

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。