

版權、網絡和權利平衡

李亞虹 主編

香港大學出版社
香港薄扶林道香港大學
www.hkupress.org

© 2016 香港大學出版社

ISBN 978-988-8390-54-0

版權所有。未經香港大學出版社書面許可，不得以任何（電子或機械）方式，包括影印、錄製或通過信息存儲或檢索系統，複製或轉載本書任何部分。

10 9 8 7 6 5 4 3 2 1

百樂門印刷有限公司承印

目 錄

序 言	李亞虹	vii
第一部分	權利平衡、濫用與合理使用	
第一章	版權的平衡與濫用：美國與國際發展的啟示 孫遠釗	3
第二章	被忽視的版權使用人 李治安	33
第三章	「用戶衍生內容」例外與香港版權條例修訂 關文偉	63
第四章	數碼環境下的合理使用：中國法院的解讀 陶中怡	76
第二部分	網絡侵權與責任認定	
第五章	數碼版權侵權責任：台灣法院的認定 馮震宇	97
第六章	影視作品版權侵權認定及責任分析 張平、張金平	117
第七章	網絡服務提供者間接侵權責任的「應知」要素 華 劼	129
第八章	中國數碼版權的商業起源 胡 凌	144
跋 一	張 平	159
跋 二	馮震宇	161
作者簡介		163

Contents

Introduction *Yahong Li*

Part One Right Balance, Abuse, and Fair Use

Chapter 1 Copyright Balance and Misuse: Insights from US and International Developments

Andy Sun

Chapter 2 The Neglected Copyright Users

Jyh-An Lee

Chapter 3 The User-Generated Content (UGC) Exception and Hong Kong's Copyright Law

Wenwei Guan

Chapter 4 Fair Use in Digital Environment: Chinese Courts' Interpretations

Tao Zhongyi

Part Two Liability of Copyright Infringement on the Internet

Chapter 5 Digital Copyright Infringement Liability: The Decisions of Taiwanese Courts

Jerry G. Fong

Chapter 6 Copyright Infringement Liability in Films and TV Productions

Zhang Ping and Zhang Jinping

Chapter 7 The Constructive Knowledge in the Internet Service Provider Infringement Liability

Jerry Jie Hua

Chapter 8 The Commercial Origin of China's Digital Copyright

Hu Ling

Afterword *Zhang Ping*

Afterword *Jerry G. Fong*

List of Contributors

序言

李亞虹

創造力是社會和經濟發展的發動機。創造力可以「推動文化和以人為本的發展，是提供工作機會、促進創新和貿易的關鍵，並為創造一個包容、文化多元以及環境可持續性發展的社會作出貢獻」。¹ 激發創造力的因素很多，比如政府為刺激創造力而制定的政策、培養創造性的人才、提供基礎設施、和通過保護創造力的法律等等。而在法律制度當中，版權制度與創造力，特別是文化方面的創造力，關係最為密切。每項文學藝術作品、每個創造性產業都離不開版權的保護。

然而，只有顧及了各方利益平衡的版權制度才能夠促進創造力。而版權的平衡，需要根據不斷變化的環境，通過適當的權利限制和合理使用機制加以調整。因此，我們需要經常審視現存的版權制度是否能夠反映現實各方利益的需要，特別是互聯網環境下社會對創造的需要。因為在互聯網環境下，傳統的作品、權利人和使用者的角色，權利與合理使用的概念都發生了很大的變化。如美國國家版權局主任瑪麗亞·帕蘭提（Maria A. Pallant）在該局《2016–2020 五年計劃》的前言中所說：「當創作、發行和消費版權作品的方式都在呈指數式增長時，版權局和版權法不可能一成不變。」

如果版權制度已經過時，權利的限制與合理使用制度無法滿足社會各方創造的需要，那麼我們可以如何改變它，讓版權制度達到一個新的平衡，從而使社會的創造力能夠被釋放出來而不是被遏制呢？過去十多年，國際國內的版權法界和與之相關的政商界都在為此尋求答案，不同利益持分者之間明爭暗鬥，紛紛推出反映本陣營利益的版權修改方案。比如《跨太平洋夥伴協議》（Trans-Pacific Partnership, TPP）包括了一些超出《與貿易有關的知識產權

1. 《聯合國貿易和發展委員會報告》，2010，頁 xix。

協定》(Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, 簡稱 TRIPS 協定) 標準的條款。² 美國國會也多次試圖通過加強互聯網版權保護的《反盜版法案》(Anti-Piracy Bills)。從2012年起, 美國開始籌劃「全面」(comprehensive) 而「徹底」(sweeping) 的版權法改革, 並就此進行多次國會聽證。美國商務部於2013年發布《數碼經濟中的版權政策、創造和創新》綠皮書, 呼籲建立新的權利平衡和加強打擊網上版權侵權。³ 學界歷時三年, 於2010年完成的《版權原則項目》(The Copyright Principles Project) 提出了建立更為公平有效的版權制度七項原則, 並由「美國法律學院」(American Law Institute) 開始撰寫《版權法重述》(Restatement of Copyright Law), 試圖在國會修法之前, 寫出一部迥異於現行立法的全新版權法。不同於美國, 其他國家或地區則從合理使用(或公平處理) 制度著手, 希望以擴大合理使用範圍來平衡日益強化的數碼版權保護。如加拿大率先於2012年將用戶衍生內容(user generated contents, or UGC) 列為版權保護例外。英國政府採納夏格維斯(Ian Hargreaves) 教授遞交的研究報告《數碼機會: 對知識產權和經濟增長的獨立檢討》(Digital Opportunity: A Review of Intellectual Property and Growth) 中的建議, 於2014年將公平處理擴大到私人複製、研究及個人學習、文本和數據挖掘(data mining)、引用、滑稽模仿、殘障人士獲取無障礙格式版本、教育使用、保存及收藏、公共管理等例外。香港於2006年開始「數碼環境下的版權」修法公共諮詢, 歷經八年, 於2014年底提交修正草案, 將公平處理擴至戲仿、諷刺、營造滑稽和模仿; 時事評論; 引用; 教學以及圖書館檔案室和博物館的日常運作; 網絡服務商快取數據處理; 以及錄音的媒體轉換。但由於草案拒絕了網民提出的「用戶衍生內容」版權例外, 以及美國式的合理使用制度, 草案仍然被社會大眾看作是扼制言論自由的「網絡23條」⁴, 在2016年4月的立法會聽證中, 因泛民議員「拉布」而遭無限期擱置。台灣近年也在進行版權法修改, 增加附帶利用和嘲諷或詼諧仿作, 以及增加殘障人士獲取無

2. 如禁止以電子形式複製, 版權保護期為終身加七十年等, 見 Trans-Pacific Partnership, Articles 18.58 and 18.63。

3. US Department of Commerce Internet Policy Task Force, "Copyright Policy, Creativity, and Innovation in the Digital Economy," July 2013. <http://www.uspto.gov/sites/default/files/news/publications/copyrightgreenpaper.pdf>.

4. 該稱謂由香港基本法第23條而來, 該條規定:「香港特別行政區應自行立法禁止任何叛國、分裂國家、煽動叛亂、顛覆中央人民政府及竊取國家機密的行為, 禁止外國的政治性組織或團體在香港特別行政區進行政治活動, 禁止香港特別行政區的政治性組織或團體與外國的政治性組織或團體建立聯繫。」

障礙格式版本例外等。中國大陸從2011年開始的第三次版權法修訂，也在合理使用制度上作了一些調整，加入了合理使用的一般原則（即「不得影響作品的正常使用，也不得不合理地損害著作權人的合法利益」），並採用更加開放的「兜底」條款（即「其他情形」），留給法院自由解釋的空間。

以上模式孰優孰劣？哪一個，或在多大程度上，能夠最好地平衡版權中不同利益的衝突，從而最大限度地推動創作？為回答這些問題，尋求建立一個能夠在互聯網環境中促進創造力的版權制度，北京大學法學院和香港大學法律學院，在中國版權局的支持下，於2012年12月16日在香港大學聯合舉辦了「第四屆兩岸四地版權制度發展研討會」，以權利限制與合理使用制度在互聯網環境的發展為主題，對中國大陸、香港、台灣和澳門四地的版權修訂以及相關問題進行了探討。為使更多人能夠分享這次會議的研究成果，本書從二十多篇會議論文中挑選六篇，並邀請兩篇會外論文，圍繞互聯網環境下版權的合理使用、使用者的權利和地位、權利的濫用和平衡、網絡侵權盜版與網絡服務商的責任等角度，探討大陸、香港、台灣版權制度在這幾方面的立法和司法改革，進而探討在互聯網環境下版權如何能夠達到最優化的平衡，從而使社會的創造力可以獲得更大限度的激發。這些論文雖然發表於數年前的研討會，但探討的問題，至今在兩岸四地以至世界範圍內爭論激烈、懸而未決，而本書在編輯過程中也要求全部論文對最新法律發展加以補充和跟進，因此是適時的。

本書共八章，分載兩個部分。第一部分四章探討版權的平衡、濫用與合理使用，第二部分四章探討網絡侵權和責任認定。首先，孫遠釗教授在第一章通過系統介紹美國以及其他法域（歐盟、英國、日本、中國大陸和台灣）的版權「誤用」（或「濫用」）抗辯機制，以及它們與反壟斷法的竟合，探討版權法如何在司法實踐中達致保護版權與維護公共利益的平衡。孫教授主張建立一套完整的版權訴訟抗辯制度，以防止「權利濫用」抗辯本身被濫用，讓例外成為通行原則。學術界在探討版權平衡時，更多提到的是合理使用等版權例外，而對「誤用」抗辯機制的討論則較少。孫教授的論文在很大程度上可以幫助學術、立法和司法界在思考如何建立平衡的版權制度時，提供一個新的視角和選擇。

本書第二章從版權的使用與使用人的角度審視網絡環境下涉及版權各方的權利平衡。該章作者李治安教授從版權使用人的角色、行為，以及版權技術保護措施與合理使用等方面，特別是從美國和台灣版權法的角度，系統地探討了版權使用人在文化發展中的社會價值，進而呼籲各界給予版權使用人

應有的重視，確定其在版權制度中的主體性，從而改變版權制度中重視保護版權人而輕忽版權使用人權益的現狀，達致一個平衡健全的版權制度。該章囊括大量中外涉及版權使用和使用人的學術觀點和典型案例，為此領域的進一步研究提供了豐富的學術資源。

「用戶衍生內容」是否應該被當作對版權作品的「合理使用」，成為近年來版權學界爭論的焦點。如前所說，時至今日，全世界只有加拿大的版權法將 UGC 納入版權「公平處理」例外。本書第三章關文偉教授向我們介紹了香港版權法修訂過程中拒絕接受 UGC 例外的原因、爭論重點，以及作者個人對此問題的評價。他認為，香港接納戲仿版權例外但拒絕用戶衍生內容版權例外，不合法律邏輯，也非明智的選擇。值得注意的是，作者以「戲仿」被納入「公平處理」為例，強調言論自由在修法過程中的重要性，但他認為版權與言論自由分屬私法與公法兩域，雖然二者共生互補並無衝突，然而版權法修訂不應成為言論自由的論壇，而應關注網絡環境下版權人與使用人之間的利益平衡，比如如何處置 UGC 的問題。

與前三章相呼應，第四章從司法實踐角度探討版權制度的平衡。該章作者陶中怡博士根據大陸法院針對合理使用的司法判決，為我們呈現了大陸法院將合理使用從「封閉」模式變成「開放」模式的司法實踐，並分析了這樣做的原因和利弊，以及大陸版權法第三次修改在「合理使用」制度上存在的問題。作者認為網絡時代的合理使用制度應該既保持一定開放性，同時也要減少不確定性，為此，版權法修改應該增加認定合理使用的原則性條款，確保法官在必要情形下列舉新的合理使用的空間。

本書第二部分的四篇論文側重探討網絡侵權與責任認定。馮震宇教授在第五章根據台灣法院的判決，探討數碼版權侵害責任的認定。馮教授通過對一系列美國以及台灣法院針對計算機軟件侵權以及點對點 (Peer to Peer) 侵權案例的分析，讓我們看到法院在面對新技術引發的侵權時，必須發展出不同的認定標準，比如「引誘侵權」(inducement infringement) 和「抽離—過濾—比較」的三步測試法 (Abstraction-Filtration-Comparison test)，以平衡權利人與使用人之間的利益衝突。同時，法院判決也日益注重使用間接侵權理論，使合理使用的抗辯變得難以發揮。因此法院如何能夠統一標準，發展出共同的判定侵權的模式攸關重要。

張平教授與張金平博士候選人合作的第六章從影視作品著手，探討版權侵權的認定與責任分析。具體而言，該文以最近轟動海峽兩岸的「瓊瑤訴于正」案為主，從「思想與表達區分原則」出發，探討「抽象法」與「整體觀感法」

在確定侵權問題上的中美差異，然後探討美國法院的實質性相似的認定方法（「接觸＋實質性相似」）在大陸司法實踐中的「水土不服」，最後探討了停止版權侵權的司法救濟。作者主張寬嚴相濟的救濟制度，法官應當把握好司法救濟尺度，綜合考慮侵權的權利類型、侵權程度以及侵權給權利人帶來的損失等因素後作出停止侵權禁令。

本書第七章華劼教授通過分析中國大陸在網絡服務提供者（Internet service provider, ISP）侵權責任的立法和司法實踐，讓我們了解到法院在判定ISP是否「應知」存在侵權行為時，除了依據法定因素，還會根據侵權作品類型、作者知名度、ISP的身份和專業能力等因素作出不同的判定。作者質疑「應知」要素是否與大陸的現有歸責制度設計衝突，並提出改進「應知」要素判定的建議，比如以「實際知道」為主、「應當知道」為輔來判定ISP的間接侵權責任；以通知刪除為主制止網絡侵權，而非加重網絡服務提供者注意和管理義務；並在法律中加入資訊披露規定等，從而達至權利人、網絡服務提供者和使用者三方之間利益的平衡。

本書最後一章探討中國數碼版權與信息經濟商業模式的關係。雖然沒有如前面幾章那樣具體探討網絡版權侵權的責任認定，但胡凌教授的論文為讀者理解前七章提供了很好的背景解讀和思考問題更廣闊的向度，從而讓我們從法律社會學或經濟學的角度看待版權平衡與文化創新問題。具體而言，該章認為版權法是傳統產業和新興產業之間妥協的產物，網絡經濟仍然需要版權法，但數碼版權必須適應新的商業模式。作者就互聯網產業與傳統文化產業，以及普通用戶之間的互動分別作了實證分析，並以微信為例，說明互聯網產業的興起需要盜版，但它的進一步發展則需要尊重版權並促進UGC和其他資訊的自由使用。

因為歷史原因，中國大陸、香港、台灣在學術表述上有諸多差異。本書因為在香港出版，所以在一些關鍵術語有重大差異時，統一採用香港的表述，比如「知識產權」（而非「智慧財產權」）；「版權」（而非「著作權」）；「使用人」（而非「利用人」）；「數碼科技」（而非「數字科技」）；「軟件」（而非「軟體」）；「電腦程式」（而非「電腦程序」），等等。但是，當這些術語出現在書名、正式的法典和條文或論文摘引、以及法院與其他官方機構名稱當中時，我們則保留其原來的表述方式，以示對原作和法律權威的尊重。

兩岸四地版權研討會在北大張平教授的盡心組織，台灣政大馮震宇教授以及一眾關心兩岸四地版權制度發展的學界同仁支持下，已經舉辦了七屆。能參與其中一屆的承辦，並將會議成果結集出版，實為本人的榮幸。在此還

要感謝中國版權局、香港特區政府知識產權署、港大法律學院同仁對研討會的支持；感謝香港大學出版社韓佳博士對出版的籌劃，以及黃焯傑博士研究生在本書編輯過程中的校對與行政協助。希望本書的出版可以為兩岸四地版權立法機構、學術界以及關心版權制度發展的讀者帶來不同的視野和思考。

李亞虹
香港大學
2016年6月

第一章

版權的平衡與濫用

美國與國際發展的啟示

孫遠釗

一、引言

版權的保護與運用在政策上一向需要相當細緻的分析和規範，以期達到微妙的平衡：一方面能充分保護權利人的權利，另一方面則能夠權衡社會的公益，從而讓科技的進步、文化的發揚與傳承能夠真正得到落實。無論是發達國家或發展中國家，在傳統上的立法與執法，泰半是著重在如何具體落實對於權利人的權益保護，尤其是如何對應新興科技對版權所引發的各項挑戰，然而對於如何平衡社會公益則較少關注。近年來，在實務上越來越多權利人冀圖超越其既有的權利保護範圍，從而能對市場行使更大的控制、賺取更多的利潤。這自然與使用人或消費者的利益產生了衝突，相關的案件也不斷發生。從1990年代起，所謂的「版權誤用」(copyright misuse) 或「濫用」(abuse) 問題，因電腦科技普及所衍生的軟件、音樂和電影侵權而正式浮上檯面，成為國際間許多司法或行政爭訟時經常需要處理的問題。

在現有規範版權的主要國際公約之中，如世界貿易組織 (World Trade Organization, WTO) 的《與貿易有關的知識產權協定》(Agreement on Trade-Related Aspects on Intellectual Property Rights, 簡稱 TRIPS 協定)、世界知識產權組織 (World Intellectual Property Organization, WIPO) 在1996年所通過、並已生效的兩個所謂《互聯網條約》(Internet treaties)，即《世界知識產權組織版權條約》(WIPO Copyright Treaty, WCT) 與《世界知識產權組織表演和錄音製品條約》(WIPO Performances and Phonograms Treaty, WPPT) 等，都未對於版權的誤用或濫用予以明確規定。而美國版權的立法，包括在1998年所訂立的《數碼千禧版權法》(Digital Millennium Copyright Act, DMCA)，也未對版權的濫用作出任何規定，而是完全依賴司法判例來處理。

鑒於近來經常有文獻和論說提到版權的「濫用」，但卻似乎對於其中的內涵沒有更為詳細的論述，甚至對於「濫用」一詞形成了另一種「濫用」，本文擬從首倡這一觀點或理論的美國司法發展為起點，附帶比較參酌國際公約以及歐盟、英國與日本等地的發展來探討此一問題，俾可作為未來法制改革的參考。

二、基本法則

在美國的現行法制下，「版權誤用」僅僅只能作為對應侵權指控的抗辯手段，而並不構成一個獨立的侵權行為或訴因（cause of action）。在名詞的使用上，既有的案例和法學界經常是把「誤用」與「濫用」交替使用。然而，前者是指特定的司法抗辯手段，是關於權利人對其既有權利的行使是否逾越了既有的法定範圍；而允許這樣的抗辯是肇始於美國聯邦上訴法院的司法判例，也就是一般咸認的 *Lasercomb America, Inc. v. Reynolds* 案（簡稱 *Lasercomb* 案）。¹ 至於其背後的理論基礎或概念，則是源自並借用美國聯邦最高法院在 *Morton Salt*² 一案對於專利權誤用的認可和詮釋，後來並經國會予以成文化（但將其中的範圍作了相當的限縮），成為美國現行專利法第 271 條第 (d) 項第 (4)、(5) 款。³ 也就是唯有當原告在訴訟中先指摘被告有侵權行為，然後被告才可被動地以此作為防禦，而不得由被告主動作此主張。因此，無論版權的被許可人是企圖化被動為主動，率先起訴請求法院給予未構成侵權的確認判決（declaratory judgment），或是另行提出反訴（counterclaim），都不得以此主張作為主訴的依據，也不得在不涉及侵權的訴訟中（如違約或損害賠償之訴）提出這一主張。⁴ 至於「濫用」，則是泛指任何涉及到侵害他人權益的行為，範

1. 911 F.2d 970 (4th Cir. 1990)。在此之前固然也有若干案件觸及這個問題，例如，*M. Witmark & Sons v. Jensen*, 80 F. Supp. 843 (D. Minn. 1948)（迄今最原始觸及這一問題的聯邦法院案例）、*Vogue Ring Creations, Inc. v. Hardman*, 410 F. Supp. 609 (Dist. RI 1976)，但促使法院必須直接對此問題作出闡釋者，則為本案。不過聯邦最高法院迄今，還尚未對於這一抗辯的存在與內涵等作出任何直接的評論，詳見後述。
2. *Morton Salt Co. v. G. S. Suppiger*, 314 U.S. 488 (1942).
3. Patent Misuse Reform Act of 1988, Pub. L. No. 100-703, 102 Stat. 4676 (1988).
4. *Altera Corporation v. Clear Logic, Inc.*, 424 F.3d 1079 (9th Cir. 2005)。在反訴的情形，雖然在表面上仍然是在同一訴訟程序中與主訴同時進行，但在技術上則是被視為單獨的訴訟。關於本案的中文引介與評析，參見孫遠釗等合著，《美國版權法令暨判決之研究 2009 年》最終期末報告》，台灣「經濟部知識產權局」委託研究案（計劃編號：09718308030），頁 36-43。另參見 *Lava Records LLC v. Amurao*, 354 Fed. Appx. 461 (2d Cir. 2009)（第二巡迴上訴法院拒絕讓該法則成為獨立的訴因）。

圍較「誤用」為大。從狹義的角度以觀，是指超越法律所容許的權利行使範圍，甚至已經產生反競爭的效果；而從廣義的角度而言，甚可包括侵權人對權利人的侵權行為。因此，對於權利的「誤用」，也是屬於「濫用」的一種樣態，在美國法制下會產生特殊、不完全一樣的意義與效果。

必須特別指出的是，這種抗辯純粹是訴訟上的一種防禦手段，即所謂的「積極抗辯」(affirmative defense)。也就是被告在提出抗辯時，必須是以首先肯定或確認原告所主張的為真實做前提，然後再提出並加上所要抗辯的部分，從而縱使在技術上仍然構成侵權行為，但在法律上卻可獲得免責的對待。⁵ 如果被告能成功地行使此種抗辯，原告的版權並不會因此消滅，只是原告在這一誤用的存在期間或停止其誤用行為前，無法行使其版權(unenforceable)。⁶ 此外，當被告想以權利誤用來抗辯時，並不以其本身是直接或已經受到原告誤用行為的損害為前提，也就是只要權利人的誤用行為仍然客觀存在便已足夠。⁷ 既然這一抗辯是由被告所提出，則被告也自然應負相應的舉證責任，以顯示原告(權利人)的許可或其他行為已經逾越其版權所允許的範圍，並已對相關市場產生了不當競爭的效應。

因此，「版權誤用」是法院在訴訟過程中得以視個別案件的實際狀況，依其自由裁量所從事的一種衡平處置(discretionary equitable disposition)，類似於英美衡平法上所謂的「不潔之手」(unclean hands)，亦即凡是對於公權力或主管機關(即美國版權局[U.S. Copyright Office])所賦予的權利範圍之外以及違反公共政策的部分，權利人均不得主張或行使其排他或壟斷性的權利。⁸

5. 參見 J. T. McCarthy, Roger E. Schechter, and David J. Franklyn, *McCarthy's Desk Encyclopedia of Intellectual Property* (3rd ed.) (Reference KF2976.4.M38, 2004), 383; 另參見 Michael J. Meurer, "Vertical Restraints and Intellectual Property Law: Beyond Antitrust," *Minnesota Law Review* 87 (2003): 1871。

6. 版權只能因法定事由的發生而消滅，諸如保護期間屆滿、因欺詐而不當取得其權利等。又如主審 *Lasercomb* 案的法院便明確表示，本案的判決並非判決原告的版權無效；一旦原告將其權利濫用的部分予以清除後，即可再行提出侵權之訴(其原文為：“This holding, of course, is not an invalidation of Lasercomb’s copyright. Lasercomb is free to bring a suit for infringement once it has purged itself of the misuse.”)。不過法院在本案並未明確交代，如果原告果真再行起訴，其所可主張的侵權與損害賠償，是否仍可涵蓋到發生權利濫用的期間，亦即是否會發生回溯性的執行力。但如參考專利法的司法判例，有學者認為應不具回溯效果。參見 Ralph Jonas et al., “Copyright and Trademark Misuse,” in *ABA Section of Antitrust Law, Intellectual Property Misuse: Licensing and Litigation* (2000): 165。

7. 同前注1，頁979。

8. *Alcatel USA, Inc. v. DGI Technologies, Inc.*, 166 F.3d 772 (5th Cir. 1999); 另參見 Raymond J. Dowd, *Copyright Litigation Handbook* §13:27 (2nd ed. 2009)。

既然是屬於衡平處置，在傳統上也就表示法院享有極大的自由裁量權，完全是「因案制宜」，加上這是一個在最近二十年來才衍生的訴訟抗辯法則，因此其中的準則、範疇究竟應當如何來具體界定，迄今尚未完全明確。⁹

雖然「版權誤用」的具體範疇還不是十分清晰，不過聯邦第四巡迴法院在 *Lasercomb* 案首度詮釋這一抗辯法則時就已經表示，「其中的問題並不在於是否以不符合反壟斷法的方式來行使其版權，而是在於是否違反了版權許可內所蘊含的公共政策的方式來行使其版權」。¹⁰ 雖然過去曾有案例要求被告必須舉證版權人已經觸犯反壟斷法方可提出誤用抗辯，但是最近的案例則顯然都已經不再採取這樣的要求。¹¹ 因此，只要權利人試圖透過許可來限制版權法所容許的競爭行為，或是變相擴張版權法所允許其行使的權利時，便會觸發是否構成「版權誤用」的問題，而並不僅止於非得達到抵觸反不正當競爭法或反壟斷法的門檻者為限，這與專利權誤用的抗辯原則上必須達到反壟斷法的門檻在程度要求上剛好相反。¹² 換句話說，雖然「版權誤用」的抗辯法則與專利權的誤用同出一源，在版權的部分，其背後的基礎乃是「不潔之手」等衡平考慮，而非競爭法則的分析。

既然「版權誤用」必須是以版權法而非公平交易或反壟斷法的公共政策為依歸，接下來一個無可避免的問題便是：究竟版權法背後的公共政策是甚麼？這正如同聯邦第七巡迴上訴法院的 Richard A. Posner 法官在 *USM Corporation v. SPS Technologies, Inc.* 一案關於如何處理「專利權誤用」抗辯時所提出的「大哉問」一般。可以看出的是，Posner 法官當時便頗為無奈地表示，

9. 參見 Melville B. Nimmer and David Nimmer, *4 Nimmer on Copyright* §13.09[A][2][b], at 13-299 (2008)。

10. 其原文為：“The question is not whether the copyright is being used in a manner violative of antitrust law . . . but whether the copyright is being used in a manner violative of the public policy embodied in the grant of a copyright.” 參見 911 F.2d at 978 (4th Cir. 1990)。

11. 例如，在 *BellSouth Advertising v. Donnelley Information Publishing* 案，聯邦第十一巡迴上訴法院原先是以原告未曾觸犯反壟斷法為由拒絕讓被告的抗辯成立，但後來基於其他原因而自行將這一判決廢棄 (vacate) 並改以全院聯席審 (en banc) 方式重新審理本案。由於上訴法院在這個階段維持了地方法院的徑行判決 (summary judgment)，因此便未再對濫用抗辯的立論基礎予以重新討論。參見 933 F.2d 952 (11th Cir. 1991), *vacated and en banc rehearing granted*, 977 F.2d 1435 (11th Cir. 1992), 999 F.2d 1436 (11th Cir. 1993) (*en banc*), *cert. denied*, 510 U.S. 1101 (1994)。至於最近的案例可參見 *Practice Management Information Corporation v. American Medical Association*, 121 F.3d 516 (9th Cir. 1997) 和 *Video Pipeline, Inc. v. Buena Vista Home Entertainment, Inc.*, 342 F.3d 191 (3rd Cir. 2003) 等。

12. 參見 *Video Pipelines* 案，同上注。另參見 Herbert Hovenkamp, Mark D. Janis, and Mark A. Lemley, “IP and Antitrust: An Analysis of Antitrust Principles Applied to Intellectual Property Law (volume I),” *Aspen Law and Business* (2002): 3-45。

「如果不能以傳統反壟斷的原則來測試誤用的主張，那麼要依據何種原則來讓這一主張受到測試？我們的法律在處理壟斷性誤用的替代概念方面並不豐沛；而如果到了此刻才打算開發新的理論卻不至於把專利權人的權利予以削弱並造成不確定，恐怕為時已晚。」¹³ 由此可見，這種回歸到以版權法的公共政策來作為檢驗是否構成誤用的標準，事實上已經形成了一種抽象性的循環論述，也從而引發了許多的爭議與討論（詳見後述）。

也正因為如此，截至目前為止，即使是在美國，「版權誤用」的抗辯法還沒有被十三個聯邦巡迴上訴法院完全接受。目前已明確接受這一法則的有第二、三、四、五、七、九以及聯邦巡迴院（Federal Circuit）等共七個上訴法院，而聯邦最高法院則只是在1962年的一個判例中曾經約略、間接地提到過類似於現今所使用的法則，但迄今還從未有機會像「專利權誤用」一般直接、明確地對於「版權誤用」抗辯予以評斷。¹⁴ 而諸如第一、八和十一等巡迴上訴法院則只表示還未正式認可這一法則，但也並不排除未來可能會正式接受。¹⁵ 然而無論如何，「版權誤用」抗辯法則目前已經越加廣泛地為法院所接受，並成為多數的見解，則是不爭的事實。

三、發展沿革與分析

如前所述，「版權誤用」在美國正式獲得認可是以1990年聯邦第四巡迴上訴法院（U.S. Court of Appeals for the Fourth Circuit）所判決的 *Lasercomb* 案

13. 其原文為：“If misuse claims are not tested by conventional antitrust principles, by what principles shall they be tested? Our law is not rich in alternative concepts of monopolistic abuse; and it is rather late in the day to try to develop one without in the process subjecting the rights of patent holders to debilitating uncertainty.” 參見 694 F.2d 505, at 512 (7th Cir. 1982)。
14. 參見 *United States v. Lowe’s, Inc.*, 371 U.S. 38, at 50 (1962); *Lasercomb*, supra note 1, 911 F.2d at 976. (“[N]o United States Supreme Court decision has firmly established a copyright misuse defense in a manner analogous to the establishment of the patent misuse defense.”)
15. 例如，聯邦第一巡迴上訴法院在 *Data General Corp. v. Grumman Systems Support Corp.*, 36 F.3d 1147 (1st Cir. 1994) 案雖然討論到了 *Lasercomb* 案和「版權誤用」法則，但卻明白表示在本案不必決定版權法是否允許像這樣的抗辯。不過有趣的是，法院認為在 *Lasercomb* 案，「版權誤用」的成立是不需要證明抵觸反壟斷法，但在本案卻以被告 *Grumman Systems* 未能證明原告的反壟斷行為而判決被告的抗辯不成立。而聯邦第八巡迴法院則是在 *United Telephone Co. of Missouri v. Johnson Publishing Co., Inc.*, 855 F.2d 604 (8th Cir. 1988) 案基於該案的事實拒絕容許被告行使版權濫用的抗辯。不過法院在討論這一法則時，採取了類似第七巡迴上訴法院的做法，將濫用與反壟斷行為進行平行分析。另參見 Tom W. Bell, “Codifying Copyright’s Misuse Defense,” *Utah Law Review* (2007): 573。

為濫觴。在此之前，僅有一些散見於不同聯邦地方法院的案件牽涉到這一問題，而主審的地方法院在當時還是意見不一，有的則是抱持懷疑甚至反對的態度。¹⁶ 追本溯源，是有兩個由上訴法院在二十世紀初所判決，涉及到原告本身的「不潔之手」（即對於法院和美國版權局的誤導行為）從而導致無法獲得版權侵權求償的案例，為現今的「版權誤用」法則奠下了初基。¹⁷

由於版權與專利權的法源基礎是來自於美國聯邦憲法的同一條款，「版權誤用」法則背後的概念，主要便是來自並借用對於專利權的誤用。¹⁸ 法院對於專利權誤用的論述也自然對於「版權誤用」的理論建構形成了相當大的影響，至今依然如此。例如，專利權誤用的考慮依據是專利制度本身的公共政策、專利權人足以構成誤用的行為不必達到觸犯反壟斷法的程度、權利人的相關反競爭或不公平交易行為不需直接與被指控的侵權行為有關，而是要從權利人的整體市場表現來觀察等，這些原則都反映了如何檢視是否構成對於「版權誤用」的考慮。¹⁹

然而一個有趣的現象是，雖然「專利權誤用」已經獲得了普遍性的認可，甚至業經國會予以立法成文化，但在實際上的適用卻日益減少，在實務上至多成為侵權訴訟中被告會提出的點綴性抗辯而已。在目前法院對於特定的專利許可行為是否構成反競爭，已幾乎完全轉向到必須從「合理原則」或「論理分析」（rule of reason）的角度，來從事精緻、專業的經濟分析，而鮮少以「當然違法」（*per se illegal*）來做出認定的時代。通常只要權利人能夠舉證在其許可行為具有一定的合理市場考慮，在「合同自由」與「合同自治」的基本原則下，幾乎都可通過法院的檢驗。²⁰ 相對而言，「版權誤用」的抗辯雖然還未獲

16. 參見 Paul Goldstein, *Goldstein on Copyright*, §9.6.1, at 9:35-36 (2005)。例如，聯邦賓夕凡尼亞州中區地方法院（U.S. District Court for the Central District of Pennsylvania）就曾明確表示，如果因為抵觸了反壟斷法就會導致產生對於作品的侵權抗辯是令人質疑的。參見 *Foreign Car Parts v. Auto World, Inc.*, 366 F. Supp. 977 (M.D. Pa. 1973)。由於這些都是比較陳舊的案件，隨著時代的變遷，加上多數的上訴法院已經對於「版權誤用」的抗辯法則先後表態，其重要性自然已經不再存在。

17. *Edward Thompson Co. v. American Law Book Co.*, 122 F. 922 (2nd Cir. 1903); *Stone & McCarrick, Inc. v. Dugan Piano Co.*, 220 F. 837 (5th Cir. 1915)。

18. U.S. Constitution, art. I, §8, cl. 8 (亦即所謂的「專利版權條款」(Patent and Copyright Clause))。

19. 參見 *Morton Salt* 案，前注 2。

20. *Illinois Tools Works, Inc. v. Independent Ink, Inc.*, 547 U.S. 28 (2006)。另參見 *U.S. Philips Corporation v. International Trade Commission*, 424 F.3d 1179 (Fed. Cir. 2005) (“[A] license to the essential patent is, by definition, a prerequisite to practice the technology in question, the patentee can charge whatever maximum amount a willing licensee is able to pay to practice the technology in question”)；參考 *Princo Corporation v. International Trade Commission*,

得立法而予以成文化，成為「普世性」的法則，但卻似乎日益受到青睞，獲得來自司法和學術界越來越多的支持。²¹

(一) *Lasercomb America, Inc. v. Reynolds*

這個經典案件的原告（被上訴人）Lasercomb 是製造規尺鋼模（steel rule dies）的廠商。被告則是與其競爭的另一家廠商 Holiday Steel Rule Die，其負責人 Larry Holliday 以及該公司所聘僱的電腦軟體程式設計師 Job Reynolds。雙方當事人是業務上的競爭對手，都是使用規尺鋼模來對於紙板從事切割或預留切痕，從而紙板的購買者可以自行將其組合為紙箱或紙盒等不同的載具。原告開發出了一套稱為「互動」（Interact）的軟件來從事對於規尺鋼模更為有效的設計與生產上的機械式控制，並將其中的四套許可給被告使用。結果被告不但沒有遵守許可合同中對於被許可人必須使用特定的技術保護措施的要求，而且在其電腦上從事了未經許可的複製，更開始向其客戶銷售打著自己旗號的軟件，但其內容卻與原告的產品幾乎完全雷同。當原告發現此事後，便提起了版權侵權之訴。被告並不否認對於原告的軟件從事了未經許可的複製等使用，但卻是完全依賴許可使用合同中的一個條款，也就是限制所有的被許可人在 99 年內不得從事關於以電腦作為製造規尺鋼模輔助工具的軟件撰寫、開發、製造或是銷售，來抗辯原告誤用其版權。不過被告從來沒有在該合同上簽字，而原告可能是由於行政上的疏失也並未追究該問題，要求被告補簽。因此原告以被告根本不會受到該條款的限制為由，主張被告的抗辯無效。不過地方法院還是判決原告勝訴，於是被告提出了上訴。

聯邦第四巡迴法院在審視版權的公共政策時，表示「版權誤用」的抗辯乃是版權法與生俱來的（a misuse of copyright defense is inherent in the law of copyright）。²² 鑒於版權和專利權都是基於聯邦憲法的同一法源而來，因此法

563 F.3d 1301 (Fed. Cir. 2009), affirmed en banc, 616 F.3d 1318 (Fed. Cir. 2010) ——這就是荷蘭飛利浦公司與台灣的巨擘公司等關於 CD-RW 的「專利聯盟」（或專利池 patent pool）與聯合許可在美國的專利侵權訴訟。美國聯邦巡迴上訴法院以全院審判（en banc）的方式判決，縱使當數個專利權人之間另行以「平行整合」的方式訂立合同，限制了被許可人對於涉及關鍵技術專利聯盟中所能做出的選擇或使用，則僅僅因為權利人從事了某些不當的商業活動，甚至這些活動可能產生了一些反競爭的效果，仍然還不足以直接、徑行構成對該特定專利權的濫用。被告必須明確舉證顯示原告所從事的反競爭行為是直接涉及對該特定專利權的使用，而且是立法或司法判例上所訂明的行為態樣之一方可。

21. 參見前注 15。

22. 參見 911 F.3d at 973 (4th Cir. 1990)。

院認為其背後的公共政策也是一致的，也就是透過給予發明人與作者對其作品享有在有限期間內的排他權利來作為獎勵，從而人類的知識與技能得以不斷累積，社會公眾也得以蒙受其利。²³ 然而當權利人試圖將其權利的行使延伸到版權的範圍之外時，這一公共政策便會遭到破壞。法院認為，原告許可使用合同中的這條限制性條款，基本上就是企圖壓抑任何被許可人去獨立開發與「互動」這套軟件相關的其他電腦程式，也就是不僅想要控制其軟件程式內所寓含的表達（這是符合版權的行使），更想控制與該軟件背後思維的所有競爭性使用，從而違反了版權的公共政策。

法院進而遵循聯邦最高法院在 *Morton Salt* 案所列示的標準，試圖進一步闡釋「版權誤用」的內涵。法院特別表示，如同檢視專利權的誤用一般，此種抗辯並不需要達到抵觸反壟斷法的程度，也就是說，究竟這一爭議條款是否能夠通過反壟斷法上某種「論理分析」或其他經濟模型的檢驗，其實是完全無關緊要的。真正須要探討的關鍵是，**究竟原告的行為是否構成了企圖控制在版權範圍以外某個領域中的競爭。**也因此，究竟被許可人本身是否因此種權利人的反競爭或誤用行為而直接受到了損失也可以在所不問。法院將此原則適用到本案，認為雖然被告是明目張膽地複製抄襲了原告的軟件程式，而且完全沒有受到該限制性條款的影響，一旦確認權利人（原告）超越了其版權的公共政策範疇而構成誤用，只要這一狀況仍然存在，便不再得以行使該版權。不過法院在此特別強調，裁判構成誤用並不同於判決版權無效。所以一旦構成誤用的原因去除，權利人仍然還是可以對被告提出侵權之訴。

（二）*DSC Communications Corporation v. DGI Technologies, Inc.*²⁴

在聯邦第四巡迴上訴法院於 *Lasercomb* 案樹立了「版權誤用」的抗辯法則後，其他的巡迴上訴法院也相繼作出了判決，進一步建構並釐清了該法則的內涵。其中一個重要的發展，是牽涉到法院在處理是否要制頒臨時禁制令（preliminary injunction）的問題時，如何在訴訟的初步階段考慮「版權誤用」是否在實體上有獲得勝訴可能的 *DSC* 案。

本案的原告 *DSC* 通訊公司是電話交換器（phone switch）的製造商。它的經營模式是在出售交換器的元件（硬件）時，附帶讓其客戶以許可方式使用相應的作業系統軟件程式，並在許可使用合同中只允許客戶將這一軟件搭配到

23. 同上注，頁 976。

24. 參見 81 F.3d 597 (5th 1996)。

本廠的硬件之上。被告 DGI 科技公司是原告的競爭者，試圖製造與原告產品可以兼容的微處理器（亦即所謂的「晶片卡」）。為了讓這一晶片卡順利操作，被告的晶片勢必要與原告的作業系統程式完全兼容，包括在開機的過程中將原告的部分軟體程式複製或下載到被告微處理器或晶片內的「隨機讀取記憶體」（random access memories, RAM）中。另外，為了能獲得原告的軟體程式，被告說服了原告的一個客戶讓其使用原告的器材來測試其晶片的兼容性等問題，但卻在該名客戶不知情的情況下，複製了原告的軟體程式並將原告的器材帶回被告的實驗室從事進一步的研究。當原告知悉此事之後，便提起了版權侵權之訴並獲聯邦地方法院制頒臨時禁制令。不過該禁制令僅限制被告不得從事可以帶離原告客戶所在地的軟體複製行為，對於在客戶處所進行開機時將原告軟體部分程式複製到被告替代晶片內的 RAM 等行為則未予禁止。原告因此提出上訴，請求法院將禁制令的範圍擴大，因為針對此種將其軟體複製到被告未經許可的晶片從事開機，未來一旦進入到實質審理階段，應有相當可能會被判定為構成侵權行為，從而原告應有相當機會勝訴。

基於禁制令在性質上是一種法院依職權和適度裁量所行使的衡平措施，要改變或是推翻地方法院的禁制令，就必須由提出主張的一方舉證，顯示法院在給予裁定時誤用了其職權。而聯邦第五巡迴上訴法院在此則認為，至少就訟爭的問題來看，地方法院並未誤用其職權，從而維持了原判。上訴法院認為原告在此所欲達到的目的，是企圖以其版權來獲得如同專利一般的壟斷，從而將其權利保護擴張到原來就沒有專利的微處理器或晶片之上。鑒於任何與原告從事競爭的產品都必須在操作上能與原告的軟體程式兼容，因此也就意味著必須要對被告的產品從事測試，而此種測試也必然會涉及到將部分程式下載到 RAM 之中來用於開機。如果准許原告的請求，雖然原告並未對其晶片卡申請或獲得專利，但在效果上卻無異於讓原告得以防止任何其他的競爭者來開發可以與其相容的晶片卡。²⁵ 上訴法院在此援引了聯邦第四巡迴法院對於 *Lasercomb* 案的見解，認為原告擬以版權來對於版權局所未授與的部分也行使其排他壟斷權，事實上已經多少認可了「版權誤用」的抗辯。

在此之後，本案回到了地方法院並經歷了冗長的庭審程序。陪審團評定被告構成侵權行為而原告則是構成對版權的誤用。不過主審本案的地方法院法官對於版權誤用的部分則是未予採信，並制頒了對於被告的永久禁制令，禁止被告繼續生產能與原告電話交換器兼容的晶片卡。於是被告提出了上

25. 同上注，頁 601。

訴。²⁶ 聯邦第五巡迴上訴法院在此次則是正式接受了「版權誤用」的抗辯法則，認為地方法院濫用了職權並推翻了給予永久禁制令的裁定。

雖然本案的被告本身手腳並不乾淨，以欺騙的手法獲得了原告的軟件程式，但是法院卻表示這並非本案的關鍵所在。既然在本案是原告請求法院給予衡平考慮並頒發禁制令，那麼所要考慮的重點就是原告自己的手必須通過「衛生檢驗」，至於被告的行為究竟如何則是全然無關。當權利人企圖行使超越其權利範圍的保護時，通常即會適用到權利誤用的法則；縱使被告本身的行為已構成侵權，而且其嚴重性甚至遠遠超過版權人的行為瑕疵，都在所不問。²⁷

(三) *Practice Management Information Corp. v. American Medical Association*²⁸

在「版權誤用」的抗辯法則所受到的所有支持中，迄今最為重要的，恐怕就是來自聯邦第九巡迴上訴法院對本案的判決。本案是所謂的確認判決之訴，也就是潛在的侵權者試圖反客為主、先發制人，率先成為原告，請求法院判決其行為不構成侵權或是權利人的權利無效。本案的被告是美國醫療協會（American Medical Association, AMA）。美國醫療協會開發出了一套能明確辨識不同醫療程序的代碼系統，並刊錄在該組織所出版，名為《當代醫師療程詞彙》（*Physician's Current Procedural Terminology, CPT*）的出版物之中，其中編列了六千多個名目。因此美國醫療協會享有對該出版物的版權。美國國會在1977年立法要求聯邦健康照護融資局（Health Care Financing Administration, HCFA）設計一套在「聯邦醫療保險」（Medicare）與支付給各州的「聯邦醫療補助」（Medicaid）等兩個項目下關於補還給付請求（reimbursement claims）所需使用的統一編碼。²⁹ 嗣後 HCFA 決定與其平地起高樓，制定新法全部重新來過，不如直接採用既有、現成的系統。於是 HCFA 便與美國醫療協會協商簽訂了一份許可使用合同，讓前者以非專屬（non-exclusive）和無償（royalty-free）方式使用 CPT 編碼。合同中另行規定，HCFA 同意「在申報由醫師所提

26. *Alcatel USA, Inc. v. DGI Technologies, Inc.*, 166 F.3d 772 (5th Cir. 1999).

27. 不過有的法院則會將被告的行為一併納入考慮並以被告的「不潔之手」為阻卻適用濫用抗辯的依據。參見 4 *Nimmer on Copyrights* §13.09[B], at 13-314 (2008)。

28. 121 F.3d 516 (9th Cir. 1997), cert. denied, 522 U.S. 933 (1997), op. amended, 133 F.3d 1140 (9th Cir. 1998).

29. 42 U.S.C. §1395w-4(c) (5) (2006).

供的服務中關於醫療程序的命名方面不再使用任何其他的系統」，而且「在凡是由 HCFA 所執行的計劃專案中只要可能，便應盡量使用 CPT 辨識代碼系統。」³⁰

原告 Practice Management 資訊公司是一家醫療書籍出版和營銷商。原告向被告承購書籍然後予以轉售獲利。當原告無法從美國醫療協會獲得承銷的總量折扣 (volume discount) 後，便向法院對後者提出了確認之訴，請求法院基於下述兩個原因判決被告對於 CPT 的版權應屬無效：(一) 當聯邦政府主管機關接受了民間所開發出的編碼辨識系統並轉化為強制性法規時，該系統即已成為不受版權保護的法律規章；(二) 當美國醫療協會在許可使用合同中要求排除使用其他的編碼系統時，即已構成了對其版權的誤用。結果聯邦地方法院以部分徑行判決，判認被告美國醫療協會勝訴並對原告制頒了臨時禁制令，禁止原告繼續出版、發行 CPT，於是原告提出了上訴。

聯邦第九巡迴上訴法院則採取了與地方法院完全不同的見解。法院首先確認了被告 CPT 系統的版權仍然持續有效，並未因獲得政府機關的接納成為聯邦法規的一部分就進入了公共領域 (public domain)。³¹ 法院繼而首次正式承認了「版權誤用」的抗辯法則，並表示處理本案必須從審視當事人所訂立的許可使用合同文字入手。法院認為，當合同文字設下了必須完全專屬使用 CPT 系統並禁止 HCFA 採用任何其他系統的要求時，便已構成了版權的誤用。固然在沒有這段文字的情形下，HCFA 或許依然會做出同樣的決定，完全使用美國醫療協會的 CPT 系統，但這並不是重點所在。觸發「版權誤用」的關鍵並非 HCFA 是否做出完全使用 CPT 系統的決定，而是許可使用合同中對於被許可方所能做的選擇是否設下了不當的限制——以要求被許可人同意或承諾不使用其他競爭者的產品來作為訂立許可的基礎，就構成了版權的誤用。³² 法院因此撤銷了地方法院的禁制令並將全案發回重審 (台灣稱為「更審」)。

30. 據此，由 HCFA 所建立的《一般程式碼系統》(Common Procedure Coding System, CPCs)，其實便是完全依據 CPT 而建構。參見 48 Fed. Reg. 16,750, 16,753 (1983); 50 Fed. Reg. 40,895, 40,897 (1985); 42 C.F.R. §433.112(b)(2) (2009)。

31. 作為對比，參見 *Veeck v. Southern Building Code Congress International, Inc.*, 293 F.3d 791 (5th Cir. 2002) (*en banc*), *cert. denied*, 539 U.S. 969 (2003) (法院在本案採用了版權法的「合併法則」(Merger Doctrine)，判決一旦當事人所編撰的《標準建築規範》獲得地方政府採用成為正式的法規，便進入了公共領域，並喪失了版權。不過在全院的十七名法官中，有六位對此提出了反對意見)。

32. 121 F.3d at 521。雖然法院在本案認為許可使用合同對於市場競爭所帶來的負面效果已經相當明顯，並讓美國醫療協會取得了超過其競爭者的相當不公平的優勢地位，但法院同意 *Lasercomb* 案的見解，認為對於濫用的抗辯並不需要達到抵觸反壟斷法的程度。

(四) *Assessment Technologies of Wisconsin, LLC v. WIREData, Inc.*³³

本案被告 WIREData 試圖向位於威斯康辛州 (State of Wisconsin) 東南地區的幾個城鎮索取關於當地房地產各項具體的資料，如地址、所有人姓名、產權年份、評估價值以及地上物 (住宅) 的房間數等等，以彙編成一套可供房地產中介業者檢索的資料庫，但卻遭到了其中三個郡政府 (county government) 的拒絕。這些資料是由地方政府的行政人員為評估房地財產稅所搜集而來，通常只要申請人支付了一筆合理的手續費，相關的政府部門通常便會將所有的資料複製到光碟上提供給申請人。此外，威斯康辛州的「資訊公開法」(open records law) 也要求政府部門只要在當事人支付了費用後，就必須提供包括電子檔案格式在內的政府資訊。³⁴ 證據顯示，這三個機關拒絕提供資訊的理由，是因為這些資訊都儲存在由原告「評估技術」(Assessment Technologies) 所提供的電腦系統之中，而它們以及受聘使用這套系統的承攬人都是原告的被許可人。此外，鑒於「資訊公開法」也對於受版權保護的目標設有例外規定，它們就不便直接提供被告所要求的資訊。被告於是向威斯康辛州的州法院起訴，請求披露資訊。當案件仍在進行中時，作為應對，原告則向位於威斯康辛州東區的聯邦地方法院 (U.S. District Court for the Eastern District of Wisconsin) 提出起訴，要求被告停止其行為並宣判被告行為已侵害了原告的版權。聯邦地方法院批准了原告的禁制令申請，禁止被告進一步要求使用原想取得的資訊。被告不服，提起了上訴。

聯邦第七巡迴上訴法院撤銷了地方法院的判決和禁制令，並指示地方法院應駁回原告關於本案的版權侵害請求。上訴法院首先表示，被告所想要的資訊並非由原告所搜集，而是當地郡政官員或其承攬人經過相當的調查統計後方才取得的。郡政機關只是使用了原告擁有版權的一套電腦軟件 (稱為“Market Drive”) 來彙整這些資訊。這套系統搭配微軟公司的 Access 資料庫軟件，在郡政人員將房地產調查的基本資訊輸入電腦後，便會自動填妥並分配到 456 個不同的資料欄位及歸併為 34 個類屬。如果被告所要求提供的資訊是上述的整個欄位和類屬中的所有訊息，而郡政機關也提供了這些經過彙整後的資訊，則郡政機關便構成了對原告的直接侵權，被告也構成了輔助侵權 (contributory infringement)。然而本案的情形並非如此。被告向保管機關所請求提供的，是未經原告軟件編排過的原始資訊。在這些原始資訊未經原

33. 350 F.3d 640 (7th Cir. 2003)。關於本案的中文引介與評析，亦可參見孫遠釗等，前注 4，頁 59-62。

34. Wis. Stat. §§19.31-19.39。

告的軟件編排彙整之前，原告對這些資訊並未享有任何的版權。因此被告向該郡政機關提出的請求，並不會造成侵害版權之事實，因未直接侵害版權，也自然就沒有構成輔助侵權的可能。法院在此援引了 *Matthew Bender v. West Publishing Co.* 案。³⁵ 在該案中 Westlaw[®] 資料庫系統內所編排的司法判決內容，Westlaw[®] 只對該編排過的內容享有版權，但就未經編排的原始判決內容本身卻並不享有任何的版權。同理，原告對未經編排的原始資料，也不應享有任何的版權。

上訴法院的判決原本到此便可結束，然而由於原告試圖依據其與地方政府間所訂立的許可使用合同來主張，法院便更進一步對於這一部分提出參考意見 (*dicta*) 和說明，認為原告其實是試圖運用其版權 (如果有的話) 來禁止被許可人釋放出相關的資訊，從而已多少構成了版權的誤用。雖然法院在本案並不需要對於「版權誤用」的抗辯法則作出裁判，但主審的 Posner 法官還是對 *Lasercomb* 案給予了高度的評價，指出版權的誤用是超越了反壟斷的範圍，「只要版權人運用侵權訴訟來獲取版權法顯然未曾賦予的權益保護，即構成對該〔訴訟〕程序的濫用」；並表示如果未來有直接涉及這一問題的案例，第七巡迴上訴法院也將欣然接受這一法則。³⁶

附帶一提，本案判決後，威斯康辛州的最高法院也對於全案作出了處置：(一) 三個郡的行政機關拒絕提供資訊並未違反資訊公開法；(二) 為符合法律的要求，僅提供 *portable file format* (PDF) 電子檔案格式尚不足夠；(三) 資訊公開法應容許申請人取用電腦化資料庫的資訊等。³⁷ WIREData 公司至此可說是獲得了全面的勝利。

(五) *Video Pipeline, Inc. v. Buena Vista Home Entertainment, Inc.*³⁸

本案原告 (即上訴人) Video Pipeline 編輯了多盒錄影帶，而其中每一盒又包含了多節電影預告短片 (*trailer*)，從而讓電影出租業者得以在其商店

35. *Matthew Bender & Co. v. West Publishing Co.*, 158 F.3d 693 (2nd Cir. 1998); *Matthew Bender & Co. v. West Publishing Co.*, 158 F.3d 674 (2nd Cir. 1998).

36. 參見 350 F.3d 647。其原文為：“[A]pplying the misuse doctrine goes beyond the bounds of antitrust . . . [F]or a copyright owner to use an infringement suit to obtain property protection, here in data, that copyright law clearly does not confer . . . is an abuse of process.”

37. 參見 *WIREdata, Inc. V. Village of Sussex*, 310 Wis. 2d 397, 751 N.W. 2d 736 (2008)。本案其實是整合了三個案件而成，僅僅是威斯康辛州最高法院的判決書就達 1,143 頁。

38. 342 F.3d 191 (3rd Cir. 2003)。關於本案的中文引介與評析，亦可參見孫遠釗等，前注 4，頁 404-8。

中播放以吸引顧客。為了取得發布電影預告片的權利，原告與所涉及的版權人分別簽署了多份許可使用合同，其中一份是與迪士尼公司（Walt Disney Company）在1988年所簽署的。在該合同中，迪士尼公司給予原告超過500項電影預告片作為編輯之用。

從1997年開始，原告的業務拓展到網絡之上，並經營 VideoPiple-line.net 以及 Videodetective.com 兩個網站，其中有原告多年以來取得的電影預告片。在網站中，使用者可以搜尋某一部特定電影，且當使用者點擊網站中某一部電影時，該電影的預告片就會以串流（streaming）的方式播放，如果使用者想要購買其中一部電影，該網站中還有一個購買的按鈕，將使用者引導至售賣該電影的網站，但迪士尼認為，當年的許可合同並沒有允許原告用這種方式使用其作品，於是要求原告將迪士尼所擁有的電影預告片從網站資料庫中移除，原告也遵守了迪士尼的指示。然而原告還是決定自行製作了迪士尼公司所擁有的62部電影的預告片，在這些預告片中首先播送 Miramax 或迪士尼的商標以及該電影的名稱，其後播送該電影前半部中的幾個畫面，最後再播放一次電影的名稱。相對地，在迪士尼本身所提供的預告片中，則是加入了更多的音樂與旁白以吸引特定群體的觀眾，而且迪士尼也在自己的網站中播送這些預告片以吸引購買者。

原告向位於新澤西州（New Jersey）的聯邦地方法院提起了確認判決之訴，要求法院確認其在網絡上使用的預告片並沒有侵害迪士尼公司的版權。迪士尼公司隨即終止了先前的許可使用合同，並要求法院就原告的行為制頒臨時禁制令。法院同意了迪士尼的請求，原告於是提出上訴。

原告上訴所主張的理由之一，是被告對其版權的行使構成了誤用。被告迪士尼公司在其與三家公司所簽訂關於預告短片的許可使用合同中，加入了如下的文句：「使用預告短片之網站不得對於娛樂事業、〔迪士尼公司〕（及其主管、董事、代表、職員、相關人士、分支機構與附屬機構）或由〔迪士尼公司〕所製作或發行之電影、〔或〕預告短片的取材來源或是任何牽涉母片製作之個人從事貶抑毀損或批判性之使用。違反本段規定者，本合同即失其效力，且被許可人應對所有相關當事人負譏謗、版權侵權以及違約之責。」³⁹ 原告便據此主張被告試圖超越其權利範圍行使不當的控制，從而構成誤用。

聯邦第三巡迴上訴法院一方面確認了「版權誤用」的抗辯法則，但另一方面則表示，版權人的確可以使用不涉及反競爭的行為、合理使用或是「思想——表達」等法則，以其版權為槓桿來限制他人的創意表達。法院並援引

39. 同上注，頁203。

了 *Rosemont Enterprises, Inc. v. Random House, Inc.* 案來作進一步的詮釋。⁴⁰ 在該案件中，著名的億萬富翁霍華·休斯 (Howard Hughes) 特別成立了一家公司來收購報導其生平的一篇文章的版權，並轉而以此向另一家出版商起訴，試圖阻止後者出版一本未經其許可的傳記。結果主審該案的聯邦第二巡迴上訴法院以「不潔之手」為由，撤銷了地方法院制頒的禁制令，並作出了有利於被告的判決。聯邦第三巡迴上訴法院認為，該案與本案都牽涉到版權法的基本宗旨和焦點，就是為了公共利益來增加創意表達的儲存。然而這兩個案件所不同的是，上述有爭議的限制性許可條款固然有可能被說成是在壓抑版權法的宗旨，從而構成誤用，但實際上卻不太可能達到足以顯著影響創意表達，從而限制了儲存創意表達的公共利益。法院舉出了若干示例來說明：例如被許可人仍有機會在其他的網站上提出批判、社會大眾也能從其他的網站檢索到對於迪士尼公司的批評。尤有甚者，如果迪士尼公司的這一限制性條款遭受到不利的判決，迪士尼公司也有可能就乾脆放棄對其短片的所有線上或網絡許可，結果反而導致社會大眾無法再行對其取用。法院因此判決迪士尼公司並未構成「版權誤用」。

本案所凸顯的重點是，法院已經脫離了傳統上只是純粹從經濟權或市場競爭的角度來論證當事人的行為是否構成誤用，而是首次從社會公益、公共政策的角度，也就是何謂版權以及其基本宗旨、被許可人有無其他回避的途徑等來看待如何才構成「版權誤用」，乃屬首見。但這也不可避免地開啟了一扇新的門窗，使今後關於「版權誤用」的探討與辯論範圍更行擴大，從純粹的市場競爭分析進入到整體的社會經濟政策分析階段。

(六) 其他案例形態

在美國，與「版權誤用」的問題經常產生牽連的一種案例形態是，當某個知名人物過世之後，其遺產管理人（通常是律師）或基金會為了維持運作，往往會以非常積極和嚴格的態度來執行該知名人物的版權，但這也往往引發了究竟這樣的嚴峻執法事實上是否已經構成了對於版權的誤用。例如，在 *Estate of Martin Luther King, Jr., Inc. v. Columbia Broadcasting Service, Inc.* 案，⁴¹ 就是牽涉到美國民權運動領袖馬丁·路德·金博士的遺產管理組織對於哥倫比亞電視

40. 參見 366 F.2d 303 (2nd Cir. 1966)。

41. 194 F.3d 1211 (11th Cir. 1999)。關於本案的中文介紹與評析，參見孫遠釗等著，前注 4，頁 101-5。

公司的一個節目紀錄片播放了一段金博士的著名演說「我有一個夢想」(I Have a Dream)，試圖向後者收取許可費。聯邦第十一巡迴上訴法院在此確立了一個法則，即向不特定的公眾所公開發表的演說並通過媒體轉播，就如同畫廊內向不特定的多數人所公開展示的美術作品一般，並不必然會因此而失去對於該演講內容與表達方式的版權。因此雙方當事人最終在和解時還是由被告支付了一筆未經披露的費用給原告。⁴²或許也正是因为從本案所獲得的啟發，馬丁·路德·金博士的遺產管理人又試圖向使用其生前演講、影片等原本應屬於合理使用的新聞媒體和歷史學者，展開新一波的訴訟攻勢，包括準備對於未經許可，將美國總統奧巴馬(Barack H. Obama)和馬丁·路德·金的圖像共同擺列在標示為「夢想成真」(The Dream Is Reality) T 恤上的服裝製造商起訴，但也引起了社會上的爭議，認為他們唯錢是問。⁴³

除了馬丁·路德·金外，其他的一些名人之後也不遑多讓。諸如美國的作曲家喬治·蓋西文(George Gershwin, 1898-1937)、詩人及文學家湯瑪斯·艾略特(T. S. Eliot, 1888-1965)，以及法國的戲劇、文學與詩歌作家撒母耳·貝克特(Samuel Beckett, 1906-89)等名人的遺產管理者，都對他們先人的版權採取了極度保護的態度和做法，包括禁止對於版權人作出任何不利或批判性的言論，也從而引發了如此的維權保護是否已構成誤用，並限制了憲法所保障的言論自由權的爭議。⁴⁴而最近一個引起了版權界高度興趣和關注的案件則是 *Schloss v. Sweeney*。⁴⁵ 本案原告 Carol Schloss 女士是斯坦福大學(Stanford University) 英語學系教授。她試圖出版一本研究著名愛爾蘭詩人和文學家詹姆斯·喬依斯(James A. A. Joyce, 1882-1941)的著作，尤其是喬依斯的女兒對於其父親靈感的真正影響等，但卻遭到喬依斯遺產管理人將近十年的威脅與訴訟。本案最終以和解收場，Schloss 教授仍然出版了她的著作，但其中的內

42. 參見 “King Estate Settles Lawsuit Against CBS Over Rights to ‘I Have a Dream’ Speech,” *JET*, July 31, 2000, http://findarticles.com/p/articles/mi_m1355/is_8_98/ai_63974332/?tag=content;coll。

43. 參見 Bobbie Brown, “King Estate Considering Suit Over Unlicensed Obama Items,” *New York Times*, November 15, 2008, at A9。金博士的侄兒，也是目前位於亞特蘭大市(Atlanta)「金中心」的負責人 Isaac Newton Farris Jr.，便如此表示：「這不是關於金錢……不過我們只是覺得，如果有人在外(用這樣的方式)賺到了一塊錢，我們就應該(跟著)賺一毛。」

44. 參見 David S. Olson, “First Amendment Based Copyright Misuse,” *Boston College Law School Legal Studies Research Paper Series No. 191* (March 18, 2010), http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1574385。

45. 參見 C06-03718JW (N. D. Cal. 2006)。

容則是經過了大幅刪減。因此法院最終還是沒有機會對於這一問題作出任何判例。⁴⁶

(七) 後續案例發展

1. *Apple, Inc. v. Psystar Corporation*⁴⁷

除了上述案件，另一個最近受到版權界較多關注的案件是 *Apple, Inc. v. Psystar Corporation*。原告蘋果公司指控被告未經其許可將原告的電腦作業系統軟件 Mac OS X 予以複製並自行修改，以供被告所製造的兼容性產品使用。而被告則以原告的「軟件許可使用合同」(software licensing agreement, SLA) 將其軟件程式限用於蘋果公司所生產的硬件器材已構成版權的誤用為由，提出了反訴。比較特別的是，聯邦地方法院在程序上准許被告以反訴 (counterclaim) 的方式主張版權誤用，不過卻沒有接受被告的理由。法院認為，蘋果公司的許可使用合同並未限制他人以獨立、自行開發並使用作業系統程式，因此並未構成如 *Lasercomb* 案一般，對於版權的不當擴張或是對於使用者或被許可人的不當限制。⁴⁸ 雖然當事人間之後達成了部分的和解，但對於「版權誤用」的部分則仍然有相當的分歧，也成為了上訴的主要爭議點。⁴⁹

聯邦第九巡迴上訴法院並未對於當事人可否以在提出反訴時逕行提出「版權誤用」作為主訴 (而不是等到對方主張侵權後才得提出抗辯) 提出任何評論，而是直接對於「版權誤用」要在何種情形下才可成立明確表示：「版權誤用」法則從未禁止權利人通過許可使用合同的條件來控制被授權人對於作品的使用，但卻禁止權利人以特定的條件來遏制競爭或是限制他人獨立開發具有競爭性的產品。⁵⁰ 由於蘋果公司的軟件許可使用合同既未限制其競爭者

46. 參見“James Joyce Copyright Case Settled in California,” *Reuters*, March 24, 2007, <http://www.reuters.com/article/idUSN2427943720070324>。

47. 673 F. Supp. 2d 931 (N.D. Cal. 2009)。這是聯邦地方法院對於本案所作出的兩個判決之一，其中牽涉到了法院對於「版權誤用」抗辯法則的詮釋。

48. 同上注，頁 939。

49. 據新聞媒體的報導，本案的被告 Psystar 公司已經在 2009 年 12 月與蘋果公司達成部分和解。相關評論參見 Peter Burrows, “Lessons from the Apple-Psystar Battle,” *Bloomberg Businessweek*, December 2, 2009, http://www.businessweek.com/technology/content/dec2009/tc2009121_009697.htm。關於本案的上訴判決書，參見 658 F.3d 1150 (9th Cir. 2011)。

50. 同上注，658 F.3d at 1159。其原文為：“The copyright misuse doctrine does not prohibit using conditions to control use of copyrighted material, but it does prevent copyright holders from using the conditions to stifle competition.”

開發本身軟件的能力，也未排除其使用者在蘋果所製造的電腦上使用非蘋果的元件或部件，而只是將由蘋果自行開發出的軟件限制使用到蘋果的電腦之上，自然也不構成對其版權的「誤用」。

2. *Omega, S.A. v. Costco Wholesale Corporation*⁵¹

另一個最近的發展，是被告可否以「版權誤用」作為對應權利人企圖實施進口權來控制「平行進口」(parallel importation)的抗辯手段。在 *Omega, S.A. v. Costco Wholesale Corporation* 案，原告奧米茄鐘錶公司為了限制其在瑞士製造的手錶未經同意以平行進口方式進入美國市場，在若干手錶的錶殼後方刻上了一個3毫米、具有版權的印記，稱為「奧米茄全球設計」(Omega Global Design)。奧米茄公司希望能透過這樣的方式，限制第三者對其手錶從事未經許可的進口。

被告 Costco 公司是美國極具知名度的賣場。他們在美國境外購得了原告在瑞士製造的手錶後再進口到美國，然後以較為低廉的價格在賣場內出售，結果在2004年遭到起訴。被告當時便以「首次銷售法則」(first sale doctrine)或「權利窮竭」(exhaustion)以及「版權誤用」作為主要的抗辯。結果聯邦地方法院法官支持被告「首次銷售法則」的抗辯，給予逕行判決。因此，關於「版權誤用」的部分便不需再議(moot)而未做處置。

之後聯邦第九巡迴上訴法院推翻了地方法院的觀點，認為「首次銷售法則」並不適用在美國境外所生產和完成首次銷售的情形，因此權利人仍可行使進口權來禁止被告從事平行進口。等到聯邦最高法院同意受理此案後，卻因為 Elena Kagan 大法官在就任大法官之前曾經代表行政部門(奧巴馬政府)對於這個案件提出正式的立場，因此必須回避。結果聯邦最高法院以4票對4票形成了僵局，從而在技術上維持了上訴法院的判決。

由於這樣的判決結果，等到全案發回地方法院更審時，「版權誤用」就成了被告的主要抗辯。結果主審法官接受了被告的主張，再次以逕行判決方式阻止原告行使進口排他權。主審的 Hatter 法官認為，由於原告的手錶本身無法獲得版權的保護，因此在錶殼背面所刻製、具有版權的「奧米茄全球設計」印記，其實真正、唯一的目的是想藉此作為槓桿，將對於該設計進口的有限壟斷，擴大成為對整個手錶的進口控制，從而構成了對於版權的誤用。

51. 541 F.3d 982 (9th Cir. 2008), *affirmed by an equally divided court*, 562 U.S. ___, 131 S.Ct. 565, 178 L.Ed.2d 470 (2011), *on remand*, 2011 WL 8492716 (2011).

法院也認為，在此之前所有關於「版權誤用」的案件都是局限於當事人間訂有與反壟斷有關的搭售合同或是限制性的許可合同條款，而本案則全然沒有這樣的情形。對於此點，地方法院則是表示，「版權誤用」的發展路徑還沒有完成明確的定義，而它並不認為要適用此一例外必須是以當事人間訂有合同為前提。它也沒有接受原告具有多功能的細小刻印設計可以用來作為對應「版權誤用」的主張。原告奧米茄鐘錶公司在2011年12月9日再度向第九巡迴上訴法院提出了上訴，讓該院有機會第三度對於「版權誤用」究竟應如何界定，提出見解。

（八）與反壟斷法的競合

雖然「版權誤用」在傳統上與是否抵觸反壟斷法並無直接的關係，但對於版權的行使或使用，仍然有可能與反壟斷法產生競合。而最近的發展也似乎有可能會給此種傳統的見解帶來挑戰。在美國的現行法制體系下，可歸為兩種類型：

1. 拒絕許可與搭售合同（tying agreement）

依據美國聯邦最高法院過去的判例，原則上如果版權人將其所屬的不同作品或產品進行搭售，通常是將較受市場歡迎者與尚未受市場青睞者予以綑綁，要求被許可人必須同時接受其中兩個或是多個作品的共同許可，否則拒絕給予許可，此種行為即會被判認為抵觸反壟斷法，尤其是當被許可人根本無意取得被搭售之物或是可從其他途徑取得時為然。⁵² 不過這一原則不能以「當然違法」的方式來徑行予以適用，還是需要先透過「合理原則」或「論理分析」的方式來界定權利人的市場範圍與市場佔有力（market power）後方可。這是因為聯邦最高法院在 *Illinois Tool Works, Inc. v. Independent Ink, Inc.* 一案中已經明確指出，法院不得就權利人擁有專利權的事實本身來推定其已經具備市場力量。因此主張抵觸反壟斷法的當事人（原告）需負舉證責任，以經濟模型與相關的實證調研資料顯示被告的確已經具有這一市場力量後方可。⁵³ 雖然這是針對專利許可所判決的案件，但本案的法則對於版權也一體適用。⁵⁴

52. *Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2 (1984)。另參見 4 *Nimmer on Copyright* §13.09[A][1][b], at 13-291, 13-292 (2008)。

53. 547 U.S. 26 (2006)。

54. 4 *Nimmer on Copyright* §13.09[A][1][b], at 13-292 (2008)。

值得注意的是，由於本案的判決是在前述各個巡迴上訴法院一系列關於版權誤用的案例之後才出現的，其結果究竟會對既有的版權誤用法則產生何等衝擊，尤其是否意味著今後凡是主張版權誤用抗辯的被告都需要承擔更高的舉證責任，回歸到類似於涉及反壟斷法的經濟市場分析，則仍未可知。⁵⁵

2. *Noerr-Pennington* 豁免法則

所謂的 *Noerr-Pennington* 豁免法則是源自美國聯邦最高法院在 1960 年代的兩個判例，對於權利人試圖影響美國國會（立法）或行政部門的行動，原則上可免受反壟斷的追究。⁵⁶ 由於聯邦憲法第一修正案明文對於人民的言論自由，包括對於受到不平或冤屈待遇向政府請願的權利給予保障，法院為了權衡並調和這一重要法益和反壟斷政策所欲推廣的促進公平競爭與保障消費者福祉等其他法益，於是限制了在特定情形下對於反壟斷政策的執行，讓人民得以向行政部門提出陳情、請願，請求調整法規政策或是向立法部門提出修改法律的請求而無後顧之憂，縱使這種私人行為可能會產生反競爭的效果，甚至其背後的動機或企圖乃是為了排除競爭時亦然。⁵⁷ 而後續的判例則更進一步將此法則擴展到司法訴訟。⁵⁸ 因此，權利人以「維權」之名向法院提出侵權之訴的本身，無論是在聯邦或是州法的體系下，都不會產生抵觸反壟斷法或是構成權利誤用的問題。

55. 同上注。Nimmer 教授對此採取了肯定立場，認為主張濫用的一方未來勢將面臨更高的舉證責任。

56. *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc.*, 365 U.S. 127 (1961) 與 *Mine Workers v. Pennington*, 381 U.S. 657 (1965)。在前案，數家卡車貨運公司向一群鐵路公司和它們所聘用的公共關係公司起訴，主張被告共謀展開一場有規模的公共關係活動，試圖影響國會修改法律，從而會對汽車貨運業造成嚴重的傷害。但是聯邦最高法院認為原告未能提出適當的訴因（cause of action），因為反壟斷法並未阻卻當事人從事影響法規通過或執行的行為，而且原告所宣稱將對消費者或社會大眾的利益造成損害的部分，乃是向政府陳情所產生的附帶效應，因而此種遊說行為仍然是受到保護的。法院也特別強調，原告背後的動機究竟為何，是否意圖對於競爭者造成傷害在此乃是全然無關，否則政府部門將會失去一個極為重要的資訊來源，而且剝奪了人民在當下最為重要的請願權利。而在後案，聯邦最高法院則將這一法則進一步由對於國會立法政策的遊說，擴展到了對於向行政機關的請願或陳情。

57. 參見 *Pennington* 案，381 U.S. at 670；另參見 Federal Trade Commission, *Enforcement Perspectives on the Noerr-Pennington Doctrine: An FTC Staff Report*, at 7 (2006), <http://www.ftc.gov/reports/P013518 enfperspectNoerr-Penningtondoctrine.pdf>。

58. *California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited*, 404 U.S. 508 (1972)。

不過聯邦最高法院在一開始便認識到，在某些情形下，一個表面上試圖影響政府政策的請願或要求等行為，如果事實上純粹只是為了掩飾其背後直接干預競爭對手業務的一個偽裝或假象 (sham)，則反壟斷法仍然有適用的餘地。⁵⁹ 至於如何斷定這其中只是純粹的假象，所應適用的準則究竟應當如何，則還需等待近三十年才在後續的 *Columbia Pictures Industries, Inc. v. Professional Real Estate Investors, Inc.* 案⁶⁰ 得以釐清。

本案的原告是哥倫比亞電影公司等幾個主要的好萊塢電影企業，被告則是旅館業者。被告將電影光碟出租給在其處住宿的賓客，讓後者使用已經設置於房間內的器材來觀賞。原告擁有對於這些錄製在光碟上的電影的版權，並已許可旅館可以將這些電影的訊號傳輸並播送至被告的旅館房間。但是原告仍然起訴，認為被告將其作品複製到光碟構成侵權。而被告則提出反訴，主張原告的訴訟事實上只是為了掩護其限制貿易和競爭的障眼法 (以合法掩飾非法)，從而違反了謝爾曼法 (Sherman Act) 第一條和第二條。在主訴部分，上訴法院判決原告敗訴，認為被告的行為不構成侵權；而在反訴的部分則是認為原告試圖通過訴訟將其作品的公開表演權範圍進行擴張，也並非僅僅是個偽裝或假象，從而受到 *Noerr-Pennington* 豁免法則的保護。然而當聯邦最高法院決定受理本案的反訴部分時，這一決定在版權界，尤其是權利人中，引起了相當的爭議和不安，憂慮如果法院改變判決，勢將產生所謂的「寒蟬效應」(chilling effect)，讓原本用意正當的版權人只要起訴維權，便可能必須應對被告關於不公平交易的指控，從而大幅增加訴訟成本並導致權益的不確定。不過聯邦最高法院最終維持了原判，也消弭了這些不安。

在決定一個侵權之訴是否實質上只是偽裝或假象時，聯邦最高法院採取了兩步驟分析法，表示必須審視該訴訟是否：(一) 在客觀上沒有根據 (objectively baseless)，也就是任何合理的訴訟，當事人都不會實際期待其訴訟在實體上有獲得成功的可能；(二) 其實是為了掩飾企圖直接干預 (interfere directly) 其競爭者的業務關係才提起。只要提出反競爭主張的當事人 (通常為提出反訴的原告) 能證明這兩點，即可剝奪版權人主張適用 *Noerr-Pennington* 豁免法則。不過若想獲得因違反壟斷法所造成的損害賠償，自然還需承擔其他與反壟斷相關的舉證責任。但是法院也特別強調，僅僅舉證顯示權利人具有反壟斷的企圖或目的，無論如何都不足以將原本屬於合法的行為 (基於維

59. 參見 *Noerr* 案，365 U.S. at 144。

60. *Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Industries, Inc.*, 508 U.S. 49 (1993).

權而起訴) 轉化為只是偽裝或假象。⁶¹ 另外必須注意的是, 依據法院的判例, 美國法制只是容許版權侵權本訴的被告得以適用 *Noerr-Pennington* 豁免法則來免除損害賠償, 但不得以此做為「積極抗辯」的基礎, 從而用以對抗權利人的侵權主張。⁶²

四、其他地區/國家的發展狀況

雖然美國在版權的誤用問題上一馬當先, 提供了許多可供其他國家或地區借鑒或思考的參考, 目前諸如歐盟、英國與日本等先進地區與國家也有一些值得注意的相關發展。因此, 討論這個問題時, 有必要一併進行比較性的介紹與分析。此外, 鑒於版權早已成為國際性的共通問題, 在進行有關的分析時也自然必須將既有的相關國際公約框架一併納入考慮。因此, 本節即就這個方面進一步討論, 另比較中國大陸與台灣的現行法制, 以探索未來的可行之道。

(一) 歐洲聯盟的現況

歐洲聯盟的現行立法或指令並未直接在既有的版權法體系中去制訂關於版權誤用或濫用的規定。而司法部門(即歐洲聯盟法院〔Court of Justice of the European Union, ECJ〕)對於類似問題的處理原則, 是從對於個人基本權利的濫用(abuse of rights), 或是反壟斷法中的「樞紐設施」或「關鍵設施法則」(Essential Facility Doctrine)來予以審查。「權利濫用」的法源基礎是歐洲聯盟基本權利憲章第54條:「本憲章不得被解釋為授予任何權利, 以參與或從事任何以毀損本憲章承認之權利及自由或超越本憲章所允許之限制範圍為目的之活動或行為。」⁶³ 而「關鍵設施法則」則是源自於 *Magill* 電視節目指南案,⁶⁴ 是指具有市場控制力量或關鍵知識產權(在本案為版權)的權利人試圖阻卻具

61. 同上注, 頁59-61。

62. 參見前注53, 頁13-295。

63. 其原文為:“Nothing in this Charter shall be interpreted as implying any right to engage in any activity or to perform any act aimed at the destruction of any of the rights and freedoms recognised in this Charter or at their limitation to a greater extent than is provided for herein.”參見 Charter of Fundamental Rights of the European Union, art. 54, [2000] O.J. C 364/01, http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf。

64. 參見 Commission Decision (89/205/EEC) *Magill TV Guide: ITP, BBC and RTE v. Commission*, 1989 O.J. (L 78) 43 (decision dated December 21, 1988)。

有消費者潛在需求的新興產品形成。這與享有關鍵技術或知識產權的權利人「拒絕授權」(refuse to license) 其實是相當近似的，必須以符合 (1) 具有潛在的消費需求；(2) 沒有事實上或潛在的替代版權存在；(3) 權利人拒絕授權或提供資訊並無任何客觀上的正當性存在；以及 (4) 權利人合於法定的壟斷要件且其行為是為了排除其他的競爭等四項要件時，方有可能構成對其版權的誤用或濫用。⁶⁵

(二) 英國的現況

在英國版權的法制體系下，也有類似版權誤用或濫用的概念。而其法源則是英國 1988 年的《版權、設計與專利法》(Copyright, Designs and Patents Act of 1988, 簡稱 CDPA) 第 173 條以及《伯爾尼公約》(Berne Convention) 第 17 條允許涉及「公共利益」(public interest) 或「公共秩序」(*ordre publique*, public order) 的抗辯，也就是當版權的利用足以影響公共秩序或利益時，法院得依職權不予認可權利人的版權，從而讓其權益無法獲得執行。⁶⁶ 不過最近的判例對於這一類的抗辯範圍作出了大幅的限制和縮小。

在 *Hyde Park v. Yelland* 案，⁶⁷ 英國的百貨業企業家莫罕默得·阿法耶 (Mohammed Al Fayed) 透過旗下的保全公司以侵害了版權為由，向法院申請制頒禁制令，禁止倫敦太陽報 (*The Sun*) 刊登從警衛安全攝影機影帶上所取出的一張定格照片。報社試圖以該照片來顯示阿法耶所主張，有人試圖陰

65. 此一法則原本是來自美國關於反壟斷法的司法判例，與版權濫用是屬於被告的抗辯手段並不相同。後來則分別由歐洲聯盟、英國、澳大利亞與南非所接受，因為這樣的拒絕授權往往會造成對於產品開發的市場瓶頸，所以有時也被稱為「瓶頸原則」(Bottleneck Principle)。在美國，如果原告想要主張此一法則，必須舉證 (1) 關鍵設施是由壟斷者所掌控；(2) 具壟斷地位權利人的競爭者實際上無從或無法合理重製該關鍵設施；(3) 權利人拒絕競爭者得以利用該關鍵設施；以及 (4) 提供該設施給予競爭者乃屬可行。而聯邦最高法院最近的判決事實上又增加了另一個要件，即 (5) 行政執法機關無制訂法規強制權利人必須讓競爭者對其設施予以取用的監管權。參見 *Verizon v. Trinko*, 540 U.S. 398 (2004)。不過原告想要成功舉證，在實務上是極度的困難。

66. 其原文為：“Construction of references to copyright owner. (1) Where different persons are (whether in consequence of a partial assignment or otherwise) entitled to different aspects of copyright in a work, the copyright owner for any purpose of this Part is the person who is entitled to the aspect of copyright relevant for that purpose. (2) Where copyright (or any aspect of copyright) is owned by more than one person jointly, references in this Part to the copyright owner are to all the owners, so that, in particular, any requirement of the licence of the copyright owner requires the licence of all of them.” 參見 Copyright, Designs and Patents Act, art. 173, 1988 c. 48, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/section/173>。

67. 參見 *Hyde Park v. Yelland*, [2001] Ch 143。

謀殺其子與黛安娜王妃以阻止兩人成婚之事，其實是有相當的問題。本案在初審時，主審法官羅賓·雅各（Sir Robin Jacob）以被告是從事時事報導，其揭露相片有助於駁斥一項在公共場合所做出的嚴重的指控，因此在論述上涉及到公共利益為由判決被告勝訴。然而上訴法院推翻了此一立場，認為在現行的法制體系下，並不存在以侵害公共秩序為名的一般性抗辯；但對於嚴重影響道德（類似「善良風俗」的概念）或對於公眾會造成傷害的作品，法院基於其「固有管轄權」（*inherent jurisdiction*），仍然得拒絕保護當事人的版權權益。本案因此大幅限制了法院以公共利益或公平交易為名而不予保護版權的裁量範圍。也就是說，只要權利人沒有任何的不法行為或作品本身無害，縱使因為披露其中的資訊可能會影響到公共利益，也不足以構成不執行版權的理由。不過法院並未對於究竟應該如何區隔兩者以及如何行使法院的「固有管轄」，提供明白、具體的例示。即便如此，本案判決已獲得由高等法院副院長（Vice Chancellor）主筆，在另外兩案的確認與支持。⁶⁸

（三）日本的現況

日本最高裁判所在2000年4月11日對於專利權的誤用或濫用問題已做出判例，表示「當專利無效的理由明顯存在時，基於該專利所主張的扣押或損害賠償請求，在沒有特殊的情況下，為對於該權利的濫用，違反了專利制度的宗旨，自不得允許」。⁶⁹此一法理也適用於版權的領域。事實上，版權誤用或濫用的法理在此之前已經獲得了下級法院的認可。⁷⁰不過截至目前為止，還未有任何的判例對於版權濫（誤）用的內涵究竟為何、是否如美國的法制一般需與反壟斷的分析有所區隔等問題作進一步的釐清。

68. 參見 *Ashdown v. Telegraph Group*, [2001] Ch 685, [2002] Ch 149; *Imutran v. Uncaged Campaigns*, [2001] 2 All ER 385。作為對比，可參見 *ZYX Music GmbH v. King*, [1995] FSR 566; [1997] 2 All ER 129 (EWCA)。不過法院也表示，如果版權的行使會干預對於言論自由的保障時，則當事人仍有以公共利益從事抗辯的空間。關於學界的評論，參見 Robert Burrell and Allison Coleman, *Copyright Exceptions: The Digital Impact* (2005): 91。

69. 參見平成10(オ)364号判決(平成12年04月11日)，債務不存在確認請求事件，最高裁判所第三小法庭(2000)，其判決書載於 http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/js_20100319120607755838.pdf。

70. 其原文為：「当該特許に無効理由が存在することが明らかであるときは、その特許権に基づく差止め、損害賠償等の請求は、特段の事情がない限り、権利の濫用に当たり許されないと解するのが相当である。このように解しても、特許制度の趣旨に反するものとはいえない。」參見平成10年(ワ)16389号判決である(平成11年11月17日)(キューピー事件)；平成17年(ネ)第10113号損害賠償等請求控訴事件(原審・東京地方裁判所平成17年(ワ)第7875号)。

此外，日本《關於禁止私的獨占及公平交易確保法》(即壟斷禁止法)第21條規定：「依據版權法、發明專利法、新型專利法、新式樣專利法或商標法所行使權利之行為，不適用本法規定。」因此，從反面的解釋來看，凡是對於權利的行使一旦逾越知識產權法所設定的範圍，就有相當可能會產生是否抵觸壟斷禁止法的問題。這與台灣地區目前的法規制度相當近似。

(四) 國際公約的現況

雖然在現行與版權有關的各主要國際公約中並未明文直接提及「版權誤用(或濫用)」法則，但此一法則的存在，則是呼之欲出。例如，世界貿易組織中《與貿易有關的知識產權保護協定》第8條第2項規定：「會員得採行符合本協定規定之適當措施以防止知識產權權利人濫用其權利，或不合理限制貿易或對技術之國際移轉有不利影響之行為。」⁷¹

《世界知識產權組織版權條約》中關於第10條規定的「同意聲明」(agreed statements)也表示，「茲了解第10條條款允許各締約國在《伯爾尼公約》所得接受之範圍內將其內國法之限制及例外〔規定〕予以發揚並適度延伸至數碼環境。同理，該等條款應被解讀為允許各締約國制訂適合於數據網絡環境中的新型例外與限制。」「亦了解第10條第2項規定對於《伯爾尼公約》所允許之限制或例外範圍既不得限縮亦不得擴張。」⁷²

由於這些重要的國際公約都已明確意識到如何平衡版權乃至其他知識產權的運用與保護，無論是從立法、司法或行政入手，其實都是一個需要非常精密細緻的政策設計，涉及到多方的考量與權益均衡。因此，如何將「版權

71. 其原文為：“Appropriate measures, provided that they are consistent with the provisions of this Agreement, may be needed to prevent the abuse of intellectual property rights by right holders or the resort to practices which unreasonably restrain trade or adversely affect the international transfer of technology” (emphasis added). 參見 Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Protection, art. 8.2, Annex 1C of the Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization。

72. 其原文為：“It is understood that the provisions of Article 10 permit Contracting Parties to carry forward and appropriately extend into the digital environment limitations and exceptions in their national laws which have been considered acceptable under the Berne Convention. Similarly, these provisions should be understood to permit Contracting Parties to devise new exceptions and limitations that are appropriate in the digital network environment.” “It is also understood that Article 10(2) neither reduces nor extends the scope of applicability of the limitations and exceptions permitted by the Berne Convention.” 參見 Agreed Statements concerning the WIPO Copyright Treaty, <http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wct/statements.html>。

誤用或濫用」的相關法制予以落實到各個國家的內國法體系之中，已經成為當前研究版權相關問題時所必須觸及與面對的重要議題。

（五）中國大陸的現況

在中國大陸，涉及類似「版權誤用」的現象已經悄然浮現。⁷³ 例如在一家北京設立、名為華蓋創意公司的中外合資企業從2005年8月開始便在中國各地展開了版權的批量維權訴訟，短短三年就已經達到了數千宗。雖然這家公司採取了化整為零的策略，但鑒於其總體規模之大和總體金額之高，它的行動仍然引起了如國家版權局等政府部門的高度關注。⁷⁴ 另一個由中國境內企業從事這種營運模式的代表則是北京三面向版權代理有限公司。⁷⁵ 它的模式雖然與華蓋不盡相同，但最終都是以維權訴訟作為手段，向各地的作品使用人提出支付許可費的要求，也從而引發了相當大的爭議。⁷⁶ 此外，還有一些零星的個體戶也透過這種到處興訟的方式，試圖賺取高利。⁷⁷

73. 王鴻超，〈中小企業如何應對版權商業性維權（版權流氓）？〉，中小企業知識產權保護網，2012年10月23日，載於 <http://www.ipshot.com/a/lawpractice/legalrisk/2012/1023/1969.html>。

74. 華蓋創意（北京）圖像技術有限公司是美國蓋帝圖像公司（Getty Images）與其全資子公司優力易美（北京）圖像技術有限公司於2005年在北京設立的一家中外合資經營企業。北京華蓋創意公司一方面代理美國蓋帝公司在中國境內進行圖片使用許可的分銷，同時也在中國大陸地區對圖片侵權進行追索。目前國內已有相當數量公司被訴侵權。據不完全統計，僅2006年，國內就有5,000餘家公司被列為被告；之後的被告企業數字更是有增無減，遍布各類國有、民營企業、事業單位、民間團體甚至政府部門。除在個別地方的法院因「圖片版權權屬證據不足」而受到有效遏制外，華蓋在全國大部分地方法院大多勝訴：對於每張侵權圖片，法院通常判令被告支付人民幣5,000至10,000元不等的賠償金，原告律師費等維權費用也大多得到支持。另外，華蓋還慣常以提起訴訟為後手，讓許多企業不得不以每張圖片10,000萬元左右的價格向其支付使用許可費，由此可為這家公司每年帶來至少人民幣3-4億元的營收。參見〈北京華蓋創意版權訴訟案診斷〉，2011年12月5日，載於 <http://www.lawtime.cn/info/minfa/qlzscq/2011120599756.html>。

75. 例如，甘肅省高級人民法院（2007）甘民三終字第41號民事判決。

76. 〈「三面向」：是「網路王海」還是「網路碰瓷兒黨」？〉，新華網/中央電視台經濟半小時，2007年10月28日，載於 http://news.xinhuanet.com/fortune/2007-10/28/content_6957585.htm。

77. 例如，台灣的一名李姓男子在鎮江控告蘋果公司，認為 iPhone 和 iPad 等產品所使用的 Facetime 應用軟件侵害了他在2003年所獲得、一項名為「網路語音個人數碼助理器」的專利。參見童雲，〈台灣男子控蘋果 Facetime 專利侵權〉，騰訊科技網，2012年8月7日，載於 <http://tech.qq.com/a/20120807/000176.htm>。

目前許多中級人民法院已然逐漸意識到了其中的潛在問題，不過迄今卻呈現了並不一致的判決結果。絕大多數的法院仍然判決華蓋創意勝訴。⁷⁸然而有的法院則從程序上，以華蓋創意公司本身作為原告起訴（而非訴訟代理人）的權利來源無法確定，或是未能提供版權仍在保護期間內的證據（即通稱的「權屬不足」），判決原告敗訴。⁷⁹無論如何，或許因為現行的《版權法》與相關的司法解釋，還未對於類似美國「版權誤用」的抗辯作出任何的規定，而在既有的大陸法框架下也不容許所謂的「法官造法」，讓個別法官能夠透過對特定案件的庭審去自行創造出像這樣的法則。所以可以預期的是，沒有任何當事人（被告）在訴訟中會提出這樣的主張作為抗辯。但這並不表示類似於在美國發生的案例沒有在中國發生。未來或有必要考慮直接在《著作權法》內增加相關的條款，從而可以適度的平衡權利人與使用人之間的關係，讓整個與版權有關的授權許可制度能更均衡、健康的發展。

（六）台灣地區的現況

如果純粹從表面上來觀察，在台灣地區所發生的類似於「版權誤用」（或濫用）的案例，與美國的案例形態頗不一樣。但是在這個表象的差異背後或底層，其實卻包含了類似的問題。這其中最常見的案例類型是權利人試圖控制對實體影視光盤（DVD）的商業性出租，以確保能取得所有出租業務的相關收益。但由於部分出租業者並未遵循此一管道取得影音光盤，而是透過其他方式購得二手的正版光盤，然後再行租賃，導致電影發行公司無法有效掌握其租賃業務，甚至影響到其他出租業者的租賃業務，從而侵蝕到電影發行公司透過租賃獲得的利潤。於是當影音光碟出租業者向其他同行廉價收購後者所持有，標示為「出租版」的光盤，以便得以繼續出租時，便經常遭到電影發行公司指控侵害版權。

此處所發生的訴訟大致包括兩種情形：

一、光盤仍在租賃期間內並仍屬電影發行公司所有，尚未轉售給出租業者的前手：出租業者主張，此時該光碟既仍屬「出租版」，則由其承購而續行出租業務，應屬合法許可或授權的實施。而電影發行公司則主張，由於該影視光盤尚未屆滿出租期限，根據其與出租業前手之間的合同，

78. 例如，廣東省深圳市寶安區人民法院（2013）深保法知民初字第570、571號民事判決；北京市朝陽區人民法院（2013）朝民初字第3138號民事判決等。

79. 例如，廣東省東莞市中級人民法院（2014）東中法知民終字第116號民事判決。

該光盤的所有權應仍屬於電影發行公司，出租業前手的銷售行為屬於無權處分；或是

二、光盤已逾租賃期間，前手已優先承買後才再轉讓：出租業者主張，該光盤是由其前手向電影發行公司合法行使優先承買權所購得。而電影發行公司則主張，該類由出租業者優先收購而轉售的「出租版」影視光碟，是受一般消費大眾私人持有欣賞目的的限制，不得再行作為出租業務之用。

由於這類型的案件在過去不斷發生，而且其中的原告都是固定的一、兩家企業，因此更加深了其中是否涉及到「濫訴」或構成「版權誤用」等問題的種種疑慮。⁸⁰

從既有的司法判決來看，法院基本上是支持權利人的主張，並認為被告無法以「首次銷售法則」作為抗辯，主張原告的權利已經用盡（exhaust）。⁸¹然而由於現行法規尚未明確承認「版權誤用」得作為法定的抗辯手段，因此還未見到任何的訴訟是直接以此作為爭議點。

除了上述的類型，另外常見的也是類似華蓋創意公司的潛在「濫訴」問題，尤其是發生在特定攝影師的攝影作品和唱片業者對於電腦點唱機內的音樂，是否存在未經合法授權使用的問題。⁸²由於這類型的案件幾乎完全是刑事自訴案，而且是以經濟上的和解收場，所以目前還難以看出法院是否有一個明確的脈絡可以供當事人有所依循。

五、結論

從本文的介紹和分析可以看出，關於「版權誤用」的發展，目前仍然是以美國最為成熟，而且已具體成形。其他的國家或地區雖然也有類似的問題，

80. 原告多半為得利影視股份有限公司或協和影視股份有限公司。而前者即為國際唱片業協會（International Federation of the Phonographic Industry, IFPI）在台灣的代理音樂發行機構。關於其中的詳細介紹與分析，參見孫遠釗、周欣嫻、湯詠瑜、侯嘉玲，《相關國家防止版權濫用之研究》，台灣經濟部智慧財產局委託研究計劃09818006570期末報告書（2010），頁35-51。

81. 參見98年度刑智上易字第32號刑事判決、98年度附民上字第2號刑事附帶民事判決（2009年5月7日判決）、98年度刑智上易字第60號刑事判決（2009年7月20日）、97年度附民字第292號刑事附帶民事判決（2009年4月8日）等。台灣現有的制度與實踐，導致權利人經常以刑事訴訟或刑事附帶民事訴訟作為嚇阻潛在侵權者的手段。

82. 參見前注80。其中涉及攝影作品訴訟（或訴訟威脅）的關鍵人物，是台灣著名的生態攝影師林英典先生。

但卻始終未能形成類似合理使用一般，對於權利行使的常態性抗辯。綜合美國在各個不同聯邦上訴法院既有的司法判例，得以適用「權利誤用」的抗辯可大致歸納為下列六種類型：

- 一、對於已經進入公共領域的作品（通常是音樂或視聽作品）收取屬於仍受版權保護的費用；
- 二、要求被許可人不得使用競爭者的作品或產品，縱使無法證明其市場力量或反競爭的效果，或是能證明許可人從未執行這一「禁止競爭」條款時亦然；
- 三、在許可使用合同中設定範圍廣泛的競業禁止條款，尤其是在諸如軟件許可中限制開發具有競爭性的作品或產品等；
- 四、在版權的登記上做了重大不實陳述；
- 五、就權利人實際所擁有的權利範圍誤導法院；以及
- 六、就他人在競爭產品上（如印刷電路板）對於版權（通常為應用軟件）從事暫時性的測試或使用行為主張構成侵權，從而將類似於版權或專利權的控制延伸到原本就不具備知識產權權益的該產品之上。

在合同自由的前提下，「版權誤用」其實是一個範圍相當狹小的例外，准許權利人的相對人據以提出抗辯，即使本身並非直接是「受害人」或誤用對象亦然；一旦抗辯成功，則只是產生讓版權在誤用事由還未消滅前，暫時無法獲得執行的效果，而不是使權利人的版權失效。此外，這種抗辯也從來不是用來禁止權利人透過使用許可合同來設定條件，限制對於作品的使用。只要合同的內容不涉及限制他人自行獨立開發具有競爭性的產品，基本上就不會產生「誤用」的問題。

至於權利人基於其權利實施嚴格的執法，並不當然構成所謂的「濫訴」。事實上，除非被告能夠舉證權利人的訴訟只是一個法律上所定義的偽裝、「幌子」或假象，以訴訟作為扼制手段的本身乃是權利的正當行使，並無任何問題。

相對而言，有學者歸納出了下列四種已經構成「版權濫用」（範圍已超過「誤用」）的類型：⁸³

83. John T. Cross and Peter K. Yu, "Competition Law and Copyright Misuse," 56 *Drake L. Rev.* 427 (2008).

- 一、以版權作為手段來迫使被許可人讓步；
- 二、限制被許可人與權利人的競爭者從事交易的能力；
- 三、通過許可限制他人與其從事競爭的能力；以及
- 四、運用司法訴訟制度以產生反競爭的效果。

由於這些行為必須達到反競爭的效果才會抵觸反壟斷法規，因此當事人在舉證上必須提出更精細的經濟實證分析方可。這也意味著訴訟費用將會大幅增加。不過在程序上則不須受限於抗辯的形式，也可以由當事人主動提出。

近來如世界知識產權組織、《反假冒貿易協定》(Anti-Counterfeiting Trade Agreement, ACTA) 與《環太平洋夥伴關係協議》(Trans-Pacific Partnership Agreement, TPPA) 的協商，還有許多不同的國家和地區對於版權法制所展開的新一輪調研、檢討和修改，基本上還是集中在如何擴充權利人的保護範圍，而對於權利誤用或濫用的問題卻毫未觸及。⁸⁴ 為了正本清源，在採納這個法則之前，固然有必要先考慮是否須要確立一套完整的訴訟抗辯制度，從而使「權利濫用」的本身不至於被濫用，讓例外因不當的擴張卻反而成為了通行原則。而另一方面，也必須由此讓未來的版權法制更能兼顧權利人與社會公益之間的平衡，從而讓整個版權的保護體系更為完善。

84. 例如，世界知識產權組織於2012年6月24日通過的《音像表演北京條約》(Beijing Treaty on Audiovisual Performances)，AVP/DC/20，載於http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/avp_dc/avp_dc_20.pdf；《反假冒貿易協定》，載於http://www.mofa.go.jp/policy/economy/i_property/pdfs/acta1105_en.pdf。

跋 一

2011年大陸開始進行《著作權法》第三次修訂。2012年的「第四屆兩岸四地版權制度發展研討會」適逢這次修訂討論最熱烈的一年，香港大學法學院李亞虹教授承辦了這次會議，而會議的主題也是最具爭議的有關版權限制與例外的話題。來自大陸、台灣和香港的學者對這一問題展開了深入的討論。

版權的限制與例外（limitations and exceptions）包括公共秩序保留、合理使用和法定許可這三種類型，其中合理使用是最重要的內容，是版權法調整作品的創作者、傳播者、使用者等各方利益平衡的一個砝碼，也是確定版權邊界的衡量尺度。若合理使用的範圍過於狹窄或者在制定時過多考慮了作者及相關權利人的利益，就會損害社會公共利益，妨礙公眾合理地獲得和使用相關作品。若合理使用的範圍過於廣泛，又會損害作者或權利人的利益，產生創作新作品的激勵不足。科學並有效地界定合理使用的適用範圍，既是一個理論選擇問題，也是產業發展的實踐所需，其制度安排事關如何調整因新技術、新市場發展所帶來的利益分配問題。

在大陸《著作權法》第三次修訂中，對合理使用修改的內容非常明顯。在形式上的修訂，打破了現行《著作權法》採用的列舉式的立法模式；在內容上的修訂也改變了現有版權保護的邊界。諸如：在個人目的的使用上刪除了現行法律規定的「欣賞」這一使用目的，使合理使用的範圍變得更小。在這次法律修訂的過程中，從最初來自學術界的三個草案到後來版權局提出的草案中對合理使用的範圍限定都不盡相同，也看出了社會各界對這一問題的高度關注。

對於採取了列舉式合理使用情形的立法模式，這次修訂的呼聲較高。《著作權法》立法之初，公眾保護版權普遍意識不高，因此需要在法律中明確版權限制的具體情形，同時考慮在立法之初大陸各地區法官專業審判能力不

一，列舉模式可避免出現法律適用錯誤。隨著二十多年《著作權法》的實施，這種封閉式的規定有許多弊端，在某些方面可能會限制了公眾使用的範圍和知識的廣泛傳播，特別是在互聯網環境下出現的新的商業模式使合理使用有了新的解釋，而公眾對作品利用的方式發生了革命性改變，列舉式立法模式明顯不適用於多元化的版權保護需求。比如：圖書銷售網站在其網站上提供相關書籍的版權頁、前言、目錄和很小一部分正文的內容，目的在於向讀者介紹圖書的主要內容，這種使用是否符合合理使用的構成要件？在搜索服務實踐中，網絡服務提供者的網絡快照服務、提供縮略圖服務，按照現行法律可能被視為侵權，但似乎社會已經接受了這種屬於合理使用行為的認知。多媒體、大數據、雲計算使得對作品使用、修改、彙編或改編更為容易，按照列舉式立法顯然不能窮盡所有合理使用的情況。這次修法在合理使用制度上做了兩個方面的重要修訂：一是規定合理使用的一般原則條款，二是增設「兜底」條款，體現了對網絡時代技術和商業模式迅速發展的回應。

在港大召開的這次會議已經過去四年，大陸《著作權法》第三次修訂呼之不出，還停留在草案階段，所有涉及的問題都還沒有定論，可見所涉及的社會各方利益難以平衡，李亞虹教授將2012年這次會議的內容加以整理擴展，其中的觀點依然彌新，令人回味。

張 平

2016年6月

跋 二

隨著網絡與行動科技的進步，網絡已經滲入到每個人的生活，並與水電瓦斯一樣，成為現代人生活不可或缺的一部分。而在現實生活中，透過智慧型手機、平板電腦等行動裝置與伴隨而生的 App，使得電子商務已可和傳統商業模式分庭抗禮，展現出網絡時代的特質。而在 2015 年 10 月 5 日達成的《跨太平洋夥伴協議》(Trans-Pacific Partnership, TPP) 中，除針對知識產權加以規範外，亦特別就電子商務以專章加以規範，顯見出未來國際發展的趨勢。

伴隨網絡技術的進步與電子商務的快速發展，不但衍生出許多過去未有的問題，例如管轄權、電子簽章、隱私權、電子交易課稅，以及新興知識產權(如商業方法專利、域名)等問題，也對傳統法律造成挑戰。而在新興知識產權中，由於網絡傳輸或使用不可避免會牽涉到內容(content)問題，也使得版權法成為國際關切的重心。

而在國際間，美國不但首先通過《數碼千禧版權法》(Digital Millennium Copyright Act, DMCA)，對網絡有關的版權問題加以規範，引發其他國家的跟進，世界智慧財產權組織(World Intellectual Property Organization, WIPO)也通過《世界知識產權組織版權條約》(WIPO Copyright Treaty, WCT)及《世界知識產權組織表演和錄音製品條約》(WIPO Performances and Phonograms Treat, WPPT)，對網絡時代的版權問題加以規範。

雖然如此，對於網絡環境中因技術進步所不斷出現的版權利用與侵權問題(例如 MP3、P2P、串流[streaming]、雲運算等)、相關侵權的責任認定，以及對抗侵權責任的合理使用等問題卻仍無法徹底解決，以致在各國都出現許多的法律爭議。此外，由於美國 DMCA 法案修改美國版權法，增訂第 1201、1202 條有關數碼權利管理(Digital Rights Management, DRM)以及科技保護措施等規定，此等規定也出現在 WCT 與 WPPT 等條約與各國版權立

法中，由於 DRM 與科技保護措施等於是在傳統著作物之外，另外增加與合理使用無涉的新的保護機制，也引發合理使用在網絡環境中是否仍可適用與如何適用的疑義。

由於兩岸四地文化、語言相同，再加上商業交易頻繁、資訊傳播迅速、往來互動密切，使得網絡侵權與責任問題，以及相關的合理使用問題也更形重要。雖然一如李亞虹教授所言，兩岸四地就版權有關名詞的學術表述有所差異，但是若探究此等名詞用語的背後與所面臨的問題，其實可以發現兩岸四地學者所關切的，其實有諸多的共通性。

也因此由香港大學所主辦的「第四屆兩岸四地版權制度發展研討會」，特別以網絡時代所面臨的網絡侵權與責任認定以及合理使用問題為主軸進行探討，凸顯出在不同名詞用語背後的版權法制環境中，其相關的法律規範與司法見解，實攸關網絡與內容產業的發展。此外透過本書中多位學者對兩岸四地、甚至美國法院判決的研究與探討，亦可發現兩岸四地學者與司法機關的見解，也有諸多類似。

由於「兩岸四地版權制度發展研討會」在性質上並非係一種大型、公開的研討會，而是一種專業與不公開的研討會，一般人士並無法自由參與；此外，有鑑於參與學者專家精心研究的論文，若能有系統地呈現在關切此等議題的讀者眼前，可能會有更大的影響力，因此於台灣政治大學主辦的「第三屆兩岸四地版權制度發展研討會」後，就由政治大學法學院財法中心以論文集的方式，在2012年於台灣出版《網路著作權保護、應用及法制》一書。很高興在李亞虹教授的努力下，香港大學也能繼續將《第四屆兩岸四地版權制度發展研討會》之重要論文，以論文集方式結集出版。

本書的付梓，不但呈顯出兩岸四地學者對網絡侵權與合理使用相關議題的研究成果，也必然會對關切此等議題的兩岸四地讀者帶來豐富的知識饗宴。在此特別感謝李亞虹教授與香港大學出版社的努力，更要感謝催生「兩岸四地版權制度發展研討會」的張平教授，能夠透過此研討會建立了一個兩岸四地版權研究學者的交流平台。

馮震宇

2016年6月

作者簡介

(按目錄序)

- 孫遠釗 北京大學法學院/知識產權學院訪問教授、美國亞太法學研究院執行長；美國馬里蘭大學法律博士 (JD)
- 李治安 香港中文大學法律學院助理教授；美國斯坦福大學法學科學博士 (JSD)
- 關文偉 香港城市大學法律學院助理教授；加拿大英屬哥倫比亞大學法學博士 (PhD in Law)
- 陶中怡 淮陰師範學院法律政治與公共管理學院講師；香港大學法學博士 (SJD)
- 馮震宇 政治大學法律系/商學院科技管理暨智慧財產研究所合聘教授；美國康乃爾大學法學院法律博士 (JD)
- 張 平 北京大學法學院教授、北京大學知識產權學院常務副院長；北京大學法學博士 (PhD in Law)
- 張金平 北京大學法學院在讀博士研究生 (PhD Candidate)
- 華 劼 同濟大學法學院/知識產權學院助理教授；香港大學法學博士 (PhD in Law)
- 胡 凌 上海財經大學法學院副教授、副院長；香港大學法學博士 (PhD in Law)