



論著作權侵害「接觸」要件之研究 ——以美國法為中心(下)

～承前期～

胡中璋*

參、我國著作權侵害「接觸」要件之理論

按要取得被告抄襲原告之證據，有時比登天還難，如本文前言所述我國實務、學說也均肯認原告得以間接方式來證明被告抄襲，此間接方式即為「接觸」及「實質近似」。若原告之舉證能符合上述兩要件，而被告又不能提出任何證據證明該著作係獨立創作而來，則法院可依職權認定被告之著作抄襲自原告而成，此已無任何疑義。是「接觸」為判斷被告是否抄襲原告著作之要件之一，原告要證明被告抄襲其著作，在順序上首先須證明侵權者曾「接觸」著作權人之著作。

一、「接觸」之定義

我國實務見解認為所謂「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（臺灣高等法院 94 年重上更（三）

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。



字第 131 號刑事判決¹⁰⁹)。智慧財產法院 99 年度民著訴字第 36 號民事判決則表示：「接觸者，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，此為確定故意抄襲之主觀要件。」

而我國學說認為所謂「接觸」應指「接觸可能性」¹¹⁰，而非單純之偶合¹¹¹。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，均屬之¹¹²。顯見我國實務及學說對於「接觸」之定義，均採取如同美國實務及學說之見解。

二、證明「接觸」方式

按我國實務見解就接觸之類型表示：「接觸分為直接接觸與間接接觸兩者態樣。前者，係指行為人接觸著作物。諸如行為人參與著作物之創作過程；行為人有取得著作物；或行為人有閱覽著作物等情事。後者，係指於合理之情況下，行為人具有合理機會接觸著作物，均屬間接接觸之範疇。諸如著作物已行銷於市面或公眾得於販賣同種類之商店買得該著作，被告得以輕易取得；或著作物有相當程度之廣告或知名度等情事。（智慧財產法院 99 年度民著訴字第 36 號民事判決）」依最高法院 99 年度台上字第 2075 號刑事判決：「法院就當事人所提一切事證均應併予審酌，非謂欠缺直接證據時，所有間接證據均不可採。」是有關「接觸」之證明可以「直

¹⁰⁹ 另可參考臺灣高等法院 97 年度上訴字第 809 號刑事判決、91 年度上訴字第 1666 號刑事判決、臺灣高等法院臺中分院 96 年度上易字第 226 號刑事判決、智慧財產法院 97 年度民著上字第 6 號民事判決、98 年度民著訴字第 14 號民事判決。

¹¹⁰ 謝銘洋，「智慧財產權法」，頁 298，元照出版，2008.10，初版。

¹¹¹ 楊崇森，同前註 2，頁 126-127。

¹¹² 林洲富，「著作權法案例式」，頁 117，五南出版，2008.10，初版。



接證據」、「間接證據」證明之，以下茲舉我國實務及學說所認定若干構成「接觸」之見解：

(一) 直接證據

1. 被告自白曾看過告訴人著作¹¹³。
2. 提出被告曾經購買原告著作之單據¹¹⁴。
3. 被告曾經向圖書館借閱之證明¹¹⁵。
4. 被告過去曾經引用過著作權人著作之證據¹¹⁶。
5. 學生將繳交報告及磁片予教授¹¹⁷。

¹¹³ 臺灣高等法院 93 年度上訴字第 2618 號刑事判決表示：「而被告著作『愛情水晶』、『招財水晶』二書時，曾經參考告訴人著作之『水晶寶石的靈性功能』、『水晶寶典』二書，此業據被告偵審中自承『確實有看到告訴人之書籍』、『我不否認有看過告訴人之書籍』、『告訴人的書籍是我參考書籍中的一小部分』等語在卷……，是被告出版前揭書籍之前曾經接觸（access）告訴人上開著作，堪可認定。」另可參考臺灣高等法院 96 年度上更（二）字第 430 號刑事判決。又臺灣高等法院 94 年度上訴字第 3 號刑事判決謂：「況雙方就系爭企鵝絨毛玩具之量產事宜於八十八年十一月間至八十九年一月間已多次接洽，被告並且因此取得樣品而有接觸企鵝玩偶本體之事實。」智慧財產法院 98 年度民著訴字第 18 號民事判決謂：「兩造先前就『F-16 Fast Power 微波脈衝（省油）器』簽訂『合作協議書』，原告同意被告對外以原告及被告之共同名義，刊登廣告，且被告自陳兩造曾協議共同銷售 F-16 FAST POWER 微波脈衝（省油）器，並由原告提供該產品相關資料，供被告於 95 年 7、8 月間製作文宣等語，故被告確有『接觸』系爭原告文宣之情事，足見被告確有『抄襲』系爭原告文宣之文字著作的行為。」臺灣臺中地方法院 94 年度訴字第 1865 號刑事判決表示：「被告自承曾接觸（access）告訴人著作中有關人物介紹部分。」

¹¹⁴ 同前註 110。

¹¹⁵ 同前註 110。

¹¹⁶ 同前註 110。

¹¹⁷ （國立中正大學法律系教授涉嫌抄襲學生報告一案）最高法院 99 年度台上字第 2109 號民事判決謂：「證人李政春已證明被上訴人（指：學生）在八十八年一月底期末繳交系爭報告及磁片予上訴人（指：教授），上訴人未返還該磁片，足證上訴人在發表系爭論文之前，確有合理機會接觸系爭報告。」



（二）間接證據

1. 被告曾在自訴人公司任職，並從事與自訴人著作相類性質之技術工作¹¹⁸。或被告曾任職於原告公司工程師，職務範圍內勢必接觸原告重要軟體檔案¹¹⁹。
2. 被告著作與自訴人著作內容是同一類型，被告公司之經理曾於自訴人公司任職，且被告為編著著作尚曾到處蒐集相關旅遊資料¹²⁰（備註：被告未自白有蒐集自訴人著作）。
3. 告訴人將其著作放置其經營公司網站上，被告自承曾與告訴人之丈夫合夥，擬共同銷售寢具¹²¹。

¹¹⁸ 如臺灣高等法院 95 年度上更(二)字第 457 號刑事判決表示：「而被告甲○○、丙○○、丁○○3 人先前既均任職於自訴人乙○○開設之德鑫公司，從事相類性質之熱收縮模產品製造技術，自訴人乙○○拍攝本張照片，又係供廣告、推銷德鑫公司產品之用，與被告甲○○、丙○○、丁○○3 人在德鑫公司從事之職務有相當關連，據此，自足認被告甲○○、丙○○、丁○○3 人有相當機會接觸上開自訴人乙○○拍攝之照片。」最高法院 96 年度台上字第 6791 號刑事判決謂：「上訴人（被告）早年服務於大興出版社（自訴人），有機會接觸自訴人於 84 年 3 月出版之『大台北公車手冊』，已然符合依社會通常情況，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之『接觸』要件。」

¹¹⁹ 智慧財產法院 98 年度民著訴字第 9 號民事判決謂：「被告乙○○、丙○○於任職於原告時皆屬工程師，職務範圍內勢必接觸原告重要軟體檔案，對於原告上開軟體檔案之使用規定自應有所了解。」

¹²⁰ 臺灣高等法院 91 年度上訴字第 1666 號刑事判決謂：「查被告戊○○、庚○○所編著之『台灣逍遙遊』係介紹台灣全島旅遊景點之書籍，與自訴人所著作出版之『台灣走透透』為同一類型之書籍，當時被告中威公司之經理張維中又曾於自訴人公司任職，且被告戊○○等人為編著該書籍尚曾到處蒐集相關旅遊資料，……則被告戊○○、庚○○編著並出版『台灣逍遙遊』時，對於八十八年間已經出版並在市面上流通二年餘之相關旅遊書籍『台灣走透透』一書，顯有合理之接觸機會或可能性，是足認被告戊○○、庚○○曾接觸自訴人之著作『台灣走透透』。」

¹²¹ 臺灣高等法院臺中分院 96 年度上易字第 226 號刑事判決表示：「乙○○創作完成後確有將該圖形置放在其所經營之昇陽公司網站上及使用之實情，此有該公司之網頁資料在卷可稽……；且被告自承曾於九十三年初起與告訴人乙○○之丈夫合夥，擬



4. 原告將其著作刊登在雜誌廣告及原告公司網站(法院認為已是合理之情況而公開與大量在市場散布,是該領域人士或相關消費者均得完整知悉系爭著作物之內容),且被告與原告同業¹²²。
5. 原告系爭廣告所刊登之「商業週刊」第 838 期雜誌,係於 92 年 12 月 11 日由商周文化事業股份有限公司對外寄發,原告系爭廣告隨著第 838 期商業週刊於市面之公開行銷販售¹²³。
6. 共同錯誤¹²⁴(諸如:連奇特的標點符號都相同、誤寫之處也照抄、

共同銷售寢具等語……,是依合理之情況,被告已具有『合理之機會』或『合理之可能性』,得以參考乙○○之著作物而為改作,亦符合判定著作權侵害需符合『接觸』之要件。」

¹²² 智慧財產法院 99 年度民著訴字第 36 號民事判決謂:「就直接接觸而言,參諸原告提供之事證,固無法證明有直接接觸之事實。然就間接接觸以觀,系爭著作物前於 92 年間已完成繪圖與製作,並於 92 年 12 月間開始刊登在美化家庭雜誌廣告與原告公司網站,係以合理之情況而公開與大量在市場散布,是該領域人士或相關消費者均得完整知悉系爭著作物之內容。況被告為製造與銷售彩繪玻璃之同業,衡諸常理,其較社會大眾有更多機會接觸系爭著作物。準此,被告應有合理機會間接接觸系爭著作物,故成立接觸性之要件。」又智慧財產法院 98 年度刑智上更(一)字第 17 號刑事判決謂:「又告訴人與被告公司為競爭同業,90 年 6 至 8 月間被告公司更曾向亞視亨公司洽購其所研發之汽車頭枕電視等情,有收據在卷可稽,且為被告公司所不爭執,是其有接觸告訴人之前開著作可能性,實已明確。」另請參見謝銘洋,同前註 110,頁 298。

¹²³ 臺灣板橋地方法院三重簡易庭 93 年度重簡字第 646 號民事判決謂:「原告系爭廣告所刊登之「商業週刊」第八三期雜誌,係於九十二年十二月十一日由商周文化事業股份有限公司對外寄發,亦有該公司函文乙件在卷可稽,則隨著第八三期商業週刊於市面之公開行銷販售,系爭廣告文句顯然於九十二年十二月中旬以後即有合理閱讀或聽聞之可能性,揭諸前開說明,自應由被告舉證其所刊登之廣告文句係屬被告員工獨立創作。」

¹²⁴ 最高法院 99 年度台上字第 2109 號民事判決表示:「有無接觸並不以提出實際接觸之直接證據為必要,倘二著作明顯近似,足以合理排除後者有獨立創作之可能性,或二著作存有共同之錯誤、不當之引註或不必要之冗言等情事,均可推定後者曾接觸前者。」智慧財產法院 98 年度民著訴字第 41 號民事判決表示:「查原告與被告懷霖公司之航空貨櫃吊網產品於交易市場上係具有直接競爭關係,而兩造維修手冊均係附隨於貨櫃吊網產品而交付予買受人,是被告懷霖公司之人員於創作被告維修手冊過程,即有合理之機會接觸原告維修手冊,況被告懷霖公司之人員未曾接觸原告維



略增不相干文字、排版之錯誤、不實之資料。¹²⁵

（三）小結

經由上述實務關於間接證據見解之觀察，可知實務並未僅僅針對一要素（個別情狀）逕自推論「接觸」，而是依案件事實之實際情形，綜合觀察其他情狀，並基於人類生活經驗（社會通常情況）整體衡量，以作為推論被告「接觸」原告著作之基礎。

三、我國侵害著作權「接觸」要件之舉證責任

（一）民、刑事程序

我國實務見解認為：「接觸之舉證責任：當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任，民事訴訟法第 277 條本文定有明文。原告主張被告之著作為抄襲其著作者，係請求著作權保護之前提要件，是原告應舉證證明被告曾接觸被抄襲之著作，不論係直接證據或間接證據均可證明之。（智慧財產法院 99 年度民著訴字第 36 號民事判決）¹²⁶」學說也認為被告是否「接觸」原告著作，應由原告負舉證責任¹²⁷。至於刑事程序，依我國刑事訴訟法第 161 條第 1 項明定：「檢察官就被告犯罪事實應負舉證責任。」因檢察官主張被告觸犯著作權法之罪，故檢察官負有提出被告「接觸」著作權人

修手冊，應不致於創作被告維修手冊時產生上開相同之錯誤，足見後者確曾接觸前著作。」智慧財產法院 98 年度民著訴字第 42 號民事判決見解亦同。

¹²⁵ 呂榮海、陳家駿、蘇盈貴著，周弘憲編，「〈最新〉著作權法實用」，頁 251-252，蔚理法律出版，1992.11，二版；羅明通，同前註 4，頁 406。

¹²⁶ 另參見最高法院 81 年台上字第 3063 號民事判決：「主張他人之著作係抄襲其著作者，應舉證證明該他人曾接觸被抄襲之著作，構成二著作實質相似。」

¹²⁷ 謝銘洋，同前註 110，頁 298；林洲富，同前註 112，頁 117。



著作之責任。然而，檢察官之舉證責任是否等同於民事舉證責任？不無疑問。

(二) 舉證責任之概念

按我國舉證責任之概念，大體上可分為兩大層次，即「客觀的舉證責任」與「主觀舉證責任」。所謂「客觀的舉證責任」即待證事實至審判最後時點仍然無法確定或未經證明時的法律效果問題。在民事訴訟上，負「客觀的舉證責任」之一造當事人，必須承受最後事實不明時之不利益，即敗訴結果，這也是一般所謂「舉證之所在、敗訴之在」的意義。換言之，只要法院審理後，對於待證事實仍未形成明確心證時，則應依舉證責任的分配規則，判決負客觀舉證責任者敗訴。因此，客觀舉證責任也可以說是承擔敗訴之「結果責任」。至於「主觀舉證責任」即當事人為避免敗訴起見，負有以自己之舉證活動證明待證事實之責任。此種為獲取法院之有利於自己之心證而設法提出證據之必要性，即稱為「主觀舉證責任」¹²⁸。

(三) 刑事訴訟舉證責任之程度

上述的舉證責任概念，對於我國刑事訴訟法有何意義？刑事訴訟，同樣可能發生事實最後仍然不明的情形，此時，法院還是必須為有罪與否之判決，但其證據規則完全迥異於民事訴訟。按我國刑事訴訟法第 154 條第 1 項明文規定：「被告未經審判證明有罪確定前，推定其為無罪。」此即為**無罪推定原則**。此項原則之意義在於：

¹²⁸ 陳榮宗、林慶苗，「民事訴訟法（中）」，頁 488，三民出版，2009.03，修訂 6 版；林鈺雄，「刑事訴訟法（上冊）—總論篇」，頁 433，作者自版，2006.09，第 4 版。



就被告被追訴之犯罪，在法律上被證明有罪之前，應推定其無罪。詳言之，被告之罪責必須經由合乎訴訟規則之程序，被證明至令法院產生確信的心證程度之後，法院始能對其為有罪判決；在此時點之前，應推定被告無罪。此原則業經「世界人權宣言」及「聯合國公民及政治權利公約」所確認。且我國最高法院 76 年台上字第 4986 號刑事判例表示：「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。」足認我國刑事訴訟證據規則完全迥異於民事訴訟。只要審理結果法院未能形成有罪判決之心證，即法院依法調查證據後，對於被告之犯罪事實之心證未能達到確信無疑之有罪判決門檻時，被告即受無罪推定之保護，法院應為被告無罪之判決¹²⁹。是檢察官之舉證責任不同於民事舉證責任，在我國刑事訴訟證明被告有罪之證據應至法院產生確信其為真實之心證程度，始能證明被告有罪¹³⁰。

¹²⁹ 林鈺雄，同上註，頁 434。林俊益，「刑事訴訟法概論（上冊）」，頁 360-361，學林出版，2004.11，第 5 版。

¹³⁰ 臺灣高等法院 90 年度上易字第 277 號民事判決謂：「……民事訴訟之舉證責任與刑事訴訟之舉證責任不同，負民事舉證責任之一造僅須就其所主張之事實，舉證證明該事實之存在具有高度蓋然性為已足，毋庸證明至『超越合理之可疑』之程度。故郎○雖為共同侵權行為人，然於民事訴訟程序上，郎○所為之上開證詞仍為合法之證據方法，亦具有證據能力，不因其為共同侵權行為人而減弱，上訴人以刑事訴訟證據法則上關於『共同被告自白』之相關判例為據，並以被上訴人於郎○坦承通姦後撤回對郎○之告訴為由，遽指郎○於刑事訴訟程序中所為之自白不足採信，不僅未提出任何事證證明，亦未具體指明郎○何以因其具有共同侵權行為人之身份而有不實之證詞，上訴人徒以此為抗辯，實不足取」。又臺灣高等法院 96 年度上易字第



四、明顯近似 (striking similarity)

(一) 學說見解

我國學說援引美國法概念，認為如果被告與原告之著作「明顯近似」，幾乎可以排除被告獨立創作之可能時，可據以推論被告「接觸」原告著作，這種情形特別是例如原告著作十分複雜，兩造間著作又幾乎完全相同，而在原告完成之前，幾乎沒有相似著作存在，可推論被告「接觸」原告著作¹³¹。學說有認為雖然「明顯近似」可推論被告「接觸」，但仍然不排除被告可以提出反證證明其並未接觸原告著作，例如提出被告於創作過程所接觸之其他資料、其所保留之創作過程紀錄、創作完成之時間證明，或是創作過程中所參考之資料等，將有助於證明其並未接觸而為獨立創作¹³²。如此似乎認為推論被告「接觸」原告著作，原告須同時證明：(1) 原告與被告之著作已明顯近似；(2) 可合理排除被告獨立創作之可能性，始可推定被告已接觸原告之著作。

(二) 實務見解

我國實務關於「明顯近似」之概念最早係出自最高法院 81 年

540 號民事判決謂：「惟按當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任，民事訴訟法第 277 條前段定有明文，而民事訴訟之舉證責任與刑事訴訟之舉證責任不同，負民事舉證責任之一造僅須就其所主張之事實，舉證證明該事實之存在具有高度蓋然性為已足。故縱然證人劉平浩曾經因不合法之拘提到案而為陳述，然於民事訴訟程序上，證人所為之上開證詞仍得為斟酌全辯論意旨之參考資料，不因刑事拘提程序合法與否而排斥，上訴人以刑事訴訟證據法則為據，遽指證人劉平浩刑事訴訟程序中所為之證詞不足採信為民事訴訟事件之參考，實不足取。」

¹³¹ 謝銘洋，同前註 110，頁 299；林洲富，同前註 112，頁 117；羅明通，同前註 4，頁 405。

¹³² 謝銘洋，同上註，頁 299。



度台上字第 3063 號民事判決。雖然該判決並未明白指出「明顯近似」之用語，惟該判決表示：「由於要證明有『接觸』，有時候在雙方當事人過去沒有任何往來的情形，會比較困難，因此，實務上也會透過著作發行的數量、通路、時間、知名度等，推斷有高度接觸的可能性，或是當著作構成「實質相似」時，若被指稱著作侵害的人沒有辦法證明是「獨立創作」的時候，也可推定有「接觸」的可能。」即可知我國實務已開始依原、被告兩著作之雷同度高，而推論被告「接觸」原告著作。之後，實務判決即開始使用「明顯近似」之用語，以下本文茲舉我國實務所認定若干構成「明顯近似」之見解：

1. 臺灣高等法院 97 年度上易字第 315 號刑事判決：「原告之設計圖與被告所提出之完成在先之資料具有實質近似性，且就其實質內容而言，已經達到明顯近似之程度，是以應該足以被推論原告曾經接觸過該等完成在先之參考資料。¹³³」
2. 於臺灣臺中地方法院 99 年度智易字第 6 號刑事判決一案，法院以被告公司之維修手冊共 47 條條文中，經對應比對手冊條文及文字差異，結果有高達 39 條之文字與告訴人公司之維修手冊條文文字完全相同（即整句或整段敘述之文字句法一字不差；占 82.98%），另高度相同而近似者尚有 4 條（占 8.51%），亦即完全相同及高度近似者即占 91.49%。……足徵被告公司對於告訴人

¹³³ 本案法院採用財團法人台灣經濟科技發展研究會鑑定報告結果內容，該鑑定報告先在「接觸性之鑑定」中認為兩造具「競爭關係」（鑑定物方公司之法定代理人乙○○，於民國 85 年起曾任職於著作權人方之公司，並至少至民國 90 年仍持續參與公司相關開發會議），之後再於最終鑑定結論中以兩造設計圖「明顯近似」來推論「接觸」。



公司所示之維修手冊確有接觸之可能性。

3. 實務見解有以「明顯近似」作為排除原告之原創性之見解。如智慧財產法院 98 年度民著訴字第 38 號民事判決表示：「台灣及美國二地有將近百個與系爭圖形相類似之商標圖案，此有被告提出之我國與美國商標檢索網頁附卷可稽……。細觀該等圖案，可知相類似之圖案均與系爭圖形以相同或類似方式，表現簡單之『8』字型或『S』字型線條及標誌，部分圖案創作日期及公告日期亦早於系爭圖形，依據社會通常情況，系爭圖形應有合理機會接觸上開圖案。因系爭圖形與先前已存在之相類似圖案有**明顯近似**處，其有合理排除系爭圖形之著作人有獨立完成之可能性，可推定該著作人曾接觸他人之著作。」

五、獨立創作

(一) 學說見解

按我國學說認為：「著作權法因重在著作人之獨立創作，故著作人之作品雖與先前他人所創作之著作實質相似或甚至完全相同，因而已不具任何客觀上之新穎性，但只要證明係著作人獨立創作完成，雖偶然相同或近似，仍受著作權法之保護。……再者，著作權法之原創性雖以具有原始性之獨立創作為保護要件，惟所謂獨立創作並不禁止著作人『接觸』他人著作後再為創作。……又著作人在參考他人之著作後，另為創作，如因其著作與該他人創作時所參考之資料或思想相同，因為表達方法有限，故其創作之著作與他



人雷同或近似，仍不影響其獨立創作之成立¹³⁴。」「著作權之原創性，僅獨立創作即可，而不須具備新奇性。著作並不因其僅與他人創作在前之著作有本質上之類似（實質近似）且不具備新奇性而被拒絕著作之保護¹³⁵。」因此，即使一著作與另一在前著作完全相同，但非抄襲該前一著作，而係自己獨立創作之結果，亦具有原創性而受著作權法保護。

（二）主管機關見解

我國經濟部智慧財產局中華民國 90 年 9 月 10 日智著字第 0900008111 號解釋令函明確闡述獨立創作概念：「只須依社會通念系獨立創作即可，是以縱使與他人著作相似或雷同，如非抄襲他人的著作，而係出於各人個別獨立創作之結果者，各人就其著作均享有著作權，無侵害他人著作權之問題。¹³⁶」

（三）實務見解

我國實務見解則表示：「著作權所要求之原創性，僅須獨立創作，而非重製或改作他人之著作者即屬之，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。（最高法院 89 年度臺上字第 2787 號刑事判決）」「按著作權法所保護者，為著作人獨立創作之作品，兩作品祇其均來自獨立之表

¹³⁴ 羅明通，「著作權法論 I」，台英國際商務法律事務所出版，頁 157，2009.09，第 7 版。

¹³⁵ 蕭雄淋，「著作權法研究（一）」，頁 72，作者自版，1989.09，增訂再版。

¹³⁶ 經濟部智慧財產局中華民國 90 年 9 月 10 日智著字第 0900008111 號解釋令函，資料來源：經濟部智慧財產局

http://www.tipo.gov.tw/ch/Enactment_LMExplainLookPrintPage.aspx?ID=2039&KeyCode=&KeyContent=（最後拜訪日：2011.03.20）



達而無抄襲之處，縱相雷同，亦僅巧合而言，仍均受著作權法之保護。不得僅以客觀上之雷同類似，即認定主觀上有抄襲情事。蓋觀念在著作權法上並無獨占之排他性，人人均可自由利用，源出相同之觀念或觀念之抄襲，並無禁止之理。故重製他人之風景照片，為侵害著作權，但二人在相同地點、角度拍攝之同風景照片，畫面縱屬相同，但因均屬獨立之創作，均享有著作權，並非侵害拍攝在前者之著作權。(最高法院 81 年度台上字第 3063 號民事判決)¹³⁷」

¹³⁷ 另請參見最高法院 83 年度台上字第 6130 號刑事判決：「附圖一、二既然均源自相同之觀念或出自觀念之抄襲，畫面構圖縱屬雷同，然觀念本身在著作權法上並無獨佔之排他性，人人均可自由利用，並無禁止之理，亦不發生互相侵害他人著作權之問題。」臺灣高等法院臺南分院 83 年度上訴字第 1488 號刑事判決：「著作權法僅係保護觀念 (IDEA) 的表達形式，而不保護觀念本身；凡非屬抄襲或複製他人既有之著作，且具有『原創性』即可。故『觀念』本身在著作權法上並無獨占之排他性，人人均可自由利用，源自相同之觀念或觀念之抄襲，並無禁止之理。故重製他人之風景照片，固為侵害他人著作權，惟二人在相同地點、角度，並以相同條件完成拍攝之同一風景照片 (例如台北火車站或總統府建築)，畫面縱屬完全相同，但因均屬獨立之創作，皆享有著作權，二者互不發生侵害他人著作權之問題。……復查被告柯進德印製使用在其生產之多層式化粧盒上如附圖六所示蝴蝶圖案，明顯無觸鬚設計，與告訴人嘉美公司獲有美術著作權如附圖一及附圖三所示蝴蝶圖案以及其成品上所使用如附圖四所示蝴蝶圖案，並非完全相同，其非有形複製及完全之抄襲，至為明灼。至於附圖七所示蝴蝶圖案固然帶有觸鬚，惟有關蝶翼部分之設計與附圖一、三所示蝴蝶圖案之蝶翼部分，仍有差異。何況蝴蝶乃大自然界普遍存在之動物，其種類繁多，高達數以百萬種，任何人均得取材於此一大自然無盡之寶藏予以獨立創作，並作不同之表達。且著作權法所保護者乃著作物之『原創性』，亦即觀念之表達方式，其範圍不及於『觀念』本身，諸如前述，殊不能因有人以蝴蝶此一觀念作為創作題材，嗣後即禁止任何人再以蝴蝶作為創作之對象。因此以蝴蝶作為觀念，並無獨佔排他權利，人人均得自由利用，法無禁止之理。而被告在其生產成品上所使用蝴蝶圖案，又與告訴人嘉美公司前述獲有著作權之蝴蝶圖案仍有差異存在，尚非有形複製，亦難以抄襲論擬。」臺灣高等法院臺中分院 88 年度上訴字第 892 號判決表示：「本案黃騰輝所享有著作權之『玫瑰圖』，其所呈現者乃為單純自然界之物『玫瑰花』，而自然界之物，任何人只要具有原創性之獨立創作，即使相似，惟各有其表現方式，仍應受著作權法保護。」臺灣板橋地方法院 82 年度易字第 1660 號刑事判決亦表示：「所謂原創性，簡言之即獨立原創而非抄襲他人之著作，惟社會事物往往有相同之處，且同一社會均有其相同之文化背景，均無法割裂而錯綜存在，故在相



（四）被告獨立創作之舉證責任

1. 民事程序

至於被告主張獨立創作，學說認為應由被告負擔¹³⁸，且當原告已盡其舉證責任時，獨立創作之舉證責任則轉由被告負擔¹³⁹。我國實務見解受到「明顯近似」概念之影響，認為原告及被告之著作「明顯近似」，依經驗法則及自由心證，已足推認被告曾接觸原告之著作之事實，原告自不必另行舉證，應轉由被告舉證二者著作非明顯近似或屬被告獨立創作（臺灣板橋地方法院三重簡易庭 93 年度重簡字第 646 號民事判決）。顯然實務同學說見解，當原告已盡其舉證責任時，獨立創作之舉證責任則轉由被告負擔。

本文認為依最高法院 20 年上字第 2466 號民事判例見解：「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任，民事訴訟法第 277 條前段定有明文。次按原告於其所主張之起訴原因，不能為相當之證明，而被告就其抗辯事實，已有相當之反證者，當然駁回原告之請求。」由於被告主張獨立創作是對其有利於己之事實，參酌民事訴訟法第 277 條之意旨，與舉證責任之分配，應由被告就獨立創作之事實負舉證責任。惟特別注意的是，被告此

同社會背景與文化薰陶之下，多少有其類似之情形，如同班學生在相同之靜物寫生而繪出之圖畫，其外表及模型大致相同，然其用筆著色自各有風格，故各生之寫生著作仍屬其有原創性，準此，即使該著作與他人之著作完全相同，並非抄襲他人之著作，而為自己獨立之創作結果，即應受著作權之保護。」

¹³⁸ 羅明通，同前註 4，頁 408。

¹³⁹ 羅明通，同前註 3，頁 7。



舉證責任，須至原告善盡其舉證（接觸）、（實質近似）之責任，始經由舉證責任之轉換，由被告就獨立創作之事實負舉證之責¹⁴⁰。

2. 刑事程序

而在刑事程序部分，我國學說及實務均未對被告獨立創作之舉證責任歸屬探討或明示。由於刑事訴訟法第 161 條第 1 項僅規定檢察官就被告犯罪事實有舉證責任，對於被告的舉證責任並未作明確規定。被告在刑事程序上得保持緘默，不自證己罪。被告若單純否認，當然沒有舉證之義務。惟被告為避免法官形成有罪之心證，有實施「防禦」之權利，若被告進一步提出有利於己之事實，而此事實被告容易掌握，依刑事訴訟法第 161 條之 1 規定：「被告得就被訴事實指出有利之證明方法。」似應認為若被告提出獨立創作之抗辯，被告須負舉證之責。

（五）小結

綜合上述司法實務及學說見解可知，著作權法重在著作人之獨立創作，而所謂獨立創作並不禁止著作人「接觸」他人著作後再為創作。著作人之作品雖與先前他人所創作之著作實質相似或甚至完

¹⁴⁰ 臺灣桃園地方法院 86 年度訴字第 1406 號民事判決謂：「……民事訴訟之當事人就有利於己之事實主張所須負擔之舉證責任，須達已足可轉換舉證責任之優勢證據之程度，而於他造訴訟當事人否認其事實主張者，始改由他造訴訟當事人負證明優勢證據瑕疵之責，否則即不得謂該當事人已善盡其舉證責任……。」最高法院 93 年度台上字第 2058 號民事判決謂：「負舉證責任之當事人，須證明至使法院就該待證事實獲得確實之心證，始盡其證明責任。倘不負舉證責任之他造當事人，就同一待證事實已證明間接事實，而該間接事實依經驗法則為判斷，與待證事實之不存在可認有因果關係，足以動搖法院原已形成之心證者，將因該他造當事人所提出之反證，使待證事實回復至真偽不明之狀態。此際，自仍應由主張該事實存在之一造當事人舉證證明之，始得謂已盡其證明責任。」



全相同，但只要證明係著作人獨立創作完成，雖偶然相同或近似，仍受著作權法之保護，此見解同於美國實務、學說看法¹⁴¹。

六、結語

我國多數學說、實務見解對於「接觸」之看法，採取如同美國之見解，僅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。且證明之方式不限於「直接接觸」，「間接接觸」亦包含之。我國實務見解雖未如美國以豐富之案例歸納出較詳細原則，然多數實務見解推論「接觸」，是依案件事實之實際情形，綜合觀察其他情狀，並基於人類生活經驗（社會通常情況）整體衡量，以作為推論被告「接觸」原告著作之基礎。

而所謂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，此在我國司法實務上已無疑義。縱令被告有「接觸」原告著作，只要可以證明係被告獨立創作完成，雖偶然相同或近似，仍受著作權法之保護。

¹⁴¹ 部分實務見解（如臺灣高等法院臺中分院 96 年度上訴字第 2208 號刑事判決、臺灣臺中地方法院 94 年度訴字第 1865 號刑事判決）在判決書中明示採取美國聯邦最高法院於 Feist Publications v. Rural Telephone Service Co. 一案見解，認為：「就某項創作，只要係獨立創作而非抄襲他人著作而成，則不論該作品是否具備美學上之價值，也不論該作品是否具有商品化之可能，即便其創作之時點係在其他相同或類似作品之後，仍能因為符合原創性原則而獲得保護。換言之，如某一作品因偶然或巧合而與其他作品非常相像，只要其非抄襲而得，即能受到著作權之保護（a work may be original even though it closely resembles other works so long as the similarity is fortuitous, not the result of copying，見美國聯邦最高法院於 Feist Publications v. Rural Telephone Service Co. 一案之判決理由）。」



肆、我國實務案例著作權侵害「接觸」要件之評析

前文介紹了美國著作權侵害「接觸」要件之理論，並且說明我國著作權侵害「接觸」要件之適用概況，接著本文以下將嘗試剖析我國實務見解對於「接觸」要件之問題，逐一思辨、檢討，進而提出本文之看法與意見。

一、我國著作權侵害「接觸」要件之定義檢討

按我國實務見解均認為所謂「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。其實，此意涵嚴格論之，並非正確之定義。依最高法院 99 年度台上字第 2075 號刑事判決：「法院就當事人所提一切事證均應併予審酌，非謂欠缺直接證據時，所有間接證據均不可採。」換言之，證明「接觸」之方式，不論是直接方式（行為人接觸著作物），抑或是間接方式（於合理之情況下，行為人具有合理機會接觸著作物）均屬之。顯見我國實務見解是以「證明『接觸』之方式」作為「接觸」之定義。本文基於以下理由，認為此定義會混淆刑事程序之檢察官舉證責任之程度，並不妥當。本文認為所謂「接觸」應指被告閱讀或聽聞著作權人之著作，至於證明之方式不論是直接方式或間接方式均可。

- （一）依我國刑事訴訟法第 161 條第 1 項明定：「**檢察官就被告犯罪事實應負舉證責任。**」因檢察官主張被告觸犯著作權法之罪，故檢察官負有提出被告「接觸」著作權人著作之責任。檢察官就此證明之程度，依我國最高法院 76 年台上字第 4986 號刑事判例見解，須證明被告「接觸」之證據至法院產生確信其為真實之心證程度，法院始能對被告為有罪判決（相當於美國法「無合理懷疑」之程度）。美



國法認為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，採取較嚴格之認定。

（二）檢察官之所以須負擔如此高的舉證責任，此乃國家政策之選擇。要求檢察官負擔高度的舉證責任，即表示刑事訴訟理論，寧可選擇讓有罪者逍遙法外，也不要讓無罪者被誤判為有罪。避免冤獄為刑事訴訟法的重要目的之一，冤獄對被告生命、自由、名譽之剝奪皆屬不正。降低檢察官之舉證責任固可防止有罪者逍遙法外，但亦會造成不正冤獄的增加。反之提高檢察官的舉證責任程度，固然會增加有罪者逍遙法外之機會，卻能減低冤獄的機率。就此而言，要求檢察官負擔高度的舉證責任，實為刑事訴訟理論在利益衡量下，刻意所作之選擇——「與其殺不辜，寧失不經」¹⁴²。是以，不論我國法抑或是美國法，檢察官之舉證責任之程度均高於民事原告舉證責任之程度，此無疑問。

（三）又我國刑事程序採取「有疑唯利被告原則」（又稱罪疑唯輕原則）及「無罪推定原則」（刑事訴訟法第154條第1項規定），此為現代法治國家普世價值，更是普遍被各國承認之國際標準。法院於不利於被告之犯罪事實之認定，以經過證明並獲得「確信」者為前提¹⁴³，被告有「合理機會」看到或聽聞著作權人著作，不代表被告曾看到

¹⁴² 王兆鵬，同前註10，頁231；「與其殺不辜，寧失不經。」出自蘇軾，「刑賞忠厚之至論」，原文「罪疑惟輕，功疑惟重。與其殺不辜，寧失不經。」（文義：罪行有可疑之處，應為其有利之認定，功績有可疑之處，應從重獎勵。與其錯殺無罪之人，寧可寬縱執法，以避免濫殺無辜。）

¹⁴³ 林鈺雄，同前註128，頁149。



或聽聞著作權人著作，基於「有疑唯利被告原則」及「無罪推定原則」，應推論被告「未」構成接觸。若檢察官僅僅提出被告「合理機會接觸」著作權人之證據，以推論被告「接觸」，則此不但違反「有疑唯利被告原則」及「無罪推定原則」，而且也會造成被告因意外（兩造著作相同或近似）侵害他人著作而遭受法院科刑，導致其自由、名譽之剝奪，國家不正冤獄的增加，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牴觸。

（四）綜合上述，本文認為實務對於「接觸」定義（「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。」），易使法院認為檢察官證明「接觸」要件，僅須提出被告「合理機會接觸」著作權人之證據，混淆刑事程序之檢察官舉證責任之程度，並不妥當，也對於被告權益非常不公平。是本文認為所謂「接觸」應指被告閱讀或聽聞著作權人之著作，至於證明之方式不論是直接方式或間接方式均可。

二、實務見解證明「接觸」方式之檢討

我國實務見解就「接觸」之類型，接觸分為「直接接觸」與「間接接觸」兩者態樣。是我國實務見解均肯認可以「直接證據」、「間接證據」證明著作權侵害「接觸」之要件。前文（關於我國證明「接觸」方式）已舉數個我國實務認定構成「接觸」之「直接證據」、「間接證據」之見解。但本文發現實務見解認定之標準有若干不當之處，本文以下將就該「直接證據」、「間接證據」之實務見解不當問題，提出檢討與意見。

（一）直接證據部分



按所謂著作權侵害「接觸」要件之「直接證據」，是指「被告直接閱讀或聽聞著作權人之著作」之證據。而著作權侵害「接觸」要件之「間接證據」，是以被告「合理機會接觸」著作權人之證據，作為推論被告構成「接觸」之基礎。是被告直接閱讀或聽聞著作權人之著作，絕對不可能是指被告有「合理機會接觸」著作權人之著作，兩概念應明確區分，不能混淆。

在國立中正大學法律系教授涉嫌抄襲學生報告一案（最高法院99年度台上字第2109號民事判決）中，法院判決謂：「證人李政春已證明被上訴人（指：學生）在八十八年一月底期末繳交系爭報告及磁片予上訴人（指：教授），上訴人未返還該磁片，足證上訴人在發表系爭論文之前，確有合理機會接觸系爭報告。」由判決內容（被上訴人在八十八年一月底期末繳交系爭報告及磁片予上訴人）觀之，顯然法院事實認定已確信教授「直接接觸」學生著作。即然是「接觸」之「直接證據」，則法院判決內容後段確認教授有「合理機會」接觸學生報告，已明顯混淆「接觸」之「直接證據」及「間接證據」之認定標準，顯然不當！

（二）間接證據部分

我國部分法院判決，以被告曾在著作權人公司任職，或雙方有「競爭關係」，或著作權人著作供廣告之用，或著作權人著作在市面上流通等，作為認定被告構成「接觸」之「間接證據」。本文以下摘錄兩則實務判決檢討：

1. 臺灣高等法院臺中分院96年度上易字第226號刑事判決認定被



告「接觸」告訴人著作之證據有二：其一為告訴人乙著作於完成後，有將該著作置放在其所經營之昇陽公司網站上及使用。其二被告自承曾於 93 年初起與告訴人乙之丈夫合夥，擬共同銷售寢具等語。是法院依合理之情況認為被告已具有「合理之機會」或「合理之可能性」，得以參考告訴人乙之著作而為改作，構成「接觸」之要件。

- (1) 本案是刑事訴訟，本文前述一直強調在刑事程序上，基於「有疑唯利被告原則」及「無罪推定原則」，檢察官就被告犯罪待證事實，應負高度舉證責任（相當於美國法「無合理懷疑」之程度）。
- (2) 本案法院認定被告「接觸」告訴人著作之證據之一為告訴人乙有將其著作置放在昇陽公司網站上及使用。按網際網路的應用快速發展，網際網路無遠弗界的網路架構，使得天涯若比鄰，涵蓋區域更廣泛，著作可以藉由網際網路的應用而達到「廣泛流通」。但也正因為網際網路無遠弗界的特性，網路資訊繁雜無章，造成尋找各項符合所需之資訊往往須花費一番功夫與時間，將著作放在網路上不代表每個人都有合理機會可以閱讀或聽聞。美國學者 Patry 表示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。單純將著作放在網路上僅表示他人有「可能」搜尋到該著作，若欠缺「廣泛流通」或其他間接（如被告有瀏覽該網站之習慣、被告有成為該網站之會員等）之證據，則此可能性並不足提高他



人接觸著作權人著作之蓋然性，是 Patry 見解值得我國作參考。

(3) 查告訴人雖提出其著作有在昇陽公司網站上使用之事實，惟卻沒有任何證據（如被告有加入該網站成為會員等）可以證明被告有瀏覽該網站。縱令被告自承曾於 93 年初起與告訴人乙之丈夫合夥，擬共同銷售寢具等語之證據，也不當然可以逕自認定被告有合理機會瀏覽該網站。檢察官應提出被告有瀏覽該網站之證據，始善盡其舉證之責，法院僅憑上述二證據推測或猜測以推論被告「接觸」告訴人著作，並不妥當。

2. 智慧財產法院 99 年度民著訴字第 36 號民事判決認定被告「接觸」原告著作之證據有二：其一為著作物前於 92 年間已完成繪圖與製作，並於 92 年 12 月間開始刊登在美化家庭雜誌廣告與原告公司網站，係以合理之情況而公開與大量在市場散布，是該領域人士或相關消費者均得完整知悉系爭著作物之內容。其二為被告為製造與銷售彩繪玻璃之同業，衡諸常理，其較社會大眾有更多機會接觸系爭著作物。

(1) 依美國實務及學說見解認為所謂「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)。並「非」指著作於市面上一公開發行或銷售即屬「廣泛流通」，原告仍須舉證證明其著作在市面上相當商業的成功或他人易於市面



上取得。至於證明「廣泛流通」之方式，本案雖無法以如同音樂著作之「歌曲排行榜」或「下載流量」等方式證明，但原告可以提供諸如該期美化家庭雜誌廣告之發行情、在知名書店（如誠品書局、金石堂書局或博客來網路書店等）之銷售排行榜、原告公司網站之點閱率、市場調查及意見調查等資料，作為證明本案原告著作「廣泛流通」之證據¹⁴⁴。

- (2) 然查本案判決僅論述原告著作於 92 年 12 月間開始刊登在美化家庭雜誌廣告與原告公司網站，而未深入探究「美化家庭雜誌廣告」及「原告公司網站」是否已將原告著作達到「廣泛流通」之程度，即逕自推論原告著作以合理之情況而公開與大量在市場散布，是該領域人士或相關消費者均得完整知悉系爭著作物之內容云云，似非合理。
- (3) 再者，兩個處於同業、競爭關係之公司，其製作之作品（特別是「事實型著作」），可能因為製作之目的、方向，均是為了尋求正確，表達客觀之真實，不可避免會發生近似之情況。若以此「同業、競爭關係」逕自推論「接觸」，則會造成兩公司均會因意外（兩造著作相同或近似）侵害他人著作而易遭受懲罰，對於兩公司均不公平，且易造成不公平競爭。是縱令本案被告為製造與銷售彩繪玻璃之同業，

¹⁴⁴ 在臺灣板橋地方法院三重簡易庭 93 年度重簡字第 646 號民事判決中，法院僅以原告系爭廣告所刊登之「商業週刊」第 838 期雜誌，係於 92 年 12 月 11 日由商周文化事業股份有限公司對外寄發，原告系爭廣告隨著第 838 期商業週刊於市面之公開行銷販售，而未調查「商業週刊」第 838 期雜誌是否有已達「廣泛流通」之程度，而逕自認為被告在 92 年 12 月中旬以後即有合理閱讀或聽聞原告系爭廣告文句之可能性，推論被告構成「接觸」，顯非妥當。



也不能因此表示被告有合理機會閱讀或聽聞原告著作。

- (4) 倘若原告無法證明其著作達「廣泛流通」之程度，則原告可以透過證明被告曾訂閱「美化家庭雜誌」，或被告有長期閱讀「美化家庭雜誌廣告」的習慣，或第三人曾將「美化家庭雜誌廣告」交付予被告，或被告是原告公司網站之會員等，以證明被告有合理機會「接觸」原告著作。

三、實務見解證明「接觸」程度之檢討

- (一) 負民事舉證責任之原告僅須就被告構成「接觸」之事實，舉證證明該事實之存在具有高度蓋然性（相當於美國法「證據優勢」）為已足，毋庸證明至「無合理懷疑」之程度。不論我國法抑或是美國法，民事原告舉證責任均輕於刑事檢察官之舉證責任之程度，此無疑問。然本文觀察實務有一民事案例，該案例是知名繪本作家「幾米」創作《向左走·向右走》遭他人改編拍攝成影像之侵害著作權一案。在該案例中，被告是否構成「接觸」之待證事實，發生上下級法院之證明程度的歧見。以下本文摘錄該則案例中關於原告「幾米」提出被告構成「接觸」之證據及上下級法院就此證據不同認定之見解。

1. 原告「幾米」提出被告構成「接觸」之證據：原告之繪本係於88年2月間出品，原告之繪本其一年半銷售八萬本，並曾獲選為金石堂十大最具影響力的書、誠品年度推薦選書及民生報好書大家讀入選書。
2. 第一審法院(臺灣臺北地方法院89年度訴字第4859號民事判決)



認為被告構成「接觸」，其見解謂：「查本件原告之繪本係於 88 年 2 月間出品，被告乙則於 89 年 2 月間受委託，而於同年 3 月 15 日完成該作品，而原告之繪本其一年半銷售八萬本，並曾獲選為金石堂十大最具影響力的書、誠品年度推薦選書及民生報好書大家讀入選書等情，為兩造所不爭執，已如前述，是足認被告乙準備及完成該音樂錄像帶作品時，原告之繪本已行銷於市面及在公眾有販賣同種類之商店均可取得其著作，而被告乙之音樂錄像帶作品與原告之繪本又已達實質相似之程度，則被告乙未經原告同意，將該著作改作成音樂錄像帶作品，已然侵害原告該繪本著作權，被告乙辯稱未侵害原告著作權云云，尚難採信。」

3. 但第二審法院（臺灣高等法院 90 年度上字第 1252 號民事判決）卻不認為被告構成「接觸」，其見解謂：「查系爭繪本（指：《向左走·向右走》）早於系爭影片（指：被告公司【即第二審法院之上訴人】發行《江惠·我愛過》專輯中《晚婚》音樂 MTV 影像之錄影帶、VCD、DVD）一年餘出版發行，但自 88 年 2 月間出版發行算至 89 年 8 月 21 日聯合報刊載系爭繪本銷售八萬本（姑不論報載內容之計算依據與證明為何，如計算至系爭 MTV 影片完成即 89 年 3 月 25 日，則未達八萬本），在長達約一年半期間僅銷售八萬本，以台灣二千三百萬人口計，對照之下接觸系爭繪本之比率並不高；雖系爭繪本曾獲選為金石堂十大最具影響力的書、誠品年度推薦選書及民生報好書大家讀第三十三梯次入選書，惟若非喜好逛書店、閱讀繪本類書籍之人，斷不會注意且閱讀系爭繪本；而被告（指：《江惠·我愛過》專輯中《晚婚》



音樂 MTV 影像之製作人) 辯稱系爭 MTV 影片上證些橋段之靈感係源自於金城武與梁詠琪主演之電影《心動》、另一齣 MTV，及梁朝偉與王菲主演之電影《重慶森林》等，依卷附之錄影帶(江蕙《晚婚》MTV『開庭用』版)中之子母畫面對照，確實在其他影片中亦有類似之畫面表現，業據原審勘驗屬實，可見被告所辯非虛。則被告自其他來源亦有可能接觸到類似之表達，是依被上訴人(指：原告幾米)提出之上開證據尚不足證明被告確有接觸系爭繪本，就上開具有實質相似性部分，亦難認定侵害被上訴人之著作權。」

(二) 本文見解

1. 按刑事程序上，因其政策考量選擇——「與其殺不辜，寧失不經」，避免不正冤獄的增加，而要求檢察官負擔高度的舉證責任。在一般民事訴訟，並不存在與刑事訴訟相同之實體價值判斷。由於原告要證明被告直接接觸十分不易，因此為保障著作權人著作權益，放寬此「證明」之程度，原告僅須就被告構成「接觸」之事實，舉證證明該事實之存在具有高度蓋然性(相當於美國法「證據優勢」)為已足，毋庸證明至「無合理懷疑」之程度。
2. 此外，美國實務及學說見解均肯認著作「廣泛流通」，得以作為合理推論被告構成「接觸」之基礎。而所謂「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)。該理論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，



認為原告著作「廣泛流通」，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。

3. 查本案是民事訴訟，原告僅須就被告構成「接觸」之事實，舉證證明該事實之存在具有高度蓋然性，毋庸證明至「無合理懷疑」之程度。次查「幾米」之繪本係於88年2月間出品，原告之繪本其一年半銷售八萬本，並曾獲選為金石堂十大最具影響力的書、誠品年度推薦選書及民生報好書大家讀入選書。雖然第二審法院以「幾米」著作長達約一年半期間僅銷售八萬本，以台灣二千三百萬人口計，對照之下接觸系爭繪本之比率並不高，然銷售量僅是著作「廣泛流通」參考要素之一，並非決定性之標準。依美國實務認定「廣泛流通」是指相當商業的成功或在市面上易取得之見解，「幾米」提出曾獲選為金石堂十大最具影響力的書、誠品年度推薦選書及民生報好書大家讀入選書等證據資料，已足以作為該著作有相當商業的成功，同時在市面上也易取得，則被告「接觸」原告著作具有高度蓋然性，已足以推論被告構成「接觸」¹⁴⁵。縱令該案被告自其他來源亦有可能接觸到類似之表達，

¹⁴⁵ 學者章忠信批評第二審法院（臺灣高等法院90年度上字第1252號民事判決）關於著作權侵害「接觸」要件之認定，其謂：「蓋以原告繪本之知名度，尚無法通過其『接觸可能』之標準，則恐怕大部分無法像原告繪本受歡迎程度之一般著作，都會因為通不過該標準，而無法獲得被侵害之確認。」請見章忠信，「向左走·向右走」，法官費思量，2008.06.30，資料來源：著作權筆記
http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php?board=6&act=bbs_read&id=45&reply=45
（最後拜訪日：2011.03.25）惟本文認為其他大部分無法像幾米繪本受歡迎程度之一般著作，縱令無法通過「廣泛流通」之標準檢驗，也得透過依其他合理推論方式（如：「第三人接觸」、「替代的推論」、「圖書館或其他保存所之接觸」等）獲得被侵害之確認。



也不影響被告構成「接觸」幾米著作之認定。本案第二審以高度證明方式否定被告構成「接觸」，顯屬不當。

四、實務見解「明顯近似」之檢討

- (一) 依我國實務見解（臺灣高等法院 97 年度上易字第 315 號刑事判決、臺灣臺中地方法院 99 年度智易字第 6 號刑事判決及智慧財產法院 98 年度民著訴字第 38 號民事判決）不論在民事程序，抑或是刑事程序，均承認兩著作「明顯近似」得以作為推論被告構成「接觸」之基礎。然我國實務及學說見解均認為著作權法重在著作人之獨立創作，而所謂獨立創作並不禁止著作人「接觸」他人著作後再為創作。著作人之作品雖與先前他人所創作之著作實質相似或甚至完全相同，但只要證明係著作人獨立創作完成，雖偶然相同或近似，仍受著作權法之保護。
- (二) 雖然被告提出「獨立創作」之答辯，被告應負有舉證其「獨立創作」之責任。惟在著作權侵害訴訟上，原告或檢察官就被告構成「接觸」之待證事實負有舉證之責。在原告或檢察官欠缺被告構成「接觸」之證據，被告實無義務提出「獨立創作」之答辯，對「獨立創作」負舉證之責任。然「明顯近似」卻直接排除被告「獨立創作」、「巧合」或「共同來源」之可能性，逕自「推論」被告「接觸」，致被告因意外而遭受懲罰，明顯違反舉證責任分配原則。
- (三) 又我國刑事訴訟法第 154 條第 1 項明文規定：「被告未經審判證明有罪確定前，推定其為無罪。」此即為無罪推定原則。此項原則之意義在於：就被告被追訴之犯罪，在法律上被證明有罪之前，應推



定其無罪。詳言之，被告之罪責必須合乎訴訟規則之程序，被證明至令法院產生確信的心證程度之後，法院始能對其為有罪判決；在此時點之前，應推定被告無罪。此原則業經「世界人權宣言」及「聯合國公民及政治權利公約」所確認。又刑事訴訟法第 154 條第 2 項揭示：「犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實。」一般稱為「證據裁判原則」，這是證據規定的帝王條款之一，支配刑事訴訟法所有的犯罪事實之認定。「無證據不得認定犯罪事實」，從反面觀之，既然有證據始能認定被告之犯罪事實，則亦表示被告受到無罪推定之保護，在確認能夠推定其犯罪事實的證據之前，被告應受無罪之推定，此即為無罪推定原則之展現¹⁴⁶。

(四) 依刑事訴訟法第 95 條第 2 款規定被告在刑事程序上得保持緘默，此為被告「不自證己罪原則」之展現。被告若單純否認，當然沒有舉證證明其「獨立創作」之義務。若強行在刑事訴訟程序上採納以「明顯近似」推論「被告」接觸原告之著作，豈非枉顧「世界人權宣言」、「聯合國公民及政治權利公約」及我國刑事訴訟法第 154 條第 1 項所揭示確認「無罪推定原則」？！若強行在刑事程序上採納「明顯近似」之概念，推定被告已接觸著作權人之著作，免除檢察官對於被告是否「接觸」告訴人著作之舉證責任，豈非嚴重違反我國刑事訴訟法第 154 條第 2 項「證據裁判原則」及第 95 條第 2 款「不自證己罪原則」？！

(五) 美國學者 Patry 指出「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「間

¹⁴⁶ 林鈺雄，同前註 128，頁 150、410。



「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」。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。

- (六) 本文認為美國實務發展出「接觸」之概念，是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所發展之概念，若是以「明顯近似」推論「接觸」，豈非使被告因意外侵害他人著作而遭受懲罰，此對於被告不公平。在刑事程序上，倘若允許檢察官挪用「明顯近似」來規避其舉證責任，那麼刑事訴訟法所明定「無罪推定原則」、「證據裁判原則」及「不自證己罪原則」豈不是淪為具文，尚有何意義？在民事程序上，如此免除原告舉證責任，樂了怠惰的原告，又豈能謂與公平正義相符？！故「明顯近似」不論是在民事程序，抑或是刑事程序，均不足以作為推論被告接觸之基礎。

五、結語

- (一) 本文認為所謂「接觸」應指被告閱讀或聽聞著作權人之著作。實務見解對於「接觸」之定義：「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。」易使檢察官認為證明「接觸」要件，僅須提出被告「合理機會接觸」著作權人之證



據，混淆刑事程序之檢察官舉證責任之程度，並不妥當，也對於被告權益非常不公平。

- (二) 著作權侵害「接觸」要件之「直接證據」，是指「被告直接閱讀或聽聞著作權人之著作」之證據。而著作權侵害「接觸」要件之「間接證據」，是以被告「合理機會接觸」著作權人之證據，作為推論被告構成「接觸」之基礎。是被告直接閱讀或聽聞著作權人之著作，絕對不可能是指被告有「合理機會接觸」著作權人之著作，兩概念應明確區分，不能混淆。
- (三) 依美國實務及學說見解認為所謂「廣泛流通」是指相當商業的成功或市面上易取得。並「非」指著作於市面上公開發行或銷售即屬「廣泛流通」，原告仍須舉證證明其著作在市面上相當商業的成功或他人易於市面上取得，始得以「廣泛流通」作為推論被告構成「接觸」之基礎。
- (四) 負民事舉證責任之原告僅須就被告構成「接觸」之事實，舉證證明該事實之存在具有高度蓋然性（相當於美國法「證據優勢」）為已足，毋庸證明至「無合理懷疑」之程度。
- (五) 美國實務發展出「接觸」之概念，是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所發展之概念，若是以「明顯近似」推論「接觸」，違反舉證責任分配原則，在刑事程序上又與「無罪推定原則」、「證據裁判原則」及「不自證己罪原則」相牴觸，且易使被告因意外侵害他人著作而遭受懲罰，此對於被告明顯不公平。故「明顯近似」不論是在民事程序，



抑或是刑事程序，均不足以作為推論被告接觸之基礎。

伍、本文結論

古希臘哲學家亞里斯多德曾謂：「法律就是秩序，有好的法律才有好的秩序。」（“Law is order, and good law is good order.”）我國著作權侵害「接觸」要件之實務見解就其「定義」、「認定方式」、「明顯近似」等有若干謬誤，特別是民、刑事訴訟舉證責任程度不分之情況下，任何創作者均有可能成為謬誤認定下之犧牲者。明顯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衝突，令創作者無所適從。為保護被告免於意外侵害他人著作而遭受懲罰，同時也便於著作權人得舉證證明著作權侵害之「接觸」要件，認定「接觸」之分寸必須拿捏得恰到好處，以避免他人因意外侵害他人著作而遭受懲罰。

「接觸」在美國實務已廣為運用，透過實務及學說對於「接觸」合理之認定，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。美國以豐富之案例歸納出較詳細原則，以建構著作權侵害「接觸」要件之理論，值得我國作為參考。誠如「人在法的價值追求乃人域秩序的和諧，養資源分配之公正、合理，生存機會的有序和人身及財產安全。為此它（法律）不斷地創設制度，更新觀念。¹⁴⁷」本文希望藉由美國著作權侵害「接觸」要件之更深入觀點提出，對我國著作權法「接觸」理論之開展與拓植，提供些許之幫助，祈對於相關問題於著作權法學理上未來發展有所裨益。

¹⁴⁷ 江山，「法的自然精神導論」，頁 194，元照出版，2008.03，初版。