

裁判字號：智慧財產法院 104 年民商訴字第 27 號民事判決

裁判日期：民國 107 年 08 月 21 日

裁判案由：侵害商標權有關財產權爭議等

智慧財產法院民事判決

104年度民商訴字第27號

原告 臺灣光榮特庫摩股份有限公司

法定代理人 小林英聖

訴訟代理人 吳 麒律師

柯政延律師

李文傑律師

廖雍倫律師

劉倫仕律師

被告 真好玩娛樂科技股份有限公司

兼

法定代理人 周玄昆

訴訟代理人 黃博駿律師

陳郁婷律師

共 同

訴訟代理人 翁雅欣律師

複 代 理 人 蘇怡佳律師

上列當事人間因侵害商標權有關財產權爭議等事件，本院於民國107年8月7日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

被告真好玩娛樂科技股份有限公司、周玄昆應連帶給付原告新臺幣440萬元，及自民國105年6月21日起至清償日止，按週年利率百分之5計算之利息。

原告其餘之訴駁回。

訴訟費用由被告真好玩娛樂科技股份有限公司、周玄昆連帶負擔百分之24，原告負擔百分之76。

本判決第1項於原告以新臺幣147萬元為被告真好玩娛樂科技股份有限公司、周玄昆供擔保，得假執行。被告真好玩娛樂科技股份有限公司、周玄昆如以新臺幣440萬元為原告供擔保，得免為假執行。

原告其餘假執行之聲請駁回。

事實及理由

甲、程序方面

按「訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴。但有下列各款情形之一者，不在此限：二、請求之基礎事實同一者。三、擴張或減縮應受判決事項之聲明者。七、不甚礙被告之防禦及訴訟之終結者」，民事訴訟法第255條第1項第2

、3、7款定有明文。經查：

壹、原告於民國（下同）105年3月4日具狀擴張訴之聲明第1項之訴訟標的價額為新臺幣（下同）1,800萬元（見本案卷一第152頁）。

貳、原告於105年6月20日具狀追加被告公司法定代理人周玄昆為本案之被告（見本案卷二第5頁）；另追加訴之聲明第2項為「被告等不得於其網站、部落格、臉書上公開傳輸、重製、改作及散布如附表所載後述系爭美術著作圖樣，並將已重製、改作其上之遊戲軟體、電子檔案、廣告、標示等物品予以刪除或銷毀，或不得再有其他侵害原告著作權之行為」（見本案卷二第5頁）。

參、以上追加及擴張，經核均與前述規定相符，故均應予准許。

乙、兩造聲明及陳述要旨

壹、原告方面

一、被告違反商標法部分：

（一）原告主張被告侵害商標權行為之起訖時間為103年10月起至104年10月。上開期間，被告公司之負責人均為被告周玄昆。

（二）被告明知日商光榮特庫摩遊戲公司（下稱：「日商光榮公司」）為世界著名電玩遊戲公司，其製作發行之電玩遊戲行銷遍及臺灣與全世界，僅「三國志」系列策略遊戲即已歷30年以上，廣為消費者所熟知，並就「三國志」相關向我國經濟部智慧財產局申請註冊登記至少共17個商標，尤其第00000000號第9類、第00000000號第41類、第00000000號第28類「三國志」商標文字（下合稱：「系爭商標」），授權其在臺關係企業臺灣光榮特庫摩股份有限公司即原告於我國「專屬」使用，被告未經原告許可使用三國志作為其遊戲名稱，被告遊戲名稱「三國志一統天下」（下稱：「被告遊戲」）出現在其官網、宣傳文字中，即系爭商標使用行為。綜上，被告侵害原告系爭商標權之事實明確。

二、被告違反著作權法部分：

（一）被告侵害著作權部分為103年10月起至106年10月11日。上開期間被告公司之負責人均為周玄昆。原告提出著作權部分以105年6月20日庭呈之民事準備狀之附表為準。另原告公司之三國志人物圖像，屬著作權法第5條所保護之美術著作，主張如105年6月20日書狀附表所列44個人物圖像之美術著作遭受損害（下稱：「系爭美術著作」）。

（二）被告明知日商光榮公司所製作發行「三國志」系列策略電玩遊戲，包括「三國志X」、「三國志11」、「真三國無雙6」、「真三國無雙7」及「三國志12」等遊戲中對三國人物例如關羽、劉備等人物所刻畫之美術著作，無論人物之臉孔神情、髮型、服飾之構成、臉孔之筆觸、或其所持用武器等創作特點，實具原創性，已深植日本、臺灣及

全球消費者心中，尤其「真三國無雙6」及最新版之「三國志12」中人物形象，係由日商光榮公司先後發表於日本東京之獨立美術著作得依法以法人身分享有著作權，現在仍在著作權保護期間內，時間均早於被告之「『三國志』一統天下」遊戲，此有中國著作權登記證書及其附件兩份可資為據，日商光榮特庫摩遊戲公司就該遊戲相關著作權並已授權原告於我國「專屬」使用，未經告訴人同意或授權，為圖不法利益，竟自行或委請第三人重製或改作系爭美術著作如附表，其中共計44件重要人物圖像，與系爭美術著作之相似度幾乎達百分之百；其中，以孫尚香為例，網路google搜尋相關圖片，可知該角色人物有拿短刀、圓斧、長劍，亦有短髮造型，惟獨被告遊戲，容貌相同、手持武器、配飾等位置及造型幾乎與原告三國志12雷同。嗣後更提供平臺使公眾得隨時隨地下載該重製、改作系爭美術著作之「『三國志』一統天下」手機用電玩遊戲，係以公開傳輸方式侵害原告就系爭美術著作所擁有之著作財產權，原告並已依法提出刑事告訴在案。

三、原告係系爭商標及系爭美術著作權之專屬授權人，自得有權主張：

- (一) 包含系爭商標及系爭美術著作在內，日商光榮公司已將其擁有之商標及商品相關之著作權均已專屬授權予原告，由原告負責在臺經銷其所有電玩遊戲產品，此可由雙方「製造販賣暨授權契約書」第七條載明「許可商品及說明書之商標權、著作權為乙方（按：即日商光榮公司）所有、並由乙方依本契約之規定專屬授權甲方（按：即原告）利用」及補充備忘錄具體指明所謂許可商品包含「三國志12」、「三國志11」、「真三國無雙6」等電玩遊戲等文件可資為據，是依據商標法第39條第6項及著作權法第37條第4項，原告在被專屬授權範圍內，自得以自己名義行使系爭商標及系爭美術著作之權利無疑。原告係系爭美術著作之被專屬授權人，得合法行使權利。包含系爭商標及美術著作在內，日商光榮公司已將其擁有之商標及商品相關之著作權專屬授權予原告公司（與日商光榮公司同為日商光榮特庫摩控股股份有限公司之百分之百子公司），由原告負責在臺經銷日商光榮公司所有電玩遊戲產品，此可由雙方「製造販賣暨授權契約書」第2條明定可知，又同契約第7條第1項亦載明「許可商品及說明書之商標權、著作權為乙方所有、並由乙方依本契約之規定專屬授權甲方利用」，及補充備忘錄兩份具體指明所謂許可商品包含「三國志12」等電玩遊戲等文件可資為據，是依據著作權法第37條第4項，原告在被專屬授權範圍內，自得以自己名義行使系爭美術著作之權利無疑。
- (二) 原證19號之「製造販賣暨授權契約書」可證明系爭美術著作之著作權人即日商「光榮特庫摩股份有限公司」就系爭

美術著作之商標權及著作權已授權予「臺灣光榮綜合資訊股份有限公司」（原告舊稱），即原告已於99年2月23日向臺北市政府辦理變更登記，公司名稱由「臺灣光榮綜合資訊股份有限公司」已變更為「臺灣光榮特庫摩股份有限公司」。

四、依公司法第23條第2項及民法第28條規定追加被告公司法定代理人周玄昆為本案之被告；原告訴之聲明第1項之訴訟標的關於損害賠償部分為商標法第69條第3項、第71條第3項、著作權法第88條第1、2項第1款、3項，原告主張權利金受損；另依著作權法第84條、第88條之1規定，請求排除被告等侵害如訴之聲明第2項。對於損害賠償範圍部分，主張著作權法第87條第1項第5、6、7款。

五、訴之聲明：

- (一) 被告等應連帶給付原告1,800萬元，及自105年6月21日起至清償日止（見本案卷五第205頁），按週年利率百分之5計算之利息。
- (二) 被告等不得於其網站、部落格、臉書上公開傳輸、重製、改作及散布如書狀附表所載系爭美術著作圖樣，並將已重製、改作其上之遊戲軟體、電子檔案、廣告、標示等物品予以刪除或銷毀，或不得再有其他侵害原告著作權之行為。
- (三) 前述第（一）項部分，原告願供擔保，請准宣告假執行。

貳、被告方面

一、日商光榮公司並非系爭美術著作之著作權人：

日商光榮公司與原告間之製造販賣暨授權契約書第2條載明：「在下列明定之許可範圍內，乙方將其持有著作權或製造販賣權之商品中，其…之製造販賣權利授與甲方。如該著作之著作財產權為乙方所有，乙方並同意於本契約所定之地域、時間內容內專屬授權甲方利用之。此外，著作權為第三者所有，而乙方持有其製造販賣權之商品，根據本契約，有關乙方對於甲方之授權，乙方需負責取得原著作權人之許可」，亦即若日商光榮公司為著作權人者，將專屬授權予原告，若日商光榮公司並非著作權人者，則應另取得許可以讓原告使用，故日商光榮公司早已坦承日商光榮公司所授權予原告遊戲範圍內之著作，並非均由日本光榮公司為著作權人，仍有部分為非著作權人，自得證實日商光榮公司就系爭著作並非著作權人。

二、被告無侵害原告之商標權部分：

系爭商標違反商標法第29條規定，不具識別性；另一方面，被告遊戲APP軟體或其他與三國歷史相關的遊戲，對於「三國志」之使用，符合商業交易習慣之誠實信用方法，且對消費者不構成混淆。系爭商標名稱包括三國志、三國志Online及圖、三國志Battlefield、三國志戰記，無非係使用中國三國歷史、「三國志」、「三國演義」等著作記載之人物、

人物關係、場景與事件，而應用於電腦遊戲。系爭商標名稱中的「三國志」係描述所指定商品或服務，且不具識別性，違反商標法第29條第1項第1款及第3款規定。為維持商場情誼，被告遊戲APP已經更名，原告無稽之商標侵權指控，非僅浪費司法資源，更屬違反誠信原則之濫用權利行為。

三、被告無侵害原告著作權部分：

原告並未主張或舉證其著作權之原創性及著作權之存在。原告就其主張之三國志人物圖像，迄未舉證其著作權之原創性及著作權之存在。原告固然提出所謂之部分人物角色之手稿如原證15云云，惟查，原證15文書之形式與內容不明，該等人物是否就是原告所欲主張系爭美術著作？其係於何時開始創作？其何時完成？其係何人創作？其創作過程為何？其獨創性何在呢？退萬步言，原告主張其係代理日本公司之遊戲軟體，縱使三國志人物圖像有著作權，恐係第三人所有，並非原告所有。原告如何證明被告遊戲APP軟體，侵害其所有之系爭美術著作權？原告尚未具體主張所謂原告所有之系爭美術著作物為何；原告並未主張或舉證與被告遊戲，如何有「實質近似」；原告亦未具體主張或舉證被被告遊戲APP軟體開發者，曾如何「實質接觸」原告所有之著作物，以及如何抄襲原告所有之著作物。

四、被告公司之「一統天下」遊戲即本件被告遊戲，已經於106年10月11日更新為「版本8.1」。姑不論就原告105年10月27日民事準備狀附表主張之44個人物圖樣，被告並未侵害原告之著作權（專屬授權）。退萬步言，本件被告遊戲中之44個人物改版後圖像已和改版前全然不同，若原告主張被告遊戲「一統天下」改版前之44個人物圖像與系爭美術著作物雷同云云，被告遊戲「一統天下」改版後之44個人物圖像應毫無雷同之處。是以，原告105年6月20日追加訴之聲明第2項應無訴之利益可言，應予駁回。

五、本案被告公司就被告遊戲乃係代理發行公司，而依據被告公司與軟體開發原廠公司之軟體授權合約第十條可知，被告公司亦要求軟體遊戲原廠開發公司保證被告遊戲相關權利皆未侵害第三人之智慧財產權，被告公司就他人之著作物實已善盡注意之義務，絕無侵害他人著作權之故意與過失。被告僅係被告遊戲APP軟體之代理商，並非開發商或發行商，有無故意或過失？而且，被指控APP遊戲之開發商為維護商業情誼，已將遊戲人物改版，可證被告自始無故意或過失，併此敘明。

六、原告所受之著作權侵害損害為何？原告所主張之受有損害與原告所謂之侵權行為有無因果關係嗎？原告代理之個人電腦遊戲，與被告代理之被告遊戲APP軟體之市場不同，原告係代理販售個人電腦遊戲軟體商品，後者係提供智慧型手機APP軟體免費下載而銷售點數與道具之商品，二者之遊戲也完全不同，原告不可能因其主張之侵權行為而受有損害。

七、答辯聲明：

- (一) 原告之訴駁回。
- (二) 如受不利判決，被告願供擔保免為假執行。

丙、爭點整理

法官依民事訴訟法第271條之1準用同法第270條之1第1項第3款、第3項規定整理並協議簡化爭點如下（見本案卷二第165、166頁）：

壹、兩造不爭執事項：

- 一、日商光榮公司為系爭註冊第00000000、00000000、00000000號「三國志」之系爭商標權人，系爭商標註冊第00000000、00000000號商標專用期限至112年3月15日止、註冊第00000000號商標專用期限為至112年11月30日止。
- 二、被告公司曾使用「三國志一統天下」作為遊戲軟體名稱。

貳、兩造爭執事項：

- 一、原告是否為原證1系爭商標第00000000、00000000、00000000號「三國志」商標（見本案卷一第13至15頁）之專屬被授權人？
- 二、系爭商標「三國志」是否具商標法第29條第1項不得註冊事由而不具識別性？
- 三、被告公司之遊戲軟體曾使用「三國志一統天下」之名稱，是否符合商標法第36條第1項第1款之合理使用？
- 四、被告公司使用「三國志一統天下」作為遊戲軟體商品名稱，是否構成商標法第68條、第69條第3項侵害系爭商標「三國志」之侵權行為？
- 五、原告是否為其105年10月27日民事準備狀所附44件人物圖像（見本案卷二第67至100頁）之系爭美術著作財產權人？
- 六、被告公司使用「三國志一統天下」遊戲軟體商品使用之人物圖像是否侵害原告105年10月27日民事準備狀所附44件人物圖像之著作財產權？
- 七、原告得否依著作權法第88條第1項、第2項第1款規定及商標法第68條、第69條第3項、第71條第1項第4款規定請求被告公司賠償1,800萬元？
- 八、原告得否依公司法第23條第2項規定請求被告等連帶賠償1,800萬元？
- 九、原告得否依著作權法第84條、第88條之1規定，請求被告等不得於其網站、部落格、臉書上公開傳輸、重製、改作及散布如原告105年10月27日民事準備狀所附44件人物圖像之系爭美術著作，並將已重製、改作其上之遊戲軟體、電子檔案、廣告、標示等物品予以刪除或銷燬，或不得再有其他侵害原告著作權之行為？

丁、本院得心證之理由

壹、原告主張商標權部分

- 一、「三國志」是由西晉陳壽所著，記載中國三國時代歷史的斷代史，同時也是二十四史中評價最高的「前四史」之一。陳

壽曾任職於蜀漢，蜀漢滅亡之後，被徵入洛陽，在西晉也擔任了著作郎的職務。「三國志」在此之前已有草稿，當時魏、吳兩國先已有史，如王沈的「魏書」、魚豢的「魏略」、韋昭的「吳書」，此三書當是陳壽依據的基本材料，蜀漢無史，故自行採集，僅得十五卷。而最終成書，卻又有史官職務作品的因素在內，因此「三國志」是三國分立時期結束後文化重新整合的產物（見本案卷五第178頁維基百科介紹，而兩造均對該維基百科介紹表示無意見等語，見本案卷五第205頁），故「三國志」三字為歷史典籍名稱，亦泛指三國時期之歷史。

- 二、按「當事人主張或抗辯智慧財產權有應撤銷、廢止之原因者，法院應就其主張或抗辯有無理由自為判斷，不適用民事訴訟法、行政訴訟法、商標法、專利法、植物品種及種苗法或其他法律有關停止訴訟程序之規定（第1項）。前項情形，法院認有撤銷、廢止之原因時，智慧財產權人於該民事訴訟中不得對於他造主張權利（第2項）」，智慧財產案件審理法第16條定有明文。又按101年4月20日經濟部經授智字第10120030550號令修正發布、000年0月0日生效之「商標識別性審查基準」第4.7點：「習知書籍、故事、戲劇、影片、歌曲與音樂等作品名稱，對消費者而言，僅是特定著作的內容，將之使用於例如：第9類錄音帶、錄影帶、第16類書籍、第28類玩具等商品、第35類書籍、錄影帶零售、第38類電視播送、電臺廣播服務、第41類節目、影片、錄音帶、光碟片之製作發行、書籍、雜誌之出版發行等服務，相關消費者容易認為其屬商品或服務內容的說明，通常不具識別性。…因為該等作品名稱與內容的連結已深植人心，將之使用於前述商品或服務，消費者會直接聯想到特定的作品內容，而視其為相關商品或服務內容的說明，不具有識別性。習知小說與故事常被改編為電動玩具的內容，故以該等名稱作為商標，指定使用於例如：第9類電玩遊戲卡帶、磁片、光碟片、第28類玩具商品、第41類線上遊戲，與第42類之電腦程式設計等服務，給予消費者的印象為商品或服務內容的相關說明，不具識別性。核駁案例：『綠野仙蹤』為習知的童話故事，使用於錄有電腦遊戲程式之磁性資料載體、錄有電腦遊戲之光學資料載體、電腦程式、與電腦連用之電子遊樂器、電視遊樂器等商品，給予消費者的印象為商品內容的說明。『西遊記』為習知的中國神話故事，使用於卡式電腦程式磁帶、電視遊樂器商品，給予消費者的印象為該磁帶所錄存的遊戲程式與電視遊樂器內容的說明。流行或廣受歡迎的書籍、影片、戲劇等作品，常隨著著作的散布而廣為人知，尤其在今日商業模式的運作下，廣受歡迎的書籍、戲劇常被改編為電影，賣座的電影常發行各種周邊商品，若作品名稱經大量使用，在消費者心中產生鮮明的印象，而有指示來源的功能，則具有識別性，著作權人或得其同意之人，得以之申請

商標註冊。非著作權人或得其同意之人申請商標註冊，可能使消費者產生來源的混淆或減損其識別性，應不得註冊（商標30 I ⑪）」，被告亦據此提出抗辯（見本案卷五第207頁），是原告以史書「三國志」名稱為系爭商標之文字，是否具識別性而得申請註冊？是否得據以向被告提出本件請求，不無可疑。

- 三、按「以符合商業交易習慣之誠實信用方法，表示自己之姓名、名稱，或其商品或服務之名稱、形狀、品質、性質、特性、用途、產地或其他有關商品或服務本身之說明，非作為商標使用者」，商標法第36條第1項第1款定有明文，次按：「商標者，乃用以表彰商業主體商品或服務之標識，受保護之商標須具有顯著性，亦即應足以使商品或服務之相關消費者認識其為表彰商品或服務之標識，並得藉以與他人之商品或服務區別。基於表彰商品或服務之目的將商標使用於商品或服務，始為商標法上所謂之商標使用；若非因表彰商品或服務之目的，形式上縱有商標用於商品或服務之事實，審酌其目的與方法，僅係用以表示商品或服務之相關說明者，而不具有商標使用之意圖者（intent to use），乃屬通常之使用，非商標法所稱之商標使用」（最高行政法院98年度判字第1487號判決意旨參照），乃強調商標之使用需有「顯著性」，並需有商標使用之「意圖」。查被告遊戲之先前名稱「三國志一統天下」，並未將「三國志」三字，以特別有別於「一統天下」之字體色彩予以特別凸顯，或標示「®」，而使消費者認知其係刻意與其他商品區別來源之標識，反而使消費者認知其係以三國時期歷史人物為角色模擬之遊戲，而為描述性使用，並無做為商標使用之意圖，故不構成商標法第68條第1款之「使用」行為。
- 四、次按：「依上開證據，原證1顯示被上訴人使用之黃金引藻魚字樣，其右下方之三利養殖場及圖之標示，而同包裝中尚有其他文字記載如營養標示、處理方式、保存方式、解凍方式、保存期限、有效日期、重量、原產地等，自該字樣在外包裝顯示功能而觀，應係指產品之名稱；而原證26至30亦係各海鮮經銷商將『黃金引藻魚』當作銷售產品之一，尚有許多產品，須瀏覽人逐項點閱；而上證15係被上訴人經營三利養殖臉書文章中對消費者之呼籲，係文字敘述引用到『黃金引藻魚』，相關消費者見到原證1、25至30及上證15之外包裝及網頁，會認知該『黃金引藻魚』係指銷售之產品名稱，不會認為該『黃金引藻魚』字樣屬於與他人商品或服務相區別之表徵，故自上開證據顯示『黃金引藻魚』字樣之實質內涵而觀，其目的與方法係用以表示商品之相關商標，尚難認具有商標使用之意圖，為通常之使用，而非商標法所稱之商標使用」（本院103年度民商上字第16號民事判決要旨參照），而最高法院106年度臺上字第1224號民事判決駁回上訴意旨為：「按取捨證據、認定事實屬於事實審法院之職權，

若其取捨、認事及解釋並不違背法令及經驗法則、論理法則或證據法則，即不許任意指摘其採證或認定不當，以為上訴理由。本件原審本於採證、認事及解釋契約之職權行使，綜合相關事證，合法認定：被上訴人使用『黃金引藻魚』字樣於產品外包裝及網頁，非屬商標法所稱之商標使用，不致使消費者混淆誤認，足認為商品圖片之標示、商品之包裝、附隨其他文字之標示、做為商品之名稱，一般均不至使所用字樣成為與他人商品或服務相區別之表徵，尚難認具有商標使用之意圖，而為通常之使用，尚非商標法所稱之商標使用。查被告遊戲先前使用「三國字一統天下」之名稱，並無顯著性，並無商標使用之意圖，而僅係用以描述該遊戲係以三三國時期歷史人物為角色模擬之遊戲，而為描述性使用之做為該商品名稱，益徵其非屬商標法所稱之商標使用，不致使消費者誤認該「三國志一統天下」屬於與他人商品相區別之表徵。

五、況被告公司之系爭遊戲，係使用被告公司之商標（該商標見本案卷一第36頁、第117至124頁），更無致消費者混淆誤認為原告遊戲之虞。

六、據上，被告既非將「三國志」做為商標使用，且被告遊戲使用被告公司之商標後，更無致消費者混淆誤認為原告遊戲之虞，則原告以前述商標法之規定請求被告損害賠償，並無理由。

貳、原告主張著作權法部分

一、「系爭美術著作」確為著作權法保護之美術著作：

（一）原告主張：其受損之著作權為105年6月20日書狀附表所列44個人物圖像之系爭「美術著作」等語（見本案卷三第294頁）。

（二）按「依著作權法第5條第1項各款著作內容例示規定，『美術著作』包括繪畫、版畫、漫畫、連環圖（卡通）、素描、法書（書法）、字型繪畫、雕塑、美術工藝品及其他之美術著作。又『美術著作』係指以描繪、著色、書寫、雕刻、塑形等平面或立體之美術技巧表達線條、明暗或形狀等，以美感為特徵而表現思想感情之創作」（最高法院96年度臺上字第2554號民事判決意旨參照）。次按：「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。著作須符合『原創性』及『創作性』，所謂『原創性』，係指為著作人自己之創作，而非抄襲他人者；至所謂『創作性』，則指作品須符合一定之『創作高度』，經濟部智慧財產局認為應採最低創作性、最起碼創作（minimal requirement of creativity）之創意高度（或稱美學不歧視原則），並於個案中認定之。內政部則認『美術著作』係以描繪、著色、書寫、雕刻、塑型等平面或立體之美術技巧表達線條、明暗或形狀等，以美感為特徵而表現思

想感情之創作。作品是否為美術著作（包括美術工藝品）須以是否具備美術技巧之表現為要件，如作品非以美術技巧表現思想或感情者，亦即未能表現創作之美術技巧者，尚難認係美術著作。至完全以模具或機械製造之作品緣（應為「原」字之誤）非具備美術技巧之表現，自不屬美術著作。著作人是否自始即以大量生產為目的並非著作權法保護之準據，且與該作品是否屬美術工藝品無關。又所謂思想與表達合併原則，係指思想與概念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、概念合併而非著作權保護之標的。惟倘創作者源於相同之觀念，各自使用不同之表達方式，其表達方式並非唯一或極少數，並無有限性表達之情形，在無重製或改作他人著作之情形下，得各自享有原創性及著作權」（最高法院103年度臺上字第1544號民事判決意旨參照）。

- (三) 關於系爭44個人物圖像之整體外觀，不論其所表達之風格、姿勢、穿戴之配件、服飾、臉部之表情神韻、肌肉線條、光暗、顏色之組合配對等，其表達方式並非唯一或極少數，並無有限性表達之情形，創作者自得源於相同之觀念，各自使用不同之表達方式。而系爭44個人物圖像之整體外觀，不僅對系爭每個人物圖像所表達之風格、姿勢、穿戴之配件、服飾、臉部之表情神韻、肌肉線條、光暗、顏色之組合配對有相當細膩且傳神之描繪，且亦融入一些突破古代服飾之誇張穿著、配件造型（如孫尚香、典韋、董卓，見本案卷二第18、20、121頁），或獨特、誇大之動作、表情、手勢（如袁紹、何進、關羽、管亥、姜維、紀靈、公孫瓚、黃忠、周倉、曹植、曹真、曹操、孫權、孫策、張昭、張飛、張遼、馬超、呂布，見本案卷二第12至17、第19、21、22頁），表達其現代時尚之美感、思想，具有一定之創作高度，並以該獨特之創作風格、思想，吸引、迎合崇尚風靡三國志遊戲之時下年輕玩家。
- (四) 被告主張：茲整理系爭44個三國人物之中國歷史名著，如三國志、三國演義，橫山光輝創作圖像，三國歷史電視劇如83年中國中央電視臺電視劇三國演義、99年中國將江蘇衛視等電視臺聯播之三國，寫實畫風漫畫，如陳某著作火鳳燎原等，可清楚明瞭坊間三國人物之創作，均不脫沿襲自「歷史或小說之形象特徵」與「習知圖樣」（見本案卷二第127至148頁被附表3、本案卷三第41至253頁被附表7），故原告主張之44張人物圖像並非獨立創作，不具原創性云云（見本案卷三第35頁背面）。惟查：被告所提出之被附表3之人物表情呆版、被附表7則為黑白顏色之美術著作，以整體觀念及感覺觀之，較之本件系爭美術著作均有顯著之差異，且亦突顯被附表3、7之人物圖像欠

缺現代時尚感，尚難據為證明原告之系爭美術著作不具原創性之證據。

- (五) 又被告於民事答辯七狀第1 頁自承：本件被告之44個人物改版後圖像（被附表6，見本案卷三第8 至18頁背面）已和改版前全然不同，若原告主張被告之「一統天下」改版前之44個人物圖像與系爭美術著作雷同，被告之「一統天下」改版後之44個人物圖像，應毫無雷同之處云云（見本案卷三第1 頁正面）。查被告所提出被附表6 三國志人物圖像，用以證明其與系爭美術著作已無雷同，加以被告前開所提出之前述被附表3、7 之三國志人物圖像，益徵三國時代人物圖像之美術創作，尚非僅有一種或有限之表達方式，創作者得各自使用不同之表達方式，其表達方式並非唯一或極少數，並無有限性表達之情形。
- (六) 據上，系爭美術著作因具美術技巧之表現，故屬著作權法保護之美術著作無訛。

二、原告就系爭美術著作遭被告侵權之後述22位人物圖像，為被專屬授權人：

- (一) 按：「在著作之原件或其已發行之重製物上，或將著作公開發表時，以通常之方法表示著作人之本名或眾所周知之別名者，推定為該著作之著作人（第1 項）。前項規定，於著作發行日期、地點及著作財產權人之推定，準用之（第2 項）」，著作權法第13條定有明文，而該條所稱之「著作財產權」，應包括著作財產之準物權及債權，因而包括固有之著作財產權，以及經授權行使之著作財產權。
- (二) 次按：「民事訴訟如係由原告主張權利者，應先由原告負舉證之責，若原告先不能舉證，以證實自己主張之事實為真實，則被告就其抗辯事實即令不能舉證，或其所舉證據尚有疵累，亦應駁回原告之請求」，最高法院著有17年上字第917 號民事判例，可資參照，此於被告負舉證責任時，亦同。再按：「倘在著作之原件或其已發行之重製物上印有著作人之本名或眾所周知之別名者，即推定其為著作人，與之發生爭議之相對人欲為與該等表示內容不同之主張時，自應負舉證責任。此與著作權登記或註冊不具有推定之效果者迥不相同。查本件販售十二生肖紙牌之包裝盒上雖標示載明『新樂園』、『新樂園行企業公司』…；而就該包裝盒面所記載之整體內容以觀，一般人均會以為『新樂園行企業公司』始為『新樂園十二生肖』紙牌之著作權人。亦即僅能推定新樂園行企業公司為著作權人，無從推定告訴人為著作權人」（最高法院99年度臺上字第50號刑事判決意旨參照），故一般係以外觀或包裝所標示者，推定為著作人或著作財產權人。又「All rights reserved」（所有權利保留）係源於西元1910年之「布宜諾斯艾利斯公約」（Buenos Aires Convention），依該公約第3 條規定，任何簽署國登記之作品，只要作品內標註「權

利」之「保留」，即授予其在所有簽署國之著作權，此為國際通用且常見之著作權人標示方式，而為著作權法第13條第1項所稱之「以通常之方法表示」。查原告於系爭美術著作下方，均標示「All rights reserved」字樣（見本案卷一第272至279頁、第286頁、第289至290頁），此為國際間之「著作權法定形式」（Copyright Formalities），即係於已發行之重製物上，以通常之方法表示著作人或著作財產權人之名稱，故應推定原告為有權主張系爭美術著作權利之人。被告抗辯：原告不得主張系爭美術著作之權利等語，自應負舉證責任，然被告並未提出反證以實其說，僅爭執原告所提證據之形式及內容，故關於原告就系爭美術著作得主張著作財產權之後述所列舉證或其他舉證，縱有何疵累，依上述說明，被告此部分抗辯仍無理由。

- (三) 原告係以市場上一般商品之通常標示方法表示其為著作財產權人，被告遊戲亦以類似方式標示：「真好玩娛樂科技版權所有©9SPlay Entertainment Technology Co . Ltd . All Rights」（見本案卷一第175至185頁公證書之附件一第14頁即本案卷一第199頁），所使用「©」即為「Copyright 著作權」之意義，有時簡稱為「Copr .」，而市場上之一般電腦軟體商品或其他商品，亦無法就所包含之每項智慧財產權逐一標示，故尚難因原告並未於產品逐一標示各項智慧財產權，即斷認其未以通常方法表示著作財產權人之名稱。
- (四) 依著作權法第10條規定，著作人於著作完成時享有著作權，「又我國著作權法係採創作主義，著作人於著作完成時即享有著作權」（最高法院103年度臺上字第1839號民事判決意旨參照），而與該著作何時公開無關。又按：「依條約、協定或其本國法令、慣例、中華民國人之著作得在該國享有著作權者、外國人之著作得依本法享有著作權」，著作權法第4條第2款定有明文。又我國自91年1月1日正式加入世界貿易組織，依據世界貿易組織協定所含之與貿易有關之智慧財產權協定第9條第1項、伯恩公約第3條之規定，我國對於同屬世界貿易組織會員國國民之著作，應加以保護。日本及大陸地區均為世界貿易組織之會員國，揆諸前揭說明，其等國民之著作財產權存續期間內，自應受我國著作權法之保護。查原告主張受侵害並經系爭鑑定報告比對之系爭美術著作來源為：「真•三國無雙6with 猛將傳」、「真•三國無雙7with 猛將傳」、「三國志11」、「三國志12with威力加強版」、「三國志X with威力加強版」（見系爭鑑定報告第5頁）。
- (五) 原證29之80年、82年間「畫面圖像作成契約書」第6條規定：「包含甲方作成之圖像，關於圖像之權利全部由乙方保有，甲方不得為除經個別協議決定之圖像之作成以外之

一切行為（複製、販賣、租借、改變等）」（見本案卷二第227至232頁契約影本及中譯本），且依各該契約書第7條約定自動更新，此種約定方式，並不一一數算並特定所有約定之圖像，約定簡潔而避免煩冗，乃符合業界一般約定之方式，尤其係在契約雙方當事人具關係企業之關係時，故北京光榮及天津光榮，自己將相關美術著作概括授權日商光榮，而日本光榮自己取得系爭美術著作權。

- （六）被告公司引用原證19之「製造販賣暨授權契約書」之內容而為答辯（見本案卷五第206頁），然該契約第二條，係約定相關著作權若為第三人所有，日本光榮需取得原著作權人許可後授權原告，並非謂必然有何第三人著作權之存在，且縱屬存在，亦經該第三人許可，足證日本光榮依該契約專屬授權原告，應無疑義。又被告並未舉證證明該契約係於境外所締結，則被告陳稱：該等文書應經認證等語（見本案卷五第70頁背面、第71頁），並無理由。另該契約書係原告公司更名前所締結者，此有原告所提公司變更登記表附卷可稽（見本案卷四第7至10頁）。而該契約第2條明定：「在下列明定之許可區域內，乙方（日商光榮公司）將其持有著作權或製造販賣權之商品中，其個人電腦用商品、家用電視遊戲機用商品，以及與這些商品相關之書籍之製造販賣權利授與甲方（原告）。如該著作之著作財產權為乙方所有，乙方並同意於本契約所定地域、時間、內容『專屬授權』甲方利用之。許可區域：臺灣等」（見本案卷二第23頁背面），第7條第1項：「許可商品及說明書之商標權、著作權為乙方（日商光榮）所有、並由乙方依本契約之規定專屬授權甲方（原告）利用」（見本案卷二第23頁背面），其於101年4月1日簽約之備忘錄附件記載商品名稱，包括：「真•三國無雙6Empires」、「真•三國無雙7」、「三國志11特優版」、「三國志12」（見本案卷二第28頁背面、第29頁背面），依系爭鑑定意見第84、101頁，已然包括系爭美術著作遭被告侵害之後述22位人物圖像。前述契約既已明定：「如該著作之著作財產權為乙方所有，乙方並同意於本契約所定地域、時間、內容『專屬授權』甲方利用之。許可區域：臺灣等」，故原告為系爭美術著作於臺灣地區之被專屬授權人，依著作權法第37條第4項規定，自得提起本件訴訟。
- （七）按「著作財產權人在專屬授權範圍內，不得行使權利」，著作權法第37條第4項後段固有明文，而著作財產權人於第一次專屬授權後，如嗣後再授權他人，至多僅為該再授權他人是否有效之問題，並不能以該再授權反推斷認該授權人必然並無第一次專屬授權，是原告經原證19之「製造販賣暨授權契約書」被專屬授權後，授權人嗣後倘再授權他人而違反著作權法第37條第4項後段規定，仍不得因此斷認原告必然並未經授權人之專屬授權。

(八) 據上，原告就系爭美術著作遭被告侵權之後述22位人物圖像，為被專屬授權人，自得行使權利並提起訴訟無誤。

三、被告遊戲中22位人物圖像與系爭美術著作中之22位人物圖像高度實質近似：

(一) 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二個要件，即所謂接觸及實質相似為審慎調查審酌。接觸分為直接接觸與間接接觸兩者態樣，間接接觸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。實質相似者，其含量之相似與質之相似，此為客觀要件。…查兩類產品屬同種類飲品，具有競爭關係，系爭產品一、二上市時必會先就市場相同產品進行市場調查，是上訴人自有合理機會接觸系爭著作一、二，依社會一般通念，上訴人實無可能從未接觸系爭著作一、二，亦不因上訴人係委託第三人設計，即有所影響，上訴人已成立間接接觸」（最高法院103 年度臺上字第1544號民事判決意旨參照），是若兩同類商品具競爭關係，且均於公開市場流通，依一般社會通念，實無可能從未接觸請求權人之系爭著作，至少應有間接接觸。

(二) 次按：「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年度臺上字第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，然依社會通常情況，如其相似之程度越高，侵權人曾接觸著作人創作之可能性越高，是以在『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」（本院103 年度刑智上訴字第54號刑事判決意旨參照，最高法院104 年度臺上字第1575號刑事判決駁回上訴確定），「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年度臺上字第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』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」（本院100年度刑智上訴字第39號刑事確定判決意旨參照），「接觸者，除直接實際閱讀外，亦包含依據社會通常情況，行為人應有合理之機會或合理之可能性閱讀或聽聞著作人之著作，且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，行為人得以輕易取得；或著作物有相當程度之廣告或知名度等情事；倘若行為人著作與著作人著作極度相似（striking similarity）到難以想像行為人未接觸著作人著作時，則可推定行為人曾接觸著作人著作，換言之，在接觸之判斷上，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（本院102年度刑智上易字第35號刑事確定判決意旨參照）。著作權法之刑事處罰有罪門檻不應低於民事侵權行為之成立門檻，則著作權民事侵權行為之成立，更應據此判斷。

- (三) 由系爭鑑定報告於著作物人物圖樣抓取過程可知（見系爭鑑定報告第43至132頁）：著作物的人物圖樣取得，甚至不需進行遊戲，直接可於著作物之軟體所建資料庫中取得，此更增加取得著作物之容易性。
- (四) 系爭鑑定報告略以：人物創作風格、胖瘦高矮的身形、服裝種類及基礎型態、長相的基礎型態等，可以有千萬種變化，但本案待鑑定物對應著作物相同或近似之比例如此之高，遠超出創作可能近似之或然率，反應待鑑定物必定有抄襲著作物，畢竟縱使同一位創作人，相隔一段時間後，在不抄襲前著作之條件下，要達到如此高比例之相同或近似，機率都幾乎是微乎其微，更何況是不同的創作人。而「抄襲」包含有「思想的抄襲」及「表達的抄襲」；而由各人物的鑑定結果可見，待鑑定物或更改了一些人物長相中之成分，或更改了服飾、配件、姿勢等，當更改幅度達一定程度以上，在表面的表現上已經使人感知為另一位人物，則此種只有「思想的抄襲」者，不能認定為實質相似，本案許多人物雖最終鑑定為實質不相似，但幾乎都屬此種情形；反之，最終鑑定為實質相似者，則包含有相同或

近似之量大且質的成分亦被反應者，如孫尚香；亦包含有相同或近似之量不大但質的成分被反應者，如典韋。依據前篇之鑑定分析結果，可得本案最終鑑定結論如下：構成改作條件之表達抄襲者：（各人物姓名後之括號內數字，係本院所提供附件之各人物編號）：于吉(1)、袁紹(3)、夏侯惇(6)、何進(7)、關羽(8)、管亥(9)、姜維(10)、黃蓋(12)、司馬懿(15)、周倉(16)、諸葛亮(18)、徐庶(19)、孫權(23)、孫策(24)、孫尚香(25)、趙雲(28)、張飛(31)、典韋(36，含三種型態)、馬超(38)、糜竺(40)、劉備(42)、呂布(43) 等22位人物。

- (五) 本院囑託鑑定函中明示為「就附件1 所附5 套電腦遊戲軟體與附件2 手機實物內所附之遊戲軟體內人物圖像，並參酌附件4 所示之44張人物圖像電子檔光碟」，因此臺經院自行於該等遊戲中抓取附件4 所示44個人物圖像，符合囑託鑑定範圍。再者，系爭鑑定報告於各人物之鑑定分析表中，分別列示出前述附件4 所示之44張人物圖像及臺經院自行於該等遊戲中所抓取之人物圖像，二者間幾乎並無本質上之差異，亦即縱使依附件4 所示之44張人物圖像而為鑑定，鑑定結果應為相同。
- (六) 正常型態的人都具有髮、眉、眼、鼻、口、耳，有的男性則有鬍鬚，在此等限制條件下，仍有著相當大的創作空間，甚至對著同一人進行寫生畫作，不同創作人仍有著細部表現上的差異，此等細部表現之差異即為創作表達之特徵，而非一定要如何與眾不同；前述構成改作條件之表達抄襲之22位人物圖像，無論臉型輪廓、眉、眼、鼻、口、耳或鬍鬚之表現或對應與配置、搭配的冠（盔）、服（甲）、配件等，在「質」與「量」的綜合考量下，確係足以反應了表達之抄襲，亦即縱將所有史料或先前技藝給予二個以上之人，在彼此互不抄襲的條件下，能創作出一組人物如此相近似之機率已經是微乎其微，但若22組均如此相似近，不抄襲的機率幾乎是零。
- (七) 整體人物風格中，可以某種程度的反應抄襲與否，畢竟任一位鑑定標的人物存在於當時都有數年或數十年之久，且每位人物可能之衣著，亦有相當多樣的變化與搭配，如不是在抄襲之下，怎會如此巧合有著相同或近似型態的冠（盔）、臉部表現出之年齡、神情及五官表現、是否有肩巾（或毛披肩）、衣著（鎧甲）等。甚至部分人物，系爭美術著作使用相對於史料或先前技藝之誇張表現，被告遊戲圖像依然抄襲這些誇張表現，例如人物孫尚香，其實不叫孫尚香，其名字並沒有流傳下來，「三國演義」中她叫孫仁，戲曲裡叫孫尚香；其並非如鑑定標的人物中表現的靈巧狀，而是自嫁與劉備後，一直都把自己當成是娘家人，依仗自己兄長而驕矜傲慢；其亦不會武藝，更不會是如被

告遊戲內所表現出之弓箭手，其常以侍婢百餘人持刀護衛，以致劉備每次與之相會時，常惴惴不安，恐遭遇不測；再者，被告遊戲表現出之服飾，尚非當代，更不會是戰鬥時能保護自身應有者，如此悖離史實或常理之表現，被告遊戲竟完全與系爭美術著作相同。又如人物「典韋」，系爭美術著作在不同遊戲中，典韋之造型分別有光頭及有頭髮二種，長相各自有別，但被告遊戲內之圖像，兩者卻同時出現；史料中，典韋並非光頭，被告遊戲內所示之光頭典韋造型，均表現有髮根而非光頭，並剪理如現在三分頭，與史料不符，史料中典韋多著盔甲，甚至在其著名且因而官拜都尉濮陽之戰中，更身著兩重鎧甲，但被告遊戲均反應出奇裝異服，這種服飾為當時所無，亦無保護作用，被告遊戲卻如此巧合地與系爭美術著作呈現相同風格；在有頭髮之人物典韋造型中，被告遊戲內之圖像，均身材略胖，面有贅肉，此與典韋在史料中被記載形貌魁梧表現大有不同，被告遊戲仍如此巧合地呈現相同風格。縱部分人物（如關羽）之型態已被定型，但各家表現仍有所差異，此得以利用重疊比對方式進一步驗證，當有些人物經重疊後，臉部表現上幾乎疊合。

- (八) 由上述可知：即使史料或戲劇，對於系爭美術著作遭被告侵害之前述22位人物性格之一部或全部有所描述，但對於其圖像之繪製或設計，仍有無數種表達方式，因創作人個性、技法、能力之不同，而呈現不同之人物圖像造型、表情、服飾、姿態、兵器，其表達方式尚非唯一或有限者，然被告遊戲中前述22位人物圖像，與系爭美術著作中之前述22位人物圖像，竟高度實質近似，故極不可能為巧合，若非故意抄襲，何以致之？故依上述說明，原告無需證明被告遊戲之製作人有何實質接觸系爭美術著作，即得認定其為故意抄襲侵權無誤。
- (九) 原告系爭美術著作於公開市場流通，被告公司同為電腦遊戲行業，即使僅為代理商，於販賣被告遊戲前，應盡合理查證義務，而非僅相信委託銷售人片面所為無侵權之保證，蓋因依社會常情，不可能有任何委託銷售人會自承有侵權，以被告公司之資產及銷售規模，對於同為電腦遊戲市場之其他遊戲，尤其遊戲場景、時代、人物、玩法甚為相似之系爭美術著作，無論為手機遊戲或電腦遊戲，理應有相當資力及人員進行合理查證，卻應為而未為，貿然輸入、公開傳輸被告遊戲，故被告公司至少具過失無誤。
- (十) 據上，原告依前述著作權法規定，就前述22位人物圖像部分請求損害賠償，為有理由，應予准許，系爭美術著作之其餘人物圖像部分（原告係主張44位人物圖像之美術著作權，見本案卷三第294 頁正面、背面），原告並未舉證被告遊戲有何抄襲或侵權，以實其說，故此部分原告之訴為無理由，而應予駁回。

- (十一) 按「公司負責人對於公司業務之執行，如有違反法令致他人受有損害時，對他人應與公司負連帶賠償之責」，公司法第23條第2項訂有明文。次按：「『公司負責人對於公司業務之執行，如有違反法令致他人受有損害時，對他人應與公司負連帶賠償之責』，公司法第23條第2項定有明文。按公司法第23條所定公司負責人對於第三人之責任，乃基於法律之特別規定，異於一般侵權行為，就其侵害第三人之權利，原不以該董事有故意或過失為成立之條件」（最高法院73年度臺上字第4345號、98年度臺上字第1857號民事判決意旨參照）」，「依公司法第23條第2項規定，對於群麗公司行銷產品之行為，侵害被上訴人肖像權、姓名權及名譽權，致其受有損害，應與群○公司負連帶賠償責任。而此一公司負責人對於第三人之責任，係基於法律特別規定所生，不以公司負責人有故意、過失為要件，是許○○縱未實際參與群○公司之產品行銷事宜，亦不能解免其前開損害賠償責任」（臺灣高等法院高雄分院98年度重上字第31號民事判決意旨參照，最高法院100年度臺上字第1548號民事判決駁回上訴確定），況被告周玄昆對於市場上其他遊戲場景、時代、人物、玩法甚為相似之系爭美術著作，尚難諉為不知，仍任由被告公司代理銷售，或至少具有未盡合理查證義務之過失，即應與被告公司負連帶賠償之責。
- (十二) 按「檢察官不起訴處分，無拘束民事訴訟之效力，又刑事判決所為事實之認定，於獨立民事訴訟之裁判時，本不受其拘束，原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，依自由心證，為與刑事判決相異之認定，不得調為違法」，最高法院著有41年臺上字第1307號民事判例，可資參照，故本件原本即得與臺灣臺北地方檢察署105年度偵字第5515號不起訴處分為不同之判斷。況著作權刑事不法要件為「故意」而不及於「過失」（著作權法第92條規定參照），至民事侵權行為，行為人具「過失」即得構成（著作權法第88條第1項規定參照），民、刑事構成要件原本有異，而被告等至少具過失，已如前述，前述不起訴處分書第8頁亦認定被告周玄昆「或有過失」（影本見本案卷五第217頁背面），故本判決與前述不起訴處分書，尚非必然有何歧異。

四、損害賠償：

- (一) 原告主張被告侵害系爭美術著作權，惟系爭美術著作之前述22位人物圖像，僅係被告遊戲中之部分人物圖像，並非全部人物圖像，而被告遊戲除圖像外，容有其他美術內容場景，且被告遊戲除美術內容場景外，尚有原始碼等之電腦程式著作等，因此，被告並非以被告遊戲之全部，而係以該遊戲之一部侵害系爭美術著作權之前述22位人物圖像

，從而原告請求以被告遊戲或原告公司電腦軟體遊戲整體之售價、銷售額、淨利或授權金之全部為損害賠償額，恐有誤會，原告實未就被告遊戲其中侵害系爭美術著作權之前述22位人物圖像美術著作權部分，對於原告有何損害或其授權金，舉證以實其說，然此部分確屬不易證明。

- (二) 按當事人已證明受有損害而不能證明其數額或證明顯有重大困難者，法院應審酌一切情況，依所得心證定其數額，民事訴訟法第222 條第2 項定有明文。爰審酌兩造之經濟能力、社會地位、侵害情節、同業利潤標準（見本案卷二第60頁）、原證26所示電腦遊戲整體之授權金（見外放證物袋內資料）、被告遊戲利益計算表、會計師查核報告（見本案卷五第168 至177 頁）、被告公司僅經銷而原告並未證明被告公司生產製造被告遊戲、被告等至少具過失、系爭美術著作創作之複雜程度等因素一切情狀，依所得心證定其數額，認系爭美術著作權之前述22位人物圖像，每位圖像之損害賠償額為20萬元為適當，從而原告訴之聲明第1 項，在440 萬元範圍內為有理由，應予准許，逾此範圍為無理由，應予駁回。

五、原告請求被告不作為部分：

- (一) 按「法院之裁判，係以最後事實審言詞辯論終結時所得資料為基礎」（最高法院95年度臺上字第2185號民事判決意旨參照）。
- (二) 被告具狀並於言詞辯論時，辯稱：「我們是主張不侵權，但遊戲本身的系爭44個圖樣於106 年10月11日在臺灣地區改版，沒有再繼續使用系爭44個圖樣」（見本案卷三第1 頁、第293 頁背面），「（法官問被告：目前是否還有任何原告主張侵害而兩造有爭議之被告遊戲軟體、電子檔案、廣告、標示等物品，還沒有下架、刪除或銷毀或仍為存貨未銷售完畢者？）答：無。我們不是盒裝的產品，所以沒有庫存的問題。也沒有電子庫存」等語（見本案卷五第205 頁），原告亦自承：「（法官：主張被告於其所辯稱遊戲內容、美術圖樣、遊戲角色圖樣等，於民國106 年10月11日後仍侵害原告所主張美術著作之證據？）答：我們沒有這部分的證據」（見本案卷三第293 頁背面、第294 頁），是原告並未能證明本件言詞辯論終結前，被告仍有何持續侵害系爭美術著作權之意願或行為，或被告有何於其網站、部落格、臉書上公開傳輸、重製、改作或散布系爭美術著作之行為，或其已重製、改作之遊戲軟體、電子檔案、廣告、標示等物品，有何仍存在之證據，以實其說。
- (三) 據上，原告訴之聲明第2 項請求：「被告等不得於其網站、部落格、臉書上公開傳輸、重製、改作及散布如書狀附表所載系爭美術著作圖樣，並將已重製、改作其上之遊戲軟體、電子檔案、廣告、標示等物品予以刪除或銷毀，或

不得再有其他侵害原告著作權之行為」，並無理由，應予駁回。

戊、原告勝訴部分，依民事訴訟法第390 條第2 項宣告假執行，並依同法第392 條第2 項宣告被告得預供擔保免為假執行。

原告敗訴部分，原告假執行聲請失所附麗，應併予駁回。

己、結論：本件原告之訴一部有理由，一部無理由。

庚、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及舉證，核與判決結果不生影響，爰不另一一論述，併此敘明。

辛、據上論結：依智慧財產案件審理法第1 條、民事訴訟法第79 條、第85條第2 項，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 8 月 21 日

智慧財產法院第三庭

法 官 伍偉華

以上正本係照原本作成。

如對本判決上訴，須於判決送達後20日內向本院提出上訴狀。如委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

中 華 民 國 107 年 8 月 23 日

書記官 劉筱淇