經濟部智慧財產局

著作權侵害認定要件之研究-接觸與實質近似

期末報告

計畫主持人：張懿云 教授

共同主持人：李治安 副教授

共同主持人：吳宗樺 資深律師

中 華 民 國 **1 0 3** 年 **1 0** 月 **2 0** 日

摘要

在著作權侵害的案件中，特別是關於重製侵權案例，「接觸（access）」及「實質近似(substantial similarity)」已成為我國著作權侵害判決中所普遍適用的構成要件。但「接觸」與「實質近似」具體應考量的內涵究竟如何？且此一援引美國法著作權侵害標準而來的要件，在我國法上的適用又有何差異？此外，與我國同為大陸法系國家的日本及德國等歐盟國家，於判斷著作權侵害時是否也採用「接觸」與「實質近似」作為判斷標準？凡此種種皆不無深究之餘地。故本計畫擬蒐集整理美國、日本以及德國相關著作權法令及司法實務現況，以及上述各國著作權侵權案例共 20 篇以上之相關具指標性之判決，藉以了解各國著作權實務於判斷著作權侵害時所適用之標準，並綜合歸納整理以為與我國實務見解之比較基礎。

大綱

第一章　緒論 5
壹、研究目的 5
貳、研究內容 7
參、研究方法與步驟 7
第二章　美國著作權侵害認定要件 9
壹、概述 9
貳、接觸 9
一、一般「接觸」的認定 9
二、以「驚人近似」取代「接觸」之證明 12
參、實質近似 14
一、「實質近似」的比對方法 15
二、微量重製 21
三、實質近似的判斷標準 22
肆、美國案例研究 26
第三章　日本著作權侵害認定要件 52
壹、概述 52
貳、重製權侵害之要件 52
一、重製權之定義 52
二、判斷重製權侵害之要件 53
三、日本案例研究 60
參、改作權侵害之要件 70
一、 改作權之定義 70
二、 判斷改作權侵害之要件 71
三、日本案例研究 79
肆、小結 100
第四章　德國著作權侵害認定要件 102
壹、概述 102
貳、抄襲之概念 103
一、抄襲與著作權侵害 103
二、無意識的借用 104
三、偶然的雙重創作 105
四、自由利用 106
參、抄襲認定標準 108
一、客觀要件：實質近似 108
二、主觀要件：有意識的借用（間接證據） 109
三、關於電腦程式著作之特別規定 111
肆、 德國案例研究 113
一、「Ein bißchen Frieden」音樂著作之抄襲爭議 113
二、「Hundefigur」動物造型保護範圍之爭議 119

三、「Fantasy」有關是否知曉原著作之爭議 123
伍、 小結 128
第五章 我國著作權侵害認定要件 -兼論其他國家之比較 131
壹、概述 131
貳、著作財產權侵害之類型 132
一、我國理論與實務之比較 132
二、與美國、日本及德國學說實務之比較 135
參、實質相似 136
一、我國理論與實務之比較 136
二、與美國、日本及德國理論與實務之比較 138
肆、接觸 141
一、我國理論與實務之比較 141
二、與美國、日本及德國學說與實務之比較 143
伍、「接觸」與「實質相似」之流動與關聯 146
一、我國理論與實務之見解 146
二、與美國、日本及德國學說與實務之比較 147
陸、採何人之判斷標準 148
二、與美國、日本及德國理論與實務之比較 149
柒、我國判決研究 151
一、吉米繪本 v. 江蕙晚婚 MTV 151
二、「到底愛怎麼了」 (音樂著作) 155
三、金魚案 159
第六章 結論與建議 163
壹、「接觸」與「實質近似」在著作權侵害類型之適用 163
貳、刑事責任之商榷 164

第一章　緒論

壹、研究目的

我國著作權侵害案件中，特別是在重製抄襲的侵權案例中，「接觸」以及「實質近似」（或稱「實質相似」）已是法院必須就侵害成立與否為判斷的兩個構成要件。部分早期的著作權判決，經常援引最高法院 81 年度台上字第 3063 號判決意旨，作為適用「接觸」以及「實質近似」二要件之依據。惟細繹該判決內容可知，最高法院之意應係說明該件原審民事判決，即台灣高等法院台中分院 80 年度上字第 357 號民事判決略謂：「認定抄襲之要件有二，即接觸，實質相似。主張他人之著作係抄襲其著作者，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。」等語，並無認事用法違誤之處。雖該台灣高等法院台中分院民事判決並非我國最早出現「接觸」以及「實質近似」之判決[1]，但經過最高法院維持其判決理由後，即成為我國著作權侵害判決中所普遍適用之依據。

基於上述理由，著作權人欲對疑似侵害重製權之人提起民事起訴或刑事告訴，即必須最優先考慮對造是否「接觸」著作權人的著作，以及兩著作之間是否存在著「實質近似」。但實際上在運用「接觸」以及「實質近似」時，恐怕非如字面上所示如此簡單。特別是民事責任與刑事告訴在適用「接觸」及「實質近似」之要件時，其心證之強度是否完全一致，亦不無探究餘地。

以「接觸」要件而言，當著作權人與疑似侵害著作財產權之人間有一定的熟識或往來，吾人當然可以很快的推論後者有很大的可能性接觸前者的著作。例如，被告曾出席著作權人的公開發表著作之場合，或其

[1] 台灣高等法院 79 年度上易字第 470 號判決中，財團法人工業技術研究院電腦與通訊工業研究所使用「接觸」(access)以及「實質相似」(substantial similarity)作為鑑定依據，應是我國著作權侵權案件中最早出現「接觸」以及「實質近似」之判決。

曾與著作權人共同創作。但往往在著作權侵害的案件中，著作權人與疑似侵害著作財產權之人之間並無存在任何具體之關連性。以著作權重製的侵害而言，有時尚仍得以著作中「侵害著作與原著作之某一部份表達完全相同，甚至連程式中無意義部分亦相同[2]」、「著作間如共同存有疏漏之顯然瑕疵，例如錯別字或不當引註[3]」等等，來推論侵權行為人接觸著作。但此一推論多屬間接證據，在民事責任上或許爭議較小，若涉及刑事告訴時，其證據能力究竟該如何評價，實有值得深入檢討之處。

至於在「實質近似」之要件方面，我國目前實務判決均認為判斷時，應同時考量著作中「質的因素」或「量的因素」[4]；但「質」、「量」的標準，是否只要執兩著作相比較，即可以輕鬆解決或推斷？而不同類型的著作間，是否應有不同的「質」、「量」標準？

此外，我國法院在適用「接觸」以及「實質近似」時，常會附帶提及該二著作權侵害構成要件之原文為(access)以及(substantial similarity)；此顯然意指我國的著作權侵害標準係援引英美法系的著作權侵害標準而來。但實際上「接觸」以及「實質近似」是否即為美國法重製權侵害的判斷標準？而與我國同為大陸法系的日本以及歐盟國家，例如德國[5]等，其裁判者們於判斷重製權侵害時，是否也使用「接觸」以及「實質近似」作為判斷標準？此均值得我們深入的研究以及探討。

因此本研究案希望解決下列幾項問題:

1. 美國、日本、德國實務上，於判斷重製權侵害時，標準為何？以及在不同著作類型間，又如何運用此一判斷標準？

2. 美國、日本、德國所適用之重製權侵害判斷標準，與我國現行司

---

[2] 台灣高等法院 91 年度勞上字第 27 號民事判決。

[3] 台灣台北地方法院 93 年度智更(一)字第 3 號民事判決、智慧財產法院 98 年度民著上字第 8 號民事判決、98 年度民著訴字第 41 號民事判決、98 年度民著訴字第 42 號民事判決、102 年度刑智上易字第 35 號刑事判決。

[4] 最高法院 94 年度台上字第 6398 號刑事判決、97 年度台上字第 3121 號刑事判決、97 年度台上字第 6499 號刑事判決等，係最常被引用之判決。

[5] 此主要考量到歐盟國家眾多，基於研究時間及人物力為免過於分散，故本計畫先以德國法為核心進行較深入之探討。

法實務判斷著作權侵害時所適用之「接觸」以及「實質近似」，差異為何？我國的標準是否適當？

3. 探討美國、日本、德國於重製權侵害之實務判決以及判斷標準，是否足供我們借鏡，以解決我國實務上適用「接觸」以及「實質近似」所遇到的問題？

貳、研究內容

本研究案主要涵蓋內容重點如下:

(一) 蒐集整理美國、日本及德國現行相關著作權法令及司法實務現況，以及上述各國著作權侵權案例共 20 篇以上之相關具指標性之判決，藉此了解各國著作權實務於判斷著作權侵害時所適用之標準，並作為與我國實務見解比較之基礎。

(二) 探討我國實務如何適用「接觸」以及「實質近似」：

本研究案擬整理我國實務於判斷著作權侵害時，適「接觸」以及 「實質近似」之見解以及內容。

(三) 比較國內外司法實務之差異：

本研究案將比較國外指標性判決以及我國現行實務見解，並期望進一步提供我國實務參考。

(四) 提出建議

本研究案擬將上開內容做整體評析，並將研究結果做成建議供主管機關及司法機關參考。

參、研究方法與步驟

本研究案主要以文獻分析法與比較法為研究方法。

在文獻分析部分，將針對我國著作權侵害相關之判決、碩博士論

文、期刊論文與研究報告做蒐集與整理，以釐清我國實務適用「接觸」以及「實質近似」之體系架構。其次，就與著作權侵害相關之外國判決以及外文文獻做過濾分析，找出外國適用著作權侵害時所適用之標準以及機制。

在比較法研究部分，將探討美國、日本、德國指標性判決以及該等判決於判斷著作權侵害時所適用之判斷標準，以與我國實務標準相互比較。其次，本研究案將對上開美國、日本、德國、我國間對著作權侵害所適用之標準予以整理，以了解差異性為何，並提供我國實務上解決著作權侵害問題之參考。

第二章　美國著作權侵害認定要件

壹、概述

依據美國法院實務長期以來形成的法律見解，著作權侵害可以藉由直接證據或間接證據證明。通常在訴訟過程中，原告很難提出直接證據，證明被告確實有侵害（或抄襲）系爭著作。因為，少有被告會承認自己抄襲，而且許多抄襲行為是來自於秘密的、非實體的途徑（如記憶），因此，在多數著作權侵害訴訟中，原告並不容易找到證人，出面向法院陳明其曾目睹被告實際地在抄襲作品。為了克服這些舉證上的困難，美國法院實務逐漸發展出以(1)「接觸」（由被告曾接觸系爭著作推測其有抄襲的合理機會）和；(2)「實質近似」（兩個作品間的近似足證抄襲）作為認定著作權侵害的要件。申言之，依據美國法院長期發展出來的原則，如果原告在訴訟中證明「接觸」和「實質近似」兩個事實存在，則依據一般經驗法則可推論，被告抄襲原告作品的可能性大於沒有抄襲。以下，本章將分別介紹美國法院實務如何以「接觸」及「實質近似」認定著作權侵害。

貳、接觸

關於「接觸」要件之認定，原告必須舉證被告有合理的機會去檢視、抄襲作品。在著作權侵害訴訟中，關鍵在於各種證據集合起來是否足夠推斷出合理的接觸可能性。相反的，若原告的主張是基於猜測、猜想而推論出單純接觸可能性，則不足以作為間接證據。

一、一般「接觸」的認定

美國法院有許多判決均在探討原告提出之證據是否足以推斷合理接觸之可能性，這些判決不論從比較法的觀點而言，抑或是從當今美國法院認定著作權侵害之觀點而言，都提供了相當有價值的參考。茲舉數個

配角案例來說明美國法院對「接觸」的認定方式：

1. 若第三方和原告、被告皆有合作關係，而被告有機會接觸第三方保有之原告作品，則可以推斷被告曾接觸系爭著作[6]。

2. 被告公司員工藉由公司的檔案可以接觸到原告著作，而被告公司某位員工最終創造出與原告著作實質近似的作品，則可推論該員工曾接觸過原告作品[7]。

3. 若原告雇用某員工完成系爭作品，而被告亦雇用同一員工完成同一作品，則亦可推論被告曾接觸系爭著作[8]。

4. 若原告只舉證說明，其作品在被告的居住城市有販售，故被告可以取得之，在沒有其他的證據證明之情況下，仍不足以證明被告有接觸原告著作之事實[9]。

5. 在音樂著作之著作權侵害案件中，涉訟唱片公司常主張其曾經寄送歌曲試聽帶或試聽片到被告唱片公司，並企圖以此證明被告唱片公司曾接觸過系爭音樂著作，但法院均未採納原告此等主張，並認定該等證據僅能猜測原告曾有機會接觸，並未達到法律上證明之程度[10]。

6. 在表演侵害的案件中，若原告僅演出寥寥數場，且沒有散布任何與表演內容有關的作品，則法院無法認定被告曾接觸過原告的著作[11]。

7. 原告著作僅曾於芝加哥演出，但是被告作品卻是於法國完成[12]。

法院對於「接觸」的認定也會受到原告著作在市場上受歡迎的程度影響，一般而言，越受歡迎、越流行的作品被接觸的可能行也越高。換

---

[6] *See* Kamar Int'l., Inc. v. Russ Berrie & Co., 657 F.2d 1059 (9th Cir. 1981).

[7] *See* Meta-Film Assocs., Inc. v. MCA, Inc., 586 F. Supp. 1346 (C.D. Cal. 1984); Smith v. Little, Brown & Co., 245 F. Supp. 451 (S.D.N.Y. 1965), aff'd, 360 F.2d 928 (2d Cir. 1966); Stanley v. Columbia Broad. Sys., Inc., 35 Cal. 2d 653, 221 P.2d 73 (Cal. 1950).

[8] Taylor Corp. v. Four Seasons Greetings, LLC, 315 F.3d 1039 (8th Cir. 2003).

[9] *See* Ferguson v. Nat'l Broad. Co., 584 F.2d 111 (5th Cir. 1978).

[10] *See, e.g.*, Jones v. Blige, 558 F.3d 485 (6th Cir. 2009); Armour v, Knotcles, 512 F.3d 147 (5th Cir. 2007); Jorgensen v. Epic/Sony Records, 351 F.3d 46, 48 (2d Cir. 2003).

[11] Scott v. WKJG, Inc., 376 F.2d 467 (7th Cir. 1967).

[12] Selle v. Gibb, 741 F.2d 896 (7th Cir. 1984).

言之，相較於其他作品而言，被告更有合理的機會去檢視、抄襲這些廣受歡迎的作品，因此也更有可能被推斷曾經有機會接觸此等作品。在 *Bright Tunes Music Corp. v. Harrisongs Music, Ltd.*[13]一例中，原告主張被告公司發行，由 George Harrison 主唱的歌曲的 My Sweet Lord 侵害其 He's So Fine 這首歌的著作權，原告舉證證明其著作在國內外廣受歡迎、廣播電台的播放率與點閱率也極高，但被告卻否認抄襲，堅稱 My Sweet Lord 一曲為獨立創作作品。法院最終認定，被告曾接觸過原告著作，因為這首歌在美國及國外有極高的知名度，當時許多聽眾及創作者都對這首歌耳熟能詳，而被告創作人亦即有可能聽過這首歌而將其曲調存於潛意識中，然而，即使被告可能在潛意識中無意模仿，但是，無意抄襲並不足以構成對著作權侵害的抗辯[14]。Bright Tunes 一案之判決之重要性有二：一、該判決藉由系爭著作之流行程度認定「接觸」要件，為後來判決建立參考基準；二、該案判決確立了潛意識模仿亦構成著作權侵害之法律見解。其後，在 Three Boys Music v. Michael Bolton 一案中，第九巡迴上訴法院依據所謂的潛意識模仿(subconscious copying)理論，認定縱使被告沒有抄襲之意圖，但卻因為過去有相當之機會接觸原告著作，因而在潛意識中抄襲原告著作。法院用以推論「接觸」的證據是：被告承認是原告之歌迷、從小愛聽黑人靈魂樂、且在該歌曲廣為播放的波士頓地區長大[15]。

權威著作權學者 Nimmer 認為，以情況證據證明有合理機會接觸之方法有二[16]：(1) 原告著作與被告對其之接觸有特定事件之連結(particular chain of events)，如被告曾與出版社或唱片公司有過交易、往來；或(2)原告著作曾被廣泛散布。而另一知名學者 Paul Goldstein 亦指出，在音樂著作之侵權爭議中，通常原告越能證明其著作廣為散布，則越容易成功證明「接觸」要件[17]。

---

[13] 420 F. Supp. 177 (S.D.N.Y. 1976).
[14] Bright Tunes Music, 420 F. Supp. at 181.
[15] 212 F.3d 477 (9th Cir. 2000).
[16] 4 Melville B. Nimmer & David Nimmer, Nimmer on Copyright, § 13.02[A], at 13-20-13-21 (1999).
[17] 2 Paul Goldstein, Copyright: Principles, Law, and Practice § 8.3.1.1., at 91 (1989).

二、以「驚人近似」取代「接觸」之證明

若被告作品與原告著作高度近似，近似程度高到被告沒有獨立創作的合理可能性時，法院也會直接認定被告曾接觸過系爭著作，此時，原告必須舉證近似僅可能來自於抄襲，不可能來自於巧合或獨立創作等原因[18]。換言之，當沒有接觸的證據，法院也可能會認為因為兩個作品高度近似或驚人近似，因此排除被告獨立創作之可能[19]。當原告提出足夠的間接證據，證明兩作品間高度或驚人近似時，舉證責任即轉到被告，此時被告須證明其作品為獨立創作[20]，或者為利用公共來源創作而生[21]。

高度近似或驚人近似(striking similarity)的程度究竟要多高，原告方能不用證明「接觸」？有幾個判決可提供參考標準，通常原告作品複雜度越高，則被告獨立創作的可能性就越低[22]；此外，若公共領域中，未曾出現與原告著作類似之作品時，被告獨立創作的可能性也越低，此時，原告須舉證「接觸」的必要性也越低。如在 Ty, Inc. v. GMA Accessories, Inc. 案中，法院認定原告與被告製作的絨毛豬以達到高度近似或驚人近似的程度，且原告著作與公共領域中的豬非常不同，因此推論被告曾接觸過原告著作[23]。再者，若被告作品和原告著作中出現共同的錯誤時，也很有可能被認定是高度或驚人近似，進而不用證明被告曾接觸過原告著作[24]。相反的，當原告著作之內容是一般、常見的，或近似於可取用的公共來源，則較無法推論是兩個作品的近似是來自於被告抄襲，此時需有其他證據證明被告曾有合理機會檢視原告著作[25]。

---

[18] *See* Stratchborneo v. Arc Music Corp., 357 F. Supp. 1393, 1403 (S.D.N.Y 1973).

[19] *See* id.

[20] *See* Original Appalachian Artworks, Inc. v. Toy Loft Inc., 684 F.2d 821 (11th Cir. 1982).

[21] Defendant can assert other defenses as well, such as plaintiff's authority to use the work. See Oboler v. Goldin, 714 F.2d 211, 212 (2d Cir. 1983).

[22] *See* Repp v. Webber, 132 F.3d 882 (2d Cir. 1997); Ass'n of Am. Med. Colleges v. Mikaelian, 571 F. Supp. 144, 150-51 (E.D. Pa. 1983), aff'd mem., 734 F.2d 3 (3d Cir. 1984).

[23] 132 F.3d 1167 (7th Cir. 1997).

[24] *See e.g.*, Eckes v. Card Prices Update, 736 F.2d 859, 863-64 (2d Cir. 1984);Coll. Entrance Book Co. v. Amsco Book Co., 119 F.2d 874 (2d Cir. 1941); NIMMER ON COPYRIGHT § 13.03[C] (2005); PAUL GOLDSTEIN, COPYRIGHT § 7.2.1 (3d ed. 2009).

[25] *See, e.g.*, Mag Jewelry Co. v. Cherokee, Inc., 496 F.3d 108, 119 (1st Cir. 2007); Ferguson v. Nat'l Broad. Co., 584 F.2d 111, 113 (5th Cir. 1978).

以高度近似或驚人近似程度推論被告曾接觸過原告作品的操作方法須由法院在個案中個別認定，有時雖然原告與被告作品非常近似，但是法院仍無法作出被告曾接觸過原告作品之推論，以 Selle v. Gibb 案為例，雖然原告及被告之歌曲高度近似，但是法院認為高度近似不足以推論出「接觸」，原告仍須提出其他證據，證明被告有取得原告的著作的合理可能性，法院認為，本案的著作性質相對而言較為一般、常見，因此被告仍有可能獨立創作出類似作品[26]。

申言之，現今多數美國實務判決認為，「接觸」與「實質相似」兩個要件具有互相流動之關係，當原告所提證明「接觸」之證據較薄弱時，法院會要求其證明較高程度的「實質相似」[27]；若被告作品與原告著作之相似程度過於驚人，依據合理推測，被告獨立創作之可能性幾乎不存在，此時法院可直接推定被告曾「接觸」過系爭著作[28]。換言之，若「實質相似」之程度達到驚人相似之程度，則原告即無須就「接觸」要件證明。但是「接觸」與「實質相似」之互相流動關係亦有其限制，「明顯相似」或「驚人相似」固可免除原告就「接觸」之舉證責任，但縱使原告提出極為強烈的證據證明被告曾「接觸」系爭著作，卻無法免除其對「實質相似」之舉證責任[29]。

所謂「明顯相似」或「驚人相似」係指兩者之近似程度除了抄襲外，無法藉由巧合、被告獨立創作或參考相同素材等事由說明[30]。舉例言之，若兩個作品中存在共同之錯誤，則即可能具有「明顯相似」或「驚人相似」[31]。有時原告著作之性質會影響法院對兩個作品是否「明顯相

---

[26] 741 F.2d 896 (7th Cir. 1984)
[27] Marshall A. Leaffer, Understanding Copyright 423-24 (2010).
[28] *Id.* at 422.
[29] *Id.* at 423-24.
[30] *See* GOLDSTEIN, *supra* note 17, §§9.1, 9.3.2; ALAN LATMAN & WILLIAM PATRY, LATMAN'S THE COPYRIGHT LAW 195 (6th. ed. 1986); Stratchborneo v. Arc Music Corp., 357 F. Supp. 1393, 1403 (S.D.N.Y. 1973).
[31] *See, e.g.*, Sell v. Gibb, 741 F.2d 896 (7th Cir. 1984); Ty. Inc. V. GMA Accessories Inc., 132 F.3d 1167 (7th Cir. 1997).
[32] LEAFFER, *supra* note 27, at 422.

似」或「驚人相似」之判斷，如對愈高度複雜精細的著作而言，他人要獨立作出相似的作品可能性愈低，因此也愈有可能在侵害認定上被判斷為「明顯相似」或「驚人相似」[32]；反之，若原告著作內容單純，則被告相似作品被判定為「明顯相似」或「驚人相似」的可能性也相對的低。而公共領域(public domain)中是否曾經存有與原、被告作品類似的內容也是判斷兩者是否「明顯相似」或「驚人相似」的標準之一，若公共領域或其他既有著作中完全不曾出現與原告著作類似或相仿之作品或資訊，而被告除重製原告作品外，難有其他創作誘因或素材來源，法院亦有可能認定兩作品係「明顯相似」或「驚人相似」。

參、實質近似

除了「接觸」之外，法院還須認定原告著作與被告作品間的相似程度是否足以證明被告抄襲原告著作，亦即兩者間是否達到「實質近似」(substantial similarity)的程度。美國法院在不同情境下（特別是第九巡迴法院）使用「實質近似」用語時會有不同的指攝意涵，有時是指以間接證據證明抄襲或重製，有時則是用以說明不當取用(improper appropriation)，雖然在大多數的案例討論中，以「實質近似」分析著作權侵害構成與否並無問題，但還是有學者認為應以區別不同的「近似」概念，以「證明性近似」(probative similarity)說明間接抄襲（或以間接證據證明抄襲），而「實質近似」(substantial similarity)說明不當取用的近似[33]。

在證明「實質近似」及著作權侵害時，原告首先須先說明被告重製其著作中受著作權保護之成分已達相當之量，換言之，在作兩作品「實質近似」比對時，需先將原告著作中不受著作權保護之部分剃除。如在

---

[33] *See e.g.*, Alan Latman, *"Probative Similarity" as Proof of Copying: Toward Dispelling Some Myths in Copyright Infringement*, 90 COLUM. L. REV. 1187 (1990); *see also e.g.*, Johnson v. Gordon, 409 F.3d 12 (1st Cir. 2005); Bridgmon v. Array Sys. Corp., 325 F.3d 572 (5th Cir. 2003) (note 8); Dam Things from Denmark v. Russ Berrie & Co., Inc., 290 F.3d 548, 562 (3d Cir. 2002).

*Triangle Publ'ns, Inc. v. Sports Eye, Inc.*一案判決中，法院即指出，被告並未侵害原告之著作權，因為其在原告著作中取用者，僅為原本就存在於公共領域中之事實[34]。此外，利用或使用他人之著作非必然構成實質相似，第三人可能得自由地重製著作中之概念或思想，此均不在「實質近似」的比對範圍內，只有原告及被告作品的表達，才是比對的客體。

一、「實質近似」的比對方法

（一）「逐字近似」及「型態近似」

有學者將「實質近似」概念化為兩種：其一為透過文字呈現的語文著作，可透過逐字比對的方式認定成立逐字近似(verbatim similarity)；另一為透過比對著作整體（非逐字形式）而構成型態近似(pattern similarity)，這兩種認定近似之方式並不衝突，因此被告之作品可能同時構成逐字近似及型態近似[35]。

1.逐字近似

被告成立侵權不以重製全部著作為必要，但在部分重製的情況下，究竟重製多少才會構成呢？其實並無放諸四海皆準的參考基準，而是應由法院依個案情況適用質與量之相似性標準認定。重製著作中的一小部分，理論上仍可能構成著作權侵害，關鍵是被重製部分的重要性到底有多高[36]。

一般而言，若著作本質上是由公共領域之要素所組成，如：辭典的彙編，則廣泛利用該著作中的概念通常係法律所容許，較難成立近似，換言之，判斷這種類型著作侵害時，被告作品與原告著作之近似通常須

---

[34] 415 F. Supp. 682 (E.D.Pa.1976)

[35] *See* NIMMER ON COPYRIGHT § 13.03[A] (2009); Walker v. Time-Life Films, Inc., 784 F. 2d 44(2d Cir. 1986*)*; Smith v. Weinstein, 578 F. Supp. 1297 (S.D.N.Y. 1984).

[36] *See* Horgan v. MacMillan, Inc. 789 F .2d 157(3d Cir. 1986); Robertson v. Batten, Barton, Durstine & Osborne, Inc., 146 F. Supp. 795-(S.D. Cal. 1956); Marks v. Leo Feist, Inc., 290 F. 959 (2d Cir. 1923).

達到幾近一致的程度，才構成近似；反之，若原告著作具高度創造性（如：詩、小說）時，縱使被告只是少量抄襲，也極可能構成著作權侵害[37]。

2.型態近似

除了「逐字近似」之外，「型態近似」也是一種認定著作權侵害之方式，第九巡迴上訴法院可能是最早就型態近似之著作權侵害界定的法院，其早在 1947 年就曾指出：「侵權並不限於逐字及確切重製(exact copying)，應該也包括對著作為各種形式的適用、模仿、轉換、翻拍或某種似是而非的改變以掩蓋其對著作權之侵害[38]」。

禁止型態重製之正當性在於，若侵權只限縮在絕對重製，則聰明的剽竊者將會謹慎地改述原作品，以避免著作權侵害責任。此外，若著作權侵害之概念未包括型態近似之概念，則在語文著作以外其他類型的侵害，或將語文著作改變為其他著作類型之侵害（例如：小說成為電影）[39]，將無法以著作權法規範之。如此，終將使著作權法作為創作誘因之制度目的落空。

與逐字近似相較，原告欲證明兩作品間之型態近似其實有相當困難，因為被告常會抗辯其所利用者為原告著作中的思想或概念，並非表達，就此美國法院實務也發展出一些型態近似的認定標準，以下分述之。

（1）抽象測試法

在 *Nichols v. Universal Pictures Corp.*案中， Learned Hand 法官試圖找出利用思想及利用表達之區別，用以認定被告作品與原告著作是否近似，並進而判斷被告是否侵害原告之著作權[40]。在該案中，原告為 Abie’s

---

[37] *See e.g.*, Schroeder v. William Morrow & Co., 566 F .2d 3 (7th Cir. 1977).
[38] Universal Pictures Co., Inc. v. Harold Lloyd Corp., 162 F.2d 354, 360 (9th Cir. 1947).
[39] *See e.g.*, Horgan v. Macmillan, Inc., 759 F. 2d 157(2d Cir. 1986); Filmvideo Releosing Corp. v. Hastings, 668 F. 2d 91 (2d Cir. 1981); Roy Export Co. Establishment v. Columbia Broad. Sys., Inc., 672 F. 2d 1095(2d Cir. 1982).
[40] 45 F .2d 119 (2d Cir. 1930).

Irish Rose 劇本的作者，其指控被告所拍攝之 The Cohens and Kelly 電影侵害其著作權，本案主要爭點在於兩者故事情節是否構成實質相似，法院仔細比較兩者之故事情節，並認定兩者之共同點為：猶太及愛爾蘭兩父親之爭執、其子女的婚姻、其孫子的誕生及和解[41]。Hand 法官為判斷兩者是否「實質近似」，提出後來眾所皆知、廣為流傳的「抽象測試法」(abstractions test)，其於判決中指出：「在任何著作中，尤其是戲劇，當越來越多的事件被抽離時，會產生漸趨普遍性而可適用於任何其他作品之模式，而最後所剩下者可能不再是原劇作整體所欲表達者.....該具普遍性之概念或思想，便不再屬於著作權法所保護的範圍[42]。」

為判斷實質相似性，抽象測試法試提出區分著作權所保護之表達及落入公共領域之觀念。該測試法可以被視為光譜兩端為純思想及純表達的連續線段，法院在型態近似之著作權侵害中，須認定的是思想從那一個具體的時點開始具體化為表達，而能成為型態近似之比對客體[43]。這種判決其實並不容易，雖然抽象測試法在概念上不難理解，但是在實際操作時，它無法明確指出不當使用原告表達之量到甚麼程度會構成型態近似，法院須個案判斷被告究竟使用哪部分的整體概念，並結合具相似性的細節、場景、連續事件、角色性格、角色間互動，進而判斷是否構成著作權侵害[44]。

除了思想表達區分原則外，另一個在侵害認定上常碰到的類似難題為「必要場景原則」(*scenes a faire* doctrine)，亦即對於特定議題的處理，任何作者都會無可避免的在著作中包含特定的事件、角色或場景，這些必要場景，就像公共領域素材一樣，也不應成為著作權侵害實質近似之比對客體[45]。

---

[41] *Id.* at 122.
[42] *Id.* at 121.
[43] LEAFFER, *supra* note 27, at 427.
[44] See *Reyher v. Children's Television Workshop*, 533 F .2d 87, 91 (2d Cir. 1976); Zechariah Chafee, Jr., *Reflections on the Law of Copyright*, 45 Colum. L. Rev. 501, 513(1945)
[45] *See Schwarz v. Universal Pictures Co.*, 85 F. Supp. 270, 275(S.D. Cal. 1945); Hoehling v. Universal City Studios, Inc., 618 F .2d 972, 979(2d Cir. 1980); Leslie A. Kurtz, *Copyright: The Scenes a Faire Doctrine*, 41 FLA. L. REV. 79(1989).

抽象測試法操作不易，其操作原則在各類型著作中不盡相同，以下以一般公認最困難的電腦程式著作析述之。

（2）電腦程式近似之侵權判斷

電腦程式著作權侵害有可能同時涉及逐字近似及型態進近似，被告若將程式碼直接拷貝，自成立逐字近似[46]，但型態近似的著作權侵害較不易認定，其爭點在於著作權所保護者是否不僅限於所編寫的程式碼，而進一步包括程式之結構及使用者介面[47]。著作權之保護不僅限於文字結構的程式碼，更擴及不屬於達成程式目的或功能所必要之整體架構、排序、組織[48]。此等型態近似之問題之形成，是因為不同的程式碼可能採用相同的電腦程式結構或創造出相似的使用者介面，此時著作權侵害之認定即為難題，若著作權法對電腦程式著作保護不足，將使程式著作之著作人喪失創作誘因，然而，若提供過度的著作權保護，亦將對其他創作人及社會公益造成負面影響。

(i) *Whelan Associates, Inc. v. Jaslow Dental Laboratory, Inc.*

法院以「抽象測試法」認定電腦程式之「型態近似」侵權問題尚無一致性見解，第三巡迴法院於 *Whelan Associates, Inc. v. Jaslow Dental Laboratory, Inc.*一案之判決，應是巡迴上訴法院中第一個處理電腦領域中非文字結構重製之議題者，與其他涉及「型態近似」侵權之案件相同，該判決之核心問題為，在電腦程式中要如何將思想與表達分離。為了解決這個問題，法院將電腦程式之目的或功能定義為該著作之思想，並進而認定被告所編寫的牙科實驗室管理電腦程式侵害與原告相似的電腦程式[49]。法院認為電腦程式與其他類型的語文著作有相同之處，亦即其他語

---

[46] See Apple Computer, Inc. v. Franklin Computer Corp., 714 F .2d 1240, 1248(3d Cir. 1983).

[47] *See* RAYMOND T. NIMMER, THE LAW OF COMPUTER TECHNOLOGY: RIGHT, LICENSES, AND LIABILITIES 1-72 (3d ed. 2004). See, *e.g., Lotus Dev. Corp. v. Borland Int'l, Inc.*, 831 F. Supp. 223 (D. Mass. 1993); *Apple Computer Inc., v Microsoft Corp.*, 821 F. Supp. 616 (N.D. Cal. 1993); *Lotus Dev. Corp. v. Paperback Software Int't*, 740 F. Supp. 37 (D. Mass. 1990).

[48] *Whelan Assocs*, *infra* note 49, 797 F .2d at 1234.

[49] 797 F .2d 1222 (3d Cir. 1986)

文著作，例如戲劇或小說之整體架構、情節及主題係受到法律保護，因此電腦程式之架構、排序及組織應受到相類的保護[50]。

然而，也有不同意見認為，討論電腦軟體著作權侵害議題時，不應過度地將其與語文著作類比，相較於書籍或文章，電腦程式有其固有之功能性，融合思想、表達、程序及功能，論者有認為，欲將如電腦軟體程式之具功能性作品之思想表達分離，則應採取不同於傳統處理語文著作之方法，「思想」是著作權法中之既定用語，如知名智慧財產權法學者 Pamela Samuelson 教授所述：「著作權法之『思想』在用語上不限於指『抽象普遍的概念（如：程式通常的目的或功能）』，更隱含指涉著作權法上不受保護之作品要素」[51]，依此見解，Whelan 案提出的測試法因其對思想之解讀過於狹隘，該案法院認為一個電腦程式著作包含一個思想，若與該思想無必要關連之其他部分則均屬於表達。

申言之，Whelan 案判決忽略美國著作權法第 102 條(b)款之規定，「縱使『程序、過程、系統及操作方法』包含於著作中，仍將其排除在著作權保護範圍外」。當程式之架構被視為程序、系統或操作方法，則較近似於思想而非表達，不應被用來當成實質近似的比對客體。而 Whelan 案判決所採的「結構－順序－組織」測試法，並未如前述「抽象測試法」般，徹底地將不受著作權法保護之元素排除再比對範圍外，因此有可能導致電腦程式受著作權法過度保護之虞。

(ii) *Computer Associates v. Altai, Inc.*

事實上 Whelan 案並未為電腦程式建立一套可資遵循的標準，許多法院拒絕適用 *Whelan* 案中建立的的「結構－順序－組織」測試法[52]，或將該測試法作相當程度的修正，如在 *Dynamic Solutions, Inc. v. Planning*

---

[50] Id.

[51] Pamela Samuelson, Computer Program, User Interfaces, and Section 102(b) of the Copyright Act of 1976: A Critique of Lotus v. Paperback, 55 LAW & CONTEMP. PROBS. 311 (1992). 相同見解，尚可參見 Paul Goldstein, Infringement of Copyright in Computer Programs, 47 U. PITT. L. REV. 1119, 1126 (1986)。

[52] See e.g. Apple Computer, Inc. v. Microsoft Corp., 799 F. Supp. 1006 (N.D. Cal. 1992).

*&Control, Inc.*一案中，法院認為電腦程式著作權侵害之判斷除了就程式結構判斷之外，仍應觀察程式碼內容是否近似[53]。此外，多數法院在電腦程式侵害實質近似之判斷上，仍會採用 Hand 法官所建立的抽象測試法，以決定電腦程式中非純文字結構受保護之程度[54]。在 Lotus Dev. Corp. v. Paperback Software Int'l 一案中，法院使用抽象測試法建立了三部測試法(three-step test)，最終認定使用者介面應受到著作權法保護，此三部測試法係指：(1) 界定作品中不受保護的思想或概念部分；(2) 認定思想是否與表達合併； 以及(3) 確認作品中剩下來仍受著作權法保護之表達部分，並用已和被告作品比對認定是否為實質近似[55]。

在拒絕適用 *Whelan* 案所建立「結構－順序－組織」測試法的相關判決中，最重要是 *Computer Associates v. Altai, Inc.*案判決，本案中原告與被告所銷售的電腦程式功能相似，雖然被告第一版本的程式係直接使用原告大部分的程式碼架構，但被告的第二版程式卻與原告之程式碼完全不同，被告就第一版程式碼侵權部分願擔負著作權侵害責任，但卻否認第二版程式侵害原告之著作權[56]。

Altai 案判決摒棄了 *Whelan* 案所建立之檢驗方法，而回歸 Learned Hand 法官所建立之抽象測試法，將侵害認定分為三個步驟：抽象－過濾－比較。首先，將程式解構使之抽象化形成不同層級，並採用類似於反向工程之作法，法院應該仔細分析受著作權保護的程式結構，並將各層級中抽象部分分離出來。接者，透過思想表達合併原則，濾除受功效或外部因素影響的電腦程式要素（例如：機器規格、相容性要求）或取自公共領域之內容。當抽象及過濾步驟完成後，最後將剩餘之要素與被告相應之作品要素相互比對進行實質相似的判斷。Altai 案之法院認為，被

---

[53] No.86 Civ. 1886-CSH, 1987 WL 6419 (S.D.N.Y. Feb. 2, 1987).

[54] See e.g. Plains Cotton Coop. Ass'n v. Goodpasture Computer Serv. Inc., 807 F .2d 1256 (5th Cir. 1987); Brown Bag Software v. Sysmantec Corp., 960 F .2d 1465(9th Cir.), cert. denied, 506 U.S. 869(1992).

[55] Lotus Dev. Corp. v. Paperback Software Int'l, 740 F. Supp. 37 (D. Mass. 1990). 類似見解可參 Lotus Dev. Corp. v. Borland Int'l, Inc., 799 F. Supp. 203 (D. Mass. 1992)。

[56] 982 F .2d 693 (2d Cir. 1992).

告與原告之電腦程式並不構成實質相似，雖然被告程式所含有受保護之要素與原告之程式相似，然而這些相似對整體程式而言，其重要性程度並不足以成立侵權之判決。

儘管 Altai 所用的方法結構尚不明確，但本案清楚的限縮對於電腦程式非文字結構部分之保護範圍，學者多認為三步驟測試法似乎較「結構－順序－組織」測試法為適當，因為它提供一個較為實際的架構，判定受保護及不受保護之表達。三步驟測試法的缺點則在於，除了分析架構以外，無法提供獨立具體的判斷標準[57]。

二、微量重製

法律格言之「微罪不舉」－法律不在乎細微處之法理在著作權法亦有適用。申言之，構成著作權侵害之重製行為通常係重大且充分符合實質近似的門檻。反之，微量重製(*de minimus* copying)係相對於實質近似，係指該重製微不足道而並不足以構成法律上之著作權侵害責任。

法院為了判定著作權是否為微量重製，會檢視被告重製之量，以及在被告作品中之重要程度。舉例而言，在電視廣告中失焦及短暫出現的牙齒圖示背景，應只會被認為是「微量」[58]，但是以一幅藝術海報作品被作為電視節目的裝飾，展示時間長達 26 秒，且畫面十分清楚，則不屬於微量使用著作[59]。

微量原則亦在音樂取樣的案例中適用，嘻哈樂團自有著作權之樂曲中取出連續 3 個音符組成樣本，係屬於微量，因為一般觀眾無法辨識該音符係取自於原告之音樂著作中[60]。但是，若被告未經授權使用原告受著作權保護之歌詞或樂曲，則可能構成著作權侵害[61]。關於微量原則在著作

---

[57] See Arthur R. Miller, Copyright Protection for Computer Programs, Databases, and Computer-Generated Works: Is Anything New Since CONTU?, 106 HARV. L. REV. 977, 1001-11 (1993).
[58] *Gordon v. Nextel Commun's*, 345 F .3d 922 (6th Cir. 2003).
[59] Ringgold v. Black Entm't Television, Inc., 126 F .3d 70 (2d Cir. 1997).
[60] *Newton v. Diamond*, 349 F .3d 591 (9th Cir. 2003).
[61] Grand Upright Music Ltd. v. Warner Bros. Records, Inc., 780 F. Supp. 182 (S.D.N.Y. 1991).

權侵害認定之適用，其實沒有一個具體明確的標準，過去曾有法院依照陪審團的意見，認定六個連續音符的重製已超過微量的門檻[62]。

三、實質近似的判斷標準

實質近似是一個事實問題，但卻是一個不易判斷的事實問題。通常法院會給予陪審團提示性問題或將問題細分為不同的爭點。首先，被告是否重製原告之受保護之表達，其次，兩作品之觀眾是否能發現在被告作品中之要素與原告作品中之要素相似。雖然有關分析實質近似性之適當方法仍有爭議，但法院大體上採用「一般觀察者或觀眾測試法」(ordinary observer or audience test)之形式。此測試法是基於著作權法之目的，儘量兼顧公共利益，並提供創作人經濟上之誘因以鼓勵創作[63]。

（一）一般觀察者測試法或觀眾測試法

一般觀察者或觀眾測試法是建立在非專業人士主觀反應之基礎上，舉例言之，若侵權爭議是有關兩首歌曲的實質相似性，則在此測試法下，陪審團將被詢問被告，是否取用原告作品中取悅一般聽眾之部分，該一般聽眾是該熱門歌曲之目標聽眾[64]。在法院判決中，「一般觀察者」有時會與「平均一般觀察者」(average lay observer)、「正常合理之人」(ordinary reasonable person)或「正常一般觀察者」(ordinary lay observer)等名詞交錯適用[65]。

在一般觀察者或觀眾測試法下，無論是專家之證詞或過度專業詳盡的分析，均不適合作為判斷實質相似性的基礎[66]。反之，陪審團可依其對兩作品之立即、發自內心之反應及應該考量其整體觀念與感覺。若涉及

---

[62] *Baxter v. MCA, Inc.*, 812 F .2d 421, 425 (9th Cir. 1987).
[63] *Dawson v. Hinshaw Music, Inc.*, 905 F .2d 731, 733 (4th Cir. 1990).
[64] *See Arnstein v. Porter*, 154 F .2d 464, 468 (2d Cir. 1946).
[65] *See Brubaker v. King*, 505 F .2d 534 (7th Cir. 1974); *Int'l Luggage Registry v, Avery Prods. Corp.*, 541 F .2d 830, 831 (9th Cir. 1976).
[66] See *Roth Greeting Cards v. United Card Co.*, 429 F .2d 1106, 1110 (9th Cir. 1970); *Bevan v. Columbia Broad. Sys. Inc.*, 329 F. Supp. 601 (S.D.N.Y. 1971).

織品設計，其基本問題則是一般觀察者是否認為兩作品為相同或實質近似[67]。例如：法官 Learned Hand 認為在兩件洋裝設計涉及侵權時，「除非觀察者有區別差異之專業能力，否則經整體觀察並關注兩件洋裝具有美學的外觀後，一般人應會認為兩者為相同」[68]。同樣地，法院若認為被告作品之整體觀念與感覺(total concept and feel)與原告著作相同，則成立侵權[69]。相類於此的尚有電影侵害小說之情況，一般人近期內有閱讀小說及觀賞電影者，應該可以輕易察覺抄襲之情事，而無需仰賴專家之分析，公眾對問題的反應應該是兼具自發性及立即性[70]。

法院適用觀眾測試法時亦有不同的方式，有些法院將該標準用作為獨立衡量侵權之標準，渠等法院認為，實質近似性僅有一個問題：一般觀察者是否能辨認出被控侵權之作品係取自受著作權保護之作品[71]？一般觀察者測試法的設計，理論基礎在於若一般觀眾或觀察者在選購產品時，認定被告與原告所生產或銷售者為同一產品，則原告系爭產品之市場將因為被告推出相似產品被壓縮，此時自應對實質近似採取肯定立場，認定著作權侵害。

單獨使用一般觀察者測試法雖然簡明易懂，但可能導致陪審團忽略有關實質相似性之在法律判斷上的爭議[72]。舉例而言，雖然在判定兩件織品設計或兩首熱門歌曲的實質相似性時，適用此方法尚屬適當，但此測試法適用於較複雜之作品則較不合宜，如：將小說改編成電影[73]，或軟體程式著作權侵害之判斷等[74]，陪審團都很難判斷兩個作品是否實質近似。

---

[67] *See* Novelty Textile Mills, Inc. v. Joanne Fabrics Corp., 558 F .2d 1090 (2d Cir, 1977).
[68] Peter Pan Fabrics, Inc. v. Martin Weiner Corp., 247 F .2d 487, 489 (3d Cir. 1960).
[69] *See Roth Greeting Cards v. United Card Co*., 429 F .2d 1106, 1110 (9th Cir. 1970).
[70] See Harold Lloyd Corp. v. Witwer, 65 F .2d 1 (9th Cir. 1993).
[71] See *Ideal Toy Corp. v. Fab-Lu Ltd.*, 266 F. Supp. 755, 756(S.D.N.Y. 1965), *aff'd*, 360 F .2d 1021 (2d Cir. 1966); *Ideal Toy Corp. v. Kenner Prods. Div. of Gen. Mills Fun Group, Inc.*, 443 F. Supp. 291, 303 n.11. (S.D.N.Y 1977).
[72] See Amy B. Cohen, Masking Copyright Decisionmaking: The Meaninglessness of Substantial Similarity, 20 U.C. DAVIS L. REV. 719, 733 (1987).
[73] *See Bevan v. Columbia Broad. Sys. Inc.*, 329 F. Supp. 601 (S.D.N.Y. 1971).
[74] *See Whelan Assocs., Inc. v. Jaslow Dental Lab., Inc*., 797 F .2d 1222(3d Cir. 1986), cert. denied, 479 U.S. 1031 (1987).

此外，並非所有著作或著作物之銷售對象均為一般觀察者或觀眾，如科技設計圖、建築設計圖或軟體程式等著作銷售或授權之對象可能為專業人士，此時，美國法院認為，實質近似之認定標準應以該領域專家之觀點判斷較為適當，此時實質近似之判斷標準並非一般觀察者或觀眾，而是系爭著作產品所欲銷售之對象或觀眾(intended audience)之「特定專業人士」。所謂的「特定專業人士」必須有優於一般人之鑑賞能力，且具備一般大眾均欠缺之知識為必要[75]。

換言之，在多數的情況中，系爭著作產品所欲銷售之對象或觀眾一般觀察者，相當於侵權法中的「一般理性之人」；但是，在部份情形下，觀眾或銷售對象為使用系爭產品之專業人士，且專業素養會影響其消費決定，此時，法院須立於該等觀眾之專業觀點，判斷原告著作與被告作品是否為實質近似，而專家之證詞在訴訟程序中亦具有相當高的重要性，能幫助陪審團做出專業判斷。

一般觀察者測試法有其他限制，曾有論者批評，這種測試法著重在整體著作（如整體觀念與感覺），且避開詳細分析及使用專家證詞，因此判斷上僅著重在著作的表面與外觀，有時會忽略了著作的深層內涵[76]，特別是當兩個作品是以不同媒介呈現時（如小說與電影），一般觀察者常會以表面判斷兩者並不近似，也因此，有論者認為「整體觀念與感覺」測試法其實只是一個印象測試法，一般觀察者有時會忽略兩個作品真正的相似性或差異性[77]。

最後，對一般觀察者測試法的最常見批評是，由於思想表達區分原則是一個在操作上具有相當困難度及複雜度的法律理論，因此陪審團可能無法精確區別思想之重製與表達之重製，並進而對實質近似做出錯誤的判斷。基於這些理由，也有法院採取兩步驟的程序，通稱為二階測試法(bifurcated test)。

---

[75] *See e.g. Kohus v. Mariol*, 328 F .3d 848(6th Cir. 2003).

[76] See generally Michael F. Sitzer, Copyright Infingment Actions: The Proper Role for Audience Reactions in Determining Substantial Similarity, 54 S. Cal. L. Rev. 385 (1981)

[77] NIMMER ON COPYRIGHT § 13.03[E][2] (2009).

（二）二階測試法

Arnstein v. Porter 案判決是美國法院採用二階測試法判斷實質近似性之濫觴。在兩步驟方法中，陪審團首先決定被告是否重製原告之作品，若重製成立，則進一步判斷其重製是否足以構成不當取用(improper appropriation)。該案法院並非直接適用觀眾測試法，而是以有層次的方式在侵害認定的後階段才納入觀眾測試法。在實質近似的判斷上，法院首先在第一階段要求陪審團仔細地檢視兩個作品的細節，分析其受保護及不受保護之成分，此階段亦會在必要時採納專家證詞，若第一階段中證明被告確有模仿原告著作，則進入第二階段，此時透過一般觀察者或觀眾測試法判斷，若原告著作及被告作品為實質相似，則為非法取用(unlawful appropriation) [78]。

以 Arnstein 為例，原告聲稱 Cole Porter 有數首歌曲之著作權受侵害，法院認定被告確有模仿原告作品後，適用一般觀察者測試法認定兩者之實質近似性，並指出：「被告是否取用許多原告作品中取悅一般聽眾之部分，該一般聽眾是該熱門歌曲之目標觀眾，以此標準認定被告是否不當取用原告著作」[79]。

在 *Sid & Marty Krofft Televsion Prods., Inc. v. McDonald's Corp.*案例中[80]，第九上訴巡迴法院修正 Arnstein 之見解，並提出另一種兩階段測試法用來判斷實質近似性。*Krofft* 案判決所提出的第一階段是外部測試(extrinsic test)，由陪審團比較兩著作間的思想或概念有無相似性，此步驟類似於 *Arnstein* 的第一階段，且在分析的過程中有專家之證詞作為輔助。若陪審團認定兩作品在思想或概念上之實質近似，則進入第二階段「內部測試」(intrinsic test)，此時陪審團不得運用分析解構或專家證詞，必須利於著作之一般觀察者立場，判斷被告取用受觀眾喜愛之成分是否已達著作權侵害之程度[81]。

---

[78] 154 F .2d 464 (2d Cir. 1946).
[79] *Id.* at 473.
[80] 562 F .2d 1157 (9th Cir. 1977).
[81] *Krofft*, 562 F .2d at 1165.

Krofft 之測試法曾遭受批評之原因是，過度削減法院決定實質相似性問題之角色[82]。在第一步驟的外部測試中，原告必須以妥適之方式證明被告重製其著作之思想。一旦原告盡了舉證責任，則進入第二階段，此時陪審團須以一般觀察者之觀點，審查被告是否重製了原告的表達。有論者指出，這種外部測試法（就思想重製部分）其實對問題的釐清並無幫助，思想重製與表達重製兩者並無必要關聯，若被告所使用者均為原告著作中不受保護的部分（思想、事實、發現、運作方法、或銷售計畫等），則自無須判斷是否侵權，就此 *Krofft* 案第一階段顯得畫蛇添足[83]。至於 *Krofft* 案的第二步驟－內部測試法，第九巡迴法院充其量不過是重現了整體觀念與感覺之判斷基準以及傳統的觀眾測試法[84]。

肆、美國案例研究

一、案號名稱：**Bright Tunes Music Corp. v. Harrisongs Music, Ltd., 420 F.Supp. 177 (S.D.N.Y. 1976)**

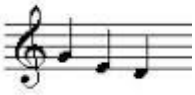
（一）事實摘要

原告 Bright Tunes Music Corp.擁有「He’s So Fine」歌曲的著作權，這首歌曲錄製於 1962 年，由 Ronald Mack 作曲、「Chiffons」演唱。朗朗上口的曲調主要是由旋律 A「sol-mi-re」重複四次，接著旋律 B「sol-la-do-la-do」重複四次，並且於第二次重複的旋律 B 加入裝飾音「sol-la-do-la-re-do」，雖然這些音符皆不具新穎性，但是形成獨特的旋律組合。

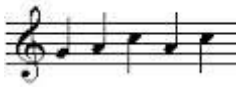
被告 Harrisongs Music, Ltd.的「My Sweet Lord」歌曲，錄製於 1970 年，由 George Harrison 作曲。曲調同樣是旋律 A 重複四次，接著旋律 B 重複三次，雖然不同於原告旋律 B 重複四次，但是於第二次重複的旋律 B 加入相同的裝飾音，並且兩首歌曲和聲相同。

---

[82] *See* NIMMER ON COPYRIGHT § 13.03[E] (2009).
[83] *See Shaw v. Lindheim*, 919 F .2d 1353 (9th Cir. 1990).
[84] *See id.* at 1358



旋律 A



旋律 B

加入裝飾音的旋律 B

（二）判決重點

被告歌曲的作曲者 George Harrison 是「The Beatles」的前成員，應該知悉原告「He’s So Fine」這首歌曲，因為這首歌曲在美國排行榜保持第一名長達五周，在 Harrison 的家鄉英國，當「The Beatles」的歌曲在 1963 年 6 月 1 日英國排行榜第一名的時候，「He’s So Fine」這首歌曲暫居第十二名，並且於 1963 年在英國排行榜保持第一名長達七周。

雖然被告主張，他創作這首歌曲的時候，是自己重複幾個吉他和弦，再填入詞如「Hallelujah」和「Hare Krishna」(如同原告歌曲在相同位置穿插「dulang」的詞) ，之後再和他的樂團成員一起彈奏重複的和弦組合以及唱簡單的歌詞，逐漸形成整首歌曲的歌詞，最後在家繼續創作這首歌曲包括旋律 A，並且在和 Harrison 旗下的 Billy Preston 錄製過程中，共同完成這段旋律，而旋律 B 的裝飾音是 Preston 加上去的，歌曲由 Apple Records 發行，Harrison 列名為作曲人。而被告請來的專家證人認為兩首歌曲有重大的不同，例如不同的歌詞和音節數量，然而輕微的改變，例如重複旋律的次數或是開頭的詞語，並不影響音樂的關鍵核心。

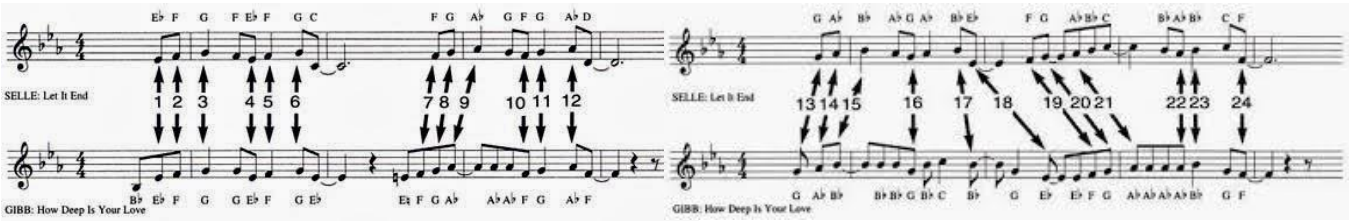
對於聽眾來說，除了少重複了一次旋律 B 和歌詞不同外，這兩首歌曲很明顯是完全相同的。法院認為，作曲者在找尋音樂素材去包裝他的思想時，會有很多種可能，被告歌曲的作曲者也許不是有心、故意要抄襲「He’s So Fine」這首歌曲，但是在他的潛意識、無意中，這樣獨特、悅聽的旋律組合已經在專業音樂人的腦海中留下印象，雖然他自己可能不記得這樣的旋律組合是從何而來，故法院判決兩首歌曲非常相似，並且被告作曲者有接觸可能性，構成著作權侵害。

二、案號名稱：Selle v. Gibb, 741 F.2d 896 (7th Cir. 1984)

（一）事實摘要

原告 Ronald H. Selle 於 1975 年創作了「Let It End」這首歌曲，他跟他的樂團在芝加哥表演了兩三次，並且曾把這首歌寄給十一家音樂製作發行公司，有八家公司將資料退回，其餘三家則沒有回應。他控告「the Bee Gees」樂團的「How Deep Is Your Love」歌曲侵害他「Let It End」這首歌曲的著作權。

被告「the Bee Gees」是全球知名的流行音樂團體，成員為三個兄弟 Maurice、Robin 和 Barry Gibb，創作了 160 首以上的歌曲，他們的唱片銷往世界各地，有些專輯甚至銷售超過三千萬張，但是他們並不親自寫詞曲，而是錄下聲音後，再由他們的員工將其轉錄成可以銷售和表演的形式。於審理過程中，他們的經理人 Dick Ashby 和兩個音樂製作人 Albhy Galuten 和 Blue Weaver 作證他們於 1977 年在巴黎西北邊的錄音室錄製「How Deep Is Your Love」這首歌曲，Barry Gibb 並且提出當時的工作錄音帶，包括樂團成員哼出歌曲，Weaver 彈奏歌曲的過程，雖然無法證明創作的起源，但是卻能看出想法、音符、歌詞和曲調匯集成歌曲的過程。



上方旋律為 Selle 的「Let It End」、下方旋律為 Gibb 的「How Deep Is Your Love」

在第一審聯邦地方法院 Selle v. Gibb, 567 F.Supp. 1173 （N.D.Ill. 1983）的二階段審理(bifurcated trial)中，雖然陪審團認定被告應負侵權責任，但第一審法官同意被告要求法庭作出與陪審團認定相反之判決申請（motion for judgment notwithstanding verdict），並決定重新審理。原告因此提起上訴。

（二）判決重點

原告的上訴主張認為，兩首歌曲極盡相似的程度，可以間接推論出具有接觸可能性，因此雖然沒有直接證據證明具有接觸可能性，依然可以成立著作權侵害。然而，無論兩首歌曲的相似性多高，並不是因為具有相似性而可推論具有接觸可能性，在本案中，就是因為原告無法舉證被告有接觸到被告歌曲的可能性，而被告和被告證人所述的創作過程並無矛盾衝突，可信度相當高，因此不構成著作權侵害。

原告唯一的專家證人是美國西北大學教授古典音樂的教授 Arrand Parsons，他認為這兩首歌曲驚人近似(strikingly similar)，不可能是獨立創作出來的，但是他之前沒有做過流行音樂歌曲的比較，並且他無法肯定這種現象來自抄襲。「驚人相似(strikingly similar)」的推導過程並不容易，並不是只要兩首歌曲有相同音符組成的旋律，重要的判斷標準在於兩首歌曲於其獨特性上的近似，例如不可預期、超出原本的架構的地方或是錯誤的地方，獨特性是無法從先前已知的公共領域產生的。原告的主張基礎多來自於 Parsons 博士，但是 Parsons 博士並沒有說明兩首歌曲在獨特性或複雜性上的近似，尤其在流行音樂歌曲長度較短的情形之下，更是需要其他更多的證據來支持他的證詞。

第二審聯邦第七巡迴法院因此同意維持第一審聯邦地方法院為重新審理的決定。

三、案號名稱：**Ty, Inc. v. GMA Accessories, Inc., 132 F.3d 1167 (7th Cir. 1997)**

（一）事實摘要

原告 Ty 公司是填充玩偶「Beanie Babies」豆袋系列的製造商，主張被告 GMA 公司所製造的「Preston the Pig」和「Louie the Cow」兩款玩偶侵害他們的豬玩偶「Squealer」和牛玩偶「Daisy」著作權，對之提出初步銷售禁令（preliminary injunction）。原告於 1993 年開始銷售豆袋系列玩

偶，熱銷好評不斷，被告於三年後隨之推出豆袋系列玩偶，被告並不抗辯「Louie the Cow」侵權部分，但是主張「Preston the Pig」並未構成侵權。因此上訴要求第二審法院廢棄第一審法院對「Preston the Pig」之初步銷售禁令。

圖片右方為 Ty,Inc.的「Squealer」、圖片左方 GMA Accessories,Inc.的「Preston the Pig」

（二）判決重點

在 Selle v. Gibb 判決中，如果兩個作品極盡相似，不可能是兩個獨立創作出來的巧合，則可以作為接觸的證據，但是這樣的推論能夠被舉證推翻，例如後面作品的作者從未聽聞見過前面作品或是前面作品的重製品。在本案中，原告的「Squealer」豬玩偶和被告的「Preston」豬玩偶雖然極盡相似、幾乎相同，但是兩者可能都是來自於公共領域的重製品，例如從相同位置、時間、天氣下拍攝尼加拉瀑布，兩張攝影作品都是來自於公共領域，極盡相似卻沒有抄襲嫌疑。然而，本案原告和被告的豬玩偶極盡相似，卻與公共領域中實際的豬沒有極盡相似，就算我們忽略一些豆袋玩偶製作技術上的限制，例如「Preston」豬玩偶有三隻腳趾而實際的豬有偶蹄，「Preston」豬玩偶仍然與實際的豬沒有什麼相似之

處，而填充玩偶市場上確有很多逼真的豬玩偶，被告並沒有舉證出「Preston」與一般存在公共領域的豬玩偶有相似性。

被告的設計師 Salmon 她作證時表示，在她上交設計圖給 GMA 前從未看過原告的「Squealer」，但是本案中，製造完成的「Preston」比 Salmon 的設計圖稿更近似於「Squealer」，也就是設計師的圖稿與實際生產製造的版本有落差，從繳交設計稿到生產製造只有數個月的時間，法院認為被告能夠將「Louie」牛玩偶和原告的「Daisy」牛玩偶做的幾乎相同，並且「Louie」並非近似於實際的牛或是其他來自公共領域的牛玩偶，同樣的接觸可能性亦存在於「Squealer」，只要有辦法買到暢銷的「Squea-ler」豬玩偶，短短的數小時就能將原本的設計圖稿改為更近似於「Squea-ler」的版本。故當兩個作品極盡相似而非來自於公共領域時，後面作品很有可能是抄襲前面作品，但是這樣的推論能夠舉反證推翻，例如沒有接觸或是獨立的創作過程。

第二審聯邦第七巡迴法院維持第一審聯邦地方法院對於「Preston the Pig」之初步銷售禁令。

四、案號名稱：**Boisson v. Banian, Ltd., 273 F.3d 262 (2d Cir. 2001)**

（一）事實摘要

原告 Judi Boisson 設計和生產兩款字母棉被「School Days I」和「School Days II」，這兩款棉被在平行的列和垂直的行設有方塊，方塊中有大寫的英文字母，並且按照字母順序排列，最後一列的方塊中有各樣的圖案，字母和方塊都是由不同顏色組成，方塊邊界是白色的，邊緣是彩色的。被告 Vijay Rao 是 Banian Ltd.的負責人和主要的股東，他從印度進口了三款字母棉被「ABC Green Version I」、「ABC Green Version II」和「ABC Navy」。Boisson 和其子公司 American Country Quilts and Linens, Inc.控告 Rao 和 Banian 侵害其「School Days I」和「School Days II」棉被的著作權，經過地方法院判決原告和被告的棉被不具有實質近

似，原告遂提起上訴。

「School Days I」

「ABC Green Version II」

「ABC Navy」

（二）判決重點

上訴法院認為雖然字母本身不受著作權保護，但是顏色選擇的組合有創作的元素在內，受到著作權保護。實質近似的判斷標準，係以一般普通人的觀點，他會忽略其中的差異不同，而認為兩個作品的美學外觀相同，此為「Ordinary Observer Test」，這種測試方法僅適用於整個作品具有完整的原創性，若該作品的某些元素因不具原創性而不受保護，則必須使用「More Discerning Observer Test」，係先排除作品中不具原創性之元素，但是拆解作品的元素到極致，可能只剩下字母、顏色和符號這些不受保護的元素，因此這個測試通常搭配比較整體概念和感覺。在本案中，使用字母本身並不構成侵權，上訴判決要比較的是原告和被告的棉被在字母的安排、形狀和顏色，其他部分的顏色，棉被的樣式，特殊的圖案選擇和安排，而整體概念和感覺則是靠一般常識認知。

「School Days I」由六行平行的列組成，每一列都有五個方塊，方塊裡面有一個大寫英文字母或是一個圖案，每一列的字母分別是 A-E、F-J、K-O、P-T、U-Y，最後一列是 Z 和四個圖案，這四個圖案依序分別是

貓、房屋、單顆星的美國國旗和籃子。「ABC Green Version I」有相同的字母排列，最後一列的四個圖案依序分別是牛跳過月亮、帆船、熊和星星。「ABC Green Version II」與「ABC Green Version I」相同，除了最後一列的圖案，牛跳過月亮有稍微改變，熊改為泰迪熊穿著看起來像是單顆星號的國旗背心，星星的顏色不同。這三個棉被都使用對比純色的組合和波爾卡圓點的布料呈現方塊和字母。被告和原告的近似存在於：「A」字母是深藍色、背景是淺藍色，「B」字母是紅色、背景是白色，「D」字母是波爾卡圓點的布料、背景是淡藍色，「F」在「School Days I」字母是白色、背景是粉紅色，在「ABC Green」字母是粉紅色、背景是白色，「G」背景是綠色，「H」和「L」字母是灰藍色、背景是白色，「M」字母是淡黃色、背景是白色，「N」字母是綠色、背景是白色，「O」字母是藍色、背景是波爾卡原點的布料，「P」字母是波爾卡原點的布料、背景是黃色，「Q」字母是咖啡色、背景是淺色，「R」字母是粉紅色、背景是灰紫色，「S」字母是白色、背景是紅色，「T」字母是藍色、背景是白色，「U」字母是灰色、背景是白色，「V」字母是白色、背景是灰色，「W」字母是粉紅色、背景是白色，「X」 字母是紫色、背景是淺色，「Y」字母是淡黃、背景是淺色，「Z」字母是海軍藍或是黑色。

原告證明被告運用了相同特殊的字母形狀於「J」、「M」、「N」、「P」、「R」和「W」，並且「School Days I」和「ABC Green Version I」、「ABC Green Version II」的棉被樣式，方塊裡有菱形的造型，有波浪形狀在白色的方塊邊界上，並且邊緣都有 3/8”綠色的縫線。在比較了原告和被告的棉被後，發現他們有大量的相同部分，尤其是在顏色選擇上，雖然在圖案的選擇上每個棉被都有所差異，但是這些差異都不足以使「More Discerning Observer」認為不構成實質近似，像是在「ABC Green Version II」的第三個圖案是泰迪熊穿著國旗背心更近似於原告第三個圖案單顆星號的美國國旗。上訴判決結果認定，「ABC Green Version I」、「ABC Green Version II」侵害「School Days I」的著作權，而「ABC Navy」並沒有侵害「School Days I」因為兩者的圖案和顏色不

同，「ABC Green Version I」、「ABC Green Version II」沒有侵害「School Days II」因為整體的概念和感覺不同，字母安排不同，並且原告是用紅色、白色和藍色，被告是用綠色，沒有創造出相同的印象。

五、案號名稱：**Mannion v. Coors Brewing Company, 377 F.Supp. 2d 444 (S.D.N.Y. 2006)**

（一）事實摘要

原告 Jonathan Mannion 是攝影師，被告是 Coors Brewing Company 和 Carol H. Willams Advertising (CHWA)，原告在 1999 年受 SLAM 籃球雜誌委託，為 Kevin Garnett 籃球明星的文章拍攝照片(Garnett Photograph)，CHWA 在 2001 年取得原告同意，利用鏡面反射修圖製作成啤酒廣告照片(Iced Out Comp Board)，之後在前述啤酒廣告照片的基礎上，更進一步製作成廣告看板(Coors Billboard)。雖然原告 Garnett Photograph 具有原創性，但是被告主張 Coors Billboard 並沒有構成侵權，因為這兩張攝影作品只是在廣義的想法和概念上相同，即一個年輕的非裔美國男性穿著白色 T-shirt 和穿戴大量的珠寶。

Garnett Photograph

Iced Out Comp Board

Coors Billboard

（二）判決重點

1. 思想和表達區別的困難

著作權法的確不保護思想，而保護表達，當思想和表達結合時，通常法院會拒絕保護表達，因為其有可能會造成思想的獨佔。被告提出的思想不受保護，並不能說明全部的相似地方，頂多只能延伸到角度、姿勢、背景、組成和光線。視覺藝術所傳達的思想，因人而異，每個人可能都會有不同的解讀，因此思想和表達的區別並不顯著，法院認為攝影師的主觀概念是受到著作權保護的，例如主觀的再現和創作，如果主觀的再現和創作具實質近似，不能以兩個作品擁有共通的思想，因而否定侵權的可能性。

2. 攝影作品比較

實質近似的測試方法「Ordinary Observer Test」，係以一般普通人的觀點，忽略其中的差異不同，而認為兩個作品的美學外觀相同，當作品的某些元素因不具原創性而不受保護，則必須使用「More Discerning Observer Test」，係先排除作品中不具原創性之元素，但是拆解作品的元素到極致，可能只剩下字母、顏色和符號這些不受保護的元素，因此這個測試通常搭配比較整體概念和感覺。在本案中，使用哪種測試方法都一樣，需要比較兩張攝影作品受保護的元素，但是這些元素不應該被孤立觀察。Garnett Photograph 具有原創性、受到保護，主要的元素包括 Kevin Garnett 的樣子，但他的樣子並沒有重製於被告作品，其他被主張應落於公共領域的元素，如有雲的天空、Garnett 的姿勢、白色 t-shirt 和特定的珠寶，雖然單一元素並不受著作權保護，但是這些元素的存在和安排配置毫無疑問是原告作品原創性的來源。

兩張攝影作品有近似的結構和角度，光線是近似的，都使用有雲的天空作為背景，主角都穿戴近似的衣服和珠寶，並且做近似的安排，因此被告的作品重製了很多原告攝影作品的原創性。雖然被告作品加了「Iced out」文字和 Coors Light 的啤酒罐，但是不能以被告增加了多少非

抄襲的部分作為沒有抄襲的藉口。這兩張攝影作品，一張黑白、陰暗，另一張彩色、明亮，一張是另一張的鏡像，一張是不明男性的軀幹，另一張是四分之三 Kevin Garnett 的身體，兩張作品的珠寶不同，一張 T-shirt 較另一張來得緊身，這些都應該納入近似的分析比較，如果不同的部分超越相似的部分，則應認為沒有侵權，反之，仍應認定為侵權。

該判決認為原告、被告均已羅列兩作品相同以及不同之處，而一個理性的審判團將可以決定兩作品間是否存在實質近似，因此駁回原告主張「依法律審判」(Summary Judgment)的請求。

六、案號名稱：Swirsky v. Carey, 376 F.3d 841 (9th Cir. 2004)

（一）事實摘要

原告是 Seth Swirsky 和 Warryn Campbell，他們於 1997 年所作的歌曲「One of Those Love Songs」，於 1998 年由 Xscape 音樂團體演唱、收錄於專輯「Traces of My Lipstick」之中。被告是 Mariah Carey，她所演唱的「Thank God I Found You」歌曲，於 1999 年由 James Harris III 和 Terry Lewis 作曲，於同年 11 月收錄於她的專輯「Rainbow」之中。這兩首現代流行 R&B 歌曲，雖然為相異的歌詞和旋律，但是有相似的合唱，原告起訴了 Carey、Harris、Lewis 還有數家相關的音樂公司侵害其著作權。

在第一審中，被告請求法院「依法律審判」(Summary Judgment)，因為原告的證據並未滿足該巡迴法院對於判斷作品間實質近似與否的外部測試法（extrinsic test）的要求。該法院同意被告的請求，認為依外部、客觀的標準，原告的專家證言無法證明兩首歌之間具有近似的思想與表達。原告因此提起上訴。

（二）判決重點

兩首歌曲是否實質近似，利用兩部分分析方法(two-part analysis)，即客觀外部測試和主觀內部測試，外部測試需要分析拆解作品和專家證

人，分析拆解係將作品拆解至構成要素，並且比較各個要素，這些要素須為受著作權保護的要素，而非不受著作權保護的要素。本案的專家證人是 Robert Walser 博士，他是美國 UCLA 大學音樂系主任，他認為兩首歌曲的合唱擁有相同的基本型態和重音，具有高度相似的關鍵音，以及在幾近相同的節奏和共通風格上所做的合唱音調改變，並且兩首歌曲皆為降 B 調，具有相同的結構，例如第 5 至 7 小節與前 3 小節幾乎相同。他認為這兩首歌曲在第四小節有明顯的不同，但是其關鍵音仍屬相似，應該是因為不同合唱人、不同裝飾音所造成的差異，另外在內容設定上亦有不同，例如在第一小節第一拍相同 D 這個音調，Carey 唱了一個四分音符，而 Xscape 唱了兩個八分音符。總結而論，他認為這些不同並不足以區別兩首歌曲，因為兩首歌曲的重點是相同的，對於聽眾的印象是近似的。

1.Walser 博士的方法學

地院判決認為 Walser 博士的方法是有缺漏、選擇性的，他將很多音符視為是裝飾性的而忽略不論。然而 Walser 博士解釋，他認為旋律、音調、節奏和關鍵音都是不能與整首歌曲的和諧節奏割裂出來看，因此縱使第 3 小節的在音調序列或是音符選擇上不同，但是兩首歌曲都是三度(C 和 A)解決到一度上(D 和 D)，同樣比較分析亦適用於第 1、3 和 8 小節。並且 Walser 博士認為歌手們在演譯歌曲時會使用不同的裝飾音，而 Carey 和 Xscape 都使用了相同的「melisma」和「appoggiaturas」音樂技巧，但是他沒有將這些納入證詞，因為他認為這是歌手對歌曲的詮釋表現，並非構成要素，因此他將表演相關的音符都移除不論。

另外，地院判決亦認為，Walser 博士的分析是來自專業人士的角度，非屬外部測試而應屬內部測試。然而，Walser 博士並非主觀地分析一般人對於這兩首歌曲的整體概念和感覺是否實質近似，而是這兩首歌曲雖然在歌譜上不相同，但是根據歌曲的旋律、節奏等結構內容是非常近似的，因此地院判決不應認為 Walser 博士的證詞非屬外部測試的範

疇，而對其證詞大打折扣。

2. 地方法院 Measure-by-Measure Analysis

地院判決對這兩首歌曲的合唱採用逐音節分析法，比較音符序列和音符的視覺呈現，而忽略其他構成要素，如果是以這樣的分析方法，則完全不需要使用到專家證人，因為任何沒有音樂基礎的人都可以區分「2-2-2-2-2-2-1-2-1-3」和「2-2-4-3-2-3」或者一個二分音符和八分音符是不同的。因此地院判決不應該將音調序列和節奏脫離整首歌曲觀察，歌曲的和弦發展、拍子、聲調都是重要的構成要素，這些要素也許個別不受保護，但是這些要素的組合，則有受保護或是構成實質近似的可能。地院判決的困難處，在於實質近似的外部測試法並不容易操作，並且只有很少的判決先例可供參考。音樂或是藝術作品在思想和表達之間可能沒有明顯的區別要件，也沒有一致的構成要素可以依循，像是有的法院採用旋律、和弦、用語、結構、歌詞等等，隨著個別案例會發展出不同的構成要素，端看專家證人如何分析和論證，本案的 Walser 博士的外部測試法應該已經達到測試水準以上。本案雖於簡易審判程序中，但是外部測試法是法律規定應該適用的方法，外部測試法能夠拆解複雜性，排除不受保護的構成要素，將重心放在受保護的構成要素上。

3. Scenes a Faire Analysis

地方法院認為依據 Scenes a Faire 原則，原告歌曲的第 1 和 5 小節是不受保護的，因為係相關領域之人能從公共領域產生出來了的，如 Walser 博士所舉證，原告歌曲第 1 小節的音調序列和另外一首民謠歌曲「For He’s a Jolly Good Fellow」比被告歌曲更為近似，當某些一般的表達是不可或缺和從概念裡自然衍生出來的，這種表達應視為概念而不受著作權保護。然而，原告歌曲屬於 hip-pop、R&B 領域，而「For He’s a Jolly Good Fellow」屬於民謠鄉村音樂，兩者並不是歸屬相關領域，不能因此推論出係相關領域之人不可或缺的概念，退一步言之，就算兩首歌曲歸屬相關領域，僅有兩首歌曲不能即認定此係一

般公共概念，更何況兩首歌曲作成於不同的時代。原告歌曲的第 5 小節，Carey 的主張根基於 Walser 博士的證詞，他們認為第 5 小節幾近相同於第 1 小節，因此第 5 小節和「For He’s a Jolly Good Fellow」比被告歌曲更為近似，然而，幾近相同並不等於相同，就算是在簡易審判程序中，除非原被告不爭執，Scenes a Faire 原則，不能在缺少獨立的證據情況下，輕易下結論。

第二審法院認為原告的專家證言內容足以解釋其所使用的方法論，並且提供了足以爭論兩作品間是否存在實質近似的指標（indicia of sufficient disagreement concerning the substantial similarity of two works），因此兩歌曲間是否存在實質近似必須交由陪審團決定。第二審法院除認為第一審法院適用 Scenes a Faire 原則時具有適用法律上的錯誤以外，被告主張這些小結是在法律上不受保護的音樂思想應予以駁回。基於上述理由，第二審法院廢棄第一審法院依法律審判的判決，並將該案件發回聯邦地方法院。

七、案號名稱：**Computer Associates International, Inc. v. Altai, Inc., 982 F.2d 693 (2d Cir. 1992)**

（一）事實摘要

Computer Associates International, Inc.控告 Altai, Inc.的 OSCAR 3.5 軟體程式侵害他們的 ADAPTER 軟體程式之著作權。這兩個軟體程式應為中介不同操作系統的轉換程式。

第一審聯邦地方法院(United States District Court for the Eastern District of New York)判決被告 Oscar 3.4 軟體侵害原告的 SCHEDULER 軟體，因此必須賠償原告美金 364,444 元以及分配利潤。被告對此部分並未上訴。該法院另判決被告 Oscar 3.5 軟體與原告 SCHEDULER 軟體中的 ADAPTER 軟體之間並不存在實質近似，原告因此提起上訴。第二審聯邦第二巡迴法院就該訴訟中關於著作權侵害相關的主張，維持第一審判決

的決定。

（二）判決重點

1. 專家證人

電腦程式的實質近似判斷上，有高度的複雜性和技術性，對於法官、陪審團或是一般第三人(lay observer)都是難以理解的，不同於藝術創作如音樂、文學、視覺作品的實質近似判斷方法，電腦科學的案例藉由專家證人的幫助是妥當的，法院能夠在此基礎上，審慎地決定應採信的程度，進而適用正確的法律。

2. 證據分析

在判斷 Altai's OSCAR 3.5 和 CA's ADAPTER 兩個軟體程式的實質近似上，應先排除宣稱被侵權(即原告)的軟體程式中不受著作權保護的部分，再兩相比較排除後的原告軟體和疑似侵權(即被告)的軟體程式。如果是先排除疑似侵權(即被告)的軟體程式中不受著作權保護的部分，因為無關於被控侵權的部分，不會有實質近似的可能，是無益且浪費時間的作為，而且將注意力放在疑似侵權而非宣稱被侵權的軟體上，可能會忽略原告軟體程式中所占數量比例小但是本質重要的內容。本案地院判決中，雖然先排除 OSCAR 3.5 不受著作權保護的部分，而非應該先排除的 ADAPTER，但是並不影響之後的實質判斷。

第一個步驟是抽象測試(abstractions test)，即將軟體程式內容依不同層級分類，從目標程式碼到源程式碼、參數表、所需服務和一般概要，本案地院認為 OSCAR 3.5 和 ADAPTER 沒有相同的程式碼，因此不構成近似。其次，地院判決認為，兩個軟體程式雖然在少數的參數表(parameter lists)和巨集(macros)近似，但是對於整個軟體程式來說，並不構成侵權，其他近似則存在於公共領域或者為功能需求，至於兩個軟體程式的所需服務重疊，是因為兩個軟體被設計為要和某些操作系統和應用程式作互動、連結，這些並不受著作權保護。最後，雖然兩個軟體的

程式組織圖近似，原告主張這是受著作權保護的表達，但是地院判決認為，程式組織圖對於任何操作程式的人來說都是簡單、顯而易見的，非來自作者的創作。

八、案號名稱：Arnstein v. Porter 154 F.2d 464 (2d Cir. 1946), cert. denied, 330 U.S. 851 (1947)

（一）事實摘要

原告 Arnstein 為紐約居民也是一位作曲家，被告 Porter 是同為紐約市居民亦為作曲家的，原告主張其數個音樂作品遭被告抄襲，致其著作權受侵害。原告之聲明列示如下（《被告歌曲》侵害《原告歌曲》）：

1. 《Begin the Beguine》/《The Lord Is My Shepherd》、《A Mother's Prayer》。

2. 《My Heart Belongs to Daddy》/《A Mother's Prayer》。

3. 《I Love You Madly》/《La Priere》。

4. 《Night and Day》/《I Love You Madly》。

5. 《You'd Be So Nice To Come Home To》/《Sadness Overwhelms My Soul》。

6. 《Don't Fence Me In》/《A Modern Messiah》。

法院針對上述主張做出以下認定：

第 1. 雖經原告證明其證詞所述該兩首歌曲均已經出版並分別銷售 2000 份及 100 萬份，但無以證實被告曾見過或聽過這些音樂作品。

第 2. 原告歌曲雖然已經發售，但仍無法證實被告知悉該作品。

第 3. 原告證實雖未出版但曾在廣播節目中公開播送，而遭人自房間竊走。

第 4. 原告證實其作品未公開開表，但有寄送備份給電影、音樂出版業者。

第 5.原告在證詞中說明，他拷貝一百多份寄給廣播電台或樂團團長，但並不包括被告。

最後，原告強調：「被告跟蹤我、看我，而且還跟我住在同一棟公寓裡。」並且聲稱房間多次遭洗劫一空，懷疑這事件與被告的抄襲有關。然而，被告否認看過或聽過任何原告的作品，也未曾認識偷竊原告作品的人。

（二）判決重點

本案事實關鍵在於是否得合理推論被告曾接觸原告的音樂著作，並構成非法重製。針對原審獲准被告所主張之「依法律審判」(Summary Judgment) ，上訴法院認為並不適當，而提出是否具備「對事實最輕微的懷疑」（the slightest doubt about the facts）之標準，並強調適用此標準應釐清兩個獨立要素：（1）被告確實重製 (copying) 原告之著作物，且須達到（2）重製物是否遭非法不當使用 (unlawful appropriation) 。證明重製的證據，可能來自被告的承認或間接證據－通常是「接觸」(Acess)，本案中原告未能證明被告接觸其著作，且被告否認重製行為。因此，法院進一步探究侵權之成立要件有二：被告有接觸原告著作、著作間有實質相似性。

接觸是合理推論構成重製的要件之一，一般認定著作權侵權時，著作間若不具備相似性，無論有多少接觸之證據，都將無以證明重製。若同時具有接觸與相似性，則應依據事實判定相似性是否足以證明重製。然而，縱使有足夠證據證明重製，仍須考量合理使用（permissible copying）下屬於合法的重製的情況。判斷是否構成合理使用時，若涉及音樂著作時，不宜由具專業素養的音樂家進行分析比對，應以一般非專業聽眾為基礎（ordinary lay observer）。蓋原告受法律保障之利益，係其著作獲得非專業大眾之讚賞而衍生的潛在經濟利益，故問題之爭議在於被告挪用原告作品中用來取悅非專業聽眾之部分是否太多，導致原本應屬於原告之利益受到減損。

再者，本案探討實質相似的問題時，法官獨立聆聽雙方作品後，無法直接評斷相似性之高低及不當使用之程度，而使陪審團做出決定。在

認定實質相似的過程，專業音樂家的角度充其量只是輔助一般聽眾做決定，最終仍以大眾對音樂的理解作為依歸，故專家對原告或被告作品的好壞評斷，在不當使用的判斷上完全不重要。

法官 Frank 認為除非對於本案事實沒有絲毫的懷疑，否則應給予原告向陪審團陳述之機會。判斷兩首歌曲是否有實質相似性而成立侵權，相關事實的可信性判斷應交由陪審團，因此法院最後撤銷原審「依法律審判」之決定並發回。

九、案號名稱：Dawson v. Hinshaw Music, Inc. 905 F.2d 731(4th Cir.), cert. denied, 498 U.S. 981 (1990).

（一）事實摘要

本案涉及黑人靈魂音樂（聖歌）（"Ezekiel Saw de Wheel “）之衍生著作，而原著作已落入公共領域。原告是享譽國際的作品家，其致力於發展傳達美洲黑奴心聲的聖歌，主張被告之作品侵權。原告在地方法院時透過專家證明被告作品構成實質相似性，但地院並不採納。

（二）判決重點

上訴至第四巡迴法院後，法院首先肯認在判定音樂著作間是否構成侵權而審查實質相似性時，50 年前的 Arnstein v. Porter 案所採用的一般聽眾標準（ordinary lay observer）。因為 Arnstein 所涉的流行音樂著作，其銷售對象是大眾市場，一般人對於該著作之觀感，確實影響原告的潛在市場。然而地院之見解並不受上訴法院認同，後者提出應以「該著作所屬觀眾」（intended audience）作為判斷構成實質相似性之標準，若所屬觀眾之範圍確實比一般大眾範圍小，且基於其專業知識影響其購買決定，那麼應該在審理事實時，注重專業人士能否辨認出著作間之實質相似性，以及其相關證詞。

原告的編曲具獨特性受到法院之肯定，由於系爭著作所涉及的是

「歌譜」，歌譜所屬觀眾應是受過專業訓練的特定人士，如：合唱團總監、老師等，故法院認為以具有專業知識之人的判斷，作為實質相似性的標準較為洽當。

第二審聯邦第四巡迴法院因此將本案發回第一審聯邦地方法院，並指示第一審法院應決定原告音樂作品的「所屬觀眾」（intended audience）究竟為一般聽眾或者為合唱團總監，因為「該著作所屬觀眾」決定了原告著作在經濟面上的成功，因此本案必須由該等聽眾決定兩作品之間是否存在實質近似以及侵權責任。

十、案號名稱：Lyons Partnership, L.P. v. Morris Costumes, Inc. 243 F.3d 789 (4th Cir. 2001)

（一）事實摘要

原告是一家影視公司，其擁有一隻名為”Barney”的恐龍之著作權，且該恐龍廣為人知。被告則為製作戲服的公司，該公司製作一套叫做”Duffy the dragon”的玩偶服，透過大人租借後多用在孩童的派對等活動方面。原告主張被告玩偶服裝的整體外型、顏色等與其 Barney 十分相似，且為商業上使用獲取利益，侵害其著作權等其他財產權。

（二）判決重點

法院首先肯認 Dawson 案中提出的「該著作所屬觀眾」（intended audience）觀點，本案地院判決被告勝訴，其觀點是以租借戲服的成人出發，認為該著作之所屬觀眾－成人，能輕易辨認 Barney 與戲被告服間之差異，而認定未構成實質近似，故不侵害原告之著作權。

原告不服上訴，上訴法院對於地院以成人作為所屬觀眾之標準並不認同，指出應改以「2 至 5 歲之孩童」觀點，判斷兩者是否構成實質近似始為恰當。意即被告所製作的玩偶戲服，是否使該年齡的孩童誤認為 Barney，此係甚為重要的問題。因為戲服之用途正是引起孩童之注意及獲

得其喜愛，縱使大人挑選戲服時孩童不在場，仍不能否認該戲服所欲吸引的族群是孩童，其商業利益也是源自孩童的喜好。再者，法院引用原告所為的調查報告，報告均指出被告的戲服確實會讓孩童誤認成 Barney。在採用孩童之觀點下，法院認為被告的戲服對原告之著作構成實質近似，且剝奪原告經濟上之利益，故成立侵權。

十一、案號名稱：Steinberg v. Columbia Pictures Industries 663 F. Supp. 706 (S.D.N.Y. 1987)

（一）事實摘要

原告 Steinberg 是一名藝術家，替雜誌 The New Yorker 繪製封面。該雜誌 1976 年 3 月 29 所出版的刊物封面係由原告創作。封面之圖像看似是以紐約的眼光看世界，而事實上是用以諷刺紐約人目光狹小，該圖像創作不久後便申請註冊著作權，進而將該權利移轉給原告（參照附圖 1）。

被告 Columbia 公司為了宣傳電影”Moscow on the Hudson”，設計電影宣傳海報，遭原告指涉侵害其權利。負責設計海報的藝術總監－Kevin Nolan 承認購買原告之著作作為參考，並且建議外聘的設計師 Craig 利用 Steinberg 該雜誌封面著作進行創作。海報中有三名演員在最下方，人物後面則以四個曼哈頓的街區作為背景（參照附圖 2）。

在被告公開其海報後，原告主張海報與其著作有高度相似性，構成非法重製而侵害其著作權。被告則認為其僅有少部分相似，再者也僅抄襲 Steinberg 作品的觀念而非表達，故提出合理使用、禁反言及遲誤（laches）等抗辯理由。

（二）判決重點

本案關鍵爭點是，封面與海報間是否構成實質相似性，事實上在認定上並不要求每個細節都必須相似。本案法院對於實質相似性採用「以

民眾一般認知的觀點」，審視被告是否不當挪用受著作權保護之著作至其作品中。以下就成立非法重製之兩要件（接觸及實質相似性）分別檢討：

1. 接觸

被告之藝術總監 Kevin Nolan 承認其有參考且指示設計師使用原告之著作，且設計師 Craig 也表示接受 Kevin 之建議，而創作出該電影宣傳海報，是以被告接觸原告著作之事實並無疑義，此要件非本案之爭點。

2. 實質相似性

法院針對此點利用下列條件探討兩作品間是否構成實質相似：

(1) 風格

著作權法不保護觀念，僅保護表達。有關地圖的繪製，若一眼即能便認出創作者與創作作品之間的關係，便存在所謂的「風格」，風格是一種表達的展現形式，受著作權法保護。因此，法院進而分析兩作品間相關的特徵如下。

a. 兩項作品從曼哈頓邊緣與河相鄰的紐約市出發，以鳥瞰之視角詮釋對世界的觀點。

b. 兩者均以四個街區作為背景，並細膩的描繪，隨著圖中空間的向後推移，圖內的單位明顯變小。

c. 兩作品之頂端均以藍色的線代表天空，並以紅色的色帶勾勒出地平線。

d. 最終相似的地方是，均以制高點向下望來描繪一條在到河流盡頭前的雙向道路。針對此點被告抗辯在相同的街道系統下，此種描繪方式非專屬於原告，但法院並不採納其主張，而認為現實中紐約道路為單向道，被告與原告均繪製成雙向道，且在被告更換了道路名稱後卻仍然畫出相同的圖樣。若被告真實地描繪紐約的道路，將不會產生與原告幾乎相同

的結果。

(2) 字體及元素

兩作品中建築物的外觀、窗戶、位置配置及車子等元素，若非抄襲彼此間應存在差異，但經比對後發現兩者極為相似。尤其原告著作中出現根本不存在紐約的建築，此等與現實不符的建物卻也在被告的作品中出現。另外，被告所繪製的建築物陰影、路燈等各部分均與原告著作極為相似。

字體方面，被告選用尖銳且像兒童般的字體來書寫街道名稱，該字體也同樣是原告所選擇以代表其風格，而選用字體之風格與紐約本身應不具有任何關連性。因此，被告在得選用其他字體書寫紐約街道名稱的情況下，仍使用與原告相同之字體，唯一的解釋便是被告重製原告之著作。

(3) 作品內容之配置

針對此點被告提出抗辯，認為相較於原告在地平線上之物件，其所描繪的莫斯科呈現出該城市的細節。然而，法院認為此不足以合理地否認其他極為相似的部分並非抄襲，本案引用 Learned Hand 法官所言：「沒有一個剽竊者得以主張其未抄襲之比例來作為非法重製之藉口。」無論被告的地平線是往東方或往西方，或是背景城市描繪細節的程度，被告已經構成實質相似性中質的相似性。

實質相似性中量之相似性，被告主張僅有少部分內容相似，並未侵害原告之著作。然而，此抗辯理由不足為採，因為本案所抄襲者乃原告著作之重要部分，故無論兩之大小，均以構成非法重製。

被告亦提出「必要場景原則」的抗辯但法院並不採用[85]，基於原告對

[85] 自於美國司法實務下發展的原則，係指在處理特定主題之創作時，無以避免地必須使用某些事件、角色、場景，雖然該「表達」與他人雷同，但若為處理某特定主題不可或缺者，或者至少是標準之處理方式，則該「表達」縱使與他人相同，亦不構成著作權之侵害。

被告之主張是非法重製其著作中街景物之表達。在表達受保護之原則下，有接觸之事實，且兩作品間成立實質相似性，法院最終拒絕被告所有抗辯，認定被告確實非法重製原告之著作。

附圖一 、Steinberg 為雜誌 The New Yorker 封面所繪製之圖

附圖二 、Columbia Pictures 所繪製的電影宣傳海報

十二、案號名稱：Three Boys Music Corp. v. Michael Bolton 212 F.3d 477(9th Cir. 2000)

（一）事實摘要

Isley Brothers 是美國知名節奏藍調歌曲團體（起初由三名兄弟組成），在 1960 年代時為靈魂音樂奠定基礎，且在 1970 年代主要投入 Funk 的音樂類型 。1964 年，該團體為 United Artists 錄製”Love is a Wonderful Thing”歌曲，並於同年 2 月取得著作權。United Artists 於 1966 年發表該歌曲時，音樂產業預期它將成為熱門歌曲，但卻遲遲未登上前 100 名歌曲排行榜之列，直到 1991 年才收錄至 Isley Brothers 的 CD 專輯中。

被告 Bolton 是一名歌手暨作曲家，以翻唱 60 年代的歌曲在 80 年代末及 90 年代初而受到注目，同時他也自己作曲。1990 年年初，他與 Goldmark 寫了一首名為”Love is a Wonderful Thing”的歌曲，於 1991 年 4 月發行作為其唱片之一部份，並在同年年底登上排行榜。

1992 年，原告提起侵權訴訟，歷經陪審團兩階段之認定，均認為 Bolton 成立侵權，故地方法院於 1994 年時，判決原告勝訴並由被告應給付賠償金，被告不服地院判決而提起上訴。

（二）判決重點

證明著作權侵權時應具備充分之證據，尤其音樂著作更是如此，原告須證明其為著作權人，且兩作品間符合「接觸之可能」與「實質相似性」兩要件。

1. 接觸

接觸是指有機會看見、聽見或抄襲原告之作品，法院認為合理接觸不以直接證明被告實際接觸的原告作品為限，但也不能僅是單純的可能（bare possibility）。而判斷有無合理地接觸，證實方法有二：透過一連

串的事件使得系爭著作與侵權行為者間產生連結，或主張系爭著作內容已大量散布。

早期 Learned Hand 法官於 1924 年音樂著作的案例中採用之，提出著作若涉及散布時常伴隨著「潛意識抄襲理論」（The theory of subconscious copying），往後適用該理論最具代表性的案例即是 ABKCO Music, Inc. v. Harrisongs, Ltd.。本案有關接觸之爭點與廣為散布及潛意識抄襲理論相關，原告提出四點證據證明被告曾有接觸其著作”Love is a Wonderful Thing”之可能：

(1) 1966 年原告發行歌曲時被告約 13 歲，被告承認其自 10 歲起便開始聽黑人的節奏藍調音樂，並欣賞許多黑人歌手。擔任樂團主唱時，也表演許多黑人音樂。因此，被告成長時期所聽、所唱的歌應包括原告之作品。

(2) 三名 DJ 證實原告歌曲在被告成長時期，正在收音機、電視大力播送。

(3) 被告承認曾為原告的歌迷，曾收集原告的專輯，且其妻子也證實被告曾說他對原告瞭若指掌。

(4) 被告錄製其創作過程欲證明是獨立創作”Love is a Wonderful Thing”，雖然過程中他曾問 Goldmark 是否取用了其他作曲家的作品，但事實上原告應是潛意識中抄襲了原告的著作。

被告針對上述主張提出諸多抗辯，且在原告之主張也未必均有法律依據的情況下，有關這些事實證據，本案法官認為應交由陪審團認定。法院僅需判斷在一般合理的情況下，陪審團得否認定「被告於創作前有無機會接觸原告之著作」，縱使法院與陪審團對於接觸的認定結果不相同，法院仍應尊重陪審團之決定。

2. 實質相似性

證明實質相似性通常需經過兩部分的檢驗－外在相似性及內部相似

性，前者係一客觀判斷，須由原告證明自己著作被引用的要素，以客觀特定的標準具體地逐一判斷原被告間之著作是否具有相似性。一旦符合外在相似性之後，便檢視內部相似性，它是主觀性的標準，屬於陪審團的審理範疇，立於一般人的觀點判斷兩著作間是否近似。

原告證人認為兩作品間共同擁有五個不受保護要素的結合[86]，被告雖透過證人抗辯，但陪審團仍認為被告要件的獨特結合與原告著作構成實質相似性。被告亦提出三個證據以證明「獨立創作」，駁斥表面上證據確鑿的著作權侵權案：

1. 錄影（音）帶證明 Bolton 與 Goldmark 當時是如何創作歌曲。

2. Bolton 與 Goldmark 作曲時的歷史。

3. 其編曲者（Walter）貢獻五個不受保護的要素中其中兩個。

陪審團在聽取上述有關獨立創作的證詞後，認為錄影（音）帶反而顯示出被告有潛意識的抄襲，而作曲的歷史紀錄無法作為直接證據，再者，Walter 的編曲貢獻，連被告方的證人也認為僅是非常常見（”very common”）之情形。綜上述，依法院所提出之審判標準，最終陪審團認定構成接觸及實質相似，故上訴法院維持原審判決，被告成立侵權。

[86] 五個不受保護的要素：(1)the title hook phrase; (2)the shifted cadence; (3)the instrumental figures; (4)the verse/chorus relationship; and(5)the fade ending.。

第三章　日本著作權侵害認定要件

壹、 概述

日本現行實務判斷行為人是否成立侵害著作財產權重製權行為，須判斷 「行為人是否依據權利人之著作而作成重製物」、「於該重製物內是否有足以察覺原著作之內容和形式」等二要件。對於此二要件，日本學說分別稱之為「依據性」以及「同一性」。而在判斷行為人是否成立侵害著作財產權改作權行為時，行為人除同樣地必須具有「依據性」之外，其新創作中尚必須可直接察覺原著作表現上本質的特徵，日本學說則稱此為「類似性」。

在「依據性」中，係判斷行為人主觀上是否有認識或利用既存著作之意思。而在「同一性」、「類似性」中，則係從客觀判斷行為人所創作的作品中是否存在原著作權人的著作表現。以下將透過案例的方式，分別介紹日本實務上對於「依據性」、「同一性」、「類似性」的判斷以及運用。

貳、 重製權[87]侵害之要件—從「One Rainy Night in Tokyo 事件」談起

一、重製權之定義

日本著作權法第 21 條規定：「著作權人專有對著作重製的權利。」[88]而所謂「重製」，則於同法第 2 條第 1 項第 15 款規定之定義為：「以印刷、攝影、影印、錄音、錄影、其他方法為有形的再為製作，包含對以下規定的著作，各自為以下規定之行為。1、腳本、其他與腳本相類似

[87] 日本著作權法中，將相當於我國著作權法中「重製權」概念的著作財產權稱之為「複製權」。以下為說明方便，均稱之為「重製權」。

[88] 「著作者は、その著作物を複製する権利を専有する。」

之舞台劇用的著作：對該著作之演出、播送或有線播送予以錄音或者予以錄影的行為。2、建築著作：依據與建築相關的圖面而完成建築物之行為。」[89]因此在日本法中，相較於其他著作財產權係以無形利用方式為利用（即以公開或對公眾提供等利用方式為利用時，不需要再創造新的有體物即可行使權利的行為），重製權則係以有形利用之方式為利用，而利用後所形成之著作物，將來有可能被反覆使用之著作財產權權利[90]。在此定義之下，第三人未經授權以任何有形的方式再為製作著作權人的著作內容，則為侵害著作權人之重製權。

二、判斷重製權侵害之要件

（一）前言

如何認定第三人已經以有形利用的方式再為製作著作權人的著作內容？倘若第三人以印刷、攝影、影印、錄音、錄影或其他方法製作出另一個著作物，當然係以有形利用之方式為利用、製作；但是如果第三人的著作物中出現著作權人的著作內容，是否即會構成著作財產權中重製權的侵害？日本最高法院於昭和 53 年（1978 年）9 月 7 日昭和 50 年(オ)324 號確認著作權不存在等以及著作權損害賠償事件（又稱之為「One Rainy Night in Tokyo 事件」）中，對重製權侵害之要件作出了說明，而為現在日本學說以及實務所不斷引用。

在這個事件中，原告 International Music Publishers 公司係以音樂出版為業的公司，於 1960 年經美國 Remix Music Corporation 授權後，對該美國公司之音樂著作「The Boulevard of Broken Dreams」（A 樂曲）於日本

---

[89] 「複製：印刷、写真、複写、録音、録画その他の方法により有形的に再製することをいい、次に掲げるものについては、それぞれ次に掲げる行為を含むものとする。(イ)脚本その他これに類する演劇用の著作物：当該著作物の上演、放送又は有線放送を録音し、又は録画すること。(ロ)建築の著作物：建築に関する図面に従つて建築物を完成すること。」

[90] 改作權則有可能以有形利用方式(改作他人小說作成新小說)或無形利用方式(即興改作他人小歌曲並為演唱)為利用，因此通常則無法以此方式為歸類。岡村久道，《著作権法》（東京：株式會社商事法務，2010），155。

國內有專屬授權。經過該美國公司授權後，原告除了出版該音樂著作的樂譜之外，並且利用該音樂著作第一樂譜第十三小節以下部分作成錄音著作（甲曲）。被告鈴木道明則是在東京放送股份有限公司電視編成局演出部門工作，1963 年擔任第二演出部部長，平常負責音樂節目的製作。被告鈴木道明於 1963 年就「One Rainy Night in Tokyo」樂曲（B 樂曲）第 5 小節到第 44 小節部分的歌詞作成了旋律（乙曲），另一被告前田憲男則另外加進了伴奏以及前奏後作成了 B 樂曲而為公開發表。第一審東京地方法院判決理由認為難以認定甲樂曲與乙樂曲間具有同一性駁回了原告的請求，第二審東京高等法院則判決無法認定鈴木道明作成乙樂曲時知悉甲樂曲的存在以及內容，駁回原告的上訴。

日本最高法院則認為，「依據舊著作權法（明治 32 年法律第 39 號）的規定，著作人專有對著作重製的權利，第三人任意對著作權人的著作予以重製時，身為抄襲者必須負侵害著作權的責任。但是這裡所謂著作的重製，應該解釋為依據既存的著作，而再為製作足以察覺其內容和形式之物之行為，所以即使作成與既存著作具有同一性的作品，該作品不是依據既存著作而再為製作之物時，不該當為重製物，也不會產生侵害著作權的問題，在此情況下，當沒有接觸既存著作的機會，因此也不知道該著作存在、內容之人，不論該人就其不知情是否有過失，因為並非依據既存著作作成的作品而再為製作，即使作成與既存著作具有同一性的作品，不必因此負侵害著作權的責任。」亦即，該判決意旨認為東京高等法院之第二審判決理由並無違誤。

由於該判決理由，即「這裡所謂著作的重製，應該解釋為依據既存的著作，而再為製作足以察覺其內容和形式之物之行為，所以即使作成與既存著作具有同一性的作品，該作品不是依據既存著作而再為製作之物時，不該當為重製物，也不會產生侵害著作權的問題」等語，不斷為下級審判決所引用，因此學說認為在判斷行為人是否構成侵害著作重製權時，該行為人所作成之作品時，必須與著作權人的著作間具有「依據性」以及「同一性」。

必須說明的是，當行為人之作品被認為與著作權人之著作具有「同一性」時，屬於重製之行為；兩者間具有「類似性」時，則屬於改作[91]之行為。當然如果僅作了部分修改或增減，而仍能夠判斷與著作具有同一性的範圍內，仍屬於重製之行為[92]。但是有學者認為，從討論著作權遭侵害判斷的要件而言，行為人的作品究竟是重製物或是衍生著作[93]並無區別的實益；只要行為人的作品重現原著作的創作表現，不論附加的部分究竟或多或或少，均構成侵害，因此當構成侵害時，確定重製或是改作的界線並無實益，而因此直接採取「依據性」以及「類似性」作為判斷著作財產權侵害的標準[94]。以下為說明方便，先採用「依據性」以及「同一性」作為判斷重製權侵害的要件，於討論到改作權的侵害時，則會另使用「類似性」作為說明。

（二） 依據性

從日本最高法院「One Rainy Night in Tokyo 事件」之判決理由出發，行為人的行為是否成立「依據性」，涉及了行為人的主觀意思。有認為行為人必須認識既存著作的存在以及內容方為成立（認識說），有認為行為人須有利用既存著作的意思方為成立（利用意思說），或者有認為行為人必須認識既存著作的存在以及內容且必須有利用既存著作的意思（認識以及利用意思說）。學者認為：（1）對於行為人利用影印機予以重製，或是將音樂 CD 的檔案存入電腦中等行為，認識說、認識以及利用意思說均認為行為人不需要一一確認著作的具體內容，仍會該當依據

[91] 日本著作權法中，相當於我國著作權法中「改作權」概念的著作財產權稱之為「翻案權」。以下為說明方便，均稱之為「改作權」。

[92] 三山裕三，《著作権法詳說-判例で読む 16 章》（東京：レクシスネクシス・ジャパン株式会社，2010），224-225。作花文雄，《詳解著作権法》（東京：株式会社ぎょうせい，2010），260。

[93] 日本著作權法中，相當於我國著作權法中「衍生著作」概念者稱之為「二次著作物」。以下為說明方便，均稱之為「衍生著作」。

[94] 田村善之，《著作権法概說》（東京：株式會社有斐閣，2004），47、58。小泉直樹等，《ケースブック知的財産法》（東京：株式會社弘文堂，2012），266。

性，因此結論上並無不同；（2）通常的狀況下，行為人均會有利用既存著作的意思，但是只有當行為人於自己的著作中混入了他人的著作，於不知情的情況下誤以為係自己的著作而使用，此時由於行為人對於既存著作並無認識，結論才會有差別；（3）行為人即使認識既存著作，但是並未利用既存著作的創作表現時，於認識說的情況下，仍必須再判斷兩作品間是否具有「同一性」，由於此時均不會構成侵害，結論上並無不同[95]。

「依據性」的概念解釋上應該等同於英美法上的「Access」（接觸）。學者有認為從嚴格來說，問題並不在於是否接觸他人的著作，而是行為人是否獨立創作。例如行為人創作自己的著作之後，方才知悉他著作權人著作的存在（亦即嗣後接觸他著作權人的著作），行為人仍可以對自己的著作予以重製；像這樣即使予以接觸後，仍利用自己獨立創作之著作而不成立著作權侵害的前提上，使用「依據性」而非「接觸」較為妥當[96]。

「依據性」必須由原告即主張著作權侵害之人負舉證責任，而被告係為獨立創作，又或者並非重製著作權人之著作而係重製其他第三人類似的著作等主張則應由被告負舉證責任。就此點而言應與我國法、美國法應無不同。

由於「依據性」涉及被告主觀的認知，多數的場合中，則不得不從間接事實去推論[97]。例如最高法院於「One Rainy Night in Tokyo 事件」即曾略謂：「依據原審認定的事實，A 樂曲以及其一部分的甲曲，於被上訴人鈴木道明作成乙曲的昭和 38 年當時為止，在我國只有一部分的音樂專門家以及愛好者所知悉，並非不論音樂專門家以及愛好者係誰均為知悉此種程度的著名。另一方面，被上訴人鈴木道明係於收集龐大數量的

[95] 岡村久道，2010，161-162。
[96] 田村善之，2004，49-50。
[97] 三山峻司、松村信夫等，《最新著作権関係判例と実務》（東京：株式會社民事法研究會，2007），178。

唱片、樂譜的電視公司工作，昭和 27 年時於唱片部門工作，昭和 38 年當時身為演出部長負責音樂節目在內的電視節目企劃製作，而且當時是從事流行歌曲作詞作曲之人，但是作成乙曲時並無一定知悉 A 樂曲存在之特別情事存在。而且，甲曲和乙曲相比較，構成動機的旋律部分雖有類似的地方，但是類似部分的旋律是屬於像 A 樂曲或包含乙曲的 B 樂曲等所謂流行歌曲中所經常使用的類型，出現偶然類似的可能性不可能不高，而且乙曲中尚含有不在甲曲中出現的旋律，依據上列事實，不只被上訴人鈴木道明於乙曲作曲前接觸甲曲，甚至連有接觸甲曲的機會都難以推論，因此不能斷定乙曲係依據甲曲為作曲之甲曲重製物…」。

又例如東京高等法院平成 6 年(ネ)1610 號請求損害賠償等上訴事件，該判決理由略謂：「上訴人做成公司簡介的甲第一號證向 B(按：B 為被上訴人公司的廣報宣傳部長)提出的時間來看，此與 A(按：A 為上訴人公司的營業負責員工) 方面確定被上訴人公司介紹的企劃案時點之間有十分充裕的參考時間，被上訴人公司與 A 之間有非常密切的關係，而且 A 對於關於做成被上訴人公司簡介的經過欠缺有說服力的說明，此外，如前項所述兩公司簡介相互之間的特徵部分一致等綜合考量的話，應足以推認被上訴人公司簡介是基於被上訴人 B 的指示，而由 A 參考上訴人公司簡介而做成之物。」

又如東京高等法院平成 12 年(ネ)1516 號本訴請求損害賠償・反訴請求確認著作權等上訴事件(又稱之為「記念樹事件」[98])，該判決理由略謂：「甲曲從昭和 40 年代開始到乙曲作曲當時(平成 4 年)左右為在我國生活的大多數人非常熟悉的著名樂曲，甲曲和乙曲的旋律之間有上述顯著的類似性，即除了乙曲依據甲曲做成的想法之外並無其他合理的說明，此外被上訴人於做成乙曲之前有極高的可能性接觸甲曲之客觀情事，而被上訴人每一個否定上述情事的主張均無理由，也無其他確切的反証等合併考量之下，足以推認乙曲係依據甲曲而做成。」

[98] 「記念樹事件」將會於侵害改作權之案件中另為詳細說明。

學說整理實務見解，認為推論「依據性」之間接事實，包括了被告是否有接觸原告著作之可能性、與著作權人著作具有類似性、被告有無獨立創作之能力[99]。

（1）被告是否有接觸原告著作之可能性

推論被告有接觸原告著作可能性之間接事實，包括被告實際上收受了原告的著作、原被告創作目的相同而原告的著作已經發行了相當的數量等；同樣地，被告亦可以主張原告只有小規模而且短時間地展示作品、原被告書籍內的內容均和其他同種類書籍內容類似，而否定被告有接觸原告著作之可能性[100]。倘若被告本身並未接觸原告的著作，但是被告卻是接觸與原著作類似的衍生著作後而予以利用，亦應認為具備對於原著作權人著作之「依據性」[101]。

東京高等法院平成 5 年(ネ)3610 號判決[102]引用了「One Rainy Night in Tokyo 事件」中最高法院的判決理由後，認為當著作權人主張共同行為人所創作完成的作品侵害其著作權時，當其中未接觸著作權人著作之部分行為人知悉其他共同行為人接觸著作權人著作，亦認為該部分行為人之行為具備了「依據性」。該判決略謂：「關於系爭作品是否依據原著作而被作成，因為應該屬於就該作品的創作人而為判斷的事項，當系爭作品涉及共同創作的情況下，有必要判斷每一個共同創作人是否均滿足依據的要件。但是當共同創作人未必均接觸原著作時，即使本身並無接觸原著作之機會，而因創作系爭作品知悉其他共同創作人有接觸原著作而具備依據之情況下，對於沒有接觸原著作機會之人，應該亦認為同樣地滿足了依據的要件。」

（2） 與著作權人著作具有類似性

---

[99] 三山峻司、松村信夫等，2007，178-179。
[100] 田村善之，2004，51-52。
[101] 田村善之，2004，57。
[102] 該訴訟中原告主張被告侵害其改作權以及公開播送權。

倘若行為人未依據著作權人著作而創作時，兩作品間即不可能具有類似性之情況下，即應推論具有「依據性」，而行為人應證明其創作並未依據著作權人的著作；但是這理所謂的「類似性」，與證明著作改作權侵害之「類似性」，屬於不同的概念且有不同的判斷標準。例如於判斷侵害的時候兩者具有不具判斷侵害意義的些微類似處，或者具備同樣的誤寫情況，均是有利於證明「依據性」的武器。此外，兩者間具有著作權保護範圍以外的共通點，例如思想(idea)等，亦應對於「依據性」的證明有幫助[103]。

（3）被告有無獨立創作之能力

當被告不具備獨立創作與既存著作相類似著作之能力時，則明顯地被告係依據既存著作而作成作品。此外，被告不具備獨立創作之能力，當然包括了被告在時間上以及物理上不可能創作該作品之情況[104]。

（三）同一性

依照日本最高法院於「One Rainy Night in Tokyo」事件中的判決理由，行為人再為製作足以察覺著作權人著作中內容和形式之作品，亦即作成與既存著作具有同一性的作品時，構成了侵害著作重製權要件中的「同一性」。而所謂足以察覺著作權人著作中內容和形式，解釋上應限於著作權人的表現，而不包括著作權法不保護的思想（idea）。學者有認為依照日本實務上決定是否成立著作權侵害時，有使用「二階段 Test」以及「過濾 Test」。前者係先判斷原告著作中具有創作性的部分，之後觀察被告著作，而決定被告是否就原告著作中被認定具有創作性的部分再為製作。後者係取出原被告著作中共通的要素，而判斷該要素是否為原告創作的表現。不論採取何種方式，判斷著作權侵害的要件都應該不會改變

[103] 田村善之，2004，51、52。
[104] 三山峻司、松村信夫等，2007，179。

[105] 。

三、日本案例研究

（一）語文著作之同一性(傳記)

東京高等法院平成 13 年(ネ)602 號請求書籍停止發行上訴事件（又稱之為「夕刊富士連載記事『SONY 燃燒』事件」）中，原告（上訴人）城島明彥主張被告（被上訴人）立石泰則執筆、被告（被上訴人）株式會社講談社出版的「SONY 的『出井』革命-對 The Generation 的挑戰」一書第 226 頁以下「弔唁井深之死的人們」章節，侵害其為平成 10 年(1998 年)1 月 28 日發行的「夕刊富士」所撰寫的「Digital Dream Kids SONY 燃燒」連載報導第 65 回「送別天才之日」之重製權、姓名表示權、同一性保持權，因此提起本件訴訟要求被告停止出版書籍以及賠償損害。原告敗訴後提起本件上訴。

東京高等法院維持東京地方法院的判決，認為「上訴人主張其著作的構成包括①本件葬儀的日時、場所等，②弔唁者的人數，③本件葬儀的主要參加者及其身分，④隔壁房間的狀況，⑤葬儀的形式，⑥去世的井深氏遺照的情景，⑦去世的井深氏遺照下的情況，⑧去世的井深氏獲頒文化勳章的情事，⑨進行本件葬儀的人物，⑩由獻燈開始的儀式，⑪葬儀一開始的狀況，⑫『葬送進行曲』的播送以及大賀會長夫人演奏的情事，⑬去世的井深氏遺體進場的狀況，⑭收納遺體的棺材狀況，⑮默禱的情況，⑯盛田名譽會長的致詞由良子夫人代為朗讀之情，⑰致詞開始部分的介紹，⑱良子夫人致詞的內容引起參加人以及筆者掉淚的情事等，從本件葬儀事實之中，選擇了①到⑱的事項，特別是選擇與遺照有關的⑥、⑦以及遺體有關的⑭，上訴人具有獨創性，且③如何排列參加者所為的記載與其他選擇相搭配之下成為上訴人獨創性之一部分，而被上訴人書籍的

[105] 田村善之，2004，48。

構成內容，除了一部分之外，與上訴人著作的構成內容具有同一或者類似等語。」、「但是，觀察上訴人對上述內容的構成，不足以認定具有表現上的創作性。也就是說，其構成是就本件葬儀的日時、場所、弔唁者人數、參加人姓名等葬儀的概況或者是葬儀儀式的順序狀況等為記載，從上訴人著作以及被上訴人書籍係以本件葬儀模樣作為素材的表現，屬於以歷史或者是時事作為素材的非小說作品（上訴人也自認此點）來看，上述的構成本身並非從一般想像的領域所產生，難以說是獨創性的事物。」、「然後，從選擇記載事項的觀點來看，上訴人的著作與被上訴人的書籍雖有共通的部分，但就本件以葬儀模樣作為素材的非小說作品而言，所記載的情事內容沒辦法說是屬於一般認為想像的事物。例如，關於遺體、遺照有關的記載，雖然可以認定在記載字數極為有限的報紙中的報導記事中不會提及遺體、遺照，而在以葬儀作為素材的非小說作品中則會留有相當的字數予以提及，從本件證據中所認定於葬儀上的遺體、遺照狀況、處理方式、葬儀表現等事情來參照的話，可認定自然會對遺體、遺照為相關的記載，無法說是對於報導對象的事項具有獨創的選擇。另一方面，記載在上訴人著作中而未記載於被上訴人的書籍中，或者相反地，記載在被上訴人書籍中而未記載於上訴人的著作中的部分相當地多。因此，縱使從報導對象事項的選擇上，因為可認為兩者間有相當的部分是不同的，從報導對象事項選擇的獨創性來看，也不足以認定具有同一性。」

（二） 語文著作之同一性(翻譯小說)

東京高等法院平成 3 年(ネ)835 號訴訟事件（又稱之為「Saint-Germain 殺人狂騷曲事件」）中，被告（被上訴人）中央公論社於昭和 58 年(1983 年)4 月到昭和 59 年(1984 年)6 月與法國 Fleuve Noir 出版社就 Leo Malet「新編巴黎的秘密」四部系列小說，達成在日本翻譯出版的協議。被告（被上訴人）藤田宜永受到中央公論社的委託，於昭和 58 年 4 月開始進行翻譯。但是此時原告（上訴人）因為對作者 Leo Malet 深感興趣，亦於昭和 58 年 2 月到昭和 59 年 1 月間自行翻譯完成其中一部小說

「La nuit de Saint-Germain-des-Prés」後，將該翻譯原稿「Saint-Germain-des-Prés 之夜」、自己的簡歷、作者的介紹等郵寄予中央公論社，希望該出版社能夠予以出版。中央公論社職員於受領該翻譯原稿後，除了告知藤田宜永關於原告的投稿之外，竟同時對原告表示該四部小說只翻譯完成其中三部，會考慮是否採用原告的翻譯，並且要求原告不要把翻譯原稿提供予其他出版社等語。惟嗣後中央公論社職員直到昭和 59 年 3 月間方將原告的翻譯原稿退回，並於同年 5 月間出版被告藤田宜永的翻譯版本。原告因此認為被告中央公論社、藤田宜永重製其翻譯原稿。

東京高等法院維持東京地方法院之判決，駁回原告的上訴，認為將出版的書籍與翻譯原稿比較之後，雖然可以推論出版書籍曾經「依據」原告的翻譯原稿，但是「所謂著作的重製，係認為依據既存的著作，而再為製作足以察覺其內容和形式之物之行為(最高裁昭和五三年九月七日第一小法廷判決、民集三二卷六號一一四五頁)」、「在本件原著翻譯的基本態度上，就如同前項之認定，相對於上訴人最重視對於原文的絕對忠實，被上訴人則將讀者的理解放在第一的而極為減少受原文的拘束，而基於此翻譯上基本態度的差異性，上訴人的翻譯原稿對於原文並不予以添加或刪除，並且尊重原文表現形式的結果，倘若原文係相當長的語句，翻譯原稿也有跟著變為相當長語句的傾向，而本件翻譯的書籍係將原書冷硬派(hard-boiled)推理小說最容易得到讀者理解放在第一的結果，傾向對於原文為必要的增加和刪除，同時並將原文的長語句分解成短語句等等，因此兩者在基本的構造、語調、語感有相當大的差異，此倘若從閱讀比較上訴人的翻譯原稿以及本件翻譯書籍後，即可明顯的看出來，此點亦為上訴人所不否認。」、「上訴人的翻譯原稿以及被上訴人的翻譯書籍，反映了兩者基本的翻譯態度跟本不同，而譯文在基本的構造、語調、語感有相當大的差異，由於此差異性為其基本性格之緣故，雖然即使考慮到可以推論部分的譯語、譯文曾經依據上訴人的翻譯原稿，但並沒有因此受到此任何的影響，此明顯可從前述具體例子的比較得知。」、「因此，在本件翻譯書籍的個別譯語、譯文中，雖然可以推論相當的部分依據了上訴人的翻譯原稿，但如從翻譯書籍全體比較的

話，所依據的部分已被兩翻譯文基本構造、語調、語感中相當大差異性所埋沒的結果，不得不認為本件翻譯書籍無法認為係可以察覺上訴人翻譯原稿全體內容以及形式之物。」

（三） 美術著作之同一性(漫畫)

最高法院平成 4 年(オ)1443 號排除著作權侵害等事件（又稱之為「Pop Eye 領帶事件」）中，原告 King Features Syndicated Incorporated 就員工職務上創作中，即有 Pop Eye 等漫畫人物登場的「Thimble Theatre」漫畫擁有著作權[106]。該漫畫最初係於昭和 4 年(1929 年)1 月 17 日紐約時報公開發表、刊登(第一回作品)；其中漫畫主角 Pop Eye 是頭戴水手帽、身穿水手服、嘴中叼著煙斗、手上繪有船錨、一吃菠菜就會發揮超人般強大力量的角色。被告則係販賣繪有該漫畫圖案(本件圖案一)的領帶，原告因此提起訴訟請求被告停止販賣該領帶。

[106] King Features Syndicated Incorporated 曾被 The Hearst Corporation 吸收合併，但 The Hearst Corporation 於 1943 年 12 月 31 日將本件的著作權讓與當天成立的新 King Features Syndicated Incorporated。

Pop Eye 第一回作品

本件圖案一(即被告販賣領帶上的圖案)

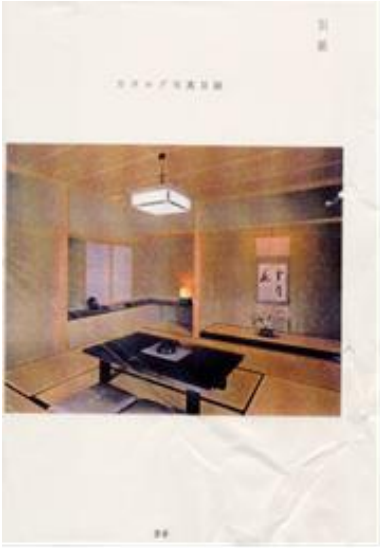
本件最主要的爭議雖然係在於從 1929 年 1 月 17 日開始不斷發表的漫畫中，究竟何部分屬於原著作、何部分屬於衍生著作、原著作與演生著作的著作權保護期間是否仍為存續等等，但是日本最高法院在該判決中同時闡明了如何認定重製漫畫美術著作的同一性。該法院認為，「所謂著作的重製，即係依據既存的著作，而再為製作足以察覺其內容和形式之物之行為(最高裁昭和五〇年(オ)第三二四號同五三年九月七日第一小法廷判決・民集三二卷六號一一四五頁參照)，為了成立重製，第三人的作品不需要與漫畫特定畫面中所描繪之登場人物圖畫以及細部完全一致，而是應該認為從其特徵中可以得知係描繪該登場人物的話即為足夠。」、「依據原審認定之事實，第一回作品並非於第三格而係在第五格描繪主人公 Pop Eye 頭戴水手帽、身穿水手服、嘴中叼著煙斗、手上繪有船錨、搭乘船隻模樣。而本件圖案一所描繪的圖案，係頭戴水手帽、身穿水手服、嘴中叼著煙斗而搭乘著船隻之外，右臂使力展現肌肉的站

姿圖案上下附有『Pop Eye』、『ポパイ』標語的圖畫。因為可以得知該圖畫係描繪第一回作品的主人公 Pop Eye，構成 Pop Eye 圖畫之重製，應足以認定侵害第一回作品的著作權。」

（四） 美術著作之同一性(書法)

東京高等法院平成 11 年(ネ)5641 號請求損害賠償事件（又稱之為「雪月花事件」）中，闡明了如何認定構成具備重製書法美術著作之「同一性」。事件中原告（上訴人）係書法家 A 的繼承人，主張 A 在平成 4、5 年間分別創作了「雪月花」、「吉祥」以及「遊」等作品，而被告（被上訴人）Odelic 股份有限公司（經營各種燈具製造、販賣的公司）以及被告（被上訴人）DNP Media Create 股份有限公司（企劃以及製作各種廣告、宣傳品的公司）所製作的商品型錄中，有 A 的創作以掛軸的形式被掛在和式房間後被拍攝的照片，因此主張被告等人侵害美術著作的重製權。第一審判決以 A 的著作並未被重製為由，駁回原告的請求。

「雪月花」、「吉祥」以及「遊」等作品



被告商品型錄

第二審東京高等法院認為，「書法一般是透過文字以及字體的選擇、文字的形狀、粗細、方向、大小、全體的配置和構成、墨色的濃淡以及滲透等表現形式，而使觀賞者感受文字形狀的獨創性、線條的美麗以及

微妙、文字群以及留白的構成美、運筆的緩急以及抑揚、墨色的鮮艷以及變化、運筆的氣勢、以及創作人的精神的造形藝術。另一方面，不能否定書法本來負有傳達情報的實用功能，而具有以不容許特定人獨占的文字作為素材所成立的特性以及文字基本的形狀（字體、書寫體）等表現上的限制，因此即使以書法為表現，因為一般而言是很難發現該字體、書寫體具有著作的性質，所以必須尋求書法本身身為著作之本質特徵，也就是思想、感情的創作表現之中，於字體或書寫體之外，其他附加而屬於上述書法所特有的美的要素。而所謂的著作的重製，是依據既存的著作，而再為製作足以察覺其內容和形式之物，攝影雖然屬於重製的一種手段（著作權法第 2 條第 1 項第 15 款），於以攝影重製書法的情況下，為了該當於重製美術著作書法的行為，必須以一般人通常的注意力作為基準後，對於攝影照片中的書法，透過上述的表現形式，也就是不只單純重現字體、書寫體，而必須要重現可以直接感受到文字形狀的獨創性、線條的美麗以及微妙、文字群以及留白的構成美、運筆的緩急以及抑揚、墨色的鮮艷以及變化、運筆的氣勢等上述美的要素的程度。」，「從這樣的觀點來說，本件各商品型錄中的各個作品部分，係於高級印刷紙上不使用焦點散景的方式而以比較鮮明的方式攝影後作成的美麗印刷，從紙面大小來對比，可以察覺將本件各作品的原物大概以 50 分之 1 的程度為縮小，『雪月花』、『吉祥』、『遊』等各文字以長約 5~8mm，寬約 3~5mm 程度大小為重現，雖然可以明確的認識字體、書寫體或全體的構成，但是很難判定重現了墨色的濃淡以及滲透等表現形式…」、「本件各商品型錄中各作品部分只重現了如上所述有限的範圍，以一般人通常的注意力來看，必須認定在本件各作品中很難直接感受到本來所有而被認定的線條美感以及微妙、運筆的緩急以及抑揚、墨色的鮮艷以及變化、運筆的氣勢等美的要素…」，「因此，本件商品型錄的各個作品並未重現書法得作為著作的本質特徵，也就是思想、感情的創作表現，被上訴人的行為即刊登拍攝本件各商品型錄中各作品的照片，應該不能認為重製各個作品。」

（五）美術著作之同一性(繪畫)

知的財產法院平成 22 年（ネ）第 10052 號損害賠償請求事件（又稱之為「鑑定證書繪畫重製事件」）中，原告（被上訴人）對於以美術鑑定為業之被告（上訴人）株式會社東京美術俱樂部提起損害賠償訴訟，主張其祖父對於創作之兩幅繪畫擁有著作權，而被告在製作鑑定證書時，為了將繪畫置於鑑定證書內之目的，將兩幅繪畫予以縮小彩色影印，因此侵害重製權並請求損害賠償。

本件的爭點有二，分別是被告（上訴人）的行為是否構成重製權的侵害，以及其是否得主張其行為符合著作權法第 32 條第 1 條「引用」之規定[107]。知的財產法院最後雖然認為上訴人株式會社東京美術俱樂部得主張引用之規定而免責，但在重製權侵害之爭點上，對於上訴人援引東京高等法院「雪月花事件」之判決理由以作為其不構成重製行為之抗辯，卻採取不同的看法。

該法院先認為，「所謂著作的重製，即係依據既存的著作，而再為製作足以察覺其內容和形式之物之行為(最高裁昭和 50 年(オ)第 324 號同 53 年 9 月 7 日第一小法廷判決・民集 32 卷 6 號 1145 頁參照)，就如同前(1)所述，本件影本 1 係依據繪畫 1 所製作，此外，本件影本 2 係依據繪畫 2 所製作，而所製作的圖畫大小，即如同縮小彩色影印後的影本，本件影本 1 是長 16.2cm×寬 11.9cm，本件影本 2 是長 15.2cm×寬 12.0cm，雖然本身與本件各繪畫之大小相異，但可以確認與本件各繪畫間具有同一性，從前述本件各影本的製作方法以及形式而言，係足以察覺本件各繪畫內容和形式之物，因此如此對本件各繪畫重為製作，明顯該當著作權法上的『重製』」。

就上訴人引用「雪月花事件」之判決理由作為本件影本不該當於重製物

[107] 日本著作權法第 32 條第 1 項規定：「對於公開發表之著作得予以引用後利用。在此情況下，該引用行為必須符合公正的習慣，並且係因報導、批評、研究或其他引用目的而在正當範圍內所為。」；「公表された著作物は、引用して利用することができる。この場合において、その引用は、公正な慣行に合致するものであり、かつ、報道、批評、研究その他の引用の目的上正当な範囲内で行なわれるものでなければならない。」

之主張，知的財產法院表示：「上訴人主張本件各影本並非屬於著作權法上以藝術性、美的創作性或感動作為保護對象之重製物，只是為了交易流通安全並防止贋品之單純圖案，由於不具備為了該當著作權法上『重製』中要求重製美術著作所必要之鑑賞性，所以本件各影本的製作並不該當著作權法上的『重製』。」、「但是，繪畫由繪畫所描繪的對象、構圖、色彩、運筆等構成，當具備一般的創作性要素時，本身亦具備上訴人主張之鑑賞性，倘若再為製作可以察覺該繪畫內容和形式之物，在判斷是否該當重製繪畫時，該繪畫具備鑑賞性與是否再為製作可以察覺該繪畫內容和形式之物的要件是屬於兩回事，並無必要以是否具備鑑賞性之要件作為前提，因此無法認同上訴人的主張。」

（六）攝影著作之同一性(肖像照片)

東京高裁平成 15 年（ネ）第 1464 號損害賠償等請求上訴事件（又稱之為「政治宣傳用傳單做成散布事件」）中，原告創價學會對被告日蓮正宗及其他兩名被告提起損害賠償、停止侵害訴訟，主張 3 名被告所做成、散布的攝影傳單、繪畫傳單，分別侵害原告擁有著作權之兩幅攝影著作。

本件的爭點有三，分別是被告的行為是否構成重製權、改作權的侵害，其是否得主張其行為符合著作權法第 32 條第 1 條「引用」之規定，以及 3 名被告是否有參與侵權的行為。就關於攝影傳單是否侵害原告攝影著作之重製權，東京高等法院認為，「本件攝影傳單，係從一審原告照片 1 中將被拍攝對象 C 的上半身部分取出，並將彩色照片變成黑白照片，除了上述之點以外並未特別地將原告照片 1 予以變更，因此應認為係對於一審原告照片 1 以有形的方式再為製作之物(重製)。」，「一審被告日蓮正宗主張本件攝影傳單只有欠缺背景的上半身，而且也是黑白的照片，並未對於背景、構圖的創作表現或者是拍攝者選擇的照明、光亮、快門等創作相關的部分為利用，本件攝影傳單只不過為了特定批判對象的 C 而將必要的肖像部分抽出予以利用，因此本件攝影傳單並不該

當一審原告照片 1 的重製物，而一審被告 B 主張本件攝影傳單並未利用一審原告照片 1 的創作價值，只不過為了確保與 C 的肖像相同而為使用，因此不該當著作權的侵害。但是，一般肖像攝影係以如何表現被拍攝對象的人物作為中心，並使用於攝影表現中的創意工夫，因此在是否構成重製與否的判斷上，應容許著重於人物表現的部分，就屬於攝影著作的創作特徵是否於被主張重製的攝影上為再次呈現而為考量。從上述的觀點來看，將一審原告照片 1 與本件攝影傳單對比觀察，本件攝影傳單係比較鮮明的黑白照片，一看即能得知只是將一審原告照片 1 肖像部分的彩色照片變為黑白照片而已，在具體的表現形式上，除了一審原告照片 1 中人物的姿勢、表情外，對於臉上的陰影、該人物所穿著的長袍狀態等屬於一審原告照片 1 拍攝者所為照明、光亮、快門等工夫而表現出創作部分的特徵，在將彩色照片變更為黑白照片之後，可以認定相當程度上忠實的、實質上的再次呈現並予以維持。因此，將本件攝影傳單從彩色變為黑白，刪減背景以及被拍攝對象人物的下半身，仍不妨害認定該當於一審原告照片 1 之重製物。」

另關於繪畫傳單是否侵害原告攝影著作之重製權，東京高等法院則認為，「一審原告主張一審原告照片 2 不只背景、照明、光亮、快門等工夫，並且加上了被拍攝對象 C 以及大十字勳章的組合、配置、姿勢、表情等工夫，因為這些屬於表現形式上的本質特徵，因此從一審原告照片 2 中肖像部分之細部予以描繪的繪畫傳單中，可以觀察出上述一審原告照片 2 的本質特徵部分，因此該當於一審原告照片 2 之重製物以及改作物。」，「但是，本件的繪畫傳單係採取將一審原告照片 2 中 C 肖像部分的輪廓等以手繪、複寫、線條等方式為表現的形式，將 C 臉上的表情、輪廓等一審原告照片 2 中具體表現上的特徵全部予以抽象化，成為無法感受到該等特徵之物，此部分應如同上述所引用之原審判決理由為認定。然後，因為被拍攝對象的人物以及人物穿著等組合或者配置、人物的姿勢、表情等，於如同一審原告照片 2 的肖像攝影中，屬於經常考慮的要素，如將該等具體表現的表現形式排除後，其本身則不應評價屬於攝影表現中本質的特徵部分。本件繪畫傳單就如同上述，將攝影變更

以手繪線條的方式為表現，因為將一審原告照片 2 具體表現上的特徵全部予以抽象化，無法稱作是可以直接令人感受到一審原告照片 2 中表現上的本質特徵之物，因此應認為均不該當於一審原告照片 2 的重製、改作。」

參、改作權侵害之要件—從「Parody 事件—第一次上訴第三審判決」和「江差追分事件」談起

一、改作權之定義

日本著作權法第 27 條、第 28 條分別規定：「著作權人專有對其著作予以翻譯、編曲、改變、腳本化、電影化、以及以其他方式改作之權利。」[108]、「衍生著作的原著作之著作人，就與該衍生著作的利用相關而於本款中規定之權利，專有與該衍生著作的著作人所有之相同種類的權利。」[109][110]就條文文義上來看，著作權人擁有以任何方式將原著作予以改作之權利。換句話說，只要任何第三人未得著作權人同意之下，將著作權人之原著作予以改作，理論上此行為均屬於侵害著作權人改作權之行為。但是倘若此種專屬於著作權人之改作權權利之保護範圍如果無限制地擴大，將與原先制定著作權法係為了鼓勵創作之目的相齟齬。

學者認為，著作權法於規劃著作權保護範圍之際，為了給予創作活動適當的獎勵，首先係以最大限度範圍之方式，將保護範圍及於市場上對於原著作物有代替性的行為；在此基礎上，為了實現著作權法規範之終極目的，也就是促進著作物之利用，不使後來的創作人之創作活動受到過度的拘束，同時期望給予後來創作人利用原著作物之自由，並且將

[108]「著作者は、その著作物を翻訳し、編曲し、若しくは変形し、又は脚色し、映画化し、その他翻案する権利を専有する。」

[109]「二次的著作物の原著作物の著作者は、当該二次的著作物の利用に関し、この款に規定する権利で当該二次的著作物の著作者が有するものと同一の種類の権利を専有する。」

[110] 該條文中所謂「本款」，係指各條文段落之間的歸類（即「章、節、款」），係相當於我國條文規定中的「本節」（即「篇、章、節」）。

此利用行為排除於原著作權人權利範圍之外。但是如果要嚴謹地確認一個可以實現上開目的之方式幾近不可能，實際上只能設置一個容易理解之基準，此基準不只在訴訟上成為安定的判斷標準，同時能夠提高著作人權利範圍之預測可能性。因此於判斷改作權之侵害上，「類似性」就是為了實現上開著作權法目的所設置之要件[111]。

二、 判斷改作權侵害之要件

（一）前言

1.「Parody 事件—第一次上訴第三審判決」

對於他人的新創作是否構成侵害原著作權人的改作權，除了創作新作品時與原著作物間具有「依據性」之要件外[112]，如何劃分一個適當地界線，以區分該創作究竟係屬於侵害原著作人改作權之衍生著作，或者是屬於未侵害原著作人改作權之另一著作，成為適用改作權規定時之焦點。目前日本實務或是學說為了界定此一適當的界線所廣泛引用之最高法院判決，其中之一即昭和 55 年（1980 年）3 月 38 日昭和 51 年(オ)923 號損害賠償請求上訴事件（又稱之為「Parody 事件—第一次上訴第三審判決」），原本是為了判斷被告是否侵害原告著作人格權之「同一性保持權」，以及判斷被告是否可以主張日本舊著作權法「引用」原告著作之合理使用時所作成的判決。

該事件中，原告（第三審上訴人）白川義員拍攝、創作取得著作權的彩色照片，長約 30cm 而寬約 37cm，於昭和 42 年（1967 年）1 月 1 日

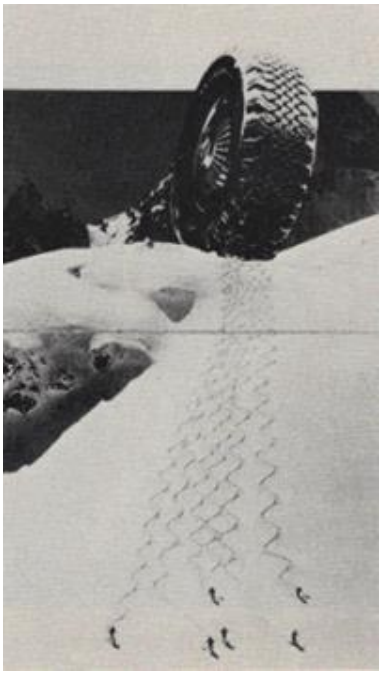
---

[111] 田村善之，2004，61-63。學者田村善之同時認為，雖然在適用「類似性」有所困難的個案上，會產生是否應有不同於「類似性」之處理方式的疑問，甚至在具體判決的適用中，有出現連思想(idea)都予以保護而形成廣泛的著作權權利範圍之情況。但是「類似性」此一標準可提高判決預測可能性，並且具有促進著作經濟上利用的優點；在理論上，為了解決具體的案例情況，應同時適用不正競爭防止法(公平交易法)、契約法、侵權行為法，以作為解決之方式。

[112] 判斷行為人是否侵害原著作權人之重製權以及改作權時，均必須判斷其行為是否具有「依據性」之要件。由於日本法中不論是重製權或者改作權，兩者間對於「依據性」之適用以及解釋並無不同，因此於以下介紹改作權侵害的篇幅中，即不再贅言介紹「依據性」之內容。

發行的「SKI’67 第四集」為刊登、發表。之後原告將該彩色照片左側部分五分之一切除後稍微放大成寬約 37cm 的照片，在未表示自己姓名的方式下於昭和 43 年（1968 年）AIU 公司的年度月曆上為重製、刊登（本件照片）。但是被告（第三審被上訴人）天野正之以筆名「マッド・アマノ」（Mad Amano）將原告刊登於月曆上的照片，分別切除左側三分之一以及六分之一並改變為黑白照片，並將訴外人廣告中的汽車雪胎照片予以重製，將其置於黑白照片右上方後予以合成為新照片（本件蒙太奇照片），分別於昭和 45 年（1970 年）1 月左右以及 6 月 4 日在被告本身出版的攝影集「SOS」以及雜誌「週刊現代」上以「Mad Amano 的奇妙世界」為名刊登。原告因此對被告提起訴訟，依據著作財產權以及人格權要求賠償並刊登道歉廣告。第一審東京地方法院判決原告勝訴，但是第二審東京高等法院以被告的行為屬於合法範圍內的「節錄引用」，因此認為並未侵害原告的著作財產權；另對於著作人格權的「同一性保持權」，則以保障被告表現自由為由，廢棄了第一審為原告勝訴的判決。

原告照片（本件照片）


被告照片（本件蒙太奇照片）

最高法院除了認定被告的照片是利用原告的照片而作成、依照著作

權法規定解釋上主張引用時係不得侵害被引用人的著作人格權之外，並略謂：「本件照片被本件蒙太奇照片予以採納利用，而被利用的本件照片之部分（下稱『本件照片部分』）雖然就改變後的結果來看，就其外在表現形式之點上與本件照片本身已非同一，但是本件照片中雪山的斜坡上有著如同前述滑降而下六名滑雪者所留下的痕跡部分以及山岳風景的部分形成了本質的特徵，而『本件照片部分』中有前者的全部以及留存後者相當足夠的特徵，所以本件照片中所表現形式上本質的特徵，是可以從『本件照片部分』中予以察覺。此外，本件蒙太奇照片一見之下可以觀察到是將『本件照片部分』附加雪胎照片後所作成，就如同前所述，滑雪痕跡係模仿輪胎的痕跡，以及相當於痕跡的起點處搭配著巨大的雪胎來看，即使本件寫真部分和輪胎搭配之下係表現了非現實的世界，而和表現現實世界的本件照片間為觀察，可認為屬於不同思想、感情的表現，但仍足以從本件蒙太奇照片上直接查覺本件照片中本質的特徵。因此，雖然本件蒙太奇照片中係採納利用『本件照片部分』，但是明顯地從其本身可以直接察覺本件照片本質的特徵，被上訴人如同前述對於本件照片的利用，必須認定其所為的改變係對於上訴人身為本件照片之著作人所保有同一性保持權的侵害。」、「此外，於創作自己的著作時，當然容許將他人的著作作為素材而予以利用，但是在未得他人同意之下而可以容許的利用，只限於其本身無法直接察覺他人著作中表現形式上本質的特徵而為利用的情況，因此只要未得到上訴人的同意，將本件照片如同前述為改變利用做成本件蒙太奇照片，則不能認為屬於正當行為。此外，例如將『本件照片部分』以及雪胎照片予以合成後所形成新奇的表現形式來看，雖然可以肯定本件蒙太奇照片的創作性，亦可以將本件蒙太奇照片視為一個著作，但是因為本件蒙太奇照片如同前述，可以直接地查覺到本件照片表現形式本質的特徵，此並不妨礙可以認定本件蒙太奇照片是將本件照片的表現形式加以改變而為利用，屬於侵害本件照片同一性之物。」等語，將本件判決發回東京高等法院重為審理。

該最高法院判決中以「直接地查覺到原著作（本件照片）表現形式

本質的特徵」作為認定是否侵害著作人著作人格權即「同一性保持權」的判斷標準，之後被下級審法院廣泛地引用，作為認定是否侵害著作人改作權的判斷標準。學說上將該判斷標準稱之為「類似性」。因此，行為人的創作行為和作品必須具有與原著作間具有「依據性」和「類似性」，方能認定侵害著作人的改作權。

2.「江差追分事件」

雖然日本最高法院在「Parody 事件—第一次上訴第三審判決」中，創設了「直接地查覺到原著作表現形式的本質特徵」之標準，也不斷被下級審法院於判斷是否侵害改作權時引用，但是學說上目前較常引用的判決卻是該最高法院於平成 13 年（2001 年）6 月 28 日平成 11(受)922 號損害賠償等請求事件（又稱之為「江差追分事件」）中所作成的判決理由。原因可能在於「江差追分事件」中的判決不但使用了「Parody 事件—第一次上訴第三審判決」中的標準，並進一步的詳細闡明該標準的內涵。

本件事實中，原告（第二審以及第三審被上訴人）木內宏係對於與江差追分相關連之非小說性散文「向北方波濤吟唱」（北の波濤に唄う）之著作人。被告（第二審以及第三審上訴人）除了 NHK 外，尚有平成 2 年（1990 年）10 年 18 日播送節目「北海道 Special・廣闊 Eurasia 的歌聲　探求江差追分的起源」之製作人，以及擔任本件節目現場負責人及製作的 NHK 函館放送部副部長。「向北方波濤吟唱」之其中一篇短篇「九月的熱風」，係描寫原告第一次參觀江差追分全國大會[113]時，所見聞該大會參加者及參觀者的模樣、該大會中展現獨特的狂熱及感動的短篇文章。該文章一開頭部分介紹江差町過去以及現在的模樣，並且將江差追分大會描述為振興該地昔日繁華並為一年中最高潮的活動。此外，本件系爭被告等人的節目係為探求江差追分的起源，並以 9 月舉辦江差

[113] 江差追分係北海道民謠，發源自北海道檜山郡江差町。為了振興以及繼承該民謠，該地自 1963 年起每年均會舉辦江差追分全國大會。

追分全國大會時為江差町注入一時的活力，以及訪問從海外來參加該大會的參加者等作為內容。原告因此主張本件節目中的旁白，改作了「九月的熱風」開頭部分，因此以侵害其改作權以及公開播送權、著作人格權（姓名表示權）等為求請求賠償。第一審東京地方法院、第二審東京高等法院均認同原告的請求。

向北方波濤吟唱	本件「北海道 Special・廣闊 Eurasia 的歌聲探求江差追分的起源」節目中的旁白
むかし鰊漁で栄えたころの江差は、その漁期にあたる四月から五月にかけてが一年の華であった。鰊の到来とともに冬が明け、鰊を軸に春は深まっていった。 彼岸が近づくころから南西の風が吹いてくると、その風に乗った日本海経由の北前船、つまり一枚帆の和船がくる日もくる日も港に入った。追分の前歌に、 松前江差の　津花の浜で すいた同士の　泣き別れ とうたわれる津花の浜あたりは、人、人、人であふれた。町には出稼ぎのヤン衆たちのお国なまりが飛びかい、海べりの下町にも、山手の新地にも、荒くれ男を相手にする女たちの脂粉の香りが漂った。人々の群れのなかには、ヤン衆たちを追って北上してきた様ざまな旅芸人の姿もあった。	日本海に面した北海道の小さな港町、江差町。古くはニシン漁で栄え、
漁がはじまる前には、鰊場の親方とヤン衆たちの網子合わせと呼ぶ顔合わせの宴が夜な夜な張られた。漁が終れば網子わかれだった。絃歌のさざめきに江差の春はいっそうなまめいた。「出船三千、入船三千、江差の五月は江戸にもない」の有名な言葉が今に残っている。	「江戸にもない」という賑いをみせた豊かな海の町でした。
鰊がこの町にもたらした莫大な富については、数々の記録が物語っている。 たとえば、明治初期の江差の小学校の運営資金は、鰊漁場に建ち並ぶ遊郭の収益でまかなわれたほどであった。 だが、そのにぎわいも明治の中ごろを境に次第にしぼんだ。不漁になったのである。 鰊の去った江差に、昔日の面影はない。とうにさかりをすぎた町がどこでもそうであるように、この町もふだんはすべてを焼き尽くした冬の太陽に似た、無気力な顔をしてい	しかし、ニシンは既に去り、今はその面影を見ることはできません。

る。 五月の栄華はあとかたもないのだ。桜がほころび、海上はるかな水平線にうす紫の霞がかかる美しい風景は相変わらずだが、人の叫ぶ声も船のラッシュもなく、ただ鴎と大柄なカラスが騒ぐばかり。通りがかりの旅人も、ここが追分の本場だと知らなければ、けだるく陰鬱な北国のただの漁港、とふり返ることがないかもしれない。 強いて栄華の歴史を風景の奥深くたどるとするならば、人々はかつて鰊場だった浜の片隅に、なかば土に埋もれて腐蝕した巨大な鉄鍋を見つけることができるだろう。魚かすや油をとるために鰊を煮た鍋の残骸である。 その江差が、九月の二日間だけ、とつぜん幻のようにはなやかな一年の絶頂を迎える。日本じゅうの追分自慢を一堂に集めて、江差追分全国大会が開かれるのだ。 町は生気をとりもどし、かつての栄華が甦ったような一陣の熱風が吹き抜けていく。	九月、その江差が、年に一度、かっての賑いを取り戻します。民謡、江差追分の全国大会が開かれるのです。大会の三日間、町は一気に活気づきます。

最高法院廢棄了第二審東京高等法院的判決後自為判決，並先闡明如何認定侵害語文著作的改作，略謂：「所謂語文著作的改作（著作權法第 27 條規定），係依據既存的著作，一方面維持其表現上本質的特徵之同一性，並且於具體的表現上附加修正、增減、變更，將思想或者感情重新地為創作性表現，而與其接觸之人可以直接察覺原著作表現上本質的特徵，而因此創作出另一個著作的行為。」、「因為著作權法保護思想或者感情的創作性表現（參照同法第 2 條第 1 項第 1 款），依據原著作而創作的著作中之思想、感情或者是 idea、事實等等，並非表現本身的部分或者無表現上創作性部分，縱使與原著作具有同一性的情況，也應該解釋為不該當於改作。」

針對本件原告（被上訴人）主張之內容，最高法院則謂：「本件開頭部分以及本件旁白，就江差町過去因捕撈鯡魚而興盛，據稱當時繁華的情況係連江戶也無此盛況的繁榮鄉鎮，但是現在因為鯡魚離去而不見當年繁華的情況，而江差町在 9 月舉辦江差追分全國大會時，係一年一次重現當年繁華，一時為江差町注入活力等表現之點以及表現的順序上，兩者係共通的具有同一性。但是本件開頭部分和本件旁白具有同一性的部分中，江差町過去因捕撈鯡魚而興盛，當時繁華的情況據稱係連

江戶也無此盛況的繁榮鄉鎮，但是現在因為鯡魚離去而不見該繁華的情況等等，屬於一般常識，此作為江差町的介紹係屬常見的事實，只能認為在非表現本身的部分具有同一性。此外，對於現在江差町最熱鬧的就是江差追分全國大會舉辦之時，此事與江差町居民一般的想法雖然有所差異，但並非專屬於被上訴人特有認知的思想，該認知本身不能稱作著作權法上應該被保護的表現，表明該等認知的內容亦不能視為被著作權法禁止之事，本件旁白中上訴人等基於與被上訴人相同認知的基礎上，表現江差町在 9 月舉辦江差追分全國大會時，係一年一次重現當年繁華，一時為江差町注入活力等來看，只能認為本件旁白在非屬原著作表現本身的部分具有同一性，並在具體的表現上兩者具有差異[114]。然後，本件旁白編排方式與成為本件開頭部分骨幹的事項記載順序雖然相同，該記載順序本身難以稱之為獨創性的事物，也只是在不能稱作為表現上創作性的部分中具有同一性。而且，由上述各部分所構成的本件旁白之全體來看，其長度相較於本件開頭部分為短，並以上訴人等人創作的影像作為背景而為播送，與其接觸之人應該不會直接察覺具有本件開頭部分表現上的本質的特徵。」、「因此本件旁白雖然依據本件著作而為創作，但是和本件開頭部分具有同一性的部分，並非屬於表現本身之部分或表現上創作性的部分，因為從本件旁白的表現中無法直接察覺本件開頭部分表現上本質的特徵，不能認為屬於改作本件開頭部分的衍生著作。」

大部分引用「Parody 事件—第一次上訴第三審判決」以及「江差追分事件」判決理由的學說，大多數係以「依據性」和「類似性」此二要件來作為判斷侵害改作權之判斷要件。有學者引用上述最高法院於「江差追分事件」中對於判斷是否侵害改作權的標準[115]，認為判斷侵害改作

[114] 依照最高法院判決理由中所認定的事實，江差町中 8 月姥神神社的夏日祭典方為該地最熱鬧的活動，而江差追分全國大會雖然是每年舉辦的重要活動，但不能說整個城鎮均非常熱鬧。

[115] 即「所謂語文著作的改作（著作權法第 27 條規定），係依據既存的著作，而且一方面維持其表現上本質的特徵之同一性，並且於具體的表現上附加修正、增減、變更，將思想或者感情重新地為創作性表現，而與其接觸之人可以直接察覺原著作表現上本質的特徵，而以此創作出另一個著作的行為。」。

權時，應具備：（a）「依據既存的著作」、（b）「維持其表現上本質的特徵之同一性」、（c）「於具體的表現上附加修正、增減、變更」、（d）「將思想或者感情重新地為創作性表現」、（e）「與其接觸之人可以直接察覺原著作表現上本質的特徵」、（f）「創作出另一個著作的行為」。

首先（a）「依據既存的著作」之要件即為「依據性」。倘若不具備（c）「於具體的表現上附加修正、增減、變更」，或者即使於原著作上附加此具體的改變，但未有（d）「將思想或者感情重新地為創作性表現」以及（f）「創作出另一個著作的行為」，則屬於重製之行為。又倘若被創作出的另一個著作中，不具備（b）「維持其表現上本質的特徵之同一性」以及（e）「與其接觸之人可以直接察覺原著作表現上本質的特徵」，則屬於創作另一個個別獨立的著作，除不該當於重製原著作之行為外，亦非屬改作原著作之行為[116]。

小 <----------改變程度----------> 大

	侵害重製權		侵害改作權	不成立侵害
改變	N	Y	Y	Y
因改變而附加新的創作性	N	N	Y	Y
是否可以察覺原著作表現形式上本質的特徵	N	N	Y	N

（二）依據性

所謂的「依據性」，由「Parody 事件—第一次上訴第三審判決」以及「江差追分事件」等兩則日本最高法院判決可知，係指被告為改作行為時有「依據既存的著作」之主觀意思，因此判斷標準與重製權侵害之「依據性」並無不同。

（三）類似性

「Parody 事件—第一次上訴第三審判決」以及「江差追分事件」等兩

[116] 岡村久道，2010，202-203。

則日本最高法院判決，創設了侵害改作權的認定標準，即「依據性」以及「類似性」（即「依據既存的著作，一方面維持其表現上本質的特徵之同一性，並且於具體的表現上附加修正、增減、變更，將思想或者感情重新地為創作性表現，而與其接觸之人可以直接察覺原著作表現上本質的特徵，而以此創作出另一個著作的行為」）。該認定標準雖然在文義上容易理解，但實際上實務在個案中運用此等標準所作出的決定，即判斷行為人所創作著作中，是否具備侵害原著作人改作權的「類似性」，亦或者判斷是否為不侵害原著作人改作權的另一新著作時，未必不會產生爭議。

學者有認為在判斷時應該考慮兩個觀點。一個觀點是確保禁止搭便車的行為以保護權利人，以及確保創作人的創作誘因（incentive）。如果從這個觀點來說的話，看到某個作品即可以察覺別的作品的情況時，即可以認為屬於侵害改作權的範圍。而且，從一般法律拘束力的想法來說，如果嚴格地限定只保護表現，不但會成為法律上的具文，也有可能招來不合理的結果。因為改作人有足夠多的可能性為避免侵害改作權的主張，實際上即不可能有作成衍生著作的可能性，因此使其接受相對應的風險，並無法稱之為過於嚴酷。但是，另一方面，從著作權的公共性（即提供利用者多樣的作品）以及給予不受拘束的創作活動上來看，應該儘可能地限制侵害改作權成立的範圍。而且，從判決一致性以及預測可能性的觀點來看，某種程度上也有必要為嚴格地解釋。如何從這兩個觀點中採取相對應的比重，於改作權的侵害判斷上即會有微妙地不同[117]。

三、日本案例研究

（一） 語文著作之類似性（電影腳本）

知的財產法院平成 17 年（ネ）第 10023 號請求停止節目公開播送上

[117] 三山裕三，2010，246。

訴事件（又稱之為「NHK 大河 Drama『武藏 MUSASHI』事件」）中，原告（上訴人）黑澤明之二位繼承人對於被告（被上訴人）NHK 所製作並於平成 15 年（2003 年）播送的電視節目「武藏 MUSASHI」第一集，主張負責撰寫該節目腳本的被告（被上訴人）鎌田敏夫未經同意即改作黑澤明電影「七人之侍」及該電影的腳本，而被告 NHK 負責製作以及播送該節目，因此有侵害黑澤明電影、電影腳本之著作改作權、著作人格權之行為，要求被告等人停止重製以及公開上映「武藏 MUSASHI」第一集、停止重製以及出版「武藏 MUSASHI」第一集腳本、銷毀該節目母帶、賠償日幣 1 億 5400 萬元以及刊登道歉廣告等[118]。

第一審東京地方法院判決駁回原告之訴，先引用「江差追分事件」最高法院的判決，略謂「所謂改作（著作權法第 27 條規定），係依據既存的著作，一方面維持其表現上本質的特徵之同一性，並且於具體的表現上附加修正、增減、變更，將思想或者感情重新地為創作性表現，而與其接觸之人可以直接察覺原著作表現上本質的特徵，而因此創作出另一個著作的行為。然後因為著作權法係保護思想或者感情的創作性表現（參照同法第 2 條第 1 項第 1 款），依據原著作而創作的著作，如果是在在思想、感情或者是 idea 等與原著作權具有同一性的情況，也應該解釋為不該當於改作（參照最高裁平成 11 年（受）第 922 號同 13 年 6 月 28 日第一小法庭判決・民集 55 卷 4 號 837 頁）。」、「因此，為了評價被告腳本係屬於改作原告腳本的著作，除了被告鎌田敏夫依據原告腳本做成被告腳本，並且必須從被告腳本中可以直接察覺原告腳本表現上本

---

[118] 電影「七人之侍」以及 NHK 大河 Drama「武藏 MUSASHI」之宣傳海報：

。

質的特徵作為前提，如果被告腳本與原告腳本僅在於與具體表現相分離之思想、感情或者是 idea 等具有同一性時，應該不該當於改作。」。該判決因此略謂：「本件中原告等主張下列①到④點中可以從被告腳本中直接察覺原告腳本表現上本質的特徵，此外，原告也主張①到④點組合而成之內容，也可以想起原告腳本的全體內容，主張被告腳本可以評價為原告腳本的模仿作品：①村人僱請武士與野武士戰鬥的故事、②兩腳本對比中有 9 個地方相類似、③西田敏行所演的內山半兵衛以及志村喬所演的島田勘兵衛，與寺田進演的追松以及宮口精二演的久藏相類似、④在飄霧以及豪雨之戰場或村落中對戰的表現。」但是，「原告腳本與被告腳本相比較下，如同前述可認定有幾個場面中有一定的共通點，但是共通的部分只停留在思想的階段，登場人物的人物設定方面也無法認定屬於相類似。此外，原告腳本與被告腳本間，故事全體的展開或主題等不同，因此原告腳本表現上本質的特徵無法從被告腳本中察覺，不能認為被告腳本侵害原告腳本的著作權（改作權）以及已故黑澤明氏的著作人格權（姓名表示權以及同一性保持權）。」

另關於「武藏 MUSASHI」第一集節目本身內容，原告除了主張該節目與原告腳本著作相比較之後，除了可知係依據被告腳本製作之外，尚有「朱實將繫在腰上的鈴鐺丟給武藏」以及「武藏拔起插在地上的刀」等二幕和原告腳本類似，但東京地方法院以上述相同的理由駁回「武藏 MUSASHI」第一集係侵害原告著作改作權之主張。

第二審知的財產法院維持第一審東京地方法院的判決，另略謂：「上訴人等主張當原著作屬於著名的情況下，對於改作的相類似判斷較為簡單，即使並未對整體進行比較，而僅針對一個、二個特徵的場面，一般人也可以判斷兩著作相類似，而被上訴人等在自己的作品（被上訴人係將著名作品的原作小說為改作[119]）的一部份，係屬於將『七人之侍』的故事以及象徵的場面以一種劇中劇的形式取出、置入的作品（置

[119] NHK 大河 Drama「武藏 MUSASHI」的腳本係自吉川英治的原著小說「宮本武藏」為改作。

入型模仿），並無法有效地以現有的方式來比較，對於改作人而言，像『七人之侍』這樣著名原著作的情況時，可以事先明確的預測需要以何種程度的改變以避免被認定為抄襲，因此與不出名的著作情況相比，縱使改作的相類似程度較低，只要能滿足『察覺』的要件時，亦應判斷為侵害改作權之行為云云。」、「但是，所謂受著作權法所保護的著作，係『以創作的方式將思想或感情為表現，並屬於文藝、學術、美術或音樂的範圍』（著作權法第 2 條第 1 項第 1 款），此並不能因為著名與否而為相差異的保護。然後，所謂『改作』（著作權法第 27 條），如同前述，是依據既存的著作，而且一方面維持其表現上本質的特徵之同一性，於具體的表現上附加修正、增減、變更，以該新思想或者感情作為創作的表現，而與其接觸之人可以直接察覺原著作表現上本質的特徵，而因此創作出另一個著作的行為，對於是否可以直接察覺著作表現上本質的特徵，此也不能因為原著作著名與否而有所差異，因此並無法認同上訴人等上述的主張。」

（二） 語文著作之類似性（報導文學）

東京高等法院平成 5 年(ネ)3610 號民事訴訟事件（又稱之為「惡妻物語事件」[120]）中，原告（被上訴人）田中喜美子創作包括以「覺醒」為名的報導文學等 5 篇文章予以集結後，於昭和 61 年（1986 年）4 月 1 日委託汐文社股份有限公司以「太太們脫掉玻璃鞋」為名稱出版書籍。原告在本件訴訟中主張被告（上訴人）東京電視台、IVS 電視製作股份有限公司、製作人近藤晉所共同製作並於昭和 62 年（1987 年）播送的「惡妻物語？」電視劇侵害其改作權而提起訴訟[121]。

---

[120] 該民事事件亦有稱之為「『太太們脫掉玻璃鞋/覺醒』事件」。

[121] 依照第一審東京地方法院判決認定之事實，被告近藤晉原先已有詢問原告田中喜美子是否同意改作其著作，如果同意的話即會開始尋找願意播送的電視公司，但原告要求被告製作完成腳本並確認播放的電視台後才會決定是否同意；豈料，被告在原告未看過腳本、電視劇製作完成而且被告東京電視台已經安排播送時間後，才要求原告同意其腳本內容。原告認為腳本內容將其著作中最重要表現的思想予以改變，加上被告向原告尋求同意改作的態度不佳，因此拒絕同意改作其著作。

第一審東京地方法院昭和 63 年(ワ)6004 號損害賠償事件判決裡由中比較原告著作以及被告腳本後，略謂：「製作電視劇或者撰寫電視劇腳本時，並非不可以他人的相關文學著作當作素材而為利用，但是可以在未得該著作之著作人同意而為利用的情況，僅限於從其本身無法直接察覺他人著作中表現形式上本質的特徵之情形下而為利用。電視劇或者其腳本的著作人主觀上有將他人的著作作為素材而為利用之意圖，而從所被製作的電視劇或者是腳本本身中可以直接察覺他人著作中表現形式上本質的特徵，而該特徵未到消失的程度時，該當於改作他人之著作。」、「依此來看本件電視劇和原告著作，讀過原告著作的一般人如果收看本件電視劇的話，可以發現本件電視劇是將原告著作予以電視劇化，並且是以容易地發現之程度發現電視劇化之中改變了先生回國之後的故事，而在前半段基本的故事中，於主人公夫婦的設定、故事的細節等有共通的具體或類似表現，而可以從電視劇中直接察覺原告著作中表現形式上本質的特徵，而該特徵並未到消失的程度。然後，原告著作以及本件電視劇有前述共通點、類似點，此外如同前述，被告近藤晉閱讀過包括原告著作在內之原告書籍作品，給予相當高的評價，想要忠實地予以電視劇化，在未經電視公司要求下，以不引起觀眾不快為由而變更內容，和腳本家說明被告近藤晉的製作意圖、以原告著作為素材之一部分為使用等商討後完成之腳本作為依據並製作完成本件電視劇，則本件電視劇屬於改作原告著作。」等語，判決被告等應賠償原告損失以及刊登道歉文。

第二審東京高等法院維持第一審判決並駁回被告（上訴人）之上訴。該判決先分析兩者故事的內容，略謂：「原告著作的基本故事，略為在建設公司工作的主人公章子之夫被命單身前往沙烏地阿拉伯工作兩年。章子雖然希望與先生一同前往並和先生討論，但是在公司政策並不允許的情況下，因此先生便獨自前往赴任。由於章子希望實現願望，因此和先生公司談判，但是公司方面想要以治安不佳為理由說服章子。章子便開始尋找派遣員工前往沙烏地阿拉伯的石油公司以及商業公司，並發現公司不允許同行的理由並非屬實，而且於知悉公司要求海外單身赴

任的實情之時找到了可能提供員工公寓的企業。章子想要以自己的力量前往沙烏地阿拉伯，但是卻面臨無法以一個人的身分自屬於回教國家的沙烏地阿拉伯取得入國簽證。但是，她也知道如果變更申請書的內容並非不可能無法進入該國。公司知悉章子想要追到先生的身邊後，因為為了維持單身赴任的慣行，因此命令先生回國，章子因而再次與分別六個半月的先生相聚。但是，章子和先生間卻因為章子就職這個原因產生了裂痕。章子在事業以及家庭難兩全的困難情況下，圍繞著分擔家事的夫婦間代溝更為加深因此離婚。之後章子與尊重章子新的生活方式的男性再婚。」、「本件電視劇的基本故事略為在建設公司工作的主人公章子之夫被命單身前往沙烏地阿拉伯工作兩年。章子雖然希望與先生一同前往並和先生討論，但是在公司政策並不允許的情況下，由先生獨自前往赴任。由於章子希望實現願望，章子便開始尋找派遣員工前往沙烏地阿拉伯的石油公司以及商業公司，並發現公司要求海外單身赴任的實情之時找到會提供員工公寓的企業之後，便與先生的公司談判。公司以會影響赴任者的團隊作業為由拒絕章子的願望。章子想要以自己的力量前往沙烏地阿拉伯，但是卻面臨無法以一個女性的身分自屬於回教國家的沙烏地阿拉伯取得入國簽證。但是，她也知道如果變更申請書的內容並非不可能無法進入該國。知悉章子可能會追到先生的身邊的公司命令先生回國。在當地上司的協調之下，為了說服章子而暫時回國的先生卻因為捲入鄰居妻子婚外情對象的傷人事件而受傷住院。章子和先生間雖然造成了裂痕，但是章子了解了先生的真意，決心做好稱職的妻子，對於想和先生一起前往赴任而造成的騷動向先生道歉。與章子和解後的先生再次單身赴任，而章子則在日本就業。」

該二審判決接著分析兩著作間的相同以及相異部分，略謂：「依據前述的事實，明顯地可以看出原告著作與本件電視劇在主人公的先生回國之前的前半段基本的故事極為類似。另外，依據前述認定的事實，原告著作與本件電視劇中，主人公的名子（章子）、夫婦間有無小孩（沒有）、是否均為工作（專業主婦）、先生的工作地（在海外設有分公司的建設公司）、先生的派遣地（沙烏地阿拉伯）都相同，主人公或其先

生的性格、人物模樣為相類似，且如同在原判決對照目錄中『具體的內容的類似點』項目中的記載，就關於提起單身赴任的有關問題、太太（主人公）對於單身赴任命令所產生的想法、不願讓前往海外就職員工太太同行的公司、知悉無法一同前往的太太所為的對應以及行動、知道太太可能前往沙烏地阿拉伯後公司的處理等等前半段故事的細節相類似，並且也可以發現部分連具體文言的表現上也有共通的情形。」、「另一方面，原告著作與本件電視劇就主人公的先生回國之後的後半段基本故事，原告著作如同前述，係因為章子就職為夫婦離婚的直接原因，章子離婚後與尊重章子新的生活方式的男性再婚。相較之下，本件電視劇如同前述，章子和先生間雖然造成了裂痕，但是章子決心做好稱職的妻子，對於想和先生一起前往赴任而造成的騷動向先生道歉，夫婦因此和解而先生再次單身赴任等，兩者有相當大的差異。然後，本件電視劇中，出現了並未在原告著作中出現的主人公宿舍鄰居的美貴夫婦、主人公學生時代的學姐鈴子等人登場等部分，故事也不相同。」

該二審判決最後作出結論，「但是，在原告著作中前半段基本的故事以及提出單身赴任的相關問題、太太（主人公）對於單身赴任命令所產生的想法、不願讓前往海外就職員工太太同行的公司、知悉無法一同前往的太太所為的對應以及行動、知道太太可能前往沙烏地阿拉伯後公司的處理等等前半段故事的細節之具體表現，可以認為成為形成原告著作特徵之個性內容表現的要素。就如同前述，本件電視劇前半段的故事以及細節與原告著作相類似，甚至具體表現共通的部分也存在，縱使後半段的基本故事中有如同前述的相異點，閱讀過原告著作的一般人如果收看本件電視劇的話，因為可以容易的認識到本件電視劇是將原告著作予以電視劇化，在電視劇化之中改變了先生回國之後的故事，而因為可以認為在本件電視劇中對於原告著作前述之特徵的、個性的內容表現並未使之消失而為重現，應當認為本件電視劇係將原告著作予以改作。」

（三）音樂著作之類似性（流行歌曲）

東京高等法院平成 12 年(ネ)1516 號本訴請求損害賠償・反訴請求確認著作權等上訴事件(又稱之為「記念樹事件」)，原告（上訴人）小林亞星於昭和 41 年（1966 年）就歌曲「不論去何處都一起走吧」（どこまでも行こう）為作詞以及作曲，因而就該首歌曲的歌詞以及樂曲（甲曲）相關之著作取得著作權以及著作人格權。此外，小林亞星於於昭和 42 年（1967 年）2 月將包括甲曲編曲權在內的著作權以及歌詞相關著作權一併讓與原告（上訴人）金井音樂出版有限公司，金井音樂出版有限公司並於同年 2 月 28 日將演奏權等權利信託予社團法人日本音樂著作權協會，但該公司仍保留編曲權之權利。而被告（被上訴人）服部克久於平成 4 年（1992 年）就名為「紀念樹」之歌曲為作曲（乙曲）後，以被告天野滋為作詞者、被告見岳章為編曲者、波麗佳音（Pony Canyon）為錄音製作人、「令人佩服學校的全體學生」（あっぱれ学園生徒一同）為歌手之名義，出版音樂 CD 並為公開發表。之後，包含富士電視台、關西電視台在內的電視台於二電視節目中，以片尾曲、主題曲等方式使用該首歌曲。原告等人認為乙曲係依據甲曲而為改編之樂曲，因此主張原告小林亞星之著作人格權（同一性保持權以及姓名表示權）以及原告金井音樂出版有限公司的著作權（重製權、改作權）[122]受到侵害並請求賠償，惟被告服部克久同時對原告小林亞星提起反訴確認被告對乙曲有著作人格權。第一審東京地方法院駁回原告的請求並確認被告對「紀念樹」之歌曲有著作人格權。

第二審東京高等法院廢棄第一審東京地方法院關於著作人格權、改作權侵害的認定[123]，除認為被告（被上訴人）於創作乙曲時有「依據」

[122] 原告金井音樂出版有限公司於第一審時主張其重製權受到侵害，但於第一審敗訴後於第二審改變主張其改作權受到侵害。此外，第二審東京高等法院判決略謂：「上訴人雖然在書狀中使用『改作權』一詞，但是在甲曲以及乙曲係為與音樂相關著作之情況時，著作權法第 2 條第 1 項第 11 款規定係以樂曲所獨有之『編曲』與『翻譯』、『改變』並列作為衍生著作的創作態樣而為規範，第 27 條規定中將『編曲權』、『改作權』等權利列為著作人排他性的權利之一而為規範，因此上訴人等所謂的『改作權』解釋上應認為係為『編曲權』…」

[123] 東京高等法院另一方面維持第一審判決中對於被告（被上訴人）對於衍生著作「紀念樹」之歌曲有著作人格權的認定。

甲曲之意思外[124]，先引用「江差追分事件」之判決理由，就「編曲」之定義而為解釋：「著作權法對於樂曲的『編曲』（同法第 2 條第 1 項第 11 款、第 27 條）並未特別為定義（此與文學以及美術著作保護相關的伯恩公約第 2 條第 3 項、第 12 條相同），而同條文中並列的語文著作之『改作』，係依據既存的著作，一方面維持其表現上本質的特徵之同一性，並且於具體的表現上附加修正、增減、變更，將思想或者感情重新地為創作性表現，而與其接觸之人可以直接察覺原著作表現上本質的特徵，而因此創作出另一個著作的行為（最高裁平成 13 年 6 月 28 日第一小法庭判決・民集 55 卷 4 號 837 頁）。準此，所謂『編曲』，應解釋為係依據既存的樂曲，一方面維持其表現上本質的特徵之同一性，並且於具體的表現上附加修正、增減、變更，將思想或者感情重新地為創作性表現，而與其接觸之人可以直接察覺原曲表現上本質的特徵，而因此創作出另一個樂曲的行為。」

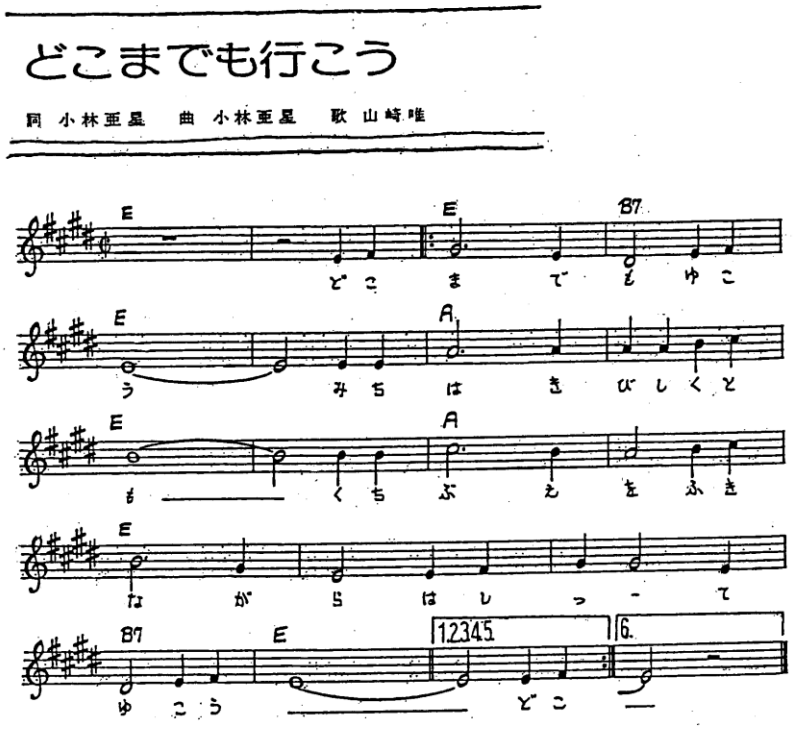
此外，該判決就判斷音樂著作間的「類似性」，則略謂：「一般而言，樂曲的 3 要素包含旋律（Melody）、節拍（Rhythm）以及和聲（Harmony），此外，依情況而附加樂曲形式等等要素，此等全體是樂曲不可或缺之重要的要素。」、「一般來說樂曲本質的要素包含上述多樣的要素，此外，這些要素係一體性的對於聽者的情緒產生作用，所以各個樂曲之中形成表現上本質特徵基礎的要素應當都不相同。依此來看，如果必須依據具體的事實而論斷『表現上本質的特徵之同一性』時，則應只能先討論要從何處著手找出原曲之樂曲中表現上本質的特徵後，一方面著重於形成該表現上本質特徵基礎的主要要素，而同時就雙方當事人所主張的要素為判斷。」、「尤其是只以旋律表現的樂曲，就如同上述專家意見書所指出，例如浪花曲這樣只使用單獨旋律也可以成為音樂著作（樂曲）的情況之下，如果並未改變旋律本身而只有單純附加和聲，通常難以認定喪失了該等只以旋律所作成之原著作的表現上本質特徵之同一性。相對於此，一般並不會認為與旋律分離的和聲可單獨視為

[124] 請參閱前述「依據性的舉證責任與證明」一節之內容。

樂曲，而和旋律比較之下，也無法否定和聲較難單獨成為給予著作基礎的要素。然後，這樣的看法，除了只以打擊樂器演奏之音樂這種特殊之例子之外，對於節拍以及音樂形式上也可以為這樣的認定。如此一來，如同前述，給予樂曲本質特徵基礎的要素是多元性，判斷其同一性的方法也無法一律而論，但至少只要在具有旋律的一般音樂方面，判斷是否成立著作權法的『編曲』時，旋律應該屬於相對重視的要素並占有主要的地位。」、「像甲曲和乙曲二相異樂曲之間旋律的類似程度，除了當初為了公開發表所為的編曲部分以外，不只是具有於其他相類似例子中所未見程度之多重一致的音（約 72%），在被認為是在樂曲全體旋律構成中具有重要角色的各樂句（Phrase）中，在一開始三個音以上以及最後的音以及相對上被強調給予重要角色的強拍部，基本上在所有樂句中均屬於一致，因此樂曲全體起承轉合的構成極為相似。特別是，從相當於起承轉合的『轉』的第三樂句到相當於『結』的前半部分第四樂句的第 6 音之部分來看，除了有無經過音以及分拍（Subdivision）等常見編曲手法相關差異之外， 有 22 個音連續性的存在而幾乎可說是相同的旋律，只看此部分的話，占了甲曲全體三分之一以上（全部 16 小節的 5.5 個小節）。另一方面，兩曲使用旋律相異的部分，即有無導音 Si、上行形或下行形之差異，在這之中，特別是有無導音 Si 這點上，雖然無法忽視屬於在乙曲中新的創作的表現範圍，但不論在量上或在質上，應該無法超越上述共通旋律組成而給予支配的印象。」

而關於旋律以外的和聲、旋律、節拍等是否影響「類似性」的認定，該判決則認為「甲曲的和聲是以『Ｅ－Ｂ７－Ｅ－Ａ－Ｅ－Ａ－Ｅ－Ｂ７－Ｅ』方式進行，屬於以基本 3 和音，也就是所謂的 3 和弦的曲目，像這樣和聲的進行，是常見簡單不花俏的曲子。相較之下，乙曲的和聲是以『Ｄ－Ｇ/Ａ－Ｄ－Ｇ/Ｄ－Ｄ－Ｇ－Ｄ－Ｃ/Ｄ－Ｄ７－Ｇ－Ａ７－Ｄ－Ｆ♯＋/Ａ♯－Ｂｍ－Ｂｍ/Ａ－Ｇ（Ｅｍ）－Ｇ♯ｍ７♭５－Ｇ/Ａ－Ｄ－Ｇ/Ａ（Ａ７）－Ｄ－Ｄｍａｊ７/（Ｃ♯）－Ｄ７/（Ｃ ・）－Ｇ/Ｂ－Ａ７/Ｇ－Ｆ♯ｍ－Ｃ/Ｄ－Ｄ７－Ｇ－Ａ７/Ｇ－Ｆ♯ｍ－Ｂｍ－Ｇｍ/Ｂ♭－Ｄ/Ａ－Ｇ/Ａ－Ｄ－Ｇｍ６/Ｄ－Ｄ』複雜的方式進行，以十分精細的經

過和音以及使用許多分數和弦為其特徵，然後，為了在樂句 F 的部分產生高潮，以『Ｄ－Ｄｍａｊ７－Ｄ７』方式進行，在副旋律中半音一直下降之點，以及屬在長調中為表現悲傷的將Ｂｍ、Ｇ♯ｍ７♭５、Ｇｍ/Ｂ♭、Ｇｍ６/Ｄ等和聲放在重要之處等等，得認為可發現其創作性。就如同上述意見書所指出，像這樣不同的和聲給予甲曲和乙曲之構想一定的影響。相對於正面向前印象的甲曲，可認為乙曲有讓人產生感傷想法此種在構想上差異上的要素。」、「對於因為乙曲具備如上所述的新和聲表現，在著眼於旋律之下因此減少了兩曲之間表現上本質特徵之共通性，然後影響了同一性之主張為討論，甲曲作為樂曲中表現上本質的特徵，如同前述主要是簡單容易親近的旋律，另一方面，乙曲是為了用在大眾唱歌目的之樂曲，此一基本性格和甲曲相同，難以否定一般接觸乙曲的人，不會將歌唱旋律置於主要位置，伴奏和聲則置於輔助的位置。以此點來看，雖然說不同的和聲可以讓兩曲產生不同的構想，但是難以說有決定性的差異，無法認為可超越著眼於旋律時兩曲中表現上本質的特徵之共通性，而使其同一性受到影響。」、「關於旋律，可從樂譜中知道甲曲是 2 分的 2 拍子，乙曲是 4 分的 4 拍子，但對於 2 分的 2 拍子變成 4 分的 4 拍子的此種變換的程度，只能稱作屬於演奏上變奏範圍的程度上的差異而已。」、「然後，關於節拍，在本件中以甲曲和乙曲作為基準的各樂譜中均未予以指定，不能作為判斷的因素。而且，雖然可以認為甲曲以 1 分鐘內 2 分音符 112 次、乙曲以 1 分鐘 4 分音符 100 次的速度此種程度上的差異存在，另一方面，從記載甲曲的教科書中，對於速度有採取 1 分鐘內 104 到 112 次、96 次、88 到 96 次等來看，即使節拍不相同也只不過是演奏上變奏範圍的程度上的差異，不能認為有減損原曲表現上本質特徵同一性的差異性。」



どこまでもゆこう

1．どこまでもゆこう 道はきびしくとも
口笛を吹きながら 走ってゆこう

2．どこまでもゆこう 道はけわしくとも
幸せが待っている あの空の向うに

3．どこまでもゆこう 道は苦しくとも
君の面影胸に 風をうけてゆこう

4．どこまでもゆこう 道がなくなっても
新しい道がある この丘の向うに

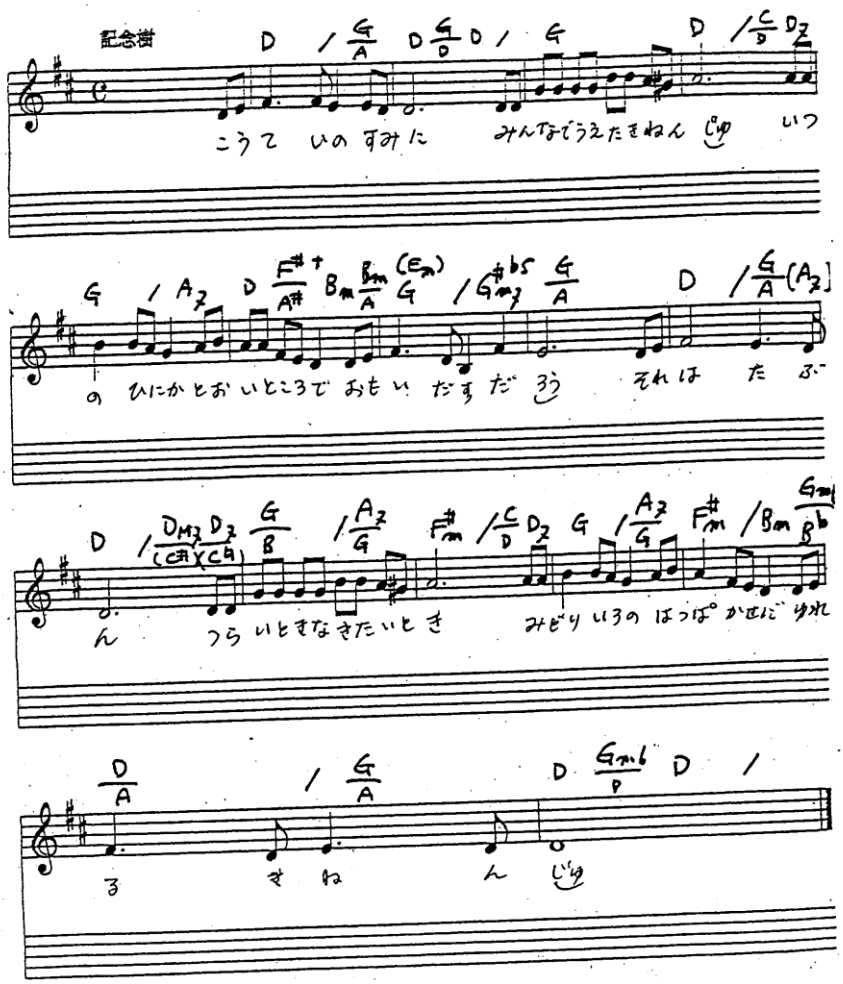
5．どこまでもゆこう 道は淋しくとも
あの星をみつめながら 迷わずにゆこう

6．どこまでもゆこう 道はけわしくとも
幸せが待っている あの雲の向つに
…… 幸せが待っている
あの雲の向うに
あの雲の向うに

甲曲樂譜以及歌詞

別紙２

楽譜二

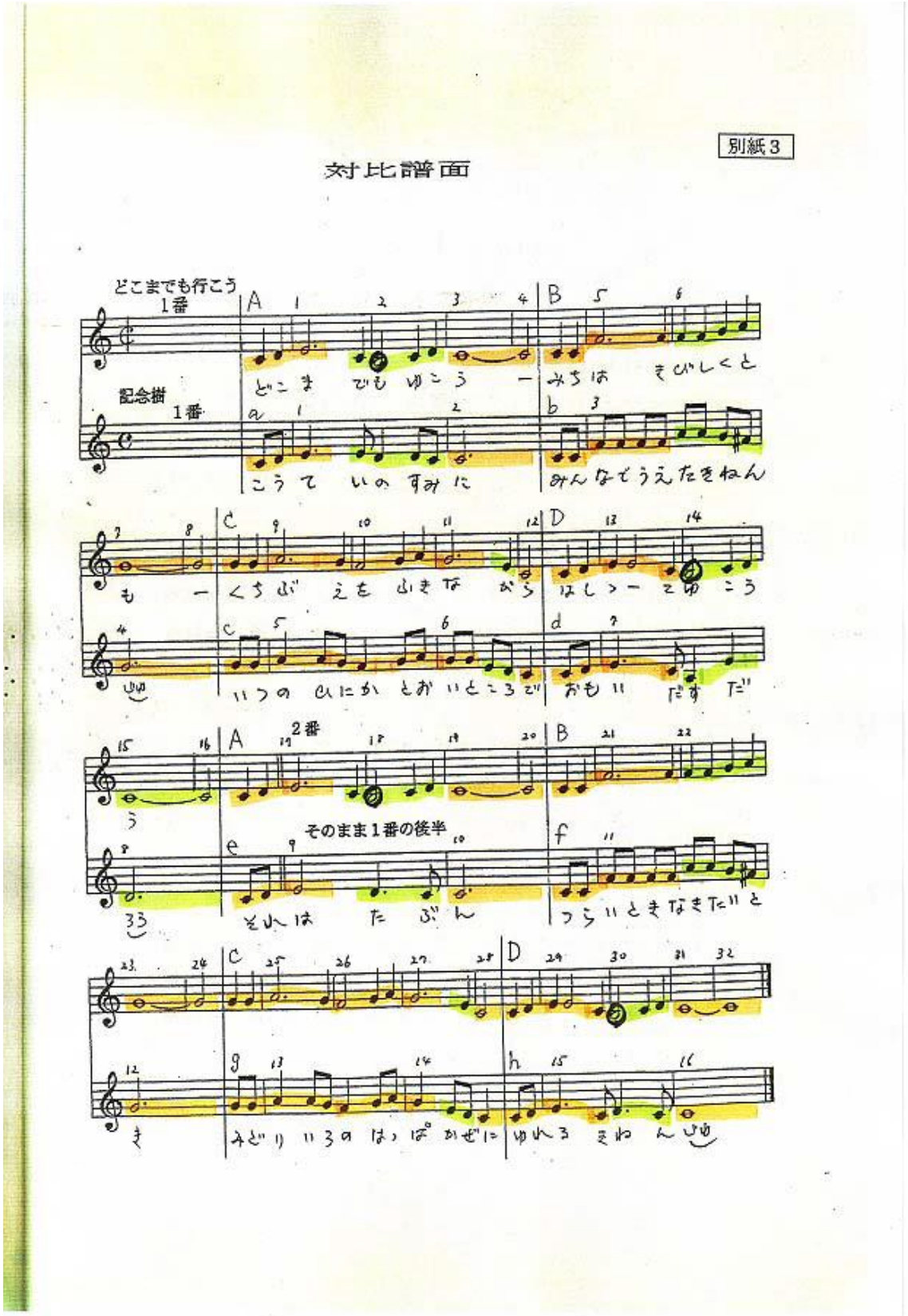


1 校庭の隅に
みんなで植えた記念樹
いつの日にか遠いところで
思い出すだろう
それは多分
つらい時泣きたい時
緑色の葉っぱ風に
揺れる記念樹

2 忘れないずっと
みんな子供だったこと
スコップうまく使えずに
顔見合わせた
大人になっても
心から笑いたいね
あの日空の雲は夢の
かたち描いた

3 夕暮れの校舎
みんなで植えた記念樹
ニワトリが朝と間違え
鳴いていたっけ
振り返るのは
つらい時泣きたい時
枝は空をめざし風に
揺れる記念樹
揺れる記念樹

乙曲樂譜以及歌詞


別紙3
対比譜面
どこまでも行こう
1番
記念樹
1番
A
B
どこま でも ゆこう ー
みち は きびしくと
こう て いの すみ に
みんなでうえたきねん
C
D
も ー くち ぶ えを ふきな がら
はしっ ー こゆ こう
いつの ひにか とお いところで
おもい だす だ
2番
そのまま1番の後半
そん は た ぶん
つらいときなきたいと
みどり いろの はっぱ かぜに
ゆれる きね ん

樂譜對比

（四）美術著作、衍生著作之類似性（玩偶圖案）

東京高等法院平成 11 年(ネ)6345 號請求停止侵害著作權等上訴事件(又稱之為「Q 比事件」)中，原告(上訴人)北川和夫自 ROSE O'NEIL 遺產財團受讓本件人偶之著作權後，提起訴訟主張被告（被上訴人）Q 比株式會社所於被告商標、商品包裝、商品容器、電視節目、網路上使用的 Q 比圖案及與美乃滋商品一起搭售的 Q 比人偶（「被告人偶」或「被上訴人人偶」），侵害其著作重製權以及改作權，請求被告 Q 比株式會社停止重製、散布、銷毀該等圖案以及人偶[125]。

依據法院認定之事實，Rose O'Neil 於 1874 年 6 月 25 日在美國賓州出生，自 1889 年左右起向雜誌投稿插畫後，因其繪畫上的才能而受到注目，1996 年左右開始正式以插畫家的身分從事插畫工作。Rose O'Neil 於 1903 年之後，將西歐神話中的天使，亦即擁有雙翼之幼兒模樣的邱比特插畫做了若干的修飾後，發表了 Two Valentines 插圖、1903 年作品、1905 年作品、1906 年作品，又在 1909 年 12 月號的「Ladies' Home Journal」中發表與之前的邱比特插畫相異，而可以感受到存有嶄新的想像並具有獨創性的邱比特插畫（即「本件插畫」）。Rose O'Neil 當時因為收到小朋友的來信要求其製作邱比特的人偶，一時興起地將邱比特插畫為立體上的表現，雕刻了與本件人偶具有同一模樣的邱比特小雕像。知道這件事的數個玩具工廠因此向其要求同意製造製造邱比特人偶。1912 年德國的玩具工廠試做了瓷器的邱比特人偶，Rose O'Neil 因此前往德國給予玩具工廠建議以及指導，而其在義大利學習美術的妹妹也在此時擔任其助手。之後該德國玩具工廠製作的人偶（即「本件人偶」）在美國銷售並大受歡迎。Rose O'Neil 因此於 1912 年 12 月 17 日向美國專利商標局申請新式樣專利（1913 年 3 月 4 日登錄第 43680 號新式樣專利），另於 1913 年 11 月 20 日向美國著作權局就邱比特的小雕像申請登記著作權（第 H1040 號）。故可以認定 Rose O'Neil 係在 1910 年至 1912 年間在美國創

[125] 以下將只就原告擁有著作權的本件人偶以及被告製作的被告人偶間是否具有「類似性」之爭點部分為介紹。

作與本件人偶具有相同模樣的邱比特小雕像，而於 1913 年製作該小雕像重製物之本件人偶並為公開發行。原告(上訴人)則自 Rose O’Neil 受讓本件人偶的著作權，於平成 10 年（1998）年 6 月 9 日申請著作權登記，並於同年 8 月 25 日通過登記後，將 1913 年 11 月 20 日作為公開發表日期。

本件人形

本件人偶

YK人形

被告人偶

1903年作品②の部分

1903 年作品

1905年作品の部分

1905 年作品

本件イラスト著作物の部分

1909 年本件插畫

第一審東京地方法院平成 10 年（ワ）第 13236 號判決認為本件人偶係 Rose O’Neil 的 1903 年作品及 1905 年作品之衍生著作，雖然因 1903 年作品及 1905 年作品在日美著作權條約簽訂前所創作而不受日本著作權法保護，但該衍生著作就新附加創作性的部分擁有著作權而受到保護。

此外，就本件人偶與被告人偶間是否具有「類似性」，該法院認為：「本件人偶與被告人偶間有下列的整體的特徵：①幾近直立的人偶、②嬰兒的體形且頭部的比例較大、③全裸、④性別不明顯的中性、⑤柔軟的模樣。在細部的特徵有：⑥頭部中間以及左右的部分有尖銳形狀的毛髮、中央部分的頭髮前垂、頭部其他部分則沒有頭髮、⑦雙頰膨脹、⑧眼睛又圓又大、⑨眉毛係位於與眼睛稍微分離的位置、⑩鼻子並不明顯、又小又圓、⑪嘴巴是稍為微笑的表情、⑫具有兩個翅膀、⑬兩手自兩肩延伸、手掌張開、⑭腹部向前挺出。但是，其中②到⑦、⑩、⑫、⑭等特徵和 1903 年作品、1905 年作品相同，而①稱不上是重要的特徵。」該院同時判斷兩者間有 9 個相異點之後，略謂:「如同上述，本件人偶與被告人偶雖然有共通點，但該等共通點幾乎都在 1903 年以及 1905 年作品中出現，並非本件人偶所附加的嶄新創作部分。另一方面，如上所認定，兩者間有眾多的相異點存在等綜合判斷，無法稱在被告人偶中可發現本件人偶本質的特徵，應可認為兩者並不類似。」因此以該等理由駁回原告之訴。

第二審東京高等法院雖然認為本件人偶應非如第一審判決所述為 1903 年作品及 1905 年作品之衍生著作，而係從 1909 年本件插畫而生的衍生著作，但就侵害重製權及改作權主張之部分則維持原判決之理由，略謂：「衍生著作的著作權，解釋上僅存在於衍生著作中所重新賦予的創性性部分，並不包括與原著作共通且與其實質相同的部分（參照最高裁平成 9 年 7 月 17 日第一小法庭判決・民集 51 卷 6 號 2714 頁）。就本件來看，如同上述，本件著作是從本件插畫中所描繪的邱比特之原著作而生之衍生著作，此外，因為僅就原著作之丘比特插畫為立體上表現之點上具有創作性，立體上表現之點以外之部分，和邱比特插畫間為共通而實質相同，因此並不受本件著作權效力所及。」、「首先，被上訴人人偶與本件人偶相比較之下，兩者均係為裸體、中性、柔軟的嬰幼兒體形之人偶，頭部和全身比較之下較大，後頭部的中心如同突出模樣的擴張、頭部中央以及左右部分長有尖銳造型特徵的頭髮、中央部分的頭髮前垂、其他部分沒有頭髮、後頭部至兩肩部間具有雙翼等等之點為共通

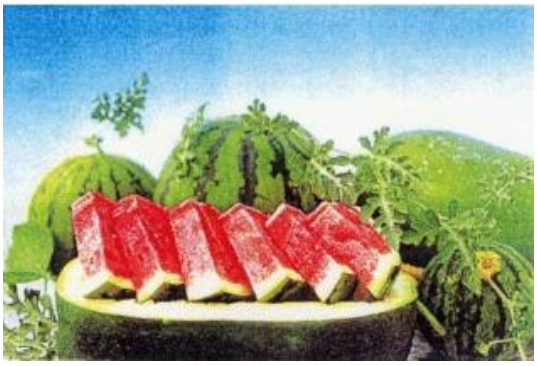
的特徵。但是，基於立體表現的觀點再為探討，可認為有下述的差異。亦即，相較於被上訴人人偶將眉毛描繪成圓弧狀且具有稍微厚度，本件人偶的眉毛係以點狀的方式描繪。被上訴人人偶的嘴巴兩側，係以如同埋入膨脹臉頰之內的厚度為表現，長度與兩眉之間的距離相同，稍微張開且近乎直線，而本件人偶以向下的單純弧線表現嘴巴，向左右兩眼中央部附近為延伸。被上訴人人偶將鼻子兩孔為表現，本件人偶的鼻子以稍微膨脹的方式表現而不具有兩孔。被上訴人人偶，兩頰膨脹稍微下垂，本件人偶臉頰並未下垂。被上訴人人偶係在兩肩部附加貝殼狀雙翼為表現，本件人偶的雙翼是位於後頭部到頭部後方的左右兩側。被上訴人人偶身體中屁股的部分最為肥胖，本件人偶則是身體中央部分最為肥胖。被上訴人人偶在膝蓋上下附著有溝槽形狀，本件人偶的膝蓋則無溝槽。被上訴人人偶在指甲以及手指根部為凹陷，本件人偶則無此表現。被上訴人人偶屁股跟背部相比向後方突出，本件人偶從背部到屁股並無突出而為連續，下方則為狹窄。」、「經過比較，本件著作僅就將原著作的邱比特圖畫為立體的表現之點具有創作性，並不及於其餘部分，另一方面，被上訴人插畫以及人偶與本件人偶間有上述不一樣之處，參照與本件人偶相異之處而就全體為觀察之後所得的印象，因為無法從被上訴人插畫以及人偶中察覺本件著作中將原著作為重新附加的創作部分，因此被上訴人插畫以及人偶不但非屬於足以察覺本件著作內容和形式之著作，也非屬於可以直接察覺本件著作本質特徵之著作，明顯不該當於本件著作的重製物或改作物。」

（五）攝影著作之類似性（雜誌照片）

東京高等法院平成 12 年(ネ)750 號請求停止侵害著作權等上訴事件(又稱之為「西瓜照片事件」)中，原告（上訴人）黃建勳係食品以及料理攝影家，在昭和 61 年（1986 年）7 月發行的「今天的料理」雜誌中刊登由其拍攝並以「新鮮的西瓜」為名的照片（本件照片），之後並於平成 4 年（1992 年）出版的「黃建勳當季果菜」寫真書中再為重製。平成 5 年

（1993 年）2 月被告（被上訴人）札幌 Photo Live 有限公司經營人磯野惠美子為了將本件照片納入營業用照片圖庫中而和原告交涉，並且購買了原告的寫真書。由於磯野惠美子後來沒有再繼續前往跟原告洽談，原告在 5 年之後以電話方式與磯野惠美子連絡，探詢該公司照片圖庫的經營狀況並索取了該公司的照片目錄，之後發現被告公司出版的「Silhouette 北海道」目錄中，有與其拍攝之西瓜照片相類似的照片，因此對被告公司、拍攝者即被告湯野昇提起訴訟，主張被告等人侵害其著作人格權（同一性保持權）、改作權，並請求被告等賠償損害、刊登道歉啟事、停止發行以及散布目錄、銷毀已發行之目錄等。第一審東京地方法院以兩張照片間不具有「類似性」為由駁回原告之訴。

本件照片



被告（被上訴人）照片

第二審東京高等法院則廢棄部分原判決主文，認為被告等侵害原告之同一性保持權以及改作權。就侵害改作權的部分，該院認為：「本件照片以及被上訴人照片就使用的素材來比較，兩個均是使用一個大圓球的西瓜、二個小圓球的西瓜、橢圓球的西瓜或冬瓜一個、切一半的大橢圓球的西瓜或冬瓜一個、略切成三角形的西瓜六片、葉子與花朵相伴的西瓜藤蔓一條、選擇藍色漸層的紙張。不一樣的只有有無冰塊、籠子所用的素材、西瓜和冬瓜的不同、籠子裝的西瓜或者冬瓜的大小不同。當以西瓜為主題而拍攝照片的情況下，有多種多樣的西瓜，數量也可以任意的選擇，切法也可以自由的選擇。如同本件照片和被上訴人的照片一樣，從西瓜的種類、個數、切法，到有葉子與花朵相伴的西瓜藤蔓、使用藍色漸層的紙張均為一致，應該無法說是偶然而成。」、「此外，本

件照片與被上訴人照片從被拍攝物體排列的觀點來看，可以辨識出兩者均是前面中央對半切的大橢圓球西瓜或冬瓜上，放有六片略切成三角形的西瓜傾斜並排成一列，在這後面，放有大圓球的西瓜，左側放有小圓球的西瓜，右側則放有籠子，同一處放有大橢圓球的西瓜或冬瓜，在這又前方放有小圓球的西瓜，該等西瓜上放有一條葉子與花朵相伴的西瓜藤蔓，背景則使用令人想到盛夏的藍色漸層紙張。」、「本件照片所使用的素材，西瓜（切開或未切開）、西瓜藤蔓、冰塊、藤籠、藍色的背景，明顯的均是日常生活中隨處可見的事物。但是，其構圖，也就是素材的選擇、組合以及配置，為全體的觀察之下，可看出係以西瓜為主題，以人為的方式表現夏天藍色天空下新鮮欲滴的西瓜，呈現作者的思想或感情，而以該思想或感情為基礎，將前述隨處可見的多種素材如同本件照片一樣的組合以及配置成一體。」、「依上所述，被上訴人的照片，只不過是排除本件照片表現中的一部分，或者是劣化本件照片，或者是對本件照片給予稍許無特別意義的不同處，而且這些不同之處是無法察覺到被上訴人獨自的思想或者感情之變化。」、「本件照片是表現作者即上訴人的思想或者感情之創作，不但可認為具有著作適格，而且被上訴人的照片，可認為是在本件照片表現內容之範圍內，予以粗糙地重製或改變。像這樣的重製或改變，明顯是屬於違反著作權法的行為。」

被上訴人主張對被拍攝物體給予最簡單以及正確表現才係屬於最佳的照片，如果不能拍攝與原著作或者被拍攝物體同一或類似物體的照片，以照片為表現的行為將明顯的受到限制，這樣的結果反而與著作權法係給予創作活動誘因之意旨相違背云云。但是該院則認為：「本院並非謂拍攝一般與原著作或被拍攝物體同一或類似之物體的照片違反了著作權法。特別是，一邊利用參考原著作的被拍攝物體，一邊決定被拍攝物，並發揮自己的創作力拍攝嶄新的照片，並不會被稱之為違反著作權法。本院的意思，不只是說明應該給予原著作何種程度的保護範圍之意，而且是值得獨自對於拍攝被拍攝物體之決定本身賦予著作權法上保護之際，並不允許以如同上述的方法為重製或改變。因此，此絕對不是

如同被上訴人所主張，係明顯地限制使用照片為創作表現的行為。」

（六）電腦程式著作之類似性（測量業務用軟體）

知的財產法院平成 23 年（ネ）第 10041 號請求損害賠償上訴事件（又稱之為「『Omakase 君 Pro2.5』測量業務用軟體事件」）中，原告（被上訴人）株式會社 CSS 技術開發製造以「Omakase 君 Pro2.5」為名的測量業務用軟體（原告軟體），並使用該軟體進行測量業務。原告主張被告（上訴人）株式會社 YKSC 所製造並使用於測量業務的軟體「位置郎」（被告軟體）侵害其重製權以及改作權，因此對株式會社 YKSC、該公司的董事長、受僱人、關係企業株式會社 WAICASE 等提起訴訟，請求停止製造被告軟體、銷毀被告軟體、請求損害賠償。第一審東京地方法院判決被告軟體侵害原告軟體之重製權、改作權，因此判決如原告一部分的請求。

第二審知的財產法院以修改部分第一審東京地方法院判決理由的方式，維持第一審判決。綜合第一審、第二審之判決理由，東京地方法院以及知的財產法院略認為：「如同兩軟體比較表之記載，被告軟體係由 38 個檔案所構成，這 38 個檔案中，除了第 37 個以及第 38 個檔案，合計有 36 個檔案與原告軟體中實際使用的 35 個檔案，幾乎是 1 對 1 的方式互相對應。」、「上述 35 個原告檔案和與其對應的 36 個被告檔案相比較之下，由黃色馬克筆標記的部分，原始碼（source code）的記載完全相同。此外，由綠色馬克筆標記的部分，雖然公司名稱、變數名稱、表單名稱等不相同，但在程式的功能上，這些不一樣的名稱並無任何意義，實質上可稱之為同樣的程原始碼。這些黃色、綠色馬克筆標記的部分，占了原告軟體以及被告軟體中大半的部分，比率超過全部的 90%」、「依據上述的事實關係，被告軟體中的 36 個檔案和原告軟體中的 35 個檔案幾乎以 1 對 1 的方式相互對應，而且被告軟體中上述 36 個檔案中原始碼，與原告軟體中 35 個檔案中的原始碼記載內容大部分同一或實質同一。像這樣對於測量業務選出、分類必要的功能，以檔案的形式予以區

分並賦予關連性，選擇使用的函數，選擇各檔案中副程式化的處理機能，作成可共通處理的原始碼，此外，選擇各檔案中將資料庫結構化並儲存的數據等，在原告軟體中展現創作人個性的多數部分中，被告軟體的原始碼與原告軟體的原始碼相同或實質上同一，因此可說被告軟體與軟告軟體的表現上同一或實質上同一，而可以直接察覺表現的本質上特徵。」

對於被告等主張兩軟體比較表記載各檔案中區塊的記載順序、各區塊中撰寫順序不同、被告軟體中有原告軟體所無的多個註解存在等理由，主張被告軟體與原告軟體的表現不同，而非原告軟體重製或改作之物云云，法院則認為：「撰寫軟體原始碼是為了啟動電子計算機必要功能，在本件中原告軟體以及被告軟體的原始碼之撰寫順序相異，對於電子計算機啟動軟體的處理並不會產生影響。因此，被告等之主張本身在考慮是否該當程式原始碼實質同一性的判斷上雖不能予以否定，但也毋庸予以重視，像本案這樣兩程式的撰寫內容大部分可稱之為同一或實質同一的情況中，應認為兩軟體具有同一性或實質同一性。」

肆、 小結

在日本現行實務中，為判斷行為人是否侵害著作權人的重製權以及改作權，首先必須證明行為人於創作之際係「依據」著作權人的著作。所謂「依據性」的概念，解釋上應該等同於英美法上的「Access」（接觸），目的係判斷行為人主觀上是否有認識或利用既存著作之意思。但由於此涉及行為人主觀的認知，實際上不得不從客觀間接事實去推論。例如被告是否有接觸原告著作之可能性、與著作權人著作具有類似性、被告有無獨立創作之能力等。

除了「依據性」，在行為人的客觀創作中，尚必須具有「同一性」或「類似性」，方足以構成著作財產權之重製權或改作權的侵害。前者「同一性」，意謂著在行為人的創作中必須足以察覺原著作表現上之內容和形式；當原著作表現上之內容和形式並未完全出現在行為人的創作

中，則不構成重製權的侵害。後者「類似性」，意謂著行為人將原著作的表現上予以附加修正、增減、變更後，將思想或者感情重新地為創作性表現，而與該創作接觸之人尚可以直接察覺原著作表現上本質的特徵。「同一性」或「類似性」解釋上屬於行為人創作之際利用原著作時，所利用之範圍以及程度上不同，但於新創作中仍必須可以發覺具有原著作中個性的創作表現，否則應認為行為人係創作另一個獨立的創作。此外，在日本的案例中，判斷行為人的新創作是否具備「同一性」或「類似性」時，並未發現因為著作類型的不同而跟著採取不同的判斷方法或模式，此為日本實務中較為特別之處。

第四章　德國著作權侵害認定要件

壹、 概述

由於著作權權利內容繁多，其著作權侵害類型之認定標準各有不同，故本章於此擬討論以抄襲或剽竊為主之著作財產權侵害認定標準。

德國著作權法第 16、23 條分別賦予著作人專有重製權（Vervielfältigungsrecht）及加工和改作權（Bearbeitungen und Umgestaltungen）。由於其重製與改作之定義與我國著作權法不盡相同，因此在抄襲或剽竊的著作權侵害認定上，除了重製外，亦往往涉及改作之問題。

依德國著作權法第 16 條之規定：所謂的重製權，係指不論是暫時或永久的，以任何程序和數量製作重製物之權利（第 1 項）。將著作錄製在可重複播放影像或聲音之設施（視聽或錄音物），不論是將播放的著作錄製在視聽或錄音物上，或是將已錄製在視聽或錄音物上之著作轉錄至其他視聽或錄音物上，均屬之（第 2 項）。

至於第 23 條所稱之加工和改作行為，雖未禁止，但該加工或改作之著作，必須徵得著作人同意後，始得公開發表或利用。但若是將著作改拍成電影、依造形藝術著作設計圖或草圖之實施、建築物著作之仿造或資料庫著作之加工或改作，則必須徵先得著作人之加工或改作同意後，始得為之。

此外，德國著作權法第 24 條更為創作者保留有「自由利用」[126]（freie Benutzung）之空間：允許創作者得對他人著作進行與著作權無關之利用以創作獨立作品，且得不經被利用著作之著作人同意，即予以公開發表或利用。因此新舊作之間的關係，是否構成抄襲或剽竊時，亦往

[126] 德國著作權法第 24 條：「自由利用他人著作所為之創作，以獨立著作論，得不經被利用著作之著作人同意即予以公開發表及利用（第 1 項）。前項之規定，並不適用於借用音樂著作中可辨識（erkennbar）之旋律，並納入作為新著作基礎之情形（第 2 項）。」

往論及本條（詳後述之說明）。

貳、抄襲之概念

一、抄襲與著作權侵害

與我國的情況類似，抄襲或剽竊（Plagiat）一詞並非德國著作權法之用語，不過在著作權的侵權實務上仍多襲用。

德國學者對抄襲的概念各有不同界定，但不論定義如何，其基本的核心概念就是指，有意識地將他人的智慧財產據為己有的行為[127]。只要被剽竊的作品是受著作權法所保護的著作，則不論是全部或部分的取用，也不問是完全一模一樣或是略加變更的挪用，並無不同；因此，抄襲與其他著作借用行為最大的區別在於其必須是將他人著作據為己有，且該霸佔行為必須是有意識（bewußt, vorsätzlich）的這個要件上[128]；過失行為，自不在此限[129]。

除了抄襲一詞外，另一個德國著作權實務常用的名詞是著作權法第 97 條所稱之著作權侵害（Urheberrechtsverletzung）。事實上，著作權侵害包括著作人格權及著作財產權之侵害。在著作人格權侵害方面的抄襲或剽竊，通常是在引註或其他合法利用時，因欠缺引註資料來源，致誤以為其借用的部分就是來自於借用者本身，或是著作財產權已經移轉，而著作財產權人卻宣稱自己為著作人之情形。至於構成著作財產權侵害之抄襲或剽竊，通常就是指抄襲者以變更或未變更著作形式之方式予以接收，因此其前提必須是將他人之著作據為己有，因此若無權利用他人著作但並未隱匿原著之姓名，則並非此所稱之抄襲，而只是侵害著作權之行為[130]。此外，抄襲的另一個要件，必須該霸佔是有意識的（故意

---

[127] Schricker/ Loewenheim , Urhebergesetz Kommentar, 3. Aufl., 2006, §23, Rdnr. 22.
[128] Vgl. Dreier/Schulze, Urhebergesetz, 3. Aufl., 2008, §23, Rdnr. 27.
[129] Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, 2. Aufl., 2010, §8, Rdnr. 24f.
[130] Loewenheim, a.a.O. §8, Rdnr. 25; "Plagiatsvorwurf", BGH GRUR 1961, 500ff., 503.

的），若只是無意識的借用（unbewußte Entlehnung），通常尚非此所稱之抄襲。至於著作權侵害所涵蓋的範圍，則不只限於有意識的將他人著作據為己用而已，也包括無意識地取用在內；換言之，侵權行為人只要認識到這是他人的著作並加以利用，至於是否為有意識的使用（構成所謂的抄襲或剽竊），或是對他人著作已不復記憶而潛意識的利用，皆屬之[131]。

也由於德國著作權法並無抄襲之用語，因此對於抄襲之非難仍必須回歸著作權侵害之構成要件加以討論。依德國學者見解[132]，如果未改變任何形式的直接挪用式，通常侵害著作權法第 15 條以下之重製權，如果不屬於自由利用下的改變著作形式，則多涉及著作權法第 23 條之加工及改作，甚至未合法的引註，也有侵害著作權法第 13 條之姓名表示權問題。

二、無意識的借用

抄襲與無意識或不自覺的利用他人著作而構成的著作權侵害最大的差別在於，後者之侵權行為人欠缺主觀要素（有意識地霸佔），但是在客觀構成要件則無差別。與不屬於著作權侵害之自由利用行為相較，無意識的利用仍然是屬於依附於原著作的一種新創作，創作者對於一些印象紀錄已經沈入潛意識，以致於之後著作人因為相信這是屬於自己的創意而再度呈現[133]。事實上確有不少案例，特別是在流行音樂方面經常出現此爭執，因此如何區別此種無意識的利用而不是只是抄襲者的推託之詞而已，並非易事。

在民事責任上，抄襲與無意識的利用並無不同，都屬於德國著作權法 97 條以下民事侵害著作權之行為，但由於無意識的利用不具道德上的非難性，因此只有在有意識的（bewußt）抄襲或剽竊才有德國著作權法第

---

[131] "Magdalenenarie", BGH GRUR 1971, 266ff., 268f.
[132] Rehbinder, Urheberrecht, 15. Aufl., 2008, S.145f.; Schricker / Loewenheim, a.a.O. §23, Rdnr. 22.
[133] Hertin, Das Musik im deutschen Urheberrecht, GRUR 1989, 159ff.,160; Loewenheim, a.a.O. §8, Rdnr. 27.

106 條以下之刑事責任[134]。一般而言，大量利用他人相同未更動的著作多被排除在無意識的利用之外，因此以更動或修改的方式所為之利用，都會被納入加工或改作之範疇。在德國實務上較常出現的爭議在於，究竟該等利用方式是屬於無意識之借用或屬於著作權法第 24 條的自由利用空間[135]。

三、偶然的雙重創作

著作權法承認偶然的雙重創作（Doppelschöpfung），意即兩個以上的著作人在彼此未抄襲而且也並非無意識借用他人作品的情況下，各自獨立努力創作出相同或實質近似之著作（ein identisches oder nahezu identisches Werk ）。

雖然偶然的雙重創作在理論上成立，但在實務上則較為少見。一般而言，如果有足夠的創作空間，則二個獨立創作的著作人，縱使選用同一主題，通常也不會創作出幾乎完全一致的著作，除非是在一些創作空間有限且個人獨特性較不明顯的情形[136]。

在判斷是否屬於偶然的雙重創作時，通常考慮的是，此二實質近似（weitgehende Übereinstimmung , wesentliche Ähnlichkeit）之著作，其多元獨立創作的可能性，以及依一般人類經驗，是否排除了其各自獨立創作出如此近似著作的可能性。通常而言，此類案例在德國實務最常出現的是屬於小銅幣（kleine Münze）[137]範圍的創作，例如價目表、商品說明書、表格等，因為在此情形下，被利用著作的創作高度較微不足道，因

---

[134] Ahlberg, Beck'scher Online- Kommentar Urheberrecht, 3. Aufl., 2013, §3, Rdnr. 44; Schricker/ Loewenheim, a.a.O. §23, Rdnr. 26.

[135] "Fantasy", BGH GRUR1988,810f.; "Ein Bißchen Frieden", BGH GRUR 1988,812ff.

[136] "Brown Girl II", BGH GRUR 1991, 533ff., 535; Schricker in seiner Anmerking zu BGH GRUR 1988, 812ff.,815-Ein Bißchen Frieden.

[137] 德國著作權法所稱的小銅幣，最早出自於 Alexander Elster 所寫的 Gewerblicher Rechtsschutz（營業上的法律保護，1921 年，第 40 頁），主要是指例如通訊錄、目錄、使用說明書、價目表、遊戲規則等受保護的著作，這些著作通常創作高度較輕微、或有些僅屬於職業上的工作成果。很多時候如果對此類著作保護太多，在著作權的侵權上通常被認定無不法之故意，就一點都不令人意外了；s. Rehbinder, a.a.O. S.30, Rdnr.61.

此其保護範圍也同樣較為限縮；又或者是因為式樣、流行趨勢或甚至是功能條件的限制，縱使是獨立的的創作者，也不免產生類似或甚至相同的結果[138]；另外，還有些情況是，二個著作人都同樣利用公共領域的文化財再加入自己的創意，但由於造形仍與原公共作品類似，故不免產生雷同，而陷入抄襲或偶然雙重創作之爭議[139]。

四、自由利用

除上述情況外，自由利用的理論（die Lehre von der freien Benutzung）在界定抄襲或剽竊的概念上也佔有一定的角色，因此在判斷是否為抄襲或剽竊之著作權侵害時，通常也必須考慮有無自由利用之情形，只是彼此的界線並不十分明確。

德國著作權法第 24 條關於「自由利用」之立法，主要是為促進藝術與科學的發展而設。蓋人類文化的進步莫不承續先人的心血長期累積而來，也唯有能夠在他人的創作基礎上繼續努力、從事精神智慧的創作，才有可能繼續創新發展人類文明，所以德國著作權法第 24 條承認，如果能夠因此而創造出新而獨立的作品時，縱未經他人之同意亦得允許自由利用他人的著作。

從立法技術面的觀察，德國著作權法 24 條的「自由利用」與一般所稱的「合理使用條款」並不盡然相同。固然兩者都是基於公益的考慮，使當事人不必經由未經著作人或著作財產權人同意，即可在公眾利用的合理範圍內使用他人著作。但通常認為「合理使用」是屬於對著作權的限制(Schranken des Urheberrechts)，因此主張合理使用都是在已經構成著作權侵害的情況下，基於利益的衡量而免除其侵害責任，有阻卻違法的作用。基本上，德國著作權法關於“合理使用”的規定主要定於第六章以下；但是“自由利用”的規定，則是另置於該法第四章關於著作財產權的部

[138] G. Schulze, Urheberrecht und neue Musiktechnologien, ZUM 1994,15ff., 19; "Vaterland", KG GRUR-RR 2002, 49f., Loewneheim, a.a.O. §8, Rdnr. 29.
[139] Vgl. "Magdalenenarie", BGH GRUR 1971, 266ff.

份，並且緊跟在 23 條的「加工及改作權」之後。從立法技術上而言，似可見立法者是有區別兩者之意。因此有學者主張，自由利用之立法，主要是針對著作權的客觀保護範圍而為規定，並非屬於對著作財產權的限制。換言之，「自由利用」是不受著作權保護的範圍(ausserhalb des Schutzumfangs)，因此只要是屬於自由利用領域內的作品，都被視為獨立之創作，並無任何侵害著作權之情事[140]。

先不論對自由利用條款的定性究竟如何，至少任何主張著作權法第 24 條「自由利用」之情形，皆不得變質為抄襲或剽竊。雖無法律明文規定，但在釐清自由與非自由利用之界線時，依歷來德國實務及學說發展的結果，「自由利用」至少應具備以下兩項前提[141]：

1. 必須因為自由利用而有新而獨立的作品產生（Selbständiges Werk）；

2. 必須是屬於自由利用的範圍（Freiheit der Benutzung）；換言之，新作與舊作的關係，不能只是“加工”或“改作”的情形，必須是因為舊作的啟發創作出新而獨立的作品。

但是關於第二個要件，特別是「自由利用」與「抄襲仿作」之間的區別標準仍然模糊。著名學者 Ulmer 提出“褪色標準” (Verblasskriterium)[142]作為判斷依據。所謂褪色標準係指，行為人所利用的舊作的特色在其新作品中必須變得模糊褪色或頂多僅得成為基礎背景而已。因此在新作品中若能清楚辨識他著作之重要特徵者，則屬於非自由利用的情形。此一判斷標準並得到學說及實務的支持，甚至包括德國早期的司法實務對詼諧諷刺性的作品（Parodie）也採取了一視同仁的態度[143]。但學者多以

---

[140] Vgl. Ruijsenaars, Comic-Figuren und Parodien, Teil II: Beurteilungskriterien für die Zulässige Parodie, GRUR Int. 1933, S. 918ff., 923f.

[141] Vgl. v. Gamm, Urheberrechtsgesetz, Komm. 1968, §24, Rdnr.9; Schricker/Loewenheim, a.a.O. § 24, Rdnr. 8ff.; “Fernsprechbuch”, BGH GRUR 1961, 631f.; “Staatsexamens- arbeit", BGH GRUR 1981, 352f.

[142] Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht Komm., 1. Aufl., 1980, §36 vor 1.

[143] Vgl. "Sherlock Holmes", BGH GRUR 1958, 354ff. 356; " Lili Marleen", BGH GRUR 1958, 402ff. 404, "Staatsexsamen", BGH GRUR 1981, 352f.

為褪色標準的應用對詼諧諷刺性著作而言太過嚴格[144]，蓋嘲諷作品的特徵之一，就是對他人作品的一種顛覆且要讓觀眾明白其意有所指之處，如果硬是要求新作與舊作間的關係必須褪色至無可辨識的程度的話，則詼諧諷刺性作品的特質將盡失無疑，因此近來在具體個案的認定上並未採取如此嚴格的標準。聯邦最高法院在“迪斯尼”一案中首先表示，詼諧諷刺性作品依其本質應該是一種不同意見的討論形式，但是在利用他人著作時仍不免經常有不必要的借用發生，因此在判斷有無著作權法第 24 條「自由利用」的情形存在時，主要是衡量借用部份的質與量是否為達到嘲諷效果的必要手段(notwendiges Mittel)；至於舊作之特色並不一定要在新作中褪色至無可辨識的程度始可，只要的確是基於反諷目的之所需，仍可以清楚地讓觀眾明白其所指為何[145]。至此可以確定的是，在「詼諧諷刺性作品」的判斷上，聯邦最高法院已偏離傳統褪色理論的嚴格要求，而代之以「必要性」(Notwendigkeit)的標準，要求合法的借用必須是在必要範圍內最小程度的利用。

參、抄襲認定標準

一、 客觀要件：實質近似

在德國法上，抄襲或模仿通常構成的是重製或改作的著作權侵害，實務上通常以客觀上是否構成實質近似（wesentliche Übereinstimmung, weitergehende Übereinstimmung）作為初步的判斷，且在判斷之前，還必須先檢視並確認哪些是屬於原著具有創作性之客觀特徵，才有保護之必要。另外，由於德國著作權法第 24 條承認自由利用的規定，因此學說或實務在判斷是否構成實質近似時，還必須區別究竟是屬於與著作利用相關的行為（例如改作或重製），或是合法的自由利用，此時通常會衡量

[144] Vinck, Parodie und Urheberschutz, GRUR 1973, 252f.; Schricke /Loewenheim, a.a.O.§24, Rdnr. 24; Rehibinder, a.a.O. S.145, Rdnr.382f.

[145] "Disney Parodie", BGH GRUR 1971, 588ff., 590; Nordemann, Anmerkung zu BGH GRUR 1971, 590f.

是否屬於可辨識之利用（Erkennbarkeit der Benutzung），也就是審查舊作的特色是否在新作中仍保留明顯可辨識的程度。此外，關於原著創作高度的問題也會一併加以考量，如果原著作僅屬於微小之創作，則其受保護的範圍當然也會相對就很限縮了[146]。

但縱使肯定在客觀上有構成可辨識之利用，也未必即構成著作權之侵害，因為也有可能是屬於偶然的雙重創作，因此還必須滿足另一個主觀要件，亦即被控抄襲者是否知悉（Kenntnis）且有意識的利用（bewußte Übernahme）前著作，但這往往也是著作權侵害認定最具爭議性的部分[147]。

另外，在認定是否構成實質近似時，究竟應採何人的認定標準，亦不無爭議。以目前德國實務的作法，原則上在判斷前、後著作究竟有無本質上之差異時，如果該差異是明顯容易辨認時，則法院即以一般非專業人士之標準自行決定而不再進行專家鑑定，但若從一般非專業人士之角度無法辨識是否有本質上差異者，則不可避免的必須進行專業鑑定[148]。

二、 主觀要件：有意識的借用（間接證據）

必須著作在客觀上先構成實質近似之後，緊接著才會依個案認定此一實質近似究竟是屬於有意識的抄襲或無意識的借用，此一主觀要件的判斷往往涉及證明的問題，在此情形下，德國實務承認間接證據的證據力[149]。

間接證據在實務上通常會考慮的因素包括，例如創作新著作時是否知悉（包括縱使是在潛意識的情況下）前著作的存在，並因而為依附性

---

[146] Schricker, Anmerkung zum "Ein bißchen Frieden", BGH GRUR 1988, 815f.; "Dirlada" BGH GRUR 1981, 267ff., 269.

[147] "Magdalenenarie", BGH GRUR 1971, 266ff., 268; "Dirlada" BGH GRUR 1981, 267ff., 269; "Ein bißchen Frieden", BGH GRUR 1988, 812ff., 815.

[148] Vgl. Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 3. Aufl., 2009, §70, Rdnr. 42f.

[149] Vgl. Loewenheim, a.a.O. §8, Rdnr. 30 及本研究案後述相關判決註釋。

的創作。在通常情況下，先由原告提出間接證據證明，繼而創作時間點較晚的著作人則必須解釋，為何其不知有前著作的存在並且也因此沒有無意識的抄襲前著作[150]；通常如果兩著作有大量的重疊，此時等於提供間接證據說明，已公開發表的前著作有被利用。此外，在此領域內多元化各自獨立創作的可能性是否存在；以及一般人類經驗，是否幾無可能以個別獨立方式創作出如此實質近似之著作，也都是通常會納入考量[151]。二著作重疊的程度或比重，通常也足以作為一種間接證據，以證明是否有利用到前著作。近似的部分越少則間接證據就越弱或甚至完全無用；相反的，若近似的部分越多，則間接證據之證據力就會越強[152]。由此可見，實質近似與間接證據之間是具有流動性的。

但如果從間接證據顯示，此種近似除了抄襲前著作外，仍有其他的可能性存在的話，則此一間接證據恰可以作為排除抄襲的認定：例如在 Fantasy 一案，音樂著作各自在不同的國家被公開發表，但是原告的任何作品卻從未曾在被告的國家公開發表過，則原著作為被告所知悉的可能性就相對變小了許多[153]，此時該實質近似之表面證據就起不了作用。

公共財（Gemeingut），通常不得為著作權之保護客體，因此，雖然可以確定兩著作在旋律上確實有許多吻合，但由於該旋律在很多其他的著作上也被利用過，可見舊作的旋律也是來自於公共作品[154]；又或者是所比較兩張照片，雖然模仿擺出相同的芭蕾舞姿，但此一舞姿是屬於一般且常見的[155]；以戲劇的舞台為攝影題材並不受著作權保護保護，除非該舞台是受著作權保護，否則他人自得為重新攝影[156]；不過此時得自由利用者，僅限於公共領域的部分，對於原告個人獨特性部分的創作，仍

---

150 Dreier/Schulze, a.a.O. §23, Rdnr.29; "Ein Bißchen Frieden", BGH GRUR 1988, 812ff., 815.

151 "Rüschenhaube", BGHZ 50, 340ff., 350f.; "Magdalenenarie", BGH GRUR 1971, 266ff., 268;"Ein Bißchen Frieden", BGH GRUR 1988, s. 814f.

152 "Ein Bißchen Frieden", BGH GRUR 1988, s. 815.

153 "Fantasy", BGH GRUR1988, 810f.

154 "Magdalenenarie", BGH GRUR 1971, 266ff., 269.

155 "Klammerpose", OLG Köln GRUR 2000, 43ff., 44.

156 "Troades", OLG Hamburg ZUM-DR 1997, 217ff., 221.

不得任意挪用[157]。

三、關於電腦程式著作之特別規定

考量幾乎全世界都將電腦程式科技納入著作權法保護的發展趨勢，因此德國著作權法也將電腦程式著作納入語文著作加以保護。但是立法者於立法時就已經認識到，電腦程式之保護主要涉及的是資訊科技保護與傳統著作權法的文化創作成果保護有很大的差異性，為了避免對電腦程式著作所採取的必要特別規範會擴散影響到典型的著作權法保護，也為了要簡化法律的適用，因此特別將電腦程式著作的規範獨立出來，另外規定在著作權法第八章§§69a~69g[158]。其內容除了界定電腦程式著作之保護客體外（§69a），還包括職務關係下之著作人地位（§69b）、權利內容（§69c）、著作權限制（§69d und §69e）、權利侵害與科技保護措施（§69f）以及其他不得以契約為相反約定之內容（§69g）約定。

在電腦程式著作的權利內容方面，立法者賦予：

（1）重製權：電腦程式著作人專有永久或暫時，全部或部分以任何形式或方法重製其著作之權利。因此只要是為了安裝、顯示、運行、傳輸或儲存電腦程式著作所為之重製，都應徵得權利人之同意或授權（§69c 第 1 款）。但重製權的保護也不是每個技術上的重製，都有著作權法上重製的意義，在此採取的保護取向是以有無著作人參與之利益（Partizipationsinteresse des Urhebers）為判斷原則，因此還要這種技術上的重製，具有獨立的經濟意義[159]。

（2）改作或加工權以及對此取得成果之重製：對電腦程式進行翻譯、改作、重新安排或其他的加工行為，以及對此取得的成果的重製。但對此電腦程式改作所取得之權利不生影響（§69c 第 2 款）。

（3）散布及出租電腦程式著作原件及其重製物之權利（§69c 第 3

---

[157] "Schwedenmädel", LG Frankfurt/M UFITA 22, 372ff.
[158] Vgl. Rehbinder, Urheberrecht, 15 Aufl. 2008, Rdnr.173.
[159] Loewenheim, in Schricker, Urheberrechtskommentar, a.a.O., §69c Rdnr.10.

款）。

（4）電腦程式著作專有線或無線之公開傳播權及對公眾提供權（§69c 第 4 款）。

此外，為了加強對抗電腦程式著作的盜版行為，更擴大適用其權利範圍，禁止私人或其他個人使用目的之重製，也不得加以改作，除非有 §69d 為了使用程式所為之重製或改作、備份、或為了與其他程式兼容所進行之修改，以及 §69e 基於相容性目的，進行還原工程（Reverse Engineering）所為之重製等，專為電腦程式著作特別規定之合理使用情形。

在判斷是否構成電腦程式之重製或改作權之侵害時，主要在判斷原始程式之重要特色是否已經被挪用。電腦程式的侵權通常是屬於依附於原程式的後續創作行為（abhängige Nachschöpfung），故必須和所謂的自由利用（freie Benutzung）之情形加以區別，只是這些界線的區別極為困難，要如何證明，實務上通常都必須委由專家鑑定人加以判斷[160]。

證明是否屬於依賴性的後續創作，首先必須判斷的是程式的重要部分或結構是否完全一致或實質近似（質的判斷），此時一致或近似的數量（量的判斷）也當一併加以考量。此外，納入考量的實質近似判斷必須是限於受保護的程式部分和結構，如果只是挪用一般性的表達形式，因尚未足以達到保護程度，應不納入考量。亦即，應先剔除不受保護的部分，再就受保護的部分判斷是否構成實質近似的抄襲，因此著作權法 §69a 第 2 項電腦程式的基礎元素、使用者介面的基礎觀念或原則等不受著作權法保護的因素，也都該一併排除[161]。

德國法院判決[162]中也特別強調，被告是否挪用了程式的獨特性部

---

[160] Kaboth, in: Ahlberg/ Götting, Beck'scher Online-Kommentar Urheberrecht, 2014, Edition 5, §69c Rdnr. 11.

[161] Dreier/ Schulze, a.a.O. §69c Rdnr. 17.

[162] "Baustatikprogramme", OLG Frankfurt/M, CR 1986, 13-20; Loewenheim, in Schricker, Urheberrechtskommentar, a.a.O., §69c Rdnr. 14-16.

分，因此若實質近似的部分並非屬於一般程式設計基本原則，也非偶然的雙重創作或自由利用情形，就已經構成依賴性模仿無疑，其認定侵權的證據包括了共同的程式錯誤（例如都放棄以較有效的乘法運算而代之以較無效率的除法和乘方計算），多餘的程式指令，以及獨特的個人化風格特徵，例如程式設計的運算表達，運算指令流程，程式分支結構，程式的分佈圖以及程式內部變動參數的安排及序列；子程式的排列及分佈及其在主程式中的呈現；變動參數名稱的選擇，特別是非經由協定所定的名稱、或違反協定的命名、或與通常相異的行列編號等，竟然都不約而同的一致。

此外，在德國著作權法上，未改變任何形式之單純重製是屬於§69c 第 1 款之重製權範圍，至於§69c 第 2 款之改作或加工，其本質則是屬於改變原創作形式的一種重製。德國聯邦最高法院曾經將一個幾乎完全一致性挪用，其中改變的占整體程式約只有 5%左右的偵錯系統，視為重製權的侵害[163]。但也有學者主張，除非是極為微小的變動不致影響重製的特徵，否則雖僅有 5%的變動已經是屬於改作而非重製了。此外，將電腦程式由原始碼轉譯（Übersetzung）成目的碼或目的碼轉譯成原始碼的行為，應構成§69c 第 2 款之改作而非重製才是[164]。 雖然不論重製或改作均屬於著作權之侵害，但爭執的實益在於，當契約僅涉及重製而無改作之授權時，則將有很大的影響。

肆、 德國案例研究

一、「Ein bißchen Frieden[165]」音樂著作之抄襲爭議

（一）事實與爭點

[163] "Programmübernahme", BGH CR 1990, 189f.

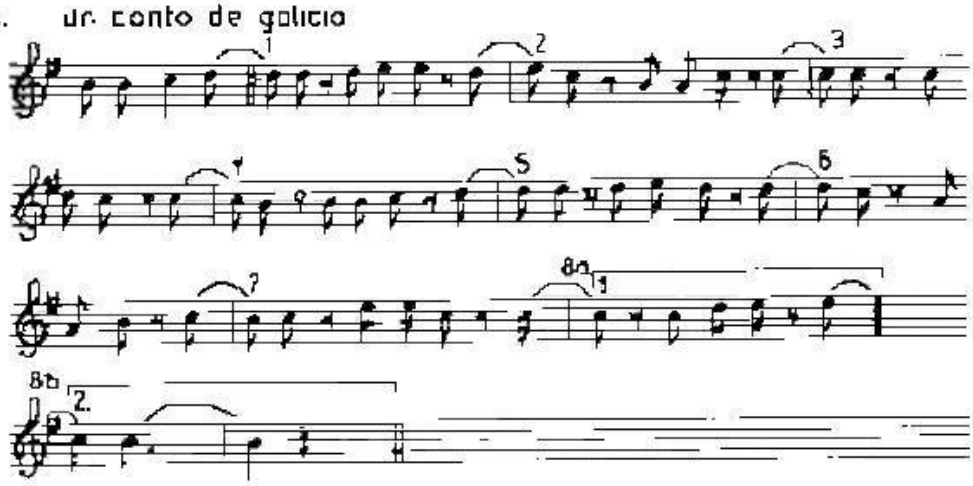
[164] Vgl. Loewenheim, in Schricker, Urheberrechtskommentar, a.a.O. §69c Rdnr.17; Dreier/ Schulze, a.a.O. §69c Rdnr. 16.

[165] "Ein bißchen Frieden", BGH 03.02.1988 , I ZR 142/86(KG), GRUR 1988,812ff.

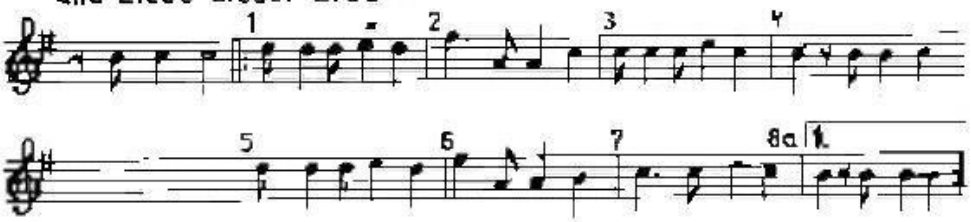
原告是一家音樂出版公司，被告是作曲家同時也是「Ein bißchen Frieden（一點兒和平）」這首歌的發行人，這首歌曲並且由女歌手 Nicole 在 1982 年 5 月得到歐洲願景音樂比賽大獎。雙方當事人爭執點在於，被告的著作是否非法侵害原告具有著作財產權的歌曲「alle Liebe dieser Erde（世界上所有的愛）」。原告提出相關民事損害賠償訴訟。

至於「alle Liebe dieser Erde（世界上所有的愛）」這首歌的原作曲者是 Bert Olden, 作詞者是 Christian Heilburg, 是從 1973 年由 Julio Iglesias 所演唱的流行歌曲。原告在 1973 年 9 月 13 日與原作曲者 Bert Olden 簽約取得的發行人地位，並在 1973 年 11 月 2 日再與西班牙發行人 Magicas S.A.約定為此一著作之共同著作權人。而西班牙發行人 Magicas S.A.早在 1971 年即已經是一首由 Julio Iglesias 所作曲、作詞並演唱的「Un Canto de Galicia」（德文翻譯成 Wenn ein Schiff vorüber fährt，當船離去）的發行人了。可以確定的是，這兩首流行歌曲「alle Liebe dieser Erde（世界上所有的愛）」以及「Un Canto de Galicia(當船離去）」在一些旋律上是極為一致的。

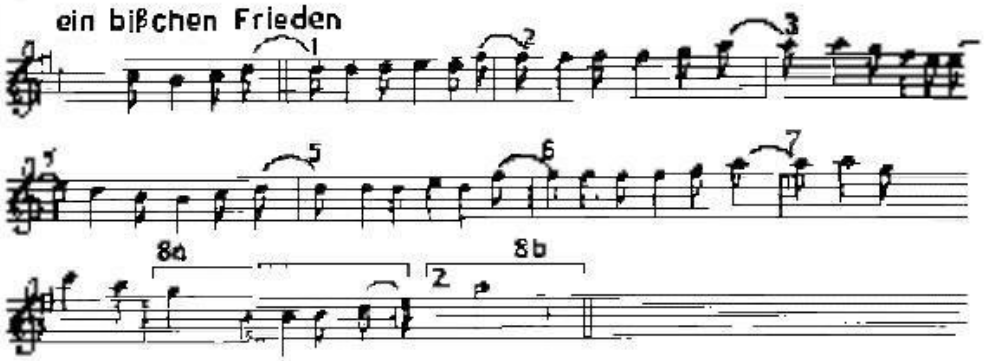
a. ur- conto de galicia



b. alle Liebe dieser Erde



c. ein bißchen Frieden



在著作權侵害的認定上：原告主張，音樂著作的間奏也是受著作權法所保護的，被告音樂著作的間奏（從序幕一直到第 2 小節的第 1 音符）與自己的間奏旋律是一致的，被告知道該著作，所以對該相同的旋

律至少也有無意識的借用。但被告認為原告單獨以自己的名義提起訴訟並不適格，其應該與西班牙 Magicas S.A.以共同著作權人身份提起訴訟才是。被告也主張本案所涉及音樂旋律雷同的部分，是屬於知名的音樂公共財，欠缺原創性，不受著作權法保護。不僅如此，被告更主張不論在曲調或旋律安排的部分二者差異甚大，所以並無有意識或無意識利用的問題。被告堅持其在創作「Ein bißchen Frieden（一點兒和平）」時，完全不知有原告「alle Liebe dieser Erde（世界上所有的愛）」這首歌曲。一審法院時原告提了一份專家鑑定報告，上訴審法院又再做了一次專家鑑定，上訴法院駁回原告之訴。

最後，聯邦最高法院廢棄並發回上訴法院判決。聯邦最高法院認為構成德國著作權法第 97 條之民事著作權侵害之要件，必須客觀上有利用到受保護之旋律，以及主觀上必須新旋律之作曲家對舊旋律有認識且在創作時或許是有意識也或許是無意識地回溯利用舊作。在本案，就如同上訴法院判決所提，被告於創作時是否有意識或無意識的利用了原告著作不能確定，且此等雷同甚至不排除有偶然雙重創作的可能。若從間接證據來看，若此一實質近似除了有意識或無意識的利用外，還有可能有其他方式可以解釋，則該間接證據將失其效力，顯見其仍無法確認被告是否有違法利用他人音樂旋律。

（二）判決理由

1. 對於原告是否得單獨以自己名義提起訴訟部分，因與本研究案研究重點並無直接關連，故擬暫不說明。

2. 在著作權侵害的部分：

（1）系爭著作是否受著作權保護

由於涉及抄襲的是歌曲的間奏（Interlude）部分，因此雙方首先爭執的是，該系爭間奏旋律是否可以單獨受著作權法保護。

依專家鑑定人 Prof. Dr. R 所做的鑑定報告認為，原告的二首歌曲系爭

旋律部分雖然創作輕微，但根據小銅幣理論，仍然符合著作權法保護獨立創作的本質。只是鑑定報告也無法確定，被告對這些旋律是屬於有意識的抄襲或無意識的利用，因此也有可能是不屬於著作權範圍的偶然雙重創作情形。

雖然地院及上訴法院都承認系爭間奏旋律受著作權法保護，認為雖然流行音樂往往只有相對微小的獨特創作高度，只不過著作權的保護與藝術價值的高低無關，只要能夠展現個人美學內涵的音調旋律即足。但是聯邦最高法院對此表示存疑。因為在 Prof. Dr. R 鑑定報告認為，原告「alle Liebe dieser Erde」這首歌曲「從序幕弱起小節到第二小節第一音符」的部分，只顯示相對微小的創作，由於原告只是很小地改變一個常見的 Habanera（西班牙）旋律，這在音樂領域是一種常用的模式。其甚至指出，原告與被告的歌曲從序幕到第二小節第一音符雖然是相同的片段，但是音樂領域所稱的模式，必須保留給公眾接觸利用，屬於不受著作權保護的範圍。有創作性的部分應該是在其表達的形式及方法，也就是由作曲家將個別的模式透過不同的形式與方法互相交織而成的部分；而從這三首歌曲中，頂多只有被告的「Ein bißchen Frieden」在一定程度上展現了此種獨特性。此外，專家鑑定人在出庭作證時甚至表示，這三首旋律中，最重要的主旋律部分（也就是緊隨第一小節上升的三度音階，然後在第二小節一直到主音色的延伸增高），這些元素對一般聽眾而言都是非常熟悉的，對每個作曲家而言，都是非常基本簡單、也是每個作曲家都具備的能力，每個作曲理論和作曲家也都視這種上升三度音階的方式為公共的範圍，特別是在 Habanera 旋律。

（2）客觀上有無構成實質近似

鑑定報告比較這三首音樂著作的「從序幕弱起小節一直到第 8 小節 b 段」，認為原告「alle Liebe dieser Erde」與西班牙「Un Canto de Galicia」這兩首旋律幾乎完全一致，但是被告「Ein bißchen Frieden」則是完全不一樣的曲風進行方式，且作曲技巧更為高明。從和聲和節奏的觀點，二者無甚區別，但是在張力、佈局安排、整體過程以及在獨特性上，則有

很明顯的差異。這三首歌曲中，只有被告「Ein bißchen Frieden」這首歌在一定程度上顯示了獨特創作的脈絡，從這點而言，不能說有所謂的借用。這三首旋律中，最重要的主旋律部分，也就是緊隨第一小節上升的三度音階，然後在第二小節一直到主音色的延伸增高，對一般聽眾而言都是非常熟悉的普遍認知，對作曲家而言，也是非常基本簡單、是每個作曲家都具備的能力，應無借用之必要。

但是上訴法院在這段有爭議的旋律中，認為從一般人聽起來，至少是非常相似的，應有構成實質近似。

（3）主觀要件：是否知悉原著作且在創作時有意識或無意識的回溯利用

聯邦最高法院認為，縱使承認系爭著作是屬於受保護的範圍，但是上訴審法院以現有的表面證據並無法更進一步確認有抄襲之事實。頂多只能很一般地認為，從間接證據推論，此二著作在某些特徵或組合上如此近似，如果沒有其他理由可以解釋，則幾乎不可能有人在各自獨立完成的條件下，會有如此幾乎一致的創作，因此可能至少有無意識的利用才對。

aa)在本案中，判斷此種雷同究竟是屬於偶然或是以舊著作為藍本的情形，主要是考量在此藝術或音樂領域內個別獨立創作之多樣化可能性，以及依一般人類經驗，是否幾無可能以個別獨立方式創作出如此實質近似之著作。雖然作曲家只能在有限的音符中創作，但此種情形並不能作為廢棄表面證據的正當化理由，蓋縱使在音樂領域，使用既有的理論與組織手法（例如旋律學、和聲學、韻律學、格律、節奏、樂句、發音、裝飾、音樂的收尾、循環、改編等等），對於個人仍有很大的創作空間，因此偶然的雙重創作只有在例外的情況下才會承認。

bb) 上訴法院認為被告是流行音樂領域的專業人士，應該認識原告之音樂著作才對。但聯邦最高法院認為，上訴法院的判決理由中並未說明，由於此二首著作的創作時間相隔約 10 年之久，因此被告究是否還記

得原告著作不無疑問，但是當然也很有可能原告相信是自己的創作，但事實上卻是因為記憶的關係而無意識的利用了原告著作。.

cc) 另外，上訴法院認為不無可能構成偶然雙重創作的理由是，間接證據顯示除了爭議的那一小段旋律外，其實此二著作在整首歌曲及特色上是有很大的差異性的。專家鑑定人 Prof. Dr. R 指出，被告的旋律是完全不同的進行曲式，其作曲技巧遠高於原告之著作，而且排除是原告著作給予啟發可能。原告「alle Liebe dieser Erde」這首歌曲在某些程度上是比較簡易的不同音階反覆演奏的一組樂曲，不像被告「Ein bißchen Frieden」這首歌曲在張力的提升與維持表現的淋漓盡致且非常專業。但聯邦最高法院認為，一方面說二者構成實質近似，但另一方面又承認二者有重大的差異性，這種判斷在法律思維上是無法想像的。畢竟此種差異是指整首歌曲的發展與特色，其實與爭議部分的旋律無關，因此這部分的旋律比較並不具重要性。

此外，聯邦最高法院也同意，除了先確認系爭旋律是否受著作權保護外，在判斷是否構成實質近似時也必須考量原告旋律的創作高度，如果僅屬於微小之創作，則其保護的範圍當然就很限縮了。而在確定了構成實質近似之後，才緊接著探討從前述所呈現的各種表面證據是否足夠合理化取用的存在，且通常實質近似的部分越少則間接證據就越弱或甚至完全無用；相反的，若近似的部分越多，則間接證據力就會越強。

二、「Hundefigur[166]」動物造型保護範圍之爭議

（一）事實與爭點

比利時藝術家 JR 於 1985 年 1 月 2 日將其所創作的小狗 Bill 及主角小男孩 Boule 的各種卡通圖的著作權讓與給原告（見下圖）。

[166] "Hundefigur", BGH, Urteil vom 08.07.2004 - I ZR 25/02(OLG Hamm), GRUR 2004, 855ff.

之後，小狗 Bill 的卡通圖被製作成立體的塑膠小狗造型（如下圖[167]）。

原告主張，被告生產及銷售的小狗造型存錢筒（如下圖[168]）係侵害了卡通圖及塑膠小狗造型 Bill 的著作權。

被告則主張，他根本不認識 Bill 這個卡通圖，而且他所生產銷售的存錢筒小狗與卡通漫畫及塑膠小狗造型的 Bill 都截然不同。且原告的卡通漫畫圖也應該是違法模仿法國兒童連環漫畫"Asterix"中的一隻名叫 Idefix 的小狗（如下圖[169]）。

---

[167] 原判決內容僅附黑白圖，彩色圖是作者於網路上搜尋後補充，併予說明。
[168] 原判決內容僅附黑白圖，彩色圖是作者於網路上搜尋後補充，併予說明。
[169] 原判決內容並未附此二圖，是作者於網路上搜尋後補充，併予說明。

聯邦地方法院及上訴法院都判決被告敗訴，但聯邦最高法院判決被告勝訴，撤銷並發回原上訴法院。

（二）判決理由

1. 本案爭點主要有二，其一是關於外國人著作在本國是否受到保護的問題，因與本研究案研究重點並無直接關連，故擬暫不說明。

2. 在著作權侵害認定的部分：

（1）系爭著作是否受著作權保護

聯邦最高法院同意上訴審法院判決，認為原告所主張的卡通漫畫小狗 Bill 及塑膠小狗造型 Bill 均受著作權法保護，但並不認為塑膠小狗造型 Bill 是卡通漫畫小狗 Bill 的重製物，因二者造型差異太大。

（2）客觀上有無構成實質近似

聯邦最高法院也認為，上訴審法院認定被告塑膠小狗造型的存錢筒係改作自原告的卡通漫畫圖及塑膠小狗造型 Bill 的判決，並非無法律上之錯誤。其理由如下：

a) 在判斷是否構成改作時，必須先確認，有哪些客觀上的特徵是屬於被利用的著作獨特原創的部分。在此必須基於其原創及造型特徵的總的印象與先前已知的造型為整體的比較，且此整體比較的結果還必需同時

取決於原創程度的高低。但上訴審法院並未對此充分加以檢視。

aa) 上訴審法院僅說明漫畫卡通小狗 Bill 是一隻淘氣、聰明又忠誠的混種動物造型，具有自己風格的。其具有的獨特造型包括，合比例的頭、大眼睛、大而圓的鼻子、一對超過身體非常靈活的招風耳，以及一撮蓬起的頭髮、袖環及項圈。 然而原作者在繪圖及立體造型常用到的元素，例如大而圓的鼻子，雖然已經成為 Bill 整體印象中的一個特色，但是卻與另一隻卡通小狗 Idefix 極為近似。可是上訴法院對此卻未進一步探究，有哪些常用的個別元素是屬於漫畫的入門而已，也未解釋 Bill 和 Idefix 的相同及相異之處。

bb) 此外，塑膠小狗造型 Bill 也和卡通漫畫小狗 Bill 有很大的不同，上訴審法院也未充分檢視；尤其是在獨特性程度的檢視上，亦無與之前已知的造型進行比較。上訴審法院如果認定此一大而圓的鼻子是 Bill 獨特造型時，則有必要進一步仔細說明，究竟是到什麼程度，此一常見的個別元素會被視為獨特造型特徵。同樣地，在一隻小狗臉上配上超大白色眼睛，也會有前述相同的問題，而有說明之必要。

b) 在判斷是否構成改作時，必須要說明有無以及是哪些範圍利用到舊著作的哪些特點。通常判斷的標準，最後必須就造型的整體印象進行比較，因此必須考量其全部所借用到的特色在整體造型的呈現究竟如何[170]。

aa) 作為事實審法院的首要任務，上訴審法院並未審查「漫畫卡通圖」與「被告的小狗造型存錢筒」之差異，是有違法的。正因為這個著作是極為知名的，因此只要在外觀造型上只要有一點點類似指向舊著作就已經足夠。但就所提出的證據顯示，漫畫卡通圖與被告的小狗造型存錢筒有明顯的差異，幾乎不可能被認為是依附性的改作。此外，在判斷時也不能只從特殊的年輕漫畫迷讀者角度，而是應該採一般理性者標準。而著作權的侵害，也只能考慮該借用部分是屬於著作權法所保護的

[170] "Stadtplanwerk", BGH GRUR 1998, 916; "Mattscheibe", BGH GRUR 2000, 703f.

範圍為限。

bb) 至於在「塑膠小狗造型 Bill」與「被告的小狗造型存錢筒」之間，上訴審法院也未仔細檢查，在確定二者相同的部分（特別是坐姿及大的前爪）究竟有多少是屬於這種可卡犬（Cocker Spaniel）的一般典型造型特徵，包括例如大眼睛、鼻子及前爪。

另外也不能排斥，如果更進一步加以評估塑膠小狗造型的創作高度及其所展現的獨特性，在二者近似的部分具有什麼意義或重要性，則也有可能會認為被告並不構成對原告著作的改作，特別是上訴審法院也採認的整體印象中的個別造型的差異。在判斷時必須考量，被告的小狗造型存錢筒所呈現的守衛的、敏捷的小狗姿態是非常常見的，包括大力轉身的坐姿、較未超出比例的大頭、較狹長的口鼻部以及比較小的鼻子。再者，被告的小狗造型存錢筒欠缺原告塑膠小狗造型 Bill 有特色的造型和特別引人注意的白色小圍兜。

（3）主觀要件：是否知悉原著作且在創作時有意識或無意識的回溯利用

在本案中，聯邦最高法院對於上訴審法院在認定是否構成實質近似的審查方式未表支持，因此即無繼續討論有無構成「接觸」之要件。

三、「Fantasy[171]」有關是否知曉原著作之爭議

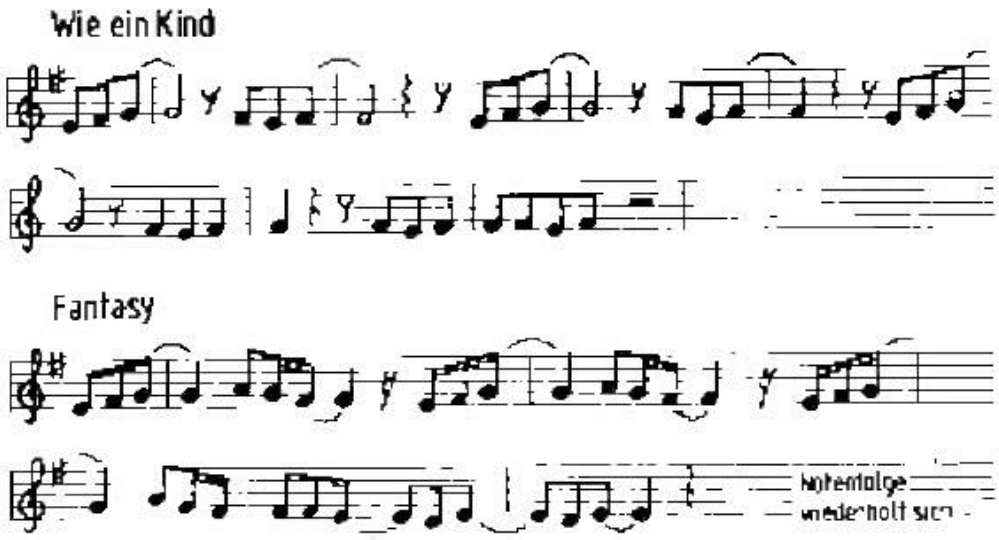
（一）事實與爭點

原告是"Wie ein Kind"這首歌曲所有權人。被告是"Fantasy"這首歌曲在德國之權利人。雙方當事人都是音樂出版業者。本案主要爭執點在於，被告"Fantasy"這首副歌旋律，是否違法利用了原告音樂。

[171] "Fantasy", BGH, Urteil vom 03.02.1998 - I ZR 143/86(KG), GRUR 1988, 810ff.

"Wie ein Kind"這首歌的作詞作曲者是 Berd Plato（本名為 Günter Engel），原告於 1975 年 12 月 29 日透過取得這首歌曲之權利，並於 1977 年在德國唯一的音樂集體管理團體 GEMA 登記。至於名為"Fantasy"這首歌曲則是由三位美國作曲家 MauriceWhite, Eddy del Barrio, VerdineWhite 所創作，出現於 1977 年 11 月在紐約由 CBS 公司所發行之音樂大碟。

在經過移調成 e 小調後，這兩首歌曲所呈現的樂譜如下：



原告主張，被告在歌詞"Ev'ry has a place"的地方多次重複的旋律是取用原告副歌的部分。而副歌旋律是受著作權法保護的，被告知道這首歌曲，且有意或無意的納入自己的旋律中。

被告則主張，原告副歌的的結構與節奏是不受著作權法所保護的；此所涉及的只是單純的旋律，且很可能是屬於公共領域的旋律。除了這很小一部分的重疊外，其他的再無重複，因此只是偶然的雙重創作而已。因為被告並不認識原告的歌曲，且唱片在收歌"Fantasy"時是早在 1977 年 6 月即開始，而被告作曲家更是早於這個時間好幾個月之前即已創作完成。

地方法院在 1981 年 7 月 14 日判決原告敗訴，其主要理由認為原告

所爭執的旋律部分並不受著作權保護。上訴法院於 1982 年 6 月 8 日廢止並駁回原判決。地方法院於 1984 年 7 月 3 日依原告所提出之證據再度判決原告敗訴，其主要理由為「被告並不認識原告的這首歌曲」，原告不服，但上訴審法院維持原判決。再上訴到聯邦最高法院，原告仍然敗訴。

（一）判決理由

A. 上訴法院判決理由：

（1）系爭旋律是否受著作權保護

由於原地方法院以原告所爭執的旋律不受著作權保護的判決，已經被上訴審法院廢棄發回。故系爭旋律受著作權保護之事實於此並無爭議。

（2）客觀上有無構成實質近似

上訴審法院首先比較兩首音樂的曲調，認為這兩首歌曲結構並不相同。原告"Wie ein Kind"是比較短的旋律重複兩次結束，其結構為 A+A+A+B。 至於被告"Fantasy"第一次重複，第二次則有些微的變化後才結束，其結構為 A+A+A'+B。在樂譜的評價上兩者也各自不同。雖然兩首歌曲都是 4/4 拍，但是原告歌曲比較從容緩慢，至於被告則是屬於節奏比較快的拍子。兩者重疊的部分在 A，都是從 E 音符開始上升的小三度音階。其他部分則無相同。結束的 B 旋律部分也不一致。此外，節奏的部分也有極大的差異。

上訴法院採納鑑定人 Porf. Dr. R 的意見，認為副歌的全部旋律（A+A+A+B）應該受著作權法保護，但是單獨的 A 段旋律本身僅是最簡單形式的的曲調，尚無達原創性要求，因此不受著作權保護。

（3）主觀要件：是否知悉原著作且在創作時有意識或無意識的回溯利用

上訴法院認為從表面證據來看，就被告是否至少也有無意識借用的這部分，並非無爭議。由於副歌爭議部分占整首歌曲極微小的份量，且其獨特性較低，因此保護的範圍也非常限縮。但是也不能否認，對聽眾而言，這兩首音樂作品具有相似性。但只是這樣的表面證據是很有可能被動搖的。儘管原告在 1976 年 12 月左右就曾經將名為"Wie ein Kind"這首歌的 DEMO 帶寄給不同的美國公司，但也僅只有很少數的一些人可能偶然聽過，所以對於這樣的證據不能給予太高的對待。反而在這種情形下，兩首旋律的差異具有比較高的重要性。在本案，兩首曲調的差異性之所以具有重要性，主要是考慮到原告副歌的獨特性創作高度較微小，只是屬於不具重要性的雷同，再加上只有很少數的人可能聽過，因此並非不可能只是無意識的借用而已。至於專家鑑定人 Porf. Dr. R 則認為本件應屬於偶然的雙重創作才是。

B. 聯邦最高法院判決理由

是否構成著作權侵害（違反德國著作權法第 97 條及第 24 條第 2 項）之要件，必須客觀上有利用到受著作權保護的旋律，在主觀上作曲家主觀上知悉原著作且創作時有意或無意地回溯加以利用[172]。上訴法院的判決並無違法。

（1）系爭旋律受著作權保護

上訴法院肯定原告的副歌受著作權保護，並採取專家鑑定人 Porf. Dr. R 之見解，認為副歌中單獨的 A 段旋律（前八個音符）則不受保護，因此音階（例如上升的三度音、以二度下降主調音然後逐漸消失的安排）或韻律結構（例如在最後八分之一拍的加重等安排），都屬於音樂的公共財，不受著作權法保護。雖然原告指責上訴法院對於原告音樂獨特性的認定過於限縮而因此影響到期保護範圍，但此一認定並非法律上的錯誤，並無違法。

[172] "Magdalenenarie", BGH GRUR 1971, 266ff., 268.

（2）被告客觀上並未與原告著作構成實質近似

a) 就如同前述所提，判斷是否構成抄襲的最基本前提，就是要先確定客觀上原著作有哪些獨特性的創作，因為只有在原著作受著作權保護範圍內的挪用才有著作權法上之意義。在創作範圍內的一致或近似比較，通常是在劃定合法自由利用以及與著作權相關的利用行為的界線[173]。等到確定近似之後，才再進一步檢查，依一般表面證據是否可以推論出，新旋律的作曲家是否知悉舊旋律且創作時有意或無意地回溯加以利用。但是表面證據若顯示，此種近似除了抄襲前著作外，仍有其他的可能性存在的話，則此一間接證據恰可以作為排除抄襲的認定。

b) 在本案中，上訴法院並不認為客觀上構成實質近似，也不認為原告所提出之表面證據足以證明被告主觀上至少有無意識之旋律借用存在，再加上兩首系爭旋律部分之差異性頗大，因此間接證據變得較薄弱，因此指向偶然雙重創作的情形。

上訴法院在比較樂譜後指出，兩者在 A 段的旋律是一致的，都是從 E 音符開始上升的小三度音階。但此一雷同卻是在創作領域之外，蓋上升的三度音階是屬於音樂的公共財。至於後續的三度音階則不再相同。原告"Wie ein Kind"以二度下降至主音並結束在二度音；第一和第二部分的 A 旋律，是以八分音符的休止符隔開。不同的是，被告"Fantasy"的旋律是以三度音階無休止符的方式進行至四度音（A）然後再從三度音階下降二度音；除了音符 A 是八分音符外，經由上升與下降的短暫十六音符的呈現，更顯現其重要性。對此一事實的認定，上訴法院並無法律上應予再審之錯誤。此外上訴法院在整體音階的結構與排列部分，原告"Wie ein Kind"的曲調是未改變地重複兩次後結束，其結構為 A+A+A+B；至於被告"Fantasy"只有第一次重複，第二次則有些微的變化後才結束，其結構為 A+A+A'+B。雖然結構上確有某些近似，但是在評價上卻不是屬於重要部分的近似，因為將特定的旋律或曲調反覆重複，是音樂上熟知且幾乎不

[173] "Dirlada", BGH GRUR 1981, 267ff.

具原創性的手法。又雖然兩首歌曲都是 4/4 拍， 但是原告"Wie ein Kind"的旋律是以四分之一，八分之一及半拍寫成，至於被告"Fantasy"十六分之一，八分之一及四分之一寫成，因此呈現出原告的旋律較緩慢，而被告旋律較快。而這種不同的流程，也因為原告保持到最後的上升三度音而更為強化。至於被告"Fantasy"在同樣這個位置則只有以二度音直到四分之三節為止。原告"Wie ein Kind"的緩慢旋律也表現在每個 A 段旋律之間比較長的休止符，總共有三個八分休止符，對比被告"Fantasy"則只有一個十六分休止符。最後在結束部分的 B 旋律，雖然手法上都是以兩個音符的方式在變化，但二者並無任何雷同。因此上訴法院最後認定兩首歌曲在韻律流程方面無一致性，亦無法律上之錯誤。

c) 最後，上訴法院廣泛對照兩者之樂譜以及聆聽的印象，認為只有一小部分的一致或類似，且屬於副歌原創性保護範圍之外（因為原告副歌的原創性微小故其保護範圍也非常限縮），此一見解也與專家鑑定人的書面及口頭鑑定見解相同。原告的上訴因不具理由，故予駁回。

伍、 小結

綜合而言，德國著作權法在比較借用的著作是否構成抄襲時，首先應確定的被利用著作在客觀上有哪些獨創性的特徵。只有利用到著作受著作權法保護的部分才有法律上的意義，因此並非先判斷是否重要部分的範圍及內容被利用，而是應先判斷被利用的部分是否屬於著作權法的保護範圍，。

其次，則是採用整體比較或整體印象（Gesamteindruck, Gesamtbetrachtung）的判斷標準，因此不僅包括原著的造型特徵，還包括屬於公共領域的已知造型，整體比較的結果決定了原著獨創性的程度，而此一獨創程度也同時決定了著作保護的範圍[174]。並且在此範圍內應判斷的是其相似部分，而非二作品之差異性，例如在"Happening"這部錄影帶中，不

[174] "Hundefigur", GRUR 2004,855ff.

管是事件過程作為背景的音樂、攝影的呈現以及附帶的引言導論之近似等等，不能因為只是因為省略某些部分或安排一些無原創性的變更，即認為是屬於合法的自由利用[175]。此外，還要判斷是否還保留有新作品的創作空間，如果自由創作的空間愈小，考慮到重新呈現之困難，因此只要有比例相對輕微的改變即足矣，換言之，此時被利用的著作其保護範圍相對限縮[176]。

通常來說，不同的著作類型，往往會有不盡一致的保護範圍，大致而言，除了形式的判斷外，特別是在詩作方面更要判斷其利用的內容，尤其是作者獨創的虛構人物是受到著作權保護的。語文或戲劇著作的中所蘊含的觀念、思想固然不受保護，但如果思想，已經被採納為具體化造型且有動作過程，例如小野兔的學校（häschenschule），則保護的範圍將不只限於具體文字稿或其直接的造型而已，甚至還包括動作進行的文字設計以及各種素材的安排，都在保護之列[177]。

在德國法上，科學或科技的語文著作方面，也享有比較大的自由利用的空間[178]；在建築圖（Baupläne）往往因受限於規劃的可能性，也享有比較大的自由利用空間[179]。在造形藝術著作方面，如果只是引用藝術著作內涵的觀念內容，則由於藝術著作通常是內容結合形式的獨特化表達，因此屬於自由利用範疇。因此如果只是呈現相同的主題、技巧、手法及風格，恐怕都是不在受保護的範圍。但如果是以不同的程序再現著作內容，例如將版畫改為描繪形式，或是將油畫改為立體雕塑品，則非屬於自由利用行為[180]。

不同的是，音樂著作在德國則享有比較大的保護範圍，因此德國著

---

175 "Happening" , KG, GRUR 1984,507/508; BGH GRUR 1985, 529f.
176 "Englisch-Wörterbuch", KG CR 1994, 739f.；"Staatsexamenarbeit", BGH GRUR 1981, 352ff.
177 Loewenheim, in:Schricker, UrhG Kommentar, §24, Rdnr.17.
178 "Staatsexamenarbeit", BGH GRUR 1981, 352ff., 355.
179 " Baupläne ", OLG Hamm GRUR 1967,608ff.
180 Loewenheim, a.a.O. §24, Rdnr.19.

作權法第 24 條第 2 項特別規定，禁止對於任何已知或可辨識的（erkennbar）音樂旋律的自由利用，此即所謂僵固的旋律保護（starre Melodienschutz）。因此對於音樂旋律的侵權利用，判斷重點並非在自由與非自由利用，而是在該旋律是否具可辨識性[181]，所以在音樂著作權侵害的判斷上，新曲中是否可辨識舊著作的旋律即為重點，但是否具可辨識性與是否知悉原告之著作無關。因此如果具可辨識的話，則還要再判斷新著作的作曲家是屬知悉原著作，以及是屬於有意識或無意識的借用，而異其民、刑事責任（參閱前述貳、二、無意識的借用），但這也是著作權實務上最困難之處。本條的規定，本來主要是針對流行或暢銷音樂，甚至是輕歌劇而來，因為在此領域內太輕易利用並改變他人旋律而主張自由利用，但是這樣一來，嚴肅音樂或古典音樂習以為常的變奏曲，也將因此大受影響[182]。

此外，對於不同著作類型的轉換形式，例如從詩歌或小說中創作成音樂著作或雕塑品（語文著作-音樂著作-造形藝術著作），因為表達形式與本質特徵在此三種創作形式是截然不同，被利用的語文著作只有非常抽象的形式，而且是以一種完全不同的表達手法予以再現，尚無構成著作權之侵害[183]；不過仍要注意到，將小說改拍成電影，在現行法下是構成著作權法下的改作。

---

[181] Vgl. "Ein bißchen Frieden", BGH GRUR 1988, 812ff.
[182] Loewenheim, a.a.O. §24, Rdnr. 26f., 30.
[183] Loewenheim, a.a.O. §24, Rdnr. 20.

第五章 我國著作權侵害認定要件 -兼論其他國家之比較

壹、概述

國內法院判決多年來習慣以「接觸」(access)及「實質相似」(substantial similarity)作為認定著作權侵害之要件及標準，這種認定標準顯然是受到美國判決實務影響。美國法「接觸」與「實質相似」之判斷標準，係第二巡迴上訴法院於 Arnstein v. Porter 所建立。在該案中，法院指出，原告如欲成功主張著作權侵害，則須證明：(1)被告模仿(copy)原告之著作，以及(2)被告之模仿行為係不當取得(improper appropriation)、非法模仿(illicit copying)或非法取得(unlawful appropriation)。而要證明模仿有兩種方式，一種是被告自認，另一種是利用「接觸」與「實質相似」作為情況證據(circumstantial evidence)，推論被告模仿原告之著作[184]。然而，後來美國許多法院判決實務演變為以「接觸」與「實質相似」作為判斷是否成立著作權侵害(copyright infringement)的標準，如 Selle v. Gibb[185] 及 Three Boys Music v. Michael Bolton[186]等案判決均為著例。在 Ty, Inc. v. GMA Accessories Inc.一案中，法官 Richard Posner 雖然仍用「接觸」與「實質相似」來判斷是否構成模仿(copy)，但兩個要件具備（該案其實是以極度相似免除了接觸的認定）即構成著作權侵害[187]，未如 Arnstein 案中須再證明被告之模仿行為係不當取得、非法模仿或非法取得。而除少數學者仍以非法取得作為認定著作權侵害之認定標準外[188]，現今多數學者均直接以「接觸」及「實質相似」認定著作權侵害。

---

[184] Arnstein v. Porter, 154 F.2d 464 (2d Cir. 1946), cert. denied, 330 U.S. 851 (1947).
[185] 741 F.2d 896 (7th Cir. 1984).
[186] 212 F.3d 477 (9th Cir. 2000).
[187] 132 F.3d 1167 (7th Cir. 1997).
[188] Marshall A. Leaffer, Understanding Copyright Law 420 (5th ed. 2010).

本章主要歸納整理「接觸」及「實質相似」在我國著作權侵害之操作實務，有鑑於「接觸」與「實質相似」之概念係源自美國法，就法律移植的觀點而言，採用美國法長期發展出的認定標準須對於該國操作系爭標準之方法有正確認知，因此美國法之發展經驗對我國有相當之參考價值。此外，大陸法系國家，例如日本法對於「依據性」、「同一性」以及「類似性」之看法，或是德國「客觀」與「主觀」要件之分析，亦都有值得供作為參考之必要，故於此一提出本研究案之整理與比較。

貳、著作財產權侵害之類型

依著作權法第 3 條第 1 項第 3 款之規定，著作權可分為著作人格權及著作財產權，而著作人格權及著作財產權各內含有不同的權利類型，因此在分析著作權侵害時，應辨明受侵害之系爭著作權究竟為何種著作人格權或著作財產權，若連結至本研究案主題，此處應探究者為：法院採取「接觸」及「實質相似」之認定標準，究竟是認定哪一種類型著作人格權或著作財產權之侵害？抑或是各種權利內涵之著作權侵害均可用系爭標準認定？此係實務適用系爭標準所必須處理之前提問題，亦具有相當的理論探討價值。

一、我國理論與實務之比較

國內法院實務在適用「接觸」及「實質相似」標準認定著作權侵害時，對於究竟何種著作權受侵害可適用該標準有不同見解，學者間就此亦有不同觀點，以下分述之：

（一）判斷「抄襲」或「著作權侵害」之標準

國內不少法院實務見解均將「接觸」及「實質相似」界定為判斷「抄襲」[189]或「著作權侵害」[190]之標準，但卻未論及究竟該等標準是用

[189] 如最高法院 81 年度台上字第 3063 號判決、最高法院 83 年度台上字第 2501 號判決、最高法

以判斷何種著作人格權或著作財產權之侵害，此等見解迴避了著作權侵害認定的最根本問題：究竟是何種類型與內涵的著作權受到侵害。

事實上，「抄襲」並非我國著作權法用語，我國許多法院判決[191]及部分學者[192]亦承認「抄襲」概念並無實定法規範依據。曾有法院將「抄襲」定義為「非法之侵害」[193]，此種定義方式其實無法實際解決問題，且將「抄襲」與「侵害」作概念化分在邏輯上會讓人誤會著作權之侵害係區分為「非法之侵害」與「合法之侵害」。

本研究案以為，法院用「接觸」及「實質相似」標準認定「抄襲」，仍應指出被告之「抄襲」行為究竟侵害了何種類型的著作人格權或著作財產權，蓋「抄襲」本身並非著作權法所界定的著作權類型。國內有實務見解具體指陳「抄襲」所「侵害著作權人之權利主要以重製權、改作權為核心」[194]，也有法院判決認為：「『抄襲』係指侵害人重製之著作係模倣著作權人著作中受著作權保護之成分，且達實質近似之程度」，該等見解固然指出了植基於「抄襲」的概念之下，「接觸」及「實質相似」標準可用以認定重製權及改作權之侵害，但在法律適用及涵攝的過程中，是否有必要創造一個「抄襲」的上位概念用以涵蓋重製權及改作權，有值得商榷之必要，蓋此等概念創造不但欠缺實益，反而可能會使得已經相當複雜多樣的著作財產權類型更形混亂。

院 99 年度台上字第 2314 號民事判決、台灣高等法院 92 年度勞上字第 69 號判決、智慧財產法院 98 年度民著上易字第 12 號判決、智慧財產法院 98 年度民著上易字第 5 號判決及智慧財產法院 97 年度民著上易字第 6 號民事判決等。

190 如最高法院 94 年度台上字第 6398 號民事判決、最高法院 96 年度台上字第 529 號刑事判決、最高法院 97 年度台上字第 6499 號刑事判決、最高法院 97 年度台上字第 3121 號刑事判決、台灣高等法院 94 年度重上更(三)字第 131 號刑事判決、台灣高等法院 97 年度智上字第 7 號判決、智慧財產法院 99 年度刑智上易字第 48 號判決、智慧財產法院 98 年度刑智上更(三)字 2 號判決、智慧財產法院 98 年度民著訴字第 41 號判決、智慧財產法院 98 年度民著上字第 8 號判決均採此見解

191 如最高法院 99 年度台上字第 2314 號民事判決、智慧財產法院 98 年度民著上易字第 12 號判決、智慧財產法院 97 年度民著上易字第 6 號民事判決、台灣高等法院 92 年度勞上字第 69 號民事判決等。

192 參羅明通，著作權法論[I]，頁 176，七版，2009 年。

193 參智慧財產法院 99 年度民著訴字第 36 號判決。

194 如智慧財產法院 97 年度刑智上易字第 27 號判決。

以「接觸」及「實質相似」標準直接認定「著作權侵害」，亦存在相同的問題，著作權制度既然採取法定保護主義，則法院認定著作權侵害時均應指出究竟是何種類型的著作人格權或著作財產權受到侵害，不應直接以「接觸」及「實質相似」標準認定「著作權侵害」，卻對受侵害之權利類型及內涵缺乏論述。

（二）判斷「重製權」侵害之標準

國內有判決直接指出：「接觸」及「實質相似」是判斷重製權侵害之標準[195]（但此二要件是否得為改作權或其他權利侵害之認定標準，則未見進一步說明）。

（三）判斷「重製權」與「改作權」侵害之標準

有部分判決認為：「接觸」及「實質相似」標準除可用以判斷重製權侵害外，亦可用以判斷改作權侵害[196]。

（四）判斷各類型著作財產權侵害之標準

國內亦有學者對於實務發展出的「抄襲」概念採取肯定見解，並認為以「接觸」及「實質相似」認定的著作權侵害可包涵各類型的著作財產權侵害，如許忠信教授認為：「所謂抄襲，其乃以他人未經著作（財產）權人之同意或授權他人行使著作（財產）權為必要，惟此並非謂侵害人須完全逐字或原原本本地重製或公開演出他人著作才構成抄襲，而是只須侵害人所重製、公開上映或公開演出之著作確係模仿(copy)自著作權人之著作且達實質近似之程度，即足以構成抄襲…抄襲在此乃指廣義，因此並不以違法公開上映、公開演出、公開播送或改作他人之著作，亦為此處之抄襲概念所涵蓋」[197]，羅明通教授亦指出：「所謂抄襲，不

---

[195] 如智慧財產法院 98 年度民著訴字第 40 號民事判決及智慧財產法院 100 年刑智上訴字第 39 號判決等。

[196] 如智慧財產法院 97 年度刑智上易字第 27 號判決及智財法院 100 年度民著訴字第 49 號民事判決等。

[197] 許忠信，「著作之原創性與抄襲之證明（下）－－最高法院九十七年度台上字第一二一四號判決評析」，月旦法學雜誌，172 期，頁 240-41，2009 年 9 月。

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、改作等方法抄襲原告之著作等均是」[198]。

二、與美國、日本及德國學說實務之比較

1. 美國

美國法中對於著作財產權之類型亦採取明文列舉主義，因此被告須侵害著作權法明定之著作財產權類型，方構成著作權之侵害[199]。學者多認為，「接觸」與「實質相似」係用以認定重製權侵害之標準[200]。部分具代表性的著作權法教科書亦將「接觸」與「實質相似」列於重製權侵害之章節[201]。

2.日本

就如同我國實務經常「抄襲」乙詞，在日本實務中對於著作權的侵害，常見使用「盜作」、「盜用」、「抄襲」（パクリ）、「剽竊」等字詞。學者指出，這些用語均非在著作權上規定之用語，在考慮著作權侵害這個問題之前，必須在實際的案例中具體的思考何種著作權的權利遭受侵害，如果不聚焦在這個問題時，專家們的討論只會雞同鴨講而浪費時間[202]。

日本法實務上為認定侵害著作財產權之重製權、改作權，前者係採「依據性」以及「同一性」作為認定之標準，後者則係採「依據性」以及「類似性」作為認定之標準。從「依據性」的案例以及學說的歸納整理中，可以發現「依據性」的概念解釋上應相當於美國法的「接觸」。

至於「同一性」，則是對於被告創作中是否可以發現足以察覺原著作表現上的內容和形式；「類似性」，則是於被告的創作中，可以發現

---

198 參羅明通，前揭註 192，頁 176。
199 Leaffer, supra note 188, at 419.
200 Leaffer, supra note 188, at 419.
201 See, e.g., Robert A. Gorman et al., Copyright: Cases and Materials 572-627 (2011).
202 三山裕三，2010，251。.

被告將原著作的表現上予以附加修正、增減、變更後，將思想或者感情重新地為創作性表現，而與該創作接觸之人尚可以直接察覺原著作表現上本質的特徵。申言之，在日本實務中明確地對於重製權、改作權侵害採用不同的標準，目的可能係為了強調被告的創作中即使未完全重現原著作表現上的內容和形式，雖無法成立重製權的侵害，但仍可以成立改作權的侵害，但也同時強調此時在被告的著作中尚必須仍可以直接察覺原著作表現上本質的特徵，否則即為另一個獨立的創作。

3. 德國

在德國法方面，實務上常用的「抄襲」或「剽竊」等名詞雖非著作權法的法定用語，不過在著作權的侵權案例上仍多襲用，其內涵應包含「重製及改作」在內，因此不論是一模一樣的利用或變更後加以利用，只是適用侵權的法條不同而已，對於抄襲的非難並無不同。不過這種將他人之智慧財產權據有己有的霸佔行為，最主要的重點在於，必須是有意識的這個要件上，過失行為不在此限。

參、實質相似

一、我國理論與實務之比較

關於我國實務上「實質相似」之判斷基準，區分為「量」與「質」之考量[203]，此如最高法院 99 年度台上字第 2314 號民事判決所述：「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，認為二者相似程度頗高或屬著作之主要部分者，始足當之」。實質相似應以原告之著作（而非被告之作品），為判斷依據，觀察被告重製部分，是否對原告作品在量或質上有重大影響[204]。以下就我國「實質相似」之「量」與「質」的分析方法分述如下：

[203] Gorman et al., supra note 201, 572.
[204] Nimmer & Nimmer, at §13.03[A][2][a] (2009).

1.「量」的實質相似

「量」的實質相似判斷標準最常是用於語文著作，如最高法院 97 年度台上字第 3121 號刑事判決：「就被告所著系爭二書與告訴人主張之二書，比較認定其有關全書之章節架構、文章編排內容以及書本外觀均不相同，二者介紹水晶之種類數量上相距甚遠，且扣除有關各類寶石水晶之英文名稱、中文名稱、化學式、晶系、硬度、比重、稀有性及代表產地等資訊部分，被告利用部分約僅九頁，而告訴人所著『水晶寶典』共計一二四頁，被告利用部分則不及三頁；而『愛情水晶』共計二０一頁，遭告訴人指訴涉嫌抄襲部分約占六頁，『招財水晶』共計一八八頁，遭告訴人指稱涉嫌重製部分則約僅四頁，其利用數量不多」。

通常在「量」達到實質近似程度時，「質」亦相當有可能實質近似，如智慧財產法院 98 年度刑智上易字第 123 號刑事判決謂：「在判斷語文著作有無構成著作權侵害時，並不必要以文字逐字相同或逐句抄襲為限，主要是在考察兩造著作人在為思想觀念之表達時，其文字、句子、體系章節或內容安排等的表達形式，是否構成『實質近似』為斷。被告與告訴人許淑玫前開論文於目次編排上幾近一致，僅微幅調整，於內容部分則有如附表所示之大量雷同之處，已如前述，足認被告上開論文在表達內容之『質』與『量』上均已達實質類似於告訴人許淑玫著作之程度」。

此外，在認定不同類型語文著作之著作權侵害時，法院亦會採取不同的「量」之實質相似標準，如智慧財產法院 99 年度民著訴字第 36 號民事判決謂：「所謂量之相似者，係指抄襲的部分所佔比例為何，著作權法之實質相似所要求之量，其與著作之性質有關。故寫實或事實作品比科幻、虛構或創作性之作品，要求更多之相似分量，因其雷同可能性較高，故受著作權保護之程度較低」[205]，國內學者亦採相同見解[206]。

---

[205] 類似見解如智慧財產法院 97 年度刑智上易字第 27 號刑事判決謂：「『實質類似』之判斷，與告訴人著作性質相關，如告訴人主張被抄襲之著作內容，係取自公共領域（public domain）較多之事實型著作（factual work），由於其具有不容杜撰、自由發揮空間及表達方式受限、

2.「質」的實質相似

智慧財產法院 99 年度民著訴字第 36 號民事判決對「質」之考量之概念及適用理由有相當說明：「所謂質之相似者，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，縱使僅佔原告著作之小部分，亦構成實質之相似。有鑑於侵權態樣與技巧日益翻新，實不易有與原本全盤照抄之例。有意剽竊者，會加以相當之變化，以降低或沖淡近似之程度，避免侵權之指控，故使侵權之判斷更形困難。故認為判斷是否抄襲時，應同時考慮使用之質與量。即使抄襲之量非夥，然其所抄襲部分屬精華或重要核心，仍會成立侵害」[207]。至於，何謂構成質之相似的「重要成分」，學者羅明通認為：「茲所謂重要，乃指表達之方式中，如無該部分，著作即失其精髓者，即為其重要成份」[208]。

另外，針對美術著作或圖形著作之侵害認定「質」的實質近似時，我國法院多以「整體觀念與感覺」認定[209]，智慧財產法院 101 年度民著上易字第 7 號民事判決對此曾有說明：「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」。

二、與美國、日本及德國理論與實務之比較

1. 美國

資訊來源多有重疊等特點，故在著作抄襲之『實質類似』構成要件上，應採取較嚴格之標準，反之，若係虛構性、科幻性作品（fictional work）或詩文等創作性較高之著作，則關於實質類似之要求標準較低」，其他類似見解，亦可參智慧財產法院 98 年度刑智上更（三）第 2 號刑事判決及智財法院 101 年度民著訴字第 37 號民事判決等。

[206] 羅明通，著作權法論[II]，頁 417，2009 年 9 月，七版。

[207] 相同見解可參智財法院 101 年度民著訴字第 37 號民事判決。

[208] 羅明通，著作權法論[II]，頁 418，2009 年 9 月，七版。

[209] 如最高法院 94 年度台上字第 6398 號刑事判決、最高法院 97 年度台上字第 6499 號刑事判決、智慧財產法院 98 年度刑智上易字第 37 號判決及智慧財產法院 97 年度民著上字第 2 號民事判決等。

美國與我國均有判決清楚指出：實質相似之比對客體須為表達，而非思想[210]，蓋兩個作品的思想相同並不構成著作權侵害。美國知名學者 Nimmer 認為，實質相似程度的認定，與原告著作原創性之高低有關，通常原告如就原創性較低的著作主張著作權侵害，須被告之作品與系爭著作「超實質相似」("supersubstantial" similarity）方可[211]。

就美國法院實務而言，在 Steinberg v. Columbia Pictures Industries, Inc. 一案中，紐約客(New Yorker)雜誌控告哥倫比亞公司之電影海報侵害其雜誌封面圖樣著作權之訴訟中，法院指出，實質相似並非指完全相同或極度相似，在本案件類型中，只要一般人第一眼即可感覺兩者有強烈相似之處即可。抄襲者不得藉由主張其作品有多少比例非為抄襲而免責，只要抄襲之部分具重要性，即構成實質相似[212]。

此外，美國法院也曾指出，觀察圖形或攝影著作是否侵權，應判斷「整體觀念與感覺」（total concept and feel），在 Mannion v. Coors Brewing Company 涉及海報著作權侵害之案件中，法院觀察海報照片拍攝之特殊角度、人物姿勢及光影變化等因素，認定被告之作品與原告著作實質相似[213]。

2. 日本

在日本的判決中，也可以發現明確地表示在比較原告作品間與被告作品後，具有「同一性」以及「類似性」的客體，如果並非原告的表達而係思想或事實時，則並不該當於著作權的侵害。

此外，日本有判決採取「全體比較論」，亦即將原告作品與被告作品之整體作為被告侵害原告著作權與否時比較的對象，即使部分類似時但全體相異的話，則並不認為侵害原告之著作財產權。例如「One Rainy

---

[210] 參最高法院 99 年度台上字第 2109 號民事判決、智慧財產法院 99 年度民著訴字第 36 號判決。Sell v. Gibb, 741 F.2d 896 (7th Cir. 1984); Paul Goldstein, Goldstein on Copyright §§ 9.1, 9.3.2 (3d ed. 2012); Gorman et al., supra note 201, 572.

[211] 4 Melville B. Nimmer & David Nimmer, Nimmer on Copyright §13.03[A] (2010).

[212] 663 F.Supp. 706 (S.D.N.Y. 1987).

[213] 377 F. Supp. 2d 444 (S.D.N.Y. 2006).

Night in Tokyo 事件」的第一審東京地方法院昭和 43 年（1968 年）5 月 13 日判決，即認為縱使個別的旋律相當近似，兩著作權全體比較之下，被告作品中有原告作品中所無日本歌謠曲調插入，因此並不認為侵害原告之重製權。但是學說則認為何等範圍內可成為比較對象之「全體」並不明確，因此只要抄襲創作上表現的部分時，例如數小節或數頁時，解釋上也應構成著作權的侵害[214]。

與美國或我國法比較之下，日本實務嚴守最高法院對於「同一性」以及「類似性」所作之定義，除將該二標準適用所有類型的著作之外，並不會因為比較的對象屬於美術、圖形、攝影等視覺著作時，即改採不同的判斷方法或模式，故例如「整體觀念或感覺」，僅止於學說討論美國著作權法之實務時方才提及，並未見有將該等標準與日本判決互相比較之討論。

3. 德國

在德國法上，同樣也認為著作的中所蘊含的觀念、思想不受保護；但如果語文或戲劇著作中的思想，已經被採納為具體化造型且有動作過程，例如小野兔的學校（häschenschule），則保護的範圍將不只限於具體文字稿或其直接的造型而已，甚至還包括動作進行的文字設計以及各種素材的安排。

此外，在德國著作權法上，著作權的侵害認定只能考慮該借用部分是屬於著作權法所保護的範圍為限，因此在比較二著作客觀上是否構成實質近似之前，必須先確認被利用的著作在客觀上有哪些獨創性的特徵，只有利用到著作受著作權法保護的部分才有法律上的意義。對於不受著作權保護的公共領域部分必須事先加以排除，縱使雷同亦不在保護之列。因此並非先判斷是否重要部分的範圍及內容被利用，而是應先判斷被利用的部分是否屬於著作權法的保護範圍；只有在排除了不受著作權保護的部分後，才會就其餘的特徵比較二著作客觀上是否構成實質近

[214] 田村善之，2004，59-6。.

似。

在比較實質近似時，重點除了在判斷重要部分或結構是否實質近似（質的判斷）之外，一致或近似的數量（量的判斷）也當一併加以考量[215]。另外，著作原創性程度的高度也會一併納入考量，如果原著的創作高度很微小，則相對而言保護範圍就會限縮很多，原著作者就必須容忍比較大範圍的雷同。其次，則是採用整體比較或整體印象（Gesamteindruck, Gesamtbe- trachtung）的判斷標準，因此不僅包括原著的造型特徵，還包括屬於公共領域的已知造型，整體比較的結果決定了原著獨創性的程度，而此一獨創程度也同時決定了保護的範圍。

另有值得一提的是，德國法上比較特別的是，不同著作類型其保護的範圍也不盡一致，例如在科學或科技的語文著作方面，或是建築圖受限於規劃的可能性，往往享有比較大的自由利用的空間，但是在音樂著作方面則法律明文禁止對於任何已知或可辨識的音樂旋律的自由利用，讓音樂著作在德國享有比較大的保護範圍，此種對旋律的強力保護原本是特別針對流行音樂而來，但也因此對古典音樂習以為常的變奏曲創作模式造成很大的困擾。

肆、接觸

一、我國理論與實務之比較

關於「接觸」之證明，實務[216]及學說[217]多數說認為應由原告負舉證責任，我國實務及學說見解[218]多將「接觸」概念區分為「直接接觸」與「間接接觸」，智慧財產法院 99 年度民著訴字第 36 號民事判決曾對此有所說明：

---

[215] Vgl. "Baustatikprogramme", OLG Frankfurt/M, CR 1986, 13ff.

[216] 如最高法院 81 年度台上字第 3063 號判決、智慧財產法院 97 年度刑智上易字第 27 號判決、智慧財產法院九十七年度民著上易字第六號判決、智慧財產法院九十八年度民著上易字第十二號民事判決及智慧財產法院九十九年度民著訴字第三十六號民事判決等。

[217] 羅明通，著作權法論[II]，頁 403，20009 年，七版。

[218] 同前註，頁 405。

「接觸分為直接接觸與間接接觸兩者態樣。前者，係指行為人接觸著作物。諸如行為人參與著作物之創作過程；行為人有取得著作物；或行為人有閱覽著作物等情事。後者，係指於合理之情況下，行為人具有合理機會接觸著作物，均屬間接接觸之範疇。諸如著作物已行銷於市面或公眾得於販賣同種類之商店買得該著作，被告得以輕易取得；或著作物有相當程度之廣告或知名度等情事」[219]。

在實際著作權侵害訴訟中，原告如能證明「直接接觸」，則通常爭議較小，但是在大多數情況中，由於被告均不會自認其曾接觸過系爭著作，且模仿行為常是秘密進行，或透過非物理方式（如記憶）完成，因此原告常甚難證明被告「直接接觸」之事實（或以直接證據證明被告曾接觸過系爭著作）[220]。

若原告無法提出被告曾接觸原告著作之直接證據，則法院需就其他間接證據判斷，社會通常情況，被告是否有合理機會接觸原告之著作[221]，此時由於「社會通常情況」及「合理機會」係屬不確定法律概念，因此常成為著作權侵害訴訟爭議所在，就近年法院實務見解而言，法院依社會通常情況，認定被告有合理機會接觸原告著作之情形包括但不限於：

（1）原告及被告在市場上具直接競爭關係，且有重疊的客戶範圍，則原告將系爭著作交付與被告重疊客戶，即可推定被告有合理機會接觸系爭著作[222]。

（2）著作權人若就特定議題公開發表系爭著作，向國家圖書館取得國際標準書號，且經媒體廣泛報導，且一般人均可於市場上取得系爭著

---

[219] 智財法院 101 年度民著訴字第 37 號民事判決亦採相同見解。

[220] Leaffer, supra note 188, at 420.

[221] 參臺灣高等法院 94 年度重上更(三)字第 131 號刑事判決、智慧財產法院 98 年度刑智上字更(三)字第 2 號刑事判決、智慧財產法院 98 年度民著上易字第 12 號民事判決及智慧財產法院 97 年度民著上易字第 6 號判決等。

[222] 如智慧財產法院 98 年度民著訴字第 41 號民事判決稱：「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」。

作，而被告就同一議題之作品發表在後，則可推定被告有合理機會接觸系爭著作[223]。

（3）著作物已行銷於市面或公眾得於販賣同種類之商店買得該著作，被告得以輕易取得；或著作物有相當程度之廣告或知名度等情事，均得推論被告有合理機會接觸系爭著作[224]。

二、與美國、日本及德國學說與實務之比較

1. 美國

依據美國判決實務，「接觸」是指被告實際見過、聽過或知悉原告的著作，或有合理之機會聽聞或知悉原告之著作[225]，前者概念上相當於我國著作權實務中的「直接接觸」，後者概念上則等同於我國實務所謂的「間接接觸」。所謂合理機會聽聞或知悉原告之著作係指相關證據足以推論被告有合理之可能性接觸系爭著作[226]，一般認為所謂合理機會或合理可能性並非建立在憑空臆測上[227]。就如同前述，權威著作權學者 Nimmer 認為，以情況證據證明有合理機會接觸之方法有二：(1) 原告著

---

[223] 如臺灣高等法院 92 年度勞上字第 69 號民事判決：「上訴人勞陣協會主張其於 88 年 11 月 01 日出版系爭勞動政策白皮書乙節，業據其提出該白皮書，印有『一九九九年十一月一日初版』字樣為憑。且本院詳閱 91 年度上易字第 272 號訴訟卷宗，被上訴人台灣勞陣協會主張其於同年 11 月 22 日召開新書公布記者會等語，經其提出聯合知識庫、中時電子報之網頁及自立晚報、聯合晚報、中國時報、自由時報之剪報為證。並有國家圖書館以台（91）圖書字第 91001561 號函表示：『本館於民國 88 年 10 月 25 日受理勞動者雜誌社申請【台灣勞工的主張—二０００年勞動政策白皮書】之國際標準書號，當日核准編配 ISBN000-00000-0-0 ，並於同日通知申請人』可稽。及經系爭勞動政策白皮書所示負責印刷之鏞山企業股份有限公司負責人董鵬程證實：『大約 88 年 09 月份以前就交給我們文稿，大約印刷之前一個半月，我們就會接到稿件，因為還要打字校對，很花時間．．最後一批是送得萬象圖書股份有限公司．．第一批應該是 10 月底送給台灣勞工陣線協會，最後一批應該是相差不到十天』。堪信上訴人勞陣協會確於 88 年 11 月 01 日公開發行系爭勞動政策白皮書，一般人可於市面上取得此一著作。又查，上訴人主張被上訴人於 88 年 11 月 25 日在聯合報發表系爭勞工政策建議論文，於 90 年 03 月 05 日出版之經濟前瞻雜誌第 74 期發表系爭失業對策論文乙節，業據上訴人提出各該論文為憑（原審卷第 16 至 22、33 頁），並為被上訴人所不爭執，堪信為真正。各該論文既在上訴人勞陣協會公開發行系爭勞動政策白皮書之後，依常情判斷，被上訴人於發表各該論文前，應有合理機會或可能性閱覽系爭勞動政策白皮書」。

[224] 參智財法院 101 年度民著訴字第 37 號民事判決。

[225] Leaffer, supra note 188, at 421.

[226] Leaffer, supra note 188, at 421.

[227] Leaffer, supra note 188, at 421.

作與被告對其之接觸有特定事件之連結(particular chain of events)，如被告曾與出版社或唱片公司有過交易、往來；或(2)原告著作曾被廣泛散布。而另一知名學者 Paul Goldstein 亦指出，在音樂著作之侵權爭議中，通常原告越能證明其著作廣為散布，則越容易成功證明「接觸」要件。

美國法院認定原告所提之證據不足以證明被告曾接觸過系爭著作之判決則包括但不限於：

（1）僅證明原告之著作曾於被告居住城市銷售，不足以證明被告曾接觸過原告著作[228]。

（2）僅證明原告曾於被告居所地對不特定對象散發或寄送試聽版 CD 的行為，不足以證明被告曾接觸過原告著作[229]。

（3）原告著作僅曾於芝加哥演出，但是被告作品卻是於法國完成[230]。

2. 日本

日本實務認定重製權、改作權侵害要件之一的「依據性」，解釋上相當於美國法上的「接觸」。惟日本實務以及學說均認為「依據性」涉及了行為人的主觀意思，通常不得不從客觀之事實去推論存在「依據性」。學說整理實務見解後，認為在日本實務中認定成立「依據性」的事實包括了：（1）被告有接觸原告著作可能性、（2）被告著作與原告著作間具有類似性、（3）被告有無獨立創作的可能性。

在（1）被告是否有接觸原告著作可能性中，包括了我國法上所謂的「直接接觸」（例如被告曾經收受原告著作）以及「間接接觸」（例如原告的著作已經發行了相當的數量）。尤其在音樂著作中（例如「One Rainy Night in Tokyo 事件」、「紀念樹事件」等），原告是否可以舉證

[228] See Ferguson v. Nat'l Broad. Co., 584 F.2d 111 (5th Cir. 1978).
[229] See, e.g., Jones v. Blige, 558 F.3d 485 (6th Cir. 2009); Armour v. Knowles, 512 F.3d 147 (5th Cir. 2007); Jorgensen v. Epic/Sony Records, 351 F.3d 46, 48 (2d Cir. 2003).
[230] Selle v. Gibb, 741 F.2d 896 (7th Cir. 1984).

原告的著作發行數量之程度，已足以使被告有合理接觸的機會，成為被告是否成立「依據性」的焦點。在（2）被告著作是否與原告著作間具有「類似性」中，則包括了相同的誤寫、表達範圍之外的共通點（例如思想等）。在（3）被告有無獨立創作的可能性中，則由原被告舉證、主張被告是否具有獨立創作之能力。

3. 德國

德國著作權法上，必須著作先在客觀上構成實質近似之後，緊接著才會依個案認定此一實質近似究竟是屬於有意識的抄襲或無意識的借用，但此一主觀要件的判斷往往涉及證明的問題，且多涉及間接證據的證據力問題。

在此通常最先考慮到的是，被告是否知悉（亦即我國或美國實務上所稱之接觸）前著作的存在，此時通常是由原告提出直接或間接證據證明被告有知悉（相當我國或美國法上所稱之「接觸」）原著作的機會或可能性，包括縱使是在潛意識情況下所進行的利用，也符合知悉的要件，只是如果是屬於潛意識的利用則因為欠缺故意的主觀要件，並不構成刑事上的犯罪而只有民事侵權責任而已。其次，則是考量在此領域內多元化各自獨立創作的可能性是否存在；以及依一般人類經驗，是否幾無可能以個別獨立方式創作出如此近似之著作。

另值得一提的是，德國學說及實務上也非常強調，如果從間接證據顯示，此種近似除了抄襲前著作外，若還有其他的可能性存在的話，則此一間接證據恰可以作為排除抄襲的認定。例如前著作人雖曾將作品的 DEMO 帶寄給被告國家的一些音樂出版社，但其作品從未曾在被告國家公開發表過，頂多只有很少數一些人接觸過等等[231]。

[231] Vgl. "Fantasy", BGH, Urteil vom 03.02.1998 - I ZR 143/86(KG), GRUR 1988, 810ff.

伍、「接觸」與「實質相似」之流動與關聯

一、我國理論與實務之見解

國內有法院判決認為：「接觸為…確定故意抄襲之主觀要件…實質相似者，其包含量之相似與質之相似，此為客觀要件」[232]，事實上，「接觸」與「實質相似」兩者同時存在時，法院即可用以判斷重製權侵害之客觀事實成立，因此將「接觸」列為主觀要件，用以和「實質相似」區分其實並不恰當，觀諸美國法院著作權侵害認定實務，亦無如此主/客觀二元區分法。

「接觸」與「實質相似」在訴訟舉證上具有相當的關連性，最高法院 99 年度台上字第 2109 號民事判決謂：「有無接觸並不以提出實際接觸之直接證據為必要，倘二著作明顯近似，足以合理排除後者有獨立創作之可能性，或二著作存有共同之錯誤、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者」，智慧財產法院 98 年度民著訴字第 41 號判決也曾指出：「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」，申言之，若被告著作與原告著作極度類似到難以想像被告未接觸原告著作時，則可推定被告曾接觸原告著作[233]。部份我國學者參酌美國法院判決亦採相同見解[234]。此外，亦有實務見解認為，縱使被告作品與著作權人著作並非不構成明顯近似，兩者之相似程度仍會影響作作權人或公訴人對「接觸」之舉證程度，如智財法院 100 年刑智上訴字第 39 號刑事判決：「在『接觸』要件之判斷上，須與二著作『相似』之程度綜合觀之，如相似程度不高，則著作權人或公訴人應負較高之關於『接觸可能』之證明，但如相似程度甚高時，僅需證明至依社會通常情況，有

---

[232] 智財法院 101 年度民著訴字第 37 號民事判決。

[233] 參智財法院 101 年度民著上字第 2 號民事判決及智財法院 101 年度民著訴字第 27 號民事判決等。

[234] 如羅明通教授曾指出：「倘如原告及被告之著作『明顯近似』（striking similarity），足可合理排除被告有獨立創作之可能性時，則不必有其他接觸之證據，已足可推定被告曾接觸原告之著作，原告不必另行舉證」，參羅明通，著作權法論[II]，頁 405，2009 年 9 月，七版。

合理接觸之機會或可能即可。故除非相似程度甚低，始有證明『「確實接觸』之必要」。

二、與美國、日本及德國學說與實務之比較

1. 美國

美國實務的確認為，「接觸」與「實質相似」兩個要件具有互相流動之關係，當原告所提證明「接觸」之證據較薄弱時，法院會要求其證明較高程度的「實質相似」；若被告作品與原告著作之相似程度過於驚人，依據合理推測，被告獨立創作之可能性幾乎不存在，此時法院可直接推定被告曾「接觸」過系爭著作。換言之，若「實質相似」之程度達到「明顯相似」或「驚人相似」(striking similarity)之程度，則原告即無須就「接觸」要件證明。但是「接觸」與「實質相似」之互相流動關係亦有其限制，「明顯相似」或「驚人相似」固可免除原告就「接觸」之舉證責任，但縱使原告提出極為強烈的證據證明被告曾「接觸」系爭著作，卻無法免除其對「實質相似」之舉證責任。

2. 日本

雖然在日本實務中，並無美國法中所謂「接觸」與「實質相似」兩個要件具有互相流動之關係，但是原告在主張被告係「依據」原告著作而為創作時，實可以舉證兩著作間之存在有部分共通點，以證明判斷侵害重製權以及改作權的「依據性」要件已經具備。此共通點包括不具判斷侵害意義的些微類似之處、具備同樣的誤寫情況等。換言之，在日本法上兩著作間並不需要到達所謂「明顯相似」或「驚人相似」方能證明「依據性」要件之存在，而原告需要舉證的是，倘若被告未依據原告著作而創作時，兩作品間即不可能具有該等共通點。當然，解釋上兩著作間如果已經成立「明顯相似」或「驚人相似」時，上述所謂的共通點應該也會存在。

3. 德國

在德國法上，二著作重疊的程度或比重通常也足以作為一種間接證據，以證明是否有利用到前著作。通常近似的部分越少則間接證據就越弱或甚至完全無用；相反的，若近似的部分越多，則間接證據力就會越強。可見在德國著作權法實務上亦顯見「實質近似」與「間接證據」之間具有流動性的。

陸、採何人之判斷標準

不同人對於兩作品是否「實質相似」會有不同的認定標準，而不同的認定標準會造成被告著作權侵害責任成立與否之重大差異，我國實務上於判斷圖形、攝影、美術、視聽等著作時，通常以「一般理性閱聽大眾」或「一般通常知識民眾」之標準認定原告著作與被告作品是否「實質相似」。例如智慧財產法院 100 年度刑智上訴字第 39 號刑事判決[235]、101 年度民著上易字第 7 號民事判決[236]、智慧財產法院刑事判決 101 年度刑智上易字第 11 號[237]、以及 103 年度刑智上易字第 34 號刑事判決即略謂：「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

[235] 「又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。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。」

[236] 「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。」

[237] 「在判斷是否抄襲時，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），而所稱「整體觀念與感覺」係指不得將該著作之創作元素予以割裂解構各細節詳予比對，而應以一般通常知識之民眾接觸兩著作時，就整體觀察所得之印象或所欲表達之創作概念是否近似為判斷標準。」

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』。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。」

此外，不論法院之見解與證人、鑑定人或鑑定報告之意見是否一致，判決中也都清楚表示：「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。[238]」等語，明顯論述應採取法院觀點之判斷標準，亦與各國標準並無不同。

二、與美國、日本及德國理論與實務之比較

1. 美國

美國法院實務關於「實質相似」之認定標準多採取「一般觀察者」(ordinary observer)標準，特別是在分析「整體觀念與感覺」相似時，特別強調立於「一般觀察者」或「非專業人士」(lay person)之立場[239] [240]，而非專家之立場，此標準常配合前述「整體觀念與感覺」標準一併適用[241]。

「一般觀察者」或「非專業人士」雖與前述我國實務所採之「一般理性閱聽大眾」標準類似。然而，該等標準在適用上並非完美無缺，有論者批評該標準操作的結果將使著作權侵害認定趨於浮面表象，因為一般人

---

[238] 參閱智慧財產法院民事判決 101 年度民著上字第 21 號；類此表達之相關判決，請參閱 97 年度民著上易字第 6 號、98 年度民著上易字第 12 號、99 年度民著訴字第 36 號、100 年度民著訴字第 55 號、100 年度民公訴字第 5 號。

[239] See, e.g., Roth Greeting Cards v. United Card Co., 429 F.2d 1106, 1110 (9th Cir. 1970); Bevan v. Columbia Broad. Sys., Inc., 329 F. Supp. 601 (S.D.N.Y. 1971).

[240] 不同判決用語稍有差異，除了「一般觀察者」(ordinary observer) 與「非專業人士」(lay person)外，法院尚有使用「一般理性之人」(ordinary reasonable person)或「一般非專業觀察者」(ordinary lay observer)等用語，但其實是指涉相同的概念。See, e.g., Brubaker v. King, 505 F.2d 534 (7th Cir. 1974); Int'l Luggage Registry v. Avery Prods. Corp., 541 F.2d 830, 831 (9th Cir. 1976),

[241] See, e.g., Roth Greeting Cards v. United Card Co., 429 F.2d 1106, 1110 (9th Cir. 1970).

的印象與作品是否在法律上近似仍有相當差距[242]，且並非所有類型著作的「實質相似」都適合採取該等標準，因此近年美國法院開始針對不同的著作侵害類型調整採取「目標閱聽大眾」(target audience)或「意欲閱聽大眾」(intended audience)標準，該等標準有時與「一般觀察者」或「非專業人士」會有相當差異[243]。此外，針對複雜性較高或涉及專業的著作（如電腦軟體程式著作），法院則會採取專家(specialized expertise)標準，認定作品間是否「實質相似」[244]。

2. 日本

日本法院認定「同一性」或「類似性」時，原告與被告雖可聲明專家證人出具意見（例如「紀念樹事件」），但最後法院仍必須自為判斷兩著作間是否構成「同一性」或「類似性」。

在江差追分事件中，最高法院雖曾提及「所謂著作的改作，係依據既存的著作，一方面維持其表現上本質的特徵之同一性，並且於具體的表現上附加修正、增減、變更，將思想或者感情重新地為創作性表現，而與其接觸之人可以直接察覺原著作表現上本質的特徵，而因此創作出另一個著作的行為」等語，但下級法院於適用該標準時，並未就「與被告著作接觸之人」之範圍做出定義。解釋上應認為包括法院在內之任何第三人一接觸被告著作時可以直接察覺原著作表現上本質的特徵即可。

3. 德國

在認定是否構成實質近似時，究竟應採何人之判斷標準，以目前德國實務的作法，原則上在判斷二著作究竟有無本質上之差異時，如果該差異是明顯容易辨認時，則法院即自立於一般非專業人士之標準自行決定而不再進行專家鑑定[245]，但若從一般非專業人士之角度無法辨識是否

---

[242] Leaffer, supra note 188, at 433.
[243] Leaffer, supra note 188, at 432.
[244] See, e.g., Kohus v. Mariol, 328 F. 3d 848 (6th Cir. 2003).
[245] 例如，在前述德國案例二（「Hundefigur」動物造型保護範圍）中，聯邦最高法院即指責上訴法院，在判斷時不能只從特殊的年輕漫畫迷讀者角度，而是應該採一般理性者標準。

有本質上差異者，則不可避免的必須進行專業鑑定，例如在音樂或電腦程式著作類型的侵權案例上，進行專家鑑定的情形極為常見。

柒、我國判決研究

一、吉米繪本 v. 江蕙晚婚 MTV[246]

（一）事實與爭點

被上訴人(即原告)主張伊為知名繪本作家，並以「幾米」為筆名，繪本「向左走．向右走」（下稱系爭繪本）係伊於民國 88 年 2 月間出版之創作，詎大信公司(即被告)未經伊同意，擅自將系爭繪本之內容，委由上訴人(即被告)甲○○改編拍攝成音樂 MTV 影片（下稱系爭 MTV 影片），收錄於「江蕙．我愛過」專輯中之「晚婚」一曲，發行各式錄影伴唱帶、VCD、DVD 等音樂 MTV，並於電視打歌公開播送。伊於民國 89 年 6 月 26 日及同年月 29 日寄發律師函及存證信函通知大信公司停止繼續製造、銷售、發行上開侵害伊著作權之出版品，惟大信公司仍置之不理，則大信公司與甲○○未經合法授權而共同參與改作行為，顯已共同侵害伊享有之著作財產權，縱使大信公司未共同參與改作行為，惟其於伊發函後仍繼續製造、銷售、發行迄今，仍屬侵害。又以改作之方式，擅自割裂、竄改系爭繪本著作之內容致損害伊名譽，實已侵害伊享有之著作人格權。

本案爭點為，大信公司出資聘請甲○○拍攝「江蕙．我愛過」專輯中之「晚婚」一曲 MTV 影片，有無侵害被上訴人就系爭繪本享有之著作權？

（二）判決理由

A. 是否構成實質近似：

[246] 臺灣高等法院民事判決 90 年度上字第 1252 號判決。

1. 在著作財產權方面，認定有無重製或改作之標準有二，即有無實質相似性，有無接觸被重製或改作之著作，而主張著作權被侵害之人，應負舉證責任（最高法院 81 年度台上字第 3063 號判決意旨、經濟部智慧財產局 90 年 6 月 20 日台（90）智著字第 09000055440 號函參照）。而所謂「實質相似性」，係指兩作品之表現形式有無實質相似性，在具體判斷上，原創性程度愈高之表達（例如老子的道德經、倪匡的科幻小說）者，受著作權法保護之範圍就愈大，則他人不須具備非常高之實質相似性，即能認定有侵害著作權，反之，原創性程度愈低之表達（例如小學生的作文繪畫）者，受著作權法保護之範圍就愈小，則他人須具備非常高之實質相似性，始能認定有侵害著作權。至所謂「接觸」，係指依一般社會通常情形，有合理之機會或合理之可能性，看到或聽到被重製或改作之著作。

2. 本院比對系爭繪本與系爭 MTV 影片，就各該事件之次序與角色互動情形對照，系爭繪本為 一男一女住在同一棟公寓， 兩人有各自的生活互不認識，在公園噴水池相遇，相見甚歡度過快樂時光，兩人在公園內散步、玩旋轉馬，下雨以衣服遮雨並在雨中以紙條互留電話後匆促分手， 字跡被雨淋溼模糊，無法打電話取得聯繫，彼此在都市迷宮中，女走人行道、叫、親過同一個寶寶，男女各自決定搬離去旅行，在雪地中再度重逢。系爭 MTV 影片本則為一男一女，男女各自在家中用手電筒照自己、各自搭乘捷運，在公園圓形草叢相撞，兩人在公園聊天，男騎搖搖椅，女盪鞦韆，下雨用衣服遮雨，在紙條上互留電話後分手，字跡被雨淋溼模糊，無法打電話取得聯擊，女在天橋走、捷運一進一出，男從店裡買東西出來而女的喝咖啡低頭找東西，錯身而過，女整理行李拿到外套想起雨中分手情景，女提行李離開。就上開第、、項，兩者完全不同，就、、、項，兩者所表現之意念雖有類似之處，然而在具體事件及男女彼此互動關係上，並不相同，而不具有實質近似性，至於第、、、項，即系爭繪本第 39 至 40 頁、41 至 42 頁、49 至 50 頁，兩者則相當接近，具有實質相似性。<u>以系爭繪本創作之程度，比憑空想像或杜撰之科幻小說低，在實質近似性之判斷上，應應要求較高之比例，而以兩者在</u>

十項重要事件之次序與角色互動關係中，僅三項構成實質近似，尚難認系爭 MTV 影片整體故事之重要事件次序與角色互動關係與系爭繪本構成實質近似。此觀謝銘洋教授之鑑定結果，亦同此認定，有鑑定意見書可稽。

B. 被告是否有接觸該著作之合理可能性：

3. 至於系爭繪本故事架構下所為上開 、 、 項具體之表達，即以衣服蔽雨、在雨中互留電話後匆促分離、留有電話號碼之紙條因雨漬而造成字跡無法辨識，依法應受著作權保護。系爭 MTV 影片亦有類似之表達，兩者實質內容即為近似，而具有實質近似性。查系爭繪本早於系爭影片一年餘出版發行，但自 88 年 2 月間出版發行算至 89 年 8 月 21 日聯合報刊載系爭繪本銷售 8 萬本（姑不論報載內容之計算依據與證明為何，如計算至系爭 MTV 影片完成即 89 年 3 月 25 日，則未達 8 萬本），在長達約一年半期間僅銷售 8 萬本，以台灣 2300 百萬人口計，對照之下接觸系爭繪本之比率並不高；雖系爭繪本曾獲選為金石堂十大最具影響力的書、誠品年度推薦選書及民生報好書大家讀第 33 梯次入選書，惟若非喜好逛書店、閱讀繪本類書籍之人，斷不會注意且閱讀系爭繪本；而甲○○辯稱系爭 MTV 影片上證些橋段之靈感係源自於金城武與梁詠琪主演之電影「心動」、另一齣 MTV，及梁朝偉與王菲主演之電影「重慶森林」等，依卷附之錄影帶（江蕙「晚婚」MTV「開庭用」版）中之子母畫面對照，確實在其他影片中亦有類似之畫面表現，業據原審勘驗屬實（見原審卷(二)第 82 至 83 頁），可見甲○○所辯非虛。則甲○○自其他來源亦有可能接觸到類似之表達，是依被上訴人提出之上開證據尚不足證明甲○○確有接觸系爭繪本，就上開具有實質相似性部分，亦難認定侵害被上訴人之著作權。

（三）判決評析

由於本案在一、二審法院判決之結果，不論在「實質近似」或「接觸」要件上皆採不同之認定，故頗有值得探討之處。

在實質近似部分，一審法院判決認為「被告所拍攝之音樂錄像作品，與原告繪本內容除結局部分外，其他就程度言，實有極多相似之處，且就兩作品間質的方面言，其所表達之意念及故事架構、布局、結構、情緒起伏均有相當重大相似之處，相似程度已達充分且明顯相似及實質相似程度。」惟二審法院主要採取「倘將系爭繪本上開布局架構之各別部分逐一解析觀察，其均為一般愛情著作中所常見，且為抽象意念之呈現，尚無法受到著作權法保護，不能夠以其著作中有男女兩人偶然相遇一見如故，或在雨中互留電話之情節，就禁止他人為相同或相似情節之安排。然並不排除布局架構之各別部分以具體內容之表達，受到著作權法保護之可能性。」的觀點，因此逐一探討兩者在十項重要事件之次序與角色互動關係中，僅三項構成實質近似，認尚難認系爭ＭＴＶ影片整體故事之重要事件次序與角色互動關係與系爭繪本構成實質近似。此一觀點值得贊同。

至於另外三項事件（即以衣服蔽雨、在雨中互留電話後匆促分離、留有電話號碼之紙條因雨漬而造成字跡無法辨識）雖構成實質近似，但二審法院以對照被上訴人著作銷售量，接觸系爭繪本之比率並不高，且上訴人提出其他著作亦有類似之畫面表現，故以被上訴人所提證據尚不足以證明上訴人確有接觸系爭繪為由，廢棄原審判決。

由此可見，在「接觸」這個要件的間接證據認定上，二審法院對於「著作是否已達廣為流傳程度」、「是否有其他間接證據顯似，除抄襲原告著作外，仍有其他可能性」採取較為審慎態度。蓋所謂合理機會聽聞或知悉原告之著作，不能僅建立在憑空臆測上，通常原告越能證明其著作廣為散布，則越容易成功證明「接觸」之要件。

二、「到底愛怎麼了」[247] (音樂著作)

（一）事實與爭點

告訴人（黃美如）主張被告（王心如）與告訴人黃美如有學妹、學姐之關係，於民國 90 年前某日，告訴人黃美如曾在被告住處教導其彈唱告訴人黃美如所創作之「睡美人」歌曲，於 90 年間，告訴人黃美如亦在所就讀之臺北市華岡藝術學校（下稱華岡藝校）公開場合，演唱及發表「睡美人」一曲，而就該曲享有著作財產權。被告明知「睡美人」一曲係告訴人黃美如所創作並與告訴人香港商百代著作權代理股份有限公司台灣分公司同享有著作財產權之物，竟未得同意，先於不詳時地，擅自以重製之方式，製作調性同為 C 大調、相同旋律達 90% 以上之「到底愛怎麼了」一曲，又意圖銷售，將「到底愛怎麼了」一曲交由不知情之環球國際唱片股份有限公司重製於光碟，並於 98 年 7 月 17 日，將收錄有「到底愛怎麼了」之「哥本哈根的童話」專輯公開銷售，以此方法侵害告訴人黃美如及另一被授權人香港商百代著作權代理股份有限公司台灣分公司之著作財產權。

本案爭點，主要涉及二曲間是否具有實質相似；以及被告是否有接觸該著作之合理可能性。

（二） 判決理由

A. 在實質相似部分：

1. 檢察官委託鑑定人徐教授就「睡美人」及「到底愛怎麼了」二曲進行分析比較，鑑定結果認二曲之歌詞及伴奏樂器雖不相同，惟在調性上均為 C 大調，且二曲之旋律基本上幾乎相似，將二曲均區分為 A 、A'、B 、B'四大段，其中 A 段僅在第 6 小節第 1 拍有無休止符，及第 7 、8 小節之節奏上略有差異，惟基本的演唱音仍均相似；A'段僅在其中

[247] 臺灣士林地方法院刑事判決 100 年度智訴字第 10 號。

第 10 至 12 小節之節奏上略有差異，基本演唱音仍相似，另在第 16 小節結尾處有一音之差；B 段僅在第 19、20、22 小節處就節奏上略有差異，另在第 23 小節處有 3 個音相異，惟基本旋律及演唱音均相似；B'段第 31、33 小節處，「睡美人」分別使用 Si、Do、Re 連續音及較大 Si 至 Sol 之音程變化，「到底愛怎麼了」則均使用鄰近之 Mi 至 Re 音程，惟旋律部分仍幾乎均相似，僅節奏稍有不同。因此認定二曲之旋律近乎相同，並無顯著差別，有該分析比較報告附卷可佐（見偵卷第 27 至 30 頁）

2. 鑑定人徐玫玲於偵訊中具結證稱：伊就「睡美人」一曲是依告訴人黃美如在華岡藝校演出時之光碟，就「到底愛怎麼了」是依被告出版之 CD，分別聆聽二曲後把譜採下，寫出主幹音之音符進行分析比對，二曲之旋律僅有少部分差異，相似度達 90% 以上；伊採譜時不會採記轉音、速度及編曲，因每個人風格不同，音樂判定本來就只針對旋律之主幹音，例如望春風一曲不論是傳統唱法、搖滾唱法或 R&B 唱法，都可辨識出這首歌是望春風等語。

3. 本院……委託鑑定人即國立臺灣師範大學音樂系教授李文彬……進行鑑定……並於鑑定意見認定「睡美人」（實際上應為被告手寫「到底愛怎麼了」曲譜）共有 34 小節之旋律，鑑定人徐玫玲採記之「到底愛怎麼了」曲譜則有 35 小節，就實際曲譜內容及每個音符之運用計算，相似度均高達 98% ，應可視為同一首歌曲，再依聆聽 2 片光碟及參考附件一、二之 2 份曲譜，認辯護人所謂 2 份曲譜間有附件三所示之 18 處不同，僅係將原曲之節奏與 2 個音符刻意作技術性之調整更動，例如延後、縮短、連結等等，就音樂律動及原曲並無根本性之差別，亦不會改變上開二曲譜（即被告提出之手寫曲譜及鑑定人徐玫玲採記之「到底愛怎麼了」曲譜）可視為同一首歌曲之鑑定結論等情，有該份鑑定意見附卷可佐。

3. 又鑑定人施文彬另證稱：雖然伊於到庭作證後才知道其有誤認曲譜之情形，惟因伊在後階段鑑定中已聆聽 2 片光碟並與附件一、二之曲譜比對，雖然有發現其中一張光碟與附件二之曲譜記載相同，但光碟與

曲譜之編曲風格不太一樣等情形，惟就其聽過「睡美人」與「到底愛怎麼了」二曲光碟後認定該二曲並無根本性差別，可視為同一歌曲之鑑定結論並無影響等語，足見系爭二曲先後經二名鑑定人鑑定後，雖就採譜之小節數、比對之曲譜略有出入，惟就該二曲僅有節奏處細微差異，就主旋律之重要部分則相同之結論，二名鑑定人之意見相符，參照前揭說明，自已符合實際相似要件無疑。

B. 被告是否有接觸該著作之合理可能性：

1. 我國最高法院判決所闡釋於社會通常情況下被告具有聽聞著作權人著作之合理可能性，參考美國學者見解及實務判決，仍應依據具有相當程度之重要性、肯定性、具證據能力之證據（significant, affirmative, and probative evidence）為判斷基準，而排除微乎其微之可能性（a bare possibility）或主觀之臆測（speculation or conjecture ）；亦即，所謂之合理可能性，一般包含以下二種要件：1.被告在原告之著作權物與被告之接觸可能性之間必須建立一種特定聯結事件（a particular chain），2.原告之著作權物必須曾廣泛的被散布（had been wildly disseminated）。例如原告之創作曾在被告慣於觀看之商業性演出活動發表，或刊登在被告慣於閱讀之商業發行刊物或全國性之刊物，則可認為被告有接觸之合理可能性；惟在原告單純在校園宿舍演唱歌曲，而無法證明被告或與被告有相當關聯之人在場，或是原告之手稿創作地點存放在與被告所住地點相同城市之國會圖書館中等案例，均無法據以認定被告具有接觸之合理可能性。

2. 本件告訴人黃美如在華岡藝校之演唱光碟，雖足證明其曾公開發表「睡美人」一曲，惟其於本院審理中亦以證人身分具結證稱：該次演唱為華岡藝校之期末公演，地點在學校的一間大教室，沒有限定觀眾之身分，但被告當時尚未就讀該校，且也不在表演現場等語，參照前揭說明，被告於告訴人黃美如於發表該曲時既不在場，亦無其他證據證明被告具有聽聞該曲之管道，顯欠缺特定聯結事件，不得遽認已符合接觸之合理可能性。

3. 告訴人黃美如曾發表該曲之場合則僅證稱：告訴人黃美如除了在上開華岡藝校之期末公演演唱外，還曾唱給班上同學聽等語（見偵卷第 11 頁），而被告為告訴人黃美如之國中、高中學妹而非同班同學乙節，據告訴人黃美如於警詢、偵訊及本院審理中均陳述明確，並有台北市私立華岡藝術學校 101 年 5 月 2 日華藝教字第 101002076 號函附卷可稽，顯見證人陳盈君所謂被告應聽過該曲云云僅為其主觀臆測之詞，仍難以動搖上開認定。

4. 告訴人黃美如於警詢、偵訊中雖主張伊完成「睡美人」之創作後，曾至被告家中教導被告彈唱「睡美人」一曲等語（見他卷第 33 頁、偵卷第 47 頁），嗣於本院審理中亦以證人身分證稱：伊與被告於國中、高中之學姐、學妹階段均住在臺北市○○○路○段，伊於完成「睡美人」之創作後，因與被告交情不錯，曾至被告家中教導被告以鋼琴彈唱「睡美人」一曲，並將該曲寫成簡譜交給被告等語，惟此節業據被告否認，告訴人黃美如另自承在伊教導被告彈唱當時，被告之弟弟雖亦在家，但並未與伊及被告在同一房間內，伊也不知道被告之弟弟是否記得此事等語，顯無其他證據足以證明告訴人黃美如確曾教導被告彈唱「睡美人」一曲並曾交付簡譜予被告，亦查無其他積極證據可資調查，參照前開說明，縱被告與告訴人黃美如間存在有居住地點鄰近之地域關係，惟仍缺乏特定聯結事件，不能僅據此為不利被告之認定甚明。

5. 被告經本院當庭播放告訴人黃美如所提出被告於宣傳「到底愛怎麼了」期間於電視節目上表示一開始是彈唱該曲給老師聽之節目內容後，亦補充陳稱：簡單的和弦伊還是會彈等語，尚難遽認被告不具有創作歌曲之能力；參以證人即被告曾前往修習鋼琴課程之河合音樂教室負責人陳麗燕於偵訊中證稱：被告有拿「到底愛怎麼了」的專輯給伊聽，這首歌的副歌部分旋律聽起來跟被告之前在伊的音樂教室中彈的旋律相似等語，亦無法排除被告具備創作「到底愛怎麼了」能力之可能性，縱被告未能舉證證明「到底愛怎麼了」確係其獨創，亦無從為不利被告之認定。

（三）判決評析

本案於一審判決無罪後，檢察官上訴，二審法官就本案聲請大法官釋憲（針對光碟為非告訴乃論部分認為有違憲之虞），故本案尚未確定判決。

為避免對未確定判決之影響，本研究案暫不就「實質近似」與「接觸」之判決內容進行評述，只不過仍有值得疑問的是，在「實質近似」與「接觸」具有流動性的部分，如若肯定如二位鑑定人所述，整首歌曲相似度均高達 90% ，甚至是 98% 的情況下，並非只是幾個小節之實質近似，則除非該首音樂創作之原創性程度普通到會有偶然雙重創作之可能性，否則是有必要考慮，在「接觸」這個要件上，有無過度深究之必要性。

三、金魚案[248]

（一）事實與爭點

被告蘇尹曼於民國 95、96 年間受僱於橙果設計有限公司（下稱橙果公司），負責平面設計工作。告訴人陳玥呈（原名陳怡伶）主張，蘇尹曼明知如附件一所示之金魚圖樣，係陳玥呈於 95 年 10 月間為臺南科技大學（現改為台南應用科技大學）視覺傳達設計系「96 級畢業成果展」所原創設計完成之美術著作，陳玥呈享有著作財產權，詎蘇尹曼竟基於以重製之方法侵害他人著作財產權之犯意，未經陳玥呈之同意或授權，於 96 年 6 月間擅自重製如附件二所示之金魚圖樣，侵害陳玥呈如附件一所示金魚圖樣之著作財產權，並由橙果公司於 96 年 8 月 27 日將該著作提供予 95 年 11 月 28 日即委託橙果公司設計囍餅禮盒之丹比食品實業有限公司。本案爭點為，被告是否侵害原告系爭金魚圖之著作權？

[248] 智慧財產法院刑事判決 100 年度刑智上訴字第 39 號。

原告著作（附件一）　　被告著作（附件二）

（二）判決理由

1. 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。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。

2. 綜合上述勘驗結果，足認此二著作間除頭頂部之凸起線條係渾圓流線抑或有稜有角、軀幹部之魚鰭是否完全渾圓流線抑或有部分尖狀突起、軀幹左右兩側凸出幅度大小、左側軀幹與左尾鰭連接處有無小幅凸起、中央尾鰭及右側尾鰭之末端係尖角抑或渾圓流線等細節處，有所不同外，二著作均係以俯視圖呈現，且就金魚之基本體態構圖、整體輪廓之線條轉折方法、走向角度、尾鰭向外延展之大小幅度及各部位比例等整體佈局構造，均甚相似。至顏色配置雖有不同，然此並非影響判定二圖樣外觀輪廓是否相似之重點。故二著作之整體感覺確實已達「實質相

似」之程度，且其相似之程度縱非「顯然相同」，亦幾乎可謂「一望即知」。雖金魚係自然界生物，如以寫實臨摹特定魚類之方式繪圖，或許有可能因已無一定創作空間，而使各獨立創作間有近似之可能，且因表達之有限性，而不予著作權法之保護，然附件一、二之金魚圖樣，均非單純之寫實臨摹創作，其表達並非有限，此由被告於偵查、原審及本院審理時所提之數十幅真實金魚圖片或創作金魚圖樣可知，雖然主體都是金魚，但真實世界的金魚以及圖形創作的金魚同樣可以有許多不同態樣以及不同表達。

3. 在「接觸」要件之判斷上，須與二著作「相似」之程度綜合觀之，如相似程度不高，則著作權人或公訴人應負較高之關於「接觸可能」之證明，但如相似程度甚高時，僅需證明至依社會通常情況，有合理接觸之機會或可能即可。故除非相似程度甚低，始有證明「確實接觸」之必要。

4. 告訴人係於本件 98 年 2 月 27 日經檢察官第一次為不起訴處分後，始於再議聲請狀上表明知悉被告蘇尹曼亦係臺南科技大學校友，二人雖非同系，但因被告蘇尹曼係平面設計師，當然可能對母校於 96 年 5 月初之設計畢業展有興趣，亦可能對 96 年 5 月 17 至 20 日母校於其工作住家附近之世貿中心所舉辦之公開展覽有興趣，故被告蘇尹曼於職務或業務上，甚至於社交生活上，合理接觸附件一著作之可能性極高，再加以二著作間近似之程度甚高，實難想像「若非接觸，何以有致」。綜上，被告蘇尹曼違反著作權法之犯行，應堪認定，被告橙果公司因受雇人執行業務犯違反著作權法之罪，均應依法論科。

（三）判決評析

在實質近似部分，誠如判決內容所述，表現金魚（禿眼、圓肚、長尾、泳姿）特徵之方法手段眾多，並無「思想與表達合併原則」之適用可言。但本案最主要的疑慮在於，若創作者都以寫實臨摹自然界的動物造型為創作客體時，固然不影響原著作應受著作權之保護，但在金魚之

基本體態構圖、整體輪廓線條、游動搖曳姿態、甚至是金黃或橙黃顏色及尾、鰭透光度的呈現等等各方面的大同小異，是否也存在著比較高的「偶然雙重創作」的可能性，而如德國著作權實務理論所強調的，此時原著作將受有比較小的保護範圍。殊為可惜的是，此一判斷標準在判決中未見被充分考慮。

至於在「接觸」之間接證據方面，法院僅以短短數語「二人雖非同系，但因被告係平面設計師，當然可能對 96 年 5 月初之設計畢業展有興趣，亦可能對 96 年 5 月 17 至 20 日母校於其工作住家附近之世貿中心所舉辦之公開展覽有興趣，故被告於職務上或業務上，甚至於社交生活上，合理接觸附件一著作之可能性極高。」本刑事判決對於「接觸」認定方式充滿臆測之詞，實令人難以苟同！或許法院已然認定二著作之近似之程度甚高，實難想像「若非接觸，何以有致」，故不再深論「接觸」要件。但無論如何，本案很有可能是國內深入討論「偶然雙重創作」可能性之重要範例，比較德國學說實務對此問題之嚴謹態度，建議司法機關更應當嚴格檢驗：若間接證據顯似，該實質近似除了抄襲外，仍有其他可能性存在的話，則恰可作為排除抄襲之認定標準才是。

第六章　結論與建議

本研究案已於第五章就我國與美、日、德等國家，就著作權侵害在「接觸」與「實質近似」之適用及其判斷標準，進行比較與分析，故於此不再重複贅述。另有值得討論之基本問題，則說明如下：

壹、「接觸」與「實質近似」在著作權侵害類型之適用

從比較法角度觀之，最早發展出以「接觸」與「實質相似」認定著作權侵害的美國係將該標準運用於重製權侵害，就「實質相似」而言，其實亦蘊含了被告對著作權人之系爭著作的重製行為。雖有論者認為公開上映權、公開演出權及公開播送權之侵害亦可以「接觸」與「實質相似」認定，雖然從廣義的重製權念而言，此等無形公開利用行為在邏輯上也有可能同時涉及侵害著作人之（廣義的）重製權，但究其實質，公開上映權、公開演出權及公開播送權等之侵害認定重點及訴訟爭點通常並非兩作品間是否「實質相似」的問題，因此本研究案認為，操作「接觸」與「實質相似」認定侵害應排除此等無形公開利用行為才是。

此處值得探討的是，改作權之侵害是否可以用「接觸」與「實質相似」認定？關鍵在於將原著作改作為衍生著作之行為須具有原創性，此時衍生著作是否仍有可能與原著作「實質相似」？在美國法上，「接觸」與「實質相似」的操作本來就以重製權侵害為對象。因此本研究案以為[249]，我國法倘若欲採取美國法上「實質相似」的概念，則「接觸」與「實質相似」並無法被用來認定所有類型的改作權侵害，因為有時改作的程度過大，已難謂被告作品（衍生著作）與原告著作「實質相似」。此亦可從日本法中，對於認定成立侵害重製權、改作權之要件，分別採取「依據性」、「同一性」以及「依據性」、「類似性」之不同

[249] 至於德國法方面，凡是（一）「客觀上」有利用到原告受著作權保護的部分，且利用的部分構成實質近似，以及（二）「主觀上」知悉原著作且在創作時有意識或無意識的回溯利用，即已構成著作權法第 97 條著作權侵害之民事損害賠償責任，並不僅限於重製權之侵害。

認定標準，可知在判定著作權之侵害時，應對於侵害重製權、改作權之成立係適用不同之標準。不過在日本學說中，也普遍承認在個案中未必很容易可以劃分重製權以及改作權的界線，甚至亦有學說主張區別被告的作品究竟是重製物或是衍生著作並無實益者。

在德國法上，舉凡（1）「客觀上」有利用到原告受著作權保護的部分且利用的部分構成實質近似，以及（2）「主觀上」知悉原著作且在創作時有意識或無意識的回溯利用，即已構成著作權法第 97 條著作權侵害之民事損害賠償責任，並不僅限於重製權之侵害而已，也包含改作權之侵害。換句話說，如果原告就「接觸」與「實質相似」成功舉證時，邏輯上似也不能排除被告所侵害者係原告之改作權，而非重製權。我國實務上就「實質相似」之概念，有認為包含了「量」的「實質相似」與「質」的「實質相似」，在「量」的「實質相似」情況中，被告所侵害者多為重製權；但在「質」的「實質相似」的情況中，則不排除被告投入相當心力改作，當仍保有系爭著作之重要部分，因此，法院以「接觸」與「實質相似」認定者，係被告侵害著作人之改作權，而非重製權。

縱上所述，本研究案以為，「接觸」與「實質相似」的操作對象主要還是應限於重製權侵害之認定，但若是質的部分雖構成實質近似不過仍具有被告之獨特創意者，則亦不能排除改作權之侵害才是。

貳、刑事責任之商榷

經由比較其他國家關於「接觸」與「實質近似」之實務案例可以發現，除了我國之外，上述國家在適用「接觸」這個要件的間接證據上，多以民事與刑事責任的嚴謹性要求不同，不可等同論之。

美國著作權實務以「接觸」與「實質相似」作為認定重製權侵害時，係以情況證據或間接證據(circumstantial evidence)證明被告重製系爭著作[250]，當「接觸」與「實質相似」要件都成立時，法院認為被告具備

[250] Leaffer, supra note 188, at 421.

相當高的可能性重製原告系爭著作，此時舉證責任移轉至被告，被告須證明其為獨立創作[251]或與「實質相似」係肇因於與原告參考相同素材[252]。而在分析「接觸」要件是否成立時，在大多數情況中，原告無法以直接證據證明被告「接觸」系爭證據，因此通常須以間接證據推論，依據社會通常情況，被告是否有合理機會接觸原告之著作。

換言之，以「接觸」與「實質相似」認定被告侵害原告系爭著作時，在邏輯上須經過兩個層次的蓋然性推論，首先在「接觸」要件的認定上，如果欠缺直接證據，則法院須以間接證據推論被告有相當的蓋然性「接觸」過原告系爭著作；其次，當「接觸」與「實質相似」兩個不成文要件均成立時，法院會認定被告有相當之蓋然性重製原告之系爭著作。這兩個層次的蓋然性推論過程在美國及我國法院著作權侵害認定實務上行之有年，但兩者的差別是，美國法院多以該等要件認定著作權侵害之民事責任，但我國法院卻常以該等要件之成立，同時認定著作權侵害之刑事責任。

在日本學說中，在著作權權利侵害的救濟方式之章節，固然均將民事救濟程序、刑事救濟程序中予以並列介紹，且在侵害著作財產權之刑事責任時，也都適用「依據性」、「同一性」以及「依據性」、「類似性」之標準。但是日本學說在討論侵害著作財產權罪之構成要件時，均會特別強調被告成立侵害著作財產權之刑事責任時，必須限於「故意」。換言之，被告如果只是「過失」侵害著作財產權時，並不成立侵害著作權。

德國法上亦然。在無法掌握直接證據的情況下，不論在理論或實務，德國著作權侵害的主觀要件，僅證明被告知悉原在著作之存在（接觸）在刑事責任的認定上是不夠的，還應當進一步論證被告是有意識的（bewußt）抄襲或剽竊始足。且通常在刑事犯罪的構成要件上，透過各項間接證據所認定之間接事實，必須是重要、明顯且一致性的指向特定事

[251] See Original Appalachian Artworks, Inc. v. Toy Loft, Inc., 684 F.2d 821 (11th Cir. 1982).
[252] See Oboler v. Goldin, 714 F.2d 211, 212 (2nd Cir. 1983).

實為必要，否則將因為欠缺故意的主觀要件，不構成刑事上的犯罪而頂多只有民事侵權責任而已。

固然，上述這些國家在著作權侵害的刑事責任方面，雖然並非全然不得以情況證據或間接證據認定，但是法院在刑事案件中所採用的證據法則與心證程度均應較民事案件嚴格。值得注意的是，我國法院在刑事附帶民事判決中，採用「接觸」與「實質相似」認定被告之著作權侵害者，均對民、刑事責任作完全一致之認定[253]，完全未區分兩者在證據法則與心證程度上的差異。

此處應檢討之處有三：一、被告刑事責任之成立須經嚴格證明，必須在毫無任何其他合理的懷疑下方能成立。美國法院所採用的「接觸」與「實質相似」兩階段蓋然性民事責任推論，是否適合用以論定刑事責任，頗有商榷空間；二、由於民、刑事案件所採用之證據法則及心證程度均不相同，因此法院用相同的方法，一致性的認定民、刑事責任成立與否，不啻忽視了民、刑事訴訟制度及民、刑事法律責任之根本制度差異；三、「接觸」與「實質相似」係法院實務中慣用之不成文要件，用以認定民事責任或屬適當，但法院如果未探討在個案中，「接觸」（尤其是「間接接觸」）與「實質相似」是否足以論定被告之行為該當於重製權侵害的刑事責任構成要件，而僵化的直接以「接觸」與「實質相似」作為認定著作權侵害之刑事責任依據，則恐有違罪刑法定原則之疑慮。例如，在毫無直接證據證明被告有「接觸」的情形下，刑事救濟程序中如果只憑原告作品的發行數量龐大，即斷定被告成立「接觸」以及

[253] 本研究案限於篇幅，僅臚列智慧財產法院近三年著作權侵害刑事附帶民事判決，參見智慧財產法院 101 年度重附民上字第 2 號刑事判決、101 年度重附民上字第 12 號刑事判決、101 年度重附民上字第 10 號刑事判決、101 年度附民上字第 29 號刑事判決、101 年度附民上更（一）字第 29 號刑事判決、101 年度附民字第 3 號刑事判決、100 年度重附民上字第 2 號刑事判決、100 年度附民字第 14 號刑事判決、100 年度重附民字第 2 號刑事判決、100 年度重附民字第 7 號刑事判決、100 年度附民上字第 10 號刑事判決及 99 年度重附民上字第 4 號刑事判決等，該等刑事附帶民事判決無一例外的就著作權侵害的民事與刑事責任作完全一致的認定。

應負侵害著作財產權之刑事責任，便與侵害著作財產權中被告成立犯罪須限於「故意」之要求相齟齬。

綜上並參考前述各國的實務可以發現，除非有接觸的直接證據，否則透過間接證據認定被告是否成立侵害著作財產權之刑事犯罪時，應該要特別注意到，除客觀上兩著作間具有「實質近似或驚人相似」之內涵外，更重要的是，在主觀要件上，並非僅推論依一般社會通念有接觸的合理可能性即足，而是在綜合各項間接證據之後，必須重要、明顯且一致性的指向特定事實為必要；換言之，一定要在毫無其他合理懷疑的可能性下，始得認定被告具有觸犯侵害著作財產權罪之故意。故本研究案於此必要特別加以提醒與批評的是，美國實務所發展的「接觸」與「實質近似」要件，主要都是在處理著作權的民事侵權責任，故無需特別討論在刑事犯罪中，「故意」這個主觀要件所扮演的重要角色。因此在德國著作權法實務與理論才都特別強調著作權侵害之民、刑事要件之差異。但我國司法實務在參酌美國法之後，竟然可以民、刑事毫無區別的適用，完全忽略「故意」這個主觀要件的重要性，不免令人憂慮！