



## 專題企劃

# 外國立法例在立法及法律適用上之運用 ——以智慧權法為例

◀◀◀ 蔡明誠

## 一、前言

外國立法例非民法及智慧權法中所使用之法律用語，但立法院組織法第二十條規定法制局之掌理事項，特別規定關於外國立法例及制度之研究、編譯及整理事項。依此職掌，為法制作業時，研究外國立法例及制度，以供立法或修法時比較及參考。

因我國法律之規定或原則，不乏參考或繼受外國立法例，是以在司法實務上，外國立法例究竟居於何種地位，不但是法學上值得探討之問題，而且實務上可能有必要深入研究，以便進一步認識外國立法例在法律解釋及適用之運用。因實務上有不適用外國立法例之判決，認為既無相類似之規定，自不能為相同之解釋者<sup>1</sup>，或認為規定內容不同而不適用外國立法例者<sup>2</sup>。另外，亦有迴避是否適用外國立法例，而直接適用其他相關規定者。<sup>3</sup>此外，有在立法時已明確表示，不採取之外國立法例，因而實務上不適用者。<sup>4</sup>

惟有認為基於證據資料愈豐富，愈有助於真實發見之理念，應可參酌先前實務之見解及相關外國立法例，就本法所未規定之具類似性情形者，個別類推適用於已規定之相關法條，委之於司法判決之解釋以補充累積其不足，因而參考外國立法例者。<sup>5</sup>由上述可見，適用外國立法例與否之理由，不盡相似。

本文試就個人研究領域，即智慧權法(流行上稱為智慧財產權法)為例，探討外國立法例在智慧權法上之立法及法律解釋、補充及適用之可能性。智慧權法過去有將之歸類，為經濟行政法之公法領域，惟如以其智慧權作為權利核心，似宜解為民事特別法之私法領域。當然，智慧權法所涉及法律問題，除民事及行政責任以外，在著作權法及商標法亦可能涉及刑事責任之法律問題，因此是否可適用外國立法例，頗值得深思。由於篇幅有限，本文試引述若干國內判決及立法，在適用外國立法例之實務運用情形，以供比較研究之參考。

- 1 例如最高法院 75年台上字第1215號民事判決，共同抵押之抵押權人就何一抵押物賣得之價金，受債權全部或一部之清償，除受強制執行法第九十六條規定之限制外，有自由選擇之權。此與外國立法例採分擔主義，規定共同抵押權人，如同時就各抵押物賣得之價金受清償時，應按各標之物之價格分擔其債權額者(如日本民法第三百九十二條第一項)，固有不同，其與代位求償主義，規定共同抵押權如僅就一抵押物賣得價金受償時，該標之物上次順序抵押權人，對他抵押物於該共同抵押權人依分擔比例計算，可得受清償金額之限度內，得代位行使其抵押權者(如日本民法第三百九十二條第二項)，亦復有異，我民法上之共同抵押，既無相類似之規定，自不能為相同之解釋。
- 2 最高法院71年台上字第4428號民事判決，雙務契約當事人之一方，於他方所負債務已屆清償期，應為給付而未給付時，即得請求其給付。該他方當事人縱享有同時履行抗辯權，在未行使此抗辯權以前，仍可發生遲延責任之問題，必須行使以後，始能免責(參照本院五十年台上字第一五五〇判例)。此與外國立法例(例如瑞士債務法第八十二條)規定雙務契約當事人之一方，請求他方給付者，應就自己所負債務先為給付或已提出給付，尚有不同。
- 3 例如司法院民國32年4月20日院字第2503號解釋：請求權人依民法第一百五十二條第一項規定。拘束義務人之自由。聲請法院援助時。法院應為如何之處置。民事訴訟法雖未如外國立法例。設有人身保全之假扣押程序。然查強制執行法第二十二條之規定。於假扣押之執行亦適用之。故該請求權人即時聲請假扣押者。法院應即時予以裁定。其命假扣押者。並應即時予以執行。若該義務人有同條所列情形之一者。得管收之。再被告所在無定。於訴訟中有管收之必要者。亦得依此程序辦理。另如最高法院43年台上字第787號民事判例，夫妻間扶養義務之發生原因，與一般親屬之扶養義務固異其趣，故在外國立法例及學說，多不以一方之生計困難為其要件，我國民法關於夫妻扶養義務未特設明文，依民法第一千一百十四條，及第一千一百十七條解為受扶養權利者，仍須以不能維持生活而無謀生能力者為限，自非毫無根據。



## 二、從國際條約探討外國法之適用

最高行政法院九十三年度判字第二八一號判決：「按國際法與國內法為平行之法律體系，且均為行政法之法源；惟國際法要成為行政法之法源，並非毫無限制，必須條約或協定明定其內容，始可直接引用作為法規適用。或將條約、協定內容，透過國內法規之訂定，訂定於相關法規，才能有效執行外，必須司法審判機關採用，作為判決先例。一般而言，於國際法與國內法衝突時，國際法之效力應優先於國內法；但其應具上開要件，始有優先於國內法適用之餘地，合先敘明。我國與美國固簽訂友好通商航海條約，該條約第九條固規定：「締約此方之國民、法人及團體，締約彼此領土內，其發明、商標及商號之專用權，依照依法組成之官廳現在或將來所施行關於登記及其他手續之有關法律規章（倘有此項法律規章時），應予以有效之保障；……」。惟此「有效之保障」並未明訂於該條約，亦未訂定於相關法規，更未經本院判決先例採用，各級行政法院自無依上訴人之主張，直接適用美國專利法第四十一條第（c）項第（1）款之規定。我國專利法第八十六條規定：「發明專利年費之繳納，任何人均得為之。未於應繳納專利年費之期間內繳費者，得於滿六個月內補繳之。但其年費應按規定之年費加倍繳納」。及專利法第七十條第三款之規定：『專利年費逾補繳期而仍不繳費時，專利權自原繳費期限屆滿之次日消滅』與美

國專利法第四十一條第（c）項第（1）款規定不符，因美國專利法未具前開國際法成為行政法法源之要件，即無優先於我國專利法第八十六條及第七十條第三款效力，行政法院自無引用之必要。從而，原審法院認上訴人誤解條約義務與國際規約，不應再賦予上訴人二十四個月之年費補繳期間，於法並無違誤。又我國雖已簽署「與貿易有關之智慧財產權公約」，其第四部分第六十二條第四項雖規定：有關取得或維持智慧財產權之程序，及會員國法律所提供之行政廢止及當事人間程序（諸如異議、撤回、及取銷等）等等之此類程序，應符合第四十一條第二項及第三項之規定」。該公約第四十一條規定「有關智慧財產權之實程序應公正平等，其不應有不必要之複雜、昂貴、不合理之限定繼承之時間限制、或無根據之拖延」。惟上開規定並未明定美國人在我國取得專利權可不適用專利法第八十六條、第七十條第三款規定，而應直接適用前開美國專利法第四十一條第（c）項第（1）款規定。」

由上述最高行政法院判決雖未成為判例，惟引述我國與美國簽訂雙邊之友好通商航海條約及多邊之國際性「與貿易有關之智慧財產權公約」說明是否優先適用美國專利法有關年費補繳期間之較寬鬆規定。前述案例係因我國專利法既有明文規定，且無直接優先適用美國立法例之雙邊或多邊國際條約規定，而排除適用美國立法例。

- 4 最高法院八十七年度台上字第二一八五號民事判決，已經生父認領之非婚生子女，除該非婚生子女或其生母對其生父之認領得予以否認外，既已依法視為婚生子女，其父子關係即已確定，尚非第三人所得任意否認。雖在外國立法例如日本民法第七百八十六條，設有子女及其他利害關係人均得對認領主張相反之事實之規定，惟此種立法例，既為我國民法所不採，則除該非婚生子女或其生母外，縱為利害關係人，依我國民法之規定，應無否認生父認領之權利，則生父與該非婚生子女之父子關係已經因生父之認領而明確，即無從由生父之配偶或其他繼承人以該非婚生子女與其生父無血緣關係以確認判決除去之。
- 5 最高法院96年台上字第4464號刑事判決，我國傳聞法則係初次引進，其傳聞之例外，未若美國法制之繁複（參見司法院九十二年一月印行，美國聯邦證據法，第九七至一二〇頁），較之於日本法亦為簡略（參照日本刑事訴訟法第三百二十一條至第三百二十八條），於實務運作上，賦予法官較大之裁量權。基於證據資料愈豐富，愈有助於真實發見之理念，應可參酌先前實務之見解及相關外國立法例，就本法所未規定之具類似性情形者，個別類推適用於已規定之相關法條，委之於司法判決之解釋以補充累積其不足。……惟原始證人如就主要待證事實之陳述與傳聞供述相左或不一致，則得以傳聞供述作為彈劾證據，用來爭執原始證人陳述證據之證明力。倘若原始證人確有其人，但已供述不能或傳喚不能或不為供述，依上說明，宜解為應類推適用刑事訴訟法第一百五十九條之三之規定，以該傳聞供述，經證明具有可信之特別情況，且為證明犯罪事實之存否所必要者，例外許其得為證據，賦予其證據能力（參見日本刑事訴訟法第三百二十四條第二項）。





### 三、外國立法例所規定原則已為我國法所繼受

臺灣高等法院八十三年度上易字第一七九號刑事判決，按著作權法第二十九條固規定「著作人等有出租之權利。」但依同法第六十條規定「合法著作重製物之所有人，得出租該重製物。但電腦程式及錄音著作之重製物，不適用之。」原則上係採自外國立法例的第一次銷售理論，亦即著作之原件或其合法重製物於第一次合法出售後，該著作之著作權人之權利即已用盡，著作權人不能再對已出售之原件或重製物，禁止出租或出售，因此，凡著作權人第一次合法出售錄影帶後，該錄影帶無論流轉至何人手中，該所有人均得自由出租他人，而該錄影帶所有人是否與著作人簽訂出租契約，與有無違反著作權法無關。查本件查獲之「火禿鷹」等三捲錄影帶係高弟公司獲影片出品公司授權重製並發行之錄影帶節目帶，此有授權證書及行政院新聞局錄影節目審查合格證明書附卷可稽。且先進及七彩影視社已與高弟公司簽約，業經獲授權重製，出租錄影帶；而該三捲錄影帶均貼有「直側標」為合法重製物之事實，亦據高弟公司代理人廖麟造陳明在卷。（見原審卷第十四頁正、反面），按諸上開說明，先進、七彩二影視社固得就高弟公司所交付「直側標」之數目，合法重製錄影帶並出租予他人，而被告之隆聲視聽社又向先進、七彩影視社合法購進該三捲錄影帶，自亦成為著作權法第六十條前段之「合作著作重製物之所有人」，自得出租該重製物，而無庸再得著作權人之同意或授權。故被告所辯，尚堪採信，此外復無其他積極確切之證據，證明被告涉有前揭犯行，本件自屬不能證明被告犯罪，自應為無罪之諭知，原審未為詳查，遽為有罪之判決，容有未洽，因認上訴人之上訴為有理由，自應由本院將原判決撤銷，改判如主文第二項所示。

前述案例因我國著作權法已採用盡原則或第一次銷售原則，因而改適用著作權法其他條文而改判不構成著作權侵害。

### 四、參考外國立法例而為法律解釋者

臺灣桃園地方法院八十九年度訴字第一五八九號刑事判決，按美術工藝品，依內政部於八十一年六月十日台（八一）內著字第八一八四〇〇二號公告所頒布之「著作權法第五條第一項各款著作內容例示」第二條第四款規定，固屬美術著作之範圍，然參照學理及外國立法例，向進一步認美術工藝品在性質上核屬應用美術著作。然查，告訴人所製造之外星寶寶造型玩具並無基本之鑑賞價值，且並未超越社會一般通念中關於「外星人」意念表達之平均創作水準等情，既如前述，自難認屬於著作權法所保護之美術工藝品。----。且著作權法所保護之範圍與專利法並不相同，因之，作品是否受著作權法之保護應依著作權法之規定加以審認判斷，與其是否得為專利法之新式樣並無關聯，而經濟部智慧財產局雖曾就告訴人所製造之外星寶寶造型玩具，關於專利權部分所表示之意見，然亦不能據以認定本件告訴人所製造之外星寶寶造型玩具係屬於著作權法所定之著作。綜上所述，本件告訴人所製造之外星寶寶造型玩具，既不具備應用美術著作應有之創作高度，而無鑑賞性，當非著作權法所保護之美術藝術品，自非屬著作權法之保護範疇。此外，本院復查無其他積極證據足資證明被告有如公訴人所指之違反修正前著作權法第九十四條以第九十一條第一項為常業之犯行，揆諸前揭法條及相關說明，被告之犯行洵難認定，自不能證明被告犯罪，依法應為無罪判決之諭知，以昭審慎。

前述案例，參照學理及外國立法例，解釋美術工藝品在性質上屬於應用美術著作，而非純美術著作。但未明確說明採取何國立法例或何種學說，似有不盡完善之處，因為應用美術及美術工藝品之概念，外國法並非均有明定，實務及學理上之解釋亦容有差異，故僅抽象表示參照學理及外國立法例，似有所不足，未來法官擬引用外國立法例，宜具體明確何國立法例或何種，並敘明相關規定之內容。



## 五、因法律未明確規定，而適用外國立法例者

智慧財產法院97年度民專訴字第66號民事判決，就有關損害賠償之範圍，認為關於侵害專利權損害賠償範圍之計算，專利法第108條準用第85條第1項規定賦予專利權人有權選擇計算損害之方法。有鑒於專利權損害之計算甚為困難，而專利權人授權他人實施其專利權時，通常會收取權利金，於侵害專利權事件，因專利權人與侵權人間並無授權契約關係之存在，則專利權人授權實施所收取之權利金，應可作為損害賠償之計算參考。如德國法有採用「類推授權實施說」者，以類推授權實施之方式決定其損害額；美國立法例有「合理權利金」(reasonable royalty。美國專利法第284條，35 U.S.C. § 284)，如該業界未存有標準權利金，亦無專利權人先前大量授權所訂定之「已確立之權利金」(established royalty)，專利權人得以「假設性協議」(hypothetical negotiation)之權利金計算(「假設協商法」，hypothetical willing-licensor willing-licensee approach)，以Georgia-Pacific Corp. v. U.S.Plywood Corp., 318 F.Supp. 1116 (S.D.N.Y.1970.)為最常引用之判決見解)；日本立法例亦規定專利權人得請求該專利之實施所得金額，作為所受損害之賠償(特許法第102條第3項)。另辦理民事訴訟事件應行注意事項第87條第2項規定：「於侵害智慧財產權之損害賠償事件，得依原告之聲請囑託主管機關或其他適當機構估算其損害數額或參考智慧財產權

人於實施授權時可得收取之合理權利金數額，核定損害賠償之數額，亦得命被告提出計算損害賠償所需之文書或資料，作為核定損害賠償額之參考。」亦同此見解。準此，原告請求依系爭4專利之合理權利金計算其損害，即屬有據。

前述明確適用外國立法例所採取損害賠償計算方式，即類推授權說，在新近專利法修正前，採取此一外國流行計算方式，積極適用外國立法例，頗值得注意及肯定。

## 六、外國立法例之適用與比較法解釋問題

民法解釋方法，主要是文義解釋、體系解釋、歷史解釋及目的解釋等<sup>6</sup>。如法律有漏洞時，則採取類推適用<sup>7</sup>及目的性限縮等，為法律之補充。<sup>8</sup>學理上或實務見解，有認為外國立法例作為民法第一條所稱法理加以適用，或類推適用外國法例上之法律規定或原則。更有進一步將比較法作為法律解釋方法。

外國立法例往往為成為立法或修法之參考或比較之範例，但如前所述，有時立法時已明示排除適用外國立法例，如此固不得再加以適用。反之，如立法或修法未加以明確排除繼受外國立法例，或甚至明確於立法理由中明確表示參考外國立法例、外國法律規定、原則或精神。由此可見，適用外國立法例之方式，不盡相同。

以外國立法例作為立法或修法之理由者，在專利法方面，例如98年12月3日行政院院會通過，12月11日函請立法院審議之專利法修正草案

6 此等民法解釋方法，於德國民法亦屬於常用解釋方法。(參照Palandt/Sprau, Buergerliches Gesetzbuch, Muenchen:Beck, 2010, Buch 1 Einleitung Rdnr.41-46.)

7 法律漏洞與類推適用在民法運用，有認為民法第一條規定法理，以平等原則作為類推適用之依據，以填補法律漏洞。此透過法官造法，加強法學方法論上之自覺性，如此可測試民法是否進步之指標。(參照王澤鑑，民法總則，台北市：作者發行，2004年3月13版，68頁。)

8 有關類推適用是否為法律解釋，且是否需要區分法律解釋與法律補充，存有不同見解。兩者可能因採取廣狹見解，而對類推與解釋異其概念。因此，有認為法律解釋即為一種廣義類推活動，而類推適用也需要作法律解釋。又認為類推適用是一種理論不全的判斷。再者，類推適用時，除考量類似性外，亦考慮適切性及正當性面向。(參照王文宇，論類推適用與法律解釋，載於翁岳生等著，法律與當代社會/馬漢寶教授七秩榮慶論文集，台北市：永然文化，民85，418-419, 426, 430頁。)惟此以一般見解，採取類推適用為法律補充，而非法律解釋。區分類推適用與法律解釋之類似見解，如李肇偉，民法總則，台北市：作者發行，民60年10月三版，29頁。





第二條，擬將新式樣專利改稱設計專利，其理由在於「新式樣專利之目的在保護二度空間及三度空間之設計成果，惟現行『新式樣』之用語與國內相關設計產業界之通念並不盡相符。目前國際上保護設計成果之立法例，如美國、歐盟、澳洲等均稱為設計（Design）。考量『設計』用語較『工業設計』或『外觀設計』等用語更具上位概念，較能符合未來設計多變化之展現媒體發展所需。茲為符合產業界及國際間對於設計保護之通常概念及明確表徵設計保護之標的，爰參考上開國際立法例，將現行『新式樣』一詞修正為『設計』。」此大費周章修正長期使用新式樣專利，本文不甚贊同，惟不計個人意見，其明示「國際立法例」，雖與外國立法例用語，略有不同，但其理由說明，可供未來法律解釋及適用之參考。

在商標法方面，例如民國100年6月29日公布之修正商標法第三十九條增訂第四項規定「非專屬授權登記後，商標權人再為專屬授權登記者，在先之非專屬授權登記不受影響。」，其理由稱：「為避免經登記之非專屬授權因嗣後商標權人復將其商標專屬授權他人，所產生商標使用權利衝突之疑義，爰參考德國商標法第三十條第五項以及日本商標法第三十一條第四項，增訂商標非專屬授權登記後，商標權人再為專屬授權者，在先之非專屬授權登記不受影響之規定，以資明確。」此參考德國及日本立法例，增訂規定，以期解決舊法規定不明確之部分。另第三十六條第一項第一款修正，明定商標合理使用，包括描述性合理使用及指示性合理使用兩種。將原所謂描述性合理使用，擴大合理使用之類型，使之包括指示性合理使用。所謂指示性合理使用，係指第三人以他人之商標指示該他人（即商標權人）或該他人之商品或服務；此種方式之使用，係利用他人商標指示該他人商品或服務來源之功能，用以表示自己商品或服務之品質、性質、特性、用途等，類此使用情形多出現於比較性廣告、維修服務，或用以表示自己零組件產品與商標權人之產品相容。此非作為自己商標使用，故不受商標權效力所拘束，且已為我國實務上所肯認。此次修正，爰參考德國商標法第二十三條規定，

增訂指示性合理使用，尚包括表示商品或服務之「用途」，並酌作文字修正，以期周延。由上述兩例可見，商標法修正時，亦受到外國立法例之影響。

在著作權法方面，例如著作權仲介團體改稱為著作權集體管理團體，為配合修正名稱，99年2月10日公布修正著作權法第三十七條第六項規定，其理由為現行條文第六項所定「著作權仲介團體」，其性質並非居間、仲介，名為「仲介」，於實務運作上容易產生誤解；另立法當時所參考之日本「仲介業務法」已廢止，改由「著作權等管理事業法」所取代，復查目前國際上亦稱之為「著作權集體管理組織」（collective management organization of copyright and related rights），為順應國際潮流並使規範對象更為明確，爰將「著作權仲介團體」修正為「著作權集體管理團體」。此修正係因原參考之日本立法例已廢止，並配合國際立法例較常用之用語而修正，如此亦屬於參考外國立法例之另一種方式，可供參考。

我國法律制定時，往往會以比較法方式，參考外國立法例，如此以比較法研擬法律，固無可厚非。惟在智慧權法之立法或修法方面，往往會標榜參考各國立法例，惟需要留意者，雖屬於類似用語，有時在各國實務運用下，產生解釋及適用之差異，有時亦產生學說見解上之差異。因此，參考外國立法例為立法或修法，應留意其相關學理及實務上之實際運用情形，不宜僅翻譯條文，或望文生義，或甚至產生誤解。

除上述屬於智慧權法修正參考外國立法例之事例以外，在實務上審查基準方面，亦有參考外國實務基準而發展出之理論或原則，例如專利審查基準研訂之說明，此次專利法及其施行細則修正幅度至鉅，專利三組第五科同仁自九十二年三月起即著手草擬草案，參酌歐洲、美國、日本及大陸專利審查指南之架構。再依據現行專利審查基準、行政法院判決、經濟部訴願委員會決定及本局專利協調會報、審查實務會議決議事項等相關資料擬訂草案初稿，草擬過程中主要參酌歐洲、美國、日本、大陸等國之基準，並參



考WIPO SCP專利委員會研討中最新版實質專利法條約（SPLT）及其基準（guideline）。<sup>9</sup>此基準修正明確表示，參考國際專利條約及歐洲、美國、日本及大陸等立法例。

就民法之個案問題解決方面，透過比較法，以外國立法例解釋及適用法律或延伸發展法律原則。有認為將外國立法例之比較研究，可供發現不同之規範模式及共同之正義觀念，作為立法及法律適用（法律解釋、概括條款之具體化及類型化、填補法律漏洞）之參考。比較法通常被列入「規範目的」解釋方法之內，鑑於我國法律多繼受外國法，我國法學所具比較法之特色，特單獨予以列出，作為解釋方法，期能更獲重視，並加強在此方面之研究。<sup>10</sup>此將外國立法例作為比較法研究，實值得重視。惟嚴格言之，如在法律解釋方面，似以規範目的解釋方法，將外國立法例引入，以解釋及適用法律，解決具體個案。

有將外國立法例視為法理而適用，換言之，以外國立法例作為認定法理資料之見解，為我國學說所贊同。<sup>11</sup>類似見解，亦認為法官依法理為裁判時，應注意法之最高目的、文化之發展、人類之向上，以實現法的理念。其他為法律的比較研究、外國立法、判例、學說，就同一或類似法律問題有合理的規定或解決者，亦可為法理而採用。法官為此判決，惟得使其發生既判力，尚不足以構成客觀的法，惟於其判決內容成為習慣法時，始為有拘束力之法。<sup>12</sup>此說更進一步說明法官運用法理判決時，僅具有個案拘束，惟同一或類似案例反覆作成之判決，其判決內容形成習慣法，可能產生客觀意義之法拘束力。惟此所謂習慣法，係為民法第一條所稱之習慣，或是可成為制定法所衍生具有拘束力之所謂法院慣例（der

sog. Gerichtsgebrauch）。<sup>13</sup>此問題值得進一步研究，特別是法官運用外國立法例作為法理而作判決時，固宜解為其具有個案之拘束力，但在何種情形下，亦可能發生其更具有普遍性之效力。

有關民事關係之智慧權法個案，亦可採取類似於民法之解釋、補充及適用方法。如適用法律或原則，已揭櫫於立法理由、立法史或立法資料，此可透過歷史解釋，運用外國立法例，進行解釋並適用於智慧權案件。如無法從可能文義，解釋法律之文義時，宜另外探求智慧權法之意旨及目的（Sinn und Zweck des Gesetzes），即得採取目的解釋（Teleologische Auslegung）。換言之，宜參考外國立法例探求法律之意旨及目的，以妥適且正當之解釋及適用智慧權法。如智慧權法未明文規定，參考民法第一條之法律適用原則，除可能適用習慣外，亦得適用法理。因此，似可以善用外國立法例作為法理而適用，以利於法律修正前，相關個案問題之解決。

## 七、外國立法例適用之原則

外國立法例主要作為立法參考資料，在我國是常見之事。但實務上運用個案時，本文建議宜注意下列原則，以利法律事實探求與法律解釋、補充及適用問題之解決：

1. 首先宜確認外國立法例係運用個案問題之解決或立法或修法之比較參考
2. 如係立法或修法之比較參考，可能構成立法史及立法資料之一部分，因此個案適用法律時，則可透過歷史解釋，適用相關法律之立法理由所涉及之立法史及立法資料。

9 參照[http://www.tipo.gov.tw/ch/AllInOne\\_Show.aspx?path=3536&guid=57255b75-8525-4a23-98f6-053fd77462f3&lang=zh-tw](http://www.tipo.gov.tw/ch/AllInOne_Show.aspx?path=3536&guid=57255b75-8525-4a23-98f6-053fd77462f3&lang=zh-tw)（瀏覽日期：2011/7/21）。

10 參照王澤鑑，前揭書（民法總則），56頁。

11 參照王澤鑑，前揭書（民法總則），67頁。惟此所引用有關借用人就借用房屋所付保養改建等墊款之有益費用得請求返還之最高法院59年台上字第1005號民事判決，雖王澤鑑教授質疑，但認為其引用深具意義。又有對此判決之所述情形，既認為符合無因管理或不當得利之規定，即可逕行認可上訴人請求，不必復引用誠實信用原則，或引用外國立法例視為法理而適用，觀念上反致混淆。此判決未經採為判例，實非無因。（李模，民法總則之理論與實用，台北市：作者發行，22頁。）

12 採此說者，即如史尚寬，民法總論，台北市：作者發行，民64年10月臺二版，43頁。

13 參照Palandt/Sprau, Buergerliches Gesetzbuch, Muenchen: Beck, 2010, Buch 1 Einleitung Rdnr. 22.



- 3.如係個案之法律適用，法律有所規定時，但有些概念、要件或原則尚待解釋時，則必要時得以外國立法例闡明法律規範之意旨及目的，即以目的解釋方法，適用外國立法例。
- 4.是否需要引述國際條約，例如前述之我國與美國簽訂雙邊之友好通商航海條約及多邊之國際性「與貿易有關之智慧財產權公約」，宜留意利用國際條約適用國內案件，所採取轉換（transformation）原則或自動履行（self-executing）條款，以直接或優先適用外國智慧權法。惟如違反我國法律之強制或禁止規定，及違背公共秩序或善良風俗時，則不宜適用外國立法例。
- 5.如係個案之法律適用，但法律未予明定時，又無習慣可循，得依民法第一條所稱之法理，適切且正當運用法理，即以外國立法例作為法理，藉以解釋或補充及適用智慧權法。
- 6.法官將外國立法例運用個案時，不宜僅抽象表示「參照外國立法例」，因為類似法律規定、概念或原則，外國法之間並非均有明定，且外國法之用語，雖類似用語，實務及學理上之解釋，亦容有差異存在，故僅抽象表示參照外國立法例，似有所不足。未來法官擬引用外國立法例，除探究外國法之文字用語外，宜深入理解該相關條文之判例或學理等相關見解，並於判決理由中，應具體明確敘明其係參考何國立法例，並敘明相關立法例之規定原則及內容。
- 7.運用外國立法例時，除判斷個案事實與外國法律要件或原則是否相似外，宜進

一步探究適用外國立法例後，是否符合國情，即衡量個案當事人間之利益，宜運用合理原則探究法律之意旨及目的，決定是否適用外國立法例，倘若決定適用時，應注意其適用之結果，是否符合妥當性及現實性之期待或要求。<sup>14</sup>

## 八、結語

從智慧權法發展史觀察，其相關規定、法律原則、理論及實務基準等，深受外國法與學說及實務發展之影響，尤其不乏繼受德國、日本、美國等外國立法例之規定或審查基準。因此，外國立法例係何種面貌而引進，實值得進一步探討之問題，此即撰寫本文之目的。

如本文所述，我國法院有不直接適用外國法之判決，亦有將外國立法例之原則，直接或間接適用於判決，甚至於立法或修法時，亦有於立法理由中敘明其參考之立法例，以增強其論述。換言之，利用比較法研究，將外國立法例作為內國法問題解決之模式。惟外國立法例之間，容存有差異，究竟以何國立法例較值得參考，或於適用外國立法例與否之決定，是否有一定根據或原則，未來檢察官或法官在處理智慧權法個案時，在處分書或判決書中宜加強其說理。本文試提出運用外國立法例之原則，以利法律之解釋、補充或適用。

又有關機關在智慧權法之立法或修法，亦宜留意說明其採取外國立法例之理由。特別外國法如在學說或實務上存有不同見解時，更應注意詳加比較，採取較適合我國之外國立法例。

14 法律解釋及法學方法學說，德國從十九世紀概念法學，轉而利益法學，為法之安定性及可預見性，現有新方法如法經濟分析及批判法學等，在實務上原則為價值法學（Wertungsjurisprudenz）（參照Palandt/Sprau, Bürgerliches Gesetzbuch, München: Beck, 2010, Buch 1 Einleitung Rdnr. 34-39.）有關利益衡量與價值判斷時，應克服感情法學之危險，以確保判斷之妥當性與現實性。（參照劉得寬，民法之理論體系與其展開，載於劉德寬，民法諸問題與新展望，台北市：作者發行，1979年5月版，84-85頁。）