

第二章 智慧財產權與著作權的基本性質與目的

第一節 概說

智慧財產權，係保護無體之精神財產，有學者亦稱「無體財產權」。例如：專利、商標均屬之。其主要之特色在於其均為人類精神創作所得之成果，且其存在之客體，並非一般有形之物，而係存在於無形之財產上¹。

本文主要討論的問題，係於討論智慧財產權中之一著作權制度與著作權行使行為間(尤其是著作權濫用行為)間之關係與互動，因此在進入「權利濫用」如何適用於著作權領域之前，有必要就智慧財產權普遍之性質、著作權特有的性質及概念，以及著作權在智慧財產權體系中之特殊性及地位加以了解，進而建構「著作權濫用」原則的基本觀念。

第二節 智慧財產權的性質

智慧財產權之內容，除了專利、商標、著作權，以及其他權利(例如：營業秘密、積體電路布局等)，雖各有專法予以詳細規範，惟其仍有一些共同之特性，茲說明如下²：



第一項 無體性

按民法第六十六、六十七條規定：「稱不動產者，謂土地及其定著物」、「稱動產者，為前條所稱不動產以外之物」等語，而智慧財產權存在之客體並非有形體之物，尚非前開法條所述之「物」。由於智慧財產權為無體財產權，是以當智慧財產權為他人所侵害時，自無從比照一般物權的規定行使物上請求權，而僅能依據各該法律規定主張特別之救濟。

第二項 精神創作性

智慧財產權存在之客體，非有形之物，已如前述，而係無形之人類精神創作，此即為其之所以稱為無體財產權之原因。惟有疑問者，有學者認為商標並非為精神思想之創作，而認其僅為企業致力於經營所表現之商譽(good will)或營業標誌而已，與發明等之為技術思想之創作有別；惟多數學者仍認

¹ 曾陳明汝，專利商標法選論，增訂新版，台大法學叢書(13)，台北，頁 243，1983 年 9 月。

² 此部分之七大特性，係參閱謝銘洋、徐火明主持，公平交易法與智慧財產權法之關係，公平交易委員會委託研究，台北，頁 24~27，1994 年 12 月。

為商標惟智慧財產權之一種，並將其與專利權及著作權並列³。

第三項 人格性

智慧財產權不論是專利權、商標權或著作權，其權利均兼有人格上及著作權上之特性，此亦為大陸法系國家之「人格價值觀」所致。其中最為明顯者，當推著作權之規定，此參「著作權法」中第二節及第三節分列「著作人格權」，以及「著作財產權」自明。

而有關專利權以及商標權部分，雖不若著作權法人格上特徵強烈，惟在法條規定中亦有跡可循。例如：「專利法施行細則」第十五條明定，專利權說明書應記載發明人或創作人之姓名、第五十五條規定：專利專責機關公告專利時，應將發明人或創作人之姓名刊載專利公報，均為專利權具有人格性之表現；而「商標法」中雖無明文表彰商標權之人格上特徵之規定，惟於商標表彰商品出處及來源之功能，亦被日本學者認為是其人格上之表徵⁴。

第四項 排他性

不論是何種型態之智慧財產權，其最大共通特色之一，即是透過法律規定創設並賦予權利人一定期間之排他權及專屬權。在此一定期間內，權利人的就該權利為排他的、獨占的使用。而專屬權存在期間之長短，依據不同型態之智慧財產權而有所不同。原則上來說，專利權由於其專屬性及排他性最強，其保護期間遠較著作權為短，而商標權則可透過不斷延展之規定，得以永久存續。著作權則介於兩者之間。

依據TRIPs第十八條規定：「商標首次註冊及每次延展註冊的期間，均不得少於七年。商標之註冊應可無限次延展。」、第三十三條有關專利權保護期之規定：「專利權期間自申請日起，至少二十年⁵。」，以及第十二條規定：「著作之保護期間，除攝影著作或應用美術著作以外，在不以自然人之生存期間為計算標準之情況下，應自授權公開發表之年底起算至少五十年，如著作完成後五十年內未授權公開發表者，應自創作完成之年底起算五十年」等語。

我國有關智慧財產權保護期限，依循 TRIPs 之規定辦理。例如：我國專利法第五十一條第三項規定：「發明專利權期限，自申請日起算二十年屆滿」等語，而商標法第二十七條第一項規定：「商標自註冊公告當日起，由權利人取得商標

³ 同註 2，頁 24。

⁴ 曾陳明汝，「論商標之經濟價值與保護範圍」，台大法學論叢，18 卷 2 期，頁 14，1990 年 6 月。

⁵ 會員未採行原始核准制度者，得以發明於有原始核准制度國家中之申請日起算其保護期限。

權，商標期間為十年」，以及第二項：「商標權期間得申請延展，每次延展專用期間為十年」，商標權之延展制度為商標法獨有之特色，在其他智慧財產權並無此種制度存在。

值得一提的是，在著作權存續期間的規定上，會因著作財產權以及人格權有所不同。依據我國著作權法第十八條前段規定：「著作人死亡或消滅者，關於其著作人格權之保護，視同生存或存續，任何人不得侵害。」等語可知，著作人格權原則上係永久存續，不因著作人之死亡而消滅；至於著作財產權部分，依據著作權法第三十、三十一條規定，原則上著作人為自然人時，其存續期間為著作人之生存期間及其死亡後五十年，而若法人為著作人時，其著作財產權存續至其著作公開發表後五十年。

第五項 產業性

智慧財產權制度演變到近代，其產業利用性之特色在權利內容中扮演越來越關鍵的角色，此種特性尤以在專利權中最为明顯。TRIPs第二十七條規定，凡屬各類技術領域內之物品或方法發明，具備新穎性、進步性及實用性者，應給予專利保護⁶。而所謂「實用性」，即是所謂「可為產業上實施」⁷。

我國專利法第二十二條第一項亦規定，可供產業上利用之發明始得申請發明專利⁸。而在新型專利、新式樣專利部分，亦於專利法第九十四第一項⁹、一一〇條第一項¹⁰有類似之規定。從上述規定可知，發明專利與新型專利等必須具備實用性之要件，以及具備產業上之利用價值此一特性始可申請。但其他財產權，例如：著作權及商標權等，雖在實質上而言是否具有產業利用性，以為競爭利器，但於權利取得或成立上，原則上無須具備此種產業上利用價值之要件¹¹，無論其是否合於實用性，均不礙其受到各該法律之保護。

⁶ TRIPs第27條原文：「於受本條第二項及第三項規定拘束之前提下，凡屬各類技術領域內之物品或方法發明，具備新穎性、進步性及實用性者，應給予專利保護。依據第六十五條第四項、第七十條第八項，及本條第三項，應予專利之保護，且權利範圍不得因發明地、技術領域、或產品是否為進口或在本地製造，而有差異」等語。

⁷ 此為TRIPs附註5之說明：「本條所稱『進步性』及『可為產業上實施』等名詞，可分別視為各會員所採之『非顯而易見』及『實用性』之同義字。

⁸ 專利法第22條第1項原文：「凡可供產業上利用之發明，無下列情事之一者，得依本法申請取得發明專利：一、申請前已見於刊物或已公開使用者。二、申請前已為公眾所知悉者」

⁹ 專利法第94條第1項規定：「凡可供產業上利用之發明，無下列情事之一者，得依本法申請取得新型專利：一、申請前已見於刊物或已公開使用者。二、申請前已為公眾所知悉者」

¹⁰ 專利法第101條第1項原文：「凡可供產業上利用之發明，無下列情事之一者，得依本法申請取得新式樣專利：一、申請前有相同或近似之心式樣，已見於刊物或已公開使用者。二、申請前已為公眾所知悉者」

¹¹ 同註2，頁26。

第六項 競爭性

智慧財產權人依據法律所賦予之權利，在一定期間內得享有專屬及排他之權利。例如：在TRIPs第二十八條規定，專利權人享有下列專屬權：1.物品專利權人得禁止未經其同意之第三人製造、使用、要約販賣、販賣或為上述目的而進口¹²其專物品。2. 專利權人得禁止未經其同意之第三人使用其方法，並得禁止使用、要約販賣、販賣或為上述目的而進口其方法直接製成之物品；商標權人在商標有效期間內得防止他人在交易過程中，未經其同意，使用與其註冊商標相同或近似之標識於同一或類似之商品或服務，而有致混淆之虞者(TRIPs第十六條第一項)；而著作財產權亦有重製權、公開口述權、公開播送權、公開演出權等等諸多權利。

因智慧財產權人對於其權利具有專屬性之支配權，並得以排除他人干涉，故在市場就該智慧財產權內容及範圍而言，係由該智慧財產權人取得優勢地位，且就該財產權，權利人因此享有比他人更有利之競爭地位，因此可了解智慧財產權在市場上之競爭性，此亦即本文討論主題之一。

第七項 國際性立法

由於國際貿易蓬勃發展，各國初始為了保護國內產業發展而設下關稅及非關稅貿易障礙，經過長達數十年的努力，「關稅暨貿易總協定」(GATT)開啟了國際間多邊消除貿易障礙的先驅，而後智慧財產權的相關協定及議題納入WTO相關多邊協定中(即TRIPs)，WTO會員國均應依據TRIPs所定最低權利義務規範修改國內法以符合TRIPs之規定。由此可見，有關智慧財產權之保護，業已進入國際性保護之時代。

第八項 保護之屬地性

智慧財產權之效力，原則上均採取「屬地主義」，亦即智慧財產權所取得之權利，除非智慧財產權人透過國際公約或他國法律規定另行取得權利，原則上僅限於取得該智慧財產權之國家區域內行使，而不及於其他國家。舉例而言，專利權之取得應經相關審查程序並完成登記(我國專利法第三十五至五十條參照)，商標權亦應經審查核准註冊(商標法第十七至二十六條參照)，而著作權採取創作完成主義(著作權法第十條)，於著作完成時無待登記，即取得著作權，惟此三者權利行使之範圍係以我國區域內為限。如欲在他國行使專利權及商標權者，自應於他國另行申請、註冊或發行之方式於他國取得智慧

¹² 此項權利與本協定所定關於使用、販賣、進口或其他產品之散佈等之其他權利相同，均有第6條之適用。

產權，並不當然受到保護。惟專利權及商標權得透過優先權制度(專利法第二十七條、商標法第四條)享有較早的申請日，併此敘明。

第三節 著作權的性質及目的

本文為討論之便，以下先就著作權之目的、性質及權利內容等，作一簡單介紹。

第一項 著作權的目的

著作權於整個智慧財產權體系中，如依據「規範目的」為標準，係屬於「保護文化創作」為目的者；此與專利權為保護「技術創新」，以及為保障交易創秩序之競爭法、商標法等有所不同¹³。

依據我國著作權法第一條前段規定：「保障著作人著作權益，調和社會公共利益，促進國家文化發展，特制定本法」。例如：美國憲法第一條第八項第八款亦明定：「為提升科學之進步或有用技術之發展，授權國會立法給予著作權人及發明人對其創作或發明享有一定期間之獨占權利。」¹⁴，雖然各國有關著作權保護之內容有所差異，惟其保護文化創作之目的並無相異。

著作權法立法之目的，除了保護文化創作以外，另一方面，亦須調和社會公共利益，而最終目的在於促進國家文化發展，誠如美國傑佛遜總統談到著作權時曾說：「...其獨具的特色在於，沒有任何人只擁有其部分，因為每個人都擁有它的整體。從他從我這兒接受到了思想，自身便有了領會，而我亦無須減損；就如以我的燭芯點亮了他的火，接收了光但並不使我黯淡...」¹⁵等語。著作人之創作，往往藉由前人的智慧及結晶累積完成，非一己之力，而前人的創作有些亦已屬於公共領域，是以除了為了鼓勵著作人從事創作而豐富文化資產外，亦必須兼顧公眾利益，否則過度擴大著作權人之權利，將影響社會大眾利用他人創作的機會，也將使知識的學習與文化的傳播及累積受到相當之限制，因此著作權法另一方面對於著作權的權利加以限制，以確保

¹³ 依據學者謝銘洋先生之分類，如以法律之規範目的為標準，智慧財產權可以區分為三大類，一是與保護「文化創作」有關者，如：著作權及著作鄰接權、工業設計；二是與保護「技術創新者」有關者，例如：發明專利、實用新型；三是與保障「正當交易秩序」有關者，例如：商標、商號名稱、產地標示、不正競爭防止等。詳參謝銘洋，智慧財產權之基礎理論，二版，國立台灣大學法學叢書(84)，翰蘆圖書出版有限公司，台北，頁17~19，1997年10月。

¹⁴ U.S. Const. Art. I, 8, cl. 8: "The Congress shall have Power... To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries."

¹⁵ 希瓦·維迪亞那桑(Siva Vaidhyanathan)著，陳宜君譯，著作權保護了誰？—著作權的興起及其對創造力之威脅(Copyrights and Copywrons—The Rise of Intellectual Property and How it Threatens Creativity)，商業周刊出版股份有限公司，台北，頁34~35，2003年7月。

社會公眾在合理的範圍內可以享有利用的權利。

著作權終極目標既為「促進國家文化發展」，故著作權於適用及解釋之際，當面臨公共利益與著作權人利益保護互相衝突時，即應特別注意兩者之平衡：保護著作權人利益過多，難免阻礙他人利用，將使文化發展停滯不前；如保護公益太多，則阻礙著作人創作動機，反而有礙於文化進步。是以，如何調和並兼顧此兩者之利益，不致偏廢一端，實為執法者之課題。

第二項 著作權之基本原則

第一款 原創性原則

依據我國著作權法第三條第一項第一款規定，「著作」係指屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作，其中所稱之「創作」，應即指「原創性」而言。所謂「原創性」，意指該著作為著作人獨立完成，而未抄襲他人之著作，亦即獨立創作¹⁶，是以凡具有原創性之人類精神上創作，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。苟非抄襲或複製他人之著作，縱二作相同或極相似，因二者均屬創作，皆應受著作權法之保護¹⁷。

而所謂「原創性」(originality)，實質¹⁸上包含兩種涵義，其一為獨創性，亦即獨立創作 (independent creation)，另一則為創作性 (creativity)。

所謂「獨創性」，依據學者羅明通先生之見解，係指著作為著作人所原始獨立完成，而未接觸(access)參考他人著作而言，凡經由接觸並進而抄襲他人之作品者即非獨立創作，至於著作本身是否具有新穎性(novelty)均非所問。因其重點在於著作人著作時之「獨創」(original)，故亦可譯為原始性。

而創作須具備特定內容與創意表達二要件，足以表現著作者之個性及獨特性，方可認為具有原創性，而得認為著作受著作權法之保護¹⁹。至於「創作性」部分，依據美國著作權法權威學者Nimmer之分析，著作僅須最低創作性(minimal requirement of creativity)²⁰則符合創作性之要求，至於著作之品質及美感則非創作性感良知要素²¹。

¹⁶ 羅明通，著作權法論I，六版，台英國際商務法律事務所，台北，頁25，2005年9月。

¹⁷ 最高法院81年台上字第3063號民事判決參照。

¹⁸ 同註16，頁165。

¹⁹ 最高法院92年台上字第1256號刑事判決參照。

²⁰ Nimmer on Copyright vol. 1, August 2003, § 2.01 [B].

²¹ 陳淑美，「若干著作權基本概念與國際著作權公約簡介」，資訊法務透析，台北，頁32，1999年6月。

第二款 創作保護主義

所謂「創作保護主義」，意指創作一經完成，無須透過註冊、登記或是任何形式要件，著作人原則上自可本於著作權人之地位依法享有著作權。按「著作人於著作完成時享有著作權」，我國著作權法第十條前段訂有明文。此不僅為我國所採用之原則，亦為國際公約以及世界各國所共同採用之原則。

惟倘嗣後著作權人如遇權利侵害時，因著作權屬於私權，著作權人應與其他一般私權之權利人相同，惟由於著作權不若專利權或商標權設有公示制度²²，其行使著作權時，權利人對其權利之存在應負舉證責任，是以著作權人應保留創作過程、發行及其他與權利有關事項之資料，作為證明自身權利之依據，日後發生私權爭執時，由法院依權利人提出之事證，加以認定。此外，我國著作權法為便利著作人或著作財產權人之舉證，特於第十三條明定，凡於著作原件或其已發行之著作重製物上或將著作公開發表時，以通常之方法表示著作人或著作財產權人之本名或眾所週知之別名，或著作之發行日期及地點者，該等表示即生推定之效果²³，併此敘明。

第三款 思想與表達區分原則

依據 TRIPs 第九條第二項規定：「著作權之保護範圍僅及於表達，不及於觀念、程序、操作方法或數理概念等。」等語，而我國著作權法第十條之一亦規定：「依本法取得之著作權，其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、發現。」，此即著作權法上構想與表達區分之原則，乃指著作權不保護構想，而僅保護構想之表達。

按著作權法之立法目的除在保護著作人之精神創作外，亦重視文化之進步，為達此目的，著作權法固保障作者原始之表達，但更鼓勵他人自由利用著作中所傳達之構想及觀念。故著作權法保障著作內容，並不及於其概念之運用。舉例而言，如某人產生新的「點子」或是思考，並將該點子及思考告知他人，而為他人所用或以其自己之方式加以表達者，並未構成著作權之侵害。

惟應注意者，如當思想或概念僅有一種表達方法，或思想之表達方式極其有限時，思想與表達即應因其不可分 (inseparable) 而合併，此稱為「思想

²² 我國 87 年 1 月 21 日以前之舊著作權法第 77 至 78 條原設有「著作權登記制度」，修正後則將「著作權登記制度」廢除。

²³ 我國著作權法第 13 條第 1 項原文：「在著作之原件或其已發行之重製物上，或將著作公開發表時，以通常之方法表示著作人之本名或眾所周知之別名者，推定為該著作之著作人」。

與表達合併原則」(The merge doctrine of idea and expression)²⁴。在此情形下，由於表達之方式非常有限，致使其餘之著作人不使用該有限之表達方式，無以達成其目的，如限制該表達方式之使用，將對於社會文化之發展產生重大之影響，固然該表達與現存之表達已然構成實質近似，仍不會構成著作權之侵害，此種表達即例外地不受著作權法之保護，此亦為「思想與表達區分原則」之例外。

第四款 著作權與著作物所有權分離原則

首應澄清者，惟著作權以及著作物係屬於不同之概念。著作權之重點在於基於「著作」²⁵所生之權利內容，例如：著作人格權及著作財產權。而「著作物」係指，著作所附著之物。著作一旦附著於有體物上，該有體物即可稱為「著作物」，例如：DVD、VCD、錄音帶等。「著作物」之權利為一般之物權(所有權)，而「著作」之權利則為屬於無體財產權之著作權。縱然取得著作物之所有權，亦僅為取得限於該「著作物」之權利，與「著作權」之取得無涉。「著作物」所有權之讓與(民法第 761 條)與「著作權」之讓與(著作權法第 36 條)無關。舉例而言，著作權人得依法將其所有之著作財產權讓與他人，而保留先前著作物之所有權，不因著作權之讓與而有影響；反之，自書店購書，僅取得該書(著作物)之所有權，並未取得附著於書之著作財產權。

第五款 權利耗盡原則

所謂「權利耗盡原則」(The doctrine of exhaustion)，亦稱為「第一次銷售原則」(The first sale doctrine)，係指當著作財產權人於首度將著作之原件或重製物以移轉所有權之方式散布(銷售或贈與)於他人後，其散布權或出租權即已耗盡，不得再行主張出租、銷售或其他移轉所有權之權利²⁶。權利耗盡原則之重點在於，對於著作權人而言，其對於著作物之控制及維持，僅僅及於將著作之原件或重製物移轉所有權以前，爾後即不得再予干涉。

我國著作權法於民國九十二年七月修法時，因賦予著作權人全面性之散布權已為國際保護之趨勢，故我國參照「世界智慧財產權組織著作權條約」(WIPO Copyright Treaty, WCT)第六條、「世界智慧財產權表演與錄音物條約」(WIPO Performances And Phonograms Treaty, WPPT)第八條及第十二條之規定，增訂「散布權」；並針對表演之特殊性，於第二項為特別規定。另為配

²⁴同註 16，頁 28。

²⁵依據我國著作權法第 3 條第 1 項第 1 款之規定，「著作」係指屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作。

²⁶同註 16，頁 29~30。

合「散布權」之規定，復增訂第五十九條之一，明定散布權耗盡原則，以調和著作財產權人之散布權與著作重製物所有人之物權。

依據著作權法第五十九條之一規定：「在中華民國管轄區域內取得著作原件或其合法重製物所有權之人，得以移轉所有權之方式散布之」，此即所謂「散布權耗盡原則」。而「散布權耗盡原則」，係指著作財產權人（或其授權之人）將其著作原件或重製物之所有權移轉之同時，即喪失該著作之散布權。因移轉繼受取得該著作原件或重製物之所有權人，基於物權，本得自由管理、使用、處分或收益該著作原件或重製物。散布權耗盡原則之適用，以物權之所有人自中華民國管轄區域內取得著作原件或其合法重製物為要件。又散布權一經耗盡後權利人即喪失其散布權，從而對其後自原件或重製物所有人再繼受取得所有權之人，亦不得再主張散布權²⁷。

第三項 著作權的內容

茲就我國現行著作權法中有關著作權的內容，簡述如下。

第一款 著作財產權



²⁷ 有關著作權法第 59 條之一之適用，可參本條之立法理由。在立法理由中，亦就散布權耗盡原則與著作權法第 87 條第 4 款輸入規定等有關境內、境外取得著作原件或其重製物之各種樣態及其法律效果，舉例分析如下：

- (一) 某著作重製物係由著作財產權人甲所製造，在中華民國管轄區域內販售，乙在中華民國管轄區域內購買該重製物後，成為物權所有人。嗣後乙將該重製物以移轉所有權之方式予以散布，例如出售予國內丙，或輸出國外販售予丁，即有本條之適用，此等散布行為均不須另行徵得著作財產權人甲之同意，不侵害著作財產權人甲之散布權，此時甲對該等重製物之散布權業因其移轉所有權之行為而耗盡。
- (二) 承前例，國外之購買者丁嗣後將其自乙買得之重製物，再輸入中華民國管轄區域時（即所謂「回銷」）者，亦不必徵得著作財產權人甲之同意，而無現行法第八十七條第四款之適用。
- (三) 如著作重製物係由著作財產權人甲在中華民國管轄區域內所製造，但未在中華民國管轄區域內販售，直接輸出國外在他國銷售散布，或在他國合法購買該重製物後，成為物權所有人。嗣後戊欲將該重製物回銷至中華民國管轄區域內者，因該重製物並未取得甲同意在中華民國管轄區域內散布之授權，仍應徵得著作財產權人甲之同意始得輸入，否則即屬違反現行法第八十七條第四款規定之行為，而其違反該款規定而輸入之物因非屬本條所稱之「合法重製物」，亦無本條之適用。
- (四) 假設著作財產權人甲授權己在中華民國管轄區域內製造其著作重製物，另在區域外例如馬來西亞，授權庚製造重製物。辛考量兩國重製物價差，認有利益可圖，在馬國購買該重製物後，欲輸入中華民國管轄區域內販賣者，因庚在馬來西亞製造之重製物並未取得甲同意在中華民國管轄區域內散布之授權，故仍應徵得著作財產權人甲之同意，否則即屬違反現行法第八十七條第四款規定之行為，而其違反該款規定而輸入之物因非屬「合法重製物」，並無本條之適用。

著作財產權之存續期間，依據我國著作權法第三十條規定，除法律另有規定²⁸外，原則上存續於著作人生存期間及其死亡後五十年。

一、重製權

「重製」，係指以印刷、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(我國著作權法第三條第一項第五款參照)。而所謂「重製權」，係指著作財產權人所專有重製其著作之權利。依據我國著作權法第二十二條第一、二項規定：「著作人除本法另有規定外，專有重製其著作之權利」，以及「表演人專有以錄音、錄影或攝影重製其表演之權利。」等語。

例外不屬於前述重製權範圍的情形，係規定於同條第三、四項：「前二項規定，於專為網路合法中繼性傳輸，或合法使用著作，屬技術操作過程中必要之過度性、附帶性而不具獨立經濟意義之暫時性重製，不適用之。但電腦程式著作，不在此限。」、「前項網路合法中繼性傳輸之暫時性重製情形，包括網路瀏覽、快速存取或其他為達成傳輸功能之電腦或機械本身技術上所不可避免之現象。」

二、公開口述權

公開口述權係指語文著作之著作權人專有以著作所使用之語言朗誦、講演或以其他方式向公眾傳達著作內容，此為著作無形利用權之一種，亦可視之為無形之重製²⁹。例如：未經著作財產權人同意，在公眾前朗誦或閱讀其具有著作財產權之文章，即侵害著作權人之公開口述權。

²⁸ 此部分之例外，包括下列三種情形：一、我國著作權法第 32 條有關「不具名著作」的期間：「別名著作或不具名著作之著作財產權，存續至著作公開發表後五十年。但可證明其著作人死亡已逾五十年者，其著作財產權消滅。前項規定，於著作人之別名為眾所周知者，不適用之。」；二、第 33 條「法人為著作人之期間」：「法人為著作人之著作，其著作財產權存續至其著作公開發表後五十年。但著作在創作完成時起算五十年內未公開發表者，其著作財產權存續至創作完成時起五十年。」；以及三、第 34 條：「攝影、視聽、錄音及表演之著作財產權存續至著作公開發表後五十年」。

²⁹ 同註 16，頁 488~489。依據 1971 年伯恩公約第 11 條之 2 規定，「公開播送」分成三種情形：「文學及藝術著作之著作人，應享有下列各款專有權利：(1)授權廣播其著作以任何無線傳播訊號、聲音或影像之方法，將著作向公眾傳播；(2)授權原廣播機構以外之另一機構以有線傳播或轉播之方式，向公眾傳播原廣播之著作。(3)授權以擴音器或其他任何傳輸訊號、聲音或影像之類似器材，對公眾傳播原廣播之著作。」等語，惟在民國 87 年修法時，僅將上述條文第 1、2 款定於本條，而將伯恩公約前開第 3 款置於第 26 條之「公開演出權」之條文，在實務上引起極大之爭議，在民國 92 年修法時於再廣播之部分，增訂「其他器材」字眼，容許擴音器成為廣播器材，解決與伯恩公約原條文內容之歧異。此部分之討論請參註 16，頁 493~501。

我國有關公開口述權係規定於著作權法第二十三條：「著作人專有公開口述其語文著作之權利」等語。

三、公開播送權

所謂「公開播送」，係指基於公眾直接收聽或收視為目的，依據我國著作權法之規定，分為兩種情形：

- 〔一〕 以有線電、無線電或其他器材之廣播系統傳送訊息之方法，藉聲音或影像，向公眾傳達著作內容。例如：無線電視台或有線電視台對外播送節目。
- 〔二〕 由原播送人以外之人，以有線電、無線電或其他器材之廣播系統傳送訊息之方法，將原播送之聲音或影像向公眾傳達者，亦屬之(我國著作權法第三條第一項第七款參照)。
- 〔三〕 有關著作人及表演人之「公開播送權」規定於我國著作權法第二十四條：「著作人除本法另有規定外，專有公開播送其著作之權利。」(第一項)，以及「表演人就其經重製或公開播送後之表演，再公開播送者，不適用前項規定。」(第二項)

四、公開上映權

我國著作權法第二十六條明定：「著作人專有公開上映其視聽著作之權利」。「公開上映」之意義參照同法第三條第一項第八款之規定，係指以單一或多數視聽機或其他傳送影像之方法，於同一時間，向現場或現場以外一定場所之公眾傳達著作內容。

「視聽著作」依據我國主管機關所公布之「著作權法第五條第一項各款著作內容例示」第二條第七款規定，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。至於「現場或現場以外一定場所」，依據著作權法第3條第2項之規定，包含電影院、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。

五、公開演出權

依據著作權法第三條第一項第九款規定，「公開演出」之意義為：「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。以擴音器或其他器材，將原播送之聲音或影像向公眾傳達者，亦屬之。」。

公開演出權之規定則於著作權法第二十六條規定：「著作人除本法另有規定外，專有公開演出其語文、音樂或戲劇、舞蹈著作之權利。」(第一項)，以及「表演人專有以擴音器或其他器材公開演出其表演之權利。但將表演重製後或公開播送後再以擴音器或其他器材公開演出者，不在此限。」(第二項)，以及「錄音著作經公開演出者，著作人得請求公開演出之人支付使用報酬」(第三項)。

六、公開傳輸權

「公開傳輸」係指著作財產權人以有線電、無線電之網路或其他通訊方法，藉聲音或影像向公眾提供或傳達著作內容，包括使公眾得於其各自選定之時間或地點，以上述方法接收著作內容。依據我國著作權法第二十六條之一規定：著作人除本法另有規定外，專有公開傳輸其著作之權利(第一項)；而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(第二項)。

本項權利係我國於民國九十二年七月修法時為因應電腦及網路科技的發展所制定所增訂。

七、公開展示權

「公開展示」之定義，依據我國著作權法第三條第一項第十三款之規定，係指向公眾展示著作內容。而第二十七條規定：「著作人專有公開展示其未發行之美術著作或攝影著作之權利」。

美術著作之範圍：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、美術工藝品等均屬之³⁰。而攝影著作，則包括照片、幻燈片及其他以攝影之製作方法所創作之著作³¹。

八、改作權

所謂「改作權」，係指著作財產權人專有以翻譯、編曲、改寫、拍攝影片或其他方法就原著作另為創作之權利(我國著作權法第三條第一項第十一

³⁰ 「著作權法第五條第一項各款著作內容例示」第2條第1項第4款參照。

³¹ 「著作權法第五條第一項各款著作內容例示」第2條第1項第5款參照。

款、第二十八條參照)。因此改作權實際上涵蓋翻譯權、樂曲改編權、改寫權、改拍電影權等³²，以及其他乙變更原著作之表現形態使其內容再現隻情形均屬之。

如經著作財產權人同意而進行改作，就改作所得之創作，稱之為「衍生著作」。衍生著作依據我國著作權法第六條之規定，衍生著作係以獨立創作加以保護，亦有法條所列之各項著作財產權。

九、編輯權

編輯權之規定見於著作權法第二十八條規定：「著作人專有將其著作...或編輯成編輯著作之權利。但表演不適用之」。編輯權取得，必須編輯著作之著作權人，係對於著作專有資料之選擇、整理、組合及編排之權利³³。

十、散布權

依據著作權法第三條第一項第十二款規定：「散布：指不問有償或無償，將著作之原件或重製物提供公眾交易或流通。」，此處之「散布」係屬事實行為，為最廣義之意義，包括出租、出售、互易、出借等行為，甚至及於侵害著作權非法重製物之散布，其散布方法較同法第二十八條之一所定「散布權」之規定為廣³⁴。

依據著作權法第二十八條之一規定：「著作人除本法另有規定外，專有以移轉所有權之方式，散布其著作之權利。」(第一項)、「表演人就其經重製於錄音著作之表演，專有以移轉所有權之方式散布之權利。」(第二項)等語。

有關散布權之國際立法，在伯恩公約中，除第十四條之隨電影著作之散布以外，並無全面性散布權之規定。而 TRIPS 僅規範電腦程式、視聽著作及錄音著作之出租權(第十一條及第十四條)，亦未有全面性散布權之規定。另外，大部分國家之著作權法，包括美國著作權法第一〇六條、韓國著作權法第二十六條、歐盟二〇〇一年著作權指令第九條及德國著作權法第十五條、第十七條等，賦予著作人全面性散布權。

我國在民國九十二年七月以前舊「著作權法」原未規定全面性散布權，僅以出租權之方式賦予部分之散布權；而其他之散布行為，則以第八十七條

³² 同註 16，頁 573。

³³ 同註 16，頁 577。

³⁴ 同註 16，頁 583。

第二款之「視為侵害著作權」予以規定，其保護尚有不足。故我特於民國九十二年七月修法時增訂「全面性之散布權」規定，以符合實務上之需要。

值得一提的是，現行著作權法所定之散布權，目的是以轉讓所有權之方式，在市場上提供得以滿足公眾合理需要的著作重製物供大眾流通，如一般人將自己所有之某一本書籍或某一張唱片轉讓給某一特定之人，尚不能認定係提供公眾交易或流通，當不致發生散布予公眾之效果，亦不會構成散布權之侵害³⁵。

十一、出租權

有關「出租權」規定於著作權法第二十九條規定：「著作人除本法另有規定外，專有出租其著作之權利。」，以及「表演人就其經重製於錄音著作之表演，專有出租之權利」。

出租權雖屬著作財產權人之權利，惟如著作財產權人將著作原件或重製物之所有權移轉予他人者，不論有償或無償，著作財產權人就該著作原件或重製物之出租權即已耗盡，不得再行主張出租權(《著作權法》第五十九條之一參照)，此即為前所述之「權利耗盡原則」。

十二、輸入權

我國針對輸入權之規定，雖未於著作權法第三章第四節「著作財產權」中明定，惟在第八十七條第三、四款分別規定：「有下列情形之一者，除本法另有規定外，視為侵害著作權或製版權：...三、輸入未經著作財產權人或製版權人授權重製之重製物或製版物者。四、未經著作財產權人同意而輸入著作原件或其重製物者。...」等語，此即所謂「輸入權」，或一般人所稱之「禁止真品平行輸入」之規定。輸入權係指著作財產權人所享有，禁止他人輸入著作之原件或其重製物之專有權利而言³⁶。

輸入權立法之目的在賦予著作財產權人「市場區隔」的權利³⁷，使得在他國之著作財產權人授權在外國製造的著作權商品，不論於國內有無代理商，任何人要大量輸入國內，均應經過本國之著作財產權人同意，未經著作財產權人同意而輸入著作原件或重製物者，視為侵害著作權。

³⁵ 經濟部智慧財產局民國 93 年 10 月 6 日電子郵件字第 931006 號函參照。

³⁶ 同註 16，頁 595。

³⁷ 經濟部智慧財產局民國 92 年 7 月 31 日電子郵件字第 920731 號函參照。

為避免因輸入權之規定造成將對文教利用、資訊取得造成部分影響，為兼顧加強保護著作財產權人、減少對文教利用之影響以及適應消費者個人之需要，故於著作權法第八十七條之一設有例外規定。例如：屬於「個人非散布之利用」或「入境人員行李之一部分而輸入」，且「每次每一著作以一份」為限，則此種輸入行為係著作權法所容許的，此種合法輸入行為所輸入之物為「合法重製物」，其所有人得予以出售，不生侵害著作財產權之問題。例如：利用人自外國購買一份正版 CD，以「入境人員行李之一部分」之方式輸入者，該 CD 如符合上述著作權法之規定，應屬合法之重製物，購入後因個人興趣改變而將其上網拍賣，亦無侵害著作權之問題。至於實務上，有人在網路上販賣 CD，如果不符合上述規定者（例如以自己利用之名義，在國內向國外郵購一份或多份，或入境行李輸入多份），已超出法律許可範圍，則會構成違反「禁止真品平行輸入」規定。

民國九十二年七月以前之舊著作權法，原對於「真品平行輸入」設有刑事責任，惟於該次修法時，基於下列之原因³⁸：(一) 因我國與美國簽署「北美事務協調委員會與美國在台協會著作權保護協定」第十四條之規定，真品平行輸入之重製物將視為侵害著作權之物，而應予扣押，至於是否要課予刑事處罰，協定中並無要求；(二) 同為智慧財產權法制一環的專利法與商標法中，均規定真品平行輸入係合法的行為，若無堅實的理由，實無必要維持嚴苛的刑事處罰；(三) 況且亦有學者指出，台灣就此部分的不當立法，造成國外著作產品於國內售價居高不下，損害消費者權益和市場供需（資策會研究指出，台灣軟體價格較國際高 150%）等理由。故刪除就著作權法第九十三條刑事責任的規定，而僅課以輸入人第八十八條民事責任即可。

第二款 著作人格權

著作人格權(Moral right)係著作人基於其著作人之資格，為保護其名譽(reputation)、聲望(honor)等人格利益，在法律上所有有之權利³⁹。著作人格權專屬於著作人本身，不得讓與或繼承(著作權法第二十一條參照)。著作人格權亦可再細分為下列三種權利：

一、公開表示權：

「著作人就其著作享有公開發表之權利。但公務員，依第十一條及第十二條規定為著作人，而著作財產權歸該公務員隸屬之法人享有者，不適用

³⁸ 參著作權法第 93 條之修正理由。

³⁹ 同註 16，頁 427。

之。」，我國著作權法第十五條第一項定有明文。是以，著作人得以自行決定是否將著作公開發表、發表之方式、時間、地點。

法律亦明定有下列情形之一者，推定著作人同意公開發表其著作，以杜絕爭議：

- 〔一〕 著作人將其尚未公開發表著作之著作財產權讓與他人或授權他人利用時，因著作財產權之行使或利用而公開發表者。
- 〔二〕 著作人將其尚未公開發表之美術著作或攝影著作之著作原件或其重製物讓與他人，受讓人以其著作原件或其重製物公開展示者。
- 〔三〕 依學位授予法撰寫之碩士、博士論文，著作人已取得學位者。
- 〔四〕 依第十一條第二項及第十二條第二項規定，由雇用人或出資人自始取得尚未公開發表著作之著作財產權者，因其著作財產權之讓與、行使或利用而公開發表者，視為著作人同意公開發表其著作。

二、姓名表示權

所謂「姓名表示權」，係指著作人於著作之原件或其重製物上或於著作公開發表時，有表示其本名、別名或不具名之專有權利。著作人就其著作所生之衍生著作，亦有相同之權利。

至於應該如何在著作上適切地表示著作人之姓名或是基於特殊考量及慣例省略著作人之標示，著作權法第十六條第二、三項訂有一原則性之規範：「利用著作之人，得使用自己之封面設計，並加冠設計人或主編之姓名或名稱。但著作人有特別表示或違反社會使用慣例者，不在此限。」，以及「依著作利用之目的及方法，於著作人之利益無損害之虞，且不違反社會使用慣例者，得省略著作人之姓名或名稱」。

三、同一性保持權

同一性保持權亦稱為禁止不當改變權，係指著作人享有禁止他人以歪曲、割裂、竄改或其他方法改變其著作之內容、形式或名目致損害其名譽之權利(著作權法第十七條參照)。

惟此種著作人格權之保護，其前提要件應有一著作存在，而禁止他人就

此一已存在之著作為上述行為，至於此種保護方式，是否適用於模仿他人著作風格、形式、內容之行為，非無疑義。按著作權法所以保護著作人格權者，原因在於著作人透過其著作之風格、手法、形式，展現其個人在創作上之能力與價值，著作人此一價值之高低，通常係經由其著作之品質及其著作所展現之內涵，透過市場上之選擇機制而定奪其位階。是以，倘第三人冒用原著作人之風格、筆觸、手法，佐以其他使人混淆、誤以為係原著作人所創作之作品時，其結果將使原著作人無法控制「形式上為其著作」之品質與內涵，卻須承擔因此對其名譽所造成之損害，對著作人而言，顯然係一種侵權行為，此種侵權行為，在英國著作權法中稱為「禁止錯誤歸類屬性權利」，亦即：任何第三人於未獲得著作人同意、授權或許可情況下，不得冒用或施用不當方法使他人誤為該不實著作確為原著作人著作之權利。此種權利上之保護客體，一為名譽權，一為著作人格權，在性質上，均屬廣義之民法上人格權，在英國法院，即准許被上訴人有關侵權行為之損害賠償請求，此一外國司法實務，可作為我國著作權法有關著作人格權保護之比較法解釋之用⁴⁰。而我國就著作人格權部分，除著作權法第八十八條民事責任外，仍有第九十三條刑事責任之規定。

第四項 著作權的性質—從與專利權之差異說起

智慧財產權各項權利，例如：專利權、商標權、著作權等，雖具有前述共通特性，惟權利行使上由於彼此間之差異，以致法律關係、引起之效果以及適用的情形等均有差異。本文討論著作權權利濫用前，先著作權與智慧財產權中排他性最強的專利權做一概括性比較，藉以了解著作權獨特之性質。

第一款 取得之方式

著作權之取得，係為創作保護主義，已如前述；而專利權之取得必須經過主管機關（在我國為經濟部智慧財產局）就「可專利性」、「新穎性」、「進步性」等專利權取得要件進行審查並完成登記後始行取得。目前我國已於民國八十七年修法時刪除著作權登記制度，是以，發生著作權侵害糾紛或案件時，被告往往會抗辯原告就系爭著作並無著作權之根本問題，而必須由法院加以重新認定，造成相當之不確定性。

第二款 保護之客體

著作權與專利權保障最大之不同點在於，著作權所保護之客體為「思想之表達」（the expression of an idea），而不在於其所表達之思想、程序、製程、

⁴⁰台灣高等法院 93 年度智上字第 14 號民事判決參照。

系統、操作方法、概念、原理、發現。原則上，任何人均有權以不同表達方式來表達同一個思想，甚至他人已於其著作中所表達之思想；而專利權保護之客體，不僅包括表達，亦包括思想部分。就同一思想而言，專利權人一旦就某特定思想被賦予專利權，就該思想部分，不但不允許複數的存在，即便不同之表達亦為法所不許。

第三款 權利內容及範圍

專利權之內容原則上廣於著作權之規定，專利權之權利內容部分包括製造權、販賣權、使用權、進口權，以及排除他人為販賣要約之權利（我國專利法第五十六條、一〇六條，以及一二三條參照）。如與著作權人所擁有之各種著作財產權相比較，著作權僅明文規定著作權人原則上享有特定之使用權，例如：重製權、公開演出權等，並未明文規定著作權人享有販賣權。除此之外，專利權之權利範圍，係由專利權人於申請時所自行決定，嗣後雖有可能經過修改，然一旦通過審查程序，專利權範圍即依其專利請求範圍而定，因此較有經驗之專利申請人往往得以取得較大之權利範圍⁴¹。因此，專利權因其權利範圍大於著作權。

第四款 排他性之強弱

有關排他性強弱部分，專利權之排他性，主要見於同一技術思想僅能給予一個專利。故縱使有數個不同之發明人，各自分別開發完成相同之技術，亦僅有一人得以享有專利權，此即為專利權保護思想之特徵。且一旦其中之一發明人就特定技術思想部分已然取得專利權者，原則上他人縱然亦獨立開發出相同之技術（無論時間先後），亦無法再就同一特定技術思想部分取得專利權之保護⁴²。而在著作權部分，只要符合「原創性」之要求，而未涉及抄襲，縱使數個著作人分別完成內容或表達相同之著作，均得依法取得著作權，亦即著作權立法上，考量公眾利用及社會文化發展，允許「平行著作」以及「平行保護」。

⁴¹謝銘洋、張懿云主持，著作權法與公平交易法關係之研究，公平交易委員會合作研究，台北，頁72，2002年11月。

⁴²我國就專利權之取得，採取「先申請主義」（專利法第31條參照），但專利法第57條規定就申請前已然存在之相同技術設有例外規定。專利法第57條原文如下：「發明專利權之效力，不及於下列各款情事：一、為研究、教學或試驗實施其已發明，而無營利行為者。二、申請前已在國內使用，或已完成必須之準備者。但在申請前六個月內，於專利申請人處得知其製造方法，並經專利申請人聲明保留其專利權者，不在此限。三、申請前已存在國內之物品。四、僅由國境經過之交通工具或其裝置。五、非專利申請權人所得專利權，因專利權人舉發而撤銷時，其被授權人在舉發前以善意在國內使用或已完成必須之準備者。六、專利權所製造或經其同意製造之專利物品販賣後，使用或再販賣該物品。上述製造、販賣不以國內為限。」

由於專利技術之研發，往往須投入大量之時間、資金及人力，以準備研發所須各項原料、設備及相關設施，並須網羅研發人才，不僅技術開發風險較高，縱然日後順利完成技術研發，尚須考量於市場上實施專利權商品化之風險成敗。且當專利權人在申請專利權時，係以公開技術內容於世做為取得專利權之對價，故有必要賦予專利權較強之排他性，使權利人得到較為周延之保護，以獲取較高之經濟權益，助其回收其研發成本⁴³。

相對而言，著作權保護具有原創性之著作，允許平行保護以及著作，已如前所述，並未排除他人就同一思想另行自行創作，或後完成著作取得著作權保障，著作權之保護及排他性相對於專利權顯然較弱。

第五款 侵害之認定

在專利侵權案件中，他人是否侵害專利權人之專利範圍，往往具有極大之爭議，實務上尤須專家之協助做成侵害鑑定報告。在民國八十九年五月十九日司法院大法官會議釋字五〇七號解釋後⁴⁴，以及民國九十年十月二十四日修法後，已將專利權人於提出專利侵權告訴時，應檢附「侵害鑑定報告」之規定⁴⁵停止適用或廢除。我國公平交易委員會為因應智慧財產權人藉由散發警告函行為所引發層出不窮的問題，而於民國八十六年五月間公布「行政院公平交易委員會對於事業發侵害著作權、商標權或專利權警告函案件之處理原則」，其間歷經數度修正⁴⁶，其中第三、四點規定，如事業「將可能侵害著作權、商標權或專利權之標的物送請司法院與行政院協調指定侵害鑑定專業機

⁴³ 同註 41，頁 73。

⁴⁴ 司法院大法官會議解釋釋字 507 號解釋文內容如下：「憲法第十六條規定人民有訴訟之權，此項權利之保障範圍包括人民權益遭受不法侵害有權訴請司法機關予以救濟在內，惟訴訟權如何行使，應由法律予以規定。法律為防止濫行興訟致妨害他人自由，或為避免虛耗國家有限之司法資源，對於告訴或自訴自得為合理之限制，惟此種限制仍應符合憲法第二十三條之比例原則。中華民國八十三年一月二十一日修正公布之專利法第一三一條第二項至第四項規定：『專利權人就第一二二條至第一二六條提出告訴，應檢附侵害鑑定報告與侵害人經專利權人請求排除侵害之書面通知。未提出前項文件者，其告訴不合法。司法院與行政院應協調指定侵害鑑定專業機構。』依此規定被害人必須檢附侵害鑑定報告，始得提出告訴，係對人民訴訟權所為不必要之限制，違反前述比例原則。是上開專利法第一三一條第二項應檢附侵害鑑定報告及同條第三項未提出前項侵害鑑定報告者，其告訴不合法之規定，應自本解釋公布之日起不予適用」等語。

⁴⁵ 民國 90 年 10 月 24 日修正前舊專利法第 131 規定如下：「本章之罪，除第一百三十條外，須告訴乃論」(第一項)、「專利權人就第一百二十三條至第一百二十六條提出告訴，應檢附侵害鑑定報告與侵害人經專利權人請求排除侵害之書面通知」(第二項)，「未提出前項文件者，其告訴不合法」(第三項)，以及「司法院與行政院應協調指定侵害鑑定專業機構」(第四項)。

⁴⁶ 民國 86 年 5 月 7 日公平交易委員會第 228 次委員會議通過、86 年 5 月 14 日(86)公法字第 01672 號函分行、88 年 6 月 16 日第 397 次委員會議修正第 6 點、88 年 10 月 27 日第 416 次委員會議修正第三、四點、88 年 11 月 9 日(88)公法字第 03239 號函分行、90 年 1 月 4 日第 478 次委員會議增訂第十點、修正第二點、90 年 1 月 15 日(90)公法字第 00139 號函分行、94 年 1 月 13 日第 688 次委員會議修正名稱、94 年 2 月 24 日(94)公法字第 0940001278 號令發布、94 年 8 月 26 日公法字第 0 九四 0006976 號令發布修正。

構鑑定，取得鑑定報告，且發警告函前事先通知可能侵害之製造商、進口商或代理商，請求排除侵害者。」、「於警告函內附具非司法院與行政院協調指定鑑定專業機構製作之鑑定報告，且發函前事先通知可能侵害之製造商、進口商或代理商請求排除侵害者。」，原則上得認定為為依照著作權法、商標法或專利法行使權利之正當行為。因此「侵害鑑定報告」在實務上仍具有相當之重要性。而不同之專家可能出具不同結果之鑑定意見，反而增加爭端解決之困難，造成專利侵權訴訟往往曠日費時。

著作權侵害案件中，侵害之認定雖不似專利權之侵害複雜，惟如前所述，由於著作權採取著作完成主義，不待註冊或登記之程序，著作人原則上於著作完成時取得著作權，以致於發生此種糾紛時，被害人往往須先就著作權之取得以及原創性部分舉證，方進入是否抄襲、構成侵權之認定。就此而言，專利權與著作權其中之差異較小。

第六款 責任之規定

我國於民國九十年十月二十四日修正專利法時，刪除「發明專利」之刑事責任，另於九十二年三月修法時將「新型專利」、「新式樣專利」之刑事責任刪除，自此之後，我國專利法對於專利侵權之責任業已全面除罪化，完全回歸民事救濟程序處理。

惟就著作權法部分，由於近年來仿冒案件層出不窮，且因電腦科技進步，造成侵權人得以簡便之方式侵害著作權，在美方的壓力下，我國著作權法反而朝向擴大刑罰之態樣、刑度及非告訴乃論之方向修法。例如：著作權法刑事責任原則上為告訴乃論(參著作權法第一百條)，民國九十二年七月修法前，非告訴乃論之範圍僅有第九十四條常業犯以及九十五條著作人死亡後著作人格權遭侵害之情形。惟修法後，非告訴乃論之範圍，除第九十四條「常業犯」規定外，另增訂第九十一條第三項違反重製光碟、第九十一條之一第三項違反散布違反重製光碟之情形。

國人在著作權侵害實務上常有「以刑逼民」之做法，不僅利用刑事訴訟法上搜索扣押程序來遂行權利或取得證據，亦利用刑罰之規定，對於所謂「侵權人」加以嚇阻，往往造成「侵權人」之市場或其交易相對人因恐懼刑罰之緣故，使得「侵權人」受到極大之影響，縱然事後獲得不起訴或無罪判決，而其在此期間所受的經濟上損失往往難以彌補。著作權之排他性未若專利權強，卻反有刑事責任，此種立法是否妥適，實值懷疑。