

論著作權法之實質相似性 (substantial similarity)： 以美國聯邦第二巡迴上訴法院判決為中心

陳豐年*、廖威智**

摘要

美國聯邦巡迴上訴法院對著作權法之實質相似性之認定歷來爭議不斷。聯邦第二巡迴上訴法院在 *Arnstein v. Porter* 案中創造「普通觀察者檢驗方式」，且聯邦第一、三、五、七、十一巡迴上訴法院均追隨此見解，但其模糊不確定性卻備受質疑。本文嘗試闡述歷來該院相關重要經典判決先例內容，並指出潛藏在該見解的缺陷：高度不確定性、反月暈效應、無法保護目標市場利益、各類型著作權認定結果相去甚遠、欠缺專家證詞輔助引發認定困難。因此，論者主張或可回歸美國憲法著作權條款文義或以市場基礎分析取代普通觀察者檢驗方式，而將著作權爭議事物管轄權分配給專屬聯邦上訴法院也是統一歧異見解方法。另外，在判斷實質相似性引入專家證詞輔助認定也是值得考慮方式之一。

關鍵字：實質相似性、近似、聯邦第二巡迴上訴法院、普通觀察者標準、較精確的普通觀察者、公共領域、反月暈效應、市場基礎分析、法庭選擇

* 作者現任職於中信金融管理學院助理教授。

** 作者現為執業律師及臺灣大學法律研究所博士生。
本文相關論述僅為一般研究探討，不代表本局之意見。

論著作權法之實質相似性 (substantial similarity) :
以美國聯邦第二巡迴上訴法院判決為中心

壹、前言

美國著作權法 (Copyright Law) 中關於實質相似性 (substantial similarity) 的相關判例法目前雖是汗牛充棟，但是內容上與適用上仍然充滿諸多不確定性，因此備受學者批評。

截至目前為止，美國聯邦巡迴上訴法院關於此點的主要見解可以分為兩派：一派是以聯邦第二巡迴上訴法院 (簡稱第二上訴法院) (United States Court of Appeals for the Second Circuit, the Second Circuit) 為首，提出普通觀察者標準 (ordinary observer test)。該院轄區包含紐約州，也就是世界藝術、娛樂、出版與時尚聖地。因此，它的意見往往具有舉足輕重之地位。第一、三、五、七、十一巡迴上訴法院均採取近似檢驗標準；另一派則是以聯邦第九巡迴上訴法院 (United States Court of Appeals for the Ninth Circuit) 為主，採取外部、內部檢驗標準 (extrinsic/intrinsic)。該院轄區囊括矽谷與好萊塢等世界創新與流行樞紐，第四、八巡迴上訴法院也跟進採取類似標準。¹

囿於篇幅限制，本文擬聚焦於上述於實務上舉足輕重的第二上訴法院見解。在結構安排上，本文將先概述該院所採取普通觀察者標準意涵與經典案例，再詳述學者對此種檢驗標準的批判與將來發展趨勢，以供臺灣司法實務界作為未來審判之借鏡。

貳、美國著作權之法政策解析

美國憲法第 1 條第 8 項第 8 款明定：「以保障著作權人與發明人有特定期間內對其等著作與發現享有獨占權利，促進科學與有用工藝進步」²，美國國會基此授權制定現今 1976 年著作權法 (Copyright Act of 1976)，而該法第 102 條第 a 項也明確指出「任何附著於有形之表達載體上的具原創性作品」³，其作者均享有一

¹ Katherine Lippman, *The Beginning of the End: Preliminary Results of An Empirical Study of Copyright Substantial Similarity Opinions in the U.S. Circuit Courts*, 2013 Mich. St. L. Rev. 513, 525-26(2013).

² U.S. Const. art. I, § 8, cl.8.

³ 17 U.S.C. § 102(a).

定保障期間之著作權。然而，該法立法宗旨並非在於確保著作權人之經濟上利益，毋寧在於嘉惠大眾而藉此達成「促進科學與有用工藝進步」最終目標。

此處，美國國會立法時面臨了下列兩項公共政策衝突：其一是，藉由立法保護作品方式鼓勵著作權人創作；其二是，避免給予著作權人過大的獨占權利進而導致其他人無法「站在巨人的肩膀上」，進而創作出進一步之作品⁴。美國聯邦最高法院於 *Feist Publ'ns, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co.* 案中清楚指出調和的方式在於：著作權法規雖確保著作權人具有原創性的概念表達方式，但同時也鼓勵其他人立基於該概念上再行發展其他想法⁵。換言之，概念 (idea) 與事實 (fact) 皆不在著作權保護範圍內，僅有概念表達方式 (the expression of an idea) 屬於著作權保護範圍。

然而，使用概念與表達二分法固然表面上可以調和前揭政策目標之衝突，但其區分之困難卻也引來無數有關著作權侵害判斷之爭議。換言之，美國法院於此致力於區分系爭兩件作品是否僅是概念上類似而非表達方式類似；縱使表達方式類似，此等類似程度是否已經逾越法院歷來藉由判例所設定之門檻——亦即具備「實質相似性」，進而構成著作權侵害。迄今美國法院尚未發展出統一、清楚且具共識的判斷標準，致使著作權侵害訴訟結果之不可預測性相當高，甚是令人遺憾。

參、實質相似性內涵：以美國聯邦第二巡迴上訴法院為論述核心

以下，本文即詳述第二上訴法院所採之檢驗方式意義，以及適用於不同類型著作權之經典判決，藉以闡釋其內涵。

一、「實質相似性」議題所在體系位置

為了充分說明實質相似性，必須先了解此概念在美國聯邦第二巡迴上訴法院審理侵害著作權案件時的地位。該法院的著作權侵害案件審理流程大致是：首先，

⁴ Jeannette R. Busek, Comment, Copyright Infringement: A Proposal for a New Standard for Substantial Similarity in Copyright Infringement Cases, 68 U. Cin. L. Rev. 971, 972(2000).

⁵ *Feist Publ'ns, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co.*, 499 U.S. 340, 349-50(1991).

論著作權法之實質相似性 (substantial similarity) :
以美國聯邦第二巡迴上訴法院判決為中心

法院必須決定：①原告是否有有效的著作權 (ownership of a valid copyright)；②被告重製原告系爭作品中原創性構成元素 (copying of constituent elements of the work that are original)。⁶對於第一項要件「有效著作權」，通常著作權登記證 (copyright registration certificate) 即可作為表面證據 (prima facie evidence)，用以證明擁有有效著作權⁷。

訴訟關鍵往往在第二個要件之證明。第二個要件可以再細分為：①被告確實抄襲原告作品 (copying)；②兩件作品間具有實質相似性。分析架構詳如下圖一所示。當然，在證明「被告確實抄襲原告作品」要件上，可以「直接證據」 (direct evidence) 或「間接證據」 (indirect evidence)⁸證明之。直接證據如有監視攝影畫面直接拍攝被告重製過程，不過實務上存在可能性微乎其微；間接證據則是探究被告在創作作品其間是否有接觸過原告系爭作品之事實，以及兩件作品間是否近似 (probative similarity)，以決定被告究竟有無重製原告作品⁹。

只有在肯定被告重製原告作品後，法院會進一步判斷該重製行為是否已經達到不當利用 (improper appropriation) 程度。此時，法院才會進入實質相似性的判斷。若兩件作品間具有實質相似性時，除非有正當使用 (fair use) 等抗辯事由，否則原則上即構成著作權之侵害；反之，則否。

而所謂實質相似性，係指被告作品與系爭作品間具有「重大的」類似性¹⁰，其類似程度已達於「不公平程度」 (an unfair degree)¹¹。至於如何判斷兩者間是否具有實質相似性，一直是美國法院實務上歷來最頭痛的議題之一。綜觀其發展歷史，往往是法院於判決中極盡能事欲澄清何謂兩件作品間近似已達「重大」之程度而構成實質相似性，但卻是「越描越黑」而難以達成此項任務¹²。

⁶ Laureyssens v. IDEA Grp., Inc., 964 F.2d 131, 140(2d Cir. 1992).

⁷ Nimmer on Copyright § 13.01, 4-13.

⁸ 又稱情況證據 (circumstantial evidence)，是指基於推論 (inference) 而非個人知識或觀察而獲得的證據。Black's Law Dictionary (10th ed. 2014), available at Westlaw BLACKS.

⁹ *Id.*

¹⁰ 有美國學者直言實質相似性是一個結論而不是公式或檢驗標準。See Eric C. Osterberg, *The Meaning and Significance of Substantial Similarity*, 863 PLI/PAT 23, 28(2006).

¹¹ See e.g., *Repp v. Webber*, 132 F.3d 882, 889(2d Cir. 1997).

¹² Nicole K. Roodhuyzen, *Do We Even Need A Test? A Reevaluation of Assessing Substantial Similarity in a Copyright Infringement Case*, 15 J. L. & Pol'y 1375, 1385(2007).

論著作權法之實質相似性 (substantial similarity)：
以美國聯邦第二巡迴上訴法院判決為中心

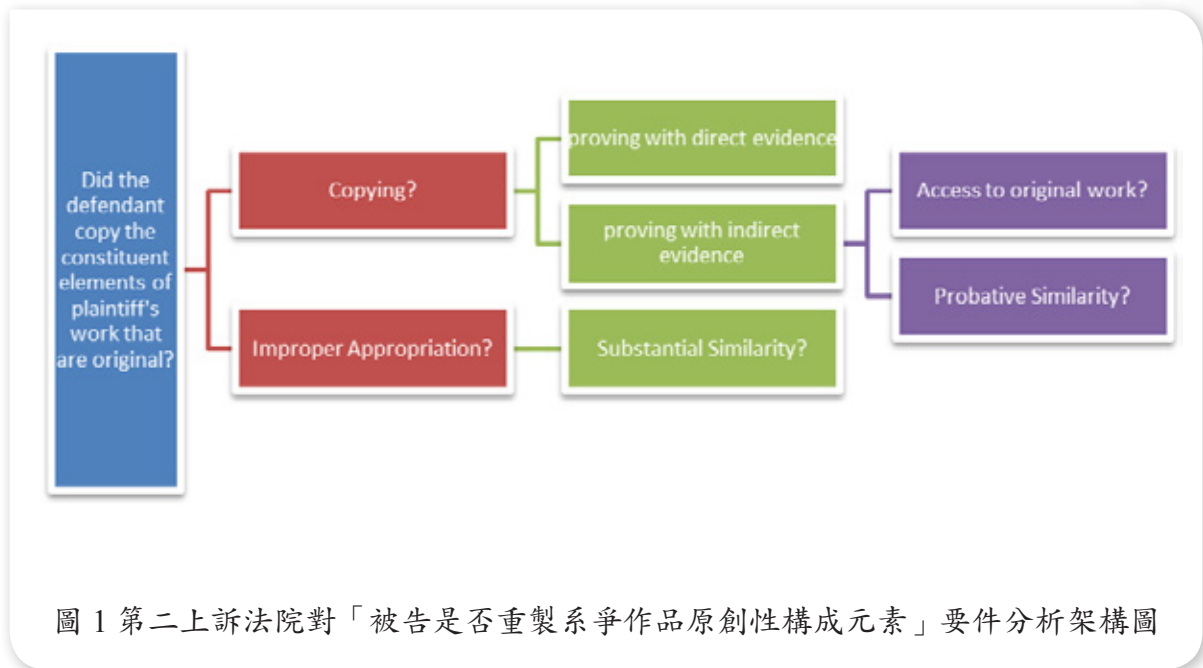


圖 1 第二上訴法院對「被告是否重製系爭作品原創性構成元素」要件分析架構圖

截至目前為止，美國聯邦巡迴上訴法院判決對於實質相似性之判斷標準仍屬分歧 (circuit split)，主要可分為第二上訴法院所採取之「普通觀察者」標準以及聯邦第九巡迴上訴法院所採取之「外部／內部」檢驗方式 (extrinsic/intrinsic test) 兩種¹³。而聯邦第一、三、五、七上訴巡迴法院也採取「普通觀察者」檢驗方式¹⁴。

第二上訴法院所發展出之「普通觀察者」檢驗方式，內涵隨著時代演進有所不同，且在適用於不同著作權類型時也有細微差異與結果。首先，在經典的 *Peter Pan Fabrics, Inc. v. Martin Weinder Corp.* 案中，¹⁵ 漢德法官 (Judge Learned Hand) 首開普通觀察者檢驗方式之先河。漢德法官在本案中表示意見認為，所謂實質相似性只有在「除非一般觀察者開始留意兩者間差異，否則他們會忽略兩者間差異而認定兩者在美學吸引力上等量齊觀」之情形，方始構成¹⁶。換言之，亦即「一

¹³ Nimmer on Copyright § 13.03 (E) (3). 另外，尚有聯邦第 10 巡迴上訴法院、聯邦第 6 巡迴上訴法院與聯邦哥倫比亞特區上訴法院採取抽象—過濾—比較檢驗方式 (abstraction-filtration-comparison test)、聯邦第 11 巡迴上訴法院有時採前述普通觀察者檢驗方式，偶爾也採取外部／內部檢驗方式，附此敘明。Id. at 1407.

¹⁴ Nicole K. Roodhuyzen, Notes and Comments, Do We Even Need A Test? A Reevaluation of Assessing Substantial Similarity In A Copyright Infringement Case, 15 J. L. & Pol'y 1375, 1392-97(2007).

¹⁵ *Peter Pan Fabrics, Inc. v. Martin Weinder Corp.*, 274 F.2d 487, 489(2d Cir. 1960).

¹⁶ Id. 原文為：“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.”

論著作權法之實質相似性 (substantial similarity) :
以美國聯邦第二巡迴上訴法院判決為中心

般門外漢將會認定系爭作品抄襲自原創作品」¹⁷。具體而言，第二上訴法院會考察兩件作品之「整體概念與感覺」後作出判斷¹⁸。當然，本檢驗方式並非要求兩件作品間要一模一樣，但在質與量上微不足道的差異 (dissimilarities of small import quantitatively and qualitatively) 將無法影響兩件作品之實質相似性判斷¹⁹。

然而，普通觀察者檢驗方式並未處理到作品中「不具可保護性部分」(not protectable elements)，所以聯邦第二巡迴上訴法院又發展出「較精確的普通觀察者」(more discerning ordinary observer) 檢驗方式：在系爭作品包含不受保護部分之要素時，對著作權法具有一般水準知識 (a mild understanding of copyright law) 之較精確的普通觀察者會忽略該要素而進行前述之比較²⁰。質言之，較精確的普通觀察者檢驗方式要求事實認定者在判斷系爭兩件作品間是否具備實質相似性時，必須剔除不受著作權法保護部分之要素再加以判斷，是一種比較精確的判斷方式。

惟不論是普通觀察者檢驗方式抑或較精確的普通觀察者檢驗方式，由於其等檢驗方式內涵頗為抽象，個別證據如何評價其證明力、如何堆疊各個證據使陪審員或法官認定兩件作品已達實質相似性，甚為關鍵。不過，第二上訴法院在證據評價上卻不允許使用專家證人證詞 (expert testimony)。理由是，著作權法保護的對象是源自於一般普羅大眾對原創作品讚賞而衍生出之潛在商業利益。因此，系爭作品是否果真抄襲原創作品到達重大程度，應從一般觀察者而非專家角度加以判斷²¹。

二、相關經典判決先例：以不同著作權類型分類

(一) 音樂著作：Arnstein v. Porter 案²²

本案正是實質相似性發源的重要經典案例，之後諸多聯邦巡迴上訴法院見解皆是本案見解之變體與修改版本。

¹⁷ Knitwaves, Inc. v. Lollytogs Ltd., 71 F. 3d 996, 1002(2d Cir. 1995).

¹⁸ Eden Toys, Inc. v. Marshall Field & Co., 675 F.2d 498, 500(2d Cir. 1982).

¹⁹ Rogers v. Koons, 960 F.2d 301, 308(1992).

²⁰ See e.g., Laureyssens v. IDEA Grp., Inc., 964 F.2d 131, 141(2d Cir. 1992).

²¹ Arnstein v. Porter, 154 F.2d 464, 468(2d Cir. 1946).

²² *Id.* at 464.

本案牽涉的是音樂著作之抄襲與否判斷。案件事實略以：原告與被告兩造均是紐約州居民，原告起訴被告所作“Begin the Beguine”乙曲是抄襲他創作的“The Lord Is My Shepherd”與“A Mother’s Prayer”而來。原告證稱該兩首歌曲已經發行，而“The Lord Is My Shepherd”截至當時已銷售兩千張專輯，“A Mother’s Prayer”則高達一百萬張。另外，原告有主張被告所作“My Heart Belongs to Daddy”也是抄襲自“A Mother’s Prayer”。此外，被告還剽竊原告許多創作歌曲。

該法院指出，構成著作權侵害必須滿足重製與不當使用兩項要件²³。第二項要件應以一般外行聽眾的反應作為判斷標準²⁴。理由是，此處原告要被保護的利益不是音樂家的聲譽，而是來自一般普羅大眾購買該歌曲所衍生的潛在商業報酬²⁵。因此，本項要件的焦點應在於探究：被告從原告作品中所取走足以取悅一般普羅大眾耳朵的元素，是否已經到達一定程度，而足以認為被告錯誤地侵占原本屬於原告的東西²⁶。最終，第二上訴法院撤銷原審所下簡易判決，並將認定實質相似性乙節交由陪審團。

(二) 繪畫、圖形、雕塑著作權：Boisson v. Banian

本案事實略以：原告 Judi Boisson 長期從事棉被買賣事業，系爭棉被“School Days I”與“School Days II”都是原告在 1991 年間設計的，而每件棉被分別含有正方形方塊圖案，每一正方形圖案內又有大寫英文字母，該英文字母由左到右、由上到下依序排列，而最後一行正方形圖案則是含有不同形狀與圖形。這些正方形圖案分別由不同顏色構成，而背景則是襯著白底與彩色邊緣。原告證稱這些圖案與字母都是她在家中親手繪製，並決定圖案配置、顏色與組成方式。

被告之一 Vijay Rao 是被告 Banian 的唯一股東與董事長。Vijay Rao 原本是通訊產業電子工程師，在 1992 年 2 月起因為對棉被產業有興趣而開始銷售棉被。他從印度進口系爭棉被並在精品店銷售。其在 1994 年 9

²³ *Id.* at 468-9.

²⁴ *Id.*

²⁵ *Id.* at 473.

²⁶ *Id.*

論著作權法之實質相似性 (substantial similarity) :
以美國聯邦第二巡迴上訴法院判決為中心

月進口的“ABC Green Version II” (下稱 Version II)，而此版本是基於被告要求且以 Version I 為藍本修正的。被告在 1995 年 4 月間將 Version II 加以註冊登記，後於 1997 年 3 月停售。至於“ABC Navy”部分，被告則證稱係自行設計並於 1995 年 11 月間進口。接著，在 1998 年 11 月間，隨著本件著作權侵害訴訟之提出，被告旋即自動地將“ABC Navy”棉被撤架下市。

就實質相似性部分，聯邦第二巡迴上訴法院認為系爭棉被間並不存在實質相似性。理由略為：首先，基於原告所設計的棉被部分是字母——屬於公共領域 (public domain)，所以應該要適用較精確的普通觀察者標準來判斷是否具有實質相似性。其次，除了不具保護性的英文字母之外，該院指出應比較的有：兩者間的英文字母的外型與排列方式、字母與其他部分顏色、棉被樣式、特殊圖案與排列方式²⁷。該院接著在進行比較後得出結論：系爭棉被間並無具備實質相似性。

(三) 繪畫、圖形、雕塑著作權：Rogers v. Koons 案²⁸

本案在探討如何判斷轉換平面照片內容為立體雕塑行為是否構成侵害照片著作權。本案原告 Rogers 是一位加州攝影藝術家，他在 1980 年時受友人 Jim Scanlon 請託拍攝其所有之八隻德國牧羊幼犬²⁹。在拍攝現場與暗房中，Rogers 充分利用他多年攝影經驗與技巧，決定拍攝光影、位置、Jim Scanlon 夫妻所坐長椅與八隻小狗之排列³⁰。最後，他從 50 張照片中選出系爭照片“Puppies”出來。

而被告 Koons 則是一位居住於紐約市之著名雕術藝術家。在 1986 年、1987 年某日，Koons 自某販售卡片商店處取得 Museum Graphics 所印製之前揭卡片，並從該卡片中獲取創作靈感，旋即將該卡片交予合作之工匠，要求加以複製。然而，為能順利將平面照片轉換為立體雕塑，Koons 幾乎

²⁷ *Boisson v. Baniar, Ltd.*, 273 F.3d 262(2nd Cir. 2001).

²⁸ *Rogers*, 960 F.2d at 303-6.

²⁹ *Id.* at 303.

³⁰ *Id.* at 304.

每星期均會親自造訪工匠工作地點，仔細以書面指示作品如何進行雕塑。³¹ 在書面指示中，Koons 強調希望能忠實呈現原作品 “Puppies” — 例如，「小狗的毛要細部呈現」、「作品必須與照片一致—必須『補抓』照片的特色」等等³²。最後，該作品 1988 年完工，名為「String of Puppies」。嗣 Rogers 透過 Jim Scanlon 得知此事，遂決定對被告 Koons 提出著作權侵害訴訟。

聯邦第二巡迴上訴法院肯定 Rogers 的攝影著作與 Koons 的雕刻著作間有實質相似性。首先，該院引用 Peter Pan Fabrics, Inc. 說明判斷實質相似性並不需要受過藝術訓練的人才適格，所以縱使未受過特別的藝術教育之法官，也有判斷實質相似性之資格³³。其次，該院再引用 Durham Industries Inc. v. Tomy Crops. 案³⁴ 指出本案應適用「較精確的普通觀察者」標準來做判斷。而判斷的結果是：Rogers 攝影著作所展現的「抱著八隻小狗坐在板凳上的一對夫妻」概念是不受著作權保護的；但是這個概念的表現手法：照片中所呈現人與狗的構圖、光影、人與狗所顯露的神情，毋寧是具有原創性而應受著作權保護的³⁵。在 Koons 雕塑作品中所呈現的配置、姿勢與神情，在一般觀察者眼中已經與 Rogers 攝影著作所展現者相同，從而可以認定 Koons 的作品抄襲 Rogers 的攝影著作³⁶。

(四) 語文著作 (電腦軟體)：*Computer Associates Intern., Inc., v. Altai, Inc.*³⁷

本案是有關爭 Adapter 與 OSCAR 兩個電腦程式間是否具備實質相似性，也是自從 1980 年代開始電腦技術呈現飛躍性成長後日漸重要的課題，並多經他案加以引用。

案件事實略為：系爭電腦程式是原告 Computer Associates Intern., Inc. (下稱 CA) 所銷售的 CA-Scheduler 程式，基本功能在於：當電腦同時執

³¹ *Id.* at 305.

³² *Id.*

³³ *Id.* at 307-8.

³⁴ *Durham Industries Inc. v. Tomy Crops.*, 630 F.2d 905, 912(2d Cir. 1980).

³⁵ *Rogers*, 960 F.2d at 308.

³⁶ *Id.* 本判決之後還有關於正當使用 (fair use) 等抗辯的討論，但並非本文所欲討論者，故從略。

³⁷ *Computer Associates Intern., Inc., v. Altai, Inc.*, 982 F.2d 693(1992).

論著作權法之實質相似性 (substantial similarity) :
以美國聯邦第二巡迴上訴法院判決為中心

行數個任務時創造出工作流程，接著在電腦按照此流程執行任務時監督電腦。而 CA-Scheduler 程式下還有一個次程式 Adapter (轉換器)，也是 CA 所創造的附屬型次程式，無法被獨立使用³⁸。

Adapter 主要功能與運作方式略為：CA-Scheduler 程式被切割成兩大部分——第一部分是執行任務部分，此部分獨立於電腦的作業系統 (operating system)；第二部分是介面部分，作用在於溝通第一部分與作業系統。而 Adapter 就是第二部分，它的功能在於轉換程式語言，使得當初僅設計在特定作業系統 (e.g. DOS/VSE) 運作的第一部分，也可以在其他作業系統 (e.g. MVS) 的電腦中運作。因此，Adapter 的商業價值在當時相當高。因為它的出現使得電腦使用者可以同時使用多種不同的作業系統，節省使用者大量的時間與金錢³⁹。

在判斷實質相似性部分，該院提出針對「電腦程式結構」的三步檢驗標準：抽象化—過濾—比較 (Abstraction-Filtration-Comparison)⁴⁰。第一步抽象化是將系爭被侵害的程式分解成組成結構成份 (constituent structural parts)。其次，法院再檢視每一個結構組成成份背後表達的概念、此等概念不可或缺的表達方式，以及取自公共領域的元素，就可以過濾掉不受著作權保護的元素。最後，在剔除不受保護的元素之後，法院再以剩餘的部分與據稱侵權的電腦程式結構進行比較。比較的結果將會顯示受保護的部分是否與系爭電腦程式結構上有實質相似性。依據上述判斷標準，第二上訴法院維持第一審有利於被上訴人 Altai 的見解，認定 OSCAR 與 Adapter 軟體間不具實質相似性。

(五) 動畫與其他影音著作：Warner Bros. v. American Broadcasting Companies⁴¹

本案是有關動畫 (motion picture)、電視與漫畫書虛構英雄人物的實質相似性判斷之經典案例。亦即華納兄弟公司 (Warner Bros. Co.) 擁有

³⁸ *Id.* at 699.

³⁹ *Id.*

⁴⁰ *Id.* at 706.

⁴¹ Warner Bros. v. American Broadcasting Companies, 720 F.2d 231(1983).

著作權的虛構人物超人 (Superman)，是否與美國廣播公司 (American Broadcasting Companies, A.B.C.) 電視影集系列英雄人物 Ralph Hinley 間有實質相似性。

該院綜觀先前相關判決前例指出，在判斷嗣後作品中角色是否侵害先前卡通角色著作權，法院不僅僅關注兩者外觀上近似程度，更重要的是個性 (attributes) 與人格特質 (traits)⁴²。該院並引用聯邦第九巡迴上訴法院 Roth Greeting Cards v. United Card Co. 案⁴³ 觀點，也就是從程度上觀察，據稱侵害著作權的角色究竟剽竊有著作權角色之整體意象與感覺 (the total concept and feel) 至何種程度加以判斷。

其次，本案指出文學作品與圖形 (graphic works)、立體 (three-dimensional works) 作品間有關判斷實質相似性的本質上不同。文學作品所展現的故事性具有線性面向 (linear dimension)：也就是故事有開頭、鋪陳與結尾。如果被告剽竊原告作品故事編排次序的主要部分，縱使被告的續集延續該故事而有原創性，仍可被認定侵害原作之著作權。相較與此，立體作品創作原意本質上就是要令觀眾感受整體作品而非一部分。因此，倘若兩件作品間存在重大相異性 (significant dissimilarity)，此無疑將削弱兩者被認定為具有實質相似性的可能性⁴⁴。然而，文學作品角色的圖形呈現則是同時兼有上述兩項特色：亦即文學作品的線性面向，以及多面向整體感受 (multi-dimensional total perception)⁴⁵。換言之，文學角色的個性是透過一集一集作者對於角色所思、所作、所言的描述，以及其他角色對於主角的評論，逐漸累積而形塑成讀者對主角的理解⁴⁶。同時，視覺上的感受往往會構成比較實質相似性的主要差異所在⁴⁷。

準此，該院維持前審法院判決，亦即認定兩件圖形作品間並不具有實質相似性存在。理由是，除了外表上兩者顯然不一樣之外，超人外表

⁴² See *Detective Comics, Inc. v. Bruns Publications, Inc.*, 111 F.2d 432, 433 (2d Cir. 1940).

⁴³ *Roth Greeting Cards v. United Card Co.*, 429 F.2d 1106, 1110 (9th Cir. 1970).

⁴⁴ *Warner Bros. v. American Broadcasting Companies*, 720 F.2d at 241.

⁴⁵ *Id.*

⁴⁶ *Id.*

⁴⁷ *Id.* at 242.

論著作權法之實質相似性 (substantial similarity) :
以美國聯邦第二巡迴上訴法院判決為中心

與舉止間透露著英勇、備受推崇的英雄氣概，並被形塑成以打擊邪惡勢力為終身職志；相反的，Hinkley 外表與舉止看來像是膽小且不情願的英雄，屢屢都在不願意的狀態下接受任務⁴⁸。其次，超人以其技巧、勇氣與信念執行任務；而 Hinkley 則是疑惑於裝備所賦予他的神奇力量，而且每次都以怪異的、滑稽的方式執行任務。因此，該院認定兩者間並不具備實質相似性⁴⁹。

(六) 雕塑著作：Durham Industries, Inc. v. Tomy Corp.⁵⁰

本案乃關於玩具製造經銷商關於玩具的侵害著作權案件。被上訴人即原告 Durham Industries, Inc. 與上訴人及被告 Tomy Corp. 都是美國製造與銷售玩具的廠商。本判決首先肯定概念／表達二分法，並指出有關實質相似性的判斷重點在於概念表達的近似性 (similarity of expression)，而非概念本身⁵¹。又著作權所要保護的是作品的藝術層面 (artistic aspects) 而非器械或功效層面 (mechanical or utilitarian features)。因此，概念或功能近似性必須與藝術表達近似性作出嚴格的區分⁵²。而且，只有在兩件作品間具有實質相似性時，作品的著作權才會被認定為遭受侵害。判定實質相似性的標準是普通觀察者標準，而兩件作品間所存在的相異點越多，被認定具有實質相似性的機率就越低⁵³。

接著，法院將前述原則適用在本案玩具上並得出被上訴人並未侵害著作權之結論。首先是有關二件玩具著作權的侵害部分。第一件玩具是黃色盒子並附有紅色按鈕。盒中棍子與背景被設計為看起來像是一隻熊、兔子、猴子與松鼠正想要把橡樹果實從地面投到樹頂。對照於此，被上訴人的盒子是綠色的、按鈕則是黃色的，主角則是唐老鴨、米老鼠、米妮與冥王星狗，它們正在比賽以土豆打高爾夫球，而背景則是眾人在一旁加油⁵⁴。

⁴⁸ *Id.* at 243.

⁴⁹ *Id.*

⁵⁰ Durham Industries, Inc. v. Tomy Corp., 630 F.2d 905(2d Cir. 1980).

⁵¹ *Id.* at 912.

⁵² *Id.* at 913.

⁵³ *Id.*

⁵⁴ *Id.*

第二件玩具則是上訴人所生產名為“Drive Yourself Crazy”的電動玩具。該遊戲機盒為8英吋紅色塑膠盒，底部黃色方向盤用來控制盒內位於高速公路上的汽車。玩法是玩家利用該方向盤控制汽車避免碰撞到路上出現的障礙物，例如工地、郵筒或其他障礙等。若全數避開障礙物，將會獲得分數100分。相對於此，被上訴人所生產的一款名為“Mickey Mouse Star Ship”也被控侵害前述“Drive Yourself Crazy”著作權⁵⁵。兩款遊戲盒器械原理與結構相同，但在藝術創作層次上由於“Mickey Mouse Star Ship”是基於迪士尼角色作出發點，故兩者完全不同。

該院指出，前述兩款被上訴人遊戲並未有侵害上訴人著作權。上訴人的主張忽略著作權法所劃設的有關功效與藝術間之區別⁵⁶。被上訴人複製的僅是上訴人作品的器械的、功效的層面，並未涉及藝術層面。易言之，“Pass the Nuts”盒中的棍子與按鈕以“Drive Yourself Crazy”的方向盤與移動道路都是使遊戲得以進行的器械機制；甚至連遊戲盒造型與構造等，也是器械原理一環⁵⁷。再者，依照當時美國1909年著作權法，工具性器械的單純造型無法成為著作權法保護之對象。⁵⁸而上訴人無法指出上開兩項遊戲中可以單獨存在或可資辨識的美學元素，因此無法獲得保護。

肆、普通觀察者標準之問題

一、高度不確定性

很明顯地，此標準最重大的問題在於—過於模糊而缺乏可操作性。不僅僅是事實認定者在評價證據時缺乏類似標準作業流程的細節規定，即便是上述標準本身論述就已經是相當模糊而不精確。因此，這個事實認定過程宛如黑箱作業一般令人難以信服⁵⁹。細部而言，首先判斷兩件作品近似與否看似簡易，但在某些情

⁵⁵ *Id.*

⁵⁶ *Id.* at 915.

⁵⁷ *Id.*

⁵⁸ *Id.*

⁵⁹ Shyamkrishna Balganesh *et al.*, *Judging Similarity*, 100 Iowa Law Review 267, 275(2014).

論著作權法之實質相似性 (substantial similarity)：
以美國聯邦第二巡迴上訴法院判決為中心

況卻恰好相反。例如，在斷定兩件作品是否在風格上近似 (stylish similarities) 甚或主題上近似 (thematic similarities)，誠屬不易。其次，究竟要達到何種重大程度的近似才算是構成實質相似？這又牽涉到相當主觀、模糊的判斷。因此，有學者認為此標準往往流於法官包裝自己本身主觀意見之外衣而已。縱使採取不同標準的聯邦巡迴上訴法院判決中，原告勝訴率竟也相去無幾，由此可知不同實質相似性的判斷標準在適用後結果並無太大差異⁶⁰。結果是，事實認定者在進行這種難以判斷的工作時，往往容易產生認知上偏見，進而使認定失去準確性。

美國賓州大學法學院 Shyamkrishna Balganesh 教授在一份實證研究報告中也指出，事實認定者對於實質相似性判斷會受到諸多外部因素影響，並無法全然依照美國聯邦巡迴上訴法院體系所發展出來的判斷標準進行認定⁶¹。例如，如前所述，肯定重製行為存在將進一步促使事實認定者認為兩者間有實質相似性；又原告投資於被抄襲作品的資源越多，被認定具有實質相似性的機率將越高⁶²。此點研究結果顯示，雖然聯邦最高法院早在 1991 年 *Feist Publ'ns, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co., Inc.* 案中⁶³，極力澄清著作權人所投資的勞力密度對受著作權保護程度之判斷無絲毫瓜葛，但實踐上顯然與此判決理由恰恰相反。Shyamkrishna Balganesh 教授建議，與其昧於現實，不如將創作勞力程度納為判斷實質相似性的因素之一⁶⁴。

二、陪審員在不同階段認定時所產生的「反月暈效應」

另外，學者也指出陪審團成員在認定是否具有實質相似性時，往往會產生心理學上所謂的反月暈效應 (reverse halo effect)⁶⁵，進而容易作出對被告不利之認定。也就是，陪審員在第一層次判斷被告是否有重製行為時，一旦發覺兩件作品間有

⁶⁰ Eric Rogers, Comment, Substantially Unfair: An Empirical Examination of Copyright Substantial Similarity Analysis Among The Federal Circuits, 2013 Mich. St. L. Rev. 893, 923, 924 (2013).

⁶¹ Shyamkrishna Balganesh *et al.*, *supra* note 59, at 267.

⁶² *Id.*

⁶³ *Feist Publ'ns, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co., Inc.*, 499 U.S. 340, 352(1991).

⁶⁴ Shyamkrishna Balganesh *et al.*, *supra* note 59, at 267.

⁶⁵ *Id.* 所謂月暈效應 (halo effect) 是指基於對某人一部分正面特徵之印象，導致對該人全體印象作出正面評價傾向之現象。舉例而言，如果某人相貌英俊，人們往往也會傾向認為他事業有成。而反月暈效應則指相反之現象：亦即如對於某人有一部分負面特徵之印象，往往導致對該人全體印象作出負面評價傾向之現象。此處，是指如果事實認定者在近似性判斷層次認定兩件作品構成近似，則基於此等負面印象，往往在實質相似性判斷時亦容易因此而作出肯定結論。劉亦欣，管理心理學實務與應用，新文京開發出版股份有限公司，頁 47，2005 年 2 月。

近似，就會反過來傾向認定下一層次有關「不當使用」部分而有實質相似性存在。從心理學角度而言，這也是一種典型的確認偏見 (confirmation bias) 適例⁶⁶。實證上，陪審員往往難以忘懷在重製行為判斷的結果，導致在判斷是否有不當使用時，摻入先前判斷遺緒而模糊焦點⁶⁷。

此外，承前所述，第二上訴巡迴法院在初步認定是否有近似及是否有實質相似性時，對於是否能引入專家證詞採取不同態度。實證上，同一批認定事實的陪審員是否真能在第二階段將第一階段的專家證詞完全拋諸腦後，實令人懷疑。對此，聯邦第三巡迴上訴法院即在 *Whelan Assoc., Inc. v. Jaslow Dental Lab., Inc.* 案中指出此一疑慮：

“當事實認定者是同一人時，*Arnstein* 案檢驗方式所採取得二階段認定方式或許令人懷疑：同樣的人在第一階段已經接觸專家證詞，但是在第二階段卻又強令他（她）們忽略或遺忘該專家證詞。特別是，當案件相當複雜時，專家證詞成為理解案件之必要基礎，這種忽略或遺忘是否真能有效，相當令人懷疑。”⁶⁸

三、「普通觀察者」標準無法滿足著作權法擬保護之市場利益

普通觀察者標準是以一般普羅大眾非專業眼光判斷實質相似性，判斷結果往往無法保護著作權法所欲保護之市場利益。申言之，正如前述，著作權法立法旨是要保護具原創性著作的潛在市場利益，因此實質相似性判斷應以原作所設定的目標客戶群立場出發，加以認定兩件作品間是否類似而定⁶⁹。誠如知名著作權法 *Nimmer* 教授所言，著作權保障對象應該是著作人辛勤勞力之果實（經濟利益損失），絕非是果實已遭盜摘後留給普羅大眾的直覺性印象⁷⁰。舉例而言，在音樂著作侵害案件中，若系爭兩首歌曲鎖定的目標聽眾是重金屬搖滾樂迷。對於一般普羅大眾而言，系爭重金屬音樂極可能都被認定為不入耳的「噪音」而不具有實質相似性；但對於身為重金屬搖滾樂迷而言，兩者聽起來可能極其相似，因此原作的潛在經濟利益可能遭到侵害。

⁶⁶ Irina D. Manta, *Reasonable Copyright*, 53 B.C.L. REV. 1303, 1340 (2012).

⁶⁷ 這也是陪審員展現對於實施重製行為者搭便車行為 (free-riding) 的道德非難。 *Id.* at 1339-40.

⁶⁸ *Whelan Assoc., Inc. v. Jaslow Dental Lab., Inc.*, 797 F.2d 1222, 1232-33(3d Cir. 1986).

⁶⁹ Edward C. Wilde, *Replacing the Idea/Expression Metaphor with a Market-Based Analysis in Copyright Infringement Actions*, 16 Whittier L. Rev. 793, 794, 841 (1995).

⁷⁰ See *Nimmer* at § 13.03[E], at 13-49.

論著作權法之實質相似性 (substantial similarity) :
以美國聯邦第二巡迴上訴法院判決為中心

四、不同類型著作權間認定落差甚大

根據 1976 年美國著作權法第 102 條規定的著作類型有下列 8 種：1. 文學著作；2. 音樂著作；3. 戲劇著作；4. 默劇與舞蹈著作；5. 繪畫、圖形與雕塑著作；6. 動畫與其他視聽著作；7. 錄音著作；8. 建築著作。依據美國學者實證研究顯示，聯邦上訴巡迴法院對不同類型著作有關實質相似性判斷，有極大落差存在⁷¹。例如，一份橫跨 1923 年 4 月 2 日至 2011 年 9 月 14 日、樣本涵蓋 234 件巡迴法院判決的實證研究顯示，當著作權侵害訴訟標的涉及建築著作時，聯邦巡迴法院認定存在實質相似性的比率僅有 8.3%；然而，如果標的涉及圖形著作時，上述比率將大幅提高到 53.6%⁷²。

五、拒絕專家證詞導致諸多問題

在美國著作權訴訟程序在判斷近似階段，允許事實認定者聽取、參酌專家證詞；反之，在判斷實質相似性時，卻否定專家證詞可以進入訴訟程序。有學者以為此種證據種類之限制將引起至少下列二點缺陷。

第一，在缺乏專家證詞下，只使用普通觀察者角度審查實質相似性，將無法有效剔除、區分受保護與非受保護部分，致使事實認定者將更容易認定有侵害著作權情事⁷³。因為此處陪審員或法官只能使用外觀與感覺標準 (look and feel test)，而訴諸感覺的結果往往就會擴大、濫用先前近似判斷，進而作出對被告不利之認定⁷⁴。第二，此標準相當不利於簡易判決以及上級審之司法審查⁷⁵。試想：如果法院認為沒有理性事實認定者會認定兩件作品間存在實質相似性時，可經聲請逕下簡易判決。但法院在未有專家證詞協助釐清受保護與不受保護部分情形下，如何能判斷被告作品抄襲程度究竟是否已經逾越最低程度？

⁷¹ Katherine Lippman, *supra* note 1, at 563, 564.

⁷² *Id.*

⁷³ Mark A. Lemley, *Our Bizarre System for Proving Copyright Infringement*, 57 J. Copyright Soc'y U.S.A. 719, 739 (2010).

⁷⁴ *Id.*

⁷⁵ *Id.* at 739-40.

伍、可能的解決方案

面對上述不確定性等缺點，美國學者於是有下列改革倡議：

一、回歸美國憲法著作權條款

美國學界迄今有一項呼聲頗高的實質相似性認定改革方案：亦即回歸原點，從美國憲法著作權條款 (copyright clause) 再出發，由事實認定者來判斷如認定系爭作品未侵權是否將因此「促進科學或工藝之進步」 (promote the Progress of Science and useful Arts)。

然而，這樣的標準也面臨過於抽象而難以適用之譏。舉例而言，音樂著作是美國著作權法保護對象之一，但陪審團成員如何認定保護一首重金屬饒舌歌曲是否將能因此「促進科學或工藝之進步」？甚者，有學者認為此種標準甚至比普通觀察者更加抽象而難認定。捨棄後者而就前者當非明智之舉⁷⁶。

二、將著作權事物管轄權分配給專屬聯邦上訴法院

為解決法庭選擇 (forum shopping) 問題，論者有認為應將著作權訴訟之事物管轄權歸屬於特定聯邦巡迴上訴法院，藉此統一見解並消弭法庭選擇問題。依據學者實證研究顯示，不同聯邦巡迴上訴法院對於實質相似性認定標準不同⁷⁷，甚至採取相同普通觀察者標準下不同上訴法院亦有相左見解，因此將著作權訴訟之事物管轄權歸屬於特定聯邦巡迴上訴法院不失為解決此議題之良方⁷⁸。此參之美國於1982年起將專利權訴訟之事物管轄權專屬分配予聯邦上訴巡迴法院後，法庭選擇、訴狀長度與聯邦最高法院審理專利權案件量均有顯著下降即明⁷⁹。

三、在判斷實質相似性階段引入專家證詞

如前所述，美國著作權訴訟程序在判斷近似時，允許事實認定者聽取、參酌專家證詞；但是在判斷實質相似性時，卻否定專家證詞可以進入訴訟程序。論者

⁷⁶ Eric Rogers, *supra* note 60, at 916.

⁷⁷ *Id.* at 912-15.

⁷⁸ See Michael Landau & Donald E. Biederman, *The Case for a Specialized Copyright Court: Eliminating the Jurisdictional Advantage*, 21 HASTINGD COMM. & ENT. L. J. 717, at 719-35 (1999).

⁷⁹ Eric Rogers, *supra* note 60, at 917.

論著作權法之實質相似性 (substantial similarity) :
以美國聯邦第二巡迴上訴法院判決為中心

以為如此將妨礙外行的事實認定者行判斷之事，尤其是在面對電腦程式或是兒童電視節目此等對一般人陌生或過度專業之領域。職是之故，在此階段允許引進專家證詞將有助於認定之進行⁸⁰。

更有學者從實質相似性判斷內容來論證其實專家證詞更適合在第二階段引入，而非第一階段之相似判斷。詳言之，第一階段判斷作品是否相似時，本質上就是探究：究竟兩件作品的相似性是否有辦法使判斷者認為後作品作者「抄襲」前作品？原則上尚不需使用到專家證詞輔助事實認定者來分離「受著作權保護部分」與「不受保護部分」。此部分反而適合單獨由未具專業背景知識的陪審員判斷。相較於此，第二階段實質相似性判斷涉及的本質問題是：該抄襲程度是否已經超出最小部分 (de minimis amount)，進而達到不當侵占著作權。此處，若無專家證詞介入輔助，非專業之陪審員實難瞭解作品何部分屬於受著作權保護？又何部分落於不受保護之範圍？準此，判斷實質相似性反而更應該引入專家證言⁸¹。

四、以市場基礎分析取代概念／表達二分法

另有美國學者倡議以市場基礎分析 (market-based analysis) 來取代概念／表達二分法。例如，學者 Edward Wilde 認為美國法院奉為圭臬的概念／表達二分法因模糊難認而早已失靈。受漢德法官在 *Nichols v. Universal Picture Corp.* 案⁸² 與 *Peter Pan v. Fabrics, Inc. v. Martin Weiner Corp.* 案判決理由之啟發，學者 Edward Wilde 主張既然著作權法要保障著作權人著作所產生的潛在市場經濟利益，就要對症下藥以「原著作所產生的潛在市場利益是否受侵害」為檢討核心，而非吹毛求疵地比對相似處⁸³。基此，Edward Wilde 主張下列兩階段判斷方式：第一，一樣保留先前所述是否抄襲 (copying) 之判斷，茲不贅述。第二，以「抄襲所導致的市場效應」 (market effects on the copying) 取代實質相似性判斷⁸⁴。

⁸⁰ *Id.* at 918.

⁸¹ Mark A. Lemley, *Our Bizarre System for Proving Copyright Infringement*, 57 J. Copyright Soc'y U.S.A. 719, 737-738(2010).

⁸² *Nichols v. Universal Picture Corp.*, 45 F.2d 119(2d Cir. 1930).

⁸³ Edward C. Wilde, *Replacing the Idea/Expression Metaphor with a Market-Based Analysis in Copyright Infringement Actions*, 16 Whittier L. Rev. 793, 833-41(1995).

⁸⁴ *Id.* at 834.

所謂「抄襲所導致的市場效應」，精確說來是抄襲所導致原作品市場利益的侵害，亦即如果後作品確實佔用原作品已在市場所營造出來的市場利益 (market advantage)，將被認定為具備此要件⁸⁵。舉例而言，在 *Eden Toys, Inc. v. Marshall Field & Co.* 案中⁸⁶，原告指訴被告製造與該公司所有且市占率極高之填充玩具雪人二號 (Snowman II) 相似之雪人填充玩具。對於本案，聯邦第二巡迴上訴法院多數意見站在傳統普通觀察者標準，認為由於兩件填充雪人玩具的鼻子寬度、嘴唇長度、眼睛大小與鈕扣半徑皆不相同，所以判決系爭兩作品間並不具有實質相似性⁸⁷。然而，不同意見從市場基礎分析角度切入，認為一般消費者不可能在購買時將兩件作品併置加以比較，所以傳統標準實不切實際⁸⁸。毋寧，原告透過 Snowman II 引領一陣市場風潮——擁有兩個雪球、兩個鈕扣、圍巾、臉孔與帽子的雪人填充玩具。⁸⁹ 雖然此種雪人「概念」無法受到著作權保護，但被告公司此處所侵占者正是原告此種設計在市場上所營造出來的市場利益⁹⁰。消費者在購買填充雪人玩具時會選擇被告玩具，極可能是基於原告所營造出來此種雪人設計之潮流。職是之故，不同意見認為此處被告實已構成侵害原告著作權。

反面而言，縱使兩件作品依照普通觀察者標準被認定有實質相似性，但若兩者間有明顯市場區隔，則不應認為前作品的潛在市場利益遭侵害而有侵害著作權情事。正如聯邦第九巡迴上訴法院於 *Shaw v. Lindheim* 案⁹¹ 所指出，星際大戰 (Star Wars) 與綠野仙蹤 (The Wizard of Oz) 兩者在劇本情節 (plot of events) 間有高度相似，但毋庸置疑的是，前者在動畫的市場上絕對不可能取代後者，反之亦然⁹²。至於原作品的市場利益是否遭到被告作品侵害之判斷，學者 Edward Wilde 建議可引入專家藉以提供特定利基市場之現存同類商品，與消費者如何區別類似商品之專業意見⁹³。

⁸⁵ *Id.*

⁸⁶ *Eden Toys, Inc. v. Marshall Field & Co.*, 675 F.2d 498(2d Cir. 1982).

⁸⁷ *Id.* at 499.

⁸⁸ *Id.* at 501-02.

⁸⁹ *Id.*

⁹⁰ *Id.*

⁹¹ *Shaw v. Lindheim*, 919 F.2d 1353(9th Cir. 1990).

⁹² *Id.* at 1363.

⁹³ Edward C. Wilde, *supra* note 68, at 837.

論著作權法之實質相似性 (substantial similarity) :
以美國聯邦第二巡迴上訴法院判決為中心

學者 Michael D. Manuelian 也基於保護著作權人潛在市場經濟利益之立法意旨，贊成捨棄「普通觀察者」標準而轉向以目標市場經濟利益是否受侵蝕為判斷基準⁹⁴。其以音樂創作為例，系爭音樂聽在一般人耳中可以雖可發掘類似性，但此等類似性事實上可能是源自公共領域或是偶然性巧合⁹⁵。

陸、對臺灣著作權審判實務之啟發

簡言之，臺灣判決實務上認定著作權侵害須檢驗兩項要件：亦即「接觸」加上「實質近似」⁹⁶。後者即本文所稱實質相似性，其判斷標準可區分為「量的近似」與「質的近似」兩種⁹⁷。前者意義可參照智慧財產法院 99 年度民著訴字第 36 號所揭，即指抄襲的部分所佔比例為何。至於此處所謂比例究竟應達到何種程度，方構成其與著作之性質有關，不可一概而論。另外，質的近似在於是否為重要成分，倘屬重要部分，則構成實質之近似。倘抄襲部分為原告著作之重要部分，縱使僅占原告著作之小部分，亦構成實質之相似。智慧財產法院 100 年度民著訴字第 55 號判決載有明文，可資參卓。

然而，法院針對不同著作權種類之案件，往往採取不同標準判定實質近似。例如，智慧財產法院 100 年度刑智上訴字第 39 號判決即揭示：於判斷「美術著作」此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」（最高法院 97 年度台上字第 6499 號刑事判決意旨參照）。既稱「整體感覺」，即不應對二著作以割裂之方式，抽離解構各細節詳予比對。且著作間是否近似，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。質言之，在涉及

⁹⁴ Michael D. Manuelian, Note, *The Role of the Expert Witness in the Music Copyright Infringement Cases*, 57 Fordham L. Rev. 127, 144-45(1988).

⁹⁵ *Id.*

⁹⁶ 例如，最高法院 97 年度台上字第 3121 號判決：「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二個要件，即所謂接觸及實質相似為審慎調查審酌，其中實質相似不僅指量之相似，亦兼指質之相似；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。」(其中斜體與底線為作者所加)

⁹⁷ 同前註。

美術著作時，臺灣法院傾向以「整體觀念與感覺」為標準；而在語文著作時，則往往採取分析解構方法為判準。

至於法院在判斷時所採取之立場，通常採取一般理性閱聽大眾為準⁹⁸。亦即以一般人反應或印象來判斷兩件作品間是否實質近似，非必由具備專業知識經驗人士以鑑定方法判斷。此標準即為前述美國判決上普通觀察者標準。然而，在高度專業複雜案件如—諸如電腦程式案件，實務上仍會委諸鑑定人加以鑑定實質近似與否^{99、100}。

從美國前述判決與學者建議來看，臺灣實務也有可資借鏡改良之處。由於一般理性閱聽大眾標準與普通觀察者標準一樣過於模糊，法院在實際適用上難免流於恣意。相較於美國法院使用陪審團之民事判決案件，臺灣由職業法官一人或三人進行判斷，其判斷結果是否當真等同一般理性閱聽大眾觀感？尚值存疑。再者，臺灣尚未見以實證研究方式針對各類型著作權侵害案件判斷結果進行分析研究。此部分仍有待臺灣學者專家努力，俾便瞭解與檢討此標準適用於不同類型著作權侵害案件是否一樣結果差距過大。最後，鑒於市場基礎分析方法較為明確且可保護原告潛在市場利益，臺灣學術與實務界或可密切關注該方法之近期發展，並考慮在適當時機加以引進。

柒、結論

誠如美國憲法第1條8項8款所言，著作權之賦與旨在保障著作權人一定期間獨占經濟利益與促進科學工藝進步間取得巧妙平衡。然而，若過度保障著作權而杜絕任何一絲抄襲行為，無異將阻礙科學工藝進步，亦不可取。因此，界定兩件作品間是否已經具有「重大」相似性而構成侵害著作權之實質相似性概念，即扮演相當重要之控制閥角色。各個聯邦上訴巡迴法院對此概念採取不同見解，主

⁹⁸ 參見最高法院103年度台上字第1544號判決。其他例如智慧財產法院104年度民著訴字第65號、103年度民著上字第27號、104民著上易字第11號等，亦同此旨。

⁹⁹ 許忠信，著作之原創性與抄襲之證明（下），月旦法學雜誌172期，頁252，2009年9月。

¹⁰⁰ 但即便進行專家鑑定，實務上亦有法院認為其不受鑑定意見之拘束者。例如，智慧財產法院99年度民著訴字第36號判決。

論述

論著作權法之實質相似性 (substantial similarity)：
以美國聯邦第二巡迴上訴法院判決為中心

要可分為以第二上訴法院主導之「普通觀察者」檢驗方式，以及第九上訴法院主導之外部／內部檢驗方式。

第二上訴法院發展出「普通觀察者」檢驗方式來認定實質相似性。質言之，此判斷標準要求事實認定者站在一般普通人立場來觀察兩件作品的相似性。為避免觀察者受非著作權保護要素干擾，該院又進一步發展出較精確的「普通觀察者」檢驗方式，要求觀察者屏除該要素干擾後再行判斷。

第二上訴法院在不同著作權類型上也展現了不同適用結果，值得留意。在由平面攝影著作轉換成立體雕塑著作之 *Rogers v. Koons* 案，該院強調照片中構圖、光影與人物神情是否與立體雕塑所呈現之配置、姿勢與神情相似；在動畫著作 *Warner Bros. v. American Broadcasting Companies* 案中，該院在認定動畫角色是否具有實質相似性時，凸顯角色個性、人格特質才是關鍵。而且，文學角色動畫化後同時兼具文學作品之線性面向與多面向整體感受。因此，若兩動畫角色視覺上有重大差異，將嚴重削弱兩者間具有實質相似性之可能。另外，在雕塑著作之 *Durham Industries, Inc. v. Tomy Corp.* 案中，該院反覆強調在判斷實質相似性時，必須嚴加區別雕塑作品之功效性與藝術性層面。倘若只是功效性層面相同，不應據此認為兩者間有實質相似性。尤其，在判斷軟體程式實質相似性於 *Computer Associates Intern., Inc., v. Altai, Inc.* 案，鑑於軟體程式之特殊性，第二上訴法院發展出抽象化—過濾—比較三步驟檢驗方式，不同於其他類型適用方式。

然而，此檢驗方式一直以來存在著不少缺陷備受爭議。首先，此標準相當模糊而缺乏可操作性。在實務操作下，事實認定者往往「先射箭在畫靶」—亦即先判定具有實質相似性，再尋找肯定之理由。而陪審團成員往往會將作者所投入之勞力密度納入考量因素，顯然背於聯邦最高法院在 *Feist Publ'ns, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co., Inc.* 案所揭露之精神。其次，心理學上反月暈效應也在判斷過程中於潛意識上縈繞著事實認定者。換言之，渠等判斷兩作品間是否近似之結論往往對判斷下一層次之實質相似性具有深遠影響。第三，普通觀察者標準無法保護著作權法欲保護之經濟利益。論者指出應鎖定作品設定的目標客戶群並以其立場觀察，才能有效保護原作品潛在的經濟利益。第四，不同類型著作權訴訟結果勝訴率相差頗大，可能影響社會大眾對判決結果之預見性與信賴感。第五，在判斷實質相

似性時法院拒絕導入專家證詞，不但使得陪審員難以判斷何部分屬於受著作權保護部分、何者非屬之，在極端專業性作品—例如軟體程式，陪審員更是只能訴諸直覺。

為解決上訴諸多缺陷，美國學界與實務界截至目前為止已提出下列改革方式：第一，直接回歸美國憲法著作權條款，由事實認定者來判斷如認定系爭作品未侵權是否將因此「促進科學或工藝之進步」。第二，統一著作權事物管轄權於聯邦上訴法院，藉此彌平不同聯邦上訴法院採取不同見解所衍生的歧異。第三，在判斷實質相似性時引入專家證詞，輔助事實認定者進行判斷。第四，有立足於著作權保護潛在經濟利益角度，倡議以後作品是否已足以挑戰、侵害原作品市場地位為標準。