



論著作權侵害「接觸」要件之研究 ——以美國法為中心(上)

胡中璋*

摘要

按我國實務、學說認為判斷著作權侵害之要件有二：一為被告是否曾「接觸」(access)著作權人之著作；二為被告之著作與著作權人之著作是否「實質相似」(substantial similarity)。若原告之舉證能符合上述兩要件，則法院可依職權認定被告之著作抄襲自著作權人而成，此已無任何疑義。然而，如何證明「接觸」？是否僅提出被告有合理之機會「聽」或「看」原告著作之證據為已足？應如何舉證證明被告有合理之機會「聽」或「看」著作權人著作？被告主張有獨立創作之事實，是否表示被告未「接觸」原告著作？「獨立創作」與「接觸」之間關聯性為何？即成為問題。

「接觸」在美國實務已廣為運用，本文嘗試探討美國著作權法對於「接觸」要件之看法與見解，並透過美國實務與學說對於「獨立創作」之觀點，以釐清「接觸」與「獨立創作」之間關聯性。接著剖析我國學說、實務對於「接觸」要件之問題與狀況，逐一思辨、檢討，進而提出本文之看法與建議，祈對於相關問題於著作權法學理上未來發展有所裨益。

關鍵字：接觸、合理之機會、合理之可能性、廣泛流通、獨立創作、明顯近似、共同錯誤、證據優勢、無合理懷疑、無罪推定原則

收稿日：100年3月29日

* 作者現為北辰著作權事務所律師，國立清華大學科技法律研究所、國立臺北大學法律研究所雙碩士。感謝審查委員細心閱讀與寶貴意見，使本文於結構及內涵上更加完善。惟文中如有任何疏誤之處，當由作者自行負責。此外，特別感謝本文於初稿時，蕭雄淋律師、嚴裕欽律師及李庭熙先生提供之寶貴意見。



壹、前言

著作權侵害救濟制度是著作權法體系的重要組成部分，是衡量一個國家著作權法制是否健全的重要標誌，與國家的文化發展、智慧財產權保護和激勵創作人創新之要求緊密聯結在一起。著作權法所保障者為創作人獨立表達意義的方式，禁止他人不勞而獲，採擷創作人辛勞的成果。創作人得藉由著作權法保障，合理回收創作之成果，藉以激發創作人創作之動機，使能產生更質美量豐的作品，為社會創作豐碩的文化，啟迪大眾的思想，提昇全民的文化素質。

按我國實務¹、學說²認為判斷著作權侵害之要件有二：一為被告是否曾「接觸」(access)著作權人之著作；二為被告之著作與著作權人之著作是否「實質相似」(substantial similarity)。若原告之舉證能符合上述兩要件，則法院可依職權認定被告之著作抄襲自著作權人而成，此已無任何疑義。至於著作權人如何舉證證明「接觸」？依據學說見解表示：「原告固須證明被告曾接觸其著作，惟『接觸』之證明程度，僅提出被告有合理之機會『聽』或『看』原告著作之證據為已足。況依實務見解所示，如原告與被告之著作已明顯近似，可合理排除被告獨立創作之可能性時，亦可推

¹ 如最高法院 81 年度台上字第 3063 號民事判決：「認定抄襲之要件有二，即(1)接觸，(2)實質相似。」最高法院 99 年度台上字第 2019 號民事判決謂：「次按判斷是否『抄襲』他人著作，主要考慮之基本要件為被侵害之著作必須是表達而非思想；其次為被告必須有接觸或實質相似之抄襲行為。」其他如最高法院 97 年度台上字第 3914 號刑事判決、最高法院 92 年度台上字第 5807 號刑事判決、臺灣高等法院 97 年度上訴字第 809 號刑事判決等見解亦同。

² 葉茂林，「編採人員 v.s. 著作權法」，頁 237，永然文化，1999.08。馮震宇，「無形的財產，有形的責任——侵害著作權之法律責任」，收錄李永然、程明仁主編，「著作權大整修，創作新指標」，法律與你雜誌系列第 54 期，頁 67-68，1998.04；楊崇森，「著作權之保護」，頁 126-127，正中書局印行，第四次印行，1991.11。



定被告已接觸原告之著作。故當原告已盡其舉證責任時，獨立創作之舉證責任則轉換由被告負擔。³」

上述學說見解，浮現了著作權法幾個重要的問題：

- 一、為何「接觸」之證明程度，僅提出被告有合理之機會「聽」或「看」原告著作之證據為已足？為何不是應提出被告直接「接觸」原告著作之證據？
- 二、原告應如何舉證證明被告有合理之機會「聽」或「看」著作權人著作？
- 三、被告主張有獨立創作之事實，此是否表示被告未「接觸」原告著作？「獨立創作」與「接觸」之間關聯性為何？
- 四、又為何原告與被告之著作已「明顯近似」，可合理排除被告獨立創作之可能性時，亦可推定被告已接觸原告之著作？學說見解僅說明「依實務見解所示」，究竟實務見解所持理由何在？

保護著作權人利益本是應當，但其分寸必須拿捏得恰到好處。以上種種問題，在在攸關被告是否應負侵害著作權法之民事及刑事責任。特別是刑事責任對被告人身自由、財產影響至鉅。稍有不慎，極易造成侵害人權情事，同時亦與著作權法調和社會公共利益，促進國家文化發展之目的相抵觸，是上述問題亟待進一步研析解決。

按「接觸」之用語並非我國著作權法所使用之法定用詞，而係源自於我國實務之判決。但究其精神，則係受美國著作權法之影響⁴。「接觸」在

³ 羅明通，「著作人舉證責任及方法」，頁7，經濟部智慧財產局出版，2000.12。

⁴ 羅明通，「著作權法論II」，頁401-402，台英國際商務法律事務所，2009.09，第7版。



美國實務已廣為運用，成為判斷著作「抄襲」之重要要件之一，在美國已累積相當數量的學說與若干判決之成果可供參考。相較於美國對於「接觸」之問題深入探討，我國對此議題發軔既晚，學說、實務對此議題之討論似乎僅止於單純介紹美國著作權法之「接觸」概念，而未進一步探討我國適用之情況與問題，較不完備。是為了突顯我國沿襲美國著作權法「接觸」概念下發展所產生之特色與盲點，有必要參考美國著作權法對於「接觸」要件之看法與見解，是本文以下將先介紹美國著作權侵害「接觸」要件之理論，並透過美國實務與學說對於「獨立創作」之觀點，以為釐清「接觸」與「獨立創作」之間的關聯性。接著剖析我國學說、實務對於「接觸」要件之問題與狀況，逐一思辨、檢討，進而提出本文之看法與建議，以獲致符合公平正義要求之裁判。

貳、美國著作權侵害「接觸」要件之理論

按早期美國法院見解⁵認為所謂「接觸」，是指被告實際（actual）看到（viewing）、知道（knowledge）原告之著作。然因通常被告抄襲之場所，是在其私人辦公室或家裡等私密場所，對原告而言，要取得被告抄襲之「直接證據」，時常是不可能的事⁶，因此美國實務、學說均肯認原告得以「間接證據」來證明被告抄襲（「接觸」及「實質近似」），但何種間接證據得以推論被告構成「接觸」要件，在實務上會受到訴訟法上「舉證責任論」的影響，使得認定「接觸」要件有混亂分歧之情況。是以本文在論述美國

⁵ Schwarz v. Universal Pictures Co., 85 F. Supp. 270(S.D.Cal.1945).

⁶ Kepner-Tregoe, Inc. v. Leadership Software, Inc., 12 F.3d at 532 (stating that “direct evidence of copying is uncommon” so plaintiff may prove infringement “indirectly or inferentially”) 「重製之直接證據並不常見，因此原告得以間接或是推論方式證明被告侵權。」



著作權法「接觸」理論之前，先對美國法「舉證責任論」作通盤之說明，再介紹美國實務、學說基於「舉證責任論」之概念與其分配所呈現之著作權侵害「接觸」要件內容及風貌。

一、美國法舉證責任論

(一) 基本概念

按美國法舉證責任論，可分為「提出證據責任」(Burden of Producing Evidence)及「說服責任」(Burden of Persuasion)兩大概念⁷。區別此二責任之主要目的係在處理「法官」與「陪審團」間就事實認定之權責劃分。因陪審團為一般大眾，易受外界各種事務所影響。為使陪審團合理認定事實，先由法官在當事人提出之證據上作嚴格的把關，在相當之程度上，反映法官對陪審團事實認定權限之控制。除此之外，區別此二責任還可規制當事人證據責任之分配，藉以促使審判程序有效率地進行⁸。

(二) 證據提出責任

1、民事程序之證據提出責任

在民事訴訟上，證據提出責任乃為「是否一個合理之陪審團可以認定該事實存在或不存在」。為便於說明，假設原告就某一事實上爭點 A 同時負有初步證據提出責任及說服責任。首先，就原告所負之初步證據提出責任而言，原告必須先為一定之舉證活動，使法官相信有一個「真正之重要

⁷ See Miguel A. Mendez, Presumptions and Burden of Proof: Conforming the California Evidence Code to the Federal Rules of Evidence, U.S.F.L.Rev.38, 2003, at 139,142.

⁸ 黃國昌，「階段的舉證責任論——統合實體法政策下之裁判規範與訴訟法觀點下之行為規範」，東海大學法學研究第 22 期，頁 241，2005.06；陳志龍，「超越合理懷疑與證據證明」，臺北大學法學論叢第 69 期，頁 196，2009.03。



事實上爭點」(a genuine issue of material fact) 存在，必須由陪審團加以認定，此時該證據提出責任之證明度標準，一般均理解為「使法官相信一個合理之陪審團可以依原告提出之證據認定原告主張之事實 A 存在」(a reasonable jury, crediting and weighting the evidence the plaintiff produced, could find A)，此證明度標準 (standard of proof) 係較「說服責任」之證明度標準為低，若為便於說明以數值表示，可粗略地以 25% 加以代表。若原告未盡此證據提出責任，則法官必須自己下一個法律上判決直接判決原告敗訴 (judgment as a matter of law)，不必將該事實上爭點交由陪審團認定，此法律上判決之時點可能係在公判程序 (trial) 開始前，以「直接判決」(summary judgment) 為之；亦可能係在公判程序開始而原告所提出之證據 (plaintiff's case) 審理完成後，以「指示判決」(directed verdict) 為之。準此，原告此初步證據提出責任之觀念，在於避免法官不將此爭點交由陪審團認定，直接以判決駁回原告之訴之不利益⁹。

2、刑事程序之證據提出責任

在刑事訴訟上，因檢察官主張被告犯罪，故檢察官有先提出證據證明被告犯罪事實之責任，此種程序稱為「prosecution's case in chief」(中譯為：「檢方立證程序」，其相對詞為「被告反證程序 defendant's case in chief」)。在此程序中，檢察官「證據提出責任」有部分之美國法院係以「相當理由」(probable cause) 作為標準，然越來越多的州要求檢察官須至少就被告犯罪之事實，證明至「表面證據」(prima facie case) 之程度。所謂「表面證據」(學說又有稱為「證據之形式上有罪」或「概約足資證明之證據」) 係較「相當理由」(probable cause) 更高程度的證明，亦即若採信

⁹ 黃國昌，同上註，頁 230-231。



該證據（作最有利於檢察官之解釋），在無相反證據情況下，可據以認定其所證明之事為真實之程度。若檢察官未能證明至表面證據之程度，被告可請求法院逕為無罪判決（directed verdict of acquittal）¹⁰。

（三）證據說服責任

當原告或檢察官盡此初步證據提出責任後，認定此事實上爭點之權責則由法官移至陪審團。此時，係由陪審團進一步就原告是否盡其說服責任為審查。關於說服責任又可分為「無合理懷疑」（學說又稱毋庸置疑）（Beyond a Reasonable Doubt），「證據明確」（Clear and Convincing Evidence），「證據優勢」（Preponderance of Evidence）。

1、無合理懷疑：

所謂「無合理懷疑」者，乃負此舉證責任者，必須說服裁判者至確信、無合理的懷疑其主張可能為不實的程度¹¹。有實證研究對 171 位聯邦法官調查，要求其量化「無合理懷疑」之標準，所得到的平均值為百分之 90.28¹²。美國有學者及實務家問卷調查發現「無合理懷疑」之標準所得到的平均值為百分之 90 至 95 之間¹³。

2、證據優勢：

而所謂「證據優勢」之說服程度，就待證事實所提出的證據，僅須較

¹⁰ 吳巡龍，「刑事舉證責任與幽靈抗辯」，月旦法學第 133 期，頁 27，2006.06。王兆鵬，「刑事訴訟講義（二）」，頁 100-101，元照出版，2003.04，初版。

¹¹ 王兆鵬，「刑事訴訟講義」，頁 678-679，元照出版，2008.09，第三版。

¹² C.M.A. McCauliff, Burden of Proof: Degrees of Belief, Quanta of Evidence, or Constitution Guarantees?, Vand. L. Rev. 35, at 1293, 1325-1326, 1328-1329, 1332. 轉引自陳志龍，同前註 8，頁 202。

¹³ 吳巡龍，同前註 10，頁 31。



對造更具說服力，即為優勢，即已盡其舉證責任（認定原告所主張 A 事實存在之蓋然性是否大於其不存在之蓋然性）¹⁴。有實證研究對 171 位聯邦法官調查，要求其量化「證據優勢」之標準，所得到的平均值為大於百分之 50¹⁵。

3、「證據明確」：

至於所謂「證據明確」，為較「證據優勢」程度高，較「無合理懷疑」程度低，介於二者之間的一種證明程度，即如其文字所述，必須明確且有說服力之證據證明¹⁶。在美國法上「證據明確」通常是適用於未達施以刑罰程度的人權侵害，例如關進精神病院、停止親權、剝奪國籍及驅逐出境等¹⁷，或是政府以人民為被告起訴之民事案件¹⁸。實證研究對 171 位聯邦法官調查，要求其量化「證據明確」之標準，所得到的平均值為大於百分之 74.99¹⁹。美國有學者及實務家問卷調查發現「證據明確」之標準所得到的平均值為百分之 70 至 80 之間²⁰。

若以具體的例子說明上述之差異，如在民法侵權行為損害賠償訴訟中，原告甲主張被告乙駕車侵害其身體、健康權，甲對於乙駕車侵害之待證事實負有「證據優勢」的說服責任，則甲必須提出乙駕車侵害之證據

¹⁴ 王兆鵬，同前註 11，頁 679。

¹⁵ C.M.A. McCauliff, *supra* note 12, at 1293, 1325-1326, 1328-1329, 1332. 轉引自陳志龍，同前註 8，頁 202。

¹⁶ 王兆鵬，同前註 11，頁 679。

¹⁷ Kenneth S. Broun, *McCormick on Evidence*, 2006, at 570. 轉引自陳志龍，同前註 8，頁 202。

¹⁸ 吳巡龍，同前註 10，頁 30。

¹⁹ C.M.A. McCauliff, *supra* note 12, at 1293, 1325-1326, 1328-1329, 1332. 轉引自陳志龍，同前註 8，頁 202。

²⁰ 吳巡龍，同前註 10，頁 30。



(如：現場圖、驗傷單等)證明待證事實，對造乙可能提出對其有利之證據(如：未超速、有遵守交通規則等)之主張，法院比較雙方所提出之證據，認為甲所提出的證據較乙占優勢而更具說服力，甲即盡其「證據優勢」的舉證責任，法院應為甲勝訴判決。若甲所負為「無合理懷疑」的說服程度，而提出的證據雖較乙更具說服力，但仍使裁判者懷疑(必須為合理之懷疑，不得為無理之懷疑)待證事實可能非真實，則甲雖已達到「證據優勢」或「證據明確」的責任，但未盡「無合理懷疑」的舉證責任，裁判者必須為甲敗訴之判決。

(四) 證據說服責任在民事程序與刑事程序差異性

美國法院的民事程序與刑事程序，對於「說服責任」的要求並不一致，其著明的例子如辛普森(O. J. Simpson)案，對於涉嫌殺害其前妻 Nicole Brown Simpson 及其友人 Ron Goldman 的刑事判決，被告獲得無罪判決，但在民事案件中，被告 Simpson 則敗訴，因而其必須對於被害人之家屬支付鉅額之民事賠償。詳而言之，民事訴訟與刑事訴訟所要求之「說服責任」之標準並不相同²¹。美國最高法院 *Old Chief v. United States* 判決見解認為：「憲法要求陪審團所認定被告有罪之刑事判決，須被告遭到控訴的該罪之每一個構成要件均證明至無合理懷疑之程度。²²」是刑事程序上要證明被告有罪，必須證明達到讓法院認為被告有罪，已經達到「無合理懷疑」的說服程度，否則應為被告無罪之判決；反之，在民事程序上，若要求原告必須證明其請求權依據之事實至無合理懷疑之程度，則原告證明會變得非

²¹ 陳志龍，同前註8，頁199、200。

²² *Old Chief v. United States*, 519 U.S. 172 (1997) (stating that “The Constitution requires a criminal conviction to rest upon a jury determination that the defendant is guilty of every element of the crime of which he is charged beyond a reasonable doubt.”).



常困難，從而會使法院誤判原告請求權依據之事實「不存在」之可能性高於請求權依據之事實「存在」，亦即法院較易為有利於被告之誤判。是以，在民事訴訟上，原告要證明被告負有損害賠償責任，僅須達「證據優勢」的說服程度即可²³。

二、美國著作權侵害「接觸」要件之理論

（一）基本概念

美國法院認為推論「抄襲」之證據是最為複雜，當個案中原告、被告著作有相同或相似之處，其原因可能是被告抄襲原告著作，也可能是發生巧合之情形，更有可能是原、被告以常見之創作手法創作著作。如兩個處於競爭關係之公司，其製作之地圖或電話號碼簿，因為製作之目的是為了尋求正確，表達客觀之真實，不可避免會發生近似之情況；兩個華爾茲舞因利用相同的標準節奏，也無法避免相似²⁴。再者，因通常被告抄襲之場所，是在其私人辦公室或家裡等私密場所，對原告而言，要取得被告抄襲之直接證據，時常是不可能的事²⁵。故為保護被告免於因意外侵害他人著作而遭受懲罰，同時也便於原告得以舉證證明被告抄襲，因而由美國實務發展出「接觸」之概念。

「接觸」並非美國著作權法所使用之法定用詞，其背後的基本邏輯是「沒有一個被告可以不『接觸』就抄襲他人著作」。惟被告有「接觸」，不必然表示被告「抄襲」，如證人可能目擊被告購買原告的作品，此僅能證

²³ 黃國昌，同前註8，頁249。

²⁴ Paul Goldstein, *GOLDSTEIN ON COPYRIGHT(II)*, Wolters Kluwer Law & Business, Third Edition, 2010, at 9:9.

²⁵ *Kepner-Tregoe, Inc. v. Leadership Software, Inc.*, supra note 6.



明被告有「接觸」原告作品，不當然表示被告「抄襲」原告作品。仍須進一步判斷原、被告作品是否構成「實質近似」。若原、被告作品沒有「實質相似」，則有無「接觸」，即變得無關緊要。是以，美國實務藉由「接觸」及「實質相似」來推論「抄襲」。要證明被告有「抄襲」，一定要證明被告有「接觸」原告作品²⁶。

(二)「接觸」之定義

早期美國法院見解²⁷認為所謂「接觸」是指被告實際(actual)看到(viewing)、知道(knowledge)原告之著作。美國著作權法學者 Nimmer 表示此見解是錯誤的。蓋因通常被告抄襲之場所，是在其私人辦公室或家裡等私密場所，對原告而言，要取得被告抄襲之直接證據，時常是不可能的事。基於美國著作權法政策考量原告無法取得被告抄襲之直接證據下，允許原告以「接觸」和「實質近似」作為取代抄襲之直接證據。上述美國法院之見解，明顯忽略美國著作權法政策之考量，並不適當。Nimmer 表示比較妥適的作法，應是將被告有「合理之機會」或「合理之可能性」看到原告著作，視為「接觸」之定義，而非作為推論「接觸」。被告有合理機會或合理可能性看到原告著作，即構成「接觸」。縱令被告沒有利用該機會去抄襲，也不會影響「接觸」要件之認定。蓋因被告有沒有利用該機會去抄襲，是法院最終認定有無「抄襲」之問題。Nimmer 表示美國多數法院亦採此定義²⁸。

²⁶ William F. Patry, *Patry on Copyright*(3), Thomson West, 2007, at 9-47、9-49、9-50-9-51.

²⁷ *Schwarz v. Universal Pictures Co.*, supra note 5.

²⁸ Melville B. Nimmer & David Nimmer, *NIMMER ON COPYRIGHT*(4), LexisNexis, 2005, at 13:16.



按認定事實所憑之證據，不以直接證據為限，間接證據亦包括在內。由 Nimmer 見解可知，顯然 Nimmer 是將間接證據視為「接觸」之概念。美國著作權法學者 Patry 認為法院並沒有將被告有「合理之機會」或「合理之可能性」看到原告著作，視為「接觸」之定義。僅因「抄襲」具有秘密性、非公開性等性質、特徵，且原告很少有可能找到證人證明被告有親自抄襲之行為，導致原告要證明此要件十分不易，因此美國實務開始放寬此「證明方式」，讓原告可提出足認被告合理接觸之證據（即「間接接觸」），來推論被告「接觸」原告著作²⁹。

（三）單純的可能性、推測或猜測不足以證明「接觸」

Nimmer 認為所謂有「合理之機會」或「合理之可能性」看到著作權人之著作，並不包括任何事皆可能成立之「單純的可能性(bare possibility)」在內。且所謂「接觸」不能僅是推測(speculation)或猜測(conjecture)³⁰。以下是 Nimmer 整理美國法院判決，認為是無合理機會「接觸」的案例³¹：

- 1、例如在 *Spiegelman v. Reprise Records* 一案³²中，認為原告僅在海法(Haifa)的宿舍演奏歌曲，除非原告可以證明被告也在表演現場，否則仍不成立「接觸」之要件³³。

²⁹ William F. Patry, supra note 26, at 9-50—9-51.

³⁰ *Scott v. Paramount Pictures Corp.*, 449 F. Supp. 518, 520 (D.D.C. 1978) (stating that “speculations and inferences as to access are insufficient” to survive a motion for summary judgment).

³¹ Melville B. Nimmer & David Nimmer, supra note 28, at 13:20-13:21.

³² *Spiegelman v. Reprise Records*, 35 U.S.P.Q.2d 1732, 1733 (S.D.N.Y. 1995).

³³ 另有美國法院認為原告著作重製物僅地區性散布，且重製物的數量僅 500 個，惟被告不在原告公開表演現場，並不能證明被告有合理機會「接觸」。See *McRae v. Smith*, 968 F. Supp. 559,562,565 (D. Colo. 1997).



2、同樣地，在 *Columbia Pictures Corp. v. Krasna* 案例³⁴中，原告之作品發表於被告所居住的城市中，自「單純的可能性」以觀，被告是有知悉原告作品之可能，但不能即由此合理認定被告曾「接觸」原告之作品，而成立「接觸」之要件。

美國著作權法學者 Goldstein 則認為法院不能僅因推測性的證據 (speculative proofs) 逕自認為被告有「接觸」。Goldstein 並整理以下美國法院判決，認為是無合理機會「接觸」的案例³⁵。

1、在 *Higgins v. Woroner Prods., Inc.* 一案³⁶中，原告僅證明其著作重製物已收存於美國著作權局，且於該著作重製物隨後被放入華盛頓國會圖書館保存期間，被告公司的總裁有去華盛頓作訪問。法院認為原告僅單純以被告公司的總裁有去華盛頓訪問之事實，來推測被告公司有接觸原告著作，並不足以由此合理認定被告公司曾「接觸」原告之作品，而成立「接觸」之要件。

2、同樣的，在 *Meta-Film Assocs., Inc. v. MCA, Inc.* 一案³⁷中，原告將電影劇本交給電影導演，而該導演在某家電影公司負責一個電影拍攝計畫，原告主張電影導演有可能將其電影劇本展示給某家電影公司的執行總監過目，該執行總監可能將電影劇本內容告訴其助理，該助理可能將該電影劇本內容告訴被告公司之製片者，該製片者又可能將該電影劇本內容告訴為被告公司創作之編劇。法院認為原告僅單純以此等可能性之事實，來推測被告公司有接觸原

³⁴ *Columbia Pictures Corp. v. Krasna*, 65 N.Y.S.2d 67 (Sup. Ct. N.Y. County 1946).

³⁵ Paul Goldstein, *supra* note 24, at 9:10.

³⁶ *Higgins v. Woroner Prods., Inc.*, 161 U.S.P.Q. 384 (S.D. Fla. 1969).

³⁷ *Meta-Film Assocs., Inc. v. MCA, Inc.*, 586 F. Supp. 1346, 1359(C.D. Cal.1984).



告著作，並不足以由此合理認定被告公司曾「接觸」原告之作品。

- 3、另外，在 *Jorgensen v. Epic/Sony Records* 一案³⁸中，原告僅提出被告公司收到其「毛遂自薦」、「不請自來」著作（unsolicited work）之收據，而未進一步提出證據證明「收到原告著作之人」與「實際為被告公司創作之人」兩者之間的關聯性，即不足以推論「接觸」。

Patry 則認為「推論」接觸是一種法學方法，允許陪審團（the trier of fact）以邏輯或證據所建構之事實來推論。「推論」並非證據，「推論」允許陪審團基於該證據所發現之事實去「推論」發現另一個事實。因此，「推論」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（speculation）或猜測（conjecture）來推論，美國部分實務見解亦同³⁹。建構「接觸」之證據須證明原告著作得以被他人普遍取得或利用之事實，並以此種事實合理推論被告有「接觸」。如原告主張其歌曲遭被告侵害著作權，若原告可以證明該歌曲在被告住居地區被某廣播電台播放，且被告有經常性地（regularly）收聽該廣播電台的習慣，則可以認為被告有「合理之機會」或「合理之可能性」接觸原告該歌曲；然若被告舉出反證證明該廣播電台播放原告該歌曲之期間，被告人在南太平洋島上，且該島上沒有電力、也幾乎沒有廣播電台，則不能證明被告成立「接觸」要件⁴⁰。

本文認為其實透過前述美國「舉證責任論」之介紹，即足以證明為何

³⁸ *Jorgensen v. Epic/Sony Records*, 351 F.3d 46, 48, 69 U.S.P.Q.2d 1067 (2d Cir. 2003).

³⁹ *Intersong-USA v. CBS*, 757 F. Supp. 274, 281 (S.D.N.Y. 1991).

⁴⁰ William F. Patry, *supra* note 26, at 9-55—9-56.



美國實務、學說均認為所謂「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，並不包括任何事皆可能成立之「單純的可能性(bare possibility)」在內，也不能僅是單純推測(speculation)或猜測(conjecture)而認定侵權者「接觸」原告著作。此乃「單純的可能性」、「推測」或「猜測」均不足以作為認定被告構成「接觸」原告著作之**優勢證據**使然。在民事訴訟上，原告要證明被告負有損害賠償責任，僅須達「證據優勢」的說服程度。而唯有原告提出被告有「有合理之機會」或「合理之可能性」閱讀或聽聞原告著作之優勢證據，使得被告接觸原告著作之事實存在之蓋然性大於其不存在之蓋然性，達到「證據優勢」之程度，原告就此部分始足以盡到「說服責任」之標準。是以單純的可能性、推測或猜測顯然無法通過此標準之檢驗，均不足以證明「接觸」。

(四) 證明「接觸」之方式

1、Nimmer 與 Goldstein 見解

關於「接觸」證明方式，Nimmer 與 Goldstein 主張原告須證明以下兩個要件之一：(1) 被告曾透過「一連串事件」之途徑或連結，而接觸原告著作（例如：原、被告二者間透過出版社或唱片公司在處理事務）；(2) 原告著作已經廣泛流通散布⁴¹。

其中關於上述第(1)點方式，美國第九巡迴法院在 *Kamar Int'l, Inc. v. Russ Berrie & Co.* 一案⁴²中認為被告輾轉由第三人處接觸著作權人作品亦構成「接觸」之要件，但要件須 (A) 第三人擁有原告之著作；(B) 同時

⁴¹ Paul Goldstein, *supra* note 24, at 9:9; Melville B. Nimmer & David Nimmer, *supra* note 28, at 13:25.

⁴² *Kamar Int'l, Inc. v. Russ Berrie & Co.*, 657 F.2d 1059 (9th Cir. 1981).



有證據顯示原告與被告均有跟此第三人交涉。Nimmer 對此見解表示須原告、被告與該第三人在「同一時期」交涉，始能證明被告有合理機會或合理可能性接觸。倘非「同一時期」交涉，應不能證明被告有合理機會或合理可能性接觸⁴³。

又原告將自己的作品寄至被告公司主要辦公室，若無其他反證，原則上可推論為被告創作之職員，即有接觸原告之作品⁴⁴。然原告若非將其作品寄到被告辦公室，而是寄到第三人，仍須判斷第三人與被告之間之關聯性，審酌被告是否可以藉由第三人之途徑接觸或取得原告著作。如在美國第四巡迴法院 *Bouchat v. Baltimore Ravens*（巴爾的摩烏鴉隊）一案⁴⁵中，原告 Bouchat 的職業是保全人員，又原告是業餘畫家，同時是巴爾的摩烏鴉隊（美式足球）的死忠球迷。原告起訴主張巴爾的摩烏鴉隊於西元 1996 年到 1998 年所設計的隊徽圖案⁴⁶抄襲其創作在先的著作⁴⁷，巴爾的摩烏鴉隊應負侵害著作權之損害賠償責任。該案中就證明被告「接觸」部分，原告主張其獲得公司主管許可使用傳真機，將其創作圖案草稿傳真給馬里蘭州體育館委員會主席 Moag，而 Moag 的辦公室與巴爾的摩烏鴉隊老闆的

⁴³ Melville B. Nimmer & David Nimmer, supra note 28, at 13:17.

⁴⁴ *Id.* at 13:31.

⁴⁵ *Bouchat v. Baltimore Ravens*, 241 F.3d 350(4th Cir. 2001).

⁴⁶ 巴爾的摩烏鴉隊於西元 1996 年到 1998 年所設計的隊徽圖案：



⁴⁷ Bouchat 著作圖案：





辦公室是位於同一棟大樓，且巴爾的摩烏鴉隊老闆與該創作巴爾的摩烏鴉隊隊徽圖案之設計者關係密切（close relationship）。因此法院認定該設計者有合理機會接觸原告著作。然 Nimmer 對此表示不同看法，第一、除了原告陳述外，並無其他證據顯示 Moag 有收到原告創作圖案草稿的傳真；第二、沒有證據顯示 Moag 收到傳真後，會送到巴爾的摩烏鴉隊老闆的辦公室；第三、設計師住在紐約，距離巴爾的摩烏鴉隊老闆的辦公室有 200 英里之遠。是以，Nimmer 認為該設計者並無合理機會接觸 Bouchat 著作⁴⁸。

至於第（2）點方式，由於原告著作已經廣泛流通散布，法院可認定被告已有合理之機會或合理之可能性知悉原告著作之內容。Goldstein 特別以一般音樂著作侵害的案件為例，解釋說明如何運用上述兩要件來證明被告「接觸」⁴⁹。

（1）假設原告音樂著作沒有廣泛流通之情況：

若原告先前曾將其音樂著作交予發行人或唱片公司，原告必須證明被告與該發行人或唱片公司有來往，被告透過該發行人或唱片公司「接觸」原告音樂著作，或甚至是透過更迂迴的事件連結來證明被告構成「接觸」要件。若原告另外證明其音樂著作曾公開演出，即使是在受限制的區域公開演出，也有可能迫使被告提出證據（非指被告舉證責任，是被告基於策略考量提出證據）證明原告公開演出時，其人不在現場。

（2）假設原告音樂著作有廣泛流通之情況：

⁴⁸ Melville B. Nimmer & David Nimmer, *supra* note 28, at 13:19.

⁴⁹ Paul Goldstein, *supra* note 24, at 10:49-10:50.



如美國第七巡迴法院於 *Cholvin v. B&F Music Co.* 一案⁵⁰中，法院以原告單一樂譜有 2000 份重製物、4 個錄音版本、20 萬張唱片及在好幾個全國性廣播電台播出，認為被告有「接觸」原告著作⁵¹。

2、Patry 見解

Patry 認為美國實務傳統上有兩種方式證明「接觸」。一是「直接接觸」；另一個則是「間接接觸」。所謂「直接接觸」是指原告有證據證明被告實際看到或聽聞原告著作。如證人作證將原告著作交付予被告，或證人作證其和被告共同參與原告著作成果發表會。而「間接接觸」是指欠缺被告實際看到或聽聞原告著作之證據，或被告未承認實際看到或聽聞原告著作。而原告提出證據合理推論被告可能看到或聽聞原告著作。Patry 認為更精確的用語，應以「推論接觸」(inferential access) 取代「間接接觸」⁵²。

Patry 認為原告可能取得「推論接觸」證據之方式，大致上如下：

(1) 大眾媒體之利用

為了推論「接觸」，著作要廣泛流通。Patry 整理美國第二巡迴法院見解，認為所謂「廣泛流通」是指相當商業的成功 (considerable commercial success) 或在市面上易取得 (ready availability in the marketplace)⁵³。原告

⁵⁰ *Cholvin v. B&F Music Co.*, 253 F.2d 102, 116 U.S.P.Q.491(7th Cir. 1978).

⁵¹ 惟何謂「廣泛流通」？美國法院並無一定之標準。美國法院在一案件中認為原告銷售 17000 個 videos，並不認為原告著作是「廣泛流通」，Nimmer 對此表示反對。supra note 28, at 13:25.

⁵² Patry 認為「間接」這樣的詞彙會有誤導之嫌，蓋因一個人沒有辦法「間接地」看到、聽聞他人著作。即使假設被告抄襲第三人著作，而該第三人抄襲原告著作，一般常識認為被告是「間接地」抄襲原告著作，但在法律上應是被告「直接地」抄襲原告著作。See William F. Patry, supra note 26, at 9-53.

⁵³ *Id.* at 9-51.



得藉由證明其著作非常知名及已在大眾媒體展示、演出利用，或是以其他方式銷售或展示而廣泛地被他人普遍取得或利用，來建構其著作被他人普遍流通之事實。例如有法院認為「蝙蝠俠」廣泛被他人周知，相當知名，應此推論「接觸」已無爭論。在這樣的案件中，原告不需要證明被告實際看到或聽聞原告著作，僅以被告有合理機會可能性接觸來證之⁵⁴。

Patry 認為此方式常常應用於音樂著作侵害之案件。在網路時代之前，一般人可以聽到音樂的方式主要是透過電台、收音機，之後才是電視、MTV。這幾個大眾媒體常常有大量的音樂播放，一般人應有合理機會聽到音樂。當歌曲排行榜、歌曲受歡迎的統計圖出現後，一首歌曲在排行榜、統計圖的排名及位置之事實，得以建構該歌曲受歡迎、流通之程度。進入到網路時代後，歌曲透過網際網路之方式公開，則歌曲在網路上下載數量之排名，可以界定著作是否廣泛流通。惟相反地，若著作僅於地區性公開演出，而沒有藉由全國性電台、電視、網路等大眾媒體公開，則無法推論「接觸」⁵⁵。

(2) 原告作品於商業展 (trade shows)、展示廳 (Showroom) 公開展出，或利用商業定期出版物或國家定期出版物公開發行

Patry 分析美國實務見解指出，倘若著作的性質是符合某特定族群(市場)需求之取向，若非喜好閱讀、欣賞該類著作之人，斷不會注意且閱讀、欣賞該類著作。如原告著作在被告經常性參與 (regularly attend) 的商業展 (trade shows)、展示廳 (Showroom) 公開展出，或原告著作在被告經常性閱讀 (regularly read) 的商業定期出版物或國家定期出版物公開發行，

⁵⁴ *Id.* at 9-57—9-58.

⁵⁵ *Id.* at 9-58—9-59.



依美國實務多數見解合理推論被告有接觸原告著作⁵⁶。

（3）被告透過第三人接觸原告著作

當原告沒有辦法證明其著作「廣泛流通」或欠缺被告實際看到、聽聞原告著作之證據時，可以透過第三人在原、被告二者之間作連結利用，以推論被告「接觸」。例如原告將其著作重製物交付予第三人，而第三人努力推銷原告著作予被告。又 Patry 認為第三人與被告之間的連結部分要有關聯性，以證明被告是因此第三人連結之結果，而取得原告著作之重製物。僅以第三人認識被告或曾經與被告共事，並無法建構「接觸」之合理性。例如原告將其著作重製物交付予 X，X 交付予 Y，而 Y 認識被告。僅以「Y 認識被告」並不足以推論被告「接觸」原告著作，原告必須證明 Y 將原告著作重製物交付予被告之事實，始能推論被告「接觸」原告著作⁵⁷。是一定要第三人與原、被告同時期有互相往來，且第三人擁有原告著作，始足以推論被告「接觸」原告著作⁵⁸。

又當第三人與被告是在同一間公司時，須討論第三人與被告之間關係，是否在同一為公司創作之部門服務⁵⁹；若是非同部門，須探討第三

⁵⁶ *Id.* at 9-62—9-63.

⁵⁷ *See* William F. Patry, *supra* note 26, at 9-68.惟本文認為 Patry 所述原告必須證明 Y 將原告著作重製物交付予被告之事實，始能推論被告「接觸」原告著作，此已為「直接接觸」，而非「推論接觸」之證據。

⁵⁸ 美國第五巡迴法院有一案例認為發現「接觸」之證據必須是合理可能（reasonable possibility）之「接觸」，而非單純的可能性（bare possibility），在該案中原告寄送她的音樂著作之重製物給四個人及 2 間唱片公司，但全部都被退回，雖然被告的作曲家有與上述接收者之一聯繫，但法院仍認為被告接觸是單純的可能性（bare possibility），原告無法證明被告構成「接觸」要件。*See* Ferguson v. National Board.Co., 584 F.2d 111,113,200 U.S.P.Q.65(5th Cir. 1978).

⁵⁹ 美國第八巡迴法院有見解認為在被告是公司法人資格時，若公司內一職員擁有原告作品，該實際為公司創作之職員與該擁有原告作品之職員在物理上有相鄰（physical



人與被告之間有無監督管理關係。又此種透過第三人在原、被告二者之間作連結利用之任何推論，被告均可提出證據反駁之⁶⁰。

(4) 替代的推論 (Vicarious inference)

若原告無法提出被告「直接接觸」或「推定接觸」之證據時，原告得藉由將其作品寄至被告公司之方式，來推論證明為被告公司創作之人「接觸」，此種方式稱為替代的推論 (Vicarious inference)。Patry 認為此種推論必須建構在以下事實，否則難以合理認定為被告公司創作之人「接觸」：⁶¹

- A. 原告著作確實被被告公司收到。原告負有舉證證明被告「接觸」之義務，在大部分法院案例中，原告僅口頭說明有將其作品寄出，卻沒有提出作品寄出之存根或被告公司簽收之回執收據。若是原告都吝於花小錢寄掛號或雙掛號，就不應該讓原告享有此推論之利益。
- B. 證明「被告公司有收到原告作品」是必要的，但是還不足以充分推論為被告公司創作之人「接觸」。原告還必須證明為被告公司創作之人有收到原告之作品。蓋因原告是要證明被告公司抄襲，而「抄襲」須證明為被告公司創作之人有「接觸」原告著作。若原告僅證

propinquity) 之理由，即可推論該為公司創作之職員已接觸原告作品。法院認為因 (1) 公司場所具隱密性特徵，對原告而言，要進去被告公司取得其職員抄襲之直接證據，時常是不可能的事；(2) 若原告與被告公司職員無交情，要取得公司職員「接觸」之證據非常困難。是以若不依此推論，要讓原告證明「接觸」有實際上的困難性。See *Moore v. Columbia Pictures Indus., Inc.*, 972 F.2d 939, 942(8th Cir. 1992). 惟有法院不認同此推論，認為如果被告公司進一步提出相關事證，證明為公司創作之職員於創作過程中，有與該接觸原告著作之職員隔離，即無法推論該為公司創作之職員已接觸原告作品。See *Robinson v. New Line Cinema Corp.*, 42 F. Supp. 2d 578,588 (D.MD 1999).

⁶⁰ See William F. Patry, *supra* note 26, at 9-69.

⁶¹ *Id.* at 9-70—9-71.



明是被告公司的收發室職員、秘書收到原告作品，則非可以此合理推論為被告公司創作之人「接觸」原告著作。有些公司的政策方針是收到他人不請自來之作品，雖會在回執收據上簽收，但會註明該作品並不會送到公司創意部門。這樣的政策方針確實可以保障公司免於受到他人無端侵權的指控。

（5）透過圖書館或其他保存所之接觸

若原告著作是存放在圖書館或其他保存所，原告可以提出被告進出該圖書館或其他保存所之證據，證明被告有「接觸」原告著作。惟若著作僅影本存放至美國著作權局（Municipal Office），依美國實務多數見解認為此種荒謬的可能性（fantastic possibility）並不能證明被告有合理接觸原告著作，蓋因他人欲接觸該著作，僅能以書面向美國著作權局申請，除非原告提出被告向美國著作權局申請之該書面文件，否則不能證明被告成立「接觸」要件⁶²。

（五）「廣泛流通」推論「接觸」要件之檢討

前文已提到美國實務及學說均肯認若原告著作已經「廣泛流通」，即可推論被告「接觸」原告著作。「廣泛流通」之所以可以作為推論被告「接觸」原告著作之基礎，乃是基於人類生活經驗，認為若原告著作「廣泛流通」之時間、場所與被告涉嫌抄襲之時間、場所較近，則被告「接觸」原告著作具有高度蓋然性。依經驗法則、論理法則，得以「廣泛流通」之間接事實依理性來推論被告「接觸」原告著作。惟若原告著作「廣泛流通」之時間、場所與被告涉嫌抄襲之時間、場所相距較遠，使得被告「不存在」

⁶² *Id.* at 9-73—9-74.



接觸原告著作之事實的蓋然性大於其「存在」之蓋然性，則應認為被告沒有合理機會或合理可能性「接觸」原告著作，不得據此推論「接觸」。然美國也有部分法院（特別是美國第二巡迴法院）對於原告證明被告「接觸」要件特別寬鬆，不去理會原告著作「廣泛流通」之時間、場所與被告涉嫌抄襲之時間、場所兩者之關聯性，逕自認為被告構成「接觸」。本文茲舉三個重要實務判決如下：

1、*Gaste v. Kaiserman* 一案

如在美國第二巡迴法院 *Gaste v. Kaiserman* 一案⁶³ 中原告是位作曲家，其創作一首沒有名氣的法國歌曲《Pour Toi》，這首歌一開始是在一部沒有名氣的電影《Le Feu aux Poudres》（中文譯稱：火上加油）中作為配樂。隨後，原告將該歌曲與電影分離而出版發行，發行範圍遍及全世界，其收益不超過 15,000 美元。被告於西元 1973 年在巴西創作《Feelings》一曲，發行範圍也遍及全世界，但卻莫名其妙在全球銷售成功。原告主張被告《Feelings》一曲抄襲其《Pour Toi》歌曲，但原告並沒有證據證明被告有實際聽到原告《Pour Toi》歌曲。原告提出《火上加油》這部電影曾在巴西短暫上映過，但被告主張其並未看過這部電影，而這部電影是在被告小時候於巴西短暫上映，但該電影情節太過暴力，在巴西一般小孩子應無高度可能性去看這部電影。

又原告提出《Pour Toi》一曲曾在巴西電台一個法國節目中公開發放，但被告主張其不會法文，也從未到過法國，且沒有證據證明被告有聽過該電台節目。雖然原告主張其曾至巴西巡迴演出時表演《Pour Toi》一曲，但原告並無證據證明被告有在演出的現場。又原告的前職員在法院作證指

⁶³ *Gaste v. Kaiserman*, 863 F.2d 1061 (2d Cir. 1988).



稱被告創作《Feelings》一曲的 20 年前，有將《Pour Toi》一曲之錄音帶交給一位唱片發行人，而該發行人後來更成為被告之唱片發行人。但該發行人於法庭上否認有收到該錄音帶，且表示縱使退萬步言，有收到該錄音帶，但也沒有任何證據可以證明他仍然保留該錄音帶，或於 20 年後將該錄音帶交付予被告。在此情況下，法院理應無法得出推論被告有接觸原告之事實。然不幸的是本件陪審團最後認定被告有接觸原告之事實，且亦經上級審法院確認。Patry 明白指出陪審團僅憑推測或猜測來推論認定被告「接觸」之證據，非常不當⁶⁴。

2、*ABKCO Music, Inc. v. Harrisongs Music, Ltd.* 一案

另外，美國第二巡迴法院審理 *ABKCO Music, Inc. v. Harrisongs Music, Ltd.* 一案⁶⁵中，原告的音樂著作在美國官方的排行榜持續五週第一名，且在被告故鄉國家—英國也曾持續七週是排行榜的前幾名，顯見原告的著作確實是「廣泛流通」。惟原告音樂著作流行受歡迎的時間，是在被告實際創作其音樂著作的「六年前」。但美國第二巡迴法院因原告著作「廣泛流通」，而寬鬆的認定被告有合理機會「接觸」原告著作。Goldstein 對此判決表示不同看法，認為本件「廣泛流通」不必然表示得以推論被告必然接觸之結論，僅憑「廣泛散布」無法得出被告抄襲之結論⁶⁶。

3、*Three Boys Music Corp. v. Bolton* 一案

同樣的，美國第九巡迴法院也有第二巡迴法院認定「接觸」要件寬鬆

⁶⁴ William F. Patry, *supra* note 26, at 9-60—9-61.

⁶⁵ *ABKCO Music, Inc. v. Harrisongs Music, Ltd.*, 722 F.2d 988, 221 U.S.P.Q. 490 (2d Cir. 1983).

⁶⁶ Paul Goldstein, *supra* note 24, at 10:50.



之問題。如美國第九巡迴法院在 *Three Boys Music Corp. v. Bolton* 一案⁶⁷ 中，美國一知名歌星麥可伯恩特 (Michael Bolton) 所創作《Love is a Wonderful Thing》被三男孩音樂公司 (Three Boys Music Corp.) 指控抄襲艾斯禮兄弟合唱團 (Isley Brothers) 同名歌曲《Love is a Wonderful Thing》。原告主張艾斯禮兄弟合唱團於西元 1966 年發表《Love is a Wonderful Thing》歌曲，雖當時未製作唱片發行，但有於電台及電視上表演。被告雖係在西元 1990 年創作《Love is a Wonderful Thing》歌曲，然原告主張艾斯禮兄弟合唱團《Love is a Wonderful Thing》歌曲在被告居住之地 (康乃狄克州) 的電台持續播放將近 5 至 6 年期間 (惟三位電台節目主持人證明《Love is a Wonderful Thing》歌曲在電台及電視播放持續 6 個月)，認為被告接觸之理由是被告於 20 多年前曾聽過艾斯禮兄弟合唱團《Love is a Wonderful Thing》歌曲，於 20 多年後潛意識抄襲。

這是一個非常特殊的例子，在此案，被告主張那時才 13 歲，住在康乃狄克州，在那時期，康乃狄克州從未有電視播放艾斯禮兄弟合唱團《Love is a Wonderful Thing》歌曲，被告並沒有聽過；且艾斯禮兄弟合唱團《Love is a Wonderful Thing》歌曲從未進到流行歌曲排行榜或甚至是單周一百名內，被告是在西元 1990 年創作《Love is a Wonderful Thing》歌曲，而艾斯禮兄弟合唱團《Love is a Wonderful Thing》歌曲係於西元 1991 年後始發行唱片及 CD。

然而，不幸的是本件陪審團認為被告出身康乃狄克州，康乃狄克州熱愛節奏與藍調 (Rhythm and Blues) 的青少年應該會記得艾斯禮兄弟合唱團的歌曲曾在電台及電視上播放好幾個禮拜，然後於 20 年後潛意識抄

⁶⁷ *Three Boys Music Corp. v. Bolton*, 212 F.3d 477 (9th Cir.2000).



襲。因此認為被告有合理機會接觸艾斯禮兄弟合唱團的歌曲。該判決亦經上級審法院確認。本文認為艾斯禮兄弟合唱團《Love is a Wonderful Thing》一曲「廣泛流通」之時間、場所與被告涉嫌抄襲之時間、場所相距「過」遠，使得被告「不存在」接觸原告著作之事實的蓋然性大於其「存在」之蓋然性。雖然有三位電台節目主持人證明艾斯禮兄弟合唱團《Love is a Wonderful Thing》一曲在被告居住之地（康乃狄克州）的電台持續播放6個月，但被告過去有沒有收聽該電台節目之習慣，法院卻未調查。僅以被告出身康乃狄克州，康乃狄克州熱愛節奏與藍調（Rhythm and Blues）的青少年應該會記得艾斯禮兄弟合唱團的歌曲曾在電台及電視上播放好幾個禮拜之「單純可能性」，而「猜測」被告有「接觸」艾斯禮兄弟合唱團的歌曲，顯非妥當。

（六）兩造著作出現共同錯誤

1、共同錯誤之概念

原、被告著作間共同存有原告故意安排或疏失所生之錯誤可以推論「接觸」，甚至是抄襲⁶⁸。例如共同錯誤出現在一些事實型著作（fact works），如地圖、電話簿等有時會成為被告接觸之重要決定性之證據。例如地圖上關於河流的正確位置應是在高速公路的右側，但原告故意標示在高速公路的左側，而此錯誤同時出現在被告之地圖⁶⁹；或原告故意在電話簿上標示部分錯誤，而此錯誤也同時出現在被告之後出版的電話簿上⁷⁰；

⁶⁸ M. Kramer Mfg. Co. v. Andrews, 783 F.2d 421, 446 (4th Cir. 1986) (stating that “common errors or apparently intentional minor changes are compelling evidence that the work was copied from another”). 「共同錯誤或表面上有意的輕微改變，均可作為著作抄襲他人之令人信服的證據。」

⁶⁹ General Drafting Co. v. Andrews, 37 F.2d 54,56 (2d Cir.1930).

⁷⁰ 在美國法院 Sub-Contractors Register, Inc. v. McGovern’s Contractors & Builders Manual,



或原告在其歷史性著作中除了敘述正確歷史故事外，另夾雜一些虛構事件，而被告著作中也出現此部分的虛構事件⁷¹。會出現此種錯誤之緣由，常常是原告有遠見，所埋下地雷⁷²。

2、以共同錯誤推論「接觸」

然而在一些美術著作的共同錯誤，其共同錯誤的緣由可能是創作手法相同所使然。此時被告是否是遵循傳統藝術的創作手法而創作？若法院無專業的藝術知識，在客觀上欲推論被告「接觸」實非易事。此時法院須請專家鑑定看此共同錯誤是否為傳統藝術常見的創作手法，抑或是原告以有別於傳統藝術的方式創作，而具有特殊性，得以解釋被告「接觸」原告著作，甚至得以解釋被告抄襲⁷³。

按「共同錯誤」僅「初步推論」被告有「接觸」原告著作，被告抄襲原告著作的錯誤，「共同錯誤」不必然表示被告抄襲原告之著作。例如「共同錯誤」的來源是第三人著作，而非原告，或被告創作時間早於原告，即不足以推論被告有「接觸」。相反地，如「共同錯誤」的來源非自第三人著作，且「共同錯誤」數量已足以明確支持認定被告有抄襲原告著作，則可以證明被告侵害原告著作權^{74,75}。

Inc. 案件中，原告 1945 年出版的電話簿，內容有 270 個錯誤，諸如拼錯姓名、錯誤的名字、地址、電話或郵遞區號等，而這些錯誤同時出現在被告 1946 年出版的電話簿。See *Sub-Contractors Register, Inc. v. McGovern's Contractors & Builders Manual, Inc.*, 69 F. Supp. 507, 509, 70 U.S.P.Q.440 (S.D.N.Y. 1946).

⁷¹ *Huie v. National Broad. Co.*, 184 F. Supp. 198, 125 U.S.P.Q.226 (S.D.N.Y. 1960).

⁷² Paul Goldstein, *supra* note 24, at 9:15-9:16.

⁷³ *Id.* at 9:16.

⁷⁴ *Id.* at 9:16-9:20.

⁷⁵ 前文是說明「共同錯誤」之情形，但吊詭的是在美國少數案例中，著作權人及侵權者雙方著作之「差異處」(telling dissimilarities)有時可以提供作為「接觸」或「抄襲」



（七）著作權侵害「接觸」要件之舉證責任

1、民事程序

在民事程序上，因原告負有舉證被告有抄襲之責任，當然原告即負有提出證據及說服法院相信被告「接觸」之責任⁷⁶，學說亦肯認之⁷⁷，此在美國並無任何疑義。由於民事訴訟上，原告要證明被告負有損害賠償責任，僅須達「證據優勢」的說服程度。唯有原告提出被告有「有合理之機會」或「合理之可能性」閱讀或聽聞原告著作之優勢證據，使得被告接觸原告著作之事實存在之蓋然性大於其不存在之蓋然性，達到「證據優勢」之程度，原告就此部分始足以盡到「說服責任」之標準⁷⁸。是以，原告僅須證明被告有「合理之機會」或「合理之可能性」閱讀或聽聞原告著作或有機會去抄襲，即完成原告舉證責任⁷⁹。

2、刑事程序

至於刑事訴訟，因檢察官主張被告犯罪，故檢察官負有提出證據及說服法院相信被告「接觸」之責任。然檢察官「說服責任」之標準不同於民事訴訟，依前揭美國最高法院 *Old Chief v. United States* 判決確認檢察官對於被告之待證事實須證明「無合理懷疑」之說服程度。美國學者 Karen Bevil

之證據。在 *Concord Fabrics, Inc. v. Marcus Bros. Textile Corp.* 一案中，原告及被告所設計的織品布料上幾何圖形的設計在外觀及大小尺寸均相同，在色彩上也實質上相同，但有些細節設計卻不同。地方法院不認為被告有抄襲，但上級法院卻駁回地方法院判決，認為被告著作樣本之邊緣上的設計框與原告相似，但方向相反，此差異處是被告有意抄襲之證據。See *Concord Fabrics, Inc. v. Marcus Bros. Textile Corp.*, 409 F.2d 1315, 1316, 161 U.S.P.Q. 3(2d Cir. 1969)。

⁷⁶ *Scott v. Paramount Pictures Corp.*, supra note 30, aff'd, 607 F.2d 494 (D.C. Cir. 1979).

⁷⁷ William F. Patry, supra note 26, at 9-49.

⁷⁸ *Id.* at 9-80—9-84.

⁷⁹ Paul Goldstein, supra note 24, at 9:13; William F. Patry, supra note 26, at 9-55—9-56.



亦主張前揭美國最高法院 *Old Chief v. United States* 判決所述檢察官之「說服責任」之標準，可適用於侵害著作權之刑事案件中，檢察官對於被告如何實際地「接觸」著作權人著作須以豐富的敘述表達 (narrative richness) 說服陪審團至確信、無合理的懷疑其主張可能為不實的程度⁸⁰，以落實「無罪推定原則」及「正當程序」⁸¹。

(八) 獨立創作

1、獨立創作之概念

何謂「獨立創作」？依 Patry 見解認為，著作人非抄襲他人著作，而是以其自身的智力創作，即是獨立創作。蓋因著作權保護的是著作人的智力創作成果，著作人若抄襲他人著作，則其著作根本非自己獨立創作之作品。倘若係參考他人作品，或是受到他人想法或建議啟發，並未抄襲，仍有可能是獨立創作⁸²。又美國實務上認為縱令原、被告兩作品「明顯相似」，若是被告可以舉證證明其作品係獨立創作，仍非侵害著作權。Goldstein 舉一美國法院 *Selle v. Gibb* 案⁸³ 為例，該案是原告 Selle 控告 Gibb 合唱團創作《How Deep Is Your Love》一曲侵害原告《Let It End》歌曲著作權。在該案中，原告無法證明被告有「接觸」原告著作，但原告提出唯一的專家(教授)證言證明原、被告兩首歌曲是如此「明顯相似」，然法院認為即使是

⁸⁰ Karen Bevill, COPYRIGHT INFRINGEMENT AND ACCESS: HAS THE ACCESS REQUIREMENT LOST ITS PROBATIVE VALUE?, Rutgers Law Review, Fall 1999, at 332.

⁸¹ 此為美國聯邦最高法院判決所肯認。See *In re Winship*, 397 U.S. 358, 359 (1970)(The Due Process Clause protects the accused against conviction except upon proof beyond a reasonable doubt of every fact necessary to constitute the crime which he is charged.) 「除非被告遭到控訴的該罪之每一個構成要件事實均證明至無合理懷疑之程度，否則被告應受正當程序原則保護而諭知無罪之判決。」

⁸² William F. Patry, *Patry on Copyright*(1), Thomson West, 2007, at 3-79.

⁸³ *Selle v. Gibb* 741 F.2d 896,223 U.S.P.Q 195(7th Cir.1984).



逐字地近似，然雙方作品的共同之處相當普通，或至少是可以在其他的作品找到，則亦無法構成「明顯近似」。且被告有提出獨立創作之證明，並提出證人證明被告作品是獨立創作，原告無法反駁被告與證人對於「獨立創作」之證詞，法院最後認定被告未侵害原告著作權，判決被告勝訴⁸⁴。足證「獨立創作」並不禁止著作人與他人著作「雷同或相似」，只要證明係著作人獨立創作完成，仍受著作權法之保護⁸⁵。

是以，「獨立創作」不禁止著作人「接觸」他人著作後再為創作，只要可以證明係著作人獨立創作完成，仍受著作權法保護。由此可看出「獨立創作」有兩大面向，其一是「攻擊」面向：原告主張被告侵害其著作權，須證明自己著作是「獨立創作」而具有「原創性」，受有著作權法保護；另一是「防禦」面向：被告在原告得以舉證「接觸」及「實質近似」時，被告得證明自己著作是「獨立創作」，而非抄襲原告，仍受著作權法保護。

此外，Nimmer 提出若被告「異常的創作速度」可能作為被告接觸及使用原告著作，而非獨立創作之一些證據⁸⁶。但 Patry 不贊成此見解，認為沒有任何證據可以支持該見解，且何謂「異常的創作速度」？概念抽象又

⁸⁴ Paul Goldstein, *supra* note 24, at 9:21-9:22. 另在 *Sheets v. Twentieth Century-Fox Film Corp.* 一案中，原告提出專家鑑定證明被告音樂著作與原告音樂著作，兩者「明顯近似」，被告不可能是獨立創作。然該案中，被告得以證明其獨立創作之事實，法院認為被告不構成「抄襲」。See *Sheets v. Twentieth Century-Fox Film Corp.*, 33 F. Supp. 389, 46 U.S.P.Q. 120 (D.D.C. 1940).

⁸⁵ See *Northern Music Corp. v. King Record Distrib. Co.*, 105 F. Supp. 393, 399 (S.D.N.Y. 1952)(Separate songs which are alike in every respect can be copyrighted without denial of any one's rights, for copyright does not give a monopoly of ideas, but second song must be innocently and independently composed.)「個別的歌曲在各個方面都是相同受到著作權法保護，不能否定任何著作權人的權利，著作權並不壟斷思想，但第二首歌必須是獨立創作，始受到著作權法保護。」

⁸⁶ Melville B. Nimmer & David Nimmer, *supra* note 28, at 13:32.



模糊⁸⁷。

2、獨立創作之舉證責任

前文已論述原告或檢察官負有證明被告「接觸」之舉證責任，若原告或檢察官並未提出證據證明被告有侵害著作權，則說服法官的責任（即說服法院相信被告有侵害著作權）仍在原告或檢察官，並未因此轉換給被告⁸⁸。至於「獨立創作」被告是否負舉證責任⁸⁹？美國巡迴法院有不同之意見。美國第二巡迴法院認為「獨立創作」是「積極抗辯」（相當於被告之本證），當原告證明被告「接觸」及「實質近似」，即發生「舉證責任轉換之效果」，若是被告沒有作任何答辯，法院將推論被告抄襲原告著作⁹⁰。而第四法院拒絕舉證責任之轉換，認為訴訟上的舉證責任仍在原告，被告獨立創作僅是反證，指出原告舉證被告抄襲之瑕疵，非「積極抗辯」⁹¹。

Patry 認為「抄襲」的相反詞係「獨立創作」，原告應有義務及責任提出證據證明被告有抄襲而侵害著作權，被告並未因此產生須證明「獨立創作」之責任。在原告未盡其舉證責任之情況下，被告不須證明其所創作的作品非抄襲。故「獨立創作」是被告的「反證」，而非「本證」（即「積極

⁸⁷ William F. Patry, *supra* note 26, at 9-55—9-56.

⁸⁸ *Id.* at 9-80—9-84.

⁸⁹ 在證據法上，有「本證」及「反證」之區別。本證乃指證明自己負有舉證責任之事實而提出證據；而反證乃指不負舉證責任之當事人為否定對造負有舉證責任之事實而提出之證據。參見駱永家，「民事法研究 I」，頁 54-55，作者自版，1999.03，第 8 版。

⁹⁰ *See* *Repp v. Lloyd Webber*, 132 F.3d 882, 891 (2d Cir. 1997) (identifying independent creation as an affirmative defense); *Waldman Publ'g Corp. v. Landoll, Inc.*, 43 F.3d 775, 783 (2d Cir. 1994) (finding that once the plaintiff establishes substantial similarity, if there is no showing of independent creation, there was an inference that defendant copied the plaintiff's work).

⁹¹ *Keeler Brass Co. v. Continental Brass Co.*, 862 F.2d 1063, 1066 (4th Cir. 1988) (determining that the burden should remain with the plaintiff)



抗辯」)。是被告用來攻擊原告，否定原告提出的「接觸」、「實質近似」之證明⁹²。當原告沒有提出充分證據來認定被告有「接觸」原告著作之情形，被告無庸緊張去反駁原告之主張。縱令被告反駁而提出「獨立創作」之主張，其證明之程度，僅須使法院大致相信被告獨立創作之事實存在，讓原告無法達到舉證「證據優勢」之程度。

反之，若原告提出證據證明被告有侵害著作權，且證據在形式上確實足以認定被告侵害著作權之情況下，因被告「獨立創作」之事實內容及證據方法均掌握在被告手上，此時基於「由掌握證據方法之當事人負舉證責任之程序正義（procedural justice）考慮」，應發生「舉證責任轉換」之效果，美國第九巡迴法院有認為此時被告須提出強大的說服力、足以令人信服之「獨立創作」證據，以反駁抄襲之推論⁹³。此時「獨立創作」即因舉證責任轉換，變成是被告的「本證」，而非「反證」。

3、小結

雖然被告在原告提出證據證明其有侵害著作權情況下，得以舉證證明其著作係獨立創作，但有些法院見解會認為此種證據往往認定困難或者是對於其證據之可信性仍存疑慮。例如在 *Herbert Rosenthal Jewelry Corp. v. Kalpakian* 一案⁹⁴中，雖然被告提出證據證明其設計的蜜蜂圖案是獨立創作，而非抄襲自原告作品，但法院認為此問題之處理並非令人完全滿意，特別是所謂「抄襲」並不限於被告一定要下意識抄襲，潛意識抄襲也是「抄

⁹² William F. Patry, *supra* note 26, at 9-87.

⁹³ See *Overman v. Loesser*, 205 F.2d 521 (9th Cir. 1953)(strong convincing and persuasive evidence to... refute the inference of copying.)

⁹⁴ *Herbert Rosenthal Jewelry Corp. v. Kalpakian*, 446 F.2d 738, 741, 170 U.S.P.Q. 557 (9th Cir. 1971).



襲」，有很多潛意識抄襲之原因是因為侵權者過去某一個時間點曾閱讀或聽聞他人之著作。故法院認為推論被告獨立創作之過程中，會關閉「曾看過原告極為成功的珠寶蜜蜂胸針」記憶，是非常不切實際。此案也表示在原告已經證明被告有「接觸」原告作品，被告主張自己獨立創作必須要有高標準、十分堅強之證據，法院才能採信。

(九) 明顯近似

1、概念說明

美國很多法院採取一個投機的方式，用一種誤導的力量去彌補原告未能提出被告「直接接觸」或「推論接觸」之證據，此種投機方式稱為「明顯近似」⁹⁵ (striking similarity)。「明顯近似」概念在美國地方法院及巡迴法院運作已久，美國法院最早使用「明顯」(striking)一詞是在19世紀，適用「明顯近似」之目的是在原告未能提出被告「直接接觸」或「推論接觸」之證據，但原、被告作品之相似度達到如此「明顯」之程度，足以排除被告獨立創作之可能性，作為原告證明「抄襲」之替代方式⁹⁶。故美國有法院見解認為有三個理論可以證明「接觸」，一是「直接接觸」；二是「透

⁹⁵ Alan Latman, "Probative Similarity" as Proof of Copying: Toward Dispelling Some Myths in Copyright Infringement, *Columbia Law Review* 90,1990.06, at 1189-90. (discussing use of "substantial similarity" as an alternative to access) 「討論使用『實質近似』作為『接觸』之替代選擇。」; *Gaste v. Kaiserman*, 863 F.2d 1061, C.A.2 (N.Y.), 1988 (permitting jury to infer copying from striking similarity.) 「允許陪審團由『明顯近似』推論抄襲」 (stating that the need to meet the access requirement is less rigorous when striking similarities exist.) 「當『明顯近似』證據存在時，『接觸』要件就不需要嚴格要求。」

⁹⁶ William F. Patry, *supra* note 26, at 9-90; *see also Wilkie v. Santly Bros.*, 91 F.2d 980, C.A.2 1937. (stating that even though there was no proof of access, the similarities were so striking and so unique that the judge properly found no possibility of coincidence). 「縱令沒有『接觸』之證據，但相似性如此明顯、特別，以致於法官認定無巧合之可能性。」



過第三人之接觸」；三是「明顯近似」⁹⁷。「明顯近似」可以推論「接觸」⁹⁸。

2、「明顯近似」之定義

（1）實務見解

美國法院在 *Keene v. Wheatley* 一案⁹⁹中對於「明顯近似」的概念表示：「一系列的思想或表達，其結構不能被兩個人用同一語言在相同順序上表達，套句數學家的語言，這樣的巧合是幾乎不太可能發生。在經驗上已認為是絕對不可能。」

（2）學說見解

而 Patry 認為「明顯近似」定義，可分為兩個層次。第一個層次是以「推論」方式來界定其定義。Patry 整理美國法院見解「推論」理由如下¹⁰⁰

- A. 當證據整體觀察，不能排除被告有任何獨立創作之可能性時，即不足以推論「明顯近似」。
- B. 被告著作已超出「巧合」、「偶然」之界線。
- C. 原、被告著作如此「相似」，足認被告是不可能獨立創作。
- D. 此種「相似」只能被解釋為抄襲，而非被告獨立創作、巧合或共同

⁹⁷ *Hoffman v. Pressman Toy Corp.*, 790 F. Supp. 498, 505 (D.N.J. 1990), *aff'd*, 947 F.2d 935 (3d Cir. 1991)

⁹⁸ Melville B. Nimmer & David Nimmer, *supra* note 28, at 13:26.

⁹⁹ *Keene v. Wheatley*, 14 F. Cas. 180, 195, No. 7644, 4 Phila. 157 (C.C.E.D. Pa.1861) (No. 7,644):[A] prolonged series of thoughts or statements, each one in itself simple, cannot have been expressed originally by two persons in the same words arranged in the same succession. In language of the mathematician, such a coincidence is infinitely improbable. It has, from experience, been long recognized as absolutely impossible.

¹⁰⁰ William F. Patry, *supra* note 26, at 9-113.



來源。

E.當兩著作如此「明顯近似」，以致於被告有抄襲之高度可能性，足以排除被告獨立創作之可能性。

由以上「推論」層次觀之，「明顯近似」可定義為：「這種『相似』，基於原告可靠性的證據表示，已足以排除被告獨立創作之可能性，也排除被告抄襲原告以外之解釋¹⁰¹。

第二層次是以兩著作「相似」之程度來界定其定義。Patry 認為兩作品要有特殊相似（唯一、與眾不同之性質、特點）及複雜之性質，且在質和量上須超出實質相似，到達令人信服之程度，此種限制十分重要¹⁰²。

3、「明顯近似」概念之批評與檢討

(1) 違背舉證責任分配原則

按前文已論述原告或檢察官負有證明被告「接觸」之舉證責任，若原告或檢察官並未提出證據證明被告有侵害著作權，則說服法官的責任（即說服法院相信被告有侵害著作權）仍在原告或檢察官，並未因此轉換給被告，法院應該判決原告或檢察官敗訴。原告缺少「接觸」證據可能有以下幾種可能性：

- A.證據存在，但原告找不到。
- B.證據存在，但卻被第三人持有。
- C.證據存在，但已被破壞。

¹⁰¹ *Id.* at 9-114.

¹⁰² *Id.* at 9-115.



D.證據從未存在。

「明顯近似」有個先天上的缺陷，其概念認為原、被告作品如此明顯近似，以致於排除被告獨立創作、巧合或共同來源之可能性，直接推論證明被告有「抄襲」之事實，沒有其他解釋之可能性，明顯違反舉證責任分配原則。在以上原告缺少「接觸」證據情況下，直接以「明顯近似」推論被告「接觸」，對於被告而言是非常不合理的。原告如何缺少「接觸」證據，都不是被告或法院應該關心的重點。

(2) 「明顯近似」會損害現有侵害著作權之要件

Patry 認為「明顯近似」是「惡棍」的避難所，因原告沒有辦法證明被告「接觸」原告著作，就自動提出被告著作與原告著作「明顯近似」之主張，但事實上兩著作可能並非「明顯近似」，而是原告一種訴訟上策略，讓原告藉此符合舉證責任，作為欺騙法院的一種手段。此種單一推論會損害現有侵害著作權之要件（即原告主張被告抄襲，須證明被告「接觸」及「實質近似」，但「明顯近似」完全推翻，甚至取代「接觸」及「實質近似」，成為被告抄襲之唯一證明）。此種推論方式並沒有如同「推論接觸」（由原告提出之證據所呈現之客觀事實作合理連結）合理推論。而是直接取代「客觀事實」，透過專家證詞、原告及其律師主張而直接認為被告「接觸」原告著作。在經驗上，當「明顯近似」作為原告唯一指控被告侵權之基礎時，往往代表著原告正在進行嚴重的欺騙¹⁰³。

(3) 「明顯近似」概念並無實益

¹⁰³ *Id.* at 9-92、9-96—9-97.



此外，紐約南區地方法院 Conger 法官在一個侵害音樂著作的案件中指出「接觸」對於證明侵害著作權之重要性。縱令原、被告作品「明顯近似」，也可能是誠實地巧合相似，對一般人來說，以此「明顯近似」逕自認定被告是抄襲或竊取是極度困難的。只要被告非抄襲原告作品，兩作品同一，並無任何意義。當美國第九巡迴法院在 *Fodor v. Time Warner, Inc.* 一案¹⁰⁴中公正地指出若被告沒有接觸原告的電影劇本，縱使原、被告作品「明顯近似」，也會被視為偶然的情形¹⁰⁵。

(4) 小結

是以，就著作權法之原理原則，「明顯近似」是對於一個不是問題的「問題」，提供一個不好的解決方式。原告不能提出被告「直接接觸」或「推論接觸」之證據，在程序上是應負舉證責任而未能舉證，則法院應判原告敗訴。法院就不應該採取補充該「遺失的證據」(the missing evidence) 或重新改寫相關法律原則，以讓原告確保勝訴。「明顯近似」完全破壞「接觸」及「獨立創作」原則，原告不能提出被告「直接接觸」或「推論接觸」之證據，法院應判原告敗訴，不論兩作品「相似」的質跟量有多少，甚至是同一性，都無法取代「接觸」¹⁰⁶。

相反地，若認為明顯近似只是推論「接觸」之方式之一，還需要和其他推論「接觸」的證據綜合觀察判斷被告是否「接觸」¹⁰⁷。惟 Patry 認為

¹⁰⁴ *Fodor v. Time Warner, Inc.*, 19 F.3d 27 (9th Cir. 1994).

¹⁰⁵ William F. Patry, *supra* note 26, at 9-95—9-96.

¹⁰⁶ *Id.* at 9-135.

¹⁰⁷ 在前述美國第四巡迴法院 *Bouchat v. Baltimore Ravens* (巴爾的摩烏鴉隊) 一案中，法院即說明不認同若原、被告著作構成「明顯近似」，即可放棄「接觸」之要件。而是像第二巡迴法院、第七巡迴法院一樣，認為「明顯近似」是證明「接觸」的一種方式，「接觸」仍是侵害著作權之不可或缺之部分(“this count does not favor the



若其他推論「接觸」的證據，推論是「合理的」，則「明顯近似」已完全無存在之必要性。倘若其他推論「接觸」的證據，僅是猜測或臆測，推論是「不合理」，則應認為原告無法證明被告「接觸」其著作，法院應判原告敗訴。據此，「明顯近似」應完全廢棄，繼續使用此方式只會破壞著作權法的體系及原理原則，且對於被告不公平。肯定的是美國最高法院從未承認此方式，也並未替此方式背書¹⁰⁸。

（十）結語

綜合上述整理，結語如下：

- 1、透過美國「舉證責任論」之介紹，足以證明為何美國實務認為所謂「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，並不包括任何事皆可能成立之「單純的可能性（bare possibility）」在內，也不能僅是單純推測（speculation）或猜測（conjecture）而認定侵權者「接觸」著作權著作。此乃「單純的可能性」、「推測」或「猜測」均不足以作為認定被告構成「接觸」原告著作之優勢證據所使然。唯有原告提出被告有「有合理之機會」或「合理之可能性」閱讀或聽聞原告著作之證據，使得被告接觸原告著作之事實存在之蓋然性大於其不存在之蓋然性，達到「證據優勢」之程度，原告就此部分始足以盡到「說服責任」之標準。然此僅為民事訴訟說服責任之標準，至於刑事訴訟，其「說

wholesale abandonment of the access requirement in the face of a striking similarity. Rather, like the Second and Seventh Circuits, this count recognizes that striking similarity is one way to demonstrate access. Access remains an indispensable part of a copyright infringement claim.”) *see supra* note 45.

¹⁰⁸ William F. Patry, *supra* note 26, at 9-136.



服責任」之標準不同於民事訴訟。檢察官對於被告如何實際地「接觸」著作權人著作須以豐富的敘述表達 (narrative richness) 說服陪審團至確信、無合理的懷疑其主張可能為不實的程度。

2、至於證明「接觸」之方式，雖然 Patry 主張之方式有「大眾媒體之利用」、「於商業展、展示廳公開展出，或利用商業定期出版物或國家定期出版物公開發行」、「透過第三人接觸」、「替代的推論」及「圖書館或其他保存所之接觸」等，但究其內容，其實就相當於 Nimmer 與 Goldstein 主張「被告曾透過『一連串事件』之途徑或連結，而接觸原告著作」及「原告著作已經廣泛流通散布」之方式。以上方式之所以可作為推論被告「接觸」原告著作之基礎，乃是基於人類生活經驗，認為被告「接觸」原告著作具有高度蓋然性。依經驗法則、論理法則，得以間接事實依理性來推論被告「接觸」原告著作。惟若被告「不存在」接觸原告著作之事實的蓋然性大於其「存在」之蓋然性（如原告著作「廣泛流通」之時間、場所與被告涉嫌抄襲之時間、場所相距較遠），則應為被告沒有合理機會或合理可能性「接觸」原告著作，不得據此推論「接觸」。

3、又「獨立創作」並不禁止著作人與他人著作「雷同或相似」，只要證明係著作人獨立創作完成，仍受著作權法之保護。當原告未證明被告「接觸」、「實質近似」之情況下，被告不須證明其所創作出之作品是獨立創作，非抄襲原告。「獨立創作」是被告的「反證」，而非「本證」。是被告用來舉證原告證明有瑕疵，否定原告證據之證明。當原告沒有提出充分證據來認定被告有「接觸」原告著作



之情形，被告無庸緊張去反駁原告之主張。

- 4、最後，「明顯近似」的適用，對於被告非常不公平，應完全廢棄。繼續使用此方式只會破壞著作權法的體系及原理原則，且違反舉證責任分配原則。美國最高法院從未承認此方式，也並未替此方式背書。原告無法提出被告「直接接觸」或「推論接觸」之證據，在程序上是應負舉證責任而未能舉證，則法院應判決原告敗訴。法院就不應該採取補充該「遺失的證據」或重新改寫相關法律原則，以讓原告確保勝訴。

～未完待續～