



### 「原創性」概念於著作權訴訟之運作

蔡惠如\*

#### 摘要

「原創性」乃著作保護要件之一，惟其內涵究應採廣義概念（即原始性及創作性），抑或狹義概念（即僅指原始性）？又如著作權人主張其著作權遭受侵害而提起訴訟，行為人（即被控侵權之人）抗辯系爭作品不具原創性時，就著作權人享有著作權乙事，應由何人負舉證之責？其舉證之程度為何？本文擬釐清「原創性」之內涵與外延，認為「原創性」之內涵應包含原始性及創作性，原則上著作權人經由民事訴訟及刑事訴訟行使其權利時，應就「原創性」負一定之舉證責任，於部分情形始由行為人負舉證責任，或由法院依職權調查審理。經由著作權之條件式有限保護，提供創作之誘因，使人類知識資產更加豐富。

關鍵字：著作、著作權、原創性、原始性、創作性、舉證責任

---

收稿日：99年10月4日

\* 作者現為智慧財產法院法官，國立交通大學科技管理研究所科技法律組博士，曾任臺灣臺北地方法院法官、司法院司法行政廳調辦事法官、國立交通大學管理學院科技法律研究所兼任助理教授、國立政治大學商學院智慧財產研究所兼任助理教授等職。



## 壹、前言

前人累積其智慧結晶，形成豐碩的智識文化資產，作者以之為基石，自其中汲取精華，經由其智力思慮活動而創造出具原創性之著作。基於鼓勵知識與資訊之傳遞、交流與共享，並豐富人類智識文化資產之目的，著作權法為給予作者從事創作之誘因，即授與「條件式之獨占權利」—著作權，附有存續時間及權利範圍之限制，以平衡保護社會大眾之公共利益（其實質內涵即資訊自由接觸、利用、傳遞、散布與流通）<sup>1</sup>。

著作權之保護及於附著於任何型態媒介之原創性表達，是以原創性乃著作保護要件之一。惟有關原創性之內涵，究應採廣義概念（即原始性及創作性），抑或狹義概念（即僅指原始性），學說與實務見解莫衷一是。又如著作權人主張其著作權遭受侵害而提起訴訟，行為人（即被控侵權之人）抗辯系爭作品不具原創性時，就著作權人享有著作權乙事，應由何人負舉證之責？其舉證之程度為何？舉證責任乃訴訟之重心，法諺「舉證之所在，敗訴之所在」道出舉證責任分配之重要性。本文擬以前開二課題為中心，期能釐清「原創性」之內涵與外延。

## 貳、原創性之意涵

於探討「原創性」之法律概念前，宜先從「思想與表達二分法」確定著作權之保護對象，再自著作權僅就原創性部分予以有限保護之角度，觀察原創性之涵義。

---

<sup>1</sup> 蔡惠如，「著作權之未來展望—論合理使用之價值創新」，元照出版公司，第292至293頁（96年8月）。



## 一、著作權之標的一思想與表達二分法

關於著作權之保護標的部分，著作權法第 10 條之 1 規定：「依本法取得之著作權，其保護僅及於該著作之表達，而不及於其所表達之思想、程序、製程、系統、操作方法、概念、原理、發現。」準此，著作權之保護標的僅及於「表達」(expression)，而不及於「思想」、「概念」(idea)，此即「思想與表達二分法」(Doctrine of Idea-Expression Dichotomy)。蓋著作之產生固為創作者之智慧結晶，實則每位創作者歷經前人著作的洗禮，進而思及個人獨特之創作，從而累積、形塑人類文化智識資產。著作權法為鼓勵創作，提供著作權一定時間內獨占保護之誘因，同時避免著作權無限上綱，反而忽略每一著作乃全體社會協力之成果，且思想、概念性質上屬公共資產，並無獨占性及排他性，若將著作權保護範疇擴張至思想、概念，將無形箝制他人之自由創作，有失著作權法 1 條所揭櫫「保障著作人著作權益，調和社會公共利益，促進國家文化發展」之立法目的，著作權法即採「思想與表達二分法」，將思想、概念劃歸為公共資產，而僅保護表達<sup>2</sup>。

## 二、原創性之法律上地位

人類智識文化資產之總體係由公共領域及所有個人著作彙整而成，其中公共領域係指不受著作權保護之物，例如原不受著作權保障之事實、概念、著作權存續期間屆滿之著作及著作權人自願拋棄其著作權之著作等，任何人均得自由、無償地加以利用，無庸負任何侵害著作權責任。至個人著作之內容，以是否具備著作權保護要件——原創性——為標準，包含二部

<sup>2</sup> 羅明通，「著作權法論第 1 冊」，第 25 至 26 頁，三民書局，(98 年 9 月第 7 版)。蔡惠如，同前註，第 63 至 64 頁。



分：一為專有部分，二為非專有部分<sup>3</sup>。

個人著作之專有部分係指個人著作中屬於作者原創性之表達，此為著作權所賦予專有權利所保護之獨占範圍，非經著作權人之授權，不得擅自利用此部分，惟著作權法就此專有部分加諸各種限制，如著作權存續期間、特定類型之專有權利、合理使用、強制授權、第一次銷售原則、思想與表達二分法、媒介中立原則（即媒介／科技提供者於符合一定條件時不負侵害著作權責任）等。就個人著作之非專有部分（包含作者為完成其創作而借用公共領域之部分，及作者合理使用他人著作之部分），任何人無須徵得著作權人之同意或授權，均得自行利用之<sup>4</sup>。

著作權法旨在充實人類智識文化資產，究因著作權所生之創作誘因而產生更多的著作？抑或鼓勵社會大眾多方接觸著作，始能刺激更多的創意火花？此乃著作權立法政策之重點所在，而關於原創性之判斷，攸關作者受保護之範疇與社會大眾自由利用他人著作之界限，具有關鍵性之法律地位。

### 三、原創性之意義

通說認為著作權之保護以原創性之表達為限，惟「原創性」一詞雖為我國學界與實務界長年使用，並非著作權法之用語，宣統2年滿清政府頒布之著作權律第29條<sup>5</sup>、民國4年北洋政府頒布之著作權法第22條<sup>6</sup>、17

<sup>3</sup> 蔡惠如，同前註，第272頁。

<sup>4</sup> 蔡惠如，同前註，第272至274頁。

<sup>5</sup> 宣統2年滿清政府頒布之著作權律第29條規定：「就他人著作闡發新理，足以視為新著作者，其著作權歸闡發新理者有之。」

<sup>6</sup> 民國4年北洋政府頒布之著作權法第22條規定：「就他人著作闡發新理，或以與原著作物不同之技術製成美術品者，均得視為著作人，享有著作權。」



年國民政府制定之著作權法第 19 條<sup>7</sup>均規定「闡發新理」，嗣著作權法於 33 年 4 月 27 日修正公布全文 37 條，即將原第 19 條規定刪除，其後著作權法均無「原創性」之用語。

有論者認為「原創性」，係指未抄襲他人而為獨立創作，「偶然雙重創作」、「重複創作」同受保護<sup>8</sup>。實務見解亦認如自己獨立創作，而非抄襲自他人者，即具有原創性，享有著作權，縱偶有雷同或近似，因屬自己獨立之創作，具有原創性，亦同受著作權法之保障（如最高法院 90 年度臺上字第 2945 號、97 年度臺上字第 1587 號、97 年度臺上字第 3914 號刑事判決等）。

關於「原創性」之內涵，廣義概念包含「創作性」及「原始性」（獨立創作），狹義概念則僅指「原始性」（獨立創作）<sup>9</sup>。學者蔡明誠認為我國所使用之「原創性」概念譯自美國法“originality”，惟宜限縮於「獨立創作」（independent creation）之狹義概念，至「創作性」要件應自廣義「原創性」概念中獨立出來，可因著作種類不同而異其創作成度要求<sup>10</sup>。學者謝銘洋認為原創性係指作者自行創作而未抄襲或複製他人既有著作；另著作權法之著作必須「以人類之精神所為的創作」，如欠缺創作性，即無以著

<sup>7</sup> 民國 17 年制定之著作權法第 19 條規定與 4 年北洋政府頒布之著作權法第 22 條規定相同。關於早年著作權法及相關解釋函示，可參照蕭雄淋，「論著作權客體之原創性」，軍法專刊第 31 卷第 3 期，第 19 至 20 頁（74 年 3 月）。

<sup>8</sup> 蕭雄淋，同前註，第 13 頁。蔡明誠，「論著作之原創性與創作性要件」，臺大法學論叢第 26 卷第 1 期，第 185 頁（85 年 10 月）。謝銘洋，「論著作名稱之保護」，法令月刊第 50 卷第 7 期，第 3 頁（88 年 7 月）。羅明通，前揭註 2，第 154 頁。謝銘洋、馮震宇、陳家駿、陳逸南、蔡明誠合著（下稱謝銘洋等人合著），「著作權法解讀」，第 4 至 5 頁，元照出版公司，（94 年 5 月）。

<sup>9</sup> 蔡明誠，同前註，第 190、192 頁。羅明通，同前註，第 164 頁。

<sup>10</sup> 蔡明誠，同前註，第 185、190 頁。



作權法保護之必要；故可推知其就「原創性」採狹義解釋<sup>11</sup>。學者羅明通則參酌美國著作權法上 originality 之解釋，認為原創性之概念應採廣義解釋，包含原始性（獨立創作）及創作性（具有微量程度創意，足以顯示著作人之個性）<sup>12</sup>。學者馮達發亦認為原創性可細分而二，其一為原始性（originality），其二為創作性（creativity），惟為免著作權之賦予過於浮濫，應要求一定之「創作高度」，且只要出於著作人本於自身所為，必然表現其個性及獨特性，故所謂「足以表現作者之個性或獨特性」並無意義<sup>13</sup>。另 TIPA 智慧財產培訓學院於 98 年 8 月 18 日舉行 98 年度第 4 次智慧財產案例評析座談，與會之學者專家對 10 件智慧財產法院民事判決有關原創性、創作性之見解進行討論，觀其內容，多位傾向「原創性」以狹義解釋之獨立創作概念為宜<sup>14</sup>。

實務見解有最高法院 90 年度臺上字第 2945 號刑事判決指明：「……著作權法第 3 條第 1 項第 1 款規定：『著作：指屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作』，所稱之創作，須具原創性，即須具原始性及創造性，亦即須足以表現出著作者個性或獨特性，著作權法始予以保護，以免著作權法之保護範圍過於浮濫致使社會上一般人動輒得咎，……。」其後智慧財產法院諸多判決亦同採廣義解釋，認為「原創性」概念包含「原始性」及「創作性」，且有關創作程度，僅須少量創意而足以表現作者個性即可<sup>15</sup>。

<sup>11</sup> 謝銘洋，前揭註 8，第 3 頁。

<sup>12</sup> 羅明通，前揭註 2，第 154 至 165 頁。

<sup>13</sup> 馮達發，「著作權原創性要件之檢討」，萬國法律第 133 期，第 45 頁（93 年 2 月）。

<sup>14</sup> TIPA 智慧財產培訓學院 98 年度第 4 次智慧財產案例評析座談會議紀錄第 1 至 7 頁，[http://www.tipa.org.tw/p3\\_1-3.asp?nno=8](http://www.tipa.org.tw/p3_1-3.asp?nno=8)（造訪日期：99 年 9 月 24 日）。

<sup>15</sup> 97 年度民著訴字第 3、6、11、16、21 號、97 年度民專訴字第 5 號、97 年度民著上



關於「原創性」之內涵，除「原始性」（獨立創作）外，應否包含「創作性」之概念？觀諸著作權法第3條第1項第1款規定：「著作，係指屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之『創作』。」第2款：「著作人：指『創作』著作之人。」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』。」第6條：「就原著作改作之『創作』為衍生著作，以獨立之著作保護之。」第7條之1第1項：「表演人對既有著作或民俗『創作』之表演，以獨立之著作保護之。」第8條：「2人以上共同完成之著作，其各人之『創作』，不能分離利用者，為共同著作。」第33條：「法人為著作人之著作，其著作財產權存續至其著作公開發表後50年。但著作在『創作』完成時起算50年內未公開發表者，其著作財產權存續至創作完成時起50年。」第40條第1項：「共同著作各著作人之應有部分，依共同著作人間之約定定之；無約定者，依各著作人參與『創作』之程度定之。各著作人參與『創作』之程度不明時，推定為均等。」第106條之2第4項：「利用依前條規定受保護之著作另行『創作』之著作重製物，不適用前項規定，但除合於第44條至第65條規定外，應對被利用著作之著作財產權人支付該著作一般經自由磋商所應支付合理之使用報酬。」均使用「創作」一詞，且第7條第1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。」明白使用「創作性」之文字。準此，所謂「創作」，係指作者自身獨立地本於一定程度

---

字第2號、97年度民著上易字第6號、97年度民專上字第20號、98年度民著訴字第2、8、13、14、18、40號、98年度民著上字第7、8、11、22、25、26號、98年度民著上易字第10號等民事判決，以及97年度刑智上訴字第19、41、48號、97年度刑智上易字第27、63、70、76號、97年度刑智上更（三）字第6號、98年度刑智上訴字第1、2、23、44號、98年度刑智上易字第7、37、98號、98年度刑智上更（一）字第11、45號、99年度刑智上易字第17、34號、98年度刑智上更（三）字第30號等刑事判決。



之創意所為之人類精神上創作。參以著作權係賦予著作人一定時間之獨占權益，藉此提供刺激創作之誘因，進而豐富人類智識資產，故僅限於著作人獨立創作而具一定程度創意的部分，始有以著作權予獨占保護之必要，從而，著作權之保障以「原始性」（獨立創作）及「創作性」為要件。

即使如狹義說所稱「原創性」僅限「獨立創作」，然其文義解釋上可包含「獨立」及「創作」概念，前者強調作品出自作者本身所為，並非抄襲而來，後者重在創意之一定程度，因此，其實質內涵與廣義之「原創性」細分為「原始性」與「創作性」者並無二致。再者，採狹義解釋之論者，係將（狹義）「原創性」與「創作性」並列為著作之保護要件，於具體案例適用上，與廣義「原創性」之適用，其結論亦無何差異。是以誠如美國著作權威學者 Melville B. Nimmer、David Nimmer 所言：「將原創性界定為包括創作性，或僅將創作性作為原創性之附屬要件，僅具語意學上之重要性。……」<sup>16</sup>為求法律解釋適用之單純化，宜採廣義解釋，將「原始性」及「創作性」合併納入「原創性」之概念外延。

綜上，「原始性」係指獨立創作，亦即著作人為創作時，並未抄襲他人著作，獨立完成創作。「創作性」則指創作至少具有少量創意，且足以表現作者之個性。又著作權所要求之原創性，僅須獨立創作，而非抄襲他人之著作即屬之，至其創作內容縱與他人著作雷同或相似，仍不影響原創性之認定，同受著作權法之保障，與專利之新穎性要件有別<sup>17</sup>。凡經由

<sup>16</sup> Melville B. Nimmer & David Nimmer, *Nimmer on Copyright A Treatise on the Law of the Protection Ideas*, Vol. I, 2-14 (28<sup>th</sup> ed. 1991).轉引自許忠信，「著作之原創性與抄襲之證明（上）」，月旦法學雜誌第 171 期，第 179 頁（98 年 8 月）。

<sup>17</sup> 學者許忠信認為新穎性與原創性間之關係，僅在於客觀上已存在並為著作人所知悉之著作，不能被承認著作人對之具有個人創作性（原創性），故無必要將此二者加以比較（許忠信，「著作之原創性與抄襲之證明（下）」，月旦法學雜誌第 172 期，第 255





接觸並進而抄襲他人著作而完成之作品，即非屬原創性之著作，並非著作權法上所定之著作<sup>18</sup>。

### 參、原創性之舉證責任

#### 一、舉證責任之概說

訴訟法學理上將舉證責任分為「主觀舉證責任」及「客觀舉證責任」。前者又稱「主張責任」，係指於辯論主義或對抗制下，當事人為免受敗訴判決，首須主張利己之事實，並提出證據以證明其主張為真。而後者係指於特定法律效果之發生或不發生所必要之事實存否不明，或待證事實最後仍未臻明確時，負客觀舉證責任之一方當事人就此不明之事實將受不利益之判斷。而所謂主觀及客觀舉證責任，目的皆在避免敗訴，性質上均在定危險負擔，既非當事人之權利，亦非義務<sup>19</sup>。

#### (一) 民事訴訟之舉證責任

於民事訴訟領域，法院判斷訴訟標的之法律關係存在與否時，公平合理地由兩造當事人各於某範圍內負舉證責任，此即舉證責任之分配。關於如何分配舉證責任，除法律有規定舉證責任，由爭執者負舉證責任外，學

---

頁，98年9月)。惟學說及實務將原創性與新穎性加以比較，在於說明著作權與專利權之保護對象及所要求之創新程度各不相同。即使作者知悉他人著作之存在，如以自己不同之方式加以表達，並具一定程度之創意，仍有可能具備原創性。

<sup>18</sup> 最高法院90年度臺上字第2945號、97年度臺上字第1587號、97年度臺上字第3914號刑事判決參照。

<sup>19</sup> 陳計男，「民事訴訟法論(上)」，第474至476頁(98年)。吳明軒，「民事訴訟法(中)」，第868至870頁，吳明軒發行，三民書局經銷(96年9月)。林永謀，「刑事訴訟法釋論(中)」，第32至34頁，林永謀出版，(96年2月)。林鈺雄，「刑事訴訟法(上)」，第476至477頁，元照出版公司，(96年9月)。



者陳計男列有事實分類說（消極的事實說、外界的事實說）、法律要件分類說（因果關係說、通常發生事實說、最低限度事實說、特別要件說、規範說），學者吳明軒列有法規分類說、待證事實分類說（積極或消極事實說、外界或內界事實說）、法律要件分類說<sup>20</sup>。

最高法院 19 年上字第 385 號、20 年上字第 709 號、42 年臺上字第 170 號判例採事實分類說之消極事實說（即主張消極事實者無須負舉證之責）。另民事訴訟法第 277 條本文明定舉證責任分配之基本原則：「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任。」實務據此採用法律要件分類說之特別要件說，即僅就法律關係發生、變更或消滅所須具備之特別要件負舉證責任（司法院 30 年院字第 2269 號解釋、最高法院 28 年上字第 11 號、28 年上字第 1920 號、48 年臺上字第 389 號、48 年臺上字第 887 號民事判例參照）<sup>21</sup>。依此當事人於舉證與訴訟之結果，有其預測可能性，惟為求公平正義，民事訴訟法於 89 年 2 月修正第 277 條增訂但書：「但法律別有規定，或依其情形顯失公平者，不在此限。」由法院衡量蓋然性大小、證據與事實間之距離、舉證之難易、誠信原則等因素，決定由何造當事人負舉證責任及負擔不利益之結果<sup>22</sup>。另民事訴訟法第 288 條固明定，法院不能依當事人聲明之證據而得心證，或因其他情形認為必要時，得依職權調查證據，然當事人之舉證責任，並不因之而減輕，最高法院 30 年上字第 204 號著有判例。

此外，一造當事人就其主張之事實已盡舉證責任，即轉由他造就其主

<sup>20</sup> 陳計男，同前註，第 476 至 480 頁。吳明軒，同前註，第 870 至 875 頁。

<sup>21</sup> 陳計男，同前註，第 480、482 頁。吳明軒，同前註，第 874 頁。

<sup>22</sup> 陳計男，同前註，第 482 頁。學者吳明軒試舉 8 項舉證責任分配之原則可資參照，同前註，第 875 至 878 頁。



張之反對事實負舉證責任，此即舉證責任之轉換。最高法院 18 年上字第 2855 號判例揭櫫此原則，實務上亦有多則承認舉證責任轉換法則之事例（19 年上字第 2345 號、79 年臺上字第 2219 號判例參照）<sup>23</sup>。

## （二）刑事訴訟之舉證責任

於刑事訴訟領域，其證據法則與前述民事訴訟迥然有別，本於「無罪推定原則」及「有疑唯利被告原則」，當事實最後仍屬不明時，法院仍須為有罪或無罪之判決。即國家為實現刑罰權，須對被告之犯罪予以確實之證明，由追訴者之檢察官負舉證責任，當法院關於待證事實無從獲得確信時，即應為檢察官不利、對被告有利之判決，被告無須舉證自己無罪。而 91 年 2 月 8 日修正公布之刑事訴訟法改採當事人進行為主之訴訟制度，修正第 163 條第 2 項前段：「法院為發見真實，『得』依職權調查證據。」並於第 161 條第 1、2 項規定：「（第 1 項）檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法。（第 2 項）法院於第一次審判期日前，認為檢察官指出之證明方法顯不足認定被告有成立犯罪之可能時，應以裁定定期通知檢察官補正；逾期未補正者，得以裁定駁回起訴。」其修法理由指出：「為確實促使檢察官負舉證責任及防止其濫行起訴……檢察官對於被告之犯罪事實，自應負提出證據及說服之實質責任。」最高法院 92 年臺上字第 128 號刑事判例：「刑事訴訟法第 161 條已於民國 91 年 2 月 8 日修正公布，其第 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。因此，檢察官對於起訴之犯罪事實，應負提出證據及說服之

<sup>23</sup> 吳明軒，同前註，第 878 頁。惟學者陳計男則認法院依民事訴訟法第 22 條規定，依自由心證而為客觀地舉證分配，故就原告之主張及舉證，如法院認為可採而得心證時，被告若提出反證，僅屬欲動搖法院之確信而已，尚非舉證責任由原告轉於被告，似無舉證責任之轉換問題，同前註，第 483 頁。



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。」因此，檢察官就起訴犯罪事實之存在（含構成要件之事實、違法阻卻事由及責任阻卻事由）負有提出證據及說服之實質舉證責任，包含提出證據責任及說服法院被告為有罪之責任<sup>24</sup>。又自訴人於自訴案件亦負有提出證據及說服之實質舉證責任（依第 343 條準用公訴程序之規定）。

另於現行刑事訴訟採改良式當事人進行主義，檢察官負有實質舉證責任，而依刑事訴訟法第 163 條第 2 項但書規定：「……但於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項，法院應依職權調查之。」無由逕自援用民事訴訟之舉證責任概念。亦即如檢察官未盡責舉證，而其所訴事實存否，法院僅於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係之事項，負有補充調查之義務；如檢察官所訴事實存否，於公平正義之維護或被告權益無關緊要，法院自可不必主動調查證據<sup>25</sup>。

## 二、原創性要件之舉證

### （一）主張權利者之舉證責任

著作權人主張其著作權遭受侵害時，得依著作權法第 84 條至第 90 條之 3 規定，行使民事上請求權，且行為人亦負有第 91 條至 101 條之刑事

<sup>24</sup> 林永謀，前揭註 19，第 36 至 43 頁。林鈺雄，前揭註 19，第 477 至 478 頁。王兆鵬，「刑事訴訟講義」，第 569 至 578 頁，元照出版公司，（95 年 9 月）。另學者林永謀認為檢察官之舉證責任包含實質舉證責任（即客觀舉證責任）及形式舉證責任（即形式舉證責任），前揭註 19，第 36 頁。

<sup>25</sup> 林鈺雄，同前註，第 478 頁。最高法院 98 年度臺非字第 261 號刑事判決參照。



責任。法院審理著作權之民事及刑事案件，其判斷流程依序為 1、系爭作品是否屬著作權法所保護之「著作」，包含具原創性之表達、非屬不得為著作權標的之著作；2、著作權人就系爭著作是否享有著作權，有無不得行使權利之限制（例如已為專屬授權、就告訴乃論之罪已逾告訴期間等）；3、行為人有無侵害系爭著作之行為，即行為人是否曾接觸或有合理機會、合理之可能性接觸（access）或見聞系爭著作，且行為人之作品與著作權人之系爭著作實質相似（substantial similarity）<sup>26</sup>；4、法律效果（即行為人應否負民事責任或刑事責任）。

關於「著作」要件之判斷，其中有關原創性（即系爭作品具創作性，且為著作權人所獨立創作）之事實，於民事訴訟，應由主張著作權之人（通常為原告，以下概稱原告）負主張責任及（客觀）舉證責任；於刑事訴訟，此一構成要件之事實應由檢察官或自訴人負舉證責任。蓋著作權人所享有之著作權，仍屬私權，與其他一般私權之權利人相同，對其著作之原創性（含原始性及創作性）及著作權之存在，自應負舉證之責任<sup>27</sup>。

至原告或檢察官、自訴人所負舉證責任之範圍，包含下列事項<sup>28</sup>：

1、著作人之身分：即證明該著作為著作人所創作。例如著作人有無

<sup>26</sup> 判斷著作權侵害之要件有二：一為行為人（通常為被告）是否曾接觸（access）著作權人之著作，所謂「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，即足當之。二為被告之著作與著作權人之著作是否實質相似（substantial similarity），不僅指量之相似，亦兼指質之相似（最高法院 97 年度臺上字第 6499 號刑事判決參照）。

<sup>27</sup> 最高法院 97 年度臺上字第 6410 號、99 年度臺上字第 50 號刑事判決，智慧財產法院智慧財產法院 98 年度民著上字第 22 號民事判決、98 年度刑智上訴字第 44 號刑事判決參照。

<sup>28</sup> 最高法院 92 年度臺上字第 1664 號、97 年度臺上字第 6410 號、99 年度臺上字第 50 號刑事判決參照。



創作能力、有無充裕或合理而足以完成該著作之時間及支援人力等。

- 2、著作之原創性：即證明著作人為獨立創作而非抄襲他人著作（原始性），及該創作至少具有少量創意，且足以表現作者之個性或獨特性（創作性）。
- 3、著作完成之時間：以決定法律適用準據，確定是否受著作權法保護。

因此，著作權人主張就系爭著作享有著作權，應就系爭著作屬一定程度（至少最低度）創意之創作，且為其獨立創作，並非抄襲他人著作之結果乙節負舉證之責。就創作性部分，係由法院就具體個案事實加以判斷，如智慧財產法院 97 年度民著訴字第 3、11、21 號、97 年度民著上字第 1 號、97 年度民著上易字第 6 號、98 年度民著訴字第 2、8、13、14、18、40 號、98 年度民著上字第 7、11、22、25 號、98 年度民著上易字第 10 號民事判決，以及 97 年度刑智上訴字第 19、41 號、97 年度刑智上易字第 70 號、98 年度刑智上訴字第 1、2、23、54 號、98 年度刑智上易字第 37、98 號、98 年度刑智上更（一）字第 11 號、99 年度刑智上易字第 17、34 號刑事判決可資參照。

就獨立創作部分，有論者以為獨立創作之意義係非抄襲即可，不應要求原告舉證證明獨立創作，否則將增加證明原創性之困難度<sup>29</sup>；如要求原告證明其未抄襲他人之消極事實（prove a negative），顯屬苛求，是美國乃

<sup>29</sup> 陳曉慧教授於 TIPA 智慧財產培訓學院 98 年度第 4 次智慧財產案例評析座談之發言，見該次會議紀錄，前揭註 14，第 4 至 5 頁。



以著作權登記推定著作權有效，在我國宜僅要求著作人證明創作事實與完成時點，創作程度則由法院認定之，不應要求著作人證明非抄襲<sup>30</sup>。前述論點均立基於民事訴訟之思維，以為「著作人非抄襲他人著作」之事實係屬一消極事實，不能證明或甚難證明（即事實分類說之消極事實說）。惟所謂積極事實與消極事實並無明確之界限，有時係因觀念或陳述之不同而異<sup>31</sup>。就「原始性」之意義而言，既指著作人獨立創作之積極事實，亦指著作人未抄襲他人著作之消極事實，由於「原始性」為法律要件事實，自應由主張權利者負舉證責任，以符舉證責任之基本原則。且著作人既獨力完成創作，相對於行為人而言，最接近足以證明其獨立創作之證據，故命著作人負此舉證責任，並無顯失公平之情事。

如智慧財產法院 97 年度民著上字第 1 號民事判決則以繪製機械圖面之公差值、經驗公差及標準公差，判定系爭圖面為原告獨立創作而來（該案相關刑事判決 97 年度刑智上訴字第 48 號亦同）；98 年度民著上字第 22 號民事判決亦依原告所提之 DM 原本、證人等證據，認定其獨立創作果酸作用圖。又 97 年度民著訴字第 3 號、97 年度民著訴字第 16 號、97 年度民著上易字第 6 號民事判決，則因原告所提之證據無法證明原告獨立創作，而駁回其請求。

另 97 年度刑智上訴字第 19 號、98 年度刑智上更（一）字第 11 號、98 年度刑智上訴字第 54 號、98 年度刑智上易字第 98 號、98 年度刑智上更（一）字第 45 號刑事判決，均依告訴人及檢察官所提之證據認定告訴

<sup>30</sup> 許忠信，前揭註 17，第 253 至 254 頁。

<sup>31</sup> 陳計男，前揭註 19，第 477 頁。吳明軒，前揭註 19，第 872 至 873 頁。學者陳計男以「未盡相當之注意」、「有過失」為例，至為卓見。



人之著作具「原始性」；97 年度刑智上易字第 27、63 號刑事判決，除依告訴人及檢察官所提之證據認定系爭著作為告訴人所創作，並以無證據顯示此著作乃其抄襲自其他著作，而認具有原始性。

至證明原創性之證據方法，可為著作人就其著作之創作過程、發行及其他與權利有關事項之資料。例如美術著作創作過程中所繪製之各階段草圖<sup>32</sup>、原圖<sup>33</sup>；足以證明其具專業攝影能力之歷次作品、攝影著作之底片或幻燈片<sup>34</sup>；文字著作之創作歷次底稿<sup>35</sup>；親身見聞創作歷程之證人<sup>36</sup>；所屬技術領域之特有數值或慣例（如繪製機械圖面之公差值、經驗公差及標準公差）<sup>37</sup>等。又智慧財產法院 98 年度刑智上訴字第 44 號刑事判決，告訴人主張就系爭十二生肖圖形享有著作權，惟被告否認，經法院調查審理後，因告訴人所舉之證人於繪製系爭十二生肖圖形當時業已接觸參考先前十二生肖紙牌，該證人復無法記憶有無任何修改，且無留存手稿以供判斷，告訴人亦未提出其他足以證明其所提彩色紙牌之發行人及發行期間之證據，即無法認定系爭十二生肖圖形為告訴人之獨立創作。

<sup>32</sup> 最高法院 92 年度臺上字第 1664 號刑事判決參照。

<sup>33</sup> 智慧財產法院 98 年度民著上字第 22 號民事判決、97 年度刑智上訴字第 19 號刑事判決參照。

<sup>34</sup> 智慧財產法院 98 年度民著訴字第 8 號民事判決參照。智慧財產局何鈺璦副組長於 TIPA 智慧財產培訓學院 98 年度第 4 次智慧財產案例評析座談中認為本件原告雖提出幻燈片，僅能推定系爭照片為原告所拍攝，因照片原始檔仍有修改之可能，無法作為證據（見該次會議紀錄，前揭註 14，第 4 至 5 頁）。惟依此見解，所有證據皆有經修改、偽造或變造之可能，反將使所有原告之創作證據排除於訴訟之外。此應是證據取捨之問題，亦即除可證明該證據遭修改、偽造或變造，而不具證據適格（證據能力）外，即由法院判斷其證明程度（證據力）。

<sup>35</sup> 最高法院 97 年度臺上字第 3914 號刑事判決參照。

<sup>36</sup> 智慧財產法院 98 年度民著上字第 22 號民事判決、98 年度刑智上訴字第 54 號、98 年度刑智上易字第 98 號、98 年度刑智上更（一）字第 45 號刑事判決參照。

<sup>37</sup> 智慧財產法院 97 年度民著上字第 1 號民事判決、97 年度刑智上訴字第 48 號刑事判決參照。





## (二) 舉證責任之緩和

著作權法為解決著作權人舉證上之困難，於 81 年 6 月 10 日修正全文時，於第 10 條規定：「(第 1 項) 在著作之原作或其已發行之重製物上，或將著作公開發表時，以通常之方法表示著作人之本名或眾所周知之別名者，推定為該著作之著作人。(第 2 項) 前項規定，於著作發行日期、地點之推定，準用之。」復於 87 年 1 月 21 日修正全文時，移列修正為第 13 條：「(第 1 項) 在著作之原件或其已發行之重製物上，或將著作公開發表時，以通常之方法表示著作人之本名或眾所周知之別名者，推定為該著作之著作人。(第 2 項) 前項規定，於著作發行日期、地點及著作財產權人之推定，準用之。」就著作人、著作財產權人、著作發行日期及地點，賦予推定之法律效果。倘在著作之原件或其已發行之重製物上印有著作人之本名或眾所周知之別名者，即推定其為著作人，與之發生爭議之相對人欲為與該等表示內容不同之主張時，自應負舉證責任，提出反證以推翻之（最高法院 88 年度臺上字第 4700 號、99 年度臺上字第 50 號刑事判決參照）。

由於多數著作人於創作之前有機會接觸或參考先前著作，進而添加自己的創意進行創作，僅須著作人未抄襲他人著作，即得就其原創表達部分享有著作權之保護。所謂「抄襲」，係指模仿 (copy) 他人著作而達實質近似之程度<sup>38</sup>。實務上常見關於獨立創作之爭執，係行為人抗辯於原告或告訴人之系爭著作完成之前，已有第三人之先前著作存在，原告或告訴人係抄襲而來，故否認系爭著作之原創性，並提出先前著作為證，此時應如

<sup>38</sup> 關於「抄襲」與「模仿」(copy)、「盜用」(appropriation)、「剽竊」(plagiarise) 之概念區別，見許忠信，前揭註 17，第 238 至 246 頁。



何分配舉證責任？有論者以為應由被告舉證證明原告有抄襲情事<sup>39</sup>，亦有論者以為基於無罪推定原則，應由著作權人就其著作是否符合原創性要件善盡舉證責任，並由法院依職權調查<sup>40</sup>。惟本文認為應配合著作權法第 13 條規定，視情形而定其舉證責任分配。

舉例言之，系爭著作物上標示作者為甲，發行日期為 96 年 7 月 1 日，依著作權法第 13 條規定，推定甲於 96 年 7 月 1 日發行系爭著作，且推定甲而為著作人。嗣後甲主張乙侵害其著作權，對乙提出民事訴訟，乙否認甲就系爭著作享有著作權，即應由乙提出反證推翻法律上之推定，其所應負之舉證責任範圍即甲之作品是否抄襲自他人而非為獨立創作。例如乙可提出第三人之著作，其上標示丙為著作人，且著作完成時間早於甲，而甲之系爭著作與丙之著作內容實質近似，即足以推翻前開甲為系爭著作之著作人之推定，即應由甲就其獨立創作系爭著作之事實負舉證責任。

倘著作人或著作財產權人無從受著作權法第 13 條之法律上推定，即應回歸舉證責任之基本原則，由著作人或著作財產權人（原告或告訴人）、檢察官就獨立創作之事實負舉證責任（最高法院 86 年度臺上字第 5199 號刑事判決參照）。如最高法院 99 年度臺上字第 50 號、智慧財產法院 98 年度刑智上訴字第 44 號刑事判決認定告訴人所提出之十二生肖紙牌包裝盒上標示載明「新樂園」、「新樂園行企業公司」，僅能推定新樂園行企業公司為著作權人，無從推定告訴人為著作權人，最後以告訴人無法證明其為系爭十二生肖圖形之著作權人，而為不受理判決。

<sup>39</sup> 學者張靜於 TIPA 智慧財產培訓學院 98 年度第 4 次智慧財產案例評析座談之發言。見該次會議紀錄，前揭註 14，第 7 頁。

<sup>40</sup> 馮達發，前揭註 13，第 49 頁。



另最高法院 97 年度臺上字第 1214 號、臺灣高等法院 96 年度智上字第 26 號民事判決，原告所提之著作相關資料，其上之落款簽名雖為該公司名義，但相關圖樣並非伊公司所原創，多係抄襲，或自外國公司之既有型錄目錄或市購品示意圖樣所轉載，業經證人到庭證稱屬實，並經鑑定人認為被告所提之國內外同業設計圖之完成時間，均較原告大部分之設計圖早，原告之設計圖中與國內外同業完成在先的設計圖相同之部分，應無原創性。從而法院認定原告所提工程設計圖係抄襲同業之設計圖，不具備「原創性」，駁回原告之請求。

至有論者基於無罪推定原則，就著作權法第 13 條推定規定於刑事訴訟能否完全適用，持保留態度<sup>41</sup>。惟本條規定係屬法律上推定，即法律本於他事實，而認定某事實為真實，其適用不問訴訟類型，僅於舉證責任之分配上有所差異。倘被告否認系爭著作為告訴人獨立創作、不具原創性，而依本條規定，有推定告訴人為著作人或著作財產權人之效力，依「無罪推定原則」及「有疑唯利被告原則」，被告本無須負證明自己無罪之責，而此抗辯對被告之利益有重大關係，由法院依刑事訴訟法第 163 條第 2 項但書規定，依職權調查之，惟被告應就告訴人非獨立創作部分，指出調查證據之方法。

## 肆、結論

著作人站在巨人的肩膀上向前邁進，完成具原創性之著作，為均衡保護著作人著作權益與社會公共利益，僅原創性之表達始屬著作權保護標

<sup>41</sup> 學者張靜於 TIPA 智慧財產培訓學院 98 年度第 4 次智慧財產案例評析座談之發言。見該次會議紀錄，同前註 14，第 4 頁。



的，思想、概念均不屬之。所謂原創性，其內涵應包含「原始性」及「創作性」，原則上著作權人經由民事訴訟及刑事訴訟行使其權利時，應就「原創性」負一定之舉證責任，於部分情形始由行為人負舉證責任，或由法院依職權調查審理。經由著作權之條件式有限保護，提供創作之誘因，使人類知識資產更加豐富。