



## 從法國法院幾則判決談我國以著作權保護香水之可能性

許曉芬\*

### 摘要

法國法院實務及學界在過去幾年，對於香水得否受著作權保護之議題，有立場兩極卻相當豐富的爭辯。儘管香水產業為該國第四大經濟產業，更是一種文化象徵，但法院實務多數見解，卻認為香水乃專門技術實施結果，不應為著作權保護之標的。法國學者多數見解則和實務相違，強調香水之「可著作權保護性」。

我國不論實務或學說，對此類非經視覺及聽覺所感知之「創作」，例如經由嗅覺所感知之香水及經由味覺所感知之美食，是否屬於著作權保護之客體，鮮有討論。在智慧財產權法制及適用日益國際化的今日，若待實務運作上遇到問題，才進行研究或討論，可能已為時已晚。

本文以下，從法國最近幾年幾則重要判例出發，試著分析香水是否為著作權法上之著作，並進一步研究香水是否符合一般取得著作權之要件，最後回歸我國法進行檢討。

關鍵字：香水、嗅覺創作、著作權保護、法國著作權法、原創性、法國智慧財產權法、香味訊息、著作權侵權、附著、感知作品

---

收稿日期：101年02月29日

\* 東海大學法律學院助理教授。法國史特拉斯堡大學法學博士。



## 壹、前言

在德國作家徐四金 (Patrick Suskind) 的著名小說「香水」(Das Parfum) 一書中，有段對香水生動且精闢的描述：「我的天使。注意聽我教你，就像音樂和絃一樣。每種香水和弦都有四種精華或音色，小心組成和諧的作品。每個香水都含有三種和絃：前味、中味和後味，必須有十二種音色。前味就是第一印象，在中味出現之前會持續幾分鐘。中味，香水的主题，會持續幾個小時。最後就是後味，香水的尾巴，能持續好幾天」。

為了創作出一個經典的香水味道，調香師 (Parfumeur) 必須瞭解每一種香味特性，並且構思所欲敘述的故事或構築的境界，再透過不同的香味調配，將其想像具體化。例如調香師可以利用薰衣草、檸檬或佛手柑等清新卻也最易逝的香味，描繪出前味的第一印象，再使用稍微持久的香味，如玫瑰或茉莉等，帶入主要的基調中味，最後再利用麝香或香草當成後味，賦予香水生命，使其縈繞不去<sup>1</sup>，藉此敘述一個畫面或感受。

因此，香水調配的重點不在於其化學成分<sup>2</sup>，而是在調香師希望透過調配成分所傳達之香味訊息 (message olfactive)。這是因為同樣甚至同比例的成分，透過不同的組合方法及順序，可描繪出完全不同的嗅覺感受，就好比使用同樣的油畫顏料，卻可畫出風格迥異的作品一般，重要的是透過調香師豐富之專業知識，經過不斷思考、評估、選擇及重新思考的過程，

---

<sup>1</sup> See, F. Cola, «Le live du Parfumeur», Taurus, 1988; A. Holley, «Eloge de l'odorat», Odile Jacob, 1999.

<sup>2</sup> 香精 (Parfum) 中之精油 (Huiles essentielles) 濃度大約只有百分之十五到百分之三十，香水 (Eau de pafum) 約百分之八到百分之十五，而淡香水 (Eau de toilette) 僅有百分之四到百分之八。其餘的組成份子多為酒精或其他醇類代替。



最後完整呈現這些香味所建構的意念及畫面<sup>3</sup>。

由上述可知，香水的調製無庸置疑是項藝術，但香水得否受著作權保護，卻是個充滿爭議的問題<sup>4</sup>。除了因為香味稍縱即逝、具變異性（前味、中味、後味）且難以具體描述外，許多人認為香水為工業生產之結果，並非創作，因而不為著作權保護之客體<sup>5</sup>。此外，即使認為香水確實為一創作，其原創性該如何判斷，表達形式又該如何具體化，甚至香水到底有無以著作權保護之實益，都是學界與實務界爭執頗多的問題。

法國法院實務及學界在過去幾年，對於香水得否受著作權保護之議題，有立場兩極卻相當豐富的爭辯。有趣的是，法國以化妝香水產業舉世聞名，除了是該國第四大經濟產業<sup>6</sup>，更是一種文化象徵。然而法院實務多數見解，特別是最終審法院，卻認為香水不應為著作權保護之標的。法國學者多數見解則和實務相違，強調香水之「可著作權保護性」，甚至語帶

<sup>3</sup> 例如香奈兒 (Chanel) 官方網站對其 N°5 香水的描述如下：「其一種充滿女人味，具現代視野，獨一無二的經典香味。花香調——乙醛，一束豐富的花束，內含橙花油、香油樹花、格拉斯茉莉、五月玫瑰、檀香木、香根草、香草等，散發無盡的女人香」（[http://www.chanel.com/zh\\_TW/](http://www.chanel.com/zh_TW/)，最後瀏覽日：2012年2月1日）；而以香水聞名之嬌蘭 (Guerlain)，則於其官方網站如此描述其著名香水 Shaliman：「The Eternal Myth: Elegance, sensuality, subtlety, feminine influence. Inspired by an oriental love story, Shaliman is the dazzling essence of a woman who is endlessly desirable and forever desired. Like her, Shaliman is at once sublime and intimate」（<http://www.guerlain.com/>，最後瀏覽日：2012年2月1日）。由上述對香水的描述，可得知所謂嗅覺創作，在於使用者一聞到某種香水，就會有（或被期待有）的特定嗅覺感受。

<sup>4</sup> 事實上，在同一個香水上，可能牽涉到的智慧財產權保護相當多樣，例如香水商標的保護、香水瓶身及包裝的保護與香味的保護。在近年來的歐洲法院 (Court of Justice of European Union, CJEU) 相關案例中，也多可見與香水有關之商標案件 (ECJ, 18 June 2009, C-487/07, L'Oreal c/Bellure NV.)。惟本文僅討論與著作權相關之議題，合先敘明。

<sup>5</sup> J.-P. Pamoukdjian, «Le droit au parfum», LGDJ, 1982, p. 208.

<sup>6</sup> 以 2009 年為例，化妝香水產業之營業收益高達 66 億歐元。資料來源 <http://www.lesechosdelafranchise.com/dossier-cosmetiques-parfumerie/cosmetique-parfumerie-un-marche-qui-sent-bon-la-croissance-556.php> (最後瀏覽日：2012年2月1日)。



諷刺的表示，連電腦軟體都可用著作權保護，香水這項文化藝術之產物，若無法受到著作權保護，實在很難以理解。反之在荷蘭最高法院在 2006 年的判決裡<sup>7</sup>，認為香水無庸置疑為一創作，透過液體呈現之香味訊息，即已滿足表達形式之要求，因此應受著作權保護。

我國著作權法規定，原則上凡是「屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作」<sup>8</sup>皆為著作權法保護之對象。舉凡語文著作、音樂著作、戲劇、舞蹈著作、美術著作、攝影著作、圖形著作、視聽著作、錄音著作、建築著作及電腦程式著作等，均屬之<sup>9</sup>。然而對於此類非經視覺及聽覺所感知之「創作」，例如經由嗅覺所感知之香水及經由味覺所感知之美食，是否屬於著作權保護之客體，國內文獻鮮少討論。在智慧財產權法制及適用日益國際化的今日，若待實務運作上遇到問題，才進行研究或討論，可能已為時已晚。再加上我國於新修正之商標法已開放任何足以識別商品或服務來源之標識皆可成為商標註冊之保護客體，氣味商標若符合法定要件，即可受商標法保護。惟如何使氣味商標註冊滿足清楚、明確、完整、客觀、持久及易於理解之方式呈現，仍存有疑慮。因此藉由同為智慧財產權領域對香水氣味議題之研析，期能提供實務上認事用法之參考。

本文以下，從法國最近幾年幾則重要之判例出發，試著分析香水是否為著作權法上之著作，並進一步研究香水是否符合一般取得著作權之要件，最後回歸我國法進行檢討。

---

<sup>7</sup> HogeRaad der Nederlanden (HR, Supreme Court of the Netherlands), 16 June 2006, N J 585.

<sup>8</sup> 我國著作權法第 3 條第 1 項第 1 款。

<sup>9</sup> 我國著作權法第 5 條第 1 項。



## 貳、香水是否為著作權法上之著作？

關於香水是否為著作權法上所稱之著作，法國實務多數見解持反對意見。但仍有少數判決，且近來有增加之趨勢<sup>10</sup>，認為香水為得享有著作權保護之客體，此項見解也為多數學說贊同。

### 一、反對說

法國最高法院（Cour de Cassation）在 2006 年（以下簡稱 Dune 案）<sup>11</sup> 及 2008 年（以下簡稱 Mâle 案）<sup>12</sup> 兩則指標性判決中，認為香水之香味，「僅單純是專門技術的實踐，並不構成思想表達之有形表現，享有基於精神力創作（œuvres de l'esprit）受著作權法保護之客體」<sup>13</sup>。但其實在此之前，巴黎上訴法院就曾明白表示，香水並不構成法國智慧財產權法典（Code de la propriété intellectuelle, CPI）著作權編（以下簡稱法國著作權法）第 L.112-1 條所言之著作<sup>14</sup>。因此當法國最高法院於其後判決重申此一見解時，並不讓人訝異。

在 Mâle 案中，最高法院反對香水為著作權保護客體之理由主要有二：法院認同 Dune 案之見解，認為香水的香味就是其化學成分之體現，換言之，香味僅是專門技術（savoir faire; know-how）的實施結果。於此，法院

<sup>10</sup> 例如 CA Paris, 28 juin 2000, PIBD 2000, III, 549; TGI Paris, 26 mai 2004。

<sup>11</sup> Cour de Cassation Civ. 1<sup>re</sup>, 13 juin 2006, n°02-44. 718. 本案是關於僱用關係中著作權歸屬。系爭標的為 Dior（迪奧）之香水 Dune（沙丘），法院必須先行判定香水是否得受著作權保護之客體，才能進行此著作權究為誰屬之判斷。

<sup>12</sup> Cour de Cassation Com., 1 juillet 2008, n°07-13. 952 本案為 Beauté Prestige International 公司認為 Senteur Mazal 公司之香水 L'homme and Inmate 侵害該公司 Jean-Paul Gaultier 香水 Mâle 之著作權。

<sup>13</sup> *ibid.*

<sup>14</sup> TGI Paris, 3<sup>e</sup> Ch., 5 nov. 1997, PIBD 1998, III, 142.



同意佐審官 (avocat général)<sup>15</sup> 意見<sup>16</sup>，認為區分香味訊息 (透過嗅覺感知之創作) 及香味調配成分 (精油、酒精) 是過於刻意且不切實際的。儘管香水調配確實是項藝術，但「必須透過組成其物之化學成分或製造過程，才能成為一獨立之客體」<sup>17</sup>，而不論是化學成分或是製造過程，都僅是技術實踐結果，皆非著作權保護的客體。

佐審官意見書更直指，「以香水為例，到底是要保護什麼呢？很快的會發現根本無法詳細且正確的描述，也無從得知是否符合著作權法上所保護基於作者精神力的創作。(著作權法) 僅應保護得以感知之物品」<sup>18</sup>。因此佐審官認為即使香水是出於智力活動下的產物，但不表示就是著作權法上之著作。香味既然沒有也無法附著於任何有體物，本質就像流沙一樣，稍縱即逝，每個人對香味的感知也有所不同，味道飄過，也僅能留下「一個不留痕跡的痕跡」<sup>19</sup>。如此到底保護標的是什麼？

<sup>15</sup> 法國最高法院為法國司法裁判體系中的最高層級，處理包含民事、刑事、社會、商事等案件。受理之案件由受命庭長指定報告法官 (Conseiller rapporteur) 準備書面審理。報告法官在審查案件後，準備詳細的報告 (包含案例事實、法律爭點及評價)、簡評及判決草案。其後，將前述報告呈送佐審官 (avocat général)，由其審查後並提出意見。最後才由受命法庭進行正式審理。相關資料可參考法國最高法院網站，有關於最高法院職能之中文版介紹，

[http://www.courdecassation.fr/documents\\_traduits\\_2850/20013\\_25991\\_2853/27861\\_38498\\_11984.html](http://www.courdecassation.fr/documents_traduits_2850/20013_25991_2853/27861_38498_11984.html)，(最後瀏覽日：2012年2月1日)。

必須說明者為，上述中文版翻譯 avocat général 為檢察官，儘管正確，但此處之意義與我國法制下之檢察官有所不同。此處檢察官之職責是審查案件情況及法律問題，目的在使法官聽完雙方當事人陳述之後，有一公正中立之意見供法官參考。此處檢察官之職責較類似於一諮詢機構，僅提供意見書 (avis)。因此，為避免混淆，筆者採用佐審官一詞代替文中之檢察官。

<sup>16</sup> 本案最高法院之判決主文相當簡要，法官基本上採取過去最高法院見解及本案佐審官建議。因此佐審官意見書有重要參考價值。

<sup>17</sup> n° 33, Rapp. Mme Pezard, avis M. Main, avis gén., BICC 15 nov. 2008, n°691.

<sup>18</sup> *id.*, n° 32.括號內作者自加。

<sup>19</sup> V. Jankélévitch, «Quelque part dans l'inachevé», éd. Gallimard, 1978 cité *ibid.*



佐審官更進一步指出，就算真的要區分「由著作權保護之香味訊息」，及「由專門技術保護之調配成分」，現有的化學技術根本無法區辨兩個香水的雷同程度，如此又何必去保護一個根本不可能實踐的法益<sup>20</sup>？

部分學者贊成此項見解，認為除非透過修法，明列香味訊息為著作權保護之客體，否則在現行法國著作權法架構下，由於香味並未附著在有體物上，無法讓作者與公眾溝通，很難將香水視為帶有作者之個人特性（l’empreinte de la personnalité de l’auteur）之著作。此外，若視香水為一保護客體，將有許多困難需要克服，例如人格權，合理使用或僱傭關係下之著作權歸屬等，都必須要能夠貫穿解釋。而如何判斷侵權，則更是讓人頭痛的問題<sup>21</sup>。

## 二、贊成說

相對於法國實務多否認香水得以用著作權保護，大部分學說認為香水應當受著作權保護<sup>22</sup>。理由主要有下列幾點：

首先，香水的調配是由調香師經由深思熟慮選擇後的結果，透過豐富的專業知識累積，謹慎的決定比例及成分，以完成與公眾溝通之意念<sup>23</sup>。因此著作權法保護的客體應為香味傳達之訊息，而不是化學成分，目的在於表彰調香師智力工作創作的成果<sup>24</sup>。

<sup>20</sup> *id.*, n° 35.

<sup>21</sup> F. Pollaud-Dulian, «Oeuvres protégées: Parfum», RTD Com., 2008 p. 735.

<sup>22</sup> 但如同實務見解有所歧異般，學說對於香水是否得受著作權保護，亦有不同看法。反對最力者以 F. Pollaud-Dulian 為代表，同上註。

<sup>23</sup> J.-C. Galloux, «Profumo di diritto-Le principe de la principe des fragrances par le droit d’auteur», D. 2004, p. 2461 et s.

<sup>24</sup> *id.*



此外，法國著作權法第 L.112-1 條規定，受著作權法保護之客體，乃所有只要是基於精神力創作之作品，不論其種類，表達形式，評價或目的<sup>25</sup>。因此，不論作品的感知方法為何（透過視覺、聽覺、嗅覺或味覺等），都應該受到保護，而禁止任何歧視。

再者，若回到 Dune 案關於香水乃單純是專門技術的實踐之見解，學者批評專門技術僅為一種知識、技術，與經繁複智力過程所創造之香水有根本上不同。有必要透過著作權保護者，是藉由香味傳達訊息之嗅覺創作，而不是香水之製造技術。創作的過程必然會運用到某種程度的專門技術，用以實現作者之「想像、感受及其藝術品味」<sup>26</sup>，但並不表示創作與專門技術為同一件事情。例如雕像之製作必定牽涉到特定技術，難道雕像也僅是專門技術實踐的結果嗎<sup>27</sup>？

學者甚至批評最高法院的見解為本末倒置<sup>28</sup>，就因為考慮承認香水著作權保護後，勢必得解決侵權判斷之困難問題，就乾脆不承認其著作權，完全是將法理原則與技術性問題混淆。

必須說明的是，少數法院的判決不認同最高法院的見解，例如巴黎上訴法院（Cour d'appel de Paris）在 2004 年的一判決中，認為；「香水為一智力創作下之產物，創造者透過想像力及知識累積，經由以美學呈現為目的之香味材料選擇，調配出一具有原創性且得以感知之精神力創作」<sup>29</sup>。而

---

<sup>25</sup> Art. L.112-1 du CPI : «Les dispositions du présent code protègent les droits des auteurs sur toutes les oeuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination».

<sup>26</sup> CA Paris, 18 nov.1999, D.2000, somm, p. 205.

<sup>27</sup> A. Lucas et H.-J. Lucas, «Traité de la propriété littéraire et artistique», Litec, 2<sup>e</sup> éd, 2001, p. 60.

<sup>28</sup> M. Vivant, «Parfum, l'heureuse résistance des juges du fond», D.2007, n°14, p. 954 ets.

<sup>29</sup> CA Paris, 4<sup>e</sup> ch, septembre 2004, D. 2005, p. 2641, Beauté Prestige International c/Ste Bellure Nv.



在最高法院於 *Dune* 案採認反對見解後，巴黎上訴法院於 2007 年的判決仍堅決認為著作權法第 L.112-2 條所舉之著作型態，並未排除嗅覺感知之作品<sup>30</sup>。此外如前述第 L.112-1 條規定，只要是基於精神力創作之作品，不論其種類，表達形式，評價或目的，皆應受到保護。由此可見，只要作品能夠被感知，著作權法並沒有要求一定要附著於有體物。只是此一判決最後仍被最高法院廢棄，即為前述之 *Mâle* 案。

實務見解分歧的白熱化，或多或少受到 2006 年荷蘭 *Lancome v. Kecofa*（以下簡稱 *Lancom* 案）<sup>31</sup>一案之影響。荷蘭最高法院認為 *Lancome*（蘭蔻）的香水 *Trésor*（璀璨）應受著作權保護，而判定 *Kecofa* 公司聞起來相似之 *Female Treasure* 侵權。法院認定香水的氣味應視為著作權法上之著作，因此對香水氣味的抄襲構成對著作權的侵害<sup>32</sup>。儘管此案之論證略嫌簡要<sup>33</sup>，仍具有指標性意義。

參考上述兩方見解，若回歸我國著作權法檢視，本文以為應肯認香水之「可著作權性」。根據我國著作權法，原則上凡是「屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作」<sup>34</sup>皆為著作權法保護之對象。舉凡語文著作、音樂著作、戲劇、舞蹈著作、美術著作、攝影著作、圖形著作、視聽著作、錄音著作、建築著作及電腦程式著作等，均屬之<sup>35</sup>，著作權法所保護的著

<sup>30</sup> CA Paris, 4<sup>e</sup>. A, 14 févr. 2007, *Beauté Prestige c/Senteur Mazel*, CCE juin 2007, n°6, 36.

<sup>31</sup> 同前註 7。

<sup>32</sup> K. Koelman, «Copyright in the Courts: Perfume as Artistic Expression?», *WIPO Magazine*, 5/2006, available at:

[http://www.wipo.int/wipo\\_magazine/en/2006/05/article\\_0001.html](http://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2006/05/article_0001.html) (last visited: 2012/2/1).

<sup>33</sup> See F. Pollaud-Dulian, *supra* note 21.

<sup>34</sup> 我國著作權法第 3 條第 1 項第 1 款。

<sup>35</sup> 我國著作權法第 5 條第 1 項。



作不以上述為限<sup>36</sup>。因此，只要香水調配是基於智力之創作，而非僅為技術之實施，應認為香水得成為受著作權保護之標的。就如同法國調香師所言，香水的調配，「絕非隨自己高興的瞎混一通，而是必須基於深厚知識，進行針對原料及交互作用，做出明確且目標分明的選擇。香味的排列是種美學，而非科學或化學。發想構思一香味訊息為首要任務，不論是想像力或是直覺缺一不可，就如其他藝術一樣」<sup>37</sup>。是故，在滿足表彰基於作者精神力創作之前提下，應以承認香水為一著作類型為宜。

## 參、香水能否符合著作權保護之要件？

由上述法國實務發展可以窺知，即便承認香水為一著作，仍不表示香水當然得受著作權保護。其中兩項議題為不同見解中爭執最力：其一，香水是否滿足著作權法之「表達」要件；其二則為該如何判斷香水之原創性。

### 一、表達形式

不論我國或是法國，向來認為著作必須能以具有客觀化之一定形式呈現。我國著作權法第 10 之 1 條即規定著作權所保護者，非保護創作活動本身或構想，而是客觀之表達方式。法國著作權法亦認為惟有透過實施的作者觀點（la forme d'expression），才是可受保護之作品。這是本於智慧財產權最根本的法理，也就是構想（idea）乃自由流通之概念。法國著作權法鴻儒 Gautier 教授有一精闢形容：「表達之於著作，就如同軀體之於人一

<sup>36</sup> 我國學者認為，「現行著作權法第五條所規定的各種著作，只具有分類上以及例示的意義，而非受保護的要件或標準」。謝銘洋、蔡明誠等五人合著，「著作權法解讀」，元照出版社，2001 年 3 月，頁 8。同見解參考許忠信，「著作之原創性與抄襲之證明（上）——最高法院九十七年度台上字第一二一四號判決評析」，月旦法學雜誌，第 179 期，2009 年 8 月，頁 240。

<sup>37</sup> Edmond Roudnitska, «Le Parfum», Que Sais-je?, PUF, 1990, p. 45.



般」<sup>38</sup>，如果不能為外界所感知，又要如何定義保護範圍呢？

為了滿足表達於外的要件，表達形式必須得以感知，並且能夠證明<sup>39</sup>。感知之目的在於與外界溝通，使外部一般人得以察覺其存在，因此必須能夠確實描述，才得以其他著作有所區分。例如法國著作權第 L.112-2-4 條規定，舞蹈、雜耍、馬戲、默劇等表演，必須要透過書寫或其他方式固定（附著）下來，始能成為著作權保護之客體<sup>40</sup>。因此，雖然在大多數著作類型，並未明文規定附著為取得著作權之要件之一，法國實務普遍認為此乃不可避免之條件，否則現實上將難以操作。惟部分學說對此有所批評，認為著作之形態千百種，只要是基於精神力創作之作品，不論其表達形式，皆應受到保護。任何型態都應接受<sup>41</sup>，從前述法國著作權法第 L.112-1 條規定即可看出。

因此，法國巴黎上訴法院於 2006 年的兩個判決中，皆明確指出，只要作品得以感知，附著與否並非著作權法要求的保護要件。「既然香水調配之內涵是得以確定的，如何感知則不在所問」<sup>42</sup>。

我國著作權法第五條第一項所例示之著作型態，若從五感之眼（視覺）、耳（聽覺）、鼻（嗅覺）、舌（味覺）、身（觸覺）觀之，仍以前兩項為主。但就如同著作型態不僅例示十類而已，感知之方式，亦不應以視覺

<sup>38</sup> P.-Y. Gautier, «Propriété littéraire et artistique», PUF, 6<sup>e</sup> éd., 2007, n°37.

<sup>39</sup> C. Caron, «Droit d'auteur et droits voisins», Litec, 2<sup>e</sup> éd., 2009, p. 54.

<sup>40</sup> Art. L.112-2 du CPI: «Sont considérés notamment comme oeuvres de l'esprit au sens du présent code: 4° Les oeuvres chorégraphiques, les numéros et tours de cirque, les pantomimes, dont la mise en oeuvre est *fixée par écrit ou autrement*» (emphasis added).

<sup>41</sup> *id.*, p. 56.

<sup>42</sup> CA Paris, 4<sup>e</sup> ch. A, 25 janv. 2006, Sté Bellure c/Sté Beauté Prestige International (以下簡稱 Bellure I) ; CA Paris, 4<sup>e</sup> ch. A, 15 févr. 2006, Sté Bellure c/Sté l'Oréal, Lancôme, Cacharel (以下簡稱 Bellure II)。



或聽覺為限。

若承認香水為一嗅覺著作，其表達形式是氣味訊息本身，還是須透過液體為媒介所傳達之氣味訊息？前者為少數承認香水著作權之法國實務所採，而後者則為荷蘭法院於 Lancom 一案所採。差別在於前者之氣味訊息自身即為表達形式，而後者必須透過一液體為媒介，作為附著之表達形式。

我國多數學者認為附著不是著作取得著作權的要件，即使認為附著於媒體為必要條件者，其目的也僅是確認著作是否完成，並判斷他人是否抄襲其表達之方式<sup>43</sup>，而未對附著的方式有任何限制。因此，不論是氣味訊息自身，或透過液體媒介，都可認為香水得以滿足表達形式之要求。

然而，僅有表達形式並不表示滿足著作權保護要件，仍必須具有原創性，才能成為受著作權保護之客體。

## 二、原創性

各國著作權法或國際公約，對受保護之著作，多有「原創性」之要求。而，「原創性」一詞，卻很難給予明確的定義。一般而言，若一作品，帶有作者之個人特性（l’empreinte de la personnalité de l’auteur），即可認為該作品具有原創性。我國著作權法條文雖未明文規定，但學說和實務皆採此見解<sup>44</sup>。法國學說與實務見解傳統上亦同<sup>45</sup>。但法國實務在特定情形下，例如工藝美術之判斷上<sup>46</sup>，也曾採用客觀之原創性概念，將工業設計

<sup>43</sup> 反對意見，參考鄭中人，「智慧財產權法導讀」，五南，2008年3版，頁85。

<sup>44</sup> 謝銘洋、蔡明誠等五人合著，同前註36，頁7；楊崇森，「著作權之保護」，正中書局，1991年11月，頁2。

<sup>45</sup> A. Lucas et H.-J. Lucas, *supra* note 27, n° 77, p. 76.

<sup>46</sup> Cass. ass. plén., 7 mars 1986, RIDA 1986, n° 3, p. 136.



(Dessins et modèles)<sup>47</sup>中之新穎性概念帶入於原創性。

法國學說對於香水原創性判斷之見解大概可分為兩類。其一認為若是經典香水，由於每位調香師創作時都有特定偏好，就如同畫作之風格一樣，該行業中之專家必然一聞可知出自誰手<sup>48</sup>，因此若能透過香水表達出作者之個人特性，即可認為滿足原創性要求。但另一類少數見解則是認為，要從香水中尋找出作者個人特性，幾乎是件不可能的事情，因為香水創造的過程，會受到許多行銷方向或策略的影響，例如基於市場行銷策略訂定香水基調及所包含之香味。是故，唯一能夠判斷香水是否具原創性之方法，就是透過客觀新穎的角度詮釋原創性，用以反向說明由於之前並未具有類似作品，所以具原創性<sup>49</sup>，此項觀點明顯受到工藝美術原創性判斷之影響。

至於實務，則是搖擺在兩者之間。例如巴黎商事法庭（Tribunal de commerce de Paris）在 1999 年 Angel 案中試著從其香水組成判斷原創性，云：「Angel（香水品名）的香味來自於最新趨勢：香味帶著一些食物的香氣及焦糖的甜味，而 Angel 就是將這股風氣帶進香水領域的前驅」<sup>50</sup>。巴黎上訴法院也曾在其 2000 年的一個判決中，指謫上訴方「既未提出香水構思及調配時之相關文件，亦未提供氣相色譜分析<sup>51</sup>報告確認香水之實際成分」，因此無法證明系爭香水之原創性<sup>52</sup>。然而，從這兩個判決可看出，

<sup>47</sup> 關於工業設計保護國內文獻可參考，徐銘峯、張玉玫，「國際工業設計保護制度之調和介紹」，智慧財產權月刊，150 期，2011 年 6 月，頁 40-76。

<sup>48</sup> See J.-C Galloux, *supra* note 23.

<sup>49</sup> *id.*

<sup>50</sup> Tribunal de commerce de Paris, 24 sep. 1999.

<sup>51</sup> 氣相色譜法（又稱氣相層析）是一種在有機化學中對易於揮發而不發生分解的化合物進行分離與分析的色譜技術。

<sup>52</sup> CA Paris, 28 juin 2000, PIBD 2000, III, p. 549.



儘管法院承認香水得為著作權保護之標的，但仍偏向認為香水是比較技術性的產出，必須和之前的作品有明顯可資辨別的差異。

在 Bellure I 案<sup>53</sup>中，巴黎上訴法院仍是採用此種與先前作品相比較之見解，判斷是否具備原創性。法院指出，「Bellure 公司無法提出任何證明，例如氣相色譜分析，來證明對方十二種香水皆為平庸而工業化之產品，亦無法確實分析其成分」，換言之，法院認為在和先前作品比較之情形下，系爭香水確實前所未見，因而判定 Bellure 公司爭執系爭香水平庸不具原創性之主張無理由。但如同前述，學者多數反對將此類新穎性或和先前作品比較之概念帶入著作權法<sup>54</sup>。著作權法中原創性之判斷，應僅從是否具備作者個人特性考量，而不應以該作品與他人在前創作有本質上之類似，就拒於著作權保護之外。

也因此其後的法院見解略有修正。例如普羅旺斯上訴法院（Cour d'appel d'Aix-en-Provence）於 2010 年的近期判決中<sup>55</sup>，在承認香水得以為著作權保護客體的前提下，以系爭香水欠缺作者個人特性而拒絕其著作權保護。法院指出：「儘管香水調配需要特定專門技術，並不表示其調配僅為單純技術實施之結果。其必須瞭解[知識]累積、香味間之交互影響、易逝與持久元素間之相互搭配及不同香味間比例之調整。這些都是建構一彰顯作者個性、敏感度及想像力之嗅覺創作的必要條件，若該創作符合原創性，當然應該受到〔著作權〕保護，其產出方法是否為工業製造，不在所

<sup>53</sup> 同前註 42。

<sup>54</sup> F.Pollaud-Dulian, «Oeuvres protégées: Parfum», RTD Com., 2006 p.365.

<sup>55</sup> CA Aix-en-Provence, 10 déc. 2010, n° 09/04467。值得一提者為，本案乃經最高法院發回重審之判決。但普羅旺斯上訴法院仍拒絕採用最高法院認為香水非為著作權保護客體之見解，特別在判決中針對最高法院之見解一一反駁，並認為系爭香水未能受到保護，僅因其原創性不足，而絕非香水不受著作權保護。



問」。因此，儘管承認香水為一創作，仍必須逐案審查其是否滿足表達形式及原創性要件，以符合著作權保護要件。

若回到我國學說或實務見解觀之，又該如何看待香水創作？

我國最高法院曾於 80 年度上易字判決表示：「著作權保障者為著作之創作性，如著作人在參考他人之著作後，本於自己獨立之思惟、智巧、技匠推陳出新創作一獨立之創作，該創作仍不失其原創性」。81 年度台上字第 3063 號判決亦肯認原創性要件謂：「凡具有原創性之人類精神創作，且達足以表現作者之個性或獨特性之程度者，即享有著作權」。

最近判決則認為所謂原創性，「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，足以表現著作人之個性為已足」<sup>56</sup>。相較之下，前後判決之立場似略有不同。前者強調從作品自身檢視，後者則是必須相對於在前作品有「可資區別的變化」，強調與他人作品進行比較。在此情形下，近期判決似乎亦將新穎性的概念帶入著作權。我國學者普遍認為，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，而係自己獨立創作之結果，亦具有原創性而受著作權之保護<sup>57</sup>，因此到底是否須與在前作品有所區別，才得稱做具有原創性，仍有討論空間。

基於本文前述肯認香水得視為一種著作類型，若其創作為獨立完成且足以表達作者特性（獨特的香味選擇、組合、調配等），在我國著作權法

<sup>56</sup> 最高法院 100 年度台上字第 417 號民事判決。

<sup>57</sup> 蕭雄淋，「著作權法論」，五南，七版二刷，2010，頁 83。



之架構下，並不宜將香水排除於著作權保護之外。儘管最終能滿足原創性要件之香水應相當有限，且關於侵權之判定亦有相當的難處<sup>58</sup>，但並不表示因為得受保護之作品數量不多或有實行上之困難，就不給予保護。

## 肆、結論

著作權法係為了保護文化面之精神創作，與人類之文化生活和文藝發展皆有密切之關係。人類共同分享文化生活的底蘊，進而滋養出文化發展，成為整體社會文明的一部分。不論其創作的目的或價值，只要為一著作權法上肯認之著作，以表達於外之方式呈現，並滿足「原創性」之要求，即應給予保護。儘管不論是台灣或法國之著作權法，對於「著作」及其保護要件之定義皆非明確，因此造成許多疑義，必須透過實務見解及學說不斷的闡釋辯證，才能使著作權法有更清楚之輪廓。但這也是由於人類精神創作本身即具有無數的可能性，若是對著作或是保護要件定義過嚴，則會造成對創作的箝制及文化領域的過多干預。

從古埃及時代到中世紀，香水一直是被當成獻祭先靈、對神表達敬意或療癒之珍貴物品。到法國太陽王路易十四，香水轉換成為貴族日常生活

<sup>58</sup> 本文因篇幅關係無法對侵權判斷進行較深入之說明。法國實務大致上借用兩種判斷之方式，一為氣相色譜法，另一為直觀判斷法。前者透過化學儀器判定系爭香水之否類似，而後者則是藉由專家對系爭香水進行分析比較，提供法院判斷是否侵權之參考。例如在 *Bellure I* 案中，巴黎上訴法院發展了兩段測試法。首先請專家透過直觀判斷法，鑑定系爭香水對嗅覺感官而言之相似程度，再透過氣相色譜法比較其成分有多少雷同之處。然而在 *Bellure II* 案中，同一法院又發展出另一套判斷方法。法院找來兩百五十名一般民眾進行相似度測試，結果有百分之六十認為系爭香水接近，百分之二十二非常接近，百分之十三完全相同，法院根據此項結果判斷是否侵權。但此舉被部分學者嚴厲批評，認為原創性及侵權與否之判斷應為法院之職責，不應讓專家或一般民眾意見決定。此外，同一家族內之香水(大致上香水可區分為八大家族，分別為柑橘香、花香、綠香、果香、草本香、麝香、東方香、木香)，一般民眾之感官是否敏銳到得以分辨兩者間有所不同，實有疑問。相關批評可參考：F. Pollaud-Dulian, *supra* note 54。



不可或缺之一抹清香，並代表了特定的文化意涵。

若一香水之調配實屬平庸或利用現有組成成分隨意變化而成，當然不應認為其能滿足基於作者精神力且能表達個人特性創作之要件，而給予著作權保護。但若一香水確實是透過繁複智力過程所創造，且滿足表達形式及原創性要件，實不宜過度限制，進而喪失了著作權法之真義。

「在這個仿冒香水一堆的年代裡，若拒絕給予香水適當的著作權保護，實在不是一件很明智的事情；因為這無疑是給侵權者一個大禮物」<sup>59</sup>。著作權法在不斷往數位化、科技化、網際網路化發展的過程中，也應該時常回頭檢視許多根本性卻鮮少有機會討論，或來不及討論之議題。

---

<sup>59</sup> C. Caron, «Droit de la propriété intellectuelle», JCP G 2006, I, 162.