

思想與表達之區別、合併及 電腦程式侵權判斷之步驟 ——最高法院94年度台上字第1530號 刑事判決評析

羅明通*

摘 要

思想與表達之區別及合併攸關電腦程式侵權之判斷，惟表達是否包含非文字之結構？電腦程式之非文字成分是否屬於表達？思想與表達之區別原則適用於著作之非文字成分之結構時，判斷之基準為何？電腦程式之結構在何種情況因思想與表達之合併而不受著作權法保護？電腦程式之著作權侵權判斷之步驟為何？我國司法實務見解不一。本文即以最高法院 94 年度台上字第 1530 號刑事判決為基礎，分析美國著作權法對非文字成分之思想與表達區別之基準，再解析美國著作權法權威案例 *Altai* 案三步驟測試法之精義，並闡釋

* 國立交通大學科技法律研究所兼任副教授、台英國際商務法律事務所主持律師；英國利物浦大學法學博士。

投稿日：2009 年 7 月 13 日；採用日：2009 年 8 月 20 日

思想與表達區分及合併在兩個案例中運用之精微。結論則比較研析我國司法實務爭點之所在，釐清相關疑義，期能使讀者對此問題之觀察臻於全面。

關鍵字：Whelan 案、Lotus 案、Altai 案、SSO、結構—次序—組織、思想與表達、解構—過濾—抽離、三步驟測試法、非文字成分

Cite as: 6 TECH. L. REV., Oct. 2009, at 1.

**The Distinction and Merger Between Expression
and Idea and the Steps to Decide the
Infringement of Computer Program
—An Analysis of the Supreme Court Criminal
Judgment No. 94-Tai-Shang-Tze-1530, 2005**

Ming-Tung Lo

Abstract

The dichotomy and merger between idea and expression is highly related to the judgment of the infringement of computer program. Shall the expression be limited to literal element of work? Can the non-literal element of computer program possibly be categorized as expression? If it is possible, then what is the criterion for drawing such a distinction? Under what kind of circumstances, can the expression be regarded as having been merged with idea? And what is the process to make such a judgment of infringement?

In this regard Taiwan judicial decisions have submitted different opinions. Based upon Supreme Court Criminal Judgment No. 94-Tai-Shang-Tze-1530, 2005, this article analyze the criterion for the distinction between idea and expression, and then analyze the contents of the three-step procedure by which judges in Altai applied the principle of the dichotomy and merger between idea and expression to

decide the infringement. Finally, in conclusion, this article makes some comments on relevant mentioned above cases, serving as a reference for readers to have a panoramic observation.

Keywords: Whelan, Lotus, Altai, SSO, Structure-Sequence-Organization, Idea and Expression, Dissection-Filtering-Abstraction, Three-Part Test, Three-Pronged Test, Non-Literal Elements

1. 前言

思想與表達之區別及合併原則，乃是解決著作人及利用人利益衝突所為之「精緻均衡」(delicate equilibrium)¹手段。我國著作權法第 10 條之 1 規定：「依本法取得之著作權，其保護僅及於該著作之表達，而不及於其所表達之思想、程序、製程、系統、操作方法、概念、原理、發現。」其立法說明稱「本條為著作權之基本法理，亦為與貿易有關之智慧財產權協定第 9 條第 2 項所明定²。」惟電腦程式之思想與表達如何區分？電腦程式中之「非文字成分」(non-literal elements)³在何種狀況下可構成合併？又於判斷電腦程式是否侵害他人著作財產權時，在判斷過程中應採用何種步驟？均有待自理論及司法實務案例作比較研究。

最高法院 94 年度台上字第 1530 號刑事判決⁴乃是首度就判斷電腦程式是否構成侵權明確表示判斷之方法之案例。該案判決指出非文字部分，如具原

¹ 引自 The Harvard Law Review Association, *Copyright Law—Scope of Protection of Non-Literal Elements of Computer Programs—Second Circuit Applies an “Abstraction-Filtration-Comparison” Test.*—Computer Associates International, Inc. v. Altai, Inc., NOS. 91-7893, 91-7935, 1992 U.S. App. Lexis 14305 (2d Cir. June 22, 1992), 106 HARV. L. REV. 510, 510 (1992).

² 本條文為 1998 年 1 月 21 日著作權法修正時所新增，其立法理由引自智慧財產局編製，1998 年 1 月 21 日著作權法部分修正條文對照及說明，轉引自羅明通，著作權法論(III)，頁 4-233 (2004)。

³ 電腦程式之非文字成分可包含資料之輸入及輸出格式、資料結構、程式碼之設計、組織及流程、螢幕輸出 (outputs)、使用者界面、螢幕之流程及次序。Thomas J. Smedinghoff, *Developments in Software Copyright Law*, 3 SOFTWARE L.J. 637, 640 (1990); 又此類電腦程式非文字成分包含三類：1. 程式目的碼及原始碼之結構、次序及組織；2. 使用者界面之結構；3. 在螢幕顯示器上資訊之呈現 (the presentation of information on screen displays)，see *Lotus Dev. Corp. v. Paperwork Software Int'l*, 740 F. Supp. 37, 46 (D. Mass. 1990).

⁴ 最高法院 94 年度台上字第 1530 號刑事判決，司法院法學資料檢索系統：<http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>。

創性仍應具著作權保護之適格；電腦程式之非文字之結構（structure）⁵、次序（sequence）及組織（organization）亦屬保護之標的。至於電腦程式是否侵權之判斷則以解構、過濾或抽離之方式為之。判決精義與美國聯邦法院之先驅案例 Altai 案⁶之判決意旨一致。但該案發回以後，台灣高等法院 94 年度上更（一）字第 222 號刑事判決⁷則基於 Whelan 案⁸為嗣後之判決所拒絕援用，即對於電腦程式結構之保護持否定之見解。至於最高法院 94 年度台上字第 6398 號刑事判決⁹則確認以分析解構著作結構之方法判斷著作有無侵權係屬正確，僅在美術或視聽著作，應兼採整體觀念及感覺為測試方法。究竟歧異發生原因為何？高院判決對於 Whelan 案之解讀是否與美國司法實務界之解讀一致？亦有分析之必要。

本文首先引介前揭最高法院及台灣高等法院之判決要旨，再就電腦程式非文字成分在美國著作權法保護之緣起及美國著作權法上思想與表達區別及合併之判斷基準為探討，並分析所以引致前揭我國最高法院與台灣高等法院見解分歧之原因、評介我國最高法院所援用之美國聯邦法院之著作權法權威案例 Altai 案三步驟測試法，以釐清爭議之所在，並供未來司法實務處理電腦程式侵權判斷基準之參考。

⁵ 電腦程式包含甚多模組，各模組具有不同功能，而各模組間互動之關係即構成結構，see Steven R. Englund, *Idea, Process, or Protected Expression?: Determining the Scope of Copyright Protection of the Structure of Computer Programs*, 88 MICH. L. REV. 866, 871 (1990).

⁶ Computer Assoc. Int'l, Inc. v. Altai, Inc., 982 F.2d 693 (2d Cir. 1992).

⁷ 台灣高等法院 94 年度上更（一）字第 222 號刑事判決，司法院法學資料檢索系統：<http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>。

⁸ Whelan Assoc., Inc. v. Jaslow Dental Lab., Inc., 797 F.2d 1222 (3d Cir. 1986), *cert. denied*, 479 U.S. 1031 (1987).

⁹ 最高法院 94 年台上字第 6398 號刑事判決，司法院法學資料檢索系統：<http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>。

2. 司法實務判決之比較觀察

2.1 最高法院 94 年度台上字第 1530 號刑事判決

最高法院 94 年度台上字第 1530 號刑事判決稱：「就一般著作而言，文字本身固係著作權保護之標的，對於非文字部分，如具原創性仍應具著作權保護之適格。電腦程式著作係指包括直接或間接使電腦硬體產生一定結果為目的，所組成指令組合之著作，亦即由文字、數字、符號或標記等陳述（statement）或指令（instruction）所組成；不論以何種（高階或低階語言）撰寫或具備何種作用，固屬著作權法所稱之電腦程式著作，其他作業系統程式（operating program）、微碼（microcode）、副程式（subroutine）亦屬電腦程式著作。然自 74 年 7 月 10 日著作權法修正，電腦程式著作列入著作權保護之對象以來，隨電腦科技之日新月異，對於非文字之結構、次序及組織、功能表之指令結構（menu command structure）、次級功能表或輔助描述（long prompts）、巨集指令（marco instruction）¹⁰、使用者界面（user interface）、外觀及感覺（look and feel）是否均在著作權保護之範圍，審理之法院自應或委由鑑定機關將（自訴人或告訴人主張享有著作權保護）電腦程式予以解構、過濾或抽離出其中應受保護之表達部分，將具有高度抽象性之思想或概念等公共財產及基於效率或電腦軟硬體功能外部因素所限制部分予以濾除；再就被告是否曾經接觸自訴人或告訴人所享有著作權保護之表達部分及二程式間實質相似程度，加以判斷是否侵害自訴人或告訴人之著作權。」

有關使用者界面是否應予保護一節，同判決亦指出：「使用者界面係指『人與電腦間互動以完成電腦特定工作之各種設計』（all devices by which the human users can interact with the computer in order to accomplish the tasks the computer is programmed to perform）。此種使用者界面，包括程式指令驅動

¹⁰ 此處之「marco」應係「macro」之誤，此錯誤判斷係承襲拙作中所稱之「marco instruction」錯誤而來，前揭錯誤見羅明通，著作權法論（I），頁 190（2005）。

介面或圖形介面。所謂圖形介面，即指電腦使用者基本上藉由圖示與電腦互動，以達成電腦程式所欲完成之功能。電腦程式中大部分創造性在於程式概念化（conceptualizing）部分及使用者界面部分，要創造一種合適之使用者界面，設計者需要非常高度之創造性（creativity）、原始性（originality）、及洞察力（insight）。此種使用者界面雖屬非文字，似亦為著作權所保護之範圍。」

2.2 台灣高等法院 94 年度上更（一）字第 222 號刑事判決

前開最高法院判決撤銷發回後，台灣高等法院 94 年度上更（一）字第 222 號刑事判決則採不同見解，駁回一審無罪判決之上訴（該案未再上訴而確定），判決稱：「又非文字之結構、次序及組織即所謂之 SSO 是否亦屬於電腦程式著作之一部分，將 SSO 視為受著作權之保護始見於 1986 年美國聯邦上訴法院 Whelan 案，即認為著作權法不僅保護該電腦程式之原始碼及目的碼，並且還保護該程式之『結構、順序及構造』，惟引起極大之批評，被指為『明顯的悖離了近百年來美國所遵循的著作權理論及過去之判例』，其後並不再被採用，尤以 1992 年在 Apple v. Microsoft 案最顯著，該案認為：『單純之功能項目，或者是為達成某項功能而進行之程序，與電話撥號盤、門把及電視與錄放影機之遙控器……等其他常見之使用者界面一樣，並不在著作權規範之範疇內』，並進一步說明：『在類似產品中，就算彼此之某些功能項目雷同，也不表示即有非法抄襲之問題存在，這有可能只基於功能之考量，而使得競爭產品日趨標準化（standardization）罷了』，因此，如果法院接受蘋果電腦有關使用者界面的『觀感』之論調，『不僅會讓蘋果電腦得以利用著作權之保護，將微軟的視窗和惠普的新浪潮軟體排除在市場之外，且也會阻礙其他廠商使用此類標準化之使用者界面』，即明白表示著作權並不能保護電腦程式中所隱含之方法和程序（參見 Paul Goldstein 著，葉茂林譯，《捍衛著作權》，89 年 12 月版，頁 356-362）。是本件自訴人主張依 SSO 最終功能測試法及外觀感覺測試法檢驗其開發之軟體操作過程之觀感、

表達，應受著作權法之保護，亦難認有據。」

2.3 最高法院 94 年度台上字第 6398 號刑事判決

最高法院 94 年度台上字第 6398 號刑事判決則呼應前揭最高法院之見解，認為對一般著作可使用解構法，惟認應在必要時兼採整體觀念及感覺測試法，判決稱：「在判斷圖形、攝影、美術、視聽等具有藝術性或美感性之著作是否抄襲時，如使用與文字著作相同之分析解構方法為細節比對，往往有其困難度或可能失其公平。因此在為質之考量時，尤應特加注意著作間之『整體觀念與感覺』。」

2.4 前開實務案例比較觀察

觀察最高法院 94 年度台上字第 1530 號刑事判決之內容，已明白表示保護著作中非文字之成分而具有原創性之結構、次序及組織，即一般所稱之 SSO，並採用美國聯邦法院之著名先驅 *Altai* 案之抽離（解構）、過濾及比較之三步驟測試法，堪稱係司法對於著作權法理論架構之一大步，然而，思想與表達在非文字成分之區分及合併部分，在該判決中仍未有機會深入闡釋。按思想與表達之區別及合併基準並無一定，但無非在科學、藝術、文化之進步及創作動機之鼓勵或精神所有權之保護間求取平衡。惟在判斷美術、圖形或其他視聽著作是否侵權時，因解構著作之模式或結構有其困難，且創作者之創意重在於傳達給利用者之視覺特徵，故宜以「整體觀念及感覺」（或外觀及感覺）作為判斷之主要原則。此正是最高法院 94 年度台上字第 6398 號刑事判決之精義所在。

台灣高等法院 94 年度上更（一）字第 222 號刑事判決不同意前揭最高法院之見解，認為美國 *Whelan* 案¹¹雖保護電腦程式之結構、次序及組織，惟引起極大批評，被指為明顯的悖離了百年來美國所遵循的著作權理論及過去之判例，其後並不再被採用云云，惟該判決曲解 *Goldstein* 之意思，亦誤會

¹¹ *Whelan*, 797 F.2d 1222.

其他後續判決反對援用 Whelan 案之原因。按 Goldstein 及後續案件反對 Whelan 案之理由，不在於 Whelan 案為電腦程式之非文字成分提供保護，而在於 Whelan 案僅承認程式之最終功能屬思想而不受保護，其他之結構、次序及組織則均屬表達，對於表達之保護範圍過於寬鬆而已¹²，是台灣高等法院前揭之判決之論證是否正確已顯有疑義；又有關使用者界面之保護，在 1992 年 Apple v. Microsoft 案¹³判決亦僅稱該使用者界面僅具有單純之功能目的，屬於標準化之功能項目，因思想與表達合併之原因，不應以著作權法保護，並非謂具有特殊性且非單純功能項目之使用者界面即不受保護¹⁴。是以，台灣高等法院之判決所持見解是否妥適亦有分析評論之必要。

3. 思想與表達區分之起源及其在我國實務上之運用

3.1 思想與表達區分源於美國聯邦案例法

思想與表達之區別源自美國著作權法。美國聯邦最高法院 1879 年在

¹² 詳見 Paul Goldstein 著，葉茂林譯，捍衛著作權，頁 356-357（2000）。（「承審的聯邦巡迴上訴法院指出，該電腦程式中唯一不受著作權法保護的部分，乃是它的基本觀念。持平而論，雖然該判決或許達到了追求正義的目的，卻明顯的悖離了近百年來美國所遵循的著作權理論！因為，如果把這樣的判決類推適用在審理類似『羅密歐與茱莉葉』（Romeo and Juliet）這樣的傳統文學作品之上，那麼著作權除了無法保護該劇中『相愛的戀人分別來自敵對的家族』這個基本概念之外，包括該劇本的人物造型、歷史背景及常見的情節安排等所有組成要素，都將獲得著作權的保護。而這樣的結果，將完全悖離著作權的法理及過去的判例。」

¹³ Apple Computer, Inc. v. Microsoft Corp., 799 F. Supp. 1006 (N.D. Cal. 1992), *modified*, 821 F. Supp. 616 (N.D. Cal. 1993), *aff'd*, 35 F.3d 1435 (9th Cir. 1994), *cert. denied*, 513 U.S. 1184 (1995).

¹⁴ *Id.* 799 F. Supp. at 1023 (“The elements of such an arrangement ‘of a computer-generated screen display’ serve a purely functional purpose in the same way that the visual displays and user commands of the dashboard ... serve as the user interface of an automobile.”).

Baker v. Selden 案¹⁵面臨簿記系統能否賦予著作權之獨占權利之爭議¹⁶。最高法院確認著作權法應僅保護思想之表達而不及於思想之基本原則，惟就系爭之特殊簿記方法（a particular method of bookkeeping）是否應受著作權法保護一節，判決則稱：「如未使用書中例示插圖之方法、圖形或其他相似之內容，該教學即無法進行，則對於該技巧而言，該方法及圖形應認為係必要事件，應均屬於公共財產¹⁷。」依最高法院之見解，該案被告所使用之圖形或插圖均係傳達其思想（ideas）之「必要事件」（necessary incidents），因此均不受著作權法之保護¹⁸。1976 年美國著作權法第 102 條並明文納入此思想與表達區分之原則¹⁹。

3.2 思想與表達之區別在我國實務之應用——以 1998 年立法之前為例

1998 年著作權法修正前，思想與表達區別之理論已深植於司法實務。著作權法前主管機關內政部著作權委員會以 76 年 7 月 7 日台（76）內著字第

¹⁵ Baker v. Selden, 101 U.S. 99 (1879).

¹⁶ *Id.* at 101.

¹⁷ *Id.* at 103 (“[W]here the art [i.e. the method of accounting] it teaches cannot be used without employing the methods and diagrams used to illustrate the book, or such as are similar to them, such methods and diagrams are to be considered as necessary incidents to the art, and given therewith to the public”) (example added); *see also* Mazer v. Stein, 347 U.S. 201, 217 (1954).

¹⁸ 很顯然地，在本案件之論理過程乃是形成百年後思想與表達理論之基礎。See Computer Assocs. Int'l, Inc. v. Altai, Inc., 982 F.2d 693, 707 (2d Cir. 1992) (“The Portion of Baker v. Selden, ... which denies copyright protection to expression necessarily incidental to the idea being expressed, appears to be the cornerstone for what has developed into the doctrine of merger.”).

¹⁹ 17 U.S.C. § 102(b) provides: “In no case does copyright protection for an original work of authorship extend to any idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle, or discovery, regardless of the form in which it is described, explained, illustrated, or embodied in such work.”.

5093839 號函即稱：「按著作權法所保障者為觀念之表達方式，而非觀念之本身，若將某一地點之景物予以繪圖或攝影或以參考書籍上之人體瑜珈示範姿勢著作雕塑作品，而取得著作權者，不得禁止他人到該相同之風景地點，以同樣的景物及角度繪圖或攝影，亦不得禁止他人再以該姿勢創作雕塑作品。」台灣高等法院 79 年度上易字第 470 號判決中引用財團法人工業技術研究院電腦與通訊工業研究所之鑑定意見以為其認定抄襲之基礎，其鑑定書中針對案情舉例稱：「使用造音 IC 來創造音色模擬各種不同樂器乃屬思想或觀念，而用以模擬各種樂器之電腦音色數據則為觀念之表達（expression）之一部分²⁰。」均已明文承認思想與表達之區別存在。

台灣高等法院在 80 年度上易字第 5742 號刑事判決更稱：「著作權法所保護者為著作之原創性，如著作人在參考他人之著作後，本於自己獨立之思維、智巧、匠技而推陳出新創造出另一獨立創作，該作仍不失為原創性，並不因其曾經受他人創作之影響而有差異，否則不僅拘束創作人之思維、思想，亦將嚴重影響文藝美術之發展²¹。」明文承認思想得以模仿，確立思想與表達區別之基礎。本判決雖旨在探討獨立創作之意義，但事實上已承認思想或觀念抄襲之合法性，判決文中並說明著作權法不保護思想之理由，堪稱為劃時代之案例。台灣高等法院台中分院在 80 年度上字第 357 號民事判決旨趣亦同，宣稱：「因觀念在著作權法上並無獨占之排他性，人人均可自由利用，源出相同之觀念或觀念之抄襲均無禁止之理²²。」至於思想與表達之區別，同案民事判決文中復舉例稱：「例如見某人所拍風景照甚佳而重製數幀照片係屬侵害著作權，但依該風景拍照之角度、位置重覆拍照，每幀照片縱然相同，均屬獨立之創作，均享有著作權，並無侵害拍攝在前照片之著作權情事。」

²⁰ 台灣高等法院 79 年度上易字第 470 號，引自資訊工業策進會，智慧財產判決彙編（一）著作權，頁 367（1993）。該鑑定書將 idea 譯為觀念。

²¹ 同前註，頁 386。

²² 同前註，頁 349。

台灣高等法院台南分院 83 年度上更（一）字第 139 號刑事判決亦稱：「著作權保護『觀念的表達形式』（The expression of idea），而不保護觀念（idea）本身。質言之，凡非抄襲或複製他人既有之著作，且具有『原創性』即可。因此觀念本身在著作權法上並無獨占之排他性，人人均可自由利用；源自相同之觀念或觀念之抄襲，並無禁止之理。故重製複印他人之風景照片，固屬侵害他人著作權；惟二人先後在相同地點、角度，並以相同條件完成拍攝之同一風景照片（例如，台北火車站、台灣省立博物館或總統府建築），畫面縱屬完全相同，但因均屬獨立創作，皆享有著作權，二者互不發生侵害他人著作權之問題²³。」台灣高等法院 86 年上訴字第 5154 號判決復本於相同之旨趣稱：「我國著作權法係保護有原創性之精神上創作，而非保護單純之思想或觀念，則縱如被告所辯其確曾參與討論，亦難認其觀念或思想係我國著作權保護之範圍。」法務部所屬之檢察系統，則於 1995 年 3 月 7 日，由板橋地方法院檢察署以 82 年偵續字第 179 號不起訴處分書稱：「又判斷作品是否抄襲，固以二者間實質相似為基準，惟所謂實質相似，乃指表達方式（The manner in which an idea is expressed）之相似，非為觀念之相似²⁴。」凡此均係著作權法第 10 條之 1 於 1998 年立法之前之實務案例。

4. 抽象測試法（Abstractions Test）之精義

4.1 抽象測試法之起源及意義

「抽象測試法」（Abstract Test）乃是美國著作權法上判別一般著作物內容為思想或表達之最重要檢測方法。此法乃係美國 Hand 法官所首創。1930 年，聯邦法院 Hand 法官在美國第二巡迴上訴法院之 Nichols v. Universal Pictures Corp. 案²⁵發展此測試基準，判決被告之電影劇本未侵害原告戲劇之著作

²³ 引自蕭雄淋主編，著作權裁判彙編（二）（下），頁 2318（1996）。

²⁴ 同前註，頁 2105。

²⁵ Nichols v. Universal Pictures Corp., 34 F.2d 145 (S.D.N.Y. 1929), *aff'd*, 45 F.2d 119 (2d Cir.

權，4年後又在 *Sheldon v. Metro-Goldwyn Pictures Corp.*案²⁶使用此測試法推翻下級法院判決，認定被告之作品侵害原告之著作權。

依 Hand 法官之見解，任何作品（特別是戲劇）均包含大大小小之事件（*incidents*），如將事件逐漸抽離（*abstraction*），則隨著抽離事件之增加，會產生越來越抽象或越來越具有普遍性之「模式」（*patterns*），此種具有普遍性（*generality*）或高度抽象性之模式可能適用於任何其他之作品，抽離至最後，可能只是剩下非常普通一般性之描述，例如，戲劇之主題或戲劇之名稱即是。故在此一連串之抽離過程中，必然存在某界線，超越此界線後，則因事件抽離後，該普遍性之抽象模式乃屬公共財產（*public domain*）之思想，故為著作權法所不保護²⁷。此具有普遍性之抽象模式可存在於不同層級，普遍性與特殊性（*specificity*）之區別即為決定思想與表達之基準。

Hand 法官進一步指出，在決定作品是否侵害他人著作權時，首先，應個別將兩作品之事件逐步抽離，如事件抽離後兩著作相同部分均為具有普遍性之抽象模式，則未生著作權侵害之問題。每部作品各有不同抽象程度之普遍性模式，比較時必須注意找出兩作品最細微之共同模式（*the most detailed patterns common to both*）。如相同之模式有相當之數量或已有相當之意義（*significance*），且該相同之抽象模式具有「普遍性」，例如，兩作品基本結構或情節之模式相近，但因該抽象模式係具有普遍性，則僅係思想之模

1930), *cert. denied*, 282 U.S. 902 (1931).

²⁶ *Sheldon v. Metro-Goldwyn Pictures Corp.*, 7 F. Supp. 837 (S.D.N.Y. 1934), *rev'd*, 81 F.2d 49 (2d Cir. 1936), *cert. denied*, 298 U.S. 669 (1936).

²⁷ *Nichols*, 45 F.2d at 121 (“Upon any work, and especially upon a play, a great number of patterns of increasing generality will fit equally well, as more and more of incident is left out. The last may perhaps be no more than the most general statement of what the play is about, and at times might consist of only its title; but there is a point in this series of abstractions where they are no longer protected, since otherwise the playwright could prevent the use of his ‘ideas,’ to which, apart from their expression, his property is never extended. Nobody has ever been able to fix that boundary, and nobody ever can.”) (citation omitted).

仿，不構成著作權之侵害。反之，如相同部分有相當數量或相當意義，而又不具普遍性，例如，事件順序、角色之特徵、劇本之布局等均屬近似，則屬表達之抄襲。

在 Nichols 案中，原告係戲劇作品「Abie's Irish Rose」之作者，被告則係電影劇本「The Cohens and the Kellys」之作者。Hand 法官根據此測試方法，分別陳述兩作品之細微特徵，列出最細微之相同之成分（common elements）或模式如下：「秘密婚姻、男女雙方分別為愛爾蘭與猶太家庭背景、種族偏見造成父母反對。」此共同模式據 Hand 法官在判決中指出，先前早已有數部作品使用同樣情節布局，因此 Hand 法官認定此種結構或主題過於普遍（too generalized），乃為原告思想之一部分，屬於公共資產，故判決稱：「被告並未模仿法律所不允許之任何成分」²⁸。

相反的，在 Sheldon 案中，Hand 法官則使用抽象測試法推翻下級法院之判決。該案原告之戲劇與被告之電影（motion picture）均係有關一名年輕女子毒死前任男友之故事，行兇之動機則係因該男友已對女子籌劃中之婚禮產生威脅。原告之戲劇（play）是根據 1857 年發生在英國蘇格蘭之著名 Madeleine Smith 審判案件改寫而成的。被告原曾與原告談判以該戲劇改拍成電影，但雙方未能談攏，被告遂聲稱參考另外一部大致同樣以 Madeleine Smith 審判史實為基礎所撰寫之小說之布局，完成名為「Letty Lynton」之電影。

Hand 法官在判決中首先聲明：「如果被告只是自原告或他人之作品中擷取一般性之模式（general pattern），並未抄襲他人之表達方法，則被告行為完全合法。」然後，Hand 法官分別列舉被告電影情節及原告劇本中共有之「威脅場景」（threat scene）及「死亡場景」（death scene），指出女主角被前任男友威脅之過程及女主角如何下毒並阻止該男子求救之細節在原告及被

²⁸ *Id.* (“[T]he defendant took no more—assuming that it took anything at all—than the law allowed.”).

告之著作幾乎完全相同，而原告著作中所描述威脅之場景更為史實及他人小說所未見，而被告電影情節竟然相似，足見係抄襲自原告劇本。被告既已抄襲原告戲劇極多細節，此種細節安排之次序（the sequence of details）已非所謂思想之範圍，而為戲劇之表達方法，其對此未具普遍性之細節之抄襲已逾越合理使用範圍，侵害原告之著作權²⁹。

4.2 抽象測試法之特點

此測試法改變傳統著作權法上可受著作權法保護（copyrightability）之範圍。Hand 法官在 Nichols 及 Sheldon 兩案使用抽象測試法時，清楚地顯示：構成著作權侵害之抄襲已不限於文字成分（literal elements）抄襲，而及於非文字模仿。依 Hand 法官之見解，戲劇之布局（the setting of action）、角色之背景（the background of characters）、事件之次序（the sequence of events）、劇本之細節（the details of the plot）、角色之特質（the nature of character）、動機（motivations）均被列為比較判斷之參考，對作品可著作權性範圍另闢一片天空，深深影響嗣後美國著作權法制之發展。

其次，使用此測試法調查比較作品間共同特徵時，其所篩選比較之模式或特徵應達到合理之細微層次（to a reasonably detailed level of pattern）。依 Hand 法官之見解，當比較作品之特徵時，應盡可能深入比較作品細節以找出共同之模式，再判斷是否共同之模式具有普遍性，以決定是否構成著作權法上所謂表達之侵害。因此，Hand 法官在 Sheldon 案指出，一名已訂婚之女子為維護未來之婚姻，而下毒毒殺以前之情人，此模式乃是具有普遍性之思想，不受著作權法保護。但是，如果一名阿根廷之舊愛向一名已訂婚女英雄（heroine）唱南美洲牛仔情歌求歡，該女子因恐危及籌備中之婚禮，遂以毒藥 strychnine 毒死該男子，並阻止該男子在死前打電話求救，此類模式並不具有抽象之普遍性，如仍相同或近似，則屬表達之抄襲而構成著作權之侵

²⁹ Sheldon, 81 F.2d at 54.

害³⁰，由此足見在判斷侵害與否時，「細節之深度」(the depth of detail)極為重要。

再者，在比較兩作品共同之細微模式時，必須注意「量之要素」(quantitative element)及質之要素。故倘如兩劇本間僅有少量細節相同，而此細節又無足輕重，則縱使相同之處極為特殊(specific)，且已可認定是模仿之結果，但此偶然小量之複製(replication)仍非著作權保護之標的，必須兩作品有相當數量之模式或較有意義之段落(significant segment)相同，方能構成著作權表達之侵害³¹。

最後，值得注意的是，本測試法提供一個有效之技術(technique)或方法(method)以判定表達是否實質近似。依 Hand 法官所示之方法，先從作品中找出最細微之特殊點(the greatest degree of particularity)，然後列出所有相似之處。最後，再決定相似之處是思想之相似或表達之相似。Hand 法官認為假如相似之處均已具備相當程度之普遍性(to certain level of generality)，則僅係思想之相似，與著作權之侵害無涉。

4.3 抽象測試法之評析

此種抽象模式基準測試法曾受到各種批評。首先，此法以被告所模仿者是否為普遍性之抽象模式為調查比較之基礎，如所模仿者乃具有抽象普遍性之模式，則為思想之模仿，不構成著作權之侵害，但對於如何決定普遍性是否存在一節並未能提出清楚之界線，而以作品之模式互為比較是否能簡化比較之工作負擔更引起質疑。學者 Abrams 即認為：「此抽象測試法實質上並非區分思想與表達之方法，而僅是判別兩造作品之思想或表達有無近似而已³²」；Kaplan 教授更批評稱：「抽象測試法比較作品之模式並不能減輕比較兩造作品之工作負擔；此種測試法也不能判別對於作品給予著作權保護之

³⁰ *Id.*

³¹ See HOWARD B. ABRAMS, 2 THE LAW OF COPYRIGHT § 14.03[B] (1993).

³² *Id.* § 14.05[A][1].

獨占 (monopoly) 是否過於寬廣³³」；而學者 Nimmer 亦指出：「此法並未告訴吾人何種程度之抽象可使表達跨越至思想³⁴」。

然而，以上之批評似非公允。誠然，此抽象測試法並非如石蕊試紙 (litmus paper) 般得以快速檢測究所被模仿者為思想或表達，但 1976 年美國著作權法第 102(b) 條對兩者之區分並未作明確之規定，百年歷史之困難無法一夕解決並非此測試法之過錯，畢竟，此測試法已指出：如比較作品間非文字部分模式 (含結構或次序) 相同部分具有抽象之「普遍性」者，則僅為思想之相似而不構成著作權之侵害。因此，此測試法在判斷作品是否實質近似及是否屬於表達之侵害時，仍有相當之使用價值。台灣高等法院 94 年度上更 (一) 字第 222 號刑事判決亦稱：「就一般著作而言，文字本身固係著作權保護之標的，對於非文字部分，如具原創性仍應具著作權保護之適格。」至於非文字部分如何判斷思想或表達，最高法院 94 年度台上字第 1530 號刑事判決則採用解構、過濾或抽離再予比較之方法，此即此處所稱之抽離測試法。

雖然如此，抽象測試法所使用之解構法對於文學或電腦程式等適合於解構之著作固甚妥適，但對於側重美感或視覺之著作，例如，美術著作或視聽著作等，單純使用此解構法並不完全公平，此時即有兼用整體觀念感覺測試法 (如下述) 之必要。最高法院 94 年度台上字第 6398 號刑事判決即稱：「在判斷圖形、攝影、美術、視聽等具有藝術性或美感性之著作是否抄襲時，如使用與文字著作相同之分析解構方法為細節比對，往往有其困難度或可能失其公平。因此在為質之考量時，尤應特加注意著作間之『整體觀念與感覺』」可資參照。

³³ *Id.* n.277 (quoting BENJAMIN KAPLAN, AN UNHURRIED VIEW OF COPYRIGHT 48 (1967)).

³⁴ 4 DAVID NIMMER & MELVILLE B. NIMMER, NIMMER ON COPYRIGHT § 13.03[A](a) (2005) (“It does not, of course, tell us where in any given work the level of abstraction is such as to cross the line from expression to idea.”).

5. Whelan 案³⁵ 之最終功能測試法

5.1 Whelan 案內容及其與 SSO 之關係

SSO 係「結構」(structure)、「順序」(sequence)及「組織」(organization)之簡稱，為 Becker 法官在 1986 年之 Whelan 案所使用³⁶。所謂最終功能測試法，乃指判斷電腦程式之抄襲究為思想抑或為表達之抄襲時，除經由文字之比對外，應自電腦程式最終所欲達成功能及程式之結構、順序、組織判斷。電腦程式著作之最終目標或功能為思想，其餘為達成此該目標或功能所非必須之結構、順序、組織等，均為表達而非思想，為著作權法所保護之範圍。

緣在作一般著作之侵權判斷時，固然普遍採行抽象測試法，但通常在判斷電腦程式有無侵權時，仍使用原始碼或目的碼之文字比對法。在 Whelan 案中，第三巡迴上訴法院 Becker 法官判決稱：「法院在 Baker v. Selden 案已提出一種區別思想與表達之方法。在 Baker v. Selden 案中，法院將 Selden 一書所要達成之目標(end)視為思想，本案亦可如該案一般，參考系爭電腦程式所欲完成之功能決定思想與表達區分之基準。換言之，著作之目標(purpose)或功能(function)乃是著作之思想；為達成該目標或功能所非必須(not necessary)之任何方式均將是該思想之表達。倘如有多種手段(various means)可達到該意欲之目標(desired purpose)，則因該類所選擇使用之手段並非達成該目標所必要，故該手段係表達，而非思想³⁷。」

³⁵ Whelan Assoc., Inc. v. Jaslow Dental Lab., Inc., 797 F.2d 1222 (3d Cir. 1986), cert. denied, 479 U.S. 1031 (1987).

³⁶ 依法官 Becker 之見解，結構、次序及組織三者是可互相替換的(interchangeable)；see *id.* at 1224 n.1.

³⁷ *Id.* at 1236 (“The line between idea and expression may be drawn with reference to the end sought to be achieved by the work in question. In other words, the purpose or function of a utilitarian work would be the work’s idea, and everything that is not necessary to that purpose or function would be part of the expression of the idea Where there are various

職是，Becker 法官認為，原告之電腦程式中之思想僅僅是「牙醫實驗室之有效率組織」（the efficient management of a dental laboratory）³⁸。但因為有多種不同之程式結構（program structure）可以完成該目標，系爭之電腦程式結構並非完成該目標之必要手段，因此被告電腦程式中之非文字結構（包括檔案結構、螢幕顯像、副程式）等均屬電腦程式思想之表達，而非思想本身，其實質相似可構成著作權之侵害。

Whelan 案在美國著作權法上乃是劃時代之里程碑。在此之前，著作權法對於電腦程式之保護仍停留於文字之翻譯或逐字逐行之複製，Whelan 案首度承認電腦程式非文字部分之結構、組織及順序在一定條件下可為表達而為著作權法之保護範圍，其意義可說十分深遠。

5.2 Whelan 案之評價

然而，Whelan 案對於思想及表達之區分卻過於寬鬆簡略，易導致保護太過而影響文化、科學之進步。Becker 法官拒絕採用 Hand 法官之抽象測試法，而採用最簡單之方式以判別思想與表達，認為僅有電腦程式之最終目的或功能才可為「思想」，其餘任何達成該思想之手段均屬表達。惟就實際而論，電腦程式之結構、順序及組織等有些本為產業界所普遍使用的，有些是因受電腦硬體或所欲搭配使用之軟體規格所限制，故雖有其他之表達方法，但實乏選擇之空間或選擇之空間極其有限。如均視為表達而賦予著作權之保護，將影響他人之利用，進而有礙國家科學文化之發展。

美國著作權法權威學者 Nimmer 即評論稱：「雖然 Whelan 案之結果是正確的，但法官在該案所架構之概括性規則（sweeping rule）及寬鬆之語言（broad language）將著作權之保護延伸太遠。該判決對無確定形狀之觀念例

means of achieving the desired purpose, then the particular means chosen is not necessary to the purpose; hence, there is expression, not idea.”).

³⁸ *Id.* n.28.

如『全部之結構』（overall structure）皆提供著作權法之保護，未考慮此一結構在傳統著作權法下是否可得保護，已增加賦予著作財產權以等同於專利權保護之風險。考慮到並無專利審查之安全機制，亦未以揭露作為賦予專利之條件（quid pro quo of disclosure），遽行接受著作權保護，結果可能是一場災難（disastrous）。在軟體工業界之創意發展可能因此全面性之著作權保護所窒息³⁹。」

基於上述理由，Whelan 案之區分思想與表達時所用之測試基準不旋踵即為其他後續案件所修正。惟所修正者僅為區分思想與表達之基準不再以電腦程式之「最終功能為」唯一基準而已，非謂具有原創性及特殊性之結構、次序及組織亦不受保護。下述之 Lotus 案及 Altai 案所保護者即為電腦程式之非文字部分。我國最高法院 94 年度台上字第 1530 號刑事判決亦認對於非文字之結構、次序及組織、功能表之指令結構、次級功能表或長串之命令提示單元、巨集指令、使用者界面中屬於表達部分應屬著作權法保護之範圍。

6. Lotus 案三要素測試法（Three Elements of the Legal Test）

6.1 Lotus 案三要素測試法之精義

Whelan 案對於思想及表達之區分顯屬不妥已如前述，而在傳統著作之領

³⁹ 4 NIMMER, *supra* note 34, § 13.03[A][1][d] (“Although Whelan reached the correct result given the facts that case, its sweeping rule and broad language extend copyright protection too far. Providing protection for such amorphous concepts as the ‘overall structure’ of a program, without considering whether such a structure is protectible under traditional copyright theories, increases the risk of granting copyright holders protection on a par with that provided to patent holders. Such a result could be disastrous, give that neither the safeguard of patent examination nor the quit pro quo of disclosure is required to receive copyright protection. Creative development in the software industry may well be stifled by overly broad copyright protection afforded to programs that represent the basic building blocks for a particular field.”).

域，抽象原則已蔚成著作權法上判別思想與表達方法之主流，但是否能適用於電腦程式作品，則不無爭議。Hand 法官發展此法時僅提及文學（literary works）、戲劇作品（dramatic works）及電影（motion pictures）之判斷，而不及於音樂、視覺藝術（visual works）、或有關科技之作品例如電腦程式等。但自 1990 年代起，美國巡迴上訴法院陸續採取抽象測試並稍加修正用以區別電腦程式之思想與表達。

美國聯邦地方法院 1990 年 Lotus 案⁴⁰即是引用抽象測試法為基礎，發展其「三要素測試法」（Three Elements of Legal Test for Copyrightability）以作為判斷程式之思想與表達區分基準著名案例。Keeton 法官在該案中使用三要素測試法檢測原告著作中得受著作權保護之成分，作為判別被告之程式是否具有著作權法保護適格之依據⁴¹：

1.第一要素測試法之目的在決定雙方著作系爭之部分究為思想或表達。如為思想，則不具著作權法保護之適格。法官採用 1930 年 Hand 法官所提出之抽象測試法作為判斷之理論基礎，以普遍性與特殊性為判別思想或表達之依據⁴²。

2.第二要素測試法之目的係就已判別為表達之部分分析其是否對於該思想之表達方法極為重要（essential），或是否係表達該思想之唯一或僅有少數之表達方式。如為表達該思想唯一或極少數之方式，則思想與表達合併而不

⁴⁰ Lotus Dev. Corp. v. Paperback Software Int'l., 740 F. Supp. 37 (D. Mass. 1990).

⁴¹ Sherman 等人稱 Keeton 之方法為「三部分測試法」（three-part test），see 1 CARY H. SHERMAN, SANDISON R. HAMISH & MARC D. GUREN, COMPUTER SOFTWARE PROTECTION LAW § 203.7(c) (1989).

⁴² Lotus, 740 F. Supp. at 60 (“F[irst], in making the determination of ‘copyrightability’, the decisionmaker must focus upon alternatives that counsel may suggest, or the court may conceive, along the scale from the most generalized conception to the most particularized, and choose some formulation—some conception or definition of the ‘idea’—for the purpose of distinguishing between the idea and its expression.”).

保護該表達⁴³。

3.第三要素測試法之目的在於已被判別為表達並被訴抄襲之部分，判斷是否原告著作之實質重要之部分（substantial part）。如非實質重要，則不構成著作權之侵害⁴⁴。

6.2 三要素測試法與電腦程式結構保護之關係

Lotus 案所採用三要素測試法，僅在第一步驟涉及思想與表達之區別之問題，第二步驟係就表達是否應與思想合併而為判斷，第三步驟則為涉及抄襲之表達對於原著作而言是否實質重要之認定。就第一階段而言，Lotus 案之法官係援用 Hand 法官所發展之抽象測試法，以是否具有普遍性或特殊性為判斷之基準，判斷電腦程式之結構是否具有著作權法保護之適格。該案法官就電腦程式之結構、順序及組織可受著作權法保護係承襲 Whelan 案之見解，但對何種非文字成分之結構、順序及組織應受著作權法保護一節則迥異於 Whelan 案，別走他途而使用抽象測試法，認為唯有在具有原創性、非僅具有實用物品之單純功能性⁴⁵、具有特殊性及為著作之實質重要成分時，方得具有著作權法保護之適格，為往後著作權法在電腦程式領域之發展，開闢一片天空。

⁴³ *Id.* at 61 (“S[econd], the decisionmaker must focus upon whether an alleged expression of the idea is limited to elements essential to expression of that idea (or is one of only a few ways of expressing the idea) or instead includes identifiable elements of expression not essential to every expression of that idea.”).

⁴⁴ *Id.* (“T[hird], having identified elements of expression not essential to every expression of the idea, the decisionmaker must focus on whether those elements are a substantial part of the allegedly copyrightable ‘work’.”)

⁴⁵ *Id.* at 58 (“Even then the expression of the idea is not copyrightable if the expression does no more than embody elements of the idea that are functional in the utilitarian sense.”).

7. Altai 案⁴⁶之抽離—過濾—比較測試法

前揭 Lotus 案雖然繼 Whelan 案之後確認電腦程式之非文字部分可為表達而受著作權法保護，但就思想與表達之判別一節，僅只援用抽象測試法，並未針對電腦業界之特性有所調整。然則，電腦程式之撰寫雖可能有多種方法，就著作權法對傳統著作所用之必要場景原則或合併原則而言，其表達方式應受著作權法保護，蓋唯有思想之表達方法為唯一或極其有限時，思想或表達方始合併而不受保護，他人始得自由模仿，惟實際進行電腦程式之開發時，基於邏輯演繹法上效率之考量、基於市場上之硬體規格標準已無法改變、或基於應用程式須受制於作業系統之牽制，事實上能選擇者極為有限，而傳統之抽象測試法及 Lotus 案對此並未予以考量，直至 Altai 案方有進一步之發展。

7.1 Altai 案抽離—過濾—比較「三步驟測試法」之精義

Altai 案中所採用之抽離—過濾—比較測試法（Abstraction—Filtration—Comparison Test），實質上即為三步驟測試法⁴⁷。簡言之，所謂抽離—過濾—比較測試法，乃是將著作是否抄襲之判斷分為三個步驟，第一步驟係將電腦程式解構、抽離，使之抽象化，亦即將電腦程式從機器碼、原始碼、參數表、模組（module）、常式（routine）、次常式（subroutine）、程式最終功能目的之一般性描述分為數個層級，目的係在不斷抽離過程中，使其模式浮

⁴⁶ Computer Assoc. Int'l, Inc. v. Altai, Inc., 982 F.2d 693 (2d Cir. 1992).

⁴⁷ 在 Altai 案中，法官在標題為「Substantial Similarity Test for Computer Program Structure: Abstraction-Filtration-Comparison」下，明白將此判斷方法稱為三步驟測試程序（a three-step procedure），並分別描述其三步驟為：「Step One: Abstraction; Step Two: Filtration; Step Three: Comparison」。See *id.* at 706-10. 亦有稱之為「three-pronged approach」，see Daniel A. Crowe, *The Scope of Copyright Protection for Non-Literal Design Elements of Computers Software: Computer Associates International, Inc. v. Altai, Inc.*, 37 St. Louis U. L.J. 207, 230 (1992).

現，以便在下一步驟中判斷該結構或模式是否具有著作權法保護之適格而決定應否濾除，此步驟與抽象原則之抽離過程完全相同。第二步驟為過濾，即將不屬著作權法保護之部分濾除，換言之，即將未具有原創性、未具有特殊性或其他應屬公共財產之結構濾除。第三步驟則將濾除後之應受保護之表達進行是否實質相似之比較。

7.2 濾除之標的與思想與表達之合併之關係

值得注意的是在第二步驟之過濾程序中，法官在決定應濾除之內容時，其所採用之基準，究其實質，即係思想與表達之合併理論。據此理論適用之結果，不受著作權法保護之成分乃指：

1.基於內部效率因素考量所決定之部分電腦程式之執行最重效率，法院認為達成同一功能之途徑雖可能有多種，但最有效率之執行方法卻可能只有一種或極其有限。故倘因基於效率之考量而限縮了表達方式之選擇範圍，因而造成程式表達方法之相似，在此情形下，應認為思想與表達合併，均不受著作權法保護。

2.基於外部因素之考量所決定之部分判決中指出，程式之開發者經常受下述之外部考慮所限制，故表達與思想應合併，而排除在著作權法保護之範圍之外：

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

7.3 Altai 案評析——兼介紹 Nimmer 連續過濾法

該案所使用第一步驟之抽離即是 Hand 法官之抽象模式基準測試法，但 Altai 案中 Walker 法官所發展之「過濾」卻遠較 Hand 法官所描述者為精緻。

在 Nichols 案中，Hand 法官僅將著作中具有普遍性之成分列為思想，具有特殊性者歸類為表達。但在 Altai 案中，法官將有普遍性之概念延伸及於基於效率或電腦之外部因素所不得不採行之表達方式。換言之，Altai 案就電腦程式之非文字成分結構是否具有普遍性之判斷已使用思想與表達合併之原則而予充實及修正，該案所採用之測試法嗣後廣為後續案例所援用⁴⁸。

Nimmer 鑑於上揭電腦程式之特殊性及新的分析方法必要性，乃綜合整理美國聯邦法院實務上之見解，發展出「連續過濾法」(The Successive Filtering Method)⁴⁹，並認為連續過濾法不僅適合於電腦程式著作權侵害之判斷，且當然可適用於傳統著作之解析。根據 Nimmer 之理論，判斷電腦程式何種部分受著作權法保護，應將下列成分先連續過濾排除，所剩餘者即為受保護之部分，然後再與被訴侵害其著作權之著作物比較是否實質相似，其連續過濾之測試標準如下：

1. 排除電腦程式中僅屬抽象思想之成分 (Excluding Program Elements that Constitute Only Abstract Ideas)。

2. 排除程式中因邏輯、效率因素所支配之成分 (Excluding Program Elements Dictated by Logic and Efficiency)。

3. 排除程式中受外部因素支配所形成之成分 (Excluding Program Ele-

⁴⁸ 下列案例均採用 Altai 案之測試方法：Sega Enterprises Ltd. v. Accolade, Inc., 977 F.2d 1510, 1525 (9th Cir. 1992) (“the Second Circuit’s approach is an appropriate one”); Atari Games Corp. v. Nintendo of Am. Inc., 975 F.2d 832, 839 (Fed. Cir. 1992) (citing Atari, “the court must next filter the unprotectable components of the program from the protectable expression.”); Apple Computer, Inc. v. Microsoft Corp., 35 F.3d 1435, 1445 (9th Cir. 1994), cert. denied, 513 U.S. 1184 (1995). See generally 4 NIMMER, supra note 34, § 13.03[F]; Morgan Chu & Andre Brunel, *Computer Copyright and Trade Secret Litigation After Altai*, 369 PLI/PAT 223, 236 (1993); Thomas M. Byron, *As Long as There’s Another Way: Pivot Point v. Charlene Products as an Accidental Template for a Creativity-Driven Useful Articles Analysis*, 49 IDEA 147, 156 (2009); Peter Lee, *The Evolution of Intellectual Infrastructure*, 83 WASH. L. REV. 39, 79 (2008).

⁴⁹ 4 NIMMER, supra note 34, § 13.03[F].

ments Dictated by External Consideration)：

- (1)硬體標準 (Hardware Standard)。
 - (2)軟體標準 (Software Standard)。
 - (3)電腦製造廠商的設計標準 (Computer Manufacturers' Design Standards)。
 - (4)電腦程式使用者之商業上習慣 (Target Industry Practice)。
 - (5)電腦軟體工業在設計程式時之習慣 (Computer Industry Programming Practices)。
- 4.排除程式中擷自公共財產之成分 (Excluding Program Elements Taken From the Public Domain)。
 - 5.所餘成分之相似性之分析 (Analysis of any Remaining Similarities)。

8. 「外觀及感覺測試法」 (Look and Feel Test) 與著作權法保護之適格

雖然電腦程式侵權之判斷可以解構之方法過濾思想之成分，再就表達之部分比較兩者是否有實質相似。惟對於視聽著作或多媒體，單以解構之抽象測試法作為侵權之判斷基準並非公平。且有時非實質相似之不同電腦程式可產生相似之美術、圖形或視聽著作，故視聽、美術或圖形著作之「外觀及感覺」即有保護之必要，而非僅保護解構後具有原創性及特殊性之結構而已。最高法院 94 年度台上字第 6398 號刑事判決即肯認此見解，判決稱：「在判斷圖形、攝影、美術、視聽等具有藝術性或美感性之著作是否抄襲時，如使用與文字著作相同之分析解構方法為細節比對，往往有其困難度或可能失其公平。因此在為質之考量時，尤應特加注意著作間之『整體觀念與感覺』。」即指此而言。按外觀及感覺測試法係源自前揭之整體觀念及感覺 (Total Concept and Feel) 測試法而來⁵⁰。在 Atari 案中，法院即判決被告之

⁵⁰ 因為「concept」不是著作權法保護之標的，故稱之為「total concept and feel」有本質

著作已捕捉原告著作之整體觀念及感覺，法官並分析指出：電視遊戲與一般藝術家之畫作或其他之視聽著作有所不同，電視遊戲之觀賞者不會仔細區別藝術品表達之細微之不同，主要之吸引力來自於「競爭之強度」（intensity of competition）；其將忽視細節上細微之不同，而重在美學上之吸引力（aesthetic appeal）⁵¹。迨至 1986 年之 Broderbund 案，法院更援引此測試法，認為原告及被告之視聽著作雖由不同電腦程式所製作，但因著作間之觀感相同，故構成著作權之侵害⁵²。

9. 思想與表達之合併

著作權法反應公共政策之利益衝突，一方面立法或執法者必須提供足夠之動機以鼓勵著作人不斷地創作，故須注意保護著作人之精神所有權，一方面則是為了文化、科學、藝術之進步，必須排除著作之思想、觀念、方法、程序、原則、操作等使不受著作權法之保護，以使公眾得自由利用該表達所傳達之資訊。惟兩者之間如何維持適當之均衡乃成為問題之所在。從而，倘思想與表達緊密不可分而互為連結時，此時如嚴格地保護表達，將等於使思想之擁有者壟斷其思想，而妨害國家文化之發展，與著作權法之立法目的不符。欲防止如此之結果，著作權法乃又發展出「必要場景原則」⁵³及「思想與表達合併原則」⁵⁴，使在一定情形下，思想與表達合併而不予保護。換言之，此時法院只有兩種選擇，或對表達予以保護而聽任思想被著作人獨占，

上之矛盾，故晚近之判決多已改稱「look and feel」。

⁵¹ Atari, Inc. v. North Am. Philips Consumer Elec. Corp., 672 F.2d 607, 619 (7th Cir. 1982).

⁵² Broderbund Software v. Unison World, Inc., 648 F. Supp. 1127, 1136-37 (N.D. Cal. 1986).

⁵³ 「必要場景原則」在美國著作權法論著作中與「合併原則」併列，乍視之似乎與合併原則有別，但實質上其所處理之問題亦是有關思想與表達合併之問題，故本文將之放入思想與表達合併之部分討論。

⁵⁴ 學者將此合併原則稱為「思想與表達同一之例外」（The idea/expression identity exception），see SHERMAN, HAMISH & GUREN, *supra* note 41, §§ 204.5(C)-(D).

或是讓思想繼續供社會自由利用，而使具有原創性之表達喪失有效之法律保護。法院在面臨此兩難局面時，乃必須基於公共利益之考量而選擇後者，亦即使思想與表達合併致表達喪失保護之適格。

9.1 必要場景原則

所謂「必要場景」(Scenes a Faire)⁵⁵原則乃指在處理某一類戲劇、小說主題時，實際上不可避免而必須採用某些事件、角色、布局或布景，雖該事件、角色、布局或布景之表達方法與他人雷同，但因為係處理該特定主題不可或缺或至少是標準之處理方式，故其表達方法不構成著作權之侵害。如同舊約聖經 Ecclesiastes 所說，太陽底下無鮮事，故美國法官在 Schwartz 案⁵⁶所稱全部之戲劇著作可以濃縮成 36 種情況，故舉例而言，如有人想撰寫劇本，描述紐約 South Bronx 區警察之生活，他們將很自然地僅能描繪「醉鬼、妓女、歹徒、廢棄車輛」與具有愛爾蘭血統且善於飲酒之警察追逐犯罪者之情景並列。又例如在冒險動作影片或電視影集，其主題、情緒、節奏均屬相似。此種主題、情節、事件之順序太過普遍，以致於雖然相似，但仍不受著作權法保護。

此原則嗣後為甚多案例所引用，以作為判斷著作權抄襲之基準⁵⁷。例如，在 1984 年 Landsberg 案中，法官即稱：「假若表達是源自普通不受保護之思想，而其表達方法又係必然附隨於思想之普通必要場景，則第二作者縱係逐句複製第一作者之表達，第二作者亦不侵害著作權，否則不啻賦予第一

⁵⁵ Scenes a Faire 為法文，Scene 意指戲劇中之布景、環境，至於 a Faire 則指「action to be done」，乃指在戲劇或歌劇中，不可避免地被使用之重要場景，see 4 Nimmer, *supra* note 34, § 3.03[B][4].

⁵⁶ Schwarz v. Universal Pictures Co., 85 F. Supp. 270 (S.D. Cal. 1949).

⁵⁷ 引用此判決之案例極多，例 See v. Durang, 711 F.2d 141, 143 (9th Cir. 1983) (“[T]he court properly applied the [scenes a faire] doctrine to hold unprotectable forms of expression that were either stock scenes or scenes that flowed necessarily from common unprotectable ideas.”).

作者隱藏在必要場景之後之具有普遍性思想之獨占權⁵⁸。」

Nimmer 在發展其連續過濾測試法時，其所稱之「排除程式中受外部因素支配所形成之成分」，亦是基於「必然場景原則」，認為判斷電腦程式著作權之侵害時，法院必須將這些完成該程式特定功能所不可或缺或至少是標準處理方式之成分剔除，其中包括基於硬體標準、軟體標準、電腦製造廠商的設計標準及電腦程式使用者之商業上習慣所形成之共同部分等。

9.2 思想與表達合併原則

所謂思想與表達合併原則（The merger doctrine of idea and expression）係指當思想與表達不可分辨（indistinguishable）、不可分離（inseparable），或當表達特定之思想之方法僅有一種（only means）或極其有限（limited number of ways）時，則表達與思想合併，從而，著作間之表達縱然實質相似，亦不構成著作權之侵害。

第九巡迴上訴法院於 1971 年在 Herbert 案中，審理有關鑲上蜜蜂形狀之珠寶別針（jeweled bee pins）之著作權爭議時，判決稱：在珠寶上鑲以蜜蜂之珠寶形狀僅能有一種特別之表達方式（jewelry pin in the form of a jewel encrusted bee held only capable of a particular form of “expression”）。在此種思想與表達不可分辨或不可分離之情況，抄襲他人之表達將不為法律所禁（copying the expression will not be barred），因為在此情況下，法律如保護該表達將等於對思想授予無條件及無限制之獨占保護，而此已超越國會立法意圖之範圍⁵⁹。

因此，如作品之思想與表達係不可分辨時，則其後之作品之表達方式縱

⁵⁸ Landsberg v. Scrabble Crossword Game Players, Inc., 736 F.2d 485, 489 (9th Cir. 1984) (“[A] second author does not infringe even if he reproduces verbatim the first author’s expression, if that expression constitutes stock scenes that flow necessarily from common unprotectable ideas, because to hold otherwise would give the first author a monopoly on the commonplace ideas behind the *scenes a faire*.”) (citation omitted).

⁵⁹ Herbert Rosenthal Jewelry Corp. v. Kalpakian, 446 F.2d 738, 741-42 (9th Cir. 1971).

然與該作品有實質之相似，亦未能以侵害著作權論擬。自該案以後，此「不可分離之表達」觀念為第九巡迴上訴法院所不斷採用⁶⁰，其他法院則使用「堅固地合併」（*inextricably merged together*）之語句，認為表達與思想如牢不可分時，使用思想將不可避免侵害表達之方式，此時援用他人思想雖不免抄襲他人之表達，但仍不構成著作權之侵害⁶¹。

法院在審理有關電腦軟體著作權之爭議時，亦採用此種合併原則為判斷之基礎。在 1983 年之 *Apple Computer, Inc. v. Franklin Computer Corporation* 一案中⁶²，被告 Franklin 公司不否認抄襲原告 Apple 公司之 14 種電腦作業系統程式（*operating system program*），但抗辯稱電腦作業系統程式與應用程式不同，並非著作權法所保護之標的，而且，為了使針對 Apple 公司電腦所開發之軟體能百分之百在該公司所生產之電腦上使用，使用與原告公司所寫之 *Autostart Rom* 完全一樣之程式乃是必須的，因此，要求 Franklin 公司自行撰寫作業程式事實上不可行（*not feasible*）。法官 Sloviter 除引經據典確認電腦作業系統程式可為著作權保護之標的外，並判決稱假若在 Apple 公司之作業系統程式之外，能創造其他程式以執行與 Apple 公司之作業系統程式相同之功能，則此 Apple 公司之作業系統程式為思想之表達（*expression of idea*）而為著作權法所保護。因此，本案之重點在於決定是否在本案之情形，思想與表達已經合併（*whether the expression and idea have merged*）。地方法院調查結果，並未發現任何證據證明 Apple 公司之作業系統程式為達成 Apple 公司思想之唯一方法（*only means*），故 Apple 公司之程式具有受著作權法保護

⁶⁰ See, e.g., *Rachel v. Banana Republic, Inc.*, 831 F.2d 1503, 1507 (9th Cir. 1987) (“Even similarity in expression is noninfringing when the nature of the creation makes similarity necessary.”); *McCulloch v. Albert E. Price, Inc.*, 823 F.2d 316, 320 (9th Cir. 1987); *Frybarger v. Int’l Bus. Mach. Corp.*, 812 F.2d 525, 530 (9th Cir. 1987); *Sid & Marty Krofft Television Prod., Inc. v. McDonald’s Corp.*, 562 F.2d 1157, 1168 (9th Cir. 1977).

⁶¹ See, e.g., *Franklin Mint Corp. v. Nat’l Wildlife Art Exch., Inc.*, 575 F.2d 62 (3d Cir.), *cert. denied*, 439 U.S. 880 (1978).

⁶² *Apple Computer, Inc. v. Franklin Computer Corp.*, 714 F.2d 1240 (3d Cir. 1983).

之適格。

在前揭 *Landsberg* 案中，法官除引用前揭必要場景原則外，亦同時從可選擇方法之多寡判斷著作權保護之範圍，其判決稱兩種作品是否有實質依其作品之性質而定，如依作品之性質，對思想之表達方法極其有限（*narrow range of expression of the ideas*），則縱然其表達方式已是逐句複製（*verbatim reproduction*）或兩作品有非常接近之意義（*very close paraphrasing*），亦不能謂為侵害著作權。例如，在科幻作品（*fictional works*）之情形，在劇情結構（*setting*）、事件發生之次序（*sequence of incidents*）及劇中之角色（*characterization*）存有無限可能之變化（*infinite variations*），故逐句抄襲或使用意義極為接近之詞句固然明顯已構成侵害，在結構、次序或角色之相似亦構成抄襲。反之，在寫實之作品（*factual works*），處理之方法極其有限，縱已逐句抄襲（*despite verbatim copying of expression*），但第一作者之表達方法既係必然附隨於該思想之普通場景（*stock scene*），故不構成著作權之侵害⁶³。

此種「表達方式有限則思想與表達合併」之理論亦適用在有關電腦程式著作權之爭議。在前揭 1990 年之 *Lotus* 案，法官亦認為：倘思想之表達方法十分有限（*a quite limited number of the possible ways of expressing an idea*），則思想與表達合併（*merger*）。但經比較市場上三種產品（*VisiCac*, *Lotus 1-2-3* 及 *Microsoft's Excel*）以後，認為三種電腦軟體雖均在表達共同之思想——電子試算表（*an electronic spreadsheet*），但表達方式實質上完全不同，顯然選單指令結構（*menu command structure*）表達方式有多種，從而被告之 *VP-Planner* 程式抄襲原告之 *Lotus 1-2-3* 程式即構成著作權之侵害⁶⁴。

事實上，*Nimmer* 在其所提出之連續過濾測試法時，其中之「排除程式中因邏輯、效率因素所支配之成分」即採此合併原則，主張電腦程式思想之

⁶³ NEIL BOORSTYN, COPYRIGHT LAW § 10:14 (Clark Boardman Callaghan, Cumulative Supp. 1992).

⁶⁴ *Lotus Dev. Co. v. Paperback Software Co.*, 740 F. Supp. 37, 67-68 (D. Mass. 1990).

表達方式縱有多種，惟倘基於程式執行之效率考量，程式之設計者只能被迫選擇一種或兩種表達方式，因而必須排除其他表達方式時，該特定的表達將不再受保護，並舉有關資料處理電腦程式之邏輯演繹法（algorithm）之有限性為例，認為最有效率之程式執行方法既是有限，則思想與表達合併，而應予排除在實質比較之範圍之外。

9.3 思想與表達合併原則在我國司法實務之運用

板橋地方法院檢察署 82 年偵續字第 179 號不起訴處分書稱：「判斷作品是否抄襲，固以二者間實質相似為基準，惟所謂實質相似，乃指表達方式（The manner in which an idea is expressed）之相似，非為觀念之相似。被告林○鴻、告訴人公司所欲表達之女用高跟鞋，其等性質均為寫實之作品（factual works），且皆以黑色線條表達，處理方法極為有限（narrow range of expression of the ideas）。從而，被告林○鴻採用之構圖方式，縱與告訴人公司之作品，具有幾分相似，亦難逕認抄襲⁶⁵。」

最高法院 86 年台上字第 3391 號刑事判決更進一步闡釋：如表達之方式並非有限時，則縱然觀念可抄襲，但其表達仍可能構成侵權。該判決稱：「被告使用之『熊主婦圖』與上訴人核准著作權在先之如原判決附圖一 A 圖樣，固均以『熊主婦』為主題，源自以『熊』為『主婦』之同一童話觀念，然『熊』之型態猶如『人』之型態，各有不同，『主婦』之衣著圖樣及動作，亦並非一致。而事實上本案兩者之基本型態與圖樣特徵，排列方式、線畫圖樣，幾近雷同，有兩者之圖案在卷可資比對。類此情況，能否謂兩者僅係源自相同之觀念或出自觀念之抄襲，而不涉及主題或觀念表達形式之抄襲，饒有研求之餘地。」此二司法實務案例之內容雖未提及「思想與表達合併」之名，但已有思想與表達合併之實。

⁶⁵ 蕭雄淋主編，前揭註 23，頁 2105。

10. 結論

10.1 最高法院兩判決均將著作權法保護之範圍擴張及於非文字成分，對於著作人提供應有之保護

自 1930 年代開始，美國聯邦法院之著作權法案例已對於一般著作之非文字成分提供保護，迄今無論是該國之司法實務或學者見解均毫無異見。電腦程式部分，1980 年之 *Whelan* 案首開其端，確認電腦程式之非文字成分亦應予保護，然自 *Lotus* 案迄 *Altai* 案，美國聯邦上訴法院採用抽象測試法及基於思想與表達合併原則，對可受著作權法保護之電腦程式結構予以嚴密之檢視。其後，保護之範圍更及於著作之外觀及感覺。惟無論採用何種判斷基準，美國聯邦上訴法院歷年來之見解非常明確，即均將電腦程式之非文字成分列入著作權法保護之範圍。

我國最高法院多年來鮮少對於一般文學著作之非文字成分是否應可受著作權法保護及應保護之程度表示其見解，遑論電腦程式著作，誠為美中不足。但 2005 年以後，最高法院前後兩個判決均明白宣示著作權法之保護範圍及於非文字部分，而包含結構、次序、組織、功能表之指令結構、次級功能表或命令提示字元、巨集指令及外觀及感覺等，就著作人權益之保護而言，堪稱係里程碑之劃時代先驅案例。

10.2 最高法院採用美國聯邦法院普遍採用之抽象測試法及濾除之判斷基準，符合電腦程式之特性及資訊產業界之需求

美國聯邦法院在實務運作上，自 *Lotus* 案草創三要素測試法，迄 *Altai* 案建立三步驟測試法止，所採用之電腦程式之侵權判斷基準已臻於成熟。*Lotus* 案之第一要素測試法及 *Altai* 案之第一步驟測試法均採用 *Hand* 法官之解構法，以顯現電腦程式中非文字成分之結構。不同之處在於 *Lotus* 案之第一要素兼含思想與表達之判斷，而 *Altai* 案之第一步驟僅限於電腦程式結構之抽象

化；Lotus 案之第二要素測試法進行思想與表達合併原則適用之檢視，此亦屬 Altai 案之第二步驟中過濾法所使用之原則。雖然兩案之方法類似，但就思想與表達合併部分，Altai 案之推演則遠較 Lotus 案為精緻，及於多種基於內部因素及外部因素所決定而選擇方法極為有限之成分。此種濾除基準並為學者 Nimmer 採用作為其連續過濾法之濾除基準。

我國最高法院在判決中清楚指明：法院應自行或委託鑑定機關將電腦程式予以解構，過濾或抽離出其中應受保護之表達部分，將具有高度抽象性之思想或概念等公共財產及基於效率或電腦軟硬體功能外部因素所限制部分予以濾除；再就被告是否曾經接觸自訴人或告訴人所享有著作權保護之表達部分及二程式間實質相似程度，加以判斷是否侵害自訴人或告訴人之著作權云云，其判斷著作侵害之基準已與 Altai 案無殊，此種抽離、過濾及比較之三步驟測試法應符合電腦程式之特性及產業之需求。未來有待觀察的是我國法院是否會採納美國聯邦法院有關內部因素及外部因素之各項排除基準，及採用至何種程度而已。

10.3 最高法院採用之抽離、過濾及比較之三步驟測試法，其判斷侵權標準與 Whelan 案迥然有別

原創性乃是電腦程式受保護之必要條件，在美國著作權法上固無庸贅述，而綜觀美國聯邦法院之判決及學者之見解，Whelan 案所採用之僅有程式之最終功能係思想而其餘結構、次序及組織均屬受保護之表達之見解，與美國聯邦法院自 1879 年來所建立之思想與表達區分原則悖離，故已徹徹底底被揚棄，司法實務及學者之見解均以 Hand 法官所提出之抽象測試法為藍本，再依個案之特性決定何種層次之非文字之結構具有普遍性或特殊性，而判斷是否應受著作權法保護。於執行濾除程序時，實質上所運用者即為思想與表達區分原則。

我國最高法院在上揭判決中已明確表示對於非文字部分之保護，乃以具有原創性為先決條件，足見就原創性之要求與美國法無殊。至於判斷具有原

創性之結構、次序及組織是否受著作權法保護一節，最高法院復稱「自應或委由鑑定機關將（自訴人或告訴人主張享有著作權保護）電腦程式予以解構，過濾或抽離出其中應受保護之表達部分，將具有高度抽象性之思想或概念等公共財產及基於效率或電腦軟硬體功能外部因素所限制部分予以濾除」，足見最高法院此種見解，與 Whelan 案單純將電腦程式最終功能視為思想，其他之結構、次序及組織均一概視為表達完全不同。台灣高等法院 94 年度上更（一）字第 222 號刑事判決以 Whelan 案為美國聯邦法院拒絕援用為由，認定電腦程式非文字成分之結構、次序及組織不具著作權法保護之適格，而未詳究 Whelan 案之貢獻所在及其為美國聯邦法院後續判決拒卻之真正原因，顯引喻失義。

10.4 最高法院判決承認使用者界面與外觀及感覺可受著作權法保護，與美國聯邦法院之主流判決意見相同，而單純功能項目或實用物品本即應排除在著作權法保護之範圍

按 Hand 法官所使用之抽象測試法係將電腦程式解構，此在文學著作固屬可行，但在美術及視聽著作判斷侵權時，則力有未逮，故美國聯邦法院承認外觀及感覺亦受著作權法之保護，雖自抽象測試法判斷未構成侵權，只有外觀及感覺構成抄襲，仍構成著作權之侵害。使用者界面通常係使用圖形或符號為介面，是否侵權亦應自外觀及感覺判斷。最高法院判決之見解洵屬正確。

惟無論自解構法著手，或自外觀及感覺判斷，如果所使用之表達方法僅是「單純功能項目」（purely functional item），為資訊產業界所使用之標準化（standardization）手段，則依思想與表達合併原則，亦應不予保護，此即美國聯邦法院 Walker 法官在 Apple v. Microsoft 案中之判決精義所在⁶⁶。

⁶⁶ 參見 Paul Goldstein 著，葉茂林譯，前揭註 12，頁 359-362。

Walker 法官在該案中固然表示不同意 Whelan 案中法官對於表達之保護過於寬鬆之見解，但既未否定電腦程式非文字之結構可受著作權法保護，亦未言及非標準化或非單純功能項目之使用者界面或外觀及感覺即不應受保護。在稍後之另一 Apple v. Microsoft 案⁶⁷中，法官於使用過濾法時，亦明白將具有功能之表達列為不受著作權法保護之標的⁶⁸。詳言之，美國著作權法已明文規定實用物品（useful articles）不受著作權法保護之基本原則⁶⁹，依美國著作權法第 101 條之規定，實用物品之設計，僅當該設計所包含之圖畫、圖形或雕刻之特徵可與該物品之實用性質面分離辨識，且該特徵並可獨立存在時，方有受著作權法保護之適格⁷⁰。法官應審酌之爭點在於：此實用物品中所含之藝術成分能否與該實用物品在觀念或物理上分離而獨立存在，且該藝術成分是否表達該實用物品之唯一或有限方法而已。

台灣高等法院未能明白 Whelan 案之見解不受後續判決援用之真正原因，即以該案被拒絕援用作為理由，而認為電腦程式之結構不應保護；又不清楚單純實用功能項目或實用物品，本即應排除在著作權法保護之範圍之基本原則，即遽作電腦程式之使用者界面不應受著作權法保護之推論，亦顯係

⁶⁷ Apple Computer, Inc. v. Microsoft Corp., 779 F. Supp. 133, 136 (N.D. Cal. 1991), *aff'd* (rev'd as to fees), 35 F.3d 1435, 1444 (9th Cir. 1994), *cert. denied*, 513 U.S. 1184 (1995).

⁶⁸ *Id.* 779 F. Supp. at 136 (“Suppose defendant copied plaintiff’s abstract painting composed entirely of geometric forms arranged in an original pattern. The alleged infringer could argue that each expressive element (i.e., the geometric forms) is unprotectible under the functionality, merger, scenes a faire, and unoriginality theories and, thus all elements should be excluded prior to the substantial similarity of expression analysis.”).

⁶⁹ 有關此「useful article」原則之討論，詳見 1 MICHAEL D. SCOTT, SCOTT ON COMPUTER LAW § 3.25 (2003) (1991); Todd David Marcus, *Fostering Creativity in Virtual Worlds: Easing the Restrictiveness of Copyright for User-Created Content*, 55 J. COPYRIGHT SOC'Y U.S.A. 469, 493 (2008).

⁷⁰ 17 U.S.C. § 101 provides: “[T]he design of a useful article, as defined in this section, shall be considered a pictorial, graphic, or sculptural work only if, and only to the extent that, such design incorporates pictorial, graphic, or sculptural features that can be identified separately from, and are capable of existing independently of, the utilitarian aspects of the article.”.

犯過激推演之謬誤。

10.5 使用抽象測試法判斷侵權時，其特殊性與普遍性之基準因個案而判斷，無法以文字清楚界定

無可置疑地，以抽象測試法之解構為經，再以「普遍性」及「特殊性」之區分為緯，以作為區分思想與表達之基準，乃為最佳可行之途徑。惟何謂普遍性與特殊性，其區別標準如何，乃是另一困難之問題。Hand 法官在提出抽象測試法時，亦坦白自承：「沒有人曾經能夠固定此界線⁷¹。」30 年之後，此困難仍沒能解決，思想與表達之區分及其合併仍需依個案決定⁷²。我國著作權法之立法及法院實務運作上雖已承認思想與表達有所區別，但對於區別之方法、解構之過程及普遍性或特殊性之判斷、合併之程度及考量因素尚未有深入之分析，有待將來在著作權法理論及實務做更精細之推演。

⁷¹ Nichols v. Universal Pictures Corp., 45 F.2d 119, 121 (2d Cir. 1930) (“Nobody has ever been able fix that boundary, and nobody ever can.”).

⁷² Peter Pan Fabrics, Inc. v. Martin Weiner Corp., 274 F.2d 487, 489 (2d Cir. 1960) (“Decision must therefore inevitably be ad hoc.”).

參考文獻

中文書籍

- Paul Goldstein 著，葉茂林譯，《捍衛著作權》，五南圖書出版，台北（2000）。
- 資訊工業策進會，《智慧財產權判決彙編（一）著作權》，資訊工業策進會出版，台北（1993）。
- 蕭雄淋主編，《著作權裁判彙編（二）（下）》，內政部印行，台北（1996）。
- 羅明通，《著作權法論（Ⅲ）》，5版，台英國際商務法律事務所出版，台北（2004）。
- 羅明通，《著作權法論（Ⅰ）》，7版，台英國際商務法律事務所出版，台北（2009）。

英文書籍

- ABRAMS, HOWARD B., 2 THE LAW OF COPYRIGHT (1993).
- BOORSTYN, NEIL, COPYRIGHT LAW (Cumulative Supp. 1992).
- KAPLAN, BENJAMIN, AN UNHURRIED VIEW OF COPYRIGHT (1967).
- NIMMER, DAVID, & MELVILLE B. NIMMER, 4 NIMMER ON COPYRIGHT (2005).
- SCOTT, MICHAEL D., 1 SCOTT ON COMPUTER LAW (2003) (1991).
- SHERMAN, CARY H., SANDISON R. HAMISH & MARC D. GUREN, 1 COMPUTER SOFTWARE PROTECTION LAW (1989).

英文期刊

- Byron, Thomas M., *As Long as There's Another Way: Pivot Point v. Charlene Products as an Accidental Template for a Creativity-Driven Useful Articles Analysis*, 49 IDEA 147 (2009).
- Chu, Morgan, & Andre Brunel, *Computer Copyright and Trade Secret Litigation After Altai*, 369 PLI/PAT 223 (1993).
- Crowe, Daniel A., *The Scope of Copyright Protection for Non-Literal Design Elements of Computer Software: Computer Associates International, Inc. v. Altai, Inc.*, 37 ST. LOUIS U. L.J. 207 (1992).
- Englund, Steven R., *Idea, Process, or Protected Expression?: Determining the Scope of Copyright Protection of the Structure of Computer Programs*, 88 MICH. L. REV. 866 (1990).
- Lee, Peter, *The Evolution of Intellectual Infrastructure*, 83 WASH. L. REV. 39 (2008).

Marcus, Todd David, *Fostering Creativity in Virtual Worlds: Easing the Restrictiveness of Copyright for User-Created Content*, 55 J. COPYRIGHT SOC'Y U.S.A. 469 (2008).

The Harvard Law Review Association, *Copyright Law—Scope of Protection of Non-Literal Elements of Computer Programs — Second Circuit Applies an “Abstract-Filtration-Comparison” Test.* —Computer Associates International, Inc. v. Altai, Inc., 106 HARV. L. REV. 510 (1992).

Smedinghoff, Thomas J., *Developments in Software Copyright Law*, 3 SOFTWARE L.J. 637 (1990).