

《公平交易季刊》
第 20 卷第 2 期（101/4），頁 1-64
◎公平交易委員會

著作權濫用與不當使用之研究

楊智傑*

摘要

著作權濫用這個概念，主要來自美國。而美國也是由法院自己透過判決，慢慢發展出這個概念，並不是著作權法的明文規定。首先，本文欲透過研究美國重要判決，瞭解美國著作權濫用的類型。美國著作權濫用可分為兩大類型，一為反托拉斯法取徑，二為著作權公共政策取徑。

進而，筆者分析臺灣相對應的實際問題，鎖定兩大類議題，第一類涉及具有市場力量之著作權人的權利濫用，包括各類著作權集體管理團體所採用的授權方式是否合理，以及電腦軟體授權方面的濫用。第二大類則針對訴訟程序濫用問題進行研究，利用訴訟試圖擴大智慧財產權保護範圍，以及著作權法刑事責任所產生的在訴訟策略上的濫用。由於著作權人濫用刑事訴訟程序，導致被告在訴訟不敢積極主張著作權原創性、第一次銷售原則、合理使用原則等抗辯的重要原因，違背了著作權內涵的公共政策，筆者認為此為臺灣特有的著作權濫用。

關鍵詞：著作權濫用、著作權刑事責任、反托拉斯法、著作權集體管理、合理使用

投稿日期：99 年 12 月 15 日

審查通過日期：101 年 3 月 26 日

* 楊智傑係私立真理大學法律學系助理教授。

一、前言

著作權法的研究，往往太過強調如何保護著作權人，但較少研究「利用人」的權利。雖然著作權法中有所謂的合理使用（Fair Use），是利用人可以主張的抗辯權，但因為我國著作權法有刑事責任，著作人往往濫用刑事訴訟作為威脅手段，讓利用人不敢主張合理使用。

近年來，國內漸漸開始瞭解到，智慧財產權也可能受人濫用，而也違反競爭法的疑慮。因此，開始有人注意到美國法院所發展出來的著作權濫用（Copyrights Misuse）這個概念。但對於這個概念到底要如何操作，其與競爭法的關係又如何，尚未有深入研究。

根據搜尋，目前國內對此議題研究，有幾本碩、博士論文有提及這個概念。在碩士論文中，劉彥汶（2006）的碩士論文「著作權濫用〔Copyright Misuse〕原則之討論—以美國法發展為例」¹，對美國著作權濫用的發展與重要案例，作了全面的介紹。不過該篇論文僅介紹到美國第四巡迴上訴法院的 *Lasercomb America Inc. v. Reynold* 案，之後的案例則未多作介紹並分析。柳瑜珊（2002）和巫昆霖（2009）則特別針對電腦軟體授權契約問題，探討著作權濫用的概念²。許富雄（2004）和林靜君（2008），都花了少數篇幅，探討科技保護措施是否可能構成著作權濫用問題³。另外，博士論文中，楊智傑（2006）則嘗試將著作權濫用的概念，並將之套用在網路音樂授權案例中，分析其適用的可能性及其侷限⁴。

儘管有上述碩博士論文的研究與介紹，但是，究竟「著作權濫用」這個概念，

¹ 劉彥汶，著作權濫用〔Copyright Misuse〕原則之討論—以美國法發展為例，交通大學科技法所碩士論文（2006）。

² 柳瑜珊，著作權授權與競爭法相關問題之研究，臺灣大學法律研究所碩士論文，103-123（2002）；巫昆霖，由著作權到著佐權—從著作權法及競爭法交錯之角度分析電腦程式著作授權契約，臺灣大學法律學研究所碩士論文（2009）。

³ 許富雄，數位時代合理使用之再探討—以反規避條款為中心，中原大學財經法律所碩士論文，249-250（2004）；林靜君，論科技保護措施立法對著作權法公共領域之衝擊，逢甲大學財經法律所碩士論文，121-124（2008）。

⁴ 楊智傑，網路音樂侵權問題之法律對應模式研究，臺灣大學國家發展所博士論文，176-184（2006）。

似乎仍然很模糊。而臺灣由於近年來一直提倡保護著作權的觀念，在實務運作中，似乎各種著作權授權方式，有潛藏著各種濫用著作權的問題。另外，由於著作權法有刑事責任，礙於刑事責任的威脅，著作權人到處提出訴訟，而被告則不敢行使自己在著作權法上的各式抗辯權。這些實務運作問題，較少人全面性地進行檢討，探討其是否構成著作權濫用。

但是，要操作著作權濫用這個概念，來檢討臺灣實務問題，就必須和合理使用概念一樣，建立起具體的操作標準，或者建立某些操作類型，以供實務工作者明確的指引。若能夠建立某些具體的操作標準，進而就能對臺灣各種授權實務採用的授權手段，或者著作權人各種行使權利的手段（包括訴訟策略）重新進行檢討。

以下本文第二部分，先介紹美國著作權濫用概念的發展，以及某些代表性案例。第三部分，則依照某些美國學者的分析，試圖釐清著作權濫用的內涵與類型。進而，第四部分，則跳脫著作權濫用的概念，擴及其他各種類型的不當使用。其中，包括著作權可能違反競爭法的類型，以及著作權人對訴訟與程序的不當使用。第五部份，本文則希望回歸臺灣法制，探討引進著作權濫用之可能，以及如何避免各種著作權濫用情形之出現。本文也整理了臺灣特有的著作權濫用類型，分為兩大類，第一大類包括著作權集體管理團體的授權方式與授權費率，以及電腦作業系統的授權方式。第二大類則為著作權訴訟程序的濫用，包括用著作權訴訟擴張智慧財產權保護範圍，以及臺灣特有的著作權刑事訴訟的濫用。最後第六部分則為結論。

二、美國著作權濫用概念的發展

著作權的「權利濫用」（Right Misuse）這個概念，來自於美國。在美國，既然已經有競爭法的規定，何須發展出著作權濫用這個概念呢？而著作權濫用的概念，其能夠在何種場合使用？何種類型的著作權授權，可以援用著作權濫用？美國最高法院和各上訴法院，是否已經建立了明確的著作權濫用操作指引？都值得一一研究。

(一)受專利濫用概念影響

著作權濫用 (Copyright Misuse) 這個概念，乃是受到專利法上的「專利濫用」 (Patent Misuse) 的影響。美國的「專利濫用」是一種訴訟上的積極抗辯權 (Affirmative Defence)，亦即，只有當其被權利人到法院提出告訴時，作為一種抗辯權⁵。

美國之所以允許法院發展出這種成文法中沒有的抗辯權，主要是美國法上的「衡平」 (Equity) 傳統⁶，亦即法院可以在衡平法院，扭正制定法或普通法的規定。另外，除了衡平這個概念外，其也強調「不潔之手」 (Unclean Hand) 的概念，亦即想要到法院訴訟他人賠償的原告，本身必須是乾淨的，不能本身有不當的行為⁷。

美國之所以會承認專利濫用的基本想法，主要有三點。一、法律是死的，法律不可能把所有會發生的具體情況都考慮進去，所以在個案適用上，一定會有不公平的情形，此時，法院就承擔了輔助立法者的功能，而不必死板地適用法律。二、調和智慧財產權與競爭法之間價值的落差。競爭法的目的在促進競爭，智慧財產權法卻是透過阻礙競爭的方式來提供創作人誘因，這兩者表面上看起來正反對立，不過終極思想都是一樣的，就是讓社會進步。所以，允許法院在個案適用上發展某些法律原則來修正死板的法律規定，可以調和這兩個體系之間的落差。三、基於美國普通法 (Common Law)⁸ 進路的傳統，法院可以採用衡平法模式的判決，亦即依據個

⁵ 王澤鑑將抗辯區分為「抗辯」和「抗辯權」，抗辯包括權利障礙的抗辯、權利毀滅的抗辯，這種抗辯為訴訟上之抗辯，並不需要當事人自己主張，法院亦應審查事實，為當事人利益，依職權採用。而所謂的抗辯權，則是實體上的抗辯，針對已存在的請求權，發生一種對抗的權利，義務人是否主張，有其自由。參見王澤鑑，法律思維與民法實例，205-208 (1999)。根據王澤鑑的分類，美國法之著作權濫用，乃針對著作權人之著作財產權所為的一種抗辯權，而且必須當事人於訴訟上自己主張，法院不會替當事人審查，故本文稱之為「抗辯權」而非「抗辯」。至於其他早期國內法學者則未深入區分，也稱這種對抗請求權之權，為一種抗辯權，參見鄭玉波，法學緒論，150 (2010)；林紀東，法學緒論，148 (2008)。

⁶ 范建得等著，面對專利戰爭的新思維，新學林文化事業有限公司，21 (2006)。

⁷ Haris Apostolopoulos, "The Copyright Misuse Doctrine on Computer Software: A Redundant Doctrine of U.S. Copyright Law or a Necessary Addition to E.U. Copyright Law?" 24 J. Marshall J. Computer & Info. L., 571, 572 (2006).

⁸ 在臺灣脈絡下，普通法乃相對於特別法，故應翻譯為習慣法。惟筆者認為，習慣法在臺灣脈絡下，也另有所指。故仍按照一般通用，翻譯為普通法。

案情況，而修正法律的適用，或發展出新的法律原則⁹。

專利濫用是美國最高法院於 1917 年 *Motion Picture Patent*¹⁰ 一案所發展出來的原則，其發展的過程與被應用的幅度經過一些起落¹¹，但其是否能獨立於反托拉斯法之外，在 1942 年以前，最高法院並沒有作出相關判決。直到 1942 年美國最高法院在 *Morton Salt Co. v. G.S. Suppiger Co.* 一案¹² 中，確立了專利濫用原則。該案中，Suppiger 擁有一個將鹽錠 (Salt Tablets) 放入罐子中的機器的專利，但是他要求他的客戶必須同時購買他的鹽錠。而 Morton 公司製造並販賣類似的處理鹽的機器。Suppiger 控告 Morton 公司，主張 Morton 公司的機器侵害了他的專利。但最高法院判決認為，Suppiger 公司將沒有專利的鹽錠和有專利的機器一起搭售 (Tying)，就是故意想要在沒有專利的東西上擴展其權利。最高法院認為這就是一種專利濫用，而認為其可作為侵害專利的一種抗辯¹³。自從 *Morton* 一案後，被控告專利侵權的人，只需要證明，專利權人(1)明知且有惡意 (Acted Intentionally In Bad Faith) 且(2)索取其專利權以外的專有(或排他)權利 (Claimed Exclusive Rights Over Something Outside The Patent Grant)¹⁴。從這個判決可知，最高法院已經跳脫反托拉斯法的脈絡，而認為只專利權人行使權利時超過專利權的範圍，就可能構成專利濫用。

專利濫用和競爭法有不同之處。一、要適用反托拉斯法，必須證明被告具有主導市場地位，並有不當競爭行為。但是若主張專利濫用作為抗辯，專利權人並不需要具有主導市場地位。二、反托拉斯訴訟，必須證明原告有所損失，並且可以取得實質的金錢或重組懲罰。但在專利濫用案件中，被告不需要證明有所損失，只需要證明原告主張的權利已經超越了其專利賦予的權利範圍。被告只會援引「專利權濫用」作為抗辯，若其成功，則原告在未停止專利濫用行為前，只是無法獲取專利授權金而已，但並不會有額外懲罰¹⁵。

⁹ Brett Frischmann and Dan Moylan, "The Evolving Law Doctrine of Copyright Misuse: A Unified Theory and Its Application to Software," *15 Berkeley Tech. L. J.*, 865, 872-878 (2000).

¹⁰ *Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Mfg. Co.*, 243 U.S. 502 (1917). 該案事實乃是一電影機製造商利用專利，進行強制搭售。早期的專利濫用，多半都涉及搭售的問題。

¹¹ 關於專利濫用的介紹，可參考范建得等，前揭註 6，19 以下。

¹² 314 U.S. 488 (1942).

¹³ *Id.* at 491.

¹⁴ David Scher, "The Viability of the Copyright Misuse Defense," *20 Fordham Urb. L. J.*, 89, 94-95 (1993).

¹⁵ Victoria Smith Ekstrand, "Protecting the Public Policy Rationale of Copyright: Reconsidering

目前多數採取的「濫用原則」這個概念的法官，已經跳脫反托拉斯法的某些條件限制（例如必須要有市場地位），亦即某一行為雖然未必構成反托拉斯法的規定，但是仍然可能構成權利濫用¹⁶。當然，如果在使用專利權授權時，違反反托拉斯法限制的行為（例如具有市場地位且進行搭售或是維持轉售價格），會構成專利濫用。可是，即使不違反反托拉斯法（例如在沒有市場地位時），也可能會構成專利濫用。不違反反托拉斯法的專利濫用，會被歸到「當然濫用」（*per se Misuse*），這類情況目前比較限縮，大概只有「搭售」和「授權期限超過專利期限」兩類¹⁷。不過，「濫用原則」近來的發展趨勢，似乎是漸漸往反托拉斯法取徑方向移動¹⁸。

1988年美國修法專利法，通過專利濫用改革法（*Patent Misuse Reform Act*），試圖限縮聯邦院所採取的過度寬廣的專利濫用原則¹⁹。其規定下述五種行為並不構成專利濫用：(1)若他人未得專利權人同意而作為將構成專利輔助侵權（*Contributory Infringement*）時，專利權人從該作為得到利潤；(2)若未得到專利權人同意而作為將構成專利輔助侵權時，授權他人作為；(3)試圖對直接侵權和輔助侵權行為去執行其專利；(4)拒絕授權或使用專利的任何權利；(5)限制被授權人必須購買其他專利或分開的產品，除非專利權人在該限制的專利或專利產品之相關市場上擁有市場力量²⁰。從(d)項第(4)款可知，單純拒絕授權並不構成專利濫用，而從第(5)

Copyright Misuse,” *11 Comm. L. & Pol’y*, 565, 571 (2006).

¹⁶ Herbert Hovenkamp, Mark D. Janis, and Mark A. Lemley, *3 IP and Antitrust*, 8-10(2002).

¹⁷ *Id.*

¹⁸ 范建得等，前揭註 6，26-27；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，第 12 卷 10 期，7-12 (2008)。

¹⁹ 35 U.S.C. § 271(d).

²⁰ 35 U.S.C. § 271(d): “No patent owner otherwise entitled to relief for infringement or contributory infringement of a patent shall be denied relief or deemed guilty of misuse or illegal extension of the patent right by reason of his having done one or more of the following: (1) derived revenue from acts which if performed by another without his consent would constitute contributory infringement of the patent; (2) licensed or authorized another to perform acts which if performed without his consent would constitute contributory infringement of the patent; (3) sought to enforce his patent rights against infringement or contributory infringement; (4) refused to license or use any rights to the patent; or (5) conditioned the license of any rights to the patent or the sale of the patented product on the acquisition of a license to rights in another patent or purchase of a separate product, unless, in view of the circumstances, the patent owner has market power in the relevant market for the patent or patented product on which the license or sale is conditioned.”

款可知，單純搭售並不構成專利濫用，只有在具有市場力量時才構成專利濫用。可見修法方向乃將專利濫用與反托拉斯法靠攏。

(二) 美國聯邦上訴法院發展

目前為止，著作權濫用還未獲得美國最高法院的承認，只獲得幾個聯邦巡迴法院的承認，最早承認的是 1990 年判決 *Lasercomb America Inc. v. Reynolds* 案的第四巡迴法院²¹，後來第九巡迴法院是在 *Practice Mgmt. Info. v. Am. Med. Ass'n* 案（1997）²²；第五巡迴法院是在 *Alcatel USA, Inc. v. DGI Technologies, Inc.* 案（1999）²³ 承認。而第三和第七巡迴上訴法院雖然承認著作權濫用此一概念，但在相關案件中並沒有發現著作權濫用情事。

1. 建立起著作權濫用原則的 *Lasercomb* 案

第四巡迴法院是聯邦上訴法院中，最早使用著作權濫用原則這個概念的法院。其在 1990 年的 *Lasercomb America Inc. v. Reynolds*²⁴ 案，首度承認著作權濫用這個原則。該案中，原告 Lasercomb 和被告 Holiday Steel 是鋼尺模製造業的競爭者。原告 Lasercomb 設計了一個軟體 Interact，可以在軟體上設計需要用的鋼尺模，進而裁切、刻痕紙或硬紙板。Lasercomb 在 1983 年上市該軟體前，賣給被告四套軟體，並約定若被告需要額外軟體還需額外付費。但被告破解了其防護措施，而另外複製了三套軟體。甚至，Holiday Steel 還推出一模一樣的 PDS-1000 軟體²⁵。

法院發現，被告 Holiday Steel 明知且故意從事侵權行為。而被告答辯時坦承自己複製行為，但認為原告在其定型化授權契約中有太多限制競爭條款，而構成著作權濫用。例如，其中有一條限制使用者在契約期間（共 99 年）發展出自己的「電腦協助設計/電腦協助製造」（CAD/CAM）印模製造軟體。雖然當初被告收到契約後，就覺得不合理而並沒有簽署並寄回，但被告認為，有其他廠商已經簽署了這份

²¹ *Lasercomb Am., Inc. v. Reynolds*, 911 F.2d 970 (1990).

²² 121 F.3d 516 (9th Cir. 1997).

²³ 166 F.3d 772 (5th Cir. 1999).

²⁴ *Lasercomb America Inc. v. Reynolds*, 911 F.2d 970 (4th Cir.1990).

²⁵ *Id.* at 971.

契約，而這份契約含有反競爭條款²⁶。

法院認為，是否構成著作權濫用原則的判準，並不在於原告是否有反競爭的行為，而是原告的授權行為，是否已經超過了著作權法所賦予著作權人的權利範圍，並違反了著作權法中隱含的公共政策²⁷。判決中還特別指出，利用著作權違反反托拉斯法或許會構成著作權濫用，但是反之，構成著作權濫用，卻不必然會違反反托拉斯法。也就是說，其認為濫用原則可獨立於反托拉斯法，作為獨立的抗辯理由²⁸。在 *Lasercomb America Inc. v. Reynold* 案中，法院認為原告的授權契約限制了被授權人去從事研發類似的軟體，但原告軟體的著作權的保護範圍，並不及於所有這種概念的創作，原告的行為，乃是從事反競爭的活動，違背了著作權鼓勵他人研發創作的公共政策。甚至，原告的授權條款的限制期間高達 99 年，比著作權期間還長²⁹。不過，本案中，被告 *Holiday Steel* 並沒有明確簽署定型化授權契約，但法院認為，被告是否是契約的一方當事人並不重要，只要該禁止研發活動的契約存在且有他人受害，就可以主張著作權濫用³⁰。

2. 成功使用著作權濫用原則的案件

在 1991 年，伊利諾南區地區法院在 *QAD, Inc. v. ALN Associates, Inc.* 案³¹中，也跟著採用著作權濫用原則。該案中，原告 QAD 擁有並銷售某一軟體，該軟體執行會計和製造功能，而被告 ALN 開發出一相似的軟體。原告 QAD 因而主張被告 ALN 侵害其著作權。但 ALN 主張 QAD 乃是使用 *Hewlett Packard* 的著作權內容來開發自己的程式。法院認為 QAD 所主張的著作權，根本不是自己原創的，竟然還控告他人，因而構成著作權濫用。

後來在 1997 年，第九巡迴上訴法院在 *Practice Management v. American Medical Association* 案³²中，也跟著採用著作權濫用原則。*Practice Management* 是一醫學書

²⁶ *Id.* at 972-973.

²⁷ *Id.* at 977.

²⁸ *Id.* at 978.

²⁹ *Id.* at 978.

³⁰ *Id.* at 979.

³¹ *QAD, Inc. v. ALN Assoc's, Inc.*, 770 F. Supp. 1261 (N.D. Ill. 1991).

³² *Practice Mgmt. Info. v. Am. Med. Ass'n*, 121 F.3d 516 (9th Cir. 1997).

籍的出版商和行銷商，其購買了 *Physician's Current Procedural Terminology* (CPT) 這本書進行行銷。該書是美國醫學協會（American Medical Association）擁有著作權的出版品，書中有某些醫療程序的守則（Codes）。於 1977 年，聯邦健康照顧財務管理（Federal Health Care Financing Administration）與美國醫療協會簽約，使用該書作為美國醫療照顧（Medicare）和醫療補助（Medicaid）的規定。Practice Management 控告美國醫療協會，主張該書的著作權是無效的，因為聯邦政府要求使用這些醫療守則。第九巡迴上訴法院認為美國醫療協會已經構成著作權濫用。因為該協會的授權契約中，禁止被授權人使用他人的產品。在本案中，法院強調，著作權濫用原則不需違反反托拉斯法，而是因為被告違反了著作權法的公共政策。

1999 年，在第五巡迴上訴法院的 *Alcatel USA, Inc. v. DGI Technologies, Inc.* 案³³ 中，原告 Alcatel 生產並銷售一電話轉換器（Telephone Switches），並授權該轉換器的軟體（DSC）給他人使用。DGI 則是一家生產電腦卡的公司，其透過逆向工程研究 Alcatel 的電腦卡，生產出另一增強該轉換器的語音指示功能的電腦卡，並與 Alcatel 競爭。但因為要測試該電腦卡，一定要使用 Alcatel 的 DSC 軟體來測試（因為該軟體具有共通性），Alcatel 因而主張 DGI 侵害其著作權。本案一審時，陪審團認定 Alcatel 違反反托拉斯法，並干擾 DGI 的客戶，且涉及不公平競爭行為，但同時陪審團也認定 DGI 有侵害 Alcatel 的部分著作權，並涉及不公平競爭行為。上訴後，第五巡迴上訴法院在 1999 年判決，認為 DGI 沒有侵害 Alcatel 的軟體著作權，且認為 Alcatel 透過其軟體的授權，想要擴張權利到其電腦卡之硬體，而對其硬體主張一個類似專利的保護，因而構成軟體著作權的濫用。

3. 肯定但未使用著作權濫用原則的上訴法院案件

而在 2000 年的 *Napster* 案³⁴中，加州北區地區法院初審的 Marilyn Patel 法官在 2000 年發佈一禁制令，禁止 Napster 繼續提供音樂檔案分享，且被第九巡迴法院支持。該案中，Patel 法官允許 Napster 有權要求調查五大唱片公司是否涉及著作權濫

³³ *Alcatel USA, Inc. v. DGI Tech's, Inc.*, 166 F.3d 772 (5th Cir. 1999).

³⁴ *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.* 114 F. Supp. 2d 896 (N.D. Cal. 2000), *aff'd*, 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001).

用，一方面採取不適當的限制授權，另一方面則彼此勾結發展網路音樂付費網站³⁵，因為法官發現 Napster 和 MusicNet 簽署授權契約，而後者是一個五大唱片公司聯合起來開發的線上檔案分享服務網站。該授權條件禁止 Napster 與任何個別唱片公司簽約。且 Patel 法官也認為五大唱片公司共同發展 MusicNet 可能也有違反反托拉斯法的疑慮。

2003 年第三巡迴上訴法院在 *Video Pipeline, Inc. v. Buena Vista Home Entertainment* 案³⁶，也提到了著作權濫用原則。被告 Disney 公司擁有 Buena Vista Home Entertainment 公司，原告 Video Pipeline 則要求法院確認判決，確認其在線上使用 Disney 的電影片段並沒有違反著作權法。Video Pipeline 公司生產 Disney 電影的預告片，以供影視出租店使用。Video Pipeline 在這一利用範圍內，有得到 Disney 公司的授權。但是其主張 Disney 公司在授權給其他網路預告商時，其授權條件中禁止他們對該片進行評論。因此主張這一授權條件構成著作權濫用。該案中，第三巡迴上訴法院很明確地指出，其將專利濫用的概念，拓展到著作權濫用來，並認為憲法強調著作權和專利的目的及價值。不過，法院卻駁回了著作權濫用的主張。因為法院認為，這個授權條件，並沒有禁止被授權人在其他地方對該電影發表影評。

同樣在 2003 年，第七巡迴上訴法院在 *Assessment Technologies v. Wiredata* 案³⁷中，也討論到著作權濫用原則。該案中，Assessment Technologies (AT) 是一家電腦公司，開發出一個稅務評估使用軟體，而授權給三個威斯康新自治市，該市聘請評估者蒐集這些市政府住民相關住宅的各項紀錄。而原告 Wiredata 則是想向威斯康新州自治市索取這些資訊。但自治市則拒絕提供這些資訊，認為提供這些資訊可能會侵害 AT 開發軟體的著作權。AT 提出訴訟，要求 Wiredata 不可再取得這些資料。該案中，第七巡迴上訴法院的 Posner 法官判決認為，Wiredata 想取的資料只是原始資料，屬於政府記錄，這些資料並不受著作權法保護，且根據相關的政府資訊公開法，他們的確有權取用這些公共資料³⁸。雖然，想取得這些原始資料，可能會使用

³⁵ *In re Napster, Inc.*, 191 F. Supp. 2d 1087, 1112 (N.D. Cal. 2002).

³⁶ *Video Pipeline v. Buena Vista Home Entm't.*, 342 F.3d 191 (3d Cir. 2003).

³⁷ *Assessment Technologies v. Wiredata*, 350 F.3d 640 (7th Cir. 2003).

³⁸ *Id.* at 642-643.

到 AT 的有著作權的軟體，但其他類似判例³⁹卻認為，他人可暫時利用其軟體而取得原始資料，可算是一種合理使用。而 Posner 法官更進一步地，討論到 AT 利用授權給自治市的契約，約束自治市不可提供原始資料給他人，就會構成著作權濫用（只是提及這種可能但本案並沒有發生）⁴⁰。而這也意味者，Posner 法官認為，著作權濫用只存在授權契約關係下的濫用。此外，Posner 法官明白指出，之所以要承認著作權濫用原則，是因為著作權人試圖透過法律訴訟，來保護著作權法根本不保護的東西，逼使不懂法律或沒有訴訟資源的被告，讓他們跟自己達成和解，甚至取得全面性的勝利。這就是一種濫用法律訴訟的行為⁴¹。

三、著作權濫用的概念與類型

(一) 著作權濫用概念的內涵

雖然美國最高法院還沒有全面承認這個原則，不過值得讓我們看看在這個原則背後的一些想法。在著作權濫用領域中，可以分為兩類。一種是「反托拉斯取徑」（Antitrust Approach），亦即，如果著作權人的行為違反反托拉斯法，才會構成著作權濫用。另一種方法則是「公共政策取徑」（Public Policy Rationale Approach），其判準在於，著作權人的行為是否違背了給予著作權時內涵的公共政策，而非其是否反競爭。

1. 反托拉斯法取徑

如果採取反托拉斯法取徑，則要構成著作權濫用，必須以反托拉斯法的判準，判斷其是否違反反托拉斯法。目前美國第七巡迴上訴法院、第八巡迴上訴法院、第

³⁹ *Id.* at 644-645. 主要引用 *Sega Enterprises Ltd. v. Accolade, Inc.*, 977 F.2d 1510, 1520-1528 (9th Cir. 1992). 該案中，Sega 對其遊戲主機軟體有著作權，而 Accolade 想開發可用於 Sega 主機上的遊戲，故用逆向工程破解 Sega 的遊戲主機軟體。而第九巡迴上訴法院認為這樣的逆向工程，可算是一種合理使用。

⁴⁰ *Id.* at 645-647.

⁴¹ *Id.* at 647.

十一巡迴上訴法院，都是採取這種看法⁴²。實際上，目前採取這種看法的聯邦上訴法院的轄區中，被告都未能真正成功使用著作權濫用原則的抗辯。

但要違反反托拉斯法，必須具有市場力量。但適用著作權法保護的產品，鮮少有引發市場獨占的問題。雖然我們說著作權是賦予作者「專有」(Exclusive)的權利，但作者通常很難靠單一著作取得真正的「市場獨占地位」(Monopoly)。在美國，受著作權保護之產品曾經引發反托拉斯法疑慮的，主要有兩類。一類是著作權集體管理團體或電影經銷商的集體授權(Collection Licensing)，另一類就是電腦程式著作(Software Works)。關於此點，於下文四會詳細說明。

2. 公共政策取徑

採取「公共政策取徑」者，則認為，著作權濫用的概念，可以獨立於反托拉斯法。從第四巡迴上訴法院的 *Lasercomb* 案建立著作權濫用原則時，就開始強調，當著作權人的授權行為，超越了原本著作權法所賦予之保護範圍，則也可以看做是違背了著作權的公共政策⁴³。目前美國第三巡迴上訴法院、第四巡迴上訴法院、第五巡迴上訴法院、及第九巡迴上訴法院，主要就是採取這類看法⁴⁴，其認為如果著作權人想利用其專屬權至不該是專屬權控制的領域，就會構成著作權濫用⁴⁵。

除了這種比較大的界定外，更細緻的界定，所謂的公共政策，約有三種。一、著作權法是要鼓勵科學與實用技藝的進步⁴⁶，促進文化的散布。倘若著作權人的授權，想要排除後人對著作的開發或評論，則就違反著作權法的政策。二、著作權法中只保護表達(Expression)，不保護觀念(Idea)，倘若著作權人的授權，試圖將其保護範圍延伸至觀念，而禁止其他不同的表達方式，也會構成著作權濫用。三、著作權法中保有合理使用(Fair Use)空間，倘若著作權人的授權或其餘法律訴訟行

⁴² See e.g. *Bellsouth Advert. & Publg. Corp. v. Donnelley Info. Publg.*, 933 F.2d 952 (11th Cir. 1991); *United Tel. Co. of Mo. v. Johnson Publg. Co.*, 855 F.2d 604 (8th Cir. 1988); *Saturday Evening Post Co.*, 816 F.2d 1191 (7th Cir. 1987).

⁴³ Haris Apostolopoulos, *supra* note 7, at 583.

⁴⁴ Neal Hartzog, "Gaining Momentum: A Review of Recent Developments Surrounding the Expansion of the Copyright Misuse Doctrine and Analysis of the Doctrine in its Current Form," *10 Mich. Telecomm. Tech. L. Rev.*, 373, 401(2004).

⁴⁵ *In re Napster, Inc. Copyright Litigation*, 191 F.Supp.2d 1087, 1103 (2002).

⁴⁶ 此乃美國憲法第1條第8項第8款，亦即美國憲法中的智慧財產權條款，所使用的字眼。

為，試圖嚇阻他人主張合理使用，或剝奪合理使用之空間，則構成著作權濫用。

3. 著作權濫用與競爭法之不同

著作權濫用和反托拉斯法看起來常常混在一起使用，但是具體訴訟上，有不同之處。一、著作權濫用只是在使用者被告時，做為一種抗辯，而反托拉斯法則可以作為一種請求，反過來控告著作權人（在著作權侵權訴訟中提出反訴）⁴⁷。二、著作權濫用只是作為一種抗辯，當著作權濫用情形繼續存在，著作權人就不能對他人提起訴訟，但當著作權濫用的情形消失時，著作權人仍然可以行使其權利。相對地，若曾經違反反托拉斯，則可能會有刑事或三倍民事賠償責任⁴⁸，就算已經停止行為也會被追究。三、著作權濫用是指著作權人不當擴張著作權法所謂保障的權利，則原告不需要和著作權人真正有授權契約關係，且不必證明真正有所損害；但反托拉斯法則要求原告和著作權人之間有授權關係存在，且必須證明真正有所損害，才得以請求⁴⁹。

最重要的一個差異在於，若以第四巡迴法院所採取的公共政策取徑來看，著作權濫用的判斷，只要判斷著作權人是否濫用其著作權法所無保障的權利即可，而不必考量對市場競爭效果的影響；但反托拉斯法則必須考量其行為對市場競爭效果的影響，來決定是否構成「當然違法」（*per se illegal*）或「合理原則」（*Rule of Reason*）⁵⁰。所以，一般認為，著作權人在濫用其著作時，由於未必具有市場力量，所以不太有機會控告其違反反托拉斯法⁵¹，而較有機會在被告時主張著作權濫用抗辯。

不過，這一點是否正確，仍然值得繼續觀察。因為，就搭售這個問題上，可能有所變化。1988年美國修法專利法，通過專利濫用改革法（*Patent Misuse Reform Act*），試圖限縮聯邦院所採取的過度寬廣的專利濫用原則。強調必須專利權確實在相關市場具備市場主導力量，其搭售行為會違反反托拉斯法，才同時會構成專利

⁴⁷ Neal Hartzog, *supra* note 44, at 403-404.

⁴⁸ John T. Cross and Peter K. Yu, “Competition Law and Copyright Misuse,” *56 Drake L. Rev.*, 427, 458 (2008).

⁴⁹ 柳瑜珊，前揭註2，105-106；Haris Apostolopoulos, *supra* note 7, at 580.

⁵⁰ Haris Apostolopoulos, *supra* note 7, at 580.

⁵¹ John T. Cross and Peter K. Yu, *supra* note 48, at 454-455.

濫用⁵²。那麼，在著作權濫用中的搭售上，是否也必須同時具有市場力量、違反反托拉斯法，在被告時才可主張著作權濫用呢？值得繼續觀察。但至少美國國會沒有就這個問題，如同專利法一樣，增加修訂條文，所以，美國學者 Ilan Charnelle 認為，著作權濫用在搭售問題上，仍與競爭法不同⁵³。

由於尚有部分上訴巡迴法院因採取競爭法取徑，或未正式承認著作權濫用此一概念，故我們可以認為，至少就承認著作權濫用概念的法院，其認為其內涵乃與競爭法有所不同。

(二) 著作權濫用的類型、判準與建議

要操作著作權濫用這個概念，必須嘗試建立一些可操作的標準，或者就其可適用的案型作一歸納整理。這樣才能對臺灣的司法實務工作，提供較為具體的指引。以下依序介紹美國學者提出的可能的判準，或者美國學者所提出的類型。

1. 著作權濫用的類型

自從美國第四巡迴法院發展出著作權濫用的概念用，到 1994 年，美國學者 Ramsey Hanna 整理，著作權濫用主要出現在下面四種案件類型：(1)著作權的概括授權（Blanket Licensing of Copyrighted Works）；(2)授權契約中有反競爭條款（Licensing Agreements with Anticompetitive Clauses）；(3)拒絕授權（A Refusal to License Content）；以及(4)搭售（Tying Practices），通常都是電腦程式的搭售，搭售其餘硬體或服務⁵⁴。但是出現在這四種類型，並不代表在這四種情形，法院都會接受其主張。

根據 Ilan Charnelle 在 2002 年的整理，美國法院所承認的著作權濫用類型，可歸為五類：1.著作權人透過授權間接地、不當地限制對其他產品的使用量和範圍（例如 *Alcatel* 案），或者透過授權，控制著作的流通，或者後人的改作（例如

⁵² 35 U.S.C. § 271(d)(5).

⁵³ Ilan Charnelle, "The Justification and Scope of the Copyright Misuse Doctrine and its Independence of the Antitrust Laws," *2 UCLA Ent. L. Rev.*, 167, 194-195 (2002).

⁵⁴ Ramsey Hanna, "Misusing Antitrust: The Search for Functional Copyright Misuse Standards," *46 Stan. L. Rev.*, 401, 406 (1994).

Atari 案⁵⁵)。2.著作權人透過授權，要求被授權人只能使用著作權人的產品。3.著作權人透過授權，將其於的著作權或沒有著作權的產品，進行搭售。4.著作權人透過授權，直接禁止他人開發或行銷新產品(通常是電腦硬體或電腦軟體)⁵⁶。

而學者 Victoria Smith Ekstrand 在 2006 年時，再重新歸納一次，其指出，從 *Lasercomb* 案之後，真正成功主張著作權濫用原則的案件只有三件，而其可以化約為三種類型：1.著作權人所主張的著作權，根本不是自己原創的(*QAD, Inc. v. ALN Associates, Inc.*案)。2.著作權人在授權時，限制被授權人不得使用其他競爭者的產品(*Practice Management v. American Medical Association*案)。3.著作權人用著作權法，對電腦硬體主張類似專利的保護(*Alcatel USA, Inc. v. DGI Technologies, Inc.*)⁵⁷。其他的案件中，法院雖然承認著作權濫用的可能類型，但事實上並沒有真正運用。

2. 著作權濫用之限制

曾經在美國法院主張著作權濫用而失敗的案件，根據 Victoria Smith Ekstrand 的整理，則可歸納為五個原因：

1.雖然著作權人可能有濫用著作權之嫌，但如果被指控的侵權人本身有不潔之手(*Unclean Hands*)，則也不能援引著作權濫用作為抗辯事由。2.積極的保護個人的著作權，並不當然等於濫用或擴張其著作權。3.著作權人拒絕授權，並不是著作權濫用的證據。4.欠缺明確證據，證明著作權人有反競爭行為，或者拓展其權利範圍。5.沒有著作權侵權，就不需要援引著作權濫用抗辯⁵⁸。

其中第一點，亦即若被告自己有不潔之手，是否還能主張著作權濫用抗辯？在 1992 年的 *Atari Games Corp. v. Nintendo of America Inc.*案⁵⁹中，任天堂在其遊戲主機中設置一防護軟體，避免其他廠家的遊戲在其主機上使用，而 *Atari* 曾經為任天堂的合作廠商取得授權，但後來為了破解其防護軟體，向美國著作權局申請取得任天

⁵⁵ *Atari Games Corp., v. Nintendo of America, Inc.*, 975 F.2d 832, 846 (Fed. Cir. 1992).

⁵⁶ *Ilan Charnelle, supra note 53*, at 190.

⁵⁷ *Victoria Smith Ekstrand, supra note 15*, at 579.

⁵⁸ *Id.* at 584-586.

⁵⁹ *Atari Games Corp. v. Nintendo of America Inc.*, 975 F.2d 832 (Fed. Cir. 1992).

堂的程式。其申請時謊稱在某案件中成為任天堂的被告，故需取得其軟體程式以核對是否侵害其著作權⁶⁰。後來任天堂真正控告 Atari 時侵害其著作權時，Atari 主張任天堂的授權契約有諸多限制，構成著作權濫用。而美國巡迴上訴法院卻認為，著作權濫用為一衡平救濟，要主張衡平救濟者本身必須有乾淨之手。由於 Atari 曾經欺騙著作權局具有不潔之手，故不可主張著作權濫用⁶¹。

但是在後來 1999 年的 *Alcatel USA, Inc. v. DGI Technologies, Inc.* 案⁶²中，由於被告 DGI 為了破解 Alcatel 的軟體，曾經欺騙其合作的測試廠商⁶³，故當被告主張原告有著作權濫用時，地區法院則引用上述 *Atari Games Corp. v. Nintendo of America Inc.* 案，因為被告自己也有不潔之手，而認為其不可援用著作權濫用抗辯。但第五巡迴法院卻認為，縱使有不潔之手，也不妨礙主張著作權濫用抗辯，而推翻地區法院見解⁶⁴。故是否有不潔之手就不能主張著作權濫用抗辯，則尚不確定⁶⁵。

另外，對於上述的第五點，著作權濫用只是著作權侵權訴訟的一種抗辯，但若原告並非以著作權侵權提起訴訟，而是用其他普通法或契約法提起訴訟，被告可能就無法使用著作權濫用作為抗辯⁶⁶。

例如，在 1992 年第四巡迴上訴法院的 *PRC Realty Systems, Inc. v. National Ass'n of Realtors* 案⁶⁷中，原告 PRC 是一軟體製造商，被告 NAR 本來是該軟體的發行商，與 PRC 間從 1985 年開始即有多年的授權契約。但後來 NAR 則自行利用開軟體為基礎研發更好的產品，故 PRC 在 1990 年以原始軟體向著作權局註冊⁶⁸，並對被告 NAR 提起訴訟，而起訴理由包括違反契約以及侵害著作權。而被告 NAR 則主張，當初的授權契約中，要求被告不可開發其他相關產品等條文，類似在第四巡迴上訴法院 *Lasercomb* 案的問題，就是以授權契約限制被授權人進行相關研發，應構成著

⁶⁰ *Id.* at 835-836.

⁶¹ *Id.* at 845-846.

⁶² *Alcatel USA, Inc. v. DGI Tech's, Inc.*, 166 F.3d 772 (5th Cir. 1999).

⁶³ *Id.* at 779.

⁶⁴ *Id.* at 792-795.

⁶⁵ Tom W. Bell, "Codifying Copyright's Misuse Defense," *2007 Utah L. Rev.*, 573, 579 (2007).

⁶⁶ *Id.* at 579-580.

⁶⁷ *PRC Realty Systems, Inc. v. National Ass'n of Realtors*, Nos. 91-1125, 91-1143, 1992 U.S. App. LEXIS 18017 (4th Cir. 1992).

⁶⁸ 美國若要上法院提起著作權侵權訴訟，必須先至著作權局登記。但若不上法院，則一般採取創作完成主義，即可進行授權。

作權濫用。但在本案，第四巡迴上訴法院卻認為，原告乃是於 1990 年才向著作權局註冊著作權，但違背的系爭契約則是 1990 年以前就簽訂的，所以不算是著作權的授權契約。而著作權濫用只能用來對抗著作權侵權的主張，或者是著作權授權契約中的濫用，因此，被告在本案不能主張著作權濫用來對抗 1990 年以前的軟體授權契約⁶⁹。

更具代表性的案例，則有兩個。在 2005 年第八巡迴上訴法院的 *Davidson & Associates v. Jung* 案⁷⁰中，原告 Blizzard 公司開發了一個 24 小時的線上多人遊戲「Battle.net」服務，讓購買其電腦遊戲者可以使用。當使用者安裝該遊戲時，必須點選按鈕同意「終端使用者授權契約」（End User License Agreement，簡稱 EULA），以及「使用條件契約」（Terms of Use Agreement，簡稱 TOU）。這兩份契約都禁止逆向工程（Reverse Engineering）⁷¹。而被告 Jung 和其他玩家發現該線上遊戲有部分問題時，決定進行逆向工程，開發出一開放原始碼的網站「Bnetd.Org」，允許想玩 blizzard 線上遊戲的人，不用再跟「Battle.Net」連線，而可與「Bnetd.Org」連線⁷²。原告曾提起各式主張，包括侵害商標、不公平競爭、侵害著作權、破解科技保護措施、散布破解方法、違反授權契約等，但一審法院就大部分問題以同意判決（Consent Decree）處理，只剩下是否違反美國著作權法 1201(A)的破解科技保護措施⁷³以及是否違反授權契約進行逆向工程此二問題⁷⁴。而被告則主張(1)該按鈕授權契約（Clickwrap Licenses）是無效的定型化契約，(2)逆向工程屬著作權法之合理使用，故該限制無效，及(3)該契約條款構成著作權濫用。地區法院認為本案與 *Lasercomb* 案的禁止另行開發軟體，或 *Practice Management* 案的要求只能使用原告的產品，都不相同，且被告等人可隨時終止契約。而地區法院也

⁶⁹ *PRC Realty Systems, Inc. v. National Ass'n of Realtors*, 1992 U.S. App. LEXIS 18017, at 33-37.

⁷⁰ *Davidson & Assocs. v. Jung*, 422 F.3d. 630 (8th Cir. 2005).

⁷¹ *Id.* at 633-635.

⁷² *Id.* at 635-636.

⁷³ 反規避條款規定於美國法典第 17 章 1201 條，其由三個部分組成，其一是 1201 條(a)(1)禁止規避著作權人控制近取（Access）著作權作品的科技保護措施，簡稱為反規避條款（Anti-Circumvention Provisions）；其二是 1201 條(a)(2)禁止製造、輸入、要約、提供或交易可以規避著作權人控制近取的科技保護措施的任何科技、產品、設備、零件，簡稱為反交易條款（Anti-Trafficking Provisions）；其三是 1201 條(b)(2)禁止將製造、輸入、要約、提供或交易可以規避保護使用（Use）的科技保護措施。

⁷⁴ *Davidson & Assocs. v. Jung*, 422 F.3d. at 637.

認為被告不可對契約請求主張著作權濫用抗辯，因為原告的著作權侵權主張已經在同意判決中解決⁷⁵。本案上訴後，第八巡迴法院認為，在該案中，認為禁止逆向工程之契約，並未被著作權法先占（Preempted）⁷⁶，故而支持地區法院判決，認為(1)該按鈕授權契約為有效，(2)上訴人在簽約時已經放棄合理使用抗辯，且(3)該契約條款並未構成著作權濫用⁷⁷。

另外在 2005 年第五巡迴上訴法院的 *Altera Corp. v. Clear Logic, Inc.* 案⁷⁸中，原告和被告都是生產積體電路晶片廠商，原告 Altera 的積體電路可搭配其授權的軟體使用，而可調整其功能，而被告 Clear Logic 的積體電路不可調整功能，但價格較低，因此許多客戶一開始都會先使用 Altera 的積體電路晶片，後來轉換使用 Clear Logic 的積體電路晶片。而被告 Clear Logic 為了設計適合客戶的晶片，會要求客戶將原告為客戶特別設計的程式寄給被告，讓其快速研發適合客戶的晶片。由於在美國積體電路晶片受 1984 年半導體晶片保護法（Semiconductor Chip Protection Act of 1984，簡稱 SCPA）保護，因此，Altera 控告 Clear Logic 違反 SCPA，另外被告也因遊說客戶違反與原告間電腦軟體之授權契約，而主張被告違反州法，故意破壞或介入原告與客戶間之契約⁷⁹。本案例中被告雖曾提出，就該晶片軟體授權契約之規定，應被著作權法先占，但法院認為系爭爭議並不優先適用著作權法⁸⁰，而著作權濫用抗辯只能在著作權侵權案件中使用，故仍然判決被告敗訴⁸¹。

不過，對於這樣的解釋結論，卻令人感到奇怪。尤其，若比較 *Altera Corp. v. Clear Logic, Inc.* 案與前述的 *Alcatel USA, Inc. v. DGI Technologies, Inc.* 案，兩者案情雷同，都是試圖用軟體授權契約，阻止其他公司在硬體方面的競爭。但 *DGI* 案因以著作權侵權起訴，而被認為屬著作權濫用，而 *Altera* 案以州法起訴，則不認為屬著作權濫用。這種結果之不同，將使許多著作權人紛紛以契約方式規避著作權之設

⁷⁵ *Davidson & Assocs. v. Internet Gateway*, 334 F. Supp. 2d 1164, 1181-1183 (E.D. Mo. 2004).

⁷⁶ *Davidson & Assocs. v. Jung*, 422 F.3d. at 638-39. 先占問題乃美國著作權法特殊規定，由於美國著作權法屬於聯邦法律，其在美國法典第 17 章 301 條(a)規定，所有法律或平衡權利與著作權法第 106 條之著作權的一般範圍的專屬權利相等時，就應優先適用聯邦著作權法。

⁷⁷ *Davidson & Assocs. v. Jung*, 422 F.3d. at 632.

⁷⁸ *Altera Corp. v. Clear Logic, Inc.*, 424 F.3d 1079 (9th Cir. 2005).

⁷⁹ *Id.* at 1081-1082.

⁸⁰ *Id.* at 1089-1090.

⁸¹ *Id.* at 1090.

計，且在起訴時以違約來起訴，以避免受到著作權濫用的反制⁸²。

3. 著作權濫用之操作建議

除了上述法院判決的分析之後，美國許多學者也對如何操作著作權濫用，紛紛提出不同的建議。

其中，大部分的學者，都特別強調著作權濫用原則和電腦程式的發展密切相關。其指出，幾個聯邦巡迴法院會在九零年代開始承認著作權濫用此一原則，一般認為是起因於電腦產業，也就是因電腦科技引發的軟體、音樂和電影侵權問題⁸³。尤其，在電腦程式要作逆向工程時，往往就會複製原本的電腦軟體程式碼。有學者指出，若著作權人透過授權契約，過度地限制他人接觸他們的程式原始碼，那麼其他的程式研發者都可以主張著作權濫用以保護自己⁸⁴。透過著作權濫用這個原則，應用程式研發者可以更加主張其對作業系統的逆向工程研究，或者突破用科技保護措施而造成的過渡保護⁸⁵。此外，電腦程式比較容易出現掌有市場力量，而造成授權時進行搭售。自 1990 年以來，至少在 11 件電腦程式授權案件中，被告曾經主張著作權濫用，而其中的六件，就是涉及電腦程式搭售問題⁸⁶。Brett Frischmann 和 Dan Moylan 主張，限制被授權人創新或對不受著作權保障之產品進行搭售，可以創造出一種當然的（*per se*）著作權濫用⁸⁷。而他們認為，電腦軟體授權涉及禁止逆向工程時，可被當作是一種當然濫用，因為：(1)在程式目的碼中沒有揭露著作的表達元素；(2)電腦程式內涵的概念（*Ideas*）沒有被揭露；及(3)電腦程式的價值來源在其功能，卻不受著作權保護⁸⁸。因此，著作權濫用此概念，可以解決用著作權法來保護電腦程式所造成的問題，而保障公共利益⁸⁹。

⁸² Jennifer R. Knight, "Copyright Misuse v. Freedom of Contract: And the Winner Is," *73 Tenn. L. Rev.*, 237, 258-261(2006).

⁸³ Herbert Hovenkamp, Mark D. Janis, and Mark A. Lemley, *supra* note 16, at 3.42-43.

⁸⁴ Neal Hartzog, *supra* note 44, at 405.

⁸⁵ Karen E. Georgenson, "Reverse Engineering of Copyrighted Software: Fair Use or Misuse?" *5 Alb. L. J. Sci. & Tech.*, 291, 319 (1996); Chip Patterson, "Copyright Misuse and Modified Copyleft: New Solutions to the Challenges of Internet Standardization," *98 Mich. L. Rev.*, 1351, 1371 (2000).

⁸⁶ Haris Apostolopoulos, *supra* note 7, at 577-578.

⁸⁷ Brett Frischmann and Dan Moylan, *supra* note 9, at 902.

⁸⁸ *Id.* at 905-914.

⁸⁹ *Id.* at 878-880.

而學者 Lydia Pallas Loren 則認為，只要著作權人透過契約，試圖擴大著作權法所保障的範圍，尤其試圖規避美國著作權法第 107 至 122 條之規定，或想要將保護範圍擴張至不受著作權法保障之對象，即構成著作權濫用⁹⁰。而他也特別針對按鈕授權契約，認為按鈕授權契約多會擴大著作權保障範圍，而應被認定為著作權濫用，以嚇阻著作權人一再使用這種方式規避著作權法原本設計的平衡⁹¹。

學者 Kathryn Judge 認為，應該保障憲法增補條文第 1 條言論自由所隱含的價值，由於言論自由在著作權法的落實，就是維護概念/表達之區分以及合理使用之規定⁹²，若著作權人試圖破壞這些言論自由體現在著作權法的價值，則應被認為屬著作權濫用⁹³。故其提出一個較為抽象的判斷標準，其指出，「著作權人任何嘗試擴張其權利的範圍，想控制一個概念（Idea），或者阻礙他人主張合理使用（Fair Use），都應構成著作權濫用。」⁹⁴而學者 David S. Olson 也採取類似觀點，認為著作權與專利權不同，其保護範圍必須在憲法言論自由的限制下，確保合理使用和概念/表達二分法得到落實，倘若著作權人透過警告訴訟或濫行訴訟破壞使用者主張合理使用的可能，即構成著作權濫用⁹⁵。

⁹⁰ Lydia Pallas Loren, "Slaying the Leather-Winged Demons in the Night: Reforming Copyright Owner Contracting with Clickwrap Misuse," *30 Ohio N.U. L. Rev.*, 495, 522-524 (2004).

⁹¹ *Id.* at 495-501.

⁹² 美國關於著作權保護與言論自由的衝突，早期學者多認為，著作權法中的表達/概念區分及合理使用之規定，就是避免對言論自由的過度限制，參見 Melville B. Nimmer, "Does Copyright Abridge the First Amendment Guaranties of Free Speech and the Press?," *17 UCLA L. Rev.*, 1180 (1970)。但後續關於著作權之保護是否過度限制言論自由，則有越來越多元的討論。相關論述很多，參見 Yochai Benkler, "Free as the Air to Common Use: First Amendment Constrains on Enclousure of the Public Domain," *74 N. Y. U. L. Rev.*, 354 (1999); Lawrence Lessig, "Copyright's First Amendment," *48 UCLA L. Rev.*, 1057 (2001); Jed Rebenfeld, "The Freedom of Imagination: Copyright's Constitutionality," *112 Yale L. J.*, 1 (2002); William W. Van Alstyne, "Reconciling What the First Amendment Forbids with What the Copyright Clause Permits: A Summary Explanation and Review," *66 Law & Cont. Pro.*, 225 (2003); Daniel A. Farber, "Conflicting Visions and Contested Baselines: Intellectual Property and Free Speech in the " Digital Millennium," *89 Minn. L. Rev.*, 1318 (2005); Dotan Oliar, "Making Sense of the Intellectual Property Clause: Promotion of Progress as a Limitation on Congress's Intellectual Property Power," *94 Georgetown L. J.*, 1771 (2006); Malla Pollack, "The Democratic Public Domain: Reconnecting the Modern First Amendment and the Original Process Clause (A.K.A. Copyright and Patent Clause)," *45 Jurimetrics*, 23 (2004); Neil Weinstock Netanel, *Copyright's Paradox*, (Oxford University Press, 2008).

⁹³ Kathryn Judge, "Rethinking Copyright Misuse," *57 Stan. L. Rev.*, 901, 930-931 (2004).

⁹⁴ *Id.* at 905.

⁹⁵ David S. Olson, "First Amendment Based Copyright Misuse," *52 Wm and Mary L. Rev.*, 537, 592-594 (2010).

也有學者嘗試仿照合理使用的四個判準⁹⁶，為著作權濫用建立一些可操作的判準。例如，Ramsey Hanna 認為，法院應該重視其著作權授權，對相關產業後續創作是否造成阻礙。若沒有對後續的發展與創新內容的散布造成阻礙，那麼不管著作權人是否獲得巨大的利潤，都不在考慮範圍⁹⁷。同樣地，Jennifer R. Knight 認為，當有人以授權契約擴張著作權範圍時，需分別考量 1. 契約內容 2. 簽署契約之環境，3. 契約對公共的影響。就契約內容來說，若契約明白排除著作權法允許的合理使用空間，則有利於被告主張著作權濫用。2. 就簽署契約之環境來說，若是雙方自主充分協商，一方願意放棄著作權之合理使用，則不可主張對方著作權濫用，但若著作權人是透過按鈕授權契約做限制，則有利於被告主張著作權濫用。3. 就契約對公共影響來說，需考量該契約之約定，是否能讓更多人使用到著作，以及是否有其他避免限制之管道，若有，就不利於主張著作權濫用⁹⁸。

不過，也有少數學者認為應該稍微限縮著作權濫用的範圍。例如美國學者 Ilan Charnelle 認為，著作權濫用的觀念，來自衡平法的觀念，以及受到專利濫用的概念的影響，所以，其判斷不需要與反托拉斯法的判斷標準一致，而可以仿照專利濫用的概念，來判斷其內涵⁹⁹。但是，如果著作權濫用的發展，是受到專利濫用的影響，那麼，專利法對專利濫用的限縮，應該也會影響著作權濫用的範圍。前已提及，1988 年美國修法專利法，通過專利濫用改革法（Patent Misuse Reform Act），其明文指出，單純的拒絕授權，或者行使權利，並不會構成專利濫用¹⁰⁰。因此，Ilan Charnelle 認為，單純的拒絕授權，應該被排除在著作權濫用的類型之外¹⁰¹。

4. 修法建議

有美國學者認為，著作權濫用原則的優點，就在於其不需要經過立法機關的立法，而讓法院針對科技世界中不斷出現的新問題，針對個案，個別地去適用並發展

⁹⁶ 其四個判準規定於美國法典 17 U.S.C. §107，其內容類似於臺灣著作權法第 65 條，四個判準分別為 1. 利用之目的及性質，包括係為商業目的或非營利教育目的，2. 著作之性質，3. 所利用之質量及其在整個著作所占之比例，4. 利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響。

⁹⁷ Ramsey Hanna, *supra* note 54, at 446.

⁹⁸ Jennifer R. Knight, *supra* note 81, at 262-263.

⁹⁹ Ilan Charnelle, *supra* note 53, at 176-199.

¹⁰⁰ 35 U.S.C. § 271(d)(4).

¹⁰¹ Ilan Charnelle, *supra* note 53, at 176-177.

這個原則，來調整智慧財產權與公共福利之間的關係¹⁰²。不過，還是有學者建議修法，將之明確納入法律體系中。尤其在美國，合理使用抗辯也是法院透過判例慢慢發展，最後才於 1976 年以法律明定其內容。而著作權濫用和合理使用一樣是著作權侵權的抗辯，目前也在透過法院慢慢發展中，故有學者認為，將前述案情類型化後，可慢慢整理出一判準，而可將之制定為法律。

美國學者 Victoria Smith Ekstrand 於 2006 年，在分析過所有美國主張著作權濫用的類型後，認為應該可以提出抽象的法條，並建議修法納入美國著作權法典中。其提出的法條，翻譯如下：「倘若著作權人目前存在著作權濫用的情形，則不可提出著作權侵權訴訟。而判斷特定案件有無構成著作權濫用，則需考量下列因素：1. 著作權人是否行使其權利以限制競爭，而違反反托拉斯法；2. 著作權人行使其權利時，是否違反賦予著作權的公共政策，亦即，著作權人是否對他人主張超越著作權法所賦予其之權利，而違反促進科學與實用技藝之進步，包括限制他人自由表達，以及嚇阻他人主張合理使用；3. 著作權人的行為，是否阻礙了新作品之發展及產生，或者阻礙對著作權人作品之評論。」¹⁰³。

另外，Tom W. Bell 在 2007 年，也歸納法院判決後，提出另一修法建議，翻譯如下：「1. 以契約方式限制任何符合第 107 條之合理使用之利用，構成著作權濫用；2. 著作權人在著作權濫用期間，不得行使第 106 條或第 106A 條之著作權；3. 當契約內容構成本條之著作權濫用，而以違約起訴時，法院仍得給予救濟。」¹⁰⁴。

本文傾向主張，對著作權濫用之概念，應該採取公共政策取徑，而有別於反托拉斯法之內涵。至於修法建議，則傾向採取 Victoria Smith Ekstrand 之建議。在前述 Tom W. Bell 的建議中的第三點，其採用前述 *Altera Corp. v. Clear Logic, Inc.* 案法院看法，若非根據著作權請求，而是改以違反州法或契約法請求，則被告不可主張著作權濫用抗辯。若接受此建議，許多著作權人可能紛紛以定型化契約方式剝奪著作權人合理使用空間，並以契約起訴，規避著作權濫用規定，故本文認為並非好的建議。相較之下，筆者認為 Victoria Smith Ekstrand 所提之法條建議，倒是可作為一清晰的判斷依據。該修法建議，乃清楚的分出三類著作權濫用類型，第一類型乃著作

¹⁰² Neal Hartzog, *supra* note 44, at 403.

¹⁰³ Victoria Smith Ekstrand, *supra* note 15, at 588.

¹⁰⁴ Tom W. Bell, *supra* note 65, at 580-584.

權人行為違反反托拉斯法者，當然也構成著作權濫用；第二類行為乃著作權人行使權利時（包括以授權契約方式或是提起訴訟方式）破壞著作權內涵的合理使用、概念/表達二分法，由於這些內涵的設計，就是著作權的公共政策，也是避免著作權過度限制言論自由的重要設計，所以若著作權人這些行為也構成著作權濫用。第三種類型，則是特別強調言論自由的保護，促進新著作的產生，若著作權人限制新作品之產生，也構成著作權濫用。而有著作權濫用情形產生時，對任何著作的使用者就可以主張一抗辯權，著作權人不得利用訴訟對之有所請求。

四、其他著作權不當使用

除了上述美國法院發展出來的著作權濫用（Misuse）概念外，有學者認為，除了著作權濫用屬於一種訴訟上的抗辯權，更廣義地說，還有一個著作權不當使用（Copyright Abuse）之概念，其包括了任何不當使用著作權的類型，其不只是一種訴訟上的抗辯權，而只是想用這個詞描述所有著作權不當的使用¹⁰⁵。據學者指出，著作權濫用的概念，通嘗試透過授權方式，試圖擴大著作權的保護範圍，而被告在訴訟上可援引該概念作為抗辯，而不當使用的概念，則包含了更多類型。經本文歸納整理，大略可以分為兩類：1.同樣因著作權授權上的濫用外，但因為著作權人具有市場力量，而直接違反競爭法，以及 2.不當使用著作權侵權訴訟或者其他程序。以下詳細說明。

（一）具市場力而違反競爭法

臺灣的公平交易法 45 條規定，智慧財產權的正當行使，不適用公平交易法。但過去的相關討論，多半集中在專利權的行使上¹⁰⁶，因為著作權法一般不會擁有市場力量。但以下將要說明，著作權產品中，有兩種重要類型，仍然可能具備市場力量，由於具備市場力量，而可能產生違反公平交易法的情況。

¹⁰⁵ John T. Cross and Peter K. Yu, *supra* note 48, at 434-438.

¹⁰⁶ 例如，參考黃銘傑，「專利授權與公平交易法：以拒絕授權與強制授權為中心」，萬國法律，第 120 期，14-24 (2001)；許忠信，前揭註 18，5-26。

需說明者，由於著作權濫用，通常乃以授權方式不當擴張著作權保護範圍或破壞概念/表達之分或限制利用人合理使用空間，故下述案例中，符合此種情形者，一方面可構成著作權濫用，但另一方面因為具備市場力量，而可能違反競爭法受到制裁。

1. 著作權產品是否有市場力量

傳統的單一著作權產品，雖然被賦予專有權利地位，但很難取得市場獨占地位。因為其具有高度的替代性，相關產品非常多元，消費者的偏好又各自不同，不可能因為單一產品就形成獨占。就算某部小說、電影非常暢銷，但消費者也不會一看再看，而不看其他小說、電影¹⁰⁷。而著作權法本身的設計中有幾個特色，讓單一著作不太可能產生獨占。一，著作權法並不保護概念（Idea），而只保護表達（Expression）。如此一來，任何人都可以寫愛情小說，甚至可以寫類似的劇情，只要文字不要一模一樣即可，愛情小說這種類型因而不會被任何人獨占。此外，著作權一般不會保護真正的功能性著作（Functional Works），亦即不保護其中的程序、製程、系統、操作方法..等。因為功能性的產品，是人們當作工具反覆使用的。而傳統著作權法保障的產品，並不是人們會需要反覆使用的產品。當然，少數的字典、電話本、地圖等著作，看起來也具有功能性，人們會反覆使用，著作權法則透過創作性的要求，不賦予著作權保護¹⁰⁸。真正的功能性知識，我們是透過專利予以保護。

第一類的著作權集體管理團體和電影經銷商之所以會引發競爭法問題，並不是因為單一的著作權產品而擁有市場地位，而是因為其擁有大量的著作權產品，才產生真正的市場地位。其又透過其市場地位，進行集體授權或搭售，才會引發競爭法疑慮¹⁰⁹。例如美國的 ASCAP（全美作曲家、作家和出版商協會，American Society of Composers, Authors, and Publisher），是美國最大的著作公開播演權（Performance Rights，其還包括公開表演、公開上映與公開播送權）的集體授權團體，自 1914

¹⁰⁷ Dennis S. Karjala, “Copyright Protection of Operating Software, Copyright Misuse, and Antitrust,” *9 Cornell J. L. & Pub. Pol’y*, 161, 164-165 (1999).

¹⁰⁸ *Id.* at 166-168.

¹⁰⁹ *Id.* at 166.

年開始營運。後來又有 SESAC 和 MBI（廣播音樂組織，Broadcast Music, Inc）加入。而 ASCAP 和 MBI 為前兩大的集體授權團體。這兩大音樂集體管理團體，也引發過長期的競爭法的爭議¹¹⁰。尤其若採取概括授權（Blanket Licensing）的方式，特別容易引發爭議。

第二類會引發競爭法爭議的著作權產品，主要就是電腦程式著作。電腦程式著作之所以容易形成獨占地位，其中主要原因跟網路效應（Network Effect）有關。電腦程式不像其他著作權產品，不需要這麼多元，我們重視的是其功能，而非其內涵的多元、多樣選擇。電腦程式會有互相連結、是否能夠相容的問題，所以常常導致產品大者越大的網路效應¹¹¹，自然能形成獨占。網路效應包括直接網路效應，越多人使用，自己使用的效益也越大，以及間接網路效應，亦即使用該產品的互補產品較多¹¹²。

而我們又可將電腦程式區分為應用程式和作業系統。作業系統的網路效應，要比應用程式的網路效應來得大¹¹³。電腦作業系統是一個平台，其餘的應用程式要在其上運作，還包括其餘的電腦維修服務者也需要有共同的標準。就應用程式廠商來說，他們撰寫程式，要撰寫在最多人使用的作業系統上，而非撰寫在「最好的」作業系統上¹¹⁴。因此當視窗作業系統漸漸主導市場後，也越來越多的應用程式和電腦維修服務者選擇接受視窗作業系統，其自然成為獨占標準¹¹⁵。其餘的電腦程式，雖然不是作業程式，但也會有類似的網路效應，但效果不像作業系統如此明顯。因此，有學者認為，在作業系統市場，任何的競爭法都無法避免市場最終會走向單一廠商壟斷¹¹⁶。

¹¹⁰ 楊康，「美國音樂播送權概括授權與反托拉斯的半世紀恩怨情仇初探」，資訊法務透析，16-25 (1999)；楊智傑，前揭註 4，179-184。

¹¹¹ 關於網路效應的中文介紹，可參考 Carl Shapiro & Hal R. Varian，張美惠翻譯，資訊經營法則，115-228 (1999)。

¹¹² 楊宏暉，「新經濟時代的反托拉斯法挑戰：網路效應與微軟案之初探」，政大法學評論，第 77 期，219 (2004)；George Erber and Stefan Kooths，"Windows Vista: Securing itself against competition?" 2 DIW Berlin Weekly Report, 10 (2007).

¹¹³ Dennis S. Karjala, *supra* note 107, at 173-174.

¹¹⁴ *Id.* at 174.

¹¹⁵ George Erber and Stefan Kooths, *supra* note 112, at 10.

¹¹⁶ Mark A. Lemley & David McGowan, "Legal Implications of Network Economic Effects," 86 Calif. L. Rev., 479, 501-507 (1998).

2. 著作權集體管理團體¹¹⁷

個別的音樂著作，雖然絕對不可能出現獨占，但是大的唱片公司卻有可能，尤其現在唱片公司過於集中，被五大唱片公司控制，此時就有可能有獨占的情況。在美國歷史上，音樂產業也有被競爭法制裁的情形。其主要是作曲人將其音樂授權給集體管理集團後，引發競爭法上的爭議。

ASCAP（全美作曲家、作家和出版商協會，American Society of Composers, Authors, and Publisher）是美國最大的著作公開演出權（Performance Rights）的集體授權團體，自 1914 年開始營運。後來又有 SESAC 和 MBI（廣播音樂組織，Broadcast Music, Inc）加入¹¹⁸。而 ASCAP 和 MBI 為前兩大的集體授權團體。

ASCAP 因為其授權方式而受到司法部起訴。其授權給各餐廳、公眾場所公開表演音樂的權利，採用的是一種概括授權（Blanket License）的方式，被授權者支付一定額費用後，即可在一段期間內使用該機構所掌有著作權的任何詞曲。其中，兩項授權條件引起司法部的調查：1.由於其要求音樂作曲人專屬授權給 ASCAP，亦即不得自己和餐廳獨自授權。2.其概括授權的價格訂定乃是獨斷地，往往訂得較高，而且並未區分使用者¹¹⁹。由於這兩個問題，ASCAP 在 1934 年和 1941 年被司法部提起反托拉斯訴訟，後來 ASCAP 被迫擬定出一個「合意判決」（Consent Decrees）¹²⁰，其被要求要針對不同的使用者設計不同的「按節目授權」（Program License），且不得再要求會員為專屬授權¹²¹。

雖然 1941 年的合意判決要求不得限制會員獨自授權，但是授權困難。電影片商雖然向著作權人取得了在電影中錄製配樂的權利，ASCAP 卻認為戲院要播放該片時，應該再度向 ASCAP 取得公開演出的授權。電影公司要在電影上市前和片中

¹¹⁷ 此部分曾有中文介紹，但著重重點與筆者不同，且該文並未加入最新的發展。請參考楊康，前揭註 110，16-25。

¹¹⁸ 關於其歷史發展，中文介紹可參考柳瑜珊，前揭註 2，65。

¹¹⁹ Simon H. Rifkind, "Music Copyrights and Antitrust: A Turbulent Courtship," *4 Cardozo Arts & Ent. L. J.*, 1, 7 (1985).

¹²⁰ 一般稱之為合意判決，但筆者參考其內涵，很類似我國的行政契約，將公權力的行使做為契約內容，其多半為主管機關與行為人之間的一個妥協方案，但須交由法院認可。筆者採用一般的翻譯，譯為「合意判決」，可參考柳瑜珊，前揭註 2，68，註腳 174。

¹²¹ Michael A. Einhorn, "Intellectual Property and Antitrust: Music Performing Rights in Broadcasting," *24 Colum.-VLA J. L. & Arts*, 349, 351 (2001).

各音樂著作權人談好授權的可行性幾乎為零，因此還是只能接受 ASCAP 的概括授權，引起部分電影院不滿，決定不談授權直接播放電影，因而被 ASCAP 控告。在 1948 年的 *M. Witmark & Sons v. Jensen* 案¹²²中，原告控告數家電影院侵害公開演出權，而被控告的電影院反過來主張原告違反反托拉斯法及權利濫用（當時雖然尚未使用著作權濫用這個字眼，但所引用案例皆為早期的專利濫用案件¹²³），故不應准許被告之請求。法院認為原告 ASCAP 等人的確違反了反托拉斯法，並不當擴張了著作權法所賦予之獨占範圍。法院指出，原告等之行為乃一種濫用，而法院即可根據衡平法原則，否決原告之請求，而不需要從反托拉斯法中尋到否定原告請求的依據¹²⁴。同時，在 1948 年的 *Alden-Rochelle, Inc. v. ASCAP* 一案¹²⁵中，電影戲院反過來成為原告，控告 ASCAP 的授權方式違反反托拉斯法，而被法院正式宣告違法。法院的判決逼得 ASCAP 再度修改其原本在 1941 年擬定的合意判決。1950 年 ASCAP 因應這個判決制定了 Amended Final Judgment（一種呈交給法院認可的契約提案）。其一，其不再授權電影片商和戲院相關的音樂公開演出權，而由各會員直接授權。其二，其不用排他性交易的方式授權。其三，ASCAP 不得再禁止會員直接授權。其四，該授權不得有任何差別待遇。其五，ASCAP 讓著作權人登記加入的方式須更簡便。其六，ASCAP 所收取的授權金必須合理地分配¹²⁶。最後，其指定紐約州的南區地區法院作為判決使用費率是否合理之機關，而 ASCAP 必須承擔舉證責任證明授權費率乃是合理的¹²⁷。

到 1969 年開始，又有另一個更大的案子 *Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc.* 案¹²⁸開始，一共歷時 11 年才結束。原告是哥倫比亞廣播系統（CBS），其認為 ASCAP 和 BMI 所採取的概括授權方式對其不利，因為授權金額過高。其認為概括授權方式算是一種搭售，違反了休曼法（Sherman Act）。雖然 ASCAP 允許電台與詞曲作家個別取得授權，但交易成本過高，等於不可能實行。

¹²² *M. Witmark & Sons v. Jensen*, 80 F. Supp. 843 (D. Minn. 1948).

¹²³ *Id.* at 846.

¹²⁴ *Id.* at 850.

¹²⁵ 80 F. Supp. 888(S.D.N.Y. 1948).

¹²⁶ Simon H. Rifkind, *supra* note 119, at 10.

¹²⁷ Michael A. Einhorn, *supra* note 121, at 356.

¹²⁸ 400 F. Supp. 737 (S.D.N.Y. 1975).

哥倫比亞公司要求 ASCAP 必須採取個別授權條款，視其播放多少歌曲而收取費用。本案在二審時，由第二巡迴上訴法院判決，認為被告行為為控制價格，違反反托拉斯法，並且構成著作權濫用¹²⁹。但是最後這個官司上訴到最高法院¹³⁰，法院認為 ASCAP 並沒有構成反托拉斯法的「當然違法」（per se Illegal）。其採用「合理原則」（Rule of Reason）的判準，檢驗其是否「能增加經濟效益以及讓市場更為競爭」。法院認為其收費方式乃是合理地，因其並未採專屬授權，且費率受到法院監控，且認為整個集體授權是一種促進市場交易的機制，符合合理原則¹³¹。而由於本案所主張之著作權濫用就是針對控制價格，既然控制價格未違反反托拉斯法，則也無著作權濫用問題¹³²。

美國的著作權集體管理團體被控告違反反托拉斯法的歷史悠久，案件也很多，此處僅介紹早期兩個最著名之案例。而這兩個案例可知，法院的態度都是，若著作權集管團體違反反托拉斯法，則也會構成著作權濫用。而集管團體因為具有市場力量能夠影響價格，故可能違反反托拉斯法。

3. 電腦作業系統

電腦作業系統（Operation System）是個人電腦的骨幹。作業系統提供圖像介面，讓使用者可以與個人電腦互動。其也可分配電腦記憶體和控制輸出和輸入。作業系統也是應用程式的平台。在 1990 年代初期到中期，微軟的視窗作業系統幾乎獨占了整個個人作業系統市場，所以幾乎所有的應用程式，都被設計來在視窗作業系統上操作。而微軟也利用其在作業系統的市場，搭售其他應用程式，包括網路探險家（Internet Explorer）和視窗媒體播放器（Windows Media Player），以提高這些應用程式的市佔率。當然，這些搭售行為，對其他應用程式的廠商，形成不公平的現象。他們控訴微軟提高應用程式市場的進入障礙、限制競爭，並且損害消費者福利¹³³。

¹²⁹ 562 F.2d 130, 140 (2th Cir. 1977).

¹³⁰ *Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting Sys.*, 441 U.S. 1 (1979).

¹³¹ *Id.* at 21-24.

¹³² *Id.* at 24.

¹³³ Daniel J. Silverthorn, "Microsoft Tying Consumers' Hands? The Windows Vista Problem and the South Korean Solution," *13 Mich. Telecomm. Tech. L. Rev.*, 617, 618-619 (2007).

微軟前述行為，在世界各國都引發反競爭的訴訟，包括美國、歐盟、南韓等國。這些訴訟處理的大多是微軟的搭售問題，亦即微軟用其在視窗作業系統的市場，搭售其他應用程式。而美國、歐盟、南韓的判決結果則略有不同。以下簡單介紹美國的處理模式。美國所引發的微軟案，從 1990 年就有相關案例出現¹³⁴。但一般常講的微軟案，主要是從 1998 年，微軟以作業系統視窗 98 和 IE 瀏覽器搭售，而被 Netscape 和 Java 檢舉的案例。

1998 年，19 個州和哥倫比亞特區，以微軟違反休曼法（Sherman Act）為由，對其提出聯合民事訴訟。原告共指出四項違法行為，其中之一，就是將網路探險家瀏覽器（Internet Explorer），與視窗 95 和視窗 98 作業系統一起搭售，而主張其違反休曼法第 1 條¹³⁵。該條規定，如果賣方有相當的經濟力量在搭售產品（Tying Products）市場，而該搭售協議對被搭售產品（Tied Products）市場造成了實質的影響，則就算違法。此外，原告也主張微軟違反了各州的反競爭法。2000 年，美國哥倫比亞特區的聯邦地區法院，認定微軟將視窗作業系統與網路探險家搭售的行為，已經違反了休曼法。法院也認為，其行為也違反了各州法中類似的反競爭法¹³⁶，微軟隨即提出上訴。

哥倫比亞特區巡迴上訴法院則推翻下級法院判決，其不同意下級法院所採用的「當然違法」（per se Illegal）原則。其認為應該採用比較有彈性的合理原則（Rule of Reason）。法院認為，合理原則比較自由地允許考量軟體市場中搭售的利益，尤其是那些作業系統的利益，以及考量消費者受到的損害後，將兩者作利益衡量。上訴法院最後將案件發回地方法院，要求重新以合理原則重新審酌¹³⁷。這份判決似乎推翻了過去美國最高法院對搭售案件的操作。過去最高法院認為，要判斷是否構成搭售，應該認定被搭售產品是否具有獨立的市場。而這可以從消費者需求（Consumer Demand）看出¹³⁸。但是哥倫比亞特區巡迴上訴法院卻認為不應該採用這種方式，而認為科技創新應考量其不同的面向，尤其是資訊產品，應考量兩產品

¹³⁴ 可參考張向昕，「美國司法部與微軟公司之論戰」，公平交易季刊，第 6 卷第 1 期，161-180 (1998)。

¹³⁵ 搭售在美國可能違反休曼法第 1 條或第 2 條。參見 Haris Apostolopoulos, *supra* note 7, at 576.

¹³⁶ U.S. v. Microsoft Corp., 87 F.Supp.2d 30 (D.D.C. 2000).

¹³⁷ U.S. v. Microsoft Corp., 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001).

¹³⁸ Haris Apostolopoulos, *supra* note 7, at 577.

結合後帶來的效應¹³⁹。

後來，在地方法院重新審查前，聯邦政府、微軟、和原告 20 個州裡面的 9 個州，同意了一個和解方案。而地區法院法官 2003 年，在判決中採用了這個和解方案（Consent Decree），而未採用其他救濟方式。但是，這份和解方案並沒有處理搭售的控訴。因而某些州仍繼續上訴，但 2004 年時上訴法院支持地方法院的判決¹⁴⁰。最後和解判決，僅要求微軟不可禁止設備製造商安裝和提供其他人的應用程式。其要求微軟必須允許電腦製造商和消費者可以移除作業系統。但是該和解方案並沒有要求微軟移除作業系統中的應用程式¹⁴¹。

從以上介紹可知，微軟作業系統因為網路效應，形成市場力量，而其若有搭售行為，可能違反反托拉斯法。而根據前述說明可知，由於其在授權時採用搭售方式，屬於以授權方式擴張著作權保護範圍，也可能會構成著作權濫用。但由於相關案件乃聯邦司法部控告微軟，而非微軟控告其他廠商，故在訴訟中沒有提及著作權濫用抗辯問題。但是，本段想要指出，倘若微軟因作業系統遭侵權而控告其他廠商時，既然微軟在授權時以搭售手法擴張著作權範圍，被告廠商在訴訟上也許可以提出著作權濫用抗辯。

(二) 不當使用著作權訴訟或程序

典型的著作權濫用通常都是在授權時濫用，但著名的 Richard Posner 法官在前述的 *Assessment Technologies v. Wiredata* 案¹⁴²中提及，若利用訴訟制度來威脅他人，避免其主張合理使用抗辯等，也可能是一種著作權濫用¹⁴³。故有部分學者將此種訴訟制度濫用，也歸類為著作權濫用¹⁴⁴。但由於肯定著作權濫用的案件並沒有承

¹³⁹ James F. Ponsoldt & Christopher D. David, "A Comparison Between U.S. and E.U. Antitrust Treatment of Tying Claims Against Microsoft: When Should the Bundling of Computer Software Be Permitted?" *27 Nw. J. Int'l L. & Bus.*, 421, 438-440 (2007).

¹⁴⁰ *Massachusetts v. Microsoft Corp.*, 373 F.3d 1199 (D.C. Cir. 2004).

¹⁴¹ Daniel J. Silverthorn, *supra* note 133, at 620. 關於微軟案判決發展與判決詳細中文翻譯，可參考崔汴生，「美國司法部及各州控告美國微軟公司案」，*臺北大學法學論叢*，第 52 期，123-197 (2003)。

¹⁴² *Assessment Technologies v. Wiredata*, 350 F.3d 640 (7th Cir. 2003).

¹⁴³ *Id.* at 647.

¹⁴⁴ Jennifer R. Knight, *supra* note 82, at 243-244.

認這種訴訟濫用，故有學者將這種試圖利用訴訟制度，不當地擴張著作權範圍，阻礙他人行使合理使用，或者是想要保護其他產品之利益，而使用著作權訴訟，歸類為著作權之不當使用¹⁴⁵。

1. 以訴訟禁止他人合理使用

美國有許多知名人物死後，其繼承人繼承其著作權後，大量興訟，控告他人對其著作之使用。但他人的使用，大多可以構成合理使用，但被告由於訴訟之累，最後可能選擇和解¹⁴⁶。這種對他人可以符合合理使用之情形，卻仍然提起訴訟，雖然尚無法院認為屬於著作權濫用，但可歸類為一種著作權之不當使用。

例如，在 2003 年第四巡迴上訴法院的 *Bond v. Blum* 案¹⁴⁷，該案的著作權人為 William Bond，他寫了一本自傳式小說，描述自己在 17 歲時如何謀殺自己的父親。而 Bond 的現任妻子 Alyson Slavin Bond 則與前夫 William Slavin 打官司爭取小孩的監護權。Alyson 的父親 Kenneth Blum, Sr. 在更早之前，由於擔心 William Bond 的個性有問題，委請私家偵探調查其過去歷史，從而發現 William Bond 曾經寫過那樣的一本小说，並試圖出版，故私家偵探從經紀人那邊取得小說稿件。因此，在小孩監護權的官司中，William Slavin 就拿出該小說，以證明 Alyson 及其現任丈夫不適合監護小孩。William Bond 因此向 Kenneth Blum, Sr. 等人提出著作權侵害訴訟，要求法院發給暫時及永久禁制令。但地方法院認為被告等人使用該著作之行為，可構成合理使用¹⁴⁸。地方法院因而根據美國著作權法 17 U.S.C. § 505¹⁴⁹，要求原告需支付被告等人之訴訟費用。地方法院特別指出，原告提出訴訟之目的，不是為了保護其有創意的著作，而是為了避免小說中所提之事實暴露，故屬於一種著作權濫用。由於被告等人行為明顯為合理使用，且原告所提訴訟勝訴幾乎很低，故法院有權裁定

¹⁴⁵ John T. Cross and Peter K. Yu, *supra* note 48, at 437-438.

¹⁴⁶ David S. Olson, *supra* note 95, at 545-554.

¹⁴⁷ *Bond v. Blum*, 317 F.3d 385 (4th Cir. 2003).

¹⁴⁸ *Id.* at 389-392.

¹⁴⁹ 17 U.S.C. § 505: “In any civil action under this title, the court in its discretion may allow the recovery of full costs by or against any party other than the United States or an officer thereof. Except as otherwise provided by this title, the court may also award a reasonable attorney's fee to the prevailing party as part of the costs.”

原告應支付被告等人訴訟費用。而第四巡迴上訴法院對於此段說明持肯定態度¹⁵⁰。需說明者，此案主要的爭執點為訴訟費用的支付問題，因為訴訟的不當提出，導致被判決需支付被告訴訟費用。

2. 濫發著作權警告信或通知

跟前述類型有關者，則是著作權人雖然尚未提起訴訟，但卻透過警告信或通知，希望阻止他人使用某些資訊，但該類資訊根本不受著作權保護，或使用者可主張合理使用。典型的案例，乃是著作權人認為自己有著作權，對於他人之任何使用，縱使符合合理使用，也會先寄發警告信函¹⁵¹。

例如，在 2007 年加州北區聯邦地方法院的 *Shloss v. Sweeney* 案¹⁵²中，原告 Shloss 是一大學英文教授，想要撰寫關於 Lucia Joyce 的書，從 1988 年至 2003 年間，在美國和歐洲蒐集資料並撰寫草稿。被告為 James Joyce（Lucia Joyce 的父親）之繼承人，而 Sean Sweeney 則是繼承財產受託人。原告 Shloss 在 1996 年寫信給繼承人 Stephen Joyce 要求同意使用 Lucia Joyce 的書信內容，但 Stephen Joyce 斷然拒絕，並警告其不得使用任何 Lucia Joyce 所寫的著作，甚至還要求其不得使用其醫療記錄，但這些醫療記錄的著作權並不歸屬於 Stephen Joyce。在 2002 年間，Stephen Joyce 寫信給其出版社，警告其不得出版，並告知過去的法律訴訟都沒有敗訴，還告知出版社 Shloss 稿件中使用的其他人的書信一樣未經同意，但他人書信之著作權也不屬於 Stephen Joyce。至 2003 年，出版社因懼怕被告警告，而決定刪除書中使用到 James Joyce 和 Lucia Joyce 所有未公開發表之內容，然後出版。2005 年時，原告 Shloss 決定在網路上公開被刪除的書信內容，但仍寫信詢問被告是否同意刊登，但被告仍然回覆拒絕同意。因此，原告 Shloss 則在 2006 年提出訴訟，尋求確認判決，確認自己的使用行為符合合理使用，並確認被告之行為構成著作權濫用和不潔之手¹⁵³。法院認為被告對不具有著作權之資料，以及第三人之書信，對出版社進行

¹⁵⁰ *Bond v. Blum*, 317 F.3d at 397-398.

¹⁵¹ David S. Olson, *supra* note 95, at 551.

¹⁵² *Shloss v. Sweeney*, 515 F. Supp. 2d 1068 (N.D. Cal. 2007).

¹⁵³ *Id.* at 1072-1074.

警告之行為，的確屬於著作權濫用，並且也屬於不潔之手，而同意作確認判決¹⁵⁴。

在該案中，由於 Stephen Joyce 並未真正提出著作權侵權訴訟，而 Shloss 只是事先預防，要求法院確認，若將來 Stephen Joyce 提出訴訟，其可主張 Stephen Joyce 因有著作權濫用行為，而提出抗辯。但由於是確認判決，並非真正發生訴訟，故在該案雖肯定這種濫發警告信之行為為著作權濫用，但本文為求謹慎，將之歸類為著作權不當使用¹⁵⁵。

另外，2004 年美國曾經發生一案例，因亂發警告信函而遭到制裁。在加州北區地方法院的 *Online Policy Group v. Diebold, Inc.* 案¹⁵⁶中，被告 Diebold 公司經營線上投票機器，但該機器存在許多問題，該公司內部員工曾經以電子郵件討論過該問題。兩個斯默斯莫爾學院（Swarthmore Collage）的學生，取得了這些電子郵件的檔案資料，並在網路上公開。另外，有一網路報紙 IndyMedia 對 Diebold 的電子投票機器做出批判的報導，並做了一超連結，連到兩名學生網站上的信件內容，而 Online Policy Group 則提供 IndyMedia 的網路接取服務。因此 Diebold 寄送警告信給斯默斯莫爾學院和其他網路服務提供者。根據美國數位千禧年著作權法（Digital Millennium Copyright Act，簡稱 DMCA）之規定，其賦予網路服務提供者安全港規定，若著作權人發現自己著作受到侵害，可通知網路服務提供者取下，網路服務提供者為避免責任，則可按照後續步驟，例如取下爭議內容，以避免擔負著作權間接侵權責任。因此，斯默斯莫爾學院要求兩名學生在其網站上移除爭議信件內容，但兩名學生決定提出反擊，聯合網路服務提供者 Online Policy Group，起訴被告 Diebold 公司，要求確認其張貼與連結行為合法，並禁止被告 Diebold 因這些電子郵件內容被公開而向他人威脅或提出著作權侵權訴訟。他們甚至根據美國著作權法第 512(f)¹⁵⁷ 認為被告乃明知且實質地提出不實通知（Knowingly Materially

¹⁵⁴ *Id.* at 1080-1081.

¹⁵⁵ 但此案乃因學者在探討著作權濫用時納入，故在此進行介紹。參見 David S. Olson, *supra* note 95, at 550-554.

¹⁵⁶ *Online Policy Group v. Diebold, Inc.*, 337 F. Supp. 2d 1195, 1197 (N.D. Cal. 2004).

¹⁵⁷ 17 U.S.C. § 512(f): “Misrepresentations. -- Any person who knowingly materially misrepresents under this section --

(1) that material or activity is in-fringing, or

(2) that material or activity was re-moved or disabled by mistake or misidentification,

shall be liable for any damages, including costs and attorneys' fees, incurred by the alleged infringer, by any copyright owner or copyright owner's authorized licensee, or by a service provider, who is injured

Misrepresented))，而要求損害賠償¹⁵⁸。

在訴訟時，被告 diebold 公司雖主張信件中部分內容應有著作權，但卻沒有指出哪部分內容有著作權，而其也知道縱有著作權他人也可主張合理使用。而法院也認為本案在網路上公開及連結該信件內容之行為，可構成合理使用¹⁵⁹。由於原告行為屬於合法，則被告對原告等人寄送警告信行為，是否屬於 512(F)之明知提出不實通知。法院認為，明知 (Knowingly) 的意思就是「一方實際知道其通知為不實，或如果合理注意就應知道其通知為不實，或若出於善意將無實質懷疑該通知為不實」，而「實質」 (Materially) 的意思則是該不實通知確實影響了網路服務提供者的回應。法院認為，被告明知學生之行為可構成合理使用，卻明知且實質上不實通知各網路服務業者，後來卻不提出訴訟，其用意明顯就是想要阻止令其難堪的內容遭到散布¹⁶⁰。本案法院乃直接判斷於被告知行為，是否構成「實質不實通知」，而有學者認為，此種不實通知行為，也屬於一種著作權不當使用¹⁶¹。

3. 以著作權訴訟試圖保護智財權所不保護範圍

另外還有一種特殊案例，乃是利用著作權訴訟，試圖保護各種智慧財產權原本所不保護之範圍。例如，有些產品的經銷商，對產品之包裝或商標具有著作權，為了阻礙他人也銷售同樣產品，其並未提出商標權的訴訟，而是以該商標或產品包裝上的設計具有著作權，而提起著作權訴訟。但其訴訟本身，並非主張該著作權產品受到侵害，而是想要透過著作權訴訟，阻礙他人銷售該商標或包裝的商品。

美國較早先有一案例，乃關於平行輸入之重要案例。美國最高法院 1998 年在 *Quality King Distributors, Inc. v. L'anza Research International, Inc.* 案¹⁶²中，原告

by such misrepresentation, as the result of the service provider relying upon such misrepresentation in removing or disabling access to the material or activity claimed to be infringing, or in replacing the removed material or ceasing to disable access to it.” 我國著作權法最近修正模仿美國 DMCA，增加網路服務業者民事免責事由。其中，著作權法第 90 條之 11 乃模仿美國 512(f)之規定：「因故意或過失，向網路服務提供者提出不實通知或回復通知，致使用者、著作權人、製版權人或網路服務提供者受有損害者，負損害賠償責任。」

¹⁵⁸ *Diebold*, 337 F. Supp. 2d, at 1198.

¹⁵⁹ *Id.* at 1203.

¹⁶⁰ *Id.* at 1204-1205

¹⁶¹ John T. Cross and Peter K. Yu, *supra* note 48, at 431-432.

¹⁶² 523. U.S. 135 (1998).

L'anza 乃是加州生產洗髮精、潤髮乳等產品的公司。其對產品上的品牌擁有著作權。其為了在美國能夠以較高價的銷售其產品，故強力地作各種廣告宣傳，並對其授權代理商進行特殊訓練。但其在美國以外地區的產品銷售，並沒有進行廣告宣傳，故銷售價格比美國國內價格低 35% 到 40%¹⁶³。被告 Quality King 則從馬爾他進口了三貨櫃的 L'anza 產品，並在美國加州以較低的價錢銷售。因而，L'anza 對 Quality King 等公司提出訴訟，認為他們侵害了原告產品品牌上的著作進口權。而被告則以美國法典第 17 篇 109 條的第一次銷售原則作為抗辯，但地方法院和上訴法院則認為，若允許以第一次銷售原則為抗辯，則 602 條(a)的規定將無實義，判決被告敗訴¹⁶⁴。不過最高法院卻判決認為，美國法典第 17 篇第 602 條(a)雖然禁止未經授權輸入著作物，但是其在解釋上，乃是將輸入行為，構成 106 條的散布權。既然其不直接禁止輸入行為，而是說輸入乃構成 106 條的散布權，則一樣要受到 107 至 120 條的限制。其中也包括了第 109 條(a)第一次銷售原則的限制¹⁶⁵。當然，原告和美國檢察總長都認為，該條不應該如此解讀。但最高法院繼續說明，第 109 條(a)的第一次銷售原則，僅適用於依照美國法而合法製造的著作重製物，至於外國廠商在外國生產的著作重製物，乃是根據外國著作權法而製造，在美國並無法主張第一次銷售原則。亦即，最高法院認為，僅有外國著作人根據外國著作權法的著作重製物，可以享有輸入權，禁止他人未經同意輸入；但若是根據美國著作權法而製造的製作重製物，都會有第一次銷售原則的適用¹⁶⁶。

2007 年時在加拿大最高法院也出現類似案例。在 *Euro-Excellence, Inc. v. Kraft Canada, Inc.* 案¹⁶⁷中，原告 Kraft 是一糖果產品的加拿大經銷商，其在銷售的一款巧克力棒的包裝上有一品牌標示 (Logo)，對該標示擁有著作權。原告對這款巧克力棒，得到商標權人 Côte d'Or and Toblerone 在加拿大的專屬授權。而被告則是之前銷售 Côte d'Or and Toblerone 巧克力棒的經銷商，其在歐洲合法購買該牌巧克力棒

¹⁶³ *Id.* at 138-139.

¹⁶⁴ *Id.* at 139-140.

¹⁶⁵ *Id.* at 143-145. 但法院也認為，其當然也包括其他更重要的限制，例如合理使用的限制。*Id.* at 150.

¹⁶⁶ *Id.* at 147-178.

¹⁶⁷ *Euro-Excellence, Inc. v. Kraft Can., Inc.*, [2007] S.C.C. 37, at 2 (Can.). 由於其為加拿大案例，原文可於 <http://scc.lexum.umontreal.ca/en/2007/2007scc37/2007scc37.html> 取得。

後，輸入到加拿大。由於原告 Kraft 擁有使用該產品包裝上品牌標示的專屬授權，故其控告被告 Euro-Excellence 侵害其著作權。本案原告並不是以商標權受侵害提起訴訟，故被告 Euro-Excellence 認為其訴訟的真正目的並非保障其品牌標示的著作權，而是要壟斷該產品¹⁶⁸。

在該案中，Michel Bastarache 法官，認為著作權法應該與商標法保持一致，而原告起訴行為構成著作權不當使用，但卻認為這一原則不適合用在平行輸入問題上，而應留待日後其餘判決再決定可適用該原則之場合¹⁶⁹。但是，撰寫主要意見之 Marshall Rothstein 法官卻很明確地提到，加拿大法中沒有著作權濫用這個原則¹⁷⁰。Morris Fish 法官雖然同意 Rothstein 法官，但對於「加拿大智慧財產權的法律保護是否可以轉化為著作權所未想到的貿易控制的工具」保留「懷疑」¹⁷¹。雖然此一加拿大最高法院在此判決中不支持著作權濫用此一原則，但至少點出了其為一種著作權的不當使用¹⁷²。

其實在這類案件中，原告之所以不以商標權起訴，而以著作權起訴，乃是因為各國商標法原則上均允許平行輸入，而著作權法原則上不允許平行輸入。產品獨家代理商知道用商標權起訴無法勝訴，所以才改用著作權起訴，但真正的目的並非為了保護該品牌的著作權，而是想壟斷該包裝產品。

五、臺灣著作權權利濫用類型

上述詳細介紹了美國著作權濫用與其他不當使用之類型。以下則想要討論，台灣是否也有類似的問題，而在台灣出現這種問題時，目前如何解決，是否也可將之看為一種著作權濫用，賦予被告一種抗辯權，或認為其為著作權不當使用，而以其他法規對之制裁？

本文發現，臺灣法院因為釋字 548 號解釋，承認了「權利不得濫用」此一基本

¹⁶⁸ John T. Cross and Peter K. Yu, *supra* note 48, at 432-433.

¹⁶⁹ *Euro-Excellence, Inc. v. Kraft Can., Inc.*, [2007] S.C.C. 37.

¹⁷⁰ *Id.*

¹⁷¹ *Id.*

¹⁷² John T. Cross and Peter K. Yu, *supra* note 48, at 458-459.

法律原則，且該號解釋處理之對象，就是典型的著作權程序濫用問題。以下，本文先介紹我國之「權利不得濫用原則」及法院所承認之案例，比較與美國權利濫用抗辯之不同。進而，在後續段落，則採用前述美國著作權濫用及其他不當使用等類型，檢討台灣是否出現類似問題，並提出解決建議。

(一) 權利不得濫用原則

1. 我國實務對權利不得濫用原則之承認

美國因為為普通法國家，可由法院透過判例以及衡平法精神，發展出新的法律原則，包括本文所介紹之著作權濫用原則。而立法者可在某一原則發展成熟後，考慮是否修法將法院所發展出之原則，直接納入法律規定。

相對地，臺灣並非普通法國家，原則上法院不能自行透過衡平法概念，發展法律所未承認的原則。不過，法院雖不太可能發展出如美國一樣具體具抗辯性質的著作權濫用原則，但我國各級法院似乎早已承認「權利不得濫用」此一更上位的原則。

司法院大法官和最高行政法院都曾經在對公平交易法第 45 條所為之解釋，提及權利不得濫用原則。大法官在釋字 548 號解釋文中，提及「權利不得濫用原則是法律基本原則」。其在解釋理由書說明：「公平交易法第 45 條規定：『依照著作權法、商標法或專利法行使權利之正當行為，不適用本法之規定。』係為調和智慧財產權人之保障與公平交易秩序之維護二者間所生之衝突。因此，主管機關基於職權認定何謂『行使權利之正當行為』，不但須考量智慧財產權人之利益，亦須顧及自由公平競爭環境之維護與社會公益之平衡。…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 88 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。如事業係為競爭之目的，濫用專利法所賦予之權利，任意對競爭者之交易相對人或潛在交易相對人散發侵害專利權警告函，函中又未陳明專利權內容、範圍、及受侵害之具體事實，造成相對人收受警告函後，為避免因購買競爭者商品或服務而涉入無謂之訟累，心生疑懼，或拒與交易，形成不公平競爭，則非專利法所保障之權利正當行使，乃屬於公平交易法規範市場競爭行為之範疇。」。

由於大法官解釋，各級法院均已接受權利不得濫用原則可作為智慧財產權的限制。例如，在終審法院層級，最高行政法院則在 98 年度判字第 1479 號判決中，提及「公平法第 45 條：『依照著作權法、商標法或專利法行使權利之正當行為，不適用本法之規定。』此項排除公平交易法適用規定之要件有二，一是依照著作權法、商標法或專利法『行使權利行為』，二是該項行使權利行為係屬『正當』。換言之，並非行使著作權法、商標法或專利法權利之行為，即得排除公平交易法之適用。如果權利人在行使上開權利時，濫用其權利或違反誠信原則，對競爭秩序造成影響，而非屬正當者，仍不能免除公平法之適用。」。

事實上，在各級法院中，均有為數不少的案件均涉及濫發警告信函此種程序濫用問題。除了濫發警告信函問題外，各級法院判決，也開始在其他類型問題上，承認權利不得濫用原則，經筆者蒐集發現，在商標及專利案件中，皆有判決援引此一原則。有些判決在引述權利不得濫用時，指出其在成文法上之依據，就是民法第 148 條¹⁷³，但智慧財產法院的判決中該原則之使用，並未引用民法第 148 條，似乎認為其乃是法律本身就必須遵守的一原則。例如，在商標案件中，智慧財產法院行政判決 98 年度行商訴字第 236 號判決指出：「原告於法律救濟程序主張行使權利時，必須本身之行為無瑕疵、不當、隱瞞或矛盾，倘權利主張人本身行為已有不當之處，則無權主張他人行為不法，亦即『不得以自己之不法主張他人之不法』，此即權利濫用禁止之衡平法則，是以上開所稱「他人著名之商標或標章」或「他人先使用於同一商品或類似商品之商標」，雖不以在國內外註冊為必要，惟該商標仍應具有合法正當之先使用權源，始該當之。」¹⁷⁴因而認為原告不具正當之先使用權源，而不得根據商標法第 23 條 12 款及第 50 條申請評定。另外，相同的理由，也可參見智慧財產法院行政判決 98 年度行商更(一)字第 10 號判決¹⁷⁵，該判決並認為參加人自己不具有正當之先使用權源，故不可依據商標法第 23 條第 14 款及第 40 條對他人商標提出異議。

另外，在專利法中，本身就有一些禁制專利權人權利濫用的規定。在新型專利

¹⁷³ 例如臺灣臺北地方法院民事判決 88 年度訴字第 4518 號。

¹⁷⁴ 參見智慧財產法院行政判決 98 年度行商訴字第 236 號判決。

¹⁷⁵ 參見智慧財產法院行政判決 98 年度行商更(一)字第 10 號判決。本判決與前一判決，判決法官相同，且於同一日判決，但案情不同。

改為形式審查後，為避免新型專利權人對他人隨意提起訴訟，故於專利法第 104 條規定：「新型專利權人行使新型專利權時，應提示新型專利技術報告進行警告。」臺灣臺北地方法院民事判決 94 年度智字第 57 號判決指出：「專利法第 104 條增訂之目的，並非在限制人民訴訟權，僅係防止權利之濫用，且如事後其專利權遭撤銷時，尚在專利權撤銷前係基於新型專利技術報告已向他人行使新型專利權時，因法律推定無過失，可例外無庸負擔損害賠償責任。故縱使新型專利權人未提示新型專利技術報告，非不得提起民事訴訟。」在相關立法理由與判決中，都承認權利濫用此一原則。此外，智慧財產法院民事判決 99 年度民公上字第 3 號判決，也承認權利不得濫用原則，認為被告明知原告為侵害其專利權卻故意提起假處分聲請，阻礙其學名藥上市，構成權利濫用，搭配民法第 184 條及民事訴訟法第 531 條，認為其應對惡意聲請假處分對原告造成之損害負賠償責任¹⁷⁶。

除了法院判決，雙方當事人在訴訟中，更常主張權利不得濫用原則。依筆者目前所查得之判決中¹⁷⁷，可發現包括商標爭議、專利爭議、著作權爭議等案件中，當事人在訴狀中，都會援引權利不得濫用此一原則；甚至有的直接指出，該原則的依據來源為民法第 148 條權利不得濫用或誠實信用原則¹⁷⁸。不過這些主張未必皆為法院所接受。

綜合整理前述實務見解可知，大法官在釋字 548 號解釋中指出，權利不得濫用原則是法律基本原則，似乎認為不待成文法規定，也應該肯定此原則。而落實在智慧財產權案件中，部份法院認為權利不得濫用可作為一種抗辯權。1.在新型專利侵權案件中，可作為專利權人不當行使專利權之抗辯權；2.在商標異議、評定之程序中，可作為此種行政程序中之抗辯權。

但若要對權利濫用人進行積極的行政制裁或民事制，則法院則會將權利不得濫用原則搭配具體條文，包括：1.在公平交易法案件時，法院將權利不得濫用原則連

¹⁷⁶ 參見智慧財產法院民事判決 99 年度民公上字第 3 號判決。該判決對權利不得濫用之概念，引用最高行政法院 98 年度判字第 1479 號判決。

¹⁷⁷ 筆者主要以權利濫用作為關鍵詞，蒐集智慧財產法院判決，並從各種文獻中所引用的資料，查詢其他法院已經出現過之判決見解。惟目前仍無法蒐集所有智慧財產案件中與權利濫用有關之判決。

¹⁷⁸ 例如智慧財產法院民事判決 97 年度民專上字第 14 號、智慧財產法院民事判決 98 年度民專上字第 22 號、智慧財產法院民事判決 97 年度民專上字第 20 號、智慧財產法院行政判決 99 年度行商訴字第 99 號等。

結公平交易法第 45 條，並搭配公平交易法其餘條文，而承認可對濫用行為進行行政制裁或民事制裁，最常見的類型就是濫發警告信函之爭議。2.對專利權人所提起的惡意假處分案件中，法院就將權利不得濫用搭配民法第 184 條、公平交易法第 31、31 條、民事訴訟法第 531 條，允許當事人對專利權人請求損害賠償，亦為一種民事制裁。

若綜合所有上述我國實務判決之討論可知，雖然我國法院所承認的權利不得濫用在智慧財產權案件上的判決尚不多，但約略可整理出一些特色：

1. 我國法院所承認的權利不得濫用原則，在類型上，主要為程序性的不當使用，而非授權時的濫用。從我國案例中可知，包括最常見的濫發警告信函、未有新型專利技術報告即提起新型專利侵權訴訟、有不潔之手而提出商標異議評定、明知未侵害專利而聲申請假處分等。
2. 法律效果上，從上述法院判決可知，權利不得濫用原則，在商標異議、評定程序中，本身單獨可作為程序上之抗辯權，在其餘類型，則需搭配各種相關條文，包括公平交易法上之處罰，以及民事上之賠償請求。

2. 著作權之權利不得濫用的採用

雖然整理上述少數判決，可以歸納出我國權利不得濫用原則之特色，但在筆者查詢之我國法院案件中，目前僅有數件著作權爭議，曾有當事人提出權利不得濫用原則。但除了濫發警告信函此種程序不當使用為我國法院承認外，其他類型法院並未正式承認該原則並運用於判決中。

目前法院所肯定的著作權權利濫用類型，主要就是濫發警告信函問題。例如，在最高行政法院判決 95 年度判字第 01003 號判決，涉及的就是著作權人濫用警告信函給利用人之交易人，造成利用人營業損失，而向公平交易委員會檢舉，認為著作權人已經違反公平交易法。而法院判決指出，「…德真行於接獲上訴人 89 年 11 月 16 日之警告函後，因對上訴人所稱之侵害著作權情事心生疑懼，故取消預定於 89 年 12 月 1 日交貨之訂單，致使檢舉人營業遭受極大衝擊，業已結束業務。上訴人於發函前並未事先通知檢舉人可能侵害其所有著作權，踐行請求排除侵害之先行程序，且未於警告函內敘明其所有著作權明確內容、範圍及受侵害之具體事實，使

受信者德真行無法合理判斷進而取消訂單，顯已逾越權利正當行使範圍，為足以影響交易秩序之顯失公平行為，違反公平交易法第 24 條之規定等情，為可採信，因將被上訴人依公平交易法第 41 條前段之規定命上訴人立即停止上開顯失公平之行為，並依行為時公平交易法施行細則第 33 條（91 年 6 月 19 日修正發布移為第 36 條），審酌其違法行為動機、目的、對交易秩序危害程度、事業規模及經營狀況、市場地位、以往違法情形及犯後態度等，處以罰鍰 10 萬元之處分……¹⁷⁹法院認為相關行政處分與訴願決定並無違法，而維持原處分。在這種典型的濫發警告信函爭議，普遍存在於專利權、商標權、著作權之案件中，而我國法院判決皆因大法官釋字 548 號解釋，而肯定此種著作權權利濫用類型。但在筆者所查到之其餘類型，當事人所主張之權利濫用問題，卻被法院否定或漠視。

首先，也有一案例也是濫用警告信函，但卻不是由公平交易委員會開罰，而是由利用人請求民事賠償。該案例為智慧財產法院民事判決 98 年度民著上字第 14 號，大致事實如下，原告（伴唱帶業者）認為，其曾經得到過被告（著作權人）代理人之授權，但被告竟不承認代理人所為之授權，而任意提起刑事告訴，威脅原告之被授權人（下游店家），因而原告主張被告之行為屬於權利濫用，由於該行為已經影響到原告之生意，故根據民法 184 條請求被告賠償。由判決書中，原告主張之權利濫用並無成文法依據，而最後法院認為，被告提起刑事告訴乃本身就具備的權利，並沒有濫用問題¹⁸⁰。

另一案件則為智慧財產法院民事判決 97 年度民專上字第 20 號。該案大致事實如下，專利藥廠為了阻礙學名藥廠之上市，主張學名藥廠之藥品仿單，乃侵害專利藥廠之著作權。而學名藥廠在答辯中，主張專利藥廠所為，乃屬於民法第 148 條之權利濫用。惟法院在判決中並未對此議題有所著墨¹⁸¹。

雖然我國法院在著作權案件中，還未積極使用權利不得濫用原則，但既然各級法院都已經承認權利不得濫用原則為法律基本原則，本文認為，往後應更有機會將此原則適用於著作權之案件。從上述分析可知，除了濫發警告信函此一類型外，目前法院尚未在其他案件類型中使用權利不得濫用原則。筆者認為，本文所介紹之各

¹⁷⁹ 最高行政法院判決 95 年度判字第 01003 號判決。

¹⁸⁰ 參見智慧財產法院民事判決 98 年度民著上字第 14 號。

¹⁸¹ 參見智慧財產法院民事判決 97 年度民專上字第 20 號。

種著作權濫用或不當使用情形，都值得我國法院參考，而可在往後著作權案件中操作權利不得濫用原則，作為參考借鏡之對象。故以下則以對照美國之著作權濫用與不當使用之類型，選擇某些臺灣類似類型的案例，作較深入的分析。

(二) 著作權濫用類型

美國之著作權濫用類型，通常發生在著作權人的授權契約行為，有故意擴大著作權利範圍，限制他人合理使用空間、破壞概念/表達二分法者，則屬於著作權濫用，而被告可以提出著作權濫用抗辯。

至於臺灣方面是否存在這種授權契約限制問題，必須具體檢視臺灣產業的授權契約，看看是否真有這類不合理的限制條款。但本研究蒐集臺灣法院判決，尚無發現授權契約中有不當約定受受到質疑者。

著作權法主管機關智慧財產局，曾經針對著作權濫用問題，公開招標一研究案，在招標規範書中¹⁸²，曾經舉例，臺灣 DVD 發行業者慣用一種手法，為了迴避第一次銷售原則¹⁸³，和出租店約定，電影 DVD 並沒有銷售給出租店，只是授權他們使用。雖然契約有此約定，DVD 所有權並未移轉給出租店，但事後卻不落實影片回收，故實際上仍然將所有權「放棄」給出租店。在智慧財產局此招標文件中以此舉例，似乎認為此可能為臺灣電影 DVD 產業在授權時的一種著作權濫用類型。

但本研究認為，第一次銷售原則，本身並非美國合理使用之類型。美國的著作權濫用，主要強調在授權契約中限制合理使用空間，但若是以授權契約來規避第一次銷售原則，美國法院似乎不認為其為一種著作權濫用。例如，在電腦軟體開始出現大量銷售後，電腦軟體公司就開使用「授權」取代「銷售」，試圖規避第一次銷售原則。而美國也早有案例，肯定此種手法之合法性¹⁸⁴。因此，本文就此種 DVD

¹⁸² 經濟部智慧財產局委託辦理「相關國家防止著作權濫用之研究」招標規範書，2009年11月。

¹⁸³ 同前註，頁1，提及：「影音光碟出租版、單支授權版標示錯誤及出租版不落實回收，又規避權利耗盡原則之適用……」。

¹⁸⁴ 例如，在2000年加州南區地方法院的 *Adobe System, Inc. v. One Stop Micro, Inc.* 84 F. Supp. 2d 1086 (N.D. Cal. 2000) 一案中，原告 Adobe 是著名的軟體廠商。其販售的盒裝軟體，針對校園學生，以較便宜、沒有售後服務的版本，標為「教育版」，只銷售給校園使用者。但 Adobe 是先賣給校園經銷商，再賣給校園轉售者 (Reseller)，由校園轉售者銷售給校園終端使用者。Adobe 和校園轉售者間簽署了「校園轉售者契約」(On Campus Reseller Agreement)。被告 One Stop 是從事

發行者以授權方式試圖規避第一次銷售原則之方式，持保守態度，應非著作權濫用之類型。

當然，臺灣是否存在其他著作權授權契約中有不當限制問題，必須具體檢視臺灣產業的授權契約，看看是否真有這類不合理的限制條款。但至少本研究以「權利濫用」加上「著作權」為關鍵字，搜尋臺灣法院判決，並沒有看到這類訴訟。至於實務上的確可能存在這種不公平約定，但目前本研究因無法蒐集所有著作權產業之實際授權契約，故目前為止並未發現此種類型。

(三) 著作權不當使用類型

1. 具市場力者之不當使用

關於著作權人採取限制競爭手段，一般由於著作權不具市場力量，故較少認為其違反競爭法。但參考美國案例，若著作權人因具市場力量，就有可能被認為違反競爭法其餘規定。筆者認為，著作權產品中，真正會有市場力量者，主要就是著作權集體管理團體以及電腦作業系統。而這兩類問題，在臺灣也都曾經發生過。對於這兩類產品可能引發的違反競爭法行為，除了的事後用競爭法加以制裁外，其實可透過個別法的管制，事前避免發生限制競爭行為。

須再度澄清者，前述在區分美國之著作權濫用與因具市場力而違反競爭者這兩種類型時，曾經指出，兩者具備不同的判斷標準。著作權濫用必須是以授權方式不當擴張著作權權利範圍、限制合理使用空間等，若著作權人具備市場力量時，另外可能會違反競爭法。以下所舉類型中，著作權集體管理團體的概括授權，可認為是

軟硬體販售的業者，其從校園轉售者那購買校園版盒裝軟體，然後將封套拆掉，刮除包裝盒上的「教育版」字眼，以及電腦條碼，然後重新加以封裝，然後混入一般版，轉賣給一般客戶。Adobe 對被告所提的主張中，有一個是主張被告侵害其著作權。但被告以第一次銷售原則作為抗辯，認為其購買軟體已經算是銷售，故可以自由再轉售出去。其主張的理由為，從「校園轉售者契約」中，就可以看到許多「購買」(Purchase) 和「擁有」(Own) 等字眼，而可證明其已經進行銷售 (Sale)。但 adobe 卻認為其只是授權而非銷售，因為在「校園轉售者契約」中，仍可看到大量的授權以及條件限制。法院檢視許多證人證詞之後，認為軟體業一般多採用授權方式，所以認為 adobe 和校園轉售者間不存在銷售關係，而只存在授權關係。進而，法院認為，由於校園轉售者受到授權條件限制，所以賣給被告 one Stop 的軟體，也受到該授權條件限制，故也不算是「銷售」而只是「授權」。故法院認為，One Stop 將校園版賣給一般使用者，侵害了 adobe 的散布權 (Right to Distribute)。

一種搭售，而可能屬於一種著作權濫用，但若是拒絕授權，則非著作權濫用，但仍可能違反競爭法。

(1) 著作權集體管理團體濫用權利

臺灣的著作權集體管理團體，曾經引發的著作權不當使用問題，最主要的，就是和美國一樣，乃是收費方式採取概括授權，而個別授權的金額則太高昂，以此方式逼使使用者接受概括授權。不過臺灣與美國最大的不同，就是台灣有專法直接管理著作權集體管理團體之授權費率與授權方式。因此，在此專法管理下，較不會出現各種授權契約的濫用問題。但本文發現，其仍然可能出現兩種不當使用問題，一種是拒絕授權，一種則是訴訟不當使用。而要避免這樣的問題產生，必須搭配其他條文的修改，以避免這種不當使用情形出現。

雖然著作權集體管理團體所設定的費率與授權方式，某程度會受到著作權審議及調解委員會的介入，但介入的範圍曾經引發爭議。2001年修改著作權法時，刪除了審議及調解委員會審議集體管理團體授權費率的權限¹⁸⁵。但是當時的著作權仲介團體條例並未同時修改。在著作權仲介團體條例中規定，仲介團體申請許可設立及嗣後變更而提高使用報酬率，都須經審議調解委員會審議。因此，著作權法已明文刪除此權限，仲介團體條例卻保留此權限，引發子法是否違反母法之爭議¹⁸⁶。另外，就算承認集體管理團體仍然可以審議費率，但按照管理條例規定，只能審議「設立時」的授權項目費率及「嗣後變更而提高」的費率，但針對成立時沒有授權的項目，事後創設新費率及收費方式，這種新費率及授權方式，是否要接受審議委員會審議，也引發爭議¹⁸⁷。不過，上述兩個問題，智慧財產局及法院，都認為審議

¹⁸⁵ 相關爭議，可參考劉孔中，「從著作權共同管理之發展趨勢檢討我國著作權共同管理團體之法制」，全國律師，第9卷12期，10，12-13(2005)。

¹⁸⁶ 著作權法和當時的著作權仲介團體條例，雖然都是法律位階，但因為著作權法第81條第3項規定：「第一項團體之許可設立、組織、職權及其監督、輔導，另以法律定之。」故認為著作權仲介團體條例乃依據著作權法第81條制定，屬於著作權法之子法。相關案件判決，參見臺北高等行政法院96年度訴字第4103號判決、臺北高等行政法院95年度訴字第3323號判決、臺北高等行政法院95年度訴字第3339號判決。臺北高等行政法院的立場同智慧財產局，認為審議調解委員會有權審議任何著作權集體管理團體的新設費率或費率的修正。其中兩案上訴至最高行政法院，最高行政法院則支持高等行政法院立場，請見最高行政法院98年度判字第1459號判決、最高行政法院判決98年度判字第1370號。

¹⁸⁷ 參見臺北高等行政法院96年度訴字第4103號判決。

調解委員會仍然有審議費率的權限及必要¹⁸⁸。

例如，在數位電視開發初期，蕃薯藤（現為天空夢想集團）籌備的網路電視，都已經和各家節目頻道業者，談好授權費用，讓這些節目放到網路數位電視上。數位電視所需音樂的公開傳輸權，是音樂集體管理團體設立時所沒有的項目。而國內第一大的音樂著作集體管理團體 MUST 對節目中使用音樂欲索取的費用，反而比節目本身的授權費用高。因而蕃薯藤集團決定向智慧財產局著作權審議及調解委員會提出異議，要求介入調整費率¹⁸⁹。

另外，集體管理團體和業者談判時，一旦談不攏，則直接提起刑事訴訟威脅¹⁹⁰，這也是另外一種訴訟不當使用的手段。例如，音樂著作權集體管理團體雖然對電視或廣播節目已經做出授權，但對一般店家在店內開電視或廣播供消費者閱聽時，又想對店家再收取一次費用。而且其也往往提出刑事訴訟威脅。對於這個問題，2010年2月著作權法修正，已禁止個別著作權人對店家將電視或電台進行公開演出時，提出刑事訴訟。但實際上，卻只是限制個別著作權人不可提起，而著作權集體管理團體仍然可以提起。

我國著作權仲介團體管理條例，於2010年2月全面修正，將法律名稱更換為「著作權集體管理團體條例」，並於第24、25條，明文規定著作權審議及調解委員會，有權審議集體管理團體的費率。而且，於第26條則限制集體管理團體的刑事訴訟權。其規定，在費率通過前，利用人可先支付「暫付款」，一旦支付暫付款，集體管理團體就不可提出民事、刑事訴訟¹⁹¹。其用意就是在限制集體管理團體濫用訴訟，而不肯好好協商或審議費率的現象。另外，於第39條也規定，集管團

¹⁸⁸ 參見臺北高等行政法院96年度訴字第4103號判決。

¹⁸⁹ 該案交由著作權審議及調解委員會處理，相關會議記錄，可查閱經濟部智慧財產局著作權審議及調解委員會95年第6次會議紀錄（2006/8/3）。

¹⁹⁰ 這個現象未經正式調查，但在少數文獻中均有提及。例如，劉孔中，前揭註185，13。

¹⁹¹ 著作權集體管理團體條例第26條：「使用報酬率自申請審議至審議決定前，利用人就其利用行為，得按照變更前原定之使用報酬率或原約定之使用報酬給付暫付款；無原定之使用報酬率及原約定之使用報酬者，得向著作權專責機關申請核定暫付款。前項之暫付款，著作權專責機關於核定前，得諮詢著作權審議及調解委員會之意見。第一項經核定之暫付款應於著作權專責機關之網站公布；於審議使用報酬率期間內，對相同利用情形之利用人均適用之。利用人依第一項規定向集管團體支付暫付款，且表明其係暫付款者，其利用之行為不適用著作權法第六章及第七章規定。」

體除了受專屬授權或信託讓與，不得再以自己之名義提出刑事訴訟¹⁹²，以遏止集管團體大量濫用刑事訴訟。關於刑事訴訟的不當使用，下文會進一步說明。

(2) 作業系統濫用市場力量

至於作業系統不當使用市場力量，在臺灣和美國一樣，主要的個人電腦作業系統市佔率最高者，就是微軟的 Windows 系列作業系統。因此微軟每次推出產生所產生的搭售問題，在臺灣一樣存在。不過臺灣並未對微軟各版 Windows 搭售應用程式問題，提出訴訟。但卻對於價格過高以及強迫升級問題，引發爭議。

2003 年的微軟因為 Windows 作業系統售價過高案，臺灣的公平交易委員會歷經六個月以上的調查之後，最後仍然認為事實或法律不清，而選擇和微軟「行政和解」。當時的問題，主要是認為微軟的相關軟體售價太貴。售價太貴本身，並非授權時不當擴張權利範圍，故非著作權濫用，至於是否違反公平交易法第 10 條的獨占事業「對商品價格或服務報酬，為不當之決定、維持或變更不當維持價格」，則存在爭議，故公平會選擇與微軟行政和解。

但於 2008 年又引發另一爭議。微軟在 2008 年 6 月底，宣布於臺灣停止向零售商以及大部分 PC 製造商銷售 Windows XP 系統，全力推動 Vista 系統。此舉引發消費者反彈，消基會也向公平交易委員會檢舉微軟利用本身市占率，強迫消費者將作業系統換成 Vista，涉嫌不當搭售行為，涉嫌違反公平交易法。但此次消費者想要視窗 XP 而不要視窗 Vista 的問題，主要是自家兩項產品的競爭。但實際上，對微軟而言，他根本不希望兩項產品競爭，而希望用新的 Vista，來淘汰舊的 XP，開拓新的市場，並更可以擴展其在應用程式的市場地位，進而回來鞏固其在作業系統的地位¹⁹³。

筆者認為，微軟拒絕銷售視窗 XP 的行為，乃屬於一種拒絕授權。拒絕授權本身，並非授權時不當擴張權利範圍，是否為著作權濫用較有問題，本文傾向持保守意見，認為其非著作權濫用。但拒絕授權卻可能違反公平交易法，關於此點，過去

¹⁹² 著作權集體管理團體條例第 39 條：「集管團體執行集管業務，得以自己之名義，為著作財產權人之計算，為訴訟上或訴訟外之行為。但刑事部分，以集管團體受專屬授權或信託讓與者為限。」

¹⁹³ 微軟擴展戰場到應用程式，其實也可以回饋給自己更加穩固自己的作業系統。請參見楊宏暉，前揭註 112，268-269。

學者的討論，多集中在專利產品上。因為通常只有專利產品會有足夠的市場力量。學者黃銘傑認為，專利的單獨拒絕授權需符合三種情形，才會違反公平交易法。1. 該專利技術成為業界的技術標準時，2. 該專利技術成為關鍵設施時，3. 專利權人與被授權人間，存在著相對優勢關係¹⁹⁴。雖然其乃是討論專利，但仍可一體適用於著作權法¹⁹⁵。

在微軟的視窗作業系統中，筆者認為前三種情況都可以符合。1. 微軟的視窗作業系統已成為超過個人電腦 90% 市占率的電腦作業平台，成為技術標準。2. 許多應用程式均需於微軟的視窗作業系統上執行，已經算是關鍵設施，微軟強勢推出 Vista 作業系統，導致其他應用程式軟體廠商必須因應新的作業系統開發新的應用程式。3. 微軟與消費者的關係，也存在相對的優勢關係。因此，筆者認為，微軟的這種拒絕授權，已經違反公平交易法。

不過，要徹底解決作業系統具有市場獨占力量而可能產生的著作權不當使用問題，根本之道，還是需修改著作權法，調整著作權法對電腦程式之保護¹⁹⁶。唯此問

¹⁹⁴ 黃銘傑，前揭註 106，19。

¹⁹⁵ 黃銘傑認為，所有智慧財產權在判斷是否違反公平交易法時，都和一般財產權適用相同的標準。並不因為公平交易法第 45 條的規定，而認為智慧財產權的行使擁有特權。參見黃銘傑，同上註，15-18。

¹⁹⁶ 關於提倡修改著作權法對電腦程式之保護規定，詳細之討論，非本文篇幅可處理，但可於此介紹幾個重要學者之主張。美國學者中，認為應修改著作權法以避免電腦程式濫用獨佔地位者，主要之代表學者有 Peter S. Menell、Lawrence Lessig 和 Dennis S. Karjala。其建議包括縮短保護期間、強制公開原始碼、強制授權等。在縮短保護期間方面，Peter S. Menell 建議對電腦程式中的作業系統，應以專利保護模式略加修改，且不該給與這麼長的保護期間，保護期間應該比傳統的專利保護期間更短；而對電腦程式中的應用程式，認為可以維持現在的著作權保護模式，但也應該縮短保護期間。參見 Peter S. Menell, "Tailoring Legal Protection for Computer Software," *39 Stan. L. Rev.* 1329, 1365-71 (1987)。而 Lawrence Lessig 則提倡回復著作登記制，且必須每隔五年申請延長一次，針對電腦程式著作，Lessig 教授認為基於電腦程式著作的特性，保護期間太長對電腦公司並沒有意義。若真的等到這些著作權到期，進入公共所有，也不會再有人需要使用這些過時的電腦程式著作。因而，Lessig 主張，在他所建議的登記制度下，電腦程式著作一樣要登記，也只能獲得五年的保障，但只允許延展一次，亦即最多保護 10 年。參見 Lawrence Lessig, "The Future of Ideas: The Fate of the Commons in a connected World," 250-252 (Vintage Books, 2002)。就開放原始碼部份，Peter S. Menell 認為，由於電腦程式具有網路效應，彼此的程式必須相容，在其提出的修正的保護模式中，不論是作業系統或是應用程式，他都建議應該允許其他廠商進行逆向工程 (Reverse Engineering)。參見 Peter S. Menell, *id.*, at 1365, 1371。而 Lawrence Lessig 認為，電腦程式若想取得著作權保護，在登記時必須將原始碼繳交一份給著作權辦公室，等到著作權期間消滅後，則將該原始碼公開在網路上。參見 Lawrence Lessig, *id.*, at 253。甚至，Dennis S. Karjala 教授認為，作業系統電腦程式由於有網路效應，其算是一種標準 (Standard)，勢必會成為獨占。其認為，若要促進作業系統的開放與進步，則不但應該強迫開放作業系統的原始碼，而應該兼而採取

題為一高度爭論之難題，本文限於篇幅無法處理，只是指出此一思考方向。

2. 程序之不當使用

對於著作權程序之不當使用，前已介紹，我國法院已經普遍承認，著作權人濫發警告信函，可能違反公平交易法第 24 條之規定¹⁹⁷。另外，著作權法最近修正之網路服務業者民事免責事由之規定中，仿照美國著作權法第 512(f)之規定，新增了著作權法第 90-11 條：「因故意或過失，向網路服務提供者提出不實通知或回復通知，致使用者、著作權人、製版權人或網路服務提供者受有損害者，負損害賠償責任。」這個規定就是針對著作權通知程序的不當使用，所施加之制裁規定。除此之外，尚無法律對著作權程序不當使用有所規定。

本文認為，對照前述美國程序不當使用類型，從臺灣實際法院運作，目前可整理出二種類型之程序不當使用，一是類似前述美國案件所提出的，意圖透過著作權訴訟，擴大智慧財產權（包括著作權、商標權、專利權）的保護範圍，而本文蒐集到的類型，則特別是以訴訟方式試圖擴大智財權的保護期間。第二種則較為特殊，乃是臺灣所獨有，前述美國學者提出之訴訟不當使用，乃民事訴訟之濫用或警告威脅，但本文發現臺灣有嚴重的著作權刑事訴訟的不當使用。

(1) 擴大智慧財產權保護範圍

各類智慧財產權人，包括著作權人、商標權人、專利權人，都會利用訴訟制度，試圖擴大其原本法律所賦予的保護範圍。例如前述美國案例中，透過著作權訴訟，以規避商標法允許平行輸入之規定。而本文發現，臺灣曾經出現過以著作權訴訟方式，試圖達到延長著作權及專利權保護時間的效果。

a. 延長著作權保護時間

我國著作權法保護期間為著作人死後 50 年，若著作人為法人，則為公開發表後 50 年。大部分著作，其根本不需要如此長之保護期間，只有少數非常暢銷之著

強制授權 (Mandatory Licensing)。參見 Dennis S. Karjala, *supra* note 108, at 186-191.

¹⁹⁷ 參考公平交易委員會「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。」相關文獻討論，可參考黃銘傑，「智慧財產侵害警告函與公平交易法之適用」，競爭法與智慧財產法之交會，2 版，461-514 (2009)。

作，才有這種需要。在美國，迪士尼之卡通風靡百年歷久不衰，是少數可以繼續銷售數十年的著作權產品。也正是因為迪士尼卡通已經屆滿創作人死後 50 年之期限，故在迪士尼的遊說下，1998 年，美國國會通過了「著作權期間延長法」（Sony Bono Copyright Term Extension Act），將所有 1978 年 1 月 1 日以後創作的著作的保護期間，從著作人死後 50 年，延長為死後 70 年；而對 1978 年以前創作的著作，則從公開發表後 75 年，延長為 95 年。因而也引發了後來的訴訟¹⁹⁸，爭執著作權不斷延長是否違反美國憲法第 1 條第 8 項第 8 款及言論自由之規定¹⁹⁹。

在美國該爭議乃是透過修法延長，故沒有所謂著作權濫用問題。但是本文發現，在台灣由於著作權法並沒有延長，而迪士尼公司為了確保自己的著作權不會消滅，改使用一種特殊技巧。其將其所屬的卡通人物（小熊維尼、米老鼠、米奇、米尼）等，收錄於「狄斯奈人物指南 Disney Character Guide」，並向我國內政部登記，著作權期間自民國 72 年 2 月 25 日起至 102 年 2 月 25 日止。故若這段期間有人使用迪士尼之卡通圖案作為商品之用，美商迪士尼公司則會主張其侵害了「狄斯奈人物指南 Disney Character Guide」一書之著作權，提起訴訟²⁰⁰。可惜的是，我國高等法院台中分院並沒有檢討此舉是否為刻意避開著作權法本身之規定，而乃使用不當技巧試圖延長著作權保護期間，而認為被告使用迪士尼卡通圖案作商品之用，的確已經侵害了原告之著作權²⁰¹。本文認為，法院應該發現這種規避行為，而否定其著作權遭到侵害。

b. 利用著作權延長專利保護時間

學名藥上市時，在藥品包裝內會附上「藥品仿單」，由於學名藥成分與屆期之

¹⁹⁸ Eldred v. Reno, 74 F. Supp. 2d 1 (D.C.D. 1999); Eldred v. Reno, 239 F.3d 372 (D.C. Cir. 2001); Eldred v. Ashcroft, 537 U.S. 186 (2003).

¹⁹⁹ 相關討論文獻眾多，可參考 Edward Samuels, "The Public Domain Revisited," *36 Loy.L. A. L. Rev.* 389 (2003); Lawrence Lessig, "Does Copyright Have Limits? Eldred v. Ashcroft and its Aftermath," in *Open Content Licensing: Cultivating the Creative Commons* (Brian Fitzgerald, ed., Sydney: Sydney University Press, 2007); 王明禮，「著作權存續期間的憲法界限：試評 Eldred v. Ashcroft」，發表於 2004 年 12 月 10 日在中研院歐美研究所主辦之「美國最高法院重要判決之研究：2000~2003」學術研討會(2006)；吳尚昆，「美國著作權期間延長法案爭議評析」(2007)，發表於法律、教育與生活網，http://www.wretch.cc/blog/vwu21&article_id=4030382，最後瀏覽日期：2010/10/5。

²⁰⁰ 參見臺灣高等法院台中分院 90 年度上易字第 588 號刑事判決。

²⁰¹ 同上。

專利藥一樣，而藥品仿單內容也一樣，但就曾出現專利藥廠控告學名藥廠，侵害其藥品仿單之著作權²⁰²。而智慧財產法院在判決中指出：「仿單著作權爭議有淪為藥品市場競爭手段或變相延展藥品專利保護期間之虞。」但藥品仿單並無單獨之授權市場，最後法院認為被告對原告仿單之使用，構成合理使用²⁰³。但從此案例即可知，專利權人試圖透過著作權訴訟，延長其已經屆期的藥物專利，拖延其他學名藥廠的產品上市。此行為可認為為一種著作權之不當使用，而我國法院在此乃正確的操作合理使用規定，往後應可避免此種類型問題再度出現。

(2) 不當使用刑事訴訟程序

另外一種訴訟制度之不當使用，乃美國所無。美國的著作權人，雖然也會以警告信函或提出民事訴訟方式，對利用人進行威脅，但由於臺灣的著作權法有刑事責任，且要件相當寬鬆，故在臺灣著作權人不當使用程序所提起的威脅，乃是刑事告訴或自訴，試圖威脅使用者，而最終目的則是為了與其達成和解，取得賠償金或和解金。這樣的不當使用，已經比濫發警告信函還要嚴重，因為警告函只是比較輕微的威脅，但隨意提出刑事告訴，會使被告受到警察、檢察官之傳喚訊問，造成之恐嚇效果更大。但之所以會出現這種特殊情形，乃因為臺灣著作權刑事責任設計與我國刑事訴訟制度使然。以下先說明我國之著作權刑事責任與美國有何不同，再說明現行的刑事訴訟不當使用情形以及可能的解決方法。

a. 美國與臺灣著作權刑事責任比較

美國 1897 年開始即有全面規定著作權刑事責任，但只有蓄意和意圖營利，才有刑事責任²⁰⁴。一般學者解釋，其用意乃在處罰著作權人的競爭對手，亦即為商業用途時，才有刑事責任²⁰⁵。1976 年著作權法全盤修正時，將原本的刑事責任要件，改為「意圖商業利益」與「意圖私人獲利」，但學者仍認為並沒有改變原本只處罰

²⁰² 參見智慧財產法院 97 年度民專上字第 20 號民事判決。

²⁰³ 同上。該判決的另一部分，也是商標與著作權的替換使用。另一告訴人為日本凱蒂貓的商標權人，其使用商標控告被告製作凱蒂貓娃娃，乃侵害其商標權。但問題在於，此並非商標權之使用，照理也不應判決侵害商標權，應該論以是否侵害著作權法為妥。

²⁰⁴ 蔡蕙芳，「美國著作權法上刑事著作權侵權之研究」，著作權侵權與其刑事責任，132-133 (2008)。

²⁰⁵ Geraldine Szott Moohr, "The Crime of Copyright Infringement: an Inquiry Based on Morality, Harm and Criminal Theory," 83 B.U.L. Rev., 731, 736 (2003).

意圖營利的意思²⁰⁶。1982 年和 1992 年的兩次修正，則將某些類型的侵權訂為重罪，並提高刑罰，初犯可判五年以下有期徒刑²⁰⁷。但一般理解上，由於維持「意圖商業利益」與「意圖私人獲利」的要件，仍然是針對營利使用者才會有刑事責任，保持只處罰商業競爭者而不處罰非競爭者的原則²⁰⁸。到了網路的出現，美國才開始積極使用刑事責任，而針對個人非營利使用也處以刑事責任。其主要為兩個立法。1.1997 年通過的電子竊盜防制法（No Electronic Theft Act），其規定，在 180 天內，以電子方式重製或散布一份以上的著作物檔案，而總價值超過一千美金時，即有刑事責任²⁰⁹。2.則是 1998 年通過的數位千禧年著作權法（Digital Millennium Copyright Act），乃針對類似我國破解或散布防盜拷措施者，設有刑事責任²¹⁰。

雖然電子竊盜防制法通過後，將刑事責任加諸於非營利的個人使用者，但因為美國的刑事制度與臺灣有所不同，而故其著作權之刑事訴訟判決並不多見。最主要者，其採取「公訴獨占主義」²¹¹，亦即刑事訴訟的提出，只能由檢察官提起，而無臺灣所謂的「自訴」²¹²。因此，檢察官面對著作權侵權案件時，如果認為並不符合構成要件，或有其他抗辯事由，便會直接不予起訴。著作權人並無法透過隨意提出自訴，作為威脅和解的手段。多數被告若真的被檢察官起訴，就算是個人非營利使用，通常乃有較大量、嚴重的侵權，才會被提出公訴²¹³。而在被檢察官提出公訴之後，因為犯行較為明確，多數在起訴時即選擇認罪²¹⁴。實際上，每年真正因著作權侵權被起訴的人也不多，根據統計，2003 年一年，全美只有 229 件著作權相關議題受到檢察官調查，而起訴了 165 個被告²¹⁵。

²⁰⁶ 蔡蕙芳，前揭註 204，136-137。

²⁰⁷ 同上註，138-143。

²⁰⁸ Geraldine Szott Moohr, *supra* note 205, at 737.

²⁰⁹ 17 U.S.C. 506 (a)(2).

²¹⁰ 17 U.S.C. 1201-1205.

²¹¹ 或稱檢察官獨占主義。此一名詞之使用，參見林順昌，「借鏡日本實況談我國緩起訴制度：以被告社會復歸為中心」，*月旦法學雜誌*，第 118 期，125-148 (2005)。

²¹² 關於美國被害人能否自訴的討論，可參考 Sue Anna Moss Cellini, "The Proposed Victims' Rights Amendment to the Constitution of the United States: Opening the Door of the Criminal Justice System to the Victim," *14 Ariz. J. Int'l & Comp. Law*, 839 (1997).

²¹³ 關於美國電子竊盜防制法通過到 2003 年因該法被起訴的案件簡介，可參考 Eric Goldman, "A Road to No Warez: The No Electronic Theft Act and Criminal Copyright Infringement," *82 Or. L. Rev.* 369, at 381-392 (2003).

²¹⁴ Geraldine Szott Moohr, *supra* note 205, at 744-745.

²¹⁵ Geraldine Szott Moohr, "Defining Overcriminalization Through Cost-Benefit Analysis: the

而臺灣之所以著作權刑事案件較多，除了人民可以提出自訴外，在著作權侵權刑事責任上，有普遍的刑事責任規定，且要件也比美國寬鬆。1.在臺灣著作權法中，並沒有如美國所定的「蓄意」(Willfully)的要件²¹⁶。如果採取蓄意的要件，則不知法律或出於善意(Good-Faith)而認為自己的行為符合合理使用者，並不會構成蓄意²¹⁷。但在臺灣，不知法律或自認為符合合理使用，頂多可因為欠缺不法意識而阻卻罪責²¹⁸。2.在個人非營利使用上，原本曾經學習美國有金額及份數的限制，但後來臺灣又廢除之²¹⁹。3.美國所謂的輔助侵權責任(Contributory Liability)或代位侵權責任(Vicarious Liability)，並未明文規定於其著作權法，而乃是法院援用普通法精神，比照美國專利法的規定，創造出來的民事侵權類型²²⁰。因此，間接侵權只有民事責任，並無刑事責任，亦即不會使用臺灣的幫助犯或教唆犯等概念。但臺灣卻在某些涉及新科技使用的爭議案例中，套用幫助犯或共同正犯的概念，擴大著作權的刑事責任²²¹。

b.臺灣著作權刑事訴訟不當使用

由於我國著作權法刑事責任較為寬鬆，某些著作權人或集體管理團體，往往不願意和使用人好好調解協商，而直接提出刑事訴訟。甚至著作權人擔心檢察官不願提出公訴，而自己提出自訴。一般著作權法訴訟中，被告就算被控告侵害著作權，仍然可以提出多種抗辯，包括原告著作不具原創性、原告著作權保護範圍不保護概念只及於表達，以及主張合理使用、第一次銷售原則等。但是，少數著作權人和集體管理團體，一發生爭議，就立刻先提出刑事訴訟，讓沒有法律常識的個人非營利被告，因為害怕檢察官的調查，而不敢提出各種抗辯，尤其是合理使用的抗辯，試

Example of Criminal Copyright Laws,” *54 Am. U. L. Rev.*, 783, 799-800 (2005).

²¹⁶ 17 USC§506 (a)(1): “In general. Any person who willfully infringes a copyright shall be punished as provided under section ...”

²¹⁷ Eric Goldman, *supra* note 213, at 417-422.

²¹⁸ 蔡蕙芳，前揭註 204，160-167、173-175。

²¹⁹ 原本著作權法 2003 年修正時針對非意圖營利曾經一度有所謂的「三五條款」，亦即乃三萬以下、五份以內，並不構成侵害著作權。且其規定乃至於刑事責任的第 91 條。但至 2004 年修正時又廢除該限制。

²²⁰ *Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, at 434-442 (1984).

²²¹ 可比較網路音樂侵權的案件中，美國的 *Napster* 案、*Grokster* 案等，均乃民事訴訟，而臺灣的 *Kuro* 案、*ezPeer* 案等，均先提出刑事訴訟，並以刑事訴訟逼使 *Kuro* 和 *ezPeer* 和解。兩國在這種案件中訴訟類型的比較，可參考楊智傑，「音樂網站侵權責任之發展與影響：比較美國臺灣著作權法體系」，*真理財經法學*，第 1 期，148-153 (2008)。

圖以此方式逼使被告與其和解，賺取和解金²²²。

少數著作權人中，最有名的例子，就是被媒體稱為「著作權流氓」的林姓攝影師²²³。林姓攝影師專拍攝野鳥照片，其目前在臺灣法院提出過的著作權侵權訴訟，至少超過一百件。他只要一發現有人使用其照片，就先提出刑事告訴，由檢察官代為調查，並以刑事訴訟手段作為威脅，而意欲逼使被告和解。

例如，有一經典案例，林姓攝影師曾經將其照片授權給某出版社出版光碟。但後來該出版社將其光碟與他人光碟，出版成一套野鳥照片系列光碟，而在系列專輯的外包裝、VCD 盒、DM 型錄內、光碟內容之目錄頁內，使用到林姓攝影師的照片。林姓攝影師明知其中那片光碟他已經授權給該出版社，卻仍然提出刑事告訴，而指控該系列光碟的外包裝、VCD 盒、DM 型錄內、光碟內容之目錄頁等部分侵害其著作權。後來檢察官偵查結束後決定不起訴處分²²⁴。在檢察官不起訴處分後，林姓攝影師又改而提出民事侵權訴訟。不過，檢察官認為林姓攝影師明知曾經授權，且應屬概括授權，出版社的行為符合授權範圍，但林姓攝影師卻意圖想以訴訟取得更多的和解金，認為其構成誣告，而以誣告罪起訴林姓攝影師。審理結果，一審法院認為林姓攝影師的確構成誣告罪²²⁵。但上訴至二審後，二審法院推翻原判決，改判林姓攝影師無罪²²⁶。從此案例中，本有合作關係的廠商，若使用範圍超過授權範圍，照理說應該提出違約訴訟，而非提出侵權訴訟。但因為請求權自由競合，故所有的著作權違約問題，也同時是侵權問題。兩者差別在於，違約問題只有民事訴訟可資解決，侵權問題卻有民事、刑事訴訟可以提出。本案中，林姓攝影師利用這個著作權法上設計上的缺陷，卻故意提出侵權的刑事訴訟，此更凸顯著作權人以刑逼

²²² 章忠信，「著作權侵害行為之刑事政策檢討」，<http://www.copyrightnote.org/paper.htm>，最後瀏覽日期：2010/3/2 (2002)。

²²³ 相關報導甚多，例如，攝影名家愛興訟 學子痛批 著作權流氓，自由電子報，2005 年 11 月 17 日，<http://www.libertytimes.com.tw/2005/new/nov/17/today-sof6.htm>，最後瀏覽日期：2009/12/28。

²²⁴ 迭經臺北地檢署檢察官以 91 年度偵字第 14564 號、24722 號為不起訴處分，嗣經林英典聲請再議後經臺灣高等法院檢察署檢察長於 2004 年 7 月 29 日以 93 年度上聲議字第 2402 號命令發回臺灣臺北地檢署續行偵查，惟嗣經臺北地檢署檢察官以 93 年度偵續字第 385 號為不起訴處分確定。

²²⁵ 臺灣臺北地方法院 96 年度訴字第 346 號刑事判決。

²²⁶ 臺灣高等法院 96 年度上訴字第 3921 號刑事判決。

民的不當使用問題²²⁷。

另外，前述智慧財產法院民事判決 98 年度民著上字第 14 號，也涉及類似問題。該案大致事實如下，原告（伴唱帶業者）認為，其曾經得到過被告（著作權人）代理人之授權，但被告竟不承認代理人所為之授權，而任意提起刑事告訴，威脅原告之被授權人（下游店家）。在檢察官對著作權人所提起之刑事告訴予以不起訴後，原告（伴唱帶業者）認為被告（著作權人）本可先與原告聯繫，確認該伴唱帶中所使用之著作是否合法授權，但被告竟不與原告聯繫，而直接對原告之下游店家提起刑事告訴，影響原告公司之商譽與利益，認為屬於權利濫用。由於該行為已經影響到原告之生意，故原告乃根據民法 184 條請求被告賠償。最後法院認為，被告提起刑事告訴乃本身就具備的權利，並沒有權利濫用問題²²⁸。

不過將該案比較前述智慧財產法院民事判決 99 年度民公上字第 3 號判決²²⁹，專利權人明知學名藥廠不侵權卻故意提起訴訟及假處分，造成學名藥廠之損失，法院判決中提及，「倘專利權人明知他人無侵權可能性，猶聲請定暫時狀態處分，應構成民法上侵權行為、公平交易法上之不公平競爭及民事訴訟法第 531 條規定之『自始不當』。」該案中，法院並不認為提出提出假處分為法律賦予之權利，就可隨意提出，尤其在證據不足之情況下任意提出，即為一種權利濫用²³⁰。兩案比對可知，提起訴訟雖然為法律所賦予之權利，但若隨意提起，仍應受到制裁。

由本節兩案例可知，我們可以歸納出一種類型，亦即，當著作權人和利用人之間，可能曾經有過契約關係，卻因為授權範圍不明，著作權人就直接對利用人或利用人之被授權人提起刑事告訴或自訴，而不依循契約糾紛解決管道，本文認為，應屬於一種著作權訴訟程序之不當使用。因為既然為契約糾紛，就應回歸民事管道，而不該隨意提起刑事訴訟。而反制之道，建議可讓被告轉為原告，就因刑事訴訟而受到之損害，向著作權人求償。

²²⁷ 關於本案更深入的分析，以及授權問題及侵權問題所造成的刑事濫用，請參考章忠信，「著作權人對利用人以刑逼民能不能論誣告罪？」，著作權筆記網站判決評析欄，<http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php?board=6>，最後瀏覽日期：2010/4/7 (2007)。

²²⁸ 參見智慧財產法院民事判決 98 年度民著上字第 14 號。

²²⁹ 參見智慧財產法院民事判決 99 年度民公上字第 3 號判決。該判決對權利不得濫用之概念，引用最高行政法院 98 年度判字第 1479 號判決。

²³⁰ 同上判決。

c.限制刑事責任或自訴之提出

上述討論，乃針對代表個案，是否存在明顯的刑事訴訟不當使用，進行討論。但是，更廣泛地看，由於刑事責任的寬鬆，臺灣本來就普遍存在著作權刑事訴訟之過度使用，且早已為各界所知。而要解決這種普遍的過度使用，需要更全面地檢討我國著作權之刑事責任與訴訟制度。事實上這也是過去數次修法，已經在進行的方向。

過去曾經採取的修法解決方式，僅為限制部份類型之刑事責任之適用。早年因為卡拉 OK 伴唱機盛行，但製造卡拉 OK 伴唱機業者，所收錄的歌曲並沒有得到公開演出權的授權。因此，就有少數著作權人或唱片公司，直接以刑事訴訟控告某些擁有這些卡拉 OK 伴唱機的小吃店業者，試圖以刑事訴訟，威脅小吃店業者與其和解²³¹。由於這類的訴訟過多，導致 2001 年著作權法修正時，於著作權法第 37 條第 6 項禁止個別著作權人對這類案件提出刑事訴訟。但是在修正條文中，卻保留著作權集體管理團體仍然可以使用刑事訴訟手段。

但是，一般店家在店內播放電視或電台影音，仍時常受到刑事訴訟的威脅。這類的訴訟太多，但大多只是為了索取賠償金或和解金。因此，在 2010 年 2 月時，對著作權法第 37 條第 6 項，又新增了三種排除刑事訴訟的案件類型，分別為 1.將原播送之著作再公開播送。2.以擴音器或其他器材，將原播送之聲音或影像向公眾傳達。3.著作經授權重製於廣告後，由廣告播送人就該廣告為公開播送或同步公開傳輸，向公眾傳達。之所以會特別立法限制這三種類型適用刑事責任，一方面也反映了在修法以前，著作權人常常濫用刑事訴訟以逼取和解金。雖然排除了這三種類型的刑事訴訟，但仍然沒有排除著作權集體管理團體可以提出刑事告訴。

臺灣在美國壓力下，為著作權賦予了刑事責任。但實務上卻又因為發現過多的著作權刑事訴訟過度使用，所以兩度在著作權法修正時，又排除了某些人在某些情況下，不得提出刑事訴訟。筆者認為，但就是因為有刑事責任及訴訟，導致許多被告都不敢主張著作權法的各種抗辯事由，使著作權法內涵的公共政策落空，包括合理使用抗辯，概念/表達區分等²³²。

²³¹ 章忠信，著作權法逐條釋義，95 (2007)。

²³² 類似論點，參考蕭宏宜，「以刑法保護著作權？」，月旦法學雜誌，第 143 期，110 (2007)。Geraldine Szott Moohr, *supra* note 205, at 761-762; Geraldine Szott Moohr, *supra* note 215, at

WTO 的 TRIPs 的第 61 條規定：「會員至少應對具有商業規模而故意仿冒商標或侵害著作權之案件，訂定刑事程序及罰則。救濟措施應包括足可產生嚇阻作用之徒刑及（或）罰金，並應和同等程度之其他刑事案件之量刑一致。」其僅要求具有商業規模之侵權訂出刑事責任，但我國是在美國的壓力下，才屢次修改著作權法加強刑事責任，針對個人非營利使用也課予刑事責任。但卻由於美國和臺灣訴訟制度之不同，以及在某些刑事責任構成要件上的放寬，導致臺灣的著作權刑事訴訟數量比例，高出美國太多。

由於實務上的刑事訴訟過度使用，本文認為，在不違反 TRIPs 的前提下，就像過去的兩度著作權修法一樣，若未來立法者認為著作權刑事訴訟過度使用在某些情況並沒有減少，也可以比照著作權法第 37 條第 6 項之規定，對特定的著作權侵權類型，排除刑事責任的適用。例如本文主張，若著作權人與利用人間有契約糾紛，也應排除刑事責任之適用。

甚至，可以重新檢討著作權的刑事責任，尤其在構成要件上，應該再為限縮，以避免許多個別使用者只是因為小量侵權，就受到刑事責任的威脅。2004 年修改著作權法第 91 條時，增加第 4 項規定，「著作僅供個人參考或合理使用者，不構成著作權侵權。」已經排除了個人使用及合理使用的責任。但其只在構成要件上，排除了符合合理使用的案件。其並不像美國的「蓄意」要件，出於善意而相信自己屬於合理使用，也可排除刑事責任。甚至，輔助侵權或代位侵權等概念，在我國法上也都可主張幫助犯等，都比美國的刑事責任類型廣泛。故在構成要件上的限縮，值得後續思考檢討。

另外，由於美國刑事訴訟制度乃取公訴獨占主義，不會有臺灣過度使用自訴的問題，因此，筆者認為，我們可以仿照美國，在著作權的刑事訴訟方面，限制著作權人的自訴權。自訴權本身為刑事訴訟政策的安排，屬立法者形成自由²³³，故若修法限制自訴權應無問題，且可在著作權法第七章罰則中特別規定。之所以要限制自

802-804.

²³³ 大法官釋字 569 號特別討論到對自訴權的限制是否合憲。其一方面認為，對配偶限制自訴權，乃立法形成空間。但另一方面又認為，最高法院 29 年上字第 2333 號判例前段及 29 年非字第 15 號判例，擴大解釋刑事訴訟法 321 條對自訴權限制的範圍，而認為違憲。但本文認為，其應該理解為，相關判例的解釋違背刑事訴訟法 231 條的原始本意，但若立法者擴大限制自訴權的範圍，仍應屬於立法者的形成空間。

訴，主要是因為透過公訴制度，由檢察官作為篩選案件的機制。檢察官可以較詳細的檢驗，該侵權案件是否有理，或者是否有各種抗辯事由存在，而排除不合理的刑事訴訟。但是，其也必須搭配教育訓練，讓各地檢察署檢察官具備著作權法的知識。尤其，必須訓練各檢察官了解著作權法的公共政策，以及被告可以主張的各種著作權抗辯。否則檢察官會在構成要件明確的情況下，而忽略了著作權存在的合理使用、第一次銷售原則等抗辯，而隨意對被告提出公訴。透過限制自訴的方式，導正著作權人以刑逼民來求取賠償金的策略，讓著作權作為一種私權糾紛，回歸民事求償的管道。

六、結論

本文乃介紹美國著作權濫用的發展，以及某些代表性案例。並依照美國學者的分析，試圖釐清著作權濫用的內涵與類型。根據學者見解，著作權濫用的概念，可分為反托拉斯法取徑及採取公共政策取徑兩者。而目前美國最高法院尚無對此議題表示意見，至於各美國巡迴上訴法院，則各有立場，部分法院採取公共政策取徑，但部分法院則維持反托拉斯法取徑，認為必須構成違反反托拉斯法，才能被認為屬於著作權濫用。除了法院承認或討論過的著作權濫用類型，本文也擴大研究，在著作權濫用以外的其他著作權不當使用。本文發現，具有市場力量之著作權人，由於可以影響市場價格，其濫用行為往往會引發違反反托拉斯法之爭議，可說是一種更為嚴重之濫用。主要的類型為集體管理團體的授權行為，以及電腦軟體濫用其市場力量的問題，並介紹美國的代表性案例。而另外的著作權不當使用，則為不當利用各種訴訟程序與警告等。

本文在參考美國對著作權濫用與不當使用之各種類型討論後，試圖比較臺灣之相關規定與問題。本文發現，臺灣各級法院，早已承認「權利不得濫用」此一基本法律原則，而此一原則之範疇，比起美國之著作權濫用作為一種抗辯權，還要來的廣泛。從大法官解釋與法院判決來看，此一原則不需要有成文法的基礎。目前在我國法院實務上，法院在專利與商標案件都已承認權利不得濫用之原則，並具體適用在不同問題上，且其法律效果不僅是作為一種訴訟上的抗辯權，甚至可以搭配具體

條文，反過來對權利人權利濫用行為所造成之損害請求損害賠償。而在案件類型上，權利不得濫用原則包含了違反競爭法之行為，以及訴訟程序之不當使用。因此，我國法院所承認的權利不得濫用原則，應包含本文所指的著作權濫用與著作權不當使用之類型。不過，目前為止，在我國著作權判決中，雖然已有少數案件當事人主張著作權人權利濫用，但法院尚無採用權利不得濫用原則制裁著作權人之先例。

而本文也以美國著作權濫用、不當使用中之分類，而不當使用又包含兩種，包括 1.具市場力而可能違反競爭法，及 2.程序之不當使用，透過這三種類型，嘗試將臺灣曾經發生過、文獻尚可搜尋到的幾種可能的類型，進行介紹並分類。美國著作權濫用發展中主要的，著作權人透過授權契約方式而不當擴張著作權範圍、限制使用者使用行為等，在臺灣則必須具體研究各項著作權授權爭議。目前本文並沒有發現特殊的著作權授權爭議而引發訴訟，但仍不排除未來若出現相關授權的爭議，可修法引進著作權濫用規定，賦予被告一個新的抗辯權。

相對地，本文則特別研究兩大類特殊的著作權不當使用類型。第一大類，乃是涉及著作權人具市場力而可能違反競爭法的類型，包括著作權集體管理團體的授權方式與授權費率，以及電腦作業系統的授權方式。這兩類問題，在臺灣都屢次引發爭議，本文認為，若想事前避免這種不當使用，應考慮另行修法。

第二大類，則可歸屬於訴訟程序之不當使用，包括智慧財產權人透過訴訟程序試圖擴大智財權保護範圍（含專利、商標、著作權之保護範圍），以及臺灣特有的著作權刑事訴訟之不當使用。就前一類型，本文認為法院應該秉持智財權原始設計精神，不該承認原告試圖規避法律而提起的訴訟。而就最後一種類型，經本文分析可知，表面上雖然我國的著作權法在美國壓力下而接受各種刑事責任，但在實際運作上，由於告訴與自訴的過度使用，以及構成要件的寬鬆，導致臺灣的著作權刑事訴訟的提出，比美國多出太多。其導致的結果，就是訴訟中的被告，有財產上與精神上之損失，甚至在訴訟壓力下不敢主張各種著作權法所賦予的抗辯權，選擇與原告和解，而違背了著作權法的公共政策。本文認為，應該限制著作權自訴的提出，並再修法限縮著作權之刑事責任。此外法院也應考慮，若著作權與利用人間乃存在契約糾紛卻提出刑事訴訟時，可承認讓被告反過來對著作權人提起損害賠償訴訟。

參考文獻

中文部分

- Carl Shapiro & Hal R. Varian，張美惠翻譯，資訊經營法則，時報文化出版公司 (1999)。
- 王明禮，「著作權存續期間的憲法界限－試評 Eldred v. Ashcroft」，發表於 2004 年 12 月 10 日在中研院歐美研究所主辦之「美國最高法院重要判決之研究－2000~2003」學術研討會 (2006)。
- 王澤鑑，法律思維與民法實例，作者自版 (1999)。
- 吳尚昆，「美國著作權期間延長法案爭議評析」，發表於法律、教育與生活網，http://www.wretch.cc/blog/vwu21&article_id=4030382，最後瀏覽日期：2010/10/5 (2007)。
- 巫昆霖，由著作權到著作權－從著作權法及競爭法交錯之角度分析電腦程式著作授權契約，臺灣大學法律學研究所碩士論文 (2009)。
- 李明錦，「我國著作權仲介團體使用報酬率之決定機制」，智慧財產權月刊，第 82 期，71-96 (2005)。
- 林紀東，法學緒論，2 版，五南出版公司 (2008)。
- 林順昌，「借鏡日本實況談我國緩起訴制度－以被告社會復歸為中心」，月旦法學雜誌，第 118 期 (2005)。
- 林靜君，論科技保護措施立法對著作權法公共領域之衝擊，逢甲大學財經法律所碩士論文 (2008)。
- 柳瑜珊，著作權授權與競爭法相關問題之研究，台灣大學法研所碩士論文 (2002)。
- 范建得等，面對專利戰爭的新思維，新學林出版社 (2006)。
- 崔汴生，「美國司法部及各州控告美國微軟公司案」，臺北大學法學論叢，第 52 期 (2003)。
- 張向昕，「美國司法部與微軟公司之論戰」，公平交易季刊，第 6 卷第 1 期 (1998)。

- 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 45 條」，全國律師，第 12 卷 10 期 (2008)。
- 許富雄，數位時代合理使用之再探討－以反規避條款為中心，中原大學財經法律所碩士論文 (2004)。
- 章忠信，「著作權人對利用人以刑逼民能不能論誣告罪？」，著作權筆記網站判決評析欄，<http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php?board=6>，最後瀏覽日期：2010/4/7 (2007)。
- 章忠信，「著作權侵害行為之刑事政策檢討」，<http://www.copyrightnote.org/paper.htm>，最後瀏覽日期：2010/3/2 (2002)。
- 章忠信，著作權法逐條釋義，五南出版社 (2007)。
- 黃銘傑，「專利授權與公平交易法－以拒絕授權與強制授權為中心」，萬國法律，第 120 期 (2001)。
- 黃銘傑，「智慧財產侵害警告函與公平交易法之適用」，競爭法與智慧財產法之交會，2 版，元照出版社 (2009)。
- 楊宏暉，「新經濟時代的反托拉斯法挑戰：網路效應與微軟案之初探」，政大法學評論，第 77 期 (2004)。
- 楊康，「美國音樂播送權概括授權與反托拉斯的半世紀恩怨情仇初探」，資訊法務透析 (1999)。
- 楊智傑，「音樂網站侵權責任之發展與影響－比較美國臺灣著作權法體系」，真理財經法學，第 1 期 (2008)。
- 楊智傑，網路音樂侵權問題之法律對應模式研究，臺灣大學國家發展所博士論文 (2006)。
- 劉孔中，「從著作權共同管理之發展趨勢檢討我國著作權共同管理團體之法制」，全國律師，第 9 卷第 12 期 (2005)。
- 劉彥汶，著作權濫用 (Copyright Misuse) 原則之討論－以美國法發展為例，交通大學科技法律研究所碩士論文 (2006)。
- 蔡蕙芳，「美國著作權法上刑事著作權侵權之研究」，著作權侵權與其刑事責任，新學林出版社 (2008)。
- 鄭玉波，法學緒論，修訂 19 版，三民出版社(2010)。

蕭宏宜，「以刑法保護著作權？」，月旦法學雜誌，第 143 期 (2007)。

外文部分

Frischmann, Brett and Moylan, Dan, “The Evolving Law Doctrine of Copyright Misuse: A Unified Theory and Its Application to Software,” 15 Berkeley Tech. L. J. (2000).

Patterson, Chip, “Copyright Misuse and Modified Copyleft: New Solutions to the Challenges of Internet Standardization,” 98 Mich. L. Rev. (2000).

Farber, Daniel A., “Conflicting Visions and Contested Baselines: Intellectual Property and Free Speech in the “ Digital Millennium”, ” 89 Minn. L. Rev. (2005).

Silverthorn, Daniel J., “Microsoft Tying Consumers’ Hands? The Windows Vista Problem and the South Korean Solution,” 13 Mich. Telecomm. Tech. L. Rev. (2007).

Olson, David S., “First Amendment Based Copyright Misuse,” 52 Wm and Mary L. Rev. (2010).

Scher, David, “The Viability of the Copyright Misuse Defense,” 20 Fordham Urb. L. J. (1993).

Karjala, Dennis S., “Copyright Protection of Operating Software, Copyright Misuse, and Antitrust,” 9 Cornell. J. L. & Pub. Pol’y (1999).

Oliar, Dotan, “Making Sense of the Intellectual Property Clause: Promotion of Progress as a Limitation on Congress’s Intellectual Property Power,” 94 Georgetown L. J. (2006).

Samuels, Edward, “The Public Domain Revisited,” 36 Loy. L. A. L. Rev. (2003)

Goldman, Eric, “A Road to No Warez: The No Electronic Theft Act and Criminal Copyright Infringement,” 82 Or. L. Rev. 369 (2003).

Erber, George and Kooths, Stefan, “Windows Vista: Securing itself against competition?,” 2 Diw Berlin Weekly Report (2007).

Moohr, Geraldine Szott, “Defining Overcriminalization Through Cost-Benefit Analysis: the Example of Criminal Copyright Laws,” 54 Am. U.L. Rev. (2005).

Moohr, Geraldine Szott, “The Crime of Copyright Infringement: an Inquiry Based on Morality, Harm and Criminal Theory,” 83 B.U.L. Rev. (2003).

- Apostolopoulos, Haris, "The Copyright Misuse Doctrine on Computer Software: A Redundant Doctrine of U.S. Copyright Law or a Necessary Addition to E.U. Copyright Law?," 24 J. Marshall J. Computer & Info. L. (2006).
- Hovenkamp, Herbert, Janis, Mark D. and Lemley, Mark A., IP and Antitrust (2002).
- Charnelle, Ilan, "The Justification and Scope of the Copyright Misuse Doctrine and its Independence of the Antitrust Laws," 9 UCLA Ent. L. Rev. (2002).
- Ponsoldt, James F. & David, Christopher D., "A Comparison Between U.S. and E.U. Antitrust Treatment of Tying Claims Against Microsoft: When Should the Bundling of Computer Software Be Permitted?," 27 Nw. J. Int'l L. & Bus. (2007).
- Rebenfeld, Jed, "The Freedom of Imagination: Copyright's Constitutionality," 112 Yale L. J. (2002).
- R. Knight, Jennifer, "Copyright Misuse v. Freedom of Contract: And the Winner Is," 73 Tenn. L. Rev. (2006).
- Cross, John T. and Yu, Peter K., "Competition Law and Copyright Misuse," 56 Drake L. Rev. (2008).
- Georgenson, Karen E., "Reverse Engineering of Copyrighted Software: Fair Use or Misuse?," 5 Alb. L. J. Sci. & Tech. (1996)
- Judge, Kathryn, "Rethinking Copyright Misuse," 57 Stan. L. Rev. (2004).
- Lessig, Lawrence, "Copyright's First Amendment," 48 UCLA L. Rev. (2001).
- Lessig, Lawrence, "Does Copyright Have Limits? Eldred v. Ashcroft and its Aftermath," in Open Content Licensing: Cultivating The Creative Commons, Brian Fitzgerald, ed., Sydney: Sydney University Press (2007).
- Lessig, Lawrence, The Future of Ideas: The Fate of the Commons in a Connected World, Vintage Books (2002).
- Loren, Lydia Pallas, "Slaying the Leather-Winged Demons in the Night: Reforming Copyright Owner Contracting with Clickwrap Misuse," 30 Ohion. U. L. Rev. (2004).
- Pollack, Malla, "The Democratic Public Domain: Reconnecting the Modern First Amendment and the Original Process Clause (A.K.A. Copyright and Patent Clause)," 45 Jurimetrics (2004).

- Lemley, Mark A. & McGowan, David, "Legal Implications of Network Economic Effects," 86 Calif. L. Rev. (1998).
- Nimmer, Melville B., "Does Copyright Abridge the First Amendment Guaranties of Free Speech and the Press?" 17 UCLA L. Rev. (1970).
- Einhorn, Michael A., "Intellectual Property and Antitrust: Music Performing Rights in Broadcasting," 24 Colum.-VLA J. L. & Arts (2001).
- Hartzog, Neal, "Gaining Momentum: A Review of Recent Developments Surrounding the Expansion of the Copyright Misuse Doctrine and Analysis of the Doctrine in its Current Form," 10 Mich. Telecomm. Tech. L. Rev. (2004).
- Netanel, Neil Weinstock, Copyright's Paradox. Oxford University Press (2008).
- Menell, Peter S., "Tailoring Legal Protection for Computer Software," 39 Stan. L. Rev. (1987).
- Hanna, Ramsey, "Misusing Antitrust: The Search for Functional Copyright Misuse Standards," 46 Stan. L. Rev. (1994).
- Rifkind, Simon H., "Music Copyrights and Antitrust: A Turbulent Courtship," 4 Cardozo Arts & Ent. L. J. (1985).
- Cellini, Sue Anna Moss, "The Proposed Victims' Rights Amendment to the Constitution of the United States: Opening the Door of the Criminal Justice System to the Victim," 14 Ariz. J. Int'l & Comp. Law (1997).
- Bell, Tom W., "Codifying Copyright's Misuse Defense," 2007 Utah L. Rev. (2007).
- Ekstrand, Victoria Smith, "Protecting the Public Policy Rationale of Copyright: Reconsidering Copyright Misuse," 11 Comm. L. & Pol'y (2006).
- Patry, William F. & Posner, Richard A., "Fair Use and Statutory Reform in the Wake of Eldred," 30 Cal. L. Rev. (2004).
- Alstyne, William W. Van, "Reconciling What the First Amendment Forbids with What the Copyright Clause Permits: A Summary Explanation and Review," 66 Law & Cont. Pro. (2003).
- Benkler, Yochai, "Free as the Air to Common Use: First Amendment Constrains on Enclosure of the Public Domain," 74 N. Y. U. L. Rev. (1999).

Copyrights Misuse and Copyright Abuse

Yang, Chih-Chieh*

Abstract

The concept of copyright misuse is mainly derived from the U.S. The U.S. slowly develops this concept from its own court cases but not from statutes of the Copyright Law. First of all, this paper intends to understand types of copyright misuse through analyzing some important cases in U.S.

This research refers to the two antitrust types of copyright misuse in the U.S. and analyzes the corresponding issues in Taiwan. The first is whether the licensing way that collective management group take is reasonable. The second type is the copyright misuse of computer software (For instance, Microsoft Corporation announced in 2008 that it stops selling its Windows XP, which forced consumers to use the upgraded operation system, Windows Vista.)

Additionally, this paper thinks that there is another unique copyright misuse problem in Taiwan. Taiwan's copyright criminal infringement is strict than U.S.'s. Usually, defendants of copyright infringements reluctant to assert some copyright defenses, including products' originality, the first sale doctrine, and fair use. The phenomenon goes against the policy of copyright law.

Keywords: Copyright Misuse, Copyright Criminal Infringement, Antitrust Law, Collective Management of Copyright, Fair Use.