

## 經典案例：改變原作之風格或手法，或以向原作者致敬為名，是否不構成侵害著作權之行為？

### 故事

留法的台灣畫家小黑在視覺藝術圈廣受好評，他其中一幅宣稱創作理念來自自己當兵回憶的圖畫創作—《核心成員》更堪稱其代表作。近日，有一法國博物館的負責人來台受訪時提及，在台灣觀展時總覺得小黑的《核心成員》跟法國一非主流畫家 Grace 的畫作《La Victoire》非常相似。這點評論在獲得國內媒體的注意下，小黑先是主張《La Victoire》是國外畫作，自己只是深受 Grace 的創作風格影響，因此創作出與 Grace 作品相似的《核心成員》並不奇怪，並指稱風格相似不等同於抄襲，《核心成員》仍是原創作品。但眼見畫作實質相似性極高，風波也越演越大，甚至有藝評及藏家開始以此例在網路上評析兩人歷年創作，社會大眾的批評如雪片般飛來，小黑才改稱自己確實曾參考《La Victoire》的整體構圖佈局與重要的表達內容，但已把 Grace 常用活潑的水彩畫手法，改變成寫實的油畫風格，並將 Grace 原本使用的西方元素改成東方的文化元素，兩者的亮度、色調最後呈現的感覺與意境也都不一樣，因此不算抄襲，充其量只能說是在致敬自己喜愛的藝術家。試問，小黑的說法是否有道理呢？

### 爭點

將他人的畫作並加以改變，或將他人的畫作重新手繪後，就不算抄襲了嗎？

## 說明

### (1) 法律面對各種藝術創作手法時的規範方式

藝術的發展歷史遠比著作權法的發展歷史還長。「原創」固然是藝文界互古以來重要的核心成員價值之一，但歷史上也不乏將前人作品改作後，形成更為著名的新作，或產生更為流行的新藝術創作風格的前例。例如在中國唐朝時，詩仙李白就屢以模仿、挪用和改寫為手段，屢次與崔顥相爭，形成一種致敬又競爭的有趣互動，也產生不受地點限制而可任意挪用到其他地點或場合的即興詠誦文體格式；而天才莫札特也屢以自己的音樂涵養改寫許多傳世名作，例如一般習稱《小星星變奏曲》的C大調作品第K. 265/300e，即是改編自法國民謠《媽媽，請聽我說》而來，莫札特就像魔術師一樣，改編後樂曲各部中奇特多變的旋律，處處帶來驚奇與喜悅。但這樣的改作行為，未必都是現今著作權法潮流趨勢所允許的創作行為。

以我國現行著作權法為例，著作權法先是對完成創作之人賦予其著作權(著作權法§10)，而此著作權中有分關於精神層面的著作人格權，也有關於財產價值面向的著作財產權，著作財產權又可再依著作可能的利用型態區分成重製(著作權法§22)、改作(著作權法§28)等等不同細項的權利。原則上，在完成著作時起至著作人死亡後的50年間，這些著作財產權均由著作權人行使，除非因法律例外規定，或構成合理使用而可以用來限制著作人的權利，否則，未經著作權人的同意，在現行著作權法下，就不可任意重製、改作他人受著作權法保護的作品。

## (2) 何謂重製？何謂改作？：

上述提及的重製是什麼？著作權法在第3條第1項第5款盡可能對「重製」的意義作最廣泛的定義。但簡單來說，就是以任何方法，直接或間接、全部或一部、永久或暫時、一次或多次的重現原著作，只要是同時具有「有形、固定、及可被理解」三種特徵的重現，都算是「重製」的行為。

一般情況下的重製，例如用影印機、掃描機複印文字或照片等、拷貝光碟、用電腦拷貝資料、翻拍照片畫作(下載音樂、照片或影片)等直接將原作品重現成相同格式並固定在一定媒介上的行為均屬之。但特殊情況下的重製，例如某些以錄音錄影方式將原本無形的重現轉化後固著在一定有形媒介上，像是將播放中的音樂或演出中的劇本予以錄音錄影、將播放中的電視節目錄影、攝影或錄音他人演講或表演等；或者是依建築設計圖或模型去建造一棟建物，均涉及到重製。這類特殊情況是指轉換並固定在其他有形媒介的作法，必須符合著作權法第3條第1項第5款後段的規定要件，才算重製。

重製通常需透過有形的媒介或無形的電磁紀錄加以固著呈現，如果只是單純將他人的語文或音樂著作等作品，以演奏或演出的方式無形的重現，就不是重製，而是表演。

在上述理解下，本案中小黑後來承認自己確實曾參考《La Victoire》的整體構圖佈局與重要的表達內容，並因此可能涉及到全部或一部份重現《La Victoire》畫作的結果，此部分涉及重製權。即便小黑是以自己的手重新繪畫出來，但著

作權法中所定義的「重製」包含以任何方法的重現都屬之，因此是不是手繪，其實並非判斷是否構成「重製」的重點。就像抄襲文章，不管是手抄或用機器複製貼上，都是抄襲。關於此點，或許會有人質疑，那只要看過別人的畫後再畫同樣主題的畫，都可能侵害重製權嗎？這倒也未必。因為如果在後的創作者，是就完成在先的作品加以學習、理解，並融合成自己的內在藝文涵養後，重新就相同或相類似主體，本於自己的認知跟理解，重新表達成為新創作，此時就有可能是創作者就同一主題的重新、獨立創作。因此，法律雖然很難用很簡單的文字，一次把各種藝術創作手法的界線區分清楚，但透過各種類型的個案仔細探討，還是能夠逐漸實現著作權法的規範意旨。如何用很少的法條文字面對豐富的創作手法、解決各式各樣的爭議，這是學習著作權法最為困難之處。

這案例中小黑最後的抗辯，另外涉及「改作」。所謂的改作，其成果稱做衍生著作，在日本也稱為第二次著作，簡單說來。是將原本的著作加上改作者的創意後產生的新著作，但需要在意的細節很多。例如，改作仍必須將原著作的相關基底保留其全部或一部，如果某個畫家所提取的只是原著作某些理想、觀念或介意的重點，而從後畫家所完成的新作中，已經都是後畫家自己的理解與表達，也已經無法從新作品中推知舊著作的存在，則此時的新著作，是後畫家獨立完成的作品，難以再說是前作的衍生著作。

改作的態樣很多，但在過程上經常伴隨著重製權的問題。改作過程最具爭議性的是「異種的重製與改作」，例如，把哈利波特故事中以文字敘述的場景以畫家自己的理解與創意變



成好幾幅畫，或把立體的雕像透過畫家的觀察與創意及技術以素描方式成為一幅新的畫作，或者把美術著作透過攝影師對光線的安排攝影成一個攝影著作，或者把攝影師的照片化成手繪風格，這到底是單純的重製，或者應當作改作，或者當作是新的獨立著作，這在許多國家都有不同規定，就算具體發生在我國，以把照片畫成圖畫為例，也曾發生過智慧財產局(見參考資料 1)與學者(見參考資料 2)、法院(見參考判決 1)就此同一事實確有全然不同結論的情況，而同一個類似事實卻在不同案件中有不同判決結果的情況也算常見，甚至在學術上，學者可能也會有不同傾向的見解。

本案的案情相對簡單，因為不論是小黑的作品或 Grace 的作品，都屬於平面的美術創作，而小黑最後的抗辯提到「確實曾參考《La Victoire》的整體構圖佈局與重要的表達內容，但已經將 Grace 粉嫩的水彩畫手法，改變成寫實的炭筆素描風格，並已將 Grace 原本使用的西方元素改成東方的文化元素，兩者的亮度、色調也都不一樣」等說法，也顯示在此案中可以從小黑的《核心成員》中發現《La Victoire》這幅作品的存在，而小黑也確實保留了原作的某些表達內容。因此本案也可能涉及「改作」。

### (3) 小黑是否侵權？

- (一) 在外國完成之著作是否受我國著作權法保護：以本案為例，小黑雖然先辯稱自己是國內的作品，與國外歐洲畫家 Grace 的作品之所以雷同，是純屬巧合，這種抗辯在法律上是以沒有

「接觸」(access)來主張「平行著作」，同時，也涉及到國外的著作是否受我國著作權法保護的議題。

由於目前我國家入WTO，透過WTO中的「與貿易有關之智慧財產權協定(TRIPS)」擴張了我國《著作權法》的適用，亦即基於平等互惠原則，凡WTO會員國的國民所創作的著作，在會員國之間均應予以著作權的保障。基於上述原則，本案歐洲畫家Grace的《La Victoire》，在我國亦受保護。

另提醒一點：由於著作權法也採行屬地主義，在某個國發生的著作權侵權事件，原則就適用該國的著作權法令規範，所以本案如果Grace要主張侵權，原則上是要委託律師到我國來提告。但這種侵權事實若涉及跨國、或是在類似網路這種無國界的虛擬領域中發生，則有可能回過來可在權利人的國家起訴，並適用權利人本國的著作權法規定。而每個國家的著作權法雖然可能大體相同，細節還是會有不同，例如歐盟對著作財產權的保護期限原則及於創作人死後70年，而我國則是50年，為了避免誤判並引用到他人還在保護期限內的著作，這也是應予注意的地方。

至於小黑想抗辯「平行著作」的部分，亦即小黑主張自己的作品《核心成員》是自己的獨立創作，沒有接觸Grace的《La Victoire》。此點與抄襲的認定需要後作者「接觸」前作者完成的作品此點要件有關。

## (二) 小黑是否侵害Grace對《La Victoire》的重製權與改作權？

### 1. 常用的判斷標準：

著作權法上並無「抄襲」的用語，抄襲是一般民眾的口語，在著作權法上對應的概念可能是侵害著作財產權中的「重製」或「改作」權能。而在判斷是否因為抄襲而侵害「重製」或「改作」權能時，最常使用的標準就是在後完成作品的後作者，是

否「接觸」前作者完成的作品，並因而產生「實質相似結果」(substantial similarity)。有的法院則會在個案中提出該實質相似結果對原創者是否公平的論述。但一般而言在論斷有無抄襲時，都是以「接觸」與「實質相似結果」作為主要判斷標準(見參考判決1)。

## 2. 法院有可能降低「接觸」的舉證要求：

值得注意的是，「接觸」是一種非常模糊的要件，有時候，如果因為被控侵權的作品與原作品間已經有「驚人的相似(striking similarity)」程度，以美國法院在 *Ty, Inc. v. GMA Accessories, Inc.* 的絨毛豬抄襲爭議案中，就以兩件作品均非一般自然事實中常見的豬，且兩件作品間有高度驚人的相似，來降低甚至是減免原告一方關於「接觸」的舉證。另外原作者的創作難度越高；或原創性越高；又或者兩件作品間均出現共同的錯誤或被告一方無法解釋的表達時，也很有可能被認定是高度或驚人近似，進而不用證明被告曾接觸過原告著作；甚至當原告的作品未曾在藝文的公共領域中，未曾出現與原告著作類似之作品時，則原告須舉證「接觸」的必要性也越低。這樣的想法也逐漸出現在我國法院的判決實務中。例如判決理由在學界、產業界備受爭議的「金魚案」(見參考判決2、3)，二審法院似乎也因為已經認定兩個作品之間有某程度的實質相似，而以推論的方式認為被告既然是告訴人的學姊，而且告訴人曾經在被告工作的地點附近辦展，就認為學姊可能會對學妹的作品有興趣，進而推認被告曾經接觸過告訴人一方的原作品，類似見解也曾在往後我國其他判決出現(見參考判決4)。這樣的推論固然引起了非常大的爭議，但可以發現到，如果兩個作品間已經被法院認為有高度或驚人的實質相似，則法院確實可能會放寬關於「接觸」的認定。也因如此，我國實務近來對於「接觸」的概念發展出「直接接觸」及「間接接觸」的論述，前者指的是確有實際接觸的情形，而後者則



是指在合理情況下，行為人具有合理機會接觸著作物的情形，倘若兩個著作具有高度的相似性，即可於後者情形推定行為人曾接觸著作人著作，因而符合「接觸」的要件(見參考判決5)。

在本案中，Grace 的畫作受我國著作權法保護，此點應無疑問。小黑先是主張《La Victoire》是 Grace 在國外的畫作，與他在國內的創作《核心成員》無關，兩個作品這麼相似只是人生中令人驚喜的意外，看似主張兩個作品是「平行著作」。由於人類的智慧活動會受其社會、經濟、文化、歷史等因素的影響，在同一個文化背景下，本就有可能同時或先後產生英雄所見略同、但彼此的著作人並沒有接觸過對方的作品。著作權法允許此種情況存在，學理上稱此兩種作品為「平行著作」。若構成「平行著作」，則無侵害重製、改作或著作人格權的問題。但就如前述，「接觸」是個模糊的概念，本來就不是一個非常明確可以要求原告必須盡到 100%舉證責任的要件，而且如果像本案中博物館館長所說，小黑的《核心成員》與 Grace 的《La Victoire》間有驚人的高度相似，則「接觸」的概念相較來說就變得不重要，因此小黑不容易單純以一個作品在國內、一個作品在國外主張平行著作來主張自己的《核心成員》是平行著作。姑不論國內法院關於「金魚案」的結論是對是錯，單純以「金魚案」的法院邏輯來說，本案中小黑反而很有可能因為曾經旅歐、且藝術表現的手法都是《核心成員》，而被認定可能接觸到 Grace 的原創。

又小黑之後改變說法，這種說詞一再反覆的情況，也很可能加深法官認為小黑確實抄襲 Grace 作品的心證。

### 3. 改變畫風或當中的元素還是可能構成「實質相似」：

再又從「實質相似」這點觀察，「實質相似結果」也不是一個明確的概念。有關實質相似的判斷，比較常被引用的標準有三種：第一種判斷方式是質量比對分析，第二種判斷方式是整體



觀念及感覺(total concept and overall feel)相似，第三種式則是折衷，也就是綜合上述二種標準來判斷。在判斷兩幅美術著作是否「實質相似」時，通常使用第二種標準，也就是從一個一般民眾的觀點 (ordinary observer)出發，來看待這兩幅畫給他的整體觀感，而非單純或著重在細部的比較，如果整體的印象是兩幅畫相似，且觀看後可能會傾向於忽略這兩幅畫中細節的差異，則就有可能被認定具有「實質相似」的結果（見參考判決 5、6，）。在這種標準上，或許會有藝術家認為只要把畫風或元素改變就能迴避原創，但事實並非如此。因為畫風或元素很可能只是一般民眾在「整體觀念及感覺」下的枝微末節，因此千萬不要以為將別人畫作的畫風加以改變，或替換掉某些元素，就能主張兩幅畫不相似。以本案為例，小黑以為只是單純換了畫風，或把某些元素加以替代就能免責，顯然是對著作權法的規定有錯誤認知，且不具有基本的創作倫理觀念所致。

藝文活動最珍貴的價值，還是在藝術家自己的原創性及與眾不同的創意，在現行法令規定下，如果只是未經他人同意就去部分的重製、或改作他人的作品，屬侵權行為，原則上就可能要對著作權人負民事的損害賠償責任，並須面對不輕的刑事處罰。

#### 4. 小黑難以辯稱是風格相似或致敬：

又在許多案例中，被控抄襲的一方經常以「我們只是風格相似」或「我是向原創致敬」的方式答辯。然而，風格相似於觀念、理念、概念，是抽象無形的想法，以本案為例，如果同樣只是要傳達對童年的片段記憶在同一張紙上，則可說是「觀念的模仿」；但本案小黑在表達創作想法的具體形式上已經與 Grace 的表達方式幾乎雷同，可被認為是「表達方式的模仿」，而非單純觀念或風格問題。

又例如在產品發表會上，過往蘋果公司已故執行長 Steve Jobs 在常以穿著黑Tshirt 牛仔褲的方式進行，並常有以「One more thing…」作為來帶給觀眾驚喜的口號，如果現在其他手機品牌的發表會上也穿黑 Tshirt 牛仔褲，並使用「One more thing…」這個手法來表達還有一件重量級產品要發表，但具體來說，其介紹產品的內容各自不同，此點就比較容易被判斷為「觀念或風格的模仿」，蘋果公司還曾因此控告瑞士鐘錶製造商 Swatch 使用「One more thing…」敗訴，而國內的宏達電在發表手機時也曾模仿 Steve Jobs 的穿著與「One more thing…」。「觀念或風格的模仿」有可能會被評價為不道德或沒創意，但不一定構成重製或改作權的侵害。

### (三) 侵害Grace 重製權與改作權的責任

小黑就《核心成員》的創作，很有可能被認定是侵害 Grace 對《La Victoire》的重製權與改作權而來。若經認定有侵害事實，則小黑可能要面對的是每個侵權行為最重三年以下有期徒刑，同時可能被科以新台幣 75 萬元以下的罰金；另外對 Grace 還需負擔民事賠償責任，Grace 可以選擇要對小黑請求自己因此所受的損失，或是小黑因此取得的利益作為賠償，如果不知道怎麼證明上述賠償金額，法官還可以替 Grace 酌定新臺幣一萬元以上一百萬元以下的賠償，如果法院認定小黑的侵權行為屬於故意且情節重大時，甚至還可以將賠償額增加至最高五百萬元(著作權法第 88 條，附件頁數 15)。同時，Grace 可以要求小黑登報道歉並銷毀侵權商品，在上述責任下，已足以讓小黑身敗名裂。因此藝術創作，千萬不要以抄襲的方式為之，這才是真正自保之道。

### (四) Grace 主張權利應注意的時效

面對小黑侵害著作權的行為，Grace 若要透過法律途徑捍衛自己的權利，就必須注意不能讓自己的權利「睡著了」，用法律術語來說，也就是要注意法律上有關時效的規定。如同先前的說明，小黑的行為可能同時構成民事、刑事責任，在民事部分，Grace 若要向小黑請求損害賠償，必須同時符合以下二個條件：(一)在知悉時起二年內提出、(二)自侵權行為時起尚未逾十年(著作權法第 89 條之 1)；在刑事部分，Grace 必則在知悉時起六個月內於台灣法院提出告訴(刑事訴訟法第 237 條)。當然，因為上述小黑侵害 Grace 著作權的案例比較單純，所以沒有太多需要提醒的地方，在實務上，其實還有以下幾點要請讀者留意：

1. 在民事方面，因為消滅時效完成並不會使侵權者的債務消滅，只是讓他取得拒絕給付的權利(民法第 144 條)，所以如果侵權者沒有在訴訟中主張時效抗辯，他仍然可能敗訴；此外，如果被害人對於侵權者負有債務，且在消滅時效完成前已經符合主張抵銷的要件時，即便消滅時效已完成，仍然可以主張抵銷(民法第 337 條)。
2. 在刑事方面，則要注意六個月的告訴期間只適用於「告訴乃論」之罪，如果是以光碟方式犯侵害著作權之犯罪，因為非屬告訴乃論(著作權法第 100 條)，所以也就不受告訴期間的限制；另外，如果是有共同著作人的情形，即使其中一個人已經遲誤六個月的告訴期間，依刑事訴訟法第 237 條第 2 項規定，其他沒有遲誤期間的人還是可以提出告訴。

最後，如果有多數的侵權者，則無論在民事「消滅時效」或刑事「告訴期間」的判斷上，對於不同侵權者的時效起算點，都要個別判斷、個別起算，並不會因為知悉共同侵權人中的一人，就開始起算所有共同侵權人的時效。



## 建議

藝術創作難免會有蒐集素材的過程，也難免會在創作生涯上受其他藝術家的影響而對往後的創作有所啟發，但只要曾經接觸他人的創作，則後續創作時務必要避免「按圖重畫」、「改變他人作品」等可能被認定有高度抄襲嫌疑的手法。最好的方式仍是在自己對他人創作的精神或想表達的意涵有所理解，融合成自己的心得後，再以自己的手法去創作。

在某些特殊的場合，藝術創作者確實可能想藉由特定的安排，來對他所尊敬的藝術家「致敬」，例如刻意模仿某些大師的風格或經典化驗。當要有此類「致敬」的規劃時，務必拿捏是創作觀念上的致敬，還是「表達方式的模仿」，一個成功又厲害的致敬，可能只需要一秒鐘就能讓觀眾心領神會，還能向觀眾完整傳達自己的新創意，而不是只是單純的 copy cat。

## 參考法條

1. 著作權法第 10 條：「著作人於著作完成時享有著作權。但本法另有規定者，從其規定。」
2. 著作權法第 22 條：「著作人除本法另有規定外，專有重製其著作之權利。」
3. 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。」
4. 著作權法第 88 條：「因故意或過失不法侵害他人之著作財產權或製版權者，負損害賠償責任。

數人共同不法侵害者，連帶負賠償責任。前項損害賠償，被害人得依下列規定擇一請求：

- 一、依民法第二百十六條之規定請求。但被害人不能證明其損害時，得以其行使權利依通常情形可得預期之利益，減除被侵害後行使同一權利所得利益之差額，為其所受損害。
- 二、請求侵害人因侵害行為所得之利益。但侵害人不能證明其成本或必要費用時，以其侵害行為所得之全部收入，為其所得利益。依前項規定，如被害人不易證明其實際損害額，得請求法院依侵害情節，在新臺幣一萬元以上一百萬元以下酌定賠償額。如損害行為屬故意且情節重大者，賠償額得增至新臺幣五百萬元。」
5. 著作權法第 89 條之 1：「第八十五條及第八十八條之損害賠償請求權，自請求權人知有損害及賠償義務人時起，二年間不行使而消滅。自有侵權行為時起，逾十年者亦同。」
6. 刑事訴訟法第 237 條：「告訴乃論之罪，其告訴應自得為告訴之人知悉犯人之時起，於六個月內為之。得為告訴之人有數人，其一人遲誤期間者，其效力不及於他人。」
7. 民法第 144 條：「時效完成後，債務人得拒絕給付。請求權已經時效消滅，債務人仍為履行之給付者，不得以不知時效為理由，請求返還；其以契約承認該債務或提出擔保者亦同。」
8. 民法第 337 條：「債之請求權雖經時效而消滅，如在時效未完成前，其債務已適於抵銷者，亦得為抵銷。」
9. 著作權法第 100 條：「本章之罪，須告訴乃論。但犯第九十一條第三項及第九十一條之一第三項之罪，不在此限。」

### 參考判決

1. 智慧財產法院 98 年度刑智上更(三)字第 2 號刑事判決：「按將他人之平面美術著作，製成立體物，究竟有無侵害著作權，自應審酌一切相關情狀，就認定著作權侵害的兩個要件，即所謂「接觸」及「實質相似」而為調查。所謂接觸係指依社會通常情況，侵害者應有「合理的機會」聽聞被侵害者的創作；而「實質相似」之判斷基準，區分為「量」與「質」之考量，實質相似中對「量」之要求與著作物之性質有關，如對寫實之作品，

- 往往保護程度較低，可以分析解構之方式逐一比對，細數相似成分之「量」；對美術、圖形等具藝術、抽象美感之著作，著作權法予以保護之程度較高，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」，即就著作予人之意境、外觀及感覺判斷是否相似，以決定是否構成著作權之侵害。」
2. 臺灣高等法院臺南分院 95 年度智上字第 7 號民事判決：「照片之攝影著作所保護者為照片及拍攝之權利，至於所拍攝之「對象」尚非著作權所保護之對象，如他人僅就照片中之自然生物作為寫真描繪之對象，以繪畫者本身藝術觀點及專業繪畫技巧呈現該照片中之自然生物，並無剽竊、仿冒攝影著作所展現包括空間、角度、光線與大自然光影、色彩等整體結合之思想及創意，則兩者應屬各自完成之攝影著作與美術著作，並無所謂重製他人著作之行為。」
  3. 臺灣臺北地方法院 99 年度智易字第 34 號刑事判決：「被告蘇 00 之附件二著作與告訴人之附件一著作固達實質近似程度，然仍稍有差異，並非完全雷同；而檢察官並無足夠可信之證據支持被告蘇 00 於完成附件二著作前確曾接觸告訴人附件一著作之事實，亦無法建立被告蘇 00 確有接觸之合理可能性；復以被告蘇 00 及其辯護人已提出相當之證據證明其就附件二著作之創作過程。綜此以觀，本院認為被告蘇 00 之附件二著作是否確如檢察官所指係重製抄襲告訴人附件一著作而來，並非毫無合理懷疑。」（金魚案一審）
  4. 智慧財產法院 100 年度刑智上訴字第 39 號刑事判決：「實質相似之二著作，雖非無可能係個別獨立之創作，然如其相似之程度過高，則實無從想像「若非接觸，何以致之」。被告辯稱於刑事之判斷上，基於無罪推定原則，檢察官應舉證至確實有接觸，始構成侵害等語云云。惟按於著作是否非法重製之判斷上，之所以會有「接觸」知要件，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。故在「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即可。故除非相似程度甚低，始有證明「確實接觸」之必要。」(金魚案二審)

5. 智慧財產法院 102 年度刑智上易字第 35 號刑事判決：「有無接觸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（最高法院 99 年度台上字第 2109 號民事判決參照）。故接觸者，除直接實際閱讀外，亦包含依據社會通常情況，行為人應有合理之機會或合理之可能性閱讀或聽聞著作人之著作，且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，行為人得以輕易取得；或著作物有相當程度之廣告或知名度等情事；倘若行為人著作與著作人著作極度相似

(striking similarity) 到難以想像行為人未接觸著作人著作時，則可推定行為人曾接觸著作人著作，換言之，在接觸之判斷上，須與二著作相似之程度綜合觀之，如相似程度不高，公訴人始應負較高關於「接觸可能」之證明。」

6. 智慧財產法院 107 年度刑智上訴字第 16 號刑事判決：「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兩個要件，即所謂接觸及實質相似為審慎調查，其中實質相似不僅指量之相似，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」（最高法院 97 年度台上字第 6499 號刑事判決意旨參照）。既稱「整體感覺」，即不應對二著作以割裂之方式，抽離解構各細

節詳予比對。且著作間是否近似，應以一般理性閱聽大眾之反應或印象為判定基準，無非由具備專業知識經驗人士以鑑定方法判斷之必要。」

7. 智慧財產法院 108 年度刑智上訴字第 41 號刑事判決：「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」（最高法院 97 年度台上字第 6499 號、94 年度台上字第 6398 號等刑事判決意旨參照）。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。」

#### 參考資料

1. 經濟部智慧財產局，《電子郵件 1050930 號函》，  
<https://topic.tipo.gov.tw/copyright-tw/cp-407-854705-49946-301.html>，最後瀏覽日：109 年 7 月 20 日。
2. 章忠信，《「抄襲」有無明確的定義？》，  
<http://www.copyrightnote.org/ArticleContent.aspx?ID=3&aid=545>，最後瀏覽日：109 年 7 月 20 日。
3. 章忠信，《依照片畫圖不會構成侵害著作權》，  
<http://www.copyrightnote.org/ArticleContent.aspx?ID=6&aid=2709>，最後瀏覽日：109 年 7 月 20 日。