

## 論著作權法侵權之「客體」與「接觸之舉證」 ——兼評：金魚案一、二審判決

黃子欽\*

### 摘要

有鑒於無體財產權，在現今講究創意的世代日趨重要，智慧財產侵權的認定即必須更為謹慎。尤其是訂有刑事責任的著作權法，如何在既有傳統的刑事訴訟法架構下，就著作權法之侵權（即犯罪）予以認定，便是本文探究之主軸與重點。

本文以臺灣臺北地方法院 99 年度智易字第 34 號、智慧財產法院 100 年度刑智上訴字第 39 號判決（下稱金魚案）之事實背景作為本文案例出發，討論於著作權法上應如何認定侵權之「客體」，與構成侵權之「舉證程度」究竟應為如何，期許透過本文簡短之整理與淺見，能有助於此類問題於實務及學說上之發展。

關鍵字：接觸、舉證責任、合理之機會、無罪推定、刑事責任、著作權法、實質近似、角色人物、金魚案

---

\* 作者為冠博法律事務所律師、台灣警察專科學校講師。  
特別感謝本文指導老師，蕭雄淋律師所提供之意見、國立臺北大學教師們之指導、冠博法律事務所謝昆峯律師與同仁、涂睿涵律師、林震名等人。  
本文相關論述僅為一般研究探討，不代表本局之意見。

## 壹、前言

智慧財產法之侵權是否成立往往係涉「舉證責任」之分配與程度；又於著作權法中，訂有刑事責任，就該舉證責任依我國刑事訴訟法第161條第1項規定：「檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法。」應由檢察官負擔之；復依我國實務<sup>1</sup>及學說<sup>2</sup>見解，檢察官就其所起訴之案件須舉證、說服法院至「無庸置疑」（beyond a reasonable doubt）或「毫無合理可疑」之程度，法院始得為有罪之判決。因此，在認定有無著作權法之侵權時，其刑事責任仍必須按此舉證程度，方可認為行為人有構成犯罪之可能。

而在著作權法中，判斷是否構成侵權時，多數實務<sup>3</sup>及學說<sup>4</sup>見解認為須符合兩要件：一為「接觸（access）」，二為「實質近似（substantial similarity）」。然而，「接觸」要件之舉證程度應為如何？質言之，如檢察官於舉證被告「接觸」時，是否僅需具有「合理接觸之可能性」即可認為被告符合接觸之要件？抑或需證明被告「確有接觸之事實」方可屬之？此部分不但攸關舉證程度之高低，更涉被告於刑事訴訟上，受無罪推定之範圍為何。

此外，判斷是否構成侵權之要件二「實質近似」時，所應判斷之「客體」又為何者？換言之，得否將「一個」著作之內容予以切割，而將所切割之部分獨立認定為一著作，而主張「每一個部分」均受著作權法之保護？

<sup>1</sup> 最高法院76臺上第4986號判例：「認定犯罪事實所憑之證據，雖不以直接證據為限，間接證據亦包括在內；然而無論直接或間接證據，其為訴訟上之證明，須於通常一般之人均不致有所懷疑，而得確信其為真實之程度者，始得據為有罪之認定，倘其證明尚未達到此一程度，而有合理之懷疑存在時，事實審法院復已就其心證上理由予以闡述，敘明其如何無從為有罪之確信，因而為無罪之判決，尚不得任意指為違法。」最高法院92年臺上字第128號判例：「檢察官對於起訴之犯罪事實，應負提出證據及說服之實質舉證責任。倘其所提出之證據，不足為被告有罪之積極證明，或其指出證明之方法，無從說服法院以形成被告有罪之心證，基於無罪推定之原則，自應為被告無罪判決之諭知。」

<sup>2</sup> 參閱王兆鵬、張明偉、李榮耕，刑事訴訟法（下），頁157、160，2015年09月三版。

<sup>3</sup> 如最高法院97年度臺上字第3914號刑事判決：「……據以認定抄襲之要件有二：即接觸及實質近似。」又如智慧財產法院106年度民著上字第6號民事判決、智慧財產法院105年度刑智上訴字第7號刑事判決亦同此見解。

<sup>4</sup> 參閱馮震宇，無形的財產，有形的責任——侵害著作權之法律責任，法律與你雜誌系列54期，頁67、68。

前述爭議，均為攸關是否構成侵權之要件，惟此部分於我國文獻及實務之見解尚仍有限，本文將以臺灣臺北地方法院 99 年度智易字第 34 號、智慧財產法院 100 年度刑智上訴字第 39 號判決為中心，並爬梳我國與美國學者論述、司法實務等相關見解，予以說明及研究。

## 貳、本案事實與判決要旨

### 一、案情摘要

告訴人認為，被告明知如圖 1<sup>5</sup>所示之金魚圖樣，係告訴人於 A 大學視覺傳達設計系「96 級畢業成果展」所原創設計完成之美術著作，被告以重製之方法侵害他人著作財產權之犯意，未經告訴人之同意或授權，擅自重製如圖 2<sup>6</sup>所示之金魚圖樣，侵害告訴人之著作財產權，並由 B 公司將該著作提供予委託 B 公司設計囍餅禮盒之 C 公司。



圖 1 告訴人原創設計完成之美術著作

<sup>5</sup> 智慧財產法院 100 年度刑智上訴字第 39 號判決，司法院法學資料檢索系統 [http://jirs.judicial.gov.tw/FJUD/index\\_1\\_S.aspx?p=DqGH436YPeOZ2NJSUEJdZf6diYOTIOcXPXA7ua9%2bQ74VXTrjsgcwuA%3d%3d](http://jirs.judicial.gov.tw/FJUD/index_1_S.aspx?p=DqGH436YPeOZ2NJSUEJdZf6diYOTIOcXPXA7ua9%2bQ74VXTrjsgcwuA%3d%3d)（最後瀏覽日：2018/5/16）。

<sup>6</sup> 同註 5。

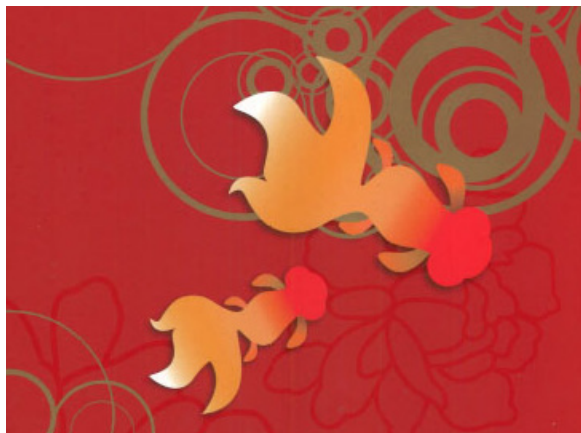


圖 2 被控侵權之美術著作

## 二、第一審判決（臺灣臺北地方法院 99 年度智易字第 34 號） 要旨

### （一）起訴意旨

被告係受雇於被告 B 公司之設計師，負責平面設計工作。被告明知如圖 1 所示之金魚圖樣，係告訴人為 A 大學視覺傳達設計系「96 級畢業成果展」所原創設計完成之美術著作，被告未經告訴人之同意或授權，即擅自重製上開美術著作（如圖 2），再由被告 B 公司提供予不知情之 C 公司。故認被告涉嫌犯著作權法第 91 條第 1 項「以非法重製之方法侵害著作權財產罪」。

### （二）第一審判決結果

被告及 B 公司均無罪。

### （三）第一審判決理由

#### 1、圖 1 金魚圖樣是否具「原創性」，該圖樣是否具有一定程度之創意？

（1）著作之「創意」乃該著作受著作權法保障之基礎；而在著作權法之領域中，此「創意」無須如同專利法所要求之達令人驚異之精

巧新穎程度，僅須具備「最低程度之創新性」即足。而所謂「最低程度」，係指除非該著作完全欠缺人類創意痕跡，或其創意跡象甚為普通微不足道而幾乎等同毫無創新，例如所顯露描繪之情節甚為機械單板且例常平凡而毫無創新可言，否則均應認具備此「最低程度」之創新性。依此，「事實」本身固然不具此原創性，惟對於「事實」之選擇、組合協調或編排，倘能反應此必要之最低程度創新性，則能認符合此創意要求而受保護；且即便該著作係就吾人日常生活中能輕易接觸之自然事物之描繪，只要此描繪係創作者個人對該自然事物之個人覺察反應，該描繪即能滿足此最低程度之「創新性」。

- (2) 告訴人為表現金魚向上游動之姿態，故選擇俯視角度，並在金魚體態之布局上，以多種手法特意表現金魚之軀幹轉折，進而強調金魚游動之動感。依此，縱告訴人於設計圖1金魚圖樣之過程中，確有觀察實際金魚游動姿態甚且臨摹金魚照片之舉；然對自然界動植物之臨摹描繪，本即不影響其依自身智巧技匠賦予該描繪成果之創意，此觀坊間之人像素描或花草鳥獸之動植物寫生，絕不會僅因所描繪寫生之對象物，係特徵大抵類同且習見習聞之自然界事物，即否定創作者有自己獨特之精神作用加入其中，進而否定該描繪寫生成果具有創意。

## 2、被告之圖2著作是否係抄襲重製告訴人之圖1著作而來，此又分為：

- (1) 二著作之相似性，是否已達「實質近似」程度？

A、依著作權侵害的二個要件，即以所謂「接觸」及「實質近似」為調查，在難以取得直接證據情形下，檢察官亦得藉由「間接證據」推論被告確有「重製」、「抄襲」，此時檢察官應舉證建立以下二事實：

(A) 被告確曾「接觸」告訴人之著作

(B) 被告著作與告訴人著作間已達「實質近似」程度：

一般而言，除非二著作之相似程度已達「顯然相同」程度（即美國著作權法上所稱之「Striking Similarity」，其意為：其近似程度以一般人類生活經驗觀之，二著作絕無可能係出於巧合、各別獨立創作或使用相同來源），否則倘檢察官提出之有關「接觸」之證據資料越少越薄弱，則為證明被告重製抄襲行為所需之二著作「相似性」程度，即應越高。

- B、所謂「實質近似」不僅指量之相似，亦兼指質之相似。於判斷「美術著作」此等具有藝術性或美感性之著作是否抄襲時，如使用與文字著作相同之分析解構方法為細節比對，往往有其困難度或可能失其公平，因此在為質之考量時，尤應特加注意著作間之「整體觀念與感覺」。於此特應說明者，乃此「整體觀念與感覺」，應以一般理性閱聽大眾之反應或印象為判定基準，則不應由具備專業知識經驗人士以鑑定方法判斷之。
- C、依此，此二著作均係以俯視圖呈現，且就金魚之基本體態構圖、整體輪廓之線條轉折方法、走向角度、尾鰭向外延展之大小幅度及各部位比例等整體布局構造，均甚相似。至顏色配置雖有不同，然此並非影響判定二圖樣外觀輪廓是否相似之重點。是本院以一般合理之閱聽大眾角度自居，認二著作之「整體感覺」確已達「實質近似」程度。又判斷美術著作是否實質近似之基準，既為「整體觀念及感覺法」，是不論創作人採取「臨摹」或「極簡」或任何其他美術手法，重點仍在於以一般合理閱聽大眾之角度，審視觀察二著作之表現形式後之反應為何。
- D、被告復辯稱應將告訴人圖 1 中金魚圖樣所附著之該畢業展海報整體，與圖 2 金魚圖樣所附著之 C 公司喜餅外盒、紙袋及宣傳手冊之整體，以整體判斷是否實質近似。然查，檢察官

於本案起訴被告重製抄襲之標的著作，並非圖 1 金魚圖樣所附著之海報整體，而係該金魚圖樣之本身。況依前述，圖 1 金魚圖樣，本屬得與其附著物之其餘圖樣分割抽離，且可獨立表現作者創意與美感之著作。是比對時自應針對二「金魚圖樣」之本身判斷「該金魚圖樣之整體」是否近似。

(2) 此「實質近似」是否係被告接觸告訴人圖 1 著作後抄襲重製而來，抑係由被告獨立創作所得？

A、就檢察官所指被告可能藉由畢業成果展接觸告訴人著作乙節，關於該畢業展究有何人前來觀展無法確定。且查此展覽性質係屬學校畢業展，與能吸引大批群眾觀賞之知名展覽，不能相提並論。難單憑舉辦展覽之事實，遽認被告確有藉此展覽接觸告訴人圖 1 著作之合理可能性。

B、況被告係於 86 年畢業於「D 家專（後改名為 A 大學）」之室內設計系，縱得認被告亦係「A 大學」之校友，然其係畢業於「室內設計系」，而非告訴人之「視覺傳達設計系」，且被告畢業距告訴人之畢業展有近十年之久。

C、縱認告訴人確曾將圖 1 著作於展覽期間刊登發表於「黑秀網」上，本件仍乏證據證明被告確有登入該網站接觸告訴人圖 1 著作之情事。且查網際網路中與「設計」相關之網站何其多，此「黑秀網」是否確為平面設計界專業人士習慣瀏覽之網站、告訴人圖 1 著作於「黑秀網」內是否位於容易查閱接觸之位置，更重要者，乃被告曾否或平日有否登入此「黑秀網」查找資料之習慣、若有其頻率幾何等節，均為推論被告確有自此「黑秀網」接觸告訴人圖 1 著作之合理可能性之重要事項，惟均乏證據證明之。

D、因此，本件告訴人圖 1 著作與被告之圖 2 著作，固已達實質近似程度，然其細部輪廓外觀仍稍有差異，並非完全雷同，

是應再依其他曾否「接觸」之事證，綜合判斷被告有否抄襲。惟檢察官無法舉證證明被告確有接觸告訴人圖1著作之事實，亦乏證據建立被告確有接觸之合理可能性。被告於設計之初應已預見設計之圖樣一旦上市，於全國之流通機會甚高，且其既已耗費心力繪製含有諸多金魚圖樣之草稿圖，所餘工作無非進行修改及電腦繪圖而已，實難想像被告有何必要甘冒輕易遭人發現與圖1金魚圖樣神似、進而遭人指控抄襲重製之風險，逕自模仿抄襲重製圖1著作美術特徵之必要。本院認被告辯稱圖2金魚圖樣係伊創作而來，並非抄襲告訴人之圖1著作，此等可能性並不能排除。

### 三、第二審判決（智慧財產法院100年度刑智上訴字第39號） 要旨

#### （一）第二審判決結果

原判決撤銷；被告擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權，處有期徒刑參月，如易科罰金，以新台幣壹仟元折算壹日。B公司之受雇人，因執行業務，犯擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權罪，科罰金新台幣參拾伍萬元。

#### （二）第二審判決理由

- 1、圖1所示金魚圖樣並非僅附著於該畢業展海報上，尚曾以不同顏色、大小、方向併或與其他幾何圖形或圖樣相配合，而廣泛運用在各式物品上，故可證此金魚圖樣之表現型態及其利用方式，係屬得分離且可獨立表現作者創意之著作，且依其內部關係，並無不能成為獨立著作之約定。
- 2、法院勘驗結果，足認此二著作間除頭頂部之凸起線條係渾圓流線抑或有稜有角、軀幹部之魚鰭是否完全渾圓流線抑或有部分尖狀突起、軀幹左右兩側凸出幅度大小、左側軀幹與左尾鰭連接處有無小幅凸起、中央尾鰭及右側尾鰭之末端係尖角抑或渾圓流線等細節處，有所不同



外，二著作均係以俯視圖呈現，且就金魚之基本體態構圖、整體輪廓之線條轉折方法、走向角度、尾鰭向外延展之大小幅度及各部位比例等整體布局構造，均甚相似。故二著作之整體感覺確實已達「實質近似」之程度，且其相似之程度縱非「顯然相同」，亦幾乎可謂「一望即知」。

- 3、雖金魚係自然界生物，如以寫實臨摹特定魚類之方式繪圖，或許有可能因已無一定創作空間，而使各獨立創作間有近似之可能，且因表達之有限性，而不予著作權法之保護；然圖 1、2 之金魚圖樣，均非單純之寫實臨摹創作，其表達並非有限，真實世界的金魚以及圖形創作的金魚同樣可以有許多不同態樣和不同表達，故被告辯稱因均係創作金魚圖形，故縱實質近似，亦係獨立創作等語，並不可採。
- 4、著作是否非法重製之判斷上，之所以會有「接觸」之要件，主要即係因著作權人與侵權人通常並不相識，於舉證責任之分配上，在二著作已近似之情形下，如何要求著作權人證明侵權人侵權，因此須配合有無「合理接觸」之可能，作為判斷之標準。在「接觸」要件之判斷上，須與二著作「相似」之程度綜合觀之，如相似程度不高，則著作權人或公訴人應負較高之關於「接觸可能」之證明；但如相似程度甚高時，僅需證明至依社會通常情況，有合理接觸之機會或可能性即可。故除非相似程度甚低，始有證明「確實接觸」之必要。
- 5、查告訴人與被告二人雖非同系，但因被告係平面設計師，當然可能對母校之設計畢業展有興趣，亦可能對其工作住家附近之世貿中心所舉辦之公開展覽有興趣，故被告於職務或業務上，甚至於社交生活上，合理接觸圖 1 著作之可能性極高，再加以二著作間近似之程度甚高，實難想像「若非接觸，何以有致」。

## 參、判決評析

### 一、本案爭點

- (一) 圖 1 之金魚圖樣得否脫離所依附之海報而為一獨立著作？
- (二) 退步言之，縱認為圖 1 之金魚圖樣得脫離所依附之海報而為獨立著作，被告是否有「合理之機會」接觸告訴人之作品？

### 二、評析

- (一) 告訴人之金魚圖樣得否脫離所依附之海報而獨立討論是否為著作？

#### 1、本案一審及二審判決之見解

(1) 首先，本案判決認為，檢察官起訴主張圖 1 金魚圖樣，係附著於 A 大學視覺傳達設計系「96 級畢業成果展海報」（下稱系爭海報）之右上角，且檢察官起訴指控被告重製之標的物，係「金魚圖樣」之本身，非所附著之海報或包括該海報其餘圖樣在內之全體；又此金魚圖樣除經使用、附著於該畢業展海報外，尚曾以不同顏色、大小、方向併或與其他幾何圖形或圖樣相配合，而廣泛運用附著於該畢業成果展之專刊封面及封底、書卡、DVD 光碟片外觀等各式物品上。故此「金魚圖樣」與附著之該畢業展海報間，係單純之「著作」與「附著物」關係，且此「金魚圖樣」與該海報或其他附著物所含其他圖樣間，係屬可分割抽離且可獨立表現作者創意之著作。

(2) 基於上述告訴人之作品可為獨立著作之前提，本案判決復認為依該院之勘驗，即限縮圖 1 與圖 2「金魚圖」之「整體感覺」，而非「系爭海報」之「整體感覺」。

2、惟本文認為，不應將圖 1 與圖 2 之作品，抽離其所依附之「附著物」，而認定為獨立著作，理由如下：

- (1) 按最高法院 97 年度臺上字第 6499 號判決：「法院於認定有無侵害著作權之事實時，應審酌一切相關情狀，就認定著作權侵害的二個要件，即所謂『接觸』及『實質近似』為審慎調查，其中實質近似不僅指量之相似，亦兼指質之相似。在判斷圖形、攝影、美術、視聽等具有藝術性或美感性之著作是否抄襲時，如使用與文字著作相同之分析解構方法為細節比對，往往有其困難度或可能失其公平，因此在為質之考量時，尤應特加注意著作間之『整體觀念與感覺』。」<sup>7</sup>先予敘明。
- (2) 承上，實務見解認為在認定具有藝術性或美感性之著作時，應為「整體觀念與感覺」；惟此「整體觀念與感覺」究竟是指「該作品」之整體，抑或從該作品中抽離之「各個部分」的整體，不無爭議。而此涉及一著作其權利客體得被切割至多小，而權利人行使權利之範圍又得擴張至多大之爭議；此問題不但攸關該圖像、作品是否值得為權利人所壟斷，更關係他人乃至於大眾得否使用該圖樣之公益。就本案而言，若認為金魚可以從海報中脫離而獨立受到著作權法之保護，則緊接而來之問題是，金魚的「眼睛」、「腹部」、「尾巴」等「部位」是否亦可獨立於金魚本身而受到保護？這個問題或許有其極端之處，但卻是著作權法上不得不加以著墨及討論之問題。
- (3) 上述問題，學說上似較無明確之表態，且實務見解亦僅有上述「整體觀察」之立場與方式，並未就整體觀察之「標的」、「客體」為何加以說明。職是，本文以為或許得就學說上對於「角色人物」之看法，尋得一點線索與初步想法：

#### A、角色人物之著作

(A) 角色人物 (character)，原意指物品的特徵或人物的性格，用在「商品化權」的探討時，指的是：「作者筆下

<sup>7</sup> 又如最高法院 94 年度臺上字第 6398 號刑事判決、智慧財產法院 98 年度刑智上易字第 37 號刑事判決亦同此見解。

或演員所演出的、被賦予特殊性格的人物」，而漫畫中角色人物們的姿態、名稱、圖樣或顏色、特性等才是整個美術著作的靈魂精神。換言之，當漫畫裡的人物角色有非常鮮明的個性，已經在一般大眾心目中產生了一個固定的印象時，就有可能符合著作權法保護的要件，而獨立成為一個受保護的著作。反之，如果漫畫角色並不具有獨立性，即與漫畫內容之全部為一個著作<sup>8</sup>。

(B) 此外，世界各國大抵上均承認角色人物應以著作權法保護<sup>9</sup>；如美國法上，若漫畫的角色符合一定要件的話，即可直接受到著作權法保護。亦即，當這個角色人物是可寫實的、有形性的，和記述可能性，就具有可著作性。舉例而言，法院在「超人」案中（Detective Comics, Inc v. Bruns Publications, Inc）認為這個人物，以他的所具備之能力和獨特、鮮明之個性特徵，且為一般大眾所知悉，故得受著作權之保護<sup>10</sup>。

#### B、非角色人物之著作

對於「非角色人物」之美術等具有藝術性或美感性之著作，雖不具有「角色性格」之特徵，惟本文認為或許得採取與角色人物相同之判斷方式加以檢驗。質言之，在判斷一著作中之「部分」得否脫離其依附之著作而獨立受著作權法保護時，應先判斷原著作所表現及傳達之內容為何，再單獨觀察「該部分」於獨立後，是否仍與原著作所欲表現之內容一致；若「該部分」於脫離後，仍可傳達原著作權人原所欲傳達之思想、觀念，此部分即具有「個性顯明」之特徵，為整個美術著作之「靈魂」，即得認為該部分可脫離原著作之作

<sup>8</sup> 參閱謝銘洋、張桂芳，著作權案例彙編—美術著作篇（5），頁9、10，經濟部智慧局出版，民國95年08月二版。

<sup>9</sup> 參閱蕭雄淋，著作權法論，頁92，2010年08月七版。

<sup>10</sup> 參閱謝銘洋、張桂芳，同註8，頁10。

品，獨立視為一著作而有著作權法之討論。反之，若「該部分」於脫離後，無法表達與原著作相同之思想、觀念，甚至另有其含意，則因不具有「個性顯明」之特徵，而無法將「該部分」抽離整個著作而獨立受到保護。換言之，如果著作中之「一部分」，僅係為了成就表現「整個著作」之內容、思想；或者著作中各別之圖形與整個著作是沒有辦法分開的，一旦把著作中之一部分抽離，該部分就無法完整表現作者原所欲表達之思想情感，而不能為一完整作品時，僅能將「該部分」視為美術著作的「一部分」，而不得單獨視為一個完整的著作。

### C、本案評析

本案判決認為檢察官起訴主張圖 1 金魚圖樣，係附著於 A 大學視覺傳達設計系「96 級畢業成果展海報」之右上小角，且該金魚圖樣只出現一次，並非所附著之海報或包括該海報其餘圖樣在內之「全體」；因此，該右上角之金魚圖樣得否獨立作為著作之客體，則為本案之前提要件。就此，本文以為，應先行判斷者乃該金魚圖樣，得否脫離整張海報而獨立傳達與系爭海報相同之思想：

(A) 經查，圖 1 所附著之海報主題為：「新非新、舊非舊」，乃係藉由整張海報所營造之氣氛、色調，加上字體等，才能完整表現出此主題；而圖 1 之金魚圖樣，占整體海報之面積不到 1/50（此僅為保守估計），實在難以想像僅憑圖 1 之小小金魚，即得獨立表現出系爭海報整體所欲表現之思想、主題。

(B) 次查，如上所述，系爭海報之主題既為「新非新、舊非舊」，著重在「整張」海報所營造之氛圍及其所設計之「整體」圖樣；若將圖 1 之金魚抽離系爭海報而為獨立觀察，按社會通念價值判斷，實難以發現有傳達「新非新、舊非舊」之思想，無非僅為一隻「小金魚」，而無任何與該展覽主題相關聯之意涵。

(C) 有鑒於此，圖 1 之金魚既無法表現與系爭海報相同之觀念，則應不具有前述「個性顯明」之特徵，更遑論該金魚為系爭海報之「靈魂精神」。準此，本文以為，圖 1 之金魚，應無法抽離系爭海報而為獨立之著作。

D、誠如前述，本案二審判決不查圖 1 之金魚圖樣與系爭海報整體之關係為何，僅因為此金魚圖樣，除了使用、附著於該畢業展海報外，尚曾以不同顏色、大小、方向或與其他幾何圖形或圖樣相配合，而廣泛運用附著於該畢業成果展之專刊封面等各式物品上，即認此「金魚圖樣」與附著之該畢業展海報間，係單純之「著作」與「附著物」關係，進而認為此「金魚圖樣」與該海報或其他附著物所含其他圖樣間，係屬可分割抽離且可獨立表現作者創意之著作。法院關於此部分之見解，恐似有斟酌的餘地：

(A) 一著作是否為單純之「著作」與「附著物」關係，應探究著作之整體所欲表現之思想、觀念為何加以判斷，業如前述。質言之，法院前揭之論述，並無法排除圖 1 之金魚正係透過「原附著物」之表現，整體觀察下，始得為一著作之可能。

(B) 此外，若僅因圖 1 之金魚曾在各式物品中出現，而不用認定該金魚與整體著作之關係，無非係在宣告，僅要著作權人將其著作之「一部分」、甚至「多部分」，多加利用於各式各樣之「附著物」，即可獨立為多個著作而分別受著作權保護之謬論。若將此種見解套用在前述極端之例子，則會演變成，只要本案中之告訴人將其金魚之「眼睛」、「腹部」、「尾巴」等各個部位，分別利用於不同之物件上，即「均」可視為獨立之著作（前提是該等部位仍必須先符合著作權的要件）。本文以為，此種論述結果應非著作權法所欲保護之客體與目的。

(C) 再者，縱然該金魚圖樣曾於多個「附著物」呈現，仍不能排除該圖樣與多個「附著物」間，分別為「多個著作」之可能。質言之，該金魚圖樣仍然有可能正是透過各個附著物所呈現出來的背景、色調、形狀等，各自成為「數個」不同的著作。此時，即便該圖樣曾於「多個」「附著物」呈現，於認定是否有侵權時之客體，仍應以該圖樣與附著物所呈現之「整體」視之，而非僅為該圖樣本身即可稱為著作而為侵權之討論。

綜合上述，在判斷一著作之部分內容是否得獨立成為另一著作而受保護，本文淺見認為，得視著作之一部是否為整個著作之「靈魂」、「主題」（類似於角色著作般的判斷方式）；實不能以本案二審法院所提出，以「是否曾有將該圖示用他種物品呈現」而斷。

## (二) 退步言之，縱認為圖 1 之金魚圖樣得脫離所依附之海報而為獨立著作，被告是否有「合理之機會」接觸告訴人之作品？

### 1、本案兩判決之見解

#### (1) 一審見解

A、本案第一審法院認為，由於無法確定有何人前來觀展，且學校畢業展，與能吸引大批群眾觀賞之知名展覽，不能相提並論。難單憑舉辦展覽之事實，逕認被告確有藉此展覽接觸告訴人圖 1 著作之合理可能性。

B、又於 86 年畢業於 D 家專室內設計系之被告，與畢業於視覺傳達設計系之告訴人之展覽，相距近有十年之久，故應無接觸之可能。

#### (2) 二審見解

二審判決認為告訴人與被告二人雖非同系，但因被告係平面設計師，即理當對母校之設計畢業展有興趣，亦可能前往其工作住家附近之世貿中心所舉辦之公開展覽，故被告於職務或

業務上，合理接觸圖 1 著作之可能性極高，再加以二著作間近似之程度甚高，實難想像「若非接觸，何以有致」。

## 2、「接觸」要件

### (1)「接觸」之意義

如前言所述，我國實務及學說見解認為據以認定抄襲之要件有二：即「接觸」及「實質近似」。而本案重要爭點之一即在於，被告與告訴人之著作是否有接觸之「合理機會」。又所謂接觸，係源自美國聯邦著作權法之概念，而我國實務見解雖有提及「接觸」此概念，惟其內容與要件尚未有較為完整之論述，故仍有參考美國法見解之需求與必要，合先敘明。

以下就「接觸」之意義與證明方式於美國學說及實務，與我國之學說及實務之研究，予以論述：

#### A、美國法

(A) 關於「接觸」，美國法上認為不限以「直接證據」證明「實際閱覽」(actual viewing)，凡依社會通常情況，若被告有「合理之機會」(reasonable opportunity)或「合理之可能性」(reasonable possibility)閱讀(see)或聽聞(hear)著作權人之著作，亦可屬之<sup>11</sup>。

(B) 而美國著作權法權威學者Nimmer見解認為，即便有「合理之機會」或「合理之可能性」，不表示任何事皆可能成立之「單純的可能性(bare possibility)」均屬之；且所謂的「接觸」，不能僅僅是推測(speculation)或猜測(conjecture)。如Columbia Pictures Corp. v. Krasna案例中，原告之作品發表於被告所居住的城市，雖存有前述之「單純的可能性」，但不等同於被告即

<sup>11</sup> HOWARD B. ABRAM, THE LAW OF COPYRIGHT, VOL. II, 1993, § 14.02[B][2]，轉引自羅明通，著作權法論(II)，頁403，2009年9月7版。



有閱讀、讀取 (view) 的機會，也不能因此即認為被告構成「接觸」之要件<sup>12</sup>。

(C) 又美國著作權法學者 Paul Goldstein 則表示，法院不得僅憑推測的證據 (speculative proofs) 即描繪出被告有接觸之推斷 (inference)<sup>13</sup>。Paul Goldstein 舉出美國之 Higgins v. Woroner Prods. Inc 之案件為例：此案中，被告公司的總裁 (President) 去華盛頓訪問，而原告僅能證明，在被告到華盛頓的訪問期間，原告著作之複製品 (Copies) 已收存於美國著作權局、該著作之複製品有放入華盛頓國會的圖書館。法院因此不接受原告僅以被告公司的總裁有去華盛頓訪問之事實，即據此臆測被告公司有接觸原告著作之事實<sup>14</sup>。

(D) 另一個著作權法之美國學者 William F. Patry，亦指出，「推論」是否有接觸，必須是基於「重要的 (significant)」、「肯定的 (affirmative)」、「積極的 (probative)」證據，而不能僅憑推測或猜測來推論<sup>15</sup>。

## B、我國法

(A) 我國實務上也有與美國法相似之見解，如臺灣高等法院 97 年度上訴字第 809 號刑事判決：「按判斷著作權侵害之要件有二，一為被告是否曾接觸著作權人之著作，二為被告之著作與著作權人之著作是否實質近似；而所謂之『接觸』，並不以證明被告有實際接觸著作權人之著作為限，凡依社會通常情況，被告應有合理之機會或合理之可能性閱讀或聽聞著作權人之著作，

<sup>12</sup> MELVILLE B. NIMMER & DAVID NIMMER, NIMMER ON COPYRIGHT [4] 13-21 § 13.02 [A] (2005).

<sup>13</sup> PAUL GOLDSTEIN, GOLDSTEIN ON COPYRIGHT 9:10 § 9.2.1 (3<sup>rd</sup> ed. [II], 2010).

<sup>14</sup> *Id.*, at 9:10-9:11.

<sup>15</sup> WILLIAM F. PATRY, PATRY ON COPYRIGHT [3] 9-54 (2007).

即足當之。」<sup>16</sup> 由此可見，我國實務上就接觸之意義與要件，應係採取與美國法相同之見解。

(B) 而我國學說上，有學者認為所謂的「接觸」，係指「接觸之可能性」<sup>17</sup>，而非指必須為實際之接觸。且學說上亦有認為接觸係指，除「直接實際閱讀外，亦包含依據社會通常情況，被告應有合理之機會或合理之可能性閱讀或聽聞原告之著作」<sup>18</sup>。

### C、小結

鑒此，美國法上在判斷著作權侵害要件一之「接觸」時，不能僅僅是推測或猜測，且有「合理之機會」或「合理之可能性」，亦非指「單純的可能性」。而我國實務見解之用詞雖未明確提及，惟有鑒於「接觸」之理論係源起於美國法，且就刑事責任之舉證責任而言，若僅是「推測」、「猜測」、「單純的可能性」，均難使檢察官就其所起訴案件，舉證說服法院至「無庸置疑」或「毫無合理可疑」之程度。故「合理之機會」，應排除不確定之「推測」、「猜測」、「單純的可能性」，較為妥適。

## (2) 「接觸」之舉證

### A、美國法

(A) 美國學者 Nimmer 認為得以直接 (directly) 之方式，亦得以推論 (inferentially) 之方式證明；其引用 Three Boys Music Corp v. Bolton 案見解，需證明以下兩者之一<sup>19</sup>：

<sup>16</sup> 另參見臺灣高等法院 96 年度重上更 (四) 字第 239 號刑事判決，亦採取相同之看法。

<sup>17</sup> 謝銘洋，智慧財產權法，頁 298，2008 年 10 月初版。

<sup>18</sup> 參閱林洲富，著作權法案例式，頁 128，2008 年 10 月初版。

<sup>19</sup> GOLDSTEIN, *supra* note 13, at 9:10.

a、原告之著作與被告之接觸，必需有一個特定之連結 (chain)

b、原告之著作已廣泛的被散布

(B) 而另一位美國學者 Patry 則以下述為例：

如果原告可以證明其歌曲之著作在被告所住、居所區域範圍內有播送，且被告也有「規律地 (regularly)」固定收聽歌曲之習慣，方可認為有「合理之機會」<sup>20</sup>。

(C) 又前述美國學者 Patry 就美國司法實務判決，提出下列分析：

倘若著作之性質有特定之觀眾群 (specialized audience)，而如果非在該觀眾群範圍裡之人，通常不會注意該類型之著作。如原告之著作，規律地在被告所參加之展覽展出，則於美國司法實務上多被認為應有「合理之機會」<sup>21</sup>。

## B、我國法之適用

(A) 刑事程序之舉證依我國刑事訴訟法第 161 條第 1 項規定：

「檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法。」應由檢察官為之，且檢察官就其所起訴之案件須舉證、說服法院至「無庸置疑」或使法院產生「確信」之程度<sup>22</sup>，業如前述。

(B) 又接觸之舉證，不以直接證據為限，亦可依社會通常情況，若被告有「合理之機會」或「合理之可能性」閱讀或聽聞著作權人之著作，亦可屬之。復依我國刑

<sup>20</sup> PATRY, *supra* note 15, at 9-56, 9-57.

<sup>21</sup> PATRY, *supra* note 15, at 9-62, 9-63.

<sup>22</sup> 同註 1。

事訴訟法第 154 條第 1 項之規定：「被告未經審判證明有罪確定前，推定其為無罪。」須法院對於不利被告之犯罪事實的認定，以經過一定程度之證明並獲得「確信」者為前提<sup>23</sup>。因此有疑義者為，若證明接觸的方式得以「合理之機會」或「合理之可能性」為之，是否無異於檢察官僅需以「合理之機會」或「合理之可能性」之證明方式，即可說服法官認定被告有罪？若採肯定之見解，則恐違反「無罪推定」、「罪疑唯輕」之原則。職是，必須先予以釐清者，乃「合理之機會」與「無罪推定」、「罪疑唯輕」之關係。

(C) 誠如上述，「接觸」乃係著作權法上侵權要件之一，而所謂接觸，不限以「直接證據」證明「實際閱讀」，凡依社會通常情況，若被告有「合理之機會」「閱讀或聽聞」著作權人之著作，亦可屬之。細觀此接觸之意涵便可知，「接觸」一詞應係指「閱讀、聽聞」之行為，而「證明此閱讀行為之方式」，則再區分為：「直接證據」與「有無合理之機會」。質言之，所謂「合理之機會」係指「證明閱讀、聽聞之方法」，而並非接觸之定義<sup>24</sup>。

### C、本文見解

有鑒於此，本文以為，檢察官起訴時，其舉證之客體，仍是對「接觸」事實之「存否」為之，而「合理之機會」之存在僅為「證明接觸之『方法』」；又該證明方法仍必須使法院對於「接觸」之事實，已達「無庸置疑」或「確信」之地步，法院方可為有罪之判決。相反的，「合理之機會」並非指涉，檢察官之舉證僅需指出被告有「合理機會接觸」著

<sup>23</sup> 參閱林鈺雄，罪疑唯輕與法律評價，月旦法學教室（4）刑事法學篇：第 4 卷，頁 78，2002 年 9 月。

<sup>24</sup> 另參閱胡中璋，論著作權侵害「接觸」要件之研究——以美國法為中心（下），經濟部智慧財產月刊 155 期，頁 88-90，100 年 10 月。

作權人之證據，即符合接觸之要件。因此，「合理之機會」此一間接證據，並非降低檢察官舉證之程度，更無破壞刑事訴訟法上保護被告之「無罪推定」原則之意。換言之，若檢察官所舉證被告有「接觸之機會」無法使法院對於「接觸」已達「無庸置疑」或「確信」，則該機會即非屬「合理之機會」，而應不符合接觸之要件。如此解釋，始符合實務上對於間接證據所應證明程度之要求<sup>25</sup>，更是維繫刑事訴訟法上，保護被告之政策。

#### D、本案評析

(A) 本案二審之所以認定被告符合接觸之要件，無非係基於下述事實，而認定被告有「合理之機會」：

- a、被告與告訴人同為平面設計師
- b、被告與告訴人為同一所學校畢業，理當對母校設計畢業展有興趣
- c、被告工作住家附近有世貿中心所舉辦之公開展覽，故自可能前往

(B) 惟本文認為，法院上開論述，恐有疑義，如下：

- a、經查，本案中，不論是 A 大學之校內展，或係該校在臺北之展覽，均非國內或國際上之知名展覽，也未有新聞媒體加以廣告報導，更非設計師或知名人物所辦，如何僅憑兩人所學均為設計，即認為「留學歸國且執業多年之『設計師』」對於一個「學生」之畢業展覽有「合理之接觸」，如此推論，不無爭議。

<sup>25</sup> 同註 1。

- b、次查，並沒有任何證據顯示被告「知悉」該展覽之可能，告訴人亦無就其所舉辦之展覽曾有寄送邀請卡、發送廣告等相關資訊於被告，更遑論被告有「接觸」之可能。
- c、末查，告訴人與被告雖為同一所學校畢業，惟被告係於86年畢業於「D家專」，而告訴人係96年畢業於「A大學」；不但該校已在這期間中從專科學制改制為大學學制，且被告畢業距離告訴人之畢業展更長達10屆之遙。本案判決竟僅憑告訴人與被告為同一所學校畢業，逕認定一位畢業10年，且留學回國後於知名設計公司執業之設計師，對於一個「區域性」之畢業展有接觸之可能，難謂無論證跳躍之嫌。
- d、若再將前述Patry之分析，套用至本案，則各類設計展之性質應有其特定之觀眾群；蓋設計領域種類繁多，各設計領域且尚屬不同，如果非在該觀眾群範圍裡之人，通常不會注意該類型之著作，應無疑義。如本案例中被告於該校係就讀「室內設計」，而告訴人係就讀「視覺傳達設計」，兩者領域尚屬有別；因此，必須由檢察官證明被告有規律地、時常地參加「各類設計校系」所舉辦之「畢業展」之習慣，方可認為被告有符合接觸要件之可能；蓋通常一位主修「室內設計」且「留學歸國」又「執業多年」之設計師，殊難想像係屬於「區域色彩極為濃烈」，且「非著名」之「視覺傳達設計」「畢業展」的特定觀眾群。

(C) 此外，本案中，法院基於上述事實而認定被告合理接觸圖 1 著作之可能性極高，而認定被告有罪，對於接觸要件之操作，似有不當之處：

a、誠如前述，本文認為檢察官起訴時，其舉證之客體，仍是對「接觸」之事實為之；因此，法院需對於「接觸」之事實已達「無庸置疑」或「確信」之心證，方可為被告有罪之判決。

b、再者，「合理之機會」之「存在」僅為「證明接觸之方法」，法官須憑藉該「機會之存在」來判斷被告是否有接觸，而該判斷之結果正是需要法院之心證已達「無庸置疑」或「確信」之地步，方可為被告有罪之判決。

c、又本案二審判決，法院僅因被告合理接觸圖 1 著作之可能性極高，逕為被告有罪之判決，恐為錯誤之見解。蓋接觸可能性「極高」，並非表示法院對於被告是否有「接觸之事實」已達「無庸置疑」或「確信」之程度。換言之，合理接觸著作之可能性之高低，並非判斷是否構成「接觸」之要件；更進一步來說，是否構成接觸，仍須由法院判斷檢察官所提出證據中，關於被告接觸之「機會」是否可以證明被告「接觸之事實」，並可使法院獲得確信之心證，或使法院之心證達「無庸置疑」之程度；若是，法院方得認定被告構成接觸之要件。

d、綜上所述，本案二審判決所採信之事實，均難以認定被告有「合理之機會」而符合「接觸」之要件；又該判決之判斷方式，更有違刑事訴訟程序上「無罪推定」之原則。更甚者，本案二審之判斷，無異於係以「推測」、「猜測」之方式認定被告有

接觸之事實，更僅憑被告有接觸之「單純的可能性」，即認定被告符合接觸之要件而應負刑事責任，此種論述與結果，似難謂妥適。

#### E、小結

檢察官起訴時舉證之客體，應針對「接觸」事實之存否為之，而「合理之機會」之存在僅為證明接觸之「方法」；檢察官須就該方法，舉證至「無庸置疑」之地步，法院始可採信；實因唯有如此，方得使被告於刑事程序中之權利，不至於受有損害。

## 肆、結語

本文認為，在判斷一著作中之「部分」得否脫離其依附之著作而獨立受著作權法保護時，應單獨審視「該部分」，於獨立後是否仍與「原著作」所欲表現之內容一致，若「該部分」於脫離後，仍可傳達原著作權人所欲傳達之思想、觀念，此部分即具有「主題顯明」之特徵，可謂為整個美術著作之「靈魂精神」，此時始可認為「該部分」可脫離「原著作」之全部，獨立地受著作權法之保護（前提是該等部位仍必須先符合著作權的要件）。

至於「接觸」此要件之舉證，本文以為，檢察官起訴時舉證之客體，乃對於「接觸事實」之「存否」為之，而「合理之機會」之存在僅為證明接觸之「方法」。是以，「合理之機會」並非指涉，檢察官之舉證，僅需指出被告有「合理機會接觸」著作權人之證據，即符合接觸之要件。相反的，必須透過該證明方法可以使法院對於「接觸」此要件，已達「無庸置疑」之地步，方能符合接觸之要件。

本文藉由上述的整理，係將筆者就研讀本件判決時，所遇到的困難與盲點，透過既有的國內外學者文獻與討論，及司法實務見解與論述，加以整理、分析並嘗試梳理；又於最後提出本文之立場，毋寧僅為筆者之淺見，期盼得以供參考。