

## 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形，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。」<sup>[3]</sup>，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<sup>[4]</sup>。

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拒之猥褻資訊或物品。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3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）因無馬賽克遮蔽，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/cnote/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

 推薦文章