

國立交通大學

科技法律研究所

碩士論文

著作之核心概念

—原創性之實證研究

An Empirical Study on Originality

— The Core Requirement for Copyrighted Works

研究生：林怡彤

指導教授：羅明通 博士

王敏銓 博士

中華民國一〇一年六月

著作之核心概念－原創性之實證研究

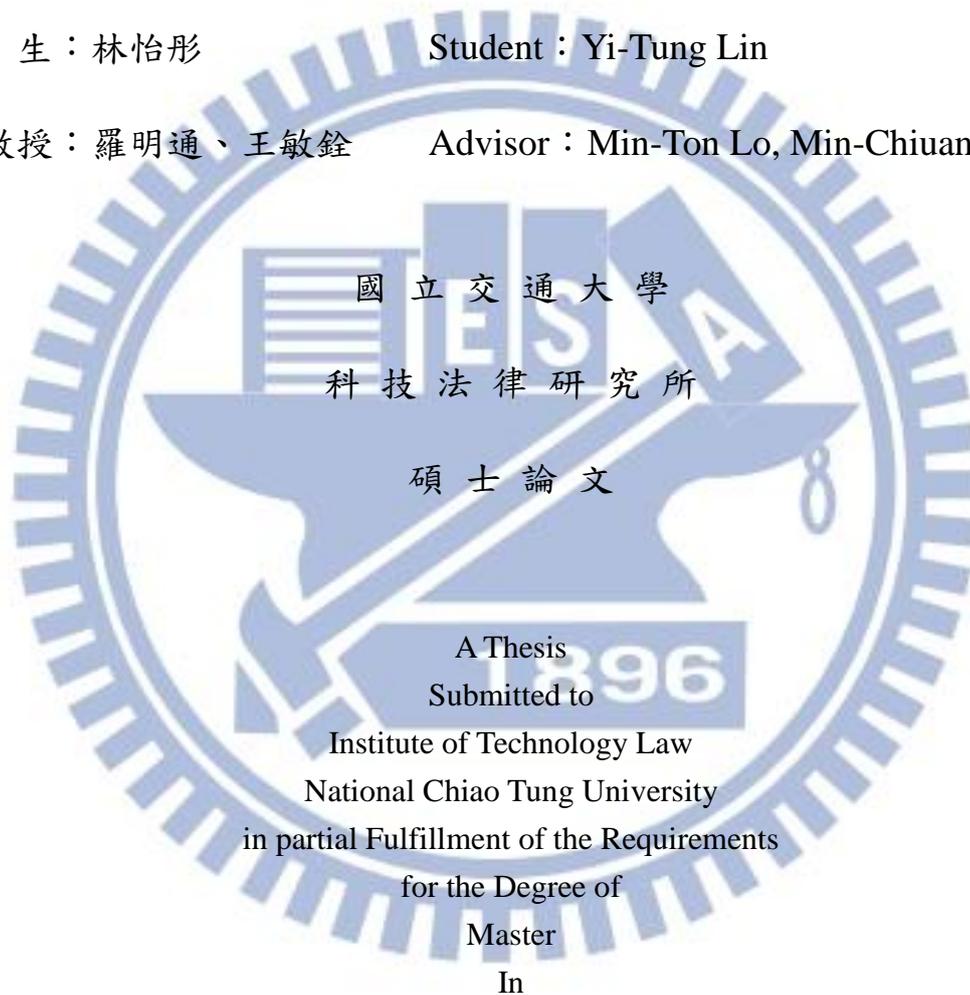
An Empirical Study on Originality – The Core Requirement for  
Copyrighted Works

研究生：林怡彤

Student：Yi-Tung Lin

指導教授：羅明通、王敏銓

Advisor：Min-Ton Lo, Min-Chiuan Wang



Technology Law

June 2012

Hsinchu, Taiwan, Republic of China

中華民國一〇一年六月

# 著作之核心概念－原創性之實證研究

學生：林怡彤

指導教授：羅明通

王敏銓

國立交通大學科技法律研究所碩士班

## 中文摘要

我國著作權法第 10 條規定，著作完成時，著作人即取得著作權，然而何謂著作權法所保護之「著作(work)」，著作權法中就著作要件規範未臻明確，尤其核心之「原創性(original)」內涵，更需經由理論及實務於具體個案中加以實踐。本研究主要係透過以下幾個層面之討論，以釐清原創性之意義及內涵：

### 一、比較法研究

我國著作權法制，參考了英美及大陸法系之著作權法為制定及修正，另中國大陸著作權法與我國皆參考英美及歐陸之主要著作權法制訂，與我國著作權法制背景有相似性，而我國學說及實務用語亦多有參酌日本著作權法，本研究亦一併研究。

透過比較法研究，除釐清普通法系下之「財產價值」取向與大陸法系下之「人格價值」取向之不同的立法模式，透過參考與我國同樣為繼受外國法之日本、及中國之著作權法，亦可收「他山之石可以攻錯」之效。

### 二、原創性爭議問題分析

若原創性之判斷為著作之核心、必要之要件，則本研究繼續提出二大問題，以藉此釐清原創性之內含：

1. 若該著作之產生係基於非法但卻具有「原創性」時能否為「著作」？

(1) 對於未經合法授權但具「原創性」之衍生著作，能否受到著作權法之保護之討論。

(2) 與我國善良風俗有違但具有原創性之色情著作，能否受著作權法之保護之討論。

2. 不具備原創性者便不得為著作嗎？

- (1) 對於低度原創性之著作，如資料庫之保護方式之討論。
- (2) 對於大陸法系下之所謂「著作鄰接權」我國是否有引進必要之討論。

### 三、我國司法制度之實證研究

此部分透過我國法院判決之蒐集，瞭解我國法院在各種類型的著作中，對原創性之判斷爭議情形如何，有無集中在某些特定著作之情形，及其標準各為何，以具體瞭解「原創性」在各類型著作之判斷方式，試圖找出一標準。

最後，在經過比較法及以上研究，我們可以得到以下結論：

1. 原創性為「原始性」與「微量之創作性」； 2. 在創作完成主義下，原創性之與否為著作之核心要件，一旦著作具備原創性者應受到著作權法之保護； 3. 著作類型之多元化，對於不同之著作應建立不同之標準，所重之價值判斷亦不同，例如在美術、攝影著作中較重視「作者精神價值」之投射；而語文著作則相較於其他著作須具有更高程度之「創作性」；資料庫等編輯著作之「創作性」相較於語文等著作為低，衝擊以「原創性」為核心之著作保護價值，但作者之付出仍有保護之必要。

我國不若其他大陸法系國家(如德國、日本、中國大陸等國)，訂有著作鄰接權制度，而係以著作權方式加以保護，在歷經百年來之變革、修正、適用，就我國著作權法制之精神而言，兼有大陸法系對於人格權保護之精神，亦有美國法上以財產價值為立論基礎之原創性理論及對於著作人之經濟上保護法制，整體而言，已逐步建構出屬於我國法特色之著作權法制。

**關鍵字：著作權、原創性、創作性、實證研究**

# **An Empirical Study on Originality**

## **- The Core Requirement for Copyrighted Works**

Student: Yi-Tung Lin

Advisors: Dr. Min-Ton Lo

Dr. Min-Chiuan Wang

Institute of Technology Law  
National Chiao Tung University

### **ABSTRACT**

According to Article 10 of Taiwan's Copyright Act, the copyright of a work is automatically protected upon the completion of that work, but the Copyright Act fails to clearly define the requirements for works protected under it. Among others, it is imperative that the implications of originality, which is the core of copyright discussions, be factored into case studies by way of theoretical discourses and practices. This study is mostly intended to clarify the significance and implications of *originality* through discussions from the following perspectives:

#### **1. A comparative study of laws**

Taiwan's Copyright Act is patterned after copyright regulations in the common law and civil law systems. In fact, the copyright regulations of both China and Taiwan are patterned after major copyright regulations of the United States and Europe, hence the similarity background of China's Copyright Law and the Taiwanese Copyright Act. Since a large part of the Taiwanese copyright terminology, used either in theoretical discourses or in judicial practices, can be traced back to Japan's Copyright Law, this study will also address the Japanese copyright regulations.

This present study includes a comparative study of laws to differentiate between two legislative models, namely the *property-value*-oriented common law system and the *personality-value*-oriented civil law system. It also draws lessons from the flaws of the Copyright Laws of Japan and China, both of which are examples of reception of foreign laws, just like Taiwan's Copyright Act.

#### **2. Re-clarifying the definition of originality**

If it is determined that originality is the core element and pre-requisite of works protected under copyright laws, this study will raise two questions, as stated below, in order to clarify how *originality* is defined for legally substantiated works:

**(1) Do illegally produced yet original materials qualify as works protected under copyright regulations?**

- A. Discussions about whether derivative works that are not legally authorized but *original* should be protected by the Copyright Act;
- B. Discussions about whether pornographic works that are against the decent practices generally accepted in Taiwan but original are protected by the Copyright Act.

**(2) Is the absence of originality a disqualifier for works protected under copyright regulations?**

- A. Discussions about the ways to protect works with low degrees of originality (e.g., databases);
- B. Discussions about whether Taiwan should introduce the “neighboring rights” of creative works, which are already included in the civil law system.

**3. An empirical study of the Taiwanese judicial system**

In this part of discussions, court rulings were collected to gain an insight into the way Taiwanese courts make judgments on originality-related controversies for each type of works (e.g., whether the rulings are concentrated in specific categories of works, and what standard applies to each category). Based on the court rulings, efforts were made to identify exactly how the Taiwanese courts make *originality*-relevant judgments for each type of works, and what the standard of originality is.

Finally, the following conclusions were drawn from the comparative study of laws and research mentioned above:

(1) Originality is a combination of *originality* and *modicum of creativity*.

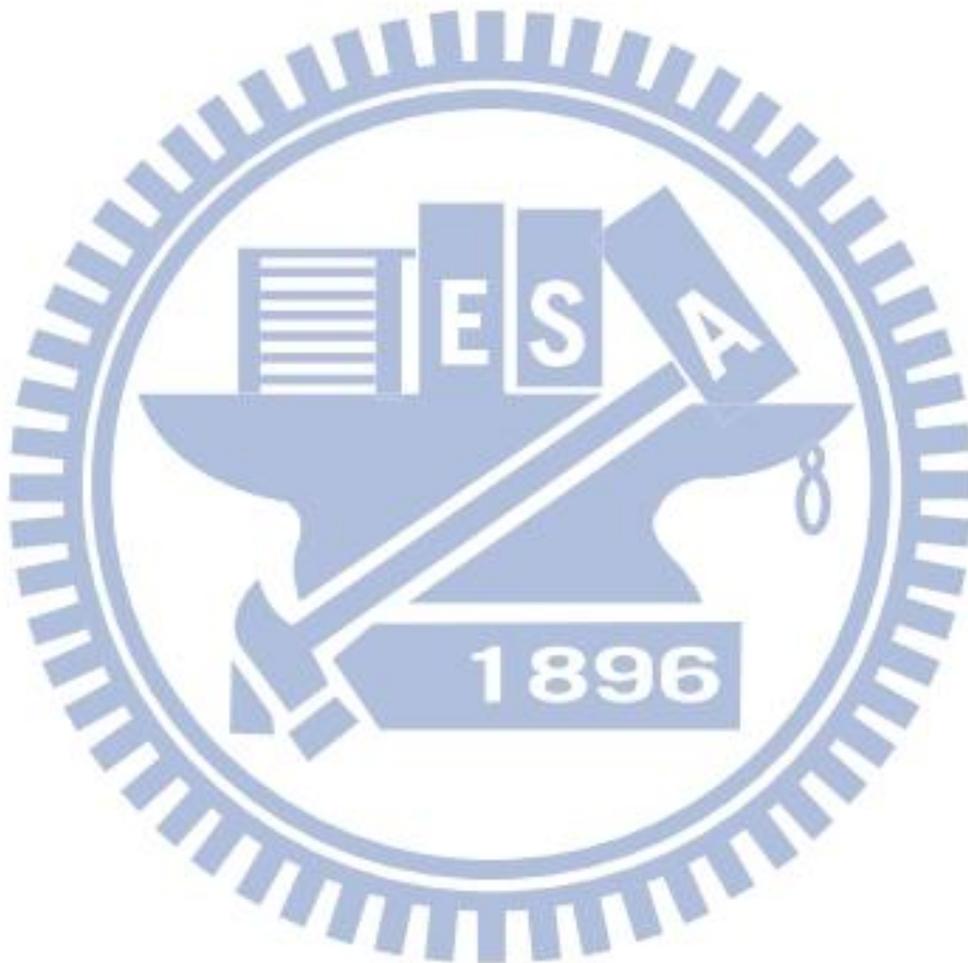
(2) Given the principle of creative protection (i.e., the copyright of a work is automatically protected upon the completion of that work), whether a work is original or not is the core element of copyright protection, and a work with any degree of originality shall be protected by the Copyright Act.

(3) The diversified types of works call for different standards because the priorities in value judgments vary among work types. For instance, the quality of projecting *the author's spiritual values* is considered important for fine arts and photographic works, while literary works are required to display a higher degree of creativity than the other types of works. Because compilations (i.e., collective works) such as databases have a lower degree of creativity than literary or any other type of works, they made an impact on the originality-centric value of copyright protection. However, the authors of compilations still need copyright protection for their efforts/contribution.

Unlike Germany, Japan and China that adopt the civil law system and subsequently a neighboring rights scheme, Taiwan protects creative works by

means of copyright. Having been revised, corrected and applied over the past century, the Taiwanese Copyright Act developed a spirit that combines the moral rights protection emphasized in the civil law system with some distinctive qualities of the U.S. laws, such as the originality theory based on property values, and the protection of an author's economic rights. Generally speaking, Taiwan has gradually created a set of copyright regulations that is one of a kind.

**Keywords : Copyright, Originality, Creativity, Empirical Study**



## 誌謝

研究生涯終於告一段落，猶記得本研究之緣起來自於羅明通老師著作權法課堂上之一份期中報告；在老師的帶領下，我們以「原創性」中心，透過比較法、判決分析、問題釐清與分析等方式，逐步釐清屬於我國法上之原創性概念，並藉著概念之釐清，試著建構出屬於我國特色之著作權法制。

撰寫論文是一個由點化成線、由線譜成面的過程，透過資料的蒐集、分析、比較與思考，一步一步地釐清概念，卻也因瞭解的愈加深入，而愈加挖掘新的問題，在一連串發現問題與解決問題的過程，曾給我帶來驚喜，卻也讓我困惑；我很幸運地在撰寫論文的過程中可以由兩位很棒的指導老師教導：感謝我的指導教授羅明通老師，在研究議題、架構上給予之指導，鼓勵學生提出自己的見解，並就研究內容上適時地提點；感謝王敏銓老師細心的指導，並適時提出問題，幫助我釐清問題的盲點，並補正不足。真的非常謝謝老師的指導。

感謝交大科法所在我研究生涯中對我的幫助，提供豐富的學習及研究資源，讓學生有充沛的資源完成論文並在法學的領域中持續充實自己，也謝謝所上其他老師悉心的教導，幫助學生增進自身的能力。謝謝同窗的好友們，和我一同歡笑、分擔憂愁，更互相切磋學習，伴我度過研究所生涯。謝謝科法所帶給我的一切美好回憶。

最後，感謝我的爸爸、媽媽、弟弟等家人，從小到大對我的愛與支持，感謝身邊美好的一切，愛你們。

# 目錄

中文摘要 .....	i
英文摘要 .....	iii
誌謝 .....	vi
目錄 .....	vii
表目錄 .....	xi
第一章 緒論 .....	1
1.1 問題之提出—研究動機暨研究目的 .....	1
1.1.1 研究動機 .....	1
1.1.2 研究目的 .....	4
1.2 研究方法 .....	4
1.2.1 文獻分析法 .....	6
1.2.2 比較法研究 .....	6
1.2.3 歷史研究法 .....	7
1.2.4 實證研究 .....	7
1.3 研究範圍及限制 .....	8
1.4 研究架構 .....	9
第二章、自著作權法制之建構框架著作權之核心概念—原創性 .....	12
2.1 著作權之概念 .....	12
2.2 著作權法之本質 .....	13
2.2.1 萌芽—商業及科技發展下催生 .....	13
2.2.2 發展—英美法系與大陸法系之不同價值取向 .....	14
2.2.2.1 英美法系國家之財產價值論 .....	15
2.2.2.2 大陸法系國家之人格價值論 .....	15
2.3 我國著作權法制發展沿革及特色 .....	18
2.2.1 歷史背景 .....	18
2.2.1.1 中國傳統之著作權 .....	18
2.2.1.2 具現代意義之著作權 .....	19
2.2.2 立法沿革及特色 .....	21
2.2.2.1 沿革 .....	21
2.2.2.2 我國著作權法制沿革之特色 .....	24
2.4 著作之概念 .....	26
2.4.1 著作要件 .....	26
2.4.2 著作之類型 .....	34
2.5 著作權與其他智慧財產權之比較 .....	35

2.6 小結 .....	37
第三章、英美法系之原創性概念 .....	38
3.1 英國 .....	38
3.2 美國 .....	39
3.2.1 法律沿革 .....	39
3.2.2 原創性概念之濫觴 .....	41
3.2.3 原創性之兩種理論 .....	45
3.2.3.1 辛勤原則 (sweat of the brow; the theory of “industrious collection”) .....	45
3.2.3.2 原創性 (original) 理論 .....	45
3.2.4 近代司法實務建立之原創性標準 .....	49
3.2.4.1 美術、攝影著作之原創性標準—個性理論和美學不歧視原則 (Bleistein v. Donaldson Lithographing Co. 案及 Alfred Bell & Co. v. Catalda Fine Arts, Inc. 案) .....	49
3.2.4.2 衍生著作之原創性標準：與原著作之實質上區別 (Gracen v. Bradford Exchange 案) .....	53
3.2.4.3 編輯著作之之創作性概念 (Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co. 案) .....	56
3.3 小結 .....	62
第四章 大陸法系之原創性概念 .....	67
4.1 德國 .....	67
4.1.1 德國著作權法保護要件 .....	67
4.1.2 德國著作權法對於創作高度所採用之標準 .....	68
4.1.3 德國著作權法對於創作高度之審查方式 .....	68
4.1.4 德國著作權法對創作高度要求之例外—小銅幣理論 (kleine Muenze) .....	68
4.1.5 低度或不具備創作性之著作之保護—著作鄰接權 .....	69
4.1.6 德國著作權法制之評析—高度創作、小銅幣理論與鄰接權制度建構而成之保護模式 .....	70
4.2 日本 .....	71
4.2.1 前言 .....	71
4.2.2 日本法下創作性之要求 .....	71
4.2.3 評析 .....	75
4.3 中國 .....	76
4.3.1 法律規定 .....	76
4.3.2 中國所稱之獨創性意義 .....	76
4.3.3 著作鄰接權制度 .....	77

4.4 總結 .....	79
第五章、原創性之爭議問題分析 .....	84
5.1 原創與非法之衝突 .....	84
5.1.1 非適法改作之衍生著作，是否因具有原創性受著作權法之保護？ 84	
5.1.1.1 衍生著作 .....	84
5.1.1.2 比較法之分析 .....	85
5.1.1.3 我國實務見解分析 .....	88
5.1.1.4 本文見解 .....	91
5.1.2 違背公序良俗或刑法之色情著作，是否因具備原創性而受著作權法之保護？ .....	94
5.1.2.1 前言 .....	94
5.1.2.2 比較法上之分析 .....	94
5.1.2.3 我國實務見解 .....	96
5.1.2.4 本文見解 .....	97
5.1.2.5 小結 .....	99
5.2 低度創作性之著作保護：論資料庫之保護 .....	100
5.2.1 比較法之討論 .....	101
5.2.2 我國目前現況與建議 .....	103
5.3 低度創作性著作之保護方式：著作鄰接權 .....	105
5.3.1 著作權法制與著作鄰接權制度 .....	105
5.3.2 我國法下之關於著作鄰接權討論 .....	106
5.3.3 本文見解 .....	109
5.4 本章總結 .....	110
第六章、原創性在我國司法之實證研究 .....	114
6.1 研究目的 .....	114
6.2 研究方法 .....	115
6.2.1 抽樣方法 .....	115
6.2.2 研究限制 .....	117
6.3 量化之分析 .....	117
6.3.1 刑事訴訟 .....	117
6.3.2 民事訴訟 .....	119
6.3.3 民刑訴訟合併觀察 .....	119
6.3.4 最高法院判決 .....	120
6.3.5 統計結果分析 .....	120
6.4 質性之分析 .....	124
6.4.1 概念之建構 .....	124
6.4.2 於各類型著作之判斷標準 .....	128

6.4.2.1 語文著作 .....	128
6.4.2.2 編輯著作 .....	132
6.4.2.3 美術著作 .....	138
6.4.2.4 攝影著作 .....	141
6.5 本章總結 .....	145
第七章、結論—建構屬於台灣之著作權法制 .....	148
7.1 我國著作權法之「源」—固有法及外來法之衝突 .....	148
7.2 二大法系衝突下建構出我國以原創性為核心之著作權法制 .....	149
7.3 原創性應為判斷是否可著作性之核心標準 .....	151
7.4 創作性標準為一浮動標準 .....	154
7.5 我國著作權法制之展望—建構屬於台灣特色之著作權法制 .....	155
參考文獻 .....	157
中文書籍 .....	157
中文期刊 .....	157
中文學位論文 .....	159
中文論文集 .....	159
中文其他參考資料 .....	159
英文書籍 .....	160
英文期刊 .....	160
其他外文參考文獻 .....	161

## 表目錄

表 1：我國著作權法修訂沿革 .....	21
表 2：智慧財產權之分類 .....	35
表 3：表演人之權利 .....	74
表 4：錄音物製作人之權利 .....	74
表 5：廣播事業者之權利 .....	75
表 6：各國著作權法就著作之定義 .....	83
表 7：英美法系與大陸法系就著作性判斷之比較 .....	83



# 第一章 緒論

## 1.1 問題之提出—研究動機暨研究目的

### 1.1.1 研究動機

我國著作權法採創作保護主義，於著作完成時，著作人即取得著作權<sup>1</sup>，然而何謂著作權法所保護之「著作」，著作權法中就著作要件規範未臻明確，尤其核心之「原創性」內涵，更需經由理論及實務於具體個案中加以實踐。

在訴訟實務上，以爭執系爭著作是否具「原創性」而受著作權法保護之案例甚多<sup>2</sup>，在學理上之見解亦不一致，於大陸法系與英美法系上就原創性之內涵也有所不同，在實務上之概念及用語更分歧，有鑑於此，本研究認為有進一步闡釋與分析之必要。

此外，原創性作為著作要件之一般概念，於具體個案中之各類型著作應如何適用，亦是一大問題，例如：編輯著作之本質上，係立基於原始著作之再創作，其「原創性」之內涵自較原始著作之判斷有所差異；而攝影著作、美術著作之「創作性」應如何判斷，亦須理論及實務之予以補充，俾充實其內涵。

茲將著作之認定於理論及實務上之問題，概述如下：

#### 一、原創性之內涵為何？

##### 1. 「原創性」一詞非法定用語，在著作權法中規範未臻明確

著作權法第3條第1項第1款規定：「著作：指屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作」，我國實務及學說上多認為此處所稱之「創作」，即指

<sup>1</sup> 著作權法第10條規定：「著作人於著作完成時享有著作權。但本法另有規定者，從其規定。」一般認為此規定即係創作保護主義之法源依據。

<sup>2</sup> 關於訴訟實務，見幸秋妙，「智慧財產權法：第三講—談著作權侵害訴訟之抗辯」，月旦法學教室，第91期，頁79。

原創性<sup>3</sup>，惟其內涵為何，尚難就法條規定中窺知。

又，著作權法第9條僅以負面方式明文排除不得為著作之標的，關於上開「原創性」之內涵、著作表現之形式等，皆有賴司法實務及學理闡釋以充實其內涵。

## 2. 各法系內涵不同

一般而言，美國為代表之普通法系著作權法以財產價值觀為取向<sup>4</sup>，其著作要件為：1.原始性(Originality)、2.創作性(Creativity)、3.附著性(Fixation)<sup>5</sup>；而大陸法系如德國著作權法則以人格價值為取向<sup>6</sup>，其著作要件為：「精神內涵(ein geistiger Gehalt)」、「人格之創作(ein persoenliches Schaffen)」、「為人類之感官所能感知之形式表現(eine fuer die menschlichen Sinne wahrnehmbare Formgestaltung)」、「創作特性之程度」<sup>7</sup>等。兩大法系就著作權法之立法目的各有不同，用語及其內涵亦有別，惟我國實務及學說上，有用語交錯、概念不明之疑，本文認為有進一步釐清與闡釋之必要。

## 3. 學說見解不一

### (1)對著作要件之認定不同

羅明通教授認為著作之保護要件有四：(1)須具有原創性(2)須具有一定之外部表現形式(3)為文學、科學、藝術或其他學術範圍內之著作(4)須非不得為著作權標的之著作<sup>8</sup>。

蔡明誠教授則列出著作保護要件為：(1)原創性(2)客觀化之表達(3)屬於文學、科學、藝術(4)非被排除保護之著作等四要件<sup>9</sup>。

<sup>3</sup> 最高法院九十年度台上字第二九四五號刑事判決：「著作權法第三條第一項第一款規定……，所稱之創作，需具有原創性，即需具有原始性及創作性……。」司法院法學資料檢索系統：<http://jirs.judicial.gov.tw/I8Nindex.htm>（以下判決來源皆同）

<sup>4</sup> 羅明通，著作權法論(I)，頁98（2009）。

<sup>5</sup> NEIL BOORSTYN, BOORSTYN ON COPYRIGHT 60 (1981, 1994).

<sup>6</sup> 前揭註4，頁99。

<sup>7</sup> 雷炳德（德）著，張恩民譯，Urheberrecht 著作權法，頁115（2004）。

<sup>8</sup> 前揭註4，頁154。

<sup>9</sup> 蔡明誠，「論著作之原創性與創作性要件」，法學論叢，第26卷第1期，頁187-188（1996）。參見蔡明誠主編，國際著作權法令暨判決之研究，肆—德國著作權法令暨判決之研究，內政部，民國八十五年四月，頁29-30。

謝銘洋教授則認為著作要件為：(1)原創性(2)人類精神上之創作(3)一定之表現形式(4)足以表現作者之個性或獨特性(5)不屬於著作權法第九條排除之範圍<sup>10</sup>。

目前學說大都肯認「原創性」為著作之要件之一，惟各學者間就其定義又各有不同，述之如後。

## (2)對原創性之內涵見解不一

### A.廣義說

認為原創性包含原始性及創作性。原創性之「原」，指原始性，亦為獨立創作；原創性之「創」，指創作性。此種解釋方式，一般認為係對原創性之廣義解釋<sup>11</sup>。

### B.狹義說

認為著作權所需之原創性，宜限縮於「獨立創作(independent creation)」，因此，宜將「創作性」之要件，從廣義之「原創性」中獨立出來<sup>12</sup>。

## 4. 實務用語分歧

綜上所述，關於著作要件之定義，由於法條規定尚非明確，又實務上各案件類型萬千，系爭作品是否為著作權法得受保護之著作，牽涉到所側重之立法價值、採納之法系語學說見解於個案中有所不同。

目前實務在解釋著作要件之用語尚非一致，有將「精神作用」納入著作之保護要件者<sup>13</sup>，亦有僅論「原始性」、「創作性」者<sup>14</sup>，就實務之角度而言，在採行創作保護主義下，著作要件是否具備通常系著作權侵權訴訟中之首要爭點，實有近一步釐清之必要。

<sup>10</sup> 謝銘洋，「智慧財產權：第六講 智慧財產權之取得(一)」，月旦法學教室，第五期，頁 97-99 (2003)。

<sup>11</sup> 羅明通，前揭註 4，頁 154-155。

<sup>12</sup> 蔡明誠，前揭註 9，頁 187-188。

<sup>13</sup> 智慧財產法院 98 年民著訴字第 38 號：「著作權法上所謂之著作，應有表現出作者之獨特性及須有原創性之精神上創作，始得作為著作權法所保護之標的。」

<sup>14</sup> 智慧財產法院 98 年刑智上訴字第 2 號：「所謂創作，即具「原創性」之人類精神上創作，包含「原始性」及「創作性」之概念。所謂原始性，係指著作人未抄襲他人著作，而獨立完成創作（最高法院 90 年度臺上字第 2945 號刑事判決參照）。創作性，則指創作至少具有少量創意，且足以表現作者之個性或獨特性。」

二、「原創性」在著作成立判斷時是否為核心、必要之要件？若是，則本研究希望能釐清以下問題：

1. 「原創」與「非法」衝突時應如何取捨，還能否為著作？申言之，本研究試圖透過比較法及實務見解之分析方法，以釐清與了解侵權之著作或違反其他法律者，是否仍受到著作權法之保護？

2. 承前所論，若原創性為可著作性之核心判斷依據，則不具原創性或低度創作性者便無受保護之可能嗎？創作性標準是否足以保護所有類型之著作？

三、我國法院在各種類型的著作中，對原創性之判斷爭議情形如何？有無可操作的具體標準？本研究期待透過法院判決之實證分析，以逐步建構屬於我國特色之著作權法制。

### 1.1.2 研究目的

為釐清上開問題，本研究將自著作權之濫觴而論，從比較上法、學理上、實務上等多面向，分析受著作權法所保護之著作，進而歸納、分析、整理所謂「著作」之內涵，並試圖建立於具體個案中認定之標準，進一步建構屬於我國特色之著作權法制。

## 1.2 研究方法

從法律學科的本質來說，法學學術與法律實務具有高度的關連性：此種關連性可謂是一個「社會」不斷被納入「法學」的過程，而在每一個新的社會議題成為一門新的法學課題時，研究方法與研究取向亦須有所轉變。<sup>15</sup>法學研究的發展實際上是一種回應社會變遷之下的產物，然而，在社會快速變遷之下，要回應司法實務界並且展開更深入的對話，除了判決評釋之外，勢

<sup>15</sup> 相關論述可參閱：王曉丹，「法意識與法文化研究方法論：以女兒平等繼承為例（法律繼受下的法社會學研究取徑一）」，發表於中國人民大學「法制史與法社會學研究方法」研討發表會，由中國人民大學主辦，2010年9月10日。可見於網站：[http://spe.idv.tw/share/file/20070718190901\\_002-4\(51-64\).pdf](http://spe.idv.tw/share/file/20070718190901_002-4(51-64).pdf)。

必須採取多元之研究方式。

就理論之研究而言，我國的法律理論之建構，無非要深入了解外來法律的發展—即英美、及大陸等兩大法系制度，同時應兼及本土法律的發展，即對中國或台灣法制有所認識。蓋因台灣繼受歐陸法，直至今日，仍受到許多外國法制的影響（歐陸法制、日本法制、美國法制等），長期以來，台灣法律的現狀一直處於「外來法」與「固有法」的繼受與融合當中。然而台灣之法制是否已全盤「西化」？在「外來法」與「固有法」繼受與融合的現狀中，應如何建構屬於台灣之現代化法律，並找出其發展之方向，是本研究所關心之課題。

此外，法學學術研究應貼近社會變遷，尤其不能忽視新興科技之發展帶給人類社會之衝擊與改變，就研究方法及研究取徑上而言，應存在「動態」之流動：其並非只是靜態地理解外國法制或者純粹規範概念的演繹活動，而必須開闢法學研究方法，期能「走出繼受，邁向立論」<sup>16</sup>。近年來，法學界漸有法社會學<sup>17</sup>、法學實證方法<sup>18</sup>為研究之潮，藉以呼應法律與社會現實、科技之變遷。

承上開理念，本研究中就法制理論之建構部分，鑑於我國法律規定具有高度「繼受法」性質，將以比較外國法律之方式，建構法學理論之基礎；而就理論之建構發展，除蒐集國內外文獻加以分析，此外在分析方法上，兼採歷史研究法，循其歷史的軌跡加以分析。

而為了拉近法律規定與實務及社會等多面向之互動，本研究將蒐集法院之判決作實證之分析，以期能建構出現代化之台灣法律，希冀能提供未來發展方向之建議。茲將本研究方法說明如下：

---

<sup>16</sup> 相關論述可參照：劉尚志、林三元，「科技法律之本質與範圍」，月旦法學雜誌，第 166 期，頁 135（2009）。

<sup>17</sup> 提倡具社會關懷法學者，如學者王泰升等，可參閱：王泰升，「創新版『法學緒論』：秉持社會關懷的法學」，月旦法學雜誌，第 148 期，頁 1—26（2010）。

<sup>18</sup> 近年來法學界有採取社會學研究方法、實證分析來等來建構法律與社會之研究框架。例如法學實證研究研討會：交大科技法律研究所從 2006 年起舉辦之「法學實證研究」研討會，不但結合司法實務界的資源，也將觸角伸入產業界、科技發展、行政組織等各種法律實踐的場域。

### 1.2.1 文獻分析法

文獻分析法係指研究者在對各種參考文獻加以分析整理後，有所發現或得出結論的研究方法。自文獻之整理中，可確立問題之可研究性，並且得知相關論述之發展軌跡。

本研究擬蒐集相關之國內外文獻，整理著作權法有相當論述之學者見解，藉以建構本研究議提之理論架構與基礎。國內之部分：如羅明通、謝銘洋、蔡明誠、黃銘傑、蕭雄淋等學者論述，以及其他相關學術期刊、論文、判決之整理；國外部分，如美國之著作權權威 Nimmer 教授、德國學者 Rehbinder、中國華南科技大學法學院教授李揚等教授之學術著作等，皆為本研究所加以整理與分析之對象。

### 1.2.2 比較法研究

比較法研究係指在同一研究架構下，檢驗外國不同的制度、政策、民情或個案，並進行比較分析、歸納、整合後，得出某種結論的研究方法。透過比較研究法，對不同之國家制度，可就相同或相似之情況，以收「他山之石，可以攻錯」之效<sup>19</sup>。

我國著作權法制濫觴於清宣統二年（西元 1910 年），滿清政府頒佈了中國法制史上的第一部著作權法——「大清著作律」，該法參考了英美及大陸法系之主要著作權法，並在立法之指導上深受德國及日本之影響。而在民國 74 年以後，中美著作權之爭議開始展開一連串之談判，並進行了多次修訂，建構出我國著作權法制。因此我國之著作權法制具有濃厚之「繼受法」性質，深受「外來法」之影響，欲深入研究我國之著作權法制，首應先對外國相關法律及理論之建構有所認識。

因此本研究擬針對大陸法系之德國、英美法系之美國之相關理論發展做一研究探討，而我國實務之相關用語常受日本法之影響，且日本與中國大陸之著作權法制之建構與我國著作權法制皆有「繼受法」性質，社會及文化發展背景有一定程度之相似性，故亦以日本及中國大陸法相關規定及論述作為

<sup>19</sup> 張紹勳，研究方法，頁 520（2001）。

研究之對象，透過比較制度及沿革，期能找出屬於我國法制之發展方向。

### 1.2.3 歷史研究法

對於法律規範之研究，必須兼顧法規範與法事實<sup>20</sup>，由其歷史之考察亦然。按過去之法規既已失效，不能作為裁判當今法律爭議之規則，然何以仍有研究之必要，除可確定過去發生之事實於當時之法律效果，再依現今之法規判斷是否合適外，主要係因舊規範之施行，對於當時之法社會產生一定之作用，形塑出一定之法律文化，再透過文化之傳遞，影響現今之法律社會。

因此，歷史研究法除包含法規範及法事實在內的法律體系本身之變遷，其重心更在於其與政治、社會、經濟體系之互動<sup>21</sup>。藉由觀察社會整體變遷與法律制度之走向，以期能收「鑑往知來」之效。

是以，本研究在國內外著作權法制之建構上，以歷史及社會發展之進程加以分析，特別是針對我國法制，及對我國影響深厚之美國和德國法制以時間之排序，追本溯源探以其發展，以期能找尋過去之軌跡與將來之方向。

### 1.2.4 實證研究

依美國法律實證研究權威學者 Theodore Eisenberg 之分析，法律問題之實證分析（empirical analysis of legal issues），可分為三個支脈：

一、由訴訟當事人使用自然科學之實證分析方法，作為自身主張立證之支持，試圖獲得勝訴之判決；二、當事人使用社會科學之實證分析方法，同樣的以在個案中取得勝訴判決為目的；三、透過實證之方法，描繪法律系統之實際運作。<sup>22</sup>在上開三種之脈中，以第三個支脈在法學領域中受到較高之關注，因其不僅屬於個案之層次，更廣泛地牽涉到立法論之檢討與立法政策之擬定。<sup>23</sup>其相較於傳統法學之研究方法，有兩項重要的特色：其一，在於資訊收蒐集；其二，為資訊之分析。

<sup>20</sup> 按「法規範」與「法事實」的用語，可參見：林山田，「法事實研究——一個代加強的法學研究領域」，*刑事法論叢*，頁 408—409（1997）。

<sup>21</sup> 王泰升，「以台灣為主體的法律史」，*台灣法律史概論*，頁 12-13（2004）。

<sup>22</sup> See Theodore Eisenberg, *Empirical Methods and the Law*, 95 J. AM. STAT. ASS'N 665 (2000).

<sup>23</sup> 黃國昌，「法律實證研究方法初探」，*月旦法學雜誌*，第 175 期，頁 144（2009）。

依此，本研究採取第三個支脈為研究方法，在資訊收集上，本研究以司法院法學資料庫為檢索系統，收集相關判決；而在資訊之分析上，兼採質性及量化分析。

首先，採取描述性統計之分析方式對於研究範圍做定量，以期透過統計之方式，了解著作「原創性」判斷於訴訟實務上之重要性。包含：各法院關於原創性之判決數量、各種類著作在原創性之判斷爭議數量、法院對「原創性」多數採取之見解為何等。

其次，為了解法院對於原創性見解上「用語」之具體闡釋，本研究採取質性研究法之整理相關判決內容，觀察法院於個案中如何判斷作品是否具原創性，以歸納整理出屬於我國判斷之特色，進而了解理論與實務之落差，以期能明確化對於著作之概念。

### 1.3 研究範圍及限制

按著作權法之立法目的著眼於保障著作人之權益，促進其努力創作，進而有助於國家文化之發展。而就著作之成立判斷而言，以是否具備「原創性」為其核心要件，是以本研究旨在透過對於著作之原創性概念之多元面向之研究，以建構「著作」之概念。

就文獻之分析部分，以著作權法相關論著作為理論之基礎，範圍包括：

國內論著：如羅明通、謝銘洋、蔡明誠、黃銘傑、蕭雄淋等學者論述，以及其他相關學術期刊、論文、判決之整理。

國外論著：如美國之著作權權威 Nimmer 教授、德國 Rehbinder 中國華中科技大學法學院教授李揚等教授之學術著作等。

在比較法研究上，本研究盡量找出當地之第一手文獻，例如美國法院之判決原文、中國之相關學說論著與判決。惟囿於語言及時間之因素，就德國及日本之文獻，以中文翻譯之二手文獻進行分析。然為探究法院之用語，德文及日文判決之部分仍盡量由作者自身「閱讀原文」並加以「翻譯」之方式呈現。

在實證研究方面，由於研究者人力及時間有限，主要以我國智慧財產法院成立後近二年之判決為核心。其他法院之部分則以高等法院及最高法院之見解為分析。

## 1.4 研究架構

茲將本研究之主要架構說明如下：

### 第一章 緒論

首先，說明本研究之動機暨研究目的，以突顯出本研究之問題意識並框架本研究所欲探討之議題。其次，說明本研究之研究方法、研究範圍及研究報告架構，作為本研究之框架說明。

### 第二章 著作權法制概述

本文以為，法學研究不應只是單純之詮釋與比較，針對研究主題應「追本溯源」，兼顧社會與歷史發展，以探討法制之形成背景，尤其是各法系之相互影響及社會互動為何，以鑑往知來，並建構出我國著作權法體系之概念。

本章自著作權法制之起源與本質理論為探討，包括大陸法系及英美法系之著作權價值取向，其次探討我國著作權法制之沿革及立法演進，初探著作權法制形成之背景。

最後，進入著作概念做學理上探討，並針對著作權法與其他智慧財產權提出異同比較與說明，指出著作權法與其他智慧財產權之價值取捨與制度上相異之處，以彰顯本研究之問題意識，作為對研究議題之初步背景探討。

### 第三章 英美法系之原創性概念

按我國之著作權法制建立與修訂係參考英美及大陸法系主要著作權法，本章以英國與美國為英美法系代表，分析其對於著作之判斷標準及原則。又英美法系為判例法（case law）國家，因此在分析方式除以條文之沿革加以闡釋，更著重在於對於司法判例之討論，深入了解該個案所欲探討之爭議，以及其所代表之意義。並在章末為歸納分析。

#### 第四章 大陸法系之原創性概念

就大陸法系國家而言，本文選擇以德國及亞洲國家日本、中國等國為大陸法系代表，為探討與評析。德國為歐陸典型以人格精神為著作權立法價值取向之國家，與美國法最大之不同在於，設有著作鄰接權制度；而日本及中國著作權法與我國皆參考英美及大陸法系之主要著作權法制訂，與我國著作權法制背景有相似性，然在體例之構成上，與我國。我國學說及實務用語亦多有參酌日本著作權法，本章亦一併為研究與分析。並在章末為歸納分析。

#### 第五章 原創性爭議問題分析

若認為「原創性」在著作成立判斷時為核心、必要之要件，則當透過以下幾個問題的討論，可釐清「原創性」在著作成立時之地位與重要性：

承前章所論，藉由比較法之觀點對原創性之整體（general）為「總體」概念分析，本章欲透過以下問題之提出與分析，釐清原創性在著作權。共可分為三大部分：

##### 1. 「原創」卻「非法」衝突時，還能否為著作？

(1)對於未經原著作權人授權而擅自改作之衍生著作，是否仍享有著作權之著作，而受到著作權法之保護？

(2)色情著作得否取得著作權？對於猥褻物品而違反公序良俗之創作，得否因具有「原創性」而為著作權法上之著作？

2. 低度甚或沒有創作性之著作是否真的完全不能受到保護？例如對於以整理、歸納為主要貢獻之「資料庫」著作，若僅具有低度甚或是沒有創作性，還能否為著作而受著作權法之保護？

3. 對於低度原創性之著作應採取何種保護方式？例如對於表演、廣播、錄音等著作，在大陸法系上稱以「著作鄰接權」保護之，而我國有無引進之必要？

分析方法上，兼採取文獻分析法、比較法研究以及我國法院之實證研究，針對國、內外法制和學者見解為分析及討論，並擷取我國目前實務之作法為

比較，希冀透過比較「原創性」以及各種價值之衝突，確立原創性於我國法制之體系及定位，更進一步地建構出屬於我國之著作權法制。

## 第六章 原創性在我國司法之實證研究

本章為於法學之實證研究，擬從我國司法實務之實際運作探討法院對於「原創性」之判斷情形，研究方法上兼採取量化與質化之研究途徑。

首先，以定量方式了解著作「原創性」判斷於訴訟實務上之重要性。包含：法院關於原創性之判決數量、各種類著作在原創性之判斷爭議數量、法院對「原創性」多數採取之見解為何等。

其次，為了解法院對於原創性見解上「用語」之具體闡釋，本研究將整理相關判決內容，觀察法院於個案中如何判斷作品是否具原創性，以歸納整理出屬於我國判斷之特色，進而了解理論與實務之落差，以明確化對於著作之概念。

## 第七章、結論－建構屬於台灣之著作權法制

本章將綜合前述各章節之討論，試圖建構出原創性之一般性概念，以及在各類型著作之具體適用要求。

## 第二章、自著作權法制之建構框架著作權之核心概念

### 一 原創性

本章之重點在於透過對著作權之「歷史發展」與「制度內容」之雙重面向分析，建構著作權之概念，以分析屬於「我國」及「著作權」範疇之特色。

首先，將依時間之序列，自著作權概念之起源（歐洲大陸）為始，探究東、西方之著作權概念之萌芽、平行發展、交會、重合以及相互影響之歷史進程，以建構出屬於我國特色之著作權法制。

其次而在制度內容之部分，自各種智慧財產權之內容為分析，以找出著作權有別於其他智慧財產權之特色，以強化、鎖定本研究之研究範疇。

### 2.1 著作權之概念

著作權係無體財產權(Immaterialgüterrecht, 或稱「智慧財產權(Intellectual Property Right)」)之一種，係一種抽象存在而由法律規範所保障之權利，此權利具有財產上之價值，性質上屬於私權之一種，權利人可自行行使或以之為交易之客體，且由於此權利具有與物權類似之排他、對世效力，因此雖非物權，常被歸類為「準物權」。<sup>24</sup>

然究其本質而論，著作權係以人類精神創做為保護對象之智慧財產權，由於屬高度人格之表現，與「人格權」之保護亦有密切之關係。因此，一般認為，著作權之權利內涵有二：其一為有關保護財產利益之權利，例如：重製權、公開口述權、公開播送權、公開上映權、公開演出權、公開傳輸權、公開展示權、出租權、改作權、編輯權、散布權等，總稱「著作財產權」；其

<sup>24</sup> 參照謝銘洋，「智慧財產權：第三講—智慧財產權之性質與特徵」，月旦法學教室，第2期，頁135(2002)。然實務有認為著作權之性質究與物權之性質迥然有別者，98年智慧財產法院刑智上訴第44號判決：「……是以著作之內容一旦以一定形式對外表達後，任何人無須藉由著作人之協力，即得加以利用，具有「非獨占性」(non-exclusive)、「無耗損性」(non-rivalrous)、「共享性」之特質，而與物權所保護之財產標的物具有「獨占性」(exclusive)、「耗損性」(rivalrous)、「自然稀少性」(natural scarcity)之性質迥然有別，著作權無法如物權人僅須占有特定之有體物即可排除他人使用。」

二為有關著作人格權之權利，例如：公開發表權、姓名表示權、禁止不當修改權（同一性保持權）等，總稱「著作人格權」<sup>25</sup>。我國著作權法亦規定，著作權包含「著作財產權」及「著作人格權」<sup>26</sup>。

## 2.2 著作權法之本質

### 2.2.1 萌芽—商業及科技發展下催生

探就著作權發展之歷史，著作權概念之萌芽，可追溯於 18 世紀前後。隨著歐洲經濟的近代化，創造的部分成果之上開始有了新的利益，即產業利益。相較於古代為重複的單純再生產，近代的生產方式為「擴大再生產」。為了擴大再生產，就必須刺激知識創造。

而另一方面，隨著技術的發展，各種發明與作品已經實際地在工業和出版業中成為主要產業要素，必須在這些要素上界定財產權。因此，對於智慧財產權界定之訴求，多來自於工商業領域<sup>27</sup>。

準此，著作權之發展與科技及商業發展密不可分有密切之關係。依據美國學者 David G. Post 之見解，著作權法制之建立與科技之發展息息相關，大致上可分為三個歷程：

#### 1. 修道院抄寫之時代（Era of Monastic Manuscript）

對於作者或出版商而言，著作權之保護示沒有必要的。蓋因重製之成本太高，在沒有任何工具可以幫助人麼降低重製程本的情況下，侵害著作權不僅是困難的，而且也是毫無效益的，是以無須立法保護著作權。

<sup>25</sup> 蕭雄淋，著作權法論，頁 1。

<sup>26</sup> 我國著作權法早期所稱之著作權僅指著作財產權而言，著作人格權則獨立存在，不在著作權所包含之範圍內：按民國 74 年 7 月 10 日修正之著作權法第 3 條第 1 項第 2 款規定：「著作權：指因著作完成而發生第四條所定之權利。」，第四條規定：「著作權人，依著作性質，除得專有重製、公開口述、公開播送、公開上映、公開演奏、公開展示、編輯、翻譯、出租等權利外，並得專有改作之權。」故當時所稱之著作權不含著作人格權在內。民國 81 年 5 月 22 日修正之著作權法，明確採取二元論之立法，第 3 條第 1 項第 3 款規定：「著作權：指因著作完成所生之著作人格權及著作財產權」，且著作人格權不得讓與（同法第 21 條參照），故僅有著作財產權讓與契約，無著作人格權讓與契約。相關論述見羅明通，前揭註 4，頁 95。

<sup>27</sup> 李琛，「關於『中國古代因何無版權』研究的幾點反思」，法學家，2010 年第 1 期，頁 56（2010）。

## 2. 古騰堡印刷機時代 (Era of Gutenberg Press)

印刷機的發明，雖使文化傳播更為快速，然卻也使得重製他人的著作不再是高成本、低效益的工作，是以對於作者和出版商而言，即有必要設計一套法律制度因應此項科技之發明，保護著作權。世界上早的著作權法，即在印刷機發明後，於 1710 年在英國誕生之《安娜法》(Statute of Anne/ Anne Act)。

## 3. 混淆的出版年代 (Era of Promiscuous Publication)

此為在電腦科技及網際網路之普及後，數位科技之發展除了重製他人之著作變得十分容易外，在網際網路上侵害著作權之行為，不但難以杜絕，也不易特定侵權行為人。著作權法能否有效之執行落實，變得更為困難。<sup>28</sup>

綜上所述，著作權概念之萌芽與科技發展及產業利益之追求息息相關：當「創作成果」因科技的發展而具有高度之產業利益時，人們便開始意識到「智慧結晶」雖屬無形，然卻不能否認價值，進而對之主張權利，促使了智慧財產之相關法律發展。而也因為法律賦予創作人一定之權利，進而鼓勵創作人努力創作，對文化、產業及科技發展亦有正面之幫助。

### 2.2.2 發展—英美法系與大陸法系之不同價值取向

歐洲各國經過工業革命、文藝復興等運動，相繼建構智慧財產權之保護體系。然而由於各國之政治、經濟、文化之差異，在著作權法之發展過程中，形成了不同價值取向之思維，其中又以英美為代表之英美法系，以及德法為代表之大陸法系 (Civil law) 最具有代表性。

英美法系以「社會本位」的立法思想，使得作品的保護偏向於「經濟利益」的保護，而大陸法系則以「自然權利」、「天賦人權」為主要之立法指導，強調著作權是因作者創作作品的這一事實而對作品享有的一種「自然權利」，而非法律所賦予，法律的規定只是對「天賦人權」更明確化而已<sup>29</sup>。兩大法

<sup>28</sup> David G. Post, *New Wine, Old Bottles: The Case of the Evanescent Copy*, AMERICAN LAWYER, May 1995, available at: <http://bat8.inria.fr/~lang/hotlist/free/licence/papers/evanescent-copy.html>.

<sup>29</sup> 楊延超，作品精神權利論，中國西南政法大學博士論文，頁 23 (2006)。相關論述可參見：李祖明，「網際網路上作者精神權利的保護與限制」，智慧財產權月刊，第 57 期，頁 20 (2003)。

系對於著作權不同的立法理論基礎，形成了不同價值取向著作權法制。

### 2.2.2.1 英美法系國家之財產價值論

普通法系國家主要以「財產價值」為立論基礎，認為著作權本質上乃是基於「商業之目的」而專有「複製」作品之權利，因此，著作人的權利被稱為「copyright」，即含有「複製權」之意。

威尼斯共和國在 1474 年頒佈了世界上第一部專利法，於 1469 年授予了世界上最早的印刷特權；而英國的 1624 年《壟斷法》和 1710 年的《安娜法》則被認為是現代意義的第一部專利法和著作權法。該法正式運用「author」此一概念，對於創作性的勞動進行保護，惟此時之著作權僅被當作是「財產權」來加以保護，並未能兼顧著作人之人格利益。

### 2.2.2.2 大陸法系國家之人格價值論

#### 1. 人格權說

著作人格權之觀念起源於法國，經過一世紀的演進，在德國哲學家康德理論之引導下，於二十世紀初逐漸在歐洲大陸國家建立統一的名稱（moral right）。<sup>30</sup>

法國議會在 1793 年制定著作權法以後，關於著作之本質理論，存在著兩派學說：一派認為，著作權是一種財產權，此派被認為是傳統學說；另一派則認為著作權由另一個更抽象的「人格權」所衍生出來的權利，在 1860 年前後，法國學術界出現了所謂「人格主義」學派，其認為：著作權所提供之保護，事實上是針對作者人格利益的保護，對於著作權屬於財產權之觀點猛力抨擊。<sup>31</sup>

而在大陸法系中，著作人格權又分為一元論（the monist view）及二元論（the

<sup>30</sup> 劉孔中，「著作人格權法理之建構」，智慧財產權法制的關鍵革新，頁 33（2007）。

<sup>31</sup> 楊延超，前揭著 29，頁 23。

dualist view)，兩個系統，以法國為二元論的代表，而德國為一元論的代表國家。二元論及一元論間之最重要的爭論為德國的 Joseph Kohler 及 Alfred Gierke 之間的論戰<sup>32</sup>，Kohler 主張著作人格權有別於著作財產權，被認為是二元論之代表；而 Gierke 著張著作人格權為著作財產權之一部分，被認為是一元論之代表，茲介紹如下。

## 2. 二元論 (the dualist view)

二元論學說之主要代表為德國的 Joseph Kohler，其認為：著作權是人身之外產生，然非以有形方式存在、不能觸摸和感觸在財產上的「一種權利」。著作人格權有別於著作財產權，此二種權利應區分開來。<sup>33</sup>著作權兼有著作人格權與著作財產權之特徵，著作人格權不能移轉他人，當著作人死亡之後，著作人格權仍視為繼續存續，其不能為繼承之標的，至於著作財產權則具有終局之效力，與一般財產權移轉相似。

二元論以法國為代表國家。法國於 1789 年法國大革命後，在以「天賦人權」之自然法思想之影響下，作品被視為作者精神的延伸，作者對於作品不但有對待財產權一樣的經濟作用，而且也應當維護著作人格與作品間之精神權利。<sup>34</sup>法國著作權法將精神權利和經濟權利分開進行保護，經濟權利只能在一定期限內得到保護，可以與作者的人身分離進行轉讓或放棄，而精神權利則無法與作者的人格分離，不能放棄亦不能轉讓，這種體系被稱為二元論，所採行的國家如義大利、西班牙、日本等國。<sup>35</sup>

## 3. 一元論 (the monist view)

關於一元論之主要代表學者為 Alfred Gierke，他認為著作權之對象是智力作品，此一智力作品是作者人格之表露，作者透過創作活動使自己具有個

<sup>32</sup> 參考王敏銓，「著作人格權之負面效果與合理使用－伯恩公約與美國法之探討」，月旦法學雜誌，第 111 期，頁 46 (2004)。

<sup>33</sup> 參考雷炳德，前揭著 7，頁 26。

<sup>34</sup> See PAUL GOLDSTEIN, COPYRIGHT, PATENT, TRADEMARK AND RELATED STATE DOCTRINES 855 (1981).

<sup>35</sup> 李祖名，前揭著 29，頁 20。

性特點的思想得以反映。他認為：儘管著作權歷史的發展最初對於著作權之保護係為經濟的因素，但是法律所保護之權利為「作者對於作品是否公開之權利」，此一權利就是「人身權」<sup>36</sup>。根據此一理論，著作權是以人身基礎為出發的，著作權含有著作人格權與著作財產權之權能，但此兩種權能有密切關聯之關係，不能彼此分離。

一元論以德國為代表國家。德國著作權法認為，著作權的各項權能是一個不可分割的整體，精神權益與經濟權益在很多情況下能相互保護，精神權利與經濟權利享有同樣的保護期，而並非得到永久的保護。採取此一元說的國家還有奧地利、匈牙利、捷克等國。<sup>37</sup>



---

<sup>36</sup> 楊延超，前揭著 29，頁 24。

<sup>37</sup> 李祖名，前揭著 29，頁 20。

## 2.3 我國著作權法制發展沿革及特色

我國具近代意義之著作權法係源於晚清《大清著作律》，該法係在政治、外交、社會等多重壓力下制訂，法制建構之初，參酌英美及大陸法系之著作權法，但在立法之思想上受德國及日本之影響最深：我國著作權法之體例而言，係將著作人格權與著作財產權二者分立，類似於大陸法系之二元論；而就著作之要件而言，我國著作權法並未明文規定著作權法中，而係從法條之解釋與法院之實務見解加以建構；進一步而言，在著作之「原創性」要件，因我國法制同時繼受二大法系，因此在實務用語上兼有「人類精神作用」等大陸法系用語與「最少限度之創意性 (minimal requirement of creativity)」等英美法系用語。綜上，本文以為為建構屬於我國之著作權法制，必先瞭解在我國著作權法係繼受外國法制之特殊背景，以達鑑往知來之效。

一般認為，具現代意義之著作權法乃起源於歐洲，在著作權立法上，不論是財產價值取向或人格價值取向，皆為在私法基礎上所建構之理念，詳如前章(2.2)所論。然而，就東方社會(此指中國)而言，是否如西方一般發展出屬於中國之著作權法體系，不無疑問。

若著作權法是科技發展之產物，則中國為最早發明印刷術之國家，然而，一個最先出現的印刷術之國家卻沒有出現著作權法，似乎頗值得深思<sup>38</sup>。因此，科技之發展並不是影響法律的直接因素，只有當科技對社會關係產生「重大影響」時才會帶來法律的變化，是以為探究屬於我國特色之著作權法體系，我們必須更從文化、社會層面加以討論。

### 2.2.1 歷史背景

#### 2.2.1.1 中國傳統之著作權

關於中國傳統上是否有著作權之議題，則向來有肯否二說：肯定論者認為著作權保護制度起源於我國宋代，否定論則否認中國古代存在真正版權意

<sup>38</sup> 李雨峰，槍口下的法律：中留版權史研究，智慧財產權出版社，第 61 頁 (2006)。

義上的保護<sup>39</sup>。然而，不論採肯定論或否定論都並有欠妥當。

按宋代以後，商品經濟、雕板印刷術的發展，使得複製較以往便利，於是就產生了對「版本」保護的要求，刻書家要求官府保護其印刷圖書的專有權，於是就出現了版本保護的文告。這些文告名稱有公據、榜文、牒文之稱。文告的發布，明令禁止其他人擅自隨意刻印圖書，產生了規範印刷行為的作用，當然其重點保護的是「印刷出版人」的權利。

因此，若採肯定論，認為中國宋代就有了版權保護制度，並非妥當。乃因中國宋代制度基礎是封建的等級制度，保護的重點是「印刷出版專有權」為基礎的「出版人」權利，與著作權重點保護的主體，即「作者」的權利不同，也與著作權制度建立在平等主體的「私法基礎」之上的理念相異。所以，概括認為中國古代版權保護制度起源於宋代有些欠允當。

然而，我們也不能一味的否定中國之著作權制度。蓋因中國古代雖未如英國那樣頒佈專門的普遍適用的成文法律，但是封建政府在版本保護方面的國家管理是存在的。雖然版本保護與著作權保護不同，但皆為對圖書出版的規範，是以完全否認中國全無著作權保護制度亦尚欠允當。

綜上所述，探中國古代著作權保護之源，並不是「現代意義」的、建立在「私權」平等基礎上的法律制度，而是建立在「公法」範疇上的、主要保護「專有出版權利」的法律制度，這是中國特定歷史條件下所產生的具東方色彩之著作權。

#### 2.2.1.2 具現代意義之著作權

從十九世紀六、七十年代開始，西方近代意義上的版權保護理念已在晚清之士中間滲透與擴散，然而但直到 1910 年，清政府才制定並頒佈了中國第一部版權保護法——《大清著作權律》。此乃是晚清政府在國內外雙重壓力下所做出的選擇，分析如下：

##### 1. 國內一作者意識抬頭

<sup>39</sup> 王蘭萍，「近代中國著作權法的成長（1903—1910）」，華東政法大學博士學位論文，頁 5—6（2005）。

中日甲午戰後，中國知識界輿論劇變，西學東漸進一步深入，翻譯介紹西方書籍一時蔚為時尚。但當時書局與作者的關係是：書稿完成後，即由出版商一次購買，歸書局所有，以後的銷售狀況及收益多寡，一概不再與作者發生關係。

1901年，嚴復在給南洋書局編譯局總辦張元濟的信中指出：「如果我國對著、譯者的精神耗損補償不當，不僅會讓譯者從此灰心，而且會使他們出於計利省心之念，只求速度，不顧品質，不能激勵著譯之士譯出上乘之品，也無法獎勸後來之士。」這是嚴復代表中國著譯界，從情理上要求政府給作者以經濟、精神雙重利益保護的開始。同時，梁啟超和美國傳教士林樂知等也紛紛撰文呼應，要求國家制定法律，維護知識界秩序，對著述之人進行獎勵，激勵其進步<sup>40</sup>。

對於來自社會智識之士的籲請，以張百熙為代表的政府統治階層也深感著作權保護不力與政策不及的社會危害。光二十九年（1903年）5月1日，他在對嚴復上書的批復中，也認為「書賈之謀毀版權，心最巧詐……殊堪痛恨」<sup>41</sup>。在印刷技術發展、價值觀念變革、學術需求強化等因素綜合發展下，張百熙等人出於事理的考量，肯定著者及譯者的權益，主張制定著作權法條<sup>42</sup>。

## 2. 國外壓力—美日列強之要求

清末，美、日等列強挾經濟、軍事上勢力，紛紛向中國提出「著作權（中國稱「版權」）互保」之要求。

1902年5月，日本借與清政府修訂中日《通商行船續訂條約》之際，向清政府提出了著作權的「互保」要求：「日本臣民特為中國人備用起見，以中國語文編成之各書籍、地圖、海圖及其余一切著作，執有印書之權，即由中國設法保護，以免利益受虧。」<sup>43</sup>而隨後，自身還未加入《伯恩公約》的美國，也在中美《通商行船續訂條約》正式議案中提出：「凡書籍、地圖、印件、

<sup>40</sup> 馮秋季，「理與勢：晚清版權保護政策的兩難選擇」，河南社會科學，第17卷第5期，頁166（2009）。

<sup>41</sup> 管學大臣批答廉惠卿部郎呈請明定版權，大公報（天津版），1903-06-04。

<sup>42</sup> 前揭註40，頁167。

<sup>43</sup> 中國近代經濟史料叢刊編輯委員會，辛醜和約訂立以後的商約談判，北京：中華書局，1994。

鑄件或譯成華文之書籍，系經美國人民所著作，或為美國人民之物業者，由中國政府援照所云保護商標之辦法及章程極力保護。」<sup>44</sup>

1908年，日、美兩國簽署《關於在清國相互保護發明創造及著作權的日美條約》，其第二條規定「締約國一方之臣民或人民，其文學及美術著作並其複製品之著作權，於清國境內得享受與另一方版圖內同等程度之保護」<sup>45</sup>。如此，日、美兩國的著作在中國境內銷售，可以享受著作權保護，而中國國內人士的著作卻從保障。至此，清政府才不得不加快了版權律例制定的步伐。1910年，由民政部發佈告示公佈實施中國之第一部著作權成文法典—《大清著作權律》。

## 2.2.2 立法沿革及特色

### 2.2.2.1 沿革

承上節所述，我國之著作權法係在晚清政治、外交、社會等多重壓力下制訂，法制建構之初，參酌英美及大陸法系之著作權法，但在立法之思想上受德國及日本之影像最深，其後，在美國、世界貿易組織，以及科技（網際網路）之發展下進行了多次的修訂，茲將我國著作權法之沿革，依時間之排序及該時期之特徵，以表格方式呈現如下：

表 1：我國著作權法修訂沿革

時期	時間	著作權法修訂重點
我國著作權法制之形成	宣統 2 年	大清著作權律制定
	民國 4 年	北洋政府制定「著作權法」
	民國 17 年	國民政府制定「著作權法」
我國早期之著作權法	民國 33 年	修正公布全文 37 條
	民國 38 年	修正公布第 30、31、32、33、34 條條文
	民國 53 年	1. 增訂製版權之保護

<sup>44</sup> 同前註。

<sup>45</sup> 原文：《清韓兩國ニ於ケル發明意匠商標及著作權保ニ関スル日米条約締結一件》，(清)外交報發行處編輯，外交報彙編，台北廣文，民國 53 年。

		<ol style="list-style-type: none"> <li>2. 增訂有關行政機關公權力行使之規定</li> <li>3. 加重侵害著作權之處罰</li> <li>4. 增訂立法授權主管機關制定施行細則之權力</li> </ol>
	民國 74 年	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 由註冊主義改為任意註冊主義</li> <li>2. 增列電腦程式為受著作權保護之客體</li> <li>3. 增訂音樂強制授權規定</li> <li>4. 著作權人團體之規定</li> </ol>
美國壓力下 型塑之著作 權法制	民國 79 年	增訂著作權權利耗盡原則
	民國 81 年	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 對外國人著作之保護改採創作保護主義</li> <li>1. 外國人著作之保護採平等互惠之原則，並保有翻譯權</li> <li>2. 區分著作權為著作人格權與著作財產權</li> <li>3. 延長著作財產權之保護期間</li> <li>4. 增訂職務創作與出資聘人完成創作之著作權歸屬</li> <li>5. 明訂著作權合理使用之情形</li> <li>6. 擴充強制授權項目</li> <li>7. 增訂著作人仲介團體與著作審議、調解委員會之規定</li> <li>8. 7.增訂刑罰規定</li> </ol>
	民國 82 年	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 禁止著作權之平行輸入</li> <li>2. 7.16 中美著作權保護協定生效</li> </ol>
世界貿易組 織協定影響 之著作權法 制	民國 87 年	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 修正著作權強制授權項目</li> <li>2. 修正受雇人與出資人權益歸屬</li> <li>1. 增訂對「表演」之保護</li> <li>2. 擴大合理使用之範圍</li> <li>3. 廢除著作權登記制度</li> <li>4. 增訂回溯保護規定</li> </ol>
	民國 90 年	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 修正電腦程式著作財產權之保護期間</li> <li>2. 增訂電腦伴唱機利用人公開演出音樂著作免責規定</li> <li>3. 增訂著作財產權授權公證效力</li> <li>4. 增訂專屬被授權人之地位</li> <li>5. 刪除著作權調解及審議委員會審議著作權仲介團體所訂使用報酬率之規定</li> </ol>
美國壓力及 因應網際網 路環境所為 之修正	民國 92 年	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 明列「暫時性重製」屬於「重製」之範圍，並增訂「重製權」之排除規定</li> <li>2. 增訂公開傳輸權、散布權、錄音著作公開演出之報酬請求權、表演人之出租權等權利，並修正公開播送之定義</li> <li>3. 增訂權利管理電子資訊保護規定</li> </ol>

		<ol style="list-style-type: none"> <li>4. 釐清專屬授權之疑義</li> <li>5. 修正合理使用規定</li> <li>6. 增訂製版權之讓與或信託登記規定</li> <li>7. 強化著作權或製版權爭議調解之效力</li> <li>8. 增訂著作權專責機關應設置著作權審議及調解委員會</li> <li>9. 明定使用盜版電腦程式著作之責任</li> <li>10. 修正侵害著作權及製版權之民、刑責任規定</li> <li>11. 增訂回溯保護過渡期間應支付使用報酬及過渡期滿不得再行銷售或出租</li> <li>12. 釐清本法主管機關及著作權專責機關之權責</li> </ol>
	民國 93 年	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 增訂防盜拷措施保護規定</li> <li>2. 修改暫時性重製之排除規定</li> <li>3. 將「以侵害著作人名譽之方法利用其著作人」視為侵害著作權或製版權</li> <li>4. 增訂海關主動查扣及沒收、沒入規定</li> <li>5. 修正侵害著作權刑責規定</li> <li>6. 增訂侵害著作人格權者之刑事處罰</li> </ol>
配合刑法廢除常業犯所為之修正	民國 95 年	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 為因應刑法刪除常業犯，刪除第 94 條常業犯之規定。</li> <li>2. 相關條文第 98 條、第 99 條至第 102 條及第 117 條為配合修正。</li> </ol>
因應網路技術發展所為之修正	民國 96 年	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 增訂對電腦程式或技術提供者之規範</li> <li>2. 增訂主管機關對於業者違法，經法院判決確定且情節重大者，得命令停業或勒令歇業。</li> </ol>
	民國 98 年	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 增訂網路服務提供者之定義。(修正條文第 3 條第 1 項第 19 款)</li> <li>2. 網路服務提供者得適用第六章之一民事免責事由之共通要件。(修正條文第 90 條之 4)</li> <li>3. 各類網路服務提供者對其使用者侵害他人著作權或製版權之行為，如業者確實遵守本法所定程序，即可不負賠償責任。(修正條文第 90 條之 5 至第 90 條之 8)</li> <li>4. 提供資訊儲存服務之網路服務提供者執行回復措施時，應遵守之事項。(修正條文第 90 條之 9)</li> <li>5. 網路服務提供者依規定移除涉嫌侵害著作權或製版權之資訊，對使用者不負賠償責任。(修正條文第 90 條之 10)</li> <li>6. 不實通知或回復通知致他人受損害者，應就所生之損害負賠償責任。(修正條文第 90 條之 11)</li> </ol>
著作權管理及利用之修	民國 99 年	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 將「著作權仲介團體」修正為「著作權集體管理團體」</li> <li>2. 將公開播送之二次利用行為回歸屬民事問題，不生第七章著作權侵</li> </ol>

正		<p>害之刑事責任問題。</p> <p>3. 為開放學習障礙學生合法使用有聲書，保障學習障礙學生學習之權利，爰於增訂學習障礙者為合法使用有聲書之對象。</p>
---	--	---

### 2.2.2.2 我國著作權法制沿革之特色

觀察上開法制發展之沿革，本文將我國著作權法制發展粗略歸納成下列三階段：

#### 一、法制萌芽期（宣統 2 年~民國 79 年）—迫於西方之壓力

我國早期並無現代意義之著作權之概念，對著作權權保護之概念與西方基於對作者智慧結晶保護之私法概念不同，而係建立在「公法」範疇上的、主要保護「專有出版權利」的法律制度。

而具現代意義之法—《大清著作權律》，係基於外交及政治勢力下之產物，法制建構之初，係參考英美及大陸法系主要國家著作權法制定，外來色彩濃厚。

#### 二、法制之建構期（民國 79 年~民國 95 年）—深受美國及世界貿易組織協定之影響

我國著作權法法制建構期，歷經多次修正，最重大之二次修正主要係受美國及世界貿易組織之影響。蓋因民國 74 年著作權法修正後，中美著作權之爭議即自該年 10 月展開一連串之談判，直至 78 年 7 月 13 日草簽「中美著作權保護協定」方暫告一段落。

其中，78 年 5 月 19 日中美雙方究 MTV 簽署之「中美視聽著作權保護及執行取締協議」，同意修正著作權法第 3 條第 30 款公開上映權，為履行該項承諾，我國著作權法於 79 年之修正便針對該公開上映權等部分條文進行修正。而民國 81 年之修法，係鑑於國內社會之變遷、國際貿易發展迅速，衡諸國內外客觀情勢需要，參考進步國家之立法例進行修正。<sup>46</sup>

<sup>46</sup> 參見行政院 79 年 12 月 20 日台內字第 38611 號函請立法院審議「著作權法修正草案」之著作權法修正草案總說明。

綜上所述，此時期我國著作權法之修正係因應美國等國際壓力所趨，外來色彩仍濃厚。

### 三、法制之重構期（民國 95 年~）－因應網際網路科技發展與國際發展趨勢

此時期最重要之修正係針對網際網路發展所進行之修正，包括針對電腦程式或技術提供者規範之增訂等。90 年代以來，著作權法因網際網路科技之發展受到巨大之衝擊，美國學者 David G. Post 將之稱為「混淆的出版年代」<sup>47</sup>，在電腦科技及網際網路之普及後，重製他人之著作更為容易，在網際網路上侵害著作權之行為，不但難以杜絕，也不易特定侵權行為人，各國莫不針對此進行修法，惟在此科技環境下，著作權法能否有效之執行落實，不無疑問。

另外，為了因應我國刑法廢除常業犯，我國著作權法於民國 95 年進行相關之修正。顯示我國之著作權法之發展，除因應科技之走向亦兼具國內發展之特色。

---

<sup>47</sup> Post, *supra* note 28.

## 2.4 著作之概念

### 2.4.1 著作要件

#### 1. 各法系對著作要件之定義

美國為代表之普通法系著作權法以財產價值觀為取向<sup>48</sup>，其著作要件為：  
1. 原始性 (originality)、2. 創作性 (creativity)、3. 附著性 (fixation)<sup>49</sup>。

而大陸法系如德國著作權法則以人格價值為取向<sup>50</sup>，其之著作要件為：  
1. 精神之內容、2. 某種表達之形式、3. 原創性<sup>51</sup>者，亦有列為：1. 精神內涵、  
2. 人格之創作、3. 人類可感知之一切表現形式、4. 創作特性程度。綜上，  
在大陸法系下，多以創作 (Schoepfung)、精神內涵 (geistiger Gehalt)、形式  
表現 (Formgebung)、個性 (Individualitaet)、必要之創作高度 (die enforderliche  
Gestaltungshoehe) 等為保護要件<sup>52</sup>。

#### 2. 我國學說見解

關於著作之要件，各學者間見解不一，茲分述如下：

羅明通教授認為著作之保護要件有四：(1)須具有原創性(2)須具有一定之  
外部表現形式(3)為文學、科學、藝術或其他學術範圍內之著作(4)須非不得為  
著作權標的之著作<sup>53</sup>。

蔡明誠教授則列出著作保護要件為：(1)原創性(2)客觀化之表達(3)屬於文  
學、科學、藝術(4)非被排除保護之著作等四要件<sup>54</sup>。

謝銘洋教授則認為著作要件為：(1)原創性(2)人類精神上之創作(3)一定之

<sup>48</sup> 羅明通，著作權法論(I)，頁 98 (2009)。

<sup>49</sup> *Supra* note 5.

<sup>50</sup> 羅明通，前揭著 4，頁 99。

<sup>51</sup> 雷炳德 (德) 著，張恩民譯，*Urheberrecht* 著作權法，頁 115 (2004)。

<sup>52</sup> 參見蔡明誠主編，國際著作權法令暨判決之研究，肆—德國著作權法令暨判決之研究，內政部，民國八十五年四月，頁 29—30。

<sup>53</sup> 羅明通，前揭註 4，頁 154。

<sup>54</sup> 蔡明誠，「論著作之原創性與創作性要件」，法學論叢，第 26 卷第 1 期，頁 187-188 (1996)。

表現形式(4)足以表現作者之個性或獨特性(5)不屬於著作權法第九條排除之範圍<sup>55</sup>。

### 3. 我國實務見解

我國實務上，對於著作之定義基本上與羅明通教授之見解大致相同，總體而論，受保護之著作須具備四要件：

97年刑智上易字第63號：「又受保護之著作須具備下列四要件：(1)須具有原創性(2)須具有客觀化之一定形式(3)須屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作(4)須非不受保護之著作，而著作權保護之著作，須具有原創性，著作權所須之原創性，僅獨立創作即可，而不須具有新奇性。」

綜上所述，兩大法系就著作權法要件闡示各不同，用語及其內涵亦有別，惟我國實務及學說上，有受普通法系影響者，強調著作之原始性(originality)及創作性(creativity)；亦有採大陸法系如德國之用語「精神內涵(ein geistiger Gehalt)」、「個性(individualität)」者，或二者兼備之情形。

本研究就著作要件之分析上，主要係以羅明通教授之分類為分析，兼論大陸法系之「人類精神創作」，詳述如後。

## 4. 要件分析

### (1) 原創性

#### I. 原創性之法源依據

著作權法第13條規定，著作於著作完成時享有著作權，惟並非所有之作品皆受著作權法之保護，著作權法所保護之著作有一定之範圍，著作權法第3條第1項第1款規定：「著作：係指屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍內之創作」，而本條所稱之「創作」，目前實務上認為即指具原創性<sup>56</sup>，為原

<sup>55</sup> 謝銘洋，「論著作名稱之保護」，法令月刊，第50卷第3期，頁3（1999）。

<sup>56</sup> 最高法院90年度台上字第2945號刑事判決：「著作權法第三條第一項第一款規定……，所稱之創作，需具有原創性，即需具有原始性及創作性……。」

創性之法源依據。

而我國實務見解有從目的而論者，此時法院對於著作權保護要件引用憲法第 11 條言論自由之保障與著作權法第 1 條之立法目的，建立著作權法之著作論述基礎。如台灣台北地方法院 83 年度自字第 250 號刑事判決：

「按著作權法所稱之著作，係指著作人所創作之精神上作品，而所謂之精神上作品除須為思想或感情之表現且有一定之表現形式等要件外，尚須具有原創性始可稱之……如其精神作用的程度甚低，不足以讓人認識作者的個性，則無保護之必要，此乃我國著作權法第 1 條之所以規定該法之制定目的，係為保障著作人之權益，調和社會公共利益，促進國家文化發展。」

「……又依憲法第十一條規定，人民有言論自由及出版自由，若著作權法所保護之著作過於浮濫，不但使人民於從事出版活動時困難重重，影響所及，亦將妨害人民資訊取得之便利，而資訊之取得，實為人民充分言論自由之前提，故著作人所創作之作品固須加以保護，但仍須有一定之限度，以調和社會公共利益及保障一般人民之言論、出版自由等基本權利。」

## II. 原創性之內涵

「原創性」係指著作人基於其人格精神而獨立創作，以表達其思想、感情或個性，並具有最低程度之創意。就原創性之內涵而言，有廣義與狹義之別，廣義者認為原創性包含原始性（又稱獨創性，originality）及創作性（creativity），而採狹義者則認為原創性僅指作品需具備原始性，合先敘明。

我國法院對於原創性大體係採廣義之解釋，並兼指人類精神作用，其程度且已足表現著作人個性或獨特性者，具體而言，法院之用語如下：

### i. 採廣義解釋者

智慧財產法院 98 年刑智上易字第 98 號判決：「所謂創作，即具『原創性』之人類精神上創作，包含『原始性』及『創作性』之概念。所謂原始性，係指著作人未抄襲他人著作，而獨立完成創作（最高法院 90 年度臺上字第 2945 號刑事判決參照）。創作性，則指創作至少具有少量創意，且足以表現作者之個性或獨特性。」

## ii. 採狹義解釋者

我國最高法院有似採狹義解釋者，在對於「原創性」之討論上僅論及「獨立創作」之部分，而未對於著作之「創意度」加以闡釋。如：

最高法院 97 年台上字第 3914 號刑事判決：「……再者，著作權法所稱之原創性，僅係非抄襲自他人而為獨立創作即可，至所完成之著作是否具備新穎性，要非所問。」

智慧財產法院 97 年刑智上易字第 63 號判決：「而著作權保護之著作，須具有原創性，著作權所須之原創性，僅獨立創作即可，而不須具有新奇性。著作不因其與他人創作在前之著作在本質上之類似且不具備新奇性而被拒絕著作權之保護。原創性之意義，僅為著作之創作歸屬於著作人之原因，亦即著作人獨立創作，而非抄襲自他人之著作即可，因此，即使一著作與另一在前著作完全相同，但並非抄襲該前一著作，而係獨立創作之結果，亦具有原創性而受著作權之保護。換言之，此原創性為相對的、比較的觀念。」

而學說見解有採狹義者，如學者蔡明誠認為原創性「宜限縮於『獨立創作』」，因此認為「宜將『創作性』要件，從廣義之『原創性』獨立出來」<sup>57</sup>。而學者謝銘洋對於著作權法第 3 條第 1 項第 1 款所應具備之特徵分析<sup>58</sup>，亦將原創性定位為「獨立創作」，顯採狹義之解釋。

### III. 就創作性（創作高度，creativity）之討論

有時法院實務見解直接將原創性限於「獨立創作」。如台灣高等法院台南高分院 84 年上易字第 435 號刑事判決所稱：「按著作權法第三條第一項第一款之所謂著作，係指：『文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作』，其『創作』者，需具有『原創性』，即著作人獨立創作，非抄襲他人之著作，且屬於文學、科學、藝術、學術範圍始足以稱為『著作』……。」似將「創作性」與「原創性」分論，而對原創性採狹義之解釋，僅限於獨立創作，而未要求創意程度。

<sup>57</sup> 見蔡明誠，前揭註 54，第 187 至第 188 頁。

<sup>58</sup> 學者謝銘洋認為創著作權法第 3 條第 1 項第 1 款所稱之「創作」必須具有原創性：係指作者自行創作而非抄襲或複製他人的著作，如果未抄襲他人的著作，而創作的結果恰巧與他人的著作雷同，仍不失為原創性。見謝銘洋，論著作名稱之保護，法令月刊，第五十卷第七期，1999 年 7 月，第 3 頁。

惟目前法院對原創性大抵係採廣義之解釋，兼指獨立創作與創作性者，惟有偏重於獨立創作之討論者，如最高法院83年台上字第2501號刑事判決：

「著作係指屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作，凡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，惟原創性並非專利法所要求之新穎性，因之苟非抄襲或剽竊他人之著作，縱兩者各自完成之著作雷同或極為相似，因二者均屬自己獨立之創作，同受著作權法之保障，故認定有無抄襲之標準，除須有實質之相似外，尚須有接觸被抄襲之著作，從而著作之完成日期及其對外公開與否，自為判斷有無抄襲之重要參考資料。」

最高法院89年度第2787號刑事判決稱：

「著作權法所謂之著作，係指屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作，著作權法第三條第一項第一款定有明文。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。」

對於創作性有較近一步之分析，亦即受著作權法保護之創作須為「本於自己獨立之思維、智巧、技匠而具有原創性之創作」，而創作高度上則認為「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」。

而最高法院90年台上2945號刑事判決明確指出「所稱之創作，須具有原創性，即須具原始性及創作性」，而最高法院83年台上字第5206號刑事判決亦稱原創性之實質內涵包含原始性及創作性：

「所謂原創性僅需為著作人獨立創作，非抄襲他人之著作即可，非如專利法須具備新穎性。又著作固為思想、感情之精神創作，惟僅需將思想、感情以一定之形式加以表現於外部而具有原創性即可。」

至最高法院97年度第1214號民事判決則認為原創性之創作程度之要求，即「不必達到完全獨創之地步」，「即使與他人作品酷似或雷同，如其間並無模仿或盜用之關係，且其精神作用達到相當之程度，足以表現出作者之個性

及獨特性，即可認為具有原創性」：

「著作權法所保護之著作，係指著作人所創作之精神上作品，而所謂精神上作品，除須為思想或感情上之表現，且有一定表現形式等要件外，尚須具有原創性，而此所謂原創性之程度，固不如專利法中所舉之發明、新型、新式樣等專利所要求之原創性程度（即新穎性）較高，亦即不必達到完全獨創之地步。即使與他人作品酷似或雷同，如其間並無模仿或盜用之關係，且其精神作用達到相當之程度，足以表現出作者之個性及獨特性，即可認為具有原創性；惟如其精神作用的程度很低，不足以讓人認識作者的個性，則無保護之必要。」

綜上所述，我國法院對於創作意程度大體係採最低程度創作性（minimal requirement of creativity）之創意高度（不必完全達到獨創程度，亦不若專利要求之原創性程度高），且須基於人類之精神作用，以表達思想及感情，並表現其個性者，並於個案中認定之。上述判決與經濟部智慧財產局所函釋之原創性尚稱一致<sup>59</sup>。

## (2) 客觀化的表達/一定之表現形式

所謂「客觀化的表達」，係指必須將人之思想及感情依一定的形式表現於外部。按著作人抽象的思想及感情本身，並非著作，須將思想與感情以具體之文字、語言、形象、音響或其他媒介物以客觀之方式加以表現，始受法律之保護。茲以實務見解說明其內涵如下：

### I. 須其表現形式能呈現或表達出作者在思想上或感情上之一定精神內涵

智慧財產法院 97 年刑智上訴字第 41 號：「著作……除有一定之表現形式外，尚須其表現形式能呈現或表達出作者在思想上或感情上之一定精神內涵

<sup>59</sup> 97 年 6 月 11 日智著字第 09700051020 號：「著作權法（下稱本法）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，除該標的屬本法第 5 條所例示之著作外，並需符合「原創性」及「創作性」二項要件。所謂「原創性」，係指為著作人自己之創作（非抄襲他人之創作）；所謂「創作性」，係指須符合一定之「創作高度」。至於所需之創作高度究竟為何，目前司法實務上，相關見解之闡述及判斷相當分歧，本局則認為應係採最低創作性、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。」

始可。」

## II. 保護者為「表達/表現形式」而不及於「思想」本身

智慧財產法院 97 年刑智上訴字第 7 號：「故著作權所保障者，乃著作之『表達方式』（或稱表現形式），而不及於該著作表達方式所蘊含之思想、程序、製程、系統、操作方法、構想及原理等。換言之，著作是否相同，應視其著作之表達方式是否相同為斷。」

## III. 不以「附著（或稱「固著」，fixation）」為保護要件

98 年刑智上訴字第 44 號：「著作權所保護之標的為「著作」，即同法第 3 條第 1 項第 1 款所稱「屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作」，著作權之保護及於該著作之表達，雖然通常附著於一定之媒介或載體，惟僅須以一定方法或形式表達呈現其創作內容，使他人得以知覺著作之存在及其內容其存在即可，而不以「附著」或「固著」（fixation）為保護要件。而著作物乃著作依其表現形式所附著之有體物（媒介或載體），為物權歸屬之客體。」

### (3)屬於文學、科學、藝術範疇之著作

依著作權法第 3 條第 1 項第 1 款規定：「著作：指屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作。」所謂文學、科學、藝術係知識與文化之總括，至於是否具有應用價值，則在所不論。而機器等實用物品之創新，該創新之部分，縱使為有原創性之創作，亦非屬「文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作」，而應受專利法之保護<sup>60</sup>。

### (4)須非不得為著作標的之著作

「調和社會公益」為我國著作權法之立法目的之一，因此，某些作品所

<sup>60</sup> 前揭註 4，頁 187。

符合著作之要件，然而基於社會公益之考量，不得作為著作權法所保護之標的。依我國著作權法第 9 條第 1 款規定，下列作品不得為著作之標的：

「一、憲法、法律、命令或公文。二、中央或地方機關就前款著作作成之翻譯物或編輯物。三、標語及通用之符號、名詞、公式、數表、表格、簿冊或時曆。四、單純為傳達事實之新聞報導所作成之語文著作。五、依法令舉行之各類考試試題及其備用試題。」

(5)其他：人類精神之創作、足以表達作者之個性及獨特性

我國法院之用語經常使用「人類精神之創作、足以表達作者之個性及獨特性」等語，有時將之解釋為「原創性」之內涵，例如：

臺灣高等法院 87 年度上易字第 3338 號刑事判決即謂：

「所謂『原創性』須著作人所創作之著作在精神作用達到相當之程度，足以表現出作者之個性及獨特性始足當之，倘精神作用程度甚低，縱具備有特殊性或投入相當時間，亦不具有原創性，自非著作權法所稱之著作，而不應受該法之保護。」此時法院以「在精神作用達到相當之程度，足以表現出作者之個性及獨特性始足當之」作為原創性要件之內涵。

而有時則將之獨立於「原創性」與「人類精神創作」分論。最高法院 87 年度 2366 號刑事判決、最高法院 85 年度第 5203 號刑事判決對於原創性之解釋為：「具有原創性之人類精神上創作，且達足以表現作者之個性或獨特性之程度者」即享有著作權，係將原創性與人類精神作用、個性或獨特性並列而分別討論。

## 2.4.2 著作之類型

### 1. 依類型區分

依著作權法第 5 條規定，本法所稱著作，可區分為語文著作、美術著作、攝影著作等十三種類型著作<sup>61</sup>：

而關於各著作類型之內涵，因非本研究之研究重心，於此不贅述。然本研究重視者在於各著作之核心要件—即原創性之展現，特別是對於具美學性質之著作，如美術著作、攝影著作等之原創性判斷，將為後續所討論研究之重點之一。

### 2. 依著作行為區分

依早期學者之見解，「著作行為」為著作之成立要件之一，大致可分為「第一次之著作行為」與「第二次之著作行為」。前者乃依社會觀念，新作獨立之著作。後者，所謂第二次之著作行為，即本法所稱之改作、編輯等行為。<sup>62</sup>

現今實務及通說雖不以「著作行為」為著作之要件之一，然而本研究以為，所謂「創作」係依社會通念為標準之「相對」的概念，第一次著作（或稱原始著作）與第二次著作（如衍生、編輯、改作著作）在著作之原創性之「原始性」與「創作性」之表現上亦有所不同，是以，將著作依著作行為區分為第一次著作與第二次著作有其實益。

而本法第六條規定：「就原著作改作之創作為衍生著作，以獨立之著作保護之。衍生著作之保護，對原著作之著作權不生影響。」第七條規定：「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。編輯著作之保護，對其所收編著作之著作權不生影響。」其中對於二者皆以獨立創作保護之，足見我國著作權法對於第二次著作乃明文加以保護，使具「原始性」及「創作性」較為低度之著作亦得受到保護，更顯示了對於著作之「原創性」判斷不可一概而論。

<sup>61</sup> 著作之種類，例示如下：「1.語言著作；2.音樂著作；3.戲劇、舞蹈著作；4.美術著作；5.攝影著作；6.圖形著作7.視聽著作；8.錄音著作；9.建築著作；10.電腦程式著作；11.衍生著作；12.編輯著作；13.表演著作。」

<sup>62</sup> 史尚寬，著作權法論，頁 28（1954）。

## 2.5 著作權與其他智慧財產權之比較

著作權法第1條前段規定：「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」著作權法之立法目的著眼於保障著作人之權益，促進其努力創作，進而有助於國家文化之發展。相較專利法以促進技術進步與商標法之維護競爭秩序為目標，著作權法更有「鼓勵國家文化發展」之意<sup>63</sup>，是以著作權法所保障之著作要件較專利法之專利要件較低<sup>64</sup>，而受著作權法保護之著作以具備原創性為其核心要件，本研究後續將以之為研究重心。

本研究以為，可將各種智慧財產權依其特性區分如下：

表 2：智慧財產權之分類

分類/法律	專利法	商標法	著作權法
功能性	產業發達	產業發達	文化發展
客體	發明	營業標示	創作
權利內容性質	產業利益	商業利益	財產權及人格權
審查與否	審查主義	審查主義	不採審查主義，採「創作完成主義」

承上，我們可知著作權法與其他智慧財產權相比，其不同之處在於：

### 1. 具文化性質

按著作權法之立法目的之一為「促進國家文化發展」，與專利法「促進產業發展」及商標法「促進工商企業正常發展」相較，著作權法有較高度之「文

<sup>63</sup> 按我國專利法之立法目的為：「鼓勵、保護、利用發明與創作，以促進產業發展」；商標法之立法目的為：「保障商標權及消費者利益，維護市場公平競爭，促進工商企業正常發展」；而著作權法之立法目的：「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」，相較專利法及商標法，其追求文化發展為目標之意甚明。

<sup>64</sup> 專利法要求專利須具備新穎性、進步性、產業可利用性、可實施性等。而著作權法上之「創作」則不以具備「新穎性」為必要，僅需獨立創作而具有一定程度之「創作性」即可。

化性質」。

表現在具體之規定上，即在於著作權法所保護之著作，依著作權法第3條第1項第1款規定，「指屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作」，至於是否具有應用價值，則在所不論。

## 2. 人格權特徵濃厚

並非所有之智慧財產權都具有人格權之特徵，由於人格權所欲保護之對象與人格之展現關係密切，因此為人類精神創作為保護對象之智慧財產權，如屬「文化創作」或「技術創新」者，較能展現高度之人格表現。<sup>65</sup>

我國專利法中對於受雇人與受聘人享有姓名表示權（專利法第7條第4項參照），此即為保護人格權之具體表現。然在我國著作權法中，則將所謂著作定義為：包括因著作完成所生之著作人格權與著作財產權（著作權法第3條第1項第3款參照），並且將著作人格權與著作財產權之權力內容詳加規定，其人格權之特徵較為濃厚。

## 3. 不採審查主義

因我國著作權法對於多數之著作不採審查主義，因此當爭議發生時，著作是否具「原創性」而為著作權法上所保護之著作往往為一首要之爭點，如何證明著作之原創性，應如何判斷、特徵為何，為一重要之課題。

---

<sup>65</sup> 謝銘洋，前揭著第24，頁139。

## 2.6 小結

本章旨在對於著作權法制之多面向分析，以達初步文獻、背景分析，和特定及突顯研究範疇之目的。具體而言，可得下列結論：

1. 自著作權法之本質而論，可得之著作權法除具有財產權性質，為無體財產權之一種外，更兼有人格權之性質；

2. 自我國著作權法之歷史沿革觀之，我國著作權法有濃厚之繼受法色彩，分受德國、日本、美國之影響，因此加深了後續為比較法研究之必要；

3. 自著作之要件及內涵分析，可探知著作以「原創性」為其核心要件，然而在不同類型之著作上，原創性之展現亦有所不同，因此有進一步釐清之必要；

4. 在與其他智慧財產權之比較上，著作權法具有高度之文化色彩，其中又以「原創性」為其核心要件，然因不採審查主義，因此當爭議發生時，如何證明著作係具有「原創性」而屬著作權法上所保護之著作為一重要課題。

## 第三章、英美法系之原創性概念

我國著作權法制，參考了英美及大陸法系主要之著作權法為制定及修正，因此透過比較分析英美法系及大陸法系之著作權法，有助於釐清著作之概念。本章以美國作為英美法系之代表，在研究方法上，由於美國為案例法(case law)國家，故分析方式除以條文之沿革加以闡釋，重點在於對於司法判例之討論，深入了解該個案所欲探討之爭議，以及其所代表之意義。

### 3.1 英國

按英國早期之著作權法，自 1710 年之安娜法到 1842 年之著作權法，都未見關於原創性之定義。直到 1900 年之 *Walter v. Lane* 一案中，法院才首次在判決中提出「原創性」並進行討論，法院一直以辛勤原則(Sweat of the Brow，又稱額頭出汗原則)判斷著作是否具有著作權。英國之司法判例中，在判斷一著作是否受到著作權法之保護時，仍常使用「辛勤原則」，要求作者一定要有一定之「技巧、判斷或勞動」、「選擇、判斷和經驗」、「資金」之投入<sup>66</sup>。

隨著辛勤原則逐漸融入原創性之內涵中，一般認為現代意義之原創性內涵包括二方面之內容：其一是獨立創作，其二是足夠之創作投入。在英國法制中，投入的要求也反映了英國著作權法的商業價值判斷標準；接受重商主義觀念之影響，英國從第一部著作權法開始，立法之重心一直在於刺激人們對創作之投資，以促進新著作之產生與傳播，因此，著作權法所保護之對象自然涵蓋了「透過致力創造之勞動」、「憑藉技巧從事的活動」甚至是勞動直接能產生的「夠被複製之結果」。綜上，英國著作權法對於著作之保護範圍較廣之主要原因，在於較低之原創性標準。

<sup>66</sup> J.A.L STERLING., WORLD COPYRIGHT LAW 262 (1998).

## 3.2 美國

美國作為英美法系之代表，在研究方法上，由於美國為案例法(case law)國家，故分析方式除以條文之沿革加以闡釋，重點在於對於司法判例之討論，深入了解該個案所欲探討之爭議，以及其所代表之意義。

自歷史的觀點而言，1976年著作權法已明確肯認受著作權法保護之作品應具備原創性(original)。然而，於此之前已有許多案例將原創性作為著作之要件，並對此進行深入探討，因此，本研究1976年著作權法雖將著作要件定義為“original works of authorship fixed in any tangible medium of expression<sup>67</sup>”，然卻未將“original works”做明確之定義，而留待司法加以闡釋其內涵。因此1976年以前之司法實務所建立之原創性標準，亦構成法律制度之一部。成文法中關於原創性之規定，加以判例中關於原創性之解釋，結合構成原創性之法律內涵。

### 3.2.1 法律沿革

美國於1789年制定聯邦憲法，其中第1條第8項第8款即美國著作權法制在憲法上的依據：「國會有下列權限：...對於著作人及發明人賦予其著作或發明於限定期間內享有排他性權利，以促進科學與技術的進步。<sup>68</sup>」，而後美國國會在1790年國會制定著作權法，關於其法制沿革如後述。

#### 1. 1790年著作權法

美國國會於1790年通過第一部著作權法，該法案僅有七個條文，正式名稱為“An act for the encouragement of learning by securing the maps, charts, and books, to the authors and proprietors of such copies, during the time therein

<sup>67</sup> 17 U.S.C. §102.

<sup>68</sup> Article I, §8, cl. 8, of the Constitution, “To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries.”

mentioned.”，其受英國安娜法的影響甚深，主要規定可從幾方面加以探討：

其一，保護客體方面，係以地圖、圖表或書籍等為主<sup>69</sup>。

其二，該法亦以 14 年為著作權保護期間，且若 14 年期間屆滿而作者尚生存時，則得再延長 14 年。

其三，在保護方式方面，包括不能印刷、重製、出版、販售等 (printing, reprinting, publishing and vending)，較類似為一「獨占 (monopoly)」的權利<sup>70</sup>，故有論者稱美國當時之著作權法更趨近於競爭法之規範方式，係以保護出版品之商業價值為目標，而在創作、原創性之標準則不明確。

## 2. 1906 年著作權法

在 1976 年著作權法頒布前，1906 年著作權法施行了近七十年，關於其重要之規定述之如下：

(1) 就公眾出版品而言，著作權自出版而為大眾所知悉時生效而非以申請日起算 (filing date of the title)。

就未出版品而言，若其已展出、表演、或為口頭發表，亦為著作權法所保護之客體。

將著作保護期間拉長為 28 年，並拉長著作最常之保護期間為 56 年。

本時期之著作權法對著作為較寬鬆之認定，如地圖、圖畫等皆包含在內，惟並無關於「原創性 (originality)」之具體規範。

## 3. 1976 年著作權法

而 1976 年之美國著作權法第 102(a)規定：「著作權之保護存在於……固著(fixed)於實體表達媒介上 (該媒介為現存或將來可能發展者) 之原創性著

<sup>69</sup> Copyright Act of 1790§1, “.....the author and authors of any map, chart, book or books already printed within these United States.....”.

<sup>70</sup> ROBERT A. GORMAN & JANE C. GINSBURG, COPYRIGHT: CASES AND MATERIALS 5 (6th. ed. 2002). “Copyright is in the nature of a monopoly and, therefore, odious in the eye of the law.”

作 (original work)，並得經由直接方法，或藉由機器或某種設備之協助，以感知、重製或以他法溝通該著作<sup>71</sup>」，明文規定原創性 (original) 為著作要件，然而何謂“original works of authorship”，其具體內涵為何，仍不明確。

根據美國國會當年之草案顯示，美國國會於 1964 年之草案曾經對「originality」予以定義，為最後討論後，卻予刪除，有意留下這樣的概念留待司法實務加以闡釋<sup>72</sup>。

藉由司法判例之發展，原創性之內涵可歸納為為：作者獨立之創作，並且含有些許之創作性 (creativity)<sup>73</sup>。以下將從早期 19 世紀原創性概念之開端為起，循歷史之軌跡探究美國司法實務上著作之概念。

### 3.2.2 原創性概念之濫觴

在美國著作權法將原創性 (Originality) 納入著作要件前，早期之司法實務<sup>74</sup>從美國聯邦憲法第 1 條第 8 項第 8 款規定，將其中之「authors」定位為具有「原創性 (originality)」與「智力創作 (intellectual production)」之作者，此為原創性概念之濫觴<sup>75</sup>。

#### 3.2.2.1 The Trade-Mark Cases (1879)<sup>76</sup>

美國聯邦憲法第 1 條第 8 項第 8 款 (Article I, §8, cl. 8, of the Constitution)<sup>77</sup> 保護文字創作與發明之立法意旨係為促進人類科技及藝術之不斷發展進步，因而給予文字創作人及發明人享有排他性權利。法院認為憲法條文中所稱受保護之「著作(條文稱 writings)」，包含所有具原創性(original)之版畫、圖畫等，

<sup>71</sup> Copyright law of the United States § 102, Subject matter of copyright: In general (a) : “Copyright protection subsists, in accordance with this title, in original works of authorship fixed in any tangible medium of expression, now known or later developed, from which they can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device.”

<sup>72</sup> Omnibus Copyright Revision Legislative History, 89th Cong., 1st Sess., Supplementary Report of the Register of Copyrights on the General Revision of the U.S. Copyright Law: 1965 Revision Bill, pt. 3, at 1 (1964 draft of the proposed Copyright Act, July 14, 1964, issued by the Committee on the Judiciary: Preliminary Draft For Revised U.S. Copyright Law).

<sup>73</sup> CRAIG JOYCE ET AL., COPYRIGHT LAW 60 (3d ed. 1994).

<sup>74</sup> The Trade-Mark Cases, 100 U.S. 82 (1879), Burrow—Giles Lithographic Co. v. Saron, 111 U.S. 53 (1884).

<sup>75</sup> Boorstyn, *supra* note 5, at 60.

<sup>76</sup> 100 U.S. 82, L.Ed. 550 (1879)

<sup>77</sup> *Supra* Note 68.

且強調創作係指有原創性，即基於某種精神作用之創意性(the creative power of mind)，始受保護<sup>78</sup>。

本案中，最高法院認為基於憲法所保護的著作，以攝影而言須取得著作權必須具有之最低程度原創性、創作性(original intellectual conceptions of the author)的要件，若是攝影並未加添任何創意成份在內，只是單純不具任何技巧地對畫作加以拍照，僅屬於原來文物的單純平面再現，那麼其只是單純對於原作品之重製，並非值得保護的新著作。

本案之意義在於對於從憲法之意旨推導出原創性之概念，並且以基於某種精神作用之創意性(The creative power of mind)做為原創性之內涵，此外，對於作者之定義不再以文字之創作人為限。

### 3.2.2.2 Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony<sup>79</sup>

#### 1. 事實及原被告主張

本案中，原告為一平板印刷工，被告為一在美國紐約頗具生產規模之攝影家。原告起訴被告侵害了其照片「Oscar Wilde, No.18」的著作權。被告辯稱：其的行為不構成著作權之侵權，因為相片只是對外部事物的機械複製(mechanical reproduction)，而不是一個可受著作權法所保護、具原創性的創作。

按雕刻作品、畫、印刷物等確實展現了作者的智慧概念，在這些作品中包含了新穎性(novelty)、發明性(invention)和原創性(originality)，因此對這些作品賦予專有使用和作出授權係符合憲法之目的。而相片只是一些自然特徵或物體外形的機械複製(mechanical reproduction)，不包含思想的原創性。它僅僅是通過器械，將一些已經存在的物體的有形表現形式轉到感光版上的手工操作<sup>80</sup>。

<sup>78</sup> The Trade—Mark Cases, 100 U.S. 82 L.Ed. 550(1879), “And while the word writings may be liberally construed, as it has been, to include original designs for engravings, prints, &c., it is only such as are original, and are founded in the creative powers of the mind. The writings which are to be protected are the fruits of intellectual labor, embodied in the form of books, prints, engravings, and the like.”

<sup>79</sup> 111 U.S. 53, 4 S. Ct. 279, 28 L. Ed. 349(1884).

<sup>80</sup> 本段原文為：“But it is said that an engraving, a painting, a print, does embody the intellectual conception of its author, in which there is novelty, invention, originality, and therefore comes within the

## 2. 法院見解

法院先從憲法中作者 (authors) 之概念解釋受著作權法保護之作品：作者指的是作品來自於其的人 (he to whom anything owes its origin)、原創者 (originator)、創作者 (maker)、完成科學或文學作品的人 (one who completes a work of science or literature)<sup>82</sup>。作品不僅意是紙上的創作，還包括其他方式，例如印刷和雕刻，通過這些方式作者心目中的思想被賦予有形的表達。而本案之攝影作品是否受著作權法之保護，應視作品是否有表現出作者的原創性的 (originality) 的智力創作 (intellectual production)。

本案中的照片，其特徵來自於原告原創性的思想概念 (original mental conception)，通過一系列努力，將這些思想觀念轉化為可見之形式 (visible form)。這些努力包括將「Oscar Wilde」擺好姿勢放在照相機前面，選擇和安排服裝、紡織品裝飾 (draperies) 和其他裝飾物，對物件進行佈置以呈現優美的輪廓，安排和設置光影，透過這些全部由原告所為的佈置 (disposition)、安排 (arrangement) 或表現 (representation)，他製作 (produced) 了本案中的照片。因此，照片「Oscar Wilde」具有充分的原創性以獲得著作權之保護。

## 3. 評析

在美國著作權法明確使用「作者之原創著作 (original works of authorship)」之用語前，法院已透過對憲法第 1 條第 1 項第 8 款之解釋，從立法目的在於「保護文字創作與發明之立法意旨係為促進人類科技及藝術之不斷發展進步，因而給予文字創作人及發明人享有排他性權利」，而推導出著作應具備原創性之概念。

在 *Trade-mark* 案中，從所保護之著作 (writings) 出發，認為著作須具原創性 (original)，即基於某種精神作用之創意性 (The creative power of mind)，

---

purpose of the constitution in securing its exclusive use or sale to its author, while a photograph is the mere mechanical reproduction of the physical features or outlines of some object, animate or inanimate, and involves no originality of thought or any novelty in the intellectual operation connected with its visible reproduction in shape of a picture.”

<sup>82</sup> 本段原文為：“.....he to whom anything owes its origin; originator; maker; one who completes a work of science or literature.”

始受保護。而所謂之著作 (writings)，並不限於書面之創作，包含版畫、印刷亦屬之。

而在 *Burrow* 案中，則從作者 (author) 之角度出發，以著作是否有表現出作者的原創性的 (originality) 智力創作 (intellectual production) 判斷對其是否受保護。該案強調原創性的著作是智力創作的產物，是思想和觀念的表現，因此判斷某一著作是否具原創性，應視該著作是否為智力創作之結果，展現了作者之思想及觀念。而照相機係為一創作工具，其使用並不影響作者對著作之精神作用之創意性，不因工具的使用而認為系爭著作並非具原創性之智力創作。

綜上所述，美國著作權法早在 19 世紀末之兩個判例，一方面確立在「原創性 (original)」一詞明確出現於法律規定前，其已是著作權保護之要件之一，二方面亦可發現著作之概念亦隨著時代的進步而從書面的創作擴張為版畫等藝術創作。



### 3.2.3 原創性之兩種理論

#### 3.2.3.1 辛勤原則 (sweat of the brow; the theory of “industrious collection”)

辛勤原則或稱額頭汗水原則 (sweat of the brow, industrious collection)，為早期所採行之原則，根據此理論，某些不具備創作性之著作，如資料庫或目錄等，作者可藉由其勞力、心血等付出而取得著作權，從而取代「原始性」及「創作性」為著作之要件。

此原則濫觴於 *Jeweler's Circular Pub. Co. v. Keystone Pub. Co.*<sup>83</sup> 案，本案中，法院認為作者因其對編輯著作付出勞力而取得著作權。在 *Feist* 案之前，美國尚有第七巡迴及第八巡迴法院係適用辛勤原則做為原創性判斷之標準<sup>84</sup>。依據此原則，只要作者之勞力付出來自於其本身，則其著作可能受到著作權法之保護<sup>85</sup>。

#### 3.2.3.2 原創性 (original) 理論

如前章所述，1976 年著作權法雖明文規定，著作權法所保護者為「附著於有形媒介之原創性著作」，然該法並未對原創性下定義，根據當時美國國會於 1976 年著作權法案修正之說明 (the House Report on the Act)，國會之所以有意省略對於「原創性」之解釋，係欲藉由法院判例來建立原創性的標準<sup>86</sup>。

在 1976 年以前，美國第二、第九、第十一巡迴法院採取此原則<sup>87</sup>，認為所謂原創性係來自於作者之獨立「創作」，而非單純之複製，因此在原創性理論下，作者相較於辛勤原則，被要求更高之創作性。

<sup>83</sup> 281 F. 83 (1922). “He produces by his labor a meritorious composition, in which he may obtain a copyright, and thus obtain the exclusive right of multiplying copies of his work.”

<sup>84</sup> See, e.g., *West Publishing Co. v. Mead Data Central, Inc.*, 799 F.2d 1219 (8th Cir.1986); *Schroeder v. William Morrow & Co.*, 566 F.2d 3, 5 (7th Cir.1977)，認為 “only ‘industrious collection,’ not originality in the sense of novelty, is required.”

<sup>85</sup> *Rockford Map Publishers, Inc. v. Directory Serv. Co. of Colo.*, 768 F.2d 145 (7th Cir.1985), The court stated that “everyone must do the same basic work, the same ‘industrious collection.’”

<sup>86</sup> *Supra* Note 72.

<sup>87</sup> See, e.g., *Worth v. Selchow & Righter Co.*, 827 F.2d 569, 573-74 (9th Cir.1987), cert. denied, 485 U.S. 977 (1988); *Financial Info., Inc. v. Moody's Investors Serv., Inc.*, 808 F.2d 204, 208 (2d Cir.1986), cert. denied, 484 U.S. 820 (1987); *Southern Bell Tel. & Tel. Co. v. Associated Tel. Directory Publishers*, 756 F.2d 801, 810 (11th Cir.1985).

## 1. 原創性標準之內涵

關於原創性標準，係在 *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co* 一案中所確立，最高法院再重新檢閱前案後，確立了原創性為一憲法層次之標準：所謂原創性，包含了二項內容：其一，係指著作必須來自於著作人獨立之創作（independent creation by the author，非抄襲而非抄襲他人創作而成；「且」，其二，在於該著作必須至少內含一些創造力（a modest quantum of creativity）<sup>88</sup>。此二要間必須「皆」存在，而非如 *Eales v. Environmental Lifestyles, Inc.*<sup>89</sup> 所稱，只要獨立創作即可。以下就「獨立創作」與「最低限度創作性」二者之內涵討論如下：

### (1) 獨立創作

#### I. 獨立創作與新穎性

而所謂「原創性」並非指「新穎性」，即使是二著作在偶然的情況造成實質上十分近似，亦不當然表示抄襲<sup>90</sup>。申言之，著作權法上要求之「原創性」與專利法上之「新穎性」之要求是不一樣的，只要著作人係獨立創作，並且具有最低限度之創作性即為已足；即使二份著作十分類似，但只要該著作係來自於著作人獨立創作，並具有最限度之創作性，則該著作仍可受到著作權法之保護<sup>91</sup>。

#### II. 獨立創作與進入公有領域之前著作

著作權法上就保護著作之標準為「原創性」，亦即獨立創作與最低限度之創作性。如二著作十分近似，而「後著作」並非來根據「前著作」而創作，則依原創性論便會認為後著作唯一獨立之原創性著作，以獨立著作保護之。然而，著作權法所保護者為「著作人對其著作之貢獻」，因此若後著作之著作

<sup>88</sup> *Id.*

<sup>89</sup> *Eales v. Environmental Lifestyles, Inc.*, 958 F.2d 876 (9th Cir. 1992), (“The originality requirement is met when the work is the result of independent creation”).

<sup>90</sup> 法院在 *Situation Management Systems, Inc. v. ASP.Consulting LLC* 一案中，確立此標準，560 F.3d 53 (1st Cir. 2009).

<sup>91</sup> 2 William Patry, *Patry on Copyright* § 3:27.

人對於前著作之創作並無貢獻，則後著作人不得主張擁有前著作之著作權(即使二著作十分類似)。

而當前著作進入了公有領域(如超過了著作權法保護期限)，一般大眾得使用、複製該進入公有領域之前著作，然而後著作如仍在著作權法之保護，則一般大眾仍不得自由加以複製之<sup>92</sup>。

### III. 獨立創作為訴訟上之抗辯

以上之討論，係針對「獨立創作」在內容上之定義與其憲法上之意義。然而在訴訟層面，「獨立創作」在訴訟上常被被告當作是抗辯之一，亦即在被告被控訴侵害原告著作時，被告必須證明其著作為「獨立創作」，則即使其著作與原告之著作實質上相似，亦不構成侵權<sup>93</sup>。

### IV. 獨立創作與創作性之關係

在原創性理論中，「獨立創作」與「創作性」之程度之間，並無特別關係，並非如 *Medical-Legal Consulting Institute, Inc. v. McHugh*<sup>94</sup>一案中，認為二者有「相互補充關係」。亦即，不代表創作性之要求越高，獨立創作之要求越低。

一著作是否為著作權法上保護之著作，在訴訟上，首先著作人必須是獨立的創作，非抄襲他人之著作。其次，必須證明其著作具有一定程度之創作性，此要件為一客觀的、基本之要求—即以最低限度之創作性即為以足。而一著作被認為不具備原創性者，常常是在創作性上之要求未達標準，因此，在可著作性之判斷上，常專注於對於「創作性」要求之討論。

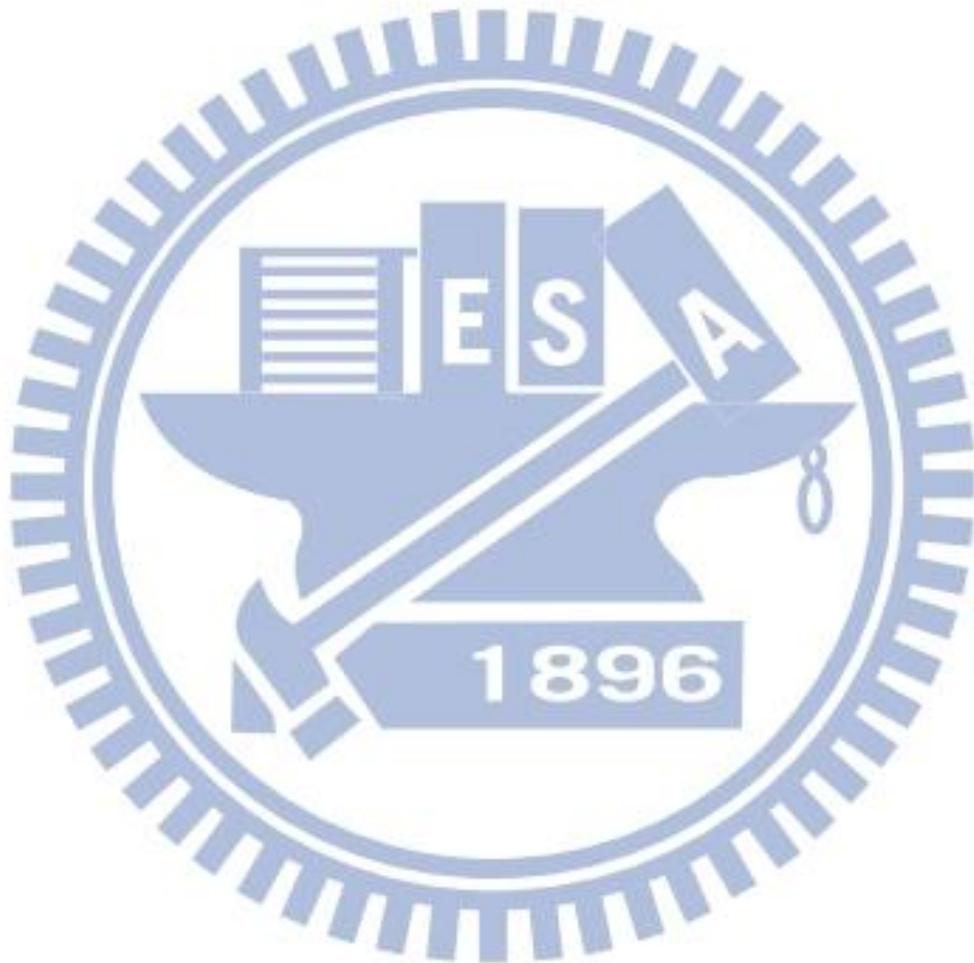
<sup>92</sup> *Id.*, § 3:29.

<sup>93</sup> *Id.*, § 3:30. 例如：John L. Perry Studio, Inc. v. Wernick, 597 F.2d 1308, 1310 (9th Cir. 1979)，被告以證明了其與原告相近似之著作為獨立創作為抗辯之方法。另外，亦可參照 Ford Motor Co. v. Summit Motor Products, Inc., 930 F.2d 277, 295 (3d Cir. 1991) (“noting that claim of independent creation weakened by testimony that second artist “may have” had a poster of the first work in his office”).

<sup>94</sup> *Medical-Legal Consulting Institute, Inc. v. McHugh*, 1997 WL 756686 (E.D. Pa. 1997). (“reciprocal relationship between creativity and independent effort.”)

## (2) 創作性

創作性是「客觀判斷」而非主觀標準，著作人之主觀意圖並非創作性之判斷標準。法院在判斷此標準是否存在時，並不是在判斷一著作之「美學價值」，甚至是其創作品質，反而著重在其「是否」存在，如 Bleistein 按所建立之美學不歧視原則。以下將就美國個判例討論美國實務上所建立之原創性標準。



### 3.2.4 近代司法實務建立之原創性標準

3.2.4.1 美術、攝影著作之原創性標準—個性理論和美術不歧視原則  
(*Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.*案及 *Alfred Bell & Co. v. Catalda Fine Arts, Inc.*案)

美國為判例法國家，以下將從案例之探討，建構原創性之判斷標準，包括個性理論及美術不歧視原則。

#### 1. *Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.*案

##### (1) 事實經過

*Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.*<sup>95</sup> 案為現代美國「原創性」理論提供了基礎。在本案中，原告之雇員為了 Wallace 所有的馬戲團的廣告，準備了三個印有彩色人物的石印圖畫 (chromolithographs)，每一個都包含「放置在一個角落的馬戲團所肖像」和「來自馬戲團的不同情景」。第一幅平版畫描繪了一個普通的芭蕾舞，第二幅則為像是組成家庭之男女在腳踏車上表演，第三幅則描繪一些塗上白粉裝扮為雕像的人。

##### (2) 法院見解

法院認為，平版畫製作的機械性 (mechanical) 並不使其喪失得為著作權標的之可能。雖然原告的平版畫表現了客觀存在之實體 (actual groups,—visible things)，但並不因此而喪失原創性。儘管原告著作僅是馬戲團情景的複製，但這些複製是個人對自然的個性反應 (personal reaction)。個性 (personality) 包含著獨特性 (unique)。即使是一個非常一般的藝術品 (a very modest grade of art) 也會包含有某種「不可抹滅的 (irreducible)」、屬於個人獨自 (alone) 的東西<sup>96</sup>。

而對是否應當就著作的藝術價值 (merits) 來判斷著作的原創性，法院認為讓一個僅受法律訓練的人，若超過狹小且最明顯的尺度 (the narrowest and most obvious limits) 來判斷藝術著作的價值是很危險的 (dangerous

<sup>95</sup> *Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.* 188 U.S. 239, 23 S. Ct. 298, 47 L. Ed. 460.(1903)

<sup>96</sup> *Supra Note 94*, at 250, “It expresses its singularity even in handwriting, and a very modest grade of art has in it something irreducible, which is one man's alone.”

undertaking)。如果讓法官將原創性之有無，建立在對著作藝術價值之判斷上，一些極具新穎性的著作可能被認為非受著作權法所保護之客體，因為在這些著作在創作之初，包括法官在內的大眾還不適應這些著作所表現的藝術品味；抑或者法官否定那些從商業價值的角度將值得著作權之保護，但在藝術價值方面可能存在問題的著作的著作權。

### (3) 對原創性判斷之貢獻

Bleistein 案充實了對原創性判斷標準有二：

#### I. 個性 (personality) 理論

原創性標準的基礎是一個人「不可抹滅」的、獨特的個性，亦即，在創作一部著作的時候，儘管只是對客觀物體的「複製」，藝術家也已將不可抹滅之本質 (irreducible core) 投射至著作中。因此，在 Bleistein 案中，對於原創性之判斷係考慮著作人之個性 (personal expression) 之表達是否存在，而沒有考慮著作的新穎性 (novelty) 或創作性 (creativity)。

#### II. 美學不歧視原則 (the principle of aesthetic non-discrimination)

本案例中，法院認為由於法官進行藝術價值判斷是一項危險作業，法院認為法律不應當判斷著作所有之個性程度，而應僅為調查判斷此個性「是否存在」。而後此則被稱為美學不歧視原則，亦即在探討美術著作或攝影著作之原創性時，不以「高度之美術價值」為必要，而係判斷該著作中有無著作人之個性之投射，以著作人之個性是否存在為判斷標準。

### 2. Alfred Bell & Co. v. Catalda Fine Arts, Inc.

在本案中，法院除再次確認個性理論外，亦針對衍生著作之原創性標準有了揭示，茲探討與說明如下。

#### (1) 事實經過

在 Alfred Bell & Co. v. Catalda Fine Arts, Inc.<sup>97</sup>案中，原告起訴主張被告侵

---

<sup>97</sup> Alfred Bell & Co. v. Catalda Fine Arts, Inc. 191 F.2d 99 (2d Cir. 1951).

害了其八個金屬雕刻（mezzotint engravings）的著作權。被告認為原告的雕刻物件都是早期知名畫家的畫作，這些畫作現皆已落入公共領域（public domain）；且製作金屬雕刻的方法使原告著作是對這些油畫為現實之複製（reproduction）。被告抗辯自己的行為並不侵害原告之著作權，原因在於：原告的金屬雕刻不具備原創性，同時亦非著作權所保護之客體。

## (2) 法院見解

初審法院認為金屬雕刻的目的就是忠實（faithful）複製（reproduce）18世紀和19世紀的著作，因此，其思想、安排和顏色設計來自原始的藝術家而非雕刻者<sup>98</sup>。然而完全精確的複製（exact reproduction）是不可能的：金屬雕刻的過程需要雕刻者在決定深淺和形狀時的個人觀念（individual conception）、判斷（judgment）和執行（execution），滿足了Bleistein案所確立的獨特性（uniqueness）要求。

而在上訴審中，第二巡迴法院維持了初審法院的判決，認為在此案中，即使作者意圖完美再現（perfectly reproduce）另一個著作，而不是創造他自己的原創性著作，Bleistein案所確立的原創性測試標準也能夠被滿足。在著作權法中，原創性指的是特定著作來源於（owes its origin）某作者，而新穎性（novelty）則非必要。

所謂著作者（author）與發明者（inventor）之意義有所區別，就後者（發明者）而言，係排除一般技巧的（only ordinary skill），亦即發明者必須有優於一般性之技巧，然對著作者而言，此則非必要；深言之，著作權法對著作人之要求，其貢獻僅僅是超過微不足道（merely trivial）的變化，可以被認為是屬於他自己的（his own）即為已足，而不以高度技巧為必要。

原創性僅係對實際複製（actual copying）的禁止，複製者（copyist）只要充分具備可資區別之差異（distinguishable variation）。對無意之中（unintentionally）偶然促成的這些變化，著作者也可受著作權法之保護<sup>99</sup>

<sup>98</sup> 74 F.Supp. 973, D.C.N.Y. (1947). (“ attempted faithfully to reproduce paintings in the mezzotint medium so that the basic idea , arrangement, and color scheme of each painting are those of the original artist.”)

<sup>99</sup> A copyist's bad eyesight or defective musculature, or a shock caused by a clap of thunder, may yield sufficiently distinguishable variations.

### (3) 對原創性判斷之貢獻

#### I. 確認並適用了 *Bleistein* 案有關原創性之個性理論為判斷標準

以著作中是否顯現出作者的個性為判斷。只要在著作中表現出個性觀念和判斷，就可以滿足 *Bleistein* 案所確立的個性標準，而達到原創性的要求。在 *Alfred Bell* 案中再次確認了 *Bleistein* 案中之所建立之個性理論標準，具體而言，著作人個人之觀念、判斷與執行之展現，可滿足個性理論之著作人個性之表現，從而滿足原創性之標準。

#### II. 否定了新穎性和創作意圖在原創性要件的作用

著作只要是獨立創作的，而不是從他人的著作中抄襲得來的，即使同他人著作實質性相似或相同，該著作仍然具備原創性而能夠得到著作權法之保護。作者所貢獻出的變化即使是偶然的變化，這個變化只要是來自於該作者，作者可以就該變化取得著作權。而作者是否在主觀上意圖創作出著作或者創作出具有原創性的著作，並不影響著作的原創性。

#### III. 就衍生著作而言，須與原著作達到區別性之變化（distinguishable variation）

作者之著作不僅須來自於自己之獨立創作，且尚須展現出作者之個性、觀念和判斷等，表現在衍生著作中，即須與原著作間有可資區別之變化始足當之。

### 3 小結

綜上所論，早期著作權法就美術著作之原創性標準，在原創性理論之架構下，係以著作人在著作中展現出個性即為以足，而就其美學價值進行判斷，更不以高度之美學價值為必要。

### 3.2.4.2 衍生著作之原創性標準：與原著作之實質上區別（Gracen v. Bradford Exchange 案）<sup>100</sup>

#### 1. 事實經過

在 Gracen v. Bradford Exchange 案中，1939 年 MGM 公司製作了電影「The Wizard of Oz」，該電影中的主要人物是由 Judy Garland 扮演的 Dorothy。1976 年，MGM 允許 Bradford Exchange 使用該部電影中的角色和情景來製作一套供收藏的盤子。邀請了數位畫家提供由 Judy Garland 扮演的 Dorothy 的畫像，Bradford 對畫家作畫的要求是畫家所作的 Judy/Dorothy 必須是每個人心目中的 Judy/Dorothy<sup>101</sup>。

Gracen 是 Bradford 的員工，同時也是眾多競爭畫家中之勝出者，Bradford 要求 Gracen 就整套盤子的製作簽訂合作契約，但 Gracen 並不滿意該契約的條款，而拒絕簽訂契約。Bradford 轉而同另一個一開始並沒有參與競爭的藝術家 Auckland，並且就整套盤子的製作簽訂了契約。Bradford 將 Gracen 的畫給了 Auckland 以幫助其對 Dorothy 進行繪畫。Auckland 完成了這一系列盤子上的畫的製作，這些盤子被生產和出售了。同時 Gracen 就她的畫作取得了著作權之登記。

#### 2. 法院見解

##### (1) 地區法院採行之標準－可區別變化（distinguishable variation）

1978 年原告 Gracen 起訴被告侵權，此時，法院在 1981 年之判決所採行之標準為「可區別變化（distinguishable variation）」，以超過微小之變化（a merely trivial variation）<sup>102</sup>為判斷標準，該標準要求的變化超過僅是微小的限度或者是可區分的程度就足夠了。然而在本案中，法院仍認為原告的畫作不具備原創性，她不能就其畫作取得著作權<sup>103</sup>。

<sup>100</sup> 698 F.2d 300 (7th Cir., 1983).

<sup>101</sup> *Id.*, at 301. (“So, your Judy/Dorothy must be very recognizable as everybody’s Judy/Dorothy.”)

<sup>102</sup> Not Reported in F.Supp., 1981 WL 1401 (N.D.Ill.), “The test of originality establishes a low threshold of copyrightability, in that all that is needed is the author’s contribution of something more than a merely trivial variation, something recognizably his own.”

<sup>103</sup> “Thus, the court concludes that as a matter of law, plaintiff’s derivative works do not exhibit sufficient originality to meet the requirements for copyrightability.” See 1981 WL 1401 (N.D.Ill.), 217 U.S.P.Q. 936.

(2) 上訴法院採行之標準－實質性的區別 (substantially different)

而上訴審中，Posner 法官進一步認為藝術的原創性 (artistic originality) 並不等於著作權法上之原創性。一個畫像不能因為同物件有相當程度之相似而不具備原創性 (A portrait is not unoriginal for being a good likeness.)<sup>104</sup>。

特別是在衍生著作時，著作權法中之「原創性」係為法律判斷而非審美的功能。假設藝術家 A 製作了屬於公共領域的畫作「蒙娜麗莎 (Mona Lisa)」的複製品，與原作有些微不同。藝術家 B 也製作了「蒙娜麗莎」的複製品。而 A 就原作「蒙娜麗莎」的衍生著作享有著作權，起訴 B 侵害其著作權，B 抗辯說他複製的是原作而不是 A 的複製品。但如果原作與 A 的複製品的區別是些微的，而 A 的複製品與 B 的複製品的區別也是些微的，假如 B 接觸了 A 的複製品，那麼將很難判斷 B 究竟係複製 A 或是「蒙娜麗莎」原作本身。

該案的情形同上述假設的情形非常相似，藝術家 Auckland 認為其沒有抄襲或甚至沒有看原告的畫作。但假如他看了原告的畫作，判斷他是複製電影中靜止的畫面或是複製原告的畫作是很困難的。著作權法關於衍生著作之規定並非為「美學判斷」，而是要確保衍生著作和原著作之間存在充分區別 (a sufficiently gross difference)。

如果 Gracen 的畫作來自於現實生活中的 Judy Garland，即使我們認為他的畫是庸俗的 (kitsch)，該畫作也得為著作權法上所保護之著作，但衍生著作必須同其所原著作 (the underlying work) 之間存在實質性的區別 (substantially different) 始得為著作權法上所保護之標的。因此，原告的著作不是具備原創性的衍生著作。

---

<sup>104</sup> 698 F.2d 300 (7th Cir.,1983), at 304. (“ But artistic originality is not the same thing as the legal concept of originality in the Copyright Act. Artistic originality indeed might inhere in a detail, a nuance, a shading too small to be apprehended by a judge.”)

### 3. 對原創性之貢獻

#### (1) 衍生著作與原著作須存在實質上之區別

*Gracen* 案判決的意義在於確認了衍生著作的原創性標準，即衍生著作與原著作之間須存在實質性的區別<sup>105</sup>。

從著作之本質而言，該案的判決對原創性的分析採取的是一種客觀的分析方法，即將衍生著作與原著作進行比較，視其中是否存在區別而定。此種客觀之分析方法不同於 *Bleistein* 案和 *Alfred* 案中所採取的「個性理論」，本案中，*Gracen* 在對電影中的形象進行繪畫的時候，做出了自己的選擇和判斷，展現作者之個性及觀念，依 *Bleistein* 案所建立之標準，*Gracen* 的畫作似應具備原創性而可以獲得著作權法之保護。惟在 *Gracen* 案中，Posner 法官區分了純粹原創性著作與衍生著作，認為對於衍生著作之原創性判斷，應考量基礎著作，以是否與原著作有「實質上之區別」為判斷標準。

而從創作高度而言，該案對於衍生著作之創作高度之要求亦較高，即要求衍生著作與原著作間必須存在實質上的區別，始得為著作權法上所保護之著作，然本文認為此種區別是有必要的，蓋因衍生著作之保護不得妨礙原著作權利之行使，若衍生著作本身與原著作間並不存在實質上的區別，則對於衍生著作之保護，可能會造成禁止他人對於原著作再進行創作之結果，故本文以為，提升衍生著作之創作性，以其與原著作間存在實質上之區別有其實益。

#### (2) 對於不同之著作應採取不同之原創性判斷標準

依據本案對不同類型的著作不能採取一樣的原創性標準，而應按照著作的類型和屬性的不同採取不同的原創性要求。由此可知，原創性之標準並非可一概而論，應視著作之類型、創作之方法等不同因素而有不同之標準。

<sup>105</sup> 採取相同標準的如 *Batlin* 案，*See L. Batlin & Son. v. Snyder*, 536 F.2d 486, 491 (2d Cir. 1976).

### 3.2.4.3 編輯著作之之創作性概念 (Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.<sup>106</sup>案)

#### 1. 本案事實

被上訴人 Rural 電話服務公司是一家公用事業公司，為堪薩斯州西北 (northwest Kansas) 的幾個社區提供電話服務，其出版了一個「特定 (typical)」地區的電話號碼簿，包括白頁和黃頁。白頁按照字母順序列舉了其客戶的名字、所在城鎮和電話號碼。黃頁按照字母順序列舉了 Rural 商業客戶，旁邊則有按照種類和特徵分類的不同規模的商業廣告。Rural 向其客戶免費提供這些電話號碼簿，而靠黃頁上的商業廣告賺錢。

上訴人 Feist 出版公司是一家出版「全地區 (area-wide)」電話號碼簿的公司，其電話號碼簿涵蓋了更廣的地區。涉訟的 Feist 的電話號碼簿涵蓋了 15 個縣的 11 個不同的電話服務區域，包含了 46,878 個白頁電話號碼，而 Rural 公司的電話號簿將近有 7,700 個電話號碼。Feist 和 Rural 的電話號碼簿一樣是免費提供包括白頁和黃頁之資訊，但是彼此在黃頁的商業廣告上競爭相當激烈。

Feist 為了得到 Rural 的電話號碼簿的白頁資訊，和堪薩斯州西北經營的 11 家電話公司接洽，要求支付報酬使用它們的白頁資訊。在這 11 個電話公司裡，只有 Rural 拒絕允許 Feist 使用它的白頁資訊，Feist 在未經 Rural 同意的情況下使用了這些資訊。1983 年 Feist 電話號碼簿 46,878 中有 1,309 個和 Rural 公司 1982 年至 1983 年白頁電話號碼簿中的電話號碼相同，其中有四個是 Rural 為了監控故意抄襲的虛設號碼。因此，Rural 主張 Feist 未經原告授權使用其電話號碼簿中之資料，已構成著作權之侵害。

#### 2. 法院見解

在本案中，最高法院就原創性的問題展開了論述如下：

##### (1) 原創性為憲法上之依據

一部著作要成為著作權法所保護之著作，必須是來自作者的獨立創作。

---

<sup>106</sup> Feist Publications, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co., 499 US 340 (1991).

原創性是一個憲法上之要求 (constitutional requirement)。著作權法中所謂「原創性」係指著作是作者獨立創作，並且具有最低限度的創作性。創作性的要求非常低 (extremely low)，甚至微小的量 (a slight amount) 即為已足。對原創性之要求並不非為新穎性 (novelty)，儘管一部著作和另一部著作極為相似，只要這個相似是偶然的 (fortuitous)，不是抄襲的結果，該著作就可能具備原創性。

#### (2) 事實 (facts) 本身並不受著作權法之保護

因為事實並非來自創作行為。第一個發現和報導特定事實的人並沒有「創作」該事實，他只是發現了該事實的存在。包括科學事實、歷史事實、傳記事實和當天新聞在內的所有事實都不是來自於作者之創作，其不可受到著作權法之保護，而是屬於供任何人自由使用的公有領域的組成部分。

#### (3) 對事實之選擇及編排可能具備原創性

事實編排可能滿足原創性的要求，而成為著作權法上所保護之著作<sup>108</sup>。編輯作者選擇 (selected)、協調 (coordinated)、或安排 (arranged) 這些事實使得著作滿足憲法上原創性之要求而得為受保護之著作。這些編排和選擇，只要是由編輯者獨立進行 (independently created by the author)，帶有最低限度的創作性 (possesses at least some minimal degree of creativity)，就會滿足原創性的要求。

#### (4) 否定辛勤原則

*Feist* 案否定了以辛勤原則做為判斷原創性之標準，認為著作權法的首要目的並非獎勵作者的勞動，而是促進科學和實用藝術的進步。

一個編輯著作如果要獲得著作權法之保護，必須具備原創性。在判斷一個以事實為基礎的 (fact-based) 的著作是否具備原創性時，考量之重點在於對於事實選擇、協調和編排的方式，其是否具備原創性應視對事實的選擇、協調和編排而斷。

---

<sup>108</sup> 對於事實之選擇、協調或編排可能成為美國著作權法上之編輯著作。“selected, coordinated, or arranged in such a way that the resulting work as a whole constitutes an original work of authorship.” 17 U.S.C. §101.

## (5) 本案情形

就本案而言，判斷原創性的關鍵問題是 Rural 是否以一種原創的方式選擇、協調和編排這些不受著作權法保護的事實。原創性要求並不嚴格，非以創新的（innovative）為必要。但這種對事實的選擇和編排也不能以機械的（mechanical）或常規的（routine）方式而不要求任何創作性。本案中，Rural 公司在白頁上之編排，僅僅是提取了客戶提供的資料，然後按照姓氏的字母順序進行排列，缺乏最低度的創作性。

Rural 公司付出了充分的努力使白頁電話號碼簿具實用性（useful），但並沒有充分的創作性（creativity）使其具備原創性。Rural 公司的電話白頁只是將客戶按照字母順序進行排列，然而此種方法並不具備任何創作性，而是一種根基於古老的（age-old）實踐，普通到以至於被認為是一種理所當然的事情（a matter of course）。因此，Rural 公司的白頁電話號碼簿不具備原創性，不能受到著作權法之保護。

## 2. 本案評析

### (1) 確認原創性是一項憲法層次的要求

有別於早期之原創性係基於「作者」之概念而推導出著作須具備原創性，*Feist* 案後更提升原創性之要求為憲法層次之要求，且因最高法院認為原創性係指包括原始性和創作性，使得往後對於著作之「創作性」之判斷成為必要，對往後對著作成立與否之判斷產生了指標性作用。

### (2) 否定了辛勤原則

在 *Feist* 案中，當事人之主要爭執之一即在於對於編輯著作之保護，究應以「辛勤原則（industrious collection）」為判斷，或採取「原創性（original）標準」，而在本案後，法院明確否認了辛勤原則作為著作受到著作權法保護之基礎，雖然作者在創作的過程中投入了大量的勞力及資本，然而這些勞動及投資並非讓著作受到保護之理由，因此更確立了原創性理論之地位，成為在判斷系爭著作是否受到著作權保護時之標準。

### (3)確定原創性之標準：獨立創作加上最低限度的創作性

本案中更確認了原創性之標準，雖然原創性與新穎性不同，相對而言，其為一種主觀上之概念，惟仍非不可定義，除須為作者之獨立創作外，尚須具備創作性，始具備原創性而得為著作權法上所保護之對象。

在 *Feist* 案中，法院使用了許多不同的用語來描述所謂「不具備創作性」之著作，例如機械的 (mechanical)、完全典型的 (entirely typical)、基本資訊 (basic information)、起碼的選擇 (mere selection)、深根於傳統之中的古老實踐 (an age-old practice, firmly rooted in tradition) 等。然本文以為，*Feist* 案雖以此種描述性之方式試圖定義所謂「不具備創作性」之著作，但具體而言標準卻尚非明確，此種描述性用語如何在具體案件中操作適用，仍有待學說及實務之具體個案予以補充。

(4) 確立了編輯著作的創作性標準，即在事實的選擇、協調或編排方面是否具備最低限度的創作性

本案中確定了編輯著作之創作性標準，表現在對於事實的選擇、協調或編排上。雖然創作性為著作之保護要件之一，然而創作性之要求非常低，只須最低限度之創作性即可。然而，何謂資料的選擇？何謂資料之編排？又如何能達到最低限度之創作性不無疑問。

#### I. 就資料之選擇而言

就資料之「選擇」而言，美國學者 Jane C. Ginsburg 曾就此試圖加以分析。其認為資料之選擇可能得有兩種情形，其一，為資料之主觀性選擇 (subjective selection)，二是所謂資料主題 (subject) 或範圍 (universe) 之選擇<sup>109</sup>。

所謂對資料之主觀性選擇，係指對於資料之選擇加入其主觀之價值判斷，於同類型之資料之中加以選擇。例如選擇「歷年傑出棒球球員個人檔案<sup>110</sup>」、「最卓越家庭楷模」等主題，再就其所選定之主題人物之姓名、身高、事蹟等事實資訊加以編排，由於關於「傑出球員」、「卓越家庭」之選擇為「作者

<sup>109</sup> Jane C. Ginsburg, *No "Sweat?" Copyright and Other Protection of Works of Information after Feist v. Rural Telephone*, 92 COLUM.L. REV. 338,345-46.(1992).

<sup>110</sup> See *Eckes v. Card Prices Update*, 736 F.2d 859, 862-63 (2d Cir.1984), "listing of baseball cards, including sub-listing of "premium" cards."

之主觀判斷」，因此可以滿足 *Feist* 案所稱之「最低限度之創作性」。然而，此種主觀選擇的問題在於，若編者所欲編輯之資料係為廣泛、總括 (comprehensiveness) 之資料則似無助益。<sup>111</sup>

因此，若認為關於資料之選擇，為包含主題(subject)或範圍(universe)之選擇，則似可解決此一問題，例如選擇以「美國及加拿大地區生產可分解牙刷之資料彙編」，因其主題之選擇具有特殊性，亦非普通平凡，因此可以滿足最低限度之創作性要求。則於此之「創作性」表現在對於「主題之特殊性」之選擇上。

然依此見解，其問題在於，著作權法係保護表達而不保護思想 (idea)，而關於「資料之選擇方向」本身即為一種思想之表現，若得創作性之一部份，進而受到著作權法之保護，恐有違思想/表達二分原則。況且，如果對於編者所選擇之主題加以保護，使其他人不能獨力蒐集相同主題予以出版，形成獨占的權利，與著作權法促進文化進步之目的有違<sup>112</sup>。

## II. 就資料之編排而言

承前所述，因為對於資料之選擇要表現出「創作性」並不容易，因此，對於資料之編排應如何突顯出創作性則更為重要。蓋因一編輯著作如在「選擇」上無法達到創作性之要求，仍可透過對於「編排」上創作性之滿足，而取得著作權。

然而，如何決定著作之編排有創作性是一難題，在 *Feist* 案中，法院以揭示了「僅依字母序列」編排方式之著作不具備創作性，因此編者似應進一步發揮「創意」，如在判決彙編中，以「法官」之姓名進行編輯等。然而，使用傳統之編輯方式並非無實益，因為傳統之編輯方式有其便利性、經濟性，也為社會大眾所普遍接受，如對之要求一定之「創作性」則恐會徒增使用者於檢索上之不便利，對於社會經濟發展亦有不利之影響。

<sup>111</sup> 於 *Feist* 案後，在 *Mason v. Montgomery* 案中法院曾認為，某一房關於房地產地圖之製作，原告 *Mason* 因在對於資料的「選擇上有獨立」之判斷，此際係採所謂「主觀選擇」，因此具有原創性。 *Mason v. Montgomery Inc.*, 967 F2d. 135(1992).

<sup>112</sup> *Supra* Note 110, at 346-347.

然而，如肯認傳統之編排方式得受到保護，則對編者賦予壟斷性之權利，使其他編者不得再針對相同資料進行相同之編排方式，否則會構成著作權之侵權，則可能對於往後之編輯者造成不便利。

### III. 就微量創作性之標準而言

*Feist* 案的法院雖然表示著作應具備微量之創作性(modicum of creativity)<sup>113</sup>，然而，但諸如限度、適度等都是不確定之概念，因此，雖然 *Feist* 案對著作之原創性標準做了重大之貢獻，然而卻未提供一個「可操作性」之標準，使得原創性之判斷在 *Feist* 案後仍留下諸多問題。

最後，學者 Timothy Young<sup>114</sup> 更認為 *Feist* 案後雖試圖建立原創性之標準，然而卻也創造了許多問題：就鼓勵創作之目的而言，在於法院否認對於事實資料之不具創作性編排的可著作性，讓這些成果在公眾中流動，則有可能消弭創作之誘因。其次，將創作性提升至憲法層次之標準，則國會無權去降低其標準。而最重要的是，法院曾多次試圖為原創性下定義，但往往都失敗，*Feist* 案後恐怕會留下更多的問題。

<sup>113</sup> 法院在 *Feist* 案中，曾以以下用不同之用語來解釋微量創作性之概念：（1）是否具有最低限度的創作性（possesses at least some minimal degree of creativity, *Feist*, 499 U.S. at 345.）；（2）是否有適度的創作性（a modicum of creativity *Feist*, 499 U.S. at 345.）；（3）是否完全缺乏創作性的火花（the creative spark is utterly lacking *Feist*, 499 U.S. at 359.）；（4）原告著作中的創作性火花（the creative spark）是否如此的微不足道以至於實際上不存在（so trivial as to be virtually nonexistent, *Feist*, 499 U.S. at 359.）；（5）原告著作是否缺乏最輕微的創作性痕跡（devoid of even the slightest trace of creativity, *Feist*, 499 U.S. at 362.）。

<sup>114</sup> Timothy Young, *Copyright Law: Copyright Protection for Factual Complications the White Pages of the Phone Book Are Not Original Enough to be Copyrighted—but Why? —Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.*, 111 S.Ct. 1282 (Interimed.1991), 17 U. DAYTON L. REV. 631, 660 (1992).

### 3.3 小結

#### 一、原創性是一憲法層次之要求

在 *Feist* 案中，法院確認了原創性係來自於憲法層次之要求，因此著作權法必須要授予「促進人類科技及藝術之進步」之創作者一種獨占的權利，而何謂「憲法上之要求」，不無疑義。

在 1976 年著作權法明文將「原創性 (original)」納入著作要件以前，法院已經試圖為原創性下定義，例如最早期在 1884 年 *Trade-mark* 的案件中，法院即以認為憲法上所保護之著作必須具有原創性，且在其心中須達到一定程度之創作高度<sup>115</sup>。

然問題在於，既然原創性是一項憲法上之要求，則其「創作性」之程度為何，應如何才能達到憲法上所要求之「創作高度」？針對此問題，司法實務上確認了須達到「最低限度之創作性」之要求<sup>116</sup>。

依循此邏輯，則我們可理解為何美國法院為何揚棄辛勤原則之適用，蓋因著作權法上之原創性標準，係來自於憲法上之要求，辛勤原則主要係為了獎勵作者所付出之勞動及資本等，對於「促進人類科技及藝術進步」上並無助益，因此在憲法上要求，以及 1976 年著作權法明文規定「original」後，不難想見為何法院對著作權之保護要件逐漸朝「原創性理論」貼近。

然而，原創性理論是否真可達到憲法上「促進人類科技及藝術進步」卻非無疑義，因憲進司法實務之判例所建構之原創性標準，在創作性之表現上僅要求「最低限度之創作性」即可，則在編輯著作、衍生著作等侵權判斷時，我們必須很小心地區別出所謂「創作性」之部分，因為若有過度保護之情形，則有可能使某些低度創作之著作成為著作權法所保護之著作，則不利於憲法上之公益要求。

<sup>115</sup> *Trade-mark cases*, 100 U.S. 82, at 94 (“it is only such as are original, and are founded in the creative powers of the mind.”)

<sup>116</sup> “As a constitutional matter, copyright protects only those constituent elements of a work that possess more than a minimis quantum of creativity.” *Feist*, 499 US at 363.

## 二、原創性係指原始性 (originality) 及創作性 (creativity)

在 *Feist* 一案中明確指出原創性之內涵兼指獨立創作 (independent creation)，且具備有創作性 (creativity)，而創作性之程度僅須達到少量之創作性 (modicum of creativity) 即為已足，此種定義看似明確，然而於實際之操作上，卻仍留下了諸多待解決之問題。

首先，在「原創性 (originality)」是否包括「創作性 (creativity)」之議題上，本身即存有爭議。反對者認為從歷史的角度看來，在 1976 年著作權法草案中曾試圖將「originality」加以定義，其定義係指「獨立創作而非抄襲」<sup>117</sup>，然而在 *Feist* 案中卻忽視立法者當時之意思，使「originality」不僅意味者獨立創作，更有「創作性 (creativity)」之概念，成為「originality」的內涵之一，讓「創作性 (creativity)」提升至著作之要件之一，實非允當<sup>118</sup>。

而肯定者雖認同原創性之標準較符合憲法上「促進科學及藝術發展」之立法目的，然而因 *Feist* 案所建立之少量創作性標準僅建立在一個極為模糊之描述之上，諸如缺乏創作性的火花 (the creative spark is utterly lacking)、適度的創作性 (a modicum of creativity) 等，都非可具體操作之標準，法院得任憑其主觀之意識加以闡釋，缺乏客觀之標準。

而在學說上，對於著作之要件，有時為了分析之便而將原創性 (originality) 區分為原始性 (originality) 及創作性 (creativity)，而列出美國著作權之保護要件為：(1) 原始性 (originality)，(2) 創作性 (creativity)、(3) 固著性 (fixation)<sup>119</sup>，此時對於 originality 則採狹義解釋，為原始性或獨創性。然而不論採狹義解釋或廣義解釋，皆肯認「創作性」，為著作之保護要件之一。

## 三、不同之著作對於創作性之要求不同

由上述分析可知，「原創性」之判斷似為一主觀上之標準，特別是對於「創作性」之判斷，何謂「少量之創作性」，仍須透過解釋加以充實其內涵。雖然

<sup>117</sup> Omnibus, *supra* note 72, pt. 3, at 1 “A work of authorship is ‘original’ if it is the independent creation of an author who did not copy it from another source”然而美國國會後來卻故意省略對於“original”的定義，有意留待司法實務加以補充。

<sup>118</sup> Russ VerSteege, *Sparks in the Tinderbox: Feist “Creativity,” and the Legislative History of the 1976 Copyright Act*, 56 U. PITT. L. REV. 549, 549,585 (1995).

<sup>119</sup> 1 MELVILLE B. NIMMER & DAVID NIMMER, NIMMER ON COPYRIGHT, §2.08[B][2](2003).

法院仍無法精確的加以定義。也許正如，大部份的人在看到著作時可以看出著作之「原創性」所在，然而每一個人所判斷之標準卻不同<sup>120</sup>

雖然 *Feist* 案確立了著作須具備有「少量之創作性」，然而不同之著作之創作性不可一概而論，尚須是著作之性質而定，根據美國判例所揭示的標準，本文試圖將在不同著作所側重的標準分述如下：

### 1. 攝影、美術著作：重視作者之個性獨特性，以之為創作高度

在 *Bleistein* 案中，法院試圖為原創性加以定義為，其認為著作係因作者表現出「不可抹滅」之「個性」及「獨特性」，而受到保護，而在 *Alfred* 案中，法院更進一步闡釋，表現在具體事件中，係作者對著作表現出觀念和判斷而言。

攝影著作之保護，對於著作權法之衝擊在於其為科技下之產物，於此產生之問題在於，此等運用科技之「機械性」著作，是否仍受到著作權之保護？

大致而言，美國判例法上及學說上仍堅守「原創性原則」，美國學者 *Nimmer* 提到，就照相本身，只有表現出作者一點點之「個性」，即可滿足「原創性」之要求<sup>121</sup>。惟在所謂「完全複製 (slavish copying)」之情形，即僅是用照相方式，拍攝另一張照片或平片影像，則欠缺原創性。更進一步而言，創作者就其著作，須與被攝影者間有區別性變化，才能滿足原創性之要求。

而就美術著作而言，法院特別提到，美學價值並非判斷原創性之要素，法院不應就美學價值進行其所展現之「個性程度」判斷，僅須確認其「存在」即可，此為所謂「美學不歧視」原則。因此，在美術著作中，其原創性標準較側重於著作人個性「是否存在」於著作之中，至於美學程度之高低等，則非法院所需判斷。

### 2. 衍生著作：與原著作之間須有實質上差異

衍生著作之創作性標準，建立在對於原著作間是否具有實質上差異，早期美國法院曾採所謂可資區別的變化 (distinguishable variation)，即以細微之

<sup>120</sup> *Supra* note 113.

<sup>121</sup> 1 NIMMER § 2.08[E][1], at 2-130. (“a very modest expression of personality will constitute sufficient originality.”)

變化即可滿足原創性之標準。

然而按衍生著作之性質，如果是以原有之著作為基礎加以創作，原著作有時已落入公有領域，若該衍生著作與原著作間僅有細微之變化亦可取得著作權，則可能會造成某些落入公有領域之著作被認定為是衍生著作之範圍，而落入私人之保護，對促進科學及藝術發展之憲法上公益目的不利。此外，若僅有微小之變化便可滿足原創性之標準，則在著作侵害判斷時，將難以判斷究竟被控侵權著作係侵害所謂「衍生著作」或原著作。

是以，本文以為，因衍生著作係立基於依原著作上之新著作，因此其原創性判斷標準著重在對於此一新著作是否具有「實質性變化」，此為一種較高度之判斷標準，並不以「作者之個性存在」即可滿足原創性標準，有其公共利益上之目的及實質上之考量。

### 3. 編輯著作：選擇、協調及編排上具有最低限度之創作性

在 *Feist* 案後，法院明確拒絕「辛勤原則」，而採取原創性標準，作為判斷著作成立與否之重要準則。根據 *Feist* 一案所確立之原創性標準有三：

- I. 作者針對既有資料獨立地選擇、募集與組合
- II. 針對上開資料之選擇、協調與編排
- III. 系爭著作達到最低限度之創作性

而就第一項要件而言，其無法獨立受到保護；而就第三個要件而言，「最低限度之創作性」要求是著作權保護之理論通則。因此，*Feist* 一案之重要意義即在於，揭示了對編輯著作保護之關鍵在於第二項要件，對資料之選擇、協調與編排展現最低限度之創作性，即達到著作權法上對於編輯著作之要求<sup>122</sup>。

綜上所述，美國學者 Patry<sup>123</sup> 整理編輯著作之可著作性主要之精神在於：(1) 自所有資料中選擇某些或單一之資料（而非全面性之選擇）(2) 以依原創作者之努力與態度去協調與編排該編輯著作。則該編輯著作人即可就其編輯

<sup>122</sup> 2 WILLIAM F. PATRY, PATRY ON COPYRIGHT, §3:65.

<sup>123</sup> *Id.*

著作受到整體之保護。

然而，*Feist* 後，就編輯著作之創作性判斷並非無疑義。在編輯著作中，因法院認為事實本身並不受著作權法之保護，但是對於事實之選擇、編排及協調則可能使之成為著作權法所保護之著作，因此，受著作權法所保護之部分僅編輯著作之「創作性」部分，僅摘錄事實本身是被允許的，然而，在侵權行為中，此「創作性」部分應如何區辨，不無疑義。

關於編輯著作之「編排」或可透過具體之順序、條列等看出該著作之創作性部分，然而，就「選擇」部分，若二個編輯著作係選擇相同之「事實」做為編排，則其「選擇」部分之原創性，應如何判斷，仍留下諸多問題<sup>124</sup>。因此，何謂「原創性」，至今仍難加以定義。其為一法律上之概念，惟又充滿了不確定性。

#### 四、與我國之比較

就我國而言，我國著作權法對於原創性之解釋早期稍有分歧，採狹義說者僅指原始性(獨立創作)<sup>125</sup>，惟近年法院對原創性大致係採廣義解釋<sup>126</sup>，即包含原始性及創作性而言，與美國 *Feist* 案中所稱之原創性內涵同採廣義解釋而就原創性中之創意高度之要求，美國法院判例係認為著作「至少須具有最低程度之創意」，與現今我國對於創意高度之要求實質相似。而關於我國法院對於原創性之解釋，請詳見第六章、原創性在我國司法之實證研究乙章。

<sup>124</sup> 關於此部份之討論，可見前關於 *Feist* 案之評析部分。

<sup>125</sup> 如台灣高等法院台南高分院 86 年上訴字第 948 號判決所稱：「按著作權法第三條第一項第一款之所謂著作，係指：『文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作』，其『創作』者，需具有『原創性』，即著作人獨立創作，非抄襲他人之著作，且屬於文學、科學、藝術、學術範圍始足以稱為『著作』。」

<sup>126</sup> 最高法院 90 年台上 2945 號刑事判決明確指出「所稱之創作，需具有原創性，即須具原始性及創作性。」

## 第四章 大陸法系之原創性概念

本章以德國作為大陸法系之代表加以探究，另輔以日本及中國大陸相關法制為探討。因中國大陸之著作權法制亦參酌英美及大陸法系而制定，文化及社會背景與我國有一定程度之相似，因此選定其作為探討對象之一，俾供我國著作權法制之參考借鏡；而關於討論方式，則以條文、學說之闡釋及司法判決之用語分析為研究方式，合先敘明。

### 4.1 德國

我國法院實務上所稱之「精神」、「個性」、或獨特性等用語，本為法條文所無，探其源流，應係源自日本著作權法，而日本著作權法則出自德國著作權法，茲就德國著作權法上著作之保護要件及創作高度部份討論如下：

#### 4.1.1 德國著作權法保護要件

依德國著作權法第 2 條第 2 項規定：「本法所稱之著作，係指人格的、精神的創作(Werke im Sinne dieses Gesetzes sind nur personliche geistige Schoepfung)」，依此上位概念，學說與實務將著作權之實質要件分述如下<sup>127</sup>：

(1)精神內涵(ein geistiger Gehalt)：文學及學術著作時，需具有精神之內涵；於造型、應用美術或音樂著作表現精神內涵時，雖常有美感表現，惟美感之概念並非著作必備之要件。

(2)人格之創作(ein persoenliches Schaffen)：係指創作係來自個人想像力，具有個性，至於單純以器械技術所生之著作，則非人格之創作。

(3)為人類之感官所能感知之形式表現(eine fuer die menschlichen Sinne wahrnehmbare Formgestaltung)

(4)創作特性之程度(ein shcoepferischer Eigentuemlichkeitsgrad)：指著作必須達到著作權法第 2 條第 2 項所規定之創作特性。

<sup>127</sup> 參見蔡明誠主編，前揭註 52，第 22 頁至第 29 頁。

#### 4.1.2 德國著作權法對於創作高度所採用之標準

德國著作權法並未使用「原創性」一詞作為創作程度之判斷，有關於創作程度之判斷係由「個性」或「創作高度」(Gestaltungshöhe)所取代，凡著作具有「必要之創作高度」，而按個案情形，就具體形式之智慧創作整體印象判斷之。

#### 4.1.3 德國著作權法對於創作高度之審查方式

關於德國著作權法就著作之創作高度之審查方式，首先，要與已先前存在的形式為整體比較，此所為之比較不含新穎性之審查，而是對於已知的形式是否使該具體表現形式取得獨特性。如一般知悉、公共所有的智慧財之形式具備自創效力者，亦可能受著作權法保護。

經前述與已先存在形式為整體比較而確認具有創作特性之後，進而審查著作是否具有必要之創作高度，探求此要件，應將已經確認之創作特性及因此產生之整體印象，與平均水準之創作人之創作加以比較，而於此平均水準的創作人之判斷，既非指完全無關之外行人，亦非該領域之特別訓練的專家之判斷<sup>128</sup>。

綜上所述，德國著作權法上對於原創性之標準不僅包含作者之個性和創作性的內容，而且要求著作必須是著作人思想感情的體現，並達到一定之創作高度，此種「創作高度 (Gestaltungshöhe)」要求著作必須超過一般人平均創作水平的治理創作活動，從而將一般的智力活動成果排除在著作權保護之外，顯然，德國法上關於原創性之判斷標準高於普通法系之標準。

#### 4.1.4 德國著作權法對創作高度要求之例外—小銅幣理論 (kleine Muenze)

德國著作權法上有時並不要求特別「創作高度」，依小銅幣理論 (kleine Muenze)，某些著作只要求適度的創作水準，例如商品說明書、表格、目錄等即不嚴格要求創作高度。例如在文字著作方面，往昔判決對其創作高度採取較寬鬆之標準，惟目前與科學性或技術性之描繪物，則較嚴格要求其創作

<sup>128</sup> 參見蔡明誠，同前註，第 26 頁至第 27 頁。

高度。另 1993 年修正德國著作權法第 69 條之一第 3 項規定：「就其保護能力之確定，特別不適用品質或美學之準則。」意即指電腦程式保護屬小銅幣著作，不需具有嚴格之創作高度。

#### 4.1.5 低度或不具備創作性之著作之保護－著作鄰接權

在電影、錄音、廣播等科技出現後，或由集合多數自然人共同創作之法人成為創作人(如電影、錄音、廣播)，或就既有著作的利用結果(如歌舞或劇本的表演或廣播機構之廣播)，利用科技之結果(如攝影)，其或非自然人的創作，或是創作性較低者，在德國高度創作性之標準下，即無法被認為受到著作權法之保護，故在大陸法系下，為因應此需求，便建立一套較低的保護標準以為因應。現今，所謂著作鄰接權制度，狹義而言，係指對表演人、廣播機構與錄音物之保護。

就表演人而言，在德國著作權法中，何謂「詮釋」表演之人顯得相當重要，因在德國的立法說明中，將「表演人」理解為「音樂家、歌者、演員或舞者以及任何其他詮釋著作之人」，而所謂詮釋著作之概念，其關鍵並非只對著作的內容加以闡釋的能力，而係指該表演工作本身的特質，便可被認為是一種「詮釋」了。如同前開小銅幣理論，德國著作權法第 73 條以下對於「詮釋」的認定標準，也採取「最低限度的保護標準」；亦即，本條所保護的表演，通常只需要滿足最基本的要求即為已足<sup>129</sup>。

就錄音物而言，其基本上不是一種創作性的，而是一種組織性、工藝性的，並且有益於促進文化生活的工作成果；而廣播機構所做之節目放送，亦類似於錄音物，係屬於一種有組織、科技性的工作成果。關於錄音物與廣播之保護而言，德國法上所重視者為其工作成果之保護，而並不特別探究其本身之創作高度。

依德國著作權法第 85 條第 1 項規定，錄音物製作人 (Der Hersteller von Tonträgern) 享有該錄音物之重製及散布權。因此以該錄音物製作人，為該錄音物之權利主體。如果錄音物係由企業所製作的話，則因為是由該企業來負

---

<sup>129</sup> 張懿云、林廷機、朱瑞陽、李憲珍，「鄰接權制度之研究」，經濟部智慧財產局，頁 53。

擔技術與經濟上的花費，因此該企業即被認為是錄音物的製作人（第 85 條 1 項），而若非如音效工程師之類的人。

而廣播機構所做之節目放送，原則上是可以不經過授權就可以供社會大眾加以利用，包括經由其他的廣播機構對原廣播加以擷取並再為播送。依德國著作權法第 87 條之規定，廣播機構得禁止其他電台或電視台，不論是透過有線電或透過衛星的方式，對其節目進行再播送（Weitersendung）<sup>130</sup>。此外，它其亦可禁止他的電視節目在有向公眾收取入場費用的場合中的公開再現<sup>131</sup>，例如電影院，然而若是在非收取入場費之場合，則不在本條禁止之列，因其並未向公眾收取入場費用（Eintrittsgeld）。

#### 4.1.6 德國著作權法制之評析－高度創作、小銅幣理論與鄰接權制度建構而成之保護模式

受德國著作權法上之著作，基本上需具有一定之創作高度始受保護，就其理論基礎而言，係因德國等大陸法系國家，以人格價值為其著作權法制之立法取向，故以著作人本身精神之高度作用，即以較高度之「創作高度」為著作權之保護要件。然此等要求高度創作之保護模式，就某些低度創作或非人類精神作用產生之創作保護不足，是以又有所謂小銅幣理論，對於某些非自然人精神創作之著作不嚴格要求其創作高度。此外，在大陸法系下設有受著作鄰接權保護，認為其並非因其本身有著作的創作行為，而係其於將著作傳播或傳達給社會大眾上有功，為獎勵、鼓勵其對於著作流通之貢獻與作為，從而乃於著作權之外，另有著作鄰接權之保護。

而德國著作權法制就著作鄰接權而言，相較於針對創作性與否之探討，法制基礎上反而較著重於其經濟上保護模式，針對上開不同之創作，設有「報酬請求權」或「再播送」等不同之權利。本文以為，此種不特別探究創作性，而自經濟、科技角度賦予保護之模式，可謂為大陸法系下要求「創作高度」之著作權保護模式下，另闢一保護模式，以符合科技之發展與時代所需。然而，值得我們思考者在於，此種經濟著眼之保護模式，是否與著作權保護模式指核心－「創作性」要求相悖？

<sup>130</sup> 參閱德國著作權法第 87 條第 1 項第 1 款。

<sup>131</sup> 參閱德國著作權法第 87 條第 1 項第 3 款。

本文以為，科技、勞力之產物，針對此等無形資產，固應受到法律之保護，惟若不判斷其創作內涵而僅因經濟上之利益便予以保護，恐與著作權法之核心原創性理論相悖，因此，本文認為不妨將著作鄰接權制度視為因應新興科技產物之相應制度，其判斷核心並非以原創性為主要依據，而係另一種以經濟考量之保護模式。

其次，就主客觀之標準之角度觀之，相較於嚴格要求為精神創作之成果主觀標準而言，小銅幣理論可謂從一客觀標準來看待著作之創作高度，其優點在於針對不同性質之著作有不同之保護標準，以擴大對於著作之保護，然而在適用上卻可能產生標準之歧異與爭論，蓋因就著作之保護，某些須要求高度之創作始受保護，而某些僅要求低度之標準，甚至不探究其創作性，如此割裂之立法模式與價值取向，雖或可解決對某些著作保護不周之問題，然而卻難免形成價值取捨之紊亂。

## 4.2 日本

### 4.2.1 前言

受到德國著作權法之影響，日本著作權法第2條第1項第1款對著作所下之定義如下：「著作物，係指屬於文藝、學術或音樂領域中表達其想或者情感創作之物」<sup>132</sup>，即欲符合日本著作權法之保護要件，以作者思想、情感之表達上需展現創作性始足當之。

### 4.2.2 日本法下創作性之要求

#### 4.2.2.1 一般著作之創作性要求

就創作性之要件要求，在於著作人必須於表現上所呈現自身思想、情感，以及作者的個性，如單純地傳達新聞事實與時事報導亦或時常使用之短語，均不屬於所謂表達作者個性者，從而不受到著作權法之保護，因此於著作表

<sup>132</sup> 日本著作權法第2條第1項第1款原文如下：「この法律において、次の各号に掲げる用語の意義は、当該各号に定めるところによる。一 著作物 思想又は感情を創作的に表現したものであつて、文芸、學術、美術又は音楽の範圍に属するものをいう。」

達中「展現作者之個性」，是受著作權保護之必要條件。

日本實務對於著作之創作性明確地表示，創作性需展現人類智慧精神創作，且必須表現出作者之個性，且日常用語或作者從事相類著作時即無可避免做成相同內容者無由認定為創作性<sup>133</sup>。是以，在日本著作權法中，多以作者之個性、人類精神之創作作為著作之保護要件，與大陸法系之用語較為相似。

#### 4.2.2.2 針對低度創作之保護－編輯著作及資料庫著作

##### 1. 編輯著作之創作性

依據日本著作權法第 12 條第 1 項及第 2 項之規定，編輯著作係指「就素材之選擇或編排具有創作性之編輯為編輯著作，以著作物保護之。前項規定，對於同項編輯著作之部份著作物之著作權人之權利不生影響」，而關於編輯著作之創作性要求，係著重於就編輯物素材之選擇與排列需具有創作性者，始受著作權法之保護。在編輯著作中，所謂創作性，係指在題材之選擇與編排上，展現出何種形式的「人類精神活動成果」之謂<sup>134</sup>。

此外，就是否具創作性之判斷，亦不會因為因收集素材所花費的勞力或時間而受到影響，在日本法上仍深受 *Feist* 案之影響，並未將辛勤原則（sweat of the brow，又稱額頭上的汗水原則）納入著作權法之保護要件。

##### 2. 資料庫著作之創作性

日本著作權法第 12 條規定，資料庫係指：「有系統地組織，以能利用電腦檢索之論文、數值、圖形或其他情報之集合物。」同法第 12 條之 2 並於資料庫之著作規定：「資料庫就其情報之選擇與體系之構成有創作性者，以著作保護之。前項規定，於構成資料庫之各著作的著作人權利不生影響。」資料庫創作時，著作人需決定蒐集資料的策略和選擇標準，決定資料是否儲存，

<sup>133</sup> 轉引自周純卉，資料庫法律保護之研究，國立成功大學法律學系碩士班碩士論文，頁 179，2009 年 7 月。

<sup>134</sup> 東京地判平成 7 年(ワ)5273 號－平成 10 年 5 月 29 日知裁集 30 卷 2 號 296 頁，參大瀨哲也、茶園成樹、平嶋竜太、蘆立順美、橫山久芳，知的財產法判例集，2008 年 1 月，頁 274。轉引自周純卉，前揭註 131，頁 181。

並且整合資料的結構，以利資料快速的取用。

關於資料庫著作之創作性，與一般編輯著作之創作性是否相同？本文以為，若依法條之文義解釋，資料庫之創作性與編輯著作之創作性應不盡相同，蓋編輯著作之創作性係側重於素材之「選擇或編排具有創作性」，而資料庫著作則側重於「情報之選擇與體系之構成有創作性者」，有論者認為日本著作權法認為資料庫著作與編輯著作二者係不同之標準。

進一步而論，關於資料庫所稱之「體系之構成」與編輯著作所稱之「編排」是否相同，學說上有分採「差異說」者，認為二者係不同之性質，在資料庫之情形，因為其內容資訊之檢索僅係由電腦程式或系統為之，因此關於素材選取與編排之創作性較低，僅需達到最低之基本門檻即可，亦即其創作程度與一般編輯著作有別<sup>135</sup>；惟有學者認為，日本著作權法第12條與第12條之2，二者間關於創作性標準之差別並未加以探討，故資料庫之素材選取或體系之構成，與一般編輯著作之「素材之選擇或編排」，並無太大區別，因不論是資料庫著作或編輯著作，均明文要求「創作性」之要件，進一步而言，日本著作權法之修法雖增列資料庫著作之條文，然而卻無意超越原來著作權法之框架，亦無意對二者之間設有不同之之創作性標準<sup>136</sup>。

本文以為，差異說較為可採，因為僅有在解釋上認為資料庫之體系構成與編輯著作之選擇與排列二者為不同之性質時，就日本著作權法增列資料庫著作始得與原先之編輯著作加以區別。

### 3. 對創作性較低者之保護－著作鄰接權制度

日本著作權法之立法深受大陸法系影響，其最重要之特色或在於著作權與著作鄰接權二者的嚴格分立。在日本法制下，確認了著作人與著作鄰接權人各自於著作創出與傳播過程中所分別扮演的不同角色，日本著作權法乃針對著作鄰接權設立專章，給予一般而言較諸著作權為低和窄的保護程度和範

<sup>135</sup> 涉谷達紀，知的財產法講義Ⅱ（著作權法、意匠法），有斐閣，2007年6月，頁64。  
年6月）；半田正夫，著作權法概說，2005年，頁101。

<sup>136</sup> 蘆立順美，「データベース保護制度論－著作權法による創作投資保護および新規立法論の展開」，知的財產研究叢書6，頁140-141。

圍。關於表演人、錄音物製作人以及廣播業者等之保護規範，因非本研究之主要研究範疇，於此不深加論述，僅以表格方式呈現權利範圍。

表 3：表演人之權利<sup>137</sup>

表演人之權利	許諾權	現場之表演	錄音、錄影權（第 91 條）
			廣播、有線廣播權（第 92 條）
			可得傳輸權（第 92 條第 2 項）
		被錄音之表演	重製權（第 91 條）
	可得傳輸權（第 92 條第 2 項）		
	讓與權（第 93 條）		
	出租權（第 95 條）		
	報酬請求權	被錄音之表演	於廣播、有線廣播得請求使用費之權利（第 95 條）
錄音物出租得請求使用費之權利（錄音物銷售後第二年至第五十年）（第 94 條）			

表 4：錄音物製作人之權利<sup>138</sup>

錄音物製作人之權利	許諾權	重製權		
		可得傳輸權		
		讓與權		
		出租權		
	報酬請求權	被錄音之表演	得於廣播、有限廣播得請求使用費之權利	
			得於出租錄音物請求使用費之權利（錄音物銷售後第二年至第五十年）	

<sup>137</sup> 本表參考李湘雲，「日本著作鄰接權制度之研究」，月旦法學雜誌，頁 88，圖一（2005）。

<sup>138</sup> 同前註，頁 91。

表 5：廣播事業者之權利<sup>139</sup>

廣播事業者之權利	許諾權	重製權
		再廣播權、有線廣播權
		可得傳輸權
		電視廣播之公眾傳達權

綜上，較對於著作權人的保護，日本著作權法於鄰接權的保護上相對較低，且多適用所謂的「一次獲利機會/一次機會主義」(One Chance)原則，一旦著作鄰接權人曾經因為其行為而獲利後，其後對於該鄰接或傳播成果的使用，著作鄰接權人就不得再向利用人或使用人主張權利或要求權利金等費用。

#### 4.2.3 評析

日本著作權法仍深受德國著作權法等大陸法系之影響，近年來，亦受到來自美國及國際條約修法的壓力與新科技對傳統著作權法典範的挑戰，然而日本國內著作權法學界及實務界對於歷次的法律修正，都堅持應於不破壞現行法規架構與理念下，維持其大陸法系傳統。其最重要之特色或在於著作權與著作鄰接權二者的嚴格分立。在確認著作人與著作鄰接權人各自於著作創出與傳播過程中所分別扮演的不同角色，日本著作權法乃針對著作鄰接權設立專章，給予一般而言較諸著作權為低和窄的保護程度和範圍，此乃日本著作權法之重要特色之一。

<sup>139</sup> 同前註，頁 93。

## 4.3 中國

### 4.3.1 法律規定

依 2002 年公佈施行之中華人民共和國著作權法實施條例第二條規定：「著作權法所稱作品，是指文學、藝術和科學領域內，具有獨創性並能以某種有形形式複製的智力成果」，而依據此條文，可將受著作權法上所保護之作品具體化為以下要件<sup>140</sup>：

1. 作品是文學、藝術和科學領域中的智力成果
2. 作品應以確定的內容表達一定的思想、情感或者反應一定的客觀事物或現象
3. 作品應具有客觀能為人們所認識的表現形式
4. 作品具有可複製性
5. 作品需具有獨創性

### 4.3.2 中國所稱之獨創性意義

中國著作權法實施條例雖直接將「獨創性」列為創作之保護要件之一，惟並未於法條中明確解釋獨創性之意義，故實務界與學界之意見各有不同：

1. 有將其解釋為創作性 (creativity) 者

意即指作者在創作作品的過程中投入了某種智力性的勞動，創作的作品具有最低限度的創作性，進而推導出作品是由作者獨立創作而非抄襲的，並且展現了作者的精神勞動和智力判斷<sup>141</sup>。

2. 將獨創性認為是原創性(originality)者

認為獨創性是構成著作權法所稱作品之實質要件，其內涵有二：其一，

<sup>140</sup> 參見李順德、周詳，中華人民共和國著作權法修改導讀，知識產權出版社，2001 年 12 月，第 37 頁至第 40 頁。

<sup>141</sup> 參見李明德、許超，著作權法，法律出版社，2003 年 8 月，北京。

是作品是作者獨立完成的，即沒有抄襲、剽竊他人的作品；其二，作品的獨創性體現於作者對一定的思想、情感、原理、原則、方法、規律、事物、事實或現象本身<sup>142</sup>。

事實上，獨創性一詞可以從兩方面來理解，其中之「獨」是指「獨於創作、源於本人」，其中之「創」則是指「具有一定水準的致力創作高度」，惟中國著作權法實施條例雖然規定只有具備「獨創性」的勞動成果才能成為著作權法上之「作品」，但對獨創性的「創作高度」卻未做出任何規定，仍有待司法解釋為補充<sup>143</sup>。

但多數學者認為不須對獨創性之「創作高度」做任何要求，原因有二，其一在於即使粗糙的作品具有獨創性而享有著作權，並不會造成社會之危害，可由市場達到創作水平低下者不受保護之目的；其二，現代社會是一個異質性文化，判斷創作性高低之標準各有不同<sup>144</sup>，實無須在著作權法中明文規範創作高度，併此敘明。

### 4.3.3 著作鄰接權制度

#### 1. 規範背景

中國早於 1997 年制定其著作權法及著作權法實施條例時即已將著作權鄰接權制度納入規範，至 2001 年修訂之著作權法又再予以調整<sup>145</sup>，隨後至 2002 年 8 月亦配合修正著作權實施條例，合先敘明。

關於中國大陸之著作鄰接權制度之建立，有論者認為係與其積極爭取入世有關，中國大陸認知到如欲保證其能順利入世，在對智慧財產權保護之法制，必須嚴守 TRIPS (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) 中之相關規範，因此，於 2000 年年底啟動其對於原著作權法之修改工作，並於 2001 年 10 月 27 日修正通過，隔年，著作權法實施條例

<sup>142</sup> 參見李順德、周詳，前揭註第 138，第 39 頁至第 40 頁。

<sup>143</sup> 參見王遷，著作權法學，北京大學出版社，2007 年 7 月，第 19 頁。

<sup>144</sup> 李雨峰、王遷、劉有東，著作權法，廈門大學出版社，第 40 頁。

<sup>145</sup> 有關於中國大陸新著作權法為因應加入 WTO 所為之調整，並納入著作鄰接權制度之相關論述，參閱吳煜賢，「淺論中國大陸加入 WTO 後期著作權法制之調整」，智慧財產權月刊，37 期，頁 56 -61 (2012)。

隨後亦配合修正<sup>146</sup>。

## 2. 規範特色－廣義之著作鄰接權制度

一般所謂的「鄰接權」係指 1961 年「保護表演人、錄音物製作人及廣播機構之國際公約」(The International Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations)，簡稱「羅馬公約 (Rome Convention)」，相關規定所保護包括表演者的權利、錄製者的權利及廣播機構的權利等三項，此又稱為「狹義之鄰接權」。

而廣義的鄰接權除上述三種權利外，尚包括對出版者之出版權及其他與著作權相近之權利，以及近年來有關保護民俗創作或資料庫等特別權利（此等權利在國際著作權法制一般又被稱為「其他相關權利(other related rights)」<sup>147</sup>）。

而中國大陸之著作鄰接權制度相較於世界大部分國家之著作權法制僅以表演人、錄音物製作人及廣播機構為著作鄰接權之保護對象，其著作權法將出版者所享有與著作（中國稱之為「作品」）有關之權利列為著作鄰接權加以保護<sup>148</sup>，其著作權法第四章特將出版、表演、錄音錄像、播放等四大保護對象予以規範與保護<sup>149</sup>，由此可知，其所謂與著作權有關之權益，應為國際著作權法制中之「廣義」鄰接權制度。而關於各該權利之內涵，因非屬於本研究之主軸，茲不贅述，併此敘明。

---

<sup>146</sup> 有關中國大陸 2002 年著作權法修訂過程，可參見吳煜賢，同前註，頁 54—56；吳煜賢，「試析入世後的中國大陸對於著作鄰接權的保護（上）」，智慧財產權，第 47 期，頁 51—55。

<sup>147</sup> 如歐洲議會於 1996 年 3 月 11 日通過的「關於資料庫法律保護的指令」第 3 章中，對於不構成著作之資料庫所提供的「特別權利」(sui generis right)。

<sup>148</sup> 日本著作權法第三章（第 79 條至第 88 條）亦設有對出版權之保護，惟其並未列為著作鄰接全專章。

<sup>149</sup> 見《中華人民共和國著作權法》，第四章 出版、表演、錄音錄影、播放，第 29 條以下。

## 4.4 總結

就我國著作權法之立法模式而言，係以將著作財產權與著作人格權分立之立法模式，因此有論者以為我國著作權法之立法模式應係繼受大陸法系之體例而建構而成，故應將創作高度解釋為類似於德國法上之具備「人類精神作用」始足當之。

然而，就實質內容而論，我國著作權法中無大陸法系以「人類精神作用之產物」為著作之定義，而在司法判例中，將著作須具備下列四要件始得受到著作權法之保護：「(1)須具有原創性(2)須具有客觀化之一定形式(3)須屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作(4)須非不受保護之著作，而著作權保護之著作，須具有原創性，著作權所須之原創性，僅獨立創作即可，而不須具有新奇性（智慧財產法院 97 年刑智上易字第 63 號判決參照）」，若就上開判決而言，係以「原創性」作為著作權保護之核心，就內容而言反而較近似於美國法下之 originality 之概念。

茲就我國著作權法之立法體系與二大法係之區辯分析如下，以就原創性之觀點釐清我國著作權法制之立法趨向：

### 一、就立法價值取向而言

就立法價值取捨而言，普通法系（英美法系）係以財產價值取向為立法取捨，認為著作權本質上乃是基於「商業之目的」而專有「複製」作品之權利；而大陸法系則係以人格價值為取向，認為著作係人類精神之產物，認為著作權所提供之保護，事實上是針對作者人格利益的保護。而就我國著作權法之立法體例而言，係將著作人格權與著作財產權二分，體例上較接近大陸法系之立法模式。

### 二、就原創性之價值內涵而言

就原創性之內涵而言，英美法系國家認為原創性之內涵包括原始性及創

作性，進一而言，即包括以下二大要件：1.獨立之創作，2.創作性，以最低限度之創作性為標準；而大陸法系國家著作為人類精神之創作，其用語上包括精神內涵、人格創作、為人類之感官所能感知之形式表現等：對於科學、技術、美術著作等採取較高度之創作標準，惟卻針對低度創作性之著作設有小銅幣理論加以判斷，並設有著作鄰接權制度以保護非屬人類精神之創作或科技使用下之產物一如錄音、廣播、表演等。

而我國司法實務見解認為：「所謂創作，即具「原創性」之人類精神上創作，包含「原始性」及「創作性」之概念<sup>150</sup>」，於其價值內涵上較接近英美法系之標準，雖實務之用語上或有將「人類精神之創作」作為著作要件者，然而近年來，我國法院之實務見解已將原創性理論作為著作判斷之核心要件<sup>151</sup>。

### 三、就著作之分析方式而言

英美法系國家，如美國就著作本身是否受到著作權法之保護，係從一較為客觀之角度，分析系爭著作本身是否具備原創性。而大陸法系國家則重視創作著作之著作人之精神與人格利益，故以該著作是否為人類精神之創作為分析模式，於分析方法上，較重視著作人格價值。

而我國法院在著作是否受到著作權法之保護議題上，早期多以「人類精神之創作」等用語為分析方式，然近年來，智慧財產法院對系爭著作是否受到保護之議題，多以著作本身是否具原創性為分析，而較未提及「人類精神之創作」等語，例如：97年刑智上易字第63號：「又受保護之著作須具備下列四要件：(1)須具有原創性(2)須具有客觀化之一定形式(3)須屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作(4)須非不受保護之著作」，其並未將人格價值作為一著作是否受到保護之分析判斷標準。

### 四、就「創作性/創作高度」之分析而言

<sup>150</sup> 智慧財產法院 98 年刑智上易字第 98 號判決參照。

<sup>151</sup> 見後述 6.4 節。

就創作性或創作高度而言，英美法系係以「最低限度之創作性」為創作高度之判斷標準，而大陸法系國家，如德國則要求一定程度之創作高度。而就我國司法實務判決而言，所謂創作性，係多以「最低程度之創意」為判斷基準，如智慧財產法院 100 年刑智上易字第 10 號判決：「即著作權之原創性僅須未抄襲他人著作，且具最低程度之創意，即具創作性」所揭示。

##### 五、就亞洲各國著作權法之立法模式而言

日本係嚴守大陸法系之立法模式，除就著作之定義上以「表現作者之思想感情」為著作之要件，將著作定義為：「屬於文藝、學術、美術或音樂領域，而表現思想或情感之創作」，最明顯之特色在於設立著作鄰接權制度，具有濃厚之大陸法系色彩。

中國大陸著作權法將著作定義為：「著作權法所稱作品，是指文學、藝術和科學領域內，具有獨創性並能以某種有形形式複製的智力成果」，就「可複製性」之要件而言，較類似美國法之立法模式<sup>152</sup>，按因在普通法係之下，對著作之保護係保護著作人專有「複製」其著作之權利。然而中國大陸之著作權法卻納入著作鄰接權制度此種大陸法系特色規範<sup>153</sup>，體系上又較具有大陸法系色彩。而中國大陸之著作權法之就「原創性（中國稱為獨創性）」於內涵而言，大體亦包括「原始性(獨立創作)」與「創作性(creativity)」，且亦受英美法系與德國大陸法系之影響，與我國著作權法之在立法模式上有某程度之相似。然相異之處在「獨創性」之用語除與我國不同，且受保護之作品所重者為「創作性勞動成果」，而關於創作高度法條上未有明確規定，有待司法解釋補充，然多數中國學者則認為基於市場機制及多元社會難判斷創作高度之原因而不需要求。

而就我國而言，我國之著作權法對於原創性於法條亦無明確之解釋，然透過司法實務，目前大體採廣義解釋，即包括原始性及創作性，而對於創作

<sup>152</sup> 按英美法系下，著作權本質上乃是基於「商業之目的」而專有「複製」作品之權利，因此，著作人的權利被稱為「copyright」，即含有「複製權」之意。相關論述可見本研究 2.2.2.1。

<sup>153</sup> 中國大陸早於 1991 年制定期著作權法及著作權法實施條例時，便將著作鄰接權制度納入規範，至 2001 年修訂之著作權法又再予調整，隨後於 2002 年 8 月期著作權法實施條例亦隨之配合修正，確立著作鄰接權制度。參見吳煜賢，「中國大陸鄰接權制度」，月旦法學雜誌，第 98 期（2003）。

性之要求最低創作性程度 (minimal requirement of creativity) 之創意高度，且基於人類之精神作用，以表達思想及感情，並表現其個性者(接近德國法之用語)。

我國著作權法於立法體例上，雖將著作財產權與著作人格權二分立，然而不論是在著作之分析方式、原創性之價值內涵或創作性/創作高度之分析上，皆相當近似於英美法系之判斷標準，是以，本文以為我國著作權法就著作判斷之實質內涵上，應較類似美國法上之標準。

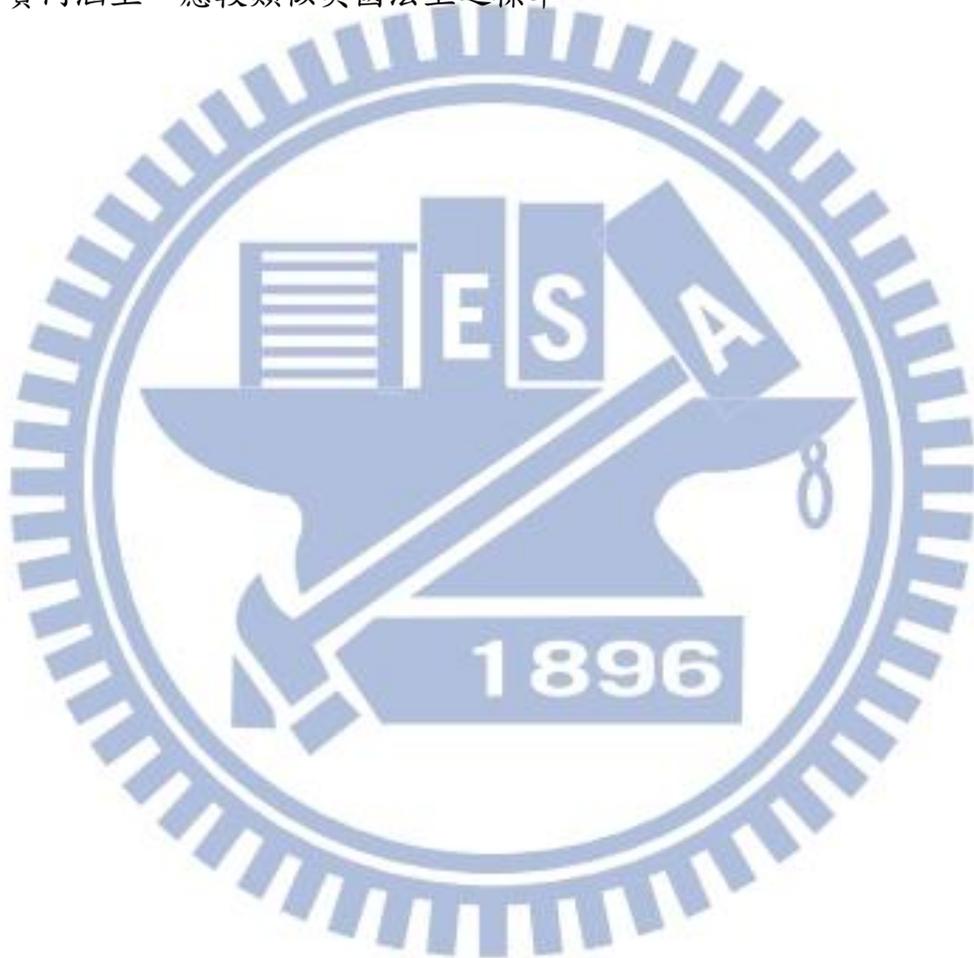


表 6：各國著作權法就著作之定義

我國著作權法	日本著作權法	美國著作權法	中國	德國
指屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作	屬於文藝、學術、美術或音樂領域，而表現思想或情感之創作	附著於可見之媒體上，而被認為具有著作人原創性之創作	著作權法所稱作品，是指文學、藝術和科學領域內，具有獨創性並能以某種有形形式複製的智力成果	本法所稱之著作，係指人格的、精神的創作

表 7：英美法系與大陸法系就著作性判斷之比較

	英美法系－美國	大陸法系－德國
立法價值取向	財產價值	人格價值
原創性之內涵	1.獨立之創作，2.創作性，以最低限度之創作性為標準	著作為人類精神之創作，對於科學、技術、美術著作採取較高度之創作標準 例外：小銅幣理論
創作性/創作高度	最低程度之之創作性	較高之創作高度

## 第五章、原創性之爭議問題分析

承前章所論，若認為「原創性」在著作成立判斷時為核心、必要之要件，則當透過以下幾個問題的討論，可釐清「原創性」在著作成立時之地位與重要性：

1. 「原創」卻「非法」衝突時，還能否為著作？

(1) 具備「原創性」但「非合法」之著作，是否能取得著作權？在此命題下所要討論者為，對於未經原著作權人授權而擅自改作之衍生著作，是否仍享有著作權之著作，而受到著作權法之保護？

(2) 色情著作得否取得著作權？對於猥褻物品而違反公序良俗之創作，得否因具有「原創性」而為著作權法上之著作？

2. 低度甚或沒有創作性之著作是否真的完全不能受到保護？例如對於以整理、歸納為主要貢獻之「資料庫」著作，若僅具有低度甚或是沒有創作性，還能為著作而受著作權法之保護？

3. 對於低度原創性之著作應採取何種保護方式？例如對於表演、廣播、錄音等著作，在大陸法系上稱以「著作鄰接權」保護之，而我國有無引進之必要？

下文將就此三大問題進行討論。

### 5.1 原創與非法之衝突

5.1.1 非適法改作之衍生著作，是否因具有原創性受著作權法之保護？

#### 5.1.1.1 衍生著作

衍生著作(derivative works)係指就原著作加以改作所為之創作，乃針對現已既存之著作以他種形式呈現。日本學說稱之為「第二次著作」；中國大陸則稱之為「演繹著作」；美國著作權法之規定，衍生著作係指一衍生自單一

或複數既有著作之創作，其可能表現之形式有多種，例如翻譯、音樂編排、戲劇化、小說化、影片化、錄音、藝術重製(art reproduction)、刪節、濃縮、或任何其他將著作重製、改變、或調整之創作<sup>154</sup>。

而我國著作權法第 6 條規定「就原著作改作之創作為衍生著作，以獨立之著作保護之。衍生著作之保護，對原著作之著作權不生影響」；而所謂改作，同法第 3 條則規定：「改作：指以翻譯、編曲、改寫、拍攝影片或其他方法就原著作另為創作」。自文義觀之，我國著作權法就衍生著作之意涵與美國規範相類似。而同法第 28 條規定：「著作人專有將其著作改作成衍生著作或編輯成編輯著作之權利」，是以倘未經原著作權人之同意即逕為改作，則依法將構成對原著作權人之侵害，且可能須負損害賠償之責。至於此等違法改作之衍生著作本身如具有「原創性」，得否取得著作權？國際立法例與實務上有不同見解，以下將自比較法之分析，至我國實務見解進行討論。

### 5.1.1.2 比較法之分析

#### 5.1.1.2.1 美國：實務認為以適法改作為前提

依據美國 1976 年著作權法第 103 條 (a) 項規定：「第 102 條所規定之著作權客體，包含編輯著作及衍生著作。但對使用享有著作權之已有資料而創作之著作之保護，不及於該作品中非法使用此項資料之任何部分<sup>155</sup>。」

在此法條規範下，若衍生著作人在未經原著作人同意而改作原著作（例如在未經原語文著作人同意而擅自翻譯成外文或改編原著作），其改作之成果得否受著作權法保護？就立法論而言，應採取否定論。美國著作權法第 103 條明顯拒絕透過著作權之保護給予侵權者利益，因此，未經原著作人同意，而擅自將原著作(如小說)加以翻譯，將全部不予保護。

---

<sup>154</sup> 17 U.S.C. §101 : A derivative work” is a work based upon one or more preexisting works, such as a translation, musical arrangement, dramatization, fictionalization, motion picture version, sound recording, art reproduction, abridgment, condensation, or any other form in which a work may be recast, transformed, or adapted. A work consisting of editorial revisions, annotations, elaborations, or other modifications, which, as a whole, represent an original work of authorship, is a “derivative work”

<sup>155</sup> 17 U.S.C. §103 (a): “The subject matter of copyright as specified by section 102 includes compilations and derivative works, but protection for a work employing preexisting material in which copyright subsists does not extend to any part of the work in which such material has been used unlawfully.”

對此，美國第二巡迴上訴法院曾有不同見解，提出「遍及理論 (Pervades Standard)」，認為若違法使用原著作之部分並未遍及(pervades)至衍生著作之整體，則針對衍生著作中改作人之改作具有原創性之部分，仍可受著作權法之保護。此一理論，法院最早使用於 *Eden Toys, Inc. v. Florelee Undergarment Co*<sup>156</sup>。一案中，後亦有法院判決遵循此見<sup>157</sup>。

然而，與此見解相對者<sup>158</sup>，則認為未經原著作人同意之改作，不得為著作權法上之衍生著作，原因在於：

首先，衍生著作與原著作之內容通常非常類似，若承認該違法使用原著作之衍生著作受著作權法之保護，則將導致法院難以認定違法與否之侵權訴訟。

其次，若認為非適法使用原著作之衍生著作是否可受著作權保護應以「該原著作之非適法利用是否遍及於衍生著作整體」為判斷，將使衍生著作之合法性判斷產生嚴重之不確定性，且對於著作權之認定造成困難。因對於「原著作是否遍及於衍生著作之整體」並無客觀且具體之判斷標準；若對於「是否遍及」之認定過於寬鬆，則將不當擴張原著作之範圍；反之，若認定過於嚴格，則將產生衍生著作過於浮濫而難以區別之情況<sup>159</sup>。

最後，在處理原著作人與被控侵權之衍生著作人之關係下，亦不清析，特別是在美國著作權法第 103 條與第 106 條就著作權人衍生之權利有有不一致之情形；第 106 條著作權人就其著作享有各種專有排他權利(Exclusive Rights)，而第 103 條則又規定：「著作權人對使用享有著作權之已有資料而創作之著作之保護，不及於該作品中非法使用此項資料之任何部分」<sup>160</sup>。如 *Steward v. Abend*<sup>161</sup>一案，法院在推論在衍生著作中，取得「原著作人之同意」係法院有意認為「當衍生著作之著作人未獲得原著作人之授權時，便無法利用該著作，即使該衍生著作本身因其添加了原創性而受到著作權法保護亦然

<sup>156</sup> *Eden Toys, Inc. v. Florelee Undergarment Co.*, 697 F.2d 27, n.6 (2d Cir. 1982).

<sup>157</sup> See *Eden Toys*, 697 F.2d; *JBj Fabrics, Inc. v. Brylane, Inc.*, 714 F. Supp. 107 (S.D.N.Y. 1989).

<sup>158</sup> *Ferdinand Pickett v. Price*, 207 F.3d 402 (7th Cir. 2000).

<sup>159</sup> 廖嘉成，淺悉衍生著作保護問題，聖島智慧財產實務報導，第 13 期第 10 卷 (2011)。亦可見於網址：[http://www.saint-island.com.tw/report/data/IPR\\_201110.htm#a01](http://www.saint-island.com.tw/report/data/IPR_201110.htm#a01) (最後點閱日期：2011 年 12 月 8 日)。

<sup>160</sup> *Supra* Note 155. Natalie Heineman, *Computer Software Derivative Works: The Calm Before the Storm*, 8 J. HIGH TECH. L. 235 (2008).

<sup>161</sup> 495 U.S. 207, 232 (1990).

<sup>162</sup>」，與遍及理論不同者在於，在此見解下，原著作權人之同意即成為衍生著作是否可取得著作權保護之前提要件<sup>163</sup>。

在美國著作權法有明文規定「對使用享有著作權之已有資料而創作之著作之保護，不及於該作品中非法使用此項資料之任何部分<sup>164</sup>」，上開二說在適用的結果上，美國之實務見解仍較偏向否定說（非合法改作之衍生著作不受著作權法之保護）。

#### 5.1.1.2.2 日本

日本著作權法目前並未明文規定。1970年著作權法乃於第2條第1項第11款規定：「第二次著作：即將著作翻譯、編曲、變形、戲劇化、電影化或經由其他改編之創作之著作。」第11條規定：「本法對第二次著作之保護，其原著作之著作人之權利，不受影響。」第28條規定：「第二次著作之原著作之著作人，關於該第二次著作之利用，專有與該第二次著作之著作人所有本款規定權利之同種類之權利。<sup>165</sup>」

依上開法條文義解釋，衍生著作既無以「適法」改作為前提要件，則衍生著作人在未得到原著作人之授權下而改作原著作，除有合理使用等情形外，係侵害原著作人之權利，然而通說認為，其若具備原創性，仍受著作權法之保護<sup>166</sup>。

#### 5.1.1.2.3 中國大陸

中國大陸有學者<sup>167</sup>認為，侵權著作之著作權人仍依法享有消極意義之排

<sup>162</sup> Stewart v. Abend, 495 U.S. at 232. “that Congress simply intended that a derivative work author may not employ a copyrighted work without the author’s permission, although of course he can obtain copyright protection for his own original additions.”

<sup>163</sup> Latimer v. Roaring Toyz, Inc., 601 F.3d 1224 (2010). (Whether the copyright owner of an original work of authorship has granted a license to create a derivative work is a threshold question that must be answered before turning to the more difficult question of whether the derivative work qualifies as such.)

<sup>164</sup> 17 U.S.C. §103.

<sup>165</sup> 日本著作權法中文全文，可見於網址：<http://apps.lib.whu.edu.cn/skdh/xx/zcywj/020.htm>（最後到訪日期：2012年3月1日）。

<sup>166</sup> 半田正夫：著作物の利用形態と権利保護，頁137；蕭雄淋說法，網址：<http://blog.ylib.com/nsgrotius/Archives/2010/05/19/15421>（最後到訪日期：2012年3月1日）。

<sup>167</sup> 李揚，知識產權法基本原理（II）創作法，頁35—36（2010）

他權與積極意義之使用權，就積極意義之使用權受到限制，侵權著作之著作人，若欲合法地使用其著作，即須徵得原著作人之同意，以消除使用作品時存在的法律上障礙。以此種方式理解著作權還有一好處：一旦原著作權保護期限經過，則原來侵權的著作在法律上之障礙便會消失，從而變成完全合法之著作，占得市場先機。

此種論點亦得到司法判決之支持。在 2005 年 7 月，就北京彙智時代科技發展有限公司告訴北京國際廣播音像出版社等侵害著作權之糾紛案<sup>168</sup>中，原告編譯並整理製作學習軟體《聽歌學韓語 2》、《聽歌學法語 2》學習軟體，經東方音像電子出版社正式出版發行，然而，原告在翻譯這些外文歌曲時都沒有經過歌曲原作者之同意。被告認為，這些歌都是歌曲原創者自己寫的，不是原告自己創作的，原告未獲得原著作人之許可，因此其翻譯本身是侵權的，因此沒有權利要求其受到法律之保護。

而法院認為，根據著作權法之規定，翻譯權歸屬於原著作之著作權人享有，原著作權人可以許可他人行使翻譯權，他人未經許可進行翻譯者，可能構成侵權。翻譯既存著作而產生之衍生著作，翻譯人仍享有該翻譯著作之著作權，只是在行使權利時不得侵害原著作之著作權。

原告彙智公司對歌詞進行翻譯，並未經過他人之允許，屬於侵權之著作，存在權利上之瑕疵，但仍是創作活動之產物，本身有一定之原創性，儘管相關歌曲的原著作人有權對原告彙智公司起訴侵權，彙智公司亦可能因此對歌曲的原著作人負擔民事賠償責任，但有關的衍生著作仍受到著作權法之保護，只是有一個保護度的問題；即彙智公司對於翻譯著作之著作權不得主動行使，但當第三人侵害其著作權時，彙智公司得被動地行使權利—禁止他人侵害其著作權。

### 5.1.1.3 我國實務見解分析

對於未經原著作權人同意而改作之衍生著作，改非適法改作之衍生著作是否受著作權法保護，我國實務上有肯否二說。

<sup>168</sup> 北京市海淀區人民法院民事庭判決書（2007），海民初字第 22050 號。轉引自李揚，同前註，頁 36—37。

1. 肯定論者認為：「未經授權使用部分，有無侵害他人著作權，係另屬一事，與其改作後所享有之著作權無涉」。如：

台灣高等法院 88 年度上訴字第 4362 號刑事判決：

「故丁○○就系爭VGA卡電路板線路圖，縱有未經美國S3公司之授權，即參考其公版加以改作成新的電路圖，然依著作權法第六條第一項之規定，仍屬衍生著作，為一新的著作，自受著作權法之保護。至其未經授權使用部分，有無侵害他人著作權，係另屬一事，與其改作後所享有之著作權無涉。」

對此，主管機關多數亦採肯定說，肯認非適法改作之著作，如具有原創性者，仍受著作權法之保護。如內政部 84 年 1 月 27 日台（八四）內著字第 8401635 號函文：

「著作之翻譯人未經原著作之著作財產權人之授權而逕予翻譯，不論原著作是否受我國著作權法保護，翻譯人就其翻譯之著作亦得依著作權法受保護。」

經濟部智慧財產局 93 年 09 月 21 日智著字第 0930007542-0 號函：

「來函所述情節之法律爭點，似在「A公司在侵害他人（即B）音樂著作財產權之前提下，委請C樂團演奏錄製成VCD，是否為著作？能否對第三人（即D公司）之侵權行為主張著作權保護？」就此，前著作權法主管機關內政部曾於八十四年一月二十七日台（八四）內著字第八四〇一六三五號函解釋，語文著作之翻譯人未經原著作之著作財產權人之授權而逕予翻譯，不論原著作是否受我國著作權法保護，翻譯人就其翻譯之著作亦得依著作權法受保護。依前揭函解釋，D公司出版類似內容之VCD所播放之演奏歌曲係轉錄自A公司出版之VCD，如未經授權同意，則同時侵害B公司之音樂著作及C樂團演奏之錄音著作之重製權，A公司如為該錄音著作之著作財產權人，得對D公司之侵權行為主張著作權保護。」

中華民國 96 年 06 月 01 日，電子郵件 960601a 令函要旨：

「二、另您所提及將製作之手工藝品於網路上販售一節，係涉及本法所稱之散布行為，「散布權」亦為著作財產權人專有之權利，任何人欲散布他人之著作，除符合合理使用之情形外，應事先取得著作財產權人之同意或授權，始得為之。因此，如您製作之手工藝品之行為係屬說明一（一）重製行為，並於網路上販售時，亦須同時徵得該著作之著作財產權人授權後始得為之，否則應負擔侵權之民、刑事責任。若您製作手工藝品之行為係屬說明一（二）改作行為時，該手工藝品依本法第 6 條之規定為衍生著作，以獨立之著作保護之，並享有著作權，此時您為著作財產權人，故於網路上販售，即屬權利之行使。但須注意的是，該項改作行為，如未經授權，仍屬侵害改作權，須負擔法律責任。三、以上說明，請參考著作權法第 3 條第 1 項第 1 款、第 5 款、第 11 款及第 12 款、第 6 條、第 22 條、第 28 條、第 28 條之 1 及第 44 條至第 65 條之規定。以上意見，係屬行政機關之見解，又著作權屬私權，否為著作權法所保護之著作？是否有侵害等？事涉具體個案之認定，應於發生爭執時，由司法機關依事實調查認定之。」

2. 惟我國法院多數採否定說，如臺灣高等法院 86 年度上訴字第 5996 號判決、最高法院 93 年度 6695 號刑事判決等。智慧財產法院 97 年附民上訴字第 1 號判決稱：

「(二)原審判決既已認定被上訴人未經著作權人即上訴人授權，即擅自以改作之方法，侵害上訴人之著作財產權，依臺灣高等法院 86 年度上訴字第 5996 號判決、最高法院 93 年度 6695 號刑事判決及學說通說意旨，其既已侵害他人之著作權，則改作之衍生著作即不應受保護，故原審判決認為，被上訴人未經上訴人授權而改作之「涼山情歌合唱曲」與「涼山情歌對唱組曲」衍生著作應受著作權保護之見解，與通說及實務見解不同，顯有欠妥。」

最高法院 97 年度台上字第 130 號刑事判決：

「倘未經原著作人或著作財產權人同意，就原著作擅自改作，始生不法

侵害原著作人或著作財產權人之改作權，其改作之衍生著作不能取得著作權問題。」

綜上，我國主管機關(經濟部智慧財產局)針對非適法改作之衍生著作，如具備原創性並符合其他著作要件，仍得享有著作權；然而，我國法院多數見解則認為若該改作本身侵權，則其改作之衍生著作不能取得著作權，此部分見解類似於美國主流見解。

#### 5.1.1.4 本文見解

就非適法改作之著作，得否因具備原創性而受著作權法之保護之議題，學說及實務論者之意見亦分歧：肯定論者以為，衍生著作之著作人，對於既存著作之非適法改作，雖侵害既存著作之著作權，但不影響衍生著作之著作權，亦即非適法改作之衍生著作如具有原創性，仍應受著作權法之保護；第三人如使用該衍生著作，仍應得衍生著作人之授權。反之，否定論者認為改作人未得原著作權人之同意即予改作，則該著作無保護之實益，因此其非適法改作之著作仍不應受到著作權法之保護。本文以為，應採取肯定之見解，理由如下：

##### 一、我國著作權法未明文排除非法改作之衍生著作不受保護

我國著作權法既無如美國著作權法，明文排除非法改作不受保護，則無論衍生著作人之改作是否合法、是否得到原著作人之同意，只要其衍生著作具有「原創性」且無其他不受著作權法保護之情形，仍應受著作權法之保護。

##### 二、採否定說者欠缺立論依據

即使是採否定說之見解者，仍不能否認一合理使用而改作之衍生著作係具有著作權；在創作完成主義下，一著作如具備原創性者，即應受到著作權法之保護，始符合創作完成主義之精神。

在此見解下，若採取否定說，則未經原著作權人授權翻譯之衍生著作，

在未經原著作權人之同意授權前，該衍生著作無著作權，而嗣後若獲得原著作人之授權，卻又「取得」著作權，則著作權從發生、取得到失去之理論依據為何，欠缺理論依據。本研究認為，權利之取得應本於安定性，一著作只要具備原創性，在其創作完成時應受到著作權法之保護，至於是否侵權或未獲得原著作人之授權，係屬於不確定、可爭執之判斷，不應做為可著作性判斷之依據。

### 三、自權利內容與行使觀之

本文以為，非適法改作之衍生著作之著作人，如其衍生著作滿足原創性等著作要件，且無其他不得享有著作權之情形，就應當享有著作權人之權利。進一步而言，非適法改作之著作人，在被法院判定為侵權之前，如具備原創性而無其他不得受保護之情形時，則應享有著作人應有權利內涵，其中包括排除侵害之請求權。申言之，若第三人之行為構成對非適法改作著作之侵害時，該改作人仍得以著作人之身分排除侵害，並可主張該第三人之侵權。

以此方式來理解非適法改作著作有其實益，蓋非適法改作著作並非不具有「原創性」而自始不受到著作權法之保護，而一旦原著作權之保護期限經過，則原來可能侵權之著作在法律上可能的障礙便會消失，如具備原創性仍可受到著作權法之保護，從而享有市場上之先機<sup>169</sup>；反之，若認為侵權之著作自始即不受到著作權法之保護，則在原著作權之保護期間經過後，實不可能「補正」其非合法之地位，從而對著作權之保護而言，反有不周。

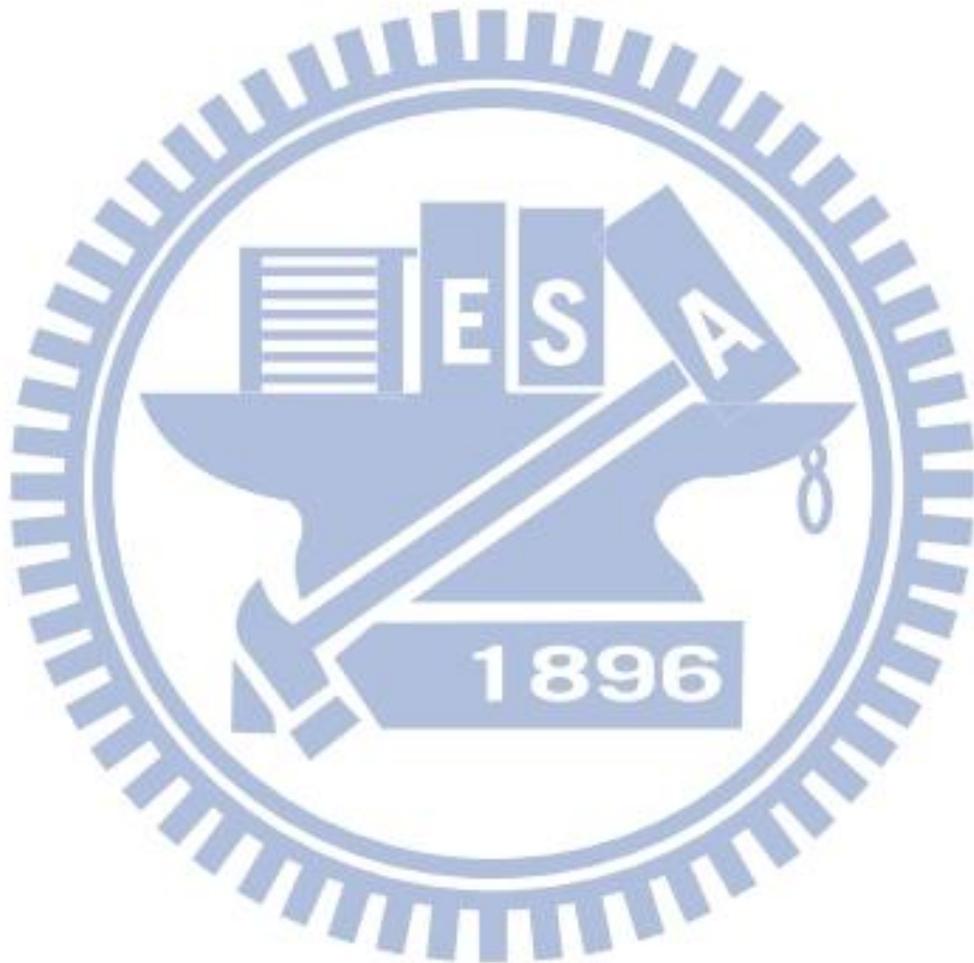
### 四、原創性理論之貫徹

本文認為，採否定說者並非完全不可採，蓋因其主要之論點在於避免違法行為人因違法而受有利益，誠如美國著作權法第 103 條(a)項<sup>170</sup>之立法理由所言，其立法意旨在於防止侵權人藉由獲得著作權法保護而受有利益，進而對於合法者之權益受到影響。然而，就原創性理論及創作保護主義之觀點而言，一著作自創作完成時，如具有原創性，且無其他不受著作權法保護之情形時，即應受著作權法之保護。

<sup>169</sup> 相關論述可參閱：李揚，前揭註 162，頁 9—10。

<sup>170</sup> *Supra* Note 155.

綜上所論，否定論者之見解雖亦值可採，自實務之運作而言，可避免違法行為者因為法而受有利益，且亦解決了違法衍生著作與原著作間因二者近似而難以認定侵權與否之問題。然而就原創性理論與創作完成主義之貫徹，本文仍認為以「一著作於創作完成時，如具有原創性即應受著作權法之保護」為著作權保護之核心概念，至於侵權、合法與否，則實屬侵權判斷之議題，不應為實務運作之便而開原創性理論之例外。



## 5.1.2 違背公序良俗或刑法之色情著作，是否因具備原創性而受著作權法之保護？

### 5.1.2.1 前言

我國著作權法採創作完成主義，關於著作之保護要件，並未明文規定，雖然我國著作權法第 3 條第 1 項第 1 款規定：「著作：只屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作」，惟關於「創作」之概念，仍待國內外之學理加以補充。而所謂色情著作，如具備「原創性」，似應受著作權法之保護，惟依我國司法實務之見解，則多認為其不屬於著作權法保護之客體<sup>171</sup>。以下將從比較法上之分析，探究我國實務之立場及其妥適性。

### 5.1.2.2 比較法上之分析

#### 5.1.2.2.1 美國

美國法並未明文規定不道德之著作不受著作權法之保護，目前主流見解拒絕在著作權法中對於內容加以限制<sup>172</sup>。最具代表之判決為 Mitchell Brothers Film Group v. Cinema Adult Theater<sup>173</sup> 案，在此案中法院之以下幾點見解殊值得我國立法例參考：

第五巡迴上訴法院<sup>174</sup>認為：

1. 過去，曾有論者以為，法院應保護公眾良好的道德，與「維護公眾之良好道德」相比，作者之權利反倒是次要的；然而巡迴上訴法院則認為，在立法者未規範或授權之情形下，在作者與讀者間加入道德觀點是不適當的。

2. 認為「猥褻的著作不享有著作財產權，而不受著作權法之保護」之觀點在美國從未被接受（多數為英國實務所採納），即使系爭資料之取得不受保

<sup>171</sup> 最高法院 88 年度台上字第 250 號刑事判決。

<sup>172</sup> Paul Goldstein, Copyright §2.51 (2d ed. 2005).

<sup>173</sup> Mitchell Brothers Film Group v. Cinema Adult Theater, 604 F.2d 852(1979).

<sup>174</sup> 604 F.2d 852, 861(5th Cir. 1979).

護或涉及不法之行為，也應該和其他資料一樣受到同等保護。

3. 不潔之手 (unclean hands) 原則，此原則甚少被用以否定猥褻著作或不道德之著作，雖然英國法院常引用此原則，然而在美國甚少被法院當作是被告抗辯之理由，因若容許使用不潔之手之衡平原則作為猥褻著作之抗辯，將會使國會之著作權法目的無法達成，更會影響到創作之意願，不應用以推翻立法目的。

綜上所述，美國法院認為著作權法並未對著作之內容加以限制，此乃國會之立法權之展現，而不適宜由司法機關在立法者未規範亦未受權之情形下，超越立法者而加入法律所無之限制。

#### 5.1.2.2.2 中國

原中國著作權法第四條原規定：「依法禁止出版、傳播的作品，不受本法保護」，同條第二項規定：「著作權法行使著作權，不得違反憲法和法律，不得損害公共利益」。

然而，該法對於禁止出版或傳播的作品不受保護之規定，遭到美國於 2007 年向 WTO 爭端解決機構 (Dispute Settlement Body, 下稱「DSB」) 指控其違法 TRIPS 第 9.1 條及第 41.1 條之規定，DSB 於 2009 年所作出之專家小組報告<sup>175</sup>，認定中國著作權法第 4 條第 1 項之規定，違反其根據 TRIPS 第 9.1 條納入之伯恩公約第 5(1)條之規定<sup>176</sup>，以及 TRIPS 第 41.1 條<sup>177</sup>所規定應承擔之義務。基於此報告，中國同意修改其著作權法，於 2010 年 2 月 26 日，中國人大常會通過修改第四條為：「著作權人行使著作權，不得違反憲法和法律，不得損害公共利益。國家對作品的出版、傳播依法進行監督管理。」

由報告顯示，WTO 認為禁止出版或傳播的作品不受著作權法保護，並非伯恩公約和 TRIPS 所容許的例外或限制，依據伯恩公約的精神，應不容許限

<sup>175</sup> 關於此次紛爭之詳細資料與報告，見 WTO 網站：

[http://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds362\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds362_e.htm) (最後瀏覽日期：2012 年 2 月 29 日)。

<sup>176</sup> 伯恩公約第 5(1)條規定：「對於受本公約保護的著作，作者在來源國之外的本聯盟各成員國，享有各該活法律法規現在賦予或將來賦予其國國民的權利，以及本公約特別賦予的權利。」

<sup>177</sup> TRIPS 第 41.1 條規定：「當事人應有權請求司法機關就其案件最終行政決定為審查，並至少在合於會員有關案件重要性的管轄規定條件下，請求司法機關就初級司法實體判決之法律見解予以審查。但會員並無義務就已宣判無罪之刑事案件提供再審查之機會。」

制或排除著作權之保護。

### 5.1.2.3 我國實務見解

#### 一、法院

一般認為我國法院關於此議題，最具代表性之判決為最高法院 88 年台上字第 250 號刑事判決：「按著作權法第三條第一款所稱著作，係指屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作而言，色情光碟片不屬之。蓋著作權法之立法目的除在保障個人或法人智慧之著作，使著作物為大眾公正利用外，並注重文化之健全發展，故有礙維持社會秩序或違背公共利益之著述，既無由促進國家社會發展，且與著作權法之立法目的有違，基於既得權之保障仍需受公序良俗限制之原則，是色情光碟片非屬著作權法所稱之著作，自不受著作權法不得製造或販賣等之保障。原判決既未於事實欄內敘明上訴人製造扣案猥褻之色情光碟片為違反著作權法之犯罪事實，竟於理由三內將扣案猥褻之色情光碟片作為上訴人違反著作權法之證據，即屬證據上理由矛盾，其判決當然為違背法令。上訴意旨雖未指摘及此，惟為本院得依職權調查之事項，應認原判決此部分有發回更審之原因。」

亦即，最高法院認為，從著作權法之立法目的觀之，色情著作與著作權法「注重文化健全發展」之立法目的有違，無由促進國家社會發展，因此色情著作非屬著作權法所保護之對象<sup>178</sup>。

#### 二、智慧財產局

經濟部智慧財產局九十三年六月十五日電子郵件 930615a 號：「二、至於『色情雜誌』或『A 片』在我國是否享有著作權，本局認為，依著作權法規定，著作係指屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作，因此，『色情雜誌』或『A 片』，不論是本國或外國，是否係著作權法所稱之著作，應視具體個案內容是否符合上述規定而定，如具有創作性，仍得為著作權保護標的。至於其是否為猥褻物品，其陳列、散布、播送等，是否受刑法或其他法令之限制、規範，應依各該法令決定之，與著作權無涉。但我國司法實務上則認

<sup>178</sup> 林洲富，「色情影片之著作權保護－評析最高法院 88 年度台上字第 250 號刑事判決」，月旦財經法雜誌，頁 1-15（2010）。

為色情錄影帶、光碟等，與著作權法之立法目的有違，而排除在著作權法保護之範圍外，故如有盜版、販賣盜版色情錄影帶、光碟的案件發生時，多以刑法第二百三十五條妨害風化罪處罰，並不適用著作權法。…」

從上開智慧財產局之見解可知，其認為創作性為判斷一著作是否為著作權法保護者之核心標準，至於是否為猥褻物品，而受刑法或其他法令之規範，則為其他法律之規範問題，與是否受著作權保護無涉。然而可惜的是，經濟部智慧財產局並未就色情著作是否受著作權法保護之議題繼續深入探究。

#### 5.1.2.4 本文見解

##### 一、言論自由之考量

著作權之保護和言論自由息息相關，是以以外國立法例觀之，均未針對創作之內容加以設限，將猥褻、違背公序良俗內容之著作排除在著作權法之保護外，此應解釋為立法者有意之安排，而非無意之立法疏漏。蓋試若比較同屬智慧財產權法規領域之專利法和商標法，二者均有違反公序良俗者不予保護之條款<sup>179</sup>，惟著作權法並未將違反公序良俗者排除於著作權保護之外，學者認為，此與美國巡迴上訴法院所述者同，為立法者有一致安排，而非立法之疏漏<sup>180</sup>。

著作權法之立法目的在於保障個人或法人之智慧著作，以促進國家社會發展，若政府行為任意限制著作權之客體，則恐產生寒蟬效應，對於促進國家社會發展之立法意旨亦有違。

又若比較著作權法與商標法、專利法等智慧財產權法規，自立法目的觀之，著作權法與商標法、專利法等皆與產業密切相關，如發明之內容或商標本身違反公序良俗者，無法受到保護，係因並無對研發或生產製造違反公序良俗之商品，提供經濟上之誘因加以鼓勵。而著作權法之規範目的雖亦與商業息息相關，但就規範目的上卻略有不同，按著作權法之主要立法目的在於保護「思想之表達」，鼓勵人們將各種思想以各種形式之表達方式表達，以豐

<sup>179</sup> 見專利法第 24 條第 3 款：「下列各款，不予發明專利：……三、妨害公共秩序、善良風俗或衛生者」；商標法第 30 條第 7 款：「商標有下列情形之一，不得註冊：……七、妨害公共秩序或善良風俗者……。」

<sup>180</sup> 謝銘洋，「論色情著作在著作權法上之保護」，月旦法學雜誌，第 183 期，頁 101（2010）。

富人類之精神文化內涵；又，著作權法賦與著作人同時具有著作財產權與著作人格權，其主要亦是在保護人類之精神創作不被竊取或掠奪，以避免影響他人言論自由語表達空間，從而促進知識發展、文化傳遞，此等著作權法所保障之排他效力，相較於專利法或商標法而言，係屬於排他性較弱之權利。

準此，司法機關不應在法無明文限制下，排除著作權人得享有之保障，否則將嚴重影響創作發展與言論自由，亦違背著作權法促進社會整體公益進步之立法意旨。

## 二、法律保留原則

著作權之保護與言論自由息息相關，亦屬於憲法言論自由之一環，著作權法並未明文排除將內容違法或違反公序良俗者，排除於著作權保護之外，若立法者在法未明文規定之情形，予以限制，無疑係剝奪了言論自由之權利，不僅違反法律保留原則，亦與基本權之保護背道而馳。

## 三、原創性理論不應受主觀道德判斷影響

所謂猥褻之定義，參諸司法院釋字第 407 號、第 617 號解釋，其目的在於釐清猥褻出版品知定義，以判斷散布、播送、販賣、公然陳列猥褻出版品是否該當行法第 235 條之猥褻罪構成要件，其目的並非在於否定猥褻出版品之可著作性。

又，刑法上所謂散布猥褻物品罪，係指對於猥褻物品「未採取適當之安全隔絕措施而傳播，使一般人得以見聞之行為<sup>181</sup>」，因此刑法並非一概禁止所有的猥褻資訊或物品，猥褻物品本身亦非當然違法，且散布、播送等行為亦非一概違法，而係在「未採取適當安全隔絕措施，而使一般人得以見聞時」，始為刑法所禁止。

是以，依前揭實務見解可知，色情影片本身並非當然違法，其散布、播送、販賣等行為在採取適當合理之措施時，仍有刑法容許之可能性。而關

---

<sup>181</sup> 大法官釋字第六一七號解釋：「...刑法第二百三十五條第一項規定所謂散布、播送、販賣、公然陳列猥褻之資訊或物品，或以他法供人觀覽、聽聞之行為，係指對含有暴力、性虐待或人獸性交等而無藝術性、醫學性或教育性價值之猥褻資訊或物品為傳布，或對其他客觀上足以刺激或滿足性慾，而令一般人感覺不堪呈現於眾或不能忍受而排拒之猥褻資訊或物品，未採取適當之安全隔絕措施而傳布，使一般人得以見聞之行為。...」

於色情著作是否受著作權法之保護，乃屬於對其「內容之原創性」有無之判斷、「是否受著作權法保護」問題，與刑法中「限制散布、播送、販賣」等行為為分屬不同之議題，實不應將二者混為一談，因刑法設有散布猥褻物品罪，從而認定其本身之存在即不受著作權法之保護。

#### 5.1.2.5 小結

我國著作權法採創作完成主義，一著作具備原創性者即應受著作權法之保護，著作權法第 10 條定有明文：「著作人於著作完成時享有著作權」，同法第 3 條第 1 項第 1 款規定：「著作：指屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作」，若依法條文義解釋，只要著作人完成其著作，並具備原創性，且非屬依著作權法第九條不得為著作權之標的者，即應受到著作權法之保護，始能貫徹著作權法創作完成主義之精神。

關於色情著作，本文以為，如具備原創性仍應受著作權法之保護。因相較於專利法及商標法，設有針對違反公序良俗者不予保護，著作權法則無此規範，係因著作權法之規範目的雖也和商業息息相關，但就規範目的上卻略有不同，其主要立法目的在於保護「思想之表達」，鼓勵人們將各種思想以各種形式之表達方式表達，以豐富人類之精神文化內涵。且著作權之保護與言論自由息息相關，而依 TRIPS 第 9.1 條納入之伯恩公約第 5(1)條之規定，以及 TRIPS 第 41.1 條所規定之精神，禁止出版或傳播的作品不受著作權法保護，並非伯恩公約和 TRIPS 所容許的例外或限制，自不允許以例外之方式排除對著作權法之保護。

## 5.2 低度創作性之著作保護：論資料庫之保護

承 5.1 所論，自美國 *Feist* 判決後，原創性理論為著作權法保護之核心，然而某些較低度創作性之著作，如資料庫著作，若仍嚴守原創性理論，認為資料庫著作屬編輯著作之一種，則其創作性應如何判斷？是否應在原創性理論外，另開例外，俾使資料庫著作較易符合原創性標準而受著作權法之保護？討論如下。

所謂資料庫，係指將所有資料有系統之蒐集、編排，以利使用者查詢之集合物。廣義而言，圖書館之書目表、電話號碼簿等皆可謂為資料庫之一種，然隨著科技之進步，資料庫已漸漸由過去的紙本型態轉換成電子化型態，於今，資料庫可視為電子化的檔案櫃——儲存電腦化檔案的處所，使用者可以新增檔案或刪除檔案，也可以對檔案中的資料執行新增、擷取、更新、刪除等操作<sup>182</sup>。

就資料庫而言，原始資料之提供者所提供之資料不論是否受到著作權法之保護，一般認為，資料庫之所以受到保護，係源自於資料庫之作者（建構者）對於資料之過濾、整理與編排等努力，俾使資料庫之建構完成，以利使用者之使用。

世界各國保護資料庫的方式大致可分為三類：

1. 以編輯著作保護（如美國、我國）、
2. 在著作權法中單獨立項，明定「資料庫」為著作中之一種（如日本）
3. 單獨立法加以保護（如歐洲聯盟之資料庫保護指令）

以下就世界各國就資料庫保護之立法例與保護方式，分析如下。

<sup>182</sup> 陳春旭、餘明興、李建全譯，《資料庫系統概論》，第四版，第 3 頁(1986)。

## 5.2.1 比較法之討論

### 5.2.1.1 美國

美國著作權法對於資料庫之保護並未特別明文，惟通說認為資料庫屬於編輯著作(compilation)之一種，當然受著作權法保護，不用另作規定<sup>183</sup>，亦即，一著作是否得成為該法之編輯著作，係針對資料之選擇或編排是否具有原創性理論而定。

而關於對於編輯著作之保護，早期曾有辛勤原則（或稱額頭汗水原則，The Sweat of the Brow Test）與原創性理論之爭議。前者認為，某些不具備創作性之作品，如資料庫或目錄等，作者可藉由其勞力、心血等付出而取得著作權。然而，在 *Feist* 案後，法院認為原創性係來自於作者之獨立「創作」，而非單純之複製，因此在原創性理論下，作者相較於辛勤原則，被要求更高之創作性。即使是編輯著作，其亦須具備原創性始受著作權法之保護，而其原創性係表現在對於資料之選擇及編排上具有原創性者始足當之<sup>184</sup>。

綜上可知，美國下對於資料庫之保護，在內容上，如事實資料本身並不受到著作權法之保護，但對於該事實性資料之選擇與編排，如具有最低限度之原創性，仍可受到著作權法之保護。足見美國實務對於可著作性之判斷，仍以原創性理論為核心。

### 5.2.1.2 日本

日本在著作權法中特別明文保護資料庫之國家。該國在編輯著作之外，就資料庫另作規定，除明白定義資料庫之意旨外，亦有肯認資料庫特殊之意義。

按日本著作權法第 12 條就編輯著作規定謂：「編輯物(不含資料庫。以下同。)，以著作保護之。前項規定，於構成編輯物之各著作物之著作人權利不生影響。」而依同法第 2 條第 1 項第 10 之 3 款之定義，資料庫係：「有系統

<sup>183</sup> 17 U.S.C. §101, “A ““ compilation”” is a work formed by the collection and assembling of preexisting materials or of data that are selected, coordinated, or arranged in such a way that the resulting work as a whole constitutes an original work of authorship. The term “compilation” includes collective works.”

<sup>184</sup> 關於編輯著作之原創性，見本研究第 3.1.4.3 編輯著作之創作性概念（1991 年）。

地組織，以能利用電腦檢索之論文、數值、圖形或其他情報之集合物。」同法第 12 條之 2 並於資料庫之著作規定：「資料庫就其資料之選擇與體系之構成有創作性者，以著作保護之。前項規定，於構成資料庫之各著作的著作人權利不生影響。」因此，依日本立法例，除了將資料庫自編集著作中排除，更對編輯著作之創作性與資料庫著作之創作性作不同之規範。

由以上法條規範可知，依日本著作權法之規定，編輯著作之創作性取決於「於其資料之選擇與編排有創作性者」，而對於資料庫之創作性則取決於「就其資料之選擇與體系之構成有創作性者」。二者之區別，在學說上有「差異說」與「無差異說」之別<sup>185</sup>。本文認為，差異說為可採，係因認為資料庫之建立不僅僅在於資料之選擇與編排，更重要者在於如何利用電腦以讓使用者之檢索更有效率，因此，以資料之選擇與體系之構成作為創作性判斷之依據<sup>186</sup>。

### 5.2.1.3 歐洲聯盟

依歐洲聯盟 1996 年資料庫法律保護指令，規定資料庫係指：「以有系統或有組織的方式編排，以能個別地以電子或其他方法存取之著作、資料或其它獨立素材之集合物(a collection of works, data or other independent materials arranged in a systematic or methodical way and capable of being individually accessed by electronic or other means.<sup>187</sup>)」

而在資料庫之法律保護方面，資料庫法律保護指令(以下簡稱指令)則為資料庫建立了新的保護方式，於傳統之著作權保護外，另賦予資料庫建構者(maker)一種新的特殊權利(the sui generis right)。

按於資料庫著作權之保護方面，同指令第 3.1 條規定：「資料庫在內容的選擇、編排方面構成作者的智慧創作者應可獲得著作權保護<sup>188</sup>」、「一資料庫欲取得著作權之保護，仍然必須在資料之選擇與編排上表現出精神創作性始

<sup>185</sup> 見前述 4.2.2.2 一節。

<sup>186</sup> 相關論述可見李佩昌，資訊化衝擊下論我國著作權法對資料庫之保護，網址：<http://elawfirm.com.tw/06/0102.pdf> (最後到訪日期：2011 年 12 月 23 日)；周純卉，資料庫法律保護之研究，國立成功大學法律學系碩士論文，頁 190-192 (2009)。

<sup>187</sup> Article 1.2.

<sup>188</sup> “In accordance with this Directive, databases which, by reason of the selection or arrangement of their contents, constitute the author's own intellectual creation shall be protected as such by copyright. No other criteria shall be applied to determine their eligibility for that protection.”

可」，此部分與多數國家之著作權法強調著作應具備原創性同。

而於同指令第 7 條則規定：「對於需要為重大投資，然而，在資料之選擇與編排上不具有精神創作性之資料庫，提供特別立法保護」，第 7.1 條規定：「資料庫之特別保護必須其在質或量上有重大投資，始享有之，至於是否具有創作性，則並非所問，而且可以取得此一特別保護之權利者，為資料庫之建立者」，而第 7.2 條則規定：「其可以禁止他人取得該資料庫之內容，亦即可以禁止他人未經其同意以任何方法或形式，永久或一時地將資料庫之全部或部份重要內容移轉於其他資料媒介上，資料之下載即屬之；權利人亦得禁止他人未經其同意而散布重製物、出租、連線，或為其他形式之傳輸，使公眾得取得資料庫之全部或部份重要內容或將其進一步利用<sup>189</sup>」

綜上，該指令對於資料庫之保護採雙軌制，對於具原創性之資料庫，仍以著作權法保護之，而對於不符合著作權法上對於原創性要求之資料庫，則賦予資料庫之作者（maker）獨立（sui generis）之權利保護，對於未獲授權者得禁止其粹取（unauthorized extraction right），以保障對於作者於經濟上之權利。

## 5.2.2 我國目前現況與建議

我國關於資料庫並未特別定有明文，而關於資料庫之保護依據，係根據著作權法第 1 條第 7 項規定「就資料之選擇及編排具有創作性者為編輯著，而以獨立著作保護之」而來。在實務立場與美國最高法院在 *Feist* 一案所採取之立場同，以資料之選擇與編排具有創作性者為保護要件。然而，若嚴格解釋法條用語，以資料庫著作必須在資料之「選擇」及「編排」上「皆」須具有原創性，則系爭資料庫著作無法在資料之選擇與編排上達到原創性之要求，

<sup>189</sup> 本條原文如下：“ 1. Member States shall provide for a right for the maker of a database which shows that there has been qualitatively and/or quantitatively a substantial investment in either the obtaining, verification or presentation of the contents to prevent extraction and/or re-utilization of the whole or of a substantial part, evaluated qualitatively and/or quantitatively, of the contents of that database.

2. For the purposes of this Chapter:

(a) 'extraction' shall mean the permanent or temporary transfer of all or a substantial part of the contents of a database to another medium by any means or in any form;

(b) 're-utilization' shall mean any form of making available to the public all or a substantial part of the contents of a database by the distribution of copies, by renting, by on-line or other forms of transmission. The first sale of a copy of a database within the Community by the rightholder or with his consent shall exhaust the right to control resale of that copy within the Community; Public lending is not an act of extraction or re-utilization.”

可能不被認為屬於著作權法上之著作<sup>190</sup>，此時，於我國實務上曾認為應參酌公平交易法第 24 條之規定「除本法另有規定者外，事業亦不得為其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為」為規範<sup>191</sup>。

在原創性理論下，仍不能否認辛勤原則在某些類型之著作仍有適用之可能性，蓋並非所有著作皆以高度創作性為其特徵，對於資料庫保護之議題上，有論者以為，或可參考歐盟之立法模式，在著作權外賦予未具原創性之特殊權利（歐盟之 *sui generis right*）<sup>192</sup>，以保護資料庫創作者於經濟上之利益。

然本文以為，對於著作之保護模式不應割裂，對於著作之保護仍應歸屬於著作權法之範疇，然而在著作權保護之原創性理論下，或可參考日本之立法模式，對於資料庫著作予以特別定義與規範，或降低其原創性之標準，使其保護模式亦在著作權保護之範疇下，俾使理論一致，不致有割裂保護之情事發生。

<sup>190</sup> 按編輯著作被認為不具備原創性之比例最高，見 6.3 節之論述。

<sup>191</sup> 例如全曜財經資訊股份有限公司因不當抄襲台灣經濟新報文化事業股份有限公司之財經資料庫內容，混充為自身投資決策分析系統的資料庫內容，於 100 年 4 月 20 日經行政院公平交易委員會第 1015 次委員會議決議，認定該公司之行為係榨取他事業的努力成果，為足以影響交易秩序之顯失公平行為，違反公平交易法第 24 條規定，處新臺幣 80 萬元罰鍰。

<sup>192</sup> 李佩昌，資訊化衝擊下論我國著作權法對資料庫之保護，網址：<http://elawfirm.com.tw/06/0102.pdf>（最後到訪日期：2011 年 12 月 23 日）。

### 5.3 低度創作性著作之保護方式：著作鄰接權

關於作品之保護，國際間除有著作權方式為保護外，尚有著作權鄰接權制度，所謂「著作鄰接權」，係指與著作權相鄰之權利；就狹義而言，其所規範之對象為表演人、錄音物之製作人以及廣播事業等權利；就廣義而言，其尚包括其他與著作權相近之權利，如我國之製版權、近年來保護資料庫或民俗創作（folklore）之特別權利（sui generis rights）等<sup>193</sup>。

#### 5.3.1 著作權法制與著作鄰接權制度

著作鄰接權制度，係源於「著作權法制」與「著作人權法制」之別，前者為英美法系國家所採，較以經濟利益之角度為考量；而後者則為大陸法系國家所採，認為著作權係保護創作人之天賦人權，著重在作者本身對於其著作之精神投入及對其著作之控制。

在英、美法系國家，係採取著作權制度，於其著作權理論中並無鄰接權之概念，因此對於錄音、錄影及廣播，仍採原創性理論，以其具有「最低限度之創作性」，始受著作權法之保護。

就著作鄰接權而言，在美國法制下，對廣播節目之選擇、協調或編排廣播節目之時程，可能構成編輯著作。1992年，廣播業者得到了傳播法（the Communications Act）所賦予之「二次傳達」權利，即一授權二次傳遞整體節目之排他權利。此種權利，相當類似於大陸法系下之著作鄰接權<sup>194</sup>。

而大陸法系（歐陸法系）對於原創性之要求較高<sup>195</sup>，其認為著作必須以人的精神創作為要件，而電影、錄音、廣播等科技出現後，或由集合多數自然人共同創作之法人成為創作人（如電影、錄音、廣播），或就既有著作的利用結果（如歌舞或劇本的表演或廣播機構之廣播），利用科技之結果（如攝影），其或不是自然人的創作，或是創作性較低者，便不宜以著作權法保護之，於

<sup>193</sup> 章忠信，「著作權與鄰接權」，網址：<http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php?board=9&act=read&id=22>  
<http://elawfirm.com.tw/06/0102.pdf>（最後到訪日期：2011年12月23日）。

<sup>194</sup> 2 Willam F. Patry, Patry on Copyright, §3:159 (年).

<sup>195</sup> 見前揭 4.1 德國法之介紹。

是必須建立一套較低的保護標準以為因應<sup>196</sup>，按此等創作雖不賦予其著作權法之保護，但仍然另外以所謂的「鄰接權（neighboring rights）」或「其他相關權利（other related rights）」。

目前，大陸法系國家（如德國）主要係針對表演人、錄音或錄影之製作者及廣播機構等三種個人或團體，在著作權法中以「鄰接權」或「其他相關權利」，提供不同程度之保護<sup>197</sup>，此為狹義之著作鄰接權制度；而採廣義之著作鄰接權制度者如中國大陸，其著作鄰接權保護之對象尚包括出版者所享有之相關權利。

### 5.3.2 我國法下之關於著作鄰接權討論

我國著作權法並未設有著作鄰接權制度，茲就司法實務見解討論如下。

#### 一、錄音著作

就錄音著作而言，我國著作權法第 5 條第 1 項第 8 款例示「錄音著作」，依據主管機關之規範其內容，係指「包括任何機械或設備表現系列聲音而能附著於任何媒介物上之著作。但附隨於視聽著作之聲音不屬之<sup>198</sup>。」關於錄音著作之內容，有論者認為，錄音著作之著作人，在錄製表演人表演既有著作時，當然須獲得既有著作權人之同意或授權，然而畢竟錄音著作人並非原創人，因此應歸類為著作鄰接權較妥<sup>199</sup>。

然而，我國實務上對於錄音著作之可著作性，則仍以原創性理論加以判斷，如錄音著作具有原創性者，即受著作權法之保護。如智慧財產法院 98 年民著上字第 11 號判決，可資參照：

「(二)弘音公司以系爭詞曲錄製 MIDI 版本（本質為改作，將樂曲以聲音形態表現），並非機械式地以 MIDI 製作工具將他人之唱片或 CD 灌錄之音樂重新輸入，而係得到華特公司授權，聘請老師將系爭音樂著作重新編曲（Arrange），以多種不同之樂器（最多可有 16 種，與唱片公司錄音所用之

<sup>196</sup> 章忠信，前揭註第 191。

<sup>197</sup> 關於大陸法系下著作鄰接權制度，可見前揭第四章對德國法制及日本法制之介紹，於此茲不贅述。

<sup>198</sup> 見經濟部 81 年 6 月 10 日台（81）內著字第 8184002 號公告。

<sup>199</sup> 李湘雲，前揭註第 135，頁 99。

樂器不會完全相同) 詮釋, 將其編出之旋律彈奏 MIDI 訊號至電腦, 完成錄音。MIDI 老師之編曲, 與唱片公司之編曲非為同一人, 且有其不同之處, 因二者對於樂器之選擇, 與每種樂器出現之安排、節奏之強弱、旋律之快慢均有不同, 此即編曲改作創意之所在。而 MIDI 老師邊編邊彈邊錄, 其彈奏之技巧及力道、抑揚頓挫、及其對樂曲之詮釋方式、錄音設備聲音之操控及運作, 有其獨到之處, 此即錄音著作之創意所在; 其所錄製之錄音版本與他人所作之 CD 版本或 MIDI 版本, 亦呈現不同之風貌, 各可享有錄音著作權。經濟部智慧財產局(下稱智慧局) 92 年 4 月 7 日智著字第 09800016851 號函並不能適用於本案, 其情況與弘音公司並不相同。因弘音公司係重新將音樂著作編曲、彈奏、錄音, 而非將唱片或 CD 之錄音單純轉換為 MIDI 媒介或原原本本重製為 MIDI, 此一重新編曲及彈奏、錄音, 產生與唱片或 CD 不同之錄音版本, 自有其創意存在。智慧局已在 96 年 6 月 21 日之會議決議中作出修正, 該決議謂「以 MIDI 方式製作之音樂檔案如已達錄音著作之原創性, 為錄音著作。至於具體個案...如發生爭議, 應由司法機關依個案事實認定之。」原審不採上述之最新見解及司法實務關於著作原創性之見解, 卻回頭採取 92 年舊函偏頗之意見, 顯有違誤。依系爭授權合約第 2 條第 3 項產品型式之授權, 弘音公司有向華特公司取得重製(改作) 詞、曲作成營業用伴唱電腦 MIDI 產品之權利。弘音公司將系爭詞曲改作成一個 MIDI 版本, 乃經合法授權, 實無侵害華特公司著作財產權之可言。原審判決稱弘音公司所錄製 MIDI 版本縱為衍生著作, 然未得華特公司同意而任意改作, 已侵害華特公司之著作財產權等語, 誠屬不知所云。」

進一步, 法院就取得授權之詞曲做成之 MIDI 檔案是否具有原創性之部分, 討論如下:

「 2.對於詞曲授權作成的 MIDI 檔案是否為具有原創性的錄音著作之問題, 智慧局前於 92 年 4 月 7 日智著字第 0920001685 號函雖稱:『所謂『MIDI 音樂』僅係利用 MIDI 製作完成之音樂, 與利用其他工具(如鋼琴或吉他)而表現出音樂旋律之情形, 並無不同。而所稱『伴唱機內之 MIDI 音樂』, 通常係將唱片或 CD 灌錄之音樂, 以 MIDI 製作工具重新輸入, 以供伴唱, 為符合原樂曲內容, 原則上並無太大的創作或改作空間, 除另有就原著作加入新創意另為創作, 而符合本法『改作』之情形者外, 僅為利用 MIDI 軟體演奏

音樂著作後予以重製（見本院卷一第 41 頁）。惟該局嗣後在 96 年 6 月 21 日之公聽會議決議中作出修正，決議稱：『以 MIDI 方式製作之音樂檔案如已達錄音著作之原創性，為錄音著作，至於具體個案，其有無錄音著作之原創性而產生錄音著作，或為音樂著作之重製，或為音樂著作之改作，或兼而有之，如發生爭議，應由司法機關依個案事實認定之。』（見原審卷第 369 至 373 頁）。該會議決議係由著作權之主管機關智慧局以召開公聽會形式為之，有業者代表及該局著作權審查委員會委員多人參與，並當場由曹順銘老師現場操作 MIDI 檔案之製作流程，由業者代表及審查委員相互討論後作成之決議，當可為參照。

3.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；本法所稱著作例示如下：一、語文著作。二、音樂著作。…八、錄音著作。…；就原著作改作之創作為衍生著作，以獨立之著作保護之。衍生著作之保護，對原著作之著作權不生影響。著作權法第 3 條第 1 項第 1 款、第 5 條、第 6 條定有明文。故除屬於著作權法第 9 條所列之著作外，凡具有原創性，能具體以文字、語言、形像或其他媒介物加以表現而屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作，均係受著作權法所保護之著作。而所謂『原創性』，廣義解釋包括『原始性』及『創作性』，『原始性』係指著作人原始獨立完成之創作，而非抄襲或剽竊而來；而『創作性』係指應達到一定程度內涵之創作，足以表現著作人之個性思想。是故，參照上揭智慧局 96 年 6 月 21 日之會議決議，對於詞曲授權作成的 MIDI 檔案如具有原創性者，為錄音著作，應以獨立之著作保護之。」

綜上所述，參照經濟部智慧財產局及智慧財產法院之實務見解，錄音著作仍以原創性與否作為可著作性與否之判斷標準。申言之，經濟部智慧財產局原認為，若系爭檔案具有原創性者，便得為「錄音著作」，而可以獨立著作保護之。

## 二、表演

關於表演著作，我國著作權法第 7 條之 1：「表演人對既有著作之表演，以獨立之著作保護之」，同條第 2 項規定：「表演之保護，對原著作之著作權不生影響」，然而有論者認為，依據 1998 年著作權法修正草案，將表演定義

為「係指對於既有著作以演技、舞蹈、歌唱、彈奏樂器或其他方法加以詮釋<sup>200</sup>」，而未明文制定於著作權法中；且即使將之明文制訂於著作權法中，也可能產生與戲劇、舞蹈著作相重疊之情形；即表演人具有多重身分，一為表演人之身分，另一或為音樂著作人、或戲劇著作人、或舞蹈著作人之身分，於適用法條時，將產生競合之狀況，是以認為如能參考日本立法例制訂著作鄰接權專章，並將戲劇、舞蹈、歌唱等具表演性質者皆歸屬於對於表演之保護，如此一來，條文較簡潔清晰，且更助於瞭解與運用<sup>201</sup>。

然而，本文以為，保護之競合並不影響對於表演著作成立之可能性，關於其保護亦不因之受到影響。就表演著作而言，如表演人之表演具有最低限度之創作性，符合原創性理論之創作性標準，即應受到著作權法之保護。至於多重之保護方式則為實務運作之然，並不得因此而認為原創性理論無適用之餘地。

### 三、廣播

我國對於廣播機構之廣播，除以視聽著作或錄音著作保護著作人權利外，目前並未將廣播及有線廣播列為著作權法保護之範疇，對於未經授權而被其他電台或電視台收錄播放者，有論者以為將無特別法源規範，而認為應建立著作鄰接權制度<sup>202</sup>。

#### 5.3.3 本文見解

本文認為，關於廣播機構之廣播，如具有原創性，我國著作權法目前已有視聽著作或錄音著作得保護之，在原創性理論下並未有保護之漏洞。而對於廣播機構，如係屬該錄音著作或視聽著作之著作人，自得行使著作權人之權利，而受到著作權法之保護。

綜上所述，我國之著作權法立法體系為著作人權法制之國家，國內學者多有認為我國亦應建立著作鄰接權制度者，然而本文認為，我國著作權實務運作上，在著作成立與否之判斷，仍深受美國之影響，以原創性理論為判斷

<sup>200</sup> 1998年著作權修正草案第6條修正理由。

<sup>201</sup> 李湘雲，前揭註第135，頁99。

<sup>202</sup> 章忠信，前揭註第191。

一著作是否受著作權法保護之核心，是以，在著作權之保護下，仍應遵循原創性理論，以「最低限度之創作性」作為可著作性與否之判斷標準，以使理論之一貫。

## 5.4 本章總結

本章試圖從各種不同之面向以檢視「原創性理論」在理論、實務及各國立法例上之可行性，包括「侵權之著作、違反其他法律之著作如具備原創性可否受到著作權法之保護」之議題，與針對低度創作性之著作（如資料庫）保護方式及其方式（鄰接權制度）等，以期在各種不同之衝突規範下，為「原創性理論」奠定理論定位。本研究以為：「原創性理論」應為判斷系爭著作是否受著作權保護之核心理論，分析如下：

一、關於侵權之著作、違反其他法律之著作如具備原創性可否受到著作權法之保護

### 1. 原創與侵權

就衍生著作是否已適法改作為前提要件之議題下，美國著作權法中，明文規定著作權不保護非法之創作，此乃係因美國著作權法明文規定就非法部分不予保護所致。採不予保護見解者，主要係源於避免違法行為人因違法而受有利益之觀點<sup>203</sup>，如美國著作權法第 103 條 (a) 之立法理由所言，該條文規定之立法意旨在於防止侵權人(即違法改作之人)藉由獲得著作權保護而獲有利益，進而影響於合法獲得原著作權人授權、同意或合理使用原著作權之改作人之權益。

是以，若從法律經濟分析之角度視之，非法改作人實不應享有著作權之排他效力，否則亦將不利於排他權之商業使用。且於實務之運作上，因衍生著作往往與原著作相當近似，若系爭衍生著作未得原著作權人之授權，而即不受著作權法之保護，於侵權判斷上，即較不易產生就系爭衍生著作需區分非法部分與合法部分之困難。此說並非無理，國內許多實務及學界亦採之。

---

<sup>203</sup> 廖嘉成，前揭註 157。

惟就著作權保護之核心理論觀之，我國著作權法係採創作完成主義，若系爭著作為非合法改作之衍生著作，而在創作完成時即自始不受著作權法之保護，而不以其是否具原創性為判斷依據，恐與創作完成主義及原創性理論相悖；況若一衍生著作因未獲得原始著作權人之授權，從而非著作權法保護之著作，則其自創作完成到不受保護之理論依據為何？恐嫌驟斷。又，進一步而論，若該非法改作之著作，嗣後獲得原著作人之授權，則其著作則又「復活」受到著作權法之保護，則其權利之發生到消滅之過程為何，欠缺理論依據。

本文以為，創作完成主義與原創性理論為判斷一著作是否受到著作權法保護應回歸著作權之核心理論為判斷，至於其是否侵權，則為著作成立後之另一層次議題，實不應為實務運作之便而生原創性理論之例外。

## 2. 原創與違反其他法律

而關於色情著作之可保護性，我國向來實務見解認為，色情著作本身與著作權法之立法目的相違，無以促進公共利益發展，故認為其非著作權法所稱之創作。惟探究美國之法院實務見解，其著作權法並未將所謂猥褻之著作排除，而不受保護，此乃基於言論自由與法律保留之故，蓋因法律並未明文排除不保護違反公序良俗之著作，此並非法律規範之漏洞，且著作權之保護與言論自由息息相關，不宜事先加以限制之。就內容之預先限制，亦與國際之趨勢有違。是以，一著作是否為著作權法保護之著作，仍應回歸原創性理論判斷，至於是否為猥褻物品，則屬刑法上、或行政上管制之範疇。

### 二、關於低度創作性之著作保護—論資料庫著作之保護

關於低度創作之著作，如編輯著作中之資料庫著作，因在對於編輯著作之原創性要求上，是以對「資料之選擇及編排上，皆具有原創性者」為其要件，故在實務之運作上，可能發生因編輯著作因無法達到實務上對於原創性之要求，從而不受到著作權法保護之情形。

對此，傳統英國法上有所謂辛勤原則，只要作者之勞力付出來自於其本身，則其著作可能受到著作權法之保護，有論者以為在此原則下，或可解決在編輯著作因無法達到原創性之要求而不受到著作權法保護之問題。然而，

此見解不被美國法院接受，尤其是在 *Feist* 一案後，更確立了原創性理論中之「最低限度之創作性」之要求，為著作判斷之核心要件。

而歐洲聯盟就此議題，將之分成雙軌保護，對於具備創作性之資料庫仍以著作權之方式保護，而針對於不符合著作權法上對於原創性要求之資料庫，則賦予資料庫之作者獨立之權利保護，對於未獲授權者得禁止其粹取，以保障對於作者於經濟上之權利。

本文以為，就資料庫等低度創作性著作之保護上，仍可依循「原創性理論」加以保護。按 *Feist* 一案後，明白確立編輯著作為「在資料之選擇及編排上具有最低限度之創作性」，只要在資料之選擇與編排上顯現出著作人之特別安排，便可能受到著作權法之保護，此部分之創作性標準不若語文著作等，兼有質與量之高度要求（見第六章關於語文著作之分析）。本研究認為，原創性理論標準之寬嚴，並非同等地適用於所有類型著作，而應依該著作性質，得適度放寬其標準；進一步而言，就資料庫編輯著作而言，只要該資料庫編輯著作人在其著作之選擇與編排上，有其構思與設計，而非「全面性」、「毫無篩選與編排」的建構，即應認為滿足最低限度創作性之要求，從而受到著作權法之保護。

### 三、關於低度創作性著作之保護方式－著作鄰接權

關於我國是否應在著作權制度下，建立著作鄰接權制度之議題，向來有採肯定論者以為：我國之著作權法立法體系係採大陸法系之立法模式，關於著作權之保護，兼及設有對於著作財產權及著作人格權之保護，故應效法大陸法系（如德國、日本、中國大陸）之立法模式，對於低度創作性之著作，如錄音、表演人及廣播機構另設有著作鄰接權制度，以保護此三種個人或團體之權利。

惟，我國著作權法之立法模式雖具有大陸法系之人格權精神，惟在可否著作性之判斷下，深受美國法制之影響：就「錄音物」而言，我國著作權法中係以「錄音著作」之著作權保護模式，具有原創性者，即可受到著作權法之保護，享有著作人之權利；而就「表演人」，依據我國著作權法第7條之1規定，「表演人對既有著作之表演，以獨立之著作保護之」，亦以著作權方式加以保護；而就廣播機構雖未特別設有保護，但若該廣播為具有最低限度之

創作性而為錄音著作或視聽著作，仍可受到著作權法之保護。

本文以為，在我國就創作性標準採「最低限度之創作性」下，於錄音、表演及廣播中，應不難展現出作者之精神作用或其創作性，則其具最低限度創作性者，應受到著作權法之保護，而未有保護不周之情形。

四、總結—原創性理論應為著作權法之核心理論，適用於所有類型之著作判斷

最後，本研究認為，原創性理論應為判斷一著作是否受到著作權法保護之核心，至於該著作本身是否侵權，則屬著作成立後，另一層次之侵權判斷議題；而於其內容上亦不應為過多之限制，預先排除違反公序良俗或為刑法上所定義之猥褻著作，即不受到著作權法之保護，否則即與著作權法所保護之核心理論相悖。

其次，有論者認為原創性理論無法保障低度創作性之著作，如資料庫著作等，而對於某些原創性甚低者（如科技產物輔助下之創作），應建立著作權鄰接制度加以因應，然而本文以為，我國目前就此低度創作之產物，仍以著作權法之方式加以保護，就保護之範圍而言，更加周延；且採取「最低限度之創作性」標準，亦不難發現系爭著作之創作性，因此應無保護不周之情形。

本文認為，我國之著作權法立法模式在立法體例上，雖仿效大陸法系將著作人格權與著作財產權分立，然而就可著作性之判斷上，卻較類似美國法上採取原創性理論，透過各種價值衝突與分析，更突顯「原創性」在判斷著作性之重要定位。

## 第六章、原創性在我國司法之實證研究

本章之重點在於法學之實證研究，擬從我國司法實務之實際運作探討法院對於「原創性」之判斷情形，研究方法上兼採量化與質化之研究途徑。

首先，採取描述性統計之分析方式對於研究範圍做定量，以期透過統計之方式，了解著作「原創性」判斷於訴訟實務上之重要性。包含：各法院關於原創性之判決數量、各種類著作在原創性之判斷爭議數量、法院對「原創性」多數採取之見解為何等。

其次，為了解法院對於原創性見解上「用語」之具體闡釋，本研究採取質性研究法之整理相關判決內容，觀察法院於個案中如何判斷作品是否具原創性，以歸納整理出屬於我國判斷之特色，進而了解理論與實務之落差，以期能明確化對於著作之概念。

### 6.1 研究目的

某一著作得否受到著作權法之保護，而得為著作，於英美法及大陸法系各有其側重之標準<sup>204</sup>，而於實務之判斷上存有分歧及爭議。本部分研究之目的，在於透過對於相關判決之分析，試圖分析出「較有爭議」之著作類型，以及法院之判斷方法。

「原創性」之與否為著作侵害訴訟之基礎，若原告或被告之著作自始非為受著作權法保護之標的，則無討論侵權與否之必要。因此，本研究之目的「並非」在於找出對原創性與否判斷之判決的精確數量，而係從所有關於原創性之判決中，加以分析，找出有「爭議」之判決<sup>205</sup>，以其釐清下列問題：

<sup>204</sup> 如前面章節討論，美國法在著作是否成立之判斷上，根據判例法之發展，以是否具有「微量之創作性」為主要判斷依據，同時亦須注意於憲法上所提及之「促進實用科學及藝術進步」之立法目的；而大陸法系如德國法，則側重於著作為「人類精神之創作」層面，以作者對於著作所投射之人格精神價值為其內涵。

<sup>205</sup> 所謂爭議判決，於此係指法院就系爭著作是否具原創性進行實質之討論，或當事人對系爭著作是否為受著作權法保護之著作有爭執，而法院進行實體判斷者。而是否為爭議判決，係由本人就是後之角度於判決書全文加以判斷：以其是否為判決書所列之爭點之一、法院有無進行實質之比對、所論述之篇幅等，綜合判斷之。

1. 關於一作品是否滿足原創性之要件，而得為「著作」，於實務上是否存有爭議？若有，其大致之數量為何？

2. 對原創性判斷有爭議之判決，有無集中於在某一種或某幾種著作類型之情形？

3. 承上，若有，則法院所採行之判斷標準為何？是否為清楚之可操作標準？有無不一致之情形？

4. 於民事案件及刑事案件中，對於原創性之判斷標準是否有不同？是否有因為刑事案件要求較嚴格之證明力，從而加重對於原創性標準之判斷？

## 6.2 研究方法

### 6.2.1 抽樣方法

#### 一、以智慧財產法院之判決為主要研究對象

按我國智慧財產法院於 97 年 7 月 1 日設立，就我國智慧財產案件審理法院組織分配上，有重大之變革，此後之著作權相關案件，原則上由智慧財產法院管轄，因此，本研究擬以智慧財產法院設立後（97 年 7 月 1 日）之相關案件為研究對象。茲以民事案件及刑事案件之管轄具體運作情形說明如下。

#### 1. 民事部分之管轄：

依智慧財產法院組織法第 3 條第 1 款規定<sup>206</sup>，就著作權所生之第一審第二審民事訴訟案件由智慧財產法院管轄。

又此特別審判籍之規定，雖非專屬管轄，然應優先而排除其他選擇管轄規定之適用，除當事人依民事訴訟法第 24 條、第 25 規定以合意管轄或擬制合意管轄外，智慧財產案件應由智慧財產法院管轄，以符合設定智慧財產法

<sup>206</sup> 智慧財產法院組織法第 3 條第 1 款：「智慧財產法院管轄案件如下：一、依專利法、商標法、著作權法、光碟管理條例、營業秘密法、積體電路電路布局保護法、植物品種及種苗法或公平交易法所保護之智慧財產權益所生之第一審及第二審民事訴訟事件。」

院之目的。<sup>207</sup>

## 2. 刑事部分之管轄：

因著作權所生之第一審判決，仍由地方法院為管轄。

而關於第二審判決部分，依智慧財產法院組織法第 3 條第 2 款規定，「...因著作權案件...不服地方法院依通常、簡式審判或協商程序所為之第一審裁判而上訴或抗告之刑事案件」，由智慧財產法院管轄。

二、茲將本研究抽樣方法、範圍說明如下：

1. 使用之檢索系統：司法院法學資料檢索系統，網址：  
<http://jjrs.judicial.gov.tw/Index.htm>
2. 判決做成時間：97 年 7 月 1 日至 100 年 4 月 30 日
3. 選擇方法：首先以「著作權」、「原創性」為關鍵字，其次再逐一篩選出判決中針對著作之原創性判斷有爭議<sup>208</sup>者。

鑑上開管轄之說明，本研究所收集分析之判決範圍如下：

1. 民事部分：以智慧財產法院所做出之相關第一、第二審判決，以及最高法院之第三審判決為研究對象
2. 刑事部分：以各地方法院之一審判決、智慧財產法院之二審判決，以最高法院之判決為第三審判決為研究對象。

<sup>207</sup> 最高法院 98 年度台抗字第 483 號裁定意旨參照、台灣高等法院 99 抗字第 578 號：「按訴訟之全部或一部，法院認為無管轄權者，應依原告聲請或依職權以裁定移送於其管轄法院，民事訴訟法第 28 條第 1 項定有明文。次按智慧財產法院組織法第 3 條第 1 款、第 4 款所定之民事事件，由智慧財產法院管轄(智慧財產案件審理法第 7 條參照)。又智慧財產法院組織法第 3 條第 1 款所定之民事案件，係指依專利法、商標法、著作權法、光碟管理條例、營業秘密法、積體電路電路布局保護法、植物品種及種苗法或公平交易法所保護之智慧財產權益所生之第一審及第二審民事訴訟事件。另前開特別審判籍之規定，雖非專屬管轄，然應優先而排除其他選擇管轄規定之適用，除當事人依民事訴訟法第 24 條、第 25 規定以合意管轄或擬制合意管轄外，智慧財產案件應由智慧財產法院管轄，以符合設定智慧財產法院之目的(最高法院 98 年度台抗字第 483 號裁定意旨參照)。是以，原告向普通法院起訴，普通法院認屬智慧財產案件，應以無管轄權為由移送智慧財產法院。」

<sup>208</sup> 關於爭議判決於本研究之定義，見前揭註第 203。

## 6.2.2 研究限制

囿於個人之時間有限，本文僅就上開研究對象所示之判決，據以推知法院對於此研究議題之見解。再者，就檢索判決資料，因各法院所出版之判決彙編，其內判決係經各法院挑選所編纂，易言之，已有人為因素介入其中，不宜作為整體研究與評析之對象。而司法院法學資料檢索系統所收錄之範圍，就地方法院和高等法院及其分院裁判書收錄民國 88 年起之判決，最高法院裁判書係收錄 85 年起之判決，因此，為尋求較小之樣本偏差，本文即以司法院法學資料檢索系統為檢索範圍。

## 6.3 量化之分析

### 6.3.1 刑事訴訟

#### 1. 總數

智財法院	地方法院判決(一審、二審判決)	合計
22	35	57(件)

## 2. 各地方法院之判決數量

各地方法院	樣本案件數量
台北	4
板橋	6
士林	1
桃園	3
新竹	0
台中	7
彰化	1
南投	0
台南	3
高雄	9
屏東	1
合計	35(件)

## 3. 爭議案件及被認定不具「原創性」之案件數量—依著作類型區分

著作類型	爭議案件數量	其中被認定「不具原創性」之案件數量	爭議案件中系其中被認定「不具原創性」之案件數量之比例
美術	21	1	4.7 %
攝影	11	2	18 %
編輯	11	4	36 %
語文	8	1	12 %
圖形	3	0	0
音樂	2	0	0
電腦程式	1	0	0
合計	57	8	14.03 %

### 6.3.2 民事訴訟

#### 1. 總數

智財法院第一審判決	智財法院第二審判決	合計
15	14	29

#### 2. 爭議案件及被認定不具「原創性」之案件數量—依著作類型區分

著作類型	爭議案件數量	其中被認定「不具原創性」之案件數量	爭議案件中原告著作被否定具原創性之比例
美術	4	1	25 %
攝影	3	0	0
編輯	8	7	87 %
語文	11	2	18 %
圖形	3	1	33.3 %
合計	29	11	37.93 %

### 6.3.3 民刑訴訟合併觀察

著作類型	爭議案件數量	其中被認定「不具原創性」之案件數量	爭議案件中原告著作被否定具原創性之比例
美術	25	2	8 %
攝影	14	2	14.29%
編輯	19	11	57.89 %
語文	19	3	15.79%
圖形	6	1	16.67 %
音樂	2	0	0
電腦程式	1	0	0
合計	86	19	22.09 %

### 6.3.4 最高法院判決

民事/刑事判決	原創性之爭議案件數量	因對「原創性」之證明不足或理由不備而被駁回者	比例
刑事判決	9	6	66.67%
民事判決	5	2	40%
總計	14	8	57.14%

### 6.3.5 統計結果分析

#### 1. 管轄法院之地域性

民事判決部分，依智慧財產法院組織法第 3 條第 1 款規定<sup>209</sup>，就著作權所生之第一審第二審民事訴訟案件由「智慧財產法院」管轄；而刑事判決部分，依智慧財產法院組織法第 3 條第 2 款規定<sup>210</sup>，由智慧財產法院管轄「因著作權案件不符第一審裁判而為上訴或抗告之案件」，故僅以繫屬於地方法院之刑事第一審級第二審判決為地域性分析。

本研究中，採計之地方法院刑事判決數量共 35 件，其中：北部地區法院（新竹以北）判決數量為 14 件，占有所有案件之 40%（14/35）；中部地區（台中、彰化、南投地區）法院判決數量為 8 件，占有所有案件 22.85%；南部地區（台南、高雄、屏東地區）法院判決數量為 13 件，占有所有案件之百分之 37.14。足見，以著作之原創性為爭議之案件，北部地區及南部地區之數量並無顯著差異，其中，又以高雄地方法院（9 件）之爭議數量為最多。

<sup>209</sup> 智慧財產法院組織法第 3 條第 1 款：「智慧財產法院管轄案件如下：一、依專利法、商標法、著作權法、光碟管理條例、營業秘密法、積體電路電路布局保護法、植物品種及種苗法或公平交易法所保護之智慧財產權益所生之第一審及第二審民事訴訟事件。」

<sup>210</sup> 智慧財產法院組織法第 3 條第 2 款規定：「...因著作權案件...不服地方法院依通常、簡式審判或協商程序所為之第一審裁判而上訴或抗告之刑事案件」

## 2. 民、刑事判決總量分析

就民、刑事訴訟之判決數量而言，以著作之原創性為爭議之刑事判決數量為 57 件，民事判決數量則為 29 件，顯示我國人民仍多以刑事訴訟途徑以保障期權利，而利用民事訴訟程序之意願則較低。

## 3. 有無集中於特定著作類型之分析

在刑事判決部分，以美術著作為最多，共 21 件，佔所有案件之比例為 36.84% (21/57)；其次為攝影著作及編輯著作，各有 11 件，各佔所有案件之比例為 19.30(11/57)；再次多者為語文著作，共 8 件，佔所有案件之比例為 14.04% (8/57)。

在民事判決中，爭議最多之著作類型為語文著作，共 11 件，佔所有案件之比例為 38% (11/29)；其次為編輯著作，共 8 件，佔所有案之比例為 27.56% (8/29)；再次多者為美術著作，件 4 件，佔所有案件之比例為 13.79%(4/29)；再次多者為攝影著作及圖形著作，各 3 件，佔所有案件之比例為 10.34% (3/29)。

若將刑事判決及民事判決合併觀察，則爭議最多之著作類型為美術著作，共 25 件，佔所有案件之比例為 29.07% (25/86)；爭議次多之案件類型為編輯著作與語文著作，各 19 件，佔所有案件之比例為 22.09% (19/86)；再次多者為攝影著作，共 14 件，佔所有案件之比例為 16.28% (14/86)。

綜上所述，顯示了以著作原創性為爭議之刑事案件，在著作類型上有集中於某些案件之趨勢。美術著作之原創性爭議雖最高 (25 件)，然而被法院認定不具原創性之比例卻是最低 (僅 2 件，8%)；而編輯著作被認定不具原創性之比例則是最高 (相關爭議案件共 19 件，而其中被認定不具原創性之件數為 11 件，佔所有爭議案件之 57.89%)，探其原因，亦可分析如下：

### (1) 美術著作

在法院判斷一美術著作是否具有原創性有所謂「美學不歧視 (the principle of aesthetic non-discrimination)」理論，亦即，一件美術著作是否具有「原創

性」，並非判斷其「美學價值」之「高低」，而係判斷其美學價值「是否存在」，而一般認為所謂「美學價值」係指作者對作品精神之投射；又因法院並未對於「美學價值」之「高低」作實質之判斷，因此美術著作之具備原創性與否之爭議案件數量雖多，然而被認定不具備原創性之比例卻甚低。

## (2) 編輯著作

編輯著作之原創性表現在對於資料之選擇與編排上具有原創性，然而，在資料之「選擇」或「編排」如何表現出原創性於實務上仍有爭議，特別是在資料庫著作權之保護上，由於多數之資料庫業者在蒐集資料時往往求其廣度，而不會對於資料作過多的篩選，此種在資料蒐集過程中並無或較少涉入主觀成分的情形，如何具備「資料選擇」之創作性即成問題。

而在資料之編排上，由於資料庫的編排方式往往取決於通常並無既定的編排方式，而是由使用者自定搜尋標準，再由電腦程式將尋獲的資料，依使用者要求作有系統之呈現，因此亦難循既定之編排方式以判斷其創作性，因此編輯著作在原創性之判斷爭議數量上相當多，而且被認定不具備原創性之比例亦為最高。

## (3) 攝影著作

攝影著作之原創性表現在「對被攝影像之選擇、觀景窗之選景、光線之抉取、焦距之調整、快門之掌控、影深之判斷或其他技術等攝影行為有原創性<sup>211</sup>」，其判斷之方式較為抽象，故因對原創性判斷而生之爭議案件數量亦不少，又，對於原創性之判斷僅及於作者對於其著作精神內容之投射，是以原創性之判斷與「該攝影作品是否經創作人於創作過程付出金錢、勞力與時間，抑或該作品是否具有美感、有無市場價值暨被攝對象之稀少性或特殊性，則與該作品是否具有創作性無涉」，是以，在攝影著作中被認定不具備原創性之案件僅 2 件，總比例為 14.29%。

## (4) 語文著作

語文著作之整體爭議數量約 19 件，占所有案件之比例為 22.09%，為第

<sup>211</sup> 最高法院 98 年台上字第 1198 號刑事判決、97 年台上字第 6410 號刑事判決參照。

二大爭議著作類型，其中，被認為不具備原創性比例為 15.79%。就語文著作而言，其原創性主要表現在「其內容具有作者之創意表達或創作性格<sup>212</sup>」，一般而言，其創作高度較其他類型之著作為高，不僅須注意思想與表達合併之情形，通用名詞、單純之傳播事實、過短之標語一般而言亦不被認為具原創性，因此語文著作在原創性之判斷上，不論質與量上皆須具一定之高度，始得被認為具有原創性。

#### 5. 就民事及刑事之舉證責任有無不同而言

本部分主要係探究於民事案件及刑事案件中，對於原創性之判斷標準是否有不同？是否有因為刑事案件要求較嚴格之證明力，從而加重對於原創性標準之判斷？

按「著作權人所享著作權，屬私權之範疇，其與一般私權之權利人相同，對其著作權利之存在，自應負舉證之責任<sup>213</sup>」尤其，在刑事訴訟中對於案件要求較嚴格之證明力，若原告無法對於其著作具有原創性盡實質之舉證義務，則原告恐受敗訴判決之結果。

於此部分，本研究擬以第三審判決為主要分析對象。按第三審為法律審，如上訴人無證明其著作具備原創性，或對於原創性認定之理由不備者，則駁回上訴人之上訴。在刑事案件中，法院因為對「原創性」之證明不足或理由不備而被駁回者占所有爭議案件之 66.67%，而民事判決則為 40%，足見在刑事案件中，因要求較嚴格之證明力，從而有加重對於原創性標準之判斷之趨勢。

<sup>212</sup> 參見 99 年刑智上易字第 105 號判決。

<sup>213</sup> 參見智慧財產法院 99 年刑智上訴字第 41 號判決。

## 6.4 質性之分析

### 6.4.1 概念之建構

#### 1. 原創性之概念

原創性之內涵有廣義與狹義之別，廣義者認為原創性包含原始性（獨創性）及創作性（creativity），而採狹義者則認為原創性指作品僅須具備原始性（獨創性）即可。早期之實務見解對原創性之解釋，除有廣義說、狹義說之別外，尚兼指「人類精神作用，其程度且已足表現著作人之個性或獨特性者」。而依目前智慧財產法院之多數見解，對於原創性之內涵已漸趨於一致，即大體採廣義解釋，包含原始性及創作性，茲分析如下。

##### (1) 早期見解：兼含有人類精神作用者

早期之實務見解，對原創性之解釋含有濃厚之大陸法系色彩，主要係表現在其用語上，多將「原創性」與「人類精神作用」、「個性」或「獨特性」並列而分論，或直接以其作為原創性內涵之一部，而較少論及「創作性」或「創作高度」，與近年智慧財產法院對原創性之見解多採「原創性理論」有所不同。

##### I. 將原創性與人類精神作用、個性或獨特性並列而分論者

如最高法院 81 年度上字第 3063 號民事判決稱：「凡具有原創性之人類精神上創作，且達足表現作者之個性或獨特性之程度者，即享有著作權。」；其後最高法院 87 年度 2366 號刑事判決、最高法院 85 年度第 5203 號刑事判決對於原創性之解釋亦為：「具有原創性之人類精神上創作，且達足以表現作者之個性或獨特性之程度者」即享有著作權，係將原創性與人類精神作用、個性或獨特性並列而分別討論。

而最高法院 87 年台上字第 3449 號刑事判決稱：「『資料袋』三字，固屬著作權法第九條第三款之通用名詞，然該三字倘經以書法書寫，自足表示作者個人書法神韻之獨特風格，且其不同於他人之筆跡，尤足自然凸顯其原創

性，而歸納為著作權法第五條第一項第四款之一種美術著作。」探其內涵，似將獨特性與個性之創作性與原創性區別，亦即將個性或獨特性之創作性與原創性做區別，使個性、獨特性之創作性與原創性分屬不同之概念。

## II. 原創性係指相當程度之精神作用，已足以顯現個性及獨特性者

我國法院對於原創性大致係採廣義解釋，即將原創性之內容包含相當程度之精神作用，且該精神程度須足以顯示其「個性」者，始符合「原創性」之要件，如臺灣高等法院 87 年度上易字第 3338 號刑事判決即謂：

「所謂『原創性』須著作人所創作之著作在精神作用達到相當之程度，足以表現出作者之個性及獨特性始足當之，倘精神作用程度甚低，縱具備有特殊性或投入相當時間，亦不具有原創性，自非著作權法所稱之著作，而不應受該法之保護。」

而有時法院則直接將思想、感情、個性及獨特性納為原創性之內涵，並未論及「精神作用」，如臺灣板橋地方法院 94 年訴字第 452 號民事判決稱：

「……至「帆船」圖樣，更是具體描繪帆船實物之中外常見畫作，顯不具美術著作中最重要之「原創性」要件，著作是著作人將內心的思想、情感、生活經驗，藉由繪畫之方式表現在外，需足以表現出著作人的個性與獨特性，才能具有原創性，告訴人以常見之傳統圖樣摹擬作畫，精神作用程度太低，不足以讓人認識著作人之個性，應無保護必要……。」

而至臺灣高等法院高雄分院 96 年度上易字第 200 號刑事判決，則明確將思想或感情之精神創作作為原創性之內容，並以表現出作者之個性及獨特性為必要之創作高度：

「按著作權法所稱之著作，係著作人所創作之精神上作品，而所謂之精神上作品除須為思想或感情上之表現且有一定之表現形式等要件外，尚須具有原創性始可稱之，而此所謂原創性程度，固不如專利法中所舉之發明、新型、新式樣等專利所要求之原創性程度(即新穎性)要高，但其精神作用仍須達到相當程度，足以表現出作者之個性及獨特性，方可認為具有原創性，如其精神作用的程度甚低，不足以讓人認識作者的個性，則無保護之必要……。」

臺灣高雄地方法院93年易字第504號刑事判決更是明確地對於原創性之定義採廣義解釋，亦即包含原始性（獨創性）及創作性，且對於創作性之要求為「基於人格之精神作用，以表達內心思想、感情，足以表達個性，並具有一定創作高度，而具有創作性之要求」，對於創作性之解釋，不僅論及「精神作用」、「思想感情」、「個性」等，亦將「創作高度」之創作性要求納入原創性之內涵中：

「按著作指屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作，著作權法第三條定有明文，並明示著作須具有原創性—包含獨創性與創作性；亦即著作必須符合：(一)係著作人原始獨立完成，未接觸參考他人著作，而具有獨創性(二)係基於人格之精神作用，以表達內心思想、感情，足以表達個性，並具有一定創作高度，而具有創作性之要求。」

而最高法院九十八年度台上字第一一九八號刑事判決：「著作既為創作，即須具有原創性，並非所有之創作都受到保護，必須是具有原創性之人類高度精神創作，始有以著作權法保護之必要。而語文著作受著作權法之保護，必須其內容具有作者之創意表達或創作性格，即所謂具有原創性，始屬之。」即以思想或感情之精神創作為原創性之內容，並以表現作者個人之個性或獨特性為必要之創作高度。

#### (2)近期實務見解：原創性包括原始性及創作性

自專門法院—智慧財產法院設立以來，對於「原創性」之見解漸趨一致，係採廣義之解釋，即包含「原始性」及「創作性」。就「原始性」而言，係指著作人未抄襲他人著作，而獨立完成創作（最高法院90年度臺上字第2945號刑事判決參照）。而就「創作性」之內涵，有延續先前實務見解者，將作者之思想感情、個性及獨特性納入其中，然多數見解更進一步採「原創性理論」，亦即以「少量創意」作為創作性判斷之標準。關於原創性之解釋，以智慧財產法院98年刑智上更一字第11號判決為代表：

「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款規定參照）。所謂創作，即具『原創性』之人類精神上創作，包含『原始性』及『創作性』之概念。所謂原始性，係指著作人未

抄襲他人著作，而獨立完成創作（最高法院 90 年度臺上字第 2945 號刑事判決參照）。創作性，則指創作至少具有少量創意，且足以表現作者之個性或獨特性。」

探究創作性之內涵，有以是否表現作者之思想或感情為標準，而未論及「最小限度之創意性」等原創性理論者，如智慧財產法院 99 年刑智上易字第 17 號判決：

「按著作係指屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作，所稱之「創作」須具原創性，即須具原始性及創作性，亦即須足以表現出創作者之思想或情感，著作權法始予以保護。」

然而，近年來多數理論對於創作性之標準，除指表現作品之個性或獨特性外，更重要者為，是否具有最小限度之創意性，如智慧財產法院 98 年刑智上易字第 98 號判決：

「所謂創意性，係指作品必須係表達著作人內心之思想或感情，且足以表現作品之個性或獨特性，而具有最小限度之創意性（minimal requirement of creativity），著重於著作人自己智巧勞力之投注，並非著作思想之創新。」

綜上所述，近年來我國法院對於原創性之解釋大抵採廣義解釋，並無疑義。然對於原創性內涵是否包括精神作用、思想、個性等有不同意見，惟不論一著作是否需表現出作者之精神作用、思想或個性，均無礙於原創性理論——即最小限度創意性之標準之採行趨勢，故本文以為：一著作是否具有原創性，其判斷標準除是否為著作人之獨立創作外，更重要者在於判斷該著作是否具有「最小限度之創意性」，具體而言，在各類型之著作中如何判斷其是否具有「最小限度之創意性」，討論如下述章節。

## 6.4.2 於各類型著作之判斷標準

依前述關於原創係判決爭議數量之研究結果發現，對於原創性爭議案件，有集中於某幾類型著作之趨勢，就爭議數量而言，分別以美術著作、編輯著作、語文著作、攝影著作等為大宗，故以下僅就上開四類型著作之原創性判斷標準，就實務及法院之見解為分析。

### 6.4.2.1 語文著作

#### 1. 語文著作之原創性判斷原則

所謂語文著作，係指以演述之方法，將自己之思想、感情陳述於外所完成之著作，而語文著作之表現之形式，依內政部所頒佈之「著作權法第五條第一項各款著作內容例示<sup>214</sup>」，包括詩、詞、散文、小說、劇本、學術論述、演講等方式，探其內容組成，依智慧財產法院 98 年民著訴字第 18 號判決「包含文字著作及語言著作，其中文字著作，係指以文字、數字或符號產生之著作」。至於語文著作在原創性判斷之特徵，主要係在於「作者創意表達或創作性格」，如 99 刑智上易字第 34 號判決<sup>215</sup>：

「語文著作受著作權法之保護，必須其內容具有作者之創意表達或創作性格，即所謂具有原創性，始屬之。」

復按著作權法所保護之標的為表達，而不及於其所表達之思想與概念等本身<sup>216</sup>，是以語文著作之原創性須表現在其「創意表達」，必須著作人在其著作中展現出個人之獨特表達方式，將作者之精神內涵投入其中，始受著作權法之保護。

#### 2. 在原創性判斷時之主要爭點

<sup>214</sup> 中華民國八十一年六月十日台(81)內著字第八一八四〇〇二號公告。

<sup>215</sup> 最高法院九十八年度台上字第一一九八號刑事判決亦同此見。

<sup>216</sup> 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權之表達，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」

而語文著作之原創性判斷爭議主要出現在：如何判斷一著作是否為著作人精神創作之產物？其創作高度（創作性）應達何種程度？就「創作性」之判斷是否受著作本身形式上長度長短之影響？當表達之方式極其有限時，產生「思想與表達合併」之情形時，是否仍受著作權法之保護？茲分析如下。

### (1) 對創作性判斷之基本原則

#### I. 注意思想與表達合併之情形

按實務見解明白揭示了著作權之保護僅及於該著作之表達，而不及於其所表達之思想、概念等本身。而當對某項事物之表達方法屬有限時，原則上即被認為不具有原創性，進而不受著作權法之保護，例如智慧財產法院 99 年民著訴字第 13 號判決：

「著作權法第 3 條第 1 項第 3 款規定『著作：指屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作』、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權之表達，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』，上開條文明白揭示著作權法所定『著作』之範圍，及著作權法保護之對象，為著作之『表達』，而非其所表達之『思想、程序、製程、系統、操作方法、概念、原理、發現』，簡言之，作品內之構想、闡發、處理、安排及其順序，無法受著作權法保護，又著作之目標或功能乃是著作之觀念(或構想)，亦非著作權法保護之對象，是對某商品之說明書內，對該商品之使用方法或用途、特性等作單純之描述，或因同種類商品在使用或其用途上之共通特徵使然，而必須為同一或類似之描述，則因其表達方法實屬有限，而不具有原創性，亦不受著作權法之保護。」

在本案中，法院即因係爭著作之表達有限，產生「思想與表達合併」之情形，且其對於產品之描述「僅為歸納整理產品之功能及可能之用途，其精神作用的程度甚低，並無其獨自之思想感情」，法院進而認為「不足以表現作者之個性或獨特性」，而認定其非著作權法保護之著作：

「據此，本件原證十『為何需要吸藥輔助器』、原證 19『為什麼要使用吸藥輔助器』，僅係對於其產品有該等功能之敘述，並方便孩童使用之宣傳，已如前述，是屬於對該商品之使用方法或用途、特性等作單純之描述，且僅

為歸納整理產品之功能及可能之用途，其精神作用的程度甚低，並無其獨自之思想感情，應認不足以表現作者之個性或獨特性，是原證十『為何需要吸藥輔助器』、原證 19『為什麼要使用吸藥輔助器』，實難認具有原創性之人類精神上創作，亦未達足以表達作者個性或獨特性之程度，自不得認係屬著作權法所規定之著作。」

然而，另件與上開案件相似之藥品標示案件，則因「名稱、成份、劑型、適應症、說明、用法用量、禁忌、警語及應注意事項、不良反應、過量、藥理學特性等事項，均有中文或英文之詳細敘述，非僅有藥品之操作方法、概念、原理、發現而已，尚包括觀念之表達，具有原創性」，而被認為有原創性，如智慧財產法院 98 年刑智上更(一)字第 27 號判決：

「又『藥品說明書』係用以說明該藥品之主治效能及服用方法，亦屬於私文書之一種，被告甲○○、乙○○明知前開『維骨力』、『普拿疼加強錠』等偽藥之藥品說明書，係冒用上開商標專用權人名義而偽造之私文書，仍加以販賣行使，其此部分所為亦與刑法第二百十六條、第二百十條之行使偽造私文書罪合致。又扣案之『維骨力』、『普拿疼加強錠』等偽藥之外包裝及藥品說明書之敘述及標示使用相同於上述商標權人之註冊商標圖樣，包括名稱、成份、劑型、適應症、說明、用法用量、禁忌、警語及應注意事項、不良反應、過量、藥理學特性等事項，均有中文或英文之詳細敘述，非僅有藥品之操作方法、概念、原理、發現而已，尚包括觀念之表達，具有原創性，屬於著作權法所保護之語文著作，應認分別屬於葛蘭素公司、羅特芳公司等原廠之著作財產權，應受我國著作權法第四條第二款之保護，在我國享有著作權（我國採著作創作保護主義）。」

是以，在可能產生「思想與表達合併」之情形時，如對於產品之功能、特性等單純描述，系爭著作應展現出較高之「創作性」，以彰顯作者之個性或獨特性程度，方可能被認為係著作權法上所保護之著作。

## II. 創作高度

關於語文著作之創作高度，有理論上應仍以「最低限度之創作性」為其標準，如智慧財產法院 98 年刑智上易字第 123 號判決：

「只要是著作人智慧心血之付出，並且在著作之內容或表達上已展現作者之個性或其獨特性，即得享有著作權之保護。否則著作權法保護之對象將僅止於少數大師級人物具有革命性之創新著作而已，似非著作權法立法之精神所在。」

又如 98 年刑智上訴字第 23 號判決，以個人之創意、智慧之表達，據以判斷是否具創作性：

「從而告訴人丙○○依據其個人之知識、經驗，本於前揭前人所闡述之基礎原理而撰寫系爭著作，已含有其個人之創意、智慧之表達，具有一定之創作性，並非單純之時曆，當屬著作權法所定之語文著作而受著作權法之保護。」

然而，於實務之運作上，語文著作往往被要求較高度之創作高度（創作性），尤其，對於某些必須被規範在一定範疇來創作者，則被認為需要「較高之創作性」，始得受著作權法之保護。見智慧財產法院 97 年刑智上易字第 76 號判決：

「以本案而言，因屬測驗學生用之試題，不像小說或論文可以較為無限制之撰寫，而必須被規範在一定範疇內來創作，所以著作物試題之個別內容必須具備較高之創意，始得具備『語文著作』所需之要件，而本案著作物並不具備語文著作所需較高之創意性。」

綜上所述，在實務上往往被要求較高度之創作性，除須注意思想與表達合併之問題外，語文著作更有「數量」上之考量，如過短之標語、常用之語彙往往不被認為具備創作性<sup>217</sup>，因此，語文著作不論係在在「質」與「量」上面，皆被要求較高度之創作性，始受著作權法之保護。

<sup>217</sup> 「此外著作權雖只要求具原創性即受保護，不過仍須有最低程度之創作性，太短之短語亦不受著作權法保護」。陸義淋，「著作權案例彙編(1)-語文著作篇」，經濟部智慧財產局，二版，中華民國 95 年 8 月。

### 6.4.2.2 編輯著作

所謂編輯著作，依著作權法第 7 條規定，係指「就資料之選擇及編排具有創作性者」。而按其表現形式，依內政部所頒佈之「著作權法第五條第一項各款著作內容例示」，則可依其性質歸類至第五條第一項各款著作。而編輯著作係就既有之資料加以選擇與編排，而必須在資料之選擇與編排上表現出「創作性」，有疑義者，在於如何就資料之「選擇」與「編排」表現出原創性？討論如後。

#### 1. 編輯著作之原創性判斷標準

關於編輯著作之創作性標準，參照依智慧財產法院 97 年刑智上訴字第 41 號判決，對編輯著作之原創性要求與一般著作無異：

「而編輯著作為著作之一種，自仍須具備上開關於「著作」之基本要素，亦即經過選擇、編排之資料而能成為編輯著作，除有一定之表現形式外，尚須其表現形式能呈現或表達出作者在思想上或感情上之一定精神內涵始可，同時該精神內涵應具有原創性，且此原創性之程度須達足以表現作者之個性或獨特性之程度。又舉凡著作、資料，其他獨立素材之集合，以一定之系統或方法加以收集選擇即由一大群資料中擷取應用其部分資訊、編排整理即由一大群資料中擷取應用其部分資訊，並得以電子或其他方式以較高之效率檢索查詢其中之各數筆資料者為資料庫，且被收編之資料與資料庫本身即分屬不同之保護客體，不論原始收編資料是否受著作權之保護，只要對所收編資料之選擇及編排具有創作性而具有前開『著作』之基本要素，即應受到著作權法關於編輯著作相關規定之保護，經濟部智慧財產局 94 年 4 月 15 日電子郵件 940415 號函亦同此見解。」

關於編輯著作得受著作權法保護之實益，除了表現在著作人之創作程度，具有一定之創作性外，素有論者以為在於獎勵著作人對於資料之辛勤蒐集。然而，依目前實務見解，對於著作之保護，仍採所謂「原創性理論」，以著作是否具備最低限度之創作性為斷，如 97 年民著訴字第 21 號判決之見解，其對於編輯著作之原創性判斷，雖提及辛勤原則，然而其實質上，仍以「對於資料之選擇與編排具有創作性」為創作性之判斷標準：

「又就資料之選擇及編排具創作性有創作性者為編輯著作，以獨立之著作保護之，著作權法第 7 條定有明文。亦強調編輯著作需具原創性，始受著作權之保護，編輯著作之所謂創作性者，不應僅以其改變之多寡而論，應以其創作過程中所付之努力高低為斷，此即所謂『汗水理論』，簡言之，即以其創作之難易度為判斷標準，倘其難易度低，則不認為具有原創性，倘其難易度高，則認為具有原創性。是以編輯著作受著作權法保護之對象，限於具有創作性之資料選擇及編排部分。至編輯著作中所收錄之資料，非屬該編輯著作權之範圍。」

具體而言，以智慧財產法院 97 年刑智上訴字第 41 號判決為例，法院認為原告之編輯著作具有原創性，而受著作權法保護之依據係因：

(1) 在資料之選擇上

法院認為原告「並非所有資料來源所產出之資料」，其所收錄者，「僅挑選具有法規範效力或具有一般性、普遍性，可供各界參考引用，作為權利義務主張之基礎者」，因此認為原告「均各自有選擇上一定程度之創作，足徵不同的法學資料之建置者、不同的從事選編法學資料工作之人員，即各有其不同之專業考量、判準，必有相異之選擇結果，也因此其『一定程度之創作性』」。

(2) 在資料之編排上

法院稱：「法源公司將其『判解函釋』子資料庫中之『行政函釋』部分，區分為『民政類』等 36 類別，並就所蒐集之行政函釋資料予以篩選其中具參考價值者，加以收錄，其不具參考價值者，則未予收錄，並經審閱分析其內容後，依上述 36 種類別屬性予以歸類，每件函釋或可能隸屬於其中一個或跨多個類別，此種類別之『表達』乃法源公司所研創，絕非在建置過程中所得經驗，逐步『發現』之成果。而各筆資料之歸類則係法源公司所屬專業法律人員之智慧判斷，縱使認定上述 36 種類別之分類不具創作性而不受保護，同一筆資料於不同人亦可能有不同之分類，自有其創作性。」

「法源公司於編排資料時，研創各類資料之編排規則。如每一行之字數、段落縮排方式、欄位名稱、呈現格式…等，依照不同類之資料而有不同之設計。此等編排方式係法源公司為使資料於網頁呈現時，能兼顧資料之正確、

完整、美觀及使用、瀏覽之便利性，所精心研創，自有其創作性。」

「有關『編排方式』部分，並非『係一般人皆會採取之編排方式，就行政函釋、會議決議或裁判書既有或法律界所習慣之編排體例為之』，蓋國內未有人將法學資料數位化之前，各類出版媒體均無此種編排方式，法源法學資料庫之各類資料編排方式乃法源公司所創，實不能因法源公司所創之編排方式，廣為各界所接受援用而成為習慣，就否定其創作性。」

### (3) 就創作高度—採最低限度之創作性標準

而關於編輯著作之創作高度，法院自著作之保護要件談起，確立了以「原創性」為判斷基礎之著作保護要件，而關於「創作高度」，法院引用了臺灣高等法院臺中分院92年度上更(一)字第267號判決與經濟部智慧財產局之函釋，以「該著作僅須具有最少限度之創意性 (minimal requirement of creativity)，且足以表現著作個性或獨特性之程度，即屬著作權法所保護之著作。」：

「近來我國實務則體察國際間關於著作權保護要件，認為『創作只要具備最低程度之創作或個性表現，即可受到保護』之發展趨勢，陸續引用為判決依據，此有臺灣高等法院臺中分院92年度上更(一)字第267號判決要旨：『…受著作權法保護之著作，必須具備『原創性』，亦即該著作僅須具有最少限度之創意性 (minimal requirement of creativity)，且足以表現著作個性或獨特性之程度，即屬著作權法所保護之著作。依此，著作的創作程度要求不高，只要有人類精神智慧之投入，不論是大師作品，抑或是小兒塗鴉，均得為著作權法所保護之著作。又著作雖不因其僅與他人創作在前之著作有本質上之類似，且不具備新穎性而被拒絕為著作權之保護，但原創性則為著作之創作屬於著作人之原因，亦即必須是著作人獨自思想感情之表現，而非抄襲、改竄、剽竊或模仿自他人之著作，具有原創性者始受著作權之保護。而原創性乃指著作人自己智巧勞力之投注，並非著作思想之創新，而值得抄襲之處，即是原創性之證據。又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（參見著作權法第10條第1項）。本件自訴人所編著之『教學講義內容』係自訴人透過蒐集選擇，並且加以編排而具有創作性，乃屬編輯著作，故依著作權法第10條之規定，著作人於著作完成時享有著作權，自訴人自應取得著作權法之保障。…自訴人依其他既存之著作，依其編排理念

與方式，統整各書而為精神上勞動之成果，其對於素材之選擇或配置所須之創作性，雖較一般著作為低，但編輯著作本已具有微量之『原創性』，表現一定創作之最少程度即可，此與著作物『原創性』須表現具有個性的精神內涵，達於較高之創作程度不同。」

「又著作權專責機關經濟部智慧財產局亦採此見解，揆諸該局 98 年 04 月 27 日電子郵件 980427a 函釋：『按著作權法（以下簡稱本法）所稱之『著作』，本法第 3 條第 1 項第 1 款明定屬於指文學、科學、藝術或其他學術範圍之『創作』。因此，著作符合『原創性』及『創作性』二項要件時，方屬本法所稱之『著作』。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』，至於所需之創作高度究竟為何，目前司法實務上，相關見解之闡述及判斷相當分歧，本局則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。』，足徵『創作只要具備最低程度之創作或個性表現，即可受到保護』。

綜上，法院認為：「被告元照公司、甲○○、乙○○之辯護人陳家駿律師於 98 年 8 月 10 日刑事聲請調查證據(二)狀第 1 至 6 頁否認只需具備最低程度之創作即可受我國著作權法保護之論述，其辯護意旨之有關創作高度之論據洵非的論，自不可採。」

## 2. 編輯著作之原創性判斷爭議

就原創性之判斷而言，以系爭著作在「選擇及編排上具有創作性」為判斷標準，似無疑義，然而，於實務上，編輯著作被認定不具原創性之比例卻是所有爭議著作類型中最高者（相關爭議案件共 19 件，而其中被認定不具原創性之件數為 11 件，佔所有爭議案件之 57.89%，見前述量化一節），探究原因，可能為：

就一般編輯著作之著作人可能之考量：在資料之選擇上，蓋因多數之編輯著作，特別是資料庫著作，往往希冀能收錄「全方位」、「全面性」之資料，以利使用者查詢與使用，因此，較未在資料之「選擇」上為過多之篩選，以幫助使用者能夠廣泛地查詢與運用所有之相關資料。

而就資料之編排上，有時編輯著作之著作人會考量使用者之方便性，以大眾較為熟知之方式，例如字母、注音符號等為編排。甚至，在資料庫著作時，系爭資料庫之編排方式往往會因為使用者之設定方式，而有著不同之編排。

然而，上開資料之選擇與編排方式，在實務上皆有極大可能會被認為不具備原創性，進而無法受著作權法之保護。蓋因對於「資料」未為特別篩選之「全面性」資料，並不能表現出作者在「選擇資料」上之「創作程度」；而對於資料之「編排」，單純以字母、注音符號為編排者，亦難以表現出著作人之創作程度，因而可能被認定為不具備原創性，而不受著作權法之保護。

就資料之選擇而言，編輯著作被要求對於「資料之選擇」，須具有「創作性」，若該資料之選擇僅為一般常見之資訊，則被認為不具備原創性，如 97 年民著訴字第 21 號判決：

「經查，原告之系爭著作物『不動產買賣流程』之網頁部分，係就一般不動產買賣流程作說明，而不動產買賣流程不外為簽約、用印、完稅、交屋等手續，任何從事不動產買賣之公司或業者，莫不依此為客戶辦理不動產買賣，此不動產交易流程等資訊亦習見於一般民眾網站及部落格等情，亦據被告提出原告亦不爭執之不動產網站、奇摩知識網頁等資料影本在卷為憑，足見原告就「不動產買賣流程」乃係一般不動產交易資訊，並非重要創新之資訊。原告雖稱該交易流程中伊將地政機關審核欄列入，為他人所無云云。然查，不動產交易最終目的須送地政機關辦理移轉登記手續，此乃交易之目的所在，亦為國人一般常識，此非創新之資訊，亦灼然至明，原告以此主張，顯無足採。又原告主張其將該不動產交易流程表格化，而主張其有創作性云云。」

然上開法院論證之疑義在於，編輯著作之原創性，一部分係表現在對於資料之「選擇」具有原創性，而非「資料本身」之「創新」，是以，於本件法院將「資料」之創新與否與原創性之判斷掛勾，實非妥適。

而關於資料之編排，法院稱：

「觀之原告系爭不動產交易流程之表格，僅係就習見之不動產交易流程

予以表格化整理出來，前開資料之編排，僅係就一般不動產交易流程全部列出，其資料編排亦屬常見之排列方式，其在資料選擇上不具創作性，況就不動產交易流程，其表達方式有限，且原告所列其中何階段須具備何要件之敘述，較之業界習見之流程，系爭交易流程著作物之內容及整體編輯外觀，並未見作者主觀上精神、智慧、文化、創意之表現，亦不足現出作者之個性及獨特性，自難謂有何原創性。」

法院認為系爭著作之編排方式，「僅係就一般不動產交易流程全部列出，其資料編排亦屬常見之排列方式」，進而認為系爭資料在編排上屬常見之排列方式，且有思想與表達合併之情形，認為系爭著作不具備原創性。

然而，對於著作人在本案例中對其著作之編排，法院又稱：

「縱認系爭著作物其中表格之登載為原告特別之編排，惟其係一般交易流程之平庸編排，難見一定程度之創作水準，亦不符就資料之選擇及編排具有創作之編輯著作要件，自不受著作權法之保護。否則無異使製作此類不動產交易者取得獨占之權利，一般人民於從事有關之活動時，均不得再製作類似之交易流程，其結果反將造成不公平之競爭，有違著作權法「調和社會公共利益，促進國家文化發展」之立法本意。故原告主張系爭交易流程著作物為著作權法所規範之編輯著作，應受著作權法保護云云，並無可採。」

退步言之，法院承認「系爭著作物其中表格之登載為原告特別之編排」，然而卻因其創作水準不足，而不符合就資料之選擇及編排具有創作性之要件。足見，法院認為在編輯著作中，仍必須以具備最低限度之創作性為必要。

### 3. 小結

就編輯著作而言，其原創性表現在於對資料之選擇與編排上要具有原創性，似無疑義，然而對著作人而言，如何在資料之選擇上與編排上表現出一定之創作性，即屬不易，以目前智慧財產法院之判決為分析，僅少數之編輯著作會被認為具有原創性，多數之編輯著作仍難在資料之選擇與編排上展現出其創作性。

是以，本文以為，就編輯著作而言，是否仍應嚴守「原創性理論」，以最低限度創作性為著作要件之判斷標準，值得深思，尤其在對資料庫著作之保護上，該著作較難在

資料之選擇於編排上展現出創作性，或可參照歐盟獨有之保護方式，或日本法上獨立之保護，以使系爭著作能受到合理之保護。

### 6.4.2.3 美術著作

所謂「美術著作」係指以色彩、明暗、線條等平面或立體之方式以表現思想或感情之創作，凡以如此方式表現美感之創作，即為美術著作。具體而言，依據內政部著作權法第五條第一項各款著作內容例示<sup>218</sup>，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。法院進一步闡釋：「美術著作」係以描繪、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<sup>219</sup>。

由上開函示及法院判決可知，美術著作之原創性表現在於「以美感為特徵而表現思想感情之創作」，亦即展現在作者對於著作所展現之獨特之思想感情，與美國判例 Bleistein 案中，所強調之作者之「不可抹滅」之「個性」及「獨特性」近似<sup>220</sup>，足見在美術著作中，原創性主要展現在作者對作品之個性、精神上之投射。

依智慧財產法院之判決，原創性主要係以是否「彰顯作者之獨特及所欲表達之內涵」為判斷之標準，相關判決如：

智慧財產法院 98 年刑智上更(一)第 11 號判決：

「如附圖一至四所示之蘭花圖及海芋圖均係以自然界存在之花卉為表現之內容，惟藝術作品莫不是以對客觀事物之觀察，經由人之理性與感性作用之發想，而蛻化為美感之表現。況自然界中亦難找出兩朵形狀、顏色、大小均完全相同之花朵，且數朵花之排列方式與角度、光影等，透過觀察者以符合美感之美術手法表現，其表現之形貌亦有無限之變化與可能。而如附圖一至四所示之蘭花圖及海芋圖，其花朵及枝數的角度與姿態、用色與留白、

<sup>218</sup> 台(81)內著字第 8184002 號。

<sup>219</sup> 智慧財產法院 100 年刑智上訴字第 45 號判決。

<sup>220</sup> 見 3.2.4.1 節。

光影與構圖安排等等，無一非經由創作者之巧思創意與美感技巧，其以淡彩色調及柔和之對比表達出清新寧靜的氛圍，充分彰顯作者創作之獨特性及其所欲表達之意涵，已符合『創作性』之要件。」

具體而言，如何展現出著作人之原創性，依智慧財產法院 97 年刑智上訴字第 19 號判決：

「如附圖一至四所示之蘭花圖及海芋圖屬原創性之表達，為我國著作權法所保護之標的：(1)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 款規定參照)。所謂創作，即具『原創性』之人類精神上創作，包含『原始性』及『創作性』之概念。所謂原始性，係指著作人未抄襲他人著作，而獨立完成創作(最高法院 90 年度臺上字第 2945 號刑事判決參照)。創作性，則指創作至少具有少量創意，且足以表現作者之個性或獨特性。又所謂『美術著作』係指以色彩、明暗、線條等平面或立體之方式以表現思想或感情之創作，凡以如此方式表現美感之創作，即為美術著作。(2)如附圖一至四所示之蘭花圖及海芋圖均係以自然界存在之花卉為表現之內容，惟藝術作品莫不是以對客觀事物之觀察，經由人之理性與感性作用之發想，而蛻化為美感之表現。況自然界中亦難找出兩朵形狀、顏色、大小均完全相同之花朵，且數朵花卉之排列方式與角度、光影等，透過觀察者以符合美感之美術手法表現，其表現之形貌亦有無限之變化與可能。而如附圖一至四所示之蘭花圖及海芋圖，其花朵及枝數的角度與姿態、用色與留白、光影與構圖安排等等，無一非經由創作者之巧思創意與美感技巧，其以淡彩色調及柔和之對比表達出清新寧靜的氛圍，充分彰顯作者創作之獨特性及其所欲表達之意涵，已符合『創作性』之要件。(3)如前所述，三宅敏夫於宣誓書內詳細敘明當初創作之緣由及理念，及嗣後將其著作財產權讓與告訴人公司等情，參以告訴人公司所提出之原件彩色影本及證人江錦樑之證述，足認如附圖一至四所示之蘭花圖及海芋圖確為三宅敏夫獨立創作之著作，符合『原始性』之要件。(4)綜上所述，如附圖一至四所示之蘭花圖及海芋圖屬三宅敏夫具原創性之美術著作，應受我著作權法所保護，告訴人公司自 91 年 1 月 1 日起享有著作財產權。故被告辯稱如附圖一至四所示之蘭花圖及海芋圖不足以表達作者之個性與獨特性，非著作權法保護之客體云云，要無足取。」

又如智慧財產法院 98 年刑智上易字第 37 號判決：

「而係證人戊○○出自本身思維、智巧、技術所為之構圖、搭配顏色等之創意思想之表現，藉此表達作者個人之思想感情，具備特定內容與創意表達二要件，是附圖一所示之由玫瑰花、藤蔓底紋、玫瑰花與底紋相對位置之整體組合，堪認係出自證人戊○○個人創意之著作，具有創意性。」

智慧財產法院 98 年刑智上易字第 98 號判決：

「圖片繪製之角度及企圖藉圖形繪製強調著作人繪製能力之意念表現，均足以表達著作人內心之思想或感情，經查，證人汪首梅於原審審理時具結證稱：聖僑公司以俯拍之方式拍攝主管要作為公司簡介的封面，並委由李靜如將拍攝之圖片以插圖軟體繪製完成『主管圖』，並係藉由將照片繪製為插圖之方式強調聖僑公司之設計及繪製能力，順序係先將照片傳輸到電腦，再繪製電腦連線人像圖，之後作成面，再整合為『主管圖』等語（見原審卷第 80 頁反面至第 81 頁），且證人丙○○於原審審理時亦具結證述：系爭『主管圖』係由聖僑公司之平面部門製作，其部門主要係先有構圖之創意，再作繪圖而將整體創意設計呈現之情（見原審卷第 76 頁），足認本件系爭『主管圖』之樣式及設計，均為原始之創作，且關於該圖圖片繪製之角度及企圖藉圖形繪製強調著作人繪製能力之意念表現，均足以表達著作人內心之思想或感情，且足以表現作品之個性或獨特性，是以系爭『主管圖』應具有原創性，並受著作權法之保護，故被告辯稱系爭『主管圖』非屬著作權法保護之對象云云，殊非可採。」

綜上所述，所謂「彰顯作者之獨特及所欲表達之內涵」，實務上多從作者之創意、巧思、構圖、美感等客觀之表現，推斷著作之原創性。若系爭客觀之表現已足展現作者之意志，則多認為具有原創性。有時，法院甚至不以對於作品之構圖、巧思等分析，而僅以係爭作品為動物形象之「卡通化、擬人化、玩偶化」，與自然動物型態顯然不同，便認為具有作者之獨特思想、感情與意境而具有原創性，例如智慧財產法院 98 年刑智上更(三)字第 2 號判決：

「本件『多拉 A 夢』、『史努比』、『小熊維尼』圖樣，係以自然動物貓、狗、熊形態予以卡通化、擬人化、玩偶化，體態自成，並賦予命名，與貓、

狗、熊自然動物形態顯然不同，其具有原創者獨特自思想、感情及意境之表現甚明，屬我國著作權法第5條第1項第4款所規定之美術著作無訛。」

而在用語上，法院所採之用語如「足以表達著作人內心之思想或感情」、「足以表現作品之個性或獨特性」或「其所欲表達之意涵」，皆係為探究作者之精神是否投入。惟須特別注意者在於，法院在判斷美術著作之原創性時，對於作者精神之是否投入，於解釋上採較寬鬆之認定，亦即法院不應就美學價值進行其所展現之「個性程度」判斷，僅須確認其「存在」即可，符合學理上所謂「美學不歧視」原則。

#### 6.4.2.4 攝影著作

所謂攝影著作，係指將思想、感情以固定影像表現之著作。依據內政部著作權法第五條第一項各款著作內容例示，第二項第五款即指稱「攝影著作：包括照片、幻燈片及其他以攝影之製作方法所創作之著作。」由上述例示規定可知，攝影著作的範圍包含使用一切攝影技術所產生之成果，包括正片、負片及沖洗後之照片等，亦即是以膠片或其他方法為媒體，呈現一定影像以表現作者之思想及感情之著作類型<sup>221</sup>。

按因攝影著作之創作除作者本身之付出，同時亦須依賴機械的作用及技術的操作，其原創性主要表現在於製作時攝影者需決定主題，並對攝影的對象、構圖、角度、光亮速度進行選擇及調整，甚至是底片修改、組合等。亦即，攝影著作與美術著作在原創性之表現上有某種程度之類似，即作品須展現作者精神之投射，方可能受著作權法之保護，若僅是單純隨機攝影或者翻拍，此時因為無法展現著作人之原創性，此種作品即不受著作權法的保護。

就我國法院判決亦同此見，針對攝影著作應如何展現其原創性，分析如下：

<sup>221</sup> 經濟部智慧財產局，著作權法案例彙編---攝影著作篇，可見於網站：[http://www.tipo.gov.tw/ch/AllInOne\\_Show.aspx?path=2383&guid=55f0b0ff-4c37-41af-9574-1e60a08c7144&lang=zh-tw](http://www.tipo.gov.tw/ch/AllInOne_Show.aspx?path=2383&guid=55f0b0ff-4c37-41af-9574-1e60a08c7144&lang=zh-tw)（最後瀏覽日期：2012年6月1日）。

智慧財產法院 99 年刑智上易字第 34 號判決：

「又因著作權法精神在於保護具原創性之著作，故攝影著作，應認係指由主題之選擇，光影之處理、修飾、組合或其他藝術上之賦形方法，以攝影機產生之著作，始受保護。通常一般以攝影機對實物拍攝之照片，尚難認係著作權法所指著作。」

「攝影著作有極大程度係依賴機械之作用及技術之操作，在製作時需決定主題，並對被攝影之對象、構圖、角度、光量、速度進行選擇及調整，有時尚須進行底片修改，因此，對被攝影像之選擇、觀景窗之選景、光線之抉取、焦距之調整、快門之掌控、影深之判斷或其他技術等攝影行為有原創性，方能符合著作權法上所稱之著作而加以保護。(最高法院 98 年台上字第 1198 號刑事判決、97 年台上字第 6410 號刑事判決可資參照)，是以，是否構成侵害著作權之前提，乃須先審究該著作是否具原創性。」

智慧財產法院 97 年刑智上易字第 70 號判決：

「按所謂攝影著作，係指以固定影像表現思想、感情之著作，其表現方式包含照片、幻燈片及其他以攝影之製作方法（著作權法第五條第一項各款著作內容例示第 2 點第 5 款規定參照）。又攝影著作雖須以機械及電子裝置，再利用光線之物理及化學作用，將所攝影像再現於底片（含膠片及磁片）或紙張（如拍立得），始能完成，惟攝影者如將其心中所浮現之原創性想法，於攝影過程中，選擇標的人、物，安排標的人、物之位置，運用各種攝影技術，決定觀景、景深、光量、攝影角度、快門、焦距等，進而展現攝影者之原創性，並非單純僅為實體人、物之機械式再現，著作權法即賦予著作權之保護。」

另外，法院更進一步就攝影著作原創性為分析，攝影著作之原創性主要表現在創作者須透過被攝對象之選擇、背景之安排、攝影之構圖、拍攝之角度、光影之處理，抑或拍攝作品後之顯像、修改、組合等方法，進而表達創作者之思想或情感（即創作性）者。而對於影像或畫面忠實的呈現或攝影，

創作人是否付出一定程度之勞力、精神、金錢，抑或是被攝對象之稀少性等，因無從展現作者之特殊思想感情者，仍難謂具有原創性之著作：

99 年刑智上易字第 17 號判決：

「按著作係指屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作，所稱之「創作」須具原創性，即須具原始性及創作性，亦即須足以表現出創作者之思想或情感，著作權法始予以保護。所謂攝影著作包含照片、幻燈片及其他以攝影之製作方法所創作之著作，惟因以上述方法所拍攝之作品主要是依賴機械及電子裝置將被攝物體再現固著於可感知之媒介（例如：底片、紙張或記憶卡等），是以創作者須透過被攝對象之選擇、背景之安排、攝影之構圖、拍攝之角度、光影之處理，抑或拍攝作品後之顯像、修改、組合等方法，進而表達創作者之思想或情感（即創作性），該攝影作品始受著作權法之保護。至於該攝影作品是否經創作人於創作過程付出金錢、勞力與時間，抑或該作品是否具有美感、有無市場價值暨被攝對象之稀少性或特殊性，則與該作品是否具有創作性無涉。」

「原判決認系爭 3 張照片係以攝影機分別就上開社區之游泳池、三溫暖門口、健身房門口等實景，予以如實拍攝，任何人持相同之攝影機處於相同位置為拍攝行為，亦可獲得相同或相仿之結果，並無何藝術上之賦形方法可言，尚難認系爭 3 張相片具備之創作性，難認係受著作權法保護之攝影著作，告訴人具狀以上揭情詞請求檢察官提起上訴，茲本案主要爭點在系爭照片 3 張是否有創作性而為受著作權法所保護之攝影著作？本件告訴人雖陳稱游泳池照片構圖的用意在於人來人往、生生不息，三溫暖、健身房照片中都有倒影在裡面，照片的主題是拍三溫暖及健身房的使用規則及時間，重要的技術在於玻璃上顯示倒影，倒影裡面有游泳池及綠意盎然的樹影，另一張有草皮的倒影等語（見本院卷第 41 頁），惟查：(一)系爭照片 1 之拍攝對象為高雄縣仁武鄉亞洲渡假村社區游泳池及其週邊之靜物景觀（見偵查卷第 9 頁、第 12 頁），除左下角陰影處有一不明顯之女性之身影及一名男性右半側身影外，並無其他人像置於照片構圖核心，亦未有任何移動或流動之被攝對象，拍攝角度上為一般水平拍攝，且燈柱係置於照片之正中央，照片左右物體分別因陽光之直射與否而出現通常之陰影及反光（其右側建物及游泳池扶手出現反

光之現象），而未見利用光影、水波或角度以表達「人來人往、生生不息」之思想，是以由系爭照片 1 之拍攝角度、構圖佈局、光線明暗可知，該作品僅係如實呈現游泳池於拍攝時之實景，難謂有何創作性。」

綜上所述，攝影著作之原創性無法一概而論，往往須取決於創作過程及創作成果個案判斷，在判斷是否具有原創性時，係以作者之決定主題、對被攝影之對象、構圖、角度、光亮、速度等有選擇與調整，或是對於底片進行修改等，來判斷是否具有原創性，是以，只要著作人對於其著作投射其精神內涵，則多被認為具有原創性，因此在實務上，攝影著作之原創性爭議雖不少，然而除非僅為「忠實性拍攝」，否則多被認為具有原創性。



## 6.5 本章總結

### 一、原創性爭議與否及其爭議案件數量

依前述第一節分析，可發現關於一作品是否滿足原創性之要件，而得為「著作」，於實務上確實存有爭議。以數量而言，智慧財產法院及地方法院判決中，刑事判決共 57 件，民事判決共 29 件，共 86 件。

### 二、爭議類型集中

對於原創性判斷有爭議之判決，有集中於在某幾種著作類型之情形。整體而言，爭議最多之著作類型為美術著作、編輯著作、語文著作及攝影著作等。一方面，可能因為此等類型之著作本身數量即多，二方面，因各類著作對於原創性判斷之側重標準不同，因而爭議數量高者，並不一定被法院認定不具備原創性：例如：美術著作之原創性爭議雖最高（25 件），然而被法院認定不具原創性之比例卻是最低（僅 2 件，8%）；而編輯著作被認定不具原創性之比例則是最高（相關爭議案件共 19 件，而其中被認定不具原創性之件數為 11 件，占有爭議案件之 57.89%）。

探究可能之原因，應在於實務上針對不同之著作，其創作性標準各有不同，而關於各類型著作之個別判斷標準，已如前述著作類型所述，茲不贅言。

### 二、被認定為不具備原創性之比例

在取樣判決中，因原創性判斷而生爭議之判決共計 86 件，其中被認定為不具備原創性者共 19 件，占有爭議判決之 22.09%。

在刑事案件中，因原創性判斷而生爭議之判決共計 57 件，其中被認定為不具備原創性者共 8 件，占有刑事判決之 14.03%。

在民事案件中，因原創性之判斷而生爭議之判決共計 29 件，其中被認定為不具備原創性者共 11 件，占有民事爭議判決之 37.93%。

觀察刑、民訴訟判決認定系爭著作不具備原創性之判決，可知在民事訴訟中，因原創性判斷而生爭議之判決數量雖較刑事判決少，然而被認定不具備原創性之比例卻高於刑事訴訟。可能之原因在於，民事訴訟中之爭議判決，

共 29 件，若以其著作類型區分，編輯著作占 8 件；而其原創性表現在於「對於資料之選擇與編排具有最低限度之創作性」，而多數編輯著作仍難達到此要求（8 件爭議案件中有 7 件被認定不具備創作性，從而不受到著作權法之保護）。

最後，就民、刑事訴訟判決總數量而言，刑事訴訟之判決總數量遠高於民事訴訟，可見在訴訟類型之選擇上，我國人民仍傾向於提起刑事訴訟，此涉及訴訟成本及經濟利益等考量。就舉證責任而言，在刑事訴訟中，著作權人得藉由檢察官、法院蒐集及調查證據，因此其舉證責任較為輕。然而在民事訴訟中，著作權人身為原告，就其主張應負舉證責任，而法院原則上無調查證據之義務，倘若著作權人未能善盡其舉證責任，可能受到敗訴之不利益判決。另外，就我國一般民情而言，刑事訴訟之有罪判決之後果為罰金、拘役或有期徒刑，對於涉嫌侵害著作權者之人身自由加以限制所產生之巨大精神壓力，遠大於民事訴訟，這一可能為一半人民較傾向於選擇刑事訴訟之原因。

### 三、各著作類型中對原創性判斷標準各有不一

依前述分析，法院對於各類型著作在原創性之判斷標準上有所不同。以此爭議最多之四大類著作類型而言，以語文著作之標準最為嚴格，其次為編輯著作、攝影著作及美術著作。

以語文著作而言，不僅須達到「創意表達」，尚須注意「思想與表達合併」之情形，所表達者若因表達方式有限，則可能不具備原創性。另外，在數量上亦須達到一定之程度，如過短之標語、常用之語彙往往不被認為具備創作性。

其次為編輯著作，編輯著作之原創性係表現在對於資料之選擇與編排上表現出「創作性」者，所採之創作性標準為雖為「最低限度之創作性」，然而於實務上，編輯著作多仍難以在資料之選擇及編排上表現出創作性，因此被認定為不具備原創性之比例最高<sup>222</sup>。

對原創性之標準最為寬鬆者為攝影著作及美術著作。其中，攝影著作之

<sup>222</sup> 相關爭議案件共 19 件，而其中被認定不具原創性之件數為 11 件，占所有爭議案件之 57.89%。

原創性表現在於製作時攝影者需決定主題，並對攝影的對象、構圖、角度、光亮速度進行選擇及調整，甚至是底片修改、組合等，若在著作中得分析出著作人對於系爭作品之上開精神之投入，實務上多肯認其具備原創性。而就美術著作而言，若得找出著作人對於系爭作品精神投入存在，不以其美學價值、商業價值等為判斷標準。因此，此二類型著作於實務上雖有爭議，然而被認為不具原創性之比例卻較少。

四、刑事案件因被要求較高之證明力，故在最高法院判決中，因為原創性，如上訴人無證明其著作具備原創性，或對於原創性認定之理由不備者，則駁回上訴人之上訴。在刑事案件中，法院因為對「原創性」之證明不足或理由不備而被駁回者占所有爭議案件比例略高於民事案件。可見在刑事案件中，因要求較嚴格之證明力，從而有加重對於原創性標準之判斷之趨勢。



## 第七章、結論—建構屬於台灣之著作權法制

### 7.1 我國著作權法之「源」—固有法及外來法之衝突

探究著作權概念之萌芽，係來自於商業與技術發展之「刺激」與「需求」。18世紀前後的歐洲，隨著歐洲經濟的近代化，創造的部分成果之上開始有了新的利益—即產業利益，為了擴大產業利益，便必須刺激知識創造並給予其保護；而另一方面，隨著技術的發展，各式的發明與著作已成為工商業之主要產業，因此有必要界定此種新的財產權。是以，具近代意義之著作權發展，多來自於工商領域：著作權之發展可謂與科技及商業發展密不可分有密切之關係<sup>223</sup>。

而就世界各國著作權法制體系而言，英美法系和大陸法系因採取不同之立法價值取向，而形成二類不同之保護模式：英美法系對於著作之保護偏向於「經濟利益」的保護，主要以「財產價值」為立論基礎，認為著作權本質上乃是基於「商業之目的」而專有「複製」作品之權利；而大陸法系則以「自然權利」、「天賦人權」為主要之立法指導，強調著作權是因作者創作作品的這一事實而對著作享有的一種「自然權利」，而非法律所賦予，法律的規定只是對「天賦人權」更明確化而已<sup>224</sup>。二大法系對於著作權不同的立法理論基礎，形成了不同價值取向之著作權法制。

然承上所論，若認為著作權法是科技發展之產物，則中國為最早發明印刷術之國家，何以一個最先出現的印刷術之國家卻沒有出現具現代意義之著作權法？學者認為主要原因在於：中國古代之著作權法制度並不是「現代意義」的、建立在「私權」平等基礎上的法律制度，而是建立在「公法」範疇上的、主要保護「專有出版權利」的法律制度，而未發展出私權制度之著作權法規<sup>225</sup>。

就我國而言，具近代意義之著作權法係源於晚清《大清著作律》之制定，

<sup>223</sup> 見前述 2.2.1 乙節。

<sup>224</sup> 見前述 2.2.2 乙節。

<sup>225</sup> 李雨峰，前揭註 38。相關論述可參照前揭 2.2.2.1 章節。

該法係在政治、外交、社會等多重壓力下制訂，法制建構之初，參酌英美及大陸法系之著作權法，但在立法之思想上受德國及日本之影響最深：我國著作權法制係將著作人格權與著作財產權二者分立，其後於法院實務用語上亦多有「人類精神作用<sup>226</sup>」等語。而近年來，我國著作權法制受美國及世界貿易組之影響則較深，修法之方向除因應網路時代之科技發展衝擊，就著作權法之立法價值取向，亦較趨向於對於財產價值取向之保護<sup>227</sup>。

綜上所論，我國著作權法立法之初，係參考大陸及英美二大法系建構而成，其後分受美國、世界貿易組織及為因應科技及社會發展，進行多次之修正。因此，為瞭解我國著作權法制理論之建構，除應深入了解外來法律的發展—即英美、及大陸等兩大法系制度，同時應兼及本土法律的發展，方能對屬於台灣色彩之法制有所認識。是以，本文之研究內容除以英美及大陸法系之立法體系與價值取向加以研究、區辨、分析，更著重於我國實務之運作狀態，以期能找出屬於台灣特色之法律價值。

最後，台灣之法制建立之初係繼受於歐陸法，直至今日仍受到許多外國法制的影響，長期以來，台灣法律的現狀一直處於「外來法」與「固有法」的繼受與融合當中。然而在「外來法」與「固有法」繼受與融合的現狀中，應如何建構屬於台灣特色之現代化法律，歸納、整理並找出未來發展方向，是本研究所努力之方向。

## 7.2 二大法系衝突下建構出我國以原創性為核心之著作權法制

按我國著作權法第 13 條規定，著作於著作完成時享有著作權，惟並非所有之作品皆受著作權法之保護，著作權法所保護之著作有一定之範圍，著作權法第 3 條第 1 項第 1 款規定：「著作：係指屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍內之創作」，而何種「創作」屬於著作權法所稱之「著作」，又應達如何之創作性標準，我國立法者則有意待司法實務及學說加以補充。

<sup>226</sup> 如最高法院 83 年台上字第 5206 號刑事判決亦稱原創性之實質內涵包含原始性及創作性：「所謂原創性僅需為著作人獨立創作，非抄襲他人之著作即可，非如專利法須具備新穎性。又著作固為思想、感情之精神創作，惟僅需將思想、感情已一定之形式加以表現於外部而具有原創性即可。」

<sup>227</sup> 見前述 2.2.2.2 我國著作權法制沿革之特色乙節。

承前所論，我國著作權法制立法之初，繼受大陸法制，以著作人格權與著作財產權之二元立法模式，故早期實務上就著作內涵之用語上，有仿照德、日，將「精神上之作品」納為著作權保護之一環<sup>228</sup>。有將「人類精神作用」與「原創性」分立而論者<sup>229</sup>；亦有將「原創性」之內容包含相當程度之精神作用，且該精神程度須足以顯示其「個性」者，始符合「原創性」之要件者<sup>230</sup>；足見我國早期實務上，兼受大陸法系之「人格價值」取向與英美法系「原創性」理論之法制體系影響，對於著作之分析除有著作者立論取向之「人類精神作用」，又以「原創性」為立論核心，形成兼具大陸法系與英美法系特色之著作權法制。

然而近年來，我國法院之見解漸趨一致，將「原創性」納為著作之保護要件之一<sup>231</sup>：所謂「原創性」係包括「原始性」及「創作性」之概念<sup>232</sup>，而創作性，則指創作至少具有少量創意，且足以表現作者之個性或獨特性者。而探究此等就創作性之定義，可知我國實務上就「原創性」之內涵已較接近美國之規範，不以高度之精神創作為必要，而係以「最低程度之創作性」為保護要件<sup>233</sup>。

綜上所述，我國著作權法制在立法之初，係參考大陸與英美法系為立法，

<sup>228</sup> 台灣台北地方法院 83 年度自字第 250 號刑事判決：「按著作權法所稱之著作，係指著作人所創作之精神上著作，而所謂之精神上著作除須為思想或感情之表現且有一定之表現形式等要件外，尚須具有原創性始可稱之。」

<sup>229</sup> 如最高法院 87 年度 2366 號刑事判決、最高法院 85 年度第 5203 號刑事判決對於原創性之解釋亦為：「具有原創性之人類精神上創作，且達足以表現作者之個性或獨特性之程度者」即享有著作權，係將原創性與人類精神作用、個性或獨特性並列而分別討論。

<sup>230</sup> 如臺灣高等法院 87 年度上易字第 3338 號刑事判決即謂：「所謂『原創性』須著作人所創作之著作在精神作用達到相當之程度，足以表現出作者之個性及獨特性始足當之，倘精神作用程度甚低，縱具備有特殊性或投入相當時間，亦不具有原創性，自非著作權法所稱之著作，而不應受該法之保護。」

<sup>231</sup> 如 97 年刑智上易字第 63 號：「又受保護之著作須具備下列四要件：(1)須具有原創性(2)須具有客觀化之一定形式(3)須屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作(4)須非不受保護之著作……。」

<sup>232</sup> 如智慧財產法院 98 年刑智上易字第 98 號判決：「所謂創作，即具『原創性』之人類精神上創作，包含『原始性』及『創作性』之概念。所謂原始性，係指著作人未抄襲他人著作，而獨立完成創作（最高法院 90 年度臺上字第 2945 號刑事判決參照）。創作性，則指創作至少具有少量創意，且足以表現作者之個性或獨特性。」

<sup>233</sup> 著作權專責機關經濟部智慧財產局亦採此見解，揆諸該局 98 年 04 月 27 日電子郵件 980427a 函釋：「至所謂『創作性』，則指著作須符合一定之『創作高度』，至於所需之創作高度究竟為何，目前司法實務上，相關見解之闡述及判斷相當分歧，本局則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。」，足徵「創作只要具備最低程度之創作或個性表現，即可受到保護」。

然而在立法指導上則深受大陸法系之影響，多有從著作者精神層面加以分析「著作性」者，惟近年來，實務上就原創性之內涵趨向一致，係包括「原始性」及「少量創作性」，且「原創性」應為判斷一著作是否受到保護之核心、必要之要件。以下將自不同之價值取捨與爭議衝擊中，確立原創性判斷標準在著作權法制中之核心地位。

### 7.3 原創性應為判斷是否可著作性之核心標準

在二大法系之衝突下，我國實務主流見解建構起以「原創性」為核心之著作權法制，申言之，原創性理論應為著作權法制之核心價值理論，一著作是否受到著作權法之保護，應以其是否具備「原創性」為判斷之核心標準，與其內容是否受到其他法律之管制或違反其他法律規定（如著作之內容違反刑法之散布猥褻物品罪）或是否侵權無涉；蓋一件著作是否違反其他法律或是侵害他人權利，此為另一層次之議題。著作之「著作性」仍應回歸著作權法加以判斷，而著作權法就著作之判斷核心，即為「原創性」理論。

此外，有論者以為我國著作權法除保護具「原創性」之著作外，應再設有「著作鄰接權」制度加以保護，本文以為，在採取「最低限度之創作性」標準下，對於應屬於著作權範疇之智慧財產權保護並非不周。且我國法制之立法例雖類似於大陸法系，將著作財產權與著作人格權分立而設，然而歷經多次之修正，就原創性之內涵而言，反而較類似於美國法上「最低限度之創作性」標準，而非類似德國之「人類精神」之高度創作。

#### 1. 原創性理論為判斷著作是否受到保護之核心

本文以為，原創性理論應為著作受保護之核心判斷依據，而不應可能係非適法、未獲得授權之著作，而驟然認定其不具備原創性，從而不受到著作權法之保護。按著作權之保護採創作完成主義，一著作被著作人創作完成且具有「原創性」，並無其它不受保護之情形時，即應受到著作權法之保護。本文以為，認為非適法改作之衍生著作具有原創性者仍受到著作權法保護有其實益，其一，在於排他權利主張，其二，在於理論之一致。

就權利之主張而言，非適法改作之衍生著作（如未獲得原著作人授權之著作）如具原創性，而無其它不受保護之情形，應受到著作權法之保護。此時若第三人侵害該非適法改作之衍生著作之著作權，該衍生著作之著作權人仍得提起侵權訴訟，與其本身是否侵害原著作權人之權利，應屬二事。

就理論之一貫而言，若認為非適法改作之衍生著作非屬著作權法保護之著作，則在創作完成主義下，權利之發生、成立至消滅之理論依據為何？而若嗣後該非適法改作之衍生著作獲得原著作權人之授權，是否又重獲保護？如此將造成權利狀態之不安定，且於理論上並未一貫。

本文認為，就著作權保護之核心理論觀之，我國著作權法係採創作完成主義，若系爭著作為非合法改作之衍生著作，而在創作完成時即自始不受著作權法之保護，而不以其是否具原創性為判斷依據，恐與創作完成主義及原創性理論相悖。因此，本研究認為對於非適法改作之著作，如具備「原創性」而無其他不受保護之情形，應認為其成立著作權法上之著作；申言之，在該非適法衍生著作之著作人在被法院判定為侵權前，該著作權人仍得享有著作權人之所有權能。至若該非適法衍生著作之著作人被法院判定為侵權，只要得到原著作權人之授權、或原著作之保護期限經過，則原來非適法改作之衍生著作在法律上之障礙即消滅，仍可受到完全之保護。

此外，著作權之保護與言論自由息息相關，立法者並未明文排除猥褻著作不受到著作權法之保護<sup>234</sup>，在法律保留原則與原創性理論下，如系爭著作具備原創性而又無其他不得為著作之要件，仍應受到著作權法之保護。

## 2. 原創性理論得兼及保護低度創作之著作

有論者以為原創性理論無法解決對於某些不具備創作性或低度創作之保護，本文歸納個學說及實務見解，理由大致有三：其一，「原創性」理論無法就非屬人類精神之創作或低度、甚至是無創作性之創作加以保護，因此就錄音物、廣播、表演人等權利之保護，應設有著作鄰接權制度，以保護此等創作之權利，此為肯定設立著作鄰接權論者之主要理由；其二，在於我國著作

<sup>234</sup> 按專利法及商標法皆有明文排除違背公序良俗者，不予保護之規定。見專利法第 24 條第 3 款：「下列各款，不予發明專利：……三、妨害公共秩序、善良風俗或衛生者」；商標法第 30 條第 7 款：「商標有下列情形之一，不得註冊：……七、妨害公共秩序或善良風俗者……。」

權法，就立法體系上仿照大陸法系將著作財產權與著作人格權分立保護，應此其立法精神上較類似於大陸法系；其三，就各國立法例而言，除德國外，亞洲國家如日本、中國亦已建立此著作鄰接權制度，因此有論者以為我國法制亦應加以仿效。

然而本文就肯定論者之第一點理由而言，原創性理論為著作權法就「著作性判斷」之核心理論，就我國而言，對於「創作性」之要求並非如大陸法系以「人類精神之高度創作」為必要，依目前實務見解，只要具備「微量」、「最起碼」之創作性即為已足。申言之，在原創性之內涵上，已較不採取如德國等大陸法系以「人類精神之高度作用」為判斷標準，而係以「最低限度之創作性<sup>235</sup>」為主要之判斷依據，因此，原創性理論並非無法保護各類型之著作。

就肯定論之第二點而言，我國著作權法制於立法體例上雖類似於大陸法系，然而在大陸法系中所謂「著作鄰接權制度」，如對表演人、廣播機構以及錄音物之保護，我國目前多以著作權之方式加以保護；針對表演人之部分，係以獨立著作之方式保護之；對於錄音物如具備原創性者，亦以錄音著作加以保護；而對於廣播機構，如具備原創性而為錄音著作或視聽著作，亦可受到著作權法之保護。而就廣播業者本身之排他之再次播送權利，本文以為此乃屬他種無體財產權之議題，與著作權保護具「原創性」之著作者較無涉，可考慮以他種無體財產權之形式加以保護。

而就肯定論之第三點而言，本文以為，雖於我國法制建立之初，係以大陸法系為著要立法指導，然而就法制之內涵而言，歷經多次修正之我國著作權法，於其實質內涵上，已相當近似於美國法制；在「走出繼受、邁向立論」之期許下，我國實應發展出屬於台灣特色之著作權法制，外國之法制或可參考，惟仍不能作為我國著作權法修正之唯一依據。

最後，本研究認為，原創性理論應為核心判斷理論，縱使該著作本身之

---

<sup>235</sup> 臺灣高等法院臺中分院 92 年度上更(一)字第 267 號判決要旨：「…受著作權法保護之著作，必須具備『原創性』，亦即該著作僅須具有最少限度之創意性 (minimal requirement of creativity)，且足以表現著作個性或獨特性之程度，即屬著作權法所保護之著作。」，智慧財產法院 97 年刑智上訴字第 41 號判決、著作權專責機關經濟部智慧財產局（見經濟部智慧財產局 98 年 04 月 27 日電子郵件 980427a 函釋）亦採此見解亦同此見。

使用侵權抑或是違反其他管制法律，亦不能撼動以「原創性」為判斷著作性核心之著作權法制。又，就理論與實務所建構之原創性理論而言，我國法就「創作性」之判斷標準，已接近美國以「最低限度之創作性」為判斷標準，只要在系爭著作中能有微量的、最起碼之創作性，便可受到著作權法之保護，而不至於有保護不周之情形。至於在大陸法系下所為著作鄰接權制度，在我國就具備原創性之著作人仍可對之以著作權方式加以保護，而對於不具備原創性者，則可能可以非著作權法制之其他無體財產權形式加以保護。

#### 7.4 創作性標準為一浮動標準

實證研究顯示，就著作原創性之判斷在實務上確實存有爭議<sup>236</sup>，本文以為，大體而言，法院對於原創性標準雖採「最低限度之創作性」標準，然而，適用於具體個案時，卻仍因著作類型之不同，而採用不同之標準。

在語文著作中，即採取所為高度創作之標準，其原創性須表現在其「創意表達」，必須著作人在其著作中展現出個人之獨特表達方式，將作者之精神內涵投入其中，始受著作權法之保護。原則上，語文著作屬著作之一種，應亦以「最低限度之創作性」為原創性判斷標準，然而，實務上卻多認為某些類型語文著作相較於其他著作而言，應具備較高度之創作性<sup>237</sup>。

而美術、攝影著作之原創性標準則相較與語文著作來得低，一般而言，只要能在該著作中找出著作人之精神作用，如在攝影著作中著作人對於攝影主題之決定，並對攝影的對象、構圖、角度、光亮速度進行選擇及調整高度創作性者；而在美術著作中，是否「充分彰顯作者創作之獨特性及其所欲表達之意涵」等，此種得彰顯著作人獨特性內涵者，即得受到著作權法之保護。較語文著作而言，不以高度之創作為必要，亦較重視著作人人格精神之投入。

而對於編輯著作之可著作性，係針對著作人在資料之選擇與編排具有最低限度之創作性而斷，係對創作性採取「最低限度」之標準，換句話說，只

<sup>236</sup> 見本研究 6.1 乙節。

<sup>237</sup> 智慧財產法院 97 年刑智上易字第 76 號判決：「以本案而言，因屬測驗學生用之試題，不像小說或論文可以較為無限制之撰寫，而必須被規範在一定範疇內來創作，所以著作物試題之個別內容必須具備較高之創意，始得具備『語文著作』所需之要件，而本案著作物並不具備語文著作所需較高之創意性。」

要編輯著作之著作人在資料之選擇與編排上具有最低限度之創作性，該編輯著作便可受到著作權法之保護，而不以「高度創作」、「人格之精神作用」為必要。

本文以為，依詮釋者對於原創性概念所採取之概念採取不同之價值取向，對原創性之概念會產生不同之解釋，而在面對各類型著作時，依著作之性質對原創性之解釋上亦應有所不同。綜上所述，我國著作權法對於創作性之標準雖大抵採「最低限度之創作性」標準，然而於不同之著作卻仍有對創作性高低判斷、或特別注重作者之精神人格等不同之判斷標準。

表 8：各著作類型之創作性

創作高度與價值取舍	高度創作	較低度創作/重視著作人本身之投入	最低限度創作性
著作類型	語文著作	攝影著作、美術著作	編輯著作

## 7.5 我國著作權法制之展望—建構屬於台灣特色之著作權法制

我國著作權法在立法之初，參考了大陸法系與英美法系二大法系之主要國家之著作權法，然而在立法指導之思想上則受德國及日本之影響最深。其主要特色在於著作財產權與著作人格權制度二者分立，又因我國早年著作權法受日本影響頗深，因此在對於著作之分析上，多有「人格精神之作用」、「個性」、「獨特性」等帶有濃厚大陸法系人格價值取向之用語。惟近年來，我國著作權法多受到美國與世界貿易組織影響，修法與精神上更趨向普通法系，漸以財產價值為主導取向，且對於著作之判斷，逐漸認同係以具備原創性為必要之判斷標準<sup>238</sup>，漸以「最低限度之創作性<sup>239</sup>」，非常類似於美國在 *Feist*

<sup>238</sup> 97 年刑智上易字第 63 號：「又受保護之著作須具備下列四要件：(1)須具有原創性(2)須具有客觀化之一定形式(3)須屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作(4)須非不受保護之著作……。」

<sup>239</sup> 智慧財產法院 98 年刑智上易字第 98 號判決：「所謂創作，即具「原創性」之人類精神上創作，包含「原始性」及「創作性」之概念。所謂原始性，係指著作人未抄襲他人著作，而獨立完成創作（最高法院 90 年度臺上字第 2945 號刑事判決參照）。創作性，則指創作至少具有少量創意，且足以表現作者之個性或獨特性。」

一案後所揭示之標準。

就未來之研究方向而言，本研究目前就原創性標準之區別上，係以不同著作類型為區分，假設在不同的著作類型，會有不同的原創性標準，然而影響原創性標準是否仍有其他的因素，如創作之行為與方法等，非本研究之討論範疇，期許未來能就原創性標準為更細緻之研究與區分。

我國不若其他大陸法系國家，如德國、日本、中國大陸等國，訂有著作鄰接權制度，而係以著作權方式加以保護，在歷經百年來之變革、修正、適用，就著作權法制之精神而言，兼有大陸法系對於人格權保護之精神，亦有美國法上以財產價值為立論基礎之原創性理論及對於著作人之經濟上保護法制，逐步建構出屬於我國法特色之著作權法制。

法學學術研究應貼近社會變遷，除應注意世界變動、當代社會脈動外，亦不能忽視科技發展帶給人類社會之衝擊與改變，就研究方法及研究取徑上而言，應存在「動態」之流動：除靜態地理解外國法制或者純粹規範概念的演繹活動，而亦須「動態地」開闢法學研究方法，就我們當下所處之社會法制瞭解與研究，以期能「走出繼受，邁向立論」，建構屬於台灣當代社會之法制。

## 參考文獻

### 中文書籍

1. 王遷，《著作權法學》，北京大學出版社，北京（2007）。
2. 王泰升，《台灣法律史概論》，頁 12-13（2004）。
3. 中國近代經濟史料叢刊編輯委員會，《辛醜和約訂立以後的商約談判》，中華書局，北京（1994）。
4. 林山田，《法事實研究——一個代加強的法學研究領域》，刑事法論叢，台北（1997）。
5. 史尚寬，《著作權法論》，新學術叢書，台北（1954）。
6. 李揚，《知識產權法基本原理（II）創作法》，元照出版，初版，台北市（2010）。
7. 李明德、許超，《著作權法》，法律出版社，北京（2003）。
8. 李順德、周詳，《中華人民共和國著作權法修改導讀》，知識產權出版社，北京（2001）。
9. 李雨峰，《槍口下的法律：中留版權史研究》，智慧財產權出版社，北京（2006）。
10. 李雨峰、王遷、劉有東，《著作權法》，廈門大學出版社，廈門（2006）。
11. (清)外交報發行處編輯，《外交報彙編》，廣文，台北（1964）。
12. 涉谷達紀，《知的財產法講義II（著作權法、意匠法）》，有斐閣，第二版一刷，2007。
13. 陳春旭、餘明興、李建全譯，《資料庫系統概論》，儒林，第四版，台北（1986）。
14. 張紹勳，《研究方法》，滄海書局，台北（2001）。
15. 雷炳德（德）著，張恩民譯，《Urheberrecht 著作權法》，法律出版，北京（2004）。
16. 楊智傑，《著作權法理論與實務》，新學林，一版，台北（2010）。蔡明誠主編，《國際著作權法令暨判決之研究，肆—德國著作權法令暨判決之研究》，內政部，台北（1996）。
17. 羅明通，《著作權法論(I)》，群彥圖書，第七版，台北（2009）。
18. 蕭雄淋，《著作權法論》，五南出版，七版二刷，台北（2010）。

### 中文期刊

1. 王泰升，〈創新版『法學緒論』：秉持社會關懷的法學〉，《月旦法學雜誌》，第 148 期，頁 1—26，2010 年 3 月。

2. 王敏銓，〈著作人格權之負面效果與合理使用－伯恩公約與美國法之探討〉，《月旦法學雜誌》，第 111 期，頁 44－60，2004 年 8 月。
3. 吳煜賢，〈中國大陸鄰接權制度〉，《月旦法學雜誌》，第 98 期，頁 129－142，2003 年 7 月。
4. 李湘雲，〈日本著作鄰接權制度之研究〉，《月旦法學雜誌》，第 120 期，頁 80-100，2005 年 5 月。
5. 李琛，〈關於『中國古代因何無版權』研究的幾點反思〉，《法學家》，2010 年第 1 期，頁 56，2010 年。蔡明誠，〈論著作之原創性與創作性要件〉，《法學論叢》，第二十六卷第一期，頁 187-188，1996 年 10 月。
6. 李祖明，〈網際網路上作者精神權利的保護與限制〉，《智慧財產權月刊》，第 57 期，頁 18－20，2003 年 9 月。
7. 吳煜賢，〈淺論中國大陸加入 WTO 後期著作權法制之調整〉，《智慧財產權》，第 37 期，頁 24－68，2002 年 1 月。
8. 吳煜賢，「試析入世後的中國大陸對於著作鄰接權的保護（上）」，《智慧財產權》，第 47 期，頁 45－72，2002 年 11 月。
9. 幸秋妙，〈智慧財產權法：第三講－談著作權侵害訴訟之抗辯〉，《月旦法學教室》，第 91 期，頁 78-89，2010 年 5 月。
10. 黃國昌，〈法律實證研究方法初探〉，《月旦法學雜誌》，第 175 期，頁 144，2009 年 12 月。
11. 黃國昌，〈法律實證研究方法初探〉，《月旦法學雜誌》，第 175 期，頁 142-153，2009 年 12 月。
12. 馮秋季，〈理與勢：晚清版權保護政策的兩難選擇〉，《河南社會科學》，第 17 卷第 5 期，頁 165－167，2009 年 9 月。
13. 劉尚志、林三元，〈科技法律之本質與範圍〉，《月旦法學雜誌》，第 166 期，頁 111－135，2009 年 3 月。
14. 謝銘洋，〈智慧財產權：第三講－智慧財產權之性質與特徵〉，《月旦法學教室》，第 2 期，頁 135－140，2002 年 12 月。
15. 謝銘洋，〈智慧財產權：第六講－智慧財產權之取得（一）〉，《月旦法學教室》，第 5 期，頁 95－99，2003 年 3 月。
16. 謝銘洋，〈論著作名稱之保護〉，《法令月刊》，第五十卷第七期，頁 3－6，1999 年 7 月。
17. 謝銘洋，〈論色情著作在著作權法上之保護〉，《月旦法學雜誌》，第 183 期，頁 93－104，2010 年 8 月。
18. 林洲富，〈色情影片之著作權保護－評析最高法院 88 年度台上字第 250 號刑事判決〉，《月旦財經法雜誌》，頁 1-15，2010 年 9 月。

## 中文學位論文

1. 王蘭萍，《近代中國著作權法的成長（1903—1910）》，華東政法大學博士學位論文，2005年6月。
2. 周純卉，《資料庫法律保護之研究》，國立成功大學法律學系碩士論文，2009年6月。
3. 楊延超，《作品精神權利論》，中國西南政法大學博士論文，1995年6月。
4. 藍嘉祥，《表演人權利之研究》，國立台灣大法律學系碩士論文，1996年6月。

## 中文論文集

1. 林山田，〈法事實研究——一個待加等強的法學研究領域〉，收錄於氏著《刑事法論叢》，頁408—409，自刊，台北（1997）。
2. 劉孔中，〈著作人格權法理之建構〉，收錄於氏著《智慧財產權法制的關鍵革新》，劉孔中出版，元照總經銷，台北（2007）。

## 中文其他參考資料

1. 王曉丹，「法意識與法文化研究方法論：以女兒平等繼承為例（法律繼承下的法社會學研究取徑一）」，發表於中國人民大學「法制史與法社會學研究方法」研討發表會，由中國人民大學主辦，2010年9月10日。可見於網站：[http://spe.idv.tw/share/file/20070718190901\\_002-4\(51-64\).pdf](http://spe.idv.tw/share/file/20070718190901_002-4(51-64).pdf)（最後點閱日期：2012年3月5日）。
2. 全國法規資料庫，網址：<http://law.moj.gov.tw/>
3. 司法院全國法學資料檢索系統：<http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>
4. 李佩昌，資訊化衝擊下論我國著作權法對資料庫之保護，網址：<http://elawfirm.com.tw/06/0102.pdf>（最後點閱日期：2011年12月23日）。
5. 章忠信，著作權與鄰接權，著作權法筆記，網址：<http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php?board=9&act=read&id=22>（最後點閱日期：2012年3月10日）。
6. 黃銘傑主持，「日本著作權法現況與相關修正之研究」，經濟部智慧財產局委託，94年8月。
7. 經濟部智慧財產局，著作權法案例彙編——攝影著作篇，可見於網站：[http://www.tipo.gov.tw/ch/AllInOne\\_Show.aspx?path=3508&guid=55f0b0ff-4c37-41af-9574-1e60a08c7144&lang=zh-tw](http://www.tipo.gov.tw/ch/AllInOne_Show.aspx?path=3508&guid=55f0b0ff-4c37-41af-9574-1e60a08c7144&lang=zh-tw)（最後點閱日期：2012年3

- 月 5 日)。
- 廖嘉成，淺悉衍生著作保護問題，聖島智慧財產實務報導，第 13 期第 10 卷 (2011)· 亦可見於網址：  
[http://www.saint-island.com.tw/report/data/IPR\\_201110.htm#a01](http://www.saint-island.com.tw/report/data/IPR_201110.htm#a01)(最後日期：2011 年 12 月 8 日)。
  - 蕭雄淋說法，網址：  
<http://blog.ylib.com/nsgrotius/Archives/2010/05/19/15421>(最後到訪日期：2012 年 3 月 1 日)。

## 英文書籍

- Howard B. Abrams, *The Law of Copyright* (Clark Boardman Callaghan, 1991).
- Neil Boorstyn, *Boorstyn on Copyright* (Dvora Parker ed., Clark Boardman Callaghan 1994) (1981).
- Craig Joyce et al., *Copyright Law* 60 (3d ed. 1994).
- Paul Goldstein, *Copyright* 2.51 (2d ed. 2005).
- Robert A. Gorman & Jane C. Ginsburg, *Copyright : Cases and materials* (6th. Ed. 2002).
- Sterling J.A.L., *World Copyright Law* (London Sweet& Maxwell,1998).

## 英文期刊

- Theodore Eisenberg, *Empirical methods and the law*, 95 J. Am. Stat. Ass'n 665 (2000).
- Jane C. Ginsburg, *No “sweat?” Copyright and other protection of works of information after Feist v. Rural Telephone*, 92 Colum.L. Rev. 338,345-46.(1992).
- Natalie Heineman, *Computer Software derivative works: The Calm Before the Storm*, 8 J. HIGH TECH. L. 235 (2008).
- David G. Post, *New Wine, Old Bottles: The Case of the Evanescent Copy*, *American Lawyer*, available at:  
<http://bat8.inria.fr/~lang/hotlist/free/licence/papers/evanescent-copy.html>
- David G. Post, *New Wine, Old Bottles: The Case of the Evanescent Copy*, *American Lawyer*, May 1995, available at:  
<http://bat8.inria.fr/~lang/hotlist/free/licence/papers/evanescent-copy.html>.
- Russ VerSteeg , *Sparks in the Tinderbox: Feist “Creativity,” and the Legislative History of the 1976 Copyright Act*, 56 U. PITT. L. REV. 549 (1995).

7. Timothy Young, Copyright Law: Copyright Protection for Factual Complications the White Pages of the Phone Book Are Not Original Enough to be Copyrighted—but Why? —Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., 111 S.Ct. 1282 (Interim.1991), 17 U. Dayton L. Rev. 631, 660 (1992).

## 其他外文參考文獻

1. Patry on Copyright, Thomson West (Westlaw), 2007.
2. Westlaw 資料庫，網頁：  
[http://web2.westlaw.com/signon/default.wl?vr=2.0&fn=\\_top&rs=WLW12.04&bhcp=1](http://web2.westlaw.com/signon/default.wl?vr=2.0&fn=_top&rs=WLW12.04&bhcp=1). (最後到訪日期：2012年5月30日)
3. 現行日本著作權法（1970年、昭和四十五年制定）之原文參考網頁：  
<http://law.e-gov.go.jp/htmldata/S45/S45HO048.html>，亦可參閱網址：  
<http://apps.lib.whu.edu.cn/skdh/xx/zcywj/020.htm>。 (最後到訪日期：2012年3月1日)
4. 歐盟資料庫指令(Directive 96/9/EC)原文參考網頁：
5. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31996L0009:EN:NOT>. (最後到訪日期：2012年3月10日)
6. 歐洲議會及理事會關於資料庫法律保護調適準則（96/9/EC）之日文翻譯版本，參考網頁：  
[http://www.isc.meiji.ac.jp/~sumwel\\_h/doc/intnl/direct-database.htm](http://www.isc.meiji.ac.jp/~sumwel_h/doc/intnl/direct-database.htm). (最後到訪日期：2012年3月10日)。