

# 論著作之原創性\*

## The Originality Of Copyright

陳彥如

Chen yen-ju\*\*

### 摘要

著作權法旨在調和大眾使用利益及著作權人之保護，為避免傾斜失準，著作權法對於受保護之著作設下諸多要件，企圖平衡雙方利益。其中最具爭議者非原創性此一要件莫屬，學者就此要件諸多著墨、司法實務爭訟上(例如侵權訴訟)之焦點亦往往取決於原創性之有無，原被告砲火全開、爭執原創性此一概念。本文先從國際公約著手，觀察伯恩公約、與貿易有關之智慧財產權協議、世界智慧財產權組織著作權條約建立之標準。再以外國立法、實務為借鏡，分別討論美國、英國、德國、歐盟指令、日本及大陸之觀點。接著回歸本土，探討我國學說、實務所建立之原創性概念。最後檢討我國實務爭議極大的商品使用說明書，本文以為實務似混淆「原創性」及「客觀化之一定形式」兩要件；原創性應區別著作類性觀察；單純描述產品之性質、使用方法等，不應予著作權法之保護。

中文關鍵詞：著作、原創性、商品與使用說明書、客觀化之一定形式、獨立創作、創作性、思想與表達區分原則

---

\*開課系所：國立台北大學法學系碩士班。課程名稱：著作權法專題研究。報告性質：學期報告。授課教師：蕭雄淋副教授。

\*\*陳彥如，國立台北大學法學系碩士班民事法學組二年級；學號：79851412。

## Abstract

Copyright law aims to strike a balance between the using rights of the public and the protection of copyright owners. To avoid the unbalance, copyright law has set many elements to the protected works, aiming to balance the benefits of two sides. Among these elements, originality is the most controversial one. Many scholars focus on this element. Besides, in many lawsuits (eg. copyright infringement lawsuit), a plaintiff and a defendant fiercely argue about the originality of works.

The essay starts with International Convention, examining the standards of Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (i.e. TRIP's) and The WIPO Copyright Treaty(i.e. WCT). Second, the essay discusses the perspectives of the USA, the UK, Germany, the EU Directive, Japan and the Mainland China respectively for people to learn from the laws and the practice of foreign countries.

Third, the essay delves into the concept of originality formed by the theories and practice in Taiwan.

Last but not least, the author reflects on instruction books of products, which are controversial in practice in Taiwan.

The author considers that in practice, people were confused by the two elements, "originality" and "fixed in any tangible medium of expression". The protection of "originality" should depend on the categories of works. If the work simply describes the nature and usages of the product, no protection of copyright law should be given to it.

Keywords: Work 、 originality 、 instruction books of products 、 fixed in any tangible medium of expression 、 independent creation 、 creativity 、 the doctrine of idea-expression dichotomy

## 壹、前言

## 貳、國際公約

- 一、 伯恩公約(Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works)
- 二、 與貿易有關之智慧財產權協議(Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights , TRIP' s)
- 三、 世界智慧財產權組織著作權條約(The WIPO Copyright Treaty , 簡稱 WCT)
- 四、 小結

## 參、外國立法例

### 一、美國

- (一)立法沿革
- (二)原創性意義

### 二、歐盟

- (一)歐盟指令
- (二)德國
- (三)英國

### 三、亞洲

- (一)日本
- (二)中國大陸

### 四、小結

## 肆、我國之立法、學說及實務

### 一、立法沿革

### 二、原創性意義

- (一)學說

(二)實務

三、小結

伍、實務案例研究：商品使用說明書之原創性

一、問題源起

二、實務見解

三、本文見解

陸、結論

參考文獻

## 壹、前言

原創性乃著作權法保護要件之一，具備原創性的著作方受著作權法保護。陶淵明桃花源記傳世，成為後代作者的取材對象，王維和劉禹錫皆有名為桃源行的作品，將原本是散文的作品以詩歌手法重新詮釋與表現<sup>1</sup>。更有認為，老子的小國寡民是陶淵明桃花源記思想的原型<sup>2</sup>。金董解元西廂記諸宮調的故事來自於唐元稹鶯鶯傳<sup>3</sup>。

前述著作在中國文學史上皆佔有舉足輕重的地位，無人質疑其係抄襲剽竊，關鍵在於作者們匠心獨運之原創性，因著作權法之原創性不要求達到前無古人後無來者之完全獨創程度，只要作品具一定精神作用，足以表現作者的個性、獨特性，縱著作人參考他人著作，或以他人著作為基礎，但改作後成果與原著作在客觀上顯可識別，則亦受著作權法保護。在著作權訴訟上，某著作是否受著作權法保護，往往繫諸於原創性此一要件之存否，故有深入檢討之必要。本文先引述國際公約及外國立法例，再參酌我國學說實務之看法，最後檢討實務上爭議頗多之商品使用說明書案例，企圖抽絲剝繭，深入其底蘊。

## 貳、國際公約

### 一、伯恩公約(Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works)

按伯恩公約第2條第1項「文學與藝術著作」一詞，是指文學、科學和藝術領域內以任何方法或形式表現的一切產物，諸如：書籍、小冊子和其他文字作品；講授、演說、講道和其他同類性質之著作；戲劇或音樂劇著作；舞蹈著作和啞劇；

---

<sup>1</sup>王維，桃源行。「漁舟逐水愛山春，兩岸桃花夾去津。坐看紅樹不知遠，行盡青溪不見人。山口潛行始隈隩，山開曠望旋平陸。遙看一處攢雲樹，近入千家散花竹。樵客初傳漢姓名，居人未改秦衣服。居人共住武陵源，還從物外起田園。月明松下房櫳靜，日出雲中雞犬喧。驚聞俗客爭來集，競引還家問都邑。平明閭巷掃花開，薄暮漁樵乘水入。初因避地去人間，及至成仙遂不還。峽裡誰知有人事，世中遙望空雲山。不疑靈境難聞見，塵心未盡思鄉縣。出洞無論隔山水，辭家終擬長游衍。自謂經過舊不迷，安知峰壑今來變。當時只記入山深，青溪幾曲到雲林？春來遍是桃花水，不辨仙源何處尋？」

劉禹錫，桃源行。「漁舟何招招，浮在武陵水。拖綸擲餌信流去，誤入桃源行數裏。清源尋盡花綿綿，踏花覓徑至洞前。洞門蒼黑煙霧生，暗行數步逢虛明。俗人毛骨驚仙子，爭來致詞何至此。須臾皆破冰雪顏，笑言委曲問人間。因嗟隱身來種玉，不知人世如風燭。筵羞石髓勸客餐，燈爇松脂留客宿。雞聲犬聲遙相聞，曉色蔥籠開五雲。漁人振衣起出戶，滿庭無路花紛紛。翻然恐失鄉縣處，一息不肯桃源住。桃花滿溪水似鏡，塵心如垢洗不去。仙家一出尋無蹤，至今流水山重重。」

<sup>2</sup>老子，道德經第80章「小國寡民，使有什佰之器而不用，使民重死而不遠徙，雖有舟與，無所乘之。雖有甲兵，無所陳之。使人復結繩而用之。甘其食，美其服，安其居，樂其俗，鄰國相望，雞犬之聲相聞，民至老死不相往來。」

<sup>3</sup>唐元稹鶯鶯傳描述張生與崔鶯鶯相愛，但最終張生背棄崔鶯鶯的故事。金董解元西廂記仍以張生、崔鶯鶯為主角，但將張生的負心漢角色搖身一變為有情郎，並以張崔出走、最終團圓的喜劇做結。

配詞或未配詞的樂曲；電影著作和以類似攝影電影的方法表現之著作；素描、顏料畫、建築、雕塑、版刻和石印著作；攝影著作和以類似攝影的方法表現之著作；實用藝術著作；與地理、地形、建築或科學有關的圖解、地圖、設計圖、草圖和立體著作。<sup>4</sup>

伯恩公約第 2 條第 1 項定義「文學和藝術著作」，文學、科學和藝術領域內的一切作品皆受保護，且作品的表現形式或方法不影響著作權法的保護。然而其僅提及著作權客體的範圍，並未明白規定著作權的要件。<sup>5</sup>再者本條項會產生兩個問題：第一、是否列出著作的類型。第二、公約既然列出該著作類型，該著作類型於各會員國內即應受到保護。但並非該著作類型內的所有著作皆會受到保護，在公約條文欠缺對於原創性要件的定義下，各國仍有權自行決定原創性的標準，符合原創性的標準時，方受保護。會員國之原創性標準不能夠太高以致於排除所有的著作類型，但可否制定一個極高的標準以至於排除某著作種類範圍內的特定類型嗎？公約並未明定原創性的門檻，允由各國自行決定，但可能會與公約中的其他原則產生衝突。以相片為例，相片為公約規定受保護之著作，但各會員國之標準不一，有的門檻較高有的門檻較低。倘若原創性考慮到美學性質，則門檻極高，受保護的著作範圍將極為狹小，如同之前法國法下保護的相片，原創性的高門檻變相成為美學標準；同樣的，原創性標準也不應考慮著作之實用性質。因此，雖然伯恩公約將原創性定義交由會員國各國決定，但各國仍然要遵守伯恩公約的原則。<sup>6</sup>

而第 2 條第 5 項規定「百科全書和選集等文學或藝術著作的編輯著作，如果其內容的選擇及編排構成智力創作，應受到相應的保護」，此條文暗示著編輯著作的原創性，不受其素材的原創性影響。然而條文並未規定著作的創作程度須達何程度，始符合「智力創作」。因而允許各會員國針對智力創作採納不同的標準。<sup>7</sup>

## 二、與貿易有關之智慧財產權協議(Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, TRIP' s)

---

<sup>4</sup> Article 2 : (1)The expression “literary and artistic works” shall include every production in the literary, scientific and artistic domain, whatever may be the mode or form of its expression, such as books, pamphlets and other writings; lectures, addresses, sermons and other works of the same nature; dramatic or dramatico-musical works; choreographic works and entertainments in dumb show; musical compositions with or without words; cinematographic works to which are assimilated works expressed by a process analogous to cinematography; works of drawing, painting, architecture, sculpture, engraving and lithography; photographic works to which are assimilated works expressed by a process analogous to photography; works of applied art; illustrations, maps, plans, sketches and three-dimensional works relative to geography, topography, architecture or science. 譯文參考劉波林譯，保護文學和藝術作品伯爾尼公約(1971 年巴黎文本)指南(附英文文本)，頁 12，中國人民大學出版社，2002 年。

<sup>5</sup>劉波林譯，同前註 4，頁 16。

<sup>6</sup> SAM RICKETSON, JANE C GINSBURG, INTERNATIONAL COPYRIGHT AND NEIGHBOURING RIGHTS - THE BERNE CONVENTION AND BEYOND(VOLUME 1), 405、406, (Oxford University Press Inc. 2<sup>nd</sup> ed 2006).

<sup>7</sup> *Id.* at 405、406.

按 TRIPS 第 9 條第 2 項<sup>8</sup>「著作權之保護範圍僅及於表達，不及於觀念、程式、操作方法或數理概念等。」意即，著作權法僅保護表達，不及於思想，此即稱為思想與表達區分原則。此條文之主要目的：第一、劃分專利權及著作權的保護界線，避免作者或其他人為了規避專利權的嚴格保護要件，遁入著作權法的保護。第二、則在於促進自由言論，任何人即使重述作者的思想及事實，但只要表達方式不同，就毋須承受民事責任或著作權侵權責任。<sup>9</sup>

思想表達區分原則乃是著作權法的基礎原則，思想屬於公共領域，著作權法僅保護思想的表達方式。因為思想屬於著作的重要基石，將思想排除於著作權法保護範圍外，避免授予著作的基本元素—思想獨佔的地位。並確保了後著作人在創作時不因為前人作品思想遭到獨佔而受阻礙。思想與表達區分原則為著作權及專利權豎立一個重要的界線，一方面保護表達的著作權，另一方面又避免阻礙該領域的進步。思想與表達區分原則就著作權的保護要件並未創造一個新的例外也未澄清既有的要件；它僅係針對著作權保護建立一個界線。<sup>10</sup>

TRIPS 協議第 27 條第 1 項明確規定了專利權的保護要件(新穎性、進步性及實用性)；相較之下 TRIPS 第 9 條第 2 項針對著作權的保護要件，僅提及思想與表達區分原則，但未明確規定保護要件。然而該條文並非意指會員國不問作品之原創性與否，一律就賦予表達著作權的保護。也非意指會員國倘若就著作權法設定原創性要件，即會違反 TRIPS 協議。<sup>11</sup>

依照 TRIPS 第 9 條第 1 項「會員應遵守（1971 年）伯恩公約第 1 條至第 21 條及附錄之規定」，伯恩公約允由各會員國自行決定創作性的標準。相同的，TRIPS 也賦予內國法自行決定思想、表達的界線。TRIPS 協議並非在規定一個統一的法律，其條文相當彈性，僅僅是作為著作權保護的最低限度。<sup>12</sup>

再看第 10 條第 2 項<sup>13</sup>「資料或其他素材之編輯，不論係藉由機器認讀或其他形式，如其內容之選擇或編排構成智力創作(intellectual creations)者，即應予保護。」但所謂「智力創作」其義為何，是否即為原創性？

### 三、世界智慧財產權組織著作權條約(The WIPO Copyright

---

<sup>8</sup> Article 9(2) : Copyright protection shall extend to expressions and not to ideas, procedures, methods of operation or mathematical concepts as such.

<sup>9</sup> CARLOS CORREA, TRADE RELATED ASPECTS OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS: A COMMENTARY ON THE TRIPS AGREEMENT, 120,( Oxford University Press Inc., 2007).

<sup>10</sup> *Id.* at 120、121.

<sup>11</sup> *Id.* at 121.

<sup>12</sup> *Id.* at 121.

<sup>13</sup> Article 10(2) : Compilations of data or other material, whether in machine readable or other form, which by reason of the selection or arrangement of their contents constitute intellectual creations shall be protected as such. Such protection, which shall not extend to the data or material itself, shall be without prejudice to any copyright subsisting in the data or material itself.

## Treaty，簡稱 WCT)

1996 年於日內瓦簽訂的世界智慧財產權組織著作權條約，第 1 條即明白揭示，乃伯恩公約第 20 條所稱之特別協議。<sup>14</sup>就著作權保護要件，並無不同於伯恩公約之規定<sup>15</sup>，茲不贅述。

### 四、 小結

參酌前述公約後，對於著作權保護要件仍不明朗。雖然伯恩公約及 TRIPS 均未明定「原創性」此一要件，然而幾乎所有的國家均認為原創性乃受著作權法保護的必要要件之一。如果僅單純抄襲前人著作，則沒有必要賦予著作權法之保護。

因為從經濟的觀點來看，單純的抄襲，對於著作並沒有增加額外的價值；從非經濟的觀點來看，抄襲者對於著作並沒有增加他本人的內容。但是原創性之標準何在？任何人只要證明他非抄襲前人著作，是否即可受到著作權法之保護？<sup>16</sup>原創性意義究竟為何？前述公約並未明確觀點，因此以下援引外國立法例，做更深一層的探討。

## 參、 外國立法例

### 一、 美國

#### (一) 立法沿革

美國著作權法 102 條(a)規定<sup>17</sup>「依本法受著作權保護之著作，係指固著於現

---

<sup>14</sup> Article 1 : This Treaty is a special agreement within the meaning of Article 20 of the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, as regards Contracting Parties that are countries of the Union established by that Convention. This Treaty shall not have any connection with treaties other than the Berne Convention, nor shall it prejudice any rights and obligations under any other treaties.

<sup>15</sup> Article 2 : Copyright protection extends to expressions and not to ideas, procedures, methods of operation or mathematical concepts as such.

Article 5 : Compilations of data or other material, in any form, which by reason of the selection or arrangement of their contents constitute intellectual creations, are protected as such. This protection does not extend to the data or the material itself and is without prejudice to any copyright subsisting in the data or material contained in the compilation.

<sup>16</sup> JULIE E.COHEN Et AL., COPYRIGHT IN A GLOBAL INFORMATION ECONOMY, 57, (Aspen Publishers 2<sup>nd</sup> ed. ,2006).

<sup>17</sup> Article (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. works of authorship include the following categories: (1) literary works; (2) musical works, including any accompanying words; (3) dramatic works, including any accompanying music; (4) pantomimes and choreographic works; (5) pictorial, graphic, and sculptural works; (6) motion pictures and other audiovisual works; (7) sound recordings; and(8) architectural works.譯文參考文魯彬，國際著作權法令暨判決之研究 壹美國著作權法令暨判決之研究，頁 38、39，中華民國內政部，1996 年。



在已知或將來可能發展之有形表現媒介之具原創性著作，藉該表現媒介得以感知、重製或傳播該著作，不論直接或經由機械或裝置之輔助。原創性著作包括下列各類：(1)文學著作。(2)音樂著作，包括任何伴隨之詞句。(3)戲劇著作，包括任何伴隨之音樂。(4)默劇及舞蹈著作。(5)圖畫、圖形及雕塑著作。(6)電影及其他視聽著作。(7)錄音著作，及(8)建築著作。」由此可知，受著作權保護的著作物必須符合兩要件：原創性(original)及固定性(fixed)。原創性為受著作權保護的先決要件，至於原創性意義為何，美國著作權法漏未闡釋，然依照國會立法理由可以知悉此乃有意缺漏，目的在透過法院建立起原創性標準。<sup>18</sup>

然而美國的著作權法並非自始即明定原創性此一要件。此一用語最早發軔於1976年著作權法，在當時修法過程中對於法律是否應明定此一要件，曾有一番激烈的爭論。

修法過程中，著作權局在1961年曾提出一份報告(Register of Copyright's 1961 report)，主張受著作權法保護的作品，必須是「原始創作之著作」(must be the product of original creative authorship)。著作權局將原創性及創作性視為兩個密切關連的概念：第一、原創性係指，作者自身創作而非僅僅抄襲前人作品。並不要求達到專利法新穎性的要件，如果作者獨立創作、縱使恰巧與前人作品一模一樣，亦符合原創性要件。第二、作品必須含有可覺察的創意成分。<sup>19</sup>

但在討論過程中，這份報告受到嚴厲的批判，質疑最烈的理由在於擔心法院會將創作性與美學性掛勾，誤將美學價值作為創作性的判準。在折衷協調過程中1963年草案版本僅採納了原創性用語，刪除創作性此一用語，並就原創性下一定義「作者獨立創作、非抄襲他人」。然而此一草案仍遭到批評，論者質疑原創性此一用語過於模糊。但是著作權局堅持保留原創性此一用語，並刪除原創性的定義以茲讓步，最終形成我們現在看到的法律文字。<sup>20</sup>

## (二) 原創性意義

美國權威學者 Nimmer 基於表達上的清晰，將原創性(originality)與創作性(creativity)視為兩不同要素。<sup>21</sup>換言之，其針對原創性採廣義的見解，將原創性作為一上位概念，底下分別討論獨立創作(independent)及創作性(creativity)。

但在討論獨立創作及創作性內涵前，首須澄清，獨立創作與創作性乃屬於兩不同要件，兩者並無關聯。並非指，某一作品中創作性的程度高，我們就允許低一點的獨立創作；或是某作品具有具較高程度的獨立創作，我們就同意低一點的創意性。原創性作品係指，一旦原告證明他並非抄襲，則獨立創作此一要件的檢

<sup>18</sup> MELVILLE B. NIMMER, DAVID, NIMMER, NIMMER ON COPYRIGHT ( VOLUME 1 ), 2-5, (Lexisnexis Matthew Bender, 2008).

<sup>19</sup> PAUL GOLDSTEIN, GOLDSTEIN ON COPYRIGHT ( VOLUME 1 ), 3:75, (Aspen Publishers,,2008) .

<sup>20</sup> *Id.* at 3:75、76.

<sup>21</sup> MELVILLE B. NIMMER, DAVID, NIMMER, *supra* note 18, at 2-15.

驗就到此為止。接下來的第二步驟，則是要探討原告的作品是否含有足夠的創意，客觀的探討是否達到「極低、僅微量的創意即為已足」的門檻。<sup>22</sup>

## 1、獨立創作

獨立創作之內涵，可分下列兩概念：

### (1)非抄襲他人

獨立創作意指，作者並非抄襲自他人。因為抄襲者根本非創作者，更遑論「獨立」創作者。倘若參考他人作品(但未抄襲)，或是接受他人想法或建議，仍有可能是獨立創作，因為是否為受著作權法保護的原創作品，重點在於該作品是否是作者自身的智力創作成果。<sup>23</sup>在討論莎士比亞「借用」前人作品時，Richard Posner 大法官曾謂「過度擴張的著作權法將對文學創作不利，就連莎士比亞等輩之作都將受其嵌制。一如前述提到的虛構角色以真人為原型之形式，可見文學中的創意並非純為突發的思想，而是包含作者將自身生活的經驗融入既存的文學形式之中。著作權法保護的越寬廣，則就越阻止了文學的想像力。此論點並非在廢止著作權法，而是限制著作權法的保護，或是不要擴張著作權的保護。」<sup>24</sup>

### (2)非指專利權法之新穎性

著作權法原創性(originality)是否須達到專利法新穎性(novelty)的程度，在美國法上曾引起一陣爭論。有論者謂：就著作權保護及專利權保護，沒道理異其適用標準，而給予著作權較寬廣的保護空間。然現今承認，原創性無需達到專利法的新穎性程度，僅獨立創作即為已足，倘若著作權人獨立創作，縱使與前人創作完全相同，亦可受到著作權法保護。此或可從憲法上文義尋求理論根據，憲法上就著作權選用「著作人」(authors)、「著作」(writings)的字彙，不同於專利權所選用的字彙「發明人」(inventors)、「發現」(discoveries)。<sup>25</sup>著作權法並不要求作者之著作必須有發明、或發現始能受著作權法之保護。

再者，著作權法及專利法之立法目的有本質上之差異。專利法僅保護確實促進進步的發明，以達鼓勵科技進步的立法目的；著作權法在鼓勵投資大量資訊的產品，而專利法在鼓勵投資有效率資訊的產品。著作權法與專利權法保護標準不同所造成的結果是著作權法給予較低程度的保護。<sup>26</sup>

在 *Hollywood Jewelry Mfg. v. Dushkin*, 136F.Supp.738(S.D.N.Y.1955)一案，原告主張就系爭珠寶設計享有著作權，被告舉出數個已逾專利保護期限的相似作品以駁斥原告的著作權。法院認為兩著作有可區別之變化，且該變化非不重要，而肯認

---

<sup>22</sup> WILLIAM F. PATRY, *PATRY ON COPYRIGHT (VOLUME 1)*, 3-83,(Thomson West,2007).

<sup>23</sup> *Id.* at 3-79.

<sup>24</sup> *Id.* at 3-84.

<sup>25</sup> MELVILLE B. NIMMER, *DAVIE, NIMMER*, *supra* note 18, at 2-7~12.

<sup>26</sup> PAUL GOLDSTEIN, *supra* note 19, at 2:10、11.

原告之著作權。<sup>27</sup>從本案法院見解可以知悉，著作權與專利權是兩個不同的體系，新穎性是專利權的保護要件，而非著作權的保護要件。

雖然一般認為，著作權法無新穎性此一概念，但有論者提出不同的見解，認為在判斷某作品是否具有原創性時，新穎性此一概念，有時扮演著舉足輕重的地位。訴訟攻防中，被告可以藉著舉證原告作品與前人作品字義或實質相同，而推翻原告著作的原創性；原告也可主張新穎性以支持其著作之原創性。舉例來說，原告可以主張其著作包含新事物，就該新事物具有原創性。除非被告舉證該新事物抄襲，不然法院會維持系爭作品的原創性。在 Alfred Bell Co.v.Catalda Fine Arts,Inc.一案，法院認為原告雖以前人作品為基礎續為創作，但兩者差異非不重要，且此差異可認為歸功於原告。原創性是指「比單純抄襲再多一些」，而不論創作人額外添加內容的藝術性程度。<sup>28</sup>

## 2、創作性

受著作權法保護的著作，為何須符合創作性此一要件？其理論基礎何在？有主張為了維持憲法平衡，避免著作權保護範圍過寬或過窄，最低程度創作性此一要件扮演著核心角色。我們一方面鼓勵創作促進科技發展，但也不能阻礙後人以事實、思想等不受保護的元素為根基繼續創作。換言之，創作性此一要件一方面做為誘因，一方面又避免過度保護以致形成獨占的地位。然而前述理論已被質疑，特別是在下列情況：在侵權案件中，當雙方當事人之著作皆具有原創性，而爭點為原告著作之著作權是否達到足以禁止被告使用特定元素進行創作。此外，在解釋原告著作是否應受任何保護、也就是其著作是否為原創時，此理論亦甚少被採用。<sup>29</sup>

另一理論基礎認為，設立創作性門檻可以作為法官推斷其是否為獨立創作的證據。此理論基礎是為防止一些原本就具有高度相似性之簡單作品或以事實為據的作品產生侵權之虞，故規定最低創作性之門檻，以提供法官判斷其難以為獨立創作之依據。在現實情況中，在作品中刻意置入的錯誤或虛構項目均如出一轍時，即可斷定抄襲。然而當被告已承認抄襲原告，但堅稱原告作品不具原創性時，此理論無法發揮作用。<sup>30</sup>

亦有主張價值理論，創作性作品相較於無創作性作品，前者對社會較有價值，因此應給予保護。但是，如何決定一個作品的價值？受現行法保護之色情著作，與內容為毒藥、解毒劑等不具原創性之編輯著作相較，前者的價值不比後者來的高。在某些極少數的案件中，價值的解釋亦可能導向完全相反的方向：思想、事實不受保護，是因為他們太有價值。倘若我們要採取價值理論，勢必同時得承

---

<sup>27</sup> PAUL GOLDSTEIN, *supra* note 19, at 2:13.

<sup>28</sup> PAUL GOLDSTEIN, *supra* note 19 at 2:13、14.

<sup>29</sup> WILLIAM F. PATRY, *supra* note 22, at 3-86.

<sup>30</sup> WILLIAM F. PATRY, *supra* note 22, at 3-85、86.

認許多例外。<sup>31</sup>

甚有認為因為具創作性之著作在文化層面上有益於社會，並且豐富了我們。然而依據內容來判定保護與否，與 Holmes 大法官在 *Bleistein* 案件中闡述的美學不歧視原則相衝突---此原則是建立在一個人的文化對另一個人可能毫無意義的考量上。<sup>32</sup>

綜觀前述理論，要找到一個明確且一致的理論作為創作性的基礎，簡直難如登天。因為受保護或不受保護的素材範圍都太過廣大，無法明確地以任何一種理論來解釋或定義。因此我們只能靠著解讀憲法條文作為創作性存在的理論基礎。<sup>33</sup>肯認創作性存在之必要後，以下先引述經典案例 *Feist*，再介紹學者對於創作性之看法。

在 1991 發生的 *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.* 案件是美國著作權法上具有里程碑意義的案件，在判斷按字母排列的白頁索引目錄是否具有原創性時，法院一方面肯認長久以來的原則「著作權法原創性，僅作者獨立創作即為已足(相較於抄襲他人著作)」但另一方面加上新的要件必須具有「最低程度的創作性」。至於創作性的標準為何，法院認為「所要求的創意程度極低，微量即已足夠。」

基此，創作性足合下列三概念:

#### (1) 創作性並不同於美學價值

創作性不同於美學價值。誠如 Holmes 大法官所言：由只受過法律訓練的人來判斷美術作品的價值，是極危險的一件事。一方面，天才繪畫家的作品在一開始問世時往往不被世人欣賞、接受。另一方面，法官認為缺乏美感的作品或許能被世人接受。此即所謂的美學不歧視原則(nondiscrimination principle)。因為創作性的評估應是客觀的，法院及著作權局僅是判斷創作性存否，而不是在判斷美學的價值或品質。<sup>34</sup>文生梵谷(Van Gogh)或許可作為一例證，文生梵谷以畫筆表達他心中澎湃的情感，他的畫作在當時未得到普世價值之認同。梵谷一生窮困潦倒完全未因畫作致富，然而物換星移，其畫作在今日往往是以百萬或億元<sup>35</sup>來衡量，難道說文生梵谷畫作在當時不被欣賞就不具創作性，而不受著作權法保護嗎？

美學不歧視原則的另一層意義是，縱使大眾將某著作認定為藝術作品，該著作亦不因此受到著作權法之保護。舉例而言，一張全黑或全白的畫布，沒有任

<sup>31</sup> WILLIAM F. PATRY, *supra* note 22, at 3-87.

<sup>32</sup> WILLIAM F. PATRY, *supra* note 22 at 3-87.

<sup>33</sup> WILLIAM F. PATRY, *supra* note 22, at 3-87.

<sup>34</sup> WILLIAM F. PATRY, *supra* note 22, at 3-91、92.

<sup>35</sup> 梵谷遺作「麥田」拍賣底價 11.3 億台幣，中國評論新聞，2007 年 9 月 24 日。最後瀏覽日:2011/3/30, <http://www.chinareviewnews.com/doc/1004/5/6/2/100456200.html?coluid=7&kindid=0&docid=100456200>  
燃燒的靈魂梵谷，悲劇換天價畫作，TVBS 新聞台  
[http://www.tvbs.com.tw/news/news\\_list.asp?no=ghost20091021223240](http://www.tvbs.com.tw/news/news_list.asp?no=ghost20091021223240)

何可資區別的筆畫或手感，縱使出自於大師之手，也會因為欠缺創作性而不受著作權法保護。<sup>36</sup>

## (2) 在判斷創作性時，毋須考慮創作的動機

在 County of Suffolk V. First American Real Estate Solutions 的案件中，爭點為郡依照聯邦著作權法，可否主張享有官方稅地圖之著作權？上訴法院查詢訊息自由法案(Freedom of Information Act)發現沒有禁止規定後，進一步詢問郡主張地圖著作權的動機。上訴法院表示，如果地圖的內容及存在乃單純基於法律規定，則薩福克郡沒有額外的動機去創造這些地圖；另一方面，許多政府著作，基於開支，可能需要額外的獎勵來證明自己的創作。因此法院不認為「州政府著作自始即屬於公有領域」。<sup>37</sup>

法院認為如果地圖內容及存在是依據法律規定，則該地圖不能享有著作權，雖然此見解是正確的，但是是否考慮創作動機，應是由國會決定，而非由法院決定，本案法院違反了三權分立。依照憲法，僅國會有權授予著作權，並有權衡量動機是否為受著作權保護的重要因素。聯邦既然將聯邦政府的作品排除於著作權法保護之外，而未將州政府作品排除，很清楚的可以知悉國會將州政府作品與私人作品等同視之。當然，州政府可以基於公序良俗，而不擁有其著作之著作權，但這個權利是屬於州政府，而非屬於法院。<sup>38</sup>

創作性為一客觀標準，法院只需去檢驗系爭作品的內容及評估該著作是否擁有必要的創作性，與作者在創作當時是否考慮到著作權，一點關係都沒有。舉例來說，作者在撰寫私人信件時，縱使沒有考慮到著作權，該信件仍受著作權法保護。<sup>39</sup>

## (3) 創作性要件是法律或是事實的問題？

多數法院認為創造性要件是事實的問題。創造性通常涉及到事實調查的問題。譬如內容挑選的程度、創作性是由一方或他方貢獻、著作物的媒介等。陪審團依照法律，在案件中可以決定系爭著作是否達到最低程度創作性之要求。<sup>40</sup>

## 二、 歐盟

### (一) 歐盟指令

歐盟會員國間存在著著作權法系(英國)及著作人法系(德國、法國)之差異。前

---

<sup>36</sup> WILLIAM F. PATRY, *supra* note 22, at 3-91、92.

<sup>37</sup> WILLIAM F. PATRY, *supra* note 22, at 3-93.

<sup>38</sup> WILLIAM F. PATRY, *supra* note 22, at 3-94.

<sup>39</sup> WILLIAM F. PATRY, *supra* note 22, at 3-92.

<sup>40</sup> WILLIAM F. PATRY, *supra* note 22, at 3-99~103.

者強調對於作品的利用及經濟權利的保護；後者則強調作者創作作品的事實並進而強調作者精神權利之保護。反映在原創性上，後者的標準通常高於前者。在著作權法系中，只要作者付出技能、判斷力及勞動，流出汗水，其著作即受著作權法之保護；在著作人法系，著作必須體現作者人格精神方符合原創性標準，才受著作權法之保護。<sup>41</sup>

舉例來說，歐盟法院在 1995 年針對 Magill<sup>42</sup> 案件做出的判決，即反應了著作權法體系及著作人法系在原創性標準的衝突。都柏林的一家廣播公司(上訴人)許可某些日報和雜誌刊登電視節目表。麥基爾電視指南公司未經上訴人許可擅自刊登了電視節目表。本案爭點在於：上訴人之電視節目表是否享有著作權？歐盟法院表示，依據愛爾蘭、英格蘭的「額頭上的汗水理論」，電視節目表享有著作權。在歐盟尚未協調會員國的著作權要件時，授予著作權的條件及程序乃由各會員國自行決定。法院不做任何的質疑。<sup>43</sup>

爲了協調各會員國間的著作權法、消除著作在單一市場上自由流通的障礙，歐盟發布了與著作權相關的指令。在 Magill 案件涉訟過程中(1986~1995)，歐洲經濟共同體於 1991 年發布電腦軟體保護指令(Council Directive of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs 91/250/EEC)、歐洲共同體在 1996 年提出資料庫保護指令(directive 96/9/EC on the legal protection of datebases)。<sup>44</sup>

電腦軟體保護指令第 1 條第 3 項<sup>45</sup>規定「電腦軟體必須是作者智力創作、具有原創性，方受著作權法保護。在決定電腦軟體是否符合保護要件時，不應當採用其他標準。」資料庫保護指令第 3 條第 1 項<sup>46</sup>規定「經由選擇、編排內容形成的資料庫，僅在構成作者本身的智力創作時，方受著作權法保護。在決定資料庫是否符合保護要件時，不應當採用其他標準。」此兩指令所提出的要件「智力創作」，既非「個性或創作高度」，也非單純的「技能、判斷力及勞動」，顯係介乎兩標準之折衷判斷方法。然而論者以爲，此兩指令僅針對電腦軟體及資料庫，對於其他類型的著作仍無法發揮弭平衝突的作用。<sup>47</sup>

## (二)德國

---

<sup>41</sup> 李明德、黃暉、關文軍，歐盟知識產權法，頁 137、138，法律出版社，2010 年。

<sup>42</sup> Judgment of the Court of 6 April 1995, Joined Cases C-241/91 P and C-242/91 P-Radio Telefis Eireann (RTE) and Independent Television Publications Ltd (ITP) v. Commission of the European Communities.

<sup>43</sup> 李明德、黃暉、關文軍，同註 41，頁 140、141。

<sup>44</sup> 李明德、黃暉、關文軍，同註 41，頁 143。

<sup>45</sup> Article 1 (3): A computer program shall be protected if it is original in the sense that it is the author's own intellectual creation. No other criteria shall be applied to determine its eligibility for protection.

<sup>46</sup> Article 3(1): 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

<sup>47</sup> 李明德、黃暉、關文軍，同註 41，頁 143、144。

德國著作權法第 2 條第 2 項規定「本法所稱之著作，僅指人格的、精神的創作」<sup>48</sup>。然而此定義仍不精確，某人創造出的人格、精神作品，並不必然受著作權法保護，還必須滿足法定要件。舉例而言，建立在一般人能力基礎的作品並不受保護，該作品必須體現獨一無二天資與能力的個人智慧，方受著作權法之保護。<sup>49</sup>根據德國多數學說及實務，進一步將著作的概念具體化為四項要件：人格的創作(Persönliche Schöpfung)、精神的內容(Geistiger Gehalt)、可被感知之形式表達(Wahrnehmbare Formgestaltung)、個性(Individualität)。<sup>50</sup>德國的著作權法，並未使用原創性之用語，創作程度之判斷係由「個性」取代。<sup>51</sup>

「個性」是著作權要件的中心標準，乃指著作需呈現著作人個人之精神創作成果。<sup>52</sup>只要作品具有此一特徵，即應當歸功於作者，賦予著作權法之保護。然而應注意者，個性並不同於藝術上或美學上之價值。在判斷某一著作是否受著作權法保護時，不應考慮藝術或美學標準。因為藝術領域上並無一客觀的價值判斷標準，美感是個人主觀感受，法官是否喜歡某作品，是他私人的事情，我們僅要求法官就著作權之歸屬及保護範圍做出決定。<sup>53</sup>

何種水準之「個性」方可成為著作之問題，即「創作高度」之問題，著作應具有一定的創作高度，是著作權保護的下限，著作不僅僅反映作者的個性或創造性，還必須體現作者的思想感情達一定程度。這種嚴格的「創作高度」要求超過一般人平均水準的智力創作活動，從而將一般的智力活動成果排除於著作權法保護之外。<sup>54</sup>

德國對於「個性」之概念，可能因著作種類不同而異其創作程度要求。並非所有著作均須符合嚴格的「創作高度」，對於一些特別的著作，例如目錄清單、藝術再造、菜單、電話號碼簿、普通之電腦程式及資料資料庫則依照「小銅幣理論」(Kleine Muenze)，只要求適度的創作水準。要求「創作高度之個性」，稱為「特別個性」，至於適用「小銅幣理論」者，則稱為「單純/普通個性」。<sup>55</sup>

著作的創作，是否達到著作權法第二條第二項「個性」的標準，係按個案情形，依具體形式之智慧創作整體印象判斷，而非分離觀察。首先與已存在的形式為整體比較，視系爭作品是否具有獨特性(individuelle Eigenheiten)，再審查其是否具有必要的創作高度。此判斷，係根據各該種類的創作形式所信賴且對之能有

---

<sup>48</sup> 原文：Werke im Sinne dieses Gesetzes sind nur persönliche geistige Schöpfungen 譯文參考蔡明誠，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，頁 118，中華民國內政部，1996 年。

<sup>49</sup> 張恩民譯，雷炳德著，著作權法(德國法學教科書譯叢)，頁 112，法律出版社，2005 年。

<sup>50</sup> 蔡明誠，論著作之原創性與個性概念-以目錄著作問題為例，全國律師，第 5 卷第 5 期，頁 7，2001 年 5 月。

<sup>51</sup> 羅明通，著作權法論 I，頁 172，三民書局股份有限公司，2009 年第 7 版。

<sup>52</sup> 許忠信，著作之原創性與抄襲之證明(上)-最高法院 97 年度臺上第 1214 號判決評析，月旦法學雜誌，第 171 期，頁 175，2009 年 8 月。

<sup>53</sup> 張恩民譯，雷炳德著，同註 49，頁 46~48。

<sup>54</sup> 任自力、曹文澤編著，著作權法 原理規則案例，頁 5、6，清華大學出版社，2006 年。

<sup>55</sup> 羅明通，同註 51，頁 173。蔡明誠，論著作之原創性與創作性要件，臺灣大學法學論叢 26 卷第 1 期，頁 182、183，1996 年 10 月。

所感受的交易圈之見解為準。亦即，乃一平均水準之判斷，既非依據完全無關之外行人、也非依該領域之特別訓練專家之判斷。至於判斷時點，則係以著作創作時所考慮的交易圈觀點。<sup>56</sup>

### (三)英國

英國著作權、設計及專利法令(Copyright, Designs and Patent Act1988)第 1 條第 1 項<sup>57</sup>規定「著作權係一種財產權，依本篇規定存在於下列各類著作：原創之文學、戲劇、音樂或美術著作；錄音、電影、廣播或有線節目；以及已發行版本之製版。」

英國的著作權法，從 1709 年的「安娜女王法令」(the Statute of Anne,其全名為 An Act for the Encouragement of Learning, by vesting the Copies of Printed Books in the Authors or purchasers of such Copies, during the Times therein mentioned)1842 年的著作權法(Copyright Act)均無原創性之規定。直到 1900 年 Walter v. Lane 一案，法院才首次提到原創性。<sup>58</sup>本案案例事實為，一名報社記者以速記法準確的記載某政治家的演講內容。另一報社未經該記者所在報社許可即刊登了該記者的紀錄內容。兩家報社就該行為是否構成侵權發生了糾紛。最高法院認為，記者花費勞力運用速記法所記錄的文字應受著作權法之保護。此判決承認不包含智力創造，僅體現努力、具有實際價值的作品亦受著作權法之保護。<sup>59</sup>

1916 年 Peterson 法官就原創性所為之定義被認為是權威見解，至今仍為英國法院所遵循。他認為「原創並不要求著作必須是新穎的，只要求著作獨立創作，非抄襲他人作品即可」。<sup>60</sup>然而為了避免保護範圍過於寬廣，實務案例在適用原創性要件時，仍然採用「額頭上的汗水原則」，要求作者必須有「一定的技巧、判斷或勞動」、「選擇、判斷和經驗」、「勞動、技巧和資金」的投入。隨著時間的推移，「額頭上的汗水」此一原則逐漸被融合進原創性的內涵之中。因此現代英國法對於原創性的標準包含兩方面內涵：獨力完成及足夠的創作投入。<sup>61</sup>

## 三、 亞洲

### (一)日本

---

<sup>56</sup> 蔡明誠，同註 48，頁 26、27。

<sup>57</sup> Article 1(1)：Copyright is a property right which subsists in accordance with this Part in the following descriptions of work—(a)original literary, dramatic, musical or artistic works,(b)sound recordings, films or broadcasts, and(c)the typographical arrangement of published editions.譯文參考丁懋松 國際著作權法令暨判決之研究 貳 英國、香港著作權法令暨判決之研究，頁 283，中華民國內政部，1996 年。

<sup>58</sup> Walter v. Lane.(1900) AC539 (House of Lords)轉引自任自力、曹文澤編著，同註 54，頁 3。

<sup>59</sup> 王遷，著作權法學，頁 12，北京大學出版社，2007。

<sup>60</sup> 丁懋松，同註 57，頁 1124。

<sup>61</sup> 任自力、曹文澤編著，同註 54，頁 3、4。



日本著作權法第 2 條第 1 項第 1 款，對於著作下一定義「著作：指表達思想或感情之創作，而屬於文藝、學術、美術或音樂之範圍者。」<sup>62</sup>依學者通說必須具有原創性，而此一原創性乃相對、比較之概念，依社會通念必須為一獨立新的著作物，無需達到真善美聖之境界，僅消極的非竄改、剽竊、模仿即可。<sup>63</sup>

## (二)中國大陸

中華人民共和國著作權法第 3 條「本法所稱的作品，包括以下列形式創作的文學、藝術和自然科學、社會科學、工程技術等作品：(一)文字作品；(二)口述作品；(三)音樂、戲劇、曲藝、舞蹈、雜技藝術作品；(四)美術、建築作品；(五)攝影作品；(六)電影作品和以類似攝製電影的方法創作的作品；(七)工程設計圖、產品設計圖、地圖、示意圖等圖形作品和模型作品；(八)計算器軟體；(九)法律、行政法規規定的其他作品。」本條規定作品的範圍，至於作品的定義，可參見中華人民共和國著作權法實施條例第 2 條「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」。

然而並非各式各樣的智力成果均受著作權法的保護。學者進一步提出三項要件：第一、作品必須是人類的智力成果；第二、作品必須是能夠被他人客觀感知的外在表達；第三、作品必須具有獨創性。<sup>64</sup>重視作品獨創性的要件，是基於尊重作者之精神權利，認為著作權法保護的著作須兼具質、量的要求。沒有一定創作性的作品，無助於社會之進步、文化之發展，則無需賦予著作權法之保護，給予其壟斷的權利。<sup>65</sup>

至於獨創性之內涵，立法並無相關規定。在司法實務中首次以獨創性此一要件來判斷作品是否受著作權法之保護者，為廣西廣播電視報社訴廣西煤炭工人報社案。本案案例事實為：廣西廣播電視報社(原告)與中國電視報社、廣西電視臺達成協議，由廣西廣播電視報刊登中央電視台、廣西電視台的電視節目預告表。廣西煤炭工人報社(被告)未經廣西廣播電視報社同意，擅自刊登前述兩家電視臺的電視節目預告表。原告遂起訴要求被告停止刊登行為，並請求損害賠償。二審法院認為電視節目預告表不具有獨創性，不受著作權法之保護。但原告製作電視節目預告表花費大量複雜的技術性勞動，就其勞動成果應享有一定的民事權利。遂判決被告停止刊登及賠償原告之損失。<sup>66</sup>

---

<sup>62</sup> 原文：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、美術又は音樂の範圍に屬するものをいう 譯文參考智慧財產局世界主要著作權法規 [http://www.tipo.gov.tw/ch/Download\\_DownloadPage.aspx?Path=3670&UID=9&ClsID=35&ClsTwoID=261&ClsThreeID=407&Keyword=](http://www.tipo.gov.tw/ch/Download_DownloadPage.aspx?Path=3670&UID=9&ClsID=35&ClsTwoID=261&ClsThreeID=407&Keyword=) 最後瀏覽日: 2010 年 1 月 10 日。

<sup>63</sup> 蕭雄淋，論著作權客體之原創性，收錄於著作權法研究(一)，頁 77，自版，1989 年再版。

<sup>64</sup> 王遷，同註 59，頁 6、7。

<sup>65</sup> 周曉冰，著作權法適用與審判實務，頁 22、23，中國法制出版社，2008 年 7 月

<sup>66</sup> 任自力、曹文澤編著，同註 54，頁 2。

終審法院肯定了原告在製作電視節目預告表過程中之創造性勞動，但否定電視節目預告表的獨創性。學者認為法院所採的獨創性判準顯不同於英國「額頭上的汗水原則」，也未達德國「創作高度」的嚴格標準，較近似於美國的「最低限度創造性」。<sup>67</sup>

然而法院在判決中並未明確定義獨創性之內涵，論者遂進一步闡述獨創性之意義。「獨創性」也稱「原創性」<sup>68</sup>或「初創性」<sup>69</sup>。有謂獨創性是指，作者獨立創作、獨立構思的產物，非對於既有作品的抄襲。是否具備獨創性，應看作者是否付出創造性勞動。<sup>70</sup>

亦有謂獨創性是指，作品是由作者獨立創作而來，非出自抄襲；且作品體現了作者的精神勞動和智力判斷，而非僅材料的匯集。<sup>71</sup>

亦有論者進一步將獨創性分為「獨」與「創」兩方面來探討。「獨」是指獨立創作、源於本人。作品在兩種情況可以符合「獨」的要求。第一、從無到有進行創作。作品即使碰巧與他人一模一樣，只要是獨立努力的結果，即可符合此要件。第二、以他人既有作品為基礎進行再創作。在前人作品的基礎上進行創作，只要由此產生之作品與原作品間存在著可被客觀識別的、非太過細微之差異，則該差異部分仍可符合此一要件。<sup>72</sup>「創」則係指作品達到一定程度的「智力創作性」，即達到一定的創作高度。「獨」是種「有和無」的判斷，係對於「量」的判斷；「創」則是「高和低」的判斷，係對於「質」的要求。「獨」與「創」兩要件對於構成受著作權法保護的作品是缺一不可的。<sup>73</sup>

#### 四、小結

前述各國立法例中，英國採取的門檻最低、保護範圍也最廣。此乃與其立法目的有關，其目的在於透過著作權法，保護作者之經濟權利，以刺激人們對於創作之投資，並進而促進新作品的產生和傳播。因此著作權法保護的對象自然包含透過智力創造的勞動、憑藉技巧從事的活動甚至是勞力直接產生的能夠被複製的結果。<sup>74</sup>然而此一原則並不要求智力創作，實抵觸了伯恩公約，蓋伯恩公約第二條第一項規定保護作者的智力創作(intellectual creations)，暗示著受著作權法保護的作品必須是作者的智力創作，單純勞力成果不足以取得著作權。正因如此，

---

<sup>67</sup> 任自力、曹文澤編著，同註 54，頁 2。

<sup>68</sup> 李明德、許超，著作權法，頁 28，法律出版社，2009 年。王遷，同註 59，頁 8。

<sup>69</sup> 周曉冰，同註 65，頁 23。唐德華、孫秀君主編，著作權法及配套規定新釋新解，頁 37，人民法院出版社，2003 年。

<sup>70</sup> 周曉冰，同註 65，頁 23。唐德華、孫秀君主編，同註 69。

<sup>71</sup> 李明德、許超，同註 68。

<sup>72</sup> 王遷，同註 59，頁 8、9。

<sup>73</sup> 王遷，同註 59，頁 14。

<sup>74</sup> 任自力、曹文澤編著，同註 54，頁 4。

堅守「額頭上的汗水原則」的國家極少。隨著英國加入歐盟，著作權立法上與歐盟接軌，英國漸漸出現了放棄此一原則之趨勢。<sup>75</sup>

各國就原創性的門檻高低各異，對於著作權法的保護範圍亦有寬窄之別。此或可追本溯源至法系的不同。世界各國的著作權法系統約略可分為著作權法系(copyright system)(如英國、美國)及著作人法系(author's right system)(如德國)。前者務實而功利，著重於著作的商業經濟價值，只要非抄襲剽竊且具最低程度之創意，即符合著作之要件。後者則強調著作之精神創造作用，重視著作之個性表達，因此認定著作之門檻較高(除小銅幣理論外)。<sup>76</sup>加入歐盟之後，歐盟制定指令企圖弭平此一差異，雖然指令僅針對資料庫、電腦軟體，但在這兩類著作類型上，歐盟採取折衷於英國、德國間之標準，某程度上至少縮短鴻溝之差距。

日本及中國大陸皆僅要求獨立創作、獨立構思，具最低程度的創意，不求達到如同德國之高創作門檻。

## 肆、我國法

### 一、立法沿革

大清著作權律第1條「凡稱著作物而專有重製之利益者曰著作權。稱著作物者文藝、圖畫、帖本、照片、雕刻、模型等是。」<sup>77</sup>本條定義著作權及著作物範圍。但未進一步闡釋著作之要件。

民國17年制定之著作權法第19條「就他人之著作闡發新理，或以與原著作物不同之技術製成美術品者，均得視為著作人，享有著作權。」民國33年修正刪除該規定。有學者認為依該條規定，間接承認為著作權標的之著作物必須具備原創性。<sup>78</sup>

民國74年修正後，現行法第3條第1款「著作：指屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作。」條文明定著作的類型，修法理由進一步闡釋著作的定義「著作，指著作人運用自己之智慧、技巧，將屬於文學、科技、藝術或其他學術範圍之創作，以自己之方法表現著作內容，使他人得以感官之反應，覺察其存在。」<sup>79</sup>觀其文字用語「智慧、技巧」，似認為著作必須符合智力創作，僅單純勞力成果還不足以構成著作；「自己之方法」似認為著作必須是作者本身獨立創作。

---

<sup>75</sup> 王遷，同註59，頁13。

<sup>76</sup> 許忠信，同註52，頁172。李明德、黃暉、關文軍，同註41，頁137、138。

<sup>77</sup> 泰瑞玠，著作權律釋義，頁8，上海商務印書館，1914年再版。

<sup>78</sup> 蕭雄淋，著作權法研究(一)，頁87，自版，1989年再版。

<sup>79</sup> 立法院秘書處，~著作權法案~法律案專輯第八十二輯內政(二十三)，頁5，立法院，1985年。

## 二、原創性意義

著作權法保護之著作，必須具有原創性。原創性為受著作權法保護的要件之一，然而條文並未定義原創性，因此學說實務有如百花爭鳴，紛紛著書立作闡述原創性之定義。

### (一) 學說

#### 1、原創性

原創性此一字詞譯自英美法系的 originality，originality 有廣狹兩義，廣義者包含獨立創造(independent creation)及創作性(creativity)；狹義者則單指獨立創造(independent creation)。美國權威學者 Nimmer 及 Patry 在論述時均先概述原創性，再區分原始性及創作性討論。那我國學者是如何定義原創性呢？

有學者謂「著作權所需之原創性，僅獨立創作即可(independent creation)，而不需具備新奇性。著作並不因其與前人著作有本質上之類似(substantially similar)且不具備新奇性而被拒絕著作權之保護。原創性僅著作人獨立創作、非抄襲自他人著作即可。」<sup>80</sup>觀其文之用語謂原創性僅獨立創作即為已足，似採取狹義解釋將原創性限縮於獨立創作此一概念。亦有提出著作權要件「第一、原創性：係指由作者自行創作而未抄襲或複製他人的著作，如果未抄襲他人著作，而創作的結果恰巧與他人的著作雷同，仍不失為原創性。第二、人類精神上創作。第三、具有一定之表現形式。第四、足以表現出作者的個性或獨特性：雖是人類精神上的表現，但是如果未能達到足以表現作者的個性或獨特性…由於欠缺創作性，並無以著作權法保護的必要。」<sup>81</sup>其認為受著作權法所保護的著作必須符合前述四項要件，其將原創性與創作性並列為兩要件，顯可知悉其對原創性採取限縮的狹義解釋。

亦有採取廣義解釋者，將原創性列為獨立創作及創作性之上位概念。有謂「原創性，係為著作人所原創，且至少具有少量創作性」<sup>82</sup>也有學者參考美國法見解，對於原創性之概念採取廣義解釋，認為原創性包含原始性及創作性。<sup>83</sup>或從學者列出的著作權保護要件(一、具有原創性；二、係屬客觀上之表達；三、為文學、科學、藝術或其他學術範圍內之著作；四、非不得為著作權標的之著作)可以知悉，其就原創性採取廣義解釋。<sup>84</sup>

然無論是狹義的原創性概念或廣義的原創性概念，僅是用語上之爭論，重點

<sup>80</sup> 蕭雄淋，新著作權法逐條釋義(一)，頁 22、23，五南圖書出版公司，2001 年第 2 版。

<sup>81</sup> 謝銘洋，論著作名稱的保護，法令月刊，50 卷第 7 期，頁 3，1999 年 7 月。

<sup>82</sup> 蔡明誠，同註 55，頁 182、183。然值得注意的是，其文建議宜將創造性從原創性概念獨立出來。

<sup>83</sup> 羅明通，同註 51，頁 164。

<sup>84</sup> 馮達發，著作權原創性要件之檢討，頁 45，萬國法律，2004 年 2 月。

應在於析究其內涵。本文從 Nimmer 學者之看法，將原創性作為一上位概念，以下細部討論獨立創作及創造性之意義。

## 2、獨立創作

學者認為獨立創作有兩層意涵<sup>85</sup>：第一層、著作是著作人從無到有，從未接觸他人著作，獨立創作所得。縱使創作成果恰巧與他人著作雷同，仍不失為獨立創作。<sup>86</sup>第二層、著作人接觸並參考他人著作，以他人著作為基礎，再進行創作。創作後著作與先前著作有客觀上可識別之差異，則改作的作品有創意的部分仍為獨立創作。因為人類思想感情往往受前人影響，以過去的文化為基礎創作出新的思想。換言之，著作無須達到前無古人之地步，僅依社會通念，並非改竄、剽竊、模仿，作成新的獨立著作即可。<sup>87</sup>但必須限於獨力完成的創作行為始足當之。倘若僅提供作者創作資料、諮詢意見或提供繕寫打字等，均非獨立創作。<sup>88</sup>

## 3、創作性

有學者參考美國法之見解，採取較低度的門檻。認為著作僅具有微量程度之創意即為已足，創作性意指作品係基於人格之精神作用，表達著作人內心之思想或感情，而具有最低程度之創意，足以顯示著作人之個性者。<sup>89</sup>

有學者對於前述寬鬆的解釋提出批判。因為著作權法之目的在促進國家文化之發展，著作權之授予為達成目的之手段。基於刑法之放射效力，著作權保護要件應從嚴解釋，不得恣意擴張。為避免阻礙「促進國家文化發展」之終極目的，著作權之授予不得過度浮濫。故創作性應該具備一定的創作高度。<sup>90</sup>此見解似較傾向德國的嚴格標準。

亦有學者提出「足以表現出作者的個別性或獨特性」，倘若僅單純依日期、案號排列之判決集或依字母、筆畫順序排列之名錄、電話號碼，均因欠缺創作性，不受著作權法保護。以避免著作權法保護範圍過於浮濫。<sup>91</sup>觀其文字，仍無法判斷作者所採的標準為何，蓋按照字母、筆畫順序排列之名錄、電話號碼簿，在美國的最低創作性門檻或是德國的創作高度，均不受保護。

### (二) 實務

#### 1、函釋：

就原創性意義，經濟部智慧財產局採取狹義解釋，將原創性意義限縮於獨立

---

<sup>85</sup> 羅明通，同註 51，頁 156。

<sup>86</sup> 謝銘洋，同註 81，頁 3，1999 年 7 月。

<sup>87</sup> 蕭雄淋，新著作權法逐條釋義(一)，頁 23，五南圖書出版股份有限公司，2001 年第 2 版。

<sup>88</sup> 蔡明誠，同註 55，頁 188。

<sup>89</sup> 羅明通，同註 51，頁 158。

<sup>90</sup> 馮達發，同註 84，頁 48。

<sup>91</sup> 謝銘洋，同註 81，頁 4。

創作，並列原創性與創作性為著作保護要件。中華民國 97 年 09 月 18 日智著字第 09700081070 號「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 2 項要件。」<sup>92</sup>

經濟部智慧財產局中華民國 90 年 09 月 10 日智著字第 0900008111 號解釋令函<sup>93</sup>明確闡述獨立創作概念「只須依社會通念系獨立創作即可，是以縱使與他人著作相似或雷同，如非抄襲他人的著作，而系出於各人個別獨立創作之結果者，各人就其著作均享有著作權，無侵害他人著作權之問題。」

至於創作性程度如何，智慧財產局均採最低創作性、最起碼創作之創意高度。中華民國 98 年 02 月 05 日智著字第 09800008560 號「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」，惟所需創作高度究竟為何，本局認為應採最低創作性、最起碼創作之創意高度(或稱美學不歧視原則)，但目前司法實務上相關意見則相當分歧，並無一致之判斷標準。」<sup>94</sup>雖指出作品必須符合一定之「創作高度」，採取德國嚴格標準之用語，然觀其文脈絡，可以得知其係採美國最低創作性的低門檻。

侵權訴訟中，舉證責任由誰承擔，中華民國 99 年 12 月 10 日智著字第 09900120640 號明確指出「著作權係屬私權，著作權人對其權利之存在應自負舉證責任。」<sup>95</sup>

## 2、 判決

實務肯認著作權之原創性有別於專利權之新穎性。「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（最高法院 89 年度臺上字第 2787 號民事判決參照）」<sup>96</sup>此係因著作權法及專利法立法本旨差異所導致，著作權法著重保護人類思想之表達，僅著作人獨立創作且具最低程度的創意即為已足。而專利法立法目的在鼓勵技術創新，促進產業進步。促使技術早日公開，避免重複研發之浪費。

---

<sup>92</sup> 經濟部智慧財產局網站，最後瀏覽日:2011 年 1 月 11 日。  
[http://www.tipo.gov.tw/ch/Enactment\\_LMExplainList.aspx](http://www.tipo.gov.tw/ch/Enactment_LMExplainList.aspx) 相同見解如：中華民國 99 年 04 月 27 日智著字第 09900036440 號、中華民國 99 年 11 月 25 日智著字第 09900114870 號。

<sup>94</sup> 相同見解如：中華民國 99 年 04 月 27 日智著字第 09900036440 號、中華民國 97 年 09 月 08 日智著字第 09700078680 號、中華民國 97 年 06 月 11 日智著字第 09700051020 號、中華民國 96 年 11 月 02 日智著字第 09600096120 號、中華民國 96 年 06 月 14 日智著字第 09600052950 號、中華民國 95 年 12 月 21 日智著字第 09500121490 號、中華民國 95 年 10 月 27 日智著字第 09500100570 號、中華民國 95 年 07 月 28 日智著字第 09500070820 號。

<sup>95</sup> 相同見解可參中華民國 99 年 09 月 30 日智著字第 09900096750 號。

<sup>96</sup> 相關判決如智慧財產法院 98 年民著訴字第 18 號民事判決，智慧財產法院 98 年民著訴字第 2 號民事判決，最高法院 90 年度臺上字第 2945 刑事判決，臺灣臺北地方法院 97 年智字第 20 號民事判決，臺灣臺北地方法院 93 年度智更(一)字第 1 號民事判決等。

再者，是否具有原創性，可否以著作權登記資料佐證？我國現行著作權法第 10 條之規定係採創作保護主義，即著作人於著作完成時即享有著作權。因此，如符合著作權保護之要件，無須申請著作權登記或註冊，即可自動受本法保護。登記或註冊僅為存證之性質而已，不能以著作權登記作為著作原創性之證明。<sup>97</sup>

實務對於原創性之意義係採取廣義解釋，認為原創性包含原始性及創作性兩意涵。<sup>98</sup>所謂原始性，實務毫無異議一致認為「該作品為創作人獨立完成，非抄襲、複製或模仿他人作品，所著重者乃著作人創作的獨立性。縱使與前人作品相似雷同，只要確係獨立創作、構思，亦屬無妨。但倘若接觸參考他人先前之著作，並進而抄襲而完成之作品即非屬獨立創作。」<sup>99</sup>

至於創作性之門檻為何，有採取美國最小限度創意性之用語，「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。依此，不論是大師作品，抑或是小兒塗鴉，只要是著作人獨立完成，且足以表現著作個性或獨特性之程度，均得為著作權法所保護之著作。」<sup>100</sup>然而其又要求「足以表現作品之個性或獨特性」方符合創意性之門檻。究指美國之低門檻亦或德國之高標準？

多數判決未提及最小限度創意性之用語，認為創作性係指「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。」<sup>101</sup>或謂「並不必要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，足以表現著作人之個性為已足。」<sup>102</sup>甚至有判決謂「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」<sup>103</sup>

### 三、小結

---

<sup>97</sup> 相關判決可參最高法院 99 年臺上字第 50 號刑事判決，最高法院 99 年臺上字第 3472 號刑事判決等。

<sup>98</sup> 相關判決可參智慧財產法院 99 年度民著上更字第 2 號民事判決、最高法院 99 年度台上字第 225 號民事判決、智慧財產法院 98 年度民著訴字第 40 號民事判決、智慧財產法院 98 年度民著上字第 11 號民事判決、智慧財產法院 98 年度民著上字第 7 號民事判決等。

<sup>99</sup> 相關判決可參最高法院 99 年度臺上字第 225 號刑事判決，最高法院 97 年臺上字第 3914 號刑事判決，最高法院 97 年臺上字第 1587 號刑事判決等。

<sup>100</sup> 相關判決可參智慧財產法院 98 年度刑智上易字第 98 號刑事判決，智慧財產法院 98 年度刑智上更(一)字第 17 號刑事判決；臺灣高等法院 94 年訴字第 42 號民事判決則以「最低創作性」「最起碼創作性之字眼」。

<sup>101</sup> 相關判決可參智慧財產法院 98 年度民著上字第 8 號民事判決，智慧財產法院 98 年度民著上字第 26 號民事判決，智慧財產法院 98 年度民著上字第 25 號民事判決，智慧財產法院 98 年度民著訴字第 41 號民事判決。

<sup>102</sup> 智慧財產法院 99 年度民著上更字第 2 號民事判決。

<sup>103</sup> 最高法院 98 年度台上字第 1198 號刑事判決。

多數學說對於創作性之看法，採取如同美國之見解，僅最小限度之創意即為已足。而實務見解則較分歧，雖有採最小限度之創意，然多數實務見解認為著作必須表現作者之個性、獨特性方受著作權法之保護，顯高於美國之標準，但觀其案例事實似未達德國的創作高度。

## 伍、 實務案例研究：商品使用說明書之原創性<sup>104</sup>

### 一、 問題源起

在現今競爭激烈的消費時代，企業主為吸引買氣，無不絞盡腦汁製作眩人耳目的精美商品目錄、型錄、文宣，說明商品功能、特性、型號、使用方式等或附加照片圖片，企圖使出渾身解數以吸引消費者目光。然而使用手冊、商品說明書是否受著作權法保護？

筆者輸入相關關鍵詞，發覺產品使用說明書、商品型錄之著作權侵權案件層出不窮。為釐清實務見解針對產品使用說明書、商品型錄之原創性看法，期許後創作人能知悉原創性之界線，避免誤觸侵權之地雷，本文做了以下分類，先畫出沒有原創性的區塊後，再就有原創性的區塊分析其要素，可以得知倘若產品使用說明書、商品型錄除文字解說、單純附加照片外還繪有插圖解說；產品非唾手可得之產品；非單純逐字逐句翻譯外文說明書者，實務可能傾向肯認著作之原創性。最後闡述本文對於前述實務見解之看法。

### 二、 實務見解

#### (一) 無原創性

原創性此一要件之敘述實屬模糊不確定，實務在具體個案操作上常採用負面判斷之方式，倘若著作僅單純就物理作用或事實描述時，則因不含有著作人的精神產物，非其主觀上精神、智慧、文化、創意之表示，據此否認著作之原創性<sup>105</sup>

實務見解認為，倘若僅單純描述產品之使用方法或用途、特性，其著作所表彰之精神作用之程度，均不足以表現出創作者之個性與獨特性，難認已達應給予排他性著作權保護之必要。以下摘錄幾則實務判決<sup>106</sup>

---

<sup>104</sup> 筆者以(使用+說明)&原創&著作為檢索字詞，檢索年代：最高法院，85年起之案件。臺灣高等法院及其分院，89年起之案件。智慧財產法院，97年起之案件。地方法院，89年起之案件。最後瀏覽日:2010年11月14日。

<sup>105</sup> 馮達發，同註84，頁46。

<sup>106</sup> 相關判決尚有：臺灣高等法院高雄分院91年上易字505號刑事判決在討論「直升機造型芳香劑容器盒」有無原創性時，並進一步做利益衡量「某類商業行為中業已慣行使用之語詞或說明，因不具備些微創造力，



### 1. 最高法院 98 年台非字 183 號刑事判決

事實摘要：甲公司販賣化妝產品，製作該化妝產品型錄，型錄中有產品的使用方式及照片。乙架設網站販賣該產品，擅自刊登甲型錄中之照片、文字。甲起訴乙侵害其著作權。

判決要旨：型錄上之文字，如『〔適用膚質〕混合／油性膚質〔使用方法〕取適量，在濕潤的臉頸部輕輕揉出泡沫，將彩妝及污垢溶解，再以清水洗淨』、『〔適用膚質〕中／油性膚質〔使用方法〕取適量在臉頸部輕輕打圈按摩，將彩妝及污垢溶解，再以妝棉、化妝紙拭淨或以清水洗淨』、『〔使用方法〕濕潤皮膚後，以手塗抹潔容玉二至三次，並用兩手搓揉出泡沫後，塗於臉部，按摩肌膚約一分鐘，最後再用大量清水沖洗乾淨，並用 PH 僅系就所欲出售之產品之使用方式、爽膚水爽膚』、『〔適用膚質〕中／幹性皮膚〔使用方法〕以潔面產品洗臉後，以化妝棉沾取輕輕拍拭於臉頸肌膚』、『〔適用膚質〕混合／油性膚質〔使用方法〕以潔面產品洗臉後，使用之前先搖晃均勻，再以化妝棉沾取輕輕拍於臉頸肌膚』…不足以表現出創作者之個性與獨特性。型錄上之照片，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，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，殊難認為上開系爭照片，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，亦難認屬受著作權保護之創作。

### 2. 臺灣高等法院台中分院 97 年重上更(四)字 22 號刑事判決

事實摘要：甲製造生產仙芝柔去疤精華露、豐胸貼片，將銷售權授予乙，丙未經同意復行製作該產品並重製上開產品製造說明書附於產品上，再銷售。

判決要旨：著作必須具有「原創性」始受著作權法之保護，所謂之原創性，係指一作品為著作人之獨立創作，並足以表達創作者之情感或思想而言…仙芝柔去疤精華露說明書所載者系『化妝品之功效、成份及使用之方法』，而 DNA 豐胸貼片之外包裝亦僅載明使用方法，及繪有女性之胸部圖片，核其內容僅單純敘述物品之功能，即依女人胸部之形狀繪製圖片，並無任何有關著作者情感或思想之抒發。丙雖有擅自重製之行為，亦無違反著作權法之犯行。

### 3. 臺灣高等法院台中分院 90 年上易字 1274 號刑事判決

---

亦應認不足以表現作者之個性或獨特性，無受著作權法保護之必要。俾使一般公眾在使用文字時，不至動輒得咎，並免損及公共利益，以利國家文化之發展」。臺灣板橋地方法院 93 年板簡字 2043 號民事判決針對濾油棉網安裝方法說明書是否享有語文著作、美術著作之著作權做出判斷。

事實摘要：甲出售 A B S H A P E R 美腹健身器，並製作「操作手冊」及「示範錄影帶」。乙為出售與前開產品相似之相似之美腹健身器，未經甲同意擅自複製前開操作手冊附於其產品內。

判決要旨：本件告訴人所主張之操作手冊，依其內容可分為「如何組裝及收回健身器、有關健身器操作方式之說明、運動前後應作暖身、緩和運動及一些安全上之應注意事項」，該手冊中雖另有加註「N o t e」及「R e m e m b e r」兩項，惟該等加註，僅係提醒使用者「應注意調整正確之姿勢、身體兩邊要作等量之運動、應如何配合呼吸以達到最佳之效果」，核屬健身器之操作方法及一般之運動原理暨應行注意事項，並無「原創性」

#### 4. 臺灣高等法院台南分院 93 年上訴字 917 號刑事判決

事實摘要：甲就「防鏽潤滑劑用途及用法」之八個圖案及其文字說明於民國八十四年十一月八日著作完成取得著作權，並獲內政部核准為著作權登記。乙所出品之 K S — 1 0 0 防鏽潤滑劑鐵罐外表有五個與甲相同的圖樣及文字說明。然而甲與美商丙所銷售之 M O L Y K O T E 潤滑劑之商品型錄圖形相同，且丙型錄在民國 81 年之前即已存在。

判決要旨：就圖形部分，現行著作權法關於著作權採創作主義不採登記主義。依（八十七年一月二十一日）修正前著作權法第七十四條規定，著作人或著作權人固得向主管機關內政部申請為著作人、著作權人等登記，但此種登記僅有存證之作用，尚無推定之效力。因此著作物是否享有著作權仍應端視其是否著作權法第 3 第 1 項第 3 款所稱之著作。本案甲所稱於八十四年十一月八日著作完成取得著作權之前，前開圖形著作已經他人完成創作取得著作權，甲所示之圖作著作既不具原創性，自不得享有前開圖形著作之著作權，應堪認定。就文字部分，所謂「創作」係指人將其內心思想、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，而「個別獨具之創意」即所謂之「原創性」、或「獨創性」。易言之，「語文著作」須符合「著作」之規定方可。商業產品之使用說明，如其內容之說明符合上述著作之定義，固非不得作為語文著作之標的。然經核前開單純用以說明商品用途之「開動濕馬達」、「滲透除鏽」、「解除凍結旋轉開關」、「清潔及潤滑軸承」、「生產機械清潔潤滑」、「消除絞鏈雜聲」等文字內容，僅係一般常見之文字說明，已難謂具有表達語文著作之創作性，充其量僅屬表達物品之名稱、功用等，應非屬著作權法所定「著作」之保護範圍。

#### 5. 臺灣臺北地方法院 90 年自字 782 號刑事判決

事實摘要：甲架設義大利生活館網站，由其受僱人製作產品型錄。乙未經甲同意，重製前開產品型錄張貼於自己的網站。

判決要旨：就文字方面，『正宗義大利快鍋，義大利 L a g o s t i n a 原

廠原裝進口』、『只用四分之一時間就可以煮出上等的料理』、『真正十八—十最高級不銹鋼打造，鍋身一體成型』、『內合式軟鋼鍋蓋』、『雙安全栓與安全棒阻斷開蓋設計』、『外科手術刀材質耐強酸域，具備保有食物原味和不揮發制癌物質之特性』、『專利鋁鋼複合底，利用鋁傳熱快的特性，以義大利電鍍技術將鋁緊密地與不銹鋼底相黏，這樣一來，鍋子本身便能同時保有不銹鋼鍋面健康不致癌與鋁質鍋底傳熱快的功能』等文字內容，或為表示自訴人所代理「樂鍋」商品之產地來源，或表示該商品之材質構造、外觀及特性，或為該商品功能之描述，經核均屬單純性描述而非撰寫者主觀上精神、智慧、文化及創意之表示，無法表現該著作人性格之個性及獨特性。就攝影或美術方面，著作權法之精神，在於保護具原創性之著作，故本款之攝影著作，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。因該圖樣僅係將「樂鍋」商品之實物加以照相後再以電腦技術附加 L a g o s t i n a 等字樣並加以部分處理，業據證人乙○○證述在卷（見本院九十一年九月三十日審判筆錄），本院再就該圖樣與「樂鍋」商品之實物照片加以對照後，發現該圖樣與實物並無太大之差異或不同，此就自訴人所提出之該圖樣及被證六之廣告型錄對照後自明，本院因認該圖樣不過為「樂鍋」商品實物原貌之呈現，並不具有美術著作之以美感為特徵而表現思想或感情之創作之特色，且無法表明著作人之個性及獨特性，亦不屬於著作權法上所謂之美術著作，自不受著作權法之保護。

## (一) 有原創性

### 1. 產品之說明書圖文並茂

倘若系爭產品之說明書非僅單純文字敘述，而附有插圖解說，實務可能肯認該著作之原創性，認為所含有的人類精神作用程度尚非甚低，足以表現出作者之個性及獨特性，具備創作性。<sup>107</sup>

#### (1) 臺灣高等法院台中分院 96 年訴易字 33 號民事判決

<sup>107</sup> 相關判決尚有：智慧財產法院 97 年民著訴字第 11 號民事判決所判斷者為 canus 產品說明書之原創性，「系爭說明手冊其內容為以文字及圖片介紹系爭肯拿士 CANUS 產品，包括「關於 CANUS 肯拿士山羊奶」、「關於山羊的品種」、「Prize 最高品質的堅持得到世界的肯定」、製程圖示、「原廠聲明啟事」、「Q&A 問答集」、各系列產品介紹、「Vip 會員資格及權益」、「Return 退貨須知」、「Where to buy 哪裡買?!」、「E Shop」、「information」等文字及圖片，法院認為其在思想或感情上之表現且有一定之表現形式等要件外，所含有的人類精神作用程度尚非甚低，實足以表現出作者之個性及獨特性，具備創作性，應認其具有「創作高度」，而受著作權法之保護。臺灣板橋地方法院 88 年重訴字 73 號民事判決認為：「CDS 皮帶輪對心、對正技術」說明書中，利用雷射對心儀、對正儀檢視皮帶與輪軸之徑向或軸向偏擺角度以達調校之目的部分，固具有普遍性（generality），為得以模仿之抽象構想，然其結合圖文說明如何運用雷射對心儀、對正儀之雷射光束檢視皮帶與輪軸之位置及角度，為調校補償步驟之描述，則有特殊性（specificity），乃為成就該目的所擇用之一種非必然方法，係前開構想之具體表達方式，不得加以抄襲。臺灣高雄地方法院 90 年自字 208 號刑事判決、臺灣高雄地方法院 89 年訴字 2746 號刑事判決「『發財金使用方法圖文』，固在表示一種使用之方法，然於自訴人創作前該使用之方法並未以書面形式流通，僅系口耳相傳，自訴人將語言流傳之方法繪製成書面，以圖文並茂之方式展現發財金之使用方法，此種創作亦具有原創性及獨特性而受著作權法之保障。」

事實摘要：甲乙原共同合夥銷售寢具，拆夥後甲未經乙同意，將乙先前所製作的「防塵床墊套的使用方法」圖形改作後放置於網站上。

判決要旨：所謂原創性，其內涵包括「原始性」及「創意性」，原始性係指著作為著作人所原始獨立完成且未抄襲或模仿他人之著作而言，所著重者乃著作人創作之獨立性，而所謂創意性，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。依此，不論是大師作品，抑或是小兒塗鴉，只要是著作人獨立完成，且足以表現著作個性或獨特性之程度，均得為著作權法所保護之著作。系爭『防塵床墊套的使用方法』圖形，為一使用方法說明圖，該說明圖之內容所呈現者，主要在於表現用以套置防 床墊時，床墊、床墊套、使用者等之情形，以供使用者於套置防 床墊套時能明白清楚的知道正確之套置方法，依上開說明，自具有原創性，而得為著作權保護物件。

### (2)臺灣高等法院台中分院 95 年重上更(三)字 178 號刑事判決

事實摘要：甲為阿姆斯特壯太空漫步機之專利權人，甲與乙訂立合作契約由乙負責生產該產品、與丙簽合作契約由丙負責代理。丙見產品有利可圖違背契約，自行向乙下單、另闢銷售管道。為順利銷售產品，乃重製甲之產品使用說明書。

判決要旨：產品使用說明書，內含系爭商品之機體及運動健康小常識、運動對人體的影響、有氧漫步機功能圖、有氧漫步機效能圖、有氧漫步機注意事項、有氧漫步機組裝圖等，使用人得依據該說明，迅速熟悉產品之操作，自系對於該內容以其個人學識經驗及認知所精心設計之作品，且為使消費者熟習並充分瞭解上揭有氧漫步機產品之功能而編寫之著作，並非對於一般漫步機之通用說明，自具有原創性，而應受著作權法之保護。

### (3)臺灣高等法院台中分院 95 年上訴字 396 號刑事判決

事實摘要：甲擁有 KENWOOD 無線電收發兩用機、無線電收發兩用機用機座、電池、充電器之商標權。乙為圖謀利益自大陸進口零件，自行組裝成品，並貼上 KENWOOD 之標籤並附加甲之使用說明書。

判決要旨：系爭無線電收發兩用機、無線電收發兩用機用機座、電池、電池充電器之使用說明書，內含系爭商品之機體及配件圖形表解並輔以文字說明，且其內容分為開箱及裝置檢查、準備工作、熟悉本機（含各機型）、協助工具（超時計時器、電池蓄電、電池不足警告、監聽、靜談或數碼式靜談）、選購附件、故障處理指南、頻率表等專案（簡體字等各國字體），使用人得依據該說明，迅速熟悉產品之操作，自系告訴人對於該內容以其個人學識經驗及認知所精心設計之作品，且為使消費者熟習並充分瞭解上揭對講機產品之功能而編寫之著作，並非對於一般無線電對講機之通用說明，自具有原創性，而應受著作權法之保護。

#### (4)臺灣高等法院台南分院 92 年智上字 4 號民事判決

事實摘要：甲販售「金字塔宇宙能量水機」淨水器，並製作使用說明書（含圖形著作、文字著作及編排著作）。乙買入三十五台之「金字塔宇宙能量水機」淨水器後，未經甲之同意或授權，即連續擅自改作前揭說明書，用於其生產銷售之高波動宇宙能量礦活水機。

判決要旨：產品「說明書」係以文字及圖形表達該產品之性質、特徵，並提示消費者有關產品之裝置、配線、功能及使用方法等，如具有原始性與創意性，仍應受著作權法所保護。按本件上訴人嘉賓公司所創作「金字塔宇宙能量水機」之使用說明書，不僅以文字詳加描述該產品之性能、安裝順序、使用方式及特殊情況之解決方法，並且輔以簡要線條繪製機體之全部或部分平面圖形，以表明逐項安裝或拆解動作（見臺灣臺南地方法院檢察署八十九年度偵字第三八四八號偵查卷第十一至三八頁）；另「更換陶瓷濾心圖形」貼紙，則詳細表示更換濾心應注意事項，並以簡要圖形輔佐說明；均足以充分顯現作者所投注之勞力與心力，且該飲水機並非一般市面常見之家用品或存有與之同類型之產品，是以該說明書並非僅就通用商品之共通特徵、使用方法等作單純之描述，而係足以彰顯作者所欲表達該項產品之特殊功能，揆諸前揭說明，應可認定上訴人嘉賓公司之上開著作已具備原創性，而為受著作權法保護之客體。

#### 2. 非一般通用產品之使用說明書

與環保書套<sup>108</sup>、高真空保鮮容器<sup>109</sup>、美眼貼眼瞼美容膠帶<sup>110</sup>、隱形眼鏡保養液<sup>111</sup>、去疤精華露及豐胸貼片<sup>112</sup>、防銹潤滑劑<sup>113</sup>、排油煙機濾油網<sup>114</sup>、直升機造型芳香劑容器盒<sup>115</sup>、染髮劑<sup>116</sup>、快鍋<sup>117</sup>、雙眼皮透氣貼布<sup>118</sup>、濾油棉網<sup>119</sup>及魚裙<sup>120</sup>等日常生活中隨手可得之產品相較，非一般通用產品說明書之原創性較易獲得法院之肯定及青睞。判決常使用「某產品具有專業性，若非專業人士實無法做出之…之說明，具有原創性。」、「非對於一般器械之通用說明，尚難認無原創性。」

<sup>108</sup>臺灣臺南地方法院民事判決 93 年度智字第 40 號。

<sup>109</sup>最高法院 89 年台上字第 2767 號民事判決。

<sup>110</sup>臺灣高等法院 89 年度上更第 247 號民事判決。

<sup>111</sup>最高法院 95 年台上字第 684 號刑事判決。

<sup>112</sup>臺灣高等法院臺中分院 97 年重上更(四)字第 22 號刑事判決。

<sup>113</sup>臺灣高等法院臺南分院 93 年上訴字第 917 號刑事判決。

<sup>114</sup>臺灣高等法院臺南分院 89 年度上訴字第 76 號刑事判決。

<sup>115</sup>臺灣高等法院高雄分院 91 年上易字第 505 號刑事判決。

<sup>116</sup>臺灣板橋地方法院 93 年智字第 34 號民事判決。

<sup>117</sup>臺灣台北地方法院 90 年自字第 782 號刑事判決。

<sup>118</sup>臺灣士林地方法院 85 再字第 1 號刑事判決。

<sup>119</sup>臺灣板橋地方法院 93 年板簡字第 2043 號民事判決。

<sup>120</sup>臺灣高等法院臺南分院 93 年上訴字第 437 號刑事判決。

等字眼。<sup>121</sup>

(1) 智慧財產法院 98 年民著訴字第 18 號民事判決

事實摘要：甲授權乙生產 F-16 Fast Power 微波脈衝（省油）器，雙方訂立合作契約。乙終止合約以電子郵件及通訊之方式要求原告終止合作合約並退貨，之後未以兩造共同名義，擅自將前開產品文宣，使用於乙另於網路販售之商品。

判決要旨：著作權之保護，重在其表達之原創性，僅須有最低程度之創意即為已足。核閱系爭原告文宣固為描述產品特性之文宣，惟就所使用之文字、圖片等具體內容並無任何限制，則各製造廠商得自由發揮，而有不同之表達方式，仍有機會展現其原創性。相關表達內容之繁簡、使用之辭藻、文字之編排等，由不同教育及經驗背景之人撰寫，其表達之風格各有不同，藉此表現撰寫人個人之文筆及個性，倘以具有原創性之表達方式，呈現該產品之相關特性，仍得受著作權法保護。觀諸系爭原告文宣之全文（見本院卷第 51 頁），以眾多文字詳細敘述「F-16 Fast Power 微波脈衝（省油）器」產品之成分、運作原理、效能等，充分展現作者之原創性，係屬著作，著作權法即賦予著作權之保護。

(2) 臺灣高等台中分院 91 年上訴字 1684 號刑事判決

事實摘要：甲著有「A B S 塑鋼管特性及應用」與「一流的儲冰空調／中央空調系統配管 A B S 塑鋼管」之二產品說明書，乙未經甲之授權與許可，委託不知情之丙，連續重製「A B S 塑鋼管特性及應用」之產品說明書，擅自使用於自己出版之「D u r a p i p e A B S 塑鋼管件材料特性與安裝施工說明書」及連續重製「一流的儲冰空調／中央空調系統配管 A B S 塑鋼管」產品說明書中第一頁、第三頁、第四頁之說明及圖表，擅自使用於自己出版之「A B S 和鍍鋅鐵管之分析比較一應用於空調系統」、「P V C S c h 8 0 與鍍鋅鋼管分析比較一應用於空調系統」等宣傳廣告說明文件中。

判決要旨：本件系爭說明書係告訴人代表人對於該內容以其個人學識經驗及認知所為之作品，並非對於一般塑膠管之通用說明，尚難認無原創性。

(3) 臺灣高等法院高雄分院 91 年上訴字 114 號刑事判決

---

<sup>121</sup> 相關判決尚有：臺灣高等法院民事判決 89 年度訴字第 100 號認為「原告就其具有專利權之『多用途圓形活動式切孔器』自行編寫之解說，該說明書系原告對於該專利物品以其個人學識經驗及認知所為之作品，並非對於一般器械之通用說明，尚難認無原創性。」臺灣高雄地方法院 97 年聲判字第 69 號刑事判決認為「本件液化鈦系列產品『液化鈦說明』之內容雖系就人體體內有微弱之電流、體內之電流影響身體之健康及鈦有助安定體內電流等思想或事實予以陳述，惟其先說明電流由人腦擴及全身及現代人使用電腦可能之影響，再說明鈦如何影響人體，其表達之方式仍可見相當之構想與安排，上開相同之思想或事實，若由不同之人敘述，自仍可為安排不同之表達方式，當屬著作權法所保護之著作所獨自創作之文字。台灣高等法院臺南分院 92 年智上字 4 號民事判決肯認金字塔宇宙能量水機之原創性，其中一點理由為該飲水機並非一般市面常見之家用品或存有與之同類型之產品，是以該說明書並非僅就通用商品之共通特徵、使用方法等作單純之描述，而係足以彰顯作者所欲表達該項產品之特殊功能。」

事實摘要：甲製作「養生壺」產品之使用說明書，乙未經甲之同意或授權，重製上開使用說明書一千份，附加於其自行向丙販入而供對外銷售用之「美奇樂半導體電水壺」包裝盒內。

判決要旨：自訴人之養生壺使用說明書係關於該養生壺產品之特有功能之使用說明及應行注意事項，係屬科學領域之創作，且該使用說明書內容之文字乃呈現其產品之構造、特徵、操作方式、測試及注意事項之成果，將科學之抽象概念以文字將研究者之思想予以表現，讓讀者覺察其存在，即具有創意，且說明書內文字係依研發者將其產品之特性、使用方法、操作使用時可能發生之問題、測試結果，透過研發者之科學思想感情將屬科學之無形概念予以具體表達之外體，並非對於一般器械之通用說明，尚難認無原創性，是其係屬著作，要屬無疑。綜上所述，自訴人之養生壺使用說明書，應為著作權法保護之著作

#### (4) 台灣高等法院民事判決 89 年度訴字第 100 號

事實摘要：甲於我國及其他國家擁有多用途圓形活動式切孔器之專利權，除我國專利權已屆期外，其餘均尚未屆期。甲為銷售國外，製作了五種語言之說明書。乙擅自委託第三人重製上開說明書一萬份，用於其向丙購買組裝類似原告所擁有專利權之「多用途圓形活動式切孔器」，併附於工具箱之內，以對外銷售。

判決要旨：中文說明書，原係原告對其享有專利權之「多用途圓形活動式切孔器」自行編寫之解說，此亦為被告所不爭執，該說明書係原告對於該專利物品以其個人學識經驗及認知所為之作品，並非對於一般器械之通用說明，尚難認無原創性…原告上開專利權於我國，雖已於八十七年七月三十一日專利期間屆滿，有其專利證書附偵查卷可憑…著作權與專利權係各別之權利，是系爭說明書，自不因我國專利期間屆滿而當然失去受保護性。被告抗辯系爭說明書非屬著作一事，並不足採。

### 3. 非單純翻譯外文之說明書

在全球化競爭激烈的年代，世界已趨於平坦，世界各國組成一個大型生產鏈，單一國家在境內自給自足所有產品已不符合經濟效益，是故各國莫不仰賴進出口貿易，追求經濟價值極大化，臺灣也不免此一趨勢。當臺灣向國外進口產品，將系爭產品之外文說明書翻譯成中文抑或於出口產品之際，將中文產品說明書翻譯成外文時，經翻譯的說明書是否具有原創性而得享著作權法之保護呢？

倘若非單純逐字逐句翻譯，而可見譯者融合中文字辭意境或音調優美之巧思時，法院可能肯認經翻譯後之說明書之原創性。

#### (1) 臺灣臺北地方法院 91 年訴字 25 號刑事判決

事實摘要：甲代理美國 ALS LABORATORIES, INC. 在臺銷售「MUSCLE ENHANCER 激肌蛋白食品」，於包裝盒上印有產品名稱、主要成分、產品特性、使用方法、

使用效果等中文說明書。乙意圖銷售其代理進口加拿大VIVA PHARMACEUTICAL INC.公司製造生產之「TRUE MAN 壯格健肌蛋白食品」，擅自重製甲之前開語文著作，完成壯格產品之中文說明書。

判決要旨：李冠林即參考激肌蛋白產品原廠包裝盒之英文說明（下稱美國原廠英文說明）、生物化學及運動生理學教科書，輔以本身所習得之相關知識，獨立撰寫激肌蛋白中文說明書，描述其主要成份、產品特性、營養成分、使用方法及產品效果，除營養成分系翻譯原廠英文說明外，其餘項目均為李冠林自行創作…，除營養成分專案為翻譯改作性質外，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專案，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，而系李冠林運用精神智慧、注入創意、以文字表達激肌蛋白產品內容所產生之文字著作，為著作權法第五條第一項第一款所稱之語文著作…李冠林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品，業已呈現其思想及感情，其表達方式具有原創性及創造性，自屬語文著作。被告對於著作之定義採取過於嚴苛之標準，顯有違誤。

(2) 臺灣桃園地方法院 98 年簡上字 723 號刑事判決(攝影、語文)

事實摘要：甲獨家代理澳洲 Madigga 公司之「Madigga 直到永遠玫瑰精油系列」、「Alori 古典玫瑰精油系列」之精油、乳液、香粉及沐浴精等產品，並且有印製該產品中文名稱及中文產品說明文案。乙購買前開產品並翻拍甲「Alori 古典玫瑰相框」、「Alori 古典玫瑰香粉」之攝影著作，用以製作乙自身之廣告文宣，並援用「古典玫瑰精油系列乳液」、「直到永遠玫瑰精油系列乳液」產品中文名稱、說明文案。

判決要旨：細繹上開產品中文說明文案，系告訴人針對產品特殊營養成份、特性、使用方法及效果所作文字敘述，已傳達相當之思想及情感，而中文品名部分，因臺灣地區民眾慣用中文，外語品名亦造成傳達不便及情感隔閡，故中文品名實為外國產品在台銷售之重要環節，並足以代表該產品之個別性、獨特性，告訴人將原廠外語系列名稱『Now Forever』及『Alori』譯為『直到永遠』及『古典玫瑰』，兼具美感及朗朗上口之親切感，並非單純由外文直譯為中文，為人類精神智慧之投入，具有原創性及創造性，自屬語文著作」

### 三、 本文見解

(一) 商品使用說明書雖重在實用或宣傳性質，但著作權並不考慮著作內容及動機



或有辯稱產品說明書、使用說明書著重在事實之描述，並非文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作<sup>122</sup>。然而機器等實用物品之技術性創作，固因非屬文學、科學、藝術或其他學術之範圍之著作，而非著作權所保護之對象；惟該技術如以文字或圖形表達，就該表達方式本身倘具有原創性，著作權自應予以保護。是以產品「說明書」係以文字、圖形或照片表達該產品之性質、特徵，並提示消費者有關產品之裝置、配線、功能及使用方法等，如具有原始性與創作性，仍為著作權法保護之客體。法院未逕行駁斥產品使用說明書受著作權法保護之可能性，誠屬正確。

美國在 19 世紀末、20 世紀初有個著名的案例<sup>123</sup>。Wallace Shows 的員工為宣傳馬戲團，印製一系列彩色廣告，以突顯芭蕾舞演員、「花式自行車」和「白化人雕像」等馬戲團的特色。Donaldson Lithographing Company 認識到廣告的利益，亦發送小張的黑白複製品。Wallace Shows 以 Donaldson Lithographing Company 為被告起訴。第六巡迴法院認為系爭印刷品並無任何原創藝術價值、也非精緻的藝術品，僅係單純為了宣傳表演的商業客體，因此不受著作權法保護。接著該案上訴至最高法院。本案爭點在於：一件作品是否會因為其廣告目的，而因此被排除於著作權法保護範圍？答案當然是否定的。最高法院認為在判斷是否受著作權法之保護時時，不應考慮著作的相對價值，一件著作不僅僅因為其目的在吸引人群創造利潤而喪失其為藝術的本質。<sup>124</sup>

從前述案例可知，是否為著作權客體，僅視其是否符合著作權法保護要件，而不審查著作之內容或是動機。產品使用說明書縱使具有商業動機，只要符合著作權法保護要件，即擁有著作權。倘若必須審查著作內容或動機，豈不倒退回白色恐怖，著作人均須迎合執政當局或審查機構之口味？準此，法院不以商品使用說明書之實用、宣傳本質而否定其著作權，誠屬正確。

(二) 「原創性」及「客觀化之一定形式」分屬兩不同要件。「思想與表達區分原則」應在「客觀化之一定形式」此要件下做討論

依我國學者見解，受著作權法保護的著作須符合 4 個要件：需具有原創性。需具有客觀化之一定形式。需屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作。需非不受保護之著作。<sup>125126</sup>所謂「客觀化之一定形式」，意指其創作需有一定的表現形式，得為人類感官所得知。抽象的思想、感情，存於腦海中的想法、觀念均非著作，無法受到保護。此要件明定於我國著作權法第 10 條之 1「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、程式、製程、系統、操作方法、概念、原理、發現。」於此要件下，有所謂「思想與表達合併

<sup>122</sup> 智慧財產法院 98 民著訴字第 18 號民事判決被告即據此為抗辯理由。

<sup>123</sup> *Courier Lithographing Co. V. Donaldson Lithographing Co.*(1900)

<sup>124</sup> *Rethinking Copyright for Advertisements*, 119 HARV. L. REV. 2486, 2486(2006).

<sup>125</sup> 蕭雄淋，著作權法論，頁 83，2010 年 8 月第七版。羅明通，同註 51，頁 154。

<sup>126</sup> 謝銘洋，智慧財產權法，頁 100，元照出版有限公司，2008 年 10 月。

原則」之概念，當表達某一觀念之方法僅有一種或少數幾種時，該表達即與該觀念合併而不可分離，著作權法對該表達即不予保護。<sup>127</sup>當型錄中的文字說明，僅係單純描述商品之使用方法、用途或特性，因產品性能、規格之敘述表達方式有限，於此情形下，構想與表達甚難區分，該表達形式即不應受到保護。<sup>128</sup>換言之，「思想與表達合併原則」應是在「客觀化之一定形式」此一要件下做討論，不應與原創性混為一談。以下從比較法觀察，亦可確信「原創性」與「思想與表達區分原則」分屬兩不同要件。

美國學者Goldstein列出了四個著作權保護要件。第一、原創性。第二、表達。第三、固定在有形媒介上。第四、倘若是外國出版的作品，則必須符合特定的條約。<sup>129</sup>氏認為原創性與思想表達區分原則乃是兩個不同的概念，應作明確界定，不應混為一談。受著作權法保護的著作，除須符合原創性標準，該著作還必須包含表達，以別於基本情節、字母等屬於思想之範疇。原創性及表達有不同的目的，前者目的在於確保著作的價值，消費者獲得的不僅僅是前人著作之摹本。後者則在確保創作的基石—思想，得為大眾所使用。<sup>130</sup>

在Nichols v. Universal Pictures Corp.一案中，Learned Hand法官即明確闡述了原創性與表達此兩要件之不同：縱使原告的劇作情節完全獨創，未抄襲自他人，該劇作情節仍因為思想不受保護，從而不受著作權法之保護。在New York Mercantile Exchange, Inc. V. Intercontinental Exchange, Inc.案件中，系爭問題是原告衡量財務狀況的價格是自創抑或單純從市場複製？法院迴避原創性此一爭點，依照思想與表達區分原則，認為價格是不受保護的思想而否定了原告的請求。<sup>131</sup>

然而美國最高法院有時混淆了原創性要件及表達此兩要件，在Feist v. Rural Telephone<sup>132</sup>案件中，法院認為按照字母排列的電話索引目錄不受著作權保護，法院所持理由為：事實不受著作權法保護因為「事實並非作者個人獨創。這是創作及發現的區別：第一個找到事實並陳述的人，並非創造事實的人，充其量他只是發現事實的人。」然而，事實根本非屬「著作」，因而不屬於原創性要件所處理的範圍。原創性在決定，前後兩著作是否有抄襲的情事。事實是屬於創作基石—思想，而不屬表達。<sup>133</sup>

再看德國法著作權法之保護要件：人格的創作(Personliche Schopfung)、精神的內容(Geistiger Gehalt)、「可被感知之形式表達」(Wahrnehmbare Formgestaltung)、

---

<sup>127</sup> 謝銘洋，同前註 126，頁 110。

<sup>128</sup> 蔡瑞森，商品的使用方法說明不受著作權法的保護，理律法律雜誌雙月刊，頁 4，2002 年 5 月。

<sup>129</sup> PAUL GOLDSTEIN, *supra* note 19, at 2:6.

<sup>130</sup> PAUL GOLDSTEIN, *supra* note 19, at 2:17.

<sup>131</sup> PAUL GOLDSTEIN, *supra* note 19, at 2:18.

<sup>132</sup> Feist Publications .Inc. v. Rural Tel. Service Co.,499U.S.340(1991)

<sup>133</sup> PAUL GOLDSTEIN, *supra* note 19, at 2:18.

個性(Individualitat)。個性之意義前已闡述，茲不贅述。至於「可被感知的形式表達」，係指精神內容必須為人類官能得以感知之形式，而不以持續性有體固著為限。在此要件下論述，著作權保護客觀上表現形式，不擴及於著作所描述的思想、過程、概念、操作方法、原理或發現等；換言之，我國所謂的思想語表達區分原則，在德國法亦是於「可被感知的形式表達」此一要件下作討論。<sup>134</sup>

按中國大陸學者所列的著作保護要件：作品必須是人類的智力成果、作品必須是能夠被他人客觀感知的外在表達、作品必須具有獨創性。於「作品必須是能夠被他人客觀感知的外在表達」此一要件下論述著作中抽象的思想本身不受著作權法保護，只有對思想的具體表達才受著作權法保護。<sup>135</sup>著作權法不保護著作體現的主題、思想、情感及科學原理等，而是保護作者對於這些主題、思想、情感或科學原理的表達或表現。<sup>136</sup>

反觀我國實務見解有「某商品在使用或其用途…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」之字眼，顯係混淆「原創性」及「客觀化之一定形式」兩要件，有澄清之必要。相關判決可參臺灣台南地方法院 93 年度智字第 40 號民事判決「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。」最高法院 93 臺上第 5206 號刑事判決「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」前述兩判決均誤將「思想與表達合併原則」與原創性掛鉤。

再者描述事實，誠如美國學者 Goldstein 所言，根本非屬原創性所要處理的範疇。<sup>137</sup>臺灣高等法院台中分院 90 年上易字 1274 號刑事判決「核屬健身器之操作方法及一般之運動原理暨應行注意事項，並無「原創性」」，說明書中單純的敘述操作方法及運動注意事項，核屬事實，應落入「思想與表達區分原則」，非原創性所要處理的問題。

最高法院 98 年台非字 183 號刑事判決採用「產品之使用方法或用途、特性等做單純描述，其著作所表彰之精神作用之程度，均不足以表現出創作者之個性與獨特性，難認已達應給予排他性著作權保護之必要。」之字眼，應係較恰當之敘述方式。

---

<sup>134</sup> 蔡明誠，同註 48，頁 25。

<sup>135</sup> 王遷，同註 59，頁 6、7。學者在其書第二章，第一節探討思想觀念語表達，第二節探討獨創性，亦可知悉其認為此乃兩個不同的概念，李明德、許超，同註 68。

<sup>136</sup> 唐德華、孫秀君，同註 69，頁 38。

<sup>137</sup> PAUL GOLDSTEIN, *supra* note 19, at 2:18.

參酌我國學界及比較法之觀察可以確定原創性與思想表達區分原則實屬兩不同要件，有不同之目的，有明確界定之必要。當討論「原創性」此一要件時，應只單討論該著作是否獨立創作、精神作用程度是否足以表現出作者之個性及獨特性，而不應連結到「表達方式實屬有限」云云。

### (三)原創性應區別著作類型觀察

著作權法第 5 條第 1 項例示十種著作類型「本法所稱著作，例示如下：一、語文著作。二、音樂著作。三、戲劇、舞蹈著作。四、美術著作。五、攝影著作。六、圖形著作。七、視聽著作。八、錄音著作。九、建築著作。一〇、電腦程式著作。」使用說明書倘若僅文字敘述，則文字可能構成語文著作；倘若以圖形、線條等描繪產品之使用說明，該圖形可能構成圖形著作；倘若拍攝商品，則照片可能構成攝影著作。我國法並無例示使用說明書此一類型的著作，在判斷使用說明書是否受著作權法保護，應區別著作類型觀察，倘若某一說明書兼含有文字敘述及圖形描繪，則應分別觀察是否構成文字著作、圖形著作；換言之，在原創性要件之檢驗上，應個別判斷文字、圖形之原創性。

然而實務在檢驗使用說明書之原創性時，有時似乎以該說明書不僅僅文字敘述，尚有圖形，則整個說明書具有原創性。可參臺灣高等法院台中分院 95 年上訴字 396 號刑事判決「系爭無線電收發兩用機、無線電收發兩用機用機座、電池、電池充電器之使用說明書，內含系爭商品之機體及配件圖形表解並輔以文字說明…自系告訴人對於該內容以其個人學識經驗及認知所精心設計之作品，且為使消費者熟習並充分瞭解上揭對講機產品之功能而編寫之著作，並非對於一般無線電對講機之通用說明，自具有原創性，而應受著作權法之保護。」臺灣高等法院台南分院 92 年智上字 4 號民事判決「按本件上訴人嘉賓公司所創作「金字塔宇宙能量水機」之使用說明書，不僅以文字詳加描述該產品之性能、安裝順序、使用方式及特殊情況之解決方法，並且輔以簡要線條繪製機體之全部或部分平面圖形，以表明逐項安裝或拆解動作…是以該說明書並非僅就通用商品之共通特徵、使用方法等作單純之描述，而係足以彰顯作者所欲表達該項產品之特殊功能，揆諸前揭說明，應可認定上訴人嘉賓公司之上開著作已具備原創性，而為受著作權法保護之客體」觀其文字脈絡無法知悉，倘若單僅文字敘述，未畫圖形，那一模一樣的文字是否會有原創性呢？原創性應該區別著作類型判斷，而非加乘作用，倘若文字不符原創性要件，並不會因為圖形的加持，使得文字因而受著作權法保護。為避免起疑竇，法院應於判決中明確指明文字著作、圖形著作分別判斷。

比較好的作法應如同最高法院 98 年台非字 183 號刑事判決區分文字及照片，臺灣高等法院台南分院 93 年上訴字 917 號刑事判決區分文字及圖形分別論述是否符合著作權法之保護要件。

### (四)單純描述產品之性質、使用方法等，不應予著作權法之保護

法院面臨產品使用說明書之原創性爭點時，原則上認為無原創性，不受著作權法之保護。但是觀察法院認為具原創性之案件，有些產品，法院認為「非對於一般器械之通用說明，難認無原創性」，此見解實有可議之處。第一、產品之使用方式應屬於事實，本不受著作權法之保護，毋須提及原創性要件。第二、一般器械及非一般器械之區別標準何在？是否擁有專利權，即屬於非一般器械呢？倘依此見解，則會產生一個問題：變相延長專利權之保護期間。著作權法第 30 條規定，著作財產權保護期間為終身加上五十年，遠長於專利權保護期間。當該產品之專利期間屆滿，使用說明書卻仍受著作權法之保護，豈不本末倒置。準此，筆者反對，以「非對於一般器械之通用說明，難認無原創性」為由，賦予著作權之保護。

## 陸、 結論

著作權法旨在促進人類文化發展、保護智慧文化之結晶。然為免後創作人動輒得咎，著作權法設下諸多要件，作為著作權法保護之準繩。原創性乃著作權法保護之最具爭議要件，參酌我國學說多採取如同美國法較寬鬆之見解，而實務則採取較嚴格之標準，要求著作必須體現作者之個性、獨特性，但似乎又未達於德國法的創作高度，似界於兩者之間。

在實務案例爭議頗多的使用手冊或商品說明書，倘若單純對於商品使用方法、功能做描述，應不受著作權法之保護；但倘若標的 1、加圖片。2、非一般通用器械。3、亦或是翻譯外文時揉合中文文字意境，實務則傾向肯認原創性。本文雖對於實務見解提出三點批判，認為 1、「原創性」及「客觀化之一定形式」分屬兩不同要件。「思想與表達區分原則」應在「客觀化之一定形式」此要件下做討論。2、原創性應區別著作類性觀察。3、單純描述產品之性質、使用方法等，不應予著作權法之保護。但著作人在製作產品使用說明書時，為取得著作權法之保護，似可朝這三方面著手。

本文旨在抽繹受保護著作所必須具備之原創性之內涵，企盼著作人在生命的湖畔垂釣時，不論是寫下對於生命的禮讚、敬意或是「感時花濺淚，恨別鳥驚心」<sup>138</sup>泣血的悲鳴，皆能釣著一尾魚兒梭游的自由，避免受侵權行為之禁錮。

---

<sup>138</sup>杜甫，春望。國破山河在，城春草木深，感時花濺淚，恨別鳥驚心。烽火連三月，家書抵萬金，白頭搔更短，渾欲不勝簪。

## 參考文獻

### 一、中文文獻

#### (一) 專書

丁懋松，國際著作權法令暨判決之研究 貳 英國、香港著作權法令暨判決之研究，中華民國內政部，1996 年。

文魯彬，國際著作權法令暨判決之研究 壹美國著作權法令暨判決之研究，中華民國內政部，1996 年。

王遷，著作權法學，北京大學出版社，2007 年。

任自力、曹文澤，著作權法學 原理規則案例，清華大學出版社，2006 年。

李明德、許超，著作權法，法律出版社，2009 年。

李明德、黃暉、關文軍，歐盟知識產權法。2010 年。

周曉冰，著作權法適用與審判實務，中國法制出版社，2008 年 7 月。

唐德華、孫秀君主編，著作權法及配套規定新釋新解，人民法院出版社，2003 年。

章忠信，著作權法的第一堂課，書泉出版社，2004 年 8 月。

無錫泰瑞玠編，著作權律釋義，上海商務印書館，1994 年再版。

馮曉青主編，知識產權法專題判解與學理研究叢書 著作權侵權判解與學理研究(第一分冊)，中國大百科全書出版社，2010 年。

雷炳德著、張恩民譯，著作權法，法律出版社，2005 年。

劉波林譯，保護文學和藝術作品伯爾尼公約(1971 年巴黎文本)指南(附英文文本)，中國人民大學出版社，2002 年。

蔡明誠，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，中華民國內政部，1996 年。

蕭雄淋，著作權法研究(一)，自版，1989 年 9 月再版。

蕭雄淋，新著作權法逐條釋義(一)，自版，1993 年 9 月。

蕭雄淋，著作權法論，五南圖書出版股份有限公司，2010 年 8 月第 7 版。

謝銘洋，智慧財產權法，元照出版有限公司，2008 年 10 月。

羅明通，著作權法論 I，三民書局股份有限公司，2009 年 9 月第 7 版。

法律案專輯第八十二輯內政(二十三)~著作權法案~，立法院，1985年。

## (二)期刊

許忠信，著作之抄襲與原創性之證明(上)-最高法院 97 年度臺上字第 1214 號判決評析，月旦法學雜誌，第 171 期，頁 169-頁 182，2009 年 8 月。

許忠信，著作之抄襲與原創性之證明(下)-最高法院 97 年度臺上字第 1214 號判決評析，月旦法學雜誌，第 172 期，頁 238-頁 257，2009 年 9 月。

馮達發，著作權原創性要件之檢討，萬國法律，第 133 期，頁 45-頁 51，2004 年 2 月。

馮震宇，新世紀的迷惘-從新世紀英漢辭典案的著作權爭議談起，月旦法學雜誌，第 141 期，頁 253-頁 269，2007 年 2 月。

蔡明誠，論著作之原創性與創作性要件，台大法學論叢 26 卷第 1 期，頁 177-頁 194，1996 年 10 月。

蔡明誠，論著作之原創性與個性概念-以型錄著作問題為例，全國律師，第 5 卷第 5 期，頁 4-頁 12，2001 年 5 月。

蔡瑞森，著作權登記不能作為著作原創性的證明，理律法律雜誌雙月刊，頁 10，2002 年 3 月。

蔡瑞森，商品的使用方法說明不受著作權法的保護，理律法律雜誌雙月刊，頁 4，2002 年 5 月。

謝銘洋，論著作名稱之保護，法令月刊，第 50 卷第 7 期，頁 1-頁 6，1999 年 7 月。

嚴裕欽，廣告與著作權，全國律師，第 5 卷第 5 期，頁 21-頁 31，2001 年 5 月。

## (三)國科會研究報告

賀德芬計畫主持，著作權法判決評釋(一)(二)，1998 年

## 三、西文文獻

### (一)專書

Carlos Correa, TRADE RELATED ASPECTS OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS: A COMMENTARY ON THE TRIPS AGREEMENT, at 120、121, (Oxford University Press Inc., 2007).

JULIE E. COHEN ET AL., COPYRIGHT IN A GLOBAL INFORMATION ECONOMY, at 57, (Aspen Publishers 2<sup>nd</sup> ed. 2006).

MELVILLE B. NIMMER, DAVID, NIMMER, NIMMER ON COPYRIGHT ( VOLUME 1 ) ,at 2-5,2-15,2-7~2-12(LexisNexis Matthew Bender, 2008).

PAUL GOLDSTEIN, GOLDSTEIN ON COPYRIGHT ( VOLUME1 ) ,at 2:6,2:10~11,2:13~14,2:17~18,3:75~76, (Aspen Publishers,2008) .

SAM RICKETSON, JANE C. GINSBURG, INTERNATIONAL COPYRIGHT AND NEIGHBORING RIGHTS - THE BERNE CONVENTION AND BEYOND(VOLUME 1), at 405-406,(Oxford University Press Inc.2<sup>nd</sup> ed ,2006).

WILLIAM F. PATRY, PATRY ON COPYRIGHT ( VOLUME 1 ) ,at 3-79,3-83~87,3-91~94,3-99~103,(Thomson West, 2007).

## (二)期刊

*Rethinking Copyright for Advertisements*, 119 HARV. L. REV. 2486 (2006).

## 三、其他

法源法律 <http://www.lawbank.com.tw.sw.library.ntpu.edu.tw:81/index.aspx>

經濟部智慧財產局網站 [http://www.tipo.gov.tw/ch/Enactment\\_LMExplainList.aspx](http://www.tipo.gov.tw/ch/Enactment_LMExplainList.aspx)

## WEST LAW

[http://international.westlaw.com.sw.library.ntpu.edu.tw:81/welcome/WorldJournals/default.wl?rs=imp1.0&fn=\\_top&sv=Full&mt=WorldJournals&utid=2&vr=2.0&rp=%2fwelcome%2fWorldJournals%2fdefault.wl&sp=NTLTAIPUN](http://international.westlaw.com.sw.library.ntpu.edu.tw:81/welcome/WorldJournals/default.wl?rs=imp1.0&fn=_top&sv=Full&mt=WorldJournals&utid=2&vr=2.0&rp=%2fwelcome%2fWorldJournals%2fdefault.wl&sp=NTLTAIPUN)