智慧財產法院刑事判決

108年度刑智上訴字第41號

上　訴　人　臺灣新北地方檢察署檢察官

被　　告　朱珮萱

選任辯護人　呂聿雙律師

上列上訴人因被告違反著作權法案件，不服臺灣新北地方法院107 年度智訴字第4 號，中華民國108 年7 月18日第一審判決（起訴案號：臺灣新北地方檢察署106 年度偵字第28313 號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

理　由

一、公訴意旨略以：被告朱珮萱明知「愛蜜莉與波奇圖文插畫」（即本判決附表二告訴人圖欄所示插畫）係告訴人林奕君自民國98年起參考其飼養之寵物貓「波奇」所創作、具有原創性之美術著作，未經告訴人同意或授權，不得意圖銷售擅自重製、公開傳輸而侵害他人著作財產權。詎被告竟未徵得告訴人同意或授權，自104 年5 月間某日起，將上開「愛蜜莉與波奇圖文插畫」美術著作重製，塑造成外觀造型、角色、表情、姿態及整體圖文表現均與「愛蜜莉與波奇圖文插畫」實質相似之「宅貓妙可」圖文（即本判決附表二被告圖欄所示插畫），並陸續於附表一所示時間，在附表一所示之社群平臺，公開傳輸重製後之「宅貓妙可」圖文供不特定人閱覽，並透過通訊軟體LINE販賣重製後之「宅貓妙可」貼圖，以此方式侵害告訴人之美術著作財產權。因認被告涉犯著作權法第91條第1 項以重製方法侵害著作財產權罪嫌、同條第2

項意圖銷售以重製方法侵害著作財產權罪嫌、同法第92條以公開傳輸方法侵害著作財產權罪嫌。

二、檢察官上訴意旨以：

㈠原審以告訴人林奕君所創作之「愛蜜莉與波奇圖文插畫」係其於101 年開始陸續創作，並於原審判決附表二所示時間陸續發表，而被告繪製之「宅貓妙可」係其於103 年開設粉絲團宅貓妙可小角落、開始創作LINE貼圖草稿，當時角色還沒定型、長相不是很穩定，104 年才開始確定妙可五官，足認原審判決附表二所示「愛蜜莉與波奇圖文插畫」公開發表時間應早於「宅貓妙可」。另依告訴人所提被告與告訴人共同加入之臉書社團「貓咪也瘋狂CrazyCat club 」、「天下貓貓一樣貓」及「Fandora Club」、告訴人個人臉書首頁「波奇好好吃」、網友在「天下貓貓一樣貓」臉書專頁分享告訴人之創作、網友在「貓咪也瘋狂」臉書專頁分享「波奇好好吃」之照片、告訴人於PTT 論壇喵板發文節錄、被告為喵板版友之發文頁面節錄、告訴人創作之新屋收容所貓舍105 年6 月份年曆、被告發表取得前開年曆之貼文資料各1 份（臺北地檢他卷第28-35 頁），亦足認被告有合理接觸「愛蜜莉與波奇圖文插畫」之可能。

㈡又告訴人所創作之「愛蜜莉與波奇圖文插畫」與被告繪製之「宅貓妙可」兩者是否實質近似乙節，緣本案係因被告於他案對他案被告林昱辰所創作之「白爛貓」提出違反著作權之告訴，經網友即一般理性之閱聽大眾發現後，提出被告所繪製之「宅貓妙可」與告訴人所創作之「愛蜜莉與波奇圖文插畫」二者間之差異性甚微，以致於大多數之理性閱聽大眾無法分辨二者究是否為同一人所畫等質疑，因而促成本案告訴

人對被告提出違反著作權法之告訴，而依原審判決附表二有關被告繪製之「宅貓妙可」與告訴人所創作之「愛蜜莉與波奇圖文插畫」二者所畫之插圖，無論在貓的表情、動作，或是身上擬人化之配件，如椅子、皇冠，或是手捧愛心之角度、位置上，均使人混淆無法分辨究屬何人所畫，是以，本案告訴人所創作之「愛蜜莉與波奇圖文插畫」與被告繪製之「宅貓妙可」依一般理性閱聽大眾角度觀察，應可認定二者間之「整體觀念與感覺」，實已構成實質近似，被告所繪製之「宅貓妙可」確屬抄襲告訴人所創作之「愛蜜莉與波奇圖文插畫」之作品無訛。縱使原審排除上開基本表現手法與特徵元素即不受著作權法保護部分後，比較兩者可見在臉部線條、耳朵角度及間距部分，原審亦認為均有相似雷同之處，但原審卻以兩者在毛色、嘴鼻、腮紅及角色個性方面有些微之差異，而認為兩者不構成實質近似，然原審所認定之此種差異並非以一般理性閱聽大眾之角度觀察「愛蜜莉與波奇圖文插畫」與「宅貓妙可」，而係以專家鑑定人或專業圖文創作者之角度觀察之，與前開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判決意旨有所違背，其判決顯有違誤等語。

三、公訴人認被告涉有上開罪嫌，無非係以：被告於警偵訊中之供述、證人即告訴人林奕君於偵查中之證述、鑑定人即國立臺北大學法律系教授王怡蘋於偵查中之證述、告訴人103 年12月碩士論文第四章創作理念與說明、「宅貓妙可」創作稿件及時序文件、告訴人之「愛蜜莉與波奇圖文插畫」與被告之「宅貓妙可」插畫對比圖、「波奇」與「妙可」真貓對比圖各1 份、鑑定人王怡蘋出具之鑑定報告2 份、網友因混淆

「宅貓妙可」與「愛蜜莉與波奇圖文插畫」而在臉書粉絲頁之留言資料1 份、告訴人之「愛蜜莉與波奇圖文插畫」於101 年間登上無名小站首頁、告訴人個人臉書網頁（首頁封面為「波奇好好吃」一書插畫）、被告與告訴人臉書共同社團「天下貓貓一樣貓」、「貓咪也瘋狂」等資料各1 份為其主要論據。

四、按犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定其犯罪事實；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、第301 條第1 項分別定有明文。又認定犯罪事實所憑之證據，雖不以直接證據為限，間接證據亦包括在內，然無論直接證據或間接證據，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，倘其證明尚未達此一程度，而有合理之懷疑存在時，無從為有罪之確信，自不得遽為有罪之判決；苟積極證據不足以為不利於被告事實之認定，自應為有利於被告之認定，更不必有何有利之證據（最高法院30年上字第816 號、76年台上字第4986號判例意旨參照）。另刑事訴訟法第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。因此，檢察官對於起訴之犯罪事實，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，或其指出證明之方法，無從說服法院以形成被告有罪之心證，基於無罪推定之原則，自應為被告無罪判決之諭知（最高法院92年台上字第128號判例意旨參照）。此外，依刑事訴訟法第154 條第2 項規定，有罪判決書理由內所記載認定事實所憑之證據，須經嚴格證明之證據，在無罪判決書內，因檢察官起訴之事實，法

院審理結果認為被告之犯罪不能證明，所使用之證據不以具有證據能力之證據為限，故無須再論述所引有關證據之證據能力（最高法院100 年度台上字第2980號判決意旨參照）。

五、訊據被告固坦承自104年5月間起陸續於附表一所示時間，在附表一所示之社群平臺，公開傳輸「宅貓妙可」圖文供不特定人閱覽，並透過LINE販賣「宅貓妙可」貼圖，惟堅詞否認有何以重製方法侵害著作財產權、意圖銷售以重製方法侵害著作財產權、以公開傳輸方法侵害著作財產權犯行，並辯稱：我是自己獨立創作沒有抄襲，「宅貓妙可」角色、毛色等外型是源自我養的真貓「妙可」來創作再作微調，透過眼睛來傳達「妙可」的形象，因為牠常有不屑或冏冏的表情，嘴鼻部位也是照著畫，是粉紅色倒三角的鼻子和兩顆圓圓的蛋蛋嘴。因為LINE貼圖空間有限要展現最大效果就一定要用大臉，大部分都用二頭身、五官要誇張、明顯、簡單，才能表現使用者當下的情緒，再加上「妙可」個性是比較傲嬌、任性，所以表現出來有霸氣、厭世、不耐煩的王者風範。關於短期間有沒有可能風格遽變這點，我認為我創作方式很像排列組合，腦袋像一個資料庫有很多素材，我將其中的素材提取出來再加上真貓的特徵跟個性重新組合，嘗試直到我認為最適合，可以用不同臉型、嘴鼻、眼睛互相加起來呈現一個角色。我創作前期是確定毛色、第二、三期毛色差不多確定，主要針對臉型、眼睛多次修改嘗試不同組合，後期是針對角色外框線條由黑色轉為咖啡色，因為咖啡色比較柔和不銳利，最後針對嘴鼻部份的演變，一開始我是畫W嘴型但常常忘記上色，「妙可」的嘴鼻是橘黃色如果我忘記上色就不是牠了，所以後來我把淺淺的W加深，中間乾脆有一邊圈起來

，後來覺得有點麻煩常常要注意留一點開口，乾脆兩邊圈起來發現效果也蠻好，而且「妙可」也是大概長這樣。至於我沒有畫成捲耳貓是因為「妙可」本來就是立耳貓，畫成捲耳就不是牠了。對創作者來說作品一定是持續改變的，包括HELLO KITTY、加菲貓、蠟筆小新、史努比、麵包超人、小丸子、哈姆太郎等也不是一開始公諸於世就長現在這樣等語。辯護人另為被告辯護稱：(一)告訴人提出之創作手稿內容與「愛蜜莉與波奇圖文插畫」無法對應，無從作為告訴人創作「愛蜜莉與波奇圖文插畫」歷程之證明，且該創作手稿也未標示日期、「愛蜜莉與波奇圖文插畫」上所示日期為告訴人創作完成或公開發表日期亦屬不明，告訴人雖稱有舉辦展覽、出版圖文書、發表在臉書粉絲頁、部落格，但並未提出相關資料，僅有告訴人片面之詞，如何認定告訴人確有創作及公開發表、創作及公開發表時點又早於被告創作「宅貓妙可」。又告訴人審理中稱其係自101年陸續一直創作到現在，但被告係自103年4月發想、創作至104年5月定稿，足見「愛蜜莉與波奇圖文插畫」創作、公開發表時間根本晚於被告，被告不可能有接觸或抄襲。(二)「愛蜜莉與波奇圖文插畫」之創作特徵，包括圓臉、毛色、黃色斑紋、粉色腮紅、嘴鼻（兩個圓型水平排列、圓潤飽滿之「蛋蛋嘴」）、耳朵、眼睛、表情、動作等，均為擬人化動物插畫領域普遍存在多年，廣為流傳之常見習知表現方法，屬於公共領域，為諸多日本、臺灣插畫家前輩之創作遺產，並非告訴人所原創，是「愛蜜莉與波奇圖文插畫」不具原創性、不受著作權法所保護。再者，「愛蜜莉與波奇圖文插畫」與日本插畫家卡娜赫拉、卵山玉子、mojiji、 4 、デコ一 等人之作品除動

物顏色外，基本線條、畫風、個別特徵、整體觀念及感覺幾乎無差異，倘將上開插畫套用相同底色混和併列根本無從分辨，反而是「宅貓妙可」還可做出清楚區別。(三)被告與告訴人雖有參加相同臉書社團，但該社團人數高達萬人，一天有多篇文章，並不足以認定被告有合理接觸之可能。(四)鑑定人王怡蘋出具之鑑定報告中強調因為被告之「宅貓妙可」嘴鼻畫法不自然的轉變為蛋蛋嘴，是構成實質近似的關鍵，但此種畫法並非告訴人所原創，著名的甜甜圈品牌、雅虎奇摩購物、日本保健食品、OB嚴選的吉祥物、台灣文創品牌BUCUTE出的插畫和實體玩偶、卡娜赫拉插畫都有這種表現手法。又被告為國立東華大學藝術與設計學系畢業，主修繪畫創作、曾修習插畫相關課程，係插畫創作專業人士，其於98年就讀大學時因修課關係，開始以自己飼養之真貓「妙可」為發想主題，進行插畫創作，而「妙可」外型特徵為白底橘色虎斑、鼻子至嘴部圓形區域整塊橘色（俗稱口罩）、足部腳掌為純白色、粉紅色鼻子肉球、豎長尖耳、圓臉、冏表情、橢圓形身軀、長尾巴等，個性特徵為傲嬌、高貴、愛說話、有個性、聰明狡黠、表情多變、霸氣、王者風範等，上述特徵均可在「宅貓妙可」插畫中映證，而被告於103年決定開始插畫家生涯成立臉書個人專頁，便將學生時期手稿逐步修改，經歷測試、調色、手繪、發想、混和、毛色確定、組合、臉型確定、線稿顏色及腮紅確定、嘴型確定、於104年5月角色確定，從103年至105年8月止長達2年8月期間反覆嘗試高達195次，且均保留繪本、紙本手稿、電腦檔案手稿多達百餘張，並無在短期內有風格劇烈變化之情形。且修正、微調角色外型乃創作常情，「愛蜜莉與波奇圖文插畫」本身

亦有相同之變化歷程，自不能指稱被告「宅貓妙可」所作調整、修正係抄襲而來。另被告除創作橘貓「宅貓妙可」外，尚有創作灰貓「小灰」、白貓「妮妮」、短瀏海貓「黑丸」等，具有豐沛創作能力，亦無抄襲他人著作之必要。(五)在擬人化動物插畫領域，以貓為描畫主題者，包括圓臉、耳朵、嘴鼻、眼睛、毛色、腮紅、黃色斑紋、表情、動作等亦有觀念與表達合併，表達極為有限，且LINE貼圖創作大小為3X3公分範圍，不能容納複雜構圖，線條必須簡單，購買貼圖者多為年輕人喜好可愛、逗趣風格，是表達空間受限，創作者理所當然會使用相同或近似創作元素。是以「愛蜜莉與波奇圖文插畫」之圓臉、耳朵、口鼻、眼睛、毛色、腮紅、斑紋、表情、動作均有「觀念與表達合併原則」、「必要場景原則」之適用，不具原創性、不受著作權法保護，亦應排除於實質近似之比對範圍外。再者，貓插畫為取材現實生物之事實性著作，自由創作空間低，選擇性少，表達空間有限，進行實質近似比對時應採取高度嚴格審查標準，比對本件兩者包括整體畫風、角色個性、毛色、斑紋、腮紅、嘴鼻、耳朵、眼睛、表情、動作等特徵，係分別源自真貓「妙可」與「波奇」而來，且各自不同，具有明顯差異性。雖有網友認被告與告訴人之插畫十分近似，但從專業插畫家包括「小咖啡」及其友人觀點亦不認為兩者近似。另不同創作者根據自己飼養之真貓而畫出相同特徵、元素僅為表達空間有限造成之巧合，不能率指為抄襲等語。

六、按著作權法所保障之著作，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。是著作權法所保護之著作，係指著作人所創作之精神上作

品，除須為著作人之思想或感情的表現外，尚須具有原創性。所謂原創性，包含原始性及創作性，原始性係指著作人原始獨立完成之創作，非單純模仿、抄襲或剽竊他人作品而來；創作性不必達於前無古人之地步，僅依社會通念，該著作與前已存在作品有可資區別之變化，足以表現著作人之個性或獨特性的程度即足當之。次按同法第10條之1 規定：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。是以著作權之保護標的僅及於表達，而不及於思想，此即思想與表達二分法。然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極有限方式表達該思想，如著作權法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，該有限之表達即因與思想合併而非著作權保護之標的，因此，就同一思想僅具有限表達方式之情形，縱他人表達方式有所相同或近似，此為同一思想表達有限之必然結果，亦不構成著作權之侵害。

七、經查：

㈠「愛蜜莉與波奇圖文插畫」為告訴人受著作權法保護之美術著作：

1.「愛蜜莉與波奇圖文插畫」係告訴人根據其飼養之真貓「波奇」，於101 年開始陸續以自己想像、「波奇」之特徵、飼養時發生之趣事，進行擬人化插畫創作，於101 至102 年間修改畫法，103 年後則採相同畫風、固定角色形象，並於附表二所示時間陸續發表在臉書愛蜜莉粉絲團、愛蜜莉出版書、便條紙等情，業據證人林奕君於原審證述明確（原審卷三第15-20 頁），並有告訴人提出之創作手稿影本、101 年6

月雅虎奇摩首頁截圖及101 年3 月無名小站管理者之回應、103 年12月碩士論文「療癒系寵物插畫創作研究」節錄資料、「愛蜜莉與波奇圖文插畫」與「宅貓妙可」插畫對比圖、「波奇」及「妙可」真貓與插畫對比圖各1 份為證（原審卷三第101-166 頁、臺灣臺北地方檢察署【下稱臺北地檢】他卷第13-21 頁）。又「愛蜜莉與波奇圖文插畫」就貓之造型、表情、動作、道具、場景加以設計構圖作生動變化，產生一定視覺美感，係透過創作者智慧、靈感之精神作用作具體化表現，堪認為告訴人創作之美術著作。

2.觀諸「愛蜜莉與波奇圖文插畫」中有使用圓臉、尖耳、蛋蛋嘴（即所謂深W 、兩個圓弧型球狀併列之嘴型）、白底黃斑且黃色斑紋由頭頂向臉頰二側方向分布、腮紅、眼睛中有十字閃光或亮點來表現愉快或期盼、以瞠目結舌或前掌舉起表現驚嚇、搭配愛心道具表現喜愛、前掌併攏趴臥姿勢等表現手法；另有使用道具包括皇冠、酒杯、茶杯、愛心等繪圖。考量(1)貓為現實自然界存在之動物，本來即常見為圓臉、尖耳、白底黃斑且黃色斑紋由頭頂向臉頰二側方向分布等外觀，或有前掌併攏趴臥姿勢，不應賦予先描述自然界常見型態的創作者壟斷並排除他人描述同樣型態的權利，是主張受著作權保護範圍，不能只是呈現該自然界常見型態部分。(2)又依被告及辯護人所提日本插畫家卡娜赫拉、8 、阿貓、賴賴& 織織、moff .me、misuke、高田、ALICE 等人之「擬人化動物插畫」作品、貼圖（原審卷二第39-187頁），亦可見上開基本表現手法包括圓臉、尖耳、蛋蛋嘴、白底黃斑且黃色斑紋由頭頂向臉頰二側方向分布、腮紅、眼睛中有十字閃光或亮點來表現愉快或期盼、以瞠目結舌或前掌舉起

表現驚嚇、搭配愛心道具表現喜愛，確為以貓為創作題材之擬人化動物插畫領域所普遍存在、廣為流傳。(3)另依鑑定人王怡蘋出具之鑑定報告謂：「著作權法第10條之1 規定：『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。』因此，當特定思想僅有一種或極少數幾種表達方式時，即使表達與概念合一，不可分離，著作權法對此種表達應不予保護，即所謂『思想與表達合併原則』。…二者多有雷同之動作表情，則需考量『思想與表達合併原則』，就相同動作表情而言，或難有不同表現之創意空間。例如眼睛中畫星星表現愉快或期盼，或如以側身、瞠目結舌表現驚嚇等，均為插畫、漫畫中常見之表現手法」（臺灣新北地方檢察署【下稱新北地檢】偵卷第35頁），且鑑定人王怡蘋於審理中復為與其前開鑑定報告一致之證述（原審卷三第31頁）；鑑定人即私立東吳大學法律系助理教授章忠信出具之鑑定報告謂：「於漫畫創作上，貓之頭部多以圓形呈現，以求其筆畫簡單及視覺上不受形狀線條變異之干擾，自有創作上之共通考量與原則，此由過去葫蘆猴將獼猴之尖嘴猴腮以圓臉呈現、凱蒂貓亦以圓臉呈現，此有實際圖案得以證如附件一、二，可知其確有視覺上圓臉之共同思考，非謂此圓臉貓之創作觀念或表達，得由第一位完成創作之人所獨佔。…本案妙可貓與波奇貓均係以貓為描繪對象，關於耳朵之呈現，只能在圓耳與尖耳之間做選擇，無有其他之可能；關於鼻子之呈現，貓類漫畫亦多以圓形蛋蛋之線條為之，難有其他不同之表達。凡此，可由坊間各種漫畫貓圖獲得印證，詳如附件三之各種貓圖之耳朵及鼻子之呈現」（原審卷二第24

3 、245 頁），且鑑定人章忠信於審理中復為與其前開鑑定報告相符之證述（原審卷三第190 、191 、199 、200 頁）。(4)另該等道具於客觀上有各既存之基本特徵元素，倘跳脫該基本特徵元素，即與通念之皇冠、酒杯、茶杯、愛心難以勾稽，是其能表達的構想亦非常有限。故認上開基本表現手法及道具特徵元素，不該為首先創作者或告訴人所獨占，但就上開基本表現手法、特徵元素以外，因「愛蜜莉與波奇圖文插畫」尚有細部之造型、臉部線條、耳朵角度間距、顏色及比例設計、視覺角度、場景配置、意境呈現等變化，可突顯獨特個性，故就該超過基本表現手法、特徵元素的創作部分，仍有思想精神作用的表達，依著作權法所採取低度創意原則，認仍具原創性應受著作權法所保護。

3.辯護人雖於原審稱將「愛蜜莉與波奇圖文插畫」與日本插畫家卡娜赫拉、卵山玉子、mojiji、 4 、デコー 等人之插畫套用相同底色後混合併列，則兩者毫無差異、無從分辨，且「愛蜜莉與波奇圖文插畫」中多種基本表現手法，為擬人化動物插畫領域所普遍存在、廣為流傳，是「愛蜜莉與波奇圖文插畫」不具原創性。然觀諸「愛蜜莉與波奇圖文插畫」與日本插畫家卡那赫拉、卵山玉子、mojiji、 4 、デコー 等人之插畫，在顏色、線條設計等細節上仍有不同、整體呈現之觀念與感覺實有差異（原審卷二第10、12頁），證人林奕君於審理中亦證稱其沒有看過該等日本插畫家之創作並無抄襲，且可在上開插畫套用相同底色混合併列下清楚指出自己之創作（原審卷三第20、22-24 頁），故難認告訴人之「愛蜜莉與波奇圖文插畫」為模仿、抄襲剽竊他人作品而來。另「愛蜜莉與波奇圖文插畫」固有使用擬人化動

物插畫領域之多種基本表現手法，但尚有細部之變化可突顯獨特個性，就超過基本表現手法的創作部分，仍具原創性應受著作權法所保護，亦已如前述。是辯護人稱「愛蜜莉與波奇圖文插畫」完全不具原創性不受著作權法保護，並非可採。

㈡不能證明被告抄襲侵害告訴人「愛蜜莉與波奇圖文插畫」美術著作財產權：

1.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。在判斷圖形、攝影、美術、視聽等具有藝術性或美感性之著作是否涉及抄襲時，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，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、94年度台上字第6398號等刑事判決意旨參照）。所稱「整體觀念與感覺」，即不應對二著作以割裂之方式，抽離解構各細節詳予比對，二著作間是否近似，應以一般理性閱聽大眾之反應或印象為判定基準。次按著作權法雖未對抄襲加以定義，但著作權法保護之著作祇須具有原創性，即著作人之獨立創作，非抄襲自他人之著作即可，是一著作雖與他人之前之著作雷同，但如非抄襲前一著作，而係自己獨立創作者，仍具有原創性，而受著作權法之保護，故主張他人之著作抄襲自己之著作，而構成著作權侵害者，應先證明他人之著作有直接或間接抄襲自己著作，且二者間有其關聯性。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（最高法院99年度台上字第2314號民事判決意旨參照）。

2.附表二所示「愛蜜莉與波奇圖文插畫」、「宅貓妙可」各個插畫具體創作完成時間不明，但依證人林奕君如前所證「愛蜜莉與波奇圖文插畫」係其於101 年開始陸續創作，並於附表二所示時間陸續發表，而被告則供稱其於103 年開設粉絲團宅貓妙可小角落、開始創作LINE貼圖草稿，當時角色還沒定型、長相不是很穩定，104 年才開始確定妙可五官等語（新北地檢他卷第14頁），且對於附表二所示時間陸續發表「宅貓妙可」乙情並無爭執（原審卷二第322 頁），堪認如附表二所示「愛蜜莉與波奇圖文插畫」公開發表時間應早於「宅貓妙可」。另依告訴人所提被告與告訴人共同加入之臉書社團「貓咪也瘋狂CrazyCat club 」、「天下貓貓一樣貓」及「Fandora Club」、告訴人個人臉書首頁「波奇好好吃」、網友在「天下貓貓一樣貓」臉書專頁分享告訴人之創作、網友在「貓咪也瘋狂」臉書專頁分享「波奇好好吃」之照片、告訴人於PTT 論壇喵板發文節錄、被告為喵板版友之發文頁面節錄、告訴人創作之新屋收容所貓舍105 年6 月份年曆、被告發表取得前開年曆之貼文資料各1 份（臺北地檢他卷第28-35 頁），亦足認被告有合理接觸「愛蜜莉與波奇圖文插畫」之可能。

3.惟關於「愛蜜莉與波奇圖文插畫」與「宅貓妙可」兩者是否實質近似乙節，排除上開基本表現手法與特徵元素即不受著

作權法保護部分後，比較兩者可見在臉部線條、耳朵角度及間距部分固屬雷同，但兩者在(1)毛色方面：「愛蜜莉與波奇圖文插畫」多為較淡柔和之橘色、「宅貓妙可」則為較深鮮明之橘色，且在額頭、兩頰處有明顯虎斑；(2)嘴鼻方面：「愛蜜莉與波奇圖文插畫」多為白色、「宅貓妙可」則為橘色搭配紅色，而兩者雖均常採用蛋蛋嘴之表現手法，但「愛蜜莉與波奇圖文插畫」多為兩顆橢圓形併列朝兩側下垂、「宅貓妙可」則為兩顆圓形平行併列；(3)腮紅方面：「愛蜜莉與波奇圖文插畫」多為無腮紅或僅有小範圍淺粉紅色腮紅，「宅貓妙可」則大多均有明顯圓形粉紅色腮紅；(4)角色個性方面：「愛蜜莉與波奇圖文插畫」給人柔和、溫馴、溫暖印象，「宅貓妙可」則給人為傲嬌、有個性狡黠、俏皮印象。除此之外，就告訴人提出之「愛蜜莉與波奇圖文插畫」與「宅貓妙可」插畫對比圖，經詳細比對結果皆有諸多差異，詳如附表二備註說明欄所示。又考量貓為現實存在之動物有常見之姿勢或高貴等形象，且貼圖創作目的為日常生活使用，故各款貼圖中貓之動作、呈現意境本常有雷同，而貼圖創作受限於對話框既定範圍大小、貼圖中貓臉往往佔最大比例，為觀看者首先注意，應為其主要特徵，在判斷實質近似上尤為重要。本件「愛蜜莉與波奇圖文插畫」、「宅貓妙可」兩者在貓臉部分因有前述包括毛色、虎斑、嘴鼻顏色與形狀、腮紅顏色與比例等差異、呈現之角色個性亦有殊異，給人整體觀念與感覺並不相同，難認已構成實質近似。且鑑定人章忠信於原審亦證稱：我認為兩者沒有實質近似，因為我覺得只要是畫貼圖的貓，大家比較一定會呈現的那個部分要去抽離掉，然後看這兩隻貓有沒有什麼特色包括耳朵、鼻

子、臉這裡面有什麼是兩方創作人所特別想要去呈現，我發現被告貓的圖尤其在頭上的部分有非常特別的特色，跟告訴人所提的貓圖是不太一樣的。妙可貓比較刁鑽、波奇貓比較高貴的個性，還有毛色、口鼻、耳朵、腮紅等細節的差異也會影響到兩者是否近似的整體判斷等語（原審卷三第195 、198 、199 頁），亦同認從兩者主要特徵即貓臉部分整體觀察判斷，並不構成實質近似。

4.告訴人林奕君雖於偵查中指稱依照被告所提「宅貓妙可」創作稿件及時序文件（臺北地檢他卷第55-97 頁），可見104年4 月28日之前妙可貓與現在的完全不一樣，之後與其波奇貓嘴巴部分非常相似，從妙可貓進化史來看，自藝術創作的角度來說不可能短時間快速變化這麼多種風格云云（新北地檢他卷第16頁），並提出多位網友在其與被告臉書頁面表示無法分辨兩者之留言資料2 份（臺北地檢他卷第26、27頁、新北地檢他卷第41-48 頁）。而鑑定人王怡蘋出具之鑑定報告亦謂：「對於觀看者而言，貓臉為二者之主要特徵，基於臉形輪廓、鼻形、耳朵與臉之比例、腮紅等近似之表現方式，再加上以淡黃色之淡色系表現毛色，使二者均予人溫馨可愛之印象。雖在部分動作表情上，被告所繪製之妙可表情似乎更為誇張，但仍未沖淡二者予人近似之印象。綜上所述，被告與告訴人所繪製之貓咪插圖間具有實質近似。」、「於2015年4 、5 月間，被告之貓咪妙可的口鼻自曲線轉變成近乎封閉之深W 型，由於W 底端屬於二球圓型。在量的比對上，被告的貓咪妙可與告訴人的貓咪波奇已極為近似。在質的考量上，二者繪製之貓咪臉部，由於眼睛常因表情而不同，因此口鼻成為予觀者印象之重要部位，而被告之貓咪妙可在

口鼻表現方式的改變，使二者在質的方面亦產生極為近似之印象，故此時之轉變已使二者繪製之貓咪產生實質近似。綜上所述，被告繪製之貓咪妙可於成立粉絲專頁時，雖與告訴人之貓咪波奇均為胖圓臉，毛色皆為白底黃斑，臉上的黃色塊狀斑紋皆由頭頂向臉頰二側方向分布，但在黃色色塊的顏色表現與貓咪臉部的線條表現仍有不同。然而隨著被告將黃色色塊由濃黃改為淺黃，耳朵與頭型改以折線表現後，其繪製之貓咪妙可與告訴人的貓咪波奇在臉部輪廓予人印象已越來越相似。最後當被告改變口鼻的表現方式後，二者所繪製之貓咪則產生實質近似。」，此有其出具之鑑定報告2 份可佐（新北地檢偵卷第37、77、79頁）。且鑑定人王怡蘋於偵查中就兩者為何構成實質近似亦為相同之證述，並證稱：我看被告早期貓鼻畫法與告訴人不同，但之後畫法變成與告訴人畫法很接近，風格與之前完全不同，還有頭與耳朵比例轉變與告訴人風格一致云云（新北地檢第49、51頁）；於原審復證稱：兩隻貓主要都是在畫臉，臉最核心的就是眼睛跟鼻子，兩者除了臉型、比例之外，眼睛、鼻子也非常相像，從個別比對來看會覺得非常相似，整體來看都是用淡黃色的淡彩，給人感覺也非常類似。我認為兩隻貓角色個性蠻像的，白爛貓就完全是另一個角色個性。關於耳朵大小、是否突出等等是非常小的部分，鼻子那兩球要很努力看才會發現不同，當我們在看LINE時，這麼小的細微一般人是否會去注意到，比對之下細微之處確實有不同，但實質近似本來就沒有要求要完全一樣，比方耳朵的尖或鼻球鼻型是不會影響到。在整體兼含個別比對以後的整體性去看，我會覺得這兩者所呈現的型、給人的寓目印象，包括透過表情、動作所傳達的感

受我會覺得蠻像的云云（原審卷三第30、37-39 頁）。

5.審酌前述鑑定人王怡蘋認定兩者構成實質近似最重要之原因，係認被告「宅貓妙可」就嘴鼻部分一改過往風格改畫成蛋蛋嘴，之後即與告訴人之「愛蜜莉與波奇圖文插畫」高度近似。惟對貓擬人化畫者常將其鼻嘴以形狀會意之圓圈畫法表示，及將耳朵畫成尖耳，此從辯護人提出之上揭日本插畫家卡娜赫拉、卵山玉子、mojiji、 4 、デコー 等人之插畫，及檢察官於本院審理時提出之從網路下載之眾多插畫圖案（見本院卷第203 至212 頁）等中，不少以圓圈畫法（即所謂蛋蛋嘴）表示貓之鼻嘴，及將貓耳畫成尖耳者，即足以證明。因各畫家依同樣之操作畫法，故所畫成之形狀或形態皆屬近似，而有思想與表達合併之情形，應屬著作權法第10條之1 規定之思想或操作方法，不該為作畫者個人所壟斷獨占，自不受著作權法保護。鑑定人王怡蘋鑑定過程及上揭證言似未考量到蛋蛋嘴及尖耳此基本表現手法為擬人化動物插畫領域所普遍存在、廣為流傳，乃為思想或操作方法，不該為告訴人所壟斷獨占，而不受著作權法保護，在認定實質近似時應將此種基本表現手法排除，且兩者雖均採用蛋蛋嘴基本表現手法，但在色彩設計上「愛蜜莉與波奇圖文插畫」是採用白色、「宅貓妙可」則是採用橘色搭配紅色，線條形狀設計上「愛蜜莉與波奇圖文插畫」多為兩顆橢圓形併列朝兩側下垂、「宅貓妙可」則為兩顆圓形平行併列，兩者在顏色、線條形狀、角度仍有差異。且兩者除了嘴鼻外，在貓臉其他部分尚有如前述之諸多差異難以忽略，是難逕以鑑定人王怡蘋之鑑定意見認定兩者構成實質近似。

6.另被告及辯護人亦提出貓咪插畫家「小咖飛」等人在臉書上

表示兩者其實各有特色、認真即可分辨出來等留言資料1 份（原審卷二281 、285 頁），亦可見「愛蜜莉與波奇圖文插畫」、「宅貓妙可」兩者是否近似，確實存在不同看法，依卷內事證尚難認定一般理性大眾在觀看兩者後均會認為有高度近似之印象。此外，創作過程中調整、改變畫法本屬常見，尤其是蛋蛋嘴此種基本表現手法已廣為流傳並非極為特殊，被告縱於短時間內改用此種畫法也難認有何異常，況被告已提出多達上百頁之創作手稿（原審卷一第103-617 頁、卷三第235-249 頁），其中可見關於臉部輪廓、耳朵線條、嘴鼻型、眼型等均多有變化，是被告及辯護人主張被告係經過反覆嘗試組合各種畫法才創作出目前的「宅貓妙可」並非無稽。再觀諸「波奇」及「妙可」真貓與插畫對比圖1 份（臺北地檢他字卷第21頁），亦可見被告「宅貓妙可」採用蛋蛋嘴後以橘色搭配紅色，外觀可謂是更接近其飼養之真貓「妙可」，故難憑被告改變嘴鼻畫法即認定為抄襲告訴人創作所致。

7.至檢察官雖以耳朵部分也可以選擇以折耳方式表現，並非只有圓耳或尖耳兩種可選擇，而主張鑑定人章忠信就本件兩者均為尖耳部分未納入比較，鑑定有所謬誤。然尖耳此種基本表現手法不在著作權法保護範圍，業如前述，在判斷實質近似時自應予排除，又本件「愛蜜莉與波奇圖文插畫」與「宅貓妙可」在耳朵尖銳角度及間距部分雖有雷同，但兩者既然還有如上所述諸多差異，亦難認已構成實質近似。

八、綜上所述，被告及辯護人辯稱「宅貓妙可」與「愛蜜莉與波奇圖文插畫」兩者並不構成實質近似、並無抄襲情事，應屬可信，公訴意旨認定被告涉有上開犯行所憑之證據，並未達

通常一般人均不致有所懷疑，而得以確信其為真實之程度，自難以公訴意旨所指罪名相繩。揆諸前揭法條及判例要旨，既不能證明被告犯罪，自應為無罪之諭知。原審為被告無罪之判決，核無違誤。上訴意旨指摘原判決違法不當，求予撤銷改判，核無理由，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第368 條，判決如主文。

本案經檢察官何國彬提起公訴，檢察官鍾鳳玲到庭執行職務。

中　華　民　國　108　年　11　月　14　日

智慧財產法院第一庭

審判長法　官　李維心

法　官　林洲富

法　官　陳忠行

以上正本證明與原本無異。

本案除依刑事妥速審判法第9 條第1 項之規定為理由，不得上訴。如提起上訴，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）『切勿逕送上級法院』。

中　華　民　國　108　年　11　月　14　日

書記官　鄭郁萱

附錄：

刑事妥速審判法第9 條

除前條情形外，第二審法院維持第一審所為無罪判決，提起上訴之理由，以下列事項為限：

一、判決所適用之法令牴觸憲法。

二、判決違背司法院解釋。

三、判決違背判例。

刑事訴訟法第三百七十七條至第三百七十九條、第三百九十三條第一款規定，於前項案件之審理，不適用之。

附表一：

編號	被告重製時間	被告公開傳輸之社群平臺	卷頁/編碼	備註
1	104年5月19日	宅貓妙可FACEB00K粉絲團	北檢他字卷第19頁正面/⑫	人物表情、五官、花色、色調如出一轍
2	104年5月25日	宅貓妙可FACEB00K粉絲團	北檢他字卷第19頁正面/⑩	同編號1
3	104年7月13日	宅貓妙可LINE貼圖	北檢他字卷第20頁正面/⑧	同編號1
4	104年7月29日	宅貓妙可FACEB00K粉絲團	北檢他字卷第	同編號1

			19頁正面/⑯	
5	104年9月8日	宅貓妙可LINE貼圖 宅貓妙可FACEBOOK粉絲團	北檢他字卷第19頁背面/⑥	同編號1
6	104年9月11日	宅貓妙可LINE貼圖	北檢他字卷第19頁背面/⑩	同編號1
7	104年9月14日	宅貓妙可FACEB00K粉絲團	北檢他字卷第19頁正面/②	人物皇冠、角色造型動作、色調雷同
8	104年10月7日	宅貓妙可LINE貼圖 宅貓妙可FACEBOOK粉絲團	北檢他字卷第20頁正面/⑥	同編號1
9	104年11月23日	宅貓妙可LINE貼	北檢他	同編號

(續上頁)

		圖 宅貓妙可 FACEBOOK粉絲團	字卷第 19頁正 面/⑧	1
10	104年12月2日	宅貓妙可 FACEB00K粉絲團	北檢他 字卷第 19頁背 面/②	同編號 1
11	104年12月18日	宅貓妙可 FACEB00K粉絲團	北檢他 字卷第 20頁背 面/⑧	同編號 1
12	105年1月18日	宅貓妙可 FACEB00K粉絲團	北檢他 字卷第 19頁背 面/④	同編號 1
13	105年2月6日	宅貓妙可 FACEB00K粉絲團	北檢他 字卷第 20頁背 面/⑫	同編號 1
14	105年2月28日	宅貓妙可LINE貼 圖	北檢他 字卷第	同編號 1

(續上頁)

		宅貓妙可FACEBOOK粉絲團	19頁背面/⑭	
15	105年3月4日	宅貓妙可LINE貼圖 宅貓妙可FACEBOOK粉絲團	北檢他字卷第19頁正面/⑥	同編號1
16	105年3月15日	宅貓妙可FACEB00K粉絲團	北檢他字卷第19頁正面/④	人物皇冠、角色造型動作、色調雷同
17	105年3月23日	宅貓妙可LINE貼圖 宅貓妙可FACEBOOK粉絲團	北檢他字卷第19頁背面/⑧	同編號1
18	105年3月23日	宅貓妙可LINE貼圖 宅貓妙可FACEBOOK粉絲團	北檢他字卷第20頁正面/⑩	同編號1
19	105年3月23日	宅貓妙可LINE貼	北檢他	同編號

(續上頁)

		圖 宅貓妙可 FACEBOOK粉絲團	字卷第 20頁正 面/⑫	1
20	105年3月23日	宅貓妙可LINE貼 圖 宅貓妙可 FACEBOOK粉絲團	北檢他 字卷第 20頁正 面/⑯	同編號 1
21	105年3月24日	宅貓妙可 FACEB00K粉絲團	北檢他 字卷第 20頁正 面/④	同編號 1
22	105年3月25日	宅貓妙可LINE貼 圖 宅貓妙可 FACEBOOK粉絲團	北檢他 字卷第 20頁背 面/②	同編號 1
23	105年4月7日	宅貓妙可 FACEB00K粉絲團	北檢他 字卷第 19頁背 面/⑯	同編號 1
24	105年5月5日	宅貓妙可 FACEB00K粉絲團	北檢他 字卷第	同編號 1

(續上頁)

			19頁背面/⑫	
25	105年6月28日	宅貓妙可LINE貼圖 宅貓妙可FACEBOOK粉絲團	北檢他字卷第20頁正面/②	同編號1
26	105年7月19日	宅貓妙可FACEB00K粉絲團	北檢他字卷第20頁正面/⑭	同編號1
27	105年8月1日	宅貓妙可FACEB00K粉絲團	北檢他字卷第20頁背面/④	同編號1
28	105年8月16日	宅貓妙可FACEB00K粉絲團	新北檢他字卷第39頁	同編號1
29	106年5月27日	宅貓妙可LINE貼圖	新北檢偵字卷第57頁	同編號1

(續上頁)

30	106年12月1日	妙可大王之朕經八百LINE貼圖	新北檢偵字卷第57頁	同編號1
31	106年12月4日	妙可大王之朕經八百LINE貼圖	新北檢偵字卷第57頁	同編號1