

## 論我國加入世界貿易組織前外國人著作之保護

以販賣重製日商電腦遊戲帶光碟軟體之相關刑責討論為例

Dissertation on foreigner copyrights in R.O.C. before Taiwan's entering into the WTO,

Especially discussing the criminal responsibility in relation with selling pirate copies of TV games.

\*周金城(Maurice c.c. Chou)

\*\*吳俊彥(Hopkins Wu)

### 第一節 前言

加入世界貿易組織（WTO）一直是我國政府近年來努力的目標，除了政治敏感性極高的入會問題外，在所有相關入會的議題中，其中重要焦點之一便是我國對於智慧財產保護

在我國入會前，外國人的著作，仍必須以該國與我國有條約、協定，或該國法令有相對等保護我國著作之規定為前提。

\* 明志工專十五屆化工科畢業；中興大學法學士；東海大學法律研究所碩士；高等檢定考及格；司法官特考及格；律師高考及格；曾任世界專利商標事務所經理；曾任時代專利商標事務所所長；現任中天國際法律事務所律師

\*\* 明志工專二十四屆電機科畢業；東海大學法律系進修部法律系；專利工程師；曾任湛藍資訊有限公司軟體研發經理；現任中天國法律事務所副理

的成果（特別是針對外國人所有智慧財產權之保護），以現行著作權法對外國人所有之著作權保護制度為例，係採互惠原則，故在我國入會前，外國人的著作，仍必須以該國與我國有條約、協定，或該國法令有相對等保護我國著作之規定為前題。惟與我國簽定有著作權保護協定之國家尚屬少數<sup>1</sup>，各國對於外國人著作的保護規定也未盡相同<sup>2</sup>，但現實的問題是，在入會之前沒有受到保護或必須符合一定條件才受保護的外國人著作，仍然會牽動著重大的商業利益，因此我國入會對外國人著作之保護情形早已受到普遍的重視，針對在入會前所產生的相關法律爭議，乃是本文所要討論的焦點。

近來政府為提升國家形象與改變產業結構，並因應貿易制裁的危機，積極地落實加強智慧財產保護，除大力推動相關法令修改外，更頻頻發動大規模的仿冒查緝工作，近來查禁仿冒的統計資料中更顯示查獲有高達一百零三萬八千六百五十六片的遊戲光碟<sup>3</sup>。由於市售之電視遊樂器軟、硬體及週邊設備，絕大多數為日本軟體公司所開發，而日本又未與我國簽訂相關著作權保護協定，導致絕大部分之日本電視遊樂器光碟軟體均未受我國著作權法保護，但據業者估計，台灣電視遊樂器市場一年也約有台幣二百億元左右的商業利益，故日商來台主張權利維護市場勢在必行，但卻進而引發諸多的法律爭議，就現行實務判決在同類案件中也頗為分歧，甚至同一個法官前後見解變更者更不乏其例。故本文將針對販

---

本文將針對販賣重製日商電視遊樂器光碟軟體行為，以實例就所涉及之著作權法、公平交易法、商標法，及刑法偽造文書等相關刑責問題加以論述。

---

<sup>1</sup> 計有美國、英國、香港法人、西班牙住在台灣地區之僑民及韓國住在台灣地區之僑民，82年8月16日台(82)內著字第8220433號函參照

<sup>2</sup> 「世界各個國家之國人著作得依著作權法第四條第一款規定在我國取得著作權保護之統計名單」

<sup>3</sup> 資料來源：經濟部智慧財產局公布之「掃蕩盜版光碟行動計畫（K計畫）執行成果」<http://www.moeaipo.gov.tw/ipo.asp?sub=9>

賣重製日商電視遊樂器光碟<sup>4</sup>軟體行為，以實例就所涉及之著作權法、公平交易法、商標法，及刑法偽造文書等相關刑責問題加以論述。

### 第二節 背景說明

電視遊樂器市場發展迅速，內容更是包羅萬象，由於本文將會觸及該事業部分專業領域，為使讀者盡快進入相關法律問題之瞭解，筆者認為有必要對電視遊樂器市場，先做一番介紹：

電視遊樂器市場之相關商品，主要包含有遊戲主機、週邊設備及遊戲軟體等，但隨著商業利益結合與週邊效應擴大的結果，使得電視遊樂器市場跨足出版、網路、通信、玩具、影視等事業，雖然全球電玩市場主要仍集中在日本、美國，但以世界第一軟體大廠美國 Microsoft 公司近來也斥資進軍電視遊樂器市場，以及以日本知名電玩角色「皮卡丘」為主角之卡通電影在全世界熱賣等情形來看，電玩市場顯然不容忽視。

目前市面上所販售之電視遊樂器主機主要有 PS(Playstation)、PS II(Playstation 第二代主機)、SS(Sega Saturn)、N64(Nintendo 64)、Dreamcast、GameBoy，以及將上市的 X-BOX、GameCube 等，但因遊戲軟體間無法跨平台使用，故必須配合相對應的主機才能正常執行，因此各類型主機皆有各自的遊戲軟體開發，據估計現有 PS 規格之遊戲軟體約在四百多種<sup>5</sup>，而 SS 則有三百多種<sup>6</sup>，N64（任天堂）只有

電視遊樂器市場之相關商品，主要包含有遊戲主機、週邊設備及遊戲軟體，亦跨足出版、網路、通信、玩具、影視等事業，目前市面上所販售之主機主要有 PS、PS I、SS、N64、Dreamcast、GameBoy 及將上市的 X-BOX、GameCube 等。

<sup>4</sup> 本文以「重製日商電視遊樂器光碟軟體」取代俗稱之「仿冒電視遊樂器光碟軟體」，係因該行為是否確屬「仿冒」行為，仍有諸多爭議，在法院見解未趨一致前，實不宜推定該行為為犯罪行為，為免「仿冒」一辭有先入為主，對讀者產生錯誤犯罪行為之聯想，故筆者認為應以「重製日商電視遊樂器光碟」（俗稱「台製片」或「台片」）與「原裝」用語區分，而非「仿冒」及「原版」之別。

<sup>5</sup> 資料來源 <http://www.twmic.net/contest/winner/week40/hard/hard-1.htm>

三種<sup>7</sup>配合之遊戲軟體，比較特別的是，日本任天堂公司所開發的 GameBoy 主機，其所適用的遊戲軟體為卡匣型式，與其他型式主機採用光碟為儲存媒介有所不同，至於 Dreamcast 主機則是日本一九九八年十月才開發的機種<sup>8</sup>，美國微軟公司所生產的 X-BOX 主機則計劃於二〇〇一年秋天上市<sup>9</sup>，GameCube 主機則預計於二〇〇一年七月於日本上市<sup>10</sup>，任天堂與松下、IBM 合作開發的 Dolphin 主機則尚在研發中，因此現今家用電玩市場仍以日本的 SONY、SEGA 以及任天堂三大公司為主流，另為配合上述三大廠商所生產的遊戲主機，一般人耳熟能詳的軟體設計公司也為數不少，如 NINTENDO、KONAMI、ENIX、SQUARE、NAMCO、CAPCOM、BANDAI、SCE、SEGA、KOEI 等公司所製作的軟體，更為前十大市場佔有率排名的公司<sup>11</sup>。

最近的遊戲主機市場佔有率報導中，顯示 PS 主機佔有率高達百分之四十三點三，較諸排名第二的 GameBoy 主機高出一倍有餘<sup>12</sup>，此亦可由我國 PS 主機數量估計約有一百三十餘萬台可見一斑<sup>13</sup>，同時最近調查局及保二總隊多次執行之大規模查緝行動中，所查扣之遊戲光碟片亦多為 PS 規格，故本文亦僅先將針對此種扣案遊戲光碟所涉及之法律問題予以討論。特別值得注意的是，替 PS 主機設計軟體的廠商中，除美商藝電股份有限公司(Electronic Arts Inc.)為美國法人外，其他

---

一般查緝查扣之遊戲光碟片多為 PS 規格，而替 PS 主機設計軟體的廠商中，幾乎為日本公司，故本文將針對較有爭議之日商所設計的電視遊樂器光碟軟體涉及刑事責任予以討論。

---

---

<sup>6</sup> 資料來源 <http://www.twmic.net/contest/winner/week40/hard/hard-2.htm>

<sup>7</sup> 資料來源 <http://www.twmic.net/contest/winner/week40/hard/hard-3.htm>

<sup>8</sup> 料來源 <http://www.dreamcast.ign.com/hardware/59.html>

<sup>9</sup> 資料來源  
<http://home.pchome.com.tw/homepage100/td105589/xboxxx.jpg>

<sup>10</sup> 同註九

<sup>11</sup> 資料來源 <http://gamewolf.com.tw/game/gnews/tv/20010119/001.htm>

<sup>12</sup> 同註十一

<sup>13</sup> 包括改裝主機及未改裝主機。

幾乎清一色為日本公司，由於我國與美國已簽定有著作權保護協定<sup>14</sup>，與日本情形不同，故本文亦將針對較有爭議之日商所設計的電視遊樂器光碟軟體涉及刑事責任予以討論，合先敘明。

PS 及 PS II 主機之生產製造商為日商新力電腦娛樂股份有限公司（下稱新力公司），而 SS 主機之生產製造商為日商西雅企業股份有限公司（下稱西雅公司），由於市場集中在日本及美國，因此 PS 及 SS 遊戲主機皆有日規及美規二種（PS 還有歐規機種），原裝軟體可以通過原裝主機之密碼檢測而正常執行，但台片則必須透過改裝主機（加裝改裝主機 IC）才能正常執行。

PS 及 SS 遊戲主機還可搭配「金手指」、「加速卡」等週邊配備，而此種週邊配備主要有提供電腦連線、動畫播放、影像暫存、鎖碼解碼等功能，配合遊戲密碼，可以使使用者更容易突破遊戲關卡，增加娛樂效果。此類週邊配備是由國人自行開發，僅台灣市場才有；另一項較為特殊之週邊軟體是為「模擬器」（Virtual Game Station）<sup>15</sup>，其主要功能是提供個人電腦（PC）一個模擬遊戲主機環境，讓電視遊樂器之軟體亦可在個人電腦上執行。

### 第三節 案例介紹及說明

#### 一 案例介紹

某甲以經營玩具商行為業，陳列並販售上游製造商所提

PS 及 SS 遊戲主機可搭配「金手指」、「加速卡」、「模擬器」等週邊配備，而此類週邊配備是由國人自行開發，僅台灣市場才有。

<sup>14</sup> 北美事務協調委員會與美國在台協會著作權保護協定

<sup>15</sup> 日本新力(SEC)與美國新力公司聯名，對開發「Virtual Game Station」的 Connectix 公司向美國舊金山聯邦法院提出訴訟，「Virtual Game Station」是可以在蘋果電腦 MAC 上使用 PS 專用軟體的模擬器。SEC 向法院提出由於智慧財產權遭到侵害，讓與 PS 有關產業利益遭到損害，所以要求停止販賣該模擬器軟體。  
(<http://www.psmonline.com/news/6361.html> January 11, 1999)

供之重製新力公司之電視遊樂器光碟軟體，查該些軟體是由某台灣上游供應商，利用原裝遊戲光碟，透過壓片技術所大量重製之台片，案經日商公司新力等提起告訴，檢調機構逕於某甲營業處所進行搜索，查扣涉嫌侵害新力公司商標專用權等之光碟片若干、光碟目錄及帳冊等相關資料。

案經承辦檢察官以被告違反商標法等提起公訴，依起訴書所列事實及證據約有下列幾項：

（一）商標法部份：被告明知新力公司享有系爭商標專用權，竟未經上開公司之同意或授權，基於概括犯意，向上游供應商購買仿冒之電視遊樂器程式光碟，連續銷售予不特定人，故被告涉犯商標法第六十三條之販賣仿冒商標商品罪。

（二）公平交易法部分：新力公司所生產之電視遊樂器程式遊戲光碟，為業界及消費大眾所共知，被告雖以較真品低廉甚多之價格販賣，惟該商品流入社會後，客觀上仍足以對產品之真假產生混淆；且以低廉之價格即可購得該仿冒品，亦足以影響消費者對真品購買之意願，自可能產生不公平競爭情形，故被告涉嫌違反公平交易法第二十條第一項第三款之規定，應依同法第三十五條處罰。

（三）行使偽造文書罪部分：被告所銷售之仿冒光碟片，透過電視遊樂器執行，在電視畫面上出現上開公司之名稱、商標及授權文字，致與該公司之真品相混淆，故被告涉犯刑法第二百十六條、二百二十條、二百十條之行使偽造之準私文書罪。

（四）違反著作權法部分：被告所銷售之部分仿冒光碟片，為上述公司於創作完成後，在日本與台灣同步發行，在我國得享有著作權，故被告涉嫌違反著作權法第八十七條第二款、九十三條第三款之規定。

案例一所牽涉的範圍：商標法、公平交易法、行使偽造文書罪、違反著作權法。

### 二 案例事實說明

爲免案例事實不明確，以致於影響以下法律問題之討論，故容有對上述案例事實提供說明之必要，茲整理分述如下：

#### (一)扣案光碟的外觀：

由於重製日商電視遊樂器光碟軟體之法律地位曖昧與生產成本考量，因此台片上游廠商早已將光碟外包裝封面商標塗去，並遮蓋封底之製造公司名稱及商品條碼，並使用沒有任何印刷標記之光碟裸片，及簡單的塑膠封套，僅在封面印刷標籤角落以「P」及「S」字樣辨示其所適用之主機類型。

#### (二)透過遊戲主機播放扣案光碟：

扣案光碟僅能適用於改裝過之主機，在原裝主機上並不能執行，而在執行後會出現短暫之開機商標圖樣及授權文字畫面。

#### (三)扣案遊戲光碟中是否儲存有系爭商標及授權文字之數位影音資料：

扣案遊戲光碟中是否確實儲存商標及授權文字之數位影音資料，實爲某甲行爲是否該當商標法第六十三條及刑法第二百十六條之先決條件。關於此點，司法實務之所有類似案件判決中，多半未深入探究，就此事實之認定各判決眾說紛云，莫衷一是：

1.有認爲：「仿冒之光碟片透過電視遊樂器執行，在電視畫面上出現商標、公司名稱及授權文字。」並依勘驗結果：「以電視遊樂器主機測試，在未置入仿冒光碟片時，主機本身僅會出現第一畫面，俟放入仿冒光碟片後，除會出現第一畫面外，接著會出現含有系爭商標及授權文字之第二畫面，再接著爲遊戲軟體。可證光碟片中儲有系爭商標及授權文字之程

案例事實說明：1.扣案光碟的外觀：已將封面商標塗去，並遮蓋封底之製造公司名稱及商品條碼。2.扣案光碟僅能適用於改裝過之主機。3.扣案遊戲光碟中是否儲存有系爭商標及授權文字之數位影音資料：乃是否該當商標法第六十三條及刑法第二百十六條之先決條件。

式。」<sup>16</sup>者。

2.另有判決除上述簡易勘驗外，針對為何就告訴人日商公司生產之美規改裝主機與日規改裝主機執行同一片扣案光碟時，其第二畫面分別出現新力公司為區隔亞洲、美洲市場所設不同之地碼，加以申論：「不同地區生產之真品主機內置入他地域之光碟，主機因測得遊戲之地域碼不符拒予執行（即無法出現含有地域碼之第二畫面），而同一片光碟（無論真品與否）在不同地域之加裝轉換 IC 遊戲主機仍能執行，該主機顯因其改裝於執行時跳過偵測地域碼之程序，是以在改裝之遊戲主機執行遊戲光碟，並無地域碼之限制，螢幕上出現不同地域碼端視所使用者為何種規格之遊戲主機而定，不能率以推論第二畫面全係來自主機。」<sup>17</sup>。

3.系爭商標圖樣及授權文字之數位影音資料是否存於台製光碟片中，乃屬客觀事實，得以科學方法證實之。因此，承辦類似案例事實案件之法官，曾聯合二十四件類似案件就此爭議先決問題，共同函請財團法人資訊工業策進會進行鑑定工作，雖最終仍無法提供其鑑定意見，但自其回函說明：「依來函所述之鑑定方式須就系爭遊戲系統之組合語言進行分析，經查待鑑遊戲系統之硬體架構及相對之組合語言為該公

扣案遊戲光碟中是否確實儲存商標及授權文字之數位影音資料，是否該當商標法第六十三條及刑法第二百十六條之先決條件，司法實務之判決中，眾說紛云。

<sup>16</sup> 台灣台北地方法院八十六年度訴字第二二六五號刑事判決，台灣板橋地方法院八十六年度訴字第九九九號刑事判決，台灣台南地方法院八十七年度訴字第八二四號刑事判決，台灣高等法院八十七年度上訴字第三四〇號刑事判決，台灣高雄地方法院八十七年度易字第三〇九一號刑事判決，台灣板橋地方法院八十六年度訴字第一〇七號刑事判決，台灣板橋地方法院八十六年度訴字第二五三二號刑事判決，台灣桃園地方法院八十七年度易字第七八七號刑事判決，台灣高等法院八十七年度上訴字第一九七七號刑事判決，台灣台南地方法院八十七年度訴字第八二三號刑事判決參照。

<sup>17</sup> 台灣板橋地方法院八十六年度訴字第四六七四號刑事判決，台灣板橋地方法院八十六年度訴字第二號刑事判決，台灣高等法院高雄分院八十八年度上訴字第一一〇〇號刑事判決，台灣高等法院高雄分院八十八年度上訴字第一五二九號刑事判決，台灣高等法院台南分院八十七年度上訴字第一四〇二號刑事判決參照。



技術上消費者對於購買系爭遊戲軟體，並無真品與台製品之選擇空間，而是視其所擁有之主機是否改裝為選購依據。

司所獨有，本會並不熟悉，歉難辦理鑑定，尚祈諒查。」<sup>18</sup>可知該待鑑遊戲系統之硬體架構及相對組合語言若能取得，則仍可作出最終鑑定確認。惟此一結論，似不宜為對被告某甲不利之認定。

4.另有部分判決認為：「因扣案光碟片之鑑定，尚需就系爭遊戲系統之組合進行分析，且該遊戲系統硬體架構及相對之組合語言為告訴人公司所獨有，尚難詳加以鑑定，故被告所購入之遊戲碟片，雖均係透過不詳姓名之人所重製，然其重製遊戲軟體（電腦程式著作）之過程，若欲排除展示上之商標圖樣或授權文字檔案資料，而保留僅重製其遊戲軟體，勢必有瞭解告訴人所獨有之遊戲硬體架構及相對之組合語言技術，故不詳姓名之重製者為免技術上之困難及成本考量，於重製遊戲軟體時，一併複製有關展示商標圖樣之檔案，應屬無可避免之結果。」<sup>19</sup>雖屬符合邏輯之判斷，但仍屬單純之推論，要無程序正義原則之違反疑慮。

本文以下將以假設系爭商標圖樣及授權文字確儲存於扣案光碟中，續為如案例事實之法律解析，否則所有討論將失其意義。

#### (四)消費者之購買：

消費者通常並無能力自行改裝遊戲主機，而遊戲主機通常亦在購買時即已改裝完成；換言之，技術上消費者對於購

<sup>18</sup> 財團法人資訊工業策進會(八八)資法字第〇〇二二七二號函參照。

<sup>19</sup> 台灣高等法院台中分院八十九年度上訴字第三一六號刑事判決，台灣高等法院台中分院八十九年度上訴字第二三四號刑事判決，台灣高等法院台中分院八十九年度上訴字第一七一號刑事判決，台灣高等法院台中分院八十九年度上訴字第一五七號刑事判決，台灣高等法院台中分院八十八年度上訴字第二七二三號刑事判決，台灣高等法院台中分院八十八年度上訴字第二六六三號刑事判決，台灣高等法院台中分院八十八年度上訴字第二六五九號刑事判決，台灣高等法院台中分院八十九年度上訴字第六五七號刑事判決，台灣高等法院台中分院八十九年度上訴字第五二一號刑事判決，台灣高等法院台中分院八十九年度上訴字第一二三號刑事判決，台灣高等法院台南分院八十九年度上訴字第九四號刑事判決參照。

買系爭遊戲軟體，並無真品與台製品之選擇空間，而是視其所擁有之主機是否改裝為選購依據。至於執行效果，真品與台製品並無任何不同，惟二者價格差異極大，真品約在數百至數千元不等，而台製品僅在七、八十元之間，而業者的進價則約在二、三十元之間。

### 第四節 爭點討論

#### 一 商標法部分

關於是否違反商標法此一問題，爭點是在被告之行爲是否有商標之「使用」？而行爲人主觀上是否要具有「意圖欺騙他人」之主觀要件？等問題，茲整理分述如下：

##### 1. 被告之行爲是否有系爭商標之「使用」？

肯定說：

按商標法第六條係規定：「商標之使用，係指爲行銷之目的，將商標使用於商品『或』其包裝容器、標帖、說明書、價目表或其他類似物件上．．．」，並非規定須將「商標使用於商品『及』其包裝上．．．」，是依本條文義，只要商標附著之客體符合本條所列物件之一，且使用人具有行銷之目的，即符合所謂「商標使用」。查查扣之光碟軟體，既係由案外人「販賣」交付予被告，故當初仿冒商標之該案外人當然具有以之爲「行銷」的目的，而該等光碟軟體之包裝上，固然無使用告訴人等之商標，惟該等光碟經電視遊樂器執行時，則於電視螢幕上呈現告訴人等已向我國註冊且現仍於專用期間內之「PS 設計圖」及「PLAYSTATION」等商標圖樣之影像，故依上開規定之意旨，本案查扣之光碟自己符合商標法上「使用」之概念。<sup>20</sup>

---

肯定說：按商標法第六條文義，只要商標附著之客體符合本條所列物件之一，且使用人具有行銷之目的，即符合所謂「商標使用」。本案係由案外人「販賣」交付予被告，故當初仿冒商標之該案外人當然具有以之爲「行銷」的目的。

---

<sup>20</sup> 台灣彰化地方法院八十八年度訴字第七五八號刑事判決，臺灣高等法院台中分院八十九年度上訴字第九五六號刑事判決援用

另商標權之主管機關即前經濟部中央標準局（現已改制為智慧財產局）亦曾明確表示：透過電磁作用，如以遊樂器、光碟機、電腦主機之操作為媒介，始於電視或電腦螢幕出現商標圖樣者，其標示型態足資一般商品購買人認識其所表彰商品之來源者，解釋上應屬商標法第六條第一項所稱其他類似物件之範疇等見解，有該局八十七年四月十八日台商字第 0 五九 0 六號函在卷可參。

否定說：案例中商標圖樣存於光碟程式內，須經其他機件執行方得顯現，事後顯示功能根本無法達商品行銷之目的。故，本案之使用商標型態應不屬於商標法所規定範疇。

否定說：

(1) 被告之行爲若該當商標法第六十三條之罪責，尚必須其所販賣之扣案光碟有「使用」與告訴人公司相同或近似商標。惟依商標法第六條第一項規定：「本法所稱商標之使用，係指為行銷之目的，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、陳列或散佈。」可知所謂商標之使用，必須將商標使用於商品或其包裝或容器上，並行銷之。易言之，商標之使用必須表徵於外，足以刺激消費者購買慾，並使消費者因對該商標之認知而加以購買而達行銷之目的。但遭查扣之光碟外觀無任何商標圖樣，無從藉之刺激消費者購買慾，此種情形是否符合商標法上「使用」之規定則不無疑問。因商標法中「使用」之定義已於第六條第一項定有明文，僅限於為「行銷之目的」，將商標使用於商品或其包裝、容器、標帖、說明書、價目表或其他類物件上而言。蓋，商標法第六條係屬立法解釋之例，本不容再為其他行政或司法解釋，故只要商標非屬上述之使用或非為「行銷之目的」而使用，均非商標之使用，惟中央標準局（現已成立智慧財產局）87.04.18 台商字第 205906 號函並未斟酌其「行銷之目的」而逕予認定類似本案例之情形為使用商標之情形，該函之解釋是否違法，頗值探討。商標之使用，既係指以行銷之目的將商標使

用於「商品本身」或其他具行銷目的可刺激消費者購買慾之物件上，則如前開案例之情形商標圖樣縱存於光碟程式內，但仍須經其他機件執行方得顯現，只有事後顯示功能根本無法達商品行銷之目的。由此可知，本案之使用商標型態應不屬於商標法所規定範疇，中央標準局之行政解釋及前開案例承辦檢察官忽略「以行銷為目的」之重要要件，而為不當類推解釋構成要件之舉，顯有違法之虞。

- (2) 消費者購買系爭光碟，客觀上或技術上根本自始就無選擇品牌之需要，亦無選擇品牌之可能，故被告與消費者交易時，系爭商標對交易雙方而言，根本不生商標應有之表彰來源識別功能，被告當然無庸將系爭商標納入行銷目的所欲達成之範圍內，就如同雜貨店老闆用標示有他人商標圖樣之紙箱（例：舒潔紙箱），包裝客戶所購買之同種類商品（例：純潔衛生紙）而交付之，焉能論以有任何違反商標法之行爲一般，故被告主觀上僅有行銷電腦程式著作重製物之意思，且消費者亦無接受系爭商標之意思，自不應論有違反商標法之犯行。
- (3) 上游供應商為免技術上之困難，及基於成本考量自不另作任何之過濾，故其於重製電腦遊戲軟體之檔案同時，會一併複製有關展示商標圖樣之檔案，應屬無可避免之結果，就此尚難逕謂其為達行銷之目的而複製該等電腦檔案資料。退步言之，縱使其於重製電腦遊戲軟體之初知悉有展示商標之檔案存在，而併同加以複製，其結果亦與所重製之電腦遊戲軟體檔案一併隱藏光碟片內，客觀上並無從作為電腦遊戲光碟片實體之表彰，且將來行銷之時，既以光碟片之實物進行交易，更無從透過其內所隱藏之商標、英文名稱及授權文字來表彰其電腦遊戲光碟片之商品，據此更無從推

---

重製電腦遊戲軟體之初知悉有展示商標之檔案存在，而併同複製，其結果亦與所重製之電腦遊戲軟體檔案一併隱藏光碟片內，客觀上並無從作為電腦遊戲光碟片實體之表彰，據此無從推知該不詳姓名之人於重製之初，係以複製此等檔案來供行銷目的之用，更遑論有以複製此等檔案來達到欺騙他人之意圖。

---

知該不詳姓名之人於重製之初，係以複製此等檔案來供行銷目的之用，更遑論有以複製此等檔案來達到欺騙他人之意圖。從而縱認被告有販賣扣案之電腦遊戲光碟片行為，亦非可謂該當於商標法第六十三條之構成要件。<sup>21</sup>

---

否定說：立法者認為販賣者只須其明知販賣之商品係仿冒他人商標之商品而仍加以販賣，行為本身即具可責性。

---

### 2. 主觀上是否要具有「意圖欺騙他人」之要件？

否定說：

商標係商品來源之標示，其本質上之功能即在用以識別商品，故仿冒使用他人之商標於該商標所註冊使用之同一商品上或進而販賣該等仿冒品，除非有商標法第二十三條所定普通使用之情形，否則，當然屬商標專用權之侵害。至於侵害人於行銷仿冒品時，主觀上是否具有「使消費者誤認」之目的，在所不問；客觀上是否另有「搭售」侵權人所製造之自己產品，更無解於侵害商標專用權之罪責。更何況，由查扣之仿品外包裝觀之，除商標被刻意塗銷外，其包裝紙上之遊戲名稱及圖樣可謂與真品完全相同，一般人若不施以特別注意，實難加以辨識，於客觀上已達致使消費者產生誤認之狀態，至為顯然。又商標法第六十三條僅規定「明知為前條商品而販賣．．．．．者」，就其文義觀之，行為人只要明知其所販賣之商品，係為第六十二條第一款所定使用相同或近似於他人註冊商標圖樣之同一或類似商品，或係第六十二條第二款之商品者，即為已足；且由商標法第六十二條與第六十三條之規定加以比較，第六十三條並未規定有「使人誤認或混淆商品」之意圖為要件，究其立法旨趣，係因商標主要在表彰商品來源，仿冒他人商標上即隱含有使消費者誤認商品來源之危險，故立法者認為販賣者只須其明知販賣之商品係仿冒他人商標之商品而仍加以販賣，行為本身即具可責

---

<sup>21</sup> 臺灣臺中地方法院八十七年度訴字第二〇〇〇號刑事判決參照

性。不能僅以被告販賣仿品價格與真品光碟之販售價格差別甚大，購買者應知並非真品，即認定被告並無欺騙他人之意圖，致法律對於商標專用權之保護因取決於販賣場所及價格之高低而形同具文，有違立法之本意。<sup>22</sup>

肯定說：

遭查扣之光碟片均係向上游供應商所購買，被告並未自行製造或另加商標於系爭光碟上，故未違反商標法第六十二條。惟不論商標法第六十二條或第六十三條，在客觀上必須有商標法第六條「使用商標」之情形外，是否均須有意圖欺騙他人之主觀犯意，始足當之，則有爭議。依商標法第六十二條之規定，意圖欺騙他人，有左列情事之一者，為侵害他人商標，又第一款規定，於同一商品或類似商品使用相同或近似他人註冊商標之圖樣者。同法第六十三條規定，明知為前條商品而販賣，意圖販賣而陳列、輸出或輸入者……查被告未曾製造任何扣案光碟片已如前述，當然不該當商標法第六十二條，而商標法第六十三條雖無明文「意圖欺騙他人」之意圖犯構成要件，然其規定「明知為前條商品而販賣……」，依文義解釋應為「明知為前條意圖欺騙他人之商品而販賣……」，故本文認為商標法第六十三條之構成要件應以該商品製造者具有意圖欺騙他人之情形，始足當之。依此推論，台製光碟片果真將商標隱於光碟片中，則如何判斷被告甲有「欺騙他人」之主觀意圖，實非易事，抑有進者，遭查扣之光碟販售市場價格約原裝光碟片之二十分之一至十五分之一，如此懸殊之價格差異，適足證明被告甲未以系爭商標圖樣為手段「意圖欺騙他人」。

---

肯定說：本案遭查扣之光碟片均係向上游供應商所購買，被告並未自行製造或另加商標於系爭光碟上，故未違反商標法第六十二條。

---

## 二 公平交易法部分

關於是否違反公平交易法的問題，在公平交易法修正公

---

<sup>22</sup> 同註二十

佈後，實務處理上則較為明朗，然而討論重點在於新舊法律的適用問題，以及是否確有違反等問題，茲分述如下：

### 1. 修法後的法律適用為何？

公平交易法增修條文已於八十八年二月三日公佈實施<sup>23</sup>，依該法第三十五條第一項之規定，確立了「先行政後司法」之處理原則。依其立法說明，公平法屬於經濟法，法中有許多抽象、不具體的法律概念用語，但公平法在運用時，又必須以實際作判斷基礎，因此由行政權先行介入以為預警，可適時達到防患未然的作用，然後再由司法介入。先行政後司法即對違反公平法的行為，公平會將先處以行政處罰（公平法第三十五條第一項、第四十一條），再予以司法刑事處分。準此，此類型案件，若尚未判決確定，應可適用刑法第二條之規定適用新法，先交由主管機關（公平交易委員會）限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，若逾期未停止、改正其行為或未採取必要更正措施，或停止後再為相同類似違反行為，才可以依新修條文規定處行為人三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣一億元以下罰金。

### 2. 是否確有違反公平交易法？

相關修法前之實務判決，大部份仍認為應成立違反公平交易法，惟其理由仍為援引上述之起訴理由為斷，欠缺詳細之論理過程，茲論述本文之見解如下：

按公平交易法第二十條第一項第一款規定：「以相關大眾所共知之他人姓名、商號或公司名稱、商標、商品容器、包裝、外觀或其他顯示他人商品之表徵，為相同或類似之使用，致使與他人商品混淆，或販賣、運送、輸出或輸入使用該項表徵之商品者。」就其構成要件，學說與實務見解均認為：

<sup>23</sup> 總統令中華民國八十八年二月三日華總一義字第八八〇〇〇二五七七〇號，八十八年二月五日正式生效實施。

本案被告甲有否違反公平交易法，端視告訴人等主張之商品或公司名稱是否「相關大眾所共知」？和非表現於外觀之商標或公司名稱是否該當前開法條之「商品表徵」？

必須商品之容器、包裝或外觀，經過事業長期的營業促銷，可以產生表彰商品來源之作用。依此，前開案例中，被告甲有否違反公平交易法，端視告訴人等主張之商品或公司名稱是否「相關大眾所共知」？和非表現於外觀之商標或公司名稱是否該當前開法條之「商品表徵」？

(1) 由於告訴人業已提出公平交易委員會鑑定該公司名稱為相關消費者所熟知之函示<sup>24</sup>，就是否相關大眾所共知部分較無爭議。

(2) 公平法第二十條第一項第一款所保護之商品容器、包裝、外觀，應僅限於其業已經長期使用而達到相關大眾所共知，並且交易相對人得以之作爲區別商品來源之認定對象。且該條項所保護「商品之表徵」係指事業用以區別彼我商品之特徵，須具有顯著性，在經由事業長期使用於商品上，致該表徵於相關大眾產生次要意義，使一般人見諸該表徵及之該產品爲某特定事業所產製，或雖不必確知該商品主體之名稱，然有相當人數會將其與特定商品主體產生聯想，亦即「商品之表徵」須具有表彰商品來源之功能。並非只要有使用商品容器、包裝、外觀之行爲，即可依公平法第二十條擁有該排他使用之專用權。如欲單純就商品之外觀尋求專用權之保護，應依專利法及著作權法有關規定爲之<sup>25</sup>。

由上分析可知，本案遭查扣之光碟片外觀未具任何告訴人等之名稱或商標，縱台製光碟片中存有系爭商標或告訴人名稱，但必須經由主機執行方可顯現，顯非固有意義之「商品表徵」，應不適用前開法條，至於遭查扣光碟片之商品容

---

本案遭查扣之光碟片外觀未具任何告訴人等之名稱或商標，縱台製光碟片中存有系爭商標或告訴人名稱，但必須經由主機執行方可顯現，顯非固有意義之「商品表徵」，應不適用公平法第二十條第一項第一款。

---

<sup>24</sup> 行政院公平交易委員會 87.2.7(87)公參字第八七 00 九二 0—00 一號函。

<sup>25</sup> 張瑜鳳，仿冒行為之案例研究，三民書局八十四年七月初版，第卅八、卅九頁。



器、包裝、外觀或其他之商品表徵，若告訴人等未能舉證有長期的廣泛行銷，被告行為應無違反公平交易法之規定問題。

### 三 行使偽造私文書罪

關於行為人之行為是否構成行使偽造私文書罪責問題，爭點在於商標是否亦屬於刑法所稱之文書？該些公司名稱及授權字樣是否屬於刑法所稱之「文書」？該文書是否屬於「偽造」之文書？被告之行為是否又屬於「行使」？茲整理分述如次：

#### 1. 商標是否屬於刑法所稱之文書？

否定說：

商標本身之作用在於表彰自己營業之商品，商標法第二條定有明文，系爭商標除「PlayStation」及「SEGA」二者係以文字方式來表示其商標，PS 設計圖則以單純之圖形表示其商標，除單純之圖形本身不備任何之文書意思性外；另「PlayStation」及「SEGA」二者之中，「SEGA」非通用之文字所組成，而為一種單純之名稱，亦不具文書所需之意思性，而「PlayStation」雖係英文中之「PLAY」及「STATION」二字所組合，然組合之結果亦僅係一種較為特別之名稱，所表示者亦不具文書之意思性，故上開商標本身均非屬刑法上所稱之文書。<sup>26</sup>

競合說：

商標係表示由商標權人生產或由其授權生產該類商品之表徵，固含有該商品係由商標權人生產或由其授權生產之意思，然明知為冒用他人商標商品而販賣，商標法第六十四條既有明文規定處罰，依特別法優於普通法之法理即不應再成立行使偽造準私文書罪，如認同時成立行使偽造私文書罪，

競合說：明知為冒用他人商標商品而販賣，商標法第六十四條既有明文規定處罰，依特別法優於普通法之法理，即不應再成立行使偽造準私文書罪。

<sup>26</sup> 同註二十一

則商標法前開規定即無適用之餘地，自非商標法立法之本旨，故被告前揭違反商標法之行爲應不再同時成立行使偽造準私文書罪。<sup>27</sup>

### 2. 系爭公司名稱及授權字樣是否屬於刑法所稱之「文書」？

否定說：

就電視螢幕上所出現之系爭公司名稱及授權字樣等，該等係以電腦文字顯示，而文字本身並非屬於聲音、影像或符號範疇，此可參酌刑法第二百二十條第一項係將文字與符號、圖畫、照像等併列，而同條第二項對於文字部份未如第一項之明文規定，顯係有意排除，再基於罪刑法定原則，更無從對之加以比附援引，故該等文字已難符合刑法第二百二十條第二項之要件，且該等文字既非在紙上或物品上來表示其一定用意之證明，亦難再依同條第一項規定以文書論。<sup>28</sup>

肯定說：

錄音、錄影或電磁記錄藉機器或電腦之處理所顯示之聲音、影像或符號，足以爲表示其用意之證明者，依刑法第二百二十條第二項之規定，亦以文書論。<sup>29(八)</sup>

最高法院四十九年台非字第二四號判例及高法院七十二年度台上字第二四三號判決持相同見解，均認凡無權製作文書者，以他人名義製作之文書，即屬偽造，縱其內容記載真實，亦不失其爲偽造。

### 3. 該文書是否屬於「偽造」之文書？

肯定說：

相關本案例之實務判決，鮮少著墨於此，惟以下最高法院判例，似可提供支持肯定說的思考方向：最高法院四十九年台非字第二四號判例認：「按翻印他人著作出版之書籍，如僅翻印其著作物之內容，固係單純侵害他人著作權，若連同著作出版書籍之底頁依出版法所載著作人發行人印刷者等等

<sup>27</sup> 臺灣新竹地方法院八十九年度訴字第五五一號刑事判決參照

<sup>28</sup> 同註二十一

<sup>29</sup> 同註二十

一併加以翻印出售圖利者，則除觸犯著作權法第三十條第一項侵害他人著作權之罪以外，又構成刑法第二百十六條行使第二百十條偽造私文書之罪名，應依同法第五十五條從一重之行使偽造私文書罪處斷。」又最高法院七十二年度台上字第二二四三號判決亦持相同見解，均認凡無權製作文書者，以他人名義製作之文書，即屬偽造，縱其內容記載真實，亦不失其為偽造。

否定說乃以最高法院六十九年度台上字第二二四一號判例及最高法院台上字第三一九一號判例為依據。

否定說：

(1) 又被告所遭查扣之光碟片內容經上游重製後不失「實質之真正」，最高法院六十九年度台上字第二二四一號判例即認：「刑法處罰偽造文書罪之意旨，所以保護文書之實質的真正，故不僅作成之名義人須出於虛捏或假冒，即文書之內容，亦必出於虛構，始負偽造文書之責任。」此一見解嗣為最高法院七十年度台上字第四〇六號、七十一年度台上字第二二九三號、七十一年度台上字第四八七〇號、七十六年度台上字第一八二九號等判決所採用。又最高法院台上字第三一九一號判例更有詳細闡明，認為：「刑法上處罰有形的偽造文書，非祇因其虛捏或冒用他人名義，而在於虛偽文書有害於公共信用及社會交往之安全，故必內容虛偽，方有發生如此妨害之可能，以保護文書之實質的真正。是刑法第二百十條至第二百十二條之所謂偽造文書，必須文書之名義人非屬真正，同時其內容亦復有欠有真實，方為相當，此觀同法第二百十三條，第二百十五條，就自己名義製作之文書而屬於無形之偽造特設處罰之規定，即足反證各該條規定以外之無形偽造，概在不罰之列，要無庸疑。台灣高等法院八十六年六月二十五日八十六年度上更(一)字第三〇二號刑事判決，更明白指出：「被告之行爲僅止於銷售，堪認被告並無製造之事實，被告苟無就軟體之程式偽造

或變造，無論其所顯示之文字為何，均屬真正，此與偽造文書之要件即不該當。足證被告之行爲無行使偽造文書之嫌」頗值參考。

- (2) 本案遭查扣光碟片之供應廠商，「重製」了告訴人等之視聽著作、電腦程式著作及美術著作。而著作權法之「重製」與刑法之偽造概念並不相同，觀之著作權法第九十一條「擅自重製他人之著作」即可明瞭。易言之，得到著作財產權人同意或重製無著作權之著作均爲法律所許，縱未取得同意而重製他人著作，其內容仍爲真正，並不因之即變成「偽造」，只不過其侵害著作財產權人之重製權罷了。否則影印標示有作者姓名之論文，除論違反著作權法外，必須另論偽造文書罪？此種情形實不可想像。

所謂行使偽造文書，乃依文書用法，以之充作真正文書而加以使用之意，故須行爲人就其所偽造內容向他方有所主張，始足當之。

#### 4. 被告之行爲是否屬於文書之「行使」？

(1) 所謂行使偽造文書，乃依文書用法，以之充作真正文書而加以使用之意，故須行爲人就其所偽造內容向他方有所主張，始足當之，最高法院四十七年台上字第一〇四八號、七十二年台上字第四七〇九號判例可資參照。則上開於電視螢幕出現之商標、英文名稱及授權文字，係被告先將光碟片售予不詳姓名之顧客，該顧客事後再將之置於適合執行光碟片內電腦軟體程式之主機，配合電視等相關設備，使之出現於電視螢幕上，此一結果並非被告販賣電腦遊戲光碟片之時所發生，而係顧客事後自行執行光碟片內檔案程式之結果，故被告於交易過程，對於該等商標、英文名稱及授權文字並未對顧客爲任何主張，反之係由顧客於執行時，由電視螢幕之展示觀視到該等內容，況且交易時，該等會出現上開商標、英文名稱及授權文字之程式既隱藏於光碟片之中，故買賣交易之際，客觀上被告亦難以就該等內容爲任何主張，而顧客交易當場未見到該等內容，又如何憑信被告之主張爲真，而

爲文書之信用交易？綜上以觀，縱認被告有販賣光碟片之行爲，仍尙難謂與刑法第二百十六條、第二百二十條、第二百十條之罪名構成要件該當。<sup>30</sup>

(2)被告於販賣系爭光碟時，將外包裝連同該授權文字一併「交付」消費者，並不該當「行使」偽造文書要件。蓋「行使」本質上含有詐欺性，須相對人不知情始足當之，查本件之實際交易情形，消費者對其所購買之光碟係爲「台製」者知之甚稔；再依一般交易習慣觀察，又豈有消費者於購買物品時，或於買受物品後查驗商品條碼之理。故被告僅「交付」系爭商品，不應構成「行使」偽造文書之責。

又所謂行使乃指將偽造之文書，以文書之通常用法加以使用。並依學界及實務上通說，由於文書具有證明、穩固與保證等三大功能，故文書之通常用法，應即指提出文書，主張文書之內容，而將虛偽文書或不實文書置於法律交往中，使其可得發生證明、穩固或保證等功能而言。故行爲人如僅提出虛偽文書或不實文書，而尙未主張該文書之內容，或尙未將該文書置於可得發生文書功能之狀況，則不得謂爲本罪之行使。若被告未將該「文書」置於可得發生文書功能之狀況在後，應非行使行爲。另依七十二年台上字第四七〇九號判例有謂：「所謂行使偽造之文書，乃依文書之用法，以之充作真正文書而加以使用之意，故必須行爲人就所偽造文書之內容向他方有所主張，始足當之．．．」。蓋因被告僅單純交付購買人系爭著作重製物（扣案光碟），而扣案光碟中主要內容爲電腦遊戲程式，屬於系爭文書部分則比例些微，被告向購買人所主張者，係爲取得系爭著作重製物之對價意思，並非屬文書之用法，亦未曾主張扣案光碟中之文書部分；況且，購買人與被告主觀上皆認爲交易標的是「台製」光碟片，故而根本就無以假爲真之事實，而被告亦無使用之意，當然不

購買人與被告主觀上皆認爲交易標的是「台製」光碟片，故而根本就無以假爲真之事實，而被告亦無使用之意，當然不能論有行使偽造文書罪責。

<sup>30</sup> 同註二十一

能論有行使偽造文書罪責。

#### 四 著作權法部分

此部分涉及本例之核心法律問題，爭點在於違反著作權法的成立是否仍應成立前揭商標、偽文等罪責？又係爭著作物在歷次著作權法修正中，是否有不同取得保護之要件變動？日本人之電腦程式著作是否受我國著作權法保護，保護範圍為何？而所謂「發行」的要件又為何，「滿足公眾合理需要的程度」又在那裏？

##### 1. 依案件本質而言，本件僅為單純之著作權糾紛：

此案例實非商標侵害或偽造文書之問題，而本質上為侵害著作權之問題，係因日本法律對我國人之著作不予保護，在基於互惠原則前題下，告訴人之電腦程式著作在我國亦不受著作權法保護，故告訴人轉而於遊戲軟體呈現影像中製作系爭商標，思欲改由違反商標法、公平交易法甚至行使偽造文書等罪名尋求救濟，但仍無法改變本件本質為一著作權糾紛之事實。<sup>31</sup>

##### 2. 我國著作權法歷次修法對外國人著作保護條件之變動：

我國現行著作權法就外國人著作保護，係規定於第四條。惟我對於外國著作或著作物保護規定並非一成不變，著作權法歷經多次修正，迭有不同規範，茲分述如下：

一九一〇年（宣統二年）滿清政府之著作權律。該律對於外國人著作未有任何明文規定。

一九一五年（民國四年）北洋政府之著作權法。亦未就外國人著作之保護有任何明文規定。

民國十七年五月十四日公布施行之著作權法。本法亦未

---

本案例因日本法律對我國人之著作不予保護，基於互惠原則前題下，告訴人之電腦程式著作在我國亦不受著作權法保護，故告訴人轉而以商標侵害或偽造文書等罪名尋求救濟。

---

<sup>31</sup> 台灣台南地方法院檢察署八十七年度偵字第七三九三號不起訴處分書；八十八年四月二十七日法八八檢 000687 號函參照

就外國人著作之保護有所規定。惟於同日施行之著作權法施行細則第十四條規定：「外國人有專供中國人應用之著作物時，得依本法呈請註冊。前項外國人以其本國承認中國人民得在該國享有著作權者為限，依本條第一項註冊之著作物，自註冊之日起，享有著作權十年。」為我國著作權法對於外國人著作保護最早之規定。

民國七十四年七月十日修正公布之著作權法，首次將外國人著作保護之規定納入本法中，此係為符合國際間「互惠主義」原則，而將原規範於著作權法施行細則第十八條之規定予以改列，但採註冊主義。

三十三年四月二十七日修正公布之著作權法。本法條文內仍未就外國人著作之保護有所規定，而於三十三年九月五日修正之著作權法施行細則第十條規定：「外國人有專供中國人應用之著作物時，得依本法聲請註冊。前項外國人以其本國承認中國人民得在該國享有著作權者為限。」另該施行細則於四十八年八月七日修正公布後，第十條規定：「外國人著作物如無違反中國法情事，其權利人得依本法聲請註冊。前項外國人以其本國承認中國人民得在該國享有著作權者為限。依本條規定註冊之外文書籍，其著作權之保護，不包括翻譯同意權。」此次施行細則之修正首先確立平等互惠保護之原則，不再限制外國人著作物必須為「專供中國人應用之著作物。」

五十三年七月十日修正公布之著作權法。仍然未於本法法條中作任何關於外國人著作之明文規定。五十四年五月十一日修正公佈之著作權法施行細則，關於外國人著作保護之規定，雖條號變更（規定於第十八條），但內容則未有修正。

民國七十四年七月十日修正公布之著作權法。此次著作權法之修正，首次將外國人著作保護之規定納入本法中，其第十七條第一項規定：「外國人之著作合於左列各款之一者，得依本法申請著作權註冊：一、於中華民國境內首次發行者。二、依條約或其本國法令、慣例，中華民國人之著作得在該國享受同等權利者。」第二項則規定：「前項註冊之著作權，著作人享有本法所定之權利。但不包括專創性之音樂、科技或工程設計圖形或美術著作專集以外之翻譯。」由此次修正

可知係為符合國際間「互惠主義」原則，而將原規範於著作權法施行細則第十八條之規定予以改列。頗值一提者，七十四年七月十日著作權法之修正有重大變革，即將歷來各次著作權法所採之「註冊保護主義」改為「創作保護主義」<sup>32</sup>，凡第四條所列之著作，於著作完成時，權利人即享有重製、公開口述、公開播送、公開上映、公開演奏、公開展示、編輯、翻譯、改作、出租之權。惟獨對於外國人著作之保護，此次修正，仍明文以「註冊」為保護要件，亦即凡外國人著作欲取得我國著作權法保護者，除符合第十七條實體規範外，仍必依法註冊。

八十一年六月十日修正公布之著作權法。有關外國人著作之保護，修正改列於第四條：「外國人之著作合於下列情形之一者，得依本法享有著作權。但條約或協定另有約定，經立法院議決通過者，從其約定：一、於中華民國管轄區域內首次發行，或於中華民國管轄區域外首次發行後三十日內在中華民國管轄區域內發行者。但以該外國人之本國對中華民國人之著作，在相同情形下亦予保護，且經查證屬實者為限。二、依條約、協定或其本國法令、慣例，中華民國人之著作得在該國享有著作權。」茲分析之：

(1)由於七十四年修正公布之著作權法至八十一年六月十日修正前施行期間，外國人著作採註冊主義，非經註冊不受著作權法保護；但對於中國人著作，卻採創作主義。此種規定顯已嚴重違反本、外國人法律地位平等之原則。蓋因世界各國著作權法立法通例，不問對於本國人或外國人著作之保護，均採創作主義，故此次修正順應世界潮流及趨勢，對外

---

八十一年六月十日  
修正公布之著作權  
法，順應世界各國著  
作權法立法通例，不  
問對於本國人或外  
國人著作之保護，均  
採創作主義。

---

<sup>32</sup> 七十四年七月十日修正公布著作權法第四條第一項：「左列著作，除本法另有規定外，其著作人於著作完成時享有著作權。」其修正說明為：「現行條文（即五十三年七月十日修正公布之著作權法）第一條第一項規定「依本法註冊專有重製之利益者」，係以註冊為著作權發生之要件，與修正草案係以著作完成即享有著作權之精神不符，爰予刪除。」



依法爲著作權註冊  
或著作權登記之外  
國人著作非當然享  
有著作權。

國人亦採創作主義。又伯恩公約、世界著作權公約及各國著作權法之立法趨勢，均放寬在管轄區域外首次發行後，於一定期限內在管轄區域內發行者，亦予以保護。故此次修正參考修正之。

(2)另，七十四年修正公布之著作權法，對於著作權法第十七條之「發行」未作任何定義，而此次修正之著作權法第三條第十三款特別針對第四條之發行予定義爲「指權利人重製並散布能滿足公眾合理需要之重製物。」

八十七年一月二十一日修正公布之著作權法。其中關於外國人著作保護之第四條規定並未修正，惟此次修法針對發行之定義加以修正並改列爲第三條第十款，其規定發行爲「指權利人散布能滿足公眾合理需要之重製物。」

此次之修正乃由於八十一年舊法之第三條第一項第十三款規定，發行須爲權利人重製並散布，實務上常有發行是否須權利人自行重製之爭，且重製行爲須在我國管轄區域內進行才可，似嫌過苛，故參酌伯恩公約第三條第三項規定加以修正。易言之，八十七年一月二十一日新著作權法施行後，依第四條第一項第一款取得著作權法保護者，發行要件只須散布能滿足公眾合理需要之重製物即可，無須在我國更有重製之行爲。

### 3.外國人著作是否保護，範圍爲何？

由上述可知，我國著作權法歷次修正對於外國著作之保護顯有很大之變動，究竟是否予保護？又保護範圍如何？仍應就個案依當時期著作權法規定而認之。惟頗值探究者有三，分述如下：

(1)依法爲著作權註冊或著作權登記之外國人著作，非當然享有著作權：

依法爲著作權註冊或著作權登記之外國人著作非當然享有著作權。不論七十四年修正公布著作權法對於外國人著作

採註冊主義，或八十一年修正公布著作權法之採創作主義，但保留著作權登記制度（八十七年修正時廢止），由於此二制度註冊或登記流程，主管機關（當時均為內政部）並未作實質審查。

易言之，主管機關對於申請註冊或登記之人所陳報之事項並未予以查證。準此，外國人著作於註冊或登記後，若有該著作是否受我國著作權法保護之爭議發生，仍應視該著作是否依法發行（七十四年修正公布著作權法第十七條；八十一年修正公布著作權法第四條），註冊與登記並非著作權生效要件，亦無推定其受保護之效力，實務上亦認同之<sup>33</sup>。行政法院更明白宣示：「內政部著作權執照上所載『推定』著作權享有期間，尚不能作為系爭著作確實最初發行日期。」<sup>34</sup>另八十一年修正公布著作權法將註冊制度改採登記制度實施後，主管機關為避免爭議，特於著作權登記簿謄本附載事項中載明：「本項登記悉依申請人之申報，不作實質審查，登記事項如發生司法爭議時，應由當事人自負舉證責任，並由司法機關依著作權法及具體個案調查事實認定之，不應以本登記簿謄本認定為享有著作權之唯一證據。」可知主管機關亦採相同見解。

(2)各階段修法「發行」之規定內容並不相同：

依上論述，除非該外國與我國簽有著作權保護之條約或協定<sup>35</sup>外，並本互惠原則情形下，外國人著作若欲取得我國著

註冊與登記並非著作權生效要件，亦無推定其受保護之效力，實務上亦認同之。

<sup>33</sup> 台灣台北地方法院士林分院八十年度自字第二八號刑事判決，台灣台北地方法院八十二年度易字第七二一九號刑事判決，台灣台中地方法院八十二年度易字第四二七一號刑事判決、台灣高雄地方法院八十二年度訴字第二四九〇號刑事判決參照。

<sup>34</sup> 行政法院八十年度期判字第一二九九號判決參照。

<sup>35</sup> 依內政部八十一年八月二十六日(81)台內著字第八一一六九三三號函：「主旨：所詢著作權法第四條第一款但書之疑義乙案，復請查照。說明：一、復貴律師八十二年八月十三日（八一）辰函字第八〇六二號函。二、著作權法第四條規定，「外國人之著作合於左列情形之一者，得依本法享有著作權。但條約或協定另有約定，經立法院決議通過者，從其約定。（一）於中華民國管轄區域內首次發

作權法保護，依歷次修法內容而言，自七十四年修正公布後（在此之前外國人著作保護要件已如前述，條件嚴苛，極少爭議，本研究不擬深論之），僅有依法發行一途，惟發行規定內容，各時期並不相同：

七十四年修法後至八十一年修法間。此期間只規定外國人著作必須於中華民國境內首次發行，未對發行加之定義。惟若依著作權法修法歷史觀之，對於發行要件由嚴轉鬆，故此期間發行之定義至少應與八十年修正公布之著作權法規範（詳後述）相當，方符立法意旨。

八十一年修法後至八十七年修法間。此期間外國人著作必須在我國首次發行或在外國首次發行後三十日內在我國發行。至於發行條件則於著作權法第三條第一項第十三款規定必須在我國重製該著作，並散布能滿足公眾合理需要之重製物。

八十七年修法後。此期間外國人著作仍必須在我國首次發行或在我國首次發行後三十日內在我國發行。但發行條件則只必須在我國散佈能滿足公眾合理需要之重製物即可。

(3)茲整理未與我國簽訂著作權保護之條約或協定但符合互惠條件之外國人著作保護條件一覽表如下：

行，或於中華民國管轄區域外首次發行後三十日內在中華民國管轄區域內發行者。但以該外國人之本國，對中華民國人之著作，在相同之情形下，亦予保護且經查證屬實者為限。(二)依條約、協定或其本國法令、慣例，中華民國人之著作得在該國享有著作權者。」依上述條文第一款但書之規定，本部即於八十一年六月十日台(八一)內著字第八一八一二七一號函請外交部查證。茲據外交部駐外單位往返查證之結果，迄本(八十一)年八月十七日止，外國人之著作得依上述條文第一款之規定，受我國著作權法之保護之國家或地區計有：模里西斯、瑞典、日本、挪威、巴西、奧地利、香港、哥斯大黎加、芬蘭、馬拉威、厄瓜多爾及荷蘭。三、又瑞士一國經外交部駐外單位查證僅保護我國人之著作於該國首次發行之情形，並不包括於其他國家或地區首次發行後三十日內在瑞士發行之情形。因此，瑞士人之著作如於中華民國管轄區域內首次發行，始受我國著作權法之保護，其若於中華民國管轄區域外首次發行後三十日內於中華民國管轄區域內發行，則不受我國著作權法之保護。有關前述外國人之著作是否得依著作權法第四條第一款之規定，受我國著作權法之保護之查證工作，本部目前仍透過外交部請其駐外單位繼續進行中，併予敘明。」

八十七年修法後，此期間外國人著作仍必須在我國首次發行或在外國首次發行後三十日內在我國發行，但發行條件則只必須在我國散佈能滿足公眾合理需要之重製物即可。

| 期間                | 保護條件                    | 發行之定義                                 |
|-------------------|-------------------------|---------------------------------------|
| 74.07.12～81.06.09 | 首次發行                    | 1.未立法定義<br>2.應以「重製並散布能滿足公眾合理需要之重製物」為妥 |
| 81.06.12～87.01.20 | 在我國首次發行或發行後三十日內在在我國首次發行 | 重製並散布能滿足公眾合理需要之重製物                    |
| 87.01.23～         | 在我國首次發行或發行後三十日內在在我國首次發行 | 權利人散布能滿足公眾合理需要之重製物                    |

能滿足公眾合理而需要」係不確定法律概念，界限模糊，眾說紛云。

### 3. 能滿足公眾合理而需要 的標準為何

「能滿足公眾合理而需要」係不確定法律概念，界限模糊，眾說紛云。依學說上之看法稱此「滿足公眾合理需要」，須依著作種類及散佈性質而定<sup>36</sup>。似乎仍無具體判斷基準，實務上則針對此問題各有不同之看法，例如：

(1)有認為所謂「滿足公眾合理需要」，乃散布之數量必須達到一般人在坊間一般出售或出租同類著作之營業處所可買到或租得之程度，始能謂之。<sup>37</sup>

(2)有主張「需因當地之客觀環境及著作人主觀行使權利之方法而有不同，故所謂合理需要之標準，尚難以著作權人鋪貨或銷售數量多少，作為是否能滿足公眾需要之標準。蓋某一著作物，權利人於發行時究應準備多少數量，常因該產品之市場規模大小（如該著作物被消費接受程度）、權利人在該市場上之策略……應以著作權人在主觀上是否有「散

<sup>36</sup> 蕭雄淋，新著作權法逐條釋義(一)，五南圖書出版有限公司出版，八十五年五月初版，第五十九頁。

<sup>37</sup> 台灣台北地方法院八十四年度易字第一三〇二號刑事判決，台灣高等法院八十四年度上易字第一八九七號刑事判決參照。

「滿足公眾合理需要」若以著作權利人主觀上之意思為判斷，則將使得所有客觀標準喪失其意義。

布能滿足公眾合理需要之重製物」之意思及準備……而在客觀上，著作權人在該市場是否有提供合理數量之該著作，以供該市場需要之事實，為其認定標準。」<sup>38</sup>

(3)本文認為就客觀要件衡量權利人之散布是否「滿足公眾合理需要」，本為見人見智之課題，不同解讀之結果乃意料中事，相信各級法院終將有形成共識，訂定判斷基準之時。惟若以著作權利人主觀上之意思為判斷，則將使得所有客觀標準喪失其意義，既著作權法明文規定滿足公眾「合理」之需要，相信非有客觀衡量標準不可。故就上述見解，有實務法曹專文批判之。<sup>39</sup>

(4)另有少數實務案例<sup>40</sup>在是否「滿足合理需要」之判斷基準上，竟提出「市場中仿冒品出現之速度及數量」因素，甚為不妥，蓋因一外國人著作是否受我國作權法保護，本應發行滿足國人合理需求後，方受保護。若以仿冒品出現之速度及數量反推真品之合理數量，恐已犯「導果為因」之錯誤，試想若權利人發行一定之數量後，取得著作權保護，怎有仿冒品大量出現之可能，以其為判斷標準，顯有欠妥。

(5)另有部分實務案例<sup>41</sup>的立論基礎，是以告訴人所提出之真品進口及轉售資料為據，認為進口的著作重製物並未全部轉售完畢，尚有庫存數量，故顯然已滿足公眾合理需要（否則怎麼會有剩下呢？），這種評估方式雖然符合客觀的原則，但告訴人是「賣到有剩」還是「還沒賣完」必須先釐清，否則「尚有庫存」與滿足公眾合理需要好像沒什麼關係，推論

<sup>38</sup> 台灣高等法院台中分院八十七年度上訴字第二七一四號判決，台灣台中地方法院八十七年度易字第三五一四號判決參照。

<sup>39</sup> 李汶哲，著作權法第三條第十二款所謂「滿足公眾合理需要」之淺述，刊於智慧財產局智慧財產權月刊，一九九九年十二月十三日。

<sup>40</sup> 台灣台中地方法院八十八年度易字第三五一四號判決參照。

<sup>41</sup> 台灣台中地方法院八十七年度訴字第一九一七號刑事判決、台灣高等法院台中分院八十七年度上訴字第二七一四號刑事判決參照。

上難謂無瑕疵。

一九七一年伯恩著作權公約雖然沒有可以針對本例提供說明或解釋的依據，但依該約定第三條第三項之規定，亦大致提供了思考的方向，其規定為：「『已經發行著作』一詞，係指經著作人同意而發行者，其製作程序如何，均非所問，以依著作性質能滿足大眾適當需求為要件。戲劇、歌劇、電影或音樂著作之表演；文學著作之公開朗誦；文學或藝術著作之有線傳播、藝術著作之展示及建築著作之付諸建造等，俱非著作之發行。」準此，所謂的散布達滿足公眾合理需要程度，絕不是單純的主觀要件就可以滿足，而是要客觀的踐行一定程度的散布行為，而且散布著作重製物與公開著作觀念亦不相同，因為公開著作，僅能達到將著內容向不特定多數人傳達的效果，尚非可謂公眾得以合理利用該著作。本文以為，滿足發行要件固然要以著作的性質、市場交易習慣等各別考量，但由於該著作之所以特別受到保護，純粹是互惠原則的延伸，基於我國國人得以利用該著作，而產生相對的保護價值，故判斷原則應基於著作重製物的散布，是否已使我國國人得以合理利用為標準。

---

滿足發行要件固然要以著作的性質、市場交易習慣等各別考量，但基於我國國人得以利用該著作，而產生相對的保護價值，故判斷原則應基於著作重製物的散布，是否已使我國國人得以合理利用為標準。

---

如以本文所介紹之案例而論，考量散布程度的因素應包括：擁有可執行該軟體遊戲主機的數量、在我國出售（或出租）同類著作之營業處所數量，該種遊戲軟體的市場佔有率（由於有台片流通，或許可以參考該種遊戲軟體在其他國家的發行數量及市場佔有率）等因素，客觀地加以評量，才是發現真實的正確手段。

另一個由本例所引發的有趣問題是：由於台片的價格競爭優勢，以至於壓縮了真品的市場空間，那麼真品的散布合理範圍是否有所變動呢？本文以為，判斷原則既然是個客觀的問題，仍應回歸合理的評量分析立場，應該以上述因素所評算出之合理散布數量，減去現有台片散布數量，找出真品的市場空間，再檢查告訴人是否有散布達滿足真品的合理散

布程度，而不宜落入加不加上台片數量做為計算依據的邏輯謬誤中。

### 第五節 實務資料匯整

(一)認為前開案例本質為著作權侵害案件，不涉其他法律者：

如台灣台南地方法院檢察署八十七年度偵字第七三九三號不起訴處分書、台灣台北地方法院八十八年度易字第二一七五號判決、台灣台中地方法院八十八年度訴字第三四九號判決。

(二)認為前開案例被告甲之行爲不構成行使偽造文書，但構成侵害商標專用權者：

如台灣台南地方法院八十七年度訴字第一〇三七號、台灣台中地方法院八十七年中簡字第二〇九五號，其中台灣台南地方法院八十七年度訴字第八二三號刑事判決，該審之判決書理由第三點，係以「被告刑法上第二百十六條之行使偽造文書犯行，乃以文書之用法為之始足當之，最高法院七十二年度台上字第四七〇九號著有判例可參，本件扣案之光碟播放時螢幕上固有如附圖一、二、三所示之商標專用圖樣，惟被告並未就該偽造之商標圖樣有所主張，尚與刑法第二百十六條之構成要件有間……」為行使偽造文書無罪之論據。

惟依前開引述判決所載，是以被告對系爭商標並無主張之意思為前題，然被告既無主張系爭商標行為，又如何以此欺騙他人，實在殊難想像其行為態樣，故該判決一方面認為被告並不該當行使偽造文書罪責，另一方面又認為被告違反商標法，二者推論所持之理由，難謂不無矛盾衝突存在。

(三)認為被告甲並無違反公平交易法，但構成侵害商標專用權者：

如台灣台南地方法院八十七年度訴字第一〇三七號、台灣台南地方法院八十七年訴字第八二三號、台灣台中地方法

對於本案所牽涉的法律問題，實務見解不一，計有 8 種見解。

院八十七年中簡字第二〇九五號。

(四)認為被告甲有違反商標法、行使偽造文書者：

如台灣台南地方法院八十七年訴字第一〇六五號。

(五)認為被告甲有違反商標法、公平交易法，但不構成行使偽造文書及商品虛偽標記者：

如台灣台北地方法院八十六年度訴字第二二六五號。

(六)認為被告甲有違反商標法、公平交易法者：

台灣桃園地方法院八十七年度易字第七八七號。

(七)認為被告甲有違反商標法、公平交易法及行使偽造文書者：

如台灣台南地方法院八十七訴字第一〇三一號、台灣板橋地方法院八十六年度訴字第二五三二號、台灣板橋地方法院八十六年度訴字第九九九號、台灣高雄地方法院八十七年度易字第三〇九一號、台灣高等法院八十七年上訴字第一九七七號。

(八)與本案事實近似，但略有差異而易生混淆者：

案例是以著作權法、商品虛偽標示、專利法論處；或其行為態樣係「製造」而非「販賣」；或扣案光碟「外觀」有系爭商標圖樣、公司名稱；抑或是系爭標的為遊戲卡帶、遊戲搖桿、色情光碟等：如：台灣台北地方法院八十六年度訴字第二二六五號、台灣台北地方法院七十九年度訴字第一一二六號、台灣高等法院八十七年度上訴字第三四〇號、台灣高等法院八十六年度上易字第七三八五號、台灣高雄地方法院八十七年度易字第三〇九一號、台灣板橋地方法院八十六年度訴字第一〇七號、台灣高等法院七十九年上訴字第四三三七號。

### 第六節 結語

就如案例事實之情形，實因我國長期以來無法有效參與國際智慧財產權相關組織之政治因素，並我國產業以往不重



視智慧財產權，仿冒行為猖獗之經濟環境以及我國市場不受重視等因素交錯形成，並非單一個案之犯罪事件。

持平而論，若果真此種行為所涉及之法律問題如此複雜，試問被告是否具有認知釐清之能力？又試想若依著作權法第四條第二款規定，美國因與我國有條約協定，美國之著作在我國受著作權法保障，若任何人有著作權法第八十七條所規定侵害著作權之犯行，依本法第九十三條規定，最高亦僅得處以二年以下有期徒刑。惟於本案中，告訴人為日本國籍，因日本與我國並無條約或協定，其著作必須依我國著作權法第四條規定取得保護，但若告訴人未予遵守，且能以迂迴手段使此種行為構成行使偽文書等罪責，則最高將可處五年以下有期徒刑，核與前揭有著作權保護之情形相較是否有法律上適用之輕重矛盾？告訴人等日本國著作只須透過此種迂迴方式即可陷人於罪達到其搶占市場目，並可間接保護其著作，又是否合理？姑不論被告甲之行為是否具有道德上非難價值，但若以相互矛盾之法律上理由科以刑責非難之，是否被告又成為政府政策與司法獨立審判模糊區域的犧牲者？望諸先進能不吝指教。

本文有感我國加入世界貿易組織前對於外國人著作之保護因雙邊著作權保護協定之不足造成著作權保護之漏洞，易造成仿冒猖獗及外國人著作人為保護其著作而迂迴主張之亂象。故從日商電視遊戲軟體之保護著手論我國加入世界貿易組織前外國人著作之保護，發現確實問題頗多，外國人著作利用者及外國著作人各有立場，顯已造成重大社會成本支出。本研究則認為站在法制尊嚴之立場，外國人著作之保護與否應屬國與國政策協商之問題，在未解決之前（即加入世界貿易組織前或簽訂雙邊或多邊著作權保護協定前），就外國人著作之保護應嚴格遵守互惠原則，不容置事物本質不顧，屈就外國貿易壓力而迂迴以其他法令變相保護之。

我國加入世界貿易組織前，對外國人著作之保護因雙邊著作權保護協定之不足造成著作權保護之漏洞，易造成仿冒猖獗及外國人著作人為保護其著作而迂迴主張之亂象。