

裁判字號：智慧財產法院 100 年刑智上訴字第 39 號刑事判決

裁判日期：民國 100 年 11 月 10 日

裁判案由：違反著作權法

智慧財產法院刑事判決

100年度刑智上訴字第39號

上訴人 臺灣臺北地方法院檢察署檢察官

被告 蘇尹曼

號

選任辯護人 蕭雄淋律師

嚴裕欽律師

胡中瑋律師

被告 橙果設計有限公司

代表人 蔣友柏

選任辯護人 陳芳俞律師

謝宏明律師

上列上訴人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，本院判決如下：

## 主 文

原判決撤銷。

蘇尹曼擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權，處有期徒刑參月，如易科罰金，以新台幣壹仟元折算壹日。

橙果設計有限公司之受雇人，因執行業務，犯擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權罪，科罰金新台幣參拾伍萬元。

## 事 實

一、蘇尹曼於民國（下同）95、96年間受僱於橙果設計有限公司（下稱橙果公司），負責平面設計工作。蘇尹曼明知如附件一所示之金魚圖樣，係陳玥呈（原名陳怡伶）於95年10月間為臺南科技大學（現改為台南應用科技大學，下稱台南科技大學）視覺傳達設計系「96級畢業成果展」所原創設計完成之美術著作，陳玥呈享有著作財產權，非經著作財產權人陳玥呈之同意或授權，不得擅自重製，詎蘇尹曼竟基於以重製之方法侵害他人著作財產權之犯意，未經陳玥呈之同意或授權，於96年6月間擅自重製如附件二所示之金魚圖樣，侵害陳玥呈如附件一所示金魚圖樣之著作財產權，並由橙果公司於96年8月27日將該著作提供予95年11月28日即委託橙果公司設計薑餅禮盒之丹比食品實業有限公司（下稱丹比公司）。嗣告訴人陳玥呈於96年12月間發現丹比公司喜餅外盒之設計與其如附件一之美術著作近似，始循線查知上情。

二、案經陳玓呈訴請臺灣臺北地方法院檢察署檢察官偵查起訴。  
理由

壹、程序部分：

一、按被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據；又被告以外之人於審判外之陳述，雖不符合同法第159條之1至第159條之4之規定，但經當事人於審判程序同意作為證據，法院審酌該言詞陳述或書面陳述作成時之情況，認為適當者，亦得為證據。當事人、代理人或辯護人於法院調查證據時，知有第159條第1項不得為證據之情形，而未於言詞辯論終結前聲明異議者，視為有前項之同意，刑事訴訟法第159條第1項及第159條之5分別定有明文。經查，本判決下列所引用被告以外之人於審判外之陳述（包含書面陳述），固屬傳聞證據，但檢察官及被告於本院準備程序及審判期日中，均表示無意見，且當事人均未於言詞辯論終結前聲明異議，本院審酌該等證據作成之情況，認為適於為本件認定事實之依據，依刑事訴訟法第159條之5第2項規定，應具有證據能力，合先敘明。

二、本件認定事實所引用之卷內文書證據及物證之證據能力部分，除被告橙果公司所提國立台灣大學法律學系教授蔡明誠出具之鑑定意見書一份，係蔡明誠教授於審判外之書面陳述，檢察官於原審表示不同意作為證據，且查無其他法定例外得充為證據採用之情形，依刑事訴訟法第159條第1項規定，無證據能力；縱將之認為係專家之鑑定意見，然此係被告橙果公司片面選任，不符刑事訴訟法第198條之鑑定人選任程序，故亦不能依鑑定之證據方法取得證據能力外，其他部分並無證據證明係公務員違背法定程序所取得，檢察官及被告於原審或本院均未主張排除前開物證之證據能力，且迄於原審或本院言詞辯論終結前均未表示異議，本院經審酌前開物證並非公務員違背法定程序所取得，亦無刑事訴訟法第159條之4顯有不可信之情況，故上揭物證均有證據能力。

貳、實體方面：

一、訊據被告蘇尹曼固坦承如附件二之金魚圖樣為其所設計，惟否認有重製告訴人陳玓呈如附件一之美術著作而有違反著作權法犯行，並辯稱：告訴人陳玓呈創作之附件一金魚圖形，非單一著作，告訴人並非著作人，該著作係表達思想，非著作權法保護之著作；被告蘇尹曼創作附件二之金魚圖形與告訴人上開著作並不實質近似，且其事前亦未接觸告訴人上開著作，係其獨立創作等語。被告橙果公司則坦承雇用被告蘇尹曼，並以其創作如附件二之金魚圖形提供予丹比公司，惟否認其受雇人即被告蘇尹曼有何違反著作權法之犯行，辯稱二圖形並非實質近似，且金魚本為自然界實物，表達方式本即有限，況被告蘇尹曼亦無接觸告訴人金魚圖形之可能等語。惟查：

(一)按二人以上共同完成之著作，其各人之創作，不能分離利用

者，為共同著作，著作權法第8 條定有明文。申言之，該項「共同著作」之成立要件有三，即一、須二人以上共同創作。二、須於創作之際有共同關係。三、須著作為單一之形態，而無法將各人之創作部分予以分割而為個別利用者，始足當之。若二人以上為共同利用之目的，將其著作互相結合，該結合之多數著作於創作之際並無共同關係，各著作間復可為獨立分離而個別利用者，應屬「結合著作」，而非「共同著作」（最高法院92年台上字第514 號刑事判決意旨參照）。而可否獨立分離為單一著作，應視其共同關係之約定、著作型態之表現、著作分離後可否獨立使用、社會之通常觀念等情綜合判斷。經查公訴人認被告蘇尹曼係違法重製告訴人陳玥呈創作如附件一所示之金魚圖樣，被告雖辯稱該金魚圖樣係共同著作，非單一著作，不能單獨受著作權法之保護云云。惟查該金魚圖樣係告訴人為臺南科技大學「96級畢業成果展」活動所為之創作，告訴人所參與之畢業成果展係由林宏澤、游明龍老師指導，組長為房芳筠，組員為蕭嵐馨、施品均、黃子瑄、郭芸甄、曾雯涵及陳怡伶（為告訴人陳玥呈之舊名）等人，於95年初自行分組參加校內「形象組」角逐獲選後，在教授指導下，經歷校內審查後完成，此有臺南科技大學視覺傳達設計係所提該成果展書面資料一份在卷可憑（見原審卷第171 至191 頁），而如附件一所示金魚圖樣並非僅附著於該畢業展海報上，經原審向臺南科技大學函查該海報及所附著金魚圖樣之由來，據該系99年10月13日函覆原審所附之「96級畢業成果展」資料可知，此金魚圖樣除經使用、附著於該畢業展海報外，尚曾以不同顏色、大小、方向併或與其他幾何圖形或圖樣相配合，而廣泛運用附著於該畢業成果展之專刊封面及封底、書卡、DVD 光碟片外觀、邀請卡正背面、信封、名片、T 恤、筆記本、識別證、提袋、胸章、貼紙等各式物品上（見原審卷第171 至191 頁）。故可證此金魚圖樣之表現型態及其利用方式，係屬得分離且可獨立表現作者創意之著作，且依其內部關係，並無不能成為獨立著作之約定，再依社會通常觀念綜合判斷，此附件一金魚圖樣倘具備著作權法所定之原創性、獨特性、屬精神創作並具有一定表現形式等要件時，當可獨立於其所附著之海報或其他附著物品，而受著作權法之保護。

(二)次按著作權法所稱之著作，係指屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作，著作權法第3 條第1 項第1 款定有明文。故本於自己獨立之思維、智巧、技匠而具有原創性之創作，即享有著作權。但原創性非如專利法所要求之新穎性，倘非重製或改作他人之著作，縱有雷同或相似，因屬自己獨立之創作，具有原創性，同受著作權法之保障（最高法院100 年度台上字第2718號刑事判決意旨參照）。又依本法取得之著作權，其保護僅及於該著作之表達，而不及於其所表達之思想、程序、製程、系統、操作方法、概念、原理、發現。

著作權法第10條之1亦定有明文。故當思想與表達合併時，該表達即不受保護，否則即等同於保護該思想。因此創作內容必須已形諸外部，具備一定外部表現形式，方合保護要件（最高法院98年度台上字第868號民事判決意旨參照）。且思想如僅有一種或有限之表達方式，此時因其他著作人無他種方式或僅可以有限方式表達該思想，如限制該等有限表達方式之使用，將使思想為原著作人所壟斷，基於公益之理由，該有限之表達方式，即不受著作權法之保護，縱他人表達之方式相同或近似，亦不構成著作權之侵害（最高法院100年台上字第283號民事裁定意旨參照）。

(三)經查證人房芳筠（即上揭臺南應用科技大學覆函所附之「96級視覺傳達設計系畢業成果展」「總審企劃書」上所載之「形象組」組長）於原審審理時具結證稱：「（檢察官問：海海報上面共有三條魚，這魚是何人負責創作？）起先是我們整組共同提案，我們作很多魚的造型的發想，後來陳玥呈提出魚的造型，被老師建議作為我們走的方向。」；「（問：除了陳玥呈外，你們其他的組員，就你們「新舊」之企劃負責甚麼工作？）我們尚未定案前，大家都在分工作魚的製作部分，後來決定是陳玥呈畫的魚為方向後，美術設計都由陳玥呈來處理，其他的組員轉做企劃、會場佈置及與廠商接洽，我負責統籌的工作。」（見原審卷三第103至104頁），核與告訴人於原審時證稱：「（問：你們『新非新舊非舊』除了這個文案的主題以外，關於圖案的內容是如何討論出來的？）一開始定主題是找傳統吉祥物，當時每個人都有畫出圖樣讓老師挑選，老師定主題的風格之後，我們就開始作形象的東西，當時大家都有畫魚，而老師是選到我的，然後我們再陸續發展周邊的東西。（問：主題是傳統吉祥物，一開始老師有確定是『魚』嗎？）沒有。（問：老師是要你們自己去傳統吉祥物中找靈感嗎？）是，一開始要走傳統風格，剛開始要找『龍』或是『鯉魚』。……大家討論出來要找『魚』作為吉祥物。（問：老師讓你們回去畫，然後他來選擇，這段時間花了多久？）應該一個月。（見原審卷第93至94頁）」等語相符，足證畢業展過程中所繪製之金魚圖樣，無論是否經由其他組員之討論或老師之指導，但其形於外之表達方式，均係由陳玥呈所為，包括附件一之金魚圖樣。另依據告訴人即證人於原審時證稱：「（問：你當初畫那隻『魚』，你的靈感來自於哪裡？）因為我家裡開水族館，所以我的靈感都來自魚，後來我決定『金魚』之後，我請我爸爸買金魚回來養，我再觀察，然後畫出來。（問：你既然有這麼多金魚，你挑選出來畫的金魚，你有辦法說出你畫的金魚的名稱嗎？）……我其實不太確定是否是『琉金』，我是總合金魚的特徵，也就是大眼睛，肚子是凸的，尾巴有飄逸的那種魚，我並不是以特定品種去畫的。（問：既然如此，你想要畫的這隻金魚，你覺得有什麼不一樣的地方嗎？）

那時候想要找一個象徵，也就是有延續下去及金玉滿堂的意思，我要畫這金魚以代表我們【視覺傳達設計】系源源不絕的形象。（問：你在創作這隻金魚的時候，有無去參考市面上的其他作品？）我也有去找。（見原審卷三第94頁）」等語。再就此金魚圖樣之設計創作過程，經檢察官提示原審附件三「鉛筆畫草稿」及「水墨畫草稿」予陳玥呈辨識，經陳玥呈證稱：「（問：這是否你當初畢業展的草稿？）是。...我設計當時是強調他的姿態是表現出向上游的動感，所以他的體態及尾巴的部位，我特別把A 的部位【按係『鉛筆畫草稿』中金魚右側腹部至右尾鰭部分】加大，我又把B 的部位的魚鰭【按係『鉛筆畫草稿』中金魚左側軀幹與左尾鰭相接處之腹鰭】特別畫出來。.....【另】除了金魚的眼睛特別大這個特點以外，一開始作草稿時，尾巴三個方向是不一樣的，後來我把尾巴三片尾鰭的方向改為同一。（問：你的草稿提出給老師之後，你們就定調主題是魚，是不是？）是。（問：除了你負責魚以外，其他人負責什麼？）他們會分配排海報或是扇子、書籤，另外有的人是作動畫，有的人是作企劃，而組長是分配工作。.....（你的作品正式被老師選上成為整個主題，大概是在何時？）完成【金魚】圖是在95年10月20日。（問：你們是否有所謂『會審』？）是。.... . 金魚被確定下來之後，要作周邊商品及金魚風格的修改，也就是作整體背景及周邊的修改，會審就是給主任或老師打分數。.....是全班、團體的會審，老師當時要評分。（問：確定是你畫的金魚之後，到展出之前，你的金魚有被修改嗎？）有。.....『會審』大概有5 次，修改大約是2、3 次。（問：修改是老師幫你修改嗎？）老師會給建議，同學也會給建議，大家統一個建議後，我回去修改。（問：你的修改，是同學或老師給予你怎麼樣的修改建議，讓你回去修改？）【95年】10月20日這個圖，被修改的地方是顏色，後來陸續有修改顏色及尾巴的部位，尾巴有作透明朦朧化。... . . . . .【顏色修改部分】想要將顏色修改成比較不黯淡、比較活潑，且有漸層感的。（問：你剛剛提到尾巴的部分要作透明朦朧感，你們為何想要透明朦朧化的感覺？）想要表達魚在游的動態，因為魚在游的時候，尾巴是看不清楚的。（見原審卷三第94至95頁）」等語；又稱：「（問：你創作起訴書附件一的金魚圖樣時，有無參考任何既有的金魚圖樣或資料？）一開始是有蒐集網路上金魚圖片，但是後來沒有特別去看哪個圖去畫，因為我們老師要我們去買魚來觀察，要我們畫出實際觀察金魚游動的特徵，所以我們是依照買的魚來畫的。.....是【畫】金魚游的那個姿態，但是有加入我自己的手法進去（見原審卷三第97至98頁）。」，核與證人房芳筠於原審具結證稱：「（問：你們96年視覺傳達設計系畢業成果展，你有與陳玥呈同組嗎？）有。.....我擔任組長。（問：你們當時畢業主題為何？）本來是『新

舊』，後來改成『新非新、舊非舊』。（問：陳玥呈魚的造型是有何原因被老師選上？）因為我們的主題是『新非新，舊非舊』，老師覺得陳玥呈畫的魚有符合這個主題的感覺，因為這魚有水墨渲染的效果，又有視覺上結合的效果，符合老師心中『新舊』的效果，因此覺得這魚是我們創作的方向。（問：陳玥呈畫的魚確定下來，並決定由他負責美術工作，這是在什麼時候？）大概是第三次、第四次會審之後，大概是95年10月、11月左右。……（問：你們校內正式展是【96年】5月3日，在正式展之前，有經過幾次會審的討論？）六次會審及最後一次總審，【96年】5月3日是我們總審，總審完之後是開放給其他學校或校友參觀。（問：你們在第三次會審確定魚的圖案，到【96年】5月3日總審之前，你們有無作修正？）有。……因為我們設計的方向會不一樣，例如我們想要的效果在衣服上表現不出來，所以我們會在此作修正，把尖銳的形象改為圓滑的感覺。」；「（問：你有無給陳玥呈金魚的參考圖樣？）我沒有，我知道陳玥呈家裡是開水族館，我們自己也有買魚來養，觀察魚的型態，我們也有近拍魚的樣子來參考。（問：所以事實上你們海報上金魚，應該是忠於自然界金魚游動的樣子，還是你們有作不同的修改、創作或是發想？）參考魚的造型，但是我們有作修改。……由陳玥呈修改，因為我們要符合『新非新、舊非舊』的主題。」；嗣經提示原審附件三「水墨畫草稿」及「鉛筆畫草稿」予證人房芳筠辨識，經證人房芳筠證稱：「有【看過此草稿】，這是在我們討論過程中出現的，這方向老師覺得可以做延伸，因為不要有這麼『舊』的感覺，老師希望有『舊』及『新』的風格。（問：這兩隻魚【即附件三之草稿】是何人提出的？）陳玥呈提出的。（問：這兩隻魚就是後來被老師選上的魚嗎？）大概方向是這樣。（問：所以你們後來是以這兩隻魚為基礎，再由陳玥呈去作修改嗎？）是。」（見原審卷三第103頁反面至第108頁）等語相符，並有台南科技大學視覺傳達設計系所提畢業展資料一份在卷可稽（見原審卷二第171至191頁），故應認告訴人不但係附件一金魚圖樣之著作人，且附件一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原審附件三草圖為基礎，並交由陳玥呈著手美術設計，嗣經數次會審討論，由告訴人融合指導教授及其他組員之各方意見後，數次修改，終於95年10月20日完成附件一金魚圖樣。以此過程，復觀諸原審附件三「鉛筆畫草稿」及「水墨畫草稿」之金魚圖樣，與附件一之金魚圖樣，二者外觀輪廓確甚相似，顯具有一定之修飾、演變關係，可知告訴人就附件一金魚圖樣自無到有之設計演變過程，有其一定之明確脈絡，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，以描繪、著色等平面美術技巧表達線條、色彩及形狀，而以美感為特徵之創作。雖於會審程序中，指導教授及各組員曾提供告訴人諸多修改建議，惟嗣後仍係由告訴人融合各方意見進行修改終演變成附件一之金魚圖樣，該等修改建議，僅係告訴人創作過程中之觀念或啟示，除非教授、組員間有特別約定，著作權仍應由實際表達金魚圖樣之告訴人所有。

(四)又按著作之原創性乃該著作受著作權法保護之基礎，而所謂原創性僅需該著作非完全欠缺人類精神作用，且該精神作用得享有一定之創作空間，即應認為具有原創性。因此，「事實」本身固不具此原創性，惟對於「事實」之選擇、組合協調或編排，倘能反應此必要最低程度之創作性，即應受著作權法之保護。故即使係就日常生活中自然事物之描繪，只要該描繪係創作者個人對該自然事物之個人覺察反應，且有一定之創作空間，該描繪即能滿足此原創性，此乃因此個人覺察反應具備某些與創作者個人個性相聯結之獨特性，而此獨特創意之表達正係著作權法欲保障之對象。被告雖辯稱附件一圖樣所描繪之「金魚」係自然界生物，外觀形態大同小異，基此外觀所製作之圖形亦為社會上習見習知，市面上亦早有相同之金魚圖案流通，告訴人復自承附件一金魚圖樣係其臨摹實體金魚而來，故附件一金魚圖樣無從表現其作者個人之獨門巧思或創意，不具著作權法所要求之原創性等語云云。惟查依前所述，告訴人創作附件一金魚圖樣之緣由歷程，係先選定主題為「新非新、舊非舊」，經由眾組員討論商議，再選定以平易近人同時又能傳達傳統古典、源遠流長及金玉滿堂意念之「金魚」為代表吉祥物，以此表現所屬「視覺傳達設計學系」源源不絕之形象；嗣以此概念為發想基礎，由告訴人著手具象化之設計過程中，告訴人為表現金魚向上游動之姿態，故選擇俯視角度，並在金魚體態之布局上，除加大描繪凸眼金魚之眼部特徵外，復特別強調金魚右腹部至右尾鰭之身體部位，又特別繪出金魚左軀幹與左尾鰭相接處之左側腹鰭，另將三片尾鰭之方向同一化，以此諸般手法特意表現金魚之軀幹轉折，進而強調金魚游動之動感。嗣經會審討論，告訴人融合指導老師及其他組員之觀念及修改意見，除放棄附件三筆墨畫草稿中之黯淡黑灰色調，而改以活潑之橙色及使用漸層手法，並將尾鰭部位改以透明朦朧化方式處理，藉此表現模糊之尾鰭輪廓，進而加強金魚游動時韻律動感之印象。因此，縱告訴人於創作附件一金魚圖樣之過程中，確有觀察實際金魚游動姿態甚且臨摹金魚照片之舉，然對自然界動植物之臨摹描繪，本即不影響其依自身智巧技匠賦予該描繪成果之創意，此觀仿間之人像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物，係特徵大抵類同且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；且

正如被告蘇尹曼自己所提卷附草稿圖中之各式金魚圖樣，倘均為被告蘇尹曼所創作，吾人亦不會因為所描繪者係特徵類同固定之「金魚」，即謂各圖樣毫無創意可言。更何況告訴人並非單純臨摹仿製所見之金魚型態，而係本於自己就觀察金魚游動體態後之靈感反應，利用所學之繪畫及設計技巧，融合選定之主題，把握強調金魚游動時之韻律動感此一重點創作而來。是此確含有告訴人之獨立思維及智巧，並融合個人技匠創作設計，至為明確。被告復提出諸多金魚圖樣，並稱此與告訴人之附件一金魚圖樣相類似，然既無證據證明告訴人有抄襲他人著作之情事，縱有類同圖樣，亦不影響告訴人附件一金魚圖樣所具之原創性，故被告此部分辯解，並不足採。綜上，告訴人之附件一著作係具有原創性之創作著作，當無疑問。是告訴人於95年10月20日獨立完成創作附件一金魚圖樣美術著作之時，即受著作權法保護。另查金魚雖有其固定特徵，然基於「金魚」此一概念而能發想獲得之靈感思緒，實甚為廣泛，縱「金魚」之外觀確具某些固定特徵，然就表現該特徵之方法手段亦所在多有、非僅一端，巧妙亦因創作者之個人獨特智巧而各有不同乃至天差地別。在「金魚」此一寬廣概念下，客觀上本有多種表達其固定特徵之方法及可能性，並無所謂表達形式甚為限定稀少之問題。正如同對於花草鳥獸之寫生臨摹，吾人亦不會且不能因所描繪者係具有相同特徵之特定動植物品種，即謂該相同特徵之動植物品種之描繪之表達形式甚為限定，進而認該描繪不受著作權法保護。是以被告辯稱本件應有「思想與表達合併」原則之適用，附件一金魚圖樣非著作權法保護之著作云云，顯非可採。

(五)再按所謂抄襲，乃係剽竊他人之著作，並當作自己所創作之謂，而據以認定抄襲之要件有二：即接觸及實質近似（最高法院97年度台上字第3914號刑事判決意旨參照）。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。據此，原審於審理中當庭勘驗告訴人之附件一著作（即下述之A圖樣及B圖樣，此二圖樣附著於上揭海報之不同位置，除大小比例不同，及B圖樣之尾鰭係清

晰線條外，餘均完全相同，顯屬同一著作）及被告蘇尹曼之附件二著作（即下述之C 圖樣），勘驗結果如下（見原審卷三第118 頁以下）：

- ①經比對A、B 圖樣及C 圖樣，外觀均為自上而下之魚類俯視圖，該魚類圖樣均以頭部、軀幹部及尾部構成。
- ②頭部：A、B 及C 三圖樣之頭部均以「左右兩側各有一凸起處，頭頂部亦有一凸起處」為基本構圖。C 圖樣左右兩側及頭頂部位之凸出線條均為渾圓流線狀；A、B 圖樣左右兩側之凸出線條亦為渾圓流線狀，至頭頂部之凸出線條則近似一矩形而為有稜角之非流線形狀。A、B 金魚圖樣與C 金魚圖樣之上開三處凸出之凸起大小幅度，以肉眼判斷均甚相似。
- ③軀幹部：A、B 及C 三金魚圖樣，其軀幹與頭部連接處，左右均各有一魚鰭，在其軀幹與尾部連接處之上端附近，左右亦各有一魚鰭，此三圖樣中之魚鰭與軀幹之相對位置、外觀輪廓及線條彎曲轉折之方向角度均甚相似。再經仔細觀察，A、B 二圖樣之左側上方魚鰭有二處稜角，非完全渾圓流線；右側上方魚鰭尾端有一尖狀小凸起；至C 圖樣之四只魚鰭均較渾圓流線，並無稜角或尖狀凸起。又A、B 圖樣之軀幹線條均為流線形態，左側上寬下窄（上方向外略為凸出、下方內縮，即左側流線狀之凸起部位略在上方），右側下窄上寬（下方向外略為凸出、上方內縮，即右側流線狀突起部位略在下方）；C 圖樣之軀幹線條亦為流線型態，其左右兩側之流線狀凸出位置與A、B 二圖樣甚為相似，惟以肉眼判斷，C 圖樣左右兩側之凸出幅度均較大且較為明顯。
- ④尾部：A、B 及C 三金魚圖樣之尾部，均為以三只流線型態之尾鰭為基本構圖。其中B 圖樣與C 圖樣三只尾鰭均朝向左側，其外觀輪廓、線條彎曲轉折之走向角度、向外延展之大小幅度，極為相似。再經仔細觀察，B 圖樣左側尾鰭與上方軀幹連接處，另有一流線形小幅凸起，且中央尾鰭及右側尾鰭之末端，均為渾圓之流線型態；而C 圖樣左側尾鰭與上方軀幹連接處，並無該流線形小幅凸起，至中央尾鰭及右側尾鰭之末端，則係尖角形態。另A 圖樣之三只尾鰭亦為朝向左側之流線型態，惟該三只尾鰭之末端如上所述均以朦朧化模糊處理，惟仍可粗略看見其末端輪廓，經比對A 圖樣三只尾鰭之整體外觀輪廓、線條彎曲轉折之走向角度、向外延展之大小幅度，與B、C 二圖樣所示者亦甚相似，惟因其末端業經朦朧化模糊處理，故其中央尾鰭及右側尾鰭並無上述C 圖樣之末端尖角狀。
- ⑤顏色配置：B 圖樣為全黑色。A 圖樣之主體為橘紅色，其頭部、軀幹與尾部之內側及與軀幹連接之四只魚鰭，其顏色最深，此後向頭部、軀幹與尾部外側逐漸淡出為橘色，至頭頂外側、軀幹左側及尾鰭末端已有部份區域淡為白色。C 圖樣之頭部全為紅色，並向軀幹部、與軀幹連接之四只魚鰭及尾部逐漸淡出為橘色，至中央尾鰭之末端已有部分淡為白色。

綜合上述勘驗結果，足認此二著作間除頭頂部之凸起線條係渾圓流線抑或有稜有角、軀幹部之魚鰭是否完全渾圓流線抑或有部分尖狀突起、軀幹左右兩側凸出幅度大小、左側軀幹與左尾鰭連接處有無小幅凸起、中央尾鰭及右側尾鰭之末端係尖角抑或渾圓流線等細節處，有所不同外，二著作均係以俯視圖呈現，且就金魚之基本體態構圖、整體輪廓之線條轉折方法、走向角度、尾鰭向外延展之大小幅度及各部位比例等整體佈局構造，均甚相似。至顏色配置雖有不同，然此並非影響判定二圖樣外觀輪廓是否相似之重點。故二著作之整體感覺確實已達「實質相似」之程度，且其相似之程度縱非「顯然相同」，亦幾乎可謂「一望即知」。雖金魚係自然界生物，如以寫實臨摹特定魚類之方式繪圖，或許有可能因已無一定創作空間，而使各獨立創作間有近似之可能，且因表達之有限性，而不予著作權法之保護，然附件一、二之金魚圖樣，均非單純之寫實臨摹創作，其表達並非有限，此由被告於偵查、原審及本院審理時所提之數十幅真實金魚圖片或創作金魚圖樣可知（見97年他字第1399號偵查卷第78至127頁、原審卷二第125至130頁、本院卷一第96至100頁），雖然主體都是金魚，但真實世界的金魚以及圖形創作的金魚同樣可以有許多不同態樣以及不同表達，故被告辯稱因均係創作金魚圖形，故縱實質相似，亦係獨立創作等語，並不可採。

(六)末按所謂「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（最高法院97年度台上字第1587號刑事判決意旨參照）。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。經查附件二金魚圖樣係被告蘇尹曼個人於96年6月間所為，此有證人劉雅文即本件丹比喜餅領盒設計專案經理於原審時證稱附件二金魚圖樣係被告蘇尹曼畫的（見原審卷三第111頁），以及第一次向丹比公司提案時，尚無金魚圖樣，於第二次提案即96年6月28日前一星期，被告蘇尹曼即提出金魚圖樣之手稿（見原審

卷三第115 頁），核與被告蘇尹曼於偵查、原審及本院審理時所述相符。被告雖辯稱從未接觸附件一金魚圖樣，且提出許多繪製時之參考資料，辯稱附件二金魚圖樣係被告蘇尹曼獨立創作等語云云。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（見97年他字第1399號偵查卷第1 頁），迄97年2 月18日檢察官首次開庭時，告訴人始知該名設計師為被告蘇尹曼（見97年他字第1399號偵查卷第50頁），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（見97年他字第1399號偵查卷第64頁），並未提及被告蘇尹曼與告訴人其實係畢業於同一所學校（見97年他字第1399號偵查卷第64頁），而從卷內資料觀之，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（見98年偵續字第331 號偵查卷第4 頁），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（見99年偵續一字第25號偵查卷附件一）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（本院卷二第137 至147 頁）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」。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業務犯違反著作權法之罪，均應依法論科。

## 二、論罪科刑

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附件二美術著作之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附件一之著作財產權，因認被告蘇尹曼所為尚涉犯著作權法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（見本院卷二第49頁）。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（最高法院90 年度台上字第7555號刑事判決意旨參照）。則被告蘇尹曼是否成立著作權法第91條第2 項之罪，應視其主觀上是否有銷售之意圖。經查被告橙果公司係於95年11月間即與丹比公司

簽訂薑餅禮盒外觀設計合約，約定被告橙果公司迄96年11月20日止應負責三款薑餅禮盒之設計，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（見原審卷三第231至287頁），而被告橙果公司第一款設計完成於96年5月初（見原審卷三第234頁），第二款即附有附件二金魚圖樣之設計則自96年5月初即開始計劃（見原審卷三第256頁），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述「（問：本件丹比喜餅的金魚之設計案在公司裡有何人參與？）業務部分是由我負責，設計部分是有三位設計師參與，是林士宏、廖怡雯、及被告蘇尹曼。」、「（問：蘇尹曼負責何部分？）林士宏是設計團隊主管，下面有兩位負責的設計師，我們這個設計案是共同討論，每個設計師出一個想法，他們是獨立作業，而由主管監督他們的作品。」。「（問：為何是由蘇尹曼負責本件設計？）那是我們內部討論時，每個設計師提出一個想法。」、「（問：為何當時會由蘇尹曼負責本件設計？）由設計主管看每個設計師手上的工作量。」。（問：你剛剛說設計師有交流想法，詳細情形為何？）我們每次提案有三款，每個設計師各負責一款設計圖。」、「（問：蘇尹曼當時提出之構想為何？）我不記得他提出的構想，但是魚這件事情是大家決定的，只是分配到他去繪製。」。「（問：橙果公司為了丹比公司設計幾套包裝設計？）我們的合約是簽三款，實際我們設計兩款。」（見原審卷三第109至115頁）。由上開證詞可知，被告蘇尹曼之所以非法重製附件一金魚圖樣，僅係為完成其職務上之工作，主觀上應無任何銷售意圖，且證人劉雅文亦於原審具結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上，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，擅自重製如附件一所示金魚圖樣以履行職務，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。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，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附件一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玗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。

據上論斷，應依刑事訴訟法第369條第1項前段、第364條、第299條第1項前段，著作權法第91條第1項，刑法第11條前段、第41條第1項前段，判決如主文。

本案經檢察官羅雪梅到庭執行職務。

中 華 民 國 100 年 11 月 10 日

智慧財產法院第二庭

審判長法 官 陳忠行

法 官 林洲富

法 官 熊誦梅

以上正本證明與原本無異。

被告不得上訴。

檢察官如不服本判決，應於收受送達後10日內向本院提出上訴書狀，其未敘述上訴之理由者並得於提起上訴後10日內向本院補提理由書（均須按他造當事人之人數附繕本）。

中 華 民 國 100 年 11 月 16 日

書記官 陳士軒

論罪科刑法條

著作權法第91條

擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權者，處三年以下有期徒刑、拘役，或科或併科新臺幣七十五萬元以下罰金。

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，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣二十萬元以上二百萬元以下罰金。

以重製於光碟之方法犯前項之罪者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣五十萬元以上五百萬元以下罰金。

著作僅供個人參考或合理使用者，不構成著作權侵害。

---

資料來源：司法院法學資料檢索系統