

我國著作權法中「創作」概念 相關判決之研究*

謝銘洋**

摘 要

「創作」是著作權法中非常重要的概念，因為其係一個著作受到著作權法保護的前提。然而著作權法對於何謂創作並未加以定義，而有賴法院於個案審理時判斷之。本文之目的在於從我國司法實務，特別是智慧財產法院，歷來之判決中，整理分析法院對於「創作」概念之實踐，探討法院如何在諸多個案，針對各種不同之著作類型，具體化「創作」之概念。本文首先從法院判決中歸納出法院判斷是否構成「創作」之判斷標準，包括必須是獨立創作而無抄襲之情事、必須是人類精神上之創作，以及必須足以表現出作者的個別性，再分別就各種不同之著作類型，檢視法院於個案判斷時，如何落實這些判斷標準。本文嘗試將過去法院判決有系統地加以整理分析，以作為未來進一步研究之基礎。

關鍵詞：創作、實質近似、抄襲、接觸、精神創作、作者個別性。

* 投稿日：2013年10月29日；接受刊登日：2014年5月2日。〔責任校對：向民潔〕。

** 國立臺灣大學法律學院專任教授。

本文之判決資料整理，特別要感謝李怡潔、李怡臻與李宜蓓3位同學。

穩定網址：<http://publication.iias.sinica.edu.tw/71119041.pdf>。



目次

壹、「創作」之概念	二、音樂著作——「MIDI 檔」
一、必須是獨立創作而無抄襲	之轉換
之情事	三、美術著作
(一)「接觸」之判斷	四、攝影著作
(二)「實質近似」之判斷	五、圖形著作
二、必須是人類精神上之創作	六、錄音著作
三、必須足以表現出作者的個	七、電腦程式著作
別性	八、衍生著作
貳、個案判斷	九、編輯著作
一、語文著作	參、結論
(一)產品說明書	
(二)筆記、報告、論文	
(三)事實之描述	

壹、「創作」之概念

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」，由此規定可知，著作權法所保護之著作必須是「創作」，然而究竟何謂「創作」，在著作權法中並無進一步定義，而有賴法院判決予以補充。

由下述判決可知，我國法院於說明「創作」之概念時，經常會使用「原創性」一詞。其之所以會使用「原創性」一詞，或許是受到美國著作權法規定用語“original works”之影響¹，加上英文文獻較容易取得與閱讀，以及留學美國背景之律師較多，其在訴訟上主

1 17 U.S.C. § 102: “Copyright protection subsists, in accordance with this title, in original works of authorship fixed in any tangible medium of expression.”

張之結果，相當程度地影響我國法院之用語。然而正如同美國法院就此概念需要透過法院判決具體化一般，我國法院也在諸多判決中對於此一概念加以闡述並具體化。

美國最高法院在著名之 *Feist Publication, Inc. v. Rural Telephone Service*²案中，認為美國著作權上所規定之原創（original），包括兩個要件，一是獨立創作（independent creation），另一則是必須有最低程度之創作（some minimal degree of creativity）。

我國最高法院認為「創作」之概念就是指「原創性」而言，並進一步認為「著作權法所保護之著作須具原創性，故本於自己獨立之思維、智巧、技術而具有原創性之創作，即享有著作權。所謂原創性，指自己所構思創作出來的作品，即須具備特定內容與創意表達二要件」³，甚至更進一步闡述原創性包含「原始性」和「創作性」之概念：「所謂創作，即具『原創性』之人類精神上創作，『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。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」⁴。亦有認為所謂創作係指「將內心思想情感藉語言、文字、符號、繪畫、聲音、影像、肢體動作等方式予以表現以顯現作者之個性及獨特性，凡經由接觸並進而抄襲他人作品即非獨立創作」⁵，或是從反面闡述，認為：「凡非屬抄襲或複製他人既有著作，即具有原創性而應受著作權法之保護」⁶，「作品如非著作人獨立創作之結果，而屬習見習知之圖形或抄襲得來，即非以個別獨具之創意表現於外，應無原創性可言，自非屬創

2 499 U.S. 340 (1991).

3 最高法院 95 年度台上字第 459 號刑事判決。

4 最高法院 90 年度台上字第 2945 號刑事判決、智慧財產法院 97 年度民著上字第 6 號民事判決。

5 最高法院 92 年度台上字第 1636 號刑事判決；最高法院 97 年度台上字第 1587 號刑事判決。

6 最高法院 91 年度台上字第 3955 號刑事判決。

作，則該抄襲而來之作品，當不成為著作權法上所定之著作」⁷。

由上述判決，可以歸納出我國法院對於創作之概念，在判斷上有下列因素：1. 必須是獨立創作，亦即未抄襲他人著作而獨立完成創作，2. 必須是人的精神創作，3. 必須足以表現作者之個性或獨特性，亦即至少必須具有少量創意。這些判斷因素，基本上和美國法院之見解相當。

著作權法上之原創性與專利權之新穎性並不相同，最高法院認為「本於自己獨立之思維、智巧、技術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，倘非重製或製作他人之著作，縱有雷同或相似，因屬自己獨立之創作，具原創性，同受著作權法之保護」⁸。亦即在著作權法上，先前是否已經有人完成相同或近似之著作，並非所問，只要具備獨立創作性，仍然可以受到保護。然而在專利之情形，只要先前有相同之技術存在且已經被公開（見專利法第 22 條），縱使是獨立完成之發明，亦無法受到保護。

此外，由於專利權與著作權之保護客體與要件並不相同，是否可以受到保護，應分別認定之，並不會因為是否受其中一個保護，就影響其受另一個保護之可能：「著作權法所保護之範圍與專利法並不相同，因之，作品是否係受著作權法之保護應依著作權法之規定加以審認定之，與其是否得為專利法之新式樣（按：新法已經改為設計）並無關聯」⁹。

一、必須是獨立創作而無抄襲之情事

不論法院是使用「原創性」或是「原始性」的用語，基本上都是指必須是作者本身自己之獨立創作，若有抄襲他人著作之情形，不僅將因不具有獨立創作性，而不受著作權法之保護，甚至會構成

7 最高法院 92 年度台上字第 1465 號刑事判決。

8 最高法院 92 年度台上字第 1339 號刑事判決。

9 最高法院 93 年度台上字第 13 號刑事判決。

著作權侵害。而抄襲於我國實務見解上認為須具備「接觸」及「實質近似」兩個要件¹⁰。然而實務上究竟如何判斷這兩個要件？

(一)「接觸」之判斷

我國實務上對於「接觸」之判斷，並非一律要求必須有「確實接觸」，而以是否有「合理接觸之可能性」為判斷標準，此於智慧財產法院「金魚」案中所表達之見解最為詳細：「實質相似之二著作，雖非無可能係個別獨立之創作，然如其相似之程度過高，則實無從想像『若非接觸，何以致之』……惟按於著作是否非法重製之判斷上，之所以會有『接觸』之要件，主要即係因著作權人與侵權人通常並不相識，於舉證責任之分配上，在二著作已近似之情形下，如何要求著作權人證明侵權人侵權，因此須配合有無『合理接觸』之可能，作為判斷之標準。故在『接觸』要件之判斷上，須與二著作『相似』之程度綜合觀之，如相似程度不高，則著作權人或公訴人應負較高之關於『接觸可能』之證明，但如相似程度甚高時，僅需證明至依社會通常情況，有合理接觸之機會或可能即可。故除非相似程度甚低，始有證明『確實接觸』之必要。被告於職務或業務上，甚至於社交生活上，合理接觸著作之可能性極高，再加以二著作間近似之程度甚高，實難想像『若非接觸，何以有致』¹¹。

至於是否有「合理接觸可能性」之判斷上，法院則是以原被告間之關係及其他情事而為判斷，例如：雙方是否有競爭關係、兩者之著作是否有相同錯誤：「原告與被告懷霖公司之航空貨櫃吊網產品於交易市場上係具有直接競爭關係，而兩造維修手冊均係附隨於貨櫃吊網產品而交付予買受人，是被告懷霖公司之人員於創作被告維修手冊過程，即有合理之機會接觸原告維修手冊，況被告懷霖公司之人員未曾接觸原告維修手冊，應不致於創作被告維修手冊時產

¹⁰ 最高法院 97 年度台上字第 3914 號刑事判決。

¹¹ 智慧財產法院 100 年度刑智上訴字第 39 號刑事判決。

生上開相同之錯誤，足見後者確曾接觸前著作」¹²。

智慧財產法院在「藝術浮雕玻璃」案，亦以有同業關係，而認定有合理接觸可能性：「就間接接觸以觀，系爭著作物前於 92 年間已完成繪圖與製作，並於 92 年 12 月間開始刊登在美化家庭雜誌廣告與原告公司網站，係以合理之情況而公開與大量在市場散布，是該領域人士或相關消費者均得完整知悉系爭著作物之內容。況被告為製造與銷售彩繪玻璃之同業，衡諸常理，其較社會大眾有更多機會接觸系爭著作物。準此，被告應有合理機會間接接觸系爭著作物，故成立接觸性之要件」¹³。

曾經有僱傭關係的離職員工，如果使用原公司的著作，往往也容易被認為其有合理接觸的可能性：「查被告公司之系爭服務契約條款……係直接使用原告相關電子檔而製作。又參以系爭服務契約條款與原告服務條款之編輯格式幾乎完全相同，其內容實質相似之程度極高；且被告乙○○曾於原告任職，並自陳：原告員工人手 1 份，任由員工取用並改寫等語，而被告乙○○為被告公司法定代理人丙○○之配偶，於離職後亦於被告公司擔任人事顧問一職。故被告公司必有『接觸』原告服務條款之情事，而確有故意『抄襲』原告服務條款之文字著作的行為」¹⁴。

如果並未接觸，而是分別獨立創作，則並不構成抄襲：「一著作雖與他人之前之著作雷同，但如非抄襲前一著作，而係自己獨立創作者，仍具有原創性，而受著作權法之保護，故學說、實務見解及外國法例均認為主張他人之著作抄襲自己之著作，而構成著作權侵害者，應先證明他人之著作有直接或間接抄襲自己著作，且二者間有其關聯性」¹⁵。

12 智慧財產法院 98 年度民著訴字第 41 號民事判決。

13 智慧財產法院 99 年度民著訴字第 36 號民事判決。

14 智慧財產法院 98 年度民著訴字第 14 號民事判決。

15 智慧財產法院 98 年度民著上易字第 12 號民事判決。

(二) 「實質近似」之判斷

至於如何認定是否構成「實質近似」？智慧財產法院認為「法院於認定有無侵害著作權之事實時，應審酌一切相關情狀，就認定著作權侵害的兩個要件，即所謂接觸及實質相似為審慎調查，其中實質相似不僅指量之相似，亦兼指質之相似」¹⁶。由於著作權法所保護者為表達而非思想（著作權法第 10 條之 1），因此實質近似，當然係指表達上之近似，而非思想上之近似。

實務上判斷系爭著作與原著作間是否有「實質近似」，係從「量之近似」及「質之近似」兩方面加以觀察，前者係從兩者近似部分所佔比例加以判斷，而後者則係觀察抄襲之部分是否為原著作之重要之部分。最高法院即明白表示：「近七成比例的相似度，可謂接近抄襲之嫌。……就認定著作權侵害的二個要件，即所謂接觸及實質相似為審慎調查，其中實質相似不僅指量之相似，亦兼指質之相似；在判斷語文著作是否抄襲時，宜依重製行為之態樣，就其利用之質量按社會客觀標準分別考量」¹⁷，因此並「不需要逐字逐句全然相同，亦不需要全文通篇實質類似，而是只需要在足以表現著作人原創性的內容上實質類似即可」¹⁸。

「比對被告系爭作品與原告系爭著作物結果可知，就量之相似而言，兩者在量上已達相當比例相同或相似程度。就質之相似以觀，系爭作品所呈現處，諸如整體線條布局分為右上半部、左半部及右下半部，其中右上半部有一呈現圓圈狀之主體，該圓圈狀經向上放射狀之弧狀所切割，圖面左半部有多重疊覆半圓弧，圖面右下半部有自向右呈放射狀之線條，暨有分佈藍色或紅色色帶之區域，該等表達處，均與原告系爭著作物之精華部分相同，此構成質之相似」¹⁹。在該案中智慧財產法院對於「質」相似之判斷，亦係以原

16 智慧財產法院 100 年度刑智上訴字第 39 號刑事判決。

17 最高法院 96 年度台上字第 529 號刑事判決。

18 智慧財產法院 98 年度民著訴字第 40 號民事判決。

19 智慧財產法院 99 年度民著訴字第 36 號民事判決。

著作中精華部分為判斷基礎。

至於近似與否之判斷標準，實務上認為應「以一般理性閱聽大眾之反應或印象為判定基準」，並無由具備專業知識經驗人士以鑑定方法判斷之必要²⁰。

於判斷具有藝術性或美感性之著作是否有抄襲之情形，諸如圖形、攝影、美術、視聽等著作，實務認為「在為質之考量時，尤應特加注意著作間之『整體觀念與感覺』」²¹。由於著作性質不同，實務上在判斷「實質相似」時，將因著作種類之不同而有所差異，然而即使著作種類相同，例如學術論文，關於「實質相似」之判斷亦有不同之可能（詳後述）。

二、必須是人類精神上之創作

依前述最高法院之見解，必須是人類之精神創作，始得受著作權法之保護。如果其並無人之精神力加入，完全是由電腦人工智慧自動完成，則無法受著作權法保護，例如利用翻譯軟體，由電腦自動翻譯的文字。

然而如果只是借助電腦的操作以完成著作，是否即不受著作權法保護，早期內政部曾經認為：「將美術著作之繪畫、法書（書法）、字型繪畫藉由電腦程式設計操作繪製作圖，係於電腦鍵盤上『按鍵』或以操作『滑鼠』之方式將設計概念藉由機器繪製，其繪畫或書寫之行為均由機器完成，行為人除按鍵及操作滑鼠之動作外，並無描繪、著色、書寫等美術技巧之表現；而『按鍵』、『操作滑鼠』之動作不屬美術技巧之範疇。至『設計概念』非著作權保護之範圍；……亦即藉由電腦程式設計操作繪圖，係屬利用工業設備表現工業設計技巧，既無行為人個人美術技巧之表現，該項機器繪製之圖或文字形狀，尚難認係藝術領域內之繪畫、法書（書法）或

20 智慧財產法院 100 年度刑智上訴字第 39 號刑事判決。

21 最高法院 94 年度台上字第 6398 號刑事判決。

字型繪畫之創作，自不屬於著作權法第五條第一項第四款所定之美術著作，從而即不生以何種型態認定為美術著作原件之問題」²²。

此一見解頗值得質疑，因為縱使是藉由電腦程式操作，且操作過程係以按鍵及操作滑鼠，其均為創作過程中所使用之工具，至於如何創作出特定之內容，仍然是屬於行為人之精神創作，並不因為其使用機器工具就無法受著作權法保護。

幸而嗣後內政部改變其見解，認為：「按著作權法第三條第一項第一款規定：『著作：指屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作』並未限定著作人所使用之創作工具及其著作完成時所附著之媒體為何？現代科技進步，電腦已被廣泛的作為繪圖及文字書寫之工具，一般繪圖者利用電腦繪圖系統程式，藉光筆或滑鼠的操作運用完成描繪、著色及書寫之行為，均需憑操作者之經驗與靈感，非電腦可代為判斷，此即為思想或感情之表達，即為創作之行為。本部著作權委員會前揭八五〇八三〇五號書函說明三之解釋，認定『利用電腦所繪製之美術繪畫、法書（書法）或字型繪畫等，行為人除按鍵及操作滑鼠之動作外，並無美術技巧之表現』之見解，經送學術專業機構研究及提交本部著作權審議及調解委員會討論，咸認有加以變更之必要」²³。最高法院亦肯定此一變更後之見解，認為原審根據舊的函釋認為告訴人所著「篆刻字彙」一書非美術著作並非妥適²⁴。

但是如果相關分析僅依賴電腦程式自行運算者，智慧財產法院則認為其並不屬於人之精神創作而無法受著作權法保護：「電腦軟體依據該參數自行運算並製作出分析圖，是以上開分析圖之產生或變化，係電腦軟體依據輸入之參數運算後之結果，此種結果既係依據數學運算而得，自非『人』之創作，自難因此認為係著作權法所

22 民國 85 年 5 月 16 日內政部（85）台內著會發字第 8508305 號函釋；最高法院 91 年度台上字第 4268 號刑事判決。

23 民國 86 年 11 月 14 日內政部（86）內著字第 8616210 號函。

24 最高法院 91 年度台上字第 4268 號刑事判決。

保護之標的」²⁵。

三、必須足以表現出作者的個別性

創作必須表現出作者之個別性，始受著作權法之保護，此即為美國實務上所要求之最低程度之創作性。換言之，若未達足以表現作者之個別性，此即非屬著作權法所保障之對象。

我國最高法院亦認為「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」²⁶。

此一要件較易產生爭議之處在於編輯著作個別性之認定，蓋編輯著作必須在「資料之選擇與編排」上具有創作性，其個別性通常係表現於以特定之標準、方法或原則，就資料加以選取或編排，亦即編排時必須藉助作者對於體系與資料屬性之認知，而後為編排上之判斷，不同作者之判斷結果通常並不會相同，如此始屬作者個別性之表現²⁷。

然而是否具有個別性之判斷，有時候會由於創作時表達之有限性，亦即思想與和表達合併，而使得個別性難以呈現。如有這樣情形，我國最高法院傾向於認為其並不受保護：「著作權法係為保護著作之表達，而不及於著作所呈現之思想，故當思想與表達合併時，該表達即不受保護，因為如保護該表達，實等同於保護該思想」²⁸，「基於公益之理由，該有限之表達方式，即不受著作權法之保護，

25 智慧財產法院 98 年度民著上字第 16 號民事判決。

26 最高法院 97 年度台上字第 1214 號民事判決。

27 謝銘洋，智慧財產權法，5 版，頁 99-101（2014 年）。

28 智慧財產法院 98 年度民著上字第 25 號民事判決。

縱他人表達之方式相同或近似，亦不構成著作權之侵害」²⁹。

實務上最常發生爭議的就是辭典之著作權侵害，法院認為「中文辭典之文字選擇及編輯所以雷同，乃同部首、同筆劃之文字所得選擇及編輯順序本即雷同使然，故而被上訴人所出版之字典，縱有呈现出與上訴人字典選取相同或部分雷同文字，仍非可據以認定被上訴人有抄襲上訴人之著作」³⁰，對於表達方式有限之辭典，否定他人構成著作權侵害。

類似的見解，最高法院對於定時器的面板亦以其功能性認為其不受著作權法保護：「……功能性之著作，任何具有以時間控制自動開關功能之定時器，其面板均不免會使用代表時間刻度之數字、旋轉方向之箭頭以及圓形之造形，上開『表現形式』與『觀念』有不可劃分之合致情形，此部分縱有部分雷同，亦難認此『表現形式』應受著作權法之保護」³¹。

另外，有時候法院並非否定其受著作權保護之可能性，但是在實質近似的判斷上則是採取比較嚴格的態度，例如智慧財產法院認為：「固然被告該文在第二部分介紹所展示韓國陽字號驅逐艦改為博物館之過程及內部配置與開放方式時，有部分內容與原告一文有少數文字有類似或相同之處，但是其內容均屬於描述性質，並非二文之核心或重要部分，又因為描述對象相同，所以在描述字眼的選擇上受到限制，相同或類似的用詞就難以避免，尚不能從此推論出，二文具有實質類似性」³²，另外，智慧財產法院於美術著作上亦有類似之見解：「飾品上之十字型及短劍造型係屬特定之形狀，為呈現其特定之形狀，一般人所設計之圖樣因表達方式有限之結果，往往大同小異，尚不得僅因彼此之設計圖樣有所近似，即遽認係侵害其著作權」³³。

29 最高法院 100 年度台上字第 283 號民事判決。

30 智慧財產法院 98 年度民著上易字第 12 號民事判決。

31 最高法院 97 年度台上字第 6410 號刑事判決。

32 智慧財產法院 98 年度民著訴字第 36 號民事判決。

33 智慧財產法院 99 年度附民上字第 6 號刑事附帶民事判決。

貳、個案判斷

由於各種不同之著作類型，其於創作性判斷時所面臨之問題並不相同。以下分別就各種不同之著作類型，以我國法院實務之判決見解為基礎，分析說明其著作創作性之判斷。

一、語文著作

語文著作的類型相當多，例如說明書、報告、論文、電子郵件等，這些是否屬於創作而受到著作權法保護，為著作權侵害案件是否成立的前提，亦為法院審理時必須先予審究者。

(一) 產品說明書

首先最常引起爭議的就是產品或醫藥品的說明書。誠然「作品是否經創作人於創作過程付出金錢、勞力與時間，該作品是否具有美感、是否有經濟價值，均與該作品是否具有原創性無涉」³⁴，故實務上於判斷創作是否具備創作性或原創性，主要係著眼於精神作用之程度即是否具有一定程度之精神作用而足以表現作者之個性或獨特性，如果「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」³⁵；反之，則有可能受到保護，例如法院於「激肌蛋白」中文說明書案中，認為該中文說明書「核閱比對告訴人所提出之美國原廠英文書名與『激肌蛋白』中文說明書除營養成分項目為翻譯改作性質外，中文說明書對於『激肌蛋白』產品之主要成份、產品特性、使用方法及產品效果等項目，其表達與美國原廠英文說明之內容有所差別，顯非單純文字翻譯，而係以生動的文字描述『激肌蛋白』產品之特性，強調其使用效果，旨在向消費者強力推銷該產

34 智慧財產法院 98 年度民著訴字第 41 號民事判決。

35 智慧財產法院 99 年度民著訴字第 13 號民事判決。

品，業已呈現其思想及感情，運用精神智慧、注入創意、以文字表達『激肌蛋白』產品內容，其表達方式具有原創性及創造性，自屬著作權法第五條第一項第一款所稱之語文著作」³⁶。

在醫藥品方面，則為仿單之內容是否受著作權法保護所引起的問題，從法院之觀點，仿單是否受保護，和其是否能表現出精神創作性有密切之關係。若無，則無法受到保護：「仿單既係依法律規定之一定內容為製作，其本身即缺少作者之個性或獨特性，並無原創性，況系爭仿單所載之文字，幾全為名詞，扣除該等名詞，全文所剩無幾，殊難表現出有原創性之人類精神創作。……系爭仿單僅能附隨於主物之藥品，無法獨立使用，精神作用極低，且兩造藥品依規定試驗結果均應相同，其成分、適應症、副作用、用法用量、禁忌……等自均應相同，系爭仿單既屬對藥品之使用方法、用途、特性為單純之描述，且屬同種類商品在使用或其用途上之共同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」³⁷。反之，若能具備精神創作性，則有可能受到保護：「德國原廠 Merz 公司既係透過各國經銷藥商銷售其藥品，而各國關於藥品管制之要求非必完全一致，德國原廠 Merz 公司自不可能製作為各國所接受之統一標準格式之仿單，而應僅係將藥品實驗相關臨床前及臨床資料提供各國經銷藥商，再由各國經銷藥商視各國法令之要求，編寫符合各該國規定之不同仿單，此為具有創作性之著作」³⁸，雖然如此，該案法院於審酌著作權法第 65 條第 2 項第 4 款規定後，認為「上訴人利用該外國著作之結果，對該著作潛在市場與現在價值尚不生影響，自應認屬著作權法第 52 條所定『為其他正當目的之必要』，所為合理利用之範疇，難謂具有違法性」。

36 最高法院 92 年度台上字第 1813 號刑事判決。

37 臺灣高等法院臺中分院 95 年度智上字第 9 號民事判決，本案經最高法院 96 年度台上字第 1084 號民事裁定上訴駁回確定。

38 臺灣高等法院 94 年度智上字第 17 號民事判決，本案經最高法院 97 年度台上字第 1035 號民事裁定上訴駁回確定。

在產品說明書方面，法院同樣地有時候會以其表達之有限性而否定其具有原創性，例如最高法院在「美眼貼」案中即表示：「對某商品之說明書內對該項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」³⁹。

但是只要有自由發揮不同表達方式的空間，不同的人可表現出各自不同之個別性，則有受保護之可能：「有關人體皮膚之構造及果酸對於皮膚之效果與作用，就其內容之繁簡、使用之辭藻、圖案文字之編排等，人人均得自由發揮，而有不同之表達方式，由不同教育及經驗背景之人撰寫繪製，其表達之風格各有不同，藉此表現撰寫人個人之個性，自可展現其原創性，而得受著作權法保護」⁴⁰。

(二) 筆記、報告、論文

筆記、報告或論文是否具有創作性，須就個案具體判斷之，甚至如果同一筆記中，同時存有圖表及說明文字，依最高法院之見解，亦應分別認定之：「筆記內之陽宅位置圖或屋內擺設圖等，係將黃富源勘察現場形態或屋內擺設結果，以圖形表示出來，俾以勘輿學理加以闡述說明，非著作權法保護之地圖、圖表、科技或工程設計圖等具原創性之圖形著作，但該筆記內，除圖樣以外之其餘語文內容，如何具著作人獨自思想、價值判斷及情感表現之原創性，應受著作權保護之語文著作」⁴¹。上述見解將圖形和文字分別判斷，固屬正確，然而其認為筆記內勘察現場所繪製之位置圖或擺設圖，非屬著作權法中之圖形著作而不受保護，似有未當。嚴格言之，著作權法第 5 條有關著作種類之規定，僅屬「例示」性質，若有創作不屬於這些例示類型，但仍具備創作性，仍應受到著作權法之保護。

39 最高法院 93 年度台上字第 5206 號刑事判決。

40 智慧財產法院 98 年度民著上字第 22 號民事判決。

41 最高法院 93 年度台上字第 5551 號刑事判決。

在僱傭關係下所完成之職務報告，只要其足以表達本人之思想於外部者，即應認具備原創性，至於該創作之表現形式如何，縱使是以電子郵件之形式，仍然符合保護之要件：「系爭著作為原告就其在被告中央研究院擔任研究助理期間向被告張程所為之職務報告。本院審視系爭著作已完成，其為原告以電子郵件之形式，將其本人實施職務之思想表現於外部，足以表現原告之各別性或獨特性，並非著作權法第 9 條所規定不受保護之著作，故為具有原創性之文字著作」⁴²。

學生於課堂上所繳交之報告是否受著作權保護，法院亦以其是否具備創作性而為判斷，至於其是否具備學術嚴謹度，並非所問：「被上訴人將課堂討論所得之概念，以其個人風格形諸於文字加以表達，依首揭說明，仍應具有原創性，縱系爭報告所敘述之理論，與被上訴人自承引用之學者理論相悖，此乃學生學期報告缺乏學術嚴謹度之問題，尚不得以此即謂被上訴人之系爭報告不具原創性」⁴³。學術上之要求較著作權法更為嚴格，如果有思想或觀念上之抄襲，往往會被認為是違反學術倫理，然而此種情形，從著作權法之角度觀之，其未必會構成著作權之侵害。

至於教師施以思想觀念上之指導，而後由學生完成，最高法院認為此種情形，學生之創作仍然具有原創性：「按學生在校期間，如果教師僅給予觀念之指導，而由學生自己搜集資料，以個人之意見，重新詮釋相同想法或觀念，而以文字表達其內容，撰寫研究報告，則學生為該報告之著作人，應受著作權法之保護，享有、行使著作權。次按判斷是否『抄襲』他人著作，主要考慮之基本要件為被侵害之著作必須是表達而非思想；其次為被告必須有接觸或實質相似之抄襲行為。被上訴人雖接受上訴人上課指導，然上訴人上課僅係作觀念、思考之指導，系爭報告則係由被上訴人嗣後自行搜集

42 智慧財產法院 99 年度民著訴字第 76 號民事判決。

43 智慧財產法院 98 年度民著上字第 8 號民事判決。

資料，綜合判斷考量後獨力以文字撰寫完成，難謂係抄襲而不具原創性，被上訴人自享有系爭報告之著作權」⁴⁴。

如果參與之程度更深，不只是觀念上之指導，而達到具體表達之程度，則可能會對於著作人之判斷有所影響，「如表達人僅係依照他人之指示將他人內心思想表達於有形物，即為他人手足之延長，既不具有自己內心之思想，自不能認係著作人。至於該他人所為指示之具體程度如達到特定之多數人能據以表達於有形物之程度，該表達之指示雖屬間接表達，但仍屬著作之表達方式之一，該他人既有思想之表達，自為該著作之權作人」⁴⁵。

(三) 事實之描述

事實性敘述是否受有著作權法之保護？固然我國著作權法第 9 條第 1 項第 4 款規定「單純為傳達事實之新聞報導所作成之語文著作」不得為著作權之標的，然而此乃基於資訊流通之需要，而將其排除於著作權保護客體之外，使其例外地不受著作權法保護。依該規定之反面解釋，如果並非新聞報導，只要符合著作權法之保護要件，事實性敘述仍然可以成為著作權法保護之客體。是以例如日記、回憶錄、對史實之敘述，縱使是同一事實，然而不同作者之描述方式與內容未必相同，此即足以表現出各個不同作者之個別性，而符合著作權法之保護要件。

事實性資訊之呈現，是否可以受到著作權法保護，應視具體情形而定。如果只是單純事實性資訊之呈現，而無其他獨立精神力之加入，例如有所敘述說明，或至少加以選擇編排，恐無法被認為具被創作性而受保護：「介紹各種水晶之中文名稱、別稱、英文名稱、晶系、硬度、比重、主要產地等礦石物理特性及地理產地，此乃科學數據及地理知識，乃人類共有之固有智產，並非表達著作人個人

44 最高法院 99 年度台上字第 2109 號民事判決。

45 智慧財產法院 99 年度民著訴字第 86 號民事判決。

之思想感情部分，且係事實之敘述，並非著作權保護之標的」⁴⁶。

有關事實性資訊，特別是單純事實性的描述說明，有時候法院雖然不否認其受保護之資格，然而認為因為受限於描述上之限制，並不能驟然就認為有實質近似性，例如前述的陽字號驅逐艦案⁴⁷。

二、音樂著作——「MIDI 檔」之轉換

將被授權音樂製作為電腦可處理之檔案，亦即將他人所創作之樂曲旋律轉換成不同格式之訊號資料者，即為「MIDI 檔」，此一轉換之結果，是否構成創作而獨立受著作權法保護，值得探討。我國法院認為其已經改變原著作之型態，且比較聲道及音波起伏皆與原著作不同，因而認定「MIDI 檔」性質尚屬原著作之改作，應賦予著作權之保護。

例如智慧財產法院即認為：「因將他人所創作之樂曲旋律，轉換成不同格式之訊號資料，性質上確有將原著作之型態加以改變之情形，依著作權法第 3 條第 1 項第 11 款及第 6 條規定意旨，此種經改變型態後之資料乃原著作之改作，屬另一獨立著作」⁴⁸。另案中，法院則肯定鑑定意見之見解：「二者之編曲，在樂器之安排、節奏之布局上存有相當之差異（旋律近似，係因為同一首歌曲）。因為編曲不同，樂師在演奏時，整曲風貌之呈現及彈奏之技巧亦有不同。而在錄音活動方面，弘音樂師之混音、編輯、音色、聲音強弱亦與華特公司之 CD 不同。故鑑定結果，認為弘音公司系爭 21 首歌曲之 MIDI 檔案在彈奏（表演）及錄音（製作）上具有原創性，與華特公司之 CD 不同，屬於受著作權法保護之錄音著作」⁴⁹。

將原有之音樂著作轉換成 MIDI 檔，是否構成新的創作而成為著作權法保護之客體，應視具體情形而定。如果只是單純利用電腦

46 最高法院 97 年度台上字第 3121 號刑事判決。

47 智慧財產法院 98 年度民著訴字第 36 號民事判決。

48 智慧財產法院 98 年度民著訴字第 28 號民事判決。

49 智慧財產法院 98 年度民著上字第 11 號民事判決。

程式將其轉換而未加入精神力改變其內容，這只是存在形式不同而已，應仍屬於重製而無法被認為構成另一獨立創作。然而如果在製作 MIDI 版本時，雖然利用原有的詞、曲，但其編曲在節奏布局上並不完全相同，此種情形應該認為其已經在製作 MIDI 的過程中加入人的精神創作力，如果其未抄襲他人，且可以表現出作者的個別性，應該認為其構成「改作」（著作權法第 3 條第 1 項第 11 款），改作後則為獨立受保護之「衍生著作」（著作權法第 6 條第 1 項）。上述兩案之情形，均應已經達到改作之程度，因而法院肯認其獨立受保護之地位。然而由於此為編曲上之改作，詞並未更改，是以應該是構成一個曲的音樂著作的衍生著作。

三、美術著作

有關美術著作是否具有原創性而受到著作權法保護，因其性質與語文著作不同，因而並無法採用語文著作的逐一比對方式，我國實務是就美術著作之整體加以觀察。例如最高法院較早於「騎龍觀音圖」案中，即以整體觀察之方式，就原告之著作和他人先前著作差異不大，是否具有創作性提出質疑：「系爭作品與日本畫家所繪製之作品以肉眼相互比對結果，乍看之下，兩者間之構圖、形態及景物配置多屬雷同，上開鑑定意見所列 A 圖諸多破綻畫面，究係其繪畫技巧有欠嫻熟所致？或係其獨立創作之結果，即所謂之原創性，亦非全無疑義，原判決對此未詳予調查釐清，剖析明白，遽為上開論斷，自有可議」⁵⁰，此外，就傳統之宗教佛像，最高法院在「地藏王菩薩泥塑佛像」案則認為，「並非不可藉其神采、態樣、文飾特徵、位置，以表達著作者詮釋其莊嚴法相之觀念及構想於其中，而與趨定型化之佛像相貌有所區隔」⁵¹，並不因為他人先前已經有類似之著作即否定其創作性，端視其是否有創作性為斷。

50 最高法院 92 年度台上字第 1465 號刑事判決。

51 最高法院 94 年度台上字第 4912 號刑事判決。

嗣後最高法院於「玩偶」案即提出「整體觀念與感覺」判斷方法，其認為：「在判斷圖形、攝影、美術、視聽等具有藝術性或美感性之著作是否抄襲時，如使用與文字著作相同之分析解構方法為細節比對，往往有其困難度或可能失其公平，因此在為質之考量時，尤應特加注意著作間之『整體觀念與感覺』」，依此，最高法院於該案中認為「雖其記載如『史努比』之耳朵為長尖圓形與俏皮狗之耳朵形狀為長方寬圓形，但從卷附照片觀察並無明顯差異；又就嘴巴部分，記載俏皮狗嘴巴呈T形，亦無法從照片可清晰辨認；或多拉 A 夢與粉紅貓間服飾嘴型等之修飾不同云云等，大多數為細節比對，該些微差異，對於『整體感覺或外觀』予人之觀感是否相似？此與判斷被告有無侵害國際影業公司等前開美術著作權之犯罪故意，至有關係，原審對此未予詳酌慎斷，遽行判決，自嫌未盡調查之能事」，因而廢棄原無罪之判決⁵²。

此後上述見解就屢屢為其他法院所引用，例如智慧財產法院於「金魚」案中，除引用該見解外，並進一步引伸認為「既稱『整體感覺』，即不應對二著作以割裂之方式，抽離解構各細節詳予比對」⁵³。

由於著作權法所保障之客體必須足以表現出作者之個別性，因此若原著作所使用之設計形狀為一般飾品習用者，則可能會無法取得著作權之保護。例如最高法院即認為「僅在一般市面上流通之蕾絲花紋圖樣上加上日文字樣，顯然無法表現出告訴人獨有之個性及獨特性，即不具有原創性，非屬著作權法所稱之美術著作，自不受著作權法之保護」⁵⁴，智慧財產法院亦認為：「本件美商可洛米哈特斯公司所稱享有美術著作權之『十字架』及『短劍』設計造型，係市面上一般飾品習用之設計形狀，其『十字型』及『短劍』設計之

52 最高法院 97 年度台上字第 6499 號刑事判決。

53 智慧財產法院 100 年度刑智上訴字第 39 號刑事判決。

54 最高法院 93 年度台上字第 5474 號刑事判決。

概念，依上開說明自不受我國著作權法之保障」⁵⁵。

在服飾設計圖方面，法院肯認其受著作權法保護之可能性，只要其具有創作性：「……上開服飾設計圖對於服飾之線條、造型、滾邊、花紋等，均有清楚之描繪，並有其美感及獨創性，屬證人王玉珍基於精神作用之藝術創作。……該等服飾設計圖屬於著作權法第五條第一項第四款之美術著作」⁵⁶。

在應用美術著作方面，法院亦不排除其受保護之可能性，然而卻認為「應用美術著作應具備較高之『創作高度』或是已明顯超越一般平均創作水準，雖不以手工製造及具備美感為限，惟仍需有基本的可鑑賞性，足使一般人從美術觀點予以鑑賞，否則即非屬著作權法之保護範疇」⁵⁷，其要求應用美術必須具備較高之創作高度或是超越一般平均創作水準，顯然採取比其他類型之著作更高的保護標準，是否適當，不無疑問。

四、攝影著作

我國法院實務對於攝影著作創作性之認定，經常採取較為嚴格之態度，除要求著作權人必須舉證證明其攝影著作之原創性，甚至否定其受著作權法保護之地位，特別是對實體物所為之忠實拍攝。

例如最高法院對於瓦斯測漏器所得之獎牌、獎座加以拍照，認為：「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。上訴人及其代理人應就上開攝影著作之原創性為舉證，不得以內政部核發之著作權執照或著作權登記簿謄本為認定之

55 智慧財產法院 99 年度附民上字第 6 號刑事附帶民事判決。

56 最高法院 95 年度台上字第 3753 號刑事判決。

57 最高法院 93 年度台上字第 13 號刑事判決。

唯一標準。上訴人代理人就此部分雖主張：彩帶繫成蝴蝶結陪襯，使用 PL 偏光鏡以消除反光，使所攝得獎牌明亮、清晰，自有其原創性云云。然查：蝴蝶結在日常生活中運用極為普遍，如襯衫之領結、觀賞用花卉之打結等，係習用之裝飾；而偏光鏡之目的係為減除某一表面固定反射而來之光線，例如攝影時可以偏光鏡減除從藍天、水面及玻璃窗上反射而來之閃光；而物體反光之消除，應以攝影機伸進帳幕開孔等方法拍攝或以柔和照明而免於過度光亮而得。就本件獎牌拍攝言，上訴人係將得獎獎牌在光線充足且無直接光源之環境上，忠實加以拍攝即得，依拍攝情形，縱確有使用上開偏光鏡，然依該等照片，並無從看出攝影該等獎牌、獎座時，對該等主題之構圖、角度、光量、速度進行何種選擇及調整，或進行何種底片修改之攝影、顯像及沖洗時有何達到業已具體表現出作者之獨立思想或感情之表現而具有個性或獨特性之程度，自無何原創性可言，顯不受著作權法之保護，而非屬著作權法上所稱之攝影著作」⁵⁸。

另外在產品照片方面，法院亦同樣採取比較嚴格的態度，例如智慧財產法院認為：「第 1、8 張是在室內拍攝，第 1 張是在伊辦公室拍攝的，第 8 張是在伊辦公室的線路板上拍攝的，其餘都是在工廠外面的走廊等語。可見系爭照片係以攝影機將富海公司散熱模組在光線充足且無直接光源之環境上，忠實加以拍攝即得，僅係以攝影機拍攝實物之照片，亦屬對於產品一般單純之攝影，使消費者得以知悉該產品之外觀，縱確有選取拍攝角度、採用自然光線等拍攝手法，然依該等照片，並無從看出拍攝此等散熱模組時，對該等主題之構圖、角度、光量、速度進行何種選擇及調整，或進行何種底片修改之攝影、顯像及沖洗時有何達到業已具體表現出作者之獨立思想或感情之表現而具有個性或獨特性之程度，是該等照片是否具有原創性而為著作權保護之著作，即有可疑」⁵⁹。

58 最高法院 97 年度台上字第 6410 號刑事判決。

59 智慧財產法院 99 年度刑智上易字第 34 號刑事判決。

最高法院對於目錄上之照片亦認為：「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。……被告於上揭網頁所張貼如新公司目錄上之照片，僅係以攝影機拍攝實物，亦屬對於產品一般單純之攝影，使消費者得以知悉該產品之外觀，該等照片所示被攝影對象之構圖、角度、光量、速度之選擇及調整等事項，並無特殊之處，任何人持自動相機處於相同位置或相異位置為拍攝行為，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，殊難認為足以表現拍攝者之個性或獨特性，該等照片原件應無何原創性可言，非屬受著作權法保護之創作」⁶⁰。

雖然如此，並非所有法院都認為產品照片不具有創作性，如果其並非單純對物品拍攝，而是有特別之安排，甚至又進一步加以修圖，使其成為更具質感之表達，都可以被認為符合著作權法上創作性之要求：「鑑於系爭攝影著作係配合創作人意念之特別角度擺設、複雜物品之清晰整理、複數物件之排列等，及利用燈光之處理，使拍攝之產品照片呈現出創作人所欲表現之清晰、亮麗畫面，部分系爭攝影著作更係利用需要人力精神作用更高之顯微拍攝方式而成，此均非單純對物品之拍攝結果，原告又利用電腦與軟體，對已拍攝之原始照片進行去背或變更背景顏色、物品邊緣清晰化、銳利或光亮化、物品顏色補強等後製作業，使照片創作出更具質感之表達，亦為創作性之另一表現，非單純之按鍵結果或可由電腦替代判斷決定，因認系爭攝影著作符合創意性之條件，是系爭攝影著作無論其原始拍攝之照片或是利用電腦修圖後之照片，均符合原始性及創意性，而應具有『原創性』，得享有著作權」⁶¹。

60 最高法院 98 年度台上字第 1198 號刑事判決。

61 智慧財產法院 99 年度民著訴字第 78 號民事判決。

就著作權法保護之規範與法理而言，著作權法並未要求必須具有高度之創作始能受保護。從國際觀點而言，有關創作高度之要求，在歐盟許多與著作權保護相關之整合指令中，並不被採納，例如有關電腦程式之整合指令，其均僅要求得以表現最基本之個性即可，歐盟資料庫指令同樣地亦不要求創作高度。縱使在著作權法保護概念較為嚴格之德國，其通說亦已經認為縱使是低度創作，仍然可以受到著作權之保護。就照片而言，德國分別情形而以著作權或鄰接權加以保護（見德國著作權法第2條第1項第5款、第72條），縱使是創作程度低的照片，也都能受到著作權法保護，甚至完全不具有人格作用者，僅是純粹技術性的成果（*eine rein technische Leistung*），例如航空照片、衛星照片，甚至微縮膠卷，亦均可以受到保護⁶²。

依我國實務上對於攝影著作之見解，照片如果只是以相機忠實就原物為拍攝，由於欠缺作者之原創成分，並無法受到保護。依此見解，幾乎絕大多數的照片和錄影，都將無法受到保護，是否適當，不無疑問。

攝影著作之創作性，在取景、構圖、背景、光圈、焦距、快門等各方面，都可以表現出來，由於只要有低度創作性即可，因此並不以其在各方面都具備創作性為必要，亦不以具備專業標準為必要，縱使只是一張對實體物拍攝照片，只要拍攝者在拍攝之前有所取景和構圖，而且此一取景和構圖可以因人而異，不同人的取景和構圖通常會有不同之結果，就足以表現出拍攝者之個別性，而符合創作性之要求並受到保護，並不以有「特殊」之距離或角度為必要。至於拍攝者所使用之相機為自動相機或手動相機，並非所問，縱使是自動相機亦可能有取景與構圖之創作空間。相反地，如果任何人拍攝之結果並無不同，例如微縮膠卷，則因不足以表現出拍攝者之個別性，不符合創作之要件而無法受到保護。

62 *Thomas Dreier/Gernot Schulze, UrhG, 2013, § 72 Rn. 1-3.*

然而無論如何，如果對於攝影著作採取一般著作所要求之創作性，可能許多照片，例如日常居家照片，都不易受到著作權保護，而攝影著作是否具有創作性，亦經常陷入難以判斷之困境，特別是我國法院在刑事案件中，或許是因為不願意動用刑罰而採取之嚴格態度，經常使得照片無法受到有效之保護。我國雖然無類似德國著作鄰接權之觀念與規定，然而就如同我國對於製版權可以專章規定般，本文建議不妨於著作權法中增設對於不具有創作性之「照片」專章之保護，惟為避免權利人濫用刑事訴追，不妨僅要求侵害者必須負民事責任。

五、圖形著作

圖形著作之原創性認定，應著重於圖形著作本身，至於其所製成或參考之「實物」是否為其所創作，或是否屬於著作權保護之客體，則非所問，特別是將實體物拆解之後而自行繪製其零件圖樣之情形，我國法院認為「該日本機器為一實物，並非圖形著作所保護之對象，鉅綸公司將之加以拆解、丈量後，因受啟發，參酌其設計理念而自行繪製機械零件圖樣，既未抄襲日本機器之機械零件圖樣，即具原創性，而享有著作權之保障」⁶³，亦即肯認所繪製之零件圖樣具有創作性而受保護。

此外，在地圖的著作方面，如果地圖中有使用到不受著作權法保護之資訊，例如公文書的資訊，則由於該部分並非作者所創作，不僅不受保護，於著作權侵害判斷時亦不能列入比對範圍。例如我國法院就曾經對於以地政事務所之地籍圖為基礎而繪製水管理設路徑之情形，認為：本案兩造工程設計圖，「就實質相似原則而言，原證三、七之圖形著作均係將水管理設路徑繪製於地籍圖上，而地籍圖均依據地政機關測量結果繪製，或由當事人逕向地政機關申請發給使用，本質即會相同，因此，地籍圖上之相關資料，不能列為

⁶³ 智慧財產法院 97 年度民著上字第 6 號民事判決。

比對上開兩圖形著作是否實質相似之範圍。在觀諸兩圖多處不相似處，堪認原證七係基於沿圳溝埋設水管之思想，且須實際進行測量，無法僅憑抄襲原證三圖形著作僅可完成。則原證七圖形著作並未抄襲或改作原證三圖形著作，至為明確」⁶⁴。

此外，於判定圖形著作是否具有創作性而受著作權保護時，功能上之觀察，並非重要的考慮因素，特別是有關电路板的圖形設計，亦即「本件上訴人一再主張其六張設計圖，係重新繪製線路圖及零件位置圖，係屬新的著作。原判決於理由欄四以參酌證人即電路板設計圖之設計人周景南之證述，該設計圖係配合上訴人要求，依據坊間通行之電路板，作部分修正後，重開模子，重製外面板子，重繪線路圖，因其作用、功能與現行通行者一樣，無創意之表達，因認不具原創性，難謂為著作物。但周景南固稱係參考通行之電路板，然亦謂重新畫線路圖、重新佈局，原審未就系爭設計圖與證人所參考之電路板，詳為究明是否具備特定內容與創意表達二原創性之要件，徒以其作用、功能一樣即認無創意之表達，不具原創性，自嫌速斷」⁶⁵。

又著作權所保護者為將思想外部化之表達方式，而不及於思想本身，若遇有表達與思想不可分離之情形者，法院即認為不受著作權法保護。具體案例中，法院認為描繪「社區之自來水幹管外管線埋設路徑之路線圖，而該路線主要係沿圳溝埋設（詳士院卷第 26 頁），則管線沿圳溝埋設係屬思想，並不受著作權法之保護」⁶⁶，如遇有表達與思想不可分離之情形者，法院亦認為不受著作權法保護：「系爭設計圖之圖式及文字說明部分，係分別依據該領域之一般準則即兩造不爭執之 CNS 機械製圖及日本工業標準之 JIS 等，為表達該機械組件軸視之尺寸、大小等圖示及所須採用之材質密度、硬度、浸油、含油率及公差等事項之敘述說明，為一功能性、

64 智慧財產法院 99 年度民著訴字第 92 號民事判決。

65 最高法院 92 年度台上字第 1256 號刑事判決。

66 智慧財產法院 99 年度民著訴字第 92 號民事判決。

製程方式之表達，屬表達與思想之結合，其客觀化所呈現之內容即屬於該知識概念，其表達與思想已不可分辨亦不可分離，且無論是否須配合其他組件或單獨就系爭設計圖觀之，只要是由與被上訴人乙○○相當之專業人士，依相同之資訊、條件進行圖樣之繪製及說明，均會得到相近似之結果，如認該表達得為著作權法保護之著作客體，無異限制他人為達相同功能而製成之表達內容」⁶⁷。

六、錄音著作

錄音著作在大陸法系國家是屬於鄰接權保護之範圍，其並不以具有創作性為保護前提，然而我國將其納入著作之一種，而根據著作權法第3條第1項第1款對於著作之定義，其必須是屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之「創作」，也因而使得法院於判斷錄音著作是否受著作權法保護時，以是否具有創作性為判斷標準，也就是採取和一般著作相同之保護標準，因而在實務上，錄音著作在許多案例中都無法滿足創作性之要求，而無法受到著作權法保護。例如最高法院就認為：「著作權法保護之著作，須具有原創性，對於未具原創性之錄音物，即非著作權法上所謂之著作。錄音物是否具有原創性，乃判斷錄音著作權保護之依據」⁶⁸，智慧財產法院亦認為「有權詮釋錄音著作風格、內容者，始足以稱為該錄音著作之著作人。……因後製之目的係對錄音著作之音質加以改善，並未改變原始錄音著作（即母帶）之曲風及意境，自不能因此即認為後製之行為已另行加入後製者之創意而另為獨立創作」⁶⁹，如果未投入相當之精神作用，而只是「單純以錄音設備錄下原音，並非著作權法所欲保護之錄音著作」⁷⁰。

於判斷錄音著作之著作人時，法院也是以是否有精神力之加入

67 智慧財產法院 98 年度民著上字第 26 號民事判決。

68 最高法院 89 年度台上字第 2506 號民事判決。

69 智慧財產法院 97 年度民著上易字第 2 號民事判決。

70 智慧財產法院 99 年度民著上更（一）字第 4 號民事判決。

為判斷標準：「如提供精神作用之人並未親自將其精神作用形於外部表達，而係指示他人依其精神作用為之，即提供人係將該他人視為其手足之延伸時，除非契約已約定共有或另有約定之情形下，提供者應仍可視為該著作之著作人。故單純操作錄音設備者，如其係依據一定精神作用之指示而無創作空間可言時，並非錄音著作之著作人」⁷¹。

七、電腦程式著作

判斷電腦程式著作是否具有創作性時，應就其受保護之表達部分加以判斷，而其受保護之部分，依我國法院之見解，「不僅限於文字部分，即非文字部分如結構（structure）、次序（sequence）及組織（organization）等，倘其內容構成具原創性之『表達』，仍得主張受著作權法之保護」⁷²。

而於侵害判斷時，也應該將不受保護之概念、思想濾除，只就受保護之部分加以判斷，依最高法院之見解，使用者介面亦屬於受保護之範圍：「法院自應或委由鑑定機關將告訴人主張享有著作權保護電腦程式予以解構，過濾或抽離出其中應受保護之表達部分，將具有高度抽象性之思想或概念等公共財產及基於效率或電腦軟硬體功能外部因素所限制部分予以濾除；再就被告是否曾經接觸告訴人所享有著作權保護之表達部分及二程式間實質相似程度，加以判斷是否侵害告訴人之著作權。……電腦程式中大部分創造性在於程式概念化（conceptualizing）部分及使用者介面部分，要創造一種合適之使用者介面，設計者需要非常高度之創造性（creativity）、原始性（originality）、及洞察力（insight）。此種使用者介面雖屬非文字，亦為著作權所保護之範圍」⁷³。

71 同前註。

72 智慧財產法院 98 年度民著上字第 16 號民事判決。

73 最高法院 99 年度台上字第 2800 號刑事判決；另外最高法院 94 年度台上字第 1530 號刑事判決亦有同旨。

至於電腦程式之執行結果與功能如何，應非考慮之因素，畢竟著作權法並不在於技術。然而最高法院曾經認為：「如告訴人所創作之微程式因有該多出之二指令，而會改變電腦執行之結果，則該微程式既非抄襲，雖有大部分雷同或相似，能否即謂告訴人之著作不具『原創性』？非無研酌之餘地」⁷⁴，該多出之指令部分，如果具有創作性，固然應該受到著作權法保護，至於執行之結果如何，應非所問，最高法院似乎以是否會改變執行之結果作為判斷之標準，不無商榷之餘地。

至於使用電腦程式而另為創作，例如繪畫或書寫，其創作之成果是否受著作權法保護，端視其是否符合保護之要件而定，特別是有無加入人之精神力於其中，如果完全是由電腦所完成，例如翻譯軟體所自動完成之翻譯，固然無法受到保護；但是如果只是借助電腦程式系統，而於創作過程中有加入人之精神力，則有可能受到保護：「一般繪圖者利用電腦繪圖系統程式，藉光筆或滑鼠的操作運用完成描繪、著色及書寫之行為，均需憑操作者之經驗與靈感，非電腦可代為判斷，此即為思想或感情之表達，即為創作之行為」⁷⁵。

八、衍生著作

依著作權法第 6 條第 1 項之規定，「就原著作改作之創作為衍生著作，以獨立之著作保護之。」而改作，則是指「以翻譯、編曲、改寫、拍攝影片或其他方法就原著作另為創作」（著作權法第 3 條第 1 項第 11 款），既然是「另為創作」，自須達到一般著作受保護之創作程度。

然而將原本簡單色彩的圖案著色，成為色彩豐富之彩色圖形，法院在「丘比特」案，認為其尚不足以構成改作：「在造型、色澤、意境之呈現上既均如出一轍，『整體觀念及感覺』即屬實質近

74 最高法院 100 年度台上字第 2718 號刑事判決。

75 最高法院 91 年度台上字第 4268 號刑事判決。

似，不具作者之個性及獨特性，亦無任何原創性可言，上訴人所提出之邱比特圖形自不受著作權法之保護」⁷⁶，「兩者並未呈現不同構圖、對比、色調等，予觀者之感官寓目印象及視覺效果尚無差異。是以北川和夫將蘿絲歐尼爾之原創 Kewpie 圖形施以色彩，非屬以其他方法就該原著作另為創作，自非改作」⁷⁷。惟如果原本是簡單顏色的圖案，經過著色後和原本圖案有明顯不同，成為色彩豐富的圖形，而且其所使用之顏色或顏色組合為作者以自己之認知與判斷，選擇自認為最適當之顏色與組合，應足以表現出作者之個別性，符合著作權法上就原著作另為創作之要求，而構成改作。上述法院見解一概否定其可以成為衍生著作，似乎並不適當。

在衍生著作之情形，如果改作時並未徵得原著作權人同意，是否仍然可以成為衍生著作而受到保護，我國法院一向採取否定之見解，認為：「改作行為，自必須以適法為前提，凡未經原著作權人同意之改作，係侵害原著作權人之改作權，其因侵害他人權利所產生之著作，應不受著作權法之保護」⁷⁸，最高法院亦認為：「未經原著作人或著作財產權人同意，就原著作擅予改作，即係不法侵害原著作人或著作財產權人之改作權，其改作之衍生著作自不能取得著作權」⁷⁹，新近智慧財產法院之判決亦認為：「被告業已取得原告所創作如原證三所示之廣宣目錄（不含最後 1 頁網頁）之著作財產權，且縱令被告並未取得著作財產權，原告未經被告同意授權使用許嘉慧照片與夢 17 Morn17 藝術字型，其衍生著作亦不受著作權法保護」⁸⁰。

然而著作權是因有創作之事實行為（Realakt）而產生，只要是屬於著作權法所規定之人類精神創作即可受到保護，衍生著作亦

76 智慧財產法院 97 年度民著上字第 2 號民事判決。

77 智慧財產法院 99 年度民著上更（一）字第 6 號民事判決。

78 臺灣高等法院 83 年度上訴字第 5996 號刑事判決。

79 最高法院 87 年度台上字第 1413 號民事判決。

80 智慧財產法院 100 年度民著訴字第 33 號民事判決。

同。我國著作權法並無類似美國著作權法第 103 條 (a) 之規定⁸¹，是以縱使於創作時侵害他人權利，不論是侵害他人之著作權或是其他權利，只要有創作之事實行為，均仍然可以產生著作權而受到保護，只是其對於被侵害之人仍然應該負權利侵害之責任。

九、編輯著作

編輯著作之原創性係表現於資料之選擇與編排，故若編排係以習見之方式，即不具備原創性，「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，亦不足表現出作者之個性及獨特性，自難謂有何原創性」⁸²。「按朝代及年代順序編排詩詞名句係習見之編排方式，尚難謂被上訴人辭典之編排方式有何創作性」⁸³，最高法院亦認為：「編輯著作，必須就資料之選擇及編排，能表現一定程度之創意及作者之個性者，始足當之，若僅有收集資料之事實，而就資料之選擇、編排欠缺創作性時，即令投入相當時間、費用，亦難謂係編輯著作而得享有著作權」⁸⁴。

但是如果非習見之編排方式，則有可能被認為具有創作性：「詩是以詩詞辭典包含二部分：『歷代詩詞名句之選擇』及『所選擇之歷代詩詞名句之編排』，就歷代詩詞名句之選擇，因被上訴人依其個人觀點、品鑑及喜好，自諸多作品中予以揀選，足以表現被上

81 美國著作權法 17 U.S.C. § 103 (a) 規定：「著作之保護不及於非法使用先前存在資料之部分」。

82 智慧財產法院 97 年度民著訴字第 21 號民事判決。

83 智慧財產法院 98 年度民著上字第 10 號民事判決。

84 最高法院 97 年度台上字第 2488 號刑事判決。

訴人之精神內涵，此部分創作乃其人格精神成果，固具創作性」⁸⁵，「長久以來辭典係以文字中相同的偏旁（即部首）為分類標準，提供檢索文字之方法，惟有時部首判別不易，導致無法尋得特定文字。而如何檢索易誤判部首之文字，原告將之形諸於『易誤判部首單字表』，固然其所使用之檢字方法不屬於著作權保護之對象，惟原告按檢字方法選擇易誤判部首之文字後，再依總筆畫予以編排，自屬創作性之表達，且其創意已符合最低程度之要求，足以呈現原告個人之特性，並非僅僅單純辛勤收集事實（即易誤判部首之文字）而已，應認原告之『易誤判部首單字表』已符合『創作性』之要件」⁸⁶。

然而若表達方式有限，則不應賦予著作權之保障，就辭典之案例而言，法院認為：「中文或漢字之結構可能拆解之部首亦有限，在思想同一而表達有限之情形下，上訴人自不得就『容易誤解部首字群』中所收錄之各該單字主張著作權」⁸⁷。

參、結論

著作權法保護之前提必須是「創作」，然而如何才該當創作性之要件，著作權法並未進一步規定，只能經由法院判決來累積判斷之標準。我國法院在智慧財產法院成立之前和之後，都有非常多的判決涉及是否具備創作性之判斷。總括這些判決，可以歸納出我國法院對於創作之概念，在判斷上包含有下列因素：1. 必須是獨立創作，2. 必須是人的精神創作，3. 必須足以表現作者之個性或獨特性。雖然如此，其具體內容如何，仍有賴法院於個案判斷中加以闡

85 智慧財產法院 99 年度民著上更（一）字第 3 號民事判決。

86 智慧財產法院 97 年度民著訴字第 3 號民事判決。

87 智慧財產法院 98 年度民著上易字第 5 號民事判決。

述，始能窺其全貌。

本文主要整理我國歷來法院有關創作性判斷之重要判決，除藉著這些判決說明上述三個因素之內涵外，也分別按照各種不同之著作種類，將法院判決有系統地加以整理分析，以了解法院如何考量該著作類型之特別性而有不同之判斷標準，並進而認識創作性之具體內涵，以作為未來進一步研究之基礎。此外，針對攝影著作，本文建議我國不妨參考德國將不具有創作性之「照片」，於著作權法仿效製版權之規定，另立專章加以保護，以杜爭議。

參考文獻

1. 中文部分

謝銘洋（2014），智慧財產權法，5版，臺北：元照。

2. 外文部分

Dreier, Thomas/Schulze, Gernot (2013), Urhebergesetz, 4. Aufl., München:
C. H. Beck, § 72.