

開南大學法律學系學士班

以橙果金魚抄襲案

探討司法實務上對「接觸」要件舉證責任之證明力

姓名： 常晴

中華民國 105 年 10 月 16 日

要目

壹、前言

一、研究背景與研究動機

二、研究目的

貳、案例事實

參、判決要旨

一、爭點

(一)99 年度智易字第 34 號(一審)

(二)100 年度刑智上訴字第 39 號(二審)

二、理由

(一) 99 年度智易字第 34 號(一審)

1. 是否為告訴人獨立完成之創作？
2. 告訴人之「金魚圖樣」是否具有一定程度之創意？
3. 陳告訴人與蘇被告之兩著作間是否已達實質相似程度？
4. 被告之著作是否為被告獨立之創作、抄襲告訴人之著作？
5. 被告是否有接觸告訴人著作之合理可能性？

一審判決總結

(二)100 年度刑智上訴字第 39 號(二審)

1. 被告是否有接觸告訴人之「金魚圖樣」著作之合理可能性？

二審判決總結

肆、舉證責任

一、民事訴訟程序之舉證責任

二、刑事訴訟程序之舉證責任

刑事訴訟程序舉證責任之程度

三、民事及刑事訴訟程序對「接觸」要件之舉證責任分配

四、探討「接觸」要件檢察官舉證責任之程度

五、司法實務對「接觸」要件舉證責任之見解

(一)肯定說

1. 判決實例
2. 判決見解

(二)否定說

1. 判決實例
2. 判決見解

伍、結論

壹、前言

一、研究背景與研究動機

著作權為智慧財產權之一種，所謂「智慧財產權」，乃指藉由保護創作發明者權益之手段，鼓勵有能力創作發明之人繼續為之，達到公眾可以享受這些智慧成果之目的，對於人類精神活動成果而能產生財產上之價值者，透由法律所創設之權利。

著作權法第一條規定：「為保障著作人著作權益，調和社會公共利益，促進國家文化發展，特制定本法。本法未規定者，適用其他法律之規定。」由該條文所揭櫫之立法目的可知，著作權法之立法目的在於希望藉由保障著作人著作權益之近程目標，並以調合社會公共利益之中程目標，最後達到促進國家文化發展之終極目標。

在著作權侵害案件之類型中，司法實務上以重製權之侵害為大宗。對於重製權之侵害，就其要件之該當、訴訟上之證明方式及其程序之進行，仍有諸多未明或錯誤之處，輕則影響個案正義，重則有害國家文化創意產業之發展，故本研究期以橙果設計公司金魚抄襲案之一、二審法院之判決，探討司法實務上對「接觸」要件舉證責任之證明力！

二、研究目的

本研究觀察橙果金魚抄襲案中一、二審判決之脈絡，包含判決要旨(爭點及理由)、被告之抗辯、實務見解及法官對於事實之認定及其心證之形成…等，從其一審判決檢察官之無罪推定至二審判決中判斷接觸要件之合理可能性時，以間接證據作為被告須受刑事判決處罰之依據，從兩判決之歧異中探討其根本問題：司法實務上對「接觸」要件舉證責任之證明力！

本文之研究目標：

1. 現有法制因創作保護主義產生著作人對其創作有舉證責任上的困難，面臨著作權爭訟時將難以明確舉證之困境，本文建議若修法將創作保護主義改為著作權登記制度，使「登記」成為著作人的對抗要件。
2. 探討司法實務上對「接觸」要件舉證責任之證明力及法院所持之見解是否有待斟酌之處？

期司法實務上能統一法律適用之見解，以解決重製權侵害之爭議。

貳、案例事實

橙果設計有限公司（下稱橙果公司）及受僱於橙果公司的設計師，被控抄襲他人的「金魚圖樣」著作，該設計師遭人指稱所繪製之「金魚圖樣」，係抄襲就讀於台南科技大學視覺傳達設計系之學生，於「96級畢業成果展」所原創設計

之美術著作，該「金魚圖樣」後由橙果公司提供予丹比食品實業有限公司（下稱丹比公司），使用於由丹比公司所推出「設計師系」喜餅「琉金一捻紅」之喜餅外盒、紙袋及宣傳手冊上。

參、判決要旨

一、爭點

(一)99 年度智易字第 34 號(一審)

陳玥呈(告訴人)「金魚圖樣」之創作是否為原創¹？

- ┌ 是否為告訴人獨立完成之創作？
- └ 告訴人之「金魚圖樣」是否具有一定程度之創意？

蘇尹曼(被告)之著作是否係重製告訴人之著作？

- ┌ 兩著作是否已達實質相似之程度？
 - (1)若已達實質相似程度，為被告之獨立創作？
 - (2)若已達實質相似程度，被告抄襲告訴人之著作？
- └ 被告是否有接觸告訴人之「金魚圖樣」著作之合理可能性？

(二)100 年度刑智上訴字第 39 號(二審)

被告是否有接觸告訴人之「金魚圖樣」著作之合理可能性？

二、理由

(一)99 年度智易字第 34 號(一審)

1. 是否為告訴人獨立完成之創作？

依臺南科技大學視覺傳達設計系覆函，及證人陳玥呈與房芳筠之證詞，交互勾稽，可見「金魚圖樣」之設計過程，係由告訴人與其他同學於 95 年初自行分組，參加校內「形象組」之角逐獲選後，歷經由告訴人及組員討論選定主題、選定「金魚」為吉祥物、進而概念發想、由眾組員各自設計草稿、經指導教授選定以告訴人製作之草圖為基礎而交由告訴人著手美術設計，嗣經數次會審討論，並經告訴人融合指導教授及其他組員之各方意見後，數次修改，最終之「金魚圖樣」經眾組員及指導教授認可；綜此觀知，告訴人就「金魚圖樣」自無到有之設

¹既稱「創作」，則應具備「原創性」，即該著作應：

1. 係著作人所原始獨立創作而非抄襲他人而來
2. 具有一定程度之創意

計演變過程，有一定之明確脈絡，並非憑空而來，此應係告訴人本其所具之平面設計智識專業之創作能力，親手賦予該「金魚圖樣」之表達形式，此外亦無證據認定告訴人有抄襲重製他人著作，是「金魚圖樣」係告訴人所獨立創作而來，當可確定。

2. 告訴人之「金魚圖樣」是否具有一定程度之創意？

著作之「創意」乃該著作受著作權法保障之基礎，而在著作權法之領域中，此「創意」程度之要求並非依特別嚴格之高標準，即無須如同專利法所要求達令人驚異之精巧新穎程度，亦無須具備任何美學上價值，僅須具備「最低程度之創新性²」即足，而所謂「最低程度」，係指除非該著作完全欠缺人類創意痕跡或其創意跡象甚為普通且微不足道而幾乎等同毫無創新，否則均認其具備「最低程度」之創新性，即便該著作係就吾人日常生活中能輕易接觸之自然事物描繪，只要此描繪係創作者對該自然事物之個人覺察反應，該描繪即能滿足此最低程度之「創新性」，此乃因「個人覺察反應」永遠具備某些與創作者個性相聯結之獨特性，而此獨特創意之表達係著作權法所欲保障之對象，有以致之，故本案告訴人之「金魚圖樣」具有一定程度之創意。

蘇尹曼及其辯護人答辯：

- (1) 金魚外觀大同小異，陳玥呈「金魚圖樣」之著作為臨摹並不具原創性
- (2) 金魚有其固定樣貌構造，其表現形式甚為固定有限，依「思想與表達合併」原則，告訴人「金魚圖樣」之表現形式不應受著作權法保護，否則無異宣示由告訴人獨占此金魚特徵之表現形式。

法院見解：

- (1) 綜觀坊間之素描或花草鳥獸之動植物寫生，絕不會僅因所描繪寫生之對象或事物，係特徵大抵類同且為習見習聞之自然界事物，即否定創作者有自己獨特之精神作用加入其中，進而否定該描繪寫生成果具有創意，故不足採。
- (2) 此原則之適用，以表達該思想觀念之形式方法甚為限定稀少為前提，縱「金魚」之外觀確具某些固定特徵，客觀上本有多種表達其固定特徵之方法及可能性，毫無所謂表達形式甚為限定稀少之問題，故不足採。

小結：

陳玥呈(告訴人)「金魚圖樣」之創作係其原始獨立創作而非抄襲他人而來且具有一定程度之創意，故陳玥呈(告訴人)「金魚圖樣」之創作為原創。

3. 陳告訴人與蘇被告之兩著作間是否已達實質相似程度？

最高法院 97 年度台上字第 6499 號判決意旨，所謂「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因而失其公平，因此在為質之考量

²最高法院 89 年度臺上字第 2787 號判決同此意旨。

時，尤應注意著作間之「整體觀念與感覺」，應以一般理性閱聽大眾之反應或印象為判定基準且既稱「整體感覺」，即不應對二著作以「過度挑剔」或「吹毛求疵」之態度，抽離解構其細節詳予比對，既應以一般理性閱聽大眾之反應或印象為判定基準，則不應由具備專業知識經驗人士以鑑定方法判斷之且我國既非普通法系之人民陪審制，而係由事實審法院法官兼負事實認定之責任，則法官依此「整體觀念與感覺法」判斷二著作是否實質近似時，應以一般理性閱聽大眾之角度自居，並以勘驗之證據調查方法判定之，不應也不需委由專家鑑定之。本院以一般合理之閱聽大眾角度自居，認二著作之「整體感覺」確已達「實質相似」程度，然須說明者，二著作間確因各細節差異，而未達「顯然相同」(Striking Similarity)程度，是依上所述，檢察官仍應舉證證明被告蘇尹曼曾「接觸」告訴人之著作。

蘇尹曼及其辯護人答辯：

告訴人之著作係以「臨摹」之描繪手法為之，被告之著作則係以「極簡」之幾何設計為之，故不具實質近似。

法院見解：

應直接針對著作外顯之表現形式判斷是否近似，絕不能倒果為因，僅因創作者採取不同之表現手法，即謂此不同表現手法必將對一般閱聽者產生不相似之整體感覺反應，此點辯解，並不足採。

4. 被告之著作是否為被告獨立之創作、抄襲告訴人之著作？

被告蘇尹曼於設計過程中，自概念發想開始，至提出自網路搜得之金魚圖樣郵票集為參考資料、經眾人討論選定風格後即著手製作草圖、經內部討論、修改、以電腦繪圖方式提出最終設計平面稿，終完成之「金魚圖樣」並獲丹比公司認可等過程，可知被告蘇尹曼就「金魚圖樣」自無到有之設計過程，有明確之修改演變脈絡，並非憑空而來，參以草稿圖與最終完成之「金魚圖樣」，亦具有一定之近似性，已如前述，可見二圖樣間確具一定之修改演變關係，更何況被告蘇尹曼於設計之初應已預見設計之圖樣將用於丹比公司之喜餅包裝，一旦上市，於全國之流通機會甚高且既已耗費心力繪製含有諸多金魚圖樣之草稿圖，所餘工作無非進行修改及電腦繪圖而已，實難想像被告蘇尹曼有甘冒輕易遭人發現與告訴人之「金魚圖樣」神似，進而遭人指控抄襲重製之風險，逕自模仿抄襲重製告訴人「金魚圖樣」著作美術特徵之必要。

5. 被告是否有接觸告訴人著作之合理可能性？

檢察官推論被告蘇尹曼確有抄襲重製行為所憑藉之另一間接證據即為「接觸」，而有無「接觸」，亦屬事實認定問題，此亦不限以直接證據證明之，然除非二著作之相似程度已達「顯然相同」之程度，而能

據此「顯然相同」事實推論被告蘇尹曼必曾「接觸」告訴人之著作，否則檢察官至少應舉證建立依社會通常情況，被告蘇尹曼確有閱聽告訴人著作之合理機會或合理可能性，否則不能認為有此「接觸」事實之存在。

依現有證據顯示，至多僅能證明附著於告訴人「金魚圖樣」著作之各式物品，確曾於96年5月3日至同年5月13日在臺南科技大學校內展及於96年5月17日至同年5月20日在臺北世界貿易中心校外展之展覽期間對外公開，告訴人斯時所屬學系亦曾寄發附著該著作之邀請卡予部分校友或其他學校，且附著該著作之相關活動資料亦經公開於部分與「設計」相關之網站上供人閱覽，檢察官亦無任何證據足以推論被告蘇尹曼確有前往觀展之事實或強烈動機，是難單憑舉辦展覽之事實，遽認被告蘇尹曼確有藉此展覽接觸告訴人著作之合理可能性；況依被告蘇尹曼所言，其十年前亦為臺南科技大學之校友，參諸告訴人陳玗呈亦證稱，伊畢業三年來未曾收到畢業展之邀請卡；證人房芳筠亦證稱，畢業成果展之邀請卡並未寄給被告蘇尹曼或橙果公司亦不會寄給「室內設計系」之校友，綜此交互勾稽，本即難以想像被告蘇尹曼有何前往觀展之可能，乃被告蘇尹曼曾否或平日有否登入此「黑秀網」查找資料之習慣、若有其頻率幾何等節，均為推論被告蘇尹曼確有自此「黑秀網」接觸告訴人著作之合理可能性，惟均乏證據證明之，自難單憑告訴人確曾將著作置放於「黑秀網」上及被告蘇尹曼自承確曾自網路上查找設計資料等事實，即認被告蘇尹曼確有藉此接觸告訴人著作之合理可能性。

小結：

兩著作已達實質相似程度，但檢察官無任何證據足以推論被告蘇尹曼確有接觸告訴人著作之合理可能性。

一審判決總結：

綜上所述，著作權法第91條第1項之行為，依同法第100條規定為告訴乃論，主張自己著作之著作財產權因被告重製行為而遭受侵害，但因檢察官無法舉證證明被告有接觸告訴人著作之合理機會或合理可能性並未足使本院確信被告蘇尹曼有重製抄襲告訴人之著作³，為免冤抑，依刑事訴訟法「罪證有疑，利於被告⁴」之無罪推定法則，應為有利被告蘇尹曼之認定而為其無罪之判決。

被告蘇尹曼既屬不能證明犯罪，則僱用被告蘇尹曼之被告橙果公司亦無依同法第101條第1項處罰之餘地亦應為無罪之諭知⁵。

³倘檢察官不能證明被告確有重製抄襲告訴人創作且具原創性之著作至「超越合理懷疑」之程度者，即應為被告有利之認定。

⁴有最高法院30年上字第816號判例及76年臺上字第4986號判例意旨可資參照。

⁵按犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實；不能證明被告犯罪者，應諭知無罪之判決，刑事訴訟法第154條第2項及第301條第1項分別定有明文。

(二)100 年度刑智上訴字第 39 號(二審)

1. 被告是否有接觸告訴人之「金魚圖樣」著作之合理可能性？

依原審法院判斷告訴人之「金魚圖樣」之創作具原創性，至於被告蘇尹曼之著作是否係抄襲重製告訴人之著作而來，雖兩「金魚圖樣」之著作已達「實質相似」程度，但檢察官仍無法證明蘇尹曼(被告)是否有接觸告訴人「金魚圖樣」著作之合理可能性？

本案件法院認定已具備實質相似之要件，針對接觸部分，茲分述如下：

蘇尹曼(被告)之辯稱：

訊據被告蘇尹曼固坦承喜餅禮盒上之「金魚圖樣」為其所設計，惟否認有重製告訴人陳玗呈之美術著作而有違反著作權法犯行並辯稱事前未接觸告訴人上開之著作，係其獨立創作。

法院之見解及說明：

所謂「獨立創作」乃指著作人為創作時，未接觸參考他人先前之著作；凡經由接觸並進而抄襲他人著作而完成之作品即非屬原創性之著作，並非著作權法上所定之著作⁶。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」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。惟查告訴人於 97 年 1 月 22 日提起本件告訴時，並不認識被告蘇尹曼，且不知係被告蘇尹曼所為，其於告訴狀係列被告橙果公司及該公司不詳姓名之設計師為被告，又被告橙果公司於第一次提出刑事答辯狀時所附被告蘇尹曼之學經歷中，亦僅列舉其國外之學歷並未提及被告蘇尹曼與告訴人其實係畢業於同一所學校，告訴人係於本件 98 年 2 月 27 日經檢察官第一次為不起訴處分後，始於再議聲請狀上表明知悉被告蘇尹曼亦係臺南科技大學校友，二人雖非同系，但因被告蘇尹曼係平面設計師，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，合理接觸告訴人著作之可能性極高，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」。綜上，被告蘇尹曼違反著作權法之犯行，應堪認定，被告橙果公司因受雇人執行

⁶最高法院 97 年度台上字第 1587 號刑事判決意旨參照。

業務犯違反著作權法之罪，均應依法論科。

二審判決總結：

核被告蘇尹曼所為，係犯著作權法第 91 條第 1 項擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權罪。被告橙果公司則應依同法第 101 條第 1 項規定科以罰金之刑。檢察官上訴意旨雖以被告蘇尹曼涉本件違反著作權之案件，係因被告橙果公司與丹比公司訂有設計合約書，且依該合約書第 3、4 條之約定可知，被告橙果公司係以新台幣 126 萬元之代價接下委託設計案，並將被告蘇尹曼涉及侵權之美術著作重製物銷售並移轉著作財產權予丹比公司，顯見被告蘇尹曼係基於銷售之意圖，而以重製之方法侵害告訴人之著作財產權，因認被告蘇尹曼所為尚涉犯著作權法第 91 條第 2 項之罪，並經公訴檢察官於本院 100 年 10 月 6 日審判程序中當庭變更起訴法條為著作權法第 91 條第 2 項⁷。惟按意圖銷售或出租而擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權者，必行為人主觀上有銷售之意圖，方能成立本罪，倘行為人主觀上無銷售之意圖，即不應以本罪相繩⁸。

原審以被告犯罪不能證明，而為被告無罪之諭知，應有誤會，上訴意旨⁹，指摘原判決不當，為有理由，自應由本院將原判決予以撤銷改判。

爰審酌被告蘇尹曼明知告訴人之「金魚圖樣」係他人享有著作財產權之創作，竟因工作繁忙，一時不察，侵害告訴人之著作財產權，被告蘇尹曼及告訴人陳珮呈於偵查及原審審理中均曾互相表達和解之意，惟因事涉其雇用人被告橙果公司之立場及兩造對和解金額之差距而不易達成和解，被告蘇尹曼犯罪之動機、手段、對告訴人所生損害及身為設計師竟忽略對智慧財產權之尊重，以及本院依其犯罪前後之設計表現，認此應係偶發事件等一切情狀，量處如主文所示之刑，並諭知易科罰金之折算標準並對被告橙果公司部分，處以著作權法第 91 條第 1 項之罰金刑。

⁷經查被告橙果公司係於 95 年 11 月間即與丹比公司簽訂囍餅禮盒外觀設計合約，約定被告橙果公司造 96 年 11 月 20 日止應負責三款囍餅禮盒之設計，此有被告橙果公司負責丹比喜餅設計合約之專案經理所提專案計畫資料一份在卷可憑，而被告橙果公司第一款設計完成於 96 年 5 月初，第二款即附有「金魚圖樣」之設計則自 96 年 5 月初即開始計劃，參照該設計圖完成期間於被告橙果公司擔任資深業務經理並負責該專案之證人劉雅文於原審審判程序經具結後之證稱每位設計師工作量都很大，差不多都有四至五個案子在手，通常工作時間為一個星期，因此被告蘇尹曼應係在時間匆促不足創作之情形下，擅自重製告訴人之「金魚圖樣」著作以履行職務，並無銷售之意圖，綜核卷內所有資料亦不見被告蘇尹曼因此行為而有何薪資以外之利得，故難認被告所為係犯著作權法第 91 條第 2 項之意圖銷售而擅自重製罪。惟此部分與上開擅自以重製方法侵害他人著作財產權之罪具有裁判上之一罪關係，爰不另為無罪之諭知。

⁸最高法院 90 年度台上字第 7555 號刑事判決意旨參照。

⁹上訴人臺灣臺北地方法院檢察署檢察官因被告違反著作權法案件，不服臺灣臺北地方法院 99 年度智易字第 34 號，中華民國 100 年 4 月 27 日第一審判決(起訴案號：臺灣臺北地方法院檢察署 99 年度偵續一字第 25 號)，提起上訴。

肆、舉證責任

一、民事訴訟程序之舉證責任

民事訴訟法第 277 條規定「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任。但法律別有規定，或依其情形顯失公平者，不在此限。」舉證責任分配之一般原則(基本原則)依通說及實務見解，採規範說¹⁰。

所謂規範說係指：「主張權利存在者，就其權利要件事實負舉證責任；主張權利不存在者，就權利妨害(障礙)、權利消滅、權利受制(抑制)事實負舉證責任」¹¹。

有真偽不明之狀態，一方之當事人無法證明該事實時，該當事人即因受不利益之事實認定，法院仍做出對承擔舉證責任之當事人不利之判斷，此含義是作為「結果責任」之客觀的舉證責任，透由結果的不利益，善盡其舉證責任，學者亦有稱之為實質的舉證責任。

我國著作權法對於侵害著作權的民事賠償責任，原則上採過失責任，原告舉證責任的困難，可以立法明定轉換為被告就自己的無過失負舉證責任，但若有「顯失公平(如武器不平等)」的情況，則會出現「舉證責任倒置」的情形¹²，或就被告的故意或過失負可期待的舉證責任¹³。

二、刑事訴訟程序之舉證責任

我國過去為職權主義之刑事訴訟制度，法院依舊法第 163 條有依職權調查證據之義務，自無所謂當事人負有提出證據責任之概念。

民國 56 年刑事訴訟法新增第 161 條第 1 項規定：「檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法」，以調和職權主義訴訟制度之缺點，但往昔實務見解仍認檢察官之舉證僅負使法院得有合理之懷疑近於確信之程度，即盡其形式上舉證之責任，法院為發見真實之必要，仍應依職權調查證據。

民國 91 年修正之新法已改採改良式當事人進行主義，其重點在於貫徹無罪推定原則，檢察官應就被告犯罪事實負實質舉證及說服之責任，而法庭的證據調查活動是由當事人來主導，法院則基於公平理念，居於客觀、公正及超然之立場而為裁判¹⁴。法院只在事實真相仍有待澄清的情況下，或者是為了維護公平正義以及被告重大利益時，才發動職權調查證據。

¹⁰姜世明，民事訴訟法基礎論，頁 151。

¹¹姜世明，民事訴訟法基礎論，頁 152。

¹²我國民事訴訟法第 277 條但書：「但法律別有規定，或依其情形顯失公平者，不在此限」。

¹³賀德芬，前揭著作權法論文集—下輯：著作權的實務個案，頁 76-78。

¹⁴最高法院 101 年度台上字第 2696 號刑事判決。

最高法院 91 年 4 月 30 日 91 年度第 4 次刑事庭會議決議：「刑事訴訟法第 161 條第 1 項明定檢察官舉證責任內涵，除應盡『提出證據』之刑事舉證責任外，尚應『指出其證明之方法』，用以說服法院，使法官確信被告犯罪構成事實之存在。」似認為「形式舉證責任」與「提出證據責任」同義，「實質舉證責任」與「說服責任」同義，可惜該決議對兩者間之分配未作說明¹⁵。另最高法院亦已依上述法理重新對舉證責任做出解釋，最高法院 92 年台上字第 128 號判例言：「因此，檢察官對於被起訴之犯罪事實應負提出證據及說服之實質舉證責任。倘其所提出之證據，不足為被告有罪之積極證明，或其指出之證明方法，無從說服法官以形成被告有罪之心證，基於無罪推定原則，自應為被告無罪判決之諭知。」該判例代表我國舉證責任之最新實務見解¹⁶：

- (1) 舉證責任分為提出證據之責任、說服責任（破除我國學說對舉證責任名稱之混亂）。
- (2) 檢察官對於被起訴之犯罪事實應負提出證據及說服之實質舉證責任。
- (3) 就提出證據責任而言，只要檢察官所提出之證據，不足為被告有罪之積極證明，法官即應為被告無罪判決，原則上無須再為調查。
- (4) 就說服責任而言，檢察官必須說服法院形成被告有罪之心證，否則法院必須為無罪判決。
- (5) 依法理及最高法院 76 年台上字第 4986 號判例，檢察官仍必須說服法院至「無合理懷疑」之心證程度。

為避免抵觸無罪推定之憲法原則及違反檢察官實質舉證責任之規定，「公平正義之維護」依目的性限縮之解釋方法，自當以利益被告之事項為限。檢察官不因刑事訴訟法第 163 條第 2 項但書：「但於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項，法院應依職權調查之。」而得減輕舉證責任。所謂「公平正義之維護」，既未明文排除利益被告之事項，基於法規範目的，仍應以有利被告之立場加以考量，且刑事訴訟規範之目的，除在實現國家刑罰權以維護社會秩序外，尚有貫徹法定程序以保障被告基本權利之機能，此乃法院為維護公平正義之審判原則，就「公平正義之維護」之解釋，本即囊括不利益及利益被告之事項。基此，法院僅於公平正義之維護或對被告之案例有重大關係之事項，負有補充調查之義務¹⁷，否則應由檢察官蒙受不利之訴訟結果，此為檢察官於刑事訴訟個案中所負之危險負擔，即實質舉證責任之內涵。

¹⁵ 吳巡龍，論「形式舉證責任與幽靈抗辯」，月旦法學雜誌第 133 期，頁 35，2006。

¹⁶ 王兆鵬，「刑事訴訟講義」，頁 549-550。

¹⁷ 林鈺雄，刑事訴訟法(上)，7 版，元照，2013 年，頁 478。

我國刑事舉證責任除依刑事訴訟法第 161 條、第 163 條之條文及立法說明外，尚需舉證責任分配之法理解決未規範之事項。

舉證責任分配雖無絕對標準，但基本上有下列三原則：

- (1) 主張待證事實者，應負舉證責任。
- (2) 對於積極主張之事實有特別知識者，應負舉證責任。
- (3) 主張常態事實者不負舉證責任，主張變態事實者負舉證責任。

刑事訴訟程序舉證責任之程度

當刑事訴訟發生事實真偽不明的情形時，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：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¹⁸。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。

三、民事及刑事訴訟程序對「接觸」要件之舉證責任分配

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，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）¹⁹」學說也認為被告是否「接觸」原告著作，應由原告負舉證責任²⁰。至於刑事程序，依我國

¹⁸林鈺雄，「刑事訴訟法（上冊）—總論篇」，頁 434，作者自版，2006.09，第 4 版。林俊益，「刑事訴訟法概論（上冊）」，頁 360-361，學林出版，2004.11，第 5 版。

¹⁹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，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。」

²⁰謝銘洋，「智慧財產權法」，頁 298，元照出版，2008.10，初版；林洲富，「著作權法案例式」，頁 117，五南

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。

四、探討「接觸」要件檢察官舉證責任之程度

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」²¹。

出版，2008.10，初版。

²¹王兆鵬，「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。）

五、司法實務對「接觸」要件舉證責任之見解

「接觸」與「實質近似」兩要件係我國法院審理著作抄襲爭訟案件主要之判斷標準，司法實務之刑事審判對接觸之舉證責任見解不一，法院認定「接觸」要件以「舉證」作為界線，可依此分為肯定說與否定說：

(一)肯定說

1. 判決實例

認為「無法舉證曾接觸」所以不構成接觸者，如智慧財產 99 年度民著訴字第 92 號民事判決對圖形著作之著作權爭議，法院認為「原告無法舉證被告曾接觸其著作，所以不構成接觸」、臺灣高等法院 95 年度智上字第 12 號民事判決對圖形著作之著作權爭議，法院認為「無直接或任何情況證據可證，無從任意推測被告知悉倉庫所存放物品而接觸並抄襲系爭圖形著作」、最高法院 99 年度台非字第 10 號刑事判決「未能證明被告等有抄襲告訴人上揭著作之認識。因認並無證據足以證明被告等有公訴意旨所指違反著作權法之犯行，因而維持第一審諭知被告等無罪之判決，駁回檢察官在第二審之上訴」。

2. 判決見解

肯定說採證據裁判原則及無罪推定原則，認為：「證據裁判主義：按犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實；不能證明被告犯罪者，應諭知無罪判決²²」、「刑事訴訟法第 154 條第 2 項、第 301 條第 1 項分別定有明文。故事實之認定，應憑證據，倘未能發現確實之證據，或證據不足以證明，自不能以推測或擬制之方法，以為裁判基礎²³」、「犯罪事實所憑之證據，無論係直接證據或間接證據，其為訴訟上之證明，須於一般人均不致有所懷疑而得確信為真實之程度，始得據為有罪之認定，倘其證明未達此程度而尚有合理之懷疑存在時，本諸無罪推定原則，自應為被告無罪之諭知²⁴」、「檢察官於訴訟上應負提出證據及說服之實質舉證責任，且

²²最高法院 20 年上字第 893 號、40 年台上字第 86 號分別著有判例以及最高法院 101 年度台上字第 116 號、100 年台上字第 3736 號、96 年度台上字第 6791 號、95 年度台上字第 5193 號、91 年度台上字第 3946 號、85 年度台上字第 5477 號等刑事判決；智慧財產法院 103 年度刑智上易字第 66 號、103 年度刑智上訴字第 42 號、104 年度刑智上訴字第 19 號、104 年度刑智上訴字第 8 號、104 年度刑智上易字第 18 號、104 年度刑智上訴字第 12 號、104 年度刑智上易字第 19 號等刑事判決。

²³最高法院 97 年度台上字第 3286 號、95 年度台上字第 4349 號、94 年度台上字第 6042 號、93 年度台上字第 4031 號、91 年度台上字第 3946 號等刑事判決；智慧財產法院 103 年度刑智上訴字第 42 號、104 年度刑智上訴字第 19 號、104 年度刑智上訴字第 8 號、104 年度刑智上易字第 18 號、104 年度刑智上訴字第 12 號、104 年度刑智上易字第 19 號、103 年度刑智上訴字第 68 號、103 年度刑智上訴字第 69 號等刑事判決。

²⁴最高法院 99 年度台上字第 634 號、98 年度台上字第 1544 號刑事判決；智慧財產法院 103 年度刑智上易字第 66 號、103 年度刑智上易字第 72 號、102 年度刑智上訴字第 90 號、103 年度刑智上訴字第 44 號、103 年度刑

認定被告有罪之證據，須達到使事實審法官有確信之心證時，始得為被告有罪之判斷。倘依負追訴犯罪職責之檢察官所提出之證據，無法使事實審法官有此程度之心證時，自應為有利於被告之認定²⁵」、「舉證達合理懷疑，尚無其他積極證據足資證明被告確有犯行²⁶。」、「未能舉證著作財產權已廣為人知，及有何得直接證明被告知悉之直接或間接證據²⁷」、「均須達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，始得據為有罪之認定，若其關於被告是否犯罪之證明未能達此程度，而有合理懷疑之存在，致使無從形成有罪之確信，根據『罪證有疑，利於被告』之證據法則，即不得遽為不利被告之認定²⁸」，我國法院刑事判決採肯定說者占多數。

(二) 否定說

1. 判決實例

有與金魚案相類似的實務見解者，視相似程度使原告負「舉證接觸較高或較低之責任」，如：智慧財產法院 103 年度刑智上訴字第 54 號刑事判決「如相似程度不高，則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，除非相似程度甚低，始有證明『確實接觸』之必要。」、最高法院 99 年度台上字第 2109 號民事判決等見解，接觸原則上應以直接或間接證據證明之。惟其仍有例外情形，例如當原告及被告之著作「明顯近似 (Striking Similarity)」，足可合理排除被告有獨立創作之可能性時，則此時已無需其他接觸之證據，足可推定被告曾接觸原告之著作，原告不必另行舉證，舉證責任轉由被告負擔。

2. 判決見解

相對於肯定說之見解，否定說則認為：「有認為接觸之判斷上，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，即接觸之舉證，隨相似之程度越高致舉證責任減輕²⁹」、「若

智上易字第 18 號等刑事判決。

²⁵最高法院 103 年度台上字第 596 號、102 年度台非字第 24 號、101 年度台上字第 6164 號、100 年度台上字第 4024 號等刑事判決；智慧財產法院 103 年度刑智上易字第 66 號、103 年度刑智上訴字第 42 號、104 年度刑智上訴字第 8 號、104 年度刑智上易字第 18 號等刑事判決。

²⁶最高法院 99 年度台上字第 634 號、96 年度台上字第 1397 號刑事判決；智慧財產法院 103 年度刑智上易字第 66 號、103 年度刑智上易字第 72 號、103 年度刑智上易字第 18 號、103 年度刑智上訴字第 33 號等刑事判決。

²⁷智慧財產法院 101 年度刑智上易字第 49 號刑事判決。

²⁸最高法院 98 年度台上字第 6512 號刑事判決；智慧財產法院 103 年度刑智上易字第 66 號、104 年度刑智上訴字第 19 號、104 年度刑智上訴字第 8 號、103 年度刑智上易字第 18 號、103 年度刑智上訴字第 17 號等刑事判決。

²⁹智慧財產法院 103 年度刑智上訴字第 54 號、103 年度刑智上易字第 47 號、102 年度刑智上易字第 35 號、100 年度刑智上訴字第 39 號刑事判決。

非接觸，何以有致³⁰」、「犯罪事實之認定及證據之取捨，乃事實審法院之職權，且法院憑以認定犯罪事實之證據，並不以直接證據為限，即綜合各種證據，本於推理作用，為其認定犯罪事實之基礎，如不違背經驗法則與論理法則，即不得指為違法³¹」，我國法院刑事判決採否定說見解者屬少數，本案即屬一例。

伍、結論

1. 原告舉證責任困難的解決途徑：

現有法制為創作保護主義³²，當事人在著作抄襲爭訟案件中肩負著「著作人舉證責任」因而引發國人對「著作權登記制度」之需求，期能使「登記」成為著作人的對抗要件，藉公示登記方式增進交易安全與信賴效果亦屬增進公益目的，進而達到促進國家文化發展之最終目標。

2. 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。又我國刑事程序採取「有疑惟利被告原則」（又稱罪疑惟輕原則）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³³，被告有「合理機會」看到或聽聞著作權人著作，不代表被告曾看到或聽聞著作權人著作，基於「有疑惟利被告原則」及「無罪推定原則」，應推論被告「未」構成接觸。

本案例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「有疑惟利被告原則」及「無罪推定原則」，而且也會造成被告因兩造著作過於近似而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抵觸。

³⁰ 智慧財產法院 100 年度刑智上訴第 39 號刑事判決。

³¹ 最高法院 99 年度台上字第 2800 號、95 年度台上字第 7133 號、95 年度台上字第 302 號刑事判決。

³² 著作權創作保護主義

首先就著作權之取得而言，我國於 1985 年之前，係採取註冊保護主義，著作完成後必須向當時之主管機關內政部註冊後，始能取得著作權保護。此一作法顯然與國際條約規範以及許多國家之規定不同，也使得許多著作因內政部不准其註冊而無法受到保護。為配合國際趨勢，我國於 1985 年修法時，乃改採創作保護主義，亦即只要創作完成就取得保護，但當時只限於本國人之著作，外國人之著作仍維持註冊保護主義，直至 1992 年修法時，才改為創作保護主義。在創作主義之下而不需要主管機關之審查，然而究竟是否符合保護要件，則由法院於具體個案中認定之，亦即法院對於著作權之取得有最終認定之權力（謝銘洋，智慧財產權法，頁 158）。

³³ 林鈺雄，「刑事訴訟法（上冊）—總論篇」，頁 149，作者自版，2006.09，第 4 版。

參考文獻

一、專書

姜世明，民事訴訟法基礎論，頁 151。

姜世明，民事訴訟法基礎論，頁 152。

賀德芬，前揭著作權法論文集—下輯：著作權的實務個案，頁 76-78。

王兆鵬，「刑事訴訟講義」，頁 549-550。

林鈺雄，刑事訴訟法(上)，7 版，元照，2013 年，頁 478。

林鈺雄，「刑事訴訟法(上冊)—總論篇」，頁 434，作者自版，2006.09，第 4 版。林俊益，「刑事訴訟法概論(上冊)」，頁 360-361，學林出版，2004.11，第 5 版。

謝銘洋，「智慧財產權法」，頁 298，元照出版，2008.10，初版；林洲富，「著作權法案例式」，頁 117，五南出版，2008.10，初版。

林鈺雄，「刑事訴訟法(上冊)—總論篇」，頁 149，作者自版，2006.09，第 4 版。

二、期刊或雜誌

吳巡龍，論「形式舉證責任與幽靈抗辯」，月旦法學雜誌第 133 期，頁 35，2006。

胡中璋，論著作權侵害「接觸」要件之研究—以美國法為中心(下)，100.11 智慧財產權月刊 155 期

三、碩士論文

鍾玉貞(2015.7)。從金魚案論著作權抄襲爭訟案件於接觸要件之舉證責任。南臺科技大學財經法律研究所碩士班碩士學位論文。

朱家毅(2012.6)。著作重製權侵害之理論與實務。國立政治大學智慧財產研究所碩士學位論文。

四、研究報告

吳孟潔。幽靈抗辯與刑事舉證責任之實務研究。

五、網站

司法院法學檢索系統：99 年度智易字第 34 號

http://jirs.judicial.gov.tw/FJUD/FJUDQRY03_1.aspx?id=1&v_court=TPD+%E8%87%BA%E7%81%A3%E8%87%BA%E5%8C%97%E5%9C%B0%E6%96%B9%E6%B3%95%E9%99%A2&v_sys=M&jud_year=99&jud_case=%E6%99%BA%E6%98%93&jud_no=34&jud_no_end=&jud_title=&keyword=&sdate=19110101&edate=99991231&page=&searchkw=&jmain=&cw=1

司法院法學檢索系統：100 年度刑智上訴字第 39 號

<http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>

章忠信，著作權筆記：著作權法基本原則(88.08.20)

經濟部智慧財產局 著作人舉證責任及方法