

“知識產權法”在澳門： 淵源及展望

José de Oliveira Ascensão

葡國里斯本古典大學法學院教授兼學術委員會主席

一、論述次序

澳門正處於一個我們稱為鞏固法律秩序自主性的階段。

值得我們探討的範疇是知識產權法，或稱之為知識產權，它包括用以規範工業發明和商業區別標誌的工業產權、著作權及鄰接權，而且當今還延伸至新的範疇，如資訊權，並透過工業產權與不正當競爭制度結合起來。

在核心問題方面，澳門已具有更新的法律，從而具備充份條件來探討與世界市場接軌的重要策略性事宜。

因此，在澳門加入世界貿易組織時，對於《與貿易有關的知識產權協議(ADPIC 或 TRIPS)》（該文件作為設立該組織條約的附件，其內容是與貿易有關的知識產權）的要求，並非毫無裝備。

然而，除須作出必要的調整外，在這些範疇，澳門的整個法律秩序還須面對兩項重大的挑戰：

- 1) 追隨該範疇內國際方面的急速發展；
- 2) 將規範制度配合其本身需要。

再者，每個國家須長期地進行監察，即使其制度不運作亦不致於失去其本身目的。國際組織反映工業較發達國家之情況並表現它們的利益，各國都力求在其自由空間內，按需要而運作其制度。這樣，就不僅僅只有利於作為該制度的主要推動者，因為它們亦是主要得益者。

因此，我們力求在這些範疇內探索一些具有主要效力的主線，並將這些主線與澳門現行法例作比較。請大家注意我們比較強調的問題，我們也會指出那些可能欠缺的方面。

本文的陳述次序將為：

- 工業產權（並引述不正當競爭）
- 著作權及鄰接權
- 資訊權

二、法律實際適用

在探討這些問題之前，我們首先思考某些共同的問題。

當代知識產權中的一項首要關注的問題，就是我們現在稱之為權利之有效適用的問題。

《與貿易有關的知識產權協議》把該內容帶上舞台，並規定必須保障多個成員能有效地遏止那些嚴重影響全球貿易的違法情況。

回應這項須關注問題的方式就是要作一定的保留。《與貿易有關的知識產權協議》引入處罰的內容，特別是刑事處罰的內容。然而，在此以前，這個方面的內容絕對地留給國家掌管。除此之外，還規定了封閉的、細緻的、在程序上及行政上可適用的方法。誠然，這些規定很難與多數成員國的現行制度兼容。

從這種觀點出發，澳門法律採納《與貿易有關的知識產權協議》規定的處罰，特別是在刑事範疇內的處罰，但對於行政及司法處罰程序制度的移轉，差不多完全遺漏，亦不核實是否與一般規定兼容。

若探討不同國家現在的情況，我們不難發現它們的情況與澳門所發生的情況相差不會很遠，它們不把《與貿易有關的知識產權協議》規定的有效適用程序整體地移轉至內部法律秩序內。另一方面，該規定引致了某些反常的情況，我們不知道那些成員國曾否因這些問題而產生莫大的困擾。

這是否可以表示為對協議文字的共同理解的一種勝利，這一勝利可否以協議的某些規定為依據，正如第41條所規定的合理地開放關於權利之有效適用部份。而第5款規定國家不承擔設立有別於適用法律之一般制度的司法制度的義務，亦不因此影響有關成員在一般情況下適用其法律的權能。然而，嚴格適用《與貿易有關的知識產權協議》常常會排

斥一般司法制度。

或許我們可以對這種差異作出這樣的解釋，即其結論為《與貿易有關的知識產權協議》是透過成員具備一種有效適用制度——而該制度的效果等同於《與貿易有關的知識產權協議》明確規定的事實——而得以實現。《與貿易有關的知識產權協議》亦規定對於不具備等同制度或被決議為偽造者的成員作一定的保留。

澳門具備一個等同於這種有效適用的制度，因此，儘管沒有轉移的程序，在我們看來似乎也並不嚴重。須持續地完善現行的法律秩序，但不表示因為《與貿易有關的知識產權協議》就會出現一個與現行秩序相衝突的情況。

另一個重要問題是關於對違反法例所作出的處罰。

主要的規定仍然繼續圍繞著刑事處罰，這些處罰遠比國際性文件強制性規定的還多，特別是比《與貿易有關的知識產權協議》的規定要多。該協議第 61 條只要求在被決議為假造商標或有關盜版他人著作權作商業用途¹的情況下才作出刑事性回應。

這裏顯然會有點誇張²，但刑法作為最後手段，不是所有違法行為皆須要刑法的介入。而過量刑事化亦違反法律本身擬達到的目的，因法官會不惜一切避免在這種被認為沒有充分理據的情況下作出判刑。

誠然，在該範圍內，須稱讚那兩部採用“行政違法行為”的重要法規。但有限度採用的是第 43/99/M 號法令（著作權及鄰接權）第 215 條至第 218 條³，而更廣泛採用的是第 97/99/M 法令（工業產權法）第 299 條至第 304 條，所有這些規定都是對某些情況處以罰款，即屬於行政違法行為而非刑事違法行為。

行政違法行為相當於葡萄牙法律中的一般違反社會秩序的行為，亦相當於德國法律中的“*Ordnungswidrigkeiten*”。我們運用的模式顯然在澳門法律秩序內仍處於未成熟階段。按第 97/99 號法令第 298 條規定，適用針對妨害公共衛生及經濟之違法行為的第 6/95/M 法令作為補充

¹ 所實施的違法行為須是“作為商業用途”，對此的要求應包括兩個已規定的層次，因為這一要求亦是作出決定的理由。

² 不正當競爭作為這一背景的例外情況，我們將會稍後再談。我們認為，這個問題已非刑事化，而且還應存在一個清晰的及能回應實效的框架。

³ 而只適用沒有在本地區設立住所的集體管理業務者。

法。縱使第1條未指出，但該規定亦不可能沒有默示地指明，因為它規定用以規範有關第66/95/M號法令所規範的行政違法行為的程序及補充適用行政程序法典的程序，因而賦予該模式有效運作的基礎。

我們開闢一條為所有澳門法律作出承諾的路徑，使某些只因機會主義者的原因而被特定的行為非刑事化，但它並未有提供足夠的道德理據；而在另一方面，也沒有失去對它作出的應得的譴責。

I、工業產權

三、背景

在澳門，這個範疇的基本法規為12月13日的第97/99/M號法令核准的“工業產權法律制度”。

該法典總體的修正先前延伸至澳門的1995年工業產權法典規範的內容，並涉及11月6日第56/95/M法令規範的商標及不正當競爭。

法典亦將不載於原有淵源的事宜納入規範範圍內，如半導體產品拓撲圖，且更新擴及更多關於生物技術發明的內容。

此後7月31日第11/01號法律更改了該法規的部分內容，把從前經濟局的權限改授予海關。現在，該局有在工業產權方面的行政保護、監察及適用處罰的職能。

可以說，確定法律內容的主要標準在於理解澳門的角色，它肩負著採納這種機制的國際義務。原本是可以更深入一些的，例如對於標誌的保留；它是一個已經被界定的制度，但是法律並沒有這樣做。

對於前部法例內稱為實用新型的規定，已經具有重要效果，但由於未被國際性淵源所規定及規範，因而不成為一種獨立的類別。為填補這一缺失，出現一項專利的次種類，即“實用專利”（第120條至第124條），其內容值得以後特別研究。

同時亦設立了對藥品及植物藥劑產品之保護的補充證明書（第125條至第128條）。透過該證明書，得延長至專利存續期屆滿後7年（第127條）。在這麼敏感的公共利益事宜上，這是一段非常長的期間；法律沒有訂明續期的具體標準，而這一點似乎是很關鍵的。

另一要引述的問題涉及處罰，即7月15日第6/96/M號法律有關妨害公共衛生及經濟之違法行為的法律制度（第298條）是刑事規定的補

充法；該法規第3條還明確規定了設立法人的刑事責任（包括不規律公司及純事實社團）⁴。

我們一直堅持，法人刑事責任的立論點十分含糊，這個問題非常嚴重，因為它沾污了刑事上的作為、不法性及過失的道德特性，而這些內容只針對自然人。最好的結果是透過運用已適當重整的行政違法行為的概念，但該模式的潛能最終未被適當地善用。

因此，對整個法律進行獨立的探討是不可能的，而且在各方面也無益，我們只限於指出某些標準問題。

四、不正當競爭

這個制度被規範在商標法內，但已被明確廢止。

但這個制度現已轉移至8月3日第40/99/M號法令核准的商法典內，規定在規範企業主競爭一編（第156條至第173條）中。

一般較少這樣編排，可能是因為要將企業作為商法的重心的原因。將該制度延伸適用於（自由從事的職業，特別是自由職業），是有一定困難的，因為很難將這些人視為企業主。但第157條第1款規定，不正當競爭規範適用於企業主及一切參與市場活動者，這就解決了上述問題，但卻剔除這種事宜在安排上的連貫性。

所列舉的事實須考慮由《與貿易有關的知識產權協議》所訂立的國際性規範，這個問題非常清晰的體現在第166條關於侵犯“企業性”秘密中。

這是不正當競爭的擴張性概念。第158條是一般條款，將不正當競爭定義為一切在客觀上表現？違反經濟活動規範及誠信慣例之競爭行為⁵。因此，儘管定性為不正當，但不正當競爭有一個客體範圍，其界定不取決於行為人的精神狀態。在這個意義上，可能是一個法律事實或法律狀況，其範圍較法律上之行為要廣。

⁴ 縱使第43/99號法令第202條的標題為“法人的責任”，但這並不發生在著作權及鄰接權的範圍內。這裡對草擬的文本有所後退，只餘下法人就罰款、賠償及其它給付負連帶責任。

⁵ 如我們所看到的，相同的定性出現在第156條第2款。

但是，只有不法行為才是負擔賠償義務的前提。誠然，該方面的趨勢是把該義務延伸至明顯具有過失的不正當競爭行為（第172條第1款）及過錯之推定（第3款）。

這種趨勢仍繼續延伸，並體現在填補反競爭行為的制度上，因此，作為反競爭行為的經濟依賴關係之利用（第168條）及虧本出售（第169條），被明確規定為不正當競爭行為。

另一方面，這個制度亦包括反消費者的行為，正如那些有條件地使消費者處於必須購買主給付的行為（第161條第1款）或那些禮物或獎品使計算饋贈之客觀價格非常困難（第2款）。

因此，我們對於所設立制度之真正層面存有疑問，特別是：商法典有否採納被稱為完整的不正當競爭概念，而這個制度是否透過該概念同時保護競爭者及消費者的一般利益？

即使所有資料很難協調，但我們的答案傾向於否定。

一方面，因為第156條第1款要求行為在市場上以競爭為目的而作出，而第2款清晰地說明，當客觀顯示出（該論述從新出現）該行為能促進或確保其本人或第三人之產品或服務在市場上銷售時才出現的情況。它給人的印象是只有競爭者本人與第三人方能促進或確保銷售。

另一方面，如欲以該方式吸收消費者保護法，那這裡亦包括廣告法，當中部分（亦為最大部分）包括保護消費者利益。而這情況是不會發生的，反之，它似乎要以制定一部獨立的廣告法為前提。

同時，賦予或至少賦予消費者組織訴訟正當性是不可或缺的。事實上，第173條規定，如不正當競爭行為損害某類利害關係人的利益，代表該類利害關係人的實體具有提起訴訟的正當性。然而，這一編用以規範企業主之間的競爭，則利害關係人自然就是競爭者，並以所涉及的當事人類別作為受損害的類別（進口商、資訊企業、航海業等…），並只賦予這些類別正當性。

對於這些資料，我們應得出的結論，是不正當競爭模式有了大範圍的延伸，但該範圍仍繼續立足於競爭性鬥爭，而且不與消費者保護法或廣告法混淆。

這一點是澳門法律與香港法律的最明顯差別。英國的法律秩序並不認識不正當競爭的制度，因此，正如我們所知，這個制度沒被納入該法律秩序內，而澳門的規定則似乎更為豐富。

這裡可以得出重要的結論，例如，以數據“製造者”的利益在歐共

體設立具有本身特徵(*sui generis*)的權利，這種權利容許製造者禁止本身數據被提取及被重新使用，即禁止數據庫的資訊性內容被提取及被重新使用。

這種權利帶來了很多危機，特別是影響了資訊自由，這看似一個共同原則，究其原因是英國不認識不正當競爭。其中，最有意義的是透過該制度解決這個範圍所產生的問題。

當然，澳門最好就是運用不正當競爭的潛能來解決這個問題，且避免設立具有本身特徵(*sui generis*)的權利，這是直到今天任何歐洲以外的國家從未採納的方法。

五、專利

今天，澳門已具有一個獨立的專利制度。以前我們得到某國際組織的協助，按程序提交了有關草案，但未能取得成功，我們曾在適當的場合對此作過批評。故此，澳門根本沒有本身的專利，只有源自外地而引入到澳門的專利。如果本地區某人欲取得一項專利，似乎須要向這些組織申請，因為澳門不授予專利，這只是一種引入外來專利的渠道。

這個建議被合理地駁回，因為這破壞了專利的意義。專利具有地域性，旨在獎勵某項對一個地區有利的發明。然而，以前所建議的流程把專利變成賦予地區以外人士的一項壟斷，這是沒有任何理由的。

事實上，這個範疇的國際公約是透過國民待遇延伸至其他協約國居民的方法，跨越了專利的地域性。然而，這個方案使得澳門保護外國人，而本土居民卻沒有從中取得任何相對的利益！

現在情況則變得正常，澳門已具有其本身的專利制度。

即使如此，仍不能對工業國與其它國家之間實際出現的重大差異視而不見。

澳門只有很少數的本土專利，但受《巴黎公約》及《世界貿易組織條約》的約束，它須承擔保護其它工業發達國家專利的義務。

需要一問的是，在這種不公平的交易中，澳門可取得甚麼利益呢？

從專利制度中取得的最典型利益，在於強制受益者作出回報，即為了獲得專利保護，他必須公開披露其發明，以致後來該行業的其他任何有能力的人士皆可實施該項發明。當然，社會也可以從另一種方式中得益，就是發明者可以在不披露其發明的情況下，繼續無限期地實施其發

明，當然他亦要冒著第三者知悉其發明從而破壞其專營之風險。

然而，對於源自外地的專利，這種利益並沒有意義，因為受益者為取得專利，必須在第三國公開其發明，這已確保認識這種科技。

授予專利之益處在於強制專利權人須在本地實施專利中的發明，因此，授予專利對澳門工業（或經濟）發展有一定的貢獻。

簡單地說，即使這個原則很明顯，但現在亦受到影響。

國際上推行的一項指引是，試圖對發明標的作有效“實施”，並要求專利權人透過一般進口由應用其專利技術所得的產品，即使該產品在本地製造也同樣如此，從而使其有效實施。

倘真如此，專利技術的範疇內就要發生一次哥白尼式的革命，即專利技術由產業上的獨佔變為商業上的獨佔。權利人就可確保一種商業化的壟斷，而無須承擔在本地區經營其獲得專利活動的義務。

在這種情況下，為何國家仍然授予專利？設立進口的壟斷，損害國際自由貿易，對此並沒有任何利益。而帶來的附加效果是妨礙授予專利的國家從產品較便宜的國家中進口產品，且須聽從專利受益者的選擇。申言之，這位受益者具有創設封閉市場的權利，從而違反了這個自由經濟時期所主張的所有原則。

在這個範疇內，澳門的情況是怎樣的呢？

第 97/99/M 號法令第 104 條第 1 款 a 項授予權利人“在本地區對發明有獨佔實施權”。

有實施或沒有充分實施被視為授予強制許可的原因（第 109 條 a 項及第 111 條）。

但第 111 條第 1 款 a 項及第 2 款指出，沒有“在本地區或在世界貿易組織成員之其他國家或地區”實施。

倘這表示在澳門實施等同在世界貿易組織的任何其他成員地區內實施（這並不很清晰），則是否表示我們已接納我們認為錯誤的《與貿易有關的知識產權協議》的解釋，即在此偶爾指出第 27 條第 1 款擬接納的論點。

相對於其他原則，《與貿易有關的知識產權協議》第 27 條第 1 款指出對進口產品與本地區製造的產品間的非歧視原則。

事實上，正如我們曾在適當時機在另一場合中詳細展述的⁶，我們

⁶ 關於“工業產權法典的修改建議”的意見，載於 RFDL，XLI(2000)，第 8 號。

必須認識到《與貿易有關的知識產權協議》是一份商業性協議，而非產業性協議，這有別於《巴黎公約》。

關注工業產權的《巴黎公約》在第5條A1規定，將在任何本同盟成員國製造的物品輸入到核准專利的國家不得導致該項專利的撤銷。正如我們所理解的，儘管專利權人負有在該國實施其專營之標的的義務亦然。

《與貿易有關的知識產權協議》是一項商業性協議，謀求商貿在自由且非歧視的情況下進行，因此，要向前跨進一步，超越《巴黎公約》所規定的目標，即規定進口產品不成為歧視的標的。因此，可能發生的情況為進口不會使其專利失效，但相對於本地區製造的產品，進口產品會遭到歧視。《與貿易有關的知識產權協議》則防止內部秩序內出現這種歧視，而無損實施專利的義務。

我們推斷這項指引對澳門十分不利，也許不應由本地區的法律前赴後繼地制定一個遠離國際所接納的指引。

澳門本土的專利與源自外地的專利在質和量方面的不平衡，可能構成其他的顧慮。

只有真正受專利保護的發明，才使澳門獲益，另一方式是我們開始一項專營，以公共利益作為代價，使那些對澳門的發展沒有作出有效貢獻的人得益。

因此，為核實發明的新穎性、發明性及工業實用性的要求，最重要的是對請求進行實質審查（第61條）。

誰進行這項審查？由“指定實體”進行（第85條）。

指定實體為“歐洲專利局及被詳細列出之其他實體…”。

這當中的問題十分微妙。

毫無疑問，在相同的情況下，這個實體及其它實體所具備的審查技術是澳門難以達到的。

然而，事實上，這些實體所關注的問題並非必然與某一地區一致，一如澳門的情況。

後者所關注的是對可授予專利性發明概念的限制，以便不致於造成過度依賴的聯繫；反之，大工業國的代理在很多時候關注的問題則相反，它們的企業享有多項專利，致使它們能在第三國的市場仍保留其利益，儘管這些發明名不符實。

因此，似乎我們應加強本地區對該方面事宜的介入，特別是不容許

選擇對利害關係人作出具體審查報告書的實體（第 86 條第 1 款 b 項），亦不接納自申請起計之 7 年內提出的審查申請（第 86 條第 1 款），而且，最重要的是，對於甚至沒有審查報告書的情況，第 87 條產生的結果是默示地不接納的。

我們知道，實際上最大的難題還是設立一個本地的監督系統。但是，問題的重要性說明，縱使步履艱難，我們正朝著增加地區介入的方向前進。

六、專利事宜上的其它重要方面

在如此複雜的事宜上，我們可以提及的要點數之不盡。而我們只會引述數點，因為依我們的意見，在一個如澳門一樣的地區，佔支配地位的限制性意義沒有適當地表達在法律上。

本文力求以《與貿易有關的知識產權協議》的規定為依據，以後則以《保護工業產權巴黎公約》的規定為依據。誠然，似乎並沒有對這些為澳門形勢所需求的規定進行標準的解讀。

因此，《與貿易有關的知識產權協議》第 29 條所規定的關於發明本身描述的要求，並未完全被法律採用，儘管它對技術上的轉移頗具意義。

發明性亦十分重要，但澳門法律第 66 條限於對有關領域之專業人士而言，非以明顯方式從現在技術所得，則具有發明活動。這種情況為數非常少，一名普通汽車技工是有關領域的專業人士，但他可能對很多現有技術的構造性方面都不認識。只有對於在某範疇的行家或專家，那些他們所不認識的活動才具有重要性。

第 63 條第 1 條 a 項正好說明了授予專利的延伸。我們認為，對用於實施其中一種不可獲授予專利之方法而被現有技術所包括之物質或結構成分，可獲得專利，如人體或動物體的外科治理方法或治療方法或克隆（*clonagem*）方法，但僅以上述所指之任一方法不屬現有技術所包括者為限。對被現有技術所包括的物質或結構成分授予專利，只因為可以禁止對一種方法授予專利，試問這有甚麼意義？完全沒有任何理由使法律採納這個具有開拓性及冒險性的立場。

第 113 條規範以公共利益為由授予強制許可，但是，以公共利益為由只限於發明的實施對公共衛生或公共安全極其重要。這與《與貿易有

關的知識產權協議》第 31 條的規定相距很遠，後者容許更廣泛的範圍。

七、“實用專利”

我們曾經說過第 97/99/M 號法令考慮作為自主種類的實用新型，但是，在此所謂的實用專利是專利的種類（第 120 條至第 124 條）。

這可能是一般術語或系統性問題，然而，須要肯定是否還有更多問題。

實用專利集中在某些能賦予物品某形狀、構造、機制或配置從而增加該物品之實用性，或改善該物品之利用的發明（第 120 條第 1 款）。

至此，我們正處於實用新型的典型範疇，不具有專利發明之發明程度的小發明，但卻改善了物品。因此，要適用一個較短的保護期間，即最長為 10 年（第 121 條第 3 款）。

然而，第 120 條第 2 款要求可授予專利的一般要件，“但與實用專利之性質有抵觸者除外”，這裏有一個含糊不清的概念。倘若為大發明，我們無需理解為何對於一般專利還須進行專門化；倘若為小發明，就不須受制於相同的要件。第 2 款所指的“性質”，可解釋為要求較小的發明性。

問題在於，是否要知道這裏為實用新型的其他理解開了一道缺口，也許這根本就是一項未經審核的專利，無須服從審查的要求，但與此相對應的，則只有較短暫的保護期。

這個假設可以第 120 條第 3 款及第 4 款為依據，容許對一項發明，在同一時間內，既可以申請發明專利，也可以申請實用專利，而授予專利則使實用專利失效（“不再產生效力”）。

然而，我們沒有找到確認類似假設的其它資料，第 124 條維持引述審查報告書，只將應提交申請的期間縮短為 4 年。

因此，我們應作出的結論，就是指請求的合併只表示一個選擇性，可以嘗試申請最大的保護，並保留在不成功時，還餘下實用專利的保護。新穎性在此只是純形式化或法定事實典型化。

如是者當然最好，因為引入無須審核的小型專利模式，而這個模式可能極度危險。這或許會帶來假發明的情況，最終扼殺自由的空間。實際上，我們可能總是規定利害關係人可以對擬定的發明作出爭議，以致

進行強制審核。誠然，由於很多情況，沒有人願意獨力承擔有關爭議的負擔，而使他人受惠，因此，結果幾乎都是對假發明授予專利，這明顯損害公共利益。

八、商標及商標所有權

在工業產權內，另一個大的範疇為區別標誌，當中較突出的是商標，故它不得不成為特定審核的對象。

然而，我們將只限於探討某些基本要點。

商標有甚麼用？

就其來源而言，商標用作區分某項目為產品還是服務。

更具體的說，商標用作區別一系列的產品或服務，它不識別個別的項目，如營業場所的名稱，其前提是，客體必須為眾數。

這種區別功能，使商標可特定為一種“相對”的權利，這是對於該詞語的特別理解。它是相對的，因為它不賦予標誌能被使用於所有情況的權利，而只能用作區別某產品或服務與其它一系列相同或相類似的產品或服務。

我們稱此為特定原則。商標權不妨礙商標被用以作為某些不相同或相類似的產品或服務的特點。

這足以判斷對商標所有權的肯定，而商標所有權繼續出現於法律文本內，即第 227 條第 1 款及第 2 款提及“商標所有權”的移轉。

對於這個問題，我們須討論馳名商標的意義。

這個問題由第 214 條第 1 款 c 項及第 230 條第 3 款加以規定。先前已享有聲譽的商標是拒絕後來的商標註冊的理由，“而後者係企圖從前商標的顯著特徵或聲譽中取得不當利益，或可能損失前商標的聲譽者”。

這一類的商標取自第 89/104/CEE 號指引關於商標的第 4 條第 4 款 a 項的規定，可惜沒有再細詳作出界定。馳名商標屬於一個十分不確定的定義，澳門法律秩序可以按照自己的理解對此作出配合，亦可以不採納。

“可口可樂 Coca Cola”為馳名商標的好例子，它與產品的質素或價值無關，只單純關係到其名譽。我們估計，這個商標的價值約佔企業的一半資產。

在此情況下，特定原則不產生效力，但會涉及一個商標所有權的問題。

這個問題亦是不可認可的，無論是否考慮過無形資產的擬定所有權，商標繼續屬於一種相對權利，其本身功能是區別一系列產品或服務，該功能沒有被刪除。

試舉一個例子，倘我欲公告一系列商標的目錄，我得把所有商標納入其內，而不需向任何人申請批准；或者，我欲稱自己的居所為“麥當奴 McDonalds”，這不存在任何所有權的問題，即使如此，也可能引致排除任何第三人使用。

另一個問題為，澳門法律應否採納這種模式？從前，澳門法律不受任何國際性文件的拘束而必須採納這種模式。

為了擴展這種模式，大型企業企圖施加的壓力非常大。我們可以理解當中存在很多利益關係，特別是商標的權利窮竭問題，這個問題的出現，可能因為商標不加區分地被指定在其它產品或服務上，如不區分皮鞋或醫療保健。這個問題一方面不存太大的理據，因為屬於同類的使用；另一方面，有利於擴展商標及對商標的認知程度。

我們假設在本地區採納這個模式是一種錯誤，那麼，澳門的商標不可能在可預計的將來受益於這種模式，因此，為了保護外來商標，須在這個方面提出十分強烈的理由。但這種理由既不存在，亦不能從商標的基本原則中發現它。

禁止他人使用相同或相類似商標的最大原因，是爲了不讓公眾錯誤理解產品或服務的來源。但這個問題只出現於相同或相類似的產品或服務上，而對馳名商標的保護則有理由免除這種類同性或近似性。

使用他人的商標而令本身產品或服務受益的人，可以說是一種寄生蟲。但商標保護的目的不是壓制第三人的不當得利，並非因為這種理由，而賦予馳名商標這麼大的壟斷。

另一途徑為不正當競爭，然而，這條道路步履艱難，因為倘若類同或近似產品或服務之間沒有競爭關係，就很難出現不正當爭競。誠然，由於競爭發生於從事經濟活動人士的關係上，而不是簡單地爭奪特定的產品市場或服務市場，故此，某些邊緣情況得被界定為不正當競爭。但是，在這個方面以外，對馳名商標之保護是沒有根據的。

II、著作權及鄰接權

九、概述

在澳門知識產權法中，最詳細規範的範疇要算著作權及鄰接權的規定。我們現在就探討這個問題，而把關於資訊權的問題放在後一章中再進行研究。

這個問題的基本規定是8月16日第43/99/M號法令，該法令規定了著作權及鄰接權制度。然而，該法令亦受7月31日第11/2001號法律的衝擊，後者賦予海關對知識產權事宜上原屬於經濟局之行政權限，因而修改了該法第217條的原文。

已更新的法規，除我們稍後會講到的資訊產品的規制外，還包括一章關於表演之承辦人的有關權利（第193條及第194條），以及權利的集體管理（第195條至第200條），並規定了一系列行政違法行為（第215條至第219條），我們一開始就指出這一點。

在此方面，由於法律擁有整個規範的總體特徵，表現為一部真正的法典，比之葡萄牙現行的著作權及鄰接權法典亦有過之而無不及，因為該法典並未規範集體管理之問題。

某些範疇無礙還有待完善，除有些已指出的問題外，還有著作權及鄰接權方面有關私法自治內的全範疇及這範疇所衍生的情況，這些問題皆成為我們初步探討的對象。

在概述的範疇內，法律所反映的，可能不能改變這些法律部門的性質。

著作權的產生並繼續被解釋為有助於創作活動的權利，現卻每每被轉變為對投資的保護法。

因此，著作權的官方解釋越來越沒有意義。該法律部門的重大意義不在於保護智力創作者，而在於保護直接或間接擁有智力成果的企業。與七大工業國或八大工業國等掌握國際活動的大型組織對文化毫不關注相映成趣的是，知識產權受到越來越多的保護。知識產權被轉化為商品，因此，具有重要地位的以及實際上最有影響力的，既不是聯合國教科文組織，亦不是世界知識產權組織，而是世界貿易組織。因此，著作權中的人身權利變得越來越沉靜，只有當它轉化為商品後，才會變得活躍起來。

該情況如何反映在如澳門這樣的一個地區內？

一方面，由於對國際形勢的全力跟進，國際性強制命令倍增，至使強制所有國家所採取的制度必須符合大國的政策。澳門必須服從這些制度，這亦是澳門融入國際商貿的代價。

這是我們今日所做的事情。澳門已具備配合現代國際形勢的著作權及整部知識產權法，這些法律亦超過國際上要求的最低保護標準。

但在知識產權範疇內，還有另一面，當中須使用容許每個法律秩序的自主性，力求處理的方法能符合其面對的特殊情況。

尋找這些處理方法，應從兩個方向考慮：

- 選取能表現其經濟社會狀況特點的國際性指引；
- 在餘下的自由規範的範圍內，尋找配合自身需求的道路。

以上所說的是我們以下所探討的各方面內容。

十、尋找必要的平衡空間

著作權的最大挑戰在於對智力創造的必要激勵與在可能享用文化產品的自由之間尋找平衡點。除保護投資外，還有其它東西，然而，令人質疑的是，著作權（一個旨在補償優秀智力創作活動的法律部門）能否作為保護投資的適當工具。

再者，該方面違反了現今的重商主義趨向，當中被稱為“copyright”的企業，即使以犧牲公共利益作代價，也一定要尋求更有力的保護，我們必須牢記，著作權不是具有唯一意義的途徑。這裡匯集了很多利益，應尋找最終能適當協調分散的各種權利的方法。該問題亦由於鄰接權的關係而提出。

利益平衡主要還是透過對著作權的限制及界限來實現，這並非“例外”情況，從而有別於國際上所說的例外，因為限制具有與職責規定的相同解釋名義，即不存在絕對權利，所有權利皆源自權力及約束。因此，澳門的法律將提及限制（例如第 62 條），這不是例外情況。

在此方面，應仔細留意轉換成本地區法律的國際條約，並應力求細心確定，那些限制說明了本地區的情況亦不違反國際條約。不足為奇的，這些限制沒有載於文件上，因為它們制定了最低保護的規定，而不擔心每一締約方為其自身利益，在內部法例內作出特定保留。

因此，一個如澳門這樣的地區所給予的保護程度，不得與一個出口大量智力成果的國家所給予的保護程度匹比。

再者，每一成員得將國際性強制規定配合本身的法律秩序。國際協議表現的基本框架，是每一締約方在往後因應本身的法律狀況而逐漸去充實這個框架。因此，我們要求不斷努力轉換某些文件，而這些文件又必須是空泛的，因為可套進任何法律制度內，使其等同於澳門法律制度的模式。

另一方面，由澳門自行，而不是由其他任何實體，得在開放的空間內，確定其本身的需求，並制訂最好的解決方法。

這方面的事宜在今天的資訊範疇內是極度敏感的，須知道甚麼應受到保護或不應受到保護，且透過甚麼途徑來保護。這個問題將在本文最一章中再作探討，我們暫不在此討論。

但這個問題不只在資訊範疇內才提出，而是在所有範疇內都應展開討論，以便最後能達致大家所認同的解決方法。

例如，在如澳門這樣的一個地區，能否解釋著作權登記的效力？當然，我們也知道這項權利本身不取決於所遵從的形式。如果須要登記，則登記可以產生甚麼效力？

如何規範鄰接權？這能否解釋為，為何鄰接權受到越來越嚴密的保護，其保護程度正逐漸達至著作權本身的程度？當鄰接權成為一種企業性權利，即該權利不奠基於個人內容之時，鄰接權就受到這樣的保護，但藝術方面的權利則不在此限。

另一個非常重要的研究課題是關於私法自治對著作權的干預。實際上，法律亦只限於規範被稱為著作權的主要合同，那些著作權所有人透過合同授予他人使用其作品的權利。但實際上，他們忘了所有從中衍生情況的制度，這在實踐上是非常重要的。

依此類推，國際並不要求有關的法律秩序，在力求最能解決其情況的方法上還要遵守國際上的約束。一個具有非常特殊情況的地區——澳門——應具備符合本身法律架構的特殊性。

十一、法定制度的取向

我們簡單地提及關於法定規範本身內容的某些方面。

第43/99/M號法律對擴大著作權客體的保護及對加強作品原創性的

要求作出協調。

這種擴大表現在很多方面，首先表現在考慮對價值、傳播方式或目的等及其他問題的保障方面，均一視同仁（第1條第1款）。

在第2條第1款a項上，*匯編*是唯一按照數據庫而規範的。這裡對匯集材料的性質不作任何的限制，這表示不要求這些材料載於文學或藝術作品內，這種作法一如從前的作法及《伯爾尼公約》內的要求。

但在所有情況下，通常要求有關作品屬原始創作，第1條第1款聲明保護原始智力創作，這種對性質的要求亦在其它地方多番重複。第149條第1款更能體現這一點，要求對攝影作品的保護須為作者個人的藝術創作。

何謂*原創性*？縱使這個術語在國際文件中使用，亦令人產生困惑。著作權的本身特性應體現在創作性上，而原創性則較趨近工業產權的新穎性。

因此，第1條第4款界定：作品係來自作者本人的創作成果，而非屬純粹將他人創作當作自己所出者，即為原始作品…。因此，似乎所有的問題已包含在第1款所指的智力創作內，即界定為*原創性*，在此不再贅述。

法律中有多處表現了保護公眾自由的意願，如第136條聲明*經無線電廣播的作品進行單純的接受屬自由*，即使在公眾地方進行也是如此。根據我們所維護的規定，這樣的規定與約束這個事宜的國際文件相符。

第58條的規定很重要，它規定發行權的*完盡*，即著作權人一旦向市場發行其作品的複製品，就會失去稍後支配對作品進行商業交易的權利。這種方法容許有關當事人在澳門進口這些複製品，而不受封閉市場的對抗。

我們不認可在此後產生的權利，即藝術作品的原創作者對後來出讓作品的參與權。澳門並無接納這規定的義務，現在看來這是一個正確的選擇，因為香港不存在這方面的權利，我們可預計把市場移至該地區，使產品以較低價格出售。

在一般情況下，賦予著作權的*期限*為作者死後50年，但亦有特殊情況，因此，已發表的藝術作品的著作權自作品發表後滿25年失效。第106條的規定特別重要，它規定了視聽作品的著作權自作品發表後滿50年失效。

現在整項鄰接權已規定在第170條及隨後條文之內，我們已指出它

包括表演的承辦人，亦包括錄像製品的製作人（第 170 條）。

對藝術工作者、錄音製品及錄像製品的製作人而言，其權利的期限為 50 年（第 182 條及第 188 條）；無線電廣播機構的權利期限為 20 年（第 192 條）。表演承辦人的著作權期限則不確定，但原因在於它被看成短暫的權利。這部分的內容，可能只透過對權利的專家(*ex professo*) 審核而加以宣示。我們亦不會對此創設一項“藝術作者的精神權”，即使在所有公開的發表中，保障表明作者的身份亦然（第 180 條）。

縱使整體如此，著作權與鄰接權之間的分別仍然存在，這兩類權利亦不會趨於等同，我們仍要繼續詳細界定當中所賦予的權能。

十二、著作權 Vs Copyright

對於著作權（及鄰接權）在澳門的前景，須強調一個重要問題。

現有制度是一個本義上的著作權制度，而非香港現行法所稱的 *copyright* 的制度。

事實上，在廣義的著作權範疇內，區別為本義的著作權或狹義的著作權的次制度及 *copyright* 制度。縱使兩者都從屬於同一類國際文件及國際組織，但其意思並不相同。

源自歐洲大陸國家的著作權制度從作者及智力創作行為出發，為了保護這種創作行為，就要以行為的獨立性為依據。

copyright 制度則從作品出發，作為有價財產而受到保護。所受到的保護正如其名稱所指，是對抗複製，以一定智力成果的物化為前提。

澳門的制度明顯地屬於著作權制度，首先出現的是具獨立性的作者個人。

因而，作者的人身權利或精神權利具有很大的重要性。

事實上，英國法及作為其追隨者的香港法律，最終還是採納了作者的精神權利這種模式⁷。但只要細讀香港法律的第 89 節至第 100 節、第 105 節及第 106 節，可看出人身方面的規定如何被減縮。這表現出了最低的要求，其中不包括作者的人身權利中最有意義的道德層面。

這是澳門法律的一個積極而十分重要的層面，特別是強調權利的道德內容。當然，倘非如此，人身權利亦得變為商品，且亦得為在“精

⁷ 儘管美國已加入《伯爾尼公約》，但仍不將作者的人身權利納入到其內部的法律上。

神”權利的外衣之下，成為任意獲取利益的一般來源，而這是法國的情況。

這個方面的內容顯然已被第43/99/M號法律規定了，其在兩個主要方面表現出來：

- 作品完整性的權利
- 收回權。

對於作品完整性的權利，第7條第3款d項容許作者對任何曲解作品原意及其他能影響作者名譽或聲譽的行為提出反對。

對於收回權，第48條只容許作者基於“應予考慮的道德理由”方可行使該權利。

因此，排除以“精神”權利所掩飾的任意性行為，這樣將加強作者人身權利的道德份量，並阻止把這權利作純粹的商業化。

但要排除 *copyright* 制度內存在很多其它的效果。

例如，在澳門的法律中，對由電腦形成的作品的模式並不能實現權利。沒有作者的著作權不得存在，而由電腦程式隨機形成的作品不存在作者。與此相反，英國法採取這個立場後，香港也隨之效法。香港法律第17/6節賦予權利人特別的期間，當然 *copyright* 自“作品”生產一年終結後滿50年失效。

因此，這體現出著作權制度與 *copyright* 制度間的分別。*copyright* 制度以“作品”本身為保護的對象，它所關注的純屬市場價值，並依據這樣的一個準則：“what is worth copying is worth protecting”，而這個準則沒被澳門法律所採納。

因此，這兩個地區存在兩種不同的著作權制度。

上述這些對澳門制度與中國一般制度的關係具有重要的意義。

中國著作權的一般制度並非屬於普通法（*common law*）的制度，然而，普通法（*common law*）制度是不會輸往外地的，而只是存在於其支持者身處的地方。雖然，中國的法律制度受到多方面的影響，但屬於一種成文的法律制度，這種法律制度自然向其它成文法律找尋主要的靈感，特別是歐洲大陸法。

這樣就產生了與澳門法律的特別相似性。兩地的法律專家容易找到共同的語言，他們可以就著作權問題互相交流意見，因此，在著作權及鄰接權的範疇上，澳門制度得成為發展整個中國的一般法律的重要元素。

III、資訊權

十三、現狀：對資訊產品保護的限制

資訊權不限制於對資訊的著作權，但由於歷史的原因，資訊產品保護的核心從著作權發展起來，而今天，主要仍趨向於由著作權學者按著作權的固有方法對這範疇進行研究。

考慮到澳門法律的實況，我們得指出澳門法律秩序微微跨越資訊權的首要階段，這在於對資訊產品的法律保護。

資訊科技帶來新產品，它們爭相求取法律的保護⁸。我們簡單地把它們分為四類：

- 半導體產品拓撲圖
- 電腦程序
- 資料數據庫
- 由電腦形成的“著作”。

澳門須履行國際義務，對這些產品中的3類產品給予保護：半導體產品拓撲圖、電腦程序及資料數據庫，但沒有義務對由電腦形成的“著作”給予保護。我們也知道不論是透過著作權，抑或透過任何其它途徑，都沒有這樣做。

不論是根據1996年《世界知識產權組織公約》，還是《與貿易有關的知識產權協議》，另外的3類產品都受到國際保護。

如我們所看到的，*半導體產品拓撲圖*受到有關工業產權第97/99/M號法令第136條至第149條規定的保護。縱使我們提及“創作者的智力成果”所選取的位置顯示出所賦予的權利是一項工業產權，而非著作權，這實屬是一項正當、正確的選擇。

*電腦程序*受到有關著作權及鄰接權的第43/99/M號法令的規範，並開宗明義地在第2條第1款a項規定“文學、新聞及科學文本，以及包括電腦程序在內的其他文字作品”為受保護的作品。將電腦程序撥歸書

⁸ 關於首要階段，試比較本人的《著作權及法律資訊權》，載於《公共行政法律詞典》第2-4號；以及《資訊產品使用者權》，載於《消費者保護及通訊》第2-6號，科英布拉大學，1996年。這兩部著作亦同時載於《關於互聯網及資訊社會的研究》，Almedina，2001年。

面形式是很奇怪的反常現象。

然而，這個問題超越很多純系統性的問題，法律看似過份採用文字對電腦程序作出命令性的保護，這如同對文學作品所作出的保護一樣，載於有關著作權的《世界知識產權組織公約》第4條。但事實不然，無論如何，電腦程序的制度不應完全與文學作品相提並論，因為兩者存在本質上的根本差別。特別是具有道德內容的作者人身權利，不得在這類純技術性的生產上行使，這裏指的是純技術性的生產如電腦程序。此外，按內容的編排，意味著絕對地識別各類制度，但這亦是應合理地加以避免的。

第166條至第169條開展了這方面的內容，但對於收回權（第167條）的適用性則例外，這裏須要人為地作少許的修正，而其餘全數的內容則維持不變，而且首先要維持人身權利在作品完整性上的適用性。我們看不出修改電腦程序如何影響作者的名譽。

我們現在要討論的課題，是能否透過專利來（額外）保護電腦程序，而澳門法律現在並未探討這課題。

按照第43/99/M號法令第2條第1款規定，*資料數據庫*為受著作權保護的作品，包括只要在資料編排準則方面或在內容選擇方面屬原創的資訊數據庫及其他匯編。而第3款說明該類保護不包括經匯編的資料或內容。

有關規定滿足了該事宜的國際強制規定，但由於過份簡單，因此遺失了某些非常重要的內容，特別是對於資料數據庫應具備的資訊性，並沒有任何解釋。

正如我們所指出的，澳門法律不接納由歐共體制定的、有利於資料數據庫的“製造者”的具有本身特性的(*sui generis*)法律。

十四、在資訊網絡上的著作權問題

但資訊在著作權⁹範疇上產生了很多其它問題。

第一個問題是當一份放於網絡上向公眾展示的、受著作權保護的作品，如何對行使著作權的權能作出規定。

⁹ 2000年6月5日及6日，澳門曾舉辦一個名為*Intellectual Property in the Digital Age*的研討會，參閱《法域縱橫》，2000年第8期，第267頁。那裡曾探究資訊帶來的主要問題，但似乎未詳細考慮澳門的特別情況。

這個問題正是 1996 年《世界知識產權組織公約》的核心，因此，規定該權利是將作品向公眾展示的本身權利，使任何人得於任何時間及地點取得它。關於著作權的《世界知識產權公約》（亦只存在這公約中）亦解釋，這個權能納入在公眾傳播法中（第 8 條）。

澳門法律如何採納這些規定？

即透過在第 56 條第 3 款最終部份的附加行文，那裡有多種“傳播”方式。現在再加上《世界知識產權公約》第 8 條最終部份的條文：“以及有線或無線，進行公眾傳播，包括將作品向公眾展示，使社會任何成員得從個人選擇的某處及任何時間接觸該作品”。

儘管把作品放於網絡上，引伸出了這個問題，正如《世界知識產權公約》並未對此加以詳細規定，全部都只不過是一般的規定。

澳門法律在文字上跟隨公約的規定，但反之，因為沒有對產生的所有問題作進一步的解釋，故仍有不足之處，浪費了自由轉載的空間。

我們沒有任何提及資訊系統的反匯編及互通性問題，對我們來說，這似乎是特別重要的。對於保護使用者，主要是使用者得同意使用規則系統進行已批准的運作，特別是保障系統的互通性。法律的沉默使人們害怕出現否定這種可能性的解釋，而這又確是十分嚴重的。

著作權的很多其它問題都是由於資訊網絡而產生的，其中兩個問題現已成為典型的問題（因為很快達至該範疇的典範），稱為瀏覽（*browsing*）及緩衝（*caching*）的可容性。如果複製權是一個非常廣泛的概念，包括純技術性的複製，正如在電腦的記憶體上所作的複製，因複製這個指令而導致純瀏覽行為或暫時性收存行為被禁止。

澳門法律沒有詳細探討這個問題，但因採納複製這一概念，我們得接受應否定不合法行為的方法。縱使第 56 條第 3 款 i 項表面上的含義非常廣泛，而第 5 款則作出限制，規定複製係指以某被固定的作品或以……製作成複製品。那些情況不存在複製品，只是純技術性的固定，那就在著作權保留以外。

某些非常重要的問題由保護的技術裝置引起，特別是關於使保護裝置失去效用的問題，有關著作權的《世界知識產權公約》第 11 條強制規定適合的法律保護及民事制裁。第 43/99/M 號法令第 213 條跟隨這一規定，規定了徒刑，同時包括對這些裝置的商業活動，但只限於阻止未經批准複製的裝置。

這些裝置引致的問題仍很嚴重，其中一個問題就是對類似裝置與自

由使用之間的關係。

法律賦予自由使用的多方面權能，這是對著作權的限制。但技術裝置阻止任何使用，不論是否為自由使用。因此，透過技術的轉化，使法律規定失去效用。因此，必需小心地界定各樣情況，完成保護裝置的規劃，而不致於侵犯著作權。

這是開展第二階段的資訊權結構中的著作權問題的其中一個例子，而其它很多的例子已作過比較。

對於 *hyperlinks* 或超連結的情況，它容許人們在網上直接瀏覽，從某地方移至其它地方；或甚至呼喚取景，至少在表面上攝取其它地方的內容。這裡有否侵犯著作權？

放在我們面前的是茫茫一片的陌生大海，為補足澳門法律秩序的整體，就有責任不斷繼續學習新事物。

十五、電子商貿的問題

我們先前曾指出，資訊網絡引發的問題不限於著作權範疇，還有很多其它問題。我們只限於敘述與電子商貿有關的問題。

互聯網在商業網絡中的蛻變激發了新問題的產生。

在互聯網上，我們發現存在競爭，但有時適用保障競爭及不正當競爭的規則存在困難。

我們有域名的選擇，它們的職能及與商標權可能存在關係。我們可以提出關於 *metatags* 或敘述詞類似的問題，這是關於在互聯網的網站上指導選擇內容的搜尋器的關鍵詞。

我們所有的全部是有關在互聯網上訂立合同，且特別是規制：

- 電子通訊
- 電子簽章及電子認證
- 提供資訊
- 在網上訂立合同

及其它事宜，它們有時改變一般法律的基本概念。

網上服務開發商要承擔責任，特別是承擔不法訊息的責任。這是一個很大的問題，對此顯示了民事及刑事責任的一般制度存在不足之處。

一個具有生命力的法律秩序永遠會與時並進，澳門的法律秩序正面對這種挑戰。

我們不能說這個法律秩序落後，這些都是非常新鮮的問題，很多時候仍沒有足夠經驗以法定罪狀把違法者收監。我們可以這樣想，只有美國、歐洲及日本曾經面對該問題，在法規中有如此規定，但幾乎所有這些國家都只有五年的經驗。

十六、結論

我們有幸被邀請在一個關於澳門法律的研討會中發表有關它的近期發展及未來展望的課題。

在知識產權的範疇上，一如我們所見，近期的發展十分迅速。

而對於未來的展望又如何？

有生命力的法律秩序都是發展中的法律秩序，因為它隨著社會的發展而發展。我們期待知識產權得到非常大的發展，因為滋養我們的那個資訊社會的發展非常迅速。

但澳門的法律秩序是成文法，具備良好條件來面對這一發展。

在這個基礎上，存在一個現代的、符合邏輯的、由具有能納入新形勢潛力的原則構建的法律匯集。

因此，所有的法律秩序，按其性質，總能在良好的條件下，對此進行完善及補充工作。

而在這個基礎上，得面對由全球化及資訊社會特別帶來的新問題。

因此，如果澳門的法律專家深入其成文法中，則澳門就有條件具備本身的知識產權，並在面對國際社會時不會顯得渺小。