

新聞放大鏡 ⑤

貓貓相抄到天邊之相告何太急

編目：智財法

主筆：伊台大

【新聞案例】

（2016年8月31日，自由時報，記者吳柏軒／台北報導）

LINE 熱門貼圖「宅貓妙可」與「臭跣貓」因太過相近，創作者「妙可麻」、「妙可爸」前天按鈴控告另名創作者「麻糬爸」違反著作權，不料網友整理發現，早在兩者創作之前，2012年就有圖文創作者「愛蜜莉」畫出《波奇好好吃：愛蜜莉的貓奴養成日記》，比對下驚覺3隻貓的相似度超高，認為：「這個抄襲案越來越像八點檔了！」愛蜜莉也在自家臉書粉絲頁「愛蜜莉的異想世界」中貼文，陳述收到許多網友告知，近日LINE的貼圖宅貓妙可跟臭跣貓的抄襲事件，並表示，自己在2012年及創作「愛蜜莉」跟「波奇」角色，畫出自己跟愛貓波奇之間的一些趣味事情，並花2年時間完成貓咪圖文創作書，2015年12月出版。愛蜜莉貼文提到，卻在去年11月新書預購時，有粉絲說已購買了貓咪貼圖，當下回應說還沒出，結果粉絲出示「宅貓妙可」貼圖，才驚覺圖案神似自己的創作「波奇」，愛蜜莉卻寫著：「我當下是覺得真的蠻雷同，不過還是秉持著相信人性本善，想說：『應該只是巧合吧？』，在想是不是我自我感覺太良好（苦笑）直到越來越多人貼一些圖跟我說實在好像……」愛蜜莉認為，創作者的創意被剽竊相信是大家都不樂見的，也希望每位創作者的創作都應該被尊重，相信公道自在人心；但自己不知接下來該如何做，希望事情能平安落幕。貼文也被轉到其他粉絲專頁，不少網友留言：「這下好了自己被打臉哈哈哈哈哈。」、「以後要畫貓就別再畫橘貓了！其他的貓也很可愛而且可以做出區別啊！」、「比八點檔還八點檔……」、「這件事行意外也不意外的朝著超複雜的方向進行著。」

【重點提示】

這個新聞涉及到著作權法權利保護與權利侵害的最基本問題，大多數的創作都是站在前人的肩膀上，本新聞的三個貓型圖像，其神態、動作除了取鏡於貓之外，也都有日本動漫的影子，如果再進一步將這三個貓角色與市面上許多卡通擬人角色比對，例如熊型態、狗型態的圖像，大概會發現這些卡通角色經常是互相「致敬」的，那是不是代表創作就好比跑步游泳，不就你做什麼他做什麼？何來侵權之說？

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

如果要採取「因為大家的創作都很像，所以本來就沒有什麼侵權問題」此種論點，那反過來其實也可以說所有的創作都沒有著作權保護的必要了，因為著作權保護的要件就是：

一、著作權保護的要件與內涵：原創性

原創性通說認為係「原始性」加「創作性」，為著作權保護的要件之一，也是著作享有權利保護的核心元素。首先，原創性必須是著作「表達」上的原創性，而非概念上的原創性，所以新聞中三位作者都以貓為概念進行創作，此部分不受著作權法保護（亦即作者不能獨佔「貓」、「跣貓」、「白爛貓」的創作概念），其他如角色的姿勢、表情的「概念」當然也不受保護。

再者，一個整體的著作中可能同時有具備原創性與不具備原創性的部分，僅有具備原創性的部分受到保護，例如：三隻貓作為貼圖時旁邊會有文字敘述的部分，此文字敘述部分不具原創性，不受保護，但文字如果在圖形設計上具有原創性，則可能受到保護。

所以雖然大家都用貓來創作，但巧妙依然各有不同，否則怎麼會有的貓比較紅、有的貓比較不紅？而不同之處就是作者的創意投入、就是著作權法保護的所在。然而，最終還是得要回歸一個問題：「讓某個私人獨占一個表達形式而排除他人使用，是否合理？」例如：在漫畫中表達「生氣、憤怒」的方式，無非以「青筋」、「冒氣」、「臉紅」三類畫法，如果最早以青筋畫法來表達生氣的創作者可以就「青筋」表達方式享有著作權而可排他使用，對於其他創作者來說將造成多麼大的阻礙。（當然，或許也可以激發其他創作者更多表達生氣的畫法）

二、模仿他人著作再加入自己的創意是否有著作權，是否受著作權法保護？

「抄襲」的概念也會在原創性的判斷上產生作用，即原始性的「獨立創作未『抄襲』之認定」。新聞中三隻貓的創作必然有作者創意的投入，關鍵在於後兩隻貓究竟有沒有抄襲前貓，我們必須要拆解一下這個案子的事實：跣貓疑似抄妙可，妙可疑似抄波奇，若妙可是抄襲波奇，則跣貓抄襲妙可，是否構成侵害著作權？

1.愛蜜莉與波奇←（抄襲？） 2.宅貓妙可←（抄襲？） 3.麻糬爸與臭跣貓

「抄襲」的概念在這個案子的適用上顯得複雜，在此先集中討論抄襲在本案與原創性的關係，則爭議會集中在第二隻貓妙可身上，宅貓妙可的創作有無原創性？會因抄襲之有無，問題會分成下列層次：

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

- 1.若宅貓妙可未抄襲，目前看來應具有原創性而受著作權法保護。
- 2.若宅貓妙可有抄襲，但另有創意的投入，則是否必然欠缺原創性要件？
- 3.若宅貓妙可有抄襲，但仍有創意投入而具原創性，是否受著作權保護？

三、抄襲他人著作在著作權法上如何認定？

回到「抄襲」的實質認定上，承襲二、的判斷結果，如果宅貓妙可「具備原創性」且「其具備原創性的部分受著作權法保護」，則「臭跣貓是否抄襲了宅貓妙可」這個問題看似幾乎等同於「麻糬爸是否侵害宅貓妙可作者的著作權」(後續仍須判斷合理使用)。但需要注意的，著作權法上並沒有「抄襲」的用語，但卻廣為實務引用於「侵權」的判斷，並且發展出「接觸」與「實質近似」兩個構成要件。如果麻糬爸被認定為有接觸宅貓妙可的創作，且臭跣貓被認定為與宅貓妙可構成實質近似，則麻糬爸構成「抄襲」也就是構成「侵權」，但進一步就有必要要判斷麻糬爸是侵害了「什麼著作權」，亦即，仍需要回到著作權法對於重製、改作、公開傳輸、散布等權利的定義，來認定權利侵害。

總結而言，「抄襲」在著作權法上兼具有判斷原創性有無、判斷是否侵權兩種功能，而認定上均以「接觸」、「實質近似」兩個要件來認定構成與否。

【考點剖析】

一、原創性等於「原始性」加上「創作性」

「原創性」的內涵學說實務甚為分歧，但多數見解認為分成兩個要素，即原始性與創作性。所謂原始性就是「獨立創作未抄襲」，而創作性就是「最小創意投入」，即「美學不歧視」原則。除了這兩個內含之外，最高法院亦有認為著作必須要能展現作者的「個性」與「獨特性」，也就是將著作作為創作者人格的延伸，而若由他人為同一創作，是否將有所不同，或是該著作與他人著作間是否有可資區別的變化等等。本文認為，個性、獨特性等內涵都是輔助判斷創作性的參考而已，創作性之判斷仍必須回歸最小創意投入之標準，否則將流於法官恣意。

就「獨立創作未抄襲」的判斷，亦即著作權人的創作必定不是抄襲他人，方具備原創性，而抄襲的「接觸」要件對應的就是必須是作者「獨立創作」而未接觸他人著作之意。實例上，法院會先要求原告舉證：1.著作人身份、2.創作事實、3.創作完成時點(最高法院 97 台上字 1214 號民事判決)，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類完全一樣，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

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

權。但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）、且原告有接觸前作的事實，若原告能舉證、說明創作事實，那就由法院判斷原告著作的創作性是否足夠讓原告享有著作權（進入實質近似的判斷）。

二、承前所述，「抄襲」在原創性要件的判斷就集中在「原始性」的判斷上，若非「獨立創作未抄襲」的著作，就不具備原始性，欠缺原創性，不受著作權保護。然而，大部份的抄襲都是「參考」別人著作之餘，再加上一些自己的創意投入，揉合而成一個新的著作，所以到底要原創到何種程度，才會真正達到「未抄襲」的標準，恐怕難有一致見解。

在本案有疑義的是，宅貓妙可跟波奇兩隻貓長得很像，但又不是完全一樣，假設法院認定宅貓妙可與波奇構成「實質近似」，則宅貓妙可是否當然不享有著作權？就妙可與波奇的作品分別來看，即使認為妙可與波奇構成近似，仍然不能否認妙可在創作上有作者創意的投入，此創意投入的部分是否應該受到著作權保護？

首先，假設妙可「實質近似」於波奇，又有原創性投入，則屬著作權法上的衍生著作。未合法取得原作授權、或合理使用原作之衍生著作是否受著作權法保護？最高法院 87 年台上字第 1413 號民事判決認為未得同意擅自改作，不能取得著作權：「又著作人專有將其著作改作成衍生著作之權利，為著作權法第 28 條所明定，北美事務協調委員會與美國在台協會著作權保護協定第 11 條亦規定：「受本協定保護之文學或藝術著作之著作人，享有授權改作、改編及其他改變其著作之專有權利。」故倘未經原著作人或著作財產權人同意，就原著作擅自改作，即係不法侵害原著作人或著作財產權人之改作權，其改作之衍生著作自不能取得著作權。」

但亦有許多學說見解採取相反見解，認為著作權法並不以著作本身合法為保護要件之一，只要著作本身有原創性，即應依法加以保護，若著作有違反民法或其他法令之虞，與著作權保護於否無關。故著作本身有侵害他人著作權時，著作人自應負侵權之責，但並非不得享有著作權保護。

本文認為，大多數的創作無論在概念或表達上都必然受過他人創作之影響，這些影響深入創作者的意識之中，累積而成各種畫風、文風、配色、佈局的變化，這些變化經常反映在表達上，而依法應受保護，所以著作權法本身就是保護這些「受到前人影響的」創意投入，因此衍生著作本身有創意投入，有原創性之部分即應受保護。當然，此見解也許較不受鄉民或無知媒體見容。所以回到本案，假設宅貓妙可被認定有抄襲波奇，但仍有創意投入，所以就具備原創性

的部分得當作衍生著作，但是否受到著作權法保護則視不同見解而定。

三、抄襲的判斷標準與實務操作

抄襲區分為「接觸」與「實質近似」兩個要件，已如前述。首先「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。」（智慧財產法院第102年民著上字第21號判決）本案妙可與麻糬爸身為圖文創作者，應有合理的機會接觸許多前人著作。

而實質近似的判斷：「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）「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。」（最高法院99台上字2314號民事判決）可見實質近似係自「質」與「量」兩個方向判斷，若相似程度高（量的標準）或相似部分係著作的主要部分（質的標準），合乎其一均可構成實質近似。

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、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。」（智慧財產法院100年刑智上訴字第39號刑事判決）