

著作權與

蔣文正律師

新式樣專利權之辨別與競合

一、前言

新式樣專利爲工業設計上一種美感之創作，屬於工業所有權之一種；著作權亦爲人類精神上之創作，著作權所要保護的是著作作者之「原創性」，亦即保護著作人之獨立創作性；專利權和著作權在法律之領域上，各有各之範疇，兩者並非互相排斥，亦非當然之競合；有時享有著作權之著作，如合乎專利法之要件亦可以申請取得專利，反之亦然；惟所謂競合之情形，應有多種形態，而會產生問題者，應係圖形著作和新式樣專利之競合，蓋圖形著作，其權利之保護及於實體（著作權法第三條第一項第二十三款後段）；因此一件物品，可能有新式樣專利權以及圖形著作，兩種權利併存之情形發生，此種情形，權利主體如係同一，應無問題，但若權利主體不同之一之情形，於此情形，勢必發生爭訟，就此問題，殊值探討之。

二、著作權與新式樣專利權之辨別

當人們完成一件物品之創作時，就其外觀如欲得到法律上之保護，若符合新式樣專利之申請取得要件，當可申請新式樣專利而獲得保護，若符合著作權法之規定，當亦可享有著作權，而向內政部申請核發著作權執照；著作權和新式樣專利權雖同樣是以人類精神上之創作爲對象，同樣是屬於無體財產權之範疇，惟著作權與新式樣專利權仍有若干不同：

（一）本質上：新式樣專利權著重於創作意念（idea）具有「新穎性」，亦即必須係前所未有之創作，方可符合專利之要件（專利法第一百十二條），而著作權著重於創作表現（expression）之「原創性」，亦即著作必須係著作人本身精神意念之表達，並非抄襲或模仿他人著作而得；著作並不要求新穎性，只要著作本身係著作人

獨自創作，具有「原創性」，縱其精神意念之表達，和他人之著作或有類似之處，亦無礙其取得著作權。

(二)權利取得之方式：民國七十四年修正著作權法，對於本國人之著作改採創作主義，著作人於著作完成時享有著作權（著作權法第四條第一項本文），並無庸向政府主管機關（內政部）申請註冊，即可享有著作權；而新式樣專利權無論本國人或外國人，均必須向中央標準局申請，經中央標準局審查可予專利，並經公告後，取得暫准發生專利權之效力（專利法第四十四條、第一百二十九條），公告期滿無人提起異議或異議不成立時，即為審查確定，審查確定後給予新式樣專利權，並發證書（專利法第一百十四條）。

(三)權利之內容：新式樣專利權為專利權人專有製造、販賣或使用其新式樣之權（專利法第一百十九條），專利權人具有獨佔性；而著作權之內容可分為著作人格權與著作財產權兩種；著作人格權之權能包括公表權、姓名表示權、同一性保持權等等；而圖形著作在財產權方面之權能則包括：

重製權、發表權、發行權、出版權、改作權、變更權等權能；因而，新式樣專利權與圖形著作之權利態樣並不相同。

(四)保護期間：新式樣專利權之保護期間為五年（專利法第一百十四條第二項）而圖形著作權之保護期間較之新式樣專利長許多，一般而論，圖形著作權歸著作權人終身享有（著作權法第八條本文），但如著作權自始依法歸機關、學校、公司或其他法人或團體享有者，其期間為三十年（著作權法第十一條）。

(五)權利侵害之基本態樣：侵害新式樣專利權之行爲態樣，為製造行爲（偽造、仿造）（專利法第一百二十五條、第一百二十六條）或販賣、陳列、輸入等行爲（專利法第一百二十七條），而侵害圖形著作之行爲態樣，如：重製、仿製、銷售、出租、陳列（著作權法第三十八條、第三十九條），甚至以仿製以外之方法侵害著作權者，亦可成立罪責（著作權法第三十九條第一項前段、第二十八條各款）；侵害新式樣專利權之刑度，比侵害著作權之刑度輕，惟兩者均為告訴乃論之罪則同一。

三、著作權與新式樣專利權之競合

於理論上，一件物品，若有新式樣專利權以及圖形著作，兩種權利併存時，其權利主體（創作人）應係同一，但於實務上可能發生權利主體不同一之情形，茲試擬二則問題，以利探討：

（一）問題之提出：

1. 某甲玩具公司之無尾熊玩具，業經經濟部中央標準局頒予新式樣專利權在案，而後有某乙玩具公司，以上開無尾熊玩具，向內政部申請圖形著作，並獲頒著作權執照在案；乙公司取得著作權執照後，亦製造同甲公司所有新式樣專利之無尾熊，嗣經甲公司報警查獲移送法辦，乙公司以其享有圖形著作，資為抗辯，乙公司之答辯有無理由？乙公司如又以其著作權執照上之創作完成日，早於甲公司之專利申請日為由而答辯時，又如何？

2. 設若上例，係乙公司先取得著作權執照，而後甲公司依該圖形，申請新式樣專利，經中央標準局審查准予專利；專利公告後，甲即製造其所有新式樣專利之

無尾熊，試問乙公司如何救濟？

（二）問題之說明

新式樣專利權與圖形著作權兩者之區別，在於權利本質上之不同，於法律之領域上，各有各之範疇，兩者並非相互排斥，亦非當然之競合；理論上，新式樣專利權以及圖形著作，兩種權利並存時，其權利主體（創作人）應係同一，若權利主體不同一時，兩者應該互相排斥，而不能併存，蓋享有著作權之著作，必須著作本身具有獨立創作之原創性，若係抄襲模仿他人者，則不受著作權法所保護；專利則必須係前所未有，具有新穎性，方符合可予專利之要件，可是實務上，可能發生，中央標準局核發新式樣專利證書予甲，而內政部核發著作權執照予乙之情況。

今如題一，乙公司之圖形著作係抄襲甲公司之新式樣專利而來，並非乙公司自己獨立創作，根本不具「原創性」，乙公司依法不得享有著作權，乙公司雖已取得內政部核發之著作權執照，惟因著作權採取創作主義，內政部在審查著作權時，並不實質上去審查該著作是否具有「新穎性」，只要在著作形式上符合申請

條件，內政部即予以核發著作權執照；換言之，內政部核發之著作權執照，並不當然證明沒有抄襲；該著作實質上是否具有原創性，是否侵害他人之新式樣專利權，尚待法院依證據去判斷。本題乙公司之圖形著作，既係抄襲甲公司之新式樣專利而來，自係侵害甲公司之新式樣專利權，並不因乙公司業已取得內政部核發之著作權執照，而有所影響；又乙公司之著作權執照，其創作完成日，縱其記載日期，早於甲公司之專利申請日，亦無解於其侵害專利之罪責；因著作權執照上之創作完成日，係申請人自己填報上去，並不具有實質上之證據力。

今如題二，甲公司係抄襲乙公司之圖形著作，申請取得新式樣專利，甲公司之專利應早已公開而喪失新穎性，應不予專利，乙公司可依專利法第一百十八條之規定，向中央標準局提起異議，請求再審查，撤銷甲公司之新式樣專利；有問題者，乃專利未撤銷前，乙公司若提出告訴，甲公司可否以行爲時，其有暫准專利權，而爲阻卻違法之抗辯？依筆者淺見，如果依證據可以證明，甲公司確係抄襲乙公司之圖形著作，申請取得新式樣專利，則申請新式樣專利之始點起，甲公司即已重製乙公司之圖

形著作，其後甲公司製造無尾熊之行爲，應屬圖形著作之重製行爲，並不能因暫准專利而有所軒輊，從而甲公司應屬侵害乙公司之圖形著作，惟目前法院實務運作上，只要被告亦可提出專利證書做答辯，似乎即可得到法院有利之判決，法院並未深入去調查，被告所有之專利是否抄襲他人？是否侵害他人權利？

四、結 論

現今工商業社會，似不能以工業上之產品或藝術品，來做爲新式樣專利或著作權之分野，而應從權利之本質來探討來辨別；著作權與專利權雖係不同概念之權利，然亦有權利競合之情形；競合之情形，應有多種形態，而會產生問題者，應係圖形著作和新式樣專利之競合，尤其係抄襲他人之圖形著作，而申請取得新式樣專利時，於專利未撤銷前，若被訴可否以行爲時，其有暫准專利權，而爲阻卻違法之抗辯？愚見以爲，如確係抄襲他人之圖形著作，即應該當重製圖形著作之罪責，其以不法取得之專利，做爲阻卻違法之答辯，應不可採；惟筆者才學淺薄，力有未逮，理論架構恐有疏漏、舛誤，謹提出拙見，供識者斧正。