

第八章 結 論

為促進文化及科技的發展，國家創立著作權法體系，賦予著作權人一定期間之保障，賦予著作權人於此段期間內得以排除他人重製、散布、使用其著作物等權利。但在著作權人行使權利的過程中，著作物「不可代替性」特殊的性質，因此使得著作權人在市場上取得相當程度的優勢地位。但是著作權法所賦予的權利僅是一排他效力之專屬權，自不可因著作權之擁有就當然推定著作權人在該著作物的市場具有一定的市場力量。

在著作權保護「表達」的原則下，實際上已然限制他人就該「表達」的言論自由，此時為平衡著作權人「法律上排他之權利」，以及憲法賦予國民言論自由之保障和著作權的促進文化發展的立法政策，著作權法以及相關法律設有一定之限制，使著作權人行使權利時，必須受到一定之限制，而競爭法在此即扮演重要的角色。

惟競爭法對於市場力量構成要件之要求，以及著作物在競爭法體系中界定「相關市場」的困難性，不免發生著作權人行使權利時縱然有逾越法律界限等「濫用著作權」的行為，卻因為上述的困難而無從透過競爭法加以規範。而美國法就此部分已然於五十多年前發現到此問題，憑藉先前「專利權濫用」原則所形成之見解，而逐漸發展出「著作權濫用」原則的概念，用以填補上述競爭法制的不足。

在面對國外經濟實力雄厚的著作權人挾法律所賦予的優勢地位，國內競爭法制卻面臨類似困窘時，「著作權濫用」原則或許可提供調和著作權以及公共利益間之橋樑。此亦為本文研究之課題，是本文就著作權人有關「著作權濫用」原則的意義、發展、判斷方式，以及在我國適用時所應有的調整及相關議題等研究成果，簡要說明如下。

一、就著作權人行使權利時，為調和著作權與社會福利或公共利益衝突時的兩種規範—競爭法制與「權利濫用」原則之介紹—

著作權人行使權利時，目前最常見的即以競爭法制加以規範。但對於「權利行使」行為而言，除競爭法以外，亦應受到權利行使中一般原則—「禁止權利濫用原則」以及「誠實信用履行」原則所規範。本文先對於智慧財產權以及著作權之一般性質及特性予以介紹及分析，復就著作權行使行為適用於競爭法與「權利濫用原則」時，進行討論。

二、界定公平交易法第四十五條之性質，釐清公平交易法第四十五條「行使權利之正當行為」，以及「著作權濫用」行為之關聯性：

我國法制上，就著作權行使行為與競爭法接軌之規定，係為公平交易法第四十五條：「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」等語。因此在適用「著作權濫用」原則前，自須對於公平交易法第四十五條與著作權行使行為之關聯性加以分析。

公平交易法第四十五條係參照日本獨占禁止法第二十三條之規定而制定。而關於本條適用上之性質，我國學說上見解分歧，主要有「除外規定說」、「正當行為除外規定說」、「確認規定說」以及「例外豁免規定說」等四說。而在諸說當中，本文認為應以「正當行為除外規定說」為當，蓋因公平交易法第四十五條並未區分「限制競爭」或「不公平競爭」而為不同之適用，能否謂限制競爭即無豁免條款之適用已顯有疑義。

況且就限制競爭之獨占、結合及聯合而言，著作權人雖可依法有不同程度之獨占行為，但衡情並非均有豁免公平交易法規範之必要。例如：著作權人亦可能基於獨占地位，對於著作物之價格為不當之決定或濫用市場地位，此時公平交易法自有適用之餘地。因此，公平交易法第四十五條之豁免條款僅在著作權人「行使權利」之「正當行為」始有其適用，要無區分考量。

而對於如何判斷為「行使權利（著作權）之正當行為」，我國行政院公平交易委員會為處理和智慧財產權相關案件，通過「行政院公平交易委員會對於事業發侵害著作權、商標權或專利權警告函案件之處理原則」，與著作權之行使有密切關係，雖然僅能涵蓋部份範圍，但對於判斷行為是否正當，仍具有相當之參考價值。

而對於公平交易法第四十五條與以及「權利濫用」原則間之關聯性而言，優先適用順序的問題。本文認為：依據上開「正當行為除外規定說」，宜應先區分何為「行使著作權正當行為」以及「非行使著作權正當行為」。如屬於「行使著作權正當行為」，自非公平交易法甚至「著作權濫用」原則適用之範圍；反之，如係屬於「非行使著作權之正當行為」，再判斷是否在構成要件上落入公平交易法所規範範圍，如為肯定者，自優先適用公平交易法相關規定；如為否定者，方進一步探討是否有「著作權濫用」原則之適用，此乃「權利濫用」原則源於「衡平法」之性質，自應為制定法之補充，當法律有明文規定態樣及法律效果者，應優先適用各該專法、專條之規定，惟若法律欠缺明文規定時，始適用「權利濫用」原則之規範。

我國目前就著作權人或是其他智慧財產權人行使權利之行為，除公平交易法第四十五條的「除外規定」外，有關行為態樣的規範見於第十四條（聯合行為之禁止與例外）、第十九條（事業有限制競爭或妨礙公平競爭之虞之禁止）及第二十四條（禁止其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為）三條文。

首先，公平交易法第十九條規定兼含「限制競爭」（限制競爭法）與「妨礙公平競爭」（不正競爭法）兩種態樣。就「限制競爭」部分（第一、二、六款）規範而言，「市場力量」為當然構成要件之一。有所疑義者再於第三、四及五款「妨礙公平競爭」部分，是否亦須考量「市場力量」因素。本文認為參酌公平交易委員會「妨礙公平競爭之虞之適用考量」：「...按事業之競爭行為是否該當公平交易法第十九條『妨礙公平競爭之虞』的構成要件，應就事業採取之『競爭手段』本身是否具有『不公平性』或其『競爭結果』是否『減損市場之自由競爭機能』（分別或綜合）加以判斷。...」等語，從所謂「減損市場之自由競爭機能」之判斷，足見我國公平交易法即便在「妨礙公平競爭」的情形下，仍應符合「市場力量」之要件。

著作權人之行為如非屬於公平交易法第十八至二十三條之態樣時，第二十四條雖設有「網羅性條款」，惟依據「行政院公平交易委員會對於公平交易法第二十四條案件之處理原則」規定：「為確定本條之適用範圍，應以『足以影響交易秩序』之要件為前提，先檢視『限制競爭』之規範（獨占、結合、聯合行為及垂直限制競爭），再行檢視『不公平競爭』規範（如商業仿冒、不實廣告、營業誹謗）是否未窮盡系爭行為之不法內涵，而容有適用本條之餘地。」（第二條），以及「本條所稱交易秩序係指符合善良風俗之社會倫理及效能競爭之商業競爭倫理之交易行為，其具體內涵則為符合社會倫理及自由、公平競爭精神賴以維繫之交易秩序。判斷『足以影響交易秩序』時，應考量是否足以影響整體交易秩序（諸如：受害人數之多寡、造成損害之量及程度、是否會對其他事業產生警惕效果及是否為針對特定團體或組群所為之欺罔或顯失公平行為等事項）或有影響將來潛在多數受害人效果之案件，且不以其對交易秩序已實際產生影響者為限，始有本條之適用。至單一個別非經常性之交易糾紛，則應尋求民事救濟，而不適用本條之規定。」（第五條）。事實上，有關「足以影響交易秩序」之判斷，換言之，亦屬「市場力量」之判斷，此亦為公平交易法與一般民事侵權行為責任最大之不同。

無論是我國公平交易委員會在「行政院公平交易委員會對於技術授權協議案件之處理原則」中一再重申：「本會審理技術授權協議案件，並不因授權人擁有專利或專門技術即推定其在特定市場具有市場力量（market power）」，或是美國於西元一九九五年「智慧財產授權之反托拉斯準則」

(Antitrust Guidelines for the licensing of Intellectual Property)亦明白揭曉：「在反托拉斯法領域內，擁有智慧財產權不推定有市場力量」等語，再再顯示「著作權的擁有」與「市場力量」難以畫上等號。

此外，我國公平交易法主管機關—行政院公平交易委員會係屬行政機關，與著作權侵權訴訟屬於司法體系有所不同。是以，縱然著作權人因違反「公平交易法」相關規定，其法律效果依據公平交易法第三十條至三十二條之規定，係為損害賠償請求權以及排除侵害請求權，此兩種請求權是否得於著作權人所提著作權侵權訴訟中做為侵權人得以對抗著作權人之主張實值懷疑。蓋著作權人行使著作權之行為與公平交易法第三十一條「損害賠償請求權」中所謂「事業違反本法之規定，致侵害他人權益者」者尚屬有間。

倘著作權人有濫用其著作權之行為時，卻未能符合「市場力量」之要件、「相關市場」界定困難，或因為競爭法、著作權侵權訴訟分屬不同法體系而無法對於著作權人濫用著作權之行為提出反制，對於著作權人此種行為如何加以非難或予以規範，源自於美國反托拉斯訴訟中的「著作權濫用」原則，針對上述競爭法的缺點，即能適時發揮功能。

三、討論一般「權利濫用」概念之起源，另藉由比較競爭法與「權利濫用」之異同及其區別之實益，以探討競爭法制在著作權人濫用權利時之不足，以及著作權權利濫用原則相對於競爭法制不足可發揮的功能。

「權利濫用」原則 (Misuse/Abuse) 係源於英美法中衡平法(the law of equity)之觀念。在英國早期「嚴格的訴訟形式」下，為尋求救濟並獲得公平判決的可能性，於「衡平法院」體系下所漸次形成的原則。而在西元十九世紀，普通法法院與衡平法法院整合後，衡平法已非獨立自足的法體系，而係立於輔助的地位，以普通法的存在為前提，補充並詮釋普通法，以彌補普通法的不備，給予新的救濟方法，尤其為緩和普通法的嚴格性，而創造了許多重要的制度。例如：「信託」、「權利濫用」原則、「不潔之手」(unclean hands)以及禁反言 (Estoppel) 原則等等，此即為「權利濫用」原則之濫觴。

英美國家法官承繼普通法傳統，在案件審理時，遵守「判決先例拘束原則」，而逐漸形成一些原則，在經過抽象化、類型化的歸納整理後，形成判斷具體個案之「案例原則」(case law)。惟這些案例原則，有時不見得符合社會生活現況以及實質正義，此時引用衡平法的概念介入，將原來依據案例法則或法律邏輯觀念中應該勝訴的一方，予以不利的判決，使得原本受害者得以獲得救濟，方得達成法諺所謂：「法律顧及衡平」(Law regards equity)之目的。

我國就「權利濫用」之一般規定，主要為民法上之基本法理及原則，學者認為至少包括三種內涵：消極面之禁止權利濫用之基本內涵、積極面之行使權利應依誠實信用原則，以及有悖於公序良俗之侵權等。

而競爭法之思想及法律制度，最早可追溯自古羅馬時代，競爭法的目的係在於維護交易秩序、確保公平競爭，以促進經濟之安定與繁榮，並兼顧消費者利益。而隨著科技進步、產業經濟力加強，促使各國正視競爭法之問題，且在第二次世界大戰後，在戰勝國美國影響下，各國紛紛仿效美國建立競爭法體制以規範相關問題。我國競爭法採取原則不禁止獨占，而僅就發生濫用獨占地位之行為時始加以導正之立法，亦即「弊害規制主義」，於民國八十年二月四日由總統制定公布全文並於翌年開始施行。

在當「權利濫用」適用於著作權法領域時，「著作權濫用」概念應運而生，雖於「著作權濫用」原則發展在美國發展過程中，無可否認地，其通常與被告原告違反競爭法的主張於著作權侵權訴訟中合併提出，本質上亦有互通之處，惟兩者於規範目的、構成要件、在訴訟法上之地位以及法律效果上有所差異。本文認為：兩者區別實益，尤其在於構成要件以及法律效果部分，誠如前述，對於評價著作權人行使權利之行為，尤有重大意義，得以彌補競爭法制不足之處。

四、從「專利權濫用」原則的演進及訴訟上地位的被肯定，藉由其間相關重要案例的介紹，具體說明「著作權濫用」原則法理的形成及以及對於「著作權濫用」原則發展的影響。

「權利濫用」之起源來自於英美法中衡平法之概念，而權利濫用適用於著作權法中，逐漸形成著作權濫用之法理，已如前述。而「著作權濫用」原則究其源頭，事實上源自於「專利權濫用」原則 (patent misuse doctrine)，而其適用以及定義，亦是從專利法的的規範而來。

由於專利權所保護之客體以及權利內容均較著作權為廣，專利權人一旦就某特定思想被賦予專利權，就該思想部分，法律上原則上不允許複數的存在，因此專利權法所賦予專利權人所享有之「壟斷性」以及排他性，亦遠較著作權法為廣。因此，早期在「權利濫用」法理適用於智慧財產權案件時，主要係以專利權案件為主，因此本文在進入「著作權濫用」原則討論前，自應從「專利權濫用」的在美國發展歷史談起。

西元一九一七年，美國最高法院在 Motion Picture Patent Co. v. Universal Film Mfg. Co. 案件中，推翻 Henry v. A. B. Dick & Co. 案件承認「專

利權濫用原則」：如果專利權人行使權利時逾越專利權法保障範圍時，無須考慮專利權人是否具有競爭法上的市場力量，即有構成「專利權濫用」的可能。最高法院累積一九三〇、一九四〇年代相關的案件意見後，逐漸形成「專利權濫用」原則。本文將就這段期間內，有關專利權濫用法理發展過程中，具有代表性、指標性的案件予以介紹及討論。

然而，「著作權濫用原則」之發展，由於著作權本身性質排他性未若專利權來得強，加以著作權保護之範圍僅及於表達 (expression)，而不及於其所表達之思想 (idea)，是以，無論是從法律保障的範圍或是著作權人行使權利時外觀上所呈現對市場上的影響力，均未若專利權人來得明顯以及強勢。影響所及，在著作權侵權訴訟中，是否有所謂「著作權濫用原則」存在，從西元一九四八年首件承認「著作權濫用原則」的 *M. Witmark & Sons v. Jesen* 案件以來四十多年間，司法實務分歧的見解，直到西元一九九〇年第四巡迴上訴法院在 *Lasercomb America, Inc v. Reynolds* 案件後，才逐步獲得解決以及獲得一定程度的共識。

Lasercomb 案件的出現，亦為「著作權濫用」原則發展的里程碑，其中引用自先前「專利權濫用」原則中 *Morton Salt* 案件的見解：「...賦予創作者就著作權特別壟斷權以實現美國的憲法和法律所採用的之公共政策，『提升發展科學和實用工藝，以獲得一定期間內... 創作人具有專屬權...』，對於他們『新穎及實用』之發明 (美國憲法第一條第八項)。但是公共政策，包括賦予壟斷權之『原創』著作在內，得以排除所有並未被包含之『原創』著作。其同樣禁止專利著作權之使用，在未經著作權局同意下，獲得排他權或有限之壟斷，將與公共政策相違背」等語，亦為往後相關案件所廣為引用。

而在 *Lasercomb* 案件出現前的期間中，美國司法實務對於「著作權濫用」大致上可分成正反兩面意見。法院有時不僅願意承認「著作權濫用」原則，而且認為本項原則獨立於競爭法之外，只要著作權人企圖擴充其所享有之著作權保障，因此而威脅到著作權法的公共政策，則原告縱然為行使權利之行為亦構成「著作權濫用」。但亦有部份法院採取相反見解，例如：*Orth-O-Vision, Inc. v. Home Box Office* 案件，雖承認有所謂「著作權濫用原則」存在，但仍應以符合競爭法之要件，亦即著作權人須於市場上具有市場力量，且對於市場競爭有所影響者，才決定是否有「著作權濫用原則」之成立。本文茲就在「著作權濫用」原則發展歷程中重要案件分別就案件事實、法律爭點、法院判決理由及見解，以及判決影響予以詳盡介紹。

五、分析美國實務上由於最高法院尚未表示具體意見下，「著作權濫用」原則可能的意義以及相應的判斷方式、法律效果，並兼論「著作權濫用」原

理的優點及目前的不利之處：

美國法從最早的 M. Witmark & Sons v. Jensen 案件開始到後來的 Lasercomb America, Inc. v. Reynolds 案件(一九九〇年)、Atari Games Corp. v. Nintendo of America, Inc. (一九九二年)以及 Practice Management Information Corp. v. American Medical Association (一九九六年)等案件逐漸建立「著作權濫用」原則。但由於美國最高法院仍對於「著作權濫用」原則尚未予以正式肯認，是美國實務上對於「著作權濫用」的意義，以及判斷標準，仍有不同之見解。自美國司法實務觀察，著作權權利濫用的意義大致上可分為下列幾種可能之意義：

- (一) 「著作權濫用」就是反競爭的行為(Anticompetitive conduct)，此種意義起源於著作權人的反競爭行為，由於該行為未能符合美國反托拉斯法的規定，因此以「著作權濫用」原則加以規範。
- (二) 「著作權濫用」就是著作權人行使其權利時，將其權利範圍擴張到法律所賦予的權利範圍界限之之外的行為(Expansion of rights)，此種意義，則以著作權人企圖將其著作權範圍擴張至法律所賦予之專有權利範圍以外而構成著作權濫用的角度切入。
- (三) 「著作權濫用」的意義是程序的濫用(Abuse of process)此為法官在 Assessment Technologies of Wisconsin, L.L.C. v. WIREdata, Inc. 案件中的見解：著作權人任何企圖將其有限的壟斷擴張而構成「著作權濫用」時，必然附隨著「程序的濫用(abuse of process)」。而所謂「程序的濫用」，係指惡意地不正當地使用常規的訴訟程序，以期從對方當事人處獲得某種利益。
- (四) 「著作權濫用」的意義是著作權人行使權利的行為違反著作權法中「原則性的指導方針」(Principled guideline)

所謂「原則性指導方針」意義下的「著作權濫用」，係指當著作權人試圖擴大其著作權範圍時，在此過程中如果著作權人越過著作權政策核心中所設立的某些界線(即基本原則及目標)，將構成「著作權濫用」。實際上，法院適用此種意義而在處理「著作權濫用」案件時，不一定與現在法院目前在做的不同。事實上，此種定義方式實與前述第二種「著作權人行使其權利時，將其權利範圍擴張到法律所賦予的權利範圍界限之之外的行為(Expansion of rights)」的定義極為接近，差別在於法院在適用時，要求法院以此

許不同的術語建構他們的判決。

- (五)「著作權濫用」的意義是著作權人以限制他人表達自由的方式行使其權利(Limits on First Amendment protection)，「著作權濫用」在此種意義上，係指著作權人以限制他人表達自由的方式行使其權利。

就上列幾說中，本文認為：在這種意義下，無論訴訟中的當事人何時主張「著作權濫用」抗辯，主張「著作權濫用」原則的當事人均必須清晰地說出其究係著作權的何種基本原則或目標受到侵蝕，並且顯示著作權人所謂「著作權濫用」行為如何破壞此基本原則及目標。此外，它要求法院適用「著作權濫用」時，必須清楚地說明圍繞在系爭「著作權濫用」以及所欲保護的目標中的規則或者標準。要求法院在可能的範圍中闡明基本理由並且採用一個相對應的規則。這樣的話，可以因此增加判決的明確度，並且有助於使他人理解如何構成「著作權濫用」以及案例法的形成，故無論就其法院判斷上之考量或是未來適用之明確性而言，自以此說為當。

而對於「著作權濫用」原則的判斷方法，美國案例法以及學者的見解大致可以有列幾說：以「反托拉斯法」為基礎的著作權濫用判斷方式 (Anti-trust based Copyright)、以「公共政策」為基礎的「著作權濫用」判斷方式 (Public Policy-Based Copyright)、「綜合公共政策與反托拉斯法」為基礎的「著作權濫用」判斷方式 (Bring Public Policy and Anti-trust Together)。

在「反托拉斯法」為基礎的著作權濫用判斷方式中，除了忽視「著作權濫用」的本質與競爭法體系有所不同的特點，另外對於「著作權濫用」而言，採取此種以競爭法為基礎「合理原則」的分析方式，法院首先必須對於權利的範圍、著作權賦予著作權人保護的範圍等加以評價。其次，對於任何具有競爭性效應可疑行為加以評斷。上述兩項調查的責任通常由法院承擔，並且應在法院判決的能力之內。如果刪除後階段的檢視，將會使得「合理原則」變成「當然違法」原則，無疑增加法院判決的困難度，且可能因此使得見解混淆不清。相反地，以「公共政策」為基礎的「著作權濫用」判斷方式的缺點在於：當「著作權濫用」原則的「範圍限制功能」似乎特別適用在某些情況時。競爭法體系下的「當然(違法)」原則在欠缺明確受到質疑的授權條款內容等此類較複雜的狀況時，其適用將更不明確。誠如「專利權濫用」原則一樣，要求一種更細緻的判斷方法是不可避免的，而且該方法必須可能將「當然(違法)」原則適用於可輕易認定的事實，以及「合理原則」的分析適用於其他案件兩種判斷方式予以涵蓋。以公共政策為基礎的著作權濫用，將是會使得原先競爭法下的「合理原則」分析，已然與競爭法脫鉤，而非基於對於競爭的影響，而是改為集中於在法院內所出現，是否違反公共政策此種更上

位的概念，將使得適用上有欠明確。而過份強調手段的非難性時，亦有可能排除一些對於社會福利或是公共利益反而有益的行為。且「公共政策取向」的分析方法將分析的焦點集中於「合理原則」的第一個步驟，而忽略了事實上可能對於社會福利所產生的正面效果。

因此本文認為：如採取第三種「綜合公共政策與反托斯法」為基礎的「著作權濫用」判斷方式 (Bring Public Policy and Anti-trust Together) 時，應限制在部分容易被法院以及私人識別的事實背景 (例如：違反合理使用原則、思想與表達區別原則之事實)，亦即其中有一部分應適用「當然」原則之分析方法，而其他部分則依據「合理原則」加以分析判斷。此種判斷方式的優點，既可將著作權欲保護的政策目標予以明確及宣示，且可彌補「當然 (濫用)」原則的不足，避免著作權人為恐構成「著作權濫用」而停止實質上有利於社會福利及公共利益的行為之缺點。

而美國法上有關「著作權濫用」原則之法律效果，依據 Lasercomb 案件的見解，主要在於當著作權人 (原告) 構成著作權濫用行為時，被告 (即被控侵權人) 得提出「著作權濫用」抗辯，法院得依此抗辯拒絕著作權人救濟之請求，無論被控侵權人是否實際受有損害要非所問，蓋「著作權濫用」原則所保護者，係公共利益以及著作權法所表彰之政策目標，與被控侵權人是否因著作權人濫用著作權之行為受有損害無涉。隨著「著作權濫用」相關案例的增加，亦有法院認為：此種「著作權濫用」原則的抗辯僅是條件式的存在，當於著作權濫用權利期間，「著作權濫用」的效果可以一直持續，惟如果著作權期間早於濫用行為停止前已然屆至，無疑地將使著作權人一旦有濫用行為時，將無從取得任何救濟。本文認為：就此部分應採取折衷的看法，亦即：在著作權濫用期間內，法院自得拒絕著作權人救濟之請求，惟如著作權人於訴訟前或訴訟中已然停止該濫用行為時，就其停止濫用行為後，其請求救濟之權利自當回復，以鼓勵著作權人停止著作權濫用行為，或是避免其他第三人動機進行侵權之情形。

著作權濫用原則在美國司法實務發展以來，論者認為至少有下列三種功能：改善的功能 (corrective function)、協調整合的功能 (coordination function)、防護(預防)的功能 (safeguard function)。「著作權濫用」原則的功能，首先在於其可能改善著作權法本身欠缺某些明確要件的缺陷。其次，用以調和著作權法、專利法以及競爭法；最後則是，保護構成著作權法基礎的數種下列相互聯繫的公共利益：(1) 促進具有創造性的移轉 (creative transfer)；(2) 保護「思想」無限地的重新使用 (unlimited reuse of idea)，以及未受保護的表達 (unprotected expression)；並且(3) 刺激在軟體開發方面的革新和競爭。在論及「著作權濫用」原則的功能時，亦就「著作權濫用」原則

目前所面臨的不利條件，例如：制度性的限制、是否為「不確定之存在」、是否違反現今擴張著作權人權利之潮流（例如：DMCA 的訂定）等予以闡述。惟本文認為「著作權濫用」原則無論就先前所提及得以競爭法制度的不足，或就對於著作權人不法的權利行使行為產生更大的嚇阻效果而言，「著作權濫用」原則的確立，尤其當著作權的行使不是為了保護著作人合法的經濟利益時，亦可給予被控侵害著作權的人扭轉局面的機會。此外，「著作權濫用」原則—強調著作權人的行為，以及「合理使用原則」—強調被控侵權人的行為，「著作權濫用」原則的存在亦將使得此兩者適用上考慮一種更勻稱的平衡，整體而言，存在之利遠大於弊，因此「著作權濫用」原則確有存在之必要性。

六、針對我國民法第一百四十八條對於一般「權利濫用」的規定，以及最高法院向來見解，討論「權利濫用」原則在適用於著作權濫用案件，欲主張「著作權濫用」原則之判斷標準、法律效果以及現行見解須因應「著作權濫用」特質進行調整，提供本文之建議，俾使日後發生此類案件時，作為行政機關或司法機關之參考：

我國關於「權利濫用」條文係規定於民法第一百四十八條：「權利之行使，不得違反公共利益，或以損害他人為目的」（第一項），以及「行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法」（第二項）等語。

依據最高法院對於「權利濫用」的構成要件以及適用，其中以七十一年台上字第七三七號判例最具代表性：「查權利之行使，是否以損害他人為主要目的，應就權利人因權利行使所能取得之利益，與他人及國家社會因其權利行使所受之損失，比較衡量定之。倘其權利之行使，自己所得極少而他人及國家社會所受損失甚大者，非不得視為以損害他人為目的，此乃權利社會化之基本內涵所必然之解釋」等語。

就適用「著作權濫用」原則的主體而言，無論在我國法或是美國法中，「權利濫用」或「著作權濫用」通常係由「被告」於訴訟中所提出的抗辯。在此得提出「著作權濫用」的「被告」，法律上並未予以限制，只要為著作權侵權案件中之被告均可提出此種抗辯。

唯有疑問者，如著作權人利用授權之方式，意圖擴張其所享有著作權，而利用授權契約之規定，限制被授權人原可為之正當行為，因此構成「著作權濫用」時，倘被告並非授權契約之當事人，換言之，被告可能未曾因為著作權人之「著作權濫用」而受到實質上的損害，是否仍可於著作權侵權訴訟中主張「著作權濫用」的抗辯。參酌美國第四巡迴法院於 Lasercomb 案件中的見解，由於「著作權濫用」的基本目標是為了避免著作權人不當擴張其權

利範圍，或不當獲得著作權未給予的保障，因此縱然被告並非授權契約之當事人亦不因此受影響。

而對於「著作權濫用」的客體，除了著作權人以外，亦包含經著作權人授權得代為行使著作財產權之人，例如：著作權仲介團體、ASCAP等均屬之，只要是屬於「行使(著作權)權利之人」，無論係專屬授權或非專屬授權之被授權人均非所問。

本文茲就「著作權濫用」原則在我國法適用上之構成要件，分析如下：

(一) 著作權人須行使權利：

倘著作權人並未行使權利，自無討論行使權利時有無逾越必要之界限而構成「著作權濫用」。而著作權人行使權利之事實自應由主張構成「著作權濫用」之被告負舉證責任。

本文認為：「著作權濫用」原則之適用，既須以「權利人行使權利」為前提，此時如於訴訟中提出著作權人構成「著作權濫用」之主張者，未為任何保留陳述時，依據論理法則，至少已默示承認著作權存在之事實，亦即對於被主張構成「著作權濫用」之客體就系爭著作擁有著作權之事實不爭執。

(二) 著作權行使行為構成「權利濫用」之判斷

由於我國目前針對「著作權濫用」的構成要件及體系欠缺具體事例以及見解，參酌前論美國相關學者的見解，並配合我國法律體系運作，本文認為：就「著作權濫用」的意義而言，基於我國法院體系運作，以及在現階段中有助於著作權人了解著作權行使之界限，因以 Kathryn Judge 所倡之「原則性指導方針」(principled guideline)的意義較為可採。亦即：當著作權人試圖擴大其著作權範圍時，如著作權人業已超越著作權政策所設立之某些界限，則已構成「著作權濫用」。而在落實在具體適用及判斷上，實屬於「公共政策以及反托拉斯法共同適用」(Bring Public Policy and Anti-trust Together)的判斷基礎。準此而言，著作權人行使權利是否構成「著作權濫用」，可分為兩階段之判斷：

第一階段，著作權人行使權利之行為與著作權法的核心價值的判斷：如著作權人行使權利之行為違反著作權法所規定最核心之原

則，合理使用原則、思想與表達合併原則時，應被認為「著作權當然濫用」(per se copyright misuse)；

第二階段，著作權人所違反者倘非屬於著作權規範下的原理原則，卻仍有違反競爭法(但未能符合競爭法市場力量之要件，例如：搭售)之規定或公共利益之情形，此時將進一步就「行使著作權所得之利益」與「因此所增加之社會成本」進行衡量(參最高法院七十一年台上字第七三七號判例)，當後者多於前者時，始構成「著作權濫用」。

(三) 是否以主張「著作權濫用」主體(即被告)之損害為必要

觀諸我國最高法院七十一年台上字第七三七號判例、七十六年台上字第三〇三號等見解，最高法院似認為：權利人行使權利時須使他人或國家社會造成損失，始有構成「權利濫用」可言。惟本文認為，就「著作權濫用」的領域中，最高法院之見解似有修正之必要。誠如前述，「著作權濫用」所保護之法益以及目標，實係避免著作權人不法擴大其具有壟斷特性之著作權範圍，究其深意，亦為在鼓勵著作權人創作發展之際，能平衡社會公益以及他人之言論自由(參憲法第十一條)。另一方面而言，某些非屬「著作權法原則」但可能有危害公共利益的行為而言，考量經濟效益與社會福利效果下，雖不以實際損害之發生為必要，但仍應進行「利益衡量」之判斷，在著作權人行使權利行為較為嚴重且所構成可能之損害較大時，始構成「著作權濫用」。

(四) 主觀構成要件

我國最高法院在適用「權利濫用」時，係以權利人行使權利「是否以損害他人為目的」為其主觀構成要件，此參最高法院五十九年台上字三四九〇號民事判決自明。惟於「著作權濫用」的領域中，著作權人主觀上是否均應符合最高法院所謂「以損害他人為目的」之要件，本文認為：實有調整之必要。就「著作權濫用」的本質上來自於「不潔之手」的概念而言，是以，著作權人行使權利超越著作權法所賦予權利範圍時，理論上，應含有主觀「故意」在內，因此在美國相關判決中似均未就此部分特別予以論述。惟此種「故意」與我國最高法院所謂「以損害他人為目的」尚屬有間。

基於「原則性指導方針」(principled guideline)意義下，在「著作權濫用」判斷上，本文認為：著作權人就其著作權所享有之權利範圍以及界限較為明確，故如行為業已違反著作權體系中之合理原則、思想與表達原則時，應該認為已有「濫用著作權」之故意，此時是否「已損害他人為目的」者則再非所問；反之如屬於上述情形以外之行為者，則應符合「企圖擴張著作權所賦予之權利範圍」或「企圖獲得逾越法律所明定賦予的權限之外的力量」之主觀要件始可，方不至於將「著作權濫用」之概念過度擴張適用。

如著作權人成立「著作權濫用」原則時，本文認為在我國法上可能的效果如下：

- (一) 著作權濫用行為並非權利行使行為，不應發生權利人所期望發生的法律效力，亦即著作權人無法就被告之侵權行為請求法院予以救濟：

倘著作權人被法院認定構成「著作權濫用」時，縱然被告業已構成著作權之侵權行為，著作權人仍無法因此獲得救濟。惟須思考者，著作權人一旦被認定為「著作權濫用」時，著作權人則因難以從他人侵害著作權行為中獲得救濟，可能提供一個誘因，使得其他第三人在此期間內恣意地侵害著作權人的著作權。是以本文認為，就此部分應採取較為折衷之觀點，亦即：著作權人在其「著作權濫用」行為停止前，法院得拒絕著作權人尋求救濟之請求。

- (二) 著作權人如有故意「著作權濫用」，並使得被告受有實際損害者，被告非不得依據民法第一百八十四條第一項後段請求損害賠償：

按「因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。『故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人者，亦同』」，我國民法第一百八十四條第一項後段定有明文，此可參我國最高法院八十一年台上字第四二五號民事判決，我國亦有學者採取類似之見解。

惟本文認為：在「著作權濫用」的情形中，最高法院上述見解雖值贊同，惟其適用時應採取較為嚴謹之態度。蓋「著作權濫用」本質上屬於訴訟中被告「抗辯權」之一種，因此不宜過度擴張其法律效果，造成與競爭法間適用之困擾與扞格。是以，除非著作權人明知且認其「著作權濫用」之行為，將造成他人實際之損害，且該他人已然發生實際之損害者，否則不得主張《民法》第一百八十

四條第一項後段之損害賠償。

(三) 因「著作權人濫用權利之行為」而受有影響之相對人是否可提起 確認之訴？

誠如最高法院八十一年台上字第四二五號民事判決之見解，「權利濫用」，縱然構成民法第一百八十四條第一項後段之侵權行為，惟並不因此賦予主張「著作權濫用」之人請求排除或防止侵害之權利，此為抗辯權當然之性質，無庸置疑。

按「確認法律關係之訴，非原告有即受確認判決之法律上利益者，不得提起之；確認證書真偽或為法律關係基礎存在事實存否之訴，亦同」、「前項確認法律關係基礎事實存否之訴，以原告不能提起他訴訟者為限」，我國民事訴訟法第二百四十七條第一、二項訂有明文。本文認為：著作權人行使著作權之行為是否構成「著作權濫用」之判斷，實為一事實認定之問題，此亦為著作權人與被指為侵害著作權者間是否成立侵權行為法律關係損害賠償請求權的基礎事實，故如被指為侵害著作權者或受「著作權濫用」行為影響之相對人，尚非不得依我國前揭民事訴訟法第二百四十七條第一項後段之規定提起「確認之訴」，惟倘如著作權人已然提出著作權侵權訴訟者，因「著作權濫用」已可由被告以抗辯之方式提出，此時應不被容許再行提出「確認之訴」。

綜上所結，我國現行對於「權利濫用」規定應用於「著作權濫用」原則時，實應對於現行實務上之見解進行調整。惟本文認為，由於「著作權濫用」原則有助於消弭目前競爭法不足之處，但不論是我國實務或美國實務上對於此原則的發展迭有爭論，除此以外，關於現行一般「權利濫用」原則上，由於我國立法體例上偏重於德國法之「主觀主義」而要求須有「專以損害他人為目的」之要件，適用於著作權法領域時，難免發生扞格之處，實宜透過立法之方式，於我國著作權法中就此部分進行相關之規範，以杜絕爭議。

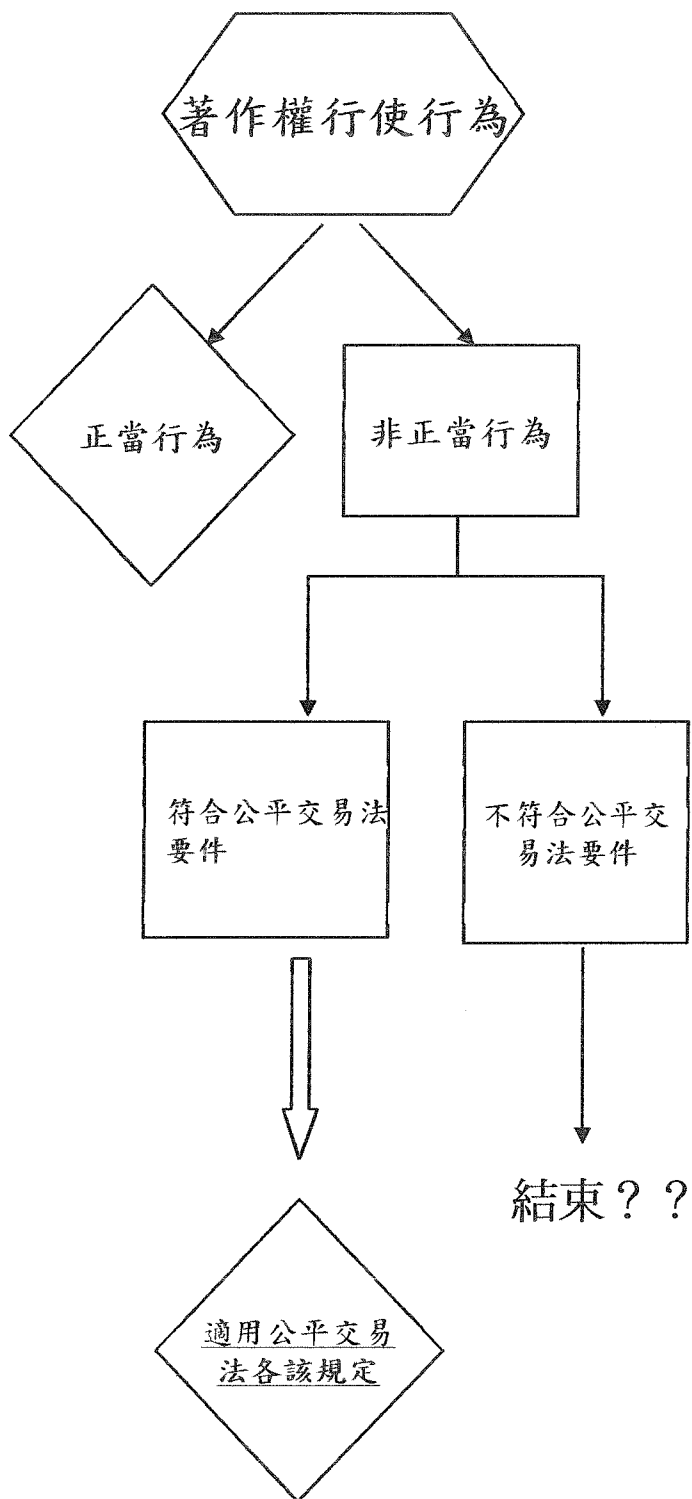
俗諺有云：使法律成為法律的不是文字，而是其內在涵義。我們的法律與其他法律一樣，是由兩部分組成：肉體和靈魂，法律的文字是肉體，意義及道理是靈魂，因為法律之所有存在的原因是因為他的靈魂。也許我們可以把法律比喻做一枚堅果，外殼裡面是核心，法律的字面代表外殼，其意義是核心，正如我們只使用外殼就享用不到堅果一樣，如果只依靠那些字面就不會從法律中或亦。既然堅果的果實和用途在其核心而非外殼，因此，法律的果實和用途也存在於意義，而非文字之中。

在我國既有法律體系中，因應社會及科技的快速發展，依據著作權法的特殊性加以調整，反思著作權法的基本目標，方能使死板的法律條文因此活化，亦使得著作權法、競爭法、民法以及國家經濟發展產生相輔相成之功能，落實「著作權人權益保障、社會公共利益調和以及促進國家文化發展」之目標。



圖一：

《著作權行使行為現行判斷流程》



圖二：

《本文建議著作權濫用行為判斷流程圖》

