

## 如何取得著作權(四)——必須具有原創性

文:曾允君（認證法律人） · 智慧財產權 · 2022-11-15

### 本文

要成為受著作權法保障的著作，依據著作權法相關規定、學理及法院裁判見解，須具備以下必要條件，少了一個，就無法取得著作權，建議大家把這系列文章看完<sup>[1]</sup>。在這篇要跟讀者說明「原創性」這一必要條件。

著作權法所保護的著作，除須為人類精神力作用下，具備相當表達形式的文學、科學、藝術或其他學術範圍創作外，更重要的是應具備學理上所要求的「原創性」，否則並沒有加以保護的必要。在判斷「原創性」上，法院陸續發展出更細緻的標準，除了「原始性」，還要有「創作性」。

#### 一、原始性

所稱「原創性」，早期法院實務見解曾採狹義解釋，即認為是指原始獨立的創作（以下稱為「原始性」），凡本於自己獨立的思維、智巧、技匠而非抄襲自他人的創作，縱偶有雷同或近似他人著作，仍可認為具有原創性而應受著作權法保障。

換句話說，在此意義下的原創性要求，只需著作人非抄襲自他人著作而獨立完成創作即可，縱然所完成的創作與另一個前著作完全相同，仍不妨礙所完成的創作具有原創性，而成為受著作權法所保障的著作<sup>[2]</sup>；反之則無保護的必要，例如受指揮監督執行已有明確製作企劃案的專輯製作即被認定不具原始性<sup>[3]</sup>。至於所完成的創作是否具備新穎性或新奇性，則非判斷能否取得著作權的關鍵要素之一<sup>[4]</sup>。

至於何謂抄襲，著作權法並無明文規範，法院認為應指會「接觸」（access）被抄襲著作，且所完成創作與被抄襲著作構成「實質相似」（substantial similarity）狀態而言，而是否有抄襲情況存在，應由主張抄襲者舉證證明，否則應肯定創作的原創性<sup>[5]</sup>，例如離職員工在現任職公司編輯與前公司授課教材實質近似的創作，就會被認定屬抄襲<sup>[6]</sup>。

#### 二、創作性

然而，著作既是人類精神力作用的成果，自然須要相當程度地展現出創作者的個性或獨特性等面向，才有透過法律加以保護的必要。例如同樣用黏土捏出海星形狀，只要非抄襲，可能都是具有原始性的創作，但簡單的海星形狀是否有值得保護的創作高度？可能就不一定。

換句話說，當創作所表現的精神作用程度低，縱然具備稀少性或特殊性，仍不應該透過著作權法賦予特定人排他性的權利，否則將使保障範圍過於浮濫，而致使社會上一般人民在從事文化有關的活動時動輒得咎，將阻礙

社會文化多元發展，進而過度影響社會公共利益，無法滿足著作權法第1條所揭示的立法目的<sup>[7]</sup>。因此，晚近法院實務多就原創性採廣義解釋，認為創作除原始性外，更應該挹注個人精神情感思想而具備相當程度的創作高度（以下稱為「創作性」），才有加以保護的必要<sup>[8]</sup>。

簡單來說，判斷原創性步驟上，當獨立完成非抄襲創作而具備「原始性」時，還需要具備「創作性」，才可能受著作權法所保障，相當於對可以取得著作權的著作範圍，做進一步地限縮。

所稱「創作性」，是指創作並不必達到前無古人的地步，只需依照社會通念，得識別該創作與以前已存在的著作間有可資區別的變化（distinguishable variation），並足以表現著作人的個性與獨特性，就可以認定具備此條件<sup>[9]</sup>。換句話說，當創作足以展現源自於人類精神力活動所生最低程度的創意或個性，具備最低創作性、最起碼創作（minimal requirement of creativity）的創意高度（或稱美學不歧視原則）時，就可以受著作權法保護<sup>[10]</sup>。

例如在商品型錄上對潔面產品標註：「〔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」等產品使用方法、用途或特性的單純描述記載，並輔以未就構圖、角度、光量或速度等為選擇及調整的簡易實物拍攝照片，此類語文及攝影著作就曾被法院認定不足以表現出創作者的個性或獨特性，因而不具備原創性<sup>[11]</sup>。

#### 註腳

[1] 分別是：《如何取得著作權（一）—必須具備的條件集不能具備的條件》、《如何取得著作權（二）—要是「有人類精神力參與」的「文學、科學、藝術或其他學術範圍的創作」》、《如何取得著作權（三）—具備表達形式》、《如何取得著作權（五）—以攝影著作與美術著作說明原創性的判斷》、《如何取得著作權（六）—不能是法令、公文與這些著作的翻譯物或編輯物》、《如何取得著作權（七）—不能是標語及通用「符號、名詞、公式、數表、簿冊或時曆」，或單純傳達事實的新聞報導的語文著作，又或是依法令舉行考試的試題及備用試題》、《如何取得著作權（八）—是否不能違反公共秩序或善良風俗？以色情著作為例》。

[2] 臺灣板橋地方法院90年度訴字第1209號民事判決：「原創性之意義，僅為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，因此，即使一著作與另一在前著作完全相同，但並非抄襲該前一著作，而係獨立創作之結果，亦具有原創性而受著作權之保護。換言之，此原創性為相對的、比較的觀念（參照蕭雄淋著新著作權法逐條釋義（一）第二十一頁以下，如被告附件三）。」

[3] 最高法院89年度台上字第2506號民事判決：「而著作權法保護之著作，須具有原創性，對於未具原創性之錄音物，即非著作權法上所謂之著作。錄音物是否具有原創性，乃判斷錄音著作權保護之依據。查系爭專輯係經鄧雨賢之繼承人鄧仁輔代理全體繼承人就音樂著作同意授權文建會使用，且經該會出資、企劃、修改、審核，內容明確規定，上訴人僅在文建會監督下執行製作工作，為原審確定之事實，則原判決認定上訴人就系爭專輯僅執行製作，未具原創性，不得主張對系爭專輯有錄音著作之著作權，並無不合。」

[4] 最高法院97年度台上字第3914號刑事判決：「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。」

[5] [最高法院99年度台上字第2314號民事判決](#)：「按著作權法雖未對抄襲加以定義，但著作權法保護之著作祇須具有原創性，即著作人之獨立創作，非抄襲自他人之著作即可，是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。即主張權利者應證明他人曾接觸其著作，且其所主張抄襲部分，與主張權利者之著作構成實質相似。所謂接觸，指依社會通常情況，可認為他人有合理機會或可能見聞自己之著作而言。所謂實質相似，則由法院就爭執部分著作之質或量加以觀察，為價值判斷，認為二者相似程度頗高或屬著作之主要部分者，始足當之。」

[6] [智慧財產法院101年度民著訴字第43號民事判決](#)：「綜上，被告辛〇〇、庚〇〇於製作編輯系爭侵權課本前，確曾接觸系爭著作，而系爭侵權課本在編輯方面復有部分內容與與系爭著作實質相似。揆諸前開說明，被告辛〇〇、庚〇〇就系爭侵權課本之編輯部分確有抄襲系爭著作，應堪認定。」

[7] [臺灣臺南地方法院93年度智字第40號民事判決](#)：「所謂之精神上作品除須為思想或感情上之表現且有一定之表現形式等要件外，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，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1條之所以規定該法之制定目的，係為「保障著作人之權益，調和社會公共利益，促進國家文化發展」，而為調和社會公共利益，若精神作用程度甚低之作品，縱使具備有『稀少性』及『特殊性』，然因不具有原創性，並非著作權法所稱之著作，不應受該法之保護，以避免使著作權法之保護範圍過於浮濫，而致社會上之一般人民於從事文化有關之活動時，動輒得咎。」

[8] [最高法院106年度台上字第775號民事判決](#)：「創作如符合『原創性』（即著作人自己之創作，非抄襲他人者）及『創作性』（即符合一定之『創作高度』）二項要件，即屬受著作權法所保護之著作。就照片而言，攝影者在拍攝時如針對選景、光線決取、焦距調整、速度之掌控或快門使用等技巧上，具有其個人獨立創意，且達到一定之創作高度，其拍攝之照片即屬攝影著作而受著作權法之保護。原審認曾學仁就系爭照片之拍攝，已挹注個人精神情感思想在內，符合著作權法最低創意之保護要件，具有原創性，屬著作權法第5條第1項第5款規定之攝影著作，經核於法並無違誤。」

[9] [最高法院104年度台上字第2980號刑事判決](#)：「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，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，足以表現著作人之個性為已足。」；[臺灣高等法院93年度上訴字第766號刑事判決](#)：「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。」

[10] [最高法院103年度台上字第1544號民事判決](#)：「按著作權法所保障之著作，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。著作須符合『原創性』及『創作性』，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』，經濟部智慧財產局認為應採最低創作性、最起碼創作（minimal requirement of creativity）之創意高度（或稱美學不歧視原則），並於個案中認定之。」

[11]最高法院98年度台上字第1198號刑事判決：「因著作權法精神在於保護具原創性之著作，故攝影著作，應認係指由主題之選擇，光影之處理、修飾、組合或其他藝術上之賦形方法，以攝影機產生之著作，始受保護。通常一般以攝影機對實物拍攝之照片，尚難認係著作權法所指著作。本件被告於上揭網頁上所張貼之如新公司目錄上之文字，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，將彩妝級污垢溶解，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，最後在用大量清水沖洗乾淨，並用PH均僅係就所欲出售之產品之使用方式、爽膚水爽膚。』『〔適用膚質〕中／乾性膚質〔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』等記載，均屬就如新公司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，尚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利保護之必要。另被告於上揭網頁所張貼如新公司目錄上之照片，僅係以攝影機拍攝實物，亦屬對於產品一般單純之攝影，使消費者得以知悉該產品之外觀，該等照片所示被攝影對象之構圖、角度、光量、速度之選擇及調整等事項，並無特殊之處，任何人持自動相機處於相同位置或相異位置為拍攝行為，亦可獲得相同或相仿之結果，並無何藝術上之賦形方法可言，殊難認為足以表現拍攝者之個性或獨特性，該等照片原件應無何原創性可言，非屬受著作權法保護之創作。」

## 標籤

► 著作，原創性，原始性，創作性，著作權的基本概念