

再論「涉外著作權保護於現行實務所面臨之問題」 ——兼論著作權與其他智慧財產權交錯領域之爭議

蔡瑞森 撰

壹、前言

貳、著作權保護規範之爭議

參、著作權與商標權或專利權交錯競合領域的爭議

肆、「首次發行」於涉外著作權保護規範下的意義及闡釋

伍、視聽著作與音樂著作及美術著作的競合關係

陸、著作權法與公平交易法規範互補關係之爭議

柒、結語

一、前言

就立法政策及理論而言，著作權與商標權及專利權或其他智慧財產權乃隸屬於不同領域的保護法益，各有其規範目的及方式，因此，包括我國在內之各國立法，幾乎均針對著作權

與商標權及專利權或其他智慧財產權個別立法（註一）。惟就具體個案之認定而言，究竟應歸屬著作權或商標權，乃至專利權的爭議，有時並非十分容易認定或區分。我國目前針對外國人著作之保護，原則上係採強制互

註一：著作權法第一條揭示其立法宗旨為「為保障著作人著作權益，調和社會利益，促進國家文化發展，特制定本法。」；另商標法第一條則揭示其立法宗旨為「為保障商標專用權及消費者利益，以促進工商企業之正常發展，特制定本法。」；而專利法第一條則揭示其立法宗旨為「為鼓勵、保護、利用發明與創作，以促進產業發展，特制定本法。」

惠保護原則，而商標權及專利權則為原則保護，例外不予保護（註二），在此立法規範下，更加突顯當此三項法益有交錯競合的問題時，如何區分並選擇保護規範的重要性。實務上所常見的另一項爭議，則是公平交易法可否取代著作權法與商標法及專利法或其他智慧財產權相關立法，而成為保護智慧財產權的一項利器。

貳、著作權保護規範之爭議

著作權相關法律規範及理論本身的爭議，特別是涉及外國人著作保護的問題，其中包括中華民國與美利堅合眾國間友好通商航海條約暨議定書、北美事務協調委員會與美國在台協會著作權保護協定、涉外民事法律適用法等，實務案例的爭議問題相當複雜並值得重視，而著作權與商標權或專利權時有交錯競合之問題，以及該等法益與公平交易法間的關聯，亦存有相當討論的空間。本文擬提出部分爭議問題如后：

一、我國對於外國人著作之保護，原則上係採「互惠保護」或「首次發行」原則；所謂之「首次發行」原則，主要乃指「在我國或美國首次發行之外國人著作」得援引我國著作權法第四條第一款及北美事務協調委員會與美國在台協會著作權保護協定第一條第(三)項乙款而受我國著作權法保護。惟「首次發行」在具體個案之認定標準為何？

二、衍生著作或編輯著作的利用是否仍需原著作之著作權人的同意？衍生著作或編輯著作遭受不法侵害時，原著作的著作權人是否亦得主張權利？視聽著作和用以作為素材之音樂著作或美術著作間之關係為何（衍生著作與原著作之關係；或是編輯著作與原著作之關係）？視聽著作遭受不法侵害時，原音樂著作或美術著作的著作權人是否亦得主張權利？

註二：依據著作權法第四條第二款規定，外國人著作之保護，原則採強制互惠原則，即中華民國人民之著作得在該外國享有著作權，該外國人的著作，始得依我國著作權法受保護。至於外國人之商標及專利的保護，目前實務原則上均得比照中華民國國民待遇，經依法申請註冊登記而受保護，乃採較為彈性的互惠原則。其中，商標法第三條規定「外國人所屬之國家，與中華民國如無相互保護商標之條約或協定，或依其本國法令對中華民國人申請商標註冊不予受理者，其商標註冊之申請得不予受理」，乃採原則保護，例外始不保護之方式。專利法第四條亦有與商標法第三條類似之規定。

三、以裝飾的方式所表現的商標圖樣，究竟應屬著作權的規範問題，或是仍屬商標使用的型態？以「量產」為目的，並以「模具或機械大量生產製造」的方式而重現「美術著作」的內容，是否因此而失去「美術著作」的特性而僅存「工業產品」的性質，致僅為專利規範的問題？以「立體」方式而重現「美術著作」的內容，究為專利「實施」之概念，或仍為著作權概念下之「重製」或「改作」？

四、亦步亦趨完全抄襲他人不受著作權法或商標法或專利法保護之產品，是否得依公平交易法加以規範？

參、著作權與商標權或專利權交錯競合領域的爭議

著作權與商標權或專利權原則上有個別規範的目的及表現方式，例如，著作權原則採創作保護主義（著作權法第十條），而商標權及專利權原則採登記註冊保護主義（商標法第二條；專利法第五十條。至於「相關事

業或消費者所普遍認知之商標」無庸登記，得依公平交易法第二十條受保護，乃例外規定）；此外，不同於專利權之保護客體，著作權之保護僅及於該著作之表達，而不及於其所表達之思想、程序、製程、系統、操作方法、概念、原理、發明（著作權法第十條之一）。惟實務案例呈現著作權與商標權及專利權交錯重疊或並存之複雜現象，實已產生若干爭議，不容忽視。實務案例呈現著作權與商標權及專利權交錯重疊或並存之現象如后：

一、並存結合的表現方式：

（一）以電視遊樂器遊戲軟體為例，其中「電腦軟體程式」可歸類為著作權法第五條第一項第十款的「電腦程式著作」（註三）；而該軟體程式經主機運轉執行在電視螢幕畫面所出現的連續性畫面，可歸類為著作權法第五條第一項第七款的「視聽著作」（註四）；另該連續畫面所出現的卡通漫畫人物，則可歸類為著作權法第五條第一項第四款之「美術著作」

註三：「電腦程式著作」乃指「包括直接或間接使電腦產生一定結果為目的所組成指令組合之著作」。參見內政部中華民國八十一年六月十日台(81)內著字第八一八四〇〇二號公告之「著作權法第五條第一項各款著作內容例示」。

註四：「視聽著作」乃指「包括電影、錄影、碟影、電腦螢幕上顯示之影像及其他藉機械或設備表現系列影像，不論有無附隨聲音而能附著於任何媒介物上之著作」。參見同註三。

(註五)；至於該電視螢幕畫面所出現的商標圖樣，是否構成商標使用，或僅認為是軟體執行或盜拷軟體後之當然結果而不認為是商標使用，實務則有相當之爭議。

(二)有關「商標使用」之定義，依商標法第六條之立法解釋乃為「為行銷之目的，將商標用於商品或其包裝、容器、標帖、說明書、價目表或其他類似物件上，而持有、陳列或散布（第一項）。商標於電視、廣播、新聞紙類廣告或參加展覽會展示以促銷其商品者，視為使用（第二項）」。¹然似乎難以闡明電視螢幕畫面出現之商標，是否符合商標法第六條之商標使用定義；即使認為電視螢幕畫面出現之商標係為商標法第六條所規範之商標使用，商標使用之著手時點為何，恐難以界定。就軟體程式之創作人而言，在軟體寫作之過程中，可能未曾將相同於登記註冊之商標圖樣加以「使用」於程式中，僅係透過迥然不同形式外觀之電腦語言寫成程式，則若以軟體程式創作

時，作為商標使用之時點，是否妥當，恐有疑意；但如以軟體透過主機執行而由電視螢幕畫面出現商標時，作為商標使用之時點，似乎又欠缺使用之動作。

(三)目前實務見解，包括台灣高等法院八十七年度上訴字第三四〇號刑事判決及台灣板橋地方法院八十六年度訴字第一〇七號刑事判決與台灣士林地方法院八十六年度易字第一八九三號刑事判決，針對重製電視遊樂器遊戲軟體的具體實務案例，法院雖未根據商標法第六條之定義，具體闡明螢幕畫面呈現之商標是否為商標使用，惟均根據「透過電視遊樂器之執行，則出現商標，致與真品混淆」之事實，認定違反商標法第六十二條。

(四)惟值得注意者，乃台灣高等法院檢察署八十七年度第二次偵查經濟犯罪中心諮詢協調委員會第三號提案，法務部同意台灣高等法院檢察署研究意見，認為盜拷軟體之本質乃侵害著作權之問題，

註五：「美術著作」乃指「包括繪畫、版畫、漫畫、連環圖(卡通)、素描、法書(書法)、字型繪畫、雕塑、美術工藝品及其他之美術著作」。參見同註三。

並非商標侵害或偽造文書問題，盜拷之軟體於電視影像之所以會出現商標，實係盜拷軟體侵害著作權之當然結果，並非商標使用（註六）。此項見解與先前法院實務見解迥異，頗值探討。

二、交錯重疊的單一表現方式：

（一）有別於傳統概念下的將商標以特定小比例之範圍標示於商品上，若干商品實際乃以大篇幅兼具裝飾功能的方式將其商標展現於商品上（註七）。則如此表現的方式，究應視為著作權規範下的美術著作重現，或仍可視為商標使用的型態，或者可視為兼具商標及著作權特性，並非毫無爭議，

此乃涉及「商標美觀化與商品化」的規範爭議（註八）。

（二）另方面，實務上常見之商品表現，乃以「量產」為目的，並以「模具或機械大量生產製造」的方式而重現「美術著作」的內容，則是否因此會失去「美術著作」的特性而僅存「工業產品」的性質，致僅為專利規範的問題；或應歸屬為以「立體」方式而重現「美術著作」的內容。目前實務上就此問題仍有相當大的爭議，此即「美術工藝品與工業產品及重製權」以及「重製及改作與實施」的概念分際及規範的問題（註九）。

註六：台灣高等法院檢察署八十七年度第二次偵查經濟犯罪中心諮詢協調委員會第三號提案內容，登載於法務部公報第二二八期。有關「以機械設備操作使於螢幕畫面呈現出的商標使用特殊型態」之探討，請參閱蔡瑞森著，「三論『著名商標之保護於我國現行實務所面臨之問題』」一文，登載於經濟部智慧財產局「智慧財產權」月刊第廿四號（民國八十八年一月）第一〇七頁。

註七：有關商標於實際商品的各種表現方式，請參閱蔡瑞森著，「再論『著名商標之保護於我國現行實務所面臨之問題』」一文，登載於經濟部中央標準局「工業財產權與標準」月刊第五十三期（民國八十六年八月）第七頁。

註八：有關「商標美觀化與商品化的保護規範」，請參閱同註七的第七頁至第九頁。

註九：有關「美術工藝品與工業產品及重製權概念的分際及保護規範」及「重製及改作與實施的概念分際及規範」，請參閱蔡瑞森著，「涉外著作權保護於現行實務所面臨之問題——兼論中美著作權保護協定之爭議」一文，登載於經濟部智慧財產局「智慧財產權」月刊第九期（民國八十八年九月）第六頁至第九頁。

肆、「首次發行」於涉外著作權保護規範下的意義及闡釋

- 一、我國對於外國人著作的保護，原則上採互惠保護原則，目前直接給予保護的外國人，乃包括美國人、英國人、瑞士人、香港人及西班牙與南韓之在台僑民（註十），只要其著作創作完成，不問是否在我國發行，亦不問是否已發行，均得援引著作權法第四條第二款規定而受我國著作權法保護。
- 二、除因互惠保護關係而直接受我國著作權法保護的著作外，援引我國著作權法第四條第一款規定主張「在我國首次發行」或援引北美事務協調委員會與美國在台協會著作權保護協定第一條第(三)項乙款規定主張「在我國或美國首次發行」，乃是目前實務案例中，外國人著作受我國著作權法保護的最常見典型。惟因注意者，乃依著作權法第四條但書規定「但條約或協定另有約定，經

立法院議決通過者，從其約定」，則北美事務協調委員會與美國在台協會著作權保護協定應優先於我國著作權法而規範外國人著作之保護。

- 三、實務上發生最多爭議者，莫過於何謂「發行」？就具體個案如何認定？北美事務協調委員會與美國在台協會著作權保護協定第一條第(三)項乙款就「發行」之定義，並未明文，惟北美事務協調委員會與美國在台協會著作權保護協定第三條第(二)項就「發行」之定義，乃明文「不論複製之方式為何」，且該協定第三條第(三)項並明文「著作於他處首次發行後三十日，於締約各該方領域內發行者，視為在該領域內發行」，並未限制「重製之方法」、「重製之地點」以及要求「重製之數量」；至於我國著作權法就「發行」所為之定義，因北美事務協調委員會與美國在台協會著作權保護協定應優先適用，於涉及外

註十：請參閱蕭雄林著，「新著作權法逐條釋義（一）」（最新修訂版）（民國八十七年七月）第七十七頁至第七十九頁。

國人著作保護之個案，嚴格言之，並不適用我國著作權法的「發行」定義。即使認為是否符合「發行」之要求，應依我國著作權法有關「發行」之定義，依據民國八十七年一月二十一日修正公布並於同年一月二十三日施行的著作權法第三條第一項第十二款的「發行」定義，已刪除「重製」之要求，僅規定有「散布」之要求，與北美事務協調委員會與美國在台協會著作權保護協定第三條第(二)項定義之「發行」相當(註十一)；且依該新修正公布施行的著作權法第一百零六條的「回溯」

規定，該「發行」之定義，亦適用於修法前完成之著作(註十二)。

四、至於北美事務協調委員會與美國在台協會著作權保護協定第三條第(二)項，就「發行」定義所稱之「依該著作之性質，須已滿足公眾之合理需要」，或著作權法第三條第一項第十二款「發行」定義下所要求之「滿足公眾合理需要之重製物」，係指著作物只要對外公開販賣，且公眾有相當的機會及管道，得以購買或利用其著作物，即已達「發行」之定義要求。因此，只要就著作所附著之著作物有銷售事實，並隨時接受客戶之訂單，而予供貨，並

註十一：有關「發行」之定義，依據修正前（即民國八十一年六月十日公布，並於同年月十二日施行）著作權法第三條第一項第十二款規定，係指「權利人重製並散布能滿足公眾合理需要之重製物。」，如欲符合該條款規定，「重製」行為須在我國管轄區域內進行方可。如此立法實與目前實務「發行」大部分採區域分工（如書籍之印刷可能在新加坡進行，但首次散布卻在我國為之）之趨勢格格不入，故現行著作權法（即民國八十七年一月二十一日公布，並於同年月二十三日施行）已修正刪除「重製」區域之限制，改規定為「權利人散布能滿足公眾合理需要之重製物。」。至於該條款所稱之「散布」，依司法第三條第一項第十一款規定，乃指「不論有償或無償，將著作之原件或重製物提供公眾交易或流通」。

註十二：著作權法第一百零六條規定「著作完成於中華民國八十一年六月十日本法修正施行前，且合於修正施行前本法第一百零六條至第一百零九條規定之一者，除本章另有規定外，適用本法（第一項）。」「著作完成於中華民國八十一年六月十日本法修正施行後者，適用本法（第二項）。」

進而得使不特定的公眾均有相當的機會利用著作，則著作之發行，應已合乎北美事務協調委員會與美國在台協會著作權保護協定第三條第(二)項及新修正著作權法第三條第一項第十二款之要求。實務上，就「滿足公眾合理需要」之定義，亦採相同見解者(註十三)。

伍、視聽著作與音樂著作及美術著作的競合關係

一、視聽著作、音樂著作及美術著作乃為著作權法第五條第一項第七款、第二款及第四款所分別例示規定的著作種類之一。視聽著作中所需的音樂、卡通漫畫人物，如得原音樂著作及美術著作之著作權人之同意，即得加以利用而成該視聽著作內容之一部分，整體視聽著作之著作權即歸視聽著作之著作人所享有。唯實務案例發生的爭議，其中包括原音樂著作或美術著作之著作權人得否就該視聽著作中的音樂或卡通漫畫人物部分主張著作權？該視聽著

作之著作人就整體視聽著作之利用，乃至重製或改作，是否仍得需經原音樂著作或美術著作的著作權人之同意？若該視聽著作遭受不法侵害，原音樂著作或美術著作的著作權人，是否得主張其權利亦遭受侵害？

二、此問題之主要關鍵，其實在於視聽著作及其作為素材用的音樂著作及美術著作間的關聯究竟為何？是否可歸類為衍生著作（著作權法第六條）或編輯著作（著作權法第七條）的關聯，或應為其他關係，法律並未明文。如可視為「就原著作改作之創作」，則視聽著作應為該作為素材用的音樂著作及美術著作之衍生著作；如可視為「就資料之選擇及編排具有創作性」，則視聽著作應為該作為素材用的音樂著作及美術著作之編輯著作。但無論為衍生著作或編輯著作，對於原著作之著作權不生影響（著作權法第六條第一項及第七條第二項）。然就視聽著作之本質而言，

註十三：參閱「台灣高等法院高雄分院八十三年一月份法律座談會紀錄」，登載於司法院公報第三十六卷第六期第六十六頁及第六十七頁。

似乎並非可直接歸類為衍生著作或編輯著作。值得注意者，乃最高法院八十五年度台上字第一一六七九號民事判決認為「原音樂著作或錄音著作之著作權人不得就該視聽著作中音樂、歌曲、聲音部分主張著作權」的見解，似乎並不認為視聽著作為音樂著作的衍生著作或編輯著作。

陸、著作權法與公平交易法規範互補關係之爭議

- 一、外國人著作保護所面臨最大的難題，在於欠缺互惠保護的情況，如何符合首次發行或其他保護要件之要求。若無由以著作權或其他智慧財產權規範加以保護，是否任何抄襲之行爲，均無法制止，並應加以容認，即成為實務極具爭議的課題。
- 二、針對具體個案，主管公平交易法的行政院公平交易委員會於其(87)公訴決字第○八三號訴願決定書，曾揭示「公平交易法與專利權等智慧財產權之構成要件與所保護之法益並不相同，若事業一成不變，亦步亦趨地抄襲行

爲，且有商業競爭倫理之可非難性，對市場上從事研發創新的合法事業亦有妨礙，類此剽竊他人努力成果之行爲，係屬足以影響交易秩序之顯失公平行爲，要不因系爭產品為智慧財產權所不保護，即得脫免公平交易法不正當競爭行爲之責任(註十四)。

三、然而，行政院公平交易委員會針對類似事實之個案，卻曾為完全不同的見解。該會第三九五次委員會議決議(註十五)，雖認同抄襲行爲確為不當，但對於原先得依專利法保護而未能取得專利保護的創作，則認為不應受公平交易法保障，其主要理由如后：

- (一) 公平交易法第二十條係禁止事業以相關事業或消費者所普遍認知，足以表章並區別商品或服務來源之表徵，為相同或類似之使用，致與他人商品或服務來源產生混淆。所稱表徵，係指某項具識別力或次要意義之特徵，其得以表章商品或服務來源，使相關事業或消費者用以區別不同商品或服務。惟商品慣用之形狀、容

註十四：參見行政院公平交易委員會(87)公訴決字第○八三號訴願決定書。

註十五：參見行政院公平交易委員會第三九五次委員會議決議。

器、包裝，或商品普通說明文字、內容、顏色，或具實用或技術機能之功能性形狀，或商品內部構造，因不具表章商品或服務來源之功能，非公平交易法第二十條所稱之表徵。

- (二) 另高度抄襲行為因對首先使用該商品外觀之事業造成損害，具有商業倫理非難性，為不公平競爭行為態樣之一。故倘事業襲用他人著名之商品或服務表徵，雖尚未致混淆，但有積極攀附他人商譽之情事；或抄襲他人商品或服務之外觀，積極榨取他人努力成果，對競爭者顯失公平，足以影響交易秩序，得以違反公平交易法第二十四條規定論；惟倘商品外觀係屬公眾得自由利用之技術者，不適用之。
- (三) 商品之內部零件、構造及功能等因已涉及製造技術層面，倘未取得有關之智慧財產權，就技術創新構想層面而言，已屬社會公眾領域之知識，即商品之內部零件、構造及功能等應屬公共財，倘有他人為相同或類似之使用，尚難謂係不公平競爭行為。
- (四) 商品本身之形狀具有實用或技術性之機能特徵者，倘事業未就此取得專利權，則該具有特殊功能

之特徵應歸大眾使用，若使其受不正競爭法之保護，得以禁止他人模仿，無異使該事業變相地取得使用此種具有特殊功能之外觀獨占排他權，殊非公平交易法規範不公平競爭行為之立法意旨所在。若商品係屬工業用具，實不同於一般消費品，則其「技術性」遠重於「外觀」，故相關技術理論所衍生之產品外觀似皆雷同，以取其適用便利之故。故倘事業未就商品外觀(包含尺寸規格)取得專利權，則該等特殊功能外觀係屬公眾得自由利用之技術，倘他人使用該相同或類似之外觀，且已於商品上清楚標示其商標，尚難謂有積極攀附該事業商譽或積極榨取該事業努力成果之情事。

柒、結語

外國人著作之保護於我國實務所面臨的首要問題，在於該國與我國有無互惠保護的規範，而著作權與商標權、專利權或其他智慧財產權間的交錯競合現象，以及與公平交易法間的互動關係，亦為實務極為重要的關鍵課題，本文謹提出部分爭議，藉以激勵實務界對此等課題的重視及研析。

(作者任職理律法律事務所律師)