

名師啟試錄

著作權法中的抄襲： 構成侵權之「接觸」與「實質近似」

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

著作權人舉證自己的著作受著作權保護後，仍需舉證被告有侵害著作權之行為，如被告利用原告著作之行為並非顯而易見，例如：被告創作所使用之文字、音符、畫面、結構編排與原告著作相類似但略有不同，此時「被告是否構成侵權」，經常以「被告是否抄襲原告著作」、「被告是否構成抄襲」之用語，來強調此種侵權判斷過程，其背後含義通常是指重製權與改作權之侵害。另一方面，被告會主張其創作是獨立創作而未抄襲原告而來，例如：1.從未看過原告的作品；2.有參考但是用自己的想法創作出來的；3.雖與原告著作傳達的思想、概念相同，但此概念之表達方式非常限縮…等等抗辯，此時原告必須要證明被告侵權，法院實務認為，應就「接觸」、「實質近似」舉證，最高法院 97 台上 3121 號刑事判決調：「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。」又「接觸」與「實質近似」在認定上似非全有全無之單一標準，而是需個案情形認定的動態標準，如：「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，

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

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。」亦即兩要件的舉證程度與認定標準會互相影響。以下分別就「接觸」與「實質近似」說明。

貳、接觸（ACCESS）

智財法院 99 年民著訴字第 36 號民事判決謂：「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。」

原告必須證明被告有接觸其著作，如字面意思，接觸指聽聞、閱讀、參考原著，依照實務見解，可分為：1.直接接觸；2.間接接觸。直接接觸意指被告確實有實際接觸原著作，舉證非常困難（於此又分為直接證據跟間接證據，但考試甚少考舉證方法）。而間接接觸係指，依照社會通念或合理情況，行為人有合理機會或極大可能性接觸或見聞原著作而言。至於，原告需以舉證直接接觸或間接接觸來滿足構成接觸要件，則必須進一步視原被告雙方的著作相似到什麼程度，如果原被告的著作一模一樣或強烈近似（strong similarities），則原告就不需要證明接觸^{註1}。如果二者著作高度近似，則原告僅需證明被告有可能接觸其著作即可。如二者作品近似度不高，則原告必須證明被告確實有實際接觸其著作，方可能構成侵權^{註2}。例如：智財法院 100 年度刑智上字第 39 號判決謂：「被告蘇○○亦係臺南科技大學校友，二人雖非同系，但因被告蘇○○係平面

^{註1}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，頁 246。

^{註2}直接接觸非常難證明，通常被告實際閱覽、參考原告著作會是在私人場合。故若兩著作間有共同錯誤、共同疏漏、無意義的贅詞等等，均可證明被告有「接觸」原告著作（有實務見解誤為實質近似之證明，宜加注意）。

設計師，當然可能對母校於96年5月初之設計畢業展有興趣，亦可能對96年5月17至20日母校於其工作住家附近之世貿中心所舉辦之公開展覽有興趣，故被告蘇尹曼於職務或業務上，甚至於社交生活上，合理接觸附件一著作之可能性極高，再加以二著作間近似之程度甚高，實難想像『若非接觸，何以有致』。」法院僅以原被告為同校校友，被告「可能」觀覽過母校或住家附近之原告畢業成果展，由於兩作品相似程度高，法院就認定被告構成侵權。

總而言之，「接觸」與「近似」間的互動關係，是為了要形塑法官形成「被告確有侵權」之心證，故此互動關係也會與著作種類、著作難度與複雜度、被告舉證其創作過程與創作完成時點等等種種反證間綜合考量，尤其須注意者，著作權不保護思想或概念，只保障表達，所以縱使原告被的著作一模一樣，只要被告能證明其屬「獨立創作」，則亦不構成侵權，而此「獨立創作」之舉證責任，經常就是「接觸」的反證，自然由被告舉證。

參、實質近似 (Substantial Similarity)

我國實務就實質近似區分為質的近似與量的近似，如最高法院97台上3121號刑事判決謂：「其中實質相似不僅指量之相似，亦兼指質之相似；在判斷語文著作是否抄襲時，宜依重製行為之態樣，就其利用之質量按社會客觀標準分別考量。」100年刑智上字第39號判決謂：「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』。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。」

(一)判斷標準：一般人標準或專家標準？

在處理實質近似的判斷之前，須先注意，是由誰的觀點來判斷實質近似？如我國實務見解有採「一般理性閱聽大眾」的標準，須以一般人的反應或印象來判斷實質近似，如美國實務上即以陪審團進行判斷即可，但此標準亦受批評，認為常人在判斷兩著作的相似性時，並非針對兩著作的不同處予以鉅細彌遺之比較，而是全憑感覺印象來做判斷，故可能忽略一些分析比對下可能發現的相似之處，此外，

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

在高科技產品或高度技術領域中的侵權事件中也不適宜以一般人標準來判斷^{註3}。故另有他說認為應由專家鑑定為斷。

實質相似與否係屬事實認定問題，雖前述實務見解採一般人標準，但目前在我國實務上，仍有請鑑定人之案例，然而法院在認定時也不一定完全照鑑定結果判斷，如智財法院 99 年民著訴字第 36 號判決謂：「法院為判斷實質相似之主體機關，證人、鑑定人或鑑定報告為證據方法，為法院判斷之參考，對法院並無拘束力，自不得直接取代法院之判斷。」事實上在專業領域如音樂、電子圖形、電腦程式中，單憑法官或一般人也難以判斷近似程度，故於適用一般人標準時也必須限縮解釋，僅於語文、美術等常人易以感官判斷相似相異處之著作類型，得以一般人標準判斷，美國實務有採兩階段測試法，第一階段：從專家角度，以解析方式初步判斷兩著作是否實質相似，此階段陪審團未介入，而由法官自為判斷，並參考專家證人之證言。如第一階段判斷結果為實質近似，則進入第二階段，由一般理性之觀察者（即陪審員）判斷是否構成實質近似。^{註4}

（二）量的近似

智財法院 99 年民著訴字第 36 號判決謂：「所謂量之相似者，係指抄襲的部分所佔比例為何，著作權法之實質相似所要求之量，其與著作之性質有關。故寫實或事實作品比科幻、虛構或創作性之作品，要求更多之相似分量，因其雷同可能性較高，故受著作權保護之程度較低。」所以量的近似沒有絕對標準，必須要看著作的種類來決定。另外，量的判斷上可能會與合理使用有所重疊，如著作權法第 65 條第 2 項規定：「著作之利用是否合於第四十四條至第六十三條所定之合理範圍或其他合理使用之情形，應審酌一切情狀，尤應注意下列事項，以為判斷之基準：一、利用之目的及性質，包括係為商業目的或非營利教育目的。二、著作之性質。三、所利用之質量及其在整個著作所占之比例。四、利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響。」在「利用的量於整個著作所佔的比例」中，與實質近似的「量的近似」在判斷上，其實指涉的是相同事實，而在實際上難以區分，只能當作是同一件事證，在不同的法律評價階段（構成

^{註3}許忠信，同前註，頁 252。

^{註4}羅明通，《著作權法論（下）》，2014 年版，頁 399。

侵權、構成合理使用）上發揮不同作用。

(三)質的近似

智財法院 100 年民著訴字第 55 號判決謂：「所謂質之相似者，在於是否為重要成分，倘屬重要部分，則構成實質之近似。倘抄襲部分為原告著作之重要部分，縱使僅佔原告著作之小部分，亦構成實質之相似。有鑑於侵權態樣與技巧日益翻新，實不易有與原本全盤照抄之例。有意剽竊者，會加以相當之變化，以降低或沖淡近似之程度，避免侵權之指控，使侵權之判斷更形困難。故判斷是否抄襲時，應同時考慮使用之質與量。即使抄襲之量非夥，然其所抄襲部分屬精華或重要核心，仍會成立侵害。」此質的近似法理與合理使用中「利用的質量在整個著作中所佔比例」的法理操作幾乎相同，只是法律評價階段不同，但實務上有時會把同一個事實（原被告著作質與量近似部分）的不同法律評價階段混搭。然而考試上就看考題問什麼，就照考題的階段參酌事實部分回答即可，不用混在一起評價，避免體系混亂。

最後，就質的評價部分，如果原被告著作構成近似的部分是「非受著作權保護範圍」的部分，例如：被告著作上有原告簽名、著作權保護聲明等等，於此不構成實質近似，但可以作為被告「接觸」原告著作之證據。

肆、例題

A 公司係銷售建材五金之專業公司，公司負責人甲於民國九十四年十二月五日著作編輯完成「二〇〇五年建築、傢俱、裝潢五金目錄」一書（以下稱「五金目錄」），並將著作財產權讓與 A 公司，該著作書內之圖表或圖形為甲所繪製，以表達各種五金器材之構造與裝置方式。邇來發現乙所開設之五金行出版「五金大全」一書，其內容第十九頁到第二十六頁有部分圖形與前述之 A 公司所出版之五金目錄一書，有雷同之情事。試問：A 公司五金目錄於何種要件下始得以受到著作權保護？又有關「五金目錄」與「五金大全」，於何種情形，可能構成重製權之侵害？（95 高考智財行政）

【擬答】

- (一)五金目錄屬編輯著作，其資料選擇、編排具創作性者，應受著作權保護依著作權法第 7 條規定：「就資料之選擇及編排具有創作性者為編輯著作，以獨立之著作保護之。」原創性為著作權保護要件，然

版權所有，重製必究！

編輯著作雖未具備明顯之創作行為，但編輯行為係就資料之選擇及編排，能表現一定程度之創意及作者之個性者，即以獨立之編輯著作保護之，所保護者，係就資料之「選擇」與「編排」之創作行為。故依據編輯者個人之知識、經驗，將既存散見於各處之資料予以整理、分類、歸納為一份完整之資料，其選擇、編排已含有個人之創意、智慧之表達，即具原創性。本件系爭五金目錄著作，如經原作者人甲以其個人思想、意念選擇建築、傢俱等相關資料後，以表現一定程度之創意及作者之個性重新編排而表達，即具備原創性，其著作整體之編排應受著作權保護。

另就五金目錄收編的部分圖表或圖形為甲所繪製，以表達各種五金器材之構造與裝置方式，則該等圖表中文字說明的部分可能屬語文著作，而圖形部分屬圖形著作，其內容若具原創性，亦應個別受著作權保護，併此敘明。

(二)如五金大全與五金目錄構成實質近似，且被告有接觸原告著作之可能，即構成侵權。

按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否實質相似（substantial similarity）。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」，指被告著作引用著作權人著作中實質且重要之表達部分，且須綜合「質」與「量」兩方面考量，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。著作之實質相似，不需要逐字逐句全然相同，亦不需要全文通篇實質相似，只需要在足以表現著作人原創性的內容上實質相似即可。接觸與實質近似之事實應由原告舉證，然而接觸與實質近似之舉證要求具互動性，如原被告著作內容完全相同或強烈近似，則原告不需要舉證被告有接觸之事實，但如相似程度不高，則原告則可能需舉證被告有直接接觸其著作方可能構成侵權。

本件原告之五金目錄為編輯著作，如被告之五金大全內容之選擇或編排與五金目錄構成實質近似，或是五金大全所載圖表與五金目錄內甲所繪製圖表構成實質近似，而原告能證明被告接觸其著作之事實，則構成侵害A公司編輯著作、語文著作、圖形著作之重製權。又五金大全內容第19頁到第26頁有部分圖形五金目錄一書，有雷

版權所有，重製必究！

同之情事，如五金目錄中甲個人繪製的圖表具原創性，而五金大全內所載之圖表與甲繪製之圖表雷同程度構成實質近似，而依照社會通念或合理情形，原被告為同業，而被告接觸原告著作之可能性極高，綜合兩著作實質近似與接觸可能情狀觀之，若已達如非接觸、難以想像之近似程度，則足堪認定被告構成侵害 A 公司之重製權。就侵害五金目錄編輯著作重製權部分，由於兩書僅有部分內容雷同，而素材選擇與編排順序是否已達實質近似程度，則需觀察質的近似與量的近似，應注意著作間之「整體觀念與感覺」。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。判斷著作間是否近似，實務見解認為以一般理性閱聽大眾之反應或印象為判定基準即可。

【說明】

- 1.本擬答以詳盡說明為旨，撰寫上較為複雜囉唆，用以實際作答時可精簡省略，主要掌握實務見解在法理部分詳盡說明，再視個案情狀決定答案走向。
- 2.首先，編輯著作的作答方向與其他著作類型不同，必須要掌握編輯著作重製權內涵不是著作內容本身，而是內容的「選擇與編排」，所以侵權認定當然也是內容的「選擇編排」有沒有構成近似，這部分要記得在法理段落中說明即可。而編輯著作內容中個別素材也會個別享有著作權，所以一抄襲就會同時侵害到，也必須要分別討論，此部分著作權保障的就會是內容的表達，而有別於編輯著作內涵。
- 3.就侵權判斷需個別認定接觸與實質近似，此「抄襲要件」法理依照實務見解的鋪陳寫出來就有基本分了，再看題目事實如何進行，例如：本題只提到「五金大全的 19 到 26 頁有雷同」之事實，在編輯著作方面就比較難以判斷（但語文跟圖形著作的侵權事實應該足堪認定），因為還得衡量質與量的近似，所以就不需要硬下「有無構成侵權」結論，法理寫出來就好了。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！