

東海大學法律學系研究所

碩士論文

指導教授：蕭淑芬 博士

智慧財產權之憲法保障基礎

On The Constitutional Protection Of
Intellectual Property Right.

研究生：劉旻憲

中華民國一〇一年七月

碩士學位考試委員會審定書

東海大學法律學研究所

碩士班研究生 劉旻憲 君所提之論文：

智慧財產權之憲法保障基礎

經本委員會審查並舉行口試，認為符合
碩士學位標準。

考試委員簽名處

王通宇

黃啓禎

葉淑芬

101 年 6 月 26 日

摘要

近年來隨著科技的發展，對於智慧財產權此一重要且具有龐大經濟價值的無形資產，國家在立法上應如何進行保障及管理，方能促進智慧財產的蓬勃發展、增加國家競爭力，是為世界各國所重視。而對於智慧財產權之憲法保障基礎，因我國憲法上並未如美國憲法有明文直接規範之條文，以智慧財產權文義觀之讓人直覺想到其係一種由智慧產生之財產權，我國大法官解釋及多數學說以立法者對財產權有形成空間來解釋，認為智慧財產權可透過解釋涵蓋在憲法第 15 條財產權之保障範圍，有稱之為「動態財產權」概念，故認為智慧財產權之憲法保障基礎為憲法第 15 條。

但在探討關於財產權保障理論及憲法規定後，會發現智慧財產權與一般概念之財產權實有部分不同之處，對於智慧財產權若認其僅屬法律所賦予之財產權，將因立法者具有形成空間，因此對於智慧財產權之限制將採取相對寬鬆之違憲審查基準。智慧財產權一詞雖被廣泛的使用並被大眾所接受，但其僅屬一概括性權利之名稱，以傳統的智慧財產三法：專利法、商標法、著作權法觀之，可知其權利保障內容、目的各異，並經探討智慧財產權之性質分析、保障規範、外國立法例及我國判決實務等，可以發現智慧財產權具有相當程度之人格權性質，若對於智慧財產權一概採取財產權之寬鬆審查基準，在具體個案有不妥之虞，因此智慧財產權之憲法保障基礎不可一概而論，應視各該權利之不同對應到憲法保障基礎亦有所不同，如此操作將有助於選擇違憲審查基準及私人間基本權利衝突時價值取捨之判斷，避免造成智慧財產權立法保障過度或不足之情形。最後以著作物中較具爭議性之猥褻出版品為例，重新審視司法院大法官解釋、司法實務對於猥褻出版品之見解，探討猥褻出版品能否主張受到著作權法保障、刑法第 235 條規定是否適當。

關鍵詞：財產權、財產權理論、制度性保障、智慧財產權、猥褻出版品。

致謝

首先感謝在百忙中抽空指導我論文寫作的蕭淑芬老師，在大學時期經由老師講授的憲法課程，讓我對於憲法有了初步的認識，爾後在研究所的課程中，老師開放式的講授方式，能讓學生去思考憲法議題、培養問題意識，而學習去思考問題正是寫作論文的重要能力，在論文寫作過程中，不論是論文大綱、內容、格式、參考資料老師都給予我大力協助，讓我的論文得以順利完成。感謝口試委員黃啟禎老師及王迺宇老師寶貴的意見，使我理解本篇論文不足需補強的地方，才能使本篇論文更加完整。感謝耀州助教，在研究所時期對於研究所課程及論文考試的協助。

最要感謝的是家人，感謝父母一路一來的栽培，不曾催促我、讓我能夠無後顧之憂準備國家考試，在順利通過書記官、律師考試後，終於也把研究所學位拿到了。感謝三位姊姊們在我準備考試、論文壓力時都能以過來人經驗分享，要我不急、慢慢來把事情作好，讓我能夠以健康的心態來面對接踵而來的壓力與挑戰。未來的日子，我會學習獨當一面，成為家人有力後盾。一直以來受到家人諸多照顧，謝謝，我愛你們！

感謝大學時期一起念書的秉誠，因為你的教導我才能逐漸抓到念書考試的技巧；感謝中哥，在日文文獻參考資料的大力協助；感謝仁華學長、威元學長，在修研究所課程時，學長的寶貴意見，讓我知道憲法思考的多種角度，以及準備論文口試時，向學長提出問題，總能很快得到解答；感謝明佑學長，能一起準備論文口試讓我不緊張許多；感謝讚鵬和易芬安排活動，讓煩悶的國考生活有紓壓管道；感謝定緯與我一起作報告；感謝有朋在我找實習焦頭爛額時，提供相關資訊；感謝甫哥提供場讓供我們聊天玩耍；感謝旻甫提供論文寫作心得；感謝慈瑄在口試前的鼓勵，讓我有信心許多；感謝靖棠不嫌棄我們還會回來跟我們聚聚；感謝衍仲給我考試參考資料；感謝子琦，不論是陪伴我熬過煩悶的國考生活、寫作論文的瓶頸、口試當天的協助，一路以來麻煩妳了！很高興能跟大家認識，因為你們，我在東海這些年才能學習、成長許多，希望大家都能完成自己的理想，在未來的日子裡，不論遇到什麼困難，都能夠順利解決。

最後，祝福我的家人及朋友們都能平安、幸福、快樂。

劉旻憲 2012.07

目次

第一章 緒論.....	1
第一節 研究動機.....	1
第二節 基本界定與研究方法.....	2
第三節 研究大綱.....	3
第二章 財產權保障之憲法基礎與界限.....	5
第一節 財產權保障之憲法基礎.....	5
第一項 財產權之理論.....	5
第二項 憲法保障與規範之意義.....	6
第一款 德國財產權保障.....	8
第二款 我國財產權保障.....	9
第三項 憲法保障與民法規範.....	9
第一款 無效說（無適用說）.....	11
第二款 直接效力說（直接適用說）.....	11
第三款 間接效力說（間接適用說）.....	12
第四款 基本權保護義務論.....	14
第五款 小結.....	15
第二節 財產權保障之特徵.....	15
第一項 財產權之法性質.....	15
第一款 防禦權.....	15
第二款 制度性保障.....	17
第二項 財產權保障與政治自由.....	20
第三項 財產權保障與民主主義.....	21
第四項 小結.....	22
第三節 財產權保障之保護領域與憲法規定.....	23
第一項 德國-財產權之社會義務.....	23
第一款 威瑪時代的萌芽.....	24
第二款 基本法的時代發展.....	24
第二項 美國.....	25
第三項 我國-財產權之限制（一般限制及特別限制）.....	26

第一款 一般限制.....	26
第二款 特別限制.....	27
第四項 小結.....	28
第三章 智慧財產權是財產權？.....	30
第一節 智慧財產權之起源.....	30
第二節 智慧財產權之性質與特徵.....	31
第一項 智慧財產權之類型化.....	31
第一款 廣義和狹義的智慧財產.....	31
第二款 以「規範目的」為類型化之標準.....	32
第二項 智慧財產權之性質.....	34
第一款 精神所有權說（geistiges Eigentum）.....	34
第二款 人格權說（Persönlichkeitsrechts）.....	35
第三款 無體財產權說（Immateriagüterrechts）.....	35
第四款 綜合說.....	35
第五款 小結.....	39
第三節 憲法上之權利保障還是法律上之權利保障？.....	40
第一項 憲法上權利保障之意義.....	40
第二項 法律上權利保障之意義.....	41
第三項 區別法律位階與憲法位階之實益.....	41
第四項 小結.....	44
第四節 權利種類之確定還是權利內容之確定？.....	45
第一項 憲法解釋之功能與界限.....	45
第一款 憲法解釋之功能.....	45
第二款 憲法解釋之界限.....	46
第二項 法律規範之功能與界限.....	49
第一款 法律規範之功能.....	49
第二款 法律規範之界限.....	51
第四章 憲法保障智慧財產權之意義與界限.....	53
第一節 憲法保障智慧財產權之意義.....	53
第一項 德國.....	53
第一款 歌曲集、教科書判決.....	54

第二款	教會音樂判決.....	55
第三款	小結.....	56
第二項	美國.....	56
第一款	憲法規定與著作權之立法沿革.....	56
第二款	著作權與財產權保障.....	57
第三項	日本.....	59
第一款	憲法規定與著作權立法沿革.....	59
第二款	著作權與財產權保障.....	60
第四項	我國.....	62
第一款	憲法規定.....	62
第二款	司法院大法官解釋.....	64
第三款	學界見解.....	65
第二節	憲法保障智慧財產權之界限.....	68
第五章	我國法制與實務.....	71
第一節	我國法制.....	71
第一項	起源.....	71
第二項	相關法制.....	72
第一款	著作權法.....	72
第二款	專利法.....	75
第三款	商標法.....	76
第四款	智慧財產法院設立.....	77
第二節	智慧財產法院相關判決.....	78
第一項	商標權與人格權之關係.....	78
第一款	案例事實：98 年行商訴字第 44 號.....	78
第二款	原告主張.....	79
第三款	智慧財產法院見解.....	79
第四款	判決評析.....	79
第二項	專利權與人格權之關係.....	80
第一款	案例事實：98 年度民專更(一)字第 1 號.....	80
第二款	原告主張.....	80
第三款	智慧財產法院見解.....	81
第四款	判決評析.....	82
第二項	著作權與人格權之關係.....	82

第四款 評析.....	95
第七項 小結.....	95
第六章 猥褻出版品是否屬於智慧財產權？—代結論.....	97
第一節 司法院大法官對猥褻出版品之見解.....	98
第一項 司法院大法官解釋第 407 號.....	98
第一款 解釋文.....	98
第二款 評析.....	98
第二項 司法院大法官解釋第 617 號.....	99
第一款 解釋文.....	99
第二款 評析.....	100
第二節 司法實務見解.....	101
第一項 最高法院.....	101
第二項 智慧財產法院.....	101
第三項 智慧財產局.....	102
第三節 結論.....	103
參考文獻.....	106



第一章 緒論

第一節 研究動機

近年來隨著科技的發展，對於智慧財產權此一重要且具有龐大經濟價值的無形資產，國家在立法上應如何進行保障及管理，方能促進智慧財產的蓬勃發展、增加國家競爭力，為世界各國所重視的。知識經濟的時代，對於智慧財產的紛爭日益增加，從早期的夜市販賣盜版光碟，到 2001 年 4 月 11 日發生成大 MP3 事件¹，可以看到智慧財產的侵權已由實體的盜版光碟轉變成非法電子檔案傳輸，影響範圍更為擴大，到了近期的日本 8 家 AV 成人影片業者來台灣主張其所有著作權遭到電視台侵害²，仿冒愛馬仕柏金包判賠兩億五千六百二十五萬元³等事件，現代社會對於智慧財產侵害更是層出不窮，智慧財產權業者無不希望相關立法能夠更加嚴格，用以保障他們的智慧財產，我國的智慧財產相關法制，受到全球化高度影響，尤其是美國，例如美國的 301 條款⁴：美國用以海外保護其智慧財產權產業利益。美國要求台灣依國際公約標準修法，例如：1994 年建立世界貿易組織之智慧財產權協定（Accord ADPIC，英文為 TRIPs）以及 1996 年 12 月

¹成功大學 MP3 事件發生於 2001 年 4 月 11 日，台南地檢署因接獲財團法人國際唱片業交流基金會（IFPI Members' Foundation in Taiwan，以下簡稱「台灣 IFPI」）的檢舉，前往國立成功大學（成大）學生宿舍「勝一舍」搜索，查獲十四名學生涉嫌違反《著作權法》，非法下載 MP3 及架設網站提供一萬八千多首歌的 MP3 供人下載。中國時報，90 年 4 月 12 日，記者劉揮斌。在台南地檢署進入成大搜索遭媒體曝光後，法務部部長陳定南遭受民進黨黨內同志圍剿的壓力，將台南地檢署檢察長林朝陽調往最高檢察署，以及於 2001 年 4 月 19 日一天內調動 21 位檢察長。十四位涉案學生日後簽署認錯道歉書，並花費約每人新台幣四萬五千元廣告費登報導歉。台灣 IFPI 在學生登報導歉後正式撤回告訴，中國時報，90 年 8 月 17 日，記者：陳榮裕、趙雅芬，參考網址：<http://forums.chinatimes.com.tw/special/mp3/main.htm>。造訪日期：2012 年 4 月 29 日。

² 日本 8 家 AV 情色片業者準備跨海來台提告手機電信與有線電視系統業者，播出 A 片卻未支付授權金有侵權之嫌，稱每年損失的權利金達 10 幾億台幣，昨委託在台律師召開記者會，希望台灣業者在 1 個月內主動與他們洽談影片授權事宜，或是停止播出 A 片，否則他們不排除對違法業者提出著作權相關訴訟。自由時報電子報，記者：劉力仁、林曉娟，網址：<http://www.libertytimes.com.tw/2010/new/apr/15/today-show4.htm>。

³ 前愛馬仕專櫃小姐李念臻因為販賣四個仿冒著名法國愛馬仕（HERMES）柏金包（Birkin Bag），經愛馬仕跨海提出損害賠償民事訴訟，智慧財產法院判決李女須賠償兩億五千六百二十五萬元的天價，並須在報紙頭版，刊登道歉啟事一天。自由時報電子報，記者：孫友廉、方惠宗、王珮華網址：<http://www.libertytimes.com.tw/2009/new/apr/11/today-life1.htm>，造訪日期：2012 年 4 月 29 日。

⁴ 301 條款是一九七四年貿易法經修訂的一個條款，授權美國貿易代表經由談判根除外國的不公平貿易行徑。採取此種行動須以下列調查結果為依據：外國政府剝奪美國依貿易協定應享的權利，或其所採取的行動不符合、或以其他方式剝奪美國依貿易協定應享的利益，或其行為、政策、措施屬不公正、不合理、帶有歧視成份，從而使美國商務產生窒礙或受到限制。如有關 301 條款的糾紛不能成功的解決，總統有權實施報復性貿易制裁。美國在台協會正式資料，參考網址：<http://www.ait.org.tw/zh/officialtext-bg9806.html>，造訪日期：2012 年 4 月 29 日。

20 日虞日內瓦之世界智慧財產權組織所訂關於著作權及表演人與錄音物製作人之兩大公約等，要求我國制訂相關立法並提高刑責，對美國而言，其所在乎並非台灣智慧財產法制是否完備，而著眼於美國的智慧財產權產業之龐大利益是否有充足保障，甚至對於不肯訂立相關規範或是美國智慧財產權產業侵害嚴重的國家，美國便將之列為所謂不合作國家之名單，進而處以一定程度之經濟制裁，直到該國家改善保障智慧財產權之環境，而為避免受到美國的制裁，我國大都配合美國貿易署的要求訂立相關智慧財產法制並嚴格執行對智慧財產權的保護。

現今大家似乎也理所當然的接受「智慧財產權」此一用語，由字面上的解釋來理解，自然是把「智慧」當作「財產權」來保障。然就如同藝人旺福對於盜版問題，曾言：「這個問題（盜版）已經非常嚴重，他們其實只是運氣好，現在魯肉飯還不能從網路下載，如果哪一天可以下載魯肉飯，就會有我們這種同樣的感受。」⁵，可以看出智慧財產權與一般實體財產權之區別；為何我在購買了遊戲軟體、音樂 CD 後不能再去複製？甚至有些具有授權期限的影音程式 DRM（數位權利管理），在購買期限過後就不能夠再閱讀使用，到底我付錢出去買到的是什麼？

就因為制定了著作權法、專利法、商標法等智慧財產法制後，這種經由法律保障所形成的權利，即成為我國憲法第 15 條財產權保障之內容？若認為智慧財產屬於我國憲法的財產權保障範疇，則對於智慧財產權訂立愈高度的保障，另一方面亦限制智慧財產權人以外之人自由使用該智慧財產的自由與權利，對於限制人民之自由權利須符合憲法第 23 之規範，此時智慧財產法制的憲法基礎即相當重要，因為將會牽涉到審查基準寬嚴之選擇。

第二節 基本界定與研究方法

按：「人民之生存權、工作權及財產權，應予保障。」，我國憲法第 15 條定有明文，對於財產權明文予以保障，但僅以「財產權」概括稱之，對於何種財產屬於憲法上財產權保障的範圍則未界定，因憲法本屬高度抽象性之母法，對於財產權保障的範圍需透過法律的規範才有較明確之界定，而智慧財產權是否屬於憲法第 15 條財產權的保障範圍，又或基於其他憲法條文來保障，需要對於憲法保障財產權做進一步解釋。對於財產權的範圍，我國通說認為需要透過國家立法確

⁵ 95 年 8 月藝人黃立成因不滿立委提案修改著作權法第五十一條之一「著作權補償金制度」，而創作歌曲「報應」，自由電子報，記者林佳宏、黃良傑、葉永騫，參考網址：<http://www.libertytimes.com.tw/2006/new/aug/11/today-show4.htm>，造訪日期：2012 年 4 月 29 日。

定，但亦因國家之立法或修改，反有侵犯人民既有的財產權之虞，憲法第 15 條明文規定財產權應受保障，惟如同其他憲法上的基本權一樣，對於財產權保障並非絕對，在符合憲法第 23 條規定下，得對財產權予以一定程度之限制，故關於財產權的保障從絕對性的所有權，今日多認屬相對性財產利益，此外財產權亦須承擔一定的社會義務。學說將法律對財產權的限制分為兩種，一為財產權附有社會義務，僅為「財產權內容之確定與限制」，二為「公益徵收」，對於人民財產因公益而受有「特別犧牲」之損害時，需要予以補償。財產權的保障多認為先於憲政主義而存在的制度，即所謂「制度性保障」，也是歷來整個私法自治的基礎，惟探究憲法財產權保障目的時，可以看出與智慧財產權保障目的是不同的，因現代科技不斷地進步，網際網路造成現代社會生活巨大的變動，對於智慧財產權的保障亦產生影響，憲法固然需要與時俱進，然逕將智慧財產權視為憲法上財產權其正當性是否足夠？最後由法學解釋方法：如文義解釋、體系解釋、歷史解釋等方式及參照國外立法例之比較法、實務案例研究、我國學說及大法官歷來見解之整理歸納方式等法學方法，討論憲法關於財產權保障之內容為何？智慧財產權是否即屬於憲法上財產權？智慧財產權是否仍有其他憲法上的基礎作為保障的正當化基礎？

第三節 研究大綱

在論文架構上，第一章緒論部分先簡介研究動機、基本界定。第二章探討憲法關於財產權保障的基礎，因德國基本法對我國憲法影響甚深，故先參照德國立法與我國立法，進一步比較憲法規範與民法或其他規範的關係，最後是探討憲法對於財產權保護領域與憲法規定。第三章探討智慧財產權的保障是屬於憲法上或是法律上的財產權保障範圍，透過分析智慧財產權性質，學說上有：精神所有權說、人格權說、無體財產權說、綜合說等，可以看出智慧財產與一般傳統財產權之不同，分析智慧財產權之保障是否屬於憲法上財產權的保障或僅是法律上權利的保障。第四章以分析外國法制對於智慧財產法制的保障，德國透過憲法法院判決，認定智慧財產屬於德國基本法第十四條第一項第一段所稱之財產權；美國則以美國憲法第 1 條第 1 項第 8 款規定：「國會有權去制定賦予作家及發明人之作品或發明有限期的專屬權，以促進科學及工藝發展之法律」，作為美國智慧財產權保障，如著作權法及專利法之憲法依據；日本則在憲法第 29 條規定關於財產權保障，但對智慧財產權在憲法上則無規定，主要係以法律形成財產權之內容；最後探討我國憲法規定、相關大法官解釋及學界見解對於智慧財產權究竟其憲法上保障之基礎為何？第五章探討我國對於智慧財產法制的制定，如著作權法、專利法、商標法之制定及其中關於人格權保障之部分，另分析我國智慧財產

法院設置後，對於智慧財產的相關判決中，關於智慧財產涉及人格權之部分，最後我國大法官作過與智慧財產權相關的釋字，從案例事實、解釋爭點、解釋文、評析作較深入的分析探討。最後，在結論第六章由猥褻出版品是否能屬於著作權保障客體，由大法官解釋、實務機關之見解，分析對於此種爭議著作物是否予以保障，藉此瞭解智慧財產在憲法保障之基礎，嘗試做出一綜合的結論。



第二章 財產權保障之憲法基礎與界限

在民主憲政國家體制下，憲法為規範人民基本權利、國家組織與權利運作機制以及國家的基本任務（基本國策）的「根本大法」，為人民共同生活之根本規範，因此憲法具有一定之規範性，且在國家的規範秩序中，憲法具有其優越性，即所謂最高法規性，而可拘束國家公權力，不論是立法、行政、司法權利之行使⁶。而在立法者制定相關智慧財產權之規範後，智慧財產權是否即屬憲法第 15 條財產權之範圍，在討論上應先了解憲法保障財產權之基礎，即探討為何要以憲法保障人民之財產權，國家立法保障人民財產權之目的何在，再來探究憲法保障財產權之界限，以下分述之。

第一節 財產權保障之憲法基礎

第一項 財產權之理論

財產權之思想濫觴於十八世紀的自由主義，在許多民主國家，其可謂是先於國家而存在的制度。自十七世紀荷蘭的法學家及思想家葛羅休斯首開財產權理論之先河，其後洛克、休謨、康德、黑格爾、邊沁、波斯納等思想家相繼提出影響深遠的理論，其中葛羅休斯、康德之先占說乃財產權合理化之最早理論，康德之先占說認為財產權之原始取得係為擺脫自然狀態（未經法秩序確保前的國家狀態），經由所有公民依社會契約建立國家，為達成法治狀態必須訂立相關法規範為「公法」，法規範之訂立須由「所有公民先驗的一致意志」定之，此等「公法」必須規定的法律制度之一，即為財產權制度⁷。邊沁將財產定義為對功利的一種渴望，而「財產不過是渴望的基礎」，由於我們與財產保持的關係，因此我們所渴望擁有的財產總效用的最大化目標便構成我們評價財產規則的標準⁸。洛克對於採產權制度採取工作說，洛克由天賦人權及有限政府理念出發，洛克認為財產屬於自然權利，其認為「雖然自然的東西是給人共有的，然而人既是自己的主人，自身和自身行動或勞動的所有者，本身就還具有財產的基本基礎。當發明和技能改善了生活的種種便利條件的時候，他用來維持自己的生存和享受大部分東西完全是他自己的，並不與他人共有。每人都有能使用多少就擁有多少的權利，而對

⁶ 參照蘇俊雄，《憲法意見》，元照出版，2005年10月初版，頁300。

⁷ 參照陳愛娥，〈司法院大法官會議解釋中財產權概念之演變〉，收錄於劉孔中、李建良主編《憲法解釋之理論與實務》，中研院，1998年6月初版，頁398。

⁸ 趙萬一，《民法的倫理分析》，五南出版，2005年5月初版，頁253。

於他能以他的勞動予以影響的一切東西，他都享有財產權；凡是他勤勞所及，以改變自然使其所處的原來狀態的一切東西，都是屬於他的。」⁹，故對於財產權之保障，其認為係基於人類付出勞動所得之成果，勞動是一種創造活動，使物質有不同價值，勞動者對其勞力所加之材料取得私有財產權，而應予以保障¹⁰。黑格爾之人格發展理論則為歐陸國家重要的財產理論學派¹¹，其主要內涵在於人類之所以成為人類，就必須依賴外界之物質以維繫其生命，此種擁有、掌握外界的物質，就是所謂所有權制度之濫觴，因為財產權可使人可擁有、支配外界物質，而具有保障個人外在自由之意義，但經濟效率仍須納入考量，若過度採取市場體系導向，將產生壟斷、壓榨之情形，故須以公共生存照顧體系來加以彌補。

黑格爾(Georg Wilhelm Friedrich Hegel,1770-1831)曾稱：「人」之所以為「人」，就必須擁有所有權，並且，「人」做為「理念」(Idee)必須予以其自由的外在範疇。人惟有在(擁有)所有權之內，方可合乎「理性」¹²。由立法制度與憲法角度觀之，人民生活自須依賴外在物質，來維持其生存，用以滿足其「人性尊嚴」，故現代法治國家須建立及維繫一個由憲法來嚴密保障的所有權(或財產權)體系。以黑格爾理論觀之，對於財產權為物質之基礎，因人類可透過財產成就實踐自我人格，並進而發展出自我意志自由，故對於財產權之保障，關乎人類人格自由發展，如同我國司法院大法官解釋第 400 號解釋文¹³第一段提及「憲法第十五條關於人民財產權應予保障之規定，旨在確保個人依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害，俾能實現個人自由、發展人格及維護尊嚴。」，可見關於財產權之保障，認涉及人格自由發展是為我國大法官所繼受援引，也因此大法官解釋第 400 號最後對於行政院就有公用地役關係既成道路不予徵收之函認定違憲之結果。因財產權對於人類的生存有重要的地位，在自身的財產權受到保護的狀況下，方能實現個人自由、發展自我人格、維護人性尊嚴，所以對於財產權的保護，雖會受到在歷史、文化、政治、經濟而有所不同，但均肯認人民享有財產權的保障。

第二項 憲法保障與規範之意義

在瞭解為何財產權應予以保障後，對於智慧財產權是否屬於財產權之內容，

⁹ John Locke，《政府論次講》，葉啟芳、瞿菊農譯，唐山出版社，民國 75 年 7 月初版，頁 30-31。

¹⁰ 參照陳愛娥，前揭註 7 文，頁 397-398。

¹¹ 參照陳愛娥，前揭註 7 文，頁 398-399、李榮藝，《從財產權之保障探討既成道路徵收補償之問題》，東海大學法律學研究所碩士論文，93 年 1 月，頁 13。

¹² 陳新民，《憲法基本權利之基本理論》(上冊)，元照出版，2002 年 07 月，頁 286。

¹³ 司法院大法官網站：<http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03.asp>，造訪日期：2012 年 5 月 1 日。

須先視財產權保障之內涵為何？又我國學說對於財產權的概念可以區分成二類，二者雖都稱作財產權，然其意義內涵卻有所不同，第一種是民法學者所認為的財產權¹⁴，主要係以財產上利益（金錢價值）為標的之權利，原則上人格權及身分權以外之其他權利，只要具有財產上之利益者均屬之，財產利益係指得以經濟價值衡量者，凡具有精神、文化或紀念價值者均可作為財產權之標的，具有決定生產、分配、消費產品和服務之功能，主要功能即為經濟功能，類型上又可區分為債權、物權、準物權、無體財產權等四種。

第二種是憲法學者所認為之財產權，因憲法屬於較抽象之規範，故其財產權之概念自應廣於民法之概念，財產權係指個人對其所有之財產，有自由使用收益處分之權利，此種定義乃指所有權之意，憲法上財產權之概念應以一切有財產價值之法律地位，而不限於「權利」化的財產利益¹⁵。就憲法基本權之保障而言，十八世紀前後，認為人民權利保障屬自然權之概念蓬勃發展，財產權被定位成人權保障的核心，屬於神聖不可侵犯的自然權，此與當時之歷史背景背景，當時關於「財產形成」與「勞動力」是密切結合在一起的，財產是每個人為求生存以本身的勞動力所取得，因為財產是由自己血汗累積所擁有，自然被認為不可剝奪¹⁶。傳統生活方式仰賴以物為主體，例如以種植農作物到市場上以物易物，後來則有貨幣制度出現，將工作勞力所得成果化為一定貨幣單位，但在現代社會中，隨著工商科技業發達、經濟結構之轉變與時代政治理念之變遷，使財產權之性質已有根本之變化，其涵蓋之內容遠較傳統定義為寬廣、複雜，工作不單是物質生活的基礎，更有自我實現之價值。對於付出心智或勞動所產生之薪資請求權及因此而生之其他請求權等在現代社會中更受到重視，因已成為多數中產階級者獲得財產之重要來源，我國大法官之釋憲實務上亦將此類公法上請求權納入財產權之範圍，例如釋字第 266 號認為考績法所為之免職處分，影響公務員之財產權保障，應有救濟之途徑、釋字第 312 號關於公務員退休請領福利互助金認定屬於公務人員之公法上財產請求權，遭受損害時，得依訴願或行政訴訟程序請求救濟。此種隨著時代之演進，愈來愈多的公法直接或間接的影響到財產權的內容，使得憲法保障財產權之內涵變成具有相當彈性的動態財產權¹⁷，也就是財產權之

¹⁴ 參照王澤鑑，《民法總則》，三民書局，2004 年 12 月 14 刷，頁 252；施啟揚，《民法總則》，三民書局，98 年 8 月 8 版，頁 53-54；黃立，《民法總則》，元照出版，2001 年 1 月二版，頁 66；謝哲勝，〈從法律的經濟分析論智慧財產權之保護政策〉，收錄於氏著《財產法專題研究》，三民書局，民國 84 年 5 月初版，頁 200-201。

¹⁵ 蘇永欽，〈民事判例的合憲性控制—以釋字第 349 號解釋為例〉，《憲政時代》，民國 83 年第 20 卷第 3 期，頁 53。

¹⁶ 參照李惠宗，《憲法要義》，元照出版，2009 年 5 版，頁 253；許育典，《憲法》，元照出版，2008 年 2 月二版，頁 277。

¹⁷ 參照蘇永欽，〈財產權的保障與大法官解釋〉，《憲政時代》第 42 卷第 3 期，1998 年 12 月，頁 24；陳慈陽，《憲法學》，「認為財產就是指所有現行法秩序下，被視為具有財產價值之權利及物體，惟私人所使用支配者均屬之」，元照出版，2004 年 1 月初版，頁 567；許育典，前揭註 16 書，「立法者應基於保障財產權，以促進人民個人人格發展為目標，而形成財產權制度」，元照出版，2008 年 2 月二版，頁 280；陳新民，前揭註 12 書，「憲法係授權立法者，有一形成可能性，

內涵在不同的時間點將會有不同內容。

因此在現代社會中，財產權的保障範圍究竟為何？對於所謂財產權的概念應如何隨時代變遷作解釋？是否因為社會的變遷，智慧財產即被認為屬於憲法財產權保障範圍？若將智慧財產權定位於憲法保障財產權的範圍，是否符合憲法保障財產權的意旨？仍須探究憲法上關於財產權保障之意義，因我國憲法實受到德國基本法深遠之影響，在論述上，本文先探討德國財產權保障，再探討我國財產權保障。

第一款 德國財產權保障

關於德國基本法首次明文出現保障人民財產權之制度，可溯源至 1849 年 3 月公布的「法蘭克福憲法草案」。於法蘭克福憲法草案第 164 條規定：所有權不可侵犯。徵收唯有因公眾福利（Das Gemeine Beste），且依法律，以及給予公平補償之後，方得為之¹⁸。惟當時基於資本主義發達，著重經濟自由之發展，對於個人財產權加以尊重，但到 19 世紀時，因自由放任主義產生貧困、疾病、勞資對立等社會問題，對於所有權絕對及契約自由加以限制，基本權之保障多了社會化之色彩，例如 1919 年公布之威瑪憲法，有關人民財產權保障的理念以及制度較為完備，才取對自由經濟進行干預的立場，對於財產權之保障由絕對性之保護趨於兼顧其社會責任，而劃定權利人行使自由之界限¹⁹，主要規定於威瑪憲法第 153 條²⁰，除了如同先前有關於所有權之保障、徵收補償制度外，更認為所有權負有一定程度之社會義務，行使所有權時應有益於公眾福利，此威瑪憲法的關於財產權保障體系受到 1949 年公布之基本法所承繼，主要規定於基本法第 14 條²¹。

來決定人民所應擁有，並受到法律保障的財產權，立法者這種憲法委託，始得立法者可以依據當時社會之觀念，或是斟酌社會、經濟情勢之需要，將目前已存在，或將來可能產生之財產權利，以立法方式，予以變更或是根本上予以變更」，三民書局，85 年 1 月 4 版，頁 296。

¹⁸ 陳新民，前揭註 12 書，頁 287。

¹⁹ 參照陳新民，前揭註 12 書，頁 287。陳榮隆，〈從憲法財產權之保護論物權編修正草案〉，收錄於《現代憲法的理論與現實》，元照出版，96 年 9 月初版，頁 1057。

²⁰ 威瑪憲法第 153 條：

(1) 所有權受保障。其內容及其限度，由法律定之。徵收惟有為公共福利且依法律，方得為之。除聯邦法律有特別規定外，徵收必須給予適當之補償。有關徵收之爭訟，由普通法院裁判之。

(2) 所有權負有義務。其行使應同時有益於公眾福利。

²¹ 基本法第 14 條：

(1) 所有權和繼承權受保障，其內容及限度，由法律定之。

(2) 所有權負有義務。其行使應同時有益於公眾福祉。

(3) 徵收惟有因公共福祉所需方得為之。徵收之執行，需依法律或基於法律，而該法律必須同時規定補償之種類及限度後，方得為之。徵收之補償，以公平的均衡公共利益及私人利益後，決定之。關於徵收之額度，其爭議由普通法院裁判之。

因基本法將保障財產視為憲法保障人民基本權利體系的一環，憲法保障的一般自由權利與財產權基本權利之間具有緊密的關係，人民享有財產基本權利，意即在物質方面，透過憲法之保障，促使個人自由，能有所發揮，確保個人在經濟上之基礎及一個個人自我領域之存在，能確保基本權主體在財產法領域範圍內之自由，並使得個人生活能夠自我發展與自我負責，即因憲法保障財產基本權利，即保障一個私有財產制度，使得每一個人民在該制度內，可以憑藉自身的努力追求掌握資源、能夠自由利用、處分資源，追求物質的基礎²²。因此，透過憲法規範及相關財產法制立法，達成保障人民財產基本權利，而因物質資源的豐富，使人民能有衣食無虞之生活，有助於人格發展與個人成就之達成，促進「人格發展之自由」，使得人民之其他自由權利，能夠更具體的實現。故憲法財產權之保障，係具備確保之功能，作為人民享受其他基本權利之基礎，使人民得以創造發展人格自由。

第二款 我國財產權保障

我國憲法第 15 條規定：「人民之生存權、工作權及財產權，應予保障。」依此規定，我國憲法明文肯定人民享有生存權、工作權及財產權等基本權利，雖然我國憲法將上述三個權利，皆並列於同一條文內，惟這三個權利之本質，則並不相同。本文僅就財產權之部分探討，憲法上之財產權保障主要包括兩種意涵，其一為著眼於自由權之性質，個人就其所所有財產之使用、收益、處分享有不被國家不當干涉並進一步實現個人人格自由，例如大法官釋字第 400 號解釋：「憲法第 15 條關於人民財產應與保障之規定，旨在確保個人依財產之存續狀態行使自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害，俾能實現個人自由發展人格及維護尊嚴。」；其二為私有財產權制度本身之保障，係指對於私有財產雖得在一定條件下加以限制、剝奪，但就私有財產制度之本質性、核心的部分，縱依法律亦不得加以變更²³。

第三項 憲法保障與民法規範

規範人民財產關係之普通法為民法，而智慧財產法屬於規範人民智慧財產權關係之特別法，應優先於民法作適用。故在探討智慧財權在憲法上之基礎時，須

²² 參照陳新民，前揭註 12 書，頁 289；陳慈陽，前揭註 17 書，頁 566；吳秀明、楊坤樵，〈憲法與我國經濟部門之基本秩序〉，收錄於《部門憲法》，元照出版，2006 年 1 月初版，頁 235。

²³ 制度性保障之詳細內涵，將於本章第二節論述。

先就民法與憲法之關係作瞭解，憲法所保障之基本權，本來係指「排除國家干涉的自由」而言，包括國家公權力之行為（行政、立法、司法），均受到基本權之限制（垂直效力），其保障之目的在於限制公權力的行使，保護個人之基本自由領域。但因在私人相互間，也是有發生基本權侵害之可能，此時即應討論私法關係中的一般私人相互間，是否可以主張基本權利，或是基本權利對於私人關係中是否產生拘束力²⁴。傳統上對於規範公權力行使之公法與以私法自治為原則之私法，多加以二分，在學說上區別公法與私法之理論有²⁵：利益說、權力說、新主體說、應用說、法律關係說等，並認為區別公私法具有之下列實益：訴訟救濟途徑不同、國家賠償請求權不同、行政程序法適用與否、行政強制執行適用與否、中央與地方立法權限劃分、法律解釋與適用應遵循原則與補充準據等實益。對於公私之區別固然有其實益，但現代立法規範制度複雜，在法律適用上究屬公法或私法仍不免產生疑義，例如專利法依其性質可判斷為私法，但在行政機關授與專利權時，多認為屬於行政處分，故應以公法救濟途徑。因此有學者認為²⁶：公法與私法之區別，實非先驗、絕對、本質之概念，其毋寧是制度上、技術上及運用上之區別方法。故公私法並非截然二分之概念，公法固然以憲法為中心，雖憲法上所保障之國民的基本權，但若在私人間或受私人團體侵害時，原則上並無直接主張為法的效果。

傳統人權思想係基於人民對國家權力的防禦概念而形成，故以憲法基本權限制國家權力不可介入私人間的社會性、經濟性活動，以保障自由人權，私人間之關係則以各種私法規範、契約自由來維持，蓋憲法基本權利之規定，無非在保障人民免於遭受國家非法侵害，從而其制約之對象為國家，其所規定者均為人民所享有得對國家公權力主張之權利。因此基本權利之傳統效力，其對象僅及於國家，其標的僅及於人民與國家間的公法關係。晚近，認為如果私人間的私法自治，完全不受到基本權的限制，將出現對於基本權保障不良之影響，故認為基本權利除對抗違法公權力侵害外，尚可對抗社會上經濟優勢集團，以保護弱者，即私人與私人間的基本權水平效力²⁷。例如：私人企業雇用女性員工要求結婚後必須離職的「單身條款」，或報社批評某一私人濫用其言論自由權，此時人權所遭受的侵害，並非來自國家，而係來自私人，則憲法人權規範是否發生效力？基本權利在同為享有者的私人間，於何種範圍以何種方式，始發生效力。

由德國路特案中，聯邦憲法法院認為：基本法的基本權利章節蘊含客觀的價

²⁴ 參照蕭淑芬，《基本權基礎理論之繼受與展望—台日比較》，元照出版，2005年10月初版，頁97。許宗力，〈基本權利的第三人效力與國庫效力〉，《月旦法學教室》第九期，2003年7月，頁64；許育典，前揭註16書，頁280。

²⁵ 參照李建良，〈行政法：第三講—公法與私法的區別（上）〉，《月旦法學教室》第五期，2003年7月，頁40-42、管歐，《法學緒論》，五南出版，2010年72版，頁184-188。

²⁶ 翁岳生，《法治國家之行政法與司法》，月旦出版，1994年8月，頁14。

²⁷ 參照法治斌、董保城，《憲法新論》，元照出版，2010年4版，頁165；許育典，前揭註16書頁137；許慶雄，《憲法入門》，月旦初版，1997年9月3版，頁58。

值秩序，目的在於強化基本權之效力，該價值秩序對於在社會共同體內自由發展之個人人格與人性尊嚴為重點，故應以憲法基本決定視之，並承認其對於所有之法領域均有適用²⁸，亦即基於憲法之最高性，對於所有之法規範均產生一定之拘束力，而憲法規定如何具體適用在私人關係中，對於此一問題，學說向來區分為（一）無效說（無適用說）、（二）直接效力說（直接適用說）以及（三）間接效力說（間接適用說）等三種學說，進行討論，晚近更有國家保護義務之見解，茲分述如下：

第一款 無效說（無適用說）

此說認為基本權規定不得適用於私法關係中之理由有²⁹：從基本權利發展史觀之，基本權利係人民對國家防衛權概念發展而成，因此由歷史演進來看，私人間並無法主張基本權利，私人間基於私法自治、契約自由原則，人民已因締結契約而自願承擔約定的成果，因此私人間縱有所損害或不利，亦不得主張人權受侵害。若在處理私人紛爭上，法官引用憲法基本條款作為判決依據，則國家幾乎成法官國，而非法治國，因法官在判決時，因優先適用較具體之法律規範而非憲法規範。因此在本質上，基本權利具有對抗國家、對抗公權力之性質，除非憲法本身已明文規定可適用於私人間關係，否則無法對第三者發生效力，一般而言，私人間權利侵害之問題，應交由法律解決。

第二款 直接效力說（直接適用說）

此說認為基本權規定可以直接適用在私人關係中之理由有³⁰：憲法為國家之最高法規，因此不論是公法領域或私法領域，只要是國家法律，均應予以適用。所以在裁判過程中，得主張私人違反憲法造成權力侵害。此說認為基本權利雖根基於自然法之天賦人權說，而明定於憲法條文，然其本質具有超實定法之價值存在，及社會生活之客觀價值秩序，為包括公法、私法之全體法秩序之基本原則。基本權傳統上固針對國家而設，惟其意義仍須隨時代而變遷，今日社會上經濟優勢的團體如財團所形成之「社會實力」，已足以對其他私人基本權利造成不亞於國家所造成之侵害時，為保障人權，使人民得以主張憲法人權保障，不僅及於國

²⁸ 參照 Christian Starck 著，〈Über Auslegung und Wirkungen der Grundrechte〉，頁 353-354。許宗力譯，〈基本權利的解釋與影響作用〉，《法學、憲法法院審判權與基本權利》，元照出版，2006 年 7 月初版，頁 326-327。

²⁹ 參照法治斌、董保城，前揭註 27 書，頁 165、蕭淑芬，前揭註 24 書，頁 101。

³⁰ 參照蕭淑芬，前揭註 24 書，頁 101 法治斌、董保城，前揭註 27 書，頁 166；許宗力，前揭註 24 文，頁 68。

家與人民間，且及於私人間亦可主張。認為若干基本權利不但具有保障個人自由，更具有對社會生活秩序之基本原則性質，而此一原則在私人間交易中具有直接的意義。此外，德國基本法承認社會法治國家之觀念，藉著對基本權利之解釋，而為支持基本權利對第三人直接效力之論點。然而，有學者³¹認為民法具有獨立性及民法法典體系一體性，而批評此說有造成私法國家化之危險，將產生徹底破壞私法制度，有破壞私法上契約自由、私法自治原則之嫌疑。

第三款 間接效力說（間接適用說）

此說認為基本權利是公權，不能夠直接適用於私法領域，雖基於國家整體法秩序體系之一致性與統一性，而不否認基本權利對私法亦有影響，認藉由基本權利客觀價值秩序透過私法之一般條款及不確定法律概念，透過民法有關公共秩序之規定，間接透過民法條文之解釋使基本權利之效力及於私人之間³²。其理由為：從基本權利發展史來看，基本權利雖然為人民對政府之防衛權，然而，基本權利亦同時具有客觀價值秩序之功能，而成為全體法秩序（公法、私法）應一體遵守之原則規範，體現基本權利亦可作為私法秩序應遵守之原則規範，在解釋私法之一般條款及不確定法律概念時，就應從保障基本權利的精神出發，藉此使基本權利在私法中實現，亦即使基本權利在私法中發生「放射效力」。

例如民法第 72 條規定「法律行為，有背於公共秩序或善良風俗者，無效。」第 148 條第 1 項「權利之行使，不得違反公共利益，或以損害他人為主要目的。」同條第 2 項「行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法。」，以上條文中所謂「公共秩序」、「善良風俗」、「公共利益」、「誠實信用」等均屬不確定法律概念，其內涵有待進一步加以解釋填充，既然基本權利可作為私法秩序應遵守之原則規範，則在解釋以上這些民法中的不確定法律概念時，注入基本權的考慮因素，即以基本權來闡述、填塞民法上的不確定法律概念，來檢視私人與私人之間的私法行為中，是否違背「公共秩序」、「善良風俗」、「公共利益」、「誠實信用」等條款而無效。

間接效力之學說為我國學界之通說³³，因以基本權之發展觀之，基本權係具有對國家性，若以基本權直接對私人有拘束力將有違憲法規定，且因私人間直接適用憲法，將有違背立法者所制定低位階法律優先適用，違背權力分立、不利法

³¹ 許慶雄，前揭註 27 書，頁 59。

³² 參照法治斌、董保城，前揭註 27 書，頁 166；許宗力，前揭註 24 文，頁 66。

³³ 參照法治斌、董保城，前揭註 27 書，頁 125。陳新民，《中華民國憲法釋論》，三民，2001 四版，頁 119。李惠宗，前揭註 16 書，頁 103、蕭淑芬，前揭註 24 書，頁 102、王澤鑑，《民法債編總論第一冊》，三民出版，87 年 9 月，頁 13。

安定性，更有破壞私法自治之虞。又私人權利義務雖受到基本權利影響其行為規範，但仍屬民事訴訟，不因民法條文應從憲法、公法、基本權利之精神解釋，而成為公法爭訟。透過私法條款中的概括條款、不確定法律概念，經由人權解釋進入民事關係，使人權間接適用於私法領域，亦可實現基本權利保障的，比起僵硬地直接將憲法人權規定套在私法領域中較為合理³⁴；惟有學者認為必須藉由區別基本權之種類，探討其適用的方法，才能界定基本權的第三人效力範圍³⁵，其分類如下：（1）若憲法上基本權規定，已於私法上制定相關立法保障者，則保障效力可及於第三人。（2）性質上不適用於私人關係之基本權利，無第三人效力之問題。（3）憲法基本權條文中，已明確規定適用於私人間，或權利性質屬私人關係者，當然具有第三人效力適用。（4）不屬於前三者之基本權，則須由憲法解釋、判例及各種基準原則個別判定是否適用於私人之間。

關於上述直接效力說與間接效力說於具體個案適用上之差別，即若憲法上基本權受到私人間侵害時，應如何主張，以圖示如下³⁶：

圖 2-1 基本權規定對私人間直接效力與間接效力之區別

	侵權行為	法律行為
直接效力說	民法第 184 條第 1 項前段	民法第 71 條
間接效力說	民法第 184 條第 1 項後段、 民法第 184 條第 2 項	民法第 72 條

資料來源：整理自許宗力，〈基本權利的第三人效力與國庫效力〉，《月旦法學教室》第九期，2003 年 7 月，頁 65-70。

對於此種基本權效力是否適用於私人之間，有學者認此種功能應稱為「基本

³⁴ 法治斌、董保城，前揭註 27 書，頁 166；許宗力，前揭註 24 文，頁 67-68。

³⁵ 參照許慶雄，註 27 書，頁 60-61。

³⁶ 直接效力說：在侵權行為方面，直接將基本權利視為民法第 184 第 1 項前段之「他人之權利」；在法律行為方面，則直接將基本權利視為民法第 71 所稱禁止規定，使違反基本權規定之私人法律行為歸之無效。

間接效力說：在侵權行為方面，將基本權利視為民法第 184 第 1 項後段之「善良風俗」、第 2 項「保護他人之法律」，視法官以基本權之衝突作最後利益取捨；在法律行為方面，則將基本權利視為民法第 72 所稱「公序良俗」，如當事人所訂立之契約，須注意締約當事人之地位是否對等，若處於對等之情況，縱約定有違一般人之比例原則，仍應允許，蓋此為契約自由之範疇；若處於不對等之狀況，則應以比例原則判斷之。

權放射效力」³⁷，因基本權之放射效力，基本權將影響法律解釋與適用，基本權之客觀價值秩序對於所有法律領域均產生影響效力，並不侷限在民法領域，並認為雖然一開始對於基本權係透過概括條款及不確定法律概念作為基本權對私人間效力之入口，但後來發展不再侷限於此，認為一般民事法規適用與解釋都應受到基本權規範的影響。

第四款 基本權保護義務論

關於基本權於私人間得否主張之議題，近來則有國家「基本權保護義務」之見解，基本權保護義務係指：第二次世界大戰後，德國憲法學界及實務界對於基本權功能重新觀察，從保護基本權利的理念，抽繹其所蘊含之客觀價值決定，基本權不再僅為一種「權利」，而屬一種「價體系」或「價值標準」，該價值為國家公權力及全體人民所應共同追求之目標，稱為「客觀的基本規範」或基本權利的「客觀功能」，基於基本權之客觀功能，使國家有盡到保護人民基本權之義務，旨在使人民免於國家公權力之侵害外，亦可免於第三人之侵害，亦可稱為基本權之「保護功能」³⁸。此說並非如同前述直接適用說、無適用說、間接適用說之見解，直接從私人間得否主張基本權利作論述，而是從關於私人間之權利義務關係，國家有無基於基本權利之保障進而制定相關法律著眼，認為基本權對第三人效力意味著法官對於法律以合乎保護義務的方式來解釋，認為基於基本權保護義務，國家負有義務，須採取必要措施，以保護個人的基本權法益，俾免受第三人侵害³⁹。經由立法者透過立法於不同的法律領域，包括公法、刑法、民法等，設計不同基本權保護機制來履行，並可對於私人間基本權衝突之衡量、協商與調整，透過基本權保護機制來解決衝突，又立法者與法官行使之司法權不同，立法者具有直接、多元民主之正當性，能避免產生破壞權力分立之疑慮，維持法安定性及私法自治制度等優點，透過立法之方式，達成憲法上權利保障之有效性。

基於基本權保護義務，往往涉及刑法或行政法上標準制定、民事法規之制定或修改，此時不但國家有義務去制定相關法律，另一方面，亦屬於對基本權侵害的正當化，蓋保護人民之一方，有時必須限制另一方的基本權。對於此種立法所

³⁷ H.D.Jarass, Funktionen und Dimensionen der Grundrechte, S.652。轉引自張嘉尹，〈違憲審查中之基本權客觀功能〉，《月旦法學》，2010年10月第185期，頁22。

³⁸ 參照李建良，《憲法理論與實踐（一）》，學林出版，1999年，頁14-15、李後文，《新聞自由與名譽權衝突之處理-以懲罰性損害賠償為中心》，東海大學法律研究所碩士論文，97年，頁88-89。

³⁹ 參照許志雄，〈當代人權的發展趨勢與課題〉，收錄於《現代憲法的理論與現實》，元照出版，96年9月初版，頁328-329；許宗力，前揭註24文，頁67；張嘉尹，前揭註37文，頁23。

應採取的審查基準：「不足禁止原則」⁴⁰，此種審查基準屬於較高的審查密度，要求立法者應做出適當有效的保護，且保護措施須基於細心的事實調查與具有可支持性的評估。

第五款 小結

由憲法保障之基本權與民法規範之關係，可知道雖民法係規範私人間權利義務關係，例如本文所探討之智慧財產，在定位上應屬民事法規，智慧財產權之保障，除對抗國家不當侵害外，更大的功能是在人民間智慧財產權定紛止爭，若基於憲法的間接第三人效力，對於私人間智慧財產權之紛爭，適用相關法規若有疑義時，解釋上仍須符合憲法保障之目的，若以國家保護義務觀之，對於智慧財產法制因涉及人民權利義務以及國家整體經濟、科技之發展，國家更有義務去完善制定相關法令之義務，又因授予智慧財產權人權利，相對地即屬限制其他非智慧財產權人運用相關權利之自由，以前述之「不足禁止原則」審查基準，則屬較高之審查密度，因此國家對於私人間智慧財產權之歸屬，實有義務去訂立相關規範，但對係基於何種基本權條款而去制定，仍須進一步作討論。

第二節 財產權保障之特徵

因智慧財產權之文義上與財產權最為接近，一般人亦因智慧財產權之名稱，多將智慧財產權視為財產權之一種，故在本節探討憲法上財產權保障之性質與特徵，再與立法所保障之智慧財產權作比較，視智慧財產權是否與憲法上財產權之性質與特徵相同，探討智慧財產權之憲法保障基礎，是否即在憲法第 15 條關於財產權保障之規定。

第一項 財產權之法性質

第一款 防禦權

財產權屬於受憲法保障之基本權利，在過去十八、十九世紀之法治國家，認為財產權與人類其他一些與生俱來的權利如人身、信仰、言論自由等同為人權，

⁴⁰ 參照張嘉尹，前揭註 37 文，頁 23-24。

享有絕對之支配性，因此對於所有權的保障，原初型態帶有消極的性格，強調其不受國家干涉的特質，而以「所有權絕對」或「所有權神聖不可侵犯」的姿態出現。關於財產權之性質，如同其他自由權一樣，屬於排除國家公權力侵害或干預的消極防禦之自由權。係指基本權賦予人民「法」之地位，於國家侵犯人民受保障之基本權法益時，得直接根據基本權條款規定，請求國家停止該侵害行為，以達到防衛受到基本權保護之法益，使人民基本權利免受國家恣意干預。財產權最原始作用即為防禦權功能，人民可以自由的擁有、使用並處分其合法取得之財產。除對存在於身外的「物」、「財產期待權」或「權利地位」的權利存續保護，尤以財產權利人自由利用之權能最重要。所以在我國憲法保障財產權之主要意義，並不著眼民法物權對財產權人（所有權人）的權限問題，也不在於所有權人之所有權限制問題⁴¹。我國憲法對財產權保障，主要以財產權人擁有及處分其財產標的權限為中心，憲法保障財產權人免受國家恣意侵害及可自由處分該財產，即財產權保障和財產自由權兩者合而為一。財產權之規範，除使人民的財產權不受國家侵害外，亦可免受其他私人的不法侵犯，針對國家權力侵犯人民財產的方式，較常見的情形為違法或不當的稅捐制度、沒收、徵收，惟人民基於憲法財產權之保障，可經由訴訟尋求救濟。

然憲法財產權規範除原本具有自由防禦權等消極性質之外，財產權保障亦同時具有積極受益性⁴²，從憲法將財產權與工作權、生存權並列，而分別於基本國策中國民經濟、社會安全以及增修條文第 10 條「...促進產業升級，...保障扶助原住民...」相互呼應，認為財產權具有積極受益性；我國司法院大法官亦作出下列解釋肯認財產權之積極受益性，釋字第 312 號⁴³：關於公務員退休領取之福利互助金，未發給時，應予法定救濟途徑、釋字第 434 號⁴⁴：關於公務人員保險法漏未規定退休以外之人員請領養老給付之規定屬於違憲，可導引出人民關於財產權可對國家有「公法上請求權」，因此使財產權已兼有受益性「分享權」性質，並非傳統定義上單純消極防禦權。

⁴¹ 參照法治斌、董保城，前揭註 27 書，頁 267；許育典，前揭註 16 書，頁 283-284；陳新民，前揭註 12 書，頁 340；許宗力，〈基本權的功能〉，《月旦法學教室》，2002 年 12 月第 2 期，頁 72。

⁴² 參照法治斌、董保城，前揭註 27 書，頁 268。

⁴³ 釋字第 312 號理由書第一段：人民之財產權應予保障，憲法第十五條定有明文。此項權利不應因其被任命為公務人員，與國家發生公法上之忠勤服務關係而受影響。公務人員之財產權，不論其係基於公法關係或私法關係而發生，國家均應予以保障，如其遭受損害，自應有法律救濟途徑，以安定公務人員之生活，使其能專心於公務，方符憲法第八十三條保障公務人員之意旨。參考自司法院大法官網站，網址：

http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03_01.asp?expno=312，造訪日期：2012.5.7。

⁴⁴ 釋字第 434 號解釋文後段：惟被保險人所繳付之保險費中，關於養老保險部分，承保機關依財政部核定提存準備辦法規定，應提撥一定比率為養老給付準備，此項準備之本利類似全體被保險人存款之累積。公務人員保險法於第十六條第一項關於養老給付僅規定依法退休人員有請領之權，對於其他離職人員則未規定，與憲法第十五條保障人民財產權之意旨不符，應即檢討修正。

第二款 制度性保障

憲法關於財產權保障在我國多認為具有制度性保障之功能，以下就制度性保障於德國、日本及我國之發展作介紹。

一、制度性保障之發展

(一) 德國

1、舊說

舊說主要發展於第二次世界大戰前（西元 1939 年），學說代表者為 Carl Schmitt⁴⁵，此說認為制度性保障意謂基本權不僅是個人權利保障，也包括公私生活上既存的社會事實，經由各種複雜的法規加以規範，而形成的建制。但並非每種自由權利都具有此種功能，制度性保障之功能僅在傳統上存續已久的制度，例如婚姻制度、繼承制度、文官制度、地方及大學自治等，才能夠稱為制度性保障，而能免於立法權之侵害，屬於傳統之規範複合體。

此說認為制度性保障所具有之功能，係規範具有制度保障特徵之特定基本權所保障社會生活事實之法規範總合，而制度性保障指係指保障這些制度中具有典型特徵的傳統核心，避免於遭受立法者的侵害⁴⁶。制度性保障僅具「現狀擔保」功能，並未課與國家積極創設一理想制度的義務，目的在保障法所承認之制度，故不能單純以法律除去之，打破當時憲法學說認為基本權並不拘束立法權，只拘束行政權之見解，亦即制度性保障主要是對抗立法者的保障，並可在劃分為保障私法制度的制度性保障與保障公法制度的制度性保障。

2、新說（二戰後）

⁴⁵ 參照吳庚，《憲法的解釋與適用》，三民出版，2004年第三版，頁120；陳春生，〈司法院大法官解釋中對於制度性保障概念意涵之探討〉，《憲法解釋之理論與實務》第二輯，中研院社科所，2000年，頁314。

⁴⁶ 參照許宗力，《憲法與法治國行政》，元照出版，1999年3月，頁176；陳春生，前揭註45文，頁275；張嘉尹，前揭註37文，頁24。

新說發展於第二次世界大戰後，學說代表者為：Peter Häberle⁴⁷，此說認為個人權利與制度保障兩者共同構成基本權的整體，意即基本權除作為個人的公權利之外，亦為人民生活關係中的建制，具有客觀的及制度上的特徵。因此法律上的契約、財產及繼承秩序，現存的婚姻、家庭、結社、集會及勞動聯盟等都可被視為憲法制度，而應受到保障，此時對於基本權之理念，透過規範複合體，讓社會中存在之制度現實化狀態維持，並認為基本權之功能，不僅是消極的「現狀擔保」，更積極地課予立法者去形成、保護的義務，透過立法者來劃定基本權保障之界限。

（二）日本

日本從第二次世界大戰前，即有關於制度性保障之討論，但大多數集中於學說史的探討⁴⁸，在第二次世界大戰後，日本學界及實務界，則對於財產權保障、大學自治、地方自治、婚姻與家庭制度、通信秘密之保障、國家與宗教分離之保障、無償之義務教育等進行研究，而以制度性保障法理加以說明。在實務上於高等法院 1971 年、最高法院 1977 年之政教分離判決中，明示使用制度性保障用語，但日本學界對於制度性保障理論近來持批評者漸增多，故實務上對此理論之導入採取較謹慎之態度。

日本學說上多採反對此理論之理由在於 1、防止來自法律侵害之制度之本質內容，如果嚴格解釋，則有變成最小保障之虞。如果「制度」概念或制度性保障中，各制度之本質內容，若不明確，則此種危險性相當大⁴⁹。2、認為制度性保障理論是在威瑪憲法下，基本權係在法律保留下獲得，故保障其本質內容不容立法者侵害而出現。但在戰後德國基本法下，立法、執行與審判，須受基本權拘束（1 條 3 項），且基本權之本質內容不容侵害（19 條 2 項），則 Carl Schmitt 所主張之制度性保障理論，能應用之空間已不多，幾無承認之實益⁵⁰。基於上述之原因，日本學說對於關於制度性保障之理論，採取較嚴格謹慎之態度。

（三）我國

⁴⁷ 參照吳庚，前揭註 45 書，頁 121。陳春生，前揭註 45 文，頁 300-315。許宗力，前揭註 46 書，頁 176。

⁴⁸ 參照陳春生，前揭註 45 文，頁 311。

⁴⁹ 山下健次，《制度的保障論覺書》，立命館法學，150、154 號合併頁 792。轉引自陳春生，前揭註 45 文，頁 310。

⁵⁰ 盧部信喜，《現代人權論》，頁 160，《演習憲法》，頁 71。轉引自陳春生，前揭註 45 文，頁 311。

我國關於制度性保障一詞，首次出現在司法院大法官解釋第 368 號，吳庚大法官所寫的協同意見書：「憲法所保障之各種基本權利，無論屬於消極性防止公權力侵害之防衛權—各類自由權屬之，或積極性要求國家提供服務或給付之受益權—社會權為其中之典型，國家均負有使之實現之任務。為達成此項任務，國家自應就各個權利之性質，依照社會生活之現實及國家整體發展之狀況，提供適當之制度的保障（institutionelle Garantie）。經由制度保障功能之確認及對憲法人民權利條款作體系論之解釋，當可建立各個基本權利之保障範圍（Schutzbereich der Grundrechte），在範圍內受保障之事項，可稱之為基本權利構成事實

（Grundrechtstatbestand）。受理具體案件，對相關之基本權利建構明確之保障範圍，乃釋憲機關無所旁貸之責任。」⁵¹。氏認為制度性保障是由個人基本權中產生的保障功能，不論是從憲法實施時，既已存在的各種保障基本權的制度，或是衡量社會生活的現實及國家發展狀況，所應建立的保障制度均包括在憲法制度性保障範圍內。

學說上對於制度性保障之見解，多認同德國新說之見解，即基本權除了消極的對抗功能外，更有課予國家積極形成、保護之義務，制度性保障之內涵主要包括⁵²：（一）每一個基本權利，不論消極自由權或積極受益權，都具有制度保障功能。（二）基本權的制度保障功能，課與國家提供「適當」之制度的保障的義務，用以促成基本權的實現。（三）所謂的制度既由國家所提供，應係指「由法令或例規」所形成的制度，與社會生活事實中存在的各種不同尚未經法制化的「制度」不同。（四）關於國家所提供的制度性保障是否適當，尚需視「各個基本權之性質」、「社會生活之現實及國家整體發展之狀況」而定。因此對於財產權而言，主要藉由民事、商事法律體系之建立，用以完整規範人民關於財產權利義務關係，在人民之財產權受到國家、私人侵害時，人民能夠依據該法規主張自身之財產權，在立法規範財產權法制度時，應對於財產私有制度加以保障，使人民之財產能夠抵抗來自國家或私人之非法侵害。

二、小結

綜上述，稱財產權為制度性保障之權利，不僅代表關於財產權之保障先於憲

⁵¹ 參照吳庚，前揭註 45 書，頁 123、釋字 368 協同意見書第一段。參考自司法院大法官網站，網址：

http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/P03_01_detail.asp?expno=368&showtype=%B7N%A8%A3%AE%D1，造訪日期 2012 年 5 月 1 日、。

⁵² 參照許宗力，前揭註 46 書，頁 174。陳新民，前揭註 33 書，頁 281-283。陳榮隆，前揭註 19 文，頁 1055-1057。

法規範而存在，而可免於國家之侵害，更意味著國家應對財產權的內容予以「形成」，此屬國家之「義務」，與其他自由權不同，國家原則上不予以干涉，人民之基本權即可實現。蓋「制度性保障之權利」，原則上須透過法律制度形成權利之具體內容，因此立法者對於制度性保障之權利，有較大的形成空間。因此國家對財產權之範圍，可以透過法律加以「形成」，並非僅單純加以限制而已⁵³，亦即法律可以規定哪些標的或法律地位始得成為人民財產權的標的⁵⁴，但國家對財產權內容進行「形成」時，仍不可侵犯害到我國基於憲法保障財產權之核心，該核心領域為私有財產制度包括財產的私有性與財產的私用性。故國家對財產權內容得依據公益之必要（憲法第 23、第 142 至 145 條），加以形成並限制其內容，惟侵害到財產私有與私用性時，例如財產制度改為共產制，則非我國憲法所容許。又因財產權涉及人民人格權自由發展，故國家所進行對財產權限制，亦不得過度限制使人民財產權之保障，甚至降低至「維持日常所需」之程度，均非我國憲法所容許。由財產權之制度性保障觀之，立法者對於財產權之核心，即財產私有與私用性不可侵犯，且立法者對於財產權標的具有一定形成空間，故立法者將智慧財產權劃為財產標的，應為憲法所容許。

第二項 財產權保障與政治自由

私有財產權為資本主義之根本，孟子曰：「無恒產者無恒心」，關於財產權之規定越清楚，對於市場上之人的權利義務越明確，越能在制度框架內受法律保護，對於合法取得的財產，即為個人安身立命之基礎，維持生存之所需，財產權之保障涉及個人生存權之基礎及延伸，為個人實現生存權之物質手段，若財產權此種基礎之權利都無法受到保障，而隨時有受國家、私人侵害之虞，則對於其他權利之行使、保障亦難成立。

近代關於憲法國家之發展，各國雖有所不同，但仍有其共通之理論基礎，作為各國建構憲法國家之基礎。憲法國家之起源，本出於對君主專制之反抗，透過權利保障及權力分立，用以確保人民之自由權利，而財產權之保障即為重要之人民權利⁵⁵。從 18 世紀時，財產權即被視為個人不可侵犯之天賦權利，自 1789 年

⁵³ 參照蘇永欽，前揭註 17 文，頁 19。

⁵⁴ 例如專利法第 24 條規定，下列各款，不予發明專利：

- 一、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。
- 二、人體或動物疾病之診斷、治療或外科手術方法。
- 三、妨害公共秩序、善良風俗或衛生者。

⁵⁵ 參照黃宗樂，〈公平交易法與經濟自由－評論我國憲法上之經濟體制〉，收錄於《現代憲法的理論與現實》，元照出版，96 年 9 月初版，頁 1045。楊松齡，〈土地所有權保障、限制與徵收補償之探討〉，《現代地政理論》，三民書局，1990 年，頁 440、李惠宗，前揭註 16 書，頁 270、

法國人權宣言率先於第 17 條規定「財產權為神聖不可侵犯之權利，非因法律規定之公共需要，並給予法律規定之適當補償，不得剝奪」後，所有權正式成為法律保障標的，保障市民的自由權與財產權也成為 19 世紀市民立憲運動的訴求重點，因為自由權的保障乃政治生活的基礎；而財產權乃社會經濟生活之基礎。

第三項 財產權保障與民主主義

亞當斯曾宣稱：「財產必須保障，否則自由即無所存」，憲法之父麥迪遜於制憲會議時亦明示：「文明社會之主要目的，即在保障財產及公共安全」。我國民法繼受歐陸市民社會資本主義法，但在憲法制定時，則明定以民生主義為基本原則、發達國家資本、節制私人資本等制憲目的，具有相當程度的社會主義色彩⁵⁶，我國憲法在西元 1946 年制定時，係仿效德國威瑪憲法而來，憲法中注入社會主義精神，而設置基本國策「國民經濟」章節，其內涵除包括資本主義保障私有財產權之核心價值外，更具有社會主義色彩，例如以民生主義為基本原則、實施平均地權、節制私人資本、公用事業及獨占事業公營等原則，均具有社會主義之意涵。

我國憲法帶有國家社會主義色彩，卻有資本主義之核心價值，資本主義為一種經濟秩序，此種經濟秩序係以私有財產權為基礎，即保障人民所擁有之財產權，但對於財產之生產與分配則由市場運作，透過價值體系決定，政府僅作必要的立法架構，使市場能自由順暢的運作而政府不加以干擾，資本主義包含下列特徵⁵⁷：(一) 承認私有財產，使人民有努力動力、(二) 強調自由放任，反對政府不當干預、(三) 鼓勵自由競爭，由市場價格機能調節生產與消費活動、(四) 追求最大利潤。我國憲法係有具備上述資本主義之色彩，但為避免資本主義過度發展後，所帶來財富、資源過度集中之現象，而有融入具社會主義意涵之規定

在民主國家的憲法中，多有明文規定保障私有財產權，我國憲法亦不例外，即使國家在為達成公共利益之例外情形，對於人民之私有財產權須徵收，亦須經合法程序取得財產權人同意予以等價之補償，不能像共產國家依其國家權力予以剝奪⁵⁸。保障人民財產之私有財產制度須透過法律規範加以保障，用以避免國家權力濫用及私人侵害，否則人民對其財產權之使用、收益、處分、排他等權利將

Christian Starck 著，〈Grundrechtliche Schutzpflichten〉，頁 460。李建良譯，〈基本權利之保護義務〉，*《法學、憲法法院審判權與基本權利》*，元照出版，2006 年 7 月初版，頁 417-418。

⁵⁶ 參照黃宗樂，前揭註 55 文，頁 1031-1033。

⁵⁷ 黃宗樂，前揭註 55 文，頁 1044-1045。

⁵⁸ 參照黃宗樂，前揭註 55 文，頁 1045-1046。

無從實現，因此欲保障私有財產制度須有法律體系作後盾，政府須訂立相關法制，促使人民在市場活動中可以自由行使財產權。

歷史的經驗告訴我們，從已經實施民主政治的、以及正在進行民主轉型中的國家來看，可以發現一個普遍存在的事實。在當今世界上多達一百七十多個獨立國家之中，可以稱為民主政體的國家為數並不多，大約有 60 個左右⁵⁹。以 1980 年代以前已實行民主政治的國家，均屬於採取實施資本主義市場經濟的社會；由第三波民主化潮流⁶⁰中由威權政體轉變成民主政體約三十多個國家，都是屬於資本主義市場經濟的社會；在實行社會主義計畫經濟的東歐各國與蘇聯共產政權解體後的「獨立國協」加盟共和國來說，在政治民主化的過程中，對於經濟體制亦同事進行改革，從計劃經濟轉變為市場取向的經濟。資本主義市場經濟與民主政治兩者之間具有密切關聯，迄今相關研究都指出：實行資本主義的社會雖然不一定是或曾經是民主政治的國家，但實施民主政治的國家只出現或存在市場經濟的社會中。意即，資本主義市場經濟雖然不是民主政治出現的充分條件，卻為成功實施民主政治的必要條件。

第四項 小結

財產權之保障如同司法院大法官解釋第 400 號所言，涉及實現個人自由發展人格及維護尊嚴，起初具有防衛權與自由權之性質，防止國家不當干涉人民財產權，且對於人民私有財產制度之形成，早於訂立憲法之前即存在早期基本權理論發展時，認為基本權並不拘束立法權，只拘束行政權，因此有認財產權保障屬於制度性保障，運用制度性保障理論用以對抗立法者的侵害，隨著基本權理論的發展，則認為制度性保障之基本權除消極對抗立法權之功能外，更有積極課與立法者去形成、保護的義務，立法者對於財產權有立法形成之權限，但仍不得違反私

⁵⁹ 參照徐火炎，《民主政治、市場經濟與民主轉型》，收錄於〈民主理論：古典與現代〉，張福建、蘇文流主編，中研院中山人文社會科學研究專書（35），1995 年 6 月，頁 337-338。

⁶⁰ 在十九世紀以來，全球性的民主化浪潮有三波，從 1974 年葡萄牙政變開始以迄目前，即屬第三波的範疇。此一波民主革命帶動三十多個國家進行政治變革，從威權轉型到民主。所謂民主化浪潮指的是一群國家政權由非民主轉型到民主，這種轉型通常發生在一段特定的時期內，而且同一時期內，朝民主化方向轉型的國家在數量上顯然超過朝反方向轉型的國家。一陣民主化浪潮通常也指，在尚未全面民主化的政治體制中出現的自由化或部分民主化。在近代世界史中曾出現了三波民主化：

- （1）第一次民主化長波：1828—1926（起源於美國革命和法國革命）
- （2）第二次民主化短波：1943—1962（始於第二次世界大戰）
- （3）第三波民主化：1974—（第三波民主化的潮流首先出現在南歐）

參照並整理自 Samuel P. Huntington 著，《第三波：二十世紀末的民主化浪潮》，劉軍寧譯，五南出版，2008 年二版，頁 29-36。

有財產之本質，因為蓋從歷史發展的軌跡看來，民主政治的發展與財產權制度息息相關。當國家的行為，過度侵犯人民的財產權時，人民極易群起抗爭，從西元 1688 英國的光榮革命⁶¹，到發生於 2010 年末至 2011 年初的北非突尼西亞反政府示威導致政權倒台的茉莉花革命⁶²都可得到證實。故國家對於人民財產權需給予一定程度的保障，又在確保人民的私有財產不會受到國家任意行為剝奪時，人民方會努力發展資本，進而有助於社會經濟文化成長，自然較有助於民主政治的發展。

而觀察上述憲法保障財產權之特徵可知，保障人民財產係與國家為達成人民權益保障有關，因財產權為人民生活之基礎，由起初防禦權功能到具有受益性分享權性質，因財產制度屬於先憲法而存在之制度，故就財產私有性不得由立法者加以剝奪，但在該制度下，立法者擁有形成財產標的之自由⁶³。而智慧財產權之規範，立法保障智慧財產之目的，主要並非使智慧財產權人得以對抗國家，而是在促進智慧財產產業之發展，與傳統認為財產權屬於防禦權性質不符，但近來有認財產權不僅具有防禦權功能，而更有受益性質，可認為賦予智慧財產權人係基於其勞力付出所享有具有財產價值之私權利，對於智慧財產權賦予保障，使國家社會、經濟、文化發展蓬勃，更有助於落實政治自由與民主主義。

第三節 財產權保障之保護領域與憲法規定

以比較德國、美國、我國關於憲法上財產權保障之限制規定，探討財產權保障之保護領域與憲法規定，分析關於智慧財產權之保障是否屬於憲法上財產權之保護領域。

第一項 德國-財產權之社會義務

⁶¹ 光榮革命後立了權利法案，明確保障了人民的財產權，提高了國會的權力，也限制住王權的發展，有利議會政治的形成，使英國步入民主政治；國會控制國家財政，政府無法任意增加稅捐，私人資本得到保障，人民多向工商業發展。參照傅啟學，《世界史綱（上）》，正中出版社，1993年，頁453-454。

⁶² 事件起因是發生在該國南部城市西迪布吉德，一位 26 歲青年穆罕默德·布瓦吉吉拉著一部攤車在街上販賣蔬菜水果，但因為沒有申請擺攤執照而被警察部門沒收攤車。不久之後，他因為抗議警察執法而於 2010 年 12 月 17 日自焚，導致一連串反政府的示威抗議正式開始並逐漸擴散至全國。中央廣播電台，撰稿·編輯：黃啟霖，參考網址：

http://news.rti.org.tw/index_newsContent.aspx?nid=276791。造訪日期：2012 年 4 月 29 日。

⁶³ 參照王文字，〈從財產權之保障論釋字第 349 號解釋〉，收錄於劉孔中、李建良主編《憲法解釋之理論與實務》第一輯，中研院，1998 年 6 月初版，頁 427-429。

對於所有權的保障，原本型態具有消極的性格，主要強調其不受國家干涉的特質，而以「所有權絕對」或「所有權神聖不可侵犯」的姿態出現。但此觀念因產業革命、工業化、資本主義自由經濟體系的出現，已漸喪失原有的正當性基礎。蓋於資本主義經濟體系運作下，人民財產形成與勞動力已非不可分的一整體，有時甚至是分離而對立的，巨大資本所形成的財產（利潤），非但不是來自資本家本身勞動的結果，反而是壓榨勞工的勞動力所得來的。因此財產權保障由絕對趨向相對化，產生財產權之社會義務。財產權之社會義務係指所有權人應如何行使其財產權之問題，依德國民法 903 條定，所有權人可以「依其所好」的使用其財產標的。德國基本法 14 條 2 項，明定財產權之使用，必須「同時」有助於公眾福利⁶⁴。即憲法所保障財產權負有「社會義務性」或是稱為財產權的「義務拘束性」、「財產權的社會拘束」原則，因此私有財產權雖屬私人可為其個人利益對財產有自由使用、支配、處分權限，惟在行使私有財產時，亦須同時有助於公益。立法者在形成財產制度、規定財產權之內容與限制時，仍須注意調和私有財產權利人之私益與公益。

第一款 威瑪時代的萌芽

威瑪憲法首次（第 153 條 3 項）宣示，財產權的使用應有助於「公共福利」（Das Gemeine Beste）。個人使用其財產權的經濟自由，須在符合正義的情況下，亦即符合人性尊嚴的生存情形，方可主張受到憲法的保障（威瑪憲法第 151 條 1 項）⁶⁵。但該規定僅屬訓示規定，對於立法者並不具有直接、強制的法律拘束性，僅屬一種對立法者之指示、期待或呼籲的「方針條款」。

第二款 基本法的時代發展

西德將財產權之社會義務該項原則規定於西德基本法第 14 條 2 項「財產權負有義務。財產權之行使應同時有益於公共福利。」，與先前威瑪憲法之規定僅屬一種對立法者之指示不同，係對於財產權人有直接拘束力的法律義務。學者認為財產權社會義務之功能如下⁶⁶：（一）對財產權人而言，財產權須為「社會福祉」負責。財產權之社會義務性，是構成其財產基本權利所不可或缺之一部分，故財產權人行使其財產權，亦不能踰越財產社會義務的界限。（二）對立法者而言，此項義務性的規定，具有賦予立法者一個有拘束力的方向指針，指示立法

⁶⁴ 參照陳新民，前揭註 12 書，頁 310、陳愛娥，註 7 文，頁 407-408、許育典，前揭註 16 書，頁 283。

⁶⁵ 參照陳新民，前揭註 12 書，頁 311。

⁶⁶ 參照陳新民，前揭註 12 書，頁 312。

者在制定規範人民財產權之內容及界限之時，能有一個正確的決定標準。（三）對於行政及司法機關而言，財產權社會義務性的規定，在適用相關法制、解決紛爭時可作為解釋之標準，因此對於行政權、司法權亦具一定程度拘束力。

「所有權神聖不可侵犯」與「行使權利不受限制」為法國大革命之歷史產物，至二十世紀憲法不再將財產權視為財產所有者享有絕對之支配性，而是附隨所有權而發生一種社會義務，對於權利之見解從「權利絕對論」逐漸為「權利相對論」取代，依此對於財產權之見解，即由財產之絕對性到相對性⁶⁷。因此財產權之行使應以社會利益為前提，財產權並非所有者一種含有絕對性、不受限制的權利，所有人行使財產權應符合社會義務。德國聯邦憲法法院判決明示：「財產權係基本權利，與人格權之自由保障者，固有內部關聯性，惟在基本權利架構中，財產權具有義務性」，而德國基本法 14 條 2 項亦規定財產權之行使應同時有助於公共利益。因此對財產權之內容，立法者有其形成之空間、權限，但對於不同類型之財產權，例如對於涉及確保個人自由之財產權，立法者以「財產權之社會義務」劃定財產權界限時，其立法形成空間較有限；但若是涉及之財產權社會關聯性較強，且具有社會功能時，則立法者重新形成的權限範圍較大，因此在立法者規範相關財產法制時，若未逾越法治國原則及制度性保障之界限，即不構成財產權之侵害，而屬於立法者對財產制度之重新形成。

第二項 美國

美國憲法第五及第十四修正案中賦予立法者廣泛之權限，用以規範人民之基本權利，實務界、學界進而發展出「警察權力」(Police power) 理論，認為憲法授權聯邦政府及州政府可擁有「警察權力」管理人民。自十九世紀中，美國國會與州立法者認為基於「維護公共安全、公共福祉、社會安寧、秩序及道德」，可以對人民基本權採取一切必要之限制與管理措施，因此人民關於財產權之使用、收益、處分權限，仍須受到立法者基於警察權力之規範，但對於人民之財產權為限制時，須符合「正當程序」，聯邦法院就正當程序不得為不合理、專斷及恣意之限制，且手段及目的間須有合理及實質之關係⁶⁸。起初警察權屬於較消極之權，僅於人民基本權利之有害行使時，制止及排除對公益有害之私人權利行使，因此在警察權力發動時，縱有限制、剝奪人民之財產之情事，仍無庸給予人民任何補償。

⁶⁷ 參照法治斌、董保城，前揭註 27 書，頁 256、陳愛娥，前揭註 7 文，頁 408、施啟揚，前揭註 14 書，頁 42。

⁶⁸ 參照謝哲勝，《財產法專題研究》，三民出版，1995 年 5 月，頁 219-220、蘇永欽，〈財產權的保障與大法官解釋〉，《憲政時代》，1998 年 12 月第 42 卷第 3 期，頁 25-27。

惟因社會結構之變遷，人民對於國家認為由管理最少的政府是最好的政府轉變為大政府模式，因此國家任務範圍之日益擴大，僅消極的排除個人對社會有害之權利行使之警察權力及國家任務，轉為積極的促進社會公益與福祉，警察權力於是逐漸擴張，凡促進公益之管制性立法，例如維護國家安全之戰時管制經濟及節約物資、維護較高經濟利益、都市計畫及土地使用規則的劃定、古蹟及建築物經認可後予以禁建、環境保護與生態維護、土地政策與租金管制及為促進消費者利益等積極性且多樣性以促進公益之種種立法。皆屬警察權力擴充概念下的產物，其膨脹極為快速，惟此等管制性法律之訂立，仍須衡量公共利益與私人利益後才可決定，就實務之運作而言，在利益之權衡上，相較於其他憲法所保障之基本權，對於財產權之限制，法院允許之尺度較人身及言論自由為寬。在判斷徵收對於財產權之負擔評估，利益與負擔之衡量要素有四項⁶⁹：(一) 是否為了合法的公共利益；(二) 是否實質上合理的促進此項公共利益；(三) 加諸財產權人之負擔是否過大(四) 負擔是否不成比例。

第三項 我國財產權之限制（一般限制及特別限制）

我國憲法固然保障人民財產權，惟憲法第 15 條僅規定，人民的財產權應予保障，並未提及財產權的社會義務，但從憲法第 23 條可推知，財產權的行使仍不得「妨害社會秩序與公共利益」，憲法第 145 條第 1 項也規定：「國家對於私人財富及私營事業，認為有妨害國計民生之平衡發展者，應以法律限制之。」，因人民基本權利之行使須顧慮到社會共同的需要，並同時尊重其他個人所相同擁有基本權利之需要，這也是國家限制私人財產權的依據⁷⁰。有學者認為國家對財產權的保障義務，必須置於財產權的社會義務之下⁷¹，如同其他基本權利一般，對於財產權故為憲法保障之基本權，惟人民行使其財產權時仍須受到一定之限制。

第一款 一般限制

由於我國通說將財產權視為自由權⁷²，財產基本權利即如同其他自由基本權

⁶⁹ 參照謝哲勝，前揭註 68 書，頁 226、蘇永欽，前揭註 68 文，頁 25-27。

⁷⁰ 參照許宗力，〈基本權的保障與限制（上）〉，《月旦法學教室》，2003 年 9 月第 11 期，頁 64。

⁷¹ 許育典，前揭註 16 書，頁 285。

⁷² 參照法治斌、董保城，前揭註 27 書，頁 267；許育典，前揭註 16 書，頁 283-284；陳新民，前揭註 12 書，頁 340-341、王文宇，〈從財產權之保障論釋字第 349 號解釋〉，收錄於劉孔中、

利一樣，經由憲法第 23 條規定「防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益所必要」之目的，得據以限制人民財產權利，惟該限制手段仍須符合比例原則，且該限制財產權之規定須透過立法程序，方符合法律保留原則，依據大法官解釋第 443 號解釋理由書所提出之層級化法律保留⁷³，將法律保留之程度區分為：憲法保留、絕對法律保留、相對法律保留、非屬法律保留等，關於財產權保障所適用之法律保留應為相對法律保留，對於財產權之限制可依法律在符合具體明確授權原則的前提下，授權主管機關發布命令以為補充規定。在符合法律保留原則下此種對於基本權利之限制，憲法上所列舉之基本權利均有適用，因此憲法第 23 條可以視為財產基本權的「一般限制」規定。

第二款 特別限制

關於財產權之特別限制主要規範在憲法第 145 條⁷⁴，國家對於私人財產及私營企業，認為有妨害國計民生之平衡發展者，應以法律限制之。然私人財富與企業，應達到何種程度使認「妨礙國計民生之平衡」，其認定標準，實易引發爭議⁷⁵。以憲法的體系而言，憲法第 145 條係緊接憲法第 144 條而來。憲法第 144 條規定：公用事業及其他有獨占性之企業，以公營為原則，經法律許可者，方可私人經營之。而財產保障以私人財產自由為核心，公營企業及獨占性事業限制了私有財產營業自由權。憲法第 142 條規定：國民經濟應以民生主義為基本原則，實施平均地權，節制資本，以謀國計民生之均足。

李建良主編《憲法解釋之理論與實務》第一輯，中研院，1998 年 6 月初版，頁 427。

⁷³ 司法院大法官解釋第 443 號理由書第一段：「憲法所定人民之自由及權利範圍甚廣，凡不妨害社會秩序公共利益者，均受保障。惟並非一切自由及權利均無分軒輊受憲法毫無差別之保障：關於人民身體之自由，憲法第八條規定即較為詳盡，其中內容屬於憲法保留之事項者，縱令立法機關，亦不得制定法律加以限制（參照本院釋字第三九二號解釋理由書），而憲法第七條、第九條至第十八條、第二十一條及第二十二條之各種自由及權利，則於符合憲法第二十三條之條件下，得以法律限制之。至何種事項應以法律直接規範或得委由命令予以規定，與所謂規範密度有關，應視規範對象、內容或法益本身及其所受限制之輕重而容許合理之差異：諸如剝奪人民生命或限制人民身體自由者，必須遵守罪刑法定主義，以制定法律之方式為之；涉及人民其他自由權利之限制者，亦應由法律加以規定，如以法律授權主管機關發布命令為補充規定時，其授權應符合具體明確之原則；若僅屬與執行法律之細節性、技術性次要事項，則得由主管機關發布命令為必要之規範，雖因而對人民產生不便或輕微影響，尚非憲法所不許。又關於給付行政措施，其受法律規範之密度，自較限制人民權益者寬鬆，倘涉及公共利益之重大事項者，應有法律或法律授權之命令為依據之必要，乃屬當然。」

資料來源：司法院大法官網站，網址：

http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03_01.asp?expno=443，造訪日期：2011.05.16。

⁷⁴ 憲法第 145 條：

第一項 國家對於私人財富及私營事業，認為有妨害國計民生之平衡發展者，應以法律限制之。

第二項 合作事業應受國家之獎勵與扶助。

第三項 國民生產事業及對外貿易，應受國家之獎勵、指導及保護。

⁷⁵ 楊松齡，〈財產權保障與公用徵收補償之研究〉，《經社法制論叢》，81 年 1 月第 9 期，頁 266。

故有學者認為以體系解釋觀之，憲法第 145 條 1 項之解釋，應配合憲法第 142 條及第 144 條之規定，所謂「公營事業及獨占性之事業」是為了滿足國計民生所必須，而私人經營「公用事業」及「獨占事業」，應是憲法第 145 條的「妨害國計民生之平衡發展者」⁷⁶。國家規定獨占及公用事業，實屬對於人民營業自由之限制，而屬一種例外情況，對於公用事業之認定，應以國家為達到其對國民「生活之照顧」，亦即，提供對於現代生活及福利所必需的物質及服務，如自來水、電力等能源，且此類公用事業之種類，應由立法者制定法律來予以決定，例如我國之水利法、自來水法、郵政法、鐵路法等即屬此種立法。

立法者賦予某項事業獨占地位，實屬限制私人財產行使自由，在制定相關獨占事業立法時，國家不得恣意的制定經濟政策予以企業獨占，依法治國家原則，國家為經濟行為之獨占，須具備充分的「憲法基礎」⁷⁷，即須有憲法內有明文之授權方可，且不可逕以立法者之意為之，以維繫憲法所欲保障的私人財產權利。例如早期對於酒類採公賣制度，即限制了私人釀酒營業之行為，欲經營菸酒的零售買賣，亦須向公賣局申請許可方得為之，在 2000 年我國加入 WTO 後，煙酒才不採取公賣制，改以開徵煙酒稅方式。

第四項 小結

綜上所述，現今世界各國憲法多有關於保障財產權之規定，但亦有相關對財產權所作之限制，對此有學者提出以經濟學角度觀察財產權之絕對到財產社會義務⁷⁸，認為財產權是為了避免「公共財悲劇」：係指不被私人擁有並管理之資源，將被視為所有人之共同資產，結果會造成這些資源被濫用而無人投資在維護及保持資源之永續性及發展性。故賦予私人財產權實有助於克服人民懶惰之天性，並使資源效率得以發揮，但對於財產權的保障並非不能限制，亦即對於個人的權利保障並非漫無邊際，乃有為公共利益所為的「一般限制」以及憲法第 145 條為國計民生之平衡發展的「特別限制」，或是財產權的社會義務性等，國家可基於公益的目的對於私人的財產權有所限制，例如財產徵收制度，通說認為人民之財產因為公益而受限制，因而逾越一般人之財產所應負有的社會義務時，其財產受到特別犧牲，國家應給予因此所受限制之補助。

對於財產權之保障，雖立法者有形成空間，惟仍有憲法第 23 條適用，將因該

⁷⁶ 參照陳新民，前揭註 12 書，頁 341-343。

⁷⁷ 參照陳新民，前揭註 12 書，頁 343

⁷⁸ 參照王文宇，〈從經濟觀點論保障財產權的方式〉，收錄於氏著《民商法理論與經濟分析》，元照出版，2005 年 5 月初版，頁 48-49。

項財產權之作用不同而作區別⁷⁹，若該項財產權涉及個人自由及利益，則限制要件應作嚴格解釋，即應提高違憲審查標準，若涉及財產權之社會義務，則須考慮財產權對於社會之作用及關聯性，此時就限制要件可作較寬鬆之解釋，即應降低違憲審查標準，但不論以何種審查標準，對於財產權之限制仍須以立法方式為之，即須符合法律保留原則，且該限制仍須符合比例原則，方符合法治國原則及基本權保障。

在了解憲法上關於財產權保障之意義後，因賦予智慧財產權人保障，一方面具有保障其智慧勞力之付出，促進其創作意願之機能，而有助於國家科技、文化、經濟之發展，但將該智慧財產歸屬於該智慧財產權人後，將導致其他非智慧財產權人欲使用該智慧財產權時，須經過該智慧財產權人之同意授權後方得為之，否則將有民法侵權行為之適用，而須負金錢賠償責任，甚至有刑事處罰，例如著作權法第 91 條以下，關於侵害他人著作權之人可處有期徒刑、罰金等，造成類似獨占之情形⁸⁰。因此立法者制定相關智慧財產法制時，應注意智慧財產在憲法上保障之基礎，是否如同我國學說認為屬於憲法上財產權保障範疇，在下一章節探討智慧財產權是否屬於憲法上保障之財產權，以免立法過度保障智慧財產權人，反而不利國家科技、文化、經濟之發展。



⁷⁹ 參照陳慈陽，《憲法學》，元照出版，2004年1月初版，頁569-570、柯清喜，《禁止駕駛法律問題之研究》，東海大學法律研究所碩士論文，2008年，頁16-17。

⁸⁰ 相似見解可參楊智傑，《法律經濟學》，謝哲勝、莊春發、黃健彰、邵慶平、張心悌、楊智傑六人合著，五南出版，2007年5月初版，頁322-323。

第三章 智慧財產權是財產權？

究竟智慧財產於憲法上之定位為何？屬於法律上之權利或是憲法上之權利？透過對於智慧財產權之起源、類型化來瞭解，是否與憲法保障之財產權相同，再以分析憲法及法律規範之功能、界限與解釋方式，探討智慧財產權屬於憲法上權利或法律上之權利，其在憲法上之基礎為何，智慧財產是否即屬一種財產權。

第一節 智慧財產權之起源

智慧財產，英文為 Intellectual Property (簡稱 IP) 或 Intellectual property right (簡稱 IPR)，大陸則稱為知識財產權或知識產權，一般認為「知識產權是民事主體所享有的支配創造性智力成果、商業標誌以及其他具有商業價值的資訊並排斥他人干涉的權利。」保護對象是科學技術及創新技術⁸¹。不論中外，它的出現都應該是近百餘年的產物。由西洋科技文化的演進來研究，亦非存在許久之概念，再從西洋法制史的歷史沿革來審視，可得知應該是近代科技文明發展到相當程度以後，所產生出來的「詞彙」⁸²。在早期歐陸國家對於智慧財產之用語，當時認為僅針對著作物，很少用來指商標，現今智慧財產之實質內容逐漸擴充，涵蓋範圍較廣；亦即智慧財產之「內涵」在與時俱增，仍在不斷充實演進過程。而在商界或科技界，智慧財產的意義較寬鬆，主要用以泛指一切研究成果及其他原創之觀念，而不去探究是否符合法律要件，對於「智慧財產」之觀念，一般而言較難了解其意義內涵為何，肇因於「智慧財產」本身的意義及內涵，會隨著人類文明的進步在成長。

進一步來說，「智慧財產」的觀念是因為「文明」的進步到相當水準之後，開始出現出人類的「財產」，此種「財產」出現，可以追溯至西方文化的演進，首先在十三世紀有文藝復興運動，在十五、十六世紀有宗教改革，再其後十六世紀有啟蒙運動及更重要的工業革命。歷經多次文化之變革後，知識份子對於傳統認為理所當然之事物產生懷疑，進而展開新的思考，最對自己本身或周遭的事物，重新思考、檢討、定位⁸³。而此時「智慧財產」的觀念在此時也逐漸在知識

⁸¹ 參考張玉敏，〈知識產權的概念和法律特徵〉，參考網站：論文天下，網址：<http://www.lunwentianxia.com/product.free.6453626.2/>，造訪日期 2012 年 5 月 23 日。

⁸² 參照吳嘉生，《智慧財產權之理論與應用》，五南出版，1999 年，頁 83、趙晉枚《智慧財產權入門》，趙晉枚、蔡坤財、周慧芳、謝銘洋、張凱娜五人合著，元照出版，2005 年 5 月 4 版，頁 4。

⁸³ 參照吳嘉生，《智慧財產法通論》，一品文化出版，98 年 7 月，頁 19-20。

份子之間形成，並認為此類財產並非屬傳統定義上之公有或私有財產，而屬第三種介於或共屬公有財產與私有財產的智慧財產。

智慧財產的發展較有體財產法制之後，其內涵亦有所不同，對於有體財產來說，較智慧財產有具體形象可循。而智慧財產則係為保障人類精神所創造出來的思想、觀念，所謂思想、觀念更須透過具體化的過程，才能讓其他人所認知，並可成為財產制度所規範的對象，智慧財產權必須兼具「人類精神活動的成果」及能夠「產生財產上價值」雙重的特性⁸⁴，故其所包含的不僅為創造物的經濟價值，更有代表創作者的精神創作，近代科學的發展與技術的發達，使人類社會的結構及政治的制度都有所改變，尤以精神生活方面，更是變得比以往更多采多姿，智慧財產權在法律上的保護亦逐漸受到重視，透過法律提供創作者或發明人一定保障，具有可以排他之權利，由智慧財產權人自行利用或授權他人使用，進而獲得一定之報酬，藉此鼓勵人民發明創作，達到提昇人類經濟、文化及科技之發展。

有學者以功利主義觀點出發⁸⁵，認為智慧財產權係透過設計一套法律制度，提供創作誘因，鼓勵著作人進行創作，短期之目的在鼓勵創新，而長期之目的則是在促進整體國家知識之累積。依此種見解認為智慧財產權法是為鼓勵創新而設計的一種法律上之抵換，透過由法律賦予創作人一段期間獨占之權利，最後可以換取更多公共知識資產，最終目的係在鼓勵人民創作發明用以回饋社會，故在立法上應衡量公益與私益，找尋兩者間平衡點。

第二節 智慧財產權之性質與特徵

第一項 智慧財產權之類型化

由於智慧財產權之概念隨著時代演進而有所不同，因此對於智慧財產之類型有哪些？答案往往眾說紛紜，不一而足，而類型化能提高法律適用上的正確性，進而有助於建立完整之法律體系。學說上常見之類型區別標準如下：

第一款 廣義和狹義的智慧財產

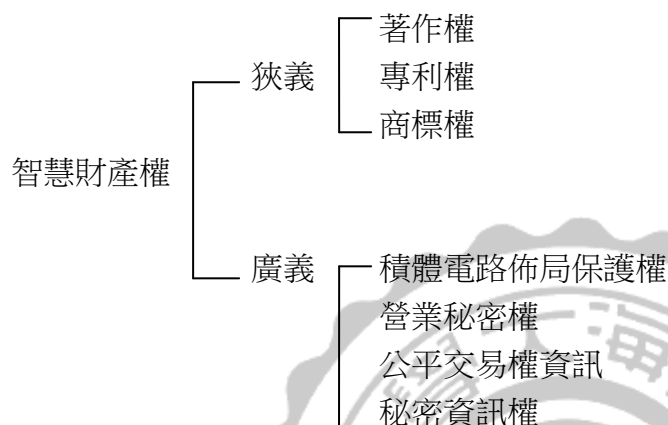
狹義的智慧財產係指傳統上所認知之智慧財產，包括著作權、專利權、商標

⁸⁴ 葉玟好，《智慧的財產？－瞭解智慧財產權》，元照出版，2005年5月初版，頁3。

⁸⁵ 參照楊智傑，《法律經濟學》，謝哲勝、莊春發、黃健彰、邵慶平、張心悌、楊智傑六人合著，五南出版，2007年5月初版，頁322-323。

權為主。廣義的智慧財產權除了包括狹義的智慧財產之外，亦包括其他所有人類運用腦力、智慧所創造、發明出來的成果所帶來一切法律上所賦予之權利⁸⁶，例如：積體電路佈局保護權、營業秘密權、公平交易權資訊、秘密資訊權……等。此種分類之方式可以圖示如下：

圖 3-1：智慧財產權分類圖¹⁸⁷



資料來源：整理自吳嘉生，《智慧財產法通論》，一品文化出版，98年7月，頁29。

第二款 以「規範目的」為類型化之標準⁸⁸

此說認為任何一個法律皆有其規範之目的，規範之目的不僅決定整個法律所要規範之架構與內容，在法律規定之內容有不清楚或不足時，規範之目的更為法律解釋與法律補充之重要依據⁸⁹。在國家制定相關智慧財產權法時，各種智慧財產權法均有其立法、規範目的，這些規範目的各有異同。因規範目的對於保護之客體、保護之要件、權利之內容與範圍、法律之適用，均產生不同的影響。故應以規範目的為類型化之標準，對於各種智慧財產權法之性質較明確，且對於法律所賦予之智慧財產權之權利屬性、權利內容與範圍有所認識，進而有助提高法律適用之正確性。

⁸⁶ 參照吳嘉生，前揭註 82 書，頁 29、葉玟好，前揭註 84 書，頁 6。

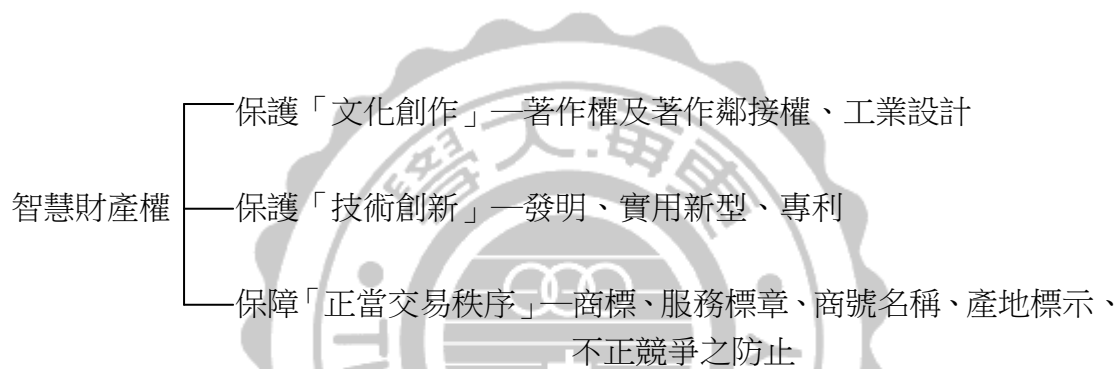
⁸⁷ 此種分類方式主要以智慧財產權之歷史演進所做之分類，僅能簡略表示智慧財產權之外型與態樣，但無法對於各種智慧財產權之特徵與內容有進一步的了解。

⁸⁸ 對於智慧財產之分類，有學者提出第三種分類是以「歷史因素」為類型化之標準區分為產業財產權、著作權與相關權利。參考自謝銘洋，《智慧財產權之基礎理論》，自版，2004年四版，頁 12。另有學者以智慧財產具有文化性、科技性、經濟性做區分。參考自吳嘉生，前揭註 82 書，頁 30。

⁸⁹ 參照謝銘洋，前揭註 88 書，頁 13。

有學者⁹⁰以智慧財產法規範目的為標準，區分為下列三種：一、保護「文化創作」者，例如：著作權、著作鄰接權、工業設計權。二、保障「科技發現」之發明，例如：專利權、新型商標權、半導體晶片保護權、積體電路佈局保護權。三、保障「經濟安全」之商標權、商號名稱權、公平交易權、消費者保護權、營業秘密權等。有學者⁹¹區分為四種：一、保護精神文明創作為目的：著作權法。二、保護產業或技術成果為目的：專利法、積體電路佈局保護法、營業秘密法。三、保護產業識別標誌：商標法。四、維護交易秩序為目的：公平交易法。有學者⁹²以智慧財產法律法規範目的為標準，將智慧財產權區分為以下三大類，分別為保護「文化創作」、保護「技術創新」以及保障「正當交易秩序」。茲圖示如下：

圖 3-1：智慧財產權分類圖²⁹³



資料來源：整理自謝銘洋，《智慧財產權之基礎理論》，自版，2004 年四版，頁 13-14。

一、保護「文化創作」

此種智慧財產權法所保護之對象，屬於文化面之精神創作，因與人類之文化生活、文化發展有密切之關係，法律對此類精神創作有助於人類文化之進步而賦予其權利之保護，例如著作權法即屬此類。

二、保護「技術創新」

⁹⁰ 吳嘉生，前揭註 82 書，頁 30-31。

⁹¹ 葉玟好，前揭註 84 書，頁 6-7。

⁹² 謝銘洋，前揭註 88 書，頁 13-14。

⁹³ 雖學者對於智慧財產之立法目的分類用語不同，但僅屬用語之不同，其內涵之分類差異性不大，例如保護科技發現與保護技術創新相似、保障經濟安全與保障正當交易秩序相似，因此所分類出來之法規亦相同。

此種智慧財產權法保護之對象屬於技術方面之精神創作。不論是發明、新型或專利，法律賦予其權利之保護，係因該技術創新對於人類文明之進步有所助益，隨著社會及科技之進步，當有新型態之技術創新出現，便由法律賦予一種新的權利保護，只要與技術之創新有關，即屬此類智慧財產權，例如專利法即屬此類。

三、以保障「正當交易秩序」為目的者

此類智慧財產權之保護之對象與人類之精神創作無關，而是法律基於維持正當交易秩序之考慮，始予以保護，例如商標法係為使消費者認知該商品來源與品質之依據，有助於正當交易秩序，故屬此類。例如公平交易法第 1 條規定「為維護交易秩序與消費者利益，確保公平競爭，促進經濟之安定與繁榮，特制定本法；本法未規定者，適用其他有關法律之規定。」，透過公平交易法一方面可維持市場之公平競爭，又要能不過度抑制智慧財產權人繼續研發之意願，即考驗著公平交易委員會之智慧⁹⁴。

第二項 智慧財產權之性質

因智慧財產權會隨著時間與科技而不斷成長，隨著科技的日新月異，智慧財產所涵蓋之範圍仍日漸擴張，然不論屬於何種智慧財產權，均是人類運用智慧之精神活動，所創造出來的智慧結果，有關智慧財產權性質之學說，大致上可分為精神所有權說、人格說、無體財產權說，分述如下：

第一款 精神所有權說（geistiges Eigentum）

此說認為對於人所創作出之精神上的作品的作者，應有所有權。近代意義的著作權、發明專利權所由生之法國革命時期的立法，即以此種所有權的概念表現。此乃對於精神的創作物之支配關係，最傳統、最容易為一般人所了解的概念，對於作者權利的承認相當有力⁹⁵。惟此說雖有助於釐清無體財產之權利歸屬於創作人，但對於權利客體為無體物與固有財產權之概念係以有體物之區別未多加說明。

⁹⁴ 參照黃惠敏，〈智慧財產權利之行使與公平交易法之界線〉，《全國律師》，2008 年 1 月第 12 卷第 1 期，頁 79。

⁹⁵ 豐崎光衛，《工業所有權法》，頁 100。轉引自賴文和，《智慧財產權與民法的互動—以專利授權契約為主》，國立台灣大學法律研究所碩士論文，2000 年 6 月，頁 9。

第二款 人格權說（*Persönlichkeitsrechts*）

此說認為無體財產權乃是保障人對於其固有的人格領域加以支配權利的人格權。人格權係指權利人自己人格上之權利，亦即與權利人之人格權不可分之關係之社會利益，為個人所能享有之私權，而可主張受法律保護之權利⁹⁶，亦有認為人格權係關於人之存在價值及尊嚴的權利，存於權利人自己人格上之權利，因出生而取得，因死亡而消滅，在權利存續關係中不得讓與或拋棄，係屬所謂的非財產權⁹⁷。而將今日所稱之無體財產權，是以所謂人格權此種單一的權利加以掌握。對於無體財產權所具有的財產性，認為無體財產以具有「人格權的核心」（*personenrechtlicher Kern*）的方式存在，反對無體財產權分割為人格權與財產權二部分。認為無體財產權乃是單一的權利，不能分成固有人格權與純粹的財產權二種權利，其內在的本質乃是人格權⁹⁸。惟人格權之概念廣泛，此說缺點在於就智慧財產所具有之人格權與一般人格權無法加以區別。

第三款 無體財產權說（*Immateriagüterrechts*）

無體財產權說為 *Kohler* 所提倡，此說認為無體財產權不同於一般財產權或人格權，屬於一種全新型態的權利⁹⁹，因其與一般有體財產之動產、不動產本質上不同，因此在處理相關無體財產權之法律問題時，須針對無體財產權之性質與特徵加以考慮，認為智慧財產權屬於「因權而異」之特殊法定權利¹⁰⁰。

第四款 綜合說

對於智慧財產之性質，有學者採取類型化方式，就智慧財產權之特性加以歸納、整理。其將智慧財產權分類為保護人類精神創作之智慧財產權，並認為此種智慧財產權兼具財產權與人格權之性質，另一種為保障正當交易秩序之智慧財產

⁹⁶ 參照阮富枝，〈人格權與著作人格權的保護〉，《民法總則實例問題分析》，楊與齡主編，五南出版，90年5月初版，頁68-69。

⁹⁷ 參照王澤鑑，《民法總則》，三民書局，2004年12月14刷，頁137、147。

⁹⁸ 松本重敏，特許發明之保護範圍，頁9。轉引自賴文和，前揭註95文，頁10。

⁹⁹ 賴文和，前揭註95文，頁10。

¹⁰⁰ 參照謝銘洋，〈從相關案例探討智慧財產權與民法之關係〉，《台大法學論叢》，2004年3月第33卷第2期頁218、王文字、鄭中人，〈從經濟觀點論智慧財產權的定位與保障方式〉，《月旦法學雜誌》，2007年08月第147期，頁199。

權，並認為此種智慧財產權屬於財產權或法律保護之利益，分述如下¹⁰¹：

一、保護人類精神創作之智慧財產權—兼具財產權與人格權之性質

依據智慧財產權之立法目的之分類，關於保護「文化創作」與「技術創新」之智慧財產權，屬於保護人類精神創作成果之立法，性質上均屬私權，透過法律賦予創作者財產上之權利，使創作者得以該智慧財產取得一定實質上經濟利益，亦屬肯定其人格上之表現並加以保障，因精神創作涉及人格之具體表現，賦予一定之人格權，故此種智慧財產權兼具財產權與人格權之特徵，此可觀我國之著作權法以及專利法上之規定。

(一) 財產權—無體財產權

智慧財產權所具有之財產權特徵是精神創作人最重要之權利，因為創作人藉著法律所賦予之財產權以及具有絕對性、排他性之權利內容，因為智慧財產權能使擁有智慧財產權之人藉以進行明顯為智慧財產權所允許之範圍外之獨占，有保護獨占並排除競爭者之功能，智慧財產權人始得以實現其經濟利益，並獲得實質上之鼓勵¹⁰²。

屬於精神創作之智慧財產權與一般財產權之區別：(一) 精神創作之智慧財產權兼具人格權之特徵，此為一般財產權僅為單純財產權，不具備人格權性質。(二) 兩者保護客體並不相同，智慧財產權所保護者為精神創作，該精神創作雖藉由有體物表現出來，然智慧財產法所保護者並非該有體物本身，該有體物僅為傳達精神創作之媒介而已。一般財產權，例如物權，所保護者係對該有體物之支配權。例如一幅畫之著作權所保護者並非該幅圖畫本身，而是該圖畫所表現出來之形式與內容，若他人未得該圖畫著作權人之同意，擅自將該圖之內容複製成另一幅圖畫，並銷售圖利，仍然會構成著作權之侵害。因為智慧財產權所保護之客體並非有形存在之物體，而是抽象存在之精神創作，故智慧財產權又被稱為「無體財產權」(Immaterialgüterrecht)。

因智慧財產權為無體財產權，係獨立於有形物之所有權以外且與物之所有權無關之權利，且智慧財產權之讓與亦不以有形物之交付為必要。在權利受侵害之情形，對有形物之所有權之侵害，或竊取或毀損有形物，並不會同時構成對該有

¹⁰¹ 參照整理自謝銘洋，前揭註 88 書，頁 20-25。

¹⁰² 參照許忠信，〈智慧財產權之濫用與限制競爭防止法之適用—由美國法與日本法看我國公平交易法第四十五條〉，《全國律師》，2008 年 10 月第 12 卷第 10 期，頁 5。

形物上所表現之創作之智慧財產權之侵害；反之對於智慧財產權之侵害亦不以對特定之有形物取得實質上之支配權為必要。在侵害智慧財產權之情形，並不造成權利人之財產發生現實減損之現象，而是造成權利人無法獲得預期之經濟利益。對於智慧財產權之無體性之特性，有學者舉例說明¹⁰³：「由於智慧財產權是無形的，它可能會被賣給兩個以上的買主。對於有體財產的轉讓一般難以作到這點。同時將一作建築物賣給甲、乙兩方，立刻就會被兩方發現。而將同一項智慧財產權同時轉讓給甲、乙兩方，則該兩方只要不在市場上發生衝突，就可能長期（或永遠）發現不了自己花了錢買享有權的錢，卻只得到了非獨占的許可證。」，更可以看出智慧財產之無體性與一般財產權之不同。

此外因智慧財產權所保護之客體與一般有體財產權不同，因此一般財產權法之規定對其是否均有適用，即不無問題，特別是財產權法中以有體物為規範對象之規定，例如動產善意受讓¹⁰⁴（民法第 801 條及第 948 條）。動產善意受讓制度係針對動產而為之規定，因動產所有權以占有為表徵，立法目的在於保護動產之善意受讓人，讓與人占有該動產之外觀而受讓人善意信賴讓與人係有處分權之人，即有善意受讓制度之適用。惟智慧財產權屬於無體財產權，僅屬於權利，欠缺公示及權利外觀要件（如占有或登記），智慧財產權與特定物之占有並無直接關聯，占有某一著作物或專利品並不會認為占有人即為著作權人或是專利權人，因此有關動產善意取得之規定在智慧財產權無適用之餘地。

表 3-1 無體財產權與一般財產權之區別¹⁰⁵

區別點	無體財產權	一般財產權
人格權特徵	有	無
保護客體	精神創作	有形體物之支配權
權利移轉	不以有形物交付為必要	原則上以物之交付為必要(民法第 761 條 1 項)

¹⁰³ 鄭成思，《智慧財產權法》，水牛出版社，民國 80 年，頁 3。

¹⁰⁴ 參照謝銘洋，前揭註 88 書，頁 22、蔡明誠〈著作權財產權讓與契約與民法適用問題－最高法院八十六年度台上自第一零三九號評析〉，收錄於《論權利保護之理論與實踐－曾華松大法官古稀祝壽論文集》，元照出版，2006 年 6 月初版，頁 509-510。

¹⁰⁵ 智慧財產因其無體性之特質與傳統有體財產權有下列之不同，亦可看出雖多數學說將智慧財產視為財產權，但在具體適用民法規範時，仍有因其性質而調整適用之處。

權利侵害 (竊取或毀損有形物)	無法獲得預期之經濟利益	財產現實減損
動產善意受讓 (民法第 801 條及 948 條)	不適用	有適用

資料來源：整理自謝銘洋，《智慧財產權之基礎理論》，自版，2004 年四版，頁 21-22。

(二) 人格權—與一般人格權之關係

智慧財產權具有人格權性質，因人類之精神創作而對創作人所賦予之權利，故須創作人對其著作或發明有人格之關聯性，有精神上之創作始得享有智慧財產權之人格權，此與任何人均可主張之一般人格權不同。智慧財產權中之人格權相對於一般人格權而言，係屬於法律之特別規範，故智慧財產權法規定屬於特別法，應優先於民法一般人格權規定之適用，但在智慧財產權法所未規範之部分，則民法關於一般人格權之規定仍可補充適用。

二、保障正當交易秩序之智慧財產權—屬於財產權或法律保護之利益

上述以保護文化創作與技術創新為目的之智慧財產權兼具財產權與人格權兩方面之特徵，而在保障正當交易秩序為目的之智慧財產權則無，因保障正當交易秩序之智慧財產權並不涉及人格表現，故僅能主張財產上之權益，法律並未對保障正當交易秩序之智慧財產賦予人格權之保護。以商標權為例，商標權原則上屬於財產上之權利，僅於該商標中包含有商標權人之姓名或名稱時，始具有人格權之特徵；惟縱使如此，此種人格權之特徵在商標法上並無特殊之意義，並未特別受到保護，如果受到侵害，只能如同一般商標受到侵害之情形般依商標法受到保護，或者依民法對於一般人格之規定受到保護¹⁰⁶。

此種以保障正當交易秩序為目的之智慧財產權，在法律上受到保護之情形並不一致，故其法律性質亦有所不同¹⁰⁷。此種智慧財產權有些具有「權利」之地位，例如商標權，其係因為商標之作用在於表彰商品，為維護交易秩序並保障消費者權益，而有必要賦予使用人專屬使用之權利。除商標權外，其他以保障正當交易秩序為目的之智慧財產權，僅為法律所保護之「利益」，僅屬純粹財產上損害或

¹⁰⁶ 關於商標權中得否主張人格權之部分，可參考智慧財產法院 98 年行商訴字第 44 號判決，於本論文第五章第二節第一項進行探討。

¹⁰⁷ 參照謝銘洋，前揭註 88 書，頁 24-25。

純粹經濟上損失，並不具備權利之性質¹⁰⁸，例如不正競爭之防止以及營業秘密之保護。關於法律所保護之利益亦有具有財產價值，而可以成為交易或繼承之客體，例如營業秘密¹⁰⁹，然因營業秘密僅針對防阻他人不當取用，故其保護較弱，由於法律並未賦予其一個專屬、排他性的權利，在營業秘密受到他人不當取用時，例如營業秘密遭他人竊取，可依民法之侵權行為規定及營業秘密法第 12 條第 1 項規定¹¹⁰請求損害賠償，或者依競爭法或特別法之規定受保護（例如營業秘密被他事業以脅迫利誘或其他不正當方法獲取，可依公平交易法之規定請求損害賠償）。惟不能於他人以正當方法知悉其營業秘密時，主張就該營業秘密享有專屬使用權，而禁止他人利用。因此可以得知此類智慧財產權有其特殊之法律性質與特徵，而與其他智慧財產權有所不同。

第五款 小結

依據上述學說的見解，分析智慧財產權的特徵與性質可以看出與一般傳統財產權之不同，並將智慧財產權予以類型化，並因其保障之目的不同，除影響到其在憲法保障的基礎，更影響到國家對於此種權利賦予保障或限制時所需受到的拘束程度不同，亦即所受到規範審查密度之差別。若採上述學者見解，將智慧財產依保護目的不同區分為保護人類精神創作之智慧財產權及保障正當交易秩序之智慧財產權，並認前者屬人格權及財產權，後者為財產權或法律保護之利益，此時關於智慧財產權的憲法保障基礎，前者為憲法第 15 條財產權、第 11 條言論自由及第 22 條概括基本權；後者單純為憲法第 15 條財產權保障。

一般來說，若該項基本權利涉及人格權的保障，立法上應較高於財產權的保障，蓋傳統上均認為，對於財產權的內容，立法機關擁有較大的形成空間，但對於人格權的限制，則需符合較嚴格的違憲審查標準。以民法觀察智慧財產立法，則因是否涉及人格權在適用侵權行為時而有不同，若有涉及人格權，則應屬於民法第 195 條第 1 項「其他人格法益而情結重大者」，故就智慧財產權人就非財產

¹⁰⁸ 權利與法律保護之利益兩者在民法第 184 條侵權行為之適用上有所區別，權利屬於民法第 184 條第 1 項前段保護之客體，要件有：不法、故意或過失；法律上之利益則依民法第 184 條第 1 項後段，要件有：故意背於善良風俗、或 184 條第 2 項，要件有：違反保護他人之法律，推定過失。對於權利與利益作區別性的權益保護，表現於不同的保護強度，避免責任氾濫，兼顧個人的行為自由。

參照王澤鑑，《侵權行為法》，三民出版，2009 年 7 月，頁 83-85。

¹⁰⁹ 我國所承認之營業秘密須具備秘密性、價值性、採取合理保密措施等，而可用於生產、銷售或經營的各種技術、製程、資訊等等。參照張凱娜，《智慧財產權入門》，五人合著，元照出版，2005 年 5 月 4 版，頁 222。

¹¹⁰ 營業秘密法第 12 條第 1 項：因故意或過失不法侵害他人之營業秘密者，負損害賠償責任。數人共同不法侵害者，連帶負賠償責任。

上損害僅得在侵害情結重大始得請求¹¹¹，但民法僅為普通規定，若智慧財產法有特別規定時，應優先適用，例如著作權法第 85 條第 1 項「侵害著作人格權者，負損害賠償責任。雖非財產上之損害，被害人亦得請求賠償相當之金額。」屬於民法之特別規定，故優先適用，請求慰撫金不以侵害情結重大為要件；若未涉及人格權，僅屬財產權或財產利益，應視情形分別適用民法第 184 條之規定。

在觀察一般財產權時，可以發現有體財產之保障，係以其特定或可得特定之有體物為權利客體，即有關於該物之財產價值係來自於該有體物本身之利用價值及在自由經濟市場之交換價值。透過制定財產法規，規範出該有體物具有之價值應歸屬何人享有，此財產價值係因有體物之先天資源稀少性，但在智慧財產權上，則與傳統上制定財產法規不同，智慧財產係透過法律規定，禁止智慧財產權人以外之人對於系爭智慧財產權之利用，因而形成智慧財產之稀少性，創造出智慧財產之財產價值，本質上係由法律創造出來之財產價值，與傳統上財產權保障之意義不一樣。

第三節 憲法上之權利保障還是法律上之權利保障？

第一項 憲法上權利保障之意義

憲法上權利，於我國憲法第二章稱之為「人民之權利」，學界通稱為「基本權」，其保障構成憲法規範之一部分，為國家最高法規用以限制國家公權力¹¹²。憲法「保障」基本權之意義在於，受憲法保障之權利，人民得以排除所有國家行為之侵害，即使是法律之規範，亦不得侵害憲法上權利。

基本權「原則上」具有不受國家公權力限制之性質，因基本權之原始及主要目的即在確保人民之自由與財產免於遭受國家干預，又可稱為「不可侵犯性」或又稱為不可否定之永久性權利¹¹³，故憲法上所保障之基本權利，以自由為原則，限制為例外。所謂基本權之「不可侵犯性」，係因憲法上所保障之權利，多屬自由權利，一般稱為「人權」，亦可稱為自然權。該等自由或權利先於國家而存在，免於遭受立法權在內之國家公權力之侵害。惟基本權雖原則上不可侵犯，但並非

¹¹¹ 參照王澤鑑，前揭註 108 書，頁 167-168。

¹¹² 參照松井和彥，〈基本權の保護領域〉，收錄於小山剛、駒村圭吾編，《論點探究憲法》，弘文堂，2005 年，頁 94。轉引自蕭淑芬，〈基本權之保護領域〉，《台灣法學雜誌》，2010 年 3 月，147 期，頁 134。

¹¹³ 參照許慶雄，《憲法講義》，知英文化出版，1999 年 4 月，頁 33。

毫無限制，若認該項權利屬於憲法上基本權保障，則該權利應屬人民得自由行使此為原則，僅於例外之情況，例如我國憲法第 23 條規定，可基於公益、緊急危難等例外之情況方得立法對於人民受憲法保障之權利予以限制，又限制仍須符合比例原則，即對於人民基本權利之限制，除了具備目的之正當性外，亦須符合手段上的正當性。不過此種限制人民基本權的情況，純屬例外。

第二項 法律上權利保障之意義

自薩維尼（F.C.vSsavigny）以意志之力（Willensmacht）詮釋權利以來，權利一向被界定為法律規範對個人意志之力所容許的空間，仍不脫離法實證主義者，視法律之承認或賦予，為權利存在之前提。與權利先憲法而存續，具有對抗國家之功能顯然不符¹¹⁴。在權利之概念尚可區分為憲法上權利與法律上權利，憲法上權利指基本權而言，基本權具有先國家或先憲法而存在之特性，法律上之權利則屬經由法律規定獲得之權利，而獲得之過程常須行政機關許可或核准之行為，例如商標法第 2 條、第 3 條規定：「欲取得商標權、證明標章權、團體標章權或團體商標權者，應依本法申請註冊。」、「本法之主管機關為經濟部。商標業務，由經濟部指定專責機關¹¹⁵辦理。」，故商標權人欲取得商標權依據上開規定，須先向經濟部智慧財產局提出申請註冊，經審查符合相關規定後方能取得商標權。故法律上之權利係由法律規定所獲得，而憲法上權利往往係先於立法而存在，僅是經由制憲者予以明文化，行政權對於此三種權利之介入程度亦有不同，因憲法上的權利行政權較少有介入的空間，但法律上的權利，則因立法者授權予行政權做審查的工作，行政權擁有較高度的介入、形成空間。

第三項 區別法律位階與憲法位階之實益

關於區別憲法上與法律上權利之實益，有學者之見解認為¹¹⁶，若該項權利定性屬法律上之權利，則該權利僅具法律位階，在侵害法律上權利時，可依「補償法定」，得由立法機關衡酌不同法律間所建立之立法原則與體系，合理決定國家

¹¹⁴ 參照吳庚，《行政法之理論與實用》，三民出版，2003 年 10 月八版二刷，頁 160-161。

¹¹⁵ 我國經濟部指定之專責機關為經濟部智慧財產局，組織法依據為經濟部智慧財產局組織條例第 2 條第 3 項規定：「經濟部智慧財產局（以下簡稱本局）掌理下列事項：…三、商標申請註冊、異議、評定、撤銷、延展案件之審查及商標專用權之管理事項。」

¹¹⁶ 參照李震山，釋字 670 協同意見書。參考司法院大法官網站，網址：

<http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/uploadfile/C100/670%E5%8D%94%E5%90%8C%E6%9D%8E%E9%9C%87%E5%B1%B1.pdf>，造訪日期 2012 年 5 月 19 日。

應否補償。若該項權利定性屬憲法上之權利，即該權利具有憲法位階時，對於系爭權利有所限制時，基於特別犧牲應予補償之憲法意旨，立法機關立法限制該權利即應予以補償，而以法律明定不予補償之轉圜空間及正當性較小，僅就補償的要件、方式、程序、效果、額度等有形成自由，而不允許完全不予補償，且立法者就「行政補償」與「刑事補償」應予平等對待，在無正當理由下不得設不合理之差別規定。

另有學者見解則認為¹¹⁷，關於憲法上權利與法律上權利之區分，主要涉及到救濟途徑不同之問題，法律上權利受損害者僅能提起行政訴訟，而必須憲法上權利受害時，才可向憲法法院起訴。我國之憲法訴訟—人民聲請解釋案亦以「憲法上所保障之權利遭受不法侵害」(司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款)為要件，但基於兩項原因：(一) 憲法上權利設有概括條款(憲法第 22 條)，(二) 人民聲請憲法解釋是審級救濟的「續行」程序，甚少主張因確定終局判決權利受害之當事人，其權利非憲法所保障之對象者，例如專利權、商標權既是法律上之權利，亦屬憲法第 15 財產權所保障之事項。故上述區分在實務上殊少實益。茲將上述見解整理如下表：

表 3-2 憲法權利與法律權利之區別

	憲法權利	法律權利
起源	先國家或先憲法而存在	因法律規定而獲得之權利
事例	憲法規定之基本權條款 如：人身自由權、財產權	專利權、商標權
國家補償	特別犧牲：立法機關以法律明定不予補償之轉圜空間及正當性甚小，頂多只能就補償的要件、方式、程序、效果、額度等有形成自由。	補償法定：得由立法機關衡酌不同法律間所建立之立法原則與體系，合理決定國家應否補償。
聲請釋憲	肯定	否定

資料來源：整理自吳庚，《行政法之理論與實用》，三民書局，2003 年 10 月八版二刷，頁 160-161。

因智慧財產權涉及人格權保障之部分，因此就該部分屬於憲法上人格權保障抑或是民法上人格權保障則有不同。人格權屬我國民法所明定之私權，民法第 18 條：「人格權受侵害時，得請求法院除去其侵害；有受侵害之虞時，得請求防

¹¹⁷ 參照吳庚，前揭註 114 書，頁 160-161。

止之。前項情形，以法律有特別規定者為限，得請求損害賠償或慰撫金。」定有明文，屬於先憲法而存在，目的在於維護人格尊嚴。而憲法上人格權，憲法則未定有明文，多透過大法官解釋來創設，例如：大法官解釋第 399 號「姓名權為人格權之一種，人之姓名為其人格之表現，故如何命名為人民之自由，應為憲法第二十二條所保障。」、第 587 號「子女獲知其血統來源，確定其真實父子身分關係，攸關子女之人格權，應受憲法保障。」，並認為憲法上人格權保障具有下列功能¹¹⁸：確保人身安全、維護法律上平等、保持符合人性的生活條件、促進人格自由及創作人格權之保障功能。而關於憲法上人格權保障之基礎，大法官釋憲實務多認為由憲法第 22 條概括基本權保障所導出¹¹⁹，屬於憲法第 22 條所稱其他自由權利，具有概括保護自由權利之功能，惟縱人格權未被列舉，係由釋憲者所新創，不因此減損基本權利之功能¹²⁰，例如在涉及列舉之基本權與人格權之基本權衝突時，仍應具體個案衡量加以判斷，非謂已列舉之基本權有高於未列舉之人格權之價值。

關於人格權之保障，不論屬憲法上或民法上人格權保障，均有助於人性尊嚴之體現，具有反應社會的基本價值觀念及政治、經濟、社會變遷，亦屬法律規範之基本任務。對於憲法上人格權與民法上之人格權雖同在維護人性尊嚴，但仍有以下三點應注意事項¹²¹：1. 憲法上的人格權屬基本權，具有對抗國家性，就基本權之客觀功能上，國家負有形成私法上規範之義務，保護人格權不受國家或第三人侵害，即基本權之保護義務功能。2. 如何實踐私法上之人格權保障，立法者有相當形成空間，但不得違反憲法上保障人格權之意旨。在司法權適用私法上關於人格權之規定時，亦應作符合憲法價值體系之解釋，用以形塑憲法規範之價值體系。3. 憲法上人格權與私法上人格權雖常使用同一概念，但其在意義上因其規範功能不同而有異，例如憲法上之隱私權除了保護人民私領域之隱私外，更具有對抗國家權力之資訊自主權（釋字 603）。關於民法上之人格權，多以民法第 18 條為一般人格權，第 192、194、195 條規定生命、身體、健康、名譽、隱私、信用、貞操等為特別人格權，茲將憲法上人格權與私法上人格權圖示如下¹²²：

¹¹⁸ 參照王澤鑑，〈人格權保護的課題與展望(一)—人格權、人格尊嚴與私法上的保護〉，《台灣本土法學》，2006 年 3 月第 80 期，頁 110-112。

¹¹⁹ 關於憲法第 22 條概括基本權之創設，需注意 1. 應合理解釋各種被列舉基本權利的內容，闡釋其保護範圍以發揮其規範效能，不能動輒創設新的基本權利，而遁入憲法第 22 條概括條款。2. 何種自由或權利，值得受憲法保障，而被提昇為基本權利，必須整體考量憲法列舉基本權利所體現的價值體系，該項自由或權利所具普遍性、保障必要性、人權品質，及比較法上的發展趨勢等。亦即對於概括基本權須先透過解釋憲法上已列舉之基本權，視其是否能納入明文列舉之基本權利，若無法將其納入已列舉之基本權利時，須該權利具有受憲法保障之必要性時，方得將之列入憲法第 22 條概括基本權利。

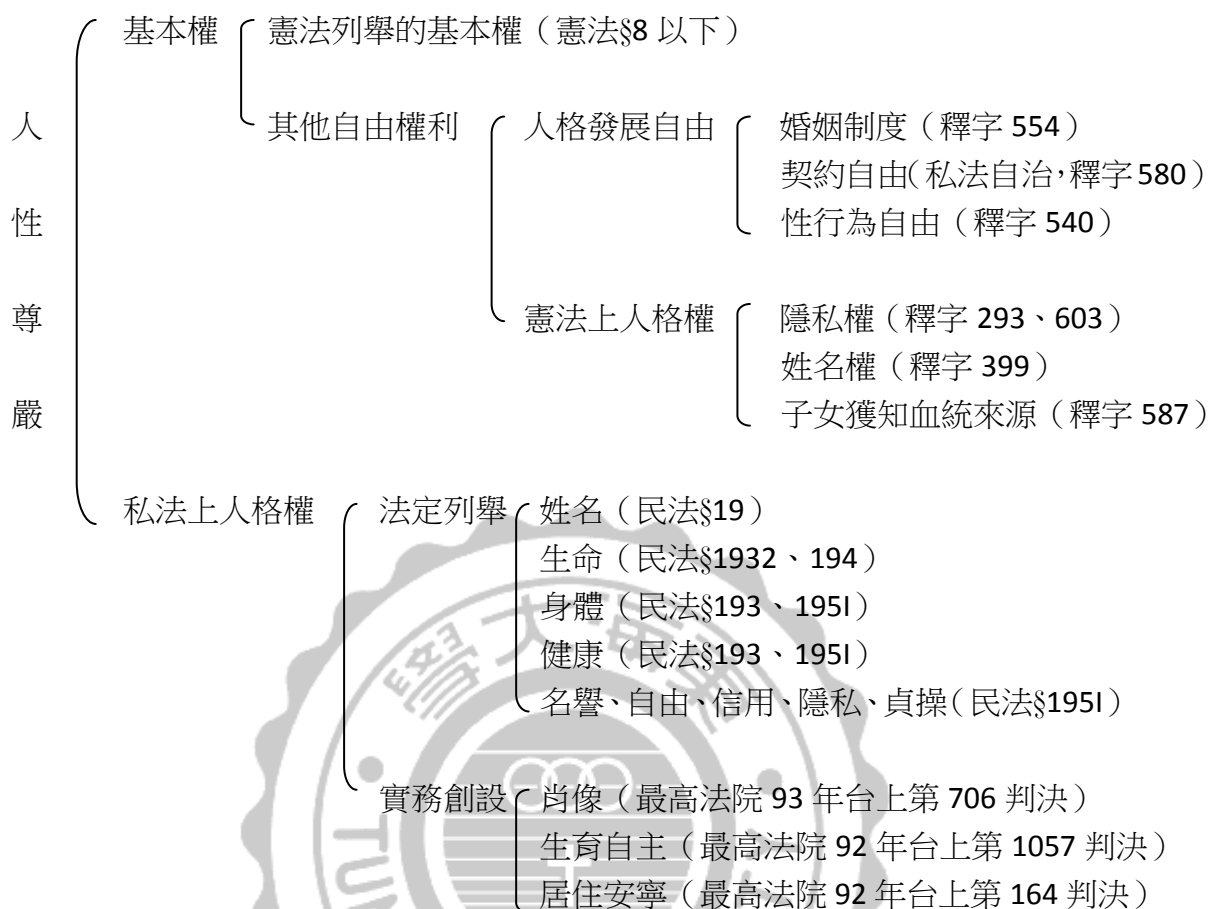
參照李震山，《多元、寬容與人權保障—以憲法未列舉權之保障為中心》，元照出版，2007 年 09 月 2 版，41-42。

¹²⁰ 參照王澤鑑，〈人格權保護的課題與展望(二)—憲法上人格權與私法上人格權〉，《台灣本土法學》，2006 年 4 月第 81 期，頁 92。

¹²¹ 參照王澤鑑，前揭註 120 文，頁 94-95。

¹²² 參照整理自王澤鑑，前揭註 118 文，頁 112、王澤鑑，〈人格權保護的課題與展望(三)—人格

表 3-3 憲法上人格權與私法上人格權¹²³



資料來源：整理自王澤鑑，〈人格權保護的課題與展望(一)－人格權、人格尊嚴與私法上的保護〉，《台灣本土法學》，2006 年 3 月第 80 期，頁 112、〈人格權保護的課題與展望(三)－人格權的具體化及保護範圍（1）〉，《台灣本土法學》，2006 年 6 月第 83 期，頁 60。

第四項 小結

綜上所述，若認為智慧財產權屬於憲法上保障的權利則應以人民自由行使為原則，限制屬於例外，由觀察智慧財產權中專利權、商標權獲得之過程常須由行政機關許可或核准，即行政權介入形成空間較大，實與憲法上之權利不同；若以基本權之對抗國家公權力限制之性質觀之，因財產權保障之原始及主要目的係在確保人民所有之財產免於遭受國家不當干預，智慧財產權法制之規範，實具有給

權的具體化及保護範圍（1）》，《台灣本土法學》，2006 年 6 月第 83 期，頁 60。

¹²³ 由此表可以看出不論憲法或私法上之人格權，均係由保障人性尊嚴出發，且隨著時代之演進、相關實務判決、大法官解釋之產生，人格權之概念不斷地被充實，使憲法基本權利保障更加完備，更能維護人性尊嚴及促進人格自由，進而強化憲法基本權利所建構之價值秩序，並對私法上人格權發展產生作用。

付性質，使智慧財產權人得以對其他人民主張智慧財產權，因此智慧財產權應屬法律上之權利，惟縱認為智慧財產權屬於法律上之權利，實務上仍有針對商標權、專利權所作出之大法官解釋¹²⁴，故與上述學者對於法律上權利與法律上權利區別之見解不同，因此有認為區別憲法上權利與法律上權利之區別無實益，本文則認為界定智慧財產權屬於憲法上權利與法律上權利，將有影響違憲審查基準之差異、法律保留之程度，因法律上之權利行政權既有較大之審查權限，故其所適用之違憲審查基準及法律保留程度應較憲法基本權寬鬆，就智慧財產權所涉及之人格權，固然透過相關智慧財產立法加以保障，但跟民法人格權與憲法人格權之關係不同，民法關於人格權保障規範係早於憲法規範，但智慧財產權之立法係在憲法制定之後，本文認為智慧財產權中關於人格權之規範，係基於基本權保護規範理論透過法律形塑而成，且將其視為憲法上人格權保障亦較充足。

第四節 權利種類之確定還是權利內容之確定？

在探討智慧財產權於憲法上保障基礎時，透過確認智慧財產權在究竟屬於何種憲法權利保障範圍，或是透過解釋憲法條文之方式，使智慧財產權保障確定屬於何種憲法基本權之內容。

第一項 憲法解釋之功能與界限

第一款 憲法解釋之功能

在現代民主法治國家中，憲法為一切法規範的基礎，其不僅構成國家基本組織及權限的規範，更是人民基本權利的保障書。因憲法規定僅屬「框架秩序」，用以作為憲法機關政治活動之界限，則應透過憲法解釋方法將此框架加以確定，而憲法規範效力是以憲法的優位性為前提要件，所謂憲法優位性係基於憲法為國家根本大法之概念，用以限制立法者之權力，否則依據後法優於前法原則，憲法將受到其後之立法者架空。憲法優位性不僅行政權與司法權應受憲法的拘束，即連立法權也應受到憲法的制約。我國由大法官職司憲法解釋¹²⁵，為憲法的維護

¹²⁴ 大法官針對專利權所作解釋有釋字第 213、370、507、548 號等，大法官針對商標權所作解釋有釋字第 492、594 號等。詳細內容參照本文第五章第三節以下。

¹²⁵ 憲法第 78 條：「司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權。」、憲法增修條文第 5 條第 4 項「司法院大法官，除依憲法第七十八條之規定外，並組成憲法法庭審理總統、副總統之彈劾

者，亦得以司法機關的身分宣告法律或行政命令違背憲法，用以避免政治權利濫用，維護憲法保障之人民基本權利¹²⁶。近來隨著時代演進，社會風氣日漸開放、多元，大法官解釋憲法之功能除能充實釋憲制度的規範基礎外，亦應調整其在憲政體制中所扮演的角色，方能與時代脈動相互適應。大法官除確保憲法秩序之規範力不受侵害外，亦期待在此前提下，透過憲法解釋，在一定範圍內，強化憲法條文之憲政現實適應力。大法官除擔任解釋者與仲裁者之角色外，更有促進人民權利保障落實之積極功能，透過憲法解釋，使人民自由權利的保障架構日益完善，更有充實基本權利的本質內涵之功能，不論是關於一般行動自由、言論自由、學術自由、宗教自由、集會結社自由、平等權、訴訟權、人格權等基本權利，大法官均曾作出解釋，使憲法符合時代之脈動，用以發揮解釋憲法之功能。

傳統上關於探求法規範意旨的解釋方法，包括有文義解釋：依據文字字面意義加以解釋，屬於最基本的法律解釋方法、體系解釋：整個國家的法律為一個大體系，透過體系解釋的邏輯論證，保持每一個法條在法秩序下，維持合邏輯性而不產生矛盾，即借助各法條間關聯性，去獲知該條文意涵為何、目的解釋：解釋一個法條，必須依照法律所追求的目的，注意法條之目的價值與基本精神、歷史解釋：探求瞭解立法者的意圖和目的，不僅探查制憲時制憲者個人意圖，亦包括制憲當時客觀環境、目標設定的考察¹²⁷。在法律條文的解釋，除注意文字的意涵的闡釋外，更應考量文法、邏輯、體系及歷史上之立法目的等方面，解釋方法之運用，原則上並無固定的先後次序，在論證的過程中，應考量彼此間關連性；在針對待決事實探求法規範意旨時，解釋方法可以互為補充。法律解釋的方法，在司法權具有相當重要性，透過法律解釋方法作為論證的基礎，並將論證的過程表現在判決理由中，若依解釋方法不同導致所得的結果有所不同，尚應參酌判決先例或設想比較案例，以決定應以何種方法為標準。

第二款 憲法解釋之界限

憲法的解釋不等於憲法的修改。憲法的解釋，是憲法的文字保持不變，只闡明憲法規範內容概念；而憲法的修改，必然將文字加以變動。但是，任何憲法解

及政黨違憲之解散事項。」。

¹²⁶ 參照翁岳生，〈憲法解釋與人民自由權利之保障〉收錄於李建良、簡資修主編《憲法解釋之理論與實務》第二輯，中研院，2000年初版，頁4、Christian Starck，〈Die Verfassungsauslegung〉，頁278-279。李建良譯，〈憲法解釋〉，《法學、憲法法院審判權與基本權利》，元照出版，2006年7月初版，頁245-246、陳慈陽，前揭註79書，頁86。

¹²⁷ 參照 Christian Starck，〈Die Verfassungsauslegung〉，頁280。李建良譯，前揭註126書，頁249。陳慈陽，前揭註79書，頁69-74、許育典，前揭註16書，頁34-36。

釋均有其界限。若超出憲法解釋的界限，就不是憲法的解釋，而變成憲法實質的修改。且大法官對於憲法解釋之效力，依據釋字第 185 號意旨¹²⁸，具有「拘束全國各機關及人民之效力」，學者認為憲法解釋之拘束力¹²⁹，並非僅為憲法共識或價值觀念之拘束，亦非一種政治性之服從，而為一種具有規範性之拘束力，可藉由規範的實效性作用，去擔保其履行，亦即透過憲法解釋，將有促使行政權、立法權履行之可能。而司法釋憲機關與立法者之間，涉及國家不同功能之分配問題，與權力分立原則、權力界限有關，因此司法釋憲機關為行使釋憲權能時，仍有其界限不得逾越，避免破壞法治國家權力分立之原則，一般而言，憲法解釋的界限可歸納如下¹³⁰：

一、憲法解釋不可超越憲法規範之範疇：

憲法條文是一種規範，具有其拘束力，若解釋憲法的結果，將使憲法條文不再具有拘束力，便超越了憲法解釋的界限。例如：透過立法將總統選舉制度改為世襲制度，並解釋立法委員係經由民眾所選出，因此所作之立法有民主正當性，仍屬民主制度之一種。此種解釋方式將造成憲法第 1 條「中華民國基於三民主義，為民有民治民享之民主共和國。」之規定，我國屬於民主共和國之體制遭到架空，此種解釋方式已逾越憲法本身的解釋界限，因此不得為此種解釋方式。

二、憲法解釋不可超越憲法規範的文字理解可能：

解釋一個憲法概念，不能超出其憲法文字的合理範圍，因為憲法解釋係在實現憲法目的，而憲法目的透過具體規範文字體現，若解釋逾越憲法文字理解可能，則該解釋已非憲法目的，亦即憲法解釋的界限，已存在憲法規定的文字本身。

解釋憲法時除注意有無逾越上述解釋之界限外，有學者以權力分立角度觀之¹³¹，因司法機關負責維護憲法，由擁有相當大權限的憲法法院為之（例如我國司法院大法官、德國聯邦憲法法院），基於權力分立原則，憲法所設置之國家機關應立於同地位，均可在憲法的規範之下，依照各該機關的立場與觀點解釋憲

¹²⁸ 釋字第 185 號解釋文：「司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權，為憲法第七十八條所明定，其所為之解釋，自有拘束全國各機關及人民之效力，各機關處理有關事項，應依解釋意旨為之，違背解釋之判例，當然失其效力。確定終局裁判所適用之法律或命令，或其適用法律、命令所表示之見解，經本院依人民聲請解釋認為與憲法意旨不符，其受不利確定終局裁判者，得以該解釋為再審或非常上訴之理由，已非法律見解歧異問題。行政法院六十二年判字第六一〇號判例，與此不合部分應不予援用。」

¹²⁹ 參照蘇俊雄，《憲法意見》，元照出版，2005 年 10 月初版，頁 313。

¹³⁰ 參照法治斌、董保城，《憲法新論》，元照，2010 年 4 版，頁 97。

¹³¹ 參照翁岳生，前揭註 126 文，頁 7-8。

法。而司法機關在解釋憲法時，即應避免侵犯其他國家權力的固有領域，此為憲法解釋應嚴守的界限。在憲法學學理上如美國的「政治問題原則」(political question doctrine)、法國的「統治行為」(actes de gouvernement)，或德國的「不受法院管轄的高權行為」(gerichtsfreie Hoheitsakte)等理論與概念的提出，其目的即在防止司法權的過度高漲，避免侵犯行政或立法權的固有權限，而所謂「司法自制」(judicial self-restraint)觀點的提出，亦是希望司法權應自我克制的一種呼籲，避免造成憲法機關之間，權力過度失衡之情形，例如針對我國領土範圍之問題，司法院大法官解釋第 328 號即認為屬於政治問題，而不予解釋¹³²。

三、小結

我國的憲法解釋透過司法院大法官來進行¹³³，基於憲法的抽象性以及不易變動性，在面對社會文化、經濟之變遷下，透過憲法解釋有使憲法內涵與時俱進的功能，賦予憲法新的生命，因而有其必要性，但在憲法解釋下，仍然有其界限，必須在不逾越憲法條文的文義之下進行解釋，不然將有違憲法解釋乃司法權作用之本質，故對於憲法財產權保護範圍之解釋，若將智慧財產解釋為屬於憲法上的財產權，是否將逾越憲法解釋之範圍？即是否產生超越憲法現存的拘束力範圍或憲法文字理解可能之問題？由文義解釋觀之，智慧財產權既已稱為財產權，則將其認屬財產權保障範圍，應無逾越文義解釋範圍；由歷史解釋觀之，則訂立憲法時，因智慧財產之發展尚未如此興盛，則應認當時制定憲法財產權之保護範圍，仍應以傳統的有體財產權為主，尚不包括智慧財產權；由目的解釋觀之，財產權之保障係為個人對其所有之財產，有自由使用收益處分之權利，對於人民付出心智或勞動所產生之薪資請求權及其他具有財產上價值之權利，則智慧財產權應有包括在憲法財產權保障範圍內。而大法官解釋對於商標權、專利權屬於財產權之保障範圍，應尚未逾越憲法現存的拘束力範圍及憲法規範的文字理解可能，而無違反憲法解釋之界限，蓋以解釋智慧財產權屬於財產權保障範圍，並不造成憲法對於智慧財產權法無拘束力，亦屬憲法規範文字可理解範圍內，而肯認商標權、專利權屬於財產權，並無剝奪立法機關對於財產權形成之權限，故大法官解釋商標及專利權屬財產權應屬適當。

¹³² 釋字第 328 號解釋文：中華民國領土，憲法第四條不採列舉方式，而為「依其固有之疆域」之概括規定，並設領土變更之程序，以為限制，有其政治上及歷史上之理由。其所稱固有疆域範圍之界定，為重大之政治問題，不應由行使司法權之釋憲機關予以解釋。

¹³³ 憲法第 78 條：司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權。

第二項 法律規範之功能與界限

第一款 法律規範之功能

所謂法律，與道德、宗教、習俗等同為社會規範的一種，而法律則屬國家所行使的強制力，此種強制力一般被認為是與其他社會規範最重要的不同點。此外，各種時代與社會的法律大多具有共通的特徵，例如對於一般私人、公家機關給予命令或是禁止某特定的行為、將社會相關事項作為權利義務來加以規範，若是違反了既規定處則施予刑罰或是損害賠償等強制性的制裁、亦或是根據立法機關所制定的律法來作為裁決規準或行政活動的依據等。

就如「有社會的地方就有法律」這句話，從古至今，無論於哪個時代的社會，法律都有其重要的機能，就整體而言，隨著社會的規模擴大與複雜化，法律的機能也出現了擴大而多樣化的傾向。以現代社會來說，個人、各類團體、組織、國家等各式規模的活動，實際上都受到各式各樣的法律的規制與保護。在理解關於現代法律所擁有的多樣化社會機能與主要的法律範圍。一般認為法律規範具有以下功能¹³⁴：

一、社會統制機能

此種由抑制、依據犯罪等嚴重事態所給予的刑罰之類之強制性手段(制裁)開始，在人的行為之下透過一些懲戒來確保的社會統制機能，屬於法律自古以來的基本機能。一般而言，法律上禁止對於個人的權利侵害等違法行為，隨意予以各種手段進行私下制裁或是施行自力救濟，將強制手段上加諸權限，限定由非特定人士之機關所實行，並將實行條件、內容、程序等以法律來規制，使強制手段變成社會性的組織化行為¹³⁵。在依照國家的強制權力對於個人行動的第一次社會統制活動上，亦即透過法律規範個人行動自由，例如刑法上所規範之行為均屬之，再加上考量了人們的自由與安全所做的第二次統制，亦即若有違反法律規範之行為者，將有科以限制人身自由或賠償金額等方式，一般認為社會統制機能是「法律的支配」中最基本的要求加以制度化而成的產物。

二、活動促進機能

¹³⁴ 參照田中成明，〈法のしくみと運用〉，《法律学入門》，佐藤幸治、鈴木茂嗣、田中成明、前田達明合著，有斐閣，2005年5月八版，頁193。

¹³⁵ 參照田中成明，前揭註134文，頁194。

即使法律透過強行規定對於人們的特定行為加諸了義務，但非以限制人們的自由活動為主要目的。刑法或是不法行為法等賦與義務規範，是為了讓訂定契約、遺囑、公司設立等有效成立的方式與權能賦予規範相互搭配，實現人們各種生活目標，法律可提供作為準則的指標與架構，使個人相互間自主活動，具備預測可能性，在法律規範下安全確實地運作其權能。法律在特定行止中加諸義務，將人們的活動在可能的範圍導引至適切的方向，固然限制了個人選擇的自由，但根據個人相互的自主決定的形成，或是基於此項保護而提供的諸多便利，皆會為促進個人選擇的目標到達實效性的實現進行援助。人們並不是法律規制與保護下的客體，而是作為法律變動最優先考量的主體¹³⁶。

法律在圓滑運作的日常狀況下，比起跟權力或是強制力締結規制的社會統治機能，更有促進個人權利義務、契約等相互間的自主行動規制、利害調整之機能的重要功能。法律的活動促進機能著眼在於，法律是以排除了不當的強制力後的公正狀況為基礎，進行個人相互的交易交涉或是根據理性議論所形成的共識，為了不使該共識內容違反社會正義、衡平，法律從各種角度提供指標與規則。因此依據國家權力而生的強制手段的規定，促進了共識的形成與實現，而具有活動促進機能。

三、紛爭解決機能

所謂法律，並非僅指根據一般法律規範，預先將權利義務關係儘可能明確規定來努力防止紛爭，亦有因應具體紛爭發生，用以解決法律紛爭的規範與程序。將當事人之間無法自主解決的紛爭於公開場合上提出紛爭，並設置法院來下達最終公權力裁定¹³⁷。此種作為最終階段的裁判過程，與作為社會統制機能的強制手段之發動過程相互交錯。因此，紛爭解決機能，對於確保上述兩項機能的實效性而言亦為不可或缺之物。

裁判即為此類典型法律紛爭解決方式之特徵，以前認為係依照具體紛爭所適用實體法律規範，對於事實認定權利或是義務關係的確定皆由以「全亦或無 (all-or-nothing)」的二分法來劃分。但依據如此判決之紛爭解決，僅具有顧及部分、單方面，並無法有效率解決整體紛爭，因此在現代伴隨法律紛爭的增加與複雜性提昇，將法律所具有紛爭解決機能，應用在和解、調解、仲裁等代替的紛爭解決程序上，以利紛爭解決之迅速。

¹³⁶ 參照田中成明，前揭註 134 文，頁 196。

¹³⁷ 參照田中成明，前揭註 134 文，頁 197。

四、資源分配機能

現代國家與近代的「夜警國家」不同，在夜警國家認為政府不應過度介入人民生活，現代國家則因考量而對社會經濟生活積極介入，涉及範圍相當廣。此外，法律還做為經濟活動的規制、生活環境的維持、與教育、公眾衛生等相關連的公眾服務的提供、社會保障、根據各種保險與租稅所進行的財產再分配等重要手段受到廣泛利用¹³⁸。具有資源分配機能的法令，多半被認為是行政法與稅法等公法，以及其他如勞基法、社會保障法、經濟法、與消費者保護法等，由公法與私法所結合的融合領域。資源分配機能，多為根據所謂的基本法乃至計畫法（例：環境基本法、都市計畫法等）所列舉出之政策目標，並基於此目標制定出負責實施各政策的機關之組織、權限以及將該活動的規範、程序進而做出具體規定的政令、規則等構造的實現。資源分配機能與前述的社會統制、活動促進、紛爭解決機能不同在於，社會統制、活動促進、紛爭解決機能主要根據刑事法、民事法等古典司法法律來對於個人具體權利義務先行加以明確規定，依據權利侵害或義務違反來預定出事後的救濟或制裁之方式，與法律資源分配機能不同。在資源分配之法令中，雖然也有包含對於違反行為所做，包含拘役、罰鍰等負面性手段的規定，制裁的輕重，亦受到國家或是地方自治體等機關是否編入該預算影響，而除了以制裁手段外，為促進人們確實規定遵守，有賦與租稅優遇、給予補助金等正面手段。

綜上所述，法律規範的功能，已由「國家使用強制權力將人們特定行為以義務加以規制的命令系統」，轉變到具有資源分配的公益面相，不單單只規範人民什麼可以作、什麼不能作，更具有為達成一定公益之目的、調和社會活動、私人生活間的和諧秩序，讓人民能在自主法律活動上公正並受到保障，可說是強化人們於法律使用上的自律能力。以此觀之，智慧財產權之立法，除要求人民要遵守關於智慧財產權之保障規範外，即具有社會統制機能，並因對於智慧財產權的保障，而有促進人民投入智慧財產研究，使人民文化經濟蓬勃發展的活動促進機能，更有對於因為智慧財產所生紛爭，作為定紛止爭標準的紛爭解決機能，最後將智慧財產保障所帶來的財產利益分配予特定人的資源分配機能。

第二款 法律規範之界限

著名的法實證主義學家—哈特（Herbert Lionel Adolphus Hart），認為「某些普世被承認的行為原則，這些原則是在關於人類、自然環境和目的的的基本事實

¹³⁸ 參照田中成明，前揭註 134 文，頁 198。

上，有所根據」，而我們或許可以說這些原則建構出「善意義的核心」，因而是自然法的「最低限度的內容」(the minimum content)¹³⁹。哈特提出五個稱為「自明之理」的事物闡述之¹⁴⁰：(一) 人的脆弱性，法律大部分不是要求人們主動的貢獻，而是要求行為的自制，表現為否定形式的禁令。(二) 近乎平等，儘管人類在體力、智力有所差異，但沒有任何的力量差距，足以使某個人不藉助合作，就能夠主宰或壓迫他人，因此法律和道德兩種義務基礎是一種相互克制和妥協的制度。(三) 有限的利他主義，人類的利他主義有遠近親疏之別，亦非經常性，若侵害他人的利己主義未受到法律和道德的控制，將有害社會生活。(四) 有限的資源，人類的食衣住行生活所須之資源並非無限、隨手可得的，因資源之有限性，使財產制度與相關規定成為必要(不必然是私有制)以及要求尊重此制度之規則，此種規則屬於靜態規則，這些規則所要求之義務及範圍不能由個體去改變。但基於勞動分工合作以獲得適當的物資，需要動態的規則，包括能使人類轉讓、交換或出售財產的規則，使人們創立關於財產的新的義務和改變原先義務的規則。用以建立對他人未來行為之信心及可預測性。(五) 有限的理解和意志的力量，社會上須有尊重人身、財產和承諾的規則，大多數的人亦服從此種符合相互利益的規則，不論其遵守之動機為何，若沒有特別的監視和懲罰組織，大多數人會考慮眼前利益，而以身試法。因此，相互自制的好處即在於此，在一個強制制度保證下會給自願合作的人數與力量，通常大於壞人的結合，但前提是對不願意承擔義務而只想享受制度利益的人要有實行制裁的組織。所謂的制裁，不僅是服從的動機，更是一種保證，使自願守法之人不會被不守法之人犧牲掉。

由哈特所提出自然法的最低限度中，可以得知關於財產制度之形成，主要係因資源之有限性，使財產制度與相關規定成為必要，但此種規範必要性在智慧財產權之立法上是否仍有適用，智慧財產縱遭他人侵權使用，對於智慧財產權人影響為何？例如盜印版權書、網路上下載非法音樂檔案，智慧財產權人仍擁有其智慧財產，並未因此被剝奪。合理的解釋為，若未制定相關智慧財產法制，則當智慧財產權人創造出新的著作、發明時，法律未予以保障，將造成創作人不願在投入勞力、心力開發、創造，因在有限的利他主義下，人類的行為仍要追求利己主義，若未賦予創作者任何利益，將造成智慧財產資源的枯竭。

訂立智慧財產權法，除具有靜態規則性質，即明定何種情況下智慧財產權人可以主張擁有智慧財產權利，更具有動態規則性質，用以作為轉讓、交換或出售智慧財產之規則，使社會發展分工都獲得適當之物質，並提供一個強制制度保證，對不願意承擔義務而只想享受制度利益的人，有民事與刑事責任予以制裁，使自願守法之人不會被不守法之人犧牲掉，讓國家社會、經濟、文化發展蓬勃。

¹³⁹ Ian McLeod, 《法理論的基礎》，譯者：楊智傑，韋伯文化國際出版，2005年1月，頁85。

¹⁴⁰ 參照 Herbert Lionel Adolphus Hart 著，許家馨、李冠宜翻譯，《法律的概念》，商周出版，2010年1月二版，頁248-251、沈宗靈，《法理學》，五南出版，2002年9月初版三刷，頁216-218。

第四章 憲法保障智慧財產權之意義與界限

本章探討憲法上保障智慧財產權之意義，也就是我國憲法就智慧財產權之定位為何之相關問題。智慧財產權此一包括諸多相關法制之概念，是否均與憲法保障一般財產權概念相同？本章擬透過以各國憲法對於智慧財產權之規定及實務見解，與我國憲法規定、大法官見解、學界見解之不同，瞭解各國憲法對於智慧財產權之定位，憲法保障智慧財產權之意義與界限。

第一節 憲法保障智慧財產權之意義

第一項 德國

德國民法對「物」(Sache)之所有權，係針對有體物，憲法法院依據「所有權」(Eigentum)之概念，將基本法上關於「財產權保障」(Eigentumsgarantie)，經由確認著作權為精神財產 (geistiges Eigentum) 而包含在內。亦即聯邦憲法法院認為，由著作人創作之著作與其中有體化之精神上勞動成果 (Leistung)，在財產法上之觀點，屬於基本法第十四條第一項第一段所稱之財產權¹⁴¹。而憲法所保護之對象，不僅限於著作權法中個別明定之財產權，亦包括潛在的處分與利用權 (Verfügungs- und Verwertungsrecht)。聯邦憲法法院認為基本法第十四條第一項第一段，屬於立法者之「法規委任 (Regelungsauftrag) 範圍內，立法者原則上有義務，將創作勞動成果之具有財產價值的結果，歸屬於著作人，並應授與著作人自由處分之權限。

惟此項賦予著作人自由處分之權限，並非完全不受到拘束，著作人之法律地位仍受到社會義務 (Sozialbindung) 之限制，如同基本法 14 條第 1 項第 2 段規定，有關財產權之社會義務性，即著作權之社會義務性，其具體化規定於著作權法第 45 條以下。

由於德國基本法中並未明確條文規範智慧財產權，而聯邦憲法法院曾對於智慧財產權之爭議，曾作出下列重要的判決，配合自然權利理論，進一步確立著作權、商標權、專利權等智慧財產權，其憲法上之基礎在德國基本法第 14 條所定財產權保障之範圍內。

¹⁴¹ 參照蔡明誠，《國際著作權法令暨判決之研究 肆 德國著作權法令暨判決之研究》，內政部委託蔡明誠編印，1996 年 4 月，頁 17。

第一款 歌曲集、教科書判決¹⁴²

一、判決要旨

根據德國著作權法第 46 條第 1 項¹⁴³意旨，若歌曲集外表及內在之性質特徵令人得以客觀辨識其編輯性質係以學校或教學用途為其唯一目的，則該集僅限學校使用。有關著作權法第 46 條第 1 項合憲性問題，該項規定在少量語言或音樂作品出版後，被收入某專集，而此專集結合大批作家之作品，並依其性質僅限學校使用時，其重製集散布為法律所容許。但應於標題頁面或其他相當位置標明限何用途，允許在為了教學、研究目的的使用，可不需要著作權人同意且無需給予著作權人補償的情況下，複製與散布其作品。

二、重點與評析

在解釋著作權法第 46 條關於著作權之界限时必須注意，本條規定係允許未經授權之重製集散布，屬於著作權應經授權方得使用之例外規定，而對於例外規定應作狹義解釋，避免造成對著作權保障不足，本條之立法目的在於顧及公眾利益，為使青少年能於上課環境中使用契合時代之智慧創造物，故屬對著作權人權利之正當限制。

聯邦憲法法院在本判決中肯認著作權屬於基本法第 14 條第 1 項第 1 句中的「財產」，其根據在於基本法同條同項第 2 句「立法者具有依照社會與經濟狀況去形成財產權的範圍之權利與義務」。在本案中，著作權法第 46 條第 1 項規定不需得著作權人同意，聯邦憲法法院認為，著作權人對其作品享有財產權的保障，然財產權之保障並非不能限制，在立法過程中，除考量個人私益外，亦須考量對於公益之影響，故本條在此屬於合憲的限制，因對於大眾具有重大的利益¹⁴⁴。但

¹⁴² BVerfGE, S.229ff(Schulbücher-Entscheidung) 聯邦最高法院判決 1991.6.6—I ZR 26/90(KG)。

¹⁴³ 德國著作權法第 46 條第 1 項：「為教堂、學校或教學使用之彙編物：一、如果著作的部份內容或小篇幅的語言著作、音樂著作、單獨的造型藝術著作或單獨的攝影著作在出版之後，被用到彙編物中將數人著作彙編成冊並且根據上述著作的特性只為教堂、學校或教學使用，則允許複製和傳播此類彙編物，必須在該彙編物之標題或相應位置明確標明其用途。」，參考網址：<http://www.docin.com/p-44635736.html>，造訪日期 2012 年 5 月 21 日。

¹⁴⁴ 參照吳祚丞譯，《國際著作權法令暨判決之研究 肆 德國著作權法令暨判決之研究》，內政部委託蔡明誠編印，1996 年 4 月，頁 501-503、陳正和，〈「智慧」是憲法保障的財產權嗎？——以著作權法為中心論智慧財產權之憲法基礎〉，政治大學法律研究所碩士論文，97 年 4 月，頁 11。

對於不用補償之規定，聯邦憲法法院則認為，依據憲法「財產權保障」的內涵，著作權人對其工作成果的經濟上利益有請求權，系爭不用補償之規定已著作權人之權利有限制過度之虞，若係基於公眾利益考量，則可使被保護著作不經授權使用之合法化，然不及於免付報酬之使用，為解決此問題。聯邦政府於 1972 年之著作權法附則，實施著作權法第 46 條第 4 項¹⁴⁵之付費義務。

第二款 教會音樂判決¹⁴⁶

一、判決要旨

著作權法第 52 條第 1 項第 2 款允許在宗教禮拜儀式、教會慶典或其他公法上之宗教團體舉辦其他活動時，公開播送已問世之著作是允許的，縱未經著作權人之同意而公開播送其受保護之著作，此與基本法之規定尚屬一致。但在該款規定後段，要求著作權人必須將其著作無償地提供此一活動使用，實已違反基本法對財產權之保障。

二、重點與評析

依據系爭條文規定，只要該活動舉辦人非基於營利之目的、參加活動之人亦無特別的對價、或是涉及教會的活動或其他宗教慶典，允許使用該著作，而毋庸經著作權人同意即可使用該著作。本條規定排除著作權人對該著作利用之同意權，屬於著作權人對其作品有排除利用權之例外，非屬於政府徵收，而屬於對著作權人之權利所作合憲之限制¹⁴⁷。因著作權係與社會產生關聯之權利，而應受到社會利益之某種限制，如同財產權之社會義務性，將著作人創作成果之經濟上利益，歸屬於著作權人，並將著作權視為憲法意義上之財產權，但在系爭條文除了限制著作權人之排他利用權外，亦限制著作權人之補償請求權，實已過度侵害憲法關於財產權之保障內涵。

¹⁴⁵ 德國著作權法第 46 條第 4 項：「對於複製和傳播應給付著作人適當之報酬。」，參考網址：<http://www.docin.com/p-44635736.html>，造訪日期 2012.05.21。

¹⁴⁶ 吳從周譯，《國際著作權法令暨判決之研究 肆 德國著作權法令暨判決之研究》，內政部委託蔡明誠編印，1996 年 4 月，頁 531。

¹⁴⁷ 參照吳從周譯，前揭註 146 書，頁 530-532、陳正和，前揭註 144 文，頁 12。

第三款 小結

德國聯邦憲法法院認為，著作人創作之產品以及在該作品中體現出之精神成果，從財產權的角度來看，是屬於基本法第 14 條第 1 項意義下的所有權。由憲法上關於財產權之保障，可知著作人享有在經濟上利用此種「精神上之所有權」¹⁴⁸。著作人之權利受到憲法保障，不僅在著作權法個別規定的財產權，亦包括潛在的處分權與使用權在內，而基於基本權之保護義務，對於基本法委任立法之範圍內，立法者係負有義務，將人民投入精神之創作，具有的財產價值的成果歸屬於著作人，並賦與著作人自由處分該成果之權限。聯邦憲法法院以基本法第 14 條對財產權之規範，作為著作權之憲法保障基礎，聯邦憲法法院除肯認「智慧財產權」之概念外，更將其以財產權之態樣加以保護。

由德國聯邦憲法法院見解可知，係將精神創作成果的經濟上利益歸屬於著作權人，並將著作權當做「憲法意義上的財產權」，如同一般財產權之社會義務性，著作權人行使權利仍應受到社會利益之限制。對於著作人行使權利固然可因公益而受到一定程度之限制，然基於憲法財產權的保障，仍不可過度限制。因著作人享有排他權利，當著作人之排他權與公共利益產生衝突時，其排他權即因公共利益之考量而有其界限，但仍應賦予著作人使用其著作之報酬請求權，因此著作人仍得主張就其著作獲得適當利潤之經濟利益，縱基於公益考量限制著作人利益，該限制亦須遵守比例原則。

第二項 美國

第一款 憲法規定與著作權之立法沿革

相對於我國與德國在憲法上就智慧財產權規範的不明確，美國的情況就清楚的多。美國憲法特別賦予中央政府處置智慧財產之權力，美國憲法第 1 條第 1 項第 8 款明文規定：「國會有權制定賦予作家及發明人之作品或發明有限期的專屬權，以促進科學及工藝發展之法律」。本條文即作為美國著作權法及專利法立法之憲法依據，美國國會並於 1790 年制定著作權法，目的在透過著作權法賦予著作權人其作品財產權的保護，以鼓勵著作權人努力從事創作，以追求國家文化發展。美國著作權法歷經數度修法，變動之內容主要有：由最初採取「註冊主義」

¹⁴⁸ 參照吳從周譯，前揭註 146 書，頁 538。

改採為「創作保護主義」¹⁴⁹、擴充著作權保障標的¹⁵⁰、賦與著作權人更多專有權利¹⁵¹、延長著作權存續期間由最初賦予著作權人 14 年，延長到著作權人有生之年加 70 年等變革¹⁵²。

創作保護主義並不認為著作權是創作者與生俱來的權利，而是與專利權一樣，是屬於國家為了獎勵創作、促進文化發展，所做的配套措施，透過立法保障創作者就其著作財產，達到促進國家文化發展之目的。然隨著不斷進步的科技，著作權之保障亦不斷產生紛爭，例如收音機、影印機、錄放影機、電視的發明均產生智慧財產之衝突。以錄放影機為例，1970 年代末期錄影科技開始發展，好萊塢電影業者就極力主張錄影科技為電影事業帶來浩劫，因人們利用錄影設備恣意盜錄電影片，將扼殺電影院放映市場，以 1984 年著名的 Sony 案為例（Sony Corporation of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417(1984)），即電影業希望透過法律訴訟，禁止錄影科技的發展，而美國聯邦最高法院 9 位法官以 5 票對 4 票些微的差距，判決電影業者敗訴。多數見解認為，雖然「任何對有著作權之著作所為未經授權之商業性利用，均應被推定為對著作權人專有權利之不合理剝削」，但在非商業性使用之情形則有所不同，消費者錄製電視節目之行為，目的是在於希望稍後有空時再看，非為轉播之目的、亦不具有商業性質，屬於合理使用之行為，因此認定不會對著作權人之權益造成損害，判決電影業者敗訴，進而促進錄影科技的發展¹⁵³。至今則屬網路下載產生之爭議最受關注，因美國屬於智慧財產出口的領導者，國際間相關智慧財產法制之訂立，對於美國具有很大的利益，因複製、盜版、破解軟體密碼等侵害實更勝於過去海上貿易之海盜侵害。

第二款 著作權與財產權保障

一般認為對於著作權保障之著作須符合一定之要件，並非所有透過人類精神而生之產物均可稱為著作，而一概主張受著作權法保障，為了使著作得以受到著作權之保護，著作仍須符合：「是為直接，且是透過機械乃至裝置獲得感知，乃

¹⁴⁹ 創作保護主義係指只要著作具有些許原創性，無須經過審查及註冊登記之方式，著作人於著作完成時，即可享有著作權。

¹⁵⁰ 著作權保障之客體由著述，擴充到不限於著作權法所定之八種著作類別，只要著作具有原創性，則不論何種型態之著作均可享有著作權保障。

¹⁵¹ 由初始賦予著作權人單一不可分割之著作權，到現今著作權人享有重製權、改作權、散布權、公開展示權、公開演出權等，且可個別讓與或授權之多項權利。

¹⁵² 參照林利芝，〈淺談美國著作權法之「First Sale Doctrine」〉，《月旦法學雜誌》，2011 年 3 月第 190 期，頁 94-95。

¹⁵³ 參照賴文智，《圖書館與著作權法》，翰蘆出版，2002 年 5 月初版，頁 18、Lawrence M. Friedman 著，吳懿婷譯，《二十世紀美國法律史》，商周出版，2005 年 2 月初版，頁 455-457、許銘森，《論著作權的正當行使-從著作權賞金獵人出發》，逢甲大學財經法律研究所碩士論文，99 年 5 月，頁 9、馮震宇，《智慧財產權發展趨勢與重要問題研究》，2003 年 10 月初版，頁 161-162。

至可播放或是以其他方法達到“意思、思想之傳達（communicate）”，將之呈現在有形的“表現媒體”上的，具原創性的著作作品」¹⁵⁴。意即要成為受著作權保護之對象，需具有：具原創性之物、具創造（創作）性之物、並可固定於有形之媒體上等必要條件。若符合這些條件的著作，其著作權人即受著作權法保障，享有複製、散布等具排他性之權利。

由此觀之，著作權並非在作者創作之後，即可主張與生俱來的財產權，而屬一種人造的法律狀態，並可以隨時因應社會環境的變遷而修改¹⁵⁵。以著作權法保護期間為例，過去美國對於著作的保護期間只有二十八年，後來延長為五十年，1998年針對米老鼠（Micky Mouse）的著作權即將屆滿，影響美國文化產業非常大，因在著作權期間屆滿後，任何人均得自由重製米老鼠圖案，因此美國迪士尼公司等利益團體的大力遊說下，美國國會於1998年10月通過「著作權期間延長及音樂著作權授權法案」¹⁵⁶，自此美國著作權保障，由著作權人終身加五十年再度延長為著作人終身加七十年。但在立法加強著作權保護時，若過度保障著作權，反造成國家文化無法順利發展的障礙，因此於1976年舉行CONTU會議¹⁵⁷，乃是針對新興科技使用對於著作物利用的影響，該會議所列出的原則，亦包括圖書館的合理使用，而於1994年CONFU會議¹⁵⁸，更是有針對著作權法有關合理使用範圍，提出修法建議白皮書，是為美國著作權法史上相當重要的文獻。

由前述美國對於著作權保護期間的變化及合理使用範圍之歷史可知，自英國安妮法案延續而來的著作權制度，原本是出版商為了取得出版的獨占權¹⁵⁹，美國早期多數學者多採取工具論的立場，將著作權視為一種特別允許的獨占。從動機的角度，認為給予創作者獨占的權利，使其能藉由市場上的獨占地位獲得一定的經濟上利益，用以填補創作的成本，讓創作者有願意繼續創作的誘因。而在越多創作就越能促進知識進步的假設下，創作者越願意持續的創作就對促進知識的進步越有幫助。此種見解反對將著作權視為一種自然權利、一種傳統財產權的看法，相反地，採工具論者認為著作權法的重點在於維護公益，而不是在給與作者利益¹⁶⁰。透過賦予著作人專屬的權利，再由出版商向著作人購買此一專屬的權利，以達到壟斷出版權利之目的。由洛克的勞動論觀之，作者或出版商以其所付出之勞動來作為其著作權受保護的理論依據，防止在法律不能提供救助的情況下

¹⁵⁴ 參照松井茂記，《インターネット憲法學》，岩波書店出版，2002年9月，頁255。

¹⁵⁵ 參照賴文智，前揭註153書，頁19-20。

¹⁵⁶ Copyright Term Extension and Music Licensing S.505。

¹⁵⁷ 全名：The National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works（CONTU）

¹⁵⁸ 全名：Conference on Fair Use（CONFU），其所完成的白皮書內，認為應就館際互借、電子保存、遠距教學等事項，進行合理使用範圍的界定。

¹⁵⁹ L.Ray Patterson & Stanley W.Lidberg, The Nature of Copyright: A Law of Users' Rights, supra note 32, 61-64。轉引自陳正和，前揭註144文，頁16。

¹⁶⁰ 參照賴文智，前揭註153書，頁21、曲三強，〈傳統財產權理論對知識產權觀念之影響〉，《中外法學》第十四期，2002年，頁677。

的各種盜版行為。在採取普通法的國家中，例如英國、美國，法院大多認為，對已出版著作之保護僅以法律規定者為對象，因著作權雖屬一種權利，但並非對於既存財產權作為勞動成果之認可，而是立法者為達成憲法上的目的，例如鼓勵科學和藝術而設。

惟傳統上認為「獨占」一直是法律所排斥的現象，原則上只有為了公益且有必要時方能例外採行的制度，在訂立相關法制時更須審慎為之，但在面對新科技的挑戰及產業規模逐漸龐大的智慧財產權產業時，將智慧財產權視為法律賦予之權利則略顯保護不足。故有學說主張應以「財產權」來保護智慧財產權¹⁶¹，並認以「財產權」加以保護，將使智慧財產權受到更完善的保護，因將無體的著作權視為與車子、房子一樣的實體財產權，使社會大眾容易了解並接受著作權屬於財產權，著作權如同一般財產權應受到保護。讓創作者享有其精神勞動之成果，亦符合洛克勞力論的見解，因此近來逐漸有學說將商標、專利、著作權當做是財產權加以保護。

在實務上則有主張著作權是「自然權」者，例如 *Wheaton* 案中，Thompson 大法官就提出不同意見認為：「…作者權利所依據的主要原則是，那是他勞動的結果或產物，而這藉由心智機能的勞動，就如同身體機能的勞動一樣，是足以確立一個財產權…」。¹⁶²在 *Mazer* 案中，最高法院也認為：「為了那些創作活動而犧牲的日子值得給予對等的獎勵」，有著將著作權是為作者自然法財產權的看法¹⁶²。雖然有越來越多見解認為著作權屬於財產權，但美國的通說仍認為著作權是法律給予著作權人的獨占權利，並非一種財產權。

第三項 日本

第一款 憲法規定與著作權立法沿革

日本憲法第 29 條「不得侵犯財產權。財產權的內容應適合於公共福利，由法律規定之。私有財產在正當的補償下得收歸公用。」，是為憲法保障財產權之規定，並未如同美國在憲法上有關於智慧財產之規定，而是採取德國之模式，憲法上僅規定財產權之保障，再以法律形成財產權之內容。

¹⁶¹ 例如美國學者：Wendy J Gordon、Frank H. Easterbrook、Adam D. Moore、Jane C. Ginsberg 等，轉引自陳正和，前揭註 144 文，頁 19-21。

¹⁶² 陳正和，前揭註 144 文，頁 21。

關於日本對於智慧財產權定位之看法，以著作權為例，所謂著作權係指著作人在其著作上擁有一定之權利，是依據著作權法所認定之權利，此種權利之認可，是為了保障著作人不失去其對著作物的創作動機（意願），避免阻礙文化發展¹⁶³。

日本因加入旨在保護文學及藝術創作之「伯恩公約」，而於 1899 年制定《著作權法》，即現稱之「舊著作權法」，1970 年為確保著作之公正利用暨保護著作人等之相關權益，就該法進行全文修正，另定現行之《著作權法》，希冀裨益文化發展。隨著網路迅速普及，網路上各類數位內容產品充斥，既有之法律於數位著作蓬勃發展時代，庶幾無法發揮約束之功能，致常令人陷入可擅自利用數位著作之錯覺。自世界智慧財產權組織於一九九六年十二月召開「關於著作權與鄰接權相關問題之外交會議」通過「世界智慧財產權組織著作權條約」及「世界智慧財產權組織表演及錄音物條約」等二項國際條約，日本為因應網路時代來臨，1997 年修法，明定公開傳輸應取得著作權人許可，於 LAN 或 Internet 使用時，亦須取得著作權人同意。此外，學術機構或教育機構以研究或教學為由存取他人資料時，雖有須輸入帳號及密碼之限制，仍逾越個人使用範圍，應獲得著作權人同意。順應數位時代潮流，日本逐次修法，強化著作權之相關規範。除此之外鑒於亞洲諸多國家其物價低於日本，為防止國外合法生產之音樂光碟回流至日本，以較低價格販售，掠奪相關權利人之經濟利益，2004 年修法，就明知僅限國外散布之商業性音樂光碟卻故意輸入日本販售列入侵權行為，俾匡正此陋習；2006 年亦修法嚴格取締輸出侵害著作權之商品，且強化侵權行為之刑事罰則，力求著作權保護至臻至善¹⁶⁴。

第二款 著作權與財產權保障

日本最早的著作權法制為 1869 年（明治 2 年）制定「出版條例」，採登錄主義，要取得版權，必須向內務省登錄，若未辦理登錄，則不能享有版權，該著作物即變成公有。日本為準備加入伯恩公約，日本於 1899 年通過「著作權法」，其保護內容基本上與國際規範相同，對著作權採取創作發生主義，雖然仍有登記制度的存在，但並非著作權發生之要件，日本在著作權之立法上，採取將著作人格權與著作財產權並列為著作權之內容，著作權成為一個雙重權利，即著作人擁

¹⁶³ 參照松井茂記，前揭註 154 書，頁 245。

¹⁶⁴ 參照章忠信，〈日本新修正著作權法淺釋〉，《月旦法學雜誌》，1997 年 8 月第 27 期，頁 45、立法院國會圖書館網站，網址：

<http://npl.ly.gov.tw/do/www/billIntroductionContent?id=39#%E6%97%A5%E6%9C%AC>，造訪日期：2012.05.22。

有的權利，可分為著作財產權與著作人格權兩項¹⁶⁵。日本著作權法制原以大陸法系為基礎，但近年來如同我國著作權法一樣，受到美國及國際條約修法壓力與新興科技對於著作權規範之衝突，著作權法自 1989 年立法以來，修正次數超過 15 次，修法次數相當頻繁，目的係在因應科技之進步與對著作權保障之完善。

日本著作權法第二章規範著作人之權利，其中第三節第二、三款規範權利之內容，對於著作權之權利內容，可以分為人格權及財產權之保障¹⁶⁶，其中著作財產權包含複製權（第 21 條），演出權及演奏權（第 22 條），上映權（第 22 條之 2），廣播權（第 23 條），口述權（第 24 條），展示權（第 25 條），散布權（第 26 條），出借權（第 26 條之 2），出借權（第 26 條之 3），翻譯權（第 27 條）等權利，且著作權法承認，就原著作改作之創作的衍生著作，原著作之著作人與衍生著作之著作人享有同一種類的權利，即利用二次著作之原著作人之權利（第 28 條），提供財產權人散布之保護外，為平衡著作權人利益與著作物自由流通、文化發展與促進二者間之平衡，並都設計出第一次銷售理論或散布原則。相對於著作財產權，著作人格權中包含：發表權（第 18 條）、姓名表示權（第 19 條），同一性保持權（第 20 條）。發表權是指，將尚未公開發表之著作，提供給公眾（對大眾發表），亦或是提出（展出）作品之權利。姓名表示權是指在其著作中，著作人有權利以非本名，也就是另取別名（筆名）作為著作人名，且亦有不公開著作人姓名的權利。同一性保持權是指對其著作有一致性的、保持完整的權利，不得違反著作人之意思，對其著作進行變更、分割或其他方式之改變的權利。而對於侵害著作權，不只是可請求損害賠償（民法第 709 條），亦可行使停止侵權或是預防侵權之請求（要求禁止（停止）侵權）（著作權法第 112 條）。而損害賠償中須具有：因故意、過失等必要條件；而要求禁止侵權之行為，則不必具故意、過失要件。且侵害著作權之人亦可處 3 年以下之徒刑，或科處 300 萬元（日元）以下之罰金（第 119 條）。

日本著作權法於第四章規範著作鄰接權，主要針對表演人、唱片製作人、廣播業者、有線廣播業者等，賦予其一定程度之權利保障但仍須遵守「一次獲利機會」原則，一般認為屬程度較低之保護¹⁶⁷。以表演人之權利為例，其所享有者為鄰接權之保護，而非著作權之保障，當表演人因錄音或錄影物之作成而或有利益或報酬時，對之後無線、有線播送等，不得再行使其排他權，但仍有報酬請求權；或是因前階段之無線播送行為獲有利益時，亦不得再對之後有線播送行為，行使

¹⁶⁵ 參照松井茂記，前揭註 154 書，頁 246、鄧詹森，〈數位時代科技發展與著作權保護的難題與調和一以著作權法為中心之檢討〉，東吳大學法律學系碩士論文，98 年 7 月，頁 147、陳清秀，〈國際著作權法令暨判決之研究 參 日本著作權法令暨判決之研究〉，內政部委託陳清秀編印，1996 年 4 月，頁 2-3。

¹⁶⁶ 參照松井茂記，前揭註 154 書，頁 248、林松茂譯，〈國際著作權法令暨判決之研究 參 日本著作權法令暨判決之研究〉，內政部委託陳清秀編印，1996 年 4 月，頁 11-13。

¹⁶⁷ 參照林松茂譯，前揭註 166 書，頁 11-13、黃銘傑，〈日本著作權法制發展特色對我國著作權法未來發展之啟示〉，《智慧財產權月刊》，95 年 4 月第 88 期，頁 17-19。

其排他權。對於表演人所享有之著作鄰接權，主要是透過報酬請求權對表演人進行保護，而非使用排他權。

對於著作權之保護，是基於透過保障這些權利，使得文化之發展有所助益，才因應設立的法律條文。但反之，亦有不是為了促進文化之發展而撰寫的條文。且無論任何的著作人都不該完全排除（禁止）第三者利用其著作¹⁶⁸。因此著作權法中亦有相關規定，在一定的限制範圍內不受侵害著作權條文之拘束。相關規範於第二章第三節第五款關於著作權之限制，例如：私人使用之複製（第 30 條）、圖書館等之複製（第 31 至 37 條）、引用公開發表之著作（第 38 條以下）等規定，在符合法律許可之範圍內使用他人之著作。「引用」是指：「引用已公開發表之著作；在「引用」的情況，「必需符合公正之慣例，如過去的報導、評論（批評、辯論）、研究或其他（文章）中，其引用之目的必須是在正當的範圍內所進行的引用」。不過，上述之限制不擴大解釋至「著作人格權」（第 50 條），因該著作權之限制主要是針對著作權所具有之財產權性質，著作權人之財產利益與著作物自由流通、促進文化發展兩相權衡之下，予以限制著作權人之排他權利，但仍應予一定補償，避免過度侵害，但著作人格權仍應保障，例如發表權、姓名表示權、同一性保持權等不可為著作流通之理由而予限制剝奪。

第四項 我國

第一款 憲法規定

對於智慧財產權的保障，憲法中並未明文規範，亦未對於著作權法、商標法及專利法有明文規定，涉及智慧財產保障的條文，除了第 15 條財產權保障外，僅於基本國策章節中有相關規範，規定於第 165 條至第 167 條¹⁶⁹。

因此有見解認為就憲法關於智慧財產權，其保障基礎可能在憲法基本國策條文第 165、166 條¹⁷⁰，其立論基礎在於專利法第 1 條之立法目的：「為鼓勵、保

¹⁶⁸ 參照松井茂記，前揭註 154 書，頁 249、林松茂譯，前揭註 166 書，頁 28-30。

¹⁶⁹ 憲法第 165 條：國家應保障教育、科學、藝術工作者之生活，並依國民經濟之進展，隨時提高其待遇。

第 166 條：國家應獎勵科學之發明與創造，並保護有關歷史、文化、藝術之古蹟、古物。

第 167 條：國家對於左列事業或個人，予以獎勵或補助：一國內私人經營之教育事業成績優良者。二僑居外國國民之教育事業成績優良者。三於學術或技術有發明者。四從事教育久於其職而成績優良者。

¹⁷⁰ 參照楊智傑，〈智慧財產權的憲法基礎—兼論智財權與言論自由的衝突〉，《財產法暨經濟法》，

護、利用發明與創作，以促進產業發展，特制訂本法。」，與憲法第 166 條的文字略有重疊，另參照著作權法第 1 條立法目的：「為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，特制訂本法。」雖未與憲法第 165、166 條文字重疊，但憲法第 165、166 條位於基本國策第五節的教育文化中。因此認為專利法和著作權法的立法，均與憲法基本國策條文第 165、166 條有關，並認為專利法和著作權法的立法目的，都未提及財產權保障，認為關於專利制度與著作權保障制度非屬固有財產權，本質上屬於新創的，係立法者為達成這兩個法律的目的才制訂出來的制度，用以調和社會公共利益與促進國家文化發展，著作權與專利權之保障與憲法揭示之重要理念相合，有助於實踐憲法理念。

然關於基本國策之效力，我國司法院大法官解釋由第 190¹⁷¹、206¹⁷²、215¹⁷³ 等號解釋，明確肯定此類國策規定對立法者的規範力。司法院第 422 號解釋更以憲法第 15 條的生存權及第 153 條為共同審查基礎，而認定行政院令及內政部函以固定金額推計承租人生活費用，未斟酌承租人家庭生活之具體情形及實際所生之困窘狀況，難謂切近實際，有失合理，「與憲法保護農民之意旨不符」，認定違憲；司法院第 456 號解釋也是從憲法第 153 條國家應實施保護勞工政策之立法委託出發，先認定勞保條例細則限專任者始為被保人之規定，保條例細則所據的法律並無不足，再指出法規命令所設限制，「與保護勞工之上開意旨有違」，以系爭法規命令違反法律保留原則作成違憲認定。

相對於我國大法官關於基本國策效力之見解，我國學界通說見解認為憲法第十三章基本國策僅具有事實拘束效力，係立憲者所預定之國家施政目標，期待立法者將來制定更具體的法律，來實現此一「理想」，具有指示立法及行政之政策宣示功能，僅屬於「方針條款」，即無強行效力，且無直接拘束國家公權力之效

2008 年 12 月第 16 期，頁 21。李筱莘，《著作權與言論自由保障的界限》，台大法研所碩士論文，2002 年，頁 120-121。趙伯雄，《從憲法上言論自由的保障論著作權的限制—以探討著作權法第八十條之二合憲性問題為中心》，東吳大學碩士論文，2005 年 7 月，頁 33-34。

¹⁷¹ 釋字第 190 號解釋理由書中認為平均地權條例第四十八條未報土地移轉現值，以公告現值徵增稅之規定，乃在促使納稅義務人按期納稅，防止不實之申報，以達漲價歸公之目的，與憲法第一百四十三條第三項所定「土地價值非因施以勞力資本而增加者，應由國家徵收土地增稅，歸人民共享之」之本旨相符，亦無抵觸憲法第十五條、第十九條可言。肯認憲法第 143 條土地政策之基本國策條文對立法者的拘束力。

¹⁷² 釋字第 206 號認為醫師法第二十八條之一就非醫師為醫療廣告處罰之規定，禁止未取得合法醫師資格者為屬於醫師業務之醫療廣告，既未限制鑲牙生懸掛鑲補牙業務之市招，自不致影響其工作機會，與憲法第十五條、第二十二條、第二十三條及第一百五十二條之規定，尚無抵觸。肯認憲法第 152 條人盡其才之基本國策規定對立法者之拘束。

¹⁷³ 釋字第 215 號解釋文：市區道路條例係為改善市區道路交通，增進公共利益而制定。市區道路所需土地，如為私人所有，依該條例第十條，得依法徵收。同條例第十一條對於用地範圍內之原有障礙建築物，已特別明定其處理程序，並無應予徵收之規定，關於其補償及爭議之救濟程序，既未排除相關法令之適用，足以兼顧人民權利之保障，與憲法第十五條及第一百四十三條並無抵觸。肯認憲法第 143 條土地政策之基本國策條文對立法者的拘束力。

果。國家因情勢未能達成一定目標者，尚不發生違憲之問題¹⁷⁴。憲法所定之基本國策，僅有指示立法行政應有努力的方向、目標，不發生直接要求國家應立即實現之效力，基於客觀環境一時未能達到基本國策指示之內容，亦不能指為違憲。因此關於方針條款規定之事項，通說認為不得作為人民主觀權利之直接依據，即人民無法逕依方針條款提起訴訟，用以請求國家為特定行為或不行為。有認為基本國策之規定，縱與國民利益相關，國民也無相應之請求權，此即為基本國策與基本權之區別所在，縱人民不能提起訴訟，仍可經由抽象之規範審查程序，而獲得司法審查¹⁷⁵。更有學者認為對於方針條款的定位，「效力若有似無，破壞憲法嚴肅性，不採是對的」¹⁷⁶。惟仍有少數學者認為基本國策具有強行性質¹⁷⁷，氏認為基本國策為極可注意之規定，而非具文，若認憲法規定缺乏強行性，則可任由立法或行政任意違反，將有損國家根本大法之效力。

以學界通說見解認為，基本國策之規定僅有事實拘束效力，因此難以直接作為憲法保障智慧財產權之基礎，仍有待立法者制定法律，始得以實現。故雖憲法第 165、166 條規定國家應保障教育、科學、藝術工作者之生活，促進國民經濟，獎勵科學之發明與創造，但人民無法直接援引上開規定，逕行取得實質上、請求國家「給付」，無法直接據以主張屬於憲法上之權利，故難以將基本國策規定作為智慧財產權之憲法基礎。

第二款 司法院大法官解釋

司法院大法官對於智慧財產權所作之解釋，在大法官解釋第 548 號中，首次使用「智慧財產權」之用語，但因該號解釋主要係針對公平會「權利正當行使」之函釋違憲與否作解釋，並未實質討論智慧財產權本身之問題。大法官仍有對涵蓋於智慧財產權的商標權與專利權作出解釋。

一、商標權

¹⁷⁴ 參照李惠宗，前揭註 16 書，頁 648

¹⁷⁵ 參照陳春生，〈憲法上權利保護的檢視增刪·修改〉，收錄於氏著《論法治國之權利保護與違憲審查》，新學林出版，2007 年 3 月初版，頁 10-12。

¹⁷⁶ 蘇永欽，〈經濟憲法作為政治與經濟關係的基本規範—從昔日德國的爭議來看今日臺灣的回應之道〉，收錄於《新世紀經濟法制之建構與挑戰—廖義男教授六秩誕辰祝壽論文集》，2002 年 9 月初版，元照出版，頁 156。

¹⁷⁷ 參照林紀東，《中華民國憲法逐條釋義》第四冊，三民出版，1990 年 1 月五版，頁 246-248。

司法院大法官解釋第 370 號之解釋理由書中以「商標權為財產權之一種，依憲法第十五條規定，固應予保障，惟為增進公共利益之必要，自得以法律限制之...」、第 492 號之解釋理由書中「人民之財產權應予保障，為憲法第十五條所明定；商標專用權既屬人民財產權之一種，當亦在憲法保障之列...」、第 594 號解釋文「商標權為財產權之一種，依憲法第十五條之規定...」，應予保障。明確肯認商標權屬於憲法所保障之財產權的一種。

二、專利權

司法院大法官解釋第 213 號理由書中指出，「國家為促進產業之發達，對於新發明具有產業上利用價值者或對於物品之形狀構造或裝置首先創作合於實用之新型者，均依法給予專利權，以鼓勵發明與創作。專利權之給予，關係專利申請權人及利害關係人之權益，對公眾之利益亦有影響。為期專利之審查公正周全，審慎專利權之給予...不能認係侵害人民之訴訟權與財產權，與憲法尚無牴觸...」。提及專利權與財產權有關，得認定大法官同樣肯定專利權屬於憲法上保障之財產權的一種¹⁷⁸。

三、著作權

司法院大法官並未如同前述之專利權、商標權，對於著作權有就其性質之解釋，但在關於出版法及刑法第 235 條限制猥褻物品出版、販售、流通之規定，大法官解釋第 407、617 號作出解釋，主要是以言論自由來論述系爭規定合憲與否，關於此部分，本論文將於第六章第一節部分討論之。

第三款 學界見解

在我國學者多認為智慧財產權的憲法基礎在憲法第 15 條財產權之保護，茲說明如下：

一、吳庚教授

¹⁷⁸ 參照李惠宗，前揭註 16 書，頁 272。陳愛娥，前揭註 7 文，頁 413。

吳庚教授主張，所謂財產（Eigentum）是指在一定的時點，立法上就該時點界定一切屬於財富者。氏認為財產屬於可變動的概念，故財產權的保障亦隨之變動，並且財產的內容及限制均屬於立法者之權限，財產權之保障隨時代變遷亦有不同的意義，例如早期關於財產權之性質，由財產權的絕對性到相對性；財產權之客體，從單純的有體物動產、不動產，到現今的電腦軟體都可能是財產。並認為財產權屬於先於憲法、法律而存在的概念，財產權故為個人權利，但其內容及範圍不能完全以法律規定為準，也不全然取決於交易上有無價值。縱使客觀上該物價值甚低、甚至毫無價值，或者法律對之已不加以保障的有體物、無體物及權利，只要所有人「敝帚自珍」，仍應視之為財產之一種。氏認為財產權的概念如下：法律上及所有人主觀上一切具有財產價值之權利與物件¹⁷⁹。

二、李惠宗教授

李惠宗教授主張，國家對於財產權，非僅單純加以限制人民財產權而已，更可透過法律加以「形成」財產權保障之範圍，亦即立法者可經由法律規定哪些標的或法律地位始得成為人民財產權的標的。因此關於無體財產權，例如各種具有產價值權利之著作權，商標專用權、專利權、出版權等，均認為屬於憲法財產權所保障之範圍¹⁸⁰。

三、許育典教授

許育典教授主張，20世紀的財產權之保障，由具體的財產權利保障擴張到「財產權的價值保障」，財產權之範圍包括所有具有經濟上財產價值之權利，智慧財產權亦包含在內，這些權利來自私法上所有權衍生的法律上利益，例如：設立並經營商業的權利、商標專用權、專利權等¹⁸¹。

四、董保城教授

董保城教授主張，財產權之範圍，係指在私法領域中，凡具有財產權價值的權利皆屬財產權範圍，其中包括傳統上之「動產」如冰箱、汽車等，「不動產」

¹⁷⁹ 參照吳庚，《憲法的解釋與適用》，三民出版，2004年第三版，頁119。

¹⁸⁰ 參照李惠宗，《憲法要義》，元照，2009年9月五版，頁272。

¹⁸¹ 參照許育典，《憲法》，元照出版，2008年2月二版，頁283。

如房屋、土地等。此外，關於透過人類精神創作而生之財產，如著作權法所保障文藝、學術、藝術作品的著作人，得享有其著作物經濟上的價值。以及專利權、具有商業性保護之權利，如商標權及使用商標之權，均認為屬於財產權保障範圍¹⁸²。

五、陳愛娥教授

陳愛娥教授主張，財產權本身即有待立法者形成財產制度、確定各種財產權利的歸屬及其內容（形成私有財產權制度），人民須依法取得財產權利，始能享有、主張財產權的保障。現今人類勞力所加之物不以有體物為限，透過人類精神創造之產物，其價值有時遠逾有體物。立法者應透過立法法規範保障精神創作者，使精神創作者事實上能享有其精神產物所生之財產價值，以鼓勵精神創作、促進文化、科技、經濟之發展，立法者應以立法將此種具財產價值標的具體化（權利化），並使其歸屬於精神創作者。認為智慧財產權屬於「新」創的財產權，例如有：著作權及專利權，藉由人類精神工作而取得財產權¹⁸³。

六、陳新民教授

陳新民教授主張，關於財產權之保障範圍，基於財產權受到『社會義務性』的拘束，故法律對憲法上財產權的內容具有規範權，立法者可以透過法律規定何種物質方可以構成財產權的標的¹⁸⁴，因此關於智慧財產權之保障，雖智慧財產與傳統有體物之財產有所不同，透過立法者制定相關智慧財產法制，規範智慧財產得構成憲法財產權上之標的。

七、陳慈陽教授

陳慈陽教授主張，關於財產權保障範圍，所謂財產是指於所有現行法秩序下，被視為具有財產價值之權利及物體，而為私人所使用支配者均屬之，因此財產不以具有物體為限，例如動產、不動產，而只要具有財產價值之權利，例如公

¹⁸² 參照法治斌、董保城合著，《憲法新論》，元照出版，2010年4版，頁257。

¹⁸³ 參照陳愛娥，〈司法院大法官會議解釋中財產權概念之演變〉，收錄於劉孔中、李建良主編《憲法解釋之理論與實務》，中研院，1998年6月初版，頁405。

¹⁸⁴ 參照陳新民，《中華民國憲法釋論》，三民，2001四版，頁292。

公司股份，並包含無體物，如精神上之創作等智慧財產均屬財產權保障範圍¹⁸⁵。

八、蘇永欽教授

蘇永欽教授主張，關於無體財產權之立法，往往涉及國家經濟政策之考量，因此關於智慧財產權之保護範圍，常成為國際談判內容，我國亦常於國際社會之壓力下，制定出相關智慧財產法律，但智慧財產既經立法加以保護，氏認為即屬憲法所保障的財產權¹⁸⁶。

九、小結

綜上所述，學說見解多認為財產權之概念會隨時代演進而擴張，財產權之保障主要以具有財產上價值之物或權利，主要是以客觀上之財產價值著眼，吳庚教授則認應加上主觀認具有財產價值。而對於財產概念之形成，學說見解多認立法者具有一定形成空間，有稱之為立法權限或立法者之內容規範權，且財產概念會隨著社會變遷而有所影響。因憲法第 15 條僅泛稱「財產權」，屬於簡要性、原則性、開放性與內容的不確定性之條文，故對於基本權解釋的適當方式是「填補性解釋」或「具體化」，因此某種程度的創造性是不可避免的¹⁸⁷，故多認為對於財產權可以透過立法形成，陳愛娥教授即稱智慧財產權屬「新」創財產，蘇永欽教授則認智慧財產雖屬經濟政策之考量，但既已立法規範，即屬財產權範圍。此種基本權解釋的創造性，係因憲法為適應社會變遷所具有，基本權規定係為保障人民自由，但自由能否獲得保障又繫諸於實現自由的社會條件，故社會關係的變遷自會影響基本權解釋，因此隨時代變遷、社會演進下，關於財產權保障之範圍，透過解釋智慧財產即被包括在財產權範圍之內。

第二節 憲法保障智慧財產權之界限

憲法固然保障智慧財產權，但如同其他基本權的保障一樣，國家並非不能對

¹⁸⁵ 參照陳慈陽，《憲法學》，元照出版，2004年1月初版，頁567。

¹⁸⁶ 參照蘇永欽，〈財產權的保障與大法官解釋〉，《憲政時代》，1998年12月第42卷第3期，頁26。

¹⁸⁷ 參照張嘉尹，〈基本權理論、基本權功能與基本權客觀面向〉，《當代公法新論（上）》，元照出版2002年07月，頁63-64。

該基本權施以一定的限制。依據上述見解，對於基本權之保護領域的確定，需經過所謂內在界限¹⁸⁸來加以確定。

所謂「基本權之保護領域」是指，基本權所保護之各種自由、行為或利益等基本權法益之集合體而言¹⁸⁹。憲法上的權利，除了憲法第 22 條保障概括權利外，各有其固有之保護領域。依日本學者小山剛教授之見解，基本權之保護領域具有「雙重機能」。小山剛教授指出：「第一階段之審查，所進行之基本權保護領域之劃定，具有雙重機能。1、基本權之劃定，使得該當於保護領域之行為受到限制時，得要求以比例原則為中心之正當性審查。2、另一方面，不屬於保護領域之行為的規制，不要求前述正當性之審查」¹⁹⁰。亦即若人民之自由、行為或利益，確定為屬某一基本權之保護領域，則國家在限制該自由、行為或利益時，應由國家說明該限制之正當性。

但並非某一行為或利益並不該當於基本權之保護領域者，國家即可以不負任何論證責任就加以限制，基本權保護領域之認定結果，足以影響國家是否須論證其限制行為之正當性，因此基本權之保護領域該如何確定的問題就相當重要¹⁹¹。憲法基本權之規定，具有不可侵犯之性質，且得以拘束國家公權力行使，因此基本權保護領域之範圍，須經由憲法加以劃定，不得由法律來確定其範圍。小山剛教授即指出：「憲法上之權利中，有『表現』以及『職業』之類要求國家不作為之權利，這類權利主要係保障某種活動之自由。另外，也有『生命』以及『人格權』之類，保全某種狀態或法益之權利。無論何者，重要的是，保護領域不得歸結於較憲法下位階之法律。除一部分需由法律予以具體化，或其內容之形成與法律之間存在依存關係以外，憲法上權利之保障領域，必須由憲法本身加以認定」¹⁹²。然因憲法上權利之規定，多屬抽象簡略之規定，基本權保護領域應如何確定，即涉及憲法基本權規定之解釋問題，也因此就必須進一步思考解釋方法與論證責任等問題。

就智慧財產權於我國憲法上並未有明文規範，若採德國實務及我國學說多數見解認屬憲法財產權範疇，則其憲法界限如同一般財產權，而有財產權社會義務之適用；若採美國見解認為屬於法律上獨占權利，則因獨占事業屬於例外，國家

¹⁸⁸ 基本權的內在界限，係指直接從基本權構成要件內部本身的限縮解釋，自始就將某類行為，排除於基本權保護領域之外。另有基本權的外在界限，則係指國家對基本權之行使所施加的限制。

參照許宗力，〈基本權的保障與限制（上）〉，《月旦法學教室》，2003 年 9 月第 11 期，頁 65。

¹⁸⁹ 松井和彥，〈基本權の保護領域〉，收錄於小山剛、駒村圭吾編，《論點探究憲法》，弘文堂，2005 年，頁 97。轉引自蕭淑芬，前揭註 112 文，頁 136。

¹⁹⁰ 小山剛，〈憲法上の權利〉の作法，有斐閣，2009 年，頁 26。轉引自蕭淑芬，前揭註 112 文，頁 136。

¹⁹¹ 參照蕭淑芬，前揭註 112 文，頁 137。

¹⁹² 小山剛，前揭註 191 文，頁 26。轉引自蕭淑芬，前揭註 112 文，頁 137。

應負擔更高度論證責任，因智慧財產之立法限制將有其他人民使用之自由；若認為屬於憲法基本國策之範疇，則須論證智慧財產之立法有促進產業發展、國家文化發展。



第五章 我國法制與實務

本章節透過探討我國相關智慧財產法制之訂立，以俗稱智財三法之專利法、商標法、著作權法為例，及我國實務包括智慧財產法院及司法院大法官對於智慧財產之見解，分析智慧財產權在我國憲法保障之基礎。

第一節 我國法制

第一項 起源

我國對於智慧財產權保障之法律規定，係由著作權法訂立開始，自 1840 年鴉片戰爭後，西方勢力東漸，出版、文化事業漸次繁榮，新式印刷機器傳入，為中國著作權法制之誕生提供必要之條件。嚴復（1853-1921）首先引進西方「版權」之觀念並強調版權制度之重要性。清政府大臣沈家本等亦紛上書主張制定有關出版、版權之法律。清光緒二十二年（西元 1896 年），中美簽訂「續議通商行船條約」，其中要求保護美國人在中國境內的版權。為履行條約義務，中國更有制定著作權法之必要¹⁹³。宣統二年（西元 1910 年），清政府制定了中國第一部著作權法「大清著作權律」，該法參考英美及大陸法系主要國家之著作權法，但在立法指導思想受德國及日本的影響最深¹⁹⁴。主要的內容包括：保護客體的限制、註冊生效主義、保護期間的限制、編輯著作權的保護、著作人格權、合理使用原則、侵害著作權之態樣及處罰等。

北伐之後，國民政府定都南京，於民國十七年（西元 1928 年）公布施行著作權法，乃為我國正式施行著作權法之始。內容除了沿襲清朝時期的著作權法外，主要的內容還包括¹⁹⁵：著作權保護客體間採列舉與概括體例、註冊審查制度、拒絕註冊之規定、翻譯著作權之保護期間縮短、刪除著作權抵押之規定、揭載於報紙雜誌的著作，得註明不得轉載等、不得註冊之事由、外國人著作之保護。

其次於民國十九年公佈並於民國二十年施行之商標法，而專利法則於民國三十三年公佈並遲至民國三十八年始施行，專利法中包含發明專利、新型專利以及新式樣專利三種。雖然我國於七十餘年前即已有智慧財產權之法律規範，然而由

¹⁹³ 吳漢東，《著作權合理使用制度之研究》，中國政法大學出版社，1996 年 10 月，頁 25-26。轉引自羅明通，《著作權法論》，台英商務國際法律事務所出版，2004 年 8 月四版，頁 45。

¹⁹⁴ 羅明通，前揭註 193 書，頁 46。

¹⁹⁵ 羅明通，前揭註 193 書，頁 47。

於過去經濟未達一定程度，因此智慧財產法制並未真正受到重視¹⁹⁶。近來我國經濟之發展已達到一定之規模，對於智慧財產法律規範亦有所調整，不論是受到外國壓力或是為加入世界貿易組織所做的法制調整，都使我國相關法制漸趨完備。

第二項 相關法制

第一款 著作權法

著作權係指著作創作完成之時，依著作權法規定取得保護，所產生之著作人格權及著作財產權。由於著作權採取「創作保護主義」：只要作者創作完成，即可享有著作權法的保障，不必向政府機關申請登記、註冊、也不需將完成的著作送至政府機關審查，亦不需繳交規費或手續費，即得享有法律之保護，惟該著作仍須符合著作權法之規定，方得主張受著作權法之保護，例如該著作非屬著作權法第 9 條第 1 項不得為著作權之標的¹⁹⁷以及著作權人之著作須具有原創性，關於著作之原創性內容包括¹⁹⁸：（一）該著作須作者表達自己思想或情感之「獨立創作」，非抄襲自他人之作品。（二）該著作須具有一定之「創作性」，即創作內容須具備一定之創作高度，應有最起碼之創作性要求。但此種著作原創性之要求程度，不要求達到專利「新穎性」之程度，即使該創作與他人在前之著作雷同，並不會因此被排除在著作權之保護著作權範圍之外，關於著作權保障之標的原本只適用於文字創作，但後來擴大到電腦程式、圖片、音樂等。所管制的對象為重製權（及衍生作品，例如翻譯）。

著作權法與專利法、商標法相比，著作權法所具有之排他效力較弱，例如著作權法並不禁止平行創作，及許多權利限制和合理使用之情形，蓋著作權法與商標法、專利法之立法目的主要著眼於產業發展不同，著作權之立法目的主要在於保護思想之表達，鼓勵人民將各種思想以不同的方式表現出來，用以豐富人類生活之文化內涵，著作權所保護的是不同思想的表現方法，而非構想¹⁹⁹。故原則上

¹⁹⁶ 謝銘洋，前揭註 88 書，頁 25。

¹⁹⁷ 著作權法第 9 條第 1 項：

「下列各款不得為著作權之標的：

- 一、憲法、法律、命令或公文。
- 二、中央或地方機關就前款著作作成之翻譯物或編輯物。
- 三、標語及通用之符號、名詞、公式、數表、表格、簿冊或時曆。
- 四、單純為傳達事實之新聞報導所作成之語文著作。
- 五、依法令舉行之各類考試試題及其備用試題。」

¹⁹⁸ 參照幸秋妙，〈談著作權侵害訴訟之抗辯〉，《月旦法學教室》，2010 年 5 月第 91 期，頁 79。

¹⁹⁹ 參照謝銘洋〈論色情著作在著作權法上之保護〉，《月旦法學雜誌》，2010 年 8 月第 183 期，頁 100-101。

著作一經完成尚在著作權保護期間內，都能主張受著作權法保障，若非權利人而欲加以使用，需符合合理使用之規定，或是得到著作權人之授權同意。若未經著作權人授權同意就加以使用，且該使用行為又不符合合理使用之規定，則該利用人有負擔民事、刑事責任之可能。由著作權法賦予創作人著作財產權以及著作人格權，用以保護創作人之精神創作成果，免遭他人剽竊其精神產物，並非著眼於賦予創作人強大的排他權與市場壟斷權，以免過度限制他人言論自由之表達，同時避免造成對社會公眾對於既有知識學習、傳播、累積之障礙，而與著作權法之立法目的不符。

著作權法自 1992 修法後，明確將著作權法之性質定性為私法，著作權即屬私權，故關於著作權法規定不足之處，則有民法可作為補充規定。並在此次修法後，對於著作權採取「二元論」²⁰⁰，即將著作人格權與著作財產權並列為著作權之內容，著作權成為一個雙重權利，著作人死後，著作人格權保護，視同生存時，任何人不得侵害，並具有一身專屬性，不得讓與或繼承，但著作財產權之移轉、繼承或非永久性等效力，因此我國著作權法關於著作權之保障，除了財產權範疇外，亦包括人格權之部分，我國著作權法將關於著作人格權之部分規定於第 15 條以下，茲將著作權法關於人格權保障部分，分述如下：

一、公開發表權

按：「著作人就其著作享有公開發表之權利」，我國著作權法第 15 條第 1 項本文定有明文，所謂公開發表權是指著作人有權決定其著作如何向公眾發表之權利，包含是否將著作發表、何時、何地、何種方式發表。公開發表依著作權法第 3 條第 1 項第 15 款規定，是指利用發行、播送、上映、口述、演出、展示等方法向公眾公開提示，以使不特定多數人客觀上可感知著作內容。復按：「有下列情形之一時，推定著作人同意公開發表：1. 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；2. 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；3. 依學位授予法撰寫之碩

²⁰⁰ 著作權之性質有一元論及二元論之學說。一元論為德國法之通說，係認著作權具有統一性，強調著作權之單一性，著作權雖含有著作人格權與著作財產權，但是此兩種權能有密切結合之關係，不可能彼此分離，既非屬單純人格權，亦非單純的財產權，而是一個獨自成類的混和形成權利。此說將著作權視為單一權利，不但著作權之發生與消滅，而且於繼承時因人格權上的權益隨同用益權發生、消滅與繼承。但在移轉時，兩者產生不同效果，著作權人得處分用益權，但不得處分「人格權上之權益」。惟前者的處分作為人格權上權益及用益權的泉源之「母權」，仍保留於著作權人本人。

參照蔡明誠〈著作權財產權讓與契約與民法適用問題－最高法院八十六年度台上自第一零三九號評析〉，收錄於《論權利保護之理論與實踐－曾華松大法官古稀祝壽論文集》，元照出版，2006 年 6 月初版，頁 501-502、趙伯雄，《從憲法上言論自由的保障論著作權的限制－以探討著作權法第八十條之二合憲性問題為中心》，東吳大學碩士論文，2005 年 7 月，頁 31-32。

士、博士論文，著作人已取得學位者。」，著作權法第 15 條第 2 項定有明文，蓋公開發表權之行使涉及著作本身之利用，故若屬該項明定之情形，則推定著作人同意公開發表。未按：「依前項規定，以受雇人為著作人者，其著作財產權歸雇用人享有。但契約約定其著作財產權歸受雇人享有者，從其約定。」、「依前項規定，以受聘人為著作人者，其著作財產權依契約約定歸受聘人或出資人享有。未約定著作財產權之歸屬者，其著作財產權歸受聘人享有。」，著作權法第 11 條第 2 項及第 12 條第 2 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。

二、姓名表示權

按：「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、別名或不具名之權利。著作人就其著作所生之衍生著作，亦有相同之權利。」著作權法第 16 條第 1 項明文規定，此為著作人之姓名表示權及對衍生著作亦享有相同之權利。目的在於保護著作人之名譽、資格及地位。復按「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。」，同條第 4 項明文規定，屬對於姓名表示權之合理限制。

三、不當變更禁止權（同一性保持權）

著作權法第 17 條有明文規定：「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。」，著作人享有禁止不當變更權，即著作人有禁止利用人所為不當變更之權利。於利用人之變更改行為已對著作人之名譽、聲望造成損害之結果時，可認其已違反禁止不當變更權。著作人格權及著作財產權有各種不同的權利內容，列表如下²⁰¹：

表 5-1 著作人格權及著作財產權之權利內容

§31③： 指因著作完成所生之著作人格權及	著作人格權	1.公開發表權§15：著作人向公眾發表其著作。
		2.姓名表示權§16：表示本名、別名或不具名。
		3. 不當變更禁止權§17：禁止他人以損害其名譽之方式利用其著作。
		1.重製權§22。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、音樂著作活其他類

²⁰¹ 由著作權法第 3 條第 1 項第 3 款可知我國著作權法對於著作權之保障係採取二分法。

著作財產權	著作財產權	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。
		2.公開口述權§23：只限於語文著作。
		3.公開播送權§24：須借助接收器轉換訊息。
		4.公開上映權§25：只限於視聽著作。
		5.公開演出權§26：只限於語文、音樂或戲劇、舞蹈著作。
		6.公開傳輸權§26-1：網路傳輸之互動性。
		7.公開展示權§27：只限於未發行之美術著作或攝影著作。
		8.改作權§28：其衍生著作與獨立著作。
		9.編輯權§28：資料之選擇、整理、組合及編排。
		10.散布權§28-1：使著作物於市場交易或流通，限於以移轉所有權的方式散布。表演人僅就重製於著作之表演享有散布權。
		11.出租權§29：原則上應適用權利耗盡原則。
		12.輸入權§87I④：禁止真品平行輸入。

資料來源：整理自林洲富，《智慧財產權法—案例式》，2010年11月四版，頁155-163。

第二款 專利法

專利所保護的對象不是物，而是構想。故欲申請專利，需先指明申請事項及需要保護的構想，並說明實踐發明的最好方法²⁰²。透過發明人自行申請專利，由專利審查官員負責判斷作出准駁，審查官員需決定專利申請是否符合專利要件，即是否具備新穎、非顯而易見、實用等要件，專利權之創造過程須經過申請、審查、審定及公告等程序，其中申請專利範圍係界定每一件專利其權利範圍之工具，在申請專利範圍之內者，為私權利；範圍外者，為公知領域。

經行政機關所授予之智慧財產權，主要包括行政院經濟部智慧財產權局所授予之專利權、商標權及行政院農業委員會所授予之品種權。此種須經行政機關授予智慧財產之性質，學者認為屬於：須當事人協力之形成行政處分及第三人效力之羈束行政處分²⁰³，蓋申請人提起專利與商標申請時，機關作成此種准駁之處分，人民（申請人）對於處分內容並無與行政機關協議或變動之空間，因此仍具有單方性，性質屬形成私法關係的行政處分，又因對於申請人授與權利，但相對也產生使非申請人之他人無法就該權利取得之不利益法律效果，因此專利法第71、72條規定任何人及利害關係人對於專利可提起舉發，商標法第41條規定利

²⁰² 參照張哲倫，〈專利侵權訴訟〉，《月旦法學教室》，2010年2月第88期，頁65-66。

²⁰³ 參照吳庚，《行政法之理論與實用》，三民書局，2003年10月八版二刷，頁340-341；熊誦梅，〈行政機關授予智慧財產權之性質與效力〉，《法令月刊》第58卷第7期，2007年7月，頁100-102。

害關係人得檢附相關證據，申請廢止商標授權登記、第 48 條第 1 項規定任何人均可對商標提出異議、第 57 條規定利害關係人得申請商標評定等規定，用以避免授予商標權、專利權予權利人後，過度侵害利害關係人、第三人之權益。

另關於專利權之權利性質，智慧財產法院 97 年度民專訴字第 32 號判決認為：「專利權為一排除權，非實施權，是以再發明之創作仍應取得原發明之創作之授權方能製造，並非實施自有之專利權絕對不可能構成侵權。」，可知專利權人在專利權之權利範圍內，得依法排除他人實施其專利權，然並無權限實施該專利權，因專利權之本質為排除權，而非實施權。

第三款 商標法

雖然商標法與著作權法、專利法並稱智財三法，但商標權在性質上與其他二者有很大的差異，著作權與專利權受保障，係因創作人或著作人發現了一些技術，或創造了一些作品，且此種發現或創造對於人類文化來說，在某種程度上是新的或前所未見的，基於這樣的發現或創造，法律授予保障。商標權為具有絕對性、排他效力之私權，性質上亦屬財產權之一種，然而其保護之客體並非文字、圖形、記號或其結合本身等有形之物體，而是「商標與商品間在思想上之關聯性」，因此商標權亦屬於無體財產權之一種²⁰⁴。立法保障商標權並不要求如同專利或著作一樣，以發現或創造新的技術或作品為保護前提，我國商標法亦無此種規定，該商標要能主張受到法律的保護，僅以該商標具有識別性，而第一次為人註冊或使用於商業活動上已足。

因商標權並非基於創造或發明而生，故保護商標權不致產生獨占知識或技術之虞，此種性質可以合理解釋為何商標權得以藉由延展而不間斷的取得法律保護，而無權利期間之限制²⁰⁵。商標權所保護之法益，除商標權人之商標權外，兼及於消費者之利益，保護消費者目的之商標法，必須以消費者有混淆誤認之虞為前提。因此商標權所保護之法益兼及於公益（消費者識別利益）及私益（權利人之私權），商標侵權之判斷乃以一般消費者之標準為據，異時異地或同時同地隔離觀察，以判斷商標實際之使用是否足已造成「混淆誤認」。

在瞭解著作權、專利權、商標權之保障內容後，此三種權利雖被通稱為智慧財產權三法，但其規範內涵仍有差異，茲將著作權、專利權、商標權差異比較列

²⁰⁴ 參照張哲倫，〈智慧財產權概論—以權利之性質為中心〉，《月旦法學教室》，2009 年 4 月第 78 期，頁 87。

²⁰⁵ 張哲倫，前揭註 204 文，頁 88-89。

表如下：

表 5-2 著作權、專利權及商標權之差異比較

類型	著作權	專利權	商標權
保護客體	屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作（著作權法第 3 條第 1 項第 1 款）	發明（20 年） 新型（10 年） 新式樣（12 年）	商標（10 年） 標章（服務、證明、團體標章）
保護時點	原則：著作人於著作完成時享有（著作權法第 10 條）	專利申請後	商標註冊後
保護目的	保障著作權人權益並調和公益	為鼓勵保護利用發明與創作，以促進產業發展（專利法第一條）	保障商標專用權與消費者利益
保護要件	具有原創性之著作，保護著作之表達，採取創作保護主義	具有識別性或第二意義之標誌，採註冊保護主義	產業上利用性、新穎性及進步性，採註冊保護主義

資料來源：整理自林洲富，《智慧財產權法—案例式》，2010 年 11 月四版，頁 12-13。

第四款 智慧財產法院設立

世界先進國家為有效解決智慧財產權之爭議，特分別設立智慧財產專業法院，由具有豐富科技與審判經驗之法官審理智慧財產權訴訟，例如德國設立聯邦專立法院，受理不服專利商標局審查部或其他所屬部門之行政處分；日本則設置之財產高等裁判所，用以處理智慧財產案件，期能加速智慧財產案件之審理程序，提昇國際競爭力²⁰⁶。而我國除上述關於智慧財產的實體法規範外，對於智慧財產案件，我國亦有相關程序法規定，即於 97 年所成立之「智慧財產法院」，並因應智慧財產訴訟新制所制定之「智慧財產法院組織法」、「智慧財產案件審理法」。

由於科技發展與商業型態多元化，專利、商標及著作權等智慧財產權，為

²⁰⁶ 參照林洲富，《智慧財產權法—案例式》，2010 年 11 月四版，頁 14-15、汪惠玲，《智慧財產民事訴訟先決問題研究—以專利權利有效性為中心》，高雄大學法律學系研究所碩士論文，98 年 6 月，頁 66-67、83-84。

21 世紀促進國家產業升級及經濟發展之利器。我國於 2002 年加入世界貿易組織 (WTO)，並受到 WTO 協定附件之一「與貿易有關之智慧財產協定」(TRIPS) 拘束。我國於加入 WTO 前，已陸續著手修改智慧財產權相關實體性法律，其基本規範已符合世界主要條約或協定的標準。但因我國訴訟制度採行公、私法二元體制，民事、刑事及行政訴訟事件分軌並行，管轄法院區分為民、刑事案件的普通法院及行政法院，各依其訴訟的法律規定，進行訴訟程序²⁰⁷。然因傳統訴訟制度往往曠日廢時，與智慧財產案件需要迅速解決的特性不符，例如科技專利產品案件，若因訴訟而在 5 年後才能發表，該專利產品已無法面對市場競爭。故為改善此狀況，我國設立智慧財產法院，智慧財產法院為綜合民事、刑事與行政訴訟事件於一法院審理，為特殊的專業法院，並要求法官專業化²⁰⁸以及配置技術審查官²⁰⁹，由技術審查官提供其專業知識與經驗，以言詞或書面向法院或當事人陳述其對訟爭技術問題之專業意見，並由法官於踐行各別訴訟法所定調查證據程序後，得為裁判中事實認定的依據，以加速審判時效。

第二節 智慧財產法院相關判決²¹⁰

第一項 商標權與人格權之關係

第一款 案例事實：98 年行商訴字第 44 號

原告(林○○)前於民國 97 年 1 月 9 日以「林○標章」商標，指定使用於商標法施行細則第 13 條所定商品及服務分類表第 30 類之「麻糬、燒麻糬、湯圓、粉圓、芋圓」商品，向被告申請註冊。經被告經濟部智慧財產局審查，以 97 年 9 月 8 日商標核駁第 309698 號審定書為核駁之處分。原告不服，提起訴願，經經濟部 97 年 12 月 25 日以經訴字第 09706118000 號，認為原告系爭商標圖樣係由略作設計之中文「林記」及抽象圓形、橢圓形圖形所組成，其中中文「林記」，

²⁰⁷ 參照李維心，〈談智慧財產訴訟新制度〉，《智慧財產季刊》，2008 年 11 月第 66 期，頁 27。

²⁰⁸ 法官任用資格規定於智慧財產法院組織法第 13 條，不僅要求具備智慧財產領域的專業法學或相關技術知識，且需曾任民事一、二審、刑事二審或行政訴訟的審判實務經驗，或執行智慧財產職務成績優良的律師，或擔任智慧財產權類相關法律課程教授等學者，法官來源多元並專業。

²⁰⁹ 技術審查官配置規定於智慧財產法院組織法第 15 條，技術審查官之任用資格規定於第 16 條，需曾擔任專利審查官或商標審查官一定年限及成績優良，或曾任學校研究人員有智慧財產權類專門著作。

²¹⁰ 參考司法院法學資料檢索系統，網址 <http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>，造訪日期：2012 年 5 月 1 日。

因為居中央，在整體商標之明顯部位，且於整體圖樣中所占比例較抽象圖形為大，予人寓目印象深刻，相關消費者之注意力自明顯集中於中文「林記」。而據以核駁商標 1 圖樣係由單純未經設計之中文「林記」上下排列、置於雙長方型框中所組成；據以核駁商標 2 圖樣係由中文「林記東東」由左至右排列及飲料杯圖形所組成。二者相較，其外觀皆有相同之中文「林記」2 字，於異時異地隔離整體觀察，在外觀上均構成近似之商標。且由於系爭商標圖樣中「林記」，易予人有與據以核駁商標構成系列商標之聯想。是對於系爭商標與據以核駁商標之整體圖樣，具有普通知識經驗之消費者，於購買時施以普通之注意，使人產生混淆誤認之虞，故對原告之申請決定駁回。原告遂向智慧財產法院提出行政訴訟。

第二款 原告主張

姓名雖多有重覆，然為保障此一憲法保障之人格權，商標法並不禁止使用人名為註冊申請，在無明顯事證可認為有妨礙市場公平競爭或重大影響商標權人之既有利益之虞時，應為核定之處分。原告主張系爭商標圖樣含有姓氏，屬人格權，且為憲法所保障之基本權，被告應以寬鬆之審查基準審查系爭商標註冊案。

第三款 智慧財產法院見解

人格權固為憲法所保障之權利，惟基本權之保障並非無限上綱，此觀憲法第 22 條明文自由及權利之保障以不妨害社會秩序公共利益為前提，及第 23 條特別規定基本人權之限制自明。商標法係為保障商標權及消費者利益，維護市場公平競爭，促進工商企業正常發展所制定（同法第 1 條規定參照），乃基於公共利益之考量而賦予註冊商標於一定時間內之獨占排他權能。「林」姓為我國人民主要姓氏，並非原告所獨有，原告逕以之為申請之商標圖樣之一部，如相同或近似於他人同一或類似商品或服務之註冊商標或申請在先之商標，有致相關消費者混淆誤認之虞者，即屬商標法第 23 條第 1 項第 13 款所定不得註冊之情事，此時以商標表彰商品來源及品質之公共利益優先於原告個人姓氏之利益。故原告主張以寬鬆之審查標準審查以姓氏為商標圖樣申請註冊者云云，顯屬無據。

第四款 判決評析

原告以自己的姓名作為商標申請，並主張屬於人格權之一部分，要求被告（經濟部智慧財產局）應以寬鬆之審查基準審查系爭商標註冊案，不得逕以駁回。惟經濟部智慧財產局與智慧財產法院不採此種主張，認為縱以姓名為商標權仍須符

合商標法之規定，不因原告使用姓氏即放寬審查基準，仍以一般財產權之審查基準審查，認為商標表彰商品來源及品質之公共利益優先於原告個人姓氏之利益，系爭申請商標有商標法第 23 條第 1 項第 13 款所定不得註冊之情事，故智慧財產法院判決原告敗訴。

第二項 專利權與人格權之關係

第一款 案例事實：98 年度民專更(一)字第 1 號

本案業經智慧財產法院中華民國 97 年 9 月 19 日，97 年度民專訴字第 13 號第一審判決，並提起上訴，以 97 年度民專上字第 15 號第二審判決廢棄發回。原告專精於設計與開發可結合於裝飾物之發光裝置，並服務於中國東莞市○街鎮○街村○○路 93 號之藝勝電子加工店（即藝勝電子有限公司，下稱藝勝電子）。被告於 96 年中委託藝勝電子進行開發「可結合於被結合物之發光裝飾物」（下稱系爭產品），經原告等陸續投入研發資源進行研究設計，包括開發發光電路及縮小其尺寸，設計、設議容納發光電路之外殼，且進行數次測試，於 96 年 5 月 30 日完成雛型設計，並於 96 年 5 月 30 日起至同年 8 月 30 日止，持續修改結構，以使振動發光電路得以配合外殼。原告於同年 8 月 22 日將針對振動發光裝飾品進行數次測試之測試報告傳送予被告，並於同年 8 月底完成系爭產品。其後，藝勝電子自 96 年 9 月 3 日開始陸續提供系爭產品予被告之振利貿易有限公司（下稱振利公司）與億泰製模股份有限公司（下稱億泰公司）。被告於收受系爭產品後，於同年 10 月 3 日向經濟部智慧財產局申請新型專利「可結合於被結合物之裝飾物」（申請案號為 00000000 號，專利證書號為 M328209，下稱系爭專利），於 97 年 3 月 11 日審定公告准予專利。原告認為被告所取得之專利權，應表示原告為發明人或創造人，兩造幾經協調不成，原告遂向智慧財產法院提起本件訴訟。

第二款 原告主張

原告主張其為系爭專利之創作人，創作人之姓名表示權係屬於人格權，創作人因其姓名表示權受侵害時，自得依據專利法第 108 條準用專利法第 84 條第 4 項之規定，發明人或創作人之姓名表示權受侵害時，得請求表示發明人之姓名或為其他回復名譽之必要處分。按專利法第 7 條第 4 項、第 1 項前段之規定，專利申請權歸屬於雇用人或出資人者，發明人或創作人享有姓名表示權，是以被告明知原告 2 人為創作人，竟剽竊原告之發明，並擅自申請專利，已明顯侵害原告之創作人姓名表示權，爰依據專利法第 108 條準用專利法第 84 條第 4 項之規定，

請求被告應於系爭專利表示原告 2 人為創作人，並於中國時報黑白全國版 A 落三全規格刊登 1 日道歉啟事。

第三款 智慧財產法院見解

依據專利法第 7 條第 3 項之規定，一方聘請他人從事研究開發者，如無契約約定，專利申請權及專利權屬於開發人。是以縱使被告有支付價金向藝勝電子購買系爭產品，亦屬於出資聘人開發產品，系爭產品即係由原告實際從事開發所完成，若依法聲請專利，且原告所設計之系爭產品對系爭專利申請專利範圍之主要部分有所貢獻，則原告即為系爭專利之創作人，而享有姓名表示權。…原告設計系爭產品是系爭專利重要部分，原告對於系爭專利之部分專利申請範圍有實質貢獻，故原告為共同創作人：1.按所謂發明人或創作人，係指對於發明之技術或創作有貢獻之人，當數人對於發明或新型內之技術或創作或均有貢獻時，該數人當然均可列為發明人或創作人。參酌美國聯邦巡迴上訴法院之判決，因為專利中每一項申請專利範圍均是一個獨立發明，是以每一共同發明人並不需要對專利中每一項申請專利範圍均有貢獻，而決定共同發明與否應根據申請專利範圍來檢驗，是以只要對於一項申請專利範圍有所貢獻者，即可稱為共同發明人。

雖然一項申請專利範圍有許多要素 (elements)，但是共同發明人並不須對於該項申請專利範圍每一要素之構想 (conception) 均有貢獻，共同發明人僅需要對於該項申請專利範圍之主要部份 (subject matter) 之構想有貢獻即可，而對於申請專利範圍主要部份之構想有所貢獻，並非僅僅是建議一種結果 (suggest an idea of a result)，必須提出完成此種結果所需步驟之人 (provide means of accomplishing the result) 才是共同發明人。上述觀點在我國就新型專利之創作，認定孰為創作人，亦有適用。…原告對系爭專利申請範圍第 1 項、第 3 項、第 4 項及第 5 項主要部份之構想有所貢獻，本院應認渠等為系爭專利之共同創作人。(四)按專利法第 108 條準用第 84 條第 4 項規定，創作人之姓名表示權受侵害時，得請求表示創作人之姓名或為其他回復名譽之必要處分。經查，被告辯稱縱認系爭產品是原告等所創作，且構成系爭專利之主要部分，充其量原告等僅是系爭專利之共同創作人，惟專利法第 7 條第 4 項所指享有姓名表示權者，乃指單純受出資人聘請，獨立從事研究開發者而言，若出資人與受聘請者係共同創作，因不在專利法第 7 條第 3 項及第 4 項規範之範圍，自不能享有姓名表示權云云。但查創作人姓名表示權之性質屬人格權，是以創作人因其姓名表示權受侵害時，自得依專利法第 108 條準用第 84 條第 4 項規定，請求表示創作人之姓名或為其他回復名譽之必要處分。

又專利法第 7 條第 4 項雖規定依據契約由出資人取得專利權時，發明人或

創作人得享有姓名表示權，但此情形僅是得主張姓名表示權之一種情形。當受聘人依據同法條第 3 項後段享有專利申請權時，如受聘人為自然人也當然享有姓名表示權；而當受聘人為法人時，此法人受聘人之實際從事設計之員工當然也享有姓名表示權。是以被告辯稱共同創作之受聘人無姓名表示權，即非可取。據上，原告專利法第 7 條第 3 項、第 4 項規定，享有姓名表示權。被告明知原告為創作人，竟擅自申請專利，而未將原告列為共同創作人，顯已侵害原告之創作人姓名表示權，是以原告依據專利法第 108 條準用專利法第 84 條第 4 項之規定，請求被告表示其為創作人，並請求被告刊登道歉啟事，以回復其名譽，為有理由，均應准許。

第四款 判決評析

本案爭執在於原告對於系爭專利所為之貢獻，是否已達專利法上所謂共同創作人之程度，若原告屬於共同創作人，則可主張創作人姓名表示權受侵害。本審法院認為原告對於系爭專利申請專利範圍第 1 項、第 3 項、第 4 項及第 5 項主要部份之構想有所貢獻，並以美國聯邦巡迴上訴法院之判決之標準，認原告對於系爭專利所為已屬共同創作人，故被告依據專利法規定將原告列為共同創作人，已屬侵害原告之創作人姓名表示權。由此判決可知對於專利權之保障，固然多屬財產權之範疇，惟若涉及創作人姓名表示權時，仍應以人格權保障範疇觀之，蓋以姓名表示權性質與專利法主要保障構想之經濟上利益有所不同。

第二項 著作權與人格權之關係

第一款 案例事實：97 年度民著訴字第 6 號

被告翰林出版事業股份有限公司出版之「新無敵國語辭典」，由被告江○○主編，被告丙○○、丁○○審訂，其中關於「小學生形音義辭典」內之「易誤判部首單字表」（即容易誤解部首的字），原告主張為其著作；於被告翰林公司出版之「新無敵國語辭典（民國 95 年 11 月初版三刷 ISBN 000-000-000-0）」中，侵害原告「易誤判部首單字表（自一部～龍部之 155 組易誤判部首單字表）」之著作財產權、著作人格權，並將前開書籍於 97 年 5 月 2 日在書店流通販售，業已侵害原告之著作財產權及著作人格權，爰向智慧財產法院提起本件訴訟。

第二款 原告主張

本件「易誤判部首單字表」乃係「編輯著作」，…原告在我國獨立完成創作，並未抄襲日本著作；原告之「易誤判部首單字表」具創作性，且為獨立創作，具原創性，應受著作權法保護。在其編輯之字典中，將中小學生對某一特定部首可能誤判偏旁單字，整理列表並編列頁碼，使讀者能更有效率地找查單字。其選擇及編排確實表達出個人最低限度之情感或思想而具有創作性，故該「易誤判部首單字表」能成為編輯著作，應受到保護。所謂原始性(即獨創性)乃指著作為著作人所原始獨立創作完成，未抄襲他人著作而言，最高法院 90 年度台上字第 2945 號刑事判決所稱之創作，須具有原創性，即須具有原始性及創作性」即已明確指出原始性為原創性內涵之一。

至於所完成著作是否具備專利法之客觀新穎性，並非所問。最高法院 83 年度台上字第 5206 號判決稱原創性，僅需為著作人獨立創作，而非抄襲他人著作即可，非如專利法需具備新穎性。著作權法因重在著作人之獨立創作，故著作人之作品雖與先前他人所創作之著作實質相似，或甚至完全相同，因而不具有任何客觀上新穎性，但只要能證明係著作人獨立創作完成，雖偶然相同或近似，仍受著作權法保護。最高法院 81 年度台上字第 3063 號判決即稱，按著作權法所保護者為著作人獨立創作作品，兩作品只要其均來自獨立表達，而無抄襲之處，縱使相雷同，亦僅巧合而已，仍均受著作權法保護，不得僅以客觀上雷同類似，即認定主觀上有抄襲情事。苟非抄襲或複製他人著作，縱二者各自獨立完成同或極近似之著作，因二者均屬創作，皆應受著作權保護。

第三款 智慧財產法院見解

按著作係指屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作，著作權法第 3 條第 1 項第 1 款定有明文。次按，著作權法第 10 條之 1 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。」因此，著作權之保護標的僅及於表達，而不及於思想、概念，此即思想與表達二分法。蓋思想、概念性質上屬公共資產，若將著作權保護範疇擴張至思想、概念，將無形箝制他人之自由創作，有失著作權法第 1 條所揭櫫「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」之立法目的。再查，思想或概念若僅有一種或有限之表達方式，則此時因其他著作人無他種方式或僅可以極有限方式表達該思想，如著作權法限制該等有限表達方式之使用，將使思想為原著作人所壟斷，除影響人類文化、藝術之發展，

亦侵害憲法就人民言論、講學、著作及出版自由之基本人權保障。因此，學理上就著作權法發展出思想與表達合併原則 (The merger doctrine of idea and expression)，使在表達方式有限情況下，該有限之表達因與思想合併而非著作權保護之標的。

因此，就同一思想僅具有有限表達方式之情形，縱他人表達方式有所相同或近似，此為同一思想表達有限之必然結果，亦不構成著作權之侵害。…縱然原告按檢字方法選擇易誤判部首之文字後，再依總筆畫予以編排，屬創作性之表達，且其創意具有最低程度之要求，足以呈現原告個人之特性，並非僅僅單純辛勤收集事實而已，但因其仍屬「巧易中文部首快速索引 (檢字法)」即檢字方法的一部分，依前揭著作權法第 10 條之 1 規定，並非著作權所保護之範圍。…且其檢字編排方式已屬習用，由於每一部首會造成易誤判之文字有其侷限，被告翰林公司出版之「新無敵國語辭典」內之「易查錯部首」字群所檢選之單字表因此而與原告辭典內之「易誤判部首單字表」有所重覆 (兩辭典關於容易誤解部首的字群與易查錯部首的字群重覆部分之比對詳如附件)，並不構成著作權之侵害。

第四款 判決評析

法院採取被告所引「思想與表達合併原則」(The merger doctrine of idea and expression)，認為原告主張之「易誤判部首單字表」，在日本早已為多家出版社沿用多年，且認定漢字辭典中將易誤判部首表作為漢字檢索編排表達已屬習用，又「易誤判部首單字表」仍屬檢字方法的一部分，依著作權法第 10 之 1 條規定，非屬著作權所保護之範圍，故法院認定原告對於系爭「易誤判部首單字表」並不具有著作權人地位，從而判決被告未侵害原告之著作財產權及著作人格權。

第三項 小結

由智慧財產法院見解可以看出關於智慧財產權之保障，固然包括財產權之性質，但在具體個案適用上，仍有主張人格權之可能，惟視具體個案上主張權利保障有無理由，首先要判斷該權利主張是否含有人格權性質，例如姓名表示權即屬人格權之部分，主張姓名表示權受侵害時，不論在商標權、專利權、著作權事件都有主張之可能。其次再判斷其主張是否符合法律上之要件，例如符合專利法上之貢獻程度、著作權法上之創作性，視其是否符合智慧財產法相關規定，最後判斷其主張權利保障有無理由，例如在商標表彰商品來源及品質之公共利益優先於

原告個人姓氏之利益。由智慧財產法院之見解觀之，可知智慧財產權不僅有保障財產權之部分，更有涵蓋人格權部分，因此在探討智慧財產權憲法保障基礎時，除了憲法上財產權外，更應視具體個案而有主張其他憲法上的保障基礎之可能。而在商標權及著作權因有涉及人格權之部分，然因人格權仍有其特殊性，商標權及著作權非可一概適用²¹¹。雖人格權、著作權及商標權均具有排他性，即可作為抵抗國家、私人不法侵害之權利，但在權利的讓與性則有區別，因人格權一般多認具有一身專屬性，故不得讓與之；而對於系爭權利能否繼承，如同上述人格權一身專屬性之關係，亦不得作為繼承客體，然在著作人格權方面，因著作權法第86條規定：「著作人死亡後，除其遺囑另有指定外，下列之人，依順序對於違反第十八條或有違反之虞者，得依第八十四條及前條第二項規定，請求救濟：一、配偶。二、子女。三、父母。四、孫子女。五、兄弟姊妹。六、祖父母。」，故對於侵害已死亡著作人之人格權時，可經由遺族請求救濟，但對於非財產上之損害，仍不得請求賠償相當之金額。僅在權利保護內容為財產利益之商標權及著作財產權時，方具有讓與性及可作為繼承之標的。由此亦可以看出智慧財產權之保障，不僅在於財產權更有人格權之性質。茲將人格權與商標權、著作權作比較：

表 5-3 人格權、著作權及商標權之比較

項目		保護內容	排他性	讓與性	繼承性
類別	人格權	精神利益	○	×	×
	商標權	財產利益	○	○	○
著作權	人格權	精神利益	○	×	1.不得繼承 2.由遺族請求救濟
	財產權	財產利益	○	○	○

資料來源：王澤鑑，〈人格權保護的課題與展望(五)－人格權的性質及構造：精神利益與財產利益的保護(上)〉，《台灣本土法學》，2008年3月第104期，頁83。

第三節 司法院大法官見解²¹²

²¹¹ 參照王澤鑑，〈人格權保護的課題與展望(五)－人格權的性質及構造：精神利益與財產利益的保護(上)〉，《台灣本土法學》，2008年3月第104期，頁81-83。

²¹² 參考自司法院大法官網站，網址：<http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03.asp>，造訪日期：2012年5月1日。

第一項 司法院大法官解釋第 213 號

第一款 案例事實

聲請人因不服經濟部中央標準局於六十年十二月一日審定公告地 0 綜合工業股份有限公司第五四六二五號「新穎構造之粘性塑膠帶」新型專利，前於法定期間內以上開新型專利有違專利法第九十五條、第九十六條之規定，對之提起異議行政爭訟，案經行政法院六十五年五月四日，六十五年判字第二五一號判決從實體上認定本件與新型專利要件不合，而維持訴願，再訴願決定，駁回地 0 綜合工業股份有限公司之訴確定在案。後聲請人依司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款之規定，聲請解釋專利法第一百零一條及同法第一百十條準用之第二十六條第一項是否違憲。

第二款 解釋爭點

民國四十九年五月十二日修正專利法第一百零一條及同法第一百十條準用之第二十六條第一項本文關於新型專利異議案應於法定異議期間提出證據，逾期提出證據之行為無效之規定，有無違反憲法第七條所定平等原則、侵害人民受憲法第十五條及第二十二條保障財產權及營業自由權，以及人民受憲法第十六條保障之訴訟權。

第三款 解釋文

中華民國四十九年五月十二日修正公布之專利法第一百零一條有關新型專利異議程序之規定，及同法第一百十條準用同法第二十六條第一項關於專利之申請及其他程序延誤法定期間者，其行為為無效之規定，旨在審慎專利權之給予，並防止他人藉故阻礙，使專利申請案件早日確定，不能認係侵害人民之訴訟權及財產權，與憲法尚無牴觸。

第四款 評析

於本號解釋中，大法官將專利權視為財產權的保障，並認為相關專利法之規定，並未侵害到人民財產權。於解釋理由書中，首先指出專利法之立法目的，係

國家為促進產業之發達，對於新發明具有產業上利用價值者或對於物品之形狀構造或裝置首先創作合於實用之新型者，均依法給予專利權，以鼓勵發明與創作。並認為相關異議期間須提出證據，逾期提出證據之行為無效之規定，不妨礙異議權之正當行使，且為防止他人藉故阻礙，使專利申請案件早日確定所必要，不能認係侵害人民之訴訟權與財產權，與憲法尚無牴觸。

第二項 司法院大法官解釋第 370 號

第一款 案例事實

聲請人之商標註冊後，利害關係人以該商標之註冊有違反商標法第三十七條第一項第十二款前段商標圖樣近似於他人同一商品或同類商品之註冊商標者，不得申請註冊之規定為由，向主管機關申請評定該商標之註冊為無效，經濟部中央標準局評定結果為「申請不成立」之評決，關係人不服，提起訴願，經經濟部經（七九）訴字第六二六一〇〇號訴願決定將原處分撤銷，命由中央標準局另為適法之評決。中央標準局遂於八十年一月三十一日另以中臺評字第八〇〇〇六六號商標評定書另為「評定成立」之處分。聲請人不服，循序提起訴願、再訴願，遞遭決定駁回，復提起行政訴訟。行政法院判決駁回聲請人所提之行政訴訟，而維持原處分機關經濟部中央標準局所為認定聲請人前開商標之註冊「應作為無效」之處分。後聲請人依司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款之規定，聲請解釋商標法第五十二條第一項規定是否違憲。

第二款 解釋爭點

商標法第五十二條第一項規定，商標之註冊違反商標法第三十七條第一項第十二款規定者，利害關係人得申請商標主管機關評定其註冊為無效，其申請評定且無期間之限制，於前後申請之二商標圖樣構成近似之情形，是否逾越憲法第二十三條所定得以限制人民權利之必要範圍，而屬違憲？

第三款 解釋文

依商標法第五十二條第一項、第三十七條第一項第十二款規定，商標圖樣相同或近似於他人同一商品或類似商品之註冊商標者，利害關係人得申請商標主管

機關評定其註冊為無效，係為維持市場商品交易秩序，保障商標專用權人之權益及避免消費大眾對於不同廠商之商品發生誤認致受損害而設。關於其申請評定期間，參諸同法第五十二條第三項及第二十五條第二項第一款規定之意旨，可知其須受註冊滿十年即不得申請之限制，已兼顧公益與私益之保障，與憲法第十五條保障人民財產權之規定並無牴觸。

第四款 評析

解釋理由書中，首先肯認商標權為財產權之一種，依憲法第十五條規定，應予保障，惟為增進公共利益之必要，自得以法律限制之。商標經註冊後，故為聲請人所有之財產權，惟利害關係人仍得依商標法第三十七條第一項第十二款、第五十二條規定，申請商標主管機關評定其註冊為無效。立法目的係為維持市場商品交易秩序，保障商標專用權人之權益及避免消費大眾對於不同廠商之商品發生誤認致受損害。而對於被誤准註冊之商標，利害關係人申請評定之期間，參諸同法第二十五條第二項第一款及第五十二條第三項規定之意旨為十年，已屬兼顧公益與私益之保障，與憲法第十五條保障人民財產權之規定並無牴觸，且認為關於除斥期間之長短規定，屬於立法裁量之範圍。

第三項 司法院大法官解釋第 492 號

第一款 案例事實

榮 0 企業有限公司（下稱榮 0 公司）所有數個商標權及服務標章，嗣後，榮 0 公司債權人持執行名義聲請就債務人榮 0 公司所有之前揭商標專用權及服務標章予以強制執行，並經臺灣臺南地方法院以八十二南院賢執廉字第五七九三號執行命令通知經濟部中央標準局予以查封，該命令第二項並載明「第三人（即中央標準局）如對該商標專用權不爭執，應即為扣押登記之答覆，如不承認債務人之商標專用權存在，應於接受本命令後十日內提出書狀向本院聲明異議」，中央標準局受領執行命令後，並未聲明異議，且隨即於商標公報上為商標禁止處分之公告。嗣經拍賣程序由聲請人萬 0 公司以新臺幣陸拾參萬元拍定該等商標專用權暨服務標章，並經法院核發權利移轉命令後，聲請人持向中央標準局辦理移轉登記時，中央標準局始於八十四年一月二十一日以台商九五六字第二 0 一四 0 六號函覆謂榮 0 公司已於八十二年八月二十五日為解散登記，核有修正前商標法第三

十三條第一款廢止營業情事，其商標專用權當然消滅為由拒絕辦理移轉登記，並引用經濟部七十四年八月二十日經(七四)商字第三六一一〇號函釋為其解釋「廢止營業」之依據。

聲請人萬〇公司不服，循序提起訴願、再訴願、行政訴訟，均遭駁回，經提起再審之訴，亦經行政法院以八十五年度判字第二二九一號判決駁回。後聲請人依司法院大法官審理案件法第5條第1項第2款之規定，聲請解釋經濟部七十四年八月二十日經(七四)商字第三六一一〇號函釋是否違憲。

第二款 解釋爭點

經濟部七十四年八月二十日經(七四)商字第三六一一〇號函釋所指「廢止營業」解釋之函釋命令：「具有下述情形之一者：(一)依商業登記法為歇業或撤銷之登記者。(二)依公司法為解散登記或撤銷登記者。(三)依所得稅法為營利事業稅籍註銷者，即為商標法第三十三條所稱廢止營業」。本案涉及該函釋第二項所稱：依公司法為解散登記或撤銷登記者，並依據商標法第三十三條認定已廢止營業，故認定榮〇公司所有之商標權已消滅。對於「廢止營業」以是否解散登記為標準，然依據公司法第二十四條規定：「解散之公司，除因合併、破產而解散者外，應行清算。」同法第二十五條規定：「解散公司，於清算之範圍內，視為尚未解散。」依據該函釋將使公司於清算期間即喪失其法人格，對於其商標財產即已喪失，與憲法第十五條保障財產權之意旨似有不符。

第三款 解釋文

人民之財產權應予保障，為憲法第十五條所明定。商標專用權屬於人民財產權之一種，亦在憲法保障之列。惟商標專用權人結束營業，且並無於結束營業前或其後就同一商標專用權授權他人使用或移轉他人繼續營業之可能時，因其已喪失存在之目的，自無再予保障之必要。中華民國七十二年一月二十六日修正公布之商標法第三十三條第一款規定，商標專用權人於商標專用期間內廢止營業者，其商標專用權當然消滅，即係本此意旨所為對人民財產權之限制；商標專用權人倘僅係暫時停止營業；或權利人本人雖結束營業，而仍有移轉他人繼續營業之可能時，其商標既有繼續使用之價值，即難謂與廢止營業相同，而使其商標專用權當然消滅。公司法第二十五條規定，解散之公司於清算範圍內，視為尚未解散，即法人尚未消滅；同法第二十六條規定，解散之公司在清算時期，得為了結現務及便利清算之目的，暫時經營業務。故解散之公司事實上據此規定倘尚在經營業務中，且係繼續原有之營業者，既不能認已廢止營業，從而其享有之商標專用權，

要亦不能認為已當然消滅。於此，其為了結現務及便利清算之目的，自得將商標專用權與其商品經營一併移轉他人。經濟部七十四年八月二十日經（七四）商字第三六一一〇號關於「依公司法為解散登記或撤銷登記者」即係「廢止營業」之函釋部分，其對於人民財產權之限制，顯已逾越上述商標法第三十三條第一款所定之限度，與憲法保障人民財產權之意旨有違，應不予援用。

第四款 評析

大法官解釋文開頭再度肯認商標專用權屬於人民財產權之一種，且在憲法保障之列。認為商標法第三十三條商標專用權當然消滅之規定，認定屬於對人民財產權之限制，係符合憲法對於財產權之限制，蓋在廢止營業時，因商標權已喪失存在之目的，自無再予保障之必要。惟經濟部之函釋對於廢止營業情形之認定，已屬認定過廣，已對人民財產權造成不必要的限制，不符合民法第四十條第二項、公司法第二十五及二十六條規定，造成實際上有存續價值之已解散法人擁有之商標專用權當然消滅，其對於人民財產權之限制，已逾越上述商標法第三十三條第一款所定之限度，與憲法保障人民財產權之意旨有違，故大法官認為該函釋此部份應不予援用。

第四項 司法院大法官解釋第 507 號

第一款 案例事實

聲請人（政〇企業股份有限公司）為專利號數第六七六九二號「燙印貼紙結構與製法」發明專利之專利權人，民國八十六年三月間因發現有中〇印刷企業有限公司（下稱中〇公司）涉嫌仿冒使用聲請人之專利權，復於八十六年四月十九日檢具排除侵害之書面通知及聲請人之專利代理人所出具之鑑定報告及相關之物證資料，以訴狀向警方提出告訴；案經台灣台中地方法院檢察署以八十六年度偵字第九二二九號起訴書，對中〇公司之負責人以違反專利法第一百二十四條之罪嫌，提起公訴。台灣台中地方法院援引最高法院八十六年度台非字第七十六號刑事判決，聲請人雖檢附侵害鑑定報告書，惟所檢附者，係專利代理人個人之書面報告，台灣台中地方法院乃以八十六年度易字第六二六七號刑事判決，諭知公訴不受理。聲請人不服該判決，乃具狀請求檢察官依法上訴，台灣高等法院台中分院以八十七年度上易字第四九四號受理本件訴訟，惟仍援引前揭最高法院刑事

判決，認為依專利法第一百三十一條第二項、第三項、第四項之規定，專利權人於提出告訴時，必須檢附司法院暨行政院協調指定之鑑定機構所出具之鑑定報告，告訴始謂合法，而將檢察官之上訴駁回。本案因不得上訴最高法院，本件訴訟因台灣高等法院台中分院駁回檢察官之上訴旋告確定。聲請人認上開確定判決援引最高法院八十六年度台非字第七十六號刑事判決，所適用專利法第一百三十一條第二項、第三項、第四項之規定，發生有與憲法第十六條牴觸之疑義，故依司法院大法官審理案件法第四條第一項第二款及第五條第一項第二款之規定聲請釋憲。

第二款 解釋爭點

系爭條文限制專利侵權被害人在提出專利權侵害訴訟時，須一併提出專利鑑定報告，其所提告訴方屬合法，即以提出專利鑑定報告作為合法提起告訴之條件，此等限制是否合憲之問題。

第三款 解釋文

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一百三十一條第二項至第四項規定：「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。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。是上開專利法第一百三十一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。

第四款 評析

認為專利法規定關於專利權人於提出告訴時，必須檢附司法院暨行政院協調指定之鑑定機構所出具之鑑定報告之規定，過度限制人民訴訟權利之行使，違反

憲法第二十三條之比例原則。且對於專利制度之保障亦有所不足，因告訴權有法定期間之規定，若被害人無法負擔鑑定費用、鑑定專業機構作業遲延或因專利內容日新月異一時未能找到適合的鑑定機構等原因，將導致專利權人有不能於告訴權法定期間內，提起告訴之疑慮。故認為系爭規定係對人民訴訟權所為不必要之限制，而認定違憲。

第五項 司法院大法官解釋第 548 號

第一款 案例事實

行政院公平交易委員會認定聲請人美國普 0 通生物醫藥技術公司(下稱普 0 通公司)依照專利法發送請求排除侵害之警告信函會造成事業競爭不公平，認系爭行為違反「公平交易法第二十四條」，原處分機關以性質為「行政規則」的「行政院公平交易委員會審理事業發侵害著作權、商標權或專利權警告函案件處理原則」解釋公平交易法第二十四條、第四十五條，而依公平交易法第二十四條對聲請人為行政處分，以八十六年十月二十三日(八六)公處字第一八四號處分書，命其立即停止前述足以影響交易秩序顯失公平行為。聲請人不服，循序提起訴願、再訴願、行政訴訟，遞遭決定及判決駁回而確定。聲請人依據司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款，「人民於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者。」對於前述之行政訴訟確定終局判決所適用之命令，聲請大法官解釋。

第二款 解釋爭點

針對公平會對於濫發著作權、專利權、商標權侵權警告函的處理原則，是否逾越法律授權，過度限制專利權的行使而有違憲之問題。

第三款 解釋文

主管機關基於職權因執行特定法律之規定，得為必要之釋示，以供本機關或下級機關所屬公務員行使職權時之依據，業經本院釋字第四 0 七號解釋在案。行政院公平交易委員會中華民國八十六年五月十四日(八六)公法字第 0 一六七二

號函發布之「審理事業發侵害著作權、商標權或專利權警告函案件處理原則」，係該會本於公平交易法第四十五條規定所為之解釋性行政規則，用以處理事業對他人散發侵害智慧財產權警告函之行為，有無濫用權利，致生公平交易法第十九條、第二十一條、第二十二條、第二十四條等規定所禁止之不公平競爭行為。

前揭處理原則第三點、第四點規定，事業對他人散發侵害各類智慧財產權警告函時，倘已取得法院一審判決或公正客觀鑑定機構鑑定報告，並事先通知可能侵害該事業權利之製造商等人，請求其排除侵害，形式上即視為權利之正當行使，認定其不違公平交易法之規定；其未附法院判決或前開侵害鑑定報告之警告函者，若已據實敘明各類智慧財產權明確內容、範圍及受侵害之具體事實，且無公平交易法各項禁止規定之違反情事，亦屬權利之正當行使。事業對他人散發侵害專利權警告函之行為，雖係行使專利法第八十八條所賦予之侵害排除與防止請求權，惟權利不得濫用，乃法律之基本原則，權利人應遵守之此項義務，並非前揭處理原則所增。該處理原則第三點、第四點係行政院公平交易委員會為審理事業對他人散發侵害智慧財產權警告函案件，是否符合公平交易法第四十五條行使權利之正當行為所為之例示性函釋，未對人民權利之行使增加法律所無之限制，於法律保留原則無違，亦不生授權是否明確問題，與憲法尚無抵觸。

第四款 評析

認為公平會系爭函令屬解釋性行政規則，係主管機關或下級機關所屬公務員行使職權時之依據，並認為系爭函令雖一定程度限制對他人散發侵害專利權警告函之行為，但該限制係為避免權利濫用情形產生，基於權利不得濫用之法律基本原則，乃屬權利人應遵守之義務，並非系爭函令所增，亦即並未增加法律所無之限制，並無違反法律保留原則，亦不生授權明確性之問題，故大法官認為公平會的處理原則合憲。

第六項 司法院大法官解釋第 594 號

第一款 案例事實

聲請人陳○庭係名家美興業有限公司（以下簡稱名家美公司）之負責人，依合法程序申請（公司執照與營利事業登記證，參附件一），並經經濟部核准使用。該公司日後亦以「名家美」名號作為商品販售時之公司表彰。嗣後遭名佳美股份有限公司（以下簡稱名佳美公司）認聲請人之「名家美」商業標章與其申請使用

之「名佳美」服務標章為近似，因而提出告訴，並由臺灣臺南地方法院檢察署起訴。案經臺灣臺南地方法院一審（八十九年度易字第三八八號判決）判決有罪，處有期徒刑陸月；再經臺灣高等法院臺南分院二審（九十年上易字第五二五號判決）以聲請人觸犯商標法第七十七條、第六十二條第二款規定，駁回聲請人之上訴，本案判決確定。

聲請人認所受判決適用之商標法第六十二條、第七十七條規定發生牴觸憲法第八條、第十五條之疑義，依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定，聲請解釋憲法。

第二款 解釋爭點

商標法第六十二條、第七十七條所稱商標「近似」以及違反該條將被處以刑罰之規定，該規範除涉及財產權的剝奪或限制之外，尚涉及人身自由的剝奪，是否符合刑法罪刑法定原則以及法律明確性原則。

第三款 解釋文

人民身體之自由與財產權應予保障，固為憲法第八條、第十五條所明定；惟國家以法律明確規定犯罪之構成要件與法律效果，對於特定具社會侵害性之行為施以刑罰制裁而限制人民之身體自由或財產權者，倘與憲法第二十三條規定之意旨無違，即難謂其牴觸憲法第八條及第十五條之規定，本院釋字第四七六號、第五五一號解釋足資參照。

商標權為財產權之一種，依憲法第十五條之規定，應予保障。又商標或標章權之註冊取得與保護，同時具有揭示商標或標章所表彰之商品或服務來源，以保障消費者利益，維護公平競爭市場正常運作之功能。中華民國八十二年十二月二十二日修正公布之商標法第七十七條準用第六十二條第二款規定，旨在保障商標權人之權利，並避免因行為人意圖欺騙他人，於有關同一商品或類似商品之廣告、標帖、說明書、價目表或其他文書，附加相同或近似於他人註冊商標圖樣而陳列或散布，致一般消費者對商品或服務之來源、品質發生混淆誤認而權益受有損害，故以法律明定之犯罪構成要件，處行為人三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣二十萬元以下罰金，符合法律明確性之要求，且為保障商標權人權利、消費者利益及市場秩序所必要，並未牴觸憲法第二十三條規定，與憲法第八條、第十五條保障人民身體自由及財產權之意旨，尚無違背。

第四款 評析

解釋文中再度肯認商標權為財產權之一種，並依據憲法第十五條之規定，應予保障。系爭規定係保障商標權人權利、消費者利益及市場秩序所必要，縱該「近似」之規定乃屬不確定之法律概念，而依據立法目的與法體系整體關聯性觀點非難以理解，且個案事實是否屬於法律所欲規範之對象，為一般受規範者所得預見，並可經由司法審查加以認定及判斷者，即無違反法律明確性原則（釋字第四三二號、第五二一號解釋）。在限制的手段方面，以限制財產或人身自由之刑罰手段，係用以補充刑法第二百五十三條偽造仿造商標商號罪適用上之不足，認為並未逾越必要之範圍，並未牴觸憲法第二十三條規定，故系爭規範，仍屬合憲。

第七項 小結

由大法官解釋第 213 號大法官首次明文肯認專利權屬於財產權，並於理由書中闡明「國家為促進產業之發達，對於新發明具有產業上利用價值者或對於物品之形狀構造或裝置首先創作合於實用之新型者，均依法給予專利權，以鼓勵發明與創作。專利權之給予，關係專利申請權人及利害關係人之權益，對公眾之利益亦有影響。」可知國家賦予人民專利權之保障，除個人私益，更含有促進產業發展之公益，因此有見解認為智慧財產權之憲法保障基礎在於基本國策第 165、166 條；大法官解釋第 370 號中，大法官首次明文肯認商標權屬於財產權，利害關係人得向主管機關申請評定無效，故屬於對於原註冊商標權人之財產權限制，而申請期間以十年為限，認為此種時效規定屬於立法裁量權限範圍，並未就限制之手段與目的間應達到何種關連性做論述，而認該規定已「兼顧公益與私益之保障」，足見對於商標權此種「財產權」採相當寬鬆之審查基準；大法官解釋第 492 則再度肯認商標權屬於財產權，商標法第 33 第 1 款關於商標專用權期間內廢止營業者，商標專用權當然消滅之規定，屬於對財產權之合法限制，但因經濟部函釋認定廢止營業範圍過廣，已逾越商標法第 33 第 1 款規定範圍，故認該函釋與保障人民財產權意旨不符；大法官解釋第 507 號認為專利法第 131 條第 2 項限制專利侵權被害人在提出專利權侵害訴訟時，須一併提出專利鑑定報告，已屬於對於訴訟權之不當限制而違憲，由財產權之角度觀之，在一般財產權人認其所有財產遭到侵害時，即可提起訴訟救濟，而無須在起訴之時，即先行提出遭到侵害之證明，因此智慧財產權人在提起訴訟時亦無須受此限制；大法官解釋第 548 號認為公平交易委員會對於公平交易法第 45 條所做之解釋性函釋，針對發警告函之行為是否屬於權利之正當行使，作出幾個判斷標準，乃屬公平交易委員會依職權對法律

條文之不確定概念所作之合理詮釋，縱公平交易法第 45 條屬於對權利之限制，但係基於法律規定之限制，非因該函釋所做之限制，故無違憲問題。相對地，若該函釋已屬增加法所無之限制時，則生法律保留之問題，而對於智慧財產權大法官多認屬於財產權，依據大法官解釋第 443 號解釋理由書所闡釋之層級化法律保留，應屬相對法律保留事項，在未經法律授權之情形下，而有違憲之虞；大法官解釋第 594 號解釋再度肯定商標權屬於憲法保障財產權之範圍，商標法第 77 條準用第 62 條第 2 款關於近似商標處以刑罰之規定，因商標除涉及人民財產權之私益，亦包括消費者利益、公平競爭之經濟秩序及工商企業發展等公益，認為系爭規定無違反法律明確性原則，且該行為僅在「附加相同或近似於他人註冊商標圖樣而陳列或散布」，在並未具體造成商標權人之損害時即可處罰，性質上似刑法之危險犯，但在財產權之保護上，實難以危險犯之規定加以保護，可以看出對於商標權之高度保障，不僅在考量私人財產權保障外，更有保障消費者利益、公平競爭之經濟秩序及工商企業發展等公益目的。



第六章 猥褻出版品是否屬於智慧財產權？—代結論

由前述章節可以看出我國學界及實務見解多將智慧財產權視為憲法上財產權之一種，但因智慧財產權與一般財產權具有差異性，即智慧財產權具有人格權性質、智慧財產產業保障、促進文化經濟發展之目的，因此在若干規範上與一般財產權有所不同。本論文結論以探討著作權此一具有高度人格權性質之權利為例，其中又以關於猥褻之出版品是否受否能主張受到智慧財產權法之保障最受爭議，即猥褻出版品是否屬於著作權法之保障範圍。多數民主國家認為猥褻出版品並不受到法律之保障，其理論基礎多為維繫社會善良風俗、為防止產生不法行為、避免侵害他人或社會之法益等²¹³，故將猥褻出版品排除於憲法、智慧財產法之保障範圍外，我國對於猥褻出版品之管理，透過行政管制²¹⁴與刑事論罪²¹⁵嚴加控管，在重重管控、限制之下，對於猥褻物品實難如同其他一般財產權可以自由的使用、收益、處分，惟如此之限制是否合理，即是否能通過違憲審查，即涉及關於猥褻出版品此一智慧財產權所應適用之審查基準為何？而關於審查基準之選擇，則涉及其在憲法上之保障基礎為何？若將猥褻出版品定位在憲法之財產權保障範圍，則因立法機關對於財產權形成範圍有較大之權限，故應適用關於財產權限制之較寬鬆審查基準，若認其屬涉及言論自由範圍，則應適用較嚴格之審查基準。

對於猥褻物品用刑罰加以限制，而刑法與憲法兩者均用以節制國家公權力行使，憲法用以約束所有國家公權力行使，刑法則以約束國家刑罰權之行使為主，但兩者所追求之價值並無差異，差別僅在憲法範圍較廣，刑法範圍較狹隘，因此刑法對於散布、播送、販賣猥褻物品課處刑罰，即屬於對基本權之限制，仍須符合比例原則，即所謂「實質阻卻違憲事由」²¹⁶。關於刑法第 235 條關於猥褻出版品之限制是否合憲之問題，我國司法院大法官先後作出第 407 號及第 617 號解釋，以下僅就司法院大法官之見解及司法實務包括最高法院、智慧財產法院、智

²¹³ 參照法治斌，〈定義猥褻出版品：一首變調的樂章？〉，收錄於劉孔中、李建良主編《憲法解釋之理論與實務》，中研院，1998年6月初版，頁330-331。

²¹⁴ 出版法第32條第3款「出版品不得為左列各款之記載：…三、觸犯或煽動他人，觸犯褻瀆祀典罪，或妨害風化罪者。」，違反者依出版法第36條以下，得處以警告、禁止出售及散佈、扣押甚至可撤銷出版社登記之處分。惟本法已於民國88年01月25日廢止。

²¹⁵ 刑法關於散布、播送、販賣猥褻物品規定於刑法第235條：「散布、播送或販賣猥褻之文字、圖畫、聲音、影像或其他物品，或公然陳列，或以他法供人觀覽、聽聞者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科三萬元以下罰金。」

意圖散布、播送、販賣而製造、持有前項文字、圖畫、聲音、影像及其附著物或其他物品者，亦同。

前二項之文字、圖畫、聲音或影像之附著物及物品，不問屬於犯人與否，沒收之。」

²¹⁶ 參照許澤天，〈刑法規範的基本權審查—作為刑事立法界限的比例原則〉，收錄於黃舒芃主編《憲法解釋之理論與實務》第七輯，中研院，2010年12月，頁264-265。

慧財產局之見解分述之。

第一節 司法院大法官對猥褻出版品之見解

第一項 司法院大法官解釋第 407 號

第一款 解釋文

主管機關基於職權因執行特定法律之規定，得為必要之釋示，以供本機關或下級機關所屬公務員行使職權時之依據。行政院新聞局中華民國八十一年二月十日（八一）強版字第○二二七五號函係就出版品記載內容觸犯刑法第二百三十五條猥褻罪而違反出版法第三十二條第三款之禁止規定，所為例示性解釋，並附有足以引起性慾等特定條件，而非單純刊登文字、圖畫即屬相當，符合上開出版法規定之意旨，與憲法尚無牴觸。惟猥褻出版品，乃指一切在客觀上，足以刺激或滿足性慾，並引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，有礙於社會風化之出版品而言。猥褻出版品與藝術性、醫學性、教育性等出版品之區別，應就出版品整體之特性及其目的而為觀察，並依當時之社會一般觀念定之。又有關風化之觀念，常隨社會發展、風俗變異而有所不同，主管機關所為釋示，自不能一成不變，應基於尊重憲法保障人民言論出版自由之本旨，兼顧善良風俗及青少年身心健康之維護，隨時檢討改進。至於個別案件是否已達猥褻程度，法官於審判時應就具體案情，依其獨立確信之判斷，認定事實，適用法律，不受行政機關函釋之拘束，乃屬當然。

第二款 評析

本號解釋對於何謂猥褻出版品做出定義性解釋「一切在客觀上，足以刺激或滿足性慾，並引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，有礙於社會風化之出版品而言。」，並認為出版法及刑法第 235 條規定係為保障善良風俗及青少年身心健康之維護，而屬合憲規定，並未對人民言論出版自由有過度限制。本號解釋對於猥褻出版品之限制出版及處以刑罰之規定，係由憲法言論自由之審查判斷，有學者將言論自由內容作分類²¹⁷，建立不同的審查基準，第一類為上層言論，包括政治性、宗教性、經濟性及科學性等言論；第二類為中層言論，指娛樂

²¹⁷ 參照吳庚，釋字第 407 號協同意見書註三。

性、音樂性、幽默性等言論；第三類為下層言論，指誹謗性、猥褻性、瀆神性及色情營利言論。上層言論受憲法關於言論自由條款之保障，中層言論以有無對社會造成「明顯而立即危險」為準，判斷其是否受保障，下層言論則以不受保障為原則。大法官係將猥褻物品視為下層言論，而不受保障，故認為出版法及刑法第235條之限制合憲，惟本號解釋並未針對被歸類為猥褻物品後，該猥褻物品之所有權人對其依財產權行使所受之限制是否合憲作出解釋。

第二項 司法院大法官解釋第 617 號

第一款 解釋文

憲法第十一條保障人民之言論及出版自由，旨在確保意見之自由流通，使人民有取得充分資訊及實現自我之機會。性言論之表現與性資訊之流通，不問是否出於營利之目的，亦應受上開憲法對言論及出版自由之保障。惟憲法對言論及出版自由之保障並非絕對，應依其性質而有不同之保護範疇及限制之準則，國家於符合憲法第二十三條規定意旨之範圍內，得以法律明確規定對之予以適當之限制。

為維持男女生活中之性道德感情與社會風化，立法機關如制定法律加以規範，則釋憲者就立法者關於社會多數共通價值所為之判斷，原則上應予尊重。惟為貫徹憲法第十一條保障人民言論及出版自由之本旨，除為維護社會多數共通之性價值秩序所必要而得以法律加以限制者外，仍應對少數性文化族群依其性道德感情與對社會風化之認知而形諸為性言論表現或性資訊流通者，予以保障。

刑法第二百三十五條第一項規定所謂散布、播送、販賣、公然陳列猥褻之資訊或物品，或以他法供人觀覽、聽聞之行為，係指對含有暴力、性虐待或人獸性交等而無藝術性、醫學性或教育性價值之猥褻資訊或物品為傳布，或對其他客觀上足以刺激或滿足性慾，而令一般人感覺不堪呈現於眾或不能忍受而排拒之猥褻資訊或物品，未採取適當之安全隔絕措施而傳布，使一般人得以見聞之行為；同條第二項規定所謂意圖散布、播送、販賣而製造、持有猥褻資訊、物品之行為，亦僅指意圖傳布含有暴力、性虐待或人獸性交等而無藝術性、醫學性或教育性價值之猥褻資訊或物品而製造、持有之行為，或對其他客觀上足以刺激或滿足性慾，而令一般人感覺不堪呈現於眾或不能忍受而排拒之猥褻資訊或物品，意圖不採取適當安全隔絕措施之傳布，使一般人得以見聞而製造或持有該等猥褻資訊、物品之情形，至對於製造、持有等原屬散布、播送及販賣等之預備行為，擬制為與散布、播送及販賣等傳布性資訊或物品之構成要件行為具有相同之不法程度，

乃屬立法之形成自由；同條第三項規定針對猥褻之文字、圖畫、聲音或影像之附著物及物品，不問屬於犯人與否，一概沒收，亦僅限於違反前二項規定之猥褻資訊附著物及物品。依本解釋意旨，上開規定對性言論之表現與性資訊之流通，並未為過度之封鎖與歧視，對人民言論及出版自由之限制尚屬合理，與憲法第二十三條之比例原則要無不符，並未違背憲法第十一條保障人民言論及出版自由之本旨。

刑法第二百三十五條規定所稱猥褻之資訊、物品，其中「猥褻」雖屬評價性之不確定法律概念，然所謂猥褻，指客觀上足以刺激或滿足性慾，其內容可與性器官、性行為及性文化之描繪與論述聯結，且須以引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，有礙於社會風化者為限（本院釋字第四〇七號解釋參照），其意義並非一般人難以理解，且為受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認，與法律明確性原則尚無違背。

第二款 評析

本號解釋肯定憲法對性言論自由與性資訊流通自由的保護，也就是性言論與其他言論類型並列，不依附於政治性、學術性或商業性言論，而獨立受到憲法對言論自由的保障。並針對釋字 407 號所定義刑法上猥褻物品作進一步闡釋，區分為兩類，其中一類係「含有暴力、性虐待或人獸性交等而無藝術性、醫學性或教育性價值」稱之為硬蕊（hard core）猥褻資訊或物品；第二類則為「客觀上足以刺激或滿足性慾，而令一般人感覺不堪呈現於眾或不能忍受而排拒」稱為非硬蕊之一般猥褻言論或資訊。而依據該猥褻物品屬於硬蕊或非硬蕊，對於刑法第 235 條具體適用上有所區別，若傳布「硬蕊」之猥褻資訊或物品，即屬刑法第 235 條第 1 項所欲處罰之行為。若傳布「非硬蕊」之一般猥褻言論或資訊，仍須視行為人是否同時採取適當的安全隔絕措施而定，亦即若對「非硬蕊」之猥褻物品有採取適當隔絕措施，例如加上封套、警語標示等措施，即不屬散布猥褻物品之行為；然若未採取適當隔絕措施，仍屬散布猥褻物品之行為，可成立刑法第 235 條之罪。此種對於猥褻物品之界定雖較釋字第 407 號解釋之闡釋有較具體之標準，但仍有批評見解²¹⁸，認為大法官此種解釋方式係以更多抽象、不確定之概念來解釋一個抽象、不確定之概念。

本號解釋認為刑法第 235 條對猥褻物品之規定，雖係針對性言論之表現與性資訊之流通，但該規定並未為過度封鎖與歧視，故對人民言論及出版自由之限制尚屬合理，且有助於維護性的道德感情、避免妨礙社會風化，又其意義並非一般

²¹⁸ 參照林子儀，釋字第 617 號部分不同意見書。

人難以理解，且為受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認，符合法律明確性原則。惟有不同意見則批評²¹⁹，本號解釋對猥褻物品之限制所採取的並非寬鬆審查而是沒有審查。本號解釋亦未針對被歸類為猥褻物品後，該猥褻物品之所有權人對其依財產權行使所受限制是否合憲作出解釋，惟觀歷來大法官對於限制猥褻物品之合憲性，多採取非常寬鬆之審查基準，可預見的是縱主張智慧財產權受到限制，大法官亦會認為屬財產權之立法形成自由，而認為屬合憲之限制。

第二節 司法實務見解

第一項 最高法院

最高法院認為猥褻出版品不得主張著作權之保障，以最高法院 88 年度台上字第 250 號刑事判決為例，該號判決認為：「按著作權法第三條第一款所稱著作，係指屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作而言，色情光碟片不屬之。蓋著作權法之立法目的除在保障個人或法人智慧之著作，使著作物為大眾公正利用外，並注重文化之健全發展，故有礙維持社會秩序或違背公共利益之著述，既無由促進國家社會發展，且與著作權法之立法目的有違，基於既得權之保障仍需受公序良俗限制之原則，是色情光碟片非屬著作權法所稱之著作，自不受著作權法不得製造或販賣等之保障。原判決既未於事實欄內明上訴人製造扣案猥褻之色情光碟片為違反著作權法之犯罪事實，竟於理由三內將扣案猥褻之色情光碟片作為上訴人違反著作權法之證據，即屬證據上理由矛盾，其判決當然為違背法令。上訴意旨雖未指摘及此，惟為本院得依職權調查之事項，應認原判決此部分有發回更審之原因。」。

由上述最高法院見解觀之，猥褻出版品於本案中為色情光碟片非屬著作權法第三條第一項第一款所稱的「著作」，因此不得主張受著作權法保護，主要理由即在於猥褻出版品無助於促進國家社會發展，且關於既得權之保障仍須受到公序良俗之限制，故認為猥褻物品不屬於著作權法所保障之著作。

第二項 智慧財產法院

²¹⁹ 參照許玉秀，釋字第 617 號不同意見書。

智慧財產法院成立後，亦有關於猥褻出版品之判決，有認為色情光碟屬著作權法保障，然對於猥褻出版品是否屬於著作權法保障之範圍並未明白闡述，例如智慧財產法院 100 年度刑智上訴字第 68 號判決，智慧財產法院參照大法官解釋第 407、617 號意旨：「色情光碟均有男、女特意裸露身體、性器官及男女互相撫摸、親吻而為口交、性交行為、或有暴力、性虐待之猥褻內容，客觀上足以刺激或滿足性慾，並引起普通一般大眾羞恥感，不得意圖販賣而製造，亦不得販賣。」，認為系爭色情光碟屬於猥褻物品，又「自堪認被告乙○○與甲○○間就違反著作權法與商標法之犯行，有犯意聯絡與行為分擔。」。因此行為人盜版猥褻出版品之行為仍有違反著作權法，惟該判決中對於色情光碟此種猥褻出版品為何受著作權法保障未多加說明。

第三項 智慧財產局

智慧財產局向來之見解多認為猥褻出版品受著作權法之保障，例如 97 年 03 月 25 日所做函釋，字號：著字第 09700025950 號，其認為：「有關『成人影片』在我國是否受著作權保護一節，本局認為，依著作權法規定，著作係指屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作，因此，『成人影片』不論是本國或外國，是否係著作權法所稱之著作，應視具體個案內容是否符合上述規定而定，如具有創作性，仍得為著作權保護標的。至於其是否為猥褻物品，其陳列、散布、播送等，是否受刑法或其他法令之限制、規範，應依各該法令決定之，與著作權無涉。惟我國司法實務上則認為色情錄影帶與著作權法之立法目的有違，而排除在著作權法保護之範圍外，併請參考。」²²⁰。

但智慧財產局對於為何猥褻出版品受著作權法保障之法理基礎亦未多加說明，僅以著作權法採取創作保護主義，只要系爭猥褻出版品具有創作性，即認得成為著作權保護客體。有學者認為對於著作權保障²²¹，因修法後採取創作保護主義，智慧財產局此一行政機關原則上並無審查或認定之權限，故其意見僅具參考功能，並不具備實質上拘束力。因智慧財產局為行政機關，在判斷是否為猥褻物品上固然有其解釋權限，但在法院判決具體個案適用上，基於法官依法審判，法官仍得作不同之判斷，故謂智慧財產局之見解僅具參考作用。

²²⁰ 其他類似見解，智慧財產局 93 年 6 月 15 日電子郵件 930615a 函、92 年 09 月 10 日智著字第 0921600729-0 號函。資料來源：經濟部智慧財產局網站，網址：http://www.tipo.gov.tw/ch/Enactment_LMExplainList.aspx，造訪日期 2012.05.20。

²²¹ 參照謝銘洋，前揭註 199 文，頁 95。

第三節 結論

本論文欲探討我國關於智慧財產權之憲法保障基礎為何？在了解憲法保障基礎後，對於發生智慧財產權相關爭議時，方能妥適的解釋系爭條文規範。由於我國憲法未如美國憲法第 1 條第 1 項第 8 款對於智慧財產權作明確保障規定，須進一步去探求智慧財產權之憲法保障基礎；我國是否如同德國學界及實務見解，以德國基本法第 14 條對財產權保障的擴張作法，就我國憲法第 15 條關於財產權保障作為智慧財產權的憲法保障基礎？在探討我國司法院大法官解釋、智慧財產法院判決等實務見解及學界見解後，可知多數見解係採取如同德國學界及實務見解，認為憲法對於財產權的保障，可隨時代背景不同，經由法律來補充、擴充對於財產權的保障。

至於猥褻出版品能否主張受憲法或著作權法之保障？由最高法院之見解，可知其認為猥褻出版品不得主張受著作權法保護，因此若有盜版販售之行為，僅有違反刑法第 235 條販售猥褻視聽物之罪；由智慧財產法院之見解，可知其認為猥褻出版品仍屬著作權法保障，故對於盜版販售之行為，不僅違反刑法第 235 條販售猥褻視聽物之罪外，若販售盜版光碟之人即為重製之人，並有違反著作權法第 91 條第 2 項「意圖銷售或出租而擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣三十萬元以下罰金。」；若販售盜版光碟之人並非重製之人，則有違反著作權法第 87 條第 1 項第 6 款規定：「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：…六、明知為侵害著作財產權之物而以移轉所有權或出租以外之方式散布者，或明知為侵害著作財產權之物，意圖散布而公開陳列或持有者。」。而智慧財產局之見解，則肯認猥褻出版品屬著作權法保障，但仍認國家對於猥褻出版品可依刑法或其他法令加以限制其流通，由智慧財產法院及智慧財產局之見解可知，我國對於猥褻物品僅立於監督控制其散布，而不否定其著作權保護，而最高法院對猥褻物品以公序良俗排除其著作權之保障，則可能有違反國際間對於著作權之保障²²²，且著作權法本身亦無明文排除之具體規定，法院以公序良俗排除猥褻物品之著作權似有違背法律保留原則。

著作權法保護思想之表達，與言論自由之保障息息相關²²³，若創作者因其所創作之內容屬於刑法規範之猥褻物品，則在創作者可能無法對其創作物主張著作

²²² 參照陳怡帆，《論色情著作是否為著作權保護之客體—以台美相關法制為中心》，雲林科技大學科技法律研究所碩士論文，2011 年 6 月，頁 66、參照謝銘洋，前揭註 199 文，頁 103。

²²³ 言論自由保障之功能，在司法院大法官解釋第 509 號理由書第一段闡明：「憲法第十一條規定，人民之言論自由應予保障，鑑於言論自由有實現自我、溝通意見、追求真理、滿足人民知的權利，形成公意，促進各種合理的政治及社會活動之功能，乃維持民主多元社會正常發展不可或缺之機制，國家應給予最大限度之保障。」。

權之情形下，將影響創作者創作之意願與成果，即屬對於創作者之言論及表達自由之限制，因此司法院大法官解釋 617 號肯認性言論之表現與性資訊之流通應受憲法保障，但如同其他基本權一般，仍可基於憲法第 23 條規範意旨範圍內，並以法律明確規定予以適當限制。著作權法採創作保護主義，創作內容若涉違法或違反公序良俗之著作，仍可受著作權法保障，因著作權法保護的是智慧創作的投入，並非道德風俗的審查，該著作能否主張著作權，應以是否有智慧創作的投入為判斷標準²²⁴，若該創作已有最低程度之創作性，得據以表現出人之精神創作，則應可受著作權法保障，反之若未具創作性，未能表現人之精神創作，則該著作可能無法受到著作權法保障。因此對於創作內容不應事先加以限制，使創作人在憲法上有完整創作與表達空間，縱該創作之內容涉及猥褻仍應認屬著作，仍可受到著作權法之保障。

若一律將智慧財產權視為憲法第 15 條之財產權保障範圍，例如在前述智慧財產法院 98 年行商訴字第 44 號判決中，雖商標含有其姓名部分，但依據商標法所保護目的為「保障商標專用權與消費者利益」，係基於公共利益之考量而賦予註冊商標於一定時間內之獨占排他權能，商標權人因此能獲得一定的財產利益，性質上屬於財產權保障範圍，故以一般財產權之審查基準並無不當；然於具體個案中將有可能產生不妥適之情形，尤以關於著作權之保障，因著作權之保障雖有包括財產權之保障，亦涉及關於著作人言論自由之部分，此以大法官釋字對於刑法第 235 條限制猥褻物品之著作流通，均以言論自由作探討可知，因此若立法過度保障著作人之著作權時，更屬限縮他人言論自由。

國家立法固然可為保障創作人而提高著作權制度保障，然保障過度將有限制著作權人以外之人言論自由之虞，此時可能有違反憲法第 11 條言論自由保障。猥褻出版品則因刑法第 235 條之相關規範，對於擁有猥褻出版品之著作權人，縱依智慧財產法院、智慧財產局之見解得主張著作權，但著作權人若欲使其著作流通、販售時，仍有可能遭到刑法制裁，實屬對於人民財產權、言論自由之拘束，對於相關立法之審查，非僅以該限制屬對憲法第 15 條財產權之限制，遽認相關規範屬於立法對財產權之形成範圍，而應以憲法第 11 條關於言論自由的審查基準來判斷是否有違憲，以避免智慧財產權的不當擴張或限制。

綜上所述，我國對於智慧財產權之憲法保障基礎，多數學說見解固然認為係以憲法第 15 條財產權保障為基礎，惟本文認為在審酌具體個案時仍須考量具體個案不同情形，即應探究系爭智慧財產權之立法保障目的，若系爭智慧財產權有涉及人格權、言論自由權等其他憲法所保障基本權部分，則有提高或降低審查基

²²⁴ 參照章忠信，〈色情雜誌或錄影帶沒有著作權？〉，參考網站：著作權筆記，網址：http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php?board=6&act=bbs_read&id=24&reply=24，造訪日期 2012 年 5 月 30 日。

準之可能。即對於智慧財產權並非單純以憲法第 15 為保障基礎，更應視具體權利而有結合其他基本權利之可能，例如關於著作權之保障，除憲法第 15 條財產權外更應結合憲法第 11 條言論自由、第 22 條人格權保障之規定，著作權屬於具有人格權及財產權性質之基本權利²²⁵。

因此本文認為對於猥褻出版品不應如同大法官解釋之見解採取相當寬鬆之審查基準，因該猥褻物品被歸類為硬蕊時，不論是散布、播送、販賣甚至陳列之行為均受限制，等同完全限制此類出版品在言論及經濟市場之流通，不僅限制人民之言論自由也限制財產權之行使，更不利基本國策所定文化發展之保障，應提高違憲審查基準²²⁶，此時刑法第 235 條則有違憲之可能性。經具體個案判斷系爭智慧財產權在憲法上之保障基礎後，方能在國家行為侵害系爭權利時，妥適選擇違憲審查基準或私人間基本權衝突時之價值取捨，達成維護憲法規範之價值體系。



²²⁵ 相似見解，因憲法對生命權未有明文規定，學者李震山認為生命權為結合憲法第 15 條生存權及第 22 條概括基本權規定，肯認其屬於一種獨立之基本權利。參照李震山，前揭註 119 文，頁 22、95。另外學者王澤鑑認為憲法對於生命權之規範，應結合憲法第 15 條生存權、第 8 條人身自由權及第 22 條概括基本權之規定，肯認其屬於人格權性質之基本權利。參照王澤鑑，前揭註 120 文，頁 94。

²²⁶ 因著作權涉及個人自由及利益之行使而應提高違憲審查基準，此部份見解同學者陳慈陽，《憲法學》，元照出版，2004 年 1 月初版，頁 569-570

參考文獻

一、專書

1. Herbert Lionel Adolphus Hart 著，許家馨、李冠宜翻譯，《法律的概念》，商周出版，2010年1月二版，頁248-251、
2. Ian McLeod 著，《法理論的基礎》，楊智傑譯，韋伯文化國際出版，2005年1月。
3. John Locke，《政府論次講》，葉啟芳、瞿菊農譯，唐山出版社，民國75年7月初版。
4. Lawrence M. Friedman 著，《二十世紀美國法律史》，吳懿婷譯，商周出版，2005年2月初版。
5. Samuel P. Huntington 著，《第三波：二十世紀末的民主化浪潮》，劉軍寧譯，五南出版，2008年二版。
6. 王澤鑑，《民法債編總論第一冊》，三民出版，87年9月。
7. 王澤鑑，《民法總則》，三民出版，2004年12月14刷。
8. 王澤鑑，《侵權行為法》，三民出版，2009年7月。
9. 王文宇，〈從經濟觀點論保障財產權的方式〉，收錄於氏著《民商法理論與經濟分析》，元照出版，2005年5月初版。
10. 李震山，《多元、寬容與人權保障—以憲法未列舉權之保障為中心》，元照出版，2007年09月2版。
11. 李惠宗，《憲法要義》，元照出版，2009年5版。
12. 李建良，《憲法理論與實踐（一）》，學林出版，1999年，頁14-15
13. 吳庚，《行政法之理論與實用》，三民書局，2003年10月八版二刷。
14. 吳庚，《憲法的解釋與適用》，三民出版，2004年第三版。
15. 吳嘉生，《智慧財產權之理論與應用》，五南出版，1999年。
16. 吳嘉生，《智慧財產法通論》，一品文化出版，98年7月。
17. 法治斌、董保城，《憲法新論》，元照出版，2010年4版。
18. 林紀東，《中華民國憲法逐條釋義》第四冊，三民出版，1990年1月五版。
19. 林洲富，《智慧財產權法—案例式》，2010年11月四版。
20. 施啟揚，《民法總則》，三民書局，98年8月8版。
21. 翁岳生，《法治國家之行政法與司法》，月旦出版，1994年8月。
22. 許宗力，《憲法與法治國行政》，元照出版，1999年3月。
23. 許育典，《憲法》，元照出版，2009年三版。
24. 許慶雄，《憲法講義》，知英文化出版，1999年4月。
25. 許慶雄，《憲法入門》，月旦出版，1997年9月3版。

26. 馮震宇，《智慧財產權發展趨勢與重要問題研究》，2003年10月初版。
27. 黃立，《民法總則》，元照出版，2001年1月二版。
28. 傅啟學，世界史綱（上），正中出版，1993年。
29. 楊松齡，〈土地所有權保障、限制與徵收補償之探討〉，《現代地政理論》，三民書局，1990年。
30. 管歐，《法學緒論》，五南出版，2010年72版。
31. 趙晉枚、蔡坤財、周慧芳、謝銘洋、張凱娜五人合著，《智慧財產權入門》，元照出版，2005年5月4版。
32. 葉玟妤，《智慧的財產？－瞭解智慧財產權》，元照出版，2005年5月初版。
33. 賴文智，《圖書館與著作權法》，翰蘆出版，2002年5月初版。
34. 陳春生，《論法治國之權利保護與違憲審查》，新學林出版，2007年3月初版。
35. 陳新民，《中華民國憲法釋論》，三民出版，2001年四版。
36. 陳新民，《憲法基本權利的基本理論》（上冊），元照出版，2002年07月。
37. 陳慈陽，《憲法學》，元照出版，2004年1月初版。
38. 謝哲勝，《財產法專題研究》，三民出版，1995年5月。
39. 謝銘洋，《智慧財產權之基礎理論》，作者自版，2004年四版。
40. 謝瀛洲，《中華民國憲法論》，民國60年第14版。
41. 謝哲勝、莊春發、黃健彰、邵慶平、張心悌、楊智傑六人合著，《法律經濟學》五南出版，2007年5月初版。
42. 蕭淑芬，《基本權基礎理論之繼受與展望－台日比較》，元照出版，2005年10月初版。
43. 羅明通，《著作權法論》，台英商務國際法律事務所出版，2004年8月四版。
44. 蘇俊雄，《憲法意見》，元照出版，2005年10月初版。

二、專論及期刊

1. Christian Starck 著，〈Die Verfassungsauslegung〉。李建良譯，〈憲法解釋〉，《法學、憲法法院審判權與基本權利》，元照出版，2006年7月初版。
2. Christian Starck 著，〈Grundrechtliche Schutzpflichten〉。李建良譯，〈基本權利之保護義務〉，《法學、憲法法院審判權與基本權利》，元照出版，2006年7月初版。
3. Christian Starck 著，〈Über Auslegung und Wirkungen der Grundrechte〉。許宗力譯，〈基本權利的解釋與影響作用〉，《法學、憲法法院審判權與基本權利》，元照出版，2006年7月初版。
4. Christian Starck 著，〈Über Auslegung und Wirkungen der Grundrechte〉。許宗

- 力譯，〈基本權利的解釋與影響作用〉，《法學、憲法法院審判權與基本權利》，元照出版，2006年7月初版。
5. 王澤鑑，〈人格權保護的課題與展望(一)—人格權、人格尊嚴與私法上的保護〉，《台灣本土法學》，2006年3月第80期。
 6. 王澤鑑，〈人格權保護的課題與展望(二)—憲法上人格權與私法上人格權〉，《台灣本土法學》，2006年4月第81期。
 7. 王澤鑑，〈人格權保護的課題與展望(三)—人格權的具體化及保護範圍(1)〉，《台灣本土法學》，2006年6月第83期。
 8. 王澤鑑，〈人格權保護的課題與展望(五)—人格權的性質及構造：精神利益與財產利益的保護(上)〉，《台灣本土法學》，2008年3月第104期。
 9. 王文宇、鄭中人，〈從經濟觀點論智慧財產權的定位與保障方式〉，《月旦法學雜誌》，2007年08月第147期。
 10. 李建良，〈行政法：第三講—公法與私法的區別(上)〉，《月旦法學教室》第五期，2003年7月。
 11. 吳秀明、楊坤樵，〈憲法與我國經濟部門之基本秩序〉，收錄於《部門憲法》，元照出版，2006年1月初版。
 12. 幸秋妙，〈談著作權侵害訴訟之抗辯〉，《月旦法學教室》，2010年5月第91期。
 13. 林利芝，〈淺談美國著作權法之「First Sale Doctrine」〉，《月旦法學雜誌》，2011年3月第190期。
 14. 章忠信，〈日本新修正著作權法淺釋〉，《月旦法學雜誌》，1997年8月第27期。
 15. 許宗力，〈基本權的功能〉，《月旦法學教室》，2002年12月第2期。
 16. 許宗力，〈基本權的保障與限制(上)〉，《月旦法學教室》，2003年9月第11期。
 17. 許志雄，〈當代人權的發展趨勢與課題〉，收錄於《現代憲法的理論與現實》，元照出版，96年9月初版。
 18. 許忠信，〈智慧財產權之濫用與限制競爭防止法之適用—由美國法與日本法看我國公平交易法第四十五條〉，《全國律師》，2008年10月第12卷第10期。
 19. 張哲倫，〈智慧財產權概論—以權利之性質為中心〉，《月旦法學教室》，2009年4月第78期。
 20. 張哲倫，〈專利侵權訴訟〉，《月旦法學教室》，2010年2月第88期。
 21. 張嘉尹，〈基本權理論、基本權功能與基本權客觀面向〉，《當代公法新論(上)》，元照出版，2002年07月。
 22. 張嘉尹，〈違憲審查中之基本權客觀功能〉，《月旦法學》，2010年10月第185期。
 23. 黃銘傑，〈日本著作權法制發展特色對我國著作權法未來發展之啟示〉，《智慧財產權月刊》，95年4月第88期。
 24. 黃惠敏，〈智慧財產權利之行使與公平交易法之界線〉，《全國律師》，2008年1月第12卷第1期。
 25. 阮富枝，〈人格權與著作人格權的保護〉，《民法總則實例問題分析》，楊與齡主編，五南出版，90年5月初版。

26. 黃宗樂，〈公平交易法與經濟自由－評論我國憲法上之經濟體制〉，《現代憲法的理論與現實》，元照出版，96年9月初版。
27. 楊松齡，〈財產權保障與公用徵收補償之研究〉，《經社法制論叢》，81年1月第9期。
28. 楊智傑，〈智慧財產權的憲法基礎－兼論智財權與言論自由的衝突〉，《財產法暨經濟法》，2008年12月第16期。
29. 熊誦梅，〈行政機關授予智慧財產權之性質與效力〉，《法令月刊》第58卷第7期，2007年7月。
30. 陳榮隆，〈從憲法財產權之保護論物權編修正草案〉，收錄於《現代憲法的理論與現實》，元照出版，96年9月初版。
31. 謝哲勝，〈從法律的經濟分析論智慧財產權之保護政策〉，收錄於氏著《財產法專題研究》，三民出版，民國84年5月初版。
32. 謝銘洋〈論色情著作在著作權法上之保護〉，《月旦法學雜誌》，2010年8月第183期。
33. 謝銘洋，〈從相關案例探討智慧財產權與民法之關係〉，《台大法學論叢》，2004年3月第33卷第2期。
34. 蔡明誠〈著作權財產權讓與契約與民法適用問題－最高法院八十六年度台上自第一零三九號評析〉，收錄於《論權利保護之理論與實踐－曾華松大法官古稀祝壽論文集》，元照出版，2006年6月初版。
35. 蕭淑芬，〈基本權之保護領域〉，《台灣法學雜誌》，2010年3月第147期。
36. 蘇永欽，〈財產權的保障與大法官解釋〉，《憲政時代》第42卷第3期，1998年12月。
37. 蘇永欽，〈民事判例的合憲性控制－以釋字第349號解釋為例〉，《憲政時代》，民國83年第20卷第3期。
38. 蘇永欽，〈經濟憲法作為政治與經濟關係的基本規範－從昔日德國的爭議來看今日臺灣的回應之道〉，收錄於《新世紀經濟法制之建構與挑戰－廖義男教授六秩誕辰祝壽論文集》，元照出版，2002年9月初版。

三、機關出版品

1. 王文宇，〈從財產權之保障論釋字第349號解釋〉，收錄於劉孔中、李建良主編《憲法解釋之理論與實務》第一輯，中研院，1998年6月初版。
2. 李維心，〈談智慧財產訴訟新制度〉，收錄於《智慧財產季刊》，2008年11月第66期。
3. 法治斌，〈定義猥褻出版品：一首變調的樂章？〉，收錄於劉孔中、李建良主

- 編《憲法解釋之理論與實務》，中研院，1998年6月初版。
4. 徐火炎，《民主政治、市場經濟與民主轉型》，收錄於〈民主理論：古典與現代〉，張福建、蘇文流主編，中研院中山人文社會科學研究專書（35），1995年6月。
 5. 翁岳生，〈憲法解釋與人民自由權利之保障〉收錄於李建良、簡資修主編《憲法解釋之理論與實務》第二輯，中研院，2000年初版。
 6. 許澤天，〈刑法規範的基本權審查—作為刑事立法界限的比例原則〉，收錄於黃舒芃主編《憲法解釋之理論與實務》第七輯，中研院，2010年12月。
 7. 陳清秀，《國際著作權法令暨判決之研究 參 日本著作權法令暨判決之研究》，內政部委託陳清秀編印，1996年4月。
 8. 陳春生，〈司法院大法官解釋中對於制度性保障概念意涵之探討〉，收錄於《憲法解釋之理論與實務》第二輯，中研院社科所，2000年。
 9. 陳愛娥，〈司法院大法官會議解釋中財產權概念之演變〉，收錄於劉孔中、李建良主編《憲法解釋之理論與實務》，中研院，1998年6月初版。
 10. 蔡明誠，《國際著作權法令暨判決之研究 肆 德國著作權法令暨判決之研究》，內政部委託蔡明誠編印，1996年4月。

四、論文

1. 李榮藝，《從財產權之保障探討既成道路徵收補償之問題》，東海大學法律學研究所碩士論文，93年1月。
2. 李後文，《新聞自由與名譽權衝突之處理-以懲罰性損害賠償為中心》，東海大學法律研究所碩士論文，97年。
3. 李筱莘，《著作權與言論自由保障的界限》，台大法研所碩士論文，2002年。
4. 汪惠玲，《智慧財產民事訴訟先決問題研究—以專利權利有效性為中心》，高雄大學法律研究所碩士論文，98年6月。
5. 柯清喜，《禁止駕駛法律問題之研究》，東海大學法律研究所碩士論文，2008年。
6. 許銘森，《論著作權的正當行使-從著作權賞金獵人出發》，逢甲大學財經法律研究所碩士論文，99年5月。
7. 趙伯雄，《從憲法上言論自由的保障論著作權的限制—以探討著作權法第八十條之二合憲性問題為中心》，東吳大學碩士論文，2005年7月。
8. 賴文和，《智慧財產權與民法的互動—以專利授權契約為主》，國立台灣大學法律研究所碩士論文，2000年6月。
9. 陳正和，《「智慧」是憲法保障的財產權嗎？——以著作權法為中心論智慧財產權之憲法基礎》，政治大學法律研究所碩士論文，97年4月。

10. 陳怡帆，《論色情著作是否為著作權保護之客體－以台美相關法制為中心》，雲林科技大學科技法律研究所碩士論文，2011年6月。
11. 鄧詹森，《數位時代科技發展與著作權保護的難題與調和－以著作權法為中心之檢討》，東吳大學法律學系碩士論文，98年7月。

五、司法實務判決

1. 最高法院 88 年度台上字第 250 號刑事判決。
2. 智慧財產法院 98 年行商訴字第 44 號。
3. 智慧財產法院 98 年度民專更(一)字第 1 號。
4. 智慧財產法院 97 年度民著訴字第 6 號。
5. 智慧財產法院 100 年度刑智上訴字第 68 號判決。
6. 司法院大法官解釋第 213 號。
7. 司法院大法官解釋第 370 號。
8. 司法院大法官解釋第 407 號。
9. 司法院大法官解釋第 492 號。
10. 司法院大法官解釋第 507 號。
11. 司法院大法官解釋第 548 號。
12. 司法院大法官解釋第 594 號。
13. 司法院大法官解釋第 617 號。

六、外國參考資料

1. 田中成明，《法律学入門》，佐藤幸治、鈴木茂嗣、田中成明、前田達明合著，有斐閣出版，2005年5月八版。
2. 松井茂記，《インターネット憲法學》，岩波書店出版，2002年9月。
3. 曲三強，〈傳統財產權理論對知識產權觀念之影響〉，《中外法學》第十四期，2002年。
4. 沈宗靈，《法理學》，五南出版，2002年9月初版三刷。
5. 趙萬一，《民法的倫理分析》，五南出版，2005年5月初版。

七、網路資料

1. 中國時報，90年8月17日，記者：陳榮裕、趙雅芬，參考網址：
<http://forums.chinatimes.com.tw/special/mp3/main.htm>。造訪日期：2012年4月29日。
2. 中央廣播電台，撰稿・編輯：黃啟霖，參考網址：
http://news.rti.org.tw/index_newsContent.aspx?nid=276791。造訪日期：2012年4月29日。
2. 立法院國會圖書館網站，網址：
<http://npl.ly.gov.tw/do/www/billIntroductionContent?id=39#%E6%97%A5%E6%9C%AC>，造訪日期：2012年5月22日。
3. 自由時報電子報，記者：劉力仁、林曉娟，網址：
<http://www.libertytimes.com.tw/2010/new/apr/15/today-show4.htm>。造訪日期：2012年4月29日。
4. 自由時報電子報，記者：孫友廉、方惠宗、王珮華網址：
<http://www.libertytimes.com.tw/2009/new/apr/11/today-life1.htm>，造訪日期：2012年4月29日。
5. 自由電子報，記者林佳宏、黃良傑、葉永騫，參考網址：
<http://www.libertytimes.com.tw/2006/new/aug/11/today-show4.htm>，造訪日期：2012年4月29日。
6. 司法院網站：<http://www.judicial.gov.tw/>，造訪日期 2012年5月2日。
7. 法源法律網：<http://www.lawbank.com.tw/>，造訪日期 2012年4月30日。
8. 美國在台協會正式資料，參考網址：
<http://www.ait.org.tw/zh/officialtext-bg9806.html>，造訪日期：2012年4月29日。
9. 張玉敏，〈知識產權的概念和法律特徵〉，參考網站：論文天下，網址：
<http://www.lunwentianxia.com/product.free.6453626.2/>，造訪日期 2012年5月23日。
10. 章忠信，〈色情雜誌或錄影帶沒有著作權？〉，參考網站：著作權筆記，網址：
http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php?board=6&act=bbs_read&id=24&reply=24，造訪日期 2012年5月30日。
10. 經濟部智慧財產局網站，網址：
http://www.tipo.gov.tw/ch/Enactment_LMExplainList.aspx，造訪日期 2012年5月20日。