

第七章 著作權濫用原則在我國法上的適用

第一節 概說

我國關於「權利濫用」之一般規定係見於民法第一百四十八條：「權利之行使，不得違反公共利益，或以損害他人為目的」（第一項），以及「行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法」（第二項）等語¹。

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

誠如前述，現行「公平交易法」之規定，對於著作權人濫用權利之行為，倘未能符合「市場力量」之要件以及「著作物」市場界定之困難度，則難以適用第十九條之規定加以解決。

另公平交易法第二十四條雖設有「網羅性條款」，然我國公平交易法主管機關既為行政機關，尚與著作權侵權訴訟屬於司法體系有所不同。退步言，縱然著作權人因違反公平交易法相關規定，其法律效果依據公平交易法第三十條至三十二條之規定，係為損害賠償請求權²以及排除侵害請求權³，此兩種請求權是否得於著作權人所提著作權侵權訴訟中做為侵權人得以對抗著作權人之主張實值懷疑。蓋著作權人行使著作權之行為與公平交易法第三十一條「損害賠償請求權」中所謂「事業違反本法之規定，致侵害他人權益者」者尚屬有間⁴。

因此當著作權人行使權利時如何在競爭法制有所不足時，得以透過另一規範—即「權利濫用」原則加以填補，誠為重要之課題。由於我國先前對於智慧財產權人行使權利之行為，顯少以「權利濫用」原則加以規範，且目前

¹ 詳細內容參本文第三章第三節。

² 參公平交易法第31條原文：「事業違反本法之規定，至侵害他人權益者，應負損害賠償責任。第32條原文：「法院因前條被害人之請求，如為事業之故意行為，得依侵害情節，酌定損害額以上之賠償，但不得超過已證明損害額之三倍」（第1項），以及「侵害人如因侵害行為受有利益者，被害人得請求專依該項利益計算損害額」（第2項）。

³ 參公平交易法第30條原文：「事業違反本法之規定，致侵害他人權益者，被害人得請求除去之；有侵害之虞者，並得請求防止之」。

⁴ 此部分討論詳參本文第三章第二節第五項。

我國亦乏司法實務意見，因此如何於在我國現有一般「權利濫用」原則體系中，配合著作權之特性予以適用及調整，進而發展為適用於我國「著作權濫用」原則，亦為本文研究主題之一。

茲就我國最高法院見解，並參酌美國法上「著作權濫用」原則，逐一說明如下。

第二節 「著作權濫用」在我國法上構成要件

第一項 著作權濫用原則適用之主體

無論在我國法或是美國法中，「權利濫用」或「著作權濫用」原則適用的主體，通常係由「被告」於訴訟中所提出的抗辯。

而在此得提出「著作權濫用」的「被告」，在美國法上對此並未予以限制，只要為著作權侵權案件中之被告均可提出此種抗辯。

惟有疑問者，如著作權人利用授權之方式，意圖擴張其所享有著作權，而利用授權契約之規定，限制被授權人原可為之正當行為，因此構成「著作權濫用」時，倘被告並非授權契約之當事人，換言之，被告可能未曾因為著作權人之「著作權濫用」而受到實質上的損害，是否仍可於著作權侵權訴訟中主張「著作權濫用」的抗辯。此問題在我國法中亦有類似之疑義，是否以「因此受有損害」之當事人始有主張「著作權濫用」原則抗辯之餘地，例如：前揭七十一年台上字第七三七號判例有：「...與他人及國家社會因其權利行使所受之損失...」等語，而學者施啟揚先生亦表示：「權利人是否為損害他人之行為，有無發生損害的可能，以及權利人的利益與相對人的損害是否平衡(法益平衡原則)，應依社會客觀標準定之...」等語⁵(此部分詳見本章第二節第二項第三款之討論)。

誠如美國第四巡迴上訴法院援引美國最高法院於 Morton Salt 案件的意見於 Lasercomb 案件⁶中表示：「...『著作權濫用』的抗辯在此仍可適用，即使被告本身未因『濫用』而受有損害。在 Morton Salt 案件中，被告亦非授權協議的當事人，兩者之關係亦只有 Morton Salt 的鹽錠儲存機器必須使用由 Morton Salt 公司所生產的鹽錠。雖然如此，由 Morton Salt 公司對被告所提出的侵權訴訟因為違反公共政策的原因而被駁回。...有關『專利權濫用』的案件中 Compton v. Metal Products, Inc，認為：即使被告 Metal Products 公

⁵ 施啟揚，民法總則，六版，三民書局經銷，台北，頁 368，2005 年 6 月。

⁶ 詳參本文第五章第四節第五項。

司並非原告 Compton 公司限制競爭的授權協議沒有關係，但由於該授權協議已經影響自由競爭的公共利益，因此原告 Metal Products 公司的侵權訴訟被駁回。因此，縱然在此上訴人並非 Lasercomb 公司的標準協議當事人之一，為對於上訴人使用『著作權濫用』抗辯並無影響。本件問題的重點，在於 Lasercomb 公司是否以一種與國家政策相反的模式利用它的著作權...」等語。

由於「著作權濫用」的基本目標是為了避免著作權人不當擴張其權利範圍，或不當獲得著作權未給予的保障，因此縱然被告並非授權契約之當事人亦不因此受影響，此亦是與競爭法極大不同之處。

另值得一提的問題是：倘如被告亦有「不潔之手」(unclean hands)時，被告是否仍可以「著作權濫用」原則提出抗辯？

美國第五巡迴上訴法院曾在Alcatel案件⁷中認為，假如原告構成「著作權濫用」時，「即使被告的行為如何不適當」(however improper may have been the behavior of the defendant)，原告將仍然被禁止尋求禁制令的救濟。而且縱然被告透過「欺騙的手段...去取得(原告)軟體的重製物。然而，事實上此部分之認定與「原告的著作權濫用」無關。

然而，在Alcatel 案件中必須區別「原告要求衡平」以及與前者相反的「排他的救濟」兩種情形。也就是說「被告不適當的行為無法禁止其適用衡平的抗辯；但是原告『要求排他的法律救濟時』，被告的不潔之手可能妨礙其衡平抗辯的提出」。此外，聯邦巡迴上訴法院在Atari Games Corp. v. Nintendo of America Inc.案件⁸中，在被告從事極惡劣的行為時(例如：欺騙著作權主管機關Copyright Office時)，亦禁止其提出「著作權濫用」原則的抗辯。學者Nimmer亦認為：當被告行為被認定比原告的行为更為卑劣或是可恥時，著作權濫用的抗辯應該被拒絕⁹。

本文認為：被告倘有「不潔之手」情形時，誠如Atari案件所述，基於「吾人不應以惡意行使權利」(Malo nostro jure non debemus)¹⁰之法理，舉重以明輕，自不應准許以惡意行使「抗辯」之主張。惟因原告有「濫用權利」之行為，而被告亦有「不潔之手」涉入，此時，恐須進一步對於兩造此等行為，依據具體行為的「可非難性」高低予以評價，若被告行為之可非難性高於原告者，自不許被告提出「著作權濫用」原則的抗辯；而如被告行為之可非難性較低者，「著作權濫用」原則仍有適用之餘地。

⁷ 166 F. 3d 772, 794(5th Cir. 1999)。參本文第五章第四節第六項。

⁸ 975 F. 2d 832, 846(Fed. Cir. 1992)。參本文第五章第四節第六項。

⁹ Nimmer §1309, B0 13- 295

¹⁰ 鄭玉波譯解，法諺(一)，三民書局，台北，頁 56，1984 年 8 月。

第二項 被主張適用著作權濫用原則的客體

至於被主張適用「著作權濫用」原則的客體，自應為擁有「著作權」之人。

而除了著作權人以外，亦包含經著作權人授權得代為行使著作財產權之人。在美國法諸多影響「著作權濫用」原則發展的案件中，例如：在M. Witmark(1948)案件¹¹的American society of Composers, Authors and Publishers(ASCAP)、Broadcast Music(1951)案件¹²的ASCAP、Broadcast Music Inc.均係以著作權仲介團體或法人之角色而成為被主張「著作權濫用」原則的客體。

我國著作權法第三十七條第一項規定：「著作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；其約定不明知部分，推定為未授權」以及三項規定：「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法上之行為。著作財產權人在專屬授權範圍內，不得行使權利」等語。由此規定衍生兩個可能的問題：

一、在我國非專屬授權之被授權人是否為「著作權濫用」原則之客體？

我國著作權法上揭規定，似會產生「非專屬授權之被授權人是否得以著作財產權人地位行使權利」之疑問，此時非專屬授權之被授權人是否因此得為「著作權濫用」原則適用之客體？

事實上，美國法中無論是ASCAP或BMI均為著作權之非專屬授權人，但於M. Witmark(1948)案件、Broadcast Music(1951)案件中不約而同的成為被主張可能適用「著作權濫用」原則的客體。究其原因，對於被授權人而言，「專屬授權」或「非專屬授權」之區別並非決定「著作權濫用」原則適用於否的標準，重點應在於：「行使權利(著作權)」之人即得為「著作權濫用」原則適用之客體。此亦可參民國九十二年七月九日著作權法第三十七條第四項修正理由謂：「第四項修正。按依現行條文規定，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，惟其得否以自己名義為訴訟上之行為，並不明確，滋生爭議，爰予修正明定」等語自明。

二、著作權人專屬授權後，依據我國著作權法第三十七條第一項規定，在專

¹¹ 參本文第五章第四節第一項。

¹² 參本文第五章第四節第三項。

屬授權範圍內，已然不得行使權利，此時仍得為「著作權濫用」原則之客體嗎？

在「權利濫用」或「著作權濫用」情形中，自須有權利人或著作權人行使權利，始有主張「權利濫用」之餘地。從此角度而言，著作權就已為專屬授權的範圍內，不得再行使權利，而轉由專屬授權之被授權人行使該範圍之權利時，就該專屬授權範圍內，自應向行使權利之人（亦即專屬授權之被授權人）主張「著作權濫用」原則。

附帶一提，對於被主張適用「著作權濫用」之客體而言，對造如於訴訟中主張著作權人構成「著作權濫用」時，著作權人應如何因應。針對此問題或可採取下列兩種模式處理。首先，原告在提出訴訟之前，原告應先檢視其授權協議確認其並未阻止被授權人自行發展被授權人他們自己的競爭產品（或者是從其他人獲得該種競爭產品）。其次，如果「著作權濫用」抗辯在訴訟中出現，著作權人應該嘗試從授權契約中除去這種引起法院反感的限制。在 Lasercomb 案件中第四巡迴上訴法院認為：原告如將濫用的情形「自行除去」，將能夠再次實施其著作權¹³。就第二種可能應對之方式，雖然原告（著作權人）是否能於訴訟期間「同時地」（real time）補正這個瑕疵，目前並未有具體案件以及見解，但是對於著作權人而言，沒理由不進行嘗試，以了解法院的態度。

第三項 客觀構成要件

第一款 須以著作權人行使權利為前提

無論是「權利濫用」亦或是「著作權濫用」，均須有權利人行使權利或著作權，始有所謂「濫用」之情形，此為當然之理。此參我國最高法院八十九年台上字一九六號民事判決：「民法第一百四十八條第一項係規定權利之行使，不得違反公共利益，或以損害他人為主要目的，若當事人間無行使權利之情形，自無上開規定之適用」自明。

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

¹³Neal Hartzog, Gaining Momentum: A Review of Recent Development's Surrounding the Expansion of the Copyright Misuse Doctrine and Analysis of the Doctrine in its Current Form, Michigan Telecommunications and Technology Law Reviews, Spring 2004, at 15~16 (2004).

惟有疑問者，係在於「權利行使」的先決問題—是否有「著作權」存在？倘於著作權侵權訴訟中，被告一旦提出「著作權濫用」原則的抗辯，是否已然表示對於原告是否擁有著作權之事實不再爭執？

我國廢除「著作權登記制度」後，著作權人提起著作權侵權訴訟時，往往須先證明其確為系爭著作之著作權人，始得主張著作權各項權能。本文認為：誠如前述，「著作權濫用」原則之適用，既須以「權利人行使權利」為前提，此時如提出著作權人構成「著作權濫用」之主張者，未為任何保留陳述時，依據論理法則，至少已默示承認著作權存在之事實，亦即對於被主張構成「著作權濫用」之客體就系爭著作擁有著作權之事實不爭執。

第二款 著作權行使行為構成「著作權濫用」之判斷

我國最高法院在判斷權利人是否構成「權利濫用」之情形，早期見解雖有所不一，例如：最高法院四十六年台上字第五四九號民事判決：「系爭建物敷地之所有權屬於被上訴人，而上訴人占有該建物敷地分別建蓋房屋，又無正當權源，則被上訴人提起請求拆屋還地之訴，自為法之所許，殊無權利濫用之可言。」，或七十年台上字一八二九號民事判決：「被上訴人訴請上訴人拆屋還地，乃係權利之正當行使，不能指為權利之濫用或有違誠信原則，至謂在系爭土地臨近同樣占用被上訴人市有土地者達五十餘家，僅對上訴人請求拆屋還地，亦為不當云云，此乃被上訴人如何行使權利問題，上訴人殊難以此作為拒絕交還土地之理由。」。自上述判決要旨觀之，似指權利人因有法律上之權利，故為「權利之正當行使」。此種見解，無疑將「權利之有無」以及「權利行使」不同概念混為一談，實已失「權利濫用」規定之真意。

惟最高法院之後則逐漸以前述七十一年台上字第七三七號判例為標竿，修正見解，陸續做成七十六年台上字第三〇三號¹⁴、八十三年台上字二三四八號¹⁵、八十六年台上字一一九號¹⁶、八十八年台上字三五七號¹⁷、八十九年台

¹⁴ 76年台上字第303號民事判決要旨：「權利之行使是否以損害他人為主要目的，應就權利人因行使權利可得之利益，與他人及國家社會因其行使權利所受之損失，比較衡量以定之，倘其行使權利所得之利益極少，而他人及國家社會所受之損失甚大者，非不得視為以損害他人為主要目的，此乃權利社會化之基本內涵所必然之解釋」。

¹⁵ 83年台上字2348號民事判決要旨：「權利之行使，是否以損害他人為主要目的，應就權利人因權利行使所能取得之利益，與他人及國家社會因其權利行使所受之損失，比較衡量以定之。倘其權利之行使，自己所得之利益，與他人及國家社會所受之損失差距甚大者，或其取得權利之初，即明顯知悉其嗣後權利之行使，將造成他人及國家社會重大之損失者，非不得視其權利之行使係以損害他人為主要目的，此乃權利社會化之基本內涵」。

¹⁶ 86年台上字119號民事判決要旨：「被上訴人在上訴人與他人共有之系爭土地上搭建系爭鐵塔，如無法律上依據，或無正當之權源，即構成無權占有，上訴人請求被上訴人拆除系爭鐵塔及交還土地乃行使法律所賦與之權利。而權利之行使是否違反公共利益或以損害他人為主要目的，應就權利人因權利行使所能取得之利益，與他人及國家社會因其權利行使所受之損失，比

上字八五五號¹⁸、九十二年台上字第六六七號¹⁹、九十二年台上字一四四六號²⁰以及九十四年台上字六三二號²¹等民事判決。衡諸最高法院前述相關判決，無非係以權利人是否「以損害他人為目的」之主觀要件，輔以比較衡量「權利人所得之利益」以及「他人或國家社會所受之損失」予以判斷權利人行使權利時是否已然構成「權利濫用」（詳如後述）。究其論理過程中，最高法院僅單純就民法第一百四十八條字面上意義，於客觀構成要件上似以「利益衡量之結果」為判斷之基準，而未對權利人「權利行使行為」性質以及是否違反公共利益予以討論。

在智慧財產權領域中，針對事業散發警告函的行為是否符合「權利行使正當行為」，於公平交易法相關子法「行政院公平交易委員會對於事業發侵害著作權、商標權或專利權警告函案件之處理原則」²²則對於事業散發警告函時，何謂「智慧財產權行使之正當行為」有所說明。例如：在前揭處理原則第九條有關「公平交易法第二十四條規定之違法構成要件」中規定：「事業無論是否踐行第四點規定之先行程序，而為發警告函行為，函中內容有下列情形之一，而足以影響交易秩序者，違反公平交易法第二十四條規定：(一)明知未具有著作權或未依法取得商標權或專利權者。(二)誇示、擴張其著作權、

較衡量以定之」。

¹⁷ 88年台上字357號民事判決要旨：「權利之行使，不得違反公共利益或以損害他人為主要目的，因為民法第一百四十八條第一項所明定。倘權利之行使，自己所得利益極少而他人及國家社會所受之損失甚大，非不得視為以損害他人為主要目的。惟行使權利，是否以損害他人為主要目的，應就權利人因權利行使所能取得之利益，與他人及國家社會因其權利行使所受之損失，比較衡量以定之」。

¹⁸ 89年台上字855號民事判決要旨：「權利之行使，不得違反公共利益，或以損害他人為主要目的，為民法第一百四十八條第一項所明定。而權利之行使，是否以損害他人為主要目的，應就權利人因權利行使所能取得之利益，與他人及國家社會因其權利行使所受之損失，比較衡量以定之。倘其權利之行使，自己所得利益極少而他人及國家社會所受之損失甚大者，非不得視為以損害他人為主要目的，此乃權利社會化之基本內涵所必然之解釋」。

¹⁹ 92年台上字第667號民事判決要旨：「權利之行使，是否以損害他人為主要目的，應就權利人因權利行使所能取得之利益，與他人及國家社會因其權利行使所受之損失，比較衡量以定之。倘其權利之行使，自己所得利益極少而他人及國家社會所受之損失甚大者，非不得視為以損害他人為主要目的，此乃權利社會化之基本內涵所必然之解釋（本院71年台上字第737號判例參照）」。

²⁰ 92年台上字1446號民事判決要旨：「權利之行使，不得違反公共利益，或以損害他人為主要目的，民法第一百四十八條第一項定有明文。該條所稱權利之行使，是否以損害他人為主要目的，應就權利人因權利行使所能取得之利益，與他人及國家社會因其權利行使所受之損失，比較衡量以定之。倘其權利之行使，自己所得利益極少而他人及國家社會所受之損失甚大者，非不得視為以損害他人為主要目的，此乃權利社會化之基本內涵所必然之解釋」。

²¹ 94年台上字632號民事判決要旨：「權利之行使，是否以損害他人為主要目的，應就權利人因權利行使所能取得之利益，與他人及國家社會因其權利行使所受之損失，比較衡量以定之。倘其權利之行使，自己所得利益極少，而他人及國家社會所受之損失甚大者，非不得視為以損害他人為主要目的，此乃權利社會化之基本內涵所必然之解釋（本院七十一年台上字第七三七號判例參照）。是權利人得為權利之行使為常態，僅於其權利行使將造成自己所得利益極少，而他人及國家社會所受之損失甚大之變態結果時，始受限制。而何謂『利益極少』『損失甚大』，應就具體事實為客觀之認定，且應由主張變態情事者，負舉證之責」。

²² 此處理原則係公平交易委員會於民國86年5月14日公布，最近一次修正為94年9月16日。

商標權或專利權範圍者。(三) 不實陳述，影射其競爭對手或泛指市場上其他競爭者非法侵害其著作權、商標權或專利權者。(四) 其他欺罔或顯失公平之陳述者。」等語。

但就「著作權濫用」的判斷與基於競爭法體系中判斷是否為公平交易法第四十五條「行使權利之正當行為」最大不同者，在於「市場力量」之判斷，亦即前揭處理原則中所提及「足以影響交易秩序」部分，於「著作權濫用」成立與否的認定上，應側重於「行為本身」的非難性、侵蝕著作權法所揭櫫的立法政策所在，因此在「著作權濫用」上，實應跳脫最高法院目前現有諸多判例或判決的見解，直接探討著作權人「行使權利行為」的性質以及判斷標準。

且誠如Lasercomb案件中美國第四巡迴上訴法院的見解²³：「...不過正由於著作權和專利法都是藉由獎勵發明者與創作者在一定期間內給予專屬的權利之方式，以尋求增加人類知識以及藝術的累積。同時，這些被賦予的壟斷權並不因此擴展到專利權或是著作權法未涵蓋之領域，均為了相同的公共利益所存在...」，以及「...賦予創作者就著作權特別壟斷權以實現美國的憲法和法律所採用的之公共政策，『提升發展科學和實用工藝，以獲得一定期間內...發明人(創作人)具有專屬權...』，對於他們『新穎及實用』之發明。(美國憲法第一條第八項)。但是公共政策，包括賦予壟斷權之發明(『原創』著作)在內，得以排除所有並未被包含之發明(『原創』著作)。其同樣禁止專利(著作權)之使用，在未經專利(著作權)局同意下，獲得排他權或有限之壟斷，將與公共政策相違背。...」等語可知，在「著作權濫用」原則下，重點在於「行為的可非難性」，擴張著作權權利範圍的行為原則上已然與公共政策有所違背，至於是否造成實際之損害並非所問。

由於我國目前針對「著作權濫用」的構成要件及體系欠缺具體事例以及見解，是以參酌前一章所論及美國相關學者的見解，並配合我國法律體系運作，說明如下。

就「著作權濫用」的意義而言，本文認為基於我國法院體系運作，以及在現階段中有助於著作權人了解著作權行使之界限，因以美國學者 Kathryn Judge 所倡之「原則性指導方針」(principled guideline)的意義較為可採。亦即：當著作權人試圖擴大其著作權範圍時，如著作權人業已超越著作權政策所設立之某些界限，則已構成「著作權濫用」。而在落實在具體適用及判斷上，應屬於「公共政策以及反托拉斯法共同適用」(Bring Public Policy and Anti-trust Together)的判斷基礎。

²³ 同註 6。

在「原則性指導方針」(principled guideline)解釋方法下，法院在適用時必須將所欲著作權法所保護之「政策目標」以及「核心價值」予以闡明，亦即在著作權體系中相應的原則，例如：合理使用原則、思想及表達區別原則等。

本文認為就著作權人行使權利是否構成「著作權濫用」，應可分為兩階段之判斷：

第一階段，著作權人行使權利之行為與著作權法的核心價值的判斷：如著作權人行使權利之行為違反著作權法所規定最核心之原則，合理使用原則、思想與表達區分原則時，應被認為構成「著作權當然濫用」(per se copyright misuse)，此即美國第四、九巡迴上訴法院於 Lasercomb 案件以及 Practice Management 案件中的見解；

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

此種分析方式，將「著作權當然濫用」的判斷適用於可以輕易判斷以及認定的著作權法原則的違反，並且對於此種違反著作權法立法目的之行為賦予較大的非難性；另一方面，對於並非違反著作權法原則的其他違反公共利益之行為，輔以價值衡量，亦可避免過度限制著作權人行使權利的方式，反而引起著作權人的「寒蟬效應」而使得某些效果上實可有助於社會福利提升的行為因此裹足不前。

對於著作權人行使權利之行為，如得引據契約或法律之明白規定者，應推定其在權利界限之內²⁴，因此對於著作權人是否有「著作權濫用行為」存在，以及著作權人行使權利之行為係有危及何種著作權法的基本原則、公共政策等積極事實的舉證責任，亦應由主張「著作權濫用」者為之。

第三款 是否以主張「著作權濫用」主體之損害為必要

觀諸最高法院七十一年台上字第七三七號判例、七十六年台上字第三〇三號等見解：「權利之行使是否以損害他人為主要目的，應就權利人因『行使權利可得之利益，與他人及國家社會因其行使權利所受之損失』，比較衡量以定之...」，最高法院似認為：權利人行使權利時須使他人或國家社會造成損

²⁴ 史尚寬，債法總論，臺訂正再版，三民書局經銷，台北，頁 324，1969 年 8 月。

失，始有構成「權利濫用」可言。

惟本文認為，就「著作權濫用」的領域中，最高法院之見解似有修正之必要。誠如前述，「著作權濫用」所保護之法益以及目標，實係避免著作權人不法擴大其具有壟斷特性之著作權範圍而違反公共政策及利益，究其深意，亦在鼓勵著作權人創作發展之際，能平衡社會公益以及他人之言論自由（憲法第十一條參照）。

無論是「合理使用原則」或「思想與表達區分原則」等著作權法原則在著作權法體系中之地位即扮演制衡之功能，此應亦為著作權人於行使權利之際所應所注意。故著作權人違反此類著作權法基本原則時，此時雖不至於當然具體之損失，惟其已然使得著作權法所隱含之目標受到減損，自應認為逾越必要範圍，而有構成「著作權濫用」之可能，當不以實際損害之發生為必要。換言之，在構成「著作權當然濫用」的狀況下，是否確有發生實際損害，並非所問。

另一方面而言，某些非屬「著作權法原則」但可能有危害公共利益的行為而言，考量經濟效益與社會福利效果下，雖不以實際損害之發生為必要，但仍應進行「利益衡量」之判斷，在著作權人行使權利行為較為嚴重且所構成可能之損害較大時，始構成「著作權濫用」。亦即：此時則綜合競爭法上「合理原則」的判斷方法，進一步就「著作權行使著作權所得之利益」與「因此所增加之社會成本或他人、國家所受之損害」進行衡量。如損害較大者，始構成「著作權濫用」。

第四項 主觀構成要件

我國最高法院在適用一般「權利濫用」原則時，係以權利人行使權利「是否以損害他人為目的」為其主觀構成要件，此參最高法院五十九年台上字三四九〇號民事判決：「凡以『惡意方法』所獲致權利取得之主張，常有權利濫用之存在，本件系爭地上房屋殘餘部分，如果尚可居住或供其他之使用，上訴人予以修復，在客觀上能否謂無必要，倘在客觀上有此必要，而被上訴人故意不為同意，以冀獲得租約終止權，並據以請求上訴人拆屋還地及賠償損害，能否謂為非權利之濫用，殊非無推究之餘地」，以及七十年台上字三〇六〇號民事判決：「民法第一百四十八條係規定，行使權利不得以損害他人為主要目的，若當事人行使權利，雖足使他人蒙受不利，而苟非『以損害他人為主要目的』，即不在該條所定範圍之內。」等語甚明。

而我國學者施啟揚先生亦認為：「權利的行使是否構成『權利濫用』，其

認定標準有偏重客觀主義，如前述瑞士民法以『顯然濫用』為要件；有偏重主觀主義者，如前述民法『專以損害他人為目的』。我國民法規定『不得以損害他人為目的』。在立法體例上近似德國民法²⁵，依第一四八條規定，原則上以權利人有無損害他人的意思作為衡量權利濫用的標準...」等語²⁶。

而在「著作權濫用」的領域中，著作權人主觀上是否均應符合最高法院所謂「以損害他人為目的」之要件，本文認為，實有調整之必要。就「著作權濫用」的本質上來自於「不潔之手」的概念而言，著作權人行使權利超越著作權法所賦予權利範圍時，應已含有主觀「故意」在內，此較接近於瑞士民法之體例，美國相關判決中似均未就此部分特別予以論述。惟此種「故意」與我國最高法院所謂「以損害他人為目的」尚屬有間。

事實上，自最高法院諸多判決或判例觀之，對於「權利濫用」案件中對於行為人主觀要件之判斷，實係經由「利益衡量」後，反證權利人有「以損害他人之目的」，此雖為法院於訴訟上判斷行為人主觀要件甚為困難而不得不為之情形，惟本文認為，此似已將「權利濫用」之客觀構成要件與主觀構成要件混為一談。

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

第三節 「著作權濫用」的法律效果

如權利人構成「著作權濫用」時，依據美國實務的見解，主要得為被主張侵害著作權之人有效之抗辯。例如：在 Lasercomb 案件中，第四巡迴上訴法院判決結果為：「...『著作權濫用』是屬於有效的抗辯，原告 Lasercomb 公司因為在其標準化授權協議中的反競爭條款，因而構成『著作權濫用』，而

²⁵ 施啟揚先生表示：二十世紀後德國民法在第二六六條規定「權利之行使不得專以侵害他人為目的」，著重於權利人行使權利時，內在的主觀目的(企圖)，主要禁止狡猾、惡意的權利行使，稱為「禁止狡猾惡意」(Schikaneverbot)。瑞士民法第二條第二項規定「權利之顯然濫用，不受法律之保護」，則重於行使權利時行使行為的客觀狀態，主要在禁止權利的重大濫用，稱為「權利濫用」(Rechtsmissbrauch)，兩種體例規定不同，精神則一。瑞士民法不僅揭示原則，並且規定濫用權利的效果，其規定內容較為完整等語。參施啟揚，註5，頁368。

²⁶ 同註5，頁369。

且上訴人（即被告）亦可以主張此種抗辯，即使上訴人並非授權協議的當事人。Lasercomb 公司由於『著作權濫用』，應該被駁回其主張『Interact』被侵權的訴訟。第四巡迴上訴法院發回地方法院原先准予 Lasercomb 公司之禁制令，以及侵害著作權損害賠償之請求。...」、第九巡迴上訴法院於 Practice Management 案件中：「...我們認為 Practice Management 依法建立了 AMA 構成『著作權濫用』的抗辯，故 AMA 臨時禁制令應予撤銷，並將全部判決發回地院更為有利於 Practice Management 之判決」，以及第五巡迴上訴法院在 Alcatel 案件中：「...因為 DSC 濫用著作權，我們廢棄此部分地方法院准予其禁制令之決定以及著作權侵權之救濟...」等語。

第一項 著作權濫用行為並非權利行使行為，不應發生權利人所期望發生的法律效力²⁷

我國最高法院就權利人構成「權利濫用」的情形下，均將權利人之請求予以駁回，亦即權利人無法自法律訴訟中獲得救濟，此與前述美國巡迴上訴法院諸多案件之見解非常類似。準此而言，倘著作權人被法院認定構成「著作權濫用」時，縱然被告業已構成著作權之侵權行為，著作權人仍無法因此獲得救濟，亦即「著作權濫用」為被主張為侵權之人訴訟上有利之抗辯，得以阻止著作權人自法院獲得救濟。

惟須思考者，著作權人一旦被認定為「著作權濫用」時，著作權人則難以從他人侵害著作權行為中獲得救濟，是否提供一個誘因，使得其他第三人在此期間內恣意地侵害著作權人的著作權²⁸。是以本文認為：就此部分應採取較為折衷之觀點，亦即：著作權人在其「著作權濫用」行為停止前，法院得拒絕著作權人尋求救濟之請求，此為Patel法官在Napster案件中所採取之見解²⁹。此種折衷式的見解，最大優點在於著作權人有所動機去補正或停止「濫用行為」，使得著作權法的目標不至於繼續被侵蝕，亦可抑制其他第三人的侵害著作權的行為。惟如何判斷著作權人「濫用著作權」行為已然停止，此應由著作權人負舉證責任，並由法院依據具體情形加以判斷。惟目前此部分仍有待於具體案件發生後，由實務進一步表示相關見解。

第二項 著作權人如有故意「著作權濫用」，並使得被告受有實際損害者，被

²⁷ 同上註，頁 370。

²⁸ Kathryn Judge, Rethinking Copyright Misuse, Stanford Law Review, December 2004, at 947 (2005).

²⁹ Ibid, at 948.

告非不得依據「民法」第一百八十四條第一項後段請求損害賠償：

按「因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。『故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人者，亦同』」，我國民法第一百八十四條第一項後段定有明文。

我國最高法院八十一年台上字第四二五號民事判決有謂：「又行使權利應依誠實信用方法，不得以損害他人為主要目的或圖謀自己不正當利益，否則即構成權利之濫用。如屬侵害行為，則須負損害賠償責任。本件被上訴人將其『津蜜』商標專用權及『水果與蔬菜圖』著作權使用於津蜜果菜汁之容器及包裝盒上，有使大眾混淆誤認之虞，被上訴人刻意模仿上訴人『波蜜』果菜汁容器及禮品包裝盒之外觀、樣式、設計及整體造型，先將『波蜜』果菜汁商標及蔬菜組合拆開，分別取得商標專用權及著作權，尤其『水果與蔬菜圖』更利用攝影著作之性質，其蔬果之組合形式，與上訴人之『蔬果圖』庶幾雷同，再將二者作整體組合，意圖混淆消費大眾，進而損害上訴人之經銷，圖謀自己不正當利益，顯屬權利之濫用。其權利之濫用，已足影響交易秩序及競爭倫理，自屬以背於善良風俗之方法，加損害於上訴人，堪認被上訴人應負民法第一百八十四條第一項後段侵權行為責任。侵權行為之損害賠償請求權之權能，僅能填補已經發生之損害，並無防止將來侵害或排除現在侵害之權能。故除明文規定者外，不得承認依侵權行為理論，衍生排除或防止侵害請求權。我國民法已就其所承認得請求排除或防止侵害之權利設有明文之規定，則依『明示其一，排除其他』之原則，未經法律明文規定者，即不得請求或防止侵害，從而上訴人主張依民法第一百八十四條第一項後段有關侵權行為之規定，請求防止與排除其波蜜果菜汁易開罐及禮品包裝盒之侵害為無理由。上訴人雖又主張類推適用商標法或著作權法有關規定，或將商標法第六十一條作目的性之擴張，或適用不正競爭之法理，以排除或防止其侵害云云。惟按上訴人主張者，均為『漏洞補充』問題。民法就得請求排除與防止侵害之權利，既均採明文規定，法律既有意故不為規定，即非『法律漏洞』，上訴人請求為漏洞補充，已非有理；且不正競爭行為係侵權行為之一種，民法第一百八十四條第一項後段，既設有規範，依制定法優先適用之原則，上訴人不得請求再援用法理。本件侵權行為類型，其效果在目前僅能請求賠償損害，而不得請求排除或防止侵害。第一審判決割裂法律規範之基本結構，即法律要件適用民法第一百八十四條第一項後段之規定，而法律效果適用不當競爭之法理，而為被上訴人不利之判決，於法自有未合」等語。從上述最高法院判決觀之，「權利濫用」似亦可適用「民法」第一百八十四條第一項後段而請求損害賠償。此亦有學者施啟揚：「正當權利行使不具有違反性，對於他人，尤其債務人，縱有損害，並不構成侵權行為；反之，濫用權

利則不受法律保護，不生阻卻違法效果，對於因此所生損害應依第一八四條及其他法律規定負損害賠償責任。」等語可資參照³⁰。

本文認為：在「著作權濫用」的情形中，最高法院上述見解雖值贊同，惟其適用時應採取較為嚴謹之態度。蓋「著作權濫用」本質上屬於訴訟中被告「抗辯權」之一種，因此不宜過度擴張其法律效果，造成與競爭法間適用之困擾與扞格。是以，除非著作權人明知且認知其「著作權濫用」之行為，將造成他人實際之損害，且該他人已然發生實際之損害者，否則不得主張民法第一百八十四條第一項後段之損害賠償。

第三項 因「著作權人濫用權利之行為」而受有影響之相對人是否可提起確認之訴？

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

惟有所疑問者，本文就「著作權濫用」意義上採取「原則性指導方針」(principled guideline) 下的意義³¹。其以著作權人利用散發警告信函阻止「合理使用」警告函為例，而認為在此種意義下之「著作權濫用」發生時，著作權人得向法院尋求一個「確認判決」，確認著作權人的行為構成「著作權濫用」³²。是以，在我國法體系下，是否容許可能受到著作權人「著作權濫用」行為影響之當事人，向法院提起確認之訴？

按「確認法律關係之訴，非原告有即受確認判決之法律上利益者，不得提起之；確認證書真偽或為法律關係基礎存在事實存否之訴，亦同」、「前項確認法律關係基礎事實存否之訴，以原告不能提起他訴訟者為限」，我國「民事訴訟法」第二百四十七條第一、二項訂有明文。

本文認為：著作權人行使著作權之行為是否構成「著作權濫用」之判斷，實為一事實認定之問題，此亦為著作權人與被指為侵害著作權者間是否成立侵權行為法律關係損害賠償請求權的基礎事實，故如被指為侵害著作權者或受「著作權濫用」行為影響之相對人，尚非不得依我國前揭《民事訴訟法》第二百四十七條第一項後段之規定提起「確認之訴」，惟倘如著作權人已然

³⁰ 同註 25，頁 370。

³¹ 參本文第六章第一節第四項。

³² 參本文第六章第一節第四項。

提出著作權侵權訴訟者，因「著作權濫用」已可由被告以抗辯之方式提出，此時應不被容許再行提出「確認之訴」。

