容有所變更(故非「重製」)，但變更原著作內容之程度亦不能使其與原著作完全不具有實質相似性，否則即為獨立之著作。

<sup>78</sup> 亦有稱為「非瑣碎細微變化原則」。又美國法下亦曾採取「實質不同(substantially different)原則」、「辛勤原則」等，參林純如，衍生著作與編輯著作之研究，第45~47頁。本文以為，衍生著作與非衍生著作之不同僅在於因衍生著作之其中一部分係抄襲自他人受保護之著作，故衍生著作之著作權人在積極利用權上受有限制，除此之外衍生著作與非衍生著作並無不同。

<sup>79</sup> Russ Versteeg, Rethinking Originality, Copyright (c) 1993 College of William & Mary, William & Mary Law Review Spring, 1993.



作性」<sup>80</sup>：

### 1.美術著作方面

美國法院要求美術著作之衍生著作，必須對原著作有明顯之改變。例如一個新的洋娃娃具有原洋娃娃所有之外觀特徵，僅改變鼻子外形及鼻子上小雀斑之位置，即不受保護。又例如兩件山姆叔叔存錢桶之差異僅有尺寸、山姆叔叔所站立之台子變短、變窄、置放於身邊公事包的形狀，以及其手持的雨傘改成固定式與手相連一體成型，法院認為這些改變，均不足以構成明顯的變化。又例如改變美術著作所使用之材料(如從金屬改為塑膠)，若僅係因價格上的需求，是為了產生更符合經濟需求的產品之純粹功能性結果(purely functional)，亦不構成明顯的變化。又例如將平面的卡通角色轉換成立體角色，並不具有貢獻，而不受著作權保護。

### 2.音樂著作方面

美國法院普遍承認因為音樂語彙(指音符、節拍等)有限，限制了著作人對於音樂著作從事具有創作性之改作，故法院對於音樂衍生著作所需具備之「明顯變化」要件，即呈現較高程度之要求。例如僅包含前奏、反覆相同主題之間奏以及幾小節和聲所構成之編曲，或在原著作中增加其他樂器演奏，或改變樂曲之節奏、伴奏等，僅是微不足道之貢獻，並不構成衍生著作。

### 3.語文及戲劇著作

將原著作翻譯、戲劇化、小說化或拍成電影，通常都會產生「明顯變化」而具有「創作性」。原著作之摘要即使沒有改變原著作之任何字，仍受保護。又美國法對於校定(editorial revisions)、註解(annotations)等對於原著作之增刪潤飾之

<sup>80</sup> 以下係整理自林純如(2004)，衍生著作與編輯著作之研究，臺灣大學法律學院法律學系碩士論文。第 43~45 頁。柯雅惠(2003)，著作創作抄襲侵害之基礎理論與實務檢討，臺灣大學法律學院法律學系碩士論文。第 21 頁。

改作，則要求增刪潤飾後之著作整體必須呈現出像原始創作之作品，始受保護，如只是增減原著作之標點符號，或將拼錯的文字更正，美國法院認為此種改變過於微小而不具有「創作性」。

## (二)我國司法實務見解

我國法院就衍生著作「創作性」之判斷，則容有不同見解，說明如下：

### 1.語文著作

高等法院 94 年度上易字第 2271 號刑事判決表示：「系爭 MASTER CAM 電腦軟體程式(含銑床大師 8.0 版及 9.0 版、車床大師 8.0 版及 9.0 版、線切割大師 9.0 版)，係美商 CNC 軟體公司所創作，供使用者搭配機器設備製作實體模型之電腦程式著作，分別於 89 年、91 年間創作完成，並於 89 年 12 月 27 日、91 年 3 月 11 日在美國登記取得著作權，…。又著作人專有將其著作改成衍生著作之權利，所謂改作，係指以翻譯、編曲、改寫、拍攝影片或其他方法就原著作另為創作之意，系爭 MASTER CAM 電腦程式著作，業經著作人美商 CNC 軟體公司，授權告訴人公司在臺灣銷售/翻譯該產品，…。則告訴人公司自有權翻譯系爭 MASTER CAM 電腦程式著作。觀諸系爭 MASTER CAM 電腦程式軟體之中文版，乃在英文版上加掛中文程式，而得以在電腦螢幕上以中文顯示，而 MASTER CAM 電腦程式軟體本身，乃電腦輔助設計製造的軟體，其可以將設計師設計之 3D 圖形，利用 MASTER CAM 搭配機器設備，製作出實體模型，…。顯見 MASTER CAM 係專業程式軟體，而涉及機具生產之專有名詞之翻譯，在由英文翻譯成中文時，只要屬翻譯者精神上之創作，且達足以表現作者之個性或獨特性之程度者，即享有著作權(最高法院 87 年度台上字第 2366 號判決參照)，由 MASTER CAM 軟體本身之專業性，及告訴人公司係依照英文文義及所涉及之機具生產，搭配而翻譯成中文版等情觀之，中文版應足以表現其獨特性，蓋不同名詞，運用在不同領域，在不同人之間，所能作之詮釋自有不同，否則經合法授權之翻譯小說(如哈利波特中文本)，如何能享有衍生著作權？是告訴人公司對系爭 MASTER CAM 軟體中文版，即衍生著作，受著作權法以獨立著作之保護

至明。」。如前所述，依一般經驗法則，翻譯之結果會隨著每位翻譯者對於字彙之解讀、翻譯技巧、用字遣詞等能力不同而有歧異，故應認具有創作性而為衍生著作，此判決之見解，應值贊同。

## 2.美術著作

智慧財產法院 99 年度刑智上訴字第 41 號刑事判決表示：「證人劉哲宇於原審審理時提出註明『美國』、『香港』之阿一鮑魚產品外包裝紙盒及阿一鮑魚罐頭包裝之瓶貼可知，阿一鮑魚公司原有之阿一鮑魚產品外包裝紙盒或罐頭瓶貼，係以黑色及暗紅色作為底色，採凹凸雲朵花紋為背景圖，紙盒正、背面上下方飾以金色連續凹形龍形邊紋滾邊，瓶貼上『阿一』、『楊貫一』等字體均以燙金字體呈現，即紙盒上正面及側面之『阿一』、『阿一鮑魚』、『楊貫一』等字均為燙金色，紙盒正面左下側印有紅白藍 3 色並排直條紋圖，正面右下方放置擺盤鮑魚實體圖片，正面印有標題『精選鮑魚原汁原味』8 字，正面左下方有『世界御廚』紅底白字印記。而紙盒背面關於烹調方式之文案內容為：輕鬆 3 分鐘楊貫一親手調製原汁原味之阿一鮑魚就在你家。1.將『鮑魚料包』及『頂湯包』撕開倒入砂鍋中，無需加蓋以中火加熱。2. 加熱到鍋中頂湯微微升起白煙，此時將鮑魚夾出盛入盤中。3.鍋中頂湯繼續加熱至沸騰，此時將頂湯淋在盤中鮑魚上，即完成。本院比較分析上開阿一鮑魚公司所用之外包裝紙盒與范售公司所印製銷售之『阿一鮑魚』產品外包裝盒可知，兩者之外盒整體設計、鮑魚圖片或楊貫一肖像擺放位置、文字標題、產品說明、設計編排及貼紙圖樣設計等項目，其表達方式相似，屬實質相似之概念。參諸證人劉哲宇上開證述內容，益徵范售公司所印製銷售之『阿一鮑魚』產品外包裝盒外觀，係由阿一鮑魚公司所用『阿一鮑魚』產品外包裝紙盒或罐頭瓶貼外觀參考製作、稍加改動而來，尚未達到足以表現創作者之個性或獨特性之程度，即難認係具有原創性之創作而得享有獨立於阿一鮑魚公司之外之著作權。」。此判決以范售公司之「阿一鮑魚」產品外包裝盒外觀僅係由阿一鮑魚公司之「阿一鮑魚」產品外包裝紙盒或罐頭瓶貼外觀「稍加改動」而來為由，否定范售公司之「阿一鮑魚」產品外包裝盒外觀具有創作性，與「明顯變化原則」之標準一致，應值贊同。

另智慧財產法院 100 年度刑智上訴字第 25 號刑事判決表示：「被告參考告訴人之著作後，無論咖啡豆、幼苗、葉片之『量』或『質』等基本細節構思均無本質上之變化，整體美感、視覺感受而言，二者尚無不同，**被告所為修飾線條、重新上色僅屬不重要變化**，毫無本於自己獨立思維、智巧、匠技而推陳出新，顯非另一獨立創作或改作而係抄襲，足認被告為釀豆餐飲店繪製咖啡豆圖稿並無加入自己某程度之創意、心血，非為著作權法所保護之客體，益證其創作係重製告訴人設計『咖啡豆子圖』所示之圖樣。」，則明白採取「明顯變化原則」。

### 3.電腦程式著作

高等法院 90 年度上訴字第 3705 號刑事判決表示：「系爭試用版僅具原『3DGO』軟體百分之九十之功能，且背景無法移除，故此試用版應係自訴人更動原軟體設計，而改作出另一軟體，應屬原軟體之衍生著作，為著作權法保護客體。」。此判決並未說明何以「系爭試用版僅具原『3DGO』軟體百分之九十之功能，且背景無法移除」即具有創作性。本文以為，單純「刪除百分之十之功能」以及「使背景無法移除」縱屬改作行為，惟亦難認有何創作性，而不構成衍生著作<sup>81</sup>。

### 三、權利保護範圍

衍生著作既係改作他人既存之著作而生，則其權利保護範圍為何，即有予以探究之必要。

#### (一)我國法及司法實務見解

著作權法第 6 條規定：「就原著作改作之創作為衍生著作，以獨立之著作保護之。衍生著作之保護，對原著作之著作權不生影響。」。

---

<sup>81</sup> 相同見解，林純如(2004)，**衍生著作與編輯著作之研究**，臺灣大學法律學院法律學系碩士論文。第 68 頁。

高等法院 83 年度上訴字第 5996 號刑事判決則表示：「本件縱認上訴人就畢卡索之美術著作予以改作而取得衍生著作權，亦僅就其改作而原創部分有著作權，但究不得本於其衍生著作權進而認其對原畢卡索之美術著作而排他使用權，亦不能阻止已正式獲得畢卡索繼承人同意授權之人使用畢卡索美術之權利」，則係認為衍生著作僅就改作而原創部分享有著作權。

## (二)美國法之見解

相較於我國法，美國著作權法第 103 條(b)項則明文規定：「編輯著作或衍生著作之著作權，僅及於由著作人所貢獻之部分，與其使用之既存資料應予分離，著作人對於該等既存資料不得主張任何排他性之權利。該等著作之著作權，獨立於既存資料之著作權，且不影響或擴大既存資料著作權之範圍、期間、歸屬或存續。」。換言之，衍生著作並不會對其所使用之既存資料造成任何影響：若該既存資料係受著作權所保護者，衍生著作並不會使前著作之著作權因而無效；若該既存資料屬於公共財，衍生著作亦不會使該等資料因而受著作權之保護。

本文以為，著作權之權利保護範圍與「創作性」之判斷實屬同一命題，質言之，「創作性」之所在，即為著作權之所在，據此，則衍生著作之權利保護範圍，即應取決於其「創作性」之範圍。而如前所述，衍生著作之「創作性」既係以「對原著作內容或形式為變更後之整體」為判斷客體，則自應以「該整體」（即包含原著作與變更原著作之部分）為權利保護範圍。詳言之，衍生著作「由著作人所貢獻之部分」，實在於「對原著作內容或形式為變更後之整體」；蓋若捨變更的部分而就未變更的部分與原著作相較，則衍生著作之著作人實無任何貢獻可言；而若捨未變更的部分而僅就變更的部分觀之，亦顯將衍生著作之著作人係對特定著作為變更之事實視而不見<sup>82</sup>，故衍生著作之著作人之貢獻，實在於「對原著作內

---

<sup>82</sup> 衍生著作之保護並未要求「變更之部分本身」即須具有創作性，而僅要求「對特定著作變更後之整體」具有創作性即為已足。故若於判斷創作性時以「對原著作內容或形式為變更後之整體」為判斷客體，惟於判斷權利保護範圍時卻以「變更之部分本身」為保護範圍，則顯係對權利保護範圍之不當擴張。

容或形式為變更後之整體」。

### 參、未經授權而改作或編輯能否取得衍生著作或編輯著作之保護

衍生著作既係基於為改作時仍受我國著作權法保護之原著作而為創作，則若原著作之著作權人未授權改作人改作，該另為創作是否仍受著作權法衍生著作之保護，即有疑義。至編輯著作所選用之資料若為我國著作權法所保護之著作，則編輯人未經授權即予以選擇、編排，其編輯成果是否仍受著作權法編輯著作之保護，亦有疑義。

#### 一、我國實務見解

內政部著作權委員會於 84 年 1 月 27 日以台(84)內著字第 8401635 號函表示：「是以翻譯人未經原著作之著作財產權人之授權而逕予翻譯，不論該原著作是否受我國著作權法之保護，其所翻譯之著作(即衍生著作)如符合上開條文(即著作權法第 6 條)規定者，即屬另一獨立之著作，翻譯人就其所翻譯之著作亦得依著作權法受保護，第三人侵害上述衍生著作之著作權，其權利人自得依著作權法第 6 章『權利侵害之救濟』及第 7 章『罰則』之規定為救濟。」。是依其見解，即使是未得著作權人之授權而為改作之另為創作，仍可受衍生著作之保護，僅生著作權人對改作人主張權利侵害之問題而已。

惟司法實務則容有不同見解：就衍生著作部分，最高法院 87 年度臺上字第 1413 號民事判決即表示：「又著作人專有將其著作改作成衍生著作之權利，為著作權法第 28 條所明定，北美事務協調委員會與美國在台協會著作權保護協定第 11 條亦規定：『受本協定保護之文學或藝術著作之著作人，享有授權改作、改編及其他改變其著作之專有權利。』，故倘未經原著作人或著作財產權人同意，就原著作擅予改作，即係不法侵害原著作人或著作財產權人之改作權，其改作之衍生著作自不能取得著作權。」；高等法院 83 年度上訴字第 5996 號刑事判決亦表示：「然按本件上訴人美商達美迪亞公司等人所主張之著作權，性質上既屬於『衍生著作』，乃是利用已存在之著作予以改作，賦予原創性，所產生之二次著

作，則此項改作行為，自必須以適法為前提，凡未經原著作權人同意之改作，係侵害原著作權人之改作權，其因侵害他人權利所產生之著作，應不受著作權法之保護。」；智慧財產法院 97 年度附民上字第 1 號刑事附帶民事訴訟判決亦表示：「查被上訴人係未經上訴人同意，將上訴人著作之『涼山情歌』之詞曲改作成『涼山情歌對唱組曲』及『涼山情歌合唱曲』，係以改作之方式侵害上訴人之著作財產權，雖原著作改作之創作為衍生著作，以獨立之著作保護之，著作權法第 6 條第 1 項固有明文，惟被上訴人既未經上訴人授權，即擅自以改作之方法，侵害上訴人之著作財產權，則其改作之『涼山情歌對唱組曲』及『涼山情歌合唱曲』即不應受衍生著作之保護...」。就編輯著作部分，高等法院台中分院 89 年度上訴字第 750 號刑事判決即表示：「被告所經營之上開佳聯公司所出版之『疾風快報』雜誌第五十五期、第五十六期中太空戰士八破關完全供略一文，並未經被收編著作之著作財產權人(即思奎爾公司)之同意或授權，亦無依法不須原著作財產權人之同意或授權之情形，故其編輯行為並不合法，非著作權法所保護之編輯著作甚明，被告辯稱該『遊戲攻略』一文具創作性，屬著作權法第 7 條之編輯著作，應受保護云云，尚有誤會。」。

惟高等法院 88 年度上訴字第 4362 號刑事判決則表示：「張成君就系爭 VGA 卡電路板線路圖，縱有未經美國 S3 公司之授權，即參考其公版加以改作成新的電路圖，然依著作權法第 6 條第 1 項之規定，仍屬衍生著作，為一新的著作，自受著作權法之保護。至其未經授權使用部分，有無侵害他人著作權，係另屬一事，與其改作後所享有之著作權無涉。」。

## 二、比較法之見解

美國著作權法則採取不同態度，其第 103 條(a)項<sup>83</sup>但書明文規定：「著作之保護不及於非法使用他人有著作權資料之部分」，故對於編輯或衍生著作而言，

---

<sup>83</sup> 其原文為：「The subject matter of copyright as specified by section 102 includes compilations and derivative works, **but protection for a work employing preexisting material in which copyright subsists does not extend to any part of the work in which such material has been used unlawfully.**」

凡是以非法行為所取得之資料所作成之作品均不受保護，但對於同一作品內未非法使用他人著作之部分仍予保護。又所謂「非法」與「未經授權」並不全然相等，例如未經授權之翻譯若依合理使用原則可認為合法，則使用此等資料之部分亦受到保護<sup>84</sup>。其理論基礎係認為法律不應保護「不乾淨之手(unclean hand)」，或「毒果樹理論(非法行為之成果不應受法律保護)」。

而伯恩公約第 2 條第 3 項規定：「翻譯、改作、音樂之改編及其他文學或藝術著作之改變以獨立著作保護之，但不得有害於原著作之著作權。」<sup>85</sup>，而依 WIPO 在 1978 年出版之「伯恩公約指南」解釋，所謂「不得有害於原著作之著作權」，係指：除非在改作時所使用之著作屬於公共領域，否則任何翻譯、改作、改編或改變著作內容者均須獲原著作權人之同意<sup>86</sup>。惟改作行為本應得著作權人之同意，上開指南就未經授權之改作能否取得衍生著作之保護，實際上並未提供解答。

### 三、本文見解

著作權既係以保護具有原創性之表達為原則，則他人既已就原著作另為創作，則該另為創作之部分即應受著作權法之保護；且衍生著作與原著作各有其權利保護範圍，肯定其受著作權法保護，對原著作之保護實不生影響，因此未經原著作權人授權所為之改作，只要其內容具有原創性，就該具有原創性之部分即應受著作權法之保護<sup>87</sup>。

<sup>84</sup> 羅明通(2005)，**著作權法論 I**，台英商務法律。第 249 頁。

<sup>85</sup> 其原文為：「Translations, adaptations, arrangements of music and other alterations of a literary or artistic work shall be protected as original works **without prejudice to the copyright in the original work.**」

<sup>86</sup> 其原文為：「Of course, the protection that these works enjoy is without prejudice to the copyright in the originals: in other words, in order to translate, adapt, arrange or alter a protected work, the consent of the author is needed. Unless, of course, the work is in the public domain.」, see WIPO, Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, 1978.

<sup>87</sup> 相同見解，章忠信(2009)，**未經授權的改作不能取得衍生著作？**

<http://www.copyrightnote.org/cmnote/bbs.php>；柯雅惠(2003)，**著作創作抄襲侵害之基礎理論與實務檢討**，臺灣大學法律學院法律學系碩士論文。第 24 頁。林純如(2004)，**衍生著作與編輯著作之研究**，臺灣大學法律學院法律學系碩士論文。第 85、86 頁。惟學說上亦有認為改作人或編輯人未得原著作權人同意即予改作或編輯，其成果實無保護之必要，亦即採取與美國法相同之見解，參羅明通(2005)，**著作權法論 I**，台英商務法律。第 251、255 頁。



## 第四節 著作權之本質與種類

### 壹、著作權之本質

於進入「一元論」與「二元論」之討論前，應先說明者為，並非所有之智慧財產權均具有人格權(或人格利益)。就保護「文化創作」與「技術創新」之智慧財產權(即著作權與專利權)而言，由於其同樣是對人類精神創作成果所為之保護，而精神創作係一個人人格之具體表現，因此法律不僅賦予創作者財產上之權利，使其得以取得實質上之經濟利益，亦對於其人格上之表現予以肯定並加以保護，而賦予其一定之人格權。智慧財產權中之人格權既係基於人類之精神創作而對創作人所賦予之權利，是以必須有精神上之創作始得享有智慧財產權之人格權，且其人格權係建立在創作人對其著作或發明之人格關連性上，此與一般人格權係任何人皆可享有之權利並不相同<sup>88</sup>。

#### 一、二元論

此說認為著作權含有著作人格權與著作財產權，二者係對立、並存的權利。故著作權係包含性質不相容之著作人格權與著作財產權之一種「雙重權利」。著作權法第3條第1項第3款將著作權定義為：指因著作完成所生之著作人格權及著作財產權，復於第3章分別規範著作人格權及著作財產權，關於移轉、繼承及消滅亦各異其效果<sup>89</sup>，即是採此說之結果。

上述見解被法國學者稱為「純粹二元論」，惟法國1957年著作權法改採「修正之二元論」，認為於著作創作完成時並非即發生一切屬於著作人之權能，在著作人將著作公開發表前，其經濟利用權尚不發生，此時著作權尚處於著作人之人格領域中而不具備經濟上之財貨特性，不能為法律上交易之標的。經濟利用權之

<sup>88</sup> 謝銘洋(2002)，**智慧財產權：第三講 智慧財產權之性質與特徵**，月旦法學教室第2期。第139頁。

<sup>89</sup> 參著作權法第18條、第21條及第36條。

發生繫於著作人公開發表權之行使，在公開發表後，著作方得成為法律上交易之標的，在此之前，著作財產權係潛在的<sup>90</sup>。

「修正之二元論」以著作人格權之公開發表權之行使作為著作財產權發生之條件，亦受批評，蓋著作一經創作其經濟利用價值即有受他人侵害之可能，「修正之二元論」將使著作之經濟利益產生保護之空窗期。而不論為「純粹二元論」或「修正之二元論」，其等將財產權與人格權截然劃分，而忽視作者在財產利益與人格利益之緊密牽連性，均受到批評。

## 二、一元論

此說認為，著作權雖含有著作人格權與著作財產權之權能，但此兩種權能有密切關連之關係，不能分割，故著作權非純粹之人格權，亦非純粹之財產權，乃是兩者之混合，故著作權為「單一權利」而有財產上之權能及人格上之權能，兩者並存，甚至有時是糾纏在一起，難以區隔<sup>91</sup>。

將著作權視為單一權利，則人格權益與用益權益應隨同發生、消滅與繼承。又著作人雖得處分用益權益，惟作為人格權益及用益權益之母權仍保留於著作人本人，著作人所處分者乃派生而來的子權，子權消滅時，著作權又回復到圓滿狀態。由於著作人保有母權，著作權之單一性仍得以維持<sup>92</sup>。此說於德國 1965 年全面修正著作權法時所採。

## 三、法律效果之差異

### (一)在著作權「讓與」之情形：

<sup>90</sup> 羅明通(2005)，**著作權法論 I**，台英商務法律。第 102、103 頁。

<sup>91</sup> 同前註。第 103 頁。謝銘洋(2002)，**智慧財產權：第二講 智慧財產權之沿革與相關理論**，月旦法學教室創刊號。第 125 頁。

<sup>92</sup> 蔡明誠(1989)，**評民國七十九年著作權法修正草案**，政大法學評論第 40 期。第 205 頁。

「二元論」者認為著作人格權不得讓與，著作財產權則可全部或一部為終局之讓與。「一元論」者則基於著作人格權與著作財產權之不可分割性，否認著作權之讓與性，惟允許著作人將其著作用益權益(專屬或非專屬的)「授與」他人，學理上將此視為對著作權之單純負擔<sup>93</sup>。二說差別之實益在於<sup>94</sup>：

### 1.著作財產權(用益權益)之受讓人拋棄權利，或受讓人死亡而無繼承人時：

依「一元論」，著作用益權益回歸著作人，著作權因而回復圓滿之狀態；依「二元論」，著作財產權移轉後即與著作人分離，受讓人拋棄權利或其死亡而無繼承人時即因此歸屬於公共所有。

### 2.著作財產權(用益權益)受侵害時：

依「一元論」，著作人仍得基於其所保有之母權，以自己的名義主張著作權；依「二元論」，著作財產權讓與他人後，著作人即不能再以自己名義主張該著作財產權。

### 3.著作財產權(用益權益)再讓與時：

依「一元論」，著作人所處分者乃著作權派生的用益權益，其母權仍為著作人所有，因此著作權人對於用益權益之再讓與即得課以限制；依「二元論」，著作財產權既已讓與，則受讓人自可任意處分。

## (二)在著作權「繼承」之情形：

「二元論」者認為著作人格權不得為繼承，但著作財產權則得為繼承。「一元論」者則認為繼承人可概括繼承著作人之一切權利。二說差別之實益在於<sup>95</sup>：

<sup>93</sup> 似可理解為著作權人須忍受他人得用益其著作，而為一債權或同意的性質。

<sup>94</sup> 黃章典(1995)，**音樂著作之研究**，政治大學法律研究所碩士論文。第 36、37 頁。

<sup>95</sup> 林純如(2004)，**衍生著作與編輯著作之研究**，臺灣大學法律學院法律學系碩士論文。第 91、

### 1. 著作人格權受侵害時：

依「一元論」，繼承人所取得之權利原則上與著作人之權利相同。依「二元論」，著作權法即規定，**著作人格權不得繼承(第 21 條)**，但**永久受到保護(第 18 條)**，即任何人均可告發；惟因著作人一定親屬間多與著作人有親密關係，著作人死後之名譽、聲望若受到侵害，可造成此等人精神上之痛苦，且因與著作人關係較密切之故，對著作人生前意思知之較詳，對於他人是否違反著作人之意思，侵害著作人格權較能判斷，故賦予第 86 條所定之著作人親屬請求救濟之權利<sup>96</sup>，亦即得請求排除侵害、防止侵害、表示著作人之姓名或名稱、更正內容或為其他回復名譽等之適當處分(第 84 條至第 86 條)。惟依第 86 條條文之反面解釋，特定親屬之權利並不及於請求損害賠償。

### 2. 著作權(權能)之處分：

依「一元論」，著作人生前就著作各個權能所為之處分，對繼承人均有拘束力，然無論著作人生前為如何之處分，著作權之母權仍保留為著作人所有，當著作人死亡時，該母權即由繼承人所繼承。依採「二元論」之我國，著作人死亡後繼承人僅得繼承著作財產權，如著作人生前將其著作人格權信託移轉於著作權仲介團體，於著作人死亡後該著作人格權自仍由受託團體行使，著作人之親屬僅得依前述著作權法第 86 條之規定行使特別救濟之權利。

### (三)在著作權「消滅」之情形：

採「一元論」之德國著作權法第 64 條第 1 項規定：「著作權在著作人死亡後 70 年而消滅。」，故不僅用益權益，人格權益亦會因存續期限屆滿而消滅。蓋「一元論」認為，著作人死亡後，**繼承著作權之人未必能真正按著作人之意思行使其**

92 頁。

<sup>96</sup> 立法院議案關係文書，院總字第 553 號，政府提案第 2506 號，著作權法修正說明第 27 頁。羅明通(1997)，**著作權法令彙編**，台英商務法律。第 134 頁。

權限，甚至有為取得較多收入而同意竄改，或有濫用權利而阻礙著作物自由利用之情形，此種權利之不正當行使，有隨與著作人身分關係疏遠而增大之傾向；且著作人死亡後數十年，多數著作之生命力逐漸消失而漸為世人遺忘，對著作人之<sup>97</sup>人格利益之保護，應無必要以之為永久之課題；況著作權除保護著作人、鼓勵創作之功能外，尚有公眾文化利益與國家文化政策面之考量，對於人格權益似無永久保護之必要<sup>97</sup>。

而在採「二元論」之我國，著作權之消滅因著作人格權或著作財產權而有異：著作財產權因存續期間屆滿而消滅(第 30、33 條)；而著作人死亡或消滅者，關於其著作人格權之保護，視同生存或存續，任何人不得侵害(第 18 條)；如有發生侵害之情事，第 86 條所定之親屬得行使消極的防禦權能。「二元論」者認為著作人格權雖因著作人死亡或解散而消滅，但著作人格權之保護並不因此消滅<sup>98</sup>。

## 貳、著作權之種類

著作人於著作完成時享有著作權(著作權法第 10 條)。著作權人可享有的權利，著作權法將其區分為兩部分：著作人格權、著作財產權，亦即採取「二元論」之立法。

### 一、著作人格權：

著作權法所賦予的著作人格權有三，即：公開發表權、姓名表示權，以及禁止不當改變權。

#### (一)公開發表權：

---

<sup>97</sup> 林純如(2004)，*衍生著作與編輯著作之研究*，臺灣大學法律學院法律學系碩士論文。第 93 頁。

<sup>98</sup> 關於死亡者人格權的保護，其理論基礎之詳細說明，參王澤鑑(2009)，*侵權行為法*，第 182~186 頁。

指以發行、播送、上映、口述、演出、展示或其他方法向公眾公開提示著作內容(著作權法第3條第1項第15款)。依著作權法第15條規定，著作人就其著作享有公開發表之權利。

### (二)姓名表示權：

指著作人於著作之原件或其重製物上或於著作公開發表時，有表示其本名、別名或不具名之權利。著作人就其著作所生之衍生著作，亦有相同之權利(著作權法第16條第1項)。

### (三)禁止不當改變權：

指著作人享有禁止他人以歪曲、割裂、竄改或其他方法改變其著作之內容、形式或名目致損害其名譽之權利(著作權法第17條)。

## 二、著作財產權：

著作權法第22條以下所賦予的著作財產權共有11種，可分為三大類<sup>99</sup>：

(一)有形利用的權利(有形的利用權)：含重製權、公開展示權、出租權、散布權。

(二)無形傳達的權利(無形的公開再現權)：含公開口述權、公開播送權、公開上映權、公開演出權、公開傳輸權。

(三)改作、編輯的權利

---

<sup>99</sup> 謝銘洋(2003)，智慧財產權：第八講 智慧財產權之效力與權利內容(二)，月旦法學教室第13期。第87頁。

然並非所有的著作都可以享有上述全部的權利：「公開口述權」僅語文著作有之(著作權法第 23 條)；「公開上映權」僅視聽著作有之(著作權法第 25 條)；「公開演出權」僅語文、音樂、戲劇、舞蹈著作有之(著作權法第 26 條)；而「公開展示權」僅未發行之美術著作或攝影著作有之(著作權法第 27 條)。至重製權、公開播送權、公開傳輸權、改作權、編輯權、出租權及散布權，原則上全部著作皆可享有。

惟應注意者為，表演著作與錄音著作所享有之保護，與其他著作略有不同<sup>100</sup>。依著作權法之規定，表演著作權人所享有之權利有：

- 1.以錄音、錄影或攝影重製其表演之權利(著作權法第 22 條第 2 項)。
- 2.公開播送權，但經重製或公開播送後之再公開播送者，不屬之(著作權法第 24 條第 2 項)。
- 3.以擴音器或其他器材公開演出其表演之權利。但將表演重製後或公開播送後再以擴音器或其他器材公開演出，不屬之(著作權法第 26 條第 2 項)。
- 4.就重製於錄音著作之表演，享有以移轉所有權之方式散布、出租以及公開傳輸之權利(著作權法第 28 條之 1 第 2 項、第 29 條第 2 項、第 26 條之 1 第 2 項)。
- 5.改作權、編輯權，表演人均不享有之(著作權法第 28 條但書)。

至錄音著作權人所享有之權利原則上與一般著作權人相同，但就公開演出、錄音著作權人僅享有支付報酬請求權(著作權法第 26 條第 3 項)。

---

<sup>100</sup> 其理由在於，嚴格來說，將既有之著作加以表演或錄音並非創作，並不符合著作權保護要件中「創作性」之要求，然由於表演人或錄音物製作人對於促進文化的散播與發展有貢獻，完全不予保護亦不合理，因而許多國家在著作權之外另設「鄰接權」制度加以保護，使其仍可享有權利保護，但保護之程度低於著作權人。

## 第三章 創作保護之界線：思想與表達區分原則

### 第一節 思想與表達區分原則

#### 壹、起源與意義

思想與表達之區分源自於美國著作權法，1789 年美國聯邦最高法院在 Baker v. Selden 案中，即基於思想與表達區分之法理駁回原告之訴，此原則不斷為後續判決所引用，並為 1976 年美國著作權法所明定。該案原告 Seldon 係撰寫有關會計之書籍，該書描寫一種新穎之會計系統，書中並附有空白表格，該表格均已劃好線並有標題，兩造之爭執點在於該空白表格是否受著作權之保護。就此，法院判決表示：「如未使用書中例示插圖之方法或圖形即無以教授該會計技巧時，則該方法或圖形應認為係必要附隨於該技巧，而均屬於公共財產」，基於上述理由，法院因而認為該表格係「必要附隨」(necessary incidents)於原告所發展之記帳法，因此不受著作權之保護。

Baker v. Selden 案首度將著作區分思想及表達，並認為前者屬於公共財產，後者則為著作權保護之範圍，至於二者之區分標準，則須參照系爭著作所欲達成之目標，換言之，實用性著作所欲達成之目的或功能為著作之思想，為達成該目的或功能所不必然需要之方法則為思想之表達。

著作權法第 10 條之 1 規定：「依本法取得之著作權，其保護僅及於該著作之表達，而不及於其所表達之思想、程序、製程、系統、操作方法、概念、原理、發現。」。其中所稱之「思想」，英文為「idea」<sup>101</sup>。雖然著作權法保護表達而不及於所表達之思想乃基本法理，但思想與表達如何區分卻是長久以來的難題。

---

<sup>101</sup> 學說上有認為，雖有將「idea」譯為「思想」或「觀念」者，惟「觀念」之英譯應為「concept」，至「思想」似係指有系統之學問而言，故應將「idea」譯為「構想」為妥，參羅明通(2005)，著作權法論 II，台英商務法律。第 397 頁。



就何謂著作所表達之「思想」，著作權法並無明文定義<sup>102</sup>，一般認為「思想」應作廣義解釋，舉凡著作人在著作中所提出之構想、觀念(concept)、原理(principle)、發現(discovery)、程序(procedure)、過程(process)、方法、計畫、作法(method of operation)、想法(idea)、系統(system)，乃至於著作所使用之素材、事實、主題，以及著作人之表現技巧、風格等，均為廣義的思想所包括。而就何謂著作權所保護之「表達」，在著作權法中亦無明文規定，有認為著作權所保護者，乃作品之「表現形式」，而所謂表現形式，即作品內思想(idea)與事實(fact)所用之言語(language)、發展(development)、處理(treatment)、安排(arrangement)及其順序(sequence)；思想與事實本身，非著作權保護之對象<sup>103</sup>。

## 貳、區分標準

如前所述，思想與表達區分之理論發展已有百年以上，而發展出各種區分方法，分述如下：

### 一、減除測試法(Subtractive Test)

此法為美國法上測試思想與表達區分之傳統方法。依此方法，法官必須先解構(dissect)原告之著作，濾除不受保護之部分，然後將剩餘受保護之部分與被告之著作相比較。在 1978 年之 Alexander v. Haley 案中，法院即採用此測試法，認定兩造之著作間，雖然主題(theme)及布局(setting)相同，但使用之語言及表達不同，而主題及布局僅是作品之骨架(skeleton)而非血肉，故不受著作權保護。

本文以為，此測試法雖在決定「如何比較」兩作品時有其用處(亦即先解構原告之著作)，但對於如何區分何者屬應予排除之思想及何者屬應受保護之表達

---

<sup>102</sup> 83 年 10 月內政部之著作權法修正草案討論第 2 稿時，因對於「構想」與「觀念」等定義困難，故放棄立法擬改由法院判決解決，惟在立法院審查時，予以恢復增列，並將構想改稱為「思想」。

<sup>103</sup> 蕭雄淋(2005)，**著作權法論**，五南。第 100、101 頁。惟上開說法仍未能清楚區分思想與表達，僅是使用不同之名詞加以代換而已。本文以為，欲區分思想與表達，似應由著作權法不保護思想之理由著手，方能釐清思想與表達之意義，詳下述。

一節，並未能提出標準。

## 二、抽象測試法(Abstractions Test)

此法為美國法官 Hand 所創，乃美國法上區分著作物內容為思想或表達最重要之檢測方法。

依 Hand 之見解，任何作品(特別是戲劇)，均包含大大小小之事件(incidents)，如將事件逐件抽離(abstraction)，則隨著抽離事件之增加，會產生越來越具有「普遍性」(generality)之模式(pattern)，抽離至最後，可能只剩下非常普通一般性之描述(例如戲劇之主題或名稱)。故在此一連串之抽離過程中，必然存在某界線，超越此界線後，該「普遍性」之模式乃屬公共財產(public domain)，而為著作權法所不保護，是「普遍性」即為區分思想與表達之標準。

Hand 並指出，在決定作品是否侵害他人之著作權時，首先應分別將兩作品之事件逐步抽離，如事件抽離後兩作品之相同部分為具有「普遍性」之模式，則不生著作權侵害之問題；比較時必須找出兩作品最細微之相同模式(the most detailed patterns common to both)，亦即所篩選用以比較之模式應達到合理之細微層次(to a reasonably detailed level of pattern)，故應盡可能深入作品細節<sup>104</sup>。如相同之模式有相當之數量或有相當之意義(significance)，惟該相同之模式具有「普遍性」，則僅係思想之模仿，不構成著作權之侵害<sup>105</sup>；反之，如相同之模式有相當之數量或有相當之意義，且不具有「普遍性」，則屬表達之抄襲<sup>106</sup>。

<sup>104</sup> Hand 在 Sheldon 案指出，一名已訂婚之女子為維護未來之婚姻，而下毒毒殺以前之情人，此模式乃是具有普遍性之思想。但是，如果一名阿根廷之舊愛向一名已訂婚女英雄(heroine)唱南美洲牛仔情歌求歡，該女子因恐危急籌備中之婚禮，遂以毒藥 strychnine 毒死該男子，並阻止該男子在死前打電話求救，則此模式並不具有普遍性。足見在判斷侵害與否時，「細節之深度(the depth of detail)」極為重要。

<sup>105</sup> 在 Nichols 案中，原告為戲劇「Abie 's Irish Rose」之作者，被告則為電影劇本「The Cohens and the Kellys」之作者。Hand 根據此測試法，分別陳述兩作品之細微特徵，列出最細微之相同模式為：「秘密婚姻、男女雙方分別為愛爾蘭與猶太家庭背景、種族偏見造成父母反對」。此相同模式據 Hand 在判決中指出，先前早已有數部作品使用相同情節布局，因此認定此種結構或主題太過於普遍(too generalized)，乃為原告思想之一部分，屬於公共財產。

<sup>106</sup> 在 Sheldon 案中，原告之戲劇與被告之電影均為有關一名年輕女子毒死前任男友之故事，行兇之動機則為因該前任男友已對女子籌畫中之婚禮產生威脅。Hand 分別列舉被告電影情節及原

抽象測試法亦改變傳統著作權法上「可著作權性」(copyrightability)之範圍，蓋 Hand 使用此測試法時，明白顯示構成著作權侵害之抄襲並不限於文字成分(literal elements)，而及於非文字成分。而依 Hand 之見解，**戲劇之布局(the setting of action)**、**角色之背景(the background of characters)**、**事件之次序(the sequence of events)**、**劇本之細節(the details of the plot)**、**角色之特質(the nature of character)**、**動機(motivations)**均被列為比較判斷之參考，此深深影響嗣後美國著作權法制之發展。

本文以為，抽象測試法對於「普遍性」並未能提出清楚之定義。學者 Nimmer 即表示：「此法並未告訴吾人何種程度之抽象可使表達跨越至思想」。

### 三、模式測試法(Pattern Test)

此法之原始概念為法學教授 Zechariah Chafee 於 1945 年所提出，其主張：「在創作者之構想與寫下其構想時所用之形式(form)間確存有一界線。本人認為著作權法係保護『作品之模式(pattern of work)』。例如，在劇本中一個愛爾蘭人與猶太人間婚姻之構想能被借用，且基於此項主題，一些角色及情節無可避免的相同，此並不構成著作權之侵害；但如果劇本之模式(即事件之順序及角色互動之發展)幕幕相同，則縱然對白不同，亦構成著作權之侵害。」。

Chafee 主張著作權法所保護者為作品之模式(pattern)，其對思想與表達應予區分之見解雖與 Hand 相同，但兩人對模式之定義則有所不同：Chafee 將作品之模式均歸類為表達之範圍；Hand 則認為不具有「普遍性」之模式方為表達之範圍。

---

告劇本中共有之「威脅場景(threat scene)」及「死亡場景(death scene)」，並指出女主角被前任男友威脅之過程及女主角如何下毒並阻止該男子求救之細節在原告及被告之作品幾乎完全相同，而原告作品中所描述威脅之場景為史實及他人小說所未見，此種細節安排之次序(the sequence of details)已非思想之範圍，而為戲劇之表達方法。

Chafee 雖提出模式應受保護，但對於如何區分模式與非模式亦未有所說明。Nimmer 乃援用 Chafee 之理論並加以修改，表示：「Hand 認為在不同抽象程度，有相當數量之抽象模式可適用於任何戲劇作品，因之不在著作權保護之範圍。Chafee 則稱：作品中刪除對話、細微事件或布局後之實際模式(operative pattern) 雖具備某些程度之抽象性，但該模式具體(sufficiently concrete)之程度，已足以包含事件次序(the sequence of events)及主要角色之互動，故應受著作權之保護。此兩種理論應予結合以判斷兩造作品是否實質相似。」，故依 Nimmer 之理論，模式測試法之模式可分為「抽象性模式」及「實際模式」，前者為著作權法所不保護，後者則受著作權法之保護。

Nimmer 舉莎士比亞之劇本「羅蜜歐與茱莉葉」、「阿比的愛爾蘭玫瑰(Abies Irish Rose)」及電影「西城故事(West Side Story)」為例，並認為「兩個敵對家族成員間之羅曼史」為「普遍性」之模式，蓋無數之故事均以之為基礎，「阿比的愛爾蘭玫瑰」即為其例，但該劇之模仿僅止於此，故不構成著作間之實質相似。而「西城故事」描述在現代紐約中兩個互鬥中之少年幫派成員間之愛情故事，其對白全新、很多角色特質及故事發展與情節均與莎劇不同，乍看似與「阿比的愛爾蘭玫瑰」之情形相同，亦未與莎劇實質相似。但依 Nimmer 以模式測試法分析，「西城故事」與莎劇不僅上述之「普遍性」模式相同，尚有 13 點相同之處<sup>107</sup>，且雖然該等相同之處有相當程度之抽象性，但已足夠具體描述兩作品中「重要之事件次序(the essential sequence of events)」及「角色之互動(character interplay)」，是均屬著作權法中受保護之表達，故如莎劇仍有著作權，西城故事之作者已侵害著作權。

本文以為，模式測試法雖嘗試對「普遍性」提出進一步的定義，但其並未說

---

<sup>107</sup> 此 13 點相同之處為：1. 男孩與女孩為互有敵意團體之成員；2. 兩人在舞會認識；3. 兩人夜裡在陽台墜入情網；4. 女孩已與另一名男子訂婚；5. 兩人互相立下婚約之誓言；6. 當兩個敵對團體相遇時，女孩之堂兄弟殺死男孩之摯友；7. 男孩之摯友所以死亡，係因男孩為避免暴力衝突，阻攔其摯友之手，以至於其摯友被刺死亡；8. 男孩為其摯友報仇，殺死女孩之堂兄弟；9. 其結果，男孩逃亡藏匿；10. 當男孩逃亡途中，女孩曾託人送訊息給男孩，告訴男孩她將與男孩在某處會面之計畫；11. 但男孩一直未接獲此訊息；12. 嗣後男孩聽說女孩已死亡；13. 男孩很悲傷，因此自殺。

著作重製權侵害之理論與實務 第三章 創作保護之界線：思想與表達區分原則  
明何以「足以包含事件次序及主要角色之互動」之模式方(即)屬應受著作權法所保護之表達。

#### 四、整體觀念及感覺測試法(Total Concept and Feel)

此法認為著作自整體觀察所得之觀感，或著作所予人之意境(mood)，亦是屬於「表達」之範圍。蓋抽象測試法所使用之解構法對於文學等適合解構之著作固屬妥適，但對於側重美感或視覺之著作(例如美術、圖形或視聽著作)等，單純使用解構法並不完全公平，此時即有兼用此測試法之必要。

1970年 Roth Greeting Cards v. United Card Co. 首先採用此法作為判斷圖形著作侵害之標準，法院認為：被告所製作之卡片已捕捉原告卡片之「整體觀念及感覺(total concept and feel)」，兩造著作間有顯著的相似。此法於1976年 Reyher v. Children's Television Workshop 案關於青少年讀物之著作權爭議，以及在1981年 Atari, Inc. v. Amusement world Inc. 案關於電腦遊戲軟體螢幕畫面之視聽著作中再次被使用。此法特別適合於圖形、著作或多媒體著作，因該類著作很難以抽象測試法之解構法予以分解比對。

惟學者 Howard B. Abrams 指出此「整體觀念及感覺」一詞並不能自動區分思想及表達；Nimmer 亦指出使用「觀念」(concept)一詞實有不妥，因觀念本為著作權法所不保護之範圍，而「感覺(feeling)」一詞並不精確，法官可能因此放棄分析之任務<sup>108</sup>。

本文以為，「著作自整體觀察所得之觀感，或著作所予人之意境」，縱為人類感官所能感知的對象，惟並不當然即屬於表達之範疇。質言之，此法之貢獻在於明白承認「著作自整體觀察所得之觀感，或著作所予人之意境」之可著作權性，惟就此種標的何時構成表達、何時構成思想，則未見其提出說明。

---

<sup>108</sup> 羅明通(2005)，著作權法論Ⅱ，台英商務法律。第416頁。而因「concept」非著作權法保護之標的，故稱「concept and feel」有本質上之矛盾，故晚近之判決多已改稱為「外觀及感覺測試法」(Look and Feel Test)。

## 第二節 思想與表達之合併

著作權法反應公共政策之利益衝突：一方面必須提供足夠之動機以鼓勵創作，故需保護著作人之精神所有權，一方面則為了文化、科學、藝術之進步，故必須排除思想使不受著作權法之保護，以使公眾得自由利用該表達所傳達之資訊，故兩者間如何維持適當之均衡乃為問題所在。從而，倘思想與表達緊密不可分時，此時如仍保護表達，將等於使表達之擁有者壟斷該思想，與著作權法之立法目的不合。欲防止如此之結果，著作權法乃又發展出「思想與表達合併原則」及「必要場景原則」，使在一定要件下，表達與思想合併而不予保護。換言之，此時只有兩種選擇：對表達予以保護而聽任思想被著作人獨占，或是讓思想繼續供社會自由利用而使表達喪失法律之保護，法律在面臨此兩難局面時，乃必須基於公共利益之考量而選擇後者<sup>109</sup>。

### 壹、思想與表達合併原則

所謂「思想與表達合併原則(The merger doctrine of idea and expression)」，係指當思想與表達不可分辨(indistinguishable)、不可分離(inseparable)或表達特定之思想之方法僅有一種(only means)或極其有限(limited number of ways)時，則表達與思想合併，此時使用該思想將不可避免侵害表達，但並不構成著作權之侵害<sup>110</sup>。

美國第九巡迴上訴法院於 1971 年在 Herbert Rosenthal Jewelry Corp. v. Kalpakian 一案中，審理有關鑲上蜜蜂形狀之珠寶別針之著作權爭議時，其判決表示：「在珠寶上鑲以蜜蜂之珠寶形狀僅能有一種特別之表達方式(jewelry pin in

<sup>109</sup> 同前註。第 437 頁。

<sup>110</sup> 若結合前述之抽象測試法，則思想與表達合併原則即係指：縱使系爭模式不具有「普遍性」而屬表達，惟若無法以「與系爭模式不具有實質相似之其他模式」傳達與系爭模式相同之意思，則表達與思想合併。至於之所以須有「思想與表達合併原則」，本文以為，實係在思想與表達之區分時採取以「普遍性」作為區分標準之必要補充，其作用則在於避免「第一作者之表達」在「普遍性」標準下即當然受到著作權法之保護，詳下述本文見解。

the form of a jewel encrusted bee held only capable of a particular form of“expression”)，故在此種思想與表達不可分辨(indistinguishable)或不可分離(inseparable)之情況，抄襲他人之表達不為法所禁，因為在此情況下，法律如果保護該表達將等於對思想授予無條件及無限制之獨占保護，而此已超越會立法意圖之範圍。」<sup>111</sup>。

在 1983 年之 Apple Computer, Inc v. Franklin Computer Corporation 一案中，被告 Franklin 公司不否認抄襲原告 Apple 公司之 14 種電腦作業系統程式，但抗辯為了使針對原告公司電腦所開發之軟體能百分之百在該公司所生產之電腦上使用，使用與原告公司所寫之 Autostart Rom 完全一樣之程式乃是必須的。Sloviter 法官於判決中稱：假若在原告公司之作業系統程式之外，能創造其他程式以執行與原告公司之作業系統程式相同之功能，則此原告公司之作業系統程式為思想之表達而為著作權法所保護。因此本案之重點在於判斷是否在本案之情形，思想與表達已經合併。而法院調查結果，並未發現任何證據證明原告公司之作業系統程式為達成原告公司思想之唯一方法，故原告公司之作業系統程式具有受著作權法保護之適格<sup>112</sup>。

1984 年在 Landsberg v. Scrabble Crossword Game Players, Inc. 一案中，法官從可選擇方法之多寡判斷著作權保護之範圍，其判決表示：「兩種作品是否有實質相似，依其作品之性質而定，如依作品之性質，對思想之表達方法極其有限(narrow range of expression of the ideas)，則縱然其表達已是逐句複製或兩作品有非常接近之意義，亦不能謂為侵害著作權。例如在科幻作品(fictional works)之情形，在劇情結構、事件發生之次序及劇中之角色存有無限可能之變化(infinite variations)，故逐句抄襲或使用意義極為接近之詞句固然構成侵害，在結構、次序或角色之相似亦構成抄襲。反之，在寫實性作品(factual works)，處理之方法

---

<sup>111</sup> 該判決最末段即指出：「When the idea and its expression are thus inseparable, copying the expression will not be barred, since protecting the expression in such circumstances would confer a monopoly of the idea upon the copyright owner free of the conditions and limitations imposed by the patent law.」。

<sup>112</sup> 羅明通(2009)，思想與表達之區別、合併及電腦程式侵權判斷之步驟，科技法學評論第 6 卷第 2 期。第 31 頁

極其有限，縱已逐句抄襲，但第一作者之表達方法既係必然附隨於該構想之普通場景(stock scene)，故不構成著作權之侵害。」。

## 貳、必要場景原則

所謂「必要場景原則(Scenes a faire)<sup>113</sup>」，係指在處理某一戲劇、小說主題(思想)時，實際上不可避免的必須採用某些事件、角色、布局或布景，則雖然該事件、角色、布局或布景與他人雷同，但因為係處理該特定主題不可或缺或至少是標準之處理方式，故該等事件、角色、布局或布景即不受著作權保護。美國法官在 Schwartz 案即稱全部之戲劇著作可以濃縮成 36 種情況，並舉例而言，如有人想撰寫劇本描述紐約 South Bronx 區警察之生活，他將很自然的描繪到「醉鬼、妓女、歹徒、廢棄車輛」與具有愛爾蘭血統且善於飲酒之警察追逐犯罪者之情景。

在 1984 年 Landsberg v. Scrabble Crossword Game Players, Inc. 一案中，法官亦稱：「假若表達是源自普通不受保護之思想，而其表達方法又係必然附隨於思想之普通必要場景，則第二作者縱係逐句複製第一作者之表達，第二作者亦不侵害著作權，否則無異賦予第一作者隱藏在必要場景之後之具有普遍性思想之獨占權。」。

例如在 Whitehead v. Paramount Pictures Corp., 一案中，針對原告 David Whitehead 控告 Paramount Pictures Corp. 抄襲其書中關於 C.I.A 角色及逃脫情節。該案法官指出被告電影中情節與原告書中相似之處，均為不受著作權保護之必要場景，例如在原告與被告的作品中都有「稍帶偏執之情報局探員」及「著紅裙之金髮美女」，而情報局探員及金髮美女在類似的電影中均時常可見。另被告電影 Mission Impossible 中逃脫的情節(escape scene)在動作片中十分常見，原告就這些角色及情節並不能取得排他的獨占權利。又在 Black v. Gosdin 一案中，關於被告是否抄襲原告音樂歌曲中的歌詞，原告認為被告的歌詞盜用了原告歌詞中「被拋

---

<sup>113</sup> Scenes a Faire 為法文，Scene 指戲劇中之布景、環境，至於 a Faire 則指「action to be done」，亦有譯為「scene which must be done」。



棄的戀人」的創作要素，法官則認為在兩造的作品主題中，相同的故事情節十分常見，故有「必要場景原則」的適用<sup>114</sup>。

而「思想與表達合併原則」及「必要場景原則」，乍看似為兩種不同之原則，然究其實質，兩者均重在思想之表達方法之有限性，亦即當思想之表達方法只有某些特定之場景，或只有唯一或極其有限之表達方法時，則著作權法不應保護該表達方法，否則即等於保護思想使之有獨占之效果。

### 第三節 我國司法實務及本文見解

#### 壹、思想與表達之區分

司法實務上多以思想並無獨占性為由，表示著作權之保護僅及於表達而不及於思想，惟就二者之區分標準則似仍未見有提出說明者。最高法院 90 年度臺上字第 6179 號刑事判決即表示：「著作權法所保護者，僅該著作之表達，而不及於其所表達之思想或概念，蓋思想或概念並無獨占性及排他性，此觀同法第 10 條之 1 之規定自明。」；智慧財產法院 98 年度民著上易字第 12 號民事判決亦表示：「按著作權法第 10 條之 1 規定：依本法取得之著作權，其保護僅及於該著作之表達，而不及於其所表達之思想、程序、製程、系統、操作方法、概念、原理、發現。是以著作權之保護標的僅及於表達，而不及於思想，此即思想與表達二分法。」。

司法實務雖未就思想與表達之區分提出標準，然是否即應以抽象測試法所提出之「普遍性」為標準？本文雖贊同抽象測試法以解構之方式將著作分為抽象程度不等之模式，亦贊同於此一連串之抽離過程中必然存在某界線，超越此界線後之模式，即屬不受保護之思想<sup>115</sup>，惟該界線(標準)是否即在於「普遍性」？本文

<sup>114</sup> 轉引自柯雅惠(2003)，著作創作抄襲侵害之基礎理論與實務檢討，臺灣大學法律學院法律學系碩士論文。第 70~72 頁。

<sup>115</sup> 蓋所有的創作均係發端於思想，再對思想為加工(即添加事件)後之結果，而著作權法所保護者，即係「有創意的加工結果」。依此，則解構之方式實際上即係在還原創作之過程，而為區分

以為，抽象測試法並未能就「普遍性」提出清楚之定義，而觀察判決及學說於認定是否具有「普遍性」時，則係以「先前早已有數部作品使用相同情節布局」、「原告作品中所描述威脅之場景為史實及他人小說所未見」、「無數之故事均以之為基礎」為由，惟此等敘述似與著作權保護要件中「創作性」之判斷似無不同，則是否應以「普遍性」作為思想與表達之區分標準，實有疑義。

我國學說上有見解似認為，思想與表達之區分標準在於是否為「人類感官所能感知」<sup>116</sup>。依此見解，則抽象測試法所解構出之層層模式，不論抽象或具體，因其均為人類感官所能感知，故應均屬「表達」之範圍。

惟本文以為，思想與表達之區分標準既不在於是否具有「普遍性」，亦不在於是否為「人類感官所能感知」。蓋「普遍性」與「創作性」實難認有何不同之處，而著作權法不保護思想之鐵則，不應因思想是否具有「創作性」而有異；而著作權法不保護思想既有其獨立之理論依據(即思想並無獨占性)，故亦無由以是否為「人類感官所能感知」為區分標準。

依本文淺見，著作權法不保護思想(或稱「某種模式」)之理由既在於避免思想遭到壟斷，則就系爭模式究為受保護之表達或不受保護之思想，其檢測方法即應為保護系爭模式是否將導致思想遭到壟斷之結果，依此，則若尚能以「與系爭模式不具有實質相似之其他模式」傳達與系爭模式相同之意思，此時系爭模式即屬受保護之表達，質言之，思想與表達之區分標準，即為前述思想與表達合併原則之適用要件。前述學說見解雖係以「普遍性」作為思想與表達之區分標準，惟再搭配思想與表達合併原則，即可得出其所稱「思想」實際上包含「普遍性」或「有限性」之模式，惟依本文所見，其中「普遍性」與「創作性」實無從區分，而著作權法不保護思想之鐵則，不應因思想是否具有「創作性」而有異，否則將

---

思想與表達時所不可或缺。

<sup>116</sup> 章忠信(2001)，觀念與表達之區別，<http://www.copyrightnote.org/cmnote/bbs.php>。氏表示：「『觀念』是一種想法或概念，是抽象存在的，『表達』則是對於特定『觀念』的對外展現，是具體而可以感知的。舉例而言，以一定比率的某種元素加上一定比率的另外一種元素，經過特定的處理程序，可以形成一定的結果，有助於某種疾病之治療，這是一種『觀念』，經過研究或思考而發現，如果沒有透過語文或圖解對外展現，祇是抽象地存在，無法受著作權法保護。」。

使第一作者之表達當然取得著作權之保護(蓋既為「第一」作者，其表達自不會具有普遍性)，學說亦意識於此，故另發展出思想與表達合併原則予以補充，使在表達方法有限之場合，表達與思想合併而不受保護，惟若依本文所見，實無須以此種迂迴之方式達到避免思想遭到壟斷之目的。

## 貳、思想與表達之合併

至就「思想與表達之合併原則」之適用，我國司法實務上亦採肯定見解，且係以表達方法之有限性為操作標準。最高法院 100 年度臺上字第 283 號民事裁定即表示：「著作權法第 10 條之 1 規定：依本法取得之著作權，其保護僅及於該著作之表達，而不及於其所表達之思想、程序、製程、系統、操作方法、概念、原理、發現。是著作權法保護之客體僅及於表達，而不及於思想；然思想如僅有一種或有限之表達方式，此時因其他著作人無他種方式或僅可以有限方式表達該思想，如限制該等有限表達方式之使用，將使思想為原著作人所壟斷，基於公益之理由，該有限之表達方式，即不受著作權法之保護，縱他人表達之方式相同或近似，亦不構成著作權之侵害。本件被上訴人邱蓉靜於任職上訴人公司期間，為上訴人繪製之系爭設計圖，其圖示及文字說明，係為表達該機械組件軸襯之尺寸、大小等圖示及所須採用之材質密度、硬度、浸油、含油率及公差等事項之敘述說明，為一功能性、製程方式之表達，屬表達與思想之結合，所呈現之內容即屬於該知識概念，其表達與思想已不可分辨亦不可分離，因受限於製造技術及繪圖方式等，表達之方式有限等情，為原審合法確定之事實，則原審本於上開著作權法之規定，認該設計圖不受著作權法之保護，自無違背法令可言，附此敘明。」；智慧財產法院 98 年度民著訴字第 36 號民事判決亦表示：「再查，思想或概念若僅有一種或有限之表達方式，則此時因其他著作人無他種方式或僅可以極有限方式表達該思想，如著作權法限制該等有限表達方式之使用，將使思想為原著作人所壟斷，除影響人類文化、藝術之發展，亦侵害憲法就人民言論、講學、著作及出版自由之基本人權保障。因此，學理上就著作權法發展出思想與表達合併原則(The merger doctrine of idea and expression)，使在表達方式有限情況下，該有限之表達因與思想合併而非著作權保護之標的。因此，就同一思想僅具有有限表達

方式之情形，縱他人表達方式有所相同或近似，此為同一思想表達有限之必然結果，亦不構成著作權之侵害。」。

而就具體個案之適用情形，以圖形著作為例，最高法院 86 年臺上字第 3391 號刑事判決表示：「本件被告使用之『熊主婦圖』與上訴人核准著作權在先之如原判決附圖一 A 圖樣，固均以『熊主婦』為主題，源自以『熊』為『主婦』之同一童話觀念，然『熊』之形態猶如『人』之形態，各有不同，『主婦』之衣著圖案及動作，亦非必一致。而事實上本案兩者之基本形態與圖案特徵，排列方式、線畫圖樣，幾近雷同，有如前述，並有兩者之圖案在卷可資比對。類此情況，能否謂兩者僅係源自相同之觀念或出自觀念之抄襲，而不涉及主題或觀念表達形式之抄襲，饒有研求餘地。」。上開判決係以「熊主婦」為思想，並基於熊與主婦之型態均各有不同，而認為上訴人之圖樣應屬表達之範圍；惟依本文所見，上訴人之圖樣若為吾人欲以「熊主婦」為圖形之創作主題時，所唯一或必要之表達方法，則縱使熊與主婦之型態均各有不同，上訴人之圖樣仍應屬思想之範疇，反之，則為表達之範疇。

智慧財產法院 98 年度民著上字第 22 號民事判決則表示：「被上訴人再辯稱：有關皮膚分層表現之方式係採固定之習知或通常之形狀，且有關果酸作用之方式，其表達方式有限云云。...。(判決見解：)人體皮膚之主要結構有三：表皮、真皮及皮下組織，此固屬習知之知識，然就此『概念』，得以自有創意之方式加以表達，而具有原創性。比較上訴人所提出之附圖 1 所示之果酸作用圖，及被上訴人所提出之提妮新公司『圖：果酸的作用』網頁資料，二者雖同以分層圖示皮膚之結構，然此乃因皮膚之自然結構使然，創作者源於此相同之觀念，各自使用不同之表達方式，其表達方式並非唯一或極少數，並無有限性表達之情形，在無重製或改作他人著作之情形下，得各自享有原創性及著作權。而關於文字敘述部分，果酸對於各層皮膚之作用效果，本得以各式各樣的文字予以描述，不同作者所使用之文字及風格各有千秋，其表達方式多樣化，並非『共知之概念』與果酸作用之表達不可分離(即思想與表達合併原則)之情形。」。上開判決亦係以「分層圖示皮膚之結構」以及「果酸對於各層皮膚之作用效果」為思想，並基於其等表達方式並非唯一或極少數，而認為上訴人之圖樣及文字說明應屬表達之範圍；

惟依本文所見，上訴人之圖樣以及文字說明若為吾人欲以「分層圖示皮膚之結構」以及「果酸對於各層皮膚之作用效果」為創作之主題時，所唯一或必要之表達方法，則縱使其等表達方式並非唯一或極少數，上訴人之圖樣以及文字說明仍應屬思想之範疇，反之，則為表達之範疇<sup>117</sup>。

我國學說上另有見解認為：若某一觀念之表達非常有限，無法用不同表達呈現此一相同觀念時，觀念與表達即已合一，蓋這些有限的表達本身，因任何人來完成均相同，已不具著作權法所要保護的「創作性」<sup>118</sup>。本文以為，誠如學說所言，在表達方式有限之場合，任何人來完成均相同，惟要求創意程度與避免思想遭到壟斷之內涵既有不同，故似不宜以「創作性」作為思想與表達合併原則之理論依據。

綜上所述，我國之立法與司法實務雖承認思想與表達應予區分，但對於區分標準則未有深入之分析，而依本文淺見，思想與表達之區分標準應在於「表達方法是否具有有限性」，至學說所稱「普遍性」則為「創作性」之判斷標準(故若採本文見解，則學說上所稱思想與表達合併原則似無存在之必要)。又減除測試法、抽象測試法所提示解構著作之方法，以及抽象測試法、整體觀念及感覺測試法所提示可著作權之範圍應及於非文字成分，確提供吾人相當大的啟發，惟司法實務

---

<sup>117</sup> 關於思想與表達合併原則於具體個案之適用，另參智慧財產法院 98 年度民著訴字第 41 號、第 42 號民事判決(有關貨櫃吊網之維修手冊內容)、高等法院 97 年度上訴字第 2970 號刑事判決(有關測漏表面版圖形及定時器面版圖形)。

<sup>118</sup> 參章忠信，甚麼是「觀念與表達合一原則」？

<http://www.copyrightnote.org/cmote/bbs.php>。實務上亦有採此見解者，高等法院 92 年上訴字第 493 號刑事判決即表示：「對某商品之說明書內對該項商品之使用方法或用途、特性等作單純之描述，或因同種類商品在使用或其用途上共通特徵使然而必須為同一或類似之描述，則因其表達方法實屬有限而不具有原創性。」、智慧財產法院 99 年度民著訴字第 13 號民事判決亦表示：「對某商品之說明書內，對該商品之使用方法或用途、特性等作單純之描述，或因同種類商品在使用或其用途上之共通特徵使然，而必須為同一或類似之描述，則因其表達方法實屬有限，而不具有原創性，亦不受著作權法之保護。據此，本件原證十『為何需要吸藥輔助器』、原證 19『為什麼要使用吸藥輔助器』，僅係對於其產品有該等功能之敘述，並方便孩童使用之宣傳，已如前述，是屬於對該商品之使用方法或用途、特性等作單純之描述，且僅為歸納整理產品之功能及可能之用途，其精神作用的程度甚低，並無其獨自之思想感情，應認不足以表現作者之個性或獨特性，是原證十『為何需要吸藥輔助器』、原證 19『為什麼要使用吸藥輔助器』，實難認具有原創性之人類精神上創作，亦未達足以表達作者個性或獨特性之程度，自不得認係屬著作權法所規定之著作。」。

是否承認戲劇之布局、角色之背景<sup>119</sup>、事件之次序、劇本之細節、角色之特質、動機，因尚未有相關案例，故仍有待觀察。

## 第四節 思想與表達之區分與合併於電腦程式著作之適用

### 壹、電腦程式(computer program)之意義

電腦程式設計的流程相當冗長，第一步是確定程式的最終功能。而在充分解構程式的最終功能成為其組成要素後，程式設計者將配置其子程式或模組成為流程图。而為了完成程式內的交互動作，程式設計者必須設計各模組的參數列。程式中各模組的功能搭配各模組對應其他模組的關係，構成程式的結構。在改進結構時，程式設計者通常會嘗試極大化程式速度、效率以及使用者的操作簡單性。當每一個必要模組皆已被確定、設計，且每一個模組與其他模組間的關係也以概念化實現後，該所得出的程式結構必須以電腦可讀取的語言具體化，該步驟即為編碼(coding)。編碼可分成兩步驟，第一步為程式設計者寫出原始碼，第二步則是將原始碼編譯成目的碼，在編碼完成後，程式設計者將在電腦上執行該程式，以進行最後的除錯程序，除錯後即完成該電腦程式<sup>120</sup>。

依著作權法第 5 條第 1 項各款著作內容例示中的第 2 項第 10 款可知，電腦

---

<sup>119</sup> 實務上雖曾有當事人主張對「角色」享有著作權者，惟就該主張並未見法院表示意見，參高等法院 93 年度智上字第 14 號民事判決，被上訴人主張：「被上訴人對『SD』中之『流川楓』角色，亦享有獨立之美術著作權。井上公司(即上訴人)等於 91 年 11 月 28 日之電子報網頁上所載『讓你不用等待，就比別人先看到流川楓』等字，實已明白標明該角色姓名乃『流川楓』，且『SD 2』中之『流川』亦同『SD』著作中之『流川楓』，皆為身高一百八十七公分、髮色黑色、異性緣佳等之角色設定，並於故事開頭設定『流川』自美國返日等接續『SD』著作之情節，顯見系爭著作『流川』角色乃抄襲被上訴人著作中之『流川楓』角色。」。

<sup>120</sup> 引自 Computer Associate International, Inc. v. Altai, Inc. 之判決內容。又常與電腦程式相混淆者為電腦軟體(computer software)。根據智慧財產權組織(WIPO)於 1978 年所公布之「電腦軟體保護之標準條款」(Model Provisions on the Protection of Computer Software)之定義，電腦軟體包含三項客體：1. 電腦程式(computer program)：包括附著於任何媒介上之原始碼、目的碼、微碼等以任何語言、文字或符號作成之電腦程式；2. 程式說明(program description)：包括資料結構、演繹法則、流程图；以及 3. 輔助資料(supporting material)：包括程式規格書、操作手冊、使用手冊。依此定義，則電腦程式為電腦軟體所包含，而為電腦軟體之一部分。

程式著作包括直接或間接使電腦產生一定結果為目的所組成指令組合之著作，此定義與美國著作權法第 101 條<sup>121</sup>相同。又此定義基本上係從電腦程式的文字內容(一行行的指令)出發，故對象應係電腦程式的各種碼等。

## 貳、美國司法實務見解<sup>122</sup>

### 一、SSO 測試法(Whelan 最終功能測試法)

SSO 係「結構」(structure)<sup>123</sup>、「順序」(sequence)及「組織」(organization)之簡稱，為美國第三巡迴上訴法院 Becker 法官在 1986 年之 Whelan 案所使用之方法。此法認為，電腦程式之最終目標或功能為「思想」，其餘為達成該目標或功能所非必要之結構、順序、組織等，均為「表達」。

在該案中，Becker 法官於判決中表示：「法院在 Baker v. Selden 案已提出一種區分思想與表達之方法。在 Baker v. Selden 案中，法院將 Selden 一書所要達成之目標(end)視為思想，本案亦可如該案一般，參考系爭電腦程式所欲完成之功能決定思想與表達區分之標準。換言之，著作之目標或功能為著作之思想；為達成該目標(purpose)或功能(function)所非必要(not necessary)之任何方式均將是該思想之表達。倘如有多種手段(various means)可達到該意欲之目標(desired purpose)，則因該類所選擇使用之手段並非達成該目標所必要，故該手段係表達，而非思想。」，據此，Becker 法官認為，原告之電腦程式中之思想為「牙醫實驗室之有效率組織」，但因為有多種不同之程式結構(program structure)可以完成該目標，而系爭電腦程式結構並非完成該目標之必要手段，因此被告電腦程式中之非文字結構(包括檔案結構、螢幕顯像、副程式)等均屬電腦程式思想之表達，而非思想本身，其實質相似可構成著作權之侵害<sup>124</sup>。

<sup>121</sup> 其原文為：A “computer program” is a set of statements or instructions to be used directly or indirectly in a computer in order to bring about a certain result。

<sup>122</sup> 此部分案例之詳細說明，參范銘祥(2009)，電腦程式著作權與專利權保護之比較，臺灣大學法律學院法律學系碩士論文。

<sup>123</sup> 電腦程式包含許多模組，各模組具有不同功能，而各模組間互動之關係即構成結構。

Whelan 案在美國著作權法上極具意義，蓋在此之前，著作權法對於電腦程式之保護仍停留於文字成分<sup>125</sup>，本案首度承認電腦程式中非文字部分之結構、順序及組織在一定條件下(即是否為達成目標或功能所必要)可為表達而為著作權法之保護範圍。

惟學說上有認為此法對思想與表達之區分過於寬鬆，將導致保護太過而影響文化、科學之進步：蓋電腦程式之結構、順序及組織等有些本為產業界所普遍使用；有些則是因受電腦硬體或所欲搭配使用之軟體規格所限制，故雖有其他之表達方法，但實無選擇之空間或選擇之空間極其有限，如均視為表達，將影響他人之利用<sup>126</sup>。

本文以為，依 Becker 法官之理論，為達成電腦程式之功能所「非必要」之手段為表達，至於為達成該功能所「必要」之手段則為思想，則吾人僅需將上述學說批評中所稱「因受電腦硬體或所欲搭配使用之軟體規格所限制，故雖有其他之表達方法，但實無選擇之空間或選擇之空間極其有限」之情形，於「必要性」之要件中一併考量，即可免於該部分之批評。至上述學說批評中所稱「本為產業界所普遍使用」之情形，則應於「創作性」之要件中予以過濾，故此測試法實仍極具參考價值。惟依 Becker 法官之理論，其認為一個程式僅有一個思想，則有待商榷<sup>127</sup>。

## 二、Lotus 案三要素測試法(Three Elements of the Legal Test)

1990 年美國之 Lotus development Corp. v. Paperback Software International 案以抽象測試法為基礎，發展其三要素測試法作為電腦程式之思想與表達之區分標

<sup>124</sup> 羅明通(2005)，**著作權法論 II**，台英商務法律。第 418 頁。

<sup>125</sup> 在本案出現之前，美國司法實務上係採取「重複測試法」，該法認為電腦程式之著作權侵害以文字抄襲(literal copying)為要件。該法將著作權對電腦程式之保護侷限於文字部分，亦即除原始碼、機器碼之文字外，其餘之結構、組織或多媒體之視聽圖像意境等均不在保護範圍。

<sup>126</sup> 羅明通(2005)，**著作權法論 II**，台英商務法律。第 419 頁。

<sup>127</sup> Altai 案之法官 Walker 並不同意 Whelan 案中法官所稱每一電腦程式僅有其基本目標(purpose)為思想，一旦該單一特定思想被確定，則其餘之部分均為表達(expression)之見解。Walker 認為，每一模組或副程序均蘊含一思想，故電腦程式之思想可能有多個，而非單一。



著作重製權侵害之理論與實務 第三章 創作保護之界線：思想與表達區分原則  
準。此案係源於 1980 年代 Lotus 公司所開發之 Lotus 1-2-3 電子試算表(electronic spreadsheet)廣受市場歡迎，不久 Paberback 公司亦在市場上推出與 Lotus 1-2-3 功能及外觀均相似之 VP-Planner 軟體，Lotus 公司因而在 1987 年對 Paberback 公司提起訴訟。

在該案中，Keeton 法官使用三要素測試法檢測被告之電腦程式是否侵害原告之著作權：

- 1.決定雙方著作系爭之部分究為思想或表達。此部分法官採用 1930 年 Hand 法官所提出之「抽象測試法」作為判斷之理論基礎，以「普遍性」(generality)與「特殊性」(specificity)作為思想與表達之區分標準。
- 2.就判斷為表達之部分探討是否為唯一或僅有少數幾種之表達方式。如為表達該思想唯一或極少數之方式，則思想與表達合併。
- 3.就已被判斷為表達之部分，判斷是否為原告著作之實質重要之部分(substantial part)。如非實質重要，則不構成著作權之侵害。

Keeton 法官於檢視所有涉及侵害著作權之各部分後，於判決稱，Lotus 1-2-3 電腦軟體所使用之功能表指令結構(menu command structure)並非出現在每一電子試算表上(not present in every expression of an electronic spreadsheet)，換言之，不具有「抽象之普遍性」，且其指令名詞之選擇(the choice of command terms)、指令之結構及次序、出現於螢幕之方式，以及功能表第二行所出現之次選擇或第二行對於第一行功能表指令之次層文字說明等均有多種之表示法，故屬表達而為著作權法所保護之範圍<sup>128</sup>。

### 三、Altai 案抽離-過濾-比較測試法(Abstraction-Filtration-Comparison Test，又稱「三步驟測試法」)

「Lotus 三步驟測試法」僅就思想與表達之區分標準援用抽象測試法，除此之外並未針對電腦產業之特性有所調整。誠然，電腦程式之撰寫雖可能有多種方

---

<sup>128</sup> 羅明通(2005)，**著作權法論 II**，台英商務法律。第 420、422 頁。

式，惟實際上進行電腦程式之開發時，若考量到邏輯演繹法上之效率、市場上之硬體規格標準已無法改變，或應用程式須受制於作業系統之牽制，則事實上能選擇者已極為有限，然依傳統之「思想與表達合併原則」，則僅有當思想之表達方法為唯一或極其有限時，思想與表達方合併而不受保護，故美國第二巡迴上訴法院於1992年6月之Computer Associate International, Inc. v. Altai, Inc.案即因電腦程式之特性而修正測試之方法。

此法將電腦程式著作權抄襲之判斷分為三個步驟。第一步驟係將電腦程式之各部分組成結構予以解構(dissection)，此種解構之程序由程式目的碼開始，包含原始碼、參數表、模組(module)、常式(routine)、次常式(subroutine)、順序(sequence)、條件(condition)，乃至程式最終功能之一般性描述，目的在使其模式浮現，以便在第二步驟判斷該模式是否具有「普遍性」而予以過濾。而在Altai案中，經此抽離後，法院發現如依各層級漸增「普遍性」(increasing generality)之方法排列，其抽象化程度(the level of abstraction)依序為：目的碼、原始碼、參數表(parameter lists)、所要求之服務(services required)、及最後之一般性輪廓(general outline)。

第二步驟則為過濾，即將不屬於著作權法保護之部分濾除，此部分包含具有「普遍性」之模式及其他基於電腦產業特性所應濾除者。依法院之見解，此部分包含思想、公共所有(public domain)，及基於效率(efficiency)或電腦軟硬體功能外部因素(external factors)所限制之部分。Walker法官指出，雖然可能有很多種方法可以完成該程式所要達成之目標，但基於效率之實際上限制，可能只有一種或二種之表達方式，在此情形，思想與表達應予合併而不受保護。

#### 1.基於效率因素所限制之部分：

電腦程式之執行最重效率，法院認為達成同一功能之途徑雖可能有多種，但最有效率之執行方法卻可能只有一種或極其有限，則倘基於效率之考量而限縮了表達方式之選擇範圍，因而造成程式表達方式相似，則此時應認思想與表達合

併，不受著作權法保護<sup>129</sup>。

## 2.基於外部因素所限制之部分：

判決中指出，程式開發者經常受到以下之外部因素所限制，故思想與表達應予合併：

- (1)將來執行該程式之電腦機器規格
- (2)此程式與其他程式之相容性
- (3)電腦製造商之設計標準規格
- (4)基於特定產業所撰寫之程式，該產業對此程式之實際需求
- (5)電腦業界普遍接受之程式撰寫慣例

第三步驟再將濾除後之表達為是否實質相似之比較<sup>130</sup>。

## 四、連續過濾法(The successive Filtering Method)

學者 Nimmer 鑑於電腦程式之特殊性，遂綜合整理美國聯邦法院之見解，而發展出「連續過濾法」，並認為此法不僅適用於電腦程式著作權侵害之判斷，亦當然可適用於傳統著作之解析。根據 Nimmer 之理論，判斷電腦程式何部分受到著作權法保護，應將下列成分先過濾排除，所剩餘者即為受保護之部分：

- 1.排除電腦程式中僅屬抽象思想之成分(Excluding Program Elements that Constitute Only Abstract Ideas)。
- 2.排除程式中因邏輯、效率因素所支配之成分(Excluding Program Elements Dictated by Logic and Efficiency)。
- 3.排除程式中受外部因素支配所形成之成分(Excluding Program Elements Dictated by External Consideration)：
  - (1)硬體標準(Hardware Standard)

---

<sup>129</sup> 據此，則若非「最有效率」之方法，或最有效率之方法並非「唯一或極其有限」，即無「合併原則」之適用。

<sup>130</sup> 羅明通(2005)，**著作權法論 II**，台英商務法律。第 423~426 頁。

- (2)軟體標準(Software Standard)
  - (3)電腦製造廠商的設計標準(Computer Manufacturers Design Standards)
  - (4)電腦程式使用者之商業上習慣(Target Industry Practice)
  - (5)電腦軟體工業在設計程式時之習慣(Computer Industry Programming Practices)
- 4.排除程式中擷自公共財產之成分(Excluding Program Elements Taken From the Public Domain)<sup>131</sup>

### 參、我國司法實務見解

最高法院 94 年度臺上字第 1530 號刑事判決表示：「按『依本法取得之著作權，其保護僅及於該著作之表達，而不及於其所表達之思想、程序、製程、系統、操作方法、概念、原理、發現。』著作權法第 10 條之 1 定有明文。因此創作內容必須已形諸於外部，具備一定外部表現形式，方合保護要件。就一般著作而言，文字本身固係著作權保護之標的，對於非文字部分，如具原創性仍應具著作權保護之適格。電腦程式著作係指包括直接或間接使電腦硬體產生一定結果為目的，所組成指令組合之著作，亦即由文字、數字、符號或標記等陳述(statement)或指令(instruction)所組成；不論以何種(高階或低階語言)撰寫或具備何種作用，固屬著作權法所稱之電腦程式著作，其他作業系統程式(operating program)、微碼(microcode)、副程式(subroutine)亦屬電腦程式著作(本文按：以上屬文字部分)。然自 74 年 7 月 10 日著作權法修正，電腦程式著作列入著作權保護之對象以來，隨電腦科技之日新月異，對於非文字之結構(structure)、次序(sequence)及組織(organization)、功能表之指令結構(menucomm and structure)、次級功能表或輔助描述(long prompts)、巨集指令(macro instruction)、使用者介面(user interface)、外觀及感覺(look and feel)是否均在著作權保護之範圍，審理之法院自應或委由鑑定機關將(自訴人或告訴人主張享有著作權保護)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

---

<sup>131</sup> 羅明通(2009)，思想與表達之區別、合併及電腦程式侵權判斷之步驟，科技法學評論第 6 卷第 2 期。第 26、27 頁。

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自訴人或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，加以判斷是否侵害自訴人或告訴人之著作權。」。

本文以為，首先就電腦程式著作之保護範圍部分，最高法院肯定非文字之結構、次序及組織均在保護範圍內，應值贊同。

再者，就電腦程式中思想與表達之區分，最高法院所採用之解構法及過濾之標準(指「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」)，實與 Altai 案所使用之「三步驟測試法」無異，而符合電腦產業之特性及產業之需求，應值肯定，未來之觀察重點應為我國法院是否會採納「連續過濾法」所述美國聯邦法院有關外部因素之各項排除項目。



## 第四章 重製權與重製權的侵害

### 第一節 重製之意義

所謂「重製」，依著作權法第3條第1項第5款之規定，係指以印刷、複印、錄音、錄影、攝影、筆錄或其他方法直接、間接、永久或暫時之重複製作。於劇本、音樂著作或其他類似著作演出或播送時予以錄音或錄影；或依建築設計圖或建築模型建造建築物者，亦屬之。據此，茲將重製之意義，區分為二：

#### 壹、一般重製之意義

即以印刷、複印、錄音、錄影、攝影、筆錄或其他方法直接、間接、永久或暫時之重複製作。依此定義，重製之要件有三：

##### 一、「有形」之要件(The tangibility requirement)

重製係屬「有形之重複製作」，故重製須符合有形之要件，即他人須將權利人之著作以具體物質(material)形體化、將著作內容依附於有體物上，從而著作之表演(performance)或口述(oral rendition)，並非重製。

在舊法重製的定義為「指以印刷、複印、錄音、錄影、攝影、筆錄或其他方法有形之重複製作」，92年7月9日公布施行之新法將「有形」刪除，其立法理由為：「於數位化網路環境下，重製並不以有形之重複製作為限」，惟此實係對有形的意義有所誤解，蓋在數位化網路環境，著作的重製，亦需在RAM<sup>132</sup>或伺服器上以具體物質形體化，就如同電腦程式著作附於有形之磁片或錄音著作附於有

---

<sup>132</sup> 按電腦內儲存資訊之記憶體，若以「電源關閉後記憶是否消失」區分，可分為「揮發性」(volatile)及「非揮發性」(non-volatile)記憶體。前者於電源關閉後，記憶即消失，例如DRAM及SRAM(電腦CPU內使用DRAM作為一般記憶體，使用SRAM作為快取記憶體)；後者則有FLASHRAM及MRAM等。

形之錄音帶或 CD 上一樣<sup>133</sup>。

## 二、「固定」之要件(The fixation requirement)

著作之固定，必須「足以恆久或穩定使人感知、重製或以其他方式傳播其內容而非短暫時間」<sup>134</sup>，因此，除非形體化達相當時間，否則不侵害權利人之重製權。故影像於電視或電影銀幕上映，雖係形體化於有形之物質上，但因缺乏恆久之要件，故均非屬重製<sup>135</sup>。

在新法上，無論永久或暫時的重複製作，均屬重製，目的係為使在電腦的 RAM 上所留存之著作，亦構成重製。故在解釋上，「恆久與穩定」之固定要件，仍屬重製之要件，蓋「恆久與穩定」為一比較之概念，就銀幕之上映而言，在銀幕上重現不到一秒，未有留存效果；惟在電腦的 RAM 上留存，如未關機，具有留存效果，僅在關機時消失其留存效果而已，在未關機前，仍符合「恆久與穩定」的固定要件。因此在解釋上，一定時間的恆久與穩定，仍是重製的要件<sup>136</sup>。

## 三、「可理解性」之要件(The intelligibility requirement)

指人類直接或間接感知著作之內容，故其感知方式並不以人類之感官所能直

---

<sup>133</sup> 蕭雄淋(2005)，**著作權法論**，五南。第 150 頁。就重製是否應以「有形」為要件，端視「有形」如何定義而定。如定義為「人類感官可直接感知」(狹義)，則數位之儲存無法以眼睛辨識，須依賴機器感知，則即非有形；惟如定義為「有體物之儲存」(廣義)，則數位之儲存雖非人類感官可直接感知，亦是有形。而著作權法傳統理論將著作內容利用分為有形利用與無形利用，重製屬有形利用，92 年修正之著作權法將重制定義為非以有形為必要，應係採狹義定義之結果，惟此種解釋與傳統理論實有未合，應無必要將有形採狹義之定義。

<sup>134</sup> 美國著作權法第 101 條(definition of “fixed”)「A work is “fixed” in a tangible medium of expression when its embodiment in a copy or phonorecord, by or under the authority of the author, is sufficiently permanent or stable to permit it to be perceived, reproduced, or otherwise communicated for a period of more than transitory duration. A work consisting of sounds, images, or both, that are being transmitted, is “fixed” for purposes of this title if a fixation of the work is being made simultaneously with its transmission.」

<sup>135</sup> 蕭雄淋(2005)，**著作權法論**，五南。第 151 頁。

<sup>136</sup> 同前註。第 151 頁。惟亦有認為著作權法已將暫時性重製列為重製之態樣，而電腦為暫時之重製時，其儲存時間可能甚為短暫，而固定有永久儲存之意，與暫時性之概念有所不合，羅明通(2005)，**著作權法論 I**。第 449 頁。

接認知為限，如透過機器之運作，亦能使人間接得知原來著作之內容者，亦屬之。例如在韌體內電腦程式之抄襲，其重製之著作內容並非人類器官所能直接感知，而必須藉助儀器方能間接理解，但內容既能再現，仍屬於重製。

## 貳、重製概念之擴張

著作權法第3條第1項第5款後段規定：「於劇本、音樂著作或其他類似著作演出或播送時予以錄音或錄影；或依建築設計圖或建築模型建造建築物者，亦屬之。」，則係將上述之重製概念予以擴張。

### 一、於劇本、音樂著作或其他類似著作演出或播送時予以錄音或錄影重製

重製係著作之有形利用，故著作之無形利用，例如演出、播送等，並非重製。故劇本著作之重製，乃劇本以印刷、複印等方法有形的重複製作劇本；音樂著作之重製，乃就樂譜以印刷、複印等方法有形的重複製作樂譜，或就即興音樂加以錄音等，至就劇本、音樂著作或其他類似著作加以演出或播送，並非重製。惟錄音或錄影亦屬重製之方法，就劇本、音樂著作或其他類似著作之演出或播送加以錄音或錄影，係屬著作之無形利用後再為有形重製，此對劇本、音樂著作之權利人，是否仍屬於重製，宜有所界定，本法乃對重製之定義加以擴張，承認此種情形亦屬重製<sup>137</sup>。

### 二、依建築設計圖或建築模型建造建築物

建築設計圖之重製，係以印刷、複印等方法將建築設計圖有形重複製作為建築設計圖，如依建築設計圖建造建築物，則非屬重製而可能係著作之「實施」，惟著作財產權之種類，並無「實施權」。然而由建築設計圖建造建築物如不予著作權之保護，對建築設計圖之保護，未免過窄，故本法承認係屬重製。

---

<sup>137</sup> 蕭雄淋(2005)，著作權法論，五南，第152頁。



### 參、暫時性重製

所謂「暫時性重製」，共有二類：第一類係指將資訊儲存於揮發性之記憶體中(包含 DRAM 及 SRAM)，故此類資訊將隨電源關閉而消失，例如以電腦觀賞影片或以網路瀏覽圖片時，此類影像或資訊均係先儲存於揮發性之記憶體中，再顯示於螢幕；第二類則係指網路中繼性傳輸或使用合法著作，屬技術操作過程中必要之過渡性、附帶性而不具獨立經濟意義之暫時性重製。

#### 一、網路中繼性傳輸之暫時性重製

係指於使用網路時，使用網路上提供使用者端快速存取之設備(如網站之伺服器、代理主機)等中繼性設備重製，以及網路瀏覽時儲存於個人電腦之 RAM 或硬碟快取區之重製<sup>138</sup>。

暫時性重製在現行法雖明文規定屬重製，惟並非所有之重製均屬重製權之保護範圍，著作權法第 22 條第 3 項、第 4 項即規定：「前二項規定，於專為網路合法中繼性傳輸，或合法使用著作，屬技術操作過程中必要之過渡性、附帶性而不具獨立經濟意義之暫時性重製，不適用之。但電腦程式著作，不在此限。」，「前項網路合法中繼性傳輸之暫時性重製情形，包括網路瀏覽、快速存取或其他為達成傳輸功能之電腦或機械本身技術上所不可避免之現象。」。據此，則專為合法中繼性傳輸之暫時性重製，包括網路瀏覽及快速存取，均排除於重製權之範

<sup>138</sup> 網際網路(Internet)並無中央主控電腦，故資料之傳輸可能經過無數個伺服器或代理主機。當終端使用之電腦被運用為終端機(dumb terminal)以接觸、下載、瀏覽 www 網站或其他種主機上駐存之檔案資訊時，無可避免的將在多數伺服器上及在終端個人電腦之 RAM 上重製。例如在網路上自美國 www 網站下載資料至台灣本地網路使用者之電腦時，其過程包含以下之重製行為：1. 在美國 Internet 伺服器上之重製；2. 在台灣之 Internet 伺服器上之重製；3. 在使用者地區域網路伺服器上之重製；4. 在使用者當地主機上之重製；5. www 之瀏覽器在使用者之電腦硬碟自動為使用者規劃一快取區域並為儲存之重製；6. 使用者之電腦 RAM 上之重製，以供使用者瀏覽資料或執行程式。簡言之，網路資訊傳輸過程中，可大致分為三個階段之重製：第一階段為自伺服器至伺服器之重製；第二階段為自伺服器至使用者個人電腦所生之重製。www 之瀏覽器可能直接將資訊送至使用者之 RAM 上，亦可能在使用者之電腦硬碟自動為使用者規劃一快取區域以儲存資訊；第三階段為個人觀看螢幕時所生之重製。電腦使用者觀覽資訊或啓用執行下載程式時，中央處理器會將硬碟快取區之數位化資料載入 RAM。參羅明通(2005)，著作權法論 I，台英商務法律。第 457 頁。

圍外。故於瀏覽網頁時，無論是使用 RAM 為暫時性之重製，或 www 瀏覽器在硬碟中自行規劃出之硬碟快取區之重製，均不屬重製權之保護範圍。

至快速存取則有兩層意義。第一層意義係指前述使用 SRAM 之快取記憶體<sup>139</sup>，第二層意義係指在使用網路之過程中，網站之伺服器提供使用者端快速存取資料之功能，或由使用者自行特殊之伺服器為代理主機提供快速存取之功能。至使用者於瀏覽網頁時，www 瀏覽器在硬碟中自行規劃出之硬碟快取區，則非利用特定之快取記憶體<sup>140</sup>。

## 二、使用合法著作，屬技術操作過程中必要之過渡性、附帶性而不具獨立經濟意義之暫時性重製

故在現行法下，「侵害他人之重製權」之認必須需先確定是否為「重製」，再判斷是否為「重製權」之保護範圍，再考慮是否構成合理使用。

### 第二節 侵害他人之重製權

著作權法第 22 條第 1 項規定：「著作人除本法另有規定外，專有重製其著作之權利。」；同法第 84 條及第 88 條第 1 項規定：「著作權人或製版權人對於侵害其權利者，得請求排除之，有侵害之虞者，得請求防止之。」、「因故意或過失不法侵害他人之著作財產權或製版權者，負損害賠償責任。數人共同不法侵害者，連帶負賠償責任。」，是「侵害他人之重製權」，為構成重製權人不作為請求權及侵權行為損害賠償請求權之共同要件<sup>141</sup>。而所謂侵害他人權利，係指妨

<sup>139</sup> 快取記憶體為一種安置於主機板或中央處理器(CPU)內，使資料存取更為快速之記憶體。當中央處理器從記憶體中讀取資料時，這些取自記憶體之資料會在快取記憶體備份，下次當中央處理器又有同樣要求時，此時會先到快取記憶體搜尋。快取記憶體通常使用 SRAM 而非 DRAM，取其存取速度較快之故。

<sup>140</sup> 羅明通(2005)，**著作權法論 I**，台英商務法律。第 459、460 頁。

<sup>141</sup> 要構成重製權侵害之損害賠償責任(著作權法第 88 條)，除「侵害他人之重製權」外，須另符合「行爲」、「損害」、「因果關係」、「違法性」、「故意或過失」之要件；至不作為請求權(著作權法第 84 條)，則須另符合「行爲」、「違法性」之要件。智慧財產法院 99 年度民著訴字第 82 號民

害權利的行使或享有<sup>142</sup>，故於侵害他人之重製權之情形，即係指妨害他人重製權的行使或享有。茲將較為特殊之情形說明如下：

### 壹、使重製權人無法重製著作？

無體財產權之侵害與有體財產權之侵害係屬二事，應分別判斷。換言之，對著作財產權之侵害，未必會同時構成對有體物財產權之侵害，例如盜印書籍，雖構成對著作財產權之侵害，但並不會構成對有體物財產權之侵害；反之，對有體物財產權之侵害，原則上亦未必會同時構成對著作財產權之侵害，例如燒毀他人美術品之真跡，雖構成對有體物財產權之侵害，但並不構成對著作財產權之侵害<sup>143</sup>。而重製權之內容既係重在行使權利的專有性，則行為人之行為(例如毀損著作之原件)縱然使重製權人因而無法重製該著作，但只要行為人未重製該著作，仍不構成重製權之侵害。

### 貳、空間形式的轉換

事判決即明白表示：「按因故意或過失不法侵害他人之著作財產權或製版權者，負損害賠償責任，著作權法第 88 條第 1 項前段定有明文。是侵害著作財產權之損害賠償請求權成立要件有：(一)

有侵害著作財產權或製版權之行為；(二) 侵害有違法性；(三) 有侵害著作財產權；(四) 有損害發生；(五) 行為與損害間具有相當因果關係；(六) 有責任能力；(七) 無阻卻違法事由存在；(八) 有故意或過失。(九) 因侵害人之行為而發生損害。故探討著作侵害行為之成立要件，在體系結構上有所謂侵權行為之三層結構：構成要件、違法性及故意過失等層次。三層結構在邏輯上具有一定次序之關聯，須有先符合構成要件之事實行為後，繼而判斷該當行為是否違法。最後就違法性之行為，認定有無故意或過失。職是，著作侵害事件，法院除應認定是否有客觀之責任事實發生及限制著作權之事由外，亦應考量行為人之主觀有責性。本院茲依序論述被告有無侵害系爭著作之行為、有無阻卻違法事由存在及是否有故意或過失等侵權成立要件如後：...」。至學說上有將著作財產權之侵害分為：未經授權之利用、授權範圍外著作之利用，以及著作之不當利用者，參蕭雄淋(2005)，**著作權法論**，五南。第 309~311 頁。惟本文以為，利用行為是否經權利人之授權，應屬違法性要件之範疇。

又由「故意或過失」與「侵害他人之重製權」分屬不同要件可知，「侵害他人之重製權」此一要件並不以有認識的侵害為限，而是及於無認識之侵害，故實務上經常發生以前見聞過之著作留存在下意識中，而經過一段時間後沒有意識的加以仿作之情形，此時仍構成「侵害他人之重製權」，權利人有不作為請求權，至於是否有損害賠償請求權，則須視行為人是否有過失為斷，而至少在經過權利人警告後，由於較易想起以前之「接觸」經驗，此時若仍繼續為之，則較易成立故意或過失。

<sup>142</sup> 王澤鑑(2009)，**侵權行為法**，自版。第 119 頁。

<sup>143</sup> 謝銘洋(2002)，**智慧財產權：第三講 智慧財產權之性質與特徵**，月旦法學教室第 2 期。第 138 頁。

著作空間形式的轉換，其情形不外：立體著作以平面形式再現、平面著作以立體形式再現。茲分述如下：

### 一、平面著作轉為立體

其情形又有三種：1.平面著作以平面形式附著於立體物上(例如將圖案繪於立體茶杯)、2.平面著作之內容單純性質再現為立體物(例如將平面卡通人物造型製作為立體人物)，以及 3.依平面著作之內容按圖施工，亦即依著作標示之尺寸、規格或器械結構圖，將著作之概念製成立體物(例如平面之機械圖製成機械實物，其外觀與工程圖顯不相同)。就第一種情形構成重製，並無異論；就第三種情形，則係著作之實施，不受著作權法之保護，亦屬當然<sup>144</sup>。

至就第二種情形，從理論之觀點而言，著作權保護之客體原則上包括著作之「形式」與「內容」，而將平面著作之「內容」以立體之方式表現出來，只是表現之媒介不同而已，在「內容」上並無不同，從立體物上仍然可以清楚的知悉原來平面著作創作之內容，是以其亦應屬於著作權人之權利範圍<sup>145</sup>；惟此時究應該

---

<sup>144</sup> 最高法院 95 年度臺上字第 3753 號刑事判決即表示：「又所謂重製，依著作權法第 3 條第 1 項第 5 款係指以印刷、複印、錄音、錄影、攝影、筆錄或其他方法有形之重複製作。亦即重製乃『著作內容之重現』，此與依著作標示之尺寸、規格或器械結構圖等，以按圖施工方法將著作表現之概念製成立體物，而『並未再現著作內容』之實施行為自屬有別。故以按圖施工之方法將著作表現之概念製成立體物，須其外形在客觀上已使一般人無法認知係同一者，方屬非受著作權保護之實施；亦即依服裝設計圖所完成之服裝，若服裝上未再現設計圖上之圖樣，僅屬依圖實施，非重製之行爲，尙不致侵害設計圖之著作權。謝耀庭仿製之衣服，係將告訴人公司擁有之附件一、二服飾設計圖及其上美術圖樣，以平面形式表現於其製作之服飾上，其顯已再現告訴人前揭著作之內容，且王玉珍在第一審證述：『被告的衣服，與我設計的一模一樣』，則該服飾上圖樣之外形在客觀上亦顯足使一般人認知與告訴人前揭服飾設計圖及其上美術圖樣係屬同一，即令謝耀庭係依圖示尺寸、規格等製作，亦屬重製之行爲，而非實施。又尺寸、規格並非美術著作之內容，著作人是否自始即以大量生產爲目的，亦非著作權法保護之準據。則原審據以認定上訴人購入之前揭衣服，係謝耀庭擅自重複製作，並非實施行爲，與著作權法之規定即屬無悖。」而就他人根據受著作權法保護之服裝設計圖製成衣服，是否構成對著作權之侵害？就此學說見解認爲，在服裝設計圖形著作之情形，其立體物與平面設計圖二者在表現之內容上有很大的差距，不應構成著作權之侵害，蓋此種情形涉及將設計圖所描述之製作方法加以實施，其情形較接近將科技或工程設計圖加以實施，而在科技或工程設計圖之實施，由於其屬於專利法保護之領域，因此不在著作權法保護之範圍；同樣的在依據服裝設計圖製成衣服之情形，其實施行爲亦應屬於新式樣專利保護之領域，而不在著作權法保護範圍之內，參謝銘洋(2004)，智慧財產權之概念與法律體系，智慧財產權之基礎理論。第 47 頁。

<sup>145</sup> 同前註。第 43 頁。

當於「重製」或「改作」，則有疑義。

以美術著作為例，最高法院 86 年度台上字第 5222 號刑事判決表示：「(二) 著作權法第 3 條第 1 項第 5 款所稱『重製』係指以印刷、複印、錄音、錄影、攝影，或其他方法有形之重複製作者而言，並非以重複製作後所呈現之平面或立體形式為區別標準，故將平面之美術或圖形著作轉變為立體形式究屬重製，抑或實施行為，自需就該平面之美術或圖形著作與轉變後之立體物加以比較認定，如美術或圖形著作之著作內容係以平面形式附於該立體物上者，固為美術或圖形著作的重複製作，如立體物上以立體形式單純性質再現平面美術或圖形著作之著作內容者，亦為著作權法第 3 條第 1 項第 5 款所定之重製行為，例如將小鴨卡通圖製成小鴨玩具(立體物)，該玩具再現小鴨卡通圖之著作內容者，即為重製行為，未再現小鴨卡通圖之著作內容者，則為實施行為。非謂將平面之美術或圖形著作轉變為立體形式均概稱為實施行為，不受著作權法之規範。原判決既認定被告將告訴人東映株式會社所登記之五星戰隊平面美術著作製成五星戰隊玩具，究竟該等製成之五星戰隊玩具有無再現告訴人所登記之五星戰隊平面美術著作之著作內容？原判決並未深入調查，詳加比較，遽以被告僅將告訴人之美術著作製成立體物，即認屬實施行為，與著作權法之重製行為有別，而為被告有利之認定，尚嫌速斷。(三)著作權法第 3 條第 1 項第 11 款所謂『改作』係指以翻譯、編曲、改寫、拍攝影片或其他方法就原著作另為創作者而言。故立體物上除以前述立體形式單純性質再現平面美術或圖形著作之著作內容者外，尚另有新的創意表現，且此有創意之立體物復為著作權法第 5 條第 1 項所例示保護之著作，即屬上開所定之改作行為，此立體物即為著作權法第 6 條第 1 項所稱之『衍生著作』，亦受著作權法之保護。從而立體物製成者，自亦需取得平面美術或圖形著作財產權人之同意，否則即有侵害著作權(改作權)之情形。例如將素描繪畫變成雕塑即是。本件被告將告訴人東映株式會社所登記之五星戰隊平面美術著作製成五星戰隊玩具，縱該玩具有部分另有新的創意表現，但如係以立體形式單純性質再現告訴人所登記之平面美術著作之著作內容時，似亦已構成對告訴人「改作權」之侵害，被告之行為縱非重製之行為，然有無構成改作之行為，並未見原判決加以深論，致事實仍欠明瞭，則原判決適用法律當否？本院無從揣斷，遽行定讞，自不足以昭折服。」。依此，最高法院係以「再現性」作為判斷是否構成「重製」之標準；

至「改作」除「再現性」外，需再符合「另有新的創意表現」之要件；並認為改作與重製為不同之行為，並無重疊之餘地<sup>146</sup>。

本文以為，最高法院以「再現性」作為「重製」與「改作」之共同要件，應值贊同，蓋兩者既均屬利用他人著作之行為，自均應以與他人著作「實質相似」為要件；惟「改作」並不以具有「創作性」為要件，只要「對原著作之內容有所變更」，即構成改作(此亦為重製與改作之區分標準)，改作是否具有「創作性」，僅為是否受衍生著作之保護之問題；至於「對原著作之內容有所變更」，應係指系爭著作具有與原著作不具實質相似之部分。據此，則在將平面之美術或圖形著作轉變為立體形式之情形，於構成改作前應會先構成重製，蓋兩者既均以「再現平面之美術或圖形著作」為要件，故改作前自會有重製之行為；質言之，若改作係以增、刪之方式變更原著作之內容，則構成改作前會先構成重製。

再以圖形著作為例，最高法院 92 年度臺上字第 515 號形式判決表示：「按著作權法第 3 條第 1 項第 5 款所稱『重製』係指以印刷、複印、錄音、錄影、攝影，或其他方法有形之重複製作者而言，並非以重複製作後所呈現之平面或立體形式作為區別標準。故將平面之圖形著作轉變為立體形式，究屬重製，抑或專利法上所稱之「實施」行為？自需就該平面之圖形著作與轉變後之立體物加以比較認定。如將圖形著作之著作內容單純以平面形式附著於立體物上，或於立體物上以立體形式單純性質再現平面圖形著作之著作內容者，仍應屬於著作權法第 3 條第 1 項第 5 款所定重製行為之範疇。非謂將平面之圖形著作轉變為立體形式者，均概屬實施行為，而不受著作權法之規範。原判決理由既說明系爭電路圖屬圖形著作，為著作權保護之客體，又謂被告生產之電路板，其線路之佈局、走法、間隔、區塊之位置與系爭電路圖極為相似，僅有些微不同，認有抄襲情事。倘若無訛，則被告將自訴人公司之圖形著作即系爭電路圖，製成上述電路圖板之立體物，是否即屬專利法上所稱之『實施行為』，而絕非著作權法上所稱之『重製行為』，饒有深入調查研酌餘地。究竟被告製成之上開電路圖板上有無單純性質再現系爭電路圖之情形？而被告於製作該等電路板過程中，是否併有使用印刷、複

<sup>146</sup> 相同見解，最高法院 94 年度臺上字第 6398 號刑事判決。

印、攝影或其他方法，使系爭電路圖之內容(含其佈局、走法、間隔、區塊位置等)重現於電路圖板中？此與判斷被告所為應否受著作權法之規範攸關，猶有深入調查根究明白之必要。原判決對此並未深入調查，詳加比對，遽以被告僅將自訴人之電路圖製成電路板，即認屬專利法上之實施行為，與著作權法所規定之重製行為有別，而為被告有利之認定，尚嫌速斷。又著作權法第 3 條第 1 項第 11 款所謂『改作』係指以翻譯、編曲、改寫、拍攝影片或其他方法就原著作另為創作者而言。故立體物上除以前述立體形式單純性質再現平面圖形著作之著作內容者外，尚另有新的創意表現，且此有創意之立體物復為著作權法第 5 條第 1 項所例示保護之著作，即屬上開所定之改作行為，此立體物即為著作權法第 6 條第 1 項所稱之『衍生著作』，亦受著作權法之保護。從而立體物製成者，自亦需取得平面圖形著作財產權人之同意，否則即有侵害著作權(改作權)之情形，例如將素描繪畫變成雕塑即屬之。本件被告將自訴人公司所取得著作權之圖形著作即系爭電路圖製成電路圖板，縱其中有些微內容不同，而另有新的創意表現，但如係以立體形式單純性質再現自訴人所有著作權之電路圖圖形著作之著作內容時，似亦已構成對自訴人『改作權』之侵害。被告之行為縱認非屬『重製』之行為，然有無構成『改作』之行為？未見原判決對此併加以論敘，致事實仍欠明瞭，則原判決適用法律當否？本院無從揣斷，遽行定讞，自不足以昭折服。」<sup>147</sup>。本文以為，被告之電路版與原告之電路圖「些微不同之處」，若仍與原告之電路圖具有「實質相似」，則縱有不同處，亦不構成改作；而縱已達到不具實質相似之程度而構成改作，惟構成改作前會先構成重製<sup>148</sup>。

## 二、立體著作轉為平面

立體著作轉為平面是否構成重製，理論上其判斷標準與平面著作轉為立體之情形並無不同，關鍵亦在於該平面形式是否再現立體著作之內容。最高法院就立體著作轉變為平面形式是否構成重製或改作雖並未明確表示見解，惟若就其所揭

<sup>147</sup> 類似判決，最高法院 98 年度臺上字第 4571 號刑事判決。

<sup>148</sup> 就將平面著作轉換成爲立體之形式，究竟屬於重製或改作，參謝銘洋(2004)，**智慧財產權之概念與法律體系**，智慧財產權之基礎理論。第 45 頁。其見解與最高法院見解大致相同而與本文有異。

示判斷是否構成重製之標準-即「再現性」觀之，則應可認其亦會認為以平面形式再現立體著作之內容將構成重製或改作。

而自比較法之觀點而言，伯恩公約第 2 條第 1 項已明訂有關地理、地形、建築或科學之三度空間之著作均在著作權保護之範圍，且第 9 條第 1 項更明訂著作人專有授權他人以任何方式或形式重製之權利，足見著作權之保護應不以平面著作在三度空間再現之情形為限。我國加入 WTO 以後，因 TRIPS 第 1 條及第 9 條之規定，故必須以伯恩公約第 1 條至第 21 條之保障為最低標準，故有關三度空間著作之轉換問題，應採相同之解釋方符合國際條約之要求。

### 第三節 侵害他人之著作財產權之證明

在美國著作權法實務上，就「copying」一詞之屬性，以及推認(證明)「侵害他人之著作財產權」所需之間接事實<sup>149</sup>為何，有不同之見解。通說認為「copying」即為侵害之態樣，含有不法之意涵，而推認「copying」所需之間接事實為「access(接觸)」及「substantial similarity(實質相似)」；但亦有認為「copying」僅係指「模仿」而已，該詞本身為中性，而推認「侵害他人之著作財產權」所需之間接事實應為「copying(模仿)」及「illicit copying(非法模仿)」<sup>150</sup>。

我國司法實務上則係使用「抄襲」之用語，而如同上述美國法上對「copying」一詞之屬性爭議，我國司法實務上對「抄襲」一詞之屬性為何亦有所歧異。由最高法院 81 年台上字第 3063 號判決表示：「源出相同之觀念或觀念之抄襲並無禁止之理」觀之，「抄襲」一詞既兼指思想及表達之抄襲，則抄襲尚非一定得到非法之評價，故「抄襲」一詞應為中性；但由高等法院台中分院 80 年度上字第 357 號判決表示：「又所謂抄襲，乃係剽竊他人的著作當作自己所創作，認定『抄襲』之要件有二：1.接觸，2.實質相似」觀之，則「抄襲」一詞乃指非法之侵害。故

<sup>149</sup> 訴訟法上依照證據所能證明之事實，將證據區分為直接證據及間接證據。直接證據係指得直接證明主要事實(構成要件事實)之證據；間接證據則係指僅得證明間接事實之證據，而複數的間接事實再透過經驗法則，推認主要事實之存在。參駱永家(1999)，*民事訴訟法 I*，自版。第 163 頁、第 180~187 頁。

<sup>150</sup> 此二說即分別為下述之「接觸與實質相似模式」以及「Arnstein 原則」。



可知「抄襲」一詞在我國司法實務上之概念亦不確定，惟似以後者為多數見解，故本文以下亦以「抄襲」之用語指涉非法之侵害(亦即以「抄襲」之用語指涉「侵害他人之著作財產權」)。

又所謂「抄襲」，係指他人未經著作財產權人之同意而行使其著作財產權，因此並不以重製他人著作為限，舉凡公開上映、公開演出、公開播送或改作他人之著作，均為抄襲概念所涵蓋<sup>151</sup>，質言之，「抄襲」為侵害著作財產權之基本類型。故在認定確屬「抄襲」行為後，在具體個案中仍要判斷其究竟該當於改作、重製等何種權利之侵害<sup>152</sup>。

## 壹、Arnstein 原則

美國法上就抄襲之認定模式主要有「Arnstein 原則」<sup>153</sup>及「接觸與實質相似模式」。原、被告著作如屬獨立創作而湊巧雷同或實質相似，本皆可分別受著作權之保護，故必著作間之實質相似係因被告接觸而模仿所致，方為抄襲。故「Arnstein 原則」認為，原告主張被告抄襲須證明：(1)被告模仿(copying)；(2)被告模仿原告著作達實質相似之程度(illicit copying)。

### 一、模仿

#### (一)意義

所謂模仿，只需被告於創作時以原告「作品」為模型、樣本、受其啟發或腦

<sup>151</sup> 許忠信(2009)，著作之原創性與抄襲之證明(下)-最高法院 97 年度臺上字第 1214 號判決評析，月旦法學雜誌第 172 期。第 241 頁。學者羅明通亦指出：「又所謂『抄襲』，不僅包括未經授權之重製，亦包括著作財產權人其他專有權利之侵害，例如被告以公開口述、公開演出、公開上映、改作等方法侵害原告之著作」。羅明通(2005)，著作權法論 II，台英商務法律。第 448 頁。

<sup>152</sup> 林純如(2004)，衍生著作與編輯著作之研究，臺灣大學法律學院法律學系碩士論文。第 184 頁。章忠信(2011)，著作權侵害之鑑定，月旦法學雜誌第 190 期。第 4 頁。

<sup>153</sup> 本原則首見於 Arnstein v. Porter 一案，該案原告控告被告侵害其音樂著作權。本案法官一開始即將構成著作財產權侵害的要件，清楚的分成兩個層面，即模仿(copying)及非法模仿(illicit copying or improper appropriation)，後者係指被告模仿原告著作達實質相似之程度。

海中存有原告「作品」之記憶即足，並不以原告「作品中受保護之表達方式」為必要<sup>154</sup>。故下意識模仿亦為模仿，因此若被告忘記曾讀過、聽過、看過原告作品，而真實的相信該創作乃其自己的著作，仍屬模仿；換言之，被告對其模仿行為不需有所認識。

## (二) 模仿之證明

原告可以直接證據證明被告模仿(例如目擊證人、共同侵權行為人之證詞等)，或以「接觸」及「近似」間接證明被告模仿<sup>155</sup>。而之所以認為「接觸」及「近似」得證明模仿，其理由為「接觸」提供被告模仿原告作品之機會，而原、被告作品間之「近似」表示被告確實曾掌握該機會從事「模仿」，因而在此情形下，「模仿」之認定僅為一種可能性。

### 1. 接觸

「接觸」一詞係源自於美國聯邦著作權法之判決。我國最高法院判決雖指出「接觸」為抄襲之要件，但並未對其內涵予以闡述，故美國法院之見解應有比較法上之參考價值。

依美國聯邦法院之見解，「接觸」係指完成被告作品之人實際上閱讀(actual viewing)或聽聞原告之作品，或有「合理之機會(reasonable opportunity)」或「合理之可能性(reasonable possibility)」閱讀(see or view)或聽聞(hear)原告之作品<sup>156</sup>。因而被告如僅具些微的可能性見聞原告作品，則非「接觸」<sup>157</sup>。

---

<sup>154</sup> 至於何以不以原告「作品中受保護之成分」為必要，本文以為，此應為「證明力」層次之考量結果。蓋就抄襲之「概念」而言，若被告「於創作時腦海中並未存有原告作品中受保護之成分之記憶」，或「(於接觸與實質相似模式下)未有合理之機會閱讀或聽聞原告作品中受保護之成分」，則縱兩造著作實質相似，仍非抄襲；惟就「證明力」而言，應可認為若被告「於創作時腦海中存有原告作品之記憶」，或「有合理之機會閱讀或聽聞原告作品」，且實質相似，即足以證明被告「於創作時腦海中存有原告作品中受保護之成分之記憶」，或「有合理之機會閱讀或聽聞原告作品中受保護之成分」，故於此情形，抄襲之認定僅為一種可能性，而容許被告舉證推翻。詳下述：參、獨立創作之抗辯。

<sup>155</sup> 蓋直接證據通常難以獲得，此係因被告之模仿常發生於私人寓所，且憑記憶模仿亦屬可能。

<sup>156</sup> 高涌源(1991)，著作權法之創作發生主義及侵害著作權之構成要件-從兩則高院判決談起，律

美國聯邦法院一向認為原告須負「接觸」之舉證責任，我國法院亦同，最高法院 81 年臺上字第 3063 號民事判決即表示：「主張他人之著作係抄襲其著作，應舉證證明該他人曾接觸被抄襲之著作，構成二著作實質相似」。而就「接觸」之證明，得以直接證據例如：被告曾經購買原告作品的單據、與兩造交易的第三者執有原告之作品，而被告能經由與第三者的交易機會接觸該作品、被告所任職公司的檔案資料中收錄原告的作品<sup>158</sup>等證明之；亦得以間接證據例如：原告的作品十分有名，而且廣泛的於市面上流通、被告完成其作品之速度異常、被告其他作品亦與原告作品具有近似性、被告以前抄襲系爭著作之記錄、被告以盜版為業<sup>159</sup>等推認之。

又兩造作品間之「共同錯誤或無意義之成分」，亦可作為推認「接觸」之間接證據。所謂共同錯誤或無意義之成分，係指原、被告作品中共同存有原告故意安排或無意疏忽所生之錯誤(例如錯字、排版之瑕疵、文法錯誤、不實之資料)，或無意義之陳述(例如不必要之冗言)。共同錯誤如非出於巧合、源於該行業之通常誤解或出於共同合法之來源，應足證被告曾接觸原告之作品<sup>160</sup>。

## 2. 近似

「模仿」之認定既僅為一種可能性(機率)，故學說上認為在原、被告作品間

---

師通訊第 137 期。羅明通(2005)，**著作權法論 II**，台英商務法律。第 449 頁。

<sup>157</sup> 例如：以原告作品曾收藏於國會圖書館，而此時期被告公司的董事長曾訪問華盛頓特區；原告手稿曾經出現在被告居住過之城市；原告著作僅係區域性的演出或僅於一些書局中少量的出售等，均不足以證明「接觸」。

<sup>158</sup> 柯雅惠(2003)，**著作創作抄襲侵害之基礎理論與實務檢討**，臺灣大學法律學院法律學系碩士論文。第 86 頁。

<sup>159</sup> 許忠信(2009)，**著作之原創性與抄襲之證明(下)-最高法院 97 年度臺上字第 1214 號判決評析**，月旦法學雜誌第 172 期，第 247、248 頁。

<sup>160</sup> 羅明通(2005)，**著作權法論 II**，台英商務法律。第 453 頁。共同錯誤之存在效果如何，有數種不同見解，茲列出兩種主要見解於下：

**1. 共同錯誤之存在為接觸之證據**。蓋其只能表示被告曾接觸原告作品而抄下該錯誤而已，而未必表示被告在創作時腦海中存有原告之作品，亦即未必模仿。

**2. 共同錯誤之存在可能構成強烈近似**。而因共同錯誤本身通常微小而不具實質重要性，且常由不受保護之事實所構成，故其本身尚不足以成立實質相似。參許忠信(2009)，**著作之原創性與抄襲之證明(下)**，月旦法學雜誌第 172 期。第 250 頁。

具「強烈(明顯)近似」(strong similarities)時，可不必有「接觸」之證據，該「強烈近似」本身即足以推認被告「模仿」。簡言之，若原、被告作品間不具「近似」，則縱認有「接觸」仍不足以推認被告「模仿」；而若缺乏「接觸」之證據，則原、被告作品間之「近似」必須明顯到足以排除被告係獨立創作之可能性之程度，方可藉該「強烈近似」本身推認被告「模仿」。

而所謂「強烈近似」，係指原、被告作品間之近似程度，其原因除被告「模仿」外，別無其他合理解釋<sup>161</sup>。就「強烈近似」與「實質相似」之區別，「強烈近似」可能已達「實質相似」之程度(例如被告之三百頁小說與原告之三百頁小說逐字相同)，惟「強烈近似」亦可能存在於不受著作權保護之成分上，或質量上甚為微小但明顯的顯露出被告模仿原告作品(例如一千頁的小說中有一句逐字相同，或被告作品中有原告之簽名、著作權通知等)。此種存在於不受著作權保護之成分上或質量上甚為微小之「強烈近似」，並不構成「實質相似」<sup>162</sup>。

## 二、非法模仿(實質相似)要件<sup>163</sup>

被告如僅模仿原告作品中不受保護之成分，則不構成抄襲，因此在判斷實質相似前，應將不受保護之成分(例如思想、事實等)排除。

至是否構成「實質相似」屬事實問題，美國下級法院常用「一般人原則」進行判斷。該原則係源於 *Daly v. Palmer* 一案，該案中法院表示原、被告著作如「由觀察者透過該著作所訴諸的感覺加以觀察，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」，則構成實質相似。亦即一般理性之人於閱覽其中一部著作後再閱覽另一部著作時，在未有他人

<sup>161</sup> 因此若該作品類型之自由創作空間有限，或作品甚為簡單而易雷同，則不易構成「強烈近似」。

<sup>162</sup> 許忠信(2009)，*著作之原創性與抄襲之證明*(下)，月旦法學雜誌第 172 期。第 247、248 頁。

<sup>163</sup> Nimmer 教授稱之為實質相似要件，蓋實質相似本僅存在於受保護之成分上。惟 Latman 教授則認為在此階段，原告需證明被告所模仿自原告作品之部分乃屬受保護之成分，以及原、被告著作實質相似，因而其並不贊同以實質相似一語取代非法模仿之用語。本文以為，二說之實質內容雖無不同，亦即於此階段皆以受保護之成分及實質相似為要件，惟就「實質相似」之字義而言，似以 Latman 教授之說法較為可採，就概念的區別亦較為清晰。

幫助、暗示或分析的情況下，基於自然而直接的反應是否能發現該抄襲之事實；而所謂「一般人」則係指該著作之消費者。

### 三、本文見解

「Arnstein 原則」認為證明抄襲所需之間接事實為「模仿」及「實質相似」，為美國甚多法院所採；惟 Nimmer 教授則採用部分法院之認定方式，即以「接觸」及「實質相似」來推認是否構成抄襲。由文義觀之，後者之認定方式似與「Arnstein 原則」不同，惟二者之實際操作結果則無甚差益：蓋「模仿」之直接證據常難以獲得，因而原告常需藉由「接觸」及「近似」來推認「模仿」；又原、被告著作間之相似需達「實質相似」之程度方足以構成抄襲，則此時用以推認「模仿」所需之「近似」通常即已存在，故以「接觸」及「實質相似」推認抄襲，實與「Arnstein 原則」結果相同。

惟有學者認為，原、被告著作縱達「實質相似」程度，如被告乃獨立創作而湊巧雷同，其縱曾「接觸」原告作品惟未加以「模仿」，其著作仍可受著作權保護，必其「接觸」原告作品且兩作品間之「近似」足以推認被告因而掌握該機會進行「模仿」，且模仿達「實質相似」之程度，方足推認抄襲<sup>164</sup>；簡言之，其認為「模仿」與「接觸」係屬不同概念，而僅「接觸」並不足以推認「模仿」。就此本文以為，誠然，在以具備「模仿」及「實質相似」方足以推認抄襲之前提下，則僅具備「接觸」及「實質相似」，於理論上即有證明力不足之問題，故此問題之關鍵應在於構成「實質相似」是否必定同時構成「近似」。而依前所述，「實質相似」與「近似」之概念內涵雖有不同，惟「實質相似」既僅存在於受保護之成分上，則其認定應較「近似」為嚴格，故應可認若已構成「實質相似」則必定同時構成「近似」，故實際上並不會有已具備「接觸」及「實質相似」卻仍不足以推認「模仿」之情形。若此，則「Arnstein 原則」與「接觸與實質相似模式」之差異僅在於描述方法，後者僅係將前者予以簡化，二者對抄襲之概念以及推認抄襲所需之間接事實為何，實際上並無不同。

<sup>164</sup> 許忠信(2009)，著作之原創性與抄襲之證明(下)，月旦法學雜誌第 172 期。第 244 頁。

## 貳、接觸與實質相似模式

「抄襲」、「接觸」以及「實質相似」均非我國實定法之用語，而係源自於我國實務判決<sup>165</sup>，最高法院 81 年度台上字第 3063 號民事判決即明確表示：「認定抄襲之要件有二，即(1)接觸，(2)實質相似」，而究其來源，則係受美國著作權法之影響。

### 一、接觸

#### (一)意義

此部分之基本說明均已於前述。惟應特別說明者為，在此模式下，學說上認為倘原告及被告之作品「明顯近似(striking similar)」，亦即其近似程度已達足以排除被告係獨立創作之可能性時，則不必有其他證明「接觸」之證據，該「明顯近似」本身即足以推認被告曾「接觸」原告之作品<sup>166</sup>。又是否構成「明顯近似」與原告作品的性質攸關，若原告的作品具有一定的複雜性，則較易構成明顯近似<sup>167</sup>，故倘若原告的作品十分簡單平凡(trite or commonplace)，與既有存在的公共資源類似，則不易構成「明顯近似」<sup>168</sup>。

本文以為。「強烈(明顯)近似」究係用以推認「模仿」或「接觸」，在不同模式下雖有不同見解，惟實質上並無不同，蓋「強烈(明顯)近似」既亦足以推認「接

<sup>165</sup> 高等法院 79 年度上易字第 470 號判決中，法院就兩造之電腦程式是否抄襲送請財團法人工業技術研究院電腦與通訊工業研究所鑑定，其鑑定報告稱：「著作權侵害之認定標準通常可由兩個要件所構成，即所謂接觸(access)及實質相似(substantial similarity)」，其意見為法院所採納，此為以接觸及實質相似認定著作權侵害之始。

<sup>166</sup> 羅明通(2005)，**著作權法論 II**，台英商務法律。第 452 頁。

<sup>167</sup> 相同見解，柯雅惠(2003)，**著作創作抄襲侵害之基礎理論與實務檢討**，臺灣大學法律學院法律學系碩士論文。第 87 頁。

<sup>168</sup> See *Ferguson v. National Broad. Co.*, 584 F. 2d 111, 113 (5<sup>th</sup> Cir. 1978); *Selle v. Gibb*, 741 F. 2d 896 (7<sup>th</sup> Cir. 1984)，在後一案例中，判決中即指原被告之歌曲雖然明顯近似，然而因原告歌曲的播放僅限於芝加哥，而被告卻是在法國完成其歌曲的創作，故如此簡單著作間的明顯近似，若無其他證據，仍無法據以推認接觸之成立。

觸」，則在「Arnstein 原則」下，其實並無免除「接觸」之舉證之實益。此概念之重點應在於所要求之近似程度需達到足以排除被告係獨立創作之可能性，而於判斷時應注意作品的性質，在作品類型之自由創作空間有限，或作品甚為簡單時，並不易構成「強烈(明顯)近似」。

## (二)我國司法實務見解

茲就「接觸」之意義及舉證，舉例如下<sup>169</sup>：

### 1.最高法院 98 年度臺上字第 868 號民事判決表示：

「自 74 年 7 月 10 日著作權法修正，電腦程式著作列入著作權保護之對象以來，隨電腦科技之日新月異，對於非文字之結構 (structure)、次序 (sequence) 及組織 (organization)、功能表之指令結構 (menu command structure)、次級功能表或輔助描述 (long prompts)、巨集指令 (macroinstruction)、使用者介面 (user interface)、外觀及感覺 (look and feel)，是否均在著作權保護之範圍，審理之法院自應或委由鑑定機關將 (主張享有著作權保護之人之受保護) 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；再就侵權人是否曾經接觸著作權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，加以判斷是否侵害著作權人之著作財產權。」此判決表示似認為「接觸」以接觸原告作品中「受保護之表達方式」為必要，與學說見解並不相符，是否妥適，實有疑義。

### 2.智慧財產法院 98 年度民著訴字第 41 號民事判決表示：

---

<sup>169</sup> 需特別說明的是，相較於「實質相似」之概念，我國司法實務就「接觸」概念的掌握雖較為正確，惟「接觸」之認定常有賴於間接事實，則其認定是否符合論理法則及經驗法則，往往成為訴訟上攻防之關鍵，故實有就此部分司法實務之判決為全面檢討之必要。

「而有無接觸並不以提出實際接觸之直接證據為必要，倘二著作間明顯近似，而足以合理排除後者有獨立創作之可能性，或二著作間存有共同之錯誤、不當之引註或不必要之冗言等情事，均可推定後者曾接觸前著作。…。其次，兩造維修手冊有下列共同之錯誤：原告維修手冊中第 10 頁出現兩次正確使用「At Airline option,」及一次誤用「At Airline option」（未加逗點），被告維修手冊第 2 頁出現相同之錯誤。原告維修手冊第 5002 頁出現一次正確使用「certification and traceability」及一次誤用「Certification and Traceability」（字首均不應大寫），被告維修手冊第 502 頁亦出現相同之錯誤。查原告與被告懷霖公司之航空貨櫃吊網產品於交易市場上係具有直接競爭關係，而兩造維修手冊均係附隨於貨櫃吊網產品而交付予買受人，是被告懷霖公司之人員於創作被告維修手冊過程，即有合理之機會接觸原告維修手冊，況被告懷霖公司之人員未曾接觸原告維修手冊，應不致於創作被告維修手冊時產生上開相同之錯誤，足見後者確曾接觸前著作。」此判決表示「接觸」不以「實際上」閱讀或聽聞原告之作品為限，僅需「有合理之機會」閱讀或聽聞原告之作品即可；並以「共同錯誤」作為認定「接觸」之依據。

### 3.最高法院 92 年度臺上字第 1813 號刑事表示：

「(二)被告於第一審雖提出加拿大公司於 87 年 12 月 16 日致環勳公司之產品說明函件，然該加拿大原廠英文函件為加拿大公司與環勳公司間之私人往來信函，原著作人李冠林(嗣於 89 年 2 月 1 日將著作財產權轉讓告訴人)實無可能接觸此加拿大原廠英文函件，而亦無任何證據證明李冠林曾經接觸過其他類似內容之英文資料而有改作情形，李冠林應確為系爭『激肌蛋白』中文說明書之著作人。(三)經第一審逐字比對被告之『壯格』中文說明書與李冠林之『激肌蛋白』中文說明書，其中產品名稱副標題、主要成份、產品特性、使用方法、產品效果等文字、標點符號均完全相同。易言之，系爭二份說明書除產品名稱、出品廠商基本資料不同之外，其餘內容相似程度高達百分之百，顯具實質相似性。參以『壯格』中文說明書與『激肌蛋白』中文說明書之高度實質相似性，足見被告曾經接觸李冠林之『激肌蛋白』中文說明書，確有意圖銷售而擅自重製『激肌蛋白』中文說明書之侵害著作權行為。(四)被告之『壯格』產品中文說明書內容雖有與英文函



件之意義類似，但所翻譯之文字（即表達之方式）竟與李冠林所使用之文字相同處甚多，又『激肌蛋白』一詞並非普通名詞，被告係使用『健激蛋白』之產品名稱，居然於使用效果中出現『激肌蛋白』之文字。再者，加拿大原廠英文函件中有關營養成分有二種包裝規格（30 公克及 35 公克包裝），各有不同之營養成分，詎被告於 30 公克包裝之營養成分竟標示為 35 公克包裝之成分，足見被告當時並未參考加拿大原廠英文函件，而係抄襲李冠林之『激肌蛋白』中文說明書。」。此判決係以「強烈近似」作為認定「接觸」之依據。

## 二、實質相似<sup>170</sup>

抄襲判斷難題之一在於認定兩造作品受保護之成分有無構成「實質相似」。我國通說見解認為，所謂「實質相似」，不僅指「量」之相似，亦兼指「質」之相似；不僅以文字比對之方法判斷，亦及於非文字模式(pattern)之分析比較及整體觀感之判斷。茲詳細說明如下：

### (一)實質相似之判斷標準

#### 1. 「量(Quantity)」之要求

在語文著作，判斷是否抄襲可用解構之方法逐字逐句比對，逐句抄襲(verbatim copying)或精確之複製(exact copying)他人作品之大部分內容可能構成實質相似，故抄襲之「量」可作為參考。又實質相似所要求之「量」與作品之性質有關，例如寫實之作品比科幻、虛構或創造性之作品(creative work)要求更多之相似量，蓋其雷同可能性較高<sup>171</sup>。

#### 2. 「質(Quality)」之要求

<sup>170</sup> 亦有稱之為實質「近似」者，如許忠信；亦有稱之為實質「類似」者，如黃銘傑；亦有稱之為實質「相似」者，如羅明通。

<sup>171</sup> 羅明通(2005)，著作權法論Ⅱ，台英商務法律。第 465 頁。惟何以雷同可能性較高即需要求較多之量，則未見其提出說明，本文以為，雷同可能性之高低應僅影響「模仿」或「接觸」之認定，與「實質相似」之認定似無關係，詳下述。

「量」固可作為參考，但並非決定之要素。所抄襲者若為原告作品中之「重要(material and substantial)部分」(即原告作品如失其部分，則原告作品亦失其精髓者)，縱然該部分僅是原告作品中的一小部分，亦可能構成實質相似。

而「或重要」部分與「非或重要」部分的區別，是取決於原告作品所屬領域一般讀者的認知：倘若該部分為該當領域之一般常識或共通知識，則屬「非核心或重要」部分；反之，若該部分為作者個人創見，罕見或未見於該領域其他著作，則屬「核心或重要」部分<sup>172</sup>。

在為「質」之考量時，對於判斷圖形、攝影、美術、視聽等具有藝術性或美感性之著作是否抄襲時，使用分析解構之方法為細節比對往往有其困難或有失公平，故通常兼自「整體觀念及感覺(Total Concept and Feel)」或「外觀及感覺(Look and Feel)判斷著作予人之觀感是否相似<sup>173</sup>。

## (二)實質相似之判斷主體

### 1. 觀眾測試法(The Ordinary Observer or Audience Test)<sup>174</sup>

此法認為是否構成「實質相似」係建立在旁觀者主觀的反應上，亦即一般理性之人於閱覽其中一部作品後再閱覽另一部作品時，在未有他人幫助、暗示或分析的情況下，基於自然而直接的反應是否能發現抄襲之事實。所謂一般人乃指該作品之消費者，在訴訟上則係由陪審團來進行。因此使用此種判斷法時，專家證言(expert testimony)、作品分析(detailed analysis)、解構(dissection)均付之闕如，

<sup>172</sup> 黃銘傑(2011)，重製權侵害中「實質類似」要件判斷之方式與專家證人之運用-板橋地方法院96年度智字第18號判決評析，月旦法學雜誌第189期。第201頁。

<sup>173</sup> 羅明通(2005)，著作權法論II，台英商務法律。第467頁，故學說上認為「整體觀念及感覺」一方面為思想與表達之區分標準，另一方面亦可作為實質相似之判斷標準。惟本文以為，「整體觀念及感覺測試法」之貢獻僅在於明白承認「著作自整體觀察所得之觀感，或著作所予人之意境」之可著作權性，故依本文所見，在以「整體觀念及感覺」作為著作權之標的之場合，於判斷兩作品是否實質相似時，應以「整體觀念及感覺中重要部分」作為實質相似中「質」之相似之判斷標準。

<sup>174</sup> 亦有稱之為「一般人原則」，該原則乃部分源於Daly v. Palmer一案。詳細說明，參許忠信(2009)，著作之原創性與抄襲之證明(下)，月旦法學雜誌第172期。第252頁。

而由陪審團作立即、本能反應之判斷。

惟吾人甚難要求一般人於未進行剖析的情況下區分何種成分受保護、何種成分不受保護，故有下述之二階段判斷法。

## 2.二階段測試法(Bifurcated Test / Two Step Process)

此法係 1946 年美國聯邦法院法官在 *Arstein v. Porter* 一案所首倡。在第一階段採用解析之方法判斷兩作品是否「實質相似」，在此階段陪審團並未介入而由法官自為判斷，並參考專家之證言；如在此階段經判斷有「實質相似」，再交由「一般理性之觀察者(ordinary reasonable observer，即陪審員)」，以一般性之觀察判斷是否「實質相似」<sup>175</sup>。

### (三)我國司法實務見解

#### 1.實質相似之判斷標準

就「實質相似」不僅指「量」之相似，亦兼指「質」之相似之見解，亦為我國實務向來所採。最高法院 96 年度臺上字第 529 號刑事判決即表示：「法院於認定有無侵害著作權之事實時，允宜審酌一切相關情狀，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，其中實質相似不僅指量之相似，亦兼指質之相似；在判斷語文著作是否抄襲時，宜依重製行為之態樣，就其利用之質量按社會客觀標準分別考量。...。本件被告偉華公司出版之『重症護理學』二〇〇一年版及二〇〇二年版，是否係抄襲自訴人出版之『重症護理概論』乙節，經台大護理系鑑定結果，固認尚難以判斷有無抄襲，故無法評定等情，有該系上開函文可考。但觀諸其鑑定報告，係採逐字比對方法，以利用百分比呈現其相似度，尚非予以綜合比較具體判斷。原審就被告出版之『重症護理學』，是否係抄

<sup>175</sup> 羅明通(2005)，著作權法論 II，台英商務法律。第 464 頁。較詳細之說明，參柯雅惠(2003)，著作創作抄襲侵害之基礎理論與實務，臺灣大學法律學院法律學系碩士論文。第 93 頁。

襲自訴人出版之『重症護理概論』，未就其接觸與實質相似面，按其利用之質量，依憑前揭標準審酌一切情狀予以審認判斷，逕以上開台大護理系所為『難以判斷』、『無法評定』之鑑定結論，資為此部分著作並無抄襲之認定，亦有理由未備之可議。」。是判斷實質相似之有無，應注意不能僅以逐字比對之方法呈現其相似度(即「量」之考量)，亦應就利用之「質」為判斷。

而在判斷圖形、攝影、美術、視聽等具有藝術性或美感性之著作是否抄襲時，最高法院 97 年度臺上字第 6499 號刑事判決則表示：「法院於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兩個要件，即所謂接觸及實質相似為審慎調查，其中實質相似不僅指量之相似，亦兼指質之相似。在判斷圖形、攝影、美術、視聽等具有藝術性或美感性之著作是否抄襲時，如使用與文字著作相同之分析解構方法為細節比對，往往有其困難度或可能失其公平，因此在為質之考量時，尤應特加注意著作間之『整體觀念與感覺』。又著作權法第 3 條第 1 項第 11 款所謂『改作』係指以翻譯、編曲、改寫、拍攝影片或其他方法就原著作另為創作者而言。從而立體物製成者，自亦需取得美術著作財產權人之同意，否則即有侵害著作權（改作權）之情形。原判決理由雖記載『史努比』與被告所稱之『俏皮狗』；『小熊維尼』與被告所稱之『頑皮狗』；『多拉 A 夢』與被告所稱之『粉紅貓』等玩偶有差異之處，資為被告並未侵害著作權之論據。雖其記載如『史努比』之耳朵為長尖圓形與俏皮狗之耳朵形狀為長方寬圓形，但從卷附照片觀察並無明顯差異；又就嘴巴部分，記載俏皮狗嘴巴呈 T 形，亦無法從照片可清晰辨認；或多拉 A 夢與粉紅貓間服飾嘴型等之修飾不同云云等，大多數為細節比對，該些微差異，對於『整體感覺或外觀』予人之觀感是否相似？此與判斷被告有無侵害國際影業公司等前開美術著作權之犯罪故意，至有關係，原審對此未予詳酌慎斷，遽行判決，自嫌未盡調查之能事。」。此判決雖肯認「整體感覺或外觀」之可著作權性，惟就此種標的實際上應如何判斷其實質相似，則未見其提出說明。

## 2. 量與質的判斷

實務上於重製部分僅占作品之一小部分時，多以此「量少」作為有利於被告的判斷的因素。最高法院 97 年度臺上字第 3121 號刑事判決即表示：「告訴人所著『水晶寶典』共計 124 頁，被告利用部分則不及 3 頁；而『愛情水晶』共計 201 頁，遭告訴人指訴涉嫌抄襲部分約占 6 頁，『招財水晶』共計 188 頁，遭告訴人指稱涉嫌重製部分則約僅 4 頁，其利用數量不多。」。

智慧財產法院 100 年度刑智上易字第 33 號刑事判決則表示：「因之，系爭文章架構與告訴人之文章相同，且關於中文翻譯、數據、用語表達及錯誤之處，甚至就告訴人重新排列組合之採集電擊點，被告之文章內容亦與告訴人之文章內容相同，是證人蔡佳良證述系爭文章近乎 8、9 成之部分，與告訴人之文章相同等情，應足採信。故系爭文章利用告訴人之文章之比重上，既已有 8、9 成之重疊性，質與量均與告訴人之文章顯著相同，顯非被告單純原創之著作...」。

從上開判決可知，實務上對於「量」的計算基礎之作品，究應為原告作品或被告作品，顯有不同看法：前述最高法院判決係以原告作品為計算基礎，至於智慧財產法院之判決則係以被告作品為計算基礎<sup>176</sup>。惟當數量多寡為抄襲有無的重要判斷因素時，以何者作品為分母計算其數量多寡，實為訴訟勝敗之關鍵，然各該判決竟出現相互對立之見解，實嚴重危害法的安定性<sup>177</sup>。

<sup>176</sup> 相同見解，另參智慧財產法院 99 年度刑智上易字第 61 號刑事判決、高等法院 92 年度上更(一)字第 353 號刑事判決。後者即明確表示：「又查被告所出版之『潛能自然評量』每冊約有十五至十七個單元，每一單元約有十八個至二十個測驗題，是每冊約有二百七十題至三百題，經統計一下有二百七十二題、二下有二百五十六題、三上有二百八十題、三下計有二百七十九題，四冊合計共一千零八十七題，此有告訴人提出之『潛能自然評量』一下、二下、三上、三下四本在卷可參。而經告訴人指有抄襲情形者，計一下有二八題、二下則無測驗題、三上計有二十題、三下計有九題，是依上開所述，經告訴人指為抄襲之測驗題僅計有五十七題，約占被告四本『潛能自然評量』測驗題之二十分之一而已，況若加入未被指抄襲之一上、二上，則比例應更為小部分。顯見經告訴人所指稱被告抄襲者，亦不過是教材之一小部分，能否即認被告有抄襲、重製之行爲，亦有疑問。」。

此外亦有同時根基於原告及被告二者作品進行判斷者。智慧財產法院 98 年度民著訴字第 36 號判決即表示：「固然被告該文在第二部分介紹所展示韓國陽字號驅逐艦改為博物館之過程及內部配置與開放方式時，有部分內容與原告一文有少數文字(無論是相較於原告文章或被告本文，均只有少數文字)有類似或相同之處。」。

<sup>177</sup> 黃銘傑(2011)，重製權侵害中「實質類似」要件判斷之方式與專家證人之運用-板橋地方法院 96 年度智字第 18 號判決評析，月旦法學雜誌第 189 期。第 193 頁。

另當被告的作品相同或相似於原告的作品者並非原告作品中重要或核心部分時，亦成為有利於被告的判斷的因素。智慧財產法院 98 年度民著訴字第 36 號判決即表示：「固然被告此文有部分內容與原告一文有類似或相同之處(非逐字相同，因此實在無法如同原告計算出 429 字)，而且相較於被告該文的字數，不能算少，但是其內容均屬於描述性質，並非二文之核心或重要部分，又因為描述對象相同，所以在描述字眼的選擇上受到限制，相同或類似的用詞就難以避免，應該尚不能從此推論出，二文具有實質類似性。」。

應特別強調者為，上述判決中之「量」與「質」，均係以整部作品全體作為判斷基礎<sup>178</sup>。因此判決多會先行檢討原告及被告作品各共有幾頁，再檢討相似部分占原告作品或被告作品幾頁或為全體作品幾分之幾<sup>179</sup>；同時也會將原告作品區分為「核心或重要」部分與「非核心或重要」部分。此種以二作品全體進行比較之作法，有稱之為「全體比較論」<sup>180</sup>。

綜上所述，實務見解認為應針對不同類型著作，利用不同方法判斷其間「實質相似」之有無，且應質、量並重，同時進行相似與否之判斷。而當二作品相同或相似部分並非原告作品中「核心或重要」部分，且其數量占整部作品比例過少時，應不具「實質相似」；惟作為「量」之判斷基礎之作品，究應為原告作品或

<sup>178</sup> 著作權法所定義之「著作」與一般人所認知的「作品」並不相同，後者係泛指整部作品全體；相對於此，前者則具有法規範意涵，在著作權法僅保護具有創作性之表達之前提下，只要系爭表達可以彰顯出創作性，該部分即應受到法律保護，而成爲著作權法上之「著作」；質言之，「著作」並無個數之概念，縱令僅是著作的一部分，只要該部分擁有創作性表達，即可成爲侵權之對象。參同前註。第 196 頁。

<sup>179</sup> 如最高法院 92 年度臺上字第 2426 號刑事判決即表示：「又原判決以告訴人指稱被告抄襲者，亦不過是教科書之一小部分，而認難以此謂被告有重製之行爲等由，爲諭知被告無罪之論據之一，惟被告上開出版物抄襲告訴人出版之『自然學習評量』部分究有多少？其相似及雷同之百分比爲何？原判決並未加以調查釐清，徒認不過是『教科書』之一小部分，即爲被告有利認定，殊嫌率斷。」；又如智慧財產法院 98 年度民著訴字第 41 號民事判決即表示：「依原告所呈原證 19 兩造維修手冊之逐頁對照本，除標題及圖形說明部分外，其他兩造維修手冊中有關維修內容之敘述有多處完全相同或高度近似(僅段落編號或圖形編號不同、整段敘述僅 1、2 個文字用語不同，例如：tie down 全數置換爲 stud，詳如黃色標示及紅線指示對應部份)，其文字表達相同之比例甚高。另依被告自行委請中山科學研究院出具之鑑定報告，其「(十二)綜合判定」欄有關對應比對之手冊條文及文字差異比對判定結果，亦顯示兩造維修手冊有諸多部分係完全相同或近似，完全相同之量爲 75.78%，非完全相同惟近似之量爲 12.5%，且其相同或近似部分均係整句或整段之敘述，是以兩造維修手冊文字敘述相同或近似處之質量甚高，而已構成實質近似。」。

<sup>180</sup> 黃銘傑(2011)，重製權侵害中「實質類似」要件判斷之方式與專家證人之運用-板橋地方法院 96 年度智字第 18 號判決評析，月旦法學雜誌第 189 期。第 197 頁。

被告作品，則有不同見解。

### 3.實質相似之判斷主體

於判斷是否構成實質相似時，法院應基於何人之地位作此判斷，即為判斷主體之問題。就此，最高法院向來認為應「依重製行為之態，就其利用之質量按社會客觀標準分別考量」；智慧財產法院則表示「所謂『實質相似』，則由法院就爭執部分著作之質或量加以觀察，為價值判斷」<sup>181</sup>。兩者就判斷主體之用語並不相同，其所持見解是否有異，殊值討論。

此外，實務上經常以送請鑑定之方式作為認定實質相似之參考，最高法院96年度臺上字第529號刑事判決即表示：「本件被告偉華公司出版之『重症護理學』2001年版及2002年版，是否係抄襲自訴人出版之『重症護理概論』乙節，經台大護理系鑑定結果，固認尚難以判斷有無抄襲，故無法評定等情，有該系上開函文可考」；高等法院90年度上更(一)字第432號刑事判決亦表示：「本案自訴人所指疑涉抄襲重製之『神奇的草藥圖鑑』一書，經原審法院連同自訴人之『青草藥函授教材』一書送請國立臺灣大學法律學系教授蔡明誠鑑定結果，認為...；因認兩者難謂構成顯著的實質近似，有卷附鑑定意見書之記載可憑，顯見兩書仍有明顯不同，難認『神奇的草藥圖鑑』一書即係以自訴人之『青草藥函授教材』加以有形重複製作而來。從而自訴人指上訴人涉嫌違法重製其著作物，尚屬無據，先予指明。」。綜上可知，實務上似並未以作品所涉之領域作為決定鑑定機關之唯一依據。

## 三、本文見解

### (一)實質相似之定位

所謂抄襲，係指模仿他人作品中「受保護之成分」，且達「實質相似」之程

---

<sup>181</sup> 智慧財產法院98年度民著上易字第12號、97年度民著上易字第6號民事判決參照。

度。則依照抄襲之概念，應認為作為「實質相似」之比較標的者，應為原告作品中「受保護之成分」，而其比較之對象，亦應為被告作品中被指為與原告作品中「受保護之成分」實質相似之部分，而非兩造作品之全體。此由著作權法之立法目的，亦可獲致相同之結論，蓋著作權法保護具有原創性之表達，則只要對他人作品中具有原創性之表達加以模仿且達實質相似之程度，即應構成「實質相似」，除此之外對實質相似添加任何其他要件之見解，均屬對著作權法之保護對象添加法律所無之限制，質言之，將使對具有原創性之表達之保護大為減弱，故學說上即有見解認為，應針對具備原創性部分判斷其實質相似有無<sup>182</sup>。

據此，則我國通說見解認為構成「實質相似」除需與他人作品中「受保護之成分」實質相似外，尚需二作品全體相似部分達到一定的量或質之見解，頗有待商榷。蓋其可能產生雖然原告作品中「受保護之成分」遭到被告抄襲，但因該部分就全體作品而言，不論從「量」或「質」的觀點，皆尚未達「實質」之程度，故仍不構成「實質相似」。

至美國法上雖亦有採取「全體比較論」，惟依 Nimmer 教授之論述：「The quantitative relation of the similar material to the total material contained in plaintiffs work is certainly of importance. However, even if the similar material is quantitatively small, if it is qualitatively important, the trier of fact may properly find substantial similarity... If, however, the similarity is only as to nonessential matters, then a finding of no substantial similarity should result. That scenario could unfold to the extent that defendant copied a small amount of plaintiffs text or of entries from plaintiffs compilation, or briefly sampled plaintiffs sound recording, or to the extent that the subject reproduction is fleeting and out-of-focus.」可知，美國法上「全體比較論」所欲處理者，實係「法不介入瑣事」或「微罪不舉」問題(亦即於「量小」或「質輕」之少數情形直接否定「實質相似」之存在，蓋「量小」或「質輕」通常因而欠缺「創作性」而不構成受保護之成分)<sup>183</sup>，而非

<sup>182</sup> 黃銘傑(2011)，重製權侵害中「實質類似」要件判斷之方式與專家證人之運用-板橋地方法院 96 年度智字第 18 號判決評析，月旦法學雜誌第 189 期。第 198 頁。

<sup>183</sup> 同前註。第 197 頁。故於關於語文著作究應重製多少數量，將可能滿足實質相似時，Nimmer



如我國通說見解係以「全體比較論」全面作為「實質相似」之判斷標準。

## (二)實質相似之判斷標準

惟在我國現行司法實務仍以「全體比較論」全面作為實質相似之判斷標準之情形下，為護法之安定性，仍有必要解決於相似數量多寡之判斷時，其判斷基礎究為原告作品或被告作品之爭議。就此學說上認為，此時不應以著作權人本身無法控制之外在因素為基礎，否則將發生於被告另行添加的部分眾多時，不構成實質相似；惟當被告較為懶惰、自行創作的數量較少時，即滿足實質相似要件。著作權法保護者係作者具有原創性之表達，故應從其立場出發，而非受其無法控制之外在情事、他人努力與否的左右<sup>184</sup>。質言之，於相似數量多寡之判斷時，應以原告之作品為判斷基礎，亦即被告作品中與原告作品中相似的部分，需要達到原告作品中一定的量。

然依本文所見，基於著作權法之立法目的在於保護具有原創性之表達，則只要對他人作品中具有原創性之表達加以模仿且達實質相似之程度，即應構成「實質相似」。故「實質相似」在「質」的考量上，並不應以被告作品中與原告作品中相似的部分為原告作品中重要或核心之內容為要件(亦即不考慮「質」);在「量」的考量上，亦不應以被告作品中與原告作品中相似的部分需達到原告作品中一定的量為要件(亦即不考慮「量」)<sup>185</sup>。質言之，只要對他人作品中具有原創性之表達加以模仿且達實質相似之程度，即應構成「實質相似」，剩下的問題僅在於「接觸」之證明。至於若兩造作品相似部分確有「量多」或「質重」之情形，則該等事實可透過經驗法則成為據以推認「接觸」之事實；惟在「量少」或「質輕」時，

---

教授表示：「Turning to the literary realm, when the literal similarity consists of a passage that runs as much as three or four hundred words, it is clear that the trier may properly conclude that such similarity is substantial. But what if the similarity is only as to a single sentence? **Ordinarily, the importance of but one line in plaintiffs work would be regarded as de minimis, not justifying a finding of substantial similarity.**」，據此，雖然抄襲一句話，因其量微而可認定未有實質相似之存在。

<sup>184</sup> 同前註。第 198、199 頁。

<sup>185</sup> 智慧財產法院 98 年度民著訴字第 40 號民事判決表示：「所謂實質類似性，既不需要逐字逐句全然相同，亦不需要全文通篇實質類似，而是只需要在足以表現著作人原創性的內容上實質類似即可，尤其在大篇幅的碩博士論文的案例，否則，取巧抄襲之人只需要增加一些不重要的或完全不相關的內容，就可以免除侵害著作權之責任。」，即與本文見解相同。

仍不影響已構成之「實質相似」。綜上所述，只要原告證明「被告作品中存有與原告作品中受保護之成分實質相似之部分」以及「被告有合理之機會閱讀或聽聞原告之作品(接觸)」，即應認原告已盡其「抄襲」之舉證責任。

而在表達形式及內容受到相當程度制約之情形<sup>186</sup>，學說上有認為，此際若仍依一般實質相似之判斷標準(即僅要求「相似」)為之，將導致侵權的可能性大為增加，故於此情形，應認只有在幾近是原封不動、一字不漏抄襲的情況下，方可認定其該當於實質相似<sup>187</sup>。就此結論，本文大致贊同，惟依本文所見，在表達形式及內容受到限制之情形，所影響者應係「模仿」或「接觸」之舉證而非實質相似之認定，亦即此時原告將因經驗法則而較不易證明「模仿」或「接觸」，惟若被告係幾近原封不動、一字不漏的抄襲，則仍足以認定「模仿」或「接觸」<sup>188</sup>。又若表達形式為唯一或極其有限，此時可逕行適用「思想與表達合併原則」，使該有限之表達與思想合併而不受保護。

### (三)實質相似之判斷主體

如前所述，司法實務上所稱「社會客觀標準」究應以何族群為準？「價值判斷」又應基於何人之觀點為之？均待釐清，蓋同一著作基於不同族群或領域人士之觀點進行實質相似判斷，極可能產生不同之結果。

就此問題，美國法傳統上係採取「普通觀察者(ordinary observer)」之標準，亦即判斷是否構成實質相似，應基於一般普通合理之人的觀察為之<sup>189</sup>。此一「普

<sup>186</sup> 該情形「通常」發生在特定領域中之一般常識或共通知識(即非核心或重要部分)，因其已為其領域中人長期沿用並習慣以特定方式表達，故其表達形式受到相當程度之限制。

<sup>187</sup> 黃銘傑(2011)，**重製權侵害中「實質類似」要件判斷之方式與專家證人之運用**-板橋地方法院96年度智字第18號判決評析，月旦法學雜誌第189期。第194、202頁。

學者謝銘洋亦表示：「個性」與著作權之保護範圍有密切之關係，亦即「個性」表現越強著作，其保護範圍越大，在著作侵害之認定上，其所要求之近似程度就較低；反之，「個性」表現較弱之著作，其保護之範圍就較小，他人往往必須達到較高程度之近似性，才會被認為構成侵害。參謝銘洋(2003)，**智慧財產權第六講智慧財產權之取得(一)**，月旦法學教室第5期。第99頁。

<sup>188</sup> 蓋依前所述，逐字抄襲已構成「明顯近似」，而得推認「接觸」或「模仿」。

<sup>189</sup> 提出此標準者為 Hand 法官，其於判決中表示：「the ordinary observer, unless he set out to detect the disparities, would be disposed to overlook them, and regard their aesthetic appeal as the same.」

通觀察者」之標準，在我國法下可稱之為「社會通念」。易言之，於判斷是否構成實質相似，法院應依照一般社會通念之看法認定。蓋究竟如何之相似始該當於實質相似，實為一高度價值判斷問題，前述最高法院判決強調應依「社會客觀標準」加以考量，其意應在於此，則智慧財產法院 100 年度刑智上訴字第 39 號刑事判決，於判斷兩造之「金魚圖樣」是否實質相似時表示：「著作間是否近似，應以一般理性閱聽大眾之反應或印象為判定基準，無非由具備專業知識經驗人士以鑑定方法判斷之必要。」，應值贊同。

惟於針對特定專業領域人士所發行之著作上，是否仍可適用「普通觀察者」標準，即有疑義。例如在一般普通之人對於電腦程式幾乎是門外漢的情況下，其如何進行觀察，實為緣木求魚。為因應此種情勢發展，美國法院近來將該標準修正為「意圖聽眾(intended audience)」標準，亦即當系爭著作之發行對象係限定於特定專業領域人士時，是否構成實質相似之判斷，即應基於該專業領域人士之觀點為之。則此時我國法上之「社會通念」亦應轉變為該當特定專業族群之社會通念，而非一般社會通念<sup>190</sup>。

綜上所述，我國司法實務上常見將實質相似之爭議，逕自委由「法律學者」鑑定之情形，即有予以檢討之必要。質言之，除非系爭著作為該法律學者專業領域之法學著作，否則該法律學者應僅能提供相關法律條文之解釋及適用方法，而非進入系爭專業領域著作間是否構成實質相似之判斷。於著作權案件中，許多著作原本即為針對一般大眾發行，此時是否構成實質相似，即應依照「普通觀察者」或一般社會通念為之。而法官與法律學者既同屬「普通觀察者」，則法官自可依據自己之認知，進行實質相似與否之判斷。質言之，專家鑑定人之運用，應僅限於系爭著作屬於特定專業領域，而非法院得以運用一般社會通念從事判斷之情形，法律學者不當涉入事實認定之舉<sup>191</sup>。

<sup>190</sup> 美國法院判決表示：When conducting the second prong of the substantial similarity inquiry, a district court must consider the nature of the intended audience of the plaintiffs work.，參黃銘傑(2011)，重製權侵害中「實質類似」要件判斷之方式與專家證人之運用-板橋地方法院 96 年度智字第 18 號判決評析，月旦法學雜誌第 189 期。第 205、206 頁。

<sup>191</sup> 同前註。第 206、207 頁。

又系爭著作縱屬於特定專業領域，惟鑑定僅係證據方法之一，故是否送鑑定仍係法院職權裁量事項，若其他證據已足供法院判斷事實之存否，即無再行鑑定之必要。而若確有鑑定之必要，對法院而言，除非係由雙方當事人合意選任鑑定人(我國民事訴訟法第 326 條)，否則自著作權專責機關之智慧財產局所建議之專業名單中選任鑑定人，應較可提高鑑定結果之證明力<sup>192</sup>，故法院應與智慧財產局緊密合作，以掌握適切之鑑定機關或專家學者名單<sup>193</sup>。惟鑑定僅為證據方法之一，鑑定意見對法院並無拘束力，惟法院採納鑑定意見與否之理由，應於判決中交代<sup>194</sup>。

#### (四)相關問題：「原始性」之舉證責任

著作權之侵害係以著作權之存在為前提，故訴訟上即應證明「原告擁有著作權」此一事實，而理論上其舉證責任應在於原告。惟要求原告證明其著作權存在，若包括「獨立創作」(即原始性)之證明，乃為苛求，蓋此時係要求原告證明其「未抄襲自他人著作」之消極事實，故應認原告僅需證明其創作事實，而不需證明「非抄襲」。而在認定原告擁有著作權後，被告之抄襲方由原告證明之<sup>195</sup>。

<sup>192</sup> 目前智慧財產局本身已不再受理司法機關之囑託鑑定，且對於司法機關要求提供鑑定人參考名單，亦曾不予提供。智慧財產局 96 年 6 月 14 日智著字第 09600052950 號函釋：「本局原辦理之司法機關囑託著作鑑定業務，經檢討後業已停辦，爰歉難辦理函囑鑑定業務，尚祈見諒。」，其理由為著作權法既採創作保護主義，則智慧財產局對於著作權侵害之鑑定意見其證明力必然弱於對於專利權及商標權之認定，且其機關內部之專業畢竟不如專利權及商標權之審定而需藉助外部專家，則於司法審判程序中究應以智慧財產局或外部專家之名義接受詰問，滋生困擾。

<sup>193</sup> 章忠信(2011)，著作權侵害之鑑定，月旦法學雜誌第 190 期。最高法院 98 年度臺上字第 868 號民事判決即表示：「原審未予查明鑑定人林彥君所知悉之 ANSI C++ 版本能否精確判斷解讀 Visual C++ 2003.NET 系統，率認其知悉 C++ 語言即適於為本案鑑定，不免速斷。」。

<sup>194</sup> 智慧財產法院 99 年度民著訴字第 36 號民事判決表示：「法院為判斷實質相似之主體機關，證人、鑑定人或鑑定報告為證據方法，為法院判斷之參考，對法院並無拘束力，自不得直接取代法院之判斷。」；而最高法院 79 年臺上字第 540 號判例表示：「法院固得就鑑定人依其特別知識觀察事實，加以判斷而陳述之鑑定意見，依自由心證判斷事實之真偽。然就鑑定人之鑑定意見可採與否，則應踐行調查證據之程序而後定其取舍。倘法院不問鑑定意見所由生之理由如何，遽採為裁判之依據，不啻將法院採證認事之職權委諸鑑定人，與鑑定僅為一種調查證據之方法之趣旨，殊有違背。」。

<sup>195</sup> 許忠信(2009)，著作之原創性與抄襲之證明(下)-最高法院 97 年度台上字第 1214 號判決評析，月旦法學雜誌第 172 期。第 253、254 頁。謝銘洋(2010)，智慧財產權法-我國智慧財產權法近年來之發展與司法實踐，臺大法學論叢第 39 卷第 2 期。第 221 頁。不同見解，蔡惠如(2011)，「原創性」概念於著作權訴訟之運作，智慧財產權月刊第 149 期。第 112 頁。

就此，最高法院 99 年度臺上字第 3777 號刑事判決表示：「按我國著作權法係採創作主義，著作人於著作完成時即享有著作權，惟著作權人所享著作權，仍屬私權，與其他一般私權之權利人相同，對其著作權利之存在，自應負舉證之責任。故著作權人為證明著作權，應保留其著作之創作過程、發行及其他與權利有關事項之資料作為證明自身權利之方法，如日後發生著作權爭執時，俾提出相關資料由法院認定之。此外著作權法為便利著作人或著作財產權人之舉證，特於第 13 條明定，在著作之原件或其已發行之重製物上，或將著作公開發表時，以通常之方法表示著作人、著作財產權人之本名或眾所週知之別名，或著作之發行日期及地點者，推定為該著作之著作人或著作權人。所謂保留創作過程所需之一切文件，作為訴訟上之證據方法，例如美術著作創作過程中所繪製之各階段草圖。因此，著作權人之舉證責任，在訴訟上至少必須證明下列事項：(一)、證明著作人身分，藉以證明該著作確係主張權利人所創作，此涉及著作人是否有創作能力、是否有充裕或合理而足以完成該著作之時間及支援人力、是否能提出創作過程文件等。(二)、證明著作完成時間：以著作之起始點，決定法律適用準據，確定是否受著作權法保護。<sup>196</sup>(三)、證明係獨立創作，非抄襲，藉以審認著作人為創作時，未接觸參考他人先前之著作。」。上開判決將獨立創作之舉證責任歸於原告，其見解是否妥適，實有疑義<sup>197</sup>，相對於此，智慧財產法院 100 年度刑智上易字第 74 號刑事判決則表示：「自訴人主張被告於 96 年 7 月 30 日傳送至國科會網站之 B 文，其中如附表所示之部分內容有抄襲其 A 文之情事，被告則否認自訴人之原創性，並提出附表第 1 頁所示之 12 篇先前著作為證。茲比對自訴人之 A 文與被告所提 12 篇先前著作有無實質近似之情形，並將文字相同部分以相同顏色之字體標示。」，其將「原告著作為抄襲」之舉證責任置於被告，較值贊同。

## 參、獨立創作之抗辯

### 一、意義

<sup>196</sup> 於個案中具體之認定方法，參智慧財產法院民事判決 99 年度民著訴字第 82 號民事判決。

<sup>197</sup> 同樣表示原告應舉證證明獨立創作者，另有智慧財產法院 98 年度民著上字第 22 號、99 年度民著訴字第 82 號民事判決。

所謂「獨立創作」(independent creation)，係指著作人為創作時，**未抄襲他人先前之著作**(without reference to prior work)，換言之，「獨立創作」與「抄襲」乃相對之概念。依美國聯邦法院之見解，著作人雖就其著作已取得著作權，但他人獨立創作所得之作品仍受著作權法保護；該獨立創作之表達縱與著作人之著作相似，仍未侵害著作人之著作權，**蓋著作權之授與並未賦予他人在市場上獨占思想、觀念之權利，從而本於相同之思想或觀念為創作時之表達方式縱然相似，亦不違法**<sup>198</sup>。我國最高法院 81 年度臺上字第 3063 號判決亦認為：「按著作權法所保護者，為著作人獨立創作之作品，兩作品只其均來自獨立之表達而無抄襲之處，縱相雷同，亦僅巧合而言，仍均受著作權法之保護。不得僅以客觀上之雷同類似，即認定主觀上有抄襲情事。**蓋觀念在著作權法上並無獨占之排他性，人人均可自由利用，源出相同之觀念或觀念之抄襲，並無禁止之理。**...苟非抄襲或複製他人之著作，縱二作者各自獨立完成相同或極相似之著作，因二者均屬創作，皆應受著作權法之保護。」。

「獨立創作」與「抄襲」既係相對之概念，則「獨立創作」之抗辯方式即可分為二種(廣義)：當原告主張被告曾「接觸原告作品」時，被告可抗辯其「並未接觸原告作品」(亦即抗辯原告不能證明「被告曾接觸原告作品」)；而縱使原告已證明被告曾「接觸原告作品」時，被告仍可抗辯其「並未接觸原告作品中受保護之成分」(狹義)<sup>199</sup>。

本文以為，被告之所以有為上述「狹義」獨立創作抗辯之空間及必要，實係因吾人並非以「有合理之機會閱讀或聽聞原告作品中受保護之成分」(或「於創作時腦海中存有原告作品中受保護之成分之記憶」)作為「接觸」(或「模仿」)的定義。至於何以不以「原告作品中受保護之成分」為必要，本文以為，此應為「證明力」層次之考量結果：蓋純就抄襲之「概念」而言，若被告「未有合理之

<sup>198</sup> 羅明通(2005)，**著作權法論 II**，台英商務法律。第 454 頁。

<sup>199</sup> 學說上有將「獨立創作」置於「接觸」之討論後，「實質相似」之討論前者，參羅明通(2005)，**著作權法論 II**，台英商務法律。本文則將其置於「接觸」及「實質相似」之討論後，蓋：1.「獨立創作」之意義係相對於「抄襲」，亦即兩者為正相反之概念；2.在訴訟上若原告未能先就「接觸」及「實質相似」均先盡其舉證責任，被告根本無須為「獨立創作」之抗辯。

機會閱讀或聽聞原告作品中受保護之成分」(或「於創作時腦海中並未存有原告作品中受保護之成分之記憶」),則縱兩造著作實質相似,仍非抄襲;惟就「證明力」而言,應可認為若被告「有合理之機會閱讀或聽聞原告作品」(或「於創作時腦海中存有原告作品之記憶」),且實質相似,即足以證明被告「有合理之機會閱讀或聽聞原告作品中受保護之成分」(或「於創作時腦海中存有原告作品中受保護之成分之記憶」),故於此情形,「有合理之機會閱讀或聽聞原告作品中受保護之成分」之認定僅為一種可能性,而容許被告舉證推翻,亦即被告得提出證據證明「未有合理之機會閱讀或聽聞原告作品中受保護之成分」(或「於創作時腦海中並未存有原告作品中受保護之成分之記憶」)。惟應強調者為,被告所負者並非「未有合理之機會閱讀或聽聞原告作品中受保護之成分」之舉證責任,「有合理之機會閱讀或聽聞原告作品中受保護之成分」之舉證責任仍在於原告,故被告所提出之證據僅需動搖法院已形成「有合理之機會閱讀或聽聞原告作品中受保護之成分」之心證,即為已足。

## 二、獨立創作之證明

學說上雖有認「獨立創作」之舉證責任應由被告負擔<sup>200</sup>,惟此說法似不甚精確。蓋如前所述,「獨立創作」與「抄襲」係相對之概念,則「抄襲」之舉證責任既在於原告,則自不能再謂被告就相對之概念即「獨立創作」負舉證責任;被告所應負者,應僅為動搖法院已形成「抄襲」之心證。故精確而言,應為:被告就推認「未有合理之機會閱讀或聽聞原告作品中受保護之成分」此一事實之間接事實負舉證責任,然其僅須動搖法院已形成「有合理之機會閱讀或聽聞原告作品中受保護之成分」之心證,即為已足。

而就獨立創作的舉證,被告可以提出其創作過程中之筆記、草稿、工作日誌等紀錄<sup>201</sup>。以電腦程式之撰寫為例,在研發過程中會有許多文件紀錄,包括各種開會記錄、備忘錄、邏輯圖、可行性研究、系統分析、進步表、資料結構、資料

<sup>200</sup> 同前註。第 455 頁。

<sup>201</sup> 具體案例可參,智慧財產法院 100 年度刑智上訴字第 39 號刑事判決

流程圖、邏輯演繹法等資料，晚近甚有「著作權潔淨室(Copyright Clean Room)」之運用，以證明其電腦程式著作係基於獨立創作而來。

此外，被告尚可以其著作完成係在原告著作完成之前，證明並未接觸原告之品作<sup>202</sup>。而在美國法的案例中，被告的資歷(training)、專業能力(expertise)等，亦是法院用來衡量被告著作是否為獨立創作之重要參考資料<sup>203</sup>。

## 肆、抄襲行為態樣之區別

如前所述，「抄襲」僅為侵害著作財產權之基本類型，故於認定屬抄襲行為後，在具體個案中尚須進一步判斷其行為究屬改作或重製，二者情形有時極為類似而不易判斷，茲以我國實務上出現之案例舉例說明如下：

### 一、重製

智慧財產法院 98 年度民著上字第 22 號民事判決表示：「上訴人不知情之員工鍾傑強交付附圖 1 所示之果酸作用圖之電子檔案予被上訴人胡義杰，被上訴人胡義杰交予被上訴人張雅雯重製附圖 2 所示之果酸作用圖，並利用不知情之製作成如附圖 3 所示之海報 1 張。而前揭皮膚結構圖、所引果酸作用之文字敘述及其標示位置均相同，僅文字書寫之方向不同，被上訴人張雅雯並未添加任何新的創意，僅係單純重製，而無改作之可言。」。此判決係以有無另行添加創意，作為重製與改作之區分標準。

### 二、改作

---

<sup>202</sup> 高等法院 92 年度上更(一)字第 202 號刑事判決即表示：「認定有無抄襲之標準，除須有實質之相似外，尚須有接觸被抄襲之著作，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。」。

<sup>203</sup> 例如在 NEC Corp. v. Intel Corp. 案中，美國法院即稱：以被告對於電腦程式已擁有特殊之專門技術，難以否定其獨立創作該程式之可能；相反的在 Whelan 一案，法院以被告僅是業餘程式寫作者，缺乏能力撰寫系爭程式而否定被告獨立創作之抗辯。



最高法院 92 年度台上字第 5387 號刑事判決表示：「著作權法第 3 條第 1 項第 5 款規定之『重製』，係指以印刷、複印、錄音、錄影、攝影、筆錄或其他方法有形之重複製作而言；同項第 10 款規定之『改作』，則係翻譯、編曲、改寫、拍攝影片或其他方法，就原著作另為創作者而言。著作權法就擅自重製或擅自改作、編輯而侵害他人之著作財產權者，於該法第 91 條及第 92 條分別設有處罰之規定。抄襲他人之著作權而侵害他人之著作財產權者，究屬重製或改作、編輯？攸關法則之適用，審理事實之法院自應詳予釐清並認定。本件依原判決認定之事實，被告編著系爭參考書之第一單至第十九單元之「焦點」部分，係抄襲自葉寶玉編輯之教學講義內容，然被告編著之系爭參考書，已將教學講義內容之部分文字刪除，並自行創作「應考策略」、「復習指南」、「歷屆學科能力試題範例」，二者仍有諸多相異之處，則被告所為，究係重製？抑係就原著作另為編排之改作或編輯？尚非全無疑義，原判決未深入究明，即以被告將教學講義內容少數細節說明文字自行刪去而未抄襲部分，無礙其本件抄襲之事實及被告自行創作之應考策略、復習指南、歷屆學科能力試題與範例等三部分與本件無涉，遽論處被告意圖銷售而擅自以重製之方法侵害他人之著作權罪，尚嫌率斷，自屬違誤。」，因而撤銷發回高等法院臺中分院，經該院以 92 年度上更(一)字第 267 號改判被告係擅自以「改作」之方法侵害他人著作財產權，其理由略為：「本件被告既坦承伊有參考自訴人所編著之『教學講義內容』，再以解構之方法逐字逐句比對系爭參考書與『教學講義內容』，...，本件被告編著系爭參考書之第一單至第十九單元之『焦點』部分，系爭參考書確係將『教學講義內容』原文第一章之緒論、第一節、第二節...改寫成『焦點』1、2、3，其內容除將少數細節說明文字刪去外，餘皆與『教學講義內容』內文之段落、順序、用字、斷句相同。被告另並自行創作『應考策略』、『復習指南』、『歷屆學科能力試題範例』，雖其比重非高，然二者仍有諸多相異之處，自整體通觀，依上開之說明，被告侵害著作權之態樣應係改作而非重製應可認定。」。本文以為，「重製」與「改作」二者均以與他人著作「實質相似」為要件，惟「改作」需另有「對原著作之內容有所變更」之部分(而此即為「重製」與「改作」之區分標準)；至於「對原著作之內容有所變更」，應係指系爭作品具有與原著作不具實質相似之部分。依此，則上開高等法院 92 年度上更(一)字第 267 號判決，於被告「將少數細節說明文字刪去」之情形，認定並無「改作」；而於被告另「並自行創作『應考策略』、

『復習指南』、『歷屆學科能力試題範例』，雖其比重非高，然二者仍有諸多相異之處」之情形，認定為「改作」，與以「是否具有與原著作不具實質相似之部分」作為是否「對原著作之內容有所變更」之標準之操作結果相同，應值贊同。

智慧財產法院 98 年度刑智上易字第 98 號刑事判決表示：「復按著作權法第 3 條第 1 項第 11 款所謂『改作』係指以翻譯、編曲、改寫、拍攝影片或其他方法就原著作另為創作者而言。而此所謂『其他方法』，乃恐例示之方法有所遺漏而設之概括規定，依法律解釋之基本原則，自應與例示之改作方法性質相符始足當之，是以，此所謂其他方法，自應限於以變更原著作之表現型態使其內容再現之情形，例如對於原美術著作圖樣之增減，即屬改作之其他方法。從而，美術著作圖樣內容之增減，須取得平面美術著作財產權人之同意，否則即有侵害改作權之情形。查被告吳敏暉就其曾於聖僑公司任職長達 6 年，知悉『主管圖』係證人李靜如任職聖僑公司期間所繪製，且曾接觸聖僑公司公司簡介中所載之『主管圖』等事並不爭執，核與證人陳柏君、汪首梅所證述被告吳敏暉於任職聖僑公司期間，應有接觸『主管圖』的機會之情相符，又證人李靜如到院具結證稱：吳敏暉委託伊依照聖僑公司簡介中所載之『主管圖』重新繪製『吳敏暉人像圖』，伊並未以儲存的『主管圖』圖檔去做修改或以掃描方式將簡介中之『主管圖』傳輸在電腦中製圖，伊係照著簡介中的『主管圖』去畫『吳敏暉人像圖』，二者並非完全一樣等情，而經本院以肉眼審視上開附件一『主管圖』及『吳敏暉人像圖』，附件一『主管圖』中共有含吳敏暉之人 12 人以各種姿式呈現，與『吳敏暉人像圖』中僅吳敏暉 1 人有所不同，至於附件二『主管圖』及『吳敏暉人像圖』，其二者之人像有頭髮顏色、頭髮瀏海方向、衣服顏色、衣服袖口有無 Hero 字樣等多處不同，且『吳敏暉人像圖』上有星型及弧線添加於原美術著作即附件二之『主管圖』之圖樣內外，該『吳敏暉人像圖』與附件二之『主管圖』所示美術著作圖樣雖大致相符，惟『吳敏暉人像圖』就附件二之『主管圖』中所示細節加以修飾、添加圖案及變更顏色，則依上揭說明，應認為被告吳敏暉委託證人李靜如依聖僑公司簡介中所載之『主管圖』繪製『吳敏暉人像圖』之行為，係屬著作權法第 3 條第 1 項第 11 款所規定之改作行為。是以，被告吳敏暉辯述其未有違犯著作權法之犯意，及被告 2 人空言否認渠等所為核與改作不該當等詞，並非可採。檢察官主張被告 2 人所為，係著作權法第 3 條第 1 項第 5 款所規定之重製

行為，亦有未合。是被告 2 人所為，並非著作權法第 3 條第 1 項第 5 款所規定之重製行為，而係同法條項第 11 款之改作行為，亦可認定。」。此判決認二圖之不同處在於：「『吳敏曄人像圖』就附件二之『主管圖』中所示細節加以修飾、添加圖案及變更顏色」，則依本文所見，該等不同處確與原著作不具實質相似，故應為改作而非重製。



## 第五章 著作權潔淨室之管理

### 第一節 著作權潔淨室(Copyright Clean Room)之意義與組成

#### 壹、著作權潔淨室之意義

本章係自前述「獨立創作之抗辯」延伸而出，說明原本屬法律概念之「獨立創作之抗辯」，係如何具體運用於電腦程式著作之創作過程，而成為法律與管理之交錯領域。著作權潔淨室亦稱為「潔淨室原則」，係指於開發有競爭性或相容性之電腦程式時，為迴避接觸他人電腦程式中受保護之成分，所建立具有隔離功能之系統或程序。著作權潔淨室在我國之誕生係肇因於 1988 年 IBM 控告宏碁電腦侵害其 BIOS<sup>204</sup> 中的鍵盤控制器的密碼著作權，向宏碁請求 3000 萬美元之損害賠償，而在退出 IBM 相容電腦或支付鉅額賠償的選擇間，宏碁選擇支付 IBM900 萬美元的和解金。

著作權潔淨室設置之理論基礎在於，著作權作保護之範圍以思想之表達為界線，而不及於思想本身，而判斷電腦程式是否構成「抄襲」時，亦係以「接觸」及「實質相似」為要件，故於開發電腦程式時，為能參考他人電腦程式中之思想或觀念等屬於公共財之成分，俾能開發相容或有競爭關係之軟體或硬體，同時在法律上又能避免受保護成分之接觸，即有建立著作權潔淨室之必要<sup>205</sup>。

#### 貳、著作權潔淨室之組成

著作權潔淨室主要有三組工作人員，分別執行不同之工作：「功能規格組」(functional specifications team)、「撰碼組」(coding team)及「法務組」(legal team)。

<sup>204</sup> BIOS (Basic Input/Output System 的縮寫、中文：基本輸出輸入系統)，是載入在電腦硬體系統上的最基本的軟體程式碼。

<sup>205</sup> 羅明通(2005)，**著作權法論 II**，台英商務法律。第 459 頁。

其中「功能規格組」與「撰碼組」不能有任何接觸，「法務組」係各組成員間唯一之溝通對象<sup>206</sup>。

### 一、功能規格組

該組負責對目標程式(target program)以「反編譯(decompilation)」或「反組譯(disassembly)」之方法<sup>207</sup>分析解構，以過濾出思想及功能(idea and function)成分，將不屬於著作權保護範圍之「功能性規格(functional specifications)」提供給「法務組」審核後，作為「撰碼組」撰寫程式之參考。「功能規格組」提出該規格書時僅能建議輸入與輸出之條件，不得含有任何達成該目標之表達之方式。

### 二、法務組

該組負責對「功能規格組」所提出之規格資料詳予審核，為「撰碼組」過濾目標程式中可能屬於表達之成分，並判斷合理用之範圍。此外尚須負責教育訓練之任務、建立符合著作權潔淨室條件之軟、硬體環境，並居間擔負「功能規格組」與「撰碼組」間溝通協調之任務。

<sup>206</sup> 著作權潔淨室的管理在一有完整智慧財產權組織的公司中係交由著作權組(另可能有專利組、商標組、技術授權組、合約分析組、營業秘密組等)，而著作權組之任務另有：登記著作權以及宣導著作權法知識，參陳敏(1996)，如何建立智慧財產權管理制度-以宏碁電腦為例，智慧財產權管理第8期。該文並建議智慧財產權組織應置於公司組織架構下總經理之直屬位置，蓋智慧財產權之問題已會影響公司的存亡，且因最後的決策由總經理決定，可避免與業務部門的衝突(例如向公司的客戶索取權利金。)

<sup>207</sup> 電腦程式的「還原工程」包含「反編譯」及「反組譯」。前者為將「目的碼(object code，指編譯器或組譯器處理原始碼後所生成的代碼，一般由機器碼或接近於機器語言的代碼所組成)」反編譯成原始碼；後者為將目的碼反組合成電腦組合語言(assembly language)。反編譯之必要性係因目的碼本身為一系列的「0」與「1」，因而光看目的碼並無法認出程式的概念、結構、順序、組織等。

至所謂**原始碼**(source code，亦稱源程式)，係指一系列人類可讀的電腦語言指令。在現代程式語言中，原始碼可以是以書籍或磁帶的形式出現，但**最為常用的格式是文字文件**。原始碼的目的是將人類可讀的電腦語言指令翻譯成電腦可以執行的二進制指令，此過程叫做編譯，係透過編譯器完成。故原始碼的主要功用有2：

1. 生成目的碼，即電腦可以識別的代碼。

2. 對軟體的編寫進行說明。然為數不少的初學者，甚至少數有經驗的程式設計師都忽視軟體編寫的說明。此部分雖然不會在生成的程式中顯示，也不參與編譯，但是說明對軟體的學習、分享、維護和復用都有巨大的好處。因此，書寫軟體說明在業界被認為是能創造優秀程式的良好習慣，一些公司也硬性規定必須書寫。

「法務組」於判斷何種資料可提供予「撰碼組」時，所考量者即為著作權法之基本原理，亦即思想與表達之區分與合併：簡言之，思想資料可過關，表達方式資料必須攔住。此標準看似單純，惟實際分辨工作實屬不易。電腦程式的原始碼通常即為思想的表達方式而不得過關，程式的規格(spec)則可過關，但不得太緊(tight)。至何謂「緊」，何謂「鬆」？大致而言，若「撰碼組」閱讀該規格後，大概能斷定逐一行的原始碼如何撰寫，該規格即太靠近電腦程式的表達方式<sup>208</sup>。「法務組」就「緊」與「鬆」的判斷為執行之關鍵，且為最為困難之一步，蓋其監控太嚴，將影響產品開發之時程，太鬆則將來一旦涉及侵權之爭議，則法務組需擔負大部分的責任。

管理實務上有依法律原則，就對某資料作「過關/攔住」之判斷程序簡單分為下列步驟：1.思想與表達方式能否分開(merger)、2.表達方式是否為不可或缺的布景(scenes a faire)、3.表達選擇有限(limited choices，此包含工業標準規格)、4.功能是否屬實用性(functional)、5.資料是否僅提供空格表(blank forms)的資訊而已、6.資料是否已被認定為公用資訊(public domain documents)。若資料能歸類於上述任何一項，因不受著作權保護，即可安全過關<sup>209</sup>。

又有時供應商會願意免費提供程式的原始碼，此尤其會發生在其推廣自創的工業標準或在推銷新產品活動的情況。此時若擬寫信問清楚，必須謹慎，蓋若被其拒絕，將來撰寫類似的程式時即有風險。

再者，雖然著作權之取得已不以註冊為要件，但新完成的軟體仍應盡快完成註冊，蓋如此至少可初步奠定著作權所有權及獨立創作的主張：萬一被告，註冊證明即可作為抗辯之證據；而若係發生他人抄襲自家程式，著作權侵害的基本起訴文件之一乃為著作權所有權之證明。另外，註冊證明亦可有效反駁「不知情(innocent infringement)」的抗辯。故雖然國內目前對著作權不受理註冊，開發新

---

<sup>208</sup> 陳歆(1999)，**著作權潔淨室**，智慧財產權第8期，第3頁。

<sup>209</sup> 同前註。第4頁。

軟體的公司仍應考慮在其他國家註冊。

### 三、撰碼組

該組需完全與目標程式之所有資料隔絕，其所獲得之資料僅能為來自「法務組」所提供之撰碼規範。為預防「撰碼組」受污染，接觸不該接觸之軟體，著作權潔淨室必須有系統的以文件記錄程式開發之過程，包含：進出人員之簽名及進入之時間、每日工作紀錄(daily log)、程式更改申請(engineering change requests, ECR)、程式更改及修改記錄(revisions and replacements record)、程式瑕疵清單(bug list)、工程筆記本(engineering notebook)、開會記錄(meeting minutes)等，這些記錄文件即構成文件途徑資料(paper trail)，而成為「獨立創作」抗辯之證明。又該組人員須至法院宣示或公證，聲明在進入著作權潔淨室之前從未接觸相關軟體之原始碼，並切結在開發軟體期間，非經「法務組」准許，絕不私自接觸相關軟體。

惟實務上研發工程師撰寫「研發工作日誌」的意願並不高，其理由不外為：不習慣、因趕產品而沒時間，或認為與績效無直接關聯等。不可諱言的是，只有當研發工作日誌發揮效用的時候，始能讓人體會到研發工作日誌的重性，惟研發與商品化之間尚有一大段的距離，大部分的研發可能無疾而終，而要求所有參與研發之人員均需鉅細靡遺的撰寫研發工作日誌，顯然是對研發人員及企業經營者的一大負擔<sup>210</sup>，如何在成本與效益間取得平衡，實為一大課題。

就此，有實務家認為，考量研發工程師與新產品的開發最為密切，故重視研究開發的公司，公司內部應有其一套新產品的開發流程(新產品的開發應包含從

---

<sup>210</sup> 為了強化研發工作日誌的證明力，需規範記載研發工作日誌的準則，重大的新發現甚至被要求要有見證人簽署等。惟即使如此，因研發工程師個人因素的差異，故很難有一套評量填寫工作日誌的標準。

在早期宏碁曾嚴格要求研發工程人員皆要撰寫研發工作日誌。研發工程人員一進公司，研發中心會發給一本空白而編有流水號的工程備忘錄，以供研發工程人員將平日的工作實況、心得、建議等隨時記錄下來。填寫完一本後，應交回研發中心保管並再領取一本新的工程備忘錄；領用人離職時，必須繳回工程備忘錄並完成移交手續。至於有關工程備忘錄的使用，則有工程備忘錄使用須知，其內容包括：為什麼要使用工程備忘錄？如何領取工程備忘錄？如何使用工程備忘錄？工程備忘錄中要記錄些甚麼？如何保管工程備忘錄？工程備忘錄遺失或毀損時怎麼辦？等。同前註，第4頁。

構想、規劃、設計、量產、至停產等階段)。因此，原來欲藉由研發工作日志以證明創作具有原創性的作法，似可將其融入新產品的開發流程：有關工程師們的新發明構想，可要求其填寫發明構想揭露書並提出專利申請，以證明公司自己才是構想的最先發明人；而為了避免被指控偷竊他人的發明構想，慎重且不輕易簽署他人的保密合約，是一件非常重要的工作。簡言之，將研發工作日志的觀念融入公司內部的「新產品開發流程系統」、「專利申請流程系統」、以及「機密資訊管理系統」等，或可取代研發工作日志的大部分作用<sup>211</sup>。

又目標程式在經過「功能規格組」反編譯及「法務組」過濾後，因「撰碼組」在依據目的碼擬定新的原始碼時，需要在繁雜的程式設計種種可能途徑中，主觀的選擇程式步驟，因此還原工程所產生的新程式通常亦會具有「創作性」。

## 第二節 著作權潔淨室之功能

### 壹、法律功能

#### 一、證明未接觸目標程式中受保護之成分

如以著作權潔淨室程序開發電腦軟體，一旦涉訟即可提出著作權潔淨室程序之證據，以證明在程式開發的過程中，撰碼組雖曾接觸目標程式中之思想，惟該部分並不受著作權保護，至於目標程式中受保護之成分則並未接觸。

換言之，若被告已建立著作權潔淨室程序並提出證明，則原告即有再為舉證之必要(指「被告曾接觸原告作品中受保護之成分」之事實)。此時原告需證明被告未妥適建立著作權潔淨室之系統，或執行之程序不當，致「撰碼組」有機會接觸受保護之成分。而因為著作權潔淨室的資訊、文件、資料等均在被告的控制下，故原告實不易證明上開情事之存在<sup>212</sup>。

<sup>211</sup> 陳世顯(1999)，*宏碁的專利管理系統-上-下*，智慧財產權第 12、13 期。

<sup>212</sup> 司法實務上曾提及著作權潔淨室者，似僅有智慧財產法院 98 年度刑智上更(二)字第 40 號刑事判決，該判決表示：「按學理上有所謂『靜室理論』，亦即兩組人馬於相互隔絕之不同場所就



## 二、證明程式之實質相似為功能所無法避免(亦即證明原告之表達應與思想合併而不受保護)

蓋如被告之電腦程式已遵照著作權潔淨室程序撰寫，則「撰碼組」在未接觸原告電腦程式中受保護之成分之情形下，其表達方式竟仍實質相似，此時被告即可抗辯此實係因功能考量之限制，使「撰碼組」無其他表達方式，故表達與思想應予合併，則表達縱有實質相似，仍不構成著作權之侵害。

## 三、證明作為功能性之思想能以多種方式表達

相反的，如原告之電腦程式曾在其他廠商之著作權潔淨室中被解構，而該其他廠商也因此開發出功能相同但表達方式不同之相容程式，則原告即可在嗣後對第三人之侵權訴訟中舉該其他廠商為證，證明在未接觸原告電腦程式中受保護之成分之情形下，該其他廠商之工程師仍能開發不同之表達方式，足見表達方式有多種，而主張無思想與表達合併原則之適用。

## 四、威嚇功能

著作權潔淨室的存在往往顯示對著作權法律的在行，對手通常即會知難而退。蓋有經驗的智慧財產權律師很清楚訴訟程序及舉證責任的重要性和困難，因而在面對一個著作權潔淨室系統時，很多侵害案會在起跑前即棄權，而此純為著作權潔淨室存在所產生的實質結果。

---

同一理念進行創作，在未接觸對方之內容情形下，其創作結果相同之可能性係惟乎其微的。本案被告曾與告訴人有業務往來，其後另行設立公司，從事與告訴人相同之業務、銷售相同之產品，就『接觸』之事實而言，堪認被告應有接觸告訴人軟體之高度可能性，而被告就此部分事實亦不否認，且自承曾有破解之事實。而就證人林文添所提供之所謂被告公司產品主機晶片程式碼部分，經送鑑定結果，與告訴人所提供之主機晶片程式碼復有極高比例部分相同，已達『實質近似』之程度，倘二者均為獨立創作之電腦程式，則在資料記憶體位址使用以及程式邏輯結構等架構安排上，彼此間應具不同的安排處理方式，是以，若謂兩者間並無重製或抄襲，顯非事實。」，惟其似用以作為認定「接觸」之經驗法則，而與本文所述著作權潔淨室之主要作用有異，故此部分仍有待日後之發展及觀察。

## 貳、管理功能

著作權潔淨室的設立原係為迴避訴訟的消極措施，然而因其同時使軟體研發部門無後顧之憂，故亦展現其積極作用。因此著作權潔淨室非但為防禦的甲盾，亦為進攻新商機之利器。詳言之，著作權潔淨室的記錄文件對新軟體開發工作進度的系統化，有以下之重要功能：1.使主管及程式設計師得以回顧計畫的進展情況(藉由記載在會議記錄中的策略及更改過程)；2.新人參考開發記錄後即能迅速瞭解計畫以及自身的任務，使新人得以快速進入狀況；3.幫助工作交接，使即使有人離職，由於留有完整的軌跡資料可供查詢，故不致發生工作停擺的現象；4.有助於計畫的責任劃分<sup>213</sup>。



---

<sup>213</sup> 陳欽(1999)，著作權潔淨室，智慧財產權第8期。第2頁。

## 第六章 結論

就著作財產權之侵害(即「抄襲」)，應區分概念與訴訟上之證明。就概念而言，「抄襲」係指「被告有合理之機會閱讀或聽聞原告作品中受保護之成分，且被告作品與原告作品中受保護之成分實質相似」。至就訴訟上之證明，則應分就原告與被告說明，其中原告須依序舉證證明：一、創作事實(即「創作性」、思想與表達之區分)；二、被告有合理之機會閱讀或聽聞原告之作品(即「接觸」)；三、被告作品中存有與原告作品中受保護之成分實質相似之部分。而待原告就上開事實盡其舉證責任後，被告方有為舉證之必要，即被告可就推認「未有合理之機會閱讀或聽聞原告作品中受保護之成分」此一事實之間接事實負舉證責任，然其僅須動搖法院已形成之「有合理之機會閱讀或聽聞原告作品中受保護之成分」之心證，即為已足。而上開說明即為本文所採之「抄襲」認定流程。本文即以上開見解為基礎骨幹，將認定「抄襲」之過程中所涉及之重要問題及本文之結論，析述如下。

首先就著作權所保護之對象，按著作雖常固著於有體物上，惟有體物本身並非著作權保護之客體，有體物上所表現之精神創作，方為著作權所保護之對象。至就著作權之權利保護要件，則應注意：(一)在語文著作之情形，外部所能感知之表現形式之範圍並不限於文字成分，而應及於非文字成分，故小說、戲劇、電影之劇情、布局、角色之特質或造型、事件之次序，雖非文字成分，仍為外部所能感知之表現形式。而在美術、攝影、圖形或視聽著作之情形，其著作「整體觀感」之非文字成分，亦為外部所能感知之表現形式。(二)就「原創性」之意義，本文係採以「原創性」作為上位概念之見解，亦即以「原始性」之用語指涉獨立創作；以「創作性」之用語指涉創意程度之要求，並認為只要著作中有與前已存在的作品可資區別的變化，且非瑣碎性的變化，即符合「創作性」之要求。

就編輯著作「創作性」之判斷，我國法認為編輯著作必須在「資料之選擇及編排」上具有「創作性」，亦即需有人的主觀判斷介入其中。則編輯著作之著作人之貢獻既在於依一定之標準選擇或編排資料之結果，故應以「編輯著作之整體」為編輯著作之權利保護範圍。此依著作權係在保護具有原創性之表達之原則，亦

可獲致相同之結論：蓋資料之選擇或編排標準本身通常屬於「思想」而不受著作權之保護，但以該主觀之選擇或編排標準具體對目標資料為選擇或編排後之「結果」-即「編輯著作之整體」，則因選擇或編排標準有賴價值判斷，使其結果不再具有有限性，故為「表達」，且為具有創作性之表達。質言之，編輯著作之著作人依其主觀判斷事實上對資料為選擇或編排之結果，方為編輯著作「創作性」之所在。

決定資料之選擇或編排具有「創作性」之重點在於需有人的主觀判斷介入其中，此於電子資料庫著作亦然，是欲判斷電子資料庫著作之創作性，仍須先確定其選擇及編排方式。而就資料「選擇」之方式，電子資料庫著作與一般編輯著作並無差異；惟就資料「編排」之方式，相對於一般編輯著作之編排重心在於各資料間上下、左右、前後等空間形式或物理結構，而為視覺所可感知；電子資料庫著作的編排結構乃係配合所欲建構之資料庫模式，決定資料間的相互關係，並基此關係規劃出資料間的「邏輯結構」，令使用者得依據其需求進行搜尋以取得所需資訊。此種邏輯結構通常無由自電腦螢幕即可感知，與一般編輯著作因其物理結構性質而為吾人視覺即可感知有決定性的差異。質言之，電子資料庫著作之「編排」方式，係顯示於其建立各該資料表間之關連性，並依此建構其複雜的邏輯結構上。又如前所述，選擇或編排資料所依循之標準通常屬於思想，則電子資料庫著作之邏輯結構本身亦通常屬於思想，因此無論系爭邏輯結構具有如何高度之創作性，其本身並不受著作權所保護，只有當資料庫建置者依據邏輯結構實際從事資料庫建置，因此所得之「資料庫整體」，方可能為著作權保護之對象。

而於進入衍生著作「創作性」之判斷及權利保護範圍之討論前，應先將「改作」與「衍生著作」之概念加以釐清：「改作」應不以具有「創作性」為要件，而只要變更原著作之內容或形式即為已足；而「衍生著作」既為著作，自應以具有「創作性」為要件。至「衍生著作」所要求之「創作性」，與本文前述之標準並無不同，即必須與原著作間有足以區別之變化，且該變化必須為非瑣碎性的變化。而衍生著作之權利保護範圍，應取決於其「創作性」之範圍，而考量衍生著作由著作人所貢獻之部分，實在於「對原著作內容或形式為變更後之整體」，故應以「該整體」（即包含原著作與變更原著作之部分）為權利保護範圍。

而就思想與表達之區分，學說上係以「抽象測試法」所提出之「普遍性」作為標準，而再搭配思想與表達合併原則，即可得出其所稱「思想」實際上包含「普遍性」或「有限性」之模式。惟本文以為思想與表達之區分標準並不在於「普遍性」，蓋「普遍性」與「創作性」實難認有何不同之處，而著作權法不保護思想之鐵則，不應因思想是否具有「創作性」而有異，否則將使第一作者之表達當然取得著作權之保護。而考量著作權法不保護思想(或稱「某種模式」)之理由既在於避免思想遭到壟斷，則就系爭模式究為表達或不受保護之思想，其檢測方法即應為保護系爭模式是否將導致思想遭到壟斷之結果，據此，則若尚有與系爭模式不具有實質相似之其他模式能傳達與系爭模式相同之意思，此時系爭模式即屬表達。質言之，依本文淺見，思想與表達之區分標準，即為學說上思想與表達合併原則之適用要件。學說上雖亦意識於若僅以「普遍性」為標準，將使第一作者之表達當然取得著作權之保護，故另發展出思想與表達合併原則予以補充，使在表達方法有限之場合，表達與思想合併而不受保護，惟依本文所見，實無須以此種迂迴之方式達到避免思想遭到壟斷之目的。簡言之，依本文淺見，思想與表達之區分標準應在於「表達方法是否具有有限性」，至「普遍性」則為「創作性」之判斷標準(故若採本文見解，則學說上所稱思想與表達合併原則即無存在之必要)。

至就思想與表達之區分與合併於電腦程式著作之適用，最高法院所採用之解構法及過濾之標準，已與 Altai 案所使用之「三步驟測試法」無異，而符合電腦產業之特性及產業之需求，應值肯定。未來之觀察重點應為我國司法實務是否會採納「連續過濾法」所述美國聯邦法院有關外部因素之各項排除項目。

就侵害他人重製權之概念及訴訟上的證明。首先，「侵害他人之重製權」僅為構成侵權行為損害賠償請求權及不作為請求權之要件之一。而「抄襲」為侵害著作財產權(包含重製權在內)之基本類型，故在認定確屬「抄襲」行為後，在具體個案中須進一步判斷其究竟該當於改作或重製等何種權利之侵害。美國法上就抄襲之認定模式主要有「Arnstein 原則」及「接觸與實質相似模式」：前者認為證明抄襲所需之間接事實為「模仿」及「實質相似」，為美國甚多法院所採；惟 Nimmer 教授則採用部分法院之認定方式，即以「接觸」及「實質相似」來推認是否構成抄襲，然本文以為，二者實際操作結果並無差異。

所謂「模仿」，只需被告於創作時係以原告「作品」為模型、樣本、受其啟發或腦海中存有原告「作品」之記憶即足，並不以原告「作品中受保護之表達方式」為必要；至「接觸」則係指完成被告作品之人實際上閱讀或聽聞原告之作品，或有合理之機會或「合理之可能性閱讀或聽聞原告之作品。至所謂「實質相似」，我國通說見解認為應質、量並重，同時進行相似與否之判斷，亦即需「被告作品中與原告作品中相似的部分需達到原告(或被告)作品中一定的量」，或「被告作品中與原告作品中相似的部分為原告作品中重要或核心之內容」，惟就作為「量」之判斷基礎之作品，究應為原告作品或被告作品，則有不同見解。且應注意者為，上述之「量」與「質」，均係以整部作品全體作為判斷基礎。至「實質相似」之判斷主體，最高法院向來認為應依重製行為之態，就其利用之質量「按社會客觀標準」分別考量。

本文以為，所謂抄襲，係指模仿他人作品中「受保護之成分」，且達「實質相似」之程度。則依抄襲之概念，應認為作為「實質相似」之比較標的者，應為原告作品中「受保護之成分」，而其比較之對象，亦應為被告作品中被指為與原告作品中「受保護之成分」實質相似之部分，而非兩造作品之全體。此由著作權法之立法目的，亦可獲致相同之結論，蓋著作權法保護具有原創性之表達，則只要對他人作品中具有原創性之表達加以模仿且達實質相似之程度，即應構成「實質相似」，除此之外對實質相似添加任何其他要件之見解，均屬對著作權法之保護對象添加法律所無之限制，將使對具有原創性之表達之保護大為減弱。據此，我國通說見解認為構成「實質相似」除需與他人作品中「受保護之成分」實質相似外，尚需二作品全體相似部分達到一定的量或質之見解，實有疑義。故「實質相似」並不應另以被告作品中與原告作品中相似的部分為原告作品中重要或核心之內容為要件(亦即不考慮「質」)，亦不應以被告作品中與原告作品中相似的部分需達到原告作品中一定的量為要件(亦即不考慮「量」)，只要對他人作品中具有原創性之表達加以模仿且達實質相似之程度，即應構成「實質相似」，剩下的問題僅在於「接觸」之證明。至於若兩造作品相似部分確有「量多」或「質重」之情形，則該等事實可透過經驗法則成為據以推認「接觸」之事實；惟在「量少」或「質輕」時，仍不影響已構成之「實質相似」。至我國司法實務上常見將實質

相似之爭議，逕自委由「法律學者」鑑定之情形，亦有予以檢討之必要。質言之，專家鑑定人之運用，應僅限於系爭著作屬於特定專業領域，而非法院得以運用一般社會通念從事判斷之情形，法律學者不應涉入事實認定之舉。

而於原告已盡其「抄襲」之舉證責任後，被告即有就其為「獨立創作」為舉證之必要。而「獨立創作」與「抄襲」既係相對之概念，則「獨立創作」之抗辯方式即可分為二種(廣義)：當原告主張被告曾「接觸原告作品」時，被告可抗辯其「並未接觸原告作品」(亦即抗辯原告不能證明「被告曾接觸原告作品」)；而縱使原告已證明被告曾「接觸原告作品」時，被告仍可抗辯其「並未接觸原告作品中受保護之成分」(狹義)。而被告之所以有為上述「狹義」獨立創作抗辯之空間及必要，本文以為，實係因吾人並非以「有合理之機會閱讀或聽聞原告作品中受保護之成分」作為「接觸」的定義。至於何以不以「原告作品中受保護之成分」為必要，則應為「證明力」層次之考量結果：蓋純就抄襲之「概念」而言，若被告「未有合理之機會閱讀或聽聞原告作品中受保護之成分」，則縱兩造著作實質相似，仍非抄襲；惟就「證明力」而言，應可認為若被告「有合理之機會閱讀或聽聞原告作品」，且實質相似，即足以證明被告「有合理之機會閱讀或聽聞原告作品中受保護之成分」，故於此情形，抄襲之認定僅為一種可能性，而容許被告舉證推翻，亦即被告得提出證據證明「未有合理之機會閱讀或聽聞原告作品中受保護之成分」。惟應強調者為，被告所負者並非「未有合理之機會閱讀或聽聞原告作品中受保護之成分」之舉證責任，「有合理之機會閱讀或聽聞原告作品中受保護之成分」之舉證責任仍在於原告，故被告所提出之證據僅需動搖法院已形成「有合理之機會閱讀或聽聞原告作品中受保護之成分」之心證，即為已足。

而在確認屬「抄襲」行為後，就「重製」與「改作」之區分，本文以為，「重製」與「改作」二者均以與他人著作「實質相似」為要件，惟「改作」需另有「對原著作之內容有所變更」之部分(而此即為「重製」與「改作」之區分標準)。至於「對原著作之內容有所變更」，應係指系爭作品具有與原著作不具實質相似之部分。

而著作權潔淨室即係自「獨立創作之抗辯」延伸而出，其理論基礎則在於，

著作權作保護之範圍以思想之表達為界線，而不及於思想本身，而判斷電腦程式是否構成「抄襲」時，亦係以「接觸」及「實質相似」為要件，故於開發電腦程式時，為能參考他人電腦程式中之思想或觀念等屬於公共財之成分，俾能開發相容或有競爭關係之軟體或硬體，同時在法律上又能避免受保護成分之接觸，即有建立著作權潔淨室之必要。

我國雖已於民國 97 年間成立智慧財產專責法院，然依本文搜尋近年司法實務見解之結果，仍可發現有諸多基本觀念未明之處，此或係因學說理論之發展亦有未逮(如思想與表達之區分標準)，然亦有導因於誤解學說理論之部分(如原創性、改作與衍生著作之意義、實質相似之判斷)。本文以為，就本議題而言，未來司法實務上首應致力於建立一致之「抄襲」認定流程，並就其中「實質相似」之判斷-不論為判斷標準或判斷主體，全面審視目前司法實務所持見解之妥適性。另外，受限於我國產業之發展，部分於國外早已出現之案例類型(如電影之劇情、布局、角色之特質或造型、潔淨室之法律功能等)，迄未於我國發生，致我國司法實務從未有表示見解之機會，殊為可惜，此部分除有賴國家對產業之扶植與發展外，著作權相關法律概念的宣導，亦有激勵創意之功能，達到相輔相成的效果。



## 參考文獻

### 一、書籍

- 王澤鑑(2009)，*侵權行為法*，自版。
- 章忠信(2007)，*著作權法逐條釋義*，五南。
- 章忠信(2006)，*著作權法的第一堂課*，書泉。
- 羅明通(2005)，*著作權法論【I】、【II】*，台英商務法律。
- 謝銘洋(2008)，*智慧財產權法*，元照。
- 謝銘洋(2004)，*智慧財產權之基礎理論*，翰蘆圖書。
- 謝銘洋(2005)，*科技發展之智慧財產權議題*，翰蘆圖書。
- 謝銘洋(1999)，*智慧財產權基本問題研究*，翰蘆圖書。
- 謝銘洋(2008)，*智慧財產權法*，自版。
- 蕭雄淋(2005)，*著作權法論*，五南。
- 駱永家(1999)，*民事訴訟法 I*，自版。

### 二、期刊文章

- 李治安(2011)，*論著作權法中編輯著作對資料庫之保護範圍*，*月旦法學雜誌*第 188 期。
- 高涌源(1991)，*著作權法之創作發生主義及侵害著作權之構成要件-從兩則高院判決談起*，*律師通訊*第 137 期
- 蔡明誠(1996)，*論著作之原創性與創作性要件*，*臺大法學論叢*第 26 卷第 1 期。
- 蔡明誠(1999)，*論著作權法上重製與實施區別之意義*，*軍法專刊*第 45 卷第 1 期。
- 蔡明誠(1989)，*評民國七十九年著作權法修正草案*，*政大法學評論*第 40 期。
- 蔡惠如(2011)，*「原創性」概念於著作權訴訟之運作*，*智慧財產權月刊*第 149 期。
- 許忠信(2009)，*著作之原創性與抄襲之證明(上)-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 171 期。
- 許忠信(2009)，*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。
- 陳歆(1999)，*著作權潔淨室*，*智慧財產權*第 8 期。
- 陳歆(1996)，*如何建立智慧財產權管理制度-以宏碁電腦為例*，*智慧財產權管理*第 8 期。

- 陳世顯(1999)，宏碁的專利管理系統-上，智慧財產權第 12 期。
- 陳世顯(1999)，宏碁的專利管理系統-下，智慧財產權第 13 期。
- 章忠信(2010)，色情著作應可享有著作權，臺灣法學雜誌第 151 期。
- 章忠信(2011)，著作權侵害之鑑定，月旦法學雜誌第 190 期。
- 黃銘傑(2010)，資料庫著作原創性之所在及其侵權疑義-與一般編輯著作之比較，法學新論第 24 期。
- 黃銘傑(2011)，重製權侵害中「實質類似」要件判斷之方式與專家證人之運用-板橋地方法院九十六年度智字第十八號判決評析，月旦法學雜誌第 189 期。
- 羅明通(2009)，思想與表達之區別、合併及電腦程式侵權判斷之步驟，科技法學評論，第 6 卷第 2 期
- 羅明通(1993)，著作權潔淨室之組成及訴訟上功能-自新著作權法思想與表達之區分與合併談起，全國律師第 3 卷第 2 期。
- 謝銘洋(2002)，智慧財產權：第一講智慧財產權之概念與意義，月旦法學教室試刊號。
- 謝銘洋(2002)，智慧財產權：第二講智慧財產權之沿革與相關理論，月旦法學教室創刊號。
- 謝銘洋(2002)，智慧財產權：第三講智慧財產權之性質與特徵，月旦法學教室第 2 期。
- 謝銘洋(2003)，智慧財產權：第四講智慧財產權之重要國際規範，月旦法學教室第 3 期。
- 謝銘洋(2003)，智慧財產權：第五講各種智慧財產權間之關係，月旦法學教室第 4 期。
- 謝銘洋(2003)，智慧財產權：第六講智慧財產權之取得(一)，月旦法學教室第 5 期。
- 謝銘洋(2003)，智慧財產權：第六講智慧財產權之取得(二)，月旦法學教室第 7 期。
- 謝銘洋(2003)，智慧財產權：第七講智慧財產權之權利主體與權利歸屬，月旦法學教室第 10 期。
- 謝銘洋(2003)，智慧財產權：第八講智慧財產權之效力與權利內容(一)，月旦法

學教室第 11 期。

謝銘洋(2004)，智慧財產權：第八講智慧財產權之效力與權利內容(二)，月旦法學教室第 13 期。

謝銘洋(2002)，智慧財產權間之競合關係，月旦法學雜誌第 84 期。

謝銘洋(2010)，論色情著作在著作權法上之保護，月旦法學雜誌第 183 期。

謝銘洋(1999)，美術工藝品與新式樣之區別-評台灣高等法院 87 年上易字第 2056 號判決，月旦法學雜誌第 51 期。

謝銘洋(2001)，智慧財產權與有體物之關係，月旦法學雜誌第 70 期。

謝銘洋(2000)，一整日之電視節目與廣告是否屬於編輯著作-評台灣高等法院 87 年度上易字第 3338 號刑事判決，月旦法學雜誌第 61 期。

謝銘洋(2010)，智慧財產權法-我國智慧財產權法近年來之發展與司法實踐，臺大法學論叢第 39 卷第 2 期。

### 三、學位論文

林純如(2004)，衍生著作與編輯著作之研究，臺灣大學法律學院法律學系碩士論文。

柯雅惠(2003)，著作創作抄襲侵害之基礎理論與實務檢討，臺灣大學法律學院法律學系碩士論文。

許忠信(1994)，著作權侵害之損害賠償責任，政治大學法律學研究所碩士論文。

黃章典(1995)，音樂著作之研究，政治大學法律研究所碩士論文。

范銘祥(2009)，電腦程式著作權與專利權保護之比較，臺灣大學法律學院法律學系碩士論文。

### 四、網路資源

章忠信(2001)，觀念與表達之區別：<http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php>。

章忠信(2009)，未經授權的改作不能取得衍生著作？：

<http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php>。

章忠信，甚麼是「觀念與表達合一原則」？：

<http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php>。