



案例 2 著作權的靈魂

——原創性(一)：獨家照片與原創性

甲某日攀登雪山時，途中巧遇出來覓食的台灣雲豹，隨即取出隨身的相機，倉促按下快門，在千鈞一秒間，拍下這難得一見的雲豹照片。下山後把照片送往農委會給野生動物專家鑑定，鑑定結果確實為台灣特有種的雲豹無誤。因台灣雲豹已數十年沒有在野外被人發現的紀錄了，該張照片非常珍貴，經雜誌社以十萬元高價向甲取得授權刊登於該雜誌上。惟甲日前發現此張照片竟被他人放置於部落格上供大眾欣賞，此人盜用甲如此珍貴的照片，顯然已侵害到甲的攝影著作權，甲應如何採取相關的法律行動？

一、前言

在智慧財產權領域中，專利法要求需具備「專利三性」（實用性、新穎性、進步性），法律才會給予專利權的保護；商標法則要求要有「識別性」²，才會核准商標權；相同的，就著作權而言，著作權法要求作品需具有「原創性」，才是著作權法所保護的著作，蓋不具原創性之作品，對人類之文化並無貢獻可言，當無必要給予此類作品具獨占性質之專有權利，自不待言。

原創性可謂係著作權法保護的最核心概念，不過我國著作權法就何謂「原創性」，並無直接之明文規定。一般均引著作權法第3條第1項第1款「著作：指屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之『創作』。」中之「創作」用語，為原創性要求之法規依據。

² 商標識別性的要求，規定在商標法第5條第2項：「前項商標，應足以使商品或服務之相關消費者認識其為表彰商品或服務之標識，並得以與他人之商品或服務相區別。」

二、原創性 (originality) 之意義

什麼叫原創性³？依學者羅明通的見解，原創性 (originality) 是指：著作人基於其人格精神而獨立創作，以表達其思想、感情或個性，並具有最低程度之創意而言。依其見解，原創性須同時滿足「原始性」及「創作性」二個要件：

(一)原始性

指獨立創作，非抄襲他人而言。且原創性並未要求要如專利法必須具備新穎性，只要是著作人之獨立創作，非抄襲他人即可，因此即使與他人先前已存在的著作偶然相同或近似，只要是獨立創作，此二個著作都平行的受到著作權法的保護⁴。

(二)創作性

指需具有最低程度的創意而言⁵。至於實務判決上，對於原創性常見下面的描述：「……所謂的原創性，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之創作，而非抄襲或剽竊而來，而創作性，並不必要達到前無古人之地步，……足以表現著作人之個性為已

³ 學者謝銘洋則使用「創作性」的用語，詳氏著，科技發展之智慧財產權議題，國立台灣大學法學叢書（151），翰蘆，2005年5月，第269頁。依我國著作權法之規定，如第3條第1項第1款：「著作：指屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之『創作』。」第6條第1項：「就原著作改作之『創作』，為衍生著作，以獨立之著作保護之」第7條第1項則稱：「就資料之選擇及安排具有『創作性』者，為編輯著作……。」均以創作性稱之，故「創作性」較符合我國著作權法之用語。另經濟部智慧財產局認為著作權法第3條第1項第1款之「創作」，係指：「人將內心思想、情感、藉語言、文字符號，繪畫、聲音、影像、肢體動作……等等表現方法，以個別獨具之創意表現於外者。」詳經濟部智慧財產局96.4.20電子郵件960420b號函釋。

⁴ 最高法院81年台上字第3063號判決：「按著作權所保護者，為著作人獨立創作之作品，兩作品只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。」

⁵ 本頁之原創性意義及內容，引自羅明通，著作權法論（第一冊），第六版，台英國際商務法律事務，2005年9月，第164頁以下。

足……。」⁶「所謂原創性僅須為著作人自己獨立創作，而非抄襲或剽竊他人的著作即可，非如專利法須具備新穎性，惟仍須足以表達作者思想、感情之個性……。」⁷自實務的見解分析，實務判決關於原創性的說明，除了要求需具有「原始性」及「創作性」之外，並強調無須具備如專利之新穎性要件，亦即肯認只要不是抄襲他人，即使著作內容相同，二個著作均可同等的受保護。另外，實務見解並經常強調要足以表現出著作人的個性的程度，始足當之。然何謂作者之個性？我國著作權法條文中實找不出「個性」之用語，惟若細閱判決的文義，「個性」乙詞之實質意義，其實是可以解讀成係指當作品「具最低程度的創意」時，即等同於已達足以表達作者之思想、感情、個性而言⁸。

三、擬 答

台灣雲豹已數十年未有野外發現的紀錄，能攝得此照片，可謂千載難逢，彌足珍貴。因為稀有，故照片身價不凡，馬上被雜誌社以高價搶購。然而，著作權法所要求的原創性係指非抄襲他人，為自己獨立的創作（原始性），且具有最低程度的創意，此最低程度的要求，需達到足以表現出攝影者思想、感情、個性（創作性）而言。至於照片是否稀有、是否極具市場價值，與原創性有無之判斷，並無關係。攝影著作的產生，係依賴攝影機械之作用及攝影者之技術操作，在拍攝過程中需決定主題，並對於被攝影之對象進行構圖、角度、光量、速度之選擇及調整，有時尚進行底片之修改、組合或其他藝術上之賦形方法，如此在攝影顯像及沖洗方面，始足以表現作者之個性或獨立性，而認有原創性而加以保護⁹。系爭台灣雲豹照片，為攝影者偶然、並以極快的速度所獵

⁶ 高等法院94年上訴字第1301號判決參照。

⁷ 台灣台北地方法院87年自字第271號判決。

⁸ 同註5，第181頁。

⁹ 台北地方法院83年自字第250號判決認為：「所謂之原創性程度……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一條之所以規定該法之制定目的……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；經查本件