著作權法「原創性」概念之解析

羅明通 撰

原創性　精神作用　個性　獨特性
創意　創作高度　創作性　獨立創作
小銅幣理論　美學不歧視原則

一、問題之所在

按原創性係著作之保護要件，雖非法條之用語，但爲司法實務及學理所採用。惟其概念之廣狹分歧，學理上有採狹義之獨立創作之解釋者；有採廣義說，認爲原創性概念包括獨立創作及創作性要件者。至於概念之內容，有將原創性與人類精神作用、個性或獨特性並列而分論者，亦有認原創性內容即指相當程度之精神作用，已足以顯現個性者。至於其創作性之高度，在實務及學理上亦尚混沌不明，乃有探討分析之必要。

二、我國法院對原創性之解釋

我國法院對於原創性乃採廣義之解釋，包含獨立創作及創作性，並兼指人類精神之作用，其程度且已足以表現著作人個性或獨特性者。惟各判決所採之原創性一語，內涵並非一致，所使用之文字意義亦並非十分精確，「獨特性」一詞即其適例；而原創性與精神作用或個性之關係亦非一致。茲分述如下：

(1) 原創性與精神作用、個性與獨特性之關係

(a) 原創性與人類精神作用、個性或獨特性並列而分論者

我國法院有將原創性與作者之精神作用、個性與獨特性分別討論者，例如最高法院八十一年度台上字第三０六三號判決稱：「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。」即屬之。依上揭判決之語意分析，縱具備著作所須之原創性，不一定即達到足

以表現作者個性之程度，是以個性之認識與原創性係屬不同之概念。

(b) 原創性意指相當程度之精神作用，已足以顯現個性者

但亦有將原創性之內容包含「相當程度之精神作用」，且惟有該精神作用程度足以顯示其「個性」者，方符合「原創性」之要件。台灣台北地方法院八十三年度自字第二五０號刑事判決中即稱：「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爲思想或感情上之表現且有一定之表現形式外，尚須具有原創性始可稱之，而此所謂之原創性程度，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之程度，方可認爲具有原創性，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。」至於最高法院八十三年台上字第六四二八判決則未論及精神作用與原創性之關係，而直接將個性或獨特性納爲原創性之內涵，該判決稱：「查卷附劉桂榮取得著作權之『加官晉祿圖』、『祥龍戲珠圖』、『彩鳳獻瑞圖』等三種圖樣，與我國民間流傳認爲吉祥象徵之龍、鳳及神像造形並無何個性或獨特性之差別，其是否爲原創性之美術創作，不無疑義。」依此判決之文義觀之，創作性之高度並非討論之重心，而係逕以個性或獨特性爲原創性之內容。

(2) 原創性與創作性(即創意程度)之關係

上揭實務上之判決對於原創性之闡釋，或以人類精神作用爲內容，或重在著作之個性或獨特性之存否，雖未討論創作性，惟究其實質，實係「創意高度」之考量，即學者所稱之創作性，與是否抄襲他人之「獨立創作」之要件無涉。故檢視是否符合原創性之要求時，雖未提及創作性，但實有創作程度討論之實。至於下述之台灣高等法院台中分院八十三年上易字第一四八二判決中，有關原創性之要件則未使用精神作用或個性之用語，而逕將原創性等同於創作性之意義而使用。該判決稱：

「攝影著作有極大程度係依賴機械之作用及技術操，在製作時需決定主題並對攝影之對象、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、組合，此時在攝影顯像及沖洗有其原創性，因而加以保護，本件告訴人僅係將

得獎獎牌忠實加以拍攝，用作供產品包裝盒之得獎說明，自難謂有何原創性，此部分自不受修正後著作權法之保護。」

(3) 原創性與獨立創作之關係

獨立創作之法理已深植於我國法制，司法實務上亦常以獨立創作爲原創性概念之一部分，最高法院八十三年度台上字第二五０一號刑事判決即稱：

「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爲相，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，自爲判斷有無抄襲之重要參考資料。」

揆其意旨，所稱之原創性實已涵蓋創作性及獨立創作。台灣高等法院台南高分院八十六年上訴字第九四八號判決亦稱：「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，須具有『原創性』，即著作人獨立創作，非抄襲他人之著作，且須屬於文學、科學、藝術、學術範圍，始足以稱爲『著作』」此判決明顯將原創性包含獨立創作。

三、學者對於「原創性」一詞應採狹義解釋之建議

學者蔡明誠認爲，就原創性之法源方面，「可適用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』，從而推論其保護要件，如原創性(originality)要件。」。惟又稱，原創性「宜限縮於『獨立創作』(independent creation)，即採狹義之概念」，因此，「宜將『創作性』要件，從廣義之『原創性』中獨立出來」。是以依其見解，原創性宜專指獨立創作，而由於創作性已獨立於原創性之外，將使創作性要件判斷，更爲重要。至於法源，著作權法第三條０第一項第一款所稱之「創作」可併推論出著作之原創性及創作性(註1)。

智慧財產局專門委員陳淑美亦將原創性(originality)與創作性(creativity)併列爲著作保護要件，而對原創性採狹義之解釋。依其見解，原創性係「指著作必須由著作人自己所完成，而非自他人著作抄襲而來，不要求新穎性

(novelty)」，至於創作性，乃「採所謂『美學不歧視原則』，只要具有最起碼之創作性，即有資格成一個著作，受著作權保護，不得將著作之品質列入考量。」(註2)

綜言之，有關原創性之意義，有廣義與狹義之別。可圖解如下：(註3)

```
                    ┌ 獨立創作
          ┌ 廣義—│
原創性 │            └ 創作性
          │
          └ 狹義 —   獨立創作
```

四、德國著作權法之個性、獨特性與「創作高度」、「小銅幣理論」

我國法院實務上所稱之「精神」、「個性」或「獨特性」之用語，本爲法律條文所無，窺其源流，應係源自日本著作權法，而日本著作權法則應出自德國著作權法，故德國著作權法有關創作性之要求乃有探討之必要。(註 4)

(1) 德國著作權法之著作保護要件

按德國著作權法第二條第二項規定：「本法所稱之著作，僅指人格的、精神的創作。」(Werke im Sinne dieses

註1：引自蔡明誠，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，八十五年十月，第 187-188 頁。值得注意的是，蔡文雖建議將創作性要件自原創性中獨立出來，惟其於該文論及著作保護要件時，亦僅列：(1)原創性 (2)客觀化之表達 (3)屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作 (4)非被排除保護之著作等四要件。其中之原創性顯採廣義之意義而涵括創作性。

註2：參見陳淑美，若干著作權基本概念與國際著作權公約簡介，資訊法務透析，一九九七年十二月，第 27 頁，收於資策會科技法律中心，著作權面對高科技發展之因應配合(第二年報告)，第 4-2 頁。

至於學者蕭雄林之見解則不十分清楚。在其新著「新著作權法逐條釋義」(一) 中固然列「原創性」爲保護要件之一，但亦未單獨列創作性爲保護要件。至於原創性之意義，則僅稱：「著作權之保護，須具有原創性，著作權所須之原創性，僅獨立創作(independent creation)即可，而不須具備新奇性。...原創性之意義，僅爲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」，並未強調原創性是否涵蓋創作性。揆其文義，似重在獨立創作，至於創作性之要求究有何地位，及與原創性關係如何，則未予論及。引自蕭雄林，新著作權法逐條釋義(一) ，五南圖書出版公司，八十七年七月修正再版，第 21-23 頁；另可參閱蕭雄林，論著作權客體之原創性，軍法專刊，第三十一卷，第三期，第 13 頁以下。

註3：引自高一書，原創性概念之探討，中央警察大學學期報告，八十八年六月，未出版，第 1 頁。

Gesetzes sind nur persoenliche geistige Schoepfungen)。據此上位概念之條文，學說及實務乃因此推論出下列著作保護之實質要件：(註5)

(a)精神內涵 (ein geistiger Gehalt)：文學及學術著作須具有精神之內涵。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(Begriff des Aesthetischen)並非著作必備之要件。此點與美國著作權法上之「美感不歧視原則」相似。

(b)人格之創作 (ein persoenliches Schaffen)：指創作係來自個人想像力(engene Vorstellungskraft)，而具有個性(individualitaet)，至於單純以器械技術所生之作品，則非人格之創作。

(c) 爲人類之感官所能感知之形式表現 (eine fuer die menschlichen Sinne wahrnehmbare Formgestaltung)：例如硬體內之電腦程式雖不能視覺感知，但仍能藉機器感知，仍屬著作。惟著作不須有體固著(koerperliche Festlegung)，是以即興吟詩或即興表演等均屬著作。

(d) 創作特性之程度(ein shcoepferischer Eigentuemlichkeitsgrad)：指著作須達到著作權法第二條第二項所規定之創作特性。

(2) 德國著作權法之個性、獨特性重在人格特徵之展現

按在德國著作權法學說及實務上，「個性」(individualitaet)乃指著作須屬於著作人之人格創作(ein persoenliches Schaffen)、呈現個人特徵 (individuelle Zuege)、具有著作人個性之精神 (der individuelle Geist) 特色而言。要言之，個性重在著作人之人格特徵之展現。

至於「獨特性」一辭，亦未見於德國著作權法條文，依學者蔡明誠之見

註4：本文所指德國著作權法有關解釋，均引自詳見蔡明誠，前揭文，第 177 頁以下；蔡明誠編，德國著作權法令暨判決之研究，肆一國際著作權法令暨判決之研究，內政部，一九九六年四月，第 22 頁以下。

註5：德國著作權法學者對於著作保護要件各有不同之分類，有分爲創作(Schoepfung)、精神內涵(geistiger Gehalt)、形式表現 (Formgebung)、個性(Individualitaet)、必要的創作高度(die erforderliche Gestaltungshoehe)。有只列舉精神內涵、表現與個性。有的則加入著作權法第二條第一項所列之「文學、科學或藝術之範圍」。詳見蔡明誠前揭書第 29 頁及前揭文第 184 頁。

解，德文之 Eigentuemlichkeit, Eigenpraegung eigenschoepferische Praegung eigenartige Geistesschoepfung 等均可譯爲「獨特性」，則如此用語，與「個性」意義類似(註 6)。

(3) 德國著作權法上之著作創作性程度因著作性質而有不同要求

在德國著作權法上，並未使用原創性一語。有關創作程度之判斷係由「個性」或「創作高度」(Gestaltungshoehe)取代；凡著作具有「必要的創作高度」(die noetige Gestaltungshoehe)，即可認具有「特別個性」而受著作權法保護。

惟德國著作權法上，並非所有之著作均須符合嚴格或特別之創作高度以展現特別之個性。對一些特殊之著作，係依「小銅幣」(Kleine Muenze) 理論 (註 7)，僅要求較低度創作水平。例如商品說明書、表格、目錄等即不要求嚴格之創作高度。一九九三年修正著作權法時增列第六十九條之一，明定電腦程式受著作權法保護，惟第三項又稱：「就其保護能力之確定，不適用其他準則，特別不適用品質或美學之準則。」該項即意指電腦程式係屬小銅幣著作，不須具有嚴格之創作高度。此種適用小銅幣理論所展現僅具低度創作性之個性，稱爲「普通個性」(einfache Individualitaet)。

五、原創性在美國著作權法上之觀察

按我國著作權法上之學者及實務所稱原創性乃源自美國著作權法上之「originaltiy」。美國著作權法第 102(a) 規定：「著作權之保護存在於 .... 固著(fixed) 於實體之表達媒介上（該媒介爲現存或將來可能發展者）之原創性著作 (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。」依美國聯邦法院判決所示，該條文中所稱之「original」係採廣義之解釋，除原始獨立創作外，兼含

註 6：蔡明誠，前揭文，第 15 頁。

註 7：小銅幣一詞源自 Alexander Elster, Gewerblicher Rechtsschutz, 1921, S.40. 指「單純但剛妝孑仍然具著作保護能力之創作」。依小銅幣理論，某些著作不需特別之創作高度，僅要求適度創意，引自蔡明誠，前揭文，第 182, 184 頁。

「創作性」(creativity) 之要求。(註 8) 美國聯邦最高法院於一九九一年有名之 Feist 案判決中即稱：所謂原創性(originalilty)，意指作品須著作人獨立創作，且該作品必須至少有最低程度之創意(註 9)。依此判決意旨，原創性(originality) 乃指「獨立創作」(independent creation)，同時亦兼含「創作性」(creativity)。惟美國學者及法官爲分析之便，則常將原創性 originality 區分爲「originality」(原始性)及「creativity」(創作性)，並列出著作保護要件爲：(1)原始性(originality)，即獨立創作(2)創作性(creativity) (3)固著性(fixation) (註 10)。於此情形，則 originality 一詞係採狹義之獨立創作之意義，而與創作性並列。

六、問題評析

依我國實務上判決顯示，法官雖使用不同之用語描述原創性之內涵，例如個性、獨特性或精神作用等，雖判決中並未明白闡釋其內容，惟究其實質，除指獨立創作外，應係重在創作性之檢視。所謂個性云云，無非應即是指創作性而言。自德國著作權法觀之，此種解釋洵屬有據。

依學者蔡明誠之見解，我國實務

註 8：美國之 McCarthy 百科全書即將 originality 定義爲:「 To be copygithtable, a work must have originality in the senses that it owes its origin to this author and that it has at least a modicum of creativity.」 J. Thomas McCarthy, Desk Encyclopedia of Intellectual Property(Washington, D.C.: The Bureau of National Affairs, 2nd 1996),p.303.

註 9：其原文爲：「 Original, as the term is used in copyright, copied from other works, means only that the work was independently created by the author (as opposed to copied from other works) and that it possesses at least some minimal degree of creativity." , Feist Publications. v. Rural Tel. Serv., 499 U.S. 340, 345(1991).

註 10：學者 Nimmer 亦在「 originality 」之標題下分別討論「originality 」與 creativity 」。詳見 Nimmer on Copyright, vol.1, 1999, §2.08[B][2]. 類似之討論並可見於 Information Infrastructure Task Force, ibid. at p.24.

上如欲採個性之用語，宜參考德國法之解釋(註 11)，重在著作是否具有個人特徵，而達到一定之創作高度。本文贊同之。惟按德國著作權法上對於不同性質著作之創作性要求採不同標準，分別採用「創作高度」及「小銅幣理論」，並因此區分出「特別個性」及「普通個性」之精神特徵，既過於複雜，非簡易可行，且與我國學說實務上偏向採單一之基準之態度有別，其精義雖有比較參考之價值，但尚難引進採用。

再者，實務上所稱之原創性係採廣義之解釋，兼指獨立創作及創作性，惟在分析時，則將廣義之原創性分爲獨立創作及創作性，此與美國聯邦法院及學者之分析方法並無不同。學者雖有建議將原創性限縮於獨立創作而與創作性並列分論者，惟依作者所見，並無將廣義之原創性改爲狹義使限縮於獨立創作之必要，只要於判斷著作是否具有原創性時，以「獨立創作」及「創作性」分別檢測考量，即可達到重視「創作性」要件之目的。

至於「獨特性」一詞，其用法顯易滋誤會。按著作財產權人本不得制止他人獨立創作相同或近似之作品，故著作相較於他人是否客觀上內容獨特原非著作保護要件。前開最高法院八十一年度台上字第三０六三號判決將「個性」或「獨特性」分列，似認爲兩者有別，且均與原創性分離，顯有商榷之必要。至於前開最高法院八十四年度台上字第五二二０號刑事判決所稱：「所謂『創作』，係指人類將其內心思想、情感，藉語言、文字、符號、繪畫、聲音、影像、肢體動作...等表現方法，以個別獨具之創意表現於外者」，其中所稱之「個別獨具」如即係指所謂之「獨特性」，則依該判決，獨特性無非係創作性之內容，且係主觀之獨特，此尚符著作權之基本法理。惟無論如何，獨特性一語實易滋混淆，乃不爭之論。學者蔡明誠即建議少用獨特性用語，以期簡明，洵屬確論。

七、結論：原創性之概念在我國法上應有之解釋

據上分析，「原創性」(originalilty)一語，應指著作係著作人原始獨立所作，以表達著作人思想、感情或個性，而具有最低程度之創意者。著作權法第三條第一項第一款所稱之「創作」，

註 11：蔡明誠，前揭文，第 191 頁。

即指原創性而言。析言之，原創性之內涵應可細分爲「原始性」(即獨立創作)及「創作性」二要素，茲分述如下：

(1) 原始性

— 即獨立創作

「原始性」(originality)又稱爲「獨立創作」(independent creation)，乃指著作爲著作人所原始獨立完成，而未接觸參考他人著作而言。凡經由接觸(access)並進而抄襲他人之作品均未具有原創性。至於著作是否具備客觀新穎性(novel)或獨特性 (unique)並非所問。職是，著作人之作品雖與先前他人所創作之著作實質相似或甚至完全相同，因而已不具任何新穎性或獨特性，但只要能證明係著作人獨立創作完成，雖偶然相同或近似，仍受著作權之保護(註 12) 。

(2) 創作性

創作性(creativity)亦可稱爲創意性，乃指作品須係表達著作人內心之思想或感情，而具有最低程度之創意(或稱創意高度)，足以顯示著作人之個性者。

(a) 創作須具有最低程度之創意

著作僅須具有少量之創意(at least a modicum of creativity)即符合創作性要件，其要求之創作程度甚低(exceedingly low) ，甚至輕微程度(slight amount) 之創意亦可符合此要件(註 13)。至於著作之品質及美感則非創作性考量之要素(註 14)。

註 12：我國最高法院八十一年度台上字第三０六三號之判決即稱：「按著作權所保護者，爲著作人獨立創作之作品，兩作品祇其均來自獨立之表達而無抄襲之處，縱相雷同，亦僅巧合而已，仍均受著作權法之保護。不得僅以客觀上之雷同類似，即認定主觀上有抄襲情事... 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」。

註 13：Information Infrastructure Task Force, Intellectual Property and the National Information Infrastructure, The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights, September 1995, p.25; Feist Publication, Inc. v. Rural Telephone Service Co., 499 U.S. 340,345(1991).

註 14：此即美國著作權法上之「美感不歧視原則」(The Principle of aesthetic non-discrimination)，指判斷著作是否具有創作性時，著作是否具有美感及其品質如何均非考量要素。參見陳淑美前揭文。

學者 Nimmer 即認爲著作僅須有最低創作性(minimal requirement of creativity)即可。在其著作中引用法院之判決指出，片斷之語句或片語(fragmentary words or phrases)，例如信封之廣告用詞(advertising phrases in envelope)，不符合最低創意性之要求。另外，未具創造性變化之音樂作曲(noncreative variations of musical compositions)亦不符合創作性之標準。名字、頭銜、口號等短句或熟悉之符號或設計亦未具著作之適格。雖然如此，Nimmer 亦指出，普通之陳述如已達相當之數量且係出於獨立創作，亦可認有創意而受著作權法之保護。又短句(short phrase) 如係有足夠創意(sufficient creativity)，依美國法院最近判決所顯示，亦可受著作權法保護。Nimmer 因此結論稱：句子越短，爲獲得著作權保護所須之創意程度越高。至於照片，依美國判例顯示，拍攝照片時，鏡頭(lens)、曝光時間、服裝、姿勢、底片、角度之選擇亦可能有特殊創意性(註 15)。

但如單純之人物拍攝，依其拍攝之內容觀之，僅係一端坐之照片，無法察覺拍攝人在拍攝之距離或角度有特殊之考量，純爲隨機取得之地點拍攝而成，則無法認有創作性可言，台北地方法院八十三年度自字第二五０號判決可資參照。又依實務之見解，篆體字型係以我國傳統使用之篆體字加以整理編排及將字型作若干修正，但整體構圖上並無足夠創意，因此雖經登記著作權，亦無著作權可言(註 16)。

(b)創作須係基於人類之精神作

註 15：Nimmer on Copyright, vol I,1999, §2.01[b]; [E][1][2].

註 16：八十五年九月九日自立晚報第七版。值得注意的是，該判決強調，我國著作權法第一條即規定著作權法之制定目的係在「保障著作人之利益，調和社會公共利益，促進國家文化發展」；因此對於原創性低之著作加以保障，固然可保障著作人之現實利益，但是卻在使原已存在而爲衆人所共享之珍貴文化資產成爲排他性之權利後，將剝奪他人使用之可能性，此非促進文化發展之道，甚至將可能產生侵害憲法十一條所揭櫫人民表現自由基本人權之情形，尤其對於文字之使用，若過分保障原創性之文字字型或文字體創作，將使文字之促進流通文化之功能盡喪。

用，以表達思想及感情，並表現其個性再者，所謂創意性須係基於人類精神作用，以表達思想或感情，展現作者個性者方屬之。按著作權法之制定目的不外保護人類思想或感情之外部展現，亦即以人之精神活動爲規範之對象(註17)。故如作品之完成完全無人類之精神作用在內，而與人類之思想感情無關，未能展現作者之個性者，則非著作權法所稱之「創作」，即無創作性可言。例如簡單之表格，既不足以顯示作者之個性，亦非作者感情或思想之表達，即無原創性。至於利用電腦完成之作品，若操作者只是單純將電腦題庫中之作品稍作大小、長度變更，未表現操作者個人之創意，即無操作者個人之思想或感情之表現者，該作品即非著作權法上之著作。但如係以電腦程式操作爲創作之輔助工具，已表達其感情或思想、展現其個性，則具有原創性 (內政部八十六年十一月十四日台 (86) 內著字第8616210 號函參照)。最高法院八十四年度台上字第五二二０號刑事判決更稱：「所謂『創作』，係指人類將其內心思想 、情感，藉語言、文字、符號、繪畫、聲音、影像、肢體動作...等表現方法，以個別獨具之創意表現於外者，至於以『機器』或『模具製作』或以『手工業量產』之產品，非屬著作權法所稱之著作。」

(作者爲英國利物浦大學法博士，
現職台英國際商務法律事務所主持人)

註17：日本著作權法第二條規定：「著作物思想又　感情　創作的表現　　、文芸、學術、美術、又　感音樂之範圍　　」，其中所謂思想或感情云者，即不外係人類之精神活動。我國著作權法雖無同樣之文字，但解釋上當屬相同。