

A片也要搞創意！具原創性之A片享有著作權

A片也要搞創意！具原創性之A片享有著作權

科技法律研究所
2014年04月20日

壹、事件摘要

99年7月北市知名成人光碟店，以每片10元至20元買進盜版的無碼、有碼A片，再以25元至50元轉售牟利，同年8月檢警查扣一萬一千三百片，且幾乎都是日本色情影片，引發日本A片商聯合跨海提告。

檢方認定部分露點A片屬猥褻物品，部分沒露點A片侵犯日本片商著作權，分依違反《著作權法》及散布販賣猥褻物品罪起訴，但台北地院根據88年的最高法院判決要旨，認為A片違反公序良俗，不受《著作權法》保護，僅依販賣猥褻物品罪判處六個月有期徒刑。

檢方上訴智慧財產法院後，合議庭隨機挑16部A片，由台大教授黃銘傑鑑定，鑑定認為其中3部有碼A片未抄襲，而係導演透過講故事來表達想法，且拍攝手法、情節設計及情慾表現，均有其構思及獨特性，已屬具原創性的著作，遂改判違反《著作權法》及販賣猥褻物品罪。

貳、重點說明

一、88年最高法院台上字第250號判決

本案原審法院認為A片不能享有著作權，主要是採納最高法院88年度台上字第250號刑事判決之見解，該判決指出：著作權法第3條第1款所稱著作，係指屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作，色情光碟片不屬之。蓋著作權法之立法目的除在保障個人或法人智慧之著作，使著作物為大眾公正利用外，並注重文化之健全發展，故有礙維持社會秩序或違背公共利益之著述，既無由促進國家社會發展，且與著作權法之立法目的有違，基於既得權之保障仍需受公序良俗限制之原則，是以，色情光碟片非屬著作權法所稱之著作，自不受著作權法不得製造或販賣等之保障。

當年這項判決的背景是因為有人向日本A片商購得台灣地區之發行權後，以刑事訴訟手段到處對錄影帶出租店取締侵害，獲取不當暴利，全國錄影帶出租店哀鴻遍野。對於業者以A片為威脅獲取暴利之工具，顯與國民情感相違，最高法院釜底抽薪之計，就是讓A片不受著作權法保護，業者就無法為惡[1]。

二、智慧財產法院101年刑智上易字第74號判決

103年2月20日，智慧財產法院101年刑智上易字第74號判決認為國外具原創性的色情片，應受國內著作權保障，判決理由節錄如下：

(一) 人民表現自由之基本權利受憲法保護

按人民有言論、講學、著作及出版之自由，憲法第11條定有明文。我國修正前之著作權法係採註冊保護主義，必須經登記程序，始得取得著作權，不符憲法保護言論與著作自由之本旨，修正後改採創作保護主義，避免出版品主管機關動輒依據88年1月25日廢止之出版法第32條第3款之規範[2]（妨害風化），禁止猥褻出版品之出版。且違反公序良俗之著作，並非著作權法第9條規定之消極取得著作權之要件。準此，本院認不得以著作權法未規範之消極要件，禁止或剝奪有原創性之色情著作權人，應受著作權法保護之權利，否則即與憲法賦予人民表現自由之基本權利不符。

(二) 我國為WTO會員應遵守TRIPS協定

我國為WTO之會員，即應遵守TRIPS協定，依據TRIPS協定第9條第1項規定，會員應遵從伯恩公約第1條至第21條及附錄之內容，應適用國民待遇原則與最低限度保護原則。伯恩公約第17條僅容許會員國以立法或行政程序行使允許、演出或展出等權利，未容許各會員國得將色情著作排除在著作權法保護客體之外。著作權之保護固具有屬地性，然著作權具有國際普及保護之性，是以，藉由國際著作權公約之締結，統一各國有關著作權法之規範內容。我國為WTO之會員國，而著作權法亦具有國際性，我國為配合世界趨勢，期與國際規範相結合，自應符合TRIPS協定之內容，修改與解釋著作權法之規範。我國與WTO之全體會員間存有著作權互惠保護關係，應遵守TRIPS及伯恩公約之國民待遇原則，是以，WTO會員之色情著作於著作財產權存續期間內，未經著作權人授權或同意均不得擅自重製或散布。依著作權法第4條第2款之規定，外國著作應受我國著作權法保護。既然保護外國著作，對外國及我國色情著作亦應為平等之對待。

(三) 是否取得著作權，應以有無智慧創作為判斷標準

色情或猥褻之定義，因時代與社會風情不同而異。猥褻一詞係不確定的法律概念，其認定標準，應依各時代、地域之道德標準、禮俗規範及生活習慣而定。以往雖認為「查泰來夫人之情人」為色情小說，然時至今日則視該著作為探討女人情慾之重要文學論著。近年知名電影著作「色戒」，不乏男女性交畫面，是以，情色著作不因僅具有色情之元素，即認為非著作。著作權法保護智慧創作之投入，不作道德風俗之審查，是否取得著作權，端賴有無智慧創作之著作，作為保護之判斷標準。至於是否敗壞風俗或有無散布權，係刑法或相關法律之規範，並非著作權法應處理之法律議題。

(四) 不得任意加諸著作權法未規定之限制

依據創作精神智力投入之程度，作為著作權保護之要件，不得因著作有色情之素材，而遽認為非著作。申言之，色情素材並非不受著作

權保護之消極要件，著作權之保護不宜過於道德化，不得貿然即以公序良俗之公益名義，不當限制色情著作權人之權利行使。否則所有涉及公序良俗之情事，動輒主觀認定重於著作權之私益，屆時恐變成濫用公序良俗之情形，淪為流氓條款，將嚴重影響法之安定性及交易安全。

（五）抽樣之部分光碟具有原創性

我國著作權法採創作保護主義，故色情著作係本於獨立之思維、智巧及技匠，具有原創性，依著作權法第10條規定，著作人於色情著作完成時，即享有著作權。就原始性而言，係指著作人原始獨立完成之創作，而非抄襲或剽竊所致；創作性係指著作具有之少量創意，其足以表現作者之個性。職是，創作性之程度，不必達空前未有之地步，倘依社會通念，該著作與前已存在之作品間有可資區別之變化，足以表現著作人之個性即可。反之，著作與人類之思想感情無關，未能展現作者之個性者，即無創作性可言，則非著作權法所稱之創作。

起訴書附表編號126、600、696等光碟，均經專業團隊企畫，先由編劇編纂、設計不同內容之劇情及文案，並撰寫劇本及臺詞，繼而經由導演指導演員演出及專業攝影人員拍攝，復經剪輯後製及廣告行銷之策劃，花費諸多成本製作，核屬具原創性之人類精神創作，足以表現製作團隊之個性與獨特性。

參、事件評析

A片到底有沒有著作權？智慧財產法院101年刑智上易字第74號判決以原創性的有無，作為A片能否取得著作權之判斷標準，有別於實務上向以88年台上字250號判決為圭臬的否定見解，其見解不僅呼應了主管機關經濟部智慧財產局的看法「色情片或限制級片，不論是本國或外國，是否係本法所稱之著作，應視具體個案內容是否符合上述規定而定，如具有創作性，仍得為著作權保護標的。至於其是否為猥褻物品，其陳列、散布、播送等，是否受刑法或其他法令之限制、規範，應依各該法令決定之，與著作權無涉。」^[3]，同時也與德國、美國、日本、大陸地區等立法例相同，故本判決一出，即獲得各方之贊同^[4]。

然而，在肯定該判決的同時，觀察其判決理由，未來在判斷A片著作權時，除判斷是否具備原創性外，仍需注意以下事項：

一、色情軟蕊作品始受著作權法保護

判決理由提到：「...釋字第617號解釋，將猥褻物品分為硬蕊與軟蕊。前者係指對含有暴力、性虐待或人獸性交等情節，不具藝術性、醫學性或教育性價值之猥褻資訊或物品；後者係指除硬蕊之外，客觀上足以刺激或滿足性慾，而令一般人感覺不堪呈現於眾或不能忍受而排斥之猥褻資訊或物品。因硬蕊著作之性質，非屬文學、科學、藝術或其他學術價值，顯無促進國家文化發展之功能，即無保護之必要性，故探討色情著作是否受著作權法之保護，著重於軟蕊之範疇。...」換言之，硬蕊作品並無著作權之保護，必須是屬於非含有暴力、性虐待或人獸性交等情節的軟蕊作品，始為該判決討論的範疇而受著作權保護。

二、是否需有馬賽克遮蔽始受著作權法保護？

色情影片是否因「有碼片」或「無碼片」致受著作權法之保護有異？判決書中亦肯認此為本案爭點之一，對此，判決結論認為「具有原創性之色情軟蕊著作應受著作權法保護」。據此，色情影片受著作權保護需具備二個要件：（一）軟蕊著作（二）原創性。

然而，此項結論似無法解決馬賽克遮蔽的爭點，按判決理由中除詳細分析軟蕊、硬蕊的差異，並詳細介紹了16部抽樣鑑定影片的其中一部劇情內容、拍攝手法等而具有原創性，但卻未說明馬賽克遮蔽在著作權保護的差別，而僅以一句「...參諸該等影片性交畫面均使用馬賽克遮蔽，亦無任何人獸交、裸露性器官之畫面，其為具有原創性之視聽著作，自應受我國著作權法之保護。...」輕輕帶過，不免使人有所錯亂。亦即，對於被認定無著作權保護的13部影片，我們可能會推論其原因可能是（一）因無馬賽克遮蔽，故不屬於軟蕊著作。或（二）因有馬賽克遮蔽，故不具備原創性。抑或（三）軟蕊、具原創性，但無馬賽克遮蔽。

對於第一項推論，係將馬賽克遮蔽作為判斷軟蕊、硬蕊之標準，可能與大法官釋字第617號解釋所稱「係指對含有暴力、性虐待或人獸性交等情節，不具藝術性、醫學性或教育性價值之猥褻資訊或物品」之判斷基準有所出入；第二項推論，係將馬賽克遮蔽作為原創性之判斷標準，此時可能與該作品是否「本於獨立之思維、智巧及技匠，具有原始性與創作性」之認定有所扞格；而第三項推論，則是將馬賽克遮蔽作為除軟蕊著作及原創性以外之第三個要件，然而對於此要件，卻未如前二項要件般於判決理由中詳細說明，故色情影片是否因「有碼片」或「無碼片」致受著作權法保護有異之訴訟爭點，恐怕仍有待釐清。

[1]章忠信，「A片可以享有著作權」，著作權筆記網站，<http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php?board=6&act=read&id=98>（最後瀏覽日：103年3月4日）

[2]出版法第32條（已廢止）：出版品不得為左列各款之記載：

- 一、觸犯或煽動他人觸犯內亂罪、外患罪者。
- 二、觸犯或煽動他人觸犯妨害公務罪、妨害投票罪或妨害秩序罪者。
- 三、觸犯或煽動他人觸犯褻瀆祀典罪或妨害風化罪者。

[3]經濟部智慧財產局中華民國92年09月10日智著字第0921600729-0號函

[4]同註1。

郭俊仁 編譯整理

上稿時間：2014年04月

文章標籤

你 可 能 還 會 想 看

英國氣候過渡計畫小組公布氣候揭露報告框架的最終版本

英國氣候過渡計畫工作小組（Transition Plan Taskforce，以下稱TPT）於2023年10月9日公布其氣候揭露報告框架（TPT Disclosure Framework，下稱「框架」）最終版本及使用指引。TPT是英國財政部在2022年4月成立，負責建立氣候過渡計畫準則。TPT則於2022年11月提出框架草案，並開始徵詢產官學界意見，最後提出正式版本。TPT框架建議企業以宏觀、有策略的方式制定氣候過渡計畫。TPT框架從企圖心、行動力和當責性三項原則出發，分別就五個必須揭露的事項說明如何在氣候揭露報告中呈現企業的氣候過渡計畫：一、企圖心：說明企業的基礎事項，例如氣候戰略目標和商業模式。二、行動力：說明過渡...

歐盟法院裁定連結未授權影音串流網站之多媒體播放器違反著作權指令

歐盟法院裁定連結未授權影音串流網站之多媒體播放器違反著作權指令 歐盟法院於2017年4月26日就Stichting Brein v Wullems案作出裁定，依據2001年的「歐洲議會與執委會關於資訊社會中著作權及著作鄰接權調和指令（Directive No. 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society）」，認定販售多媒體播放器，其上安裝附加軟體使用戶可透過建立好的選單，連結到含有未獲著作權人同意影音授權的第三方串流網站之行為，符合著作權指令中「對公眾傳輸（communication to the...

英國通過《2018自動與電動車法》

英國於2018年7月通過自動與電動車法(Automated and Electric Vehicles Act 2018)，對自動與電動車輛之定義、保險議題以及電動車充電基礎設施進行規範。針對自駕車之保險議題，該法採取「單一保險人模式」(Single Insurer Model)，無論是駕駛人自行駕駛或自動駕駛，駕駛人均應購買自駕車保險，讓所有用路人對於可能之安全事故均有保險可涵蓋並追溯責任。本法其他重要規定如下：本法未直接賦予自駕車(Automated vehicle)明確定義，管理方式係由主管機關自行認定並建立清單。本法僅要求清單內之車輛應設計或調整為至少於某些特定狀況能安全行駛之自動駕駛模式。已納保之自駕車行駛時所...

英國Ofcom公佈感知無線電技術之諮詢結論

英國Ofcom於2011年9月1日公佈了關於閒置頻譜、地理定位（geolocation）資料庫與感知無線電的最新諮詢結論，本次行動使英國成為歐盟中第一個宣佈感知無線電發展計畫的國家。Ofcom自2005年「數位紅利審查報告書」（Digital Dividend Review）以來，藉多次的聲明與諮詢確立數位紅利閒置頻譜使用的三大方向：其一，將用於enhanced Wi-Fi，相較於當前使用2.4G的Wi-Fi技術，透過原本無線電視所使用的低頻段（介於470至790MHz間）特性，可使新技術的涵蓋範圍更廣、建築穿透力更強。其二，透過無線傳輸連結大城市與鄉村地區，以建置鄉村地區之寬頻網路。其三、用以智慧聯網（Machine...

☆ 最 多 人 閱 讀

- 二次創作影片是否侵害著作權-以谷阿莫二次創作影片為例
- 美國聯邦法院有關Defend Trade Secrets Act的晚近見解與趨勢
- 何謂「監理沙盒」？
- 何謂專利權的「權利耗盡」原則？

[隱私權聲明](#)[聯絡我們](#)[相關連結](#)[徵才訊息](#)[資策會](#)[網站導覽](#)

