

國立臺灣大學法律學院法律學研究所



碩士論文

Department of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis

論著作權法對虛擬角色之保護

Copyright Protection for Fictional Characters

滕玉翔

Yu-Hsiang Teng

指導教授：李素華 博士

Advisor: Su-Hua Lee, Ph.D.

中華民國 111 年 7 月

July, 2022

論著作權法對虛擬角色之保護

中文摘要



本論文所欲探討者為虛擬角色於我國著作權法的現行規範下，得否透過既有法規之詮釋或比較法理論之借鏡獲得充分保護。伴隨角色經濟興起，虛擬角色已不再僅具敘述作品故事之功能，而於產業發展上有其獨特且重要的經濟價值與創作地位。不僅社會大眾多半相信任何角色背後皆有相對應的智慧財產權支撐其保護，相關企業以「角色」為授權與契約談判之標的亦早已行之有年。然而，儘管早在民國 93 年以前我國實務即有涉及虛擬角色利用行為之訴訟案件存在，法院最終卻係以對「民事名譽權」的侵害作為論證被告侵權行為之基礎，顯見社會大眾對於虛擬角色作為 IP 產業一環之想像，與我國法院實情並不相符。本論文即欲基此前提，釐清虛擬角色於我國法脈絡下，究係確實受有相當程度之規範保護，或其權利狀態僅存於社會大眾與產業共同默契之想像的狹縫間。

本論文將以說明近來有哪些類型的虛擬角色逐漸風行為始，並分析不同類型角色的主要組成元素為何，以及我國實務過去既有判決之見解。而關於比較法理論之研究，儘管我國娛樂產業主要創作類型或與日本發展較為接近，而以電視劇、漫畫、小說等媒體為重；然而，我國實務運作上，無論法院或主管機關之智慧財產局，其主要參考之外國法例多為美國透過判決先例所發展而來之理論。因此，本論文亦將以美國實務發展脈絡為中心，說明美國早於 1930 年代起針對虛擬角色所發展而來之一系列著作性審查理論，以及學說相對應之批評，最終提出本論文之立場。由於我國實務過去並未單獨就虛擬角色議題發展特定理論，故於此部分，本論文將先對我國過往案例所採見解進行分析，以釐清現行制度下對虛擬角色保護之不足。最後，透過比較法理論之導入，說明採取著作性審查觀點之必要性與可行性，期能成為後續實務發展的些許參考。

關鍵字：著作權法、虛擬角色、清晰描繪標準、角色即故事標準、特別識別性基準

Copyright Protection for Fictional Characters



Abstract

This thesis aims at exploring whether fictional characters could be finely protected under the legal structure of Taiwan's Copyright Law. As gradually becoming an independent part of entertainment industry, fictional characters are not only "chessmen to tell a story" anymore, but instead show their own economic values. It is true that the audience believing all of the characters is a copyrightable work and the industry also seems character an objective on licensing and contracting. However, our courts simply viewed character as a part of the whole story traditionally and in the end merited the case on the plaintiff side for defendant's infringement of "right to reputation" in civil codes, demonstrating that the imagination of the public is actually not the same as how the legal system actually works. Hence, this thesis is eager to find out if there is indeed any regulation to protect fictional characters under our copyright law.

The thesis starts from introducing several kinds of fictional characters in different categories based on the types of works they originate from. It would also discuss the existing opinion in Taiwanese courts. Although the entertainment industry in Taiwan might be more similar to that in Japan, yet our legal system, including the courts and Taiwan Intellectual Property Office (TIPO), frequently refers to the decisions of the U.S. cases. Therefore, this thesis would also focus on legal theories of fictional character's copyrightability from the U.S. courts, and analyzing the decisions made by the Taiwanese courts on such basis. The purpose is to discover the insufficiencies in current cases and to contend that it is necessary to introduce the copyrightability theories in order to solve the problems.

Keywords: Copyright, Fictional Characters, Distinctive Delineation Standard, The Story Being Told Test, Special Distinctiveness Standard



目錄

第一章、緒論.....	1
第一節、研究背景.....	1
第二節、研究動機.....	2
第三節、研究方法及限制.....	5
第二章、虛擬角色的產業現狀.....	7
第一節、美國產業現況.....	7
第二節、ACG 產業的規模與產值.....	8
第三節、網路影音平台時代下的新興角色.....	10
第四節、小結.....	11
第三章、美國法對虛擬角色之保護.....	13
第一節、虛擬角色的保護界線.....	14
第一項、角色保護議題之開端.....	14
第二項、思想與表達二分原則.....	17
第三項、必要場景原則.....	20
第二節、虛擬角色的著作性審查基準.....	24
第一項、清晰描繪標準：Nichols v. Universal Pictures Corp.....	25
第二項、清晰描繪標準的充實與沿革.....	28
第三項、清晰描繪標準之定位：是否應以此作為虛擬角色保護的審查基礎？.....	41
第四項、角色即故事標準：Warner Bros Pictures Inc. v. Columbia Broad. System Inc.....	51
第五項、特別識別性基準.....	58
第六項、實務近期發展：以巡迴上訴法院判決為例.....	65
第三節、小結.....	79
第四章、我國實務案例分析：可著作性.....	81
第一節、學說回顧.....	82
第二節、實務案例分析.....	83
第一項、利用他人角色進行續集創作：臺灣高等法院 93 年度智上字第 14 號民事判決（灌籃高手案）.....	83
第二項、廣告形象的著作性：智慧財產法院 102 年度民著訴字第 68 號民事判決（全民時代案）.....	91
第三項、展場佈景的著作性：智慧財產法院 106 年度民公上字第 4 號民事判決（冰雪奇緣	

案)	102
第四項、使用者介面的著作權：智慧財產法院 107 年度民著上字第 4 號民事判決（海神戰紀案）	110
第五項、角色扮演遊戲（RPG）的著作權：智慧財產法院 108 年度民著上字第 3 號民事判決（武林群俠傳案）	125
第三節、小結	135
第一項、承認非例示類型著作的保護	136
第二項、節制必要場景原則的運用	136
第三項、清晰描繪標準於我國著作權法之定位	137
第五章、我國實務案例分析：侵權相關爭議	139
第一節、我國實務概況	139
第二節、虛擬角色實質近似審查標準：以美國法為中心	140
第三節、我國實務相關爭議	142
第一項、利用他人角色的行為定性：重製與改作之爭及著作人格權	143
第二項、實質近似判斷爭議：何謂虛擬角色之整體觀念及感覺？	153
第四節、小結	167
第一項、侵權行為的定性	167
第二項、實質近似的審查標準模糊	168
第六章、結論	169
第一節、以清晰描繪標準作為虛擬角色受保護之基礎	169
第一項、美國實務標準之類型化	169
第二項、虛擬角色之類型化	171
第三項、「可著作性」要件對我國實務的重要性	173
第二節、後續研究方向之建議	174
第一項、著作權法與不同法規範之競合	174
第二項、新興類型角色之保護	175
參考文獻	177



圖目錄

圖 1：漫畫《咒術迴戰》主角虎杖悠仁示意圖	18
圖 2：二階段測試法示意圖	29
圖 3：清晰描繪標準階層示意圖	32
圖 4：虛擬角色審查架構比較示意圖	44
圖 5：角色即故事標準階層示意圖	52
圖 6：特別識別性基準階層示意圖	60
圖 7：三階段測試法階層示意圖	64
圖 8：《灌籃高手》角色流川楓示意圖	89
圖 9：兩造遊戲矩陣圖	112
圖 10：兩造遊戲使用者介面人物示意圖	115
圖 11：兩造遊戲使用者介面	117
圖 12：兩造遊戲主角「東方未明」角色美術造型	158
圖 13：兩造遊戲角色「賭」美術造型	160
圖 14：虛擬角色審查體系示意圖	170

表目錄

表 1：「全民時代」建案與「海洋都心」建案比較表	93
表 2：不同審查標準理論重點對照表	170
表 3：虛擬角色類型比較表.....	172





第一章、緒論

第一節、研究背景


虛擬角色 (fictional character)，或稱虛構角色、故事角色 (story character)，係指於創作中藉作者劇情鋪展逐漸發展性格、演繹各自人生的劇中人物。¹一般而言，作品透過筆下人物間之互動、情感連結鋪陳劇情，進而形成完整故事。因此，若無角色，故事將無從開展；若無故事，構成角色的內在特質將無以為繼，二者實密不可分。正因如此，過去普遍認為角色僅作品整體之一部，其被視為使劇情順利運轉的「棋子」，並未受到重視。然而，隨時代演進，作品與角色間宛若主物與從物間之附隨關係，逐漸產生變化。究竟係角色乃為鋪陳作品之用，抑或作品係為凸顯角色魅力而存在，甚至角色是否必然須依附作品而生，種種過往定見所築高牆於今日已漸生變質、瀕臨崩擴。

上述轉變的產生，係因一名塑造成功之角色即使於原作無進展或完結時都能繼續推出相關商品，甚至有所謂前傳、外傳、續集等潛在附加價值，得以另行開啟新一輪的產品週期。此商業利用上的「永續性」，日益受到業者注目。因此，為釐清消費者對角色之偏好，各式人氣投票於焉而生。²角色的利用週期遠勝於其原生作品一事則可於華特迪士尼 (Walt Disney) 的曠世巨作得到驗證：時下年輕族群或許並不知曉或未曾觀賞「米奇」(Mickey Mouse) 最早登場之《威廉汽船》(Steamboat Willie) 系列影集，但絕不會對米奇一無所知；迪士尼帝國的偉業雖始於《威廉汽船》，卻係由於其中僅僅一隻造型受人喜愛的老鼠方能延續至今。

虛擬角色作為文化及娛樂產業之一部，始終未曾遠離社會大眾日常生活，如此

¹ 其實，美國學說與實務判決討論此議題時皆一致使用「fictional character」作為論述用語，然而，於中文翻譯上 fictional 一詞雖應直譯為「虛構」而非「虛擬」(virtual)；且虛擬角色與「故事角色」所能涵蓋的文義範圍亦有所不同，以「虛擬角色」作為翻譯用語卻似於我國文獻中為主流。本文雖亦以此作為篇名，惟亦同意就角色自作品誕生的過程而言，以「虛構角色」稱之較為妥適。

² 如集英社，『呪術迴戰』第二回キャラクター人氣投票，『週刊少年ジャンプ』公式サイト，載於 https://www.shonenjump.com/j/vote_jujutsu_kaisen/ (最後瀏覽日：07/02/2021)。




龐大的產業鏈，想必應有完整法律規範相為因應。然而，現實並非如此。儘管虛擬角色於想像上與理論上皆應落入智慧財產權的保護範疇，我國實務卻未曾明確承認對虛擬角色的保護，亦未指明角色於智慧財產體系下之定位為何。因此，縱使我國擁有規模龐大的同人誌創作活動，販售各種原創及二次創作相關商品；二次創作於我國著作權法下是否屬為合理使用，甚且是否應受著作權法規範，至今未明。如此現狀，實不足以應付隨網路科技興起加之疫情於各國不斷反覆，世人被迫與外界隔離、自肅所意外促成之「宅經濟」時代——各大串流平台相繼與各家電視節目簽訂獨家授權、手機遊戲與知名動漫合作以吸引客群，凡此種種皆仰賴以「角色」為標的之授權與契約規劃方得實現，亦早現於我國產業實務運作中。惟縱使產業本身願意將角色作為智慧財產之一環相待，若角色遲遲並能享有當事人所預設之權利並作為訴訟標的，時日漸長，授權契約與侵權訴訟皆將無以為繼。因此，於此產業日漸蓬勃之際，實有必要對此議題進行更深入之研究。

第二節、研究動機

產業是否認為虛擬角色屬於一種 IP（智慧財產，Intellectual Property），雖或可透過契約安排於當事人間產生民事法效力，卻不當然等同虛擬角色於著作權法或商標法上享有智慧財產權。³蓋前者雖採創作保護主義而看似對權利要件無甚限制，當事人卻可能於訴訟中遭法院否定其著作之原創性，而仍有檢視理論與實務要件之需求；後者更於我國法採取註冊主義，而須滿足識別性等權利要件並經主管機關審查始能取得，後續更伴隨大量維護成本。因此，並非任何智慧結晶都能當然宣稱其為「智慧財產權」（Intellectual Property Right）之一種，而往往需有學術研究提供相關法理基礎，更仰賴實務判決支持，方能真正取得法律上效力。

本文最初對此議題進行研究乃於研究所專題課堂思索報告題目時，偶然憶起著作權法對侵權行為之判斷標準似乎無法涵蓋現實中虛擬角色被利用之方式。如

³ 角色確實為我國產業所設定之契約標的相關案例，請參智慧財產法院 99 年度民著上更(一)字第 6 號民事判決。




此，縱使目前市面上幾乎所有市售物皆會打上「版權所有，翻印必究」的浮水印，權利人乃至於消費者對智慧財產之想像是否確實與我國法規一致，並非無疑。尤以目前二次創作、異業合作等行為大幅擴張虛擬角色的利用型態，小至手機吊飾、資料夾、抱枕，大至聯名服飾、合作咖啡廳或舉辦展覽等；無論其利用形式為何，虛擬角色皆係作為有別於原生作品之單一標的所使用。然而，傳統著作權法所界定之權利標的並非特定角色，而係角色所源生之作品，故當角色欲脫離原生作品單獨主張權利時，其主張是否將為法院所許，即成疑問。倘若虛擬角色本身並未受著作權法所保護，則其使用亦毋須經想像之權利人同意，虛擬角色將淪為大眾可自由運用之公共財，無疑係對產業的一場浩劫。

由於虛擬角色理論上仍係創作之一種（或一部），倘欲初步將其歸入現已存在之智慧財產權，著作權理應係直觀且合理之選擇。然而，與一般社會大眾的預設相反，文化創意與娛樂產業強勢的美、日等國，其立法例卻似皆否定虛擬角色為當然之著作型態。以美國為例，縱然美國法院多次透過判決於智慧財產領域率先作出重大突破，美國國會圖書館轄下主管著作權註冊（registration）之美國著作權局（The U.S. Copyright Office）卻曾於著作權修法草案中明白指出虛擬角色的塑造係仰賴原作品之描繪，因此不能亦無需脫離原作品而單獨將之視作單一著作，故否定於作品間欠缺實質近似前提下，僅就特定角色提供保護之可能性，亦拒絕受理以虛擬角色為標的之著作權註冊。⁴然而，儘管虛擬角色與所屬作品間確有密不可分之關聯性，若因此認為二者於法律概念上亦屬不可分離，或認為角色必然只能依附於作品的保護傘下，不僅與產業現況不合，更可能與著作權以創作保護主義為本之精神產生齟齬。

本文略以如下案例說明虛擬角色侵權案例之獨特性。倘被告今以 A 角色形象

⁴ Feldman, D. B. (1990). Finding home for fictional characters: proposal for change in copyright protection. *California Law Review*, 78(3), p. 711-718. 著作權登記處（The Register of Copyrights）為美國著作權局轄下部門，曾於 1965 年美國欲推動著作權修法時收到倡議者提議將虛擬角色列為著作權明示之著作類型時作出如上回應。儘管美國亦採創作保護主義，故著作權之成立並不以登記為要，惟此確係提起侵權訴訟的必要程式之一，且具形式推定之證據效力。因此，於無法取得登記之現狀下，虛擬角色相關訴訟皆須依附於原生作品之著作權下提起，方有透過法院判決獲得獨立保護之機會。



製作鑰匙圈販售，傳統實質近似判斷下，由於 A 角色所屬作品方為法律所定義之著作標的，法院應以原生作品中對 A 角色之描寫與該鑰匙圈上 A 角色之形象進行比對。此際，法院將面臨數項問題。首先，若 A 角色係漫畫人物，問題或較為單純，蓋法院可逕行比對該漫畫造型與鑰匙圈圖樣是否近似。惟縱使兩造圖樣確實相似，因 A 角色僅為原著漫畫之一部，單純利用 A 角色一名人物，可否滿足著作權法所非難之侵權門檻，已非無疑。若 A 角色並非漫畫人物，而係僅有文字描繪之小說人物，問題將更為複雜；且若該鑰匙圈並非直接利用 A 角色之完整人物圖像，而係以其著名配件、台詞進行設計，是否構成侵權亦未可知。顯然，單純對虛擬角色的視覺外觀提供保護，並不足以處理此爭議。

再以二次創作中的「同人誌」為例。儘管同人誌與原著作品相同，皆為故事性創作，且二次創作者和消費者皆自認此行為乃遊走於法律邊緣，本質上並非合法，惟如此直覺極有可能實為「錯覺」。蓋同人誌所利用者常僅原著特定一、二名角色，並不涉及對作品整體劇情之利用，其劇情發展更往往與原著大相徑庭，如何與原著構成「實質近似」，已有疑問。且二次創作並非僅發生於粉絲活動，許多原作者於徵得出版社同意後亦自行發表「同人作品」，更有許多衍生創作係於原作完結後所生、或係與其他作品合作之產物；不同作品使用相同角色群，於共通世界觀下演繹不同故事的「平行宇宙」模式日益受重視，足證虛擬角色早已不受其原生作品之限制，而有更多可能性，遠非傳統實質近似以故事性作品為侵權標的所能應付。

誠然，同人誌多係原著愛好者出於推廣與喜愛所為之粉絲創作，商業利潤並非主要目的，亦不會與原著市場有所衝擊，未必需對之論以侵權；本文目的亦非意在將其打為非法、抄襲之流。然而，追根究底，粉絲創作仍係對原作之利用，是否或應否允許此行為，除權利人意欲外，更涉及合理使用問題，不應與角色本身是否應受著作權保護之議題有所混淆。因此，仍有必要就虛擬角色是否有脫離原著作而受保護之可能，進行探討。



第三節、研究方法及限制

本文架構大致分為六個章節，除第一章為緒論外，第二章將先說明本文所欲討論的虛擬角色，回顧近年產業發展下所興起的角色類型，以界定本文討論之標的範圍；第三章將進入比較法脈絡與發展之探討，並以美國法為中心，說明虛擬角色於美國著作權法下脫離原著作而受保護之要件與可能性；第四章則分析我國法院相關判決，並以美國法見解為比較基礎，探討我國實務運作上是否亦須引入相似審查以確立虛擬角色之獨立性；第五章將侵權爭議單獨成章，以釐清我國法院以實質近似判斷為中心的審查方式可能遭遇之困境；最後，第六章為本文結論。

本文的研究重心在於探討虛擬角色於脫離其原生作品後，是否仍可單獨作為侵權標的一事；蓋角色雖係作為鋪陳作品故事的人物而活動，卻有被移植到其他故事的可能。因此，當利用人所用者僅特定角色而非整部作品時，如何認定被告行為侵權之所在，將成實務上難題。而之所以選擇以美國法作為比較法研究對象，主因係我國法院及法規主管機關經濟部智慧財產局就智慧財產案件所示見解多以美國實務判決之發展為主要參考之外國立法例。故本文除統整、分析美國實務過往判決及國內外學術文獻，更納入 2015 年後，美國法院近期相關判決，以期對其最新動態有所理解。其次，本文比較美國實務發展，最終目的仍是希望能夠回歸我國，分析其判斷基準是否可為我國實務所借鑒及是否有需因地制宜之處。儘管現階段尚未見我國法院有明確談論虛擬角色著作性之見解，本文將提出數則與虛擬角色相關之我國判決，以辨明角色受獨立保護於我國實務運作之必要性。

就研究限制而言，儘管我國娛樂產業現況於漫畫、小說等方面深受日本影響，其整體運作模式或與日本較為相近，惟囿於語言能力之不足，本文無法逕以日本法作為比較對象，實乃遺憾之處。惟有相關文獻指出，日本實務運作就虛擬角色之保護係透過大幅擴張重製權之解釋，並透過強力的「同一性保持權」之行使維護虛擬角色不受任意變更與利用，與我國法規存在相當出入，故相關理論未必得為我國法



所援用。⁵因此，本文認以美國實務發展為比較對象，仍屬適宜。

就美國法研究之限制，由於美國實務早於 1930 年代前即有以虛擬角色為爭執標的之案件，其判決數量遠較我國實務為多，故本文於相關理論說明時仍以統整國內外文獻已提及之重要判決為主；至近期案件分析時則以學術文獻未及整理之 2015 年後判決為目標，並以巡迴上訴法院之案件為重，望對上訴審法院見解之發展有更深入理解。

就我國實務案件之統整，本文則係以司法院裁判書查詢系統為準，以「虛擬角色」、「故事角色」、「清晰描繪」、「必要場景原則」等關鍵字為基準，嘗試尋找我國法院判決中提及美國實務運作相關理論者，以便進行比較法研究。惟因我國實務案件於著作權法方面，明確涉及虛擬角色之案件仍為少數，甚至有數件係被利用角色之真正著作權人根本非訴訟當事人者，故縱使援引美國法理論亦未必能扭轉判決結果。本文亦礙於判決數量過少，而難逕以此分析結果進行量化或斷言我國實務就此議題已有何穩定見解可供相關產業參考。惟因近年產業對虛擬角色的利用愈發多元，甚至已經出現全然無需依靠故事劇情支撐的角色型態，加之我國實務於 2019 年作成一大幅推翻過去見解之重要判決，故本文認為於此時點進行研究仍有其適合性。

最後，由於虛擬角色多半具視覺外觀，除著作權法外尚有可能牽涉商標法、公平交易法等對表徵之規範，甚至於某些具實用性之加工品上可能與設計專利產生競合。因此，實仍存在許多本文未能觸及之議題，且縱使僅於著作權法之領域內，僅就二次創作本身的行為定性、是否構成合理使用等亦為本文為聚焦於「虛擬角色作為著作之適格性」此一爭議而不欲處理之問題，以免牽連過廣致本文篇幅難以收拾。由於我國實務根本連虛擬角色究竟是否構成創作一事都尚未有明確見解，本文認為此方為首應面對之問題。至於上述種種力有未逮之處，僅能留待後續研究有更深入之探討，僅此敘明。

⁵ 中田祥二郎(2011),《關於次文化於著作權法上的問題：以日本判例之發展與特徵為中心》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。




第二章、虛擬角色的產業現狀

智慧財產權是國家重要的產業政策工具，不僅提供產業創新誘因，更係活絡商業運作的重要交易客體，故於正式進入對虛擬角色保護問題之討論前，仍應對虛擬角色產業的過去、現在與未來有所理解，以釐清本文欲使著作權法提供保護之標的為何。蓋虛擬角色一詞涵蓋範圍極廣，自傳統平面創作媒材如漫畫、小說誕生者固然屬之；美國實務案例中亦曾見早期主要娛樂如戲劇、廣播、乃至於馬戲團表演之登場人物成為訴訟標的；近代則以電視影劇、電影、動畫、電玩作品為訴訟實務上常見之虛擬角色類型。由於原生作品類型之不同，將影響虛擬角色的組成元素，進而影響後續實務理論對角色著作性之判斷，故本文將先行說明相關產業近期發展，及虛擬角色所發揮之功能，以凸顯其經濟價值和受法律保障之必要性。

第一節、美國產業現況

虛擬角色產業的發展與其原生作品產業的興盛程度高度相關，因此，掌握大量暢銷作品相關智慧財產權的歐、美、日等國勢必於此領域有較多發展。除日本外，美國可謂將虛擬角色運用至極致的國家，且不若日本 ACG 產業受限於刻板印象等社會因素，其受眾有長時間處於相對侷限的處境（詳後述）；挾好萊塢電影產業發達之優勢，美國早已將虛擬角色應用於電影化、真人版等改編上，將虛擬角色的閱聽大眾拓及至原先並未以觀賞漫畫、動畫等創作為興趣的一般消費者，並結合實體產業創造驚人產值。

除富比世雜誌 (Forbes) 早於 2003 年即公布「最有價值虛擬角色排行榜」(Top-Earning Fictional Characters)，且當時榜上有名的著名角色小熊維尼 (Winnie the Pooh)、米奇 (Mickey Mouse) 產值皆在五十億美元上下外，知名英國作家 J.K. 羅琳 (J.K. Rowling) 所創作的《哈利波特》系列小說，其主角哈利波特 (Harry Potter) 的角色產值亦已來到近 30 億美元；2003 年迄今已近 20 年，上述角色仍活躍於今



日產業舞台上，顯見其價值早已超過當時估算之金額，且仍在持續增加中。⁶享有上述維尼、米奇等角色著作權與商標權等權利之迪士尼公司，其於美國佛州所打造的全球最初、最大迪士尼樂園（Walt Disney World）甚至因其身為佛州佔地最大、雇用最多員工的企業；每年上繳樂園所跨兩區政府的稅金更高達 1.5 億美元，而長年享有減稅優惠，甚至擁有相當於縣政府級的自治權，得以自行發行建築許可興建基礎設施並負擔醫療、警消費用，乃名符其實的「國中國」。⁷若無虛擬角色創造的龐大利潤，迪士尼公司絕無可能創造如此輝煌景象，足見虛擬角色為商業模式的突破與所帶來的經濟價值絕非往昔創作型態可比。

第二節、ACG 產業的規模與產值

儘管以我國而言，創造第二個「迪士尼帝國」或許不切實際，惟此並不表示虛擬角色對我國產業即無足輕重。反之，我國產業結構現況可能更近於鄰國日本的發展情形。作為最傳統亦最長壽的創作媒材，漫畫及小說至今仍於娛樂產業中佔有重要的一席之地，更因產業大國日本自 1990 年代起向外輸出，已然與動畫、遊戲並稱為 ACG 產業（animation, comic, game）而享譽國際。⁸如今，日本 ACG 產業早已形成完整的產業鏈，漫畫、小說與動畫、遊戲、電影間的互相改編早已司空見慣，近來更將觸手伸向真人版電視劇或舞台劇的改編，其演員、配音員（聲優）皆有專門的培訓學院。根據日本動畫協會（The Association of Japanese Animations, AJA）所發佈之 2021 年動畫產業報告顯示，日本於 2019 年時，僅僅「動畫」之「海外」收益即達至 1.2 兆日圓，同年總產值更粗估高達 2.5 兆日圓，其利潤之龐大可見一

⁶ Forbes (2003), Top-Earning Fictional Characters, in: https://www.forbes.com/2003/09/25/cx_al_fictionalslide.html?sh=44626f4f23e7 (last visited: 06/26/2022).

⁷ 范琪斐的美國時間 (2022), 《遭佛州取消 55 年自治權 支出稅收優惠全沒了！美國迪士尼為何惹怒政府？》，Line Today 看世界, in: <https://www.facebook.com/watch/?v=769309080724484> (最後瀏覽日：06/26/2022)。惟該報導指出，近來因迪士尼管理階層公開批評佛州爭議法案，該州已確定取消迪士尼樂園所享有自治權。

⁸ 楊智仁 (2022), 《動漫商機無限，產值超過 2 兆…台灣成日本動畫簽約數量前三名》，in: <https://game.ettoday.net/article/2191105.htm> (最後瀏覽日：06/04/2022)。

斑。⁹此統計數據更尚未計入以特定角色製成週邊商品販售、或將個別角色授權給其他遊戲等作品進行連動所帶來之授權利益，以及日本擁有之全球最大規模同人誌販售會（Comic Market）等二次創作所帶來利潤，足見其產業規模之龐大。

受日本潮流影響至深，動漫文化於我國之發展亦扎根已久，並於近年受新冠疫情與串流平台興起等因素影響，迎來全新的高峰。須具前述日本動畫協會統計，我國於 2021 年與日本簽訂最多海外動畫授權契約國家之排行榜上高居第四名，僅次於美國、加拿大與南韓，其授權契約數量多達 312 部動畫，顯見我國民眾對日本動漫的喜愛。¹⁰我國更擁有每年定期於臺北、臺中、高雄等地舉辦、更有香港海外場的台灣同人誌販售會（Comic World Taiwan, CWT），其臺北場固定以臺灣大學綜合體育館為場地，攤位遍及館場地下一樓、一、三、四樓，數量已逾 1300 攤，報名攤位數更超過 3000 攤，更將於 2022 年底迎來 20 週年，已反映我國同人誌愛好族群數量之龐大。¹¹由於二次創作無論係發行同人誌或販售自製周邊商品，皆係以特定角色為利用對象，其重要性不言可喻。

況且，我國亦非僅一味追隨日本動態，儘管日本 ACG 向我國輸出情形仍為大宗，我國近來亦有原創作品逐漸發跡。例如，2009 年起，於中央研究院的「數位典藏與數位學習國家型科技計畫」下，以發掘臺灣歷史、民俗、社會與生態為題材，台灣原創漫畫 CCC 創作集（Creative Comic Collection）以季刊形式正式出版，後經文化部資源挹注轉為月刊形式，並於 2020 年下半全面數位化，至今仍在營運。¹²國內更已有漫畫作品不僅於台灣獲得商業成功，更成功輸出至日本並改編為電玩遊戲，足以顯示 ACG 產業的「日本模式」於我國存在可行性，且國內相關產業正在逐步踏上軌道。¹³因此，於此時點釐清虛擬角色於著作權法體系之定位與保護可

⁹ Masuda, Hiromichi et al. (2022), Anime Industry Report 2021 (Summary), The Association of Japanese Animations, in: <https://aja.gr.jp/english/japan-anime-data>, p.4, p.6.

¹⁰ *Id.*, Masuda, Hiromichi et al. (2022), p.6.

¹¹ 賴柔蒨(2022),《凝聚漫畫創作能量——CWT幕後推手鄭文福》, in: <https://taicca.tw/article/cwtstory> (最後瀏覽日：06/04/2022)。

¹² CCC 創作集, in: <https://www.creative-comic.tw/about> (最後瀏覽日：06/04/2022)。

¹³ 吳致良(2020),《記憶的怪物 下》暢銷萬冊改編成電玩遊戲，證明台灣 BL 漫畫不輸日本，讀者不因國籍差別待遇》，in: <https://www.openbook.org.tw/article/p-63741> (最後瀏覽日：06/04/2022)。

能性，對我國今後產業發展應具正面意義。



第三節、網路影音平台時代下的新興角色

然而，虛擬角色為商業模式帶來的變化並未止步於此。近年來，隨 YouTube、Twitch 等影音平台的興起，實況、直播不再只是個人業餘的興趣，而得以成為正式的職業甚至培養出一整個團隊與產業鏈；虛擬角色，作為原本就活躍於網路世界的存在，自然亦未缺席。國內有文獻指出由於臉部捕捉（Facial Motion Capture）、動作捕捉（Motion Capture）等技術的簡易化，虛擬偶像（Virtual Idols）的內容產出形式已不若十多年前初音未來（初音ミク/Hatsune Miku）等透過曲目預錄與動作設計錄製影片或舉辦線下演唱會的形式，而拓展到虛擬主播（虛擬 YouTuber、VTuber）的範圍，將虛擬角色的可能性帶至新的高度。¹⁴


所謂虛擬主播係真人透過臉部與動作捕捉技術，將真人的表情與動作投射至事先製作的美術形象而成，因此，真人係以虛擬角色的形式進行直播或錄製影片與粉絲互動。¹⁵其與虛擬角色的共通點在於，虛擬主播的美術外觀（通稱「皮」）通常除漫畫人物般的平面造型外，尚包含許多「基礎設定」（如形象為天使、惡魔、吸血鬼等），該角色的操作者則基於設定進行表演；然而，與單純為角色配音的差異處在於，僅管虛擬主播於初登場（debut）時為自身發行的宣傳影片（lore）會對角色設定與故事背景有詳細介紹，其實際直播時仍然帶有強烈的自身個性、其行為模式更透過動作捕捉技術直接反映於角色上；此真人（通稱「中之人」）與角色間的緊密關聯性使得角色的操作者無法被任意取代，亦為其與過往其他作品類型中的虛擬角色所不同之處。¹⁶因此，虛擬主播的性格成因遠較其他類型角色更為複雜，對於適用後續介紹的虛擬角色理論，亦將產生重要影響。

然而，虛擬主播的商業模式所帶來的利潤無疑是巨大的。VTuber 不僅依組成

¹⁴ 朱逸然(2021),《從虛擬角色出發探討虛擬偶像之著作權保護問題——以中國著作權法為核心》,國立政治大學科技管理與智慧財產研究所碩士學位論文, p.1。

¹⁵ 同前註,朱逸然(2021), p.7。

¹⁶ 同前註,朱逸然(2021), p.20-21, p.34-35。



團隊是否公司化有個人勢、企業勢等區別，專門為 VTuber 提供經紀、活動規劃等營運服務的日本企業較知名者如 Hololive、Nijisanji 等已有海外分部，將此潮流推向國際。¹⁷根據日本數據調查分析公司 User Local 數據顯示，至 2021 年 10 月，僅 YouTube 平台上的 VTuber 人數已突破 16000 人，其中人氣最高的前 30 名左右，無一例外地，訂閱數均破百萬，遠勝許多真人 YouTuber 的訂閱人數，足以證明其商業產值之高昂。¹⁸更重要者，我國並未缺席於此潮流。根據臺灣 VTuber 列表資料顯示，已有超過 2000 名臺灣 Vtuber 正在進行活動，縱使活躍程度不一，亦已顯示此潮流並非僅僅曇花一現的現象，而係短時間內仍將持續成長的趨勢，甚至主流，亦再次顯示於此時釐清虛擬角色應如何於著作權法上取得保護之重要性。¹⁹

第四節、小結

綜上所述，自傳統的漫畫、小說、動畫乃至於新興的手機遊戲、網路直播，以虛擬角色為核心所衍生之「角色經濟」於我國產業之發展其實並非未來式，而係現在進行式。正因如此，虛擬角色於著作權法上得受到何種程度之保護，對產業而言實乃迫切而重要之議題。尤以我國實務過去並未對此問題有詳盡的探討，勢必需借鑑比較法上相關理論作為參考。然而，於進入美國實務案例分析之前，仍須說明者為，美國法院就相關議題的研究早於 1930 年代即已開始，當時的創作環境仍以漫畫、小說、電影等傳統媒材為主，並無可能設想到未來會有「虛擬偶像」此種創作類型之存在。加以我國實務目前尚未見與虛擬實況主相關的侵權訴訟案件，因此，本文所稱之「虛擬角色」，仍以自第一節所提及之 ACG 產業以及電視劇、電影產業而生者為限，比較法理論的主要討論對象亦係以此為主。由於虛擬偶像有與真人

¹⁷ 例如，企業彩虹社 (Nijisanji) 目前除日本 (JP) 尚有以英文為主要語言的分部 (Nijisanji EN)，旗下成員出身更遍及英、美、澳洲、瑞典、印尼等地，見 Nijisanji 公式網站，<https://www.nijisanji.jp/en>。

¹⁸ 亞小安 (2021)，《Vtuber 總數突破 16000 人，增速不緩一年增加 3000 人》，in: <https://www.4gamers.com.tw/news/detail/50500/virtual-youtuber-surpasses-16000> (最後瀏覽日：06/04/2022)

¹⁹ 臺灣 VTuber 列表，《所有 VTuber》，in: <https://taiwanvtuberdata.github.io/all-vtubers> (最後瀏覽日：06/04/2022)。

操作者高度結合之特殊性，過去的理论是否仍具適用可能性，基於該產業的重要性與日俱增，本文仍將提出暫時性的結論，惟日後實際案件真實發生時，法院具體見解與學說意見如何，仍期待後人有更進一步研究。



第三章、美國法對虛擬角色之保護




關於虛擬角色 (fictional characters) 之定義，儘管本文已舉出數種不同類型之角色，惟因創作型態繁多，迄今仍無一明確定義；美國相關討論如 David Feldman 曾於文中表示角色的組成要素主要包含以下三者：其名稱 (name)、物理或視覺上外觀 (physical or visual appearance) 及其造型或人格特質 (physical attributes and personality traits or “characterization”)。²⁰因此，對虛擬角色的保護，亦應著重於保護此三要素；此際，虛擬角色保護之難題顯然在於如何對其視覺外觀以外的特徵提供保護。蓋角色的視覺外觀屬於美術著作一事，於各國著作權法與法院實務上並無爭議，使其享有同於美術著作之保護自不生任何問題。疑點在於，作品標題或名稱等過於簡短的詞句因無法呈現作者之個別性而不受保護之理，²¹於我國或美國實務皆然，若獨對角色名稱予以保護，其正當性何在，不無疑義。尤以對角色之人格特質提供保護最為困難，試想，若恰有二無關連性之作品出現二性格相似角色，法院應如何認定侵權，方不致過度限制其他作者對擁有類似性格角色之描寫自由？

由於將角色保護議題之重心置於對角色性格描寫之保護與保障其他創作者劇情描寫自由的拉鋸上，使美國法院將目光投向作者對劇情之描寫，並自然而然地假設角色必須有劇情支撐方得變得具體，故我國部分文獻又將虛擬角色稱為「故事角色」(story characters)。然而，若將對角色之保護等同於對作品劇情之保護，則必須面對之質疑即，事實上，角色作為作品之一部，本非完全不受著作權法保護；倘若被告利用原告作品之行為包含利用特定角色，且於質或量上達至實質近似，原告自得本於作品原有之著作權主張權利受侵害。²²因此，真正問題乃若被告僅擷取特定角色之形象，其利用行為更未涉及原作特定劇情片段時，是否仍有可能成立侵權？

²⁰ *Supra* note 3, Feldman D.B., 690.

²¹ 謝銘洋 (2018)，《智慧財產權法》，修訂八版，元照，頁 102。

²² Foley, Kathryn M. (2009), Protecting Fictional Characters: Defining the Elusive Trademark-Copyright Divide Note. 20, Connecticut Law Review, 925.



Kathryn M. Foley 曾於 *Note: Protecting Fictional Characters: Defining the Elusive Trademark-Copyright Divide*²³一文中以米奇與《威廉汽船》動畫間的關係為例說明使角色得單獨主張侵權之必要性：若米奇無法脫離原著卡通而受保護，華特迪士尼公司將無法享有一具實質意義之排他權而無從對米奇相關衍生作品（derivative works）的創作進行控管；如此，社會大眾將能自由、無限制地創作米奇續集，則華特迪士尼將止步於《威廉汽船》卡通影集而無從造就今日帝國。²⁴與此觀點相似，Leslie A. Kurtz 教授亦認為原生作品之作者同時身為角色之創造者，應當享有一定程度上把握該角色之未來性、防止其可能遭受之扭曲並自其創作回收利益之能力，是而有必要賦予其一定程度之排他權，以達成上述目的。²⁵

基此，虛擬角色是否有脫離著作而受保護之可能性與必要性，逐漸成為美國法院實務上重要問題。由於賦予作者排他權即意味著對社會大眾本可自由運用之公共領域（public domain）予以限縮；許多創作者亦自模仿前人著作起步，進而催生曠世巨作，若完全禁絕他人利用角色恐將反成為創作阻力。²⁶因此，對於虛擬角色是否應當然享有獨立之著作權保護、又應享有何種程度之保護，法院見解莫衷一是，並催生出數種寬嚴不一之標準。

第一節、虛擬角色的保護界線

第一項、角色保護議題之開端

一、實務發展

由於美國著作權法並未明白宣示角色為可受保護之著作類型、美國著作權局亦對角色著作權採取較保守態度，因此，美國迄今對虛擬角色所提供之保護，基本

²³ *Id.*

²⁴ *Id.*, 926.

²⁵ Kurtz, L. A. (1986). The independent legal lives of fictional characters. *Wisconsin Law Review*, 1986(3), 437.

²⁶ *Supra note 20.*

完全仰賴法院判決制度建立。為兼顧維持公共領域之開放性，法院並未採取一概承認角色著作性之途徑，而是根據角色類型的不同，適用不同審查標準定其創作性高低，進而決定其受保護之範圍。而所謂「類型化」的最重要依據，即該角色是否具備視覺外觀而言。

與我國法相同，美國法對虛擬角色之保護最早可追溯至對其視覺外觀之保護。所謂視覺外觀，顧名思義指漫畫、動漫等藉由繪畫、影像向觀眾傳遞視覺印象者，此類角色即使略去對其細部特徵之分析，單就其視覺外觀本身即足認具一定程度創作性，且權利範圍相對可得特定，是而法院並未吝於對該外觀提供著作權法上之保護。²⁷惟，虛擬角色既由外觀、名稱與性格三要素所共同組成，對其外觀的保護僅能涵蓋部分對角色整體印象的利用行為。姑不論角色名稱本須面對單一名稱不受著作權法保護的問題，如何適度維護作者對角色性格之描寫，正係各國實務所需解決之難題。

虛擬角色保護議題之濫觴大致可追溯至 1914 年的 *Hill v. Whalen & Martell*²⁸ 一案。本案中，原告主張被告以 Nutt 和 Giff 為名的二位角色所進行之舞台活動已侵害其早先以 Mutt 和 Jeff 二位人物為主角所創作之一系列卡通與角色的著作權；蓋 Nutt 和 Giff 不僅與原告的兩名角色擁有相似名稱，表演者更身著與原告角色相似的服裝打扮，並說出與原告作品幾乎一致的台詞對白。法院據此肯認被告所作人物 Nutt 和 Giff 「就是 Mutt 和 Jeff」，被告不得僅透過變更角色名稱迴避此相似性，其行為構成對原告著作權之侵害，成為卡通作品虛擬角色受著作權保護之先例。²⁹

二、學說意見

然而，本案實有許多問題未獲解決。首先，美國文獻即有認為該案並未真正處

²⁷ 所謂範圍可得特定係相對於小說等純文字描述之作品而言。蓋小說縱使對角色外觀有所描述，個別讀者對此描述之詮釋亦未必一致，故其權利範圍必定較為模糊，且不易與作品本身切割，此差異性亦造成法院對於賦予小說角色獨立保護採取較保守態度。詳參李治安（2013），《故事角色的第二人生：論著作權法對故事角色之保護》，智慧財產權月刊 Vol. 169，頁 104-127。

²⁸ *Hill v. Whalen & Martell Inc.*, 220 F. 359, 360 (S.D.N.Y. 1914).

²⁹ *Supra note 21*, Foley, Kathryn M., 933.

理當角色與作品脫離時，是否仍能順利取得著作權保護此一核心議題。³⁰蓋 Kurtz 教授曾表示虛擬角色為「靈活的生物 (nimble creature)」，未必僅於特定、單一創作中存在。³¹因此，如同本案法院基於服裝造型與台詞相似度比對所作成之判斷，未必於其他類型表演中亦存在如此明顯而可供比對之特徵作為侵權判斷之基礎：倘被告今係以街頭表演形式擷取角色外觀，卻做出劇情上完全無關之表演、或以默劇形式呈現而欠缺對白可供比對，*Hill* 案的結論是否仍無不同，不無疑問。

此外，本案亦未就如兩造角色僅具外觀上近似，仍否足以構成侵權之問題給出正面回答。³²如前所述，本案法院審理侵權之依據包含角色服裝造型及對白。儘管視覺外觀確為侵權成立基礎之一；真正將案件帶往有利原告結果之關鍵者係法院認為被告角色倣習原告角色之談吐。由於對白於劇情表現上形同角色之發言，實質相當於該角色所思所想之鋪陳與具現，被告模仿劇中對白即已抄襲原告就該角色實質內涵之創意，甚至有抄襲整部作品劇情之嫌疑，相較於外觀之倣習實為更有力證據。如此，若被告對原告角色之利用行為並非從事劇情創作，則於欠缺對白的前提下，外觀相似是否亦足以成立侵權？*Hill* 案法院對兩造角色之比對主要仍係比對兩造文本實質內容，看似係處理角色侵權爭議，其見解卻未必可用於不涉及劇情創作之侵權行為的判斷上。³³因此，*Hill* 案雖觸及角色保護議題，卻並非承認虛擬角色具有別於作品之獨立性的標竿判決。

三、視覺外觀的重要性

作為確認虛擬角色權利範圍的最速、最佳途徑，視覺外觀於虛擬角色保護議題中始終佔據一席之地；儘管於 *Hills* 案中，角色外觀似非法院認定侵權的主要因素，視覺外觀的有無是否為角色獲得著作權法保護的要素始終是美國學說、實務爭執的焦點。美國第九聯邦巡迴上訴法院即曾於 *Walt Disney Prods. v. Air Pirates*³⁴ 案指


³⁰ *Id.*

³¹ *Id.* & see *supra* note 24, Kurtz, L.A., 430.

³² *Supra* note 21, Foley, Kathryn M., 933.

³³ 至何謂不涉及劇情創作之利用行為，諸如製造角色周邊商品、以角色名稱進行宣傳等。

³⁴ *Walt Disney Prods. v. Air Pirates*, 581 F.2d 751, 754-55 (9th Cir. 1978)



出視覺外觀可使虛擬角色適用較低創作性審查門檻，而對虛擬角色採取差異化保護之立場。³⁵該判決甚至認為對角色視覺外觀之抄襲（copying）本身即足以證明侵權事實存在，而引發諸多討論。對此，學者表示由於角色具體形象如何將直接決定其可受保護之範圍，若虛擬角色僅由文字描述，則其外觀不僅完全仰賴讀者想像，其人物塑造細節更散落於字裡行間，將使法院難以正確把握該角色可主張範圍為何，故法院立場並非全無正當性。³⁶惟如此見解亦導致法院縱使一再強調其未對純文字型角色抱持敵意，亦無法消弭視覺外觀對法院形成之實質影響力，最終使視覺外觀成為虛擬角色受保護之第一道界線。³⁷

第二項、思想與表達二分原則

相較於視覺外觀影響法院對虛擬角色審查密度之高低與權利保護之範圍，思想與表達二分原則係更根本地於特定情況下排除角色本身的創作性。作為著作權法基本法則之一，區分思想與表達之目的係為確定著作權所保護者僅概念之表達，而不及於被創作詮釋的概念本身，以避免著作權保護反限制其他創作者原可自由地用於創作之素材範圍。³⁸因此，思想與表達二分原則並非針對虛擬角色所創理論，而係釐清所有著作可受保護之權利範圍的原則。然而，此限制對虛擬角色而言尤其重要係因虛擬角色除視覺外觀以外，其性格特徵多由劇情描寫所組成，故對性格、能力等個別特徵之描述於著作權法上究係概念或表達，即為個案上重要爭點。

一、視覺與非視覺特徵

首先，就虛擬角色之外觀，一如前述，由於視覺外觀本身即屬於美術著作，法院通常不會否定其創作性足以跨越概念而進入表達之層次；惟此係指角色的整體造型而言，並不表示作者得以該角色的任何局部特徵主張享有著作權之保護。以漫

³⁵ Spahn, K. E. (1992). The legal protection of fictional characters. *University of Miami Entertainment and Sports Law Review*, 9(2), 331-348, at 338.

³⁶ 同註 26，李治安，頁 108。

³⁷ *Supra note 24*, Kurtz, L.A., 444. 甚至有法院認為虛擬角色之視覺外觀乃其受獨立保護要件之一，詳後述。

³⁸ *Id.*, Kurtz, L.A., 442-443.


畫《咒術迴戰》主角虎杖悠仁（圖一）為例，其人物面部造型整體係由櫻色短髮、刺蝟頭、眼角疤痕等特徵構成；該角色作為漫畫人物，其整體構成美術著作一事固然無疑，惟並不代表作者即可對任何同樣有櫻色刺蝟頭、眼角有疤的角色主張侵權。因髮色、傷疤等特徵於著作權法的界定上僅屬於概念爾，此即思想與表達二分原則所揭示之法理。



圖 1：漫畫《咒術迴戰》主角虎杖悠仁示意圖³⁹

然而，如若單純將櫻色頭髮與眼角疤痕結合並不足以構成著作權法之表達，則創作必須具備何種程度之複雜性始足受著作權法保護，此即思想及表達二分原則之難題所在，且此曖昧性於涉及視覺外觀以外之元素時將更為明顯。例如，倘若作者考量其劇情安排而替角色構思現實中無人使用的特殊姓名，則該名稱是否為表達、他人的濫用又於何種情形下可以被認定構成著作權侵害？儘管角色名稱理論上並不在著作權法的保護範圍內，然若名稱等敘述性特徵無法構成表達，則不具視覺外觀的角色應如何主張著作權侵害？此即思想與表達二分原則之困境。

³⁹ 芥見下々（2019），《咒術迴戰 1》，正式授權台灣中文版封面，東立出版社。



美國實務案件中提及類似爭議者，以前述 *Air Pirates* 案為例。⁴⁰該案法院雖曾指出角色視覺外觀之相似本身即足以構成侵權，惟此不表示法院不能參考「外觀以外的特質」。⁴¹顯然，法院並不認為外觀以外的特質無法構成表達。因此，問題在於當法院必須考慮此「外觀以外的特質」時，究應將何種元素納入考量範圍？

二、劇情與角色間之連結性

儘管概念與表達之界線本已不易辨明，故事與角色間的緊密連結卻使此困境雪上加霜。蓋一部結構完整的故事，其登場人物包含主角、配角、反派及近似於佈景的路人等；各角色於故事中的功能與定位不盡相同，而故事將隨角色間互動逐步推進。因此，可謂故事係由角色間互動與所遭遇事件堆疊而成；而所謂「塑造成功」之角色更須透過事件經歷、對其他角色產生情感等描寫，方能內化並形塑其人格特質，使該角色與眾不同。因此，真正使「角色」脫離概念之層次進入表達者，實乃此人格塑造之過程，亦為思想與表達二分原則所欲劃清之界線。然而，作品對角色的描繪過程往往散於文本各處，如何抓取角色相關描述本非易事；一旦角色自文本脈絡脫離，更易使個別特徵無限趨近於純粹之概念，從而使其區分更加困難。

此外，作為拓展故事情節的人物，角色本為故事的組成元素之一。故事本身既已受著作權所保護，則虛擬角色究係故事所運用之概念、抑或其自身亦可構成表達，本有其曖昧之處。一名角色於外觀特徵上有直髮、捲髮、單眼皮、雙眼皮等差異；性格上則有冷靜、易怒、善良、兇狠等類型，當學說與實務早已接受此僅自然界之概念、或生活經驗或知識之運用時，看似僅由此等概念堆疊而成之角色為何可享有著作權保護，不免受人質疑，亦使此議題之脈絡愈加複雜。

對此，本文認為，長髮、短髮、溫和、易怒等描述固然僅屬概念無疑，但一名角色髮長如何、身高如何、個性如何；長髮角色將遭遇何種事件、短髮角色帶有何種性格，此間作者之選擇、編排方為呈現作者創意之處而有受著作權法保護的可能。Kurtz 教授即指出個別概念固應被排除於保護範疇之外，但作者對概念的揀選、

⁴⁰ 關於該案詳細事實與學者批評，由於涉及角色著作性實質判斷標準，容後述。

⁴¹ *Supra note 21*, Foley, Kathryn M., 927.



組合本身即可能構成具創意性之表達。⁴²因此，不應由於角色本身係概念之組合即認其無受保護之可能，否則現實中許多繪圖或照片亦純屬對光線、色彩之運用，是否亦無保護價值？結果顯非如此。

無論如何，思想與表達之區分確非易事。且因多數虛擬角色背後皆有故事性作品支撐，縱使本文一再強調角色本身應有其獨立性，此獨立性亦應理解為處理侵權爭議所需，並不表示角色即應與原作品一刀兩斷。反而，許多角色特質唯有透過文本脈絡之觀察方可得而知，因此，如何細緻化思想與表達之界線，即為學說與實務理論發展重點之所在。

第三項、必要場景原則


為釐清思想與表達之界線，美國法院於審理虛擬角色相關案件時經常使用所謂「必要場景原則」。由於概括承認虛擬角色的獨立性將使著作權保護範圍瞬間擴張，對公共領域的衝擊過大，且可能將某些其實並未能展現作者最低程度創意之角色亦納入特定人的排他權中，法院並未採取全面承認虛擬角色當然享有獨立著作權之立場。如此，是必須要發展對應理論確認虛擬角色如何滿足著作權法所要求之最低創作性，必要場景原則即由此而生。所謂必要場景原則 (*scène à faire*) 係指作者進行特定題材之創作時，經常無可避免地必須使用某些事件、角色或佈景；故倘若承認特定人對此泛用素材享有著作權，勢必阻礙往後他人為同類創作之可能。因此，若角色或特定劇情編排遭法院認定為必要場景，則該事件、角色或佈景即為同類型故事所必要、或已成為通用之標準者，應例外地排除侵權成立之可能，以免著作權壓縮公共領域之空間。⁴³

一、必要場景原則與定型角色：*Gaiman v. McFarlane*

美國實務運用必要場景原則之代表案例為 2004 年第七巡迴上訴法院所作成

⁴² *Supra* note 24, Kurtz, L.A., 466.

⁴³ 戴士捷 (2016)，《虛擬角色的智慧財產權保護——以著作權法與商標法為核心》，國立政治大學科技管理與智慧財產研究所碩士論文，頁 37-39。



*Gaiman v. McFarlane*⁴⁴案。本案原告 Gaiman 訴請確認其對漫畫《閃靈悍將》(*Spawn*) 之角色 Cogliostro 和 Medieval Spawn 與被告享有共同著作權。儘管被告 McFarlane 為該漫畫之原始作者，其初版發行未獲關注，直至原告 Gaiman 開拓故事線並於故
事中新增 Cogliostro 和 Medieval Spawn 等角色，該漫畫始獲商業上成功，故原告
主張其應有權共享此成果。⁴⁵相對於此，被告則以系爭角色僅屬故事必要之場景
(*scenes a fair*)，過於平凡而無法享有著作權保護以為抗辯。承審之 Posner 法官則
肯認必要場景屬例外不賦予著作權保護之情形，並將定型角色之排除視為必要場
景原則的一種具體實施方式。⁴⁶所謂定型角色或刻板角色，係指運用社會大眾對特
定族群之既定認知或刻板印象所形成之人物；Posner 法官認為，由於定型角色多屬
配角，而多數作品皆需配角存在用以襯托主要角色，若每次利用定型角色皆須前作
者授權，將對創作構成阻礙；何況，定型角色既源於社會大眾既存印象而非作者的
創意表達，將之排除於著作權保護範圍外並無不妥，故必要場景原則有其立法政策
上意義。然而，以本案情形而言，法院認為系爭角色 Cogliostro 和 Medieval Spawn
已經具備足夠特定 (*specific*) 的外觀與名稱，具成為權利標的之適格性，故肯定系
爭角色享有著作權。⁴⁷

由此可知，必要場景原則的運用包含對原告作品著作權中就刻板角色或定型
角色部分之排除，意在劃清著作權人創意與公共領域之界線。如前述，定型角色
(*stock character*) 指該角色之性格塑造或人格特質係借用社會大眾對於特定族群
之刻板印象而成。⁴⁸換言之，該角色之所以使觀眾留下鮮明印象，並非源於作者的
創意塑造，故不應使其為特定人所壟斷。然而，*Gaiman* 案雖擲地有聲地揭示必要
場景原則的必要性與政策上意義，惟其對虛擬角色基本採取最低門檻之審查標準，
認為角色只需具備特定名稱與外觀即可享著作權保護。因此，未能真正將此理論應

⁴⁴ *Gaiman v. McFarlane*, 360 F.3d 644 (7th Cir. 2004).

⁴⁵ *Supra* note 21, Foley, Kathryn M., 932.

⁴⁶ 參註 42，戴士捷，頁 40。

⁴⁷ *Supra* note 43, at 660. The opinion states that “where a character has a specific name and specific appearance “[n]o more is required for a character copyright.”

⁴⁸ 參註 42，戴士捷，頁 39。

用於案例上，頗有雷大雨小之感。⁴⁹

國內文獻則有以 *Walker v. Time Life Films*⁵⁰案指出必要場景原則的適用與作品類型息息相關：該案法院認被告書本劇情係描述警方於暴力犯罪社區工作之日常，其書中事件既為真實社會事件且經媒體報導，即屬公共範疇而非作者之表達；至被告書中提及「醉漢、妓女、惡棍、報廢車輛」等場景，係相類作品經常出現之題材，應受必要場景原則排除。⁵¹學者據此認為必要場景原則所排除者係「相似題材」作品中可能出現之共通要素，同時排除常見題材（stock themes）受保護之可能，例如：警探作品中對警界內部紀錄之探討、或是社會大眾熟悉之警察形象，皆屬古典警匪片常見元素而有必要場景原則之適用，故不受著作權法保護。⁵²

二、角色雛形之排除：*Hogan v. D.C. Comics*

Kurtz 教授曾指出，虛擬角色的保護重心在於其性格塑造之複雜性（complex of characteristics）。⁵³倘若角色雖具性格描繪之基本架構，惟該性格尚未隨角色成長產生獨立性，則為角色之「雛形（prototype）」。⁵⁴因雛形尚未經作者充分發展，並未融入作者個人創意，而類似通用之模板，故不在著作權法保護之列。2007年 *Siegel v. Time Warner Inc.*⁵⁵案曾表示：「正是角色的性格特質及角色彼此間的互動關係（尤其正派與反派間），決定了著作權保障範圍何在。」⁵⁶因此，角色是否脫離雛形之階段，仍應視與其他角色間之互動及具體遭遇而定。

角色雛形相關事例，以近日常見之「設定集」可為代表。所謂設定集係關於角色或作品之作畫、手稿、人物設定等資料彙集而成之著作，當中詳細交代角色之性別、種族、職業、個性、嗜好等細節，並常加入作者構思該人物之心路歷程，為今日常見的周邊商品。設定集無論係於正式創作前所為之框架設計、或創作完成後之

⁴⁹ 相近見解，參 *Walt Disney Prods. v. Air Pirates*, 581 F.2d 751, 754-55 (9th Cir. 1978)。

⁵⁰ *Walker v. Time Life Films, Inc.*, 784 F.2d 44, 50 (2d Cir. 1986)。

⁵¹ 參註 42，戴士捷，頁 38。


⁵² *Id.*

⁵³ *Supra note 24*, Kurtz, L.A., 467.

⁵⁴ 參註 42，戴士捷，頁 39。

⁵⁵ *Siegel v. Time Warner Inc.*, 496 F. Supp. 2d 1111, 1154-1155 (C.D. Cal. 2007)。

⁵⁶ 參註 42，戴士捷，頁 42。




後設性質，必然經過作者巧思與創意發想，不同作品亦不可能存在完全相同設定，故設定集本身之創作性自然無疑。然而，特定角色是否得以設定集所載資料作為其被充分發展而具備創作性之佐證，至少以美國實務運作標準而言，恐無甚幫助。蓋角色著作性之重心在於作者於作品中如何呈現該角色，而非其原始規劃為何；故法院審理重心亦為上述設定是否確實被運用至原作中並由此產生獨特性。因此，未經故事具體描繪之設定理論上即如同雛形，倘欲以此作為角色性格發展之證明，仍須結合劇情比對，方具實質意義。美國法院即曾於 *Hogan v. D.C. Comics*⁵⁷ 指出，角色的體魄、表情、性別、職業、甚至超能力均屬雛形，其本身並不構成表達；因此，即使雙方角色皆係名為 Nicholas Gaunt 之年輕男性，且為種族皆為人與吸血鬼之混血，並有蒼白肌膚、深色亂髮、貌似疲倦之雙眼、依附惡魔取得邪惡力量等表徵上重疊，此各該表徵仍屬定型角色的運用而無法成為構成侵權之基礎。⁵⁸

然而，如前所述，美國學者們已經指出對角色組成元素的選擇編排應係作者的創意所在，倘如 *Hogan* 案情形兩造角色非僅一、二種局部特徵重疊，而係包含姓名、非人類種族等特殊設定皆具相似性卻仍然無法成立侵權，則思想與表達之區分是否已不可能，不免令人懷疑。由此可見，必要場景原則於虛擬角色案例中所得適用之範圍遠較吾人原先設想為廣。時至今日，定型角色或角色雛形已不限於「白馬王子、英勇騎士、邪惡魔龍」等簡單、原始的設定，而係涵蓋任何還原至單純敘述的表徵；不僅姓名、外貌，乃至於個性、能力等相關敘述，於未經具體事件形塑前，皆非著作權法保障範圍。因此，*Hogan* 案中，即使原告角色已有「依附惡魔取得力量」等非日常生活所能觸及之經驗與能力設定，然因此為奇幻作品所共享之元素，故若兩造角色相似者非具體事件之重疊（如角色與惡魔邂逅的原因、角色渴望力量的動機等），仍無法認定其間具實質近似而構成侵權。

國內文獻亦有指出，採此見解即意味著隨既有著作數量增加，必有許多曾頗具

⁵⁷ *Hogan v. DC Comics*, 48 F. Supp. 2d 298, 310 (S.D. N.Y. 1999).

⁵⁸ 參註 42，戴士捷，頁 42-44。



新意之設定漸為眾人所習知，而逐步擴張定型角色的範圍。⁵⁹傳統「高富帥、白富美」人設固已淪為陳腔濫調，惟許多經典名作之人物、神話傳說、精靈神怪亦均屬定型角色之範疇；倘若作者無法在此之上賦予其新的造型外觀、新的人物互動，原則上將難以取得著作權保護，以維持公共領域之開放性。⁶⁰反之，論者強調即使角色初登場時僅為定型角色，若該角色隨劇情發展逐漸表現出其獨特性，仍可能進入表達層次而為著作權法所保障。⁶¹因此，必要場景原則雖係思想與表達區分原則之體現，惟此界線至少於虛擬角色議題下乃係一浮動狀態，而非固定不變的單點。

第二節、虛擬角色的著作性審查基準

考量到與公共領域間的平衡以及角色形象界定之困難等因素，美國實務並不傾向全面承認虛擬角色具可脫離原著作而受保護之獨立性，已如前述。基此，除透過必要場景原則等理論初步排除不受保護之概念，法院仍有必要發展出可正面審查角色可著作性（copyrightability）的相關標準，方能為角色脫離原生著作而受獨立保護提供法理上的正當性。所謂「可著作性」為美國法院實務所發展之較獨特概念，其翻譯上雖可大致譯為「可著作性」、「著作之適格性」等概念，然究其實際並非權利要件，反而更近似於權利範圍之界定。美國實務對虛擬角色獨立性之審查主要建立在該角色受作者刻畫、描寫的程度高低是否已使其具體至即使脫離原著作仍足使讀者甚至一般人認識到其為特定人物。因此，所謂可著作性，實乃判斷對角色之侵害是否屬於原告著作權保護標的之基準；其審查經常包含對兩造角色特徵之比對，並由此發展出融合可著作性與侵權判斷審查的「二階段測試法」（two-part inquiry）。故本文不擬將著作性與侵權議題分章節論，而係於本章一併說明案例事實與法院見解，並同時整理學者批評，最終得出本文認為妥適之立場。

⁵⁹ 同前註，頁 44。

⁶⁰ *Id.*

⁶¹ 參註 42，戴士捷，頁 38。



第一項、清晰描繪標準：*Nichols v. Universal Pictures Corp.*

清晰描繪標準 (The Distinct Delineation Standard) 為 1930 年第二巡迴上訴法院於 *Nichols v. Universal Pictures Corp.*⁶² 一案所提出。本案率先開啟虛擬角色脫離原作單獨享有著作權之可能性，並提出應按照個別角色發展程度高低區別其受保護程度之見解，成為虛擬角色著作性議題具指標性之標竿判決。主筆 Learned Hand 法官認為過度粗糙的人物並不足以凸顯作品孕育該角色之獨特性，唯有作者投注心力描繪、使角色展現出不同於他人特質者方能取得著作權保護。Hand 法官於判決中並強調角色「完全可以被獨立於劇情之外獲得保護」(quite independently of the plot)⁶³；且越是未經發展的角色，越無法取得著作權，因為這是作者將他們描繪得太沒有特色所應受之懲罰 (It follows that the less developed the characters, the less they can be copyrighted; that is the penalty an author must bear for marking them too indistinctly.)⁶⁴ 由於該判決強調角色必須「已被清晰描繪」並發展出完整人格，方能脫離著作單獨受著作權法保護，故得名「清晰描繪標準」。

一、案例事實

Nichols 案的案例事實如下：原告主張被告 Universal 公司製作之電影 *The Cohens and the Kellys* 於劇情編排和角色設定上均與其劇本 *Abie's Irish Rose* 存在實質近似因而侵害其著作權。⁶⁵ 然而，儘管法院認同故事情節與角色是否相似為本案必須考量之審理重心，惟兩造故事背景其共同之處僅男女主角的父輩分屬猶太裔與愛爾蘭裔、其子嗣 (男女主角) 間的相戀與通婚、孫輩的誕生與最終上演族群和解作為結局。⁶⁶ 法院認為，此「背景」(background) 的相通並不足以說明侵權事實的存在；原告更不能主張其享有社會大眾對猶太人與愛爾蘭人的刻板印象的排他

⁶² *Nichols v. Universal Pictures Corp.*, 45 f.2d 119, 121 (2d. Cir. 1930).

⁶³ *Id.*, at 121.

⁶⁴ *Id.*

⁶⁵ *Id.*, at 120.

⁶⁶ *Id.*, at 122.

權，此僅角色雛形（prototype）之取用，本身並不構成著作權侵害。⁶⁷儘管兩造作品確實存在部分形象重疊之角色：一對戀人及其各自的父親，惟法院仍然認為原告並未費心刻畫其所創造的角色，蓋男女主角身為戀人除正在相愛以外並無任何鮮明特徵，反而更像是為了述說父輩間矛盾所必要的故事鋪陳；兩造作品對猶太人與愛爾蘭父親的描寫又不盡相同，相比於原告筆下的猶太父親係出於對宗教的熱忱連帶產生對異族的排斥，其慈愛、溫暖的性格本質並未改變；被告所描寫的猶太父親幾乎未曾對其子孫輩展現關懷，毋寧是直到最後陰謀被識破才被迫吐實，足見兩者並不相同。⁶⁸況且，彼此相愛卻遭父輩阻撓的子女應係定型角色（stock character）之一種，正如羅密歐與茱麗葉因隸屬世仇家系而無法相愛一般，是「自莎士比亞以降的悠久傳統」（no more than Shakespeare's "ideas" in the play），故不能認係原告獨創。⁶⁹基此，原告角色既未展現其人格之完整性與獨特性，自無著作性可言而不能認原告所主張侵權事實存在，從而駁回原告之訴。

二、法院見解：以抽象測試法區分故事「模型」與具體「事件」

Nichols 案中，法院多次提及將故事情節純化、還原至其基本模式（pattern）比對其故事結構的分析法，被後續學說及實務稱為「抽象測試法」（abstractions test）。⁷⁰抽象測試法意在將角色及故事情節還原至最根本的狀態，以判斷被告所侵害者是否僅屬不受保護之概念；當法院將兩造作品中的具體事件（incident）逐步抽離，如果作品之間僅故事基本架構的「模式」（pattern）相近，即不能論以著作權之侵害。⁷¹因此，本案法院係認為兩造作品間僅共享某些故事起承轉合的基本模式，即主角談起不被允許的戀愛、父執輩的爭吵與阻撓、藉由孫輩的出生大和解等故事架構與事件次序；然作者花費較大心思刻畫的主角父親們，其性格特徵並不相同、對子女相戀的心態與具體干涉的方式亦無相似，故不能認有侵權事實存在。

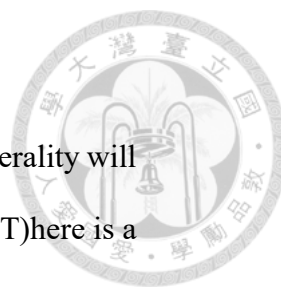
⁶⁷ *Id.*

⁶⁸ *Id.*

⁶⁹ *Id.*

⁷⁰ *Supra* note 24, Kurtz, L.A., 442.

⁷¹ 蔡鏞宇（2017），《角色之著作權保護——從內容產業的經驗思考電玩產業的現況》，國立政治大學智慧財產評論，第14卷，第2期，頁133-134。



Hand 法官更對抽象測試法提出如下闡釋：

“Upon any work ... a great number of patterns of increasing generality will fit equally well, as more and more of the incident is left out.... (T)here 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.... As respects plays, the controversy chiefly centers upon the characters and sequence of incident, these being the substance.”⁷²

循此，Hand 法官欲將故事之基礎模型定性為「概念」(idea)，自著作權保護範圍抽離，將具體可受保護之標的限定為對故事中個別角色或特定事件之抄襲，是若被告所截取者並非特定對白或具體文字片段，而僅是整體之氛圍 (an abstract of the work as a whole) 近似，將難以成立侵權。⁷³蓋一名塑造成功的角色除外觀描寫以外，應當隨劇情發展遭遇不同事件並逐步累積經驗，透過與其他角色互動建立情感連結，使角色之整體形象變得具體而圓滿，最後形成此角色之性格 (characterizations)。該塑造過程將使角色脫離抽象概念，進入表達的層次，並使角色具有別於他者之特殊性，因而得與一部作品等量齊觀，從而受獨立之保護。⁷⁴相對地，即使作品或角色間存在結構或描述上近似，若此近似並非足以彰顯原告作品或角色的獨特之處，而僅讀者整體觀感上的「似曾相識」，則因其極有可能並非源於對作者創意之竊取，故不應成為著作權法保護標的。


三、本文意見

自 Hand 法官提出清晰描繪標準後，*Nichols* 案逐漸成為角色可脫離原生作品而受獨立保護之判例基礎。抽象測試法區別故事基本模式與作者規劃之具體事件

⁷² *Supra* note 61, at 121.

⁷³ *Supra* note 24, Kurtz L.A., 442.

⁷⁴ *Supra* note 21, Foley Kathryn M., 927.



的理論亦於戲劇、文學、動漫畫等創作領域相關案件被大量援用。⁷⁵然而，該判決仍留下許多模糊之處。最重要者，清晰描繪標準雖指出角色脫離原著作之前提係其人格發展已達「清晰描繪」，看似以此作為創作性門檻，然本案判決卻從未言明判斷「清晰描繪」之具體標準為何；抽象測試法雖強調雛形架構與具體事件的差異性，惟亦未說明應如何區辨二者。Hand 法官甚至直言類此思想與表達之界線具體何在「沒人能說清楚」(Nobody has ever been able to fix that boundary, and nobody ever can)，似將一切委由法院的個案判斷。⁷⁶儘管基於不欲使角色當然享有獨立著作權之立場，採此做法亦無可厚非，然本案判決提出一假設性門檻卻又對具體審查標準未置一言，即不免招致標準模糊之批評。因此，*Nichols* 案雖率先承認角色有別於原生作品之獨立性，惟清晰描繪本身之內涵與抽象測試法的適用實皆存在高度不確定性，而留有供後續法院自行發展之空間。

第二項、清晰描繪標準的充實與沿革

清晰描繪標準以虛擬角色的「發展性」作為其脫離原生著作之先決要件，為角色著作性議題奠定一基本創作性門檻而為多數法院所接受。然而，對於應如何判斷角色是否具備此發展性，*Nichols* 案雖提出抽象測試法作為審查方式，該方法本身卻更近似於思想與表達區分原則之又一展現，雖有助於釐清系爭作品及角色足以構成表達之處為何，卻無法解決角色應達至何種創作性高度之問題。因此，美國實務雖接受此創作性門檻，卻仍有待建立更具明確性之審查方法。

為求更有體系地比對兩造作品與角色間的相似性，採取清晰描繪標準的法院開始以所謂「二階段測試法」審查虛擬角色相關案件。所謂二階段測試法 (two-part inquiry) 係指法院將虛擬角色案件之審理分為兩個階段，原告須先證明其所主張應受保護角色符合清晰描繪標準等創作性門檻而具獨立之著作性；當法院確認角色

⁷⁵ *Atari, Inc. v. N. Am. Philips Consumer Elecs. Corp.*, 672 F.2d 607 (7th Cir 1982), at 616. 關於 *Atari* 案的具體細節，留待後述。

⁷⁶ *Supra* note 71.

具著作性時，方審查被告是否利用該角色中屬於「表達」之成分，此相當於傳統著作權法侵權審查中「實質近似」之判斷。⁷⁷因此，二階段測試法實際上係指包含角色著作性與實質近似比對之「二階段」審查模式，而清晰描繪標準既為角色著作性審查標準，自應為二階段測試法第一階段所適用之標準。二者間關聯性與其階層可略以下圖二表示：

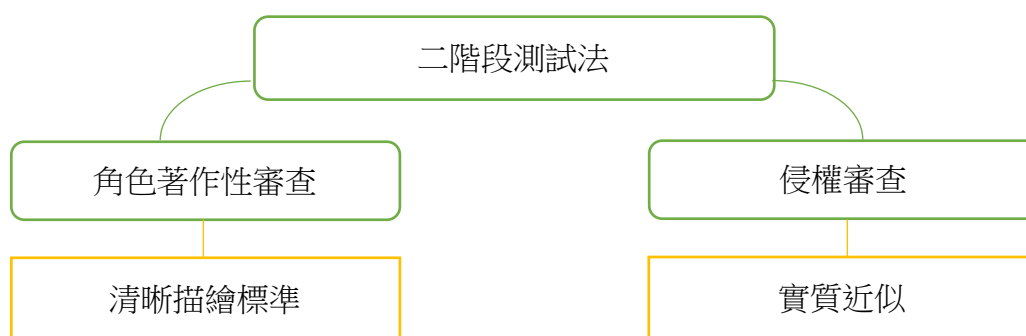


圖 2：二階段測試法示意圖

然而，實務運作是否確如圖示般截然可分，學說上存在不同批評。於進入學說批評前，本文先以案例說明清晰描繪標準實際運作之情形，使讀者了解此審查架構操作之方式，以及法院為清晰描繪標準逐漸增補之審查因素。

一、對角色的保護應著重於對其事蹟之保護：*Detective Comics, Inc. v. Bruns Publications*

(一) 案例事實

緊接在 *Nichols* 案後，第二巡迴上訴法院於 1940 年代的 *Detective Comics, Inc. v. Bruns Publications*⁷⁸ 案對清晰描繪標準審查所需考量之實質因素作出更多詮釋。本案案例事實係原告主張被告角色 Wonderman 係抄襲其角色超人 (Superman) 而來，已侵害超人角色的著作權；法院遂援引 *Nichols* 案與清晰描繪標準作為角色間實質近似亦得構成著作權侵害之法理基礎。⁷⁹法院指出，原告的角色超人於其故事

⁷⁷ *Supra* note 21, Foley, Kathryn M., 927. *Supra* note 3, Feldman, David B., 692. *Supra* note 24, Kurtz, L.A., 453.

⁷⁸ *Detective Comics, Inc. v. Bruns Publ'ns, Inc.*, 111 F.2d 432, 434 (2d Cir. 1940).

⁷⁹ *Supra* note 21, Foley, Kathryn M., 928.

中非僅作為一樂善好施的大力士英雄 (a benevolent Hercules) 登場，而係「包含一連串事件與作者原創之文字表達」(but embody an arrangement of incidents and literary expressions original with the author)，故得享有著作權之保護。由於被告角色 Wonderman 與超人間的相似處已不限於外貌或性格，而係乃至於其等所遭遇事件與達成之事蹟皆具相似性，顯超出概念近似的範圍，故而成立侵權。⁸⁰

(二) 法院見解：以「事件」作為角色保護之具體標的與範圍

本判決大致延續 *Nichols* 案以角色發展性為其單獨受著作權法保護前提之基調。惟其不同之處在於，相較 *Nichols* 案以抽象測試法之運用強調故事基本樣板、模型等概念之排除，本案法院則將重心置於對角色所遭遇具體事件之探討。除角色外貌等顯而易見的視覺特徵外，由於角色之性格需仰賴其於劇中所遭遇事件方能有具體呈現，第二巡迴上訴法院進一步將各具體事件納入角色著作權的保護傘下。因此，角色所遭遇事件的描寫不僅為判斷角色著作性之考量因素，若角色已達清晰描繪而取得獨立之著作性，則該等事蹟亦屬此著作權之保護範圍，對於釐清其權利標的應有實質助益。

除聚焦於對角色事蹟之保護，*Detective* 案法院另強調超人藉由劇中各種危機處理顯示出該角色與其他「樂善好施的英雄」的不同之處，為其獨特性之所在；法院並非意在賦予原告對任何「天賦異稟者 (a blessing to mankind)」此概念之壟斷權，而係欲保護使超人產生特殊性之各項經歷。⁸¹ 本文認為，此論述應係呼應 *Nichols* 案中排除對角色雛形與定型角色之保護此一見解。申言之，「超人」角色著作權真正保護者係超人懲奸除惡的具體功績，而非「樂於助人的超能力者」此早已存於各類英雄故事中的雛形；劃清兩者間差異的界線正係超人具體建立的功績。蓋不同英雄縱使具備相似能力，卻不會面臨完全相同的災難、遭遇完全相同的敵人，個別角色對不同事件所做出之回應，正係其性格塑造之所在，亦為著作權法應予保護者。

二、將抽象測試法用於角色之分析：*Burroughs v. Metro-Goldwyn-Mayer, Inc.*

⁸⁰ *Id.*

⁸¹ *Supra* note 24, Kurtz, L.A., 455-456.



(一) 案例事實

相較於 *Nichols* 案運用抽象測試法主要仍係分析兩造作品劇情之相似，*Burroughs v. Metro-Goldwyn-Mayer, Inc.*⁸²案則演繹法院如何透過抽象測試法分析虛擬角色本身的特質。本案係兩造間存在授權關係之案件，原告乃知名角色「泰山」著作權人，並授權被告可於合約期間內使用「泰山」角色，未料被告於合約期滿後仍以「泰山」為主角自行拍攝電影故事，原告遂主張該行為已侵害「泰山」角色的著作權。⁸³對此，法院同樣採取二階段測試法，並首先以抽象測試法區分原告角色中屬於表達之特質，以判斷其著作性：原告角色泰山之特徵包含外型類似猿人、熟知叢林環境、具備與動物溝通之能力，但同時保有與他人的感情經驗；而其人格特質為健壯、單純、年輕、紳士等，已足自原作中抽離成為獨立受保護之角色。⁸⁴由於本案兩造間曾有授權契約存在，被告亦供認不諱其擅自製作之電影係以泰山為名，故顯與原告角色具同一性，因此，於確認原告角色享有獨立著作權後，即可認定侵權成立。

相較於前述 *Detective* 案，本案由於兩造作品所涉角色顯屬同一，並無實質近似比對之必要，故角色著作性之有無可謂本案最重要爭點。然而，本案法院操作抽象測試法的結果，似更側重於角色本身能力、性格、外觀之描述，而非具體事件之比較。儘管此類描述確亦為角色重要組成元素，然抽象測試法一旦只被用於判斷角色本身的特徵，而未與具體事件連結，極易因此「抽象化」的論述方式而產生「概念化」之現象，使人難以確知其構成表達的理由何在，此即學者對清晰描繪標準之批評。

(二) 學者批評：經抽象化後的特徵究係概念或表達？

抽象測試法係將故事還原至最原始架構，並排除該基本模型受著作權法保護之可能，以維護創作空間之開闊，已如前述。基此，作者僅得就在此模型之上所塑

⁸² *Burroughs v. Metro-Goldwyn-Mayer, Inc.*, 683 F.2d 610 (2d Cir. 1982).

⁸³ 同註 42，戴士捷，頁 20-21。

⁸⁴ *Supra note 24*, Kurtz, L.A., 457-458.

造的個別具體事件主張構成著作權法上之表達。由於抽象測試法通常仍於審查角色著作性時被使用，故於虛擬角色審查體系下，其應係作為清晰描繪標準之一環，而可統整如圖三所示：

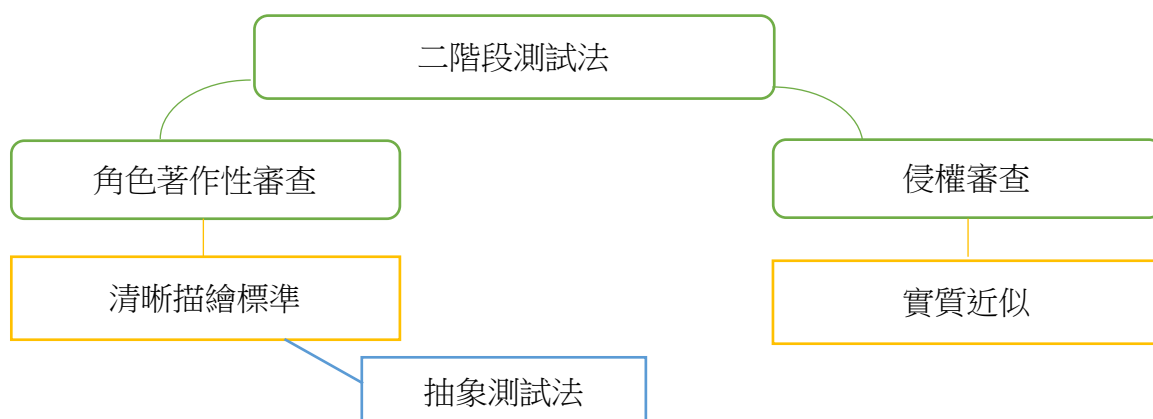


圖 3：清晰描繪標準階層示意圖

然而，學者們對於法院是否能如此拆解角色整體印象，以及如何藉此得出角色是否被清晰描繪之結論，表示質疑。如 Kurtz 教授即認為法院對 *Burroughs* 案之分析完全無法彰顯泰山的獨特性何在，蓋所謂健壯、純真僅為一般外型及性格描述爾，未見法院具體說明為何上述特徵符合清晰描繪之門檻。⁸⁵抽象測試法雖促使法院試圖整理與泰山相關之各類敘述，惟其並未對各該特徵之重要性、或各特徵結合後之獨特性進行說明，從而忽略角色保護的重心並非對個別特徵提供保護，而係作者為具體化其描述所進行之塑造過程所付出的心血。因此，法院於審理角色著作性時應處理者並非泰山身形是否健壯、性格是否單純，而係泰山之所以形成今日外表與內在是否與其成長經歷所有關聯，以及此經歷是否於著作權法上構成一具獨特性之表達。否則強壯、年輕、紳士等特徵不過純為作者、讀者對故事男主角常見之期待爾；法院對泰山提供之保護更形同排除他人今後創作「性格單純、身形健壯」的男性角色之可能性。

有文獻即指出本案法院按抽象測試法所列諸如生長於叢林、具動物溝通能力

⁸⁵ *Id.*

等特徵於當時早已非罕見設定，並以作家 Rudyard Kipling 所著《叢林奇談》(The Jungle Book) 故事主角——森林王子毛克利 (Mowgli) 為例證。⁸⁶足見抽象測試法的使用必須謹慎，法院亦須將目光置於正確的角度 (角色塑造過程)，否則單純臚列外觀、能力等敘述性表徵將使角色乍看毫無創作性可言，難以證立其著作性。以本案而言，真正使泰山一角具獨特性者並非強壯、單純或可與動物溝通，而係造就此性格之原因：正因劇情將泰山置於人跡罕至的叢林，方培養出泰山的健美體格與單純天性，而此文本連結性及隨之具體化的角色特質係出於作者之創意故應受著作權法保護。⁸⁷

不過，採取抽象測試法等同要求法院確認作者文筆是否確使角色設定與劇情描寫產生連結，故亦有學者批評清晰描繪標準將使法官介入充當文學批評，已超出法院能力所及之範疇。⁸⁸現實上法官未必有足夠文學素養作成如此判斷，且即便具備相當養成，法律亦無由賦予法官隨意批評他人創作心血之權力。⁸⁹蓋著作權法所要求之創作性 (creativity)，即創意或美感程度高低，並不似專利新穎性 (novelty) 般須達至前無古人的程度，而係只需具備最低限度之創意即可，此即最低創作主義之精神。故有文獻認為本於美學不歧視原則，法院於審理角色著作性時所應確認者乃「創作性之有無」而非「創作性之高低」。⁹⁰如是，Hand 法官於 *Nichols* 案中明示虛擬角色若不受保護應歸因於作者的描繪功力不足，即不免使人揣測將來是否會有作者被冠上「法院認證爛作家」的頭銜。論者如 Feldman 則認為，現階段對角色著作性之要求實乃令角色創作者須於實質近似審查中背負相較傳統著作類型之權利人為高的舉證門檻。⁹¹因原告不僅需證明其為原始創作 (原始性)，更需證明其創

⁸⁶ See Jasmina Zecevic (2006), *Distinctly Delineated Fictional Characters that Constitute the Story Being Told: Who Are They and Do They Deserve Independent Copyright Protection?*, 8 VAND. J. ENT. & TECH. L. 365, 373.

⁸⁷ 本文並未閱讀過《叢林奇談》故無法得知該書主角毛克利是否亦具相同成長背景。惟僅管如此，倘非連細節都相似至足以認定侵權 (如二者係出於同一原因流落叢林)，本文認為，基於最低創作性主義，仍應寬認二者屬不同人物而認定具著作性。

⁸⁸ *Supra note 24*, Kurtz, L.A., 440.

⁸⁹ *Id.*, 438.

⁹⁰ 參註 42，戴士捷，頁 21-22。

⁹¹ *Supra note 3*, Feldman, David B., 693.

意(創作性),而後者於一般著作權訴訟中基於最低創作主義通常無需為太多證明; 虛擬角色權利人不僅須就創作性負舉證責任,且此創作性要求更高於傳統著作,已經違背著作權法的基本精神。



(三) 學者批評：清晰描繪標準混淆權利要件與侵權要件之判斷

清晰描繪標準所受批評並不僅止於此。有文獻自不同角度切入,認為清晰描繪標準對角色發展性的要求使得法院操作二階段測試法時耗費過多篇幅分析原告角色特質,卻忽略後續實質近似判斷中與被告角色間的比對。⁹²易言之,當法院經由清晰描繪標準判定角色確實具著作性時,因其已花費大量心力分析角色特質,往往逕行認定被告角色構成侵權,而未確實審查兩造角色間是否構成近似;反之,倘角色本身不具著作性,法院通常即直接判決原告敗訴,而忽略此際仍有兩造作品劇情間構成實質近似之可能,足見清晰描繪標準的實際操作情形常顧此失彼。

然而,國內則有認為上述情形係由於法院已耗費大量篇幅確認原告角色之特徵,故倘被告角色亦有多樣特徵符合,對法院而言自足以形成侵權成立之心證。因此,法院並非忽略侵權要件審查,而係二階段測試法將可著作性與侵權判斷並置的結果,使得法院審理角色可著作性時已實質涵蓋實質近似判斷的審查,乃說理不完備之問題。⁹³本文亦認同此觀點。蓋角色侵權的特殊性之一即在於被告所用者是否為原告角色,常為不證自明之事。例如,*Burroughs* 案中被告與原告間曾存在授權關係,被告亦直接使用「泰山」作為其擅自翻拍電影之標題;此等類似二次創作之侵權行為,被告必須使用原告角色方能達成自身創作目的,法院自無需論證二者間是否實質近似。其次,縱非二次創作情形,法院運用抽象測試法時,多半亦非僅檢驗原告角色之表達,而是會一併審視被告角色的各項特徵⁹⁴;因此,法院或許確實將部分理論上原應置於侵權階段審查之分析提前至權利要件判斷中,但並未真正忽略此部分之論述。況且,即使並非虛擬角色相關案件,傳統著作權法於侵權比對

⁹² *Id.*, 692.

⁹³ 參註 42,戴士捷,頁 59-60。

⁹⁴ 如前述 *Nichols* 案、*Detective* 案,法院皆於分析原告角色特徵時即一併處理被告角色特徵之檢驗。



時亦經常需檢驗被告所利用者是否確為原告之「表達」，而需回頭審視原告作品中具創作性之元素為何，故二者間的界線本無法如同理論上截然二分。若法院並未確實遺漏某一階段之判斷，應無過度憂心之必要。

三、電玩遊戲角色的著作性：*Atari Inc. v. N. Am. Philips*

與 *Burrough* 案同年作成判決者尚有第七巡迴上訴法院審理之 *Atari Inc. v. N. Am. Philips*⁹⁵ 案。本案原為美國經典電玩遊戲「小精靈」(Pac-man) 相關侵權訴訟的禁制令聲請案；法院於判決中援引 *Nichols* 案、後述之 *Warner* 案等與虛擬角色相關重要判決，為該電玩遊戲人物受保護法理基礎，並作為禁制令核發依據。當中更特別表示侵權審查判斷應依據角色所屬作品不同，對其主觀判斷標準有不同詮釋，對虛擬角色案件於判斷標準上的「類型化」，有重要意義。⁹⁶

(一) 案例事實

本案上訴人(原告)於一審時曾聲請禁制令遭駁回故向美國聯邦第七巡迴上訴法院提出上訴。由於禁制令核發案件依美國法院長久以來的「四要件說」，其第一要件係原告需證明其主張有勝訴可能，法院遂重新審視原審對原告所享有「小精靈」(Pac-man) 電玩遊戲視聽著作權(an audiovisual work)之可著作性及與被告作品之相似性。最終，上訴審認定原審所做成兩造作品與角色間不構成實質近似之見解存在明顯錯誤(clearly erroneous)，故將本案發回原審並要求其依本判決意旨行禁制令審查。⁹⁷

(二) 上訴法院見解

首先，就遊戲著作性而言，法院引述 Nimmer 教授見解指出儘管受限於思想與表達區分原則，遊戲(規則等)無法受著作權法完整保護，然創作者如就遊戲之外觀(遊戲版面設計、卡片圖案等)有訴諸美感之表達(relatively minimal artistic

⁹⁵ *Atari, Inc. v. N. Am. Philips Consumer Elecs. Corp.*, 672 F.2d 607 (7th Cir 1982).

⁹⁶ 本文最初係因該案件為我國訴訟中原告主張所引用，並與我國發生案件具高度近似性而注意到此判決。惟為求結構安排上一致性，特於此先行說明其案例事實與法院見解，以供後續交互參照。

⁹⁷ *Supra note 94*, at 620-621.

expression))，該表達仍具可著作性。⁹⁸因此，僅管必要場景原則排除包含遊戲規則、遊戲版面(game boards)等基本設計的可著作性，惟原告視聽著作就其造型、尺寸、色彩、排列、音效等元素確具備某程度之表達，足以脫離單純概念的層次，故得享有著作權保護。惟因被告並未侵害上述元素，法院未就此部分變更原審見解。⁹⁹

然而，上訴法院表示，真正使其必須推翻下級法院見解的理由係被告實質挪用(appropriation)原告 Pac-man 遊戲角色所致。¹⁰⁰法院指出，原告遊戲 Pac-man 的核心人物「補食者」(gobbler)與該遊戲主要狩獵魔物「鬼怪」(ghost monsters)係該遊戲足以與其他概念上近似電玩相區別之所在。¹⁰¹而被告遊戲角色與原告角色間存在數樣明顯相似特徵，包含其軀體(body)、V型嘴及伴隨特殊音效之獨特吞食動作以及捕食者被抓時的消失過程；足見被告角色於尺寸、形體和行為模式上與 Pac-man 遊戲「幾乎相同」(virtually identical)。¹⁰²縱使被告與原審法院曾以兩造角色於臉部特徵(facial features)或顏色(colors)存在差異為不構成實質近似之理由，惟上訴審強調即便一般觀察者(ordinary observers)對兩造角色印象可能受此影響，上述細微差異卻不足以迴避侵權認定，否則將有陷於「見樹不見林」(lose sight of the forest for the trees)之風險。¹⁰³

申言之，第七巡迴上訴法院認為，電玩遊戲此類型創作與美術著作或其他視聽著作最大差異在於，其主要訴求並非美感表達，而係遊戲伴隨競爭所帶來的高強度感官刺激。因此，該遊戲之一般觀察者(玩家)基於著眼點不同會忽略被告與原審所指出的細部差異，而認定兩造遊戲的整體感覺相似。由於 Pac-mans 角色本身即「足夠獨特而具有實際價值」(distinctive characters alone may constitute material of substantial value)，原告的電玩遊戲應受著作權法保護，故上訴審將本案發回原審並要求其本此意旨重為禁制令審查。¹⁰⁴

⁹⁸ *Id.*, at 614-615.

⁹⁹ *Id.*, at 617.

¹⁰⁰ *Id.*

¹⁰¹ *Id.*, at 618.

¹⁰² *Id.*

¹⁰³ *Id.*

¹⁰⁴ *Id.*, at 619.



(三) 本文意見

由於本案系爭著作係電玩遊戲，其中除虛擬角色外，尚有大量於著作權法上不受保護的遊戲規則等概念存在，法院花費許多篇幅論證思想與表達的差異，惟大致承襲 *Nichols* 案所示見解。第七巡迴上訴法院援引 Hand 法官於 *Nichols* 案中關於抽象測試法區分思想與表達界線的論述，並表示該測試法於審查戲劇、文學、動畫等作品著作性時具實質效用。¹⁰⁵然而，本案法院更著重於強調保護範圍的差異性與侵權判斷的類型化。

首先，法院指出儘管多數判決於談論著作性時並未特別提及其保護範圍，然著作權的保護實為一光譜；當作品所包含的原創性表達成分越高時，將可獲得更廣泛的保護（As a work embodies more in the way of particularized expression, it receives broader copyright protection）。¹⁰⁶亦即，著作權的保護範圍將隨作品中「表達」成分之多寡而增減。由於原告作品中的「吞食者」或魔物「鬼怪」皆為純幻想生物，並未包含任何現實世界生物特徵（Those characters are wholly fanciful creations, without reference to the real world），¹⁰⁷其視覺呈現與具體細節皆可構成著作權法上表達。¹⁰⁸由此，法院相當程度上表明縱使作品包含較多不受保護之概念，亦不等同由此而生的角色即無可著作性。無論作品或角色，其著作性皆屬程度高低問題，而非全有全無的概念。

Atari 案將虛擬角色保護議題類型化之論述則可見於侵權判斷中。儘管被告曾以兩造角色的視覺外觀於面部表情等細節處存在差異，為不構成實質近似之抗辯並為原審所接受，上訴法院並未採納此說法。¹⁰⁹第七巡迴上訴法院認為電玩遊戲此種視聽著作，與美術著作、或其他視聽著作，其創作訴求並不相同，故一般觀察者的著眼點亦不相同，而應於主觀標準的觀察上有所差異，成為上訴人上訴成功之關

¹⁰⁵ *Id.*, at 616.

¹⁰⁶ *Id.*, at 616-617.

¹⁰⁷ *Id.*, at 618.

¹⁰⁸ *Id.*

¹⁰⁹ *Id.*, at 619.

鍵。¹¹⁰本文認為，此「著作類型的差異性」對虛擬角色而言至關重要。蓋不同類型作品下，角色被利用的方式本不相同，其關注重心自應隨之調整。*Atari* 案見解為虛擬角色提出不同觀點，除視覺外觀有無外，尚有依原生著作類型區別化之可能。

四、法律評價與文學理論之齟齬：*Klinger v. Conan Doyle Estate, Ltd.*

(一) 案例事實

由於清晰描繪標準以角色發展性為著作性之衡量依據，「清晰描繪」之文義常與角色能否提供讀者一鮮明印象連結，故有部分文獻認為此對強烈印象之追求恐無法保護真正具文學、藝術價值之角色。蓋於結構完整、篇幅較長的作品中，角色將經歷諸多事件並由此產生外貌或性格上的轉變，此角色與文本互動產生之連結本應為著作權法有意提供保護之表達。然而，由於清晰描繪標準重在角色是否使人印象深刻，其適用結果可能使於故事中性格表現從一而終、可預測性高之角色較容易受到保護；反之，真正呈現出人性複雜、矛盾面的角色卻因每次面對不同事件皆可能做出不同選擇、甚至自相矛盾，造成法院難以判讀其性格而被認為不夠「清晰描繪」。¹¹¹惟角色心境描寫之複雜不僅恰為作者苦心經營之處，亦為文學、美學評判上具較高價值者，故部分論者認為清晰描繪標準不僅迫使法院為其所不能、不應為之事(充當文評)，更可能過於膚淺地僅對自專業角度上較不具價值者提供保護，反使創作性較高的角色被排除於著作權保護範圍之外。¹¹²

此批評並非空談，蓋現實中確有被告曾試圖以文學理論質疑清晰描繪標準的妥適性。¹¹³2013年 *Klinger v. Conan Doyle Estate, Ltd.*¹¹⁴案中，法院就兩造對於福爾摩斯角色著作性之爭執表示，由於福爾摩斯系列小說之著作權保護期間早已屆滿，故主角福爾摩斯與助手華生醫生二位角色亦已進入公共領域而得為任何人所用。基此，原作者以外之人欲以該二名角色為衍生創作，已不受著作權法限制。然而，福

¹¹⁰ *Id.*, at 620.

¹¹¹ 參註 42，戴士捷，頁 54-55。

¹¹² 同前註，頁 66。另參註 24，Kurtz L.A.，頁 464-465。

¹¹³ 同註 110，頁 53。

¹¹⁴ *Klinger v. Conan Doyle Estate, Ltd.*, 988 F. Supp. 2d 879, 889 (N.D. Ill. 2013).

爾摩斯原著作者 Conan Doyle 於 1923 年後所寫續作尚在著作權保護期間，依法院過往對虛擬角色就衍生作品 (derivative work) 著作權之見解，角色如於續作中隨劇情發展獲得新的個性、實現新的事蹟，此額外表達部分仍不能供人隨意使用。¹¹⁵ 換言之，福爾摩斯與華生醫生雖已成為公共財，惟因原作者使用此公共財繼續創作之新作本身仍為享有著作權之獨立作品，倘新作事件對角色產生外貌、性格上影響，該角色於續作中即獲得新的人格特質，且屬作者於新作之表達，仍受著作權法保護。¹¹⁶

(二) 文學批評理論：圓形角色 v. 扁平角色

本案兩造曾就福爾摩斯一角究竟是否為著作權法保護之標的進行攻防，當中即有以文學中「圓形角色」(rounded character) 與「扁平角色」(flat character) 之理論所為爭辯。依 Kurtz 教授所示，所謂圓形、扁平角色乃英國作家 E. M. Forster 對角色性格的豐富程度所為形容：扁平 (flat) 取自英文平淡無奇之意。如字面上般，扁平角色通常為一典型 (type)，其性格塑造自始至終僅圍繞一個或少數幾種概念，不會隨劇情發展而有所浮動。¹¹⁷ 由於其人格特質自始即已固定，扁平角色幾乎必以相同思維面對故事中所有狀況，此種可預測性對讀者而言更易於辨認且容易記憶，且較容易將該角色自文本抽離，使法院得以認識其獨立性。¹¹⁸ 相對於此，圓形角色即複雜度高、性格難以捉摸甚至可能自相矛盾的角色。由於其人格隨劇情進展而逐漸成長，無法保持一致性，不僅較難於讀者心中留下固定印象，更不易自文本抽離，難以辨識其是否已「清晰描繪」。¹¹⁹ 基此，若認福爾摩斯之人格尚隨續

¹¹⁵ 關於角色著作權期限問題，詳後述。

¹¹⁶ 同註 109。

¹¹⁷ 應注意者為，扁平角色並不等於定型角色 (stock character) 或刻板角色 (stereotype)。蓋所謂定型角色或刻板角色係指社會大眾對於某角色存在於特定類型的故事中已習以為常 (如愛情故事中常被父母阻撓的戀人)、或是該角色的性格塑造正仰賴社會大眾對某種特質的刻板印象 (如上述猶太人與愛爾蘭人對異族通婚的看法) 而言。由於此種角色利用的是社會大眾的既有認知，因此只能停留於概念階段而無法進入表達的層次；然而，扁平角色的設計仍係出於作者個人巧思，僅是作者未欲使其性格隨劇情更迭產生變化，而限制其行為模式爾。更詳細論述，參註 24, Kurtz L.A., 頁 464。

¹¹⁸ *Id.*

¹¹⁹ *Id.*, 465.



作發展中，該角色整體即尚未完成，不應僅就額外表達部分予以保護，而應認其整體仍為著作權法保護之對象。

惟此主張未為原審與上訴審法院所接受。蓋原審法院認為著作權法不應區分圓形或扁平角色而異其審查標準，且福爾摩斯於原作中已享有著作權，法院無需再次判斷其於續作之發展程度如何。只需就續作事件中具原創性之部分提供保護即可。¹²⁰上訴審則指出若接受上述主張，將使角色著作權保護期間被不當延長，壓縮公共領域；原作者亦將固守於已獲商業成功之角色，不斷為其添加要素以求延長保護期限而不再創作新角色或新劇情，長此以往，反而對整體文化發展有害，有違著作權法之精神。¹²¹

本案值得關注者在於法院未接受此論理乃因其不欲角色因圓形或扁平之差異而異其保護，並非否認此差異之存在，故上述理論將來可否用於創作性高低之判斷，而對清晰描繪標準內涵之充實有所助益，仍係未定之論。而其與清晰描繪標準可能無法保護真正具有價值角色之隱憂的關聯性正是在於圓形角色理論上應屬自文學、藝術等觀點而言具較高價值者，惟因此複雜性並非清晰描繪標準考量因素，反而可能形成權利要件認定之障礙，不僅使法律領域與專業領域的評價出現齟齬，更違背著作權法鼓勵創作、提升文明之精神。


（三）本文意見

然而，圓形角色若無法受著作權法保護固係一大隱憂，但若法院果真接納此主張，是否又將違反美學不歧視原則或最低創作主義，亦成疑問。蓋此理論等同承認圓形角色將可預期於保護範圍、期限上獲得較高程度之保護。學者如 Kurtz 教授即表示其雖認同圓形角色具較高保護價值，惟因其仰賴較高程度的文本詮釋，若強行將角色自文本抽離，恐將抽取過多特徵而形成對角色的過度保護，反致公共領域變相萎縮。¹²²本文則認為清晰描繪標準未必將使圓形角色不易獲得著作權保護。蓋自

¹²⁰ 同註 42，戴士捷，頁 54-55。

¹²¹ 同前註，頁 55。

¹²² *Supra note 24*, Kurtz L.A., 465.



現實面而言，目前尚未見法院對複雜度較高的角色做成否定著作性之判斷，且國內亦有文獻指出角色的複雜性本身亦可謂係一鮮明特質，當不至為法院所忽略。¹²³清晰描繪標準所重視者乃其性格塑造之過程，故重點在於角色性格之成因與彰顯角色性格的事件是否於故事中被確實呈現；倘若作者確實呈現角色心中的掙扎，並無否認此乃作者創意之理由。再者，虛擬角色雖如現實人類般可能有自我矛盾之處，然而正如多數人般，仍應有其較偏好之行為模式（mannerisms），故即便於十次事件中有二、三次不尋常的選擇，亦當不至於影響法院對其人格發展性之結論。因此，圓形角色在清晰描繪標準下難以取得保護之批評並不確實。

第三項、清晰描繪標準之定位：是否應以此作為虛擬角色保護的審查基礎？

若清晰描繪標準遭受上述諸多強烈質疑，則是否仍應以此作為虛擬角色受獨立保護之前提，係於繼續說明其他實務標準前所應解決之課題。蓋 *Nichols* 案與清晰描繪標準對虛擬角色議題發展之貢獻在於其提出以劇情描寫之完整性作為角色受獨立保護之正當依據，使角色有脫離著作而單獨受保護之可能。然而，接納此理論即等同承認虛擬角色與其他傳統著作有所不同，並不當然享有著作權；原告必須證明其具著作之適格性（copyrightability）。不僅有違最低創作主義之嫌，更等於課與虛擬角色高於其他著作之創作性門檻。美國學界是而對此頗有批評，認為清晰描繪標準使得法院談論虛擬角色時莫衷一是，對於釐清權利要件毫無幫助；¹²⁴更有主張角色應與其他著作相同，透過立法承認其為著作類型之一種以改變現狀法院現行見解。¹²⁵因此，本文欲以此節完整說明並解決此一爭議，以釐清清晰描繪標準於著作權法審查體系下之定位，以及應否支持「可著作性」此種與創作保護主義看似有違的理論。

一、學者批評：未存在能完全保護虛擬角色之法規

¹²³ 參註 26，李治安，頁 120-121。

¹²⁴ *Supra note 3*, Feldman, David B., 687.

¹²⁵ 如 Kurtz 教授及 Feldman 皆以此為結論，詳後述。

對於虛擬角色現今所面臨困境，論者以「著作權法的次等公民」加以形容。¹²⁶由於美國著作權法與我國相同，並未明示角色可作為一種著作類型，法院只得自行發展「著作性」(copyrightability)要件作為虛擬角色的權利要件。¹²⁷儘管美國歷史上亦有法院曾試圖自商標法、競爭法甚至普通法之公開權(right of publicity)或禁止不當歸屬權(misappropriation)為角色保護尋求解套，惟此類法規之立法目的終究不在於保護創作，不光需滿足識別性、名譽受損等與創作無關的要件，亦無法真正規範侵害著作權之行為。¹²⁸固然於維護競爭秩序等名義下，姓名、口號等傳統著作權法不予保護的表徵反而有透過上述法規主張權利的機會，惟此乃基於其他政策目的所為考量，終究不應成為常態。蓋傳統著作權法雖一向排斥對名稱、標題、口號等單詞提供保護，然對文字型角色而言，姓名可謂其最具價值、亦最可能被利用之部分；若完全不考慮著作權法得否對其提供保護，形同將小說角色盡數流放至公共領域，亦足見目前並無任何既存法規曾設想過虛擬角色可能成為著作而有相對應之規範設計，顯屬法律漏洞而極待修補。

二、學者批評：著作性審查帶有角色必然自故事中誕生之假設

批評者進一步指出，*Nichols* 案將虛擬角色受保護之前提建立於著作性審查上將根本性地忽略、排除特定類型角色受著作權法保護之可能。蓋清晰描繪標準係以角色透過劇情所呈現之發展性決定其著作性，本質上即帶有角色必定自故事性作品中誕生此一前題假設。¹²⁹然而，論者強調，現實中尚有許多不依附作品而生的角色（例如街頭藝術家以其自行設計造型進行表演、前述提及時下流行的 VTuber 等

¹²⁶ *Supra note* 122.

¹²⁷ *Id.*, 691.

¹²⁸ *Supra note* 24, Kurtz, L.A., 523 & *supra note* 3, Feldman, David B., 719. 儘管論者們對於著作權法應將角色列為單獨類型具有共識，然對於是否與其他法規自由競合，則有不同看法。由於不同法規有不同政策考量，其多有維護市場競爭秩序等目的，強行套用到虛擬角色時勢必產生許多迂迴的解釋，故 Kurtz 教授並不鼓勵以著作權外的方式對虛擬角色提供保護，惟亦坦言其他法規有潛力能為著作權法解釋上較難保護的角色姓名、口號等重要元素取得保護的途徑；相對地，Feldman 即本於此可能性而主張著作權與其他替代方案可以並行，採自由競合說。

¹²⁹ 實際上，此批評並不僅針對清晰描繪標準，惟因多數學者皆不認同後述角色即故事標準對虛擬角色設下的高門檻，故其對現狀之檢討多半以清晰描繪標準作為法院現行審查基準，僅此說明。

130)；倘若採取清晰描繪標準所建立之可著作性審查模式，著作權法將無法對此類角色提供任何保護。¹³¹

然而，此困境或與美國著作權訴訟的特殊背景有關。蓋美國雖如我國法般對著作採取創作保護主義，其著作權之發生不以登記為要，惟權利人如欲提起侵權訴訟（infringement），則其著作必須事前向美國國會圖書館轄下之著作權局（The U.S. Copyright Office）取得註冊（Registration），方符起訴程式。¹³²然而，由於著作權局並不認為角色有脫離原著作而受保護之必要，故拒絕受理以角色作為著作類型的登記申請。¹³³因此，目前與虛擬角色相關案例皆係以該角色所屬作品之著作權為訴訟標的提起訴訟，方有現實上原告通常將作品侵權與角色侵權主張並陳之現象。正因虛擬角色於現制下無法單獨作為訴訟標的，美國法所謂「角色獨立保護」之爭議，實際上係指當被告利用原告著作之方式僅涉及特定角色時，是否仍足以成立侵權而言。基此，清晰描繪標準雖聲稱係對角色提供獨立保護之理論，然諷刺的是，正是因為未將角色視為獨立之著作，方有清晰描繪標準適用之可能。本文亦認為，相較於權利要件，可著作性實際上更近於界定權利標的之理論，以劃定構成侵權之界線。

三、學者批評：清晰描繪標準使侵權問題變質為角色著作性有無問題

如前所述，採取清晰描繪標準審查角色著作性的法院通常亦以二階段測試法作為侵權審查基準，學者們擔憂此有混淆著作權法審查體系之可能。蓋二階段測試法看似與傳統實質近似判斷相差無幾，實則有明顯區別：*Nichols* 案的「二階段」測試法為「可著作性」與「侵權審查」此二階段，原告須先證明其角色具可著作性，次證明被告侵害其角色構成表達之處，始為侵權成立；然傳統實質近似判斷的「二階段」係原告應證明被告與原告作品間存在一般觀察者（ordinary observer）將認為有相似之處、次證該相似處於著作權法上足以認為係不當挪用（improper

¹³⁰ 請參本文第二章第二節部分。

¹³¹ *Supra note 2*, Feldman, David B., 687.

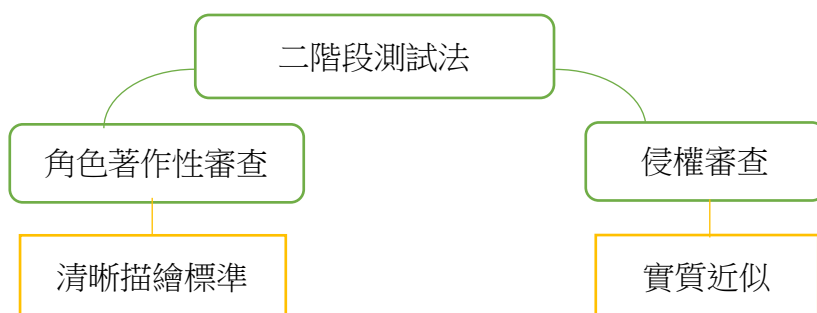
¹³² 同註 2。

¹³³ 同前註。



appropriation)，二者皆屬「侵權要件」判斷。¹³⁴本文將二者差異製成圖四如下：

Nichols 案見解



Kurtz、Feldman 等學者建議架構

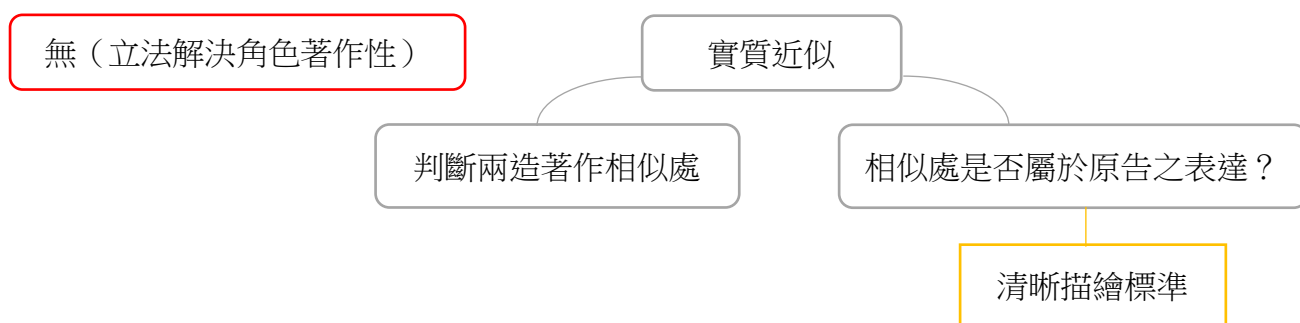


圖 4：虛擬角色審查架構比較示意圖

由此可知，虛擬角色的二階段測試法與傳統實質近似判斷法於第二階段判斷上實屬相同，問題在於第一階段審查被替換成法院獨創之「可著作性」判斷。當法院過於側重可著作性審查時，將使侵權成立與否全然繫諸於原告角色是否具可著作性一事。¹³⁵若角色遭認定並無可著作性，原告主張將失所附麗，此際，法院根本無從比對原、被告角色近似性。¹³⁶且即便法院確實進行實質近似比對，清晰描繪標準亦將透過抽象測試法所勾勒出的角色模式 (pattern) 於侵權判斷中持續發揮實質影響力，使法院的侵權論述陷於套套邏輯的迴圈當中。

¹³⁴ *Supra* note 23, Kurtz L.A., 466.

¹³⁵ *Supra* note 23, Kurtz, L.A., 440.

¹³⁶ *Id.*



四、學者批評：忽視虛擬角色可能涉及多種改編之事實

最後，論者們認為以著作性作為虛擬角色受保護前提可能對特定類型角色造成保護上缺失，即視聽型角色（audio-visual character）。所謂視聽型角色，顧名思義係指電影、電玩、動畫等作品本身即由多種著作所組成之複合著作中的角色，其角色構成至少兼具視覺影像與各類音效（配音），與傳統僅由視覺、文字等平面符號組成的角色存在較大差異，而有更多爭議尚待處理。例如，視聽角色常係多人貢獻累積而成，所謂「原作者」或「原畫」通常僅提供視覺外觀等基本人設爾；¹³⁷電影、連續劇或廣告角色多由真人出演，故演員（表演者）的貢獻程度須被考量；動漫人物或外國影劇則常有本土配音員參與，其聲線顯然構成角色的重要特質。此外，視聽作品多為漫畫、小說改編而成，故尚有共同著作與衍生創作的問題。學者認為，縱使現已有法院認為視聽著作等三次元作品（three-dimensional work）與漫畫、小說等二次元作品（two-dimensional work）作品間仍可能就虛擬角色實質近似成立侵權，¹³⁸清晰描繪等著作性審查標準仍舊無法解答諸如電影人物演員更換時，是否將影響角色同一性並進而動搖對角色人格發展完整性之判斷結果等疑問。¹³⁹

儘管上述問題更偏向權利歸屬與利益分配爭議，未必係著作性審查所能處理，然此正係主張立法論的學者們所欲直指的問題核心，即角色著作的複雜性實非現有法規所能填補，故不應僅仰賴司法解釋處理。Kurtz 教授曾以「靈活的生物」（a nimble creature）形容虛擬角色可穿梭於不同類型作品之特性，更強調其未必受最先使其誕生之作品所束縛。¹⁴⁰清晰描繪標準的最大盲點即在於其欠缺此認知且未意識到角色可能因此於不同作品中獲得相異人格特質的事實。¹⁴¹現實許多漫畫改編而成的動畫、電影不但常於改編穿插原創劇情，其改編幅度小至結尾花絮、劇中彩蛋；大至可能影響整部作品走向，甚至有與原作不同的結局。因此，於社會大眾認知下


¹³⁷ *Id.*, 467.

¹³⁸ *Id.*, 468-469.

¹³⁹ *Id.*, 470. Kurtz 教授提出的另一假設為，倘若 *The Greatest American Hero*（與超人類似係超級英雄主角拯救世界的故事）找來當初飾演超人一角的演員擔任主角，是否將影響法院的侵權判斷？

¹⁴⁰ *Id.*, 430.

¹⁴¹ *Supra note 3*, Feldman, David B., 696.



應當被視作「同一角色」之人物，於不同作品中其性格亦可能天差地遠。倘若清晰描繪標準所欲界定之角色範圍與社會認知相同，即法院僅欲整合性地賦予社會認知上同一的角色「一個」著作權，則根本無法處理上述問題。前述 *Klinger* 案法院即表示倘角色於原作中已經充分描繪並取得著作權，即無需再於續作中確認該角色著作性；¹⁴²並認為角色於續作所獲得嶄新之表達仍依各續作著作權保護期限處理。¹⁴³如此見解即便論理上可行，事實上卻使角色同一性於法律上遭受割裂，倘不同改編間出現描述上差異，清晰描繪標準更無力應對。¹⁴⁴況且，*Klinger* 案之案例事實尚僅單一虛擬角色於原作者續集之特徵為他人所用情形，其並未處理、亦可能無法處理 Kurtz 教授所設想不同改編間角色同一性之難題。

上述問題縱無涉及橫跨創作媒材之改編，而純屬劇情時序上存在前後關係之續作，亦可能發生。例如，倘一系列作於最早出版之原作中僅說明主角因父母雙亡使其踏上旅途，直至續作或前傳方敘述當年造成父母雙亡的事件緣由及主角當時心境。此時，他人對主角過去所作描寫究應認係對原作或續作之利用？Kurtz 教授所謂虛擬角色乃「有過去的生命」(the creature with a past) 一說即為此理；正如 *Burrough* 案中，作者即便於續作中將泰山自叢林帶往都市展開新生活，若無先前於叢林的生長經歷，即無從造就泰山今日性格。¹⁴⁵因此，角色的性格塑造實非如法院所預設般皆為可個別看待之單一表達。

Feldman 則自另一角度切入，質疑清晰描繪標準以角色發展性為衡量基準，則若原作對特定角色的刻畫並不足以達至清晰描繪；續作卻成功跨越此門檻時，依法院前述「若原作達至清晰描繪，即無需審查角色在續作的發展性」之邏輯，是否即需另行審視該角色於續作之著作性？更有甚者，若續作並非出自原作者之手，此見解是否將使該角色著作權另屬他人？¹⁴⁶若然，後世諸多作品本皆取材自前人作中不

¹⁴² 參本文對 *Klinger* 案之整理，頁 40-43。

¹⁴³ 同前註。

¹⁴⁴ *Supra* note 3, Feldman, David B., 699-700.

¹⁴⁵ *Supra* note 24, Kurtz, L.A., 431.

¹⁴⁶ *Supra* note 143, 715.

起眼的配角或支線事件，法院於若未曾思及此問題，早晚恐生著作權歸屬「鬧雙胞」之窘境。¹⁴⁷因此，學者們雖肯定法院意識到虛擬角色的保護重心在於其性格塑造（characterization）而試圖對此提供保護所為之努力，惟認為以二階段測試法將角色侵權爭議完全委由著作性判斷不僅無助於釐清爭點，反使更多爭議叢生，方有支持虛擬角色單獨被列為著作類型之主張。

五、學者建議：應回歸傳統實質近似判斷，清晰描繪標準用於區分概念與表達

然而，論者雖主張應採立法論解決，惟並不因此完全廢棄清晰描繪標準的運用。當虛擬角色成為獨立著作類型後，其侵權審查亦應回歸傳統實質近似判斷。此際，清晰描繪標準仍可發揮其作為創作性門檻之功能，於侵權審查中篩選出真正屬原作者表達的部分。¹⁴⁸申言之，學者們認為清晰描繪標準與二階段測試法的真正問題在於審查順序的錯置：法院不應將侵權與否交托於角色是否具有著作性一事上。¹⁴⁹於傳統實質近似判斷下，法院應先行比對原告與被告角色間有何相似處，再以清晰描繪標準檢視此相似處是否屬原告角色之獨特表達。¹⁵⁰為說明二結構之差異，Kurtz教授以 *Burroughs* 案為例：該案法院以泰山具體格健壯、性格單純、紳士等特徵認泰山已被清晰描繪，而作成有利原告之判斷。然而，不只一位學者批評法院此種論理根本無足彰顯「泰山」作為虛擬角色之獨特性何在；正因法院試圖將角色特徵自文本抽離，此過程勢必將其抽象化，反而無法說明是項特徵為何足以構成表達而應受保護。¹⁵¹更有疑問者，自判決論述可知，倘若法院審查著作性後認為泰山並未被充分描繪，依照二階段測試法「先可著作性、後侵權」的判斷階層，著作權法將無從對該角色提供任何保護。¹⁵²此際，縱使被告供認不諱其擅自利用「泰山」角色作為其影集主角，原告亦無任何權利可得伸張；等同宣告任何第三人皆可無限制地利

¹⁴⁷ 誠然，目前以前人創作為改編者多為原著保護期間早已屆滿或原著作成時點根本尚無著作權制度而不致產生此情形。然而，模仿及衍生創作始終皆為創作環境之常態，故學者上述憂慮真正成為訴訟案件之日並非遙遙無期。

¹⁴⁸ *Supra* note 24, Kurtz, L.A., 463-464.

¹⁴⁹ *Id.*

¹⁵⁰ *Id.*

¹⁵¹ *Id.*

¹⁵² *Supra* note 3, Feldman, David B., 699.




用泰山，顯然不妥。正因如此，批評者主張唯有全面承認虛擬角色作為著作權法所保護之著作，省去過於複雜且易節外生枝的著作性探討，使重心回歸傳統實質近似判斷，方可收一勞永逸之效。

六、本文意見

對於上述批評，本文雖同意有其道理，然而，對於是否應透過立法方式使虛擬角色自始、當然享有一獨立著作權，全然排除法院審查，本文尚持保留態度。儘管虛擬角色確有脫離原生作品被單獨看待之必要，且目前法院以清晰描繪標準為著作性審查亦確實將角色與劇情掛勾，而有自始排除部分角色取得保護之嫌疑；然而，正如學者所言，虛擬角色種類繁多，非可一概而論，若以立法途徑解決，現實上是否可能定義何謂「虛擬角色」，亦不無疑義。蓋透過修法處理即勢必須就其定義、權利歸屬、權利範圍、保護期限等議題為完整規範，立法者能否將虛擬角色之類型化進行妥善安排，已有疑問；尤以批評論者提及的視聽型角色權利歸屬、利益分配問題係法院透過個案審查都難以處理之燙手山芋，甚難想像有透過修法一勞永逸之可能。學者們亦未於文獻中具體指明應如何立法方屬完備，故本文對此模式之可行性，尚持保留態度。

況且，學者雖批評著作性審查有遺漏部分欠缺劇情支撐的角色類型之可能，本文亦同意此乃嚴重問題，惟前提係該等角色確實無法透過著作權法賦予妥善保護而言。以論者所舉行為藝術為例，作為行之有年的街頭表演，即便法院不將行為藝術歸類為虛擬角色之一種，亦當不致否認其創作性，而可受著作權或類似於我國表演權之鄰接權保護，未必須強求以虛擬角色處理。次就視聽型角色而言，如同電影係包含眾多著作之複合體（劇本、音樂、舞蹈等），縱使不將視聽型角色單獨列為著作之一種，其視覺外觀、音效等不同組成元素各自該當著作權法上創作一事並無爭議，而仍有主張權利之可能，故同樣無必須透過立法論解決之理由。

虛擬角色之所以有獨立於原著作被個別看待之必要，即係因對角色的利用往往兼及利用讀者對其所具有的背景知識，卻無法為傳統著作權法所涵蓋；若被告所



利用者純係其視覺印象，無論美國法或我國法，皆早已承認其外觀得受美術著作權之保護，並無特別之障礙。即使如虛擬主播（VTuber）的案例，固然因其個性與真人操作者高度結合之屬性，清晰描繪標準對於如何界定角色之性格須有更為細緻的考量，惟此並不影響其造型外觀受美術著作保護之事實；反而如透過立法方式將「虛擬主播」列為虛擬角色之一種，根本忽略其內在本質仍唯一表演者之事實，而生法律解釋上之困難。由此可見，縱使係新興型態的角色，倘無劇情要素支撐，被告可能發生之利用行為本已為現行著作權法所規範，並無再次修法之必要。

再者，當角色涉及橫跨不同作品之改編時，本文雖同意法院目前「以作品別為單位」個別提供保護的方式有破壞角色同一性之嫌，然而，此非虛擬角色獨有之特例。蓋無論美國法或我國法，其就原著作之衍生創作本即以獨立著作看待之¹⁵³；如若承認有橫跨作品幅度的單一「角色著作」存在，反而可能惡化權利歸屬爭議，甚至使最終獲得角色著作權之人回頭干涉其他作品的權利行使，對整體法秩序而言並無更多實益。現行法律既已承認連續作品之各單篇皆為獨立著作，則以同樣立場看待角色著作權似亦無不可，且以作品為界定單位，使角色於不同改編中獲得不同範圍保護，似亦較能忠實反映各權利人對該角色之貢獻度。

最後，學者們將重心置於對清晰描繪標準之批評，然清晰描繪並非角色受獨立保護之唯一門檻。例如，必要場景原則早於著作性審查前即先一步排除定型角色與角色雛形等不受保護之概念。然而，如欲修法解決此問題，法規上應對此類角色作何處置，亦須考量。蓋多數劇情作品絕不僅有一名角色，而勢必有數十位、乃至數百位登場人物，依劇情需求存於作品當中。若將「虛擬角色」作為著作類型，是否等同對之全數賦予著作權，反將成實務運作上另一災難？重要性不同的角色是否又應於法律上皆享有相同評價而受相同程度保護？如此，公共禮遇是否將變相遭到壓縮？若不能妥善處理上述爭議，恐使人更加質疑立法論的可行性。因此，本文目前仍然認為思考清晰描繪標準應如何應用於不同類型角色之審查，方為較實際

¹⁵³ 我國著作權法第6條第1項：「就原著作改作之創作為衍生著作，以獨立之著作保護之。」美國法院對連續作品的著作權保護期限所示見解，請參本文對 *Klinger* 案之整理，頁 40-43。

作法。¹⁵⁴

七、論者 Foley 的假設情境：略去著作性審查可能不當擴張角色的權利範圍

不同意見則以假設情境說明省略角色著作性審查，而一概委由實質近似判斷可能產生之謬誤，即虛擬角色的保護範圍可能被過度擴張：若某作者的推理小說中存在一名聰明、害羞的助手輔助其主角；作者並由此對一拍攝偵探影集的電視公司提起侵權訴訟。此際，以可著作性為先決門檻的法院將因該助手僅屬推理小說常見定型人物，未經充分發展而無法享有著作權保護；然而，逕為實質近似判斷的法院卻可能因原告的助手角色與被告的助手角色確實存在多樣特質重疊，而為有利原告之認定。¹⁵⁵因此，僅管批評者認為過度著重於著作性審查將使法院判斷側重於角色品質之近似，惟改以傳統實質近似為審查標準亦有可能使法院過度重視「量」的近似而忽略該角色本身的創作性高低問題。Foley 認為，美國法院近來積極以「實質原創性」(substantial, not merely trivial originality) 作為衍生創作著作性之審查門檻，已盡力迴避過度保護之可能，足見其確有為提升相關標準明確性而努力；類似於清晰描繪標準的門檻測試 (threshold inquiry)，於智慧財產領域更絕非罕見。正如專利法有進步性審查、商標法有功能性測試般，即使著作權法的創作性要求遠較前二者對應門檻為低，亦不等同法院不得提出類似的審查模式。¹⁵⁶

結論上，基於對思想及表達區分原則之尊重，本文仍較贊成此意見，認為應當保留二階段測試法及角色著作性為虛擬角色的權利要件，並以清晰描繪標準為構成表達之門檻。惟法院亦須認知到現實中成為訴訟標的之角色既足以於大眾心中留下印象並產生經濟價值，其性格刻劃之高度某程度上即已不證自明。因此，除非該角色包含顯不應受著作權保護的概念須加以排除，否則法院應從寬認定其著作性，始能因應現今產業需求。

¹⁵⁴ 本文亦在思考虛擬角色可否例外採取註冊主義。蓋註冊主義不僅使著作權人取得形式上權利，主管機關亦可有初步把關，使角色創作性與權利範圍得相對特定，並將最終決定權交託於法院。只要透過規費等維護制度設計，權利人亦當不致以毫無經濟價值的路人角色濫行註冊。

¹⁵⁵ *Supra note 21*, Foley, Kathryn M., 937-938.

¹⁵⁶ *Id.*



第四項、角色即故事標準：*Warner Bros Pictures Inc. v. Columbia Broad. System Inc.*

一、案例事實

儘管 *Nichols* 案對虛擬角色保護議題之發展影響深遠，清晰描繪標準卻並非美國實務上唯一的審查基準。反之，亦有法院認為清晰描繪標準於門檻模糊之外，有過度寬鬆之嫌，美國第九聯邦巡迴上訴法院於 1954 年作成 *Warner Bros Pictures Inc. v. Columbia Broadcasting System Inc.*¹⁵⁷ 案，即於此背景下提出不同於清晰描繪標準的測試法，被後世稱為角色即故事標準（The Story Being Told Test）。

Warner 案之案例事實為訴外人兼小說 *The Maltese Falcon* 作者 Hammett 曾將其小說著作權轉讓予原告 Warner Brothers 企業。其後，Hammett 另將小說中包含故事主角偵探山姆（Detective Sam Spade）等角色的相關權利轉讓予被告 Columbia Broadcasting System（CBS）公司。Warner Brothers 因此對 CBS 提出告訴，主張其所獲得之小說著作權應包含利用山姆偵探等角色的排他權在內。¹⁵⁸ 因此，訴外人原先對小說的授權是否當然包含對小說角色的授權，以及虛擬角色得否獨立於作品外單獨成為授權標的之爭議遂成本案焦點。若延續 *Nichols* 案與二階段測試法的脈絡，法院首應判斷者即系爭角色偵探山姆依清晰描繪標準是否擁有獨立著作權一事。然而，第九巡迴上訴法院並未採取上述途徑。

本案中，法院雖同樣採取二階段測試法作為審查步驟，惟並未以清晰描繪標準作為第一階段當中，審理角色著作性之基準。相對地，法院認為角色必須構成「被敘述的故事本身」方能享有獨立著作權保護（conceivable that character really constitutes the story being told）；倘角色僅作為敘述故事的棋子（the chessman in the game of telling the story），即不足以單獨成為著作權之標的。¹⁵⁹ 而由於本案系爭角色偵探山姆並不足以構成 *The Maltese Falcon* 一書整體，故法院認為其並不能脫離原

¹⁵⁷ *Warner Bros. Pictures, Inc. v. Columbia Broad. Sys. Inc.*, 216 F.2d 945, 946 (9th Cir. 1954).

¹⁵⁸ *Id.*, at 948.

¹⁵⁹ *Id.*, at 950.



著作而否定其享有獨立於作品外的著作權。偵探山姆既非獨立著作標的，原告與訴外人 Hammett 間的授權契約自無可能包含角色著作權之授與，訴外人應得就虛擬角色之相關利益另有安排，而駁回原告之訴。

相較於清晰描繪標準，角色即故事標準明顯對角色著作性持較高審查門檻，故其為少數被認為與清晰描繪標準相對立，而非互補的審查標準。本文將二者於著作權法審查體系下之位階統整如圖五：

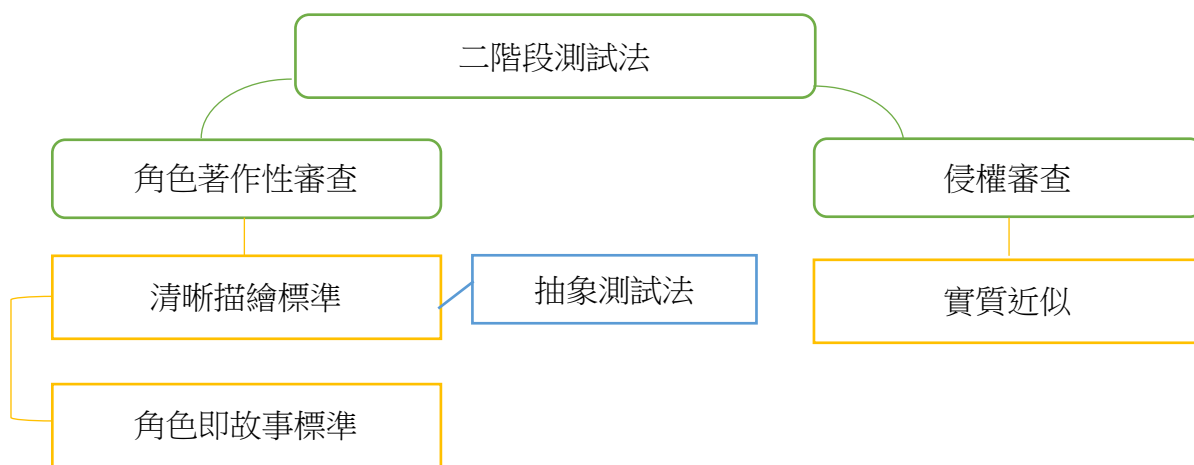


圖 5：角色即故事標準階層示意圖

然而，*Warner* 案中，第九巡迴上訴法院強調僅於角色即等同於故事本身、所有故事情節皆係為鋪陳該角色而存在、若該角色自文本抽離將使整個故事變得毫無意義時，方可認該角色與其原生作品具同等價值，而享有獨立的著作性。¹⁶⁰如此嚴格的審查門檻，使得角色即故事標準自 *Warner* 案作成時起即飽受批評。¹⁶¹

二、學者意見

(一) 學者批評：門檻過高逸脫現實

對角色即故事標準最主要批評皆圍繞於其過高的審查門檻有味於現實之處。蓋一部作品只為單一角色而存在，本非創作之常態。論者即引述學者 Nimmer 見解表示角色即故事標準「太過限縮」(much too restrictive)，幾乎假設一部作品缺乏故

¹⁶⁰ 同註 42，戴士捷，頁 22。

¹⁶¹ *Supra note 21*, Foley, Kathryn M., 930 & *Supra note 21*, Kurtz, L.A., 454.

事情節，而只有一名角色參與其中。¹⁶²Feldman 亦認為角色即故事標準於本案雖然「很諷刺地」保護了角色創作者 Hammett，使其得以繼續利用其所創作之角色，卻幾乎將此後所有角色皆流放至公共領域中，因現實中幾未有角色可滿足角色即故事標準的門檻要求。¹⁶³Kurtz 教授則指出前述若干個案的系爭角色泰山、福爾摩斯理論上應可通過清晰描繪標準之檢驗，卻幾無可能符合角色即故事標準，作為批評。¹⁶⁴以福爾摩斯為例，社會大眾對該小說所熟知重要角色至少尚有其永遠的助手——華生醫生，其不僅大半時間與福爾摩斯如影隨形，《福爾摩斯》系列小說更多以華生醫生為敘事視角，描述自身與福爾摩斯的精彩歷險。華生醫生雖非故事主角，卻絕非無關緊要的路人，且讀者對其心境變化之把握可能更勝於對福爾摩斯本人。因此，僅憑故事主角夏洛克·福爾摩斯一人顯不足以支撐整個故事，而無法通過角色即故事標準的檢驗。然而，縱使不以文學價值評判其是否已被充分發展，單就作者柯南·道爾總計為福爾摩斯撰寫四篇長篇、五十六篇短篇小說一事，殊難想像其對福爾摩斯一角仍有描寫不足之可能。法院如此嚴格之檢驗標準恐使其判斷與社會大眾認知出現扞格，並逸脫著作權法之規範目的。¹⁶⁵國內亦有文獻表示，如採角色即故事標準，恐怕僅有詹姆士龐德（James Bond）等，其所屬作品劇情如何無關緊要、觀眾僅在意該角色一言一行者方能獲得著作權保護。¹⁶⁶如此結果是否妥當，顯非無疑。

（二）學者批評：角色即故事標準的法律上定位不明

此外，角色即故事標準或許相較於清晰描繪標準，對著作性門檻有更為明確的要求，然其本身於法院審查體系之定位卻不明確，不同法院對角色即故事標準是否存在法律上拘束力有不同見解。有論者即觀察到由於角色即故事標準與清晰描繪標準同為巡迴上訴法院審級所提出之審查標準，儘管二者本質上未必能相容，下級

¹⁶² *Supra* note 21, Foley, Kathryn M., 930.

¹⁶³ *Supra* note 3, Feldman, David B., 694.

¹⁶⁴ *Supra* note 24, Kurtz L.A., 454.

¹⁶⁵ Stanford University, *Discovering Sherlock Holmes*, in: dickens.stanford.edu/sherlockholmes/index.html（最後瀏覽日：06/08/2022）。

¹⁶⁶ 同註 26，李治安，頁 124-125。

法院為避免遭上級駁回有於單一案件中同時適用二者為審查之情形。¹⁶⁷更有甚者，各巡迴上訴法院間對角色即故事標準的態度也莫衷一是：有將其視作 *Warner* 案主筆法官之附帶意見 (dictum)，並非判決先例而不加理睬者、亦有拒絕適用或限縮其適用場合者。¹⁶⁸最終，提出此標準的第九巡迴上訴法院雖始終不願正式推翻 *Warner* 案，惟對此不切實際的高門檻似亦不勝其擾，而逐漸有限縮其適用場合之傾向。

三、依視覺外觀有無異其審查標準：*Walt Disney Productions v. Air Pirates*

(一) 案例事實

由於角色即故事標準甫上路即飽受批評，1978 年，第九巡迴上訴法院於 *Walt Disney Productions v. Air Pirates*¹⁶⁹ 案中對角色即故事標準的適用範圍做出新的詮釋。本案原告迪士尼公司主張被告將迪士尼旗下以米奇為首的一系列角色用於反文化 (counter-culture) 成人漫畫中已然侵害各該角色著作權。對此，被告 Air Pirates 則抗辯道角色向非著作類型之一，無法單獨成為著作權法之保護標的。¹⁷⁰法院由此重新審視 *Warner* 案見解，並認為 *Warner* 案確實某程度上表明角色「原不具可著作性」(ordinarily are not copyrightable)。¹⁷¹然而，當虛擬角色具備視覺外觀時，因該角色無法被清晰描繪之可能性已顯著降低，故無須適用角色即故事標準。¹⁷²基此，法院認為本案被告對原告角色外觀之抄襲已具實質近似並構成侵權，進而判決原告勝訴。¹⁷³

(二) 學者批評：區別審查基準係對文字型角色的歧視

¹⁶⁷ *Supra* note 21, Foley, Kathryn M., 930.

¹⁶⁸ *Supra* note 24, Kurtz, L.A., 454. Kurtz 教授指出由於 *Warner* 案主要爭點乃契約法爭議，故法院對角色著作性及角色即故事標準的論述並非主要判決理由 (legal reasoning)。因此，或為避免正面拒絕適用此高門檻之審查標準，於後續案件中，部分下級法院以角色即故事標準僅屬法院之附論 (dictum) 為由，並未以其作為主要審查標準。


¹⁶⁹ *Walt Disney Prods. v. Air Pirates*, 581 F.2d 751 (9th Cir. 1978).

¹⁷⁰ *Id.*, at 752.

¹⁷¹ *Id.*, at 754.

¹⁷² *Id.*, at 755.

¹⁷³ *Supra* note 24, Kurtz, L.A., 447. 然而，Kurtz 教授指出法院於否定被告對於合理使用之抗辯時，又特別說明法院於審查卡通人物時，會將角色於圖像 (images) 以外包含性格在內的各種特徵納入考量。因此，法院是否確實認為外觀上近似即足以造成對角色之侵害，仍有討論空間。



自此，第九巡迴上訴法院再次確立角色即故事標準為該法院審理可著作性的有效基準，並提出虛擬角色應依視覺外觀有無異其審查標準與創作性門檻高低之見解。¹⁷⁴蓋 *Air Pirates* 案明確指出角色具備視覺外觀者無須適用角色即故事標準，法院只需認定該視覺外觀是否已被清晰描繪即足，且對該外觀之利用本身即屬抄襲 (copy) 而構成實質近似，大幅降低角色視覺外觀取得保護之門檻。反之，由於 *Air Pirates* 案並未堆翻 *Warner* 案見解，故不具視覺外觀的角色仍應適用角色即故事標準為著作性審查基準。

然而，即使考量視覺外觀的保護範圍相對可得特定，故以此區別不同類型角色所應適用之審查標準似非全無道理，仍有學者提醒角色即故事標準的高門檻實乃不可忽視之隱憂。例如，國內有文獻指出 *Warner* 案中，系爭小說角色山姆偵探實已為該作主角，倘若連故事中佔據最多描寫篇幅的主角都無法符合角色即故事標準，殊難想像作者應如何滿足此門檻。¹⁷⁵ 足見 *Air Pirates* 案的區別化審查見解不僅可能對視覺外觀侵害採取過度寬鬆的見解，更有敵視文字型角色之嫌。尤以現實中清晰描繪標準已將角色外觀納入考量因素中，故即使其門檻較角色即故事標準為低，純文字型角色仍因視覺外觀的欠缺而有更高可能性被認為發展不足，遑論一但採取角色即故事標準，文字型角色如何還有通過法院審查之可能。是本文認為縱欲以視覺外觀區分角色受保護程度之高低，仍不應以角色即故事標準為文字型角色的審查門檻，以免完全阻絕其受著作權法保護之可能。

另有論者特別指出，本案法院其實並未言明純文字型角色即須適用角色即故事標準，而係由於文字型角色並非本案訴訟標的，故法院未就此表示具體立場。¹⁷⁶ 因此，第九巡迴上訴法院究係明確採取區別保護之途徑，抑或僅欲尋得一突破口鬆綁 *Warner* 案所設立之高門檻，不得而知。然而，本案判決不僅於論述對角色視覺外觀之保護時明確提及「清晰描繪」一詞，更使用後續法院為補足清晰描繪標準之

¹⁷⁴ *Supra* note 3, Feldman, David B., 694.

¹⁷⁵ 同註 26，李治安，頁 125。

¹⁷⁶ *Supra* note 21, Foley, Kathryn M., 931.



內涵所強調的「外觀與概念上一定品質」(physical as well as conceptual qualities)用語，亦有認此乃第九巡迴上訴法院實質接納清晰描繪標準之例證。¹⁷⁷

四、不同論點：角色即故事標準較能顧及文本全貌

自上述可知，作為虛擬角色的著作性審查標準，清晰描繪標準與角色即故事標準其實各有批評；儘管多數學者認為清晰描繪標準於理論及創作性門檻上較符合現實，惟亦有見解認為角色即故事標準至少提供一可供遵循的明確要求，相較於清晰描繪標準的曖昧不明更為妥適。例如，國內文獻即有主張由於清晰描繪標準易過度側重於角色個別要素的比對上，不僅有忽略文本脈絡之嫌，更可能形成對角色的過度保護，而應以角色即故事標準作為審查基準之見解。¹⁷⁸蓋清晰描繪標準往往將重心置於著作性審查而忽略近似性比對，已為反對者多所批評。然現實中，若兩造角色於外觀上並非全然相似，僅數項概念相仿（如兩造角色職業相同，故其工作服裝近似等）；採取抽象測試法的法院多僅以其所抽出之個別特徵進行比對，而未將兩造文本差異納入考量，可能反使原不應受著作權法保護之概念變相遭受壟斷。¹⁷⁹相對於此，角色即故事標準要求角色必須「構成文本自身」，等同要求法院須時刻注意角色與文本間連結，並迫使法院關注角色於整體文本中所佔份量，與傳統實質近似判斷「質」與「量」並重的原則較為貼近，不致產生如清晰描繪標準僅側重質性近似，而忽略量的差異所生之謬誤。¹⁸⁰

五、本文意見：清晰描繪標準亦可顧及角色與文本之連結

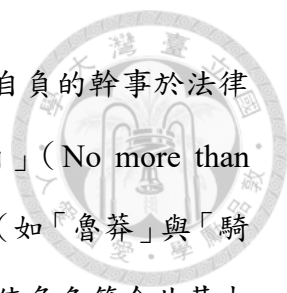
對此，本文雖理解論者對角色與文本間連結的關懷，亦贊同劇情對評估角色整體性格具相當重要性，惟對於採用清晰描繪標準是否即無法顧及此因素，則持保留態度。首先，清晰描繪標準雖未有明確審查項目，惟法院確已留意概念與表達間差異，並以劇情中具體「事件」作為其分野：Hand 法官於 *Nichols* 案中即曾提及過去作品中許多角色（如莎士比亞所創造之 Sir Toby Belch）以今日眼光相待確實可受

¹⁷⁷ *Supra note 3*, Feldman, David B., 694.

¹⁷⁸ 同註 42，戴士捷，頁 60。

¹⁷⁹ 同前註，頁 58-59。

¹⁸⁰ 同前註，頁 60-61。



著作權法保護，然此並不表示任何一名粗暴魯莽的騎士或虛榮自負的幹事於法律上皆得享有相同待遇，蓋其「不過為莎士比亞劇中之概念爾」(No more than Shakespeare's 'idea' in the play)。¹⁸¹由此可知，並非任何概念組合(如「魯莽」與「騎士」)皆能成為著作權法所保護之「角色」，重點仍然在於作者為使角色符合此基本設定所為具體努力(劇情描寫)。論者雖擔憂清晰描繪標準過度側重角色個別元素之檢驗，惟此乃法院論證分析之需求使然，如欲改善此情形應係強化法院說理義務而非否定清晰描繪標準。況且，縱係明確採取角色即故事標準之案件，法院亦未捨棄抽象測試法與二階段測試法，足見上述所憂並非改採角色即故事標準即可獲得解決。

再者，論者主張角色即故事標準較能顧及角色與文本之連結而更為全面，並認於比對角色侵權時應將文本情節納入考量範圍。本文不免懷疑若接納此主張，則作品侵權與角色侵權的差異性究竟何在？討論角色得否脫離作品而受單獨保護之必要性即係因作品劇情並非恆為侵權人所利用之標的。本文認為，文本於角色侵權案件中的重要性應係故事情節對角色所生影響，故文本應係用於輔助法院對角色印象之判讀。若已可自兩造文本判讀出各自角色特質，即應以此為侵權判斷的比較基礎，方能體現作品侵權與角色侵權間之差異。

最後，論者認為角色即故事標準對故事性的側重有助於改善清晰描繪標準使法院充當文評的現狀，本文仍認此乃對角色即故事標準過度樂觀之期待。¹⁸²誠如其所言，清晰描繪標準的適用造成法院對視覺外觀有所偏好乃因其對角色須具備「鮮明印象」的要求所致，並非法院有意偏袒具視覺外觀的角色。¹⁸³甚至可謂具視覺外觀者較文字型角色佔有優勢乃法理上對權利保護範圍明確性之要求使然。由此可見，清晰描繪標準本身未曾對文字型角色設有特殊限制，反倒係確立角色即故事標準的第九巡迴上訴法院於 *Air Pirates* 案中對文字型角色敵意盡顯。於法院已有意

¹⁸¹ Nichols v. Universal Pictures Corp., 45 F.2d 119, 121 (2d Cir. 1930).

¹⁸² 同註 42，戴士捷，頁 65。

¹⁸³ 同前註。

提高審查門檻之前提下，究有多少文字型角色可通過法院的「美學評判」，甚有疑問；遑論現實上確未見純文字型角色經角色即故事標準檢驗而承認其著作性之代表案例，論者亦未說明應如何克服此難題。因此，本文現階段仍認為清晰描繪標準應係相對合理之標準，而法院當務之急係對此標準的內涵有更多詮釋，而非繼續提高本即較其他作品有較高創作性要求之角色著作性審查基準，以免過早地將角色受保護之可能性排除於著作權法外。

第五項、特別識別性基準

一、特別識別性的起源：*Olson v. National Broadcasting Co.*

自 *Nichols* 案開啟關於虛擬角色獨立性之討論後，美國實務已大致同意角色應經作者充分發展（well developed）而形成其人格、堪認已被「清晰描繪」後，方具獨立性而得單獨成為著作權法所保護標的。即便係自行發展不同標準的第九巡迴上訴法院，於歷經 *Air Pirates* 案等修正後，亦基本同意「清晰描繪」係角色著作性的基本門檻。¹⁸⁴ 因此，於接納清晰描繪為創作性高度之要求後，對第九巡迴上訴法院而言，首要問題即法院應如何認定一角色已被「清晰描繪」。1988 年 *Olson v. National Broadcasting Co.*¹⁸⁵ 案所提出之「特別識別性」（especially distinctive）概念即為其產物，且自此對角色著作性的認定產生重要影響。

就「特別識別性」一詞的起源，有文獻表示其最早見於 *Warner* 案一審判決；地方法院以系爭角色具高知名度與識別性特徵為該角色受著作權法保護之依據，而有識別性一詞的出現。¹⁸⁶ 然而，法院並未特別說明知名度與識別性於著作權案件中為何具判斷上重要性，若僅自特別識別性一詞中「識別性」的用語以觀，似更近於商標法上概念。¹⁸⁷ 因此，文獻認為本案係美國法院漸將商標法理論融入著作權法

¹⁸⁴ 參前註 176。

¹⁸⁵ *Olson v. Nat'l Broad. Co.*, 855 F.2d 1446, 1452 (9th Cir. 1988).

¹⁸⁶ 同註 42，戴士捷，頁 27。

¹⁸⁷ 同前註。

角色著作性判斷之適例。¹⁸⁸惟因該一審判決僅以「角色具備識別性特徵」一筆帶過，並未有更詳細的詮釋，故此「識別性特徵」得否逕與商標法識別性作同一理解，不無疑問。¹⁸⁹

由於特別識別性於該案未獲明確定義，且 *Warner* 案上訴後，第九巡迴上訴法院旋即提出角色即故事標準，故特別識別性一詞於此雖見端倪，卻未獲重視。直至 1988 年的 *Olson* 案，第九巡迴上訴法院指出於 *Warner* 案後，實務見解多已接受特別識別性基準作為角色著作性之審理原則，並以 *Air Pirates*¹⁹⁰ 案作為理論支持，該見解方受矚目。然而，論者亦指出特別識別性基準雖因本案影響深遠，然其援為法理基礎的 *Warner* 案及 *Air Pirates* 案係以清晰描繪標準或角色即故事標準為角色著作性判斷依據，並未就特別識別性有所著墨，故特別識別性實為第九巡迴上訴法院於本案所新創之見解。¹⁹¹至 2003 年，該法院更於 *Rice v. Fox Broadcasting Co.*¹⁹² 案進一步指出，只需角色具特別識別性、或滿足角色即故事標準，即可享有著作權保護，使特別識別性基準成為與清晰描繪標準、角色即故事標準並列的著作性審查基準（見下圖六），而於第九巡迴上訴法院見解下與角色即故事標準處於二者擇一的選擇關係。¹⁹³

¹⁸⁸ 同前註，戴士捷，頁 28。

¹⁸⁹ 同前註。

¹⁹⁰ *Walt Disney Prods. v. Air Pirates*, 581 F.2d 751 (9th Cir. 1978).

¹⁹¹ 同註 187，戴士捷，頁 29。或可參註 2，Kathryn M. Foley，頁 931。

¹⁹² *Rice v. Fox Broadcasting Co.*, 330 F.3d 1170, 1175-76 (9th Cir.2003).

¹⁹³ *Supra note 21*, Foley, Kathryn M., 932.

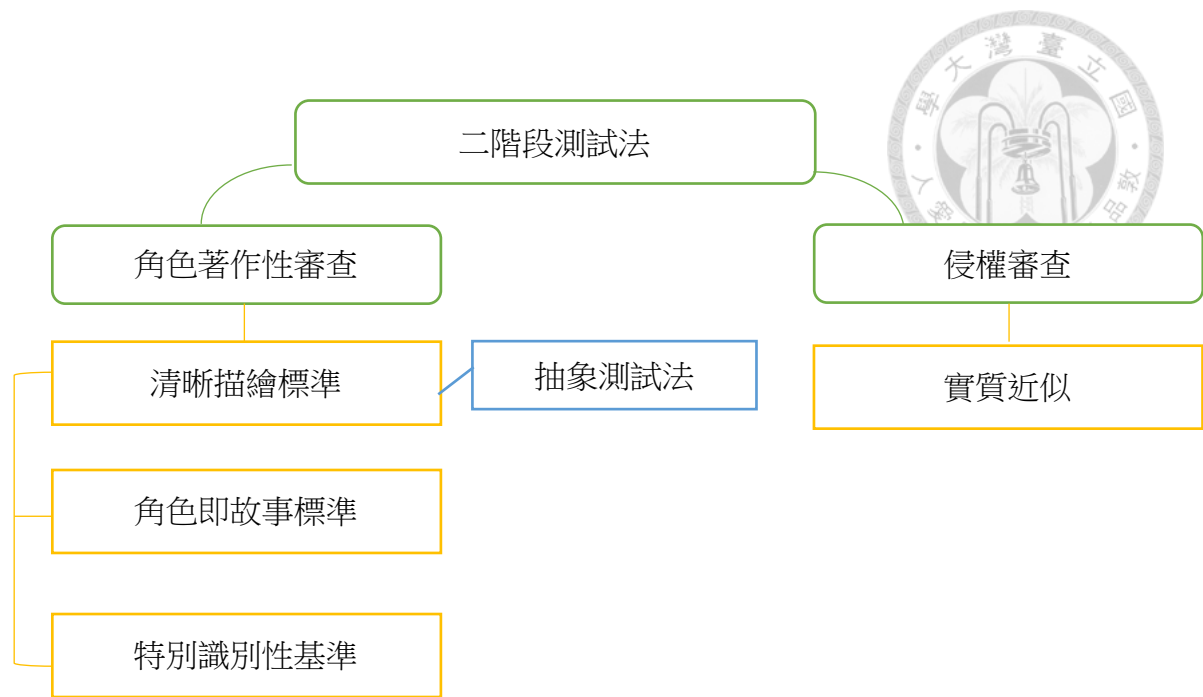


圖 6：特別識別性基準階層示意圖

二、橫跨不同作品之一致性表徵：*Walker v. Viacom Int'l, Inc.*


究竟何謂特別識別性？有論者認為，2010 年的 *Walker v. Viacom Int'l, Inc.*¹⁹⁴ 案或可提供指引。本案中，原被告皆使用以「海綿寶寶」為名的角色進行創作，原告主張被告電視節目角色「海綿寶寶」侵害其漫畫角色「海綿寶寶」的著作權。惟原告作品係一黑白漫畫，當中並未呈現「海綿寶寶」除外觀以外的人格特質，故法院僅得以其漫畫圖像為判斷依據。¹⁹⁵ 基此，法院於本案中表示倘虛擬角色欲受著作權法保護，該角色是否具備「一致性」識別特徵乃先決要件；由於原告角色於其另外發行之漫畫、玩偶與廣告中外型皆落差甚大，並無足以使人識別之一致性特徵而無法享有著作權保護，故判決原告敗訴。¹⁹⁶ 由是，所謂特別識別性似指虛擬角色是否具備當其登場時可隨即供人識別，並保持一致性之特徵。

儘管特別識別性概念隨 *Walker* 案的作成似漸有輪廓，惟其仍存有許多曖昧之處。首先，率先提出特別識別性概念的 *Olson* 案雖援引 *Warner* 案及 *Air Pirates* 案為其法理基礎，然既有許多文獻指出該二案皆未提及特別識別性基準，則法院為何

¹⁹⁴ *Walker v. Viacom Int'l, Inc.*, 362 F. App'x 858 (9th Cir. 2010).

¹⁹⁵ *Id.*, at 5.-6.

¹⁹⁶ *Id.*



堅持引用上述二案？本文認為此關聯性在於 *Air Pirates* 案對 *Warner* 案所為之修正。蓋 *Air Pirates* 案不僅表示具視覺外觀之角色無須以角色即故事標準作為門檻，更明示對外觀之侵權即屬抄襲。¹⁹⁷該判決雖亦指出法院可參考外貌以外因素為著作性判斷依據，惟視覺印象仍最為關鍵一事並未改變。因此，可謂 *Air Pirates* 案對「鮮明外觀」的要求即指該角色於視覺上必須使人留下深刻印象，此與 *Olson* 案所稱「足使人識別特徵」於概念上實屬異曲同工，故 *Olson* 案方以此為法理依據。另則，*Air Pirates* 案於支持 *Warner* 案見解的同時，亦開拓區別化保護之見解，故 *Air Pirates* 案本身亦可作為法院發展角色即故事標準以外理論之正當性依據。¹⁹⁸是以本文認為 *Olson* 案雖引用兩則判決，然對 *Warner* 案的援引僅再次表達對角色即故事標準的支持爾，真正得作為本案法理基礎者應係 *Air Pirates* 案之見解。

由此，本文認為特別識別性基準實乃第九巡迴上訴法院為避免推翻角色即故事標準，同時尋求較低創作性門檻之審查標準所提出的解方，堪認係第九巡迴上訴法院版本的另一「清晰描繪標準」。蓋於特別識別性基準下，法院所關注者為角色廣為人知且具一致性的特徵，此與清晰描繪標準重視角色應具鮮明印象，本質上屬相類似概念；況且，第九巡迴上訴法院一再於判決中使用「充分清晰之描繪」、「獨特之表達」等用語，顯見其雖不認同 *Nichols* 案對清晰描繪標準的模糊戰略，但仍大致同意以此作為虛擬角色著作性之門檻。¹⁹⁹因此，依本文觀察，特別識別性基準可認係第九巡迴上訴法院為充實清晰描繪標準的內涵所為之努力。

三、三階段測試法：*DC Comics v. Towle*

(一) 案例事實

歷經上述案件後，特別識別性基準於第九巡迴上訴法院案件的重要性與日俱增。至 2015 年，第九巡迴上訴法院於 *DC Comics v. Towle*²⁰⁰案所示見解為角色著作性議題再次投下震撼彈。

¹⁹⁷ 請參本文對 *Air Pirates* 案的整理，頁 56-58。

¹⁹⁸ 同前註。

¹⁹⁹ 請見下文 *DC Comics v. Towle* 案的統整。

²⁰⁰ *DC Comics v. Towle*, 802 F.3d 1012 (9th Cir. 2015).

Towle 案之案例事實為被告 Mark Towle 自行製造並販售蝙蝠俠 1966 年電視劇版與 1989 年電影版中所出現之「蝙蝠車」模型，而遭原告 DC Comics 提起侵權訴訟；被告雖自認其未曾取得原告授權，惟否認原告得就蝙蝠車主張享有著作權之保障。²⁰¹對此，本案法院以 *Air Pirates* 案為法理基礎，並援引該法院於 2008 年 *Halicki Films, LLC v. Sanderson Sales & Mktg.*²⁰² 案所示見解，認為本案原告著作權保護範圍不僅及於蝙蝠俠原作，尚及於原作中具「充分識別性」(sufficiently distinctive) 之部分，而所謂充分識別係指該角色須達至「充分清晰描繪」(sufficiently delineated) 且具「廣為人知之一致識別性特徵」始足當之。²⁰³

為檢驗原告角色識別性之存否，法院提出「三階段測試法」(three-part test)，認為應依序檢驗如下三要件：1. 角色描繪應具實體與思想概念上之品質 (physical as well as conceptual qualities)，且視覺外觀有助於通過此要件之審查²⁰⁴、2. 角色須經充分清晰之描繪，無論該角色於何時、何地登場，皆應具足資識別之特徵²⁰⁵ 及 3. 角色須具備特別識別性 (especially distinctive) 並包含獨特之表達 (contain some unique elements of expression)，而非符合大眾刻板印象之定型角色 (stock character)。²⁰⁶倘若原告角色符合上述三點，即認應其享有角色著作權並受獨立之保護。

本案中，由於系爭蝙蝠車具視覺外觀，兩造並未爭執其就第一要件之適格性。惟被告抗辯原告的蝙蝠車於故事中多次改變造型，時而變形為飛彈 (batmissile) 或坦克車之型態，而不見其著名蝙蝠車外觀，故未具備一致且可供識別之特徵而無法通過第二要件之檢驗。²⁰⁷然而，本案重要處即在於法院強調一時性的外觀改變並不影響角色一致性。本案中，蝙蝠車外型之變化無異於人物隨不同場景更換服裝造型，並不因此改變該角色的識別特徵，只需蝙蝠車持續於劇中作為蝙蝠俠打擊犯罪

²⁰¹ 參註 42，戴士捷，頁 32。

²⁰² *Halicki Films, LLC v. Sanderson Sales & Mktg.*, 547 F.3d 1213, 1224 (9th Cir.2008).

²⁰³ *DC Comics v. Towle*, 802 F.3d 1012,1019 (9th Cir. 2015).

²⁰⁴ *Id.* 翻譯參考同註 200，戴士捷。

²⁰⁵ *Id.*

²⁰⁶ *Id.*, at 1019-1020.

²⁰⁷ *Id.*, at 1021.

所用之戰鬥工具，則其內在一致性依舊存在。²⁰⁸又因蝙蝠車並非定型角色，應可通過三階段測試法檢驗而為著作權法保護標的。

嗣後，本案被告復抗辯原告 DC Comics 不具當事人適格，蓋其所擁有之著作權為蝙蝠俠漫畫之著作權，並非 1966 年電視劇與 1989 年電影版蝙蝠俠之著作權，惟此抗辯亦不為法院所採。法院認為，任何未經授權的衍生創作行為皆屬對原作者著作權之侵害，因其創作過程必然運用原作要素，不因被告改作對象係原作或原作之衍生著作而有不同，故被告行為確實侵害原告著作權。²⁰⁹此見解意味著虛擬角色原作者今後將可保有對後續所有改編品質控管之權利，實具重要性。

(二) *Towle* 案審理重心：三階段測試法與內在一致性

Towle 案見解對角色著作性議題而言可謂於各方面皆具重大意義。首先，打破過往清晰描繪標準門檻模糊之現狀，其率先提出一審查步驟明確的測試法，並對所謂特別識別性有更確實的定義，對於法院日後適用該標準應具正面意義。自法院於本案所提出三要件可知，三階段測試法實為角色著作性判決先例之集大成。首先，其第一要件強調角色應具備「實體與概念上之品質」，雖未明言此品質所指為何，惟法院既強調視覺外觀有助於此要件之判讀即不難聯想其意在呼應 *Air Pirates* 案對視覺外觀採取寬鬆審查與區別化保護之見解。²¹⁰其次，第二要件審查用語保留「充分清晰之描繪」、「足資識別之特徵」，一則肯定清晰描繪為角色創作性之共通門檻，另則結合特別識別性基準對足以使人辨別之特徵的要求。²¹¹最後，第三要件則謂角色除特別識別性外，尚應包含「獨特之表達」，法院雖未明確表示應對此獨特性做何理解，亦未特別說明其與第二要件之特別識別性特徵有何不同；惟自後續適用三階段測試法的案件中認為，第三要件係指角色之識別性特徵不得源於刻板印象或定型角色之概念，應可認此第三要件僅指原告角色必須遵守必要場景原則之消極

²⁰⁸ *Id.*

²⁰⁹ 參註 42，戴士捷，頁 33。

²¹⁰ *DC Comics v. Towle*, 802 F.3d 1012,1019 (9th Cir. 2015); *Walt Disney Prods. v. Air Pirates*, 581 F.2d 751 (9th Cir. 1978).

²¹¹ *DC Comics v. Towle*, 802 F.3d 1012,1019 (9th Cir. 2015).

要件爾。²¹²國內文獻亦有指出三階段測試法將「思想概念上品質」與「特別識別性」結合，實為融合清晰描繪標準與特別識別性基準之判斷體系。²¹³然應強調者為，*Towle* 案測試法雖被稱為「三階段測試法」，然其三要件皆為判斷角色著作性所設，與侵權判斷無涉，故其與 *Nichols* 案所提出之二階段測試法並不相同，毋寧係二階段測試法體系下，第一階段「著作性」要件審查的具體方法之一，本文將整體架構製成圖七供讀者參考。

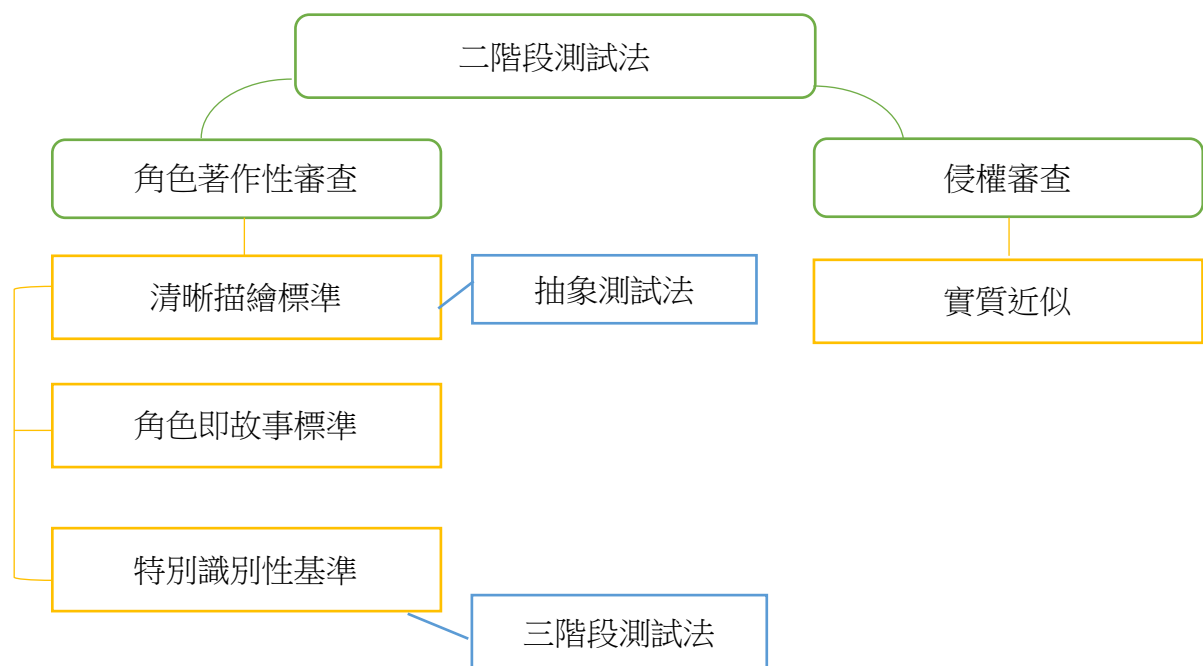


圖 7：三階段測試法階層示意圖

(三) 角色附隨物品的保護

Towle 案另一引起學界關注者係將對虛擬角色的保護範圍擴張至保護特定角色之附隨物品。蓋本案事實雖涉及蝙蝠俠周邊產品的製作，惟系爭角色實非蝙蝠俠本人，而係供蝙蝠俠日常駕駛與戰鬥使用之蝙蝠車；嚴格而言並非角色，而係附隨於角色（蝙蝠俠）之物品。論者特別強調「角色附隨物品」與「非人物角色」並不相同：非人物角色即使外觀上以道具或動、植物型態呈現，其仍具人格及情感變化

²¹² *Id.*, at 1020; *Daniels v. The Walt Disney Co.*, 958 F.3d 767 (9th Cir, 2020).

²¹³ 同註 208。

(即所謂擬人化)等虛擬角色必須具備之性格特質²¹⁴，而為推展故事的角色之一；然而，角色附隨物品通常不具備人格特質，無從塑造其性格，並不符合虛擬角色的定義。因此，倘若將虛擬角色的保護擴張至保護其附隨物品，恐將使權利範圍漫無邊際。²¹⁵

對此，本文認為其批評雖不無道理，然於前述案中，若不採法院將保護範圍擴張至角色附隨物品之見解，是否即等同默許被告擅自重製、改作他人作品為玩具進而為商業銷售之行為，似不無疑問。²¹⁶*Towle* 案法院強調虛擬角色是否被完整發展應關注於其「內在一致性」而非固守外觀一致性的見解實屬正確而應予贊同。蓋隨故事篇幅增長，角色越可能產生外貌、性格上變化，若法院得藉由劇情脈絡確認其同一性，自應一同予以保護。至虛擬角色保護範圍於本案後是否將被不當擴張，則應再行觀察。然整體而言，本文認為 *Towle* 案對於釐清虛擬角色的保護範圍仍具正面作用。至少對於採取清晰描繪標準或特別識別性基準的法院而言，今後應有一步驟相對明確的審查方法可供遵循，亦可一定程度緩解下級審對巡迴上訴法院審級見解不一的焦慮。

第六項、實務近期發展：以巡迴上訴法院判決為例

至此，本文已大致將美國法院自 *Nichols* 案以降對虛擬角色著作性之見解說明完畢。由於美國實務審理此議題時，確有將著作性與侵權判斷並置、甚至偶有混淆的現象出現，故本文亦無法將二者完全分離。惟大抵而言，上述各項理論仍係針對著作性所設計，反而於侵權審查階段，多維持傳統實質近似之各主、客觀標準。為求對實務運作情形有更多理解，下文欲接續探討者為美國法院於 2015 年後就涉及虛擬角色侵害之個案所示見解。之所以針對 2015 年後的判決，係因本文回顧近期文獻時發現，其所收錄、分析的判決時間點多為 2015 年前，迄今亦已逾七年；本

²¹⁴ 關於虛擬角色的定義，請參本文註 17。

²¹⁵ 同註 42，戴士捷，頁 34。

²¹⁶ 當然，由於本案被告行為係周邊商品的製作，如認認蝙蝠車外觀仍屬於美術著作而僅就其視覺外觀的重製一事給予著作權保護，亦不失為一種論述途徑。

文遂以該年為界，整理後續新增判決中對角色著作性與侵權判斷之論述；又因角色著作性議題尚未見有聯邦最高法院判決，故本文將聚焦於聯邦巡迴上訴法院案件，依序介紹案例事實、一審見解、上訴審見解與本文意見，期望能為讀者說明美國實務近年來就「保護角色事蹟」以及「排除不受保護要素」的具體做法，以作為我國實務將來之參考。²¹⁷

一、電玩遊戲故事大綱的著作性：*Abdin v. CBS Broadcasting, Inc.*

(一) 背景事實

2020年，*Abdin v. CBS Broadcasting, Inc.*²¹⁸案由曾經作成*Nichols*案判決之第二巡迴上訴法院審理。本案事實係上訴人（原告）Anas Osama Ibrahim Abdin主張被告CBS公司所製作科幻影集《星艦迷航記：發現號》（*Star Trek: Discovery*）抄襲（copy）其未上市電玩遊戲「電玩」（“Videogame”）中的非人物角色「水熊蟲（Tardigrade，現實存在之微生物）」及其他若干角色；且兩造作品於劇情基調和整體觀感上均構成實質近似而侵害原告作品及角色著作權。²¹⁹然而，一審法院以下列三點駁回原告主張：首先，兩造角色雖確有八條短腿、O型嘴及可於太空環境生存等特徵重疊，惟此乃現實中水熊蟲之生物特徵，原告不得就科學事實（scientific fact）主張享有著作權，故此部分不應受保護。²²⁰其次，原告作品的其他角色目前僅有人物設定且均為一般性描述（generalized descriptions），是應以必要場景原則排除其著作性。²²¹最後，一審法院指出傳統實質近似判斷的主觀標準固以平均觀察者

²¹⁷ 本文係於Lexis資料庫中，以「story、character、copyrightability」及清晰描繪標準、角色即故事標準等關鍵字，依資料新舊與審級歸類搜尋相關案件，最後搜尋時間為2021年12月，如有遺漏2022年後之最新判決，尚祈見諒。

²¹⁸ *Abdin v. CBS Broadcasting Inc., et al.*, 971 F.3d 57 (2d Cir. 2020).

²¹⁹ *Id.*, p.4. 本文引註頁數係參自第二巡迴上訴法院網站所提供之公開版判決，docket number: 19-3160-cv。

²²⁰ *Id.*, p.18. 上訴法院另有篇幅詳細論述科學研究中水熊蟲已被證實的生物性特徵包含耐熱、抗寒、可於真空狀態生活等等，故原告自稱其對水熊蟲所作設定之描述實際上皆為已經科學證實的事實或發現，無法成為著作權法保護之標的，見同註，頁5-7。

²²¹ *Id.* 本案的特殊性在於原告並未實際發行該電玩遊戲，而係先將該電玩設計理念拍成宣傳片置於各大社群網站上，隨後即無聲無息長達兩年。直到被告影集正式上映後隔年，原告方以此電玩的人物設定、劇本大綱及細節插畫等為一「精選集（distillation）」向美國著作權室申請註冊為著作權登記並據而起訴，見同註，頁9-10。因此，原告敗訴主因之一即係由於被告角色實已透過影集發展得相當完備，反觀原告角色皆尚處於紙上談兵階段，根本不具獨立性之故，詳後述。

(ordinary observer) 為原則，惟因本件原告著作同時具備於著作權法上可受保護與不受保護之元素，故應採較嚴格之「敏銳觀察者」(more discerning observer) 標準，以觀察其整體觀念集感覺；最終並認為兩造角色並無觀感上近似性，而駁回原告之訴。²²²

(二) 上訴法院見解：故事大綱與人物設定近似不構成侵權

由於原告於上訴後仍無法舉證其著作中可受保護之表達與被告角色間存在實質近似，故第二巡迴上訴法院仍維持原告敗訴之結果。²²³與原審採取敏銳觀察者測試的觀點相近，上訴法院強調，僅於剔除所有不受保護元素並確立原告著作可受保護之範圍；且兩造著作間的實質近似確實存於此可受保護元素(protectible elements)間時，始能認定被告行為構成侵權。²²⁴ 本文中，原告所主張角色特徵多為真實世界水熊蟲之生物性特徵，即便原告將水熊蟲可於真空狀態下「存活」(survive)之能力延伸為可於真空狀態之太空中「旅行」(travel)，此變動仍僅為概念之延伸，屬於對科學事實的一般性表達，並非著作權法所保障之範圍。²²⁵ 正如美國歷史上著名之「興登堡號空難」因係歷史事實，縱有創作者以該空難肇因於員工疏失為發想進行創作，該設定亦純屬作者對歷史事實之解讀，而不在著作權法保護之列。²²⁶

其次，第二巡迴上訴法院指出過去已有 *Alexander v. Murdoch* 等案表明角色之性別、髮色、甚至行為模式(mannerisms) 近似皆非著作權法所定義的侵權。²²⁷ 本文中，兩造角色間確實共享某些外觀特徵，惟與此同時，兩造角色與各自作品中其他角色間互動關係卻存在數項重大差異(significant differences)，例如：相較於「電玩」中水熊蟲僅為主角群的無名駝獸；《發現號》之水熊蟲顯然居於劇情重要地位，其不僅被冠以開膛手(Ripper)之名，更有事件鋪陳該名稱由來係因主角群與水熊蟲初見時見其不分敵我地殺害數人所致；然隨故事轉折，主角群察覺 Ripper 殺人

²²² *Id.*

²²³ *Id.*, p.4.

²²⁴ *Id.*, p.38.

²²⁵ *Id.*, p.23-24.

²²⁶ *Id.*, p.24.

²²⁷ *Id.*, p.33-34.

僅出於自衛，且 Ripper 具感官及自我意志，足見兩造角色間存在重大差異，並不構成實質近似。²²⁸

最後，自整體觀念及感覺測試法（total concept and feel）的角度而言，法院亦否認二者有成立侵權之可能。²²⁹蓋《發現號》屬《星艦迷航記》第七部續作（劇情為前傳性質），其整體延續該系列作品基調、大量運用原作既存角色與故事背景，並訴諸同一世界觀，包含星際聯邦（the Federation）與克林貢帝國（Klingon）間無止盡的戰爭。²³⁰因此，不僅《發現號》主角 Burnham 本身即出自前作，自 Burnham 與其養父間互動更可看出上述種族矛盾問題。²³¹相對地，「電玩」係精選集（distillation）類型著作，除人物概略設定、故事背景、劇情大綱外，難以確知其整體感覺為何，更與《發現號》設定存在相當差異，無成立侵權之可能。²³²

（三）本文意見

Abdin 案可謂係典型「設定集」難以作為角色著作性判斷依據之案例。蓋本案原告據以主張侵權的作品「電玩」（videogame）本身並未經正式發行，而係原告構思正式遊戲的「雛形」，雖經廣告短片等宣傳並以「精選集」（distillation）類別向美國著作權室登記在案，惟對白等劇情上細節仍待開發。²³³因此，原告所稱遊戲著作「電玩」實際上根本尚未完成，其所享有著作權至多僅為「電玩」背景、人物基本設定之整編爾。法院遂透過本案重申思想與表達區分與必要場景原則之重要性，指出生物性特徵、科學事實或歷史事實，本屬公共領域得自由取用的知識或見聞；即便創作者基於該事實提出自身詮釋，仍屬對該事實之一般性表達，不得以此主張著作權保護。²³⁴

此外，角色的外觀特徵（服裝、髮型、性別等）或人物背景（如職業、成長經

²²⁸ *Id.*, p.25-28.

²²⁹ *Id.*, p.35.

²³⁰ *Id.*

²³¹ *Id.*, p.36.

²³² *Id.*, p.36.

²³³ 參註 219。

²³⁴ 同註 224。

歷等)雖係其組成元素,然個別特徵如髮色、傷疤等縱使別具特色,仍僅屬概念而非表達,於欠缺劇情發展前提下並不能單獨作為著作權法保護標的,亦已有前例在案。²³⁵由於近日作品產出速度已今非昔比,享有相似外觀特徵的角色數量勢必逐漸增加,若僅憑特定外觀特徵即欲證立角色著作性,極有可能造成特定概念之壟斷。因此,角色雛形範圍勢必將逐漸擴大,而作者需更加重視具體塑造過程,避免僅於設定集紙上談兵,方為長久之計。²³⁶

尚值注意者為,第九巡迴上訴法院於本案例中對被告角色著作性之分析。儘管基於被告作品之創作性與侵權成立與否無涉之法理²³⁷,被告角色是否具著作性通常並非法院所重視的考量因素。然而,由於與被告角色特徵之比對乃證立虛擬角色侵權之必經途徑,法院於審理原告角色著作性時同步處理被告角色著作性者亦屬常見,本案即為適例。而本案獨特之處在於,不同前述多數案件通常係片面抄襲原告角色,本案例中,被告角色方為法院所認定達到相當創作性高度而具獨立價值者;且法院接受被告以其同一系列中,不同作品的劇情描寫作為續作角色人格特質的建構基礎。²³⁸此見解一出,將為後續案件中,續集角色援用前作人格特質作為角色發展性之佐證提供正當性基礎,對於如何評估系列作品中同一角色的整體性格,應有重要意義。²³⁹

最後,有別於前述各案就虛擬角色侵權議題多遵循傳統實質近似審查,以「平均觀察者」(ordinary observer)為主觀標準,本案法院指出當系爭角色同時包含可受保護與不受保護之元素時,法院應以較嚴格之敏銳觀察者標準(discerning observer)篩選出該角色真正應受保護的表達,以免著作權保護範圍被不當擴張。²⁴⁰由於虛擬角色通常皆符合「同時包含可受保護與不受保護之元素」此一要件,近

²³⁵ 同註 226。

²³⁶ 參註 42,戴士捷,頁 44。

²³⁷ See Atari, Inc. v. N. Am. Philips Consumer Elecs. Corp., 672 F.2d 607, 619 (7th Cir 1982).

²³⁸ 參註 229。

²³⁹ 惟本文認為,以前作劇情對角色的人格描寫佐證該角色可著作性,並不同於賦予該角色跨越作品幅度的著作權,應予指明。

²⁴⁰ 同註 221。



期案件常以此作為實質近似判斷之主觀標準，將來是否成為審理虛擬角色案件的主流看法，尚值關注。

二、情緒、色彩擬人化角色之著作權：*Daniels v. The Walt Disney Co.*

(一) 案例事實

2020年3月，曾對虛擬角色議題多次發表重要見解的第九聯邦巡迴上訴法院再次作成 *Daniels v. The Walt Disney Co.*²⁴¹案，為卡通作品中常見的「情緒擬人化」、「色彩擬人化」主題於著作權法上的定位作出重要詮釋。由於本案係該法院於 *Towle* 案後首度面臨角色著作性相關案件，故其判決理由不僅以 *Towle* 案見解為援引之判例基礎，更將原告角色經三階段測試法審查之檢驗結果與 *Towle* 案蝙蝠車案例的分析結果進行比較，有助於進一步理解該測試法的判斷方式與審查門檻。²⁴²

本案案例事實係原告 Denise Daniels 主張被告迪士尼公司所製作電影《腦筋急轉彎》(*Inside Out*) 中象徵人類情緒之五名角色侵害其先前所作五名人類情緒擬人化角色 Moodsters 的著作權。原告表示，Moodsters 強調色彩與情緒間連結，由代表愛（粉色）、快樂（黃色）、悲傷（藍色）、憤怒（紅色）及恐懼（綠色）等五名角色所組成。²⁴³原告早於 2005 年及 2007 年間即曾發行 Moodsters 人物公式書與試播短片，並積極尋求商業化可能而與被告迪士尼公司數名員工進行接洽。²⁴⁴儘管迪士尼公司曾派遣高層與之商談，結果卻不了了之。但料被告竟於 2015 年推出同樣以人類情緒擬人化且具鮮豔色彩之角色為主題的《腦筋急轉彎》電影，遂尋求訴訟救濟。²⁴⁵然而，一審法院認定原告無法證明其 Moodsters 角色符合特別識別性基準，故為原告敗訴之判決，全案從而上訴至第九聯邦巡迴上訴法院。

2. 上訴法院見解：情緒與色彩之連結屬概念而非表達

本案中，第九巡迴上訴法院重申美國法對角色的視覺外觀提供著作權保障之


²⁴¹ *Daniels v. The Walt Disney Co.*, 958 F.3d 767 (9th Cir, 2020).

²⁴² *Id.*, p.3. 本文引註頁數參照第九巡迴上訴法院網站所提供之公開版判決，docket number: 18-55635。

²⁴³ *Id.*, p.4.

²⁴⁴ *Id.*, p.5.

²⁴⁵ *Id.*, p.6.



悠久歷史，並以三階段測試法逐一檢視 Moodsters 角色著作性，最終維持一審判決，否認原告角色的著作性。如前所述，三階段測試法係指欲主張獨立著作權之角色須依序滿足：(1)具外觀或概念上一定品質 (physically as well as conceptual qualities)、(2)充分描繪至該角色於任何場合登場皆可被認知係同一角色 (sufficiently delineated to be recognizable as the same character whenever it appears)，並具備一致且可供識別之角色特質 (consistent, identifiable character traits and attributes) 以及 (3)角色應與眾不同且包含獨特之表達成分 (especially distinctive and contains some unique elements of expression)。²⁴⁶由於原告角色 Moodsters 確具物理上外觀，而非僅為文字描述，故被告並未爭執原告角色符合第一要件，法院遂逕為第二要件審查。²⁴⁷

然而，第九巡迴上訴法院指出，第二要件正係原告角色取得著作權保障的最大阻礙。蓋欲滿足第二要件，虛擬角色須具備「無論何時何地，一旦出場即可使人辨認」的一致性特徵；僅管 *Towle* 案已明示此一致性特徵無需拘泥於外觀上一致，但角色仍須展現出跨越不同作品的共同特質。²⁴⁸本案原告雖主張 Moodsters 以特定顏色與特定情緒進行連結為其特徵所在，惟法院認此僅屬概念之結合而非表達，若對此提供保護將有違思想與表達區分原則故駁回此主張。蓋顏色與情緒間之對應關係不僅於色彩心理學上廣為人知，更係兒童用書常見素材，顯非原告所獨創。²⁴⁹倘若 Moodsters 別無其餘任何獨創元素，即無從通過第二要件測試。

為顯示本案遵從 *Towle* 案所示外觀一致性與內在一致性並重之見解，法院就外觀一致性亦有所討論。法院表示，Moodsters 五名角色於 2005 年公式書 (Moodsters Bible) 及 2007 年版試播短片中皆呈現昆蟲外觀、骨感身軀、長耳，且具備對強烈情緒產生反應之「情感天線」觸角；然至第二代玩具發售時，Moodsters 外觀卻變為絨毛玩具熊，如此變化難謂細微又無前因後果，甚難被認知係同一角色，故法院

²⁴⁶ DC Comics v. Towle, 802 F.3d 1012,1019-1021 (9th Cir. 2015).

²⁴⁷ *Supra* note 242, p.7.

²⁴⁸ *Id.*, p.6-7.

²⁴⁹ *Id.*, p.8.

認為 Moodsters 並不具外觀一致性。²⁵⁰

即使忽略此外觀上差異，Moodsters 仍欠缺性格特質等內在上一致性而難以通過此要件測試。法院以象徵快樂的 Zip 為例：Zip 於 2005 年公式書中被形容為笑聲感染力極強、每天都以微笑迎接世界的樂天派，然上述描寫卻未見於後續任何作品當中。Moodsters 欠缺一致性的事實更可自其無特定名稱得知：如象徵憤怒的角色 Roary，此乃其於 2005 年公式書上所載名稱；惟至 2007 年短片發行時，該角色卻更名為 Rizzi；再到 2015 年 Moodsters 玩具發行時，憤怒又改以 Razzy 為名，且其他四名角色皆有類似情形。基此，原告宣稱為同一角色之人物不僅欠缺外觀一致性與性格塑造過程，更無可供識別的一致名稱，足見其根本未有將 Moodsters 旗下人物作為特定角色充分發展之意圖。²⁵¹

最後，法院強調即使進入第三要件測試，Moodsters 仍不具備可著作性。蓋第三要件係角色須「非常與眾不同」(especially distinctive) 且包含某程度獨特之表達。然而，原告於訴訟過程中唯一反覆主張的獨特性乃情感與色彩間的連結，已遭法院認定非屬表達之元素，足以說明 Moodsters 相較於其他角色並無明顯區別之處。²⁵² 法院並以 *Towle* 案中蝙蝠車的特殊性進行比較：蝙蝠車自 1966 年起即於蝙蝠俠各作中始終扮演「打擊犯罪的車輛」此一角色；即使車身外觀有所變化，然其自始至終皆配備噴射引擎、最先進兵器，且具備遠勝一般車輛的動力與偵測能力，證明其有超越作品限制的一致性特徵；此外，蝙蝠車始終有「蝙蝠車」(Batmobile) 此一獨特且可供識別之名稱，亦與 Moodsters 的情形兩不相同。²⁵³ 基於上述理由，原告角色無法滿足特別識別性基準而不得享有獨立著作權保障，被告行為自無侵害原告著作權之可能。


(三) 上訴法院見解：特別識別性基準與角色即故事標準皆為著作性審查標準

²⁵⁰ *Id.*, p.9.

²⁵¹ *Id.*, p.10.

²⁵² *Id.*, p.11.

²⁵³ *Id.*, p.11-12. 法院對第三要件的論證其實並不清晰，僅略提及名稱一致性的問題就匆匆帶過，此或由於第二要件與第三要件確有某程度相似性所致；原告角色既顯無法滿足第二要件，自無需詳細檢視是否可通過第三要件之審查。



值得注意者，由於本案原審曾於判決中表示 *Towle* 案所示特別識別性基準為角色著作性審查之唯一標準，第九巡迴上訴法院特於判決理由中駁斥此見解。²⁵⁴ 上訴法院強調無論角色是否具視覺外觀，若能滿足角色即故事標準，皆得享有著作權保護，再次重申 *Air Pirates* 案區別審查標準之見解。²⁵⁵ 儘管法院亦認同角色即故事標準係相當高門檻之測試，幾乎將劇情作品視同對該角色之研究 (a character study)，惟該法院既未曾推翻角色即故事標準，*Warner* 案自仍為有效見解。²⁵⁶ 本案中，原告角色既難符合特別識別性基準，自更無可能循此途徑獲得保護。故原告雖主張 *Moodsters* 五名角色整體等同該故事本身，其應可就「*Moodsters*」整體享有一著作權，法院仍認為 *Moodsters* 無法滿足此標準對角色獨特性與發展性之要求而否定此主張，並維持原告敗訴之判決。²⁵⁷

(四) 本文意見

本案除深入檢驗特別識別性基準各項要件，並明示三階段測試法的審查有其順序性，更重申角色即故事標準及特別識別性基準對虛擬角色而言係擇一滿足的測試法，對釐清第九巡迴上訴法院之審查脈絡應有所助益。儘管自三階段測試法第一要件的要求可知第九巡迴上訴法院仍重視視覺外觀的有無，且實質否定純文字型角色的著作性²⁵⁸，然其於本案指出角色性格之複雜性 (sophistication) 亦可作為一種「一致性特徵」而為著作性判斷之基礎，仍值贊同。²⁵⁹ 足見所謂角色應具鮮明印象並不等同角色的性格必須「扁平」或不得自相矛盾，應可相當程度緩解前述憂慮。

260

²⁵⁴ *Id.*, p.12.

²⁵⁵ *Id.*, p.12-13.


²⁵⁶ *Id.*

²⁵⁷ *Id.*, p.13.

²⁵⁸ 縱使法院於本案例中再次強調無論角色是否具視覺外觀，皆得適用角色即故事標準，然角色若具備視覺外觀，自可透過門檻較低的三階段測試法取得著作性；因此，角色即故事標準設下的高門檻實僅針對文字型角色而來。然而，對小說角色而言欲符合角色即故事標準的要求是如何昧於現實，本文前已敘及，參本文頁 55-58；遑論「小說」此種創作體裁本身即幾無可能只存在一名角色，故本文認為第九巡迴上訴法院此舉僅不欲直面其拒絕承認小說角色之著作性的態度爾。

²⁵⁹ *Supra* note 256, p.8.

²⁶⁰ 關於圓形與扁平角色之爭論，參本文頁 43-45。



本案另一特殊之處為原告的最後主張，其認為縱使個別角色無法滿足角色即故事標準，惟各該角色既具備共通特質，法院即應將其視為一整體而為評價並據以判斷其著作性。儘管乍聽不過係原告對本案敗訴結果的最後掙扎，惟本文認此主張確有討論價值。申言之，Moodsters 五名角色雖各自象徵一種情緒而有其獨立性，然唯有五種情緒皆備時，其整體方能構成完整人類情緒。正如同《腦筋急轉彎》五名角色係生活於一位小女孩體內²⁶¹，若 Moodsters 亦具類似情節，則原告此主張似非全無理由。然而，Moodsters 所遭遇的真正難題在於原告所選五種情緒（愛、快樂、悲傷、憤怒、恐懼）實乃人類最基本的喜怒哀樂，其選擇、編排難謂具獨特性而隱含作者創意。單憑此五種情緒恐怕亦不足以反應人類所有情緒，故原告必須有其他理由說服法院其選擇具有實質意義，否則難以說明 Moodsters 必須被整體看待的正當性。且正如法院所言，顏色與情緒間的連結早為各方產業所廣泛運用且有心理學等理論基礎支撐，是原告仍應將心力投入於故事具體描繪，而非欲就科學上事實尋求保護。

最後，法院曾於判決中強調原告於 2005 年發行的公式書及 2007 年上架的短片本身皆享有著作權；本案敗訴原因係原告雖主張被告所侵害者為其角色，卻無法就其角色著作性為有效舉證所致，再次呼應作品著作權與角色著作權間的不同以及正視角色著作權的必要性。²⁶²

三、教科書角色之著作權：*Shull v. TBTF Productions*


（一）案例事實

2021 年 7 月，第二巡迴上訴法院既 *Abdin* 案後作成 *Shull v. TBTF Productions*²⁶³ 案，係本文撰寫論文時點所能尋得與虛擬角色議題相關之最新判決。本案原告 Denise K. Shull 為美國華爾街知名避險基金顧問，透過結合其神經心理分析、神經經濟學及現代心理分析專業為顧客提供服務，並出版《商場心理戰》（*Market Mind*

²⁶¹ Pixiv, Inside Out US Teaser Trailer, in: https://www.youtube.com/watch?v=1t0A_tZGrYw (last visited: 06/09/2022).

²⁶² *Supra note* 258, p.15.

²⁶³ *Shull v. TBTF Prods.*, 2021 U.S. App. LEXIS 21220 (2d Cir., 2021).



Games) 一書，以相當於自身虛擬人格之 Denise Shull 及數名配角，輔以各種商場模擬情境說明其主要理論及觀點提供教學。²⁶⁴然而，原告認為被告公司影集《金融戰爭》(*Billions*) 抄襲其書中情節，且被告影集主要人物 Wendy 與原告故事主角 Denise 間構成實質近似，遂對被告提起侵權訴訟。本案中，原、被告分別主張敏銳觀察者測試法 (*discerning observer test*) 及質與量綜合判斷法 (*quantitative and qualitative approach*) 作為實質近似判斷基準。由於原告書中包含不受保護之思想成分且難以與著作具原創性部分切割，法院承襲 *Abdin* 案見解認採敏銳觀察者測試法有其合理性；惟質與量綜合判斷法允許法院衡量各因素以做成最後判斷，故該主張亦屬可採。²⁶⁵因此，法院兼採兩種侵權審查標準進行本案分析，惟二者結果皆顯示兩造故事與角色間欠缺實質近似，故最終判決原告敗訴。

(二) 侵權審查標準：整體感覺測試法 (客觀) 與敏銳觀察者測試法 (主觀)

首先，法院表示敏銳觀察者測試法實為整體觀念及感覺測試法 (*total concept and feel*) 中相對平均觀察者較為嚴格之主觀標準：當系爭著作包含不具原創性之成分時，法院須採較高主觀標準，以分辨著作中真正屬創作者原創之部分，並確保被告所利用者確係該原創成分，而非不受保護之公眾領域，以辨明著作權保護範圍。本案中，原告《商場心理戰》一書屬學術性質著作 (*an academic work*)，此雖不妨礙該書享有著作權之地位，惟因書中角色僅係幫助讀者了解原告所欲傳授之知識；此與被告作品屬電視影集，為金錢、權力、性愛三種慾望交纏的典型戲劇有本質上不同。因此，二作品間的整體氛圍顯然不具近似性；是依整體感覺測試法無法認定被告行為成立侵權。²⁶⁶

(三) 侵權審查標準：質與量綜合判斷法

原告另主張應以質與量綜合判斷法檢驗兩作品近似性，法院遂將系爭標的拆解為數個部分進行分析。其中，最重要者即兩部作品女主角 Denise Shull 和 Wendy

²⁶⁴ *Shull v. TBTF Prods.*, 2019 U.S. Dist. LEXIS 174833,1, 2 (S.D.N.Y., 2019).

²⁶⁵ *Id.*, at 22.

²⁶⁶ *Id.*, at 27-29.

間之相似性。原告主張其《商場心理戰》主角 Denise Shull（即該書創作者 Shull 之化身）與被告影集主要女性角色 Wendy 皆係提供男性基金投資人情緒控管建議之女性顧問，並否認 Denise 屬定型角色（stock character）而應享有著作權保護。²⁶⁷然而，法院指出，即便同意原告主張，認定企業心理顧問（in-house psychiatrist）非屬定型角色，然該行業於避險基金領域中絕非罕見，更非原告所獨創，故應有必要場景原則（scènes à faire）適用；原告本人為該領域知名顧問一事並不足以支撐其欲壟斷此概念之主張，否則等同斷絕今後創作中由女性從事該行業之可能，因此駁回該主張。²⁶⁸

此外，原告雖稱兩造角色皆係正面與男性投資人交手的女性顧問，然此說法實違背原告對自身角色之詮釋，乃係為符合訴訟主張而扭曲角色本質所為聲明，故認定兩造角色間不存在實質近似。²⁶⁹蓋 Denise 於原告書中大致透過線上課程與工作坊講述其理論，而 Wendy 以女強人之姿一再於職場及自身情感關係中展現其富支配性的手段，二者實非相同。²⁷⁰況 Denise 於原告書中作為原告的理念化身，其自我（嗜好、日常生活、人際關係等）從未被發展，原告等同僅欲以性別、職業等早已經法院判定不受保護之概念證立著作權侵害，如此主張顯屬牽強。²⁷¹

最後，就其他名詞、術語等相同處，原告雖以兩造作品中皆出現「Alpha」此一特殊名詞並用於類似情境作為被告抄襲之例，惟因該單字於英語中本有優越地位之意，法院認為原告使用該詞之範疇並未逸脫此主要語意而無創作性可言；又如「壞交易」（Bad Trade）一詞指失敗、錯誤的交易，乃商場投資情境必然出現之經典事件，應有必要場景原則之適用，故同樣不受著作權法保護。²⁷²綜合而言，原告不斷試圖以單一概念的使用作為著作權侵害之主張難以說服上訴審，而無從扭轉一審判決敗訴的結果。

²⁶⁷ *Id.*, at 30-36.

²⁶⁸ *Id.*, at 35.

²⁶⁹ *Id.*

²⁷⁰ *Id.*

²⁷¹ *Id.*

²⁷² *Id.*, 37-40.



(四) 本文意見

綜上所述，本案原告敗訴主因係由於其所欲尋求著作權法保護者多係純粹之概念，使得判決重心聚焦於思想與表達區分、必要場景原則的探討，而未見其具體審查著作性之判斷標準。惟自法院對原告作品角色 Denise Shull 與被告角色 Wendy 的分析以觀，仍可見法院透露其認為原告角色 Denise 根本未被真正當作一名故事中的角色妥善發展，而無著作性可言的看法。²⁷³ 不僅展現虛擬角色之所以又被稱為故事角色的原因，更顯示出法院雖確有將著作性與侵權審查混合的情形，但並未真正忽略過任何一方。²⁷⁴

此外，本案判決指出特定職業用於特定題材應有必要場景原則的適用，亦恰可點出定型角色與必要場景原則雖相輔相成並互相涵蓋，惟仍有其不同之處。蓋定型角色係運用公眾習知或刻板印象所作，原則上不受著作權法保護，惟並非所有創作題材皆會運用同種刻板印象。因此，必要場景原則的運用亦有類型化必要，其類型化基準即作品類型之不同：於特定作品中屬定型角色之人物，未必於其他創作題材中亦屬之，更可能隨作品差異發展自身獨特性而有受著作權法保護之可能。²⁷⁵

最後，本判決以必要場景原則排除著作權保護者尚有特定角色所用之術語、專有名詞等，對於釐清特殊用語於著作權法之訂位實有重要意義。如前所述，口號、標語或特殊用語雖非傳統著作權法保護範圍，確極可能係虛擬角色的重要特徵，是依個案情形仍應為角色著作權所涵蓋。²⁷⁶ 因此，類似單語之創作性應如何界定，及有待討論。以本案情形而言，本案法院指出心理顧問向其顧客所為診斷及意見若僅屬一般諮商皆可能提出之建議，亦應有必要場景原則適用；如本案原告角色 Denise

²⁷³ *Supra* note 270.

²⁷⁴ 參本文頁 36-37。

²⁷⁵ 參註 42，戴士捷，頁 44。關於角色名稱的著作性，美國實務上有承認其可納入角色著作權保護範圍內之見解，惟此尚非定見，論者更觀察到法院認定角色名稱不受保護之案例通常係該角色本身即不具著作性者；反之，若角色被認為具有獨立著作權，則角色名稱亦常常被納入保護範圍之內，參同註，戴士捷，頁 44-46。

²⁷⁶ 同前註，儘管論者的討論範圍僅限於角色名稱，惟本文認亦應可作為角色的口號等單語著作性之參考。

對其顧客提出「多喝水、正常作息」之建議即為此例故駁回原告主張。²⁷⁷雖係否定本案原告所用術語之著作性，然至少說明角色的特殊用語仍有具創作性之可能，否則亦無需透過必要場景原則加以排除，逕以過去認為單詞、單句之相似不得主張著作權侵害的見解處理即可。

四、小結

2015 年迄今不過七年，巡迴上訴法院相關案件其實並未大幅增加，惟透過上述案件的整理分析，本文仍歸納出數項與虛擬角色相關，美國法院已大致成形之穩定見解作為本章小結。首先，相較於 *Nichols* 案、*Warner* 案等標竿判決大破大立地為虛擬角色著作性議題不斷嘗試新的審查標準，自 *Olson* 案特別識別性基準已見雛形後，美國法院對虛擬角色審查所應適用之著作性標準似已趨於穩定，並未再度另行發展其他測試法；取而代之者，法院將重心置於思想與表達界線的明確化，開始具體指明角色所包含之何種僅屬著作權法上的概念而無法受到保護。而綜合上述案件，本文認為美國實務目前應係傾向拒絕對任何「單一概念」提供保護，其中包含：1. 科學或歷史事實、宗教或神話典故及以此為基礎的因果假設等一般性描述、2. 外觀、性格、職業等不涉及具體事件描寫的一般性特徵（髮色、性別、種族、職業、身體特徵等）及 3. 依照特定背景堪任係題材通用之口號、標語、術語等皆不在著作權法保障範圍內。

次就侵權判斷標準而言，儘管清晰描繪等著作性審查標準始終受有混淆侵權審查體系之批評，惟自過往及近期實務案件的審理結果亦可知，法院並未真正偏廢任何一方。其實，無論採取何種侵權審查標準，兩造角色特徵之比對皆為基本且必要的步驟，清晰描繪標準不過係將此分析提前一階段爾。自清晰描繪標準開端以來，角色侵權案件中就實質近似的判斷方式亦未與其他著作類型之審查方式脫節，而係維持整體觀念及感覺測試法、質與量綜合判斷法等傳統標準。惟於觀察整體觀念及感覺時所應適用的主觀標準上，前述 *Atari* 案雖曾指出虛擬角色案件亦應以

²⁷⁷ *Supra note 272*, at 43.

「平均觀察者」(ordinary observer) 為原則²⁷⁸；然而，近期個案則認為當虛擬角色的組成同時包含可受保護與不受保護之元素時，法院應採較嚴格的「敏銳觀察者標準」(discerning observer) 以確定被告所侵害者確為原告可受保護之表達。考量到近日產業對於虛擬角色的塑造大量運用神話典故或歷史原型，敏銳觀察者測試於今後訴訟實務的適用應將更為頻繁，深值關注。

第三節、小結

綜上所述，本文已將美國實務審理虛擬角色相關案件的相關標準大致說明完畢。自 *Nichols* 案以降，無論法院採行何種審查標準或所用術語為何，清晰描繪標準作為角色發展性的基本門檻已為多數法院所接受；抽象測試法與二階段測試法亦被廣為運用。雖有第九巡迴上訴法院自 *Warner* 案以來即避談清晰描繪標準並將角色即故事標準奉為圭臬之情形，其亦於 *Air Pirates* 案後至少就具視覺外觀的角色類型以特別識別性基準逐步放寬其受保護之門檻，並肯認角色被清晰描繪屬於著作性要件並將之融於三階段測試法中，足見美國實務就虛擬角色的創作性門檻已基本達成一致。²⁷⁹


儘管以清晰描繪為門檻、並以三階段測試法為具體審查方式之結果不免造成法院對視覺外觀的重視與偏好，然如 *Atari* 案判決所言，著作權的保障範圍本有依其創作性高低而異其保護力度之現象，²⁸⁰ 視覺外觀畢竟有其美術著作之地位，法院更無從否認該外觀本身的創作性，對此類角色賦予較高程度保護亦屬無可厚非。惟本文所欲補充者為，若法院欲循 *Air Pirates* 案見解以此為區分審查標準之基礎，則至少應以清晰描繪標準為共通創作性門檻；否則文字型角色如何適用角色即故事標準取得著作權法保護，將成疑問。²⁸¹

²⁷⁸ *Atari, Inc. v. N. Am. Philips Consumer Elecs. Corp.*, 672 F.2d 607, 614 (7th Cir 1982).

²⁷⁹ 關於各項標準所形成之虛擬角色審查體系架構圖，請參本文圖（七），頁 66。

²⁸⁰ 參本文頁 39，另感謝謝銘洋老師於種子論壇發表時提供此深具參考價值之意見，學生深受啟發，謹此致謝。

²⁸¹ 不過，近期出版業即使係發行小說作品，為吸引消費者亦多會於封面或內頁中附有插圖；於美國法院承認不同改編中的角色形象得被互相援用後（見本文頁 70），虛擬角色因欠缺視覺外觀而難



其實，所謂可著作性理論本係針對文字型角色的侵權所發展而來，此觀清晰描繪標準與角色即故事標準二大可著作性理論之判決案例事實中，原告角色皆為小說作品中的角色即可知。正因欠缺視覺外觀，透過性格界定角色的權利範圍方成為法院審理案件的重心。時至今日，毫無視覺外觀可供參照的角色雖已不多見，然並不表示清晰描繪等可著作性理論即無用武之地。蓋產業對角色的運用日趨多元，許多角色自小說、漫畫始，歷經動畫、電影、電玩遊戲改編，最終邁向真人版影劇或舞台劇化，僅憑視覺外觀定性角色權利範圍的做法已不再穩固。此時，對角色性格印象的整體界定即有其實益。儘管依虛擬角色議題仍待後續實務案例的增加方有更細緻類型化之可能，本文仍可初步建議對任何類型的角色皆應以清晰描繪標準為共通創作性門檻；惟因對不具視覺外觀者即較難透過三階段測試法檢視其一致性特徵，法院似宜遵循 *Nichols* 案以降見解，將審查重點置於角色的具體事蹟，以釐清與其他角色的不同之處。反之，如角色形象已與真人高度結合者，則可能牽涉美國法上公開權（right of publicity）的侵害，此際，除美術造型或可回歸對視覺外觀美術著作的保護外，著作權是否仍應對角色性格賦予高程度保護，仍有再行研究之必要。²⁸²

最後，自晚近判決中可知，無論著作性審查標準為何，必要場景原則將始終發揮區分概念與表達的「過篩機制」之重要功能。於此原則下，性別、膚色、個性等基礎設定將無從落入著作權保障範圍，且多數基於歷史、神話改編而成的角色，其權利範圍亦將被大幅限縮，以維持公共領域的開放性。然而，學說及實務均指出，即使角色的創作基盤為已知典故，作者在此之上所附加的獨特事件、人物關係仍屬具原創性的表達而有其著作性。創作者將來需更加留心角色與事件之連結，方能使法院關注到此精心安排而提供著作權法相關的保障。

以特定的情形將更加減少。*Nichols* 案與 *Warner* 案等判決先例對視覺外觀的強調與要求其實有其產業歷史背景因素，案件原、被告至少有其中一方其著作皆為純小說作品，方有此爭議。

²⁸² 感謝謝銘洋老師、李紀寬老師與李素華老師於口試時提出之意見，學生受惠良多。



第四章、我國實務案例分析：可著作性

相較於美國實務對虛擬角色是否具有別於原著作之獨立性已發展出諸多案例與理論，我國法院就此議題迄今未有明確表示。然而，近年來，國內產業與學術界實有許多討論，不僅智慧財產培訓學院（TIPA）曾經舉辦相關學術研討會²⁸³、經濟部智慧財產局網頁亦可見其針對民眾所詢函覆解釋²⁸⁴；司法院裁判書查詢系統中則可發掘近來已有原告嘗試將清晰描繪標準等美國實務就虛擬角色所發展之相關理論援用於訴訟攻防中，足見其於我國實務日漸受到重視。²⁸⁵故於此時點回顧我國實務過去與此相關之案件及法院見解，應屬合宜。

目前國內文獻多認我國法院肯定虛擬角色的視覺外觀得以美術著作相待並受我國著作權法保護，惟其保護亦因此被限定於對視覺外觀的侵害爾²⁸⁶；實務迄今未曾真正討論過透過類似劇情描寫形塑出相似人設的行為是否亦構成對角色之侵害。因此，虛擬角色是否具別於原生作品之獨立性一事，於我國實務上未受重視，自亦無從就我國是否需透過「可著作性」等理論作為虛擬角色受保護之前提予以深究。從而我國實務案件中，法院的審查重心多圍繞於侵權判斷上，並相當看重對兩造作品個別特徵的比對。儘管實務現行見解亦多少為虛擬角色提供程度不一的保護，然

²⁸³ 李素華（2021），【2021年娛樂產業與智慧財產研討會紀實(二)】—著作權保護與智慧財產權保護之落實，TIPA智慧財產培訓學院，國立臺灣大學法律學院，in: https://www.tipa.org.tw/tc/monthly_detial377.htm（最後瀏覽日：06/10/2022）。

²⁸⁴ 經濟部智慧財產局著作權主題網之解釋資料檢索系統不乏詢問二次創作、角色扮演（cosplay）於著作權法上的行為定性與是否有侵權疑慮之函詢，本文以近三年（民國108-111年）函釋中，本文認為具重要性者為例。如智慧財產局電子郵件1080606號函釋（將他人角色轉為Q版形象屬於重製或改作）、電子郵件1080730號函釋（自行製作角色服裝、配件可能涉及重製或改作）、電子郵件1081114號函釋（將他人角色由平面轉為3D仍可能構成重製或改作）、電子郵件1081219號函釋（以清晰描繪標準為參考，指出利用他人角色撰寫同人小說可能涉及改作）、電子郵件1100507號函釋（電玩遊戲中角色外觀、人物對白屬於著作權法上著作）、電子郵件1100911號函釋（漫畫角色屬於著作權法保護之著作）、電子郵件1101021號函釋（電影人物屬於著作權法所保護之著作）、電子郵件1110310號函釋（歷史人物本身並不受著作權法保護，然如參考他人創作之情節已脫離真實之歷史事件，包括主要事件、事件順序、角色人物性格、人物之間的關係及情節發展的描述已經達到足夠具體程度，亦即原作者已創造出一個被充分描述的結構(sufficiently elaborate structure)時，就可能構成「表達」而受著作權法保護）。

²⁸⁵ 智慧財產法院108年度民著上字第3號民事判決，詳後述。

²⁸⁶ 同註26，李治安，頁109。

而，法院審理虛擬角色案件時如僅側重於外觀的檢視，將產生許多論理上的矛盾與缺失，其困境不惟見於美國實務案件中，亦於我國下述判決當中表露無遺。

本文將對我國實務案例的分析大致劃分為「可著作性」與「侵權判斷」二章節。本章將先行探討我國實務於目前缺乏角色獨立性觀點之前提下，常有無法辨明「作品侵權」與「角色侵權」案件差異之情形，進而說明透過可著作性審查確立虛擬角色作為保護標的之適格性、以及此權利範圍與原生作品受保護範圍差異之重要性。次章則就我國實務判決於現行脈絡下，僅將虛擬角色視為作品之一部進行審理所生理論適用上矛盾進行分析。惟為求完整交代各案件的案例事實，本章將依時間序統一說明各案件之兩造爭點與法院見解；次章則透過引註方式供讀者交互參照，併此敘明。

第一節、學說回顧

近年來，我國實務雖未見以虛擬角色著作權為訴訟標的之案件，然我國學界已對虛擬角色保護議題漸有關注；主管機關智慧財產局亦有參考美國實務發展指出虛擬角色可能基於清晰描繪等理論而有單獨受著作權法保護之可能。²⁸⁷許受此影響，國內的比較法文獻亦多以美國實務見解為研究對象。大抵而言，就可著作性理論爭議，我國文獻多觀察到相較於角色即故事標準因門檻過高而被束之高閣，清晰描繪標準較為多數美國法院所接受並沿用至今，惟亦理解美國學界對其模糊性的各項批評。²⁸⁸本文已將學者意見統整於第二章中，並據以做成現階段仍應維持以清晰描繪標準作為虛擬角色的創作性基本門檻，輔以具明確審查步驟的三階段測試法作為具體判斷方式之結論。²⁸⁹因此，下文亦將以此為基礎，對我國實務相關案例進行分析。

²⁸⁷ 參註 282。

²⁸⁸ 參註 26，李治安，頁 112-121。另參楊智傑（2015），粉絲創作與著作權合理使用，智慧財產權月刊，第 193 期，頁 64-104。

²⁸⁹ 參本文頁 83-85。



第二節、實務案例分析

第一項、利用他人角色進行續集創作：臺灣高等法院 93 年度智上字第 14 號民事判

決（灌籃高手案）

一、案例事實

2004 年，臺灣高等法院作成 93 年度智上字第 14 號民事判決²⁹⁰，由於兩造爭執標的涉及對日本知名籃球漫畫《SLAM DUNK》（台譯：灌籃高手）的改編，國內文獻遂多以「灌籃高手案」稱之。本案被告於未經《灌籃高手》原作者井上雄彥先生授權前提下即自行以該作品人氣角色「流川楓」為主角繪製續作並進行商業出版與銷售，井上先生遂跨海提起訴訟，主張被告行為已侵害其《灌籃高手》漫畫作品及「流川楓」角色之美術著作權。²⁹¹此案發生時正值我國社會逐「日」成風的時期，日本戲劇、漫畫、動畫於我國大為流行，二次創作²⁹²亦逐漸興起，惟因當時一般大眾智慧財產意識薄弱，不肖商人踰越粉絲活動界線，將其擅自仿作之物進行大量銷售的事件亦時有所聞。本案係少見原作者針對商業用途²⁹³二次創作訴諸法律行為，並跨國起訴之案件，成為我國實務與虛擬角色相關的早期案例。

依本案一審判決所示²⁹⁴，原告主張被告等人為攀附《灌籃高手》於台灣及日本所享高知名度而擅自成立「台灣井上國際股份有限公司」並設立「SLAMDUNK2」

²⁹⁰ 臺灣高等法院 93 年度智上字第 14 號民事判決。本文所用判決資料皆取自司法院裁判書查詢系統，引註頁碼亦以該網站所提供 PDF 檔之標示為準，特此註明。

²⁹¹ 同前註，頁 3-4。

²⁹² 二次創作於粉絲活動中多半指利用他人創作中的特定角色進行衍生創作之行為，並非我國著作權法正式用語。然而，此種行為是否構成我國法所定義之「重製」或「改作」行為，並非無疑，詳後述。

²⁹³ 此處商業用途主要是指透過正式出版管道進行大量商業銷售之行為。「同人」一詞原意為志同道合之人自費出版的行為，其實與作品內容屬原創或二創並無一定關聯；惟同人活動雖非完全無營利，但通常因非透過出版社等企業銷售，整體規模仍屬有限且粉絲活動意味濃厚而常為相關權利人所默許。因此，企業公告所禁止的商業使用通常並不包含二次創作行為。關於同人活動的定義，請參智慧財產局電子郵件 1081219 號函釋。

²⁹⁴ 臺灣臺北地方法院 93 年智字第 10 號民事判決。

網頁，又於未經原告同意及授權下逕為「SLAMDUNK2」(SD2 灌籃二部) 出版品宣傳，使消費者混淆誤認該作係原告於《灌籃高手》原作完結後另行繪製之續集。

²⁹⁵然系爭著作實為被告等人自行製作之「SD2 灌籃二部」(後英文標題更改為《Sweet Dream Two》)，其內容不僅非法重製原告於《灌籃高手》原著中所創造角色，更歪曲、竄改原告著作內容，已侵害該角色之美術著作權(包含財產權與人格權)。²⁹⁶被告則略以「灌籃二部」係獨立創作，與原告著作《灌籃高手》並無關係，故無重製及改作情事；「灌籃二部」僅係與原告著作同以籃球運動為構想，縱使整體漫畫表達風格有所相似，亦應有必要場景原則適用。²⁹⁷就侵害虛擬角色「流川楓」美術著作權部分，被告則以其「灌籃二部」角色「流川」全名係「流川克也」，與原告所作「流川楓」並不相同，況被告系爭著作封面均以其自行創設之主角「小松高志」、「木村吉彥」為封面人物，自無抄襲、複製原告著作情事，以為抗辯。²⁹⁸

二、本案爭點：被告角色「流川」是否係重製原告角色「流川楓」而來？

依一審及二審法院見解，本案爭點大致可分為重製權、改作權與人格權侵害三部分。就重製權侵害，由於直接抄襲證明不易，實務上認定侵權多以同時滿足「接觸」與「實質近似」二要件為替代證明之手段。²⁹⁹法院認為，被告既抗辯其「灌籃二部」係獨立創作，則其此前是否存在接觸原告著作的事實或可能性，自屬該行為是否構成對原告著作重製權侵害之關鍵。

本案中，被告於其宣傳「灌籃二部」的網頁上以「睽違許久的灌籃高手二部來了！全新的面貌，全新的故事都在 www.slamdunk2.com.tw」為首頁標語。法院認為，此「睽違許久」用詞顯係暗示該作乃延續原告《灌籃高手》而來，否則何來久違一說；且系爭著作標題之「二部」亦指涉該作品尚有「一部」存在，被告自身既未發行「灌籃一部」作品，則此二部從何而來，已引人遐想。³⁰⁰此外，原告作品《灌

²⁹⁵ 同前註，頁 2。

²⁹⁶ 同前註，頁 3。

²⁹⁷ 同前註，頁 3-4。

²⁹⁸ 同前註，頁 4。

²⁹⁹ 同註 20，謝銘洋，頁 311-312。

³⁰⁰ 同註 293，頁 6。

籃高手》結局中對流川楓去向的交代係其前往美國發展；系爭「灌籃二部」故事伊始即以「流川」於美國「北卡隊」對「杜克隊」之戰為契機，並以「流川」自美國返回日本為其冒頭，足見被告作品內容企圖與原告作品產生一定關聯性或延續性。

³⁰¹綜合上述，法院認為兩造作品部分人物、場景及動作幾乎相同或僅作部分更動，並經畫面重疊比對可供證明，若被告於擅作「灌籃二部」期間未曾接觸原告著作，當無可能有此巧合。縱使被告援引思想與表達二分原則或必要場景原則，惟題材相似並不同場景必須雷同；籃球動作相似更不表示人物動作、角度、表情構圖皆須相同，故認被告此抗辯並不可採，判定其應有侵害原告作品重製權。³⁰²

三、本案爭點：模仿他人風格為續作是否構成「改作」並侵害原作者名譽？

就改作權與著作人格權侵害部分，著作權人依我國著作權法第 17 條享有禁止不當變更權（禁止歪曲割裂）；並依同法第 28 條專有將著作改作為衍生著作與編輯著作之改作權。³⁰³由於我國法對構成人格權侵害的要件之一係行為人有變更原著作內容的事實，故禁止不當變更權的侵害幾乎必以被告行為該當對著作財產權中改作權之侵害為前提，故法院將其同置一處而論。

對此，法院認為，所謂禁止歪曲、割裂固為著作人格權之一環，惟著作權人所享有之排他權是否包含禁止他人模仿其著作風格、形式、內容另為創作之行為，則不無疑義。³⁰⁴一審及二審法院均指出，依著作權法第 3 條第 1 項第 11 款³⁰⁵，所謂「改作」係指就「原著作」另為創作，傳統上應指對原作品進行翻譯、彙整或翻拍為視聽著作等行為；然而，模仿他人著作風格為續集創作，形式上似非就「原著作」為改作，故延續他人故事結構、人物鋪陳為續集創作是否亦屬我國法所定義的改作

³⁰¹ 同前註。

³⁰² 同前註。

³⁰³ 著作權法第 17 條：「著作人享有禁止他人以歪曲、割裂、竄改或其他方法改變其著作之內容、形式或名目致損害其名譽之權利」；著作權法第 28 條：「著作人專有將其著作改作成衍生著作或編輯成編輯著作之權利。但表演不適用之。」

³⁰⁴ 同註 293，頁 7。

³⁰⁵ 著作權法第 3 條第 1 項第 11 款：「改作：指以翻譯、編曲、改寫、拍攝影片或其他方法就原著作另為創作。」

而有變更著作內容，並繼而侵害著作人格權之可能，即有深論必要。³⁰⁶

基此，對於該模仿行為的性質，法院表示由於模仿者如技高一籌即無模仿必要，故仿作品質通常較原作品為差；若放任第三人冒用原著作人之風格、筆觸、手法，輔以如行銷手法等其他因素，導致一般大眾混淆誤認該仿作係原著作人所為創作，將使原著作人無法控制「形式上為其著作」的作品品質與內涵，而須承擔名譽因此受損之可能。³⁰⁷此名譽受損可能性已可為我國著作權法禁止不當變更權的名譽受損要件所涵蓋，於法理上則接近英國著作權法之「禁止錯誤歸類屬性權利」(false attribution right)；被告行為應屬對民法名譽權與著作人格權之侵害，故判決原告勝訴。³⁰⁸至上訴審時，高等法院未表示不同見解而維持原審判決，全案因此告終。³⁰⁹

四、本文意見

儘管本案係我國法院時至今日仍難得一見，原告直接以虛擬角色的「美術著作權」為請求權基礎之案件，受限於實務理論發展的時空背景，兩造最終並未就原告此一主張進行攻防，法院亦未為實質審理。國內文獻即有指出，縱使原告曾為「角色侵權」的主張，本案法院仍係以「作品侵權」的角度進行審理。³¹⁰故即使學界多謂我國法院肯認虛擬角色的視覺外觀得受美術著作權保護，角色究竟是否為（美術）著作之標的、其權利範圍是否限於視覺外觀或可擴張至其性格背景等，皆尚為待解之謎。

然而，推敲本案細節可知，若非於訴訟中發現被告工作室散落《灌籃高手》原著漫畫且經疊圖比對有完全重疊之情形，本案被告行為實乃典型的二次創作行為。因此，被告所侵害者究為《灌籃高手》整部作品的著作權、抑或「流川楓」一角的著作權，實非法院得含糊其辭之事。蓋如本文一再強調，對二次創作主張侵權之困境即在於，就劇情結構而言，被告除「流川楓」最終赴美深造的結局外，並未借用

³⁰⁶ 同註 293，頁 8。

³⁰⁷ 同前註。

³⁰⁸ 同前註。

³⁰⁹ 臺灣高等法院 93 年度智上字第 14 號民事判決，頁 4。

³¹⁰ 同註 26，李治安，頁 110。

《灌籃高手》其他劇情或人物，反係加入其自行創作的原創角色另行發展出不同的故事情節。³¹¹此亦為本案法院分明正確指出我國改作權定義與二次創作行為間存在的齟齬，卻無法對此有所突破，反而話鋒一轉，強以「名譽受損之可能」搪塞著作人格權之要件以為解決的緣由。³¹²此為迴避改作權規範解釋而強行曲解另一條文的做法是否可行，因涉及侵權判斷，本文將置於次章說明。本章節中，本文所欲探討者為，若依循原告聲明進行訴訟，「流川楓」一角於我國著作權法下，是否應享有著作權保護，以及透過保護「流川楓」的角色著作權處理本案，與原判決本於《灌籃高手》所享有作品著作權所為判斷，有何差異，以證立角色脫離著作而受獨立保護之必要性。

（一）原告角色「流川楓」的可著作性

本案被告曾於上訴理由中表示「被上訴人所創作之『流川楓』，並非具有相當顯著造型特徵，當隔離觀察時，仍可使一般人一望即知其代表之人物，故於創作程度上應屬原創性程度較低者」，為創作性不足之主張。³¹³然而，姑不論「流川楓」於原作所享有之高人氣，甚難想像對漫畫有所涉略的消費者如何無法「一望即知」該角色為流川楓；漫畫角色既經作者自打底、描繪骨架、設定髮型、膚色、臉部輪廓等描繪，顯已跨越著作權法所要求最低創作性之門檻，無論依我國實務以美術著作保護漫畫人物之觀點，或比較法上美國實務自 *Nichols* 案已降，歷經 *Air Pirates* 案強調對視覺外觀保護之見解，皆無不同。³¹⁴因此，若本案原告就「流川楓」一角享有美術著作權之主張僅係聲明被告不應使用流川楓的「視覺外觀」，自當為我國法院所許。³¹⁵

惟本案被告所利用者不僅為「流川楓」的視覺造型，而延續其於原作中的性格

³¹¹ 參註 299。

³¹² 參本文頁 90。

³¹³ 同註 305，頁 2。

³¹⁴ 同註 26，李治安，頁 109；關於 *Air Pirate* 見解，請參本文頁 58-60。

³¹⁵ 原告之所以於本案中主張「流川楓」一角應享有美術著作權，除順應我國法院認為漫畫角色屬於美術著作之見解，亦可能與日本著作權實務中，日本法院亦傾向認為漫畫角色屬於美術著作，並曾表示即使原告無法正確舉證被告所抄襲者為原著漫畫中的何一分鏡，只要外觀上具有足夠動似性，仍構成重製並侵害同一性保持權的見解有關。關於日本法研究，請參註 4。

設定與結局發展另為創作，因此，被告真正抄襲者乃「流川楓」自《灌籃高手》故事伊始高中入學以來於球隊的成長經歷、與其他球員間的人際相處所形塑之整體人格。上述種種雖未曾實際出現於被告的「灌籃二部」劇情中，卻為讀者認知兩造角色實質同一之基礎，亦為被告「讓你比其他人更快看到流川楓」³¹⁶行銷口號之所以能成功吸引消費者的理由所在。惟正如本案法院所言，此種利用行為並非傳統著作權法以整部作品為單位進行思考所制定的法規所能涵蓋，是如何證立被告行為的不法性，即需借用比較法上理論。若自美國實務觀點出發，欲將虛擬角色受保護之範圍擴及至對其人格塑造的整體過程進行保護，原告需證明此角色之性格有不亞於作品本身的相當價值，此即「可著作性」(copyrightability) 審查的由來。由於本案被告上訴理由中曾就「流川楓」的創作性高低表示其「未具顯著造型特徵」、「不足以使人一望即知」，與特別識別性基準下，*Towle* 案所建立之三階段測試法要求角色必須具有「無論何時何地登場皆足以使人識別之明顯特徵」頗具相似性。

³¹⁷ 本文遂欲以此檢驗「流川楓」角色的可著作性，以驗證其主張是否有理。

三階段測試法係美國第九巡迴上訴法院於 *DC Comics v. Towle* 案所提出，其謂虛擬角色如欲脫離原著作而受保護，則應具備「外觀或概念上一定品質」、「清晰描繪至跨越作品的一致性特徵」，並包含某種「獨特之表達」。³¹⁸ 此三要件並應循序漸進而為審查，已如前述。³¹⁹ 就第一要件而言，*Towle* 案法院雖未明示何謂「概念上一定品質」，惟因其已指出角色的視覺外觀有助於此要件的認定，一般遂認為此要件等同對角色應具備視覺外觀的要求。³²⁰ 循此，「流川楓」既為漫畫人物，自當有其視覺外觀（圖八），其得滿足第一要件之門檻應屬無疑。

³¹⁶ *DC Comics v. Towle*, 802 F.3d 1012,1019-1021 (9th Cir. 2015).

³¹⁷ *Id.*

³¹⁸ *Id.*

³¹⁹ *Id.*

³²⁰ *Id.*, at 1019.

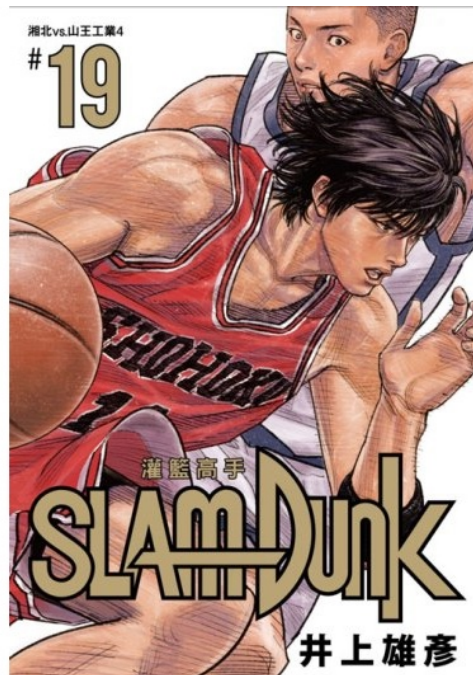


圖 8：《灌籃高手》角色流川楓示意圖³²¹

進入第二要件審查時，原告須向法院呈現其角色具備足以跨越作品幅度、「無論何時登場皆足使人識別」的一致性特徵。至應如何判斷角色是否具備此一致性特徵，*Towle* 案法院亦曾表示此特徵並不限於外觀上一致性；性格、使命等人物本質所形成之內在一致性更為關鍵。³²² 基此，被告雖主張「流川楓」角色未具顯著造型而不足以使人一望即知，為低創作性的證明；惟視覺外觀本非角色是否獨特的唯一考量因素。³²³ 姑不論少年漫畫作者的畫風本較為多變，《灌籃高手》更因作品題材屬於當時較少見的寫實系畫風，而具相當識別度；與 *Towle* 案法院認為蝙蝠車始終作為「協助蝙蝠俠打擊犯罪的車輛」係其內在一致性所在之觀點相似；《灌籃高手》故事伊始，「流川楓」即以一年級生身分與主角同時入隊，並始終以「外表帥氣、異性緣佳卻愛籃球成癡的球隊王牌」此形象與主角經歷各項比賽並逐漸成長，足以說明其於故事中的定位明確而應具內在一致性。³²⁴ 況且，「流川楓」一角於《灌籃

³²¹ 井上雄彥（2018），《灌籃高手新裝再編版 第 19 集》，尖端出版社，in: <https://www.spp.com.tw/product?saleid=2011002141>（最後瀏覽日：06/11/2022）。

³²² *Supra note 315*, at 1021.

³²³ *Id.*

³²⁴ 灌籃高手正版授權手遊，角色介紹——湘北——流川楓，in: <https://slamdunkmobile.com/>（最後

高手》整部作品中外貌從未有大幅更動，應可認其外觀一致性亦未受動搖，而可通過第二要件審查。

最後，就「角色應具備獨特之表達」的第三要件，因 *Towle* 案並未特別說明應如何判斷此獨特性要件，且獨特與否本與法官個人心證高度相關，本文較難推論其判斷結果。惟整體而言，所謂表達的獨特性仍應係呼應著作權法對創作性的要求，而應為一合理門檻；美國實務亦有案件認為此要件僅在排除定型角色等不受保護的思想爾。³²⁵ 基此，《灌籃高手》主角群歷經作者盡心描繪其高中三年的球隊生活，並透過與他校交戰的經驗使角色成長，如此長篇幅的性格刻畫，應無法院會否認其至少具備著作權法所要求之最低創作性，且他人於未曾接觸的前提下亦無可能對不同角色有完全相同的詮釋，故得滿足第三要件審查，從而驗證「流川楓」角色的獨立性與可著作性。

（二）以「虛擬角色」為此案審理標的之必要性

「流川楓」是否具有別於《灌籃高手》漫畫之獨立性對本案判決的重要性在於，此獨立性乃法院得認定對角色故事背景之利用行為構成對原告著作權侵害之正當性基礎。如前所述，困於我國著作權法對改作行為的定義，本案判決並未正面肯認被告利用「流川楓」進行續集創作的行為構成對《灌籃高手》作品改作權之侵害。³²⁶ 然而，即使是當時尚未意識到角色可能成為獨立著作標的之我國法院亦已體會到若放任第三人肆意利用原作所留下的空白，無疑限縮作者維護及控管其著作品質之能力，使其必須忍受被錯誤歸屬之風險。³²⁷ 承認虛擬角色獨立性的用意即在於肯定其具有與原生作品相當的價值與利用可能性，以填補此法律漏洞。


以本案為例，若法院承認「流川楓」為我國著作權法下的獨立客體，對角色相關背景の利用即侵害該角色之完整性，蓋被告所為已更動該角色之原有形象，自屬

瀏覽日：06/11/2022)。由於本文並未真正閱讀過《灌籃高手》原著漫畫，關於流川楓的人物介紹係參考各大網站與該手遊網站而來，若有不足，尚祈見諒。

³²⁵ *Daniels v. The Walt Disney Co.*, 958 F.3d 767, at p.11-12 (9th Cir, 2020).

³²⁶ 同註 309。

³²⁷ 同前註。



就「原著作」為改作，並無是否逾越法條文義範圍之疑慮。³²⁸唯有承認虛擬角色的獨立性，方足以說明為何侵權作品中並未實際出現原著內容，被告所為仍係對原著劇情的利用之合理性；亦方得說明為何於特定情形下，對名稱、標語等原非著作權法保護範圍的單詞使用，仍可能構成對原告著作之侵害。如本案中，被告透過賦予「灌籃二部」的主要角色「流川」姓氏，實已向讀者大眾傳遞原告藉《灌籃高手》作品所塑造之「流川楓」角色形象，而具可非難性。否則縱使強以其他理由認定被告所為構成侵權，亦無從解釋經本案後，我國主管機關函覆民眾所詢解釋中「模仿原著作中人物、風格、形式、內容而另行創作，即會涉及『改作』他人著作之行為，除有合理使用情形外，應經著作財產權人授權，始得為之。」³²⁹其論理依據從何而來？該解釋甚至進一步表明「如就原著中人物一、兩個角色人物，僅仿其人名，但其性格、情節均不相同，則尚無侵害著作權之問題。」³³⁰惟被告倘僅利用其名，而性格、外觀、故事情節皆不相同，其實則僅恰巧與他人作品角色使用相同姓名爾，本質上並無同一性可言；姓名既非著作權法保護標的，何來侵權之有？足見透過承認虛擬角色的獨立性釐清「作品侵權」與「角色侵權」行為的不同，對我國著作權審查體系的完整，實有其必要。

第二項、廣告形象的著作性：智慧財產法院 102 年度民著訴字第 68 號民事判決（全民時代案）


正如美國學者 Kurtz 教授所言，虛擬角色乃是靈活的生物，其並不僅存在於傳統上與娛樂產業相關的動畫、漫畫、電玩遊戲當中，於講求建構具故事連貫性之世界觀與發展系列作（series）的今日，任何理論上存在劇情連貫可能性的創作媒材皆可能有虛擬角色存在其中。³³¹102 年民著訴字第 68 號民事判決即有電視廣告中的

³²⁸ 同註 303。

³²⁹ 智慧財產局電子郵件 980710a 函釋。

³³⁰ 同前註。

³³¹ *Supra note 24*, Kurtz, L.A., 430.



虛擬角色涉及此案。本案中，兩造廣告公司皆聘請全聯福利中心系列廣告主角「全聯先生」的演員出演其自行製作的建案廣告，以傳遞平價銷售理念，原告遂向被告提起廣告著作權遭侵害之訴訟。惟應先敘明者，原告並非全聯福利中心、亦非全聯系列廣告的原作者，故並非該系列廣告之著作權人；因此，理論上即便肯認「全聯先生」屬於具獨立性的虛擬角色，其權利亦非本案原告所得主張，此亦為原告所知悉。然而，原告並非主張其應享有全聯中心廣告或「全聯先生」角色的著作權，而係主張其為「全聯先生」賦予全新印象，應得就此額外增添的表達享有權利。此與美國實務討論已久就角色於衍生創作中的著作性與權利歸屬爭議不謀而合，故有深入討論之價值。³³²

一、案例事實

本案原告左見創意工作室係不動產廣告企劃公司，受訴外人美奇格廣告實業有限公司委託製作訴外人佳泰建設股份有限公司有關「全民時代」建案之廣告及相關企劃設計。³³³原告主張，其廣告主打「創造財富」、「買得起」、「易於成家」等重點，輾轉委請「全聯先生」演員依廣告訴求作出特定動作、手勢、拿取特定物件，以突顯該專案主題；詎料，被告竟抄襲原告為「全民時代」建案所做三幅廣告，用於製作「海洋都心」建案廣告，其代言人、服裝、手勢、廣告語幾乎相同，已侵害系爭廣告著作權。³³⁴被告答辯則略以原告據爭「全民時代」系列三廣告僅係利用「全聯先生」於訴外人全聯福利中心系列廣告中所建立形象，故不具原創性；況且，廣告商聘請該演員為代言必然意在利用「全聯先生」此既存形象，是縱認兩造廣告確具相似性，亦應有思想與表達合併原則適用，以為抗辯。³³⁵

二、兩造爭點：「便宜」是否等於「買得起」？

由於本案兩造廣告皆以「全聯先生」演員為拍攝重心，佔據廣告看板主要且幾

³³² 參本文對美國 *Klinger* 案之分析，頁 43-45。由於本案係由智慧財產法院（現智慧財產及商業法院）一審終結，故無上訴審見解，並此敘明。

³³³ 102 年民著訴字第 68 號民事判決，頁 2。

³³⁴ 同前註。

³³⁵ 同前註，頁 7。

乎係唯一的組成元素，故可謂該演員本身的造型、姿勢等綜合所呈現之印象即等同廣告本身，惟原告本身又並非「全聯先生」相關廣告著作權人。因此，對被告而言，原告係借用「全聯先生」既定印象、或僅係以該演員為主角另為創作；又前者情形，原告是否就「全聯先生」角色有任何應可受保護之表達二事，即為攻防重點。

附表

兩造廣告比較表	
原告之廣告	被告之廣告

表 1：「全民時代」建案與「海洋都心」建案比較表³³⁶

³³⁶ 102 年民著訴字第 68 號民事判決，附表，司法院裁判書查詢系統。

被告抗辯意旨則略稱「全聯先生」系列廣告並非原告所作，故原告並不享有「全聯先生」廣告著作權，且雙方皆意在利用該演員前已透過飾演「全聯先生」一角於消費者眼中所建立之形象傳達自家建案為一般老百姓亦可負擔的「便宜、買得起」建案，此對「全聯先生」角色印象之利用應有思想與表達合併及必要場景原則適用。

³³⁷對此，原告為反駁該抗辯，一則主張「全聯先生」演員尚有出演其他作品，故其形象未被固著於「全聯先生」一角，仍有傳遞其他印象之可能，故原告所為係聘請該演員另為創作，並無利用全聯中心廣告情事；另則，即便認為原告聘請該演員出演廣告確係利用「全聯先生」之形象，其廣告作品仍應享有著作權法保護：

「縱認為○○○（註：『全聯先生』演員名）僅有『便宜』之形象（原告否認之），則其亦非『買得起』之形象，因為大賣場商品多為價位較低之廉價商品，其並非動輒上億元之建案，故其並無是否『買得起』的問題，縱然○○○僅能代表全聯公司所塑造出來之形象，亦為『便宜』而非『買得起』，故『買得起』為原告針對本次建案特別設計出之概念，而非全聯公司所塑造之概念，而有獨創性。……原告自主原創首次將○○○提升至價位高達新台幣（下同）數百萬元至上千萬元之價位商品，更有別於大賣場『便宜』商品之形象，而另外提出購買高價位房屋『能致富』、『買得起』、『適合成家』等，與過去形象並不相同，再結合原告所設計之手勢、服裝、物品、標語等，顯具有高度原創性，更引起不動產業之話題，其為著作權法保護之著作，顯無疑問。」³³⁸

原告雖承認其非「全聯先生」系列廣告著作權人，然全聯福利中心於該系列廣告中僅賦予「全聯先生」角色「便宜」的形象，並不表示該演員將來只能出演「全聯先生」一角或只能傳達「便宜」的形象；縱使該演員形象與「全聯先生」角色形象高度重疊，「全聯先生」所代表的「便宜」印象亦不等同原告於此建案廣告所欲形塑之「買得起」印象。原告認為以全聯福利中心在營業性質、商品價格等各方面與不

³³⁷ 102年民著訴字第68號民事判決，頁7。

³³⁸ 同前註，頁3。

動產銷售業屬性上的落差，其建案廣告已為「全聯先生」賦予有別於零售業廣告之不同表達（即「買得起」形象），而應可就此享有著作權法保護。

三、法院見解：原告「全民時代」建案廣告非著作權法上著作

然而，原告上述主張未獲法院青睞。儘管本案兩造就前述爭議大為攻防，智慧財產法院最終僅以「全民時代」系列廣告並非著作權法保護標的為由將本案以原告敗訴之結果駁回。³³⁹法院指出，廣告的表現手法雖受著作權法保障，然其背後所欲傳達的理念或所蘊含之想法係我國著作權法第 10 條之 1 所揭示思想與表達區分原則中不受保護的思想部分，故無論「買得起」是否等同「便宜」，此皆係停留於思想層次的概念，非屬著作權法保護標的。³⁴⁰此外，原告「全民時代」系列廣告均以「全聯先生」為照片拍攝重心，惟其拍攝內容並未展現匠技、亦非繪畫、雕塑、書法或其他美感創作，故非美術著作；原告復未舉出其攝影過程有何運用景深、光影、角度、焦距變化等攝影技術，若純以寫實角度拍攝實物，依過往實務見解並未達最低創作性門檻，故亦非攝影著作；³⁴¹法院更否認原告得主張其廣告本身係兼具語文、圖形及美術著作性質之綜合著作，蓋著作權法第 5 條所例示著作類型中並無綜合著作之明文。³⁴²基於上述理由，原告所作建案廣告未能符合著作權法第 5 條第 1 項³⁴³所示任一例示類型，法院因而認定該廣告並非我國著作權法所保護標的，最終判決原告敗訴。法院並補充道視聽著作等作品雖可能使用他人創作之音樂、歌曲，然

³³⁹ 同前註，頁 9。

³⁴⁰ 同前註，頁 10。

³⁴¹ 同前註，頁 11。

³⁴² 同前註。

³⁴³ 著作權法第 5 條第 1 項：「本法所稱著作，例示如下：

- 一、語文著作。
- 二、音樂著作。
- 三、戲劇、舞蹈著作。
- 四、美術著作。
- 五、攝影著作。
- 六、圖形著作。
- 七、視聽著作。
- 八、錄音著作。
- 九、建築著作。
- 十、電腦程式著作。」

於該情形下，視聽著作人應事先取得音樂、錄音著作人之同意，其後，利用該音樂或歌曲製成之視聽著作，其著作權即整體歸視聽著作人所有，音樂、錄音著作人就此範圍內不得再行主張權利（最高法院 85 年度台上字第 1167 號判決意旨參照）。

³⁴⁴ 基此，依法院見解，縱使複雜度較高的作品中可能包含多種組成元素，其於法律判斷上仍應為可歸至特定類型的單一著作，而無所謂複合著作之情形。

四、本文意見

本案原告雖非「全聯先生」系列廣告著作權人，無從就原已由全聯福利中心所塑造之「全聯先生」角色形象主張權利，然此仍不妨礙本案存在諸多對虛擬角色而言深具討論價值之疑點。最重要者，即使認為原告不得就「全聯先生」主張著作權保護，亦不表示原告所作廣告整體即無創作性可言，至多僅原告於未經授權前提下利用他人著作或公共財進行創作爾。³⁴⁵然改作是否經原著作權人同意於我國學說及實務見解下應僅關乎是否侵害原著作之改作權爾，並不妨礙改作之成果因有創作的事實行為取得著作權；本案已為我國近十年內判決，主理我國智慧財產案件的智慧財產法院竟認「廣告」並非我國著作權法所保護之著作，此結論本身已屬荒謬，顯係錯將作品本身的創作性與角色之著作性混為一談的結果。³⁴⁶況兩造既已就廣告整體與「全聯先生」角色形象的創作性進行攻防，法院即應就此為實質審理；徒以原告作品不符合我國著作權法對著作的「例示」將其主張駁回不僅無視兩造爭執，更為著作性添加法無明文的限制，甚為可議。


（一）必要場景原則抗辯：得否主張對他人角色的利用構成思想與表達之合併？

首先，本案兩造攻防之焦點仍為於建案廣告中聘醒「全聯先生」演員為代言人一事於著作權法上的定性為何。被告認為，兩造廣告之所以皆聘請該演員出演並非出於巧合或其他需求，而係意在利用與該演員高度結合的「全聯先生」角色印象傳達其建案係一般老百姓亦可負擔的「便宜」成家方案，故提出如下抗辯：

³⁴⁴ 同註 334，頁 11。

³⁴⁵ 原告利用「全聯先生」之形象究竟屬於利用他人創作或公共財，端視「全聯先生」是否具獨立性與著作性而定。

³⁴⁶ 參註 20，謝銘洋，頁 214-216。




「……『全聯先生』身著西裝象徵『省錢』、『買得起』形象早 96 年由國內知名之奧美廣告股份有限公司於數年前作創建，當時奧美廣告一手打造○○○身著西裝、表情誠懇，標榜全民都買得起的省錢風潮，遂成為家喻戶曉之『全聯先生』，足見原告之系爭專案只是單純仿造『全聯先生』形象之商業廣告，未見原告之精神創作力，無原創性可言。……原告之系爭廣告及被告之廣告文案均為表達『買得起』之思想，借用『全聯先生』於前述一般人既存形象而為不動產之行銷時，自然必須呈現『全聯先生』先前已塑造之『省錢』、『買得起』形象，包含穿著西裝、襯衫、手裡拿著與金錢有關連之物品等，始能與廣告之訴求聯結，如果不用這種表達方式，也無法傳達『全聯先生』所表徵之『省錢』、『買得起』形象，故基於著作權法『思想與表達合併』原則，原告借用『全聯先生』傳遞『買得起』之行銷手法，此種表達方式甚為有限，自不受著作權法之保護。」³⁴⁷

被告強調，兩造廣告皆係以「全聯先生」為廣告核心，並利用其早先於全聯福利中心廣告中所建立「便宜」、「買得起」形象；倘欲呈現此「全聯先生」角色形象，勢必須比照「全聯先生」於全聯福利中心廣告中的穿著與配件，令其身穿西裝、手持鈔票，故其表現手法已被特定，應有思想與合併原則之適用。乍聽之下，被告所言似有其理，蓋「全聯先生」的獨特性正係其始終一貫的西裝打扮與面無表情的演技，惟本文仍對此抗辯，抱持數項疑點。

由於「全聯先生」角色形象與該演員真實面容高度重疊，為避免使該演員今後無法出演任何身著西裝的人物，本文亦同意此際或有必要適度限縮「全聯先生」角色的權利範圍。然而，保障該演員未來執業之彈性，與被告得否藉由使該演員身著西裝、手持大把鈔票，間接利用「全聯先生」的角色形象，實屬二事。蓋所謂思想與表達合併原則，原應係指於傳達特定理念時，只得透過有限的手段始能有效傳達

³⁴⁷ 102 年民著訴字第 68 號民事判決，頁 7。



該訊息，故此時應例外排除著作權法對該表現手法的保護，以免對表達的保護實質形成對其背後隱含概念的壟斷。³⁴⁸因此，欲主張有思想與表達合併情形者，必以創作者所欲傳遞之觀念已與特定表現手法實質結合，且別無替代方案時，始足當之。與此相似，必要場景原則係美國實務基於思想與表達合併原則衍生而來，其與定型角色理論皆旨在排除表現特定主題時無可避免的慣用場景或通用角色，已如前述。³⁴⁹循此，苟非當前社會通念下，唯有「全聯先生」方能傳遞「便宜」、「買得起」之理念，被告即無由以思想與表達合併原則作為合理化其僭用「全聯先生」角色形象之藉口。被告以其欲使用「全聯先生」之角色形象，而須使用原為該角色組成元素作為其建案廣告核心的主張，不僅忽視他人創作心血，毫無論據地將虛擬角色流放至公共領域，更係試圖淡化其自身不思進取，只欲利用他人成果的詭辯。倘若放任此種抗辯橫行，將來他人是否亦得以其欲使用凱蒂貓的角色形象傳遞「可愛」之概念，故必須借用白色、無口的貓咪造型等元素，而不許三麗鷗公司行使相關權利？此論述顯然忽略創作者原仍有無數手段可傳遞「便宜」、「可愛」等基本概念，而無需侵害他人已具相當創作性的角色，實不值認同。

（二）「全聯先生」角色著作性：「便宜」是否等於「買得起」？

本案與角色著作性相關之另一重要爭議係原告對其「全民時代」建案廣告創作性所為主張。如前所述，由於原告並非「全聯先生」系列廣告與角色的著作權人，即使認定「全聯先生」屬於虛擬角色而應受獨立保護，原告亦不得就該角色經全聯福利中心系列廣告所發展出的人格特質主張權利。此事亦為原告所深知，故其並未主張應享有「全聯先生」角色著作權，而係主張其為全聯先生於既有的「便宜」形象外，又行增添「買得起」形象，故應就此透過「全聯先生」傳遞「買得起」印象之表現手法，享有著作權保護；而因被告所作亦為建案廣告，依原告主張，其所侵害者顯係原告所塑造的「買得起」形象，而非「全聯先生」既存之「便宜」形象，

³⁴⁸ 同註 20，謝銘洋，頁 103、頁 109。

³⁴⁹ 參本文頁 24-28。

兩造遂就此「買得起」是否等同「便宜」形象展開激烈攻防。³⁵⁰惟本案法院表示無論「便宜」是否等於「買得起」，其皆屬不受保護之概念，而未對兩造爭執進行實質審理。儘管本文亦同意「便宜」或「買得起」本身並非著作權法所保護之表達，惟此是否即等同原告所作廣告並無任何創作性可言，仍待商榷。

自比較法觀點，美國實務雖亦曾指出當角色特質被簡化至純粹敘述時（外觀、能力或「樂觀」等性格描述性單詞）即非著作權法所保護之標的；³⁵¹然而，美國學說及實務亦多次強調，對虛擬角色的保護重在維護其人格塑造之過程及複雜性，此方為作者費心構思表達之所在。³⁵²因此，於肯認「全聯先生」確係全聯福利中心透過一系列廣告所創造之虛擬角色的前提下，縱使其「身著西裝」、「面無表情」或其背後所代表的「平價」理念並非著作權法保護之標的；當法院綜合各方情境考量後得確知被告所利用者非僅「便宜」或「買得起」等概念，而係「全聯先生」的整體形象時，其自應屬對表達之侵害而受著作權法保護。此爭議非僅止於「便宜」是否等於「買得起」，而係被告為何於諸多表現「便宜」理念的手法當中，執意選擇以「全聯先生」為之。³⁵³

質言之，本文認為，本案兩造廣告作品應受譴責者係其於未經相關權利人同意下以「全聯先生」作為「便宜」、「買得起」的表現手法實乃侵害「全聯先生」的角色著作權，而非「便宜」、「買得起」是否僅屬於概念爾。對「全聯先生」角色而言，真正成為其主張權利之問題點應係「全聯先生」本身是否確可作為使消費者感受到「便宜」理念的表現手法一事。³⁵⁴倘須結合全聯福利中心作為零售業者本身的低價性方能發揮此效果，則「全聯先生」一角是否已為相關廣告清晰描繪至有其自身個性，而得脫離原著作（全聯中心廣告），即非無疑。若「全聯先生」無法傳遞上述訊息，則其著作權之權利範圍勢必著重於對視覺外觀之維護；此際，「全聯先生」


³⁵⁰ 同前註 335。

³⁵¹ Daniels v. The Walt Disney Co., 958 F.3d 767, at p.33-34 (9th Cir, 2020).

³⁵² 參註 24, Leslie A. Kurtz, 頁 467。

³⁵³ 當然，由於原告並非「全聯先生」角色創作者，其選擇以「全聯先生」作為廣告表現手法之行為，其正當性亦有可議。

³⁵⁴ 感謝謝銘洋老師於本文進行論文發表時提出此觀點。



角色形象與出演該角色之真人演員高度重疊的事實，亦將成為著作權與勞動權的衝突點。然而，權利衝突的事實僅說明法院應對著作權的權利範圍有更細緻的詮釋，而不應作為否定虛擬角色創作性之理由；否則將使創作者分明投入創意的勞動成果（labor of intellect），最終成為他人得肆意侵門踏戶的公共財。

（三）可否以自身為他人角色添加額外表達主張享有著作權保護？

「便宜」是否等同「買得起」的爭點對本件訴訟的真正意義在於，「買得起」是否屬於原告為「全聯先生」所增添之額外表達，雖未經我國法院所析論，然此實為關乎原告整件訴訟主張是否存在請求權基礎的重要主張。儘管本文其實並不認同「便宜」與「買得起」有何概念上差異，仍不妨該主張本身的討論價值。蓋自文義上言，「便宜」係指商品價格低廉，而「買得起」係指商品對消費者而言屬其經濟能力可負擔者，兩者或許存在些許落差，然究係同一概念於光譜上的差距爾，一般而言並不能對二者有明顯區別。比較法上，美國 *Abdin* 案法院亦曾以水熊蟲與生俱來得於缺氧環境下活動的生存能力經原告作品擴張至得於太空環境下移動的能力表示，二者僅為概念與概念之延伸的差別，皆非著作權法保護之標的。³⁵⁵同理，消費者「買得起」特定商品雖未必等同該商品很「便宜」，但二者語意上並未具顯著落差，故無論「全聯先生」是否因「便宜」印象而具可著作性，本文皆難認同原告以「買得起」作為與其既定之「便宜」印象區別的主張。

然而，以額外表達主張權利保護一事之所以具研究價值，係因法院此際需面臨相當棘手之權利歸屬與著作權期限爭議，尤以「額外表達」的創作者並非該虛擬角色原先著作權人時為甚。美國實務 *Klinger* 案即曾面臨福爾摩斯角色的著作權保護期限問題：法院指出虛擬角色的著作權保護期限應與其最初登場之作品保護期限相同，惟若作者於續作中為該角色增添額外表達，則該表達仍自續作完成時起算其著作權保護期限；且虛擬角色於前作已取得著作性者，法院即無庸於續作中再次審視該角色著作性。³⁵⁶循此，虛擬角色確有經其他著作被賦予額外表達；並受不同於

³⁵⁵ *Abdin v. CBS Broadcasting Inc., et al.*, 971 F.3d 57, at p.23-24 (2d Cir. 2020).

³⁵⁶ 關於 *Klinger* 案的法院見解，參本文頁 43-45。

原先作品的著作權保護之可能。然而，*Klinger* 案判決理由一大疑點即在於其未曾表示此見解是否僅適用於原作與續作皆由同一作者（或著作權人）所創作之情形。縱因該案中福爾摩斯的作者始終為柯南·道爾先生，法院並無處理此問題之必要，此留白卻可能形成理論上的一大災難。Feldman 教授即曾有質疑，若特定角色於前人著作中並未被清晰描繪，以至於遭法院判定不具可著作性，惟後人擅自改作後成功發展該角色，則是否將由該後作者取得該角色的著作權？³⁵⁷美國實務日後亦確曾發生後作者主張其為特定角色之共同著作人的 *Gaiman* 案，足證上述質疑並非杞人憂天。³⁵⁸

若第三人確曾與原作者存在某種法律上或事實上關係，使其得就角色的額外表達享有著作權保護或尚有道理可言。然於「全民時代」案情形，原、被告皆與全聯福利中心等「全聯先生」角色之可能權利人毫無關係，則因事關原作者能否享有把控角色品質的權能，是否仍允許非著作權人的原告就此角色的額外表達主張著作權保護，即有可議。³⁵⁹反之，若「全聯先生」於全聯中心系列廣告中未能獲得足夠描寫而不具可著作性，原告可否藉此主張其應為「全聯先生」角色的著作權人，亦非無疑。足見此爭議牽連之廣，遠非實務判決寥寥數語所能帶過。

以本文立場而言，由於本文並不認為原告有為「全聯先生」添加額外表達，自無任其主張權利保護之空間。惟即使純就第三人得否對他人特定角色附加額外表達並享有著作權保護一事為學理上討論，本文現階段亦持否定見解。蓋如此擴張可能著作權人之範圍將使原權利人再無把握該角色品質之可能，亦使該角色的權利範圍無從界定。因此，縱使基於現行法對連環作品亦各依其單行本完成時點起算著作權保護期間時點之見解，而有必要肯認 *Klinger* 案對角色衍生特質權利歸屬之詮釋，得以續集創作為虛擬角色附加額外表達者亦應以原著作權人為限。否則，考量

³⁵⁷ *Supra note 3*, Feldman, David, B., 699-700.

³⁵⁸ *Gaiman v. McFarlane*, 360 F.3d 644, 660 (7th Cir. 2004). 原告主張其將被告出版失敗作品之人物附加額外主張致其獲得商業上成功，故應為系爭角色之共同著作權人以共享成果。

³⁵⁹ 角色著作權事關作者把控著作之權能，參註 21, Kathryn M. Foley, 頁 926；另參註 24, Leslie A. Kurtz, 頁 437。舉例而言，現實中許多角色皆已經大量二次創作，若肯認 *Klinger* 案見解，則二次創作者是否接得以此主張就特定表達享有權利？即非無疑。

我國二次創作盛行的實務環境，將無從避免權利主觀與客觀狀態上的混亂。

第三項、展場佈景的著作性：智慧財產法院 106 年度民公上字第 4 號民事判決（冰

雪奇緣案）

隨娛樂產業環境變遷，出版社與影視公司對虛擬角色的銷售方式已逐漸捨棄過往純粹將其視覺外觀或動、漫畫分鏡單純印製於馬克杯、服飾等有體物上的做法，轉而尋求專業人士協助，透過設計結合角色配件、紋身、烙印等標誌性符號使消費者對其商品或服務產生連結，於販賣角色印象時兼顧美感並提高售價，朝向精緻化發展。美國實務亦於此周邊生產風潮下催生出 *Towle* 等案，並隨之開展對角色附隨物品之保護的討論。³⁶⁰自此，對虛擬角色法律定位之探討已不限於該角色本身，更兼及其服飾、配件、標誌性符號等附隨產物的保護議題。惟除周邊商品的生產外，近日動漫、電影產業亦時常與推出咖啡廳、實體展覽等合作活動，其間亦多涉及對角色符號的使用，而同樣為此議題所涵蓋。我國智慧財產法院 106 年度民公上字第 4 號民事判決雖標示為公平交易法相關案件，惟其爭點卻廣及著作權法與營業秘密法；不僅體現虛擬角色的保護可能有法規競合與衝突之情形，更顯示當被利用者不再為角色本身，而係能夠表彰角色的周邊元素時，其權利範圍界定之困難。

一、案例事實

本件原告上海中瀚公司曾舉辦「2015 年北京奇幻冰世界——迪士尼冰雪奇緣特展」（北京特展），並為此與訴外人上海迪士尼公司取得包含《冰雪奇緣》電影主角 Elsa 等人物、劇中常見標誌（如雪花圖騰）等相關著作權之非專屬授權，以利於展區內製作並展示冰雕。惟上海迪士尼公司僅從事授權業務，後續實際展區場地規劃、佈置、設計等悉由原告自行籌備。³⁶¹原告認其就展場整體規劃、選用電影片

³⁶⁰ DC Comics v. Towle, 802 F.3d 1012, (9th Cir. 2015).

³⁶¹ 智慧財產法院 105 年度民公訴字第 1 號民事判決，頁 3。此為上開智慧財產法院 106 年度民公上字第 4 號民事判決之前審判決，本文以一審所整理之案例事實為據說明本案情形。

段、重現經典場面等皆投入大量心力，自應享有該努力之成果；詎料，被告竟私自與負責保管策展資料之訴外人吉時公司接觸並竊取相關營業秘密與著作權資訊，次於 2015 年 12 月 25 日於台北中正紀念堂民主大道舉辦與北京特展實質相同之「冰雪奇緣冰紛特展」（台北特展），遂向法院提起訴訟。³⁶²

（一）本案爭點：北京特展展覽文案是否構成編輯著作

就著作權侵害部分，原告首先主張被告行為侵害其編輯著作權。蓋北京特展文案所選用電影照片、圖片係原告自上萬張圖庫中擇取合適者進行統整，其選擇及編排已融入個人心力，故應具創作性而屬編輯著作。被告不僅曾派員接觸吉時公司且實際參訪北京特展，事後更就台北特展各展區規劃使用與原告近乎相同的主題名稱（如原告「艾莎的秘密」與被告「Elsa 的秘密」），並取用相同場景、圖片（如冰雪城堡之入口意象、大冰宮、大雪怪、冰雕迷宮、大型溜滑梯等），足見兩者文案間具實質近似，應成立侵權。³⁶³

（二）本案爭點：展區佈置與冰雕設計是否為建築著作？

此外，原告另主張北京特展展場的展區空間整體規劃與個別冰雕的設計圖應為我國法上建築著作而受著作權法所保護。蓋原告為符展場設計考量，於規劃展區時曾就特定場景安排刻意做出與原作電影不同之規劃，更為此與上海迪士尼公司溝通良久以獲取許可。例如：原作大雪怪係於城堡外圍出現，惟為參觀者攝影需求，原告特將其置於城堡相對位置；又如展區大型冰雪溜滑梯根本未曾於《冰雪奇緣》電影中實際出現，而係原告特別引進之設計。惟台北特展不僅同樣出現原告獨家引進之溜滑梯，大雪怪冰雕陳設的相對位置更與原告相差無幾，足見被告有侵害其建築著作的事實。³⁶⁴被告則略以原告方與上海迪士尼公司間契約僅就展覽可能運用到的迪士尼元素取得非專屬授權，並未賦予其向被告提起訴訟之權利；且觀察原告與上海迪士尼公司之契約，原告於運用迪士尼公司授與之「各項產權」時皆需遵循迪

³⁶² 同前註，頁 4。

³⁶³ 同前註，頁 7。

³⁶⁴ 同前註，頁 9。

士尼公司指引並獲其書面同意，以便其維護相關作品及角色品質，足見原告所取得者僅為一「行銷權 (promotional rights)」，其並無可向被告主張之著作權，以為抗辯。³⁶⁵



二、一審法院見解

本案一審法院結論上認為由於原告就著作權相關主張或無法證明被告存在「接觸」事實；或無法證明二者間存在「實質近似」，故無法認定被告舉辦台北特展之行為有侵害原告北京特展任何著作權。首先，就編輯著作部分，法院表示，原告雖主張被告曾與訴外人吉時公司接觸取得北京特展文案資料，然被告提出「台北特展方案」之時點經確認早於原告「北京特展、澳門特展」等文案之提出時點；吉時公司亦否認其曾提出北京特展相關資料交予被告，如是，原告主張台北特展文案侵害北京特展、澳門特展提案之編輯著作權，其接觸要件已未滿足，並不可採。³⁶⁶其次，就建築著作部分，儘管被告曾實際參觀北京特展的事實足為接觸要件之證明，然就實質近似要件，法院指出由於兩造展區數量、排序布局互有出入（如北京特展未出現電影中「奧肯交易所」景點展區），且北京特展與台北特展之規模相去甚遠，故兩造配置圖難相契合，不應成立實質近似。³⁶⁷況且，兩造展覽既均欲表現迪士尼動畫《冰雪奇緣》電影場景，即必然取材自相同迪士尼元素，縱有共通經典場景，亦有必要場景原則適用，而無主張著作權保護之餘地，由此認定原告就著作權主張的部分敗訴。³⁶⁸

三、二審法院見解

本案二審法院基本支持下級審見解。就系爭文案的編輯著作部分，原告雖稱吉時公司主要係負責搜集與保管資料的工作，惟法院認依兩造契約規劃，吉時公司尚與原告公司簽約並負責「北京特展全區架構規劃及迪士尼冰雪奇緣特展之設計策劃」，且該合約並未約定智慧財產權歸屬。基此，無論依我國著作權法第 12 條第 1

³⁶⁵ 同前註，頁 19。

³⁶⁶ 同前註，頁 43。

³⁶⁷ 同前註，頁 44。

³⁶⁸ 同前註。

項³⁶⁹就出資聘用著作的著作權歸屬之原則性規定，或適用中華人民共和國第 17 條³⁷⁰規定，其著作財產權皆應由受聘人吉時公司享有。執是，縱使肯認系爭文案係編輯著作，原告亦無著作財產權可供主張。³⁷¹次就冰雕 3D 立體設計圖遭侵害部分，法院則認為，由於實際生產冰雕仍須經冰雕師傅配合展區實況進行評估，並非僅依該圖設計即得生產，故駁回原告主張，全案因此敗訴。³⁷²

四、本文意見

本案與全民時代案存在相似困境，由於原告並非《冰雪奇緣》電影著作權人，而僅為非專屬被授權人，其無法直接就電影相關元素（角色、冰雪造型等）主張著作權侵害。然而，本案與全民時代案不同之處在於，原告雖向迪士尼公司取得《冰雪奇緣》電影相關著作權之授權，卻並非單純將相關著作複製、貼上，而係經過自己構思從頭規劃展覽，並憑藉相關專業製造冰雕、宮殿等與原作動畫完全不同之產物，原應有探討構成衍生著作之空間。惟儘管我國著作權法第 6 條與第 7 條明確規定對衍生創作與編輯創作均以獨立著作保護之，實務對此亦早已肯認並形成穩定見解，認為本條適用並不以衍生著作或編輯著作人與原著作權人相同為限。³⁷³當案件涉及虛擬角色時，法院卻似乎將此拋諸腦後，有意無意地忽視原告有進行衍生創作之可能，而徒以其不得就原電影相關著作權主張權利為由將訴訟駁回。本判決甚至更進一步以兩造舉辦展覽係採用相同主題，無法避免相似素材的選用，而認本案情形有必要場景原則之適用。³⁷⁴再次彰顯我國法院並未真正理解必要場景原則的意義與適用範圍；亦未曾真正將編輯著作與衍生著作當成與原生著作具同等價值

³⁶⁹ 著作權法第 12 條第 1 項：「出資聘請他人完成之著作，除前條情形外，以該受聘人為著作人。但契約約定以出資人為著作人者，從其約定。」

³⁷⁰ 中華人民共和國著作權法第 17 條：「受委託創作的作品，著作權的歸屬由委託人和受託人通過合同約定。合同未作明確約定或者沒有訂立合同的，著作權屬於受託人。」（現已挪至第 19 條）

³⁷¹ 智慧財產法院 106 年度民公上字第 4 號民事判決，頁 8。

³⁷² 同前註，頁 11。

³⁷³ 著作權法第 6 條：「（第一項）就原著作改作之創作為衍生著作，以獨立之著作保護之。（第二項）衍生著作之保護，對原著作之著作權不生影響」；著作權法第 7 條：「（第一項）就資料之選擇及編排具有創作性者為編輯著作，以獨立之著作保護之。（第二項）編輯著作之保護，對其所收編著作之著作權不生影響。」另參註 20，謝銘洋，頁 214-216。

³⁷⁴ 同註 362。



的獨立著作看待。

(一) 文案主題相同是否即有必要場景原則適用？

首先，就特展文案之編輯著作部分，暫不論出資聘用著作的權利歸屬問題；原告既就電影畫面進行節錄、整合，其間自己融入其選擇、編排之創意而可謂編輯著作，此結論無論原告是否為編輯素材《冰雪奇緣》電影的著作權人，皆無不同；此觀我國著作權法第 7 條第 1 項規定自明。³⁷⁵ 基此，本案法院先以迪士尼元素非原告所得享有著作權否定該文案屬於編輯著作之可能性，與法條文義已有不符。法院雖另行表示無論展覽文案或展區實際規劃，因兩造係以相同主題舉辦展覽，必然選用相類元素佈置展場而有必要場景原則適用。惟此不僅未能正當化其否定原告編輯著作創作性之論述，反而凸顯法院對於必要場景原則的理解與運用實過於寬鬆之事實。

如前所述，所謂必要場景原則係指著作權保護需排除於特定題材中必然被使用之元素，以免形成對後續創作的阻礙，並非指創作者得以其欲詮釋特定作品（角色）為由，擅自利用本該屬於原作者之「表達」。³⁷⁶ 因此，即使兩造同樣擇定《冰雪奇緣》電影為展覽主題，且皆取得迪士尼公司授權，必要場景原則亦僅能排除以《冰雪奇緣》為展覽時必須運用之「場景」。例如，原告不可能於兩造授權條件相同的情形下要求被告舉辦台北特展時不得展示電影主角 Elsa 的冰雕。然而，就 Elsa 具體應被如何呈現一事，展覽者應仍保有個別作成不同表達、詮釋之可能。本案中，兩造所舉辦者為冰雕特展，考量到冰雕本身係雕刻之一種，依我國實務見解應為具美感訴求的創作類型，不同冰雕師所作當無完全相同之可能。³⁷⁷ 本案原告既已臚列

³⁷⁵ 同註 368。

³⁷⁶ 參本文頁 100-102。

³⁷⁷ 智慧財產局著作權法第五條第一項各款著作內容例示：「一、本例示依著作權法（以下簡稱本法）第五條第二項規定訂定之。

二、本法第五條第一項所定之各款著作，其內容例示如左：

(一) 語文著作：包括詩、詞、散文、小說、劇本、學術論述、演講及其他之語文著作。

(二) 音樂著作：包括曲譜、歌詞及其他之音樂著作。

(三) 戲劇、舞蹈著作：包括舞蹈、默劇、歌劇、話劇及其他之戲劇、舞蹈著作。

(四) 美術著作：包括繪畫、版畫、漫畫、連環圖（卡通）、素描、法書（書法）、字型繪畫、雕塑、美術工藝品及其他之美術著作。

兩造展覽各展區主題與特徵，並指出被告展覽冰雕中包含由其與原著作權人獨家商談之設計（如大冰滑梯），法院即應實際就其創作性與實質近似為審理，而非僅以「迪士尼元素」於本案屬於必要場景為由一概否認編輯著作與衍生著作的創作性。否則相關規定豈非淪為具文？

（二）展區佈景與冰雕 3D 立體圖的著作性：是否具最低限度創作性？

由於本案另一爭執標的為《冰雪奇緣》特展的「展區規劃及佈置」，以及用於實際展覽冰雕之「3D 立體繪圖」，嚴格而言並非虛擬角色的附隨物品，而係基於產業需求，運用虛擬角色特徵所作成之衍生產品。故除虛擬角色本身的著作性外，「展區規劃」與「立體繪圖」是否屬於我國著作權法所定義之著作，亦成疑問。尤以實務因我國著作權法第 5 條第 1 項³⁷⁸就著作類型所為例示而對創作的「可分類性」抱持異常執著。不僅造成法院長期否認有例示以外的著作類型存在，亦拒絕對多種例示、非例示結合而成的複合著作提供保護，最終產生因歸類困難導致原告難透過著作權主張權利之窘境。³⁷⁹

承前所述，關於展場配置與冰雕之原始性，迪士尼公司既僅負責授權業務並將實際施作全權委由原告負責（僅保留書面同意權），其展覽成果之原始性當屬無疑。就創作性部分，即使原告不得就由迪士尼公司享有著作權之電影元素本身為權利主張，惟國內、外文獻皆曾指出縱然所用元素為不受保護者，創作者仍有在此之上

(五) 攝影著作：包括照片、幻燈片及其他以攝影之製作方法所創作之著作。

(六) 圖形著作：包括地圖、圖表、科技或工程設計圖及其他之圖形著作。

(七) 視聽著作：包括電影、錄影、碟影、電腦螢幕上顯示之影像及其他藉機械或設備表現系列影像，不論有無附隨聲音而能附著於任何媒介物上之著作。

(八) 錄音著作：包括任何藉機械或設備表現系列聲音而能附著於任何媒介物上之著作。但附隨於視聽著作之聲音不屬之。

(九) 建築著作：包括建築設計圖、建築模型、建築物及其他之建築著作。

(十) 電腦程式著作：包括直接或間接使電腦產生一定結果為目的所組成指令組合之著作。

三、本法第六條所定衍生著作及第七條所定編輯著作，依其性質歸類至前項各款著作。」其中，第二項第四款對美術著作之例示中包含雕塑項目，應可認冰雕於主管機關定義下亦屬美術著作。

³⁷⁸ 同註 340。

³⁷⁹ 否定例示外著作類型的見解，如前述全民時代案即為適例：法院以原告著作非屬美術著作、亦不該當攝影著作為由，認為原告著作並不屬於我國著作權法所保護之標的而將全案駁回，參本文頁 99-101。

發展其創意，並就改作後表達享有著作權之可能。³⁸⁰ 本案原告既已取得迪士尼公司授權，其實際企劃又多須經迪士尼公司書面同意以確保符合原作品與角色的整體意象，堪認已非單純重製而係經著作權人同意之改作，應可承認該展區佈景及冰雕設計有原告自身創意融入其中，而具一定程度之創作性。苟非如此，未免忽視舉辦展覽與設計冰雕所需技術高度與單純投放電影精選畫面等形式完全不同之事實。冰雕技術本身縱非著作權法保護範疇而或應尋求專利保護，惟該設計圖本身仍屬我國著作權法所界定之著作，當屬無疑。³⁸¹ 學說上亦多認專利法與著作權法規範目的與應用方式本不相同，展區佈景與冰雕設計若能展現作者本身創意而符合著作權法所規範之權利要件，自得尋求著作權法的保護。³⁸²

（三）展區佈景與冰雕 3D 立體圖的著作性：著作類型例示之必要性

儘管我國著作權法第 5 條第 1 項明定本法所稱著作僅「例示」如下，法院卻似將「例示」錯解為「列舉」，因而拒絕對無法依例示進行歸類的非典型著作提供保護，使得「符合例示類型」變相成為法無明文、乃至違背法令的權利要件。³⁸³ 由於虛擬角色顯然不在此例示之列，該要件的增設不僅對我國將來對虛擬角色的承認形成阻礙，更可能斷絕所有非典型著作透過著作權法尋求救濟的機會。

本案恰可凸顯強硬地將著作類型作為權利要件將對原告產生的困境。蓋展區佈景通常包含造景設計與空間規劃等考量，不僅有專業技術之需求，更需設計師展現高度創意，其設計圖乃至於後續成果若按現行著作權法以原創性為依歸，應屬具高度創作性的著作無疑。然而，自實務觀點而言，由於展區佈景並不符合第 5 條第 1 項所示任一著作類型，亦未在主管機關智慧財產局依同條第 2 項所訂例示內容之舉例當中。³⁸⁴ 如此，展區佈景於我國法上是否屬於著作之一種，又應歸類為何種著作，即有疑義。若依主管機關對著作類型的解釋，經濟部智慧財產局智著字第

³⁸⁰ 參註 42，戴士捷，頁 37-38。

³⁸¹ 若依循實務見解，有疑問者至多僅展區設計圖本身係建築著作或圖形著作；冰雕成果與設計圖是否分屬美術著作與圖形著作等疑問爾，惟皆不應妨礙其構成我國法上「著作」之評價。

³⁸² 參註 20，謝銘洋，頁 57。

³⁸³ 參註 374、註 375。

³⁸⁴ 參註 374。

10716009930 號函釋指出，室內空間設計圖與建築物設計圖屬於「建築著作」不同，原則上屬於「圖形著作」，且按室內設計圖施工因法律並未對此有特別規定，故屬「實施」而非著作權法上重製；此與依建築設計圖製造建築物有我國著作權法第 3 條第 1 項第 5 款明文規定屬於重製，有所差異。³⁸⁵ 本文中，展覽所用展區佈景雖有實體建造冰雕等物，然並未直接變更展區建築物構造，似更趨於室內設計，如此，依該函釋意旨似應歸類為「圖形著作」。惟此是否即意味著展覽佈景縱然享有圖形著作權保護，亦無從對被告按圖施工的行為主張重製權侵害，令人擔憂。

再以冰雕而言，若採肯認冰雕非單純重製角色形象而係改作之見解，則其應已具備最低程度創作性，而屬於我國法上著作無疑。然而，此際應認冰雕於性質上為雕刻之一種而依主管機關例示屬於美術著作，或如同本案原告的主張認其屬於建築著作？如認冰雕為美術著作，則按設計圖施工究係「平面轉立體」的重製，或如過往實務見解判斷認其僅為不受著作權法保護的實施行為，亦生爭議。³⁸⁶ 此不僅凸顯將著作歸類造成之困擾，更同時點破法院區分重製與實施行為的差異，將忽略重製行為的不法性在於被告於未經同意前提下以任何形式「再現著作內容」，對於原告權利之維護，亦生困難。以本案而言，被告分明有製造冰雕並進行展示的行為事實，原告創作設計圖之最終目的既係將其實際施作，則被告若擅自按圖施工自屬「再現著作（設計圖）之內容」。法院所應審查者應係被告所完成冰雕與原告冰雕間是否具有實質近似，以為抄襲之證明，而非以該圖有另聘專家評估施工之必要等理由為被告開脫。³⁸⁷ 無怪本案原告於著作權外同時為不當得利之主張，且於上訴時僅就不當得利部分提起上訴。³⁸⁸ 本文雖無法確知其訴訟策略為何，然法院對著作權一再增添法無明文的權利要件足實令人氣餒，不免影響其上訴規劃。若此情形未見

³⁸⁵ 智慧財產局第 3 條第 1 項第 5 款：「重製：指以印刷、複印、錄音、錄影、攝影、筆錄或其他方法直接、間接、永久或暫時之重複製作。於劇本、音樂著作或其他類似著作演出或播送時予以錄音或錄影；或依建築設計圖或建築模型建造建築物者，亦屬之。」

³⁸⁶ 關於將美術圖或設計圖等平面著作轉化為立體模型等行為，實務經常認定此為近似於專利法的「實施」行為，而非著作權法上的「重製」，參智慧財產局智著字第 10716009930 號函釋。

³⁸⁷ 智慧財產法院 106 年度民公上字第 4 號民事判決，頁 11。

³⁸⁸ 同前註，頁 1。

改善，則將來不僅虛擬角色於我國受到保護之可能性更為降低，更將使非典型著作分明以滿足著作權法的權利要件規定，卻只能轉往傳統民法或其他法領域尋求保護，對本領域之發展實非有利。

綜上所述，倘若法院有必須釐清著作類型的需求，於完善其說理義務後自無不可；惟多述非典型著作的侵權案件幾乎都聚焦於重製權、改作權、公開傳輸權等侵害，此等財產權既為任何類型著作所共同享有之權利，實無必要如此執著於著作類型之劃分，不僅限縮著作權法的保障範圍，更使訴訟主張屢生掣肘，實無助益。

第四項、使用者界面的著作權：智慧財產法院 107 年度民著上字第 4 號民事判決

（海神戰紀案）

近年來，智慧型手機線上遊戲日漸興盛，不僅改變電玩遊戲的產業版圖，亦使得許多原已隨劇情完結而消逝或人氣不再的遊戲重獲新生，同時催生許多動漫、小說、影視作品的改編；虛擬角色的活躍亦迎來前所未有的新局面。惟縱使電玩遊戲作為娛樂產業之一部已有數十年發展，過去司法實務上卻少有涉訟；不僅虛擬角色本身的著作性未曾被探討，甚至電玩遊戲內的劇情、美術、音效等元素於著作權法之定位為何，法院亦鮮有表示。至 2018 年，我國實務終於迎來與手機遊戲使用者介面相關的著作權案件，即智慧財產法院 107 年度民著上字第 4 號民事判決。由於使用者介面係呈現於消費者端的遊戲畫面，遊戲業者多對該介面的視覺效果有美感訴求之考量。因此，不光使用者介面本身是否屬於著作權法上的「著作」一事具討論價值；法院如何看待使用者界面上的虛擬角色，更為本文所關注焦點。

一、案例事實

本案原告網銀公司係「星城 online」線上遊戲平台電腦程式開發商，並獨家取得訴外人宏鑫公司所研發之遊戲軟體使用權，進而上架營運「海神」遊戲，且為該

遊戲軟體著作之專屬被授權人。³⁸⁹為使玩家了解「海神」遊戲玩法及遊戲規則，原告另以「3 X 4 X 5 X 4 X 3」型態之矩陣圖（圖 9）作為該遊戲 720 種玩法的表達方式，依其主張，該矩陣圖應屬著作權法上之圖形著作。³⁹⁰ 詎料，被告銀河公司與向上公司分別為「老子有錢 online」線上遊戲平台營運商與遊戲軟體開發商，其遊戲「海神戰紀」不僅抄襲「海神」遊戲操作流程、畫面排版、圖片構成，更重製系爭矩陣圖及使用者介面，已侵害其著作財產權，遂向法院起訴求償。³⁹¹ 對此，被告則以「海神」遊戲的遊戲玩法、遊戲規則皆屬我國著作權法第 10 條之 1³⁹² 所示概念，並非可受保護之表達，為創作性抗辯。³⁹³ 被告並否認「海神戰紀」與原告「海神」遊戲間存在實質近似，其指出原告「海神」遊戲使用者介面呈現方式係業界常用設計，並不具電腦程式著作之創造性與原始性，故不受著作權法保護；其間縱有雷同處，亦應有思想與表達合併原則適用，是而請求法院將其訴駁回。³⁹⁴

³⁸⁹ 智慧財產法院 106 年民著訴字第 5 號民事判決，頁 2。此為智慧財產法院 107 年度民著上字第 4 號民事判決之前審判決。

³⁹⁰ 同前註。

³⁹¹ 同前註，頁 3。

³⁹² 著作權法第 10 條之 1：「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。」

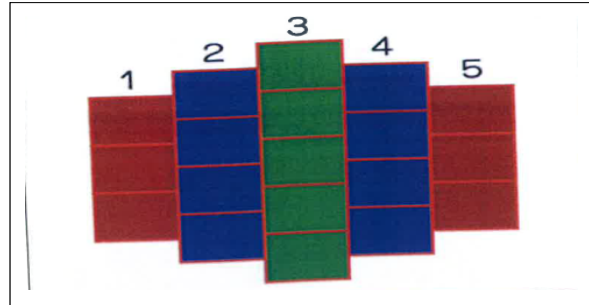
³⁹³ 同註 383，頁 3。

³⁹⁴ 同前註，頁 4。



附件 1

附圖 1：「海神」遊戲之矩陣圖形



附圖 2：「海神戰紀」遊戲之矩陣圖形

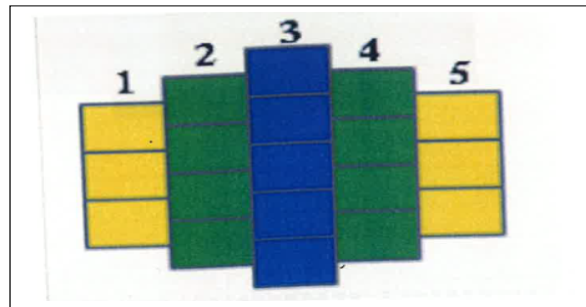


圖 9：兩造遊戲矩陣圖³⁹⁵

二、一審法院見解

(一) 本案爭點：「海神」遊戲矩陣圖是否屬於我國法上著作

本案例中，兩造最初係就原告用於說明其遊戲規則的矩陣圖之創作性發生爭執，對於該矩陣圖是否如原告主張係我國法上圖形著作；又或依被告抗辯有必要場景原則適用，一審法院表示如下見解。法院認為，遊戲玩法與遊戲規則本身因屬著作權法第 10 條之 1 所揭示之概念而非著作權法保護標的，故縱使原告主張其為呈現遊戲規則而自數種方式中選擇以「矩陣圖」作為表達形式，該選擇應係其創意所在而具創作性；然而，系爭「矩陣圖」之最終目的仍係傳達上述概念，且原告矩陣圖

³⁹⁵ 取自智慧財產法院 107 年度民著上字第 4 號民事判決附件。

僅簡單劃分方格並以底色輔助，無從反應創作人內心之思想或感情。況且，業界早有不同於原、被告的其他業者透過矩陣圖說明遊戲玩法及規則，足見此為該產業習知表現手法，應有必要場景原則適用，而非原告所得享有之排他權。³⁹⁶



(二) 本案爭點：「海神」遊戲使用者介面屬於我國法上著作

其次，與傳統著作權法所保障之電腦程式著作係對具創作性的程式碼提供保護不同，使用者介面係以呈現於消費者端的視覺效果為主要訴求，故其是否亦為我國法所定義之電腦程式著作、或應考量其美感訴求而定性為美術著作，又或者其根本並非我國著作權法所保護之標的，屬亟待解決之爭議。就此，智慧財產法院對原告「海神」遊戲的使用者介面（user interface）是否構成著作表示如下見解：

「按『電腦程式著作』屬著作權法上所稱之著作，著作權法第 5 條第 1 項第 10 款定有明文，又『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，……隨電腦科技之日新月異，……使用者介面（user interface）、外觀及感覺（look and feel）是否均在著作權保護之範圍，審理之法院自應或委由鑑定機關將原告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告訴人所享有著作權保護之表達部分及二程式間實質相似程度，加以判斷是否侵害告訴人之著作權。其中使用者介面（user interface）係指『人與電腦間互動以完成電腦特定工作之各種設計』（all devices by which the human users can interact with the computer in order to accomplish the tasks the computer is programmed to perform）。此種使用者介面，包括程式指令驅動介面或圖形介面。所謂圖形介面，即指電腦使用者基本上藉由圖示與電腦互動，以達成電腦程式所欲完成之功能。電腦程式中大部分創

³⁹⁶ 智慧財產法院 106 年民著訴字第 5 號民事判決，頁 5-6。

造性在於程式概念化 (conceptualizing) 部分及使用者介面部分，要創造一種合適之使用者介面，設計者需要非常高度之創造性 (creativity)、原始性 (originality)、及洞察力 (insight)。此種使用者介面雖屬非文字，亦為著作權所保護之範圍。(最高法院 99 年度台上字第 2800 號判決意旨參照)³⁹⁷

智慧財產法院援引最高法院見解指出，所謂使用者介面係指電腦程式呈現於使用者 (消費者) 端的視覺外觀頁面，其上通常存在如按鈕般等待使用者操作的選項；透過使用者的點選與電腦互動，最終完成特定的指令與任務者。循此，法院將使用者介面區分為技術性的程式驅動介面與外顯於消費者端的圖形介面，而本案中，原告身為「海神」遊戲的專屬被授權人，其雖無法就該遊戲的玩法、規則、操作方法等「概念」主張著作權保護，然該遊戲既已透過圖形介面將上述概念轉為視覺外觀呈現，此視覺效果自屬著作權法上表達。³⁹⁸法院更指出，使用者介面具服務消費者之目的，勢必重視消費者的感受與體驗；而創造使人有良好體驗的遊戲畫面不僅有專業技術的需求，更仰賴創作者的發想與創意，已符合著作權法所要求之最低創作性，堪認係受我國法保護之電腦程式著作。³⁹⁹基此，本案原告應得就「海神遊戲」使用者介面之視覺外觀享有電腦程式著作權。

(三) 本案爭點：兩造使用者介面之實質近似

然而，縱使肯認原告著作權確實存在，亦不等同被告所為即必然成立侵權；侵權行為的成立尚待原告證明接觸與實質近似要件，始足當之。為釐清兩造遊戲是否構成實質近似，本案法院所採取方式係先行臚列兩造介面特徵，次就兩遊戲相對應部分進行逐一比對，其指出：原告介面主要包含深灰色希臘神殿矩陣圖、藍色海洋基底，並使用三種人物造型分別為海神 (人物正面朝前、黃色皇冠、白色長鬚)、章魚 (人物主體為紫紅色、正面八隻觸鬚、黃眼黑瞳) 及燈籠魚 (人物主體為暗紅

³⁹⁷ 同前註，頁 9。

³⁹⁸ 同前註。

³⁹⁹ 同前註。

色、藍色魚鰭、45 度朝前、開口向左、頭頂垂掛白色圓球發亮物)。⁴⁰⁰相較於此，被告「海神戰紀」遊戲則以灰色希臘神殿為矩陣圖、藍色海洋為基底，其介面上亦存在三種人物造型分別為海神（人物 45 度朝前、黃色皇冠、白色長鬚）、章魚（橘紅色、45 度呈現三隻觸鬚、黃眼、黑線瞳孔）及燈籠魚（人物主體為暗紅色、人物 90 度朝右、開口朝右、頭頂垂掛白色圓球發亮物）。⁴⁰¹本文將法院附件中，上述人物造型提供讀者參考，請參下圖 10。



圖 10：兩造遊戲使用者介面人物示意圖⁴⁰²

進入兩造人物特徵相似性的比對時，法院則分析道：兩造使用者介面均以「圖案」作為虛擬選項按鈕的呈現方式，由於此種表現手法本身為業界習知作法，故非

⁴⁰⁰ 智慧財產法院 106 年民著訴字第 5 號民事判決，頁 7。

⁴⁰¹ 同前註，頁 8。

⁴⁰² 圖片取自智慧財產法院 106 年民著訴字第 5 號民事判決附件，上圖粉色底圖者為原告「海神」遊戲之人物；下圖藍色底圖者為被告「海神戰紀」遊戲之人物。

著作權保護範圍。⁴⁰³至圖案選擇之相似性，法院表示，本案兩造遊戲固然皆以灰色希臘神殿建構矩陣圖並以藍色海洋為基底，且同以希臘海神為遊戲主題，然而，希臘海神僅為社會大眾所習知概念，各著作權人應享有依此概念發想並有不同表達之空間，故不能僅以選擇主題相同為主張著作權侵害之基礎，而須就兩造人物細節進行比較。⁴⁰⁴本案中，「海神」遊戲的神殿係以深灰色石材附有細緻雕紋、整體呈半圓形向外凸出呈現；反觀被告「海神戰紀」的神殿則以亮淺灰色石材與直線條紋呈現，其風格較為簡略，依整體觀念與感覺測試法觀察，應具差異性，而不構成實質近似（圖十二）。次就兩造遊戲中「海神」、「章魚」、「燈籠魚」等人物造型而言，以「海神」人物造型為例，法院認為，系爭角色「海神」雖確有部分特徵相同，然相較於原告所繪海神係以大色塊表現體徵，從而呈現超自然人物之視覺感受；被告之海神則以寫實手法呈現，其整體觀念與感覺仍有所差異，故亦不成立實質近似。⁴⁰⁵基此，法院認為，「海神」遊戲使用者介面雖係我國著作權法所保護之電腦程式著作，惟因其程式功能介面包含甚多產業習知作法，有思想與表達合併原則與必要場景原則適用而不得享有著作權保護；⁴⁰⁶至其圖形介面部分則由於經整體觀念與感覺測試法逐一比對後未能構成實質近似，故為原告敗訴判決。

⁴⁰³ 同前註，頁 11。

⁴⁰⁴ 同前註。

⁴⁰⁵ 同前註，頁 14-15。

⁴⁰⁶ 同前註，頁 10。

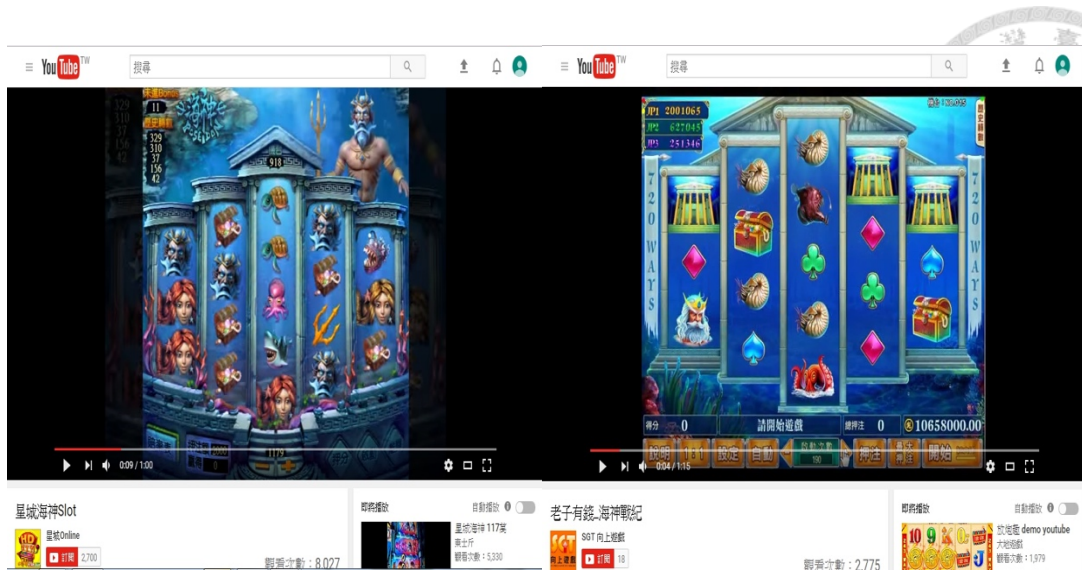


圖 11：兩造遊戲使用者介面⁴⁰⁷

三、二審法院見解

本案二審亦基本支持一審見解並維持原告敗訴判決。法院認為，我國著作權法稱圖形著作，其作品須可自外觀得知作者所欲表達之地理位置、空間、規格等設計資訊，始足當之。⁴⁰⁸然而，本案矩陣圖係用於說明遊戲規則，且遊戲產業界本存在此慣用表達形式，故該表現手法不僅有必要場景原則適用，更應認系爭矩陣圖屬單純通用之表格，而為我國著作權法第 9 條第 1 項第 3 款⁴⁰⁹法定排除之著作標的，不得受著作權法保護。⁴¹⁰

此外，著作權法僅保護思想之表達，並未兼及保護著作「使用之感覺」，是縱兩造所選擇遊戲主題風格相同、造型近似，只需兩造均為獨立創作而無抄襲情事，即不得僅以創作先後順序認定後者侵害前者的著作財產權。⁴¹¹基此，兩造使用者介面雖均係以希臘海神風格及吃角子老虎機為設計理念，惟其遊戲圖案設計細節、中獎說明及所給予遊戲體驗者的整體感受均具明顯差異，上訴人（原告）徒以被上訴

⁴⁰⁷ 同註 399。

⁴⁰⁸ 智慧財產法院 107 年度民著上字第 4 號民事判決，頁 7-8。

⁴⁰⁹ 著作權法第 9 條第 1 項第 3 款：「下列各款不得為著作權之標的：三、標語及通用之符號、名詞、公式、數表、表格、簿冊或時曆。」

⁴¹⁰ 同註 405，頁 8。

⁴¹¹ 同前註，頁 11。



人重製「海神」遊戲操作流程而主張其侵害「海神」遊戲使用者介面之電腦程式著作權，並非可採，為其結論。⁴¹²

四、本文意見

儘管本案判決中，法院對實質近似的分析與結論仍存在數項疑點，惟就其肯認手機遊戲圖形介面為我國著作權法保護標的一事，仍應予以肯定。蓋我國實務過往對著作類型常抱持莫名堅持，以至許多無法「一望即知」其著作類型的非典型著作未能成功於訴訟中主張權利，已如前述。⁴¹³若非使用者介面是否屬我國法上著作之爭議已有最高法院見解背書，單就此一問題恐即足使原告遭受敗訴結果；最高法院卻能將使用者介面區分為「功能」部分與「外觀」部分個別討論其創作性之不同，且願就視覺外觀予以著作權保護，應值贊同。⁴¹⁴

然而，本案真正的審理重心即在對兩造使用者介面視覺外觀的實質近似判斷上，法院對於兩造圖形介面上人物圖像（icon）的比對方式實存有許多疑點，其整體觀念與感覺更非如法院所言毫無相似之處。首先，就分析方法而言，本案法院係採取將「海神、章魚、燈籠魚」等兩造共通人物特徵抽象化後逐一比對的審查步驟，看似接近 *Nichols* 案所提出之抽象測試法。⁴¹⁵惟，我國實務既就虛擬角色的獨立性尚無認識，自無可能發展「可著作性」（copyrightability）之概念。相較於 *Nichols* 案提出抽象測試法之目的係為確認兩造角色近似處是否僅為不受保護的概念模式（pattern），而對角色的故事背景進行整體性的評估；⁴¹⁶我國法院將特徵純化之目的僅在確認個別單一特徵間是否相似或相同，而欲以最後疊加的「量」之多寡進行評判，並未將角色視為一整體看待。由此，本案法院的審查架構即不能謂相當於 *Nichols* 案之抽象測試法，而僅為傳統實質近似判斷下，質與量綜合判斷法之前置步驟爾。


⁴¹² 同前註，頁 12。

⁴¹³ 參本文就全民時代案、冰雪奇緣案之分析。

⁴¹⁴ 同註 394。

⁴¹⁵ *Nichols v. Universal Pictures Corp.*, 45 f.2d 119, 121 (2d. Cir. 1930).

⁴¹⁶ *Id.*



此判斷上疑點之產生實乃因法院未能正確分辨虛擬角色與原生作品之差異所致。儘管比較法觀點，本案手遊所涉角色與美國法院傳統上認定應受保護之虛擬角色（故事角色），實有所不同。蓋無論「海神」或「海神戰記」手遊，其遊戲性質皆為博弈類遊戲，所涉海神、章魚、燈籠魚等人物於遊戲中僅作為視覺特效或背景，並未有相對應劇情發展足以支撐其性格描寫，故無法適用清晰描繪等著作性審查標準之適用對象。然而，欠缺人格特質雖使虛擬角色較難就涉及角色背景之利用行為主張權利（此際，現實上亦無可供侵害之背景），惟並不妨礙其以視覺外觀主張著作權保護之可能，此無論參考美國實務 *Air Pirates* 案之見解或我國法院對視覺外觀或以電腦程式著作、或以美術著作予以保護之作法，皆無不同。⁴¹⁷足見法院於審理類似案件時不應僅側重「作品」或「角色」任何一方，而需將其看作兩不同議題進行思考，方不致因概念互相流用而導致錯誤之判斷。

（一）作品與角色之不同：被告對人物的「選擇」是否過於巧合？

首先，本文雖係以賦予虛擬角色著作權相關保護為核心，惟並不代表本文認為所有涉及虛擬角色之案件皆應自虛擬角色權益受侵害之觀點出發；反之，釐清虛擬角色獨立性之重點在於，實務必須理解利用整部故事作品與利用作品中的特定角色，於著作權法的判斷上實屬二事。姑不論法院透過整體觀念及感覺測試法所得出之相似性判斷是否正確，縱然認為兩造遊戲個別角色間整體觀念及感覺確實有所差異而不具相似性，亦不表示被告行為即無任何侵權可能。蓋虛擬角色受侵害之獨立性並非指其應與原生作品全然分離，而係指虛擬角色於作為侵權標的時，有與原生作品相等之可利用性與受侵害可能性。因此，如同比較法案例上，於兩造作品劇情間無甚相似時，仍可能就對特定角色之利用行為成立侵權般；縱使兩造作品於個別角色間並不存在侵權問題，自作品全幅以觀，若其間就劇情、登場人物之選擇與編排等處存在不自然的「巧合」，被告卻無法對此提出合理解釋時，亦可能使被告行為就作品整體構成侵權。基此，本案中，縱使法院認為兩造遊戲就「海神」、「章

⁴¹⁷ *Walt Disney Prods. v. Air Pirates*, 581 F.2d 751 (9th Cir. 1978). 我國實務肯定以美術著作權保護虛擬角色之案例，請參本文註 283。

魚」、「燈籠魚」等個別人物間並未成立實質近似，亦不表示被告於相同性質(博弈)的遊戲中以相同主題(希臘海神)作為使用者介面設計之用的行為亦無構成實質近似之可能。我國法院面對以美感為訴求之創作的侵權案件雖經常宣稱其審理侵權之依據為著作的「整體觀念與感覺」，實際審理卻往往過於側重對個別創作元素之比較，而忽略著作權法所嘉獎的創意亦包含作者於公眾領域的萬千汪洋中對特定元素的選擇、編排，而易陷於「見樹不見林」的窘境。⁴¹⁸

申言之，本案兩造作品的創作類型固非編輯著作，惟本文欲藉此提出之疑點即被告對其使用者介面視覺效果呈現的選擇實有過多可疑之處，足以令人懷疑法院於實質近似判斷中認定的材質等差異根本係被告為規避侵權所刻意為之的改變。例如，法院認定本案兩造使用者介面所呈現主題皆為「希臘海神」，則希臘海神波賽頓統領廣大海域而有無數海洋生物相伴此一基於神話典故而來之背景事實固屬必要場景無疑。然而，在此基礎上，創作者具體欲以何種海洋生物陪伴海神，其種類、數目等呈現方式即為各創作者創意所在，不同作者的構圖或多或少必然存在差異，故其最終呈現的視覺畫面亦應為著作權法所保護之表達。循此，被告就隨侍海神的動物既有無數種不同於原告的選擇可供採行，何以其偏巧同以章魚和燈籠魚作為海神隨從並同樣使用於博弈遊戲之使用者介面？常人縱使不具備對希臘神話的相關知識，亦應可窺見其間不自然之處。蓋章魚、燈籠魚不僅非波賽頓的典型坐騎，更非常人對「海洋生物」的直覺選擇。⁴¹⁹被告此間的選擇安排既無神話典故上之依據，又非一般人的直觀聯想，則其為何「恰巧」與原告有如此相似的整體安排，即有可議；法院僅將虛擬角色看作遊戲組成元素，導致其錯將個別特徵間不具相似性誤認為作品整體間的不相似，錯失分辨兩者差異的機會，甚為可惜。

⁴¹⁸ Atari, Inc. v. N. Am. Philips Consumer Elecs. Corp., 672 F.2d 607, 618 (7th Cir 1982).

⁴¹⁹ 以神話典故而言，由於海神波賽頓亦為希臘的馬匹之神，故其常見坐騎應為白馬，請參 Greek Mythology.com, Olympians, Poseidon, in: <https://www.greekmythology.com/Olympians/Poseidon/poseidon.html> (最後瀏覽日：06/14/2022)。當然，本文並非認為法院應具備相關文學素養，此於現實上不可行亦不必要，蓋著作權的侵權判斷本多以平均觀察者為準，一般消費者亦無可能隨時具備相關領域知識。本文係以此表達本案被告就使用者介面設計中的「巧合」並不合常理，而斷非「巧合」。



(二) 比較法案例：美國小精靈 (Pac-man) 案

此外，本案原告於一審時曾援引美國實務案例提供我國法院作為侵權判斷參考，即本文前述之 *Atari* 案。⁴²⁰該案係美國知名電玩遊戲小精靈 (Pac-man) 權利人對製作與「小精靈」相似遊戲者提出侵權訴訟，第七巡迴上訴法院於本審中推翻下級審見解並表示視覺效果 (使用者介面) 間的實質近似亦構成侵權，故要求原審必須核發禁制令停止被告行為。⁴²¹然而，我國法院認為美國著作權法就電腦程式著作之定義僅限於其程式碼，本案侵權爭議卻與電腦程式碼無涉；且本案「海神」遊戲係電腦程式著作，小精靈案中原告就該遊戲所享有著作權卻為「視聽著作」相關權利，二者有別，故拒絕參考並駁回原告之訴。⁴²²

惟事實上，*Atari* 案不僅案例事實與本案高度相似，更對虛擬角色著作性與實質近似審理標準有深入探討，我國法院徒以其對著作類型的迷信否定其參考價值，實至為可惜。蓋無論美國著作權法對電腦程式著作定義為何，或與本案遊戲的著作類型是否相同，對於本案審理所需適用的法律理論皆無實質影響。姑不論虛擬角色本身即非我國與美國法下法有明文的著作類型，著作權法賦予各類著作的權利中本即存有許多共通權能 (如重製權、改作、公開傳輸等)，已如前述。倘案件所涉權利侵害並非特定類型著作所享有，實無需就此大做文章。尤以本案而言，「海神戰記」案與 *Atari* 案涉訟作品類型不僅同為電玩遊戲，被告主要被控侵權標的更皆為使用者介面上的人物圖形，甚具比較可能性而具參考價值。由於本文前已說明 *Atari* 案的案例事實、法院見解及著作性判斷標準，本章將立於此基礎上，就對「海神戰紀」一案具參考性的部分進行分析。

1. 使用者介面虛擬角色的著作性：以創作程度高低界定其權利範圍

與我國最高法院見解相似，第七巡迴上訴法院於審理 *Atari* 案時亦將電玩遊戲使用者介面區分為功能性的程式碼部分及美感訴求導向的圖形介面部分，並將本

⁴²⁰ *Atari, Inc. v. N. Am. Philips Consumer Elecs. Corp.*, 672 F.2d 607 (7th Cir 1982).

⁴²¹ 關於該案之案例事實與法院見解，請參本文頁 37-40。

⁴²² 智慧財產法院 106 年民著訴字第 5 號民事判決，頁 15。

案侵權爭議的審理重心置於圖形介面所呈現之視覺效果。⁴²³ 基此，本文雖不知 *Atari* 案與海神戰紀案的遊戲作品分別為電腦遊戲及手機遊戲的事實是否影響其所需技術之不同，惟應對二案件的可比性無甚影響。蓋無論具體技術內容為何，圖形介面基本上皆係透過電腦程式碼與使用者(玩家)互動，進而訴諸視覺感官體驗之創作。第七巡迴上訴法院更認為，單憑該介面具備視覺外觀一事即足以證明其可著作性，而受美國著作權法保護。⁴²⁴

然而，縱使美國與我國法院皆肯認使用者介面屬於著作權法所保護的著作，二案件卻因對受侵害標的界定與實質近似判斷差異，最終導向完全不同的訴訟結果。不同於我國法院僅將兩造人物個別進行外型特徵之比對，第七巡迴上訴法院雖認為原告的「小精靈」遊戲本身因所用技術多為業界已知守法而不屬於著作權法保護標的，惟被告對原告虛擬角色之利用，正係侵權之所在。⁴²⁵ 儘管小精靈案的虛擬角色「吞食者」與「鬼怪」，與「海神戰紀」案海神等角色相似，嚴格而言並非美國實務傳統定義下的「虛擬角色」，蓋其並無特定劇情支撐，而更接近於使遊戲得以順利進行的「棋子」。然而，第七巡迴上訴法院不僅認為此並不妨礙該等角色享有著作性，更以 *Nichols* 案用於區分思想與表達界線的抽象測試法作為支撐其著作性的理論依據，⁴²⁶ 並援引 *Air Pirates* 案對角色視覺外觀予以著作權保護之見解，進行更為細緻的分析。⁴²⁷

不同於作成 *Air Pirates* 案判決的第九巡迴上訴法院，第七巡迴上訴法院雖亦肯定對虛擬角色的侵害以侵害其外觀即足當之，然並不認同任何虛擬角色的外觀皆得享有如此高強度的保護。法院認為，虛擬角色所得主張之權利範圍應依其創作性高低而定。由於完全虛構的作品或角色並無包含現實世界中要素，而係全然出自創作者之創意發想，其原始性與創作性均處於光譜的最極端，應受較高程度之保


⁴²³ *Supra* note 416, at 616-617.

⁴²⁴ *Id.*, at 618. 此見解係援引 *Air Pirates* 案而來。

⁴²⁵ *Id.*, at 617.

⁴²⁶ *Id.*, at 615.

⁴²⁷ *Id.*, at 618.



護，本案「小精靈」遊戲中角色即為適例，從而對其外觀的侵害本身即足構成侵權之基礎。⁴²⁸此與我國法院態度最明顯差異在於，對美國法院而言，角色創作性問題並非有無之分，而係程度高低之分；創作性低者未必不具備著作性，僅係其受保護範圍較低爾。蓋創作中多少包含公眾領域之要素本為創作常態，時至今日更難有所謂完全獨創的新穎作品，著作權法無需亦不應追求與專利法相等之新穎性。⁴²⁹基此，當著作包含不受保護之元素時，法院所應處理者係辨明何者屬於作品中不受保護之部分，並將侵權範圍限縮於作者可主張的表達範圍之內。然而，我國法院對此雖有所體認，實務操作上卻仍常採取對著作全盤否定的態度，不僅與其自身見解兩相矛盾，更扼殺創作者心血。

2. 著作類型差異化：作品類型不同將影響侵權判斷視點

其次，法院拒絕以 *Atari* 案為參考依據的主因係該案與海神戰紀案所涉作品，其著作類型不同而不具可比性。⁴³⁰惟自本文對 *Atari* 案案例事實與法院見解的整理可知，事實顯非如此。智慧財產法院所忽略者為，美國第七巡迴上訴法院雖確曾於 *Atari* 案中表示「小精靈」遊戲係以視聽著作（audiovisual work）之地位而受美國著作權法保護；然而此定性並未對後續訴訟產生任何實質影響，僅係表明「小精靈」遊戲業經美國著作權室註冊在案而形式上為美國著作權法所保護之著作爾。⁴³¹綜觀 *Atari* 案判決全文，「小精靈」遊戲所受審查不僅未因其「視聽著作」的定性與過往虛擬角色相關案例有何不同，反而為法院援引 *Nichols* 案為審查標準提供法理基礎；蓋法院認為電玩遊戲具「動畫」（motion pictures）屬性而適合以抽象測試法作為判斷標準，此與我國法院保守態度相去甚遠。⁴³²足見我國實務對著作類型的堅持不僅毫無根據，更對著作性乃至於實質近似判斷產生影響，徒生掣肘。

Atari 案中，作品定性對訴訟真正產生之影響係該法院對實質近似判斷所應適


⁴²⁸ *Id.*, at 616-618.

⁴²⁹ *Id.*, at 614.

⁴³⁰ 同註 419。

⁴³¹ *Supra* note 417, at 610.

⁴³² *Id.*, at 616.



用主觀標準的具體衡量因素與其他著作間差異。本文將於次章有更詳細說明，此處僅略述之。*Atari* 案中，法院亦以整體觀念及感覺測試法（the total concept and feel）為實質近似的判斷標準，而有界定其觀察者（主觀標準）之需求。法院認為，「電玩遊戲」此種作品類型作相較於美術著作、乃至於電影等其他類型視聽著作而言，比起美感宣洩更重在刺激性的追求；「電玩遊戲」玩家體驗作品時往往長期處於高強度刺激並沈浸於動態體驗與視覺、聽覺變化，是並不會就著作中每一細節加以確認，亦不會對任何劇情或角色外觀皆投入相同程度之關注。⁴³³因此，法院審酌兩造角色整體觀念與感覺是否相似時，亦應為相應調整，不得僅以臉部表情等對長期處於強烈刺激下的體驗者而言無關緊要之細節差異，作為否認實質近似的認定基礎。

由此可見，如我國法院確欲以「創作類型差異」作為審理標準類型化之基礎，則僅憑著作權法現有分類恐仍有過於粗糙之嫌。蓋如 *Atari* 案法院即係以「電玩遊戲」而非著作權法例示之「視聽著作」為分類依據，更明白表示電玩遊戲與其他視聽著作有所不同，此乃因「視聽著作」類別下尚包含電影、動畫等創作訴求更趨近於美術著作的作品類型之故。兩相對照下，我國法院一則糾結於著作類型的差異，另則卻對此差異有何實益遲遲無法交代，足見現行做法除貪圖方便外並未對訴訟帶來任何助益。倘欲使著作類型真正成為透過實務運作形成的法律要件，則法院應有義務對該要件之必要性為更細緻的說理，且此類型化最少應以「作品類型」為單位，而非「著作類型」，方足以反映不同創作間於理論適用上之差距。

綜上所述，本文並非反對法院將不同著作分門別類的見解，而係反對「無意義的分類」。事實上，虛擬角色本屬亟待分類的創作類型；蓋隨創作體裁與表現形式差異，不同虛擬角色間，組成元素與側重面向亦大相徑庭；即使同為電玩遊戲，亦可能並非所有種類皆側重於感官刺激（如文字型戀愛遊戲可能相較於格鬥遊戲即較無打鬥特效等刺激性要素），未必皆得以相同主觀標準檢驗之。本文並非期待我國法院能夠提出現實上不可能的完整分類，而係認為法院應對其於法無明文狀況

⁴³³ *Id.*, at 619.

下增設的任何權利要件負有更高說理義務，方不致對權利人的權利行使徒增不合理障礙，再次墊高原已受較高程度檢視之虛擬角色侵害案件的舉證門檻。



第五項、角色扮演遊戲 (RPG) 的著作權：智慧財產法院 108 年度民著上字第 3 號

民事判決 (武林群俠傳案)

手機遊戲的興起雖大幅改變產業過去版圖，惟透過傳統桌上型電腦或家用遊戲機執行程式的電玩遊戲於今日市場仍佔有一席之地。2019 年，我國法院作成智慧財產法院 108 年度民著上字第 3 號民事判決，兩造著作「武林群俠傳」與「俠客風雲傳」即為電玩遊戲。本案判決理由不僅大幅突破諸多過往為學界所批評之實務見解，而對電玩遊戲於我國著作權法的定位有詳細討論，更係我國首例且至今仍為唯一於判決中明確提及「清晰描繪」用語的法院判決。對此議題之研究，其重要性不言可喻。

儘管於上述判決作成後，本案被告隨即以二審判決就著作權歸屬之判斷有誤上訴最高法院成功，致使該案現發回智慧財產法院更審中，惟最高法院並未就原審對著作性與實質近似判斷的分析有所指摘，故此部分見解應仍具參考性。⁴³⁴由於電玩遊戲皆為多種不同元素創作結合而成之複合作品，本案原、被告所爭執權利範圍涵蓋甚廣，包含遊戲內劇情對話、場景、事件排序、虛擬道具與技能，乃至於遊戲內重要角色的外貌、服飾配件、能力設定與人際關係等，更涉及前傳遊戲劇情之運用，可謂虛擬角色議題之集大成，本章即先行說明其案例事實、兩造爭點與法院見解，並就著作性相關部分進行分析，待次章續對侵權相關爭議進行探討。

一、案例事實

本案原告智冠科技股份有限公司 (智冠公司) 於西元 2001 年間曾發行「武林群俠傳」遊戲著作 (據爭著作)，並於 2015 年間與被告河洛遊戲有限公司 (河洛公

⁴³⁴ 第三審判決字號為 110 年台上字第 1167 號民事判決，由於出資聘用著作的著作權歸屬爭議並非本文關切重點，援不另就三審判決進行分析，特此敘明。

司) 就其發行之「俠客風雲傳」遊戲著作(系爭著作) 簽署經銷合約書; 被告並與之就原告為「俠客風雲傳」新製的音樂音效及「武林群俠傳」原有音樂音效簽署授權合約。嗣後原告因接獲玩家詢問系爭「俠客風雲傳」是否為「武林群俠傳」之重製版, 查驗後始發現二者於操作介面、劇情、人物設定、遊戲對話、場景設計及名稱等呈現方式, 均具極高相似性; 被告甚至以「《俠客風雲傳》是《武林群俠傳》的新置版」為行銷用語進行宣傳, 原告遂提起侵權訴訟。⁴³⁵

二、兩造爭點

(一) 電玩遊戲的著作性：集語文、美術、音樂、視聽等著作而成之複合著作

就據爭著作「武林群俠傳」是否屬於我國法上著作, 原告主張該遊戲透過完整武林江湖世界觀設定, 由主角經歷劇情結構所安排主線、支線任務, 並遊歷其精心設計之場景、與其費心刻劃個性、造型之角色互動, 搭配使用武林招式與各種道具等元素表達原創武俠題材內容, 係由多種不同類型著作結合而成。⁴³⁶ 原告認為, 該遊戲之劇情結構、人物性格、旁白、對話、角色關係與互動、任務與場景安排、武功與道具設計等整體呈現, 應屬足以彰顯其創作個性及精神之語文著作; 至角色之外型、服裝等外觀設計則係考量其性格、所屬組織、具備能力及武功特質發展而來, 經色彩、線條、光澤等美術技巧展現其獨特創意與思想情感, 屬具原創性之美術著作, 均應受著作權法保障。⁴³⁷ 此外, 遊戲所使用之背景音樂、打鬥音效等亦為我國著作權法上的音樂著作、遊戲過場動畫則可能該當視聽著作等, 皆為原告遊戲著作所涵蓋, 且上開著作經配合劇情演出而互相結合, 最終方得以完整呈現遊戲內容, 故其整體應為一複合式著作, 性質上則類似於視聽著作。⁴³⁸

(二) 思想與表達合併原則：武俠小說世界觀是否屬於必要場景？

對於原告上述主張, 被告則抗辯道, 原告所舉劇情敘述、人物對話等相似處僅

⁴³⁵ 智慧財產法院 106 年度民著訴字第 48 號民事判決, 頁 4。此為智慧財產法院 108 年度民著上字第 3 號民事判決之一審判決。

⁴³⁶ 同前註。

⁴³⁷ 同前註。

⁴³⁸ 同前註。

寥寥數語，且乃一般武俠題材創作常見用語，應不具原創性而非著作權法所保護之語文著作。再者，系爭著作所見場景、武功招式、武器防具名稱乃現代社會對中華武俠小說、戲劇或遊戲之習知印象，縱與據爭著作雷同，亦堪認係處理此等題材所必要者，而有思想與表達合併或必要場景原則適用。⁴³⁹被告系爭著作「俠客風雲傳」當中，角色部分共 1028 位，分別有立繪、Q 版模式，其圖樣大小、像素規格均與據爭著作完全不同，乃被告參考眾多資料並本於對武俠江湖俠士、俠女外貌之想像所繪製而成。由於中華武俠文化、遊戲、漫畫或小說等作品就俠士、俠女、神仙等角色外貌特徵通常有一大致共通的想像，其所呈現成果自難免有相似處，原告不得以此基於社會習知印象所形成之相似處作為著作權侵害的主張基礎，故請求法院將其駁回。⁴⁴⁰

三、一審法院見解

(一) 電玩遊戲著作性：劇情描寫屬語文著作，視覺外觀屬美術著作


就上述各爭點，本案一審法院認為，原告著作整體劇情框架係描述其另一電玩遊戲《金庸群俠傳》主角小蝦米消失一百年後，本作主角東方未明至洛陽城瞻仰小蝦米雕像，於因緣際會下結識逍遙谷大師兄谷月軒，並遭其師叔玄冥子下毒帶回逍遙谷，遂於此拜師修煉，後歷經少年英雄會、武當掌門事變、荊棘叛師等事件，又於天龍教侵犯中原時號召各門派召開武林大會共同抗敵；其人物按其角色個性、所屬組織、所具能力與武功及角色間互動關係，應具「清晰描繪」，並透過劇情發展而創造出不同場景；其所用武功與武器則係按劇情結構、人物特性而組合運用於過程情節，故由其文字描述可知該劇情整體具「故事連貫性」，足以完整表現著作之思想、感情，應可認此文字敘述部分構成一語文著作。⁴⁴¹

次就人物外觀與道具造型而言，原告著作角色按其性格塑造差異有不同造型繪畫，並有相關畫面將故事情節作具體化表達，堪認屬我國法下之美術著作；而該

⁴³⁹ 同前註，頁 15。

⁴⁴⁰ 同前註。

⁴⁴¹ 同前註，頁 23。



著作之各類武器如刀、劍、棍、杖等繪圖，儘管現實上各該武器已具備其既存基本外觀特徵，故此基本造型不應為原告所獨占，否則將使他人無法利用該基本特徵並使一般大眾對各該兵器的印象有所連結。然而，本件原告著作除基本造型外尚就各兵器有細部造型、顏色設計，並透過光影呈現、背景處理及視覺角度變化突顯各該武器之個性；就此超過基本元素的部分，仍屬具思想精神作用之表達，應受著作權法保護，故亦屬於我國法所稱之美術著作。⁴⁴²

（二）電玩遊戲著作性：遊戲整體構成「多元著作」且無損各組成元素之獨立性

法院除肯定構成原告遊戲就其劇情、美術設計、音效等元素得各自享有對應之著作權保障外，另肯認原告主張表示「武林群俠傳」係經影像、音樂、美術、語文及電腦程式等多個著作結合所呈現之「多元著作」，更進一步指出其組成元素（美術、語文著作等）雖結合於多元著作內，惟此無損各該元素與多元著作分離後亦各自具備原創性而可單獨成作之事實。⁴⁴³因此，無論被告所利用者係多元著作整體或其下個別語文、美術等著作，倘符合接觸與實質近似要件，均無礙侵權成立。

儘管被告抗辯原告著作以武俠世界觀為題材係運用大眾習知概念應有必要場景原則適用，然法院並不認同該項主張。智慧財產法院認為，以武俠江湖為故事主題的創作於市場上雖非罕見，然於虛擬武俠世界中並無所謂「必須登場」方可使人確知其為武俠題材創作之角色、情節、場景；主打武俠世界觀之電玩遊戲亦無必須以特定方式遊玩，始符合武俠遊戲定義等限制。因此，被告著作雖欲與原告同以「武俠」概念為遊戲背景，然其就故事具體劇情、角色、事件、場景、武功、武器等仍享有無限的表達方式；即便其欲使用部分與現實或習用事物相同之名稱（文按：如逍遙谷、倚天劍、屠龍刀等），其具體內容仍可隨故事情節、事件變化、人物互動、變化名稱而有創意表達可能，並無援引思想與表達合併原則或必要場景原則之空間，故判決被告敗訴。⁴⁴⁴

⁴⁴² 同前註，頁 24。

⁴⁴³ 同前註，頁 25。

⁴⁴⁴ 同前註，頁 26。



四、二審法院見解

本案二審法院維持原審見解，並就原告認劇情對白、事件及角色描寫等敘述構成我國法下語文著作的主張另為補充；法院強調我國著作權法的語文著作應可再行細分為語言著作與文字著作：前者固以口述產生，然後者非必然以實際文字書寫，凡暗號、符號、記號等得以文字轉換並具「故事連貫性」者均屬之。⁴⁴⁵ 基此，由於本案原告「武林群俠傳」遊戲的劇情框架、角色個性、所屬組織、所具能力及角色互動關係已「具體清晰描繪」，並透過劇情發展創造不同場景、交互運用各種元素，堪認具原創性並以語文著作保護之；⁴⁴⁶ 縱使因題材相同而存在部分基本通用名稱（場景、地名、招式等），仍不妨礙創作者依其劇情架構、事件變化、人物互動等描寫而有不同之創意表達，故無思想與表達合併原則適用餘地。⁴⁴⁷

就美術著作部分，法院則認為，美術著作乃訴諸視覺感受之藝術，係以美感為特徵表現作者思想或感情之創作，故即便該創作係藉由電腦程式設計與操作而成、或以電腦為其創作輔助工具，倘成品符合原創性要件且無不得為著作標的之情形，即應受著作權法保護，至著作品質或美感程度高低皆非所問。⁴⁴⁸ 此外，原告著作所使用之音樂音效，其本身不僅足以體現創作者思想及感情而屬於我國法的音樂著作，更因與遊戲情節搭配而有「深化、凸顯該遊戲所呈現個性」之功能，故其屬於電玩遊戲多元著作之一部，當無疑義。⁴⁴⁹ 被告行為既已重製、改作原告上述著作內容，自當構成著作權法之侵權行為，是而維持原告勝訴之結果。

五、本文意見

綜合上述爭點，本文認為本件判決對虛擬角色與其他非典型著作於我國實務發展之重要性有三：1. 複合著作之承認、2. 必要場景原則適用範圍之釐清以及 3. 「清晰描繪」用語之採納。其中，前二者係對過去實務穩定卻常招致批評見解之修

⁴⁴⁵ 智慧財產法院 108 年度民著上字第 3 號民事判決，頁 69。

⁴⁴⁶ 同前註，頁 70。

⁴⁴⁷ 同前註，頁 71。

⁴⁴⁸ 同前註，頁 72。

⁴⁴⁹ 同前註，頁 73。

正，而第三點則係關乎我國法院今後將如何對待虛擬角色相關案件的重要觀察點。儘管單憑該用語之採納尚不足謂我國法院已接受角色獨立性之概念乃至於對著作性標準的接納，原告於以電玩遊戲為爭訟標的之案件中提出劇情描寫使該角色被「清晰描繪」作為著作權法保護基礎之主張，亦非欠缺相關學術背景下所能產生之偶然。因此，法院既接受原告主張並據以做成判決，縱僅將之視為論證原告作品構成著作權法上表達的描述性用語，仍為後續案件提供導入相關理論的法理基礎，而為實務上的重要突破。

（一）複合著作的承認

首先，不同於過往判決一再強調著作權法不保護非例示著作或複合著作之見解，本案一審及二審法院均接受原告主張，肯定其「武林群俠傳」遊戲著作的複合性，甚至自行創造「多元著作」一詞體現該著作由多種創作元素所組成之事實。⁴⁵⁰法院更進一步指出「多元著作」本身雖可視為一整體，惟構成該多元著作的各著作因其各自具備原創性，故亦可個別以獨立著作之地位主張侵權。⁴⁵¹不僅修正過往如全民時代案中否定複合著作最終致使原告整部作品皆喪失原創性的見解，更認識到作品本身與其組成元素間的差異性與獨立性，應值贊同。尤其，此觀點背後所蘊含之概念實與作品與角色間的關聯性甚為相似：二者雖於組成上密不可分，然自侵權角度以觀，仍應具有別於彼此之獨立性。

然應注意者，本案法院雖承認多元著作的存在，惟並未就被告所為係對「多元著作」之侵害或對多元著作下「個別著作」之侵害，以及此二者間有何處不同，進行闡述。自判決理由觀之，法院之所以認定被告行為構成侵權係因其抄襲原告「武林群俠傳」遊戲劇情、事件鋪陳而侵害原告語文著作權；其倣習原告角色的視覺外觀則屬侵害其美術著作權；判決另則提及電玩遊戲隨劇情發展播放音樂有助於呈現電玩整體之性格，惟亦未指明此性格之彰顯對其主張有何影響。⁴⁵²因此，法院雖

⁴⁵⁰ 同註 440。

⁴⁵¹ 同前註。

⁴⁵² 參本文頁 132-133。

認定被告行為係侵害原告所享有「多元著作」之著作權，然實際上仍係以其行為構成對個別著作之侵害為判決基礎。故此「多元著作」的承認對未來實務審理同類案件將帶來何種程度之變化，仍待後續觀察。同樣地，由於本案原告之遊戲著作基本仍由現行著作權法已明文承認之例示類型（語文、美術、音樂等）著作所組成，至少於法院觀點下並無包含非例示著作，故本案是否一併變更法院過去不承認非例示著作之見解，又是否允許混合例示與非例示類型而成之多元著作存在，皆暫不得而知。

惟整體而言，本文仍對本案法院就非例示著作與多元著作之承認深表贊同，蓋虛擬角色本身不僅屬於非例示著作，已如前述；更極有可能因有多種組成元素而為我國法院定義下之「多元著作」。例如，國外學者 Kurtz 教授與 Feldman 等人皆曾撰文指出「視聽型角色」的複雜性⁴⁵³：視聽型角色除視覺外觀外，尚有配音員、真人演員等人員參與其中；除貢獻度所牽涉之利益分配問題與權利歸屬爭議外，視聽型角色的組成正符合我國法「多元著作」之概念，至少由語文著作（劇本對白）、美術著作（視覺外觀）、音樂著作（配音或背景音效）所共同組成。因此，本案判決對多元著作的承認，實為非例示著作將來透過著作權法主張權利保護帶來一線曙光。

（二）必要場景原則適用範圍的澄清⁴⁵⁴

相較於角色著作性審查標準於我國法院所獲關注微乎其微，必要場景原則的運用於法院實務上由來已久，是而截至目前與虛擬角色相關案件中，幾乎無一例外地可見被告以此為著作性之抗辯。然而，不同於過去法院對必要場景原則的寬容，本案對必要場景原則的適用場合有詳細論述，甚至打破過去法院一旦認為著作中

⁴⁵³ *Supra* note 3, Feldman, David B., 695-701; *Supra* note 24, Kurtz, L. A., 467-471.

⁴⁵⁴ 對於必要場景原則究屬於權利要件之排除或侵權抗辯之手段一事，本文暫無明確立場。自國內、外案例及本案判決的論述以觀，法院係於比較兩造作品相似性及審酌被告抗辯時討論必要場景原則的適用範圍，似傾向將必要場景原則理解為侵權抗辯理論之一種。惟理論上，必要場景原則似更接近於「排除不受著作權法保護之概念」的具體方式，亦常與清晰描繪標準等角色著作性判斷標準並置，而又有偏向權利要件之排除方式的傾向。為與本文前章節說明虛擬角色著作性時的論述架構一致，本文援將此議題置於本章處理，特此敘明。

包含不受保護之元素時即全盤否定其創作性的作法，頗值留意。

本案對必要場景原則之討論係源於被告就其使用與原告近乎相同的遊戲場景、武功招式、武具名稱乃至角色外型與事件鋪陳順序，辯稱此係由於武俠小說存在諸多共通名詞與素材（如逍遙谷、軒轅劍等），原告遊戲僅係利用社會大眾對仙俠傳奇習知印象所作，故縱使被告遊戲部分內容與此恰巧相同，亦應有思想與表達合併原則適用。⁴⁵⁵然而，法院雖肯認原告遊戲中確實存在部分非得由其享有著作權之內容；例如，原告不得就武器的通用名稱與基本外觀享有著作權，否則社會大眾對傳統刀、劍、鍊、錘等兵器之共通印象將為其所壟斷。⁴⁵⁶惟法院亦指出，若作者於基本造型外，對其細部造型（如武器造型之細節雕飾）確有巧思，或透過劇情發展賦予兵器與持有者一同成長、變化的機會，則仍屬作者獨特之創意，應可受著作權法保護，以此駁回被告以必要場景原則所為之抗辯。⁴⁵⁷由此可見，本案法院不僅一改過去對必要場景原則過於浮濫之運用，更與學說及國外實務呼應，肯定即使作者於創作伊始僅以一般性人物、道具為創作基底，仍可透過其具體描繪逐步發展出獨特性而成為可受保護之表達。⁴⁵⁸由於虛擬角色中係完全憑藉作者創意發想而創造者將日漸減少，法院對必要場景原則適用所為之修正具有重要意義。

正如武俠兵器存在通用名稱與基本外觀一般，虛擬角色亦可能係基於歷史典故、神話故事等通用背景或模型而來。自比較法觀點，此種原屬公眾領域中，任何人皆得自由取用之概念、模型，即所謂「定型角色」或「角色雛形」，被視為是必要場景原則之體現，已如前述。⁴⁵⁹然而，「定型角色」的範圍並不僅限於此。申言之，創作者既得藉由其具體描寫將角色自雛形轉換為其獨有之表達，則隨創作不斷大量產生，自亦可能由於特定元素的組合不斷被重複使用，產生過多相似性極高的角色，最終使其成為業界常用之「模型」，而成為公共領域之一環。國內文獻即有

⁴⁵⁵ 同註 435。

⁴⁵⁶ 同註 440。

⁴⁵⁷ 同前註。

⁴⁵⁸ 參註 42，戴士捷，頁 37-38。

⁴⁵⁹ 參本文頁 24-28。

指出，事實上，今日已幾無所謂「完全原創」的創作，此不僅因模仿本為創作者學習之基礎與靈感之來源；尤因近年來產業的生產速度與日俱增，遠不可同日而語，「定型角色」的範圍日益擴張實乃無可避免之事。⁴⁶⁰因此，所謂「定型角色」或「清晰描繪」並非一固定概念，而係如光譜般的動態變化過程，端視創作者為虛擬角色添加之創意程度高低而異。本案法院以角色、場景、事件經清晰描繪且有「故事連貫性」作為語文著作完整表現作者情感與思想之驗證，即已某程度支持作者對作品的描寫係著作受保護之基礎，並與美國實務見解不謀而合。⁴⁶¹

（三）「清晰描繪」為創作性表述之用語

最後，本判決對虛擬角色議題最具重要性之處，即在於其首次於判決中使用「清晰描繪」一詞為著作滿足創作性門檻之表述用語。⁴⁶²「清晰描繪」一詞最初係原告主張其劇情敘述、對白等遊戲內容應構成著作權法所保護之語文著作時所用，後經法院吸收為其判決理由並據以作成有利原告之裁判：

「受著作權法保護之語文著作，必須其內容具備作者創意表達或創作性格，始有原創性…。查據爭著作整體之劇情框架，其人物按角色個性、所屬組織、所具備之能力與武功，及角色間互動關係而有具體清晰描繪。繼而透過劇情發展而創造出不同場景，所用各式武功或武器道具及其他要素，按劇情結構、人物特性而組合運用於過程情節。是參諸據爭著作之劇情框架、特色人物、場景、對話、武功及武器道具等相關文字描述架構，其文字整體具有故事連貫性，足以完整表現著作的思想與感情，如附件所示。職是，據爭著作之文字敘述部分為具原創性之語文著作。」

⁴⁶³


由此可知，本判決論述距離我國實務肯認虛擬角色可脫離原著作而受保護仍有相當距離。蓋本案中，原告主張應享有著作權者係「電玩遊戲」整體，劇情、對白等

⁴⁶⁰ 同註 455，頁 44。

⁴⁶¹ 智慧財產法院 108 年度民著上字第 3 號民事判決，頁 70。

⁴⁶² 同前註。

⁴⁶³ 同前註。




語文著作與角色、道具等美術著作僅為構成該電玩遊戲之一部，故其並非主張特定角色應構成著作並受著作權法保護。法院亦自始至終皆未點明如主角「東方未明」等虛擬角色是否屬有別於電玩遊戲之獨立「著作」，而僅接納原告對該電玩之劇情描述、視覺外觀等包含角色部分特質的相對應著作應享有著作權保護之主張，足見該判決仍係以該電玩遊戲本身，或依多元著作組成獨立性之見解進行判斷。惟縱使如此，相較於過往案件或強求「電玩遊戲」須符合特定著作類型⁴⁶⁴、或濫用必要場景原則，本案實已大有突破。不僅如此，原告雖僅以該遊戲的劇情編排對角色之刻畫已達「清晰描繪」作為符合創作性門檻之主張，看似僅一般性敘述而非欲藉此提出相關審查標準。然而，其具體指出著作達至「清晰描繪」之緣由係因原告對角色的「人物性格」、「劇情鋪陳」、「事件安排」、「人際關係」有深刻描寫；⁴⁶⁵無論何者皆係美國實務上有例可循之衡量因素，若對此議題毫無研究，當無可能提出如此具體的主張。基此，縱然原告或因考量我國實務現狀尚無法一步到位，其陳述仍趨保守並多有迎合實務過去見解的痕跡，仍無礙本案係對虛擬角色於著作權領域之發展一次重要且成功的嘗試。期待法院將來面臨類似案件時，不再將類似主張僅視為類似結論的一般性描述，而能對兩造實際主張之各項因素有更深入探討。

惟應注意者，儘管本案對虛擬角色於我國實務之發展，其重要性無可質疑；此判決對虛擬角色提供保護之方式，仍與美國實務存在重要差異，而應辨明。申言之，美國法上對虛擬角色的保護雖因其訴訟程序要求而須與作品權利併同主張，惟法院透過著作性審查確立原告角色之獨立性後，訴訟攻防與法院裁判之標的皆係被告是否侵害原告所創造之「角色」，與是否構成對原生作品之侵害，乃完全相異之二事。正因如此，論者亦有將法院對虛擬角色之保護稱為「角色權」的見解。⁴⁶⁶相對於此，我國實務係透過對角色各項特質所屬著作的保護間接將虛擬角色納入作品的權利壁壘中，雖亦有其實際性，然自比較法經驗上，並非毫無批評。

⁴⁶⁴ 原告方面或為迎合法院過去見解，亦有表示電玩遊戲性質上近似於「視聽著作」，參註 435。

⁴⁶⁵ 參本文頁 129-130。

⁴⁶⁶ 參註 70，蔡縛宇，頁 127。



將虛擬角色所蘊含之不同元素各依其性質以不同類型著作予以保護的做法之所以遭受批評，係因其雖可對包含美國與我國在內之多數國家著作權法規現狀有所妥協，卻終不免有割裂角色之疑慮所致。受限於著作權法誕生之年代，虛擬角色並非立法者所預設之創作型態，故非多數國家明文承認的著作類型，全賴法院透過判決發展。然而，交由司法解決雖為務實作法，卻也不免產生社會大眾認知上分明屬同一角色的人物，卻因涉訟之原生作品可能為電影、漫畫、小說等不同改編，而產生於法律評價上遭受割裂的情形，已如前述。⁴⁶⁷美國學說對實務現狀之批評即建立於此。若實務持續將虛擬角色於續作中額外之表達各依其所屬著作為劃分，不僅可能使同一角色的著作權保護期間各異，更使單一角色特質為個別著作所切割，使角色同一性遭受破壞。⁴⁶⁸然而，此批評雖以將虛擬角色透過立法明列為著作類型之一作為解決方案，卻又未實際提出應如何定義「虛擬角色」，足見其亦非完整解套。⁴⁶⁹反而按我國現行作法，對角色各項特質以對應著作保護之，雖同樣不免割裂角色，卻能於虛擬角色經歷不同改編時對權利歸屬有明確劃分，而更能有所因應，亦未可知。因此，本文對於上述批評應如何回應，亦無定見，僅將此爭議提供讀者參考。至於我國實務將來是否正式接納清晰描繪標準，則待後續關注與研究。

第三節、小結

於本章節中，本文選擇以時序方式呈現我國實務發展，以觀察我國法院看待虛擬角色態度之變化及其理論發展脈絡。整體而言，自 2008 年由我國智慧財產法院專屬管轄智慧財產相關案件之二審起，實務雖尚未承認虛擬角色有脫離原著作而

⁴⁶⁷ 參本文頁 49-51。

⁴⁶⁸ 同前註。例如，近來著作權領域最熱門話題之一即「小熊維尼」(Winnie the Pooh) 著作權保護期間屆滿，將進入公共領域一事。然而，保護期間屆滿者實乃 1926 年黑白漫畫版本的《小熊維尼》，並非迪士尼公司後續進行上色用於卡通改編進而廣為流傳為世人所知悉的版本。因此，儘管理論上「小熊維尼」角色已隨 1926 年版的漫畫作品成為公共財，他人得否隨意利用迪士尼著名的「紅一黃熊」版本小熊維尼，仍屬未定之天。此正係使角色特質隨各改編之期限受著作權保護，可能產生之後果。參開放文化基金會，【開放文化觀點】新一批智財到期！小熊維尼形象、海明威著作、四十萬筆音檔進入公有領域，INSIDE，in: <https://www.inside.com.tw/article/26425-public-domain> (最後瀏覽日：06/14/2022)。

⁴⁶⁹ 參本文頁 51-52。

受保護之獨立性，惟自「武林群俠傳」一案後似已開始嘗試突破過去框架，為新型態著作提供更多保護，仍值肯定。本文亦再次統整上述判決中著作性相關爭議，作為本章結論。



第一項、承認非例示類型著作的保護


首先，儘管我國法院於武林群俠傳案中已承認多元著作之適格性，惟因多元著作並非唯一的非例示著作，其本身更可能即由非例示著作所組成；有鑒於過去存在諸多因其「非例示著作」之定性而無法主張權利的案件，法院仍應盡快表明並放棄將「著作類型」作為實質權利要件之見解。蓋著作權法第3條第1項第1款明文「著作：指屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作。」、同法第5條第1項亦明示著作類型僅具例示作用，法院如無必須特定著作類型之具體事由，即不應於訴訟中增添法無明文的權利要件，以落實對創作者權利之保護。

第二項、節制必要場景原則的運用

相較於我國遲至2018年始出現於判決中使用「清晰描繪」一詞之案件（甚至並非適用「清晰描繪標準」，而僅係表示著作內容已被「清晰描繪」），必要場景原則於我國的發展不僅可謂一路順遂，甚至有矯枉過正的傾向。蓋比較法上必要場景原則，以 *Gaiman* 案見解為例，係指當創作者所設定之主題過於常見、或被告所利用者乃進行特定題材創作時所無可避免之元素時，應例外排除其著作性者而言，並以定型角色或角色雛形的排除為其具體實施方式之一。⁴⁷⁰ 然而，我國實務運作上卻常將思想與表達合併原則與必要場景原則混用，而有過度放大必要場景適用範圍之傾向；甚至認為兩造同以訴外第三人的創作為靈感發想（無論是否合法）時亦有此原則適用，實屬對必要場景原則的曲解。

儘管必要場景原則和思想與表達合併原則間確實存在某程度相似性與關聯性。

⁴⁷⁰ *Gaiman v. McFarlane*, 360 F.3d 644, 660 (7th Cir. 2004).




然而，就兩者間差異而言，本文認為必要場景原則更偏向強調「於特定題材中使用特定角色/佈景」一事趨近於使用某種既成模式（pattern），法律拒絕對此提供保護係因作者就必要場景所提供之創意實屬有限，而多係利用社會既成印象傳遞其理念，故例外排除其創作性，並不代表其他創作者絕無以不同表現手法達成相同效果之可能。因此，毋寧說必要場景原則所保護者係維持一定公共領域所帶來的「便利性」，其本質上仍係以創作性高低界定著作權保護範圍之標準。是若創作者事後對原屬必要場景的角色投入更多心力描繪，亦不排除其再次被認定為著作之可能。⁴⁷¹此與思想與表達合併原則係因創作者此際已別無其他手法可傳達特定訊息，而全盤否定該表現手法之創作性，以免使最先創作者變相壟斷特定思想，有明顯區別。

此外，必要場景原則與定型角色所欲排除之「特定題材」係經抽象測試法等方式還原至最抽象上位概念者而言，並非得以他人的特定創作為「特定題材」並透過必要場景加以排除。若如全民時代案見解般，未就被告使用特定角色印象屬必要場景之主張加以駁斥，將使他人原應享有著作權之創作，成為他人可肆意侵權之目標；而該案件中「全聯先生」角色的可能權利歸屬者（全聯公司、其委託之廣告公司、該角色演員等）甚至根本未曾參與訴訟，其創作成果即已遭法院否定。縱使該見解並無通案效力，亦可能成為日後相關案件中被告抗辯所緣用之法理依據。長此以往，虛擬角色不僅無法於我國享有著作權之地位，甚且原可透過契約規劃享有的權利都因利用者不再投鼠忌器而喪失談判籌碼，對產業發展將造成莫大傷害，不可不慎。

第三項、清晰描繪標準於我國著作權法之定位

最後，我國法院歷經一波三折後終於誕生首件於判決中提及「清晰描繪」用語之案件，且雖係被動接受原告之主張，僅就法院將其置於判決理由一事仍屬重大突破而值得肯定。然而，距離我國承認虛擬角色的保護、甚至採納清晰描繪標準為其

⁴⁷¹ 參註 42，戴士捷，頁 37-38。



審查基準仍係長路漫漫。本判決至多僅可謂我國法院接受清晰描繪為角色經作者費心刻畫之過程對於判斷作品整體著作性一事上具有意義，整體而言仍未脫傳統著作權法脈絡。或須待至將來再次出現如灌籃高手案般涉及角色衍生創作的案件，且經原告援引美國實務案例做出類似主張並經實質攻防後，方能促使法院進一步釐清此判決中「清晰描繪」一詞究竟所指為何。無論如何，考量到虛擬角色的特殊性無法透過立法途徑將之完全定義與類型化，本文現階段仍認為「可著作性」此釐清角色權利範圍的審查理論有其必要性。因此，我國實務亦可將「清晰描繪」界定為創作性之基本門檻。至於具體應如何判斷虛擬角色是否已達清晰描繪、如何將其類型化並異其判斷標準，以及是否延續現行做法各依原生作品之著作權對虛擬角色提供保護，皆為日後得再行研究之課題。



第五章、我國實務案例分析：侵權相關爭議

第一節、我國實務概況

相較於可著作性問題尚未真正成為我國實務處理虛擬角色議題之核心，由於智慧財產案件多因侵權爭議而起，法院對相關要件之解釋與理論適用即豐富許多。其中，又因直接抄襲證明之困難，實務多將重心置於「接觸」與「實質近似」二要件之證明與攻防。然而，受限於我國法院並未意識到「作品」與「角色」間的差異性，角色本身未被視為一獨立著作（或得單獨作為受侵害之標的），使得法院未曾思量當前所面臨案件，得否僅將虛擬角色當成作品組成之一部相待；或縱使察覺此差異性亦只得粉飾太平。⁴⁷²不僅產生許多光怪陸離的論述，有「先射箭，再畫靶」之嫌疑，更讓法院於面對日益增長的非典型著作案件時，漸顯力不從心。

以前章所述判決為例，若暫不論角色相關權利是否確為原告所享有，僅就侵權判斷而言，實質近似議題往往成為爭執焦點，法院亦多稱其係以整體觀念及感覺測試法為判斷基準。然而，綜觀其判決理由，法院不僅往往並未說明其究竟如何判斷系爭案件之「整體觀念及感覺」；就原、被告作品之比對亦多半停留於作品個別特徵的比較上，相較於整體觀念及感覺測試法，反倒更近似於質與量綜合判斷法。⁴⁷³惟當被告所用者僅原告作品中之一、二名角色時，無論受利用角色於原作中居於如何核心之地位，殊難想像對單一角色的利用足堪符合質與量綜合判斷法對侵權門檻的要求。由此可知，我國實務面對虛擬角色相關案件時，雖「歪打正著」選擇以

⁴⁷² 如臺灣高等法院 93 年度智上字第 14 號民事判決（灌籃高手案）中，一審法院分明指出被告行為並非我國現行法所定義之改作，卻又無法說明被告行為如何於不該當改作之前提下構成禁止不當變更權之侵害，最終成為被告上訴事由。上訴法院雖於上訴理由中提及此爭議，卻根本未見於判決論述當中，顯然無法處理此問題，請參本文對灌籃高手案之分析。

⁴⁷³ 如智慧財產法院 107 年度民著上字第 4 號民事判決（海神戰紀案）中，法院雖嘗試指出原告海神整體呈現超自然的感受；被告海神則以寫實風格呈現，二者有所不同。然而，其對海神特徵的比對亦僅停留於外觀特徵的逐一比較，並未說明此感受性差異從何而生，更未說明此差異是否足以影響侵權成立與否之判斷，請參本文對海神戰紀案之分析。

整體觀念及感覺作為侵權審查標準，卻未能妥善說明此際應考量之各項具體元素為何，以及對單一角色的利用為何足以產生「整部作品整體觀念及感覺皆有相似」之結論。本章節即在此基礎上，將本文自前述案件觀察所得與侵權判斷相關爭議；尤以實質近似判斷為重進行分析；並參酌比較法上見解，嘗試提出我國實務將來應如何完善其整體觀念及感覺測試法之推論與說理，以符虛擬角色案件審查之需求。

第二節、虛擬角色實質近似審查標準：以美國法為中心

如前所述，考量到我國實務運作上無論智慧財產局或智慧財產法院，皆多以美國判決先例為比較法借鑑之主要對象，故本文亦將研究重心置於美國實務案例之發展。由於美國法院就虛擬角色自行發展出獨特的「可著作性」(copyrightability) 門檻作為侵權判斷之前置性審查，其大半精力皆用於著作性判斷上。其結果，美國實務並未就虛擬角色的侵權判斷額外發展與其他著作不同之審理標準或審查方式，大致遵循傳統實質近似判斷法則，僅具體考量因素有所差異爾。⁴⁷⁴

因此，僅就侵權判斷標準而言，美國法院所用標準與我國實無不同，傳統實質近似判斷下常見之整體觀念及感覺測試法、質與量綜合判斷法等，於虛擬角色相關案件中皆可見其蹤。例如，以電玩遊戲為爭議焦點的 *Atari* 案即有指出，虛擬角色雖可能因其原生作品之著作類型致侵權審查所關注面向有所差異；惟適用整體觀念及感覺測試法時，法院仍多以「平均觀察者」(ordinary observer) 為主觀要件之原則。⁴⁷⁵與此相對，著作內容涉及真實世界微生物的 *Abdin* 案法院則表示如受審查著作本身同時包含於著作權法上可受保護與不受保護之元素時，為求將著作之權利範圍明確界定於原作者可受保護之表達限度內，應採取較嚴格之「敏銳觀察者標準」(more discerning observer) 作為侵權審查的主觀標準。⁴⁷⁶基此，兩件判決雖均指出考量到虛擬角色本身的特殊性，其審查未必能直接適用平均觀察者標準，且此

⁴⁷⁴ *Atari, Inc. v. N. Am. Philips Consumer Elecs. Corp.*, 672 F.2d 607 (7th Cir 1982).

⁴⁷⁵ *Id.*, at 614.

⁴⁷⁶ *Abdin v. CBS Broadcasting Inc., et al.*, 971 F.3d 57 (2d Cir. 2020).

「平均觀察者」的著眼點與審理其他著作時亦未必相同。然而，美國法院本即有見解認為應隨著作性質差異調整其主觀考量因素的現象；因此，就主觀標準而言，應可認美國法對虛擬角色案件之審查標準與對其他著作的審查仍屬一致。

至實質近似之客觀標準，因對虛擬角色的利用行為主要目的係喚起他人對特定角色之印象，美國實務多以整體觀念及感覺測試法（total concept and feel）為依歸，惟亦不乏以質與量綜合判斷法為審理依據者。由於整體觀念及感覺測試法僅提出成立侵權之相當性門檻，即須以平均觀察者視點施以一般程度之關注足認兩造著作屬於同一，始足當之，並未提出具體審查方法。⁴⁷⁷因此，美國實務上有兼採二者作為侵權審查標準之案例。例如，心理諮商師以自己之化身為主角出版教科書並主張著作權侵害之 *Shull* 案法院即同時採取上述二種審查方式為本案侵權審理，並指出整體觀念及感覺測試法與質與量綜合判斷法對法院而言各有不同考量因素與側重面向，法院得自行擇取其認為合適者。⁴⁷⁸

至於兩種審查方法的具體差異為何？曾經提出 *Nichols* 案見解並承審上開 *Shull* 案的第二巡迴上訴法院認為，整體觀念及感覺測試法要求法院對兩造著作的主題、角色、情節、事件編排、調性等為一整體性評估，重在著作本身呈現之美感是否相同。⁴⁷⁹因此，縱使法院認定被告所侵害標的為原告所創作之虛擬角色，亦可能將角色本身以外的因素納入考量。例如，*Shull* 案判決理由當中即指出，本案兩造作品類型差異對系爭角色於原生作品中之定位與隨之形成的感受有所不同，係原告無法證明二者整體觀念及感覺同一的主要原因：由於原告與被告角色所依附之原生作品分別為教學用書與電視劇，系爭角色於著作中的定位與功能大相逕庭，消費者對角色情境之感受幾無相似；甚至於閱讀原告所撰之參考書時，未必會將其中用於舉例之系爭人物當作「角色」看待，故不能認為二者整體觀念及感覺相同，而駁回原告主張。⁴⁸⁰由此可見，「角色於作品之定位」亦得成為判斷虛擬角色侵權

⁴⁷⁷ *Supra* note 473.

⁴⁷⁸ *Shull v. TBTF Prods.*, 2021 U.S. App. LEXIS 21220 (2d Cir., 2021).

⁴⁷⁹ *Id.*, at p.6.

⁴⁸⁰ *Id.*



的因素之一。

相對地，質與量綜合判斷法將審查重心置於被告著作所利用原告著作的「質」與「量」之多寡上。第二巡迴上訴法院認為，所謂「量」係指被告所利用原告著作之部分，其占原告著作整體之比例，應非屬微不足道（more than *de minimis*）；而「質」則係指被告所侵害者必須為原告著作之表達，而非其他不受保護之元素而言。⁴⁸¹如同對作品侵權案件之比對般，虛擬角色侵害案件中亦存在應側重「質的近似」或「量的近似」之爭議。自 *Nichols* 案以降，法院即定調對虛擬角色之保護為「對其具體事蹟之保護」；⁴⁸²第九巡迴上訴法院亦於 *Olson* 案提出特別識別性基準後，將角色具有「特別識別性」的特徵作為其著作權保護重心。⁴⁸³因此，構成著作權法上對虛擬角色之侵害者，並非利用角色之任何特徵均足當之，而須利用「該角色之獨特性」，概念上較接近對「質之近似」的維護。故學界探討虛擬角色議題時亦有謂使角色享有獨立著作權之必要性在於賦予作者維護該角色「品質」的權利，並有認為清晰描繪標準本質上即帶有重視「質」勝於「量」的意涵在內。⁴⁸⁴

儘管美國學界對於清晰描繪標準造成侵權審理偏重質之近似一事是否妥當仍有爭議，惟反對者亦未否認實質近似審查存在之必要性，毋寧更希望虛擬角色議題可回歸傳統侵權判斷，使清晰描繪標準單純作為區分思想與表達界線之門檻。⁴⁸⁵因此，自美國實務發展脈絡以觀，虛擬角色之侵權判斷亦應以實質近似為核心，並與審查其他類型著作適用相同審查方法，並無爭議，應可為我國所借鑒。

第三節、我國實務相關爭議

回顧我國實務判決，自灌籃高手案始，對虛擬角色的利用行為是否構成著作權侵害之疑問即已初見端倪，至 108 年俠客風雲傳二審判決作成時點，上述五件判決


⁴⁸¹ *Id.*

⁴⁸² *Nichols v. Universal Pictures Corp.*, 45 F.2d 119, 121 (2d Cir. 1930).

⁴⁸³ *Olson v. National Broadcasting Co., Inc.*, 855 F.2d 1446 (9th Cir. 1988).

⁴⁸⁴ *Supra note 20*, Foley, Kathryn M., 925-926.

⁴⁸⁵ 參本文頁 51-52。



大致呈現於著作權理論方面，我國實務見解至今的演變。然而，法院對虛擬角色侵權爭議之判斷方式與結論實有許多引人疑竇之處。最重要者，我國法院雖一再宣稱其係以整體觀念及感覺測試法進行實質近似審查，卻從未明確交代該判斷方法下，法院所應考量因素為何；亦未針對其與質與量綜合判斷法或其他侵權判斷方法間是否存在差異，有所指明。本文遂依自身觀察結果，統整上述判決中，我國法院就實質近似議題之分析及其結論，嘗試提出其不合理處。同時，俠客風雲傳一案判決雖相較過往見解有大幅突破，惟自比較法觀點，仍有相當之調整空間，本文亦將對此進行分析；以釐清我國實務現狀下，「整體觀念及感覺」究竟所指為何，期望對我國實務理論之運作有更多理解。

第一項、利用他人角色的行為定性：重製與改作之爭及著作人格權

儘管本文於第三章已多次強調法院對著作類型的強求係增添法無明文之要件而有所不當，「分門別類」卻並非著作類型例示所獨有問題。相較於美國實務對侵害著作權之行為通常僅定性為「抄襲」(copy)或「不當挪用」(misappropriation)，並不特別針對實際行為態樣進行討論⁴⁸⁶；我國法院判決與兩造攻防時雖亦常使用「抄襲」一詞指涉不具原始性的創作行為，並有判決認為於我國法下，抄襲即等同不法利用他人著作，惟如「同人」、「二次創作」等社會習知用語般，「抄襲」其實並非我國著作權法之正規用語。⁴⁸⁷反之，我國法係將著作權的權利內涵區分為人格權與財產權，而財產權部分又包含重製、改作、公開傳輸等針對不同行為態樣之排他權。因此，欲尋求著作權法保護者，不僅需證明其創作確為著作權法例示所明文承認之著作類型，更須指明被告所為係侵害何種著作財產權（或著作人格權），方可能獲得勝訴。考量到我國著作權法設有刑事責任，法院態度趨於保守雖非全無道

⁴⁸⁶ 如 *Roth Greeting Cards v. United Card Co.*, 429 F.2d 1106 (9th Cir., 1970). 即以抄襲 (copying) 指涉被告的不法行為。

⁴⁸⁷ 關於抄襲於我國法院實務上的定義，參智慧財產法院 101 年度民著訴字第 20 號民事判決。該判決表示，著作權法中，權利要件之「原始性」係指作品不能係抄襲他人著作而來；所謂「抄襲」則指以重製權、改作權為核心之利用行為。

理。然而，正如前述實務認為「抄襲」係指以重製、改作為核心之不法利用行為；若法院已認定被告行為構成「抄襲」，卻因無法確知其屬於「重製」、「改作」或另外該當其他財產權之侵害而無法為原告伸張權利，即有應調整之處。

一、重製權侵害：利用他人角色是否構成對他人作品的「重製」？

於灌籃高手案中，兩造即曾就被告之抄襲行為定性為何有所爭執。原告認為，被告擅自製造、發行「灌籃二部」之行為侵害其《灌籃高手》作品劇情結構與旗下特定角色，亦侵害《灌籃高手》主要角色「流川楓」依我國著作權法所享有之美術著作權。⁴⁸⁸然而，法院雖認定被告「灌籃二部」中角色「流川」即為原告作品之「流川楓」，惟對被告行為是否構成對「流川楓」的重製，及被告所侵害者究係《灌籃高手》作品之著作權、或如原告主張係侵害「流川楓」角色的美術著作權，未置一言。實務最終認定本案被告行為構成重製權侵害之事實基礎係被告曾經接觸原告著作；其工作室甚至被發現《灌籃高手》漫畫單行本散落一地，且兩造漫畫作品中部分分鏡構圖經疊圖比對可完全重疊，法院由此斷定被告有實際抄襲行為。⁴⁸⁹本案遂成為我國，乃至於世界少見抄襲事實可被直接證明之案例。

然而，縱然本案有此解套，被告抄襲特定角色之行為是否構成重製，仍為我國實務早晚必須面對之問題，蓋現實中能證明直接抄襲的案件寥寥無幾，殊難奢望總有如此好運得以「分鏡疊圖」取代實質近似判斷。就實務處理類似議題之往例，國內即有文獻指出，我國法院雖向來肯認對漫畫人物外觀之抄襲係對美術著作的侵害，惟此僅仍係基於漫畫本身作為美術著作之適格性所生見解，並非真正將「角色」視為一個體看待；灌籃高手案雖為我國虛擬角色相關判決之代表案例，其仍係以「作品侵權」之角度進行審理，並未真正探討虛擬角色之獨立性。⁴⁹⁰因此，縱認我國實務肯定利用他人角色外觀之行為構成對他人著作之重製權侵害，未對漫畫角色之整體形象進行界定的問題點在於：相同類型的作品題材⁴⁹¹，其作者畫風或角色

⁴⁸⁸ 臺灣臺北地方法院 93 年智字第 10 號民事判決，頁 2-4。

⁴⁸⁹ 同前註，頁 7。

⁴⁹⁰ 參註 26，李治安，頁 110。

⁴⁹¹ 如日本常見少年漫畫、少女漫畫等分類。

基本造型⁴⁹²本即有較為相近之可能；於未透過劇情比對界定角色整體印象之前提下，當被告利用畫風差異⁴⁹³、更改服飾等方式影響法院判斷、或被告確係獨立創作卻受相類因素影響而使其角色與原告角色乍看有所相似時，法院如何僅憑外觀做出正確判斷，令人擔憂。

此外，本案被告行為本質上屬「二次創作」，其行為特徵在於使用他人角色進行與原作劇情無關之衍生創作。因此，對於二次創作類型案件，理論上無需證明「接觸」與「實質近似」之要件，蓋利用人必定曾經接觸原著作，且正係以利用特定角色為目的，否則無法實現其創作意圖。⁴⁹⁴真正問題應係虛擬角色本身是否為著作標的，以及純粹重現角色之外型是否構成重製權侵害。依我國實務過往見解，至少於原作為具備視覺外觀的作品類型前提下，上述二問題之答案皆應為肯定。故於重製權侵害部分，即使不借用比較法理論，僅以我國實務現行運作亦應有成立侵權之可能；本案法院卻選擇最簡單途徑，以「疊圖比對」作為侵權成立之理由，雖無可批評，卻略顯可惜。而可著作性理論對我國法院真正具有實益之處，應係用於改作權侵害問題之分析。

二、改作權侵害：利用他人角色進行衍生創作是否構成改作？

利用他人虛擬角色進行衍生創作除因於衍生作品中再現原著角色之外觀而涉及重製權侵害外，更因擅自以他人受著作權法保護之角色另行發展不同故事而可能構成對改作權之侵害。然而，不若重製權侵害尚能以視覺外觀之重現作為侵權判斷立論基礎；本案原告以被告擅自製作「灌籃二部」之行為侵害其就《灌籃高手》專有之改作權的主張當即使法院陷入論述困境。⁴⁹⁵蓋「灌籃二部」雖經法院判定確有利用原告角色「流川楓」及其相關故事背景之事實，惟就其實際，並未涉及對原告作品的直接改動。苟非就原告作品《灌籃高手》之既有著作內容進行變更，而係

⁴⁹² 如髮型、髮色、身長、臉部特徵等。

⁴⁹³ 如前述智慧財產法院 107 年度民著上字第 4 號民事判決（海神戰紀案），法院即以「材質差異」作為否定兩造著作構成實質近似之理由。

⁴⁹⁴ 參註 286，楊智傑，頁 87。

⁴⁹⁵ 同註 486，頁 7。


於《灌籃高手》包含結局的故事基礎上，為作品之續寫；僅就劇情內容及「灌籃二部」始行登場之角色而言，由於被告並非單純重製（複製原著漫畫內容）或改作他人既有著作（變更《灌籃高手》自冒頭至結局的劇情描寫或翻譯、編輯、改編等行為），毋寧係符合我國著作權法所定義之獨立創作行為。於此前提下，法院即對被告行為是否仍可構成我國著作權法所定義之「改作」行為，表示質疑。

本案中，就使用他人角色或延續他人作品風格續寫原作是否構成我國法上改作，智慧財產法院表示如下見解：

「……按所謂模仿他人前已存在之著作風格，甚或延續他人著作之故事結構、人物鋪陳，另成立某一類似之著作，可否認為係上揭著作權法第十七條所規定之歪曲、割裂、竄改或其他方法改變其著作之內容、形式或名目至損害其名譽之行為？例如，以金庸小說『神雕俠侶』為例，原著結語乃『楊過』與『小龍女』有情人終成眷屬，而對『楊過』情有獨鍾之『郭襄』另立門派，其後續故事即『倚天屠龍記』，金庸對於『神雕俠侶』及『倚天屠龍記』二部著作之間有關當事人之際遇如何，並未敘述，倘有好事者模仿金庸之筆觸、風格，對此一段落補闕著述，可否認為係侵害金庸之著作人格權？我國著作權法對此一情形並無明文規定，即著作權法第二十八條所指著作權人專有將其著作『改作』成衍生著作之權利者，其所謂『改作』，依同法第三條第十一款規定，乃指以翻譯、編曲、改寫、拍攝影片或其他方法就『原著作』另為創作，其前提條件仍係就『原著作』另以上述方式另為變更，而本件此種並非就原著作另為變更，而係模仿原著作之風格、筆觸、手法另將原著作未及之處加以延伸，此種行為是否亦可認為係侵害著作人之著作人格權？顯有深論之必要。……」⁴⁹⁶

由於我國著作權法第 17 條謂「著作人享有禁止他人以歪曲、割裂、竄改或其他方

⁴⁹⁶ 同前註，頁 8。




法改變其著作之內容、形式或名目致損害其名譽之權利」，故欲以本條為請求權依據者幾乎必以被告行為符合同法於著作財產權對改作權侵害之定義為前提，始有適用可能。於是，法院遂將「改作權」與「禁止不當變更權」二侵害行為態樣之論述合而為一；其原應係欲透過論證被告行為對改作權之侵害，進一步證實其同時侵害原告的著作人格權。然而，正係於此邏輯推演下，法院雖以金庸先生所撰武俠系列小說為例，說明利用他人角色為續寫創作與我國著作權法所稱改作須係就「原著作」另為創作之定義有所出入，卻並未正面就本案被告行為是否構成我國法所定義之改作行為，有所表示；而逕自以該行為有使原告背負法所不許之名譽風險的可能性，作為著作人格權受侵害之立論基礎。⁴⁹⁷最終，法院對改作權侵害的討論，反而透過此論述上的「轉場」技巧成為本判決一道懸而未解之謎。

我國著作權法第3條第1項第11款就改作之定義為「指以翻譯、編曲、改寫、拍攝影片或其他方法就原著作另為創作。」基此，姑不論單純模仿風格之抄襲於著作權法是否構成改作；⁴⁹⁸縱然被告已明確使用他人角色另為創作，顯然自法院角度而言，僅利用一、二名角色的事實尚無法滿足著作權法所稱變更「原著作」內容所需滿足的「量」，故不能以改作權或禁止不當變更權之侵害規定相繩。尤以本案二次創作情形，被告所為不僅未就「流川楓」角色造型有所更動，更未對其於原作中所塑造之人格特質、生涯經歷等表達進行更改，毋寧係在此基礎之上為其續添故事；僅自《灌籃高手》作品視角觀之，原作品中的任何要素確實皆未曾為之變更，而難認係「改作」。然而，我國實務既已承認虛擬角色至少就其視覺外觀的利用可享有美術著作之保護；即便被告行為已實質挪用「流川楓」於「灌籃二部」創作中，法院卻未能認定被告行為構成對原告著作之改作，已有可議。

此困境恰如其分地凸顯僅對虛擬角色的視覺外觀提供美術著作權保護之不足。蓋視覺外觀雖為角色組成之重要部份，卻並非唯一，甚至可能並非主要部分。本案法院實已指出被告所利用者並不限於「流川楓」的角色造型，而係「流川楓」於《灌

⁴⁹⁷ 同前註，頁7-8。

⁴⁹⁸ 參註42，戴士捷，頁68-69。



《灌籃高手》原作結局後決意赴美之成長歷程，顯見其對視覺外觀並非角色唯一具有價值部分一事已有體認⁴⁹⁹；則著作權法所欲提供保護者亦應為作者透過《灌籃高手》事件鋪陳所塑造而成之「流川楓」角色的性格演變、成長經歷及個人結局。法院未能於本案中正面肯認利用虛擬角色進行衍生創作亦屬改作一事，雖屬可惜；惟若欠缺角色獨立性之意識，現行規定既要求改作須就「原著作」另為創作而言，法院如此理解亦屬無可厚非。

因此，承認虛擬角色之獨立性正係此困境的突破點。蓋實務癥結點既在於改作必須係就「原著作」另為創作，則若肯定虛擬角色得脫離原著作而受保護（無論是否為美術著作），被告利用他人角色之行為自係就「角色」此原著作另為創作，而構成我國法所定義之改作。況且，如欲說明為何第三人無權擅自以他人所創造之虛擬角色進行衍生創作，亦需建立在虛擬角色所經歷之事件係受著作權法所保護之權利標的此基礎上。⁵⁰⁰將虛擬角色另行發展不同劇情之可能性保留予原作者，更牽涉使其享有維護該角色品質之重要權能，並產生下述禁止不當變更權於我國法定位之爭議。


三、禁止不當變更權爭議：利用他人角色是否有使原作者名譽受損可能？

由於未能明確將本案被告利用原告角色之行為定性為我國著作權法所規範之改作行為，法院須另闢蹊徑，為人格權侵害之結論提供法理基礎，其遂援引英國法上「禁止錯誤歸屬」（false attribution right）提出如下見解：

「按著作權法所以保護著作人格權者，原因在於著作人透過其著作之風格、手法、形式，展現其個人在創作上之能力與價值，著作人此一價值之高低，通常係經由其著作之品質及其著作所展現之內涵，透過市場上之選擇機制而定奪其位階。是以，倘第三人冒用原著作人之風格、筆觸、手法，佐以其他使人混淆、誤以為係原著作人所創作之作品時，其結果將使原著作人無法控制『形式上為其著作』之品質與內涵，卻須承擔因

⁴⁹⁹ 同註 486，頁 6-7。

⁵⁰⁰ Nichols v. Universal Pictures Corp., 45 F.2d 119, 121 (2d Cir. 1930).



此對其名譽所造成之損害(倘模仿者技高一籌,通常已無模仿之必要矣),對著作人而言,顯然係一種侵權行為,此種侵權行為,在英國著作權法中稱為『禁止錯誤歸類屬性權利』(false attribution right),亦即,任何第三人於未獲得著作人同意、授權或許可情況下,不得冒用或施用不當方法使他人誤為該不實著作確為原著作人著作之權利。此種權利上之保護客體,一為名譽權,一為著作人格權,在性質上,均屬廣義之民法上人格權,在英國 *Moore v. News of the World Ltd.*, [1972] 1 QB 441 一案中,英國 Queen's and King's Bench, (Q.B.) 法院即准許原告有關侵權行為之損害賠償請求,此一外國司法實務,可作為我國著作權法有關著作人格權保護之比較法解釋之用。⁵⁰¹

我國著作權法第 17 條自民國 86 年修正後即由「同一性保持權」變為「禁止不當變更權」,除需行為人變更現有著作內容外,尚須因此致著作權人有名譽受損情形,始足適用本條文。⁵⁰²是以法院除須論證利用他人角色之行為屬於我國法所定義之改作外,尚須說明此行為有何侵害原作者名譽的情形,本案判決遂尋求英國著作權法上「禁止錯誤歸屬權」,作為比較法上法理依據,並認為著作權人享有「不被誤認為他人劣化仿作之創作者」的權利,將著作權人因被告行為有「名譽受損之可能」作為我國法第 17 條「致損害其名譽」的擴張解釋情形,最終以此判定被告行為成立侵權。⁵⁰³

然而,法院於此處唐突引入英國法理論將產生許多問題。首先,被告即於上訴理由中指出,我國禁止不當變更權所規範之行為態樣必須行為人有「改變著作內容」之行為,本案法院分明認定被告所為與現行法所定義改作行為有所不同,何以又得同時認定其行為構成對禁止不當變更權侵害?⁵⁰⁴自原審判決最後係認為英國法理論可為我國著作人格權「或」民事名譽權所涵蓋之論述,亦可見法院已自覺此

⁵⁰¹ 同註 486,頁 8。

⁵⁰² 參立法院法律系統,著作權法第 17 條,86 年 12 月 30 日著作權法全文修正。

⁵⁰³ 同註 499。

⁵⁰⁴ 臺灣高等法院 93 年度智上字第 14 號民事判決,頁 1。

推斷之瑕疵，否則何須納入較著作人格權範圍更廣的民事名譽權作為法理基礎？⁵⁰⁵ 主因不外乎英國法上「禁止錯誤歸屬權」之法理並無法解決我國禁止不當變更權須行為人有改作事實之要求爾；加以「灌籃二部」雖抄襲原告角色「流川楓」，然並未變更《灌籃高手》原作品之名目、「灌籃二部」亦未以原告「井上雄彥」為其作者名。⁵⁰⁶ 倘若法院並未將「流川楓」視為有別於原作品之獨立著作，可否以「流川楓」被挪用至「灌籃二部」作為「變更著作內容」之事實基礎，即有可議。

再者，法院認定被告行為構成對原告著作人格權之侵害，其重要理由之一係因法院認為非原作者之第三人所進行的模仿創作通常品質較為低劣，否則即無模仿必要；若原作者須因此承擔被消費者誤認該劣質仿作亦係由其所作的風險，即有「名譽受損之可能」。⁵⁰⁷ 如此推論是否正確，誠有疑問。姑不論此見解是否暗示若仿作者的成品更勝原作一籌，原告即應被迫接受而無從行使此權利；現實中許多利用他人角色進行創作之人，其自身亦常為創作者，或出於粉絲互動、互相交換角色等理由進行創作，無論是否經原作者同意，此現象皆足以證明法院所稱「仿作者所作品質必定較為低劣」的看法並非事實，更可見法院未曾理解真實的產業環境。⁵⁰⁸ 況且，以本案情形而言，二次創作的特性即在於消費者將確實認知該創作「並非原廠出品」，而不會有此混淆誤認情形。⁵⁰⁹ 現實中，二次創作往往不僅對原告作品市場毫無影響，反而可能提升原作能見度，殊難想像會對原作者造成何種名譽損害。由此可見，法院於此貿然引進英國法理論僅係出於為本案侵權之成立尋求突破口

⁵⁰⁵ 同註 499。

⁵⁰⁶ 同前註，頁 5。

⁵⁰⁷ 同註 499。

⁵⁰⁸ 例如，日本小說《Fate/strange Fake》原為日本輕小說作家成田良悟以日本知名視覺小說遊戲《Fate/stay night》世界觀為基礎，於 2008 年 4 月 1 日刊載於個人專頁的愚人節企劃，但後續卻獲發行《Fate/stay night》的 TYPE-MOON 社聯繫合作並正式出版。成田良悟老師本身亦為知名小說《無頭騎士異聞錄 DuRaRaRa!!》系列作者；本文無意檢討其與 TYPE-MOON 社旗下作者的創作品質孰優孰劣，而係以此說明法院認為使用他人角色、世界觀進行創作者，品質必定較原作者低劣的說法並無根據。請參維基百科，Fate/strange Fake 條目，in: https://zh.m.wikipedia.org/zh-tw/Fate/strange_Fake（最後瀏覽日：06/26/2022）。

⁵⁰⁹ 當然，本案因被告曾以「讓你比別人更快看到流川楓」等宣傳語行銷，確有攀附原作品聲譽之實，或許確有使人混淆誤認之可能；此亦為單純粉絲創作與不肖業者意圖搭便車行為之差異所在，惟為免議題牽涉過廣，本文暫不考慮宣傳標語之使用，而純粹就行為本身的屬性進行討論。



的急中生智，並非深思熟慮之結果。

誠然，本文亦不認同當仿作者之創作品質更為優秀時即可強迫原權利人妥協之作法；實務對此爭議真正應思考者，應係我國禁止不當變更權之屬性究竟為何？應將其理解為民事名譽權之一種？又或係作者維護其著作品質之權利？此爭議於民國 86 年著作權法全文修正時，立法者雖似已給出答案，將原供作者維護著作品質之權利變性為維護名譽之權利，卻因此引發更多解釋上困境。


民國 86 年著作權法全文修正時，我國現稱「禁止不當變更權」之著作權法第 17 條由原先「同一性保持權」增添「名譽受損」要件，而轉變為「禁止不當變更權」，⁵¹⁰其修法理由謂：

「原條文第十七條同一性保持權規定甚為嚴格，只要將著作加以變更，除合於同條但書各款情形外，即使係將著作內容修改得更好，仍會構成侵害同一性保持權。惟查伯恩公約第六條之一第一項之規定，著作人所享有之同一性保持權係禁止他人以損害其名譽之方式利用其著作；又隨科技之進步，著作之利用型態增加，利用之結果變更著作內容者，在所難免，依原法規定，均可能構成侵害同一性保持權。爰參酌修正如上，以免使同一性保持權之保護過當，阻礙著作之流通。」⁵¹¹

循此，立法者的修法原意係認我國原有之「同一性保持權」涵蓋過廣，但凡對原著作有些許更動，形式上皆落入本條規範範圍內，形成對權利之過度保護而應予以限縮故予以修正。然而，立法者選擇以「名譽受損」作為對同一性保持權的限縮是否妥當，尚非無疑。蓋自修法理由可知，立法者亦認為當仿作者創作品質更勝一籌時，原作者即須被迫接受修改結果一事，本文即已無法認同。現實上，我國法院亦確實於過往案例中，以被告侵害原告肖像權之行為反有助於提升原告知名度，並無使其名

⁵¹⁰ 參註 502，舊法第十七條：「著作人有保持其著作之內容、形式及名目同一性之權利。」故學說及實務多稱其為同一性保持權；現行法則謂「著作人享有禁止他人以歪曲、割裂、竄改或其他方法改變其著作之內容、形式或名目致損害其名譽之權利。」，故一般成為禁止不當變更權，並相較於舊法增加「致損害其名譽」要件。

⁵¹¹ 同註 502。



譽受損情形發生而否定人格權侵害主張之見解。⁵¹²無獨有偶，本案法院亦於判決中提及我國著作權法第 17 條兼有使作者維護其著作品質之目的且為民法上名譽權之一種。⁵¹³足見實務對於禁止不當變更權屬於「名譽權」之定性，已趨於穩定。然而，「維護創作品質」本即有使作者拒絕任何違背其意願變更之意涵，與作者名譽是否因此受損，本屬二事；經改作後成品之優劣，更非所問。實務於判決中空言二者並無衝突，然現實上的矛盾已於本案昭然若揭，否則又何必將「致損害其名譽」擴張解釋為「有名譽受損之可能」？如此欲蓋彌彰之論述，實非可取。


綜上，將名譽受損要件納入禁止不當變更權之審查，不僅於改作成果優良時有逼使作者「強迫得利」之嫌；法院面對「名譽受損」情形之界定时，亦有納入自身道德判斷的風險（例如，成人向改編是否即當然屬於使作者名譽受損之情形）；更可能如本案中，法院分明已形成對原告有利之心證，卻苦於無相關規定可用而強行將要件擴張或貿然引入比較法理論之情形發生。長此以往，立法者於修法時所欲達成限縮權利範圍之目的終不免落空，仍應再次反思我國第 17 條禁止不當變更權之屬性究竟為何，並儘速修正。為今之計，法院則應將重心置於對改作權侵害之討論，而非於尚無法妥善處理「變更著作內容」要件時，又一味放寬對名譽受損要件之審查，反顯前後失衡。

四、小結

灌籃高手案對我國實務如何看待虛擬角色之意義在於其案例事實不僅涉及重製、改作等虛擬角色最可能受侵害之權利態樣，更關乎二次創作行為的法律上定性。然而，法院雖已意識到相較於《灌籃高手》整部作品，原告角色「流川楓」方為本案真正受侵害之標的，卻無法透過著作權法對之賦予任何保護，反係以法源薄弱且定位不明的「民事名譽權」作為侵權成立之依據，甚為可惜。綜合上述，就利

⁵¹² 例如最高法院 97 年度台上字第 1396 號民事判決為知名日籍球星肖像遭我國商人盜用案例，其二審法院即表示由於肖像權不因他人使用而無法重複授權故原告所受侵害有限而不予財產上損害賠償；且因被告係將肖像用於宣傳商品，具正面形象作用，並非意在詆毀該球星，故其非財產上損害亦屬有限而再次削減非財產上損害賠償價額。

⁵¹³ 同註 501。



用他人角色為衍生（續集）創作之行為是否構成我國法上著作財產權侵害一事，法院結論應可歸整為以下三點：1. 虛擬角色具備視覺外觀者，於任何場景重現其外觀者皆可能構成重製權侵害、2. 利用他人角色進行創作，並非我國法下所定義之改作行為以及 3. 利用他人角色進行創作，恐使原作者承擔名譽受損之風險，而屬於對著作人格權（或民事名譽權）之侵害。其中第 2、3 點間彼此矛盾之成因，本文已交代如前述，真正的問題核心仍在於虛擬角色本身是否具有別於原生作品之獨立性。此不僅關乎於未變更現行法規範前提下，利用他人角色之行為是否符合我國法對改作行為之定義；唯有肯定虛擬角色的獨立價值，並接納清晰描繪標準重視對角色遭遇事蹟之維護的觀點，虛擬角色的未來發展性應由原作者把控之正當性方能被凸顯，而得於我國著作權法中尋得棲身之地。

第二項、實質近似判斷爭議：何謂虛擬角色之整體觀念及感覺？

著作權的侵權判斷中，由於就直接抄襲的證明通常較為困難，實務上多以滿足「接觸」與「實質近似」兩要件作為證明抄襲事實之替代方式，已如前述。⁵¹⁴不同於「接觸」要件之證明常屬事實認定問題；如何該當著作權法所認定之「實質近似」顯係法律評價問題，故實務審理重心與學說理論探討多置於此。然而，具體應如何判斷兩造創作間是否存在實質近似（substantial similarity）雖存在不同理論，惟其字面上既稱「近似」，即表示縱然被告利用者並非與原告完全相同，只要相似度達至著作權法所要求之一定程度，即屬侵權⁵¹⁵；相較於此，我國實務卻出於對思想與表達合併原則之濫用等原因，於實際案件審理時往往就所謂「實質近似」之認定要求達到「完全相同」之程度，使得不少案件勉強跨越創作性的窄門後，又於實質近似判斷階段遭遇嚴重挫敗，從此萬劫不復。由於我國實務於美感創作中常以「整體觀念及感覺測試法」作為實質近似判斷原則，惟其實際操作方式是否足以說明何謂「整體觀念及感覺」，並非無疑，故本文將以前述「冰雪奇緣案」及「武林群俠傳

⁵¹⁴ 參註 20，謝銘洋，頁 312-313。

⁵¹⁵ 同前註。

案」為基礎，嘗試釐清我國法院所指「整體觀念及感覺」究為何物，並與美國實務所提出之理論進行比較，望能對此測試法於今後案件審理之適用，有所幫助。

一、實質近似判斷因素：物理規格差異是否影響整體觀念及感覺？

首先，冰雪奇緣案中，法院曾以原告不得就冰雕作品中包含迪士尼元素者主張著作權保護，且因兩造展場規模相差甚遠、場地大小完全不同⁵¹⁶，故其展區陳設配置亦不可能相同，而認定其展區佈置間不構成實質近似。本文將其論述段落節錄如下：

「……且北京特展與台北特展之展區規模亦相去甚遠，已見前述，則北京特展之展區配置圖即難與台北特展相契合。然而，無論北京特展或台北特展均欲表現冰雪奇緣電影內之場景，二者既然均是取材自該電影之迪士尼元素，自有共通經典場景，但由上述配置圖所示，二者對於表現冰雪奇緣電影場景之數量、排序、布局均不相同，原告亦未舉證二者實質相同，況由展區配置圖是否即得憑以建造建築物，非屬無疑，是前開原證 126 之展區配置圖是否該當著作權法第 5 條第 1 項第 9 款之建築著作，尚有可議。」⁵¹⁷

儘管法院並未言明其於本案中就兩造展區佈景之實質近似所採審理方法為何，惟因法院過去採取質與量綜合判斷法時，通常會仔細就兩造作品特徵進行逐一比對，以分辨被告利用原告著作之「質」與「量」是否達至著作權法所非難程度；本案既未見相類論述，且法院所關注焦點係展區配置圖與實際造景能否「兩相契合」，故本文暫且假設其係探討兩造創作間整體觀念及感覺之相似性。如是，則前述判斷中，我國法院不僅質疑展區配置圖之著作性，更不認原告與被告之配置圖間構成實質近似，理由卻係因兩造展區的物理空間配置與展區實際大小相去甚遠，被告若僅憑原告所提出之展區配置圖，將難以直接據以施工製成相同佈景所致。姑不論其內

⁵¹⁶ 關於兩造特展展區配置圖實際情況，請參 106 年度民公上字第 4 號民事判決附件，因該圖檔經影印後將無法顯示，援不逕附於本文中，尚祈見諒。

⁵¹⁷ 智慧財產法院 105 年度民公訴字第 1 號民事判決，頁 44。

部施工完成品（如冰雕、滑梯等）相似度如何，若肯定系爭配置圖屬於我國著作權法所保障之建築著作，則徒以兩造展區物理空間、規格差異作為否定實質近似之論據，已有可議。

按我國著作權法第 3 條第 1 項第 5 款謂：「重製：指以印刷、複印、錄音、錄影、攝影、筆錄或其他方法直接、間接、永久或暫時之重複製作。於劇本、音樂著作或其他類似著作演出或播送時予以錄音或錄影；或依建築設計圖或建築模型建造建築物者，亦屬之。」基此，無論係以何種方法重複製作，但凡「重現著作內容」者即為我國法定義之重製；且於建築著作情形，考量按圖施工係建築設計圖之最主要用途，條文特為規定凡依建築設計圖製造建築物者，亦屬重製。是倘被告確係利用原告所作配置圖佈置場景並設置冰雕，無論其成品如何，皆應符合我國法就重製行為之定義，否則無異於向社會昭示僭用他人設計成果只需與原設計圖有所出入即可逃脫法律規範，並非妥適。


況且，實質近似本不要求侵害著作權者所重現之內容必須與原作「完全相同」，重點應係被告是否利用屬於原告著作之表達，且已達著作權法所不許之非難程度。⁵¹⁸故無論被告係參考原告設計另行作圖、或逕以原告所繪配置圖進行施工，形式上皆該當「重製」之定義，至於此行為究屬合法借鑑或非法抄襲，即為實質近似所欲處理之問題。法院卻徒以兩造展示空間物理規格與大小有異駁斥原告主張，不啻認為今後被告只需就其重製物的大小稍加調整即可迴避侵權，則著作權法又何須就將建築物等比例縮小為工藝品之行為設有合理使用規範？⁵¹⁹遑論現實上何曾存在二完全相同之物理空間，如此見解，將使實質近似判斷喪失意義。

法院另以被告受限於物理空間規格差異，恐無法逕以該展區配置設計圖佈置

⁵¹⁸ 參註 20，謝銘洋，頁 312。

⁵¹⁹ 著作權法第 58 條：「於街道、公園、建築物之外壁或其他向公眾開放之戶外場所長期展示之美術著作或建築著作，除下列情形外，得以任何方法利用之：

- 一、以建築方式重製建築物。
- 二、以雕塑方式重製雕塑物。
- 三、為於本條規定之場所長期展示目的所為之重製。
- 四、專門以販賣美術著作重製物為目的所為之重製。」



展場空間為由，質疑原告設計圖之著作性，亦有可議。蓋原告自始至終繪製設計圖之目的即不在於供被告抄襲所用，其既已憑借該設計圖策劃北京特展，即可證明該圖設計確具可行性，而應為我國法所保護之著作。何以被告能否直接利用該設計圖一事，反而構成原告設計圖取得著作性之阻礙？縱使被告須另行聘請專家進行評估以便後續施作，此行為亦僅係讓專家就該圖進行現場調整，依其調整幅度大小而可能分別該當重製或改作權侵害之差異爾。為何竟得以此作為否定原告設計圖著作性與兩造作品間實質近似之論據，令人費解。

由此可見，法院以「展場空間大小」差異作為兩造空間整體感受性是否相似的論斷依據之見解，並非合理。參酌美國實務見解，儘管本文並未於虛擬角色相關案例中尋得與展區佈景直接相關之案件，惟電影展覽既以電影場景與劇中人物為主要展覽對象，自有其美感訴求，故以整體觀念與感覺測試法為實質近似判斷依據，應有其正當性。美國實務曾多次指出，當原告所欲主張著作權保護之創作中同時包含可受保護與不受保護元素時，法院將以敏銳觀察者測試（more discerning test）為其主觀標準，僅就原告具創作性之表達予以保護；唯有兩造作品整體感受之近似性存在於此表達間時，法院方可認定實質近似之存在。⁵²⁰ 本文中，法院既認定原告展場佈景中，包含並非其所得主張權利保護之迪士尼元素，則該類元素的使用之於原告著作即屬不受保護元素，而符合適用敏銳觀察者測試之條件。基此，法院於審理兩造展區佈景實質近似時，其所應關注者係原告就展場整體規劃是否融入其獨特之創意（如本案原告主張其為拍攝美觀特別調整場景順序⁵²¹）、或展示物細節處是否存有原告獨創之表達（如本案原告主張其獨家引進冰滑梯冰雕⁵²²），此方為整體觀念及測試法所應側重之面向，絕非物理空間大小之差異。


二、整體觀念及感覺測試法

無論美國或我國實務，整體觀念及感覺測試法（the total concept and feel test）

⁵²⁰ See *Abdin v. CBS Broadcasting Inc., et al.*, 971 F.3d 57 (2d Cir. 2020). & *Shull v. TBTF Prods.*, 2021 U.S. App. LEXIS 21220 (2d Cir., 2021).

⁵²¹ 智慧財產法院 105 年度民公訴字第 1 號民事判決，頁 9。

⁵²² 同前註。



和質與量綜合判斷法（quantitative/qualitative approach）係虛擬角色相關案件最常被使用的實質近似標準，且因二種測試法恰巧反映兩造利益之不同，故同一案件中常見原、被告分別主張應適用不同審查標準為侵權判斷之審理。其中，整體觀念及感覺測試法所著重者為兩造作品經法院選定之主觀標準觀察後，是否會使一般消費者產生相似印象，而不要求具體指明作品間的相似之處，故常為原告所援用。⁵²³法院亦考量虛擬角色的創作性質，而常以此作為侵權審查之判斷標準。然而，正由於整體觀念及感覺測試法所追求者為一「整體印象」的侵害，其始終較無相對一致的考量因素，我國實務多半經綜合判斷得出心證後，再以整體觀念與感覺作為結論之表述，致其推論過程常顯得曖昧不明。

然而，此亦非我國實務所獨有之問題。就整體觀念及感覺測試法的實質內涵，國內文獻即曾表示：「整體觀念與感覺的測試法被廣泛使用在美術著作，也可以搭配其他測試法來輔助判斷。縱使原告無法準確描述自身著作的何種元素遭到抄襲，仍可援引本測試法對於被告提出訴訟，是為本測試法的優點。」⁵²⁴相對地，國外亦有指出整體觀念及感覺測試法要求法院不僅審視構成著作的各項元素個別是否構成表達，更重視此選擇、編排後的「整體印象」是否具有特殊之品質；美國實務判決即曾就虛擬角色的主觀印象指出「不同元素間的組合會因其呈現出特別的主觀品質而受著作權保護」（combination of many different elements which may command copyright protection because of its particular subjective quality）。⁵²⁵基此，可以確定者為，虛擬角色作為創作之一種，因其與原生作品皆屬具美感性訴求之創作，而得適用整體觀念及感覺測試法，將角色中具有特殊主觀品質之部分作為其受保護之基礎。惟因此測試法本身即不排除與其他測試法併用之可能，法院於實務案件中具體將何等因素納入考量，即至關重要。因此，下文將以上述判決中對侵權判斷著墨甚多之「武林群俠傳」一案為例，檢視我國法院究竟參考何種因素作為認定其遊戲著

⁵²³ 如武林群俠傳一案即為適例，詳後述。

⁵²⁴ 參註 70，蔡鏞宇，頁 132。

⁵²⁵ Roth Greeting Cards v. United Card Co., 429 F.2d 1106 (9th Cir. 1970).



作間構成實質近似之基礎。

(一) 法院見解：整體觀念及感覺為質之近似的輔助判斷方式

於「武林群俠傳」一案⁵²⁶中，原告主張被告曾以受僱人身分參與原告著作《武林群俠傳》開發故存在接觸原告著作之機會並有接觸事實。依整體觀念及感覺測試法，由於兩造電玩遊戲劇情皆係延續自原告另一遊戲著作《金庸群俠傳》中，以前作主角小蝦米消失一百年後的世界為其開端；二者於劇情故事結構、鋪陳次序及事件、場景與角色結合之互動、人物對話內容、角色性格及人物組織關係、片頭及過場詩詞、武功招式名稱、場景名稱、武器防具名稱等語文著作核心成分均呈現高度相似，應有整體觀念及感覺之近似。⁵²⁷此外，兩造遊戲於角色外觀造型與武器防具外觀等美術著作部分亦有高度近似性，例如：作品主角均穿著藍色滾白邊無袖衣衫、手腕配帶紅色護腕、左手舉起握拳、褐髮飄揚塑造之初出江湖少年形象；二者於整體構圖、配色、髮型、身姿幾乎一致，甚且於細節處如頭髮飄逸之方向、臉部細微表情、手部動作亦完全相同（圖十四）；被告作品與原告相似處非僅一二，乃至於各元素間如何排列、組合進而構成遊戲整體皆存在相似之處，即便依被告所稱採取質與量綜合判斷法為審查標準，亦應認二者間已達實質近似，有侵權事實存在。⁵²⁸



圖 12：兩造遊戲主角「東方未明」角色美術造型⁵²⁹

⁵²⁶ 智慧財產法院 108 年度民著上字第 3 號民事判決

⁵²⁷ 同前註，頁 7。

⁵²⁸ 同前註。

⁵²⁹ 參該案附件，頁 58。此圖為兩造作品主角東方未明之示意圖，左圖為原告「武林群俠傳」的角色外觀；右圖則為被告「俠客風雲傳」的角色外觀。本案法院對兩部遊戲自對白、場景、人物造型、道具外觀皆有詳盡的比較，其附件多達 103 頁，本文無法於此全數列出，讀者若有需要，請至司法院裁判書查詢系統搜尋。



相較於此，被告則抗辯應以質與量綜合判斷法作為侵權判斷之審理原則，惟本案法院則似不認為兩種測試法間存在互斥性，指出實質近似判斷不僅重視量的近似性，更應兼顧質的近似性。其中，整體觀念及感覺之近似於我國向被認為屬「質之近似」的表現形式之一，並援引最高法院 103 年度台上字第 1544 號等民事判決支持此見解：

「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涉及抄襲時，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，應特加注意著作間之『整體觀念與感覺』。……所稱『整體觀念與感覺』，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。」⁵³⁰

基此，法院將整體觀念及感覺界定為質與量綜合判斷法中，質之近似的輔助判斷方式。本案中，由於兩造著作皆係延續《金庸群俠傳》結局而來，且二者故事主線任務均有主角於逍遙谷拜師修煉、路救神醫、史燕盜畫、討伐黑風寨、少年英雄會、武當掌門事變、荊棘叛師、武林大會、修煉養成教程、江天雄壽宴、孟蘭盆法會之戰、魔障初現、青城掌門之爭、佛劍魔刀、邀請群俠、決戰天龍教等事件，其鋪陳次序、場景名稱、場景與角色之關聯互動、人物對話內容、武功招式名稱、武器防具名稱等主要部分均極為相似。⁵³¹就角色造型等美術著作而言，法院則指出兩造作品中，主角「東方未明」皆係身著藍色滾白邊無袖襯衫，手腕配戴紅色護腕，左手舉起握拳，褐色頭髮飄揚；角色「賭」亦均為頭髮高豎、佩戴耳環、舌頭伸出、舌尖頂一骰子，且有道具鷹形金冠飾（小帽上端有藍綠頭頸、金身揚翅飛鳥並附上蜿蜒帽帶，圖十五），足見兩造作品角色於整體構圖、配色、髮型、臉部特徵、身體姿勢及道具設計特徵等幾乎一致，堪認其整體外觀與感覺相同而構成實質近似。⁵³²

⁵³⁰ 同註 524，頁 26。

⁵³¹ 同前註，頁 27-28。

⁵³² 同前註。

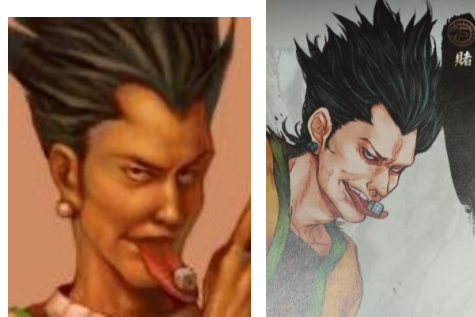


圖 13：兩造遊戲角色「賭」美術造型⁵³³

（二）整體觀念及感覺測試法和質與量綜合判斷法之區別

儘管原告主張與法院論述對於兩造作品特徵之描述可謂鉅細靡遺，上述判決論旨除指出整體觀念及感覺測試法和質與量綜合判斷法間可能存在之聯繫外，並未特別說明應如何判斷作品或角色之整體觀念及感覺。反而就法院以兩造作品多項特徵皆有相似作為論斷實質近似基礎一事而言，似更接近質與量綜合判斷法的論述途徑。蓋同樣作為實質近似判斷標準，整體觀念及感覺測試法和質與量綜合判斷法之主要差異在於，整體觀念及感覺測試並不要求法院認定被告所運用原告著作之部分是否為原著作的核心元素（質）、亦無需被利用者佔原告著作相當之比重（量）；凡經綜合判斷後足使一般觀察者產生相似感受，即足當之。惟本案中，法院不僅並未說明其「綜合判斷」之過程為何、具體衡量哪些因素，甚至逕自將整體觀念及感覺測試法歸於質與量綜合判斷法之一部，使得二者間幾無實質差異可言。法院更以被告著作係有意利用原告著作之劇情框架、角色性格及人物組織關係等語文著作之核心成分，復其所用分量已足使人產生對原告著作之連結，即應認有侵害原告語文著作之情事，作為認定被告侵權成立之論據。⁵³⁴然而，無論「核心成分」或「所用分量」，顯然皆為質與量綜合判斷法所關心者，足見法院實際上將兩種測

⁵³³ 同註 527，頁 70。左圖為原告著作的「賭」；右圖則為被告遊戲的「賭」。

⁵³⁴ 同註 524，頁 28。



試法等同視之，或認二者間係具有上下位階之關聯性。

本案判決亦非我國實務上唯一認為此二種測試法具互補性之見解，學者即指出當法院認為整體觀念及感覺測試法得與其他侵權審查標準同時適用時，基本上係將如質與量綜合判斷法等審查標準作為得出「整體觀念及感覺近似」之方法或手段。⁵³⁵因此，整體觀念及感覺測試法和質與量綜合判斷法間究竟何者為目的、何者為手段，其實並不明確。然而，縱使認可兩種測試法間具有一定互通性，整體觀念及感覺測試法既作為一種獨立審查標準，自仍應與其他測試法間存在一定差異。最重要者，即在於其重視創作所給予人之「整體印象」，而非僅限於個別特徵之比較。因此，可幫助判讀著作之整體觀念及感覺者，未必僅有該著作本身爾，尤以虛擬角色為審理標的時，其與原生作品之關聯性往往對角色整體印象之判讀具有重要作用。比較法上，除前述 *Shull* 案將虛擬角色於原生作品中的「定位」納入整體印象之考量外，以電玩遊戲角色為著作標的之 *Atari* 案則引述 *Learned Hand* 法官於 *Sid & Mary Krofft TV Prods. v. McDonald's Corp.*⁵³⁶一案所示見解指出所謂整體觀念及感覺近似係指「倘若平均觀察者不特意費心留意差異處時，會忽略此差異，並認定兩造著作具相同美學吸引力（“the ordinary observer, unless he set out to detect the disparities, would be disposed to overlook them, and regard their aesthetic appeal as the same.”）」時，即構成整體觀念及感覺之近似，並循此見解將角色於電玩遊戲當中的移動方式、行為模式納入角色印象判讀之基礎，反而將原審對臉部表情等外觀特徵的考量排除。⁵³⁷由此可見，相較於角色本體特徵之比對，整體觀念及感覺測試法更重視角色最終傳達之美學感受性，足見其縱使得以質與量綜合判斷法作為判讀方式之一種，彼此間仍存在重要且實質的差異。

（三）質與量綜合判斷法：應以原告著作為侵害比重之依據

然而，若接受我國法院認為整體觀念與感覺測試法屬於「質」之近似判斷方式

⁵³⁵ 同註 522。

⁵³⁶ *Sid & Marty Krofft TV Prods. v. McDonald's Corp.* 562 F.PDF (9th Cir. 1977).

⁵³⁷ *Atari, Inc. v. N. Am. Philips Consumer Elecs. Corp.*, 672 F.2d 607, 614 (7th Cir 1982).

的見解，則質與量綜合判斷法本身勢必側重於「量」之近似的詮釋；本案被告亦確實以此方向進行抗辯。被告認為，系爭著作「俠客風雲傳」全部劇情對話多達 136 萬字，其「量」遠多於原告著作的 36 萬字；⁵³⁸其主線、支線劇情數均為原告著作《武林群俠傳》一倍之多、結局數量與角色數量更為其數倍，故兩作品主線遊戲流程及遊戲畫面呈現均存在巨大差異，不應成立實質近似。⁵³⁹惟不僅一審法院未接受此抗辯，二審更進一步表示，若法院欲以質與量綜合判斷法為侵權判斷之審查標準，應注意我國著作權法所稱「量」之近似係指被告抄襲部分所佔原告著作比例為何，而非抄襲部分於被告作品中所佔比例高低，且足以構成實質近似進而成立侵權的量之多寡應隨著著作性質而異。⁵⁴⁰法院認為，由於以事實為基礎所生創作與他人作品雷同的可能性必然較高，其受保護範圍應隨之為適當限縮；故事實性創作達至實質近似所需的量將較純粹科幻、虛構作品所需之量為高，以避免對著作權的維護遭扭曲為對該基礎事實提供排他性。⁵⁴¹基此，仙俠世界觀雖於中華武俠小說由來已久，惟其究屬純粹虛構之故事背景，是創作者所發揮創意應受較高程度保護，被告抗辯並無可採。

上述見解誠屬正確。蓋質與量綜合判斷法係判斷被告所利用原告著作的表達成分是否達至著作權法所不容之非難程度，而常與合理使用抗辯有所連結。就一般性合理使用之豁免，我國係規定於著作權法第 65 條第 1 項，並於同條第 2 項臚列法院審查合理使用抗辯時所應斟酌之各項因素，其中第 3 款即「所利用之質量及其在整個著作所占之比例」。⁵⁴²我國學說及實務多認此處「整個著作」係指原告著作而非被告著作，否則無異於允許被告透過「灌水」等方式，以無意義地填充作品

⁵³⁸ 同註 524，頁 15。

⁵³⁹ 同前註，頁 14。

⁵⁴⁰ 智慧財產法院 108 年度民著上字第 3 號民事判決，頁 76-77。

⁵⁴¹ 同前註，頁 74。

⁵⁴² 著作權法第 65 條第 2 項：「著作之利用是否合於第四十四條至第六十三條所定之合理範圍或其他合理使用之情形，應審酌一切情狀，尤應注意下列事項，以為判斷之基準：

一、利用之目的及性質，包括係為商業目的或非營利教育目的。

二、著作之性質。

三、所利用之質量及其在整個著作所占之比例。

四、利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響。」

內容之方式迴避侵權。⁵⁴³ 基此，就本案而言，縱使採取質與量綜合判斷法作為侵權判斷審查基準，其就量之近似的判斷重點亦應為被告抄襲之部分究竟佔原告著作《武林群俠傳》36 萬字全文中多大比重，而與被告著作《俠客風雲傳》字數多達 136 萬字一事毫無關係。正如美國 *Atari* 案法院所言：「抄襲者不得藉由展示其著作中有多少部分並非抄襲而來為其有所侵權之事實開脫。」（“no plagiarist can excuse the wrong by showing how much of his work he did not pirate.”）⁵⁴⁴ 本案法院並未受被告企圖混淆視聽的抗辯所惑，應值贊同。

（四）主觀標準之疑點：法院是否係以平均觀察者為主觀標準？

最後，相較於質與量綜合判斷法係以原告著作被運用的「量」或該著作中具特別重要性之核心部分（質）是否被不當挪用（misappropriation）作為實質近似判斷標準；整體觀念及感覺測試法所側重者係兩造作品帶給「觀察者」的感受，即以該「觀察者」是否會對兩造著作產生相同之美學感受作為實質近似判斷基礎。因此，法院所選定的「觀察者」標準為何，對訴訟成敗至關重要。就此，「武林群俠傳」一案中，智慧財產法院曾引述最高法院見解表示二著作間是否具近似性「應以一般理性閱聽大眾之反應或印象為判定基準」，看似認為本案整體觀念及感覺近似法所應適用主觀標準為「一般理性閱聽大眾」。⁵⁴⁵ 假設法院所稱之「一般理性閱聽大眾」與比較法上美國實務所稱之「平均觀察者」（ordinary observer）大致上為相當概念，則我國與美國實務見解就虛擬角色適用整體觀念及感覺測試法時的主觀標準亦可謂具一定程度相似性。⁵⁴⁶

問題在於，我國法院雖有意識到整體觀念及感覺測試法之運用必須選定相對應的主觀標準，惟此主觀標準之採擇對於實務而言似僅為一宣示性之表述。縱有最高法院判決為之背書，以「一般理性閱聽大眾」作為主觀標準對實質近似判斷結果有何影響，本案判決卻隻字未提。此情形至二審法院依舊未見改善，反因法院下列

⁵⁴³ 參註 20，謝銘洋，頁 265。

⁵⁴⁴ *Supra note 534*, at 619.

⁵⁴⁵ 同註 524，頁 26。

⁵⁴⁶ *Atari, Inc. v. N. Am. Philips Consumer Elecs. Corp.*, 672 F.2d 607, 614 (7th Cir 1982).



說明而更顯混亂：

「判斷是否侵害著作財產權，應自二層面思考之：(1) 首先判斷所侵害者係表達或為思想、觀念本身，前者始為著作權法所保護之標的。(2) 繼而認定侵害者，是否有接觸及實質相似之抄襲行為。所謂實質相似，係指表達方式有量與質之相似，非為觀念之相似。所謂抄襲者，係指非法侵害著作權，其屬不確定之法律概念。準此，上訴人應舉證證明被上訴人侵害系爭著作之表達方式，被上訴人有接觸系爭著作，其重製行為與系爭行為成立實質相似。」⁵⁴⁷

此論述看似意在說明實質近似審查的判斷步驟，惟竟與比較法上實質近似主觀標準中，「敏銳觀察者測試」之理論十分相似。所謂敏銳觀察者測試 (more discerning observer test)，如前所述，係相對於平均觀察者更為嚴格之主觀標準。⁵⁴⁸ 美國法院不只一次於判決中指出，敏銳觀察者標準係適用於原告著作中同時包含著作權法上可受保護與不受保護之元素者；所謂可受保護與不受保護，除概念與表達之分野外，構成著作的各項元素是否皆為著作權人所得主張之表達亦在考量範圍內；為求正確分辨著作權人所得主張權利之範圍，並維持公共領域 (public domain) 之開放與均衡所設。⁵⁴⁹ 由於虛擬角色經常符合「創作中包含不受保護的元素」此一要件，故縱使美國法院仍以平均觀察者為原則性主觀標準，敏銳觀察者測試法於近期虛擬角色案件中有常被使用之跡象。⁵⁵⁰ 反觀本案中，智慧財產法院一則表示本案應以「一般理性閱聽大眾」作為整體觀念及感覺測試法之主觀標準，另則強調應對原告著作受侵害之部分是否屬其可受保護之表達加以辨識，反而與敏銳觀察者測試的理論更為相近。其後續分析中亦僅概括吸收原告主張，未就一般理性閱聽大眾主觀遊玩上應更加關注作品的哪些部分進行論述，顯然並未真正將觀察者的視點納入

⁵⁴⁷ 智慧財產法院 108 年度民著上字第 3 號民事判決，頁 73-74。

⁵⁴⁸ See *Abdin v. CBS Broadcasting Inc., et al.*, 971 F.3d 57 (2d Cir. 2020).

⁵⁴⁹ *Id.*

⁵⁵⁰ 如本文整理 2015 年後，美國聯邦巡迴上訴法院的三件判決中，即有兩件判決以敏銳觀察者測試為主關審查標準，參 *Abdin v. CBS Broadcasting Inc., et al.*, 971 F.3d 57 (2d Cir. 2020). & *Shull v. TBTF Prods.*, 2021 U.S. App. LEXIS 21220 (2d Cir., 2021)。



考量。

惟自二審法院判決的實際論述觀之，本文認為，本案法院仍係以平均觀察者為主觀審查標準。蓋無論自其就語文著作（劇情敘述、角色對白）、美術著作（角色外觀）或音樂著作（遊戲音效）的實質近似比對中，皆可見其採取將原告所主張特徵與被告著作相應部分逐一比對之分析方式，並未見其對原告著作中是否包含不受保護之元素有所置喙。⁵⁵¹且當法院談及兩造美術著作間的近似性時，係以被告作品對原告著作之利用「在整體構圖、配色、髮型、臉部特徵、身體姿勢及道具設計特徵等幾乎相同，僅作形似而同之變動，其整體外觀與感覺相同，構成實質近似」為侵權成立的論理依據。⁵⁵²足見我國法院實際判斷實質近似時，仍較趨於質與量綜合判斷法之分析，並未對主觀上觀察者視點之變化有所著墨，與美國實務對整體觀念及感覺測試法之運用，顯有落差。⁵⁵³基此，我國法院對實質近似判斷步驟之說明，乃至整體觀念及感覺測試法本身，至少於電玩或虛擬角色等新興著作的案件分析中，較趨近於使理論完整的象徵性宣示，而非實際運用的審查標準。

儘管平均觀察者本為多數適用整體觀念及感覺測試法之審查中，原則性適用的主觀標準；美國實務亦肯認此原則並不因案件涉及虛擬角色而有所改變。⁵⁵⁴因此，縱使「武林群俠傳」一案中，法院確實認以平均觀察者為主觀審查標準即為已足，亦無不可。然而，本案法院既已認定原告作品中確實包含部分不受保護的元素（如法院指出遊戲角色所使用的武器，其基本造型屬於概念⁵⁵⁵），則於侵權判斷上即不能忽略被告所侵害者是否為原告著作中可受保護之表達的相關析論，方能對我國實務運作上，整體觀念與感覺測試法應如何具體適用有更完整論述。

（五）小結


⁵⁵¹ 同註 545，頁 76-79。

⁵⁵² 同前註，頁 78。

⁵⁵³ 例如，本文已多次提及 *Atari* 案認為於電玩遊戲的案例中，因觀察者（玩家）長期處於強烈感官刺激環境下，故相較於臉部特徵等細節，角色的動作招式、行為模式方為觀察重心；「武林群俠傳」案兩造作品既為武俠遊戲，自當有相關打鬥場景，故 *Atari* 案所提出見解，應具相當參考價值。

⁵⁵⁴ *Supra note 544*.

⁵⁵⁵ 智慧財產法院 106 年度民著訴字第 48 號民事判決，頁 24。



綜上所述，整體觀念及感覺測試法於我國著作權審查體系下之定位雖尚未明確，然其作為虛擬角色案件中實質近似的主要判斷標準，仍有其重要性。蓋對虛擬角色之利用本重在喚起他人對該形象的認知，整體觀念及感覺測試法不問被告具體利用角色之何種元素，而將實質近似的焦點置於被告最後展現之成果是否足以使觀察者產生「與原告著作實質同一」的美學感受，與虛擬角色的保護重心足相呼應。⁵⁵⁶況且虛擬角色本即自文學、藝術等以美感為訴求的創作中所生，與整體觀念及感覺測試法具有良好之相性，以其作為侵權案件之審理標準，應屬妥適。⁵⁵⁷

惟本文認為，適用整體觀念及感覺測試法時，仍應留意作品與角色間之差異。以「武林群俠傳」案為例，該案最終雖係以被告對遊戲著作個別內容（劇情對白、美術造型）之利用構成著作權侵害使虛擬角色間接受到保護。然而，法院確實對遊戲中刻畫角色的劇情內容、美術造型與被告作品之對應部分進行實質比對，並認為此係對原告作品整體觀念及感覺之侵害；如此，可否認為角色係作品當中特別重要之品質，近一步認定對角色之抄襲將構成對原生作品「質之近似」的侵害？⁵⁵⁸反之，若以虛擬角色本身為著作標的，則劇情內容、美術外觀等描寫是否反將成為整體觀念及感覺測試法下，檢視原告角色是否具備特殊品質之方法手段？此與美國實務上，特別識別性基準下虛擬角色必須具備的特殊品質間是否存在互相呼應之處，皆為尚待解決之議題。⁵⁵⁹惟無論自美國或我國實務運作以觀，整體觀念及感覺測試法和質與量綜合判斷法於虛擬角色案件之審查上皆呈現出互為目的、手段之現象。因此，我國似可將兩造著作之「整體觀念及感覺」是否近似作為實質近似門檻，並依其需求適用質與量綜合判斷法等不同判斷方式，惟仍應對主觀標準上，是否需因作品或角色類型有所調整，續為更深入之討論與闡釋。

⁵⁵⁶ 參註 70，蔡縛宇，頁 132。

⁵⁵⁷ 同前註。

⁵⁵⁸ 實質近似必須以被告所利用者為原告著作中具重要性的部分，始足當之。參註 20，謝銘洋，頁 312。

⁵⁵⁹ 關於特別識別性基準的內涵，請參本文頁 60。



第四節、小結

就目前我國智慧財產法院所涉案件以觀，我國實務於侵權爭議之審理上多半仍將虛擬角色視為整體作品之一部進行審查，故虛擬角色於我國是否能受著作權法保護，除角色視覺外觀本身可能具備美術著作適格性外，主要仍視被告是否侵害構成角色不同特質之各著作而定。然而，即使法院願意對虛擬角色提供某種程度上的保護，實務對實質近似的判斷方式亦存在許多爭議。

第一項、侵權行為的定性

首先，不若美國法般純以「抄襲」(copy)作為侵權行為的概括定性，我國著作權法將著作權細分為財產權、人格權等多種權能，故法院須得定性被告行為所具體侵害之權利，方能做成侵權判斷。然於欠缺角色獨立性概念之前提下，對虛擬角色的利用行為是否皆能符合我國法就重製、改作之定義、法院應如何論證侵害事實之存在，其困境已於灌籃高手案中得到證實。⁵⁶⁰其次，該案法院最終透過人格權侵害對被告利用「流川楓」角色之行為予以制裁雖可認係實務為保護虛擬角色所作之努力；惟我國現行法所規定之「禁止不當變更權」係為舊法「同一性保持權」附加「致名譽受損」要件演變而來，致其原為供作者維護其著作品質之屬性發生變質，不再能單純作為著作權人拒絕違反其意願之內容變更的權利。⁵⁶¹因此，實務對於今後應如何適用本條必須有更加詳盡之討論，否則，本文雖不反對引入如英國法「禁止錯誤歸屬」(false attribution right)等確認作者地位之權利，然法院若僅空言其為「民法名譽權之一種」，則其請求權基礎究為我國民法第 195 條第 1 項⁵⁶²或著作權法第 17 條，即有疑問。是否將間接架空日後禁止不當變更權的適用，亦非無疑。

⁵⁶⁰ 參本文頁 146-151。

⁵⁶¹ 參本文頁 151-155。

⁵⁶² 民法第 195 條第 1 項：「不法侵害他人之身體、健康、名譽、自由、信用、隱私、貞操，或不法侵害其他人格法益而情節重大者，被害人雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額。其名譽被侵害者，並得請求回復名譽之適當處分。」



第二項、實質近似的審查標準模糊

再者，就實質近似判斷而言，無論美國或我國實務，法院皆未偏離現行主流之相關理論，以整體觀念及感覺測試法和質與量綜合判斷法為主要審查標準。然而，我國法院雖常以整體觀念及感覺測試法作為實質近似判斷標準，卻對何謂「整體觀念及感覺」、其具體應考量哪些因素，並無明確且一致的看法。⁵⁶³本文認為，與清晰描繪標準之於著作性審查的關係類似，整體觀念及感覺測試之於實質近似判斷更近於一公認的近似性門檻。因此，具體應採取何種方法審查兩造著作間的整體觀念及感覺，通常委由個案判斷，而產生和質與量綜合判斷法於同一個案中被同時使用且互為目的、手段之情形。

然而，質與量綜合判斷法雖可作為整體觀念及感覺相似的輔助判斷方式，二者本質上仍屬不同審查標準，故法院如確欲以整體觀念及感覺測試法進行審理，仍應嘗試提出其作為假設性的觀察者所重視之考量因素為何。參考美國實務運作情形，本文認為，虛擬角色的關注重心除其視覺外觀之外，劇情對白、行動模式、能力發展等更係重要因素。蓋劇情鋪陳為角色性格塑造之基礎，此方為使角色「整體印象」與其他虛擬角色有別之處；於故事性作品中，不僅少見全然無意義的對話、角色的能力與行動思考亦不會毫無根據；因此，此類要素不僅為賦予角色著作性之基礎，亦為法院與其他角色進行比較時所應考量者。美國實務更納入角色所屬作品性質⁵⁶⁴、角色於作品之定位⁵⁶⁵等因素，頗值參考。無論如何，我國實務必須先釐清整體觀念及感覺測試法於我國實質近似判斷中之定位，並確立其主觀標準及所應考量的客觀因素，方不致使侵權判斷標準間喪失差異性，而能明確辨別角色侵權與作品侵權案件之不同。

⁵⁶³ 參本文頁 164-165。

⁵⁶⁴ See *Shull v. TBTF Prods.*, 2021 U.S. App. LEXIS 21220 (2d Cir., 2021).

⁵⁶⁵ *Id.*



第六章、結論

第一節、以清晰描繪標準作為虛擬角色受保護之基礎

第一項、美國實務標準之類型化

虛擬角色的可著作性問題，本質上即思想與表達界線應如何劃分之問題。⁵⁶⁶儘管美國實務自 1930 年代起，歷經 *Nichols* 案提出清晰描繪標準、*Warner* 案之角色即故事標準，再到 *Air Pirates* 案的視覺外觀保護說與 *Olson* 案至 *Towle* 案的特別識別性基準與三階段測試法⁵⁶⁷；看似莫衷一是的審查標準，其實皆意在釐清究應如何定義虛擬角色的人格特質，方能精準區分作者盡心刻劃之創意表達與公眾領域（public domain）對人物特徵的一般性描述，以維持創作的自由與彈性。因此，所謂的「可著作性」審查，乍看雖係由法院為虛擬角色增添的權利要件，惟考量到美國訴訟實務仍係以角色「原生作品」的著作權為起訴程式依據，該作品本身的權利並未受質疑；可著作性要件於實務運作上的定位應更近似於界定權利標的範圍之審查方式。大抵而言，清晰描繪標準發展至今，已由特定的審查方法轉為公認的創作性門檻，以角色的整體特質是否透過劇情描寫而足夠具體為斷⁵⁶⁸；對虛擬角色的保護並非僅係保護特定角色的單一特徵，而係該特徵的「成因」。作者必須清楚交代角色每項特質的演變過程，法院方能獲取與被告角色的比較素材，從而判斷角色的實質同一性。本文最後將各審查標準間的關係圖繪製如圖（十六），並將各標準的關注面向統整如圖（十七），供讀者參照。

⁵⁶⁶ 參註 41，戴士捷，頁 145。

⁵⁶⁷ 請參本文第三章。

⁵⁶⁸ 惟應注意者，美國各聯邦巡迴上訴法院間既屬於相同審級，其僅需遵守聯邦最高法院與自家法院的判決先例爾；其他巡迴上訴法院的判決並無法律上拘束力，至多僅為有參考性的判決（persuasive evidence）爾。因此，本文所謂「公認的創作性門檻」，係指本文觀察各法院判決理由後，認為其心中所設定的創作性高度大致相當爾，並非指各巡迴上訴法院皆須遵守 *Nichols* 等案的判決先例而言，特此敘明。

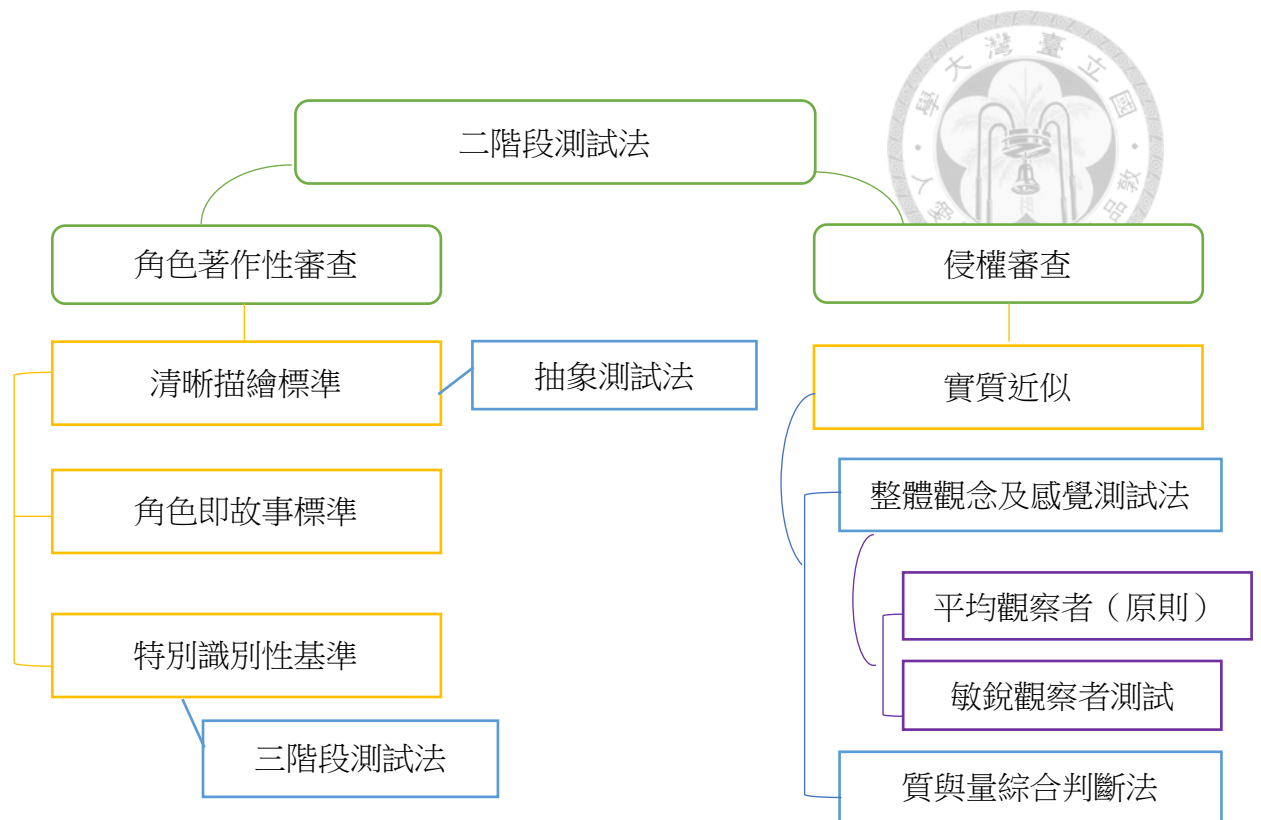


圖 14：虛擬角色審查體系示意圖

著作性審查標準	說明
<i>Nichols</i> 案：清晰描繪標準	角色人格特質需透過劇情被完整發展
<i>Warner</i> 案：角色即故事標準	角色必須「等同故事本身」
<i>Air Pirates</i> 案：視覺外觀區別審查標準	視覺外觀足以佐證角色已被「清晰描繪」，而無需適用角色即故事標準
<i>Towle</i> 案：三階段測試法	角色必須具備 1. 外觀上一定品質（視覺外觀） 2. 跨越作品幅度之一致性特徵（清晰描繪） 3. 獨特之表達（非定型角色）

表 2：不同審查標準理論重點對照表



第二項、虛擬角色之類型化

自圖(十七)可見,清晰描繪標準僅大致提供一關於虛擬角色可著作性之遵循方向,後續案例發展出的各項標準方為確認角色如何達至「清晰描繪」的審查方法。也因此,時至今日,「清晰描繪」雖已成為角色取得可著作性門檻之共識,各法院實際採取的審查標準仍各有不同。尤以 *Air Pirates* 案以「視覺外觀」之有無區別可著作性審查方法後,大致確立視覺外觀作為虛擬角色不可或缺的要件,甚至可謂具有形同權利要件的重要地位。

儘管有論者謂此係對小說等純文字型角色的歧視而應予修正,惟無可否認者,視覺外觀對法院而言乃界定虛擬角色整體印象及權利範圍最直接、有效的手段。否則,即使是同一段角色敘述,於欠缺視覺外觀之情形下,對角色的想像亦可能因人而異。⁵⁶⁹ 遑論視覺外觀本身即具備美術著作之適格性,遵循著作權保護範圍將隨創作性高低而異的見解,法院如此作法亦屬無可厚非。⁵⁷⁰

不過,本文並不認為上述見解會真正排擠到小說角色的受保護可能性。蓋美國法院對角色可著作性的探討早自 1930 年代即已開始,當時的產業環境下,許多虛擬角色皆無可供依附的視覺外觀,而為小說、廣播、劇本等僅有文字敘述的存在形式,方有所謂必須被「清晰描繪」的要求。然而,娛樂產業發展至今,即使是純小說作品亦多附有虛擬角色的封面或插圖,應已少見完全無視覺外觀可供參考的角色類型。因此,本文雖然同意即使是純文字型角色亦應以清晰描繪標準為其著作性門檻,方不致忽略劇情對角色塑造之貢獻;惟 *Air Pirates* 案對文字型角色的歧視雖可能存在理論上缺陷,於實務運作上卻未必會真正成為問題。

結論上,自法律建議的角度而言,本文亦同意虛擬角色的創作者無論係自行創作或透過契約安排委託,皆應使自身角色有相對應的視覺外觀可供參照,方能享有完整的著作權保障。而在清晰描繪標準與特別識別性基準的要求下,作者亦應竭盡

⁵⁶⁹ 參註 26, 李治安, 頁 107-108。

⁵⁷⁰ *Atari, Inc. v. N. Am. Philips Consumer Elecs. Corp.*, 672 F.2d 607 (7th Cir 1982).

所能為虛擬角色附加顯眼且一致的特徵，此不僅指使人一望即知的外觀，更兼指其內在的人設應有一致的理念、使命支撐。⁵⁷¹縱使因劇情規劃而欲變更原角色的人設，亦必須有相對應的劇情提供此性格變遷的完整交代，方能使法院認知其同一性。最後，若作者欲以神話典故或歷史人物為創作基礎，亦應思考於歷史事實之外，是否有其他元素可與之結合，此選擇、編排的創意方為作者於背景知識之上額外添加的表達，而為著作權法之保護標的。本文將虛擬角色於美國實務發展下所遭遇過的類型，統整如圖（十八）供讀者參照。

角色類型	適用審查標準
純文字型角色（小說、廣播、劇本）	清晰描繪標準（多數法院） 角色即故事標準（第九巡迴上訴法院）
視覺外觀角色（漫畫、動畫、電影等）	清晰描繪標準、特別識別性基準
電玩遊戲角色	清晰描繪標準，但法院審理侵權時，應側重比對兩造角色行為模式（mannerisms）之差異。 ⁵⁷²
視聽型角色	美國實務曾有肯定將 2D 形式的電影角色重製為 3D 形式的玩具構成著作權侵害之案件；惟此並未真正處理視聽型角色組成複雜的問題。 ⁵⁷³
純粹角色（無故事性作品支撐）	美國實務目前未見相關案例。 ⁵⁷⁴

表 3：虛擬角色類型比較表

⁵⁷¹ DC Comics v. Towle, 802 F.3d 1012 (9th Cir. 2015).

⁵⁷² Atari, Inc. v. N. Am. Philips Consumer Elecs. Corp., 672 F.2d 607 (7th Cir 1982).

⁵⁷³ *Supra* note 24, Kurtz, L.A., 468.

⁵⁷⁴ 受限於美國著作權訴訟以取得著作權註冊（Registration）為起訴要件，無故事作品支撐的角色無法提起侵權訴訟，而有學者批評應將虛擬角色單獨列為著作類型以保護此類角色；惟本文認為此非清晰描繪標準的理論缺陷，詳細論述，請參本文第三章就學者批評與回應之部分。



第三項、「可著作性」要件對我國實務的重要性

導入可著作性審查對我國實務的重要性在於：自上述判決分析已可知，我國法院其實已經遭遇數件必須承認虛擬角色有脫離原生作品之獨立性方能解決的案件。儘管依現行我國實務肯定虛擬角色的視覺外觀得以美術著作權保護之見解亦能處理部份僅涉及重製權侵害的案件，利用他人角色進行衍生創作的改作行為卻將完全無法可管，顯然凸顯現有理論之不足。於我國禁止不當變更權已由同一性保持權變質為名譽權的前提下，縱欲導入「禁止錯誤類屬」(false attribution right) 等其他人格權亦有與現行法規要件扞格之情形，且仍舊無法處理財產權上爭議。相較之下，可著作性審查原即係由法院為虛擬角色之獨立性把關所發展而來的理論，不僅無需進行修法，亦不若採取立法途徑解決可能產生虛擬角色的權利範圍被過度擴張之疑慮，應具相當之可行性。

清晰描繪標準雖至智慧財產法院 108 年度民著上字第 3 號民事判決（武林群俠傳案）方為法院所提及，且僅為被動接受原告主張的創作性表述用語。惟主管機關智慧財產局其實早已於相關函釋中提及此標準，顯示我國實務確有關注美國實務相關動態。值此虛擬角色正於各國帶動各項娛樂產業發展的時代，我國仍應盡快承認虛擬角色身為創作的價值，方能為我國企業與個人提供更為周全的保護。本文則建議權利人如欲以可著作性審查標準作為自身角色應受著作權保護之佐證，可以步驟相對明確的三階段測試法為基礎逐步說明自身角色如何透過作品被「清晰描繪」。不僅可為實務提供相對合理的審查標準，亦不致迷失於因其歷史與制度背景而顯得雜亂無章的可著作性標準當中。相對地，無論面對何種類型的虛擬角色，法院仍應謹守清晰描繪標準所奠定之創作性門檻，於重視對角色視覺外觀的保護之外，更應關注其人格塑造的一致性，並節制必要場景原則的使用，以兼顧虛擬角色的產業價值與維持公共領域的開放性。



第二節、後續研究方向之建議

第一項、著作權法與不同法規範之競合

最後，就此議題仍有待後續研究之項目，本文認為可自兩方面著手。首先，虛擬角色既然多具備視覺外觀，於構成創作之外，自然亦屬於一種「表徵」。由此，除著作權法外，不免亦牽扯到商標法、乃至於公平交易法的競合。尤其，商標法雖非鼓勵創作而生，然正因其有維持交易秩序之立法目的，商標的權利內涵與著作權可謂大相徑庭。儘管其權利內涵不若著作權豐富，於商標法對「使用」的定義隨司法解釋日益擴張的今日，加之商標權保護期間可被無限延長的特性，許多知名角色不僅受有著作權法保護，權利人更會透過註冊商標擴張並延長其權利範圍。三麗鷗公司更為維護其最具經濟價值的吉祥物——凱蒂貓（Hello Kitty）的商業利益，年年造訪我國智慧財產及商業法院。足見著作權法雖為虛擬角色尋求保護時直覺思及的法規範，其與其他法規的互動實際上相當頻繁。另一方面，我國公平交易法對表徵的規範乃規定於該法第 22 條，並有同法第 25 條作為概括性的補遺條款，性質上屬於對不公平競爭行為的規範，以防杜損害商業倫理的行為。⁵⁷⁵然而，我國實務卻有將「競爭關係」等原應於限制競爭行為中考量的因素，納入不公平競爭審查的情形出現。⁵⁷⁶姑不論此見解的正確性，循此見解，單就類似二次創作的案件而言，原為消費者的粉絲如何與身為生產者的原作者產生競爭關係，即可能成為爭議。我國雖已有文獻大致說明虛擬角色於不同法規範下欲受到保護所需滿足的要件與因

⁵⁷⁵ 公平交易法第 22 條：「事業就其營業所提供之商品或服務，不得有下列行為：

一、以著名之他人姓名、商號或公司名稱、商標、商品容器、包裝、外觀或其他顯示他人商品之表徵，於同一或類似之商品，為相同或近似之使用，致與他人商品混淆，或販賣、運送、輸出或輸入使用該項表徵之商品者。

二、以著名之他人姓名、商號或公司名稱、標章或其他表示他人營業、服務之表徵，於同一或類似之服務為相同或近似之使用，致與他人營業或服務之設施或活動混淆者。」

公平交易法第 25 條：「除本法另有規定者外，事業亦不得為其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為。」

⁵⁷⁶ 感謝李素華老師於口試時提供此意見，學生受惠良多。



境⁵⁷⁷，惟針對虛擬角色的商標法議題之研究、公平交易法規的專文探討、乃至於討論不同法規保護期間競合之文獻等皆尚待發展，而堪為後續研究的重要題材。

第二項、新興類型角色之保護

最後，對新興類型角色的保護，亦為值得深究之議題。儘管「純粹角色」(pure characters)最初僅美國學者對清晰描繪標準之批評所提出⁵⁷⁸，本文亦已於第三章提出自身看法認為此並未成為真正問題。然而，無故事性作品支撐的「純粹角色」，近日卻於娛樂產業掀起一陣炫風，其產業規模並仍以雷霆之勢迅速增長，即本文於第二章所提及的「虛擬主播」(VTuber)型態之虛擬角色。由於此產業方興未艾，且最初係自日本發跡，故美國與我國皆尚未見有相關案例出現。然而，虛擬主播實際上正係所謂的「純粹角色」，蓋虛擬主播雖於出道(debut)時會提供相關背景與人物設定的宣傳介紹(lore)；惟堪認屬於該角色的「故事」部分亦僅止於此，主播後續演繹該角色時雖會遵循其人設，但更多時候仍係「做自己」。因此，虛擬主播的型態實際上較接近於以虛擬角色的視覺印象與身份活躍的藝人，而非美國實務理論鎖定義之「故事角色」(story characters)。正因如此，倘欲以清晰描繪標準檢驗其可著作性，勢必遭受困難。

申言之，由於欠缺足夠的故事描繪⁵⁷⁹，且虛擬主播最主要的性格塑造即為其真人操作者的原始性格，若強行適用清晰描繪標準，可能產生兩種情形：1. 法院僅得依據最初的人物設定進行審酌，又因後續的直播內容缺乏故事性而被認定角色未經清晰描繪或2. 將操作者的性格視為角色的性格，則因法院無法否認真實人格之獨特性，進而必須當然承認該角色的著作性，使清晰描繪標準失去意義。無論何

⁵⁷⁷ 參註 42，戴士捷。

⁵⁷⁸ *Supra note 3*, Feldman, David B., 701-704.

⁵⁷⁹ 然而，部分 VTuber 可能仍會以此基本設定建構相對應的後續劇情，透過不同形式呈現，如此則或有適用清晰描繪標準之可能，其案例類型可能更接近於視聽型角色的爭議；相對地，個人勢 VTuber 則可能受限於資金與團隊規模等因素而無法如此經營，故即使是同種類型的角色，其審理基準亦無法一概而論。正因如此，本文方認為角色侵權案件必須交予司法解決。惟本文接觸此產業的時日尚淺，僅能就個人觀察於結論部分提供些許自身想法，更詳細的探討只能留待後續研究。理解上如有錯誤，尚祈見諒。



者皆顯示出此類角色的特殊之處，而必須有更深入的研究。

不過，本文初步的態度係認為，或毋須將虛擬主播以虛擬角色相待亦可解決其著作權相關問題。如前所述，虛擬主播實際上具有高度屬人性，粉絲雖或可將主播視為角色進行二次創作，然他人幾無可能冒用其身分。⁵⁸⁰因此，對主播角色形象之利用行為多半仍圍繞於其美術造型，只需以現行透過美術著作權保護角色外觀的見解處理即可。如欲探討角色本身的可著作性，本文則認為此際「角色即故事標準」或許能夠有所發揮。蓋美國實務曾有指出角色即故事標準「等同對角色之研究」(a character study)⁵⁸¹，虛擬主播本身正屬於從宣傳片至直播流程乃至最終畢業(graduation)⁵⁸²皆只為單一、特定的角色所存在之情形，而與該標準的適用間存在相當適性。

無論如何，上述僅為本文對美國實務相關理論進行研究後所得出的初步想法；由於該角色背後仍由真實存在之人類進行操作，以個人之公開權(right of publicity)處理此議題的可能性亦有之。關於虛擬主播於著作權法上可能面臨之議題，正如同視聽型角色般，除角色著作性外尚有權利歸屬、利益分配與著作權保護期間等問題可供探討。將來亦可能有其他無法直接適用清晰描繪標準的角色類型產生，皆有賴後續研究者更細緻的類型化與梳理相關脈絡。期待於本文之後，亦能有更多相關學術文獻與實務案例出現，為我國正將興起的娛樂產業，照亮前方的道路。

⁵⁸⁰ 虛擬主播的外觀造型(皮)固然具有吸引力，惟更重要者仍為該主播本身的人格魅力。因此，他人縱使盜用該造型，消費者亦不會為之吸引，而無實益可言。

⁵⁸¹ Daniels v. The Walt Disney Co., 958 F.3d 767 (9th Cir, 2020).

⁵⁸² 當中之人無法繼續進行演藝活動時，企業勢VTuber通常會舉行所謂的「畢業」活動，縱使日後回歸該產業亦不再以相同角色的造型活動，故對於虛擬主播而言，畢業即等同該角色實質意義上的死亡。此制度就法律面上當然與該角色的美術造型著作權歸屬如何有關；若角色美術造型本歸屬於VTuber本人，即不至於有日後無法使用相同造型之情事發生。



參考文獻

一、中文文獻

書籍

謝銘洋 (2018),《智慧財產權法》,修訂八版,元照。

期刊論文

李治安 (2013),《故事角色的第二人生：論著作權法對故事角色之保護》,智慧財產權月刊 Vol. 169,頁 104-127。

楊智傑 (2015),粉絲創作與著作權合理使用,智慧財產權月刊,第 193 期,頁 64-104。

蔡鏞宇(2017),《角色之著作權保護——從內容產業的經驗思考電玩產業的現況》,國立政治大學智慧財產評論,第 14 卷,第 2 期,頁 121-154。

研討會論文

李素華 (2021),【2021 年娛樂產業與智慧財產研討會紀實(二)】—著作權保護與智慧財產權保護之落實, TIPA 智慧財產培訓學院,國立臺灣大學法律學院, in: https://www.tipa.org.tw/tc/monthly_detail377.htm (最後瀏覽日:06/10/2022)。

學位論文

中田祥二郎 (2011),《關於次文化於著作權法上的問題：以日本判例之發展與特徵為中心》,國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

朱逸然 (2021),《從虛擬角色出發探討虛擬偶像之著作權保護問題——以中國著作權法為核心》,國立政治大學科技管理與智慧財產研究所碩士學位論文。

戴士捷 (2016),《虛擬角色的智慧財產權保護——以著作權法與商標法為核心》,國立政治大學科技管理與智慧財產研究所碩士論文。

法院判決



最高法院 110 年台上字第 1167 號民事判決

最高法院 97 年度台上字第 1396 號判決

智慧財產法院 108 年度民著上字第 3 號民事判決

智慧財產法院 107 年度民著上字第 4 號民事判決

智慧財產法院 106 年度民公上字第 4 號民事判決

智慧財產法院 99 年度民著上更(一)字第 6 號民事判決

臺灣高等法院 93 年度智上字第 14 號民事判決

智慧財產法院 106 年度民著訴字第 48 號民事判決

智慧財產法院 106 年民著訴字第 5 號民事判決

智慧財產法院 105 年度民公訴字第 1 號民事判決

智慧財產法院 102 年民著訴字第 68 號民事判決

智慧財產法院 101 年度民著訴字第 20 號民事判決

臺灣臺北地方法院 93 年智字第 10 號民事判決

行政函釋

智慧財產局電子郵件 1110310 號函釋

智慧財產局電子郵件 1101021 號函釋

智慧財產局電子郵件 1100911 號函釋

智慧財產局電子郵件 1100507 號函釋

智慧財產局電子郵件 1081219 號函釋

智慧財產局電子郵件 1081114 號函釋

智慧財產局電子郵件 1080730 號函釋

智慧財產局電子郵件 1080606 號函釋

智慧財產局智著字第 10716009930 號函釋

智慧財產局電子郵件 980710a 號函釋

網路文獻



亞小安 (2021),《Vtuber 總數突破 16000 人, 增速不緩一年增加 3000 人》, in: <https://www.4gamers.com.tw/news/detail/50500/virtual-youtuber-surpasses-16000> (最後瀏覽日: 06/04/2022)

井上雄彥 (2018),《灌籃高手新裝再編版 第 19 集》, 尖端出版社, in: <https://www.spp.com.tw/product?saleid=2011002141> (最後瀏覽日: 06/11/2022)。

吳致良 (2020),《記憶的怪物 下》暢銷萬冊改編成電玩遊戲, 證明台灣 BL 漫畫不輸日本, 讀者不因國籍差別待遇》, in: <https://www.openbook.org.tw/article/p-63741>(最後瀏覽日: 06/04/2022)。

芥見下々 (2019),《咒術迴戰 1》, 正式授權台灣中文版封面, 東立出版社。

開放文化基金會,【開放文化觀點】新一批智財到期! 小熊維尼形象、海明威著作、四十萬筆音檔進入公有領域, INSIDE, in: <https://www.inside.com.tw/article/26425-public-domain> (最後瀏覽日: 06/14/2022)。

范琪斐的美國時間 (2022),《遭佛州取消 55 年自治權 支出稅收優惠全沒了! 美國迪士尼為何惹怒政府?》, Line Today 看世界, in: <https://www.facebook.com/watch/?v=769309080724484> (最後瀏覽日: 06/26/2022)。

楊智仁 (2022),《動漫商機無限, 產值超過 2 兆...台灣成日本動畫簽約數量前三名》, in: <https://game.ettoday.net/article/2191105.htm> (最後瀏覽日: 06/04/2022)。

臺灣 VTuber 列表,《所有 VTuber》, in: <https://taiwanvtuberdata.github.io/all-vtubers> (最後瀏覽日: 06/04/2022)。

維基百科, Fate/strange Fake 條目, in: https://zh.m.wikipedia.org/zh-tw/Fate/strange_Fake。

賴柔蒨 (2022),《凝聚漫畫創作能量——CWT 幕後推手鄭文福》, in: <https://taicca.tw/article/cwtstory> (最後瀏覽日: 06/04/2022)。

CCC 創作集, in: <https://www.creative-comic.tw/about> (最後瀏覽日: 06/04/2022)。



二、外文文獻

期刊論文

Feldman, D. B. (1990). Finding Home for Fictional Characters: Proposal for Change in Copyright Protection. *California Law Review*, 78(3), p. 687-720.

Foley, Kathryn M. (2009), "Protecting Fictional Characters: Defining the Elusive Trademark-Copyright Divide Note," 20, *Connecticut Law Review*, p.921-961.

Jasmina Zecevic (2006), Distinctly Delineated Fictional Characters that Constitute the Story Being Told: Who Are They and Do They Deserve Independent Copyright Protection?, 8 *VAND. J. ENT. & TECH. L.* 365, 373.

Kurtz, L. A. (1986). The Independent Legal Lives of Fictional Characters. *Wisconsin Law Review*, 1986(3), 429-526.

Spahn, K. E. (1992). The Legal Protection of Fictional Characters. *University of Miami Entertainment and Sports Law Review*, 9(2), 331-348.

法院判決

Abdin v. CBS Broadcasting Inc., et al., 971 F.3d 57 (2d Cir. 2020).

Atari, Inc. v. N. Am. Philips Consumer Elecs. Corp., 672 F.2d 607 (7th Cir 1982).

Burroughs v. Metro-Goldwyn-Mayer, Inc., 683 F.2d 610 (2d Cir. 1982).

Daniels v. The Walt Disney Co., 958 F.3d 767 (9th Cir, 2020).

DC Comics v. Towle, 802 F.3d 1012 (9th Cir. 2015).

Detective Comics, Inc. v. Bruns Publ'ns, Inc., 111 F.2d 432 (2d Cir. 1940).

Gaiman v. McFarlane, 360 F.3d 644 (7th Cir. 2004).

Hill v. Whalen & Martell Inc., 220 F. 359 (S.D.N.Y. 1914).

Halicki Films, LLC v. Sanderson Sales & Mktg., 547 F.3d 1213 (9th Cir.2008).

Hogan v. DC Comics, 48 F. Supp. 2d 298 (S.D. N.Y. 1999).

Klinger v. Conan Doyle Estate, Ltd., 988 F. Supp. 2d 879 (N.D. Ill. 2013).



- Olson v. National Broadcasting Co., Inc., 855 F.2d 1446 (9th Cir. 1988).
- Nichols v. Universal Pictures Corp., 45 F.2d 119 (2d Cir. 1930).
- Rice v. Fox Broadcasting Co., 330 F.3d 1170 (9th Cir.2003).
- Roth Greeting Cards v. United Card Co., 429 F.2d 1106 (9th Cir., 1970).
- Sid & Marty Krofft TV Prods. v. McDonald's Corp. 562 F. (9th Cir. 1977).
- Siegel v. Time Warner Inc., 496 F. Supp. 2d 1111 (C.D. Cal. 2007)
- Shull v. TBTF Prods., 2021 U.S. App. LEXIS 21220 (2d Cir., 2021).
- Shull v. TBTF Prods., 2019 U.S. Dist. LEXIS 174833,1 (S.D.N.Y., 2019).
- Walker v. Time Life Films, Inc., 784 F.2d 44 (2d Cir. 1986).
- Walker v. Viacom Int'l, Inc., 362 F. App'x 858 (9th Cir. 2010).
- Walt Disney Prods. v. Air Pirates, 581 F.2d 751 (9th Cir. 1978).
- Warner Bros. Pictures, Inc. v. Columbia Broad. Sys. Inc., 216 F.2d 945 (9th Cir. 1954).

網路文獻

集英社，『呪術廻戦』第二回キャラクター人気投票，『週刊少年ジャンプ』公式サイト，載於 https://www.shonenjump.com/j/vote_jujutsu_kaisen/（最後瀏覽日：2021/7/2）。

Forbes (2003), Top-Earning Fictional Characters, in:

https://www.forbes.com/2003/09/25/cx_al_fictionalslide.html?sh=44626f4f23e7 (last visited: 06/26/2022).

Greek Mythology.com , Olympians , Poseidon ,

in: <https://www.greekmythology.com/Olympians/Poseidon/poseidon.html>（最後瀏覽日：06/14/2022）。

Masuda, Hiromichi et al. (2022), Anime Industry Report 2021 (Summary), The Association of Japanese Animations, in: <https://aja.gr.jp/english/japan-anime-data>.

Pixiv, Inside Out US Teaser Trailer, in:

https://www.youtube.com/watch?v=1t0A_tZGrYw (最後瀏覽日: 06/09/2022)。

Stanford University, Discovering Sherlock Holmes,

[in: dickens.stanford.edu/sherlockholmes/index.html](http://dickens.stanford.edu/sherlockholmes/index.html) (最後瀏覽日: 06/08/2022)。

