

## 第三章 著作權行使權利行為的規範

### 第一節 概說

著作權由於在一定期間內，具有排他性的性質，是以著作權人在行使權利時，無可否認地在市場上具有一定的優勢地位。惟倘如著作權人不當使用其著作權，或將著作權的權利範圍擴展至法定範圍以外時，目前最常見的即以競爭法制加以規範。但對於「權利行使」行為而言，除競爭法以外，亦應受到權利行使的帝王條款「禁止權利濫用原則」以及「誠實信用履行」原則所規範。本章茲就著作權行使行為的規範機制—競爭法制與「權利濫用」二者，進行討論。

### 第二節 競爭法對於著作權行使行為之規範

#### 第一項 競爭法的概念

#### 第一款 競爭法之起源

提及競爭法之思想及法律制度，最早可追溯自古羅馬時代，其中最著名者乃西元前五十年之糧食法 (Lex Julia Annona 50 B. C.) 和西元三〇一年之「歐克雷狄亞斯敕令」(Deocretianus) 即以有禁止以囤積居奇、妨害市場、惜售等方法來提高市場價格及獲取暴利之行為<sup>1</sup>。

競爭法的目的係在於維護交易秩序、確保公平競爭，以促進經濟之安定與繁榮，並兼顧消費者利益<sup>2</sup>。而現代競爭法發展源頭，則不得不提及美國競爭法制之形成。

美國承襲英國普通法的思維，而在普通法中早有反獨占、促進競爭的傳統原則。在美國獨立後，普通法為大多數之州立法繼承，因此反獨占的傾向即存在於當時各州法制中，甚至有些州在憲法及法律內明示禁止對交易自由的不當限制<sup>3</sup>。

美國在南北競爭後的半世紀是美國產業經濟自由放任主義的時代，在「自由競爭」、「優勝劣敗」、「適者生存」的思想下，經濟力量逐漸集中，企業間先以「集管」(pool) 的方式，進行產業集中，嗣後則利用信託制度，建立被

<sup>1</sup> 賴源河編審，公平交易法新論，元照出版有限公司，台北，頁 47，2005 年 3 月。

<sup>2</sup> 依據我國公平交易法第 1 條規定：「為維護交易秩序與消費者利益，確保公平競爭，促進經濟之安定與繁榮，特制定本法」。

<sup>3</sup> 溫俊富，「專利制度與競爭法制調和之研究」，國立政治大學博士論文，頁 72，1997 年，。

稱為「托拉斯」(trust)<sup>4</sup>的金字塔型經營組織。最先利用「托拉斯」型態者據說為美國石油業者，當時由業者成功的透過「托拉斯」組織獨占美國石油市場呼風喚雨後，其他各行業紛紛起而效法，組成各式各樣的托拉斯，相互呼應<sup>5</sup>，致使市場多為少數人所壟斷、操縱，致使中小型行業及消費者之權益受到極大影響。因此，西元一八八三年起，美國各州紛紛制定法律或於州憲法中增訂若干條款，以限制托拉斯組織及聯合獨占。為因應跨州托拉斯組織的問題，美國國會終於於西元一八九〇年七月間通過「休曼法」(the Sherman Act)，禁止任何限制貿易活動之契約、結合及共謀，足以影響美國之商業活動。在休曼法第一條中，禁止任何以契約(contract)、聯合行為 (conmination) 或共謀行為 (conspiracy)，對於美國國內或國際商業行為，予以不合理之限制；第二條則規定：禁止任何人壟斷 (monopolize)、企圖壟斷或與他人聯合、共謀壟斷，美國國內或國際商業行為。後因休曼法過於簡略，美國國會之後陸續制定「克來登法」(the Clayton Act)、「聯邦貿易委員會法」(the Federal Trade Commission Act)，以及「羅賓森—派特曼法」(the Robinson-patman Act)等法案，共同組成美國聯邦競爭法(反托拉斯法)體系。

而隨著科技進步、產業經濟力加強，促使各國正視競爭法之問題。經學者研究，在第二次世界大戰前，已將競爭法成文化之國家，只有美國、加拿大、墨西哥及菲律賓等國<sup>6</sup>，然而在第二次世界大戰後，在戰勝國美國影響下，各國紛紛仿效美國建立競爭法體制以規範相關問題。

自目前各先進國家有關競爭法制之立法模式觀之，約可分為兩種類型。其一為「原則禁止，例外許可」之立法，亦即所謂「原則禁止主義」。例如：美國、日本、西德、法國以及加拿大等國之立法；另一則為原則不禁止獨占，而僅就發生濫用獨占地位之行為時始加以導正之立法，亦即「弊害規制主義」。例如：英國、澳大利亞、比利時、丹麥、瑞典及我國等均採取此種立法方式<sup>7</sup>。

## 第二款 我國競爭法發展沿革

我國憲法第一四五條第一項明定：「國家對於私人財富及私營企業，認為有妨害國計民生之平衡發展者，應以法律限制之」等語。

我國政府自民國六十九年開始，由行政院指示經濟部，研擬我國競爭法制—即公平交易法草案，經過長達十餘年贊成及反對兩派之爭議，終於在民國

<sup>4</sup> 托拉斯(Trust)之產生方式，乃公司股東將其所持有之股票托付給一個受託理事會(Board of Trustees)，並賦予該受託理事會處理此一信託組織之全權，如此一來，即可透過該受託理事會將散處於全美各地之許多公司與以全部掌握。

<sup>5</sup> 同註3。

<sup>6</sup> 同註1。

<sup>7</sup> 同註1。

八十年二月四日由總統制定公布全文，八十一年二月四日開始施行，迄今歷經八十八年二月、八十九年四月、九十一年二月三次修法。

而我國最早由廖義男教授所研擬之公平交易法草案第一條原規定：「為維護有效之營業競爭秩序，確保營業競爭行為之自由及正當，促進國民經濟之繁榮與安定，並保護市場上競爭之企業、交易之相對人，以及消費者大眾之利益，特制定本法」。上述草案幾經修改後，送至立法院審議之草案第一條已修正為：「為維護交易秩序，確保公平競爭，促進經濟之安定與繁榮，特制定本法；本法未規定者，適用其他有關法律之規定」等語。

兩份草案的第一條規定內容有所不同，廖教授草案中特別突顯其保護法益包括競爭之企業、交易相對人及消費大眾。而行政院草案之條文，已無「消費者保護」字眼；且行政院草案以「交易秩序」取代「競爭秩序」，以「公平競爭」取代「競爭行為之自由及正當」。在經立法審議過程中角力後，現行法第一條制定為：「為維護交易秩序與消費者利益，確保公平競爭，促進經濟之安定與繁榮，特制定本法」等語，此一立法在我國法制史上，具有劃時代的意義，代表我國經濟管制時代之結束，自由競爭經濟時代之來臨<sup>8</sup>。

## 第二項 競爭法規範之目的

競爭法制之目的，如依據芝加哥學派 (Chicago School) 的看法，經濟效率是競爭法制唯一追求的目的，所謂「經濟效率」，係指生產效率及配置效率。生產效率的提高，來自廠商研發投資；配置效率即資源的配置將使更多人受惠，而無人受害。但生產效率提高 (例如：購併、擴大經濟規模等) 卻經常伴隨著配置效率的降低 (例如有助於獨占性定價)，因此競爭法政策將致力於使效率淨利得 (即生產效率與配置效率之正差) 最大化<sup>9</sup>。而另一派民粹派 (Populist) 學者見解則認為：競爭法傳統上有兩個重點：1. 是政治的：對於大企業及少數競爭者的不信任，重視市場力量的分散及弱勢者的機會；2. 是社會經濟的：尤其是從小商人及消費者的立場觀察的競爭規則，重要的是作為一個企業家能否有公平競試的機會，作為一個消費者能否有機會取得一項公平的交易<sup>10</sup>。而此兩派之爭論，使得在相關案例中對於違反性之判斷標準產生歧異。惟在實務運作上，通常為此兩派理論交叉運作，並無任何一方見解得以屏除另一方見解之適用，通常取決於國家因應當時經濟體制所擬定產業政策而定。

<sup>8</sup> 同註 1，頁 80。

<sup>9</sup> 同註 1，頁 7。

<sup>10</sup> 同註 1，頁 11。

針對我國公平交易法立法目的之討論學界迭有爭議<sup>11</sup>，例如：法案起草人廖義男教授認為：公平交易法保護之法益有多重性質，而以「促進國民經濟之安定與繁榮」為終極目標。在消費者利益與事業在市場上自由及公平競爭之利益不能兼顧，甚至兩者有所衝突者，必須從整體經濟利益之觀點予以衡量，何者利益應優先保護<sup>12</sup>。亦有當時立法時的立法委員認為：公平交易法之目的為消費者保護<sup>13</sup>，或認消費者利益之保護僅為附帶效果<sup>14</sup>。惟不論如何，我國公平交易法之目標至少應涵蓋兩個層次：一、保護競爭，不使競爭受到危害；二、制定市場遊戲規則，避免非效率之競爭。同時對於不適合以競爭原則來進行市場交易之產業，亦必須規劃特殊非競爭原則運作體系。如是方足以落實憲法對於人民進出市場之工作權，和選擇財貨或服務之財產權等經濟自由之保障<sup>15</sup>。

### 第三項 競爭法主要內容

競爭法亦可再細分為兩類：其一為「限制競爭法」（或稱「自由競爭法」）（即反托拉斯法），另一則為「不正競爭法」（或稱「公平競爭法」）。

「限制競爭法」的目的在追求經濟的效益，促進動的安全，而非分配之公平，所謂「經濟憲法」即指此部分。而「不正競爭法」，重在維護財產權，即「靜的安全」<sup>16</sup>。我國公平交易法前半部規範「限制競爭法」部分，而後半部規範「不正競爭法」部分。

茲將我國公平交易法針對「限制競爭」與「不公平競爭」與各條內容之關係說明如下：

- ◎限制競爭法 — 獨占(§5、10)
  - 結合(§6、11~13)
  - 聯合(§7、14~16)
  - 限制轉售價格(§18)
- ◎不正競爭法 — 仿冒行為(§20)

<sup>11</sup> 此部分之討論，請詳參註1，頁28~33。

<sup>12</sup> 廖義男，「公平交易法之立法目的與保護之法益—第一條之詮釋」，公平交易季刊，第1期，行政院公平交易委員會，台北，頁5~6，1992年9月。

<sup>13</sup> 立法院公報，79卷96期，鄭余鎮委員之發言(頁106)、王令麟委員之發言(頁112)，汪漁洋委員之發言(頁280)；

<sup>14</sup> 立法院公報，79卷56期，朱高正委員之發言(頁360~361)。

<sup>15</sup> 謝銘洋、徐火明主持，公平交易法與智慧財產權法之關係，公平交易委員會委託研究，頁6，1994年12月。

<sup>16</sup> 劉紹樑，「從意識形態及執行實務看公平交易法」，收錄於公平交易法學術研討會會議記錄，頁6，1992年11月。

虛偽不實或引人錯誤廣告、表示行為(§21)

損害他人營業信譽行為(§22)

多層次傳銷(§23)

◎兼有限制競爭法及不正競爭法性質者

限制轉售價格(§18)

限制競爭或妨礙公平競爭之虞行為(§19)

其他欺罔或顯失公平行為(§24)

#### 第四項 著作權制度與競爭法的關係

##### 第一款 著作權制度與競爭法的衝突關係

著作權與一般有體性權利最大不同點，除了其係為保護之客體「人類精神創作之成果」係為無體物以外，最大不同點在於智慧財產權保護之目的，相較於一般財產權而言，除保障權利人之經濟利益外，具有濃厚的公益性質<sup>17</sup>。

惟從另一角度觀之，包括著作權在內的智慧財產權為一種帶有絕對性之無體財產權，在經濟學之考量亦與一般財產權不同。學者蔡英文女士認為<sup>18</sup>，任一社會均需要公有財與私有財之供給，但因為公有財因為有兩種特性：一、消費者成本趨於零而可不計成本任意消費，以及供給者無法收取費用之故，使得人民對於製造供給公共財之意願相對較低，故解決方法有兩種：一、為以法律手段將公共財轉化為私有財，二、為以政府為公共財之供給者，而政府成本支出即由全民稅收支付。以前者來而言，針對智慧財產權之法律手段則具有兩個特點：一、創造法律上之壟斷權，而將之授與公共財之供給者，二為加強法律上之執行，以保護供給者之壟斷權（即排他權）。因此智慧財產權在本質上即具有壟斷的性質，學者稱為「合法之壟斷」或「合法之獨占」（a legal monopoly）<sup>19</sup>。

惟須注意者，此處所謂「獨占」或「壟斷」與競爭法上之「獨占」概念有所不同。蓋競爭法上之「獨占」，係指事業在特定市場處於無競爭狀態，或具有壓倒性之地位，得以排除競爭之能力者（我國公平交易法第五條、第五條之一<sup>20</sup>參照）。而智慧財產權法所賦予權利人排他、合法於特定技術思想或

<sup>17</sup> 同註2，頁43。

<sup>18</sup> 蔡英文，「公平交易法與智慧財產權」，政大法學評論，44期，台北，256~257頁，1991年12月。

<sup>19</sup> 曾陳明汝，專利商標法選論，增訂新版，台大法學叢書(13)，台北，1983年9月，頁14；呂榮海、謝穎青、張嘉真等合著，公平交易法解讀，增修三版，月旦出版社股份有限公司，台北，頁35，1995年7月。

<sup>20</sup> 我國公平交易法第5條原文如下：「本法所稱獨占，謂事業在特定市場處於無競爭狀態，或具有壓倒性之地位，得以排除競爭之能力者」（第一項），「二以上事業，實際上不為價格之競爭，

表達獨占之權利，並不當然造成市場之獨占<sup>21</sup>。

美國司法部 (U.S. Department of Justice) 及聯邦貿易委員會 (Federal Trade Commission) 於西元一九九五年四月所公布之「智慧財產權授權之反托拉斯準則」(Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property)(以下簡稱：美國一九九五年智慧財產權授權準則) 第 2.0 條的「三個基本原則」中指出：「...在反托拉斯領域中，擁有智慧財產權並不當然推定具有市場力量...」(b. the Agencies do not presume that intellectual property creates market power in the antitrust context; and...)。例如：一個享有專利的產品在相同的產品市場上，可能與其他無專利或受其他專利保護之產品產生激烈之競爭，因此不能僅依專利之性質來界定相關市場之範圍，且擁有專利權之事業非必為獨占事業<sup>22</sup>。

但是無論如何，包括著作權在內的智慧財產權性質上具有之排他性及獨占性，確實引起與競爭法間之衝突關係。

## 第二款 著作權制度與競爭法之調和關係

競爭法與著作權之行使，亦未必處於全然緊張狀態，實際上而言，競爭法與著作權法均有相同之目的，亦即「公共利益」的維繫。智慧財產權法制透過給予智慧財產權人一定期間排他的權利，主要係鼓勵文化創作以及技術創新，而究其終極目的，無非係以促進整體社會的進步為依歸，與競爭法著重於競爭秩序、公益之維護，實無二致。

另外一方面來說，在目前層出不窮、變化多端的侵權態樣中，智慧財產權法制之保護有時難免有所遺漏，競爭法制基於競爭秩序之維護及保護消費者之立場時，對智慧財產權人亦能提供一定程度之保護，對於補充智慧財產

---

而其全體之對外關係倘有前項規定之情形者，視為獨占」(第二項)，以及「第一項所稱特定市場，係指事業就一定之商品或服務，從事競爭之區域或設定範圍」(第三項)。

第五條之一並補充規定如下：「事業無左列各款情形者，不列入前條獨占事業認定範圍：一、事業在特定市場之占有率達二分之一。二、事業全體在特定市場之占有率達三分之二。三、事業全體在特定市場之占有率達四分之三。」(第一項)、「有前項各款情形之一，其個別事業在該特定市場占有率未達十分之一或上一會計年度事業總銷售金額未達新台幣十億元者，該事業不列入獨占事業之認定範圍」(第二項)，以及「事業之設立或事業所提供之商品或服務進入特定市場，受法令、技術之限制或有其他足以影響市場供需可排除競爭能力之情事者，雖有前兩項不列入認定範圍之情形，中央主管機關仍得認定其為獨占事業」(第三項)。

而經濟學上之「獨占事業」，係指某特定市場上唯一之買方或賣方，由上述定義可知，其與「公平交易法」上之「獨占」有所不同，「公平交易法」之定義遠較經濟學所稱之獨占為廣。此部分之討論可參行政院公平交易委員會，認識公平交易法，增訂十版，行政院公平交易委員會，台北，頁 32，2004 年 9 月。

<sup>21</sup> 同註 15，頁 43。

<sup>22</sup> Herbert Hovenkamo, Mark D. Janis & Mark A. Lemley, IP and Antitrust—An Analysis of Antitrust Principles Applied to Intellectual Property Law Volume I, Aspen Law & Business, New York, at 156 (1983)

權法制不足之處有所貢獻。此種情形尤以商標權之情形最為明顯。例如：我國公平交易法第二十一條規定，係針對事業不得為虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵之義務加以明定。商標之直接抄襲侵害僅為仿冒的一種態樣，實務上常見侵權人係對於商品商標以外之部分加以侵害或仿冒，例如：商品之包裝、外觀、產地或其他表示、表徵加以仿冒，或者將商標權人之商標用於不同類商品之上，造成消費者對於商品來源之誤認，此因非商標法適用範圍內，通常難以論商標法之責任，此時，競爭法制基於競爭秩序以及消費者利益的維護，在符合一定要件下，對之加以規範。

如以上述論點觀之，競爭法實為智慧財產權法之補充法，以補充該體系之漏洞，且為維持競爭之功能亦包括藉由競爭達到技術創新之效果，二者間實為一相輔相成之法律體系<sup>23</sup>。

## 第五項 我國競爭法對於著作權行使行為之規範

### 第一款 公平交易法第四十五條規定及法律性質

觀諸我國公平交易法就著作權行使行為與競爭法接軌之規定，首推公平交易法第四十五條：「依照著作權法、商標法或專利法行使權利之正當行為，不適用本法之規定」等語。

智慧財產權法制以及競爭法之關係，在本章第四項中曾經提及兩者手段衝突以及目的調和的關係。惟如就規範的角度而言，各國對於行使智慧財產權時(所形成之市場力量)應如何加以管制，大致上可分成三種規範立場<sup>24</sup>，茲逐一分述如下：

#### 一、以德國限制競爭法為代表

智慧財產權是否受到競爭法之管制，端視事業之行為是否可歸屬於智慧財產權法所規範之權利內容中而定。如果該行使智慧財產權之行為，並未逾越智慧財產權權利內容及範圍者，則不受競爭法之規範以及拘束。此參德國西元一九九九年修正之「營業限制競爭防止法」第十七條第一項規定：「有關讓與或授權已取得或已申請之專利權、新型權、佈局權或品種保護權之授權契約，若其契約之約款係限制受讓人、被授權人之營業交易，且該限制亦逾越保護權利之內容者，不得為之。對於前述讓與或授權之方式、範圍、技術

<sup>23</sup> 謝銘洋、張懿云主持，著作權法與公平交易法關係之研究，公平交易委員會合作研究，頁3，2002年11月。

<sup>24</sup> 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，84期，台北，頁150~152，2003年5月。

上適用範圍、數量、領域或時間所為之限制，不逾越保護權利之內容」(第一項)<sup>25</sup>。

而同條第二項規定：「讓與人或授權人為使受保護之客體能在技術上妥善地被實施而有正當利益，在非專屬授權之情形，課以就改良或應用之發明有回饋或讓與之義務者，如果讓與人或授權人亦負有相同之義務，不得對於授權之權利提出異議或宣告無效，對於被授與之權利要求最低利用數量或應給付最低報酬，在被授權之產品上標誌生產者並非專屬授權」等語。第二項之規定對於部分逾越智慧財產權權利範圍之限制競爭行為，明文承認此種情形仍屬有效，同樣地不屬於競爭法之規範範圍」。

另「契約對於受讓人或被授權人或其他事業之經濟活動自由並不造成不公平之限制，且其競爭限制對於市場並未造成重大影響者，得申請豁免之，卡特爾主管機關若於申請後三個月並未表示異議，則其契約即被豁免並因而有效」(同條第三項)<sup>26</sup>。

同法第十八條則將前條除外規定之適用範圍，擴及於未受法律保護之技術、營業秘密、商標、新式樣、著作權、農作物品種等人類精神成果之讓與及授權契約。此種規範立場，僅以智慧財產權之權利內容做為競爭法是否介入管制的標準，而忽視了在智慧財產權權利範圍內之濫用行為，似為過度寬鬆<sup>27</sup>。

## 二、智慧財產權法制不當然豁免於競爭法制之規範立場：我國、美國及歐盟

第二種規範立場認為：對於智慧財產權權利範圍內之事業行為，並不當然豁免於競爭法之規範範圍。換言之，採取此種立場者，對於智慧財產權之行使，除須判斷其是否屬於智慧財產權之權利內容外，尚須就其是否不當擴張智慧財產權專屬排他權能之影響範圍、不當侵害他人權益或影響公共利益、是否專為損害他人或對市場競爭造成過度限制等不同面向加以考量，以決定是否適用競爭法上相關規範。

美國反托拉斯法上，僅有一概括性的禁止規定，規範控制市場之濫用行為與限制競爭之聯合行為。但透過案例之累積，美國最高法院亦發展出下列原則：即智慧財產權行使權利時，不得逾越智慧財產權法定權利內容之範圍，並應顧及公益目的之考量。

<sup>25</sup> 德國營業競爭限制防止法，行政院公平交易委員會譯，頁9~10，1999年5月。

<sup>26</sup> 同註23，頁4~5。

<sup>27</sup> 同註15。



歐盟競爭法（羅馬條約）亦採取類似的規範態度，其認為歐盟競爭法並不影響各會員國內智慧財產權利之「存在」，但關於權利之「行使」則應依情況受到競爭法之規範<sup>28</sup>。

我國公平交易法第四十五條：「依照著作權法、商標法或專利法行使權利之正當行為，不適用本法之規定」等語可證。當今歐美日各國及相關實務國際公約，對於智慧財產權之行使時之管制，亦都採取此種基本立場<sup>29</sup>。

### 三、日本學界通說

第三種規範立場是日本學界通說所採取的確認說。本說認為競爭法對於智慧財產權的適用規定，充其量僅有訓示作用，亦即提醒智慧財產權賦予權利人之專屬排他之權利，並不等於競爭法上之獨占，除此以外並無其他功能。且競爭法上之獨占，本即按照特定市場相關產品之替代可能性加以判斷，與該產品本身的權利屬性係屬二事，因此也不因為該等規定之存否而有影響。學者黃銘傑認為，此種見解雖從競爭法既有原則對於智慧財產權行使行為之可適用性出發，強調智慧財產權與其他財產權的類似性，縱然頗有見地，惟忽略了智慧財產權所具有的創新、促進研發及無體財產等特性。

我國法制上，就著作權法之行使與競爭法之規定，係為公平交易法第四十五條：「依照著作權法、商標法或專利法行使權利之正當行為，不適用本法之規定」等語之規定。本條文係參照日本「獨占禁止法」第二十三條之規定：「本法之規定，對於可認為係依著作權法、特許（專利）法、實用新案（新型專利）法、意匠（新式樣專利）法或商標法之權利行使，不適用之。」而制定。而關於本條適用上之性質，學說上見解分歧，主要有下列幾說：

#### 一、除外規定說：

此種見解認為，我國公平交易法第四十五條在性質上屬於除外規定，亦即符合該規定者，即可被豁免於公平交易法適用範圍外而不受公平交易法之規範，因此亦可稱之為「範圍性之規定」。由於原則上所有經濟活動皆應受到公平交易法之規範，只有在例外情形下，始得被排除於適用範圍之外，因此在此見解之下，對於此種例外情形自應從嚴解釋，以儘可能維持公平交易法之適用範圍<sup>30</sup>。

<sup>28</sup> 柳瑜珊，「著作權授權與競爭法相關問題之研究」，台灣大學法研所碩士論文，頁9，2002年。

<sup>29</sup> 同註28。

<sup>30</sup> 謝銘洋著，智慧財產權之基礎理論，二版，國立台灣大學法學叢書(84)，翰蘆圖書出版有限公司，台北，頁198，1997年10月。

而值得注意的是，此說認為排除適用公平交易法第四十五條時，對於行使著作權之正當行為所能排除適用之公平交易法範圍究竟為何？係排除全部公平交易法之適用？或者只是排除部分規定之適用？謝銘洋教授認為：此處所排除之部分，僅限於公平交易法中有關「限制競爭」之規範；至於「不公平競爭」之部分，由於其在維持公平之競爭秩序，任何人皆不得為不公平競爭，著作權人亦同，因此該部分原則上不在排除適用之列。因為謝銘洋教授認為，有些國家將限制競爭以及不公平競爭分別立法時，多將智慧財產權行使之特殊情形規定於限制競爭法中，而非不正競爭法中，故可得到印證<sup>31</sup>。而我國公平交易法第十八條、第十九條第一、二、三、四、六款、第二十四條，兼有不公平競爭以及限制競爭之性質，在不公平競爭時，則仍有適用之餘地。

## 二、「正當行為」除外規定說

此種見解認為：前說之見解固非無見，惟就我國立法體例來說，公平交易法第四十五條並未區分限制競爭或不公平競爭而為不同之適用能否謂限制競爭即無豁免條款之適用已顯有疑義。況且就限制競爭之獨占、結合及聯合而言，著作權人雖可依法有不同程度之獨占行為，但衡情並非均有豁免公平交易法規範之必要。例如：著作權人亦可能基於獨占地位，對於著作物之價格為不當之決定或濫用市場地位，此時公平交易法自有適用之餘地<sup>32</sup>。

因此，公平交易法第四十五條之豁免條款僅在著作權人「行使權利」之「正當行為」始有其適用，要無區分考量<sup>33</sup>。

## 三、 確認規定說<sup>34</sup>

此說見解由汪渡村教授所提出，汪教授認為，我國《公平交易法》第四十五條之規定雖係仿照日本獨占禁止法第二十三條之規定，惟解釋上，兩者仍有極大之差異：由於日本獨占禁止法對於獨占、聯合、不公平交易行為之規制採取原則上禁止主義，故才有同法第二十三條至於一連串之例外不適用之規定或單獨立法；但我國公平交易法就獨占（第十條）、結合（第十一條至

<sup>31</sup> 同註 30，頁 199。

<sup>32</sup> 贊成此說者，例如：羅明通，著作權法論(I)，六版，台英國際商務法律事務所，台北，頁 140~141，2005 年 9 月；呂榮海、謝穎青、張嘉真，公平交易法解讀，月旦出版社，台北，頁 29~32，1995 年 7 月。

<sup>33</sup> 陳家駿、羅怡德著，公平交易法與智慧財產權—以專利追索為中心，五南圖書出版有限公司，台北，頁 132~133，1999 年 11 月。

<sup>34</sup> 採取此說者，例如：汪渡村，「專利授權限制競爭條款之規範—以公平交易法草案為中心」，政治大學法研所博士論文，頁 423~424，1990 年；黃銘傑，「專利授權與公平交易法—以拒絕授權與強制授權為中心」，萬國法律，120 期，頁 17，2001 年 12 月。

第十三條)，甚至不公平競爭行為採取濫用禁止原則，並以「合理原則」來決定是否違反公平交易法之規定，兩者立法技術及背景不同，因此我國公平交易法第四十五條之規定，應屬於贅文，並無多大意義，因行使著作權之正當行為，不適用公平交易法之規定，已從公平交易法中上述等相關規範求得，是以本條條文不過是僅具宣示作用之確認規定而已。黃銘傑教授亦有類似之見解。

#### 四、例外豁免規定說<sup>35</sup>

此說認為：著作權「核心」權限內限制條款（例如：授權期間、授權區域或利用方式等之限制），縱有妨礙競爭之虞，依本條規定仍得排除公平交易法之規範，明明有妨礙競爭之虞，竟然不同於一般限制競爭行為，而可倖免於公平交易法之適用，故主張本條乃「例外不適用之特別規定」（即例外豁免規定）。

惟本文認為：我國公平交易法第四十五條並未區分限制競爭或不公平競爭而為不同之適用，「除外規定說」或「例外豁免規定說」能否謂限制競爭即無豁免條款之適用已顯有疑義。況且就限制競爭之獨占、結合及聯合而言，著作權人雖可依法有不同程度之獨占行為，但衡情並非均有豁免公平交易法規範之必要。另就「確認規定說」而言，無疑忽略智慧財產權法與競爭法間的衝突關係，尚非可採。是以「正當行為」除外規定說為是。亦即：公平交易法第四十五條之豁免條款僅在著作權人「行使權利」之「正當行為」始有其適用，要無區分考量。

#### 第二款「公平交易法」第四十五條「行使權利正當行為之判斷」與著作權行使間之關係

承前，採取「正當行為」除外規定說下，進一步則須判斷何謂「行使權利之正當行為」。

我國行政院公平交易委員會為處理和智慧財產權相關案件，通過「行政院公平交易委員會對於事業發侵害著作權、商標權或專利權警告函案件之處理原則」<sup>36</sup>，與著作權之行使有密切關係，雖然僅能涵蓋部份範圍，但對於判斷行為是否正當，具有相當之參考價值：

<sup>35</sup> 紀舒青，「公平交易法對專利授權契約中限制競爭條款之限制」，台灣大學法研所碩士論文，頁 148，2003 年。

<sup>36</sup> 「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」係民國 86 年 5 月 7 日第 288 次委員會議通過，前中經過歷次修正，目前最近一次修正為民國 94 年 9 月 16 日公法字第 0940007480 號令發布修正。

◎第三條(依照著作權法、商標法或專利法行使權利之正當行為之一)：

「事業踐行下列確認權利受侵害程序之一，始發警告函者，為依照著作權法、商標法或專利法行使權利之正當行為(第一項)：

- 〔一〕 經法院一審判決確屬著作權、商標權或專利權受侵害者。
- 〔二〕 經著作權審議及調解委員會調解認定確屬著作權受侵害者。
- 〔三〕 將可能侵害專利權之標的物送請專業機構鑑定，取得鑑定報告，且發函前事先或同時通知可能侵害之製造商、進口商或代理商，請求排除侵害者。

事業未踐行第一項第三款後段排除侵害通知，但已事先採取權利救濟程序，或已盡合理可能之注意義務，或通知已屬客觀不能，或有具體事證足認應受通知人已知悉侵權爭議之情形，視為已踐行排除侵害通知之程序。」(第二項)

◎第四條(依照著作權法、商標法或專利法行使權利之正當行為之二)：

「事業踐行下列確認權利受侵害程序，且無第六點至第九點規定之違法情形，始發警告函者，為依照著作權法、商標法或專利法行使權利之正當行為(第一項)：

- 〔一〕 發函前已事先或同時通知可能侵害之製造商、進口商或代理商請求排除侵害。
- 〔二〕 於警告函內敘明著作權、商標權或專利權明確內容、範圍，及受侵害之具體事實(例如系爭權利於何時、何地、如何製造、使用、販賣或進口等)，使受信者足以知悉系爭權利可能受有侵害之事實。

事業未踐行前項第一款排除侵害通知，但已事先採取權利救濟程序，或已盡合理可能之注意義務，或前項通知已屬客觀不能，或有具體事證足認應受通知人已知悉侵權爭議之情形，視為已踐行排除侵害通知之程序。」(第二項)。

上述規定雖未能將所謂「正當行為」或「非屬正當行為」之情形完全加以涵蓋，但對於行為是否「正當」，仍具有參考價值。而行政院交易委員會身為公平交易法的主管機關，自應為判斷「行為正當」與否的有權機關，而

行政法院於審理不服行政院公平交易委員會處分之案件適用法規有無違誤予以審查時，亦有權加以認定，此參最高行政法院八十六年判字二六六〇號中提及：「...再審原告認再審被告為保護自己主張之專利權，逾越所必要之程度，為權利之濫用。不合公平交易法第四十五條『正當行為』之要件云云。顯基於錯誤事實之認定，本院自得加以審查。...再審被告為保護其專利權提出告訴請求為停止侵害行為，乃係依法行使權利，即難指其為不當，或逾越正當範圍。原判決就原處分及決定適用法規有無違誤予以審查，係本於行政法院執掌所為。再審原告指原判決未尊重行政機關基於公平交易法之規定對於『正當行為』所為『判斷餘地』云云，無非法律上見解之歧異而已」等語，併此敘明。

### 第三款 「公平交易法」第四十五條與以及「權利濫用」原則間之關聯性

本文認為：欲釐清公平交易法第四十五條「行使權利正當行為」以及「著作權濫用行為」間之關聯性，依據上開「正當行為除外規定說」，宜應先區分何為「行使著作權正當行為」以及「非行使著作權正當行為」。如屬於「行使著作權正當行為」，自非公平交易法甚至「著作權濫用」原則適用之範圍；反之，如係屬於「非行使著作權之正當行為」，再判斷是否在構成要件上落入公平交易法所規範範圍，如為肯定者，自優先適用公平交易法相關規定；如為否定者，方進一步探討是否有「著作權濫用」原則之適用。

### 第四款 對於非屬「公平交易法」第四十五條規定之「行使權利正當行為」我國公平交易法的規範—「公平交易法」第十四條、第十九條及第二十一條

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

有關此之詳細規定，我國行政院公平交易委員會於民國九十四年十一月間所通過「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」頗具有參考價值。例如：

#### ◎第六條（違反公平交易法事項之例示一）

- 〔一〕 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，違反公平交易法第十四條規定。
- 〔二〕 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，違反公平交易法第十九條第六款之規定：
1. 限制授權協議之當事人或其相關事業，就競爭商品之研發、製造、使用、銷售等從事競爭之行為。
  2. 為達區隔顧客之目的，規定其須使用特定行銷方式、限制授權協議相對人技術使用範圍或交易對象。
  3. 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。
  4. 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。
  5. 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。
  6. 限制被授權人於技術授權協議屆滿後，製造、使用、銷售競爭商品或採用競爭技術。
  7. 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。
  8. 技術授權協議限制被授權人爭執授權技術之有效性。
  9. 授權人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。

◎第七條(可能違反公平交易法事項之例示二)

- 〔一〕 技術授權協議之內容，如在特定市場具有限制競爭或妨礙公平競爭之虞者，將可能違反公平交易法第十九條第六款規定。
1. 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。
  2. 限制之範圍與應用領域無關，而限制被授權人銷售範圍或交易對象。約定被授權人所能實施授權技術之應用領域及範圍之限制約款。
  3. 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。
  4. 要求被授權人必須透過授權人或其指定之人銷售。

5. 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。

〔二〕 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，將可能違反公平交易法第十九條第一款或第六款規定。

〔三〕 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，將可能違反公平交易法第十九條第二款規定。

惟在進行上述判斷時，依據我國公平交易法的相關規定，須符合下列兩個前提，始能依據公平交易法第十九條、二十四條或是「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」之態樣，再行判斷行為態樣及應適用之規定：

#### 一、「相關市場」之界定

依據「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」第二條規定：「本會審理技術授權協議案件，不受授權協議之形式或用語所拘束，而將著重技術授權協議對下列特定市場 (relevant markets) 可能或真正所產生限制競爭或不公平競爭之影響：1. 利用授權技術而製造或提供之商品所歸屬之「商品市場」 (goods markets)；2. 與該特定技術具有替代性而界定之「技術市場」 (technology markets)；3. 以可能從事商品之研究發展為界定範圍之「創新市場」 (innovation markets)。」等語可知，在判斷著作權行使行為是否符合公平交易法相關規定時，首要工作，即是界定「相關市場」。

而有關市場範圍的界定，應考量到若廠商產品價格提高，則原有消費者可能轉向價格較低的相同或類似商品；另一方面，原本生產相同或類似產品之廠商，可能會立即增加生產，甚至使用相同生產設備或技術廠商可能轉換生產此一漲價之商品，如此對廠商拉抬價格之能力有抑制效果，而此種產品或相關類似產品之替代性，為界定市場所必須考量<sup>37</sup>。

在著作權的情形中，無論係「商品市場」、「技術市場」或「創新市場」，由於著作物的「獨特性」以及「不可替代性」，以致在界定「相關市場」時

<sup>37</sup> 同註1，頁187。

遭遇到相關的困難。例如：主管機關很難界定「哈利波特」一書的相關市場，因為主管機關很難得知到底是否有讀者(消費者)因為「哈利波特」一書過於昂貴而轉向購買與「哈利波特」性質類似但是不同的書，即使其他書性質類似，但是內容與作者必然與「哈利波特」不同，由於對於讀者而言，是否即可替代「哈利波特」，實有疑義，此即為「著作物的不可代替性」；而對於廠商來說，主管機關亦很難察知，到底有多少作者(廠商)會因為「哈利波特」的暢銷而刺激其創作此類著作(商品)的慾望。

## 二、具有一定之「市場力量」

所謂「市場力量」(market power)，係指在一定期間內，得以有利地維持產品或服務之價格在競爭價位以上，或是維持產出在競爭產量以下之能力(the ability profitably to maintain process above, or output below, competitive level for a significant period of time)<sup>38</sup>。必須說明的是，市場力量與市場佔有率(market share)係屬於兩件事，市場佔有率越高，雖然具有越強的市場力量，但是市場佔有率低，卻不等同於不具有市場力量，因此市場佔有率的高低僅係市場力量之參考；另在競爭法中的「市場地位」，尤其限制競爭的範疇中，係指「獨占」而言，具有「獨占」「市場地位」之事業，原則上具有較強的「市場力量」，而具有較強「市場力量」的事業卻未必為「獨占」事業，由上可知，顯見「市場地位」、「市場力量」以及「市場佔有率」彼此間，是無法直接畫上等號。

美國西元一九九五年「智慧財產權授權準則」第 2.2 條進一步認為：擁有智慧財產權，包括著作權在內，並不因此推定著作權人擁有市場力量。因為，著作權法賦予著作權人針對特定的著作排他之權利，但由於市場上通常具有潛在或實際之代替品，以防止市場力量之行使。著作權人即使因著作權之故被賦予了市場力量，而此種市場力量本身並未違反競爭法，且權利人亦不因市場力量而負有授權他人利用其著作之義務<sup>39</sup>。

我國公平交易法第十九條規定兼含「限制競爭」(限制競爭法)與「妨礙公平競爭」(不正競爭法)兩種態樣。就「限制競爭」部分(第一、二、六款)規範而言，「市場力量」為當然構成要件之一。有所疑義者在於第三、四及五款「妨礙公平競爭」部分，是否亦須考量「市場力量」因素。本文認為參酌行政院公平交易委員會「妨礙公平競爭之虞之適用考量」之行政函釋：「...按事業之競爭行為是否該當公平交易法第十九條『妨礙公平競爭之虞』的構成要件，應就事業採取之『競爭手段』本身是否具有『不公

<sup>38</sup> 參美國西元 1995 年「智慧財產權授權準則」第 2.2 條。

<sup>39</sup> 同註 38。



平性』或其『競爭結果』是否『減損市場之自由競爭機能』(分別或綜合)加以判斷。...」等語，從所謂「減損市場之自由競爭機能」之判斷，足見我國公平交易法即便在「妨礙公平競爭」的情形下，仍應符合「市場力量」之要件。

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

由上可知，如欲以我國公平交易法現有規定，規範著作權人行使權利時之行為，關於「市場界定」以及「市場力量」部分，將會遭到相當的困難，惟綜觀我國行政院公平交易委員會針對著作權人行使權利行為是否違反「公平交易法」相關規定(主要為第十九條各款)的處分，實際上對於前述「市場力量」的構成要件判斷上多未加以著墨，反而往往以「著作物之不可代替性」<sup>40</sup>、「著作物享有獨家排他性」<sup>41</sup>、「具有優勢經濟地位」<sup>42</sup>等模糊語句寥寥數語代之，顯然對於公平交易法之適用以及著作權法權利行使行為之性質有所誤解。

<sup>40</sup> 例如：民國 92 年 2 月 21 日，行政院公平交易委員會公處字 092032 號處分書、公處字 082031 號處分書。

<sup>41</sup> 例如：民國 84 年 11 月 6 日，行政院公平交易委員會(84)公處字 149 號處分書、民國 85 年(85)公處字 331 號處分書。

<sup>42</sup> 例如：民國 90 年 1 月 10 日，行政院公平交易委員會(90)公處字 009 號處分書、民國 90 年 8 月 19 日(90)公處字 118 號處分書。

### 第三節 「權利濫用」原則對於權利行使行為的規範

由於「市場力量」、「相關市場界定」的困難，造成競爭法規範著作權人行使行為的困難，而面對著作權人的不當行使行為或是濫用權利行為，如何有相應的規範機制，誠為重要的課題，亦為本文研究目的之一。美國實務上，早已發現此問題，因而於美國反托拉斯訴訟中藉由「衡平法」中「不潔之手」、「權利濫用」原則，逐漸發展出「著作權濫用」原則〔copyright misuse〕，針對上述競爭法的缺點，適時發揮功能。而此「著作權濫用」原則如能在我國法上適用，亦對於上述公平交易法的不足之處，予以補強。

權利濫用原則來自於中世紀「衡平法上的概念」，相較於普通法或實定法，迄今已退居輔助的地位。但是其所揭櫫的原則及意義，依然是屬於權利行使的重要依循。

本節內容則就一般「權利濫用」原則的起源、意義以及我國法上適用的標準加以介紹。另於第七章再就「權利濫用」適用於著作權領域時的「著作權濫用」部分加以討論。

#### 第一項 「權利濫用」原則之起源及意義

「權利濫用」(Misuse/Abuse)之原則係源於英美法中衡平法(the law of equity)之觀念。

英國自西元一〇六六年諾曼征服(Norman Conquest)後，由皇家法院將當時現有的習慣予以普遍化、類型化或創造新的法律，而逐漸適用於英國全地，此即為所謂的Common Law(普通法)。普通法的特色係在於程序先於權利，權利源於程序，程序則依據「令狀」(writ)為之<sup>43</sup><sup>44</sup>，構成所謂的「嚴格的訴訟形式」(Form of Action)。

在「嚴格的訴訟形式」下，如原告欲向國王之法院(Royal Court, Curia Regis)針對特定事項提出訴訟者，獲得同意並取得「令狀」(以國王名義簽發，但實際上執行審核者為國王秘書處(Court of Chancery)之秘書長(Chancellor))後，法院始取得審判案件之權利。原告如無法自秘書處取得適當的令狀，法院即無從取得管轄權。此為國王給予人民的恩惠，而非人民當

<sup>43</sup> 王澤鑑，「舉重明輕、衡平原則與類推適用(上)」，法令月刊，47卷2期，台北，頁72，1996年2月。

<sup>44</sup> 所謂「令狀」(writ)，係指國王發給的一種書面命令，其上有國王的簽名。有關「令狀」的詳細說明，可參閱潘維大編著之英美法導讀講義，二版，瑞興圖書股份有限公司，台北，頁16~33，1998年9月。

然享有的權利。此外，因訴訟案件依據請求之原因事項，而有許多不同種類的「令狀」，例如：Trespass (直接侵權行為)、Trover (侵害遺失物)、Debt (返還確定金錢等) 等。人民必須依據自己所發生的事實選擇法律規定適合之令狀，令狀之內容應與人民請求的事項相符，如果原告所請求保護的事項與令狀之陳述有所差異者，因令狀係國王的命令，故法院僅能就令狀的內容進行審理，本案事實如與國王所發令狀內容不同者，此令狀就無效，原告在程序上則被駁回而敗訴，原告必須重新申請正確之令狀。而新的令狀形式的發給，通常涉及國王與貴族、領主間之角力，是以令狀的形式及數目往往受到很大的限制，無法符合社會的變遷及需求，且救濟制度的僵化，亦使受害人無法獲得滿足，因此「衡平法院」的制度應運而生。

因普通法法院侷於「嚴格訴訟形式」而敗訴之一方，為尋求救濟並獲得公平判決的可能性，乃向公正與寬恕之源泉的國元申訴，由「國王良心的維護者」(Keeper of the King Conscience) 的大法官 (Chancellor) 負責處理，判決書則以國王名義簽發。早期的大法官為神職人員，判斷案件多憑「良心上的公平」，而不受普通法的拘束，訴訟程序上亦不具形式，大法官審案採取「職權進行主義」，得不經當事人的請求，要求證人出庭作證，如證人證詞有疑問時，大法官亦可替當事人詰問<sup>45</sup>；不使用拉丁文，而用當時通俗之法文或英文，較能緩和普通法的嚴格性，適應社會的需要<sup>46</sup>。惟案件審理上，係依大法官個人良心及價值標準獨立判斷，容易產生同一案件因人不同而有不同之審判結果，而造成不公平的現象，甚或有互相矛盾衝突的情形，造成所謂「衡平依大法官的腳之長短而異」(Equity varies with the Chancellor's foot)<sup>47</sup>。但經過長時間的累積，衡平法院也發展出一些既定的原理原則，且其後判決須附理由並遵循先前所發展之原則。

在十四世紀時，某些案件已經直接向衡平法院 (Court of Chancery) 提出，判決書亦不再經由國王名義為判決，而漸由大法官名義簽發，因而產生「普通法法院」與「衡平法法院」雙軌制。在西元一八七五年「司法條例」(Judicature Acts) 公布施行前，兩法院間對於管轄權迭有衝突，「司法條例」施行後，將普通法法院與衡平法法院的區別予以廢除，從此所有英國的法院皆有權適用普通法與衡平法；另外，前述「嚴格的訴訟格式」亦遭廢除，但數百年的制度及法理根深蒂固，誠如聲譽卓著的法官Lord Acton表示：「當這些古老的鬼靈帶著中世紀的腳鍊，發著聲響站立在正義路途上時，法官應坦然無懼地通過」<sup>48</sup>。

<sup>45</sup> 潘維大編著，英美德法導讀講義，瑞興圖書股份有限公司，台北，頁39，1998年9月。

<sup>46</sup> 同註45。

<sup>47</sup> 引自Kenneth Smith/Denis J Keenan, English Law, at 5 (1972)，關於英國的歷史上有名的大法官 (Chancellor)，參閱J. H. Baker, An Introduction to English Legal of the Common Law, at 279。

<sup>48</sup> 同註45。

法諺有云：「衡平法並不製造法律，乃援助法律」(Aequitas non facit jus, sed juri auxiliatur, 英文：Equity does not make law, but assists law)<sup>49</sup>，足見在普通法法院與衡平法法院整合後，衡平法已非獨立自足的法體系，而係立於輔助的地位，以普通法的存在為前提，補充並詮釋普通法，以彌補普通法的不備，給予新的救濟方法，尤其為緩和普通法的嚴格性，而創造了許多重要的制度。例如：「信託」、「權利濫用」原則、「不潔之手」(unclean hands) 以及禁反言 (Estoppel) 原則等等，此即為「權利濫用」原則之濫觴。

英美國家法官承繼普通法傳統，在案件審理時，遵守「判決先例拘束原則」，而逐漸形成一些原則，在經過抽象化、類型化的歸納整理後，形成判斷具體個案之「案例原則」(case law)。惟這些案例原則，有時不見得符合社會生活現況以及實質正義，此時引用衡平法的概念介入，將原來依據案例法則或法律邏輯觀念中應該勝訴的一方，予以不利的判決<sup>50</sup>，使得原本受害者得以獲得救濟，方得達成法諺所謂：「法律顧及衡平」(Law regards equity)<sup>51</sup>之目的。

## 第二項 我國法上「權利濫用」原則之意義

「權利濫用」一般性的意義，簡單來說，係指權利人在行使權利之時，並未依據正當之方式行使，反而以不公平、不適當之方式行使權利，而為了對於此種不當行使權利之方式予以處罰，衡平法乃規定權利人無法完全享受其權利<sup>52</sup>。

我國學者施啟揚先生亦進一步深入闡示「權利濫用」概念：所謂「權利濫用」，係在外觀上為權利的行使，實質上卻違反權利的社會性，因而不能認為正當行使權利的行為。換言之，行使權利因逾越社會觀念所允許的界限，而成為權利的濫用。而下列三種情形均屬於權利濫用權利濫用之情形<sup>53</sup>：

一、行使權利而對於權利人無正當利益；或

二、行使權利而使義務人遭受與權利所得利益顯不相當之損失；或

<sup>49</sup> 鄭玉波譯解，法諺(一)，三民書局，台北，頁4，1984年8月。

<sup>50</sup> 同註33，頁106。

<sup>51</sup> 同註49，頁2。依據學者鄭玉波先生對於本句法諺譯解如下：法律以公平正義為鬚的，而衡平即為公平正義之表現，故法律必顧及之。

<sup>52</sup> Nimmer on Copyright, Ch13.

<sup>53</sup> 施啟揚，民法總則，六版，三民書局，頁366，2005年6月。

三、權利人以行使權利的方式加害於他人為目的者。

### 第三項「權利濫用」原則在我國的規範

我國就「權利濫用」之規定，主要為民法上之基本法理及原則，學者史尚寬先生認為至少包括三種內涵<sup>54</sup>：

#### 一、消極面：禁止權利濫用之基本內涵：

按「權利之行使，不得違反公共利益，或以損害他人為目的」，我國民法第一四八條第一項訂有明文。其立法理由明確揭櫫權利人於法律限制內，雖得自由行使其權利，惟不得違反公共利益，乃權利社會化之基本內涵，且其目的，要以保護自己之利益為必要，若專以損害他人利益為目的者，其權利之行使，實為不法行為，自為法所不許之法理。蓋權利之賦予並非在絕對保護個人，亦兼在維護社會公益。

實務上<sup>55</sup>並認為權利之行使，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。最高法院七十一年台上字第 737 號著有判例。而最高法院八十三年台上字第 2348 號民事判決進一步闡釋：「...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...」。

#### 二、積極面：行使權利應依誠實信用原則

民法第一四八條第二項復明定：「行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法」。而所謂誠實信用之原則，係在具體的權利義務之關係，依正義公平之方法，確定並實現權利之內容，避免當事人間犧牲他方利益以圖利自己，自應以權利人及義務人雙方利益為衡量依據，並應考察權利義務之社會上作用，於具體事實妥善運用之方法(最高法院八十六年度台再字第 64 號民事判決參照)。

<sup>54</sup> 此部分之討論，詳參史尚寬，債法總論，臺訂正再版，三民書局經銷，台北，頁 324~328，1969 年 8 月。

<sup>55</sup> 最高法院 71 年台上字 737 號判例參照。

### 三、有悖於公序良俗之侵權：

如權利濫用之程度達到以違背善良風俗之方式加損害於他人者，受害人得依民法第一八四條第一項後段：「...故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人者亦同」之規定，請求權利濫用之權利人負損害賠償責任<sup>56</sup>。

## 第四項 我國法上一般「權利濫用」之構成要件

### 第一款 主觀構成要件

我國民法第一四八條之立法體例較近似德國民法，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<sup>57</sup>。惟須注意下列情形：

- 一、 權利人行使權利時，不免對於義務人或他人造成不利之結果，此為不可避免之正常現象，不得遽指為權利的濫用<sup>58</sup>。而必須權利人主觀上有損害他人的意思並且以此為「主要目的」者。
- 二、 至於權利人主觀意思上是否具有損害他人為主要目的之意思，仍應參酌其權利行使之行為，依據社會一般觀念認定之。亦即以行使權利之外部行為作為認定內部主觀意思的參考。
- 三、 權利人「無益的權利行使」，並不當然構成權利濫用，必須「不正當的權利行使」，始為「權利濫用」<sup>59</sup>。
- 四、 另權利人行使權利時可能有多項目的，參酌最高法院七十一年台上字 737 號判例、八十三年台上字第 2348 號民事判決意旨，如其次要目的雖為一般權利行使，而其主要目的卻與權利之社會任務及經濟目的顯然不符者，仍宜認為係「權利濫用」（損人極多，利己甚少）。此即

<sup>56</sup> 依據前大法官王澤鑑先生於其著作侵權行為法—基本理論一般侵權行為中認為：民法第 184 條第 1 項後段具有兩種重要的規範功能，其一為「法律補充功能」：旨在擴大受保護的客體及於權利以外的利益(尤其是純粹財產上損害)，並透過「故意已背於善良風俗」之構成要件，對於侵權責任的範圍予以合理的限制；另一功能則為「法律發展功能」：以善良風俗此種概括條款做為判斷侵害行為的基準，使侵權行為法得以開放，而與社會道德連接，以適應社會價值的變遷。而此又可再細分為三項功能：(1)繼受功能：法院應探尋並適用人類社會生活上共同承認，但迄未具法規範性質的行為準則；(2)轉換功能：社會道德價值變遷時，法院應注意觀察採用，作為判決基礎；(3)正當化功能：使法院得聚以創設新的行為規範，以促進法律的進步。上述實體法與善良風俗的交叉作用，對多元化社會的法律發展，具有重要意義。詳參王澤鑑，侵權行為法—基本理論一般侵權行為，三民書局，台北，頁 323，1998 年 9 月。

<sup>57</sup> 同註 53，頁 386~387。

<sup>58</sup> 最高法院 43 年台上字 879 號、44 年台上字 1045 號、44 年台上字 1634 號民事判決參照。

<sup>59</sup> 同註 53，頁 387。

誠如法諺所說：「汝在自己土地上所建之建築物有害他人者仍屬違法」(Aedificare in tuo proprio solo non licet quod alteri noceat。英文為To build upon your own land what may injure another is not lawful)<sup>60</sup>等語。

## 第二款 客觀構成要件

權利人行使權利之行為構成權利濫用之客觀要件，至少應審酌下列之情形：

- 一、是否為損害他人或公益之行為；
- 二、有無發生損害之可能；
- 三、權利人行使權利時所取得之利益，與相對人、公益上之損害是否得以平衡，亦即是否造成利益極小而損失極大的情形。

至於是否成立「權利濫用」審酌標準，由於僅能依據當時社會客觀標準依據個案認定之，茲引用我國實務上數例參考：

### 一、最高法院五十六年台上字 1708 號判例

兩造間就系爭土地上雖非無租賃關係，然於承租人未履行出租人之義務達十一年之久，出租人迄未行使其租賃權或聲請為假處分，以保全強制執行，坐令承租人在系爭土地上建築房屋、種植果樹，耗費甚鉅，始引起訴訟，求命其除去地上物交付土地，核其情形，雖非給付不能，然亦係權利之濫用，有違誠信原則。

### 二、最高法院六十四年台上字 463 號民事判決

土地所有人出賣其應有部分後，故意不履行使買受人取得該部分所有權之義務，且乘自己仍為土地登記簿上共有人名義之機會，以損害買受人為主要目的，提起分割共有物訴訟，而與其他共有人成立訴訟上之和解，將鄰近馬路價值高昂之工業用地分割予他共有人，而將靠河邊價值甚低之農業用地分割予自己，其內容顯然不利於自己，為權利之濫用。

### 三、台灣高等法院八十一年上字第 608 號民事判決

<sup>60</sup> 同註 51，頁 56，依據學者鄭玉波先生對於本句法諺譯解如下：「按行使自己之權利，對於他人本非不法，但權利濫用，則為法所不許。故雖在自己之土地上為建築，但該建築係以損害他人為目的時，仍不成為違法阻卻事由例如所謂『嫉妒建築』即是」等語。

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上訴人僅係因與被上訴人間另有訴訟，故遽行請求被上訴人應拆除該牆上之電錶、電線及電開關，於己並無益處，徒使被上訴人無法用電，其行使權利顯係以損害他人為主要目的，濫用權利，難以准許。

#### 第四節 「權利濫用」與競爭法之差異

「權利濫用」原則適用於著作權領域時—即「著作權濫用」原則 (copyright misuse)，在美國法中，實係源於反托拉私法訴訟，且通常與反托拉斯法合併主張，但兩者間仍有極大之差異。

##### 第一項 來源不同

競爭法主要來自於制定法，經過國會同意通過的程序而產生的法律；而「權利濫用」原則，來自於衡平法上的概念，是經過長時間的累積而成。

##### 第二項 目的不同

競爭法主要是規範產業競爭及交易秩序，調和產業在市場競爭時之利益，與公益間之衝突。而「權利濫用」原則係以規範權利人行使權利時之準繩—權利人於法律限制內，雖得自由行使其權利，惟不得違反公共利益。

##### 第三項 要件不同

欲以競爭法制規範權利人，無可避免地需要界定「相關市場」的範圍，並應符合「市場力量」之要件，有時基於「合理原則」的分析下，亦須證明有所損害；而就「權利濫用」原則而論，不受「相關市場」、「市場力量」要件的限制，亦不以主張「權利濫用」原則之人實際受有損害為必要。

##### 第四項 得主張之對象不同

如於授權契約中，主張「權利濫用」原則之人不以授權契約或交易當事人為限，因為「權利濫用」原則所保護者係公共利益，故是否為交易當事人均非所問；而在競爭法訴訟中，主張者通常為交易相對人。

##### 第五項 法律效果不同



兩者法律效果亦有所不同：違反競爭法的結果，如果在美國反托拉斯法，相對人得以此提起獨立之反訴，在我國亦可提出損害賠償或排除侵害的訴訟；而「權利濫用」原則，通常情形下，僅能單純做為抗辯事由，在我國法中亦須符合一定要件下（例如：民法第一八四條第一項後段規定），使得另行提起損害賠償訴訟。

茲將兩者之差異，整理列表如下：

	競爭法	權利濫用
來源	制定法 (Statutory law)	衡平法 (Equity law)
目的	主要是規範產業競爭及交易秩序。調和產業在市場競爭時之利益，與公益間之衝突。	主要是規範權利人行使權利時之準繩—權利人於法律限制內，雖得自由行使其權利，惟不得違反公共利益。
要件	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 必須界定「相關市場」</li> <li>2. 權利人必須具備一定市場力量。</li> <li>3. 應舉證證明受有損害之事實。</li> <li>4. 不一定以被告已構成侵權行為為前提。</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 以被告構成侵權行為為前提，始進入權利濫用之討論。</li> <li>2. 不必證明實際上已受有損害。</li> <li>3. 於限制競爭情形下，僅需證明權利人具有相對優勢地位已足。</li> </ol>
得主張之對象	通常為交易相對人主張。	因權利人濫用權利之相對人主張，但不限於權利人之交易相對人
法律效果	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 可成為獨立之訴因(cause of action)，被告並可提起反訴(counterclaim)主張之。</li> <li>2. 如受有損害可請求損害賠償。</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 僅為被告之抗辯(defense)，被告不得僅以此提起反訴。</li> <li>2. 僅為權利人之權利暫時停止行使，如其濫用的情況除去，則仍可行使其權利。</li> </ol>

《表一》競爭法與「權利濫用」比較表