



智慧財產權才是台灣產業發展國際化之正確途徑

●許忠信／國立成功大學法律學系教授

壹、前言

隨著知識經濟時代的到來，在所謂無重量經濟的生產與消費的循環中，甚少產品或服務不涉及商標、專利、著作權等智慧財產權，甚至連大宗穀物如大豆等傳統上不標示商標的交易，亦牽扯到基因改良的專利保護問題。資訊科技進步與國際交通的一日千里，使得天涯若比鄰，此一全球化的結果，傳統的商品貿易已非國際貿易的重心，取而代之者為國際投資與服務業貿易，而知識經濟全球化的結果，更使得智慧財產權滲透到國際投資與跨國服務的領域，此由視聽服務業所涉之著作權問題、國際投資所涉之商標授權及營業秘密問題、商品貿易所涉之真品平行輸入問題等便可窺其端倪。有鑑於此，我國產業要國際化而有國際競爭力唯有發展智慧財產權並搭配產業聚落一途。

貳、智慧財產權之國際化

智慧財產權之無體性格使其交易極易國際化，而其保護法制亦因而有國際化之內在傾向。然而由於智慧財產權法仍採屬地主義，因此，智慧財產權法之研究於對國際智慧財產權規範有所了解之後，以國際比較方式對主要國家之智慧財產權加以探討便非常重要。有美國學者即指出，在現在之技術與經濟情況下，一位不了解國際專利體系之律師及代理人將使其顧客受到重大不利益。在今日全球經濟交易中，已沒有任一位律師乃在執行美國國內業務而已，而且美國專利法易受到國際整合運動之影響，因此，一位缺乏國際專利法理解之律師將缺乏理解美國國內未來發展之分析工具。¹在採註冊主義之專利權皆已如此，更何況是採創作保護主義之著作權以及不採登記制度之不正競爭防止法。

參、智慧財產權之基本概念

一、智慧財產權之概念

所謂智慧財產權乃指對投資、心智創造活動或勞務所得之無體產品（intangible

products) 擁有之財產權 (property right)，包括專利權、商標權、著作權及對抗不正競爭之權利等。²由於智慧財產權所涵蓋者及於不正競爭防止法所保護之利益，而不以權利為限，因此，而認為其乃對投資、心智創造活動或勞務所得之無體產品所擁有之財產利益 (proprietary interests)。³

二、智慧財產權之理論

有關智慧財產權之理論應有垂直與水平兩種觀察。首先，就垂直觀察而言，智慧財產權在十八世紀末前之重商主義時代，其之國家（國王）所賦予之特權 (privilege)，到了十九世紀之自由主義時代，其天賦之權利 (right)。在重商主義時代，一般認為繁榮經濟是政府之職責與首要目的，而為達此一富國強兵之目標，最典型之手段為特權（如專利特許）等政府措施。然而在英國洛克（契約論與政府論兩篇）與康德哲學之影響下，德國「自然法理論」(Naturrechtstheorie) 者在政治與法律上要求自由權，⁴並對創作人等所享有之智慧財產權當作個人權利來加以保障。

雖然智慧財產權在近代為一權利而非特權，但就水平之觀察而言，世界上主要國家對此一權利之正當化理由則有兩大不同理論，即自然權利理論 (the natural right justification) 與實用正當化理論 (the utilitarian justification)。自然權利論者認為創作人等對其本身之創作享有自然或道德上之權利，或與生俱來之權利。此說乃是受到英儒洛克與德儒黑格爾之影響。例如，英儒洛克在其政府論兩篇中強調，個人在其人身，身體之勞動與親手完成之作品享有財產權。智慧財產權學者將此一理論運用到智慧財產之創作上，而認為發明人或著作人對本身之勞動或創作成果享有智慧財產權。⁵實用正當化論者認為，智慧財產權乃為了更大之公共福祉之目的所必要之工具，因而，其為創作之誘因，揭露之誘因，與散播之誘因。此說主要是受到英儒邊沁之影響。邊沁反對自然權利說，而認為國家應採取政策最大化人民之幸福與快樂。智慧財產權乃因其對社會之用處及利益而有其合理化基礎，因為智慧財產權具有公共財產之特性（即因無實體可支配而無法排除他人使用，而且亦因無實體而使得他人之使用並不會剝奪自己之享有），因此，若不以法律去創設一排除他權，他人將無意願去研發創作。因此，智慧財產權乃是為了誘發此一對社會有益之創作與投資。因此，實用正當化論者亦被稱為「誘發理論」(the incentive theory)。⁶

美國智慧財產權法之法哲學原理乃是欲藉智慧財產權之保障與排除他權之賦予而鼓勵投資與研發，藉而確保富裕、多元而競爭之市場以增進公共利益與人民福祉。⁷可見，其與德國法系較強調著作人及其他創作人就其創造成果所享有之自然權 (natural rights) 者不同。⁸例如，美國聯邦最高法院在 *Twentieth Century Music Corp. v. Aiken* 一案中即指出，著作權之近期效果固在於對著作人之創作努力提供合理報酬，但其終極目標則在於藉此誘發創作而有利於公共利益。⁹

肆、智慧財產權法之目的

智慧財產權法之目的乃為鼓勵創作發明、促進知識傳播、刺激並保護投資、保護消費者與保障人格權。其中，著作權法保護著作（work）之觀念表達（expression），而非構想、觀念（idea）或思想（thought）本身，然其並非獨占權，而僅禁止他人抄襲；專利權保護具產業利用性之新技術發明，乃是一獨占權，嗣後之獨立發明亦受其限制；工業設計（industrial design）乃有關工業產品的外觀形狀設計，我國以新式樣專利來加以保護；商標權則與企業形象及商譽有密切關聯，並代表所表徵商品或服務之品質及來源；至於營業秘密法則禁止被信任人使用或公開基於信任而對其透露的機密資訊，包括營業秘密、政府機密、個人秘密等，所以營業秘密的保護及於觀念或構想（idea）本身。

基於智慧財產權法之此一目的，拋開道德之問題不談，就法而言，資訊之利用應自由，因為人類乃藉模仿而發展。不論如何優秀之學者或藝術家皆需仰賴前面之成果而後成自己開花結果。因此，若一般的禁止模仿，則將阻礙人類世界之發展。¹⁰可見，某一模仿行為，除非已經構成商標權專利權等特別保護權之侵害外，原則上應允許之，只有在例外之情況方構成不正競爭。

伍、智慧財產權之體系與概略

所謂智慧財產權有廣狹義。狹義智慧財產權包括著作權與著作鄰接權等文化創造活動成果之保護與工業財產權。而工業財產權又可分為專利權等產業創造活動成果之保護規定及商標與營業名稱之產業秩序維持與商譽保護規定。而廣義智慧財產權則除狹義智慧財產權外，亦包括營業秘密與積體電路布局等不正競爭防止法之規定。

首先，著作權法保護著作（work）之觀念表達（expression），而非構想、觀念（idea）或思想（thought）本身。因此，嚴格而言，其並非一獨占權，而僅禁止他人抄襲。大體上，著作權有兩子權，即著作財產權與著作人格權，前者有著作權限制及合理使用之限制，後者則無。其次，專利權包括發明、新型與新式樣。發明專利權保護具產業利用性之新技術發明，而且由於是一獨占權，因此，嗣後之獨立發明亦受其限制。其採註冊制度，必須申請而獲得，申請時須詳載發明與保護範圍。新式樣又稱為工業設計（industrial design），其乃保護工業產品的外觀形狀設計等，我國以新式樣專利加以保護，英國則以工業設計法來加以保護。在英國工業設計有登記設計與不登記設計之分，前者似專利，後者似著作權，但兩者保護客體可能重疊。再者，商標（trade marks）與企業形象及商譽密切關聯，並代表所表徵商品或服務之品質及來源。商標之概念已包括商品標章與服務標章，此外，尚有證明標章（certification marks）與團體標章（collective marks）兩種標章。商標有待登記且須加以使用，若三年（有些國家五年或七年）未使用，則可能被撤銷。最後，不正競爭防止法，各國之規範內容不一，例如英國普通法上

的仿冒 (passing off) 則是侵權行為的一種類型，其要件比商標法寬鬆，因此未經允許使用他人未註冊之標記、名稱、包裝等，雖未侵害他人商標，仍可能構成仿冒。我國則以公平交易法第20條加以規範。就本質而言，營業秘密亦是不正競爭防止法所保障之客體。然而，在英國則是以違背信任法 (The Law of Breach of Confidence) 來加以保護。違背信任法禁止被信任人使用或公開基於信任而對其透露的機密資訊，包括營業秘密、政府機密、個人秘密等。在美國則將營業秘密提升到權利位階，並制定營業秘密法加以保護。營業秘密的保護及於觀念或構想 (idea)。我國受美國法之影響，於民國85年制定營業秘密法。

陸、智慧財產權的共同特性

雖然智慧財產權所涵蓋之法律領域甚廣，但其間之共同點大體為排除對他人資訊之不當利用以及保障他人資訊之財產價值。不過，由於其涵蓋面甚廣，例如包括內容不斷擴張之不正競爭法，因此，容有某些例外情況存在。¹¹由上述之智慧財產權體系與主要內容可知，智慧財產權乃屬一傘狀結構而涵蓋甚多具有不同歷史與理論之無體財產權。然而，其間仍有一些共同特徵而連結整部智慧財產權之各個領域，即無體性、排他性、財產性、公益性。

一、無體性

雖然美國憲法等將專利權當作一個人財產 (personal property)，但專利權與其他智慧財產權的無體性格使得其與有體物權不同，並不會因他人之擁有而喪失，而且更如同以蠟燭點亮他人之蠟燭一般，世界更光明之同時並不會使自己之房間較黯淡，套句經濟學之用語，其邊際成本為零。¹²例如，發明具有無體財貨之性格，因此，有如以自己之蠟燭點亮他人之蠟燭，並不會使自己較不亮。然而，若無專利權之授予，該發明之知識被傳播的結果將使得該無體財貨之交換價值喪失。¹³

此外，智慧財產權的無體性格更使得其侵害之損害賠償計算較為困難，而須有一套有別於一般侵權行為損害賠償之計算方式，亦由此一無體性格使得網路上之重製容易而成本低，更因此而能藉網路交易傳輸無國界之限制。

雖然如此，為確保抽象之構想仍能保持自由狀態，而使智慧財產權僅保護下游之產品而不獨占上游之構想，即使智慧財產權使創作發明人等在無體的心智創作上享有財產權益，智慧財產權仍然時常要求智慧創作必須被實體化到有形體之 (tangible) 事物上，例如美國法及要求著作需固定到有形體之形式上，發明需被付諸實施，而商標或早或晚皆須被實際使用。¹⁴

二、排他支配性

智慧財產權同具有排他支配權 (不正競爭除外)，賦予權利人專屬權以實現該權利

之內容，例如重製權等積極使用權外，亦同具有禁止未經同意或授權之行為之消極排他權。有關智慧財產權具有消極排他權較無爭執，但有關積極使用權方面，由於在自由經濟體制之下，要非有智慧財產權之消極排他權，第三人本可自由實施之，因此，近年來美國與德國漸有有力學說認為智慧財產權之消極排他權，而無積極使用權。¹⁵

雖然民法上排他支配權之標的及於例如電流等具有法律上支配可能性者，但此並不能被擴大到無體資訊之保護上，而且，由於，大陸法系有物權法定主義之限制，因此，具有排他支配性之權利有待法律加以創設，而使得大陸法系，在民法外尚須有著作權法及專利權法之制定，以對無體之資訊如著作或發明等擁有類似物權之排他支配權。¹⁶而且，具有排他支配權性格者，不論是支配身體或名譽之人格權，或是支配有體物之物權皆有不必要故意或過失之侵害防止或排除請求權。然而，由於民法中並無可對發明與著作等無體資訊加以排他支配之規定，因此，有必要在智慧財產權法中對之加以特規定。¹⁷此由我國法中例如著作權法第84條及專利法第84條之規定可得到印證。

智慧財產權具有排他支配性，但其與有體物之物權（所有權）間仍有如下之差異性。首先，智慧財產權常有期間限制，其次，其權利範圍未如有體物所有權之明確，而且，由於無體性而不易被支配，再者，由於其公益性，而有合理使用或強制授權等例外規定，最後，有些智慧財產權之權利性格已被弱化而不具獨占的排他性格，例如錄音著作之報酬請求權等。¹⁸日本中山教授即指出，由於智慧財產權具有競爭秩序維持之機能，因此，其性格與單純如同所有權般之物權者不同，而且資訊自由與獨占各有其利弊，智慧財產權即是在權衡此兩者對社會之利與弊，以決定何時允許對該資訊加以獨占，何時應讓其自由流通。¹⁹

三、財產性

各類智慧財產權，不論是商標權或專利權，同為無體財產權，因此，具有絕對性格，而原則上對第三人具有排他權作用，因此，具有類似物權（所有權）之效力，²⁰而能被讓與、被授權、被出質。因為其乃將對有體物之排他支配權運用到對無體物之排他支配上。²¹

（一）讓與契約

智慧財產權既為一財產權，其可因讓與、遺囑處分或法律規定而移轉。讓與之方式常為要式。英國著作權法甚至允許著作權之部分讓與（*partial assignment*），亦即僅讓與一種或數種從事著作權限定行為之權利，或僅讓與著作權存續期間內之某段期間內之著作權或其支權。²²至於將來著作權的讓與，此時該著作權於著作完成時自動移轉為受讓人所有，概念上為權利移轉附條件，而非讓與契約附條件。

（二）授權契約

智慧財產權之授權乃指權利人與被授權人間所為，允許被授權人從事某種限定行為之協議，若無此協議，該行為將是侵權行為。授權可以有時間、地域範圍與權利範圍之限制。授權有非專屬授權（sole licence）與專屬授權（exclusive licence）之分，前者並無排他性，而後者則可排除他人及授權人行使該權利或其分支權。

智慧財產權的讓與與授權各具有不同的效力，因此，有加以區分之實益。不過有時甚難判斷當事人間的契約是讓與或授權。此時，須合理解釋該契約，即使契約使用「授權」字眼，亦不能因此即認定其為授權，但若使用「授權金」一詞，則因其與讓與格格不入，很可能被判定為授權。區別出某交易為讓與或授權，有其實益。首先，若是讓與，則該權利已移轉；若為授權，則該權利未移轉。其次，受讓人可再讓與該權利，但除非契約有明定，被授權人不得再授權他人行使該權利。

四、公益性

智慧財產權法之目的在於以提供創造人等財產權之方式鼓勵其創造，但又同時希望能讓創造成果為大眾利用而鼓勵自由競爭，因而整部智慧財產權法充滿公共利益與個人利益的權衡與妥協色彩，例如合理使用他人著作權以鼓勵繼續創作，促進有效溝通，而最後達到文化發展之目的。除合理使用或智慧財產權限制規定外，創作高度、發明高度與商標顯著性要求亦是為保障此一自由活動空間。此外，智慧財產權保護期間之限制亦具有此一功能。

由於此一公益特徵，智慧財產權通常皆有耗盡理論之限制，即在智慧財產權所附或所現之產品首次銷售後不得在對其主張權利，以使貨物得以暢其流。²³因為發明所製造或組成之物，或方法發明所直接作成織物在其等之市場價值方面之重要特徵乃歸因於該發明，因此，對此些物之交易及對其等之使用乃意味著對該發明之經濟（商業）上利用，這使得專利權人之禁止權擴及有關這些物品之行為，當然此有耗盡原則之適用。²⁴

柒、主要智慧財產權之內容與國際規範

一、發明專利權

（一）概述

我國、中國、日本與德國之專利權包括發明、新型與新式樣專利權者。美國法則沒有承認保護期間較短之新型專利權。

所謂發明乃指利用自然原理（例如萬有引力）之技術思想以達到某一效用，例如利用電阻之原理以作燈泡照明。發明專利權僅賦予給具有產業上可利用性之新的技術發明。由於僅當時熟悉該領域技術之一般技術人員所非顯而易知之發明（此時該發明具進

步性），且為當時之技術狀態所不知（此時該發明具新穎性）之發明才可以申請專利權，嗣後之獨立發明（因已不具新穎性）即使並未抄襲前一發明亦不得申請專利權。

發明專利權採註冊制度，必須在該國申請經審查後方可能獲得。申請時必須在申請書及說明書中充分揭露該發明之內容，達到該領域之一般技術人員一讀而不必再作實驗即可將它實施出來方可。因此，有些高科技公司並不願意因申請專利權而將其領先技術公開，此時其會轉而用營業秘密權來保護其領先技術。

所謂新型專利乃發明專利外另一附屬的保護，稱為短期發明、小發明或實用新型（*utility model*；*Gebrauchsmuster*）。此一權利較不正式，因為國家在授與權利前對未有對其有效性作實質審查，因此其期間僅有十年。其保護客體有僅及於技術設計（*technical design*）及物品的功能性外形（即實用新型之真義），但亦有擴及所其他之客體者。至於其所要求之技術進步的程度則是一低門檻（相對於專利之進步性或發明高度性）。

（二）主要國際規範

我國、德國及日本法要求發明須是利用自然原理（例如萬有引力）之技術思想以達到某一效用者，但美國法原則上認為太陽下所有人類作成的事物不論是製程、機器、製造物或合成物皆能受到專利權保護，不限於利用自然法則者。²⁵由於受到美國法之影響，²⁶「與貿易有關的智慧財產權協定」（簡稱TRIPS）第27條第1項規定，除受第2項與第3項之限制外，²⁷會員國應對具有新穎性、進步性及產業可利用性之所有科技領域之發明（不論其為物之發明或方法之發明）給予專利權。該條第2項規定，會員國得排除對於某些禁止其在該國領域內商業利用乃保護公共秩序或道德所必要（包括為保護人類、動物或植物之生命或健康，或為保護環境免於遭受嚴重危害）之發明之可專利性。該條第3項並規定，會員國得排除下列發明之可專利性：對人類或動物之診斷、治療與手術方法；微生物以外之動、植物及其基本上屬於生物的育成方法。然而，根據第3項之規定，會員國就植物新品種，應以專利法或個別成類（*sui generis*）之有效系統，或其兩者之結合之方式，來加以保護。

我國與中國皆有植物種苗法承認植物新品種權。我國所研發出來之植物技術若使該明顯特徵足以穩定遺傳，則可以申請植物新品種權，若不能穩定遺傳則須申請動植物專利權。

（三）發明專利權之效力

取得發明專利權後，其具有二十年之保護效力，惟僅及於該國領域內，因此，到了其他國必須另外申請並繳費。各國之發明專利皆可被區分為物品（物質）發明與方法（製程、使用方法）發明。前者，乃對物所主張的發明，因此，主要乃以製造、販賣、使用該物為行為態樣。物之發明對該物有獨占力而不論其被用作何用途，所以獨占面廣。後者（方法發明），涉及從事某些活動之程序，因此，其侵害行為主要是由實施該

活動所構成，因此獨占面較狹。就某一物即使已有物之發明專利權存在，仍可以對該物之新使用方法給予方法專利權。

TRIPS第28條第1項即規定，物之發明人有權禁止第三人未經其同意而製造、為販賣而要約、販賣、使用該物或為該等目的而進口該物。方法或過程之發明人有權禁止第三人未經其同意而實施該特定方法，以及使用、為販賣而要約、販賣或為此等目的而進口至少係直接由該方法所獲得之物品。所謂使用並不包括私下非商業目的之使用。權利保護期間為不短於自申請日起算二十年。

二、新式樣權

（一）概述

所謂新式樣乃指對物品之形狀、花紋、色彩或其結合，透過視覺訴求之創作。新式樣又稱為工業設計（*industrial design*），其乃保護工業產品的外觀形狀之設計，例如服裝設計、跑車造型、輪胎花紋等。

所謂物品之「形狀」，乃指物品之外部形象及輪廓，而不論其為平面或立體。所謂花紋（無色彩者），乃為點、線、面之結合體，而為物品表面裝飾用之線條或圖紋，包括平面與立體之花紋。立體之花紋指輪胎紋或鞋底花紋等具有深度大致相同之浮凹者。所謂色彩乃指單一顏色或複色，而且色彩一般與花紋組合而顯現其效果。

（二）主要國際規範

TRIPS第25條第1項規定，「會員國應對獨立創作完成而具新穎性或原創性之工業設計提供保護。會員國得規定，工業設計若與已知的設計或已知的設計特徵的組合無重大差別，則其不具新穎性或原創性。會員國亦得規定，此一保護不及於基本上受技術性的或功能性的考量所支配的設計。」

由此可見，TRIPS對工業設計之保護留給會員國相當大之自由空間。會員國可選擇以著作權、設計專利權或獨自成類之設計權來加以保護，其故在於本條項乃一妥協之結果，而反映出九〇年代初期各與會國家的法制狀況與主張，例如有關新式樣之要件，美國、歐體、日本等主張使用著作權之「原創的」（*original*）要件，而瑞士等主張使用專利權之「新穎的」（*new*）要件。²⁸此外，不論會員國採取何種保護模式，其皆可自行決定是否對基本上受技術性的或功能性的考量支配的設計提供保護。此一「可自行決定」之空間乃由於歐體與美國所採之態度不同而得之折衷結果，前者希望對所有之設計（包括功能性設計）提供保護；後者基於汽車零件業者之利益考量而主張不應對功能性設計提供保護。²⁹

就紡織品設計而言，TRIPS第25條第2項要求會員國應確保其國內規定之要件（尤其是有關費用、審查與公布之要件等）不至於不合理地減損設計人尋求並獲得保護的機

會，而且會員國應有自由選擇透過工業設計法或著作權法以符合本項規定之要求。此規定在於反映紡織品設計的快速退流行特性，而且有甚多的設計之商業價值並不高，因此若會員國所採取的保護模式費用太高或需冗長的審查與公布過程，則等到獲得權利時，它可能已退流行了。因此，會員應以及時的（timely）方式來對紡織品設計提供保護。³⁰

（三）新式樣權之效力

新式樣權（工業設計權）人根據TRIPS第26條第1項之規定，有權禁止第三人未經其同意而基於商業目的製造、販賣、進口含有其設計或其設計之實質（substantial）部分的物件。此一權利保護期間最少應達到十年。所謂實質部分應可參考著作權侵害認定模式（接近與實質近似）之所謂實質部分或實質使用之概念。³¹最後，會員國得例外在某些情況下不保護工業設計，不過以此例外規定不可以不合理地與該設計之正常利用相衝突，而且不可以不合理地傷害該設計權人之合法利益（並考慮到第三人之合法利益）。

三、著作權

（一）概述

著作權法保護著作之構想表達（expression），而非構想、觀念（idea）或思想本身。構想的表達須能以客觀的形式或媒介（例如文字、語言與聲音）加以顯示於外。換言之，著作須能以客觀之表達方式顯示於外而為人類透過視覺、聽覺或觸覺感知之。因此，TRIPS第9條第2項即規定，著作權之保護僅及於著作之表達形式而不及於觀念、程序、操作方法或數理概念等。

（二）著作之要件

著作權之保護採創作保護主義，於著作完成時不待登記即獲著作權保護。我國著作權法第3條第1項第1款將著作定義為「屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作」。因此，著作之要件可分為「原創性」與「須具客觀化之表達方式」。分別探討如下。

1. 須具原創性

原創性與專利法所要求之新穎性並不相同，不以達前無古人之地步為必要，而只須屬獨立創作，而非抄襲自他人之創作為已足，例甲乙兩人出遊寫生不約而同創作實質近似之水彩畫，著作權法容許該雙重著作一同受法律保護。

2. 須具客觀化之表達方式

著作權法所保護之標的，非保護創作活動本身或構想，而是保護著作客觀化之表達方式，使一般人可感覺其存在。質言之，著作權所保障者，並非觀念、構想或感想本身，而係保護其表達形式，然我國法卻未如英國與美國著作權法所要求之須固定於一定媒介之上，因此即興演講、演奏或歌唱，縱未固定於任何媒介之上，惟已客觀的表達於

外，即受著作權法保護。

所謂表達方式乃表達著作內構想或事實所用之言語，闡發（development），處理手法、安排以及順序等等。例如，台灣高等法院87年度上訴字第3249號刑事判決即已指出，「所謂表現形式即作品內構想與事實、所用之言語、闡發（development）、處理、安排及其順序，構想及事實本身則非著作權法所保護之對象」。

（三）著作類別

在我國只要符合前述之著作要件即成一著作，因此我國著作權法第5條第1項乃為權宜計而將著作例示成十類。

1. 語文著作

我國法因承認口頭著作而將文學著作稱為語文著作，並將圖形著作與電腦程式獨立成另外兩種個別著作類別。語文著作包括詩、詞、小說、文章等。

2. 戲劇、舞蹈著作

戲劇舞蹈著作係指可被加以表演之著作且其表演涉及動作者。因此，戲劇中之對話，若無配合表演者之動作，並不能單獨成為戲劇舞蹈著作，而是語文著作。戲劇舞蹈著作若伴隨有音樂，則音樂部分可獨立構成音樂著作。

3. 音樂著作

音樂著作被界定為由音樂組成之著作。音樂著作僅包括一首歌的歌曲部分，而不包括歌詞部分。歌詞非屬音樂著作而是語文著作。

4. 建築著作

我國法則將建築著作、圖形著作及攝影著作當成為獨立之著作類別。建築著作被界定為任何有形表達媒介上（例如建物、藍圖上）之建築設計。建物包括可居住與不可居住如教堂等，但不包括橋梁、水庫、及天橋等，而且建物之審美的悅人整體形狀可因此而受到著作權保護。

5. 圖形著作

圖形著作乃以圖形所表示之著作，包括地圖、海測圖、空照圖、地區開發圖、都市計畫圖等。

6. 攝影著作

攝影著作，由於是以機器就既有物所為，其是否有原創性常受質疑。美國聯邦最高法院認為照片攝影師對其被拍者之動作指導、服裝及配件選擇以及燈具安排有足夠之原創性，因此可有攝影著作權。

7. 美術著作及應用美術著作

美術著作包括水彩畫、圖畫及雕刻著作等。所謂應用美術著作乃指具有藝術的或吸引人之外觀，而同時具有實用目的之圖畫的或雕刻的著作等被用在實用物品中之著作，而不論其大量生產、商業利用性及可能受新式樣保護等之因素。例如燈具、菸灰缸等。此類著作之著作權保護性之問題在於著作權法並不保護一著作之實用特徵。一個個實用物品之設計只有在該設計含有圖畫、圖形或雕刻之特徵而可以從該實用物品之功能被個別地辨認出來，而且能夠獨立於該功能而存在時才可在該程度內被認為圖畫、圖形或雕刻等應用美術著作。因此，藝術成分必須獨立於實用層面方可，而所稱「獨立」可為物理上獨立（例如汽車此一實用物品上之美洲豹雕刻品），亦可為概念上獨立於實用面。若一物件具有實用功能而為實用物品，則只有其概念上可分離之藝術成分才受保護。問題是如何判斷其是否為「概念上可分離性」？有採客觀說而視其是否會使消費者或觀察者腦中產生獨立於該實用功能概念之另一概念。惟美國第二巡迴法院採主觀說而根據該設計元素是否可被認為反映出設計人之獨立於功能之藝術判斷。對此一爭執，美國著作權法權威 Nimmer教授建議採「市場可銷售性」測試，即假設該物品無實用功能，是否仍有消費者因其審美成分而願意購買之。

8. 視聽著作

視聽著作例如電影乃指一系列相關影像（images）所組成之著作，而不論其媒介，亦不論其有無配音。所謂電影乃指以任何媒介錄製而能產生連續影像之著作。英國著作權權威Cornish教授認為電影著作似可涵蓋現正風行的多媒體（multi-media），因為多媒體雖是文字、影像與聲音的結合，且可能提供使用者互動的機會，但只要連續動畫是其組成部分，即可被歸為電影著作。但須注意多媒體所使用的其他素材（例如音樂等）及電腦程式（電腦程式使得多媒體之使用人有與多媒體產品產生互動的機會）等亦可能有其個別的著作權。此外，由於影像只須相互關聯，並不以特定之順序出現，因此，美國判決認為電視遊戲雖因遊戲者之介入而有不同之影像系列，但由於其仍只描述同一角色或背景而互相連結而產生遊戲效果，所以其間相互有關聯而為一視聽著作。視聽著作有配音者則該配音為視聽著作之一部分而非錄音著作。

視聽著作之原創性可來自於其所描述之素材，例如表演人所講之語言、表情或肢體動作。若其乃自然事務之攝影，則其原創性可存在於決定何種攝影機、何種軟件、何處放置攝影機及其他之決定上。

9. 電腦程式著作

我國著作權法第5條第1項第10款仍將電腦程式列為獨立之著作類別，而非將之納入語文著作概念之內。歐體之1991年軟體準則將軟體之排他權擴及於以任何方法及任何形式之對軟體之全部或一部加以永久或暫時重製之行為，包括上載（loading）、秀出

(displaying)、跑(running)、傳送及儲存之行為。我國法亦同。

10. 錄音物

所謂錄音物，我國著作權法第5條稱之為錄音著作，惟並未加以定義。根據英國現行法之立法定義，其乃指能夠重現聲音之錄音，包括整部或部分文學、戲劇或音樂著作之錄音，而不論其媒介為何，亦不計其錄音方法為何。由於錄音物涵蓋文學著作、戲劇著作、音樂著作或其他聲音的錄音，而不論其錄音媒介為何，因此可以是錄音帶，亦可以是光碟片等。

美國錄音物不含視聽著作中之配音。就像其他之著作一般，錄音著作必須具有原創性方受著作權保護，因此若僅機械地將聲音錄下則其並無著作權。原創性可來自設定錄音節段，決定如何捕捉該聲音，然後將其編成最後作品之人之貢獻。例如錄音工程師或錄音公司之決定麥克風位置、選擇音效配置、決定如何捕捉該聲音以及編成最終成品之功夫即為原創性之所在。由於其非典型著作之性質，所以其權利在美國法及我國法亦受到較大之限制，例如錄音著作權人並無禁止他人公開演出其著作之權利，而僅有報酬請求權。可見其非傳統之著作類別。

(四) 主要國際規範

1886年簽定的《伯恩公約》以國民待遇原則方式保護美學的創作(aesthetic creations)，其著作權標的的範圍包括文學、戲劇、音樂、美術著作及電影暨其他與電影相類似之視聽著作。TRIPS將電腦程式列入《伯恩公約》所定義的文學著作範疇內。TRIPS第10條第2項已明白規定資料編輯物須屬「智能創作」(geistige Schöpfung; intellectual creation)方受保護。與貿易有關的智慧財產權協定，除引用《伯恩公約》之規定外，首次在國際公約中明白宣示「著作權保護僅及於表達，而不及於構想、操作方法等」；對不以自然人生命為計算基礎的著作，協定要求其著作權存續期間最短為製作完成後五十年；該協定亦要求將電腦程式列入《伯恩公約》所定義的文學著作範疇內，並賦予電腦程式、電影著作、錄音物出租權。最後，根據TRIPS第14條第2項之規定，錄音物製作人享有禁止或授與他人直接或間接重製其錄音物之權。

(五) 著作權之效力

著作權並非一獨占權，而僅禁止他人抄襲。大體上，著作權有兩個子權，即著作財產權與著作人格權。因此，我國著作權法規定，著作權指因著作完成所生之著作人格權及著作財產權。

1. 著作財產權存續期間

著作在某程度上係受他人影響或協助，而且為促進文化發達提升學術水準，亦不宜令其永久存續而阻礙他人利用，故於一定期間經過後，宜將其利用開放於公眾。我國著

作財產權之存續期間，原則上為著作人終身及其死亡後五十年。

2. 著作人格權

著作人格權包括姓名表示權、同一性保持、公開發表權。本法第21條規定著作人格權專屬於著作人本身，不得讓與或繼承。

3. 著作財產權

著作財產權則可被區分成有形的再現權（如重製權、改作權）與無形的公開再現權（如公開上映權等）。³²

所謂重製，依我國著作權法第3條第1項第5款之規定，乃指以印刷、複印、錄音、錄影、攝影、筆錄或其他方法直接、間接、永久或暫時之重複製作。於劇本、音樂著作或其他類似著作演出或播送時予以錄音或錄影；或依建築設計圖或建築模型建造建築物者亦屬之。

所謂改作權，我國著作權法第28條規定，著作人專有將其著作改作成衍生著作之權利。而改作乃指以翻譯、編曲、改寫、拍攝影片或其他方法就原著作另為創作（我國著作權法第3條第2項第12款）。因此，改作權乃指著作人所擁有之得以翻譯、編曲、改寫、拍攝影片或其他方法等就其著作以另為創作之權利。

有關公開播送權，我國著作權法第24條規定，著作人專有公開播送其著作之權利。所謂公開播送乃指基於公眾接收訊息為目的，以有線電、無線或其他器材藉聲音或影像向公眾傳達著作內容（我國著作權法第3條第1項第7款參照）。

所謂公開口述權，依我國著作權法第23條之規定，著作人專有公開口述其語文著作之權利，而公開口述乃指以言語或其他方法向公眾傳達著作內容。因此，唯有語文著作之著作人方有公開口述權。

公開上映權，我國著作權法第25條規定，著作人專有公開上映其視聽著作之權利。而公開上映乃指以單一或多數視聽機或其他傳送影像之方法向現場或現場以外一定場所之公眾傳達著作內容（我國著作權法第3條第1項第8款）。所謂現場或現場以外一定場所，包括電影院、俱樂部、錄影帶或碟影片播映場所、旅館房間、供公眾使用之交通工具或其他供不特定人進出之場所（我國著作權法第3條第2項）。因此，公開上映權僅視聽著作有之，且我國著作權法之公開上映，限於傳送影像，故有關視聽著作所伴隨之音樂，解釋上係音樂著作之公開演出。

所謂公開演出權，我國著作權法第26條規定，著作人專有公開演出其語文、音樂或戲劇、舞蹈著作之權利。而公開演出指以演技、舞蹈、歌唱、彈奏樂器或其他方法向現場之公眾傳達著作內容（我國著作權法第3條第1項第9款）。依本法第26條之規定，僅語文、音樂及戲劇舞蹈著作有公開演出權。

所謂公開展示權，我國著作權法第27條規定，著作人專有對其未發行之美術著作或攝影著作公開展示其著作原件之權利。所謂公開展示乃指向公眾展示著作原件（我國著作權法第3條第1項第10款），而著作之原件係指著作某次附著之物，因此重製物不包括在內。

所謂公開傳輸權，1996年《世界智慧財產權組織著作權條約》（WIPO Copyright Treaty）第8條針對網際網路而規定，《伯恩公約》所規定的著作享有（有線或無線方式）公開傳輸權（a right of communication to the public），包括以讓公眾可隨時自任何地方（隨地）接觸其著作的方式（即在網際網路上）播送其著作。我國著作權法第26條之1遂規定，著作人除本法另有規定外，專有公開傳輸其著作之權利。表演人就其經重製於錄音著作之表演亦專有公開傳輸之權利。

（六）散布權

1. 概述

以上之再現行為皆為再現（Wiedergabe；copying）行為概念所及，不論是有體再現或無體之再現行為，但散布與出租權則為再現（有體）後之行為，而涉及著作物交易安全問題，以及侵權人是否須主觀要件之問題，因此比較特殊，而且美國法之散布權（the right of distribution）甚至被判決擴張及於無體之網路上公開傳輸行為。大體上世界上主要法系對散布權之概念有採最廣義者而包括有形體之著作物出售、出租及出借之行為外，亦包括網路上無形體的傳輸行為，如美國法。有採廣義者而包括有形體之著作物所有權移轉行為及占有之有償移轉（出租）與無償移轉（出借）行為，如德國法。亦有採狹義，而僅包括著作物所有權移轉行為及占有之有償移轉（出租）行為，但排除出借行為者（因而出借僅可能構成擬制侵害），如我國法。

2. TRIPS有關出租權之規定

TRIPS第11條及第14條針對較可能被侵權而無有效防治對策的著作（錄音物、電影、電腦程式），賦予其著作權人等對其著作之原件或重製物享有出租權（即散布權在此方面不因第一次銷售而耗盡），使其能有較佳的回報機會。根據TRIPS第11條前段之規定，電影著作之著作人原則上擁有出租權。

然而上述之出租權並非絕對，會員國在符合法定要件的情況下亦可免去立法賦予著作權人等出租權的義務。TRIPS第14條第4項規定，錄音物製作人以及「錄音物上之其他權利人（any other right holders in phonograms）」，得準用TRIPS第11條之規定，所以錄音物製作人以及「錄音物上之其他權利人」因此得享有出租權。然而，所謂「錄音物之其他權利人」究係何指？鑒於TRIPS第14條第4項已將表演人視為「錄音物之其他權利人」，因此使表演人就其錄音物部分亦享有排他性的出租權（但前提必須是，會員國之國內法明文承認表演人在其錄音物上享有權利方可），所謂「錄音物上之其他權利人」

應包括錄音物所使用素材（例如音樂著作）之著作權人。³³

TRIPS第14條第4項之所以不準用TRIPS第11條中段關於視聽著作出租之例外規定（即除非電影／錄音著作之出租行為會導致著作廣遭盜拷，因而使著作人或其權利繼受人在會員國內專有之重製權受到重大損害者，會員國應被免去立法賦予出租權的義務），有其合理性。第一，電影乃被用以觀賞而常有邊際效用劇減性，通常看完後不必拷貝留存（當然百看不厭如「飄」者另當別論），而錄音物如電腦程式乃被用以播放，消費者較會要拷貝留存。第二，電影拷貝工具常非家常用具，且拷貝效果較差，而錄音設備為家常用具，且拷貝效果與正版無殊。³⁴因此，較有必要要求會員國提供錄音物權利人出租權。

（七）著作財產權之合理使用

著作權法並非專以保護著作權人之利益為目的，其乃藉保障著作權人之權益而達促進文化發展之終極目的，且著作人於創作其著作時亦常以前人之創作為基礎，因而不能因著作權人之保護而完全剝奪他人使用其著作之機會，否則文化水準將無法提昇。著作權法之終極目的既在於促進國家文化之發展，為達此一終極目的乃賦予著作人就其本身之創作享有著作權，以保障其經濟利益及其他權益，俾對其所為文化上貢獻有所回饋並誘發其繼續創作之動機。著作人之創作非著作人所獨創，其或多或少受他人或前人之啟發與影響，且學術文化發展之促進，後人亦有使用其著作之必要，因此，著作權實具社會性與公共性，不宜由著作權人所完全獨占。著作權法乃鑒於著作權具有承先之性格與啟後之任務，遂以各種制度於一定條件下試圖調和著作人個人利益與社會公共利益，合理使用原則即為一例。

《伯恩公約》第10及10之1條承認著作財產權之限制，包括引用及基於教學之目的等。《伯恩公約》第10條第1項允許對公眾可得接近之著作加以引用，但必須符合現行之習慣而且必須在其目的所能合法化之範圍內為之。《伯恩公約》第10條第1項之現行習慣乃指各該會員國內之現行習慣，³⁵由於《伯恩公約》第9條第2項對引用有補充之作用（TRIPS第13條有相應之規定），³⁶因此，引用不得造成對被引用著作之利用之不合理的妨害。在重製權方面，根據第9條第2項之規定，會員國有權在特定之特殊情況下允許重製行為，但必須以此一重製不會危害該著作之正常利用亦不會不合理地侵害著作人之合法利益為前提。此被稱「三層測試」，且已被TRIPS第13條所接受。³⁷

四、鄰接權

（一）概述

所謂鄰接權乃有關表演人、錄音物製作人、無線廣播與有線播送人之權利，但不包括表演人之肖像權、表演人報酬請求權、錄音物著作人之報酬請求權等。

1961年保護表演人、錄音物製作人與廣播機構的《羅馬公約》，亦以國民待遇原則之方式，要求簽約國平等地保護其他會員國的表演人、錄音物製作人與廣播機構，並賦予他們如公約所要求的最低程度的權利保護。有關錄音物方面，錄音物製作人享有錄音物重製權，並於其錄音物被廣播或公開演出時擁有衡平的報酬請求權。³⁸

（二）主要國際規範

與TRIPS對著作權所為之處理方式不同地，對於其他與著作權相關之權利（歐陸法系稱之為鄰接權），TRIPS第14條則不採納上述《羅馬公約》的內容，而對表演人、錄音物製作人與廣播機構有自己一套權責規定，³⁹其內容大體上如下：（a）會員國應賦予表演人對其表演本身擁有固定、重製該固定物、無線廣播與公開傳播的權能，且自表演當年年底起存續五十年；（b）會員國應使錄音物製作人對其錄音物擁有重製與出租的專屬權，其權利存續自固定當年年底起算後五十年；（c）廣播機構對其（無線）廣播擁有專屬的固定、重製與再傳播的權利，對電視廣播則更有公開傳播權（否則必須賦予廣播內容的著作之著作權人相同的權利），其權利存續期間自廣播當年年底起算二十年。

五、商標權

（一）概述

隨著國際貿易之日漸頻繁與國際投資之益加普及，跨國商標糾紛事件頻傳，不僅不肖商人以仿冒著名商標之技倆促銷其商品之報導時有所聞，而且各國政府間亦偶有不尊重他國商標權之爭執。

商標與企業形象及商譽密切關聯，並代表所表徵商品或服務之品質及來源。商標之概念已包括商品商標與服務標章，此外，尚有證明標章（certification marks）與團體標章（collective marks）兩種標章。商標有待登記且須加以使用，若三年（有些國家五年或七年）未使用，則可能被撤銷。

（二）主要國際規範

根據TRIPS第15條第1項之規定，任何足以區別（capable of distinguishing）一事業（undertaking）之商品或服務而與其他事業之商品或服務相區別之標記（sign）或標記之組合，皆可構成一商標。此些標記，尤其是包含人名之文字、字母、數字、表象元素（figurative elements）、顏色組合，以及這些標記之組合，皆應有資格被註冊為商標。當某些標記本質上並不具有區別相關之商品或服務之能力時，會員國得根據經使用所獲得之顯著性而允許其註冊。會員國得要求視覺可感知（visually perceptible）之標記，方可註冊成為商標。

（三）拒絕商標註冊之理由

拒絕商標註冊之理由區分為絕對理由與相對理由。前者乃有關於識別力、公共利益

或基於公益之理由而不能被獨占之領域；後者則有關其他商標權人及其他種類權利人之私權保護之理由，因此，允許對該反對理由加以被棄權而不主張。

有關拒絕商標註冊之理由，除探討TRIPS第15條第1項時所介紹者外，TRIPS第15條第2項規定，前項並不應被理解為禁止會員國基於其他理由而拒絕商標註冊，惟須遵守《巴黎公約》之規定。因此，有關拒絕註冊之理由除TRIPS本身之規定外，須再加上《巴黎公約》之其他規定而加以累積適用。⁴⁰由於，除TRIPS第15條第1項之規定及第22條第3項及第23條第2項之規定外，TRIPS本身並未對拒絕註冊之絕對理由與相對理由作進一步規定，因此，須依《巴黎公約》第6條之2及第6條之4 B項來加以決定，而該條項規定乃採封閉性規定方式。⁴¹所以，鑑於TRIPS乃提供與貿易有關之智慧財產權之最低保護標準，而《巴黎公約》第6之4條B項乃採封閉性規定方式，因此WTO會員國不得以TRIPS第15條第1項、第22條第3項、第23條第2項及《巴黎公約》第6條之2及第6條之4 B項以外之規定而拒絕商標之註冊申請。

根據《巴黎公約》第6條之4B項之規定，會員國除因下述之理由外不可拒絕商標之註冊申請或使其註冊無效：（1）侵害他人權利；（2）缺乏任何識別力；或該商標乃完全由可用以表徵（may serve）該商品或服務之種類、品質、數量、預定用途、價值、地理來源、生產或服務時間，或商品或服務之其他特徵之記號或標誌所組成；或該商標乃完全由在通常語言中或在該種行業的誠信且既成實踐中已成習慣（have become customary）之記號或標誌所組成；（3）違反道德或公共秩序，以及特別是商標具有誤導公眾之性質。

所謂「侵害他人權利」即為拒絕商標註冊之相對理由，包括商標與先前之商標近似而會造成混淆、商標侵害較先存在之符合《巴黎公約》第6之1條意義之著名商標、商標侵害他人之受仿冒訴訟所保護之權利以及侵害他人受著作權法、工業財產權法所保障之權利等。

此外，根據TRIPS第22條第3項之規定，會員國應依職權或依請求對含有地理來源標識而會造成對大眾有關該商品之地理來源地之誤導之商標加以拒絕註冊或使其註冊無效。又根據TRIPS第23條第2項之規定，會員國應依職權或依請求對含有酒類地理來源標識而與事實不符之酒類商標加以拒絕註冊或使其註冊無效。

（四）商標權之效力

商標權之侵害以有將他人之商標加以使用之行為為前提。所謂商標之使用，最常見者為以有形之方式在營業中使用的行為，特別是將商標附著於商品或其包裝、以商標提供服務，或在營業文件中或廣告（數位）媒體中使用商標的行為。⁴²商標權之侵害類型與要件分述如下。

1. 相同商標相同商品（服務）

將他人之相同商標在營業中使用於同一之商品或服務，就此類侵害，原告並不須證明被告之行為有造成混淆之虞，因為根據TRIPS第16條第1項之規定，此類的侵權行為被推定（be presumed）具有造成混淆的可能性。

2. 商標或所施用之商品（服務）有一項以上非相同而僅近似（類似）

根據TRIPS第16條第1項之規定，若被告將近似之商標使用於與原告相同或類似之商品（或服務），或原被告相同之商標所施用之商品僅屬類似而非相同，則原告須證明此有造成混淆之虞。根據我國商標法第29條第2項第2、3款之規定，亦同。

TRIPS第16條第1項之規定基本上乃賦予商標權人「免於混淆危險之保護」，而且，並未引進歐洲所常討論之混淆之虞是否包括對原告商標產生聯想之虞的問題。⁴³所謂混淆危險並非一實證的事實概念而是一抽象的法律概念，因此並不取決於事實上有所混淆之證據。混淆乃一法律概念，其判斷標準為一動態衡量而存有商標近似性、產品（服務）近似性及識別力間變動轉換作用存在，因此，商品間較低之近似性須有較高之商標近似來加以平均衡，反之亦然。⁴⁴

在荷比盧三國法律中，混淆（confusion）與聯想（association）乃是不同之概念。⁴⁵然而，混淆危險可分廣、狹兩義。狹義之混淆危險乃指包括直接混淆與間接混淆之危險，前者由於商標之近似性而使交易被誘導成誤認該產品⁴⁶來自同一事業；所謂間接混淆危險乃指大眾雖不會將兩商標直接互相弄錯，但由於其間之近似性而誤認其乃同一企業之數標識。廣義之混淆危險則存在於，由於標識間之近似性而引起一外觀，即兩標識所有人間有經濟上或契約上關係存在使得一方對他方之產品之生產或銷售有影響力，因此，在此存有一關係企業間關聯性之錯誤外觀。德國法上之混淆乃採廣義，而擴及於商標間在想法上被連結在一起之情況，包括間接混淆危險及廣義混淆危險。⁴⁷歐洲法院在 *Sabel v. Puma* 一案不認為聯想與混淆乃互相獨立的概念，因此認為當商標不論是因本身設計而特別有識別力或因其在消費大眾心中所建立的聲譽而特別有識別力，被告之使用造成混淆之危險性即較高。⁴⁸

此時法院或註冊處必須以下述途徑判斷是否會造成混淆：在判斷主體上須假定其乃一合理地受到妥善告知並合理地謹慎、細查之平均消費者；⁴⁹所施用之注意力乃該類商品或服務之一般消費者之注意力；所使用之方法方面，因為消費者甚少直接比較兩商標，因此必須考量消費者之不完全記憶（即隔時異地觀察）；在比較之客體方面，應比較兩商標間之視覺、聽覺與概念上之近似性（當然若該商標僅能被看，不能被讀時，則只有視覺判斷才相關），而且須注意若前一商標之識別力越強，則越有可能產生混淆之危險性，⁵⁰而且須通體觀察（as a whole）之，惟若該商標並非由一個字所組成，而是由記號、顏色、圖片、形狀或其聯合式所組成時，則應特別考慮，其最使人印象深刻之特

徵。⁵¹

3. 商標侵害先前之符合《巴黎公約》第6之1條意義之著名商標

根據《巴黎公約》第6之1條之規定，經公約會員國主管機關認定為著名（well-known）之商標，其不待註冊，即能在其他會員國禁止他人未經權利人同意，在同一或類似之商品使用或註冊同一商標或其實質部分（the essential part）。

有關《巴黎公約》第6之1條之規定，TRIPS第16條第2項後段則補充規定，會員國在認定商標是否著名（well-known）時，應該考量相關之公眾部門（sector）對該商標之認知，包括由於促銷所獲得之該會員國內之認知。本項前段則將著名商標之規定準用（*mutatis mutandis*）到服務標章。又TRIPS第16條第3項規定，《巴黎公約》第6之1條之規定應被準用（*mutatis mutandis*）到與經註冊之著名商標所施用商品或服務不類似之商品或服務上，惟以該使用將顯示該商品或服務與註冊著名商標所有人具有關聯性（connection），且註冊著名商標所有人之利益有可能因該使用而受損害為前提。

由此規定可見，著名商標並不以在國內實際使用為前提，而是包括透過廣告促銷所得之著名性，而此與溢出廣告（spillover-Werbung）有關，亦即在外國廣告而在國內著名的問題有關。⁵²而所謂相關公眾部門，乃指構成該著名商標所施商品或服務之消費者而言，⁵³所以不必全體公眾知悉。又雖然《巴黎公約》第6之1條僅規範及商品商標，但TRIPS第16條第2項前段則擴及著名之服務商標。

須特別注意，雖然《巴黎公約》第6之1條所保護之著名商標不以經註冊者為限，但受TRIPS第16條第3項準用而擴大其保護範圍者僅限於「經註冊」之著名商標。⁵⁴有認為所謂經註冊，解釋上應包括在原會員國經註冊或在欲使用該著名商標之國家經註冊者而言。但亦有見解認為此一「經註冊」規定已在最後定案版時被刪除，但因疏失而保留所造成之錯誤規定。⁵⁵

六、地理標示權

（一）概述

隨著精緻農業之推展，地理名稱與地理標示在商品交易上之重要性與日俱增，⁵⁶此可徵諸近年來履見國內不肖業者冒用「林鳳營鮮乳」、「屏東蓮霧」、「新竹米粉」等標識，試圖欺罔消費者之報導。⁵⁷

TRIPS第22條第1項將地理標示（Geographical Indications；geographische Angabe）界定為「用以辨認某一產品乃源自於某會員國之領域或該領域之某一地區之標示，而該產品之品質、聲譽或其他特色基本上是歸因於該地理來源者而言。」地理標示之組成常為地名與該產品之種類名稱所結合而成（例如「Irish Whiskey」），亦可能只有該地名（例如「Scotch」），亦可能由代表該地區之其他表徵所組成，而地名可為國家之名（例如

「Columbian coffee」)。而且，地理標示有針對該地之某一產品者，亦有涵蓋該地之所有產品者⁵⁸。不論由何所組成，地理標示之概念有廣義與狹義之分。廣義者涵蓋來源地標示（Indication of Source；geographische Herkunftsangabe）⁵⁹，而狹義者約略等於原產地名稱（Appellations of Origin；Appellation d'Origine kontrollee；Ursprungsbezeichnung），⁶⁰即當某一產品（例如葡萄酒）之品質、聲譽或其他特徵基本上乃歸因於其地理來源地時，簽約國法律或規則所承認之用以描述或呈現該產品乃源自於其領域或源自於其領域內之地區或地方之表示。

（二）主要國際規範

TRIPS第22條第1項所稱之地理標示，由於涉及產品之品質、聲譽（例如新竹米粉），因此與所謂之來源名稱（appellation of origin）之含意類似，而所謂之來源標示，其概念較廣，一般乃指產品之地理來源而不及其品質或特性如何，例如屏東蓮霧。由此可見，若某一來源標示與該產品之品質、聲譽無關，則其非TRIPS第22條所規範者。

TRIPS第22條第2項規定，會員國應提供法律方法給利害關係人得以禁止（a）以任何方法在商品之指示或呈現上表示或暗示不實之來源地，而造成公眾對該商品之地理來源之誤導；（b）任何會構成1967年《巴黎公約》第10之1條意義之不正競爭行為之使用。TRIPS第22條第3項規定，會員國應依職權或依請求對含有地理標示而會造成對大眾有關該商品之地理來源地誤導之商標加以拒絕註冊或使其註冊無效。

相較於TRIPS第22條之地理標示之基本一般規範，TRIPS第23條給予酒類地理標示較高程度之保護，此乃因烏拉圭回合談判時，會員國對酒類地理標示之保護有較高程度之共識，而經彼此妥協讓步之結果。根據TRIPS第23條第1項之規定，會員國應提供利害關係人法律方法以禁止他人在非源於系爭酒類地理標示之葡萄酒或烈酒上使用該地理標示，即使當該酒類商品之真正來源地已被表明，或該地理標示乃被翻譯使用，或被附加「種」、「類」、「型」、「仿」或其他相類似之批註表達時亦然。

七、營業秘密權

（一）概述

營業秘密法主要乃是保護具有機密性（secrecy）而有經濟價值之資訊（行銷資訊及製造專門技術等）以免受他人之剝奪、盜用。要成為營業秘密，主要須符合以下之要件，即該資訊必須是經合理努力而被保持機密性之客體，及由於其機密性而具有商業價值。只要符合此要件，其客體可為廠商名冊、電腦程式、價格資訊、銷售預測、供應商名冊、測試結果、技術發明等。⁶¹

就本質而言，營業秘密亦是不正競爭防止法所保障之客體（利益）。我國及美國將營業秘密提升到權利位階，並制定營業秘密法加以保護。營業秘密的保護及於觀念或構

想 (idea)。

(二) 主要國際規範

有關營業秘密，TRIPS稱之為未公開資訊之保護。為對會員國之國民提供保護以對抗不公平競爭行為，TRIPS第39條第2項乃針對尚未公開之資訊 (undisclosed information) 規定，不論是自然人或法人均應有可能門路 (possibility) 以禁止他人在未經其同意的情況下，以違反誠實商業實踐之方式 (in a manner contrary to honest commercial practices) 將其合法持之資訊加以揭露或使其被他人獲得或使用。然而此一資訊必須具有機密性 (亦即非通常與該機密有關之內行人所普遍知悉或可輕易獲得者)，並因而具有商業價值，而且經合法持有人採取合理步驟加以保密者。所謂「以違反誠實商業實踐之方式」，根據該條之註釋，至少乃指違約、背信、引誘違約或背信之行為，而且包括第三人明知或因重大過失而不知其資訊的獲得過程中涉及上述行為而仍取得該資訊之行為。

有關TRIPS第39條之規定，值得在此作五點補充。首先，本條所規範之客體 (資訊) 類別並無所限制，其並非以技術性質者為限。第二，所謂「以違反誠實商業實踐之方式」，根據該條之註釋，至少乃指違約、背信、引誘違約或背信之行為，而且包括第三人明知或因重大過失而不知其資訊的獲得過程中涉及上述行為而仍取得該資訊之行為。第三人之責任限於其明知或因重大過失而不知時，很明顯地，此一註釋見解乃一折衷結果。第三，由於未公開資訊之合法持有人僅擁有「可能門路」 (possibility) 以禁止他人在未經其同意的情況下，以違反誠實商業實踐之方式將其合法持有之資訊加以揭露或使其被他人獲得或使用，而非一項權利，因此，TRIPS並未將未公開資訊與其他之智慧財產權同視，而僅是一受法律保之利益。第四，TRIPS所使用之「未公開資訊」概念應被限縮為商業所涉之未公開資訊 (即營業秘密)，而不包括個人資訊與政府資訊。而且，雖有見解認為所謂「know-how」即等於營業秘密，⁶²但本文認為宜將「know-how」之概念限縮到與工業技術相關之營業秘密，⁶³而營業秘密之概念並不以此為限。第五，由於TRIPS只要求非習知，因此，該資訊不必具有專利法所要求之新穎性，⁶⁴即使是具有技術性質之資訊亦然。

(三) 營業秘密權之效力

美國為我國與中國之科技產品之主要市場，而智慧財產權法有採屬地主義，因此，就營業秘密之保護而言，若我國公司在美國有設廠，則在侵權品進入美國時在美國對侵權人提起侵權訴訟較有利，賠償金額亦較大。例如台積電與中芯之營業秘密侵權事件即是在美國進行並達成和解者。而我國營業秘密法受到美國法很大之影響。因此，以下擬藉美國法之介紹讓讀者了解營業秘密權之效力。

營業秘密所有人可被保護使其營業秘密不被盜用。在此方面之案例可被分成兩大類

型，即當盜用人與所有人間並無信任關係時與盜用人與所有人間有信託等信任關係時之類型。在前者（稱為間諜spies案例），所要探討之問題為其獲得是否是藉「不適當之方法」所獲得；在後者（稱為叛徒traitors案例），由於其間之關係，盜用人之獲取該營業秘密並無不當（常為所有人所自願向其透露），而嗣後為了自己之商業利益而使用或向他人透露。在後者類型中，該法律關係須存有明示或蘊含（implied）之保密義務。⁶⁵

1. 不當獲得類型（稱為spies案例）

盜用人若以違法行為取得營業秘密，例如竊聽、賄賂、詐欺或竊取動產等方法則構成此型之侵權行為。而且，美國法院認為盜用並不以違法行為為限，而包括外觀上合法，但實際上乃設計以突破他人合理保密措施之行為。可見不當行為包括違法行為與其他之不當行為。例如競爭對手以飛機飛越方式拍攝對手經合理保密措施之廠房設計雖不違法，但仍被認為不當。⁶⁶此一情節發生在著名的*Dupoint*一案中。在該案中第五巡迴法院雖承認以前之案例皆涉違法行為而盜取，但由於被告因該資訊所獲利益甚大，即便原告盡相當大努力仍未得避免其機密被知悉（因為要避免空照太昂貴），因而擴張盜用行為及於其他不當之行為。

在此值得注意的是，與其他智慧財產權領域不同地，以還原工程（reverse engineering）方式得悉某一產品之營業秘密是被允許的。其主要理由有二，首先，進行還原工程之人時常不僅得知其營業秘密之內容，亦常對該商品加以改良，因此，與其他不當盜用方法不同地，其常有促進科技發展之貢獻。其次，營業秘密不能限制他人進行還原工程一點可因此而鼓勵所有人去申請專利而揭露其發明之內容。⁶⁷

2. 違背信託或保密關係類型（稱為traitors案例）

違反保密義務（或信託）（in breach of confidence）而洩露或使用營業秘密將構成此型侵權行為。被告若違反保護義務而洩露或使用營業秘密，則由於保密義務之內容為禁止被告洩露或使用營業秘密，因此，其行為已構成營業秘密之侵害。

此種不得洩露或使用營業秘密之保密義務之發生，主要為保密義務之明文約定協議。

契約當事人可能會明文約定對其交易所涉之營業秘密負保密義務，此時若違約外洩或使用之，則不僅將構成違約，亦將構成營業秘密之侵害。例如美國甚多電腦程式（在美國可能同時受著作權、專利權或營業秘密之保護）供應商使用所謂之「shrink-wrap」式授權而會在其包裝的方式上使市場上的購買者知悉買受人之使用是有限制的。其中最常見之限制是不允許買受人進行解碼或還原工程，因為此行為將使買受人獲知該電腦程式內之營業秘密。

有關保密義務在僱傭關係終止後最常發生爭執，而且處理上亦最棘手。一方面雇主

之營業秘密甚難不被其受僱人知悉，而受僱人（尤其在營業秘密最重要之高科技領域）以跳槽方式換取高薪或晉升又是常態，若不嚴格要求保密，雇主之研發投資將枉費，若嚴格要求又將面臨受僱人以其專業知識謀生之需求（既稱專業，表示其時常無其他專長），社會亦將因高度專業人員未能在其他事業服務而喪失因跳槽所形成技術交流所帶來高度技術改良之好處。若允許其競業，又有不易區分受僱人之一般專業知識與雇主之專業技術（know-how）之困難。⁶⁸因此，即使受僱人善意不想侵害原雇主營業秘密，有時亦難加以避免。英美法上，即使僱傭契約中並無明文保密義務之約定，由於受僱人乃雇主之「agent」，因此，英美法院仍會認為受僱人對其雇主存有保密義務，而不得使用或洩職務上所知之營業秘密，即使離職後亦同。⁶⁹

與此一問題相關的是競業禁止之約定。在美國有少數幾州以立法嚴格限制此種約定。即使是允許此種約款的州當中，法院亦常被要求去檢視（1）競業禁止約款是否僅為僱傭契約所附屬（2）其有否提供補償（3）雇主是否有需以該條款加以保護之合法利益，例如營業秘密且該限制與該利益間之關係是否合理（4）該限制是否在時地或範圍上合理（5）是否對受僱人造成過重之負擔（6）其在公共政策考量下是否合理。若未通過此一審查，該約款將不具執行力，且證明此約款合理之責任由雇主負擔。通常在發展快速之高科技領域，此種限制之期間不能過長。此外，原雇主之營業地與被告之營業地若不同，則將被認為並不構成競業，同理，在不同之領域亦不會構成競業。⁷⁰

有些雇主未在僱傭契約中要求競業禁止，而在受僱人離職後轉任其他具有競爭關係企業之職務時，未指明受僱人具體地盜用任何營業秘密而籠統地以所謂「必然透露理論（inevitable disclosure doctrine）」而主張受僱人之新職之性質使得受僱人即使不願去盜用其所知之營業秘密，仍必然會使其依賴原告之營業秘密。⁷¹此一情形發生在 *Pepsi Co, Inc. v. Redmond* 一案，⁷²美國第九巡迴法院接受此一「必然透露理論」，而發出禁止令短暫禁止其任該新職，並永遠禁止其不得使用或揭露原告之營業秘密，因為除非被告能區隔其腦海中知識（甚不可能），否則必會使用到原告之營業秘密，而且新公司可能因此而獲得重利。由於此一理論未視行為人是否有任何不妥行為，並忽視現今轉業流動性，*Schechter & Tomas*認為只有在競爭企業間藉獵人頭而想獲取對手特定資訊而不利對手公司時方妥。⁷³

捌、結論

在土地、勞工、資金及企業家精神四個生產要素中，由於後兩者與提升生產力之技術在1980年代後已具國際流動性，因此，要創造一國之比較優勢，在技術及know-how之研發而言應以政府與學界就產業所需之應用技術作聯合開發以讓政府成為共同權利人而可決定在何地使用該技術。

土地而言，應以與地方結合之地理標示權形成產業聚落以收外部經濟規模之效與品

牌價值。此外，地理標示權與產業聚落結合亦可利用外部經濟規模亦可與地方結合，例如后里樂器。另外，政府與企業共同開發（joint venture）而共有專利與know-how亦可控制外移與否。

至於勞工則應使其有不可分離之技能，提升產品之品質與生產力，因此應強調技職教育，即使有大學學位仍應以技能提升為導向。創造一國之比較優勢，可從勞工技能（skill）的提升著手，因為技能（skill）與技術（technology）不同，與勞工緊密結合，不會像技術因專利或know-how授權而外移。

鑑於技術創新在創造比較優勢上的重要性，有很多國家的政府補助大學或研究機構作基礎科學研究，甚至補貼私人企業進行研發，或甚至鼓勵企業共同進行研發（research consortia）。本文認為在以中小企業為主的國家，如德國及台灣在共同研發方面更為重要。

【註釋】

1. M. Adelman, R. Rader, J. Thomas, H. Wegner, *Cases and Materials on Patent Law*, 2nd ed (St. Paul, MN : Thomson / West, 2003), p. 3.
2. M. Barrett, *Intellectual Property* (New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2004), p. 1.
3. R. Schechter & J. Thomas, *Intellectual Property – The Law of Copyrights, Patents and Trademarks* (St. Paul: West, 2003), p. 1.
4. F. L. Ekey u.a., *Wettbewerbsrecht, 2., neu bearbeitete Auflage*, C. H. Müller, Heidelberg, 2005, S. 4.
5. R. Schechter & J. Thomas, *op. cit.*, pp. 5, 8, 9; D. Chisum *et al.*, *Cases and Material – Principles of Patent Law* (New York: Foundation Press, 1998), pp. 6, 35, 36, 37.
6. R. Schechter & J. Thomas, *op. cit.*, pp. 7, 8.
7. D. Chisum *et al.*, *op.cit.*, pp. 6, 45, 46, 47.
8. M. Barrett, *op. cit.*, p. 1.
9. 422 U.S. 151, 156 (1975).
10. 中山信弘，〈工業所有權法（上），特許法〉，第2版增訂版（東京都：弘文堂，平成16年），頁6。
11. 中山信弘，前揭書，頁5。
12. D. Chisum *et al.*, *op.cit.*, p. 6.
13. R. Kraßer, *Patentrecht*, 5. Aufl. C.H. Beck, München, 2004, S. 3.
14. R. Schechter & J. Thomas, *op.cit.*, p. 4.
15. R. Schechter & J. Thomas, *op.cit.*, p. 5. D. Chisum *et al.*, *op.cit.*, pp. 4, 5.

16. 高林龍，〈特許法〉，第2版（東京都：有斐閣，2006年），頁3。
17. 高林龍，前揭書，頁4，註4。
18. 高林龍，前揭書，頁9，10。
19. 中山信弘，前揭書，頁7，8。
20. R. Busse, Patentgesetz, 6. Aufl. De Gruyter Recht, Berlin, 2003, S. 20.
21. 高林龍，前揭書，頁8。
22. D. Bainbridge, *Intellectual Property*, 3rd (Harlow: Pearson, 1996), p. 76.
23. R. Schechter & J. Thomas, *op.cit.*, p. 5.
24. R. Kraßer, Patentrecht, 5. Aufl. C.H. Beck, München, 2004, S. 3.
25. D. Chisum et al., *op.cit.*, p. 752.
26. J. Straus, "Bedeutung des TRIPS fuer das Patentrecht," *GRUR Int.* 1996, 179 ff., 187.
27. 本條第2、3項則是受到歐洲專利公約（EPC）第52條及53條第4項之影響，請參閱 J. Straus, a.a.O., S. 189.
28. T. S. Pataky, "TRIPS und Designschtz," *GRUR Int.* 1995, 653 ff., 654; D. Gervais, *loc. cit.*, para. 2.125.
29. M. Blakeney, *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights: A Concise Guide to the TRIPS Agreement* (London: Sweet & Maxwell, 1996), para. 7.02.
30. D. Gervais, *loc. cit.*, para. 2.126.
31. D. Gervais, *loc. cit.*, para. 2.128.
32. 有關製版權，我國法第79條以無著作權之文字著述或美術著作為限，製版人方可對之享有十年之製版權。而且，概念上製版權並非著作權。
33. D. Gervais, *The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis* (London: Sweet & Maxwell, 1998), para. 2-80.
34. R. Duggal, *TRIPs Ü bereinkommen und internationales Urheberrecht*, Carl Hezmanns Verlag, München, 2001, S. 73.
35. G. Schrickler, *Urheberrecht, Kommentar*, 3., neubearbeitete Aufl., C. H. Beck, München 2006, S. 1034.
36. G. Schrickler, *Urheberrecht, Kommentar*, 3., neubearbeitete Aufl., C. H. Beck, München 2006, S. 1033.
37. G. Schrickler, *Urheberrecht, Kommentar*, 3., neubearbeitete Aufl., C. H. Beck, München 2006, S. 1023, 1871.

38. 《羅馬公約》第5、10、11、12條。
39. P. Katzenberger, “TRIPs und das Urheberrecht,” *GRUR Int.* 1995, 447ff., 467.
40. R. Knaak, a.a.O., S. 22.
41. A. Kur, a.a.O., S. 987, 992.
42. 我國《商標法》第6條參照。
43. R. Knaak, a.a.O., S. 23.
44. Hubmann / Götting, a.a.O., S. 304-305.
45. R. Knaak, a.a.O., S. 24.
46. 為行文方便起見，有時「商品與服務」將被合稱為「產品」。
47. Hubmann / Götting, a.a.O., S. 306-307；我國學說與實務見解亦有傾向採此說者，劉孔中，〈著名標章保護之個案研究－黑人牙膏與白人牙膏的戰爭〉，《臺大法學論叢》，第30卷第3期，2001年5月，頁220。
48. [1998] R.P.C at 224
49. Hubmann / Götting, a.a.O., S. 304.
50. W. R. Cornish, *loc. cit.*, para. 17-53.
51. W. R. Cornish, *loc. cit.*, para. 17-64.
52. R. Knaak, a.a.O., S. 24.
53. D. Gervais, *The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis* (London: Sweet & Maxwell, 1998), para. 2.93.
54. K. Blasek, Der Schutz bekannter Marken nach Chinas Beitritt zur WTO, *GRUR Int.* 2004, Heft 1, S. 73.
55. F. Abbott, T. Cottier & F. Gurry, *loc. cit.*, p. 1255.
56. 顏慶章，《WTO論述文集－台灣國際化之機會與挑戰》（台北：自刊，2005年5月），頁343以下。
57. 《自由時報》，2005年10月20日，頁A8。
58. K-H Fezer, *Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Band 1*, Verlag C. H. Beck, München, 2005, S. 1461.
59. R. Knaak, Der Schutz geographischer Angaben nach dem TRIPS-Abkommen, *GRUR Int.* 1995, 642, 643；S. Fusco, *loc.cit.*, pp. 203-204；R. L. Okediji, “The International Intellectual Property Roots Of Geographical,” 82 *Chi.-Kent. L. Rev.* 1329, 1341 (2007).
60. I. Calboli, *loc.cit.*, p. 185.



61. R. Schechter & J. Thomas, *op. cit.*, p. 414.
62. C. Ann, Know-how — Stiefkind des Geistigen Eigentums? GRUR 2007, Heft 1, 39.
63. 千野直邦，《營業秘密の法的保護》（東京都：中央經濟社，2002年），頁117。
64. C. Ann, Know-how — Stiefkind des Geistigen Eigentums? GRUR 2007, Heft 1, 39, 41.
65. R. Schechter & J. Thomas, *op.cit.*, p. 419.
66. E.I. du Pont de Nemours v. Christopher, 431F.2d 1012 (5th Cir. 1970).
67. R. Schechter & J. Thomas, *op.cit.*, p. 420.
68. R. Schechter & J. Thomas, *op.cit.*, p. 421.
69. M. Barrett, *op.cit.*, p. 13.
70. R. Schechter & J. Thomas, *op.cit.*, p. 421; M. Barrett, *op.cit.*, p. 14.
71. R. Schechter & J. Thomas, *op.cit.*, p. 424; M. Barrett, *op.cit.*, p. 15.
72. 54 F.3d 1262 (7th Cir. 1995).
73. R. Schechter & J. Thomas, *op.cit.*, p. 426.◆