

版權、 網絡和權利平衡

李亞虹 編

版權、網絡和權利平衡

李亞虹 主編

香港大學出版社
香港薄扶林道香港大學
www.hkupress.org

© 2016 香港大學出版社

ISBN 978-988-8390-54-0

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

10 9 8 7 6 5 4 3 2 1

百樂門印刷有限公司承印

序 言

李亞虹

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

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

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

1. 《聯合國貿易和發展委員會報告》，2010，頁 xix。

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

李亞虹

香港大學

2016年6月

目 錄

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

Contents

Introduction *Yahong Li*

Part One Right Balance, Abuse, and Fair Use

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

Andy Sun

Chapter 2 The Neglected Copyright Users

Jyh-An Lee

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

Wenwei Guan

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

Tao Zhongyi

Part Two Liability of Copyright Infringement on the Internet

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

Jerry G. Fong

Chapter 6 Copyright Infringement Liability in Films and TV Productions

Zhang Ping and Zhang Jinping

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

Jerry Jie Hua

Chapter 8 The Commercial Origin of China's Digital Copyright

Hu Ling

Afterword *Zhang Ping*

Afterword *Jerry G. Fong*

List of Contributors

第一部分

權利平衡、濫用與合理使用

第一章

版權的平衡與濫用

美國與國際發展的啟示

孫遠釗

一、引言

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

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

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

二、基本法則

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

1. 911 F.2d 970 (4th Cir. 1990)。在此之前固然也有若干案件觸及這個問題，例如，*M. Witmark & Sons v. Jensen*, 80 F. Supp. 843 (D. Minn. 1948)（迄今最原始觸及這一問題的聯邦法院案例）、*Vogue Ring Creations, Inc. v. Hardman*, 410 F. Supp. 609 (Dist. RI 1976)，但促使法院必須直接對此問題作出闡釋者，則為本案。不過聯邦最高法院迄今，還尚未對於這一抗辯的存在與內涵等作出任何直接的評論，詳見後述。

2. *Morton Salt Co. v. G. S. Suppiger*, 314 U.S. 488 (1942).

3. Patent Misuse Reform Act of 1988, Pub. L. No. 100-703, 102 Stat. 4676 (1988).

4. *Altera Corporation v. Clear Logic, Inc.*, 424 F.3d 1079 (9th Cir. 2005)。在反訴的情形，雖然在表面上仍然是在同一訴訟程序中與主訴同時進行，但在技術上則是被視為單獨的訴訟。關於本案的中文引介與評析，參見孫遠釗等合著，《美國版權法令暨判決之研究 2009 年》最終期末報告》，台灣「經濟部知識產權局」委託研究案（計劃編號：09718308030），頁 36-43。另參見 *Lava Records LLC v. Amurao*, 354 Fed. Appx. 461 (2d Cir. 2009)（第二巡迴上訴法院拒絕讓該法則成為獨立的訴因）。

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

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

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

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

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

7. 同前注1，頁979。

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

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

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

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

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

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

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

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