

《智慧財產權法》

一、甲係從事「設計以氣球佈置場所」之工作，主張：其設計之「龍形氣球」、「彩虹球柱會場佈置造型」、「七彩拱門佈置」等慶典活動會場之佈置造型享有著作權。惟因乙未經其之同意，意圖營利且基於概括犯意，以甲之上開產品之目錄照片，擅自翻印在乙經營之企業社產品型錄上，提供客戶訂製圖利。試問：

(一)甲應具備那些著作要件，方可取得著作權？(15 分)

(二)倘若甲就上開產品享有著作權時，乙可能侵害甲之何種著作財產權？(20 分)

命題意旨	本題在測驗考生，對於著作權之權利保護要件與權利內容之瞭解。
答題關鍵	著作權侵害之構成，應依下列順序思考： 1.著作人之著作有著作權（著作是否符合著作權法之權利保護要件？）； 2.行為人之行為侵害著作人之著作權； 3.行為人無合理使用之事由。 本題即依上述思考順序，分析答覆：1.著作之權利保護要件？2.著作權侵害之構成？
高分閱讀	1.高點重點整理系列－智慧財產權法（陳律師）（L231） P.2-40～47：著作權保護要件（相似度 95%） P.2-81：著作財產權之內容（相似度 99%） 2.周台大：上課講義，第一回 P.27～P.30，第四回 P.4、P.11～P.12、P.20、P.32～P.33、P.41。 3.周台大：總複習講義，P.4、P.20。

【擬答】

一、甲之會場佈置造型，應具備下列要件，始能獲得著作權之保護：

- 1.原創性（Originality）：該著作須為著作人獨立完成，而非抄襲他人著作而來，此即所謂「原始性」；另外，著作須足以表達著作人內心之思想與感情，且具最低程度之創意，此即所謂「創意性」。
- 2.客觀之表達形式（Expression）：依著作權法第十條之一可知，著作權法之保護客體，僅及於該著作之「表達」，而不及於其所表達之思想、概念等；此即「思想與表達區分原則」，換言之，著作權法僅保護思想之表達，而不及於思想本身。
- 3.須屬文學、科學、藝術或其他學術範圍：依著作權法第三條第一項第一款規定，著作，指「屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作」。
- 4.須非著作權法第九條第一項明文排除保護之標的。
本條項列舉五款標的如下：憲法、法律、命令或公文；中央或地方機關就第一款著作作成之翻譯物或編輯物；標語及通用之符號、名詞、公式、數表、表格、簿冊或時曆；單純為傳達事實之新聞報導所作成之語文著作；依法令舉行之各類考試試題及其備用試題。

二、乙之行為，可能侵害甲的重製權。

1.甲的著作與著作權：

- (1)本題甲設計之汽球、會場佈置造型，屬著作權法第五條第一項第四款之「美術著作」；又，甲對於其產品之目錄照片，應屬同法條第五款之「攝影著作」。
- (2)如符合上述(一)之要件，甲就美術著作與攝影著作，得享有著作權；包括著作人格權與著作財產權。

2.乙之重製行為：

依著作權法第二十二條第一項規定，著作人專有重製其著作之權利；所謂「重製」，依同法第三條第一項第五款，係指以印刷、複印等方法之重複製作。合先說明。

- (1)乙之翻印行為：乙將甲的目錄照片擅自翻印於產品型錄，符合前述「重製」行為之要件。
- (2)乙之製作行為：乙提供客戶訂製型錄上之產品，故乙依客戶訂單而製作產品，亦屬「重製」行為。

3.乙侵害甲之重製權：

- (1)綜合上述，本題乙未經甲同意，重製甲的「美術著作」與「攝影著作」，如乙無「合理使用」事由，乙對甲將構成著作權之侵害；依法乙應負擔民事與刑事責任。
- (2)依本題題目所示，乙係「意圖營利且基於概括犯意」而侵害甲之重製權，依著作權法六十五條第二項之「合理使用」的判斷要素，乙之行為應不屬於合理使用。

【參考資料】

- 1.羅明通，《著作權法論》（2004.1 第五版），141-173 頁、406-416 頁。
- 2.謝銘洋，〈智慧財產權〉第六講－智慧財產權之取得(一)，月旦法學教室第 5 期；〈智慧財產權〉第六講－智慧財產權之取得(二)，月旦法學教室第 7 期；〈智慧財產權〉第八講－智慧財產權之效力與權利內容（二），月旦法學教室第 13 期。



- 二、甲取得「日日安」註冊商標，使用於「中藥材、補血劑」。乙則擬以「月月安」圖樣，使用於其生產之「草藥、補血丸」商品，並申請註冊商標。問：
- (一)參酌本案，說明我國商標實務上，審查商標註冊時，判斷有無混淆誤認之虞之參考因素為何？(15 分)
- (二)上開「月月安」商標申請案與「日日安」商標是否因近似而有構成混淆誤認之虞？(15 分)

命題意旨	本題測驗重點在於商標法上的一個重要觀念——「混淆誤認之虞」的構成。考生應明辨二商標在使用上，何時會構成混淆誤認？又，應依據何種原則判斷混淆誤認之構成？
答題關鍵	本題並不困難，即如老師上課時一再強調：「相同或近似之商標」指定使用在「同一或類似的商品或服務上」，即有構成混淆誤認之虞。因此，判斷二商標是否會造成混淆誤認，應就「商標圖樣」之相同或近似或「商品或服務」之同一或類似著手。本題考生只要確實辨明商標近似之態樣與判斷原則，加上瞭解商品類似之概念，以條理分明之方式呈現答案，獲取高分應不困難。 【說明】謝銘洋老師對於著作之權利保護要件（著作權之取得要件），從不同角度理解，故與一般學者所列之要件略有不同，列述如下：1.原創性：謝銘洋老師對「原創性」採狹義解釋，即「獨立創作性」。2.人類精神上之創作。3.有一定之表現形式。4.足以表現出作者的個別性。5.非不受著作權法保護之客體。
高分閱讀	1.高點重點整理系列－智慧財產權法（陳律師）（L231） P.3-28～30：類似商品之審查標準（相似度 95%） P.3-53～57：商標近似之意義及認定標準（相似度 98%） 2.周台大：上課講義，第一回 P.17～P.19，第二回 P.27、P.30～P.32；補充資料 B2，P.13～P.22。 3.周台大：總複習講義，P.30、P.46～P.47。

【擬答】

一、混淆誤認之虞的參考因素：

商標的主要功能，在於表彰商品或服務的來源，並得藉以與他人之商品或服務相區別；故判斷二商標是否會構成混淆誤認，應以二「商標圖樣是否相同或近似」及「二商標所指定使用之商品或服務是否同一或類似」為判斷基準。依主管機關所定之「混淆誤認之虞審查基準」，分述判斷因素如下：

1.商標圖樣之相同或近似：

(1)商標近似之態樣，包括：外觀近似、讀音近似與觀念近似。

(2)判斷商標是否近似，應依下列原則認定：

以具有普通知識經驗之消費者，於購買時施以普通之注意為準。

通體觀察原則或主要部分觀察原則。

異時異地隔離觀察原則。

2.商品或服務之同一或類似：

(1)商品之類似，指二個不同的商品，在功能、材料、產製者或其他因素上具有共同或關聯之處；服務之類似，指二個不同的服務在滿足消費者的需求上以及服務提供者或其他因素上，具有共同或關聯之處。

(2)判斷商品或服務是否類似，應綜合各相關因素，以一般社會通念及市場交易情形為依據。二不同之商品或服務，如果標上相同或近似的商標，依一般社會通念及市場交易情形，易使相關消費者認其為來自相同或雖不相同但有關聯之來源者，即屬類似。

3.實則，混淆誤認之構成，應綜合所有可能因素而判斷；依審查基準，下列因素亦應列入參考：商標識別性之強弱、先權利人多角化經營之情形、實際混淆誤認之情事、相關消費者對各商標熟悉之程度、系爭商標之申請人是否善意等。

二、本題二商標構成近似，有致相關消費者混淆誤認之虞。

1.商標近似：

「日日安」與「月月安」二商標，依通體觀察原則，二商標所指之觀念近似，且「日日」與「月月」之外觀亦屬近似，以具有普通知識經驗之商品購買人，於購買時施以普通之注意，加以異時異地隔離觀察，有使相關消費者產生混淆誤認之虞。因此，該二商標已構成外觀近似與觀念近似。

2.商品同一或類似：

本題甲所生產之商品為「中藥材、補血劑」，乙所生產之商品為「草藥、補血丸」，二者功能與材質應屬相同，依一般社會通念及市場交易情形，易使相關消費者認其屬同一或有類似之關聯。

3.小結：

依商標法第二十三條第一項第十三款規定，申請註冊之商標相同或近似於他人同一或類似商品之註冊商標，有致相關消費者混淆誤認之虞者，不得准予商標註冊。綜上所述，本題乙之「月月安」商標與甲之註冊商標近似，且使用於同一或類似之商品，有致相關消費者混淆誤認之虞，主管機關應核駁乙之商標註冊申請案。

【參考資料】

- 林昱梅，〈商標近似之判斷〉—「每日 C」與「每天」之爭，月旦法學教室第 12 期（2003.10），32-33 頁。
- 馮震宇，〈知識經濟時代商標法（第二講）品牌行銷的基礎〉—商標註冊與商標權的取得，月旦法學教室第 27 期（2005.1），121-123 頁。



三、甲公司認為其發明「竹製百葉簾葉片」之特殊製造方法，可利用該方法製造之百葉簾葉片，能耐得住各式氣溫、氣候變化之接觸，藉以克服日照、雨淋、高、低溫度差及風襲等各種自然氣候問題。因此，甲公司以「竹製百葉簾葉片之製造方法」向經濟部智慧財產局申請發明專利。試問：

(一)依專利法規定，經濟部智慧財產局審查本件申請案時，應審查那些發明專利要件？(15 分)

(二)倘若該申請案經審查後，經濟部智慧財產局認為其欠缺專利要件，而加以核駁其專利申請時，甲有何行政救濟管道？(20 分)

命題意旨	本題屬於專利法之基礎概念考題，不僅基本，而且相當重要。出題者所要測驗的，是考生對於專利法的基礎概念是否清晰。
答題關鍵	本題應明辨： 1.發明專利之概念。 2.發明專利之保護要件。 3.對於不利益之行政處分（發明專利申請案之核駁審定）的救濟方式。 4.依專利法明文，對於行政救濟有「再審查」之前置程序。
高分閱讀	1.高點重點整理系列－智慧財產權法（陳律師）（L231） P.1-33~47：發明專利要件（相似度 95%） P.1-53：專利審查與行政救濟（相似度 95%） P.1-88：在審查（相似度 95%） 1.周台大：上課講義，第一回 P.3~P.4，第三回 P.11~P.16、P.55~P.56。 2.周台大：總複習講義，P.5。

【擬答】

一、專利法第二十一條規定：「發明，指利用自然法則之技術思想之創作。」故不論「物品」或「方法」，均得申請發明專利。對於發明專利申請案，主管機關應審查下列要件：

1.發明專利之權利保護要件。

依專利法第二十二條與第二十三條規定，發明專利應符合下列要件：

(1)產業上利用性：發明之內容，必須是可供產業上利用之技術；又稱為「實用性」。

(2)新穎性：指發明之內容，必須為申請前尚未公開或非為公眾所知之技術。另外，如本申請案之內容，與申請在先而在本案申請後始公開或公告之發明專利申請案所附說明書或圖式載明之內容相同者，依第二十三條本文規定，將擬制喪失其新穎性。

(3)進步性：指發明之內容，相較於現有技術，其創作程度須達一定之進步與創新。

2.非法定不予發明專利之客體。

依專利法第二十四條規定，下列客體，不予發明專利：

(1)動、植物及生產動、植物之主要生物學方法。但微生物學之生產方法，不在此限。

(2)人體或動物疾病之診斷、治療或外科手術方法。

(3)妨害公共秩序、善良風俗或衛生者。

二、甲得申請再審查或逕依法提起行政救濟。

1.申請再審查：

(1)專利法第四十六條第一項本文規定：「發明專利申請人對於不予專利之審定有不服者，得於審定書送達之日起六十日內備具理由書，申請再審查。」故對於主管機關之核駁審定，甲得於法定期間內向智慧財產局申請再審查；受理機關應依同條第二項及第四十七條之規定，再予審查。

(2)對於再審查之審定結果，如有不服，甲得進而提起行政救濟：首先，甲應依法向經濟部提起訴願；對於訴願決定，如甲仍有不服，甲得依法向行政法院提起行政訴訟。不論訴願或行政訴訟，均須遵循訴願法與行政訴訟法之法定期間。

2.逕依法提起行政救濟：

專利法第四十六條第一項但書規定：「因申請程序不合法或申請人不適格而不受理或駁回者，得逕依法提起行政救濟。」因此，本案如因程序上不合法而遭主管機關之核駁審定，甲得不經再審查，逕依法提起行政救濟；程序同上 1. 所述。

【參考資料】

1.謝銘洋，〈智慧財產權第六講〉－智慧財產權之取得(三)，月旦法學教室第 8 期（2003.6），P124-129。

2.謝銘洋，〈智慧財產權之概念與法律體系〉－智慧財產權之基礎理論（2001.6 三版），P5-50。

