

「原創性」概念之再建構^{*}

—— 從產業發展觀點與競爭理念出發

黃銘傑^{**}

摘 要

傳統上，一般認為著作權法之規範目的，在於昇華國民的心靈精神層次，「促進國家文化發展」；於此，所謂著作必須是個人思想或情感等精神上的表達，而其原創性有無的判斷基準及手法，就著重於創作者個人的主觀精神創意及其個性或獨特性的對外表達上。然而，就如同「文化創意產業」一詞所蘊含者，著作權法已逐漸帶有政策手段色彩，進而擔負起促進文創產業發展之重要使命。於此情勢發展下，所謂「文化」愈來愈脫離過去著作權法原創性概念所欲強調之創作者個人個性或獨特性的作者與著作間之一對一關係，而必須從產業發展或市場競爭角度出發，衡量其是否與競爭者所產出之「文化」商品有所區隔，而得為消費者所接受、進而消費。在不同文化創作間應基於消費者角度，審視其彼此間是否互有區隔，期能提供多元、多樣性文化創作以促進消費的認知下，所謂原創性，其判斷基準就必須基於客觀角度，探討此種多元文化、多元創作的可能性，當特定表達已無其他方式可另為表達或展現時，該當表達即應被否定其原創性。職是，原創性之判斷就不再拘泥於創作人主觀的個性或獨特性之有無，而在於客觀情境中創作或表達可能性之有無。本文認為，以此種較為客觀的創作或表達可能性作為原

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

** 國立臺灣大學法律學院教授。

穩定網址：<http://publication.ias.sinica.edu.tw/10114141.pdf>。



創性之判斷基準，當可消弭不少現今公婆皆自認有理的主觀原創性認知之爭議；事實上，我國法院於不少判決中，已有逐漸採行此種判斷手法之傾向。本文整理、分析我國法院有關於此之判決，說明其理論基礎及論理方式，適時佐以外國學說及判例，說明創作或表達可能性之原創性判斷基準於司法實務中如何被運用，並對其未來發展可能性，作出簡要展望。

關鍵詞：原創性、事實性著作、功能性著作、個性、獨特性、表達選擇的幅度、少量創意、*Feist* 判決、合併原則、創作可能性。

目次

| | |
|---------------------------|-----------------------|
| 壹、前言 | 一、 <i>Feist</i> 判決之啟示 |
| 貳、以創作人個性或獨特性為原創性要件之司法實務見解 | 二、我國法院判決 |
| 參、以創作可能性為原創性要件之司法實務見解 | 肆、結語 |

壹、前言

傳統上，一般認為著作權法之規範目的或理念，在於昇華國民的心靈精神層次，以「促進國家文化發展」(著作權法第 1 條)，從而所謂著作必須是個人思想或情感等精神上的表達，且其內容須足以展現出創作者個人的個性或獨特性¹，否則將無法滿足原創性要

¹ 最高法院 81 年度台上字第 3063 號民事判決如此說明：「著作權法所稱之著作，係指屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作，著作權法第三條第一項第一款定有明文。是凡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。」最高法院 93 年度台上字第 5206 號

件，進而被排斥於著作權法保護範疇外。於此認知下，過去我國著作權法主管機關於針對應用美術（applied arts）是否屬著作權法保護對象之解釋中，即曾以是否屬工業量產目的而創作為其區別標準，而謂：「所詢『美術工藝品』與『工業產品』之差異性及識別性一節，查美術工藝品係包含於美術之領域內，應用美術技巧以手工製作與實用物品結合而具有裝飾性價值，可表現思想感情之單一物品之創作，例如手工捏製之陶瓷作品、手工染織、竹編、草編等均屬之。特質為一品製作，亦即為單一之作品，如係以模具製作或機械製造可多量生產者，則屬工業產品，並非著作權法第三條第一項第一款所定之著作，自難認係美術工藝品之美術著作。²」申言之，在僅為單品製作之目的下，可認定為美術工藝品，其創作可蘊含有思想或情感等精神上的表達，得成為著作權法所稱之著作；相對於此，若係為大量生產而創作者，則被歸類為「工業產品」，既屬工業產品實難謂為精神文化之產物，自不能認定為係為促進文化發展之著作權法的保護對象³。甚者，司法實務更因執著於精神心

刑事判決亦稱：「所謂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，尚須具有原創性始足當之。」

2 內政部 81 年 11 月 20 日台（81）內著字第 8124412 號函釋。惟須注意者，主管機關嗣後於 86 年 4 月 21 日台（86）內著字第 8605535 號函釋中，對其見解有所修正，曰：「作品是否為美術著作（包括美術工藝品）須以是否具備美術技巧之表現為要件，如作品非以美術技巧表現思想或感情者，亦即未能表現創作之美術技巧者，尚難認係美術著作。至完全以模具或機械製造之作品緣非具備美術技巧之表現，自不屬美術著作，至著作人是否自始即以大量生產為目的並非著作權法保護之準據，且與該作品是否屬美術工藝品無關。」

3 當然，此時可以藉由設計專利制度對於為大量生產目的之「工業產品」加以保護。專利法第 121 條第 1 項規定：「設計，指對物品之全部或部分之形狀、花紋、色彩或其結合，透過視覺訴求之創作。」修正前專利法第 112 條第 2 款明示規定，美術工藝品不得為設計專利保護之標的，現行法第 124 條第 2 款立法過程中，刪除「美術工藝品」，僅留存「純藝術創作」，理由在於：「現今產業技術發達，『美術工藝品』亦可能依工業生產程序重複製造，而同時具備實用與裝飾之用途，故刪除『美術工藝品』文字，僅保留『純藝術創作』之上位用語，如屬無法以工業生產程序重複製造之美術著作或純藝術創作，仍應不予設計專利。」（參照經濟部智慧財產局，專利法介紹修正簡報，94 頁，2012 年 2 月，<http://www.tipo.gov.tw/public/Attachment/%E5%B0%88%E5%88%A9%E6%>

靈層次的提昇，故而對於縱令是「單品」製作但卻可能戕害、墮落國民健全精神或文化發展之色情著作，亦否定其可為著作權法保護對象⁴。

然而，縱令將自然權論等見解納入著作權法的規範目的或發生原因，亦無法否認，著作權法的主要規範方式或手法，仍在於藉由給予創作人一定的獎勵，以激發其創作誘因，實現著作權法所欲達成之「促進國家文化發展」的規範目的⁵。正如同美國聯邦最高法院於 *Twentieth Century Music Corp. v. Aiken*⁶一案中，就此所為之如下闡明：「吾人著作權法規範之立即效果乃是令『作者』得就其創作性勞動獲取公平回饋，惟其最重目標在於藉由此一誘因激勵出對一般大眾有益之藝術創作。本院過去曾經如此闡明：『美國的唯一利益及賦予獨占之主要目的在於促使公眾得從作者的勞動中享有一般利益。』」

於此認知下，既然著作權法係以賦予著作權保護回饋創作人之創作性勞務的付出，則其權利保護前提是否必須緊緊扣住於所謂創作者個人的「個性或獨特性」，是否只有提升國民心靈精神層次、促進所謂文化「健全」發展者，方屬於著作權法保護之對象？當「心靈」、「健全」、「色情」等內涵在在涉及高度主觀的倫理及價值判斷，法官是否適於或有能力對此作出正確的判斷⁷。更何況，在

B3%95%E4%BF%AE%E6%AD%A3%E4%BB%8B%E7%B4%B9.pdf)。此一修正，某種程度上再度突顯出，文化與產業或工業二者間於法規範上的歧異或分立。

4 最高法院 88 年度台上字第 250 號刑事判決：「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。」

5 See generally ROBERT P. MERGES, JUSTIFYING INTELLECTUAL PROPERTY (2011).

6 *Twentieth Century Music Corp. v. Aiken*, 422 U.S. 151 (1975).

7 早於 20 世紀初，著名的美國聯邦最高法院 Oliver Wendell Holmes, Jr. 大法官，

現今著作類型愈來愈多元化的時代中，與所謂「文化健全」、「心靈精神提升」難能謂有直接關連之以經濟效率為目的的電腦程式著作等功能性著作⁸、以網羅事實資料為目的之工商名簿、型錄、資料庫等事實性著作⁹，此起彼落、層出不窮，對包含文創產業在內的我國整體產業之發展，有其不可忽視之助益與影響，若遽然以渠等非屬作者個人個性或獨特性之對外表達為由，否定其著作權保護的適格性，勢將阻礙我國經濟整體的健全發展。

與此同時，「文化產業」、「文創產業」等以產業作為名詞、主語，將文化當成形容詞、產業類別之用語的流行，亦促使吾人必須重新省思「文化」一詞所欲表達、展現之內涵。在產業理念主導的發展情勢下，所謂「文化」愈來愈脫離過去著作權法原創性概念所欲強調之創作者個人個性或獨特性的作者與著作間之一對一關係，而必須從產業發展或市場競爭角度出發，衡量其是否與競爭者所產出之「文化」商品有所區隔，而得為消費者所接受、進而消費。此際，「文化」的意涵逐漸從過去創作者主觀的認知，演化成消費者對其產品差別化的客觀認識，從而系爭文化商品或文創商品是否具有原創性，而應受著作權法保護，其判斷主體及手法亦應從創作者轉變成消費者、從創作者的主觀認知演變成消費者客觀的消費決

即已發出如下之警語：「對於僅受法律訓練之人，要求渠超出其最為狹隘且最為明顯之限制而扮演繪畫創作價值之最終判定者，實是一項相當危險的舉動。一方面，此舉可能導致天才的創作未能受到應有評價。在一般大眾尚無法理解作者如此新穎的創作意念前，該等畫作的新穎性本身會遭遇冷漠以對或排斥。例如，戈雅的銅版畫或莫內的油畫在最初問世之際，是否會受到確切保護，實大有疑問。另一方面，當繪畫所欲訴求之對象乃係較法官教育程度更低之群眾時，其著作權或將遭受否定。然而，倘若該等繪畫蘊含任何民眾之利益，渠等即擁有商業價值——論說渠等不具美學或教育價值，實屬突兀——任何民眾之品味不能遭受鄙視的對待。」*Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.*, 188 U.S. 239, 251-52 (1903).

- 8 我國著作權法第 5 條第 1 項第 10 款，明文將「電腦程式著作」例示為著作權法所保護的著作類型之一。
- 9 著作權法第 7 條第 1 項如是規定：「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。」

定。於此認知下，文化之重要特質及精髓，就不在於所謂的「健全」、「心靈」等層次，而在於其是否對於消費者提供不同面貌的多元化或多樣性層面。若此，則所謂原創性，其判斷基準就必須基於客觀角度，探討多元文化、多元創作的可能性，當特定表達已無其他方式可另為表達或展現時，該當表達即應被否定其原創性。職是，原創性之判斷就不再拘泥於創作人主觀的個性或獨特性之有無，而在於客觀情境中創作或表達可能性之有無¹⁰。

本文認為，於現今文化或文創產業情緒高昂的時代中，因文化商品所生爭議勢將有增無減，而其是否具備原創性之判斷基準及手法，若仍拘泥於創作人主觀的個性或獨特性之有無，將使得法院介入此類公婆皆自認有理的主觀認知之爭議，身陷當事人自我感覺良好的泥濘中而無法自拔。相對於此，若能以客觀的創作、表達可能性之有無，判斷其是否滿足原創性要件，則於較為容易提示客觀的判斷標準之作法下，當可消弭不少無謂爭議，減輕法院沈重的訴訟負擔。本文認為，事實上，我國法院於不少判決中，已有逐漸採行此種判斷手法之傾向，只是尚未有清楚的認識或加以明言。於此認知下，本文主要目的即在於呈現迄今為止我國法院判決有關於此之發展，並就未來可能的發展趨勢及方向，提出簡短的展望。

貳、以創作人個性或獨特性為原創性要件之司法實務見解

我國著作權法第 3 條第 1 項第 1 款對於該法所稱著作定義為：

¹⁰ 日本著作權法權威中山信弘教授，以「表達選擇的幅度」說明此種創作可能性之意義，依教授之見解，關於原創性向來乃是基於個性之主觀情事，加以判斷；相對於此，「表達選擇的幅度」則是脫離作者的主觀情境，而基於市場或社會等之客觀判斷為之。參照中山信弘，著作權法，頁 57（2007 年）。本文受教授立論之啟發甚深，於此謹致謝忱。

「指屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作。」雖然，於此規定文言中，並未出現「原創性」之用語，但於 81 年度台上字第 3063 號民事判決中，最高法院明白指出原創性為受著作權法保護之著作的前提要件之一，判決如此說明：「著作權法所稱之著作，係指屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作，著作權法第三條第一項第一款定有明文。是凡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。苟非抄襲或複製他人之著作，縱二作者各自獨立完成相同或極相似之著作，因二者均屬創作，皆應受著作權法之保護。」於此，所謂「原創性」、「足以表現作者之個性或獨特性之程度」，其意義為何，引發不少爭議，亦為其後判決加以補充解釋之重要對象。

有學說主張，上開判決中所稱之「原創性」應採狹義解釋，宜僅限縮於「獨立創作 (independent creation)」之概念，而對於「足以表現作者之個性或獨特性之程度」之要件，則主張應就此另創「創作性」要件¹¹。氏認為，將「創作性從原創性概念分析出來，將使創作性要件判斷，更顯重要。因此，將可能因著作種類不同而異其創作程度要求，如將創作性之要求過嚴格時，勢必排除不少本應保護之著作，反而產生不予保護之不利後果。¹²」將要求個性或獨特性的創作性要件與獨立創作、非屬抄襲之原創性要件二者加以區別，以促使法院對於創作性要件有清楚的認知並因此而得針對不同著作類型，要求不同創作程度，就要件解釋之深化及精緻化而言，該當見解值得傾聽。惟其關於「著作種類不同而異其創作程度要求」之主張，似納入德國小銅幣理論¹³，則未為其後判決所採。

不論如何，究竟創作高度要達到如何程度，方滿足上開判決中所稱「足以表現作者之個性或獨特性」，困擾著其後法院之判決。

11 蔡明誠，論著作之原創性與創作性要件，臺大法學論叢，26 卷 1 期，頁 190-191 (1996 年)。

12 蔡明誠 (註 11)，頁 192。

13 有關小銅幣理論之內容，參照蔡明誠 (註 11)，頁 182-184。

在臺灣板橋地方法院 82 年度易字第 1660 號刑事判決中，就此問題有如下說明：「至於原創性著作權應至如何程度始受著作權之保護，界定此等程度之標準雖屬不易，但一般而言仍應從該著作有無獨立之創造力而予以認定，抄襲之著作無論其抄襲人於抄襲過程中付出特殊技術、知識、以及獨立之判斷，原則上仍不能認有原創性，而予以著作權之保護，例如對於名畫精密之複製，其間複製人雖付出心血、技術，使與原作相似，乃不能認其為有原創性之作品，反之如參考該名畫，而融入自己的佈局筆法加以重要區別之變化，自應認其有原創性。原創性不必達於前無古人地步，僅依社會之通念，作成新的獨立之著作物即可。」本號判決雖然嘗試解決創作程度問題，但最後僅止於「依社會之通念」的更為抽象、上位的解釋結果。

其後，臺灣高等法院 86 年度上易字第 549 號刑事判決，利用專利法上之新穎性概念，與原創性作區別，而有如下說明：「既稱：『創作』，則受著作權法保護之著作，自以具有『原創性』之精神創作物為必要。換言之，具有原創性之人類精神上之創作，達足以表現作者之個性或獨特性之程度者，始得認為屬於著作權法所規定之著作，而得享有著作權……雖然著作權法所需之原創性與專利法之新穎性不同，不必具有新奇性，苟非抄襲或複製他人之著作，縱二作者各自獨立完成相同或類似之著作，仍應認二者均具有原創性，而皆屬於創作。惟原創性係著作權歸屬著作人之原因，亦即著作必須是著作人獨自思想、感情之表現，足以表現作者之個性或獨特性，而非抄襲、改竄、剽竊或模仿自他人著作，始得謂其具有原創性。抄襲、模仿因不足以表現著作人獨立之思想及感情，且與原被抄襲、模仿之著作間，無可區別之實質上之變化，是縱使其抄襲、模仿須有特殊之技術、訓練、知識、及獨立判斷，亦不足以使其抄襲、模仿所得之文字，具有原創性。至若非單純完全之抄襲，而就原著作物有所修改、改編或重新設計，就其改編、重新設計部分，固未可全然否定得具有原創性而能成立新的著作物、享有新的

著作權，然此亦必須其修改之結果，達到足以認定與原著作物完全相異之具有獨立性之精神勞作之程度，始足當之。」

本號判決除釐清著作權法所要求之原創性，並不需要達到專利法上新穎性之程度外，並認為當系爭著作與前作間存在「無可區別之實質上之變化」時，即無原創性，且認為改作之程度須達到「足以認定與原著作物完全相異之具有獨立性之精神勞作之程度」時，方可承認其具有原創性。在前述臺灣板橋地方法院 82 年度易字第 1660 號判決中，所強調「不必達於前無古人地步，僅依社會之通念，作成新的獨立之著作物即可」之原創性要件，於本號判決中被進一步要求必須達到「完全相異」之程度。然而，在文化、創作皆係植根於或模仿前人的成果，一點一點堆砌改進逐步累積，遂行其進化過程的認知下，若要求著作必須與前人著作「完全相異」方能享受保護，則將使得絕大多數人斷念於創作。顯然地，從創作人主觀角度要求原創性必須達到足以表現其個性或獨特性之程度，推至極致，即是本號判決所稱之「完全相異」地步。所幸，本號判決其後並未為其他判決所採，「完全相異」之要求，亦僅是至此為止。

臺灣高等法院 87 年度上訴字第 3993 號刑事判決除重申原創性與新穎性之不同外，亦表達出對於原創性要件要求過低可能帶來的不當影響，其謂：「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，此乃我國著作權法第一條規定該法制定目的係為『保障著作權人權益，調和社會公共利益，促進國家文化發展』之故，是為調和社會公共利益，若精神作用程度甚低之作品，因不具有原創性，即非著作權法所稱之著作，不應受該法之保護，以避免著作權法之保護範圍過於浮濫，致社會上一般人民於從事文化有關之活動時動輒得咎。」本號判決雖未說明何種「相當程度」始可符合原創性，但卻明文指出精神程度過低、不足

以認識作者個性者，不得享有著作權法之保護，否則將導致該法保護範圍過於浮濫，損及社會公共利益。在現代電腦程式著作通常係由多數人共同研發、撰寫，且其目的在於增進事務處理的經濟性，而非彰顯作者個人的個性之認識下，過度執著於所謂個性、獨特性之要求，恐怕將有諸多電腦程式著作將無法滿足本號判決之要求，而被拒於著作權法保護範疇外，對我國軟體產業帶來不利影響。

幸而，其後法院判決中有關原創性之說明，個性或獨特性等用語雖繼續出現，但已盡量避免有關其創作高度要求之說明，且逐漸區別獨立創作與創作性二者之不同，最著名者厥為最高法院 90 年度台上字第 2945 號刑事判決，該號判決理由如是說明：「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』，所稱之創作，須具原創性，即須具原始性及創造性，亦即須足以表現出著作者個性或獨特性，著作權法始予以保護，以免著作權法之保護範圍過於浮濫致使社會上一般人動輒得咎，因此，苟非具原創性而係仿用他人作品或足以量產之工業產品，尚難認係創作之藝術。」本號判決將原創性要件定位為一上位概念，其下包括獨立創作、非屬抄襲之原始性以及要求個性或獨特性之創造性。雖然有此區分，但就其最後「苟非具原創性而係仿用他人作品或足以量產之工業產品，尚難認係創作之藝術」之說明，二者區分是否有其實質意義，不無疑問。判決似乎認為，只要沒有抄襲、仿用他人著作，即可同時滿足原始性及創造性要件。

類似的說明，其後亦屢次出現於最高法院的判決中，例如最高法院 97 年度台上字第 1587 號刑事判決如此闡述：「著作權法所稱之著作，係指屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作，著作權法第三條第一項第一款定有明文。是必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，始享有著作權，而受著作權法之保護。而所謂『獨立創作』乃指著作人為創作時，未接觸參考他人先前之著作；凡經由接觸並進而抄襲他人著作而完成之作品即非屬原創性之著作，並非著作權法上所定之著

作。」最高法院 97 年度台上字第 3914 號刑事判決中，亦有如下敘述：「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。蓋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參照），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。倘非重製或改作他人之著作，縱偶有雷同或近似，因屬自己獨立之創作，具有原創性，亦同受著作權法之保障。」

於此判決中，已不見就何謂個性、獨特性，有何具體說明，甚至於後者之判決中，並未出現個性、獨特性等用語，而係只要本於作者自己「獨立之思維、智巧、技匠」，即符合原創性要件，強調「獨立」思維等之結果，其實就等同於獨立創作要件。若此，則於具體實務運作上，似乎只要可以證明獨立創作，即可同時滿足所謂的原始性及創作性，而得主張著作權保護¹⁴。若此，則區別二者之意義何在？最後，集合先前判決之大成並吸收美國法發展經驗，而嘗試賦予創作性獨自之意義者，厥為智慧財產法院 98 年度民著上字第 22 號民事判決，該號判決如此闡明：「著作，係指屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作……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，係指獨立創作，亦即著作人為創作時，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。又著作權所要求之原創性，僅須獨立創作，而非重製或改作他人之著作即屬之，至其創作內容縱與他人著作

¹⁴ 其後，不再強調創作者個人之個性或獨特性，而與前述最高法院 97 年度台上字第 3914 號刑事判決重視「獨立」思維者，亦可見於最高法院 100 年度台上字第 2718 號刑事判決：「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。」

雷同或相似，仍不影響原創性之認定，同受著作權法之保障，與專利之新穎性要件有別。凡經由接觸並進而抄襲他人著作而完成之作品即非屬原創性之著作，並非著作權法上所定之著作。」

本號判決明確將原創性區分為原始性及創作性。對於原始性之要求，僅須獨立創作即可，既不須達到過去判決曾經要求之「完全相異」程度，亦未有所謂「不必達於前無古人地步，僅依社會之通念，作成新的獨立之著作物即可」之要求，只要是獨立創作，縱令與其他創作內容雷同或相似，仍不喪失其原始性要件。其次，於創作性之解釋上，並未有所謂「新」的著作之要求，只要是獨立創作下所發生之具有「少量創意」的著作，即符合創作性之要求。此一「少量創意」之要求，似乎是參考美國聯邦最高法院 1991 年 *Feist Pubs., Inc. v. Rural Tel. Svc. Co., Inc.*¹⁵ 判決而來，該判決就此有如下闡述：「原創性要件並非特別嚴格。編著者可以利用他人已使用過之選擇或編排，不要求其須達到專利法上之新穎性。原創性僅要求作者獨立作成其選擇與編排（亦即沒有重製其他著作之選擇與編排），且展現出少量創意即可。理論上，雖非所有著作，但可謂絕大多數的著作皆可通過此種標準。¹⁶」

由此可知，除非系爭著作完全看不出有任何的創作性或精神作用介入其中，或者是其創作性或精神作用縱令可以肯認其存在但亦是微小到實質上可認定其並不存在的地步時，方可否定其原創性，否則絕大多數的著作，只要屬於獨立創作，幾乎可以同時肯定其亦滿足創作性要件¹⁷。此一觀察，亦符合我國最近判決的發展潮流。申言之，在早期判決提出所謂原創性須以展現創作人個人的個性或獨特性為要件後，其後判決屢屢困惑於此種個性或獨特性的創作高

15 *Feist Pubs., Inc. v. Rural Tel. Svc. Co., Inc.*, 499 U.S. 340 (1991).

16 *Id.* at 358-59.

17 中山信弘教授對於日本著作權法判決的發展，亦有類似的觀察，氏謂：「於不少情形下，被認定具有創作性者，其實就是與不模仿他人的著作同義。」中山信弘（註 10），頁 50。

度應如何設定之問題，甚而出現「足以認定與原著作物完全相異之具有獨立性之精神勞作之程度」的極端要求，嗣後判決逐漸意識到對原創性程度之要求若過高，將阻礙諸多創作無法受到著作權法保護，且在與專利法對於權利保護規範之特色的對照下，建構起著作權法本身對於原創性要求應有之內涵。申言之，專利法對於發明專利等係採取絕對的排他權之保護，僅對於第一位申請人之發明加以保護，其後申請者縱令其發明與第一位申請人相同亦無法取得專利權的保護；相對於此，著作權法係採取相對排他權之保護，並不妨礙第二位、第三位……獨立創作者就與之前的相同著作，取得著作權的保護。職是，著作權法不僅因其權利保護的相對性使其創作性無須達到發明等所要求之新穎性高度，其原創性探討的重心亦逐漸從創作人個人主觀的個性、獨立性等層面，逐漸移轉至系爭創作是否為獨立創作之較為客觀的判斷基準。於此情形下，所謂的原創性縱使依舊要求所謂的「少量創意」，惟此一要求與其說是具有實質意涵，毋寧說是僅具有形式意義的存在，幾乎所有獨立創作者，皆可滿足此一「少量創意」的要求。若此，則乃有必要進一步說明「少量創意」之要求，其真正意涵為何？

參、以創作可能性為原創性要件之司法實務見解

一、*Feist* 判決之啟示

如同前述貳所示，我國司法實務判決對於原創性中之「創作性」要件，當係因向來實務及學說對於原創性認知仍堅持從創作人主觀的個性或獨特性出發，故而判決中雖可謂實質上已將原始性及創作性以是否「獨立創作」作為統一判斷基準，但仍無法遽然揚棄對於主觀的創作性之要求，從而遂仿照美國 1991 年 *Feist* 判決之說理，存續所謂的「少量創意」之要件。於此，判決似乎已止揚過去

爭議，而定一於此。然而，正如同美國著作權法關於原創性爭議並未因 *Feist* 判決的出現¹⁸，而獲得解決，我國司法實務歷來有關原創性之爭議，亦不可能因 *Feist* 判決「少量創意」概念的引進，即告終止。最重要之理由在於，「少量創意」概念依舊無法解決過去長期困惑司法實務之究竟要達到何種程度，方始滿足「少量」之要求，低於多少的「少量」，方無法認定系爭著作具有原創性，而拒絕其著作權保護。甚者，在前述著作權保護係屬相對的排他性質，並不否定可以針對前後時期的相同著作同時賦予權利保護的認知下，吾人可以更進一步質疑，原創性要件之要求，有何意義？針對此種於前後不同時期所產生的相同著作，吾人或許只需於重製侵權的訴訟階段，就接觸可能性存否加以判斷即可，若無則不構成侵權，結果就是二者著作可以同時併存，而其訴訟爭議重心亦是落於前述我國判決實務針對原創性所要求之「獨立創作」一事上¹⁹。

實則，美國 *Feist* 判決在提示出「少量創意」(minimal level of creativity) 概念之際，亦未從正面或創作人的角度，闡明「少量創意」之具體內容，或教示法院未來應以如何手法確定「少量創意」的存在與否。相當弔詭地，*Feist* 判決反倒是以反面例示之方式，說明系爭著作為何不具創作性，判決如此敘說：「如同前述，原創性並非一嚴格標準，其並不要求事實必須以創新或令人驚艷之方式

18 See generally Jane C. Ginsberg, *No "Sweat"?: Copyright and Other Protection for Works of Information after Feist v. Rural Telephone*, 92 COLUM. L. REV. 338 (1992).

19 當然，於具體的實務運作中，或許區別原創性中的獨立創作與侵權訴訟階段的無接觸之獨立創作，仍有其證據法則上的意義。申言之，在原創性之獨立創作及「少量創意」二者的要求下，是否滿足此二者要件，應由原告負舉證責任；相對於此，於重製侵權訴訟階段，若被告否定曾接觸原告著作而係獨立創作而成，則其舉證責任落於被告身上。一般認為，之所以課予「少量創意」之要件者，乃係原告因此而就其著作取得排他權，若系爭著作完全對於社會文化等之發展沒有任何一丁點具體的貢獻，則實難能正當化其排他權之賦予，故而加諸「少量創意」之要件者，實係排他權取得之對價。See generally MARSHALL A. LEAFFER, *UNDERSTANDING COPYRIGHT LAW* 57-59 (5th ed. 2010). 依此見解，則要求原創性要件，仍有其憲法層次意義，而依此要件令主張排他權者負擔舉證責任，亦有其合理性。

呈現。無論如何，事實的選擇或編排亦不能過度機械化或例行性，以致於不存在任何創意。原創性標準雖低，但絕非不存在。……Rural 所編纂之工商名簿，完全是一種例行工作……於編纂該工商名簿時，Rural 單單僅是蒐集其訂閱者所提供之資料並依照姓氏字母順序予以條列。其最終產品不過就是一個平凡不過的工商名簿，完全看不到一點蛛絲馬跡的創意……該項作為實由來已久，其強力地根基於傳統且如此老生常談以致於任何人皆可預料其理當如此發生。²⁰」

原來如此，本案原告所編輯之電話簿其編輯過程及結果竟然是如此的「機械化」(mechanical)、「例行工作」(routine)、「典型」(typical)、「平凡不過」(garden-variety)、「由來已久」(age-old)且為「老生常談」(commonplace)之作業，只要是意欲編纂電話簿者，大概都無法脫離原告的作業模式及方法。若此，則賦予原告著作權保護，勢將創造出原告於電話簿市場的獨占地位，與著作權非屬絕對的排他權而僅係相對的排他權之保護方式有違，*Feist* 判決引用學者著作，如此說明：「……單僅以此為由賦予著作權保護，將會導致在創造出對公共領域資訊之獨占的同時，卻無足以保護或鼓勵『作者』創作『著作』之必要的正當化事由存在，結果勢將扭曲著作權法規範之基本原則。²¹」為何會導致如此結果，判決繼續說明其原因：「(依字母序所為之排列方式乃是『普遍存在於地方電信公司所出版的名簿中』)其不僅不具備原創性，且於實際運作上是無法迴避的。²²」正因為實務運作上迴避的不可能，將導致若賦予系爭電話簿著作權保護，形同保證其於電話簿市場的獨占地位，背離著作權法之規範理念。於此，不難看見競爭法理念滲入著作權法原創性判斷之跡象。

不論如何，倘若將 *Feist* 判決上述關於實際上迴避不可能之敘

²⁰ *Feist*, 499 U.S. at 361-63.

²¹ *Id.* at 354.

²² *Id.* at 363.

述，予以反對解釋，則當系爭被告著作於創作過程或結果中，係可迴避原告之創作方式，而可產出其他不同創作成果時，則亦非不可承認原告之著作具有原創性。蓋原告於各種不同的創作可能性中，對於既有材料之選擇及其編輯，作出其判斷而選擇特定創作方式，於此可見於精神作用之發揮，存在著一定的創作性。美國聯邦第二巡迴上訴法院依循 *Feist* 判決之說理，而於 1998 年所作出的 *Matthew Bender & Co. v. West Publ'g Co.* 判決²³，即有如下之敘述：「於 *Feist* 判決中，*Rural* 所為依姓氏字母序排列之作法，以及對納入電話簿之姓名、鄉鎮與電話號碼等之選擇，於實際運作上係屬無法迴避之事……惟於本件中，*West* 係基於如何令其發揮應有價值而對判決與引註系統作出選擇。於此，*West* 從各種層面及不同角度，作出諸多判斷；且無任何證據顯示，*West* 所為選擇係受法律所限而屬老生常談或『實際運作上無法迴避』之選擇，抑或其係遵循特定外部準則所為的結果。相反地，本件訴訟資料顯示，*West* 作出為數眾多之實體性、編輯上的抉擇……鑑於此等選擇清楚彰顯出其思想且非為無法迴避者，從而 *West* 於本案中之標註作為並不落入非屬著作權保護對象的『少數類型』中。²⁴」

依此見解，在創作係屬迴避可能而有不同選擇項存在的情況下，創作人依其創作目的所為選擇的決定，實可認定其具有原創性，而得受著作權法之保護。著名的 *Richard A. Posner* 法官在 *Bucklew v. Hawkins, Ash, Baptie & Co., LLP.*²⁵一案判決中，亦表達相同的看法：「上訴人 *Bucklew* 於本件中所主張之著作權，係由特定的選擇方式所製成之圖表，該等圖表實為渠對各種格式選擇後之產物且其選擇非屬無法迴避者；事實上，被上訴人 *HAB* 於對照上訴人之圖表後，仍得自由使用為數眾多的替代性組合，並以其中一項

23 *Matthew Bender & Co. v. West Publ'g Co.*, 158 F.3d 674 (2d Cir. 1998).

24 *Id.* at 691.

25 *Bucklew v. Hawkins, Ash, Baptie & Co., LLP.*, 329 F.3d 923 (7th Cir. 2003).

組合製成同類圖表。……本件中，Bucklew 之格式選擇並未反映出高度原創性之事實，並不能否定其著作權保護……一項作品得以享有著作權保護，其所需之「原創性」僅是系爭著作與公共領域或其他既存之著作間，存在一定的表達差異而足以使系爭新作品得以容易與其先行著作相互區別……『於此脈絡下之原創性』，其所意味者僅是稍微超越對於實際抄襲之禁止。²⁶」

由此可知，在不同選擇項存在的情況下，只要創作人所為選擇的結果令其得以與現存著作有所區別的話，則即可承認原創性的存在。Posner 法官更進一步闡明，此際原創性所意涵者，幾乎就等同於對實際抄襲的禁止。易言之，在有不同選擇、創作可能性存在的情況下，故意模仿、抄襲別人之著作，不能被容許而應加以禁止，而其禁止之前提乃是被抄襲的著作擁有原創性，受到著作權法之保護。若此，則探討系爭著作是否具備著作權法所要求之原創性，就不一定必須從創作人個人之個性或獨特性出發，而可以從渠等於創作時是否存在各種不同選項的創作可能性，若答案係屬肯定則可承認其創作選擇決定具有原創性；若無其他選擇可能性而只有一種創作方式時，則須否定其創作具備原創性，否則將導致其後相同或類似著作無由發生，形同賦予第一創作人就此享有獨占地位，違背著作權法僅賦予著作人相對排他權之規範理念。

實則，上述依據美國法院判決所得出之結論，於我國著作權法上，亦不陌生。當我國著作權法於第 10 條之 1 規定「依本法取得之著作權，其保護僅及於該著作之表達，而不及於其所表達之思想、程序、製程、系統、操作方法、概念、原理、發現。」時，其所意涵者，即是著作權法不能創造出思想、製程、概念、理念、發現等之獨占，否則不僅將影響其後的言論自由之表達，亦會對於產業發展、競爭秩序帶來不當影響²⁷。事實上，我國法院判決實務雖

²⁶ *Id.* at 928-29.

²⁷ 就此論述，或有質疑，認為所謂創作可能性之見解者，不過就是思想與表達之

未明言採取創作可能性作為其原創性認定的標準，惟實質上於不少判決中，渠等關於原創性之認定，實依據創作可能性而來。

二、我國法院判決

在前述最高法院 90 年度台上字第 2945 號刑事判決中，首次將原創性區分為原始性及創作性二項要素後，臺灣高等法院 93 年度上訴字第 766 號刑事判決，於襲用此一認知後，進一步對於創作性要素之內涵，加以闡明，判決如此說明：「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』，並不必達於前無古人之地步，僅依社會通念，該著作與前已存在之作品有可資區別的變化（distinguishable variation），足以表現著作人之個性為已足。」雖然，本號判決因無法脫離過去實務拘泥於創作人個性、獨特性之想法，而仍存在「足以表現著作人之個性」之說理，但在強調創作性之判斷方法應依據社會通念，識別其是否與既有著作間存在「可資區別的變化」一事上，似已從主觀判斷方式，朝向客觀判斷基準邁進。

其後，最高法院 93 年度台上字第 5206 號刑事判決基於創作可能性理念，作出如下之理由陳述：「所謂精神上作品除須為思想或

合併原則（merger doctrine）的另一種說明方式而已，了無新意。雖然，作者於此舉著作權法第 10 條之 1 為例，說明我國法制中，亦隱含有創作可能性之規範理念，惟並無意將創作可能性僅限縮於思想表達合併之問題。導致創作人無其他創作選項或創作可能性之原因，除合併原則所欲陳述之僅有一種方式得以表達該思想外，尚可能因為法規要求、消費習慣、行業慣例、交易特性、產業事實或法律標準的形成、物理上可能但經濟上不容許……等各式各樣的因素存在，而不侷限於合併原則所關心之事項。更何況，類似於前揭註 19 之認知，創作可能性有無所欲處理者，乃是有關係爭著作是否存在原創性之判斷基準或方法、是否享有著作權保護適格之問題；相對於此，合併原則則主要於侵權訴訟中，作為抗辯之事由（See, e.g., 3 MELVILLE B. NIMMER & DAVID NIMMER, NIMMER ON COPYRIGHT §13.03[B][3] (rev. ed. 2003).）。二者所關心、適用階段不一，不應將二者視為同一件事。

感情之表現且有一定之表現形式等要件外，尚須具有原創性始足當之。又著作權法所保護者係作品之表現形式，即所謂觀念之表達，至於觀念本身則非保護之對象。此觀著作權法第十條之一規定：『依本法取得之著作權，其保護僅及於該著作之表達，而不及於其所表達之思想、程序、製程、系統、操作方法、概念、原理、發現』自明。故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。」於此，系爭說明書因於同類商品用途之「共通特徵使然，而必須為同一或類似之描述」，從而「其表達方法實屬有限而不具有原創性」此一說理，不啻為創作可能性之展現。

同樣的見解，亦可見於最高法院 97 年度台上字第 1921 號刑事判決：「該產品目錄，係就相關產品之成分、用途、效果、使用步驟及方法加以說明。然如僅屬對該項商品之成分、用途、步驟及注意事項等作單純之描述，為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，則其表達方法是否具有原創性而屬著作權法保護之範疇，即值研酌。原判決對於前揭如新公司產品目錄之文字說明，如何具有原創性，並未詳述其認定之理由，遽認係『企業經營者提供消費者關於商品或服務之使用方法等資訊之說明書、標籤或貼紙』即屬著作權法之保護範疇，難謂無理由不備之違誤。」的確，在系爭產品目錄「必須為同一或類似之描述」的情況下，遽然肯定其原創性，實大有商榷餘地。

雖然仍強調個性或獨立性之用語，但隱約可見其創作可能性之意涵者，如最高法院 97 年度有台上字第 6410 號刑事判決。該判決首先將系爭著作定位為「功能性著作」，進而認定：「此種用於定時功能，以數字配合圖形旋轉排列之定時器面板圖形，素材組合極為簡單，並與一般常見之家電器具（如烤箱、電鍋、電風扇、洗衣機）所附定時器面板圖形相似，尚不足認可表現作者之『個人精神

特徵』而具『個性』或『獨特性』。」本號判決系爭著作之所以被否定其具有創作者之個性或獨特性，主要理由在於其圖形與「一般常見之家電器具（如烤箱、電鍋、電風扇、洗衣機）所附定時器面板圖形相似」，若賦予其著作權保護，勢將使得其後有關家電使用之說明圖，無法以一般消費者習慣之認知方式加以說明，導致消費者使用上的困擾。職是，系爭著作不應肯定其具備原創性之主因，乃是就消費者之認知習慣而言，其表達可能性受到大幅度限制。

在智慧財產法院 97 年度民專上字第 20 號民事判決中，就有關藥品仿單是否擁有原創性而得享受著作權保護之問題上，智慧財產法院首先以「藥品仿單所記載之內容，雖藥事法令規範其格式，然就各該項目所使用之文字、數據、表格等具體內容並無任何限制，則各藥商得自由發揮，而有不同之表達方式，仍有機會展現其原創性」，從而肯定系爭仿單具有原創性，且被上訴人仿單除少數差異外，「其餘均與上訴人之『愛妥糖』藥品仿單相同，乃單純重製」；惟依相關法令規定，被上訴人仿單必須依照首家（上訴人）仿單核定方式之記載，結果導致「被上訴人就學名藥『泌特士』藥品仿單之內容並無自由撰擬之空間」，判決最後認為，「為調和社會公共利益，對於原廠藥商與學名藥商互相衝突之利益，應容許被上訴人可為合理使用之抗辯。」

本號判決中，被上訴人就其仿單之記載方式及內容，實際上已無法迴避上訴人之仿單記載方式及內容而欠缺選擇、創作可能性，判決雖明知如此，卻依舊認為「各藥商得自由發揮，而有不同之表達方式」，其認知間實有重大矛盾存在。實則，縱令是私人著作最初亦難能否定其有原創性，惟一旦依據法令規定或政府主管部門要求而被採用作為該當產業的特定事項之標準時，就不得不否定其得受著作權法保護之適格。事實上，於前述 *Feist* 判決中，主管機關所為之管制要求，亦成為系爭著作不具備原創性的原因之一，判決如此說明：「惟須注意者，*Rural* 之工商名簿亦可能因其他理由，而喪失其原創性要件。*Feist* 指出，*Rural* 並非真正自主性從事於其所

發行之訂閱者的姓名及電話號碼之『選擇』；毋寧，渠之作為係遵從堪薩斯公司委員會之要求，作為其取得獨占經營權的條件之一。職是，實有足夠理由相信，本案中系爭選擇並非由 Rural 自主所為，而係依州法規定必須如此作為者。²⁸」

同樣的論理，亦可見於美國聯邦第五巡迴法院 2002 年的 *Veeck v. Southern Bldg. Code Cong. Int'l, Inc.*²⁹ 判決理由中：「一旦系爭守則成為法律，其即因其他理由而喪失著作權保護之適格。蓋除藉由條文規定內容加以表達外，系爭守則已成為無法以任何方式予以表達的『事實』或『思想』，而著作權從未保護事實或思想。³⁰」由此可知，一旦系爭著作被法律採用作為強制表達方式，實際上已無其他表達選項或表達可能性的存在，而僅能視為是一種事實或思想，不得成為著作權法保護之對象。於此認知下，因受法令規定等要求，必須以特定方式或內容表達者，不僅包含於一開始即必須依據特定方式或內容表達之著作，尚包含以原創性加以表達後，依法令規定而被採用為標準者。蓋於後者情形，對其後意欲針對特定思想或概念加以創作之人而言，其已不存在任何其他表達空間，從而乃有必要令前者之表達於其成為特定標準時，喪失其原創性，否定其著作權保護之適格³¹。若此，則前述仿單判決中，法院似乎不必迂迴論理，於肯定系爭著作具備原創性，得享受著作權法之保護，其後再以合理使用理論，否定其權利之行使，產生一種看得到、吃不到的

28 *Feist*, 499 U.S. at 363.

29 *Veeck v. Southern Bldg. Code Cong. Int'l, Inc.*, 293 F.3d 791 (2002).

30 *Id.* at 800-01.

31 就此問題有重要研究成果之 Lawrence A. Cunningham 教授，即有如下敘述：「縱令特定思想可以經由各種不同方式加以表達，惟一旦政府部門以罰則為擔保，規定就該當思想只能以一種特定方式加以表達時，該當（法律）思想的表達就只剩下一種方式，亦即法律條文中所規定之表達。著作權法並未賦予該當思想任何財產上的利益……事實無法成為著作權保護之適格標的，而被納入法律規定的標準即為事實。」Lawrence A. Cunningham, *Private Standards in Public Law: Copyright, Lawmaking and the Case of Accounting*, 104 MICH. L. REV. 291, 308 (2005).

虛無飄渺權利。

無論如何，在智慧財產法院 97 年度民著訴字第 21 號民事判決中，一開始雖仍因循既有判決見解，闡明所謂個性、獨特性之必要，惟其後進入選擇、創作可能性之敘述，進而否定系爭著作之原創性，判決如此說明：「著作權法所保護者係作品之表現形式，而所謂『表現形式』即作品內構想（idea）與事實（fact）、所用之語言（language）、闡發（development）、處理（treatment）、安排（arrangement）及其順序（sequence），構想與事實本身則非著作權法保護之對象，故對某種吾人所共知之實物所為之單純描繪，因其表達方式有限，應認不具有原創性，亦不受著作權法保護……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……否則無異使製作此類不動產交易流程者取得獨占之權利，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。」

上開判決首先闡明若「表達方式有限，應認不具有原創性」，而系爭不動產交易流程因其「表達方式有限」，難能展現「作者主觀上精神、智慧、文化、創意之表現」，故不具備原創性，否則將無異使當事人取得「獨占之權利」，造成不公平競爭之結果。顯然地，若僅是主觀的表達創意之有無，當不會帶來獨占之結局，判決所憂心的獨占問題，起因實在於客觀上其他表達方式的不存在或受到極度限制，導致欲從事不動產經營者，就其交易流程僅能如此表達，否定其如此表達之方式，不啻等同於否定其事業經營之權利，著作權法當無此規範目的，其規範力量亦不至於強勢至此。本號判決若能堅持創作可能性之觀點，而不落入傳統個性、獨特性之窠臼，或將不致陷入於要求必須具備主觀精神創意的同時，卻又憂心

其可能帶來的客觀獨占情事存在之矛盾論述。

由以上具有創作可能性理念之判決介紹，或可窺知，我國司法實務判決似乎亦逐漸意識到原創性判斷方式與基準轉變的必要性。特別是，在現今司法實務對於原創性所具備之創作程度要求僅是所謂的「少量創意」時，傳統的文學、藝術、美術等著作，無法滿足此一「少量創意」要求之情形，實在少之又少，從而現今或未來針對原創性問題會產生爭議者，勢將集中於事實性著作或功能性著作等著作類型。事實上，本文以上所檢討國內隱含有創作可能性理念之判決者，其系爭標的或為說明書、或為產品型錄、或為使用說明圖、或為藥品仿單、或為不動產交易流程表格，渠等或為功能性著作、或為事實性著作，判決所關心之重點，亦多在於其是否有其他表達形式存在，是否可能因著作權保護的肯定，反而帶來不當的獨占情事，而對於著作權法所欲維護的公共利益，產生危害。展望未來，創作可能性之判斷基準及手法，或將逐漸從配角躍升為主角，法院判決對此情勢發展及時代潮流變化，或應有更深的體認，進而於具體個案中，直接基於創作可能性觀點論證系爭著作是否具備原創性而得享受著作權法之保護，無須繼續屈就於傳統的主觀精神創意、個性、獨特性等保護傘下，實質上論述創作可能之有無，造成判決理由中主觀、客觀判斷要素的混淆及矛盾，徒然斲商判決之權威及公信力。

肆、結語

傳統上以主觀精神創意為基礎、強調創作者個人個性或獨特性之原創性判斷基準及作法，現今依舊主導著我國判決的論證及說理方式，本文所倡導之創作可能性的判斷基準及手法，或許於短期內仍無法於判決中占有主流之地位。然而，在著作權法亦已擔負起促進文化產業或文創產業發展的重要功能後，吾人對於著作權法立法

目的中之「文化」的認知，就必須隨著其產業發展促進功能，而有不同的認識。「文化」之意涵，不當繼續執著於其創意高度或內容之倫理性，從而使得著作權法僅能對於有益於心靈提升之身心健全的著作、高度創意的著作有所保護，在數位化潮流、網路時代中，萬人皆扮演著既可以是創作人、也同時是出版者的氛圍及生活樣式下，「文化」所著重者乃是其多元化、多樣性的發展，任何人皆有可能隨時成為 YouTube 中上萬人點閱的創作者，不問其所創作之類型、內容為何。對於此種強調多元化、多樣性的文化發展，是否肯定系爭著作滿足原創性要件，進而賦予其著作權保護，其判斷核心應在於肯定其著作權保護後，其他人繼續多元、多樣創作的可不可能，在另為創作不可能的情況下，承認其著作權保護，將可能帶來文化的獨占，對於文化本身及其相關產業的發展，都將帶來不利影響。於此認知下，雖然本文重複強調創作可能性之判斷基準及手法，於現階段中適用於功能性著作、事實性著作的必要性及可行性，惟於未來隨著文化產業、文創產業於我國整體產業發展中，逐漸增加其重要性，創作可能性之判斷基準及手法，當可期待其普遍適用於所有著作類型時代的來臨。

參考文獻

1. 中文部分

蔡明誠（1996），論著作之原創性與創作性要件，臺大法學論叢，26卷1期，頁177-194。

2. 外文部分

(1) 日文

中山信弘（2007），著作權法，東京：有斐閣。

(2) 西文

Cunningham, Lawrence A. 2005. Private Standards in Public Law: Copyright, Lawmaking and the Case of Accounting. *Michigan Law Review* 104:291-343.

Ginsberg, Jane C. 1992. No “Sweat”? Copyright and Other Protection for Works of Information after *Feist v. Rural Telephone*. *Columbia Law Review* 92:338-388.

Leaffer, Marshall A. 2010. *Understanding Copyright Law*. 5th ed. New York, NY: LexisNexis.

Merges, Robert P. 2011. *Justifying Intellectual Property*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

Nimmer, Melville B., and David Nimmer 2003. In vol. 3 of *Nimmer on Copyright*. Rev. ed. New York, NY: LexisNexis.