

國立臺灣大學法律學院法律學系

碩士論文

Department of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis

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

From Copyright to Copyleft

-An Analysis of Software Licensing Agreements

from the Perspective of Interface

Between Copyright and Competition Law

巫昆霖

Kun-Lin Wu

指導教授：黃銘傑博士

Advisor: Ming-Jye Huang, Ph.D.

中華民國 98 年 7 月

July, 2009



國立臺灣大學碩士學位論文
口試委員會審定書

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

From Copyright to Copyleft

-An Analysis of Software Licensing Agreements

from the Perspective of Interface

Between Copyright and Competition Law

本論文係巫昆霖君（學號 R94A21081）在國立臺灣大學法律學系完成之碩士學位論文，於民國 98 年 7 月 17 日承下列考試委員審查通過及口試及格，特此證明

指導教授：

巫昆霖

口試委員：

謝錫洋

沈宗偉

巫昆霖



謝辭

終於也到了書寫「謝辭」二字的時候了。一年前，幫師姐與同學們製作論文電子檔時，心中不免覺得謝辭只須「謝謝大家，我畢業了」幾個大字即可交差了事，畢竟道謝這檔事不應過於繁文褥節；然而當我開了新頁，正打算敲下這幾個字時，又驚覺只含糊地囁嚅著「謝謝大家」，著實是對不起催生這本論文的各位師長學長姐弟妹同學朋友舍胞父母老姐們，所以還是行禮如儀，用短短二頁盡力表達我心中對各位源源不絕的感恩之意。

首先要感謝指導教授黃銘傑老師，四年來老師在學業及生活上的循循善誘與關懷，常令學生不知該如何回報，若是沒有入老師門下，我的日文可能仍然在五十音的階段停滯不前，並且也是老師開授的競爭法，使我能夠一窺堂奧，感受競爭法的生命力；而口試委員謝銘洋老師則是本論文誕生的重要關鍵，因為老師引荐而有幸參與相關研究計畫，並且老師對於本論文亦給予甚多建議，真心感謝老師的指導；而沈宗倫老師則是熱心與學生討論相關爭議，並且提醒學生論文疏漏不足之處，使得這本論文的微薄價值得以向上提昇，非常感謝各位老師的幫助。

身為外地學生北上求學，除了校園點滴外，最難以忘懷的就是宿舍生活了。男四舍八年，惠我良多莫過於擁有燦爛陽光笑容的全成，從大學時代的 308 網咖兼電視間，到研究所時代的 415 法壘集會所，一切皆因為全成而有所不同。而我也莫名地成為法壘之友，結識許多不論是課業或是待人處世上都值得仿效的學長姐與同學，包括紫色有加分的大植學長、帶我出團幫我切寶石的帥舜學長、電腦容易壞的宜欣學姐、幫我從法國買櫻桃鍵盤的安卓學長、在東大的士軒學長、幫我買便當的傳哲學長、曾為電動神的凡聖學長、G 神建志學長、一直被猴妹電話連環扣的彥迪學長、超受女生歡迎的至楷學長、同為法壘之友的弘毅學長、同為吃吃快閃團的執中大大與建志妹、手套從右手變成左手的阿大，沒有你們，我的

大學及研究所生活將會是慘澹黑白的。此外，身為直屬學長兼室友的廷翰學長，在學業及人生的面向上，也指點過我甚多道理，亦是學長與我併肩度過男四舍事件的考驗，對抗行政單位「和諧」與「謝謝指教」等路數，非常感激學長在各方面的不吝指導，希望我們都能在動盪不安中繼續成長。

學業上的砥礪切磋，則是與研究所同學的難捨緣份：若是沒有依琪阿姐企畫多次出遊，組上感情不會如此融洽歡樂；林門下的刷刷、大師姐郁嵐與助教懿德間的鬥嘴鼓，常為組上帶來歡笑；建良作為本組的頭號型男，屢屢成為吃吃吃組的話題焦點；佩慶與小音總讓我聯想到「只羨鴛鴦不羨仙」；溫溫柔柔的巧筠，在研究室時是大家諮詢的對象；拼命三郎的小香香湘榆可別累壞了，還是要顧好身體喔。真心期望大家都能過著自己想要的生活，我很期待下次的出遊跟聚餐還可以玩 BANG。此外，同處於黃老師門下的孟彥學長、頌翰學長、正妹師姐小青、邵邵和詩敏，以及大堂、岸田跟曉宣等外籍同學，不論是於公於私，我都受到你們的照顧良多，光憑「謝謝」兩個字，實在難以表達內心對你們的滿滿謝意。

又在此要感謝安、羊、兆翔、小白、小柔、久未見面的佐政，還有高中朋友中最早結婚的詩穎，希望大家一切都好，踏實地往自己的未來邁進。此外也要謝謝時常關心我的筠雅，同為大頭熊族的一員，衷心祝福妳也能過的愉快:)

感恩即便離家數百里依舊於心頭掛念不已的家人，感謝爸媽相信我，不多過問我在臺北的起居，讓我學會如何獨立自主；老姐常在緊急情形下伸出援手，我真是欠妳太多。謝謝皓芸在過去二年多陪伴我渡過甚多難關，讓我知道我並不孤獨，在無助時有隻手可以牽的幸福，比什麼都重要的。

其他族繁不及備載的各位親朋好友，請容我於文末致上我的謝意與祝福。

昆霖 于臺灣大學男四舍 415 室
2009.7

中文摘要

自由軟體的歷史雖然僅有二十餘年，惟不可諱言地，其於電腦軟體發展的短暫歷史上已具有不可抹滅的重要性。雖然自由軟體並未顛覆相關市場上專屬軟體仍占多數的情形，然而自由軟體的出現，不僅提供使用者另一種技術上的「選擇」可能性，其藉由授權契約之設計賦與使用者「自由」的思維，亦啟蒙各類釋出私有權利供公眾利用的運動，於後如火如荼地展開。

自由軟體運動既代表公眾對於專屬軟體發展趨勢的反動，則形塑整體制度架構的 GNU GPL 授權契約，其重要性即不言可喻。然而，GNU GPL 授權於我國著作權法制上既被定位為授權契約，則考究電腦程式著作授權契約於我國法制上的定位即顯必要。本文即以此為切入點，闡述電腦程式著作授權契約的立法歷史，並針對電腦程式殊異於其他類型著作的強烈功能性反映於著作權法上的相關原理原則加以研析，而後就電腦程式授權契約於法律上的定性加以說明，嘗試釐清電腦程式授權契約的成立基礎。

於理解電腦程式具備的強烈功能性對應於授權契約的特異之處後，以現況為基礎，本文嘗試針對專屬軟體授權契約的實態加以剖析。由於專屬軟體並未開放原始碼，技術上即已限制使用者就專屬軟體加以修改的可能性，然而著作權人多進一步利用授權契約課與被授權人不得修改的義務，並對於電腦程式著作附加受著作權法保護的科技保護措施，藉由「科技—法律—契約」多管齊下的方式，嚴密控制被授權人的行為態樣。然而此類限制於著作權法上的效力為何？以及事業利用授權契約而濫用市場地位或為不公平競爭的行為，著作權人應受到競爭法等規範之拘束？本文嘗試檢視專屬軟體的各類授權條款，並闡釋其於著作權法以及競爭法上可能受到的評價。

於闡述專屬軟體授權契約於著作權法與競爭法上的評價後，本文續以相同標準，審查身為自由軟體運動要角的 GNU GPL 授權契約。以自由軟體運動的發展作為背景，本文嘗試解說 GNU GPL 授權契約的基本架構，並基於其核心概念，分析其於著作權法及公平交易法上之定位。一般對於 GNU GPL 授權契約的討論，多侷限於契約法以及著作權法上的論述，並且因為言說者的立場不同，呈現眾說紛紜的氛圍。然而本文所關注者既為電腦著作的本質，以及藉由著作權保護電腦程式的不合理處，而專屬軟體授權契約或多成為廠商約束使用者的打手，並且於一定情形下亦減損了相關市場的競爭質量，故本文除論述 GNU GPL 授權契約於著作權法上的意義外，考量電腦程式所具備的功能性反應於市場競爭上之變化，於分析時一併納入競爭法的觀點，嘗試藉由專屬軟體以及自由軟體授權契約的比對，而導引出自由軟體運動所倡導的四大自由，不僅利於使用者對於功能性著作的需求，對於競爭法上所關注的效能競爭，亦有所裨益。

關鍵詞：電腦程式著作、自由軟體、GNU GPL 授權契約、科技保護措施、還原工程、鎖入效應

英文摘要

It is doubtless to say that the Free Software Movement has particular significance in the short history of computer software. Though the rise of free software does not change the status quo that proprietary software still has overwhelming power over related markets, yet it provides potential customers with technical alternatives, and the concept in the Free Software Movement that users regain “four freedoms” by means of licensing agreements triggered off other social movements urging rightholders of intellectual property to adopt public licenses for enriching social common resources.

The Free Software Movement represents the public reflection to the developing trend of proprietary software, thus it is important to understand the GNU General Public license (GNU GPL), which set up the main frame of the movement. The GNU GPL is deemed a contract agreement under the civil law of Taiwan, and this thesis illustrates whether computer programs are copyrightable, and then analyzes the nature of licensing agreements from several aspects, focusing on the function and the corresponding influences on copyright law. Besides, the thesis discusses exclusive and non-exclusive licenses under Taiwan law, explaining the interaction between them.

The thesis continues to analyze proprietary software licensing agreements under copyright and competition law. Proprietary software, of which the rightholders do not open source codes to the public, is technically limited for users' modification. Due to the pursuit of short-term profits, most copyright holders request licensees not to modify or reverse engineer the software, or remove the lawfully-protected technological protection measures. Technology, law, and contract all form mechanism to rigidly control licensees. Nevertheless, in some cases these restrictions may be considered as

violations of the related laws. The thesis reviews the proprietary software licensing agreements, interprets these limits under copyright and competition law, and indicates that the limits set by licensors may have anti-competitive effects and thus are prohibited by competition law.

Things become totally different when it comes to the GNU GPL. The thesis first explains the meanings of the GNU GPL, and then analyzes the GNU GPL under the same standard as adopted with proprietary software. Computer programs, which are functional works under copyright law, are created not for their beautiful expression, but for their practical utility. Users purchase software licenses for use on their computers, not for appreciation. Therefore, all kinds of restraints to users shall be legally reviewed in detail under copyright and competition law in order to strike a balance between private profits and public interests, and the GNU GPL is of no exception. However, after examining the GNU GPL contract terms by comparison between proprietary software licensing agreements and free software licensing agreements, the thesis draws a positive conclusion that the GNU GPL not only satisfies the multiple demands of users, but eventually promotes competition over related markets as well.

Keywords: computer program, free software, GNU GPL, technological protection measures, reverse engineering, proprietary lock-in.

目次

謝辭	I
中文摘要	III
英文摘要	V
第一章 緒論	1
第一節 研究緣起	1
第二節 研究目的	2
第三節 研究方法	3
第四節 研究範圍	4
第五節 本文架構	5
第二章 電腦程式著作授權契約之基礎	7
第一節 電腦軟體之定義與分類	7
第二節 電腦程式著作於著作權法中所受之保護	10
第一項 電腦程式之著作適格性	10
第二項 電腦程式著作之立法流程	16
第三項 著作權法對於電腦程式保護之範圍	19
第一款 觀念與表達二分法 (Idea-Expression dichotomy)	20
第二款 必要場景原則及合併原則	24
第一目 必要場景原則	24
第二目 構想與表達合併原則	25
第三款 公共財、合理使用、法定例外與釋出部分著作權	26

第一目	公共財	26
第二目	合理使用與法定例外	27
第三目	釋出部分著作權	30
第三節	電腦程式著作授權契約之性質	31
第一項	授權之本質	32
第二項	著作權授權的定性與授權契約的性質	33
第一款	授權行為的效力	33
第二款	著作權授權契約之性質	36
第三項	授權契約的種類—專屬授權與非專屬授權	38
第一款	專屬授權契約	39
第二款	非專屬授權契約	40
第三款	授權契約與讓與契約之交錯	42
第一目	讓與後授權	42
第二目	專屬授權後讓與或再行授權	43
第三目	非專屬授權後讓與或再行授權	44
第四節	小結	46
第三章	專屬軟體電腦程式著作授權契約之態樣與限制	47
第一節	各類電腦程式著作授權契約條款之概覽	49
第一項	與著作權法相關者	49
第二項	與競爭法相關者	53
第一款	價格限制契約條款	53

第二款 其他限制契約條款	55
第二節 電腦程式著作授權契約之著作權面向	57
第一項 著作權法上之面向	57
第一款 還原工程	57
第二款 防盜拷措施	65
第三款 合理使用與授權契約條款的衝突—從 ProCD 案談起	72
第二項 著作權濫用原則	82
第一款 案例介紹	82
第一目 Lasercomb America, Inc. v. Reynolds 案	82
第二目 Atari Games Corp. v. Nintendo of America, Inc. 案	84
第三目 Alcatel USA Inc. v. DGI Tech., Inc. 案	85
第二款 著作權濫用原則之意義與判準	86
第三節 電腦程式著作授權契約於競爭法上之侷限	89
第一項 公平交易法第 45 條之性質與範圍	90
第一款 公平交易法第 45 條法律性質	90
第一目 適用除外說	91
第二目 權利濫用說	91
第三目 違背立法意旨說	92
第四目 訓示規定或確認規定說	92
第五目 違法考量因素說	93
第六目 阻卻違法事由說	93

第二款	公平交易法第 45 條之範圍	95
第一目	「著作權法」之適用範圍	95
第二目	「不適用本法規定」的範圍	97
第二項	限制競爭規範於著作權授權契約之適用	98
第一款	我國現行法制之分析	98
第二款	競爭法對於電腦程式著作授權契約之評價	105
第一目	界定相關市場	105
第二目	水平關係與垂直關係之授權	107
第三目	各類授權條款之評價	108
第四節	小結	115
第四章	以著作權為核心之新興電腦程式著作授權契約—以 GNU GPL 為例	117
第一節	「著作權」之理念與落實	117
第一項	何謂著作權	117
第二項	著作權的落實	121
第二節	自由軟體運動之興起	122
第一項	電腦程式著作中目的碼與原始碼的二種面向	122
第二項	自由軟體運動之濫觴與發展	125
第三項	自由軟體運動之本質—四大自由	128
第一款	自由軟體基金會之自由軟體定義	129
第二款	開放原始碼組織之開放原始碼軟體定義	130
第三款	自由軟體與開放原始碼的共通點	132

第四項 自由軟體的開發模式	134
第一款 大教堂模式 (The Cathedral model)	135
第二款 市集模式 (The Bazaar model)	135
第五項 GNU GPL 授權契約之設計與監督組織	137
第一款 自由軟體基金會	138
第一目 發展簡史	138
第二目 組織成員	139
第三目 工作內容	139
第二款 GPL-violations.org	141
第三款 Software Freedom Law Center	142
第三節 自由軟體授權契約之介紹—以 GNU GPL 授權契約為例	143
第一項 GNU GPL 授權契約第二版條文解析	144
第二項 GNU GPL 授權契約第三版重點解析	161
第四節 小結	168
第五章 以著作權為核心之電腦程式授權契約中著作權法與競爭法之交錯	169
第一節 專屬軟體授權契約與自由軟體授權契約之立場差異	169
第二節 著作權法上之檢討	171
第一項 實務案例檢視	172
第一款 德國案例	172
第一目 Harald Welte v. Sitecom	172
第二目 Harald Welte v. Fortinet	174

第三目	Harald Welte v. D-Link.....	175
第四目	Harald Welte v. Skype	176
第二款	美國案例	177
第一目	SCO Group Inc. v. IBM.....	177
第二目	Andersen v. Monsoon Multimedia Inc.	178
第三目	Jacobsen v. Katzer	179
第二項	GNU GPL 授權契約於我國法之諸面向	180
第一款	GNU GPL 授權契約之定性	181
第二款	GNU GPL 授權契約之成立	182
第三款	GNU GPL 條款之解釋權	185
第一目	依擬定該契約之人之解釋	186
第二目	依擬定該契約之人所在國的法律解釋	186
第三目	依選擇該契約的著作權人所在國的法律解釋	187
第四目	依利用該著作的著作利用人所在國的法律解釋	187
第五目	依發生契約爭議時訴訟繫屬國的法律解釋	187
第三項	GNU GPL 授權契約與著作權法之交會	187
第一款	共同著作、集合著作與衍生著作	188
第一目	共同著作	188
第二目	結合著作	189
第三目	衍生著作	190
第二款	著作人格權	191

第三款	合理使用、科技保護措施與 GNU GPL 授權契約之調和	192
第三節	競爭法之審查	194
第一項	案例檢視	195
第一款	Wallace v. FSF	195
第二款	Wallace v. IBM	196
第二項	GNU GPL 授權契約於競爭法上之評價	197
第一款	維持轉售價格	198
第二款	聯合行為	200
第三款	授權感染性	200
第四款	鎖入效應	202
第四節	小結	203
第六章	結論	205
	參考文獻	209
	附錄一	217

第一章 緒論

第一節 研究緣起

從國小第一次接觸電腦開始，筆者即一直在心中抱持著一個疑惑：「為什麼什麼事情都要跟微軟看齊？」從第一次學習的 MS-DOS，黑白螢幕上跑出許多英文字跟數字之外，總是會附上一行「(C) Microsoft Corp.」，小時候懵懂無知不懂事的我以為這才是程式正確執行的象徵；後來 Windows 3.1 上市，學校的電腦教室也不落人後迅速更新，然而 Windows 3.1 作為微軟作業系統首次的圖形化使用者介面，不僅無法跟當時「高貴尊榮」的 APPLE 作業系統相媲美，甚至也教會駑鈍的我什麼是「當機」。而後，在身旁眾人的推波助瀾之下，更是一路從 Windows 95，「向上提昇」至 Windows 98、Windows Me、Windows 2000、Windows XP、Windows Vista……等微軟作業系統。然而，在隨波逐流的同時，筆者並未反思到這股無形力量的可怖之處。

而後升上了大學，感謝宿舍 TANET 學術網路的快狠準，筆者發現：原來這世界不是只有微軟一家電腦軟體公司而已。在網路上還有一群人，討論分享交流樣樣都來，但是他們的作業平臺卻不是 W 開頭，而是 L 開頭，而且那個英文字筆者還不會唸。此時心中隱隱然有股念頭升起，想要好好了解一下這隱藏在微軟龐大勢力下卻不屈服的另一群人，而這其實就是筆者接觸自由軟體的初衷。

之後進入研究所就讀，接觸到智慧財產權法與競爭法，二者的衝突與調和，一直縈繞在筆者心頭揮之不去。而於因緣際會下，研二的时候筆者有幸參與智慧局委託的「自由軟體之著作權問題」研究計畫，讀了一些外文書，在網路上爬了許多文章，反芻了許久，才瞭解什麼是自由軟體，以及最重要的一什麼是自由軟

體所堅持的「自由」。自由軟體運動背後的推手—GNU GPL 授權契約，正是利用著作權法賦與著作權人授權的自由，而將著作權法賦與著作權人的權利還諸公眾，並且利用著作權制度的運作，讓新的著作不致於被收歸私有，公眾得以近用，並且在既有著作上繼續創作，豐富公共領域的作品。

自由軟體由 Linux 帶頭披荊斬棘發展，迄今不過十來年的光陰，然而由於其自由開放的特性，導致利用 Linux 核心而開發的作業系統，雖然不至多如過江之鯽，但是兩手依舊數不完，乍看之下根本是一盤散沙；然而，此種如同小蝦米般、貌似無秩序下的團體合作，卻能一再的挑戰大鯨魚—微軟的地位，筆者以為藉由「自由」、「開放」所導入的公眾參與，就是能夠力抗巨人的最大關鍵。

著作權觀念對於筆者而言，代表著全新的視野，讓原本成天在法律文字裡打滾的筆者能夠跳脫窠臼，嘗試對於充滿各類無形限制的電腦以及現實世界加以反思，並且開始認體認多元文化的重要性。而這本論文就是在著作權法、競爭法以及著作權制度三者概念交互衝擊下的粗糙產物，雖然觀點可能失之偏狹，但筆者仍嘗試藉由競爭法與著作權法，對於現下儼然成為廠商打手的專屬軟體授權契約加以批判，並且以同樣方式分析著作權制度下的自由軟體授權契約，而導出「自由」不僅利於創作，也有助於競爭的結論。

第二節 研究目的

本文主要係關注專屬軟體與自由軟體兩者的電腦程式著作授權契約，於著作權法以及公平交易法上所受評價之差異，嘗試藉由此種對比，闡釋自由軟體授權契約所提倡的公眾自由，於著作權法以及公平交易法上之實質意義。

由於電腦程式的本質係為科學技術，是否適合以著作權法保護見人見智，於

立法之際屢遭批評，而確立以著作權法保護後，卻又因為功能性的緣故縮減其保護範圍，頗令人有削足適履之感。雖然著作權法上藉由各類原則限縮電腦程式的保護範圍，嘗試緩和著作權法保護範圍內的電腦程式功能性質，惟由於電腦程式技術本質使然，以及受到專屬軟體封閉原始碼之風氣，因此於相關市場上其競爭型態與一般著作市場明顯迥異，而與專利權或專門技術（know-how）等技術市場較為相似。著作授權契約原本僅為權利人與被授權人約定授權內容之工具，於此種進入障礙較高的競爭市場下，權利人為鞏固自身競爭優勢，因此授權契約亦成為電腦程式著作權人用以箝制競爭的手段之一。

然而，亦是因為著作權法變相侷限利用人對於電腦程式的近用，而導致自由軟體運動的起源。而關於自由軟體授權契約，一直以來的討論焦點多圍繞於著作權法的相關議題上，並且因發話人的立場而異其觀點，導致輿論對其「慷著作權人之慨」的作法褒貶不一；惟筆者認為從競爭法的角度，觀察自由軟體授權契約對於促進相關市場競爭所具有的正面效果，或許可以讓自由軟體授權契約呈現另一種截然不同的嶄新面貌。因此，藉由對於自由軟體運動的通盤介紹後，本文以自由軟體運動的主角—GNU GPL 授權契約作為研究對象，將 GNU GPL 授權契約於著作權法與競爭法上的評價併陳，而推導出「著作自由」與「自由競爭」的正相關性。

第三節 研究方法

關於電腦程式以著作權法保護之優劣、保護範圍以及電腦程式著作授權契約所具備的特性，由於立法迄今已逾二十年，已有甚多文獻加以研討分析，因此於此部分的撰寫係以現有文獻之整理為主，並輔以學說上不同意見，以釐清相關法律爭議。

而就專屬軟體電腦程式著作授權契約之分析，由於我國著作權法相關規定係承襲美國著作權法，因此採取比較法學之研究方法，就我國現行法制配合國外相關文獻加以說明；而於競爭法解析部分，由於我國法制規範未清且過於簡陋，因此參酌美國、歐盟及日本相關法制，對於我國處理規則應有之樣貌加以建議。

另就自由軟體授權契約以及其形成背景加以說明時，由於著佐權制度尚屬新穎，於我國植根未深，因此多參考其發源地之美國文獻，並從我國法的角度對於自由軟體運動之要角—GNU GPL授權契約加以說明。而就GNU GPL授權契約與著作權法及競爭法的評價上，由於海洋法系下財產法概念與大陸法系略有差異，因此除參考美國文獻外，並輔以與我國同為大陸法系之日本文獻，以求正確闡釋GNU GPL授權契約約款於著作權法及競爭法上之意義。

第四節 研究範圍

本文研究範圍係限定於電腦程式著作授權契約，並著眼於電腦程式著作所具備之功能性，以及權利人如何運用授權契約限制被授權人使用電腦程式。

而就本文所述「自由軟體」，其指設範圍皆係以最廣義的自由軟體（Free and Open Source Software, FOSS）為其概念，亦即自由軟體以及開放原始碼軟體皆包含於內。又為立論不流於空泛之故，行文時多以GNU GPL授權契約作為自由軟體授權契約之典型代表，並以其作為著作權法、競爭法上比較分析之對象。

本文礙於篇幅，因此不若傳統文獻對於自由軟體授權契約名詞釋義加以深入詮釋。GNU GPL授權契約中各名詞的意涵，僅於第四章中概略說明，不與深論。

第五節 本文架構

立基於前述研究目的、方法與範圍，本文先行介紹電腦程式著作的歷史以及電腦程式著作授權契約之定位，而後嘗試利用一種對照的觀點，將專屬軟體授權契約於著作權法及競爭法上之評價，對照自由軟體授權契約於此二法上之評價，藉由此類比對，襯托出自由軟體的「自由」於著作權法及競爭法上之積極意義。惟於探討自由軟體授權契約之法律意義前，仍須對於自由軟體運動以及相關背景有一定認知後，後續分析自由軟體授權契約時方不致偏離失焦，故於本文第四章先行介紹自由軟體運動以及 GNU GPL 授權契約之意涵後，再於第五章就自由軟體授權契約，為著作權法及競爭法上之評析。

關於本論文之詳細章節架構如下：

第一章「緒論」

經由研究緣起、研究目的、研究方法、研究範圍以及本文架構之說明，彰顯本論文之研究內容與方向，奠定本論文研究主題，並於該架構下開展各章具體內容之論述。

第二章「電腦程式著作授權契約之基礎」

本章主要係針對電腦程式著作於著作權法上的地位進行通盤介紹，包括立法過程以及現行法下對於電腦程式著作的保護範圍，並且基於電腦程式著作之特性，討論電腦程式著作授權契約的本質，以及電腦程式著作權人所採取不同種類的授權模式，進而論及不同種類的授權或讓與關係是否相互影響。

第三章「專屬軟體電腦程式著作授權契約之態樣與限制」

本章側重於藉由著作權法以及競爭法之規定，對於授權契約約款內容加以限制，以緩和權利人擴權下對於使用者造成的衝擊。首先以著作權法加以檢視，討論還原工程、防盜拷措施以及合理使用與授權契約之間的關係，而後說明美國衡平法上著作權濫用原則對於此類約款之適用；而後就公平交易法之觀點，歸納各類限制競爭約款於公平交易法上的評價，並對於我國相關法制提出建議。

第四章「以著作權為核心之新興電腦程式著作授權契約—以 GNU GPL 為例」

本章係以自由軟體運動以及 GNU GPL 授權契約作為行文重心。首先針對自由軟體運動的核心概念「著作權制度」加以闡述其固有意義，續而對於自由軟體運動的歷史與內容加以概覽，並就領導該運動的各組織加以概略介紹後，而後將重心移至電腦程式著作授權契約，對於自由軟體運動的要角—GNU GPL 授權契約闡釋其契約內容的意義，以作為下一章之前導。

第五章「以著作權為核心之電腦程式著作授權契約中著作權法與競爭法之交錯」

本章係立基於第四章對於 GNU GPL 授權契約之說明，以之作為著作權法及競爭法上的評價對象。首先從實務案例加以檢視，進而呈現 GNU GPL 於我國法上諸面向，以及其與著作權法如何互動；而後就 GNU GPL 授權契約相關約款於競爭法上之意義加以深入探討，以導出軟體自由對於自由競爭之助益。

第六章「結論」

本章回顧前四章之內容，將專屬軟體授權契約以及自由軟體授權契約於各法律上之評價加以比對，以呈現出比較性的觀點。

第二章 電腦程式著作授權契約之基礎

第一節 電腦軟體之定義與分類

電腦於近十餘年來於迅速普及，根據行政院主計處調查指出，迄 2007 年底，我國個人電腦設置數已達 1,129 萬台，其中家庭部門占約 646.4 萬台，而機關、企業及學校則為 483.2 萬台，¹可知「家家戶戶都有電腦」實非虛言。電腦系統雖然隨處可見，惟建構起電腦系統的電腦軟體與電腦硬體，其概念卻未如電腦的高普及率一般為眾人所皆知。對於大眾而言，雖然辨別特定物件是否屬於電腦軟體並非難事，惟若要明確定義何謂電腦軟體與電腦硬體，則可能是一頭霧水。

電腦軟體（computer software）之概念，原則上係對應於電腦硬體（computer hardware）而生。²電腦硬體係泛稱電腦系統中屬於有體物之部分，如磁碟機、光碟機、螢幕、介面卡、滑鼠、鍵盤等實體物；而相對於電腦硬體，電腦軟體則係為此類硬體所儲存的數據資料，或是基於此類硬體的運算能力而提供相關指令以完成計算的相關程式、程序與文件檔案。廣義言之，電腦軟體並不侷限於電腦程式，與電腦程式有所關聯的文件檔案，亦為電腦軟體的概念所及之，藉由此類附隨性資料以輔助程式運算之執行，如流程圖、設計書、操作手冊、使用者手冊、說明檔案等，皆屬於電腦軟體的範疇之內。³

¹ 行政院主計處 96 年電腦應用概況報告，<http://www.dgbas.gov.tw/ct.asp?xItem=23372&CtNode=5048>，查訪日期：2009 年 2 月 1 日。

² 電腦硬體與電腦軟體的分界亦非完全二分的，韌體（firmware）即介於兩者之間的模糊地帶。韌體係與軟體相近，其上儲存的程式係為電腦執行所必須，然而其亦具有硬體的特徵—有體（通常為快閃記憶體、ROM、PROM、EPROM 或是 EEPROM）且難以變更（惟並非不可變更）。韌體係為長期保存數位資料而設計，於關機狀態下資料亦不易流失，因此多用於存放系統開機所必需的基礎電腦程式，如主機板上的 BIOS（Basic Input Output System）、DVD 播放器控制晶片……等皆為適例。

³ 參照陳家駿，呂榮海，「電腦軟體著作權」，頁 7，蔚理法律出版社，1989 年修訂 2 版。

一般而言，電腦軟體約略可分為程式語言（programming language）、系統軟體（system software）、應用軟體（application software）以及負責架起系統軟體與應用軟體溝通橋樑的中介軟體（middleware）。程式語言的角色係為定義電腦程式的運算規則，由於電腦儲存資料時係以二元方式（0與1）為之，須經由電腦語言將儲存的資訊轉換成運算時的型式，並且視情形於不同情形下對電腦硬體發出指令，以處理、組合相關資料。而系統軟體則提供電腦運作所需的基礎功能，作業系統（operation system software）即為最常見的系統軟體，如 WINDOWS XP、Mac OS X 以及 Linux 等，但兩者並不相同，任何管理、控制電腦硬體的電腦軟體於概念上皆屬於系統軟體，如硬體的驅動程式、磁碟分割重組軟體等。而相對於非屬特定應用領域的系統軟體，應用軟體則係程式設計師依照使用者需求於各類領域提供不同功能的軟體，知名的應用軟體如微軟的辦公室套裝軟體 OFFICE、ADOBE 的繪圖軟體 PHOTOSHOP 等。而中介軟體則較為特殊，其係負責系統軟體和應用軟體的連接，著重於應用軟體與系統軟體之間資料交換的運算。

前述對於電腦軟體的概略分類，係以專業角度進行區分。惟若從法律觀點而言，由於電腦軟體一詞涉及相關法律適用範圍之寬狹，因此對於該名詞的明確定義仍有其必要。

早期由於電腦尚未普及，不論學界或是實務界，對於「電腦軟體」的定義呈現眾說紛云的混亂狀態，對於電腦軟體與電腦程式兩者之間的關係難以釐清。⁴惟於 1978 年世界智慧財產權組織（World Intellectual Property Organization, WIPO）之國際事務局（International Bureau）公布「電腦軟體保護之標準規定（WIPO Model on the provisions on the protection of computer software Geneva 1978）」，該規範第 1 條對於電腦軟體明確定義其範圍，以下試譯其意：

⁴ 郭聯彬，「網路上軟體使用授權契約之研究」，私立輔仁大學法律學研究所碩士論文，頁 6-8，1997 年。

1. 「電腦程式」(computer program)：係指一組指令，當其與機械可讀的媒體相結合時，機器會具有處理資料能力，以進行算術或邏輯運算，以顯示、執行或達成特定之功能、工作或結果。

2. 「程式說明」(program description)：係指以言詞、圖表或其他型式所為的完整程序性表達，且該表達須詳盡至足以決定組成相對應之電腦程式的指令。

3. 「輔助性資料」(supporting material)：係指除電腦程式及程式說明之外，以協助使用者理解或應用電腦程式為目的之資料，如疑難排除說明書、使用者手冊等。

4. 「電腦軟體」(computer software)：係指第一款至第三款之任一項或數項。⁵

則依「電腦軟體保護之標準規定」之定義，電腦軟體係為電腦程式的上位概念，而除了電腦程式以外，電腦軟體尚包括程式描述與輔助性資料。程式描述及輔助性資料中，如流程圖、設計書、使用者手冊或其他以文字、數字、符號或影像表達的著作，只要其符合著作權法上對於受保護著作的要件，即受到著作權法的保護，如流程圖可能該當於圖形著作、使用者手冊可能該當於語文著作、快速入門簡介的影片或投影片可能該當於視聽著作……等情形。⁶

⁵ Model provisions on the protection of computer software Section 1:

“For the purposes of this Law:

(i) “computer program” means a set of instructions capable, when incorporated in a machine-readable medium, of causing a machine having information-processing capabilities to indicate, perform or achieve a particular function, task or result;

(ii) “program description” means a complete procedural presentation in verbal, schematic or other form, in sufficient detail to determine the set of instructions constituting a corresponding computer program;

(iii) “supporting material” means any material, other than a computer program or a program description, created for aiding in the understanding or application of computer program, for example problem description and user instructions;

(iv) “computer software” means any or several of the items referred to in (i) to (iii).”

⁶ 可能適用著作權法之實際情形，請參見，陳家駿，「電腦程式著作權專題研究」，內政部著作權委員會委託，頁 39-40，1993 年。

又電腦程式執行時，其運算結果藉由螢幕或投影所顯示的影像，此部分稱為「使用者介面 (Graphical User Interface)」，由於使用者介面係獨立於程式本體而為設計，性質上屬於著作權法的視聽著作，⁷惟依個案中的設計，其仍需符合著作權法對於視聽著作所規定的保護要件後，方得受著作權法之保護。⁸

反觀電腦程式本身，從前述規範對於電腦程式的定義可知，電腦程式設計目的係著重於與電腦硬體相結合後的產出成果，其自身的功能性色彩，相對於程式描述以及輔助性資料而言較為強烈，因此對於電腦程式是否該當於著作權法保護標的，論者即有所質疑。

第二節 電腦程式著作於著作權法中所受之保護

第一項 電腦程式之著作適格性

著作權與專利權兩者的區別，在於前者所提供的保護係著重於文化層面，以人類精神創作中與文化相關者為主要對象；而後者的保護則聚焦於與技術相關的精神創作，較為強調對於人類文明層面之貢獻。⁹若單純從此角度考察，則不免對於著作權法將電腦程式列入著作保護範疇感到疑惑，蓋電腦程式本身的功能性色彩較其他例示類型著作高出甚多，何以能成為著作權法保護的客體？欲獲得此疑問的解答，僅僅從純粹學理的角度出發實難以釐清，而須併以觀察整體法制史之歷程，追本溯源至電腦程式著作如何納入著作權法，綜合考察以瞭解當初立法的

⁷ 著作權法第五條第一項各款著作內容例示中即認為電腦螢幕顯示影像屬於視聽著作：「二、本法第五條第一項所定之各款著作，其內容例示如左：(七)視聽著作：包括電影、錄影、碟影、電腦螢幕上顯示之影像及其他藉機械或設備表現系列影像，不論有無附隨聲音而能附著於任何媒介物上之著作。」

⁸ 詳細檢討可參見，郭明怡，「論電腦程式使用者界面之法律保護—以著作權法為中心」，國立台灣大學法律學研究所論文，1996年。

⁹ 謝銘洋、馮震宇、陳家駿、陳逸南、蔡明誠，「著作權法解讀」，頁3，元照出版，2005年2版。

時空背景，以及藉由著作權法保護電腦程式之前因後果。

對於電腦程式是否應該受到著作權法保護，於各國尚未立法之際，曾是學界與利益團體針鋒相對的焦點。於電腦尚未普及之際，各國著作權法均未明文例示電腦程式為著作權法的保護客體，則若欲將電腦程式著作納入著作權法的保護範疇，進而由權利人主張其權利，前提係為系爭的電腦程式符合著作權法的保護要件。若以我國為例，我國著作權法所設定的著作保護要件如下：¹⁰

1. 屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍的創作。
2. 具有原創性；
3. 為人類精神上之創作；
4. 具有一定的表現型式；
5. 足以表現出作者的個別性；
6. 必須非屬不受保護之客體。

傳統意義下的各種著作類型，如語文著作、音樂著作、美術著作等，於概念上符合上述要件似較無疑義；惟由於電腦程式本身功能性強烈的特殊性質使然，使得欲將電腦程式納入著作保護範圍，仍須一一就上述要件加以檢討後，方能肯認其具備著作權的客體適格。¹¹

從著作權法理論的角度，對於電腦程式是否為著作權法所應予以保護的客體，論者有從電腦程式的功能性加以觀察者，惟亦有從電腦程式的程式碼此一面向加以觀察者。前者係反對以著作權法保護電腦程式，而後者則多採取贊成立場，蓋程式碼所表現的型式係與一般的語文著作相近，而語文著作係受著作權法保護。

¹⁰ 謝銘洋，「智慧財產權法」，頁 99-111，元照出版，2008 年。唯應注意者，學界對於我國法下著作要件，見解亦非全然一致。

¹¹ 我國實務對於電腦程式著作保護要件之個別檢討，請參見，林志峰，從我國著作權法判決論電腦程式之著作權保護，「智慧財產權與國際私法—曾陳明汝教授六秩誕辰祝壽論文集」，頁 112-117，1997 年。

以下分述兩方之主要論點：

肯定說之見解，主要係立基於以下數點理由：

- 一、基於電腦程式形式上之理由：¹²此說係著眼於電腦程式形式上係符合著作權法所要求的著作要件，亦即其係具有原創性、亦為人類精神上的創作，且具有一定表現的型式，因此似無排除其受著作權法保護之理。此外，若使用文字創作的語文著作應受到著作權法保護，則以高階程式語言寫作的電腦程式，其撰寫語法與一般語言相差無幾，而內容亦由程式設計師用於表達其設計目的意涵的符號所構成，形式上電腦程式亦屬於一種表達，因而亦應與語文著作相同，而受到著作權法的保護。
- 二、基於經濟學之理由：¹³論者認為以著作權法保護電腦程式，與以專利法保護電腦程式相比，前者由於排他性較低，較不妨礙程式設計師基於現有電腦程式而為之研發創新，且前者的交易、研發成本較低，且於法律制度上前者權利人所需花費的行政成本較後者低廉，因此於專利法與著作權法兩者之間，以著作權法保護電腦程式較為適宜。¹⁴
- 三、著作權法之特性：¹⁵論者就著作權法與專利法、營業秘密法相比，認為著作權法保護客體範圍較為廣泛，對於文學、科學、藝術或其他學術範圍的創作均得以著作權法加以保護；又電腦程式欲取得著作權較為容易，蓋著作權法採取創作保護主義之故，於程式設計師完成其程式時即可享有著作權，而不若專利法的註冊保護主義下發明人必須提出申請而由主管機關加以審查，亦不須如營業秘密法制下為維護營業秘密的秘密性因而必須投入相當的維護資本；

¹² 徐堯慶，「電腦程式在著作權法與專利法上定位問題之研究」，私立東吳大學法律研究所碩士論文，頁 31-32，1994 年。

¹³ 同前註，頁 32-34。

¹⁴ 此一論述的前提係為電腦程式究以專利法、著作權法抑或另設特別法（*sui generis system*）加以規範較為適宜；唯現今各國多併同著作權法與專利法，對電腦程式加以保護。

¹⁵ 徐堯慶，「電腦程式在著作權法與專利法上定位問題之研究」，私立東吳大學法律研究所碩士論文，頁 35，1994 年。

再者，著作權法保護期間亦較專利法為長，進而認為以著作權法作為保護電腦程式的法律較為適當。

四、基於著作人格權之考量：¹⁶由於著作權並非僅具有財產權的面向，而係兼具有人格權之面向，而電腦程式係由高度技術性質的符號所構成，因此即有論者質疑若以著作權法保護電腦程式，對於著作人格權此一面向將無法釐清。惟肯定說的支持者則係認為：電腦程式可反映程式設計師之個性，各指令的撰寫方式、長短、數量、配列等均可能因人而異，因而理論上應能表現出創作人的個性；又就公開發表權、姓名表示權，皆得由著作人自由決定如何行使，不會因為電腦程式之特性而有所阻礙；此外，於同一性保持權上，由於電腦程式係為功能取向，為增進電腦程式的處理效能、或增加使用者所需求之功能，故對於電腦程式進行修正一事係有所必要，惟同一性保持權可能某程度妨礙修改電腦程式，因此修改電腦程式之人得主張合理使用，¹⁷依電腦程式著作之性質、利用之目的及態樣，而認為不可避免之改變並無侵害著作人格權之虞。

另一方面，否定說見解的支持者，則係以數種不同的角度加以批判，其論理略述如下：

一、基於功能性的理由：¹⁸論者指出電腦程式係依照使用者指示電腦執行特定運算以達成特定目的，其本身的主要意義並非為傳達資訊而設，雖然形式上以原

¹⁶ 同前註，頁 36。

¹⁷ 我國著作權法第 59 條第 1 項：「合法電腦程式著作重製物之所有人得因配合其所使用機器之需要，修改其程式，或因備用存檔之需要重製其程式。但限於該所有人自行使用。」即係立基於此種見解之立法。又現行著作權法第 17 條規定：「著作人享有禁止他人以歪曲、割裂、竄改或其他方法改變其著作之內容、形式或名目致損害其名譽之權利。」，其要求改變著作須已致損害著作人名譽的程度，方為構成著作人格權之侵害。則依我國現行法之規定，本文認為就電腦程式本質即係經由眾人修改以提升功能之面向而言，難以將修改未經授權的電腦程式一事，逕認為已侵害著作人之人格權。

¹⁸ 徐堯慶，「電腦程式在著作權法與專利法上定位問題之研究」，私立東吳大學法律研究所碩士論文，頁 25-27，1994 年。

始碼形式呈現的電腦程式與一般語文著作相近，可供程式設計師加以閱覽而瞭解其意義，惟此並不能推論出電腦程式即屬於語文著作或相似於語文著作而應受保護。蓋電腦程式本身之目的即為藉由電腦運算單元計算使用者所輸入的資料後，而顯示、執行使用者所欲產出的成果，其型式上的表達與實質上的功能係一體兩面無法分離。因此，脫離了電腦而獨立存在的電腦程式並無實質意義可言，電腦程式本身即須依附電腦方能突顯其意義。並且，電腦程式型式上為一連串符號的組合，而其組成僅有瞭解程式所使用程式語言的程式設計師才能瞭解，一般大眾無法理解其意義，甚至未學過該程式語言的程式設計師亦無法理解。此點亦可從程式語言的演進得到驗證，從低階語言發展到高階語言，其朝向自然語言發展的趨勢愈發鮮明，目的即係為使程式設計師較能理解其意義，蓋低階語言係為機器可讀的格式，人類實難以理解，而高階語言雖然較近似自然語言，於程式撰寫上較為容易，卻仍須經由編譯器將之轉換為機器可讀的格式後方能於電腦上進行運算，而此種格式並非人類可直覺辨識者，可知電腦程式僅為一種媒介，其所呈現的型式並非機讀格式，僅為中間過渡的過程，並不宜以其與語文著作有某程度的相似而賦與保護。再者，亦有論者指出，若將電腦程式與著作權法其他受保護客體相比，電腦程式並不若其他著作，係人類透過文字、符號、線條、色彩、聲音、影像等方式創作出的「表達」，藉以傳達情感或思想，電腦程式雖為程式設計師運用其智能而創造出的作品，一定程度上亦能表現出程式設計師的個性，但論就實際，電腦程式內容係為了讓使用者於電腦上運作機器或處理資料，並非為溝通人類感情或思想而製作，因此並不具有一般著作物的性質。

二、司法實務適用困難：¹⁹著作權係保護作品的「表達 (expression)」而非作品所欲傳達的「觀念 (idea)」，²⁰惟由於電腦程式的功能性質強烈，「表達」與「觀

¹⁹ 徐堯慶，「電腦程式在著作權法與專利法上定位問題之研究」，私立東吳大學法律研究所碩士論文，頁 28-29，1994 年。

²⁰ 觀念與表達二分法 (Idea-Expression dichotomy) 係著作權法基本之觀念，我國法雖未明文規範

念」難以明確區分，因此迭生爭議。論者認為若單純僅就電腦程式中屬於語文著作的部分（literal）予以保護，²¹由於保護範圍過於侷限，未及於電腦程式中非屬語文著作的部分（non-literal），²²則對於瞭解撰寫程式所使用語言的程式設計師，其閱讀程式的原始碼後，即可藉由其他型式的表達而另行撰寫相同用途的電腦程式，因而可能無法以法律達成保護電腦程式之立法目的；²³而若將非屬語文著作的部分解釋為受著作權法保護之「表達」，又有過分牽強之嫌。由於電腦程式本質上需求保護者，並非僅限於程式碼所呈現的表達型式，惟若以著作權法將此些部分亦納入保護範圍，一則可能無法符合著作權法僅保護表達不保護觀念的原則。次則其他類型著作於適用著作權法之際亦生紛擾，蓋觀念與表達的界限一旦模糊，勢必將造成著作權人就原先不受保護的部分，亦紛紛主張應受著作權法保護。故否定說即主張，著作權法除非違悖原先立法意旨，否則無法對於電腦程式賦與妥善而完整的保護，然而延伸著作權法的界限，將本非屬於著作權保護範圍內的新興技術逕納入保護，似有倒果為因之虞。

三、現實層面之考量以及實務需求：由於電腦程式的生命週期與其他類型著作相比之下較為短暫，或因為發現程式瑕疵而以新版本補遺，或因為硬體發展而導致舊版本無法於主流硬體上操作、或因為汰舊換新之故而放棄維護軟體，

此一原則，惟於實務判決上已肯認，而 TRIPS 第 9 條亦明文規定：「著作權之保護僅及於表達，而不及於觀念、程序、操作方法或數學概念等。」於美術性作品（works of art）以及事實性作品（works of fact）中，此原則的適用尚不致出現重大困難；惟於功能性作品（works of function）的情形，由於此類作品即係以功能為其創作目的，其傳達的觀念與表達與前二者相比，較難藉由抽象測試（abstraction test）而予以分離。因此，於確認著作權法擴張其保護範疇至電腦程式後，經由美國法院實務發展，就電腦程式抄襲的判斷發展出抽離－過濾－比較測試法（abstraction-filtration-comparison test），就電腦程式加以分離解構而加以比較。其發展歷史與演進可參見，羅明通，著作權法上構想與表達之區別與合併，「智慧財產權與國際私法－曾陳明汝教授六秩誕辰祝壽論文集」，1997年初版。

²¹ 電腦程式中屬於語文著作（literal）的部分，包括程式的原始碼（source code）與目的碼（object code）。

²² 電腦程式中非屬於語文著作（non-literal）的部分，如電腦程式的架構、次序流程及組織（Structure, Sequence and Organization, SSO）、整體感觀（Look and Feel）等與程式設計相關的部分，皆屬之。

²³ 此一論點雖然不全然符合著作權法保護「表達」而不保護「觀念」之原始精神，唯其時空背景係為討論何種法制係為保護電腦程式的最適當法制。

導致對於電腦軟體廠商而言，電腦程式需求實際上保護的期間至多僅為數年，因此若以著作權法保護電腦程式，保護期間過於冗長，導致其成為公共財的時間將大幅延後。因此論者認為，就電腦程式的保護期間而言，應以一較為短期的保護期間方屬適當。²⁴又觀察程式設計的流程，有多數人參與其中，包括了系統分析師以及程式設計師，各自負責訂定流程圖、方塊圖以及程式撰寫等步驟，則若承認電腦程式著作權，則由於流程圖、方塊圖等作品皆有獨立的著作權，因此於最終端的電腦程式設計，必須事先取得前端各作品著作權人的同意後方能進行創作，耗費的無形成本相當龐大，對於日新月異的電腦軟體產業，賦與電腦程式著作權保護反將造成一大創新阻礙。

四、著作人格權上的考量：²⁵反對以著作權保護電腦程式的論者認為，電腦程式本身技術性濃厚，無法表現出創作者的個性；況且即便認為電腦程式得以展現作者的個性，惟開發電腦程式多為分工進行，由多組團隊各自負責不同部分功能之設計，其於創作過程中程式設計師的個性於整體電腦程式中的存在相對稀薄。此外，就公開發表權、姓名表示權以及同一性保持權等人格權面向，亦會遭遇大小不一的困難。²⁶

第二項 電腦程式著作之立法流程

前述二說雖各有其論據，並且當初亦有國際條約建議以特別權利（*sui generis protection*）對電腦程式的目的碼、原始碼以及相關文件，賦以一定程度的保護即足，惟此一建議並未被多數國家所接受，²⁷反而愈來愈多的國家，係採取以著作權法保護電腦程式，其中的濫觴即為美國。

²⁴ 如 Lawrence Lessig 指出，其認為電腦程式適當的保護期間為 5 年。見 Lawrence Lessig, *The Future of Ideas: the Fate of the Commons In a Connected World*, Random House, 251 (2001).

²⁵ 徐堯慶，「電腦程式在著作權法與專利法上定位問題之研究」，私立東吳大學法律研究所碩士論文，頁 30-31，1994 年。

²⁶ 參照陳家駿，呂榮海，「電腦軟體著作權」，頁 184-191，蔚理法理出版社，1989 年修訂 2 版。

²⁷ http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/wipo_ip_cm_07/wipo_ip_cm_07_www_82573.doc，查訪日期：2009 年 2 月 28 日。唯亦有少數國家係採取特別立法保護電腦程式，如南韓「電腦程式保護法」與中華人民共和國「計算機軟件保護條例」。

美國國會為求適切因應新興科技之快速發展，於 1974 年創立「著作新科技使用委員會」(National Commission on New Technological Use of Copyright Works; CONTU)，針對新興科技是否適宜納入著作權法加以研討，其中即包括電腦程式。而後於 1978 年，CONTU 提出研究報告 (Final Report of the National Commission on New Technology Uses of Copyrighted Works)，²⁸其中針對電腦程式提出修訂著作權法的數項建議，包括：²⁹

1. 屬於創作者原創範圍內的電腦程式，應明確納入受著作權法保護的客體；
2. 修訂相關規定，讓使用者於電腦上利用受著作權法保護的電腦程式之行為適用著作權法；
3. 修訂相關規定，以確保合法的電腦程式重製物持有人得使用或修改該電腦程式，但限於該持有人自行使用。

而後美國於 1980 年修訂著作權法時，即依照 CONTU 報告之多數意見，將電腦程式於著作權法第 101 條加以明確定義，並另於第 117 條明文規定電腦程式的權利限制，就電腦程式的合理使用範圍加以規範，首開以著作權法保護電腦程式之先河。

美國並進一步利用其影響力，呼籲各國亦應將電腦程式納入其著作權法保護範圍。於 1985 年之前，僅有菲律賓、美國、匈牙利、澳洲以及印度以著作權法保護電腦程式；而於 1985 年 2 月，世界智慧財產權組織 (World Intellectual Property Organization; WIPO) 與聯合國教科文組織 (United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization; UNESCO) 於日內瓦召開會議，針對以著作權法保護電

²⁸ 報告全文請參見 <http://digital-law-online.info/CONTU/contu-toc.html>，查訪日期：2009 年 2 月 28 日。

²⁹ “The new copyright law should be amended: (1) to make it explicit that computer programs, to the extent that they embody an author's original creation, are proper subject matter of copyright; (2) to apply to all computer uses of copyrighted programs by the deletion of the present section 117; and (3) to ensure that rightful possessors of copies of computer programs may use or adapt these copies for their use.”

腦程式一事加以討論後，當年德國、日本、法國以及英國即紛紛修訂國內法，將電腦程式納入著作權法的保護範疇，自此確立了以著作權法保護電腦程式之趨勢。

而於國際條約方面，為求消弭各國電腦程式保護法制下可能發生的規範歧異，因此國際組織亦致力於訂定共通的基本規範，其中包括 1991 年歐洲共同體電腦程式指令（COUNCIL DIRECTIVE of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs）、³⁰1994 年與貿易有關之智慧財產權協定（Trade Related Aspects of Intellectual Property; TRIPS），³¹而後以 1996 年世界智慧財產權組織於日內瓦所簽訂之 WIPO 著作權公約（WIPO Copyright Treaty; WCT）集大成。³²三者於條約中皆明文規範，要求會員國應於該國著作權法內以伯恩公約第 2 條之文學及藝術著作的形式保護電腦程式，並且應包含電腦程式的原始碼與目的碼等相關資料。³³

而就我國電腦程式著作的立法流程，電腦程式著作於民國七十四年以前並非屬於著作權法的保護標的，係於七十四年著作權法修正時方將之納入著作權法的保護範疇。³⁴當初行政院送立法院審議的草案中，對於電腦程式著作係以「電腦軟

³⁰ Directive 91/250/EEC, Art. 1. “

1. In accordance with the provisions of this Directive, Member States shall protect computer programs, by copyright, as literary works within the meaning of the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works. For the purposes of this Directive, the term 'computer programs' shall include their preparatory design material.

2. Protection in accordance with this Directive shall apply to the expression in any form of a computer program. Ideas and principles which underlie any element of a computer program, including those which underlie its interfaces, are not protected by copyright under this Directive.

3. A computer program shall be protected if it is original in the sense that it is the author's own intellectual creation. No other criteria shall be applied to determine its eligibility for protection.”

³¹ TRIPS, Art. 10. “1. Computer programs, whether in source or object code, shall be protected as literary works under the Berne Convention (1971).”

³² WCT, Art. 4. “Computer programs are protected as literary works within the meaning of Article 2 of the Berne Convention. Such protection applies to computer programs, whatever may be the mode or form of their expression.”

³³ 詳細介紹可參見，陳家駿，「電腦程式著作權專題研究」，內政部著作權委員會委託，頁 25-38，1993 年。

³⁴ 民國七十四年七月十日修正公布著作權法第 4 條第 1 項第 14 款：「左列著作，除本法另有規定

體」指稱之，立法理由說明如下：「第一項第五款增列『電腦軟體』，指不屬任何文字之其他邏輯符號之組合著作。」而於民國八十一年修法時，雖然對於「電腦程式著作」此一名詞並未加以變更，僅變更其條次，並刪去其定義，而另授權主管機關定例示內容；³⁵惟於例示內容則有不同於舊法立法理由之說明：「二 本法第五條第一項所定之各款著作，其內容例示如左：十、電腦程式著作：包括直接或間接使電腦產生一定結果為目的所組成指令之著作。」

由前述對於電腦軟體及電腦程式之介紹，可知於民國八十一年修法時對於電腦程式著作所下之例示與「電腦軟體保護之標準規定」相仿，因此於解釋上即應明確區分「電腦軟體」與「電腦程式」。電腦軟體屬於上位概念，其指稱者包括電腦程式、程式說明和相關輔助資料等；而電腦程式則為下位概念，其可能呈現的態樣包括原始碼、目的碼、微碼、應用程式、系統程式、BIOS、編譯器、驅動程式、電腦輔助教學 CAI、電腦輔助製造 CAM、電腦輔助設計 CAD……等，³⁶不論其係由何類程式語言、代碼、符號所構成，僅需其符合上述定義者均屬之。然即便系爭著作屬於電腦程式，創作人是否能逕依著作權法主張其權利？此端視其所主張的部分內容，是否屬於著作權法上保護的「表達」而定。因此，如何認定電腦程式著作中何者為「觀念」、何者為「表達」，即屬重要。

第三項 著作權法對於電腦程式保護之範圍

電腦程式著作雖然屬於著作權法的保護客體，但由於其高度功能性的特質使然，加上電腦程式可能藉由目的碼或原始碼表達，因此不若傳統文藝作品於著作權法上較能明確分辨何者為受保護的範圍。則於主張著作權法上所享有的諸項權利前，系爭電腦程式著作的內容是否受到著作權法保護即為先決要件。蓋電腦程式保護範圍之寬狹，將會間接影響電腦軟體業界的發展，高度保護將可能導致

外，其著作人於著作完成時享有著作權：十四 電腦程式著作。」。

³⁵ 著作權法第五條第一項各款著作內容例示。

³⁶ 陳家駿，「電腦程式著作權專題研究」，內政部著作權委員會委託，頁 39，1993 年。

特定功能被特定電腦程式所獨有，妨礙其他競爭對手研發相容程式，形成相關市場上的獨占；但若嚴格限縮保護範圍，反而降低經濟誘因，而使電腦產業投入資源開發新功能的意願低落。因此，判斷特定電腦程式著作的內容是否受到保護一事即為關鍵。

第一款 觀念與表達二分法 (Idea-Expression dichotomy)

著作權法的基本理念之一，即為著作權法僅保護著作人的表達 (expression)，而不及於作品所傳達的觀念 (idea)。此原則於 1880 年由 Baker v. Selden 一案所樹立，³⁷法院於該案中認為對於技術的獨占權利與書冊的表達不得混為一談，而應分別論之。由於針對特定的觀念所為的表達係因人而異，而著作權法所著重者在於創作人勞力費心以其自身能力與歷鍊所創作出的成品，而非此部分所欲傳達予視聽者的意念，因此著作權法僅就創作人所為「表達」加以保障，至於背後所蘊涵的觀念則不加以保護，避免特定人將觀念據為己有、壟斷該觀念的使用權，而使得其他人喪失就相同觀念而採取不同表達的機會，藉此保障憲法上的言論自由與資訊自由。

雖然電腦程式的功能性較一般種類著作為高，於早期尚未立法以著作權法保護電腦程式之際，即有論者認為難以將電腦程式中的表達與觀念切割；但肯定說的論者仍認為即便係針對同一觀念，但不同的程式設計師可能使用迥異的程式語言撰寫，並且依程式設計師的功力深淺以及思考邏輯，即便使用同種程式語言，程式碼所呈現的方式亦可能天差地遠，因此仍應賦與保護，並且適用此原則將不應受到著作權法保護的觀念摒除之，以保障電腦程式中具有創意的表達方式。

³⁷ Baker v. Selden, 101 US 99 (1880). “Now, whilst no one has a right to print or publish his book, or any material part thereof, as a book intended to convey instruction in the art, any person may practice and use the art itself which he has described and illustrated therein. The use of the art is a totally different thing from a publication of the book explaining it. The copyright of a book on book-keeping cannot secure the exclusive right to make, sell, and use account-books prepared upon the plan set forth in such book.”

觀念與表達二分法的原則目前已為世界諸國所採納，國際公約亦將此一原則納入其規範，如與貿易有關之智慧財產權協定（TRIPS）第9條第2項即規定：「著作權之保護範圍僅及於表達，不及於觀念、程序、操作方法或數學概念等。」即為適例。³⁸此外，WIPO 著作權公約亦有與 TRIPS 相似之規定。³⁹我國著作權法第10條之1亦規定：「依本法取得之著作權，其保護僅及於該著作之表達，而不及於其所表達之思想、程序、製程、系統、操作方法、概念、原理、發現。」，將此原則明文化。我國主管機關的行政函釋與司法實務判決上，此一原則的適用亦已行之有年。⁴⁰由於此原則的適用，將影響系爭著作受到著作權法保護的範圍，因此於判斷特定著作得否主張著作權法上諸項權利時，首先即應由此原則出發，先行畫定爭議部分是否為著作權法所保護的範圍，而於確認該部分係屬於著作權法保護之「表達」後，方就權利人的主張加以進一步分析比對。

此原則的適用關鍵，在於區別作品本身所傳達的觀念與與作品自身的表達。一般判斷觀念與表達之分際，常見的標準係為抽象測試法（the abstract test）。此判斷方法係源自於美國，由第二巡迴上訴法院法官 Learn Hand 所創立，⁴¹用以判斷著作物是否侵害著作權。此一判斷方法係將作品抽象化，解析成事件（incidents）與模式（patterns），藉由逐步分離作品中發生的事件，具有普遍性質（generality）的模式亦會逐漸浮現，而於一定程度的解析抽離事件之後，所產生具有一般性的模式即屬於公共財（public domain）的觀念，此部分即不應受到著作權法之保護。此

³⁸ “Copyright protection shall extend to expressions and not to ideas, procedures, methods of operation or mathematical concepts as such.”

³⁹ WCT, Art. 2.

⁴⁰ 陳錦全，「著作權案例彙編(10)－電腦程式著作篇」，頁 28-35，經濟部智慧財產局，2006 年 2 版。

⁴¹ Nichols v. Universal Pictures Corporation. 45 F.2d 119 (2d Cir. 1930). ” But when the plagiarist does not take out a block in situ, but an abstract of the whole, decision is more troublesome. Upon any work, and especially upon a play, a great number of patterns of increasing generality will fit equally well, as more and more of the incident is left out. The last may perhaps be no more than the most general statement of what the play is about, and at times might consist only of its title; but there is a point in this series of abstractions where they are no longer protected, since otherwise the playwright could prevent the use of his “ideas,” to which, apart from their expression, his property is never extended.”

方法著重於判斷普遍性之存在與否，並藉由普遍性的存否以決定孰為不受保護的觀念、孰為受保護之表達，惟普遍性存否仍應就具體個案所涉及的著作類型進行判斷。

抽象測試法於適用客體屬於較為傳統意義上的著作時，如語文著作、戲劇著作的情形，由於觀念與表達較為明確可分，因此適用上較無疑義。此外，就視聽著作、圖形著作、美術著作等難以藉由抽象測試法分析之著作類型，美國法院亦發展出「外觀及感覺」(Look and Feel) 測試法，將作品所賦與人的觀感以及心境納入「表達」的範圍，而得以受到著作權法的表護。⁴²惟於電腦程式著作的領域，由於電腦程式本身具有多樣化的表達形式，且電腦程式著作所強調者係為功能，因此早期實務上於區分電腦程式著作觀念與表達時迭生困擾。

惟經個案累積發展之後，⁴³目前司法實務於涉及電腦程式著作的判斷上，多採取「抽離-過濾-比較測試法」(abstraction-filtration-comparison test)，此原則係由 Altai 一案所確立，⁴⁴修正法院僅以抽象測試法判斷電腦程式著作中觀念與表達所不足之處。由於電腦程式開發目的係著重在功能及效率，而單純保護機械碼的文字創作似不足以達成保護電腦程式著作之立法目的，因而為因應此類特性，於辨別電腦程式的觀念與表達以確認受保護範圍時，即不應一味適用傳統的抽象測試法，而須就其特性加以適度調整。詳言之，工程師於撰寫電腦程式時，或基於所採用的運算法最佳效率的考量、或基於電腦硬體標準規格的相對應設計、或基於所撰

⁴² 首件採用此一判斷法則之判決，見 Roth Greeting Cards v. United Card Co., 429 F.2d 1106 (9th Cir. 1970).

⁴³ 具有重要性的判決，包括於 Whelan Association, Inc. v. Jaslow Dental Laboratory, Inc. 797 F.2d 1222 (3d Cir. 1986)，以及 Lotus Development Corp. v. Paperback Software International, 740 F.Supp. 37(D. Mass. 1990)。前者係美國判決首度承認電腦程式中非屬語文著作之架構 (structure)、次序流程 (sequence) 及組織 (organization) 於一定條件之下得受到著作權法的保護；而後者係立基於前者之上，另行發展出三階段測試法 (three parts legal test)，首先後抽象測試法區分觀念與表達後，再行判斷系爭表達是否為少數或是唯一的表達方式，以決定是否適用合併原則，最後就涉及抄襲的部分論斷是否為原告著作之實質重要的部分 (substantial part)，藉由三階段的判斷以決定是否被告是否侵害原告之著作權。

⁴⁴ Computer Associates International, Inc. v. Altai, Inc. 982 F.2d 693 (2d Cir. 1992).

寫的應用軟體係於特定作業系統平台上操作，因此於創作電腦程式之際，必然會有甚多部分係為不得不然者，而非程式設計師能夠自由發揮者。則傳統的抽象測試法於適用客體為電腦程式著作時即顯不足，而 Altai 案判決中即針對電腦程式之特性，而就 Lotus 案判決中所發展之三階段測試法加以細緻化。

Altai 一案判決中，亦將著作權抄襲的判斷步驟略分為三個階段。首先係將系爭的電腦程式抽象解構，如同抽象測試法一般，將電腦程式解構成原始碼、參數表、模組、常數、順序、條件、一般性描述……等數個層次，而將此數層次依照其一般性高低予以排列，則抽象程度由低至高分別為目的碼、原始碼、參數表、需求服務以及最為抽象之綱要（general outline）。此一抽象解析的目的，係利於第二階段判斷解析出的設計模式是否具有抽象測試法所稱的一般性（generality），因此單就此步驟而言，與抽象測試法並無二致，僅其解析層次因客體為電腦程式之故而較為複雜。

其次則為第二階段，此階段係將不受著作權法保護的著作內容加以過濾排除，包括不受著作權法保護的觀念以及著作內容，如公共財以及基於程式運算效率或是電腦軟硬體規格標準所導致的限制……等部分。⁴⁵判決中指出，雖然程式設計上係有多種方法可以達成程式所欲達成的設計功能，惟最佳效率的程式設計方式可能極為有限，或是因工業標準上電腦硬體規格、軟體相容性或業界慣習的考量，因而限制了程式設計師可能使用的撰寫方式，因而使得系爭電腦程式於表達方法上相似，則於此情形即得適用合併原則，認為觀念與表達合併而不受著作權法保護，故此類內容即非著作權法所欲保護之範疇；而第三階段則為比較經過過濾後所留存的應受著作權法保護的表達部分是否達到實質近似，此階段亦與 Lotus 一案中所採用的三階段測試法相同。

⁴⁵ 羅明通，著作權法上構想與表達之區別與合併，「智慧財產權與國際私法—曾陳明汝教授六秩誕辰祝壽論文集」，頁 765，1997 年初版。

第二款 必要場景原則及合併原則

此二原則皆針對觀念與表達緊密結合難以分離時的情形，進而加以調整著作權法適用的狀態。著作權法雖然賦與著作權人就具有原創性的表達得以主張權利，但於特殊情形下，觀念與表達可能難以藉由事後的抽象解構而分離，則此時若仍保護創作人的表達，不啻將觀念的獨占權賦與首位採取該表達方式的創作人，如此著作權法上原不受保護的觀念將有被特定人壟斷之虞，與保護表達的立法原意即有所不符。因此於特定情形下，與其對表達賦與保護而連帶使觀念被獨占，立法者選擇讓觀念維持在不受占有的狀態，而使得傳達該觀念的表達喪失其原先得受之保護。

第一目 必要場景原則

所謂必要場景原則 (Scènes à faire)，係指於處理特定題材時實際上難以避免而須使用特定的事件、角色、布局、佈景或是表徵，則創作人使用的此類表達雖然可能與他人採取的表達方式相類似，惟此表達方式若已成為處理特定主題時所不可或缺者，或已然成為實質標準，則著作權法不予保護，該表達不構成著作權的侵害，以維護他人使用此類表達的自由，緩和著作權可能造成的獨占狀態。

此原則原係使用於戲劇著作與語文著作中的小說類，法院於判斷著作是否抄襲另一著作時，藉由此原則以排除普遍為一般作家利用的戲劇及小說要素。⁴⁶而後美國法院於涉及不同類型著作判斷時亦漸漸採納此一原則，以防止各類著作中常見的要素為特定人所獨占。而於電腦程式著作相關的案例中，亦常見引用此原則，

⁴⁶ 羅明通，著作權法上構想與表達之區別與合併，「智慧財產權與國際私法—曾陳明汝教授六秩誕辰祝壽論文集」，頁 778-779，1997 年初版。

由於電腦軟硬體必須相互搭配才能正常運作，因此電腦程式於撰寫時多須配合預設的電腦系統平臺、作業系統程式以及程式語言而為相對應的設計，以兼顧穩定及效率，並提升相容性。則於判斷電腦程式是否侵害時，即憑藉此原則將電腦程式中為完成該程式的特定目的所不可或缺或已然成為業界標準的部分排除於著作權保護的範圍外。亦有學者指出，⁴⁷前述電腦程式所適用的「抽離-過濾-比較測試法」的過濾階段，亦包含此原則之適用，如硬／軟體業界標準、使用者習慣等濾除部分，皆屬於依「必要場景原則」而不受著作權法保護之著作內容。

第二目 構想與表達合併原則

構想與表達合併原則（the merger doctrine of idea and expression）係於系爭著作中所傳達的觀念與其表達方式無法辨別（indistinguishable）、不可分離（inseparable），或係表達特定觀念的方式係為唯一或是極為有限時，⁴⁸此時則為表達與觀念合併，其結果為即便著作所採取的表達已達到實質相似的程度，仍舊不構成著作權侵害。

此一原則係由美國第九巡迴上訴法院於 *Herbert Rosenthal Jewelry Corp. v. Kalpakian* 一案判決中所創，⁴⁹判決中指出：於表達僅有單一可能的特定型式時，若此時觀念與表達無法分辨、不可分離，則抄襲該表達將不為法律所禁止，蓋此時若保護特定表達，如同對於將觀念授權與作品的創作人，使其獨占該觀念，此並非著作權法之立法意旨。易言之，若一作品的觀念與表達為無法分辨或不可分離時，則即便法院認定兩作品的表達已符合實質相似的標準，仍非侵害著作權。

⁴⁷ Melville B. Nimmer & David Nimmer, *Nimmer on copyright : a treatise on the law of literary, musical and artistic property, and the protection of ideas* vol.3, New York : M. Bender, §13.03[F] (1996).

⁴⁸ 羅明通，著作權法上構想與表達之區別與合併，「智慧財產權與國際私法－曾陳明汝教授六秩誕辰祝壽論文集」，頁 780-784，1997 年初版。

⁴⁹ *Herbert Rosenthal Jewelry Corp. v. Kalpakian*, 446 F.2d 738, 742 (9th Cir. 1971).

此外，於表達方法並非唯一但卻有限的情形，美國 1978 年 CONTU 研究報告第三章即向國會提出建議，認為於創作人於表達特定觀念時，若其可能表達方法的數量有其侷限，則抄襲該表達並不構成著作權之侵害。⁵⁰而於 1984 年 *Landsberg v. Scrabble Crossword Game Players, Inc.* 一案判決中，⁵¹美國第九巡迴上訴法院亦以創作人就特定觀念可能選擇表達方式的數量多寡為準而進行判斷，其認為特定觀念的可能表達方式，若因為其作品性質而被限縮至非常狹隘，則即使兩作品間有逐句重製或是極度相近的措詞釋義，亦非侵害原作品的著作權。

合併原則的擴張適用，使得依作品本質而可能受到限制的表達方式亦不為著作權法所保護，藉此於著作權人的私人利益與資訊自由的公共利益間取得一平衡。學者認為於「抽離-過濾-比較測試法」的過濾階段中，亦有此一原則的適用，⁵²如撰寫電腦程式時係實質受限於運算效率最佳化或是合理邏輯的考量而不得不為相同或類似的設計，其他理論上可能的表達方式實則無採用餘地，則表彰該運算方式的特定表達將不受著作權法保護，此即係觀念與表達合併原則適用下的結果。

第三款 公共財、合理使用、法定例外與釋出部分著作權

第一目 公共財

公共財 (public domain) 原本係為經濟學上的用語，其原本係指稱具有「共享性」與「無法排他性」特質的財貨；而於著作權的領域中，則係指不受著作權法

⁵⁰ “Copyrighted languages may be copied without infringing when there is but limited number of ways to express a given idea.” 報告全文可參閱，<http://digital-law-online.info/CONTU/contu-toc.html>，查訪日期：2009 年 2 月 28 日。

⁵¹ *Landsberg v. Scrabble Crossword Game Players, Inc.*, 736 F.2d 485 (9th Cir. 1984)

⁵² Melville B. Nimmer & David Nimmer, *Nimmer on copyright : a treatise on the law of literary, musical and artistic property, and the protection of ideas* vol.3, New York : M. Bender, §13.03[F] (1996).

保護的內容，如事實、標語等。如我國著作權法所列不得為著作權保護之標的，⁵³ 此些列舉的內容即屬於公共財，而可供任何人自由使用，不受到著作權法的拘束。又著作權法就著作權存續期間設有相關規定，⁵⁴ 藉由畫定保護年限，增加進入公共領域的著作數量，以維護文化持續發展進步的公共利益。

而於我國制度下，由於我國著作權體系係採取二元論的立法，⁵⁵ 則著作財產權於相關著作所適用的存續期間屆滿後即歸於消滅，雖然著作人格權仍存續，但由於著作人格權原則上並不妨礙一般人自由使用該著作，⁵⁶ 因此於著作財產權保護期間經過後，亦可認為該著作已進入公共領域，公眾得自由利用之，不受原著作人的限制。

而於撰寫電腦程式著作時，程式設計師亦可能使用公共財以為其程式增色，包括坊間電腦教科書上常有的程式碼撰寫教學範例、著作權人放棄著作權抑或保護期間經過後而成為公共財的電腦程式原始碼，以及於電腦程式中運用的運算公式等，皆屬於公共財的範圍，而為著作人得自由取用，不受限制。

第二目 合理使用與法定例外

合理使用（fair use）係對於著作權行使的限制，與本質上已逸脫於著作權範圍外的公共財有所不同。由於著作權除保護私人權益外，亦負有促進公共利益的

⁵³ 著作權法第 9 條第 1 項。

⁵⁴ 著作權法第 30 條至第 35 條。

⁵⁵ 謝銘洋，「智慧財產權法」，頁 183，元照出版，2008 年 10 月初版。

⁵⁶ 依我國法規定，於公開發表權的部分，利用人使用的著作即便未經公開發表，亦得適用著作權法第 15 條第 2、3 項規定而推定著作人同意公開發表；而於姓名表示權方面，利用人原則上僅須於所使用的原件或重製物上表示著作人姓名即可使用，甚至依著作權法第 16 條第 4 項，若依個案中著作之利用目的以及方法，並無損害著作人利益且不違反社會使用慣習的情形下，利用人得省略表示著作人的姓名或名稱；另就禁止變更權而言，依著作權法第 17 條規定，必須利用行為導致損害著作人名譽時，著作人方得主張此權利而禁止該利用行為。另就著作人死亡時，雖然依著作權法第 18 條規定，著作人格權的保護仍同於著作人生存的情形，唯依該條但書規定，得依照利用行為的性質與程度、社會變動或其他情事可認為該利用行為不違反著作人之意思者，亦無構成侵害著作人格權之虞。因此，於一般利用的情況下，此三面向的人格權並無阻礙利用人使用著作。

目的，則為調和二者間可能迸生的矛盾衝突，立法者於著作權法制中設計合理使用的限制，使得大眾即便事前未經權利人同意或授權，亦得於一定範圍內自由使用著作，著作權人不得向其主張其權利，藉此設計於私益及公益間求一平衡。而法定例外(statutory exemptions)，則為立法者基於公共政策的目的，將出於特定目的之利用行為、特定性質的著作、以及特定的著作權利，直接以法律明文規定此類行為或客體並不構成著作權的侵害。⁵⁷

於立法形式上，「合理使用」與「法定例外」皆為排他權的限制，於特定情形下限縮著作權人原本依著作權法得享有的著作財產權，利用人的行為並不視為著作權的侵害。⁵⁸

我國著作權法第 44 條以下明文規定著作財產權的限制，解釋上電腦程式著作既屬於著作權法所保護的客體，因此相關著作權限制規定中未限定適用著作類型者皆得適用之，如著作權法第 46 條規定允許以學校授課為目的之合理範圍內的重製行為，則資訊工程系所的講師或是教授，於課堂上教授電腦程式的撰寫，即得於合理範圍內重製市面上已公開發表的電腦程式著作程式碼，藉由實際案例示範特定功能的程式碼寫法，以達到案例教學的目的；又如著作權法第 52 條允許為報導、評論、教學、研究或其他正當目的之必要，於合理範圍內得引用已公開發表之著作，因此如寫作程式設計教學工具書，可能於附錄或引註部分引用他人已公開發表的程式碼，供讀者於閱讀時參考。惟利用人為上述行為時，應以合理方式

⁵⁷ 我國著作權法立法方式似將合理使用與法定例外混雜，於著作權法第 65 條第 2 項規定：「著作之利用是否合於第四十四條至第六十三條規定或其他合理使用之情形，應審酌一切情狀……」則依文義解釋，該法第 44 條至第 63 條皆須受到第 65 條第 2 項之要件拘束，亦即於判斷著作財產權的限制範圍時，皆須納入「合理使用」此不確定法律概念的判斷。對於公眾而言，實難確認其利用行為是否為著作人權利範圍所及；且逸脫於合理使用範圍外的利用行為，可能侵害著作財產權，利用人可能因此而負有刑事責任。則第 65 條第 2 項中既認為著作權法第 44 條至第 63 條並非完整列舉合理使用的行為態樣，僅為例示，又於審酌行為是否該當於其所稱之「合理使用」時納入「一切情狀」此一漫無邊際的判斷要件，其立法方式似有悖於罪刑法定主義之疑慮。

⁵⁸ 唯「合理使用」與「法定例外」仍有其本質上的差別。請參見黃惠敏，「數位時代下著作權授權契約與著作權限制衝突之研究」，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，頁 50，2004 年 7 月。

標示原著作的出處，⁵⁹並且就其利用行為所涉及被利用著作的情形加以留意，以避免逸脫合理使用之範圍。⁶⁰

我國著作權法亦有針對電腦程式著作特別加以規定者，⁶¹其允許合法電腦程式著作重製物的所有人，得因配合其所使用機器之需要，修改其程式，或因備用存檔之需要重製其程式。本條規定係著眼於早期電腦軟硬體相容性低，又儲存媒體常因外在保存環境不佳而毀損，惟利用人逕為修改或備份程式，則可能構成改作著作或重製著作，惟重製物所有人並未事先取得著作權人的同意或授權，則可能違反著作權法。因此，立法者藉由著作權法，允許合法電腦程式著作重製物的所有人得就該著作逕為修改或重製，藉以限縮此種特殊情形下著作權人的權利範圍。

62

此項規定限於合法電腦程式著作重製物的所有人方可主張，因此合法重製物的「持有人」並無法據以修改或重製程式。⁶³且不論係為經修改的程式抑或合法重製的程式，皆必須為原重製物的所有人自行使用，方屬合理使用，若將經修改程式交由他人使用，則已逾越合理使用的範疇，著作權人得向使用人主張其權利。

此外值得特別注意者，電腦程式著作並無適用著作權法第 60 條出租權耗盡原則的規定。若是法律上允許租賃電腦程式著作，則消費者循租借管道所取得之電腦程式著作重製物，通常即足以達到其欲使用電腦程式的目的，則購買重製物尚須支付有體載具的製造成本，因此通常的交易價格高於租賃，且消費者於租賃後

⁵⁹ 著作權法第 64 條。

⁶⁰ 著作權法第 65 條第 2 項。

⁶¹ 著作權法第 59 條第 1 項。本條規定依民國 81 年修正理由係參酌美國著作權法第 117 條規定而設，性質上應屬於「法定例外」，唯依現行法規範，則仍須考慮「合理使用」此一要件。

⁶² 唯使用者藉由無體散布的途徑而取得的電腦程式則不適用此一規定（如經網路交易而下載的電腦程式），蓋本條規定限於「合法電腦程式著作重製物」的所有權人方得主張，則藉由無體散布而完成的交易，並無有體物的移轉交付，因此無從適用本條規定；學者認為於此種情形或可屬於著作權法第 65 條第 2 項「其他合理使用」的情形，見賴文智、王文君，「數位著作權法」，頁 112，益思科技法律事務所，2007 年 2 版。

⁶³ 民國 81 年 6 月修正著作權法第 59 條立法理由第三點。

另為重製的情形亦非少見，⁶⁴因此增列但書，加強保護電腦程式著作的出租權。此一立法亦符合與貿易有關的智慧財產權協定（TRIPS）相符，⁶⁵賦與著作人完整的出租權，僅於系爭電腦程式並非租賃行為的主要標的時，限縮其適用。⁶⁶

第三目 釋出部分著作權

至於釋出部分著作權（Some Rights Reserved），⁶⁷則是著作權法上一種新興的觀念，其係指著作權人藉由著作權法所賦與的權能，將著作權的相關權利釋出，授權予公眾供其自由利用，因此利用行為不須另行取得著作權人的同意。在此觀念尚未興起前，著作權人就著作權的相關利用多為全部權利保留（All Rights Reserved）的狀態，亦即對於該著作的利用皆須於事前經著作權人的同意後，其利用行為方無違法；惟考量著作權的保護期間有日益延展的趨勢，多數著作因而延後進入公共領域，則僵硬的全部權利保留僅是讓供給創作所需的素材一直無法汰舊換新，僅是一灘死水，也因此扼殺了甚多精彩作品現世的良機。

釋出部分著作權此一理念的目的，即是在全部權利保留與無權利保留（No Rights Reserved）間，開創出能夠兼顧權利人權益以及公眾利用著作自由的一種狀態，讓各類著作不因為著作權法的規定而無法為他人利用，藉此嘗試衡平傾向保護私益的智慧財產權現況。

由於釋出部分著作權僅係一抽象概念，因此藉由釋出部分著作權而限縮的著作人權限亦因實作上所適用的授權契約而異，惟多數授權契約的重心皆環繞於將

⁶⁴ 民國 81 年 6 月修正著作權法第 60 條立法理由。

⁶⁵ 與貿易有關之智慧財產權協定第 11 條：「會員至少在電腦程式及電影著作方面，應賦予著作人及其權利繼受人有授權或禁止將其著作原件或重製物對公眾商業性出租之權利……就電腦程式而言，如電腦程式本身並非出租之主要標的者，則會員對該項出租，不須賦予出租權。」

⁶⁶ 著作權法第 60 條第 2 項。

⁶⁷ 亦有人稱為「部分權利保留」，見創用 CC 網站，<http://creativecommons.org.tw/?LearnMore>，查訪日期：2009 年 3 月 10 日。於觀念上，「some rights reserved」的概念係包含「著佐權（copyleft）」的理念，見楊智傑、呂佩芳，「釋放部分著作權」之法律經濟分析，智慧財產權月刊 81 期，頁 99，2005 年。

著作權的主要權能授權予公眾使其利用。釋出部分著作權理念的實踐，從現今已推廣中的各項運動可知，皆係立基於著作權法上，藉由著作權法所賦與著作權人的權利，預先授權使用人一定範圍內的相關使用權限，使得使用人未來利用該著作或另行創作之際，毋須尋求原著作權人的同意。目前屬於釋出部分著作權此一概念下的推廣運動，如維基百科、⁶⁸創用CC等，⁶⁹皆是於此一概念下所延伸的產物。而關於電腦程式著作方面，最為著名者即屬於本文後述所側重的GNU GPL授權契約第2版及第3版，兩者皆為撐起自由軟體運動的主角，於概念上亦屬於釋出部分著作權之一環。

第三節 電腦程式著作授權契約之性質

於確認電腦程式著作於著作權法上所受保護範圍後，著作權人即得就其著作受保護部分加以利用。不若有體物原則上僅得由一人加以獨占使用，於著作權的情形，由於著作屬於無體財產，能夠於同一時間以同一方式利用著作內容的主體

⁶⁸ 維基百科 (Wikipedia) 的概念即為「自由的百科全書」，不若傳統的百科全書僅由特定人士耗時編撰，維基百科的目標即為創造一本由全體網際網路使用者自由編著而成的百科全書，而每一個人都可以透過維基百科自由無償取得人類知識的總集合。由於使用者得即刻線上更新，因此維基百科於時效性以及多元觀點的面向上，較傳統型態的百科全書具有優勢，傳統型態的百科全書服務亦有因此而停止服務者，如微軟公司旗下的「Encarta 百科」即於 2009 年停止服務，請參見，微軟悄悄關閉 Encarta 百科，

<http://www.zdnet.com.tw/news/software/0,2000085678,20137183,00.htm?feed=NL:+%AC%EC%A7%D E%B7s%BBD%A4%E9%B3%F8>，查訪日期：2009 年 4 月 10 日。而維基百科網站上相關圖文權利，係採取 GNU FDL 授權契約對外授權，請見 <http://en.wikipedia.org/wiki/Wikipedia:Copyrights>，查訪日期：2009 年 4 月 10 日。

⁶⁹ 創用 CC 係為美國史丹佛大學 Lawrence Lessig 教授受到自由軟體運動影響進而發起的另一運動。其鼓勵著作權人自發性的採用開放性授權條款，一方面確認著作權人的相關權益仍為著作權法所保護，另一方面使用者亦能藉由授權條款相關標示明確得知其得自由使用該著作的範圍，以節省查詢成本。目前創用 CC 授權適用於網站、學術、音樂、影片、攝影、文學……等方面，其冀望藉由此運動的推廣，運用著作權人的私權利進而創造出實質上的公共財，關於創用 CC 之詳盡介紹與參與方式，請見 <http://creativecommons.org.tw>，查訪日期：2009 年 4 月 10 日。

係為複數，⁷⁰包括著作人以及為其他的不特定第三人，且著作不如有體物有折舊損耗之虞，因此著作權人常藉由賦與他人利用著作的權能，而於各類交易中獲取經濟利益。此現象於電腦程式著作的商品市場中甚為明顯，若特定電腦程式於商品市場或技術市場上具有市場力量，則由於電腦程式的功能性、網路效應、使用者習慣之故，對於該電腦程式的需求將比其他種類著作的需求強烈甚多，因此電腦程式著作的著作權人多藉由授權契約授與使用權予大眾，而於市場上與同類產品競爭，以謀取商業利益。因此探討授權契約的性質以確定其法律效力，即有其實益而屬必要。

以著作權為交易客體的契約類型，理論上得以權利人是否移轉權利為準而區分為「純粹債權性質之契約」及「含有處分性質之契約」，⁷¹前者契約所約定內容僅拘束契約雙方，該契約並無具備對抗第三人的效力；而於後者的情形，權利人不僅訂立契約，同時亦將一部分權利移轉讓與相對人，因此受讓人的地位並非僅為債權契約的相對人，其得依契約約定而對抗第三人，此類契約包含著作權的買賣、贈與、設質以及授權，其中又以授權契約為其大宗。以下即針對電腦程式著作授權契約加以解析。

第一項 授權之本質

所謂著作權之「授權」，係指權利人依照授權契約中所約定的條件，將所約定之著作財產權的使用權交由被授權人，供其行使利用；嗣後被授權人取得權利的原由消滅後，該權利即由原權利人取回而回復。

著作權授權的客體僅限於著作財產權，蓋著作人格權係專屬於原著作人所享有，性質上並不適合成為授權標的。

⁷⁰ 此係因為「著作」具有經濟學上公共財的性質，不若有體物本質上具有獨享性（rival）與排他性（exclusive），因此得同時為多數人所利用。

⁷¹ 謝銘洋，「智慧財產權法」，頁 274，元照出版，2008 年初版。

學說上有將授權人所享有權能稱為「母權」，而將被授權人所取得使用該權利的權能稱為「子權」，⁷²此即因為被授權人藉由授權契約所取得的使用權，係由授權人所享有完整權能中分離而出，而授權人仍為智慧財產權人的地位之故，嗣後被授權人所取得權利消滅後，授權人即回復其完整權利。

於具有處分性質的著作權契約中，較為常見的類型包括著作權的「授權」與著作權的「讓與」，兩者雖然皆具有將權利移轉讓與給他人的特徵，惟授權契約的被授權人，其僅取得該權利的使用權，並且依契約所定內容，於時間、區域、行為態樣等方面受有一定的使用限制，⁷³而讓與著作權的受讓人，其於受讓範圍內取得者係完整的著作財產權，於受讓範圍內原著作權人已非著作財產權人，對於著作不得再為主張任何著作財產權。⁷⁴則對於著作權人，採取「授權」方式能獲取長久的持續收益，而不若「讓與」的收益僅為一次性；權利人亦得利用授權契約條款彈性規畫利用方式，與單純讓與著作財產權相比，授權需要考量的層面雖然較為複雜，但其獲利方式亦較為多元而細緻。

第二項 著作權授權的定性與授權契約的性質

第一款 授權行為的效力

雖然著作權授權契約係以「契約」稱之，則其法律效力似乎應與民法上的債權契約相同，僅拘束締約雙方當事人，對於第三人原則上並不及之；惟觀察授權契約的實際情形，授權人與被授權人締結授權契約，藉由授權契約明定雙方當事

⁷² 同上註，頁 277-278。

⁷³ 著作權法第 37 條第 1 項前半：「著作財產權人得授權他人利用著作，其授權利用之地域、時間、內容、利用方法或其他事項，依當事人之約定……。」

⁷⁴ 著作人格權的部分，由於專屬於著作人本身，因此仍歸屬於原著作權人，則若被授權人的利用行為未註明著作人的姓名，或其利用行為已變更原著作內容而導致著作人名譽的損害時，著作人仍得主張著作人格權。唯實務上常以授權契約中約定不行使著作人格權的方式，以降低被授權人的侵權風險，惟此種條款僅能拘束締約雙方，對於非契約當事人的第三人即無拘束力。

人間的權利義務，此為債權行為應毋庸置疑，而於契約締結的同時，授權人亦將權利的使用權授予被授權人，因此亦存在物權法上的處分行為。⁷⁵藉由此移轉使用權與被授權人的行為，被授權人得於約定的權利範圍內對抗第三人，因此授權行為具有準物權效力。⁷⁶不論該授權契約係屬於專屬授權抑或非專屬授權，於前者之情形被授權人於授權範圍內其地位與授權人並無二致，其得立於著作財產權人的地位就權利為使用收益，甚至得行使排他權，以自己名義逕為訴訟上行為，即便係原授權人，於約定範圍內其著作財產權皆處於休止狀態，而須待至專屬授權的原因消滅後方得續為主張其權利；而於後者非專屬授權之情形，考量到非專屬授權的被授權人所取得的使用權仍有受保護的需求，若非專屬授權僅具債權效力，則原著作權人嗣後若將權利讓與他人或專屬授權他人利用，則由於授權契約係介於授權人與非專屬被授權人之間，對於嗣後取得權利的第三人並無拘束力，則第三人若向非專屬被授權人主張權利，如中止授權或提高權利金等，此時非專屬被授權人並無法以契約條款對抗第三人，其僅能依照授權契約向原著作權人主張權利瑕疵擔保，如此不僅無法保障被授權人因信賴而為的相關投資，亦使得非專屬授權的法律關係處於不確定、隨時可能變動的狀態，利用人取得授權的意願亦將大幅低落，如此情形似與授權制度係為活絡著作財產權利用的意旨有違，故於制度設計上仍賦與非專屬授權一定程度的對世效力，使被授權人所取得的使用權具有準物權效力，得對抗原授權人的後手，以維護其非專屬授權人的地位。

學說上另有論者主張：若考量被授權人地位而將授權認為係準物權行為，則被授權人固然得以該授權對抗第三人無疑，惟由於 2003 年修正著作權法第 37 條

⁷⁵ 雖然授權行為中包含原因行為與處分行為，唯民法上物權行為不受原因行為不成立、無效或被撤銷而影響其效力，然而德國通說認為於授權契約中此無因性原則並無適用餘地，而須授權契約的債權行為成立生效時，其移轉使用權之物權行為方生效力。此係因為德國採行「目的讓與理論」，並且其著作權法係採取一元論的觀點之故；唯我國著作權法既採二元論觀點，明確區分著作財產權與著作人格權，對於「目的讓與理論」亦非全盤採納，因此於我國仍有研討空間。參見，謝銘洋，「智慧財產權法」，頁 282，元照出版，2008 年初版。

⁷⁶ 同前註，頁 281、284。

第 2 項：「前項授權不因著作財產權人嗣後將其作財產權讓與或再為授權而受影響。」此次修法刪除舊法中「經公證人作成公證書」要件，則解釋上授權契約對於之後的其他被授權人或是智慧財產權的受讓人係具有對抗效力，因此學說上即主張著作權授權契約仍得透過法律明文規定而生對抗第三人效力，此時著作權授權契約係為一種「特殊債權契約」，而非單純的債權行為或是準物權行為。⁷⁷惟不論授權究為準物權行為抑或具有對抗效力的特殊債權契約，兩者皆承認「授權契約」已非單純的債之關係，而係具有對世效力，得對抗第三人，藉由此種解釋而能達成保護被授權人之地位的修法意旨。

我國著作權法第 37 條第 2 項即係針對著作權授權加以規定：「前項授權不因著作財產權人嗣後將其著作財產權讓與或再為授權而受影響。」，由於法律文字並未區分專屬授權或非專屬授權，因而解釋上無論著作權授權的種類為何，皆應具有一定程度的對抗第三人效力，僅非專屬授權人無法如專屬授權人般行使排他權，於他人侵害其使用權時，被授權人並無法如專屬授權人般以自己名義提起訴訟，而應通知著作權人，由著作權人對侵權人主張排除侵害或防止將來侵害，並要求損害賠償。

實務上亦肯認著作權授權行為具有準物權效力，如高等法院 90 年度上字第 397 號民事判決：「著作權人將其著作財產權授權他人利用而屬於專屬授權時，不論該授權利用之時間或地域有無限制，著作財產權人之著作財產權均於授權利用之範圍內移轉於被授權專屬利用之人……。」依其意旨，即認為授權行為包括權利之移轉，而非僅為單純債權債務關係；惟亦有實務判決認定著作財產權之授權利用原則上僅具債的關係。⁷⁸

⁷⁷ 王文宇、鄭中人，從經濟觀點論智慧財產權的定位與保障方式，月旦法學第 147 期，頁 188-191，2007 年。

⁷⁸ 最高法院 86 年台非字第 64 號刑事判決。

第二款 著作權授權契約之性質

著作權授權契約之性質，依照觀察面向的不同，可分別論為債權契約、雙務契約、有償契約、非要式契約、諾成契約、繼續性契約以及無名契約。⁷⁹而各性質於判斷系爭授權契約是否成立生效及效力範圍時有其實益，此係因為著作權法並未對於著作權授權契約之權利義務關係加以明文規定，僅於著作權法第 37 條加以原則性規範，因此於未及規範的部分，即須回歸適用民法對於契約的相關規定，以補充著作權法之不足。

此外，於著作權授權契約條款發生適用上的疑義時，原則上基於「契約自由原則」，雙方當事人對於特定事項既已於契約中約定，則除非該約定違反法律強制規定、公共秩序或善良風俗而無效，否則即應優先適用該約定，並且依照契約內容解紛止爭。至於契約條款之詮釋，應以當事人締約時的真意作為基準，⁸⁰而「真意」應以過去事實及其他一切證據資料為斷定之標準，不能拘泥文字致失真意。⁸¹惟若當事人就契約文字所指射的意涵有所爭執，因而產生「契約規範疑義」，⁸²抑或締結授權契約時並無預期而漏未規範特定情況下當事人應如何處理，進而發生「契約規範漏洞」時，⁸³應如何處理則有疑義。

原則上，若特定契約係屬於法律上所列舉的有名契約，則鑑於法律規範有名契約之目的係為完備契約內容，則於契約約定不明或漏未約定之處，即得適用民法上關於該類有名契約的相關規定。因此著作權授權契約是否屬於民法上的有名

⁷⁹ 詳細論述請參見，周信宏，「著作財產權授權契約之研究」，私立中國文化大學法律學研究所碩士論文，頁 26-36，1996 年；柳瑜珊，「著作權授權與競爭法相關問題之研究」，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，頁 25-28，2002 年。

⁸⁰ 民法第 98 條：「解釋意思表示，應探求當事人之真意，不得拘泥於所用之辭句。」

⁸¹ 最高法院 92 年台上字第 2123 號民事判決。

⁸² 王澤鑑，「民法總則」，頁 432-434，2008 年修訂版。

⁸³ 同前註，頁 442-43。

契約，即有探討之必要，如有學者指出被授權人所取得的使用權具有準物權效力，與權利買賣中權利移轉的情形相仿，因而認定其屬於買賣契約；亦有認為授權契約中涉及使用權的移轉讓與，與租賃關係須交付有體物相似，而與租賃契約的特徵雷同；而亦有學者以契約雙方當事人的觀點，認為締約內容係雙方當事人間具有共同目的，而認定此屬於合夥契約的一種。惟通說則認為此些對於授權契約的片面描述皆無法一窺授權契約之全貌，⁸⁴蓋民法所規範的各類型有名契約，僅係以類型化的方式描述該類契約，因此欲將授權契約歸類為特定類型的有名契約，須就契約的全貌為整體觀察，就授權契約的整體特徵加以分析，並與相關有名契約的類型特徵加以比對後，方有可能正確定位授權契約，而非單以授權契約的若干特徵與有名契約相仿即逕認授權契約屬於該有名契約，進而適用所有關於該有名契約的強制與任意規定，⁸⁵否則將有見樹不見林之虞。

既然著作權授權契約所具備的各項特徵並未為特定的有名契約所涵括，則認定其屬於無名契約應無疑義；惟若當事人就授權契約的解釋產生爭議時，或契約內容就系爭爭執事項並未約定時，此時應如何處理？著作權法第 37 條第 1 項後半如是規定：「其約定不明之部分，推定為未授權。」⁸⁶亦即立法者認為就授權人與被授權人於談判協商時未於契約中釐清者，或就契約文字所代表意涵無法產生共識的情形，為謀保護著作財產權人的權利，因此對於契約中「約定不明」的部分，

⁸⁴ 謝銘洋，「智慧財產權法」，頁 285-286，元照出版，2008 年。詳細比較可參見，周信宏，「著作財產權授權契約之研究」，私立中國文化大學法律學研究所碩士論文，頁 36-40，1996 年；柳瑜珊，「著作權授權與競爭法相關問題之研究」，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，頁 23-25，2002 年。

⁸⁵ 謝銘洋，「智慧財產權法」，頁 286，元照出版，2008 年。

⁸⁶ 學者間對於著作權法第 37 條第 1 項所稱「約定不明」究係指稱「契約規範疑義」抑或「契約規範漏洞」有不同意見，有認為僅限於「契約規範疑義」者，亦有認為「契約規範疑義」與「契約規範漏洞」實際上難以區分者，亦有利用目的性解釋而將「約定不明」限縮於「契約規範漏洞」者。本文採取文義解釋，認為著作權法第 37 條第 1 項後半「約定不明」之適用應限於「契約規範疑義」的部分，而不及於「契約規範漏洞」。而「契約規範漏洞」發生時，則應採取「補充性契約解釋」的方式，不受著作法第 37 條第 1 項後半所拘束，藉由此種解釋，於不更動現行法規下，微調過於保護授權人的傾向。關於「補充性契約解釋」，參見謝銘洋，「智慧財產權法」，頁 287，元照出版，2008 年。

推定著作財產權人並未將其權利授予被授權人，以杜爭議。⁸⁷惟此規定為學者所垢病，蓋對於信賴其已取得授權而為進一步投資的被授權人，若嗣後授權人就契約內容有所爭執，認為系爭情形並不為契約條款所包含，屬於「約定不明」的情況，則現行法係推定被授權人未取得授權，若被授權人無法舉反證證明其已取得授權，則必須額外支付權利金，抑或承擔投資付之一炬的損失。被授權人既須支付權利金與權利人，又須另為投資以為加值利用，而於發生糾紛後又須承擔舉證責任，整體制度對於被授權人明顯較為不利。因而學說上有主張於「約定不明」的情形，仍應探求締約當事人之真意，並且利用「補充性契約解釋」，考量當事人主觀意思、客觀上當事人所認知之契約目的、具有爭執部分所具備特徵之民法上有名契約的相關規定、特徵交易上慣習、以及誠信原則等要素後，謀求發掘隱藏於契約文字中的「當事人可能之意思」，⁸⁸而非遽然判定由被授權人承擔風險。

第三項 授權契約的種類—專屬授權與非專屬授權

著作權授權契約雖然得依照著作權法所明文規範的各類著作財產權而為區分，但其契約條款亦依權利類型不同而殊異，因此較難歸納分析；惟另一方面，從授權契約的對象加以觀察，由於著作權係為無體財產權，不若有體物具有獨享性與排他性，因此就同一種類的權利，權利人可能同時授權二人以上的被授權人，被授權人得同時行使權利而不互斥，又權利人亦可能將特定範圍的權利交由單一被授權人使用，則於該範圍內原權利人嗣後即不得再授與他人相同範圍的權利。即係因為被授權人透過授權契約所取得權利依契約種類不同而有相當差異，因此探討眾多被授權人間取得的權利範圍以及權利地位的優先劣後，即顯重要。

⁸⁷ 對於「授權契約疑義」產生時是否應採取有利於授權人解釋之爭議，學說上有主張由著作權法第 37 條第 1 項後半文義，似可導出應採取有利於授權人之解釋；唯亦有學者持反對立場，指出該條規定僅為舉證責任轉換之規定，雖然立法理由確為保護授權人，唯其法律文字係為「推定」而非「視為」，被授權人若能舉證，則法院仍可能認定已有授權之實。因此於契約條款產生疑義時，不應一味採取保護授權人之立場。

⁸⁸ 謝銘洋，「智慧財產權法」，頁 287-288，元照出版，2008 年。

第一款 專屬授權契約

專屬授權契約 (exclusive licensing agreement) 係指著作權人於授權契約約定的授權範圍內，僅授與單一被授權人使用權，嗣後著作權人不得於同一範圍內再授權予第三人，因此被授權人所取得者係為獨占性的使用權與排他權。授權人於授權範圍內，不得再授權他人行使該部分權利，而其自身亦不得於該範圍內行使，⁸⁹僅專屬被授權人得立於著作財產權人的地位而行使權利。

雖然依照專屬授權契約的性質，約定授權範圍內僅有一人得行使權利，惟由於單一著作可能涉及多元的著作財產權種類，如電腦程式著作亦可能涉及重製權、公開傳輸、改作權……等諸項權利，又利用的行為態樣亦可能依照使用地區、時間、利用內容、利用方法或其他事項而為切割，因此著作權人即得依照各種參數加以專屬授權，因而實際上一個完整著作財產權權利的專屬被授權人可能仍為複數，僅須各授權關係的授權範圍不相重疊即可。惟若著作財產權人與被授權人約定，將其所有全部使用權不予切割而完整授予單一被授權人，則此時著作權人將僅剩權利外觀，而須待至授權關係消滅後，始回復其權利人地位。

授權人藉由與被授權人締結專屬授權契約，明確化雙方當事人間的权利義務，並且同時亦將約定範圍內的著作財產權使用權移轉與被授權人。由於專屬被授權人於約定權利範圍內係立於以著作財產權人之地位行使權利，因此原則上其亦享有再授權的權限，⁹⁰得將其所享有的使用權利再移轉與第三人，惟其再授權範圍不得逾越其自原權利人所取得的權利範圍，否則仍為侵害原著作財產權人的權利。

⁸⁹ 著作權法第 37 條第 4 項後半：「著作財產權人在專屬授權範圍內，不得行使權利。」

⁹⁰ 我國著作權法雖未明言專屬授權人享有再授權之權限，唯觀察著作權法第 37 條第 3 項：「非專屬授權之被授權人非經著作財產權人同意，不得將其被授與之權利再授權第三人利用。」僅規範非專屬被授權人不得再授權，而未及於專屬被授權人，似得認為立法者有意限制者僅限於非專屬被授權人，因此專屬被授權人於授權範圍內應享有再授權之權限。

此外，由於專屬授權的被授權人取得權利係為獨占性質，於該範圍內僅其一人得為使用收益，即便係原始著作財產權人亦無法行使權利，因此制度設計上亦將維護權利不受他人侵害的義務委由被授權人負責，蓋此時專屬被授權人為真正行使權利之人，其較原著作財產權人更有可能知悉其權利遭受侵害或有受侵害之虞的情事，因此制度上亦將排他權賦與被授權人，於授權範圍內的權利遭到授權人抑或第三人侵害或有受侵害可能時，專屬被授權人得以自己名義提起訴訟，⁹¹藉由司法程序以排除現實上侵害，並要求損害賠償；又若侵害人為授權人時，被授權人除依據其自授權人方取得權利而主張侵權行為之責任外，尚得依據其與授權人所訂立之授權契約，向侵害人主張債務不履行的契約責任。

第二款 非專屬授權契約

非專屬授權契約 (non-exclusive licensing agreement) 係指著作權人與被授權人約定授與使用權，而於授權契約約定的授權範圍內，授權人仍保有再行授權其他人的權利，或係授權之際已有其他被授權人就相同範圍內得行使該權利。亦即，於權利人的智慧財產權管理規畫中，就該約定範圍的使用權並無意僅僅授與一人，而係維持多人使用該著作的可能性，藉此以謀取最大化的經濟利益。

由於非專屬授權契約的本質係為多人得同時以相同方式使用該著作，因此同一授權範圍內有多數非專屬被授權人本屬常見。此於電腦程式著作中更為顯著，由於程式開發需求高度專業且技術門檻較高，客製化程式的製造成本亦遠高於一般版本的程式，通常並非一般消費者能列入考量的交易選項，絕大多數的情況下，因此由各家電腦軟體公司推出具備不同功能的程式，而由消費者選購該程式的使用授權，而非由消費者主動列出各類需求後由程式設計師量身打造，因此消費者能夠通常僅能於各家軟體間進行比較後而為一不完美的選擇；且由於價格高昂、

⁹¹ 著作權法第 37 條第 4 項前半：「專屬專屬授權之被授權人在被授權範圍內，得以著作財產權人之地位行使權利，並得以自己名義為訴訟上之行為。」

程式相容性以及網路效應之故，多數消費者就同一類型的需求會選擇相同程式作為解決方案，造成同一電腦程式著作可能為多人所需求使用，因此電腦軟體產業多就其軟體產品採取非專屬授權，一方面利用非專屬授權使多人得同時利用該程式，一方面亦藉此擴展商品市場，以提升市場占有率。

依前所述，我國著作權法係明文肯認非專屬授權行為具有一定程度上的準物權效力。惟雖然著作權法第 37 條第 2 項未區分專屬授權與非專屬授權，然而依照授權人的智權規畫，非專屬被授權人僅具備該權利的使用權，授權人保有於相同範圍內再行授權他人實施的可能性，且若是制度上允許非專屬被授權人於相同範圍內再授權他人實施，則原授權人無法管控取得權利使用權的總人數，亦難以針對不同區域、時間、實施方法等加以切割授權，其結果可能逸脫於授權人的智權管理計畫之外，因此於制度設計上再授權的權能仍由原非專屬授權人所保留。著作權法第 37 條第 3 項即規定：「非專屬授權之被授權人非經著作財產權人同意，不得將其被授與之權利再授權第三人利用。」亦即原授權人保留再授權的權能，被授權人須經授權人同意後方得向第三人再授權，藉此機制使授權人知悉被授權人欲再授權的對象及授權內容，以符合其整體智權規畫。

此外，雖然非專屬授權的被授權人亦取得約定範圍內著作財產權的使用權，惟其使用權並非如同專屬被授權人般具有獨占性質，授權人仍得管理行使權利，並且另行授權他人，因此制度上仍由授權人負責維護權利不受他人侵害，蓋非專屬授權人與非專屬被授權人相比，僅前者具有整體智權管理規畫的能力，且由於著作權未若專利、商標般採取註冊保護主義，而係為創作完成時即受到保護，則於權利未經登記的情況，原始權利人者亦較被授權人更能掌握系爭權利的可能行使態樣，於訴訟上證據資料亦多為前者所掌握，因此制度上非專屬被授權人僅取得非獨占性質的使用權，而排他權仍由授權人行使。因此，非專屬被授權人於授權範圍內權利受第三人侵害或有受侵害之虞時，即不得逕以自己名義提起訴訟，

而應將受侵害情事通知授權人，由著作財產權人或專屬授權之授權人提起訴訟。

第三款 授權契約與讓與契約之交錯

由於著作財產權人得自由選擇將其所擁有的著作財產權依時間、區域、權利內容……等要素切割而各別為專屬授權或非專屬授權，又其亦可能將一部或全部權利讓與他人，因此當同一權利範圍內的授權行為重覆發生，或是授權行為與讓與行為先後發生時，授權人與受讓人因此所取得權利是否受到影響，即有討論之實益。我國著作權法第 37 條第 2 項雖然明文肯認授權行為具有一定程度的準物權效力，惟此並不當然表示授權人於授權後所為的讓與或再為授權行為不生效力，而僅是保障先前的授權行為不因嗣後的讓與或授權行為而影響其效力，藉此維護交易安全。以下即針對專屬授權、非專屬授權與讓與行為交錯發生時，探討各行為之效力。

第一目 讓與後授權

若是著作財產權人先為讓與行為後，於已讓與的權利範圍內再行授權他人，則不論後授權契約係為專屬授權抑或非專屬授權，由於原著作財產權人於再行授權時已非真正權利人，其與被授權人簽訂的授權契約屬於債權行為，為維護被授權人的權益而肯認其契約有效，惟實際上其對於該著作財產權係欠缺處分權，無法將該權利的使用權移轉與被授權人。因此授權人於締約時係陷於自始主觀不能的狀態，被授權人得類推適用民法第 349 條第 1 項，向授權人主張權利無缺之瑕疵擔保責任，並準用債務不履行之法律效果。⁹²

⁹² 民法第 349 條第 1 項：「出賣人應擔保第三人就買賣之標的物，對於買受人不得主張任何權利。」蓋授權契約標的係屬權利，即便於締約時真正權利人已非授權人，唯嗣後授權人仍可能透過其他交

第二目 專屬授權後讓與或再行授權

著作財產權人於專屬授權後，於授權範圍內其無法行使權利，惟其仍為著作財產權人，僅於專屬授權範圍內不得立於著作財產權人的地位行使權利，但由於其仍為整體著作財產權的權利人，其仍握有權利的「母權」，所授與者僅為「子權」，因此於授權關係中，其仍得將權利讓與他人。惟此讓與行為是否影響先前的專屬授權行為？

蓋著作權法原先就專屬授權行為與讓與行為，皆要求向主管機關辦理登記，方生對抗效力；⁹³且若專屬授權行為未經公證，亦可能因著作財產權人嗣後再行授權或是將權利讓與他人而受到影響，⁹⁴則專屬授權之被授權人所取得的積極使用權與消極排他權，可能因為未登記或未公證，而受到後續權利讓與行為所影響，被授權人可能因此無法行使權利。惟為維持先前授權行為之安定，不致動輒因為著作財產權人嗣後處分其權利而使前行為的效力處於不安定的狀態，現今著作權法已刪除登記相關規定，專屬授權行為無須向主管機關登記，亦無須另行尋求公證人就授權契約作成公證書，即得對抗嗣後受讓權利之人。現行著作權法第 37 條 2 項即如此規定：「前項授權不因著作財產權人嗣後將其著作財產權讓與或再為授權而受影響。」僅須授權契約成立生效，並且授權人移轉權利的使用權與排他權與被授權人後，被授權人即得於約定範圍內積極行使該權利，即便著作權人嗣後將著作財產權讓與他人，受讓人仍不得對被授權人主張撤銷其授權，藉此以保障

易而取回授權範圍內之權利，非完全不可能履行，因此授權人屬於「自始主觀不能」的情況，則契約仍屬有效，得類推適用民法第 349 條關於權利買賣的規定加以處理。唯若於個案中得認為授權人簽訂契約時屬於「自始客觀不能」的情形時，則被授權人應依照民法第 246 條第 1 項前半，向授權人主張其訂立授權契約係屬無效。

⁹³ 民國 87 年修正前舊著作權法第 75 條第 1 款：「有左列情形之一者，非經登記，不得對抗第三人：一、著作財產權之讓與、專屬授權或處分之限制。」

⁹⁴ 民國 92 年修正前舊著作權法第 37 條第 2 項：「前項授權經公證人作成公證書者，不因著作財產權人嗣後將其著作財產權讓與或再為授權而受影響。」

被授權人因為信賴授權行為而為的進一步投資與利用行為。惟受讓人所取得者，係為一於授權範圍內之權利使用權與排他權皆不得由其行使的著作財產權，僅賸餘權利之外觀，須待至專屬授權消滅後，受讓人方得完整行使其權利。若受讓人於締約時並不知情，而與原權利人訂立讓與契約，其所預期的係為一權利完整無缺的著作財產權供其行使，惟其卻僅取得明顯無法滿足其所需求效果的權利，則讓與人對於受讓人即應負權利無缺之瑕疵擔保責任，而依照債務不履行的相關規定賠償其損害。

而於著作財產權人專屬授權後，於相同範圍內再行授權他人之情形，由於專屬授權範圍內，原著作財產權人不得立於著作財產權人的地位行使權利，因此不問再行授權的態樣係為專屬授權抑或非專屬授權，原授權人於授權範圍內已然喪失將權利使用權再次授與他人之權能。則原授權人於首次專屬授權後再於相同範圍內授權他人，此時原授權人於第二次締約時係陷於自始主觀給付不能，後被授權人得類推適用民法第 349 條第 1 項，向授權人主張權利無缺之瑕疵擔保責任，並準用債務不履行之法律效果。

第三目 非專屬授權後讓與或再行授權

若著作財產權人於授權之際係規劃供多人使用其著作財產權，因此採取非專屬授權的方式，而於嗣後再行將其權利讓與他人之情形，此情形與前述專屬授權後讓與他人的情形相似，由於授權人仍屬於著作財產權人，其仍握有權利的「母權」，因此即便於授權關係中，亦無妨其將權利轉讓與他人。惟讓與行為固然有效，惟非專屬被授權人亦得依著作權法第 37 條 2 項之規定，而主張授權關係不受嗣後的讓與行為所影響，而得於約定範圍內續為行使其權利。此時雖然受讓人所取得者係為讓與範圍內的完整著作財產權，其亦得立於著作財產權人的地位自由

行使其權利，不受非專屬授權之影響，惟非專屬被授權人的存在仍可能影響受讓人就該權利的使用收益，蓋著作財產權商品的潛在市場可能因此萎縮，尤其係於電腦程式著作的情形，由於電腦程式屬於功能性著作，生命週期較其他著作類型更為短暫，因此著作財產權人欲就其電腦程式著作的獲益最大化，潛在非專屬被授權人的數量即為關鍵。若著作財產權人未告知受讓人其先前已非專屬授權他人，而逕與受讓人訂立讓與契約，雖然受讓人取得者係為完整的著作財產權，惟其卻不能基於著作財產權人的地位對於先前的非專屬被授權人行使排他權，商品市場上得合法行使該權利之人的數量即非讓與人於締約時所能掌握控制，則其取得權利即不得論為無瑕疵。因此，讓與人對於受讓人即應負權利無缺之瑕疵擔保責任，而依照債務不履行的相關規定就其損害加以賠償。

另外，於著作財產權人於非專屬授權後，於相同範圍內再行授權與第三人之情形，若再行授權係屬於非專屬授權的關係，則非專屬授權關係之間並無衝突，蓋著作財產權人採取非專屬授權，其目的係為複數非專屬被授權人同時存在而不互斥，各被授權人得同時於授權範圍內就該著作加以利用，彼此間皆不具備排除他人使用的權限；而於再行授權屬於專屬授權的情形，由於首次授權係為非專屬授權，因此著作財產權人仍保有於相同範圍內再授權他人之權利，因此嗣後的專屬授權行為仍屬有效，專屬被授權人得立於著作財產權人的地位就該權利加以利用，惟依照著作權法第 37 條第 2 項規定，先前的非專屬授權仍舊不因嗣後的專屬授權行為而受影響，因此若於嗣後專屬授權第三人時，著作財產權人未告知第三人先前的非專屬授權關係，第三人可能因此誤認其係唯一有權行使該權利之人，對於系爭權利的市場價值即可能因此而錯誤評估，則第三人得類推適用民法第 349 條第 1 項，向授權人主張權利無缺之瑕疵擔保責任，並準用債務不履行之法律效果。

第四節 小結

本章主要係針對電腦程式著作於著作權法上之地位進行整體性介紹，包括立法過程以及現行法下對於電腦程式著作的保護範圍，並且基於電腦程式著作之特性，討論電腦程式著作授權契約之本質，以及電腦程式著作權人所採取不同種類的授權模式，進而論及於不同種類的授權或讓與關係是否相互影響。

由於著作權法對於授權契約僅於第 37 條加以原則性規範，不若民法債編對於有名契約加以詳列相關規定，蓋著作財產權所包含權利種類甚多，而依著作種類而對應的權利亦截然不同，因而授權契約內容與被授權人可能的利用態樣即因著作種類以及所授與權利而迥異，難如民法債編般以畫一的規範方式對於著作權授權契約從上位加以指導，故著作權法僅就授權契約之參數以及授權關係之優劣加以明文規範，而契約內容則係回歸私法自治原則以及契約自由原則加以拘束。如此一方面固然賦與著作權人彈性運用其權利之空間，惟另一方面亦可能造成權利人濫用其權利，並於商品市場上不當利用授權契約維持或擴張其市場占有率。然而如此發展似非著作權法立法者之本意，著作權法立法目的係為於著作人私益與公共利益間取一平衡，並且藉此鼓勵創作，以求整體文化得以蓬勃發展。而電腦程式著作既屬功能性著作，其市場力量亦因其功能性而愈發強烈，則當具有一定市場力量的電腦程式著作權人不當濫用其著作權而於相關商品市場上蠶食鯨吞之際，若是單純放任而不加以管制，亦會扼殺其他質量均佳的電腦程式著作於市場上與之一較高下的機會。此舉非但降低了電腦程式著作的創作數量，亦不利於相關軟體產業的內部競爭，終局而言亦非全體消費者之福。因此於第三章本文即係針對一般性的專屬軟體電腦程式著作，嘗試從著作權法以及競爭法的角度加以檢視，並且分析二者對於此問題的解決途徑；而後於第四章及第五章藉由闡述自由軟體運動之歷程，而導出「軟體自由」係為從根本解決相關問題的另一蹊徑。

第三章 專屬軟體電腦程式著作授權契約之態樣與限制

所謂專屬軟體 (Proprietary Software)，係相對於自由軟體 (Free Software) 而命名的，亦即若以二分法區分，非屬自由軟體的其他軟體，皆得被畫分為專屬軟體。⁹⁵依據自由軟體基金會 (Free Software Foundation) 於其網頁上對於專屬軟體所為解釋，⁹⁶專屬軟體即為不符「軟體自由」定義的軟體，⁹⁷其利用、散布或是修改原則上皆為著作權人所禁止，或是透過技術手段而使得使用者難以有效率地進行利用、散布、修改等行為，而須另行取得權利人同意後方得為之。因此，一般情形下市面上常見的各類型商業化電腦程式，由於此類商業電腦程式的著作財產權人多將涉及此著作的所有權利予以保留 (all rights reserved)，因此絕大多數皆屬於專屬軟體；⁹⁸此外，專屬軟體亦包括使用者得免費試用一段期間後以評估是否續購授權的共享軟體 (Shareware)，以及未設有使用功能或期間等限制，得免費無償使用的免費軟體 (Freeware)。⁹⁹於電腦程式屬於此二軟體分類的情形，消費者無須付費取得授權即得加以利用，惟通常情形下此二類軟體並未釋出程式原始碼，僅以二進位的目的碼格式加以散布，則使用者於未取得程式原始碼的情況下，無法針對該軟體加以修改以符合自身需求，則故此二者原則上屬於專屬軟體的範疇。甚至，如已非處於著作權保護期間內的電腦程式、抑或著作權人放棄著作財產權

⁹⁵ 此二分法略嫌粗糙，因自由軟體運動與開放原始碼運動間仍存有差異，實際上可能存在符合開放原始碼軟體定義的軟體，但卻不符合自由軟體之定義，但因為其已符合開放原始碼之要件，固仍不屬於專屬軟體之範疇；亦有將使用、修改、散布的自由僅限於非營利使用的程式，惟由於其限制並非為防止他人就該版本或修改後版本附加其他限制，而係出於私利，因此亦非自由軟體，一般稱為「半自由 (semi-free)」。唯本文於此僅為單純觀察專屬軟體所具備的特性，尚不就各名詞定義加以深論。

⁹⁶ <http://www.fsf.org/licensing/essays/categories.html#PublicDomainSoftware>，查訪日期：2009年4月5日。

⁹⁷ 自由軟體運動中對於自由軟體「四大自由」之定義，包括執行、修改、散布、改進軟體的自由。關於自由軟體之定義，詳見第四章。

⁹⁸ 並非所有商業軟體皆屬於專屬軟體，自由軟體成功商業化的例子已屢見不鮮，其中最為人知的即為 Linux 作業系統。

⁹⁹ 此處所指係為未開放原始碼的免費軟體。大多數自由軟體 (free software) 皆為免費軟體 (freeware)，唯免費軟體僅係指稱得無償使用的軟體，與自由軟體之定義並無牽涉。

而成為公共財的電腦程式，雖然使用、散布此類電腦程式並無任何限制，惟若成為公共財的電腦程式，其原權利人並未將該程式原始碼對外公開，則一方面考量到還原工程的曠日費時與所費不貲，且其實際效益亦可能不若重新從頭撰寫另一電腦程式；另一方面考量到著作權法目前對於電腦程式著作並未因其功能性明顯較其他著作強烈而減縮其保護期間，¹⁰⁰而係同於其他類型的著作，惟電腦軟體產業發展日新月異，汰舊換新的速度並非其他類型著作可差比擬，則已經過著作權保護期間的電腦程式，其執行運算的效能可能遠較當代的電腦程式低落甚多，此時該程式是否仍具備逆向還原以取得特定功能原始碼的實益？以近年來電腦軟硬體產業相互配合發展的極速觀之，殊難想像至少五十年前的電腦程式，於五十年後仍需求還原工程以探求其原始碼。因此，即便已成為公共財的電腦程式，若著作人並未開放原始碼，使用者仍舊受限於「目的碼」此本質上的技術限制，因此亦不滿足「四大自由」的修改要件，而屬於專屬軟體。

由上述可知，一般商業發行的電腦程式多半屬於專屬軟體，且因為專屬軟體於法律上或是技術上實質限制了使用者加以使用、散布、修改、改進的自由，因此於使用者購入屬於專屬軟體的電腦程式後，若嗣後需求技術支援、版本升級、軟體相容性不佳……等問題時，一方面著作權授權契約亦禁止使用者就該程式進行修改，另一方面由於使用者並無從接觸原始碼，無法藉由閱讀程式原始碼而自行維護或僱傭其他程式設計師就自身需求加以改寫，從而使用者僅能向電腦程式著作權人請求協助，抑或是另行選用其他具備類似功能的電腦程式，¹⁰¹而無法就其所使用的電腦程式加以改良。因此，不論係從法律層面或技術層面，專屬軟體電腦程式的著作權人對於使用者的控制，與其他類型的著作相比，顯得更為深遠而廣泛。此一方面係肇因於電腦程式著作功能性強烈，較其他類型著作更難以替

¹⁰⁰ 著作權法第 30 條至第 35 條參照。

¹⁰¹ 唯轉換使用其他電腦程式將產生轉換成本（switching cost），其中尤以轉換作業系統平臺所產生之轉換成本為最。轉換作業系統平臺須重新適應各類基本操作，並且須重新安裝各類應用程式，以及隨之而生的相容性問題，消費者衡量轉換所費各類成本與產生效益後，可能因而屈就現狀。

代；另一方面電腦軟體產業亦得藉由不公開程式碼、網路效應以及使用者習慣等諸多因素將使用者鎖入（lock-in）。而為鞏固其市場占有率，電腦程式著作的授權契約常被著作權人作為競爭手段之一，且著作權人亦可能濫用權利，於授權契約中將原本非屬於著作權所賦與權利人的利益，以契約條款的方式納入其中，並由使用者同意後成立契約，藉以拘束使用者，甚或利用契約條款行濫用獨占地位、聯合行為、不公平競爭之實，而於市場上取得競爭優勢。惟如此一來，處於同一市場的其他競爭者即無法與之公平競爭，且消費者權益亦可能受到不當減損，此實非著作權法賦與著作人相關權利之本意，從而著作權人不得僅以契約自由原則作為各類授權條款之依據，仍應受到著作權法與競爭法之規範。以下即以著作權法以及競爭法的角度，就電腦程式著作授權契約加以檢討。¹⁰²



第一節 各類電腦程式著作授權契約條款之概覽

如同前述，由於著作權法第 37 條第 2 項對於授權契約的內容並未加以明文規定，僅係就其效力加以原則性規範，因此依據契約自由原則，著作財產權人除於授權契約中訂明其授與使用者的權利內容外，亦可能將其他與所授與權利間接相關之權利行使限制事項列明其中，然而此類限制是否皆屬於著作權人合法權利行使的範圍？觀察實際案例中相關授權契約條款之約定，實有可議之處。以下就實務上常見與著作財產權各項權利內容相關的契約條款，以及與所授與權利間接相關而利於授權人於市場上競爭的授權條款，分別加以介紹。

第一項 與著作權法相關者

¹⁰² 於多數個案中，電腦程式著作授權契約亦為消費者採購各類程式使用權時介於消費者與企業經營者之間的契約，故須受到消費者保護法的規範，惟此並非本文重點，故不予贅述。詳請參見，黃郁婷，「電子商務交易下契約正義之實現－論網路定型化契約」，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2008 年。

依各類型著作於本質上的差異，可能發生的利用行為態樣亦有所差別，而著作財產權人得享有的著作財產權權利亦隨之迥異。依照著作權法規定，著作財產權人就電腦程式著作所享有的著作財產權權利內容包括重製權、公開播送權、公開傳輸權、散布權、改作權、編輯權與出租權。¹⁰³由於著作財產權人就電腦程式所享有權利內容顯非單一，為有效利用各權利以求利益最大化，通常著作財產權人於授權時會考量被授權人就該程式的用途，而僅授與被授權人所需最低限度的權利，而就其他類型的權利全部予以保留（all rights reserved）。

最常見的授權契約係為終端使用者授權合約（end-user license agreement, EULA），¹⁰⁴以微軟公司所出版的作業系統 WINDOWS XP 的終端使用者授權合約為例，¹⁰⁵於合約中僅允諾使用者「安裝與使用、存取、展示並執行」程式的權利，¹⁰⁶並且要求使用者須遵守授權合約中所列全部約定後方為授與使用權限，而就著作財產權上的其他權利，授權人則全部予以保留，¹⁰⁷不授與使用者，並且亦禁止使用者出租或出借該著作。¹⁰⁸則一般情形下，被授權人僅能被動地依照軟體公司

¹⁰³ 由於我國著作權法係以獨立著作類型保護電腦程式，而不若美國等國家係將電腦程式著作視同語文著作加以保護，因此於我國法上部分語文著作方得享有的權利，如公開口述權、公開演出權等，電腦程式著作權人即不得主張之；唯觀上述權利的本質，並非屬於一般情況下可能就電腦程式著作加以利用的行為態樣，因而實際上並無保護電腦程式著作權人不周之虞。另外，雖然著作權法第 24 條就公開播送權並未限定著作類型，因而本文並未排除而將其列於電腦程式著作權人所得主張的權利類型之一，唯從同法第 3 條第 1 項第 7 款公開播送的定義觀之，公開播送的客體係為聲音或是影像，而以有線電、無線電或其他器材作為媒介向公眾傳達該著作，因此一般情況下「公開播送」電腦程式著作相當罕見，蓋電腦程式所呈現形式多為文字或數學符號，且其內容一般大眾難以理解；然而亦不能排除藉由口述程式原始碼或是以靜態影像傳送程式原始碼的情形，因此就概念上電腦程式著作仍可能該當於公開播送的客體，因而著作權人就其公開播送權亦應受到保護。

¹⁰⁴ 終端使用者授權合約多以拆封授權（Shrink-wrap License Agreement）或點選授權（Click-wrap License Agreement）的方式為之，通常學說與實務上亦肯認此種類型合意亦屬於契約，唯亦有少數說主張此僅為單方行為。唯本文於此所關注者，係著作財產權人係如何於該份文件中保護其著作財產權，相關爭議本文略過不論。

¹⁰⁵ 本文以 MICROSOFT WINDOWS XP PROFESSIONAL EDITION SERVICE PACK 3 軟體使用者授權合約作為範例，全文請參見附錄一。

¹⁰⁶ MICROSOFT WINDOWS XP PROFESSIONAL EDITION SERVICE PACK 3 軟體使用者授權合約第 1.1 條。

¹⁰⁷ MICROSOFT WINDOWS XP PROFESSIONAL EDITION SERVICE PACK 3 軟體使用者授權合約第 3 條。

¹⁰⁸ MICROSOFT WINDOWS XP PROFESSIONAL EDITION SERVICE PACK 3 軟體使用者授權合

所設計程序按步安裝，而安裝後亦僅能獲得預設功能；且其未取得其他權利的授權，因此非屬於合理使用範圍內的重製、散布、修改程式等行為，皆無權利為之，從而使用者並無法藉由修改程式碼而獲得其他功能的合法權利。

而就非屬於著作財產權權利範圍內，但卻與接觸著作息息相關之權利管理電子資訊以及防盜拷措施方面，由於專屬軟體所著重者在於保護其程式原始碼不為他人所接觸，且著作權人於法律上亦保有對於程式的修改權限，惟實際上未經著作財產權人同意即對電腦程式著作進行重製、散布、修改的情形實屢見不鮮，則電腦程式著作權人雖然得向侵權人主張著作權以彌補其損害，然而由於非專屬授權的被授權人眾多，流通於市面上的電腦程式數量龐大，因此審查各程式使用者是否侵權所須耗費資源相當可觀，因此著作財產權人多於事前加強防範，於技術上以各類型的科技保護措施使得未經合法授權的使用者不得接觸著作，並且同時於授權契約中要求使用者不得規避該類措施而進入著作，藉由法律與技術層面雙管齊下，強化電腦程式著作所受之保護。常見於電腦程式著作的防盜拷措施，包括產品序號、線上啟動程式、數位權利管理（Digital Rights Management, DRM）等方式，而授權人亦多於授權契約中明文規定，若使用者若規避該類科技保護措施而進入著作，權利人將拒絕授與使用權，或是該類行為構成終止契約的條件之一。

109

此外，由於專屬軟體並未對外公開程式原始碼，因此即便如免費軟體等對於重製、散布或使用行為不加以限制的電腦程式，使用者雖然得無償使用該軟體，但由於其取得程式通常係以目的碼的形式呈現，因此其仍無從得知程式的原始碼，而無法進一步就該程式進行修改。因此著作財產權人僅以目的碼形式散布電腦程式著作，而未附加提供程式原始碼，對於嘗試修改程式以符合自身需求的使用者

約第 5 條。

¹⁰⁹ MICROSOFT WINDOWS XP PROFESSIONAL EDITION SERVICE PACK 3 軟體使用者授權合約第 1.2 條、第 1.6 條、第 15 條參照。

而言，亦如同於技術上限制其使用該程式的行為態樣。此時使用者可能藉由還原工程（reverse engineering）、解譯（decompilation）、¹¹⁰與反向組譯（disassembly）的方式，¹¹¹間接取得該程式原始碼，或是藉由解析成可供判讀的機械碼，理解其程式撰寫方式，並且立基於著作權法所不予保護的構想，而另行開發更符合其需求的電腦程式。則對於著作財產權人而言，將原始碼形式的保留不予釋出，一方面既能保留其於市場上的競爭實力，使同業於該商品上市後無法於短時間內實作出具備雷同功能或是相近運算效率的電腦程式；另一方面，亦得藉由不公開程式原始碼，將程式使用者鎖入，而另以販售更新檔案、修補檔或是外掛元件的方式持續獲利。因此，授權人多於授權契約中明文要求被授權人不得對於系爭電腦程式進行還原工程、解編碼與反向組譯，¹¹²藉由授權契約而拘束使用者。

此外，雖然我國著作權法採取二元論的立法方式，區分著作人格權與著作財產權，且著作人格權係為一身專屬，不得讓與他人或由他人繼承，則著作人格權並非屬於授權契約之標的；於電腦程式著作授權契約中，若系爭電腦程式除授權人所有的著作以外，尚包括由其他著作權人創作的電腦程式，則通常可見於授權契約中見到特定部分電腦程式係由其他著作人所創作之標示，此係受到著作人格權中的姓名表示權影響所致。由於電腦程式的著作財產權部分，著作權人本得自由轉讓予他人；此外電腦軟體產業時興合併，藉由公司併購以迅速補足缺乏的特定技術已為業界慣例，惟即便被合併而消滅之公司其法人格已消滅，惟著作人格權並不隨著著作人消滅而消滅，仍視同於該消滅公司存續中，¹¹³因此若消滅公司主張於著作重製物上表示其本名時，合併公司或是新設公司原則上不得省略標示其

¹¹⁰ 解譯（decompilation）係利用反編譯器（decompiler），將僅有電腦可判讀的二進位目的碼還原至高階語言，唯其還原結果並非單一。

¹¹¹ 反向組譯（disassembly）係利用反組譯器（disassembler），將機器碼反組譯，並且納入輔助用機碼，使得經反組譯後的機器碼得由熟稔該機器碼的專家判讀理解其意義，惟此作法耗時甚久。

¹¹² MICROSOFT WINDOWS XP PROFESSIONAL EDITION SERVICE PACK 3 軟體使用者授權合約第 4 條。

¹¹³ 著作權法第 18 條參照。

名稱。故雖然該部分著作的著作財產權已歸屬於受讓人、合併公司或是新設公司所有，惟著作人格權並未隨之移轉，故嗣後受讓人、合併公司或新設公司欲另行授權第三人時，授權人多利用授權契約表示該部分著作原始著作人的姓名或名稱，藉由授權契約以達成電子權利管理資訊的功用。

第二項 與競爭法相關者

由於電腦程式著作本身即得作為智慧財產權商品而販售，於具備類似功能的電腦程式著作所構成的市場上具有其市場價值，因而著作財產權人除單純藉由授權契約收取權利金以外，亦可能藉由授權契約條款，藉由限制交易相對人，而於相關市場上不當提升其競爭優勢，而達成提升市場占有率之目的。

一般而言，關於產業競爭的契約條款，若以影響最巨的「價格」因素加以區分，可能分為二種面向加以觀察：與價格限制相關者、以及非屬價格限制者。以下即略分為此二層面加以討論。

第一款 價格限制契約條款

「價格」作為同業間競爭的參數之一，其影響力遠遠高於其他變數，且消費者於交易中最為關心者亦為商品價格，因此競爭法對於「價格」一向甚為關切。不論於同一市場中的水平關係，抑或上下游不同階段市場的垂直關係，權利人皆有可能利用商品價格，而取得程度不一的競爭優勢。

於電腦程式著作授權契約中，依照授權對象的不同，亦得區分水平與垂直的授權關係，而二者皆可能發生於授權契約中利用價格而削減特定市場中的競爭質量。於同一市場的水平授權關係，諸如將電腦程式非專屬授權予同業供其使用，使得於市場上有複數事業得同時使用該電腦程式著作；抑或將電腦程式專屬授權

予同業，市場上僅有一家事業得就該著作加以利用；又或該電腦程式著作係由二家以上軟體公司所共同撰寫，又其整體運作可能需求彼此著作，因此於設計完成之後交叉授權使用，形成一類似於專利聯營（patent pool）之著作權聯營。¹¹⁴於上述各類情形中，價格皆可能成為影響競爭之手段，如特定電腦程式可能藉由非專屬授權而成為事實上標準後，權利人嗣後即調高授權金價額；又如著作權的交互授權（cross license）或是聯合授權（pooling arrangement）的情形，參與者可能藉由授權協議的外觀，實質上於內部聯合，並對外將使用權利的對價統一，進而影響該市場其他競爭者之競爭能力。

而於垂直關係的授權方面，最為常見的即為一般終端使用者所取得之電腦程式非專屬授權，¹¹⁵而此類授權條款中涉及競爭的相關設計亦為本文所關注重點。惟由於使用者係處於產品供需鏈之最末端，使用者將該電腦程式使用權讓與他人並無法獲得額外收益，¹¹⁶因此通常對於終端使用者的授權契約中較少見到限制轉售價格相關的約定，實際上該類授權契約中較具討論實益者，係為權利人是否以不合理低價干預市場，企圖以略奪性定價策略以排除市場上其他競爭對手。惟此並非意謂著作財產權人無法以授權條款限制下游事業，此種情形於較常見於電腦

¹¹⁴ 此處有可能構成共同著作，但亦可能非屬於共同著作。著作權法第 8 條規定：「二人以上共同完成之著作，其各人之創作，不能分離利用者，為共同著作。」由於是否能「分離利用」，端視於創作電腦程式之際是否有明確分工，以及所創作電腦程式是否得以獨立運行，因此須就個案加以認定。若於各人所創作部分不能分離利用而屬於共同著作（如合寫單一程式）之情形，依照著作權法第 40 條之 1，共有之著作財產權，非經著作財產權人全體同意不得行使，因此行使或授權該著作須得全體著作權人同意；而若於個案中其整體內容係由各獨立著作聚集而成，而各獨立著作仍具有個別利用之可能性者，則屬結合著作，唯我國著作權法目前並未針對結合著作立法，因此各獨立著作之著作權人得自由行使其權利，此時為求免整體電腦程式運行嗣後發生著作權法上爭議，複數著作權人間即可能交互授權，以避免侵權疑慮。

¹¹⁵ 通常終端使用者即為消費者，此時由於消費者並不該當於公平交易法中對於「事業」之定義，因此公平交易法第 19 條第 6 款對於垂直交易限制之規定即無從適用；唯不能排除個案中公司或工商行號亦屬於被授權人的可能，則此類授權契約亦有受到公平交易法規制的必要。唯若於此類授權契約被授權人確為消費者之際，僅能藉由民法、著作權法、消費者保護法或公平交易法第 24 條加以規制。又若授權人屬於公平交易法上的獨占事業時，則不論交易相對人為事業抑或消費者，均得依照公平交易法第 10 條處理，以防止其濫用市場地位。

¹¹⁶ 終端使用者得將其使用權連同附有電腦程式著作之重製物移轉與他人，唯其對價通常低於先前非專屬授權的授權金，此係因為若其對價高於該著作重製物的市價，則交易相對人理性上並無理由續為交易，其轉向原電腦程式授權人直接洽詢授權事宜即可。

程式著作權人與著作重製物製造商、批發商以及零售商間所簽訂的授權契約，如光碟壓製工廠、電腦軟體經銷商等，其中又以電腦軟體經銷商與電腦程式著作權人所簽訂經銷契約較為顯著，由於授權工廠製造電腦程式著作重製物涉及重製權，而軟體經銷商則是涉及散布權，因此授權人即得利用授權契約而限制著作重製物的轉售價格，藉此達成限制下游經銷商競爭之目的。

第二款 其他限制契約條款

於電腦程式著作授權契約中涉及的其他競爭參數，其態樣相當廣泛多變，且於水平關係與垂直關係的授權交易中皆得發現。舉例言之，於同一市場的水平競爭關係中，電腦程式著作權人將其著作授權與同業使用，其授權契約中可能載明限制被授權人就電腦程式使用的相關條款，如禁止被授權人逆向還原或是禁止開發具備相似功能得與之競爭的電腦程式，被授權人如違反相關約定，授權人得終止契約，甚至須支付高額違約金，藉此防止電腦程式的核心為競爭對手所查知，以維護著作財產權人之競爭優勢，惟其他被授權人卻因此無法藉由分析研究系爭程式而另行撰寫相容性程式，因而削弱同業間的競爭質量；或雖然將程式目的碼與原始碼告知被授權人，惟於授權契約中簽訂保密約款，要求被授權人就因授權而知悉的相關資料，包括程式原始碼、目的碼、營業秘密、各類技術、規格資訊等，僅能於約定授權範圍內加以利用，至於超出範圍的使用則一律禁止，且被授權人亦不得將系爭資料於未經原授權人同意的情況下提供與第三人，並且約定鉅額違約金，於必須將相關資訊告知被授權人之際，仍藉由授權契約賦與被授權人一定之義務，以扼止電腦程式著作為其他競爭對手所使用。此外，授權人亦可能要求被授權人僅得利用該授權人的電腦程式著作，而不得同時徵詢處於同一市場上授權人競爭者之程式授權，或是禁止被授權人藉由授權而開發的電腦程式相容於市場上其他競爭者的電腦程式，甚或限制被授權人不得創作功能相似的電腦程

式，藉由獨家交易的限制（exclusive dealing），避免強化競爭者的競爭能量，或是抑制市場潛在的競爭對手。又如回饋報告（feed back）、回饋授權（assign back）、回饋讓與（grant back）等契約條款，¹¹⁷ 要求處於同一市場上的被授權人藉由利用授權人的電腦程式所為的改版或是研發，必須將研發出的新技術或是衍生而出的電腦程式讓與或是授權與原授權人，藉此限制產品市場或是技術市場的競爭；而交互授權與聯合授權的情形亦不例外，相關市場中技術領導者可能藉由交互授權或是聯合授權建構潛在競爭者進入市場的無形障礙，並利用授權條款而形成不相互競爭的共識，對於市場競爭亦有不利影響。

而於垂直交易的電腦程式授權關係中，電腦程式著作權人可能對於被授權人限制其使用（field-use restriction），¹¹⁸ 如要求被授權人不得為授權範圍外之重製、出租、出借、再行授權等行為，或係禁止被授權人還原其電腦程式而取得原始碼，藉由保留對於電腦程式相關權利的使用權，並且賦與被授權人遵守契約責任，以展現其摒除競爭的企圖。另外，於電腦程式著作權人與著作重製物製造商、批發商以及零售商間所簽訂的授權製造契約或授權經銷契約中，則可能涉及銷售地區限制（territorial limitation）、¹¹⁹ 銷售對象限制（customer restriction）¹²⁰、搭售條款（tie-in restriction）等條件，藉以維護其於不同市場間的競爭優勢。

¹¹⁷ 柳瑜珊，「著作權授權與競爭法相關問題之研究」，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁 45-46，2002 年。

¹¹⁸ 柳瑜珊，「著作權授權與競爭法相關問題之研究」，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁 37-40，2002 年。

¹¹⁹ 如電腦程式著作權人可能藉由不同語系的電腦程式版本而切割銷售地域，並且依各地區的消費水平區分產品售價，並於經銷契約中要求經銷商不得銷售該語系版本的電腦程式予其他地區。

¹²⁰ 一般係於契約中限定經銷商僅能將特定產品售予符合特定條件的消費者，而不得售與其他顧客，藉以達成差別訂價，以追求利潤極大化。如微軟作業系統的隨機零售版（COEM），即要求經銷業者僅能搭配完整的電腦系統（至少包含一個中央處理器、主機板、硬碟、電源與機殼之電腦系統）一併售與消費者，而未同時購買相關硬體設備的消費者，僅能挑選盒裝零售版（FPP），但須支付較高額價金方能取得之，唯兩者內容實則相差無幾。

第二節 電腦程式著作授權契約之著作權面向

雖然著作權法就授權一事僅加以原則性規定，而未就權利人行使權利有否限制未多置一詞，¹²¹惟依電腦程式著作權之本質，著作權人行使權利的行為仍可能受到著作權法的拘束。尤以數位時代來臨，數位化產品俯拾即是，電腦程式無所不在，消費者常於渾然不知時即已接觸並且使用電腦程式，則若授權條款中將原本非屬於著作權法賦與著作權人之利益亦一併納入授權契約中，則使用者一時不察，即可能因為特定動作而被視為默示同意，進而使授權契約成立，¹²²則使用者即可能蒙受不利益。則對於此類不當擴權的授權條款，即有以著作權法加以緩和之必要性；又若著作權法規範未及時，亦須從著作權的精神出發，對於過度擴張著作權人權益的契約條款加以抑制。以下即從著作權法的觀點出發，討論專屬軟體授權契約與著作權相關規定之互動。

第一項 著作權法上之面向

第一款 還原工程

還原工程 (reverse engineering) 所指稱者，¹²³係以已完成的實物或成品作為研究分析的客體，從其外觀所呈現的狀態，逐步解析各元件，判斷於處理過程中係

¹²¹ 著作權法第 37 條第 1 項規定：「著作財產權人得授權他人利用著作，其授權利用之地域、時間、內容、利用方法或其他事項，依當事人之約定；其約定不明之部分，推定為未授權。」將授權內容全權委由當事人約定，就實質內容則未加以規範。

¹²² 民法第 161 條：「依習慣或依其事件之性質，承諾無須通知者，在相當時期內，有可認為承諾之事實時，其契約為成立。前項規定，於要約人要約當時預先聲明承諾無須通知者，準用之。」一般稱為意思實現。

¹²³ 美國 1984 年半導體晶片保護法 (Semiconductor Chip Protection Art) 係最早將逆向還原工程納入規範之立法，該法第 906 條規定，為教學、分析、估算他人所有半導體晶片上光罩作品所包含的觀念、技術、線路、邏輯或元件構成而複製者，不構成光罩作品專屬權之侵害。我國積體電路電路布局法第 18 條亦有類似規定：「電路布局權不及於左列各款情形：一、為研究、教學或還原工程之目的，分析或評估他人的電路布局，而加以重製者。二、依前款分析或評估之結果，完成符合第十六項之電路布局或據以製成積體電路者。」。

經過何等程序後方能形成最後結果，藉此逆向推測出原始組成的狀態，從而得利用逆向還原出的原始狀態，進而就原產品加以修改，或是利用所得出觀念重新製造另一產品。¹²⁴

還原工程原先多用於工業製成品或是半導體工業方面，藉由逆向還原以取得他人先進技術或營業秘密，或用以確認他人產品是否侵害專利權，或供學術研究之用途，一般而言，由於著作較偏重於文藝性，於著作方面甚少需求還原工程以獲取資訊的情形；惟於電腦程式著作則不然，蓋電腦程式的功能性強烈，且不若其他類型著作於技術上得逕為改作重製，未開放原始碼的專屬軟體電腦程式，僅以目的碼的形式於市面上流通，使用者於未取得原始碼的情況下無法修改預設功能，而競爭對手亦無法透過原始碼而取得他人圖形使用者介面（graphical user interface, GUI）、協定（protocol）、檔案結構（data file structure）等電腦程式的諸般細節，無法推出相容性程式或是具備類似功能得與之競爭的電腦程式。因此為取得特定電腦程式的原始碼以瞭解程式的結構以及撰寫方式，最直接的方式即係藉由還原工程以解構該程式的原始碼，包括解譯（decompilation）、反向組譯（disassembly）等方式，將電腦程式的目的碼還原至人類可閱讀的高階語言或是可供理解的機械語言，惟藉由還原工程所解譯出的成果，與系爭電腦程式的原始碼並不全然相同，甚至可能相差甚遠，包括程式內部指令可能無法藉由還原工程而顯現，各類名稱、縮寫、撰寫慣例、流程、標籤、資料表等皆無法完整解譯，¹²⁵且依所選擇的程式語言差異，相同功能亦可能有多種撰寫方法；惟藉由還原工程所得出的資訊，對於熟稔該程式語言的程式設計師而言，已較二進位目的碼更能進一步理解該程式設計的概念與創意，因此還原工程仍為業界所盛行，並且持續發展迄今，各類解譯器與反向組譯器已如雨後春筍般出現。

¹²⁴ 陳家駿，「電腦程式著作權專題研究」，內政部著作權委員會委託，頁 126，1993 年。

¹²⁵ 陳家駿，「電腦程式著作權專題研究」，內政部著作權委員會委託，頁 126-127，1993 年。

對於還原工程之合法性，各國法律皆未明文加以禁止，一來還原工程所針對標的可能本非智慧財產權法的保護客體，並且由於還原工程中所涉及法律爭議，與個案中實際使用的還原技術難以切割，須於個案中判斷還原工程是否涉及「過渡性重製」（intermediate copy），以及於涉及重製之情形，該行為是否屬於合理使用的範疇而定。¹²⁶舉例言之，如解析目的碼時，可能須將暫存於記憶體中的內容複製到他處以供工程師分析，惟此行為即可能該當於重製，且未經著作權人同意，而違反著作權法，惟美國法院對此則表示分析目的碼、解析程式流程圖等行為於業界甚為普及，若工程師藉由整體分析而理解該程式的設計理念後，並且獨立思考而創作出另一電腦程式時，則此行為不致構成著作權法上侵害；¹²⁷又如開發相容性程式或是相似功能的產品，美國法院亦認為法律允許創作功能與他人程式相似的電腦程式，否則將如同賦與電腦程式著作權人享有如同專利般壟斷特定觀念的著作權。¹²⁸而歐盟對於還原工程亦採取容許的態度，於1991年通過的電腦程式保護指令（Council Directive on the Legal Protection of Computer Programs）第6條，¹²⁹亦被認為係允許對於電腦程式進行還原工程之規定，並且於其他規定中亦

¹²⁶ 相關爭議分析請參見，雷憶瑜，「論著作之合理使用－以電腦程式還原工程為中心」，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁182-185，1995年。

¹²⁷ E.F.Johnson Co. v. Uniden Corp. of America, 623 F. Supp. 1485 (D. Minn. 1985).

¹²⁸ Whelan Association, Inc. v. Jaslow Dental Laboratory, Inc. 797 F.2d 1222 (3d Cir. 1986).

¹²⁹ 91/250/EEC, Art.6.原文如下，”

1. The authorization of the rightholder shall not be required where reproduction of the code and translation of its form within the meaning of Article 4 (a) and (b) are indispensable to obtain the information necessary to achieve the interoperability of an independently created computer program with other programs, provided that the following conditions are met:

(a) these acts are performed by the licensee or by another person having a right to use a copy of a program, or on their behalf by a person authorized to do so;

(b) the information necessary to achieve interoperability has not previously been readily available to the persons referred to in subparagraph (a); and (c) these acts are confined to the parts of the original program which are necessary to achieve interoperability.

2. The provisions of paragraph 1 shall not permit the information obtained through its application:

(a) to be used for goals other than to achieve the interoperability of the independently created computer program;

(b) to be given to others, except when necessary for the interoperability of the independently created computer program; or (c) to be used for the development, production or marketing of a computer program substantially similar in its expression, or for any other act which infringes copyright.

3. In accordance with the provisions of the Berne Convention for the protection of Literary and Artistic

明確指出不得以授權契約限制電腦程式還原工程，否則該契約條款無效。¹³⁰

由於美國法上於 1998 年數位千禧年著作權法通過之前，對於還原工程並未如歐盟法制下針對電腦程式還原工程明文加以規範，因此業界對此爭議不斷，惟於 1992 年中，接連發生兩起關於電腦程式還原工程的訴訟，分別為 Atari Games Corp. v. Nintendo of America, Inc. 一案，¹³¹ 以及 Sega Entertainment, Ltd. V. Accolade Inc. 案，¹³² 皆肯認電腦程式還原工程的合法性，並指出還原工程中涉及的過渡性重製可能該當於美國著作權法第 107 條的合理使用，從此奠定美國對於電腦程式還原工程的基本態度。此二案皆為關於逆向還原電腦遊樂器卡匣以製作相容遊戲卡匣的案例，於前案中，法院判決針對電腦程式還原工程中所涉及的過渡性重製，認為若是著作之性質必須透過過渡性重製才能了解程式中所蘊念的觀念與程序者，即應認為該重製行為屬於合理使用；¹³³ 而於後案中，法院更就美國著作權法第 107 條合理使用所例示之各考量因素加以衡酌，包括使用他人著作之目的與性質、被使用著作之性質、使用系爭著作之質量，以及使用系爭作對於該著作價值以及潛在市場的影響等因素，而認為不構成侵害原告之著作權，其中法院特別指出，為避免著作權人對於電腦程式中非受著作權法保護的觀念取得事實上獨占（de facto monopoly），應認為對於此類含有未受保護內容的著作，著作權法應賦與低於傳統概念下語文著作的保護強度。此二案的立論，大致平息了電腦程式還原工程是否合於著作權法規範的相關爭議，肯認還原工程的合法性的態度，亦反應於日後的數位千禧年著作權法條文上。

Works, the provisions of this Article may not be interpreted in such a way as to allow its application to be used in a manner which unreasonably prejudices the right holder's legitimate interests or conflicts with a normal exploitation of the computer program.”

¹³⁰ 黃惠敏，「數位時代下著作權授權契約與著作權限制衝突之研究」，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁 87-88，2004 年。

¹³¹ Atari Games Corp. v. Nintendo of America, Inc., 975 F.2d 832 (Fed. Cir. 1992).

¹³² Sega Entertainment, Ltd. V. Accolade Inc., 977 F.2d 1510 (9th Cir. 1992).

¹³³ 原文如下，“When the nature of a work requires intermediate copying to understand the ideas and processes in a copyrighted work, that nature supports a fair use for intermediate copying. Thus, reverse engineering object code to discern the unprotectable ideas in a computer program is a fair use.”

則為求避免利用還原工程所創作出電腦程式，反而被著作權人控告抄襲，¹³⁴美國實務上發展出淨室原則(clean room)抗辯，藉由體現此原則而避免接觸(access)此一要件之成立。淨室原則係將負責開發專案的工程師分為專責還原工程以及專責程式開發，而由專責還原工程的人員利用各類還原工具研究解析該程式的組成，將不受著作權法保護的觀念、邏輯演繹法則等功能從中析出，再將此類概念製作成相容性程式的規格後，將此規格經由中間人而轉交與專門負責程式開發的程式設計師，此批程式設計師必須宣誓未接觸過系爭電腦程式，其得利用還原工程所得出的觀念從事創作，進而撰寫出新的電腦程式。由於從事還原工程的程式設計師不得接觸從事開發的程式設計師，因此必須由具備公信力的律師或是其他客觀第三人作為中間傳遞相關資訊的媒介，並且中間人亦負有一定程度的監督功能。整體而言，軟體業者藉由此類程序得以避免接觸可能性要件的成立，使得新創作的電腦程式即便部分的表達方式與原電腦程式相同，亦因實際創作人並無接觸原始電腦程式的關係，而不構成抄襲。又利用還原工程並另行開發的電腦程式，由於新電腦程式僅為原電腦程式中所蘊含觀念的再現或延伸，並非原電腦程式表達的不同型態或改作，因此即便兩程式最終呈現的功能有部分雷同，亦不因此認為新的電腦程式屬於原電腦程式的衍生著作。

由前述可知，由於技術面上還原工程可能於未侵害著作權的情況下擷取電腦程式表達中所包含的觀念並且加以利用，因此單從著作權的角度，並無禁止對於電腦程式著作進行還原工程之理。而縱觀各國立法例，皆未明文禁止還原工程，惟權利人為求避免競爭對手逕行利用還原工程而奪取本屬於營業秘密的技術優勢，或是侵權人為求避免權利人發現其未經同意而利用他人電腦程式，多會利用各類

¹³⁴ 「抄襲」於著作權法上並未加以定義，就其原意係指創作人並非自行創作，因而欠缺著作權保護構成要件之一的原創性。唯著作權法對於平行創作並未加以禁止，因此創作人對於該創作僅須達「主觀上」新穎的程度即足。因此關鍵點即在於是否有接觸(access)被比對著作的可能性，以及兩著作是否達到實質近似(substantial similarity)的程度。若被告經證明曾經接觸或有合理機會接觸到原告著作，且兩著作具有實質相似時，即推定其有抄襲之行為，而構成著作權侵害。

科技保護措施，於技術面上加以層層管控，使用者難以接觸原始碼，使得他人僅能使用電腦程式著作，而不能接觸到該著作的原始碼，則他人無法就現有著作加以改作，而懷疑他人侵權者亦無法檢驗其著作是否構成抄襲。如此一來，不啻利用科技保護措施而阻礙他人正當進行還原工程的可能，因此於各國普遍立法禁止規避科技保護措施之餘，對於還原工程亦設有例外。

美國於 1998 年所通過施行的數位千禧年著作權法（Digital Millennium Copyright Act），其中即針對還原工程之部分，允許合法使用電腦程式著作之人，為確認或分析該電腦程式中所包含元件以另行開發相容性程式著作，於未侵害著作權的範圍內，得規避電腦程式的科技保護措施，¹³⁵亦即其承認於符合一定條件下，為進行還原工程而必須規避業者所附加的控制接觸型（access control）科技保護措施的情形，¹³⁶此時由於還原工程之標的並非著作權法所保護的表達，而係著

¹³⁵ 17 U.S.C §1201(f), “Reverse Engineering. —

(1) Notwithstanding the provisions of subsection (a)(1)(A), a person who has lawfully obtained the right to use a copy of a computer program may circumvent a technological measure that effectively controls access to a particular portion of that program for the sole purpose of identifying and analyzing those elements of the program that are necessary to achieve interoperability of an independently created computer program with other programs, and that have not previously been readily available to the person engaging in the circumvention, to the extent any such acts of identification and analysis do not constitute infringement under this title.

(2) Notwithstanding the provisions of subsections (a)(2) and (b), a person may develop and employ technological means to circumvent a technological measure, or to circumvent protection afforded by a technological measure, in order to enable the identification and analysis under paragraph (1), or for the purpose of enabling interoperability of an independently created computer program with other programs, if such means are necessary to achieve such interoperability, to the extent that doing so does not constitute infringement under this title.

(3) The information acquired through the acts permitted under paragraph (1), and the means permitted under paragraph (2), may be made available to others if the person referred to in paragraph (1) or (2), as the case may be, provides such information or means solely for the purpose of enabling interoperability of an independently created computer program with other programs, and to the extent that doing so does not constitute infringement under this title or violate applicable law other than this section.

(4) For purposes of this subsection, the term “interoperability” means the ability of computer programs to exchange information, and of such programs mutually to use the information which has been exchanged.

¹³⁶ 一般將科技保護措施主要分為二類，包括防止未經著作權人授權而接觸(access)著作的科技保護措施，一般稱為「控制接觸措施(access control measure)」，以及防止未經授權而重製著作加以利用的科技保護措施，一般稱為「控制重製措施(copy control measure)」，而對於此二種科技保護措施的保護程度，也因國家而有所差異。唯科技保護措施有時兼具此二者性質，如利用科技保護措施限制

作權法不與保護而內含於電腦程式中的觀念，為求避免利用科技保護措施實質上阻絕還原工程的可能性，因而將還原工程列於得規避科技保護措施的例外。

而我國於 2004 年制訂著作權法第 80 條之 2，於新修訂防盜拷措施相關規定的同時，亦於該條第 3 項第 8 款增設還原工程之例外。¹³⁷該次修法係承繼美國著作權法修訂而來，故整體條文內容上與美國規定相仿，惟不若美國著作權法對於還原工程例外規定著墨甚深，我國規定僅單純列出各款免責事由，既未於著作權法中對於還原工程加以定義，亦未明示何種情況下還原工程得規避防盜拷措施，鑑於我國著作權法仍有刑事處罰規定，對於未符合免責規定之規避行為雖未以刑罰加以規範，惟對於製造、輸入、提供公眾使用規避防盜拷措施的相關設備、器材、零件、技術或是資訊，或是向公眾提供相關服務的情形，依照著作權法第 96 條之 1 的規定，¹³⁸行為人仍可能因此受到自由刑或罰金刑的刑事罰，因此對於相關行為仍應立法釐清其行為態樣，以免悖反罪刑法定主義以及刑法明確性之要求。有鑑於此，經濟部於 2006 年發布「著作權法第八十條之二第三項各款內容認定要點」，¹³⁹其中的第 12 點即針對還原工程加以釋義。¹⁴⁰其內容指出若係為還原工程之故，著作權法第 80 條之 2 第 1 項即不適用，亦即經合法授權使用電腦程式著作之人對

使用者不得利用電腦光碟機讀取光碟片內容以避免重製，惟此亦間接造成使用者不得藉由電腦設備而接觸到光碟片上所載資訊。因此如何定性特定科技保護措施的屬性，於現行法對於兩者保護程度迥異的現況下，即有所必要，唯實務上尚未表明相關見解。

¹³⁷ 著作權法第 80 條之 2 第 3 項：「前二項規定，於下列情形不適用之：八、為進行還原工程者。」

¹³⁸ 著作權法第 96 條之 1：「有下列情形之一者，處一年以下有期徒刑、拘役，或科或併科新臺幣二萬元以上二十五萬元以下罰金：二、違反第八十條之二第二項規定者。」

¹³⁹ 經智字第 09504601270 號。

¹⁴⁰ 著作權法第八十條之二第三項各款內容認定要點第 12 點：「

本法第八十條之二第三項第八款所稱還原工程，指經合法授權使用電腦程式著作之人，為達到另行創作電腦程式著作與其他電腦程式著作間之相容性，而對該電腦程式之元素予以判別及分析。

為執行前項還原工程，在必要範圍內，且不侵害著作權者，得規避禁止或限制進入電腦程式著作之防盜拷措施。

為達到第一項相容性之判別及分析所必要，且不構成侵害著作權者，得發展或應用科技方法，以規避禁止或限制進入或利用電腦程式著作之防盜拷措施。

合於前二項規定之行為人，以達到第一項相容性為唯一目的，得將第二項還原工程所獲得之資訊或第三項所採取之科技方法，提供予其他人，但以不違反本法或其他法令規定者為限。

本點所稱相容性，指電腦程式彼此間，可相互交換資訊並加以使用之功能。」

於該電腦程式執行還原工程，於不侵害系爭電腦程式著作權的前提下，於必要範圍內得規避控制接觸型（access control）的防盜拷措施，並且若是還原工程所必須的相容性判斷分析，而必須對於系爭電腦程式進行利用時，亦得利用發展相關技術，進而規避控制接觸型與控制重製型（copy control）的防盜拷措施。¹⁴¹該要點規定參考美國 DMCA 法案中關於還原工程的詳細規定，惟其中卻納入「必要範圍」的要件，則此「必要範圍」之基準為何，尚待實務進一步發展。

由上述說明可知，經由合法授權使用電腦程式著作的使用者，對於電腦程式進行還原工程，於我國著作權法上原則上仍為合法，僅還原的程序與過程不得侵害著作權。由此可知著作權法賦與使用者於一定情形下得藉由還原工程而逆向取得特定功能原始碼，藉此將電腦程式中不受著作權法保護的觀念析出以供公眾同享，間接亦提升相同市場上各家產品的設計水平，而最終受惠者亦為消費者。惟觀察各專屬軟體授權契約，或有要求被授權人不得對於系爭程式進行還原工程，並且約定若使用者不遵守此類條件者，權利人可能拒絕授權予使用者或中止授權。¹⁴²則依照個案中的授權契約規定，一旦使用者對於系爭電腦程式進行解譯、反組譯等還原工程，依照授權契約即被認為未授予使用權，即便原始取得電腦著作重製物時係屬合法，惟對於電腦程式進行還原工程時，即喪失其被授權人之地位；而依照「著作權法第八十條之二第三項各款內容認定要點」對於還原工程之認定，須為「經合法授權使用電腦程式著作之人」所為逆向還原，方屬其定義下的還原工程，則於前述個案中，原授權既因使用人進行還原工程而中止授權，甚而溯及視為未授權，則系爭使用者既非合法被授權人，則其為進行還原工程而規避防盜拷措施或是發展相關技術以驗證程式相容性時，即可能面臨主體不適格的疑慮，

¹⁴¹ 於著作權法第八十條之二第三項各款內容認定要點相關說明中，其係以「利用著作之防盜拷措施（exploitation control）」稱之，唯美國 DMCA 法案中並未言及何謂 exploitation control，且電腦著作的各類利用態樣，論究實際皆屬於重製行為的延伸與變形，因此本文仍以控制重製型（copy control）稱之。

¹⁴² MICROSOFT WINDOWS XP PROFESSIONAL EDITION SERVICE PACK 3 軟體使用者授權合約第 1、4、15 條參照。

從而無法主張著作權法第 80 條之 2 第 3 項規避防盜拷措施的免責規定。如此一來，不啻是利用授權契約而阻礙著作權法未禁止的還原工程，實質上亦限縮了電腦程式進行還原工程的可能。

此類授權條款的效力固然尚須深究，¹⁴³惟於現行法未如歐盟電腦程式保護指令明確規範還原工程合法性的情形下，回歸契約自由原則而論，似難將此類契約條款逕認無效，從而於上述情形中進行還原工程的使用者，除可能被認為未經合法授權而規避防盜拷措施外，同時亦因其已喪失授權，因此嗣後利用電腦程式的行為亦屬非法，則二行為皆須負擔著作權法上相關的民、刑事責任。則若肯認此類契約條款的效力，固然電腦程式著作權人得利用此類約款有效阻止競爭對手利用還原工程取得程式原始碼，惟若競爭對手未經授權而濫用他人電腦程式原始碼，並且於其電腦程式授權契約亦採取相同條款，則著作權人亦可能因而無法利用還原工程而揭發他人侵權事宜，因此藉由授權契約而侷限還原工程的作法實如兩面刃，頗值深思。

第二款 防盜拷措施

防盜拷措施係指著作權人為求防止著作內容被未授權同意之人所接觸(access)或利用(use)，因而藉由對於著作載體或著作本身附加各類技術以保護其著作，此類藉由科技方法所採取的保護措施，即稱為防盜拷措施，一般亦稱為科技保護措施。¹⁴⁴我國著作權第 3 條亦對於防盜拷措施加以定義：「本法用詞，定義如下：十

¹⁴³ 美國已有判決肯認著作財產權人限制被授權人不得進行還原工程的契約約款係為有效，其認為當事人得利用契約自由約定以排除合理使用抗辯的適用，著作財產權人與被授權人藉由點選授權契約形式而成立授權契約，則被授權人既同意不得對於該程式進行還原工程，則被授權人嗣後不得主張該契約約定違反聯邦著作權法而無效。見 *Bowers v. Baystate Techs, Inc.*, 320 F.3d 1317(Fed. Cir. 2003); *Davidson & Associates v. Jung*, 161 F. 3d 472(8th Cir. 2005).

¹⁴⁴ 此名稱係由美國法制對於此類科技方法的命名(technological protection measures)意譯而來。「科技保護措施」之文言，亦較我國法所採用之「防盜拷措施」中性而不具貶義，蓋規避相關措施的行為並不一定意謂未經權利人授權，且各國對於反規避條款通常亦設有甚多免責例外。因此本文於後

八、防盜拷措施：指著作權人所採取有效禁止或限制他人擅自進入或利用著作之設備、器材、零件、技術或其他科技方法。」此一定義包含數種類的科技保護措施，如控制接觸型（access control）、控制重製型（copy control）、同一性之保護（integrity protection）¹⁴⁵等科技方法，皆包括在內。

於電腦程式著作方面，由於電腦程式的傳輸方式通常係藉由光碟載體或無體散布為之，¹⁴⁶為求保護電腦程式不為他人輕易取得原始碼或為他人重製，著作權人可能對於光碟載體附加特定硬體限制，如刻意製造壞軌、¹⁴⁷或於光碟片次軌道上寫入數位識別碼……等，¹⁴⁸阻止使用人接觸或拷貝光碟片上的電腦程式，而於無體散布方面，權利人多於安裝過程中加入數道程序以確認使用者係為合法被授權人，諸如安裝序號、加密保護、使用者資料確認等皆甚為常見，而其中絕大多數皆屬於數位權利管理（Digital Rights Management, DRM）之一環。¹⁴⁹而目前最常採用者係為線上啟動程式，使用者若於安裝電腦程式後一定期間內未藉由網際網路於網站上登錄其軟體完成啟動程式，則於期間經過後可能因而喪失後續支援服務，包括版本更新、線上客服支援等，或是電腦程式所含部分功能因此停止作用，

多以「科技保護措施」指稱相關科技方法。

¹⁴⁵ 對於科技保護措施種類的介紹，請參見星友康，「衝突或妥協？—科技保護措施立法之研究」，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁 10-14，2006 年。

¹⁴⁶ 目前亦有利用隨身碟作為載體散布程式的情形，唯其案例仍少，且此類情形多係電腦程式預設科技保護措施，而非對於載體加以設限，因此情形亦同於無體散布之情形。請參見，「小筆電升級 Windows 7 微軟考慮 USB」，<http://www.zdnet.com.tw/news/software/0.2000085678.20139224.00.htm>，查訪日期：2009 年 6 月 29 日。

¹⁴⁷ 如 Macrovision 公司所研發之 SafeDisc 機制，利用刻意製造的壞軌作為數位簽章（digital signature）之依據，而後加密光碟片所載內容，使用者若欲執行程式，皆需透過 SafeDisc 機制解碼程式，因此一般使用者無法直接接觸或是複製光碟片所載程式。SafeDisc 於 2006 年 11 月推出第 4 版，對於保護光碟片的機制亦較前幾版複雜，唯破解 SafeDisc 的相關程式亦隨之更新，其中最為著名者為 Alcohol 120%。

¹⁴⁸ 此為 SONY 所研發的 SecuROM 機制，廠商於碟片上的次軌道（sub-channel）加入數位識別碼（digital ID），並且設計執行電腦程式安裝時必須檢驗識別碼，確認該識別碼存在後程式才能正常運行。可參見，<http://www.securom.com/default.asp>，查訪日期：2009 年 5 月 1 日。

¹⁴⁹ 所謂數位權利管理（DRM），係指於數位界面上權利人為避免著作為未經授權之人所利用，於著作內容以外另行附加保護機制的相關技術。一般多使用於對於數位內容（Digital Contents）的保護，唯各類型著作皆可能數位化，因此權利人皆得利用數位權利管理以保護其著作。藉由數位權利管理機制，如將著作內容加密、檔案轉移限制、播放次數限制、轉換格式限制……等，著作權人得防止著作為他人重製或利用，藉以維護授權收益。

尤有甚者，權利人甚至可能設計將未啟動者中止電腦程式運作並且自動移除安裝，被授權人可能喪失程式使用權。不論係透過硬體外加或軟體內附的設計，電腦程式著作權人嘗試利用各類科技保護措施，降低未經合法授權之人接觸著作或利用著作的機會，並且利用著作權法規定以及授權契約條款，建構出「科技－契約－法律」三者共同相互強化科技保護措施的情形。

略過立法保護科技保護措施之臧否不論，¹⁵⁰觀察世界各國對於科技保護措施的態度，立法保護科技保護措施以杜他人規避破壞，已然是世界趨勢。對於科技保護措施立法保護，係由世界智慧財產權組織（WIPO）首開先河，由該組織會員國於1996年所簽署的世界智慧財產權組織著作權條約（WCT），¹⁵¹和世界智慧財產權組織表演暨錄音物條約（WPPT）¹⁵²對於各類著作所附科技保護措施設下原則性規範，要求締約國必須立法制定相關法律以禁止規避著作人所使用科技保護措施的行為。惟此二國際條約僅要求締約國將規避行為納入法律規範，而未要求締約國對於規避行為的前置準備行為亦一併加以禁止，並且對於違反規定的相關責任，是否限於民事責任，抑或得另行課予刑事責任，於WCT及WPPT中未置一詞，而交由各締約國內立法者自為決策。與之後各國就科技保護措施所設管制相比，此二條約係採取較為寬鬆的管制態度。

而後，美國於1998年通過數位千禧年著作權法（DMCA），修正著作權法並增

¹⁵⁰ 對於科技保護措施的正向思考，請參見，賴文智，科技保護措施(防盜拷措施)的另類思考，<http://tw.myblog.yahoo.com/dickatlaw/article?mid=162&prev=163&l=f&fid=13>，查訪日期：2009年5月2日。

¹⁵¹ WCT, Art.11. “Contracting Parties shall provide adequate legal protection and effective legal remedies against the circumvention of effective technological measures that are used by authors in connection with the exercise of their rights under this Treaty or the Berne Convention and that restrict acts, in respect of their works, which are not authorized by the authors concerned or permitted by law.”

¹⁵² WPPT, Art.18. “Contracting Parties shall provide adequate legal protection and effective legal remedies against the circumvention of effective technological measures that are used by performers or producers of phonograms in connection with the exercise of their rights under this Treaty and that restrict acts, in respect of their performances or phonograms, which are not authorized by the performers or the producers of phonograms concerned or permitted by law.”

訂第12章，將WCT與WPPT關於科技保護措施而賦與締約國的義務落實，惟美國著作權法不僅禁止直接規避「控制接觸型」科技保護措施的行為，¹⁵³並且亦將規避「控制接觸型」、「控制利用型」科技保護措施之前置準備行為納入規範，對於製造或銷售規避此二類科技保護措施的相關設備，或是提供規避相關科技保護措施的服務，認為屬於直接規避行為前的準備行為，行為人不僅須負擔民事責任，若是對於其所提供設備或服務係為規避科技保護措施一事知情並且仍用以營利者，亦有刑事責任。¹⁵⁴

整體而言，美國立法不僅納入國際條約並未要求的準備行為的行為規範，並且於一定條件下對於準備行為課以刑事責任。惟值得注意者，美國法下僅對於直接規避「控制接觸型」科技保護措施加以規範，而未對於直接規避「控制利用型」科技保護措施的行為一併列入。¹⁵⁵蓋「控制利用型」的科技保護措施可能極度限制經合法授權的被授權人對於著作的使用態樣，其唯一合法利用方式就是依照電腦程式著作權人預設方式而加以利用，甚至可能發生因為機器差異、機器與科技保護措施相容性不佳等情形，而使得電腦程式無法正常運作。若對於控制利用型

¹⁵³ 17 U.S.C §1201(a)(1)(A), “ No person shall circumvent a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title. The prohibition contained in the preceding sentence shall take effect at the end of the 2-year period beginning on the date of the enactment of this chapter.”

¹⁵⁴ 17 U.S.C §1201(a)(2), §1201(b)(1).

¹⁵⁵ 較美國法更為嚴格限制規避行為者，係為歐洲聯盟於2001年所公布「資訊社會中之著作權及其相關權利協調指令（Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society）」，該指令中並未區分「控制接觸型」與「控制利用型」科技保護措施而異其規範，於該指令第6條要求會員國對於規避有效的（effective）科技保護措施的行為以及準備規避行為皆須加以禁止，並且於同條第3項將「有效」定義為「利用受著作權法保護的著作或其他客體時，權利人藉由加密、混碼、轉換著作形式、客體等接觸控制措施或接觸保護程序，或藉由控制重製機制，而達成保護目的。（Technological measures shall be deemed "effective" where the use of a protected work or other subject-matter is controlled by the rightholders through application of an access control or protection process, such as encryption, scrambling or other transformation of the work or other subject-matter or a copy control mechanism, which achieves the protection objective.）」，其中即包括「控制接觸型」與「控制利用型」科技保護措施，因而依照該指令的理念，直接規避此二類科技保護措施，行為人皆應負責。惟由於歐洲聯盟的指令（directive）對於會員國並非直接生效，而需成員國另行批准或經由一定程序而納入內國法律後方能對於成員國發生效力，因此該指令無法直接拘束各成員國內部發生之規避科技保護措施的行為。詳細分析，請參見，星友康，「衝突或妥協？—科技保護措施立法之研究」，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁47-54，2006年。

的科技保護措施亦一併納入保護，合法的被授權人實質上即無法對於著作加以重製，惟重製行為並非必然違反著作權法，使用者者可能主張其行為係屬於合理使用或是符合法定例外的要件，如修改電腦程式以配合機器需求、或是因為備分存檔而必須重製電腦程式等情形，則若對於規避「控制利用型」科技保護措施的行為加以禁止，不啻允許權利人得利用各類科技方法，進而扼殺公眾得主張合理使用或法定例外的空間。

雖然美國法並未禁止規避「控制利用型」的科技保護措施，惟其對於以直接規避「控制利用型」科技保護措施為目的之相關前置準備行為亦加以禁止。實際上欲對於電腦程式著作權人主張合理使用或法定例外的合法被授權人，一般皆未具備電腦專業技能，必須藉助他人所提供相關技術設備，方能對於該著作加以重製；然而法律卻又禁止規避的準備行為，並且對於間接規避的行為人課以民事與刑事責任，則合法被授權人除非具備獨立研發相關規避技術的專業能力，否則一旦著作權人附加科技保護措施，由於其無法取得相關規避行為所需技術資訊，實際上仍無從規避該科技保護措施，從而被授權人得主張合理使用或法定例外的範圍仍因此被高度限縮。雖然美國法考量相關規制可能造成公眾近用著作的極大衝擊，以及著作權人可能運用科技方法而事實上限縮合理使用的可能性，因而於同條設有七項事由，得例外不受相關規定所拘束，¹⁵⁶但由於例外事由設有甚多限制，並且對於不同類型的科技保護措施所採取的態度並非一致，¹⁵⁷且由於相關科技日新月異，許多情形係處於灰色地帶，因此自從該法生效以來，法制面上相關爭議持續不斷。雖然美國著作權法亦有明文宣示，對於科技保護措施所設保護不影響著作權法本來所定權利、救濟、權利限制及抗辯事由，其中亦包含合理使用的相關規定。¹⁵⁸惟該條規定訓示意味甚濃，且對於合理使用抗辯是否適用於相關反規

¹⁵⁶ 17 U.S.C §1201(d)-(j).

¹⁵⁷ 相關解釋請參見，陳佳菁，「數位學習產業著作權爭議與法制因應—以美國及我國法規範為中心」，國立政治大學法律學研究所碩士論文，頁 101，2005 年。

¹⁵⁸ 17 U.S.C §1201(c).

避條款抑或僅適用著作權侵害的情形，亦交代不清，實際上著作權人利用新興科技保護著作而實質限制合理使用的案例仍屢見不鮮，而美國法院對此所持態度仍未明朗，因此相關制度的未來走向仍有待觀察。

而我國於 2004 年承繼美國著作權法相關規定，於著作權法第八十條之二增訂防盜拷措施的保護，¹⁵⁹並且於同法第九十條之三、¹⁶⁰第九十六條之一，¹⁶¹分別增列民、刑事責任，而後主管機關於 2006 年發布「著作權法第八十條之二第三項各款內容認定要點」，¹⁶²對於同法第八十條之三第三項各款例外事由加以闡釋其適用範圍與對象，惟其內容仍多與美國法相似，不同者僅為該要點係屬於法規命令之位階，因而於適用上較有彈性。¹⁶³整體言之，我國法的規範強度與美國法相仿，對於控制接觸型科技保護措施的直接規避行為僅賦以民事責任，惟以規避接觸控制型科技保護措施的準備行為，諸如製造、輸入、提供相關設備、器材、技術、資訊……等行為，則係同時課以民、刑事責任；另一方面，對於控制利用型的科技保護措施之規範則較為輕微，使用者未經授權而直接規避該類措施者，並無須負擔民、刑事責任，惟依本法規定，提供相關器材設備或是技術以供規避此類科

¹⁵⁹ 著作權法第八十條之二：「著作權人所採取禁止或限制他人擅自進入著作之防盜拷措施，未經合法授權不得予以破解、破壞或以其他方法規避之。 破解、破壞或規避防盜拷措施之設備、器材、零件、技術或資訊，未經合法授權不得製造、輸入、提供公眾使用或為公眾提供服務。」

¹⁶⁰ 著作權法第九十條之三：「違反第八十條之一或第八十條之二規定，致著作權人受損害者，負賠償責任。數人共同違反者，負連帶賠償責任。 第八十四條、第八十八條之一、第八十九條之一及第九十條之一規定，於違反第八十條之一或第八十條之二規定者，準用之。」

¹⁶¹ 著作權法第九十六條之一：「

有下列情形之一者，處一年以下有期徒刑、拘役，或科或併科新臺幣二萬元以上二十五萬元以下罰金：一、違反第八十條之一規定者。 二、違反第八十條之二第二項規定者。」

¹⁶² 雖然「要點」並非屬於中央法規標準法所列七種法規命令得使用名稱之一，惟通說仍認為此類法定外名稱仍應依照法規命令相關程序而為審查，見蔡茂寅、李建良、林明鏘、周志宏，「行政程序法實用」，頁 364-365，新學林出版社，2006 年第 3 版。則以法規命令發布相關具體適用內容，一則若相關內容已然不合時宜或嗣後發現不甚妥適之處，由行政機關修訂法規命令遠較立法院修改法律更為迅速簡便；二則依照司法院大法官審理案件法第 5 條第 2 項規定，雖然個案中法院不得宣告行政命令無效，但法院仍就具體個案附帶審查個案所牽涉的法規命令，如其確信該法規命令有牴觸憲法之疑義時，得以裁定停止訴訟程序，聲請大法官解釋。則若相關規定係以法律位階呈現時，法官僅能依法審判，而不若以法規命令位階發布相關規定時，司法機關得於個案中反應時代脈動並且藉由程序以主動表達其意見。

¹⁶³ 主管機關曾委託學者專家對於草案法律文字進行研究，請參見，陳家駿、馮震宇、劉孔中，「著作權科技保護措施之研究」，經濟部智慧財產局委託，2004 年。

技保護措施者，仍須負有民、刑事責任。則由於我國法對於科技保護措施整體係承繼美國法制而來，因此前述美國法制上諸般缺點，於我國法制上皆可能展現，其中尤以各款排除規定的妥適與否，以及合理使用相關規定與反規避條款間如何互動最為關鍵。

行為類型 科技保護 措施類型	直接規避行為	前置準備行為
控制接觸型	民事責任	民、刑事責任
控制利用型	無責任	民、刑事責任

而電腦程式著作授權契約中，通常亦直接明文要求被授權人不得破壞或略過載體所附有或是電腦程式預設的科技保護措施。惟著作權人通常會將其所採用的各項保護措施皆列於契約條款中，並且聲明使用者若逕行規避相關保護措施，其將拒絕授予使用權，或嗣後終止授權。¹⁶⁴則若單純依契約條款解釋，規避科技保護措施的行為將喪失其合法取得的授權，即便使用者藉由規避保護措施而得接觸或對於著作加以另行利用，惟此時其亦不具正當利用著作的權限，因而影響使用者就該利用行為成功主張合理使用或法定例外的機會。此類授權契約等同利用契約條款實質限縮公眾合理使用的範圍，於目前著作權法對於規避科技保護措施的行為已然採取高度限制的現況下，將著作權法所不予禁止的行為（如規避控制利用型的科技保護措施），藉由授權契約而納入規範。若承認相關約定的效力，則授權契約甚至將超越法律，而成為著作權人用以拘束使用者的利器。此類授權契約條款於個案中對於使用者之效力，實值進一步探究。

¹⁶⁴ MICROSOFT WINDOWS XP PROFESSIONAL EDITION SERVICE PACK 3 軟體使用者授權合約第 1.2 條、第 15 條參照。

第三款 合理使用與授權契約條款的衝突—從 ProCD 案談起

由前述還原工程與科技保護措施的闡述，可以觀察到著作權人利用科技、法律與契約，逐步擴張著作權人受保護的範圍。著作內容不再是隨手可及，使用者必須經過層層技術關卡驗證其合法授權的身分後，方能接觸到著作，並且無法随心所欲的對於著作加以利用，否則可能因為其未經許可的利用行為而喪失合法授權；此外相關法律亦多基於保護著作權人權益的立場出發，而著作權人甚至將法律未予規範之處納入授權契約條款中，利用著作授權契約限制使用者原本依著作權法係為容許的行為，¹⁶⁵其中亦包括使用者於訴訟上得為主張的合理使用。

雖然著作的合理使用並非固定概念，並且依著作類型不同行為態樣亦有所差異，因此難以畫一歸納分析，必須就個案所涉及行為以及使用目的逐一判定，此亦是法院於判斷合理使用時必須妥適考量諸多要素的原因。¹⁶⁶一般而言，涉及電腦程式的重製而構成合理使用的情形，包括下列數種：¹⁶⁷

1. 還原工程中，必須藉由重製電腦程式全部或一部，藉以觀察並且使用其中未受著作權法保護的觀念或其他要素。
2. 將電腦程式的全部或一部拷貝至記憶體中以供使用之暫時性重製。

¹⁶⁵ 亦有論者將此種情形以「偽著作權 (pseudo-copyright)」、「準著作權 (paracopyright)」與「後設著作權 (metacopyright)」稱之。其中「準著作權」所指稱者即為著作權人對於數位內容所附加的科技保護措施，而「後設著作權」則為權利人利用授權契約而將各類權益歸於自身的情形。見黃惠敏，「數位時代下著作權授權契約與著作權限制衝突之研究」，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，註 105，2004 年。

¹⁶⁶ 著作權法第 65 條第 2 項：「著作之利用是否合於第四十四條至第六十三條規定或其他合理使用之情形，應審酌一切情狀，尤應注意下列事項，以為判斷之基準：

- 一、利用之目的及性質，包括係為商業目的或非營利教育目的。
- 二、著作之性質。
- 三、所利用之質量及其在整個著作所占之比例。
- 四、利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響。」

¹⁶⁷ Mark A. Lemley, *Beyond Preemption: The Law and Policy of Intellectual Property Licensing*, 87 Cal. L. Rev. 127, n.58 (1999).

3. 為達教學目的之必要，於電腦科學課程中重製電腦程式全部或一部。
4. 為學術研究之必要，於電腦科學課程中重製電腦程式全部或一部。
5. 電子說明書或使用者手冊。

惟不論合理使用或法定例外的規定，本皆屬於立法者對於著作財產權的限制，原則上並不構成著作財產權的侵害。¹⁶⁸則著作權人行使其著作權時，必須受到合理使用的侷限，不得擴張著作權所及範圍，以免侵蝕社會公共利益。而授權契約既然屬於著作權人行使著作權的行為態樣之一，則邏輯上著作權人藉由授權契約實質限縮被授權人的利用行為時，此一授權行為的內容亦應受到合理使用的限制，著作權人理論上不得逕以授權契約拘束雙方當事人，而剝奪被授權人依著作權法本得主張合理使用的空間。

受到數位化時代的影響，取得著作重製物所有權並對著作加以利用的情況已顯著減少，無體化的趨勢已是時代所趨。使用者藉由電子設備於數位化環境下利用著作的次數大幅增加，並且已然成為各類型著作利用的常態，而電腦程式著作亦不例外。因此，取得電腦程式著作權人授權的需求，亦隨著數位時代的演進而激烈成長。權利人為節省交易成本，通常係以定型化契約的方式呈現授權契約，使用者對於授權契約條款並無與著作權人進行磋商以求衡平的空間，則使用者身於交易中的弱勢，實際所取得的著作使用權限，與以往相比可能大幅限縮。又著作權法對於授權行為的內容僅予以原則性規範，¹⁶⁹著作權人因此享有相當程度的彈性，得藉由授權契約對於被授權人的利用行為加以嚴格限制。不論坊間常見的拆封授權契約（shrink-wrap license）、點選授權契約（click-wrap license）抑或網頁瀏覽契約（browse-wrap license），¹⁷⁰對於使用者而言，可能於其未及詳閱授權

¹⁶⁸ 著作權法第 65 條第 1 項：「著作之合理使用，不構成著作財產權之侵害。」此處牽涉對於我國著作權法合理使用的定位，惟此並非本文重點，故略過不論。

¹⁶⁹ 著作權法第 37 條第 1 項參照。

¹⁷⁰ 此三類形式的授權契約介紹與案例，請參見呂佩芳，「開放性授權契約對著作利用之影響」，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁 107-118，2006 年。

契約條款的情形下，即藉由一定的動作而被認為屬於默示承諾，進而使契約成立。則使用者為取得電腦程式的使用權，常於不經意間同意授權契約所載約款，因而賦與著作權人原先於著作權法下所無法主張的權利或利益。而後使用者若是違反授權契約所載規定，即便該規定可能並非屬於著作權法所賦與著作權人的權利，或該行為符合著作權法對於著作權的限制，惟於法院未認定該契約條款無效之前，被授權人依照契約，仍舊必須承擔債務不履行的責任，如此似有過度保護著作權人之嫌。關鍵在於，授權契約條款若與著作權法上合理使用抑或法定例外相關規定衝突時，該條款之效力究竟為何？

著作權人嘗試利用契約擴張原先依著作權法未享有的權利或利益由來已久，並非一日之寒。知名案例諸如 *Lasercomb America, Inc. v. Reynolds* 案、*Alcatel USA, Inc. v. DGI Technologies, Inc.* 案等，¹⁷¹前案中原告 *Lasercomb* 利用著作權授權契約限制被告不得自行或幫助他人撰寫、開發、製造或販賣與系爭電腦程式功能相似的競爭程式，後案中原告 *Alcatel* 則係於授權契約中要求被授權人不得重製電腦程式或提供該程式予第三人，藉以阻止被告進行還原工程。兩案皆為利用授權契約對於還原工程加以制限，惟美國法院於二案中皆認為著作權人利用授權契約所為制限構成著作權濫用，而判決權利人敗訴。惟於另一知名案件 *ProCD, Inc. v. Zeidenberg* 案中，¹⁷²美國第七巡迴法院卻認定當事人間得藉由契約條款而將原先不受著作權法保護的作品納入保護，因此實質縮減了公共財的範圍。

ProCD 案主要係關於電子化電話資料庫之授權。*ProCD* 公司於本案例中販售「*Select Phone*」資料庫光碟予 *Matthew Zeidenberg*，該光碟係由 *ProCD* 所編輯，內容係為電子化的電話資料庫，使用者於使用資料庫時，螢幕上會顯示「本產品

¹⁷¹ 判決介紹請參考本文第三章第二節第三項。惟於 *ProCD* 案判決後，亦有判決認為利用授權契約條款限制被授權人不得進行還原工程的相關條款係屬有效，請見 *Davidson & Associates v. Jung*, 161 F.3d 472(8th Cir. 2005).

¹⁷² *ProCD, Inc. v. Zeidenberg*, 86 F.3d 1447 (7th Cir. 1996).

僅供合法被授權人使用」，ProCD 公司於光碟外包裝上已聲明該資料庫以及電腦程式僅供個人使用，並將完整的個人版授權契約條款附於軟體光碟片中，同時於使用說明書上亦有記載。於著作權授權契約中，ProCD 言明相關資料及程式僅得供個人使用之重製，使用者不得另行散布、再授權及出租，並且禁止使用者藉由網際網路將該資料或程式的一部或全部提供他人使用。而後，Zeidenberg 成立 Silken Mountain Web Services 公司，利用該光碟所提供資料而另為建立電話資料庫，並另為創作電腦程式以供搜尋該資料庫，Zeidenberg 並將該資料庫置於網際網路上供人使用，而後 ProCD 即向威斯康辛州地方法院控告 Zeidenberg 侵害著作權法、違反授權契約、盜用營業秘密及不公平競爭等事項。

ProCD 案的主要爭點有二：被告是否侵害著作權法，以及是否違反授權契約。地方法院的判決中，¹⁷³認定本案中電話資料庫資料收集與排列的方式缺乏原創性，非屬著作權法保護客體，因而不受著作權法之保護；而於是否違約方面，地方法院否認拆封授權契約對於被授權人的拘束效力，其亦論及即便契約成立，惟依照美國著作權法優先適用的相關規定，著作權法優先適用於契約條款，亦即契約條款仍為無效，無法拘束利用人。惟於第七巡迴上訴法院的判決中，Easterbrook 法官判定授權契約有效，並且著作權法並未優先契約條款而為適用。Easterbrook 指出 ProCD 公司將授權對象分為個人與企業，並且區別兩者授權價格，個人使用的授權金較為低廉，而企業則須支付較高額的授權金，其認為合理的差別訂價對於社會有所助益，而 ProCD 一案中即係利用契約條款作為區別訂價的方式，因而不該當於不公平競爭；而於授權契約成立與否，其認為將授權契約重要注意事項標示於包裝外，而另將完整版的授權契約附於內部光碟或使用手冊，並賦與消費者於不同意授權條款時退貨的權利，對於程式銷售業者以及消費者皆屬於有效率而經濟的作法，因而肯認授權交易中得利用拆封授權契約形式而成立授權契約；另就授權契約的效力方面，Easterbrook 認為本案中著作權並未優先適用契約條款，

¹⁷³ 908 F. Supp. 640 (W.D. Wis. 1996).

其認為授權契約並未創設出如同著作權般的排他權利，因為著作權所具備者係為對世效力，而授權契約僅得拘束雙方當事人，而不及於契約外的第三人，契約當事人不得憑藉契約而對第三人行使排他權。

ProCD案中，法官認為保護不受著作權保護的資料庫的契約條款有效，此一觀點與揚棄早期美國法院承認之揮汗原則（the sweat of the brow doctrine）的Feist一案判決，於走向上有所差異。¹⁷⁴Feist案中，法院闡明「原創性」方屬著作權法所應重視者，單先羅列姓名、住址、電話號碼且依字母順序排列的電話簿，雖然資料庫製作者付出相當的勞力辛勤蒐集資料並予整理，惟其本質上既未創新表達方式，則不應受到著作權法保護。則此二案中皆涉及電話資料庫，考量電話資料庫因欠缺原創性而不受著作權法保護，則其他法律於理論上亦不應賦與保護，即便係為當事人間所簽署的契約亦然。著作權法賦與權利人有限的期間保護，係著眼於著作於保護期間經過後成為公共財，任何人皆得加以利用，藉以促進文化社會的紮根。若是原權利人得利用其他法律或是授權契約，擴張原本非權利人得為主張的權利範圍，則公共財不僅無法日漸充實壯大，甚至可能因此而有萎縮耗盡的一天，此顯非著作權法賦與著作權人得對外授權之本意。

ProCD案所牽涉者，並非受著作權保護客體的利用行為，而係針對未受著作權法保護的資料庫，利用授權契約加以限制使用人的行為態樣，並未涉及利用授權契約而限縮著作權的合理使用；惟依ProCD案的論理，著作權人既得利用授權契約限制契約當事人對於不受保護資料的使用，則依我國著作權法第65條第1項規定，著作權的合理使用並不構成著作財產權的侵害，則若認為合理使用的相關行為係為權利人的權利效力所不及，亦即合理使用並非屬於著作財產權人的權利範圍時，則著作權人利用授權契約，將原先非屬於其權利範圍內的使用行為納入授權契約加以規範，雖然不會產生對世效力，但由於授權契約僅拘束當事人，只須契約形

¹⁷⁴ Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Serv. Co. Inc., 499 U.S. 340 (1991).

式要件成立，其條款即可能因此生效，進而對於被授權人產生拘束力。

進一步言，雖然授權契約的確無法拘束非契約當事人的第三人，惟依定型化契約的發展趨勢，消費者藉由意思實現而成立契約的門檻有日漸降低的趨勢，從閱讀重要授權條款後拆封外包裝的實體動作，到實際敲擊滑鼠或鍵盤確認以無體化形式呈現的授權契約，甚至於未閱覽服務條款的情形下僅僅於虛擬世界單純瀏覽網頁的滾輪動作，皆可能因此成立授權契約。則漸次降低民法「意思實現」門檻的極端，即是公眾於可能認知權利人有要約意思存在的情形下，而就該著作為最低限度的利用行為甚或接觸行為時，該利用或接觸行為即可能因此被視為默示承諾，授權契約即可能因此成立，而公眾即因其利用行為而受授權契約條款之拘束。以此假設作為前提，「使用」電腦程式此一動作，亦可能該當於上述的利用行為，因而使得特殊類型的授權契約成立，使得各類型的利用行為皆受到著作財產權人的授權契約所拘束。而「合理使用」的本質亦為「使用」著作，因此權利人甚至可能主張所有對於電腦程式加以利用之人皆須受到授權契約的拘束，因此一旦利用人欲於法庭上主張「合理使用」，雖然於著作權法上其行為可能屬於「合理使用」而無須負責，惟利用人嗣後卻得依授權契約向利用人請求支付授權金或違約金，實質上不啻等同限縮屬於合理使用而無須負責的行為範圍。上述解釋或有杞人憂天之嫌，惟觀察著作授權契約條款形式與內容上的變化，實令人相當憂慮是否真有「夢想成真」的一天。

從授權契約形式與內容的演變，以及前述授權契約與著作權之間的交錯，吾人似乎可以觀察到契約與法令的區隔似乎正在逐漸消弭，而「私人立法（private legislation）」的時代似乎正悄悄來臨。¹⁷⁵著作權法賦與著作權人的權利，屬於憲法上財產權，具有對世效力，權利人得據以對抗所有人；而藉由簽訂契約所產生

¹⁷⁵ 美國法上的相關討論，請參見，Mark A. Lemley, *Beyond Preemption: The Law and Policy of Intellectual Property Licensing*, 87 Cal. L. Rev. 145 (1999).

的權利，受到私法自治原則的規制，僅能產生拘束契約雙方當事人的相對效力而已。然而，著作權授權契約發展迄今，新興類型的締約模式崛起，再加上定型化契約中消費者無力更改預設的授權條款，在在都使得著作財產權人與消費者成立授權契約的機會大增。再者，以往藉由第一次銷售原則（first sale doctrine）的限制，¹⁷⁶消費者或得從二手軟體市場取得已拆封的電腦程式，藉以擺脫著作權人對於第一手買受人所設的重重限制；惟數位化時代已然降臨，無體散布已成為不可逆的趨勢，且受法律保護的科技保護措施實已無所不在，¹⁷⁷防止使用者去除電腦程式中相關授權的要約，則消費者即便向其他消費者購得著作重製物，或於網際網路上取得電腦程式安裝檔，惟其於安裝之際點選「確定」與「下一步」，此類動作即可能被視為已承諾著作財產權人所提出的要約，從而使其受到授權契約之拘束。如此發展實則模糊了契約相對效力與著作權絕對效力的界線，蓋權利人依照著作權得主張之權利，於授權契約中亦得以相同高度要求被授權人遵守，並無違法之虞；而依照著作權本不得主張者，卻可能因為輕易成立授權契約而得拘束當事人，進而使得利用人負有履行契約的責任。唯一不受相關契約約束者，僅剩完全未接觸或使用該電腦程式著作之人，於此情況下，授權契約所產生極度廣泛的對人效力，¹⁷⁸已相當接近於著作權所具備得以對抗所有人的對世效力。

著作權人利用授權契約，補足著作權法對於未經授權的使用行為未與規範之處，並且藉由輕易成立授權契約此一特性，將本僅具相對效力的契約拘束力擴張

¹⁷⁶ 第一次銷售原則（first sale doctrine），又稱為權利耗盡原則，係指著作權人對於著作物原得主張之散布權，因其行使權利而使物品於市場上交易流通後，由第三人取得該重製物所有權時，則此時著作權人對於該著作重製物本得主張之排他權即歸於消滅。相關論述請參見，陳皓芸，「從著作權與競爭法交錯之觀點分析著作真品平行輸入相關法制問題」，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2008年。

¹⁷⁷ 由此可看出科技保護措施亦可能間接限制合理使用的範圍，且我國法未如美國著作權法明定科技保護措施所設保護不影響合理使用，因此於我國法下科技保護措施得否影響合理使用的範圍，仍須追蹤我國未來實務上相關案例發展後，方可得知。

¹⁷⁸ 有學者對於著作財產權人利用數位傳輸下的授權契約配合定型化契約與科技保護措施所建構出的完整保護體系，稱之為事實上財產權（a de facto property right）。見 Niva Elkin-Koren, *Copyright Policy and the Limits of Freedom of Contract*, 12 BERKELEY TECH. L.J. 104-105 (1997).

至多數人皆受其拘束，亦即，著作財產權人可能藉由授權契約，強化其限制使用者的能力。著作權法為求衡平私益與公益而設定不與保護的範圍，若是於法制面上漸次許容著作財產權人藉由授權契約將處於該範圍內的利用行為或是未受保護的資料藉由納入保護傘下，則契約所產生的債權與著作權法所賦與的財產權的差別亦將日漸減縮。授權契約與著作權法對於著作權人而言，前者所賦與的保護於民事上甚至可能高於後者，蓋前者除依債務不履行請求被授權人給付損害賠償之外，尚可能設定違約金，而後者卻僅能依照著作權法第88條請求侵權行為的損害賠償。而侵害著作權於目前依法仍須負有刑事責任，惟此並無助於著作權人的實際經濟收益，僅僅對於利用人具有較高的嚇阻效果。

另一方面，若是認為合理使用僅為行為人得於訴訟上主張的抗辯事由，實際上該行為仍屬於著作財產權人的權利範圍，利用人主張合理使用僅具有阻卻違法的效力，¹⁷⁹則此時授權契約是否可能限制被授權人合理使用？¹⁸⁰就理論上而言，主張合理使用係為使用人的特權，惟使用人於授權契約中同意著作財產權人放棄於訴訟上主張合理使用，除非法院認定該授權契約條款無效，否則使用人嗣後即應受到該契約的拘束。則不論認定合理使用的性質為著作財產權人權利範圍之外抑或僅為訴訟上抗辯事由，兩者情形下被授權人皆可能因為授權契約中相關規定而被限制不得主張合理使用，因此關鍵點即在於如何判斷契約條款是否因為法令規定而無效。

著作權授權契約的本質，係為締約當事人間利用契約而就該著作財產權進行交易，因此授權契約亦為民法相關規範所拘束。¹⁸¹依民法規定，若契約條款內容

¹⁷⁹ 此即為美國著作權法上對於合理使用之定位。

¹⁸⁰ 美國法院自 ProCD 案承認授權契約得限制被授權人利用非屬著作權法所保護資料後，對於利用授權契約於著作權所不及處限制利用人的契約條款，原則上抱持肯定態度。如 Davidson & Associates v. Jung 一案中，即承認利用授權契約限制於美國法上屬於合理使用範圍的還原工程係為有效。判決內容請參見 Davidson & Associates v. Jung, 161 F. 3d 472 (8th Cir. 2005).

¹⁸¹ 除本文所論及授權契約條款可能因為民法第 71 條違反強制或禁止規定而無效外，授權契約條款亦受到民法其他對於法律行為規定之拘束，如民法 72 條違反公序良俗而無效、以及誠信原則、權

違反強制或禁止規定，依民法第 71 條規定自屬無效。¹⁸² 強制規定主要係限制當事人間的契約自由，以法律介入當事人間的意思自主，藉以維護公益。因此若授權契約條款與法律強制規定有所悖反，此時即應優先適用該強制規定，否則即有悖於強制規定的立法目的。另一方面，若系爭法規僅為訓示規定或任意規定，則著作權授權契約條款即便與該法令規定迥異，惟因該法令公益性質不甚濃厚，此時法律即不應干涉私法自治的領域，則依契約自由原則，該契約條款仍應拘束雙方當事人。

另外，於授權契約條款成立並且有效之情形，若被授權人違反授權契約約定，是否構成侵權行為，抑或僅違反授權契約而構成債務不履行？此應依其實際上行爲態樣以及契約條款內容而定。若契約所約定事項與著作權上相關權利、權利管理電子資訊或防盜拷措施無關，僅為利用方法上的限制，則權利人可能僅得向利用人主張債務不履行，而不得主張侵權行為，此時行爲人僅須擔負契約責任；而若行爲人所爲行爲已逸脫授權契約所約定範圍，此時行爲人原則上應構成侵權行為，依著作權法規定，可能負有民事責任或刑事責任，甚至兩者兼具。惟若使用者違約部分屬於得主張合理使用的範圍，或其他法律所未賦予著作財產權人權利之部分，此時由於該行爲不構成著作財產權之侵害，故應無民、刑事之侵權責任；然而由於利用人與著作財產權人之間已成立授權關係，若認為授權契約成立且有效，則行爲人須依授權契約的相關約定，負債務不履行的損害賠償責任，惟若違約金約定過高，被授權人得依民法第 252 條規定，請求法院酌減相當金額。

利濫用等原則等。此外，若著作財產權人屬於企業經營者，則授權行爲可能因此構成消費者保護法所定義的商品，則授權契約亦可能爲消費者保護法相關規範所拘束。惟此並非本文論述的重心，故略而不談。相關論述可參見，黃郁婷，「電子商務交易下契約正義之實現－論網路定型化契約」，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2008 年。

¹⁸² 民法第 71 條：「法律行爲，違反強制或禁止之規定者，無效。但其規定並不以之爲無效者，不在此限。」實務見解及學者通說對於此條規定，多係認爲強行規定可再細分爲取締規定與效力規定，於法律行爲違反效力規定時，始發生民法第 71 條前段所定無效之法律效果；至於法律行爲違反「取締規定」者，則無民法第 71 條之適用，該法律行爲仍爲有效。因此關鍵在於如何區分何者屬於效力規定，而何者屬於取締規定，一般情況下，由於法令並未明文規範其性質，因此必須探求法令的立法目的與立法意旨，以便判斷該法令究竟屬於效力規定或取締規定。

由上所述可知，則著作權授權契約與著作權相關規定產生齟齬之際，著作權授權契約或可發生拘束當事人的效力，惟若著作權相關限制分類上屬於民法上強制或禁止規定時，則契約條款可能因此而無效，被授權人不須受其拘束。則關鍵點即在於判斷著作權對於權利限制的相關規定，何者係為強制規定？何者係為任意規定？論者有以文義解釋、比較法解釋、著作權限制類型以及著作權限制所欲保護法益分別加以分析，¹⁸³而認為就著作權保護要件，包括原創性、客觀化表達、著作權標的、著作權權利範圍，以及著作權限制中的第一次銷售原則、保護存續期間等規定，係為保障利用人基於憲法所享有的表現自由，任何人不得加以剝奪，因此諸類規定應屬於強行規定，著作權授權契約條款若與之牴觸，依民法第 71 條規定，契約條款應為無效；而至於其他關於著作權限制的規定，如強制授權、法定例外、合理使用等，必須依照相關規定的立法目的分析，若是牽涉憲法上基本權利者，如表現自由、隱私權等，則屬於強行規定，與之衝突的契約條款無效；而若是屬於其他立法目的的情形，如公共政策考量、保障資訊流通、產業競爭秩序、規範市場失靈等，須就個案情形加以認定，系爭約款是否因此影響著作人的創作意願、降低後續創作的數量，以及定型化契約條款是否違反誠信原則或因之顯失公平，而是否違反民法第 247 條之 1，¹⁸⁴以及消費者保護法第 12 條規定後，¹⁸⁵方得確認該契約條款之效力。

¹⁸³ 黃惠敏，「數位時代下著作權授權契約與著作權限制衝突之研究」，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁 164-173，2004 年。

¹⁸⁴ 民法第 247 條之 1：「依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，為左列各款之約定，按其情形顯失公平者，該部分約定無效：

- 一、免除或減輕預定契約條款之當事人之責任者。
- 二、加重他方當事人之責任者。
- 三、使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利者。
- 四、其他於他方當事人有重大不利益者。」

¹⁸⁵ 消費者保護法第 12 條：「

定型化契約中之條款違反誠信原則，對消費者顯失公平者，無效。

定型化契約中之條款有下列情形之一者，推定其顯失公平：

- 一、違反平等互惠原則者。
- 二、條款與其所排除不予適用之任意規定之立法意旨顯相矛盾者。
- 三、契約之主要權利或義務，因受條款之限制，致契約之目的難以達成者。」

第二項 著作權濫用原則

著作權濫用原則（Copyright Misuse）係為美國實務上藉由案例法所發展出來之權利抗辯事由，其並未於該國著作權法上加以明文規範，並非屬於成文法，故本文對此原則的討論，亦與著作權法上相關規定分離。於涉及著作權侵害的案件中，被告除得主張著作權法上合理使用或法定例外作為抗辯事由外，其於衡平法上亦得提出「不潔之手(unclean hands)」、「禁反言(estoppel)」與「權利濫用(misuse)」等作為抗辯事由，而使得原告不得主張其權利。惟於智慧財產權侵權訴訟中，由於主張前二者事由時被告須先行舉證原告行為構成相關要件，對於被告而言須負較高的舉證責任，而若被告欲主張原告權利濫用，則僅須證明原告行使權利的行為，由法官就該行為加以認定是否該當濫用，而舉證責任往往對於訴訟勝敗擁有決定性影響，因此於訴訟上「權利濫用」原則較前二者更常為被告所主張。

著作權濫用原則係由專利權濫用原則發展而來。專利權濫用原則係規範專利權人意圖利用授權契約擴張專利法保障範圍時，法院得禁止權利人主張專利權。惟專利權濫用原則發展已久，而著作權濫用原則首先於 1990 年由 Lasercomb 一案由聯邦巡迴第四上訴法院確立此一概念後，才逐漸為美國司法實務所採納。以下先行介紹法院判決中引述「著作權濫用」的案例，而後再行介紹著作權濫用原則的相關意義。

第一款 案例介紹

第一目 Lasercomb America, Inc. v. Reynolds 案¹⁸⁶

本案係美國法院首次承認權利濫用原則於著作權法領域亦有其適用。本案原

¹⁸⁶ Lasercomb America, Inc. v. Reynolds, 911 F.2d 970 (4th Cir. 1990).

告 Lasercomb 公司開發一套電腦輔助設計製造程式，其授權被告 Holiday Steel 使用該電腦程式，惟被告重製該電腦程式，於規避科技保護措施後進行還原工程，並另行開發出具備與原告電腦程式相似功能的競爭程式，而於市面上販賣。Lasercomb 控告被告侵害其電腦程式的著作權，而被告則係提出抗辯，主張原告於著作權授權契約中規定：「於授權契約期間及契約終止後一年內，被授權人非經授權人書面同意，不得自行或幫助他人撰寫、開發、製造或販賣與本程式功能近似的競爭程式。本契約的授權期間為 99 年。」認為此一條款有濫用著作權之情事，故原告不得請求賠償。

地方法院判決並不承認「著作權濫用原則」，因此判定被告構成對著作權之侵害。惟被告不服提起上訴，聯邦巡迴第四上訴法院於判決中論述著作權法與專利法的立法背景與公共政策，進而認定著作權法與專利法皆具有促進科學與藝術發展的立法目的，則權利濫用原則既得適用於專利權，防止專利權人不當擴張其所取得權利，則對於具有相同精神的著作權亦應有其適用，當著作權人企圖利用契約而不當擴張著作權法所賦予權利時，即構成「著作權濫用」。

上訴法院並指出著作權濫用原則與競爭法的關係：「著作權人違反反托拉斯法的行為，一般情形下亦可能構成著作權濫用；惟著作權濫用並無以違反反托拉斯法為前提，蓋著作權濫用僅屬於著作權侵權訴訟的衡平抗辯。」

因此，即便法院認定被告未與原告訂立契約，¹⁸⁷但原告於授權契約上所為約定係嚴重抵觸著作權法之立法目的與公共政策，蓋著作權法的目的係在促進資訊交流，其保護的是「表達」而非「觀念」，若原告所擬訂的契約條款擴大保護範圍至電腦程式中包含的「觀念」，並且企圖利用授權條款限縮他人擷取利用電腦程式中所含觀念而另行獨立開發競爭產品的空間，則已違背著作權法僅保護觀念

¹⁸⁷ 當時美國法院尚未承認拆封授權契約之效力，故購買著作重製物並拆封使用的行為並未被認定成立授權契約。

的「表達」的立法精神，故原告行為構成「著作權濫用」。

第二目 Atari Games Corp. v. Nintendo of America, Inc. 案¹⁸⁸

任天堂公司係著名的電腦遊戲軟硬體製造廠商，其製造的電視遊樂器 Nintendo Entertainment System 中內嵌有一套由任天堂所研發的電腦程式 10NES，藉以控制系統與遊戲軟體運作。經由任天堂公司合法授權製造的遊戲卡匣含有驗證金鑰，而 10NES 電腦程式設有一驗證系統，於使用者插入非為任天堂公司授權製造的遊戲卡匣時，由於該未經授權卡匣未含有金鑰，因此電視遊樂器將無法相容該卡匣，卡匣上所載的電腦遊戲軟體將無法運作。Atari 為遊戲卡匣製造商，其不滿任天堂利用該驗證系統控制遊戲軟體開發廠商，藉由向美國著作權主管機關調閱資料的機會，而取得 10NES 電腦程式相關資料，並且利用相關資料從任天堂遊戲主機中分析出程式目的碼，並且利用還原工程解析出原始碼後，另行創作電腦程式，名為 Rabbit Program。惟 Atari 所選擇程式語言以及運作平臺硬體設備與任天堂不同之故，因此該電腦程式與 10NES 電腦程式的指令有所不同。任天堂因此提起訴訟，主張 Atari 於還原工程中重製 10NES 程式目的碼的行為未經其同意，因此侵害其就 10NES 電腦程式所享有的著作權，而 Atari 於訴訟中主張任天堂於遊戲程式開發授權契約中規定，被授權人於被開始銷售被授權開發產品二年內，不得為其他遊戲平臺製造其所開發的遊戲程式，亦不得販賣其他第三人獨立開發的遊戲程式，企圖取得遊戲軟體市場的獨占力量，妨礙相關業者競爭，因此相關授權行為應該當於著作權濫用，於本案中不得主張著作權。

法院於判決中重申專利法與著作權法擁有相同公共政策之考量，因而肯認權利濫用原則於著作權侵權案件中確有適用的可能，其並指出權利濫用的可責性在

¹⁸⁸ Atari Games Corp. v. Nintendo of America, Inc., 975 F.2d 832 (Fed. Cir. 1992).

於系爭行為與該法律所維護的公共政策相衝突，因此權利濫用原則無須以違反反托拉斯法為前提要件。惟法院分析本案情形，認為本案所涉限制被授權人約款的性質與前述 Lasercomb 案不同，本案中任天堂藉由授權契約而達成禁止被授權人為其他遊戲平臺製造該電腦遊戲，惟軟體開發廠商仍有開發其他遊戲軟體的自由，該限制對於創作影響不大；而 Lasercomb 案則係利用授權契約而禁止被授權人開發競爭程式，並且約定期間長達 99 年，遠超過著作權法所賦與著作權人的保護期間，故本案中任天堂公司授權行為並無構成著作權濫用之情形。¹⁸⁹

第三目 Alcatel USA Inc. v. DGI Tech., Inc. 案¹⁹⁰

阿爾卡特係為著名電話設備製造商，本案中其製造長途電話系統的電話交換系統，並且開發出相關電腦程式以控制該電話交換系統。其授權電信客戶使用該電腦程式，並於授權契約上要求被授權人不得重製該電腦程式或是將該程式提供予第三人使用，並且亦不得將該電腦程式於非由阿爾卡特所設計製造的硬體設備上使用。

一般情形下，客戶得藉由另行安裝微處理器而擴充電話交換系統的負載量，阿爾卡特亦有生產該擴充所需的微處理器。而該微處理器的記憶體中駐有電腦程式，以控制該擴充設備與交換系統間的相容性。DGI 公司則是製造該類微處理器的廠商之一，其為求所製造的微處理器與阿爾卡特的電話交換系統相容，因此對於阿爾卡特所開發控制電話交換系統的電腦程式加以逆向還原，而後撰寫與該程式相容的電腦程式，並寫入其所製造的微處理器，以製造相容於阿爾卡特電話交換系統的微處理器。阿爾卡特即對於 DGI 公司提起著作權侵害之訴，而 DGI 亦於

¹⁸⁹ 本文中由於 Atari 係以不正方法取得任天堂公司的電腦程式，而著作權濫用原則係屬於衡平法上的抗辯事由，而依同屬衡平法上抗辯之「不潔之手」原則，Atari 取得電腦程式的行為屬於詐欺，因此法院亦判決 Atari 喪失主張著作權濫用的權利，惟此並非本文重心，故不予深論。

¹⁹⁰ Alcatel USA, Inc. v. DGI Tech., Inc., 166 F.3d 772 (5th Cir. 1999)

訴訟中主張阿爾卡特之授權契約構成著作權濫用。

聯邦第五巡迴上訴法院認為著作權人於授權契約中禁止被授權人將電腦程式提供予第三人，以及禁止被授權人使用該電腦程式於競爭產品上，係證明阿爾卡特意圖藉由電腦程式著作權的行使，於擴充微處理器的產品市場上間接擴張其市場力量，同時亦利用相容性的設計，阻礙其他生產微處理器的競爭者開發相容性產品，意圖使其生產的擴充微處理器於該市場上取得事實上獨占的地位。法院因而判定阿爾卡特所為授權行為與鼓勵創新與促進科學技術發展的著作權公共政策相衝突，構成著作權濫用，不得向被告請求損害賠償。

第二款 著作權濫用原則之意義與判準

著作權濫用原則作為美國法院基於衡平法而肯認被告得主張的抗辯事由之一，於多數聯邦巡迴法院皆有案例肯認被告得以著作權濫用原則作為抗辯事由，惟美國聯邦最高法院尚未有案例直接肯認著作權濫用原則的存在，僅於個案中附帶論及權利濫用的抗辯事由於著作權侵害亦有適用可能，因此本原則的內涵、適用範圍與判斷基準，仍可能因未來美國法院實務發展而有所變化。惟歸納實際案例，大致上可以發現著作權濫用原則於下列情形較易成立：¹⁹¹

1. 著作財產權人意圖利用著作權取得市場力量，或是擴張著作權法保護範圍。
2. 著作權人的行為抵觸著作權法相關規定所欲追求的公共政策。

由於著作權法係為追求私益與公益之衡平，因此制度設計上非屬著作權法賦與權利人的範圍，即係為公益考量之目的而存在。則若著作權人濫用著作權法所賦與的排他權與利用權，藉以擴張保護範圍迄於原非其得主張權利的範圍之際，

¹⁹¹ Aaron Xavier Fellmeth, *Copyright Misuse and the Limits of the Intellectual Property Monopoly*, 6 J. Intell. Prop. L. 1, 9-13 (1998)

公眾將喪失近用相關資料的能力，對於公共利益即造成損害，因而構成著作權濫用。

由於著作權濫用的案例多與著作權人不當擴張市場力量有關，因此早期於聯邦法院尚未承認著作權濫用原則之前，學說上對於著作權濫用是否需要構成違反反托拉斯法規定一事有所分歧，主張應將反托拉斯法的命題納入考量者，認為被告主張著作權濫用抗辯時，法院除著作權法上應考量事項外，同時亦應審酌原告市場力量、其行為對於市場競爭秩序的影響，以及若原告因該抗辯而無法向被告主張著作權於相關市場上所造成影響等情事。¹⁹²然而於 Lasercomb 案判決指出著作權濫用原則應獨立於競爭法，僅憑藉著作權法的立法目的與公共利益進行判斷後，即奠定美國司法實務以著作權法所代表的公共利益為判斷基準，至於原告市場力量等競爭法參數，皆在所不論。

整理美國實務涉及著作權濫用的相關判決，多數案件皆係關於電腦程式著作授權契約中限制被授權人開發競爭程式的授權條款。此係因為電腦程式著作所具備的特殊性質使然，由於電腦程式的功能性質強烈，且為配合電腦硬體持續高速發展的效能，¹⁹³電腦程式亦配合高效能的硬體而重新撰寫，因此電腦程式的生命週期亦較其他類型的著作短暫甚多，相關市場的變動幅度亦相當劇烈，為謀求競爭優勢，程式設計業者往往會無所不用其極，以各類手段擴張保護範圍，或是提升潛在競爭者進入市場的障礙，藉以維持其市場占有率，冀望回收相關投資成本並謀取最大利潤，而電腦程式授權契約即屬於常見手段之一。惟如前所述，著作

¹⁹² 雖然於多數構成著作權濫用的案例中，反托拉斯法亦有適用，唯兩者於性質及效力上仍存有差異。相關論述請參見，柳瑜珊，「著作權授權與競爭法相關問題之研究」，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁 105-106，2002 年。

¹⁹³ 對於電腦硬體效能發展速度的觀察，最為明顯易瞭的應屬摩爾定律（Moore's Law）。該定律係由 Intel 創始人之一 Gordon Moore 於相關研討會上提出，其主張相同面積的積體電路上可容納的晶片數，每隔約 2 年便會增加 1 倍，因此處理器性能也將提升 1 倍，相同效能的處理器製造成本也將降低一半。詳細介紹可參見，http://en.wikipedia.org/wiki/Moore%27s_law，查訪日期：2009 年 6 月 4 日。

權法賦與著作權人相關權利的目的並非純然考量保障權利人的財產權，於權利行使上仍有其界限，若著作權人濫用著作權而擴張保護範圍，此時即於著作權的公共利益相衝突。因此雖然著作權法並未規範此類濫用行為，惟基於權利濫用不應予以保障，故美國法院於個案中常採納被告著作權濫用之抗辯，而判決原告不得向被告請求損害賠償。

惟著作權濫用抗辯僅係個案中被告得據以主張的抗辯事由，權利人因而暫時不得行使其權利，而非自始剝奪著作財產權人依法得享有的著作權，因此於著作權人除去濫用行為後，若被告仍有侵害著作權的情形，即得另行起訴。此外，著作權濫用原則作為抗辯事由，必須於個案中所涉及利用客體受到著作權法保護，對於未受著作權保護的作品，如選擇及編排上未具原創性的資料庫等情形，則業者利用授權契約限制使用人而後涉訟者，被告不得於訴訟中主張此一原則。

此外，由於科技保護措施已有逐漸取代授權契約而成為著作權人用以擴張保護範圍或取得市場力量的籌碼，¹⁹⁴而美國現行著作權法規定對於權利人濫用科技保護措施亦無明確規定，因此有學者主張若要修正逐漸向著作權人一方傾斜的著作權法制，除於著作權法以及司法實務上明確化使用人得主張合理使用的範圍以外，亦得擴大著作權濫用原則於此類案件上的適用，以調整著作權制度中公益與私益之衡平。¹⁹⁵

我國著作權法制上，目前仍未見實務案例中援引類似概念，惟著作權於概念上既屬於財產權的一種，則民法上權利濫用的法理對於著作權而言應有適用餘地。

¹⁹⁶惟權利濫用係屬於權利行使上的限制，其立論基礎在於交易上的誠信原則，而

¹⁹⁴ 如 DeCSS 相關訴訟，即涉及數位內容提供業者為控制分區銷售著作所為的科技保護措施 CSS，因此數位內容提供業者不須另行訂立授權契約，而得直接利用該科技保護措施而達成分區銷售、分時銷售之目的，並且美國法院已判決散布移除 CSS 工具（DeCSS）的行為已違反著作權法相關規定，見 *Universal City Studios, Inc. v. Corley*, 273 F.3d 429(2d Cir. 2001)。

¹⁹⁵ Dan L. Burk, *Anti-Circumvention Misuse*, 50 UCLA L. Rev. 1095, 1132-1134 (2003).

¹⁹⁶ 一般係以民法第 148 條第 1 項作為權利濫用原則之依據：「權利之行使，不得違反公共利益，或

非維持市場競爭秩序，則構成權利濫用應與行為人是否違反公平交易法無涉，然而權利濫用於一般情況下亦已逾越著作權的正當行使範圍，因而公平交易法對於逾越「正當行為」的行使著作權行為，亦有管制的空間。惟相關論述於著作權法上以及公平交易法上之定位，仍有待實務加以發展補充。美國實務判決已將著作權濫用原則與競爭法脫勾而分別認定，而我國公平交易法第 45 條宣示權利人依照著作權法行使權利的正當行為不受該法之規範，則即便我國司法實務嗣後引用權利濫用法理作為著作權侵害訴訟案件的裁判基礎，惟其考量是否會與美國法院一致，將權利濫用原則與競爭法分別觀察，抑或將競爭法相關參數一併納入整體要件而為綜合考量，則尚待觀察。

第三節 電腦程式著作授權契約於競爭法上之侷限

由前二節敘述可知，電腦程式著作權人可能於授權契約設定有利於其競爭的契約條款，則於著作權法對於著作授權契約相關限制之外，若該執行該約款將嚴重限制市場競爭，則該授權契約亦應受到競爭法的規範。惟授權行為本質上仍屬於著作權的行使，而著作權的本質即係藉由保護私益而鼓勵創作，因而賦與著作權人一定程度的使用權與排他權，惟排他權的行使於一定程度上亦會導致市場競爭質量的減損，若權利人係正當行使權利時，則此時競爭法必須容忍妥協，惟若著作權僅係被權利人作為濫用市場力量或意圖獨占的工具，即便著作權人主張其係行使權利，競爭法亦無須退讓，仍應依照系爭行為所涉規範而加以處置。因此，競爭法何時應逕行介入干預，何時應守分退讓，即為關鍵。尤以知識經濟時代，著作權被權利人作為競爭手段的情形已是屢見不鮮，使得兩者適用界線實難確切畫分，多數情形下必須就個案情形方能加以認定。

以損害他人為主要目的。」我國司法實務上認為行使權利構成濫用的情形，須行為人主觀上專以損害他人為主要目的，而於客觀上比較行使權利所得利益與他人所受損失是否相當而定，參照最高法院 71 年台上字第 737 號判例。

競爭法的立法意旨在於維持市場自由競爭，並且於充分競爭的前提下使得資源配置盡量達到最適效率的狀態；而著作權則係賦與著作權人排他權限，藉以排除侵害權利的競爭者而維護交易秩序，同時亦提升創作意願，長遠而言得吸引處於同一市場的競爭者願意投入資源開發新著作，則提升整體創作數量之際，對於市場競爭亦有所助益，而最終受益者皆為消費者。由此可知公平交易法與智慧財產權法間並非處於衝突的狀態，觀察二法的立法意旨以及歷史，可知競爭法與智慧財產權法實則相輔相成，則於執行面上二者若能相互補足彼此不足之處，方能於維護競爭秩序的同時，亦使得社會資源分配最適，不致向任何一方傾斜。

惟著作權人對於侵權人行使排他權之際，若是該著作涉及市場競爭，則排除他人使用將不可避免地導致限制競爭的效果，則若著作權人濫用市場力量而限制自由競爭，進而擾亂競爭秩序時，競爭法仍應規範此類行為。公平交易法第 45 條規定即宣示權利人依照著作權法行使權利的正當行為不適用該法規定，其意在表明相關智慧財產權法制不得阻卻濫用權利損害競爭秩序行為之違法性，故行使著作權的行為並不當然排除公平交易法之適用。以下即分析公平交易法第 45 條的性質與適用範圍，並檢視我國現制下規範不足之處，最後簡述各類電腦程式授權契約條款於競爭法上的評價。

第一項 公平交易法第 45 條之性質與範圍

第一款 公平交易法第 45 條法律性質

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。」對於該條規定的定性以及闡釋，將影響競爭法得介入著作權行使行為的範圍，因此即有討論實益。

對於本條規定之性質，甚多學說從不同面向對於本條加以論述，其中包括適

用除外說、權利濫用說、違背立法意旨說、訓示規定說、違反考量因素說，以及阻卻違法事由說等。以下就主要學說加以說明：¹⁹⁷

第一目 適用除外說

本說係認為本條規定於性質上屬於不適用公平交易法之除外規範，主要著眼點在於智慧財產權法與競爭法所具備之不同規範功能。競爭法係為預防或扼止限制市場競爭行為的成立，因此所有涉及經濟交易的相關行為，皆應受到公平交易法之拘束；惟智慧財產權法係藉由法律而明文賦予權利人所享有的排他權利，由於該智慧財產原則上僅有權利人得據以行使，則行使排他權勢必將排除他人利用該智慧財產與權利人自由競爭的可能，而形成限制競爭的效果。雖然行使此類排他權利必然對於自由競爭造成輕重不一的影響，但若公平交易法將此類排他權視同於其他一般經濟交易行為而畫一規範，則可能無法實踐智慧財產權法藉由保護私益以追求公益的立法目的。則基於特別法優於普通法的原則，行使著作權法相關權利的行為，應排除競爭法的適用。

本說並認為，基於例外從嚴的法理，因此本條規定於適用之際，應儘量從嚴認定，以維持公平交易法固有的適用範圍，以確保自由與公平之競爭環境。又本條規定僅係宣示公平交易法與智慧財產權法間的界線，亦即行使智慧財產權的行為仍須受到競爭法的檢驗，惟此並非推定未被除外的權利行使行為即違反公平交易法，仍須進一步判斷系爭行為於競爭法上應受評價。

第二目 權利濫用說

本說主要係由美國專利法上對於「專利權濫用 (patent misuse)」抗辯事由發

¹⁹⁷ 廖義男、謝銘洋、黃銘傑、石世豪、吳秀明、陳志民，「公平交易法之註釋研究系列(三)－第二十五條至第四十九條」，頁 547-549，公平交易委員會委託研究報告，2005 年。

展承繼而來，¹⁹⁸其認為若智慧財產權的行使行為，經分析後屬於權利濫用行為者，則無須適用本條規定而被排除，其權利濫用行為得直接適用公平交易法相關實體規定。亦即其係認為本條規定係排除正當權利行使行為，因此若權利人濫用其權利時，即無法符合正當行為之要件，而須受競爭法的管制。

於美國法上，「權利濫用」原則係基於普通法中「不潔之手（unclean hands）」的原則發展而來，於專利權侵害訴訟中常見被告提出該原則作為抗辯事由。專利權濫用係指專利權人藉由權利行使而將其所享有的排他範圍不當擴張延伸至原先專利權法保護範圍外，或者利用專利權控制相關市場競爭。

智慧財產權濫用行為並非必然違反公平交易法，但由於濫用權利之行為已經超出智慧財產權法預設之權利範圍，因此即應受到公平交易法相關規範之拘束。且通說認為公平交易法第 45 條規定並未排除不公平競爭行為之適用，因此若於個案中權利濫用行為涉及公平交易法第 19 條以下的不公平競爭行為，此時濫用權利的行為人不得依據本條規定，主張其行為不受公平交易法之監督。

第三目 違背立法意旨說

本說認為，權利行使行為本須符合各智慧財產法的立法意旨，因此當權利行使逸脫智慧財產權法所規範範圍，而違悖保護智慧財產的立法意旨時，此時該行為已非競爭法不予規範的正當權利行使行為，而屬於不正當的競爭行為，應受公平交易法相關規定的規範。¹⁹⁹

第四目 訓示規定或確認規定說

¹⁹⁸ 唯應注意者，美國法上著作權濫用原則發展迄今，其成立要件以及法院判準已與專利權濫用原則有所不同，如專利權濫用原則通常將該濫用行為所造成競爭法上效果亦納入考量，唯著作權濫用原則已與競爭法相關參數脫勾，法院於判斷時無須納入市場力量、對競爭秩序影響程度等事由，僅須由著作權法所舍括之立法目的加以審酌是否該當著作權濫用原則。

¹⁹⁹ 此說為我國競爭法主管機關公平交易委員會所採取見解，見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第 4 點第 1 項規定。

本說以為公平交易法作為維護競爭秩序之法律，不論是否制定本條規定，依據智慧財產法所為之正當行使權利行為，甚或其他法律上的正當行使權利行為，本皆不應受到競爭法的規範，蓋其權利行使行為係屬正當。²⁰⁰亦即，本條規定僅具訓示規定之性質，於競爭法上不應賦與智慧財產權特別待遇，智慧財產權權利行使行為與其他類型財產權的權利行使行為，於競爭法上應以同等評價的標準加以檢視。

第五目 違法考量因素說

本說認為著作財產權之本質既為賦與權利人排他權以鼓勵創作，並且設定一定期間限制以滿足公益上的考量，則於考量系爭權利行使行為是否違反競爭法規定時，不得忽略行為人擁有著作財產權之事實，而應分析個案中賦與權利人著作財產權，對於競爭法上促進競爭以及限制競爭的效果，加以綜合考量，並於評估競爭效益時，亦應評估智慧財產權法鼓勵創新等正面功能，較為周全適當。²⁰¹

第六目 阻卻違法事由說

本說認為公平交易法第 45 條與第 46 條皆屬於為排除公平交易法禁止規定而優先適用其他相關法律之強制或許可規定。其認為於智慧財產權法與公平交易法交錯的「灰色地帶」，若依明確原則加以處理，將會嚴格限縮智慧財產權的行使空間，因而無法落實智慧財產權法的立法意旨；惟若將公平交易法適用範圍縮減，則對於智慧財產權濫用行為所附帶的限制競爭效果亦無法利用競爭法加以除去。故利用「正當行為」此一不確定法律概念，賦與競爭法主管機關公平交易委員會審查空間，使其得考量競爭法與智慧財產權法的立法意旨後，就個案情形依其職

²⁰⁰ 此說係為日本學界對於與我國規定相仿之獨占禁止法第 21 條的通說見解。見黃銘傑，「競爭法與智慧財產權之交會－相生與相剋之間」，頁 173，元照出版，2006 年。

²⁰¹ 王立達，競爭法對智慧財產權市場立場之管制－以有線電視頻道授權案件為例，月旦法學第 84 期，2002 年。

責加以認定是否正當。²⁰²

本文認為公平交易法第 45 條規定應屬於訓示規定，採取此見解有其目的性，由於現行法下僅就專利法、商標法及著作權法加以明文列舉，而對於積體電路電路布局保護法、植物品種及種苗法、營業秘密法等本即屬於智慧財產法律卻未於本條規定者，即無從適用本條。惟此並非表示此類未被列舉法律的權利人於行使權利之際無須受到競爭法的規範。則若採取訓示規定說的見解，其他未為本條規定明文列舉的法律，於權利行使行為涉及競爭法之際，仍得依照本條規定背後蘊涵的規範理念，以釐清公平交易法與此等法律間的適用關係。²⁰³

雖然各家學說對於本條規定性質有不同的認知，並且採取不同見解將影響公平交易法介入程度的深淺，惟關鍵點仍在於何謂智慧財產權法上的「正當行為」，亦即該正當與否之認定，是否應從該智慧財產權的角度加以切入，抑或單純以競爭法觀點加以檢驗，或由此二種法規加以交互適用？學說上對此亦有所分歧，有從經濟學之觀點，主張正當行為係指公有財轉化成私有財的過程中，所涉及法律賦予特定人公共財的壟斷權行為；²⁰⁴有認為正當行為應純以該智慧財產權法加以認定者；²⁰⁵亦有認為應同時以著作權法與公平交易法加以檢視，於保障智慧財產權人私益之餘，亦謀求維護自由市場競爭環境。²⁰⁶

則於本文脈絡之下，於適用公平交易法第 45 條之際，究竟行使著作權之正當

²⁰² 蘇永欽、范建得，公平交易法第四十六條修正後的適用問題，第七屆競爭政策與公平交易法學術研討會論文集，頁 420，2001 年。

²⁰³ 美國 1995 年由司法部與聯邦交易委員會共同發布之「智慧財產權授權之反托拉斯準則(Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property)」亦採取此一論點，並不限定於特定的智慧財產權法律。見 Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property, §2.1, "The Agencies apply the same general antitrust principles to conduct involving intellectual property that they apply to conduct involving any other form of tangible or intangible property."

²⁰⁴ 蔡英文，公平交易法與智慧財產權，政大法學評論第 44 期，頁 257，1993 年。

²⁰⁵ 柳瑜珊，「著作權授權與競爭法相關問題之研究」，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁 14，2002 年。

²⁰⁶ 謝銘洋，智慧財產權與公平交易法之關係－以專利權為中心，臺大法學論叢第 24 卷第 2 期，頁 553-554，1995 年。

行為應以何種角度加以判斷？本文考量現行法制發展情形，認為應以著作權法相關規定以及其立法精神作為判斷基準，而輔以競爭法相關規定的形式要件。此係考量我國現行著作權法對於各種著作財產權行為規範尚未細緻化，且合理使用與法定例外的規定亦定位不明，若是僅以著作權法相關規定審查系爭行為是否正當而決定於競爭法上是否除外，則不符著作權法基本原則的行為亦可能通過檢驗，若該行為實為廠商藉由著作權而企圖濫用市場力量或影響自由競爭的手段，則將之排除於競爭法適用範圍外殊不合理，因此本文認為，本條之適用除須考量著作權人利益以外，仍須以競爭法的角度加以形式篩選後，方得排除公平交易法之適用。惟由於本條規定係為個案得適用公平交易法的前提要件，因此於審酌個案是否涉及限制競爭相關規定之際，應限於以形式要件加以審查，否則若納入實質要件加以審酌，則考量著作權法與公平交易法諸般形式與實質要件後，方能決定是否排除公平法適用，邏輯上似有矛盾倒置之虞。惟若未來著作權法制得以釐清相關規定之定位，且實務上引入著作權濫用原則時，則甚多不正當行為即得藉由著作權法即其立法精神加以規制，此時本條規定的正當行為或得憑藉著作權法相關規定加以審查即足，蓋著作權法已將正當行為的範圍合理化，因此將之除外適用並無不可，而未被排除者亦非被推定違反公平交易法，仍須再受到競爭法制相關規定檢驗以為評價。

第二款 公平交易法第 45 條之範圍

第一目 「著作權法」之適用範圍

由於本條規定明文要求係依照著作權法「行使權利」者，方無競爭法之適用，因此若行為並非屬於著作權法上的權利，則無該條之適用。

依照著作權法之規定，著作權人所享有權利包括著作人格權與著作財產權，前者的權利涵括公開發表權、姓名表示權以及不當變更禁止權；而後者包含重製權、公開口述、公開播送、公開上映、公開演出權、公開傳輸權、公開展示權、改作權、散布權、出租權等。而電腦程式著作可能涉及者，包括著作人格權，以及著作財產權中的重製權、公開播送權、公開傳輸權、散布權、改作權、編輯權與出租權。則電腦程式著作權人依法行使此些權利，均屬於公平交易法上的權利行使行為。

值得注意的是，著作權法為衡平公益與私益，因此亦對於權利加以設限，如著作財產權保護的存續期間，²⁰⁷以及著作財產權範圍的限制，則若系爭著作已逾保護期間，權利人利用契約而續為約束使用人的情形，即非屬於行使著作權的範疇；又如著作權利範圍的限制，²⁰⁸由於著作權法第 65 條第 1 項規定：「著作之合理使用，不構成著作財產權之侵害。」因此法定權利限制的範圍內，著作財產權人不得主張著作權，亦即該範圍已逸脫於權利人權利範圍之外。因此若著作財產權人的行為符合權利限制的行為態樣，即不得被認為屬於權利行使行為，因此無法排除公平交易法之適用，仍應從競爭法的角度審查判斷系爭行為是否限制競爭。

著作權法除規範上述權利之外，尚列有製版權、權利管理電子資訊及防盜拷措施等相關規範，而後二者與電腦程式著作亦有相關。惟權利管理電子資訊及防盜拷措施係為保障著作內容之資訊或科技措施，著作權法雖賦予一定程度的保護，惟並未賦予設置相關訊息或措施之人權利，²⁰⁹亦即權利管理電子資訊及防盜拷措施並非屬於著作權的權利客體。雖然著作權法禁止移除或變更權利管理電子資訊，

²⁰⁷ 著作權法第 30 條至第 35 條參照。

²⁰⁸ 著作權法第 44 條至第 65 條參照。

²⁰⁹ 對於禁止移除控制接觸型科技保護措施的立法，學說上有認為實質上已賦與著作財產權人一種新型態的「接觸權 (right of access)」，惟由於法律文字並未以「權利」稱之，因此形式上著作財產權人並未取得此種權利。請參見，星友康，「衝突或妥協？—科技保護措施立法之研究」，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁 104-107，2006 年。

以及未經合法授權而規避防盜拷措施的行為，但對於權利管理電子資訊及防盜拷措施所有人而言，此類資訊或措施既非屬於著作權客體，因此設置此類資訊或措施亦非為權利行使行為，並無公平交易法第 45 條除外規定之適用，亦即設置權利管理電子資訊及防盜拷措施的行為，仍應受到公平交易法的管制規範。

第二目 「不適用本法規定」的範圍

公平交易法第 45 條規定雖稱行使著作權的正當行為「不受本法之規定」，惟由於我國公平交易法實際上規範限制競爭與不公平競爭二大領域，則行使著作權的正當行為所排除公平交易法的適用範圍，應不包括實質規範上屬於不公平競爭規範之相關規定。²¹⁰

設有競爭法制的國家，多將排除行使智慧財產權行為適用競爭法之相關規定，限定於限制競爭法方有適用，而不正競爭法並無相關規定可供例外排除之。²¹¹蓋著作權的本質既為排他權，則行使著作權必然對於相關市場上的競爭質量造成一定程度的抑制。惟著作權法既為衡平私益與公益，必須於一定範圍內容忍著作權人正當行為對於市場競爭的限制，因此例外於競爭法上容許之。因此正當權利行使行為所得排除適用者，僅限是公平交易法中限制競爭的相關規定；而關於不公平競爭的相關規定，由於不公平競爭係針對競爭手段的惡質性加以規範，以維護公平競爭，因此符合公平交易法上「事業」定義者，理論上皆不得為不公平競爭的行為，即便其為智慧財產權人亦然，因此不公平競爭的相關規範，對於行使著作權的正當行為仍有適用。

²¹⁰ 廖義男、謝銘洋、黃銘傑、石世豪、吳秀明、陳志民，「公平交易法之註釋研究系列(三)－第二十五條至第四十九條」，頁 559-560，公平交易委員會委託研究報告，2005 年。

²¹¹ 同前註，頁 547-549。

第二項 限制競爭規範於著作權授權契約之適用

由於智慧財產權之特殊性質使然，導致近年來利用智慧財產權授權契約實而限制相關市場上競爭的案例與日遽增。然而著作權法對於授權契約內容並未具體加以規制，當事人得於未違反強行規定的情形下自行決定契約內容，因此依照個案情形而有所差別，表面上未涉及競爭惟實際操作卻能達成限制競爭之目的者，亦所在多有，因此須就個案中事業於相關市場上所具備市場力量、約款所涉及競爭參數、以及實際上系爭契約條款將造成限制競爭的效果加以評估後，方能確定是否違反公平交易法關於限制競爭之規範。本文於此無意就個案加以檢討，而係著眼於分析從我國競爭法主管機關對於智慧財產權授權協議所發布的行政命令。由於各國主管機關於處理智慧財產權授權涉及競爭法上的案件時，多發布行政命令例示競爭法所欲規制的行為主體以及行為態樣，藉由公開管制機關的心證，使事業與民眾對執法單位的判斷於事前有所認知，以供智慧財產權人參酌遵循。以下，本文嘗試藉由分析我國競爭法主管機關所發布的授權協議原則，以呈現授權契約條款係以如何之面貌作為限制競爭之手段，並適時引介美國、歐盟與日本相關法令以供比較，探求我國現行法規之缺漏。

第一款 我國現行法制之分析

我國競爭法主管機關公平交易委員會於 2001 年發布施行「行政院公平交易委員會審理技術授權協議案件處理原則」，²¹²並歷經多次修正後，於 2009 年發布「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」，²¹³藉由本處理原則以宣示公平會處理專利或技術授權協議涉及公平交易法時的執法態度。

²¹² 公平交易委員會（90）公法字 00222 號函參照。

²¹³ 公平交易委員會（98）公法字第 0980001569 號令參照。

處理原則第 1 條係關於訂立本處理原則之目的。而處理原則第 2 條則指出本處理原則所欲規範的客體，包括涉及專利授權、專門技術授權、或專利與專門技術混合授權等技術授權協議，並且於同條第 2、3 項分別就專利與專門技術之內涵加以定義。²¹⁴ 本條值得注意者在於，處理原則中僅明文列舉「專利授權」、「專門技術授權」以及「專利與專門技術混合授權」，而不及於新式樣專利權授權、積體電路布局權授權、植物品種權授權，以及與本文關係最深的著作權授權。或有謂「專門技術授權」之定義中包含「程式」，是否係指稱電腦程式？查本處理原則對於專門技術之定義，係仿自營業秘密法第 2 條對於營業秘密之定義，²¹⁵ 而營業秘密法對於該定義確為指稱電腦程式，²¹⁶ 惟「專門技術 (know-how)」與受營業秘密法保護之「營業秘密」於本質上仍有所不同，²¹⁷ 即便法條文字定義相同，亦應無法推論出兩者內涵必然相同。則本處理原則所稱「程式」係為何指，僅能等待主管機關另行加以詮釋，而不能當然認為專門技術中所包含的「程式」係指電腦

²¹⁴ 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第 2 條：「

二、(名詞定義)

(一) 本處理原則所稱技術授權協議係指涉及專利授權、專門技術授權、或專利與專門技術混合授權等授權協議類型。

(二) 本處理原則所稱專利，係指依我國專利法取得之發明專利或新型專利；未於我國取得專利所為之授權協議，而對我國特定市場產生限制競爭或不公平競爭之影響者，準用本處理原則之規定。

(三) 本處理原則所稱專門技術 (Know-How)，係指方法、技術、製程、配方、程式、設計或其他可用於生產、銷售或經營之資訊，而符合下列要件者：

- 1、非一般涉及該類資訊之人所知。
- 2、因其秘密性而具有實際或潛在之經濟價值。
- 3、所有人已採取合理之保密措施。

(四) 本處理原則所稱「商品」之用語亦包括服務。」

²¹⁵ 營業秘密法第 2 條：「本法所稱營業秘密，係指方法、技術、製程、配方、程式、設計或其他可用於生產、銷售或經營之資訊，而符合左列要件者：

- 一、非一般涉及該類資訊之人所知者。
- 二、因其秘密性而具有實際或潛在之經濟價值者。
- 三、所有人已採取合理之保密措施者。」

²¹⁶ 參考美國於 1979 年由統一州法全國委員會 (National Conference of Commissioners on Uniform State Law) 所公布的「統一營業秘密法 (Uniform Trade Secrets Act)」，其第 1 條第 1 項第 4 款對於營業秘密的定義為：係指包括配方、模型、編纂、電腦程式、設計、方法、技術或過程的資訊，且 1. 其獨立之實質或潛在的經濟價值，係來自於非他人所公知，且他人無法以正當方法輕易確知，而其洩露或使用可使他人獲得經濟上之價值者；2. 已盡合理的努力維持其秘密性者。則我國營業秘密法制既為承繼外國制度，應可推知「程式」之意確為電腦程式，唯仍須符合營業秘密的保護要件，則屬當然。

²¹⁷ 美國「智慧財產權授權之反托拉斯準則」於規範客體上將營業秘密 (trade secret) 與專門技術 (know-how) 並列，即屬適例。

程式。再者，若專利授權協議於處理原則中係歸類為一種授權協議類型，則著作權授權亦應屬於另一種授權協議類型，實無將本質上屬於著作權授權之電腦程式授權，列為專門技術授權底下之理。由此或可推知競爭法主管機關並未認知到，著作權授權於授權協議中亦占有一席之地。

綜觀美國、歐洲聯盟以及日本相關規定，美國「智慧財產權授權之反托拉斯準則（Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property）」所規範客體包括專利權、著作權、營業秘密以及專門技術，僅排除商標法之適用；²¹⁸而歐洲聯盟於2004年所公布之「歐洲共同體技術授權豁免法令（Commission Regulation (EC) No 772/2004 of 27 April 2004 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of technology transfer agreements）」中，亦明白指出技術授權協議包括專利授權協議、專門技術授權協議、電腦軟體著作權授權協議或專利、專門技術或電腦軟體著作權之混合型協議；²¹⁹甚至連日本於2007年由公正取引委員會所發布之「知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針」中，亦明文將各種智慧財產權法以及專門技術明列其中，包括專利法、積體電路電路佈局法、植物品種與種苗法、著作權法、商標法等，並且特別註解著作權客體中的電腦程式著作該當於該指針所稱之技術。²²⁰則我國競爭法主管機關至2001年發布本處理原則以來，歷

²¹⁸ Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property, note 1. "These Guidelines do not cover the antitrust treatment of trademarks. Although the same general antitrust principles that apply to other forms of intellectual property apply to trademarks as well, these Guidelines deal with technology transfer and innovation-related issues that typically arise with respect to patents, copyrights, trade secrets, and know-how agreements, rather than with product-differentiation issues that typically arise with respect to trademarks."

²¹⁹ EC 772/2004, Article 1(1)(b). "technology transfer agreement" means a patent licensing agreement, a know-how licensing agreement, a software copyright licensing agreement or a mixed patent, know-how or software copyright licensing agreement, including any such agreement containing provisions which relate to the sale and purchase of products or which relate to the licensing of other intellectual property rights or the assignment of intellectual property rights,

²²⁰ 知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針：「第1はじめに 2本指針は、知的財産のうち技術に関するものを対象とし、技術の利用に係る制限行為に対する独占禁止法の適用に関する考え方を包括的に明らかにするものである。

(1)本指針において技術とは、特許法、実用新案法、半導体集積回路の回路配置に関する法律、種苗法、著作權法及び意匠法によって保護される技術（注2）並びにノウハウとして保護される技術を指す。

これらの技術の利用とは、法的には当該技術に係る知的財産の利用にほかならないから、本指

經多次修正，卻仍將著作權以及其他智慧財產權授權協議排除於競爭法規範之外，其考量為何實無從得知；惟為規範明確起見，仍應逕行修正授權原則所適用範圍，將智慧財產權法悉數納入本處理原則，以杜法律適用上相關爭議。

處理原則第 3 條則為宣示公平會對於相關授權協議的審查原則，亦即其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。²²¹此一原則係屬正確，蓋事業是否具有市場力量，端視企業於市場上得否於相當期間內於與他人競爭，而能維持產品或服務於競爭價格以上，或是保持產量於競爭產量以下的狀態並且獲利一事而定，²²²並非單純以其享有智慧財產而得排除他人侵害即推定具有市場力量，蓋於相關市場上仍可能存在事實上或潛在性的代替商品或服務，特定人所擁有的智慧財產權並無法直接排除市場上競爭對手或阻礙他人進入市場。關鍵點在於如何界定相關市場，蓋事業所具備排除競爭的能力於計算時點既已特定，因此決定其市場占有率的關鍵即在於如何畫定市場，針對此點處理原則係於第 4 條加以定義。

處理原則第 4 條第 1 項則為公平會對於相關授權協議進行審查分析的程序步驟。公平會指出其審理技術授權協議案件時，將先依公平交易法第 45 條規定進行分析，若依照專利法等行使權利的正當行為，惟實質上逾越專利權等正當權利的行使範圍，違反專利法等保障發明創作之立法意旨時，仍應依公平交易法及本處理原則處理。由處理原則所述，可知公平會係藉由公平交易法第 45 條先行過濾權利正當行使的行為，以排除此類行為的適用。惟公平交易法第 45 條僅列舉專利權、商標權與著作權，對於其他類型的智慧財產權法並未列入，因此如前所述，將公平交易法第 45 條解讀為例示規定即有其目的性。又處理原則中舉專利權濫用為例，

針では、以下「技術の利用」と「知的財産の利用」とは同義のものとして用いる。

（注 2）著作權法ではプログラム著作物、意匠法では物品の形状に係る意匠として保護される技術がこれに当たる。」

²²¹ 唯公平會對於「市場力量」之定義，於處理原則中並未說明。

²²² Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property, §2.2. "Market power is the ability profitably to maintain prices above, or output below, competitive levels for a significant period of time."

若形式上係依照專利法行使權利的正當行為，惟實質上逾越專利權正當權利的行使範圍，違反專利法保障發明創作之立法意旨時，此時公平會仍應介入，而依照公平交易法及本處理原則處理。由此段說明可知，公平會於適用公平交易法第 45 條規定時，係主動加以審查是否構成權利濫用，並以該審查結果決定是否適用公平交易法實體規定。唯一來智慧財產權權利界定並非競爭法主管機關之所長，則為追求處理原則第 1 條所稱規範具體明確化使利害關係人得以預見之目的，公平會於處理原則中或得詳加說明例示何種行為屬於正當權利行使，藉以明確化公平交易法第 45 條所適用排除範圍；二來我國權利濫用原則係規定於民法第 148 條第 1 項，惟此原則於落實於專利權、商標權甚至著作權中，考量到各智慧財產權法律背後所代表法律意旨並非整齊畫一，則權利濫用原則於各該法律中所呈現面貌，似不應與民法上權利濫用原則等同視之，而應就各法的立法精神個別化發展。如美國實務上將專利權濫用與著作權濫用皆作為侵權訴訟上被告抗辯事由，惟兩者構成要件亦有差異，即為適例。

處理原則第 4 條第 2 項則係當公平會認定系爭授權行為並非屬於正當權利行使行為之際，須進一步適用公平交易法的實體規定，此際須先行畫定特定市場，而後依照該界定市場範圍計算市場占有率，而認定系爭授權協議對於該特定市場是否可能產生限制競爭的影響。且由於智慧財產權之特殊性，可能因授權協議而受影響的市場亦不若傳統情況下僅限於商品市場（goods market），而包括了技術市場（technology markets）與創新市場（innovation markets）。²²³

授權契約所涉及的商品市場，係指利用授權技術而製造或提供的商品所處之市場，其不僅包含功能相同或相似各類產品所構成的中間產品市場（intermediate goods），亦可能指稱授權協議中涉及的上、下游產品分別所在的上游產品市場

²²³ 此一分類係承繼美國「智慧財產權授權之反托拉斯準則」規定而來，因此本文於說明時亦多參照該準則。

(upstream goods，即上游原料市場)與下游產品市場(final goods)。²²⁴

而技術市場係指與該特定技術具有替代性的其他技術所構築之市場。於界定此類技術市場範圍時，須一併考量其他生產同類產品所使用之消費者認為功能、經濟效益相同或其他具有替代性之專利或專門技術，以及與所生產產品競爭之其他產品，及用以生產該產品的專利或專利技術。²²⁵惟技術市場實際上究竟如何界定，實務上往往難以操作，如發明專利即有「方法專利」與「物品專利」的區別，如個案中屬物品專利權的情形，此時技術市場與產品市場區隔相當模糊，如何特定技術市場以進行分析，在在考驗主管機關的智慧。

另外，由於智慧財產權的特殊性使然，導致新技術常於極短時間內即襲捲市場，則若授權時並無其他得與之競爭的技術存在，惟嗣後可能隨即為更為先進的技術所超越，則於分析時亦應納入將來發展技術以為評估。我國處理原則於此並未說明，而美國「智慧財產權授權之反托拉斯準則」則指出，若個案中所涉及者為嶄新技術，聯邦交易委員會將會儘可能取得相關資料，以預估系爭技術於商業使用後二年期間內的市場接受度。而若主管機關無從獲得市場占有率或其他指示市場力量的資料，而系爭技術的替代技術又具備相同的經濟效率，於成本、使用者認知等面向上與系爭技術無顯著差異的情形下，主管機關將則認為於該技術市場內，所有技術權人所擁的技術市場占有率皆相同。²²⁶此點或可供我國競爭法主管機關參酌。

至於處理原則所指稱創新市場，係指以可能從事商品的研究發展為界定範圍。

²²⁴ 李素華，專利及專門技術授權與公平法規範－研析審理技術授權協議案件處理原則，智慧財產權第31期，頁8，2001年。

²²⁵ 王偉霖、張俊宏，競爭法規範對技術授權之限制－以美國及臺灣法律為中心，法令月刊第58卷第12期，頁150，2007年。

²²⁶ Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property, §3.2.2. “When market share data or other indicia of market power are not available, and it appears that competing technologies are comparably efficient, the Agencies will assign each technology the same market share. For new technologies, the Agencies generally will use the best available information to estimate market acceptance over a two-year period, beginning with commercial introduction.”

由於智慧財產權人得利用授權協議有效阻礙科技創新，對於競爭必然產生影響，而此並無法透過分析產品市場與技術市場得以知悉，故必須另行分析創新市場。創新市場中包含擁有特殊資產或特質而可成功進行研究開發出新穎或改良的產品與製程的事業，亦包含現階段雖未參與相關市場，但擁有特殊資產與能力，於日後可能進入該市場的事業。於判斷創新市場中具研發能力事業所具備的市場力量時，必須考量從事研發所需各項資產比例、研發費用比例、相關產品市場占有率、足以反應研究相同度的比例等因素。此外，授權協議對於資源整合分配效率的影響，以及替代性研發被阻絕所產生競爭上不利益……等重重因素，亦應納入而進行綜合考量。

而於確認個案中技術協議所涉及的市場範圍後，即得約略確定系爭事業藉由該技術於相關市場上所具備的市場力量。而後公平會即得就授權協議加以審查，亦即該協議內容對於相關市場競爭秩序的影響程度，並依其市場力量之高低而異，判斷其是否違反競爭法。處理原則第 4 條第 3 項即明示公平會除考量授權協議內容的合理性外，亦應審酌授權人就授權技術所具有之市場力量、授權協議當事人於特定市場之市場地位及市場狀況、授權協議所增加技術之利用機會與排除競爭效果之影響程度、特定市場進出之難易程度、授權協議限制期間之長短、特定授權技術市場之國際或產業慣例等因素後，於綜合考察相關條件後，就該授權協議對於特定市場是否可能產生或已然產生限制競爭一事作出認定。

處理原則第 5 條、第 6 條係為明確化公平交易法於授權協議上之適用，藉由例示事項之宣示，以供權利人預測其授權行為是否可能因而違反公平交易法。而第 7 條則係對於事業違反第 6 條例示禁止事項所可以產生的法律效果加以說明。

第二款 競爭法對於電腦程式著作授權契約之評價

由前所述，可知著作權授權契約是否適用我國公平會所發布的「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」，於主管機關修訂該處理原則之前，仍為未定之數。惟既然著作權授權契約屬於著作權法所賦與著作財產權人的權能之一，若授權契約中所涉約定非屬於權利行使正當行為，則仍有公平交易法本法之適用，應無疑義。因此為便於討論，本文仍於著作權授權契約適用該處理原則的前提下，討論著作權授權契約條款於競爭法上之評價。

一般而言，著作財產權人對於被授權人所設限制可以分為三種面向：對於他人拒絕授與使用權、對於他人僅授與一定範圍內的利用權限、以及於授與他人利用權之際亦對於他人交易行為加以設限。由於著作權授權契約具有著作財產權人行使權利與當事人間訂定契約兩種面向，因此於授權契約中除可能呈現著作財產權人濫用著作權的情形外，亦可能發生授權人利用授權契約而對於被授權人附加不當限制的情形，此類限制可能與著作權核心無涉，惟事實上藉由此類對於被授權人交易活動上的制限，著作權人亦可能取得不正當的競爭優勢，因此仍須受到公平法的管制。

以下就一般情形下專屬軟體的電腦程式著作授權契約中可能出現具有競爭法上意義的契約條款，從公平交易法的角度嘗試加以分析。

第一目 界定相關市場

於分析授權契約於競爭法上的評價前，首先仍須界定相關市場。由於電腦程式著作所具備的功能性質，因此其可能作為產品而以著作重製物的形式銷售予一

般大眾，亦可能與具備相同或類似功能的電腦程式於技術市場上相互競爭，亦有可能作為尖端科技發展所必須的工具而授權與特定對象使用。則欲分析電腦程式著作所影響的市場類型，仍應視個案中電腦程式著作係以何種目的而開發，以及該授權對象的性質而決定。如授權條款涉及利用電腦輔助設計製造程式（CAD/CAM）所製作成品的銷售，則可能該當於「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」中所述的商品市場；而一般常見對於終端使用者授權的電腦程式著作授權契約，由於使用者藉由取得授權而滿足對於特定技術的需求，因此授權契約原則上影響者即為相關技術市場的競爭，蓋使用者對於該電腦程式的使用權可能因為授權契約條款而受有限制。

對於系爭電腦程式授權契約所影響市場的定性，係因為智慧財產權具有的特性使然。惟實際上主管機關如何於個案中界定市場範圍？公平交易法第 5 條第 3 項對於獨占行為的市場定義值得注意：「特定市場，係指事業就一定之商品或服務，從事競爭之區域或範圍。」然而單從上述語句對於市場的定義，仍就無法得知如何切下區隔市場範圍的第一刀。此時或可參考美國競爭法主管機關對於相關市場之畫分方式。

美國司法部反托拉斯局與聯邦交易委員會於 1992 年共同提出之水平合併指導原則（merger guideline）中，對於市場的定義如下：「市場是由一群商品的假設廠商組成，其係這些商品現在與未來的唯一銷售者，而且能在有利潤的情況下微小而顯著且持續的提高價格（small but significant and non-transitory price increase）。」

²²⁷ 其中的關鍵即在於藉由微小而顯著且持續的提高價格，而區隔出系爭商品的市場。而美國司法部於確認特定產品市場（relevant product market）時，亦是由單一

²²⁷ Horizontal Merger Guidelines, §1.0. “A market is defined as a product or group of products and a geographic area in which it is produced or sold such that a hypothetical profit-maximizing firm, not subject to price regulation, that was the only present and future producer or seller of those products in that area likely would impose at least a “small but significant and nontransitory” increase in price, assuming the terms of sale of all other products are held constant.”

的涉案產品出發，逐漸增加一些消費者認為於該產品銷售價格的替代品後，若是涉案產品的價格向上微小但顯著而持續的增加，由因此價格調漲而導致多少消費者移向購買其他替代品作為計算依據。若是有過多消費者離開，則代表涉案商品調升價格無利可圖，則此意謂原先加入的替代品太少、市場範圍界定過狹。此時應當重新畫定市場範圍，加入新的可供選擇的替代品，一直重覆上述過程，直到多數消費者面對微小顯著而持續的價格增加時，不因此轉向選擇購買其他替代產品為止，此時這些商品即被認為組成相關產品的市場。而對於何謂微小而顯著且持續的提高價格（small but significant and non-transitory price increase），美國司法部的說明是原則上產品價格持續每年上升百分之五，不過價格上升幅度與時間間隔，仍因不同產業特性而可能有所差異。此一計算法於產品市場的界定尚屬便利而易於操作，惟於技術市場以及創新市場的範圍判斷上，雖然原理相同，但變數上可能仍須加以調整，以符合相關市場的實態。

第二目 水平關係與垂直關係之授權

對於電腦程式著作授權契約進行競爭法上的分析時，須區分授權契約雙方當事人所處市場之間的關係。如授權人及被授權人間係同一市場中事實上或潛在的競爭者，則此係屬於水平關係的授權行為，藉由授權行為而整合歸納具有替代性的技術，因此對於市場的競爭秩序影響程度較大，如電腦軟體業界可能將電腦程式藉由交互授權而進行改良以提升程式性能，並約定拒絕授權予其他競爭者，則市場上其他競爭者以及尚未進入市場的潛在競爭者無法使用該電腦程式著作，此舉或該當於聯合行為，因此可能須以「當然違法（per se illegal）」原則加以規範。

惟就水平關係的著作授權條款，仍應考量契約條款所涉及的競爭法參數，而決定是否以當然違法原則審查該條款，抑或以較為緩和的「合理原則（rule of

reason)」加以規範即足。一般而言，若系爭契約條款係對於商品價格、產量、交易對象、交易區域等市場機制運作所必須者加以限制或是分割，對於此種較為惡質的聯合行為，於美國法中係以「當然違法」原則處理，原則上略去市場界定的步驟，而推定其已違反競爭法；而對於其他惡性較不顯著，藉由約定得提升經濟活動的效率，長遠而言有益於整體經濟與公共利益之水平聯合行為，²²⁸方以「合理原則」作為判斷基準，而須進一步考量其短期限制競爭與長期促進競爭之效果後，方得決定該條款是否違反競爭法。²²⁹

而若授權人與被授權人處於不同市場，藉由授權以整合不同產銷階段的資源，具有一定程度的互補性，則兩者係為垂直關係的授權，較不致有反競爭的疑慮，其授權協議得依合理原則加以審查。而專屬軟體對於一般終端使用者所採取的授權條款，由於電腦程式供應商與使用者間彼此並未具備競爭關係，二者並非處於同一市場，因此一般情形下終端使用者的電腦程式著作使用授權契約皆屬於垂直關係之授權，而得適用合理原則加以審查。

第三目 各類授權條款之評價

「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」第 5 條係對於原則上無反競爭嫌疑之授權協議內容加以例示。則依該條規定所述，電腦程式著作授權契約條款若符合下列情形者，原則上應無違反公平交易法：²³⁰

1. 著作財產權人約定被授權人實施範圍限於製造、使用或銷售之限制約款。
2. 於系爭電腦程式著作保護期間內，對於授權契約期間的限制。

²²⁸ 如我國公平交易法第 14 條第 1 項但書所列七款之情形。

²²⁹ 關於合理原則與當然違法原則之介紹，請參見柳瑜珊，「著作權授權與競爭法相關問題之研究」，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁 57-61，2002 年。

²³⁰ 並非所有情形於電腦程式授權契約上有皆其適用，因此本文僅就可預見會發生於電腦程式著作授權契約的情形加以整理。

3. 著作權授權契約約定被授權人應將改良技術或新應用之方法，以非專屬授權的方式回饋授權予原授權人。²³¹
4. 電腦程式著作授權契約條款約定被授權人應盡其最大努力，製造、銷售授權之商品。
5. 為確保授權人授權實施費用之最低收入，授權人要求被授權人利用授權電腦程式製造商品的最低數量，要求電腦程式之最低使用次數，或就銷售商品要求最低數量之約款。
6. 為使授權技術達到一定效用，維持授權商品一定品質之必要範圍內，授權人要求被授權人就授權技術之商品、原材料、零件等應維持一定品質之義務。
7. 被授權人不得就所授權的電腦程式，為移轉授權或再授權行為。

而處理原則第 6 條則對於授權協議中可能涉及反競爭的相關規定態樣加以例示，並於第 7 條說明相關約定可能該當的法律效果，本文以下即依照其脈絡而加以說明。

處理原則第 6 條第 1 項係規定：「有競爭關係之技術授權協議當事人間以契約、協議或其他方式之合意，共同決定授權商品之價格，或限制數量、交易對象、交易區域、研究開發領域等，相互約束當事人間之事業活動，足以影響特定市場之功能者，授權協議當事人不得為之。」而於第 7 條第 2 項指出該當於此類約定者，可能違反公平交易法第 14 條關於聯合行為之規定。則若具有水平競爭關係的電腦軟體業者，藉由交互授權或是聯合授權的授權契約，以授權協議的外觀而於內部聯合，並對外共同決定價格、限制產量、交易對象與區域、研究開發領域等，進而影響處於相同市場的其他競爭者之競爭能力之情形，即可能該當於本條規定，而須適用公平交易法第 14 條規定。

²³¹ 此點似有疑問，蓋回饋授權可以降低研發成本與風險，且得於被授權人的基礎上進行研發，具有促進技術創新的效果，唯要求被授權人非專屬回饋授權，雖然原被授權人自己仍得利用改良技術，亦得再行授權他人，唯若原授權人並未負擔同等義務、或其負擔義務有失衡平時，似有違反不公平競爭之虞。

本條處理原則即係移植公平交易法第 7 條關於聯合行為之定義，然而其於規定中納入「足以影響特定市場之功能」的要件，似乎認為此類型的授權契約應直接適用「合理原則」加以審酌。則該當於本條規定的著作權授權契約，究竟應適用「當然違法」原則審查而推定行為具備不法性，由行為人負擔舉證責任；抑或適用「合理使用」原則，而由行政機關或法院就所有限制競爭及促進競爭的變數加以逐一考量後而為綜合判斷？從處理原則來看，似乎不甚清楚。

惟本條係涉及聯合行為，且規定中所列舉價格、數量、交易對象、交易區域、研究開發領域等要件，皆屬於競爭法上的核心參數，於事業所為聯合行為係針對此類參數加以謀議時，似應適用「當然違法原則」，無須計算系爭事業於相關市場上所具備的市場力量，僅須審查系爭行為確實存在後，即推定系爭行為屬於違法行為；惟當事人仍得另行舉證，證明該當行為有利於競爭及經濟效率，而免除違法性的推定。²³²另一方面，本處理原則於法律位階上僅屬於解釋性行政規則，解釋上應不得抵觸上位法律規定，則公平交易法第 14 條禁止聯合行為，本無設有「足以影響特定市場之功能者」之要件，則公平會所發布的處理原則卻增加法律所無之限制，其效力如何，實值存疑。²³³

處理原則第 6 點第 2 項則係明示十二種規定態樣可能具有公平交易法第 19 條第 6 款「以不正當限制交易相對人之事業活動為條件，而與其交易之行為」，因而導致限制競爭的疑慮：「技術授權協議之內容，有下列情形之一，而對特定市場具有限制競爭或妨礙公平競爭之虞者，授權協議當事人不得為之：

(一) 限制被授權人於技術授權協議期間或期滿後就競爭商品之研發、製造、

²³² 黃銘傑，「公平交易法理論與實際—不同意見書」，頁 287-310，新學林出版，2002 年。

²³³ 本文以為若欲解套此一解釋上的困境，或可將處理原則第 6 條所稱「授權商品之價格，或限制數量、交易對象、交易區域、研究開發領域等」與「相互約束當事人間之事業活動，足以影響特定市場之功能者」兩類情形加以區分，前者關係到競爭法的核心領域，而適用當然違法原則，而後者的情形既非涉及競爭法的核心，則適用合理原則加以檢視。唯根本解決之道，仍以修訂處理原則較為適宜。

使用、銷售或採用競爭技術。

- (二). 為達區隔顧客之目的或與授權範圍無關，而限制被授權人技術使用範圍或交易對象。
- (三). 強制被授權人購買、接受或使用其不需要之專利或專門技術。
- (四). 強制被授權人應就授權之專利或專門技術所為之改良以專屬方式回饋予授權人。²³⁴
- (五). 授權之專利消滅後，或專門技術因非可歸責被授權人之事由被公開後，授權人限制被授權人自由使用系爭技術或要求被授權人支付授權實施費用。
- (六). 限制被授權人就其製造、生產授權商品銷售與第三人之價格。
- (七). 限制被授權人爭執授權技術之有效性。
- (八). 拒絕提供被授權人有關授權專利之內容、範圍或專利有效期限等。
- (九). 專利授權協議在專利有效期間內，於我國領域內區分授權區域之限制；專門技術授權協議在非可歸責於授權人之事由，致使授權之專門技術喪失營業秘密性而被公開前對專門技術所為區域之限制，亦同。
- (十). 限制被授權人製造或銷售商品數量之上限，或限制其使用專利、專門技術次數之上限。²³⁵
- (十一). 要求被授權人必須透過授權人或其指定之人銷售。
- (十二). 不問被授權人是否使用授權技術，授權人逕依被授權人某一商品之製造或銷售數量，要求被授權人支付授權實施費用。」

由於公平交易法第 19 條第 6 款之法言係「不正當限制交易相對人之事業活動為條件，而與其交易之行為」，則限定適用該款規定之被授權人須為公平交易法

²³⁴ 本款規定與處理原則第 5 條第 5 款對照，可知公平會係認為專屬回饋授權對於相關市場具備更嚴重限制競爭的效果，並且可能降低被授權人自行研發的意願，使得被授權人難以技術自主。而於原授權人得到改良技術授權後，甚或可能藉由終止被授權人使用原有技術之授權，或將改良技術授權予被授權人處於同一市場的競爭者，使得被授權人處於極端不利地位，因此於處理原則禁止之。

²³⁵ 本款規定得與處理原則第 5 條第 8 款對照。

上之事業，則當授權契約的對象係為一般消費者之際，即無從適用該條規定；惟亦不能排除個案中公司或工商行號屬於電腦程式著作授權契約被授權人的可能，故此類授權契約亦有受到公平交易法規制的必要。

惟若於此類授權契約被授權人確屬於消費者時，雖然無法適用公平交易法第 19 條第 6 款，僅能藉由民法、著作權法、消費者保護法加以規制該契約；惟公平交易法第 24 條概括條款此時或得挺身而出，對於授權契約被授權人屬於消費者的情形，一併納入規範。又若授權人屬於公平交易法第 5 條所規定的獨占事業時，則不論交易相對人為事業抑或消費者，其授權行為均得依照公平交易法第 10 條處理，以防止其濫用市場地位行為之發生。

依照學說上對於垂直交易限制的分類，整理此十二款禁止規定，可知第一款屬於排他性約定，第二款則係關於使用限制或相對人二手契約締結自由之限制，第三款則為搭售，第四款則為專屬回饋授權，TRIPS 第 40 條第 2 項亦設有類似規範，²³⁶第五款則係利用契約擴展權利範圍，第六款則為限制轉售價格，第七款為「不爭執條款」，²³⁷第八款則為違反授權契約之本旨，第九款則為銷售流通方式之限制，第十款則為使用限制，第十一款為相對人二手契約締結自由之限制，而第十二款則為不公平授權金計算方式。

處理原則認為此十二款事由皆應適用公平交易法第 19 條第 6 款規定，亦即各款約定皆應以「合理原則」加以審查，必須考量授權人的市場占有率，以及系爭行為有無「限制競爭或妨礙公平競爭之虞」後，方能確定是否違反公平交易法之

²³⁶ TRIPS, §40(2). “Nothing in this Agreement shall prevent Members from specifying in their legislation licensing practices or conditions that may in particular cases constitute an abuse of intellectual property rights having an adverse effect on competition in the relevant market. As provided above, a Member may adopt, consistently with the other provisions of this Agreement, appropriate measures to prevent or control such practices, which may include for example exclusive grantback conditions, conditions preventing challenges to validity and coercive package licensing, in the light of the relevant laws and regulations of that Member.”

²³⁷ 同前註。

規範。依照上述整理，第一款至第五款、以偶第七款至第十二款的確可能該當於公平交易法第 19 條第 6 款規定；惟第六款性質上既為限制轉售價格，於理論上似乎不應適用「合理原則」。依照公平交易法第 18 條規定：「事業對於其交易相對人，就供給之商品轉售與第三人或第三人再轉售時，應容許其自由決定價格；有相反之約定者，其約定無效。」對於牽涉到競爭核心的價格，公平交易法係採取「當然違法」原則加以審視，推定行為不法性，而由行為人負擔舉證責任。則由公平交易法第 18 條的精神加以檢視本處理原則，其規定似有謬誤之處。

處理原則第 6 條第 3 項規定：「技術授權協議授權人要求被授權人向授權人或其所指定之人購買原材料、零件等，而非為使授權技術達到一定效用，維持授權商品之商標信譽或維護專門技術秘密性之合理必要範圍內，如在特定市場具有限制競爭或妨礙公平競爭之虞者，授權協議當事人不得為之。」此規定依實際情形，可能該當於杯葛行為，或相對人第二手契約締結自由之限制。則具有一定市場力量的事業所簽署授權契約條款中，若有符合本項規定者，可能因此構成公平交易法第 19 條第 1 款或第 6 款之違反。²³⁸

處理原則第 6 條第 4 項則為規定：「技術授權協議無正當理由，就交易條件、授權實施費用等，對被授權人給予差別待遇之行為，如在特定市場具有限制競爭或妨礙公平競爭之虞者，授權協議當事人不得為之。」此項規定即為無正當理由而對於他事業給予差別待遇之行為，則構成本條所示的授權契約條款，可能構成公平交易法第 19 條第 2 款之違反。惟若欲認定系爭授權契約該當於公平法第 19 條第 2 款，首先應從「合理原則」加以推敲，系爭規定是否有限制競爭或妨礙公平競爭之虞；而於確認該約款對於競爭質量的確有所減損後，再考量該差別待遇是否具備「正當理由」²³⁹。若於前階段即確認系爭規定並無存在損害競爭秩序的

²³⁸ 本項規定得與處理原則第 5 條第 9 款對照。

²³⁹ 公平交易法施行細則第 26 條：「本法第十九條第二款所稱正當理由，應審酌下列情形認定之：一、市場供需情況。

危險時，則即便該差別待遇並無正當理由，此時競爭法亦不應介入，而應回歸民法第 72 條規定，判斷該授權條款是否因悖於公序良俗而無效。

此外，若電腦程式授權契約的授權人，屬於公平交易法第 5 條所規定的獨占事業時，由於競爭法並非禁止獨占狀態，而係在規範獨占力量濫用的行為，²⁴⁰因此規範重點應置於具有獨占市場力量的事業，其行為是否正當，以及對於競爭效益影響的程度，包括是否濫用市場力量而阻絕或排除競爭行為，以及是否運用其獨占地位而對於上、下游的交易相對人謀取不當利益等行為。因此，若係具有市場獨占力的事業，於從事處理原則第 6 條所例示的各類授權行為之際，得依照各行為對於市場競爭利益的影響，於個案中判斷是否該當於濫用其獨占市場地位，進而構成公平交易法第 10 條的違反。

綜上所述，依照「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」所例示之授權契約條款加以逐一檢視，並與美國、德國、日本相關法制比較後，可知我國處理原則既欠缺如美國「安全地帶 (safe zone)」、²⁴¹歐盟「市場占有率門檻」²⁴²等豁免市占率較低的事業得不受相關原則適用的規定，亦未如美國或日本就相關授權行為所涉及競爭法上的可能評價加以細緻化例示，且於精簡扼要的處理原則中仍有所錯漏矛盾。雖然處理原則中未予例示的授權行為若涉及限制競爭

二、成本差異。

三、交易數額。

四、信用風險。

五、其他合理之事由。」

²⁴⁰ 廖義男、何之邁、范建得、黃銘傑、石世豪、劉華美，「公平交易法之註釋研究系列(一)－第一條至第十七條」，頁 385，公平交易委員會委託研究報告，2003 年。

²⁴¹ Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property, §4.3.美國「智慧財產權授權之反托拉斯準則」中所設定的「安全地帶」，事業若符合其設定的市占率或競爭情況，得豁免於競爭法規定。包括商品市場中授權協議的當事人所擁有商品之市場占有率總和不超過百分之二十；技術市場中授權協議的當事人所擁有技術之市場占有率總和不超過百分之二十，且該技術市場上另存在 4 種以上具有替代性且分別為獨立主體所擁有的技術；而於創新市場上，則為該市場上另有 4 家以上擁有專業設備與能力從事替代性研究開發的廠商。

²⁴² EC 772/2004, Article 3.歐洲共同體技術授權豁免法所設定的市占率門檻，係為水平關係授權協議的當事人於相關產品或技術市場的市場占有率加總後不超過百分之二十；垂直關係授權協議的當事人於相關產品或技術市場的市場占有率加總後不超過百分之三十。相關說明參見，謝國廉，歐洲共同體競爭法對技術授權協議之規範，法令月刊第 58 卷第 12 期，頁 111-113，2007 年。

的情形，原則上仍不排除公平交易法的適用，惟處理原則目的既為追求「公平交易法相關規範更具體化，期使執法標準更臻明確，俾利業者遵循且利相關案件之處理」，則處理原則對於相關行為類型之描述應更為細緻具體，俾達成處理原則的制訂意旨。

第四節 小結

本章對於電腦程式著作授權契約，從著作權法以及公平交易法的角度加以檢視。於數位經濟時代下，電腦程式著作授權契約藉由網路定型化契約而成立已是不可抵擋的趨勢，惟由於定型化契約條款係由著作財產權人所預先擬定，使用者無法藉由與權利人進行談判磋商而取得契約上較為對等的地位，再加上觀察實務對於新興類型的授權契約，亦採取逐漸許容而放寬成立要件的態度，則於著作權授權契約的面向，私人契約與公眾立法間的界線似乎逐步模糊，惟此一發展並非吾人所樂見者。授權契約中設下的種種限制，不僅限縮了眾多的電腦程式被授權人的使用權限，²⁴³著作財產權人亦可能藉由電腦程式著作授權契約擴張著作的保護範圍，阻礙競爭者進入市場，甚而遂行濫用其市場地位的意圖。惟此般行為不僅無助於達成著作權法衡平公私益以促進文化發展的立法目的，危殆市場上競爭秩序，甚至消費者權益最終亦受有損失，因此本文嘗試藉由著作權法以及公平交易法，闡明此類授權契約於相關法律上所代表的意義，並引用相關法律規範對於此類條款適用加以限制，以減緩權利人漫無邊際的擴權下對於使用者之衝擊。

另一方面，近年來電腦軟體業界掀起一股崇尚「自由」的新興風潮，此股崇

²⁴³ 舉例言之，如微軟 XP 軟體使用者授權合約即限定使用者最多得允許 10 台電腦或其他電子裝置與安裝該作業系統的電腦連線，惟此限制與電腦程式著作之功能並無關係，然而其於授權契約中卻以之為授權使用條件。見 MICROSOFT WINDOWS XP PROFESSIONAL EDITION SERVICE PACK 3 軟體使用者授權合約第 1.3 條。

尚自由的新潮流，首先係由自由軟體運動點燃火苗，將「自由」的思維反應在作業系統程式以及各方面的應用程式上，逐漸改變長久以來封閉的電腦軟體業界；而後風氣亦蔓延至其他領域，如一般類型的著作，得藉由創用 CC 授權而將使用權釋出供公眾使用；於技術領域方面，「自由」的思想亦正在萌芽，如生物科技研究工具利用 Science Commons 授權以促進技術流通創新；²⁴⁴甚至於生活週遭，亦可見到諸如自由啤酒（free beer）、²⁴⁵開源可樂（OpenCola）²⁴⁶等食品，「自由」地將食譜、配方等技術對公眾公開。然而其基本的思維皆為一致：概念不應為私人所獨占。則一切的根本皆須溯源於自由軟體授權契約的出現，因此本文於第三章先行介紹自由軟體運動之濫觴以及自由軟體授權契約之意涵，而後於第四章對於自由軟體授權契約中最為著名的 GNU GPL 授權契約，從著作權法以及競爭法的角度加以檢視，嘗試導出將「自由」的思想落實於電腦程式著作授權契約中，不僅得於偏向保護著作權人的著作權法制中開創出一條利於著作利用人的道路，就相關授權契約條款的分析亦顯示，自由軟體授權契約本質上亦有利於軟體市場競爭環境的發展。

²⁴⁴ 關於 Science Commons 之介紹，請參見鍾詩敏，「生物科技研究工具之專利法及競爭法交錯」，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁 102-103，2008 年。

²⁴⁵ 自由啤酒（free beer）的理念，係受到 Creative Commons 運動理念的影響，運用 CC 授權的概念，將製造啤酒的相關配方，藉由創用 CC 授權的方式向公眾公開，其他人得利用該配方製酒，或改良其配方後再為製酒，唯基於原配方改良的新配方，須再以創用 CC 授權的方式對外授權。詳情請參見，<http://www.freebeer.org/blog/>，查訪日期：2009 年 6 月 10 日。

²⁴⁶ 開源可樂（OpenCola）係為推廣自由軟體理念下的產物，製造者將其製造可樂的配方公開，任何人皆得依造該配方或改良該配方而製作可樂，唯若對於配方進行改良者，亦將其改良配方公開。請參見，http://www.colawp.com/colas/400/cola467_recipe.html，查訪日期：2009 年 6 月 10 日。

第四章 以著佐權為核心之新興電腦程式著作授權契約—以 GNU GPL 為例

如同本文前一章小結中所述，「自由」的風潮對於各領域皆造成程度不一的影響，有些領域已然開花結果，如創用 CC 授權與自由軟體運動；亦有領域正處於萌芽階段，唯此多受到自由軟體運動的啟發所致。則追本溯源觀之，自由軟體運動所代表的「自由」究為何指？又推動此運動所不可或缺的「Copyleft」制度，所蘊涵的理念又為何？本章嘗試從自由軟體運動的核心概念「Copyleft」制度出發，介紹該制度的基本理念與意涵，續而對於自由軟體運動的歷史與內容加以綜覽，而後將行文重心移至本文所關注的電腦程式著作授權契約，對於具有代表性的自由軟體授權契約加以說明闡釋其意義，而後於第五章進一步分析其於著作權法以及競爭法上的評價。

第一節 「著佐權」之理念與落實

第一項 何謂著佐權

著佐權（Copyleft），²⁴⁷係由自由軟體之父 Richard M. Stallman 所提倡的一種概念，其核心思想係讓電腦程式維持在「自由」的狀態。其對於該制度的定義如下：

“Copyleft is a general method for making a program or other work free, and

²⁴⁷本文將「Copyleft」譯為「著佐權」，係採用廖漢騰先生之翻譯。其對於翻譯意涵說明如下：「筆者認為 copyleft 仍是在現有著作權體制下以個人權利要求他人回饋社群的方式，雖然與常見的著作權模式不同，但不應該是反對著作權的基本體制。筆者採著佐權一詞取中文『輔佐』之」。本文亦贊同其意見，蓋 Copyleft 制度仍係構築在著作權法制之上，談論該制度時，無法脫離著作權法制而泛論，因此取其意譯之音而表輔佐之義。見廖漢騰，自由文化運動與台灣雙星：為創新與創造力重建公共領域，註 8，「資訊時代之公共領域與資訊取得學術研討會論文集」，2005 年。

requiring all modified and extended versions of the program to be free as well.²⁴⁸

由上述定義可知，「著佐權」此一機制的設計，係為了使電腦程式著作或是其他類型著作得以保持「自由」的狀態，並且藉由此一機制的運作，要求所有從系爭著作修改或衍生而出的著作，亦須處於「自由」的狀態。

僅僅從Stallman對於著佐權的定義，似乎無法確實掌握著佐權制度的理念，此係因為該定義係從較為抽象而富有哲學意涵的角度對於該機制加以描述。唯若繼續閱讀其對於著佐權理念的闡述，或可更為精確的把握其意義。

首先應說明的是，Stallman所稱之「自由軟體(free software)」，其中所指的free，係為「自由」的含義，而非一般大眾所認知的「免費」，因此自由軟體雖然亦常以無償方式提供與公眾使用，唯其與免費軟體(freeware)仍無法畫上等號。Stallman嘗試對於「free」的含義加以說明：「自由軟體的本質是關於自由，而非價格。為了理解這個概念，這裡的自由概念是如言論自由中的自由，而非免費啤酒的免費。」²⁴⁹而Stallman對於自由軟體的定義包括四個要件：執行程式的自由、修改程式以符合自身需求的自由、散布程式的自由、改進程式並且回饋社群的自由，其認為這是使用者對於電腦程式所應擁有的基本權利。唯專屬軟體通常僅授予使用者執行程式的自由，除此之外，不論係修改或改進程式，原則上皆需求程式原始碼方足任之，唯專屬軟體並未對外公開程式原始碼，則使用者原本應享有的自由即被侷限，再加上著作權法賦與著作權人散布權，未經著作財產權人同意的情況下，使用者不得再散布電腦程式。則除使用權以外，其餘的自由於專屬軟體上皆不復見，而此即為刺激Stallman設計著佐權制度的初衷—讓電腦程式的使用者得以回到早期電腦程式尚未受到著作權法拘束、使用者得以自由交流技術並分享原始碼的時

²⁴⁸ 請參照，What is Copyleft, <http://www.gnu.org/copyleft/copyleft.html>，查訪日期：2009年5月1日。

²⁴⁹ "Free software" is a matter of liberty, not price. To understand the concept, you should think of "free" as in "free speech," not as in "free beer." The Free Software Definition, <http://www.gnu.org/philosophy/free-sw.html>，查訪日期：2009年5月2日。

代，²⁵⁰藉由能夠對於電腦程式享有四大自由，促進電腦程式的功能更為精進，而使用者亦得就自身設備的需求加以修改程式碼。

一般而言，讓電腦程式著作能夠自由為公眾使用的方式中，最簡便的方式是使其成為公共財，藉由放棄著作權等作法，使該著作不受到著作權法的保護，他人得任意使用並加以改良。對於成為公共財的電腦程式著作，他人亦可以散布此著作，也可以對著作進行修改。唯單純放棄著作權而使電腦程式著作進入公共財的領域，亦可能使有心人士將屬於公共財的著作，藉由一定方式而納入專屬軟體中。亦即，透過對於屬於公共財的電腦程式著作進行若干修改後，即得以專屬著作的形式另行散布經過修改後的著作，而收受此一經過修改著作的後手使用者，即無從享有其對於原公共財著作本得享有的自由，因為經過專屬軟體的「洗禮」，有心人士可能因此剝奪原作者所賦與公眾的自由，即便嗣後的專屬軟體使用者可能數以萬計，唯此並無法影響或改變使用者對於該電腦程式僅能使用而無法進行修改的事實。

Richard M. Stallman 因此創設 GNU 計畫，²⁵¹藉由與志同道合的程式設計師合作，嘗試向外界推動符合其心中四大自由理想的自由軟體，並且藉由授權契約賦與自由軟體的使用者散布與修改軟體的自由，以解決使用者四大自由被剝奪的困境。專屬軟體的開發者藉由主張著作權法所賦與的保護，使得使用者的自由被剝奪，而 GNU 計畫則是反向（reverse）利用著作權法（copyright），謀求維護使用者的四大自由，而這也是著佐權制度（copyleft）名稱的由來。

著佐權制度的主要意旨，除賦與電腦程式的使用四大自由之外，為防止成為自由軟體的電腦程式發生如同前述公共財著作被轉換成專屬軟體的情形，因此必

²⁵⁰ 關於 Richard Stallman 早期之經歷，請見 Tomasz Rychlicki, *GPLV3: New Software License and New Axiology of Intellectual Property Law*, E.I.P.R., 30(6), 232-233 (2008).

²⁵¹ 關於 GNU Project，請參見 About the GNU Project, <http://www.gnu.org/gnu/>，查訪日期：2009年4月12日。

須規範使用者於再散布著作時，不論有無修改該著作內容，皆應將原著作權人所賦與的「自由」傳遞與後手，而允許他人仍得對於該再散布著作加以重製或修改，藉以保障所有自由軟體的使用者皆得對於電腦程式進行重製、修改，不致於被專屬軟體剝奪掉使用、修改或散布的自由。

著佐權制度下的自由軟體，與前述所稱放棄著作權的公共財著作有所不同。蓋成為公共財的作品，任何使用者雖然皆得加以利用，但使用者可能不回饋社群而將修改後的程式納為己用；而於著佐權制度下，電腦程式使用者若不按照程式授權契約要求，對於修改後的程式採取相同授權契約授與他人相同權利者，可能有違反契約之虞，甚至可能該當於著作權法的侵權行為。藉由著作權法賦與著作權人的權利，對於利用人附加一定程度的義務，藉以維持整體制度之運行。

電腦程式的開發者，除商業型的開發專案以外，多數皆由古道熱腸的程式設計師於閒暇之餘就其所需電腦功能加以開發維護。對於程式設計師而言，若是其自願對於特定軟體進行修改以改良該電腦程式的效能，然於專屬軟體的情形下，由於其無法接觸該程式的原始碼，則其根本無從修改起；唯蓋若系爭軟體屬於自由軟體，藉由著佐權制度的設計，該程式設計師即得立即就開放原始碼加以修改，並且與相關社群交流技術。如公司或是學校內的程式設計師針對特定自由軟體加以修改，雇用人或許會因此聲稱其對於修改後的電腦程式著作擁有著作財產權，而將之轉換為專屬軟體的電腦程式；惟若透過著佐權制度，當雇用人知悉其若將此修改過的電腦程式以非自由軟體的狀態對外散布將違反著作權法時，通常雇用人亦會將該電腦程式著作以自由軟體的方式釋出，而非拋棄業經修改的電腦程式著作。而若欲藉由自由軟體獲利的電腦程式設計者，亦可能利用新興的自由軟體營利模式加以經營管理。則藉由著佐權機制的設計，不致使得程式設計者對於電腦程式的熱心付出，最終卻歸入為他人所有，具有吸引程式設計師撰寫自由軟體之誘因。

第二項 著佐權的落實

關於著佐權制度的實現，必須藉由著作權人行使著作權法所賦與的權利而落實。自由軟體的著作財產權人行使著作權授與後手相關權利，並且利用該授權契約約束使用者必須以相同方式再為授權，而不得逕將該電腦程式納為私用。若是脫離著作權法的框架，著佐權制度將會失其依據而難以實行。亦係因此，著佐權制度必須於系爭電腦程式著作仍為著作權法所保護的前提下，方能順利運行。

電腦程式著作權人透過著作權法所賦與權能，於授權他人使用時，藉由附加特定授權契約而使得該電腦程式成為自由軟體，並藉由該授權契約的生效，使得接收該電腦程式之人，皆有使用、修改或散布此著作或此著作之衍生著作的自由，而該衍生著作亦須採取相同的授權契約對後手授權，藉以維持公眾對於自由軟體以及經修改的自由軟體皆仍保有四大自由的狀態。因此，若該授權契約被嗣後變更或增刪，著佐權機制即可能因此變調甚或分崩離析，故自由軟體的授權契約於傳遞時，原則上係不可變更而須整體適用。又使用者欲修改或改良電腦程式，原則上必須對於程式原始碼加以修改才能達成目的，唯一般情形下專屬軟體於散布時皆以目的碼的形式為之，因此自由軟體所保證的四大自由，與使用人得以接觸程式原始碼，兩者實為一體兩面。則自由軟體的著作權人既欲使其所創作的電腦程式成為自由軟體，其即負有對於後手提供程式原始碼的義務，於他人要求提供程式原始碼時，其即不得拒絕。

Stallman 於提出著佐權制度的概念後，亦嘗試於藉由設計電腦程式著作授權契約，以實現其所主張軟體自由的理念，而該定型化的電腦程式著作授權契約即為 GNU General Public License (後稱 GNU GPL 授權契約)。GNU GPL 授權契約係針對電腦程式所設計的電腦程式授權契約，而 GNU 計畫中針對函式庫，亦另行研發了 GNU Lesser General Public License (後稱 LGPL 授權契約)，此外，GNU 計畫對於使用說明書、教科書、說明文件等文件，亦設計了 GNU Free Documentation

License（後稱 FDL 授權契約）以確保使用者重製以及散布該類文件之自由。

則於瞭解自由軟體運動背後所蘊涵的著佐權制度理念後，本文欲介紹自由軟體運動，藉由一窺其中發展過程，以求更為瞭解藉由落實「軟體自由」對於電腦程式發展所帶來的助益。

第二節 自由軟體運動之興起

一般認為自由軟體運動最早可溯及至 Stallman 於 1983 年辭去麻省理工學院的工作，而於 1985 年成立自由軟體基金會（Free Software Foundation, FSF），並藉此基金會推廣自由軟體運動迄今。由於美國著作權法於 1980 年將電腦程式納入著作權法以語文著作方式加以保護後，當時的電腦程式廠商紛紛揚棄以往將電腦程式原始碼附隨於目的碼一併散布的作法，而改為封閉原始碼，僅提供目的碼與使用者。Stallman 對於電腦程式廠商改絃易轍的作法感到極度不滿，故成立該基金會推動其理想，亦即軟體四大自由的概念。以下即由目的碼與原始碼的區別開始談起。

第一項 電腦程式著作中目的碼與原始碼的二種面向

電腦程式著作係於電腦上使用，用以控制電腦硬體的運作，唯電腦硬體與人類不同，任何一種電腦硬體，其運算單元皆僅是大量開與關的集合，因此僅能接受「0」與「1」的指令，並反應於電路的開關上。則人類一般所言說的自然語言，對於電腦而言並無甚意義，而係必須經由程式設計師，將所欲表達的觀念，藉由程式語言的運算指令，透過編譯過程而轉換成二進位的指令，此時電腦運算單元方能接受指令而進行運算，而其運算成果方為人類所需要的結果。

電腦程式因為具有上述的本質，因此任何電腦程式皆具有兩種面向：程式設計師藉由程式語言的協助得以理解運算過程的原始碼（source code）形式，以及已編譯成二進位狀態、人類於一般情形下殊難理解的目的碼（object code）形式。進一步言，原始碼係指以高階的電腦程式語言所撰寫供電腦操作運算的特定資料，由於撰寫的時候多數仍以人類得以理解的自然語言為之，故此形式下的電腦程式與著作權法上語文著作較為接近，此亦係當初主張將電腦程式納入語文著作保護的論者所持的正面意見，亦即程式設計師藉由程式語言所為的表達既與語文著作並無二致，則並無理由不以語文著作賦以保護。

而目的碼則係電腦程式著作的另一種面向，此狀態下係由大量的「0」與「1」所構成的二進位碼形式，此種狀態下的電腦程式方為機器可讀（machine-readable）的，唯人類原則上對於此種狀態下的電腦程式並無法判讀，僅對於電腦運算單元有其意義。即便利用還原工程等技術對於電腦程式反組譯，唯其成果與原電腦程式的目的碼亦不一致，僅係供程式設計師理解電腦程式中所蘊含的觀念。而連接原始碼與目的碼的媒介，即為編譯器（compiler）。編譯器最主要的功能就是轉換人類所撰寫的高階語言，成為機械可讀的機械語言。

一般情形下，多數電腦程式皆以目的碼形式散布其電腦程式，故消費者取得的電腦程式皆已經過編譯而以二進位碼狀態呈現，消費者僅能於程式設計師預設的狀態下使用電腦程式，唯另一方面，目的碼形式的電腦程式對於完全不欲修改功能的消費者而言係較為經濟的，若其取得係原始碼狀態的電腦程式，其即須先由編譯器對於該原始碼加以編譯轉換成目的碼後，方能於電腦上使用，較為耗時費工。

由於目的碼係為機器可讀的狀態，並非像語文著作、美術著作或圖形著作等傳統的著作類型，得以人類感官輔以機器設備，直接感知其著作內容，因此電腦

程式的目的碼是否應賦與著作權法保護，在電腦程式著作初受保護之時，於實務上亦曾引發爭論。²⁵²唯於 1983 年美國第三巡迴上訴法院於 Apple Computer, Inc. v. Franklin Computer Corp. 案後，²⁵³確立了目的碼亦應受到著作權法保護。法院針對本案中目的碼是否為受著作權法保護的客體，認為：「然而，文字著作作為著作權法所保護七種類別之一，並不侷限於如海明威的文學創作『戰地鐘聲』的性質。著作權法第 101 條文字著作的定義，不僅包括文字的表達，也包括數字、符號或象徵的表達，因此，擴張了在使用文字著作這樣的用語的通常範圍……」。所以，一個電腦程式，無論是目的碼或原始碼，皆屬於文字著作，且應就其未獲授權之重製受保護，無論是以目的碼或原始碼的形式。」²⁵⁴

自從美國確立目的碼亦得為著作權法保護的形式後，以著作權法保護電腦程式的諸國亦紛紛跟進，而後國際公約亦多明文規定電腦程式的原始碼與目的碼皆應受到保護。²⁵⁵唯就電腦程式著作是否應開放原始碼，基本上仍賦與著作權人自行決定的空間。²⁵⁶

對於電腦程式著作權人而言，由於目的碼與原始碼僅為不同形式的電腦程式，因此若電腦程式的原始碼得受到著作權法上的保護，則對於同一電腦程式的目的碼亦應賦與相同程度的保護，對於其權利的保護方屬完整；唯對於電腦程式的利用人而言，電腦程式所代表的僅為一種滿足其需求的功能，雖然具有功能性與是否應受著作權法保護，兩者不應混為一談，唯利用人既係基於功能性而非美感上的考量取得該電腦程式，功能上即不應加以設限，除利用專利法對於電腦程式賦

²⁵² 美國早期司法判決對於目的碼是否屬於著作權法所保護的著作客體，亦有相當之爭論。見賴文智、王文君，「數位著作權法」，頁 346，益思科技法律事務所，2007 年 2 版。

²⁵³ Apple Computer, Inc. v. Franklin Computer Corp., 714 F.2d 1240 (3d Cir. 1983).

²⁵⁴ 益思科技法律事務所，「自由軟體之著作權問題研究」，經濟部智慧財產局委託，頁 122，2006 年。

²⁵⁵ TRIPS, Art. 10. "1. Computer programs, whether in source or object code, shall be protected as literary works under the Berne Convention (1971)."

²⁵⁶ 不宜立法強制開放原始碼的原因，係因伯恩公約第 5 條第 2 項規定：「著作權之享有與行使不得要求履行一定形式要件」，則著作權的保護既採「創作保護主義」，自著作完成即受保護，不須登記或負擔任何義務，則若立法賦與電腦程式著作權人開放原始碼之義務，即屬悖反國際公約規定。

予保護的情形以外，至少應賦與利用人一定程度的修改可能性，方符合功能性的需求。然而電腦程式著作權人利用封閉原始碼而僅散布目的碼形式的電腦程式，箝制利用人對於電腦程式的使用權，此舉於一定程度上亦限縮了本非著作權法保護範圍內的利用行為，如著作權法通常皆允許合法被授權人得為其使用機器的需要，得對程式進行修改，然而於一般使用者無從接觸原始碼的前提下，電腦程式被授權人對於程式的合法修改權限事實上已被剝奪，亦使得此類規定如同虛文。

亦是因為如此，當電腦程式廠商紛紛採取封閉原始碼防止其競爭優勢不為其他廠商所探知之際，這股從開放到封閉的習氣亦刺激Stallman創立自由軟體基金會，藉由使用者社群的力量嘗試打破封閉的藩籬，藉以推廣其心目中的自由軟體。

第二項 自由軟體運動之濫觴與發展

Richard M. Stallman 原為麻省理工學院（MIT）人工智能實驗室開發社群中的成員之一。²⁵⁷由於早期電腦硬體的製造成本相當高昂，因此電腦業界通常係以硬體銷售維護作為主要的獲利來源，而電腦程式係為控制電腦硬體所必須，因此通常已安裝於電腦硬體內部，而以硬體附加電腦程式的方式一併販售與使用人。因此，於電腦開始發展的初期，電腦程式既非營利來源，因此廠商於散布電腦程式時亦不會封閉原始碼。Stallman 於 MIT 實驗室感受到開放原始碼所帶來的益處，其與同事可藉由修改或新增電腦程式原始碼，而完成原本機器預設程式所無法達成或有瑕疵的計算。

然而，隨著科技發展，電腦程式不再再只是電腦硬體的附隨產物，其經濟價值亦因為開發成本的提高而水漲船高，而 IBM 亦決定採取軟硬體分離銷售（unbundling）的策略，²⁵⁸可知電腦程式的高經濟價值漸促成電腦軟體產業的發展

²⁵⁷ 以下關於 Richard M. Stallman 之經歷，節錄自，Sam Williams, *Free as in Freedom—Richard Stallman's Crusade for Free Software*, O'Reilly (2002). 該書為 Stallman 自傳，全文可於此處查詢：<http://oreilly.com/openbook/freedom/>，查訪日期：2009年5月10日。

²⁵⁸ 紋谷暢男、板東久美子、作花文雄，「プログラムの著作権とは何か」，頁2，有斐閣，1988年。

與競爭，恰於此際，美國國會通過修法以著作權法保護電腦程式著作，電腦程式成為著作，而程式著作權人得藉由授權而賺取授權金，而非一次性的賣斷。因而許多電腦軟體公司於散布電腦程式時紛紛決定不再散布原始碼，而僅以目的碼的形式為之。全錄（Xerox）公司曾經贈送 Stallman 所待的實驗室一臺新式的雷射印表機，唯由於全錄並未隨機附上控制程式的原始碼，而原始的控制程式於運作上並不穩定，於批次列印以及排序等候等功能上程式常無法正確控制機器，Stallman 嘗試向全錄公司索取控制程式原始碼亦吃了閉門羹，此時他開始感受到專屬軟體封閉原始碼對於使用者帶來的不便之處，而此事件於其心中埋下日後從事自由軟體運動的種子。

而由於撰寫電腦程式有利可圖，Stallman 的同事紛紛另創公司專職撰寫電腦程式。其中與 MIT 有合作關係的 Symbolics 公司，與 MIT 簽訂協定，使得 Symbolics 公司得使用 MIT 所開發程式的原始碼，而 Symbolics 利用這些程式的成果卻歸於公司而非 MIT，且 Symbolics 亦不分享其所設計程式的原始碼，此舉令 Stallman 十分憤怒而失望。其於 1983 年辭去 MIT 的工作，並思考如何改變業界封閉軟體的趨勢，經過了一年的沉潛，於 1985 年 Stallman 成立了 FSF 基金會，嘗試編寫一個完全開放的電腦作業系統，並聚集同道中人開始分組撰寫應用程式，嘗試推廣軟體自由，而這就是就是 GNU 計畫的濫觴。

1989 年，Stallman 替 GNU 計畫所開發的電腦程式設計一套通用的授權契約，其以四大自由作為理念基礎，思考出著佐權制度，並立基於著佐權制度的理念，研擬完成 GNU GPL 授權契約第 1 版，嘗試藉由授權契約而保障程式使用者得持續享有軟體自由；此外，其更嘗試撰寫一套跨平台的自由軟體作業系統，並與 UNIX 相容，惟開發之路並不順遂。然而，1991 年底，一位芬蘭學生 Linus Torvalds 基於「興趣（fun）」，從舊有 Unix 系統下的 Minix 得到靈感，而撰寫了一套作業程式 Linux，由於其所使用的編碼器 Emacs，係 Stallman 所創作並且亦採用 GNU GPL

授權契約，因此其亦將 Linux 分享於 GNU 計畫的網路上，並且同樣地採用 GNU GPL 授權。Torvalds 所未預期的是，其所創作的 Linux 意外地填補自由軟體基金會 GNU 計畫中一直欠缺的作業系統程式，由於 Linux 採用 GNU GPL 授權，因此全世界甚多贊許自由軟體運動的程式設計師，亦投入自由軟體陣營，於 GNU 計畫的平臺上通力合作修改 Linux 程式核心，使其更穩定、更有效率，並且架構於 Linux 上的相關應用程式開發亦未稍歇。整體而言，GNU 計畫於 Linux 作業系統出現後，即進入蓬勃壯大的發展階段。

然而，自由軟體基金會於大力推動自由軟體之際，參與自由軟體運動的程式設計師中，亦有人對於自由軟體運動的走向有所意見。由於英文「自由 (Free)」一詞常予人「免費」之錯誤印象，然而自由軟體運動所強調的「自由」概念，反而因為自由軟體得自由重製、散布，因此取得成本低廉甚至接近「免費」的特性，而被使用者忽略。多數對於電腦業界不熟悉的民眾，僅僅注意到其得無償取得自由軟體；而於商業利用方面，商業化的使用者亦可能因為自由軟體的「免費」而產生自由軟體是否不如專屬軟體好用的疑慮，然而若是自由軟體未能走進商用市場，則整體發展勢將受到極大阻礙。因此，為提升自由軟體在商業市場的接受度，使自由軟體的程式設計者能夠向業界推銷其所撰寫的自由軟體電腦程式，並且吸引各界的程式設計師投入自由軟體社群，Bruce Perens²⁵⁹自1998年起另為創設「開放原始碼 (Open Source)」一詞，並由Eric S. Raymond等人創立「開放原始碼組織 (Open Source Initiative, OSI)」。²⁶⁰

開放原始碼組織除列出其對於開放原始碼軟體的十大定義之外，²⁶¹亦訂定自由散布的形式與途徑，以及那些授權契約符合其對於開放原始碼的定義。²⁶²其實，

²⁵⁹ <http://perens.com/>，查訪日期：2009年5月11日。

²⁶⁰ <http://www.opensource.org/>，查訪日期：2009年5月11日。

²⁶¹ <http://www.opensource.org/docs/definition.php>，查訪日期：2009年5月11日。

²⁶² <http://www.opensource.org/licenses>，查訪日期：2009年5月11日。

開放原始組織與自由軟體基金會兩者對於軟體自由的理念相當接近，²⁶³唯開放原始碼組織與甚多商業公司建立合作關係，樹立起自由軟體商業化的印象。由於其「反商」的態度與自由軟體基金會相比較不明顯，因此亦確實吸引甚多軟硬體廠商投入自由軟體的陣營，架構以自由軟體為主的伺服器，並且藉由產品導入、系統整合、技術支援、教育訓練等服務營利，整體而言，對於自由軟體的普及化亦有相當程度的貢獻。

自由軟體運動發展迄今已逾二十五年，此股「自由」的風潮也從電腦程式吹到其他領域，最為知名的應屬創用CC授權，此係使用於其他類型著作的授權契約，採用類似於GNU GPL授權的概念，將著作的使用權提供與公眾加以利用；²⁶⁴此外諸如Science Commons、Health Commons等制度，²⁶⁵或多或少亦是根源於自由軟體授權契約的理念而發展。則自由軟體授權契約中，藉由著佐權制度所欲保護使用者的四大自由，究竟所謂何指？其內涵如何？

第三項 自由軟體運動之本質—四大自由

由 Stallman 所提出的自由軟體，其核心概念係允許選擇自由軟體的使用者，對於該自由軟體，於符合該軟體授權契約的條件下，具備執行、下載、修改、散布軟體原始碼的自由。但由於各推動組織於理念上以及成立宗旨的些微差異，導致「自由軟體」的內涵因不同組織定義下而有著些許不同。以下以些許篇幅簡介「自由軟體基金會（Free Software Foundation, FSF）」與「開放原始碼組織（Open Source Initiative, OSI）」對於此類軟體的定義。²⁶⁶

²⁶³ Open source 與 free software 兩者對於自由軟體定義原則上相當近似，唯前者於某些方面較後者寬鬆。兩者的不同請參見，<http://www.gnu.org/philosophy/open-source-misses-the-point.html>，查訪日期：2009年5月11日。

²⁶⁴ 對於創用 CC 授權的介紹，請參考王珮儀，「創用 CC 授權之法律理論與實務分析」，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2008年。

²⁶⁵ 關於 Science Commons 以及 Health Commons 之介紹，請參見鍾詩敏，「生物科技研究工具之專利法及競爭法交錯」，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁 102-104，2008年。

²⁶⁶ 實際上兩組織之定義與追求目標仍有不同，詳請參見自由軟體基金會對於兩組織名稱、理念之

第一款 自由軟體基金會之自由軟體定義

依據自由軟體基金會的定義，「自由軟體 (free software)」的使用者，具有執行 (run)、複製 (copy)、散布 (distribute)、研究 (study)、改寫 (change) 以及改進 (improve) 該軟體的自由。亦即，自由軟體賦予使用者「使用程式」、「研究程式」、「散布程式」與「改進程式」四種自由。電腦程式著作權人利用授權契約使其所撰寫程式符合此四大自由的定義者，都屬於自由軟體：²⁶⁷

1. 使用的自由：使用者得任意自由使用程式 (The freedom to run the program, for any purpose)。
2. 研究的自由：使用者得自由研究程式如何運行，並依個人需求而修改程式 (The freedom to study how the program works, and adapt it to your needs)。使用者得接觸原始碼，係為實現此自由之前提 (Access to the source code is a precondition for this.)。
3. 散布的自由：使用者得自由複製、散布程式，以協助他人 (The freedom to redistribute copies so you can help your neighbor)。
4. 改進的自由：使用者得自由改進程式，並對公眾釋出改良版本，社群整體因此而受惠 (The freedom to improve the program, and release your improvements to the public, so that the whole community benefits)。使用者得接觸原始碼，係為實現此自由之前提 (Access to the source code is a precondition for this.)。

在自由軟體基金會的定義下，決定是否屬於自由軟體的判斷基準，主要係其就各面向所表現的「自由」程度，而非使用該軟體是否「免費」。雖然自由軟體以不收取授權金為原則，但此係因為若要求使用者付費可能會妨礙軟體散布的自由，

比較, <http://www.gnu.org/philosophy/free-software-for-freedom.html>, 查訪日期: 2009年5月13日。

²⁶⁷ The Free Software Definition, <http://www.gnu.org/philosophy/free-sw.html>, 查訪日期: 2009年5月13日。

並非意謂自由軟體不得商業化。實際上，GNU GPL 授權契約即允許使用者散布程式時，可在一定範圍內收取為散布所必需之費用，如光碟片、郵票或網路費用。

四大自由反映了 Stallman 的哲學思維，是一種自助助人、利己利人的精神。亦係為了實現此四大自由，Stallman 因此設計了一套不同於當時專屬軟體著作權授權模式的著佐權制度，使用者於此制度下可以無償執行、重製與散布該程式，並且同樣無償取得程式原始碼，任何基於程式原始版本所開發出來的修正版本，亦須使用相同的授權契約。透過著佐權制度，不僅原始的自由軟體電腦程式得無償提供與公眾使用，並且開放原始碼，即便該自由軟體的衍生著作亦然。唯為達成此機制的運作，系爭著作必須仍受到著作權保護，方得透過授權契約達成保障使用者四大自由的目的，所以自由軟體仍然是受著作權保護的軟體，而非由著作權人拋棄著作權，或授權他人任意使用。

第二款 開放原始碼組織之開放原始碼軟體定義

「開放原始碼軟體 (Open Source Software)」，是指符合開放原始碼組織所訂定之開放原始碼定義 (Open Source Definition, OSD) 的電腦程式。若是特定電腦程式所採取的授權契約經過「開放原始碼組織」之審核，²⁶⁸認定符合開放原始碼定義時，其會將該授權契約登錄於該網站，²⁶⁹供公眾參考選用。而「開放原始碼定義」最新版為 1.9 版，計有以下十項審查條件：²⁷⁰

1. 自由再散布：授權契約不應限制任何人販賣或贈與開放原始碼軟體，即使該軟體係以包含不同來源的聚合軟體之方式散布。授權契約不得就開放原始碼

²⁶⁸ 審核程序請參見，<http://www.opensource.org/approval>，查訪日期：2009 年 5 月 14 日。

²⁶⁹ <http://www.opensource.org/licenses>，查訪日期：2009 年 5 月 11 日。

²⁷⁰ The Open Source Definition, <http://www.opensource.org/docs/definition.php>，查訪日期：2006 年 12 月 9 日。

軟體要求收取授權金或其他費用。²⁷¹

2. 原始碼：程式必須包含原始碼，且必須允許原始碼與編譯過之目的碼一併散布。若部分產品散布時並未附加原始碼，必須提供足夠公開的方法，於合理的重製成本內使他人取得原始碼，如免費透過網際網路供人下載。所謂「原始碼」必須是程式設計者最易於修改程式的格式。故意混淆原始碼係不被允許。以所謂的中間形式散布，如預處理器或編譯程式的輸出，亦不被允許。²⁷²
3. 衍生作品：授權契約須允許修改及衍生作品，且必須允許其依與原始軟體相同的條款被散布。²⁷³
4. 著作權人程式原始碼的完整性：授權契約得限制原始碼不以修改後格式為散布，但僅限於契約允許為修改該程式得散布針對該程式修正檔及修正檔原始碼之情形。授權契約須明確允許對修改自原始碼之軟體加以散布的權利。授權契約得要求衍生著作須附加不同於原始軟體的名稱或版本編號。²⁷⁴
5. 不得對任何人或團體有差別待遇：授權契約不得對任何人或任何團體有歧視性規定。²⁷⁵
6. 對程式於任何領域內的利用不得有差別待遇：授權契約對於任何人於特定領域使用該程式不得加以設限。例如，其不得限制該程式被用於商業或基因研

²⁷¹ “Free Redistribution: The license shall not restrict any party from selling or giving away the software as a component of an aggregate software distribution containing programs from several different sources. The license shall not require a royalty or other fee for such sale.”

²⁷² “Source Code: The program must include source code, and must allow distribution in source code as well as compiled form. Where some form of a product is not distributed with source code, there must be a well-publicized means of obtaining the source code for no more than a reasonable reproduction cost preferably, downloading via the Internet without charge. The source code must be the preferred form in which a programmer would modify the program. Deliberately obfuscated source code is not allowed. Intermediate forms such as the output of a preprocessor or translator are not allowed.”

²⁷³ “Derived Works: The license must allow modifications and derived works, and must allow them to be distributed under the same terms as the license of the original software.”

²⁷⁴ “Integrity of The Author's Source Code: The license may restrict source-code from being distributed in modified form only if the license allows the distribution of "patch files" with the source code for the purpose of modifying the program at build time. The license must explicitly permit distribution of software built from modified source code. The license may require derived works to carry a different name or version number from the original software.”

²⁷⁵ “No Discrimination Against Persons or Groups: The license must not discriminate against any person or group of persons.”

究。²⁷⁶

7. 散布授權契約：附隨該程式的權利必須適用於所有散布該程式時的接受者，並且無須他方另為授權即得加以實行。²⁷⁷
8. 授權條款不得專屬於特定產品：附隨於該程式之權利必須非基於該程式為特定電腦程式散布的一部分。若該程式係由該散布版本中分離取出，且依該程式授權契約使用或散布，則所有該程式再散布之對象，應與原始軟體的散布對象享有相同的權利。²⁷⁸
9. 授權條款不得限制其他電腦程式：授權契約不得對與該被授權電腦程式一併散布之其他電腦程式加諸限制。例如：授權契約不得主張所有其他於同一媒介散布的程式皆屬於開放原始碼程式。²⁷⁹
10. 授權條款必須技術中立：授權契約中任何條款均不得取決於任何個別科技或界面形式而定。²⁸⁰

第三款 自由軟體與開放原始碼的共通點

開放原始碼軟體與自由軟體之定義雖然看似歧異，但兩者既皆源自於同一社群，本質上仍有甚多相似之處，如要求不收取授權金、將軟體的部分著作權授權

²⁷⁶ “No Discrimination Against Fields of Endeavor: The license must not restrict anyone from making use of the program in a specific field of endeavor. For example, it may not restrict the program from being used in a business, or from being used for genetic research.”

²⁷⁷ “Distribution of License: The rights attached to the program must apply to all to whom the program is redistributed without the need for execution of an additional license by those parties.”

²⁷⁸ “License Must Not Be Specific to a Product: The rights attached to the program must not depend on the program's being part of a particular software distribution. If the program is extracted from that distribution and used or distributed within the terms of the program's license, all parties to whom the program is redistributed should have the same rights as those that are granted in conjunction with the original software distribution.”

²⁷⁹ “License Must Not Restrict Other Software : The license must not place restrictions on other software that is distributed along with the licensed software. For example, the license must not insist that all other programs distributed on the same medium must be open-source software.”

²⁸⁰ “License Must Be Technology-Neutral: No provision of the license may be predicated on any individual technology or style of interface.”

與使用者、不特定授權地區及對象、以及非專屬授權等面向²⁸¹。

此二種電腦程式著作權人將使用、重製、散布以及修改該電腦程式的權利授與下一位使用者，皆立基於無授權金的基礎之上。對於該電腦程式進行商業利用亦屬於其定義下的使用態樣之一，只要商業化行為並不悖反授權契約的相關內容，任何人均得將自由軟體或開放原始碼軟體使用於商業用途之上。收取授權金與否，是此類軟體與專屬軟體最大的差別，由於自由軟體或開放原始碼軟體並未對於被授權人收取相關電腦程式的授權金，因此被授權人原則上必須自行承擔使用電腦程式所生之風險。此意謂著作權人既為無償授權，未從其撰寫的電腦程式中謀利，原則上亦不應課與擔保責任。唯不收取著作授權金並非意謂其不得將自由軟體為商業化運用，著作權人於散布的過程中仍可能藉由收取其他費用而營利，如散布成本、後續服務費用、擔保責任費用等，唯若收取擔保費用時，可能即須負擔保責任。在利益平衡的前提下，得使自由軟體與開放原始碼軟體的發展得以最佳化。

此二者授權範圍基本上皆包括使用、重製、散布以及改作的權利，而為使電腦程式被授權人得自由對軟體進行修改或改良後回饋社群，原著作人必須開放原始碼，使被授權人得修改電腦程式以強化其效能；不開放原始碼而授予使用者改作權，實則與未授與改作權無異。

此外授權對象及地區均不特定，任何人皆得隨意散布，不須另行取得著作權人的同意；而非專屬授權的特性，則使得自由軟體商業模式得以實現，當電腦程式著作權人嘗試藉由自由軟體或開放原始碼軟體營利，其得將軟體以自由軟體授權模式非專屬授權給任一使用者，並限制其為非商業用途之利用，而對於商業化運用的對象，採取封閉原始碼的方式收取授權金，或是雖然開放原始碼但仍收取

²⁸¹ 葛冬梅，自由/開放源碼授權契約特性：從法律的角度觀察，
http://www.openfoundry.org/component/option,com_content/Itemid,331/id,505/task,view/，查訪日期：
2009年5月18日。

價金而提供技術服務的授權方式。²⁸²

自由軟體基金會與開放原始碼組織就其推動的授權模式雖然有所差異，然則一般大眾並不明瞭開放原始碼或自由軟體兩者間所存在的微妙差別，無法區分自由軟體與開放原始碼軟體亦不足為奇。因此亦有論者提出廣義的「自由軟體 (Free/Open Source Software, FOSS)」，其範圍涵蓋自由軟體基金會所定義之狹義自由軟體，和開放原始碼組織所定義之開放原始碼軟體，藉由跳脫出既有名稱，以消弭自由軟體推動者選邊站的困境²⁸³。

第四項 自由軟體的開發模式

自由軟體係為了提倡四大自由而誕生，其中第四項自由係鼓勵使用者投入自由軟體社群，並且對於現有的自由軟體改良，藉以提升電腦程式的運作效率。然而，單純的開放原始碼，僅僅是讓擁有技術並且有需求的程式設計師，得以針對自身需求加以修改現有的自由軟體變為可能。然而修改程式並非易如反掌，程式設計師常常必須閱覽完程式原始碼的全部後才能確定應修改何處，而修改他人撰寫的程式更是勞心費力，因此單純開放原始碼，僅是讓具備高度熱誠且行有餘力的程式設計師得以投入，對於業餘的程式設計者、或是忙於正職而無法傾全力開發的程式設計師而言，除非其有迫切的需求，否則要修改現有的自由軟體，誘因並不高。然而，Eric S. Raymond 藉由撰寫「大教堂與市集」，²⁸⁴並於書中闡述自由軟體所負有不同於以往專屬軟體「大教堂」開發模式的可能性，亦即將「市集」模式導入自由軟體的開發計畫，因而打破了此一困境。

²⁸² 此種方式稱為雙重授權 (Dual Licensing Strategy)，如資料庫軟體 MySQL，除採取 GNU GPL 授權釋出外，亦另針對商業客戶，提供 OEM Commercial License，藉以透過商業模式授權獲利。有關於此種雙重授權對帶自由運動的影響，可參考，Glyn Moody, Does dual licensing threaten free software? <http://www.linuxjournal.com/node/1000069>，查訪日期：2009年5月15日。

²⁸³ FOSS 之歷史請參見，<http://en.wikipedia.org/wiki/FOSS>，查訪日期：2009年5月15日。而此亦為本文中提及自由軟體時所採取之意涵。

²⁸⁴ Eric S. Raymond, The cathedral and the bazaar: musings on Linux and Open Source by an accidental revolutionary, O'Reilly, (2001). 全文可於此處閱讀：
<http://www.catb.org/~esr/writings/cathedral-bazaar/cathedral-bazaar/> 查訪日期：2009年5月15日。

第一款 大教堂模式 (The Cathedral model)

傳統的電腦程式開發模式即是大教堂模式。於此模式下，雖然自由軟體的原始碼是公開的，但於社群中自由軟體的新版本開發過程，係由特定的專案管理團隊負責控管整體開發流程，亦即其將開發的重心集中於少數富有經驗的程式設計師。作者指出此類開發模式，如同建造一座大教堂般，「由個別的高手或一小群專家，在光輝的孤立中小心翼翼地精雕細琢，時機尚未成熟之前，絕不會釋出測試版。」²⁸⁵

第二款 市集模式 (The Bazaar model)

此種開發模式即是作者所倡導的，其藉由觀察 Linux 作業系統的開發經過，從中得到此概念，並且嘗試於一個電子郵件收信程式的開發專案導入此一開發模式，進而實作成功。

電腦程式的原始碼於本開發模式中也是公開的，但是藉由放置於放在網際網路上供人檢視並且開發。由於大教堂模式的軟體開發僅有少數負責開發者可參與修改程式的工作，以致於程式除錯時間大幅增加；市集模式則反其道而行，讓每個人都可以檢視每一個正在開發中的專案，並且可以提供意見，甚至協助開發以及除錯。其以 Linux 開發過程為例，指出所有參與 Linux 開發的程式設計師既多且雜，而開發的負責人 Linus Torvald 的軟體發展風格亦與大教堂模式大相逕庭—儘快並且時常發布新版本，儘量對外授權，而對於任何人所提供的程式碼皆來者不拒。然而，在看似如同市集一般混亂的表面下，Linux 的開發者卻能自動地遵守不

²⁸⁵ “I believed that the most important software (operating systems and really large tools like the Emacs programming editor) needed to be built like cathedrals, carefully crafted by individual wizards or small bands of mages working in splendid isolation, with no beta to be released before its time.”

成文的秩序，在一切自由的狀態下，所創作出的 Linux 核心完成度甚至比商業軟體高出甚多。作者指出：「只要有夠多的眼睛加以檢視，我們可以發現程式裡全部的問題。」²⁸⁶其涵義係為：任何一個開發專案，只要有足夠的共同開發者與測試人員，則所有問題都可以在極短時間內被發現，並且輕易解決。

此種讓全世界都看到原始碼而使得錯誤無所遁形的概念，對自由軟體運動造成重大的影響。絕大多數的開發專案之後即採用市集模式，將所有開發相關資訊皆置於網際網路上供人閱覽，原先採取大教堂模式的自由軟體亦多改採市集模式加以繼續改良，甚至許多不再維護的專屬軟體，著作權人嗣後亦將之改為自由軟體，藉由置於網際網路上供人檢視原始碼，讓對於該程式仍保有興趣的程式設計者得以自力續為開發。²⁸⁷

此種市集模式的想法，延伸至電腦程式開發以外的領域，最為著名者即為維基百科（Wikipedia）。²⁸⁸與採用大教堂模式撰寫的大英百科全書相比，維基百科利用公眾自願者的力量將知識點滴書寫累積，如今維基百科已然成為線上最大的百科全書。

此一公眾參與的模式仍然在不斷演化之中。採取市集模式開發自由軟體的開發團隊，近來已有逐漸組織分工化的傾向，以提升程式開發效率。²⁸⁹一個有系統的社群開發團隊，包括核心團隊（core team）與開發團隊（development team），後者是所有願意參與開發之人，前者則由開發團隊選出，專責開發專案的重大進展事項，例如發展目標、研發時程、軟體架構變更……等，並且保有核心團隊成員加入的同意權。開發團隊則依照專案任務以及參與人員專長而分組，包括程式

²⁸⁶ “Given enough eyeballs, all bugs are shallow.”

²⁸⁷ 如 Firefox 瀏覽器即係從 AOL 放棄開發的瀏覽器 Netscape 開發而來，現已推出 3.5 版，市占率係僅次於微軟 Internet Explorer 而居於第二。

²⁸⁸ 維基百科的說明，請參見，<http://zh.wikipedia.org/wiki/Wiki>，查訪日期：2009 年 5 月 20 日。

²⁸⁹ 益思科技法律事務所，「自由軟體之著作權問題研究」，經濟部智慧財產局委託，頁 28，2006 年。

開發、測試、專案網站維護、文件撰寫、語言翻譯等各小組。

市集模式的成功，對於自由軟體運動的貢獻係不可抹滅的。藉由公眾參與開發並且除錯，開放原始碼將更具意義。亦即藉由開放原始碼配合市集模式的運作，降低了公眾貢獻的門檻，而任何公眾投入付出的心血皆不會白費，涓滴細流足成河海，多人的點滴努力累積，所成就的就會是巨大的進展，此不啻為群策群力的最佳見證。

第五項 GNU GPL 授權契約之設計與監督組織

於介紹完自由軟體背後所賦與的意涵，闡述其發展歷史以及如何藉由新興市集模式而吸引公眾參與開發後，本文欲介紹目前就 GNU GPL 授權契約較為知名的數個民間組織。由於 GNU GPL 授權契約就歸類上係屬於著作權的行使，僅係將電腦程式中所包含的特定著作財產權對於公眾授權，則於自由軟體被授權人未能依照授權契約所述方式加以利用時，可能構成違反著作權授權契約，同時行為人亦可能構成著作權之侵害。唯自由軟體授權契約既為新興的授權契約類型，甚多人對於其契約效力不甚理解，而未能依照著作權制度的運作加以利用該程式，則為整體自由軟體運動發展起見，即有必須矯正此一違法狀態的必要。唯開發自由軟體者眾，並且對於著作權法亦不熟稔，因此實務上自由軟體的開發者社群多透過將著作權集中管理的方式，²⁹⁰於確認特定使用人違反自由軟體授權契約後，藉由發送警告函的方式通知使用者應開放原始碼，並且未限制其他人對於衍生著作的四大自由。以下即從 Stallman 所創立的自由軟體基金會開始談起。

²⁹⁰ 類似於我國法上著作權仲介團體的概念。唯由於自由軟體的概念下，通常並無收受或分配使用報酬之需要，則此類受托管的組織通常係肩負監督商業利用自由軟體之責任，以確保商業公司對於自由軟體進行改作之際，有遵守公開修改後程式原始碼的義務，以維護四大自由不受侵害。見，<http://www.gnu.org/copyleft/why-assign.html>，查訪日期：2009年5月20日。

第一款 自由軟體基金會

第一目 發展簡史

自由軟體基金會 (Free Software Foundation, FSF) 是一個致力於推廣自由軟體的民間非營利組織。由 Richard M. Stallman 於西元 1985 年 10 月成立。主要工作是執行 GNU 計畫，協助開發更多符合四大自由定義下的自由軟體，以及協助維護自由軟體的四大自由。

西元 1989 年，自由軟體基金會開始推動 GNU 自由軟體計畫 (The GNU Project)。為了替該計畫尋求適當授權方式，乃以「使用程式」、「研究程式」、「散布程式」與「改進程式」等者四大自由為基礎，發展出著佐權制度，並據著佐權制度的理念草擬完成 GNU GPL 第 1 版，藉由授權契約的拘束力，保障使用者得以享有自由。於形塑著佐權制度之際，自由軟體基金會更嘗試撰寫一套跨平台，可以自由使用、修改、散布，並與 UNIX 相容的作業系統。1991 年底，藉由 Linux 作業系統填補 GNU 計畫中最為欠缺的系統核心後，GNU 計畫可說是萬事皆備。於 Linux 作業系統出現後，於該平臺上開發的自由軟體數以萬計，並且仍以驚人的速度持續成長之中，且由於 GNU GPL 授權契約之故，此些於 Linux 作業系統上開發的電腦程式泰半情況下亦受其拘束，因此亦須採用 GNU GPL 授權契約作為其授權契約，而此亦成就了自由軟體的榮景。如世界最大的開放原始碼專案網站 Sourceforge，於逾 230000 個開發專案中，即有 128538 個專案係採用 GPL 授權者，由此可見 GNU GPL 授權契約之影響力。²⁹¹

²⁹¹ http://sourceforge.net/softwaremap/trove_list.php?form_cat=15，查訪日期：2009 年 5 月 20 日。

第二目 組織成員

自由軟體基金會的成員主要分為二部分：作為組織核心的理事會成員，以及組織外圍的個人附屬會員與公司。²⁹²目前理事會成員包括創辦人 Stallman、Columbia 大學法律學院教授 Eben Moglen（其同時身兼 FSF 基金會法律顧問）、Stanford 大學法律教授 Lawrence Lessig、麻省理工學院電腦科學教授 Gerald Sussman.....等於自由軟體運動中的著名人士。而在組織外圍方面，2002 年 11 月 25 日起，FSF 基金會開放個人成為基金會的附屬會員，而隔年 3 月 5 日亦嘗試創立商業公司保護計畫。由於自由軟體運動的影響遍及全世界，因此 FSF 基金會於海外亦設有分支機構，2001 年在德國成立歐洲自由軟體基金會，²⁹³作為自由軟體基金會於歐洲的代表人，2003 年在印度 Kerala 省成立印度自由軟體基金會。²⁹⁴而於臺灣，則係由一群贊同自由軟體理念的社群人士，於 2001 年組織成立中華民國軟體自由協會（SLAT），²⁹⁵推廣自由軟體於政府機關以及民間之普及，唯此組織與自由軟體基金會無直接關連。

第三目 工作內容

自由軟體基金會從草創期到 1990 年代中期，其設立基金主要用以僱傭程式設計師協助撰寫程式以發展自由軟體。但 90 年代中期後，由於加入開發自由軟體的企業團體、政府相關部門與個人相當踴躍，因此 FSF 基金的工作重點已逐漸轉向關注自由軟體運動的法律與發展結構問題。其工作重心主要包括以下事項：

²⁹² 益思科技法律事務所，「自由軟體之著作權問題研究」，經濟部智慧財產局委託，頁 21，2006 年。

²⁹³ <http://fsfe.org/>，查訪日期：2009 年 5 月 15 日。

²⁹⁴ <http://www.gnu.org.in/about-fsf-india>，查訪日期：2009 年 5 月 15 日。

²⁹⁵ <http://www.slat.org/slat/>，查訪日期：2009 年 5 月 15 日。

一、設計 GNU GPL 授權契約

自由軟體基金會係為負責設計 GNU GPL 授權契約和其它類型的 GNU 著作授權契約。GNU GPL 授權契約第一版最初是在 1981 年由 Stallman 為 GNU 計劃而起草，並以自由軟體基金會名義發行，而後亦歷經二次改版，最新版本為 2007 年 6 月推出的第三版。目前係為自由軟體運動中最为普及的電腦程式著作授權契約，大多數的自由軟體皆採用此一授權契約。

而於 90 年代時，為推廣自由軟體，FSF 基金會嘗試對於其所設計的函式庫（library）特別撰寫較 GNU GPL 寬鬆的授權契約，調弱 GNU GPL 的感染特性，並藉此權宜手段吸引程式設計者採用，以求擴大採用自由軟體函式庫程式的市占率。因此在 GNU GPL 第二版發布的同時，Library General Public License（LGPL）亦隨之發布，並將版本編號亦記為第二版，以示其是由 GNU GPL 授權契約第二版衍生而出，唯此一授權契約係限定用於函式庫。嗣後 FSF 基金會發布 LGPL 版本 2.1 時，將該授權契約重新命名為 GNU Lesser General Public License，藉由「寬鬆」名稱，以表現 GNU GPL 授權契約所具備的哲學觀。

此外，基金會亦針對與電腦程式相關的語文著作，發布了 GNU Free Documentation License（GFDL），賦與語文著作亦有適用著作權制度的機會，此一著作授權契約對於電腦文件及其他參考指導手冊等皆有適用。例如著名的線上百科全書維基百科，即係採用此一授權。

二、著作權之監督

FSF 基金會為求自由軟體的四大自由不致被他人侵害，多會勸導參與自由軟體的程式設計者將其對於自由軟體的著作權交由 FSF 基金會管理，以使 FSF 基金會立有立場向侵權人請求履行授權契約所定事項。因此多數 GNU GPL 自由軟體的著作

權係由 FSF 基金會管理。

FSF 基金會設有「Compliance Lab」，²⁹⁶專責處理調查各項違反 GNU GPL 授權的通報，並且亦協助著作權人行使著作權，以及回答自由軟體與著作權相關之詢問。FSF 基金會基於推廣的理念，一旦確認特定使用者違反 GNU GPL，基金會將會透過溝通協調等較為柔軟的方式要求侵權人採取改正措施，而未遵守自由軟體授權契約的使用者嗣後願意改正時即與之和解，嘗試不透過司法訴訟程序而讓使用者得以遵守 GNU GPL 授權契約。

三、自由軟體目錄

自由軟體目錄是所有自由軟體的一個列表，列出自由軟體的相關訊息，例如開發專案主頁、程式設計師、採用程式語言等。建置此一目錄的目的，係為建置自由軟體的搜索引擎，其並提供使用者檢查電腦程式是否屬於自由軟體的工具。聯合國教科文組織亦提供 FSF 基金會些許基金，以將此目錄翻譯成多國語言。

第二款 GPL-violations.org

GPL-violations.org 網站，²⁹⁷係由德國電腦程式設計師 Harald Welte 獨自發起的計畫，其計畫的目標係期望運用自由軟體的各界皆能依照 GNU GPL 授權契約來使用 GPL 授權契約，因此該網站一方面為文說明關於 GNU GPL 授權契約的正確認知，協助被授權人以符合授權內容的方式正確利用採用 GNU GPL 授權的程式碼；另一方面 Harald Welte 亦採取法律行動，對於違反 GNU GPL 授權契約的行為人提

²⁹⁶ <http://www.fsf.org/licensing/compliance>，查訪日期：2009 年 5 月 20 日。

²⁹⁷ <http://gpl-violations.org/>，查訪日期：2009 年 5 月 20 日。

起訴訟。

由於 Harald Welte 擁有部分 Linux 作業系統中所包含防火牆 netfilter 的著作權，因此其或取得其他共同著作權人之授權後而於德國法院提起訴訟，或取得系爭自由軟體全體著作權人的授權後提起訴訟。其自 2004 年起開始藉由司法程序對於違反 GNU GPL 授權契約之人提起訴訟，迄今為止皆獲得大小不一的勝利。於訴訟方面，Harald Welte 與德國律師 Till Jaeger 合作，於確認系爭對象確有違反 GNU GPL 授權契約的情事後，Welte 會嘗試取得該電腦程式著作權人的授權，而後由 Jaeger 代理向該對象直接寄發侵權警告函，表達希望對方能夠採取改正措施，若系爭對象未予回應，方會採取正式法律行動，諸如申請假處分，或是直接提起訴訟。

第三款 Software Freedom Law Center

相較於 FSF 基金會的柔軟身段，以及 GPL-violations 的強硬堅決，軟體自由法律中心 (Software Freedom Law Center, SFLC)²⁹⁸ 毋寧是較為中庸的。SFLC 由 FSF 基金會的成員之一 Eben Moglen 所創設，SFLC 向自由軟體的著作權人提供法律服務，包括法律諮詢、企業遵守 GNU GPL 指南等方式，並且提供資訊以協助希望將自由軟體商業化的公司遵守授權契約規定。

SFLC 於一般情形下偏向以平和方式解決 GNU GPL 違約事件，其於 2008 年發表「遵循 GPL 實務指南 (A Practical Guide to GPL Compliance)」，²⁹⁹ 對於自由軟體的使用者介紹其應遵循的法律義務，並提供企業於不確定是否違反 GPL 授權時的建議作法。SFLC 此舉係為撮合業界與自由軟體合作，降低因為訴訟針鋒相對的機會。

²⁹⁸ <http://www.softwarefreedom.org/>，查訪日期：2009 年 5 月 20 日。

²⁹⁹ <http://www.softwarefreedom.org/resources/2008/compliance-guide.html>，查訪日期：2009 年 5 月 20 日。

唯於個案中，若企業經過告知違反 GNU GPL 授權契約後仍舊絕處理相關問題時，SFLC 仍會對之提起法律訴訟，嘗試藉由司法程序而要求系爭企業合作。由於違反 GNU GPL 授權契約的案例中，多數廠商皆係因為未曾關注相關法律規定，於不瞭解情況所導致者，而 SFLC 藉由訴訟程序，於告知廠商其行為可能違反 GNU GPL 授權契約後，廠商多願意採取改正措施，如開放衍生著作原始碼等方式，最後訴訟通常係以和解收場。目前 SFLC 所提起的訴訟，多與 BusyBox 此一自由軟體有所關連，BusyBox 是一套 Linux 作業環境下的開發工具，通常用於開發行動與嵌入式設備的作業系統。而 Busybox 經由 SFLC 協助，曾向 Monsoon、Verizon、Xterasys、High-Gain Antenn、SuperMicro 與 Bell Microproducts 等公司提起訴訟，目前僅 Monsopon 案係以和解的方式落幕。而最新的訴訟案係於 2008 年 12 月，由 SFLC 代表自由軟體基金會向 CISCO 提起違反 GNU GPL 授權契約之訴訟。³⁰⁰



第三節 自由軟體授權契約之介紹—以 GNU GPL 授權契約為例

在概略瀏覽自由軟體運動以及介紹幕後推手之後，本文欲對於扮演關鍵核心的自由軟體授權契約加以介紹。符合廣義 FOSS 定義下的自由軟體授權契約數量相當龐大，較常見的如 GPL、LGPL、BSD、MPL 等，皆有一定的支持者，但由於採用 GNU GPL 授權契約之自由軟體，在數量上明顯較採用其他種類授權契約的自由軟體為多，³⁰¹ 因此 GNU GPL 授權契約的影響力亦遠較其他種類的授權契約為大。故本文將介紹重心置於 GNU GPL 授權契約，並輔以對於 GNU GPL 授權契約之分

³⁰⁰ <http://www.fsf.org/news/2008-12-cisco-suit>，查訪日期：2009 年 7 月 10 日。

³⁰¹ 雖然採用 GNU GPL 授權的風潮於近來似有略微衰退的走向，但經統計，仍有近百分之六十五的自由軟體開發專案，係採取 GNU GPL 授權。參見，開源碼開發計畫 GPL 授權數量衰退，<http://www.zdnet.com.tw/enterprise/topic/opensource/0,2000085741,20139306,00.htm?feed=NL:%A5%F8%B7%7E%C0%B3%A5%CE+%3A+%A5D%C3D%A4%A4%A4DF+%3A+B6%7D%A9%F1%AD%EC%A91%BDX>，查訪日期：2009 年 7 月 10 日。

析。

第一項 GNU GPL 授權契約第二版條文解析

GNU GPL 授權契約實際上扮演了自由軟體運動的推手，根據 GNU GPL 授權條款的規定，其保障所有使用者自由使用、重製、散布與修改的權利，其它使用方式則不在授權範圍之內。GNU GPL 授權契約在提倡自由之際，仍保留部分著作權人於著作權法上得主張的權利，而不若 BSD 授權契約採取近似於「公共財」的概念向外授權，因此 GNU GPL 向來皆為自由軟體中最常被採用的授權條款。

一般而言，GNU GPL 第二版各項規定中最為著名者，應屬第 2 條規定，一般俗稱「GPL 病毒 (Viral Effect)」。該條第 1 項規定「您必須使您所散布或發行的著作（即含有本程式的全部或一部，或衍生自本程式的全部或一部之著作），以不收費之方式，整體授權予所有第三方，依本授權書條款利用。」及同條第 2 項規定：「前開要求適用於整體修改之著作。若著作可特定出部分並非衍生自本程式，且該部分可合理考慮自該著作獨立且分離，當您將該部分當作獨立的著作散布時，該部分不適用本授權書及其條款。但當您將該部分作為以本程式為基礎的著作的一部分散布時，則該著作之整體必須依本授權書條款授權，亦即，對於其他被授權人之許可，擴及整個著作之每一部分，不論各該部分由誰所創作。」此二項規定使得採取 GNU GPL 授權軟體的衍生著作，均須採取 GNU GPL 授權契約續為釋出，也因此促成採用 GNU GPL 授權契約的自由軟體為數甚多，為自由軟體授權契約中之最。

雖然自由軟體基金會已於 2007 年推出 GNU GPL 第三版，唯由於 GNU GPL 第三版中對於電腦程式專利以及數位權利管理所採取的立場，令自由軟體中占有關鍵地位的 Linux 開發者 Torvalds 不滿，³⁰²因此決定 Linux 仍適用 GPL GNU 第二

³⁰² Torvalds: No GPL 3 for Linux, http://news.zdnet.com/2100-3513_22-146510.html, 查訪日期: 2009 年 5 月 20 日。

版，不予升級至第三版。則可知於未來 GNU GPL 授權契約第二版於自由軟體授權契約中必然仍會占有一席之地。以下即以 GNU GPL 第二版中文非官方譯本作為分析授權條款的參考，³⁰³並揀選出重要條文加以解說其於著作權法上之意義。³⁰⁴

0.凡著作權人在其程式或其他著作中聲明，該程式或著作得在通用公共授權條款下散布，本授權對其均有適用。以下所稱的「本程式」，係指任何一種適用通用公共授權的程式或著作；「基於本程式所生的著作」，則指本程式或任何基於著作權法所產生的衍生著作，換言之，係指包含本程式全部或一部的著作，不論是完整的或經過修改的程式，以及（或）翻譯成其他語言的程式（以下「修改」一詞包括但不限於翻譯行為在內）。

被授權人則稱為「您」。

本授權不適用於複製、散布與修改以外的行為；這些行為不在本授權範圍內。執行本程式的行為並不受限制，而本程式的輸出只有在其內容構成基於本程式所生的著作（而非只是因為執行本程式所造成）時，始受本授權拘束。至於程式的輸出內容是否構成本程式的衍生著作，則取決於本程式的具體用途。

第 0 條係關於 GNU GPL 的適用範圍以及名詞定義。GNU GPL 第 0 條雖然嘗試對於適用的電腦程式加以定義，唯實務上對於其定義仍不甚明瞭，例如：基於本程式所生的著作（work based on the Program）、一部分（a portion of it）、衍生著作（derivative work）、修改（modification）、散布（distribution）等。條文中所提到的「Copyright Law」，究竟是須依美國著作權法決定，抑或是選擇採用 GNU

³⁰³ 本中文非官方譯本係由軟體自由協會方怡芬律師加以翻譯，本文加上底線以與本文內容加以區別。請參考，益思科技法律事務所，「自由軟體之著作權問題研究」，經濟部智慧財產局委託，頁 57，2006 年。

³⁰⁴ 關於 GNU GPL 授權契約第 2 版英文原文，請參考，<http://www.gnu.org/licenses/old-licenses/gpl-2.0.html>，查訪日期：2009 年 5 月 20 日。

GPL 授權契約的著作權人之國的著作權法，甚至係依爭議發生地或被授權人所屬國……等，仍須就個案而定。

此外，由於 GNU GPL 第二版係於 1991 年制訂，則著作權法中針對網際網路時代所新增之「公開傳輸權」，³⁰⁵並未在 GNU GPL 第二版中加以呈現。因此若係電腦程式著作權人選用 GNU GPL 第二版作為授權契約，於解釋上可能產生一定程度的漏洞。例如：目前透過瀏覽器即可遠端執行的電腦程式，若有軟體廠商將採用 GNU GPL 的程式改寫為前開電腦程式，透過網際網路供使用者利用，在著作權法上構成「公開傳輸」的行為，但在 GNU GPL 第二款中該行為是否可認為屬於「散布」，抑或僅是「執行」電腦程式的行為，恐有爭議。唯此一爭議於 GNU GPL 第三版中藉由新增「傳播（propagate）」的定義，已獲得一定程度的解決。

1.您可以對所收受的本程式源碼，無論以何種媒介，複製與散布其完整的重製物，然而您必須符合以下要件：以顯著及適當的方式在每一份重製物上發布適當的著作權標示及無擔保聲明；維持所有有關本授權以及無擔保聲明的原貌；並將本授權的副本連同本程式一併交付予其他任一位本程式的收受者。

您可以對讓與重製物的實際行為請求一定的費用，您也可以自由決定是否提供擔保以作為對價的交換。

本條係規範使用者重製或散布程式原始碼的自由，並且要求使用者於重製或散布之際必須於重製物上附有本授權契約，以便後手同樣受到 GNU GPL 授權的保障，藉由此種作法以達成著作權制度的目的。

³⁰⁵ 著作權法第 3 條第 10 款：「公開傳輸：指以有線電、無線電之網路或其他通訊方法，藉聲音或影像向公眾提供或傳達著作內容，包括使公眾得於其各自選定之時間或地點，以上述方法接收著作內容。」

GNU GPL 第 1 條第 1 項在說明散布 GNU GPL 電腦程式時，應將完整的電腦程式及授權契約一併散布，同條第 2 項則為 GNU GPL 電腦程式廠商早期獲利的主要方式，利用銷售 GNU GPL 程式重製物實體媒介而獲利，如提供磁片、磁帶、光碟片等，或是向使用者另為提供 GNU GPL 軟體保固或程式除錯等服務，並且向使用者收取該保固服務或除錯服務的對價，藉以維持生計。然則網際網路的普及造成無體散布大為流行，不論係藉由點對點傳輸或是直接從伺服器下載皆相當方便，GNU GPL 電腦程式廠商於提供實體媒介銷售的收入來源因而大幅銳減，使得採用 GNU GPL 授權的電腦程式廠商面臨營運壓力，紛紛轉型往安全性、替代性的電腦程式進行開發，爭取大型商業機構的軟體建置專案，或透過銷售使用者手冊、提供額外保固服務或是技術支援等服務等維持生計。

2.您可以修改本程式的一個或數個重製物或者本程式的任何部份，以此形成基於本程式所生的著作，並依前述第一條規定，複製與散布此一修改過的程式或著作，但您必須符合以下要件：

(a) 您必須在所修改的檔案上附加顯著的標示，敘明您修改過這些檔案，以及修改日期。

(b) 您必須就您所散布或發行的著作，無論是包含本程式全部或一部的著作，或者是自本程式或其任何部份所衍生的著作，整體授權所有第三人依本授權規定使用，且不得因此項授權行為而收取任何費用。

(c) 若經過修改的程式在執行時通常以互動方式讀取命令時，您必須在最常被使用的方式下，於開始進入這種互動式使用時，列印或展示以下宣告：適當的著作權標示及無擔保聲明（或者聲明您提供擔保）、使用者可以依這些條件再散布此程

式，以及告知使用者如何瀏覽本授權的副本。（例外：若本程式本身係以互動的方式執行，然而通常卻不會列印該宣告時，則您基於本程式所生的著作便無需列印該宣告。）

這些要求對修改過的著作是整體適用的。倘著作中可識別的一部份並非衍生自本程式，並且可以合理地認為是一獨立的、個別的著作，則當您將其作為個別著作加以散布時，本授權及其條款將不適用於該部分。然而當您將上述部分，作為基於本程式所生著作的一部而散布時，整個著作的散布必須符合本授權條款的規定，而本授權對於其他被授權人所為的許可及於著作整體。

因此，本條規定的意圖不在於主張或剝奪您對於完全由您所完成著作的權利；應該說，本條規定意在行使對基於程式所生之衍生著作或集合著作散布行為的控制權。

此外，非基於本程式所生的其他著作與本程式（或基於本程式所生的著作）在同一儲存或散布的媒介上的單純聚集行為，並不會使該著作因此受本授權條款拘束。

本條規定係關於使用者修改程式後，該經修改程式嗣後散布行為之規定。本條雖然賦與使用者修改程式的自由，但要求使用就修改後程式，亦須採取 GNU GPL 授權契約對外授權。此一機制即為坊間所稱的感染性（viral effect），一旦被認為屬於基於採用 GNU GPL 電腦程式所生的著作，即應就該衍生著作的全部，於「散布」時依照 GNU GPL 的授權方式授權予後手。

本條於適用上最大的爭議點在於，業界對於「基於 GPL 程式所生之著作」、
「獨立的、個別的著作」的認知並不一致，由於此處認定的寬窄，將直接影響到是否系爭著作必須採取 GNU GPL 授權，故一直以來業界就此爭議不休。以下則以

發展嵌入式 Linux 系統著名的 Monta Vista 公司所提供的說明為例，³⁰⁶藉以呈現產業界對於所謂「衍生著作」或「獨立著作」的理解。

GPL 程式碼的使用	應適用的授權模式	對工作成果的建議
重製／修改	GPL	須提供原始碼予客戶。
連結至 GPL 函式庫	GPL	須提供應用程式與函式庫的原始碼予客戶。但實務上 99% 的 Linux 執行的函式庫是採用 LGPL 或其他授權模式，而非 GPL。
連結至 LGPL 函式庫	自行決定	沒有任何義務，可自行決定授權模式。
以系統函數呼叫 Linux (Make system calls to Linux)	自行決定	沒有任何義務，通常是指將 Linux 當作 OS 使用的情形。
以靜態連結方式呼叫 Linux kernel API	GPL	設備驅動程式的靜態連結或新的 kernel 碼必然是 GPL，就如同 Linux 的 Kernel 一樣。
於驅動程式 (Drive code)、w/standard、信號／介面等使用二進位的模組 (binary modules)	自行決定	若驅動程式或模組並非直接自 Linux 衍生或原本就存在的 Linux 驅動程式，即無義務以特定方式授權模組之程式碼。

一般而言，以靜態連結的方式呼叫 Linux 函式庫，在進行目的碼的編碼時，會將該被呼叫的程式直接編寫於程式碼中，二者實則無法分離，因此難以被認為是獨立於 GNU GPL 電腦程式以外的著作。

然而，於動態連結 (dynamic link) 的方式呼叫 GNU GPL 函式庫的情形，則是

³⁰⁶ 益思科技法律事務所，「自由軟體之著作權問題研究」，經濟部智慧財產局委託，頁 57，2006 年。

否該當於本條情形，學界與業界皆無定論。³⁰⁷因為利用動態連結的方式連結GNU GPL式庫時，電腦程式並不會將其所呼叫的程式碼一併編入，而是在執行該程式時才將函式庫資料載入記憶體共同運作，此種情形是否屬於GNU GPL的「衍生著作」？或是否具有「獨立性」？引發相當大的討論。自由軟體基金會認為藉由動態連結GPL函式庫的作法，該電腦程式即該當於GNU GPL中所提及的「衍生著作」，但業界人士以及甚多高階程式設計師對此意見並不認同，而認為動態連結僅是將二個不同的程式結合在一起執行，並不會使系爭電腦程式搖身一變成為美國著作權法第101條所定義的「衍生著作(derivative work)」。

唯迄今仍未有實際案例表明有程式設計師不願採取GNU GPL授權而以動態連結的方式規避GNU GPL而被起訴，實際上業界對於亦此亦有所警覺，而不願碰觸此一灰色地帶。因此或許可以認為自由軟體基金會對外所宣稱的動態連結的限制，已經事實上發揮了效用。然而，隨著程式撰寫或是程式與函式庫互動連結方式的多樣化，GNU GPL授權契約文字於解釋上仍將不斷受到電腦業界的挑戰。

本條同時亦對於GNU GPL的感染性設下界限，亦即於構成集合著作的情形中，其中若存在採取GNU GPL授權的電腦程式著作，則其他電腦程式並不因此而受其感染；而以同一載體進行散布的行為，其他電腦程式亦不會因此而感染。

3.您可以依前述第一、二條規定，複製與散布本程式（或第二條所述基於本程式所產生的著作）的目的碼或可執行形式，但您必須符合以下要件：

(a)附上完整、相對應的機器可判讀源碼，而這些源碼必須依前述第一、二條規定在經常用以作為軟體交換的媒介物上散布；或

³⁰⁷ Steven Weber, the Success of Open Source, Harvard University Press, 182 (2004).

(b)附上至少三年有效的書面報價文件，提供任何第三人在支付不超過實際散布源碼所需成本的費用下，取得相同源碼的完整機器可讀重製物，並依前述第一、二條規定在經常用以作為軟體交換的媒介物上散布該重製物；或

(c)附上您所收受有關散布相同源碼的報價資訊。(本項選擇僅在非營利散布、且僅在您依前述 b 項方式自該書面報價文件收受程式目的碼或可執行形式時，始有適用。)

著作的源碼，是指對著作進行修改時適用的形式。對於一個可執行的著作而言，完整的源碼是指著作中所包含所有模組的全部源碼，加上相關介面的定義檔，還加上用以控制該著作編譯與安裝的描述。然而，特別的例外情況是，所散布的源碼並不需包含任何通常會隨著所執行作業系統的主要組成部分（編譯器、核心等等）而散布的軟體（無論以源碼或二進位格式），除非該部分本身即附加在可執行程式中。

若可執行碼或目的碼的散布方式，是以指定的地點提供存取位置供人複製，則提供可自相同地點複製源碼的使用機會，視同對於源碼的散布，然而第三人並不因此而負有將目的碼連同源碼一併複製的義務。

此條規定則是要求重製或散布 GNU GPL 電腦程式時必須附上電腦程式的原始碼，藉以達成四大自由中研究修改或改良程式的自由。此條就一般自由軟體開發的情形下並無爭議，唯於商業化利用的情形，則發生實務上的爭執。許多採用 Linux 作為其程式開發平台的硬體設備廠商，為避免程式原始碼流出所可能導致的商業機密外流，經常會選擇以隨同硬體附上書面報價的方式處理。例如：廠商販售無線網路基地臺，於販賣實體機器時，附上書面說明該設備有部分為基於 Linux 程式或 GNU GPL 程式而開發，若消費者需要取得程式原始碼時，請支付工本費，該公司將於收到費用後 90 天內，將程式原始碼寄達指定地點等條件。透過工本費

加上較長的處理期間，增加取得原始碼的障礙，讓其所撰寫程式原始碼的釋出延緩，以減低同業競爭的時間壓力。

本條適用所產生的另外疑問，在於將修改後的 GPL 電腦程式對外釋出時，若其中包含一部分的專屬軟體，是否全部皆應以原始碼的方式釋出，始符合本條關於原始碼完整性的要求？舉例來說，若某廠商製造並販賣無線網路基地臺，其中驅動程式及應用程式包括內嵌於 Linux 作業系統上的控制程式、晶片廠商提供的驅動程式、以及廠商自行撰寫的應用程式等，則廠商能否僅在網站或光碟上，放置其認為屬於 GNU GPL 程式的原始碼，而不提供其認為屬於專屬軟體或晶片廠商宣稱為專屬軟體的程式原始碼？亦即，使用者即使取得 GNU GPL 程式原始碼，亦可能因為欠缺其他程式而無法完整執行，此時是否仍為遵守 GNU GPL 第 3 條有關釋出原始碼完整性的規定？

GPL 第 2 條第 4 項所述或與此種情形有關：「此外，非基於本程式所生的其他著作與本程式（或基於本程式所生的著作）在同一儲存或散布的媒介上的單純聚集行為，並不會使該著作因此受本授權條款拘束。」以上述案例而言，若是廠商無線網路基地臺產品中所附隨的電腦程式，僅是屬於將軟體彙整、集合於同一載體上散布，則理所當然不應受到 GNU GPL 授權契約的限制，唯若廠商所附的電腦程式間彼此有互相呼叫的功能需求時，則單純依 GNU GPL 第 3 條第 2 項規定，須限於「通常會隨著所執行作業系統的主要組成部分（編譯器、核心等等）而散布的軟體（無論以源碼或二進位格式）」才能夠免除所有相互呼叫的電腦程式皆須釋出原始碼的契約責任。因此，關鍵點仍在於原始碼「完整性」的範圍。

GPL 第 3 條第 2 項嘗試釐清此一範圍：「著作的源碼，是指對著作進行修改時適用的形式。對於一個可執行的著作而言，完整的源碼是指著作中所包含所有模組的全部源碼，加上相關介面的定義檔，還加上用以控制該著作編譯與安裝的描述。」由此觀察，GPL 所認定的「完整原始碼」，並非以個別檔案或個別具有獨立意義的程式來判斷，而是為達成利用者欲修改程式的目的，所需要的全部程式原

始碼。蓋自由軟體基金會設計 GNU GPL 授權契約的初衷，既為保障利用者能夠修改程式的自由，因此若廠商提供的程式原始碼不能達到修改所欲達成的目的時，要求提供原始碼的目的即無法達成，而這也就是 GNU GPL 將原始碼「完整性」設定的如此廣泛的緣故。

雖然廣泛揭露原始碼對於利用者有利，但許多利用 Linux 開發嵌入式系統硬體廠商仍有所疑慮，擔心該公司及合作廠商專屬軟體著作權保護的問題。然則，於 GNU GPL 授權契約有效成立並且生效的前提下，廠商並無法主張其不受該授權契約之拘束。

論者亦有主張得以著作權法加以檢視，亦即著作權人利用授權契約要求揭露修改程式的原始碼，是否該當於著作權濫用，而可能受到民法權利濫用原則之拘束。³⁰⁸本文對此則持保留看法，蓋此約定並未與著作權法規定有所牴觸，而著作權人雖然利用著作授權契約而要求被授權人揭露衍生電腦程式著作的原始碼，唯此明顯並非利用該授權契約取得市場力量，蓋自由軟體開發者所處市場與利用人所處市場並不必然屬於同一市場，要求利用人開放原始碼並無礙於利用人得利用該程式。持平而論，其他競爭廠商得藉由利用人所公開的原始碼，獲取相關控制技術的概念，並且將之使用於市場競爭，因此甚至可能帶有促進競爭的效果；而著作權人亦未藉此擴張其得以主張著作權的保護範圍，蓋其權利範圍並未因為要求利用者開放原始碼而擴張，若利用人經修改後的著作已達我國著作權法上衍生著作的程度，則利用人即成為該衍生著作的著作權人，唯對於該衍生著作的保護對於原著作的著作權並不生任何影響；³⁰⁹再者，要求開放原始碼一事，與著作權法所欲追求的公共政策亦無衝突，於肯認電腦程式著作屬於著作權法應賦與保護著作的前提之下，開放原始碼係讓更多使用者得就系爭電腦程式加以改作，進而創作出更多電腦程式著作，具有提升相關領域著作數量的效果，與著作權法促進文化發展的意旨實為不謀而合，難以認為授權契約中公開程式碼之要求，已然該當於著作權濫用，而認為系爭契約無效。

³⁰⁸ 益思科技法律事務所，「自由軟體之著作權問題研究」，經濟部智慧財產局委託，頁 63，2006 年。

³⁰⁹ 著作權法第 6 項第 2 項：「衍生著作之保護，對原著作之著作權不生影響。」

4.除本授權所明示的方式外，您不得對本程式加以複製、修改、再授權或散布。任何試圖以其他方式進行複製、修改、再授權或者散布本程式的行為均為無效，並且將自動終止您基於本授權所得享有的權利。然而，依本授權規定自您手中收受重製物或權利之人，只要遵守本授權規定，他們所獲得的授權並不會因此終止。

5.因為您並未在本授權上簽名，所以您無須接受本授權。然而，除此之外您別無其他修改或散布本程式或其衍生著作的授權許可。若您不接受本授權，則這些行為在法律上都是被禁止的。因此，藉由對本程式（或任何基於本程式所生的著作）的修改或散布行為，您表示了對於本授權的接受，以及接受所有關於複製、散布或修改本程式或基於本程式所生著作的條款與條件。

GNU GPL 第二版的第 4 條與第 5 條則係關於授權契約的成立與終止，唯應注意者，GNU GPL 僅對於重製、散布與修改行為加以限制，對於利用行為則不予設限。即便 GNU GPL 授權契約並未成立，唯收受該電腦程式之人仍可以使用該電腦程式，僅不具重製、修改、散布該程式的權限。

GNU GPL 第 5 條之規定係關於 GNU GPL 授權契約成立要件中被授權人的「承諾」。與拆封授權、點選授權或瀏覽授權契約相同，GNU GPL 亦是透過利用人「修改、散布」等事實行為，而認為使用者已默示承諾。若是專屬軟體電腦程式的授權契約得藉由拆封授權、點選授權契約的形式而成立，則無理由否認 GNU GPL 亦得依照使用者實際的修改、散布行為而成立並且生效。又 GNU GPL 授權契約係針對可得特定的多數人所擬定的定型化契約，因此民法第 247 條之 1 關於定型化契約的規定，³¹⁰仍有適用空間，則於個案中若著作權人利用 GNU GPL 授權契約將電

³¹⁰ 民法第 247 條之 1：「依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，為左列各款之約定，按其情形顯失公平者，該部分約定無效：

一、免除或減輕預定契約條款之當事人之責任者。
二、加重他方當事人之責任者。

腦程式對外授權而有「顯失公平」的情形，則該約定仍有無效的可能性。

GNU GPL 第 4 條則係關於著作權人採取 GNU GPL 授權契約時終止授權的規定。若廠商未依 GNU GPL 規定方式而逕對於該程式重製、修改、再授權或者散布時，依該條規定權利人將自動終止授權。唯將終止契約的判斷與終止時點委由利用人的行為加以認定，於操作上仍存有疑慮，由於 GNU GPL 授權契約中所使用名詞，於解釋上尚存爭議，則利用人是否違反 GNU GPL 授權契約之義務，若僅由著作權人片面認定，可能與利用人的主觀認知不符，因此民事法院仍有介入判斷的空間。其次，GNU GPL 終止時點應如何認定？就實務上而言，廠商所收到 GNU GPL 違反的警告函，有可能係著作權人所發，但亦有契約外第三人程式設計師主動告知的情形，則利用人是否於知悉有違反可能性時，即應停止其利用行為？抑或是其得使用至法院確認個案中確有違反 GNU GPL 授權契約的情形，而依本條規定確定終止授權之時，才須停止使用？於 GNU GPL 授權契約中並未言明，惟於解釋上應得認為係回溯至其違反行為時終止其授權。

從授權契約的角度而言，一般情形下的授權契約係發生在實際上相互認識的當事人間，則當事人得透過通知來確認關於契約終止的事項；但於自由軟體授權契約的情形，由於網路上採用 GNU GPL 開發的軟體專案多不勝數，軟硬體廠商所使用電腦程式的著作權人通常與利用人素不相識，則著作權人通常難以知悉其撰寫程式被廠商以違反 GNU GPL 授權契約的方式為利用，一般多係由監督組織或是熱心的程式設計師發現，並要求廠商改善。則雖非契約當事人的通知，是否具有終止授權契約的效力？GNU GPL 契約中並未提及，有待實務加以發展。

6.每當您再散布本程式（或任何基於本程式所生的著作）時，收受者即自動獲得原

-
- 三、使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利者。
 - 四、其他於他方當事人有重大不利益者。」

授權人所授予依本授權條款與條件複製、散布或修改本程式的權利。您不得就本授權所賦予收受者行使的權利附加任何進一步的限制。您對於第三人是否履行本授權一事，無須負責。

GNU GPL 第 6 條是關於取得 GNU GPL 電腦程式之人，即自動取得原著作權人或衍生著作的著作權人之授權，得就原著作或衍生著作擁有 GNU GPL 契約所載的各項權利。著作權人不得就被授權人所享之權利附加任何限制，以避免著作權人或衍生著作的著作權人，對於 GNU GPL 程式所欲保障的四大自由透過增刪契約條款而加以限制。

7.若法院判決、專利侵權主張或者其他任何理由（不限於專利爭議）的結果，使得加諸於您的條件（無論是由法院命令、協議或其他方式造成）與本授權規定有所衝突，他們並不免除您對於本授權規定的遵守。若您無法同時符合依本授權所生義務及其他相關義務而進行散布，那麼其結果便是您不得散布該程式。例如，若專利授權不允許直接或間接透過您而取得重製物之人，以免付權利金的方式再散布該程式時，您唯一能同時滿足該義務及本授權的方式就是徹底避免進行該程式的散布。

若本條任一部份在特殊情況下被認定無效或無法執行時，本條其餘部分仍應適用，且本條全部於其他情況下仍應適用。

本條的目的並不在誘使您侵害專利或其他財產權的權利主張，或就此類主張的有效性加以爭執；本條的唯一目的，是在保障藉由公共授權慣例所執行自由軟體散布系統的完整性。許多人信賴該系統一貫使用的應用程式，而對經由此系統散布的大量軟體有相當多的貢獻；作者／貢獻者有權決定他或她是否希望經由其他的

系統散布軟體，而被授權人則無該種選擇權。

本條的用意在於將本授權其他不確定的部分徹底解釋清楚。

GNU GPL 第 7 條第 1 項所欲說明者，係利用人不得以其對於第三人的電腦程式負有保密義務或未獲授權釋出該程式原始碼，作為自己拒絕遵守 GNU GPL 授權契約相關規定的抗辯事由。若廠商自第三人取得特定程式之授權時，未同時取得嗣後對外得以 GNU GPL 授權契約釋出原始碼的授權時，其唯一避免侵害第三人電腦程式著作權的方法，即為不將第三人的電腦程式納入其所撰寫的 GNU GPL 程式中，以避免自己違反 GNU GPL 授權契約之要求。

此問題於實務上亦相當常見，且與本授權契約第 3 條亦有所關聯。如電腦程式設計師可能整合晶片廠商所提供的驅動程式與 GNU GPL 電腦程式，而導致整合後的應用程式亦須遵守 GNU GPL 規定釋出，但若要釋出該程式的原始碼，則也會一定程度揭露晶片廠商所提供的程式原始碼，此時即會產生 GNU GPL 或是與晶片廠商授權授約發生衝突的情形。故為避免此情形，程式設計師於利用 GNU GPL 電腦程式協助開發專屬軟體的專案中，必須特別謹慎小心。

8.若因為專利或享有著作權保護的介面問題，而使得本程式的散布與／或使用侷限於某些國家時，則將本程式置於本授權規範之下的原著作權人得增列明確的散布地區限制條款，將該等國家排除在外，而使散布的許可只限在未受排除的國家之內或之中。在該等情況下，該限制條款如同以書面方式訂定於本授權內容中，而成為本授權的條款。

GNU GPL 第 8 條係處理個案中 GNU GPL 電腦程式可能因為智慧財產權而在部分國家或地區可能會構成侵權的情形。著作權人可以在 GNU GPL 中增訂散布地

區或國家的限制，限制各地區或國家的重製、散布、修改行為。

然則，若是原始的著作權人就 GNU GPL 契約文字新增其他各種使用上限制，並利用該契約釋出其電腦程式，此時應就個案判定其契約效力，不宜直接認為無效。若利用人係獨立創作該電腦程式，並未從其他 GNU GPL 程式改作而來，則實際上其並不受 GNU GPL 的規範限制。由於其係該電腦程式著作的著作權人，依照著作權法之規定，其得自由決定如何授權他人利用其著作。故其自行將 GNU GPL 授權文字新增或變更，並以之為授權契約時，原則上應解釋為此係為非屬於 GNU GPL 之另一授權契約較為適當。

9.自由軟體基金會得隨時發表通用公共授權的修正版與／或新版本。新版本在精神上將近似於目前的版本，然而在細節上或所不同以因應新的問題或狀況。

每一個版本都有個別的版本號碼。若本程式指定有授權版本號碼，表示其適用該版本或是「任何新版本」時，您得選擇遵循該版本或任何由自由軟體基金會日後所發表新版本的條款與條件。若本程式並未指定授權版本號碼時，您便得選擇任一自由軟體基金會所發表的版本。

GNU GPL 第 9 條係為 GNU GPL 授權契約版本的規定。依照此款規定，其賦予接受 GNU GPL 程式的使用者，於著作權人指定適用特定版本或更新版本時，使用者嗣後散布經修改程式時，得選用該特定版本以及之後的任何一版 GNU GPL 授權契約；而於著作權人並未指定適用版本，僅稱適用 GNU GPL 授權契約時，使用者得可以任意選擇任何一版 GNU GPL 授權契約。因此，著作權人一旦決定採用 GNU GPL 做為電腦程式授權契約，原則上該電腦程式使用者就享有選擇適用該版本或新版本 GNU GPL 授權契約的權利。

本條規定看似清楚而無問題，唯實際上卻仍產生爭議。於 GNU GPL 當初欲改

版至第三版之際，即有論者發現，Linux 作業系統當初係指定適用「GNU GPL 第二版」，既非指定「適用 GNU GPL 第二版或任何新版本」，亦非指定「適用 GNU GPL 授權契約」，則於 GNU GPL 推出第三版之後，Linux 所適用的 GNU GPL 究竟何種版本？而藉由 Linux 開發 GNU GPL 電腦程式者，是否亦享有選擇適用第二版或是選擇適用新版本第三版的權利？³¹¹唯此一爭議嗣後並未發酵，因為 Linux 開發者 Torvalds 明確表明 Linux 係適用 GNU GPL 第二版而不欲升級至 GNU GPL 第三版的立場，而其對於利用 Linux 作業系統開發程式又持較 FSF 基金會寬鬆的態度，因此藉由 Linux 開發的電腦程式，不論採取 GNU GPL 第二版或是第三版，實際上皆被允許。

10.若您想將部分本程式納入其他自由程式，而其散布的條件有所不同時，請寫信取得作者的許可。若為自由軟體基金會享有著作權的軟體，請寫信至自由軟體基金會；我們有時會以例外方式予以處理。我們的決定取決於兩項目標：確保我們自由軟體的所有衍生著作均維持在自由的狀態，並廣泛地促進軟體的分享與再利用。

GNU GPL 第 10 條主要係規範採用 GNU GPL 的程式與其他自由軟體結合的問題。隨著電腦程式的大型化、複雜化及自由軟體授權契約的多元化，授權契約之間的衝突已然浮出水面，成為另一個值得深入探究的課題。然而自由軟體授權契約的種類甚多，由於必須就個案中所涉及的授權契約加以比較分析後方能得出結論，本文於此暫且略過。

11.由於本程式係無償授權，因此在法律許可範圍內，本授權對本程式並不負擔保責任。非經書面聲明，著作權人與／或其他提供程式之人，無論明示或默示，均

³¹¹ <http://radar.oreilly.com/2007/04/gplv3-linux-and-gplv2-compatib.html>，查訪日期：2009 年 5 月 30 日。

係依「現況」提供本程式而並無任何形式的擔保責任，其包括但不限於，就適售性以及特定目的的適用性為默示性擔保。有關本程式品質與效能的全部風險悉由您承擔。如本程式被證明有瑕疵，您應承擔所有服務、修復或改正的費用。

12.非經法律要求或書面同意，任何著作權人或任何可能依前述方式修改與／或散布本程式者，對於您因為使用或不能使用本程式所造成的一般性、特殊性、意外性或間接性損失，不負任何責任（包括但不限於，資料損失，資料執行不精確，或應由您或第三人承擔的損失，或本程式無法與其他程式運作等），即便前述的著作權人或其他人已被告知該等損失的可能性時，亦同。

GNU GPL 第 11 條及第 12 條係關於著作權人就其提供電腦程式不負瑕疵擔保責任的規定，一般專屬軟體授權契約亦常見到相關條款之設計。³¹²其目的係為保障著作權人免於因向公眾釋出 GNU GPL 電腦程式反而遭致無法預期的損害。

在商業專屬軟體利用網際網路散布的情形，由於消費者有支付電腦程式使用授權金，因此就契約衡平的觀點，或可透過消費者保護法或民法相關規定，對於相關定型化契約之效力加以質疑；³¹³但採用 GNU GPL 授權契約之情形，權利人原則上既未向利用人收取著作授權金，則於「無償」的情形下，對於定型化契約的審查態度，似乎應較「有償」之定型化契約寬鬆，亦即原則上不應將 GNU GPL 授權契約關於免除擔保責任之約定適用消費者保護法或民法規定，而視為無效。唯此仍不能排除於特定個案中法院認定系爭著作權人採用 GNU GPL 授權契約時免

³¹² 參見 MICROSOFT WINDOWS XP PROFESSIONAL EDITION SERVICE PACK 3 軟體使用者授權契約 其他規定。關於電腦程式著作的著作權人，就其電腦程式是否應負擔保責任一事，電腦軟體業者與使用者目前仍各執一詞，惟本文由於專注於著作權法與與競爭法之相關規範，故於此對於擔保責任之規定不予深論。請參見，微軟、Linux 基金會終於有一致的看法，<http://www.zdnet.com.tw/news/software/0.2000085678,20138317.00.htm>，參訪日期：2009 年 5 月 30 日。

³¹³ 關於網路定型化契約的研究，請參考，黃郁婷，「電子商務交易下契約正義之實現－論網路定型化契約」，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2008 年。

責規定係屬無效的情形。

又利用自由軟體開發軟硬體設備之廠商，於販售硬體設備並附隨散布經修改後的程式時，可能亦無法適用此規定而免除其瑕疵擔保責任，蓋此時消費者係有償取得該硬體設備，而廠商所開發程式雖然係為自由軟體，廠商不得就散布該程式而另行收取授權金，唯若於該電腦程式係為控制該硬體設備所必需者，且該衍生的電腦程式負有重大瑕疵，致使硬體設備不能發揮其預設功能，甚至造成買受人額外損害的情形，此時廠商得否向消費者主張無瑕疵擔保及免責條款？於此類情形下，法院即可能透過認定定型化契約對於消費者顯失公平，亦或認為廠商應負有民法商品製造人責任³¹⁴，進而要求廠商對於電腦程式之瑕疵仍應負責。

第二項 GNU GPL 授權契約第三版重點解析

自由軟體基金會於歷經 15 年未對 GNU GPL 授權契約第二版加以增修後，於 2007 年 6 月推出 GNU GPL 授權契約第三版。自由軟體基金會非常重視此一版本的推出，其於 2005 年開始於網路上蒐集各自由軟體社群對於新版本授權契約的意見，並經過多次草擬並釋出多次草案討論稿供社群討論後，終於 2007 年 6 月 29 日發布 GNU GPL 第三版，³¹⁵嘗試對於十餘載間科技與法律的變化，於授權契約中加以調整、反映。

由於 GNU GPL 授權契約第三版主要係為反應科技與法律的變動，其基本精神仍係維護使用者對於自由軟體所應享有的四大自由，因此本文對於 GNU GPL 第三

³¹⁴ 民法第 191 條之 1：「

商品製造人因其商品之通常使用或消費所致他人之損害，負賠償責任。但其對於商品之生產、製造或加工、設計並無欠缺或其損害非因該項欠缺所致或於防止損害之發生，已盡相當之注意者，不在此限。

前項所稱商品製造人，謂商品之生產、製造、加工業者。其在商品上附加標章或其他文字、符號，足以表彰係其自己所生產、製造、加工者，視為商品製造人。

商品之生產、製造或加工、設計，與其說明書或廣告內容不符者，視為有欠缺。

商品輸入業者，應與商品製造人負同一之責任。」

³¹⁵ GNU GPL 授權契約第三版原文請見，<http://www.gnu.org/copyleft/gpl.html>，2009 年 6 月 1 日。

版介紹，將不如第二版般加以逐條解釋，而僅揀選出與第二版有顯著區別的條項加以說明其意義。³¹⁶

於第 0 條名詞定義中，其將契約中所指「Copyright」的涵攝範圍擴張，³¹⁷而包括與「著作權法」相關的各式無體財產權，如半導體晶片設計等。此舉係因各國法制下對於相關電腦程式著作並非皆以著作權法保護，亦有以特別法保護者，³¹⁸而 GNU GPL 電腦程式通常亦為跨國界的利用，因此為求周全，而將契約所指「Copyright」擴大適用而及於相關法律。

於同條規定，其亦釐清修改（modify）之定義，即為重製或使用原電腦程式之全部或一部而為他用，與完整重製原電腦程式的行為不同，且此重製或使用亦已超越合理範圍的限度，而必須經著作權人同意者。³¹⁹因此對於採取 GNU GPL 授權的電腦程式著作，利用人仍有主張合理使用的空間，而非嚴格適用其定義，導致連使用一行程式原始碼的情形亦須受 GNU GPL 授權契約之拘束。

而因應網際網路時代而生的「公開傳輸權」，其亦納入本條規範行為中。其對於「傳播（propagate）」行為加以定義：所有未得著作權人同意時，依照著作權法相關規定，行為人將承擔直接或間接侵權責任的所有行為，一般而言係包括重製、散布、出租，以及公開傳輸等行為。

於第 2 條基本權利（Basic Permissions）中，其明文宣示 GNU GPL 第三版授權契約承認各國著作權法中對於著作權限制或合理使用之規範，對於採用 GNU GPL 授權的電腦程式，他人仍得於著作權法所規定之著作權限制或合理使用範圍

³¹⁶ 本授權契約第 11 條係關於電腦軟體專利之授權，由於相關約款相對複雜，且與著作權法較無關連，本文於此略過不論。

³¹⁷ "Copyright" also means copyright-like laws that apply to other kinds of works, such as semiconductor masks.

³¹⁸ 如南韓「電腦程式保護法」、中華人民共和國「計算機軟件保護條例」。

³¹⁹ "To "modify" a work means to copy from or adapt all or part of the work in a fashion requiring copyright permission, other than the making of an exact copy."

內，對於該電腦程式加以利用，而不為 GNU GPL 第三版授權契約內容所拘束。³²⁰

第三版第 2 條與第二版相同，對於個人使用行為不與設限，唯其亦額外納入一定範圍內的私人間利用行為，得不受到 GNU GPL 之拘束。亦即，使用者得將採用 GNU GPL 授權的程式傳遞與他人，而無須受到 GNU GPL 授權契約之規範，唯其對象須處於使用者指揮監督範圍之內，如民法上之僱傭關係，而傳遞該程式與第三人的目的須為該電腦程式進行修改或是提供相關元件，且修改後程式以及所提供元件僅供原使用者利用，不能踰越該內部關係而對外散布。³²¹

同條亦言明，使用者不得對於 GPL3 程式向他人再授權，任何第三人收受該程式者，其授權契約係建構於其與原始著作權人間，而非中間協助傳遞的第三人。此規定更行確立 GNU GPL 授權契約非專屬授權之性質。³²²

GNU GPL 第三版第 3 條係為第三版規定所無，由於 Stallman 抗拒科技保護措施的立場使然，因此第三版亦將此一理念納入授權契約之中。³²³ 第 3 條藉由將採取 GNU GPL 授權契約的電腦程式主動認為非屬於科技保護措施，而使得使用者不受著作權法反規避條款之限制。亦即，當電腦程式著作權人採用 GNU GPL 授權而散布其程式時，依本條規定，其即放棄對於收受程式的後手禁止規避科技保護措施的權利，收受程式的後手依 GNU GPL 授權契約之規定，對於該程式仍得享有四

³²⁰ “This License acknowledges your rights of fair use or other equivalent, as provided by copyright law.”

³²¹ “You may convey covered works to others for the sole purpose of having them make modifications exclusively for you, or provide you with facilities for running those works, provided that you comply with the terms of this License in conveying all material for which you do not control copyright. Those thus making or running the covered works for you must do so exclusively on your behalf, under your direction and control, on terms that prohibit them from making any copies of your copyrighted material outside their relationship with you.”

³²² “Sublicensing is not allowed; section 10 makes it unnecessary.”

³²³ 唯 Linux 研發者 Torvalds 對此則不以為然，其主張科技中立，電腦程式僅是工具，不應藉由授權契約表達政治取向，此係其不願轉換 GNU GPL 授權契約的原因之一。見，<http://www.zdnet.com.tw/news/software/0,2000085678,20104146,00.htm>，查訪日期：2009 年 5 月 25 日。

大自由，不受到科技保護措施之限制。³²⁴

由於系爭技術是否屬於科技保護措施須由法院於個案中認定，唯若承認授權契約之效力，而認為權利人得主動放棄其對於科技保護措施主張保護的權利，則不論系爭技術實際上是否屬於科技保護措施，著作權人皆因本條規定之故而受拘束，事後涉訟時即不得向使用者主張反規避條款。藉由此條規定，確保使用者得以接觸或重製電腦程式，而不致於影響使用者研究修改電腦程式的自由。

第 6 條則係因應網路時代之發展，因此增加數種著作權人於散布目的碼形式 GNU GPL 電腦程式時揭露原始碼的方式，如將目的碼與原始碼一併置於伺服器，或是一併利用點對點傳輸（P2P）的方式提供之。

本條最大的修正在於新增使用者產品（User Product）以及安裝資訊（Installation Information）之定義，³²⁵「使用者商品」的定義包括使用於個人、家庭或住家的消費者商品（consumer product），以及其他以融入家居生活為目的而設計或銷售的商品，藉由此一定義排除僅以商業組織作為銷售對象的產品。而「使用者商品」的「安裝資訊」，則包括所有方法、安裝程序、安裝授權碼及其他關於安裝及使用經

³²⁴ “3. Protecting Users' Legal Rights From Anti-Circumvention Law.

No covered work shall be deemed part of an effective technological measure under any applicable law fulfilling obligations under article 11 of the WIPO copyright treaty adopted on 20 December 1996, or similar laws prohibiting or restricting circumvention of such measures.

When you convey a covered work, you waive any legal power to forbid circumvention of technological measures to the extent such circumvention is effected by exercising rights under this License with respect to the covered work, and you disclaim any intention to limit operation or modification of the work as a means of enforcing, against the work's users, your or third parties' legal rights to forbid circumvention of technological measures.”

³²⁵ “A "User Product" is either (1) a "consumer product", which means any tangible personal property which is normally used for personal, family, or household purposes, or (2) anything designed or sold for incorporation into a dwelling. In determining whether a product is a consumer product, doubtful cases shall be resolved in favor of coverage. For a particular product received by a particular user, "normally used" refers to a typical or common use of that class of product, regardless of the status of the particular user or of the way in which the particular user actually uses, or expects or is expected to use, the product. A product is a consumer product regardless of whether the product has substantial commercial, industrial or non-consumer uses, unless such uses represent the only significant mode of use of the product.

"Installation Information" for a User Product means any methods, procedures, authorization keys, or other information required to install and execute modified versions of a covered work in that User Product from a modified version of its Corresponding Source. The information must suffice to ensure that the continued functioning of the modified object code is in no case prevented or interfered with solely because modification has been made.”

修改程式所需之各類資訊，使得使用者產品內所附隨的 GNU GPL 程式，於經過修改後再安裝於該產品上，該使用者產品仍能正常運作。

本條規定即為一般俗稱的 TiVo 條款。³²⁶TiVo 內嵌有 Linux 作業系統，而其採取 GNU GPL 第二版授權，唯雖然其對外提供原始碼，然而其利用硬體限制，對於經修改過版本再次安裝於 TiVo 時，TiVo 機器將無法正常運作，如此即便使用者得自由修改該程式，唯修改的目的並無法達成。³²⁷本條規定對於「使用者產品」以及「安裝資訊」的要求，在於保證使用者對於嵌入系統中所包含的自由軟體，仍得享有研究修改之自由，不至於任由硬體廠商以硬體設定的方式箝制自由軟體賦與使用者的修改自由。亦即，倘若任一硬體機器產品內嵌程式係採取 GNU GPL 第三版授權，則廠商散布該機器時，亦須提供前述「安裝資訊」，而透過此「安裝資訊」，使用者得以修改內嵌電腦程式，並且仍能於該硬體產品內正常運行，惟硬體廠商對於經修改者可能因而無須提供相關的售後服務，並不須承擔原先硬體銷售時之擔保責任。

第 7 條則係允許使用者嗣後散布經修改程式時，得於 GNU GPL 授權契約上附加特定條款，並以該經修訂後的授權契約對後手授權，而後手於一定情形下亦得移除該附加條款。若該電腦程式之一部於技術上得分離使用，則使用者亦得聲明附加之特定條款僅拘束系爭電腦程式之一部，亦即 GNU GPL 本文適用該電腦程式，而該程式之一部則同時受到 GNU GPL 本文及附加條款拘束。而得另為附加條款的內容包括：³²⁸

³²⁶ TiVo 係為數位錄放影機，唯其內嵌有 GNU GPL 電腦程式，使用者得依照電視臺提供的電視時刻表將節目預先錄影，而於非播放時段欣賞，藉以達成時間瞬移（time-shifting）的功能。

³²⁷ Stallman 將此種利用硬體限制電腦程式的現象，稱為 Tivoization。請參見，<http://en.wikipedia.org/wiki/Tivoization>，查訪日期：2009 年 5 月 25 日。

³²⁸ cc

a) Disclaiming warranty or limiting liability differently from the terms of sections 15 and 16 of this License; or
b) Requiring preservation of specified reasonable legal notices or author attributions in that material or in the Appropriate Legal Notices displayed by works containing it; or

- 1.與 GNU GPL 本文不同之免責約款或瑕擔保責任。
- 2.要求後手保留該電腦程式中原著作權人所為之合理法律聲明或姓名表示。
- 3.禁止錯誤標示資料出處，或要求經修改著作應合理標明其與原始版本不同處。
- 4.限制使用者為追求公眾名聲之目的而使用著作權人或授權人的名義。
- 5.權利人依照商標法之規定，得拒絕授權使用者利用其商標。
- 6.於利用者與他人就該電腦程式或經修改電腦程式締約時，若該契約導致著作權人或授權人必須負責之情形，著作權人或授權人得向使用者請求損害賠償。

第 8 條則為 GNU GPL 授權中止規定及嗣後之復權規定。於 GNU GPL 第二版中僅規範授權中止之情形，而第三版則基於應儘量使授權契約有效之考量，因此於 GNU GPL 第三版中放寬相關限制，使用者即便因違反相關規定而被中止授權關係，唯其於一定情形下仍得復權。若使用者違反 GNU GPL 的行為，其事後改正而除去所有違約狀態後，則得依下列情形而復權：³²⁹

- 1.暫時性復權：在利用者事後改正而除去所有違約狀態後，其授權即自動暫時回復。但著作權人具體明示永久終止其授權者，不在此限。

c) Prohibiting misrepresentation of the origin of that material, or requiring that modified versions of such material be marked in reasonable ways as different from the original version; or
d) Limiting the use for publicity purposes of names of licensors or authors of the material; or
e) Declining to grant rights under trademark law for use of some trade names, trademarks, or service marks; or
f) Requiring indemnification of licensors and authors of that material by anyone who conveys the material (or modified versions of it) with contractual assumptions of liability to the recipient, for any liability that these contractual assumptions directly impose on those licensors and authors.”

³²⁹ “However, if you cease all violation of this License, then your license from a particular copyright holder is reinstated

(a) provisionally, unless and until the copyright holder explicitly and finally terminates your license, and
(b) permanently, if the copyright holder fails to notify you of the violation by some reasonable means prior to 60 days after the cessation.

Moreover, your license from a particular copyright holder is reinstated permanently if the copyright holder notifies you of the violation by some reasonable means, this is the first time you have received notice of violation of this License (for any work) from that copyright holder, and you cure the violation prior to 30 days after your receipt of the notice.”

2.永久性復權：若著作權人於利用者事後改正而除去所有違約狀態後 60 天內，並未以合理方式向利用者明示失權者，利用者得回復其依 GNU GPL 所享有權利。

此外，違反 GNU GPL 授權契約的行為係由著作權人以合理方式主動告知者，利用者於首次收受通知後於 30 日內改正並除去違約狀態，即得回復其依 GNU GPL 授權契約所享有之權利。

第 17 條則是針對第 15 條及第 16 條免責及無瑕疵擔保責任於解釋適用時之建議 (Interpretation of Sections 15 and 16)。自由軟體基金會考量各國法律對於定型化契約以及商品製造人要求的責任程度不同，可能發生相關約款被認定無效的情形，因此於第 17 條提出呼籲，期望若權利人因系爭 GNU GPL 電腦程式而涉訟，且相關免責規定被認定無效時，法院得適用該國民事法律中的最低標準，而使權利人無須負相關民事責任；但若權利人就系爭程式提供額外擔保的情形，則不在此限。

330

自由軟體基金於推出 GNU GPL 第三版時，同時亦針對適用於函式庫的 LGPL 加以修正相關規定，而推出 LGPL 授權契約第三版。³³¹其亦修訂適用於電腦說明文件的 FDL，而於隔年 11 月推出 FDL 授權契約 1.3 版。

³³⁰ “If the disclaimer of warranty and limitation of liability provided above cannot be given local legal effect according to their terms, reviewing courts shall apply local law that most closely approximates an absolute waiver of all civil liability in connection with the Program, unless a warranty or assumption of liability accompanies a copy of the Program in return for a fee.”

³³¹ 關於 LGPL3 之介紹，請參見，林誠夏、王家薰，更為彈性中庸的 LGPL3，http://www.openfoundry.org/component/option,com_content/Itemid,353/id,1166/lang,tw/task,view/，查訪日期：2009 年 5 月 25 日。

第四節 小結

本章從著作權制度出發，對於自由軟體運動加以檢視，並且就自由軟體運動中的要角—GNU GPL 授權契約加以說明其意義，以及如何因應時代潮流而與時俱進。雖然自由軟體基金會的於 GNU GPL 第三版授權契約中所呈現出的高度倫理性，並非參與自由軟體運動的各方人士皆能接受；但持平而論，不論係 GNU GPL 第二版授權契約抑或 GNU GPL 第三版授權契約，兩者皆係立於使用者的角度，對於目前過度傾向著作權人的電腦程式著作權法制，嘗試藉由授權契約加以適度衡平。此與立足於權利人的角度、對於被授權人加以限制的眾多專屬軟體授權契約相比，前者的出發點實令人耳目一新。

而於下一章，本文嘗試以著作權法以及競爭法的觀點，對於此類標榜「自由」的自由軟體授權契約加以檢視。



第五章 以著作權為核心之電腦程式授權契約中著作權法與競爭法之交錯

本章所著眼者，在於奠基於著作權制度上所設計之自由軟體授權契約，若以本文第三章著作權法與競爭法對於專屬軟體授權契約的審查基準觀之，是否具有符合提升文化發展、促進市場競爭之效果。唯於進行檢討前，仍應先行分析自由軟體授權契約與專屬軟體授權契約二者間的差異，以及其差異性的根源為何。藉由此種比較性的觀點，以突顯自由軟體授權契約所具備的特質。

第一節 專屬軟體授權契約與自由軟體授權契約之立場差異

由於電腦程式屬於功能性著作 (functional work)，因此不同於傳統類型著作中利用人對於美感上的要求，技術上的實用與否是此類功能性著作對於著作使用者而言最重要的考量。舉例而言，消費者購買油畫係因為欣賞油畫所表達的美感，唯選擇電腦程式時卻非以程式碼的表達美麗與否作為選擇之依據，而係以該電腦程式所具備功能是否符合使用者需求作為首要考量。固然電腦程式的程式碼係具備形式上的表達而得受到著作權法保護，然而此並非意謂吾人得忽略電腦程式著作的功能性對於其於著作權法上地位的影響。

從著作權理論的發展，觀念與表達二分法、合併原則、必要場景原則等諸項原則，將「觀念」與「表達」與以分離，並強調觀念不應為私人所獨占，正係呼應電腦程式所具備的「功能性」不應受到著作權的過度限制，應適度降低其於著作權法上的保護高度。著作權法保護標的既為程式碼的表達，而不及於其中所包含的觀念，則使用者對於電腦程式中觀念本得自由近用，唯著作權人卻紛紛封閉程式原始碼、附加科技保護措施，並且利用電腦程式授權契約，對於使用者設下層層限制，一切卻僅為防止處於相同市場的其他競爭者接觸電腦程式原始碼而學

習到關鍵技術。然而，對於技術的保護，著作權人本應利用專利法或營業秘密法相關制度保護其獨創思想或技術，而非利用著作權法所賦與保護限制利用者對於功能性的需求，間接達成保護技術以維持競爭優勢之目的。

電腦程式的功能性原則上既不應受到著作權的過度限制，則著作權人藉由科技與契約對於使用者加以限制也不無可議之處。於著作權法尚未賦與電腦程式保護時，當特定電腦程式無法滿足使用者需求之際，其或可藉由自行研究加以修改原始碼，或是僱傭電腦程式設計師協助客製化電腦程式，而滿足其對於電腦程式的完整需求；而於著作權法對於電腦程式賦與保護後，著作權人紛紛選擇封閉原始碼，則使用者無法藉由修改現有程式而滿足需求，其僅能就市售產品中挑選其一，而作出不完美的選擇。

專屬軟體授權契約即是代表前述著作權人限制思維的適例，著作權人與使用者在專屬軟體授權契約中呈現的是一種極不對稱的傾斜，使用者不僅受到著作權法的拘束之外，專屬軟體授權契約所疊加的種種限制，更使其無法脫離下對上的框架。亦即因此，專屬軟體授權契約必須受到著作權法對於權利限制之拘束，如著作權法中合理使用與法定例外的規定，以及實務上所發展出著作權濫用原則；此外，依個案中事業所具備的市場力量以及實際約款而異，競爭法有時亦須加以介入管控。

而自由軟體授權契約則是以嘗試打破「權利人／利用人」傾斜為原點，冀望將利用人的權限回溯至著作權法保護電腦程式著作之前。自由軟體契約利用著作權法賦與著作權人的高度授權自由，將各種使用上的權利從權利人回歸到使用者。亦即，使用者於授權契約中所得主張的權利，是自由軟體授權契約最為關切之處，至於權利人是否可能面臨保護不周的困境？然則權利人既得自由選擇授權契約約款內容，難以認為其嗣後不受自由軟體授權契約之拘束，二則此類利用行為仍受

到著作權法拘束，當利用人的利用行為逸脫授權範圍時，著作權人仍得主張著作權之侵害。整體觀之，實難認為著作權人於自由軟體授權契約中的地位較利用人弱勢。唯此種非以價金作為對價的授權契約發展歷史尚淺，而授權契約亦須受著作權法規範，因此必然會發生些許適用疑義，唯其藉由修正相關定型化約款，亦能適當反應時代潮流與法律脈動，此從 GNU GPL 第二版與第三版的差別即可窺知。

專屬軟體授權契約與自由軟體授權契約最大的差異在於著作權人對於被授權人採取的態度。前者係從限制性的角度出發，使用者僅能於其所預設的範圍內對著作加以有限度地利用，著作權法與競爭法僅能於個案中加以制衡；而後者則是一定限度下的永續開放，讓使用者得以近用該著作，而其對價僅是將改作後的衍生著作開放與公眾近用。此外，由於專屬軟體授權契約的約款係由權利人自行訂定，對於利用人而言需負擔契約上義務，而審閱契約所需程序成本亦較高；而自由軟體授權契約既為公開的定型化契約，一般而言較無民法上顯失公平的可能，加上其契約內容對於使用者的單純使用行為並無任何限制，通常僅要求公開衍生著作及原始碼。兩種類型契約本質上的文化差異，相當明顯。

第二節 著作權法上之檢討

上一節對於自由軟體授權契約與專屬軟體授權契約的立場加以分析比較，唯即便自由軟體具有哲學以及倫理上的正當性，但現實上著作權制度仍立基於著作權法而運作，故自由軟體授權契約仍受到著作權法的規範，因此利用著作權法分析檢驗其契約內容仍有其必要。

由於 GNU GPL 授權契約中明示著作權人不得要求授權金，因此於訴訟上主張使用者違反 GNU GPL 規定者，多以排除侵害或要求防止未來侵害的方式，藉以讓侵權人不得繼續散布附有該 GNU GPL 程式的產品，以達成嚇阻利用人使其遵守 GNU GPL 之目的。以下先行介紹實務上與自由軟體授權契約相關的著作權案例，而後對於 GNU GPL 授權契約的解釋加以探討，最後則對於 GNU GPL 授權契約與著作權法交錯之部分加以說明。

第一項 實務案例檢視

第一款 德國案例

如本文第四章所述，由於德國 GPL.violation.org 網站監督 GNU GPL 授權契約的方式係藉由侵權警告信函以及法院訴訟為之，因此全世界最早與 GNU GPL 授權契約直接相關的訴訟案例，亦為該網站主持人 Harald Welte 所發起。

第一目 Harald Welte v. Sitecom³³²

系爭電腦程式 netfilter/iptables 為 Linux 作業系統的防火牆程式，該程式採用 GNU GPL 第二版授權，並由數位開發人共同擁有著作權，Welte 亦為其中之一。

Sitecom 為一家荷蘭廠商在德國境內子公司，該公司所製造的路由器韌體中使用 netfilter/iptables 作為軟體防火牆，但其未依照 GNU GPL 第二版授權契約規定，提供相關程式原始碼及 GNU GPL 授權契約予取得該路由器之人。Welte 於確認其未遵守 GNU GPL 授權契約後，發出警告信函請求 Sitecom 採取改正措施，然而 Sitecom 並未回應，因此 Welte 於取得其他共同著作人授權後，向德國慕尼黑地方

³³² 葛冬梅，GPL2 的感染性與德國案例介紹，「探索科技法律未知的境界：科技法律中心十週年紀念文集」，頁 105-109，財團法人資訊工業策進會，2006 年。

法院提出假處分聲請。2004 年慕尼黑地方法院裁定假處分，Sitecom 提出異議，慕尼黑地院於同年 5 月作出裁定理由書，Sitecom 並未對於裁定理由書再提出異議。依據法院裁定內容，Sitecom 必須於路由器產品上標明產品有採用 GNU GPL 程式，並提供 GNU GPL 第二版授權契約文字內容，此外亦須提供 netfilter/iptables 程式原始碼，否則 Sitecom 將不得重製與散布 netfilter/iptables。

此案係首次藉由司法程序而承認 GNU GPL 授權契約的法律效力。法院首先承認 GNU GPL 的法律效力，認為任何人皆得由網路上審閱 GNU GPL 第二版之內容，因此認定 GNU GPL 授權契約屬於德國民法第 305 條第 2 項之一般交易條款（allgemeine Geschäftsbedingungen, AGB），而認定其屬於契約，其並認為著作權人並非藉由 GNU GPL 放棄著作權，而係利用 GNU GPL 規範著作權行使的規則。

而後法院審查著作權人得否主張德國著作權法第 97 條，向 Sitecom 主張停止侵害著作權行為。而憑藉該條聲請假處分的前提，係為 GNU GPL 授權契約內容須符合德國著作權法第 31 條第 1 項第 2 款所規定之使用權限制。由於 GNU GPL 第二版授權契約所涉及者是關於內容之限制，而授權契約是否符合內容限制的判準係為「一般的、技術上與經濟上獨特的，並且可以因此清晰區分使用方式。」則法院於檢視 GNU GPL 第二版授權契約後，認為 GNU GPL 第二版並不構成著作權法內容之限制；唯其運用學說上「附解除條件之物權合意」架構對於 GNU GPL 第二版授權契約加以檢視，由於該授權契約第 4 條規定，若被授權人不遵守 GNU GPL 授權條款而利用該程式，則所有依 GNU GPL 授與使用者的權利將會終止，如此規定係為附解除條件的授權終止機制，與債權法上的限制相若，因此 GNU GPL 構成內容上限制，而符合德國著作權法之使用權限制。

法院亦針對 GNU GPL 授權契約是否嚴重影響該程式之交易流通加以闡釋，其認為即便被授權人因為 GNU GPL 相關規定而不再擁有運用該程式權利，唯第三人

自其取得之 GNU GPL 程式，依照 GNU GPL 授權契約之規定，只要第三人願意遵守 GNU GPL 授權契約，第三人仍得取得合法授權，而得對該程式加以運用；且權利被終止之使用者只要採取改正措施，仍有可能藉由原著作權人嗣後允許再次復權，而得合法使用該程式，因此 GNU GPL 授權契約對於該具有著作權的電腦程式之流通性，影響相當微小。因此裁定認為 GNU GPL 授權契約內容構成德國著作權法上使用權之授權，Welte 所享有著作權因 Sitcom 之行為而受到侵害，因此得向法院提出假處分聲請。

此外，法院對於 Sitcom 主張 GNU GPL 無效之論點亦提出反駁，其認為若 GNU GPL 無效，則 Sitcom 自始即未取得著作權人同意，屬於未經授權的利用行為，而侵害 Welte 就該防火牆程式所享有的著作權，則裁定結果並不因此而有所改變。

第二目 Harald Welte v. Fortinet³³³

Linux 作業系統元件之一 initrd，其功能係將基本驅動程式提供與 Linux 核心運作，initrd 亦採用 GNU GPL 第二版授權契約對公眾授權。

Fortinet 係為英商在德子公司，其開發產品軟體使用到 initrd，但未依據 GNU GPL 提供原始碼以及 GNU GPL 授權契約。Welte 受到該程式著作權人 Werner Almesberger 專屬授權，以專屬被授權人之身分對 Fortinet 發函請求採取改正措施，然雙方未達共識，而後 Welte 向慕尼黑地方法院聲請假處分。法院於 2005 年 4 月中作出假處分裁定，要求 Fortinet 必須在產品中標明產品有採用 GNU GPL 程式以及公開程式原始碼，並附上 GNU GPL 授權契約，否則 Fortinet 將不得再重製與散布含有 initrd 程式之產品。因為 Fortinet 承認假處分而未提出異議，故法院並未作出裁定理由書。

³³³ 葛冬梅，GPL2 的感染性與德國案例介紹，「探索科技法律未知的境界：科技法律中心十週年紀念文集」，頁 109-110，財團法人資訊工業策進會，2006 年。

第三目 Harald Welte v. D-Link³³⁴

D-Link 案係第一件透過訴訟程序而確認 GNU GPL 授權契約效力之案件。本案涉及 msdosfs、initrd 與 mtd 三個電腦程式，皆屬於 Linux 核心程式。三程式的著作權人均專屬授權予 Welte，使其得立於專屬被授權人之地位向德國法院提訴。

D-Link 係為台灣廠商在德子公司，其係以生產網路週邊產品為業。其產品無線網路外接儲存器（NAS）所載韌體中使用到 msdosfs、initrd 與 mtd，唯 D-Link 卻未依照 GNU GPL 授權契約規定，提供韌體原始碼以及 GNU GPL 授權契約內容與產品使用者，Welte 去函請求改正，D-Link 將韌體程式原始碼置於網路伺服器供使用者下載，亦表示會另行通知其客戶，但其卻絕簽署暫停及停止聲明，亦拒絕給付 Welte 請求之費用及提供相關資訊。因此，Welte 於 2006 年向法蘭克福地方法院提起訴訟。

法院於判決中指出，GNU GPL 第二版所設計的散布機制，符合德國法上所規定之要約與承諾。其認定著作權人以 GNU GPL 作為電腦程式的授權約款，係為一種向特定之人提出要約之行為，而使用者若是依照 GNU GPL 規定而踐行其行為，即為承諾。法院並依循 Welte v. Sitecom 案之見解，認定 GNU GPL 授權契約屬於一般交易條款，亦採取學者提出之「附解除條件之物權合意」架構，而認為 GNU GPL 授權契約屬於使用權限制。

D-Link 於庭上曾主張散布權耗盡原則，唯法院認定散布權耗盡原則不適用於重製權，且 D-Link 因為違反 GNU GPL 授權契約，本已無權重製該程式。又法院對於 D-Link 主張 GNU GPL 無效亦與以駁斥，指出若該授權契約無效，D-Link 自始即無權使用該程式，則其於 NAS 中使用該程式的行為亦屬於侵害著作權。

³³⁴葛冬梅，GPL2 的感染性與德國案例介紹，「探索科技法律未知的境界：科技法律中心十週年紀念文集」，頁 110-114，財團法人資訊工業策進會，2006 年。

法蘭克福地方法院因而判決 Welte 勝訴，而 D-Link 必須給付 Welte 相關費用，包括 Welte 對於系爭產品進行還原工程費用、律師費用，以及購買系爭產品的費用；D-Link 另須提供 Welte 相關資訊。D-Link 嗣後並未上訴。

第四目 Harald Welte v. Skype³³⁵

本案係為首次德國法院認定外國公司違反 GNU GPL 授權契約。被告 Skype 係經營網路通訊之電信公司，其於網站上販售由 SMC 公司代工之網路電話，該產品韌體中嵌入 Linux 作業系統以及數個 Harald Welte 擁有著作權之 GNU GPL 程式。Welte 認為 Skype 並未於散布該網路電話時一併附上產品中內嵌之 GNU GPL 程式的原始碼，因此於 2007 年向慕尼黑地方法院提起訴訟。

Skype 於訴訟中主張，其散布網路電話產品時附產品附有說明文字，明示產品內包含有採用 GNU GPL 授權契約的電腦程式，而使用者亦得也可以至伺服器下載系爭程式原始碼與 GNU GPL 授權契約內容，唯法院認定此一作法不符合 GNU GPL 授權契約之規定，法院指出根據 GNU GPL 第二版第 3 條規定，使用者於嗣後提供原始碼時，必須同時提供該程式目的碼，且僅於散布程式時附上說明得於線上閱覽 GNU GPL 授權契約之作法並不符合 GPL2 的規定，因為 GNU GPL 第二版授權契約明示要求，GNU GPL 授權契約的文字須與程式一併散布。

慕尼黑地方法院因此判決 Welte 勝訴，唯 Skype 不服判決而提起上訴，唯嗣後又撤回上訴，³³⁶本案因此定讞。

³³⁵ <http://www.openfoundry.org/Law-and-Policy/Case-Study/Germany-2007-Welte-vs-Skype.html>，查訪日期：2009 年 6 月 1 日。

³³⁶ http://www.zeropaid.com/news/9485/skype_violated_the_gpl_german_appeals_court/，查訪日期：2009 年 6 月 1 日。

第二款 美國案例

相較於德國 GPL-violations.org 的激進，美國的監督組織較為溫和，偏好以和緩的方式解決違約爭議，係因為強硬態度對於推廣商業化運用自由軟體並無任何助益。因此實際上涉及 GNU GPL 授權契約的訴訟並不多，且多以和解收場。

第一目 SCO Group Inc. v. IBM³³⁷

本案實際上並非直接與 GNU GPL 授權契約相關，僅係因為 IBM 製作之 Linux 系統係以 GNU GPL 第二版授權，故格外引人注目。

本案係關於 SCO 擁有著作權之商業版 UNIX 系統，與與 IBM 擁有著作權之 Linux 作業系統間的競爭關係。SCO 於 2003 年 3 月對 IBM 提起訴訟，主張 IBM 違反 UNIX 軟體授權契約，未經 SCO 同意而將 UNIX 原始碼納入其 IBM 的 Linux 作業系統。SCO 認為該授權契約中約定 IBM 取得之 UNIX 軟體應限於內部使用，不得移轉使用權利予他人，但 IBM 終止與 AT&T 簽訂的授權契約後，仍繼續重製並散布 UNIX 原始碼，已侵害 SCO 就 UNIX 所擁有之著作權；且因此重製散布之行為，亦造成 SCO 所有之 UNIX 作業系統，其對於程式設計師與使用者的商業價值大幅減損，而相關技術亦無償地被使用於 Linux 自由軟體作業系統中，對於開發、維護 UNIX 商業版的 SCO 公司造成損害。故 SCO 以 IBM 侵害其營業秘密 (Misappropriation of Trade Secrets)、違反授權契約 (Breach of Contracts)、妨害契約 (Interference with Contract)、不公平競爭 (Unfair Competition) 以及著作權侵害 (Copyright Infringement)，對 IBM 提起訴訟，要求損害賠償以及懲罰性損害賠償。

³³⁷ 本案之詳細訴訟經過，請參見，益思科技法律事務所，「自由軟體之著作權問題研究」，經濟部智慧財產局委託，頁 49-54，2006 年。

對於 SCO 之指控，IBM 提出反訴，其主張其 Linux 版作業系統中所使用 UNIX 原始碼，已與 Novell 及 SCO 前身公司 Caldera 簽訂契約，就該部分 UNIX 原始碼取得使用權。其主張 SCO 之行為係違反契約以及蘭哈姆法相關規定（Breach of Contracts、Lanham Act Violation）、不公平競爭、意圖妨害將來經濟活動（Intentional Interference with Prospective Economic Relations）、不公平且詐欺的交易手段（Unfair and Deceptive Trade Practices）、違反 GNU GPL 授權契約（Breach of the GNU GPL）、契約禁反言（Promissory Estoppel）、侵害著作權、專利權侵害（Patent Infringement），以及另行提出多項確認訴訟（Declaratory Judgment）。

本案訴訟過程多係圍繞於 IBM 的 Linux 系統是否利用 SCO 擁有著作權之 UNIX 作業系統原始碼。SCO 並在訴訟中主張 GNU GPL 違反美國憲法與著作權法，應屬無效之授權契約。唯於本案審理中，SCO 卻於 2007 年申請破產保護，因此該案程序終結，依法律規定，須待至 SCO 破產程序完結後，該案程序方能再開。³³⁸ 因此就該案中關於 GNU GPL 授權之爭議亦無疾而終。

第二目 Andersen v. Monsoon Multimedia Inc.³³⁹

本案係美國首宗基於 GNU GPL 授權契約而主張著作權侵害的訴訟案件。BusyBox 是一套用於嵌入式系統中的 Linux 開發工具，其以 GNU GPL 授權契約第二版加以釋出。Monsoon 係販售數位錄放影機 Hava TV 之業者，該產品使用 BusyBox 加以開發內嵌系統，但 Monsoon 並未依照 GNU GPL 授權契約規定公開原始碼。GPL 監督組織 SFLC 代表 BusyBox 著作權人 Erik Andersen 與 Rob Landley 於 2007 年 9 月對 Monsoon Multimedia 提起訴訟。

³³⁸ 關於 SCO v. IBM 一案之始末，請參見，<http://www.groklaw.net/staticpages/index.php?page=20050315132709446>，查訪日期：2009 年 6 月 10 日。

³³⁹ 相關訴訟資料，可參見，<http://www.groklaw.net/articlebasic.php?story=20070920153227686>，查訪日期：2009 年 6 月 11 日。

唯 SFLC 與 Monsoon 於 2007 年 9 月達成和解，SFLC 同意撤銷告訴，並授權 Monsoon Multimedia 得繼續散布內嵌 BusyBox 程式之產品。Monsoon 除支付原告和解金外，亦同意於網路上公開該公司修改版本之 Busybox 原始碼，以及另行告知已取得 BusyBox 的客戶關於 GNU GPL 授權契約之相關事項。此次和解使得美國法院喪失就 GNU GPL 授權契約加以審查之機會。

第三目 Jacobsen v. Katzer³⁴⁰

本案原告 Robert Jacobsen 係「Java 模型鐵路操作介面 (Java Model Railroad Interface, JMRI)」電腦程式開發團隊的領導者，其研發之「解碼專家 (Decoder Pro)」電腦程式，可供模型火車玩家藉由電腦來控制模型火車。此程式係以「藝術授權 1.0 (Artistic License 1.0)」對外授權，「藝術授權 1.0」規定任何使用者得無限制使用、重製與散布程式，但必須附有完整著作權聲明及姓名標示。

被告 Katzer 開發「解碼指揮官 (Decoder Commander)」電腦程式，其功能與「解碼專家」相似。被告於開發「解碼指揮官」時利用 JMRI 團隊所設計的程式原始碼，卻未依照「藝術授權 1.0」的規定，表彰著作權人之姓名資訊，而嗣後亦未採取「藝術授權 1.0」對外授權。原告因此向聯邦地方法院加州北區分院 (U.S. District Court for the Northern District of California) 起訴，主張被告侵害著作權，並聲請暫時禁制令。唯法院認為「藝術授權 1.0」屬於範圍廣泛的非專屬授權 (intentionally broad non-exclusive license)，因為範圍過於廣泛寬鬆，因此本案並無構成侵害著作權，法院未對被告發與禁制令。原告遂提起上訴。

聯邦巡迴上訴法院於判決中指出，「藝術授權 1.0」授權中關於著作權聲明及標示等約定，係為該授權成立的前提要件，屬著作權授權的重要條件。雖然表面

³⁴⁰ Jacobsen v. Katzer 535 F.3d 1373 (Fed. Cir. 2008).

上「藝術授權」授權契約並未涉及給付授權金，但此未謂採取此類授權者毫無經濟或利益上考量，如權利人可能利用此類授權約款無須給付授權金的特性而擴大市場占有率，或是利用此類授權取得名聲，因此其要求標示姓名與著作權資訊仍有其意義。

此外，法院亦認為當著作權人以非專屬授權他人使用其著作物時，即視同已放棄起訴被授權人侵害著作權；唯當授權範圍係屬有限而被授權人行為已逾越授權範圍時，則授權人仍得主張著作權之侵害而起訴被授權人。著作權人採取「開放原始碼」模式授權，係對於他人嗣後將其著作修改和散布享有控制權，則著作權的本質既為排他權，權利人選擇以要求被授權人明確遵守特定事項而非金錢報酬作為授權對價，於法律上亦應受到尊重。

法院因此認定，當「解碼專家」的使用者修改其透過「藝術授權」所取得之電腦程式，卻未依照授權揭露著作權資訊以及著作權人姓名資訊時，行為人已逾越「藝術授權」的授權範圍，從而構成侵害著作權。聯邦巡迴上訴法院因而廢棄地方法院的原判決，並將本案發回更審。

第二項 GNU GPL 授權契約於我國法之諸面向

於瀏覽完與自由軟體運動相關的著名案件後，本文嘗試從上述案件之見解出發，對於 GNU GPL 授權契約於我國法律體系下的性質加以解釋。³⁴¹

³⁴¹ GNU GPL 授權契約的感染性 (viral effect) 本為此方面的重大議題，唯由於授權契約間彼此是否相容，應就個案中二授權契約的性質以及契約約款實際內容而定；而現行公眾授權契約種類繁雜多變，本文實難以一一探究，基本概念可參見，葛冬梅，自由軟體授權條款的相容與不相容，http://www.openfoundry.org/index.php?option=com_content&Itemid=352&id=1494&lang=en&task=view，查訪日期：2009年6月12日。又 GNU GPL 既屬非專屬授權契約，則其與其他非屬公眾授權之專屬授權契約或非專屬授權契約之關係係如第二章所述，此處不與贅述。

第一款 GNU GPL 授權契約之定性

GNU GPL 授權係以「license」命名，而非「contract」，唯其於民法上之性質不能單純以其命名決定之，仍需就其實際授權的行為態樣加以界定。

於英美法體系下，可以區分授權與契約之不同。簡言之，授權係指單方所為之法律行為，由權利人單方面允許他人使用其財產，而契約則要求互惠關係（reciprocal），雙方當事人互負義務。³⁴²自由軟體基金會的法律顧問 Moglen 曾經認為 GNU GPL 係為著作權人對於不特定多數人所為之單方允許（unilateral permission），著作權人不應其授權而負擔其他義務，亦無須他人同意即得為之。³⁴³唯學界與實務界有持反對看法，而認為 GPL 屬於契約者。³⁴⁴因此實務界多盼望藉由實際訴訟案件，法院能對於 GNU GPL 授權加以定性，唯迄今美國法院仍未有訴訟判決直接針對 GNU GPL 授權加以定性者。

唯因為各國法律體制之不同，因此對於 GNU GPL 授權的認定亦可能有所差異。如世界首件基於 GNU GPL 授權而主張著作權侵害的案例 Harald Welte v. D-Link 中，德國法院即藉由分析契約條款文字及其約定內容，而認為 GNU GPL 設計的散布機制符合契約法上所需之要約與承諾。其認定著作權人以 GNU GPL 作為電腦程式的授權約款，係為一種向特定之人提出要約的行為，而使用者若是依照 GNU GPL 規定而修改、散布著作，得將該行為視為承諾。此係因為德國法對於契約與授權法律性質的解讀，與美國法不同所致。

³⁴² 英美法中契約成立的要件包括：以發生法律關係為之目的；存在一個協議，一方提出要約（offer），他方對之承諾（acceptance）；必須具有約因（consideration），或以蓋印鑑之契約（contract under seal）替代約因；協議須無瑕疵；契約當事人具備完全行為能力；契約之標的非違法或無效。見王珮儀，「創用 CC 授權之法律理論與實務分析」，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁 102-103，2008 年。

³⁴³ Eben Moglen, *The GPL Is a License, not a Contract*, <http://lwn.net/Articles/61292/>，查訪日期：2009 年 6 月 12 日。

³⁴⁴ Jason B. Wacha, *Taking the Case: Is the GPL Enforceable?* 21 Santa Clara Computer & High Tech. L.J. 455-456 (2005).

而於我國法下，自由軟體授權是否屬於與美國「license」概念較為相近的單方行為？³⁴⁵亦或為契約之一種？實務上由於未曾發生相關案例，因此未有定論；而學說上多將其認定為契約，³⁴⁶此或因我國著作權法第 37 條第 1 項明文規定允許著作財產權人授權他人，其授權利用之地域、時間、內容、利用方法或其他事項，依「當事人之約定」行之，則依文義解釋，著作權法對於授權行為的法律關係，明言要求雙方當事人須相互約定，而非由著作財產權人自行決定即足；且該條但書亦稱「其約定不明之部分，『推定』為未授權」，若採取單方行為之觀點，由於單方行為係當事人一方之意思表示，則其授權不明之處即為當事人意思表示不甚清楚明白，則依照民法第 98 條規定，³⁴⁷應直接探求當事人之真意即足，無須推定為未授權。由此解釋或可推知，我國法上對於著作權授權之形式要件，係要求當事人以「契約」方式為之，故本文中皆以 GNU GPL 授權「契約」稱之。

第二款 GNU GPL 授權契約之成立

承前所述，若認為 GNU GPL 授權性質上屬於民法上契約，則授權關係之成立與否，即應回歸民法對於契約形式的要求加以判斷。依照民法第 153 條規定第 1 項規定，³⁴⁸於當事人意思表示一致時，契約即為成立，亦即當事人須一方為要約，他方為承諾後，此時契約方為成立。

就 GNU GPL 授權契約而言，電腦程式著作權人對外提供電腦程式，並附隨 GNU GPL 授權契約書面文字，此一行為應得認定屬於著作權人向不特定人進行「要約」，蓋著作權人經過思考後選擇 GNU GPL 授權，並於提供電腦程式之際附隨 GNU

³⁴⁵ 對於具備類似性質的創用 CC 授權，若將之定位為單獨行為時的法律分析，請參見，王珮儀，「創用 CC 授權之法律理論與實務分析」，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁 128-132，2008 年。

³⁴⁶ 賴文智、王文君，「數位著作權法」，頁 353，益思科技法律事務所，2007 年 2 版；陳人傑，「開放原始碼授權條款之法律分析—以通用公共授權為中心（下）」，科技法律透析，頁 57-58，2002 年。

³⁴⁷ 民法第 98 條：「解釋意思表示，應探求當事人之真意，不得拘泥於所用之辭句。」

³⁴⁸ 民法第 158 條第 1 項：「當事人互相表示意思一致者，無論其為明示或默示，契約即為成立。」

GPL 授權契約書面文字之行為，可認其主觀上有受 GNU GPL 授權之「要約」拘束之意思，故此一行為並非如同廣告般「要約之引誘」，而是對著作權人具有一定拘束力的「要約」行為。唯應注意者，於散布電腦程式時未附有完整的 GNU GPL 授權契約內容，僅僅提示本電腦程式適用 GNU GPL 授權契約之情形，則由於使用者無法於審閱授權契約內容後方為決定是否利用該電腦程式，此時僅說明適用 GNU GPL 之行為，即有可能不該當於「要約」，進而造成契約無從成立。因此若要確保著作權人提出之「要約」有效，即須將完整的契約內容與電腦程式一併散布，而此亦係 GNU GPL 第二版第 1 條嚴格要求於每一份著作重製物上皆須附有一份完整的 GNU GPL 授權契約內容之原因。

而於當事人「承諾」之部分，由於 GNU GPL 並無要求利用者於接受該授權契約之要約時必須通知著作權人，因此利用者之「承諾」究為何指？以 GNU GPL 第二版第 5 條規定而言，其聲明「藉由對本程式（或任何基於本程式所生的著作）的修改或散布行為，您表示了對於本授權的接受，以及接受所有關於複製、散布或修改本程式或基於本程式所生著作的條款與條件。」可知 GNU GPL 授權契約係以利用人之特定行為，包括修改或嗣後散布等行為，作為接受該授權之意思表示，此類利用事實上行為作為承諾的情形，得適用民法上關於意思實現之規定。³⁴⁹ 民法第 161 條既規定依其事件性質或當事人聲明承諾無須通知者，在相當時期內有可認為承諾之事實時，契約既為成立，則於 GNU GPL 授權契約之情形，應可認為採取 GNU GPL 授權契約的電腦程式著作權人，於要約當時藉由該契約第 5 條之規定，已預先聲明當事人無須通知其承諾之意思表示，得以特定事實行表示其意思即足，故可適用有關民法第 161 條規定。此點與其他新興類型的著作權授權契約，如拆封授權契約利用拆封外包裝之行為、點選授權契約利用點選「我同意」之行為等，亦具相似之處，且 GNU GPL 具有事前公開之性質，使用者於修改或散布前，

³⁴⁹ 民法第 161 條規定：「依習慣或依其事件之性質，承諾無須通知者，在相當時期內，有可認為承諾之事實時，其契約為成立。前項規定，於要約人要約當時預先聲明承諾無須通知者，準用之。」

具有充足的審閱期間考量是否接受授權而受 GNU GPL 契約之拘束，並非未經告知完整契約內容前即求其遽然作成決定，因此若肯認此類契約得藉由意思實現而成立契約，則無認為 GNU GPL 授權契約無法成立之理。

而於授權契約成立時點之認定，則應隨著不同使用者之意思實現時點而定。³⁵⁰由於 GNU GPL 係對多數人進行非專屬授權，因此成立時點係因人而異，唯應注意者，由於 GNU GPL 授權契約係於收受程式之人對於該程式進行修改或散布時，其契約方為成立，則使用者單純收受或執行該電腦程式之行為，並非 GNU GPL 授權契約之「承諾」。則使用者於收受 GNU GPL 電腦程式後並未加以修改或散布，僅單純執行 (execute) 程式的情形，此係由於授權契約並未成立，自不受 GNU GPL 授權契約之拘束。唯執行程式亦屬於利用行為的一種，此時是否侵害該電腦程式著作權人之著作權？唯於 GNU GPL 授權契約第 1 條言明：「該授權契約對於單純執行程式行為並不受限制。」則由於著作權人並未意欲藉由 GNU GPL 授權而拘束收受者執行程式，則或可認為著作權人利用 GNU GPL 該條規定，藉由「單方行為」將狹義的使用權授權與不特定多數人，允許他人使用其電腦程式。

退萬步言，若認為 GNU GPL 授權契約於個案中並未成立，此時著作權人應如何主張權利？有論者認為此時 GNU GPL 等授權條款具有「宣言」的性質，其如同向公眾宣稱：限於遵守該宣言所列條件的情形下，原著作權人即消極不主張權利；因此依照權利濫用、禁反言之法理，於使用者並未違反相關「宣言」的情形下，即不應允許著作權人主張其權利；³⁵¹唯實務上似認為於授權契約未成立之際，使用者未經著作權人同意而對於該電腦程式加以利用時，著作權人本得基於著作權法而主張其權利，德國法院即採取此一見解。

³⁵⁰ 有論者提出以使用者是否利用該程式營利，作為判斷契約是否因意思實現而成立的輔助事由。見葛冬梅，http://www.openfoundry.org/component/option,com_content/Itemid,353/id,1929/task,view/，查訪日期：2009 年 6 月 25 日。

³⁵¹ 請參閱，SOFTIC，オープンソース・ソフトウェアの現状と今後の課題について，頁 71，2004 年，www.meti.go.jp/kohosys/press/0004397/1/030815opensoft.pdf，查訪日期：2009 年 6 月 25 日。

第三款 GNU GPL 條款之解釋權

GNU GPL 授權契約第二版涉及甚多名詞，如「derivative work under copyright law」、「work based on the Program」、「a portion of it」、「modification」、「distribution」，造成實務上對於此類名詞涵義之疑惑，³⁵²而雖然第三版嘗試以新名詞加以規範，唯部分名詞於著作權法上之概念對應，仍有其模糊不清之處。

由於多數採取 GNU GPL 授權的自由軟體多為跨國流通，則如何解釋授權契約即成為使用者關注的焦點。由於選擇採用 GNU GPL 授權契約之著作權人，其主觀上與設計 GNU GPL 授權契約之人所欲表達意思可能不同；且使用者藉由意思實現而使契約成立之際，其心中真意可能亦與授權人有所差異，故 GNU GPL 授權契約於個案中或有可能發生解釋上之疑義。

我國著作權法第 37 條第 1 項但書規定「其約定不明之部分，推定為未授權。」雖然本條規定為眾多學者所詬病，認為對於利用人的保護不周，應逕為探求當事人真意而解釋即足，另亦有以舉證責任轉換的觀點，緩和此條對於利用人保護不全之弊。則於個案中若認為 GNU GPL 授權契約有約定不明之處，須由利用人負授

³⁵² 以 GNU GPL 第二版所稱「derivative work」為例，一般認為「derivative work」於美國著作權法上之意義即如同我國法上的衍生著作，唯 GNU GPL 授權契約中所言之「derivative work」範圍，似較美國著作權法下衍生著作的範圍廣泛，則適用範圍如何界定？有論者考量設計 GNU GPL 授權契約的自由軟體基金會位於美國，並且美國聯邦著作權法第 101 條亦有相關定義，且伯恩公約第 2 條第 3 項對於 derivative work 亦有提及，則考量此一名詞於著作權法具有獨立意義，雖然 GNU GPL 對於 derivative work 之定義亦有規定，仍應認為該名詞範圍仍應以著作權法上的「衍生著作」範圍為限，而進一步有著作權法上相關規定之適用；亦有論者補充上述論點，說明「derivative work」不應僅為授權契約上的概念，其並引用 GNU GPL 第 5 條以論證 GNU GPL 授權與著作權之關連；而有論者指出「derivative work under copyright law」這一句話之解釋，應就該「derivative work」係於何種問題脈絡中成為爭點而加以決定。例如並非直接侵害著作權而僅係關於授權契約內容的問題，則由原始發送地的著作權法決定，而若是直接著作權侵害，則由授權契約準據法國之著作權法對應「derivative work」之概念加以解釋。而後 GNU GPL 第三版即改稱「covered work」，唯相關爭議仍舊存在。見，ソフトウェア情報センター，オープンソフトウェアの法的諸問題に関する調査—調査報告書，頁 6-7，2005 年，www.ipa.go.jp/SPC/report/03fy-pro/chosa/15-907.pdf；SOFTIC，オープンソース・ソフトウェアの現状と今後の課題について，頁 65-66，70，2004 年，www.meti.go.jp/kohosys/press/0004397/1/030815opensoft.pdf，查訪日期：2009 年 6 月 25 日。

權人就該部分確已授權之舉證責任。唯若於 GNU GPL 授權契約條文中有關規範，唯與我國立法例有所出入的情形，此時如何處理即值討論。理論上包含下列數種可能：³⁵³

第一目 依擬定該契約之人之解釋

民法第 98 條規定：「解釋意思表示，應探求當事人之真意，不得拘泥於所用之辭句。」然而擬定 GNU GPL 授權契約者係為自由軟體基金會，甚多自由軟體著作權人將著作權由其管理，唯其未必係為實際授權人。雖然自由軟體基金會一直嘗試藉由對於 GNU GPL 授權契約的解釋，嘗試主導自由軟體運動，唯其基於推廣自由軟體運動之理念，因此於解釋時多偏向擴大 GNU GPL 授權契約的適用範圍，其他自由軟體社群對此方向不與贊同者亦有之。因此，此解釋就目前實務及法律規定而言，並不足採。

第二目 依擬定該契約之人所在國的法律解釋

GNU GPL 授權契約第二版中，使用甚多美國著作權法的用語。則關於該契約的解釋，實則難以避免參酌美國著作權法之相關規定。目前多數關於 GNU GPL 契約效力、範圍、定義等討論，多參酌美國著作權法的規定，於一定程度而言，亦為接近 GNU GPL 契約訂定原意的解釋法。

³⁵³ 益思科技法律事務所，「自由軟體之著作權問題研究」，經濟部智慧財產局委託，頁 128-129，2006 年。

第三目 依選擇該契約的著作權人所在國的法律解釋

實際授權人既為著作權人，則以當事人真意作為指導原則，因為授權人並非自行撰擬 GNU GPL 授權契約，其可能依其所在國相關法律作為基礎而解釋 GNU GPL 授權契約之意義。因此，依著作權人所在國的法律而解釋其中有關著作權的用語，亦是一種可能。

第四目 依利用該著作的著作利用人所在國的法律解釋

自由軟體的利用人亦為個案中電腦程式著作授權契約的當事人，雖然雙方當事人並無經過協商，唯基於保護利用人的信賴，以著作利用人對授權契約的理解作為法律解釋的方向，亦屬可能。而著作利用人所在國的著作權法規定，則可作為發生爭議時著作利用人之抗辯事由。

第五目 依發生契約爭議時訴訟繫屬國的法律解釋

此外，由於自由軟體著作係跨國流通，則違反 GNU GPL 的案件亦可能在授權人、利用人所屬國家以外的第三地提起訴訟。此時由於 GNU GPL 並未設有準據法條款，因此亦可能直接由當地法院適用該國法律進行解釋。

於契約涉及不同國家因素時，就契約解釋或法律適用之疑義，通常會於契約中約定準據法或管轄法院，但自由軟體授權契約多半並未約定準據法或管轄法院，則就目前狀況而言，就 GNU GPL 授權契約發生契約爭議時，或以訴訟繫屬國當地法律，而就授權契約內文字用語或約定不清的部分加以闡釋其義，較為適當。

第三項 GNU GPL 授權契約與著作權法之交會

於介紹 GNU GPL 授權契約於我國法上之定性、其契約成立的方式以及如何對於授權契約內容加以解釋後，本文續對於著作權人採用 GNU GPL 授權契約後，於著作權上所可能發生的疑問加以整理。

第一款 共同著作、集合著作與衍生著作

自由軟體社群於創作自由軟體之際，依其合作開發的態樣而異，著作權歸屬亦可能不同。如於大型軟體開發之時，可能由特定人負責特定程式的開發，亦可能由團隊分工負責單一程式的開發；此外，亦有可能係為個人程式設計師就他人的自由軟體修改後再依 GNU GPL 授權加以釋出。則依個案中情形，該電腦程式可能屬於共同著作或衍生著作。以下就各類情形加以說明。

第一目 共同著作

著作權法第 8 條規定：「二人以上共同完成之著作，其各人之創作，不能分離利用者，為共同著作。」則若系爭 GNU GPL 電腦程式於開發之際，係由二人以上的程式設計師，客觀上共同開發撰寫程式碼，且其成果為達程式設計之目的而不能分離利用者，此時該電腦程式著作即為著作權法第 8 條所規定之共同著作。

於自由軟體的開發專案中，實際撰寫程式的程式設計師固然屬於共同著作人，唯並未實際參與撰寫的社群成員是否屬於共同創作人？理論上對於該電腦程式其並無參與創作之實，則不應認為其屬於共同創作人；唯若其於開發程式時有提供程式設計意見，並且為實際設計者所採納，則該部分或得認為屬於其撰寫之部分，而得成為共同創作人。

共同著作人於行使著作權時，依著作權法第 40 條及第 40 條之 1，原則上必須

經由全體著作權人同意後，方得行使著作權，包括著作權的授權行為。唯於自由軟體開發專案中，參與者對於系爭電腦程式係以何種授權契約對外開放授權一事多有共識，應足認定已取得全體著作財產權人的同意。而就請求救濟方面，著作權法第 90 條規定：「共同著作之各著作權人，對於侵害其著作權者，得各依本章之規定，請求救濟，並得按其應有部分，請求損害賠償。前項規定，於因其他關係成立之共有著作財產權或製版權之共有人準用之。」故在著作權侵害訴訟方面，任一共同著作人皆得提起著作權侵害訴訟，並得就其應有部分請求損害賠償。

此外，就行為人違反 GNU GPL 授權契約時，若違反約款與著作權侵害無關，僅屬於契約義務的情形，³⁵⁴則須回歸適用程序法上相關規定。³⁵⁵通常於此情形，係以任意訴訟擔當之方式，選定特定當事人或第三人賦與訴訟實施權，³⁵⁶使其成為訴訟當事人。

第二目 結合著作

結合著作係指多數人為將其獨立著作相互結合，而於外觀上呈現單一著作之形態。獨立著作的著作權人於創作之際並無共同關係，且各著作間得獨立分離而為個別利用，此點係結合著作與共同著作最大之不同。我國著作權法並未對結合著作加以規定，唯於解釋上結合著作既為獨立著作之結合，則個別著作的著作人獨立享有該著作之著作權。

³⁵⁴ 此與違反著作權授權契約，究為違反契約約定，抑或構成著作權侵害有關。一般而言，授權契約約款中大致可略分為與著作權相關及沒有相關二部分，與著作權有關者通常係排除著作權法禁止未經授權而行使的行為，而被授權人欲排除禁止規定，而一併接受著作權人列出無關於著作權的約款。而違反著作權授權契約者，若係與著作權相關的情形，行為須同時負有著作權侵權責任以及債務不履行之契約責任，若與著作權無關的部分，則行為人僅須負債務不履行之責。然而，如何區隔是否著作權相關連，即為關鍵。如 *Jacobsen v. Katzer* 一案中，法官即認為未標示著作權資訊已逾越授權範圍，而構成侵害著作權。

³⁵⁵ 如我國民事訴訟法關於共同訴訟之相關規定。

³⁵⁶ 民事訴訟法第 41 條至第 44 條參照。

於散布電腦程式時，亦有可能依散布之實態，而發生數個電腦程式成為結合著作的情形，唯關鍵在於獨立著作之判斷基準為何。由於大型電腦程式著作往往包含數百數千個檔案，而檔案間多有關連，且亦有可能單一檔案中內含數個獨立電腦程式著作，因此於判斷上較難處理。學說上有主張以著作是否已達到著作人主觀上的設計功能，並配合客觀上標準，亦即該電腦程式著作至少須具備輸入、處理及輸出功能，可達成特定工作結果之程度³⁵⁷，以判定是否為獨立電腦程式著作。

第三目 衍生著作

著作權法第 6 條規定：「就原著作改作之創作為衍生著作，以獨立之著作保護之。衍生著作之保護，對原著作之著作權不生影響。」對於他人採取 GNU GPL 授權的自由軟體，使用人經修改而另為創作時，即該當於衍生著作，並由改作之人另行取得一個獨立著作權。

由於著作權人依著作權法之規定，專有對於系爭著作改作之權利，³⁵⁸則使用人對於系爭著作進行改作之際仍須先行取得著作權人同意後方得為之。而觀 GNU GPL 授權契約之設計，本為保障公眾得享有四大自由而設，其中包括研究修改以及改良程式之權利，皆可能該當於著作權法上之「改作」，因此使用者對於採取 GNU GPL 授權之電腦程式加以改作時，應得認為其已取得著作權人之授權。而就改作後所產生的衍生著作，其散布或重製仍受到 GNU GPL 授權契約之限制。

於衍生著作中值得討論的另一個問題，係為衍生著作的再行授權。由於著作權法賦與衍生著作獨立之著作權，唯衍生著作之著作權人將其著作授權與第三人時，是由衍生著作的著作權人獨立授權與第三人，抑或原著作權人與衍生著作的

³⁵⁷ 賴文智、王文君，「數位著作權法」，頁 358-359，益思科技法律事務所，2007 年 2 版。

³⁵⁸ 著作權法第 28 條：「著作人專有將其著作改作成衍生著作或編輯成編輯著作之權利。」

著作權人一起授權與利用人？

由於原著作權人與衍生著作的改作人，兩者並非共同著作人，因此於對外授權時，就理論上應無須原著作權人與改作人共同對外進行授權。又依我國著作權法規定，衍生著作的著作權人就其衍生著作擁有獨立著作權，因此可獨立對外授權他人使用，無須與原著作權人共同授權第三人。

然而原著作並不因衍生著作而失其保護，若第三人對於衍生著作之利用部分，與原著作亦有相關者，則此時利用該衍生著作的行為，可能因此侵害原著作之著作財產權。因此，若第三人確定所利用部分與原著作相關，或無法確認其利用行為是否涉及原著作受保護之表達時，則應同時向原著作之著作權人取得授權，以杜爭議。

則將上述情形適用於 GNU GPL 授權契約，或可認為衍生著作之著作權人對外授權，若衍生著作的利用人違反 GNU GPL 授權契約時，因為可能同時構成對於原著作之著作權侵害，因此原著作之著作權人亦得直接向該利用人主張著作權侵害。

第二款 著作人格權

由於英美著作權法系下並無著作人格權之概念，而我國屬於大陸法系，對於著作人格權設有相關規定，因此如何處理著作人格權之爭議，於電腦程式著作授權契約中亦顯重要。

我國法下關於著作權授權之規定，基本上係關於著作財產權之授權，但是關於著作人格權，由於就 GNU GPL 授權契約之成立，授權人與被授權人原則上並無經過協商，因此權利人若欲防免利用 GNU GPL 授權契約對外授權後反而發生著作人格權上之爭議，或可於授權契約中另為約定之。

從 *Jacobsen v. Katzer* 一案可知，即便於無規範著作人格權的英美法系下，姓名表示之約款於此類開放授權契約中之效力係為法院所認可。由於自由軟體不收取授權金之特性，因此著作人之「名聲 (popularity)」於社群中的重要性即水漲船高，因此藉由姓名表示之相關約款設計，亦能突顯自由軟體社群對於「名聲」之重視。而 GNU GPL 授權契約第三版也意識到此一問題，而於第 7 條將「要求後手保留該電腦程式中原著作權人所為之合理法律聲明或姓名表示 (Requiring preservation of specified reasonable legal notices or author attributions in that material or in the Appropriate Legal Notices displayed by works containing it)」納入利用人得事後附加條款之一。此與我國法上姓名表示權之精神相契合，³⁵⁹ 著作人得選擇是否於著作原件及重製物上表示其姓名，且於原著作的衍生著作仍應保留其姓名，藉以表彰其著作所具備之人格特質。

而關於「不當變更禁止權」，著作權法第 17 條規定：「著作人享有禁止他人以歪曲、割裂、竄改或其他方法改變其著作之內容、形式或名目致損害其名譽之權利。」由於 GNU GPL 授權契約本質即冀望利用人得自由修改，因此若著作人選擇 GNU GPL 授權契約而將其電腦程式著作對外授權，可認為其願意將電腦程式提供與公眾加以自由修改並且散布，且考量電腦程式本質上屬於功能性著作，則於解釋上應儘量避免認定改作行為有損害著作人名譽之情形。

第三款 合理使用、科技保護措施與 GNU GPL 授權契約之調和

由於 GNU GPL 授權契約並非提供被授權人毫無限制的自由，於一定程度上其亦課與利用人一定程度之限制。則對於採用 GNU GPL 授權之電腦程式，使用者是否得以主張著作權法上的合理使用？

我國著作權法第 52 條：「為報導、評論、教學、研究或其他正當目的之必要，在合理範圍內，得引用已公開發表之著作。」賦與社會大眾為特定目的所需，得

³⁵⁹ 著作權法第 16 條第 1 項：「著作人於著作之原件或其重製物上或於著作公開發表時，有表示其本名、別名或不具名之權利。著作人就其著作所生之衍生著作，亦有相同之權利。」。

於合理範圍內引用已公開發表之自由軟體部分程式碼。唯此與 GNU GPL 第二版的感染性規定似有齟齬。

GNU GPL 授權第二版第 2 條第 1 項 b 款規定：「您必須使您所散布或發行的著作（即含有本程式的全部或一部，或衍生自本程式的全部或一部之著作），以不收費之方式，整體授權予所有第三方，依本授權書條款利用。」同條第 2 項規定：「前開要求適用於整體修改之著作。若著作可特定出部分並非衍生自本程式，且該部分可合理考慮自該著作獨立且分離，當您將該部分當作獨立的著作散布時，該部分不適用本授權書及其條款。但當您將該部分作為以本程式為基礎的著作的一部分散布時，則該著作之整體必須依本授權書條款授權，亦即，對於其他被授權人之許可，擴及整個著作之每一部分，不論各該部分由誰所創作。」此即為 GNU GPL 著名的「感染性」約款，若著作權人所創作的電腦程式中有利用一部分 GNU GPL 電腦程式的原始碼，則此時該程式即須受到 GNU GPL 授權契約之拘束，若採取最嚴格的定義，則即便僅僅使用一行 GNU GPL 程式碼，亦可能該當於本情形。此時即可能產生依據我國著作權法尚未構成第 3 條所定義之「改作」而屬於第 52 條合理使用範圍內之「引用」，但仍該當於 GNU GPL 授權契約所稱衍生 (derived) 的情形，則於此種情形下，GNU GPL 即可能與著作權法合理使用之規定發生衝突。唯此一情形於 GNU GPL 授權契約第三版已解決，GNU GPL 第三版第 2 條規定：「This License acknowledges your rights of fair use or other equivalent, as provided by copyright law.」亦即其承認各國著作權法中對於著作權所設限制或合理使用之規範，對於採用 GNU GPL 授權的電腦程式仍有適用，他人仍得於著作權法所規定之著作權限制或合理使用範圍內，對於該電腦程式加以利用，而不為 GNU GPL 第三版授權契約內容所拘束。

而由於科技保護措施多被運用於限制使用者自由使用、修改以及散布電腦程式著作，唯 GNU GPL 授權契約第二版對此並未加以限制，且亦有論者指出科技

本應中立，無法排除採取 GNU GPL 授權契約的電腦程式本身即該當於科技保護措施，唯其程式本身仍符合 GNU GPL 授權契約相關規範之情形。³⁶⁰唯由於 Stallman 抗拒科技保護措施的立場，因此其於 GNU GPL 授權契約第三版第 3 條採取了一個巧妙的規定，藉由將採取 GNU GPL 授權契約的電腦程式主動認為非屬於科技保護措施，而使得使用者即便規避該科技保護措施，亦無著作權法反規避條款之適用。因此採取 GNU GPL 授權契約的電腦程式實質上仍可以科技保護措施的形態出現，僅其不得限制使用者對其研究並加以規避，藉此以保障利用人得以接觸受保護之著作，以及研究修改該程式之自由。由第三章對於科技保護措施之說明可知，科技保護措施已然成為著作權人濫用權利的手段，則藉由此類約款嘗試去除法律對於科技保護措施的保障，使得科技保護措施回歸技術層面，而對於受保護著作仍以著作權法保護之，本文認為此種作法應值贊同。



第三節 競爭法之審查

GNU GPL 授權契約所賦與使用者的四大自由，對於市場上的競爭秩序是否有所助益？本文以為由於自由軟體授權契約對於使用行為通常並不加以設限，而係對於使用者嗣後的修改或散布為之；且採取開放原始碼的方式，亦使得電腦程式所包含的觀念不因封閉原始碼而為著作權人所獨占，有助於技術力的研發創新以及先進技術的迅速普及，因此不論就產品市場、技術市場抑或創新市場，皆有助於提升整體競爭水平之效果。

原先著作權法與競爭法看似衝突，係因為著作權法賦與著作權人排他權，因此著作權人或得基於著作權而排除他人競爭；唯自由軟體所強調立基於著作權法上的開放與自由，將著作權人得行使排他權的範圍限縮，此舉利於促進相關市場

³⁶⁰ Doug Ferguson, *Syntax Errors: Why Version 3 of the GNU General Public License Needs Debugging*, 7 N.C. J. L. & Tech.419.(2006)

上之競爭，因此自由軟體授權契約原則上係與競爭政策冀望提升競爭質量的目標相互契合。

以下本文續以競爭法之觀點，對於 GNU GPL 授權契約加以檢驗，首先從實際案例開始談起。

第一項 案例檢視

第一款 Wallace v. FSF

2005 年，美國軟體工程師 Daniel Wallace 控告自由軟體基金會（Free Software Foundation）違反夏曼法（Sherman Act）第 26 條，請求法院發出禁制令，禁止 GNU GPL 授權契約在美國境內的推廣與使用。

Wallace 主張自由軟體基金會透過 GNU GPL 與 Red Hat、Novell 以及 IBM 等數家電腦系統廠商，進行著作權交互授權（pool and cross licensing），進而實施掠奪性定價（predatory price fixing），使 Wallace 自行研發的作業系統無法進入市場與之競爭。唯 Wallace 未能明確說明其所遭受之反托拉斯損害（antitrust injury），因此訴狀遭法院駁回四次後，法院依前例而判定 Wallace 不得再行提出修正訴狀，本案因此終結。

法院於第三次駁回 Wallace 訴狀之理由書中指出，³⁶¹GNU GPL 係介於授權人與被授權人之間，並禁止被授權人對於後手收取使用該電腦程式之授權金，此一機制涉及數個不同市場間的散布，因而認定 GNU GPL 屬於垂直關係協議（vertical agreement），而應適用合理原則（rule of reason）加以檢視，唯 Wallace 並未指出反托拉斯損害（antitrust injury），法院指出 Wallace 所稱損害係由於其身為競爭者之故，該損害並非針對消費者，亦無損於整體競爭（This injury constitutes harm to Mr.

³⁶¹ Wallace v. Free Software Foundation, Inc., 2005 WL 3239208.

Wallace as a competitor, not harm to consumers specifically, or harm to competition in general.)，而駁回其訴。

而於第四次駁回 Wallace 訴狀之理由書中，³⁶²Wallace 主張廠商藉由 GNU GPL 而排除其設計的作業系統於電腦作業系統市場上競爭，唯法院於裁定理由書中肯定 GNU GPL 有助於市場自由競爭，蓋採取 GNU GPL 授權使任何人均得合法重製、修改與散布 GNU GPL 電腦程式，則其鼓勵自由競爭之結果，可能造成產品價格調降、更易取得程式，並且亦提升創新質量，則消費者亦得價格競爭中獲益，因而再次駁回 Wallace 之訴。

第二款 Wallace v. IBM³⁶³

本案例中 Wallace 與前案採取相同論點，其更進一步主張其係電腦作業系統市場中之生產者，而被告廠商藉由 GNU GPL 而限制產品價格，於相關市場中構成略奪性定價。

Easterbrook 法官於判決中指出，略奪性定價可分為三階段，包括以低價競爭、迫使無利潤生產者退出市場後，即得獨占該市場，賺取超額利益。唯反托拉斯法所關注者係為第三階段，若其間並無生產者退出或無超額利益的情形，則反托拉斯法不應介入，蓋低廉價格係反應廠商生產效率，對消費者有其實益，若因反托拉斯法介入而升高價格，反而有礙於競爭；又法官認為自由軟體係與專屬軟體競爭，即便相關市場上有免費但不完美 (free but imperfect) 的自由軟體存在，民眾仍會購買功能較佳的專屬軟體，則市場競爭並未因此減少；又法院指出智慧財產權並無耗盡之虞，且其邊際成本為 0，即便其對價係 0，仍屬於有效率的，且智慧財產權法與競爭法皆未要求使用者要求更高額的授權金。因此判決原告敗訴。

³⁶² Wallace v. Free Software Foundation, Inc.; 2006 WL 2038644.

³⁶³ Wallace v. International Business Machine Corp., 467 F.3d 1104 (7th Cir. 2006).

第二項 GNU GPL 授權契約於競爭法上之評價

首先應說明者，競爭法所關切者既為市場競爭，而電腦程式著作權人用以參與市場競爭者係為電腦程式著作本身，而非電腦程式所採取之授權契約。廠商可能利用電腦程式製造產品而於產品市場上銷售，而電腦程式本身亦為技術市場上競爭的客體；其亦可能成為廠商用以研發創新之手段。因此，電腦程式著作原則上僅係一項技術，唯電腦授權契約作為廠商與他人間所締結之契約，具有拘束他人之效力，而廠商即得藉由授權契約之拘束力作為競爭手段，不論係為同一市場中的水平授權關係，亦或不同市場的垂直授權關係，授權契約皆有可能成為限制競爭或不公平競爭之工具，本文已於第三章加以描述可能的行為態樣。

GNU GPL 的本質既為電腦程式授權契約，則理論上於個案中亦可能成為限制競爭或不公平競爭的打手。於限制競爭之情形，由於 GNU GPL 要求使用者對於 GNU GPL 程式為改作而散布衍生著作時必須公開原始碼且不得要求授權金，則若授權人於相關市場中具有獨占地位時，可能因此被認為系爭授權危害市場競爭，可能違反競爭法；而於不公平競爭之情形，如著作權人專屬授權他人，由於著作權人認為其著作權係為營業秘密而不願公開程式原始碼，唯專屬被授權人將該程式採用 GNU GPL 授權並對外公開原始碼的情形，既可能造成不公平競爭。故著作權人採用 GNU GPL 授權是否屬於著作權正當權利行使而得依公平交易法第 45 條排除適用，仍應依個案情形認定，不得概括而論。

雖然於個案中因為 GNU GPL 授權契約對於被授權人所設限制而可能違反公平交易法，唯考量 GNU GPL 各項約款多以四大自由為目標，賦與使用者重製、修改或散布的權限，其所設限制多為防範自由軟體被納為私有。則於一般情況下，得認為自由軟體授權契約整體而言係將著作權排他權的強度降低，弱化著作權人執以排除競爭的工具。或謂著作權人可能因此失去經濟上誘因而放棄競爭，唯 GNU GPL 授權契約並非全然無償，散布 GNU GPL 程式之人得自行決定是否就其所提

供服務或媒介收取費用，且此舉亦開啟著作權人得參與競爭之新市場—程式售後服務市場，而此一市場之競爭亦因開放原始碼之故，其競爭強度將遠較專屬軟體技術服務市場為高，蓋專屬軟體使用者已為專屬軟體鎖入（lock-in），於原始碼並未公開的情形下，專屬軟體的著作權人於該服務市場係具有獨占力量。

以下即嘗試設例說明，以釐清 GNU GPL 授權契約於市場競爭上可能受到之評價。

第一款 維持轉售價格

以 GNU GPL 授權契約第二版第 2 條第 1 項(b)款為例：「您必須就您所散布或發行的著作，無論是包含本程式全部或一部的著作，或者是自本程式或其任何部份所衍生的著作，整體授權所有第三人依本授權規定使用，且不得因此項授權行為而收取任何費用。」因此或謂此條規定該當於公平交易法第 18 條限制轉售價格之規定。³⁶⁴

首先應釐清者，GNU GPL 授權契約所限制者係電腦程式著作之授權金，則於散布人並未對於系爭程式加以修改即逕為再散布之情形，由於再散布人並非授權人，此時 GNU GPL 授權契約仍成立於原著作權人以及再散布行為的收受人間，並不存在兩個以上的交易關係，因此並無該當於「轉售」之概念；而於散布人係改作系爭程式而後再散布之情形，則由於散布人係為衍生著作之著作權人，其對於衍生著作具有獨立權利，則其再散布該衍生著作的情形，與轉售商品確有相似之處，則 GNU GPL 授權契約限制其不得收取授權金，是否該當於公平交易法第 18 條規範？

³⁶⁴ 公平交易法第 18 條：「事業對於其交易相對人，就供給之商品轉售與第三人或第三人再轉售時，應容許其自由決定價格；有相反之約定者，其約定無效。」

查公平會所發布之「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，第 6 條第 2 項第 6 款即稱授權契約限制被授權人就其製造、生產授權商品銷售與第三人之價格者，可能違反公平交易法第 19 條第 6 款之規定，唯本文於第三章已說明該條規定似應適用第 18 條規定而以當然違法原則加以處理，而學說上亦有質疑第 18 條規定所稱「就供給之產品」應不以原供給商品為限，而應擴及以原來商品為基礎所生產製造之其他商品。³⁶⁵則順著此說脈絡之下，於 GNU GPL 授權契約之情形，散布人利用原著作加以改作成衍生著作，並對第三人授與利用該衍生著作之權利，就交易關係而言，撇開「商品」、「轉售」等相關名詞含義是否適用一事不論，確與事業利用契約限制就供給之商品轉售與第三人之價格，有其相似之處。雖然限制轉售價格亦具有維持商品所附品牌形象或商譽，以及減少品牌內競爭以提升品牌間競爭能力等助益，唯公平交易法對之仍採取否定態度。

然而，觀察商業化自由軟體的營利模式，實際上已然從賣方市場轉為買方市場。³⁶⁶原本於授權關係中，消費者屬於弱勢，而須趨附於提供程式的著作權人；唯於自由軟體市場中，消費者既得追求客製化程式，則其已無須受著作權人電腦程式之鎖入，因而於授權交易中消費者屬於較為強勢者。則著作權人提供電腦程式無償授權與消費者使用，係為闢築技術服務市場所必須者，而相關技術服務的價格，並未受到 GNU GPL 授權契約所拘束，熟稔該程式的專家皆得於該技術服務市場競爭，而其價格即由市場上廠商競爭的結果而決定。由此觀點而言，GNU GPL 授權契約係創造了另一個高度競爭的市場，由於相關程式的原始碼係處於開放狀態，則此服務市場並未受到原程式鎖入效應的影響，因此於市場中廠商的競爭能力係直接與其提供服務品質成正相關，與低度競爭甚至無競爭的專屬軟體技術支援市場相比，顯然更有效率。

³⁶⁵ 廖義男、謝銘洋、范建得、黃銘傑、石世豪、吳秀明，「公平交易法之註釋研究系列(二)－第十八條至第二十四條」，頁 54，公平交易委員會委託研究報告，2004 年。

³⁶⁶ Steven Weber, *the Success of Open Source*, Harvard University Press, 192-193 (2004).

綜上所述，本文認為從創設新型服務市場的觀點，GNU GPL 授權契約並無維持轉售價格之適用。而即便著眼於系爭電腦著作之固定授權對價，唯對於改作人嗣後散布的限制，本為著作權人欲維持使用者「四大自由」而賦與改作人改作權之對價，³⁶⁷則或得適用公平交易法第 45 條之規定，認為此一限制屬於依著作權法之正當權利行使行為，而排除公平交易法之適用。

第二款 聯合行為

首先應述明者，此處所述之聯合行為限於水平聯合；而關於垂直聯合亦即限制轉售價格之情形，既如前述。

於 Wallace v. FSF 一案中，Wallace 即為主張各參與 Linux 系統電腦廠商係利用 GNU GPL 授權而達成價格卡特爾；唯法院對於 GNU GPL 加以審視，認定 GNU GPL 授權係為介於授權人與被授權人間的法律關係，該授權禁止被授權人對於後手收取使用該電腦程式的授權金，可知此一機制涉及數個不同產銷階段市場間的散布行為，因而認定 GNU GPL 屬於垂直關係協議。

本文認為此一見解洵屬正確，蓋 GNU GPL 授權契約與交叉授權(cross license)或著作權聯營(pooling arrangement)等協議不同，授權人與被授權人原則上並非處於同一水平市場，則其締約主體上即不該當於聯合行為之規範。

第三款 授權感染性

GNU GPL 授權契約第二版第 2 條第 1 項 b 款規定：「您必須使您所散布或發

³⁶⁷ 如 Jacobsen v. Katzer 案法院所述，著作權人選擇以要求被授權人明確遵守特定事項而非金錢報酬作為授權對價時，法律上亦應尊重其選擇。

行的著作（即含有本程式的全部或一部，或衍生自本程式的全部或一部之著作），以不收費之方式，整體授權予所有第三方，依本授權書條款利用。」同條第 2 項規定：「前開要求適用於整體修改之著作。若著作可特定出部分並非衍生自本程式，且該部分可合理考慮自該著作獨立且分離，當您將該部分當作獨立的著作散布時，該部分不適用本授權書及其條款。但當您將該部分作為以本程式為基礎的著作的一部分散布時，則該著作之整體必須依本授權書條款授權，亦即，對於其他被授權人之許可，擴及整個著作之每一部分，不論各該部分由誰所創作。」此即為 GNU GPL 授權契約的感染性約款，由於其係要求利用 GNU GPL 程式之被授權人，於嗣後散布衍生著作時必須採取 GNU GPL 授權，因此此種約款係為公平交易法第 19 條第 6 款關於垂直交易之限制，而應依合理原則加以審視。

若依照學說上對於公平交易法第 19 條第 6 款類型化之分類，感染性約款應屬於對於交易相對人第二個契約締結自由之限制。唯依照公平法第 19 條第 6 款之條文規定，則個案中 GNU GPL 授權契約的被授權人須為公平交易法上之事業方有本條之適用。

則依照合理原則，對於感染性約款是否違反自由競爭加以判斷，亦即比較該約款所造成促進競爭及限制競爭的效果孰重。則依本文見解，由於 GNU GPL 本無對於狹義使用（執行）程式行為加以限制，僅賦與修改與散布行為一定的限制，且感染性約款要求後手亦採取 GNU GPL 授權，則可預見與原程式於同一技術市場上競爭的衍生著作將因此增加，藉由感染性的規定引入更多潛在競爭者進入技術市場與原著作權人競爭，則就促進市場自由競爭而言係有其實益，此觀自由軟體開發專案中採取 GNU GPL 授權者往往占總數過半亦得為佐證；而於限制競爭方面，雖然改作人於授權時必須延用 GNU GPL 授權並提供原始碼，其藉由改作可能得到一定程度的創新優勢必須對外公開，將導致其競爭優勢不再，唯此舉就整體市場而言，反而具有加速市場競爭之效，因此限制競爭的效果顯屬輕微。

另一方面，若原程式於採取 GNU GPL 授權前，係屬於獨占市場中的關鍵設施，³⁶⁸則若著作權人將之採用 GNU GPL 授權，則將導致該程式不再屬於關鍵設施，蓋同一市場中其他競爭對手即得不受限制使用該程式，則亦能促進該獨占市場之競爭質量。

第四款 鎖入效應

GNU GPL 授權契約為滿足使用者研究修改程式的自由，要求採用 GNU GPL 的授權人必須無償提供原始碼與利用人，且 GNU GPL 亦言明對於使用行為不予設限，則將此二種效力綜合觀察，可知其並非僅係要求開放原始碼，實際上亦藉由相關規定，而達成電腦程式原始碼不為私人所控制的理念。

於專屬軟體的情形，由於原始碼並未開放，僅有著作權人具有技術與能力提供服務。著作權人得決定是否繼續提供更新檔等後續支援服務，而一旦其放棄維護該程式，則消費者僅能二擇一：繼續使用未經維護的舊程式，抑或投入成本升級至新程式，唯基於安全性及相容性的考量，消費者多半會選擇升級，而舊程式的購置費用即成為沉沒成本。³⁶⁹如此周而復始，消費者僅能持續被鎖入。當系爭電腦程式僅有單一廠商得以提供服務，其於支援服務的市場即為事實上獨占，因此具有超額訂價的能力。

原始碼對於電腦軟體市場具有不可小覷的關鍵力量。專屬軟體的授權市場本為賣方市場，由著作權人提供電腦程式授權供使用者採購，其得以區別訂價以達利益最大化。唯使用者的需求林林總總，程式設計廠商通常無法即刻提供完美解

³⁶⁸ 競爭法要求獨占事業提供關鍵設施與競爭者使用的要件如下：1.獨占事業控制關鍵設施；2.競爭對手事實上或從合理角度無能力重製該關鍵設施；3.獨占事業拒絕競爭對手使用該關鍵措施；4.獨占事業當時有能力提供該關鍵措施。見 MCI Communications Corp. v. AT&T Co., 708 F.2d 1080, 1132-33 (1983).

³⁶⁹ Steven Weber, *The Success of Open Source*, Harvard University Press, 220 (2004).

決方案，通常僅能依照大多數人的需求而設計電腦程式，而無法兼顧每一個人的需求。而藉由開放原始碼，此一情況大為改觀，自由軟體的授權市場轉變成為買方市場，消費者得藉由客製化服務而完全滿足其需求，而非倚靠電腦程式的著作權人提供不完美的服務，因此或得認為開放原始碼大幅度降低消費者被鎖入之機會，整體而言仍為促進市場競爭。

第四節 小結

從著作權法以及競爭法的角度對於 GNU GPL 授權契約加以分析，可以知道原則上 GNU GPL 授與使用者的「四大自由」，於一定程度上亦符合著作權法以及競爭法的立法意旨，具有提升文化發展以及促進自由競爭之功能。於著作權法的回顧方面，GNU GPL 授權契約藉由改版以回應法律及時代的變遷，並於維護使用者的自由之際，亦顯示出對於著作權人的尊重；另於競爭法的檢視上，GNU GPL 授權契約與專屬軟體授權契約相比，毋寧是更具備促進自由競爭的效果，賦與消費者選擇的機會，免受專屬軟體著作權人之傾軋。整體觀之，以 GNU GPL 授權契約為首的自由軟體契約多具有上述的性質，本文認為著作權制度於中扮演的角色舉足輕重。

第六章 結論

從電腦程式於著作權法上的立法歷史，以及論者對於電腦程式著作適格性的正反意見，吾人或得發現功能性始終係為反對將電腦程式納入著作權法保護的有力意見。唯目前國際上以著作權法保護電腦程式的表達儼然已成定論，則除了在著作權法上以諸項原則對於電腦程式保護範圍嘗試加以斧正以外，對於利用著作權法保護電腦程式此類功能性著作因而所造成的水土不容，於法律的觀點上，似乎尚無辦法作出有效而明確的回應。承認電腦軟體專利或許是一種途徑，唯於電腦程式仍舊受到著作權法保護的情形下，兩者的交錯適用顯得更為錯綜複雜，實予人治絲益棼之感。

專屬軟體的著作權人，一方面採取封閉原始碼的態度以保持其產業競爭優勢，另一方面，其亦利用著作權法第 37 條第 1 項賦與著作權人的高度自由，於授權契約中設下甚多與著作權本質毫無關連的使用限制，並於相關市場上利用授權契約維持甚或擴張其市場力量。勘查著作權法對於授權行為不過度設限的本意，係為使著作權人運用權利得更富彈性，唯此亦賦與著作權人濫用其權利的機會，而悖離了著作權法鼓勵創作以蓬勃文化發展的立法旨趣。

電腦程式著作既屬功能性著作，則當具有一定市場力量的電腦程式著作權人不當濫用其著作權而於相關市場上蠶食鯨吞之際，若是單純放任不予管制，將會扼殺其他電腦程式著作出現於相關市場上與之競爭的機會。如此一來，非但電腦程式著作的創作數量下滑，相關軟體產業的市場競爭強度亦因此減緩，終局而言並非全體消費者之福。

從著作權法以及公平交易法的角度，對於電腦程式著作授權契約的行使加以抑制，或得於個案中有效緩和著作權人濫權對於公眾使用者造成之衝擊。唯觀察

實務上著作授權契約的發展，網路定型化契約、放寬契約成立要件……等趨勢，私人契約與公眾立法間的界線似乎逐步模糊，使用者於不知不覺之間似乎已步入著作權人灑下的天羅地網之中。授權契約中設下的種種限制，不僅限縮了眾多的電腦程式被授權人的使用權限，著作權人亦可能藉由電腦程式著作授權契約擴張著作的保護範圍，阻礙潛在競爭者進入市場，甚而遂行濫用其市場地位的意圖。此般行為不僅全然無助於達成著作權法衡平公私益以促進文化發展的立法目的，甚至已然破壞競爭秩序，消費者權益亦因此受損。

則於法律面向上，雖然有民法、著作權法、消費者保護法以及公平交易法等法律對於授權契約加以規範，然而鑑於法律事後救濟的特性，對於眾使用者的保護僅能於個案中發揮作用，整體著作授權環境的習氣依舊。有人因此提出回歸技術層面，讓屬於功能性著作的電腦程式著作回歸公共領域，能夠自由不受限制地為使用者所近用。藉由使用者取向授權契約的設計，其成功地利用公眾參與，創造出一批能夠自由為公眾使用、重製、修改、散布的電腦程式，而這就是自由軟體運動的起源。

不論何種自由軟體授權契約，其基本精神皆係一致的-「取之於公眾，用之於公眾」，不讓私人壟斷特定電腦程式的使用權，並且藉由著佐權制度的設計，讓處於公共領域的著作數量持續成長。但其並非要求著作權人放棄權利行使，著佐權制度與著作權制度息息相關，其制度面上的設計係立基於著作權法賦與著作權人的高度授權自由，唯不同於專屬軟體授權契約係以權利人的角度對於利用人加以制約，自由軟體授權契約的出發點係以利用人作為核心，滿足利用人對於電腦程式功能性的需求。與過度傾向著作權人的專屬軟體電腦程式授權契約相比，自由軟體授權契約嘗試利用契約加以適度衡平使用者於授權契約中的地位。

唯既然自由軟體授權契約亦屬於電腦程式著作授權契約，則其亦受著作權法

以及競爭法之規制。然而，專屬軟體授權契約與自由軟體授權契約本質上的不同，亦反應於二者於著作權法與競爭法的評價之上。於著作權法的面向上，為防範電腦程式的原始碼為市場上競爭者利用，專屬軟體授權契約偏向利用「科技—法律—契約」三管齊下，藉由現行法律配合科技保護措施以及授權契約約款，使利用行為受到高度限制，並且藉由市場差別訂價策略，以謀求利潤最大化，雖然著作權法設有合理使用與法定例外的規範，但整體法制的發展走向，對於利用人仍相當不利；然而自由軟體授權契約開宗明義即宣示不限制使用者執行程式的行為，僅對於嗣後修改、散布設有一定程度的限制，而該限制卻係為了讓著作維持在公共領域而設計，亦即自由軟體的使用者基本上即享有對於該電腦程式的使用權限，無須任何對價，而由於原始碼的開放，利用人欲取用自由軟體而另為創新時，所須成本亦大幅降低，利用人僅負有將衍生著作採取相同授權契約條款而對外授權的義務，自由軟體授權契約甚至嘗試利用契約而突破科技與法律對於利用人之不合理拘束，如 GNU GPL 第三版授權契約即要求授權人不得主張科技保護措施的保護，讓科技保護措施停留在技術層面，不致越界而損害利用人對於電腦程式的「自由」，即屬適例。

而於競爭法的評價上，專屬軟體授權契約的本質即為不完全競爭，蓋封閉原始碼即賦與著作權人事實上獨占的機會，於著作權人選擇該專屬軟體後，僅有著作權人具有能力提供後續服務，消費者因此被鎖入。而於自由軟體的情形，程式的原始碼既不為私人所控制，消費者無須受著作權人電腦程式之鎖入。專屬軟體的市場係為不同電腦程式著作間就授權金為價格競爭，唯消費者一旦選擇特定程式後即被鎖入；反觀自由軟體的市場中，選擇何種自由軟體一事的重要性降低，蓋任何自由軟體皆處於可被修改的狀態，消費者有任何需求皆得藉由修改程式而滿足，且自由軟體間的轉換成本遠遠低於專屬軟體，因此自由軟體的競爭通常並非屬於技術市場，而係位於下游的技術支援服務市場，且此市場由於進入門檻低，因此競爭亦較專屬軟體市場激烈甚多，因此自由軟體的使用者從中亦得獲利。

則經由檢視自由軟體授權契約於著作權法以及競爭法上可能的評價後，似得認為自由軟體授權契約授與使用者的「四大自由」，於一定程度上亦符合著作權法以及競爭法的立法意旨，具有提升文化發展及促進市場自由競爭之功效。亦即，自由軟體所賦與使用者的自由，不僅賦與著作利用人近用著作的自由，同時亦與競爭法追求自由競爭的意旨不謀而合。

自由軟體運動迄今不過二十餘載，仍存在許多實務面向的問題有待解決，如並行授權、授權契約版本相容性、責任轉嫁等諸般問題。唯此並非否定自由軟體運動的成功。自由軟體運動為公眾帶來的「自由」思潮，影響的領域太多太廣，如創用 CC 授權、維基百科……等，顛覆了許多既有的想像，亦造成整體市場的變化。

自由軟體運動樹立了公眾參與運動的指標，市集模式的自由軟體專案開發模式就是運用公眾力量的標準案例，而其成果係回饋與全體消費者，而整體消費者利益亦因此增加。至少，作業系統不再是微軟的視窗系統獨大，還有 Linux 可供消費者選擇；至少，辦公室軟體不再是微軟的 OFFICE，還有 Open Office 可供消費者選擇；至少，瀏覽器不再是 Internet Explorer，還有 Firefox 與 Opera 可供消費者選擇；至少，播放軟體不再只有 Media Player，還有 media player classic 與 vlc……，若是缺乏上述的「至少」，則相關市場上皆為特定廠商壟斷成為獨占市場，則於獨占市場上，消費者只能任廠商予取予求，如此絕非消費者之福，而此亦為本文從競爭法的角度對於自由軟體授權契約加以剖析之目的，若能藉由本文分析，讓消費者於選擇電腦程式之際，對於相關問題能有所意識，則本文的目的即告達成。

參考文獻

壹、中文參考資料（按作者姓名筆劃排序）

一、專書

1. 王澤鑑，「民法總則」，2008年修訂版。
2. 彼得·威納（Peter Wayner）著，蔡憶懷譯，開放原始碼—Linux 與自由軟體運動對抗軟體巨人的故事，商周出版，2000年。
3. 林納斯·托瓦茲、大衛·戴蒙（Linus Torvalds, David Diamond）著，梁曉鶯譯，Just for fun：Linux 創始人托瓦茲自傳，經典傳訊，2001年。
4. 陳家駿，呂榮海，「電腦軟體著作權」，蔚理法律出版社，1989年。
5. 曾陳明汝教授祝壽論文集編輯委員會，「智慧財產權與國際私法—曾陳明汝教授六秩誕辰祝壽論文集」，臺灣大學法律學系，1997年。
6. 黃銘傑，「公平交易法理論與實際—不同意見書」，新學林出版，2002年。
7. 黃銘傑，「競爭法與智慧財產權之交會—相生與相剋之間」，元照出版，2006年。
8. 蔡茂寅、李建良、林明鏞、周志宏，「行政程序法實用」，新學林出版，2006年三版。
9. 蕭雄淋，「著作權法論」，五南圖書，2001年。
10. 賴文智、王文君，「數位著作權法」，益思科技法律事務所，2007年二版。
11. 謝銘洋，「智慧財產權法」，元照出版，2008年。
12. 謝銘洋、馮震宇、陳家駿、陳逸南、蔡明誠，「著作權法解讀」，元照出版，2005年二版。

二、學位論文

1. 王珮儀，「創用 CC 授權之法律理論與實務分析」，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2008年。
2. 朱俊銘，「電腦軟體相關智慧財產權法制之探討—從開放原始碼用運動出發」，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2002年。
3. 呂佩芳，「開放性授權契約對著作利用之影響」，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2006年。
4. 李勝宏，「電腦軟體著作權保護之研究」，中國文化大學法律學研究所碩士論文，1998年。
5. 李憲隆，「開放原始碼法律問題之研究—智慧財產權制度之檢討」，國立中央大學產業經濟研究所碩士論文，2003年。

6. 周信宏，「著作財產權授權契約之研究」，私立中國文化大學法律學研究所碩士論文，1996年。
7. 星友康，「衝突或妥協？—科技保護措施立法之研究」，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2006年。
8. 柳瑜珊，「著作權授權與競爭法相關問題之研究」，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2002年。
9. 徐堯慶，「電腦程式在著作權法與專利法上定位問題之研究」，私立東吳大學法律研究所碩士論文，1994年。
10. 郭明怡，「論電腦程式使用者界面之法律保護—以著作權法為中心」，國立臺灣大學法律學研究所論文，1996年。
11. 郭聯彬，「網路上軟體使用授權契約之研究」，私立輔仁大學法律學研究所碩士論文，1997年。
12. 陳佳菁，「數位學習產業著作權爭議與法制因應—以美國及我國法規為中心」，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2005年。
13. 陳皓芸，「從著作權與競爭法交錯之觀點分析著作真品平行輸入相關法制問題」，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2008年。
14. 黃郁婷，「電子商務交易下契約正義之實現—論網路定型化契約」，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2008年。
15. 黃惠敏，「數位時代下著作權授權契約與著作權限制衝突之研究」，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2004年。
16. 雷憶瑜，「論著作之合理使用—以電腦程式還原工程為中心」，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，1995年。
17. 鍾詩敏，「生物科技研究工具之專利法及競爭法交錯」，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2008年。

三、期刊論文

1. 王文宇、鄭中人，從經濟觀點論智慧財產權的定位與保障方式，月旦法學第147期，2007年。
2. 王立達，競爭法對智慧財產權市場力量之管制—以有線電視頻道授權案件為例，月旦法學第84期，2002年。
3. 王偉霖、張俊宏，競爭法規對技術授權之限制—以美國及臺灣法律為中心，法令月刊第58卷第12期，2007年。
4. 李素華，專利及專門技術授權與公平法規—研析審理技術授權協議案件處理原則，智慧財產權第31期，2001年。
5. 沈宗倫，論科技保護措施之保護於著作權法下之定性及其合理解釋適用：以檢討我國著作權法第80條之2為中心，臺大法學論叢第38卷第2期，2009年。

6. 陳人傑，開放原始碼授權條款之法律分析－以通用公共授權為中心(下)，科技法律透析，2002年。
7. 陳人傑，開放原始碼授權條款之法律分析－以通用公共授權為中心(下)，科技法律透析，2002年。
8. 陳人傑，開放原始碼授權條款之法律分析－以通用公共授權為中心(上)，科技法律透析，2002年。
9. 陳起行，資訊著作的著作性與合理使用－事理、學理及法制面研究，政大法學評論第68期，2001年。
10. 章忠信，從自由軟體運動之發展看市場經濟的理性抉擇，清華大學科技法律研究所通信法律環境系列研討會「網際空間：資訊、通信、法律與社會」研討會，2003年，<http://www.copyrightnote.org/paper/pa0031.doc>。
11. 楊智傑、呂佩芳，「釋放部分著作權」之法律經濟分析，智慧財產權月刊81期，2005年。
12. 楊智傑、李憲隆，重組智慧財產權體制－開放原始碼的另一條進路，萬國法律第127期，2003年。
13. 楊智傑、李憲隆，開放原始碼契約之法律與策略分析，智慧財產權月刊58期，2003年。
14. 葛冬梅，GPL2的感染性與德國案例介紹，探索科技法律未知的境界：科技法律中心十週年紀念文集，財團法人資訊工業策進會，2006年。
15. 葛冬梅、林誠夏，GPL、LGPL與當前實務概況介紹，律師雜誌第328期，2007年。
16. 廖漢騰，自由文化運動與臺灣雙星：為創新與創造力重建公共領域，資訊時代之公共領域與資訊取得學術研討會論文集，2005年。
17. 劉靜怡，軟體原始程式碼開放運動的規範意涵，月旦法學第80期，2002年。
18. 劉靜怡，電子商務與智慧財產權：軟體原始程式碼開放運動與連網時代的共同創新未來，月旦法學雜誌第78期，2001年。
19. 蔡英文，公平交易法與智慧財產權，政大法學評論第44期，1993年。
20. 謝國廉，歐洲共同體競爭法對技術授權協議之規範，法令月刊第58卷第12期，2007年。
21. 謝銘洋，智慧財產權與公平交易法之關係－以專利權為中心，臺大法學論叢第24卷第2期，1995年。
22. 蘇永欽、范建得，公平交易法第四十六條修正後的適用問題，第七屆競爭政策與公平交易法學術研討會論文集，2001年。

四、研究計畫與政府出版品

1. 行政院主計處，「96年電腦應用概況報告」，
<http://www.dgbas.gov.tw/ct.asp?xItem=23372&CtNode=5048>。

2. 益思科技法律事務所，經濟部智慧財產局委託研究計畫，「自由軟體之著作權問題研究」，2006年。
3. 財團法人資訊工業策進會，經濟部技術處委託，「自由軟體產業發展與商機研究」，2005年。
4. 陳家駿，內政部著作權委員會委託研究計畫，「電腦程式著作權專題研究」，1993年。
5. 陳家駿、馮震宇、劉孔中，經濟部智慧財產局委託研究計畫，「著作權科技保護措施之研究」，2004年。
6. 陳錦全，經濟部智慧財產局出版，「著作權案例彙編(10)－電腦程式著作篇」，2006年二版。
7. 廖義男、何之邁、范建得、黃銘傑、石世豪、劉華美，「公平交易法之註釋研究系列(一)－第一條至第十七條」，頁385，公平交易委員會委託研究報告，2003年。
8. 廖義男、謝銘洋、范建得、黃銘傑、石世豪、吳秀明，「公平交易法之註釋研究系列(二)－第十八條至第二十四條」，頁54，公平交易委員會委託研究報告，2004年。
9. 廖義男、謝銘洋、黃銘傑、石世豪、吳秀明、陳志民，公平交易委員會委託研究報告，「公平交易法之註釋研究系列(三)－第二十五條至第四十九條」，2005年。
10. 賴文智，經濟部智慧財產局出版，「智慧財產權契約」，2006年。

五、網路資源（查訪日期：2009年7月15日）

1. 20071129-GPL3 不負責任正體中文化(草稿)，
http://lucien.cc/index.php?option=com_content&task=view&id=135&Itemid=20
2. COEM 授權特性，<http://www.microsoft.com/taiwan/oem/licensing.aspx>
3. Torvalds：DRM 未必是壞事，
<http://www.zdnet.com.tw/news/software/0,2000085678,20104146,00.htm>
4. 小筆電升級 Windows 7 微軟考慮 USB，
<http://www.zdnet.com.tw/news/software/0,2000085678,20139224,00.htm>
5. 在四大自由精神之下強化的 GPL3，
http://www.openfoundry.org/component/option,com_content/Itemid,353/id,1108/task,view/
6. 林誠夏、王家薰，更為彈性中庸的 LGPL3，
http://www.openfoundry.org/component/option,com_content/Itemid,353/id,1166/language,tw/task,view/
7. 軟體自由協會，<http://www.slat.org/slat/>
8. 創用 CC 網站，<http://creativecommons.org.tw/>

9. 開源碼開發計畫 GPL 授權數量衰退，
<http://www.zdnet.com.tw/enterprise/topic/opensource/0,2000085741,20139306,00.htm?feed=NL:+%A5%F8%B7%7E%C0%B3%A5%CE+%3A+%A5D%C3D%A4%A4%DF+%3A+%B6%7D%A9%F1%AD%EC%A9%BDX>
10. 微軟悄悄關閉 Encarta 百科，
<http://www.zdnet.com.tw/news/software/0,2000085678,20137183,00.htm?feed=NL:+%AC%EC%A7%DE%B7s%BBD%A4%E9%B3%F8>
11. 葛冬梅，Android 的區隔 GPL 感染機制，
http://www.openfoundry.org/component/option,com_content/Itemid,353/id,1788/task,view/
12. 葛冬梅，GPL 的另類利用方式：「分開散布·責任轉嫁」，
http://www.openfoundry.org/component/option,com_content/Itemid,353/id,1711/task,view/
13. 葛冬梅，MPL 多重授權模式下的 GPL 相容性，
http://www.openfoundry.org/component/option,com_content/Itemid,353/id,1495/task,view/
14. 葛冬梅，自由/開放源碼授權契約特性：從法律的角度觀察，
http://www.openfoundry.org/component/option,com_content/Itemid,331/id,505/task,view/
15. 葛冬梅，自由軟體授權條款的相容與不相容，
http://www.openfoundry.org/index.php?option=com_content&Itemid=352&id=1494&lang=en&task=view
16. 葛冬梅，我國法下自由軟體契約成立時點，
http://www.openfoundry.org/component/option,com_content/Itemid,353/id,1929/task,view/
17. 葛冬梅，我國法下自由軟體契約成立時點，
http://www.openfoundry.org/component/option,com_content/Itemid,353/id,1929/task,view/
18. 雷席格的 CC 每週通信（九）：談授權條款相容性，
<http://creativecommons.org.tw/blog/archives/000020.html>
19. 德國：2007 年，Welte vs Skype，
<http://www.openfoundry.org/Law-and-Policy/Case-Study/Germany-2007-Welte-vs-Skype.html>
20. 賴文智，科技保護措施（防盜拷措施）的另類思考，
<http://tw.myblog.yahoo.com/dickatlaw/article?mid=162&prev=163&l=f&fid=13>

貳、日文參考資料

1. 白石忠志，独占禁止法，有斐閣，2006年。
2. 紋谷暢男、板東久美子、作花文雄，「プログラム著作権とは何か」，有斐閣，1988年。
3. ソフトウェア情報センター，平成15年度電子商取引関連基盤技術開発実証事業「オープンソフトウェアの法的諸問題に関する調査」調査報告書，2005年。<http://www.ipa.go.jp/SPC/report/03fy-pro/chosa/15-907.pdf>
4. SOFTIC，オープンソース・ソフトウェアの現状と今後の課題について，2004年。www.meti.go.jp/kohosys/press/0004397/1/030815opensoft.pdf

参、英文参考資料（按作者姓氏字母排序）

一、專書

1. Bruce Perens, Open Sources: Voices from the Open Source Revolution, O'Reilly (1999).
2. Eric S. Raymond, The cathedral and the bazaar: musings on Linux and Open Source by an accidental revolutionary, O'Reilly (2001).
3. Fadi P. Deek, James A. M. McHugh, Open Source: Technology and Policy, Cambridge University Press (2008).
4. Lawrence Lessig, The Future of Ideas: the Fate of the Commons In a Connected World, Random House (2001).
5. Lawrence Rosen, Open Source Licensing- Software Freedom and Intellectual Property, Prentice Hall (2004).
6. Melville B. Nimmer & David Nimmer, Nimmer on copyright : a treatise on the law of literary, musical and artistic property, and the protection of ideas vol.3, New York: M. Bender (1996).
7. Mikko Välimäki, The Rise of Open Source Licensing: A Challenge to the Use of Intellectual Property in the Software Industry, Turre Publishing (2005).
8. Moreno Muffatto, Open Source: A Multidisciplinary Approach, Imperial College Press (2006).
9. Robert W. Hahn, Intellectual Property Rights in Frontier Industries: Software and Biotechnology, AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies (2005).
10. Rod Dixon , Open Source Software Law, Artech House Publishers (2003).
11. Sam Williams, Free as in Freedom – Richard Stallman's Crusade for Free Software, O'Reilly (2002).
12. Steven Weber, the Success of Open Source, Harvard University Press (2004).

二、期刊論文

1. Aaron Xavier Fellmeth, Copyright Misuse and the Limits of the Intellectual Property Monopoly, 6 J. Intell. Prop. L. 1 (1998).
2. Brian W. Carver, Share And Share Alike: Understanding And Enforcing Open Source And Free Software Licenses, 20 Berkeley Tech. L.J. 443(2005).
3. Dan L. Burk, Anti-Circumvention Misuse, 50 UCLA L. Rev. 1095 (2003).
4. Doug Ferguson, Syntax Errors: Why Version 3 of the GNU General Public License Needs Debugging, 7 N.C. J. L. & Tech.397.(2006).
5. Greg R. Vetter, “Infectious” Open Source Software: Spreading Incentives or Promoting Resistance? 36 Rutgers L.J. 53 (2004).
6. Jason B. Wacha, Taking the Case: Is the GPL Enforceable? 21 Santa Clara Computer & High Tech. L.J. 451 (2005).
7. Mark A. Lemley, Beyond Preemption: The Law and Policy of Intellectual Property Licensing, 87 Cal. L. Rev. 111 (1999).
8. Niva Elkin-Koren, Copyright Policy and the Limits of Freedom of Contract, 12 Berkeley Tech. L.J. 104 (1997).
9. Shawn W. Potter, Opening Up to Open Source, 6 Rich. J.L. & Tech.24 (2000).
10. Tomasz Rychlicki, GPLv3: New Software License and New Axiology of Intellectual Property Law, E.I.P.R., 30(6), 232-243 (2008).

三、研究報告

1. Final Report of the National Commission on New Technology Uses of Copyrighted Works, <http://digital-law-online.info/CONTU/contu-toc.html>
2. Bradley M. Kuhn, Aaron Williamson, Karen M. Sandler, A Practical Guide to GPL Compliance, <http://www.softwarefreedom.org/resources/2008/compliance-guide.html>

四、網路資源

1. Wikipedia:Copyrights, <http://en.wikipedia.org/wiki/Wikipedia:Copyrights>
2. Categories of Free and Non-Free Software, <http://www.fsf.org/licensing/essays/categories.html#PublicDomainSoftware>
3. Microsoft Windows Xp Home Edition (Retail) End-User License Agreement For Microsoft Software, <http://www.microsoft.com/windowsxp/eula/home.msp>
4. Moore's law, http://en.wikipedia.org/wiki/Moore%27s_law
5. Free Beer funding artistic production in New Zealand, <http://www.freebeer.org/blog/>
6. OpenCola Softdrink, http://www.colawp.com/colas/400/cola467_recipe.html
7. What is Copyleft, <http://www.gnu.org/copyleft/copyleft.html>

8. The Free Software Definition, <http://www.gnu.org/philosophy/free-sw.html>
9. About the GNU Project, <http://www.gnu.org/gnu/>
10. Bruce Perens, <http://perens.com/>
11. The Open Source Definition (Annotated),
<http://www.opensource.org/docs/definition.php>
12. <http://www.opensource.org/licenses>
13. <http://www.gnu.org/philosophy/open-source-misses-the-point.html>
14. <http://www.gnu.org/philosophy/free-software-for-freedom.html> ,
15. The Licence Review Process, <http://www.opensource.org/approval>
16. Open Source Licenses. <http://www.opensource.org/licenses>
17. Eben Moglen, Why the FSF gets copyright assignments from contributors,
<http://www.gnu.org/copyleft/why-assign.html>
18. Glyn Moody, Does dual licensing threaten free software?
<http://www.linuxjournal.com/node/1000069>
19. Free and open source software, <http://en.wikipedia.org/wiki/FOSS>
20. Free Software Foundation Europe, <http://fsfe.org/>
21. Free Software Foundation India, <http://www.gnu.org.in/about-fsf-india>
22. <http://www.fsf.org/licensing/compliance>
23. The gpl-violations.org project, <http://gpl-violations.org/>
24. Free Software Foundation Files Suit Against Cisco For GPL Violations,
<http://www.fsf.org/news/2008-12-cisco-suit>
25. Harald Welte's blog, <http://gnumonks.org/~laforge/weblog/>
26. Torvalds: No GPL 3 for Linux, http://news.zdnet.com/2100-3513_22-146510.html
27. GNU General Public License, version 2,
<http://www.gnu.org/licenses/old-licenses/gpl-2.0.html>
28. GNU General Public License, <http://www.gnu.org/copyleft/gpl.html>
29. Allison Randal, GPLv3, Linux and GPLv2 Compatibility ,
<http://radar.oreilly.com/2007/04/gplv3-linux-and-gplv2-compatib.html>
30. Tivoization, <http://en.wikipedia.org/wiki/Tivoization>
31. Skype Violated the GPL – German Appeals Court,
http://www.zeropaaid.com/news/9485/skype_violated_the_gpl_german_appeals_court/
32. Summary of SCO v IBM,
<http://www.groklaw.net/staticpages/index.php?page=20050315132709446>
33. Andersen v. Monsoon Multimedia, The Busybox Complaint, as text,
<http://www.groklaw.net/articlebasic.php?story=20070920153227686>
34. Eben Moglen, The GPL Is a License, not a Contract, <http://lwn.net/Articles/61292/>

附錄一

Microsoft Windows XP Professional Edition Service Pack 3 軟體使用者授權合約

注意-請仔細閱讀：本使用者授權合約（以下稱「授權合約」）係由 貴用戶（個人或單一法人團體）與 Microsoft 公司或其中一個之關係企業（以下稱「Microsoft」）之間，就附隨本「授權合約」之 Microsoft 軟體，所成立之合法協議。Microsoft 軟體包括電腦軟體，同時亦可能包括相關之媒體、書面資料、「線上」或電子文件，以及網際網路為基礎服務（以下稱「軟體」）。「軟體」可能附本「授權合約」之增補合約或附約。

自 Windows XP Service Pack 2 初次發行以來，部分條款已經有所變更。變更內容包括：

- * 有關軟體驗證功能的其他資訊，用以判斷軟體是否為仿冒、未正確授權或非正版 Windows 產品
- * 有關網際網路服務的其他隱私權揭露

此份清單僅列出部分變更內容。 貴用戶在使用軟體時，將受到以下條款之拘束。

貴用戶安裝、拷貝或以其他方式使用「軟體」，即表示 貴用戶同意受本「授權合約」條款之拘束。若 貴用戶不同意，則請勿安裝、拷貝或使用「軟體」，如適用的話，貴用戶得將其退回原購買處，並請求全額退款。

1. 使用權之授予。若 貴用戶遵守本「授權合約」之所有條款及條件，則 Microsoft 即授予貴用戶以下權利：

1.1 安裝與使用。 貴用戶得於乙台電腦（例如工作站、終端機或其他裝置，以下稱「工作站電腦」）上安裝、使用、存取、展示並執行乙份「軟體」之拷貝。於同一時間內，「軟體」不得於任何乙台「工作站電腦」上由兩 (2) 台以上處理器使用。

1.2 強制性啟動。啟動之目的在於讓軟體得以在特定工作站電腦上使用。啟動時，軟體會傳送有關軟體與工作站電腦的相關資訊給 Microsoft。該資訊包括軟體的版本、語言和產品金鑰，工作站電腦的網際網路通訊協定位址，以及由工作站電腦

的硬體設定衍生的資訊。如需詳細資訊，請瀏覽 <http://go.microsoft.com/fwlink/?Linkid=103743>。使用此軟體，即代表 貴用戶同意傳輸該資訊。若軟體已取得正確授權，則 貴用戶有權使用在安裝程序期間所安裝的軟體版本，直到允許的啟動期限 (30 日) 為止。除非軟體已啟動，否則 貴用戶在許可之啟動時間截止之後，即無權使用軟體。此為防止未經授權之使用。 貴用戶不得略過或規避啟動程序。如果工作站電腦已連線至網路，軟體得自動連線至 Microsoft 以啟動。 貴用戶也可以透過網際網路或電話，手動啟動軟體。此時，網際網路或電話可能需收取費用。電腦元件或軟體的部分變更，可能需要重新啟動軟體。軟體將提醒 貴用戶執行啟動，直到啟動完成為止。

1.3 裝置之連線。 貴用戶最多得允許十 (10) 台電腦或其他電子裝置 (以下每種均稱為「裝置」) 與「工作站電腦」連線，以利用下列一或多種「軟體」服務：「檔案服務」、「列印服務」、「網際網路資訊服務」、「網路連線共用」以及電話傳輸服務。十 (10) 台連線之上限係包括透過「多工」或共用或聚集連線之其他軟體或硬體而進行之任何間接連線。此項最多十 (10) 台連線數目之限制，不適用於其他之「軟體」使用，例如在「裝置」與「工作站電腦」間同步化資料，惟僅限於在任何時間內僅能有乙名使用者使用、存取、展示或執行「軟體」。本 1.3 節之規定並未授予 貴用戶得從任何「裝置」存取「工作站電腦通訊」之權利。所謂之「通訊」，係指「軟體」所提供之功能，類似於使用者使用「工作站電腦」所附之輸入、輸出與展示周邊設施所獲得之功能。

1.4 遠端桌面／遠端協助／NetMeeting。「軟體」包含 遠端桌面、遠端協助 與 NetMeeting 技術，此等技術使「軟體」或安裝於「工作站電腦」(有時稱為主機裝置) 上之應用程式得由其他「裝置」在遠端存取。貴用戶得使用「軟體」之 遠端桌面 功能 (或提供類似功能作為類似用途之其他軟體)，從任一「裝置」存取「工作站電腦通訊」，但必須為該等「裝置」另取得「軟體」之使用權。上述規定之例外係「工作站電腦」之唯一主要使用者，得從任何「裝置」進行「工作站電腦通訊」，且無須為該等「裝置」另外取得「軟體」之使用權。 貴用戶於使用 遠端協助 或 NetMeeting (或提供類似功能作為類似用途之其他軟體) 時，得與其他使用者共享該次通訊，連線之「裝置」數目不限，且無須另外取得「軟體」之使用權。對於 Microsoft 以及非 Microsoft 之應用程式， 貴用戶應參閱相關產品所附之授權合約，或與相關授權者聯繫，以決定是否無須另外取得授權即被允許與該產品一併使用 遠端桌面、遠端協助 或 NetMeeting。

1.5 儲存／網路使用。 貴用戶亦得在乙個儲存裝置 (如網路伺服器) 上儲存或安裝乙份「軟體」之拷貝，該裝置只專供 貴用戶利用內部網路於其他「工作站電腦」上安裝或執行「軟體」；然而， 貴用戶必須為安裝、使用、存取、展示或執行「軟體」之每台「工作站電腦」分別取得乙份使用權並專供其使用。除非上述之

NetMeeting 與 遠端協助 功能允許，否則「軟體」之使用權不得由不同「工作站電腦」共享或同時使用。

1.6 驗證。軟體會定期檢查所安裝的軟體是否已取得正確授權。下載、安裝或使用部分 Microsoft 軟體時，會需要驗證。如果 貴用戶安裝的軟體具有正確授權，則可享有特殊優惠，請瀏覽 <http://go.microsoft.com/fwlink/?linkid=39157>。驗證檢查期間或之後，軟體會傳送有關軟體、裝置和驗證檢查結果的相關資訊給 Microsoft。該資訊包括軟體的版本、產品金鑰，對軟體的驗證、授權或啟動功能進行的任何未經授權的變更，所發現的任何相關的惡意軟體或未授權軟體，以及裝置的網際網路通訊協定位址等。Microsoft 不會使用這些資訊來辨識或聯絡 貴用戶。使用本軟體，即代表 貴用戶同意傳輸該資訊。如需有關驗證與驗證檢查期間或之後傳送的内容等資訊，請瀏覽 <http://go.microsoft.com/fwlink/?Linkid=96551>。

2. 網際網路服務。Microsoft 隨軟體提供網際網路服務，並得以隨時變更或取消這些服務。

2.1 網際網路服務之同意。下列第 2.2 節及「隱私權聲明」中所述之軟體功能會透過網際網路連線至 Microsoft 或服務提供者電腦系統。在某些情況下，雙方連線時將不會另行通知 貴用戶。 貴用戶得關閉這些功能或不使用此服務。如需有關這些功能的詳細資訊，請瀏覽 <http://go.microsoft.com/fwlink/?Linkid=103743> 中的「隱私權聲明」。使用這些功能，即代表 貴用戶同意傳輸該資訊。Microsoft 不會用這些資訊來辨識或聯絡 貴用戶。

2.2 電腦資訊。下列功能會使用網際網路通訊協定，將電腦資料傳送到適當的系統，例如 貴用戶的網際網路通訊協定位址、作業系統及瀏覽器的類型、 貴用戶使用的軟體名稱及版本，以及 貴用戶安裝軟體之工作站電腦的語言代碼。Microsoft 使用這份資訊來提供網際網路服務予 貴用戶。

· 隨插即用。 貴用戶得將新的硬體連接至 貴用戶的工作站電腦上。 貴用戶的工作站電腦可能會缺少需要的驅動程式，而無法與硬體進行通訊。此時，軟體的更新功能便能從 Microsoft 取得正確的驅動程式，並將之安裝至 貴用戶的工作站電腦上。系統管理員可以停用此更新功能。

Windows Update。為了讓軟體中的 Windows Update 服務能夠正常運作 (如果 貴用戶有使用 Windows Update 服務的話)，Windows Update 服務可以在不另行通知 貴用戶之情形下，不定期下載並安裝更新或下載項目。

· Web 內容功能。依照「軟體」之預設組態，若 貴用戶已經連線至網際網路，依預設將會啟用數項「軟體」功能，以作為 貴用戶擷取並顯示 Microsoft 電腦系統之內容。當 貴用戶啟動此項功能時，該功能會使用標準的網際網路通訊協定，將 貴用戶「工作站電腦」之作業系統、瀏覽器及語言字碼類型傳輸至 Microsoft 電腦系統，以便 貴用戶能在「工作站電腦」上正確檢視其內容。此等功能必須啟動後方能使用，但是 貴用戶亦可選擇關閉或不要使用此等功能。此等功能包括：Windows Catalog (Windows 目錄)、Search Assistant (搜尋助理員) 及 Help and Support Center (說明及支援中心) 之 Headlines and Search (頭條新聞及搜尋) 等功能。

· 數位憑證。「軟體」使用以 x.509 標準為基礎之數位憑證。此等數位憑證可確認依 x.509 標準傳送加密資訊的網際網路使用者身份。軟體會擷取憑證並更新憑證撤銷清單。只有 貴用戶使用網際網路時，才會執行該等安全性功能。

· 自動根目錄更新。「自動根目錄更新」功能 (Auto Root Update) 會更新受信任憑證單位的清單。貴用戶可選擇關閉此「自動根目錄更新」功能。

· Windows Media Player。若 貴用戶使用 Windows Media Player 或其特定功能，下列的 Windows Media Player 功能會自動與 Microsoft 電腦系統聯絡：(A) 若 貴用戶之「工作站電腦」沒有播放內容之正確轉碼器，即檢查是否有新的轉碼器 (此項功能可以關閉)；(B) 檢查是否有新版的 Windows Media Player (貴用戶必須正在使用 Windows Media Player，才能執行此項功能)。

· Windows Media 數位版權管理 (Digital Rights Management)。目前，有許多內容提供者會使用本「軟體」中所包含之 Windows Media 數位版權管理技術 (以下稱「WM-DRM」)，來保護其內容之完整性 (以下稱「安全性內容」)，使其內容中的智慧財產權 (包括著作權) 不致遭到盜用。本「軟體」之某些部份，以及第三人的應用程式 (例如媒體播程式)，會使用 WM-DRM 播放「安全性內容」 (以下稱「WM-DRM 軟體」)。若「WM-DRM 軟體」之安全性已遭到破壞，「安全性內容」之擁有者 (以下稱「安全性內容擁有者」) 得要求 Microsoft 撤銷「WM-DRM 軟體」複製、顯示及／或播放「安全性內容」之權利。撤銷上述權利之後，「WM-DRM 軟體」仍然可以播放未受保護之內容。每當 貴用戶自網際網路下載「安全性內容」之使用權時， 貴用戶之「工作站電腦」便會收到一份已撤銷之「WM-DRM 軟體」清單。Microsoft 亦得代表「安全性內容擁有者」，將廢止清單連同上述使用權一併下載至 貴用戶的「工作站電腦」上。「安全性內容擁有者」亦得要求 貴用戶必須先昇級本「軟體」中的某些 WM-DRM 元件 (以下稱「WM-DRM 昇級」)，始得存取其內容。當 貴用戶嘗試播放上述內容時，Microsoft 所建置之「WM-DRM 軟

體」會通知 貴用戶必須執行「WM-DRM 昇級」，在取得 貴用戶同意後，才會下載「WM-DRM 昇級」。由第三人所建置之「WM-DRM 軟體」亦可能有同樣的作法。若 貴用戶拒絕昇級，將無法存取需要「WM-DRM 昇級」才能顯示之內容；但是 貴用戶仍然可以存取未受保護之內容，以及不需要昇級之「安全性內容」。貴用戶可關閉 WM-DRM 存取網際網路之功能，例如，取得新的使用權及／或執行必要的「WM-DRM 昇級」。當此等功能關閉之後，若「安全性內容」之有效使用權已經儲存於 貴用戶之「工作站電腦」上，則貴用戶仍然可以播放「安全性內容」。

2.3 資訊之使用。Microsoft 得使用這些電腦資訊以改良軟體與服務。本公司亦得與第三人（例如硬體與軟體廠商）分享上述資訊。該第三人得使用上述資訊改善其與 Microsoft 軟體搭配使用之產品。

2.4 不當使用網際網路服務。 貴用戶不得以任何可能危害這些服務或是任何會影響他人使用該服務之方式使用這些服務。 貴用戶不得透過任何方法，使用這些服務以試圖在未經授權的情況下，存取任何服務、資料、帳戶或網路。

3. 權利與所有權之保留。本「授權合約」中未明示授予 貴用戶之一切權利，均保留為 Microsoft 所有。

「軟體」係受著作權法與其他智慧財產權法律與條約之保護。Microsoft 或其供應商擁有「軟體」之所有權、著作權與其他智慧財產權。「軟體」係經授權使用，而非販售賣斷。

4. 還原工程、解編與反向組譯之限制。 貴用戶不得對「軟體」進行還原工程、解編與反向組譯，但相關法律明示允許為上開行為者，不在此限。

5. 禁止出租／提供商業主機服務。 貴用戶不得將「軟體」暫時或永久地出租或借予他人，亦不得以之向第三人提供商業主機服務。

6. 第三人網站之連結。 貴用戶得透過「軟體」之使用而連結至第三人網站。第三人網站不受 Microsoft 之監控，且對於任何第三人網站中之內容、第三人網站中所包含之任何連結，或第三人網站之任何更動或更新，Microsoft 均不負責。對於由第三人網站所收到之網上廣播或任何其他形式之傳輸，Microsoft 均不負責。Microsoft 向 貴用戶提供第三人網站之連結，純以方便 貴用戶為目的，納入任何第三人網站之連結並不代表 Microsoft 背書該網站。

7. 其他軟體／服務。貴用戶於初次取得「軟體」之後，由 Microsoft 所提供之更新、增補、附加元件、其他 Web 元件或網際網路為基礎服務元件等，均適用本「授權合約」，但若 貴用戶已接受更新之條款或另受其他合約所拘束者，則不

在此限。Microsoft 保留終止提供予 貴用戶或 貴用戶經由使用「軟體」而取得之任何網際網路為基礎服務之權利。

8. 昇級版。貴用戶若擬使用經標示為昇級版之「軟體」，必須首先獲得使用 Microsoft 指明具有昇級資格產品之授權。昇級之後，貴用戶即不得再使用具昇級資格之原產品。

9. 禁止轉售軟體。經標示為「禁止轉售」或「NFR」之「軟體」不得予以轉售、轉讓或做為展示、測試或評估以外之其他用途。

10. 教育版軟體。若擬使用經標示為「教育版」或「AE」之「軟體」，貴用戶必須為「合格教育使用者」。若 貴用戶對於該資格有任何疑問，請和 Microsoft 之銷售資訊中心 (Microsoft Sales Information Center, 該中心地址為 One Microsoft Way/Redmond, WA 98052-6399) 或和在 貴用戶所在國家 (地區) 內提供服務之 Microsoft 子公司聯絡。

11. 關於 MPEG-4 視訊標準之聲明。「軟體」含有 MPEG-4 視訊解碼技術，該等技術是視訊資訊的一種資料壓縮格式。關於本技術，此處應 MPEG LA, L.L.C. 之要求，列出下列聲明。

貴用戶不得以符合 MPEG-4 視訊標準 (MPEG-4 VISUAL STANDARD) 之任何方式使用本產品，除非是直接用於下列相關用途：(A) 資料或資訊係 (i) 以未收費方式由非企業相關使用者產生及取得，或 (ii) 僅供個人使用；(B) 已另行取得 MPEG LA, L.L.C. 授權許可之其他用途。

若 貴用戶對本聲明有任何疑問，請與 MPEG LA, L.L.C. 聯絡，地址為：250 Steele Street, Suite 300, Denver, Colorado 80206；電話：303 331.1880；傳真：303 331.1879；網頁：<<http://www.mpegla.com>>。

12. 出口限制。貴用戶認知，「軟體」係出產於美國，並受到美國出口規定之管轄。貴用戶同意遵守適用於「軟體」之一切相關國際與國內法律，包括「美國出口管制條例」和美國與其他政府所頒布之使用者、使用用途與目的地限制之規定。如需詳細資訊，請參閱 <<http://www.microsoft.com/exporting/>>。

13. 使用者使用權證明。若 貴用戶係自光碟或其他媒體取得「軟體」，則在該等媒體上具有標示為「使用權證明」之標記，標明此為「軟體」之授權拷貝真品。該等標籤必須出現於 Microsoft 軟體套裝外殼方為有效，若 貴用戶是另外收到此等標籤，則為無效。請務必保存具有該等標籤之外殼包裝，以便證明 貴用戶持有

「軟體」之有效使用權。

14. 軟體移轉-內部移轉。貴用戶得將「軟體」移轉至不同之「工作站電腦」上。移轉之後，貴用戶必須將「軟體」由前一台「工作站電腦」上完全移除。轉讓予第三人。「軟體」之最初使用者得將本「授權合約」與「軟體」做一次永久性轉讓給另一使用者，惟最初使用者不得保留「軟體」拷貝。轉讓時必須包括所有「軟體」與「使用權證明」。此轉讓行為不得為間接轉讓，如寄售等。轉讓之前，受讓「軟體」之使用者必須同意「授權合約」之所有規定。

15. 終止合約。貴用戶如未能遵守本「授權合約」之條款及條件，則 Microsoft 得取消本「授權合約」，但其所享有之其他權利不因之而受影響，此時貴用戶應即將「軟體」之全部拷貝及其所有元件部份銷毀。

16. 關於安全性之聲明。為防範安全性破壞以及惡意軟體，請定期備份資料與系統資訊、採用防火牆等安全性措施，並安裝與使用安全性更新。

17. 準據法。若貴用戶係於美國境內取得本「軟體」，則本「授權合約」係以美國華盛頓州之法律為準據法。若貴用戶係於歐盟國家、冰島、挪威或瑞士取得本「軟體」，則適用當地法律。若貴用戶係於任何其他國家取得本「軟體」，則得適用當地法律。

18. 全部合約；分割性。本「授權合約」（包括「軟體」所含之本「授權合約」之任何增補合約或附約）係貴用戶與 Microsoft 之間就有關「軟體」及（可能之）支援服務內容之全部合約，取代與「軟體」或本「授權合約」所涵蓋任何其他主要事項有關之任何先前或同時存在之口頭或書面通訊、提議和聲明。Microsoft 之任何支援服務方針或計劃規定若與本「授權合約」條款有所抵觸，以本「授權合約」條款為準。若本「授權合約」中任何條款被認定為無用、無效、無法執行或不合法，則其他規定仍將具有完全之效力。

其他規定

Microsoft 擔保規定。法定權利不受影響- 下列擔保規定不限於任何領域，亦不影響貴用戶對貴用戶之轉售商或 Microsoft（如貴用戶係直接自 Microsoft 取得軟體者）所享有之任何法定權利。

瑕疵擔保責任- 「軟體」係依一般目的所設計並提供之軟體，並非為任何使用者之特殊目的而設計或提供。貴用戶同意沒有任何軟體係完全不含錯誤，且茲建議貴用戶應定時備份貴用戶之檔案。如貴用戶已取得乙份有效授權，則 Microsoft

即提供下列擔保：a)自收受貴用戶得使用軟體之授權日起九十日內，或以相關法律所允許之最短期間為限，軟體將盡可能依據隨軟體提供之手冊所載發揮功能；b)任何由 Microsoft 提供之支援服務將依 Microsoft 提供予 貴用戶之書面資料而提供，Microsoft 支援工程師將以合理之努力、注意及技術以解決任何問題。

如「軟體」並未遵循本瑕疵擔保，Microsoft 將進行下列其中一樣措施(a)修理或替換「軟體」；或 (b) 返還貴用戶已支付之價款。如「軟體」之失誤係因意外、濫用或不當使用而引起，本瑕疵擔保即無效。任何替換「軟體」之保證期間，為原保證期間所剩餘之期間或三十日，以二者間較長者為限。 貴用戶同意，上述擔保責任係 貴用戶就「軟體」及任何支援服務所享有之唯一擔保。

所有其他條款之排除- 於相關法律允許之最大範圍內，依據上述擔保之規定，Microsoft 就一切瑕疵擔保、條件及其他條款，不論其為明示或默示（不論係依成文法、普通法、附隨規定或其他任何規定），包括但不限於就品質滿意度之默示擔保、「軟體」之符合特定目的及隨軟體附有之書面資料，Microsoft 均不負任何責任。

有限瑕疵擔保責任- 於相關法律允許之最大範圍內，且除 Microsoft 擔保規定另有明文規定者外，Microsoft 及其供應商就使用或無法使用軟體所生之任何損害（包括但不限於因營業利潤之損失、營業中斷、營業機密之喪失所生之損害或任何金錢損害）均不負責，且縱 Microsoft 事先被告知此等損害發生之可能性亦同。於任何情形，Microsoft 依本「授權合約」任何條款所負之全部責任，應以 貴用戶就「軟體」所實際支付之價款為限。此等責任限制於相關法律規定不得予以排除或限制者，不適用之。

準據法- 若 貴用戶係於美國境內取得本「軟體」，則 本「授權合約」係以美國華盛頓州之法律為準據法，若本「軟體」係於美國以外地區取得，則得適用當地法律。

如 貴用戶對本「授權合約」有任何疑問，或 貴用戶基於任何原因擬接洽 Microsoft，請利用附隨本「軟體」提供之地址資訊，與在 貴用戶所在國家內提供服務之 Microsoft 子公司聯絡，或參見 Microsoft 於 World Wide Web 之網站 <<http://www.microsoft.com/>>。

EULAIID:XPSP3_RTM_PRO_RTL_TW