

名師啟試錄

著作權法中的抄襲： 獨立創作未「抄襲」之解釋

編目：智慧財產權法



主筆人：伊台大 碩士、律師資格

強調有系統、有效率的理解和記憶。在教學理念上，採用單點記憶後串聯的系統，屏除不會考不用念的部分，就法理的架構做整理，理解後操作而記憶，以最少的記憶空間換取最多的分數。

◎最新課程請點閱高點法律網 lawyer.get.com.tw

壹、概說

「抄襲」一詞，並非著作權法中正式的法律用語，對應於著作權法的概念，似有「侵害重製權」之意，但進一步細究其內涵，對於其他著作權的侵害，如公開口述權、公開演出權、改作權等等，均可能以「抄襲」名之，但「抄襲」實際上並不同於「侵害著作權」，頂多只能說是侵害著作權態樣之一種，從這個角度來看，「抄襲」一詞另有「預為不法性判斷」之價值意涵在內，而如欲作為法律用於，其概念上確有模糊之處。實務上，抄襲一詞被廣泛使用，用法多元，可歸納出的用法大致有二：第一種用法是，在認定著作受著作權保護的要件，即「原創性」要件時，須由原告舉證其著作係獨立創作、而非「抄襲」別人。另一個用法是：「作為法院判斷是否構成著作權侵害的其中一個要件或判斷過程」，即，法院在認定原告著作權是否受到被告侵害時，通常需比對原告著作與被告作品間是否構成「抄襲」，而此時需判斷被告是否有「接觸」原告著作以及兩者間是否「實質近似」，而此「接觸」、「實質近似」之認定過程成為「抄襲」與否之內涵與認定標準。除了著作權法上的意義外，「抄襲」一詞在學術相關之法規中亦時有所見，如學位授予法第7-2條中關於學術論文之抄襲，等等，著重者不僅僅在於其「重製」、「侵害著作權」之意涵，更強調其「違反學術倫理」之內涵，於此，抄襲於學術倫理的高道德標準中，普遍認為要比著作權侵害的認定上，要求更為嚴格，例如：「自我抄襲」（如一稿兩投）行為，在著作權法上應不認

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

為構成侵害，而在學術倫理上，可能包含在抄襲概念中^{註1}。

綜觀而言，「抄襲」一詞之意涵，包括：世俗用法、著作權實務用法、侵害學術倫理意涵等等。但在考試上要如何掌握「抄襲」之概念？本文將從著作權的保護要件，即「原創性」之內涵為基礎，進一步探討「抄襲」概念在實務見解上內涵的分歧，就前述抄襲概念被廣泛用於涵括「接觸」、「實質近似」之認定、標準等，幫助各位同學掌握在著作權法的題目如果問到：「抄襲」如何認定时，可以如何呈現。

貳、法院實務

綜觀法院實務，對「抄襲」一詞的用法，分為兩個層面（階段），第一個層面在：原告主張自己的著作享有著作權時，必須要舉證證明自己的創作具有原創性，符合著作權保護要件，而「原創性」的內涵學說實務甚為分歧，但共通者至少要求原告著作係屬「獨立創作未抄襲」，於此原告須舉證此「未抄襲」之事實。第二、原告必須舉證被告侵害其著作權，如侵害重製權、改作權等，此時法院實務時有將此侵權事實之舉證化約為「抄襲」，而原告需舉證被告有「接觸」其著作且構成「實質相似」，而進一步需討論「接觸」之舉證程度為何？「實質相似」的判斷標準為何？要相似到何種程度。綜上，原告一方面須證明自己未抄襲別人著作，方得享有著作權，另一方面又必需舉證被告抄襲其著作，方構成侵權，以下分列實務見解如何詮釋「抄襲」。

^{註1} 蔡明誠，〈抄襲與著作權侵害之概念、類型化及判斷原則之再思考〉，《法令月刊》，第65卷第8期，頁39。

<p>未「抄襲」 作為著作 權保護要 件</p>	<p>最高法院 97 台上字 1214 號民事判決：「著作權人之舉證責任，在訴訟上至少必須證明下列事項：<u>證明著作人身分</u>，藉以證明該著作確係主張權利人所創作，此涉及著作人是否有創作能力、是否有充裕或合理而足以完成該著作之時間及支援人力、是否能提出創作過程文件等。<u>證明著作完成時間</u>：以著作之起始點，決定法律適用準據，確定是否受著作權法保護。<u>證明係獨立創作，非抄襲</u>，藉以審認著作人為創作時，未接觸參考他人先前之著作。次按著作權法所保護之著作，係指著作人所創作之精神上作品，而所謂精神上作品，除須為思想或感情上之表現，且有一定表現形式等要件外，尚須具有原創性」。</p>	<p>著作權人 需舉證其 著作未抄 襲以證明 原創性</p>
	<p>智慧財產法院第 102 年民著訴字第 9 號判決：「著作權人之舉證責任，在訴訟上至少必須證明下列事項：(一)證明著作人身分，藉以證明該著作確係主張權利人所創作，此涉及著作人是否有創作能力、是否有充裕或合理而足以完成該著作之時間及支援人力、是否能提出創作過程文件等。(二)證明著作完成時間：以著作之起始點，決定法律適用準據，確定是否受著作權法保護。(三)證明係獨立創作，非抄襲，藉以審認著作人為創作時，未接觸參考他人先前之著作（最高法院 92 年度台上字第 1664 號刑事判決參見）。原告等主張其係系爭著作之著作人，被告則否認之，原告自應就其係獨立創作，並非抄襲他人、創作過程、著作完成時間等事實，負舉證之責任。」</p>	
<p>「抄襲」 作為侵權 構成要件</p>	<p>智慧財產法院第 103 年民著訴字第 2 號判決：「按所謂著作「抄襲」，其侵害著作權人之著作財產權主要以重製權、改作權為核心，原告必須證明被告有為有形的或無形的重製行為；對於後者如無直接證據，原告應舉證證明被告有「接觸」其著作，及被告著作之表達「實質類似」於原告著作之表達。所謂「接觸」，指依社會通常情況，<u>可認為他人有合理機會或可能性見聞自己之著作而言</u>。所謂「實質相似」，則由法院就爭執部分著作之質或量加以觀察，為價值判斷，認為二者相似程度頗高，或屬著作之主要部分者，始足當之。</p>	<p>抄襲需舉 證接觸與 實質近似</p>

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

<p>「抄襲」 作為侵權 構成要件</p>	<p>智慧財產法院第 102 年民著上字第 21 號判決： 「按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，即所謂接觸及實質相似為審慎調查審酌，其中實質相似不僅指量之相似，亦兼指質之相似（最高法院 97 年度台上字第 3121 號刑事判決意旨參照）。而接觸者，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。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；倘若被告著作與原告著作極度相似（striking similarity）到難以想像被告未接觸原告著作時，則可推定被告曾接觸原告著作。」</p>	
	<p>最高法院 99 台上字 2109 號民事判決：「按學生在校期間，如果教師僅給予觀念之指導，而由學生自己搜集資料，以個人之意見，重新詮釋相同想法或觀念，而以文字表達其內容，撰寫研究報告，則學生為該報告之著作人，應受著作權法之保護，享有、行使著作權。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。被上訴人雖接受上訴人上課指導，然上訴人上課僅係作觀念、思考之指導，系爭報告則係由被上訴人嗣後自行搜集資料，綜合判斷考量後獨力以文字撰寫完成，難謂係抄襲而不具原創性，被上訴人自享有系爭報告之著作權。」</p>	<p>抄襲僅及於表達上的抄襲</p>

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

<p>「抄襲」 作為侵權 構成要件</p>	<p>智慧財產法院 100 年刑智上訴字第 39 號刑事判決：「雖著作權法之相關規定未見「抄襲」之用語，惟抄襲應即係指非法重製而言。又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<u>實質相似不僅指量之相似，亦兼指質之相似</u>。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「<u>整體觀念與感覺</u>」（最高法院 97 年度台上字第 6499 號刑事判決意旨參照）。既稱「<u>整體感覺</u>」，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。」、「於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。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。」</p>	
	<p>最高法院 99 台上字 2314 號民事判決：「即主張權利者應證明他人曾接觸其著作，且其所主張抄襲部分，與主張權利者之著作構成實質相似。所謂接觸，指依社會通常情況，可認為他人有合理機會或可能見聞自己之著作而言。所謂實質相似，則由法院就爭執部分著作之質或量加以觀察，為價值判斷，認為二者相似程度頗高或屬著作之主要部分者，始足當之。」</p>	

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

從法院實務來看，所謂的「抄襲」分兩個層次，第一、著作權人主張自己的著作享有著作權保護，則必須要符合「原創性」的要件，其中需包含「獨立創作未抄襲」之內涵，故解釋上著作權人必須舉證自己的著作未抄襲他人著作，方得享有著作權。第二、在著作權人主張他人著作侵害自己著作權時，必須舉證他人未經權利人許可而有重製、改作、公開演出等行為，在某些侵權的態樣下，被告（尚未評價為侵權人或加害人之被告）可能利用或模仿著作權人（原告）之著作，然而兩個作品內容不一定完全相同，在被告創作成果與原告著作非完全相同之前提下，此時有進一步評價被告的創作是否構成「抄襲」，此抄襲的內涵已經進入了「是否構成侵權」的評價，依照前述實務見解，需判斷兩個要件，即「接觸」與「實質近似」，而接觸與實質近似並非著作權法上之法律用語，乃是實務參考美國實務見解的判斷流程，但已經為實務廣泛援用，至於這兩個要件的定位如何，實務上有稱「抄襲之要件」（81台上3063號民事判決）、「著作權侵害的二個要件」（97台上6499號刑事判決），不一而足，所以必須要思考，此時「抄襲」等於「侵權」？或僅僅是某種侵權的態樣？解釋上應該是屬於某種侵權的態樣，或是判斷侵權階段的代稱，且須注意，即便在判斷構成抄襲後，後續仍有合理使用之判斷，故尚不能直接論斷「抄襲」等於「侵權」。

比較兩種「抄襲」，須注意者，第一層次的抄襲與第二層次的抄襲之內涵恐怕不完全相同。邏輯上，被告的創作是不是抄襲原告而構成侵權，與原告的著作是不是抄襲前人的而不得享有著作權，兩種「抄襲」的判斷標準應該要相同才是，但第一層次的抄襲是檢驗原告之著作是否具備原創性之內涵，如果用第二層次抄襲的「接觸」、「實質近似」來判斷，邏輯上原告必需舉證自己沒有接觸他人著作、且並未與任何他人的著作構成實質近似，成為一種「消極事實」的舉證，技術上原告也許將面臨舉證不可能的窘境。再者，就算創作時是有接觸他人著作，並與他人著作構成實質近似，也許會對他人著作構成侵權，但其創作仍可能享有著作權，例如未經他人允許而對他人著作進行翻譯，翻譯後的著作仍可能享有著作權（有爭議），故解釋上，兩個層次的抄襲在舉證責任上略有不同，容有區分之必要。所以有學者認為，原告在舉證獨立創作而「未抄襲」他人著作時，僅要求著作權人證明創作事實與完成時點即可^{註2}，

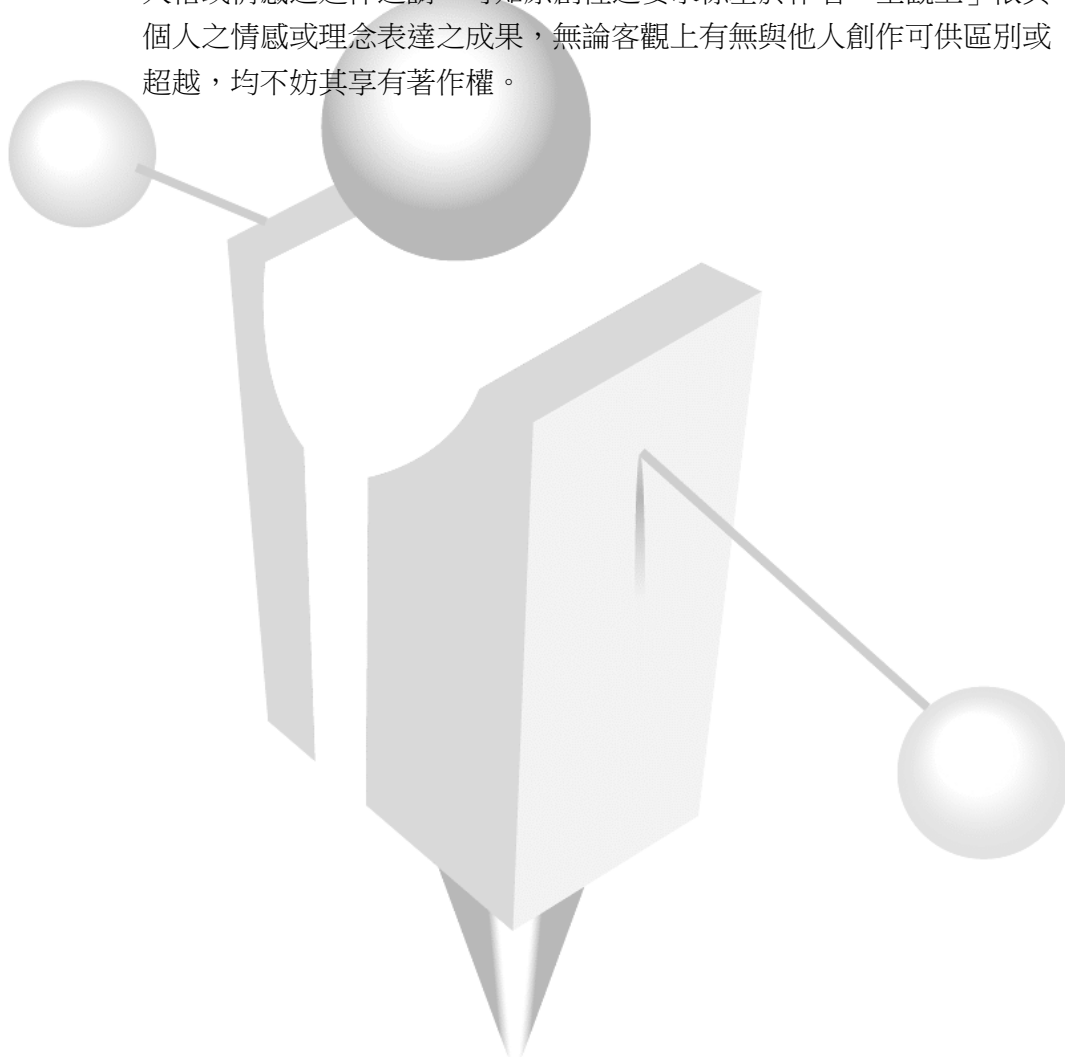
^{註2}許忠信，〈著作之原創性與抄襲之證明（下）〉，《月旦法學雜誌》，2009年9月，

接著，如果被告能舉證某個前人著作，與原告的創作很像，藉以舉證原告著作並非「未抄襲」他人，不具原創性而否定原告著作權時，此時法院是否需要判斷著作權人之創作與前人創作是否構成「實質近似」？本文認為這本質上是「創作高度」（有稱為創作性）的問題，一般而言通常是在原告著作與某個前人著作很像的時候（甚至幾乎完全一樣），首先兩者在思想或創作概念上應該有相似之處，但抄襲的概念不及於思想上的相同，所以就算能證明原告的創作有接觸或參考前人著作，故需聚焦於「原告創作與前人著作」在「表達上」之實質近似，使法官達到「原告創作係抄襲前人著作而生」之心證程度，被告方可能推翻原告之著作權，判斷上，此時的「實質近似」概念應可援引第二層次抄襲要件上的「實質近似」判斷標準，不過目前實務甚少如此檢驗，所以考試應該不需要寫到這種程度。

實例上，法院會先要求原告舉證著作人身份、創作事實與創作完成時點，如被告無法舉證原告之創作與某個前人著作類似，則法院實務會直接認定原告享有著作權。但如果被告能舉證某個前人著作與原告的創作一模一樣，且原告完成其著作的時間點晚於該創作，又不能證明其創作事實，那麼原告的創作就無法享有著作權。而如果被告舉證的前人著作與原告著作間概念相同、表達上有部份相同（如部分文字、語意、音符、畫面元素、段落編排相同），若原告能舉證、說明創作事實，那就由法院判斷創作高度是否足夠讓原告享有著作權（或部分實務見解並不要求創作高度），然而此時，法院是否可以援引接觸、實質近似來論斷原告的著作是否係屬「未抄襲」他人之著作，邏輯上應該是可以，如果原告主張被告的創作是因為接觸其著作並與其著作實質近似而構成侵權，那麼原告本身的著作是否有接觸他人著作並與他人著作實質近似而不具原創性，應該要受同一標準檢驗。目前的實務上很少就原告著作是否具備原創性的判斷中以接觸、實質近似來檢驗，而考題中就原創性的考點也很少強調原創性的舉證要考量「接觸」、「實質近似」，故答題時應無須強調此部分，應僅需就原創性的內涵論述即可。

最後注意，創作高度的要求並不是專利法上新穎性之要求，創作時並不需要創作出前人創作所無之部分（客觀上），或是確實超越前人著作所表達之部分，依照最高法院 81 台上 3063 號判決內：「凡具有原創性之人

類精神創作，且達足以表現出作者之獨特性或個性之程度者，即享有著作權（在此不需將個性或獨特性解釋為要件），頗合乎將著作作為個人人格或情感之延伸之調，可知原創性之要求係基於作者「主觀上」依其個人之情感或理念表達之成果，無論客觀上有無與他人創作可供區別或超越，均不妨其享有著作權。



【高點法律專班】

版權所有，重製必究！